

比较法律传统

〔美〕格伦顿 戈登 奥萨魁 著
米 健 贺卫方 高鸿钧 译



比较法律传统

〔美〕 格伦顿 戈 登 奥萨魁 著
米 健 贺卫方 高鸿钧 译

中国政法大学出版社

(京)新登字 185 号

比较法律传统

著 者 [美]格伦顿 戈 登 奥萨魁

译 者 米 健 贺卫方 高鸿钧

出 版 者 中国政法大学出版社

责任编辑 丁小宣

发 行 者 新华书店经销

印 刷 者 河北省〇五印刷厂

出版日期 1993 年 1 月第 1 版 1993 年 1 月第 1 次印刷

开 本 850×1168 毫米 32 开

印 张 8.125

字 数 200 千字

印 数 2000 册

定 价 5.50 元

ISBN7-5620-0909-0/D·859

本译本的翻译和出版已获美国西方出版公司授权。

版权所有，不得侵犯。

译者前言

与英国和欧洲大陆各国相比，比较法学在美国起步较晚。直到本世纪上半叶，出自美国人之手较有影响的比较法学著作仍寥寥无几。其中较著名的是威格摩尔的《世界法律制度概览》和施莱辛格的《比较法》。不过，前者侧重的是世界各国法律史的比较；后者在很大篇幅里论述的是国际私法领域中的比较法。自第二次世界大战以来，比较法学在美国的法律教育和研究中逐渐受到重视。许多具有学术价值的比较法学著作应运而生。其中由格伦顿等三位教授所撰写的《比较法律传统》一书，自1982年问世以来，在美国以及国际比较法学界产生了相当的影响，已被美国多所大学的法学院用作教材。它从宏观着手，规模广博却把握得当，以内容丰富而简明概括、论说缜密而行文简洁、层次分明而条理清晰见长。是当代美国比较法学界一部颇具特色的著作。它不仅提供了比较法学方面的一些颇有价值的材料，而且还反映了当代比较法学发展的某些新趋向。为适应我国比较法学发展的需要，我们选定此书译成中文，希望它能够对国内比较法学界的同仁有所帮助。

在“西方中心论”左右着西方学术研究的时代，那里的比较法学者关心的重点基本上是西方两大法系——民法法系和普通法法系，而对其他法系则不够重视。但自第二次世界大战以来，特别是60、70年代以来，在世界法律文化中，许多非西方的法系显示出旺盛的生命力，这使得国际比较法学界，在致力于国际范围

法律统一的同时，逐渐重视法律文化的民族性和多元性。同时，国际政治、经济和文化交往对法律的需要，也使得属于某个法系的国家意识到了解其他法系的重要性和迫切性。于是，在西方的比较法学界，开始承认非西方法系的存在，并重视对它们的研究。其中特别重视对社会主义法系的研究，将其与西方两大法系相并列，从而构成所谓当代世界三大主要法系。本书作者所采取的三分法，便反映了这一潮流。当然，对于作者仍把社会主义法系归入“西方法律传统”的范畴，则是颇值得商榷的。

比较法学涉及的问题之多和难度之大，常令人感到力或难及。事实上，即便博学的比较法学家，也不可能同时在数个法系的诸多问题上都有所建树。因此，在同时对数个法系进行探讨时，比较法学者往往采取合作的形式。本书的三位作者在这方面进行了成功的合作。他们各自发挥自己的特长，宏观把握与微观分析、现实论述与历史追溯相结合，使所讨论的问题具有一定深度。同时，他们对某个问题进行阐述时，均从比较的角度出发，在一定程度上反映了美国比较法学者的比较方法和他们对当今三个主要法系的看法。

本书早在1988年便已译出，由于种种原因，一直未能付梓印行。在这个期间，世界形势发生了巨大变化，其中前苏联以及东欧各国所发生的历史剧变是最显著者。这种剧变使得本书关感于社会主义法系的某些论述已经显得过时。不过，基于以下几个方面的考虑，我们决定将原书全文逐译，不作任何删节。首先，前苏联和东欧各国所发生的变化使得这些国家的数十年社会主义实践成为历史，这一段历史是不应当也不可能湮没不彰的。从不同的角度对于这段历史进行检讨和研究对于人类来说仍然是十分必要的。况且迄今为止，在这些国家里，原有的法律制度仍起着程度不同的作用。其次，历史的剧变并不能使人们如饮希腊神话里利司（Lethe）河水，尽忘从前旧事。实际上，人们推动社会变化以及建设新制度的方式无不与特定民族的传统有密切的关联。

社会主义的实践已经在这些国家里形成了一种新传统，它存在于人们的心中，影响着人们的行为方式以及对未来历史的创造。最后，按照一句古老的说法，“每一本书都有其命运”，翻译者应恪守本份，尽可能地尊重原貌，以免由于译者的鲁莽而在这本书的命运之途上增添不必要的曲折。当然，我们没有必要提醒读者，说原书的观点并不反映译者的观点，否则，那就好比是将“媒人”误会为“新娘”，这样的僭越是万万不可以的。

此外，还有一点在此须特别向读者说明：原书作者往往用不同术语表述同一概念。如“大陆法系”、“民法法系”、“民法传统”实指一事；“法系”、“法律传统”、“法律制度”和“法律族系”间或混用。翻译中，我们对此类情况多依上下文而采用灵活译法。就全部译文而言，恐怕难免有不妥乃至错误之处，唯以读者鉴别指正为望。

本书的三位作者都是美国法学界知名的学者。M. A. 格伦顿在本书出版时，是波士顿学院的法学教授，后被哈佛大学法学院聘为教授；M. W. 戈登是佛罗里达大学的法学教授；C. 奥萨魁任教于路易斯安那州图伦大学，是艾逊—温曼比较法学讲座教授，西方研究社会主义法的知名学者。本书中译本所据为1982年英文版本。1985年，作者出于教学的需要，在原书的基础上，增加了大量与各章节论题相关的资料、法规和判例，并列入同一出版公司《美国法学教学资料丛书》，不过，所增加的多是辅助性参考资料，初版正文内容并没有大改动。本书的翻译分工是：米健译第一编；贺卫方译第二编；高鸿钧译第三编（译者署名也是按该顺序排列的）。

本书的出版得到了三位作者的支持，原书出版者西方出版公司（West Publishing Co.）慷慨地授予我们本书在中国的翻译与出版权，该公司法学院部贝里曼（Thomas H. Berreman）先生费心很多。在此谨向他们几位和西方出版公司致以深切的谢意。

译者

1992年10月于北京

前 言

本书旨在以较短的篇幅对西方三个主要法律传统的一些重要方面分别加以讨论。近年来，若干欧洲学者已经进行了这方面的研究。然而他们只是把研究重点放在民法法系学者所认定的三大法系的基本内容上。与他们不同，我们试图站在受美国式教育的法律家的角度，集中评说三个法系中那些对于美国而非欧洲大陆的法律家来说是值得注意的内容。

这种阐述问题的方式，在过去的几年中曾由本书的作者在波士顿、佛罗里达大学和图伦大学的法学院中讲授比较法课程时采用。本书是我们三人四十余年教学经验的产物。我们希望它能为有兴趣于这三个法律传统基本问题的读者提供一个有益的梗概。它可以与另外配备的资料或时下流行的比较法学资料汇编中的任何一种一起成为适宜的入门著作。我们采用同样的体例对内容加以组织，以便于课堂讨论。

教授比较法课程的重要目的之一，是为今后提出需要进一步解决的问题，并在此基础上，对那些能够获得可靠答案的重要观点加以讨论。但是，本书的目的却只是尽可能详尽地揭示三个法律传统发展过程中所提出的问题及其解决情况，以及尚未解决的难题的现状，从而成为一部勾勒出比较法课程基本要点的著作。自然，并非该领域内所有问题都在本书中得到了解决，也不应该是这样，因为认识的探索现在是，将来也仍然是一个无止境的过程。

在本书的写作过程中，我们从自己的同事和历届学生那里获益甚多，尤其是那些外国的同行和学生，我们曾与他们在美国或

别国一起工作，一起探讨与本书有关的各国法律制度中的问题和难点。

M. A. 格伦顿

M. W. 戈登

C. 奥萨魁

COPYRIGHT © 1982 by WEST PUBLISHING CO.

50 West Kellogg Boulevard

P. O. Box 3526

St. Paul, Minnesota 55165

All rights reserved

Printed in the United States of America

Library of Congress Cataloging in Publication Data

Glendon, Mary Ann, 1938—

Comparative Legal Traditions in a Nutshell.

(Nutshell series)

Includes bibliographies and index

1. Comparative Law I. Gordon, Michael W.

II. Osakwe, Chris. II. Title IV. Series

K560. G43 340.12 82-2022

AACR2

ISBN 0-314-65175-6

责任编辑：丁小宣

ISBN7-5620-0909-0/D·859

定价：5.50元

本编主要参考与阅读书目

伯尔曼:《苏联的司法:对苏维埃法的解释》(Berman, H., *Justice in the USSR: An Interpretation of Soviet Law*, Harvard Univ. Press; Cambridge, Mass. 1966)。

契基科沃兹(编):《苏维埃国家与法》(Chkhikvadze, V. [ed.], *The Soviet State and Law*, Progress Publishers, Moscow, 1969)。

格里高连和多尔戈波罗夫:《苏维埃国家法基本原则》(Grigorian and Iu. Dolgoplov, *Fundamentals of Soviet State Law*, Progress Publishers, Moscow, 1971)。

黑查德:《共产主义者及其法律:马克思主义的社会主义国家法律共同核心探讨》(Hazard, J., *Communists and Their Law: A Search for the Common Core of the Legal Systems of the Marxian Socialist States*, The Univ. of Chicago Press, 1969)。

李浩:《没有律师的法律:中美法律比较》(V. Li, *Law without Lawyers: A Comparative View of Law in China and the United States*, Westview Press, 1978)。

马可宁科:《社会主义国家的国家法》(A. Makhnenko, *The State Law of the Socialist Countries*, Progress Publishers, Moscow 1976)。

奥萨魁:《共产党国家宪法的普通法》(C. Osakwe, *The Common Law of the Constitutions of the Communist-Party States*, 3 Review of Socialist law, 155-217)。

萨博等:《社会主义的比较法探讨》(I. Szabo and Z. Petem, *A Socialist Approach to Comparative Law*, Sijthoff, Leydon, 1977)。

目 录

译者前言

前言

导论

第一节	比较法的范围·····	(1)
第二节	比较法的目的·····	(2)
第三节	主要法律体系和传统·····	(3)
第四节	比较法的方法论·····	(5)
第五节	对有志于比较法的学者的建议·····	(6)

第一编 民法传统

第一章	历史、文化和分布·····	(11)
第一节	何谓民法传统·····	(11)
第二节	罗马法·····	(11)
第三节	“习惯法荆丛”和罗马法幸存·····	(13)
第四节	教会法·····	(15)
第五节	罗马法复兴·····	(15)
第六节	商法·····	(17)
第七节	罗马法的继受·····	(17)
第八节	民族国家与民族法律·····	(19)
第九节	法典编纂·····	(20)
第十节	德国的法律科学·····	(23)
第十一节	民法传统的分布·····	(26)

第十二节 当代民法	(31)
第二章 法律结构	(35)
第一节 议会制政府	(35)
第二节 权力分立	(36)
第三节 司法审查	(38)
第四节 公法法院	(39)
第五节 普通法院	(41)
第六节 欧洲组织	(43)
第三章 法律职业与法律职业者	(46)
第一节 法律教育	(46)
第二节 法律职业	(48)
第三节 私人开业	(49)
第四节 司法人员	(51)
第五节 政府律师	(54)
第六节 法律学者	(55)
第四章 诉讼程序	(59)
第一节 民事诉讼程序	(59)
第二节 刑事诉讼程序	(60)
第三节 上诉程序	(62)
第五章 法律分类	(65)
第一节 概说	(65)
第二节 公法	(66)
第三节 私法	(68)
第四节 分类的合并或消除	(73)
第六章 法律渊源	(75)
第一节 概说	(75)
第二节 拘束性渊源	(76)
第三节 法律解释	(78)
第四节 权威典据	(83)

第五节 稳定性与发展	(87)
本编主要参考与阅读书目	(88)

第二编 普通法传统

第七章 历史、文化和分布	(93)
第一节 导言	(93)
第二节 罗马占领	(93)
第三节 罗马与诺曼之间的夹缝： 盎格鲁—撒克逊时期	(94)
第四节 诺曼征服	(95)
第五节 皇家法院	(95)
第六节 令状制度	(96)
第七节 《大宪章》	(97)
第八节 教会法院	(98)
第九节 衡平法	(98)
第十节 治安法官	(99)
第十一节 玫瑰战争	(100)
第十二节 条顿时代	(100)
第十三节 斯图亚特王朝	(101)
第十四节 19 世纪的改革	(103)
第十五节 现代	(104)
第十六节 “英国的”法律	(105)
第十七节 权力下放	(106)
第十八节 分布	(106)
第八章 法律结构	(111)
第一节 英国政府	(111)
第二节 议会——下议院	(112)

第三节	议会——上议院·····	(113)
第四节	首相与君主·····	(114)
第五节	司法体制·····	(114)
第六节	郡法院·····	(116)
第七节	治安法院·····	(117)
第八节	高等法院·····	(118)
第九节	皇家刑事法院·····	(120)
第十节	上诉法院·····	(121)
第十一节	上议院·····	(122)
第十二节	枢密院司法委员会·····	(123)
第十三节	专门法院·····	(124)
第十四节	欧洲法院·····	(125)
第九章	法律职业与法律职业者·····	(126)
第一节	法律教育·····	(126)
第二节	事务律师·····	(129)
第三节	出庭律师·····	(132)
第四节	从事法律援助的律师·····	(134)
第五节	司法人员·····	(135)
第十章	诉讼程序·····	(139)
第一节	民事诉讼程序·····	(139)
第二节	刑事诉讼程序·····	(143)
第三节	上诉程序·····	(149)
第十一章	法律渊源与分类·····	(154)
第一节	法律渊源·····	(154)
第二节	司法先例·····	(155)
第三节	习惯法·····	(158)
第四节	惯例·····	(159)
第五节	皇家特权·····	(160)
第六节	立法·····	(161)

第七节 宪法	(163)
第八节 欧洲经济共同体法律	(165)
第九节 罗马法的接受	(166)
第十节 法律分类——普通法与衡平法	(167)
第十一节 法律分类——公法与私法	(167)
第十二节 法律分类——商法	(168)
本编主要参考与阅读书目	(169)

第三编 社会主义法律传统

第十二章 历史、文化和分布	(173)
第一节 社会主义法的历史基础	(173)
第二节 作为一个独立法系的社会主义法系	(178)
第三节 马克思列宁主义关于法的性质和作用的 论述	(184)
第四节 社会主义法系的分布	(187)
第十三章 法律结构	(188)
第一节 共产党	(188)
第二节 工会组织	(191)
第三节 立法机构	(192)
第四节 行政机构	(194)
第五节 司法和准司法机构	(194)
第六节 检察机关和刑事案件调查机构	(203)
第七节 登记和公共记录保管机构	(203)
第十四章 法律职业和法律职业者	(205)
第一节 法律教育	(205)
第二节 法律职业	(207)

第十五章	诉讼程序	(216)
第一节	民事诉讼程序.....	(216)
第二节	刑事诉讼程序.....	(220)
第三节	上诉程序.....	(227)
第四节	确保宪法最高权威的方法.....	(232)
第十六章	法律的分类与渊源	(234)
第一节	法律分类.....	(234)
第二节	法律渊源.....	(237)
本编主要参考与阅读书目		(243)