

THE MAKING OF THE CIVIL LAW

# 民法法系的演变及形成

〔英〕艾伦·沃森 著 李静冰 姚新华 译



中国政法大学出版社

www.docriver.com  
搜索商家 巨力电子书



*Alan Watson*

**THE MAKING OF THE CIVIL LAW**

Harvard University Press Cambridge,

Massachusetts and London, England

1981

依据哈佛大学出版社1981年版译出

# 民法法系的演变及形成

[美] 艾伦·沃森 著

李静冰 姚新华 译

中国政法大学出版社

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

---

搜索商家 巨力电子书



## 中文版序

《民法法系的演变及形成》一书，由中国学者李静冰翻译成中文，我至深地感到荣幸。

本书是我移居美国后的第一部著作。到了美国后，我理所当然地被美国对待法律的态度与民法法系国家的不同而震惊，因而我背负起解释这一现象的任务，其结果是本书的问世，本书的主要理论突破是，它解释了为什么民法法系发展成今天这个样子。我衷心地希望本书对于中国这样一个伟大民法法系国家，对于中国学者能有所裨益。

艾伦·沃森

## 英文原版序

这是一部民法方面，主要是西欧大陆国家和拉丁美洲国家法律制度方面的著作。写作这本书，我不抱什么特别目的，去描述那些使民法法系明显地区别于普通法世界的——众所周知的——特征；我也不想效仿其他一些比我更有学识的人们，去探索现代化民法法系的历史发展过程。在这本比较法方面的论著里，我的主要目的是期许找到那些使民法卓尔不凡的存在和发展的缘由。因而，我想在理解那些导致法律演变的力量方面有所奉献。我确信，直到目前为止，下列问题人们所知甚少：当法律演变时，它为什么演变，或者它为什么朝着它演变的那个方面演变，或者什么时候和为什么它对外部压力作出了反应。除了个别国家法律史方面一切精华著作外，法律总体发展的研究尚在它的摇篮时期。结果，这本书里出现的许多内容在民法研究者看来，会觉得面熟，但是，我相信，这本书里的许多内容，即使对于欧洲和拉丁美洲的法律学者来说，也是新鲜的。同时我也希望这本书能为英美国家的法律家们提供关于民法法系本质的一窥之见。

本书的中心议题很容易说明。法律因素——例如，罗马法、日耳曼习惯法、教会法和采邑法，历史地走到一起共同建构起来的现代西方法律体系——在各地大致相同。然而绝大多数现代西方的法律体系可以分成民法和普通法两个体系，于是就形成了任何一个民法制度与另一个民法制度非常相似，但却

非同于任何普通法制度。不过，法律体系间的这条界限，与该法律体系运转所在国家的社、会的、经济的、或政治的环境不是相应的。民法和普通法国家也许共同经历过极其相似的经济和社会环境，例如，工业革命，可是其他民法国家却绕过了这条道路。政权的性质，无论是民主的或暴政的，都不影响法系这个分类。

本书里，民法法系和普通法系的基本区别是从法律传统方面来解释的；那就是，差异是法律史的结果，而非由社会的、经济的、或政治的历史造成的。首先，将优士丁尼的《民法大全》整体上或部分上继受，承认它具有权威的或至少有直接的最高说服力，决定了民法未来的性质且使它如此地与众不同。罗马法对于后来时代的重要性，不仅见诸如法律规范和原则的继受方面，而且更呈现于对法律的态度方面，这些态度是数个世纪学习、研究和实践《民法大全》的结果。在民法传统内部，罗马的法律派系和日耳曼法律派系之间的区别，源于法律的理性对德国法律传统的浸透；尽管法国大革命口头上呼吁这种法律的理性，但是直到拿破仑推动法典编纂时，它对法国法的影响甚少，并且几乎没有波及到《法国民法典》。

从事这样一本书的写作，必须利用为数众多的图书馆。我将铭记我对下列大学和研究机构的图书馆及有关人士的感激之情，它们容许我接近为今世所罕见的藏书，向我提供破例的服务。这些图书馆和有关人士是：爱丁堡的律师学院图书馆和公共图书馆；英国图书馆；美国国会图书馆；费城律师协会图书馆；宾夕法尼亚，密执根，加利福尼亚（伯克利）和哈佛大学法律图书馆；宾夕法尼亚大学和锡拉丘兹大学图书馆，法兰克福大学送来了16、17世纪欧洲的书籍复印件；荷兰司法部长A.S.Hartkamp提供了荷兰新民法典方面的资料；南卫理公会

大学的 J. W. McKnight 提供了与拉丁美洲有关的书籍。John L. Barton (哈佛), Tony Carty (格拉斯哥), Thomas M. Green (密执根大学), Louis Schwartz (宾州大学), Alexander McCall Smith (爱丁堡) 和 Zbigniew Sobolews—ki (卢布林) 对本书的打字稿提供了宝贵的批评。

艾伦·沃森

# 目 录

中文版序

英文原版序

第一章	民法法系的含义	(1)
第二章	罗马法的体效应	(20)
第三章	民法的形式理性	(32)
第四章	法典化前的判例法	(55)
第五章	法律理念的渗透	(76)
第六章	法学阶梯	(89)
第七章	理性的法律	(120)
第八章	近代法典化的成就	(143)
第九章	法学阶梯与民法典	(187)
第十章	法律的分类	(205)
第十一章	近代民法的渊源	(237)
第十二章	民法、社会与法律的发展	(252)
译后记		(269)

# 第一章

## 民法法系的含义

这篇比较法论文有两个彼此联系着的目的。首先，阐明民法法系的特征和澄清民法法系区别于普通法系的原因。这种研究有助于理解法律究竟是怎样演进的，它与周围的环境有什么联系；其次，再向英美国家的学生分析现代民法法系的特征。

西方法律传统基本上是一元的，几乎完全相同的法律历史因素渗透入每个民族国家的法律产物中：罗马法、日尔曼习惯法、教会法和采邑法等等。然而，蔚然壮观的现代西方法律制度却呈现出普通法系与民法法系并立之势，普通法系由英格兰法演变而来，民法法系则与罗马法有着重要的历史渊源关系——尽管常常难以道个清白——或许民法法系是罗马法和英格兰法的混合物。一方面，在民法法系国家和普通法系国家都发生过类似的工业革命，它们的社会和经济环境惊人地相似；另一方面，在每个法系内部，每个国家的政体从民主政府到专制

政府各有千秋。尽管如此，两个法系的分野是明摆的。其结果是，在任何两个民法法系国家的法律制度之间，比在任何民法法系国家与普通法系国家的法律制度之间，更具有相似性。民法法系法律制度的一致性，以及它与普通法系法律制度的区别，尤其体现在法律制度总体结构方面，体现在与人、财产、继承、债有关的，属于传统私法范畴的法律规定方面，体现在程序法和证据法方面。两个属于民法法系的国家，譬如说，法国和海地，其社会的、政治的、经济的、文化的环境或许绝然不同，与此相反，一个属于民法法系的国家和一个属于普通法系的国家，其社会的、政治的和经济的环境或许如出一辙。民法法系与普通法系的对峙状态为世所公认，但它们却共存于一个一元化的文化传统之中，这意味着某种有影响力的力量在决定着某个民族法律的形成，不过这种力量并不来自于某个民族根深蒂固的社会、政治、文化基础。本书的目的就是要挖掘出这种力量的根源，并且对这种力量极其重要的作用作出解释。

“民法”这个术语，与一系列专门的或半专门的术语的历史一样悠久。尤其是在罗马法中，“民法”，*ius civile*，主要是指仅限于与适用于市民的有关法律部门。<sup>①</sup>罗马法中适用于外国人的部分——事实上也就是最有影响力的一部分——被称为*ius gentium*。在中世纪，“民法”专用来指罗马法，以及在罗马法基础上发展起来的法律，以与教会法相区别。这个术语直到现代仍然用来指私法，与刑法或军法相对称。但对于比较法学家而言，“民法”这个术语具有特别含义，它用来特指西欧大陆国家（包括斯塔的纳维亚）的法律制度，以及深受西欧大

<sup>①</sup> 参见《法学总论—法学阶梯》1.2.1, 2.

陆国家法律制度影响的国家（例如拉丁美洲一些国家）的法律制度。

这些民法法系的法律制度与西方其它国家的法律制度，在整体上的细微差异并不能够轻易地察觉，仅仅说这些法律制度从罗马法派生而来，或深受其影响，恐怕还不够深刻。它们并不是完全由罗马法派生而来，或深受其影响，远远不是那么回事儿。现代法典的起草者们摒弃了许多罗马法中的实定法条文。罗马法的本质与现代法典的本质在基本方面，存在着许多差异。<sup>①</sup>换言之，大多数民法法系国家的重要法律部门，以及这些法律部门重要的组成部分，几乎完全不是从什么罗马法规范中衍生而来的。例如，在罗马法中，根本没有什么婚姻财产制度可言，可是婚姻财产制度却延续了好几个世纪，直到目前为止，它仍然在现代民法制度中占据着突出的地位。难道我们能够断然否定这部分制度不享有民法的特征吗？其次，无论是法官还是学者对现代法典所作的解释，肯定与罗马时代的法学家著作或执政官敕令所作的解释，大相径庭。再说，简单地谈什么“派生”或“重大影响”恐怕还不足以探明这些制度的渊源，举英格兰法为例，英格兰法的一些法律部门，譬如，地役权法和买卖合同法，在不同的时代里，在不同的程度上，也受到过罗马法规则及其原则的影响。

有人认为，民法法系与普通法系之间的主要区别，就在于前者是法典化的，后者是非法典化的，这种主张有明显的不

---

<sup>①</sup> 参见 R.B.Schlesinger, *Comparative Law: Cases - Text - Materials*, 3rd. ed. (Mineola, N.Y., Foundation Press, 1970), PP.230f.

足之处。<sup>①</sup>就这一点而论，民法法系的法典化成就，只不过是一个现代现象而已。例如，《法国民法典》——被普遍地认为是当代法典形式的最早模式——于1804年才开始生效，然而在第二次世界大战之前，希腊却根本没有什么法典之类的东西。难道我们能说，这些国家在那之前不在民法法系之列吗？当然不能。当德国的一些州有自己本州法典的时候，譬如，普鲁士，就有自己的1794年的 *Allgemeines Landrecht die Preussischen Staaten*，然而与此同时，莱茵河畔的一些州却继承了《法国民法典》。难道我们能说，在1900年《德国民法典》(*Bürgerliches Gesetzbuch*)生效之前，德国境内的一部分地区属于民法法系，而另外一部分地区却例外吗？肯定不能那么说。进一步讲，一些地方无疑在普通法司法管辖权之内，但却是法典化的，如众所周知的加利福尼亚州就是如此。<sup>②</sup>

F·H·劳森(F·H·Lawson)采用“民法”这一术语，意指“长期以来，被普通法法学家看成是专长于民法的法学家们所关注的那个法律体系，换言之，也就是那个深受罗马法影响，

---

① 参见 Lawson, *Common Lawyer*, l.c.47, Merryman, *Civil Law Tradition*, pp.27ff.

② 下述一段话清楚地暴露出辨别民法法系一般特征的重重困难，见 Von Mehren and Gordley, *The Civil Law System*, 2nd ed. (Boston, Little, Brown, 1977), p.3: “西方世界的法律制度，为比较的目的起见，即以法国与德国法为代表的民法法系和根源于英格兰的普通法系。当拿民法法系与普通法系作比较的时候，总是要强调两个不同点。第一，在民法法系里，私法的大部分领域都被法典化了。法典化却不是普通法系的特点。第二，民法法系在不同程度上受到过罗马法的强烈影响。罗马法对普通法的影响都不那么深刻，几乎无孔不入。这两个区别点不应用来混淆两个法系的界限，民法法系与普通法系共存同一个传统之中。两法系却都是西欧文化的发展结果，它们维持着许多共同的价值，两者都是西方文明的产儿。”

并且用罗马法分类法进行研究的法律体系。”<sup>①</sup>然而，随着罗马法研究在普通法司法管辖权区内法学院的失势——譬如说美国几乎从来没有积极地进行过罗马法研究——这种使民法法系区别于其它法系的经典式研究方法，越来越不那么重要了。

民法法系的历史渊源于罗马法，事实上只是它的一般特征，而且这个历史渊源关系需要根据具体情况具体分析。尽管定义之中并无魔法可言，但是人还是能确定一个抽象的概念，并且能使之区别于其它现象，甚至还能找到作更深刻分析的方法。<sup>②</sup>若给民法法系下个通用的定义，那就是指这样的法系，在该法系中，无论是过去还是现在，优士丁尼（Justinian）的《民法大全》（*Corpus juris civilis*）的全部或部分内容都当作属地法，或至少被当作直接的具有最高效力的强制力，或者指从这一法系派生而出的其它法系。

从这个定义中，可以得出这么个结论，即在民法法系内部，实体法的明显特征虽然不是直接地，或间接地仿效罗马法具体规则的结果，但在相当程度上，它们大都由罗马法衍生而来。因此，现代法律规范与罗马法是否一致抑或相似，不是关键所在。另外一个结论是，民法法系的标志也不是法典。再者，这个定义也确定了一个标准，一方面用来划分普通法系与斯塔的纳维亚法律的明显界限，另一方面也用来说明哪些国家被普遍地认为属于民法法系。不过这么一来，有可能过份强调了罗马法对于英格兰（普遍地这么认为）或对于斯塔的纳维

<sup>①</sup> *Common Lawyer*, p.2.

<sup>②</sup> 关于给法律概念下定义方面的困难，参见 S.J.Shuman, "Jurisprudence and the Analysis of Fundamental Legal Terms," *Journal of Legal Education* 8 (1956): 437ff.

亚的影响，但不会有谁敢主张，优士丁尼的《民法大全》在那里也具有约束力或直接的强制性。

这个通用的定义同时也排除了，即厄尔恩特·里维（Ernst Levy）所谓的“以日尔曼各邦率先‘继受’罗马法。”<sup>①</sup>为代表的法律体系，这一关于民法法系的概念。虽然西哥特人的国王尤里克（Euric）于公元475年左右制定的法典，*Codex Euricianus*明显地受到了罗马法的重大影响，由于它是在早于优士丁尼执政的一个半世纪之前制定的，因此与优士丁尼的《民法大全》毫不相干。从那时起，在相继的几个世纪里，罗马法对日尔曼法的影响与日俱增，但人们还是认为，日尔曼法仍然独立于拜占庭的法律汇集之外。由于日尔曼法通常被认为不属于民法法系，就有必要将其从民法法系的概念中排除出来，以证实这个通用定义的正确性；不过，仅以它们再也不代表活法为根据，不足以解释这个看法。可是公众仍然认为，罗马法的影响是巨大的。

这个通用定义也表明或许有不同层次的“开化”程度。一种法律制度，“在目前”把《民法大全》当作权威，与那种“在过去”把《民法大全》当作属地法法律部门的法律制度相比较而言，在更深层的含义上更属于“民法的”。对于绝大多数民法法系的国家而言，改变现状的决定性运动是将私法法典化。再说一遍，在法典化之前，《民法大全》对于民法法系的浸透程度，可能像《民法大全》的权威程度那样，一个地区与另一个地区不尽相同。

接受《民法大全》，并把它当作权威，这种后果并不是立

---

<sup>①</sup> 参见他的 *Gesammelte Schriften* (Cologne, Craz, Bohlau, 1963), I, 201ff.

即都能感受到的，在经过相当长的时间后，它才浮现并壮大起来。不同的法律制度，与不同时期开化的特殊程度相吻合。换言之，这个定义虽然未能揭开一个事实，民法法系的显著特征，也许就像意识形态的影响的结果那样，或许就像法律制度之外，似乎要重新归类的影响的结果那样微不足道。这就是既具有普通法又具有民法因素的情形，被认为是“混合型”的法律制度。这类法律制度的现实例子就是南非（除非它仍然被划归民法法系）、路易斯安娜、波多黎各以及苏格兰。<sup>①</sup> 根据通用定义，以上所提到的前三个国家地区至少曾经属于民法法系。苏格兰也不例外。尽管《民法大全》从来不是那里的属地法，但却具有很高的强制性、权威性。因此，在1648年第一次出版的《苏格兰的法律制度》（*Institutions of the Law of Scotland*）一书中，乔治·麦肯齐爵士（Sir George Mackenzie）写道（1.1）：

罗马法，或曰市民法，是指在一国主权之下的民族或人民的特别法和习惯法。

罗马人在衡平原则和正义方面造诣颇深，思维缜密。他们的皇帝优士丁尼把他们全部的法律汇集成册，这就是为大多数文明国家所称颂的罗马法（因为它优美）；由于这部民法，有口皆碑，所以在我们苏格兰，除了那些已经从其威力下退出的成文法或习惯

---

<sup>①</sup> 参见 B. Beinart, "Codification and Restatement in Uncodified Mixed Jurisdictions," *Jewish Law Annual* 2 (1979): 126ff. 东欧社会主义国家的法律制度同样曾属于民法法系。不论它们之中任何一国是否仍然视若民法法系，或视若一种新型的混合法系，或视若颇受指责的独特的社会主义法系。

法外，它仍然享有深远的影响。我国国会的法案中的普通法所指的就是罗马法。

在更早些的时候，出于不同的但却同样重要的目的，托马斯·克雷格（Thomas Craig）在他的《采邑法》（*Ius feudale*）（1.2.8）一书中写道：“但是，我们身处的这个王国却受着罗马人的法律的支配，迄今为止，它们仍然与自然法和正确的理性保持着和谐。”理性和自然法将与罗马法相提并论，在以后的论述中还会详述。克雷格于1608年谢世，他的大作直到1655年才问世，但在此之前，这篇著作就已经蜚声于律师界，并且以手抄本的形式流传。事实上，我在此摘引的这段文字，托马斯·霍普爵士（Sir Thomas Hope）在他的《民事法院古代重要审判记录》（*Major Practicks*）一书中，也曾引用过，从最近的资料分析，霍普的这部著作出版时间是1633年。霍普同时还引证了15、16世纪苏格兰人的各种不同法规，他认为那些就是苏格兰允许适用罗马法和普通法的例证（1.114.）。虽然霍普错了，这个错误却错到点子上去了，他这是关于苏格兰受罗马法重大影响的最高度的评价。

苏格兰对于罗马法的态度并不典型，在除意大利和德国之外的大多数欧洲大陆国家里，《民法大全》是直接的也是最高的强制力，但它的任何部分都没有被当作属地法看待。荷兰法学家格朗维根（Groenewegen）在他于1649年第一次出版的*De legibus abrogatis*一书中认为，许多国家都接受了罗马法，只不过在一些地方享有比较高的权威性，在另外一些地方稍逊一筹罢了：

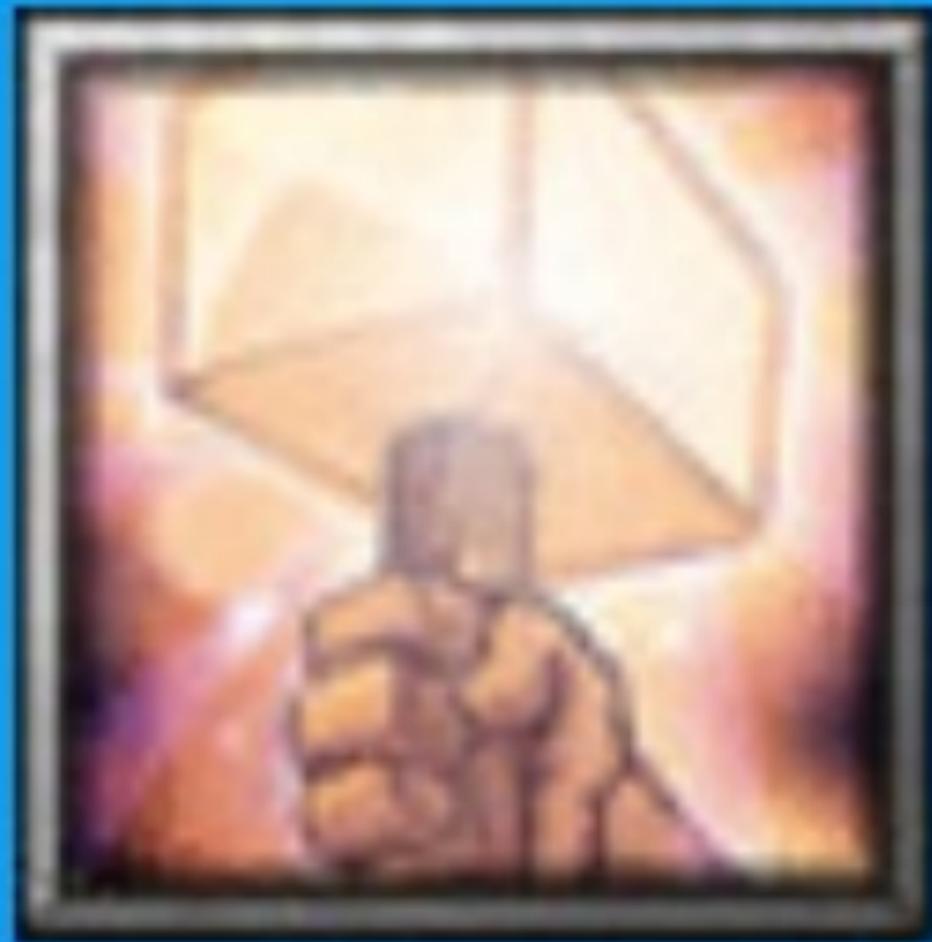
.....

2. 例如法国，它既没有接受罗马法，也不奉行

[www.docriver.com](http://www.docriver.com)

---

搜索商家 巨力电子书



它，迄今为止，人们发现它不过是凭仗着理性；因此，当法国的法官们就职的时候，他不必宣誓说他将遵守优士丁尼的民法大全。3. 然而，在低地国家（指荷兰、比利时，卢森堡—译注），罗马法却享有更高的权威；由于罗马法的一切方面都富有最高的理性和衡平，它在这些国家的法庭上往往作为正义和衡平的例证，被正式引用，而且最终它也是被当成法律接受的，即使到现在，我们中间的大多数人仍然认为它是负载着力量和权威的法律规则。因此，许多国家在制定法律的过程中，还常常借鉴罗马法，把它当成普遍接受的法律：1599年12月18日，关于无遗嘱继承的告文的第14条，就是一个例子。按照惯例，这些国家的法庭的法官宣誓遵奉罗马法。4. 不过在以上所列国家外，弗里斯兰群岛人最固执地信奉罗马法。5. 可是，罗马人的民法在低地国家享有权威，这项既定的规则也有许多的例外情况。<sup>①</sup>

格朗维根接着就开始列举种种例外情况。这段论述揭示出罗马法的权威程度，一个国家与另外一个国家或许不同，甚至在一个国家境内，例如联合省，也不一样。这本著作还阐明了罗马法权威性的继受，诚然如事实那样，是个渐进的过程。<sup>②</sup>

---

① 1. 序言，6. 引自 B. Beinart, Groenewegen: *De legibus abrogatis (on Abrogated Laws)* (Johannesburg, Lex - Patria, 1974), I, 7f.

② 参见 R. Feenstra, "Zur Rezeption in den Niederlanden", *L'Europa e il diritto romano*, I, 243ff; B. H. D. Hermesdorf, *Römisches Recht in den Niederlanden*, part V.5 *et Jus Romanum medii aevi* (Milan, Ciuffrè, 1968) .

法国的情况则极其复杂。法国分为两个区域：南方被称为 *pays de droit écrit*（“成文法地区”），罗马法是那里的习惯法；北方被称为 *pays de droit coutumier*（习惯法地区——译注），地方习惯法在那里占据着主导地位。习惯法地区占据整个法国面积 2/3 左右。在一个时期内，每个男爵领地内都有自己的习惯法，等到了 15 世纪中叶，这个数目已经减少到了 60 个左右的通用习惯法，和 300 个地方适用的特别习惯法。正如琼·布里森德（Jean Brissaud）描述的那样，那“与法的统一相去甚远，但它向前进了一大步。”<sup>①</sup> 习惯法的复杂多样性意味着，关于罗马法在法国的地位的任何一种陈述都不可能是千真万确的，但在一般合同方面，甚至整个债的关系领域则完全由罗马法支配着，因为法国的习惯法几乎没有这些方面的内容。在法律的其他领域，甚至一些不相干的方面，也经常借鉴罗马法。<sup>②</sup> 16 世纪的法学家们曾对罗马法提出过质疑，但却从未得出令人心服的一般结论。盖伊·科克维尔（Guy Coquille 1523—1603）认为，

罗马法不是我们的普通法，在法国不具有强制力，但它应当被看成是理性。当宪法，我国国王的法令或法兰西的不成文法以及习惯法不能满足我们的时候，我们应当向罗马人制定的法律求助。“求助于罗马法，”我们这个意思是说，求助于罗马法的灵活性和罗马法的理性，而不是我们迫于无可奈何。我们这个时代的

<sup>①</sup> 见 *General Survey*, p.261.

<sup>②</sup> 参见 J.Brissaud in *General Survey*, p.208; A.Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français* 15th ed. by R.Genestal (Paris, Sirey, 1925), P.687.

两位显要人物，巴黎国会前后的两位首席议长，麦特尔·皮埃尔·里泽特 (Maitre Pierre Lizet) 和麦特尔·克里斯托弗·德·杜 (Maitre Christophe de Thou)，在这个问题上持不同见解。前面提到的那位里泽特认为，罗马法是我们的普通法，而且尽可能地使法国法与罗马法相一致，里泽特以其狭义的法律学说，限制对罗马法持相反看法而驰名。而前面提到的另一位人物，德·杜则认为法兰西的习惯法和成文法才是我们的普通法，他把罗马法仅仅看成是写下来的理性。<sup>①</sup>

科克维尔还有其他一些人，包括查尔斯·杜穆林 (Charles Dumoulin) 在内，都属于那一派人物，当某个习惯法不甚明了的时候，他们首先参考邻近地区的习惯法，或者巴黎的习惯法。假如结论不是唾手可得的，他们不得不追溯到罗马法，即使这样做，他们不把罗马法看成是具有约束力的法律，而是当作理性对待。<sup>②</sup>

自从有了《拿破仑民法典》，法国常被当作民法法系最优秀的代表 (*par excellence*)。然而，在民法典问世之前，法国北部地区几乎不算是民法法系，或者什么成文法地区，(*pays de droit écrit*)，也不属于荷兰、德国、意大利的什么法系。其结果却是，它比任何其它地区都更广泛地被看成是民法法系演

---

① Brissaud 引自 *General Survey*, P. 208. 同时参见 R. Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1973), p. 13.

② 参见 Esmein, *Histoire*, pp. 687ff.

化而来的制度成果。<sup>①</sup>

德国继受罗马法，目前从传统上分成“理论的继受”和“实践的继受”。<sup>②</sup>理论继受的历史可以追溯到12世纪，它是以“日尔曼民族的罗马帝国”是古罗马帝国的延续这一观念，作为理论基础的。因此，罗马法是属地法，但却从属于日尔曼法，后者具有优先效力。从而这种继受也就不是个别的，而是对《民法大全》的全盘照搬。

实践的继受则来得迟些，且缓慢些，一直延续到15、16世纪，德国才比法国北部地区更为全面地接受罗马法，并且把罗马法的一些规定引入审判实践。这种审判实践的班底，显然是那些曾经受过罗马法训练的法官以及法学家们。人们通常认为1495年圣罗马帝国最高法庭（Reichskammergericht）的产生是实践继受中的重要事件，因为它要求法官半数以上应当是法学博士（Doctores juris），也就是受过罗马法训练的法学家。从而实践的继受不再是生吞活剥地啃《民法大全》，法官们在审判过程中也引用具体的条文和具体的法律制度，这些具体条文和法律制度也随之演变成为属地法，再也不是辅助意义上的法律了。这种实践的继受难免把大量的“冒牌的”罗马法囊括进来，那些罗马法往往经过了注释法学家尤其是后来的意大

① 例如在《拿破仑法典》起草过程中，法律实践家比法学家的地位更显著。J.P. 道森（J.P. Dawson）对于审判结果的兴趣尤其浓厚，他把自己著作里相应一章名定为“离经叛道的法国”，见 *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968), pp. 263ff.

② 参见 *General Survey*, pp. 336ff; Conrad, *Rechtsgeschichte*, pp. 339ff; Koschaker, *Europa*, pp. 38ff. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, pp. 124ff; K. Luig, "The Institutes of National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries," *Juridical Review* 17 (1972): 207ff.

利法学家的注释和精心阐述。

理论的继受和实践的继受之间的差别，在相当程度上并不像人们可能看到的那样鲜明——一部分原因是，《民法大全》的权威性也只达到了意大利法学家们所注释的那种程度。“*Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*（注释法学家不能解释的，法官不知所云的）”最深奥的要义也不过如此而已。另外一部分原因是，欧洲人普遍地接受了“当代罗马的实践”（*usus modernus pandectarum*）这一观念。随着实践继受的兴起，理论继受从而也失去了一些力量。恰如弗兰茨·威克尔（Franz Wieacker）指明的那样，16世纪“洛塔尔传说”的产生，促成了苏普林堡的皇帝洛塔尔在1135年的法规中明目张胆地吸收罗马法，这表明继受罗马法需要新的合理的藉口。<sup>①</sup>理论继受的见解被完全击溃，通常与赫尔曼·康宁（Hermann Conring 1606—1681）相提并论，他在1643年出版的《德国法的起源》*De origine juris Germanici*一书中，彻底批判了理论继受的概念。<sup>②</sup>如果稍有不同的话，过不多久之后，约翰·施尔特（Johann Schilter 1632—1705）的理论原则进一步巩固了实践的继受，他认为，当一个原告依仗《民法大全》的解释内容的时候，其推断前提是该法规是有效的，除非他的被告能证明，就特定情况而论，该法规并没有被继受，或者该法规已经发生了变化。<sup>③</sup>

西欧其它国家出现的继受现象都是丰富多采的。罗马化的

① *Privatrechtsgeschichte*, p. 145.

② 参见 Koehaker, *Europa*, pp. 115, 149f; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 206; *General Survey*, P. 428.

③ 参见 Wiencker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 208.

过程相应的是渐进的、不彻底的、千姿百态的。然而，相对于简单地掺合罗马法的个别法规而言，在一国境内，它至少继受《民法大全》的一部分，并认可它的权威性将产生更为广泛的影响，因此用残留的、纯粹的罗马法规来衡量罗马法的冲击力是绝对不够的，应当看到在罗马法之上民法法系产生了。许多民法法系国家的法律制度，仍然保留着罗马法的重要法律制度和法律概念，但在普通法法系国家的法律制度中却觅不到遗迹，这个事实同样证实了民法法系是以继受罗马法为基础而发展起来的。如果将一些可以考虑的因素都排除在外，这种继受在每个地方有每个地方的结果，因此，罗马法在每个国家领域内的权威性也千差万别。尽管如此，我们还是能概括出这个结果的特征。

按照通用的定义，民法法系的一些法律制度，由其它一些国家的法律制度衍生而来，它们继受《民法大全》或《民法大全》中的一部分，并且承认它的权威性。土耳其是一个突出的例子，土耳其直到将瑞士的民法典移植到本国以后，才成为一个有民法制度的国家。在这个单纯的派生性民法法系国家里，从来没有把《民法大全》或其中一部分当作属地法或高度强制力的历史。因而这个国家的民法制度也从未经过民法发展的典型阶段，也缺少民法典型制度的某些特征。总之，因学理抽象而享有高度声誉的法学教育也发展缓慢。然而，这种派生的民法制度与其它民法制度之间并无太明显的界限，事实上，大多数派生制度，诸如西班牙或荷兰之类的殖民国家的权力是最直接的影响，但与此同时，《民法大全》都几乎没有什么直接的强制力。拉丁美洲大部分国家，以及南非共和国的情况大都如此。

对民法法系产生如此影响的《民法大全》的历史，可以追

溯到公元6世纪。<sup>①</sup>公元527年，优士丁尼成为他叔父拜占庭王朝皇帝优士丁（Justin）的助手。次年，他叔父去世，他独揽了皇帝大权。或许在优士丁皇帝在位期间，优士丁尼就已经开始筹划进行一场类似的法典编纂工作。公元528年2月13日，他签发了一项任命书，设立一个听命于皇帝的委员会，负责编辑新律，也就是一部法典（*Codex*），“*Constitution*”这个词在此是个普通术语，泛指包括皇帝全部法令在内的规章制度。他授予编辑者们以广泛的权力，去搜集规章制度，全部或部分地删去一些过时的或无用的陈规旧习，清除矛盾或重复的内容，甚至可以作实质性变动。这些规章制度按照标题或章节名称分门别类进行编排，每个标题下的规章制度则按年、月、日顺序编排。公元529年4月出台的法典（*Code*）并不成功，它很快被修订后的第二个版本所代替，该法典于公元534年12月29日生效。修订过的法典保留了下来，它就是后来驰名于世的《民法大全》（*Corpus juris civilis*）四部中的一部，它共分12卷，每个标题之下的规章制度都是按年代顺序编排的。它汇集了从公元2世纪初的哈德良（Hadrian）直到优士丁尼王朝的规章制度。自从优士丁尼成为基督教徒之后，该法典的2664项正文相应地减少到了2019项，其实这位信奉基督教的罗马皇帝回答法律问题的复文更是堆积如山。

公元530年12月15日，法学家们的学说内容编辑出版了，这就是《学说汇纂》（*Digest*），它被赋予具有法律效力，并于公元533年12月30日起开始实施。这篇鸿篇巨著是《优

<sup>①</sup> 关于这方面内容的基本讨论，见 Jolowicz and Nicholas, *Historical Introduction*, pp.478ff 关于这方面内容的激进观点，见 T.Honoré, *Tribonian* (London, Duckworth, 1978); cf. the review by A.Watson, *LQR*94 (1978): 459ff.

士丁尼法典》的两倍，共有 50 卷，实际上，它全部的内容也是按标题再分门别类编排的。每个标题之下的内容都包括有那些从公元前 1 世纪到公元 3 世纪之间在世的法学家著作的残篇。该《学说汇纂》大约有 1/3 的内容，完全摘引自法学家和文职人员乌尔庇安努斯 (Ulpian) 的著作。乌尔庇安努斯公元 223 年被谋杀，大约占全书 1/6 的内容摘引自乌尔庇安努斯的同代人保罗乌斯 (Paul) 的著作。按照当代一些学者的观点，公元 4 世纪，有位名叫赫莫杰安努斯 (Hermogenianus) 的法学家很活跃，但《学说汇纂》对于公元 3 世纪以后的法学家的学说，概不收录。<sup>①</sup> 法学家的学说内容，包括原则陈述，法条探讨，法律目的评论，敕令或法令解释，其它法学观点的语录，处理疑难案件的方法，不动产或不转移财产占有权的抵押权，等等。

优士丁尼指示编纂者们将多余的、不正确的、矛盾的、重复的、过时的、法典中已有的内容统统地删除干净。<sup>②</sup> 虽然《学说汇纂》的编纂者们能流畅地表达自己的观点，但却无权改变法律的实质内容，或使它具有现实效力。<sup>③</sup> 的确，如果发生任何这种变动都将违背指导性精神。可以说，自从公元 235

<sup>①</sup> 关于年代问题，见 D. Liebe, *Hermogenians iuris epitome* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964)。

<sup>②</sup> C. *Deo auctore* § 7, 9—10。

<sup>③</sup> 在乔洛维克 (Jolowicz) 和尼古拉斯 (Nicholas) 合著的《历史导论》*Historical Introduction* 一书的第 481 页有一段典型的夸张性文字：“他们享有删除和修改内容的全部大权，他们甚至连法学家们引用的法律 *Leges* 或法规这类的古字语都能染指。”但是，C. *Deo auctore* § 7，当他们发现内容 *non recte scriptum*，“不正确的陈述”的时候，才有权修改从法律或法规中引出的文字。唯一能寄予期望的是肩负使命的委员们基于正确的阅读理解所作出的结论，才能当成是最终的。

年之后，几乎再没有什么法学家著作了，《学说汇纂》里几乎也没有收录到那时期以后的什么内容。从那时以后，法律变化的唯一结果几乎完全是皇帝的规章制度。然而，这些规章制度都已收入《优士丁尼法典》里去了，听命于皇帝的《学说汇纂》的编纂者们，得到明确的指示，不得重复《法典》中已包括进去的内容。《学说汇纂》编纂成员们的重要任务就是将一些陈腐的见解、以及意义广泛的、已经被收入《法典》的皇帝的规章制度所代替的法规，从《法学汇纂》中清除干净。

这种删除是《学说汇纂》与《优士丁尼法典》分立的主要方针之一。《学说汇纂》与《法典》的区别，不在于前者是法理解释大杂烩，而后者是皇帝法令的混合物，也不在于前者完全是异教徒的创作品，相反，后者在一定意义上可以说是基督教徒的产物。换言之，这两部作品产生于完全不同的法律和社会演化阶段。《学说汇纂》展示着罗马帝国鼎盛时期相互联系着的社会条件下诞生的，法律的壮观画卷；据说这幅画卷不那么逼真，这是因为它删节太多，而不是由于画蛇添足的缘故，从而，《学说汇纂》的内容虽然有些改动，但那不是古典时期（尤指希腊、罗马古典时代）后的作品展览。与此相反，《法典》却展现了古典时期后的社会面貌，那是拜占庭王朝的早期社会，再也不是罗马充当中心帝国的时代了。由于这个区别，在各种场合，比较《学说汇纂》而言，人们往往更强调《法典》的历史。《民法大全》不止在用一种腔调说话。

《民法大全》的第三个组成部分是《法学阶梯》（又译《法学总论》*Institutes*），这是为一年级学生撰写的法学基础理论教科书。它于公元530年开始撰写，公元533年11月21日公布于世。它是仿效公元160年盖尤斯（Gaius）著作的体例编写的，但也不完全雷同于盖尤斯的《法学阶梯》（*Institutes*），

优士丁尼的《法学阶梯》全书共分四卷，每卷再细分为篇、段。主题编排依序是——法源、人、财产、继承、债、时效——这种体例编排应当归功于盖尤斯，这个精心架构的体例与《学说汇纂》的体例形成鲜明的对比。相对于前者而言，后者显得杂乱无章了，这种极其无序的状态与罗马共和国后期以及罗马帝国早年的形势相仿，那个时代的执政官每年都要发布相当不成系统的法令，法律的标题也是在那个基础上逐渐发展起来的，其结果必然是紊乱。长久以来，由于《学说汇纂》的体例不甚尽人之意，从而经常遭到抱怨。像《民法大全》的其它组成部分一样，《法学阶梯》也具有法律效力。

当《优士丁尼法典》第二次修订完成后，优士丁尼已经成就了将罗马法法典化的业绩。但他并不甘心，继续制定法律，今天众所周知的《罗马新律》(Novels)，就是这项工程的成果。可是这些新律并没有被官方汇编成册，据令人可信的说法是，现在还有三本非官方汇编。大多数法令用希腊文发布，也有一些用希腊文和拉丁文发布，同时也有这些法令的拉丁文译本出现。《罗马新律》大体内容与公共事务或基督教会事务有关，理所当然，也包括了私法内容。例如，罗马新律第 118、127 条改革了无遗嘱继承的全部内容，第 22 条使基督教会婚姻合法化。

尽管现代法典大都仿效《学说汇纂》和《法学阶梯》的体例，但与任何一部现代法典相比，优士丁尼的《民法大全》还是有其独到之处。《民法大全》卷帙浩繁，任何一部现代法典都弗能望其项背。《民法大全》不是铁板一块，而划分为四个不同的部分，每一个组成部分都针对不同的主题内容。换言之，法律完全系统化了。该法的每一个部分对后来的法律发展都产生了不同的影响，在任何时候，其精妙之处，都不同凡

响，实在令人叹为观止。《民法大全》在后来的世纪里，也通常不被当作一个整体来看待，事实的确如此。例如，在12、13世纪里，甚至以后的许多世纪里，大学里一般上午开设基础课，下午开设专修课，基础课（*ordinaria*）一般覆盖着所谓的 *Digestum vetus*，其内容包括《学说汇纂》的第二编，第1—24章，《法典》的前九编。《民法大全》获得如此礼遇的主要原因是因为罗马法传统又重登历史舞台。<sup>①</sup>无论如何，《法典》的最后三编的内容是行政法。以那个时期的法学书籍的风格的影响力和性质来衡量，*Summa Codicis*《法典》或许比《学说汇纂》更重要。<sup>②</sup>再说，在《民法大全》任何一个组成部分的内容里，从少有的法学评论就可以看出法律学说的地位。例如，由于罗马人把盗窃只认定为不法行为（侵权），而不当成犯罪，中世纪早期，许多学术著作的手稿，对盗窃问题都避口不谈。用希腊文写下的片断也没有这些方面的内容，那时，《罗马新律》起着重要的补充作用。

---

① 参见 Jolowicz and Nicholas, *Historical Introduction*, p. 492.

② 参见 Watson, *Legal Transplants*, pp. 61ff.

## 第二章

### 罗马法的体效应\*

若要弄懂一种法律制度，不能单研究其条文规范，而要明白这个条文是如何组合到一起的，该制度是如何架构的，它的条文应当如何解释。同样，若要懂得一种法律制度可能对其他法律制度产生的效应，一个人还应当意识到那些影响性因素远超出个别条文之上。罗马法的特征长期以来一直吸引着许多思辩型的法学研究者的注意力。恰如经验所证明的那样，罗马法的规范和制度，在一定程度上是其他法律体系不能比拟的，但

---

\* block effect 是化学术语，中译为体效应或区组效应。其含义指各个不同的单元体经过自身一定的组合再插入另外一个单元体的过程。作者此处借用这个术语，意图说明罗马法的移植过程。按照作者的观点，罗马法经过自身的组合以后形成一系列规范群，每个规范群自成一套制度单元，譬如，契约制度，罗马法的移植即按一项项制度单元植入域外的法律中去。——译注

[www.docriver.com](http://www.docriver.com)

---

搜索商家 巨力电子书



它们可以运用于完全不同形态的社会里：在以奴隶制为基础的经济制度里，在封建社会里，在资本主义类型的国度里等等；在政治或宗教信仰各异的国家里，无论这些国家是专制政体、君主政体、寡头统治还是共和政体，也无论这些国家的人民是异教徒、天主教徒、加尔文派教徒还是路德教教友。罗马法的灵活性既是区域的又是历史的：不仅是冰冷的魁北克，炎热的巴拿马，阳光充足的南非，而且西欧绝大多数大陆国家——水泽遍地的低洼地国家荷兰，干旱的山区国家西班牙，还有昔日田园式的普鲁士，今日工业发达的西德，它们现在的法律制度皆以罗马法为基础。各个国家和地区究竟从罗马法中借鉴了什么，随时随地而有所不同；甚至还发生了重大的变动；不过那更能说明罗马法的“可移植性”现象。

然而，自相矛盾的是有人经常对罗马法规范的地位表示怀疑。就连那些狂热地研究古罗马文化的人，也不能一贯断言那些规范总是令人钦佩的。弗里德里希·冯·萨维尼在罗马法影响的传播方面曾做过巨大的推动工作，而他认为，罗马实定法值得叹服的范围主要限于它的契约理论；由于只有这么个值得佩服之外，他便将 *Stipulatio*（要式口约）和“一些其他迷信”消除了。<sup>①</sup>令人惊讶的是，这是一种对个别契约的理论而生的钦佩之情，因为罗马人在契约的一般理论方面，从无长足的发展。

罗马法十分重要，它的影响不仅遍及世界，而且还缔造了一个民法法系。罗马法的规范，其系统性以及法律态度都至关重要，不过罗马法的这一特征向来被忽视了。恰如其渊源所表

---

<sup>①</sup> *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1st ed. (Heidelberg, Mohr & Zimmer, 1814), p. 27.

明的那样，罗马法自然地分成自成体系和内在联系的规范群 (blocks)。我们不仅可以从法律制度结构以及法律概念上，而且从优士丁尼《民法大全》四个独立部分上，都可以看出这种分类。罗马法的传播，往往是个别规范群 (individual blocks) 的传播，而非整体性传播。规范群是移植的重要单位，对继受性制度产生影响的是规范群，而非个别法律条文。

尽管任何发达的法律体系里的所有法律制度结构都可以区分为独立的规范群，但罗马法中的规范群明显地不同一般。首先，在《民法大全》里，实体法是与程序法相分立的。<sup>①</sup> 罗马法学家们仅就一桩诉讼是否以事实为根据而展开讨论，他们对于案件送到法庭之后的结果不感兴趣。假如不是盖尤斯 (Gaius) 和优士丁尼的基础教科书《法学阶梯》第四卷保留下来的话，若想在任何程度上重睹，无论是古代的、古典的、古典时代后的，或者优士丁尼时代的法律诉讼程序，则不太可能，《法学阶梯》第四卷的每桩案件提供基本的程序。其次，教科书忽视了举证的困难。法学家们设计出了事实的位置，他们强调指出，任何法律判决必须是源于事实的结论。没有什么正经的迹象表明，在审判实践中，事实会受到质疑，证据会不充足。

这种实体法与程序法相分立的现象，在相当程度上，源于

---

① 有人始终认为英国法与罗马法相类似，因为两者都是围绕诉讼形式而建立起来的；参见 Lawson, *Common Lawyer*, P. 102. 不过抛开这个意义不说，任何地方的法律权利都是诉讼上的权利，这个立场似乎错了。罗马的诉讼形式只不过是些请求技巧，它们不包含有对实体法作任何重大充实的余地；见 A. Watson, "The Law of Actions and the Development of Substantive Law in the Early Roman Republic," *LQR*, 1973, pp.387ff. 残留下来的教科书表明，就权利和规范而论，罗马法学家们习惯思考以上问题。