

比较法的力量与弱点

Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung



[德] 伯恩哈德·格罗斯菲尔德 著

Bernhard Grossfeld

孙世彦 姚建宗 译



中国政法大学出版社



比较法的力量与弱点

Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung

[德] 伯恩哈德·格罗斯菲尔德 著

Bernhard Grossfeld

孙世彦 姚建宗 译



中国政法大学出版社

2012·北京

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: 中国政法大学出版社, 2012. 6

ISBN 978-7-5620-4140-5

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第108918号

- 书 名 比较法的力量与弱点 BIJIAOFA DE LILIANG YU RUODIAN
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32 开本 7.25 印张 140 千字
版 本 2012 年 6 月第 1 版 2012 年 6 月第 1 次印刷
印 数 0001—3000 册
书 号 ISBN 978-7-5620-4140-5/D·4100
定 价 24.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

比较法的力量与弱点

Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung by Bernhard Grossfeld

Urheberrecht © J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)

Tübingen 1984 Alle Rechte vorbehalten.

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist
es auch nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf
photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie)
zu vervielfältigen.

中文版版权属中国政法大学出版社
版权登记号：图字 01 - 2011 - 4922 号



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。

1933年12月30日，格罗斯菲尔德教授出生于德国巴特本特海姆，他曾先后就读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年在明斯特大学获得法学博士学位，1963年在耶鲁大学获得法学硕士学位。格罗斯菲尔德教授于1965年在德国图宾根大学开始教学生涯，任法学副教授，1966~1977年在德国哥廷根大学任法学教授，1973年起在明斯特大学任法学教授，直到退休。他曾担任明斯特大学国际商法研究所和联合研究所所长、明斯特法律工作者协会主席、德国—荷兰法律工作者联席会议主席以及德国北莱茵—威斯特法伦州科学院院士。他还曾先后在美国的密歇根大学法学院、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（包括我国的武汉大学和吉林大学）做过学术讲座。

格罗斯菲尔德教授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、商法、国际法和法律冲突法等领域建树颇多，出版过许多著作。由于与来自世界不同国家和地区的法律学者和实践者有长达三十多年的工作和学术交往经历，他对世界上不同国家和地区的法律制度和法律文化有比较全面、深入、细致的认识，且有独到的见解，因此，他对比较法研究也颇有心得，本书就是他在比较法研究方面的力作之一。除本书之外，他还在世界上一些权威学术刊物上发表过多篇比较法研究的论文。尤其重要的是，他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崇高的学术威望。

读者首先会注意到，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。但在另外一方面，这又是一本“大”书！本书能引起世界各国、各地区学术界的广泛注意，就足以证明这一点。正是本书的这一特点首先吸引了我们，我们才不自量力地决定要将其翻译成中文，以使中国法学学者和实践者能够与我们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真知灼见。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，运用法学和其



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。当然，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。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”同样有极为深刻的剖析和反思。

正是由于《比较法的力量与弱点》一书展示了这么多特点，我们在初次阅读该书时就特别激动。书中特别引起我们共鸣的是，它说出了我们在学习、教授和研究法律的过程中有所感觉，但还没有能力予以明确表述的许多方面。这本书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。我们希望这本书能够对我国学者研究比较法有所帮助。

本书德文版由德国的 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 出版社于 1984 年出版，托尼·威尔 (Tony Weir) 曾将其翻译成英文，并以 *The Strength and Weakness of Comparative Law* 为题由牛津大学出版社于 1990 年出版。本书的中文翻译版曾由清华大学出版社于 2002 年出版。由于译者德文水平极其有限，因此当时根据格罗斯菲尔德教授本人的建议，中文版主要是根据英文版翻译的，但仍视为是对德文版的译本。

中文版出版之后，受到了中国学者相当程度的重视，对本书的参考和引用之多虽在我们的期望之中，却在我们的意料之外。鉴于本书所产生的广泛影响，中国政法大学出版社决定再版该书的中文本，并取得了德国



出版社的授权。这固然是一件好事，但也引起了我们的不安。正如本书所展示的，格罗斯菲尔德教授具有极其广阔的人文社会各学科的方法、理论与知识，这使得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，译者之一在荷兰访学期间曾两次赴德国明斯特专门拜访、求教于格罗斯菲尔德教授本人，后来我们又多次通过电子邮件和信函与他联系，获得了对于许多具体问题的解答。即使如此，由于两位译者均非专门研究比较法的学人，而且无论是就法学功底而言，还是就语言造诣或其他人文社会科学领域的学术素养而言，都完全无法企及格罗斯菲尔德教授在本书中展示的深度和广度，因此，尽管我们做了最大的努力，但本书的中文初版中肯定存在许多疏忽与错误。再版之时，从认真、严谨这一学术工作的基本要求出发，我们本来应该从德文本重译本书，才称得上负责。然而，我们的德文水平甚至不如从前，完全无法从德文本重译，因此只能将 10 年前的译文，再次呈现给各位读者。其中，除了更动清华大学出版社 10 年前出版的中文本中因为疏忽和编辑工作造成的一些小问题之外，未再作大的修改。因此，再版中文本的质量比之初版并无根本性的提高，其中存在的任何疏忽和错误，仍由作为译者的我们负责。

托尼·威尔的英文译本在脚注中加入了一些新的资料，我们在中文译本中也一并附上，并标明是英译本中的注解。德文版和英文版中的注释体例并不一致，我们在翻译时，保留了其各自的注释体例。注释中出版的文献，凡是能找到其中译本的，都尽量使用了这些中文译文中的表述。德文版中没有索引，英文译本中则有索



引，我们参照英文译本的索引，编制了中文索引，附在书后。

感谢中国政法大学出版社使我们有机会重新审视 10 年前完成的工作，感谢责任编辑彭江先生和冯洁女士为促进本书中文版再版所付出的努力；同时，我们也希望借此机会，再次对中文版初版面世起到了关键作用的清华大学法学院高鸿钧教授表示感谢。

译者谨识

2012 年 3 月



中文初版前言

这本小书起始于向德国的法律工作者展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，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，对此我深表感谢。

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。1996年，当我有机会在武汉任教数星期时，我访问中国的梦想终于成真。

我非常感谢所有鼓励我的人。我尤其要感谢孙世彦博士，我们在武汉相识，他还于1998年到明斯特与我



会面。如果比较法是使“心灵相遇”的一种方式，那么自从我与孙世彦博士首次相遇之后，它就显示了这种魔力。我感谢孙世彦博士和姚建宗教授将本书译成中文，我也感谢清华大学出版社出版该书中译本的努力。

我真诚地期望这本小书能够有助于在欧洲和中国之间，在东方和西方之间架起桥梁，而且能够对重现“丝绸之路”作出贡献！

伯恩哈德·格罗斯菲尔德
德国明斯特
2001年5月



前 言

这本小册子是我多篇演讲稿和报告中重要内容的概括和总结，原稿我至今仍保存着。

本书完成于1982~1983年我在美国得克萨斯南美以美大学作为客座教授访问讲学的期间。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充裕的研究资金。

伯恩哈德·格罗斯菲尔德

明斯特

1984年4月



缩 略 语

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 德国民法典总则
AcP	Archiv für die civilistische Praxis 民法实践案例集
AG	Aktiengesellschaft 股份公司
Art.	Artikel 条款
Aufl.	Auflage 版次
Bd.	Band 卷, 册
BGH.	Bundesgerichtshof 联邦最高法院
Calif.	California 加利福尼亚
Color.	Colorado 科罗拉多
d. h.	das heißt 称为, 意指
ders.	derselbe 同一作者的
Diss.	Dissertation (博士学位) 论文
EG	Europäische Gemeinschaft 欧洲联盟
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch 德国民法典



比较法的力量与弱点

evtl.	eventuell 也许, 可能
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 欧洲经济共同体
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschafts- gemeinschaft 欧洲经济共同体协定
f.	folgende 以下
FS	Festschrift 纪念文集
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 反不正当竞争法
HGB.	Handelsgesetzbuch 德国商法典
Hrsg.	Herausgeber 编者
IPrax	Praxis des Internationalen Privatrechts und Ver- fahrensrechts 国际私法与国际民事诉 讼法实践
JuS	Juristische Schulung 法学教育
JZ	Juristenzeitung 法律报
Mass.	Massachusetts 马萨诸塞州
Minn.	Minnesota 明尼苏达州
N. C.	North Carolina 北卡罗莱纳州
n. F.	neue Fassung 新版本
NJW.	Neue Juristische Wochenschrift 新法学 周刊
No.	Nummer 号码



NY	New York 纽约州
o. ä.	oder ähnlich 或者类似
Österr. JBL	Juristische Blätter 法学报
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 外国法与国际私法杂志
Rev.	Review 评论
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 企业顾问从事外国经济工作国际经济法法律
S.	Seite 页
Sept.	September 9 月
u. a.	und andere 另外, 其他
u. ä.	und ähnliches 相似, 类似
WPg	Die Wirtschaftsprüfung 经济考试
z. B.	zum Beispiel 例如
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 企业法与公司法杂志
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 国家科学杂志
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsund Wirtschaftsrecht



比较法的力量与弱点

	一般商业与经济法杂志
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik 法律政治学杂志
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform 社会改革 杂志
ZVglRW	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswis- senschaft 比较知识产权法杂志
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß 民事诉讼 杂志



CONTENTS 目录

译者序	1
中文初版前言	6
前 言	8
缩略语	9
第 一 章 导 论	1
第 二 章 比较法、法律学说和实践中的法律	10
第 三 章 立 法	23
第 四 章 国际私法	30
第 五 章 国际商法	37
第 六 章 国内法	40
第 七 章 法律在法院中的适用	50
第 八 章 比较法的局限	54
第 九 章 文化与法律	59
第 十 章 美国的例子	71
第十一章 可比较的要素	98
第十二章 地理与法律	104