



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.zgfs.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

中译本序

“不知别国语言者，对自己的语言便也一无所知。”我以为，在法律上也可借用歌德的这句箴言。这意味着，即使一位法律家，也只有具备有关外国法律制度的知识，方能正确地理解本国的法律。但是，在中华人民共和国，人们曾长期忽视这一认识。直至 20 世纪 70 年代中期，从事外国法的研究几乎还被视为当予责难之事。而一度处于统治地位的是这样的观点，即一种确定的法律制度，对于公民的生活、国家机关的工作以及经济的发展不仅无益可言，反而是有害的。

在今天的中华人民共和国已经摈弃了这种观点，人们已经获得了这样的认识，即对于国家和社会来说，一种可靠的和稳定的法律秩序是必不可少的；如人们在创制和发展本国的法律规则时竟然对国外相似的规则凝结成的经验财富视而不见或不加利用，便是不明智的。因此，作为法律学者和从事法律工作的每一位科学研究者，都必须熟知进行法律比较的工作方法；而且必须随时自由无阻地敞开通向外国法律之门。同样，即使在法律教育方面，也必须使年轻的法律职业者知晓：除了本国的法律，还有其他各国的法律制度；通过法律的比较，不仅能够加深对本国法律的理解，还能从中获得关于如何改进和发展本国法律的重要启迪。我切望本书有益于比较法作为一种颇有意义和明智通达的法律科学的工作方法，也切望它在中国能赢得更多的朋友。这个世界的命运，无论在何处，都将属于今天尚

且年轻的人们，因此我尤其希望本书能够加深中国年轻的法律工作者在这方面的理解：走出有限的本国法律世界，并亲身去体验某些民族是如何根据其他民族的——但通常是相近的——法律原则来构造自己生活其中的法律秩序的，其意义和价值定会很大。

这里献给读者的本书中译本，所根据的是德国蒂宾根摩尔 (J.C.B.Mohr [Paul Siebeck])1984 年出版的第二版。此版自问世以来，东欧和苏联发生了翻天覆地的政治变化。两德统一之后，德意志联邦共和国的法律从 1991 年 10 月 3 日起在前德意志民主共和国内的区域内也开始生效。在匈牙利、波兰、捷克和斯洛伐克也出现了一种新的政治制度，并正朝着全部生产资料私有化和确立市场经济体制的方向演进。这意味着，这些国家和其他东欧国家已不再属于“社会主义法系”了，本书第一卷 (第二十三—二十七章) 中就这些国家所提供的信息和看法，现已不合时宜。尽管如此，我们还是决定据这个文本进行翻译。

如果没有中国同行的协助，这部译著的问世是完全不可能的。这些中国的同行是：中国政法大学研究生院法学教授、比较法研究所所长潘汉典先生，以及他的颇有才学的合作者米健、高鸿钧、贺卫方三位讲师。他们合作完成了极其艰巨复杂和困难棘手的译述工作。我想借此机会对他们的辛劳表示衷心的感谢。

海因·克茨

1991 年 5 月于汉堡

德文第二版序

一切认识、知识均可溯源于比较。

——诺瓦里斯^[1]

使豁达而高尚心灵卓尔不凡者，定莫过于优雅的好奇心，而这种好奇心最愉悦且有益运用者，又莫过于鉴别外国的法律与习俗。

——塞缪尔·约翰^[2]

这部《私法领域的比较法概论》于1969年（第二卷）和1971年（第一卷）首次问世以来，得到了很多称誉。这种赞誉不仅来自我们应当对其教益深表谢意的国内外专家，而且还来自本书首先为其构想的读者诸君——他们认为，如果法学的研究仅仅是以国内法为其背景，它不过是一种地域性事务。因此，他们便急欲一览由比较法所揭示和提供的广为拓展的法学视野。本书已承蒙我们的同仁大木雅夫和托尼·韦尔分别译成日文（第一卷，东京大学出版会，1974年）和英文（第一、二卷，北荷兰出版

[1] 诺瓦里斯（Novalis, 1772—1801），弗里德利希·利奥波德·冯·哈登贝勒男爵的笔名，18世纪德国早期浪漫主义诗人。其作品和理论对后来的德国、法国及英国的浪漫主义文学产生过一定影响。此处引语出自《诺瓦里斯集》，第三卷。——中译者注

[2] 逊塞缪尔·约翰逊（Samuel Johnson, 1709—1784），18世纪英国作家，编纂第一部《英语辞典》；所著《莎士比亚戏剧》评注，时人赞誉甚高。此语出自鲍斯威尔（1740—1795）的名著《约翰逊行述》。——中译者注

公司，1977年）。本书的德文第一版在德国已销罄数载，故新版计划已准备多年。

实现新版计划所遇到的麻烦实非始料所及。本书第一卷的内容仅以比较法的“基础”为限，所探讨的是比较法的概念、功能和目的、方法及历史，然后描述世界各主要法系之轮廓。这部分导引性的论述，由于过去十二年的发展，多处都有修改补充之必要。此处仅举以下几例：（在新版中）对比较法与法社会学之关系作了更为细致的探索；关于法国的法律职业（第九章，三）、以色列的法律（第十八章，七）以及关于英美民事诉讼程序的特征（第二十章，五）等都作了新的增补。

至于第二卷，需要作更多的修订。这部分以“私法制度”为研究对象，旨在以选定的契约、不当得利和侵权行为法等法律制度的比较探讨为基础，向读者：（1）用实例表明比较法的研究方法；（2）提供关于上述领域外国法的结构及其解决问题办法的基础知识；（3）对德国法的现状及发展趋势作出评价。实际上这一卷也只是阐明比较法的构造；仅仅论及重要法律制度的梗概，且意在提出问题而非解决问题；促进专业研究而非取代专业研究。但尽管如此，初版问世以来诸多领域的法律发展如此之快，以致我们不能仅仅限于附加新的说明和把各章前面所列文献目录及时更改。相反，我们不得不常常对正文进行实际的修改和补充。例如，新版中增加了“一般交易条件法”一节（第一章，三）和“严格责任”一节，其中特别是“产品责任”（第十九章，五）和“责任保险”（第十九章，六）。因此，我们面临这样的棘手问题，即在增加新内容的同时，如何保持全书原来的篇幅。为此，我们决定将第一卷中用以表明各主要法系突出特征的法律制度的几章撤出。虽经这样严厉的删削，全书的篇幅仍有所增加。读者如对罗马法系中的非婚生子女法、德国的“抽象物权契约”理论和英美法的信

托制度感兴趣，请查阅本书第一版。

此外，就前版序言来说，有一点须予重申：依作者初衷，本书既非包罗万象，亦非教条推论。倘诚如拉贝尔（Ernst Rabel）所言^[1]，在陌生的丛林中，“带着弓箭埋伏的土人们”正窥伺着贸然闯来的比较法学者，那么其口令当为：“每个来者都是为真理服务的”。

康拉德·茨威格特

海因·克茨

1984年2月于汉堡

[1] 拉贝尔：《德国的与美国的法律》，载于 RaesZ16（1951）340。

目 录

凡例 / 001

中译本第三版说明 / 001

中译本再版说明 / 001

中译者序 / 001

中译本序 / 001

德文第二版序 / 001

第一部分 概说

| | | |
|-----|-----------------|-----|
| 第一章 | 比较法的概念 | 003 |
| 第二章 | 比较法的功能和目的 | 026 |
| 第三章 | 比较法的方法 | 055 |
| 第四章 | 比较法的历史 | 090 |

第二部分 世界上的法系

| | | |
|-----|-------------|-----|
| 第五章 | 法系的样式 | 121 |
|-----|-------------|-----|

第一编 罗马法系

| | | |
|-----|-----------------------------------|-----|
| 第六章 | 法国法的历史 | 146 |
| 第七章 | 法国民法典的精神与特征 | 163 |
| 第八章 | 法国民法典的继受 | 186 |
| 第九章 | 法国和意大利的法院组织和法律 职业 | 227 |
| 第十章 | 非婚生子女的法律地位——罗马 法系样式构成的标志 | 249 |

| | | |
|-----------|------------------------------------|-----|
| 第二编 德意志法系 | 第十一章 德国法的历史..... | 252 |
| | 第十二章 德国民法典 | 269 |
| | 第十三章 奥地利普通民法典 | 293 |
| | 第十四章 瑞士民法典 | 310 |
| | 第十五章 抽象物权契约理论——德意志 法系样式的标志..... | 332 |
| 第三编 英美法系 | 第十六章 英国普通法的发展 | 336 |
| | 第十七章 英国的法院和法律人 | 377 |
| | 第十八章 普通法在全世界的传播 | 401 |
| | 第十九章 美国法 | 433 |
| | 第二十章 普通法和大陆法发现法律的方法与 诉讼程序 | 462 |
| | 第二十一章 信托——体现英美法系的典型 制度 | 498 |
| | 第二十二章 斯堪的纳维亚法的演进及其当代 形态 | 502 |

| | | |
|------------|-------------------------|-----|
| 第五编 社会主义法系 | 第二十三章 马克思列宁主义的法律观 | 522 |
| | 第二十四章 社会主义法系的发展 | 536 |
| | 第二十五章 社会主义国家的司法 | 566 |
| | 第二十六章 社会主义法系的所有权 | 587 |
| | 第二十七章 社会主义计划经济下的契约..... | 603 |
| 第六编 其他法系 | 第二十八章 远东法系 | 628 |
| | 第二十九章 伊斯兰法 | 649 |
| | 第三十章 印度教法 | 666 |
| 索引 / 678 | | |
| 缩略语表 / 692 | | |

第一部分 概 说

第一章 比较法的概念

一

比较法 (Rechtsvergleichung)^[1] 的本质是什么? 它的功能和目的是什么? 为了回答这些问题, 我们首先必须粗略地了解比较法这个用语的含义。比较法是指一方面以法律为其对象、另一方面以比较为其内容的一种思维活动。“比较”, 可以在同一个国家的法律秩序 (Rechtsordnung) 之内的不同的规则之间进行, 例如在德国民法典的不同的条款之间进行比较。假如这就是比较法的含义, 那么就很难看出, 比较法应当超出通常的法学研究范围到何种程度才成为某种特殊的东西。因为每一个国家的法律家的日常工作就是确定本国法律秩序中种种规范的相互关系并且加以协调, 并且为了具体的判决或者法律理论上的认识进行准备, 必须对它们加以比较。由于这一“比较”是每一个国家运用法律的本性, 因此, 比较法的意思当然不是指它, 而是指更深层的含义。这个更深层的含义是超国家的 (das übernationale)。因此, 比较法首先是世界上各种不同的法律秩序的相互比较。

2

[1] “比较法”的德文直译当作“法律比较”, 同英、美、法、比、意、西、俄、日各国通称“比较法”有别, 此处从我国及多数国家通称。——中译者注

关于比较法的本质和任务是什么这个问题，我们认识的发源地是在巴黎。当1900年世界博览会在巴黎举行的时候，爱德华·朗贝尔（Edouard Lambert）和雷蒙·萨利伊（Raymond Saleilles）这两位法国学者，想到当时打算抓住时机显示辉煌的人类才能而举行的无数会议，也主办了一个比较法的国际会议^[1]。这个会议的召开，给比较法这门科学，或者至少给比较法的方法，带来了很好的认识和鼓励。而这种认识和鼓励，其后使这个比较年轻的法学分科部门获得许多研究成果。

这次会议的精神是符合那个时代的精神的。那时到处显现出光辉灿烂、富足和进步，给世人并且与此同时给学术界带来了一种坚定不移的进步的信念。人类对其生存及其意义与成果确信不疑。人们努力争取从自己本土这个狭窄的圈子里脱颖而出，并且在对外和对内的结合中和平地赢得世界，这对人类自然是至关重要的。法学界也充满着这种如痴如醉的心情，这是不足为奇的。他们也不再满足于只是解释和进一步发展本国法。这种情怀贯穿着这个会议的各个专题报告，而且，支配着这次会议的观念就是消除敌意的对进步的信仰。这就是朗贝尔和萨利伊心目中的“人类的共同法”（*droit commun de l'humanité*），即一种世界法的准备，关于这种世界法，虽然在今天不行，也许甚至明天也不行，但是对此我们一定要通过比较法把它建立起来。按照朗贝尔的说法，比较法应当逐步地消除

[1] 此会议于1900年7月31日—8月4日在巴黎举行，其文件集有两卷，其中反映西欧各国比较法学者关于比较法的概念、目的与方法的观点。（*Congrès International de Droit Comparé, Procès verbaux des séances et documents, tome I, 1905, tome II, 1907.*）——中译者注

那些使文明阶级和经济形态相同的各民族彼此乖背的各种立法上的偶然性的差异。比较法应当减少那些不是基于各民族的政治、道德或者社会特性而是由于历史上的偶然性、暂时的存在或者不是必要的原因所产生的法律上的差异。 3

自此以后，尽管人类对生活的态度有了许多变化，但是比较法一直不断地发展。在世纪转换时期对进步的信仰后来破灭了。如果我们把最消极的宇宙观置诸不顾，那么我们就退一步认为历史在最好的情况下，是按照波浪式起伏进行的，后一个浪头也许略高于先前的浪头。几次大战，如果不是毁灭了人类普遍法（ein universales Recht der Menschen）的信仰，至少是把这个信仰削弱了。但是不管人们对世界的展望是否抱着怀疑的看法，比较法仍然在继续发展，并且经常是充实的。比较法对自己的本质有了更好的认识，使自己的方法细致了，并且把目标定得稍为低些。但是比较法是必需的，而且是有益的，这个信念没有任何改变。学术界对流行的悲观论，比其他生活领域具有较强的抵抗力。首先，追求眼前的目的不是它的本意，它的目的是探索真理。比较法的研究原本就是无目的的。如果人们愿意考虑效用的理由，人们一定要问，当地球上的世界自从1900年以来由于技术进步不断地变得愈来愈窄小的时候，而且当国家封闭的（nationaler Abschließung）必要性——如果不是完全错误的话——正在消失的时候，为什么比较法研究在今日会比以前更加微不足道呢？因此比较法进一步意味着建立关于法学各项问题的国际对话。它意味着观点的逐渐接近，同不幸的自我估价过高诀别，使教条主义的僵硬性相对比，并且使人们洞察各种法律制度的形态，即可能根据一定的规律出发的平行发展。它意味着使人

们认识在个别的分歧之上存在着巨大的共同性，并从而使人们对于一元的正义思想的存在这种信仰深化。

4 至于面对上述一切情况，在大学课程中给予比较法的地位，即使在今日仍然只是最低限的。在 1900 年会议的报告中阐述的高要求的想法，虽然比“人类共同法”之梦远为现实，但是直到今日在世界上任何一个国家都没有付诸实现。朗贝尔的意见是：比较法的主要领域即比较私法，在大学课程中必须放在优先的地位。这样一来，对于社会和社会发展都有巨大的利益。因为通过法学家超越国界的高瞻远瞩和促进国际交流，把普通的互相协调的法律原则明确化，将使国际贸易获得方便，其结果将提高总的生活水平。如果一个法律家要在他未来的实务生活中能够做到这一点他就必须在大学的时候就熟习“立法上的共同法”（*droit commun législatif*）和比较法；在大学中必须加强比较法的又一个理由是，比较法将使本国的法律教育获得更新与充实，大学课程愈来愈多地被现行法律的解释弄得疲惫不堪，重视教条主义的细微的事情而忽视重大的提纲挈领。

运用惯常使用的法学方法，只是解释现行法律是否能够具有科学性（不论是精神科学或者社会科学），这确实是有疑问的。在法学上，特别是如同在法哲学、法律史、法律社会学和比较法出现的情况一样，只有超越本国现实法律规范之上的研究才能够称为科学。

比较法使我们能够弄清楚的正是这些重大的提纲挈领；它能

够揭示各个法律原则的社会条件，从而有助于对经济学的理解；由于进行历史的比较，也有助于对法制史的理解。今日的大学生们，常常被法律条文的争论、在用语上钻牛角尖以及逻辑推理的运作弄得张皇失措，可是未能看见在所有这些浓厚的法学技术方面背后潜在的种种人生问题。基于这个理由，朗贝尔主张，在大学课程上比较法应当同国内（法律）体系的课程一样享有稳固的地位。他要求有三个学期的时间每周四小时讲授比较法。他所说的这一切，即使在今日也如同在 1900 年一样仍然是重要不过的。在其后经过了 80 年，虽然在许多国家，关于比较法的情况已经有了许多改进。但是为安排课程提出必要的根本性的结论尚有待实现。

二

当比较法所比较的是不同国家的法律秩序（nationaler Rechtsordnungen）的时候，这可以在大局上进行，也就是说，通过对不同的法律秩序的精神和样式（Geist und Stil）以及它们通常使用的思想方法和操作法（Verfahrensweisen）相互比较。在这里，人们有时称之为宏观比较（Makrovergleich）。人们使用此词所指的是：这里比较研究的对象不是具体的各个问题及其解决方法，而是处理法律素材的一般方法，调解和裁决争议的程序，或者法律家从事法律工作时所使用的方法。例如，比较阐述不同的立法技术、法典编纂方式和法律解释的方法，判例的效力范围、学说对于法律发展的意义，以及各种不同的判决方式，在这里还可以比较研究在不同的法

律秩序中解决纠纷所采取的方式，并且提出一些问题：它们在各自的生活现实中产生什么效果。关于这一点，首先要注意各个国家法院的司法程序。在这里，人们可能问道：不同的国家的诉讼中关于认定事实和适用法律这项任务，在律师与法官之间是怎样分配的？在民事或者刑事的诉讼程序中分配给非专业法官什么角色？法院对于轻微案件的处理是否有特别的方法或者有什么特别的方法？人们不应当把自己的研究局限于国家的法院和法官，而应当注意考虑所有解决纷争的实际方法。研究在法律生活中活动的一定的人的任务与功能，这是一个很有前途的比较法研究工作方法。为此，首先要观察法官和律师，或者更准确地说，要观察那些履行法官或者法律顾问职能的人们——不管他们可能被人如何称呼。还有那些从事立法准备工作的各部门或者议会的法律家、公证人、出席法庭的鉴定人、保险公司的损害赔偿案件专职人员，或者——最后，但不是最不重要的——那些大学里的法学教师，对这些人在法律生活中的任务与地位进行比较研究亦可能是有益的。

微观比较（Mikrovergleichung），同宏观比较恰好相反，它比较的是各个法律制度（Rechtsinstituten）或者法律问题，从而比较那些在不同的法律秩序中用以解决一定的具体问题或一定的利益冲突的规则，在什么前提条件下，商品生产者对于因商品的瑕疵状态使消费者蒙受的损失应负责任？在交通事故中，损失的清算应当按照什么规则？在离婚案件中对于子女监护权的分配，什么观点是决定性的？如果父母在遗嘱中置非婚生子女于不顾时，后者有哪些权利，像这样的例子可以列举不尽。

宏观比较和微观比较之间的界限当然是不易分清的。人们常常

必须同时进行两种比较，为什么在某一外国的法律秩序中某一个问题是这样解决的而不是另一个样子。要理解这一点，人们就必须一同考虑那些具有决定意义的规则由立法者或者法院判决怎样创制和发展的过程，以及它们在实践中是怎样贯彻执行的。

例如，我们如果要说明美国关于商品生产者的严格责任，就不能够只限于列举根据实体法受害人对生产者享有请求赔偿权的前提条件，还必须说明：在对这种请求权进行裁决时将进行“陪审团参加审判”的民事诉讼程序。在这种程序中，法官、律师和陪审团的功能有哪些，而由于这一切实体法将发生什么反应？例如，在这里，可以提到，在这种赔偿损失诉讼中，原告的律师通常规定应获得判决确定的损失赔偿金额的30%~50%的报酬，而且陪审团在确定损失数额时会考虑这些情况。又如我们如果要说明对于因为医疗失误受损害的病人的索赔权进行裁决所根据的法律，我们还必须研究在法院的实务中是怎样证明医疗责任的，特别是要了解鉴定人是由法院指定的，抑或是——如同在普通法各国出现的情况——由当事人自己选择并且在法院上进行斗争的，只有这样才能完整而确切地说明情况。由此可见，如果要使各种各样的微观比较能够富有意义，还必须重视所阐述与实际运用的被比较规则在外国法律秩序中有关的一般制度的环境。

三

为了理解比较法的概念和本质，划清比较法同相近的法学领域的界限，就是说，说明比较法不是什么，这是有意义的。

由于比较法必然地以外国法作为探讨对象，因此，比较法必须同那些特别注意或者附带注意外国法律秩序的其他法学部门加以更细致的区别。关于这一点，已经经常地强调指出，外国法研究本身并不意味着比较法。例如，在1937年国际联盟所编制的关于世界妇女地位的出版物^[1]纯粹是各国报告种种不同的各国法规，缺乏真正的比较，因此我们最多只能够称之为叙述的比较法（deskriptiver Rechtsvergleichung）。只有在探讨作为具体研究对象的问题的过程中进行特殊的比较考察时，才能够称之为真正的比较法。经验表明，比较法最好是这样进行：作者首先在各国报告中说明外国法的主要资料，然后用这些资料作为研究的真正核心继续进行深入的比较，最后作为此种比较的结果，进行批判性的法律政策的考察或者得出关于本国法律的解释的结论。

我们要注意划分比较法同那些也是牵涉外国法的相邻法学领域的范围，即国际私法、国际法、法律史、法律人类学，最后是法律社会学的范围问题。

[1] 原名为《妇女地位——来自各国政府与各妇女国际团体的通报》，“Status of Women, Communications received from Governments and Women’s International Organizations”——中译者注

(一) 比较法和国际私法

这两个领域，自不待说是根本不同的，但是却是互相影响的。国际私法或冲突法是现行的本国法的一个部门，而比较法则以一种“纯粹科学”的面目出现。国际私法，如所周知，回答的问题是：对于含有涉外关系的具体案件应当在考虑之内的若干法律秩序中适用哪一种法律秩序。因此它是一种关于法律适用的管辖权的规则，由于此项指定导致适用一定国内的法律秩序。因此我们可以说，国际私法，从它本身看，原本具有的选择性格远在比较的性格之上。反之，比较法是研究若干法律秩序的相互关系，也就是说当初并没有确定比较的一定的目的。

然而比较法对于国际私法是具有重大价值的。的确，由于国际间法律事务交往的扩大，它已成为不可或缺的，以至可以设想，今日国际私法的方法只是作为一种比较法的方法。

最明显的是有名的“性质决定论”(Lehre von der Qualifikation)，即在国内冲突规范中一些概念(例如婚姻契约，侵权行为)应如何解释的问题。这个问题的内容是：这些概念是否应当按照各自冲突法所属的国内实体法的涵义去理解呢？如果说是如此，这就是以“法庭地法”(lex fori)为准则的“性质决定论”。抑或是，如同拉贝尔(Ernst Rabel)所发展的性质决定论所期待的(参见拉贝尔：《性质决定论问题》(Das Problem der Qualifikation, RabelsZ, 5 [1932] 241)，这些概念应当独立自主地根据比较法的展望加以掌握。比较法必须进一步在冲

突法指定的范围内在适用外国法的时候加以运用。例如，在一份应当依据英国法判断的遗嘱中，寡妇被指定为“终生享有不动产权人”（“life tenant”）或者一个第三者被指定为“受托人”（“trustee”），这些词汇必须翻译成为应当在遗产处理地的法律秩序的概念。如要达意地完成这样一种翻译，就必须将英国的制度同处理遗产的国家中最类似的法律形态（先顺位继承 Vorerbschaft？用益权 Niessbrauch？遗嘱执行人 Testamentsvollstrecker？）进行比较。因为根据英国法，遗产不是直接地转移给继承人，而是先归一个“个人的代表人”（a personal representative），即遗产管理人，此人必须为受益人管理遗产。并且在清偿遗产所负担的债务之后在继承人当中分配遗产，这就使得制作遗产继承人可以请求的德国的限制继承证发生困难，而这种困难只有通过深入细致的比较法研究才能获得解决。例如，一个人未立遗嘱即死亡并遗下其配偶及若干成年子女时。此项继承证书应载明：动产遗产应根据英国法移交给由英国的遗嘱检验法庭所选定的遗产管理人，此人必须为各受益人的利益进行信托管理；在清偿遗产所负担的债务之后的剩余的纯遗产中，首先应满足其配偶对于纯粹动产和 £ 5000 金额的请求权，并且，其后将剩余遗产的半数在子女中平均分配，而另外半数则在配偶生存期间代其信托管理，在该配偶死亡时归其子女平均分配。[见戈太内尔（Gottheiner）所作富有教益的论文：《论在德国的遗产适用英国继承法的问题》（Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland, RabelsZ 21 [1956] 33 页以

下, 71 页]“公共秩序”(“order public”)这个冲突法的概念, 在使用上也离不开比较法: 依本国国际私法适用的外国的实体法律规范, 首先必须同类似的本国法律制度相比较, 然后才能够确定该外国实体法律规范是否如此“与本国法律抵触”(“stossen”), 以致国内公共秩序拒绝适用此种规范。同样地, 如果要解决关于“反致”(“renvoi”)论的一个问题, 也必须依靠比较法的方法。这个问题就是: 究竟应当适用抑或不适用关于反转过来依照法院地法这条外国的指示规范才能更好达到各国判决一致这个冲突法的正义目的。拉贝尔特别在他的关于冲突法的著作中(拉贝尔所著《冲突法》第一卷 1958 年版, 第 3 页以下, 103 页)总结性地阐明了: 在这个专门调整国际往来的法律领域中, 以前用国内的解释标准来处理冲突法上的各种问题是特别不合理的。

(二) 比较法和国际公法

乍一看, 国际法同外国法和比较法没有什么关系, 因为国际法是真正超国家的普遍性的法律。但是如果要理解《国际法院规约》第 38 条第 1 款 c 项规定作为国际公法渊源之一的“各文明国家所承认的一般法律原则”的涵义——它是否意味着所有国家一致承认的法律原则(这只是少量的——大部分是自明的——平凡的原理)抑或是由大多数国家承认的法律原则, 不使用比较法是不行的。要完全认识这样的一般法律原则是有困难的, 由于今日在西方的资本主义各国和东方的社会主义各国之间、在南北方的发展中国家和发达国家之间的价值判断的原则上的差异, 也就难上加难。而比较法

的目的之一就是发现对问题的“最好的解决办法”，因此在上述第38条意义上的“一般法律原则”也可以这样理解：这就是从比较资料明智的评价中涌现出来的被看作是解决具体问题的最好解决办法。对“一般法律原则”这样理解，就能够避免把这个有价值的观念变成只是一条“最低标准”，并且能够达到让进步的解决办法逐渐赢得一般法律原则的地位。

除此之外，比较法的方法还在国际法方面，如关于国际条约的解释、国际法的习惯法概念和形态的正确理解方面，是富有成果的。像“契约必须信守”（“*pacta sunt servanda*”）、“情势不变条款”（“*clausula rebus sic stantibus*”）、国际法上的权利滥用（“*abus de droit*”）学说等国际法的规则，都来源于各国私法制度，因此只有在比较法的现象学的基础上才能够加以运用。

（三）比较法、法律史和法律人类学

比较法同法律史的关系比乍一看时要复杂得多。乍一看很容易说，比较法的视线落在我们这个世界空间中大量现存的法律秩序，而法律史则研究在时间上作为历史的法律秩序。但是事情不仅如此。一方面，一切法律史的研究都表明是运用比较法方法的一种作业：法律史学者在考察自己专门从事的历史上的法律制度，比如说罗马法时，都不可避免地带着自己熟识的本国现代法律秩序的种种观念，因此他必然地进行比较，至少是无意识地，通常是带着合理的设想有意识进行比较的。另一方面，我们必须将“比较法律史”（“*vergleichende Rechtsgeschichte*”）包括在更广义的比较法的概念之内。例如，关于罗马法的学术研究进一步扩大到

其他古代法，“把研究扩大到‘私法’（*ius privatum*）和‘公法’（*ius publicum*），市民法（*iura civilia*）和万民法（*ius gentium*）等整个法律领域，探索希腊独特的法律和涵盖着它们的共同法律观念，中东法律文化的楔形文字法……和新近发现的地中海区域古代社会的法律……”（见温格尔，后列书，第157页）这样的研究富有成果是再清楚不过的。我们记得，现代比较法的奠基者们主要是重要的法律史学家。如果缺乏历史感，甚至现代比较法学者都不能够理解外国的解决办法。“法律史通过回想过去的方法，为各个时代架桥”（米泰斯 [H.Mitteis] 语）。现在，我们比先前各个时代的人们在时间和空间的观念上有着更加“相对性”的感觉，因而那些更多注视过去的比较法学者同那些更多注视现在与未来的比较法学者之间的差异，已经缩小到很小范围，大概只是实际分工的差异。新近的法律史研究“已经不再相信法律史只是从它自身发生的内在的运动；而看作是法律与历史的巨大统一体，并且试图阐明法律发展的内在的、法律外的推动力和背景。因此，法律史不是只管自己的，而是同时为法律的批判和法律的 policy 服务，也就是说为人们给理论的比较法赋予的最重要的目的服务”（根茨梅尔，后列书，第334页）。只要意识到比较法和法律史的差别显著地减少了，并且只要附着着与此相应的保留条件，比较法律史可以被称为“纵向比较法”（“*vertikale Rechtsvergleichung*”），现代各个体系的比较法就可以被称为“横向比较法”（“*horizontale Rechtsvergleichung*”）。

比较人类学法律研究或法律人类学（*Rechtsethnologie*）之父巴赫奥芬（J. J. Bachofen, 《母权论》，1861）和梅因（Henry Maine）研究的目的同固有的比较法不同。他们主要关心的事情是在普遍

的文化框架之内专门阐述全世界的普遍法律史。法律人类学研究在开始的时候，首先从一个完全特定的论点出发——而这个论点的妥当性在今日当然已经动摇了。这个基本论点立足于奥古斯特·孔德（Auguste Comte）的学说、黑格尔的发展史观点和巴斯蒂安（Adolph Bastian, 1826—1905）^[1]所谓“元素思想和民族思想”，也就是说，这种人类学的法律研究从人的统一的心理结构出发，认为人类在世界上到处并且在一切地域，也不论什么种族，归根结底都经历过同样的发展阶段。基于这种信念，他们专一地考察所谓“原始社会的法”（die sogenannten primitiven Recht），也就是说在今日生存着的原始社会民族中仍然可以发现的法律秩序——如果可以对原始社会的法使用法律秩序这个词的话。此项研究从这些民族所通用的法律习惯推论出今日高度发达的各民族的法律在遥远的史前时期是怎样一种情况——对我们来说，关于这个时期不知道有什么法律遗物或者文献可供利用。尤其要提到的是，波斯特（A. H. Post）在所著《人类学的法律研究导论》（Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz, 1886），科勒尔（Joseph Kohler）在他主编的《比较法学杂志》（Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft）中就是抱着这样的目的从事研究的。人类学的法律研究的基本原理——处于原始状态的一切民族都是自然地平行发展的——当时主要同所谓《文化圈理论》（Kulturkreislehre）相对

[1] 巴斯蒂安，德国民俗学家，1869年创建柏林人类学会，并在柏林大学任教，从事诸民族心理的比较研究，认为全人类的心性有共同的基本元素，称为“元素思想”（Elementargedanke），各民族的民族差异则由于“民族思想”（Völkergedanke）所影响。主要著作有：《历史中的人类》（Der Mensch in der Geschichte, 3 Bde., 1860），《民族思想》（Der Völkergedanke, 1881），等。——中译者注

抗。这种理论认为，世界上每一文明发展，在每一民族和每一种族那里都是一个历史事件，因此都是独特的。不管怎样，这种文化圈理论不能够很好说明在相同的文化阶段中不同民族在法律制度上何以具有惊人的一致性。但是它力图用继受和民族移动来解释这种同一性。然而这样也不能够解释这种发展的完全的平行性。比较新的观点是，类型性的诸因素（它们到处反复出现）和非类型性的诸因素对于一个民族的法律的形成总是共同地起作用的（科沙克尔 Koschaker 的观点）。因此根据科沙克尔的看法，发展的类型性的诸因素不是如巴斯蒂安所说的“元素思想”，亦即一种自然地一致的发展，而是历史的，即在一定的地理、社会和经济环境中一个人类集团，依照一定的统一的方法发展。而且法律的发展也是如此。但是这种类型性的发展由于非类型性诸因素（种族、特殊的能力、历史）的作用而出现偏向。因此人类学的法律研究首先必须考虑将类型性的诸因素同非类型性的偏向加以区别，而且只有做到这一点，才能正确地从现在生存着的原始社会诸民族的法律习惯推论出过去的原始法律。

今日，法律人类学的世界史的特征已经减弱了。法律人类学作为人类学和比较法学的一个部门，探索今天尚存在的“原始社会诸民族”——或者更确切地说，尚未充分配备文明装置的诸民族——的法律生活。而法律人类学作为一门历史学科，只是就它企图认识“法律的起源和早期的特定的文化状况的关系”而言（亚当，后列书，第 192 页）。但是今天，由于西方以外的世界在工业革命扩大过程中出现富有活力的现代化，那些最后残存的古老的比较原始的集团日益被吸收到正在形成的全人类社会之中。因此，现代法律