

學術著作 大專用書

當代主要法律體系

漆竹生 譯



五南圖書出版公司印行

學 術 著 作

當代主要法律體系

漆竹生 譯

五南圖書出版公司 印行

ISBN 957-11-0184-2

出版聲明

本書業經作者暨原出版機構同意，授權本公司在臺合法印行。若有侵害本書權益者，本公司當依法追究之。特此聲明。

當代主要法律體系

中華民國 79 年 9 月初版

譯者 漆 竹 生

發行人 楊 榮 川

發行所 **五南圖書出版公司**

局版臺業字第 0598 號

臺北市銅山街 1 號

電話：3916542

郵政劃撥：0106895-3

印刷所 茂榮印刷事業有限公司

板橋市雙十路 2 段 46 巷 22 弄 11 號

電話：2513529

基本定價： 9 元

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

比較法學和達維德的 《當代主要法律體系》——中譯本序

勒內·達維德 (René David) 是當代法國著名的比較法學家，1906年1月出生於法國巴黎。1928年巴黎大學法學博士。1935年英國劍橋大學哲學博士。1929至1976年先後任法國格勒諾布爾、巴黎、埃克斯—馬賽等大學法律系教授，1930至1933年任羅馬私法劃一化國際研究所副秘書長，1954至1958年先後受命起草埃塞俄比亞民法典與盧旺達民法典，1966至1970年曾以法國代表團團長身分出席聯合國國際商法委員會會議，1950至1962年間曾先後任哥倫比亞、耶魯、慕尼黑、德黑蘭等七所大學客座教授，獲愛丁堡、布魯塞爾、渥太華、巴塞爾、赫爾辛基、佛羅倫薩等大學名譽博士學位，並擔任倫敦律師協會 (Middle Temple Inn) 名譽主管委員。平生著述豐富，以法語發表的有：《比較民法原論》(Traité élémentaire de droit civil comparé, 1950)，《當代主要法律體系》(Les grands systèmes de droit contemporains, 1964)，《英國契約法》(Les contracts en droit anglais, 1973)，《英國法》(Le droit anglais, 1975)等；以英語發表的有：《世界法律體系：它們的比較和統一》(The legal systems of the world: their comparison and unification)，此書被編入《國際比較法學全書》(International Encyclopedia of Comparative Law) 十七卷中的第二冊，《英國法和法國法》(English Law and French Law, 1980)等；與其他學者合著的有：

《英國私法研究導論》(Introduction a l'étude du droit privé de l'Angleterre, 1949), 《蘇維埃法》(Le droit soviétique, 2 vol. 1954), 《法國法》(Le droit français, 1960) 等。後兩書被編入《當代法律體系》叢書中。在達維德的許多著作中,《當代主要法律體系》一書,被西方法學家們稱讚為當代比較法學的權威著作,曾被譯成德、英、西、芬、匈、意、葡、俄八國文字,原書於1964年出版,至1982年已經八版。達維德教授在退休後,於1981和1982年兩年間先後發表《國際貿易中的仲裁程序》(L'Arbitrage dans le commerce international)、《一個比較法學家的成長》(Les avatars d'un comparatiste)(該書敘述作者的生平及其學術觀點)。此外,還重新編訂了他以前用法、英、德、意等國文字發表的論文叢刊。達維德教授的一生學術著作大致如此。

比較法學派是十九世紀下半期形成的流派,它的出現是與當時世界經濟發展的形勢相適應的。當時先進的資本主義國家將它們的觸角伸展到整個世界,把一些經濟落後的國家和地區作為其投資場所、商品市場和原料產地。這種國際金融、商品貿易關係的發展,使得一些所謂文明國家的法律體系與落後國家的法律體系發生接觸,因而使這些國家彼此間有必要相互瞭解對方的法律。其次,落後國家都力求變法圖強、仿效拿破崙法典來編纂本國的法典。再次,國際貿易、財產和人事關係日益複雜,導致不同國家在法律規定上發生衝突。在這種情勢下,比較法學就應運而生。

1831年,法蘭西學院首先開設「比較立法及其哲學史」講座;1838年巴黎大學法學院又開設「比較刑法」講座,為比較法學奠定初步基礎。十九世紀三十年代的一批著作,對各國的民法和刑法進行了比較研究,對法律改革的要求促進了比較法學的發展。但比較法的真

正發展是在此後三十年間。

1863年拿破崙刑法典經過再次修改，提出新的刑法原則，在各國產生了巨大影響，工人們從此獲得了罷工權。1867年的《商業公司法》標誌「法國立法開始面向國際」。從此法國法學界開始擺脫註釋學派的影響，把他們從盲目崇拜拿破崙法典的束縛下解放出來，民法學者從講授民法典轉向講授民法學。1869年，法國在青年法學家的要求下，成立了法國比較法學會——法國最早的學術團體。他們要求瞭解外國法律，通過比較研究來推動法律的革新。同時，比較法經過初期的實踐階段，已具備了進行系統研究的條件。英國著名比較法學家哥德里奇（H. C. Gutteridge）指出：「法國比較法學會的成立，是現代比較法研究的開端。」一百多年來，比較法學會的學術活動，對國際比較法的發展作出了重要的貢獻。埃斯曼（Adhémar Esmein）在其名著《法國和比較憲法基本原理》一書中，要求公法學者系統地採用比較方法。當時，比較法已從開始創建的階段，進入到確立其在制定法律過程中所處地位的階段，進入到研究法學各部門學科的微觀比較階段。

1900年在巴黎召開國際比較法大會，從此，比較法即成為「一門獨立的學科——比較法學」。這次大會討論了比較法的性質、目的和作用等問題，各國法學界對這些問題展開了熱烈的討論。他們肯定了比較法的目的是：「從各種法制中尋求共同基礎或近似點，以便從各種不同形式中找出世界法律生活的根本性質」；同時又肯定了「比較法對瞭解各國立法和完善法制的重要作用」。

這個時期，法國許多法學專著紛紛提倡比較法，使比較法的研究在法國風行一時。1900年薩累伊（R. Saleilles）發表了《比較法學的概念與目的》，隨後於1909年又發表了《比較法的法律職能》。郎

貝爾 (Ed. Lambert) 在1903年發表了《比較民法的職能》，隨後又發表了《法官的統治》一書，作者的論點是要美國聯邦法院對議會法案是否符合憲法的問題實行監督。第一次世界大戰後，他在里昂大學建立了世界第一所比較法研究所。里昂大學教授皮克 (Paul Pic) 在其《工業立法基本原理》的巨著中，對各國勞工法詳細進行比較研究。此後，比較法的內容和範圍逐步深入和擴大，從對具體法律內容的比較轉為對法制的比較，從對法國民法典和德國、瑞士等民法典的比較發展到對大陸法系和英美法系的比較。

自1900年第一次國際比較法大會召開以來，英、德、美、意、瑞士等國法學家們都紛紛進行比較法學的研究，發表大量的論著，使比較法學的研究日益廣泛而深入。

在國際上，國際聯盟和後來聯合國成立的專門機構——國際勞工局、國際法院、羅馬私法劃一化研究所、海牙比較法學院等機構，都大力提倡比較法。這一事實反映了各國法學者的一種傾向，即主張在各國法律體制研究中尋求共同點，並通過比較法學的建立，以協調各國立法。

在不同經濟制度的國家中，是否有其共同的法律原則，這個問題已由歷史事實作出了答覆。在社會主義國家和資本主義國家裏，都有某些共同的生活情況需要通過法律來調整。東歐的許多社會主義國家都曾多年沿用舊的西方資本主義國家法律，它顯然表明這些法律規定具有共同的原則。固然，同一法律規定在處於不同經濟形態的環境中，可以發生不同的作用。但是，儘管在經濟制度上有差異，仍然存在着一些共同的法律原則，這是無可否認的。

要對兩種類型的國家法律進行比較，其困難在於它們各自為不同的人民利益服務。但如果把這兩個法規的政治目的（即促進一定方向

的社會變革)和它們的職能(即所要調整的生活環節)予以分開時,只要這兩個法規的職能是同一的或相近的,其法規就是可以比較的。在兩種類型的國家裏發生同樣的生活情況並且為法規所支配時,那麼就可以對兩種不同類型的國家法規進行比較研究,諸如交通規則,以及關於買賣、租賃、借貸、承攬、委託等民事法規和關於婚姻制度的法規等等。比較研究的可能範圍是相當廣泛的,但是在每一具體事件中,必須注意檢查所比較的法規或制度在兩種社會裏是否具有同樣的職能。

澄清了兩種類型的法律進行比較問題後,社會主義法學家也很重視比較法的研究問題,但仍然否定建立「世界法」的任何方案。在兩次世界大戰間,蘇聯法學家開始參加國際比較法學大會活動,並在他們的著作中進行了比較研究。第二次大戰後,又出現了不少社會主義國家,使比較法在社會主義法律發展的情況下發生了變化。首先,在許多資本主義國家裏,資本集中化所造成的新的社會問題,引起人們對社會主義制度進行思考,對社會主義法律更為關注。其次,反法西斯的共同鬥爭、《聯合國憲章》的制訂和紐倫堡審判的案例,都有助於發展下列這樣一種看法,即在自由方面或社會法方面,某些法律概念的共通性儘管在適用上有所不同,但比較法的研究可以引起立法改革;最後,在兩種制度下的法學家之間的聯繫,促進他們進一步相互了解,而兩種不同制度的國家在新的經濟發展上也有瞭解對方法制的要求。因此,比較法就有了新的起點。首先在實踐上,是兩種制度下的法學家進行會談。會談,開始是試驗性的,以後發展成為有組織的。其次在研究上,多數社會主義國家都建立了比較法研究所。

達維德教授對世界法系進行宏觀比較的這本名著,對比較法學研究工作者來說,不失為一本必讀的綱要。其特點有四:

第一、作者不作國別立法的比較，而作包羅世界各大法系的比較。對初期羅馬日耳曼法系與英美普通法系進行比較，進而對現代社會主義法系與資本主義法系以及其他不同意識形態的法系進行比較。這就把比較法研究的範圍擴大了。

第二、本書着重於兩個成文法系（羅馬日耳曼法系和社會主義法系）的比較研究，其分量約占全書內容的一半。普通法系和其他法系又各占全書內容的四分之一，其敘述的着重點顯然可見。

第三、本書的研究方法採取以比較研究法為主，以歷史的、哲學的和分析的研究法為輔。

第四、達維德教授的思想實質是「世界法律統一主義」。他在為《國際比較法全書》所寫的《世界法系的比較和統一》一書中，以及在本書的引言中，都闡述了這種思想。他認為，比較只不過是一種手段，而「涉及國際的法律關係的法在國際上的統一，毫無疑問是我們時代的主要任務之一」。他主張通過各種方法，諸如訂立公約，採用標準契約或標準條款，以逐步改善國際的法律關係制度，實現法在國際上的一定程度的統一。

值茲加強法制建設之際，余本着開展比較法學研究的願望，曾函商達維德教授關於翻譯本書的問題，並已徵得同意。旋以宿疾發作，臥病東湖之濱半年。譯事甫告開端，而遷延未能竣事。獲悉漆竹生教授早已先余而迄譯本書，並已告成，喜不自勝。漆教授夙研法學有年，長於法語，其譯作之信達，素為同人所稱道。余既嘉其用功之勤，復羨其譯才之敏，為此謹綴數語。

盧乾東

1983年5月於武漢大學
法國問題研究所

譯 者 的 話

這是一本比較法學名著。據作者在1983年5月5日致譯者函中自稱，本書是他全部著作中最重要的一本，也是使他成為比較法學家的成名之作。

比較法學成為一門學科，只是近百餘年間事。自十九世紀起，國際交往日益頻繁，交往範圍日益擴大，歐亞非美，無遠弗屆，而交往內容往往涉及各種法律問題，各國亟需了解外國法制，於是各國法律的比較研究，逐漸成為法律工作者普遍的需要。時至今日，比較法學已經是各國大學法律系的一門重要課程。

本書在引言部分闡述比較法學的起源、發展及今天研究比較法學的意義。作者認為研究比較法學有三利：有利於法制史、法哲學與法的基礎理論的研究，有利於進一步認識與改善本國法，有利於國際諒解與合作，而在今天，第三點尤為重要。作者舉十六世紀英王亨利八世為例，為了培養英國駐歐洲大陸各國外交官，亨利八世專門開設了羅馬法講座，因為歐洲大陸各國法是以羅馬法為基礎的。十六世紀是這樣，今天的法國大學生亦即明天的國際協定與商約的法國談判者，同樣需要瞭解美國、蘇聯或中國的法律規定與思想方式。不僅如此，作者還談到在國際範圍內一定程度的法的劃一化在今天的世界上是需要的，而在明天的世界上將是必須的。為此目的所要進行的綜合與協調工作也不得不借助於比較法學。

作者也談到在現代各國法千差萬別的複雜情況下，一本頁數有限

的介紹當代主要法律體系的書該如何下筆。作者認為比較各國法，單純從具體條文的差異來觀察是表面的、膚淺的。關鍵在於考察根本的東西：各種概念、範疇、立法技術、解釋方法等，而所有這些又是同一一定的社會秩序觀念相聯繫的，法的實施方式甚至法的職能都決定於後者。立法者大筆一揮，條文就可修改或廢止，而這些根本的東西却不是他所能左右的，因為它們同一個國家的文明與思想方式密切聯繫着。所以，條文是應該熟悉的，但更重要的是要抓住據以制定這些條文的內在的、基本的、穩定的因素，正是這些因素，透過法律條文的一切變化，使一個國家的法具有其歷史連續性，也正是由於這些因素，法學才被視為科學。法律系學生所應學習、鑽研與掌握的，主要也是這些。

着眼於這些因素，世界各國法就可以歸納為數目有限的若干法律體系，或稱法系。這樣進行比較，就可以提綱挈領，條理分明。

作者認為全世界主要法系有三：一、羅馬日耳曼法系，二、普通法，三、社會主義各國法。社會主義各國指蘇聯與東歐、中歐各國；中國大陸雖是社會主義者，但從歷史和傳統看與蘇聯等國不同，故放在其他法系中進行論述。作者認為社會主義各國的法原來都屬於羅馬日耳曼法系，實際上是從後者衍生出來的，它們現在雖在很多方面不同於後者，但仍保有後者的某些特點。因此，作者在全書的編排中，把社會主義各國法緊接第一部分羅馬日耳曼法系，列為第二部分，而普通法列為第三部分。除此之外，其他法系即伊斯蘭法、印度法、遠東（中國與日本）法、非洲與馬達加斯加法等，論述比較簡略，統列為第四部分。

很顯然，作者為法國人，其論述的重點是西方各國法，但字裏行間，尚無明顯的西方第一思想。談到其他法系時，作者寫道：「在很

多人看來，似乎所有其他法系不過是些殘餘遺迹，隨着文明的進步，將來遲早要消亡。但是，這種觀點是頗為天真的優越感的產物，僅僅表達了一種假設，並不符合我們在當代世界上所能看到的實際狀況。……大家無疑都承認西方在技術上的優勢；至於籠統地說西方文明的優勢，那就衆說紛紜意見很不一致了。穆斯林世界、印度、遠東、非洲遠不曾毫無保留地贊同西方文明；它們在很大程度上仍然忠於一些概念……不考慮這個事實，就不可能做出有關當代世界法制的任何符合實際的概括。」又說：「尤其在亞洲有着為數極多的人民與不能被看成低於西方文明的各式文明……認為西方的思想方式是唯一有效的那種時代已經一去不復返了。……我們認為根本問題是要在進行研究時指出西方的思想方式在世界上的統治地位不是獨占的，也不是無爭議的。」

本書在翻譯過程中，承法國友人德·埃娜夫人與德·達馬雷先生提供原書最新版本，並查對拉丁語詞義多處，謹此表示衷心感謝。

徐基恩、畢東岳、周振華、束景哲、王雲雲五位在百忙中分別參加了本書第三、四部分少數章節與附錄一與二的翻譯工作；作者勒內·達維德教授遠在法國，已經退休，為中文版熱情作序；盧乾東教授在百忙中特為本書撰文作了介紹，謹此一併鳴謝。

譯文中錯誤與欠妥之處，歡迎讀者批評指正。

漆竹生

1983年8月13日

爲 中 譯 本 序

看到我這本書的中譯本出版，極為高興。我十分感謝中國的同行們，尤其漆竹生教授，是由於他們的倡議和關心，這部著作的翻譯才得以進行並終於完成，它肯定是很難的。

我畢生治比較法學，這本《當代主要法律體系》是我一生中的重要著作。從我治學之初起，我就已看到現代世界的情況迫切需要把社會科學領域的所有傳統看法作深刻的修正，因為科技方面實現了令人震驚的進步，現代世界各國比任何時候都更加相互依賴，休戚與共。

國際公法要求全面更新，以保證國家間的合作，不僅僅單純的共處而已。我們的良心再也不能對國家間的不平等心安理得，這種不平等較之一世紀以來我們竭盡全力在各國內部使之消滅的不平等更為令人反感。國際私法也不能繼續遷就那種違反一切理性的事態，即各國領導人可以不受限制，隨意決定他們對國際私法的看法。顯然，特別在這兩個領域，一個合理而公正的秩序只能通過國際合作來建立；而這樣的國際合作要求我們瞭解我們將與之建立這項合作的人的觀點、心理、主張，甚至成見。

除了在這些領域對別人的瞭解是合理發展的基本條件以外，時至今日，限制我們的視野，把我們的研究與興趣局限在今日已經打開缺口的昔日文化圈的界限之內，已經變成有點荒謬了。

十九世紀在西方我們據以建設社會的基本思想有二，我們曾認為它們符合我們的民主理想，適宜於實現更為完善的裁判：其一我們想

以法的思想為社會的基礎，以有別於被認為過於含混的公平的概念；其二我們主要地把法理解為國家範疇的現象。對這兩點現在有爭議。

國家法規過分增多，以致運用起來極為複雜困難，甚至無效。今天，超越這些法規，在很多領域我們有恢復往日的明智，贊同「人治」勝於法治的趨勢。後者固然能為我們的行為提供典範，但無法在一切場合給予我們明確的解決辦法。於是通過概括性詞句的形式，公平再度實行，這些概括性詞句告誡締結契約人善意行事，告誡個人勿犯錯誤，要求政府部門勿濫用權力；而法律經常授權法官對於所受理的案件給予他認為最公平的處理，同樣各契約締約人授權其仲裁人公平裁決。這樣我們就同中國接近了。在中國，禮儀、善意、正直的概念一向比強制與懲罰更受重視，和睦與調解的思想一向被認為應優於訴訟中的主觀權利思想。

我們覺得各國國內法同國際法一樣應該讓這些社會準則重放光芒。我們曾經是，現在仍然是遠東文明的基礎，這個事實就是支持它們的人的強有力的論據，足以駁斥那些有顧慮、把它們看成混亂與社會解體的因素的人。

另一方面，我在書中特別着力描述的法律體系——因為我曾經更有條件研究它們——能夠帶給中國什麼呢？在法的問題上並無真理可言，每個國家依照各自的傳統自定制度與規範是適當的。但傳統並非老一套的同義語，很多改進可以在別人已有的經驗中汲取源泉。我就是本着這種精神寫了這本書，它得以在中國同讀者見面使我特別感到幸福。

勒內·達維德

1983年5月5日

序 言

在各國大學法律系所進行的傳統式教育，今天看來需要有所補充。國家間的相互依存和全人類的休戚與共是當今世界上有目共睹、無可否認的事實。世界已經成為一個整體，我們再也不能與世隔絕，同生活在其他國家或地球上其他部份的人不相往來了。他們觀察問題和處理問題的方式，他們的富裕或貧困，都影響着我們的命運。像要求於政治家的一樣，現今的世界也要求經濟學家和法學家對於有關自己的一些問題，具有新的看法。

且不談學科研究上的種種考慮，實際生活的需要就要求我們關心外國的法制。人員、商品、資金的流動越來越趨向於不分國界。國際交往在各個領域中的重要性與年俱增。各國政府如果充滿成見，夜郎自大，而對情況又一無所知，就不能建立適應於那些交往的法律秩序。為了建立必不可少的國際協作，甚至為單純的共處考慮，我們也必須對外國法制有所瞭解。

近年來法國各大學法律系都開設了學習當代主要法律體系的入門課程（有時課程使用不明顯揭示其內容的其他名稱），本書獲得的成功就說明事關需要。1964年出版後，它已被譯成德、英、西、芬、匈、意、葡、俄八種文字。

從那時以來，重版七次，我躬與其事，書的編排及其主旨，都無變易，但先後對各章作了修改。

我已到退休年齡，無意再作馮婦，修訂新版。本書經歷了一個時

代，當務之急是使之現代化。我認為一位年事較輕的人會比我更能勝任。卡米耶·若弗爾斯皮諾西 (Camille Jauffret-Spinosi) 接受了這一任務，我高興而信任地把《當代主要法律體系》交給她，希望她將來完成的不止於修訂而已。

今天的比較法學不是也不應該是昨天的比較法學。對於今後各版中凡有助於推廣與普及這一方法的內容，我將由衷地喝采，我今天比任何時候更加認為，要刷新法學，這個方法是根本的。

勒內·達維德

我非常感謝勒內·達維德教授，他教導我學習比較法學，使我愛上了它，又把《當代主要法律體系》的今後發展工作托付給我。謹在此表達對他無限仰慕與深刻感激之情。

本書的修訂工作得以反映最新動態，全靠法國與外國諸比較法學家的專業水準，他們向我提供了寶貴的情報資料。在此特別要對 B. Audit, P. Bourel, H. Lazrov, M. Lesage, H. Mattila, H. Safai, A.-Sajo, T. Weir 表示感謝。

卡米耶·若弗爾-斯皮諾西

目 錄

比較法學和達維德的〈當代主要法律體系〉——中譯本序

譯者的話／為中譯本序／序言

引言	1
第一節 比較法	1
第二節 當代法的多樣性	16

第一部分 羅馬日耳曼法系

第一編 法系的歷史形成

第一章 習慣法時期	35
第一節 大學講授的普通法	39
第二節 各國法與地區法	46
第二章 成文法時期	61
第三章 歐洲以外的傳播	71

第二編 法的結構

第一章 分類與概念	79
第二章 法律規範的概念	93