



上海三联法学文库

文库主编

贺卫方

近代私法史 上

以德意志的发展为观察重点

[德] 弗朗茨·维亚克尔 著

陈爱娥 黄建辉 译

PRIVATRECHTSGESCHICHTE der NEUZEIT

Unter besonderer Berücksichtigung der
deutschen Entwicklung

von FRANZ WIEACKER



上海三联书店



近代以来中国农村变迁史论（1911—1949）

中国农村变迁史论（1911—1949）

近代以来中国农村变迁史论

（1911—1949）

（1911—1949）

（1911—1949）

近代以来中国农村变迁史论（1911—1949）

（1911—1949）

近代以来中国农村变迁史论（1911—1949）

（1911—1949）



近代以来中国农村变迁史论（1911—1949）

D950.9
W539

近代私法史 上

以德意志的发展为观察重点

PRIVATRECHTSGESCHICHTE der NEUZEIT

Unter besonderer Berücksichtigung der
deutschen Entwicklung

von FRANZ WIEACKER

[德] 弗朗茨·维亚克尔 著
陈爱娥 黄建辉 译



上海三联书店



上海三联法学文库

文库
主编

贺卫方

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung
von Franz Wieacker

Originally published in German

Copyright VANDENHOECK & RUPRECHT, GÖTTINGEN, 1996.

Chinese Translation Copyright © 2004 by Wu-Nan book Inc.

Published by arrangement with Wu-Nan book Inc.

Simplified Chinese Translation Copyright © 2006 by Shanghai Joint Publishing Company

ALL RIGHTS RESERVED

本书为（台湾）五南图书出版股份有限公司授权
上海三联书店
在大陆地区出版发行之简体字版本

版权所有 侵权必究

上海三联法学文库序

这是一套以翻译作品为主的法学丛书。关注法律出版的人们都知道,在过去的十多年间,法律翻译作品的出版差不多达到了百年来的一个高潮。无论是综合性的如“外国法律文库”(中国大百科全书出版社)、“当代法学名著译丛”(中国政法大学出版社)、“世界法学译丛”(北京大学出版社)、“世界法学名著译丛”(上海人民出版社),还是专题化的如“宪政译丛”(北京三联书店)、“宪政经典”(北京大学出版社)、“公法名著译丛”(商务印书馆),以及以国别为依据者如“美国法律文库”(中国政法大学出版社)、“当代德国法学名著”、“法国现代法学名著译丛”(均为法律

出版社),甚至某个学者自成系统者如朱苏力教授主持的“波斯纳文丛”……林林总总,蔚为大观。这种法学的大规模“进口”对于开阔学界视野、深化法律教育和学术研究以及推进法治建设的意义是不言而喻的。

不过,仔细观察,尽管数量不少,但是法律译著的选题品种却仍有其缺陷。最突出的一点是,大多是一些理论和学术色彩较重的作品。由于致力于经典、名著的引进,选材不免惟学理高深者是取,这样,那些贴近社会生活的、具有相当人文色彩的作品就不多见了。偶尔有几本也由于选目不当或翻译粗劣而不能形成气候甚至败了读者的胃口。这种情况不仅导致法学译著的读者面的狭窄,而且也会带来相当的误导,人们会以为这就是外国的法学和法律的全貌。甚至对于那些试图打探门径、有所取益的行外学者读到这样的书也往往望而生畏、如坠五里雾中。法治建设应该是一项全社会的事,如果没有其他领域的人士和国民的广泛参与,靠法律界孤军奋战,难有成效也是必然的。

或许,这种情况与人们过多看重法学本身的科学性或专业化有关。实际上,作为一门与社会生活联系紧密的学科,法学在其演进过程中一直是与人心和人生息息相关的,而且也一直在各种不同学科的知识和方法里得到必要的滋养。虽然自古罗马开始,就出现了专门的法学家阶层,法学的专业化也意味着它与其他学科的分,但是,斯多葛哲学在罗马人的法律思考里留下了深深的印记。按照伯尔曼的见解,基督教为西方的法律传统奠定了神学基础。作为一门以解决纠纷、塑造良好社会秩序为目标的学问,法学一直与修辞学有着紧密的关联,甚至晚近的法律与文学运动还力倡法律就是一种文学(law as literature),因此要研究法律和法学中的叙事和修辞(narrative and rhetoric in the law),看看那些法律人是如何打着法律解释或法律推理的旗号说故事的。尽管这样的主张推到极致不免会伤害法律以及法学所追求的确,不过,它们还是提醒我们更全面地看待法学,不要忽略这门学科浓厚的人文色彩。

幸赖上海三联书店支持,我们能够组织这样一套富于人文色彩的法学丛书,力求在推进法学的多视角观察上有所贡献。我们会注重对于一些古典著作的挖掘,以全面地展现不同历史时期法学发展的重要篇章。为了便利当代读者理解这些经典著作之于今天的意义,当代学者对于古典著作所作的研究也是丛书选题的重点。我们将着重挑选一些有助于读者理解法治得以孕育和成长的社会文化环境的作品,例如研究最早将法学作为大学教授对象的博洛尼亚大学、英国律师会馆(Inns of Court)这样独具特色的法律教育机构的著作等。另外,著名法学家的传记最能够帮助我们理解那些法律人的心灵、情感和周遭环境,及其与特定学说和思想之间的关联,自然也是我们选题的侧重点。总之,一方面注重过去相对边缘化的人文取向的作品,追求丛书的独特性,另一方面,也保持相当的开放性,兼容并包,让丛书成为一个持续生长的百花园。开放性也意味着尽管在起始阶段以译著为主,不过在风格旨趣上相近的自家学人著作也是我们所乐于收入的。

上海三联书店一贯注重出版物的品质,包括翻译作品的质量。近年来法律译著行情看好,不少出版社竞相出版,一些不具翻译能力的人士也率尔操觚,个别译著甚至误译连篇,可以不夸张地说构成了对原著的践踏。令人欣慰的是,这套丛书筹划之初便得到了法学界一些翻译高手的支持,尤其是几位虽然年轻却有着翻译上喜人成就的学者,他们的加盟为这套丛书的品质提供了坚实的保证。

自己虽然有过一些翻译的经验,也曾参与过一些丛书的组织,不过由于能力和视野上的局限,主持这样一套丛书还是有些诚惶诚恐。很希望学界先进能够不吝赐教,提供选题建议,对于已经出版的作品提出批评,从而让这样的文化事业获得光大的动力。

贺卫方

2005年12月10日

二 版 序

出版社友善的敦促,将长期以来只能以未经变动之新刷发行的本书改版,我直到现在才能完成。在此,对新版的安排与变动之处作些说明,应该是有益的。

一版只有整体计划原则上被保留了。文章的表达方式经过逐句审视,经常还作了彻底的更新。强烈扩充的参考资料应该帮助读者,对于作者的意见形成、当下的诸多问题与争议,作出自己的判断。透过对中世纪寺院法学的概览以及,将现代运用看作一个独立时期加以评价,作者尝试填补前版两个明显的漏洞。可能有些读者仍然觉得,作为近代私法史中最长也最成果丰硕的时期,对于现代运用的描述仍有未足;其原因在于:我的陈述比较取向于法学自我意识的持续运动,而不那么置重在私法秩序在释义学上的彻底开展与法院实务的巩固,后两者正是现代运用的主要贡献。另一方面,虽然日益理解法学人文主义的社会、文化影响与其法学贡献,作者并未视其为独立的时期。在法兰西与尼德兰,藉由特殊的欧洲影响,它确实重新形塑了私法学门;然而,在德意志,虽然初始看来充满希望,实际上则必须到历史法学派才重拾并继续开展其作用。反之,作者一再确认理性法是私法史上首要的基本要素;如是,维持其(乍看未必适当的)篇幅,也得以正当化。最后,因为作者确信,私法史之于我们并未终结,它不是我们已经结束的传统遗产,毋宁是一个向当代影响开放的方案,所以我叙述它的发展一直到最近。在此,作者作为当代成员,其个人的局限性自然难逃读者的眼光。

最近十年,私法研究在欧洲(也包括我邦)超乎大家期待的繁荣兴盛—这或许是法学最令人欣喜的征兆之一。新版不能无视于这些发展。它受惠于这些研究的特别是,(以“继受早期”尚未能全然表达的)对于自

十一世纪教会的教育中心兴起,特别是自中世纪盛期法律家阶层的教育养成以来,阿尔卑斯山以北就始终有罗马法存在一事的理解;应该感谢的也包括,对于法律家阶层在逐渐形成之现代国家的宪法、行政与司法扩建中的重大影响。比较是植基于作者自己的考量的是:学术更新系本于哲学上唯心论的精神,据此对十九世纪历史法学派与法学实证主义作了不同的解释与评价。

作者也应该充分说明,假使这本书不想变成别本书,或变成别人的书的话,新版无法满足哪些期待。首先,法学传统的持续性支配着本书的陈述(特别是近代早期与中段的部分),根据法律家阶层的起源,前者在欧陆只能是罗马语系的传统。因此,不论作者多么希望自己能摆脱罗马语系的局限,本书必然会忽略德意志私法史的其他基本构成部分:整个法律生活、公共法律意识持续地受到德意志法之有力生活传统的形塑,一直到启蒙晚期、法国大革命之际,它始终支配德意志法律现实,一直要到历史法学派在精神与学术上发现了“德意志法律史”与“德意志私法史”,它才逐渐枯竭。作者一直希望,日耳曼语系方面也能有整体性的介绍,以便可以平衡本书的片面性。此外,《私法史》尝试掌握法学意识对社会事实的影响;因此它不能是释义史。如是,一方面在《今日罗马法》的体系上,终局、经典地作十九世纪的确认,另一方面突破“德意志私法”的这些确认,则是我们这个学门的第二个迫切需求。最后,大家可能会对本书的叙述提出更原则性、更符合时代风格的下述异议:只有当政治与社会现实被法学意识所掌握与整合时,本书才会提到它们。就此必须指出,如此作法是必要的,因为法律史的对象只能是,在法秩序中已客观化的社会生活。大家应该会同意,本书始终都考量到法律家阶层、法律养成与法适用时的社会前提条件。

即使不考量因为作者的工作能力、其信息以及,其个人历史观的局限所带来的限制,在无法概观的欧洲(或即使仅仅是德意志)私法史的任务中,任何整体形象的尝试都是不完整的。正因如此,作者加倍感谢这么多研究同事们的作品、建议乃至私人的意见交换中提供的协助。逐一列名,看来是不可能的,虽然一些名字总在感怀之中。我必须自限于,对 Wollschläger、Reinhardt、Kaufhold 与 Schlichting 在搜集文献与校讎上

二 版 序

的协助,明白致谢。特别要感谢出版社,不仅对作者的期待始终考量,毋宁更进一步协助并鼓励作者。一版时对 Fritz Pringsheim(卒于 1967 年 4 月 24 日)的题赠,更改为对他的纪念。

哥廷根,1967 年 6 月

Franz Wieacker

译 序

俯仰终宇宙,不乐复何如(陶渊明)

依笔者的想法,严几道所称“信、雅、达”的翻译标准未必真确;翻译的任务在于突破语言的障碍,忠实传达作者的原意给读者,所以“信”才是标准所在^{〔1〕}。然而,在此所说的“忠实传达”并非逐字照译,毋宁是指应忠实传述作者要表达的意涵(内容)与其表达的形式(文风);假使将质朴晦涩的作品翻译成雅达之作的话,恐怕会尽失作者的原意。既然如此理解翻译的任务,应该努力的是如何达成这项要求,任务已了,译者可以默尔而息,不必多言;简洁地说,译序应该可以省略。然而,考量到原著的特色,除了导读之外,笔者希望藉此指出该书的特质,让读者一开始就了解要面对的是一项值得克服的艰难挑战;另一方面,笔者作为公法研究者却参与《近代私法史》的翻译工作,其中牵涉诸多情缘,希望藉此致谢。

《近代私法史》牵涉内容之广泛,读者可以在译著的“导读”里很快得到证实;藉着“导读”的摘要、概述,希望能帮助读者克服难以概观的困难。在此想说明的是文风上的特色。就此,Reinhard Zimmerman 教授为本书的英译本^{〔2〕}所作的序言里有简短但精确的说明,笔者既然不能说得比他更好,为了读者的利益,直接加以引用也许是比较正确的策略。他指出,《近代私法史》不是容易读的书,因其所运用的语言形式本身就显示其

〔1〕 Walter Benjamin 以另一种带诗意的说法表达同样的意思:翻译“这个文学形式被赋予之任务”,“是去守护看顾原文的成熟过程,以及翻译自身出生之阵痛”。转引自吴睿人翻译, Benedict Anderson 之《想象共同体:民族主义的起源与散布》(1999 年)的“译后记”。附带一提,笔者认为这是一本精彩译著,译文充分显示(吴睿人先生在其“导读”里提及的)原著“困难而优雅”的风格。

〔2〕 A History of Private Law in Europe, with particular reference to Germany, translated by Tony Weir, 1995. 在此要特别感谢政治大学法学院陈惠馨教授惠予提供这本英译。

处理对象的复杂性,并且充斥非常细致的细节描述(为此必须花力气去理解);然而,读者可以得到的补偿更多。因为作者显然是以惊人的、不断的努力,运用他对这个议题具有的大师技艺以及,应该是青年才会有的狂热来呈现这个作品。书内充满方法上的反省、让人赞叹的旁论(例如“持续性”的概念、“继受”的构想,或关于民法“总则”的问题)以及,(对格老秀斯、萨维尼、耶林等法思想家)纤细优美的传记。然而,它们不是无条理的混合,F. Wieacker 思想上的“金线”贯串全书,书中处处显示,他就是想说一个欧洲法思想发展的故事。这个工作背后更根本的考量是对于正义的关怀,他想指出,过去诸多世代的法律家如何在时空条件限制下去追求这项理想的。最后,R. Zimmerman 教授也指出,本书二版(这是翻译所据版本)刊行(1967年)以来已近三十年(在2004年的今日则已逾三十年),私法史研究当然诸多进展,然而,像《近代私法史》那样提供欧洲私法史的整体图像者,尚未之见;这同时也正当化了译者们对翻译对象的选择。

最后要提及译者们彼此,以及与本书的遭际相逢。在此一开始就应该指出,笔者负责本书前四部,过度早逝的黄建辉教授则负责第五部与第六部的翻译;各自完稿之后,在思考应如何整合译稿以维持原著的统一性时,黄教授为癌症所困,经笔者请求,黄教授同意将整合,乃至必要的校订工作交付本人。然而,因为原著的体系阔、文字致密,再加上笔者自身公法任务的牵绊,校订相关工作竟不能在黄教授辞世前完成,深感愧对良友,此项工作的进行也更加迟滞;如今希望在务期谨慎心情下提出的完稿,能够不辜负黄教授当时的付托。希望读者也能谅解笔者说明一下,黄教授参与此项翻译工作的颠末。黄教授与笔者都是在中兴大学法律学系接受最初的法学训练,他是晚我一届的学弟。但初次相识时,我已经大学毕业方才考进中兴大学法律学研究所;当时他邀请我到民生东路、敦化北路口的麦当劳,谈论应如何准备研究所考试的问题。开始这项翻译工作时,他任教于中原大学财经法律学系,有鉴于他在法学方法、民法上的专长,笔者邀请其参与,他(因为对学姊的客气)一诺无辞;即使在转赴高雄大学筹备处负责繁杂的总务工作后,他仍然勉力完成本书第五部、第六

部的翻译。追抚前尘,面对他交付的译稿,至今仍感怅惘。

然则,笔者身为公法研究者,何以会动念翻译《近代私法史》?笔者常自谓是基础法学长久的业余爱好者^{〔3〕},而如前所述,本书的目标其实是在开展一个欧洲法思想的发展史(虽然运用的是私法的素材)。因此,当1993年冬天,我依照(博士口试里负责民法部分的)Uwe Blaurock教授的要求阅读《近代私法史》时,真是如醉如痴;在一些谈到艺术风格的部分,又得以请教读艺术史的室友陈静文,对于同一时代思潮如何在不同文化媒介里显示其风格,更觉恍然。因此机缘,在Karl Larenz的《法学方法论》译著完成后,五南图书负责法律书籍的李纯聆小姐询及,假使要继续翻译法律经典名著的工作的话,进一步的选择为何时,我不假思索地建议F. Wieacker的《近代私法史》;在李小姐提议就由我自己承担这项工作时,我也就邀约黄建辉教授一起进行。在此也要特别感谢五南图书与李小姐对于译著(主要归因于笔者之)迟缓的谅解与耐心。

由初识原作到完成译著已经十年,地理上也正好显示出笔者与哥廷根(Göttingen)和台北两处的深刻联系。哥廷根大学法学院诸多师长对于我们外籍学生的极为关怀、乐于协助,但在学术要求上却不容假借的风格^{〔4〕},我至今仍深为感谢并奉为圭臬。以往的中兴大学法律学系、法律学研究所诸多老师提供笔者友好且丰富的法律养成训练,今日的台北大学法学系接纳我成为其中一员,在此结识的名威、宗典、易璋、芷瑜与明谊,他们的协助校对工作,所有这一切都让我深刻体会此处温馨且自由的学术氛围。因为有这么多方的助成,笔者才有能力理解并传述(先前同样是哥廷根大学法学院一员之)F. Wieacker教授的巨著。

本书英译者Tony Weir教授在他的译序里虽然提及“与克服困难或免除痛苦相比,获得成果的快乐实不成比例”。但笔者却极为庆幸自己对翻译对象的选择;因为翻译原著所获得的视野上的成长、历史观照上的恍

〔3〕我非常尊敬的硕士论文指导教授城仲模老师(在我年轻时)一再正确地谆谆教诲,比较适当的研究路径可能是从具体探索到抽象思考,柔和地阻止我贸然选择基础法学的研究路径。

〔4〕我极为仰望的博士论文指导教授Christian Starck老师经典地展示此一风格。

然,确实值得付出那样的代价。应该明确指出的是:T. Weir 教授的英译绝非晦涩之作,在翻译过程里,笔者亦由此获益良多;此外,我也同样参照了 T. Weir 教授的考量,省略了许多包含诸多(中文读者无从参照之)德文文献、无涉实质内容之进一步说明的原著脚注。译著以边码显示原著的页码,以方便能阅读德文原著者参照;这部分的编排工作是仰赖五南图书的协助而完成的。

陈爱娥

2004 年夏天

于蕙荪北楼研究室

导 读

陈爱娥

新的文化承载者接受一些有持续性的要素,同时也导致它们的变异:
每回历史上的相遇,都是有创意的误解(F. Wieacker)

译者前此在导读拙译 Karl Larenz 的《法学方法论》时曾指出,“经典学术著作的作者常具有说理明畅的能力,因此通常不须导读为其蛇足”;然而,基于我们对法学方法论的陌生与原著篇幅不小的考量,当时仍不揣浅陋勉以导读代译序。如今,面对一本时间纵深数百年,关照层面不仅及于法律的学术、立法与司法实务,更及于其时代人文精神之前提要件的宏伟(并且论述精致)的巨著,忐忑不安的心境更胜于前。应该为了藏拙,请读者自行涵泳浸润? 还是应该为了鼓舞读者不畏原作者的博闻多识、致密文风,以(基于译者的责任)曾经反复阅读原著数次之读者的立场,提供自己所得经验,使更有领悟力的读者能直探骊珠,更容易体会原作者在极度审慎、极有说服力的论述下包含的热情——一方面肯定所有在各该情境下提供原创性贡献者的努力,另一方面,综合整理“前此已发现者的信息”,使“后来者(在追求正义的途径里)得藉此避免歧路与迂回”? 译者最后选择写一篇导读的考量其实是质朴的——作为译者,如自认已理解原作者的苦心孤诣,又岂能不尽媒介之功能? 如是,这篇导读的目标也非常单纯——为了使读者更容易理解原著,希望能以尽可能简短但足够清楚的方式,忠诚地指出原著的架构与论述主轴;因此,译者并未参杂己意于其中,此宜先叙明。

论述架构的建立：“近代私法史”的任务、探讨范围与分期

原著以“近代私法史”为题，即使已经用“以德意志的发展为观察重点”的副标题加以限制，其可能指涉的范围仍然甚广，应如何界定其观察对象？此外，这段历史应根据何等观点划分不同时期来探讨？都是决定整本著作根本架构的前提问题，它们的答复取决于“近代私法史”的论述任务为何。

作者一开始就指出，近代私法史必须处理今日私法在人文精神、学术上的前提要件，为此必须观察近五百年来德意志私法的整体发展，并且始终关注其与整个欧洲法律文化的纠结关系。为此撰写的私法史是一部近代法学思想及其如何影响近代国家、社会发展的历史，而非制度史；作此选择的依据是作者对法律史的理解。他认定，法律史的认识任务在于我们的存在本身的历史性，因此，举凡与人类法律经验有关的历史，都会成为它的研究对象，而不能局限在法律制度本身。

在这样的任务理解下，作者界定其探讨对象的范围，涉及的主要是欧洲与德意志的关系。与其副标题精神相符，作者没有放弃哪一方。有鉴于欧洲几个主要国家里就有多样化的发展与原著本身界定的特别任务，作者将论述限制在德意志的事实关系上；虽然如此，考量到欧洲历史发展（就私法史而论）具有的整体性，在所有重要阶段都必须由欧洲整体脉络出发才能真正理解它，因此，在关键之处，仍将对欧洲整体脉络作详细的说明。

在形式上就形塑了本书架构的是近代私法史的分期。就此，作者确信，私法史上每个历史时期的发生，都源自欧洲思想方法上的新见；由此引申，德意志私法史发展阶段的划分也源自欧洲法律思想上的四个重大转折：十二至十四世纪间欧洲法学的发生。它开端于优帝法典的重新发现。在中世纪盛期之初，由古代晚期汲取来的解释、教学方式被转用到学习优帝法典上时，欧洲的法学就产生了。在这种训练中养成的法律家在公共生活里占有支配性地位，这点造成我们理性地讨论法律事务问题的特质。而当我们提及，西欧与中欧在十三世纪至十六世纪间“继受”罗马法时，所意味的也只是这种学术、社会事件在地域上的扩展。十七、十八

世纪之间,理性主义的自然法发生并取得精神文明上的支配力。这种理性法为宪法理论、政治与法律基本原则奠定乌托邦的意识形态特质,从十八世纪末叶起,它促成一系列现代立法者最早有计划的创作。十九世纪期间的中欧,一方面新兴市民阶层本于文化自觉起而反抗专制计划者的监护措施;另一方面,苏醒的历史意识及浪漫主义起而反对启蒙运动晚期(对历史抱持敌意)的法律信仰及法国大革命。其结果是:历史法学派在民法学上的表现——学说汇编学变成市民法治国中,进步、扩张之营利社会的工具;它还促成实证主义的(第二波)欧洲法典化潮流,最先是1900年的德意志民法典,其次是1907--1911年的瑞士民法典。而最终,学说汇编学也就在这两个法典中趋于寂灭,代之而起的是法律实证主义。最后是二十世纪里实证主义的崩溃和法律危机。一旦官僚、立法者摆脱了法律确信的束缚,法律成为竞逐利益的工具,实证法律也就失去公共意识对它的确认;如今赋予新法律意识的各种努力,正是要寻找正义的代替品。除了“继受”阶段分成两部(第二部、第三部)来处理外,作者在本书正是依序分部来处理前述不同时期的发展。我们先观察作者如何说明欧洲法学的起源。

欧洲法学的起源:近代私法史里的中世纪基础

与他对私法史任务的理解相符合,他认定,欧洲法秩序的渊源存在于中世纪早期罗马-日耳曼社会的根本生活形态以及,古代晚期留给这个社会的三大秩序力量;西罗马帝国组织的残余、拉丁教会与古代晚期的学校。他非常优美地指出,借着有体系地运用(古代晚期学校中教授的)初级三艺中的逻辑论证手段来理解伦巴底法制时,特殊的法学目标终于在十一世纪的 Pavia 学校出现;然而,依据比较无争议的说法,法学在 Bologna 产生。这个欧洲法学的滥觞之地,其有利之处在于她特殊的地理位置,她是上意大利诸城早期经济、政治繁华时最富有、最有活力的城市。城市的兴起创造了一个进步的社会,她要求,对于法律事实应该作智性的掌握;此外,她也促进了政治的自信与世俗知识分子的养成。然则,其何以选择罗马法作为智性掌握的根据?作者指出,因中世纪将古代前文明认定是自己生命中标准、永恒的形象,而罗马法事实上也采纳了古代