

国家九五
重点图书

比较

总主编 马克昌

比较法研究丛书

民法学

李双元
温世扬
主编

武汉大学出版社



D913.01
4071

国家九五
重点图书

比较

总主编 马克昌
比较法研究丛书

民法学

李双元
温世扬
主编

武汉大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

比较民法学/李双元, 温世扬主编. —武汉: 武汉大学出版社, 1998. 11

ISBN 7-307-02599-x

I 比…

II ①李… ②温…

III 民法—比较法学

IV D913.01 D (9) 50

武汉大学出版社出版

(430072 武昌 珞珈山)

武汉市新华印刷厂印刷

(430200 武汉市江夏区古驿道)

新华书店湖北发行所发行

1998年11月第1版 1998年11月第1次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 35.75 插页: 5

字数: 926千字 印数: 1—3000

ISBN 7-307-02599-x/D·375 定价: 42.00元

本书如有印装质量问题, 请寄承印厂调换

A167/11



李双元 湖南新宁人,1927年9月10日出生。现任武汉大学教授,湖南师范大学终身教授,国际私法博士生导师,中国法学会与中国国际法学会理事,中国国际私法学会副会长,中国行为法学会副会长。曾任全国高等教育自学考试指导委员会法学组委员,国务院学位委员会第三届学科评议组法学组成员。主要的个人专著及主编的著作有《国际私法(冲突法篇)》、《国际民事诉讼法概论》、《中国与国际私法统一化进程》、《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》、《国际私法》(全国高等教育自学考试统编教材)、《中国国际私法》、《中国国际私法通论》(高等学校法学教材)、《法学概论》(高等学校法学统编教材)、《国际民商新秩序的理论建构》等十数种。主要学术论文有《应当重视对冲突法的研究》、《论国际私法关系的法律选择方法》、《中国与当代国际社会法律趋同化问题》、《21世纪国际社会法律发展基本走势的展望》、《重构国际民商新秩序中的国际私法》、《中国法律理念的现代化》等数十篇。



温世扬 1964年生,江西大余人。1984年毕业于西南政法学院法律系,1985年进入武汉大学法学院攻读民法学硕士学位,1988年毕业后留校任教,1996年获法学博士学位。现为武汉大学法学院副教授,民商法专业硕士研究生导师,博士生指导小组成员,兼任法律系副主任、民法经济法教研室主任。主要著作有《物权法要论》、《房地产法教程》(合著)、《现代民法学》(合著)、《香港法概论》(合著)、《企业债的法律对策》(合著)、《新编法学概论》(合著)等十余种。主要学术论文有《略论我国国家赔偿的立法原则》、《职务侵权损害与国家赔偿》、《廉政建设与公务侵权责任制度》、《略论中国民法物权体系》、《占有制度与中国民法》、《集体土地诸物权形态剖析》等数十篇。

总 序

比较法不是一种法律制度或法律部门，通常是指对不同国家的法律进行比较研究，也称比较法学。它是研究法律的一种方法，也是法学领域的一门分支学科。由于世界上存在着不同的法律制度和各国法律的互有异同，出于借鉴其他国家法律的需要，遂有比较法的产生。比较法的历史悠久，早在公元前4世纪，亚里斯多德已有比较法研究方面的著作，18世纪法国启蒙思想家孟德斯鸠被称为比较法学的奠基人。不过，只是到了19世纪，~~它~~才广泛开展起来。比较法从其研究的范围来看，有“比较”与“微观比较”。前者是对不同社会制度和不同法系国家的法律进行比较研究，后者是对相同社会制度或相同法系国家之间的法律进行比较研究。比较法从其研究的对象来看，有对相同的或不同的社会制度或法系的国家的法律进行总的比较研究，也有对不同国家的法律的各部门法进行比较研究。王世杰先生的《比较宪法》是属于后一种情况的名著。

比较法研究在国际上不断得到发展。1924年成立了国际比较法学会，1960年成立了国际比较法协会，它们都致力于推动比较法的研究和教学。早在1950年成立的国际法律科学协会，到70年代末，发起编辑《国际比较法百科全书》（共分17卷），得到很多国家的学者的支持，比较法研究呈现日益繁荣的局面。我国在80年代初，对比较法的研究已比较重视，1987年创刊出版了《比较法研究》杂志，给比较法研究提供了阵地。80年代末90年代初，何华辉教授的《比较宪法学》（1988年）、高格教

授的《比较刑法学》(1991年)先后出版,展现了我国比较法研究的成果。1995年武汉大学通过“211工程”部门预审时,法学院申报的“国际法与比较法”被确定为国家重点学科,显示了当时国家教委对比较法的关注。由于比较法有它的特殊价值,武汉大学出版社在向国家新闻出版署申报95出版规划时,组织申报了《比较法研究丛书》,经批准该丛书为国家95重点图书。

这套丛书侧重各部门法的比较研究,至于各国法律的总的比较研究则暂付阙如。我们虽然认为比较法的研究十分重要,并注意开展这方面的研究,但毕竟经验不足,加以水平所限,缺点和不足之处,诚难避免,恳切希望得到读者的批评、指正。

马克昌

1998年11月8日

于珞珈山

前 言

(一)

比较民法(*Comparative civil law*),或比较民法学(*Jurisprudence comparative of civil law*),是以民法为研究对象的比较法分支学科。自罗马法以来,民法已有大约两千年的发展历史,以民法为研究对象的法学部门——民法学,同样源远流长。然而,作为比较法分支之一的比较民法,却是一个晚近兴起的法学部门。

资料表明,比较法的历史,在很大程度上其实就是一部比较民法的历史。这是因为,比较法兴起的直接原因是19世纪欧洲大陆各国开展法典编纂活动的需要,而民法典的编纂则在各国的法典化进程中扮演着主要角色。广泛的法典编纂活动向立法者提出了吸收和借鉴古今各国立法经验和法学研究成果的要求,而这种要求在民法方面也更有条件得到满足。一方面,各国民法典的编纂都是出于保护私权、调整市民社会关系的需要,这种共同的需要,是各国民法典之间互相吸收和借鉴的客观物质条件;另一方面,欧洲各国民法有着共同的历史渊源,即罗马私法(经过注释法学派发展的罗马私法)曾经作为“普通法”通行于中世纪的欧洲大陆,各国现行法制都与罗马法存在着不同程度的历史联系,从而使罗马法成为各国民法典编纂的共同基础,也使立法者乐意参酌其他国家的理论和立法成果。于是我们看到,《法国民法典》选取了优士丁尼《法学阶梯》的结构模式,而其实体规范

则主要地依赖于习惯法和“欧洲普通法”；《德国民法典》则是古典罗马法和德意志法律传统相结合的产物，它“既非罗马式的也非土耳其式的，它是学说汇纂式的”，“起草者既避免了《普鲁士普通邦法》的冗赘琐碎，又避免了《法国民法典》警句式的简洁”^①；而《瑞士民法典》又主要借鉴了《德国民法典》的立法体例，日本民法和旧中国民法亦复如此。这种吸收和借鉴的过程，实际上就是一个比较和取舍的过程，比较民法学就是在这一过程中产生和发展起来的。正如民法典的制定成为19世纪欧洲大陆法典编纂运动的主要标志一样，对民法的比较研究也成为比较法学兴起的先驱和主流，自19世纪开始，比较法学在民法、商法等领域最为流行^②。第二次世界大战以后，比较法学有了更大的发展，其研究范围也不断扩大，但私法的比较仍占据主导地位（最有代表性的《国际比较法百科全书》就是以民商法为主要内容，当代比较法名著、茨威格特和克茨所著《比较法导论》亦以各国民法典及合同法、侵权法等为主要研究对象。

但是，直到现在，对于比较民法的研究对象和范围，国际上尚无定论，国内法学界也未就此问题开展过深入的讨论或取得统一的认识。而这一问题的解决，对于确立比较民法的科学体系，又是十分必要的。

比较法既以不同国家或地区的法律为研究对象，比较民法当然也是以不同国家或地区的民法为研究对象的，这是不言而喻的。但要确定比较民法的研究范围，则需要探究“民法”的内涵。依笔者所见，“民法”一词主要有以下几种含义：一指民法典，又称形式意义上的民法，以法国式（罗马《法学阶梯》式）

① 格伦顿等著，米健等译：《比较法律传统》，北京：中国政法大学出版社1993年1月版，第25页。

② 沈宗灵：《比较法总论》，北京：北京大学出版社1987年11月版，第23页。

和德国式（罗马《学说汇纂》式）为经典模式，此为狭义的民法；一指大陆法系国家和“社会主义法系”国家法律体系中调整社会普通成员之间财产关系和人身关系的实体部门法（法律规范体系），此为广义的民法，又称实质意义上的民法；一指世界各国（不同法系国家）调整普通社会成员之间财产关系和人身关系的法律规范系统，此为最广义的民法，亦可称为超法系意义上的民法——因为民法向来被视为大陆法系文化的特有术语。比较民法以上述第一、二层面上的“民法”为研究对象，即对大陆法系和“社会主义法系”国家的民法典乃至作为实体部门法的民法进行比较研究，应无分歧；而将英美法系中的相关亚部门法（如合伙法、财产法、合同法、侵权行为法、继承法等）纳入比较民法的研究范围，则未必能够得到普遍认同。可能提出的问题是：大陆法系和“社会主义法系”的民法与英美法系的法律之间是否具有可比性？这一问题又包括两个方面：一是由于历史的原因，英美法系国家并不存在与大陆法系国家的“民法”相匹配的实体部门法，也不存在大陆法系国家固有的民法理念与传统，故二者的可比性不无疑问；二是不同社会制度国家的法律（民法）之间的可比性问题。否认者的主要论据是，只有在同一性质的事物之间才可能进行比较，不同阶级本质的法律缺乏可比的基础。

我们认为，无论在不同法律传统国家的法律之间，还是在不同社会制度的法律之间，开展比较研究都是可行的，民法也不例外。根据现代比较法权威理论，比较法所采取的研究方法是全方位、多层面的比较研究方法，既包括一般比较（将几个法律体系加以对比），也包括部门法律比较（对各个实在法体系的各部门法进行比较）；既包括对内比较（对同样社会性质的法律进行比较），也包括对外比较（对不同社会制度的各种法律的比较）^①。

^① 伊雷姆·萨博：《比较法的各种理论问题》，载于《法学译丛》1983年第1期。

这就意味着，尽管在英美法系国家中不存在大陆法系国家所特有的民法传统，但这并不妨碍我们对两大法系的“各个实在法体系的各部门法”（如合同法、侵权行为法）及其具体法律规则进行比较；尽管不同社会制度国家的民法之间存在本质区别，但这并不影响我们对其立法体例以及具体制度和规则等“非本质的东西”加以比较。总之，不同法系、不同国家的法律（民法）之间是否具有可比性，关键要看在这些国家“是否发生同样的生活情况并且都受法律调节”，如果这一条件具备，就可以对有关同样生活情况的两种法律加以比较，并确定它们的同异，而不论其属何法系和社会制度。因此，我们可以肯定地说，比较民法的研究范围不仅应包括大陆法系和“社会主义法系”国家的民法制度，也应包括英美法系国家法律体系中调整同一类社会关系的亚部门法律规则。

这里需要讨论的是，随着原苏联和东欧社会主义国家的解体和演变，“社会主义阵营”已不复存在，这就带来了“社会主义法系”是否继续存在及“社会主义民法”是否仍是比较民法研究中的一个参照系（即一般比较的对象）的问题。对此，我们的看法是：其一，“社会主义法系”和“社会主义民法”尽管失去了群体意义，但它们至少作为民法文化的历史形态存在过，因此，将其纳入比较民法的研究范围仍有必要（其理由与罗马法被当作比较民法的重要研究对象相同）。其二，“社会主义法系”是否存在姑且不论，但社会主义性质的民法仍然存在则是不容置疑的事实（中华人民共和国民法即其一例）。既然是客观存在的，理所当然就应当列入比较民法的研究范围。其三，原苏联及东欧国家民法对新中国民法有着深广的影响，在它们之间作“内部比较”，对认识中国民法不无现实意义。

另需指出，在国际交往与合作日益发展的今天，比较民法的研究范围已不能局限于不同国家或地区的国内法，而应扩展到国际立法（国际统一私法）领域。国际统一私法的渊源非常广泛，

例如国际条约、一般法律原则、国际组织的文件、国际贸易惯例、国际标准合同、国际法院判决，等等。比较民法之所以将其列为比较研究对象，乃是因为它们在很大程度上反映了各国民商法的普遍实践，并且正日益成为各国法律的重要渊源，离开这个参照系，比较民法的研究内容是难以称得上全面和周密的。

(二)

尽管比较民法的研究范围是跨法系和跨所有制的，但当我们为比较民法构建理论体系时，却不可避免地要受到自身法律传统和法学理念的影响。对比较民法的体系结构，大陆法系学者与英美法系学者可能作出迥然不同的安排。我们认为，既然民法是大陆法系和原“社会主义法系”国家特有的实体部门法，比较民法就应当以上述两大法系的民事立法和民法理论体系为主要参照对象，以确立自己的理论体系。

众所周知，民法作为一个法律部门或一种法律文化，是由罗马私法发展而来的。近代各国的民法理论和民事立法，在体系结构上都不同程度地受罗马私法的影响，并因其继受源的不同而形成《法学阶梯》式和《学说汇纂》式两种理论和立法体系（前者以《法国民法典》为代表，后者以《德国民法典》为典型）。上述二者各具特色（前者简明实用，后者严谨缜密），难分优劣，但从总体上说，《德国民法典》所采用的“潘德克顿”体系代表了更高的学术成就，体现了更精湛的立法技术，因而成为 20 世纪民法典的样板，既为众多私有制国家（如奥地利、意大利、希腊、瑞士、日本、泰国）所仿效，也是《苏俄民法典》的主要借鉴对象，并且通过前苏联渗入新中国的民法理论和民事立法中，成为我国法律界广泛认同的民法理论体系和法典编纂模式。因此我们认为，比较民法也应参照此种模式构建自己的理论体系，以便与现代各国占主导地位的民法理论和实践保持基本一致。基于

这种考虑，我们可以对比较民法的基本理论体系和内容作如下安排：

1. 比较民法总论。主要研究民法的概念和地位、民法的渊源和立法模式、民法的基本理念和原则以及民法的基本范畴。对民法基本范畴的比较研究，其内容主要包括：（1）民事权利和民事义务。研究民事权利和民事义务的概念、分类、民事权利的取得和消灭、民事权利的行使和保护及民事责任的概念。（2）权利主体（人）与人格权。研究自然人的民事权利能力和民事行为能力、监护与信托、宣告失踪与宣告死亡、法人的本质和类型、法人的能力、法人的设立和终止及自然人、法人的人格权。（3）法律行为。研究法律行为的概念和类型、法律行为的成立和生效要件及意思表示理论。（4）代理。研究代理的概念和本质、代理的类型、代理的要件、有权代理、表见代理。（5）时效。研究时效制度的立法体例、取得时效、消灭时效。

2. 比较物权法。主要内容应包括：（1）对物权法一般问题的比较研究，如物权的概念和效力、物权的立法原则、物权的客体、物权的法定形态、物权的变动、物权的民法保护等；（2）对各种物权形态的比较研究，包括所有权、地上权、地役权、抵押权、留置权等；（3）对占有制度的比较研究，包括占有的概念和要件、占有的取得、占有效力、占有的保护等。

3. 比较债法。主要内容应包括以下三个方面：（1）债法的一般问题。如债的概念和分类，债的发生、变更和消灭及债的担保。（2）合同之债。研究合同的概念和种类、合同的订立和履行、合同的变更、合同的解除及违反合同的法律救济等。（3）非合同之债。研究侵权行为的概念和种类、侵权归责原则与责任抗辩、侵权责任形式及不当得利、无因管理的概念、要件和效力。

4. 比较亲属法。其内容涉及以下几个方面：（1）婚姻法。研究结婚和离婚的若干基本法律问题。（2）亲子法。研究亲属的概念和种类、亲系和亲等、婚生子女与非婚生子女及亲权、抚养

等法律问题。(3) 收养法。研究收养的概念和类型、收养的成立、收养的效力及收养的终止等问题。(4) 监护法。研究监护的概念和制度沿革及未成年人监护和成年人监护的若干问题。

5. 比较继承法。研究继承制度的历史形态、继承权的取得和丧失及法定继承、遗嘱继承和遗产处理等法律问题。

(三)

民法在世界各国法律体系中的地位, 决定了比较民法的地位。民法因为“以法律形式表现了社会的经济生活条件”(恩格斯语)而成为市民社会的基本法(其古称即为市民法)。当今世界各国, 尽管社会制度和意识形态不尽相同, 但无不以商品生产和交换为社会经济生活的基础, 因而都属市民社会, 必然把民法作为本国法律体系的支柱, 这首先就使得各国部门法意义上的民法具有极广泛的可比性。更重要的是, 民法(只有民法)因为表现了商品生产和交换的一般条件, 故而成为市场经济社会的基本法。民法的这一地位, 至少带来以下两方面后果: 一是世界各国为了完善其本国市场经济体系, 促进本国经济的发展, 无不把完善本国民商法作为法制建设的头等大事, 从而对了解、比较和借鉴其他国家和地区的民事立法和实践产生了迫切的需求; 二是世界各国为了共建国际市场, 实现共同利益, 必然要求在维护国家主权和民族根本利益的前提下, 最大限度地实现各国民事立法的协调、趋同和统一, 这个过程实际上就是对各国民法加以比较和整合的过程。在上述需求下, 比较民法的重要性也就不言自明了。

德国著名比较法学家茨威格特和克茨在论及比较的效用和目的时曾经指出, 比较法的主要目的, 正如所有的科学的主要目的, 是认识(Knowledge)。除此之外, 比较法还具有其他效用: 它能够消除那些浅薄的民族偏见, 能够帮助我们了解世界上

不同的社会和文化；它有助于发展中国的法律改革和完善；它对于各国自己的法律制度的发展，也发挥不可或缺的作用。不唯如此，比较法还有四种“特别的效用”^①。这里我们借鉴他们的某些观点，对开展比较民法研究的意义作一简略分析。

一是比较民法对中国民事立法的帮助。“全世界立法者现在已经认定，关于许多问题，如果不借助比较法——无论是进行全面的研究或就个别问题提供研究报告——就制定不出好的法律。”^②民法是商品经济社会的基本法，中国社会主义市场经济的发展，在很大程度上有赖于民事立法（包括国际私法）的完善。近年来，我国法律界已经深刻认识到，为了加强国内市场与国际市场的接轨进程，必须加速实现我国有关法律制度与国际立法的接近、协调或统一，民事立法尤其应当在保持中国社会主义特色的前提下，尽快实现与国际先进立法、通行惯例和普遍实践的靠拢或接轨。基于这一共识，对国际社会（发达国家和地区）调整市场经济立法（主要是民事立法）中的先进法律规则和立法技术的大胆借鉴和移植，早已列入我国立法机关的议事日程并已取得一定成效，同时也是现阶段我国法学研究的重点课题之一。毫无疑问，借鉴和移植绝不是盲目照搬某一国家或地区的某一部法律或某项规则，而必须以比较研究为基础和前奏，有比较才有鉴别，才能择其优者而采之。因此，比较民法的研究，就成为事关新时期我国民事立法的完善和社会主义市场经济建设健康发展的一项基础性和开创性工作。

二是比较民法对统一国际私法运动的贡献。关于狭义的国际私法（冲突法）与比较法的关系，茨威格特和克茨作了充分的肯定，认为它们是相互影响的，甚至指出，比较法对于国际私法的发展的确是不可或缺的，“以致当代国际私法的方法实质上是比

^① ^② 茨威格特、克茨：《比较法导论》，牛津大学出版社 1993 年英文版，第 15 页。

较法的方法”^①。不难看出，他们所指的国际私法（冲突法）与比较法的关系，主要是针对比较民法而言，因为只有民法与国际私法之间存在内在或实质上的联系。如果我们将国际私法的范围扩大到“统一实体法”领域，并将它与比较民法联系起来，则会进一步发现，二者之间存在着更加密切的联系。根据笔者的观点，随着社会需要的发展，不同国家和地区的法律晚近已出现“趋同化”倾向并将进一步发展，其突出表现之一就是国际统一私法运动的兴起及统一法源的不断增多，而比较法学（尤其是比较民法）的兴起和发展，对推动各国法律（尤其是私法）的趋同化是起了很大作用并将继续发挥作用的^②。在建立国际民商新秩序已成为各国共同愿望和不可逆转的历史潮流的今天，国际统一私法的地位和作用已日显重要，比较民法的意义也就不言而喻了。比较法固然是各国改善和创制法律的不可或缺的手段，但其更重要的目的和效用则在于通过比较不同法律体系的法律规则，揭示各个法律体系中的一般法律原则，以寻求法律规则的协调，实现不同国家和地区法律的一致或统一。值得强调的是，比较法的这一效用，在比较民法领域最能得到体现（或者说主要体现于民法或私法领域中），因为各国民法在基本特征和原则方面具有极大的共性，有更多的“共同语言”，这就为国际统一私法运动的发展提供了条件。

三是比较民法在法律教育和法学研究方面的重要性。邓小平同志指出，教育要面向现代化、面向世界、面向未来，指明了我国教育工作在新的历史时期的发展方向。就民法而言，一国法律教育和科研机构总是以讲授和研究本国民法制度及其理论和实践

① 茨威格特、克茨：《比较法导论》，牛津大学出版社1993年英文版，第5页。

② 参见李双元主编：《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》，武汉：武汉大学出版社1994年9月版，第1~2章。

为重点的。但这绝不意味着民法教学和研究仅以本国民法为限。“在这个地球上的社会日益变动不居的时代，如果大学和法学院这样做，那就令人吃惊地落后了。”^① 比较民法向法律院系学生提供了一些全新的信息，他们从中可以了解和尊重其他各国人民特有的民法文化，并且更好地理解本国的法律；比较民法可以引导法学研究人员进入本国民法以外的广阔领域，这些领域的知识和成果无疑将有助于他们深化对本国法律的了解和研究，从而为本国法制建设提供更科学、更可靠的理论指导；比较民法可以使学生 and 研究人员了解其他国家的独特民法理论和研究方法，从而完善知识结构，提高研究水平。实际上，自第二次世界大战结束以来，在西方国家的法律教育中，比较法学也已日益占有重要地位，在法国、瑞士等国的一些大学，还专门开设了关于私法的比较研究课程或比较私法研究班。国外法学界对民法（私法）的比较研究也极为重视，并已取得了丰硕成果（如匈牙利学者埃雾西所著《比较民法（私法）》即为一例）。近年来，随着改革开放和法制建设与法学研究的发展，在我国的一些法律院系和科研单位也设立了比较法研究机构和学术刊物（如中国政法大学比较法研究所及其《比较法研究》杂志），有的还开设了《比较民法》课程，涌现了一批专事比较法研究的学者和研究成果。他们的努力和贡献，为我国比较法学暨比较民法的发展打下了良好的基础，也必将推动我国法律教育和法学研究向国际先进水平发展。

四是比较民法对推行“一国两制”的积极意义。比较民法的真谛是对不同“法域”的民法进行比较研究，既包括对不同主权国家民法的比较（国际比较），也包括对同一主权国家中具有立法权的不同地区民法的比较（区际比较）。在我国，随着香港的回归，“一国两制”的设想成为现实，内地民法与香港同类立法

^① 茨威格特、克茨：《比较法导论》，牛津大学出版社 1993 年英文版，第 19 页。