

Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

docsriver.com 商家本本商家

docsriver.com  
商家本本书店



当 代 德 国 法 学 名 著

# 历史法学派的基本思想

(1814—1840年)

[德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼/著

[德] 艾里克·沃尔夫/编

郑永流/译

[www.docsriver.com](http://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](http://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](http://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>





· 已出书目 ·

- |                                       |                                    |
|---------------------------------------|------------------------------------|
| 鲍尔/施蒂尔纳 (F. Baur/R. Stürner)          | 德国物权法 (上、下册)                       |
| 恩吉施 (K. Engisch)                      | 法律思维导论                             |
| 雅科布斯 (G. Jakobs)                      | 规范·人格体·社会<br>——法哲学前思               |
| 雅科布斯 (H. H. Jakobs)                   | 十九世纪德国民法科学与立法                      |
| 克斯勒 (D. Käsler)                       | 马克斯·韦伯的生平、著述及影响                    |
| 考夫曼 (A. Kaufmann)                     | 后现代法哲学<br>——告别演讲                   |
| 考夫曼 (A. Kaufmann)                     | 古斯塔夫·拉德布鲁赫传<br>——法律思想家、哲学家和社会民主主义者 |
| 考夫曼/哈斯默尔 (A. Kaufmann/W. Hassemer)    | 当代法哲学和法律理论导论                       |
| 克尼佩尔 (R. Knieper)                     | 法律与历史<br>——论《德国民法典》的形成与变迁          |
| 克茨 (H. Kötz)                          | 欧洲合同法 (上卷)                         |
| 拉伦茨 (K. Larenz)                       | 德国民法通论 (上、下册)                      |
| 毛雷尔 (H. Maurer)                       | 行政法学总论                             |
| 梅迪库斯 (D. Medicus)                     | 德国民法总论                             |
| 梅迪库斯 (D. Medicus)                     | 德国债法总论                             |
| 克莱因海尔/施罗德 (G. Kleinheyer/J. Schröder) | 九百年来德意志及欧洲法学家                      |
| 拉德布鲁赫 (G. Radbruch)                   | 社会主义文化论                            |
| 施瓦布 (D. Schwab)                       | 民法导论                               |
| 卡纳里斯 (C. W. Canaris)                  | 德国商法                               |
| 耶林 (R. v. Jhering)                    | 为权利而斗争                             |
| 施莱希/科里奥特 (K. Schlaich/S. Korioth)     | 德国联邦宪法法院：地位、程序与裁判                  |
| 梅迪库斯 (D. Medicus)                     | 德国债法分论                             |
| 韦塞尔斯 (J. Wessels)                     | 德国刑法总论                             |
| 萨维尼 (F. C. v. Savigny)                | 历史法学派的基本思想 (1814—1840年)            |

ISBN 978-7-5036-96



9 787503 69623



独角兽工作室  
装帧设计

定价：15.00元

当代德国法学名著

Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

# 历史法学派的基本思想

(1814—1840年)

Grundgedanken der  
Historischen Rechtsschule

(1814—1840)

[德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼/著

*Friedrich Carl von Savigny*

[德] 艾里克·沃尔夫/编

*Eric Wolf*

郑永流/译

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

历史法学派的基本思想:1814—1840年/(德)萨维尼著;郑永流译. —北京:法律出版社,2009.6

(当代德国法学名著)

ISBN 978-7-5036-9623-7

I. 历… II. ①萨…②郑… III. 历史法学派—德国—1814~1840 IV. D909.516

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第085628号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/850×1168毫米 1/32

印张/3.125 字数/56千

版本/2009年7月第1版

印次/2009年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9623-7

定价:15.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书翻译得到德意志学术交流中心  
和德国科学基金协会的支持

**Die Übersetzung erfolgte mit  
Unterstützung des DAAD und  
des Stifterverbandes der Deutschen Wissenschaft**

## 当代德国法学名著总序

当代德国法学名著译事之缘起,在乎“取法人际,天道归一”之理念。

天地渺渺,众生芸芸;然天地何以长存不灭,众生何以繁衍不息?此中必有亘古于今之一般法则。天地者,自然之谓;众生者,乃自然所赋生灵之长,人也。而人所以居万物之首而为生灵之长,概因其不仅是生于自然,而且还能领悟于自然,进而以理性和智慧的劳动创造受益于自然。由此而论,天地间至真至善至美,莫过于人与自然之和谐融合。正如庄子所说:“知天之所为,知人之所为者,至也。”而中国哲人所言“天人合一”,实际表明着人类的最高智慧和境界。但是,最高的智慧未必是功利的智慧,最高的境界往往不是现实的境界,此乃人类虽为万物灵长,但又归于万物的本性使然。尽管不无缺憾,但却理所当然。纵观古往今来,可知人类始终是在理想与现实、理性与物性的矛盾状态中存在发展。不过,人出于其自然本性但又以其理性确认的社会秩序,又使之在这种永远不会解消的矛盾状态中生存发展成为可能。

自古以来,食色之性、交往之需、名利之求、

功德之义,无论国人洋人、权贵庶民,众生莫不有之;惟每人认取之价值,或此或彼因人因地因时而异。但基于人之本性所产生的社会,无论东方西方,必然有其共性。于是有老子的古训:“人法地,地法天,天法道,道法自然。”而希腊的斯多噶哲人也说:“按照自然而生活。”由此可知,同属自然之人类,本有其共同的理念与法则。以法律而言,中国、西方法律虽文化传统各异,然毕竟都是人类社会的法律,必然有其共同的人性内涵。所以,考察法律,应着眼超越地域、国度和民族,甚至超越时空的人际层面,努力发现本来属于整个人类的理念和规范,并在此基础上寻求并促进人与人、民族与民族、国家与国家之间越来越普遍深入的交往。吾人之规可为他人所取,他人之法可为吾人所用,概其皆出乎人之本性。所以“取法人际,天道归一”,当为人类社会法律进步之最高思想境界。以迄今历史度之,人类生存发展的必然趋势是越来越普遍深入地相互结合和依赖,经济的全球化和文化的世界化正在相辅相成地迅速演进。在人类发展进程中,产生于人类本性的共性愈多愈充分地为人所认识,则人与人之间、国家与国家之间的交往就愈可能有效和平地进行。作为人类社会的行为规范,任何国家的法律都是人与人之间实现交往、确定关系及秩序的最重要途径。就此而论,可断言未来人类的发展与和平,很大程度上将取决于全人类在法律法则上的沟通与趋同。

本着取法人际或取法自然的理念,当代德国法学名著译事拟系统全面地翻译当代德国法学具有代表性的学术成果。因为德国法不仅为可取之一方法律;而且还与当代中国法制有着特殊的关联。事实上,当代中国内地与台湾地区的法制是基于清末民初之际的法律改制发展而来。当时采纳了欧洲大陆法系法制模式,而其中又以汲取德国法律,特别是民法、刑法居多。不仅如此,20世纪以来中国法制和法学的发展还颇受德国法制和法学的影响,现



当代德国法学名著总序

## 3

今中国法制和法学的不少思路实际都与后者有关联。因而,中国法制建设和法学进步自然更容易从德国法制与法学中获得启发。此外,由于近代德国历史法学派和学说汇纂学派对罗马法和罗马普通法的系统研究与整理,近现代德国法学形成并获得了其本身独有的特色,其丰富成熟的法律理论与教条,恰恰是目前乃至21世纪我国法学与法制建设所迫切需要的。

当代德国法学名著的选题范围包括法哲学和法的基本理论、国家法、法律史、民法和商法、经济法、刑法、国际私法等内容。选题标准是:德国乃至欧洲法律界已经普遍公认为经典的名著,或在德国普遍使用的有代表性的教科书。与此同时,亦根据我国的实际需要翻译介绍一些有关法律文化背景方面的工具书和著名法学家的传记。初步选题首先由德国学者提出,然后由编委会综合各方面意见,最后根据我国实际需要确定翻译选题。为保证翻译质量,翻译工作严格采取译、校和三审程序。每部译著由一责任编辑审阅或校对。译稿一审通过后,编委会和编辑部就一审提出的问题召开由德国教授和有关译者参加的翻译工作会议;在此基础上,译者还专程前往德国与作者或有关学者探讨翻译的疑难和细节问题。在此方面,德意志学术交流中心(DAAD)提供了有力的支持。在赴德改稿基础上提出的第二稿通过二审后,由译者进一步修改、润色定稿,复经审阅后交付出版社。

系统翻译德国法学名著的想法由来已久,但正式酝酿于1997年秋,经过近一年的准备筹划,于1998年秋开始实施,拟于2005年完成全部选定书目的翻译。应该说,德意志学术交流中心的霍恩贝格尔先生(U. Hornberger)和法律出版社社长贾京平先生对促成此项翻译计划起了重要作用,黄闽总编亦助之鼎力。而此项翻译计划能够顺利实施,亦诚有赖编委会和编辑部各位同仁的同志趣和辛勤工作。六位德国著名学者:考夫曼(A. Kaufmann)、

克茨(H. Kötz)、克努特尔(R. Knüttel)、何意志(R. Heuser)、孟文理(U. Manthe)和胜雅律(H. von Senger)教授在计划拟定、选题推荐和具体翻译工作中均给了我们以宝贵帮助。德国大使馆柯灵博士(T. Klinner)、李雅思先生(M. Licharz)和毕满天先生(M. Biermann)以多种方式推动此项翻译计划。德意志学术交流中心驻京办事处主任史翰功(H. Schmidt)博士、施密特—多尔(T. Schmidt-Dörr)博士和该中心波恩总部的比尔克(Klaus Birk)博士亦对此计划给予了热情和有力的支持。德国跨国基金会(Inter Nationes)对部分书目的出版提供了支持。特别要提及的是,江平、谢怀栻、潘汉典等法学界前辈对于此项工作始终给予着关注和支持,中国政法大学有关部门亦对我们的工作提供了帮助。法律出版社张波、卞学琪先生对出版工作兢兢业业、认真负责;朱宁女士和她的同事也一丝不苟、精益求精。在此,谨对上述所有法律界同仁和有关机构表示由衷的谢意。我之所愿,所有参与此项计划和给予该计划关注和支持的人,都能从此处呈献的工作成果中得到虽非物质的,但却真实诚恳并有长久价值的酬劳。因为,倘若这些成果能够在21世纪和中华崛起之际被赋予些微历史和现实意义的话,那么它将胜于所有致谢和嘉言。

米 健

2005年秋于京城蓟门

## 翻译凡例

《当代德国法学名著》丛书的翻译工作依下述规范进行：

### 一、结构

以原著标题编码为基础，采取国内学术著作与译著通常采用的标题编码顺序，如：编、章、节、一、（一）、1、（1）、a、（a）。

### 二、译名

#### 1. 人名

外国人人名以音译为原则，依次参照商务印书馆的《德语姓名译名手册》、大百科全书出版社的《简明大不列颠百科全书》中文版、上海译文出版社的《德汉词典》所附的人名译名表和《外国人名词典》确定；上述工具书中没有的，参照商务印书馆的《德语姓名译名手册》所附的人名音译表确定译名。但上述工具书所确定的人名译名与学界通行的译法不一致时，以后者为准，如：T. Mommsen——蒙森；Kierkegaard——克尔凯戈尔；Schopenhauer——叔本华；Justinianus——优士丁尼……按照上述方法仍然难以确定的译名，由“当代德国法学名著”编译委员会和编辑部讨论确定。

## 2. 地名

外国地名以音译为原则：一律根据中国地名委员会编、商务印书馆出版的《联邦德国地名译名手册》和中国大百科全书出版社出版的《世界地名录》确定译名。

## 3. 其他译名

书名、学派名、机构和团体名称一律以意译为原则，并且参照《简明不列颠百科全书》中文版和有关工具书确定译名。依照工具书未能确定者，依照通行译名确定。如：Digesten——学说汇纂、usus modernus pandectarum——学说汇纂现代实用、Historische Rechtsschule——历史法学派、Pandektenwissenschaft——学说汇纂法学……

所有人名、地名、书名、专用术语及机构名称第一次出现时，均在圆括号内注明原文，重复出现时不再标明原文；人名重复出现时，仅取其姓氏中译或附加其名字中译的首字，如：迪·克斯勒(Dirk Käsler)。

## 三、相关规范

### 1. 重要概念或原文提示词句

原文正文中采用斜体或其他特殊字体的重要概念或提示文字，译文一律使用楷体，并用圆括号注明原文。原文中说明性文字或阐释性文字一律用小一号宋体排出。

### 2. 注释

(1)原文注释一律采用脚注，按原著注释顺序编码。一般采用连续编码或以章为单位连续编码的方法。

(2)译者注亦采用脚注，以“\*”号标出，如：\*、\*\*、……凡译者注均列于原文脚注之后。

### 3. 补充性或说明性文字

原文中使用不同字体，具有注释、补充或说明性的字句或段落

依据原文体例,或采用楷体,或提行采用小一号宋体,以示区别。

#### 4. 争议名词和箴言或谚语

(1) 有争议的名词在译文后用圆括号注明原文;

(2) 箴言或谚语亦在译文后用圆括号注明原文;

(3) 对争议名词、箴言和谚语附加必要的译者注并注明依据或来源。

5. 原文有边码者,译文按照原著标明边码。

### 四、标点符号

#### 1. 书名号

著作、论文和期刊的名称均冠以书名号。

法律、法规名称使用全称的,使用书名号;使用简称的,不加书名号。

#### 2. 引号

引号(包括单引号和双引号)的使用与原著一致。

#### 3. 方括号

标明作者国籍,一般采用该国译名的第一个汉字,加方括号。

有必要重复使用括号时,方括号内使用圆括号。

#### 4. 星号

仅在译者说明文字场合使用。

### 五、缩略语表

原著缩略语表均依原著体例译出以双语列于篇首。

### 六、索引和附录

1. 原著索引以双语形式保留,先外文后中文,并采用原著使用的顺序;索引文字所在页码以原著为线索,原则上按译文页码注明。

2. 原著的附录一般均作相应的译文附录。

# 目 录

## 当代德国法学名著总序

### 翻译凡例

---

历史法学派的基本思想 [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 著 1  
(1814—1840年) [德]艾里克·沃尔夫 编

编者前言 3

I.1 实证法的产生 5

I.2 制定法与法经 *Rechtspücher* 10

II 法学中的历史学派 17

III 罗马法的教育价值 24

后记 36

萨维尼的主要著作 43

萨维尼研究文献 45

## 附录 历史法学派形象的变迁

——1967年1月19日在卡尔斯鲁厄法学研究会上  
的报告 [德]弗朗茨·维亚克尔 49

译后记：周氏兄弟还是林纾严复？ 79

# 历史法学派的基本思想(1814—1840年)

[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 著

[德]艾里克·沃尔夫 编

(羊 0481—4181) 恩思本基的派学去史瓦

著 尔希奇·武·本十·查里谢里共 [蒙]  
译 夫尔无·查里文 [蒙]



## 编者前言

下面的选文试图从萨维尼的著述中,突显他创立的法学中的“历史学派”(Historische Schule)的基本思想在1814年至1840年的发展。

I.1 《实证法的产生》源自1814年著名的论战性文章《论当代立法和法学的使命》第75页至80页,且包含了法是从民族精神(Volksgeist)中成长出来的学说。这些阐述由I.2 《制定法与法经》所补充,即上述文章中第80页至86页紧接前面的部分。

II 《法学中的历史学派》是1815年问世的《历史法学杂志》(Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft)第一卷导言的节录,\*这本杂志由萨维尼和艾希霍恩(Eichhorn)创办。在这里,萨维尼首次意识到其思想之于科学教育的方法意义,且把这个意义表现在与旧的自然

---

\* 编者省去了导言中有关杂志的栏目及要求部分。凡带\*号的注释为译注。

[www.docsriver.com](http://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](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件宣传广告页面

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](http://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>



法学派的尖锐论战中。

Ⅲ 《罗马法的教育价值》包括选自萨维尼的《当代罗马法体系》第一卷(1840年)序言中的几段文字。在此,他根据其作为研究者和教师的各种经验,再次论证了作为德国法学家中的历史思考者,他为何转向罗马法而不是日耳曼法的合理性,因此,之于他,研习罗马法是法律思考及法律生活的经典入门。

整个文本采自原初版本,Ⅰ和Ⅱ的文本是萨维尼的五卷本《综合文集》中的早期文章本身,Ⅲ则根据《当代罗马法体系》第一版。它们原封不动地被重新印行。

## I.1 实证法的产生

我们首先要询问历史,在各优等种群的民族(Völkern)中,法实际是如何产生的:绝不要对此先作出判断,无论它可能是恰当的,也许还是必要的,或还可能是易受指责的。

在我们首先发现成文史的地方,民法(das bürgerliche Recht)已具有一种确定的特性,即民族的特点,犹如民族的语言、风俗、典章(Verfassung)。的确,这些现象不是孤立的存在,它们仅仅是一个在本性上不可分割地连在一起的民族的诸种单个力量和活动,且仅仅之于我们的视角,显得具有特别的秉性。把它们连成一个整体的东西,是民族的共同信念,内在必要性的相同感受,这一感受排除了(它们是——译者注)偶然和任意产生的想法。

各民族这些使自己成为独立个体的特有机能是如何产生的,这一问题以历史的方式不可回答。在晚近有一种占主导地位的观点:万物首先生活在一种类动物状态,从这一状态中逐渐演进成一种初步开化的存在,最终达到我们

现在所处的高度。我们可以不受这一观点影响,且将我们限定在那种民法的原初有文字记载的事实上。我们愿试图介绍一下这一时期的一些一般特征,在这一时期,法如同语言一般,存活于民族(Volk)的意识之中。

各民族的青年时代,虽贫于理论,但他们对自身的状况和处境却有着清晰的意识,充分地感受和体验到这一点,而我们却相反,置身于我们人为的错综复杂的境况之中,受我们自己的财富的压迫,没有去享受和支配财富。这种清晰的、合乎天性的状态主要地也在民法中得到证明。例如,对于每一个个体,其家庭关系和地产,由于自身的重视变得重要起来,由于同样的理由,私权的规则自身属于民众信赖的对象,成为了可能。只是这些精神的功能需要实体的存在加以固定。之于语言,这一实体是对语言的持续不间断的运用,对于典章,它们是各种可看得见的公共权力,但在民法中什么东西代表了这一点呢?在我们这个时代,它们就是一些特别的原则,原则分为成文的和口头的。但确立的方式以重要的概念为前提,对此,在人类的青年时代是不可能的。相反,在此时,我们到处发现许多象征性行为,法律关系应当在其中产生或消亡。这些行为的感官易明性,便在外部的用具体的形式确立了法,这些形式的严肃性和威严与法律关系本身的重要性相适应,这种重要性在这个时期被特别地感受到。在扩大使用这些形式性行为中,例如,日耳曼诸族与意大利(*altitalisch*)人是一致的,只是在意大利人那里,形式本身显得更具确定性和规定性,这可能与各城市典章(*Städtische Verfassungen*)相关。人们可能把这些形式性行为视做这个时期的法律的独特语法,且重要的是,早期罗马法学家的主要工作在于维护和细致地适用形式性行为。在晚近,我们把形式性

行为蔑视为野蛮和偏见,因此,我们非常强烈地自以为,我们未拥有形式性行为,而未怀疑,我们也到处提供这种法律形式,只是恰好缺乏古代形式的主要优长,尤其是清晰易懂和受到民众的普遍信赖。而相反,人们感到我们的法律形式有些任意,且因此感到这是一个包袱。以对古代这种片面的观察,我们就类似于在法国的旅行者,他们惊讶地发现,孩童,甚至是极普通之人,也能说一口纯正的法语。

然而,这种法与民众的本性和特点的有机关联,也在时代的演进中得到证明,且在此,法同样当与语言相比。例如,法也不存在一个绝对停滞的瞬间,如同民众的每一种另外的思潮,法经历了相同的运动和演进,且这种演进也像那种最早期的现象一样,受制于其内在必然性的同一规律。因此,法伴随着民众一起成长,与民众一道发展,最终,如同民众一般,丧失其特性,走向消亡。只是这种同样在文化时代的内在发展观察起来也有很大的困难。尤其是上文所强调的,法本来的居所当是民族的共同意识。例如,对于罗马法中有关婚姻、财产的一般性质的原则,人们可能容易想到民族的共同意识,然而,之于极其细微末节之处,对此,我们在学术汇纂中找到了片断,必定完全不可得知。这一困难将我们导向一个新的关于法的演进的观点。在正在进步的文化中,尤其是民众的一切活动,以前受集体所驱动的,现在越来越落入单个阶层之手。法学家现在显得就是这样一个阶层。现在,法在语言之中成长,掌握了科学的方向,如同法以前在民族的共同意识中生存,现在,法落入法学家的意识掌控之中,民众今天在这一功能上被法学家所代表。在法具有双重生活之时,法的存在自此更加人为化,更加错综复杂。首先,法作为整个民众生活之一部分,所留下的东西并未消

失,然后,成为法学家手中的专门学问。所有后来的现象可以在这种双重生活原理的共同作用中得到解释,且现在可以理解,那些众多的细节可能产生于有机的方式,而不是本来的意愿和企图。为了简便起见,我们在将来称法与一般的民众生活的关联为政治因素(politische Element),称法的特殊的科学生活为技术因素(technische Element)。

因此,在不同的时代,在同一民族那里,法是天性之法[natürliches Recht,具有不同于我们自然法(Naturrecht)之意义]或学术之法(gelehrtes Recht),视情况,这种或那种原理占上风,在那里,确定原理之间严格的界限显得不可能。在共和制典章中,政治原则比在君主国家中可能保持着更为长久的直接影响。特别是在罗马共和国,许多理由共同起着作用,以便在先进的文化中也保持着这种影响。然而,在一切时代和典章中,这种影响仍然体现在具体的应用之中,因为在联系紧密的圈子内的应用中,一种经常反复再现的同样的需求,可能造就民族的共同意识本身。所以,在多数城市形成了并保持着关于家仆和房屋租赁的特别的法,同样独立于明确的制定法(Gesetz)和学术的法学(Jurisprudenz):这是早期的一般法律形成的具体遗留。在我们经历过的极大地摧毁了几乎所有典章之前,在一些小的德意志邦国,这类情况比现在反为常见,即旧的日耳曼典章经常在经历了所有的革命后完整地抢救救下来。

因此,这种观点的总和就是,一切法是基于下列方式产生的,即占主导的、但并非十分恰当的说法称之为习惯法(Gewohnheitsrecht),也就是,它首先是通过习俗和民众信仰,然后通过法学被形成,也即到处是假手内在的、静默作用的力量,而非

借助立法者的意志(Willkür),这一状态直至今天只是历史地形成的,它是否值得称道,是否值得追求,将在下文的探讨中展示。然而,即便是从历史的视角看,这种状态仍需要一些详细的规定。首先是以一个完全未中断的本土的发展为前提,早期与域外法联系的影响,据德国的例子,进一步明确了。同样将表明,虽然可能存在立法部分地影响到民法,这有时受到称赞,有时受到指责。

最后,在法的有效性与应用的范围上,存在着很大的异样性。例如,尤其是同一民族分成许多部族,诸多国家统一或分裂,因此,同样的法必定有时是多个独立的国家共同拥有的,有时在一国的不同部分,除了与法的共同原则有关之外,还关系到具体规定的巨大差异。

在德国法学家中,胡果(Hugo)在其大部分文章中与主流观点进行了彻底的斗争,贡献甚巨。在这方面,默泽(Möser)的思考也理应获得很高的荣誉,他试图到处用宏大的意义去解释历史,也经常联系到民法,这个例子仍未为大多数法学家所关注是可以想见的,因为他不是行家,既未讲过课,也未撰写过教科书。



## I.2 制定法与法经(Rechtsbücher)\*

真实的立法对民法的影响在具体部分并不少见,但这一影响的原因却甚是不同。首先,既存法律的改变可能同样是立法者有意为之,因为更高的政治目的要求这样做。在今天,当非法律者们在谈论新的立法的需要时,通常不过是指规定土地主的各种权利,这是其中最重要的例子之一。罗马法的历史也提供了这种情况的许多例子,少量来自自由共和时期,即奥古斯特治下的帕比安的尤利法甚为重要,而自基督教的诸帝以来,这种例子大量出现。这类制定法容易变成对法的徒劳无益的损害,且正好有必要极为节制这类制定法,这之于那种就教

---

\* Rechtsbuch 主指中世纪和近代早期记载法律的文献,与国法相对,且也不同于有关国法的教科书和评注。这类记载法律的文献主要是习惯法律素材私人汇编,因此又常被称为“法鉴”或“法镜”(Spiegel),其中著名的有1220/35年的《萨克逊之镜》(Sachsenspiegel),1275年的《施瓦本之镜》(Schwabenspiegel);Rechtsbuch 有时也指罗马法接受时期关于罗马法的带有半学术性的通俗作品。由于Rechtsbuch的这两义,故用“法经”译之。

于历史的人,是再明白不过的了。法的技术性一面,在制定法中仅仅对于形式,对于与整个其余法律的关联是必需的,较之通常所想到的,这种关联使立法的技术方面更加困难。立法对于民法的第二个方面的影响概无可担忧之处,即单个的法律规范可能是有疑问的,或者据其本性,它们可能具有含糊的、不确定的范围,例如取得所有的时效,相反,司法要求有非常清晰的界限。然而,在此,可能出现一种立法,这种立法有助于习惯,这种立法消除那种疑虑和种种不确定性,因而展现且完全维护真正的法,即民众自身的意志。罗马的典章为了这个目的建立了一个适宜的机构,这一机构于各君主制国家在一定条件下也可能存在。

但是,当我们谈论例如在今天需要一般的法典之时,完全不考虑这些片面的影响。在此相反,更多地考虑到以下的问题。国家应当考察其共同的法律储备,且使其变成书面的东西,以便这些典籍现在成为唯一的法律渊源。然而,所有其他的東西,即直到今天有效的,不再有效。首先可以问,之于这一法典,内容应从何而来。根据上文所介绍的观点,应更加强调,不考虑既存的法,普适性的理性法应当决定其内容。但是与执行相关的,或其余的在实践上熟知法律的人,容易放弃这种自吹自擂的、十分空洞的见解,人们对此曾认为,未曾存在的法律在此应当被记录下来,且惟有同时对此进行更新和完善,考虑到政治原因,这也许是必需的。在新的诸法典中,这恰好是占主导的见解,这一点将在下文中论述。据此,法典应有两方面的内容:部分是至今尚存的法,部分是新的制定法。新的制定法所涉及的,在法典中出现,明显属偶然,新的制定法也可能在其他时代个别地被规定,同样也可能在法典时代,并不存在对制定法的需求。尤其是在德国,这类新的制定法经常只是

似乎出现,因为在一个邦国是新的,而在另一邦国极有可能曾经生效过,以至于不是在谈论新的法,而是指有亲戚关系的部族业已存在的法,只不过适用的范围发生了改变罢了。因此,为使我们的考察不致迷茫,我们欲将新的制定法完全排除在外,且仅仅注意法典的核心和主要内容。因此,我们必须认为法典是对整个既存法律的记载,具有国家授予的唯一效力。

我们在进行法典编纂时,前提是把国家授予的唯一效力作为核心,这在我们这个编制时代是自然不过的,因为在有许多作者之时,在法经及其威信迅速更替之际,没有任何一部法经能不借助国家的权力而保持着巨大的和持续的影响。然而,完全可以想象,这些工作没有国家的促进和确认而由单个的法律学者完全可以作出。在古老的日耳曼法中,经常是这种情形,我们本当作出种种努力,明确地在我们的先辈那里,把作为私人工作的法经(Rechtsbuch)与一部真正的法典(Gesetzbuch)区分开来,我们把这一区分视为自然的和重要的。然而,我们现在仍然停留在那种与我们时代相称的理念上,但是,清楚的是,差别只存在于由国家一方的颁布与确认,而不在于这种工作本身的性质,因为这无论如何只是技术性的,且本身适合法律者,因为在我们预设的法典的内容上,法的政治因素很久以来就发挥着作用,仅仅应当去认识这一作用,并表示何种行为属于法律技术。

要求有这样一部法典与对这种法典的期待是两回事。对于法的内在状况而言,法完全应当具有极端精确性,且因此也应存在相同形式地适用的最大安定性。在一个普适的国家法应当替代不同的地方法地位之时,有效性的外在界限应当彻底地被改进和修正。这里我们仅限于谈论第一个优点,第二个优点在以德国的特

别应用为例时才可更好地谈论。

那个内在的优点依赖于执行的卓越,不难明白,可能在这方面失去的比得到的多。非常奇特的是培根(Bacon)在其论述有关这种工作的精神和经验的文章中所说的。他愿意没有紧迫的需求便不进行立法,此外,还要特别顾及至今有效的法的渊源:首先在语言上继受法的渊源中的一切可适用的东西,然后在整体上保存好它们,并不断地查阅。但主要的是,这个工作应当只是在这样的时代才可进行,其教养和知识水准高于过去,因为如果通过当代的文献使过去的作品遭到曲解,这才是极其悲哀的。在这方面重要的不难说是:不应被更改的、而是应被保留的既存的东西,必须在根本上被认识到和被正确地表达。前者关系到素材,后者关系到形式。

关于素材,最重要和最困难的任务是法典的完整性,这取决于正确地理解所有的人所赞同的任务。尤其是,法典应当在事实上为每个将出现的案件提前涵盖了判决,因为法典应当被确定为唯一的法的渊源。人们将常想到这一点,通过经验去完整地了解个案本身,然后,通过法典的相应规定去判决个案,似乎是可能的,也是较好的。然而,谁审慎地观察法律案件,谁就容易看到,这种做法必然是毫无成效,因为完全不存在形成实际案件的多样性的界限。人们恰好在所有最新的法典中完全放弃了追求这种材料的完整性的一切表示,却没有其他的東西替代这种完整性。

然而,这种完整性用另外的方式存在着,例如通过几何学的艺术表达可以清楚地说明。尤其是在每一个三角形中,存在一些确定的条件,从它们的联系中同时推出所有其余带有必然性的条件:通过这些条件,例如,通过两条边和夹角,三角形被建构出来。用

类似的方式我们的法律的每一部分具有这种条件,借此能构建其余的东西:我们可以将之称为指导性原则(leitende Grundsätze)。从这些原则中感觉到这一点,认识到从这些原则中生成的内在关联,认识到一切法律概念和规则的亲属性,同样属于我们科学的最困难的任务。正是这一独特之处,赋予了我们的工作以科学的特质。如果在一个这种艺术尚未至臻的时代,编制一部法典,下列的缺陷就完全不可避免。司法表面上由法典来控制,但在实际上是由其他位于法典之外的东西来决定的,这些东西是实际起作用的法的渊源。然而,这种假象是极其有害的。因为法典绝对地借助其新奇性,借助其与时代居主导地位的各种观念的相似性,以及其外在的力量,将注意力转到其本身,且偏离了真正的法的渊源,以至于作为不明确和未受关注的既存。真正的法的渊源,恰好变得缺少民族的精神力量,因此,仅仅是真正的法的渊源也许可能处于一种受称道的地位。这一危险不是毫无根据的,这将在下文对各种新法典的思考中变得明确,且这将表明,不仅仅是具体的内容,而且是这种在根本上居统治地位的法的渊源的观念和一般性质被误识了。正如它以不同的名称出现,一会儿是自然法,一会儿是法学(Jurisprudence),一会儿是法的类比。如果对指导性原则缺乏认识,加上去追求上面描述的实质完整性,那么,作者们未注意到的各种具体的决定极其经常地会变得无效和矛盾,这仅仅是逐渐地通过应用而变得明显,在缺乏思考的执法状况下,则不为人知。如果以这种方式,一个没有内在使命的时代通过尊重立法来确定其对法的看法,这一结果同样对于当代也是不可避免的。这对后代的影响同样是有害的。因为如果在后代出现了各种有利于编制法律的条件,那么,没有什么比与早期理智有各种关联的东西

更有用:然而,法典现在处在中心地位,且阻挡和妨碍了与各方面的关联。那种受字母奴役的危险,本来存在于片面地对待既存的各种实证法之中,相反,每一种令人精神兴奋的工具必定是非常受欢迎的。但是,平庸的法典必定比所有其他的东西更加支持一种没有活力的法律观的统治。

然而,除了素材之外,法典的形式也必须加以斟酌,因为法典的创制者可能完全实现了他编纂的权利,因此,当创制者未同时具备合成能力时,他的作品将不能达到其目的。必须如何完成这一合成,可以比制定一般的规则更容易在成功的或失败的应用中感受到。习惯上,人们要求制定法的语言特别简洁地表达出来。然而,简洁可能有很大的效用,这可以通过罗马的民众决议(Volksschlüsse)和罗马的敕令(Edikt)这些例子来生动地说明。可是,也存在着一种干巴巴的、空洞无物的简洁,那种没有把语言理解成工具,且使语言全无作用的人,便属于此。在中世纪的制定法和文件中,存在着大量的这类例子。另一方面,法的渊源中的繁文缛节可能完全是应予摒弃的,甚至是完全不能忍受的,例如,在尤士丁尼的许多法律(Konstitution)中和在特奥多法典的大部分新律(Novelle)中,也存在一种充满智慧和非常有实效的繁文缛节,在学说汇纂的许多章节中,这是显而易见的。

如果我们总结一下在此所谈到的关于一部卓越的法典的各种条件,那么,清楚的是,只是在非常少的时代,才可能具有那种能力。在各年轻的民族中,虽然存在它们的最明确的法律观,但是,对于各种法典而言,仍缺乏语言和逻辑的艺术,它们大多数不能道出最佳的,以至于它们经常未给出某种榜样,相反,它们的素材却是极其特别的。例子是曾详述的中世纪的制定法,且假如我们把

十二铜表法整个置于我们面前,我们也许感知到相似性,仅仅程度稍欠。相反,在衰败的时代,缺乏的主要是一切对素材的认识以及语言的认识。因此,只是残存下一个中间阶段,正好对于法而言,虽然没有必要包括其他的方面,这一阶段可能是文明之巅。可是,这样的时代自身不需要一部法典,这个时代只可能为后面的不幸的时代创制法典,仿佛是在积蓄冬天的储备。然而,很少有一个时代具有这样来照料后世的兴致。

## II 法学中的历史学派

谁若仔细地思考一下一直在德国法学家中占统治地位的各种观点和方法,谁就会发现,它们可以归于两大主要阵营,法学家自身也可分为两大学派,在两派之间可能表现出一种基本差别,相反,在两派内部的一切分歧只是可能被视为有限的,且始终在通过察觉不到的过渡而被调和。这种基本差别现在变得比以前所说的更加确定和更加尖锐,这一点必须被每一方看做是有益的,他可能参与到争论中,或者作为冷静的旁观者等待着结局:因为旁观者也具有优势去比较确切地经历他以前很长时间可能仍然不知的东西,据其内在的信念,他自己归属于何方,且须把谁视作志同道合者或者敌手。

这些学派中有一个被精到地称做历史学派,相反,其他学派几乎不可能找到一个具体的名称,因为这个学派只是与历史学派相对立,另外,它也表现为最不同的和最矛盾的形式,一会儿被宣称为哲学和自然法,一会儿被叫做健全的人的理智。因此,在缺少一种别的表达的情



[www.docsriver.com](http://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](http://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](http://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>

