



德国历史法学派： 方法与传统

余履雪 著

法律是一种规则体系，
同时并为一种意义体系。
任何规则必涵蕴有一定的法理，
载述着一定的道德关切，
寄托着深切的信仰。
凡此种种，
一言以蔽之，
曰法意，
它们构成了规则的意义世界，
而为法制之内在基础。

.....

—— 许章润

清华大学出版社



余履雪 女，2006年毕业于北京大学法学院，获法学博士学位；后于2006年赴法兰西学院（Collège de France）从事博士后研究工作；2008年至今任教于中国人民大学法学院，担任讲师。主要研究领域为西方法理学，比较法；特别对罗马法自中世纪以来在欧陆演进的线索、方式以及罗马法对欧洲近代法学的影响有着浓厚的兴趣。

许章润 主编

法意

德国历史法学派：方法与传统

余履雪 著

清华大学出版社

北 京

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

德国历史法学派:方法与传统/余履雪著. -- 北京:清华大学出版社,2011.6
(法意/许章润主编)

ISBN 978-7-302-25338-9

I. ①德 II. ①余 III. ①历史法学派—德国 IV. ①D909.516

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 068066 号

责任编辑:李文彬

责任校对:宋玉莲

责任印制:

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 刷 者:

装 订 者:

经 销:全国新华书店

开 本:155×230 印 张:12.75 字 数:171 千字

版 次:2011 年 6 月第 1 版 印 次:2011 年 6 月第 1 次印刷

定 价: .00 元

产品编号:

凝练法意

“法意”主编者言

法律是一种规则体系,同时并为一种意义体系。任何规则必蕴涵有一定的法理,载述着一定的道德关切,寄托着深切的信仰。凡此种种,一言以蔽之,曰法意,它们构成了规则的意义世界,而为法制之内在基础。

任何法制的生长与运作,必伴有相应的法意。在法律移植的情形下,甚至滥觞于相应的法意,法意因而为法制的先导。法制恒定而恒变,法意因而表现出自己的时代特征与地域色彩。反之亦然。不过,就人类迄今为止有限的历史来看,诸如公平正义,仁爱诚信,安全、自由、平等、人权、民主与宽容等基本价值与信仰,构成所谓世道人心,关乎人的生存和尊严,却恒定而不变,万古而常青。这是人世生活本身的要求,也是合理的人间秩序的固有品质。既然一切法制和法意均源于生活本身,分别表述了生活的规则性存在和意义性存在,那么,法律之道即生存之道,法意即生活的意义,而生活的意义主要即在此世道人心。

晚近中国对于西方法律的大规模移植,意味着对其背后的知识、学理乃至道德和信仰因素的有选择继受,同时并是一个将它们与中国人文善加调和的过程。此一建设现代中国法制和法意的过程,迄今而未止。百年间现实法制建设的顿挫,“有法不依”现象的普遍

存在,反映的不仅是规则的无效,同时并彰显了意义的危机,世道人心的紧张。由此,对于基本法理的阐释,关于规则的道德关切和信仰因素的追索,总之,对于“法意”的深入研究和进一步考问,依然是一个问题,甚至是一个更为急切的课题。

“法意”由清华大学“法治与人权研究中心”筹组,旨在度集汉语法律学术资料,积累汉语法律思想成果,阐释法律的意义世界,对于上述问题作出现时代的回应。所收内容覆盖法哲学、比较法、宪政和人权等领域;体裁不拘,包括专著、文集、译著和选辑。经此劳心劳力,盼能涓滴汇流,聚沙成塔,增益中国文明的法律智慧,建设中国现代法制,最终塑育中国人理想而惬意的人世生活与人间秩序。或许,这也是当下法意的意蕴之一,而为编者馨香祝祷者!

许章润

2003年6月30日

于清华明理楼

序

约阿希姆·吕克特(Joachim Rückert)在1989年的《美国比较法杂志》(*The American Journal of Comparative Law*)第37卷上发表了一篇题为《未被认识到并且未获承认的精神遗产——萨维尼对于1900以后的德国法学的影响》(“The Unrecognized Legacy: Savigny’s Influence on German Jurisprudence after 1900”)的文章,^①提醒学术界应当重新检视和评价萨维尼对二十世纪以来德国法学的影响。在历史法学派作为一个学派已经终结一个世纪有余的今天,当我们回顾历史并盖棺定论时,往往将萨维尼奉为史界泰斗,抑或,对他所处年代尊奉的信念加以针砭。然而,我们也许不经意间忽视了他的基本法学理论和方法,有意无意地将他的信念放在现代科学伦理下进行检视。平心而论,欧陆法学已历经了那样一个对历史宏大叙事深信不疑的年代,而正是这一时期的丰盈收获沉淀成了欧陆法学之本体资源。在这一背景下,当代的思想纷纷上演着这个时代的剧本。这是一个不再相信历史宏大叙事的时代,与多元价值观相伴而行的是一种行动哲学。我们已经看到,在这种哲学的催化下,法学领域内结出了累累硕果。对西方法学而言,法律科学本身的复杂性与现实生活的戏剧性决定了不可能依靠哪一种学说或哪一个流派的理论一劳永逸地解释所有法律现象或给出完美的法学理论。它需要建立一种各学科流派之间的合作机制并形成更宽广视角下的比较方法,整合法学的本体资源与衍生资源,整合交叉研究方法和法学的

^① 该文已由许章润教授译成中文,载许章润主编:《萨维尼与历史法学派》,358~381页,桂林:广西师范大学出版社,2004。

自身方法。在这里,我们没有理由否认一种可能性,即“理想主义”的再度复兴,这取决于法律人群体合作的程度和对问题探讨的深度,亦如吕克特指出的,“萨维尼的法律方法论和一般方法论……有可能随着立基其上的理想主义而再度复兴,讨论越是深入,对萨维尼的引征也就会越多”。^②

行笔至此,一个始终萦绕不去的情节就是我们目前的法学处遇。面对西方法学话语在智识和积淀上的强势,我们的法学理论无论如何也只能算刚刚学步,并且多在对他人之技术、方法的移植中踉跄前行。然则,当我们唯新是求时,需看清西方正在上演的这部多幕剧背后的历史积淀和传统。只有对其来龙去脉了然于胸,才能准确地判断和咨鉴,从而比价我们的法学传统。许章润教授曾经在《萨维尼与历史法学派》一书的序言中慨叹当今整体的中国法学尚未臻达赏析萨氏之贡献的水准,“面对宝山,空手而归”;^③本书则意在大胆对萨氏方法论作一二评述,并将其理论放在德国乃至西方传统的大背景下进行评估和检视,以期有助于国内学界对欧陆法律传统的理解和借鉴,并由是反思我国法学之处遇和路径。

笔者深知,对任何法律思想史之探究本身是危险的甚或孤独的,然而余亦认为,如若真正理解西方之传统,彼所忽视或暂时隐没在其背景中的也许正是于我们有启示之处,而这正需要吾人的智慧与鉴别力。毕竟,只有知己知彼,才能立于不败之地。

2005年4月26日 Otto-Hahn-Str. 114, Düsseldorf 初稿

2006年4月10日 北京大学 25 楼二稿

2007年6月16日 Cité Internationale Universitaire de Paris 三稿

2011年1月12日 Centre des Récollets, Paris 终稿

^② 参见前注所引书,381页。

^③ 参见前注^①所引书,“编者说明”部分,11页。

目 录

导论	1
引子	1
第一节 结构和机理	15
第二节 文献概述	18
第一章 历史背景研究	26
第一节 罗马法自查士丁尼时代到中世纪的两次繁盛	26
第二节 罗马法在德国的传播	38
第三节 萨维尼与提堡的争论	47
第二章 方法论研究之一	49
第一节 法理学的严格方法	51
第二节 法理学的文本方法	82
第三章 方法论反思之一	89
第一节 “民族精神”(Volksgeist)与“法”(Recht) ——法律人使命的肩负	89
第二节 立法者、法官与法学家:谁的统治	96
第三节 哲学家与诗人:哪种生活	106
第四节 自然——艺术——科学:现代性问题	116
第四章 方法论研究之二——学院方法	125
第五章 方法论反思之二——大学时代的法学教育模式	137
第六章 方法论反思之三	153

第一节	科学的、方法的、信念的——历史法学派思想 的三个层面	153
第二节	一种分裂,两种伦理——由“信念”到“科学”	164
第三节	历史法学派理论的价值和局限——法学本体资源 和衍生资源	176
参考文献		187

导 论

引 子

十八世纪最后十年,普鲁士帝国的法律学术界与实务界之间发生了一场不太引人注目但却意义深远的争论,焦点是普鲁士帝国1794年颁布的《普鲁士普通法》(Allgemein Landrecht,简称ALR)。^①1797年普鲁士司法部主持的“首届普鲁士全国司法考试”成为这场争

① ALR是Allgemein Landrecht(《普通邦法》)的缩写,简称为Landrecht(“邦法”),这是欧洲中世纪通行全国(或全邦)的一种最重要的法律,以属地为原则,大部分内容是对习惯法(Gewohnheitsrechts)的记载,往往不需要一个邦或国家的正式批文即可生效。因而,在一定意义上讲,“邦法”完全是一种民间的产物;但是也有很多“邦法”是以正式立法的形式出现的,一般会在立法目的中明确规定:本法并非要歪曲或者篡改那些至今尚存的法律,而是改革并修缮之。由此,“邦法”的真正生效必定离不开司法实务的共同协助。一些比较重要的“邦法”如:1276年的Österreichische Landrecht(《奥地利邦法》),1346年拜恩的路德维希四世的(Kaiser Ludwigs des Baiern)Oberbairische Landrecht(《上拜恩邦法》),十四世纪中期的Steiermärkische Landrecht(《施蒂利亚邦法》,这是一部私人著作),1356年的Breslauer Landrecht(《布雷斯劳邦法》,官方颁布,主要是对《萨克森明镜》[Sachsenspiegel]的记载以及对其的一些重要评述),1435年的Würzenburger Landrecht(《维尔茨堡邦法》,是维尔茨堡的主教与首府的行政长官和骑士庇护人共同签订颁发的),等等。施罗德(Richard Schröder)指出,从更广泛的角度讲,司法机构的判决汇编(Sammlungen landrechtlicher Entscheidung)也可以作为“邦法”的一种渊源(738页)。就德意志民族的习惯法而言,“邦法”无疑成为一个很好的记录模本。典型的德意志“邦法”有:Landrecht von Montjoie(1516年),Jülich(1537年),Bremische Ritterrecht(1577),Hadeln(1583年),Wurster Landrecht(1611年)以及新明斯特(Neumünsterschen)教区与博德施莫尔(Bordesolmer)的政府备忘录(Amtsgebräuche,975页)。参见RICHARD SCHRÖDER und EBERHARD FRH. V. KÜNSSBERG, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter Verlag, 1932, S. 710, S. 736-738, S. 974-975。由此可见,“邦法”具备两个特点:(1)内容多为习惯法,具有明显的地域和民族特征;(2)其适用离不开官方司法机构。“邦法”与当时的城市法、领主法等其他法律形式鼎立竞争的局面,多是在中世纪大大小小参差林立的司法机构的法律适用中呈现出来的。

论的导火索,普鲁士司法部向当时大学的法学教育亮出了红牌并明确表达了不满情绪,指责当时普鲁士大学的民法教学完全停留在一种手工作坊式的初级水平上(bloss handwerksmässiges Eelernen des bürgerlichen Rechts),同时指出,大学教授们在课堂上对《普鲁士普通法》的简单阅读或那种充其量所谓的“法条记忆法”(Auswendiglernen)已经落伍了。后来担任司法部部长的马索(Massow)在1805年指出,“与其让我们未来的法官带着那些从课堂上收罗来的支离破碎的、甚至是错误百出的法律概念面对当事人,还不如让他们的脑袋里从开始就一片空白来得好”。^② 另外一个高级法官抱怨到,大学课堂上对《普鲁士普通法》的逐条阅读形式的讲授几乎没有一点价值,因为这些法条就白纸黑字得在那儿,谁拿过来都能看懂。^③ 普鲁士司法部提出,学生在大学中习得的应该是一种更高层次的法律知识,是一套建立在自然法和法律历史基础之上的法哲学体系,同时应以罗马法(Römische Recht)作为贯通法律历史与法哲学的必要中介。^④

这一矛盾的产生必须结合当时的历史背景来理解。十六世纪到十九世纪罗马法在德意志的发展线索可以概括为“从司法推动的继受到政治推动的继受”,而整个德意志民族法学的品质和基调以及问题和矛盾的根源就在这里。十七世纪到十八世纪早期在德意志发展起来的学说汇纂新用(*usus modernus Pandectarum*)将整个罗马法在德意志的复兴重点转向解决司法实务中的法律问题德意志民族法学

② 参见 *Landrechtsvorlesung 1824 Drei Nachschriften*, Herausgegeben und eingeleitet von CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER in Zusammenarbeit mit MASASUKE ISHIBE, RYUICHI NODA und DIETER STRAUCH, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1994, S. XXVIII, 转引自 BAKE, *Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preussen*. Jur. Diss. Kiel. 1971, S. 65。

③ 同上所引书, S. 66。

④ 参见 Euler, *Geschichtliche Einleitung in das Studium des allgemein Preussische Landrechts*, kemptz 32, 1828, “die einsichtsvollern Justiz-Beamten”, S. 64。

的研究和教学的调子由此奠定。^⑤ 进入十九世纪中期后,政治因素的权重逐渐取代了先前的因素,罗马法复兴重点转向大规模的法典编纂。贝类莫(Bellomo, M.)曾指出了法典编纂的两种截然相反的政治功用,一种是“扫荡”,即像法国那样铲除之前既存的旧政体;另一种就是“交换”,“将社会固形在‘秩序’、‘阶层’或‘等级’中,保证其中的每个阶级都稳坐江山,筹码就是,他们必须对出自一个占垄断地位的毋庸置疑的政权之手的法律/法典言听计从。”^⑥期间首当其冲的就是巴伐利亚和普鲁士这两个德意志最为强大的州。1756年巴伐利亚州民法典是由约瑟夫三世(Elector Max Joseph III)及其大臣冯·克革特迈尔(von Kreittmayr)一手促成的,而出自冯·卡尔迈尔(von Carmer)和苏亚兹(Suarez)之手的1794年《普鲁士普通法》真正的幕后推手则是弗里德里克·威廉一世和威廉二世(Frederick William I, II)。^⑦

那么,为什么作为政治筹码出台的《普鲁士普通法》成为这场争论的焦点?首先,这部法律在其颁布初期就受到普鲁士政府的消极对待。与当时的法国和奥地利不同,在这些国家,新法一经颁布,就会以官方命令的形式要求各大学进行讲授,而当时的普鲁士政府对《普鲁士普通法》起初持有的近乎消极的态度几乎阻止了该法的真正生效;^⑧更为糟糕的是,《普鲁士普通法》最初在柏林大学的登陆也由

⑤ 参见 Robinson et al., *European Legal History: Sources and Institutions* 2nd ed., London: Butterworths, 1994, 11.4 pp. 193-195; Wieacker, F., *A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany*, trans. By Tony Weir, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 167。

⑥ Bellomo, M. *The Common Legal Past of Europe, 1000-1800*, trans. from 2nd edn. by Lydia G. Cochrane, Washington, DC: Catholic University of America Press, 1995, p. 4.

⑦ 参见 Borkowski A., *Textbook on Roman Law*, 4th ed. Oxford University Press 2010, p. 375。

⑧ 参见 CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, *Praktische Theorie, Die Landrechtsvolesung in Savignys wissenschaftlichem Programm*, 载前注②所引书, S. XXVI。

于新人文主义学派的反对而落空。^⑨ 其次,尽管后来《普鲁士普通法》也在普鲁士各大学中进行讲授,但问题是单纯的法条本身不具备法学教科书的品质,只是一种“大众读物”,并不具备可讲授性,而当时的法学界也没有一套针对《普鲁士普通法》通用的法学教科书。^⑩ 于是各大学对该法的讲授也就仅停留在对法条的浏览式阅读的水平上,教师对法条适用的说明也仅局限于罗列案例。再次,作为一部典型刚性立法的《普鲁士普通法》明文排除了法官对法律条文的补充解释和对先例判决的类推适用,并从罗马法中借来了大量晦涩难懂的法律术语,加之其繁冗庞杂的结构,^⑪使得这部总计 17 000 条的法律大全“在理论上和实践上几乎不能把握”。这样就产生了学术界对该法笨拙的编纂体例和混乱的结构怨声载道,而实务界对各大学照本宣科式的机械讲授大为不满的胶着态势。

不难发现,当时的普鲁士大学并不具备从系统的罗马法学说的角度评析《普鲁士普通法》的能力,同时《普鲁士普通法》也不具备成为法律科学发展对象的品质。^⑫ 实际情形是,教师对作为《普鲁士普通法》渊源的民法大全(*Corpus Iuris*)中的判例常常一知半解,而这种对罗马法知识的匮乏反过来又使得对罗马法的讲授往往令人费解,因此学术不仅无法提升法律实务水平,而且使得司法更为混乱。伴随后来政治上对立法的消极和不信任态度的高涨,普鲁士帝国的

⑨ 新人文主义强调对罗马法的研究,反对用法典取代罗马法的地位。参见上注所引书, S. XXVIII。

⑩ 戈尔德施密特(Goldschmidt)在 1887 年指出,《普鲁士普通法》就像一本“儿童看图识字式的”大众化读物。参见 GOLDSCHMIDT, *Rechtsstudium und Prüfungsordnung*, 1887, S. 107。这里进一步反映出的问题就是欧陆的这种大学教育如何面对法典时代,课堂中讲授的究竟应当是一种更高层次的(相对于单纯的法典条文)法学知识体系,还是局限于一种阅读式讲授和基于条文的案例列举。

萨维尼认为,从实用的层面上讲,《普鲁士普通法》可以被看作一部法律(Gesetzbuch),从“历史和科学”的层面上讲,它可以被看作一部“资料”(litterarisches Werk),但是如果将其看成一门学说(Lehre),那就大错特错了。参见前注⑤所引书, S. XXVII, 脚注 26。

⑪ 参见前注⑤所引书, S. XXVII。

⑫ 参见[德]茨威格特和克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,256~257 页,贵阳:贵州人民出版社,1992。

学术界和实务界逐渐在这一点上达成了共识:《普鲁士普通法》必须与罗马法相符合而不应与之抵触。^⑬然而问题在于,罗马法本身并不是一套保存完整的学说体系或者法律文本,而是存在于自十二世纪以来保存并积累起来的大量繁杂的文本以及对抄本的研究著述中,德意志并没有赶上当罗马法在南法和意大利蓬勃复兴的这趟车,“并没有真正加入到欧洲普遍法(*ius commune*)的创造过程中”。^⑭因此与南欧相比,德意志并没有对罗马法知识在理论上的系统转化过程。十七世纪发展起来的学说汇纂新用固然推动了罗马法继受,然而它“并不是在法学界共识下推动的一场‘运动’,而是一种运用罗马法文本的共同的途径。与前一个世纪关注罗马法的历史语境的法国人文主义学派不同,学说汇纂新用将罗马法文本作为解决实际法律问题的灵丹妙药”。^⑮从成文法国家法学发展的历史看,司法主导下的法学发展由于忽视系统性理论的指导,多半带来一种混乱不堪的局面。^⑯更为糟糕的是,学说汇纂新用的直接推动力来自既存政治势力对现代法律治理模式的恐惧,维雅克(Wieaker, F.)指出,罗马法在德意志继受的真正推手是既有势力而不是法律职业阶层,“那些市议会、地方领主以及产业保有人是罗马法实际继受的真正推动力,他们担心的是,一旦职业法律人涌入原先由他们一手遮天的司法领域,

^⑬ 新人文主义在其间的推动作用不可低估。起先普鲁士帝国提出《普鲁士普通法》只有在各邦法律中并且已有类似判例的情况下才能适用,此后则要求该法必须与罗马法相适应,后来任编辑职位的克莱因(Klein)进一步提议,大学中对罗马法的讲授应作为基础性的入门课程而先于对普鲁士法的讲授。参见前注②所引书,转引自STÖLZEL, *Svarez*, 1885, S. 275, Brief an Mahdin v. 1781; Kleins Annalen, 1798, S. 377。

^⑭ 参见Robinson et al., *European Legal History: Sources and Institutions*, 3rd ed., London: Butterworths, 2000, s. 7.4.3。

^⑮ 参见前注⑦所引书, p. 374。另,对法国人文主义的介绍,参见该书 pp. 370-371,另参见 *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1993, S. 97。

^⑯ 不妨回顾六世纪中叶至七世纪拜占庭法学的衰落,其在很大程度上就是由于法学教育和法学发展逐渐由实务导向的律师而不是受过系统理论熏陶的法学家主导,导致法的不确定性愈演愈烈。参见前注⑦所引书, p. 356。

法律将变得理性,统一和中立。”^{①⑦}由此可见,对罗马法的研究缺乏一个独立的职业法律人阶层的推动,罗马法在德意志的实际继受过程本身与罗马法的精神本质已相去甚远。

另外不难发现,十三世纪之后,在罗马法复兴最为繁荣的地区必然是罗马法与地方习惯法角力最劲的场所,对欧陆产生深远影响的后期注释法学派巴特罗斯(Bartolus de Saxoferrato)的学说所处理的就是如何在习惯法占主导地位的地区引入罗马法这一问题。因而这就不仅需要研究罗马法,而且还要对习惯法的基本情况有一个系统地了解或进行一定程度地梳理。与英国、北法、意大利等国相比,德国历史上并不存在有组织的大规模习惯法采录,这就导致对地方法资料^{①⑧}的收集、整理和提炼成为日耳曼法学理论的一个薄弱环节。而十八世纪产生的那种局限于法典的“实用法理学”只关注于技术上的细节,也对地方性法律采取一种视而不见的倨傲态度。由此产生了一种恶性循环:对地方性法律资料的忽视导致一种基于地方特点之上的法学理论一直处于停滞状态,加之既缺乏一个稳定的法律职业阶层阻断诸如罗马法这样的外来法律的侵入,又没有这样一个法律阶层对罗马法进行诸如南欧各国几个世纪以来的挖掘整理,这就导致十八世纪末当德意志的法学家面对政治因素推动下的国家立法时,法学教育界和司法界明显缺乏应对能力,^{①⑨}这就使法学理论处于双重缺陷的尴尬境地:一方面,对作为普遍法(*ius commune*)的罗马法知识的混乱理解使人们在有关罗马法的一些基本概念和原则问题上无法建立起一套清晰的理论体系;另一方面,对地方性法学知识的“轻蔑”姿态使得无论是法学教育还是司法实践都与实际情况不相适

^{①⑦} 参见前注⑤所引书,p. 109。

^{①⑧} 包括习惯法、地方性的官方条文、司法惯例和判例以及私人法学著作,等等。

^{①⑨} 这种实用法理学与地方性法律之间的疏离,参见 CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, *Praktische Theorie, Die Landrechtsvolessung in Savignys wissenschaftlichem Programm*, 载前注②所引书,S. XXVI。

应。由此,面对一部注释大汇编般的《普鲁士普通法》,法学界既对其自我鼓吹的学说地位大加鄙夷,又无力对其进行理论批判和系统化处理。^⑨可见,当时大学的法学教育和法学理论在对罗马法和地方性法律知识的转化、吸收与系统化上存在着明显的知识缺漏和能力不足:那种没有理论支撑而单纯依托于法律文本的“实用法理学”教育的产品也就停留在普鲁士司法部抨击的那种似驴非驴、拼拼凑凑的“手工作坊”式的初级水平上。

这里反映出一个值得思考的问题:当欧陆的“理智化时代”到来时,在“法理型统治”模式逐渐敲碎“等级国家”的基石之际,作为欧陆各国普遍法(*ius commune*)的“罗马法”这一传统开始受到现代国家的冲击,一些基本理念开始由古典时代过渡到现代性理论。纵观罗马法自帝国时代到其成为欧陆“普遍法”的发展过程,这一传统可勾勒为这样几个特点:

首先就是“独立性”和“学说法”。“独立性”体现在“相同的研究旨趣以及共同传统的延续”。这一传统依托于致力建立一种抽象纯粹“法学说”的法律人群体。这一群体的“独立性”不是工具理性意义上的“中立”,其成长培养基不是政治体制赋予的职业角色,而是体现在

^⑨ 这里对罗马法和地方性法律的区分是相对的。虽然施罗德(Schröder)和康林(Conring)都认为直到十五世纪,德国才真正引进罗马法,此前罗马法只是暂时性的影响或只存在于大学的象牙塔中成为少数法学教授和僧侣的囊中物,但是十五世纪之前以及此后的法律编纂中,罗马法已经或多或少地成为德意志法的一种渊源,例如,《萨克森明镜》(Spiegel der Saxon)就已经采纳了罗马法的某些规定(前注①所引书, S. 722),并且罗马法最终在德国的引入,前前后后必然会经历了一个理解、翻译、理论转化并为实践接受的过程(前注①所引书, S. 865),这就难免会与地方性法律发生碰撞、磨合和转化。另参见第一章对德国引进罗马法的分析。在西欧中世纪以后的漫长发展中,罗马法在某种程度上已经通过立法或司法的形式与当时的习惯法、教会法等法律形式相混合并成为一种法律渊源。康林在叙述十六世纪罗马法在德国的传播时指出,“当时(1555年)‘普通法’(Gemein Recht)无疑就是罗马法。同时习惯法和单行的邦法(Landrecht)也就藉由罗马法而连接起来。”参见 HERMANN CONRING, *Der Ursprung des Deutschen Rechts*, Übersetzt von ILSE HOFMANN-MECKENSTOCK, Herausgegeben von MICHAEL STOLLEIS, Insel Verlag Frankfurt am Main und Leipzig 1994, S. 220。可见,罗马法当时已经成为沟通习惯法与邦法的桥梁。