



比较法的力量与弱点

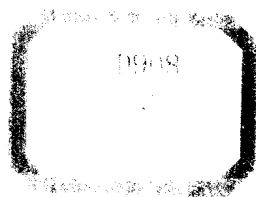
Macht und ohnmacht der Rechtsvergleichung

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

【德】伯恩哈德·格罗斯菲尔德/著

孙世彦 姚建宗 / 译

清华大学出版社



比较法的力量与弱点

Macht und ohnmacht der Rechtsvergleichung

比 较 法 学 丛 书

[德] 伯恩哈德·格罗斯菲尔德 著
孙世彦 姚建宗 译

清华大学出版社

(京)新登字 158 号

原 书 名: Macht und ohnmacht der Rechtsvergleichung

原书作者: Bernhard GroBfeld

Copyright © 1984 by J. C. B. Mohr (Paul siebeck) Tübingen

本书中文简体字版由清华大学出版社出版、发行。

未经出版者书面许可,不得以任何方式复制或抄袭本书内容。

北京市版权登记局合同登记号: 图字: 01-2001-2955

图书在版编目(CIP)数据

比较法的力量与弱点/(德)格罗斯菲尔德著;孙世彦,姚建宗译.

—北京:清华大学出版社,2002

(比较法学丛书/高鸿钧,贺卫方主编)

ISBN 7-302-05906-3

I. 比… II. ①格…②孙…③姚… III. 比较法—研究 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 073863 号

出 版 者: 清华大学出版社(北京清华大学学研大厦,邮编 100084)

<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

责任编辑: 方 洁

版式设计: 刘 路

印 刷 者: 清华大学印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 850×1168 1/32 印张: 7.25 字数: 139 千字

版 次: 2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-05906-3/D·49

印 数: 0001~4000

定 价: 26.00 元

内 容 简 介

本书是德国著名比较法学家、图宾根大学和哥廷根大学法学教授伯恩哈德·格罗斯菲尔德(Bernhard Grossfeld)的代表作。内容涉及比较法与立法、司法、国内法、国际法的关系,还对文化与法律、地理与法律、语言与法律、宗教与法律做了经典论述。本书论见精辟,行文简洁,成为比较法领域具有国际影响的力作。

本书适合大专院校、科研机构的师生以及法律实务部门的工作人员,也适用于对法学特别是比较法学饶有兴趣和特别关注的一般读者。

“比较法学丛书”总序

初民社会,各族群独处一隅,几与外界隔绝,孤立中遂滋生某种自信,或称诩“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“惟我瀟馨”。后偶与外族接触,亦对“非我族类”,多投以白眼,甚至极尽嘲讽之能事,必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族,前者“男人奢侈”之放纵,令后者匪夷所思,后者“女人放荡”之纵容,使前者难以理解。同样,禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝,而奉守食人之俗者,对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮,互斥异端,互为排斥,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景,实多出于文化封闭,心理排外。

法,作为习俗结晶、文化符号之一种,其演进标志人类族群进化之轨迹:由隔离而接触,由孤立而群合,由独行而协作,由排斥而共存。然文化因族群而

比较法的力量与弱点

殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊贝壳放逐与古罗马陪审制,中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制;印度寡妇殉葬与西方领主初夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代漻主刑辅与伊斯兰教政教合一,美国三权分立与英国议会主权……凡此种种,或带有文化类型之印记,或标示族群生活之差异,或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知,由比较而显。各族法律,或貌合而神离,或形殊而神似。同名异物,存名实之辨;异名同物,厘表里之别。

比较法由是生焉。西有希腊先哲首开先河,中有战国法家初执牛耳。纵观古代,法之比较虽发轫早而源远流长,然仍显稚嫩。其零散而缺系统,偶然而非恒常,实用而欠学理,自发而无筹划,难于自成一体、独立一门。作为学术科目之比较法,实始于近代。西元十八世纪,法国孟德斯鸠氏,少习法律,壮则弃官,潜心法学,遍历奥、匈、意、德、荷诸国,考辨诸族习俗,比较古今法律,于风物人情中寻法意,由地理环境中探精神。氏所撰《法意》一书,为近代比

• 2 •

较法学奠基之作。其人颇具传奇色彩之阅历,后世传为佳话。迨至西元十九世纪,比较法学于英、法、德诸国蔚然成风,或设讲席以授业,或创专刊以传道,或建学会以交流。西元一九零零年,首届国际比较法大会开于巴黎,标志比较法学进入国际化阶段。然此阶段之比较法学,西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义,溢于言表。西人比较之意旨,多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”,形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后,种族偏见渐弱,然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来,比较法学著述之丰,前所未有;功用之广,遍布立法、司法;学理之通,惠及法学各科。

吾华夏民族,得盖农桑,泽被礼义,“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦,其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄,尊而滋傲,国人遂目比邻为蛮貊,视异族为夷狄,或夜郎自大、目空四海,或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹,有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异,以娱视听;道闻途说,以炫机巧。考其究竟,实多因古时山隔水阻,交通滞

比较法的力量与弱点

塞,言语不通,鲜有接触。故直至盛唐,国人眼中之“西天”不过印度,亦不足为怪。其时西人眼中的中国,亦如烟如雾,若迷若幻。

列强自西徂东,国门洞开,当务之急,救亡图存。始办洋务,复议变法,西学东渐,“夷津”汉译。五大臣赴洋考察,虽得欧法皮毛,犹存借鉴之诚;众学子负笈旅欧,任中西文化参差,亦竟比较之力。数十年间,西法如潮涌入,吾华夏几千年法统,竟成一曲挽歌!法学遂兴,然非汉家故物;比较因起,实多舶来新实。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会,相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪,为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业,其中影响较大者,当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》及李祖荫之《比较民法》,影响一代学人,至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》,虽未冠比较之名,实为比较法学之论坛也,其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时之长辈学人,忆及当年盛况,颇多感慨,其情其景,宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代,千山万水,不成障碍,黄种白种,弗为隔阻,孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分,互为仇讎;中西两立,几断音讯。当此之际,比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户,恍如隔世;再度开眼,宛若梦醒。今是昨非,议补天之计;劫余思生,虑长治之道。民主法治之论,遂成治道共识;自由人权之题,遽为时尚话语。法学园地,比较法学焕发新姿。廿年之间,硕果累累。译比较法学专著多种,其中影响较大者,为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部,其卷帙浩繁,实属空前,中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部,篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年,虽生性愚钝,初无建树,然夙怀为其勉效激力之愿。故联络学界同道,不避浅陋,新辑比较法学著译数部,缀成“比较法学丛书”。意在博稽古今,察鉴中外,为比较法学添枝加叶。清华大学出版社

比较法的力量与弱点

胡苏藏女士与方洁女士,为丛书策划出力,同道著译
诸君通力合作,编者深怀谢忱。

丛书付梓之日,赘言志之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

译 者 序

《比较法的力量与弱点》是当代德国著名法学家伯恩哈德·格罗斯菲尔德(Bernhard Grossfeld)教授的比较法研究专著。

伯恩哈德·格罗斯菲尔德教授 1933 年 12 月 30 日出生于德国巴特本特海姆。曾先后就学于德国弗莱堡大学法学院、汉堡大学法学院、明斯特大学法学院和美国耶鲁大学法学院。1961 年在德国明斯特大学获得法学博士学位,1963 年在美国耶鲁大学获得法学硕士学位。1965 年在德国图宾根大学开始教学生涯、任法学副教授,1966 年至 1973 年在哥廷根大学任法学教授,1973 年起在明斯特大学任法学教授至今,同时,他还是德国北莱茵-威斯特法伦州科学院的院士。格罗斯菲尔德教授曾任德国明斯特大学国际商法研究所和联合研究所(Institute for Cooperative Research)所长,1974 年至 1999 年曾任德国—荷兰法律工作者联席会议主席,1974 年起担任明斯特法律工作者协会主席。格罗斯菲尔德教授曾先后在美国的密歇根

比较法的力量与弱点

大学法学院、芝加哥大学法学院、杜克大学法学院、纽约大学法学院、得克萨斯大学法学院、南卫理公会大学法学院、里奇蒙德大学法学院做过访问教授，亦曾在世界五大洲的许多地方做过学术讲演。

他的学术兴趣极其广泛，在法学的许多领域都有较为精深的研究，尤其在公司法、会计法、法律冲突、商法和国际法等领域颇多建树，出版过许多著作。由于与来自世界不同国家和地区的法律实践工作者和法学学者有长达 30 多年的工作和学术交往经历，对于世界上不同国家和地区的法律制度与法律文化有比较全面、深入、细致的了解，且有独特的认识与理解，格罗斯菲尔德教授对比较法研究也就颇多心得，本书就是他在比较法研究方面的力作之一。除本书之外，格罗斯菲尔德教授还在世界上一些权威学术刊物发表过多篇比较法研究的论文。尤其重要的是，格罗斯菲尔德教授的学术成果曾被翻译成十余种外国文字出版，在世界上具有非常良好的学术声誉和重大学术影响，他也因此在国际学术界获得了非常崇高的学术威望。

恰如我们所看到的，格罗斯菲尔德教授的《比较法的力量与弱点》是一本篇幅短小、文字不多的“小”书，但本书之所以能够引起世界各国、各地区学术界学者的广泛注意，却并不是因为它“小”，而恰恰因为它是一本“大”书！也正是

本书的这一特点首先吸引了我们,从而使我们不能量力地决定要将其译成中文,以使中国的法学学者和法律实践工作者能够与我们共同分享格罗斯菲尔德教授的理论智慧和学术创造。

《比较法的力量与弱点》之所以是一本“大”书,首先是因为格罗斯菲尔德教授在这本书中展示了法律包括的多种因素、不同成分及其宏大的社会背景,也因此证明了孟德斯鸠提出的法律与包括各种社会的、自然的因素有关的见解的确是一种真知灼见。

《比较法的力量与弱点》之所以是一本“大”书,其次是因为格罗斯菲尔德教授从理论与实践、理论法学与部门法学、国内法与国际法、实体法与程序法等多重视角并运用法学的和其他人文社会科学的理论与方法来观察、认识、理解、分析、研究比较法问题,构筑了本书宏观与微观相结合的整体大框架。

《比较法的力量与弱点》之所以是一本“大”书,还因为格罗斯菲尔德教授始终是以一种理性的态度来面对和处理他的研究主题的,他非常清醒也极其理智,不仅对于比较法的“力量”之所在有较为全面的分析、概括与总结,而且对于比较法的“弱点”同样有极为深刻的洞见。

正是由于《比较法的力量与弱点》一书所展示的这些

比较法的力量与弱点

特点,我们在初步阅读该书时就特别激动。这本书特别引起我们共鸣的是,它说出了我们想说但还没有能力说出的话,它仿佛在我们面前打开了一扇窗,使我们的学术眼界豁然开朗。因此,我们才有勇气不揣浅陋斗胆将其译成中文出版。我们希望该书能够对我国学者研究比较法有所帮助。

本书的中译本依据的是 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1984 年的德文版本,并主要参考了英国学者 Tony Weir 的英文版本 (Oxford University Press, 1990)。由于 Grosfeld 教授本人具有,而且他在本书中也全面展示了极其广阔的人文社会各学科的方法、理论与知识,我们在具体理解和翻译本书的过程中遇到了许多困难,为此,孙世彦博士在荷兰乌特勒支大学法学院工作访问期间两次赴德国明斯特专门拜访、求教于 Grosfeld 教授本人,随后,我们又多次与 Grosfeld 教授通过电子邮件和信函进行联系,请求先生给我们解答一些具体问题。同时,我国比较法研究学者、我们所尊敬的师长、清华大学法学院教授高鸿钧先生也给了我们许多鼓励和帮助。对此,我们深表感谢!

当然,由于我们的德文与英文的语言及其文学水平不高,法学及其他人文社会科学学术素养还不够,比较法的

译者序

功底也不深,《比较法的力量与弱点》的这个中译本的的确确存在许多疏忽与错误,而这是作为译者的我们理当负责的。

译者谨识

2002年5月1日

于吉林大学法学院

前 言

这本小册子是我多篇演讲稿和报告的重要内容的概括和总结,原稿我至今仍保存着。

本书写作于1982年至1983年期间,当时我在美国得克萨斯南美以美大学作为客座教授访问讲学。我得到了那里的学术同行的诸多帮助,在此深表谢意。

是约瑟夫·诺顿(Joseph Norton)教授、杰斯瓦尔德·萨拉库斯(Jeswald Salacuse)院长和保罗·罗杰斯(Paul Rogers)副院长使我有机会赴美国从事研究工作。威廉·布里奇(William Bridge)教授则始终是我在比较法领域的“对话者”。约瑟夫·麦克奈特(Joseph Mcknight)教授在“地理与法律”一章中给予了我无私的帮助。而没有马修·芬金(Matthew Finkin)教授和皮特·温西普(Peter Winship)教授的鼓励,我几乎没有勇气来完成“语言与法律”一章的内容。

最后我还要感谢弗里茨-提森基金会及时向我提供的充裕的研究资金。

伯恩哈德·格罗斯菲尔德

1984年4月于明斯特

中文版前言

这本小书起始于向德国的法律工作者显示比较法的实际功用(“力量”)的努力。这使我感受到了很大的乐趣,但同时也遇到了比较法的困难(“弱点”)。托尼·威尔(Tony Weir)的出色英文译本有助于使更多的读者了解我的观点,对此我非常表示感谢。

当我写作此书之时,我对比较法的经验局限于欧洲和中北美洲。直到那时我还没有机会访问中国,尽管自高中时代起我就有此愿望。我最亲爱的一位姑母和我父母的一位老朋友长期以来一直与中国有贸易往来,并且鼓励我进入这一领域。很早以前,我就对“丝绸之路”有兴趣。但是很遗憾,鉴于第二次世界大战以后的情形,我的这一梦想无法变成现实。

在我先后于哥廷根和明斯特任教期间,我有幸结识了一些到访的中国法律学者,他们帮助我对伟大的中国文化有了更多的了解。对于奇妙的中国文字和书写方式的研究,极大地激发了我目前对比较法律符号语言学的兴趣。