

比较法学 文萃

第二辑

米健 主编

The Selected Papers of Comparative Law

中国政法大学出版社

比较法学 文萃

第二辑

米健 主编

The Selected Papers of Comparative Law



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

比较法学文萃·第二辑/米健主编. —北京:中国政法大学出版社, 2006.4

ISBN 7-5620-2895-8

I. 比… II. 米… III. 比较法学—文集

IV. D908—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 032519 号

书 名 比较法学文萃·第二辑
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京一二零一印刷厂
开 本 787×1092 1/16
印 张 56.5
字 数 1165 千字
版 本 2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2895-8/D·2855
定 价 68.00 元

社 址 北京 100088 信箱 8034 分箱 中国政法大学出版社 邮政编码 100088
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 zt5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

论先进文化与文化共享（代序）

中国文化为什么这样博大？为什么这样具有魅力？为什么这样有生命力？为什么这样有向心力和同化力？关于这些问题，恐怕写许多本书都难以透彻地说明，况且肯定也会有各种不同的角度和看法。但有一点应该能够获得普遍共识和确认，即中国文化之所以有上述几个特征，最根本的原因是：她从来就是开放的、集百家之长的文化。仅以中国精神文化或人文文化的三大元素儒、释、道而言，已经足以说明这点。再具体一些，看看中国的文学、艺术、诗歌、音乐，尤其是当代政治法律文化等等，其中哪一种形态的文化不是集诸多民族或国家之精华而逐渐形成发展？从现实中国社会文化生活来看，中国实际是一个由 56 个民族构成的文化共同体；在中国文化这个概念之下，实际上包容了极为丰富多样的多元文化内容。中国文化的神秘与深邃、玄妙与和谐、动感与美感、韵味与情调、变化与永恒，很大程度上就是出自于她的多样性与包容性。如果中国文化没有这种独特的品质，就不成其为中国文化，甚至能否生存至今都会大有疑问。看不到中国文化的这种历史和现实，乃是对历史与现实视而不见，就欠缺讨论文化问题的最起码的科学和客观态度。翻翻近现代中国历史，显然可以知道现代中国政治法律文化及其制度在诸多方面都是借鉴学习西方而来。其实，中国共产党人所代表的文化是人类先进文化这一宣言本身就已经绝对地表明中国文化是人类文化的一部分，她既产生于中国，也来自于世界；既属于中国人，也属于全人类；既能为中国人所用，亦能为全世界所用。所谓先进性，是一种多样性中的特性表达，具体说，先进文化就是各种各样的文化中优秀的成分。很难想象一种文化能够在孤立封闭的状态中，在不与外部文化交流并且比较选择的情况下成为先进文化，事实上这种先进文化以前没有存在过，今天和以后也不会存在。在这个世界上，所有先进和优秀，包括人、物、事的先进与优秀，必定都是比较选择的结果。没有比较便看不出先进与落后、优秀与差劣，就无法也没有必要作出选择，于是当然更不会发展先进和优秀。总之，一个民族国家要想能够代表先进文化，必须要善于和敢于学习别的民族国家的文化，汲取它们文化中的先进和优秀部分，并且使之能够有机地成为自己民族国家文化的一个组成部分。只有如此，才能够逐步实现自身文化升华，直至代表先进文化。人类发展史证明，封闭的文化，是不能够为自身存在吸取养分的文化，因此必然是短命的文化。中国过去和现在的历史都证明，中国文化之最大特点就是它善于吸纳和同化。20 世纪中国改革开放以来的整个发展进程，更能证明中国文化的这一特点。由此可知，无论是根据人类社会历史的发展规律，还是从中国的实践经验来看，人类先进文化必

须基于人类文化共享的理念。没有人类文化共享的理念，根本不可能真正实现代表人类先进文化。

人类文化共享对于一个民族或国家来说，是其自身文化生存的必然需要，而对于一个民族或国家的文化人来说，则是一种思想境界。人类社会越发展，这种思想境界就越成为必要。如果说，政治家们尚且可以提出代表先进文化，那么一个人文学者更应该有这样的意识和境界。对于政治家来说，他们这样说可能只是一种政治需要，是达到政治目的的一个口号或一种手段，但对于一个人文学者来说，这不仅是其天职，还应是其信念、目的。代表先进文化首先要由知识人去实践。所以，没有文化共享的理念和境界，就没有资格成为一个民族文化的载体，就永远不可能成为一个有人类关怀的胸怀博大的学者。当今世界经济日益全球化，世界各民族国家交往日益普遍深入，彼此利害关系越来越密切地相互关联，文化的冲突与沟通已然成为与人类命运攸关的关键，因而具有文化共享的理念，以求增进了解，化解冲突，共享先进文化，更显得十分重要。

在各种文化领域中，法律文化是一种极为重要的制度文化形态。凡是略为了解中国法律制度历史发展的法律者都会知道，现代中国法律制度实际上是传统中国法律文化与西方法律文化相融合的产物，现代中国法律制度的诞生，表明着世界文化史上一种法律文化接受其他异民族国家法律文化并且使之相互融合的一个典型范例。在世界史上，同样或类似的法律文化接受与融合比比皆是。古代罗马共和国在制定其最初的法律时，在确认自身社会生活习惯的同时，还曾学习和借鉴古希腊城邦国家雅典的法律，于是有了罗马法的原始形态——市民法；当罗马共和国和罗马帝国吸收拉丁各民族并广泛接受地中海沿岸国家的法律时，产生了后来罗马法的发展形态——万民法。当中世纪中期罗马法复兴，意大利和欧洲各国重新发现、注释和评论罗马法时，实际上奠定了日后欧洲普通法发展的基础。法国更是在很大程度上接受罗马法并使之与法国习惯法相融合，在此基础上编纂制定了具有划时代意义的《法国民法典》，从而奠定了当今大陆法系法律制度的基石。十八九世纪期间，德意志民族认真研究阐释罗马法，促成了一个独特的学说汇纂法学派，决定了日后德意志全面接受罗马法的必然结果，于是有了《德国民法典》这样极具特征和影响力的法典编纂。而当近现代欧洲大陆国家、美洲、非洲和亚洲一些国家，其中当然包括中国，主动学习或被动接受《法国民法典》和《德国民法典》时，于是便逐步形成了一个至今分布最广、适用人口最多的法律体系，即大陆法系。当我们循着这样一个历史线索来观察思考人类法律文化发展进程时，很容易发现这样的历史和现实，即一种法律文化对另一种法律文化的学习和接受，结果往往都会造就一个新的、更高发展阶段的法律文化。在这个意义上，可以说如果中国 20 世纪初没有学习借鉴西方法律文化，而是死死抱住以往传统不放，那么当时中国社会也就很难适应历史发展的趋势而使自身社会发展受到阻碍，更谈不上会有现今的中国法制。换句话说，正是由于上个世纪初中国实现了传统法律改制，才使得中国社会适应了历史发展趋势，才使传统

中国法律制度实现了具有深远历史意义的转折，才使中国法律文化获得了新的生命活力。什么是传统，传统就是一个特定主体在其自身存在发展过程中用以自我标识和区别于其他主体的特质，但传统本身是在发展变化中形成，也只能在发展变化中存在。一个民族国家要想发展进步，那就不能固守既有的传统，而应该发展既有的传统，使之丰富更新，适应历史发展的需要。静止不变的传统最终必定会成为夕阳传统并且直至最后消亡。人类历史和文化发展史早已证明了这种规律。

但历史和现实的经验表明，一个传统的改造、发展和完善从来都是相当困难和颇具风险的，尝试者或实施者会遇到来自社会、政治、知识人等各个方面保守力量的压力和阻力。客观地讲，在上述种种压力和阻力面前，只有知识人最有勇气和能力坚持自己的立场和观点，这不仅仅是因为他们了解历史并且洞察现实，不仅仅是因为他们有知识、有远见，而且还因为他们的人格是相对的独立的，思想是相对的自由、利益取向是相对大众化的。因此，人们常说知识人是社会的灵魂和良心；而事实上，他们的确也最有可能、最有条件、最应该成为一个社会的灵魂和良心的体现。但是就中国社会而言，由于传统观念，即官本位观念或学而优则仕观念深刻及潜移默化的影响，由于历史和现实政治制度，即吏治主导的作用，知识人又经常陷入一种悖论之中：他们本来是自由的、有个性的、有自己头脑的，能够代表民族国家或社会的灵魂和良心呼喊和作为，但在传统惯性的驱动和现实社会制度的压力下，他们为了实现自我价值又有意无意地寻求和政治力量结合，甚至寻求直接作为政治力量的掌握者来有所作为，而一旦如此，他们又成为不自由的、丧失了自身个性的，不再能够代表社会灵魂和良心的异化了的知士人。这是现今中国知士人的悲剧，同时也是我们这个民族国家和文化传统的悲剧。不过，这个悲剧的责任不应该让知士人自己单独来负，而应该由整个历史、整个社会及整个民族来负。当然，也有相当一部分知士人，他们自始至终能够保持知士人的气节和立场，为着社会和民族国家的命运而呼喊作为，无论他们身在官场还是学界。这类知士人的存在，应该是中国的幸运，应该得到全社会的尊敬。

在中国特有社会历史条件下，在现实社会中，我们对中国的知士人应该提出什么样的最低要求呢？那就是：知士人要对其作为知士人的良心负责，要对其作为知士人的社会义务负责，要对其作为知士人本身的言谈行止负责。如果不能做到上述全部，那么至少也必须要做到最后一点，即对自己的言论和行为负责。就法学界而言，我们尤其应该提出这点。就改革开放以来的中国法学界而言，其对中国法制现代化建设显然功在头筹。但与此同时，也应该指出中国法学界始终存在一些问题。改革开放以后相当一段时间里，法学界盛行一种可以概括为“政策注释法学”的现象，即对党和国家的方针政策亦步亦趋进行法理上的诠释，对法学理论和法律制度建设并无太多实质性建树，但这在当时的社会氛围下是无可厚非的。此后，20世纪90年代之后，又渐渐流行一种“流转法学”，即大量

没有新的内容和研究，只是相互借用（交叉参股）的法学理论和著述充斥学界，这是商品流转观念影响法学，是法学商品化的结果；和流转的商品一样，这类流转的法学并不产生新的价值，相反，法学流转越频繁，其价值越是降低。最近一两年，法学界又渐渐兴起了一种可以称之为“游戏法学”的现象。这种“法学”不是认真严谨的，多表现为言论活动，多以效应或影响为目的，而不太关注效果和实质内容，而且常常利用现今社会所拥有的媒体手段实现先进文化与文化共享传播效应。事实上，这种现象集中反映了现今学界的极端浮躁和急功近利，在法学界起着一种不良的导向作用。

在最近关于民法典制定的媒体讨论中，这种游戏般的法学得到前所未有的表现，以至一些颇有知识人禀性和学术建树的学者也不甘寂寞地参与其中。于是，本来应该是非常严肃、认真的法学变成了不负责任、信口开河的言论活动，法学本来应该具有的严肃和高雅的品味品质在此丧失殆尽，而参与其中的法律者人格也大有减等之虞。更有甚者，有些学者甚至毫无根据地提出“要对德国民法说不”的论点，言下之意，似乎中国已然存在一个德国民法或德国民法典。这种观点的不负责任在于：①现今中国并不存在德国的民法，也根本没有对德国法的迷信；②他们只是简单提出这种口号式的看法，而没有予以任何科学客观的合理性论证；③提出这些看法的学者，多是在法学界有建树、有影响的青年学者，尤其是在介绍西方法律方面也都有汗马功劳，他们提出对德国民法的抵制，用意肯定不在否定接受西方先进法律文化，那么真正的用意又是如何呢？④只是笼统提出反对接受德国民法，但却没有对现今我国民法来源、构成状态进行梳理澄清，更没有提出一个更佳的问题解决方案；⑤这种提法给人一种政治意味很浓的感觉，把一个本来纯学术的问题上升到一种文化的、国家的、民族的高度，极容易被保守力量所利用。我认为，如果提出这种口号的学者仅仅是就一种法学方法或立法取向而言，那么除了有轻率之嫌外，也并无更多可以厚非之处，但如果是反映一种思想方法或观念，那则是不可理解的。所以，我宁愿把这种情况归作“游戏法学”之一种表现。即使如此，我还是要在此呼吁和提倡严肃认真的法学，提倡对自己、对社会、对年轻学人、对历史负责的法学。如果可以，也想借用这些学者超人的勇敢和力量呐喊：游戏法学可以休矣！

所以在此提出文化共享和先进文化的问题，并对最近法学界的某些口号式的观点提出批评，是因为比较法学的思想基础或世界观依据就是文化共享。没有这个思想基础，比较法学就无从谈起，比较法学可以休矣。比较法学所要做的，恰恰就是从不同法律文化的比较认识过程中，发现并确认先进的法律文化因素，从而取之为我所用，丰富、发展和完善自身的法律文化。说白了，就是要采取拿来主义，谁的好就学之取之，不管他是德国的还是美国的。显然，如果没有文化共享的理念，就很难名正言顺地达到这种目的。那种动不动就说坚持自身传统，建设中国自己独有的法制，要对别的法文化说不，斥责和反对学习别国先进文化因素的论调和行为，如果不是不了解历史和无视现实，也是旧的小农经济传统下狭

隘民族主义观点与心态的典型表现。历史的经验表明，这是一种非常危险的观点。当然，我相信在最近的民法典讨论中所出现的这种荒谬论点，还远不至于滑落到如此的立场。但是，它却极可能被持有这种观点的人们利用。

无论是在中国还是西方，无论是历史上还是今天，比较法学都起着法律文化沟通、汲取先进法律文化的作用，而比较法学者们的工作也因此而变得神圣严肃。我们知道，上个世纪初中国法律改制实际就是比较法学的成就，而上个世纪末叶以来中国法律改革始终都以比较法学为理论先驱，中国民法典编纂必然也离不开比较法学，而比较法学也必将继续给中国民法典编纂输送新的法律文化养料。

米 健

2003 年 1 月 1 日于波恩

原载《比较法研究》2003 年第 1 期

目 录

- 1 论先进文化与文化共享（代序）

总 论 篇

一、法理学与比较法学

- 3 继受法律的理性科学化
——当代法学家的使命与继受法律的理论化 / 杨振山 王洪亮
- 20 民权词义考论 / 王人博
- 45 制度变迁中的行动者
——从梁祝的悲剧说起 / 苏 力
- 62 重新研究法的渊源 / 周旺生
- 76 行为无价值论之提倡 / 周光权
- 90 判例法的比较研究
——兼论中国建立判例法的意义、制度基础与操作 / 张 骐
- 108 罗马法复兴与西欧法制现代化 / 夏锦文 付建平
- 120 西方三大法学流派方法论检讨 / 胡玉鸿
- 135 论当代西方比较法学的发展 / 黄文艺
- 149 从唐律与罗马法的比较看唐代奴婢的身份 / 李天石
- 167 衰亡还是重生
——英国大法官的历史演进 / 胡 健

二、宪法学与行政法学

- 177 飘忽的法治
——清末民初中国的变法思想与法治 / 夏 勇
- 198 论宪法效力的界定及其对私法的影响 / 张千帆
- 219 美国宪法对调整经济生活的作用 / 曾尔恕
- 227 1998 年《人权法案》及其对英国宪法的影响 / 李树忠
- 238 欧洲发达国家公民环境权的发展趋势 / 周训芳

- 253 争取人道死亡的权利
——世界范围内的安乐死运动 /梁根林
- 269 论宪法与私有财产权保护 /李曙光
- 280 行政指导比较研究 /莫于川
- 296 法律关系的综合集成系统
——证券投资基金法律关系的系统分析 /熊继宁

三、法史学

- 314 《户部则例》与清代民事法律探源 /张晋藩 林 乾
- 327 清末法制近代化为什么失败
——从中日比较的角度分析 /艾永明
- 345 晚清官员的司法独立观 /张从容
- 363 领事裁判权制度与晚清司法改革之肇端 /李启成
- 378 羌族婚姻习惯法的历史考察 /李 鸣

制 度 篇

四、民商法学

- 397 美国惩罚性赔偿制度研究 /王利明
- 414 物权抽象原则的法理探源与现实斟酌 /米 健
- 426 中美知识产权制度比较研究 /李正华
- 446 论温德沙伊德的请求权概念 /金可可
- 457 关于时效制度的若干理论问题 /柳经纬
- 477 德国债权法的现代化 /王洪亮
- 484 论权利能力的本质 /李永军
- 497 死者生前人格利益的民法保护 /葛云松
- 512 中国民法典生成的文化障碍
——西方民法文化的反衬 /单飞跃 杨期军
- 522 从解释论看物权行为与中国民法 /崔建远
- 542 论物权法定主义 /杨玉熹
- 559 意思表示与法律行为 /朱庆育
- 582 侵权行为概念分析 /尹志强
- 593 关于版权客体分类方法与类型的比较研究 /刘剑文 王 清
- 602 德国信托法探析 /孙 静
- 615 中国改革开放后的离婚率与离婚方式探析 /田 岚
- 628 香港中国式婚姻法制的变迁 /苏亦工

645 中国法制近代化过程中的三部著作权法 /王兰萍

661 中国商法百年(1904-2004) /王志华

五、刑事法学

677 恐怖主义概念比较研究 /何秉松 廖 斌

690 死刑政策:全球视野及中国视角 /刘仁文

706 犯罪发生的“引发式”解释及其价值 /霍宪丹 翟中东

720 证券内幕交易犯罪若干问题比较研究 /赵秉志 陈志军

六、诉讼法学

736 两大法系证据制度比较论 /何家弘 姚永吉

751 陪审制度比较研究 /李昌道 董茂云

765 差异与成因:中国古代“辩护士”、“讼师”与现代职业律师 /谢佑平

778 公益诉讼模式比较与选择 /赵许明

786 非法证据排除规则的例外 /杨宇冠

801 论判决效力主观范围的扩张 /肖建华

815 民事执行救济制度刍论 /童兆洪 林翔荣

826 论香港的司法审查制度

——香港“居留权”案件透视 /湛中乐 陈 聪

七、国际法学

839 WTO 与中国的法治建设 /曹建明

863 国家间判决承认与执行中的管辖权标准比较研究 /宣增益

876 论外国仲裁裁决在我国的承认与执行

——兼论《纽约公约》在中国的适用 /杜新丽

890 后 记

总 论 篇

一、法理学与比较法学

继受法律的理性科学化*

——当代法学家的使命与继受法律的理论化

杨振山 王洪亮

中国政法大学教授 德国弗莱堡大学法学博士

【编者提按】在大陆法国家，法律创制莫过于法典编纂，而法典编纂又以民法典编纂最为重要。所以，中国民法典编纂引发法学界和社会各界的热切关注，乃为情理中事。不过无论是此次民法典编纂的程序与方式，抑或已提交给人大常委会的初步草案，确实都暴露出了一些基本性的问题。其中最为突出的问题之一，恐怕就是作者在此提出的理性与科学化法学的明显欠缺。应该承认，长期以来中国的法学基本上是实用法学，理性、科学的法学始终严重缺失。当然，这与中国读书人长久以来的人格依附性传统有密切的关联。学人们经世致用的怀抱和建功立业的热望不仅使之往往忽略了学者应有的学术人格独立和作为学者应追求的理性科学思考，而且还每每以承接各种形式的现代御用为本职和荣耀。在此情形下，当我们要完成一个民族性的、先进性的，但却必定要以科学、理性、逻辑和体系化为前提条件的法律发展使命时，就当然会面对诸多困难和两难，就不可避免地引发一系列问题。事实表明，我国民法学界在理论和经验上的准备还远远没有达到法典编纂的要求。因此，杨振山教授和王洪亮博士将法律的理性化和科学化提到法学家使命的高度，并且以萨维尼的自由为核心，对整个民法体系的内在与外在的理性思考与逻辑构造予以考察，进而结合中国的实际对民法发展的技术、理论与体系进行了探讨，最终对中国法学家的使命提出了看法，其命题立论可称醒世之言，方法与理论亦有独到之处。所以，将其用作新年的开篇，望法学界同仁能够从中有所获益。客观地讲，我国法学发展到今天，的确已到了从实用到理性与科学根本转变的历史时机。

* 原载《比较法研究》，2004年第1期。

目前中国正在进行着民法法典化的工作,这不仅是一个民法体系化的问题,而且也是一个具体制度构建的问题。中国民法在根本方面是属于继受法律。在法律继受以及法律演进过程中,当然要考虑到逻辑的、历史的、习惯的等诸多因素,但在法律继受初期,对一个国家的法学理论进行全面继受,逻辑的因素是其中最主要的因素。本文试图从部门法,即民法的角度,来研究当代中国法律继受的问题与对策,并指出当代法学家的任务。

一、法学以及法学家的使命

法学的研究是与人相关的、与周围的人的范畴关联在一起的客体,这个客体的意义不在于作为纯粹的材料,而在于其内涵与表现。研究者要阐释该表现,并加入与其个体不可分的认知行为,即使该表现以前已经在社会内部被广泛地探求了价值观念,它还是赋予其个人的价值判断。如果人们对于一个研究客体,通过有效的方法获得一定的认知,并将该认知整合入一个一体的秩序之中,那么法律就成为了科学。在这个秩序中,涉及的不是各个规定之间是否相互可以推导,而是彼此之间是否一致的问题。可以说,获得认知的方法以及探求在一个秩序中单个法律规则之间的关联是法学家的研究对象。因此,对一个法学领域可能的规则之理解的构建以及对该领域现有规则的分析决定着法学家的科学工作。^[1]

在历史上有争议的是,法学家能否成为立法者?虽然萨维尼也强调体系化,但他并不认为存在一个自下而上的概念金字塔,而是认为自由是内在体系的核心,围绕它形成了一个有机的体系。而普赫塔除了认为法律科学是习惯法的体现者,通过法学家的训练将之成为法律意识,而且认为法学也是法律的渊源之一,并且是最高的渊源,实证法也要服从于它,只有法学才能揭示法律的真理。法学是内部的权威,而法律只不过是外部的权威,他将概念法学推向了极端,法学是一个自足的封闭金字塔式的体系,在他的体系中,法学家成为了立法者。^[2]很多同时代的法学家都批评他的这种法学家的自大,认为,法学家不过是将处于萌芽发展状态的事物加以完善并予以发展,所以,法学家的主要工作是认知与法律的体系化、科学化。

在历史上,有很多法学流派,概念法学、利益法学与自由法学,可以说,概念法学是法律科学化的极端,在概念法学理念下,案例事实是抽象的基本素材,通过法学金字塔以及对最初原始概念的逐步抽象,观念漏洞与规则漏洞得以消

[1] 哈罗·奥托:“何为法学”,载《法学专刊》,2001年,第1页(Harro Otto, Was ist echtswissenschaft, Jura spezial, 2001, S. 1.)。

[2] 格奥尔格·弗里德里希·普赫塔:《习惯法》第二册,第14页以下(Georg Friedrich Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Bd. II 1837, S. 14f., 1837)。

除,在这里案例事实包含的价值判断不被顾及,^[3]相反,价值法学进行抽象的素材是利益冲突,对于许多利益冲突适用一个统一的命令,该命令通过法律上的事实构成得以建立。^[4]自由法学是对法官自由裁量的放任,侧重于法律的漏洞补充,而不是法律规则自身的构建。可以说,自由法学解决的是如何在审判实践中以及在法律科学构造中解决法律漏洞的问题。^[5]这些都是法学家对人以及社会的认知,其目标都是如何更好地建立一个统一和谐的法律体系。中国自己的法学流派显然还未形成,但以上述各法学流派的法律体系作为自己学术支撑的事实确是客观存在的。不过,我们的研究尚须系统和深入,寻找中国法律体系的灵魂。为此,我们首先研究萨维尼的自由核心的民法体系及其对我们的启迪。

二、萨维尼以自由为核心的民法体系

法学是法学家对社会现象以及人的行为的认知,以及体系化的思考。那么对《德国民法典》的体系化影响最大的萨维尼又是如何完成这一任务的呢?

(一) 萨维尼的内在体系

萨维尼的内在体系并不源自于罗马法,而是源自于康德的自由体系(所谓自由构成了道德上的人[Persönlichkeit]的本质),^[6]其出发点就是自由的道德原则之建立。人、自由以及意志是贯穿萨维尼整个体系的规范。对人的规定在于,按照其本质,人内在所固有的进行道德的行为的自由。^[7]人作为自由的生物,在道德法则的确定控制下,存在于他的行动的任一方式之中。^[8]如果人遵循他的本能,比如自利,^[9]或者他将服从道德的法则仅仅作为他人决定的、处于必要性的法则来运用的话,那么他就是在不道德地行为。道德行为只存在于义务感为动力(Triebfeder)、以自由同意方式归入意思之中的地方。只有在该义务意义(Pflichtgesinnung)上,人才找到了他的规定性。

那么,法律与按照其规定性自由之人的关系是如何的呢?法律的出发点是对到处都相同的道德尊严以及人的自由的承认。^[10]如果要使自由生物相互存在,

[3] 比德林斯基:《法学方法论与法律概念》,第110页;维亚克尔:《当代私法史》,第401页;拉伦茨:《法学方法论》,第46页(Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 110; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 401, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 46)。

[4] 黑克:《法律解释及利益法学》,1914年,《民法实务档案》第112.1、18页(Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, AcP112.1, 18.)。

[5] 黑克:《概念形成及利益法学》,1932年,第9页及以下(Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, S. 9ff.)。

[6] 尤利乌斯·宾德尔:《法律人格之问题》,1907年,第10页(Julius Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907, S. 10.)。

[7] 萨维尼:《当代罗马法体系》第一册,柏林,1840年,第一编第331页以下,第二编第2页(Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840 I 331ff. II2.)。

[8] 萨维尼:《当代罗马法体系》第一册,第370页。

[9] 萨维尼:《当代罗马法体系》第三册,第177页。

[10] 萨维尼:《当代罗马法体系》第一册,第55页。

在发展中相互地促进,并无阻碍,就要承认一个看不见的界限,在此界限范围内,存在体以及每个个体的有效性获得一个安全、自由的空间。那些确定该界限以及自由空间的规则就是法律,就是客观权利。而萨维尼对主观权利的构建是从法律关系出发的,个体意志的独立控制之命令领域(Gebiet)就是法律关系,在此法律关系中,人实施一种力量,我们称之为人的权利,主观意义上的权利。^[11]法律关系及其本质,即主观权利,被用来服务于人之安全的、独立的发展。主观权利、权利之力使道德行为成为可能,这就是主观权利的意义。

在萨维尼看来,法律服务于道德(Sittlichkeit),但不是通过执行道德的命令的方式,而是通过保障道德的、单个意思所固有的力量之自由发挥的方式。^[12]通过法律规则,单个的意思被赋予一个范围,在此范围中,该意思独立于他人意志,必定具有支配性。^[13]法律只能涉及外在的世界、外在共同生活的范围,并因此涉及的只是人的外在自由,即在许多可考虑到的决定中进行选择的能力之自由。强制道德之事,或者禁止非道德之事,既不是法律力所能及的,也不是其任务。所以对于法律来讲,并不能取决于行为之本能因由。该思想直接与后面要阐述的形式主义的法学方法是密切相关联的。

(二) 萨维尼的外在体系

由人的意志之力可能作用的客体出发,萨维尼列举了各种可能的法律关系的类型,意思统治有三个客体:①人格;②不自由的物(unfreie Natur);③自由的人或他人(freie Wesen der fremde Personen),对自身的权利是人天生的原始权利,而在其他客体上的权利则是取得的权利。在与他人的关系上又有两种,即债权与婚姻,婚姻在康德看来是人与物结合的权利(persönlich - dingliches Recht),但萨维尼对此原则上是反对的。萨维尼认为婚姻法与债权法相邻,并且与之相反,具有特殊性,但并不能进行恰当的系统化。

债权与物权区别的关键点在于,物权客体的非自由之特征,物权是对物的绝对控制,而债权关系则不能被理解为对他人全部整体上的控制,债权关系必须被理解为,另一方的自由不能被毁坏。意思力量向第三人的扩张被萨维尼称为债(Obligation),但这不意味着对他人整体的控制,而是对他人个别行为的控制。^[14]一方面,是债权人的意思使个人自由被扩展,另一方面,是债务人的意思,即履行的必要性以及相应的债权人起诉使其自由被限制。

在债权与物权特征之上,萨维尼又进一步地进行了抽象,二者都是人的力量或自由、超出其自身生命的自然界限的向外扩张,二者构成了财产(Vermögen)的法律概念。^[15]此概念的抽象是继承法以及概括性继受的基础。财产对萨维尼

[11] 萨维尼:《当代罗马法体系》第一册,第7页。

[12] 萨维尼:《当代罗马法体系》第一册,第7页。

[13] 萨维尼:《当代罗马法体系》第一册,第333、334页。

[14] 萨维尼:《当代罗马法体系》第一册,第132页。

[15] 萨维尼:《当代罗马法体系》第一册,第339页以下。