



*Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence*

# 现代法学之根本趋势

[德] 施塔姆勒 著

姚远 译



商务印书馆  
The Commercial Press

1919年



*Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence*

# 现代法学之根本趋势

[德] 施塔姆勒 著

姚远 译



商务印书馆  
The Commercial Press

2016年·北京

图书在版编目(CIP)数据

现代法学之根本趋势/(德)施塔姆勒著;姚远译.  
—北京:商务印书馆,2016  
(自然法名著译丛)  
ISBN 978-7-100-12131-6

I. ①现… II. ①施… ②姚… III. ①法学-  
研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第061774号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

自然法名著译丛

现代法学之根本趋势

[德]施塔姆勒 著

姚远 译

---

商务印书馆出版  
(北京王府井大街36号 邮政编码100710)  
商务印书馆发行  
北京冠中印刷厂印刷  
ISBN 978-7-100-12131-6

---

2016年9月第1版 开本880×1230 1/32  
2016年9月北京第1次印刷 印张5 1/4

定价:20.00元

## 《自然法名著译丛》总序

一部西方法学史就是一部自然法史。虽然随着 19 世纪历史主义、实证主义、浪漫主义等现代学说的兴起,自然法经历了持续的衰退过程。但在每一次发生社会动荡或历史巨变的时候,总会伴随着“自然法的复兴”运动。自然法所构想的不仅是人自身活动的基本原则,同时也是国家活动的基本原则,它既影响着西方人的日常道德行为和政治活动,也影响着他们对于整个世界秩序的构想。这些东西经历千多年之久的思考、辩驳和传承而积淀成为西方社会潜在的合法性意识。因此,在自然法名下我们将看到一个囊括整个人类实践活动领域的宏大图景。

经历法律虚无主义的中国人已从多个角度试图去理解法律。然而,法的道德根基,亦即一种对于法律的非技术性

的、实践性的思考却尚未引起人们充分的关注。本译丛的主要目的是为汉语学界提供最基本的自然法文献,并在此基础上还原一个更为完整的自然法形象,从而促使汉语学界“重新认识自然法”。希望通过理解这些构成西方法学之地基的东西并将其作为反思和辩驳的对象,进而为建构我们自身良好的生存秩序提供前提性的准备。谨为序。

吴彦

2012年夏

## 目 录

第一章	启蒙时代的德意志法学家 .....	1
第二章	自然法 .....	13
第三章	理性法 .....	23
第四章	历史法学派 .....	35
第五章	社会学法学 .....	47
第六章	法律否定说 .....	56
第七章	法律中的现实主义 .....	68
第八章	法律经验主义 .....	80
第九章	自由法运动 .....	90
第十章	批判的法理论 .....	106
第十一章	论法哲学的问题与方法 .....	122
附录	霍姆斯法官的法律哲学 .....	吴经熊 著 142
译后记	.....	170

## 第一章 启蒙时代的德意志法学家

罗马法之继受,向法学提出了若干新问题。

15 世纪末,整个欧洲大陆完成了罗马法、教会法以及伦巴第封建法的继受过程。

事实上,在罗马法从南面和西面进入德意志的同时,罗马法也从东面由君士坦丁堡向北流传;但对我们的问题而言,该事实倒不是特别重要。关键在于,各地都出现了尽量熟悉这种外来法的需要。

德皇作为中世纪最强大的君主,此时业已成为罗马皇帝。世人通常视其为旧日罗马帝胄的继承者。因此,原本是罗马皇帝之法的罗马法,如今作为德意志帝国的共同法

而得到承认和适用。不过,在市民和农民的琐碎事务上,人们仍然恪守德意志古代的旧法。他们墨守成规,随之产生冲突,而罗马法未必总是最后占据上风。在夫妻财产法领域,在土地、森林和畜牧法领域,在城镇手工业领域,人们致力于维系和发展本土法。此番努力但凡取得成效之处,本地法便优先于德意志帝国的共同法。

读者须留心上述重要事实,这样才能领会我们即将探讨的根本趋势。实务法学所面对的难题,是在当时的情境下根据既往时代的法律来裁决纠纷,并在当时的观点与旧有法规的内容之间寻求调和。然而,在一定程度上,任何法律体系都不免碰到这个难题。任何法律都不仅仅是过往的产物或当今的产物。因此,人们便追问是否存在一种普遍有效的方法,以便毫不含糊地决定和化解上述难题。我们这里联系启蒙时代的实务法学所考虑的事情,对我们今天以及一切时代都有重要意义。

下文一以贯之的阐述目标,是考察可被称为“根本正义”(fundamentally just)的东西。因此,凸显据以应对具体问题的方法一致性,便十分重要。个人的一切意思表示和一切行为,都取决于他的精神状态。同样,我们在探讨任何时代、任何民族的法律时,亦须着眼于精神状态,因其构成实务中具体法律之考量和处理的前提。



就此处提出的问题而论,当时的精神状态尤其在司法案件的处理方面表现出两种动向:(1)尽管表面上得到公认权威意见的支持,案件的判决却造就了新的法律制度;(2)各法院对旧法的规定作出解释,使其意思契合于当时的法律创制。

(1)当前法律有一条极其寻常的规定,即司法机关对失踪者的死亡宣告,该规定大约可见于所有文明民族。罗马法上不曾对此作出规定。当德意志继受罗马法之后,失踪者的问题时而造成尴尬局面。有人不见了,谁也不知道他去了哪里,也不知道他是否尚在人世,但他留下了财产。该如何处置这笔财产?一所撒克逊法院偶然求助于《圣经》。该法院诉诸《旧约》里的一段话:“我们一生的年日是七十岁”(《旧约·诗篇》90:10)。假设失踪者年满70岁且尚在人世,则分三次传唤他,若最终仍未到案,法院就宣告他死亡。这种做法被广为采纳。不久,德意志境内的法院便纷纷作出这种认定,而当今的立法也采用了这种习以为常的法律程序,只是不时地在细枝末节上弄点新花样。

情势变更对现存契约的影响问题,在现代商业生活中举足轻重。对受到战争余波以及随之而来的乱局所摧残的那些国家,这一问题尤为紧迫。一方当事人如今若想履行曾在正常时期和普通条件下订立的契约,不得不面对重重

困境、罹受惨重损失。那么他是否有权解除契约呢？正是这一问题在二百多年前以相似面貌浮现出来。它当时被称为“情势不变条款”(*clausula rebus sic stantibus*)学说。不少法学家据此倾向于承认，一旦附随情势出现实质性变化，则可以行使契约解除权。他们所依据的是一位古罗马法学家的精辟论断：“必须认为，只有当事情依然处于创设规定之时的同样状况，某人才负有法律责任”（《学说汇纂》45. 1. 38. pr.）。莱泽（Leyser, 1683—1752）在自己的著作《学说汇纂沉思录》（*Meditationes ad Pandectas*）里，尤为推崇此种见解。当时其他法学家则不遗余力地坚持契约义务的拘束力。该问题显然应一分为二地看待。一方面，契约仅仅是达成有限目标的有限手段；另一方面，让每个人都能信赖其他人的话，这也是必要的事情。在商业生活中，假如契约没有拘束力，任何计算都成为泡影，合法贸易也受到阻碍。“无义务的”这一致命词汇，在人心险恶之时将修饰每一桩要约，它意味着常规商业交往的结束。

在19世纪呈现了一段相对风平浪静的时期。大家逐渐忘记了，早些时候的人们曾希望在理解契约时须默示“附随情势一仍其旧”这个限制性条款。民法著述没再谈及此事。比较新的法典要么没有在一般意义上对该问题作出规定，例如1804年《法国民法典》；要么断然否认根据情势变更的

一般解除权,例如 1865 年《撒克逊民法典》第 936 条。《德国民法典》(1900 年)和《瑞士民法典》(1912 年)这两部最近的法典,都采取了相似观点,它们主张只限于在某些事先明确规定的情势变更情况下才能行使解除权,例如,雇佣契约得因某一重大事由而解除,或者借款契约得因贷款人财产状况恶化而解除。

(2) 就前述第二种可能性而言,我们不妨以请求权之移转为例加以说明。罗马法最初规定,债权人不得让渡请求权。债权人可将请求权之利益让与第三人,尽管该第三人并不享有请求权本身,但其因此确有权享受该利益。这就催生了令人迷茫的情况。罗马法继受之后,德意志的法学家认为这不过表现出罗马式的精微之处,认为受让人依法成了真正的债权人,而原来的债权人通过这种让与,其实放弃了自己的请求权。在实务中,这种结论极其可取。然而有趣的是,由于出现了这种对罗马法含义的更为妥当的理解,上述有关请求权让与的复杂理论反倒风靡 19 世纪。这种观点数十年来在理论上和实务中都保有其支配地位,直到现代潘德克顿(pandect)法学兴起,后来,上面提到的《德国民法典》和《瑞士民法典》再次引入请求权之完全让与这种直截了当的解决方案。

有的学说结合了(1)和(2)中所提到的观点,例如,代理

理论。在代理问题上,罗马法最初也是规定每个人只能代表自己去订立义务。直接代理是个例外,但在取得财产、参与继承以及学者们争论不休的其他一些情形下,还是存在着直接代理的观念。奴隶的业务往来是个难题。奴隶是其主人取得财产的必要工具,但他并不能使其主人受约束。再者,由于奴隶当然没有出庭应诉的资格,他自己订立的契约仅能对其施加不完全的约束。然而,倘若主人曾就奴隶所参与的交易有过专门委托,则主人作为奴隶的道德义务的保证人,就须承担责任,而且这种责任是可诉的。这也适用于如下情形,即主人曾交给奴隶一笔特有产,或者主人曾任命奴隶出任船长,抑或主人曾任命奴隶管领房屋或财产。启蒙时代的德意志法学家们从这些明明白白涉及的法律规则中,发展出当今屡见不鲜的直接代理制度。

如前所述,莱泽是这一趋势的领军人物,他曾于如今已不复存在的赫姆斯塔德(Helmstedt)大学和威腾堡(Wittenberg)大学出任教授。在他的前辈中,我们要特别提到席尔特(Schilter, 1632—1705)和斯特里克(Stryk, 1640—1701),前者在一部精湛的论著中叙述了德意志法院如何适用罗马法,后者也在一部题为《学说汇纂之现代运用》(*Usus Modernus Pandectarum*)的作品中探讨了这个问题。众所周知,后人即以该标题来描述这整个趋势的特征。

那么,这从科学的立场来看意味着什么呢?上述各种现象共同承载的本质观念是什么?

一遇到某种情势变更即根据“情势不变条款”解除既成契约,这种做法当然荒唐,理应援引契约里的某个条款。这样的条款当然可能在个案中存在。倘若果真如此,便不再有什么真正的难题了。但假如所争议之契约未就附随情势之可能变更作出任何规定,当然也不允许事后将此种规定解读到该契约里。我们这里要处理的问题是明确设定的契约效果的变更,而不是如何解释含混不清的意思表示。假如没有相关的法律依据,司法活动凭借什么权利加以干涉?债务人在什么范围内得因情势变更而拒绝履行?

我们先来谈谈后面这个问题。现代的最高法院判决认为,若债务人继续履约将招致“重大经济损失”,则债务人便有正当理由拒绝履约。但这种见解站不住脚。债务人可能有充足的资产来履行所争议之契约且尚有余裕。契约的性质岂可因其余财富的多寡而受其左右。无论债务人在履约后是否还有余裕,我们都须对契约及其法律状况平等视之。再者,若笼统地宣称情势变更即引发解除权,也是不到位的。有人这样来谈论一贯作为解除权之基础的事实:由于情势变更,“交易的本质遭到破坏、适得其反”,或者“履行契约的经济意义已经完全改变”。当然,这没给我们提供任何

明确的准绳。人们往往附上一条限定,即理应“根据特定案件的情形”作出决定,但这也是“五十步笑百步”的办法,反倒表明指导原则的缺失。

可假如我们寻求一般指导原则来解决无法三言两语说清的具体法律问题,则其唯有根据下述考虑来推演这个一般指导原则。遭遇情势变更的债务人主张,令其受到现成契约之拘束实属不正义。其实,即便双方当事人出于明确目的且以适当形式订立和确认该契约,也不是每份契约都有法律拘束力。契约自由是存在限制的。一般的限制是要求特殊的法律行为不得违背“善良风俗”;套用学理表达,即其内容不得显失公正。旧日罗马法上的这条原则,得到所有文明民族的认可,理应适用于这里所讨论的问题。这源自如下事实,即由于情势变更,双方当事人之间后来也可能出现利益分配不公的法律状况。假如能够证明某一契约属于这种情况,则不应再承认其法律效力,仿佛该契约自始便如此订立一般。

当然,我们讨论这种求得满意解决方案的可能办法,以准确界定所谓的“善良风俗”概念为前提。须弄清,什么样的一致特征构成了关于法律之根本正义性的理念。致力于“学说汇纂之现代运用”的实务法学家流派,绝不可能进行

这样一种批判性的省思。<sup>①</sup> 这派所特有的一种观念,众多实务法学家至今亦步亦趋,即甚至用不着深刻反思也能解决上述难题。因此,这一现代法学流派所代表的趋势,好比得到更缜密考察的种种恢宏潮流表面的小小涟漪。尽管如此,这一派的步骤方法倒是大大推动了它那种类型的科学探讨。

前述“情势不变条款”的例子表明,即便所关注的法律未曾更改,也可能出现法律秩序的激变甚至革命。我们能够根据先前既存的法律来理解这些变化,所举的例子已经证明这一点。只不过有必要以真正科学的准确性来把握先前既存的法律。但我们站在断案法官的立场上,可以更加细致地观察到社会生活实质内容中的这些变化。谁要是考察某国特定时期的判决,不久便会认识到,法院在这段时期行将结束时所面对的问题,同在这段时期伊始所处理的问题大相径庭。现行的法律秩序虽未变动,但通过其实施,从其范围内发展出法律主体间法律关系的一些典型现象,随

---

<sup>①</sup> 书中随处可见的“批判”(形容词“critical”,副词“critically”),指的不是意识形态上的批评、异议或反对,而是指经由康德主义批判哲学方法论进行的知识前提澄清。施塔姆勒将自己的学说称为“批判的法理论”(Critical Theory of Law),在术语表达上类似于当代英语世界以昂格尔为首的“批判法学”(“Critical Legal Theory”或“Critical Legal Studies”),但究其实质立场,反倒靠近同属新康德主义法学阵营的凯尔森“纯粹法理论”(Pure Theory of Law),特此说明。——译者

着时光流逝,这些典型现象表现出持续的异变。

我们不妨举出现代法律实务中的某些有趣事例。

一切现代法律体系都承认罗马法关于公司与合伙的划分。前者是人与人的结合,对外表现为一个实体,不以成员变动为转移。在合伙的情况下,各成员只表现为一个群体——即便遇到该合伙与第三人之间的问题——这时显示出各合伙人之间的个人关系。不过,多国立法都以特殊方式处理这种二元划分。依《德国民法典》之规定,公司只要符合一些明确的要求就具有法人资格。公司组织者须设法从国家取得法人的经营特许,方能投身于商业往来;就其他目的而言,只需要去法院登记注册,取得法人资格。纵使并不符合这些要求,组织者和成员之间仍可能组成上述意义上的法人(corporation),而非单纯的合伙。但那种情况下不存在法律上的人(juristic person);该公司没有法定资格,不能持有财产,也不能向法院提起诉讼。《德国民法典》的编纂者们当初认为,这类没有法定资格的公司不会有多大的实际意义。三十年河东,三十年河西,如今卡特尔、垄断联营体、辛迪加、托拉斯其实多半是具有法人性质的公司,但整个机体并不具备法律上的人格。联营协议通常由不具备法定资格的“组织”订立。当今商业生活的许多重要情况亦如此。现代法典往往详加规定的动产用益权,例如就德国



而言,在一些特殊领域极少得以适用,但按目前的情况来看,在继承法上却日益重要,大有排挤遗嘱继承的势头。配偶的合意常常构成在世者的累赘,因此人们在实务中逐渐废弃配偶合意,转而采取分别的意思表示。商法的专业研究人员宣称,以得到认可之形式进行的给佣交易( commission transaction),同其他商业机制相比正日渐式微。

就这里所讨论的实务法学家流派的活动而言,问题主要在于调整所继受的法律。这有可能沿着习惯法的路子展开。为此,特殊的法律秩序有必要在总体上承认这样一种造法方法。而这又要求对某一法律惯例予以长期的一致认可。前面提到的失踪者死亡宣告、请求权无限制让与以及直接代理等例子,都属于这种情况。不过,我们如何来看待那第一种情况,即某个法院率先确立一条法律规定并首次予以实施?

有人主张,凡为因袭下来的法律赋予新的解释,自然无可厚非。如前所述,面对任何已经生效很长时间的法典,人们都容易这么做。法国最高法院院长巴洛-博普雷(Ballot-Beaupré)曾以有趣的方式阐明了这一点。他在《法国民法典》一百周年纪念的时候,谈到这部度过悠悠百年的法典与现时代的关系。他表达了一种信念:如今理应按照好像立法者正在立法那样来解释那部法典的含义,这符合法典制