

“上海高校服务国家重大战略出版工程”项目

法治中国与世界 / 何勤华 主编

近代欧洲国家 私法的历史基础

苏彦新 著

上海三联书店

“上海高校服务国家重大战略出版工程”项目

法治中国与世界 / 何勤华 主编



近代欧洲国家 私法的历史基础

苏彦新 著



 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

近代欧洲国家私法的历史基础/苏彦新著. —上海:上海三联书店, 2016. 4

ISBN 978-7-5426-5542-4

I. ①近… II. ①苏… III. ①私法—研究—欧洲—近代
IV. ①D950. 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 065815 号

近代欧洲国家私法的历史基础

著 者 / 苏彦新

责任编辑 / 杜 鹃

特约编辑 / 王笑红

装帧设计 / 孙豫苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-22895559

印 刷 / 江苏常熟人民印刷有限公司

版 次 / 2016 年 6 月第 1 版

印 次 / 2016 年 6 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 250 千字

印 张 / 18.5

书 号 / ISBN 978-7-5426-5542-4/D·318

定 价 / 59.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 0512-52601369

题 记

求尽则尽无止境，责实则实无定指。

——钱锺书

史家追叙真人实事，每须遥体人情，悬想时势，
设身局中，潜心腔内，忖之度之，以揣以摩。

——钱锺书

“法治中国与世界”总序

我们正在见证中华民族的伟大复兴。在这恢宏的历史画卷中，充满着对于未来中国理想图景的想象与追求。这其中，既有富强、民主、文明的宏大理想，也有幸福、美丽、平安的具体目标。而在今天，“法治”也同样成为这幅理想图景的底色。与富强中国、美丽中国、平安中国一道，“法治中国”已成为法律人与全体人民的共同理想，成为数代中国人都将为之不断奋斗的目标。这无疑是法律人的幸运，也是这个曾经历屈辱痛苦的古老民族的福祉。

法治中国是全方位的。它不仅包括法治国家、还包括法治政党、法治政府和法治社会；它不仅要建设国家法治，还要建设地方法治、行业法治；它不仅是政治层面的法治，也是经济、社会、文化、生态多层次的法治；它不仅注重法治的制度，还注重法治的文化，弘扬法治精神，孕育法治文化；它不仅是一国之内的法治，同时也面向整个世界，推动国际关系与全球治理的法治化，不断提升中国在国际法治和全球治理中的话语权和影响力。

也因此，法治中国与法治世界从来密不可分。法治中国不仅是依法治国的升级版，也是中外法治文明的现代版。法治中国的建设，既要汲取中华法律文化的精华，也要从中国主体性出发，借鉴一切国外法治的有益经验。法治中国不能是闭门造车，而必须放眼全球，发掘东西方法治文明的积极成果，探究吸收与移植域外法治经验的方法与路径。法治中国也不能是孤芳自赏，而必须主动走向世界，积极参与到世界法治秩序的构建之中，推动整个人类法治文明的现代化。

基于以上理由,我们将这套丛书命名为“法治中国与世界”。这套丛书诞生于法治的“中国时刻”,这是一个伟大的时刻,也是具有世界历史意义的时刻。我们站在这一时刻,回顾历史,遥望未来;解读法治文明的历史脉络,探寻法治发展的共同规律。我们从法治出发,重新认识中国文明的意义与价值,深入体察世界文明的复杂与多样。我们以法治为基点,重新审视中国与世界的关系,思考中国在世界文明体系中的角色与贡献。

这套丛书的缘起是“上海高校服务国家重大战略出版工程”项目的申报,也同样建立在我校法律史学科与上海三联书店之间长期紧密合作的基础之上。在已有的以译著为主的“法政文丛”的基础上,我们再次推出这套以学术专著为主体的新丛书,共同打造高质量、高品位的学术平台。从现有的选题来看,这套丛书真正做到了立足中国、放眼世界:既有对中国传统的回顾,也有对西方故事的解读;既有对历史的体察,也有对现实的关照。但涓涓细流终汇大海,它们共同的宗旨都落脚于法治中国的构建,落实于法治理想的实现。

本丛书的出版,得到上海市教委、上海市新闻出版局专项出版资金的资助,也得到上海三联书店的领导和诸位编辑的热情支持。学术乃天下之公器,学术出版更是天下的善业,我们希望这样的支持与合作越来越多。

何勤华

于华东政法大学
法律文明史研究院
2016年4月18日

目前,国内的古代罗马法研究与著述大致有两个层面:一是国内相关领域学者的罗马法研究、论文的撰写和教科书的编写;二是国外相关领域学者同一方面的研究与著述,他们的成果播撒到国内就是大量的译著。这两个层面的成绩相当显著。近代欧陆的私法,从法律史层面的精深专题研究,国内之研究成绩虽不是非常显著,但也有可令人欣慰的成绩。比如,在法典的移译方面,欧陆国家的重要民法典、商法典以及重要的一些私法方面的法律、法规都有大量中文译本,有的还有多个中文译本。而就欧陆近代私法史研究的著作与论文而言,虽少但毕竟不是无。

但是,国内就古代罗马法与近代欧陆私法联接的、有着历史定论的中世纪罗马法方面的研究,即对这一断代法律史系统化的、整体性的、历时,以及与其他法律的共时交互的研究专论,并不多见。我国台湾学者戴东雄著有这方面的专著,但对教会法与罗马法的关系着墨不多,共同法或学术法也涉及较少。国内学者对中世纪的罗马法也有研究,但专论方面几乎不见。

中世纪的日耳曼法、教会法国内都有专论。国外中世纪罗马法这方面的研究,即使以我有限的了解也可谓卷帙浩繁,而且研究相当深入。更不用说从19世纪开始,大部头、多卷本的历史法学派大师萨维尼的《中世纪罗马法史》的鸿篇巨制。进入20世纪后,德国著名法哲学与法律史学家赫尔穆特·科殷教授就此方面,更是踵武前贤,创获也颇丰。他编著的多卷本《近代欧洲私法资料与手册》(尽管他未及编完即离也)与两卷本

《欧洲私法》是其代表作,而维亚克尔的著作《近代私法史》也有中文译本。当然还包括罗马法的故乡意大利以及法国这方面的研究。英国在这方面的早期研究成果,国内译有俄裔著名历史学家维诺格拉多夫的《中世纪欧洲的罗马法》。

此外,从欧洲共同体一直到欧盟的诞生,欧洲国家在努力实现一体化的欧洲,这包括法律方面的统一。鉴于实现当代欧洲法律的统一,极大地激发了欧洲法学界包括法律史家的研究兴趣,又开始把研究触角伸到了在中世纪曾经出现过的、以罗马法与教会法为主要因素的、几乎遍及欧洲的共同法领域,并以此来为今天欧洲法律一体化寻找历史的正当性基础。欧洲法律史以及中世纪法律史研究大有活跃之势。

作为系统、完整并较为全面的中世纪罗马法断代史研究,以及在中世纪罗马法与教会法、日耳曼法以及共同法的互动研究,包括西班牙晚期经院主义法学与罗马法的关系,以及在欧洲对罗马法的继承与接受,特别是偏重于私法史层面,并运用一定的社会理论框架作为衬托进行研究,目前在国内的研究可以说是少而又少。因此,苏彦新教授的这部专论应该说是国内在这一方面研究的尝试。

本书在外文文献的使用方面有局限,主要是缺少拉丁文、德语等语种的这方面的文献解读。当然,这些方面的文献也有译为英文的,但毕竟为数不多。恐怕这方面也是今后国内学界,特别是国内外国法律史学界应该努力加强这方面的解读与研究。中世纪罗马法研究的文献资料因语种无法解读是一个难点,但是,我认为更重要的难点是:当代人如何“以同情之了解”进入那个异域的、氤氲宗教氛围的中世纪,并能够体认中世纪那些人的心态,这恐怕是最难的。这也是所有历史研究面对的问题,只不过欧洲中世纪法律之研究更为独特。

其次,中世纪的各种组织或曰共同体,很难用近代的语词去讨论或界定,而且它们之间是有不同的地理空间与心态给区隔的。这很难用统一的语词或话语去讲述这一历史;还有中世纪的文化也是区隔为书写的、上

层的文化与口头的、下层的文化,但书写的文化可能并不代表口头文化的、活的话语实践。因此,如何书写“信而有征的法律史”,这对欧洲中世纪的法律史研究,特别是私法史的研究应是颇费周章的问题。何况面对中世纪这张复杂、错综的历史之网,如何找到一个网结而切入研究,非常之难。这段法律史也不像早期近代欧洲以后的历史,可以用民族国家来统摄历史,并把法律史材料装进民族国家这一结构中。而用任何理论与结构去想象的重构中世纪法律史都是有问题的。所以,对这部探索性的专论应该用宽阔的胸怀待之视之。

这部专论的作者是我的学生,彦新他法科出身,有着北上京城南下上海两地的法律史专业的硕士、博士的专门训练,又长期居于中原,在外国法律史与比较法方面从事教学与研究。他有爱书嗜好,藏有大量中外文书籍。因此,这部专论也是他长期学习与研读的结果,邀师为序,乐意为之,也希望他继续以学术为业,并业有所精。是为序。

何勤华

2015年12月24日

于华东政法大学

虽有纷纷意绪,但不再有情绪而或沉思。可是自己的慵懒,难于连句成篇,集思成文。更无法妙笔生花,写出有滋有味,文字优雅乃至有点俏皮,能看耐读的好文章。特别是知了天命,要想还一味向前直冲,有理想与浪漫,那不消说他人笑你,就是自己也说服不了自己。生命时间流走却天高看云淡,过不去的门坎少了多多。红尘道破,云飞云散,只是觉得一切都那么虚妄与空无。即便你在忙乎着什么,也不过在熬日子。许许多多,大凡种种,在我内心世界早也激不起微澜。这虽看似矛与盾,然而于我确实如此。就读书为学言,原本觉得书可阅读海量,甚至跨科越界。但是诚心诚意讲,到了这个年龄与读到这个份上才感到自己知道的越来越少。实质上,自己就局限于那么一点点专业范围,可就这样也觉得有深知且能说的也实在有限。

眼下,因于对学术界的评价准绳,学人又得活下去,作品量多于质,莠作与精品俱在,也有情理可言。可是太过于泥沙俱下,作品如此泛滥成灾,真的让人觉得可怕。所以,我以为写部作品扔进这汹涌的出版大潮里,不要说傲立在浪头,或浪里起花,恐怕连个涟漪都不会有,除非你有阿Q精神。特别是网络时代,要不是混饭吃,谁还会在意出版呢?何况自己没名没家,也不会有名有家,那又何必呢。内心也想鼓吹下,当下中国学界的每位学人应以写作节减为要,可是人微言轻,又怕人家说你葡萄心理,或嫉而妒之。要真是提倡且实行写作节减,我就不用跟进这出版潮了。摊给我的时间,就会用来认真而又细致的捧读数遍经典之作,而不必

费时耗神编造无趣无味的文字,来出版这部断烂朝报的作品,或许出了,过不了多久就又成了纸浆。

还有,日子拉长,我对法律的兴趣有,不过,现在越来越趋淡。对法律与法学学习与研究些许薄情,但是,绝不是进去了再出来的想法与姿态。我喜欢思忖生呀、活呀的无解问题,对此问题要索解或许是哲学吧。即使读不懂,我也对读些能够绞脑汁的、比较理论化的精深哲学作品好之,当然包括精深的社会理论方面的书籍。法学作品有,但绝对稀少。我也常跟自己的朋友或者学生讲,“吃饭要有硬菜(精致的、类似山珍海味的),读书得读几本硬书(艰深的、类似理论化体系化的),不能一辈子都在那种教科书层面”。精深的哲学书、精深的理论书有嚼头,意味深长。当然,就宽泛意义上的文科而言,尽管哲学好像不如在现代生活中更易讨饭吃的复制性、技术性的学科门类,如法学经济学之类,但精深的哲学书却是对生命意义的智思与反思。而且练人思维,开启智慧。而“有死性”或“向死性”的此岸之生存性意义何在?或许哲学的解答更让人可信。即使对人生给予的答案是苍凉与悲切,这却比对日常洒扫应对的法律的智思有刻度。精深的理论化的书,在于它对现象的抽象而凝聚较为具有普遍解释力的理论与方法。大凡精深的、体系化的理论作品,都会有范式性意义,具有前设、自己的概念范畴、理论脉络、论证及方法来对社会现象与社会事实进行因果与逻辑的阐释。这也会给人启发,让人聪明、深刻。

而我们生活的这个时代,什么事都无法让人自得而又静静心心去做。总像集市,赶趟似的,一切都是盘算与算计。诸种社会现象与景致如坐过山车般叫人心跳,让人眼花缭乱,越发不懂。而且深入社会肌体之病、蔓延所有场域的戾气让人充满无奈与无力感。甚至你在表面的繁华与喧嚣后面,看到的种种,你会觉得我们活着的这个主体间性的共同世界有些乖戾。真是如德国哲学家海德格尔的诗句:

算计的人越多，
社会越无度。
运思的越稀少，
写诗的人越寂寞。
心中有数的人越走投无路，
越感到有救的暗示之辽远。（熊伟先生译）

好了，对她梳理结束，她要从我手里挣脱了，她的生命如何与我不再有牵挂。

最后，要说明的是，苏彦锋先生写了第四章的第四、五节。

苏彦新

2015年1月8日



目 录

C O N T E N T S

“法治中国与世界”总序 / 1

序 / 1

自序 / 1

引论 / 1

第一章 罗马法的历史与成就 / 26

第二章 罗马法的沉寂与新生 / 65

第三章 罗马法与教会法、日耳曼法的冲突与融合 / 144

第四章 罗马法与西欧适用 / 203

结论 / 254

参考文献 / 261

附录地图一 / 274

附录地图二 / 275

附录地图三 / 276

徐墨添絮 / 277

一、问题与意义

罗马法,广而言之就是整个罗马国家的法律的统称。就这部论著所使用与阐释的罗马法文献基础而言,要言之,就是指以东罗马皇帝查士丁尼在位进行的法律及其学说的编纂工作为基础所汇编的罗马法。查士丁尼汇编的罗马法文献成为 11 世纪西欧罗马法复兴的文本基础,并在此基础上演化成近代资本主义社会或曰市民社会的私法基础。罗马法作为近代欧洲国家,尤其是近代西欧大陆国家法律制度的私法基础乃为大家所公认。“罗马法不只是存在于 2000 年前的意大利人的社会共同体的法律,甚至也不只是罗马帝国的法律。罗马法是或多或少经过地方习惯法和教会权威的修改而贯穿整个中世纪的仅有的法律体系,而且也是几乎整个欧洲近代法律的基础”。^{〔1〕} J. F. 乔洛维奇和巴里·尼古拉斯所著的《罗马法研究历史引论》指出,“罗马法不曾完全消失,自从公元 11 世纪后,通过查士丁尼法律汇纂的重新研究,罗马法作为积极的力量而复活,并深刻地影响了整个欧洲的法律的发展”。德国民法学家施瓦布所著《民法导论》论到,“直到 19 世纪末,民法学基本上就是罗马法学,它继承、发

〔1〕 Cambridge Medieval History, ed. by H. M. Gwatkin, M. A., J. P. Whitney, B. D. Vol. 2, Cambridge at The University Press, 1913, p. 53.

展和完善了罗马法的概念和法律技术”。德国伟大的浪漫主义文学家歌德在其《谈话录》里也对罗马法作为欧洲文明的重要因素给予了评价,他说,“还有至今仍活着的罗马法,它尽管像一只潜入水里的鸭子时不时地不见了踪影,可却从未消失,总会活泼泼地再冒出来”。^[1]

罗马法是如何经由中世纪的罗马法复兴同欧洲国家,尤其是近代西欧大陆国家的私法耦联起来的呢?罗马法在中世纪的嬗变过程中,罗马法的精神、理念、原则、制度又是如何大体上同近代西欧大陆所需要的私法相契合?西欧中世纪诸法并存,且存在不同法律管辖权,即在罗马法、教会法、日耳曼法、商法、城市法、庄园法、封建法的诸法并存竞争过程中,为何罗马法成为近代西欧大陆私法继受的基础,而不是其他法律作为基础呢?或者说在时空、历史与身体政治中,罗马法为何最终呈现型构近代西欧社会与身体政治的法律需求面向呢?倘若如已故美国著名法律史家伯尔曼教授所言,教会法是第一个西方近代法律体系^[2],那么我们又如何解释近代西欧大陆私法不是以教会法为主,而是16世纪之后教会法的日益衰落呢?罗马法是在怎样的中世纪历史、经济与社会结构中嬗变的?罗马法演变的动力、原因、条件是什么?罗马法经由中世纪的复兴成为近代西欧大陆私法的基础,是否归因于罗马法发生与演化的社会经济乃至政治构造同近代资本主义的经济社会与政治结构具有相似的同质性而非异质性呢?罗马法在中世纪如何不断体系化、形式合理化来满足近代西欧大陆对私法的形式合理性的要求,进而适应主要以城市为载体的工商经济的市民社会需要呢?它的制度是如何演化的?这些问题的思考和提

[1] 歌德著:《歌德谈话录》,杨武能译,四川文艺出版社,2008年1月第1版,第227页。

[2] 这一观点,可参见哈罗德·J.伯尔曼著:《法律与革命》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译。中国大百科全书出版社,1993年9月第1版。伯尔曼的格利高利的教皇革命和第一个西方近代法律体系乃是教会法的观点,受到了一些学者的批评,批评者认为伯尔曼的观点无法从中世纪早期的法律中得到支持,而且他所掌握的资料只是二手资料,且以极其少量的历史论著为基础所得出的。See, Maurizio Lupoi, *The Origins of The European Legal Order*, Cambridge University Press 2000, p. 3.

出就是这部论著主要观照的问题意识与主题。当然,这部论著不可能回答,并论证所有的问题与主题。这部论著在大量解读材料的过程中也主要围绕其中的重点问题域而展开论述,而且论证的主题是以预设命题并伴随着历史演化与横向比较而展开论证的。不过,在此需要说明的是,虽然强调罗马法因素对近代欧陆私法的极为重要的贡献,但是实质上该论题没有忽视在近代欧陆私法乃至整个法律制度的教会法因素与日耳曼法因素,也没有忽视这些法律之间的互动。只不过罗马法的世俗化、一般化、抽象化,罗马人把法律作为具有强制力的国家法令,以及视法律为系统化的知识体系与科学的这些基因更与近代欧洲高扬理性、个人自律及世俗的市民社会亲近。对于基督教因素,尤其新教改革之前的教会法,都对近代欧洲法律之形成深具意义。因为在18世纪之前,即启蒙思想前,欧洲都受基督教的伦理与教义支配与主导。就日耳曼法因素来说,“它代表了日耳曼民族对生命的不同感受以及对社会的不同理解。这种不同理解所带来的转变启动了中世纪的国家形成运动。可以这样说,罗马元素代表了移植古代法律思想及原始基督教法律思想的胚芽而长成的、生机勃勃的野生树干,代表了青春的生命与成熟的精神的交汇。具有重要意义的是罗马法概念及制度与所谓的日耳曼民族法概念及制度的接触。”〔1〕

就中世纪罗马法的学术研究而言,19世纪历史法学兴起,加之历史法学的实证特性,进而欧洲法律史的研究是以民族国家垄断立法的民族国家法律史为重心的研究。这种研究的重心除了萨维尼的法律史面向罗马法史的研究之外,从19世纪到20世纪前半叶出版的诸多民族国家法律史的巨著,即国别法律史宏篇巨著大都循此路数。例如在英国:梅特兰和波洛克的《爱德华一世之前的英国法律史》(2卷);撰写时间跨度超过半个多世纪的、霍兹华斯主其事而以专题为中心撰写的17卷本的《英国

〔1〕〔葡〕科斯塔著:《葡萄牙法律史》,唐晓晴译,法律出版社,2014年7月第1版,第15页。

法律史》(第17卷主要是文献与索引)。在美国,则是在1909年的全美法学院协会年会上发起,并由该协会赞助出版翻译的欧洲大陆法制史丛书,共11卷。主要时间段是近代,包括中世纪初期,涉及国家主要是法国、德国、意大利(西班牙在内但没有合适的书目),论述的主题是民法、商法、刑法、程序法以及公法等。总体上,虽然涉及中世纪,但是重心在国别法律史上。即使对中世纪的法律有所叙述,但在历史观念上,这些论著也不是将其作为欧洲法律史的共同历史基础来进行论述的,而是作为民族国家的国别法律史的前奏来叙述的。这11卷本的欧洲大陆法制史丛书包括法国学者、德国学者、意大利学者撰写的《法国公法史》、《法国私法史》、《德国私法史》、《意大利法律史》等。在法国,除了布里索(Jean Brissaud)的法律史著作外,还有埃斯曼因(Esmein Jean-paul Hippolyte Emmanuel gen Adhemar)的《法国刑法史》、《法国法律史教程》、《法国法律史概要》。在瑞士,在历史法学派大师萨维尼的影响下,出生于苏黎世的萨维尼的信徒布伦奇利(Johann Caspar Bluntschli)撰写有《苏黎世国家与法律史》(2卷本)和胡贝尔的《瑞士私法史》(4卷本)。在德国,除萨维尼外,还有著名的历史法学代表人物之一艾希霍恩的《德国国家和法律史》(4卷本)。由此可以看出,并未出现作为欧洲整体的法律史,也未出现把欧洲诸国别法律史的共同历史基础,即前民族国家法律史的共同因素进行有意识地、且系统地作为共同因素而给以探索与研究。实际上,欧洲法律史的这种偏向,早在1927年就由美国哥伦比亚大学的法律史教授芒罗·史密斯指出:“有着意大利法、法国法、西班牙法与德国法的诸多国别法律史。也有诸多较小欧洲国家的国别法律发展史。但是不存在欧洲法律通史。”^[1]在1947年,德国的罗马法学家科沙克尔在其《欧洲与罗马法》的著作中提出,在罗马法的危机之后,应该说从20世

[1] Munroe Smith, *A General View of European Legal History and Other Papers*, AMS Press, Inc. New York, 1967, p. 3.