

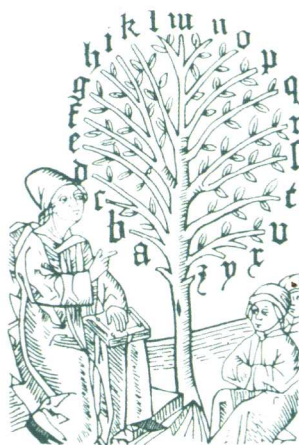
比较法

(修订译本)

[日] 大木雅夫 著

范愉 译

比較法



法学学术经典译丛

【熔铸经典之范
翔集正义之术】



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

比较法 (修订译本)

[日] 大木雅夫 著

范愉 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较法 / (日)大木雅夫著;范愉译. —北京:法律出版社,2006.12

ISBN 7-5036-6361-8

I. 比… II. ①大…②范… III. 比较法学 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 043130 号

© 法律出版社·中国

法学学术经典译丛

比较法

(日)大木雅夫 著
范愉 译

责任编辑 董彦斌
装帧设计 乔智炜

开本/ A5

版本/ 2006 年 12 月第 1 版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 12.5 字数/ 300 千

印次/ 2006 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6361-8/D·6078

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

黄侃先生曾经以“熔铸经典之范，翔集文史之术”概括《文心雕龙》的经典作品观。这是一个对既往的概括，也不妨视为指明一种方向。今天，作为法学人，我们一方面不免自满地听到法学被称为“显学”，另一方面，又不能不尴尬地看到法学还需不断补给的现实。与其“掩耳盗铃”或试图以“迅雷不及掩耳盗铃之势”（坊间笑语）地强大起来，不如踏踏实实的读点经典，更多地“熔铸”和“翔集”西学中的法学杰作。

法学学术经典译丛



法学学术

比较法

法理学(1-5卷)	庞德 著
政治哲学史(修订译本)	施特劳斯 克罗波西 主编
法律经济学导论	波兰斯基 著
当代主要法律体系	达维德 著
原始人的法(修订译本)	霍贝尔 著
法律的目的	耶林 著
德国刑法教科书(修订译本)	李斯特 著
比较法(修订译本)	大木雅夫 著
现代证明责任问题	普维庭 著
重点讲义民事诉讼法	高桥宏志 著
原始社会的犯罪与习俗 (修订译本)	马林诺夫斯基 著



法学学术经典译丛

中文版序

固有意义上的比较法乃是诞生于欧洲的一门科学,亦是一门年轻的科学。它起步于19世纪的最后一年1900年夏季藉巴黎举办万国博览会之机召开的第一次国际比较法大会,并以建立一门独立的学科为目标。比较法在20世纪开花结果,迄今在全世界范围已是盛况空前。尽管世界各国大学的法学教育依然是以国内法的解释学为主,但是,以“比较法研究”为题的著作和论文却已比比皆是,可谓汗牛充栋。相比之下,开设比较法的讲座、特别是作为正式课程而开设比较法基础理论课的大学则是寥寥无几。当前,这门20世纪的科学所处的现状是:虽然作为一门年轻的科学所常见的、围绕其本质问题的争论尚悬而未决,但其本身却已经广为流行。

然而对于比较法的发展而言,这种状况并不尽如人意。通常,科学都要经历一个摸索的阶段,在这一过程中,这门科学需要不断积累大量个别性知识,以便能够对应不同时间、地点和具体情况的要求。诚然,这种情

况可谓在所难免,但正如彷徨在没有路标的山中,有时不免会招致轻举妄动的意向,并招致;而且,杂乱无章的知识堆积绝不等于科学。不言而喻,脱离实际研究的基础理论是空洞的,而没有基础理论的实际研究,则不可能有光明的前途。

建构比较法基础理论的尝试,主要是在第二次世界大战结束后,以法国和德国为中心全力以赴地展开的。如果我们把耗费时间和财力的基础理论研究留待欧美的学者去完成,而直接专注于实际应用,或许不失为获得实利之捷径。然而,这样将永远无法脱离追随欧美之窠臼。因此,我们亦须义不容辞地承担起基础理论的研究。崭新的构想往往发端于基础研究,据此必将开拓出科学的新视野。但如果我们不首先对周围的基础理论进行知识积累,是不可能追根溯源(ad fontes)亲自将这些积累充分消化的。在这个意义上,这部《比较法》从欧美比较法学家之处获益匪浅。我之动机乃是“温故而知新”、“学于古训乃有获”;我所奉行的精神则是“始立学者必释奠于先圣先师”(见《礼记·文王世子》——译者注)。本书就是基于欧美比较法学家的教诲而写成的。它出版于1992年,时值我在上海华东政法学院讲授比较法课程之年。此后,世界上法的状况发生了剧烈的变化。一方面,我深感本书有修订之必要;另一方面,又为此心愿未果即出版中文版而感到惭愧不安。我以为,本书甚至难以称之为一颗麦种。然而,《左传》中闵子马所说“夫学,殖也”(见《左传·昭公十八年》——译者注)乃是我的希望。或许可以把本书视为才疏学浅者的一颗麦种,我将其播种于邻国,衷心希望邻国有志于比较法的朋友们将这颗种子培育繁衍,使其生生不息。

此外,虽然中国与日本自古以来被视为同文同种之国,本人却因不谙现代汉语而无法亲自翻译此书;在这个意义上,我深深地感谢付出辛勤劳动的翻译者。

日本上智大学教授
日本学术会议第二部长
大木雅夫

前 言

为世上奉献一部比较法原论教科书,是我多年的夙愿,因为我国迄今为止尚无这样的教科书。然而,当这一期望已付诸实现之际,我却越来越意识到还有一些根本性的问题尚未解决。

在德国,从19世纪初开始,教科书逐渐为大学教育所利用。目睹这一过程的哲学家费希特,曾提出了自己的疑问:教科书是否为大学教育所必需?如果有了教科书,学生在授课时间里是否会过分悠闲?而用功的学生即使预习教科书,但因为随后还要听课,恐怕也只会漫不经心地浏览一下而已。这样,最终学生们或许会一无所获地混到毕业。

费希特的疑问也正是我的疑问,而且,这个疑问对我而言至今仍未解决。我在30年的教学生涯中,始终没有教科书。无疑,诚然如此,授课效果未必一定不佳。不过,因为我国在教授资格的审查中未曾设置对教学方法的考试制度,所以,为了使授课达到清晰易懂,只能依靠教师本人对自己授课不

断反思和努力自我改善。我在这方面也作了一些努力。然而,努力总是有限度的。而且我深知,授课是一种教授独自演讲的教学形式,而从独自演讲到独善其身之间的距离往往只有一步之遥。

于是,我产生了编写教科书的愿望。但我决不能作那种不可靠的、道听途说的学问。正如星座王子所说:“不用心来观察,就不能很好洞察事物。”这样,至少必须为学生提供一种通过阅读来学习的手段。每个人的集中力都是有限的。我在德国留学时,曾听过茨威格特讲授的比较法课,一次45分钟,一周3次。欧美的大学授课式教学一般都是一个小时左右,而我国的授课则长达一个半小时到近两个小时。虽然朱子曰“精神一到何事不成”(朱子语录),但这种教导毕竟只是精神论而已,在考虑制度的问题时并无裨益。可以说,正是由于我国采用了这种看来不大合理的授课方式,教科书就显得尤为重要。

接踵而来的问题是,怎样才能写好教科书。但实际上,我的教科书的写作是在很久以后才开始着手的,几乎没有什么积累。1959年我在立教大学开设比较法课程伊始,因为在当时出版的两、三种原论著作中,从勒内·达维德的《比较民法原论》(René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1945)和《当代主要法律体系》(Les grands systèmes de droit contemporains, 1964)中受益匪浅,铭记在心,所以锐意翻译这些著作,并在此基础上写出了讲义稿。如果当时将其付诸印刷的话,我国比较法原论著作的问世就会提前许多,然而,那充其量只不过是模仿他人之物而已。

当意识到必须写出自己的东西时,我就不知不觉地步入了艰苦的历程。当时,我已经在聆听茨威格特教授授课时窥见到比较法的新世界。在着手把茨威格特教授和他当时的助手克茨教授共著的《比较法概论·原论》(Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Bd. I: Grundlagen, 1971)翻译成日文的日子里,我一方面为每天都在汲取新的知识而兴奋不已,但同时也日益为自己面对的巨大障碍而困扰。难

道我真的能写出自己的比较法著作吗?

有时,一个人的生活环境会发生不依自己意志决定的重大变化,从而改变他的生活。我生活中的重大的转机发生了。1970年我调到上智大学,在此开设了比较法课程。从1973年秋开始,我有机会继第一任比较法课程主讲者野田良之教授之后,担任东京大学比较法基本原理课程(1969年新设课程)主讲。在那时,我振奋精神重新改写了教案。

本书就是由那些讲义脱胎而成的,因此,我将其命名为《比较法讲义》。读者可能会时时处处感觉到它的讲义风格。无疑,我没有将其称之为“入门”,表明能为读者指引正确方向的自信;它也不是可称之为“概论”的那种包罗万象的东西,因为这不过是我的《比较法讲义》而已,所以我期待着有朝一日其他比较法教科书的问世,而不至于对后来者构成一种障碍。比较法不是像民法或刑法那样以法典为基本结构、从各种不同角度几乎穷尽所有法律问题进行详尽考察的学科分野,甚至不能说已形成了确定的体系。即使是像达维德、茨威格特和康斯坦丁内斯库那样代表性的比较法学家,他们的比较法教科书概论的写作方法中亦存在着显著的差别,而且微妙的差异几乎无处不在。总之,今后的一段时间,无论任何人要编写比较法教科书,恐怕都只能各自构筑自己的比较法体系。

此外,还有一些其他的困难。比较法(*droit comparé*)并非比较立法(*législation comparée*)。由于法是文化现象的一部分,所以很难脱离一般的文化来论述法。因此,有必要同时游览于文艺或宗教的世界。我的讲义一向有很多这类游览,现在亦如此。然而,游览虽然是愉快的,但决不是轻而易举的。这是因为,我确有一种愿望,希望不是把比较法仅仅构筑为比较法律制度论——诚如我国经常使用的用语那样,而是将其构筑为比较法文化论的缘故。

然而,这并非能够轻易实现的愿望。说到比较法文化论,恐怕必须深入研究民族性格学之类的东西,我也作过实际的尝试,结果发现我对

此无能为力。在选择这条道路之初,我曾想以茨威格特为榜样,把比较法构筑为法样式论。与法制度论相比较而言,法样式论以其追求法文化论的目标而明显区别于前者,而具体性则胜之一筹。

法样式论在本书执笔过程中带给我意想不到的余荫。法样式论的出发点是,根据世界上各种法秩序的样式将其分为若干个法圈。这种法样式不是“立法者大笔一挥”所能改变的。如果紧紧追随瞬息万变的世界以及法的世界。比较法学就几乎不可能建立。当然,也决不是说完全无视现实就更好些。本书执笔过程中国际形势发生了激变,在“重建”过程中,我不得不改写了一年前所写的有关苏联法的内容。1991年夏,前苏联保守派的政变失败后,我又不得不对书中某些文字表述作了微妙的修正。那一年岁末,在独联体成立之前苏联宣告解体,苏联的国名从此消失。然而,不能容许妄自断言社会主义国家的消亡已成定局,而只能根据事实来判断。幸而,我的比较法是法样式论,而样式并非急遽变化的东西。况且,社会主义是从19世纪以来、直至整个本世纪震撼世界的思想,社会主义法是在不久之前还支配着世界总人口的三分之一、现在仍然支配着中国等数亿人民的法,不可能断然将其一笔抹杀。对于这一投入了无数鲜血生命、经历了一百数十年的人类的伟大实验,必须以清醒的目光审视其全过程,对社会主义法的理想和现实作彻底的验证。社会主义法的样式依然有解释说明的价值,从样式论的观点出发,不但不应从本书中删除社会主义法的部分,反而应该把中国法包含在内加以详细论述才是。

由于本书是在受时间制约的讲义的基础上形成的,因而很多内容应写而未能写进。在地域方面,以中国法为首的亚洲各国法、伊斯兰法和印度法都被割爱。从我国法学研究的现阶段出发,这些只能留待日后再作了。在历史方面,本书未能详细论及20世纪。这是因为,本书主要在与法思想相关联的范围内论及比较法的历史;而本世纪虽然诸说林立,却并未产生堪与自然法和历史法学相匹敌的思想,故笔者有意识地对本

世纪末加详述。关于本世纪比较法的一般历史,目前只能参阅五十岚清的《比较法学的历史与理论》(一粒社,1977年)和野田良之的“日本比较法的发展与现状”(法学协会杂志 89 卷 10 号、90 卷 1 号,1972—1973 年)等著作了。在方法论方面,本书省略了不同体制之间的比较法。这是因为,我曾全力以赴专攻过这一问题〔著者曾著有《资本主义法与社会主义法》(有斐阁,1992 年)一书。——译者注〕,而现在正在探索一种不仅包括社会主义法,也能涵盖伊斯兰法和印度法的方法。

我相信在现实世界、特别是科学的世界里,不存在完美无缺或绝对的权威之类的东西。本书无论在体系上、还是实质内容上,都只是我未完成的讲义。这并不是说只能从第一章开始逐次读下去才能理解。尽管本书有意把大学高年级生和研究生作为对象,但大体上是为一般对比较法有兴趣的人而作,所以,关心法思想史的人不妨从第二章开始阅读;而需要对法律制度进行比较的人可以从第四章开始;如果想参考法学教育的情况则可直接阅读第七章。不过,如果读者能从始至终地阅读此书,我将感到不胜荣幸。

路漫漫其修远,前途亦遥遥无期。道路上常有一些里程碑,在这里人们习惯种下松树或朴树作为标志,而我就将本书作为我的里程碑。在此驻足回首,就会想起守望着比较法旅程的已逝的江川英文先生和末延三次先生。在此,我衷心感谢为数不少的比较法前辈、作为芳邻相交的各位外国学者以及忠实地听过我的讲义的无数的学生们。此外,我还要感谢鼓励我执笔本书、并持续等待十年,终于使其得以问世的东京大学出版会的羽岛和芳氏。

1992 年 1 月

著者谨记

目 录

中文版序 / 1

前言 / 1

第一章 序论 / 1

一、科学中天翻地覆的大变革 / 1

二、作为科学的法学的特殊性及其原因 / 3

1. 视野狭隘的学问 / 3

2. 原因 1: 法的变化落后于社会变化 / 4

3. 原因 2: 法律家的保守性与尊重先例 / 4

4. 原因 3: 从普遍法到国家法 / 9

三、比较法反对论与比较法的再生 / 13

第二章 比较法思想的历史发展 / 17

一、比较法学的起点 / 17

二、时代划分与历史记述的方法 / 19

三、比较法产生以前 / 21

II 比较法

四、自然法与比较法 / 26

1. 时代思潮 / 26
2. 近代自然法 / 29
3. 培根、格劳秀斯与莱布尼茨 / 30
4. 孟德斯鸠与维科 / 35

五、历史主义、民族主义、实证主义 / 39

1. 历史主义中的灵魂与个性 / 39
2. 萨维尼及历史法学派与比较法 / 42
3. 外国法制研究、普遍法史学、民族学法学 / 44

六、世界连带关系与比较法 / 51

1. 现代与世界连带关系 / 51
2. 共同法论 / 52
3. “世界主要法系论”与狭义的“比较法学” / 56

第三章 比较法的本质：概念、目的、功能 / 58

一、比较法的概念 / 58

1. “比较法”的多义性与本质论的重要性 / 58
2. 微观比较与宏观比较 / 61
3. 法律秩序中的规定性要素与可替代性要素 / 63
4. 定义之尝试 / 65

二、比较法的目的与功能 / 66

1. 理论目的 / 67
2. 实践目的 / 72

第四章 比较法的方法 / 79

一、方法论的重要性 / 79

二、对进行比较的法律秩序的选择 / 81

三、功能主义的原则 / 84

四、比较法的程序与评价 / 88

1. 对作为比较项的外国法律制度的认识 / 88

2. 比较——确定关联与认识异同 / 96

3. 评价 / 98

第五章 法圈论 / 102

一、各法律秩序的分类与法圈论的成立 / 102

二、法圈分类的标准 / 105

1. 法圈分类之例 / 105

2. 分类的相对性 / 106

3. 分类的多元性标准 / 109

三、法律秩序的历史发展 / 113

四、特殊的法学思想方法与法律观念 / 116

1. 与国民性的简单化对接 / 116

2. 大陆法与英美法 / 118

3. 远东与西方的法律观念 / 123

五、具有特征性的法律制度 / 126

六、法源及其解释方法 / 128

1. 法源的多样性与价值序列 / 128

2. 大陆法与普通法 / 132

七、意识形态方面的各种重要因素 / 136

1. 意识形态与法 / 136

2. 宗教法与世俗法 / 137

3. 社会主义法与资本主义法 / 139

八、法圈的分类 / 144

1. 各样式构成要素的比重 / 144

2. 法圈分类的试行方案 / 146

第六章 法典论 / 148

第一节 《法国民法典》与《德国民法典》 / 148

一、法典比较的意义 / 148

IV 比 较 法

二、《法国民法典》编纂中的历史情况 / 152

1. 成文法地区与习惯法地区 / 152
2. 习惯法的采录 / 156
3. 实务法律家阶层的兴起 / 160
4. 学说活动与王室法令 / 163
5. 革命立法——过渡时期法 / 165

三、《法国民法典》的编纂过程 / 167

四、《法国民法典》的精神与本质特征 / 172

1. 自然法法典 / 172
2. 习惯法与成文法的妥协 / 175
3. 文体、用语 / 178

五、《德国民法典》编纂中的历史情况 / 180

1. 罗马法的继受 / 180
2. 启蒙主义与理性法论 / 185
3. 历史法学派与潘德克顿法学派 / 189

六、《德国民法典》的编纂过程 / 192

七、《德国民法典》的精神与本质特征 / 198

1. 潘德克顿法学的法典化 / 198
2. 法律技术、文体、用语 / 200

第二节 苏联的民法典 / 204

一、马克思列宁主义的法律观念 / 204

二、俄罗斯法的传统 / 208

三、革命与1922年《苏俄民法典》 / 213

四、《民事立法纲要》与1964年《苏俄民法典》 / 219

五、《苏俄民法典》的精神和基本特征 / 225

1. 民法的社会主义化 / 225
2. 苏维埃民法的基本原则 / 226
3. 《民事立法纲要》及《苏俄民法典》的体系和内容 / 228
4. 概念、用语 / 230

六、重建与苏维埃民法 / 232

第三节 英美的法典 / 234

一、英美法源理论的新发展 / 234

二、普通法与大陆法的分道扬镳 / 236

三、法典化思想的展开与挫折 / 240

四、英国的法典起草方法 / 244

五、民法典、教科书、法学教育 / 247

六、美利坚合众国的法典 / 249

1. 美国继受普通法的特殊情况 / 249

2. 美国的法典 / 250

第七章 法律家论——法律秩序的创造者 / 256

第一节 法律秩序创造者的意义 / 256

第二节 法国和德国法律秩序的创造者 / 259

一、《法国民法典》与《德国民法典》的起草者 / 259

1. 《法国民法典》与律师 (avocat) / 259

2. 《法国民法典》编纂委员的出身与思想倾向 / 262

3. 《德国民法典》的起草委员会 / 264

二、教授与实务家——以判决书与教科书的撰写

方法为中心 / 266

1. 法国简洁的判决书与注释性教科书 / 266

2. 德国的体系性、批判性教科书与论文式判决书 / 270

三、法律家资质的形成 / 273

1. 法国的法学教育与多元化法律家培养制度 / 273

2. 德国的法学教育与一元化法律家培养制度 / 278

四、法律家之间的阶层分化 / 282

1. 法国的律师 / 282

2. 德国的大学教授 / 289

第三节 英美的法律家 / 299