

# 罗马法、当代法与欧洲法

现今的民法传统

〔德〕赖因哈德·齐默尔曼

常鹏翱

译

Roman Law, Contemporary Law, European Law

The Civilian Tradition Today

法译馆·讲演集

北京大学出版社



# 罗马法、当代法与欧洲法

现今的民法传统

〔德〕赖因哈德·齐默尔曼 / 著  
常鹏翱 / 译

Roman Law, Contemporary Law, European Law  
The Civilian Tradition Today



北京大学出版社



著作权登记号:01-2006-7529

图书在版编目(CIP)数据

罗马法、当代法与欧洲法:现今的民法传统/(德)赖因哈德·齐默尔曼著;常鹏翱译. —北京:北京大学出版社,2009.9

(法译馆·讲演集)

ISBN 978-7-301-15675-9

I. 罗… II. ①齐… ②常… III. 民法-研究-欧洲 IV. D950.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第145622号

书 名: 罗马法、当代法与欧洲法:现今的民法传统

著作责任者: [德]赖因哈德·齐默尔曼 著 常鹏翱 译

责任编辑: 薛颖 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-15675-9/D·2393

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](mailto: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: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

890毫米×1240毫米 A5 6.875印张 184千字

2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷

定 价: 15.00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](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 《法译馆·讲演集》编委会

主 编 易继明

编委会成员 (按照拼音顺序排列):

常鹏翱 陈绪纲 杜 颖

李红海 渠 涛 涂永前

许德峰 易继明 邹记东

## 译者导言

---

正如书名所示,本书的三讲内容分别专注于罗马法学、当代德国法和欧洲私法,以表征民法的过去、现在和将来。借助于视野宏大的背景鸟瞰和细致入微的事例分析,本书以德国法为基点,从历史和制度的双重维度,深度挖掘了这三个关键词,揭示出法律和法学在历史演进中的延续性,对它们之间的关联性做了正本清源式的检视。从文字多少来看,这无疑是本小册子,但其丰富的认知脉络和深厚的知识铺垫,告诉我们它绝对是本耐读的大书。就此而言,极其简略勾勒其大致的这份译者导言,只是横在读者诸君面前的小门槛,跨过它而直面其后的智识汪洋,才是您阅读之旅的开始。

---

第一讲描绘了《德国民法典》改变人们的法律观念、把罗马法从当代法学中解放出来的过程,旨在阐明法律史在19世纪的德国是如何与现代法律学理失去联系的。

正文开篇以法国、荷兰、普鲁士和奥地利为例,描述了始自18世纪晚期欧陆的自然法典化与罗马法之间的关系,由此,我们看到,虽然法典化有隔离罗马法直接适用性的努力,但这种努力似乎付诸流水,无论法学理论还是法律实践均离不开作为根基的罗马法。罗马法“第三次复兴”成为客观事实,同时也促成了

跨国界的法律共同体。此情此景离不开主导 19 世纪德国法学的历史法学派的作用。该派创始人 Savigny 强调现在和过去之间至关重要的联系,并从现代学说的视角来解析罗马法,这制造了学术目的既是历史的也是学理的自我悖论。之后,在学理和历史之间,历史法学派的传承者对前者更有兴趣,潘德克顿学派因此衍生而出,它在罗马法研究方面独尊私法,却不能清晰认知历史真相。

罗马法在学者眼里成了法律史,不再受制于当代需要。Otto Lenel、Ludwig Mitteis、Emil Seckel 是此方面的领军人物,其学术传人更将这种事业发扬光大,近代私法史成为学术追逐对象即为适例。无独有偶,日耳曼法律史的研究也被历史化。这是一种新人文主义转向,法学不再是先前的历史法学。在众多学人的深入研究下,罗马法诸经典文献恰似被榨干的柠檬,后来者需要新鲜的莲花,通路是通过罗马法而超越罗马法,罗马法被转化为德国民法的法典化知识储备,Windscheid 成功地做到这一点。同时,罗马法与当代法相互分离,过去和现在不再有关联,潘德克顿法学陷入了源自罗马法但非法律史的两难困境。此外,兴起于 19 世纪 30 年代的实证主义对割裂私法和法律史之间联系的进程起到特别重要的作用,它为法律实证主体提供了生存和蔓延的土壤。

在此背景下,诞生在 19 世纪末、实施在 20 世纪初的《德国民法典》应是终结罗马法正统性的致命一击,它被视为德国法律史的转折点,是新法和旧法的分界线,无论大学教育、法学研究还是官方立场,均意在弘扬民法典而降低罗马法,这就是所谓的通过分离罗马法和现代法获得解放。

### 三

针对《德国民法典》是否把当代法律学说从罗马法中解放出来这个问题,第二讲指出,法典化影响了人们的思维,但并未切断现在与此前法律史的联系,法院判决和法律学术均为明证。

基于德国帝国法院的典型判例,第二讲着重分析了在《德国民法典》的支配下,帝国法院在判决上的为或不为及其传承的历史传统。在此,作者选择了《德国民法典》第823条第1款保护的客体范围、交往安全义务、为他人的责任、情势变更原则、一般的欺诈抗辩、缔约过错、积极违约和第三人损害,逐一进行了简要的历史梳理,客观展示了民法典表达和法院实践的分离,而这种分离正源自既往的经验。比如,在侵权行为法保护客体方面,《德国民法典》第823条第1款堪称《阿奎利亚法》的现代版本,而阿奎利亚责任经历数世纪的发展,在1900年之前一直被帝国法院运用,德国法的这一款应是该传统的一部分。又如,《德国民法典》未明文规定第三人损害清偿,但帝国法院延续了共同法传统,以之来解决问题和发展法律。

制度发展的历史延续性因此表露无遗,而《德国民法典》无非是延展着的传统中的一个阶段,不是隔离过去和现在的分割点。在时间流逝中,《德国民法典》蜕变为历史文件,它所不能解决的新问题,要由法院和立法者解答,为此就不得不调整法律,但这项工作依据的均是过去的思维模式,它们也由此成为进展着的传统的一部分,这意味着,只能从历史的视角来理解当前的法律状况。而且,《德国民法典》及其后的判例法都根基于共同法,共同法又以罗马法为基础,故而,要理解现在和过去之间至关重要的联系,就不得不找寻罗马法。

这种分析论证表明,法律史有助于人们理解现代法,它解释了法律何以如此的原因,为现代法设置了得以立足的前提,是对现代法律学说的发展和法律改革都有价值的资源,还揭示出错误转点何在,进而避免后人不再重复错误。特别在私法和私法学术欧洲化的背景下,现今的历史法学又多了一层意义:它既使人们看到不同国家法制之间的共同基础,并理解当中的差异,还使人们认识到法律发展不宜受制于不同国家的界限,同时,它还是比较法学的基础,为欧洲法律文化的重建铺平了道路。

## 四

第三讲集中论证了现在和过去之间至为重要的关联，这既适用于某个国家的法律体系，还适用于正在形成的欧洲法；同时强调了法律史和比较法之间的智识联系，即法律史不仅表明了私法学说的发展，还是比较法的基础，欧洲私法需要将这二者融为一体。这些论证得到诸多例子的支持，而几乎所有的例子都强调民法和普通法之间的关联，这也是本讲论述的焦点之一。

在展开集中论述之前，作者以民法和普通法的关系为引子，阐述了两者的实质一致性，即有不少法律人理解并精通它们，还有不少民法学家和普通法学家在一系列欧洲项目上有成功的合作；它们均受到罗马法、教会法、本土习惯法、领地法、商人法和自然法理论的影响；欧洲私法的特征是其规则和方案的多样化，但基础框架是智识的基本统一。

比较法考察不能只对比不同法制的经验，还要考究现代规则的历史发展，即比较证明离不开历史解释，在此意义上，法律史是理解当前法律状况的手段。这一结论得到了返还对他人财物的受益、抵销、买受人负担风险和隐蔽瑕疵责任的证明，它们在以德国法为中心而与其他法律的比较中存在不同面目，但根源在罗马法，在这种法律史考察中，对现有规范合理性的评估有了更明晰的线索。在此基础上，以他人的侵权责任为例的考察，再一次表明罗马法所促成的法律观念的发展超越了法系和国界，有了一般化的特征。

纯正欧洲法学得以产生的最重要前提，是在民法和普通法之间确立智识关联，而融合欧洲法律传统这两个分支的混合法制——以南非和苏格兰为典型的第三种法族——为此提供了经验，由此看出，法院和立法者要应对共同法和普通法的历史渊源，并因此面对源于民法和普通法相互关联所产生的特别问题和挑战。不仅如此，如今欧洲各国的私法都能被界定为混合法制，对遗嘱执行人的历史分析对此有充分的证明力。

信托被视为英美法系的独特制度，但历史考察指出，它大体



上是法律实践的创造,发展模式类同、社会环境相似、法律资源相同、功能一致均有力地证明了,信托实际上一个一般化的欧洲论题,只不过显得特别英国化而已。对苏格兰和南非的信托考察则表明,它们采用的是民法的信托形式,且苏格兰模式对欧洲信托法原则有深远的影响。对被视为民法特有制度之诚信规则的分析,也指出两大法系的本质隔离不过是一幅虚设的画面。此外,以法源为考察对象的分析,同样表明两大法系之间的共同性,不仅先例在大陆法系占据了重要地位,而且它们在法律解释上的思考模式也相当协调,并且是在一种共同的法律传统基础上重建智识共同体的协调。

概括说来,19世纪的德国法学家确信,尽管他们面对纷乱繁杂、多元迥异的法律,但共同的传统还是能创造出一个基本的智识共同体的,重塑这种确信对私法欧洲化的进程至关重要,第三讲通过以上分析,努力在论证如何做到这一点。

## 五

本书以英文写成,但中间夹杂了不少拉丁语、德语和法语词汇,至少在形式上,这种语词多元性相当到位地配合了作者极力强调的法律史和比较法的契合,给读者描绘了一幅立意高远、工笔繁多、色彩丰富、架构复杂、布局缜密的欧洲法律画卷。显然,缺乏足够的语言能力,难以真正读懂这本书并予以忠实地移译。对译者而言,这恰好是不幸的事实。不过,幸运的是,这种不足借友人之力——澳门大学法学院唐晓青教授和华东政法大学金可可教授分别解释了某些拉丁语和法语词汇,华中科技大学法学院李红海教授提供某些拉丁语词汇的翻译,法国巴黎第一大学李滨博士澄清了某些法语词汇的含义——得到填补,从而使本书的翻译能顺利完成,在此对他们致以最真挚的感谢。

常鹏翱

2009年8月6日

## 序 言

1999年10月,我在牛津大学主讲 Clarendon 讲座,本书是这些演讲的基础。对于所有莅临讲座以及投身于研讨的人,我不胜感激。同时,John Louth 先生以及牛津大学出版社安排讲座事宜,并为本书的出版提供了周到而高效的支持,在此我一并表示感谢。不过,最诚挚的感谢要给 Peter Birks,感谢他的热情好客、恒久眷顾和绵长友情。

本书所引用的德文书籍、文章以及法院判决的内容均已译为英文,除非特别提及,它们均出自鄙人之手。

赖因哈特·齐默尔曼

2000年3月

## 缩略语表

A	Appellate Division of the South Africa Supreme Court 南非最高法院上诉法庭
ABGB	<i>Allgemeines Buererliches Gesetzbuch</i> 《奥地利一般民法典》
AC	Law Reports, Appeal Cases 《上诉案件判例汇编》
AcP	<i>Archiv fuer die civilistische Praxis</i> 《民法实务档案》
AD	South African Supreme Court Appellate Division Reports 《南非最高法院上诉法庭判例汇编》
ADHGB	<i>Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch</i> 《德国一般商法典》
All ER	All England Reports 《全英判例汇编》
ALR	Australian Law Reports 《澳大利亚判例汇编》
<i>American JCL</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i> 《美国比较法杂志》
App Cas (HL)	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords 《上议院上诉案件判例汇编》
art(s).	article(s) 条款
B.	Baron 男爵
B & Ad	Barnewall and Adolphus' Reports, King's Bench 《巴恩沃尔和阿道弗斯王座法庭判例汇编》

B & Ald	Barnewall and Alderson' Reports, King's Bench 《巴恩沃尔和奥尔德森王座法庭判例汇编》
B & C	Barnewall and Cresswell' Reports, King's Bench 《巴恩沃尔和克雷斯维尔王座法庭判例汇编》
BGB	<i>Buergerliches Gesetzbuch</i> 《德国民法典》
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> 德国联邦法院
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i> 《德国联邦法院民事判例集》
Burr	Burrow's Reports, King's Bench 《波罗王座法庭判例汇编》
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> 《荷兰民法典》
C	Cape Province Division of the South African Supreme Court 南非最高法院好望角省法庭
CA	Court of Appeal 上诉法院
cap.	<i>caput</i> 人
CB	Chief Baron 法院的首席法官
Cels.	<i>Celsus</i> 杰尔苏
Ch D	Law Reports, Chancery Division 《大法官法庭判例汇编》
CJ	Chief Justice 首席法官
col(s).	column(s) 专栏
Cowp	Cowper's King's Bench Reports 《考珀王座法庭判例汇编》
CP	Common Pleas Division 高等民事法庭

CPD	South African Law Reports, Cape Provincial Division 《南非好望角省法庭判例汇编》
D. <i>Digesta</i>	《学说汇纂》
DJZ	<i>Deutsche Juristenzeitung</i> 《德国法律人报》
Doug	Douglas' King's Bench Reports 《道格拉斯王座法庭判例汇编》
EDC	Eastern District Court Reports, Cape of Good Hope 《好望角东区法院判例汇编》
El & Bl	Ellis & Blackburn's Queen's Bench Reports 《埃利斯和布莱克本王座法庭判例汇编》
El Bl & El	Ellis, Blackburn & Ellis's Queen's Bench Reports 《埃利斯、布莱克和埃利斯王座法庭判例汇编》
ER	English Reports 《英国判例汇编》
ERPL	<i>European Review of Private Law</i> 《欧洲私法评论》
Ex.	Exchequer 税务法庭
Gai.	Gaius; Gaius' <i>Institutes</i> 盖尤斯;《盖尤斯法学阶梯》
Gruch	<i>Beitraege zur Erlaeuterung des deutschen Rechts, begruendet von J. A. Gruchot</i> 《德国法注释文集》(J·A·格鲁霍特创设)
H & C	Hurlstone & Coltman's Exchequer Reports 《赫尔斯通和科尔特曼税务法庭判例汇编》
HansOLG	Hanseatisches <i>Oberlandesgericht</i> 汉萨地区高等法院
H Bl	H. Blackstone's Common Pleas Reports 《H·布莱克斯通高等民事法庭判例汇编》
HL	House of Lords 上议院

HLC	Clark's House of Lords Cases 《克拉拉克上议院判例集》
HRG	<i>Handwoerterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte</i> , ed. Adalbert Erler and Ekkehard Kaufmann (1971 ff.) 《德国法律史词典》[阿德尔伯特·爱尔勒和埃克哈德·考夫曼编(第1971页以下)]
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i> 《国际法和比较法季刊》
Inst.	<i>Institutiones Iustiniani</i> 《尤士丁尼法学阶梯》
J	Judge 法官
JA	Judge of Appeal 上诉法官
JhJb	<i>Jherings Jahrbuecher fuer die Dogmatik des buergerlichen Rechts</i> 《耶林民法教义年刊》
JLH	<i>Journal of Legal History</i> 《法律史杂志》
JR	<i>Juridical Review</i> 《法学评论》
JuS	<i>Juristische Schulung</i> 《法学教育》
JW	<i>Juristische Wochenschrift</i> 《法学周报》
JZ	<i>Juristenzeitung</i> 《法律人报》
KB	Law Reports, King's Bench Division 《王座法庭判例汇编》
Ld Raym	Lord Raymond's King's Bench Division 《雷蒙德勋爵王座法庭判例汇编》
lib.	<i>liber</i> 书籍
Liv.	<i>livre</i> 编

LQR	<i>Law Quarterly Review</i> 《法律评论季刊》
LR HL	Law Reports, House of Lords 《上议院判例汇编》
LR QB	Law Reports, Queen's Bench 《王座法庭判例汇编》
Macq	Macqueen's House of Lords Reports 《麦克奎恩上议院判例汇编》
M & W	Meeson and Welsby Exchequer Reports 《米森和威斯比税务法庭判例汇编》
Menz	Menzies' Cape of Good Hope Reports 《孟席斯好望角判例汇编》
MR	Master of the Rolls 主事官
n(n).	note(s) 注释
NDB	<i>Neue Deutsche Biographie</i> 《新德国传记》
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> 《新法学周报》
NLR	Natal Law Reports 《纳塔尔判例汇编》
no(s).	number(s) 号
OAG	<i>Oberappellationsgericht</i> 州上诉法院
OLG	<i>Oberlandsgericht</i> 州高等法院
OPD	South African Law Reports, Orange Free State Provincial Division 《南非奥兰治自由邦法庭判例汇编》
OR	Official Reports, High Court of the South African Republic; <i>Obligationenrecht</i> (Switzerland) 《南非共和国高等法院官方判例汇编》;《瑞士债法》

<i>Oxford JLS</i>	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i> 《牛津法律研究杂志》
Paul.	Paulus 保罗
PECL	Principles of European Contract Law 《欧洲合同法原则》
PICC	Principles of International Commercial Contracts 《国际商事合同通则》
Plowd	Plowden's Commentaries or Reports 《普罗登判例注评》
pr.	<i>principium</i> 原理
prALR	<i>Allgemeines Landrecht fuer die preussischeen Staaten</i> 《普鲁士一般邦法》
QB	Queen's Bench Division; Queen's Bench Reports 王座法庭；《王座法庭判例汇编》
<i>RabelsZ</i>	<i>Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht</i> 《拉贝尔外国私法和国际私法杂志》
RGZ	<i>Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen</i> 《帝国法院民事判例集》
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale des droits de l'antiquité</i> 《古代法国际评论》
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit compare</i> 《比较法国际评论》
ROHGE	<i>Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts</i> 《帝国高等商事法院判例集》
s.	section 条
SA	South African Law Reports 《南非判例汇编》
<i>SALJ</i>	<i>South African Law Journal</i> 《南非法律杂志》



Salkeld	Salkeld's Reports, King's Bench 《索尔凯德王座法庭判例汇编》
SAR	Reports of the High Court of the South African Republic 《南非共和国高等法院判例汇编》
Saund	Saunders's King's Bench Reports 《桑德王座法庭判例汇编》
SC	Session Cases 《庭审判例汇编》
SC (HL)	Session Cases, House of Lords 《上议院庭审判例汇编》
Sect.	Section 节
SeuffArch	<i>Seufferts Archiv fuer Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten</i> 《德国各州高等法院判例资料集》
THRHR	<i>Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg</i> 《当代罗马—荷兰法杂志》
tit.	title; titulus; titre 标题; 名义; 编号
TPD	South African Law Reports, Transvaal Provincial Division 《南非德兰士瓦省法庭判例汇编》
TR	<i>Tydskrif voor Rechtsgeschiedenis</i> 《法律史杂志》
tr.	translated 翻译
TS	Reports of the Transvaal Supreme Court 《德兰士瓦省最高法院法律汇编》
TSAR	<i>Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg</i> 《南非法律杂志》
Ulp.	Ulpian 乌尔比安
Vaugh	Vaughan's Common Pleas Reports 《沃恩高等民事法庭判例汇编》