



外国法学名著

The Making of The Civil Law

民法法系的 演变及形成

[美] 艾伦·沃森 / 著
李静冰 姚新华 / 译

3.01

中国法制出版社

D913.01
10a

民法法系的

The Making
of the
Civil Law

著 [美] 艾伦·沃森
译 李静冰 姚新华

演变及形成

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民法法系的演变及形成/李静冰 姚新华译.

—北京: 中国法制出版社, 2005.1

ISBN 7-80182-384-2

I. 民… II. ①李…②姚… III. 罗马法: 民法-研究
IV. D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 105549 号

民法法系的演变及形成

MINFA FAXIDE YANBIAN JI XINGCHENG

著者/[美] 艾伦·沃森

译者/李静冰 姚新华

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 32

版次/2005 年 1 月第 1 版

印张/8.625 字数/192 千

2005 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-384-2/D·1350

定价: 15.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66032924

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

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

2 民法法系的演变及形成

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，他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 Sobolewski (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	(1)
英文原版序	(1)
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	(54)
第五章 法律理念的渗透	(74)
第六章 法学阶梯	(86)
第七章 理性的法律	(116)
第八章 近代法典化的成就	(138)
第九章 法学阶梯与民法典	(181)
第十章 法律的分类	(199)
第十一章 近代民法的渊源	(230)
第十二章 民法、社会与法律的发展	(245)
译后记	(262)

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浸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

2 民法法系的演变及形成

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。^①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（包括斯堪的纳维亚）的法律制度，以及深受西欧大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他国家的法律制度，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。

^① 参见《法学总论——法学阶梯》1.2.1, 2.

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。^①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足之处。^②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

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

② 参见 Lawson, *Common Lawyer*, 1.c.47, Merryman, *Civil Law Tradition*, pp.27ff.

4 民法法系的演变及形成

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。^①

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，并且用罗马法分类法进行研究的法律体系。”^②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他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

① 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 Cordley, *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。”

② *Common Lawyer*, p.2.

能使之区别于其他现象，甚至还能找到作更深刻分析的方法。^①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他法系。

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堪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，有可能过分强调了罗马法对于英格兰（普遍地这么认为）或对于斯堪的纳维亚的影响，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，即厄尔思特·里维（Ernst Levy）所谓的“以日尔曼各邦率先‘继受’罗马法。”^②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》

① 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 Foundamental Legal Terms," *Journal of Legal Education* 8 (1956): 437ff.

② 参见他的 *Gesammelte Schriften* (Cologne, Craz, Bohlau, 1963), 1, 201ff.

6 民法法系的演变及形成

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纂之外。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。^①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

^① 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。

8 民法法系的演变及形成

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。^①

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。^②

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

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 a of *Ius Romanum medii aevi* (Milan, Ciuffrè, 1968).