

# 19 世纪德国“学说汇纂”体系的形成与发展

## 基于欧陆近代法学知识谱系的考察

舒国滢\*

**摘要** 19 世纪罗马派法学家们主要通过搜寻和整理罗马法素材,以自己的专业工作为德意志民族构建真正属于本民族的富有表达力和精确解释力的法律语言以及本民族的现代法律,沿着这样的理论企图、理路和方法,在历史法学派内部,逐渐生成出一种新的、独特的学问风格,这就是所谓的“学说汇纂学”。“现代学说汇纂体系”是哥廷根大学的罗马法教授古斯塔夫·胡果首次提出的,但格奥尔格·阿诺德·海泽在 1807 年出版《供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要》中勾勒出了一个近似“五编制”学说汇纂体系。在学说汇纂法学(理论)体系之构建上,中后期最有代表性和原创力的学者是伯恩哈德·温德沙伊德和海因里希·德尔恩堡。19 世纪德国的学说汇纂学对于德国的法律实务、《德国民法典》的编纂以及其他国家法学的发展均具有重要的影响。

**关键词** 学说汇纂学 历史法学派 罗马法 民法教义学 普赫塔

19 世纪的德国法学发展历史之中,“学说汇纂学”无疑扮演着极为重要的角色,它不仅改变了德国民法学的面貌,而且也为 19 世纪 70 年代中后期开始的《德国民法典》的编纂工作奠定了基础。时至今日,“学说汇纂学派”的文献和学说仍是当代民法学研究取之不尽的宝藏。“学说汇纂学”的研究对于我国正在进行的民法典编纂工程也具有不可忽

\* 2011 计划司法文明协同创新中心成员,中国政法大学教授。本文乃作者所承担北京市社会科学基金重大项目“法学成长中的方法与知识谱系”(项目编号:14ZDA07)的阶段性成果,特此说明。

视的价值。本文不打算全面讨论学说汇纂学的所有主题,而仅仅基于近代欧陆法学知识的演进脉络,尝试从知识论的角度检视19世纪德国学说汇纂体系形成和发展过程,考察学说汇纂体系建构的知识谱系,以期为我国学者构建民法典(结构)体系提供可以借鉴的理论和文献资源。文章分为以下六个部分:

## 一、引言

1815年夏季,为阐明历史法学派的宗旨并致力于历史法学的研究,时任柏林大学罗马法教授的弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861)、法律史教授卡尔·弗里德里希·艾希霍恩(Karl Friedrich Eichhorn, 1781—1854)以及约翰·弗里德里希·路德维希·戈申(Johann Friedrich Ludwig Göschen, 1778—1837)三人共同创办了学派“机关刊物”——《历史法学杂志》(Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft)。在该杂志的创刊号(第1期)的“发刊词”——《关于本刊之目的》(Ueber den Zweck dieser Zeitschrift)中,<sup>[1]</sup>萨维尼把法学家的学术阵营分为具有“根本差异”的两个学派:一个“历史学派”(die geschichtliche Schule);另一个被笼统地称为“非历史学派”(die ungeschichtliche Schule)。<sup>[2]</sup>他自己及其他刊物编者属于前者,而18世纪末、19世纪初形成的其他学派(比如,沃尔夫学派、优雅学派、哥廷根学派、历史—哲理法学派)则统统属于后者。故此,随着《历史法学杂志》的创刊,历史法学派实际上宣告成立。众所周知,德国历史法学派在19世纪上半叶的德国法学中一直居支配地位,且影响了当时德国的科学与教育观念,直到1900年,在某些方面,甚至当代,法学思维仍然深深铸有该学派的烙印。<sup>[3]</sup>

在历史法学派的发展过程中,尽管其成员认同并坚持学派的基本立场和观点(比如,“法形成于民族精神”),但他们在学问志趣、研究方向、乃至价值理念上尚存有较大的差别:一些人把专业的重心放在罗马法的研究上,试图从中开发出德国法学知识的生长点;而另一些人则对“罗马法在德国的合法性”(die Berechtigung des römischen Rechts in Deutschland)产生疑问,<sup>[4]</sup>于是把他们的注意力放在日耳曼(或德意志)法律传统之整理、爬梳上,以期建立真正的具有德意志民族特性的法学。这样,历史法学派内部实际上就形成了两个支派:一个被称为

[1] See Savigny/Eichhorn/Göschen (hsg.), Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1., 1815, “Inhalt”.

[2] Savigny, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1., 1815, S.2.

[3] Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500—1850), 2001, S. 191.

[4] Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, 1983, S. 103 (汉译参见(德)霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《19世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,页100)。

“罗马派”(Romanistik),另一个被称作“日耳曼派”(Germanistik)。“罗马派”的代表人物首先就是萨维尼本人,在萨维尼之后,则有1842年接替萨维尼在柏林大学教席的格奥尔格·弗里德里希·普赫塔(Georg Friedrich Puchta, 1798—1846)以及著名法学家鲁道夫·冯·耶林(Rudolf von Jhering, 1818—1892)等。“日耳曼派”的奠基人即为卡尔·弗里德里希·艾希霍恩,艾希霍恩之后的代表人物主要有雅科布·格林(Jacob Grimm, 1785—1863)、〔5〕格奥尔格·贝塞勒(Georg Beseler, 1809—1888)和奥托·冯·基尔克(Otto von Gierke, 一译“祁克”, 1841—1921)等人。

与日耳曼支派试图从日耳曼—德意志法源中寻求资源(素材)来构建私法体系之路线不同,罗马派法学家们主要通过搜寻和整理罗马法素材,以自己的专业工作为德意志民族构建真正属于本民族的富有表达力和精确解释力的法律语言以及本民族的现代法律,认真地对待作为古代罗马“法学家法”之承载形式的罗马法文献,——主要是优士丁尼的《国法大全》,其中最为重要的(核心)部分就是《学说汇纂》。〔6〕他们力图像17世纪的哲学家、法学家戈特弗里德·威廉·莱布尼茨(Gottfried Wilhelm Leibniz, 1646—1716)以及18世纪法律学者尤斯图斯·默泽尔(Justus Möser, 1720—1794)等人所憧憬的那样,构建“科学的”罗马法,编纂一部“新国法大全”(Novum Corpus Juris)或者新的《学说汇纂》(ein neue Pandekten)。〔7〕

沿着这样的理论企图、理路和方法,在历史法学派内部,逐渐生成出一种新的、独特的学问风格(Wissenschaftsstil),这就是所谓的“学说汇纂学”(Pandektenwissenschaft, 或者 Pandektistik,〔8〕也译作“潘德克顿之学”),该学问的目的不再是简单地注释罗马法文本,而是通过“创造性(生产性)的教义学建构”,解释(注释)优士丁尼的《学说汇纂》作为超越实证的合法性基础,以“形式—概念的、体系—构建的方法”,从中抽出一般的法规则和法概念,并对之进行体系化,来形成一种共同私法(民法)之教义学上无矛盾的实证体系,

〔5〕 雅科布·格林是萨维尼的学生,后来成为德国著名童话作家、语言学家、法学家,著有《家庭和儿童童话集》(即《格林童话》)、《德语语法》、《论法之诗》、《德意志法律古董》和《德语大辞典》等。(参见舒国滢:《在法律的边缘》,中国法制出版社2000年版,页197—207。)

〔6〕 欧根·埃利希指出:“在《国法大全》中包含的几乎全部法学家法都逐渐转化为欧洲大陆的共同法,相反,由国法转化的却出奇地少。”((奥)欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,页203。)

〔7〕 Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Auflage, 2005, SS. 149—150.; Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, “Vorrede”, S. XV.; Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, SS. 75, 78—79(汉译参见(德)弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,法制出版社2001年版,页94、98); Zimmermann, Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht, in: Zimmermann/Knütel/Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 11.(汉译参见(德)莱因哈德·齐默尔曼:《罗马法、当代法与欧洲法:现今的民法传统》,常鹏翻译,北京大学出版社2009年版,页18)。

〔8〕 欧根·埃利希则较早用另一个德文词——Pandektologie来表达“学说汇纂学”。(参见埃利希,见前注〔6〕,页374。)

即,发展出“一种学说汇纂学的法教义学”(eine pandektistische Rechtsdogmatik)——“学说汇纂体系”(Das Pandektensystem,有时也被称作 Pandektensystematik[学说汇纂体系论]),通过学说汇纂法学对概念运用的方式打造出一幅完整的符合生活关系的法秩序图景。〔9〕

## 二、18世纪末之前“学说汇纂”体系的建构

我们首先应该在“长时段”的历史中、而不应拘泥于19世纪(德国历史法学派)这个特定时段来考察学说汇纂体系问题,因为学说汇纂体系的形成经历了几个世纪的持续发展和完善过程,在这个过程中,不同时代的法学家都在不断地寻找和发现优士丁尼《国法大全》、特别是其中的《学说汇纂》之“真正涵义”的说明。〔10〕

对于欧洲的知识复兴而言,11世纪中后期是非常重要的时间节点。美国法学家哈罗德·J·伯尔曼在所著的《法律与革命》中对于这个时间节点提出了自己的独特看法,他把1050—1150年这个时期视为近代法律制度、法律价值、国家、教会、哲学、大学、文学和其他近代事物的起源期,也就是“西方法律传统”(The Western Legal Tradition)得以形成的时期。他认为,这个时间片段之前的欧洲与此后的欧洲之间存在着根本的历史断裂。〔11〕美国历史学家查尔斯·霍默·哈斯金斯(Charles Homer Haskins, 1870—1937)在《12世纪文艺复兴》(The Renaissance of the Twelfth Century)一书中也把1050年之后到1250年视作持续200年之久的“中世纪文艺复兴”,即罗马法、拉丁经典著作、拉丁诗歌、根植于波伊提乌(Boethius)和早期基督教作家的哲学和神学的复兴运动。〔12〕还有其他一些学者(比如中世纪学者M·D·舍尼)把1100年看作是“西方重新获得了古代文明的财富”历史的转折点。〔13〕

在笔者看来,这个时间节点以后的欧洲大陆法学史和法律史上一个最为重要的事件,无疑是优士丁尼《国法大全》的整个文本、特别是《学说汇纂》的再发现。〔14〕德裔美国教会法和罗

〔9〕 See Schlosser (Fn. 7), S.152.; Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, 2004, S. 12.; Bucher, Was ist "Begriffsjurisprudenz"?, in: Krawietz (Hsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, 1976, SS.370—371.

〔10〕 Hamza, Historische Bemerkungen zum Pandektensystem, Revita Internacional De Derecho Romano (Octubre, 2013), S.150ff.; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 3. Aufl., 1870, § 9, S. 22ff.

〔11〕 Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, p.120(汉译参见(美)伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,页143)。

〔12〕 (美)查尔斯·霍默·哈斯金斯:《12世纪文艺复兴》,夏继果译,上海人民出版社2005年版,页9、20。也有学者把欧洲12世纪称为“法律的世纪”。(Schlosser [Fn. 7], S.36.)

〔13〕 参见黄裕生主编:《中世纪哲学》,凤凰出版社/江苏人民出版社2005年版,页285。

〔14〕 参见舒国滢:“《学说汇纂》的再发现与近代法学教育的滥觞”,《中国法律评论》2014年第2期。

马法专家斯特凡·格奥尔格·库特纳(Stephan George Kuttner, 1907—1996)在 1982 年所发表的文章《法学的复兴》(The Revival of Jurisprudence)中也认为:“若没有优士丁尼《学说汇纂》的再发现,法学能够在中世纪的西方得以形成是不可想象的。”<sup>[15]</sup>另有学者证明,11—13 世纪欧洲法学得以迅猛发展正是得益于《学说汇纂》的再发现。<sup>[16]</sup> 过后的历史也证明,《学说汇纂》也许是西方法律思想史上最有影响力的文本。<sup>[17]</sup>

从 12 世纪到 15 世纪末,优士丁尼《国法大全》、特别是其中的《学说汇纂》在大学作为主要课程内容首先在意大利、然后在欧洲大陆其他地区(比如,法国、西班牙、荷兰)得到传播,并且法律实践上被继受(即,欧洲各国法院在判决中采纳罗马法规则作为判决的依据)。有关《国法大全》(特别是《学说汇纂》)的注释和研究文献汗牛充栋,无以尽数。在这几个世纪中,欧洲法学(私法学)和法律制度从中汲取了极其丰沛的营养:历史上无数法学的天才人物为之倾注毕生的智慧,皓首穷经,筚路蓝缕,为“学说汇纂学”参酌勘定文本、积累注释资料,<sup>[18]</sup>逐步建立起作为整个欧洲大陆大学教育和法学之共同基础的“中世纪罗马法”(medieval Roman law)或“新罗马法”(Neo-Roman law),这种新罗马法连同教会法一起构成欧洲的“共同法”(ius commune)的主要渊源,成为各国私法的基础。<sup>[19]</sup> 在 16 世纪的法学著作中,有人把“《学说汇纂》的阐释和理解”(Erläuterung und Verständnis der Pandekten)几乎等同于当时整个的法学。<sup>[20]</sup>

相对于欧洲其他地区(比如,意大利,法国),德国对罗马法的继受时间滞后,其法学起步也较晚。1495 年,德国设立了帝国宫廷法院(Reichskammergericht),作为帝国最高法院。当时的法官依“共同法”裁判案件,于是作为“共同法”主要内容的罗马法,在德国取得了越来越重要的地位。大体上,北德在 15 世纪末,南德在 16 世纪中开始并逐渐完成罗马法的第一次继受过程,《国法大全》中的《学说汇纂》成为德意志私法的主要成分(这也是德国法学家习惯上把德意

[15] Stephan George Kuttner, “The revival of Jurisprudence”, in: R.L. Benson and G. Constable ed., *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, Harvard University Press, 1982, p. 299.

[16] Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band I, 1997, S.29.

[17] Thomas M. Banchich, John Marenbon, and Charles J. Reid, “The revival of Roman Law and Canon Law”, in: Fred D. Miller ed., *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, Springer, 2007, p. 251.

[18] 历史上有关学说汇纂法的研究文献,参见 Windscheid (Fn. 10), § 12, SS. 27—33.

[19] See R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*, trans. by D. E. L. Johnston, Cambridge University Press, 1992, pp. 45—46.; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1996, S. 430 [汉译,见(德)弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》[下],陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2006 年版,页 415]。

[20] See Kisch, *Humanismus und Jurisprudenz: Der Kampf zwischen mos italicus und mos gallicus an der Universität Basel*, 1955, S. 66.

志地区所继受的具有“罗马源头的”的私法称为“学说汇纂”[潘德克顿]的原因)。<sup>[21]</sup> 此时的德国法律实务界和学术界持守“意大利方式”传统,致力于将德国的法律现实插进评注法学派的思想框架之中,德国法学从此进入“《学说汇纂》之现代应用”(usus modernus pandectarum)时代。<sup>[22]</sup> 但早期“《学说汇纂》之现代应用”中的德国法学是因应式的,其在整体上尚不可与法国、意大利等国的法学发展水平相提并论。

我们知道,随着时间的推移,欧陆的法学家们发现:罗马法、尤其是《学说汇纂》这部多少有些属于“决疑术式的”、以法律难题解答为其风格的罗马法文献已愈来愈不能直接满足近现代私法学之“体系化”的需求(这种体系化需求首先并不在于法律适用,而在于满足大学法学教学的需要,因为法学教学要一目了然、条分缕析地向法科学生展现法律素材)。<sup>[23]</sup> 以新的方式重述罗马法、构建自己国家的私法体系,成为16世纪之后、尤其是经受过“启蒙运动”和理性主义洗礼的法学家们之共同愿景。

[21] 对于汉语学界的学者而言,德文 Pandekten(学说汇纂或潘德克顿)一词的用法似乎有点怪异:为什么19世纪的民法学家将自己的著作或教科书均称作“Pandekten 教科书”? 怎样理解 Pandektenwissenschaft(Pandektistik)? 按照萨维尼在1824—1825年柏林大学讲授《学说汇纂》时的设想,Pandekten(学说汇纂)的目的在于“最终从优士丁尼那里采纳的形式、与法源的解释相关联、以更大程度上完美的方式阐释法体系”(See Savigny, Pandektenvorlesung, 1824/25, “Einleitung”, S.5.)。在普赫塔那里,Pandekten(学说汇纂),大体相当于以罗马法基础的(德国)“当代共同私法”(Puchta, Pandekten, Neunte und vermehrte Auflage, 1863, S. 10.)伯恩哈德·温德沙伊德在1862—1870年间出版3卷本《学说汇纂法教科书》(Lehrbuch des Pandektenrechts),使用 Pandektenrecht(“学说汇纂法”)一词,而不是像其他学者那样,简单地用 Pandekten;在这本书的第1卷第1—6节,他论述了 Pandektenrecht(“学说汇纂法”)的概念、渊源和意义,开宗明义地指出,所谓 Pandektenrecht(“学说汇纂法”),指“罗马源头的共同德意志私法”(Das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs),即,它是适用于德意志全国的德意志私法。其法源是注释法学派以来被称为《国法大全》的东西,即《法学阶梯》、《学说汇纂》、《优士丁尼法典》和《新律》,这些罗马法在德国之所以有效,并不是通过立法行为、而是通过“习惯法”的方式(更进一步讲,不是通过民众的惯习[Uebung des Volkes],而是通过法学家的惯习[Uebung der Juristen],即,法学家将罗马法作为自己判决或鉴定意见的根据)促成的。此外,Pandektenrecht 的间接法源还包括“教会法”、“德意志帝国制定法”、“德意志共同习惯法”等(Windscheid [Fn. 10], § § 1—6, SS. 1—17.)。由此看来,在19世纪德国法学家们的用语中,Pandekten 或 Pandektenrecht 实际上是“当代罗马法”、“罗马源头的共同德意志私法”或“当代共同私法”的代名词,后来,欧根·埃利希干脆称之为“披着罗马法外衣的本土法”(埃利希,见前注[6],页350)。德国自继受罗马法伊始,就把《国法大全》中的《学说汇纂》作为习惯法(法学家法)的主要法源,法学家们把大部分精力用来研究《学说汇纂》(比如,“《学说汇纂》之现代应用”运动中的法学家就是如此),所以,在学说汇纂法学的初始阶段,学说汇纂法学者就把德国继受而来的罗马法以及其他私法法源都笼统地称作“学说汇纂(法)”。而对这样一种(法律)对象的系统阐释就叫做 Pandektenwissenschaft 或 Pandektistik(学说汇纂学或潘德克顿学)。故此,所谓“学说汇纂体系”(Das Pandektensystem,即“学说汇纂法”体系)尽管讲的是当时的德国共同私法体系(诚如我们在普赫塔的思想中所看到的,法[包括私法]本身就是一个[有机的]“内在的体系”),但这个体系又不是纯粹“自在”存在的,它又必须通过法学家系统地诠释、甚或建构出来,法学家们诠释或建构的学说汇纂体系也就可以称作“学说汇纂法学体系”或“学说汇纂体系论”(Pandektensystematik)。

[22] 有关“《学说汇纂》之现代应用”(usus modernus pandectarum),参见舒国滢:“欧洲人文主义法学的法论与知识谱系”,《清华法学》2014年第1期。

[23] 埃利希,见前注[6],页365。

在从中世纪法学向近现代法学演变的过程中,16 世纪的人文主义法学家率先尝试进行私法体系的建构:比如,法国法学家弗朗索瓦·杜阿伦(François Douaren,拉丁文写作 Franciscus Douarenus,1509—1559)主张通过优士丁尼之《法学阶梯》来构建“学说汇纂体系”(ordo digestorum);弗朗索瓦·孔南(François Connan,拉丁文写作 Franciscus Connanus,1508—1551)在《民法评释》10 卷本中,试图从《法学阶梯》的“三分法”结构——人法(ius personae)、物法(ius res)和诉讼法(ius actiones)来重构学说汇纂体系。<sup>[24]</sup>17、18 世纪的法国法学家也基本上沿着这种思路来建构本国的私法(民法)。可以说,优士丁尼《法学阶梯》的三分法结构(当然这个结构最早可以追寻至《盖尤斯法学阶梯》)构成了近代私法体系化的基础,后来的《法国民法典》和《奥地利民法典》均遵循这个体系。<sup>[25]</sup>

当然,在 16 世纪,德国也有个别学者开始进行近代私法体系的构建:例如,与弗朗索瓦·孔南同时代的德国法学家、维腾堡大学法学教授康拉德·拉古斯(Konrad Lagus,约 1500—1546)在《论两法传统的方法》中也以《法学阶梯》为蓝本,但他把私法体系分为“人”,“物”,“契约与债”,“诉讼与抗辩”,“裁判”,“特权与慈善行为”等 6 个方面;马尔堡大学教授尼克劳斯·韦格留斯(Nicolaus Vigelius,1529—1600)在《民法的一般方法》中把法律分为“公法”和“私法”,又把私法分为“人法”和“物法”以及“债”与“诉讼”、“买卖契约”等。<sup>[26]</sup>

在德国,法学(尤其是私法学)体系的真正构建开始于 17、18 世纪,这个时期“《学说汇纂》之现代应用”运动达到高潮。而且,理性主义自然法学说对于这个时期的德国法学也产生了直接的促进作用:<sup>[27]</sup>17 世纪著名的自然法学家塞缪尔·普芬道夫(Samuel Pufendorf,1632—1694)在《自然法与国际法八卷本》中构建“一套从自然法立场出发的、涵盖整个法学领域的新体系”(根据其自然法思想,法从“个人之法”到“更高级的社会统一体[共同体]之法”不断升进,即,从个人之法到家庭法[夫妇、家庭、仆役关系],再到国家法和国际法[国家之间的法],由此,发展出作为后来“学说汇纂”体系之重要组成部分的“亲属法”[家庭法]概念),<sup>[28]</sup>承继莱布尼茨哲学传统的哲学家克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff,1679—1754)在《自然法:依据科学方法的探究》中试图根据自然法原理、借助“学说汇纂之现代应用”中的罗马法素材来构造实在法体系。正是在他们的理论基础上,哈勒大学教授丹尼尔·内特布拉德(Daniel Nettelbladt,1719—1791)于《德国国民

[24] 人法(ius personae)、物法(ius res)和诉讼法(ius actiones)这个“三分法”结构并非从弗朗索瓦·孔南才开始提倡的,事实上从波伦亚注释法学派到后来的评注法学派均坚持这个私法“三分法”结构(Hamza [Fn. 10], S.151.)。当然,最早提出罗马法私法结构的是古罗马著名思想家西塞罗(Marcus Tullius Cicero,公元前 106—前 43)的老师昆图斯·穆齐·斯凯沃拉(Quintus Mucius Scaevola),后者受当时希腊哲学(主要是柏拉图、亚里士多德以及斯多葛学派学说)的影响,著有《定义》单卷本(definitiones 或 Liber singularisōron[horōn])以及《论市民法》(Ius civile),通过对属概念和种概念层层划分的技术,将市民法分类整理编辑为 18 卷,在历史上第一次把市民法系统地分为“继承法”、“人法”、“物法”和“债法”四个部分(参见舒国滢:“罗马法学成长中的方法论因素”,《比较法研究》2013 年第 1 期)。优士丁尼之《法学阶梯》采纳的是罗马古典时期法学家(尤其是盖尤斯)的私法分类体系,而没有使用斯凯沃拉的“四分法”。

[25] 埃利希,见前注[6],页 366。

[26] 参见舒国滢,见前注[22],页 151—156。

[27] See Windscheid (Fn. 10), § 8, S.21.

[28] Hamza (Fn. 10), SS.155—156.

法学和自然法学的现状及其必要的完善和有利手段之持平想法》(Unvorgreifliche Gedanken von dem heutigen Zustand der bürgerlichen und natürlichen Rechtsgelahrtheit in Deutschland, derer nöthigen Verbesserung und dazu dienlichen Mitteln, 1749)中提出了民法“总则”和“分则”的构想; (奥德河畔的)法兰克福大学教授约阿希姆·格奥尔格·达耶斯(Joachim Georg Darjes, 1714—1791)在《重整〈国法大全〉》(Corpus Iuris Reconcinatum)和《罗马—日耳曼私法法学阶梯》(Institutiones jurisprudentiae privatae Romano—Germanicae, 1749)中提出构建“通用德意志法典”的理想;丹尼尔·内特布拉德的学生克里斯托弗—克里斯蒂安·冯·达贝洛(Christoph—Christian von Dabelow, 1768—1830)在1794年首版的《当代综合民法体系》(该书在1796年出第2版,并构成其于1816—1818年出版的三卷本巨作《学说汇纂法手册》[Handbuch des Pandecten—Rechts in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren]的前版本)中阐释了本质上属于学说汇纂体系的素材,并发展出一个内容涵盖私法—封建法、程序法和教会法的“民法总则”。故此,达贝洛和内特布拉德一同被视为近现代“民法总则”(总论)的奠基人。<sup>[29]</sup>

[29] Hamza (Fn. 10), S.157. 另见舒国滢:“17、18世纪欧洲自然法学说:方法、知识谱系与作用”,《比较法研究》2014年第5期(有关“理性主义自然法[理性法]框架下的法学体系[尤其是私法学体系]构建”的论述)。此处,我们似有必要梳理一下一些重要的民法概念(范畴)的发展史:在罗马法的研究中,14世纪著名法学家巴尔多鲁(Bartolus de Saxoferratis, 英语写作 Bartolus of Sassoferrato, 1313/14—1357)和巴尔杜斯(Baldus de Ubaldis, 也写作 Baldo degli Ubaldi, 约 1327—1400)区分并详细讨论了“物权”(iura in re)和“对物权”(iura ad rem),把“所有权(主人权)”(dominium)和“准所有权(准主人权)”(quasi dominium)归属于前一个范畴,把“债”(obligationes)归属于后一个范畴,由此发展出一个广泛的“程序法”(ius processuale)概念;16世纪的人文主义法学家约翰·阿佩尔(Johann Apel, 也写作 Apell 或 Appellus, 1486—1536)对上述概念进行了重构,提出“物权”(Sachenrecht)、“债权”(Obligationenrecht)等新范畴,作为“财产权”(ius patrimoniale)的两个部分,这个分类直到17世纪中叶开始才得到发展;赫尔姆施泰德大学教授海因里希·哈恩(Heinrich Hahn, 1605—1668)在1639年出版的《论物权与特别物权》(Dissertatio de iure rerum et iuris in re speciebus, Helmstedt, 1639)中,进一步将“财产权”范畴化和体系化。根据他的观点,私法包含两部分:一是“物法”(ius reale),二是“人法”(ius personale),物法又分为“物权”和“对物权”,物权再分为“所有权”、“质权”、“役权”、“占有权”和“继承权”,对物权则等同于“债权”。物权具有绝对性,债权具有相对性(Hamza [Fn. 10], S.151ff.)。我们再来看“民法总则”之核心概念的“法律行为”(Rechtsgeschäft)一词的形成过程:尽管在罗马法上有 actus(行为)和 negotium(事务,交易,行为)这些用语,但它们当时都不是法律术语或技术术语(Terminus technicus),德国法学家约翰内斯·阿尔特胡修斯(Johannes Althusius, 1557—1638)在描述“行为”时第一次使用到 negotium 这个词,但他在1586年撰写的《罗马法学两卷本》和1617年出版的《诉讼原理三卷本》中均没有将它作为法律术语,而只是将 negotia gerere(交易活动)作为法律术语。在历史上,真正第一次将 negotium 作为法律术语来探讨的人是丹尼尔·内特布拉德,内特布拉德于1748年首版的《一般实在法学基本体系》(Systema elementare Jurisprudentiae naturalis)中将 negotium iuridicum 和 actus iuridicus 一并引入法学理论之中的,并于1772年出版的《日耳曼共同实在法学新导论》(Nova introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem)一书第495节中将这两个词均译作德文 ein rechtliches Geschäft(法律的行为);然而,作为一个独立德语单词 Rechtsgeschäft 的出现以及该词被作为“当事人设立与变更法律关系”之手段(行为,意思表示)来理解,则是18世纪末期、尤其是19世纪初期(海泽、萨维尼和普赫塔等人的学说产生之后)的事情,而1794年的《普鲁士通用邦法》第一次在立法上采纳了法律行为(意思表示)理论(Hamza [Fn. 10], SS.153—155.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, SS. 28—29.[汉译参见《德》维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,米健校,法律出版社2013年版,页32—36])。



### 三、格奥尔格·阿诺德·海泽的“五编制”学说汇纂体系

到了19世纪,德国法学家才真正把他们所建构的(德意志)私法(民法)体系称为“学说汇纂体系”(潘德克顿体系)。学者们通常认为,“现代学说汇纂体系”(Das moderne Pandektensystem)实质上是哥廷根大学的罗马法教授古斯塔夫·胡果(Gustav Hugo, 1764—1844)首次提出的,然而后世却不以他的名字来命名这个体系。<sup>[30]</sup> 我们来看其中的原因:

胡果在1789年出版的《当代罗马法学阶梯》中分5章讨论“当代罗马法”(学说汇纂法)体系(结构):第1章“物权”(Realrechte,或“物法”[ius in rem,包括第11节“所有权”、第19节“役权”、第27节“质权”]),第2章“对人之债”(persönliche Obligationen,或“人法”[ius in personam,包括第31节“与物法的关系”、第35—61节“债的来源”、第74节“债的目的”]),第3章“亲属权”(Familienrechte,包括第83节“婚姻”、第91节“父权”[Väterliche Gewalt]),第4章“遗产”(Verlassenschaften,或“以死亡情形为前提条件的权利”[Rechte, welche einen Todesfall voraussetzen],第97—121节),第5章“诉讼”(Prozeß,第122—146节),外加一个七小节的“导论”(Einleitung),该“导论”对一些基础的法律问题(比如,法源,法条,法律行为,尤其是该书5章结构安排的考虑[第7节])做了简要的说明。<sup>[31]</sup>

严格地说,胡果在《当代罗马法学阶梯》所提出的还不是完整的学说汇纂五编制体系(至少其中还谈不上有独立的“总则”的论述),而且他后来也承认自己的学说汇纂分类学说有“纯粹碰运气”的成分。正因为如此,胡果分别于1799年、1805年、1810年、1816年、1820年和1826年对《当代罗马法学阶梯》进行了修订,并把书名改为《当代罗马法教科书》(Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes)(其中,1805年第3版和1810年第4版又更名为《学说汇纂或当代罗马法教科书》[Lehrbuch der Pandecten oder des heutigen Römischen Rechts]),除了篇幅增大之外,最主要的变化是结构的重新安排,其有两大部分:第一部分称作“一般概念”(Allgemeine Begriffe),讨论“人的种类”(包括“自然人”[Physische Personen]、“法人”[Juristische Personen])、“物”(“自然物”[Physische Sachen]、“法律物”[Juristische Sachen])和“行为”(“自然行为”[Physische Handlungen]、“法律行为”[Juristische Handlungen]);第二部分称为“分则”(Besonderer Theil)或“私法本身”,其中包括:①“物权学说”(Lehre von Sachen,包含“所有权”、“役权”、“质权”)、“亲属关系对物的影响”(“婚姻”、“父权”、“监护”)、“遗产”(“法定继承人继承顺位”、“遗嘱继承人继承顺位”);②“债权学说”(Lehre von Forderungen,包含“契约”、“损害”、“债的目的”)、“诉讼”、“法庭程序”等。<sup>[32]</sup> 由此可见,胡果后来在实质上偏离、

[30] Hamza (Fn. 10), S.157.; Puchta (Fn. 21), S.14.; Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, 2009, S. 666.

[31] See Hugo, Institutionen des heutigen römischen Rechtes, 1789, “Inhalt”, besonders, SS. 15—19., 23ff, 33ff, 59ff, 67ff, 79ff.

[32] Hugo, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes, 7., sehr veränderte Ausg., 1826, “Inhalt”, SS. XV—XXXVI.

甚至放弃了自己在《当代罗马法学阶梯》首版中创造的“当代罗马法”(学说汇纂法)体系。<sup>[33]</sup>

事实上,胡果的学说汇纂分类学说被他的学生、著名学说汇纂学家和民法实务家格奥尔格·阿诺德·海泽(Georg Arnold Heise, 1778—1851)重新发现并加以发展,后者在1807年出版《供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要》(Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Beruf von Pandecten—Vorlesungen)一书,根据胡果1789年的《当代罗马法学阶梯》以及后来修改过的内容,勾勒出了一个近似“五编制”学说汇纂体系(Das fünfteilige Pandektensystem)之“草图”(该书只有纲目,没有详细的论述),<sup>[34]</sup>即:第1编“一般理论”(Allgemeine Lehren,相当于“总则”,内容包括“法源”、“权利”、“权利追究与权利保护”、“人”、“物”、“行为”、“空间—时间关系”,但很不完整);第2编“物权”(Dingliche Rechte,内容包括“一般物权”、“所有权”、“役权”、“永佃权与地上权”、“质权”);第3编“债”(Obligationen,内容包括“债的内容”、“债的主体”、“债的形成理由”、“债的解除”、“实质双向之债”、“给付之债或履行之债”、“返还之债”、“行为之债”、“不为之债与重做之债”、“损害赔偿之债与惩罚之债”、“添附之债”);第4编“物上对人权”(Dinglich—persönliche Rechte,相当于胡果所讲的“亲属权”,内容包括“婚姻”、“父权”、“监护”);第5编“继承权”(Das Erbrecht,内容包括“一般导论”、“法定继承人继承顺位”、“遗嘱的订立”、“遗嘱决定的执行与撤销”、“享有特权的意志规定”、“必要继承”[successio necessaria]、“遗产的取得”、“遗赠的取得”、“遗赠的不同种类”、“登记继承[deferierte Succession]的丧失”)。<sup>[35]</sup>此外,在这个《纲要》中,海泽还增加了一个第6编,即“恢复原状”(In intergrum Restitutio,包括“一般的恢复原状”、“恢复原状的种类”)。<sup>[36]</sup>

当然,海泽的学说汇纂体系纲要的发表时间还不是最早的,也不是所有的民法学者一开始都接受海泽的体系。19世纪初期著名的罗马法学家、1814年德国“法典编纂论战”(Der Kodifikationsstreit,也称“蒂堡—萨维尼论战”/Die Kontroverse Thibaut—Savigny)的一派领袖人物安东·弗里德里希·尤斯图斯·蒂堡(Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772—1840)早在1803年(时任耶拿大学教授)即出版2卷本的《学说汇纂法体系》(System des Pandekten—Rechts, 1803),他在这本内容有1233节的大部头著作中提出了自己独特的[私法]体系:第1卷论述(相当于“总则”的)一般理论(法律的性质、分类、效力、目的,私权的一般问题,包括权利义务本论、权利义务的变动原因、权利义务的主体、权利义务的客体、权利的行使等);<sup>[37]</sup>第2卷论述“私权体系”(相当于“分则”),包括“物权”(其中又分为“标的不属于团体的物权”[所有权、役权、永佃权与地上权、质权]和“标的属于团体的物权”[继承权、遗产的取得、遗赠、遗产信托、遗嘱等])和“对人权”(契约、合同、口头约定、准合同、私犯、准违法、对人权的撤销、时效,等等)

[33] See Puchta (Fn. 21), SS.13—14.; Hamza (Fn. 10), S.157.

[34] 正因为如此,海泽被后来的学者称为学说汇纂体系的真正“发明者”(Erfinder des Pandektensystems)。

[35] Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Beruf von Pandecten—Vorlesungen, 3., Ausg., 1819, SS.12ff, 38ff, 65ff, 129ff, 167ff, 另见 Schlosser (Fn. 8), S.153.

[36] Heise, a.a.O., SS.212—216.

[37] Thibaut, System des Pandekten—Rechts, Bd. 1, 1803, “Inhaltsanzeige”, besonders, SS.42—44.

两大部分。<sup>[38]</sup>然而,蒂堡的体系几经变更,并没有构成后世学说汇纂学(体系)之典范。<sup>[39]</sup>

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼作为海泽的朋友,<sup>[40]</sup>在关键时刻支持海泽的分类学说。《供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要》出版伊始,萨维尼就高度评价这本书之于建构学说汇纂体系的理论意义,并且在1819—1820年柏林大学冬期学期讲授《普鲁士通用邦法》(Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten,一译“普鲁士普通邦法”,缩写ALR)时,尝试采用海泽的这一体系作为教学参考,在1824—1825年的冬期学期讲授《学说汇纂》课程时,他又明确指定将海泽的《供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要》作为参考书目。<sup>[41]</sup>在后来流传下来的有559个页码的《学说汇纂》讲义(Pandektenvorlesung)中,萨维尼提出在法学讨论中必须强调“体系性的”(systematisch)、“历史的”(historisch)和“解释的”(exegetisch)三方面因素的共同作用(值得注意的是,萨维尼在自己正式出版的其他著作中大多强调前两个[即“体系性的”和“历史的”]因素),<sup>[42]</sup>并且将学说汇纂授课大纲结构分为4编(即,第1编“总则”;第2编“物权”;第3编“债”;第4编“亲属权[或“物上对人权”]”);<sup>[43]</sup>在这个讲义中,萨维尼显然没有完全接受海泽著作的体系,即,没有独立论述海泽著作的第5编[“继承权”]和第6编[“恢复原状”]的内容。原因可能在于:按照萨维尼在该讲义“总则”第2章有关各种“权利(法)”的解释,继承权“在一定程度上是与[财产]拥有者死亡相关的连续财产权”,属于“物权”的一种;而诉讼权[Actionenrecht,诉讼法]属于刑法[das Criminalrecht]——国家法[Staatsrecht]的一部分,乃“审判学”[die Lehre von der Gerichtsbarkeit]或“诉讼学”[die Lehre vom Proceß],应从私法中拿走)。<sup>[44]</sup>

据记载,萨维尼从1835年春季开始构想和准备“当代罗马法体系”(其实,我们也可以把这个体系称之为“学说汇纂法[教科书]体系”,只是他没有像之前的蒂堡、海泽等人那样使用如下的名称而已),其计划是依照“五编制”体系来安排撰写结构的,即:“总则”(“法律渊源”、

[38] Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. 2, 1803, “Inhaltsanzeige”, SS. 3—14.

[39] Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten: eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 3., neubearbeitete und erw. Aufl., 1996, S.422(汉译,见(德)格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编:《九百年以来德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,页429—430)。

[40] 海泽出生于汉堡,早年在耶拿大学(师从保罗·约翰内斯·安塞尔姆·冯·费尔巴哈[Paul Johannes Anselm von Feuerbach, 1775—1833]和戈特利布·胡斐兰[Gottlieb Hufeland, 1760—1817])和哥廷根大学学习法律(师从约翰·斯特凡·皮特[Johann Stephan Pütter, 1725—1807]、古斯塔夫·胡果),1802年通过博士答辩,1804年,经萨维尼推荐担任海德堡大学教会法副教授,1814年转任哥廷根大学罗马法教授。正是在海德堡任职期间,海泽出版了平生最重要的著作《供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要》(Ahrens, Georg Arnold Heise, in: Bruns [Hrsg.], Lübecker Lebensläufe aus neun Jahrhunderten, 1993, SS. 178—181; Lenel, Briefe Savignys an Georg Arnold Heise, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, 36 [1], [1915], SS. 96—156.)。

[41] Savigny (Fn. 21), “Einleitung”, S.5.

[42] Savigny, a.a.O., “Einleitung”, S.4.

[43] Savigny, a.a.O., SS.11ff, 77ff, 201ff, 401ff.

[44] Savigny, a.a.O., SS.15—16.

“法律关系”、“法律规则对法律关系的适用”),“物权法”,“债法”,“亲属法”,“继承法”。〔45〕可惜,萨维尼最终只撰写了相当于“当代罗马法(学说汇纂法)体系”的“总则”(即1840年至1849年出版8卷本《当代罗马法体系》的全部内容)和“债法”部分(即1851—1853年出版的《债法》2卷本)的内容,没有完成“五编制”(名义上是七编)体系的全部写作计划。不管怎样,《当代罗马法体系》作为萨维尼在多年沉潜之后于成熟时期完成的鸿篇巨制(Alterswerk,老年之作)在德国的学说汇纂法学中占据着重要的地位,对于下一世代的法学家(尤其是学说汇纂学者)产生了深刻影响和激励作用。〔46〕

由于萨维尼的肯定和推介,海泽的《供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要》这本著作从1807年到1819年间连续发行了3版,成为学说汇纂学体系的经典之作,至1820年代末、30年代初即被整个德国民法学界大体上接受作为授课的基础,〔47〕乃至德国19世纪中后期民法编纂(比如《德国民法典》[Bürgerliches Gesetzbuch,简称BGB])之“五编分类结构”(die 5—Bücher—Gliederung)的原型。〔48〕这样,连同其在德国法律实务上的贡献(他于1820年开始至1851年担任坐落于吕贝克的[德意志邦联四个自由市——汉堡、吕贝克、不莱梅、法兰克福]高等上诉法院首任院长[Erster Präsident des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Lübecks,简写OAG],其司法活动对于德国商事立法产生了影响),〔49〕海泽也就跻身于19世

〔45〕 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Achter Band, “Vorrede”, 1849, SS. VII—VIII(在1849年出版的《当代罗马法体系》第8卷“序言”里,萨维尼明确地将1840—1849年已经出版的8卷本《当代罗马法体系》的内容称之为“当代罗马法体系”的“总则”[der allgemeine Theil],这个“总则”包括3部分,即“法律渊源”、“法律关系”、“法律规则对法律关系的适用”;此外,他还计划写4各部分,分别为“物权法”[Sachenrecht]、“债法”[obligationenrecht]、“亲属法”[Familienrecht]、“继承法”[Erbrecht]。我们从这个序言里,已经可以清楚看到,至少到了萨维尼《当代罗马法体系》第8卷出版之时[1849年左右],德国民法学界有关“当代罗马法体系”(或“学说汇纂体系”)“五编制”已经基本确定下来,而在此之前,包括海泽和萨维尼的论述在内,五编制各概念的用法还不是很稳定,比如,“债”,“遗产”,“物上对人权”等等,这些概念不是很统一,甚至不够准确)。

〔46〕 Jakobs (Fn. 5), S.57(参见雅科布斯,见前注〔5〕,页52);Wieacker (Fn. 19), S.396(参见维亚克尔,见前注〔19〕,页384)。

〔47〕 有学者甚至完全按照海泽的著作写作自己的教科书:比如,兰茨胡特大学的约翰·奈波穆克·冯·韦宁—英根海姆(Johann Nepomuk von Wening—Ingenheim, 1790—1832)在1822—1823年出版3卷本的著作,书名叫做《共同民法教科书:根据海泽〈供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要〉》(See Wening—Ingenheim, Lehrbuch Des Gemeinen Civilrechtes: Nach Heise's Grundriß Eines Systems Des Gemeinen Civilrechtes Zum Beruf Von Pandecten—vorlesungen, Bd. 1—3, 1822—1823.)。

〔48〕 Schlosser (Fn. 7), S. 153.; Otto, Friedrich Carl von Savigny (1779—1861) und die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: Vico Verlagskatalog, I, 2010, SS.28—29, 72.; Mecke (Fn. 30), SS.665—666。

〔49〕 Schroeder, “Eine Universität für Juristen und von Juristen”: Die Heidelberger Juristische Fakultät im 19. und 20. Jahrhundert (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen), 2010, SS.20—23.伯恩哈德·温德沙伊德于1880年曾经有过这样的评论:在当时的德国(19世纪中叶),对于一个有事业心的法学家而言,似乎只有两项最高的荣耀:要么成为萨维尼(在柏林大学教席)的继任者,要么接替海泽(在吕贝克高等上诉法院院长)的位置。或许因为海泽的贡献,吕贝克高等上诉法院被誉为“德国第一流的法院”(温德沙伊德语)、“德国有学问的法院”(耶林语)、“司法的楷模”(萨维尼语)(See Polgar, Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands [1820—1879] und seine Richterpersönlichkeiten [Rechtshistorische Reihe; Bd. 330], 2007, S.17.)。

纪“最有成就的民法学者”(der erfolgreichste Zivilrechtslehrer)行列。<sup>[50]</sup>

#### 四、格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的“学说汇纂学”

有了上述有关学说汇纂学之发生学的知识,那么我们实际上就具备了进一步研究受格奥尔格·弗里德里希·普赫塔“法学形式主义”思想影响的“学说汇纂学”之理论建构及其风格的条件。

相对于萨维尼而言,格奥尔格·弗里德里希·普赫塔在汉语学圈里属于“颇有名气、但其学术尚不为人知”的人物。他被西方学者誉为“历史学派第二首脑”(zweites Haupt der historischen Schule),<sup>[51]</sup>法学思想涉猎广泛、内容庞杂。其一生著有《法学百科与方法论讲义纲要》(Grundriß zu Vorlesung über juristische Encyklopädie und Methodologie, 1822)、《习惯法》2卷本(Das Gewohnheitsrecht, 1828—1837)、《学说汇纂教科书》(Lehrbuch der Pandekten, 1838)、《法学阶梯教程》3卷本(Cursus der Institutionen, 1841—1847)、《民法论文集》(Georg Friedrich Puchta's Kleine civilistische Schriften, 1851)等著作。<sup>[52]</sup>

笼统地说,普赫塔终身致力于“使罗马法德国化”和“罗马法的现代化”的理论构建工作。德国当代著名法学家卡尔·拉伦茨(Karl Larenz, 1903—1993)在其所著的《法学方法论》(Methodenlehre der Rechtswissenschaft)第2章有关“19世纪的概念法学”的论述中认为,普赫塔带着清晰的确定性将其时代的法学指向“概念的金字塔”意义上的逻辑体系之路,并且因此而决意将它发展成为“形式的概念法学”(formale Begriffsjurisprudenz),为超过一个世纪的占主流的“法学形式主义”(juristische Formalismus)铺平了道路。<sup>[53]</sup>著名法律史家弗朗茨·维亚克尔(Franz Wieacker, 1908—1994)也曾经有这样的评论:普赫塔虽然其在精神层次和观照能力(Anschauungskraft)与萨维尼尚不可相提并论,但自19世纪30年代起,其在体系和概念建构上显示出的逻辑力和民法学方法上的影响力均超过了萨维尼。<sup>[54]</sup>

限于篇幅,本文不可能完整地展现普赫塔法学理论的全貌。此处重点探讨其学说汇纂学思想,主要解读他于1838年出版的《学说汇纂教科书》。在这本书的“导论”中,普赫塔明确指

[50] Kleinheyer/Schröder (Fn. 39), S.483(参见克莱因海尔等,见前注[39],页498)。

[51] 语见 Schlosser (Fn. 7), S.154.

[52] Mecke (Fn. 30), SS.58—59., 84ff., 124ff.; Henkel (Fn. 9), SS.21—23.; Eisenhart, Georg Puchta, in: Allgemeine Deutsche Biographie (ADB), Band 26, 1888, SS. 685—687.; Landau, Georg Friedrich Puchta, in: Neue Deutsche Biographie (NDB), Band 20, 2001, SS. 757—759.; Paolo Becchi, “German Legal Science: The Crisis of Natrual Law Theory, The Historicisms, and ‘Conceptual Jurisprudence’”, in Damiano Canale, Paolo Grossi and Hasso Hofmann ed., *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600—1900*, Springer, 2009, p. 218.

[53] Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, SS. 20, 24.当然,“概念法学”(Begriffsjurisprudenz)一语并非拉伦茨首创,也不是菲利普·赫克的杜撰。实际上,此一术语最早来自于耶林在1884年出版的著作《法学上的诙谐与严肃》。耶林在这本著作中把“以概念进行操作”、将法学思维等同于“概念思维”的一切法学通称为“概念法学”(Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884, S. 347.)。

[54] Wieacker (Fn. 19), SS.399—400(参见维亚克尔,见前注[19],页386—387)。

出:德国现行的法一部分是“本国的”,一部分是“外来的源头”,而外来源头中重要的是罗马法,其中优士丁尼的《学说汇纂》更是至关重要,其作为“继受法”而发生效力。他写此书的目的在于对以“学说汇纂”(潘德克顿)为名的“当代罗马法体系”进行系统的阐释,这种阐释应具有根本的体系特征,但也不能缺少历史要素,此种历史要素主要是指晚近的罗马法史,尤其是孕育着当代罗马法的法学史。<sup>[55]</sup>

普赫塔提及胡果和海泽(以及蒂堡)等人在“学说汇纂”体系上的构想,他也承认海泽在学说汇纂之诠释方法上做出了表率,<sup>[56]</sup>然而,他并没有从一开始就完全认同海泽“五编制”体系中有关权利分类的论述。原因在于,普赫塔和海泽在权利分类根据的理解上存在一定的区别:

海泽在《供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要》第1编(“一般理论”)第2章(论“权利”)第2节(“论权利的种类”)中,<sup>[57]</sup>主张从“权利依其客体的不同”(die Verschiedenheit der Rechte nach ihrem Gegenstand)来划分权利的种类,在他看来,权利的客体并不是构成权利内容的权限(Befugnis),而是权限所针对的“人”或者“物”,由此可以把权利分为:①根本没有个别客体的权利,比如,未成年人的封地(die Benefizien),结婚权,订立遗嘱等;②针对某物的权利;③针对某人的权利(以履行为基础,或者以个人隶属于他人为基础)。海泽指出:除“继承权”(第5编)与其他的观点相关联之外,“物权”、“债(权)”和“物上对人权”(“亲属权”)均是根据“权利依其客体的不同”所做的分类,<sup>[58]</sup>诚上所述,这些权利构成海泽著作第2—4编罗列的纲目结构。

与此不同,普赫塔首先从人的意志与客体的关系角度来寻找权利分类的根据。他认为,在私法中,法律关系是人和人之间的关系,这个关系(作为法律上的自由之结果)的核心就是权利,也就是说,法律关系是权利的复合体,它们通过人在关系中的交往和相互作用而得以确定。<sup>[59]</sup>所以,(主观)权利的概念是法律上认可的“意志与客体之关系”的一种表达:作为“道德意志”(自由)主体的人本身的活动是对客体的支配,这种支配的后果就是“一种支配客体的法律上的力”(eine rechtliche Macht über den Gegenstand)或者“通过法条赋予个人支配客体的力”。<sup>[60]</sup>在此意义上,任何权利都是一种支配客体的力。<sup>[61]</sup>

在普赫塔看来,权利可以通过人的意志获得其内容,这是权利的自由方面,也只有这种自由的规定性不受人的地位之影响;但是,在私法关系中,人的地位在特定条件下对于其权利意志(rechtliches Willen)又具有特定的影响,所以,权利的内容部分地也通过人的地位来决定;

[55] Puchta (Fn. 21), SS.1—10, 16.

[56] Puchta, a.a.O., S.14ff.

[57] 在普赫塔那里,(主观)权利是现代私法中的核心概念,同时也是对丰富多样的法律生活的最高抽象。在一定意义上,所谓法体系的建构本质上就是(主观)权利体系的建构。

[58] 有关这个权利分类根据的说明,参见 Heise (Fn. 35), SS.16—17, besonders, Anm. 5.

[59] 在后来出版的《法学阶梯教程》中,普赫塔进一步指出:“权利使人(Mensch)成为人(Person),并通过人的活动本身加以确定。”(Puchta, *Cursus der Institutionen*, Erster Band, Siebente neu vermehrte Auflage, Nach dem Tode des Verfassers besorgt von Adolf Friedrich Rudorff, 1871, § 28, S.68.)

[60] Puchta (Fn. 21), SS.46—47.

[61] Puchta (Fn. 21), § 30, S.72.

同时,虽然一定的客体由于某种权利而受(人的)意志支配,但客体的性质也反作用于权利,它构成权利多样性的基础,<sup>[62]</sup>故此,权利的内容部分地还通过客体来决定。这样,普赫塔就把权利分类的根据分两个方面:一是从“权利依照人的地位不同”(Verschiedenheit der Rechte nach der Stellung der Personen)来分类;二是从“权利依客体的不同”(Verschiedenheit der Rechte nach dem Gegenstand)来分类。<sup>[63]</sup>

从“权利依照人的地位不同”(Verschiedenheit der Rechte nach der Stellung der Personen)来对权利进行分类,实际上是不考虑个人的特性而把人当作“有机联系”之整体的一员,以此作为根据,就可以发现有亲属(家庭)关系、公法关系和教会法关系,与这些法律关系相对应的权利(法)有三种,即:“私权”,“公权”和“教会权”;私权又可以分为“财产权”和“亲属权”。<sup>[64]</sup>人的公权地位和教会权地位对其私权具有影响,而人的“财产权”和“亲属权”之间也是相互作用的:即,人在家庭中的地位影响其财产关系,在家庭(亲属)关系中,除了婚姻和家长权关系外,还涉及某种特殊的财产权,比如,遗产的亲属继承及其顺位。<sup>[65]</sup>

从“权利依客体的不同”来对权利进行分类,主要考察的是“权利的客体”(die Gegenstände der Rechte)或“权利意志的客体”(Gegenstand des rechtlichen Willens)作为分类根据,这是权利的必然的和逻辑的方面(从“权利的客体”的角度看,一类权利和另一类权利在逻辑上具有不同的性质,比如,对物权不同于债权,役权不同于质权,这种不同表现出“逻辑必然性”[logische Nothwendigkeiten]的差异)。权利的客体有“物”、“行为”(Handlungen)和“人”,前两种客体完全将受权人(Berechtigten)排除在外,第三种客体可能考虑、也可能不考虑受权人。由此就形成了5类权利:①对本人的权利(Rechte an der eigenen Person):人格权(Recht der Persönlichkeit)和占有权;②对物权(Recht an Sachen):所有权和他物权;③对(他人)行为的权利(Rechte an Handlungen):债权;④受权人之外的对人权(Rechte an Personen außerdem Berechtigten):夫妻(婚姻)权、家长权和子女权;⑤(财产)转入受权人并由其代表的对人权:继承权和其他财产权。<sup>[66]</sup>

从结构上看,普赫塔的《学说汇纂教科书》主要有8编。其中,第1—3编可以视为“总则”部分,分别讨论“法律规定”、“法律关系”(人、权利的内容、权利的产生与终止、权利的保护)和“法律规定对法律关系的应用”等。<sup>[67]</sup>第4—8编讨论“主观权利体系”:即,第4编“对本人的权利”(第1章“人格权”,第2章“占有权”);第5编“对物权”(第1章“概述”,第2章“所有权”,

[62] Puchta, a.a.O., § 30, S.73.

[63] Puchta (Fn. 21), SS.50, 71.

[64] Puchta, a.a.O., S.50.

[65] Puchta, a.a.O., SS.69—70.

[66] Puchta, a.a.O., S. 71 und Anm.(a).需要指出的是,普赫塔在《法学阶梯教程》以及其他著作中对5类权利的排列顺序有一些调整(比如,把“对物权”放在第1类,接着是“对人权”和“对行为的权利”,最后一类才是“对本人的权利”),而且“受权人之外的对人权”和“转入受权人并由其代表的对人权”也分别转换为其他的表述,比如,“对其他人的权利”(或“对我们以外的人的权利”[Rechte an Personen außer uns])和“转入我们的对人权”(Rechte an in uns übergegangenen Personen)(Puchta [Fn. 21], § 30, SS.73—79.另见 Mecke (Fn. 30), SS.707—761.)。

[67] Puchta (Fn. 21), SS.19—174.

第3章“地上权与永佃权”,第4章“役权”,第5章“质权”);第6编“对行为的权利”(第1章“论一般之债”,第2章“各个之债”);第7编“对人权”(第1章“夫妻(婚姻)权”,第2章“家长权和子女权”,第3章“父权”);第8编“继承权”(第1章“概述”,第2章“继承权的缺失”,第3章“继承权的取得”,第4章“继承权的内容”,第5章“论遗赠”,第6章“遗产信托”,第7章“不应继承的情形”[Indignität])。〔68〕此外,普赫塔还增加了一个篇幅较短的部分(第9编),讨论“继承权之外的财产权”。〔69〕

总体上,我们从普赫塔的私法学说中可以看出他的哲学观、方法论追求以及知识—实践论理想,即以“道德意志”(自由)作为私权构成的核心一起始范畴,运用纯粹逻辑的方法(形式—概念的方法),来构建权利(私权)概念的“公理的”、“封闭的”、“无漏洞的”体系,不仅在知识论上企图实现法学的“科学性”,而且,在实践上,意欲使法官的“法的发现”(Rechtsfindung)工作符合“正确涵摄的逻辑工作”(der logische Art der richtigen Subsumption)要求,通过法(权利)概念的体系化(科学化和逻辑化)来达到法的正当化,实现法的安定性和公正性。由此,普赫塔将学说汇纂学中的严格概念形式主义带到完全支配性的地位,它与优士丁尼法的教义学阐释的区别在于“概念建构、推释和体系论”,其目的不是解释“(古代)罗马的情形”,而是“用来适应现代的、德国的情形”,其所描述的是“一幅现代社会的法律划分的图景”。〔70〕

德国著名社会学家马克斯·韦伯(Max Weber, 1864—1920)在《经济与社会》有关“经济与法律”(法律社会学)的论述中,将形式主义的“学说汇纂学”之智识理想(韦伯的用语是“近代特有的[顺着罗马法发展出来的]体系化”工作)概括为5个方面:①任何具体的法律裁决均是把某个抽象的法条(Rechtssatz)“适用”于具体的“事实”上;②对于任何具体的事实,必须皆能够通过法律逻辑的手段从现行的抽象法条当中得出某个裁决;③因此,现行的客观法必须呈现为一个“毫无漏洞的”法条体系(ein “lückenloses” System von Rechtssätzen),或者潜在地包含这样的—个体系,或者至少为了法律适用之目的而被当作是这样的—个体系;④凡是不能在法学上被理性“构建”的,也在法律上无关紧要;〔71〕⑤人的共同体(社会)行为都必须被解释为法条的“适用”或“实施”(Ausführung),或者相反,被解释为对法条的“违反”(Verstoß gegen Rechtssätze)。〔72〕

鲁道夫·冯·耶林在《罗马法的精神》第3卷把上述理想称之为“琢磨着把法学上升为一门法律数学的逻辑崇拜”。〔73〕而笔者则更倾向于把普赫塔所致力于完成的这样一种体系化

〔68〕 Puchta, a.a.O., SS.175—791.

〔69〕 Puchta, a.a.O., SS.792—796.

〔70〕 Wieacker (Fn. 19), SS.399, 436f(参见维亚克尔,见前注〔19〕,页386、418—419);Mecke (Fn. 30), SS.700—707.;埃利希,见前注〔6〕,页372—373。

〔71〕 这一点也可以表述为:“凡法学家无法思考的,在法律上也不存在”(Was der Jurist nicht denken kann, auch rechtlich nicht existiert)。

〔72〕 See Weber, Rechtssoziologie, in: ders., Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie, besorgt von Johannes Winckelmann, 5. Aufl., Studienausgabe, 1980, S.397(汉译,见(德)韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,台湾地区远流出版事业股份有限公司2003年版,页31)。

〔73〕 Jhering, Der Geist des Römischen Rechts, III., 3. Aufl., 1877, SS.311—312. 欧根·埃利希曾在《法社会学原理》专门讨论过“法律的概念数学”以及法学概念和数学概念的关系,他把普赫塔等人称为“法律数学家”(参见埃利希,见前注〔6〕,页357—365)。



(科学化和逻辑化)工作的理想称为“法律公理体系之梦”。〔74〕

## 五、“学说汇纂”体系的发展

在普赫塔之后,“法律公理体系之梦”风行一时,众多一流的法学家曾经为之倾心。实际上,根据“理性建筑学”(Architektonik der Vernuenftigkeit)标准来建构概念清晰、位序适当、逻辑一致的法律公理体系,对于所有的法学家都有难以抵御的魅力。道理很简单:假如法学家能够将法律体系的各个原则、规则和概念厘定清晰,像“门捷列夫化学元素表”一样精确、直观,那么他就从根本上解决了千百年来一直困扰专业法律家的诸多法律难题。有了这张“化学元素表”,法官按图索骥,就能够确定每个法律原则、规则、概念的位序、构成元素、分量以及它们计量的方法,只要运用形式逻辑的三段论推理来操作适用规则、概念,就可以得出解决一切法律问题的答案。法律的适用变得像数学计算一样精确和简单,所有的案件均能够依照纯粹逻辑的方式加以涵摄。有学者指出:“判决就是将法律概念作为(数学)因数进行计算的结果;自然,因数值愈确定,计算所得出的结论则必定愈可靠。……只有通过全面把握法律概念,真正的法律体系,即法条的内在相互依存性才可能产生。”〔75〕这种信念可以简括地称为“法学实证主义教义(信条)”。按照这种教义(信条),只要遵循法律公理体系构建的原则,法的产生就如同收割庄稼一样自然,司法就像自动售货机操作一样简单。〔76〕

正是本着上述“法学实证主义教义(信条)”,在19世纪中后期的德国法学中逐渐出现了以构建私法(民法)公理体系为志业的一批法学家,〔77〕他们撰写了大量以“学说汇纂”为题的具

〔74〕 参见舒国滢:“寻访法学的问题立场——兼谈‘论题学法学’的思考方式”,《法学研究》2005年第3期。

〔75〕 Windscheid (Fn. 10), § 24, S. 59.

〔76〕 相关的评论,参见Jakobs (Fn. 5), SS.16-17(参见雅科布斯,见前注〔5〕,页8-9)。不过,欧根·埃利希认为:“法体系的逻辑完美性原则并未表达一种经过科学确定的事实,而仅仅表达了一种实践上的努力,即:为法官应对一切发生的案件提供储备充足的裁判规范,使法官尽可能受它们的束缚。”(埃利希,见前注〔6〕,页21)

〔77〕 当时还称不上法学家、无门无派的青年学生卡尔·马克思(Karl Marx, 1818-1883)都打算提出自己的法(哲)学体系,1837年,19岁的马克思就读于柏林大学法学院,斯年11月10-11日,在给其父亨利希·马克思(Heinrich Marx, 1777-1838)的信中草拟了“一份包括公法——其形式部分也经过整理——的分类的纲目”,其中包括“公法”和“私法”两部分,私法又分为“有条件的契约的私法”和“无条件的契约的私法”,“有条件的契约的私法”包括“人对人的权利”(对人权)、“物权”和“在物上人对人的权利”(物上对人权)、“有偿契约”、“担保性契约”和“无偿契约”(参见《马克思恩格斯全集》第40卷,人民出版社1982年2月版,第11-12页)。尽管马克思说是自己的这个“全部体系的虚假……的纲目近似康德的纲目”,但在笔者看来,他的这个“纲目”也兼有安东·弗里德里希·尤斯图斯·蒂堡、格奥尔格·阿诺德·海泽、约翰·奈波穆克·冯·韦宁-英根海姆等人理论的影子,因为按照马克思的说法,1837年在柏林期间,他系统地阅读了萨维尼的《占有权》、蒂堡的《学说汇纂法体系》、海泽的《供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要》以及韦宁-英根海姆的《共同民法教科书:根据海泽〈供学说汇纂授课之用的共同民法体系纲要〉》等著作。其中的许多法学概念都是这些人提出来的,比如“物上对人权”(中央编译局译为“在物上人对人的权利”)(《马克思恩格斯全集》第40卷,页13,913-916〔注释〕)。

有建构性质的民法教义学专著或教科书,由此而形成了一个我们业已耳熟能详的学派——所谓“学说汇纂学派”(Pandektisten,一译“潘德克顿学派”或“潘得克吞学派”)。实际上,“学说汇纂学派”是历史法学派之罗马支派的学术兴趣转向(即从法律史转向现代私法学说[民法教义学])的产物。<sup>[78]</sup>大体上看,这个学派在法学上有三大原理引人瞩目:一是坚持“涵摄(归类)理论”,即,根据演绎推理,将案件“事实”(小前提)涵摄于法律规范(大前提)之下,以确保在具体案件中实现公正;二是倡导“法律体系逻辑完备的原理”,即,如普赫塔那样,将既存的法秩序设想为法(权利)概念的“公理的”、“封闭的”、“无漏洞的”体系;三是在法律解释上主张“客观”解释,即,认为所有法律之决定性的意义并非来源于历史上的立法者之主观意图,而是来自其所处关联语境的客观的体系性含义,取决于它身处其中的体系的参照。<sup>[79]</sup>

据不完全统计,在1840—1899年间,德国出版的“学说汇纂教科书”(包括再版)或相关的研究类著作有80种之多,其中比较有名的作者有:路德维希·阿恩茨·冯·阿尔内斯伯格(Ludwig Arndts von Arnesberg, 1803—1878),尤里乌斯·巴龙(Julius Baron, 1834—1898),厄恩斯特·伊曼努尔·贝克尔(Ernst Immanuel Bekker, 1827—1916),爱德华·博肯(Eduard Böcking, 1802—1870),阿尔瓦斯·布林茨(Alois Brinz, 1820—1887),卡尔·布赫尔(Karl Bucher, 1786—1854),格奥尔格·克里斯蒂安·布尔卡迪(Georg Christian Burchardi, 1795—1882),古斯塔夫·埃姆明豪斯(Gustav Emminghaus, 1791—1859),卡尔·厄斯马尔西(Karl Esmarch, 1824—1887),弗里德里希·路德维希·凯勒(Friedrich Ludwig Keller, 1799—1860),约翰内斯·埃米尔·孔彻(Johannes Emil Kuntze, 1824—1894),费尔迪南·雷格尔斯伯格(Ferdinand Regelsberger, 1831—1911),康拉德·弗朗茨·罗希赫特(Conrad Franz Rossihirt, 1793—1873),布鲁诺·席林(Bruno Schilling, 1798—1870),约翰·亚当·索伊菲特(Johann Adam Seuffert, 1794—1857),卡尔·弗里德里希·费尔迪南·辛特尼斯(Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, 1804—1866),卡尔·阿道夫·冯·范格罗(Karl Adolf von Vangerow, 1808—1870),弗里德里希·H·费林(Friedrich H. Vering, 1833—1896),卡尔·格奥尔格·瓦希特尔(Carl Georg Wächter, 1797—1880),莱奥波德·奥古斯特·瓦恩柯尼希(Leopold August Warnkönig, 1794—1866),奥托·温特(Otto Wendt, 1846—1911),等等。<sup>[80]</sup>

当然,在学说汇纂法学(理论)体系之构建上,中后期最有代表性和原创力的学者是伯恩哈德·温德沙伊德(Bernhard Windscheid, 1817—1892)和海因里希·德尔恩堡(Heinrich Dernburg, 1829—1907)。

伯恩哈德·温德沙伊德的全名为“伯恩哈德·约瑟夫·胡伯特·温德沙伊德”(Bernhard Joseph Hubert Windscheid),1817年生于杜塞尔多夫(Düsseldorf),1834年进入柏林大学学习语言学,由于聆听萨维尼的讲课而改学法律,1838年在波恩大学获博士学位,1847年起先后在波恩大学、巴塞大学、格雷夫斯瓦尔德大学、慕尼黑大学任教,1871年接替卡尔·阿道夫·冯·范格

[78] Zimmermann (Fn. 7), S.14.(参见齐默尔曼,见前注[7],页22)。

[79] (葡)叶士朋:《欧洲法学史导论》,吕平义、苏健译,中国政法大学出版社1998年版,页201—202; Wieacker (Fn. 19), SS.433—437(参见维亚克尔,见前注[19],页416—420);Larenz (Fn. 53), SS.32—35.

[80] Pandekten: Zivilrechtsbücher im 19. Jahrhundert, in: Vico Verlagskatalog I, (2010), SS.37—38.; Wieacker (Fn. 19), S.445(参见维亚克尔,见前注[19],页425—426);Schlosser (Fn. 7), S. 155.

罗,担任海德堡大学罗马法教授,1874年转任莱比锡大学教授。<sup>[81]</sup>在1862—1870年间,温德沙伊德出版了给他带来巨大声望的3卷本《学说汇纂法教科书》(Lehrbuch des Pandektenrechts,第1卷1862年,第2卷1865/1866年,第3卷1870年);至1906年,该书1—3卷共发行了9版。<sup>[82]</sup>从1862年第1版出版到1892年去世前修订(1891年出第7版),温德沙伊德一生在这套教科书上花费了整整30年的时间,堪为学说汇纂学派治学精神的楷模。当然,此书也被认为是19世纪下半叶的民法学具有决定性影响的罗马共同法学说之总结。<sup>[83]</sup>

在这个3卷本的巨作中,温德沙伊德以普赫塔的形式—概念的思维方式为榜样,保持学说汇纂派法学家们特有的谦谨、中立的形式主义精神(即,仅仅从法学专业角度中立地描述和证明法学原理,而不依照哲学、道德或政治观点武断地“创造”自己的所谓法理学说,像“真正的法学家”[der wahre Jurist]那样对待法学概念,——这些法学概念如同“又硬又冷的大理石雕塑,分门别类地站立在他的周围”<sup>[84]</sup>)和“科学精神”(即,认为:在实现产生法的使命时,法学是“自治的”、“逻辑自治的”,它不依赖于自身之外的任何事物),追求普赫塔意义上的(法学)概念的封闭体系,强调作为法政策学的所谓“伦理、政治或国民经济上的考量”均不是法学家关心的事情,它们不在法学家的掌控之内。<sup>[85]</sup>在他看来,法处在一切的历史制约之中,但也是某种理性的东西,其中包含科学的因素,不仅可以进行历史研究,而且可以进行体系研究。<sup>[86]</sup>温德沙伊德像普赫塔一样,放弃“对罗马法渊源的历史性处理”,而致力于从法教义学上将罗马法的渊源进行“符合当代理解和需要”的解释,在一定程度上做到“使罗马法现代化”,并且努力将罗马法真正铸造成“我们(德国)的法”,因为他认为,罗马法对于德国而言(当然也包括对于整个欧洲以及“整个文明世界”[die ganze civilisierte Welt]均如此)始终是“民法秩序的理想范例”(Idealfall einer Zivilrechtsordnung),而且恰好是“培育的有益手段”(ein heilsames Mittel der Zucht)。<sup>[87]</sup>正因为温德沙伊德推崇学说汇纂研究中的科学体系的价值,《德意志思想史上的伟大法律思想家》一书的作者、著名刑法学家埃里克·沃尔夫(Erik Wolf, 1902—1977)形容他“活在康德的精神世界和歌德时代文化的最后晚霞之中”。<sup>[88]</sup>

温德沙伊德的学说汇纂学的独特之处在于他对私法的重新界定以及对于“请求权”(Ans-

[81] Wolf, Bernhard Windscheid, in: ders., Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., 1963, S.595ff.; Kleinheyer/Schröder (Fn. 39), S.442ff(参见克莱因海尔等,见前注[39],页451及以下)。

[82] See Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I—III, 9. Aufl., 1906.

[83] Pandekten: Zivilrechtsbücher im 19. Jahrhundert (Fn. 80), S.74.; Kleinheyer/Schröder (Fn. 39), S.443(参见克莱因海尔等,见前注[39],页452)。

[84] See Zimmermann (Fn. 7), S.34.(参见齐默尔曼,见前注[7],页50)。

[85] Larenz (Fn. 53), S.28.; Kleinheyer/Schröder (Fn. 39), S.445(参见克莱因海尔等,见前注[39],页454);Wieacker (Fn. 19), S.431(参见维亚克尔,见前注[19],页415);Jakobs (Fn. 5), S.14(参见雅科布斯,见前注[5],页5);叶士朋,见前注[79],页197—198。

[86] Larenz (Fn. 53), SS.28—30.

[87] Kleinheyer/Schröder (Fn. 39), SS.443—445(参见克莱因海尔等,见前注[39],页452—453);Windscheid (Fn. 10), § 6,SS. 15—17.

[88] Wolf (Fn. 10), S.597.

pruch)的论述。<sup>[89]</sup>温德沙伊德指出:所有的私法必然涉及“双重的客体(对象)”(einer doppelte Gegenstand),它必须调整两种关系:一是“财产关系”(die Vermögensverhältnisse);二是“亲属(家庭)关系”(die Familienverhältnisse)。因此,私法主要分为财产法和亲属(家庭)法两大类。财产法的客体有二:①对物的法律关系;②人与人之间的法律关系,即债权(Forderungsrechte/Obligationenrechte)。不过,财产法还有一些问题要问答,即死者的财产之命运问题;有关这个问题的原则总体构成了继承法。然而,在温德沙伊德看来,这里不仅有关于特殊内容的权利的法律原则,也有一些涉及权利本身、撇开其特殊内容不谈的法律原则。此外,还有一些法律原则将权利以此为基础的法本身(即客观意义上的法——法律规定)作为客体。这最后一类法律原则虽不具有私法性质,而属于公法,但在私法中充分论述也并无不当。有关法和权利的法律原则必须先讲,它们可以先于特殊的权利来加以处理。基于以上的考虑,温德沙伊德将他的学说汇纂体系分为6个部分:①论一般的法;②论一般的权利;③物权法;④债法;⑤亲属法;⑥继承法。他还特别指出,将亲属法置于继承法之前,是惯常的做法,其根据在于:亲属法像物权法和债法一样调整“活着的人”(der lebenden Person)的法律关系。①②两个部分可以一并被称为“总则”。<sup>[90]</sup>

由此看来,温德沙伊德基本上采纳了自萨维尼以来大体接受的海泽“五编制”体系,但他并不是简单地对待前人的学说,而在《学说汇纂法教科书》中更加详细透彻地论述了“五编制”体系(比较明确地提出民法“总则”部分),使之达到了博大精深的地步。《学说汇纂法教科书》全书共有6编678节:第1编“论一般的法”(第1章“法的渊源”,第2章“法的解释与科学处理”,第3章“法上的对立”,第4章“法的领域”[时间界限、空间界限、居住地]);第2编“论一般的权利”(第1章“权利的概念与种类”,第2章“权利主体”,第3章“权利的产生、消灭与变更”,第4章“权利的行使、侵犯与保护”);第3编“物权法”(第1章“概述”[物的概念、种类,等等],第2章“占有”,第3章“一般可靠取得的物权”,第4章“所有权”,第5章“役权”,第6章“永佃权与地上权”,第7章“质权”);第4编“债法”(第1章“论一般债权”,第2章“各个债权”);第5编“亲属法”(第1章“婚姻”,第2章“父母与子女之间的关系”,第3章“监护”);第6编“继承法”(第1章“概述”[继承权的概念,遗产,等等],第2章“论遗产的诉求”,第3章“论遗产的取得”,第4章“继承的法律关系”,第5章“遗赠”,第6章“附录”(“继承不适格”[Erbunwürdigkeit]),

[89] 温德沙伊德在《学说汇纂法教科书》第2编第1章专门讨论了权利的概念和种类(物权、对人权、亲属权、财产权等),尤其是在第43-46节重点讨论了“请求权”问题。在第44节,他明确地把罗马人作为追诉程序制度的“诉权”(actiones)的含义解释为“请求权”(即,一个人向另一个人要求某种东西的权利),并在第45-46节进一步指出:请求权是一种实体权利(materielle Rechte),而非程序性的概念,它可以分为“物上请求权”(Ansprüche im dingliche)和“债之请求权”(Forderungsansprüche),这些请求权可以帮助其背后存在的其他权利得以实现,比如,所有权人对占有人的返还请求权可以看作是所有权的实现(See Windscheid [Fn. 10], § 44-46, SS.98-108.)。这样,温德沙伊德就为现代私法学说(民法教义学)的一个重要概念的支柱奠定了基础(See Zimmermann [Fn. 7], S.9.[参见齐默尔曼,见前注[7],页15])。在他之后,请求权概念成为当代民法教义学的一个核心概念,并且影响了刑法(“刑事请求权学说”[Lehre vom Strafanspruch])和诉讼法(“权利保护请求权学说”[Lehre vom Rechtsschutzanspruch])(See Kleinheyer/Schröder [Fn. 39], S. 444 [参见克莱因海尔等,见前注[39],页452-453])。

[90] See Windscheid (Fn. 10), § 13, SS.34-36.

“死因赠与”，“通过设定条件的死因处理”）。

此处，笔者无意详细讨论温德沙伊德的《学说汇纂教科书》的全部内容。概而言之，该教科书是笔者迄今所阅读过的、因其语言风格“规范”、“清晰、简明”而令人震撼的民法学著作：其篇幅宏阔，注释详备，说理透辟，体系严密，文献资料丰富，乃学说汇纂学的集大成作品，构成学说汇纂学的标准范本，是对《德国民法典》实施之前的德国法律实务影响最大的学术性权威著作之一。<sup>[91]</sup> 后世有人评价，该教科书可与公元 3 世纪罗马法学家乌尔比安的伟大评释作品和 13 世纪法学家、注释法学派之集大成者阿库修斯的注释相提并论，被誉为“19 世纪的标准注释书”（*Glossa ordinaria des 19. Jahrhunderts*）。<sup>[92]</sup>

相对于温德沙伊德而言，德尔恩堡的形象在汉语学界是相对陌生的，原因在于吾国系统研究其学说的学者并不多见。因此，我们有必要在此先了解一下德尔恩堡的生平：他于 1829 年出生于美因茨，早年分别在吉森大学和柏林大学学习法学（师从学说汇纂学名家弗里德里希·路德维希·凯勒[此人于 1847 年接替普赫塔的教席]），1851 年于海德堡大学在卡尔·阿道夫·冯·范格罗指导下完成博士论文答辩并获得博士学位，从 1854 年起先后在苏黎世大学、哈勒大学（1862 年起）和柏林大学（1873 年起）担任法学教授。<sup>[93]</sup> 德尔恩堡一生最重要的著作有 3 卷本的《普鲁士私法教科书》（*Lehrbuch des preußischen Privatrechts*, 3 Bde., 1871—1880）和 3 卷本的《学说汇纂》（*Pandekten*）。

德尔恩堡的《学说汇纂》3 卷于 1884—1887 年间先后出版，至 1902—1903 年发行了 7 版。德尔恩堡在《学说汇纂》第 1 版的“前言”中指出：“学说汇纂绝不拘泥于干巴巴的教条（教义学）……本书并不决定排斥我们在学说汇纂法领域从当代重要的法学家那里业已占有的杰出价值，特别是，并不打算重复将新近的文献汇编在一起，温德沙伊德对这一点做得很出色、很勤勉。本书首先应该奉献出来的是对学习者的特别重要的东西。”<sup>[94]</sup>

基于这样的设想，德尔恩堡在 3 卷之中分别论述不同的主题，但这些主题又完全归入“五编制”体系：①第 1 卷讨论“总则”和“物权法”，其中包括一个“导论”（内容有“共同法的组成部分”[罗马法、教会法、本国的法源]、“学说汇纂法的文献”）和两编：第 1 编“总则”有 5 个部分

[91] *Wieacker* (Fn. 19), S.446(参见维亚克尔,见前注[19],页 427)。

[92] See *Wieacker* (Fn. 19), S.447(参见维亚克尔,见前注[19],页 427);(日)岡徹:“ヨーロッパにおける私法學の歴史的展開”,《関西大学図書館》第 11 号(2006),页 25。

[93] 德尔恩堡担任当时德国大学中最重要的柏林大学罗马法教席并非没有争议:1873 年,萨维尼的學生、柏林大学罗马法教授阿道夫·弗里德里希·鲁道夫(Adolf Friedrich Rudorff, 1803—1873,曾于 1857/1858 年担任柏林大学校长)去世,他留下的教席向外公开招聘,最有资格担任此一职位的伯恩哈德·温德沙伊德和鲁道夫·冯·耶林由于各种原因均未成功应聘,最后有三位应聘者入选,即厄恩斯特·伊曼努尔·贝克尔(Ernst Immanuel Bekker, 1827—1916)、莱温·戈尔德施米特(Levin Goldschmidt, 1829—1897)和海因里希·德尔恩堡;本来,德尔恩堡作为候选人排在戈尔德施米特、贝克尔之后,位列第三,或许是迫于当时已担任帝国宰相奥托·冯·俾斯麦(Otto von Bismarck, 1815—1898)的压力,德尔恩堡最终成功当选柏林大学教授,在这里逐渐成为一代有名的重要法学家(See *Pandekten: Zivilrechtsbücher im 19. Jahrhundert* [Fn. 80], SS.45—46.)。不过,戈尔德施米特于 1875 年也被柏林大学招聘,担任商法教授,成为德国现代商法学的奠基人(See *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 39), S. 479[参见克莱因海尔等,见前注[39],页 494])。

[94] *Dernburg*, *Pandekten*, Bd. I, 7., verb. Aufl., 1902, “Vorwort zur ersten Auflag”, SS.VIII, IX.

(第1部分“客观意义和主观意义的法”[客观意义的法的概念,法律规范的产生、种类,法律规范的解释与续造,主观意义的法,权利的行使与权利的冲突,法律规范的时间与空间适用范围,国际私法,等等],第2部分“权利主体”[权利能力,行为能力,自然人,法人],第3部分“权利客体”[财产与财产的构成,有体物和无体物,有体物的种类,等等],第4部分“权利的取得与丧失”[法律事实,权利的变更与消灭,法律行为,意思表示,代理,等等],第5部分“权利保护”[自力救济与法律救济,诉权,诉讼时效,等等]);第2编“物权法”包括“占有”、“所有权”、“役权”、“地上权与永佃权”和“质权”等部分。②第2卷(即第3编)讨论“债法”,其中包括“债的法律性质”、“债的发生根据”、“债的内容与客体”、“债的转让”、“债的清偿”、“各个债权”等内容。③第3卷讨论“亲属法”和“继承法”,其中包括第4编“亲属法”(内容涉及“婚姻的本质”、“婚内财产权”、“嫁资”、“婚姻存续期间的法律关系”、“父权”、“家长权”、“子女财产权”、“父母的权利与义务”、“监护权”等)和第5编“继承法”(包括“继承法的本质”、“继承顺位的前提条件”、“继承法的历史”、“单方遗嘱决定”、“继承替补”、“遗嘱无效”、“遗赠”、“死因赠与”、“遗产继承契约”、“法定继承顺位”、“财产合算”、“析产权”、“遗产的取得”、“继承之诉”等)。〔95〕

可以看出,德尔恩堡的这本书是对德国共同法法学进行总结的作品,〔96〕也是晚期学说汇纂学研究的巅峰之作,代表着“学说汇纂体系”的成熟与完善,乃20世纪以后出现的各种民法(教义学)教科书之范本。在德尔恩堡之后,基本上没有人再写出像样的学说汇纂教科书(其原因在于《德国民法典》的颁行,后文再叙),即使有人偶尔还使用“学说汇纂”作为书名,但已经不再是有关学说汇纂体系的研究,比如,瑞士洛桑大学德意志法教授路德维希·库伦贝格(Ludwig Kühlenbeck, 1857—1920)于1898年出版的《从〈学说汇纂〉到〈民法典〉》(Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1898),柯尼斯堡大学法学教授弗里茨·尤里乌斯·里腾(Fritz Julius Litten, 1873—1940)在1907年出版的《研究和教学中的罗马法与学说汇纂法》(Römisches Recht und Pandekten—Recht in Forschung und Unterricht, 1907),更偏重于历史研究。〔97〕

德尔恩堡和温德沙伊德同属于学说汇纂学后期最重要的体系论者(Systemtiker)。随着他们的学说汇纂教科书的出版,“德国学说汇纂学”达到其“光辉的顶点”。〔98〕温德沙伊德和德尔恩堡以及其他学说汇纂派法学家共同完成了(从胡果算起)近一个世纪德国法学家从罗马法学家的《学说汇纂》到构建德国人自己的《学说汇纂》(“《学说汇纂》的现代版本”或现代民法体系)的伟大理想。不过,与温德沙伊德和其他学说汇纂学家相比,德尔恩堡的学说汇纂学研究或许“更凸显实践性的法律理解和对生活任务的感受”(Sinn für die Lebensaufgaben),更“贴近生活”(lebensnah),并“基于实务本身的条件来理解、协助实务”。〔99〕正是因为德尔恩堡在学说汇纂体系研究上的特殊贡献,柏林大学在19世纪70年代中期后成为学说汇纂学研究

〔95〕 *Dernburg*, *Pandekten*, Bd. I—III, 7., verb. Aufl., 1902—1903, “Inhaltübersicht”.

〔96〕 埃利希,见前注〔6〕,页467。

〔97〕 See *Kühlenbeck*, *Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 1898.; *Litten*, *Römisches Recht und Pandekten—Recht in Forschung und Unterricht*, 1907.

〔98〕 *Schlosser* (Fn. 7), SS. 155—156.

〔99〕 *Wieacker* (Fn. 19), S.445(参见维亚克尔,见前注〔19〕,页426)。

的重镇,他本人最终获封“晚期学说汇纂学王子”(Fürst der SpätPandektistik)的称号。<sup>[100]</sup>

## 六、学说汇纂学的影响

应当说,学说汇纂学的勃兴是 18、19 世纪之交德国法学的历史主义转向、特别是历史法学派的产生之后出现的法文化现象,也是“人文主义法学晚期回归德意志土地”(eine späte Rückkehr der humanistischen Jurisprudenz auf deutschen Boden)的产物。这种法文化现象的产生乃是由多重复杂的因素促成的:①日耳曼—德意志民族意识的整体觉醒和“历史性反省”,在法学家群体内部形成一种法学及法学方法论更新与建构(生产)体系的理论自觉与集体冲动,<sup>[101]</sup>这种自觉和冲动持续发酵,让无数 19 世纪最优秀的民法学者参与其间的工作,完成建构学说汇纂学术大厦的壮举;②康德(Immanuel Kant, 1724—1804)、黑格尔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770—1831)、费希特(Johann Gottlieb Fichte, 1762—1814)、谢林(Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling, 1775—1854)等人的唯心论哲学以及施莱尔马赫(Friedrich Schleiermacher, 1768—1834)的诠释学、巴特霍尔德·格奥尔格·尼布尔(Barthold Georg Niebuhr, 1776—1831)、特奥多尔·蒙森(Christian Matthias Theodor Mommsen, 1817—1903)和利奥波德·冯·兰克(Leopold von Ranke, 1795—1886)等人的历史研究为 19 世纪的德国法学的成长(尤其是法学体系的建构)提供了世界观、方法论、概念论和文献学上的支持,可以说,没有 18 世纪中后期之后出现的德国哲学、历史学、逻辑学、解释学、一定程度上还有自然科学的进展,就不可能有 19 世纪德国法学的繁荣和不断释放出来的理论活力;③历史法学派在克服“皮相化的理性主义自然法”(主要是沃尔夫主义)的过程中并未完全否定理性主义自然法的方法论,既肯定法和法学的“历史性”因素,也强调它们的“体系性”因素;特别是,后一点直接推进了学说汇纂学派的“法律公理体系之梦”的孕成,各个时期的学说汇纂学家实际上都是在用自己的学说汇纂著作(教科书)来证明(在认识和阐释将个别法律概念和法律规则连在一起的内在关联中)“体系性方法的本质”(das Wesen der systematischen Methode)和“法的内在体系”的价值和形态;④不同时期出现的法学巨擘(古斯塔夫·胡果、萨维尼、普赫塔、早期的耶林以及温德沙伊德等)适时地担当起各自的使命,以各自不同的方式推进了学说汇纂体系的形成。没有这些“时代的巨子”应运而生,没有无数学说汇纂派学者们心无旁骛、潜心供奉“天职”般的努力,“学说汇纂学”迟早会夭折于途。<sup>[102]</sup>幸运的是,学说汇纂学得益于上述因素和条件的成就,终于让它自己在过后的岁月里绽放出理论的绚烂之花及其芬芳四溢的精神韵味。

学说汇纂学不仅为当时德国法律实务界接受而被应用于法官的法律解释与法律适用之中,而且也影响了 19 世纪德国其他法学支派和(民法以外的)其他法律领域的法学者的研究,后者或多或少以“学说汇纂”体系来建构自己的学说:在历史上,“日耳曼派”法学者(尤其是贝

[100] See Pandekten: Zivilrechtsbücher im 19. Jahrhundert (Fn. 80), S.45.

[101] 有关“近代自然法理论的危机与德国法学的历史主义转向”,参见舒国滢:“德国十八九世纪之交的法学历史主义转向——以哥廷根法学派为考察的重点”,《中国政法大学学报》2015 年第 1 期。

[102] 相关的评论,参见 Wieacker (Fn. 19), SS.367—377(参见维亚克尔,见前注[19],页 359—365)。

塞勒、基尔克等人)一直与罗马派法学者在理论上形成对抗,他们批判学说汇纂学者对罗马法的个人主义理解,然而,面对19世纪末“五编制”学说汇纂体系在德国民法学界普遍被接受的局面,一些日耳曼派学者也不得不改弦更张,承认有一种所谓的“德意志法的学说汇纂学”(eine “deutschrechtliche Pandektistik”),并且尝试用罗马派法学者提出的学说汇纂体系以及相关的概念来阐释本国的(排除“罗马源头”的)德意志私法体系和德意志私法学。<sup>[103]</sup> 比如,基尔克于1895年陆续出版的3卷本《德意志私法》(Deutsches Privatrecht)与他以前出版的著作(如1868—1881年出版的4卷本《德意志合作社法》[Das deutsche Genossenschaftsrecht])在结构和用语上区别明显,其分别讨论德意志私法的“总则”和“人法”(第1卷)、“物法”、“债务关系法”(第2—3卷)。<sup>[104]</sup> 这种研究可以看作是一种“学说汇纂学式的日耳曼学研究”(Pandektistische Germanistik)。<sup>[105]</sup>

事实上,在基尔克之前,已经有相当一批学者(包括日耳曼派的法学者)通过学说汇纂体系论来讨论德意志的特别法领域:哥廷根大学教授约翰·海因里希·托尔(Johann Heinrich Thöl, 1807—1884)参照普赫塔的法源学说,以罗马法的概念和教义学为基础于1841—1847年出版3卷本《商法》(Handelsrecht),在他之后,时任海德堡大学教授(柏林大学1875年专为之设立了德国第一个商法教席)的莱温·戈尔德施米特(Levin Goldschmidt, 1829—1897)于1864—1868年出版2卷本的《商法手册》(Handbuch des Handelsrechts),他们俩人均被视为“现代商法学的奠基人”(Begründer der modernen Handelsrechtswissenschaft)。<sup>[106]</sup> 普赫塔的学生、曾担任莱比锡大学教授和萨克森王国文化部长的卡尔·弗里德里希·威廉·格贝尔(Karl Friedrich Wilhelm Gerber, 1823—1891)将乃师的概念体系方法应用至德国私法研究,于1848—1849年出版《德意志私法体系》(System des deutschen Privatrechts),至1898年发行17版,长期以来属于权威的德意志法教科书。他还用同样的方法于1865年写成《德意志国家法体系之基本特征》(Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts)。<sup>[107]</sup> 或许正是受到格贝尔的影响,素有“德国国家法学的缔造者”(Begründer der Wissenschaft des Reichsstaatsrechts)之称的保罗·拉班德(Paul Laband, 1838—1918)追随历史法学派、特别是普赫塔的法律“体系化”理论,运用学说汇纂学中的逻辑—演绎的方法来处理宪法学素材,于1876—1882年出版3卷本的《德意志帝国国家法》(Das Staatsrecht des deutschen Reiches),奠定了现代国家法(宪法)教义学的基础。<sup>[108]</sup>

学说汇纂学备受后世关注的当然还是它对德国19世纪晚期法典编纂的影响。我们知道,在1814年“蒂堡—萨维尼(法典编纂)论战”之后,由于萨维尼在论战中得势,制定全德统一的

[103] Hamza (Fn. 10), S. 160.; Schlosser (Fn. 7), SS. 158—159.;

[104] See Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895.; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, 1905.; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III, 1917.

[105] Schlosser (Fn. 7), S. 162.

[106] Hamza (Fn. 10), S. 160.; Schlosser (Fn. 7), S. 163.

[107] Kleinheyer/Schröder (Fn. 39), S. 478(参见克莱因海尔等,见前注[39],页492)。

[108] Hamza (Fn. 10), S. 160.; Kleinheyer/Schröder (Fn. 39), SS. 238—241(参见克莱因海尔等,见前注[39],页244—247)。



民法典的建议搁浅,<sup>[109]</sup>德国从此进入构建学说体系(以学说汇纂体系的构建为其特色)并由体系性的法律学术独占德意志司法及造法权力的所谓“法学实证主义”(der juristische Positivismus)阶段,在这个阶段,作为民族和民族精神之代表(“机关”)的法学家垄断了“法的理论和实务”。<sup>[110]</sup>然而,到了19世纪中后期,随着许多德意志邦国关税与经济走向统一化,尤其是,1871年普鲁士取得普法战争的胜利并建立“德意志帝国”(史称“第二帝国”,区别于“神圣罗马帝国”[962—1806年,也称“第一帝国”]和“第三帝国”[法西斯德国,1933—1945年])之后,德国的政治统一和国家立法工作提到议事日程。这样,“法律实证主义”(Gesetzespositivismus)逐步取代了法学实证主义,在公共意识里,政治国族(die politische Nation)战胜了文化国族(die Kulturnation)观念,强调“所有的法均由国家立法者所创制”、“立法几乎是唯一的法源”。<sup>[111]</sup>然而,应当看到,德国19世纪中后期的法典编纂运动所排除的只是作为政治文化现象的法学实证主义思潮,但并不是排斥法律科学本身,恰恰相反,法典编纂的有效作用仍然是以“法素材的法学处理”为前提条件的。<sup>[112]</sup>此时,学说汇纂学为德国的法典编纂直接或间接地提供了科学(学术)基础和智力条件:1861年,德意志邦联议会通过《德意志通用商法典》(Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch,一译“德意志商法通则”,缩写为ADHGB;该法后来被1897年5月10日颁布、并于1900年1月1日生效的《德国商法典》[Handelsgesetzbuch,简称HGB]所取代),该法在一定程度上体现了约翰·海因里希·托尔和莱温·戈尔德

<sup>[109]</sup> 1814年,拿破仑军队在“莱比锡战役”(The Battle of Leipzig)中被奥地利、普鲁士和俄罗斯等组成的反法联盟战败,德国的国民要求民族统一、自由以及“法律事业统一化”(Vereinheitlichung des Rechtswesens)的呼声日益高涨。然而,德国到底走何种统一化道路,尤其是要不要制定全德统一的民法典,对此,学者间存在着激烈的争论。在此期间,有人提出以《法国民法典》为蓝本、通过编纂新的民法典来实现法律事业统一化的构想,也有人(比如,耶拿大学法学教授卡尔·厄恩斯特·施密德[Karl Ernst Schmid, 1774—1852])希望在德国采用奥地利1811年颁行的民法典。这些建议遭到当时保守派政治学家奥古斯特·威廉·雷贝格(August Wilhelm Rehberg, 1757—1836)的抨击,他于1814年出版《论〈拿破仑法典〉及其在德国的引进》(Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland, 1814)一书,持保守主义的一贯立场,反对引入“人人完全自由平等”之“哲学狂热”,认为:在德国,企图依照理性法原则制定法典无异于在市民生活关系领域人为地发动一场革命,因而是“荒唐的”(widersinnig,不合情理的)。雷贝格的著作发表不久,已经转任海德堡大学罗马法教授的安东·弗里德里希·尤斯图斯·蒂堡仅仅用两周的时间写成评论性文章《论通用民法对于德国的必要性》(Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland),呼吁“德国私法统一化”、制定帝国统一(而不只是各邦国自行制定)的民法典(内容涵盖私法、刑法和诉讼法)之必要性。1814年秋,萨维尼写成《论立法与法学的当代使命》(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)一文,批驳蒂堡所代表的方案及其法学观,反对当时德国制定一部新的民法典。有关1814年德国“法典编纂论战”的概况及其回顾,参见Stern (hrsg.), Thibaut und Savigny: zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland 1814—1914, 1914, SS.1—238.

<sup>[110]</sup> Wieacker (Fn. 19), S.399(参见维亚克尔,见前注[19],页386)。

<sup>[111]</sup> Wieacker (Fn. 19), SS.458—459(参见维亚克尔,见前注[19],页441);Jakobs (Fn. 5), S.103(参见雅科布斯,见前注[5],第99页);Henkel (Fn. 9), S.33.;Schlosser (Fn. 7), S.170ff.

<sup>[112]</sup> Jakobs (Fn. 5), S.131(参见雅科布斯,见前注[5],页129)。

施米特等人(受学说汇纂学影响的)现代商法“主观权利体系”之构想。<sup>[113]</sup> 1863年1月2日颁布、1865年3月1日生效的《萨克森王国民法典》(Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen)真正第一次直接将“学说汇纂体系”学说应用于民法典编纂过程之中,该法典以当时的民法教义学为基础,按照学说汇纂“五编制图式”编纂而成(特别是第一次将“总则”纳入法典之中),它基本上是“学说汇纂教科书条文化的产物”。<sup>[114]</sup> 比较而言,1896年颁布、1900年施行的《德国民法典》(BGB)更是根据学说汇纂体系之“学术的晚期成熟”(wissenschaftliche Spätstufe)创作而成,该法典的编制、结构、概念、语言,完全是学说汇纂学的结晶(或学说汇纂派之博学多才的“学者作品”),它是一项“法学专业的成就”:该法典总共有2385条,在结构上采取“五编制”(即:第1编“总则”[第1条至第240条],第2编“债务关系法”[第241条至第853条],第3编“物权法”[第854条至第1296条],第4编“亲属法”[第1297条至第1921条],第5编“继承法”[第1922条至第2385条])。<sup>[115]</sup> 与《法国民法典》不同,《德国民法典》强调法条乃“裁判规则”的表达,故在语言风格上选择经过学说汇纂学技术化处理的抽象概念和“引车卖浆者流”难以理解的行业语言或“法学家德语”(如,“无因管理”[第677条至第687条],“物上负担”[第1105条至第1112条],“动产质权和权利质权”[第1204条至第1296条],“继承不适格”[第2339条至第2345条],等等)。<sup>[116]</sup> 至少在《德国民法典》“第一草案”的起草过程中,作为“第一委员会”之教授代表的伯恩哈德·温德沙伊德<sup>[117]</sup>对于法典的基本立场、体系结构

[113] Schlosser (Fn. 7), SS.172-174.

[114] Boehmer, Grundgen der bürgerlichen Rechtsordnung, II,1, 1951, S.73.; Schlosser (Fn. 7), SS.177-179.

[115] “Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18. August 1896”, in: Reichs-Gesetzblatt, Nr. 21, 1896, SS.194-603(汉译参见《德国民法典》[第2版],陈卫佐译注,法律出版社2006年版)。

[116] 有人可能会说,《德国民法典》因语言疏离大众,不能(像“自然法法典”——《法国民法典》或者《普鲁士通用邦法》那样)被普通人诵读,自然也难以成为普通国民的“尘世圣经”(weltliche Bibel)(Wieacker [Fn. 19], S. 478 [参见维亚克尔,见前注[19],页59])。

[117] 1871年1月18日德意志帝国成立之后(“第二帝国”,奥地利不在此列的所谓“小德意志”[Kleindeutsch]建立的帝国),根据第一届帝国议会两名民族自由党(该党主要由大学教授构成,故被称为“教授党”)议员(约翰内斯·冯·米克尔[Johannes von Miquel, 1828-1901]和爱德华·拉斯克尔[Eduard Lasker, 1829-1884])提出的法案(1873年12月20日通过的所谓“米克尔-拉斯克尔法”[Lex Miquel-Lasker;该法的主要内容是要求帝国立法权扩大至全部民法])和帝国参议会决定成立的5人“预备委员会”(此委员会于1874年2月28日成立,由普鲁士、萨克森、符腾堡和巴伐利亚4个王国的最高法院院长和柏林大学商法教授莱温·戈尔德施米特组成)提名,1874年6月22日,帝国参议院设立一个由11名委员组成的委员会(后称“第一委员会”[Erste Kommission])从事起草工作。这个委员会的成员包括6位法官、3位政府官员和2位教授,其中有莱比锡大学的伯恩哈德·温德沙伊德、慕尼黑大学的保罗·冯·罗特(Paul von Roth, 1820-1892)、担任委员会主席的帝国高等商事法院院长海因里希·爱德华·帕佩(Heinrich Eduard Pape, 1816-1888)和后来有“民法典养父”(Ziehvater des BGB)之称的戈特利布·卡尔·格奥尔格·普朗克(Gottlieb Karl Georg Planck, 1824-1910),但当时德国民法学界的两位领袖人物鲁道夫·冯·耶林和海因里希·德尔恩堡没有入选:耶林缺选的理由可能在于其“易变的情绪与坚执的原创性”使他难以从事此等(他自己认定的)“刻苦的琐碎工作”,而德尔恩堡则因为有人(比如,时任普鲁士司法大臣、参议会司法委员会主席格哈德·阿道夫·威廉·莱昂哈特[Gerhard Adolph Wilhelm Leonhardt, 1815-1880])反对而未成行(Schlosser [Fn. 7], SS.180-181.; Wieacker [Fn. 19], SS. 461, 468-488 [参见维亚克尔,见前注[19],页442、451-468])。

的确立以及“第一草案的最后定版”(die endgültige Fassung erster Entwurf)具有重大(支配性的)影响,该草案也常常被誉为“写入法律条文的温德沙伊德《学说汇纂法教科书》”(ein in Gesetzesparagrafen gebrachtes Windscheidsches Pandektenlehrbuch)。<sup>[118]</sup>而且,温德沙伊德以及清一色经受过学说汇纂学系统训练的其他第一委员会成员所代表的(学说汇纂学)专业精神最终承受住了来自其他法学派、其他行业的专家以及社会大众的批评,使学说汇纂学形塑的《德国民法典》草案经过修缮而得以在德意志帝国议会通过,<sup>[119]</sup>该法典遂成为人类法律史上第一部立法技术和科学性几近完美的伟大法典,尽管它本身不是科学,但却是一部“由科学主宰的法典”。<sup>[120]</sup>

学说汇纂学在德国以外也得到广泛的传播,原因在于它在某种程度上已经是一门超越德

[118] Kleinheyer/Schröder (Fn. 39), S. 443(参见克莱因海尔等,见前注[39],页452)。关于温德沙伊德学说纳入《德国民法典》的详情,需要专文论述。笔者在这里只简单地提及一个事实:《德国民法典》第2339条有关“继承不适格”(Erbunwürdigkeit)条件的规定,基本是温德沙伊德《学说汇纂法教科书》第3卷第6编“继承法”第6章“附录”第670节所讲的“继承不适格”7种情形的概括和提炼。有关这一点,温德沙伊德《学说汇纂法教科书》第9版(1906年)的编者特奥多尔·基普(Theodor Kipp, 1862—1931)也在该书第3卷第670节文内注中也做了相应的比较说明(See Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. III, 9. Aufl., 1906, S. 725.)

[119] 从1874年起,“第一委员会”成员工作了13年(温德沙伊德于1880—1883年间参与起草工作,1883年9月30日退出起草委员会;来自实务部门的艾伯特·格布哈德[Albert Gebhard, 1832—1907]负责起草“总则”编,莱因霍尔德·海因里希·西吉斯蒙德·约霍夫[Reinhold Heinrich Sigismund Johow, 1823—1904]起草“物权法”编,普朗克起草“亲属法”编,戈特弗里德·里特尔·冯·施米特[Gottfried Ritter von Schmitt, 1827—1908]起草“继承法”编,“债务关系法”编则以1866年的“通用德意志债务关系法草案”[Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 简称“德累斯顿草案”/Dresdener Entwurf]为基础),于1887年末完成一份附有5卷“(立法)理由书”(Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch)的草案(称“第一草案”[Erster Entwurf])。1888年1月31日将此草案连同理由书一并公布,供公众讨论。第一草案受到各方的批评(最主要的批评来自日耳曼派后期代表人物奥托·冯·基尔克[1888—1889年著有《民法典草案与德意志法》/Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch und das Deutsche Recht]和具有社会民主主义倾向的法学家安东·门格尔[Anton Menger, 1841—1906, 他于1890年著《民法与无产阶级》/Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen])。帝国司法局将来自官员、法律实务家、教授、经济性协会与联合会等各方共约600件意见汇集(达6册之多)后,参议院于1890年又任命一个新的委员会(第二委员会[Zweite Kommission])对第一草案进行讨论。1895年,完成了第二草案(Zweiter Entwurf),将之提交参议院。参议院略作修改后,1896年1月17日帝国首相将此草案连同司法局的意见书(Denkschrift)提交帝国议会,是为第三草案(Dritter Entwurf)。议会指定一个委员会对之进行了53次审议后,于1896年7月1日通过了草案。1896年7月14日参议院同意,同年8月18日皇帝批准,同年8月24日公布,定于1900年1月1日施行。从1874年到1896年,《德国民法典》的制定前后费时22年(Schlosser [Fn. 7], SS. 181—189.; Wieacker [Fn. 19], SS. 468—488 [参见维亚克尔,见前注[19],页451—468])。

[120] 温德沙伊德早在1878年的一篇演讲《法学上的历史学派》(Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft)中指出:“我们知道,这部法典包含的不少法条并不完善,其原因在于学说还不完善,立法者已经发觉了这一点,所以,要在根本上完善这部法典,就必须退回到相应的学说,并将它与此间已经获得进展的科学成果进行比较。”(Windscheid, Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft, 1878. Cf. Jakobs [Fn. 5], S. 158 [参见雅科布斯,见前注[5],页156].)

国国内私法的法学:它创造了一套固定的法律术语和每个法学家都能够理解的法律语言。<sup>[121]</sup> 职是之故,大陆法系的大多数国家的民法学家均根据德国的学说汇纂教科书来学习罗马法,重新整理各自国家的法律素材或解释本国的法典,他们纷纷将学说汇纂学奉为民法教义学的主臬和法典编纂的标准教义。兹择要述之:

其一,19世纪奥地利最富影响力的民法学家、曾经担任布拉格大学和维也纳大学教授的约瑟夫·翁格尔(Joseph Unger, 1828—1913)受德国学者之学说汇纂体系研究的激励,将学说汇纂体系引入“奥地利法学的荒地”,以此改造奥地利各大学时兴的糟糕的“法条学”(Legistik)和“注释学”,于1856—1864年出版6卷本《奥地利通用私法体系》(System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts),将1811年颁行的《奥地利民法典》按照学说汇纂学的理论架构重新加以诠释,对19世纪后半叶奥地利法学的形成起到了决定性的作用,使之重新回归到德意志法学体系之列。<sup>[122]</sup>

其二,瑞士民法学家、苏黎世大学教授约翰·卡斯帕·布伦奇利(Johann Caspar Bluntschli, 1808—1881)受德国历史法学派(萨维尼、艾希霍恩[Karl Friedrich Eichhorn, 1781—1854]等)和学说汇纂学说的影响,于1840年起草《苏黎世州私法典》(Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich),该法典于1854—1856年生效,它将瑞士固有的特别法与现代的共同民法完美地结合在一起,被誉为“19世纪最优秀的立法成果之一”;另一位著名的瑞士民法学家、伯尔尼大学教授欧根·胡贝尔(Eugen Huber, 1849—1923)在布伦奇利工作的基础上,吸收借鉴19世纪“德语法学”(die deutsch-sprachige Rechtswissenschaft)、尤其是学说汇纂学的优秀成果,于1893年受命起草《瑞士民法典》(Das Schweizerische Gesetzbuch, 简称ZGB),该法典于1907年12月10日通过,1912年1月1日生效,它是德语法律圈中继《德国民法典》之后另一部“学说汇纂学法典”(ein pandektistisches Gesetzbuch)。<sup>[123]</sup>

其三,自19世纪中期开始,西南欧和北欧的一些国家,无论其制度,还是法学研究和教学,逐渐采纳学说汇纂学体系;这些国家把学生派往德国留学、“进一步跟随德国的著名学者学习”几乎规定为一种义务。相应地,这些国家的法律学术愈来愈“学说汇纂化”了,也有学者写出本国的学说汇纂学著作:比如,葡萄牙科英布拉大学(Universidade Coimbra)法学教授吉列梅·莫雷拉(Guiherme Moreira, 1861—1922)按照学说汇纂学的框架,于1907年写作并出版《葡萄牙民法制度》(Instituições do direito civil português);温德沙伊德的瑞典学生、乌普萨拉(Uppsala)大学教授约翰·弗雷德里克·伊发·阿夫策留斯(Johan Fredrik Ifar Afzelius, 1848—1921)将瑞典法律传统与德国的学说汇纂教义学思想结合起来,成为瑞典法的历史建构

[121] 埃利希,见前注[6],页530。

[122] Kleinheyer/Schröder (Fn. 39), SS. 442—443(参见克莱因海尔等,见前注[39],页440);埃利希,见前注[6],页534—535。

[123] Schlosser (Fn. 7), SS.208—212.; Wieacker (Fn. 19), SS. 488—494(参见维亚克尔,见前注[19],页442)。

方法的重要代表人物,对瑞典的立法和司法产生了较大的影响。<sup>[124]</sup>

其四,19世纪末、20世纪上半叶欧洲、南美、东亚的一些国家直接或间接地以德国学说汇纂“五编制”体系为基础编纂各自的民法典:1898年的《日本民法典》,1916年的《巴西民法典》(Código Civil),1922年的《荷兰民法典》(Civil Code of the Netherlands),1922年的《苏俄民法典》(Civil Code of the RSFSR),1923—1925年的《暹罗民法典》(The Siamese Civil Code),1929—1930年的《中华民国民法》,1936年的《秘鲁民法典》(The Peruvian Civil Code),1942年的《意大利民法典》(Codice civile),1940—1946年的《希腊民法典》(The Civil Code of Greece),凡此种种,无一不是“学说汇纂学法学”的适例。这或许正好印证了弗朗茨·维亚克尔的著名断言:“法典化……通常存在于法学创造性阶段的末尾,此时历经数代的体系化与概念化工作终于促成一部合理的法典所要求的清晰整体计划和抽象的概念语言。很久以前,阿库修斯注释、甚至《国法大全》都是学术盛期的结束,同样,从《萨克森民法典》到《瑞士民法典》之类的学说汇纂学法学无一不是法学到了其终结阶段的遗书。”<sup>[125]</sup>

不过,反过来想一想,维亚克尔的断言对于曾经创造过法典生命的法学而言并不是一个福音,而听起来更像是敲出的一记丧钟。关于这一点,笔者不得不提出下面这个事实,即,《德国民法典》颁布和实施以后,至少在德国出现了一种看似吊诡的现象:这部本来作为学说汇纂学作品的学术性法典在过后的历史中不仅终结了“法学实证主义”的历史,而且也亲手埋葬了它的母体——学说汇纂学本身(萨维尼早在1814年所著的[与蒂堡]论战文章《论立法与法学的当代使命》中就曾警示过:法典的制定对于法学可能造成损害<sup>[126]</sup>),甚至将“共同法法学”(die gemeinrechtliche Jurisprudenz)以及罗马法学逐出了其“最后的避难所”,并排挤了有关罗马法、共同法研究的国际间之智力合作,使它们失去了在过去几个世纪的历史中曾经拥有过的荣耀,而“民族的实用法学”则大行其道。<sup>[127]</sup>原因在于:“立法者的权力命令使法学达到终结,不仅针对过去、而且也针对未来;法学家必须仅仅在法典里寻求他所面临的每个问题的答案。……从此,法学,不管是法官的法学、还是著作者们的法学,其任务不外乎是根据法典对生活现象作出判断,它必须总是将制定法作为一切出发点。”<sup>[128]</sup>这无外乎是说:“我们面前的法条就是全部的法。人们进而认为,既然当下的所有法条完全包含在任何人都能够容易接触到的制定法之中,那么认

[124] Stolleis (hrsg.), Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 2001, S. 20.; 叶士朋,见前注[79],页200。

[125] Wieacker (Fn. 19), S. 461[参见维亚克尔,见前注[19],页471—476]。

[126] Savigny (Fn. 7), SS. 87—88(参见萨维尼,见前注[7],页108—109)。欧根·埃利希也曾正确地指出:“法学总是随着法典编纂一起衰退,直到意识到其中的缺陷和漏洞时才苏醒成为新的生命。”(埃利希,见前注[6],页192)

[127] 埃利希,见前注[6],页373—374、533。

[128] 同上注,页471。

识当前法的任务就仅仅在于整理来自制定法的资料,通过自己的解释弄清楚它们的内容,并将这种解释运用于法学文献和司法判决当中。”<sup>[129]</sup>

事实上,德国自从有了民法典之后,一大批有原创力的优秀的民法学者们就不再对罗马法素材、学说汇纂学感兴趣了,他们纷纷转向对《德国民法典》的注释或评注,他们的法学著作围绕法典在进行作业。<sup>[130]</sup>这样,法典的“注释学派”(exegetische Schule)平地崛起(无独有偶,早在19世纪之初,当1804年《法国民法典》和1811年的《奥地利民法典》颁行时,这两个国家立即兴起注释法学,注释法学派[在法国称为 *école de l'exégèse*]盛极一时,而这两个国家的民法学相对于同时期的德国却处于衰败之势;如上所述,奥地利由于颁行民法典而在19世纪初开始排除德国的法学,到了约瑟夫·翁格尔时代,奥地利的法学成了以“法条学”、“注释学”为标签的知识荒地)。这实际上让曾经的“生产性”(或“建构性”)的法学(学说汇纂学)一夜之间在德国没有了用武之地,<sup>[131]</sup>那些曾经讲授过现实生活中的共同法的最后一批法学教师由于各种原因(退休或者去世)而退出历史舞台,学说汇纂课程在德国大学法学院的课程表里几乎迅速消失殆尽(据称,德国最后一位开设学说汇纂课程的是莱比锡法律史教授、法律纸莎草纸文献学[*die juristische Papyruskunde*]奠基人路德维希·米泰斯[Ludwig Mitteis, 1859—1921],他从1900年冬季学期开始直到1913年连续在莱比锡大学开设“作为《民法典》导论的学说汇纂基础理论”[*Grundlehren der Pandekten als Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch*]和“学说汇纂文本疏解”[*Pandektenexegese*]两门课程)。<sup>[132]</sup>

对于上述现象,1947年,路德维希·米泰斯的学生、著名的法律史家保罗·科沙克尔(Paul Koschaker, 1879—1951)在《欧洲和罗马法》(*Europa und das römische Recht*, 1947年初版,1966年第4版)一书中不无悲哀地指出:“德国私法的学说和实践很快就忘记了学说汇纂学这一德国法学思维最出色的成就之一。当你翻阅过去30年的专著、教科书和评注书,你

[129] 同上注,页537—538。

[130] 据不完全统计,《德国民法典》颁布后仅1年时间(1896—1897年),德国出版有关该法典的教科书、博士论文、教授资格论文或注释性著作就多达十几种,这里仅列出以下几位作者的相关作品作为参考: *Endemann*, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, 1896; *Heymann*, *Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (Habilitationsschrift), 1896; *Cosack*, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1897; *Hellmann*, *Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch*, 1897; *Halfern*, *Die Rechte der unehelichen Kinder nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch* (Dissertation), 1897; *Planck*, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz* (Kommentar), Bd. 1, 1897.

[131] 对此,欧根·埃利希说:“在德国,著作者的法学家法连同共同法一道退居幕后:法学教师将自己限于讲授既有法,法学文献作品中的论述也只视为司法判决和立法的建议,而不再被看法条。”埃利希,见前注[6],页199。

[132] See *Historische Vorlesungsverzeichnisse der Universität Leipzig für Ludwig Mitteis.*, in: *Universitätsbibliothek Leipzig* (2008—2012).

很难找到萨维尼、普赫塔、耶林、德尔恩堡、温德沙伊德以及曾被提及的学说汇纂学派的名字。”<sup>[133]</sup>

由此看来,自 1900 年以后,学说汇纂法学在德国似乎完成了它的历史使命,进而被当代以注释法典为要务的实证民法教义学所取代。不过,我们不应忘记,所谓的“当代实证民法教义学”其实仍然不过是在 19 世纪德国学说汇纂学设定的框架内进行作业,它们的理论(知识)母体依然是学说汇纂体系。故此,尽管奥地利著名法学家欧根·埃利希(Eugen Ehrlich, 1862—1922)在 1913 年出版的《法社会学原理》中认为现今时代应当有自己独特的法学,但他依然坚信温德沙伊德的 3 卷本《学说汇纂法教科书》将会得到留存,作为连接“伟大的过去和未知的未来之间的链条”。<sup>[134]</sup>

这样说来,一切以德国的学说汇纂学为知识来源的其他国家或地区的民法学要完全摆脱学说汇纂学这个理论(知识)母体也是极其困难的。讲得更严重一点,若抛开学说汇纂学的概念、原理和知识,当代民法教义学及其研究者将会集体失语、无所适从。当年,德国法学遭遇罗马法继受难题时,头脑清醒的鲁道夫·耶林高瞻远瞩地提出“通过罗马法,但超越罗马法”(Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus)这一豪迈的口号,<sup>[135]</sup>曾经激励过 19 世纪中后期数不清的德国法学家(尤其是学说汇纂派的法学家)潜心于学说汇纂学的研究,最终完成学说汇纂体系理论大厦之建设工程,至少在理论体系上丰富和发展了罗马法。所以,对于当代一切有理论抱负的法学家(尤其是立志要编纂“21 世纪伟大法典”的法学家)而言,似乎也应当像当年的鲁道夫·耶林那样,为这个时代立下如此与其目标相符的宏愿:“通过学说汇纂体系,但超越学说汇纂体系!”在笔者看来,学说汇纂学对于当代世界的意义就蕴含在这一时代的座右铭之中,值得吾侪认真、虔诚对待之。<sup>[136]</sup>也就是说,当代的法学家必须基于谦谨的心情和科学的态度对本国的社会形态、法律制度、民间习惯和司法判例进行经验考察和理论总结,依此来重构学说汇纂体系!

不过,建立法学体系不易,超越既存体系更难,这需要若干代法学家付出艰苦卓绝的努力。

[133] Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., 1966, S.190.

[134] 埃利希,见前注[6],页 375。

[135] 该口号是鲁道夫·耶林在《罗马法的精神》第 1 卷第 1 节有关“罗马法对于现代世界的意义”中提出的,他的原话是:“通过罗马法,但超越罗马法——这是一个在我看来罗马法对于现代世界的意义就蕴含其中的座右铭。”(*Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I., 2. Aufl., 1866, § 1, S.14.另见 *Zimmermann* [Fn. 8], S.33.[参见齐默尔曼,见前注[7],页 49])

[136] 笔者在 1999 年 5 月曾写过一篇文章“法典的诱惑”,指出:“在一个非常低下的法学水准点上来从事宏伟的法典编纂工程,无异于投入一次没有目标的冒险。不成功的法典编纂,其危害会在未来的历史中显现出来。它极有可能在法典的编纂和注释上形成一个坏的知识传统,而坏的知识传统一旦形成或被后世过多地遵行,则会给未来完善的法典化的努力造成更大的困难。或者说,恶的法典化实际上离法典化所要达到的正当性目标愈来愈远。”(舒国滢,见前注[6],页 18)

没有任何人可以凌驾于历史的时间规定性之上,法学的“发现”和“建构”是在历史积累的知识体系和法律素材的基础上进行的,法学绝不可能在没有任何历史导航系统记录和明确的地理方位的暗夜中盲目飞行——德国学说汇纂学的发展历史恰好证明了这一点。

---

**Abstract:** The Romanistic jurists have built expressive and accurately—explanatory legal language and modern law truly belonging to themselves for German nation based on their division of professional work mainly through searching and compiling Roman law materials. Going through this theoretical intent, routing and methodology, among historical school of law, it has gradually formed a new and unique academia feature, which is so—called “Pandectism” [Pandektenwissenschaft/Pandektistik]. The modern system of Pandectism [Das moderne Pandektensystem] was first proposed by Gustav Hugo, Professor Roman law in University of Göttingen, but Georg Arnold Heise established a theory—compiling system resembling with the system of Pandectism [Das fünfteilige Pandektensystem] in *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Beruf von Pandecten—Vorlesungen* published in 1807. In the theory figuration and establishment of Pandektenwissenschaft, the most representative scholars with original thoughts in the middle and later period are Bernhard Windscheid and Heinrich Dernburg. Pandectism in Germany in 19th century has a huge impact on legal practice, the compiling of German Civil Code [Bürgerliches Gesetzbuch] and the development of legal theory in other nations.

**Key Words:** Pandectism [Pandektenwissenschaft]; Historical School of Law; Roman Law; Private Law Dogmatics; Puchta

---

(责任编辑:徐爱国)