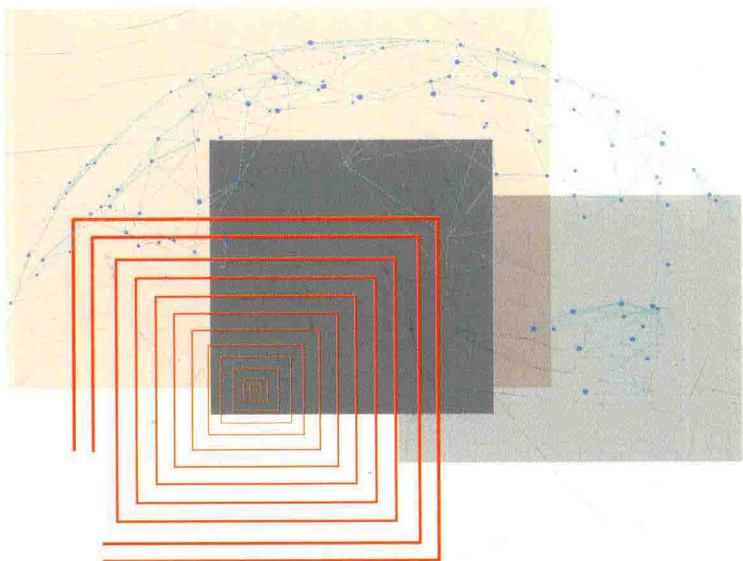


全球法律史丛书
Chinese Series of Global Legal History



全球法律史导论

〔德〕托马斯·杜斐 著



012-1097

商务印书馆
The Commercial Press

全球法律史丛书
Chinese Series of Global Legal History



全球法律史导论

An Introduction to Global Legal History

〔德〕托马斯·杜斐 著

李富鹏等 译 高仰光 校



商务印书馆
The Commercial Press

2019年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

全球法律史导论 / (德) 托马斯·杜斐著; 李富鹏,
曹高君, 高仰光译. —北京: 商务印书馆, 2019
(全球法律史丛书)
ISBN 978-7-100-17905-8

I. ①全… II. ①托… ②李… ③曹… ④高… III.
①法制史—研究—世界 IV. ① D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 234652 号

权利保留, 侵权必究。

全球法律史丛书

全球法律史导论

〔德〕托马斯·杜斐 著

李富鹏等 译 高仰光 校

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

南京鸿图印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-17905-8

2019 年 11 月第 1 版

开本 889 × 1194 1/32

2019 年 11 月第 1 次印刷

印张 5%

定价: 24.00 元

全球法律史丛书

学术委员会

(按姓氏笔画排序)

王志强 苏基朗 李秀清 邱澎生
张 生 张仁善 聂 鑫 梁治平

主 编

托马斯·杜斐 李富鹏

时代、空间与学术：全球法律史的中国写作

李富鹏*

非西方：中国法律史的空间预设

近年来，无论东西方，法律史学都对自身的学术贡献发起了不同程度的反思。中国学界主要围绕法律史的学科定位：史学化的法律史学将法律作为文化的一种现象，属于通史（general history）的一部分，而法学领域的法律史学则不仅要对法律进行历史解释（historical legal interpretation），还肩负从历史（时间）维度建构法学基本理论（historical legal theory）的使命。因此，对于法律系的法律史学而言，真正的危机或许在于，当历史上的法不再具有合法性，探究历史上的法的历史方法便不再理所应当。法律史学家迪特·西蒙（Dieter Simon）强调，罗马法如何重塑现代法的学术议题，已然宣布了罗马法律史的终结。换言之，对于近代民族国家而言，史学的时间延展性与法学的规范结构（空间）感之间，存在着某种本质性张力。对于走向民族国家的近代中国而言，我们一直将 19 世纪以来的民族国家、法典化与实证法学作为静态假设。最终，没有历史的（静态）西方法律，造成了没有法律的中国历史。

* 法学博士，德国马克斯·普朗克欧洲法律史研究所研究员。

我们不仅身处民族国家的近代,而且深陷欧洲中心主义之空间与思维依赖。从1904年梁启超发表《论中国成文法编制之沿革得失》,一直到寺田浩明的“非规则型法”与黄宗智的“非正式性”,我们一直以一种“非西方”的空间范式,建构着中国法律史的对抗性二元表述。当下的法律同仁,虽然未必认同梁启超的论断,却仍大致分享着他百余年前的心态,一种共通的时代心境。19世纪以来,“法”概念的实证主义倾向,法秩序的法典化表达,同构于民族国家的空间想象。近代中国的重重危机,不仅重塑了中华民族的国家叙事,也强化了国家主权的清晰边界。在现实领土与观念认同的边界内外,不仅存在着自我与他者的对峙,更暗含着以谁为中心的世界再造。因此,近代以来的欧洲中心论,并不只是学者的思维怠惰,而同样包含了对自身法律秩序的空间续造。但是,一种主流的时代眼光聚焦于时代议题的同时,自然会造成相应的夸大与失真。具体到中国法律史学,则多是依据西方标准的自我裁断,无论批判扬弃或自我标榜,只是略因一时风尚而稍显不同。归根结底,那个潜在的欧洲(或西方)一直在场。因此,当我们开始反思法律史的学术贡献时,能否换个思路,追问我们是否到了更换另一种空间想象的时刻?

当然,对法律之欧洲中心主义的克服,并不是简单地去中心、反中心,或另树一个中心,而是展开关于法律世界的全球想象。任何一种中心主义的观察、叙述与历史书写,都会造成其他地区的虚化。因此,全球法律史的重点并不是空间的尺度,而是空间的连接方式,呈现出法律交换(exchanges)与碰撞(en-

counters)的细密网络。全球法律史不是另一种世界主义叙事(cosmopolitan narrative),而是采取地方性视角——类似印象派的点彩画派或传统中国的散点透视,消解民族国家所固化的中心与边缘,关注各区域之间的沟通本身。因此,全球法律史关于“法”的概念,不仅超越了主权者立法的制定法范畴,并且以“复规范性”(Multinormativity)的学术范式进一步取消了“法”概念的本体论内涵。因此,无论在欧洲之外,还是前现代或后现代之欧洲本身,溢出狭义“法”概念的各种规范性,都成为可以被理解和讨论的对象。如果法律史学的空间感从民族国家置换为全球想象,中国法律史学的学术正当性便自然脱离了任何中心主义的叙述,不仅解放于法律的欧洲标准,而且舒缓了所谓的自身传统。但是,由于任何视角所必然带有的偏狭,全球法律史的中国写作并不是一种替代性方案,而只是一种补充性视域。

从欧洲到全球：马普所的空间转向

欧洲学者同样不断追问法律史学的空间感,以锚定学术议题的边际性。其中,坐落于法兰克福的马克斯·普朗克欧洲法律史研究所(MPIeR)的空间范式转变,具有一定的代表性。1964年,科英(Helmut Coing)以“欧洲法律史”取代“比较法律史”的空间预设,创立并命名该机构,以近代欧洲私法史研究而富有盛誉。从民族国家到欧洲的空间转变,除了二战后德国的认同危机,还在于为欧洲一体化进程提供法律沟通的历史基础。西欧、中欧诸

国的政治一体化是与欧洲人民生命攸关的问题(Lebensfrage),每一个力图促成这个伟大目标的作品,都将对欧洲人民的法律秩序产生影响。同样,欧洲政治、经济一体化也会对欧洲国家现行法律秩序产生反作用。科英以欧洲概念突破萨维尼的民族精神,但是关于时代的学术判断,科英或许是萨维尼最深刻的继承者。他将20世纪60年代的欧洲视为18世纪的法国、19世纪的德国,这是一个法学家对未来负有使命的时代。面对时代使命,必须全面思考欧洲法律的传统、当下与未来,而这一番重新思考,又必须为欧洲一体化贡献法律的共同基础。如果说科英在1967年《共同法》(*Ius Commune*)杂志第一期上发表的《作为统一研究领域的欧洲近代私法史》,可以视为其学术宣言——强调欧洲近代私法被大量因素所共同塑造,并且基于共同传统的欧洲私法并不因诉诸民族精神而切断亲缘;那么《从博洛尼亚到布鲁塞尔》一文无疑代表了科英对学术使命的空间意象——重拾分化、隔绝甚至充满敌对的欧洲,以欧洲法学教育促成法律体系一体化,培养法律思维的共通性,在欧洲各国的不同素材之间实现一致性的法律解决方案。

1980年,威尔海姆(Walter Wilhelm)与西蒙共同继任所长,开启了马普所的双所长制。威尔海姆曾是科英的主要学术协助者,因而延续着科英的研究议题;施托莱斯(Michael Stolleis)于1991年接任威尔海姆,延续了科英关于“欧洲”的空间预设,并将研究议题延伸至公法史领域。西蒙的研究重点则转向东罗马帝国的拜占庭法,以及法律理论与法社会学;他的学生薛根(Marie Theres Fögen)女士于2001年接替其位置,同样以

社会理论与方法论为重点，她视科英为“故纸堆先生”，在研究议题上彼此为敌。

仅从学术出版与学术贡献而言，科英与施托莱斯分别开创了近代欧洲私法史与公法史学科，以系统的文献整理和大部头著作而享誉学界，构筑了马普所的欧洲法时代。如果说中国法律史学者因对照或对抗“欧洲”预设，造成了无法摆脱的依附感，那么从科英到施托莱斯的学术努力，就是将“欧洲法律史”不断拓展——从私法史到公法史，把经过两次世界大战的“欧洲”再次凝练为无法被忽视的世界一端。因此，科英与施托莱斯的“欧洲”也是一种否定式命题，但这种否定却通向重拾自我，而重拾自我的中心化趋势，往往导致对世界他者的边缘化。科英一方面强调欧洲文化空间的封闭性，另一方面也指出土耳其、日本对于欧洲法的继受导致了比较法律史的空间开放。可见，欧洲中心主义之“欧洲”，不仅存在一个相对性的概念内核，还能够向边缘延伸，甚至漂洋过海。科英接受了汤因比（Arnold Toynbee）的文明形态论，将“欧洲”这个“可以认识的研究领域”（intelligible field of study）作为法律史学的基本认知单位。因此，科英的“欧洲”是一个文明体，一个不必顾及地理上相邻疆域（geographisch benachbarte Gebiete）的独立的文化疆域（abgeschlossenes Kulturgebiet）。但是，不同于汤因比的文化类型与文化并置，科英仅仅瞩目着欧洲，而欧洲就是他的整个世界。

2006年施托莱斯荣休，2008年薛根重病，翌年离世。两位所长的同时缺位，导致研究所陷入空前危机，面临关闭。经过

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

三轮遴选,2009年,杜斐(Thomas Duve)以“全球法律史”议题,获得遴选委员会认可,接任所长,实现了空间范式由“欧洲”到“全球”的根本转向。次年,他在法兰克福大学创设了德国第一个比较法律史教席,也是目前唯一的一个。他的研究重点是伊比利亚帝国(西班牙、葡萄牙)的全球法律史,涉及亚洲、非洲、欧洲与美洲。2015年,沃格那(Stefan Vogenauer)从牛津大学比较法教席转任马普所的第二位所长,以侧重英美的“普通法的世界传播”角度,参与“全球法律史”议题,但仍保留着比较浓厚的比较法底色。2019年,奥尔(Marietta Auer)女士通过遴选,正在创设关于法律理论的第三个研究部门,试图从法的不纯粹性出发,吸纳不同领域的素材,进行教义学重构。因此,法兰克福的马克斯·普朗克欧洲法律史研究所,很可能会更改名字,并开启三所长制。这预告着法律史与法律理论的彼此融通,以影响另一个时代、另一重空间预设中实证法的秩序重构。

杜斐继任所长之前,先后任教于慕尼黑大学和阿根廷天主教大学,讲授法律史与教会法史。拉丁美洲的学术经历促使他反思科英那一代人的“欧洲计划”,通过批判“欧洲”预设而呈现“全球法律史”的崭新议题:什么是“欧洲”的根本视域?什么是“欧洲”的认知与概念基础?“欧洲”该如何面对欧洲中心主义与殖民主义的指责?“欧洲”该如何回应欧洲历史之去中心化或地方化要求?我们要如何界定“欧洲法律史”与跨国法律史、全球法律史的关系?对于杜斐而言,不仅科英那一代的“欧洲计划”所面临的政治、经济与文化环境不复存在,而且那样一个终究会趋向中心化的“欧洲”正在将世界再次撕裂:西方对抗东

方,亚洲对抗欧洲,北方对抗南方。并且,“欧洲认同”并不会使人看到更多,欧洲文化的时间贯通与民族国家的空间割据一样,都会影响观察视域,诸如将一些中世纪的特点归为整个欧洲法律史的特性。

本书所收录的三篇文章,以德国、欧洲与全球渐进为序。但是,杜斐的实际写作顺序,却是欧洲、德国与全球,意在渐次去除欧洲中心主义,梳理德国学术传统,展开全球议题。杜斐2012年发表在马普所杂志上的长文《从欧洲法律史到一种欧洲的法律史:全球史视角》,可视为其学术宣言。该文标题已然表明将“欧洲法律史”(die Europäischen Rechtsgeschichte)降解为“一种欧洲(范围)的法律史”(eine Rechtsgeschichte Europas)的努力,而这一切必有赖于“全球史”的眼光。挣脱了欧洲中心主义的视角,便会观察到跨国化与全球化之空间转向(spatial turn),进而牵连法律史学对于时间之关联性的重新理解。所谓的“前现代”与“后现代”之间似乎存在着一些显著的相似性:媒介革命的影响;立法者的多样性(multiplicity);广阔交流空间的开放;跟随着商人、传教士及其媒介,规范之全球传播成为可能——所有这一切,都可以被转译为今日之现实。一种新的通用语言的势不可挡——曾经的拉丁语,今日之英语——影响了法学研究的形成与转型。因此,杜斐将“全球法律史”界定为“全球化的规范史”(Rechtsgeschichte von Normativität in der Globalisierung)。最近,杜斐为了强调全球化之地方视角,而倾向使用“规范的全球地方化”(Glocalizing Normativities)的表述,并以之命名最新设立的核心项目,组建了横跨亚非欧美的

学术小组,预计进行到他退休为止。

全球法律史的中国写作

必须事先澄清,“全球法律史”不是一种法律史学的替代性方案,而只是一种补充性视角,其自身学术范式的正当性仍在讨论之中,具体的知识生产亦有待检验。根据全球史家奥斯特哈默(Jürgen Osterhammel)的持平之论,全球史与世界史各有所长,全球史强调关联(connections)和连通性(connectivity),具有一种交错(transgressive)的力量,从而挑战民族主义史学(nationalist history)关于伟大文明的论述。但是,历史不能仅仅被化约为关联,历史也不能只有空间维度(dimensional)。因此,“全球法律史”的空间转向的最大贡献,就是从民族国家或地区的边界中解放出来,从各种边界所确立的分析范式中解放出来,重新审视“复规范性”秩序的互动与生成。具体到中国,我们不妨从两个角度切入:一是如何以全球地方化(Glocalization)视角重新理解中国法律的生成机理;二是如何以中国元素参与全球法律史的知识生产与学术对话,从而奠定新法学理论的认知前提。

关于中国法律的生成机理,“全球法律史”的去中心化(decentration)直接挑战着“中国”概念的构成方式,以及我们对“中国”的思考方式。从“宅兹中国”的源起,“夷夏之辨”的话语系统,直至东亚以中国为中心的世界秩序(Sinocentric World Order),都凸显着中国在地理、经济、文化与政治上区域中心、世

界一极。只是近代的欧洲崛起，导致了从中国到“支那”（China）的身份遮蔽。不过，“全球法律史”提供了一种重新思考中国的可能视角，一种去中心化的交互性视角。

首先，这重视角打破“华夷之辨”的二元格局，关注中国的边疆（frontier）、边界（border）与界限（boundary）之间的冲突与交流，讨论一种纠缠的历史（entangled history）。在具体的秩序冲突之中，如何阐释各自的规范意图？如何转译对方的规范意涵？如何在“复规范性”的交互中生成新的规范要素，形成新的规范秩序，或者造成各自规范秩序的空间叠合？新的规范要素又如何对既有规范秩序产生反作用，进而形成新的规范性阐释与自我塑造？同时，全球视角与地方性视角在去中心化过程中彼此呼应。对于边疆、边界与界限的关注，正是将视线从中央转向地方，转向差异文化的冲突所在。此外，所谓的边疆、边界与界限，不仅适用于中国整体，也适合于中国内部的区际互动；不仅适用于具体的空间边界，也适合于抽象的知识流通、人员流动，乃至时间断限的代际之间。因此，中国之外不再只是差异，中国之内也不必只有同化，一切都有待重新打量。

其次，“全球法律史”以“网”（web）与“网络”（networks）为空间隐喻，自然会凸显对一些主题的偏重，比如流通（circulation）、依赖（dependency）与多元（diversity）。因此，全球视角下的中国不必是山河地理的条块分割，而是更大的交互体系的参与者。中国自谦为海洋文明的失落者，却形成了复杂的关贸法律体系，诞生了东南沿海的南洋故事，更参与了海洋体系的协作与规范秩序的生成。中国也自诩为陆地文明的奠定者，却往

往将认知固守在思维的万里长城,无视草原与平原的依赖,东亚与中亚的流通,以及多元地理空间所构造的“复规范性”类型的彼此叠合。因此,如何从依赖、流通与多元等主题出发,重新理解介于海洋与陆地之间、多元地缘之间的中国秩序,同样是基于现实的时代议题。

最后,全球视角的空间转向,造成了时间在空间中的消逝,这同样有助于我们重新审视所谓的“法律传统”。一定程度的“共时性”观察有利于平衡“中国法律史”围绕“历时性”的叙述习惯。换言之,相对于“中国法律史”所侧重的代际赓续,“共时性”聚焦在不同地区“传统”之间的彼此渗透与转变,不仅考虑“所传之统”,更强调“此统何传”。例如,关于西法东渐的课题,法学界一般仅追溯至晚清变局,而无视“与中国相遇的现代早期西方法哲学”的规范性影响,如萨拉曼卡学派的来华传教士;又或许出于我们对“法律”本身的特别关注,仅将传教士执掌钦天监视为科学事件,而无视比法律更为根本的规范秩序(历法、礼仪)的深刻改变。因此,作为意义织体的“法律传统”及其织造方式,在取消了中心与边际的全球视野下,需要被再次审视;重新认知中国“法律传统”的过程,或许要经过比较法学与比较法律史学之间的反复对话。

至于如何以中国元素参与全球法律史的知识生产,则是“全球法律史的中国写作”的另一个任务,这里仅简略提及。虽然全球法律史以“散点透视”对抗中心化,但是散点之间的关联性,直接决定着所谓“全球”的具体尺度。如果以伊比利亚帝国的全球性为议题,地区性的观察点主要包括:亚洲的中国东南

沿海(澳门)、日本长崎、菲律宾,非洲的撒哈拉以南(安哥拉),拉美北部的墨西哥、巴西与南部的阿根廷,以及欧洲伊比利亚半岛上的西班牙、葡萄牙。因此,如何设定全球法律史的全球尺度,决定了中国参与该议题的两种方式:其一,以中国为地区性坐标,参与其他国家主导的全球框架;其二,中国主导全球尺度,并作为地区性坐标之一,参与观察。这两种参与方式都贡献了中国观察,并通过视域叠合而重新理解全球秩序中的中国角色。但是,观察范围与坐标选择的差异势必影响最终的研究结果。此外,由于中国地缘政治的特殊性,以中国为地缘侧重的东亚法律空间,南洋(类似于地中海)的规范世界,“一带一路”的跨国法秩序,一定有别于伊比利亚帝国或者普通法世界,而有助于以中国框架为侧重的“全球法律史”的知识生产与学术对话。在此意义上,也许我们正站在一个新的时间节点,全球视角下的法律史学不必仅仅充当法典化以来实证法解释的婢女,抑或陷入“法学还是史学”的身份彷徨。基于大尺度与长时段观察所掌握的“复规范性”秩序的生成,全球法律史的中国写作也许奠定着新法学理论的认知前提。或许,这正是我们翻译这本小书的初衷所在。

本书由本人与曹高君博士和高仰光教授合作翻译:本人翻译了作者序言、第一章和第二章;汉堡大学曹高君博士协作翻译了第二章;中国人民大学法学院高仰光教授翻译了第三章,并校阅全书。特此感谢。

目 录

自 序	001
第 1 章 德国法律史:本国传统与跨国挑战	005
1.1 1914 与 2014:遥远,又如此切近	007
1.2 波恩共和时期的法律史学	015
1.3 柏林共和时期的法律史学	025
1.4 未来的选择	046
1.5 小结	058
本章参考文献	060
第 2 章 欧洲法律史:一种全球视角	077
2.1 民族国家之法律史编纂学的欧洲救赎	079
2.2 欧洲与非欧洲	088
2.3 全球视角	093
2.4 小结	101
本章参考文献	104
第 3 章 全球法律史:方法论的探讨	115
3.1 全球法律史:多样的内涵与研究任务	117