

docsriver.com商家本本商家

docsriver.com
商家本本书店

法学名篇小文丛

论统一民法对于德意志的必要性

蒂堡与萨维尼论战文选

[德] 蒂堡、萨维尼 | 著
朱虎 | 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



法学名篇小文丛

论统一民法对于德意志的必要性

Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland

蒂堡与萨维尼论战文选

[德] 蒂堡、萨维尼 / 著
朱虎 / 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

论统一民法对于德意志的必要性：蒂堡与萨维尼论战文选 / (德) 蒂堡, (德) 萨维尼著; 朱虎译. —北京: 中国法制出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0968 - 1

I. 论… II. ①蒂…②萨…③朱… III. 民法 - 研究 - 德国 - 19 世纪 IV. D951. 63

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 011223 号

论统一民法对于德意志的必要性：

蒂堡与萨维尼论战文选

LUN TONGYI MINFA DUIYU DEYIZHI DE BIYAOXING

著者 / (德) 蒂堡、萨维尼

译者 / 朱虎

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 850 × 1168 毫米 32

印张 / 5.25 字数 / 73 千

版次 / 2009 年 2 月第 1 版

2009 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0968 - 1

定价：16.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66067024

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

目 录

论统一民法对于德意志的必要性	1
蒂 堡	
蒂堡对于萨维尼论文的评论	69
蒂 堡	
《历史法学杂志》的目标	98
萨维尼	
蒂堡对于《历史法学杂志》序言文章的 评论	120
蒂 堡	
《当代罗马法体系》第一卷前言	128
萨维尼	



论统一民法对于德意志的必要性*

蒂 堡

不久之前，我在一篇评论文章中（*Heidelberg. Jahrb.* 1814. S. 1 - 32.）对于统一的德意志民法制定法（Gesetz）的必要性附带表明了一些意见，许多德高望重者敦促我专门通过一篇论文就这个重要的主题进行更为细致的阐述。我很不愿意在一大堆很容易过时的小册子中看到我自己的一本小册子，我也几乎没有理由认为，人们将会对我的意见予以特别的注意；

* 译文所依据的版本为本论文的单行本第1版，即 *Thibaut, Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814。在本论文单行本出版之后不久，蒂堡就将这篇论战文章予以扩展（即第2版），并将它放入到他的《民法论文集》（*civilistischen Abhandlungen*）（海德堡，1814）之中。这本著作共有20篇论文，这篇文章是第19篇，位于上述著作的第404 - 466页。为此，蒂堡在第1版前言的基础上增加了以下语词：“不久之前，我出版了一本小册子，这本小册子就将这篇论文的题目作为标题，并有以下前言：（以下即为第1版前言）”。译文也包含了蒂堡在第2版中做出的修改和补充，楷体字部分即表示蒂堡在第2版中所作出的增加和修改。——译者注

蒂堡与萨维尼论战文选

但在我看来，当前确实是一个重要的时刻，畏缩和退却都不适合于情势的紧迫性，毋宁说，倘若能够期望通过最初的启迪而激发出生命中的力量，每一个深思熟虑的人都应当为良善和伟大之物而大声地鼓与呼。仅仅是出于这个考虑，我写出了下面这些文句。也许这些文句很容易招致政治家和学者的反感，我不会对此提出任何抗议。但是，我可以作为热忱的爱国者而表达观点，我不容许这一荣誉遭到剥夺；在此价值观念上，我决不甘居人后。

另外，本文的目的绝非感情用事。从没有政治家冒犯过我，就我个人而言，我也没有什么非分之想。幸运所给予我的要多于我所应得到的；我不会有更多的要求；即使今后没有人遮住我的阳光，^① 我的满足感依然清澄圆满。我从各方面获悉良多，这篇文章使

^①蒂堡在这里运用了第欧根尼的故事。第欧根尼（英文 Diogenes，约公元前412—前323）是古希腊哲学家，犬儒学派的代表人物。他认为，除了自然的需要必须满足外，其他的任何东西（包括社会生活和文化生活）都是不自然的，强调禁欲主义，鼓励放弃舒适环境，回复简朴的自然的生活。他对于自己的主张身体力行，居住在一只木桶内，过着乞丐一样的生活，甚至高呼“像狗一样活着”，因此他的哲学就被称为“犬儒主义”。据说有一次亚历山大大帝探访他，问他需要什么，并保证会兑现他的愿望，第欧根尼回答道：“我希望你闪到一边去，不要遮住我的阳光。”——译者注

安东·弗里德里希·尤斯图斯·蒂堡
(Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772 – 1840)



www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

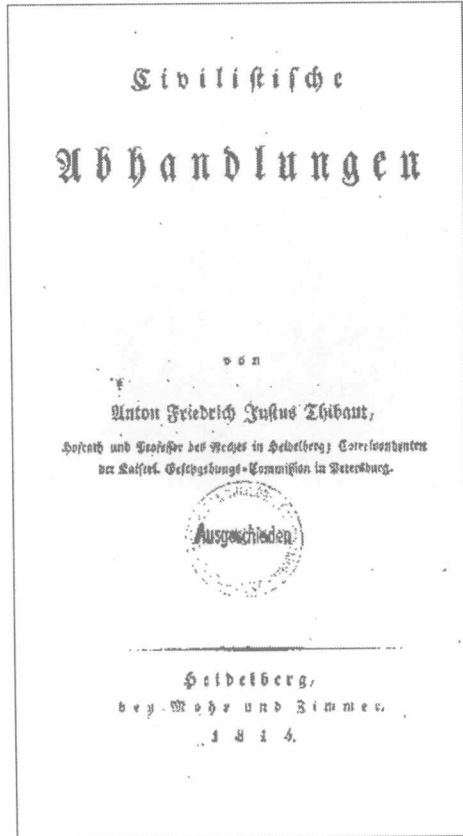
www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



蒂堡《民法论文集》扉页





得很多人非常满意，他们的赞扬对我而言具有特别的意义，这些人总是珍视热忱的爱国之情，他们了解国家的需求，并且，如果有力的、不拘一格的语词没有轻率地表现难以达成的愿望，他们就会对于这些语词称许万分。因为这种小册子通常很快就会无影无踪，而我有理由希望将之保存得长久一些，所以我将它放入这部篇幅更大的著作之中，并且对它进行了相当多的一系列的增补，对于我的主要思考而言，这些增补在许多方面非常重要。这篇论文被收入关于罗马法的注释（exegetischer）论文合集之中，这样就可以向对我的著作知之甚少的读者证明，我不会因为对罗马法的科学研究有所顾忌而厌恶罗马法。

1814年6月19日，海德堡

A. 蒂堡

目前，通过领土的解放，德意志不仅挽回了它的荣誉，而且也取得了达致美满未来的可能；但即使只是中等程度幸福的达成仍会受到诸多可能障碍的阻挠，为了不受到所担心的制裁，人们必须以坚定的信

念来坚持希望。因为，即使相对于战败者而言，^① 德意志人被捧得很高，以下这些问题却是确凿无疑的：我们国民中的一部分人，特别是中上等阶层，根本配不上德意志人的姓名；我们的公职人员也被法国事例和影响的精致毒剂所腐蚀，从而一再堕落；对于一些较为优秀的人而言，心胸狭隘和卑鄙的自私自利也不再鲜见，并且下面一些在动荡时期极易发生的情形也很容易一再发生，即正派人士受到压制，或者退隐到一种无所作为的状态中快快不乐，国家中的败类却扶摇直上，我们的侯爵（Fürsten）则得到了糟糕的进言，被人所误导，即使怀有至善的愿望也无法使正派的国民感到满意，而他们的统治恰恰仅因为这部分正派的国民而有价值。这些情形由于以下原因而更为可能，即在我们坚毅正派的人士之中，过分的热情处处可见，这种热情强烈地要求一些不可能之事，竭尽政

^①“战败者”主要指的是拿破仑所领导的法国。1813年10月，由英、俄、普、奥组成的“第六次反法同盟”在莱比锡战役中击败了拿破仑，1814年1月29日同盟军攻进法国境内，1814年3月30日占领了巴黎；1814年4月4日，元老院宣告废除拿破仑的帝位，枫丹白露条约签订，拿破仑宣布退位并于4月20日被放逐厄尔巴岛；1814年5月30日巴黎合约签署。——译者注



治唯美幻想之能事，浅薄不堪，而那些本性低下的、道德败坏的社交名人们却拥有前所未有的机遇，从而能够在智慧和深思熟虑这个伪装下挽所有的败坏和狭隘于倾颓之中。较之以往，我们现在更处在这样一个境况之中，即奸诈之徒可能正幸灾乐祸地期望看到转变和革新所带来的厄运，这一点可以被近来的事实所证明。

无论如何，现在可以确定的是，德意志应当一如既往地放弃完全的统一所带来的好处，而分化成一系列只是外在联合的小邦国。对于这一点进行抱怨可能是未经考虑的以及不合理的。如果人们不试图做出以下过分要求，即所有其他国族绝对信任我们统治的正义性，并完全牺牲掉他们自己所有的现实利益考虑，而只为了我们德意志人的利益行事，那么，上述分裂以及各自为政几乎就是必然的；这种状况可能还会具有如此多的重要好处，以至于政治家很难证实，完全的统一比上述分裂更有利于德意志人。大国家的状况始终是一种不自然的紧张状态和衰竭情形。热忱的生活只存于某一处；一致的努力只朝向一个目标；对于个体和多元的压制由于唯一的共同事务而始终存在；

最终，在统治者和臣民之间并不存在亲密的关系！反之，在小邦国的联合中，个人特性有自由发展的空间，多元化能够得到无限的发展，臣民和统治者之间的关系更为亲密和生气勃勃。并且，人们并不需要过分看重统一的大国对于个人战斗勇气的提升。如果一个小邦国得到了德行的教化，具有贤明的统治，并心甘情愿地接受本邦国的宪法（Verfassung），它就会拥有非常优秀的战斗精神和战斗力，大国的主要优势就只体现在战士的数量上。无论如何，德意志人不可以忘记，上述分裂状态是多么地适合于他们的特性，至少不应忘记，国家是如何发展成现在的格局的。处处存在着的矛盾因素固然可以联合起来而相互消耗，但它们也可以相互竞争从而进入到更高的情境，并且使得多元化和个性得以被唤醒和维持！通过这种多元化，德意志人始终能够在民族之林中占据突出的地位，但是，如果某个全能之人成功地将德意志民族塑造成一个完整的政治统一体，所有的一切都可能很容易地降格为平淡无奇和愚钝。

但即使人们在整体上对于上述分裂状况感到或者必须感到满意，那么他们仍然不可以忘记的是，如果



我们的统治者忽视了他们本邦的特性；如果他们对于大国的诸多不可避免的弊端不加思考地进行亦步亦趋地仿效；如果他们仅是试图通过毫无意义的奢华宫殿，而不是通过积极的、温和的、强健的统治这种更好的方式来获得尊重，并且他们试图在与邻邦没有形成友好关系的情形下，仅通过一己微薄之力试图达致伟大的目标，那么，这种分裂状况就有可能面临巨大的危险。恰恰从这方面而言，我们面临着无穷的危险，如果我们的侯爵信任以下这些人的唆使，即这些人现在很容易使得他们的意见受到非常的重视，那么这个国族中的正派坚毅的人士就很难有理由对未来非常乐观。

从这些方面来探讨我们将来的政治关系并非我的任务；但是我希望可以在这个重大的危险时刻不揣冒昧地表达出我对于我们未来市民关系的希望。在这方面，我长期以来都是一个足够活跃的民法学家。事实上，这一方面也是最为值得强调的。就政治组织〔例如，社会等级宪法（*ständischer Verfassung*）的必要性〕而言，人们已经做了如此多的准备工作，以至于合理的选择（*die Wahl des Zweckmässigen*）更多地取

决于良善的意志而非理性的努力；但是在民法、私法方面，却急需一股暖气进入到冷冰冰的支配性观点之中，以便溶解寒冰，并且在生活中唤醒所有在粗俗的政客手中有如死亡的事物那样压制了最为神圣的市民关系的那些事物。

这个时代的更多征兆促使我立即表达出以下希望。最近一年，德意志从长期的沉睡中苏醒过来。所有的阶层都几乎空前地同心协力、和睦相处地服务于良善的事物，我们的侯爵也有非常多的理由使自己确信，德意志是一个高贵的、坚毅的、大度的民族，德意志人不仅可以响亮地要求公正，而且还可以响亮地要求政府的回报，即希望政府利用这个美妙的时刻最终摧毁旧有的弊端，通过新的、明智的民法制度为个体福祉奠定牢固的基础。但恰恰在这个时刻，并且在我们许多第一流的法学家早就承认了我们之前的民事法律编纂（bürgerlichen Verfassung）的诸多缺陷之后，在许多地方，人们所热衷的恰恰仅仅是通过强硬的命令重新建立早期杂乱的毫无条理的混乱状态，反对引



进的新法，^① 并且组织自己的小邦国，仿佛它们与世隔绝一样，同时确信自己的微薄之力完全可以完成不可思议之事。同时，理论界也不甘寂寞，我们想必都已从一位有修养的、高贵的作者那里清晰地听闻到以下观点，即如果让德意志人回到它早期的习惯那里，充其量仅在某些细节方面做出一些具体的完善，那么这就已经足够了。^②

与此相反，我的观点是，我们的民法（bürgerliches Recht）（在此术语之下，我在这里始终指的是民法、刑法以及诉讼程序）需要一个彻底的、迅速的转变，只有所有的德意志政府团结一致，努力完成排除单个政府的恣意而适用于全德意志的法典的编纂，德意志人在市民关系上才有幸福可言。

对于任何一项立法，人们都能够而且必须提出两

^①“引进的新法”在这里指的是拿破仑主持制定的《法国民法典》，在法国吞并德意志部分地区之后，经由拿破仑的压制和对于《法国民法典》的感佩，德意志很多地区适用了《法国民法典》。——译者注

^②蒂堡在这里所攻击的作者可能是奥古斯特·威廉·瑞贝格。瑞贝格（August Wilhelm Rehberg, 1757 - 1836）担任过汉诺威大公的枢密顾问，他在1814年发表了《论拿破仑民法典及其在德意志的适用》（Rehberg, *Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover, 1814.），对于《法国民法典》进行了诸多批评，反对《法国民法典》在德意志地区的适用。——译者注

个要求：它在形式上和实质上都是完美的；也就是说，它必须规则清晰、明确且详尽，并且其市民制度明智贤达、合理以及完全植根于臣民的要求之中。但很遗憾，在所有的德意志邦国中，这两个条件中的任何一个都没有得到满足。旧有的德意志诸法典在许多邦国仍存在其形形色色的变种，这些法典或许在某些地方有力地表达了质朴的日尔曼观念，因此它们对于新立法中的个别法律问题能够有所助益。但是总体而言，它们不符合我们时代的要求，粗糙和短视的早期痕迹处处可见，绝不能够再作为统一的、无所不包的法典而有效适用，无论在过去还是现在，专家们对此已经形成了共识。在本族的特别制定法（*einheimischen Particular - Gesetzen*）之外还存在各邦的规章（*die landesherrlichen Verordnungen*），它们虽然常常对于具体制度做出了一些好的完善补充；但所有这一切通常仍只是谨小慎微的细节方面的完善，在整体上仍是一团乱麻。充其量只能认为，我们旧有的较为清晰的帝国制定法（*Reichsgesetzen*）包含了诸如监护（*Vormundschaften*）和程序这样少量的合理性规定；但是它们并非真正的法典，唯一的例外是加洛林王朝的



(Carolina) 法典,^① 但必须承认它在当下的不合目的性, 这样即使是最为坚守现状的人士也必须承认新刑事制定法的绝对必要性。因此, 我们的本族法整体上是一团混乱, 它们的规定互相矛盾、彼此否定、五花八门, 这造成了德意志人之间的相互隔阂, 并且使得法官和律师不可能对于法律有细致的认识。即使对于这种混乱状况具有了完备的认识, 这也不会导致什么结果。因为我们的本族法在整体上很不完备并且空洞无物, 这样在一百个法律问题中, 就至少要有九十一个必须根据继受的外族法典——教会法和罗马法——作出判定。但恰恰是在这里, 不幸达到了顶点。在教会法中, 那些不涉及天主教的教会组织 (die katholische Kirschenverfassung), 而是涉及到其他民事制度的规定根本不值一提; 那不过是一堆模糊不清、断章取义、存在诸多遗漏的规定, 这些规定部分源于罗马法早期注释者的糟糕意见, 并且鉴于教会权力对于俗世事务的影响, 这些规定往往非常独断专制, 以至于没有一

^①蒂堡在这里指的是《加洛林纳刑法典》(Constitutio Criminalis Carolina), 此法典颁布于1532年, 是神圣罗马帝国的第一部帝国刑法典, 主要包括刑法和刑事诉讼法方面的内容。——译者注

个明智的统治者愿意完全服从它们。因此，我们所能利用的最后的以及最主要的法律渊源便是罗马的法典，此作品是一个与我们全然无干的国族在它最后的衰落阶段完成的，这种衰落的痕迹影响到了其本身的所有方面！如果人们因为此失败作品的采纳而对于德意志人大加称颂，并且严肃地建议在今后仍然保留这部作品，那我们一定是完全陷入了一种狂热的片面之中。虽然罗马法非常完备，但这是在与以下情形同样的意义上而言的，即人们能够认为德意志人非常富有，因为所有在他们的土地的地表和地心之间的宝藏都属于他们。要是可以不费吹灰之力地挖掘出所有的宝藏就好了，但恰恰在这里存在可恶的困难！罗马法也同样如此！无疑，博学的、敏锐的、勤奋的法学家们在每一个理论上都能够根据此法典支离破碎的片断而进行整理，对之进行详细的阐述，并且，上千个重要理论目前仍然晦暗不明，也许在经过千年之后，我们能够在每一个重要理论中都有幸得到一部经典的、叙述详尽的著作。但对于臣民而言，重要的并非是将好的理论记录到被印刷的著作之中，而是法要活生生地存在于法官和律师的头脑之中，并且完备的法律知



识也有可能被取得。但这在罗马法中始终是不可能的。整个罗马法汇编过于晦暗不明、草率，我们始终缺少掌握它的真正钥匙。因为我们并不清楚罗马人的观念，正是这些观念使得对于我们而言始终是个谜的内容很容易被罗马人所理解；最近许多肤浅的法国法学家能够轻而易举地从正确的角度来观察此法典，而德意志人的皓首穷经却始终不能达成其目标。因此，我们必须处处借助于大量深奥的参考资料，并且由于历史渊源杂乱且匮乏，这些研究非常混乱、复杂，具有多方面的危险，这样便使得实务人员不能真正掌握这些财富。在整个德意志，甚至还没有一个学说汇纂的教授能够自诩他自己有可能根据法源而历史地教义地（*historisch - dogmatisch*）研究其专业范围内的所有具体的教义理论，或者对之进行完备的深思熟虑。但这只会使我们坦率承认：罗马法永远不会被完全清晰化和确定化。我们总是缺少解释的渊源，并且极其零散的片断所构成的混乱整体会导致一种解释前提的不确定性和易于变动性，这样阐释者便很少能取得一个完全稳固的立足点，随后的优秀阐释者总是被诱使寻求一种新的观念而推翻之前的观念。对此，我们在

一些新的优秀著作那里取得了一些新近的体验，这些著作在一段时间内可能很难有其他作品可以与之相提并论，但它们还是很快就会遭受到最为猛烈的攻击，而无法享受到取得共识的彻底胜利。但对罗马法形成阻碍的最主要的因素在于，它的绝大多数规定的内在不妥当性，特别是不符合德意志的具体情形。虽然莱布尼茨（Leibnitz）对于罗马法学家的天才给予了非常热情的评价，这种评价促使了許多人对于罗马法学家的由衷赞叹；但上述评价更多的只涉及其形式，无论如何也不涉及整个法典本身。莱布尼茨的评价在前一个方面无疑是真实的，但却并不适宜于后者。因为对于罗马古典法学家，人们能够承认而且必须承认的就是他们具有高度的逻辑一致性，并能够特别轻而易举地将一般的实证法律规定应用于细致的、复杂的个别情形之中。但不能否认的是，他们后来一直更多地深陷于一种摇摆不定的衡平（Billigkeit）之中，他们的洞察力对于真正的法律智慧而言总是坏处多于好处。因为他们处处受制于早期野蛮（Barbaren）时期的实证基础，这种不幸并没有因为合乎逻辑的阐述而被减少，毋宁是被增加了。人们能够将诸如古典法学



家关于父权和继承法的理论视为法律逻辑一致性和分析精致的杰作；但人们必须补充上这一点：法学家注定在这样一种粗砺不堪、狭隘片面的基础之上运用他们的洞察力，在此情形下，国族是何等不幸！而且，古典作者们的智慧对于我们能有什么帮助呢？他们的观念并没有全部流传给我们；因为后期的皇帝谕令对于几乎每一个法律理论都进行了歪曲和篡改；并且，呈现于我们面前的罗马法整体就是明智和荒诞的规定以及合逻辑和不合逻辑的规定的可怕混合体！这指的不仅是无数的细节法律规定（*Rechtssätze*），同样也包括有效地作为整个民法的基石的大的法律主要部分（*Rechtsmassen*），尤其是亲权（*der elterlichen Gewalt*）理论、所有权保护理论、抵押权本质理论、继承法理论以及诉讼时效理论。我认为，其实罗马法对于德意志有无限价值的只不过是它的注释部分（*exegetischen Theile*），但究其根本，这只是因为它可以被作为范例，但绝非是因为制定法。注释部分的大部分内容涉及《学说汇纂》（*Pandekten*）和《法典》（*Codex*）中的役权（*Servituten*）、遗赠（*Legate*）以及契约（*Vertrage*）的含义和范围，这些内容包含了对于真知灼见

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



的、敏锐的研究的重视；但它们在整体上仍只停留在以下意义上，即指出一个罗马法语词根据通常的语言用法在所有可能的方面应如何被理解。因此我们可能知道 *usus*、*habitatio* 以及 *supellex* 在罗马人那里指代的是什么，但对于我们所使用的语词，例如 *Gebrauch*、*Wohnung* 以及 *Hausrath*，罗马古典法学家并不能给我们提供什么意见；如果我们不关心我们的语词和我们的语词含义的细微差别，所有的一切都以罗马人的决定作为标准，仿佛罗马古典法学家已经回答了德意志市民的询问，那么这对于我们法学的圆融优美以及特性损害巨大。罗马法真正的立法部分根本不适合于我们，即使人们认为它并不糟糕或者认为它符合罗马的民族精神 (*Volksgeist*)。德意志人的意识总是趋向紧密稳定、节制以及简单明了；趋向合理的、合乎道德的、家庭的关系；趋向性别平等；趋向以友好和尊敬的方式对待女性，特别是母亲和寡妇；趋向政府在人们需要之时对于所有关系发挥明智有力的影响；趋向义务种类的简单明了，但在另一方面，要求通过具有良好组织的明确的国家机构来保护所有权和担保。罗马人的精神则完全不同。全部早期法律可归因于军事



共和政体 (*militairisch - republicanischen*) 的男性中心 (*Mannstross*)、高傲和利己主义，以及一种军事的僵硬和死板。这样便产生了一种前所未有的家父专制 (*Despotie des Hausvater*)；所有母亲权力 (*aller mütterlichen Gewalt*) 的缺乏；在继承顺位中对于女性的无情歧视；政府监督在监护事务中的几乎完全缺位；并且存在一些极端的倾向，即给所有的行为罩上严格形式的外衣，从所有方面限制契约，同时在涉及到对抗第三人的保护 (*der Sicherheit gegen Dritte*) 和对第三人的保护 (*der Sicherheit Dritter*) 的地方，协作的国家机构的大量帮助并不存在。虽然皇帝们对于所有这些和类似的事务进行了多次的润饰，但本质转变却没有实现，甚至有一些制度之后有所恶化，例如担保体系；而德意志的实践却仍满足于一些小细节，而从来没有做到适合于我们特性的简单明了以及稳定坚固，也不能使得我们的特性得到自由发展。我们的家父一直享有太多的权利；寡妇常常备受歧视；我们的保护机构 (*Sicherheits - Anstalten*) 因为罗马特权的影响而处处受到破坏；我们的契约神圣的原则从来没有战胜过罗马契约体系的许多更为细致的效力规定 (例

如，附加简约 [*pacta adjecta*] 方面)。任何有思想的日耳曼人都会同意，罗马法概念带给我们自己概念的细微歪曲几乎是不计其数的。在罗马法中，也存在一些适合于我们的东西，例如早期罗马法的严谨；早期的担保体系，它没有任何特权性规定；上述的对于市民个体 (*die Person des Bürgers*) 的高度重视，这清楚地显现在刑事事务方面以及迁徙自由之中。但这些美妙的亮点却在皇帝的操控下幽深万分、晦暗不明；因此，在这个疲惫松弛、备受屈辱的时刻，上天使得德意志人保持了宽厚的德意志力量和质朴，但他们却不能发现罗马法的任何一个主要理论可以被主张适合于使得重要的德意志意识得以复生和巩固。

如果所有这些责难都是没有根据的，那么还存在一个最为糟糕的事实，即我们竟然不可思议地要在罗马法中获得一部法典，而我们并未掌握其文本，其内容也如同磷火般捉摸不定。我们拥有的并非真正确实的文本，所拥有的只是——如同人们称呼的那样——观念法 (*das ideale Recht*)，它体现于数不清的内容不同的现存手稿中。这些不同文本的数量非常庞大。仅



仅在 Gebauer^① 所编纂的版本中，不同文本的内容就占据了所有文本的四分之一；而且众所周知，此版本所使用的必不可少的辅助材料还不到总数的百分之一。一个学者只用花几周时间比较一些较好的手稿或版本，令人意外的新的不同文本就会总是不断涌现，如果我们的卡尔默（Cramer）^② 和萨维尼（Savigny）有幸在罗马——这个布伦克曼（Brenkmann）^③ 埋头苦干的地方——呆上十年，则勿庸置疑的是，相当一部分传统法律观点必然会被抛弃。这样，我们市民的幸福就取决于以下这一点，即在罗马和巴黎，我们的学者是否会被宽容地接纳，以及他们是否进行了辛勤的

①Georg Christian Gebauer (1690—1773)，德国法学家和历史学家，哥廷根学派的代表人物之一，他以 Brenkmann 的前期工作为基础，同在他逝世后继续其工作的 Spangenberg 一起完成了罗马法《民法大全》的校订版本。——译者注

②原文所用的是 Cramer，但这里指的可能是 Carmer。Johann Heinrich von Carmer (1720—1801) 曾担任普鲁士总理，是著名的司法改革者，他同 Carl Gottlieb Svarez 一起在普鲁士进行了大规模的司法改革；同时，他是《普鲁士一般邦法》的缔造者之一，他不仅亲自起草了此法典的部分内容，还为此法典的制定争取到了普鲁士国王的必要支持，排除了此法典制定的障碍。——译者注

③布伦克曼（Henrik Brenkmann, 1681—1736），荷兰法学家，以他的罗马法《民法大全》的文本史工作而著名。其所遗留的佛罗伦萨手抄本的手稿 *Historia Pandectarum* 具有重要的意义，是 Gebauer 所编纂的罗马法校订版本的基础。——译者注

搜集工作！同时，牢固的基础从没有被完全确定地获得。因为在手稿之中，存在许多评论的任意（*critische Willkühr*），而在各种版本之中，这种任意更为常见，对它的严谨论证是不可能的，因为几乎所有被编纂者所使用的手稿都有不明或者遗失之处。对于专家而言，在这方面我只需要提请注意一下《法学阶梯》、《学说汇纂》以及《法典》的 *Haloande* 版本，在这个版本中，整体上而言，一种确定的评论的任意彰显无疑，人们根本不可能在具体情形中对其进行严谨的论证。如果我们最终达成了所追求的目标，如果所有手稿和版本的不同文本汇集在一起堆积如山，结果又会如何？在这些不同的文句之中进行的合适的选择通常取决于一种单纯的感觉，并且此选择也很少能够被严格地证成。在这种情况下，批判性的争论会层出不穷、永无休止，尤其是，我们优秀的法学家对别人的观点特别挑剔，仅仅因为此观点是别人的，就会认为此观点非常疑虑，而且他们总是竭尽全力地开启新的论争。但在这样高度学术化的争论中，实务者就会像布利丹（Buridan）的驴子那样站在同样的两堆干草



之间耐心十足地一动不动，^① 或者他们最终决定将一切交给法官，就像一个法国人将一切交给亲爱的上帝一样，这个法国人为了在德意志向上帝祷告而在汉诺威购买了德文字母，然后举着它向天空喊出请求：主啊，请你自己从这些字母中创造出德文祷告辞吧！——如果不是这样，高傲的德意志法学者怎么可能即使在受辱受压迫的时候，还能严肃地推荐他们的祖国采纳新的法国民法典呢？

但无疑，不可否认的是，罗马法的引入对于我们的研究工作非常有益，特别是对于语义学和历史学的研究更是如此，并且，罗马法是一个捉摸不定的庞大整体，这使得法学家的聪慧机敏和推测才能有许多用武之地，并且由此获得了训练并引以为豪。但市民始终可以坚持，他们并非是为了法学家们进行研究而被创造出来，正如他们不是为了医学教授能够在他们的活体上进行解剖实验而被创造出来一样。你们所有的

^①这个典故是14世纪法国哲学家杰·布利丹（Jean Buridan, 1295 - 1358）为了描述“决定论”的问题所讲述的：一只毛驴被放在两堆一模一样的稻草之间，而且离它们的距离也分别一模一样，毛驴最后无法作出选择而饿死了。——译者注

学识，你们所有的不同文本和修订，——所有这些已经极度干扰了市民的安宁（die friedliche Sicherheit），而只使得律师赚了个钵盈盆满。市民的幸福与博学的律师们无关，如果通过简单明了的法典能够使得我们的律师完全放弃他们的博学，那么我们会对上天感恩戴德，正如如果我们的医生有能力用六种万能药剂来自动治愈所有的疾病，那么我们就已经极度幸福、飘飘欲仙了。真正的科学事业有那么多的研究对象，这样人们就根本没有必要为了以后能够解开结而去打上一个结。但是我还要进一步主张：对于市民社会的本质而言，你们最卓越的学识从来就没有使得真正重要的法律意识（juristischen Sinn）生机勃勃，而是使它死气沉沉。实证的规定和历史的规定浩若烟海。市民通常将他们的幸福委托给法学家，但是法学家们只能勉强地死记硬背这些规定，但却从来没有对此进行有见地的领会。笨拙和胆小慎微由此产生，这令人怜悯，最后古老文献或判决则一直居于幕后，我们总得从它们那里机械地获得必要的建议。人们只要比较一下英国的律师和我们受到赞扬的精通法律的人士们就能知晓一二，在英国，人们很少因为罗马法的典籍和



不同文本而胆小慎微。在英国那里，一切都充满着生命力和生气，而在我们这里的绝大多数邦国中，所有的一切都步履蹒跚，并且行动无精打采、迂腐万分，这样人们最后很难不求助于讼棍（Rabulisten），这些讼棍对于实证法和学理一无所知，却在浩瀚大海中率尔操觚。

如果我们综合地考虑所有这些因素，那么每一个爱国者便不由自主地生发出这样一个愿望，即通过德意志人自己的力量完成一部简单明了的法典，它最终可以根据民众的需要而恰当地建立和巩固我们的民事状况；还有，要有一个由所有德意志政府共同组成的爱国组织，使得整个帝国永恒地得到相同的民法制度（bürgerlichen Verfassung）所带来的幸福。我现在首先尽力清晰阐述这个巨大革新的好处，之后尽力反驳人们针对这个革新的可行性所可能提出的反对意见。

首先，可以取悦学者的是只从科学方面观察这个问题。对于法律人员、教师以及学习者的真正的、高贵的培养教育而言，这具有多么大的好处啊！迄今为止，没有人，即使他是最为勤奋的理论家，能够概览整个法律，并且对之进行灵活的运用。每个人最多只

对于一些方面非常擅长；而很多地方对他而言仍然晦暗不明！概览法学中所有具体部分的相互影响，其所带来的好处对于我们而言不可限量，但我们至今却无法获得这些好处。以德意志人的能力融会德意志的精神所制定的简单明了的国族法典（national Gesetzbuch），能够使得每一个只具有中等资质的人都可以接近和了解它的全部内容，能够使得律师和法官因此而获得可以处理任何事例的当前有效法律。只有在存在这样的法典的情形下，法思想（Rechtsansichten）的真正发展才能够被认为是可能的。我们迄今的学术探讨已经越来越深地陷入到语义学和历史学之中，但对于正义和不正义、民众需求、制定法令人敬畏的清晰简明和严谨所有这一切的鲜明情感却在繁复拖沓的探讨中变得越来越黯淡无光。这些自然会对于法思想的发展有所影响，因为我们的绝大部分实证法越来越不堪使用，因为我们几乎不能清晰地了解它的理由，因为一方面实证法没有任何得到改善的希望，另一方面我们也很少有机会进行生机勃勃的探讨！与此相反，如果一部有力的本族法典成为所有人的共同财富，如果它被公认为卓越的政治家和学者所编纂，并