



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

法律与历史：体系化 法史学与法律历史社会学

谢鸿飞 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

法律与历史：体系化 法史学与法律历史社会学

谢鸿飞 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学/谢鸿飞著. —北京:北京大学出版社,2012.4

(国家哲学社会科学成果文库)

ISBN 978-7-301-20452-8

I. ①法… II. ①谢… III. ①历史法学派-研究 IV. ①D909.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第060997号

书 名: 法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学

著作责任者: 谢鸿飞 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 978-7-301-20452-8/D·3088

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京中科印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 22.25印张 345千字

2012年4月第1版 2012年4月第1次印刷

定 价: 42.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn



作者简介

谢鸿飞，中国社会科学院法学研究所副研究员，民法研究室副主任。兼任中国法学会民法学研究会副秘书长，北京市法学会理事。

1995年获法学学士学位（四川大学法学院），1999年获法学硕士学位（北京大学法学院），2002年获法学博士学位（中国社会科学院研究生院）。

主要研究领域为民法学、比较法学与法社会学。发表的主要论文有：《现代民法中的“人”》（《北大法律评论》），《追寻历史中的“活法”》（《中国社会科学》），《法律行为生效的“适法规范”》（《中国社会科学》）等。译著有：《美国法的变迁：1780—1860》（中国政法大学出版社），《损害与损害赔偿》（法律出版社），《欧洲侵权法：文本与评注》（法律出版社）等。

《国家哲学社会科学成果文库》 出版说明

为充分发挥哲学社会科学研究优秀成果和优秀人才的示范带动作用，促进我国哲学社会科学繁荣发展，全国哲学社会科学规划领导小组决定自 2010 年始，设立《国家哲学社会科学成果文库》，每年评审一次。入选成果经过了同行专家严格评审，代表当前相关领域学术研究的前沿水平，体现我国哲学社会科学界的学术创造力，按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版。

全国哲学社会科学规划办公室
2011 年 3 月

人是唯一可以把“时间”变成“历史”的动物。

——题记

前 言

“法律与历史”！“体系化法史学与法律历史社会学”！这些主题与民法似乎都没多大关系。对这样的题目，一个民法研究者确有必要解释一二。

历史法学（派）、“19 世纪的法学”与萨维尼三者几乎是同义词，至少在欧陆如此；现代民法（学）也是历史法学的产物。这些多少被淡忘或至少被淡化的事实说明，民法与历史方法的关系曾经是多么的亲密，“法律与历史”这一主题也缘起于此。“体系化法史学”与“法律历史社会学”则是我对历史法学派两种学术遗产的概括。它们与常见的典章制度史的研究方法截然不同，对当下法学研究颇有借鉴意义，这也是本书以它们为副标题的缘故。

体系化法史学的目标是从历史材料中提炼出普遍规则。它对应于历史法学的体系方法与历史方法，即以历史中的法律素材为基础，建构法学与法律体系。众所周知，历史法学的劲敌是自然法，体系化法史学的基本观念也是，传统的自然法体系完全为玄思的产物，难免空疏不当，实用性匮乏，故法学应强调实证与科学。体系化法史学“六经注我”的研究特征虽然相当突出，但整体上依然是罗马私法体系化的结果。不过在潘德克顿法学——概念法学这一华丽转身完成后，体系方法最终战胜了历史方法，“历史”在“体系”中已经荡然无存，“体系”完全成了自我演绎的封闭系统。“经由罗马法，但超越罗马法”的目标实现了：完全不依赖任何社会背景的、没有任何时空限制的一般民法（学）体系得以形成。体系化法史学最重要的硕果竟然是“民法自然法”！

这多少有点让历史法学派尴尬。萨维尼为后世诟病最多的，也是他的历史法学主张与其学术实践之间的巨大反差。悖谬的是，萨维尼又极为精准地把握了德国的民法需求，其研究成果大多数都成了民法的“基本原理”。以潘

德克顿法学为基础的德国民法典也因此获得了“体制中立”的特性，成为无机的法律，可在任何社会土壤中生根发芽。然而，“体制中立”与“无机”只是相对的，德国民法典的移植未必会南橘北枳，但要发挥其在宗主国的功能，还取决于其他很多因素，如管制经济与市场经济中的合同规则，其功能必然相去甚远。更关键的是，正如历史法学所揭示的，法律是社会共享的“意义”网络与体系，如此，同样的民法规则，在不同文化中承载的社会观念却可能完全不同：任何社会都或多或少保护“所有权”，但清代民法的“所有权”与德国民法典中的所有权最多只是形似而已。

历史法学完全被后世忽视的，是它的法律历史社会学观念。如果说因现代民法学体系的建立与德国民法典的诞生，体系化法史学因其使命已经完成而日趋式微，那么今天需要发掘的则是历史法学的法律社会学思想。历史法学的洞见之一是，法律的正当性源于两个层面：历史经验与现实需求。体现在法学方法论上，即法律历史社会学。

法律历史社会学关注的是法律中的过去与现在、事件与运行、行动与结构。它强调法学研究应并重社会意识与历史意识。它将法律置于社会、经济、政治、文化等背景中，通过移情与理解说明历史与现实中法律的实际运行情况，发现历史与现实中的“活法”。法律历史社会学对人性可谓洞若观火：人在历史中生成，被历史网罗；但人又创造历史，创造法律，有无限可能性。人的有限性与可能性的交织与纠缠，构成了人类法律发展的主题。法律历史社会学可以分析法律的“大历史”，如刑罚改革、美国法律长时段的变迁；运用于微观历史也游刃有余，如没有名字的小人物“王氏”、明代的市井生态：世道人心不就如此么——所谓“一花一世界，一叶一如来”是也。

现代所有的法学研究方法，在历史法学派那里都可以按图索骥。这确实让人叹服。胡果与萨维尼倡导三足鼎立的法学方法，即历史—社会方法、规范—概念方法与自然法学—哲学方法。法制与法学发展的不同时期倚重的方法当然应有所区分：在追求法律适用的统一性，强调普遍主义与形式主义阶段，概念法学最为紧要；之后，社会法学与价值法学则更可能领一领风骚。但无论哪个阶段，三种方法的“分立与制衡”，或能使法学与人性更为亲近，与社会更为合拍，与价值更为熨帖。

欧陆历史意识是对启蒙理性、自然法观念与法国大革命的自然反应：毕

竟改造社会的激情不可能长期持续，社会也需要休息。令人惊讶的是，历史法学却诞生于渴求政治、经济与文化统一的德国。“历史”是当时德国统一最有效的资源。历史法学一开始就与特定历史、社会情境勾连，构成德国社会思想与行动的一部分。因此，本书对历史法学派内部罗马法学派与日耳曼法学派的分裂着墨较多，因为两派的离合聚散，折射的是 19 世纪中期后德国社会的各种思想冲突：文化与文明、事功与理想、实用与浪漫、心性与物质、与时俱进与精神思乡……哪一个转型中的社会不是如此呢？源于此，我可以比较顺利地“想象性重构”德国社会，对 19 世纪德国文献的解读，“拈花微笑”未必可能，但也多少能“同情地理解”，触摸这些文字的余温。

本书也挖掘了历史法学派的一些不那么起眼的学者。作为异域的研究者，我并非是要强调他们学术的重要性，或者建议将其移入法学伟人祠。对真正的思想者而言，思想的传播比其身身后名也许更要紧。

历史法学派诞生已近二百年，已为陈迹，能否浴火重生，尚不可期；但历史法学与法学研究最多只是渐行渐远，在某个阶段，法学也许还会载欣载奔，迎接这位老朋友。

目 录

导 论	(1)
一、历史法学派与萨维尼的学术命运	(1)
二、历史、法制史与民法	(5)

上编 历史法学派的两种遗产

第一章 历史法学派的兴起	(13)
一、历史法学派的诞生	(13)
二、历史法学派与历史主义、浪漫主义	(19)
三、历史法学派与文化民族主义	(25)
第二章 历史法学的理论脉络	(29)
一、导论	(29)
二、欧陆历史法学的理论谱系	(31)
三、英美历史法学的理论谱系	(49)
第三章 历史法学派的洞见与“危险”	(62)
一、历史法学与自然法学	(62)
二、历史法学与社会契约论	(67)
三、历史法学与法律变迁	(74)
四、历史法学派的“危险”：从民族精神到国家精神	(78)

第四章 历史法学派的两种遗产	(85)
一、历史法学派的分裂：罗马法学派与日耳曼法学派	(85)
二、历史法学派的两种遗产	(93)

中编 体系化法史学

第五章 “体系”战胜“历史”	(99)
一、导论	(99)
二、历史法学派内在机理的矛盾	(100)
三、“体系”战胜“历史”的原因（一）：罗马法的特质 及其继受	(108)
四、“体系”战胜“历史”的原因（二）：立法需求	(116)
五、“体系”战胜“历史”的原因（三）：神圣罗马帝国	(123)
第六章 体系方法的操作及其理论脉络	(127)
一、体系方法及其操作	(127)
二、从“决疑术”到“体系方法”：欧陆民法发展的线索之一	(133)
三、体系方法与历史方法冲突的调适：直观	(142)
第七章 从潘德克顿体系到概念法学	(150)
一、潘德克顿体系的形成	(150)
二、潘德克顿体系与日耳曼私法体系	(156)
三、从潘德克顿法学到概念法学	(162)
第八章 《德国民法典》与“德意志民法帝国”的诞生	(173)
一、《德国民法典》诞生前的德国社会	(173)
二、《德国民法典》的诞生	(176)
三、德国民法的体制中立：以《德国民法典》草案的批判 为例	(185)
四、“德意志民法帝国”的兴起	(196)

下编 法律历史社会学

第九章 法律历史社会学的历史观与法律观	(201)
一、导言	(201)
二、法律历史社会学的历史观	(202)
三、法律历史社会学的法律观	(215)
第十章 法律历史社会学的研究方法	(232)
一、语境方法	(232)
二、移情与理解	(239)
三、归纳方法	(246)
四、法律历史社会学方法的运用：以拾得物为例	(254)
第十一章 法律历史社会学的理论运用	(259)
一、导论	(259)
二、历史中的“活法”：“王氏之死”与清代民法	(260)
三、法律的功能替代物：原始人的“法”与中世纪共同体责任制	(269)
四、法律的变迁：刑法改革与美国法的变迁	(274)

结 论

第十二章 法学的体系、历史与价值：以“买卖（不）破租赁”为例	(289)
一、法学的价值：基尔希曼与拉伦茨之争	(289)
二、《德国民法典》中的“买卖（不）破租赁”	(292)
三、“买卖（不）破租赁”中的体系、历史与价值	(296)
四、法学中的体系、历史与价值	(305)
参考书目	(311)
索 引	(335)

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	(1)
1. Vicissitudes of Historical Jurisprudence and F. C. v. Savigny	(1)
2. History, Legal History and Civil Law	(5)

PART ONE TWO KINDS OF LEGAL THOUGHTS HISTORICAL JURISPRUDENCE LEFT

Chapter 1 BIRTH AND BOOM OF HISTORICAL JURISPRUDENCE	(13)
1. Birth of Historical Jurisprudence	(13)
2. Historical Jurisprudence, Historism and Romanism	(19)
3. Historical Jurisprudence and Cultural Nationalism	(25)
Chapter 2 HISTORICAL THOUGHTS IN JURISPRUDENCE: BEFORE AND AFTER SAVINGY	(29)
1. Introduction	(29)
2. Historical Thoughts in Continental Legal Family	(31)
3. Historical Thoughts in Anglo-Saxon Legal Family	(49)
Chapter 3 USE AND ABUSE OF HISTORICAL JURISPRUDENCE	(62)
1. Historical Jurisprudence and Natural Law	(62)
2. Historical Jurisprudence and Social Contract	(67)

3. Historical Jurisprudence, Reformation of Law and Agency of
Individuals (74)
4. Abuse of Historical Jurisprudence: From “Spirit of the Nation”
(*Volksgeist*) to “Spirit of the State” (*Nationalgeist*) (78)

Chapter 4 TWO KINDS OF LEGAL THOUGHTS HISTORICAL

- JURISPRUDENCE LEFT** (85)
1. Split of Historical Jurisprudence: Romanist and Germanist (85)
 2. Two Kinds of Legal Thoughts Historical Jurisprudence Left: Systematic
Approach to Legal History and Historical Sociology of Law (93)

PART TWO SYSTEMATIC APPROACH TO LEGAL HISTORY

Chapter 5 SAVIGNY’S CHOICE: ROMAN CIVIL LAW VS. GERMAN

- CIVIL LAW** (99)
1. Introduction (99)
 2. Paradoxes of Historical Jurisprudence (100)
 3. Why Savigny Chose Roman Law (1): The Spirits of Roman Law and
Its Reception (108)
 4. Why Savigny Chose Roman Law (2): German Civil Code (116)
 5. Why Savigny Chose Roman Law (3): Holy Roman Empire (123)

Chapter 6 SYSTEMATIC APPROACH OF LEGAL HISTORY AND ITS

- PHILOSOPHIC BACKGROUND** (127)
1. Systematic Approach of Legal History and Its Operation (127)
 2. From Casuistry to Systematic Approach: A Crucial Development of
Continental Civil Law (133)
 3. Outlook (*Anschauung*): Between Systematic Approach and
History Method (142)

Chapter 7 FROM JURISPRUDENCE OF PANDECTS (PANDEKTENWISSENSCHAFT) TO CONCEPTUAL JURISPRUDENCE

- (150)
- 1. Creation of Modern Pandects' Civil Law System (150)
- 2. Modern Pandects' Civil Law System and German Civil Law System ... (156)
- 3. Elegant Turn: From Jurisprudence of Pandects to Conceptual Jurisprudence (162)

Chapter 8 BIRTH OF GERMAN CIVIL CODE AND FOUNDATION OF

"GERMAN LEGAL EMPIRE" (173)

- 1. German Society and German Civil Code (173)
- 2. Birth of German Civil Code (176)
- 3. Suitable for All Countries; German Civil Code's Distinctions and Its Critics (185)
- 4. Foundation of "German Legal Empire" (196)

PART THREE HISTORICAL SOCIOLOGY OF LAW

Chapter 9 HISTORICAL SOCIOLOGY OF LAW'S INSIGHTS INTO HISTORY AND LAW (201)

- 1. Introduction (201)
- 2. Historical Sociology of Law's Insights into History (202)
- 3. Historical Sociology of Law's Insights into Law (215)

Chapter 10 APPROACHES OF HISTORICAL SOCIOLOGY OF LAW

- (232)
- 1. Text and Context (232)
- 2. Empathy and Understanding (239)
- 3. Induction and Interpretation (246)
- 4. Application of Historical Sociology of Law: "Lost And Found" As an Example (254)

Chapter 11 SOME WORKS OF HISTORICAL SOCIOLOGY

OF LAW	(259)
1. Introduction	(259)
2. “Living Law” in History: <i>The Death of Woman Wang</i> and Civil Law in Qing Dynasty	(260)
3. Functional Alternatives to Law: “Law” of Primitive Man and Community Responsibility System in the Middle Ages	(269)
4. Transformation of Laws: Reformation of Modern Punishments and Transformation of American Law (1780—1860)	(274)

CONCLUSION

**Chapter 12 “SYSTEM”, “HISTORY” AND “VALUE” IN JURISPRUDENCE:
“SALE DOES NOT BREAK LEASE” AS AN EXAMPLE**

.....	(289)
1. Does Jurisprudence Work: J. H. von Kirchmann and K. Larenz	(289)
2. “Sale Does Not Break Lease” in German Civil Code	(292)
3. Application of “System”, “History” and “Value” in “Sale Does Not Break Lease”	(296)
4. Epilogue	(305)

Bibliography	(311)
---------------------------	-------

Index	(335)
--------------------	-------

导 论

我们仅仅知道一门唯一的科学，即历史科学。

——马克思、恩格斯^①

历史就是我们的一切，我们比任何一个哲学学派，
甚至比黑格尔，还重视历史。

——恩格斯^②

一、历史法学派与萨维尼的学术命运

19 世纪是历史法学（派）的世纪。^③

历史法学派甫一出世，即成为当时法学的主流。在其发源地德国及瑞士、法国、奥地利等欧陆诸国，甚至在普通法法系国家（美国还处在法律的形成期），其拥趸无数，可谓极一时之盛。历史法学直接催生了德国“法律科学”（Rechtswissenschaft），德国民法学循此建立，《德国民法典》更是其理论成果的结晶。正如维亚克尔指出，萨维尼的民族精神、普赫塔的法律家法、贝斯勒（Beseler）的国民法、耶林的法律目的说与基尔克的合作社、社会法等，都是

① 马克思、恩格斯：《德意志意识形态》，载《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社1956年版，第20页。

② 恩格斯：《英国状况：评托马斯·卡莱尔的“过去与现在”》，载《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956年版，第650页。

③ 本书依据语境，在同一意义上使用“历史法学”与“历史法学派”。