

# 目 录

## 第一编 民法解释学的沿革

<b>第一章</b>	<b>罗马时期的民法解释学</b>	003
第一节	引言	003
第二节	发生期	004
第三节	发展期	007
第四节	古典期	009
第五节	衰退期	013
第六节	优士丁尼时期	014
<b>第二章</b>	<b>中世纪的民法解释学</b>	017
第一节	引言	017
第二节	注释法学派	019
第三节	注解法学派	023
<b>第三章</b>	<b>法国的民法解释学</b>	028
第一节	中世纪的民法解释学	028
第二节	民法典编纂	032
第三节	19 世纪的注释法学派	034
<b>第四章</b>	<b>德国的民法解释学</b>	043
第一节	罗马法的继受	043
第二节	近世自然法论的发展	046
第三节	自然法的法典编纂	050
第四节	近代民法学的形成	052

第五节 潘德克吞法学 056

## 第五章 20 世纪民法解释学的新发展 060

第一节 19 世纪概念法学的形成 060

第二节 对概念法学的批判——自由法运动 063

第三节 目的法学 065

第四节 自由法学 067

第五节 科学学派 068

第六节 利益法学 071

第七节 对 20 世纪诸学说的小结 076

## 第二编 民法解释学的理论

### 第六章 一般方法论 081

第一节 引言 081

第二节 定义 085

第三节 区别 093

第四节 划分 101

第五节 论证 104

### 第七章 一般解释学 107

第一节 引言 107

第二节 施拉依马赫的解释学 111

第三节 狄尔泰的解释学 115

第四节 哲学解释学 120

第五节 当代方法论解释学 140

第六节 一般解释学与法解释学 150

### 第八章 民法解释学的科学性 153

第一节 引言 153

第二节 科学与技术 155

第三节 关于民法解释学科学性的诸说 157

第四节 结语 164

## **第九章 民法解释的客观性** 168

第一节 引言 168

第二节 法解释是否包含价值判断? 172

第三节 价值判断的混入是否导致主观性? 176

第四节 如何对待法解释的主观性? 185

第五节 结语 188

## **第十章 民法解释学方法论基本问题** 192

第一节 引言 192

第二节 法适用与法解释 194

第三节 法解释的创造性 197

第四节 法解释的特性 202

第五节 法解释的目标 207

第六节 结语 212

## **第三编 民法解释学的方法**

## **第十一章 法律解释方法** 215

第一节 引言 215

第二节 文义解释方法 216

第三节 体系解释方法 219

第四节 法意解释方法 221

第五节 扩张解释方法 224

第六节 限缩解释方法 225

第七节 当然解释方法 227

第八节 目的解释方法 228

第九节 合宪性解释方法 233

第十节 比较法解释方法 235

第十一节	社会学解释方法	239
第十二节	是否有某种规则?	245
<b>第十二章</b>	<b>法律漏洞及其补充方法</b>	<b>249</b>
第一节	引言	249
第二节	法律漏洞	252
第三节	法律漏洞的分类	258
第四节	法律漏洞的认定与补充	265
第五节	法律漏洞的补充方法	271
第六节	依法理补充的诸方法	273
第七节	制定法外的法发展形成	286
<b>第十三章</b>	<b>不确定概念及一般条款的价值补充</b>	<b>293</b>
第一节	引言	293
第二节	价值补充的性质	295
第三节	对不确定概念和一般条款的价值补充	298
<b>第十四章</b>	<b>诚实信用原则与漏洞补充</b>	<b>302</b>
第一节	引言	302
第二节	诚实信用原则的本质和功能	305
第三节	依诚实信用原则为漏洞补充	309
第四节	诚实信用原则的界限	312
<b>第十五章</b>	<b>利益衡量论</b>	<b>316</b>
第一节	引言	316
第二节	利益衡量论	320
第三节	利益衡量的具体事例	327
第四节	利益衡量的界限	336
<b>主要参考著作</b>		<b>340</b>
<b>附录:怎样进行法律思维?</b>		<b>343</b>

## 第一编 民法解释学的沿革



## 第一章

### 罗马时期的民法解释学\*

#### 第一节 引言

民法解释学有其悠久的历史。罗马民法解释学即其滥觞。

罗马在比较早的阶段就有公法与私法的划分。但通常所说的罗马法,仅指罗马私法。学者分析罗马私法发达的原因,着重指出以下几点:(1)由于版图的扩大,罗马成为“世界国家”,国际商事交易日益发达,为了确保商事交易的顺利进行,不仅要依靠惯例和商事习惯,而且要求以法律的形式进行确实的法律规制。(2)罗马国家对于民事裁判并不实行太强的规制,具有融通性,可能通过法律的实际运用,以适应时代的要求。(3)民法解释学对于法律的进化发挥了重要的指导作用。在民法解释学最发达的时期,学者的解释直接成为法源之一,被称为“学说法”。而且,罗

---

\* 本章主要内容依据柴田光藏:“罗马法学”,载碧海纯一等编:《法学史》,东京大学出版会,第25~74页。

罗马法被称为卓越的“法学家法”。此所谓“法学家法”(Juristenrecht),有两重含义:其一,与同样古老的日耳曼法相对照,日耳曼法被称为“民众法”(Volksrecht),乃以习惯法为主,而罗马法乃是由作为专门家集团的法学者所创制的,是具有很强技术性的法律体系。其二,此所谓“法学家法”,意味着罗马法属于“法学者主导型的法”,即法学者对于法律的创造、运用起着重要的作用。在罗马法时期,法学者的地位非常高,他们不仅媒介裁判官及立法者的活动,而且通过解释和著作直接创造法律。由此可见,罗马私法之发达,有赖于罗马民法解释学之发达,假使没有发达的民法解释学,绝不可能有发达的罗马私法。

本书考虑到罗马法本身的发展阶段,将罗马民法解释学的发展分为五个时期:发生期、发展期、古典期、衰退期和优士丁尼时期。

## 第二节 发生期(公元前600~前202年)

远古时代,人法与神法(祭祀法)不分,规制诉讼及法律行为所生关系的法,亦由作为国家、市民与神的媒介者的神官掌管。当人法从神法分离之后,人法失去了宗教的性质,但神官作为最上层的贵族,保有身份上的特权,仍然将法律知识作为秘密加以垄断。至公元前5世纪,平民与贵族的斗争激化,平民强烈要求法律的公开化和成文化。于是导致了十二表法的公布。

十二表法的制定和公布,将从来不成文的法律规范制定为法典并公之于众。这就在形式上打破了神官对法律知识的独占。但是,由于法律条文难懂,同时也由于古代法具有严格的形式主义特征,往往因文言或方式的错误,而招致重大的不利益。在这种情况下,为了适应各方面希望了解法律行为及诉讼方式的要求,神官团开始非公开地讲授法



律知识。至公元前4世纪,法律知识亦被公开。一个叫弗拉瓦依乌斯的人,将当时民事诉讼的文言方式编纂成书,偷印出版。称为“弗拉瓦依乌斯市民法书”。

作为平民与贵族斗争的进一步成果,依公元前300年的法律,神官职对平民开放。公元前254年,以平民身份首次担任神官长的库洛康尼乌斯(公元前280年任执政官),开始于公开场所讲授法律的文言解释及法发现的步骤。至此,法律知识不再为神官贵族所专有,并产生了作为世俗之学的法解释学(Jurisprudentia)。此后,亚埃里乌斯(公元前198年任执政官)作为非神官的世俗人,首次将十二表法的正文、神官和法学者所作解释及诉讼的方式合为一部著作,题为“三部书”。后世称为“亚埃里乌斯法书”。

这一时期在公开场所讲授法律知识的人进行三类活动:(1)为当事人完成法律行为所必要的方式(书面或动作)。(2)帮助当事人完成提起诉讼的方式(书面或动作)。(3)解答法律问题。类似于现今的律师、公证人和司法书士的工作。

在此将法学者的活动与神官的活动作一比较。(1)神官全部属于最上流阶层,而且在共和政体的国家体制中占有重要地位,他们是作为所谓“公人”进行活动;法学者虽然不少人就任神官职,但在就任神官职之前,只是作为一个私人进行活动,并且法学者并不都是出身于上流阶层。(2)在活动形式上,神官只能以神官团的名义对外提供咨询意见;而法学者则可以自由表达自己的见解。其次,神官的活动属于执行职务,作为秘密仪式的传授,是非公开进行的;而法学者的活动完全是任意的公开进行的。(3)关于创造性活动,由于神官负有维持神法及祖先的习惯的任务,为了使其与时代的要求相调和,因此他们在解释法律时,非常广泛地采用扩张解释、类推解释、限缩解释等解释方法,成为罗马时期法解释学者进行创造性活动的先驱。(4)关于解释的拘束力,无

论是神官的咨询意见或是法学者的解释,在形式上都不具有法的拘束力,但在事实上无疑具有相当的拘束力。学者认为这是因为罗马社会有尊重权威的风气,罗马人有自觉服从法律的传统。

这一时期是法解释学的发生期。我们看到,罗马法解释学的发生导源于十二表法的制定。有了成文的法律,才为法解释提供了解释对象,也才有进行法解释的必要。可见,法律的成文化和公开化是法解释学产生的必要前提。

这里还有一个难以回避的问题,即法解释学为什么发源于罗马?其他有同样悠久的法律文化的国家和地区,同样早就实现了法律的公开化和成文化,却没有产生法解释学。例如我国,早在春秋末期就实现了法律的成文化和公开化,历史上还有邓析其人公开讲授法律知识的记载,何以竟未产生像罗马那样的法解释学?我认为,恐怕应从公法、私法的划分上寻找答案。罗马由于地理位置及版图的扩大,成为当时国际贸易的中心,市场经济相当发达,基于市场经济规律性的要求,导致公法、私法的划分和私法的发达。私法的基本原则是私法自治,即当事人意思自治,国家不运用公权力进行直接干预,给法解释留下广阔的活动空间。可见,罗马私法的发达与罗马法解释学的发达是一种互为因果的关系。反观我国,虽很早就制定和公布了比较完善的成文法典,但未有公法、私法的划分,学者称为诸法合体,实则以刑为本,基本上是以刑法手段处理一切法律关系包括民事和商事关系。公法、刑法的本质要求,即不允许通过解释变更或修改法律(这应是邓析被诛的主要原因)。这样的法律,基本上未为法解释活动留下余地。为法史学者所称道的“比附援引”,根本不能与法解释学所谓法律解释与漏洞补充相提并论。

### 第三节 发展期（公元前 202 ~ 前 27 年）

这一时期,罗马已成为拥有辽阔领土的大商业国家,相应地,罗马法已转化成为规制地中海世界物资流通的商业世界的世界性法律。这一时期,罗马共和政体已是徒具形式,属于共和政体末期。

这一时期的法学者的基本活动方式,与前一时期并无太大差别,法学者所处理的新领域,是属于所谓名誉法的关系。曼里尼乌斯(公元前 149 年执政官)、尤里乌斯·普洛特乌斯(公元前 142 年执政官)、波普尼乌斯·默基乌斯·斯卡乌沃拉(公元前 133 年执政官、后任大神官)三人,被称为“市民法的创立者”。这时,由于针对具体的个别事件的解释例的积累,学者致力于从中抽象出一般的法原则,相对于前一时期的“约款法学”,被称为“法原则法学”(Regularjurisprudenz)。由于罗马的势力扩大到整个地中海,公元前 2 世纪末开始,发达的希腊文化迅速影响罗马社会上层,希腊哲学辩论术对法学研究产生了很大影响,促进了罗马法解释学的发展。例如,定义、分类、类、个体等概念,得到运用。受过专门训练的人将希腊的辩论术运用于法律实务中,其理论不能不对法解释学的方法产生影响。同时,通过万民法的形成,希腊的自然法(jus naturale)思想、衡平(aequitas)思想被罗马法学者所接受,成为法解释活动的指针。

值得注意的是,紧接发展期的是古典期,即罗马法解释学的最发达时期,但罗马法解释学的基本结构和性格,如针对现实的性格、在不损害法的安定性前提下的灵活性、作为世界法的一般性和普遍性、以诚实信用为基准的解释方法等,在发展期即已形成。

这一时期最有名的法学者,是公元前 95 年担任执政官、公元前 82

年担任大神官的凯因德乌斯·默基乌斯·斯康埃渥拉和公元前51年担任执政官的塞洛乌依乌斯·斯洛宾基乌斯·洛弗斯二人。前者深受希腊思想的影响,其代表性著作为18卷《市民法论》,对古典期的法解释学产生了很大的影响。按照伯尔曼在《法律与革命》一书中的说法,是斯康埃渥拉首先将辩证推理运用于法律,在他的著作中民法被划分为四个主要分支:继承法、人法、物法、债法。其中每一分支又进行再划分:继承法分为遗嘱继承和无遗嘱继承;人法分为婚姻、监护、自由人身份、家父权等;物法分为占有和非占有;债法分为契约和侵权行为。对这些分类还有更次一级的分类,如契约又分为物权契约、买卖契约、租赁契约及合伙契约;侵权行为又分为殴打、盗窃和损坏财产。后者有180种以上的著作传世,尤其对于法学教育有伟大贡献。其他有名的法学者很多,被后人称为“古法学者”。此外,身为政治家、辩论家的马洛科斯·德瓦尼乌斯·基凯隆,对于法学亦有很深造诣,他依据斯多葛派哲学理论论证和发展了自然法理论。

应予说明的是,通过法务官告示发展法律的传统,因公元前1世纪初爆发内乱事实上已经中断,作为市民法的基本法律制定者的民会,其作为立法机关的机能已经丧失,此后法律的进化唯有依赖各种解释方法对固有的法律规范进行解释。这时因权威法学者各自立场不同,所作解释分歧很大,致有损害法的安定性的危险。本来法学的自由发展,可以促进法律进化,这时却反而造成弊端。学者指出,出现这种混乱的一个原因是,这一时期法学者的主流,不是出身于元老院阶层,而是出身于骑士阶层。元老院阶层出身的法学者一般倾向于保守,比较注重国家的利益和维持传统,而骑士阶层处在平民与贵族两大对立阶层之间,属于中间阶层,他们多数从事商业,与政治利害相比,对经济的利害更为敏感,因此出身于骑士阶层的法学者有不受制约的倾向。

## 第四节 古典期 (公元前 27 ~ 公元 284 年)

这一时期被称为“法学隆盛时代”,是罗马法解释学的全盛期和黄金时代。何以罗马法解释学在这一时代进入全盛期,学者认为应从法学与国家权力的关系中寻找其主要原因。与不安定的共和政体时期不同,这一时期在政治史上属于元首政治时代,是向一个皇帝专制过渡的过渡时期,由于对共和政体的记忆犹新,特别在元首政治的初期,与采用露骨的高压政策相比,统治者更注重作为罗马传统秩序象征的法律的巧妙运用,尤其注意创造一种尊重法治的外表,因此给法学留下了相当的活动余地。古典期又以法学与国家权力之间的关联程度不同被分为三个时期。

### 一、古典期前期 (公元前 27 ~ 公元 96 年)

这一时期法解释学的特征,是解答权制度和学派的对立。

所谓解答权(jus respondendi)指授予特定学者的解答法律问题的资格。特定的法学者因其优异业绩获得权威地位,这时由元首授予解答权,使之作为法律问题专门的鉴定人获得更高的权威。解答权制度首创于奥古斯都时代,对于罗马法解释学产生了重大的影响。从来法学者的解释活动与国家权力无关,由于解答权制度之设,使法学者的解释活动与国家权力发生直接关联。鉴于共和政体后期法学的自由发展导致法律适用的混乱,严重损害法的安定性,奥古斯都帝通过授予特定法学者以解答权,使少数法学者具有很高的权威地位,通过这种办法对法解释学进行间接的规制,以求获得法的安定性。此外,解答权制度之设亦有其政治意图。因为法学者从来与国家权力无关,其解释活动不

受约束,在元首政治初期,一些著名的法学者甚至公开表示反对奥古斯都体制的立场。奥古斯都通过解答权制度这种优待措施,将当时最高知识人的法学者纳入自己的新体制,其政治目的是不言自明的。其结果是,渐渐使法学丧失其独立地位。

从奥古斯都时代开始,罗马法解释学形成了两大学派的尖锐对立。其一是以拉培沃(Antistius Labeo)为创始人的勃洛库尔乌斯学派(Proculus),其二是以公元5年担任执政官的坎鄙妥(Ateius Capito)为创始人的萨比尼乌斯学派(Sabinus)。勃洛库尔乌斯学派的代表人物,在拉培沃之后有大勒鲁努亚、勃洛克努斯、佩嘎斯(1世纪曾任执政官)、大凯努斯、小凯努斯、勒那特依乌斯。萨比尼乌斯学派的代表人物,在坎鄙妥之后有玛思尼乌斯·萨比尼乌斯(保有解答权,有3卷《市民法注解》传世,对后代影响很大)、坎思乌斯·隆基乌斯(公元30年任执政官)、萨比尼乌斯(公元69年执政官)、夏瓦里努斯、乌亚林斯、德乌斯基亚努斯、优尼亚努斯等。前者推崇帝制,后者力主共和,两派学说分歧,观点互异,争鸣不已。此两派的对立,直到公元2世纪的哈德良帝时代,萨比尼乌斯学派出现了卓越的法学者优尼亚努斯而获解消。

不用说,这两大学派长期的论战,极大地促进了罗马法解释学的繁荣和进步。在法学方法上,由于受希腊修辞学的影响,罗马解释学更加重视对于定义和概念的区别。这一时期法学者的活动只是解答法律问题,其他工作如起草契约书及对诉讼提供帮助,已由下级法律人如公证人等去处理。

## 二、古典期盛期(公元96~193年)

这一时期是罗马法解释学的鼎盛时代,其特征是解答权制度的完成和学派对立的终止。由此开始,法学者与国家权力发生紧密的关系。

关于解答权制度,盖尤士(Gaius)的《法学阶梯》中有这样一段话:

所谓法学者的解答,是指被认许法创造的学者对于案件的判断及意见。当被认许的全部学者的判断一致时,该判断具有法律效力。反之,如果法学者的意见不一致时,则审判官可以遵从其中自己所同意的判断。这就是哈德良帝的指令的内容。由此可见,具有解答权的学者的解释(包括过去的文献上的解释),依情形而定,具有法律效力。这一阶段,法学者的学说成为法源之一,称为“学说法”。这是比较法上未有先例的罗马独特制度。

此外,哈德良帝对共和政体以来传统的顾问会(*consilium*)加以组织化,其中增加法学者,作为皇帝的咨询机关。元老院阶层出身的权威法学者被委以国家要职。因此,这一时期法学的进化应当归功于官吏化的法学者的业绩。与此相应,法学方法亦有变化。前一时期那种某种程度上重视理论的倾向已经消失,并且由于打开了法学者作为官吏进行法形成的活动领域,形成了一种以实务为中心的具体的、个别的研究方法(*Kasuistik*)。到这一时期后半期,又产生了对累积的素材体系化、进行总合的叙述的研究方法(如波普里乌斯、盖尤士的著作形式)。

这一时期著名的法学者有德依特依乌斯·亚里斯多(顾问会员)、夏崐瓦里努斯(长期担任官职,保有解答权)、勒那德依乌斯·博尼斯科斯(长期担任官职)、小凯努斯(著有39卷《法学大全》)、萨洛乌依乌斯·优里亚努斯(顾问会员,著有40卷《法学大全》,对后世影响最大的法学者,导致学派对立的终止)、卡谗基里乌斯·亚弗里卡努斯、亚谗里乌斯·玛洛凯罗斯(顾问会员,著有31卷《法学大全》)、凯洛乌依特依乌斯·斯卡谗沃拉(顾问会员,保有解答权,被赞誉为法学者中第一人,著有40卷《法学大全》)、博普尼乌斯(著有《市民法注解》、《告示注解》等)、盖尤士(著有《十二表法注解》、《市民系法务官告示注解》、《州告示注解》及有极高价值的《法学阶梯》)。

这一时期法学者的著作形式多样:(1)注解,如市民法注解,告示注

解。(2)法学大全,是同一作者的全集。(3)解答录,是有解答权学者解答的汇编;质疑录,以质疑形式的著作;讨论录,同质疑录,但注重理由;书简录,类似解答录。(4)法学阶梯,即法学概论,为私法最有体系的著作。(5)日用书、提要、通论、法学拔萃等。(6)专题著作。(7)注释,对前人著作的说明、研究和批判。

### 三、古典期后期(公元 193 ~ 284 年)

这一时期是古典法的集大成时期,并且是法学者阶层官僚化的完成时期。这一时期,骑士阶层出身的法学者,排除了元老院阶层出身者,再次占据了主流。著名的法学者几无例外地出任高级官吏。法解释学将重心转移到对过去的材料进行收录加工,逐渐丧失其创造力。

这一时期著名的法学者亦不乏其人,如康里思托拉妥斯、亚谟米里乌斯·巴比尼安(顾问会员,著有 37 卷《质疑录》,19 卷《解答录》,罗马法学的完成者)、亚谟里乌斯·玛洛基亚努斯(著有 16 卷《法学提要》)、特米德依乌斯·翰洛比亚努斯(顾问会员,著有 83 卷《告示注解》,51 卷《市民法注解》等 23 种著作)、尤里乌斯·保罗士(著有 78 卷《告示注解》,16 卷《市民法注解》)、默特斯蒂努斯(这一时期最后的法学者)。

从公元 3 世纪开始,罗马社会陷入危机。阶级矛盾尖锐,经济日益衰落,政治上的混乱和腐败严重,军人各自为政,擅立皇帝,仅 253 ~ 268 年间,全国各地就出现了所谓“三十暴君”的局面。由于政治安定的丧失,与政治联系过分密切的法学因而没落,进入衰退期。



## 第五节 衰退期 (公元 284 ~527 年)

公元 284 年狄奥克历迪亚努斯帝登位后,进一步强化专制,神化皇帝,确立了以皇帝为国土和国民所有者和支配者的无限君主专制政体。经济上,从共和政体末期开始到元首政治前期的,被称为“古代资本主义”的商品经济发达时期已经结束,进入了经济的下降和衰退时期。这一时期也是法解释学的全面衰退期。

关于法解释学衰退的原因,一般认为有以下几点:(1)作为官学化法学的存在基础的政治安定已不存在。(2)在君主专制体制下,皇帝绝对权力确立,法学者已经沦为皇帝的御用工具。(3)以解答权制度为象征的,法学者作为法的解释者、法的创造者的功能,已经被皇帝一手取代。至公元 3 世纪末,已不存在保有解答权的法学者。(4)从元首政治时代以来,一定程度上继续维持的法治观念(Rul of Law)已经崩溃,使法学丧失其存在基础。(5)313 年的敕令宣布基督教为国教,导致基督教神学的发展,有才能的人被基督教神学网罗殆尽,法学已经失去昔日的荣耀,被讥为“被解放奴隶的职业”。

这里要谈到所谓的“引证法”,因为前一时代的学说法一直继续有效,但由于法解释学衰退的结果,导致法的理解力低下,裁判官在处理案件时无法决定应当援用何种学说,发生种种不便。公元 426 年,东罗马皇帝狄奥多西二世和西罗马皇帝瓦伦迪尼亚努斯颁布敕令,宣布前一时期最著名的五大法学家巴比尼安(Papinianus)、盖尤士(Gaius)、乌尔比安(Ulpianus)、保罗士(Paulus)和默特斯蒂努斯(Modestinus)(时称法学界五杰)的著作,以及他们所引用过的其他法学者的著作,均具有法律效力;当各家学说一致时,则以多数说为准;在不能确定多数

说的情形,则以巴比尼安的学说为准;如果巴比尼安未有意见,则裁判官对于采用何种学说有完全的自由。此敕令被后世称为“引证法”。应当认为,“引证法”是罗马法解释学衰退情况下的补救措施,但其实施的结果是更促进了法解释学的衰退。

## 第六节 优士丁尼时期 (公元 527 ~565 年)

公元 527 年东罗马帝国皇帝优士丁尼即位,被后世称为“中兴之英主”,对外发动战争,企图恢复西罗马帝国版图,对内通过法典编纂,振兴法制。这一时期,罗马法体系上十分混乱,学说法、三部敕法汇纂及狄奥多西以后的新敕法等,并存存在,极不统一。通过法典编纂实现法和法源的统一,有其法政策上的理由。另一理由是,在恢复地中海周边罗马旧领土,成功地再次确立罗马主权之后,优士丁尼企图通过统一的法典编纂,以回复旧时代的荣光。此外,侵入意大利的日耳曼人以敕法和学说法为素材编纂法典的成功,可能对于高傲的东罗马帝国皇帝也是一个刺激。

公元 528 年 2 月 13 日,优士丁尼任命法制长官特里波尼安和康斯坦丁法学校及贝略德乌斯法学校的教授共 10 人组成法典编纂委员会,负责领导法典编纂工作。公元 529 年公布《旧敕法汇编》(Codex Vetus),它是在汇编审定罗马历代皇帝敕令和元老院决议的基础上,删去过时的部分,保留其继续有效部分,整理编辑而成。

公元 530 年公布《学说汇编》(Digesta),又称为《会典》(Pandectae),是罗马学说法的集大成,是罗马法中对后世影响最大的部分,立法中最重要的成果。其是对罗马法学者的学说进行摘录汇编而成,共摘录约 40 名学者的学说,其中属于共和政体末期的学者 3 人,属于古典期的学

者 35 人,属于古典期后的时代的学者 2 人。前文谈到的引证法所举 5 位学者,巴比尼安、保罗士、乌尔比安、默特斯蒂努斯和盖尤士所占最多。在《学说汇编》条文总数 9142 条中,摘自上述 5 位学者的占 6137 条。尤以乌尔比安为最多,占条文总数的 1/3;其次为保罗士,占 1/6;再其次为巴比尼安,占 1/18。摘自这三位学者的就占全部条文 1/2 以上。《学说汇编》共 50 卷,分为 7 部:第 1 部总则,第 1~4 卷,包括法的概念,法源,人的地位,政务官的选任,私法(含民诉);第 2 部关于裁判,第 5~11 卷;第 3 部关于物,第 12~19 卷;第 4 部包括第 20~27 卷,主要是关于买卖、利息、海上消费借贷、证书、证人、证据、婚姻、监护、保佐等的规定;第 5 部关于遗嘱,第 28~36 卷,主要规定遗嘱、遗赠、信托;第 6 部包括第 37~44 卷,关于继承财产占有、赠与、奴隶解放,所有权、占有的取得等的规定;第 7 部包括第 45~50 卷,其中第 48~49 卷属于刑法及刑事诉讼法,第 50 卷包含行政法关系、法律术语的解说、法律原则等。据说法典编纂委员会共读了超过 2000 卷 300 万行的法学著作,压缩为 50 卷 15 万行。

公元 533 年公布《法学阶梯》(*Institutiones*)为钦定法学教科书。其是仿古典期学者盖尤士的同名著作,分 4 卷,第 1 卷人法;第 2 卷物、所有权、他物权、遗嘱继承;第 3 卷无遗嘱继承、契约、债权总论;第 4 卷侵权行为。它与《学说汇编》、《敕法汇编》一道构成国定法学教育的全部教材,起着培养法律官僚的作用。

因《学说汇编》和《法学阶梯》的编纂,有必要对《旧敕法汇编》进行修正,于是于公元 534 年制定新《敕法汇编》(*Codex*)。第 1 卷教会法、法源、官制;第 2~8 卷私法;第 9 卷刑法;第 10~12 卷行政法。

法典编纂完成后,优士丁尼又相继颁布了许多新的敕令,在他死后,由法学者将他在位 30 年间颁布的敕令整理汇编,称为《新敕法》(*Novellae*),后世亦称优帝新律。其内容关系亲族法、继承法者较多。

上述《学说汇编》、《法学阶梯》、《敕法汇编》和《新敕法》合称《国法大全》，亦即后世所谓《罗马法大全》（*Corpus iuris civilis*）。优士丁尼法典编纂无疑是罗马法发展的辉煌时期，对于人类法制发展贡献巨大。但须注意的是，法典编纂的辉煌时期绝不等于法解释学的辉煌时期。应当肯定，法典编纂所取得的巨大成就，有赖于此前法解释学的极大发展，可以说《罗马法大全》只是此前罗马法解释学极大发展的果实。但法典编纂的成功并非法解释学之福，相反，成为法解释学进一步发展的障碍。优士丁尼帝担心，如果任凭法学者对法典自由解释，势将重新燃起论争，其结果有损害自己作为绝对权力者的权威的危险，因此明令严禁对法典进行解释。虽然此禁令于优士丁尼在世时已经事实上被打破，但法典编纂的成功阻碍了法解释学进一步的发展，是无可争辩的事实。

## 第二章

### 中世纪的民法解释学\*

#### 第一节 引言

11 世纪末 12 世纪初,优士丁尼帝编纂的《罗马法大全》(*Corpus iuris civilis*)尤其是被称为古典罗马法学的宝库的《学说汇编》(*Digesta*),在北意大利波伦亚被作为学问再次发现,即所谓“罗马法学的复活”,同时也意味着欧洲法学的开端。发生在 12 世纪自觉的知识运动,后来被称为“12 世纪的文艺复兴”。其特征是作为古典文化业绩的法学、哲学、科学等的复兴,即以这些文本(text)的学问的再发现为特征。

文艺复兴运动的发生,原因之一在于 12 世纪西欧的社会状况。由于外族入侵的停止,封建制度的新型国家继续在各地形成,西欧逐渐进入社会政治的安定期,造成人口增加、耕地扩大和农业生产的极大发展。农业发达的结果,是出现了非农业人口,并促进

---

\* 本章主要内容依据佐佐木有司:“中世纪罗马法学”,载碧海纯一等编:《法学史》。

了城市的形成和商工业的发达。经济的空前发达,为文化的发展提供了重要条件。原因之二是受到外来文化的冲击,主要是阿拉伯文化和东正教文化的冲击。12世纪的西欧,由于阿拉伯文化和东正教的中介,了解古代伟大的文本,开始自觉意识到古典文化是自己的文化。就是在这种背景之下发生了12世纪的文艺复兴运动。人们的知识无论在质或量上都有极大的丰富,并且形成了远远超过修道院和教堂附属学校及普通学校所教学科的高度的专门学问,并由此产生了从事这些学问的新职业,如教师、法律家,以及都市中作为专门学问教育的组织的大学。其中典型的例子是斯涅诺的医学、波伦亚的法学、巴黎的哲学和神学。

值得注意的是,这些学问与基督教信仰的统一,形成经院式的态度和方法。对于各种学问来说,最重要的是对古代传下来的文本,即圣经、罗马法大全(*Corpus iuris*)、亚里士多德等的著作的理解。对这些文本的说明方法,通称为“经院式的方法”(methodus scholastica)。这就是,从古代后期继受下来,在中世纪初的学校中讲授的自由学艺(artes liberales),尤其以文法学(grammarica)、修辞学(rhetorica)、辩证法(dialectica)三科为基础的论理的形式主义思维方式。所谓文法学,是关于拉丁语的文法规则及关于拉丁文学的文献学理论;所谓修辞学,是以论题发现的规则——特别是法庭辩论的设问(quaestio)及讨论整理的规则为对象;而辩证法(及论理学),作为学问的论证及素材整理的规则,自然是前两科的基础。这些就是经院式方法的基本构成要素。其中缺乏历史的理解方法。文本被视为真理的表示,具有绝对的权威。这种被权威拘束的思考方式与论理的形式主义结合,规定了中世纪的学问的方法。此外,经院式的方法,由于授业上的必要及作为权威的文本的操作,具有“教授的一释义的”(didaktisch-exegetisch)特征。

以罗马法大全(*Corpus iuris*)为对象的中世纪法解释学,因这种经

院式方法的采用而被称为“经院式法学”(Scholastische Rechtswissenschaft)。不用说,法学由于受其对象 *Corpus iuris* 性质的限定,加之这一学问所具有的实践性特征,发展了自己固有的方法,应认为是经院式方法特殊的“法学”的表现。应当认为,中世纪法解释学即中世纪罗马法学的发展,为今日大陆法学——法解释学奠定了基础。中世纪法解释学,以意大利为中心,分为注释法学派和注解法学派两个阶段。

## 第二节 注释法学派

12 世纪初,在北意大利的波伦亚,以罗马法大全 (*Corpus iuris*) 为基础发展了专门的法学教育,形成了“注释法学派”(glossatores)。这一学派以前,不能说西欧未存在过法律教育。至少在 6 世纪的意大利,确实存在东罗马法学教育的传统。这一期间,由于继承罗马后期的教育传统,三科的学校继续存在,其中无疑要采用法律的文本,主要是罗马法大全中的《法学阶梯》(*Institutiones*) 和《敕法汇编》(*Codex*),产生了几部采用注释方法的著作。6 世纪在康斯坦丁堡,私人以拉丁语编纂的关于《新敕法汇编》(*Novellae*) 的《尤利安抄录》(*Epitome Iuliani*),得以广泛流布。11 世纪开始,在卡洛琳王朝的意大利王国 (*regnum Italiae*) 的宫廷裁判所所在地巴威亚,存在过法律学校,盛行注释方法对伦巴德法(南库班洛特诸王的法律与法兰克及德意志诸皇帝的意大利敕令)的研究。11 世纪前半期,产生了集录伦巴德法的《巴威亚书》(*Liber Papiensis*),后半期产生了该书的注释书《巴威亚书解说》(*Expositio ad librum Papiensem*),同时出现了《巴威亚书》的改订版《伦巴德法》。在对伦巴德法的研究中,可以看到将其与罗马法比较对照,并将罗马法作为有补充效力的一般法,说明当时对罗马法大全已有比较正确的知识。

这一巴威亚学派采用的对文本进行注释的说明方法,为波伦亚的罗马法研究作了直接准备,成为波伦亚学派的先驱者。

应予说明的是,在波伦亚的罗马法研究之先,11世纪意大利的若干地方已经进行罗马法研究。特别在伦巴德诸城市存在罗马法传统,与阿尔卑斯山以北追求思辨的知识相反,他们更关心能反映当时政治经济状况并适应社会生活的,作为世俗学问的罗马法学。但问题在于,这些城市中只有波伦亚一直以包括《学说汇编》(*Digesta*)在内的《罗马法大全》(*Corpus iuris*)全体作为研究对象,并与传统的学科相分离,运用经院式的方法达成罗马法学的再发现,最终使法学成为一种独立的专门的学问。因此,应当承认波伦亚的注释法学派的形成,具有划时代的意义。

波伦亚之所以成为罗马法学复兴的中心,除了波伦亚的地理位置处于交通干线的交叉点,及该城市政治经济状况为之提供了合适的条件外,应归功于注释法学派的创始人,被誉为“法的明灯”(lucerna iuris)的伊洛勒里乌斯(Irnerius,约1055~1130)。伊洛勒里乌斯不是中世纪最初的罗马法教师,也不是最初的注释者。例如,在1076年的德斯卡那大公的法庭判决中,曾提到法律教师佩普(Pepo)引用《学说汇编》(*Digesta*)作为判决的根据。伊洛勒里乌斯大概是讲授包括 *Digesta* 在内的全部 *Corpus iuris* 的最初的学者,也是用注释方法研究罗马法并形成波伦亚学派特色的学者。因此,伊洛勒里乌斯的讲授更具吸引力,以致使波伦亚闻名于全欧洲。

波伦亚大约在公元1000年时已以三科的学校而广为人知。该学校中,法律教育作为修辞学的一个部门很早就受到重视。其中所讲授的书简和法律文书的写作方法,获得高度评价。其教师除授课之外还积极从事法律实务,作为 *doctor legis* 博得名声。波伦亚的学艺学校的这一传统,对于理解《罗马法大全》特别是《学说汇编》的学问的再发现,



有重大意义。这一再发现,必须要有经批判复原的文本为前提,须运用文献学的解释方法,而这正好是学艺学校所盛行的方法。

大约在公元1100年前后,伊洛勒里乌斯在对包含 *Digesta* 在内的 *Corpus iuris* 全体进行研究时,除继续采用高度文献学的文本批判之外,加上了语法学的和论理学性质的释义研究,并且运用这样的方法进行课堂讲授,这就远远超出了作为修辞学中的一个部门的范围,最终使法学成为一门独立的专门的学问。众所周知,罗马法大全体系庞大,且充满矛盾,并非近代意义上的法典,只有极少部分提供了定式化的法命题,很难懂。学生要通晓这样一门学问,已不再有兼顾其他学科的可能。于是,开始了以 *Corpus iuris* 全部作为正规课程的法学教育,法学的教师和学生亦区别于其他教师和学生,这就形成了独立于一般学艺教育的专门的法学教育。而这一变化的确是发生在伊洛勒里乌斯的时代,且大部分是由他本人亲手造成的。不久,希望学习法律的人们从意大利各地,从西欧各国纷纷涌向波伦亚,至12世纪中叶,学生总数曾达到1万人。波伦亚成了法学教育的中心。

伊洛勒里乌斯的弟子中,最著名的法解释学者有4人,即被誉为“法的百合”(lilia iuris)的四博士(quattuor doctores): 博尔嘎儒士(Bulgarus, 1166年卒)、玛提努斯·高西安(Martinus Gosia, 1157年顷卒)、雅可布斯(Jacobus, 1178年卒)、胡果·拿温那特(Hugo de Porta Ravennate, 1170年顷卒)。1158年弗里德里希一世进行有关意大利皇帝特权的法律编纂时,四人曾担任法律顾问。当时波伦亚的法学者和学生得到皇帝的特别庇护,法学教师 and 该城市的司教被授予处理学生间诉讼的审判权。在学术见解上,产生了博尔嘎儒士与玛提努斯的对立。当对 *Corpus iuris* 的解释存在古典的见解与新的见解不可调和的对立时,博尔嘎儒士总是倾向前者而玛提努斯总是倾向后者。博尔嘎儒士作为严格法(ius strictum)的守护神,代表了伊洛勒里乌斯以来的正统,

成为主流学派。玛提努斯则被称为“衡平(equity)的斗士”,其信奉者被称为高西安派(Gosiani)。雅可布斯和胡果与前两人相比,只能算作他们的追随者。

在四博士之后,著名的法解释学者是普拉肯提努斯(Placentinus,约1120~1192)和优汗勒尼士·巴西安努斯(Johannes Bassianus,约1190卒)。普拉肯提努斯后离开波伦亚,前往南法兰西蒙贝利埃的法学校任教,他在该地撰写的有关 *Codex* 和 *Institutiones* 的《集成》(*Summa*),在注释法学派的文献史上占有重要的位置。优汗勒尼士是博尔嘎儒士的弟子,在与高西安派的对抗中占了上风,对于普拉肯提努斯亦采敌对的态度。

后来出了著名的法解释学者亚佐·博洛迪乌斯(Azo Portius,约1150~1230)。他作为优汗勒尼士的弟子,在继承博尔嘎儒士派的学统的同时,对高西安派的成果亦很尊重,以其卓越的活动将注释法学派推向了顶峰。其注释文献,尤其其他的法律适用指南,不仅在意大利,而且在欧洲博得了名声。甚至流传这样的格言:“未带亚佐的书,不得进法庭。”至亚佐时代,罗马法大全作为解释的文本已有一世纪之久,不仅法律正文早已附上了繁复冗长的注释群,注释学者又已开始将先前注释学者的注释作为研究对象。最后造成诸注释妨碍对正文理解的结果,不仅没有达到释疑解惑的目的,反而引入谬误的迷途。为了进行补救,亚佐撰写了对罗马法大全进行总括性叙述的著作,即 *Summa Codicis*。注释法学派的创造性活动因此书的出版而终止。

继亚佐之后出现的著名学者是亚库里修斯(Accursius,1182~1260)。亚库里修斯是亚佐的弟子,是从伊洛勒里乌斯以来150年间的历代注释学者的诸注释之集大成者。其注释书 *apparatus* 包括了罗马法大全的全部被公认为对 *Corpus iuris* 的标准注释。这一名声在欧洲许多地方一直保持到17世纪。如德意志继受罗马法后还流传这样的

格言:注释书不承认者,法庭亦不予承认,指的就是亚库里修斯的 *apparatus*。自亚库里修斯的 *apparatus* 出版后,此前的一切注释文献均已不再被引用,而要写出新的注释已不可能,于是注释法学派的工作至此全部完结。

关于注释法学派,还应该注意当时特有的思想方法,罗马法大全被视为表现神意的法真理,称为“书面的理性”,作为书面文本包含了全部法;其中不存在任何矛盾,能够解决现实生活中的一切问题。基于这样的立场,罗马法大全完全同圣经一样,其一切细枝末节、一字一句也不容忽视,为了解释而进行注释,当然成为学问的中心课题。对此,伯尔曼在《法律与革命》一书中写到,就像在神学方面的情况,罗马法大全这个书面文本也如同圣经和教父著作一样,在整体上被作为神圣的、理性的体现。但是,由于强调矛盾的协调,注释学者在对待法律概念和法律规则方面比他们的罗马前辈有了更大的自由度和灵活性。他们固然很关心对具体案件的处理,但也注重发现“精心构筑的推理证明”和一种“理论性的综合”。他们将希腊的辩证法推向了一个更高的抽象层次。他们试图将法律规则系统化为一个统一的整体,即不只是确定具体类别案件中的共同要素,而且还将这些规则综合为原则,又将原则本身综合为完整的制度,即法律体系。注释学者用来达到目的的方法就是亚里士多德的三段论法,这就使得他们能够使用法律的各个部分去构筑一个整体,同时又用整体去解释每个部分。

### 第三节 注解法学派

13 世纪中期至 16 世纪初期欧洲的罗马法学者统称注解学派。这一时期法学者的主要著作形式是“注解”( *commentaria* ), 因此称为注解

学派(Commentatores)。萨维尼以来,人们认为这一时期的法学者不过是注释法学派的追随者,因此以几分轻视的意味称为“后期注释法学派”(Postglossatoren)。划分注释法学派与注解法学派的分界线,是亚库里修斯的 Apparatus,被称为罗马法大全的“标准注释书”(Glossa ordinaria),直到13世纪后半期还对意大利的法学与实务发生决定性的影响。由于“标准注释书”具有压倒性的权威,亚库里修斯以后的法学者已经不可能再撰写大部头的释义作品。这是认为13世纪后半期开始意大利的法学陷于停滞的理由。但是,必须注意,这一时期的法学者撰写了一系列面向法律实务的专题研究论文,如穆戈鲁(Dinus de Mugello,1253~1298)除撰写了许多论文外,还著有《论第六集的诸法原则》一书,表明当时罗马法学与宗教法学显然已有紧密的结合。另外,这一时期已经开始了特定法领域的基础研究。例如,伽丁努斯(Albertus Gandinus,1310年卒)关于条例法与刑法的作品,萨拉丁厄尔(Salathiele,1274年或1275年卒)、巴萨戈日(Rolandinus Passagerii,1300年卒)及贝特努斯(Petrus de Unzola,1312年卒)研究公证人制度的诸作品。这些著作与注释法学派相比,在保持研究方法的连续性的同时,其研究对象已经改换成法律实务中的具体问题。因此,不应简单地说是法学的衰退。

进入14世纪,基努斯·皮斯托亚(Cinus de Pistoia,约1270~1336)为注解法学派的兴盛做了准备,接着由基努斯的弟子巴洛特鲁士(Bartolus de Saxoferrato,1314~1357)及巴洛特鲁士的弟子巴尔德乌斯(Baldus de Ubaldis,1327~1400)将注解法学派的活动推向了顶点。其注解、论文以及咨询活动呈现出显著的特征,即更加具有弹性和更加严密的解释及论证的方法,加上对现时的法律问题的关心及尽量利用法律实务中的经验。巴洛特鲁士,从其学说所具有的影响力及根据同时代和后代人们的判断,称得上自中世纪法学发生以来伟大的法学者。

1544年巴顿威大学开设的名为《关于文本、注释及巴洛特鲁士的讲义》的讲座,使其影响遍及欧洲各国,甚至流传这样的格言:“不是巴洛特鲁士的弟子,就算不上法律家。”此外,要数巴尔德乌斯,他既是罗马法和宗教法的注解者,又是著名的咨询顾问。其弟子安格鲁斯(Angelus de Ubaldis, 1328~1407)也是14世纪后半期的著名法学者。

15世纪的注解学者有优汗尼斯·伊莫拉(Johannes de Imola, 1436年卒),阿历克山德·塔鲁德格努斯(Alexander Tartagnus, 1477年卒),雅荪·玛伊罗(Jason de Mayno, 1435~1519)等。在研究方法上,他们通过对《学说汇编》的波伦亚手书本与佛罗伦兹手书本的比较对照,导入批判的、历史学——文献学的研究方法。

法兰西南部深受注释法学派影响的罗马法学,在13世纪获得自己独立的发展。但从14世纪初开始,发生了向意大利法学的回归,这对于注解法学派学问样式的形成,起了很大作用。法兰西南部于12世纪末13世纪初形成采用罗马——宗教法诉讼程序的裁判所组织,加上诉讼程序法著作的普及,使该地成为罗马法的据点。至13世纪前半期,图努兹、阿洛里亚、蒙贝利埃设立若干大学,这些大学显然从一开始就受意大利法学的支配。属于注释法学派的罗马法学者来到这些大学任教,如1274年前后在阿洛里亚大学有弗朗基斯科斯·亚库洛希(Franciscus Accursii)等注释法学者,同时法兰西的法学者大多曾留学意大利。至13世纪后半期,法兰西的罗马法学在学问上实现了重大飞跃,其时阿洛里亚大学尤其突出。当巴黎禁止罗马法研究以后,阿洛里亚大学在罗马法学中担负了指导作用,并成为教会的要职及国王裁判所的官僚的养成机关。著名的法学教师在退職后出任教会或国王的高级官吏,已成通例。雅可布斯·拉文尼斯(Jacobus de Ravanis, 1296年卒)和佩特鲁斯·贝洛拉培蒂卡(Petrus de Bellapertica, 1308年卒)是阿洛里亚大学全盛期的代表。关于法源的讲义,采取了新的文献形式,即

对法源的大部头释义作品 *commentaria*。注解法学派的特征,表现在对各个问题的专题研究、精致的论证技术,及更接近实务等,已如前述。

注解法学派与注释法学派的区别在于:第一,面向法实务;第二,学问的方法的发展,特别是辩证法的导入。

进入 13 世纪后,意大利北部和中部诸城市的条例立法非常发达。其妥当根据即条例制定权,其妥当范围即诸条例与罗马法的关系、诸条例相互间的关系,成为中世纪罗马法学有关法源论的重要课题。注释法学派固执皇帝的排他的立法权原理和单一帝国单一立法的命题,至少在理论上不承认条例立法。注解法学派则面对现实,提出了特别法与普通法的原理以解决条例立法与罗马法的关系,即条例为特别法,罗马法作为普通法对于条例有补充的效力。同时,也解决了条例相互间的抵触问题。由此开拓了称为国际私法的新法域。这一时期最著名的法学者,如基努斯、巴洛特鲁士、巴尔德乌斯,在从事教学活动的同时,还担任公职,接受委托的工作,并有担任裁判官或辩护士的活动经历,导致这一时期理论研究与法律实务的紧密联系,其表现是广泛的咨询活动。

我们已经看到,在注解法学派之先已经存在注释法学派十分发达的释义的学问,及因标准注释书的权威而被确定的诸理论成果,因此注解法学派不再撰写大部头的释义作品,把重点转向各个问题的专题研究和法实务中的现实问题。这不能不对研究方法产生影响。这就是前面已提到的辩证法方法的导入。当然,谈到辩证法对中世纪法学的影响,必须理解为注解学派之前很早就已开始的一个连续的过程。对于注释法学派来说,辩证法的诸概念及诸方法的使用,已经成为其研究方法的构成要素。至注解法学派时代,先是在法兰西,后来在意大利,辩证法的影响更加强大。其原因之一是,各个问题的专题研究导致释义的深化,处理法律实务中各种现实问题,不能拘守先前的权威注释,要

求有更大的灵活性。要满足这一要求,必须强化论证技术和发展新的方法。这就是 13 世纪初对亚里士多德新论理学及其他哲学的继受,因而成立经院式的方法。为了使法源文本适合于当时的法生活,大胆采用类推,并变更文本历史的本来意味,在罗马法大全之外,开拓、发展了新的法域,如国际私法、票据法、社团法。

这里还应特别谈到注解法学派的法律咨询活动。从 12 世纪末开始,意大利北部和中部各都市对于司法、行政官吏实行一种严格的责任制,任期终了时要接受都市法律顾问的严格审查,称为 *sindicatus*。因此,裁判官为避免责任追究,于判决之前向当地的法学者请求咨询。这就是注解法学派活跃的咨询活动的历史背景。法学者的咨询意见,原则上不能拘束裁判官;依据咨询意见进行判决,也未必能使裁判官免除责任。但随着时间的推移,条例规定如当事人要求,则裁判官有义务向法学者咨询并依咨询意见判决。被咨询的法学者应以书面形式提出咨询意见,对所提出的法律事件作出判断,并要求进行详细的论证。其格式为,先提示案件事实,其次确定重要的法律问题,接下来对赞成或反对进行论证,最后作出自己的解答。咨询实务及于当时法生活的一切领域,所处理的法律问题中,有不少在今天应属于公法范围,常包括都市及其他政治权力间争论的判定,及在当时具有重大政治意味的法律问题。法学者在咨询中,以 *quaestiones* 的形式进行比较考量,用辩证法的方法解决问题,使《罗马法大全》即 *Corpus iuris* 的法律条文具有相当的弹性,能够被适用于新的事态,在许多情形已属于法创造活动。注解法学派正是通过咨询活动和法律注解,使罗马法适应社会发展的要求,同时也促进了法解释学的发展。

## 第三章

### 法国的民法解释学\*

#### 第一节 中世纪的民法解释学

法国在经过百年战争之后,王权逐渐壮大,15世纪实现了中央集权化,至16世纪确立了巩固的专制体制。在这个过程中,王权起到了统一习惯法的作用。因为自然发生的习惯法内容不明确且欠缺合理性的情形不少,法院在确认习惯法规则时,常常遇到困难。为了克服这一缺陷,1454年,国王查尔斯七世发布王令,命令对一切习惯法进行成文化。这种法律编纂一直继续到法国大革命时代,但大致到16世纪中叶,王国范围内的大部分习惯法已经实现了成文化。

成文化的习惯法有三类:第一,大习惯法,是适用范围最广的主要习惯法,如巴黎习惯法(1510)、Poitou习惯法(1514)、Normandie习惯法(1583);第二,普通

---

\* 本章内容依据山口俊夫:“法兰西法学”,载碧海纯一等编:《法学史》;松坂佐一:“惹尼的解释方法论回顾”,载《民法解释的基本问题》。



习惯法;第三,地区习惯法。三者依所谓一般法与特别法的关系决定其适用,即在同一效力地域内,地区习惯法优先于普通习惯法,普通习惯法优先于大习惯法。

16世纪,在大部分习惯法实现成文化的同时,又以地理的区分将法律适用分为南北两部。北部法国适用起源于日耳曼习惯法的多种多样习惯法,称为习惯法区域。南部法国统一适用罗马法(更正确地说,是基于罗马法的习惯法),因此称为成文法区域。比较起来,南部地区的法容易了解,具有安定性。这种在法适用上分为习惯法区域与成文法区域的区别,一直保持到法国大革命,并决定了法国法学的历史发展。大革命前的法国法,称为“法兰西古法”(Ancien droit),这一时期的法学亦区分为罗马法科学与习惯法学。

法国之研究罗马法,起于中世纪初期。当时在法国适用并作为研究对象的,主要是以迪奥多西法典为基础的古罗马法,直到11世纪末以后法兰西才知有优士丁尼法典。11世纪末以北意大利波伦亚为中心兴起的罗马法研究,激起欧洲研究罗马法的热潮。12世纪后半叶,普拉肯提努斯(Placentinus,1192年卒)到法国南部蒙贝利埃(Montpellier)大学,以波伦亚学派的方法讲授罗马法,以此为契机,各地的大学开始讲授罗马法,并开始了罗马法研究。波伦亚学派的研究方法,是对罗马法文本尤其是优士丁尼法典进行注释,因此称为注释法学派。注释法学派在初期致力于再现并在实际中适用罗马法原来的法原则,结果发生与现实中的习惯法的冲突,因此受到实务界的抵制,于是导致罗马法研究的衰微。

一度衰微的罗马法研究,从13世纪末到14世纪初再次活跃。这一时期,注释法学者一方面尊重习惯法,另一方面运用罗马法的技术以求改善。这一倾向是由契努斯(Cynus de Pistoie)从意大利传入,由其弟子巴洛特鲁士(Bartolus,1314~1357)予以发展,形成所谓后期注释法学

派。这一学派一方面滥用经院哲学的方法,进行繁杂的注释,另一方面通过实用主义使罗马法大全适应于当时的时代要求,促成了罗马法的实用化,又称为巴洛特鲁士派。

与14~15世纪风靡西欧罗马法研究的巴洛特鲁士派的实用主义相反,进入16世纪后,由于受当时占支配地位的人文主义(humanisme)的影响,法国罗马法研究不再从实用性考虑,形成纯历史研究的倾向,被称为复古学派(Humanistes)。作为复古学派学风先驱的,是意大利的Alciatus(1492~1550),法国的Budacus(1468~1540),德国的Zasius(1461~1535),被称为“三羽乌”(triumviri)。

与其他国家罗马法研究的实用主义方法相反,法国复古学派的纯历史的、科学的研究方法,是由罗马法在法国所起的不同于他国的作用所决定的。在当时神圣罗马帝国支配下的意大利和德意志,罗马法被视为自己的实在法规范,因此,理所当然地要求罗马法适应时代的要求而有所改变,有时为了获得妥当的结果,甚至不惜曲解本来的罗马法原则。这正是实用主义研究方法形成的基础。相反,在法兰西,罗马法并不被视为自己的实在法规范。在法国南部地区,将罗马法中所包含的法原则作为解决实际问题的依据,罗马法仅仅作为习惯法之一部被适用。与在德意志的情形不同,在法国未曾发生罗马法的“继受”(reception)。法兰西不在神圣罗马帝国皇帝权力之下,法兰西国王不承认罗马法在法国有实际的效力,因为它是外国的国王发布的。由于罗马法只是习惯法之一部,且在适用上其他习惯法有优先的效力,实务界在谋求解决实际问题的正当化时,并不受罗马法原则的束缚,因此,学说上主张罗马法研究应采取纯历史的、客观的方法。

但在法国习惯法学的研究中,实用主义方法占了支配地位。伴随12~13世纪商业的发达,逐渐出现了统一习惯法的倾向。13~14世纪各地的法学者和实务家开始进行地方习惯法的私人编纂。这种成文化

的“习惯法集”内容复杂,除当地习惯法外,常常包含了罗马法和教会法的规范。尽管编纂是私人进行的,法院在裁判案件时亦多有参照。15世纪以后,随着王权的强化,习惯法统一化的倾向进一步增强。特别是前述查尔斯王七世发布王令借公权力推进习惯法的成文化,至16世纪中叶法兰西王国大部分习惯法实现了成文化。与此相伴,对习惯法的注释研究和比较研究也有飞跃的发展。代表性的学者有 Du Moulin (1500 ~ 1566)、Bertrand d'Argentre(1519 ~ 1590)、Guy Coquille(1523 ~ 1604)。如 Du Moulin 是法国古法时代最优秀的法学者之一,其学术造诣很高,著述涵盖习惯法、罗马法、教会法的一切领域。其研究成果成为巴黎习惯法1510年的成文化,及该习惯法于1580年改正的理论依据。此改正后的巴黎习惯法,后来成为法国北部习惯法区域的普通法。Du Moulin 的见解对法国革命后的民法典起草也产生了重大影响。例如,法国民法典关于可分债务与不可分债务的规定及关于代位清偿的规定,就是以他的见解为基础。他是热烈的王权支持论者和教皇至上权论的反对者,主张对众多习惯法加以整理,制定统一的成文法典。此外,他对为当时教会所禁止的有息金钱借贷的合法性的主张,亦很有名。

由于习惯法研究的深化,各种习惯法的共同要素逐渐被阐明,至17世纪,以这些共同要素为中心积极推进法的统一的时机日益成熟。17世纪中叶以后,自然法思想转播的同时,产生了在诸习惯法共同要素中存在法国固有的一般法的思想。1679年法王路易(Louis)十四,命令各大学开设“法国法一般原理”课程,由此更促进了法国固有法的研究,并形成了法国习惯法学派。

法国习惯法学派的著作的显著特征,在于现实主义和实用主义。其对于习惯法的研究,系以自然法思想作为思想支柱。但与当时欧洲大陆诸国卓越的自然法学者把自然法视为全世界共同的法原则不同,

法国自然法学派却致力于将自然法原则限定于法兰西一国。因此,法国法被视作欧洲乃至全世界最优秀的法。17世纪后半期至18世纪,最著名的学者有 Jean Domat(1625 ~ 1696)、Guillaume de Lamoignon(1617 ~ 1677)、Bourjon(1751年卒)、Joseph-Robert Pothier(1699 ~ 1772)。杜马(Domat)的代表作是《自然秩序中的民事法律》,从哲学角度研究构成法现象的基本要素,并以所谓“自然的秩序”阐明各要素间的理论关系。波蒂埃(Pothier)曾任法官,后任 Orleans 大学的教授,精通罗马法和教会法,其著作对民法典起草人有极大影响。民法典的许多条款,尤其债务法部分,乃以其著作为基础,因此,被称为“民法典之父”。

## 第二节 民法典编纂

1789年革命使法兰西形成近代统一的民族国家,致古法时代的罗马法和习惯法,以及罗马法学和习惯法学融为一体。直至1804年民法典公布的约15年间,称为“中间法”时代。这一时期不仅是古代法与近代法的过渡期,具有为近代法制揭幕的重要意义,还对后来的法和法学的发展产生了极大的影响。

随着革命的爆发,产生了成文法优位的新观念。为了实行改革,立法活动极为活跃。1790年,古法时代的最高法院(Parlements)被废止,代之以新的统一的裁判制度。法院的任务只是解释适用法律,不得通过判例创设一般的规则。制定一般的规则是专属于立法机关的权限。罗伯斯比尔(Robespierre)说过,法院判例一语,必须从我们的用语中抹去;在有宪法和立法的国家中,不容有判例这种法律以外的东西。依1790年11月27日~12月1日的法律设置的“破毁裁判所”(Tribunal de cassation,现今最高上诉法院(Cour de cassation)的前身),被作为立

法机关的附属机构,意图在于避免裁判所藉法律解释之名介入立法机关的权限,并且表明了对司法权的不信任。

根据 18 世纪启蒙思想家所倡导的自由与平等,凡属封建体制的一切特权和制度都必须废止。1789 年 8 月 4 日废除一切封建特权,1790 年废除贵族制,1791 年废除限制职业活动自由的同业工会,承认工商业的自由;基于只有国家是唯一权威的考虑,1793 年解体大学,1790 年实现基督教会的世俗化,圣职者成为国家的使用人。有关家庭关系和继承的法律也有很大变化。革命后婚姻被视为私行为,1792 年认可离婚。超过 21 岁的子女结婚不须父母同意,设置家庭裁判所(Tribunal de famille)以监督亲权的行使。承认包括私生子女在内的子女平等继承权,并对遗嘱处分财产予以严格规制。

基于法律应为一切实民理解的思想,要求完全的成文化。1791 年宪法规定应制定统一的民法典。1793 年、1794 年、1796 年、1799 年的 4 个民法典草案均因政治动荡而流产。1800 年 4 月,第一执政拿破仑·波那巴特(Napoleon Bonaparte)继续推进民法典编纂事业,任命特朗舍(Tronchet)、比戈-普勒阿默纳(Bigot-Preameneu)、包塔利斯(Portalis)、马勒维尔(Maleville)4 人组成民法典起草委员会。该委员会经数月完成草案,送裁判所征求意见,并由立法委员会讨论。拿破仑常常亲自主持讨论,为了获得立法机关通过,巧妙运用其权力和政治策略。草案被分为 36 个单行法获得通过,并在帝国建立后,被合成一部法典,于 1804 年 3 月 21 日获得通过。

民法典编纂的直接目的,在于消除法的不统一状态所产生的不合理,实现法兰西的法律统一。法典编纂事业乃是以合理主义的自然法思想为精神支柱。所制定的民法典,应当是人类理性所感知的理想的正义规范,用一切市民均能理解的确切用语简洁表现的“书面理性”(ratio scripta),并且应当可能从各个规定推出更一般的原理,具备论理

的调和与秩序的统一性。这一指导法典编纂的自然法思想,曾经规定在1804年通过的民法典的第一草案的第一条:“作为一切实定的法律的源泉的,是普遍的不可侵的法,亦即支配地球上全人类的自然理性。”

但实际上最后制定的民法典与这种理想主义相去甚远,应当说民法典体现了很强的现实主义,非常强调与历史的联系和对传统的维持。的确,在法典起草人的思想中,某种程度上存在合理主义的自然法思想。但4名起草委员都是法律实务家而非理论家。前两人属北部习惯法派,后两人属南部成文法派。两派既互相斗争又互相妥协,从古法时代的经验中选择他们认为最适合法兰西国民的法原则。在民法典的各种制度中,看不到按照理论构成的新的理想制度,而且革命时新设的理念性很强的诸制度,也经修正由过度的自由主义退回到中庸之道。充其量只是在依古法时代的经验在认为现实可行的习惯法制度中加以取舍选择而已,唯有这种基本的作业方法可以说有几分合理化。

### 第三节 19世纪的注释法学派

依照作为法典编纂事业首倡者的精神支柱的自然法思想,法的原理是普遍的、不可侵的、超越实定法而存在的,法(droit)是人类理性所感知的东西,人类将依其理性所感知的用法法律(loi)的形式予以宣告。但是,法国法典编纂事业一旦完成,所产生的法典却培育了被称为“法律实证主义者”的一代,导致自然法学派的衰微。这些法律实证主义者不仅从法律(loi)中,而且从法(droit)本身,发现立法者的创造。他们认为,法规范以法典的形式构成明确的体系,该体系是普遍的不可侵的自然法的表现,对法律家来说,法典之外不再有法源。法官的工作只是就法典所宣示的实定法规范进行论理操作,有关法外的因素如政治、经

济、社会、道德等的考虑均应排除,必要时仅得探求立法者的意思。基于这种思想逐渐形成的法学学派,被称为注释学派,并从19世纪中叶起在法国法学界占了支配地位。

### 一、形成期(1804~1840年)

法国民法典、法国商法典所表现的法,乃以经济上的自由主义和哲学上的个人主义为根据,是以“所有权绝对”和“契约自由”为核心的近代社会的法。但是,如果从经济社会的侧面来看,仍然是18世纪的农业经营的法。当时产业革命稍露端倪,即使作为优秀法律家的法典起草者们,对于正在生长中的近代工业生产也只有极贫乏的知识,况且,他们大约连做梦也没有想到以“所有权绝对”和“契约自由”作为武器促进近代资本主义的迅速发展。

1804~1840年,资产阶级确立了政治上的统治地位,但产业资本尚未壮大,工业还未越出手工业和农村家庭工业的范围。因此,民法典的规定还能适应这一时代的经济社会状况。这一时期注释学派的先驱者对民法典所进行的注释,乃以对法条文义的理解为第一义。

由于民法典编纂的成功,引起对史无前例的伟大法典的感叹和对法律的崇敬,人们认为法已经被无遗漏地包含在成文法之中,相信成文法的完全性。所谓成文法的完全性,正好适应了国家主权原则及法国革命从18世纪的政治哲学所接受的三权分立原则的要求。注释学派确信成文法的完全性,认为法律家的工作仅仅是通过对立法者意思的探究,从成文法抽出所应适用的法规范。注释学派对法律条文进行严格解释的主张,也正好符合自由资本主义经济条件下,经济活动需要受到法的确实保障的要求。注释家们所肩负的使命,主要是理解法律,为了适用而阐明条文正确的意思和效力,由于还不存在判例,在进行解释时只能利用法典编纂过程中的各种资料。