

法律文化研究中心文丛

欧洲法学史导论

〔葡〕叶士朋 著



中国政法大学出版社

D909.5
Y450

“法律文化研究中心”文丛

欧洲法学史导论

[葡] 叶士朋 著

吕平义 苏健 译



中国政法大学出版社

1998年·北京

037747

图书在版编目 (CIP) 数据

欧洲法学史导论/ (葡) 叶士朋 (Hespanha, A.M.) 著;
吕平义等译. -北京: 中国政法大学出版社, 1998.4

ISBN 7-5620-1683-6

I. 欧… II. ①叶…②吕 III. 法学史-欧洲 IV. D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 17087 号

责任编辑 丁小宣

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 国家统计局印刷厂

开本 850×1168 1/32 10.25 印张 240 千字

1998 年 6 月第 1 版 1998 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1683-6/D·1642

印 数: 0,001-5,000 册 定价: 18.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 **电话:** 62229803 或 62228801

声明: 本译本的翻译和出版已获许可,

未经本社书面同意, 不得翻印。

法律顾问: 北京市地平线律师事务所律师 吴允

作者简介

叶士朋 (António Manuel Hespanha), 出生于 1945 年 2 月 23 日。1967 年毕业于葡萄牙科英布拉大学, 获法学学士学位。1986 年获里斯本新大学“现代政治 - 制度史”博士学位。1994 年被里斯本新大学接收为“制度与政治史”学会会员。从 1989 年至今, 担任社会科学学院的主任研究员。从 1990 年起至今, 担任澳门大学法学院法学史客座教授和协调员。1995 年 12 月起, 任“葡萄牙海外发现事业纪念委员会”委员。Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte 学术期刊 (由 Erk Volkmar Heyen, Speyer 主编) 成员。学术期刊《帕内罗帕》(Penélope) 主编。论述并解剖历史。Santiago de Compostela 和 Tórculo Ediciones 两个出版社分别所出之《历史与批判》期刊、《西班牙法学史年鉴》(马德里, C.S.I.C) 编辑委员会成员。

在世界各地均有学术科研活动, 例如, 在德国 (受 Max - Planck - Institut für europäische Rechtsgeschichte 所邀)、法国 (图卢兹大学讲师, 高等学校研究会主任)、巴西 (里约热内卢联邦大学法学院客座讲师)、安哥拉 (安哥拉大学法学院客座讲师)。

在葡萄牙、西班牙、意大利发表关于体制与法学史主要专著如下:

《中世纪和现代体制史》, 科英布拉, 1982 年;

《社会史中的法学史》, 里斯本, 1978 年;

《欧洲古代制度时期的权力与体制》(与人合著);

F236 65 04

《“列维坦”的前夕：葡萄牙十七世纪的政治权力与体制》，马德里，1989年（波尔图出版社1994年出版修订与增补本，科英布拉，阿尔美迪那）；

《体制与政治权力：研究指南》，里斯本，1992年；

《司法与诉讼：历史与展望》（与人合著），里斯本，1993年；

《政治体制史》，米兰，1993年；

《法的恩典》，马德里，1993年；

《古代制度》（《葡萄牙历史》，卷四，约瑟·马托索主编，里斯本，1993年）；

《澳门法制史概论》，澳门大学，澳门基金会，1995年（澳门基金会1996年出版中文译本）；

《体制史手册》（葡萄牙现代时代），里斯本，公开大学，1994年。

另有关于历史学理论、法学理论、法制史、现代史、政治理论和法律信息论论文大约80篇，发表于葡萄牙、西班牙、意大利、法国、比利时和德国。

曾经参加过在西班牙、意大利、英国、德国、瑞典和巴西举行的学术研讨会和学术会议大约90个（均有论文提交）。

编者说明

“法律文化研究中心”成立于1995年初，为中国文化研究所下设机构。其设立之旨，在于将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和成立学术共同体。为此，“中心”以自由松散的合作方式集合了一批青年法律学者和学生，以期为他们提供一个交流思想、砥砺学术、发挥集体创造力的自由空间。“中心”还希望通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能。

《法律文化研究中心文丛》将反映与“中心”有关之学术活动及研究成果。“文丛”不拘形式，不求规模。举凡专著、文集、选辑、译著、资料整理，但能表明“中心”之学术追求，且符合“中心”厘定之学术标准，皆可收入其中。其甄选评定事宜，由专门成立的编辑委员会负责，以保证“文丛”之学术品质。

1996年6月

梁 序

记得是 1995 年的什么时候，在珠海工作的吕君平义来京省亲，见面时他告诉我，他正在翻译一部葡萄牙文的欧洲法学史，他希望在这项工作完成之后，我能为这部书作序，因为在他看来，这本书的作者对法律的见解，同我在《法律的文化解释》中表达的看法有相近之处。我告诉他，作序一事不敢贸然应允，但对这本书我却颇有兴趣，愿意先睹为快。

此后不久，我应邀去澳门参加一个国际学术会议，而这次会议的组织者，恰好就是这本书的作者，正在澳门大学法学院担任客座教职的叶士朋教授。这使我有机会直接与作者交谈，从而对本书写作的学术背景有所了解。也是在那一次，我第一次听到“新欧洲法律史”这种说法。

何谓“新欧洲法律史”？它是一种思潮，一场运动，还是一个流派？直到现在我也不能确切地回答这个问题。不过，我相信这是一个有意义的说法，因为在这个名称的后面，有着一种集体的、有意识的努力，这种努力把一些新的东西带进了法律史研究，其成绩也蔚为可观。其代表人物，除了叶士朋教授，还有比如意大利的 Paolo Grossi 和 Pietro Costa，西班牙的 Bartolome Clavero 和 Carlos Petit 等。其中，以 Paolo Grossi 教授为首的意大利法学家们阵容最为整齐，成就也最突出。可惜的是，这一派法学家的著述大多是以本国文字发表，只有极少数论著被译为英文或直接用英文写成，以至他们的研究不但不易为国人所了解，就

是在一般英美人士，也是颇为隔膜的。

依我的理解，“新欧洲法律史”研究的一个显著的特点，就是以一种批判性的立场和眼光来重新述说法律史，把这个传统的科目，变成一门新的批判性的知识，即所谓“批判的法律史”。这一派法学家们相信，历史并不像人们惯常认为的那样具有连续性，更不是一个有目的的必然进程，相反，历史中到处存在着断裂和偶然，名称的延续并不能保证意义的一贯。他们要做的，就是揭示出被各种人为造成的历史假象所遮蔽的东西。为此，他们强调历史范畴的自主性，避免把现时的判断强加于过去。同时，他们也努力把法律视为一种“社会产品”，试图在特定历史的和社会的语境中了解法律的意义。当然，这样说并不意味着法律只是被动地接受社会所提供的价值，相反，他们相信法律是一种建构性的力量，它既反映社会现实，也创造社会现实。其实，不仅法律如此，历史解释也是如此，这一点更突出了作为一门批判性知识的法律史的重要性。

要知道“新欧洲法律史”的法学家们如何实践他们的哲学，最好去读他们的研究性论著，比如 Paolo Grossi 有关古代和近代财产法的研究，或者 Pietro Costa 对欧洲近代公法的研究。而在这样做一时有困难的情况下，读一读本书，尤其是本书的“导论”，也会很有帮助。实际上，当初在请求叶士朋教授同意在中国大陆出版本书的时候，我还另外要求他为本书写一篇导论性的文字，对“新欧洲法律史”稍加介绍。这篇“导论”就是为此而写的。

以欧洲法学史为主题的论著已经不少，但由一个葡萄牙法学家用他自己民族的文字撰写的法学史，至少在我们这里，肯定这是第一部。本书篇幅不大，内容却很丰富。其篇章布局，首重当代，中古次之，近世又次之，古代最略。这很能表明作者治法律

史的兴味与旨趣。在写法上，这本书的特点是，正文尽可能简约，引证却很详密，这样安排的好处，是让我们可以在概览欧洲法学历史演变的同时，又透过文献了解到欧洲尤其是南欧诸国法律史研究的成就和传统。考虑到我们在学术上“吃偏食”（即过多地倚赖英语文献，以至对英语世界以外其他学术传统了解不够）的情形已经延续得太久了，如此安排的好处就更加显见了。这里还可以顺便提到，本书原标题为 *Panorama Da História Do Direito Europeu (Cultura Jurídica)*，也可以译作“欧洲法文化史导论”。以“法文化”与“法学”相迭，或许可以表明“新欧洲法律史”的研究立场和学术视野；不过，“法文化”一词在中国已有滥用之势，因此，我还是倾向于采用“法学”一词，以保其平实朴素。这一点也得到作者本人的首肯。

本书翻译费时良久。在此期间，其葡文本已由葡萄牙的欧美出版社出版（1997），其意大利文和西班牙文译本的出版也在商谈之中。现在，中译本终于要与读者见面，实在是一件令人高兴的事情。本书的翻译和出版得益于许多方面，吕平义（负责前4章和“导论”之第3节）和苏健（负责第5章）合力完成了全书的翻译；作者叶士朋教授慷慨授予我们（通过澳门基金会）中文出版权；本书还得到澳门基金会的赞助，基金会管理委员会的吴志良先生也一直关注此事，并提供了必要的帮助。此外，澳门大学的张永春先生对改善译文提出过不少有益的建议，在此一并致谢。

梁 治 平

1998年初春，于北京万寿寺寓所



作者像

目 录

编者说明	(1)
梁 序	(1)
导论：法律教育中的法律史	(1)
1. 法律教育中的法律史	(1)
2. 作为一种历史话语的制度史	(12)
3. 一种新的政治和制度历史概观	(15)
第1章 社会和权力的想象物	(48)
1. 1 社会的实体性概念	(49)
1. 2 个人主义的理论范式	(52)
第2章 “共同法”的形成	(59)
2. 1 欧洲各法律统一化的诱因	(61)
2. 2 结果：一种多元化的法律秩序	(83)
2. 3 法律“科学化”的统一：中世纪法学 传统的各种学派	(90)
2. 4 欧洲共同法的话语模式	(100)

第 3 章 16 世纪的危机及相应的方法论导向	(132)
3. 1 一种新的法律现实	(132)
3. 2 法律知识体系的内在发展	(135)
3. 3 中世纪晚期和近代的法学学派	(138)
第 4 章 16 和 17 世纪的法学学派：自然法论、 理性法论、法学个人主义和契约论	(148)
4. 1 自然法论	(148)
4. 2 自然法论诸学派	(154)
4. 3 法律实践	(167)
4. 4 理性法及其余响	(170)
第 5 章 当代法律	(180)
5. 1 政治背景	(180)
5. 2 方法论学说的重大论题	(182)
5. 3 19 世纪的古典学派	(186)
5. 4 反概念论和反形式主义学派。 自然主义，生机论和机体论	(205)
5. 5 批判学派	(226)
5. 6 反法条主义学派	(243)
译名对照表	(282)
参考书目	(296)
附录	(304)
6 世纪时蛮族诸国形势图	
9 世纪初期加洛林王朝、拜占庭帝国和伊斯兰世界形势图	
民法大全的体系和引用格式	

教会法大全的体系和引用格式

注释学派 (12 - 13 世纪)

评注学派 (14 - 15 世纪)

人文主义学派 (法国法学派)

19 世纪至 20 世纪的法律学派

导论：法律教育中的法律史*

1. 法律教育中的法律史

关于法律教育中法律史的重要性业已有许多论述：法律史可以用来解释现行法；法律史有助于辨识绵延久远的（因此也许还是“自然的”）法律的理念；法律史培养了法律意识，拓宽了法学家的文化视野。此外，日常经验还告诉我们，历史上的奇闻逸事可以为沙龙交谈增加魅力，或者，对法庭上的听众产生某种不可思议的说服力。

更为经常的是，人们只是断言，对法律家来说，法律史是一门构成性的学科，但人们很少说为什么是这样。

我的看法是，法律史确实是一门构成性的知识，但它与那些构成目下法律教育科目大多数的“实用的”学科不同。虽然其最终目的是要创造有关现行法的稳定性，法律史的使命却毋宁说是要对有关我们的法律具有恒久性质的天真假定予以挑战，也就是说，它要强调，法律总是存在于社会之中，而且，无论被用来描述法律与其他层面的社会事实（符号的，经济的，相关物质文明

* 导论第1、2两节系用英文撰写，由梁治平译，第3节系以葡文写成，由吕平义译。

的) 的联系的模式怎样, 法律的解决方法总是因其环境而变化的。

在法律教育之内, 这种批判功能也可以由其他学科承担, 比如法律社会学, 法律人类学, 法律理论或者法律符号学。不过, 大多数法学院的保守主义和形式主义公开抵制开设这些科目, 因为, 那样它们就将面对法律权能的规范性质消解的危险, 这种权能存在于一个只有经验性社会材料的虚假世界里。严格区分事实—是 (Sein) —与规范—应当 (Sollen) —的观念仍是法学家们自发意识形态的核心 (Bourdieu, 1986), 这种事实性社会知识对于 (法律的) 价值世界的侵入仍然一般地不被接受。从一种策略的角度看, 法律史, 法律教程中一种关乎传统的科目, 能够完成这些入侵者的使命 (也许还有一些另外的好处)。

要扮演这种角色, 法律史当然不能是不拘什么样的法律史, 因为, 倘若没有进一步明确其方法论上的前设, 法律史可以支持有关法律的相当不同的论说。

1. 1 作为一种合法性手段的法律史

实际上, 法律史能够并且曾经扮演过相反的角色, 一种令现存法律体制合法化的角色。

法律本身原本就是一种合法体系, 即一种在那些其自由将受规范限制的人中间产生自愿服从效果的体系。法律是那些旨在促成对于社会纪律的一致赞同的机制的一部分。但正是法律秩序需要被合法化。正如人们在马克斯·韦伯 (Max Weber) 之后所知的那样, 社会合法性可以由围绕传统、卡里斯马、合理性等价值组织起来的不同的信仰复合体 (合法性结构) 中获得 (Weber, 1956)。在法律世界中, 所有这些结构也都发挥作用, 而其中的一些对法律史倚赖尤深。

在欧洲历史上，法律史长期扮演着这种核心的合法性角色。在旧制度中，居支配地位的是一种传统主义的合法性结构，据此，旧的即是好的。在此背景之下，长期实施的法律，诸如规定性习惯，共同意见（*opinio communis*），既有司法惯例（*styli curiae*），继受之罗马法，“根深蒂固的权利”等，即被视同公正的法律。那时，法律史（历史论辩）对于确定法律的解决并使之合法化具有决定性作用。欧洲有关法律史最早的研究，如赫尔曼康宁（Hermann Conring）的《论中世纪和现代德国罗马法的起源》（*De origine iuris germanici*, 1643）就显然是要解决法律上的实用性问题，如承认有效的规范以及排列其高下并对之进行解释等问题。大多数关于一国之内罗马法效力的讨论，关于王国法与共同法或教会法之间的等级序列，以及关于特权的效力或者被主张的权利的讨论，都要依靠表明它们过去有效性（其规定性）的历史证据。

甚至在今天，当人们宣称法律史可以用来辨识一个民族的法律和政治身份的时候，我们也能发现类似的主张。19世纪早期德国历史法学派法律哲学的核心就是这样一种假定：法律产生于民族精神（*Volksgeist*），由这个民族的文化传统和法律传统所构成。这样，法律史就被假定具有一种根本上是实用的功能，它能够揭示法律传统，也能够用来抵制立法者专断的（不自然的，反自然的）规划。在本世纪30和40年代，在保守的法律思想借不朽的民族价值和公平与福祉意识之名反对自由主义原则的过程中，这类话题又被重新提起。

在我们的时代，至少在西方，传统已经不再是法律方面主要的合法性结构，法律史因此也已经失去其作为民族精神绝对可靠之证验的功能。而在东方，从伊朗到新加坡到中国，谋求法律理论从西方的异己范畴中间解放出来的努力，倾向于赋予传统和历

史一种揭示法律的民族特色的重要使命。

但是不管怎样，相信历史是一种进入民族精神的方式产生了一些相当严重的方法论问题。事实上，方法论上的自觉清楚地意识到，历史的创造多于其描述。历史的证据——首先是关于像民族精神或者民族法律/政治文化一样短暂的实体的证据——是一种历史的建构，它所体现的更多是其作者的信念和文化，而非被认为是历史所描述的过去的信念和文化。

尽管如此，历史的论说并未退出法律推理领域，因为它能被前后一致地置入其他话语策略。

一方面，历史可以被用来证明，法律论说中的范畴（比如“国家”、“公法/私法”、“法人”），法律解决方式（比如对胎儿的法律保护），或者契约必须按时履行的原则，都属于“事物的本性”或者有关公平或法律理性的恒久范畴。罗马法学家和中世纪法律的共同意见就曾以这样的方式对之加以表述和认可。借助于这种“谱系的”历史，这种试图为当下每一种法律制度都找到一个“祖先”的历史，正在产生众所周知的将文化自然化的意识形态作用。这种作用乃是建立在一种关于连续性的根本错误的理解之上。虽然许多法律概念或原则比一般认为的要更加现代，但确实有另一些概念和原则（表现为一些语词或者命题）看上去自古以来就已经存在。实际上，诸如人、家庭、财产、盗窃、谋杀这类概念，在欧洲法律史上从一开始就是法律的建构物。总之，倘若稍稍深入其解释，我们很快就会发现，在这种语词上的连续性的表象之后，存在着含义上的根本性断裂。在每一种历史事件里面，同一个词的含义与历史的和社会的语境有着密切关联，而这些语境又总是处于不断的变化当中。概念在以不同方式建构起来的语义场内相互作用，接受源于语言其他层面的影响和隐含的价值，被以不同方式运用于社会结合处或者意识形态的论辩之中。