



外国法学名著

Einführung in die Rechts- vergleichung

比较法总论 上

[德] 茨威格特 克茨 / 著

潘汉典 米健 高鸿钧 贺卫方 / 译

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



外国法学名著

**Einführung
in die
Rechts-
vergleichung**

比较法总论 上

[德] 茨威格特 克茨 / 著
潘汉典 米健 高鸿钧 贺卫方 / 译

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法总论 / (德) 茨威格特, (德) 克茨著; 潘汉典等译. —北京: 中国法制出版社, 2016. 5
(外国法学名著)

ISBN 978-7-5093-7561-7

I. ①比… II. ①茨… ②克… ③潘… III. ①比较法学—研究 IV. ①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 114591 号

北京市版权局著作权合同登记: 图字01-2015-7688号

策划编辑 袁笋冰 责任编辑 袁笋冰 赵 燕 封面设计 蒋 怡

比较法总论

著者 / (德) 茨威格特、克茨

译者 / 潘汉典

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次 / 2017 年 1 月第 1 版

印张 / 23 字数 / 512 千

2017 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7561-7

定价: 65.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66066627

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)



Die Eule der Minerva beginnt erst mit
der einbrechenden Dämmerung ihren Flug

志 谢

本书出版承蒙海因·克茨教授（Prof. Dr. Hein Kötz）
惠助，谨致谢意。

——中译者

翻译分工

潘汉典 第一、二、三、四、五、二十二、二十九、三十章
(据德文版)

米 健 第七、八、十一、十二、十三、十四章(据德文版)

高鸿钧 第十六、十七、十八、十九、二十章(据英文版)

贺卫方 第六、九、二十三、二十四、二十五、二十六、
二十七、二十八章(据英文版)

全书由潘汉典教授根据德文版并参照英、日文版校订。

凡 例

- 一、本译本以德文第二版（修订本）为底本，并取英、日两种译本互校。中文版版式亦参照德、英两种版本设计。
- 二、本书英文第二版较德文第二版（修订本）有所增补，据作者之一克茨教授致中译者函称，增补部分是经作者建议或同意而作，故中译本将增补文字依据英文版译出，文中不再一一注出。
- 三、本书中人名、地名、制度以及组织机构名称一般按标准译法或通行译法译出，必要时括注原文。
- 四、本书德、英两种文版均将征引和参考书目置于各章之首。为适应我国读者阅读习惯，中文版将书目移至章末。原文中“前列书”亦相应改称“后列书”（包括论文）。
- 五、为方便读者，征引和参考文献标题均译为中文（中文在前，外文在后）。唯译者难以一一查对原书，若干著作，未审内容，书名中译，未必尽妥，尚祈学界同仁匡正。
- 六、为便于核对，中文版将德文第二版原书页码排于切口空白处，文中六角括弧（〔 〕）或〔 〕以及索引中之页码均指原书页码。
- 七、本书中未译出之缩略语（多系书名或期刊名）请查看书后所附“缩略

语表”。

八、中译者酌加之少量译注置于页下，并注明系译者所注。

九、本书第十、十五、二十一凡三章以三种制度为例，分别阐述西方三大法系特色。德文第二版因其他各章内容增加，而出版篇幅不容超出第一版，故此三章仅存目录而略正文，中文版亦照此处理。

中译本第三版说明

作为法律人，运用比较法原理观察和分析世界法律文明的多种样态，不仅有助于认知和理解不同法系和不同国家的法律，而且有助于反思和改进本国的法律。在世界比较法领域，《比较法总论》一书堪称经典，被誉为“比较法研究的模式”、“罕见的成功之作”。本书中译本自问世以来，在中国法学界产生了广泛的影响。这里，我们决定以中文第三版的形式，将本书再次呈现给亲爱的读者。

此次引进为《比较法总论》原文第三版，中译本则分为上下两卷，上卷仍以先前参照德文第二版所译中文本为底本，下卷则依据德文第三版首次面向中国读者。本书上卷的最终出版，得益于四位译者的慷慨以及白晟老师的鼎力支持，谨致以最诚挚的谢意！

中国法制出版社

2017年1月

中译本再版说明

20 世纪 90 年代初，承蒙本书著者和出版者的慷慨授权以及著者之一克茨教授的惠助，我们翻译了这部比较法学名著。书稿译竣，我们几位年轻书生骑着破旧的自行车，背着一包厚厚的手写译稿，带着出版中译本的授权函和克茨教授一笔不菲的资助，风尘仆仆地往来于京城各家出版社之间。然而，时值中国文化和出版业的低潮期，我们纵然费尽口舌，出版社仍然要么婉言拒绝，要么提出天价的资助要求。最终，我们只好把出版的希望转向京外出版社。经杨建国先生的努力，他所在的贵州人民出版社承接了这部书稿。1992 年，本书中译本在几经周折之后，终于问世。

中译本出版后，遂受到了法学界的关注，产生了较好反响，成为比较法学界的一部必读之作，也广为法学其他学科的著述所参考和引用。但由于发行渠道等问题，读者很难购得这个译本。我们把读者的要求反馈给出版者，并建议调整发行渠道、重印和再版，但交涉未果。在此期间，一些出版社表达了希望再版本书中译本的意愿，由于各种原因，这项工作一拖再拖，耽搁下来。于是，十年来，本书几乎称为中国法学界特别是比较法学界的一种“稀缺资源”。对此，译者同期盼本书再版的读者一样深怀遗憾。

为了弥补这一缺憾，我们开始另寻途径再版本书的中译本。法律出版社欣然承接了这项工作。再版中，我们对原译本未做大的改动，只做了局

部修改、润色。应该说明的是，本书原著已有第三版问世，但中译本未据新版进行修改。重要原因之一是新版中本卷变动不大，其中最明显的变动是删除了“社会主义法系”部分。我们以为，社会主义法系在 20 世纪曾经产生了广泛而深远的影响，它已经成为一种法律传统，且这种传统尚未终结。既然从法律传统的角度，印度法、伊斯兰法和所谓的“远东法系”都仍可构成一个独立部分，那么，社会主义法系也有理由成为一个独立的部分。同时，原著第二版中，这个部分阐述了社会主义法系的基本内容和主要特点，也反映了作者的基本立场和观点，无论是作为一种比较法学的知识积累，还是作为学术研究成果的存录，都有其存在价值。因此，我们保留了原著第二版的结构和内容。对此，我们征求过作者克茨教授本人的意见，他同意我们的处理方式。

本书再版过程中，中国政法大学的硕士研究生韩光明、傅广宇、邓瑶萍对全部文稿重新在文字上做了校读，纠正了原书中的一些排版印刷错误，最后由米健对全部校订做了审阅。在此，我们对三位同学的惠助深表感谢。当然，译文中的错误，概由译者负责。

十年来，中国社会发生了巨大变化，我们译者的情况也发生了重大变化，除了年龄的自然增长之外，有的工作地点也有所变更，辗转到了北京大学和清华大学。无论在哪里，我们都希望本书新版一路好运，对中国比较法学乃至全部法学的发展有所裨益。新版付梓之日，我们再次感谢克茨教授，感谢法律出版社贾京平社长和黄闽总编慨然承诺，也感谢所有对本书的出版付出过辛勤劳动的同仁。

中译者

2002 年 12 月

中译者序

现在献给读者的《比较法总论》是当代西方比较法学名著之一。著者之一茨威格特教授,1911年生于波森,早年在法国格勒诺布尔,英国伦敦,西班牙巴塞罗那,德国柏林、哥廷根等大学学习,获法学博士学位。1937年在德国威廉外国私法和国际私法研究所任研究员(该所后改称马克斯·普郎克外国私法和国际私法研究所)。二战末期,任蒂宾根大学法学教授,后兼任联邦宪法法院法官(1951—1956年),汉堡大学法学教授,马普外国私法和国际私法研究所所长(1963—1979年),还历任比较法国际委员会理事,国际法律科学协会主席(1964),马普科学促进协会副主席(1967—1978年)。茨威格特毕生从事比较法的研究与教育,并在国际范围组织东西方各国法学者从事比较法研究,担任著名的《国际比较法百科全书》主编,此书17卷于1971年开始陆续出版。另一著者克茨教授,1935年生于施奈德米尔,法学博士。1963年美国密歇根大学比较法硕士。1960年即在上述马普研究所从事研究工作,1970—1971年冬在汉堡大学取得教授资格,旋任康斯坦兹大学法学教授。现任汉堡大学教授,是继茨威格特之后,兼任马普外国私法和国际私法研究所的所长之一。

茨威格特及其高足和合作者克茨二人,曾分别作为美国哥伦比亚大学法学院派克外国法和比较法学院、芝加哥大学访问教授从事比较法研究工作。最后合著《比较法概论》第二卷《制度论》(Bd. II Institutionen)首

先在 1969 年问世，第一卷《总论》即本书随后于 1971 年初版。本书问世后迅即获得欧美各国及日本法学界好评。法国比较法学家勒内·达维德（Rene David）誉之为“比较法研究的模式”（des modèles pour les études comparativ'es）。维尔纳·洛伦茨（Wener Lorenz）赞扬其培养对固定的教条抱有“健全的怀疑精神”（ein gesunde skepsis）。还有学者称其为“罕见的成功之作”（ein selten gelungenes Buch Günter Beitzke）。英国牛津大学三一学院威尔（Tony Weir，本书英译者）认为，此书“在英语中，是一部没有一本同类著作能达到同类水平的极优秀之作”（见 1977 年英译本序）。本书在日本面世后，日本比较法律文化学者野田良之教授等竞相撰文介绍；比较法教授五十岚清认为，此书“甚至对我国（日本）研究者亦是不可缺少的文献”（日本《比较法研究》第 31 号，1970 年第 22 页）。在此书日译本《比较法概论·原论》出版后，五十岚清更是专文评介，称其为“现代世界领导的比较法学者”之作，并对大木雅夫教授译著表示感激与赞赏（日本《民商法杂志》第 71 卷第 5 号，1975 年 2 月）。笔者在 1984 年承日本东京大学邀请赴日进行学术交流，获识东京大学比较法教授大木雅夫，据告，日本若干大学和大学院（研究生院）亦以该书作为教材。由上可见，此书在当代东西方各国享有崇高声誉。

70 年代末期，笔者在中国社会科学院法学研究所主编《法学译丛》，为比较法学在我国新生鸣锣开道，曾陆续将达维德及茨威格特与克茨此书篇章拙译介绍于我国法学界。其后自 80 年代初，中国政法大学研究生院、中国人民大学研究生班及广州大学等院校开设比较法总论课程，笔者应聘教授此课，曾指定此书作为主要参考资料之一。学术交往中了解到，学界以未能获读本书中译全书为憾。

1990 年 5 月克茨教授访问北京，莅临中国政法大学比较法研究所，共

同探讨比较法学研究与教育及交流问题，克茨教授获悉其《总论》数章已于80年代初介绍于中国法学界，深为赞赏。在座比较法研究所讲师新秀，自告奋勇，咸愿分任译事，推笔者牵头合译以总其成。克茨教授闻之欣然即授予全书中译权（随后由两著者及德国原出版社正式来函授权）。克茨教授并即席慨允赞助出版，为中德法学交流作出积极贡献，其情可感可佩。

回顾20世纪40年代中国比较法学院，除中国法律课程外，开设外国与比较法课程达十余门。20世纪50年代院校调整后裁撤，时隔约四十年后的今天，大学研究生院纷纷重新开设“比较法总论”课程。50年代中，倪征教授——原东吴法学院比较法学院教授及法律系主任——即向北京法学界恳切呼吁挽救比较法学课程，以应国家需要，距今亦已二三十年，终于开始实现。这是值得庆幸的事情。特别应当注意的是：比较法学在80年代以后中国法学领域作为一个新开设的学科，它具有特殊的时代使命。这是我国深化改革和开放政策的迫切需要，特别是在经济发展中同国际接轨的法律问题——首先是有关经济的立法问题，将成为比较法研究的重要任务；同样重要的是，根据“一国两制”的构想，在我国社会主义法律体系之外，将出现分别属于大陆法系的我国台湾地区法、澳门特别行政区法和普通法系的香港特别行政区法等三个地区不同的资本主义法律体系。这势将产生法律冲突的协调问题，而此问题攸关国家统一。这也是我国比较法研究的又一重要的新课题。……因此，我国当代比较法研究的意义不同于历史各个时期，不仅具有一般学术意义：促进法学繁荣，提高理论认识，且在实践上具有异常重大的政治意义。但是，我们的比较法研究和教育的水平同面临的重任是极不相称的。这就要求我们加紧吸收世界各国比较法学的优秀成果，批判继承人类的文化遗产，为我们的比较法研究与教育和中国社会主义法学建设借鉴。茨威格特和克茨合著《总论》，是著名的西

方当代比较法研究体系性概论的最新成果，对于我们开展比较法研究的基础理论和方法论，以及了解当代世界主要法律体系及其特殊法律制度的宏观比较，无疑是有其开创性、富有启发性和参考价值的。

著者为西方比较法权威学者，其观点和我国学者不可能划一。但著者是其所是，非其所非，探索真理，不限于国界，不为狭隘民族主义所囿，这是体现在本书各处的基本态度。如著者对作为德国法系代表的著名德国民法典的保守性及其立法技术繁琐性的指摘，尤其对德国概念法学、教条主义流毒至今的严肃批判，对法国民法典的立法的评论殊多赞扬，都可见其态度之一斑。相比较来看，英国约翰·福蒂斯近爵士（Sir. John Fortescue）撰述《英国法赞美论》和《英国政制：英国与法国制度比较》，以颂扬本国法规为能事。两者学术思想品位高下自见，其著述成果优劣之分自不待言。

著者尝征引德国法学者耶林（R. Von Jhering）之言曰：“外国法律制度的接受问题并不是一个‘国格’（Nationalität）问题，而是一个单纯的适合使用（Zweckmasskeit）和需要的问题……只有傻子才会因为金鸡纳树皮不是在他自己的菜园里生长出来的为其理由而拒绝接受。”（耶林：《罗马法的精神》第一编，第9版，1955年，第8页以下。《总论》德文版第18页）。此一比较法的基本观点，同我国近代比较法学先驱沈家本的观点正合。沈家本以年逾花甲的高龄修订律例，仍勇猛精进，倡言“参考古今，博稽中外”，“择善而从”；力戒：“……我法之不善者当去之，当去而不去，是之为悖！彼法之善者当取之，当取而不取，是之为愚！”又云：“古今之见又何必存哉。”（《沈寄先生遗书》、《寄文存》卷六）。东西法学家高瞻远瞩，所见如出一辙，可为当世各国借鉴外国法的指南针。

著者本著作，有继承拉贝尔（Rabel）创建的比较法学派并加以发展的

功能比较法，为比较法研究开辟新领域；有批判继承各国比较法学者关于法系论的成果并加以创新的“法系样式论”等创见，东西方法学者反映强烈，笔者另文评述，于此不赘。但有两点，作为一个中国比较法学者不能不略陈所见：

其一，关于世界法系分类，其中有所谓远东法（包括中国法和日本法在内），此种分类为法国达维德教授首倡，本书亦采用“远东法”分类。从法学理论及两国法律现代化的历史发展与现实深入考察来看，“远东法”说不免流于片面，殊欠妥洽。笔者曾与日本比较法同道大木雅夫教授（现任日本比较法学会会长）论及此问题，大木教授亦赞同鄙见，以中日两国现代法分属两个法系为是。

其二，东西方各国学者关于比较法史著述，自胡格（Hug）的著名论文《比较法史》发表以来，论比较法的起源，普遍溯及罗马、希腊。不仅西方多数著述如此，甚至（前苏联）吉列教授的《社会主义比较法学》专著亦沿袭法国比较法学者马塞尔（Marcel）的希腊、罗马起源说。至于中国比较法起源早在战国时代以魏文侯师李悝撰《法经》六篇为其滥觞；而中国近代比较法的发展，自沈家本主持修订律例比较立法开始，迨民国初年，比较法学会的创立、中国比较法学院（即东吴大学法学院的别名）的设立，除中国法课程外，同时开设外国法比较法共十余门普通法和大陆法各部门法课程；如此等等，关于中国比较法发展，西方著作大多缺如，我国法学者于此亦往往忽视。为填补世界比较法学发展史关于中国比较法历史的缺页，我国学者责无旁贷。

以上仅略述本比较法学名著有待商榷的一二问题。至于对全书深入研讨，当再专文为之。

最后，有不能已于言者，际此学术专门著译出版不易之时，贵州人民

出版社致力于促进学术发展与国际学术交流，不计困难，积极承担此一当代比较法学名著中译出版重任；尤其是此书责任编辑杨建国同志，远道来京约稿，审编校订不计繁琐，认真负责，力求此书尽善尽美出版；笔者于此谨致衷心感谢。

至于此书译文，虽经笔者审校，颇费斟酌，反复修改，但仍未尽惬意。错误之处，敬请读者诸君不吝指正。

潘汉典

于中国政法大学比较法研究所

1992年12月5日，1993年4月20日订