



近代欧陆民法思想史

——十六至十九世纪

A History of Modern Civil Law Thought in Europe:
From 16th Century to 19th Century

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

朱晓喆 著

清华大学出版社

近代欧陆民法思想史

——十六至十九世纪

A History of Modern Civil Law Thought in Europe:
From 16th Century to 19th Century

比 · 较 · 法 · 学 · 丛 · 书

朱晓喆 著

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书是一部关于近代欧洲民法史的学术著作。本书以十六至十九世纪欧洲法学思想的演进为背景,以近代欧洲民法史上最有影响力的法学家的民法思想为中心,分别阐述人文主义法学、自然法学、历史主义法学对欧洲民法的形成与发展以及对民法典的历史影响。在此基础上,本书抽象概括出近代欧洲民法是以主观权利论、自由意志论和概念体系化为其总体的思想特征。全书体现了宏观的思想史叙事与精深的教义学思辨相结合的研究风格。

本书适合法律院校学生、研究生、教师及研究人员,同时也适合对欧洲民法史有兴趣的人士。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

近代欧陆民法思想史:十六至十九世纪/朱晓喆著. —北京:清华大学出版社,2010.8

(比较法学丛书)

ISBN 978-7-302-23207-0

I. ①近… II. ①朱… III. ①民法—思想史—欧洲—近代
IV. ①D950.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第123870号

责任编辑:方洁

责任校对:王凤芝

责任印制:杨艳

出版发行:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:北京国马印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:148×210 印 张:8.375 字 数:186千字

版 次:2010年8月第1版 印 次:2010年8月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:25.00元

产品编号:037656-01

每个人和每个民族都各自按照他的目的、力量与需要之不同，需要某一种过去的知识，时而是纪念的历史，时而是好古的，时而是批判的。

——尼采：《历史对于人生的利弊》

“比较法学丛书”总序

初民社会,各族群独处一隅,几与外界隔绝,孤立中遂滋生某种自信,或称诩“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“唯我德馨”。后偶与外族接触,亦对“非我族类”,多投以白眼,甚至极尽嘲讽之能事,兴欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族,前者对“男人奢侈”之放纵,令后者匪夷所思,后者对“女人放荡”之纵容,使前者难以理解。同样,禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝,而奉守食人之俗者,对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮,互斥异端,互为排斥,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景,实多出于文化封闭,心理排外。

法,作为习俗结晶、文化符号之一种,其演进标志人类族群进化之轨迹:由隔离而接触,由孤立而群合,由独行而协作,由排斥而共存。然文化因族群而殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊贝壳放逐与古罗马陪审制,中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制;印度寡妇殉葬与西方领主初夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一,美国三权分立与英国议会主权……凡此种种,或带有文化类型之印记,或标示族群

生活之差异，或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知，由比较而显。各族法律，或貌合而神离，或形殊而神似。同名异物，存名实之辩；异名同物，厘表里之别。

比较法由是生焉。西有希腊先哲首开先河，中有战国法家初执牛耳。纵观古代，法之比较虽发轫早而源远流长，然仍显稚嫩。其零散而缺系统，偶然而非恒常，实用而欠学理，自发而无筹划，难于自成一体、独立一门。作为学术科目之比较法，实始于近代。西元十八世纪，法国孟德斯鸠氏，少习法律，壮则弃官，潜心法学，遍历奥、匈、意、德、荷诸国，考辨诸族习俗，比较古今法律，于风物人情中寻法意，由地理环境中探精神。孟氏所撰《法意》一书，为近代比较法学奠基之作。其人颇具传奇色彩之阅历，后世传为佳话。迨至西元十九世纪，比较法学于英、法、德诸国蔚然成风，或设讲席以授业，或创专刊以传道，或建学会以交流。西元一九零零年，首届国际比较法大会开于巴黎，标志比较法学进入国际化阶段。然此阶段之比较法学，西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义，溢于言表。西人比较之意旨，多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”，形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后，种族偏见渐弱，然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来，比较法学著述之丰，前所未有；功用之广，遍布立法、司法；学理之通，惠及法学各科。

吾华夏民族，得益农桑，泽被礼义，“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦，其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄，尊而滋傲，国人遂目比邻为蛮貊，视异族为夷狄，或夜郎自大、目空四海，或坐

井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹，有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异，以娱视听；道闻途说，以炫机巧。考其究竟，实多因古时山隔水阻，交通滞塞，言语不通，鲜有接触。故直至盛唐，国人眼中之“西天”不过印度，亦不足为怪。其时西人眼中之中国，亦如烟如雾，若迷若幻。

列强自西徂东，国门洞开，当务之急，救亡图存。始办洋务，复议变法，西学东渐，“夷律”汉译。五大臣赴洋考察，虽得欧法皮毛，犹存借鉴之诚；众学子负笈旅欧，任中西文化参差，亦竟比较之力。数十年间，西法如潮涌入，吾华夏几千年法统，竟成一曲挽歌！法学遂兴，然非汉家故物；比较因起，实多舶来新突。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会，相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪，为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业，其中影响较大者，当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》及李祖荫之《比较民法》，影响一代学人，至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》，虽未冠比较之名，实为比较法学之论坛也，其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时之长辈学人，忆及当年盛况，颇多感慨，其情其景，宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代，千山万水，不成障碍，黄种白种，弗为隔阻，孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分，互为仇讎；中西两立，几断音讯。当此之际，比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启门户，恍如隔世；再度开眼，宛若梦醒。今是昨非，议补天之计；

劫余思生，处长治之道。民主法治之论，遂成治道共识；自由人权之题，遽为时尚话语。法学园地，比较法学焕发新姿。廿年之间，硕果累累。译比较法学专著多种，其中影响较大者，为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部，其卷帙浩繁，实属空前，中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部，篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年，虽生性愚钝，初无建树，然夙怀为其勉效激力之愿。故联络学界同道，不避浅陋，新辑比较法学著译数部，缀成“比较法学丛书”。意在博稽古今，察鉴中外，为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏藏女士与方洁女士，为丛书策划出力，同道著译诸君通力合作，编者深怀谢忱。

丛书付梓之日，赘言志之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

目 录

导 言	1
第一章 人文主义法学与近代民法思想的历史转型	5
一、引言：中世纪罗马法复兴	5
二、人文主义法学的历史演变及其意义	8
（一）16世纪人文主义法学的兴起	8
（二）人文主义法学的展开与衰落	15
（三）人文主义与西欧法律传统的世俗化	18
三、人文主义法学与近代民法体系化的思想基础	26
（一）近代民法体系化的开端	26
（二）雨果·多诺的私法体系	30
（三）德意志人文主义法学家的体系建构	36
四、小结	42
第二章 近代自然法与私权理论体系的建构	43
一、近代自然法的思想史背景	44
（一）古典自然法的基本命题	44
（二）中世纪自然法的理智论与意志论	48
（三）从中世纪向近代过渡：西班牙晚期经院 哲学家	51

二、格劳秀斯与近代自然法的历史转折	56
(一) 17 世纪罗马-荷兰法学	56
(二) 作为正确理性命令的自然法	59
(三) 人类本性与自然权利论	65
(四) 理性主义方法论	72
(五) 近代自然法的转折点	78
三、近代私权理论建构的自然法基础	81
(一) 格劳秀斯的私法体系:以主观权利为 中心	83
(二) 对物权与对人权的区分	87
(三) 完全所有权与不完全所有权的区分	91
(四) 债因的自然法基础(一):允诺与契约	99
(五) 私权变动中的自由意志论	108
(六) 债因的自然法基础(二):不当得利与 侵权行为	121
四、小结	129
第三章 近代自然法与民法典的思想基础	131
一、多玛与近代民法的体系演绎方法论	132
(一) 笛卡尔哲学方法与法律的“第一原理”	132
(二) 社会与法律秩序的义务基础	137
(三) 根据义务安排民法的自然秩序	142
(四) 民法的自然秩序与概念演绎体系之比较	147
(五) 近代民法演绎体系的方法论基础	151

(六) 附论:多玛与朴蒂埃的契约理论	158
二、自然法的实证化:自然法典的编纂	168
(一) 绝对主义国家自然法典的编纂	168
(二) 1804年《法国民法典》	174
(三) 自由主义宪政与资产阶级民法典	180
三、小结	187
第四章 从历史主义法学向现代民法思想过渡	190
一、历史主义法学的兴起及其理论纲领	190
(一) 19世纪历史主义的前奏:从启蒙运动 到浪漫主义	190
(二) 德国历史主义法学的发端与展开	193
(三) 萨维尼的历史主义与理性自然法的 抗衡	197
(四) 作为法律历史根源的“民族精神”	201
二、历史法学派的分裂与潘德克顿法学	206
(一) 历史论、体系论的冲突与调和	206
(二) 罗马派与日耳曼派的分裂	210
(三) 潘德克顿法学及其批评者	213
三、目的法学与自由意志论批判	217
(一) 耶林与概念法学决裂	217
(二) 自由意志论的批判之一:私权的社会 目的论	219
(三) 自由意志论的批判之二:占有保护理论	221

(四) 自由意志论的批判之三: 缔约过失责任	
理论	224
四、耶林对现代民法社会化思潮的影响	225
(一) 黑克的利益法学	225
(二) 狄骥的主观权利批判	227
(三) 自由法学的反概念主义	230
五、小结	233
结语	234
参考文献	237
后记	252

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。本注文,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—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—经验的维度;逻辑—分析的维度;规范—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