

导 言

在宏观的法律文化史叙事中,西方民法往往被当作一种理想类型,整体上被总结为一种以个人权利为本位的私法文化,并与其他法域的法律文化形成鲜明对比。^① 本书研究无意质疑西方民法在一些比较法律文化研究者眼中连贯的整体形象,但必须指出,西方民法如同西方社会发展进程一样,具有明显的历史阶段性。以欧陆民法为例,它历经了古代、中世纪、近代和现代四个发展阶段。笔者仅择其一,对近代欧陆民法思想进行一项断代史研究。

为此,我们首先需要明确何谓“近代民法”。在民法理论上,16至19世纪的大陆法系民法被称为“近代民法”,而20世纪的民法被称为“现代民法”。通说认为,近代民法的模式是:(1)抽象的人格,即民事主体不论其实际的地位和实力,一律被视为抽象平等的主体,被赋予同样的权利能力;(2)财产权保护的绝对化,即维护私有制经济,赋予物权以绝对的排他性效力;(3)意思自治,即民事权利义务的得丧变更悉由当事人自主决定;(4)自己责任,即民事主体只有对自己行为

^① 在中国古代法律文化与西方私法文化的辨析与比较方面,最具反思意识的研究者当属梁治平先生。参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,第四、九章,北京,中国政法大学出版社,1997。

造成的损害承担责任,非基于自己的过错而产生的损害概不负责;(5)就形式特征而言,欧陆近代民法还体现出概念主义和对形式逻辑的追求,从而民法学理和民法典表现为一种理性化的体系。^①

如果用法哲学的思辨方法,对近代欧陆民法进行抽象概括可知,它的特性包括三个要素:第一,就其制度内容而言,近代民法以保护个人的主观权利为宗旨,从而体现为权利本位;第二,既然以权利为本位,而主观权利是主体的自由意志控制和支配的范围,从而近代民法又表现出对自由意志的尊重和维护;第三,近代民法被学者们预设存在一种合乎逻辑规律的自然秩序,可以被设计为一个自足的、有序的概念逻辑体系,从而使近代民法学说和民事立法呈现一种体系化和理性化的特征。因此,主观权利、自由意志、概念体系,正是近代民法的关键词。

尽管上述关键词构成了贯穿本书内容的思想主线,但这并不意味着这些民法理念是一蹴而就;相反,本书将揭示它们如何在16世纪到19世纪欧陆民法发展中逐步得以展开。按照历史的线索,首先,16世纪的人文主义法学在中世纪罗马法到近代民法的思想转型过程中,起到了承上启下的过渡作用,它基本上奠定了近代民法形成主观权利体系的发展趋势。其次,17世纪以来,区别于古典时代的近代自然法成为西欧主流的法律意识

^① 参见梁慧星:《从近代民法到现代民法》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第6卷),235~240页,北京,法律出版社,1997。谢怀栻:《外国民商法精要》,9~12页,北京,法律出版社,2002。相对而言,现代民法的模式则被概括如下:(1)具体的人格,即法律应区分不同类型的人如劳动者、消费者,采取不同的立法政策;(2)财产权的限制,即财产权具有社会性,行使权利应符合社会福祉,不得滥用权利;(3)通过对私法自治的限制,改善因市场自由竞争造成的许多严重的社会问题;(4)无过失责任原则的确立,即由现代社会高度风险的事业造成的损害,不论侵害人是否具有主观过错,均应承担责任。参见本注文,242~245页。本注书,15~48页。

形态,并构成近代民法的合法性根基。近代自然法思想家推崇自然权利论及理性主义方法论,进一步影响和强化了近代民法的主观权利论和体系化,这些理念最终落实和体现在18世纪以来的自然法典之中。最后,19世纪德国兴起的历史主义法学是对近代自然法的扬弃,它一方面主张以民族精神代替抽象的自然法;但另一方面又保留了近代自然法的主观权利论和民法体系化思想。直至19世纪下半叶,从耶林开始,近代民法思想遭到有力的批判,由此开启现代民法社会化思想的先河。

就研究方法而言,本书作者努力将法律史与法律教义学(juristische Dogmatic)^①相结合。一般的西方法律思想史研究,偏重于法治、人权、国家、宪政、财产权等宏观法律理念的阐述。这种研究对于我们理解西方法律思想史上各种法律学说和理论流派的演变具有指导性的意义,并为民法思想史的研究提供恰当的历史坐标。但大而全的西方法律思想史研究的先天不足在于,它欠缺对民法原理细致的思辨和领会,甚至放弃对一些具体问题的追问与分析,从而难以为当代民法研究者提供有价值的历史认识,这普遍反映在,我国目前的法律思想史研究基本上对各个部门法学的影响和借鉴意义不大。

另一方面,专注于部门法的民法研究者,大多侧重于现代欧陆各国民法的制度以及比较分析,往往忽略欧陆民法的思想史维度。这一缺陷轻者导致研究者见木不见林;重者导致有些研

① 根据德国法哲学家罗伯特·阿列克西的总结,法律教义学包括三个层面的内涵:(1)对有效的实在法律的描述;(2)对法律进行概念一体系的分析;(3)提出解决法律案件的建议;并可以简练地将其概括为三个维度:描述一经验的维度;逻辑一分析的维度;规范一实践的维度。参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,311页,北京,中国法制出版社,2002。据此,相对于纯粹的历史研究,笔者在本书中将涉及民法具体制度和学说原理的概念和体系分析,均理解为法律教义学意义上的研究。

究者在涉及欧陆近代民法的思想、学说和人物时,经常出现常识性的历史错位。

为克服上述两端问题,本书作者将以宏观的西方法律思想史为背景,尝试把民法教义学融入历史研究之中,对一些重要的民法原理和民法体系进行学说史和思想史的考察。

20 世纪的欧洲私法史研究领域,前有弗朗茨·维亚克尔(Franz Wieacker)的鸿篇巨制《近代私法史》,后有维森贝格、维森纳(Gerhard Wesenberg/Gunter Wesenner)的《晚近德国私法史》以及赫尔穆特·科英(Helmut Coing)两卷本的《欧洲私法》。因此,对于一位中国研究者,探索和撰写近代欧洲私法史无疑是一件费力而不讨好的工作。基于上述考虑,本书将选择前贤较少着力而又为民法思想史所不可或缺的区域,集中笔力,对近代欧陆的若干重要私法理论家进行浓墨重彩式的描绘,由此凸显近代民法思想各个历史发展阶段的关节点。这些人物主要包括 16 世纪人文主义法学家雨果·多诺,17 世纪荷兰自然法学家胡果·格劳秀斯,17 和 18 世纪法国自然法学家让·多玛和朴蒂埃,19 世纪德国的历史法学家萨维尼以及目的法学的创始人耶林。通过对他们在私法方面著述原典的研读和分析,^①梳理近代民法思想的发展脉络,并由此期待本书能够为读者勾勒一幅近代欧陆民法思想变迁的历史图景。

^① 笔者将着重突出前人未曾重点研究的重要文献。例如,维亚克尔在论述格劳秀斯的私法理论时,很少涉及格劳秀斯私法方面的代表作《荷兰法学导论》;在法国民法方面,他对让·多玛的《自然秩序中的民法》几乎没有阐述。而笔者将对这些重要私法著述给予重要关注。

第一章 人文主义法学与近代 民法思想的历史转型

在大陆法系民法演变的历史过程中,最具深远意义的事件莫过于 11 世纪以来的罗马法复兴运动。由此开始,优士丁尼《民法大全》(Corpus Iuris Civilis of Justinian)和罗马法学占据欧陆法律传统的主导地位,并使得中世纪末以来的西欧法律文明渐呈一种世俗化、理性化的发展趋势。当今法律史学公认中世纪罗马法是大陆法系近代民法最重要的智识基础,这也是我们阐述近代民法思想史的起点。

一、引言:中世纪罗马法复兴

从 4 世纪开始,欧洲中部和东部的日耳曼人受中亚匈奴人的攻击而大举侵入古罗马帝国的领地,这次民族大迁徙终于导致公元 476 年西罗马帝国的灭亡。日耳曼各民族入侵古罗马帝国以后,便纷纷在所占据领地上建立起各个日耳曼王国。在入侵之前,日耳曼人的法律主要是口耳相传的习惯法。从公元 5 世纪末开始,日耳曼人受到罗马法的影响而陆续制定成文法,最具代表性的是公元 506 年西哥特王国的国王阿拉里克二世(Alarich II, 484—507)治下颁布的《西哥特罗

马法》(Lex Romana Visigothorum),其大部分内容来自公元483年东罗马帝国《提奥多西法典》(Codex Theodosianus)。^①其他的日耳曼王国如勃艮第、伦巴德、东哥特等,也有类似的“蛮族法典”(barbarian code)。但是,日耳曼法具有属人性,即日耳曼人适用日耳曼法,罗马人适用罗马法,于是常常出现各族人民居住在同一个城市或地区,而他们的法律却千差万别。^②这种状况已经不能适应中世纪后期社会经济的发展需要。11世纪以来,西欧地区的商业贸易逐渐活跃起来。随着经济发展,商人们需要一种普遍统一的法律作为商业交易的规则。^③而此时欧洲大陆,又缺乏权力集中的政治实体,统一的立法也就无从谈起。而且,在中世纪司法权的分割状态下,国王、教会、封建诸侯以及城市商人,在其各自的法庭里适用不同的法律,从而导致各地方的法律很不一致且总是变动不居。^④于是,人们的目光转向理性的罗马法。

中世纪神圣与世俗二元对立的政治格局促进了罗马法的复兴。自963年,德意志萨克森王朝的奥托一世(Otto I, 936—973)被教皇加冕为“神圣罗马帝国”皇帝以来,中世纪西欧就存在教会与帝国两股政治势力。11世纪中叶,教会为排斥世俗权力对教会事务的干预而发起“克吕尼运动”,提出“只有教皇有资

① See Frederick Carl von Savigny, *The History of the Roman Law During the Middle Ages*, Vol. I, Translated by E. Cathcart, Hyperion Press Inc, 1979, 284.

② See Frederick Carl von Savigny, *The History of the Roman Law During the Middle Ages*, Vol. I, Translated by E. Cathcart, Hyperion Press Inc, 1979, 100.

③ 参见[比]亨利·皮朗:《中世纪欧洲经济社会史》,乐文译,49页,上海,上海人民出版社,2001。

④ See Munroe Smith, *A General View of European Legal History*, New York: AMS Press, Inc., 1967, 25~29.

格与上帝合作”、教皇应拥有“世界上的最高统治权”的思想。^① 1073 年神圣罗马帝国的皇帝亨利四世(Henry IV, 1056—1106)按照惯例授予新任米兰大主教圣职,不料遭到教皇格里高利七世(Gregory VII, 1073—1085)的反对。1075 年格里高利宣布“主教授职权”是教皇的权力,1076 年教皇又宣布开除亨利的教籍,而亨利则另立教皇克立门三世(Clement III, 1080—1100)为教皇作为报复。最终亨利率领军队攻入罗马城,赶走教皇。^② 这次“双皇斗”以 1122 年的《窝姆斯宗教协定》和平结束,但它只是斗争的开始,双方都还继续论证自己的合法性。教会法学家宣称由于教会负担着上帝的使命,所以帝国的法律只有与教会法一致时才具有效力。^③ 而皇帝则鼓吹罗马法的君权至上思想,例如《民法大全》的《新律》中说:“上帝直接从天上创造帝王的权力”,又说:“上帝赋予帝王之权力,期能不可侵犯的严守法律之效力。”一些法学家据此认为皇帝的政权不需经过教皇或教会的媒介,而是直接得自于上帝。又如《新律》说:“上帝授权皇帝,使其为人民创立法律,同时解释法律。”《学说汇纂》说:“朕是世界之主人。”又说:“君主自己不必服从法律。”因此皇帝是世界唯一的主人,代理上帝统治人民。^④ 罗马法显然有利于论证皇帝的权威,因而得到世俗政权的支持。

在此历史背景下,从 11 世纪开始,以意大利波伦那大学

① 参见刘新利:《基督教与德意志民族》,108~111 页,北京,商务印书馆,2000。

② 参见[德]阿·米尔:《德意志皇帝列传》,李世隆等译,106~136 页,北京,东方出版社,1995。

③ See Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, 42.

④ 参见戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,136~137 页,台北,元照出版公司,1999。

(Bologna)为中心,诞生了第一代罗马法的注释家,他们运用中世纪经院主义辩证法,对《民法大全》的文字片段进行释义和注疏,开启罗马法复兴运动。从中世纪至近代早期,罗马法复兴经历了三个阶段:第一阶段是11世纪末至13世纪的注释法学派(Glossators),其代表人物有伊尔内留斯(Irnerius, 1055—1130)、阿佐(Azo, 1150—1230)和阿库修斯(Accursius, 约1182—1260);第二阶段是13世纪末开始到中世纪末的评论法学派(Commentators),以巴尔多鲁(Bartolus, 1314—1375)和巴杜斯(Baldus, 1327—1400)为代表;第三阶段是本文将详细阐述的16世纪的人文主义法学派(Legal Humanism)。这三个学派一脉相承,共同决定欧陆法律传统从中世纪到近代的发展趋势。然而,在人文主义法学派那里,罗马法学发生一次明显的理论断裂,即在文艺复兴运动影响下,意大利、法国和德国的一些罗马法学家开始将人文主义引入法学领域,以批判的眼光检讨他们前辈的罗马法成就(注释法学和评论法学),在新的社会历史条件下改造中世纪罗马法,并由此揭开大陆法系近代民法的序幕。

二、人文主义法学的历史演变及其意义

(一) 16世纪人文主义法学的兴起

要理解人文主义法学的重要意义,首先得从中世纪注释法学和评论法学的研究方法说起。由意大利波伦那大学兴起的注释法学一贯把《民法大全》看作是一个完美的法律文本,是“书面理性”(ratio scripta, written reason),所以从一开始,注释法学家就把其工作目标定位在“对《民法大全》中含义不明的段落或

使人费解的法律给予一种简明的解说”^①。为此,他们运用了中世纪流行的经院主义方法。以经院哲学的代表神学家阿贝拉尔(Peter Abelard, 1079—1142)为例,他认为神学研究就是从权威的《圣经》文本出发,对特定的文本和段落进行解释和分析,并最终消除各种文本之间的矛盾和冲突。注释法学家采用这种方法对《民法大全》的文本和段落进行解释、分析和综合,努力使罗马法在表面上看来和谐一致。^②

注释法学派对罗马法的复兴功不可没,但由于过分依赖文本,严重地脱离法律实践。继之而起的评论法学派不再局限于对《民法大全》评注,他们“宁可对个别法律问题深入研讨,尤其解决社会实际面临的个案为主”。^③ 评论法学派采取一种务实的态度,把罗马法研究与具体的法律案件裁判相结合,因而很多评论法学家既是学者,又兼任法官、律师或公证人。但是,评论法学的问题是:为了达到灵活运用之目的而任意解释罗马法,甚至曲解罗马法原典,导致其原初本意不易明了。总之,注释法学派逐字逐句地训诂《民法大全》,把本身生机活泼的罗马法束缚

① [葡]叶士朋:《欧洲法学史导论》,吕平义译,91页,北京,中国政法大学出版社,1998。

② See Henry Mather, *The Medieval Revival of Roman Law: Implications for Contemporary Education*, Catholic Law, 2002, 41:346. 例如,阿贝拉尔的著作《是与否》运用辩证法,将教皇和历次教会公会议的命令进行调和,确保教会法在整体上的和谐性和统一性。这种方法大致可以分为三个步骤:(1)对圣经文本和神父们的言论、历次公会议决定作历史的研究,了解这些文本的真实性;(2)以语义学的方法讨论一个词的字面意义,包括逻辑的分析、语义的澄清和语义的还原;(3)最后,当发现文本歧义时,以圣经文本的权威性作为最后的标准。参见[美]保罗·蒂利希:《基督教思想史——从其犹太和希腊发端到存在主义》,尹大贻译,156~157页,北京,东方出版社,2008。

③ 戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,83页,台北,元照出版公司,1999。

在一些词句之争上,评论法学派则为了实用而不惜牺牲罗马法的纯粹性。中世纪罗马法学的这些缺陷,在文艺复兴背景下进一步被放大了。

1453 年拜占庭帝国的首都君士坦丁堡陷落,这标志着西方历史从此进入“近代”(modern)时期。与此同时,文艺复兴作为一场古典文化复兴运动登上历史舞台。中世纪西欧的神学家和哲学家使用的《圣经》以及柏拉图和亚里士多德的作品都是中世纪粗陋的拉丁文译本,有些甚至是从阿拉伯语翻译过来,因而那些流传于中世纪的古希腊和古罗马经典中的讹谬比比皆是。由于君士坦丁堡被土耳其人攻陷,大批操希腊语的基督教徒纷纷涌向西欧,带来大量希腊文的经典著作。西欧学者由于看到更为真实的古代原典,更加相信古典时期是一个仍未发掘的黄金时代,黑暗的中世纪遮蔽了古希腊罗马的文明成就,从而意大利的人文主义者(humanist)^①提出“从作者所处的真实环境出发,历史地和批判地理解作者的思想”,^②由此掀起一股研究古典文化的热潮。

这种复归古典的思潮波及了法学。此时,罗马法学者发现长期以来被他们奉为圣经的《民法大全》只不过是古代后期(即 6 世纪)一个法律汇编的大杂烩,它与罗马法最为繁荣活跃的古典时代相去甚远。在文艺复兴时期的法学家看来,《民法大全》并不值得被看作是完美的“书面理性”,^③而中世纪注释法学派

① 参见阿伦·布洛克指出,在 15 世纪的意大利,语法、修辞、历史、文学、道德哲学被称为“人文学”(studia humanitatis),教授这些学问的教师就是“人文主义者”(umanista, humanist)。参见[英]阿伦·布洛克:《西方人文主义传统》,董乐山译,6 页,北京,生活·读书·新知三联书店,1997。

② [意]加林:《意大利人文主义》,李玉成译,6 页,北京,生活·读书·新知三联书店,1998。

③ See Thomas Glyn Watkin, *An Historical Introduction to Modern Civil Law*, Ashgate Publishing Ltd., 1999, 113~114.