

Friedrich Karl von Salmund
Friedrich v. Salmund
Karl von Salmund
Otto von Salmund

巨匠与杰作

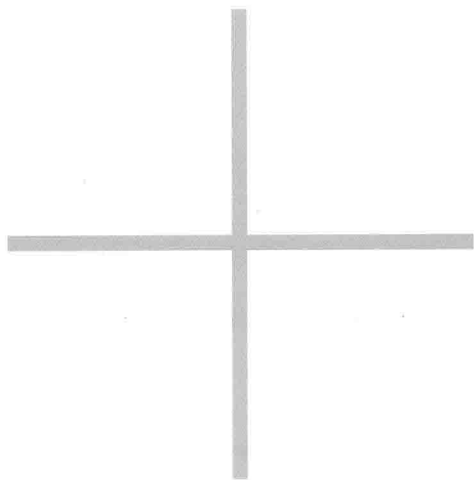
德意志法學之光

卷一 德意志法學之光

法律出版社

米夏埃尔·马蒂厄著 王士永译

德意志法学之光 巨匠与杰作



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德意志法学之光:巨匠与杰作 / (德) 米夏埃尔·

马丁内克 (Michael Martinek) 著; 田士永译. —北京:

法律出版社, 2016.9

ISBN 978-7-5197-0015-7

I. ①德… II. ①米…②田… III. ①法学家—生平
事迹—德国 IV. ①K835.165.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 228896 号

德意志法学之光:巨匠与杰作

著 者 米夏埃尔·马丁内克

译 者 田士永

特约编辑 夏昊晗

责任编辑 吴 昉

装帧设计 凌点工作室

开本 A5

印张 9.375 字数 222 千

版本 2016 年 9 月第 1 版

印次 2016 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法律教育出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 沙 磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

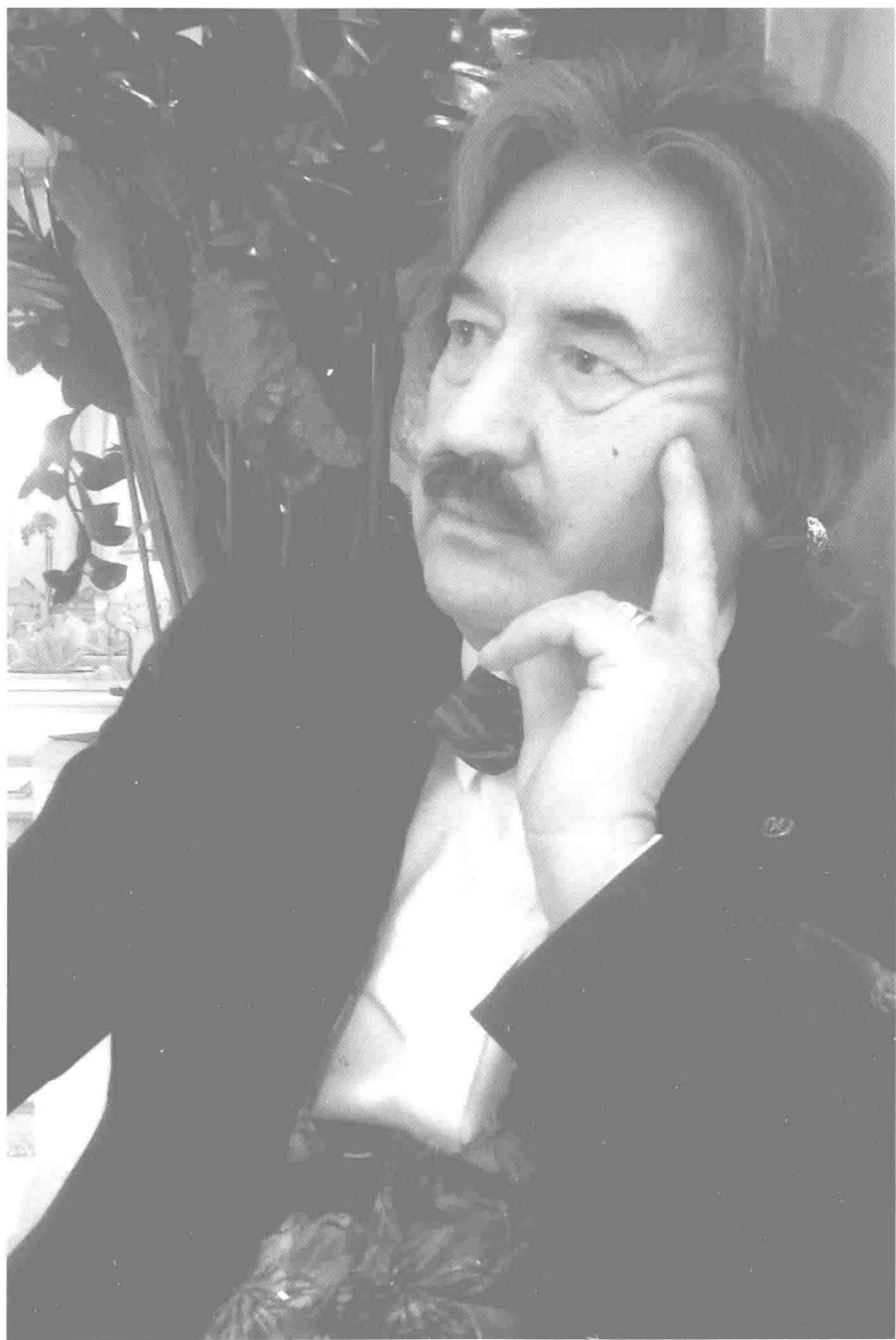
北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0015-7

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



米夏埃尔·马丁内克教授

米夏埃尔·马丁内克 (Michael Martinek)

法学博士和政治学博士；德国萨尔大学民法、商法、经济法 and 国际私法以及比较法教席教授，中南财经政法大学文澜教授；著名的《施陶丁格民法典评注》的作者和编辑之一。重点研究领域为民法、商法、反垄断法、比较法和冲突法。截至目前，已出版二十五本专著、发表三百多篇学术论文。先后被法国、波兰、罗马尼亚、中国的多所大学授予荣誉法学博士学位。

田士永

法学博士，中国政法大学教授，代表作为《物权行为理论研究》。

谨以此文集祝贺

马丁内克教授受聘中南财经政法大学文澜教授

序

米夏埃尔·马丁内克的法学文集——《德意志法学之光：巨匠与杰作》即将在中国出版，当为中德法学界的一件大事。敝校法学院院长徐涤宇教授嘱我为之作序，本人荣幸之至。我与马丁内克教授交往几近二十年，既为耳顺同龄之人，又负民商同道之谊，在此放言为友者序。

马丁内克教授是有国际影响力的著名学者。他先后在柏林自由大学、施派尔行政学院获得法学博士和政治学博士学位，并于1986年起任德国萨尔大学民法、商法、经济法以及国际私法教席教授，兼任欧洲法研究所所长，是著名的《施陶丁格民法典评注》的作者和编辑之一。他重点研究民法、商法、反垄断法、比较法和冲突法，迄今为止，已经出版25本专著，发表论文三百余篇。他学术造诣很深，在国际法学界享有盛名，先后被法国、波兰、罗马尼亚以及中国多所著名大学授予荣誉法学博士学位。

马丁内克教授是毕生从教的杰出师者。他自获得博士学位三十余年来，一直从事法学教育工作，先后在德国多所著名大学任教，仅在萨尔大学的15年间就指导了四十多篇博士论文。此外，他还受聘南非兰德南非白人大学、英国沃里克大学、中国中南财经政法大学担任客座教授，并先后出访四大洲数十所大学作学术讲座，培养外国学生、从事国际合作项目是他教师生涯的重要组成部分。

马丁内克教授是中德法学教育的卓越使者。自20世纪90年代

以来,他先后在中国政法大学、河南大学、云南大学等校从事学术访问。我与他的交往、我校与萨尔大学的交流就是从那个时候开始,启动了双方最为稳定、最为长久的国际合作。近二十年来,我校先后有6批数十位学者在德国作短期学术访问,也有二十余位博士生、研究生在他的门下攻读。他本人6次来访我校讲学,并通过德国学术交流中心赠送图书百余册。鉴于他的学术成就和对中德法学教育合作的重要贡献,经国家教育部批准,我校于2002年授予马丁内克教授名誉法学博士学位。时值今年马丁内克教授荣休,他又欣然应允担任我校文澜教授,表示将全职移教于中南。我等景仰,萨尔学术之树将在中南园地长青。

以此盛言谨为序。

中南财经政法大学文澜资深教授 吴汉东

目 录

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 <i>Friedrich Karl von Savigny</i>	001
伯恩哈德·温德沙伊德 <i>Bernhard Windscheid</i>	033
鲁道夫·冯·耶林 <i>Rudolf von Jhering</i>	081
奥托·冯·吉尔克 <i>Otto von Gierke</i>	113
菲利普·(冯)黑克 <i>Philipp Heck</i>	161
恩斯特·拉贝尔 <i>Ernst Rabel</i>	209
卡尔·拉伦茨 <i>Karl Larenz</i>	255



Friedrich Karl von Savigny

1779—1861

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼

1779—1861

一、导论

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 (Friedrich Karl von Savigny)*——德国最伟大的法学家和科学理论者之一。作为著名法学文献的作者,作为学者和导师,他已经载入了德国科学史的史册。上天给了他五十年左右的时间从事科学活动——这五十年左右的时期内,他的见解虽有部分转变,但也有许多中心议题伴随了他一生。¹关于萨维尼的见解总是被人们分享,尤其是在他所处的时代。他的学生们惊诧于他自信的行为、清晰的语言和丰厚的学养。与此同时,他的批评者在他身上看到的却是非常保守,服务于宫廷,而最引人注目的则是其无用性。

下文将给出萨维尼的生平和作品。同时还将探讨他的个人和职业经历及其对德国法学发展的影响——从很多角度来看,他的创造在当代仍然发挥着作用。接着将重新介绍萨维尼最重要的作品。还要提到,萨维尼的思想财富从其萌芽开始就受到了什么样的批评。最后,将特别根据挑选出来的几个法律制度探讨萨维尼对《德国民法典》的一般性影响。

* 也有人写为“Friedrich Carl von Savigny”。——译者注

二、生平

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 1779 年 2 月 21 日出生于美茵河畔法兰克福(Frankfurt am Main)。父母较为富有,他是父母的二儿子。他的家族最初来自于洛林(Lothringen),在前黑森—拿骚(Hessen-Nassau)省是具有较高声望的旧贵族。父母和唯一的兄长在萨维尼 14 岁前去世。此后他就在监护人——位于韦茨拉尔的帝国法院陪审推事康斯坦丁·冯·诺伊拉特(*Reichskammergerichtsrat Constantin von Neurath in Wetzlar*)叔叔那里长大。父母留给萨维尼一笔可观的财产,其中包括在格尔恩豪斯的特拉格斯(in Trages bei Gelnhausen)的一座庄园。²萨维尼后来曾经回到这里以促进其研究工作。萨维尼没有去过学校,只是在家里,后来在监护人那里,听过家庭教师的课。此外,在萨维尼向其监护人提出第一个法律问题的时候就已经接触到了拉丁语和法语。

萨维尼从 16 岁开始学习法律,最初是在马尔堡(Marburg)。他在这里受到了罗马法学家菲利普·弗里德里希·魏斯(*Philipp Friedrich Weis*)(1766—1808 年)在法源上的指导,发现了自己在历史思考上的兴趣。后来他又在哥廷根(Göttingen)继续学习,此后紧接着又经过埃森纳赫(Eisenach)、魏玛(Weimar)、耶拿(Jena)、莱比锡(Leipzig)、德累斯顿(Dresden)和布拉格(Prag)学习。最终,他于 1800 年在马尔堡完成了博士学位论文,并以该论文开始了其科学生涯。他选择的是一个刑法题目:《同一行为违反数项刑法的竞合问题》(*De concursu delictorum formali*)。完成博士学位论文后,萨维尼以编外讲师开始了自己的教学活动。他虽然还开了两个学期的刑法讲座,但最终转向了罗马法。学习结束后,他最初作为编外讲师开始教学活动,1803 年起开始在马尔堡担任法学副教授。萨维尼著名的

专著《占有法》(Das Recht zum Besitz)就是1803年在那里发表的。借此萨维尼开始为人所知,并远远超越德国国界而被称为“我们的第一民法学家”。³同时,1803年萨维尼收到了海德堡(Heidelberg)大学的聘任,虽然他表示拒绝,但该聘任一直对他敞开着。不过,该聘任最终还是被取消了,这样安东·弗里德里希·尤斯图斯·蒂堡特(Anton Friedrich Justus Thibaut)而不是萨维尼才突然可能在海德堡庆祝其教学成果了。部里害怕对这两位伟大的法学家排名,但这对萨维尼来说显然是多余的。除此之外,萨维尼在1808年接受了巴伐利亚州的兰茨胡特大学的聘任,直到1810年他都在那里担任法律教师。

萨维尼生活的时代,主要是德意志民族文化扩展的高潮时期,他认识这一巅峰时期几乎所有的重要人物并与之保持着联系,其中包括浪漫主义者、哲学家、语言学家、民主主义者,无疑还包括所有重要的德意志法学家和普鲁士宫廷。在此期间,萨维尼与威廉·格林(Wilhelm Grimm)和雅各布·格林(Jakob Grimm)及路德维希·格林(Ludwig Grimm)兄弟保持着密切联系。他还与克罗伊策(Creuzer)堂兄弟、阿西姆(Achim)和贝蒂娜·冯·阿尼姆(Bettina von Arnim)和布伦塔诺(Brentano)兄妹保持着深厚友谊。1804年,萨维尼与克莱门斯·布伦塔诺(Clemens Brentano)的妹妹库尼贡德(Kunigunde)结婚。他们两人婚姻幸福,白头偕老。他们夫妇共育有5个孩子,4个儿子和1个女儿。⁴尽管有这些以及其他大量朋友,萨维尼从未完全克服过可能是由于父母早亡而经历的孤独。⁵

1810年,萨维尼收到洪堡的邀请,欢迎他加入新成立的柏林大学。这所大学是一所“改革的大学”,旨在实现洪堡提出的教育理念。⁶萨维尼在同年10月接受该邀请,并开始了在柏林的教学生涯,在这里他取得了巨大的成就。⁷1812—1813年,萨维尼作为费希特

(*Fichte*)的继任者担任柏林大学校长。此后数年间,萨维尼在柏林生活、教学并且进行研究。在此期间,他撰写了著名的《当代罗马法体系》(*System des heutigen Römischen Rechts*)。此外,他还编辑了《历史法学杂志》(*die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*)。1817年,他被任命为普鲁士国务委员会成员(*Mitglied des preußischen Staatsrates*)。该机构在那时负责对普鲁士君主的立法计划进行研讨。⁸1819年,萨维尼成为莱茵省上诉与复审法院的法官(*Geheimer Oberrevisionsrat am Revisions- und Kassationshof für die Rheinprovinz*),1826年,他成为曾经设立的立法—上诉委员会(*Gesetzgebungs-Revisionskommission*)成员。应其仰慕者和资助人弗里德里希·威廉四世(*Friedrich Wilhelm IV.*)的请求,萨维尼在1842年放弃了法学教授职位,同时担任了法律上诉部部长(*Minister für die Gesetzesrevision*)。他否定了审查《普鲁士一般邦法》的计划,却引导立法委员会走上了起草单行法律的道路。这是草拟1896年6月18日《民法典》(*BGB*)的基石。萨维尼主持该部制定了1848年《票据法》(*die Wechselordnung*)并在1851年制定了《普鲁士刑法典》(*das preußische Strafgesetzbuch*)。在后者基础上制定了后来的《帝国刑法典》(*Reichsstrafgesetzbuch*)。⁹此外,他还在1847年10月被任命为国务委员会主席,几天后被任命为国务部主席(*Präsidenten des Staatsministeriums*),该职位可以与总理相比。

1848年3月20日,萨维尼的事业突然结束了,他由于突然爆发的革命而辞掉了所有职位。此后,他生活在柏林。离开政府后,萨维尼的学术活动持续到七十多岁。他完成了八卷本著作《当代罗马法体系》(*System des heutigen Römischen Rechts*)(1840—1849年)后,又开始撰写《作为当代罗马法部分的债法》(*Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*),并出版了两卷(1851/1853

年),当然很明显他计划的东西更多。最后他被授予功勋勋章(Pour-le-Mérite-Orden)。萨维尼于1861年10月16日去世,¹⁰享年82岁。

三、萨维尼作为“历史法学派”的创始人

萨维尼在法学史上被作为所谓“历史法学派”的创始人。这一表述具有萨维尼自己的烙印,是从法的确立和形成的特定角度来说的。萨维尼由此得出了影响深远的法学方法和法律政策上的结论。历史法学派的出发点是当代法乃是通过法学的历史性而不是通过理性法的抽象或者开明立法者的命令而预先确定的。

为了正确地将萨维尼的活动在历史语境中进行归类,有必要将被称为“德意志民族神圣罗马帝国”时期德国的法律秩序和政治秩序进行概括介绍。萨维尼思想出发点的基础在于复辟时期开始的法律和法学(1814年)。15世纪后半叶开始,越来越多的法律争议是按照罗马法进行裁决,而罗马法的形态又体现在查士丁尼的《民法大全》(Corpus Iuris Civilis)(公元530年左右)中。对这些法律规范自由解释,使得法律实务因之而改善。这些进行裁决的规则是与时代相联系的,它们自然有些不能满足完整性、方法清晰性的要求,从而也就不能满足科学性的要求。因此,在17世纪出现了自然法学派的自由思想,它们不同于前文所述的现代实证主义所具有的概念上的精确区分以及严格体系。以该学说为根据,主要是在18世纪,产生了很多各不相同的法典,例如,《巴伐利亚民法典》、《普鲁士一般邦法》和《法国民法典》。拿破仑的统治崩溃之后,各地方在法律上四分五裂,这使得很多德国人都萌生了制定一部整个德国统一适用的民法典的希望。特别重要的是其设想中要求废除罗马法。这种观点最著名的代表人物是蒂鲍特(Thibaut)。基于这样一种考虑,发生了德国立法

史上最著名的争论：法典化之争。

蒂鲍特和萨维尼之间 1814 年进行的法典化之争是很多研究的对象，几乎所有论述都给 19 世纪立法史以突出地位。¹¹蒂鲍特和萨维尼争论的是，在德国是否需要引入一般性法典。所有这些都始自蒂鲍特 1814 年发表题为《论一般民法对德国的必要性》（über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland）的作品。他在该文中要求创制这样一部一般民法典。对此，萨维尼不久就在同年出版了著名的论战性文章《论立法与法学的当代使命》（Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft），这也是他的内容广泛的方法性文章，¹²他在其中论述了自己对法和法学的形式的完全不同的建议。他所考虑的难点是，一般性民法能够为德国带来什么？作为结论，萨维尼当然是对此表示反对。他问道，他所处的时代是否有能力和可能制定这样一部法典，甚至这是否值得追求。他对这两个问题都作出否定回答。他提出了一个基于深邃的法学的构想。¹³

至少有一种联系显而易见，这就是两位法学家其实在追求同一个目标。萨维尼反对民法领域的任何立法，他并不仅仅意指全德立法，也包括地方立法。立法之外，其目的还包括德意志的统一。尽管蒂鲍特和萨维尼之间存在一致性，但二者实现目标的道路却并不相同。¹⁴萨维尼不仅进行了法律上的论证，他还为其理想找到了政治出发点。他反对德国的法律分裂，从中看到了对德意志作为一个民族休戚相关的危险。但是，他所追求的法律统一，并不是像蒂鲍特及其支持者们要求的那样是通过统一的法典来实现，而是通过继续实行“共同法”来实现，¹⁵因为它能唤起德意志种族中尚未消失的一致性。¹⁶

萨维尼的历史法学派奠基的基本思想，植根于所有个体对共同