

论法律行为概念的缘起与法学方法

[作者] 谢鸿飞

[单位] 中国社会科学院法学研究所

[摘要] 在比较法上,对法律行为理论及其制度的价值存在争议。本文从法学方法的角度,讨论何以在当时的德国会出现法律行为这一概念。文章认为,法律行为的概念与浪漫主义和精神科学对“理解”和“意义”的探求有关,而浪漫主义在法学领域推进的结果是历史法学派。最终创造法律行为的是理性法学派的体系化法学方法。在当时的德国,产生法律行为这一概念有某种必然性,这一根源在法学上,体现为罗马法学派与日耳曼学派的对立,但是更深刻的根源在于当时的政治、社会背景。

[关键词] 法律行为,理性法学派,历史法学派,罗马法学派,日耳曼法学派,理解与意义

人们对逻辑的渴慕,把法学变成了数学,这不仅是错误的认识,而且还会误解法律。生活不因概念而存在,相反,概念因生活而存在。有权存在的,不是逻辑,而是生活、社会关系的需求以及对正义的感知;逻辑的可能或不可能都不是物质的。

——耶林[1]

问题及其限定

一个比较法上的争议问题

“法律行为”(Rechtsgeschäfte)一词是德国学者创造的法律术语。在英美法中找不到相应的词语。[2]法律行为理论在大陆民法的位置极其显赫。它被誉为“民法规则理论化之象征”;[3]“大陆法系民法学中辉煌的成就(the proudest achievement)”。[4]庞德也指出,在罗马法中,决定权利义务关系的媒介是“行为”。在大陆法系,这种“行为”主要是指法律行为。而在英美法,决定权利义务关系的主要是“关系”。[5]

如此重要的一个制度,在部分学者那里却遭到了猛烈的批判。这里以茨威格特和克茨《比较法导论》第2卷为例。在这本书中,他们猛烈地批判了法律行为制度:

学者贡献的法律行为原理的作用并不像我们想象的那么大。在法律行为这一概念中,所有的交易只有一项因素是共同的,即“表示”(declaration)。但是,用法律行为来囊括所有的意思表示,这些意思表示是与物权转移行为(real acts)(比如德国法上的动产交易)双务(synallagmatic)合同、财产让与行为、影响家庭身份的行为、有法律效力的单方意思表示联系在一起,法律行为这一概念是概括不了的(overstrained)。……学习德国法的外国学生可能首先就要问:这些不同层次的抽象化之间的差别是不是真的必要。如果不诉诸如此一个整全的特别概念,是不是就不能处理相关材料、叙述相关规则了呢?有必要把法律行为、意思表示、合同和要约(合同的组成部分)区分开吗?……用比较法上的功能方法看,法律行为不是一个有用的工具。

“法律行为”是德国法上的一个人工概念。它虽然有阐释和体系化价值,但作为一个认知工具(a perceptual tool),它对于私法的社会秩序而言,并不是非常有用。[6]

德国法学家乌拉沙克(Wlassak)也意识到,法律行为是一个“真正的灰色理论的产物”(richtiges Geschoepf)。著名民法学家弗卢姆也赞同这种观点。[7]

从立法上看,除了英美法系国家外,很多大陆法系国家的民法典也没有规定法律行为制度。同为德国法系的奥地利民法典、瑞士民法典就没有规定。其他地区如法国民法典、拉美

国家的民法典、荷兰民法典、魁北克民法典等都没有规定法律行为。这些法典基本上采取用合同制度代替法律行为制度的立法技术。

在我国,也一直有关于法律行为这一制度的存废之争。据江平先生介绍,在《民法通则》的起草过程中,对采用不采用民事法律行为也有争议。反对的人认为,英美、法国没有法律行为,“日子过得也比较好”,德国民法中的法律行为抽象,难为一般人理解。但最终《民法通则》还是接受了这一概念和制度。[8]在目前,我国立法机关在拟定民法典的草案时,关于是否规定法律行为,也出现了争议。

问题及其限定

本文的问题是从前文关于法律行为必要性的争议之中引发的。本文并不在一般意义上讨论民法学或者民法典是否需要法律行为,而是讨论何以当时的德国法学家会从大量的法律素材中提炼出“法律行为”这一抽象概念,这种抽象概念的提取与当时德国主流的法学方法有何种关系,以说明在当时的德国,产生法律行为这一概念是否有某种必然性。为此,我将首先通过知识考古学分析,讨论法律行为这一概念是如何产生的,并通过对法律行为这一概念的语义学分析,揭示法律行为这一术语的独特性。其次,我将结合在法律行为概念出现时的主流法学方法论,讨论法律行为这一概念与当时的法学思潮的关系,并分析产生法律行为概念的两种看似矛盾的方法,是如何共同服务于一个目的的。

法律行为这一概念在大陆法系各国都有一定的影响。在我国,民法学者基本上都接受了德国法中的法律行为理论和制度(建国后是通过原苏联接受的),《民法通则》也直接继受了德国法的立法实践。对于法律行为,我国民法学界以前的争议主要集中在民事法律行为这一概念在逻辑上的妥当性。这种争议的实质还是在于,是否要全面继受德国法中法律行为的制度。我的目的在于,考察德国法中产生法律行为这一概念时的社会/政治以及学术背景,揭示这一概念在德国产生的某种必然性,我的切入点是当时的法学方法。我将指出,即使这一概念和制度的价值在今天看起来并不大,在当时的德国出现这一概念是有其合理性的。

法律行为概念在德国法上的源起

法律行为概念的起源

弗卢姆指出,罗马法学家仅仅认识到具体的法律行为,而并没有法律行为这一概念。“法律行为”与“意思表示”一词,最早出现于18世纪。在18世纪,“法律行为”还没有统一的表述方式,在法律文献中,人们既用拉丁文表示,也用德文表述,直到18世纪末期,Rechtsgeschäfte一词才确立。[9]

在德国启蒙时期,法学家丹尼尔·奈特尔布莱特(Daniel Nettbl andt, 1719-1791),在1748年的著作中借用过拉丁文actus iuridus(可译为法律行为)和delarato voluntatis(自愿表示),表示自愿追求法律效果的行为。他甚至将actus iuridus定义为“设定权利和义务的行为”。[10]但是,第一次使用这一术语的是历史法学派的创始人之一的古斯塔夫·胡果(Gustav Hugo)。在《日尔曼的普通法》(1805年)一书中,他使用了Rechtsgeschäft一词代替罗马法中的“适法行为”(negotio iuridico)。但是法律行为一词的真正创始人实际上是海瑟(Heise)在1807年的《供学说汇纂教程所用的普通民法体系概论》(Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen)一书中,他使用了Rechtsgeschäft一词,海瑟的老师胡果(也是哥廷根大学的教授)指出,“在整个法学史中,没有其他一部作品象这部作品一样,起了如此巨大的作用。”[11]在该书中,海瑟提供了一个划分十分严格的目录。第一卷是“总则学说”,紧接着“权利”(Rechts)的是“行为”(Handlungen)。在“行为”下,有“意思表示”一章。该章中有“法律行为专论”。“意思表示”是相对于“侵权行为”(unerlaubten Handlung)使用的。[12]该书第六

章详细地讨论了法律行为的一般意义、类型和构成条件，使其成为一般术语。其结构是：

第六章 关于行为

1. 行为的一般规则

(1) 关于意思的确定

……

(3) 关于意思的表示

2. 关于法律行为[13]

海瑟第一次揭示了法律行为的意思表示属性。这里所谓的意思表示，不是生活中普通的意思表示，而是追求私法效果的意欲意思，即法效意思。之后，萨维尼在《现代罗马法体系》第三卷将法律行为理论进一步精致化，对海瑟所揭示的意思表示这一本质部分作出了重要的理论发展。1794年制定的普鲁士普通邦法（Allgemeines Landrecht fuer die Preussischen Staaten）采用了这一概念，它规定了“行为”，但不是“法律行为”。同时它还采取了“意思表示”这一概念。1863年的《萨克森王国民法典》（Buergerliches Gesetzbuch fuer das Koenigreich Sachsen）采用了“法律行为”这一概念，该法第88条规定：“如某行为与法律要求相符，旨在设定、废止、变更法律关系的意思表示，即为法律行为”。这是法典对法律行为这一概念以及制度的首次承认。

“意思表示”是与“法律行为”密切相关的法律术语，它与“法律行为”几乎同时出现，也是德国民法的核心概念之一。格劳秀斯在其著作《战争与和平法（de iure belli ac pacis）》中继承了传统罗马法的“诺言”所表达的思想，极大地促进了18世纪末期法学的发展。[14]之后，在18世纪，沃尔夫（Christian Wolff）首次提出并阐述了意思表示这一概念。在19世纪，它成为德国民法理论中的基本概念。[15]后来，萨维尼在《当代罗马法体系》中将意思表示与法律行为作为同义语使用。为了与奥地利民法典的用语有所区别，普鲁士普通邦法开始使用了“意思表示”这一概念（该法第1章第4节）。至此，“法律行为”和“意思表示”的概念终于在法律中形成。

法律行为的语用学考察

“法律行为”的德语是 Rechtsgeschaeft。这是一个组合词，它由“法律”（Recht）和“行为”（Geschaeft）这两个词合成。中间加了一个连词符s。

法律行为中的“行为”一词，在海瑟的著作里使用的是“Handlungen”。[16]而在德文中，表示行为最常见的词语也是 Handlungen。格尔哈德·瓦瑞格的《德语辞典》中揭示“Geschaeft”的意思是“zweckgebundens Beschaeftung, Taetigkeit, Arbeit, Gewerbe, Beruf Ergebnis, Abschluss einer mit Geld verbundenen, Taetigkeit, Handel, Absartz, Verkaufen, Aufgabe, Auftrag; Verkaufsstell, Gewerbeunternehmen。”[17]另一本《英德德英辞典》则把“Geschaeft”解释为“shop”和“business”。[18]而在德文中，侵权行为使用的是 unerlaubten Handlungen 一词。可见，在德文中，“Geschaeft”一词主要是指交易，并不是一个关于“行为”最为常用的词。

在德文中，表示“法律行为”的另外一个词语是“Rechtshandlung。”但是，弗卢姆是在与事实行为同一个意义上使用的，认为它是“与法律行为相对应的概念”，Rechtshandlung 一共包括三种：事实行为（Reakte），通知（Mittelungen），原宥（Verzeihung）。[19]另外，在德语中，Rechtshandlung 一词还有“法律中的行为”的意思，即法律调整的所有行为的总称。

可见，Rechtsgeschaeft 一词仅仅用来表示通常所说的法律行为。之所以使用“Rechtsgeschaeft”一词，是法学上出于区分生活中的行为而创造的一个词语。在德国民法理论和民法典中，有很多这种所谓的“法律家德语”，比如 unter Lebenden（inter vivos，生前行为），von Todes wegen（mortis causa，死因行为），eheliche Lebensgemeinschaft

(婚姻共同体)等。正是这些法律术语的使用,使德国民法典才得以建构起来

在萨维尼那里,法律行为的定义是:“行为人为创设其意欲的法律关系而从事的意思表示行为。”[20]这一定义为后来的民法学家所接受。如拉伦兹和沃尔夫认为,法律行为是指“以发生私法上的效果为目的,促成个人私法关系变动的单个人或者多数人的单个或多个有内在关联的行为。这些行为的目的追求发生私法上的效果,改变或者引起具体的法律关系。每一个人都通过法律行为,与其他人发生法律关系。法律行为住所产生法律效果,不仅仅是因为法律的规定,而是首先因为当事人意欲如此。”[21]可见,在德国民法学中,法律行为的界定因素有两个:一是当事人的表意行为的存在;二是当事人的表意行为的目的是要发生私法上的法律效果。顺便指出,德国法学对法律行为的这种界定,是德国法认定物权行为独立性一个前提,也是德国法将买卖合同中的履行行为不解释为买卖合同的结果(一个事实行为),而是解释为独立的物权行为(一个法律行为)的前提。

法律行为的概念与理性法学派的体系方法

法学中出现法律行为这一概念,基本上是理性法学派(Vernunftrecht)的贡献,它与潘德克顿学派的出现有密切关系。[22]理性法学派通过对各种具体法律行为的抽象得出了这一概念。潘德克顿体系从具体的物权、债权、家庭法和继承法中抽象出了一般性私法(gesamte Privatrecht),其最重要的特征是确立了一个总则,而总则中最重要的学说是关于法律行为的学说。从法学方法上看,法律行为概念的出现与德国当时的理性法学有千丝万缕的联系,甚至可以说理性法学派法学方法的使用必然会在民法学中形成法律行为这一概念。

理性法学派形成的背景

理性法学派实际上是启蒙运动在法律领域内推进的产物。它的核心观念和方法与当时德国的启蒙思想基本一致,不过是将这种更为抽象的思想具体化了而已。

一般认为,就智识方面而言,启蒙的中心是在自然科学巨大成就的激发下,寻求知识确定性的努力。如笛卡尔的“我思故我在”、莱布尼兹的把逻辑“当作形而上学的基础”等。因为启蒙运动,按照韦伯的说法,实际上是一种对世界所做的“祛魅”(disenchantment/Entzauber)。所谓“魅”,可以理解为一切不能够被实证的东西,本来经受理性检验的一切,比如宗教、传统的价值观念等。在经理性的过滤后,科学成为唯一有价值的东西。在启蒙时代,一切现存的事物都必须经“理性的法庭”(恩格斯语)的审问,才能够决定自己存废的命运。

所以,卡西勒指出,启蒙精神是一种实证精神、推理精神和分析精神。[23]启蒙哲学发展了源自希腊的科学精神。理性作为一种科学形态,逻辑、数学和物理等是其典型形式,特别是逻辑,它使得人们认识世界的本质和科学体系的创立成为可能。启蒙时期的这种观念无疑是受了17世纪以来自然科学的影响。自然科学的巨大成就,使自然科学成为人类知识的典范,也使得所谓的“物理学帝国主义”成为可能。而且,思想家产生了一种类似性的联想,即在人事和社会生活领域,必然也受抽象而普遍的规律或法则制约或决定。因此,人们逐渐形成了重视规律、重视普遍,重视客观与利益,相信科学与理性,并对人类未来充满信心的新型世界观。

自然科学模式深刻地影响了社会科学的方法论。牛顿认为,几何学精神可以运用到社会科学领域。斯宾诺莎的《伦理学》就是以此风格写的,所有理论均以“公则”、“命题”、“证明”、“附释”的形式展开。斯宾诺莎本人即是一位决定论者,他的一个著名命题是:自然中没有任何偶然的東西,一切事物都受神的本性的必然性所决定。

而且,在理性法学派兴起时的十八世纪,哲学已经不再主张从先赋理性出发,而是要求理性活生生地运用在经验材料中,得出一般原理。因此,人们求助于牛顿的“哲学思维准则”,

而不是笛卡尔的《方法论》。伏尔泰也说：“决不要制造假设；决不要说：让我们先创造一些原理，然后用这些原理去解释一切。应该说，让我们精确地分析事物。……没有数学的指南或物理学的火炬引路，我们就绝不可能前进一步。”[24]所以，卡西尔指出，17、18世纪的哲学都追求“体系精神”(esprit systématique)，但17世纪和18世纪的哲学是有区别的。17世纪的哲学更偏向于笛卡尔的天赋观念，采取证明和演绎方法，即从一般的原理、概念和公理出发，推导出关于具体的知识。18世纪的哲学则采取了几乎相反的路径。这种观念在德国启蒙哲学中也有突出表现。[25]

理性主义法学派的观念和基本方法

德国启蒙运动有一个悠久的传统。[26]完成德国启蒙理念大众化的是百科全书式哲学家沃尔夫。启蒙时代按照自然科学的典范来研究社会科学的传统在德国也被广泛接受，斯宾诺莎最终促成了社会科学的数学化。后来，沃尔夫继承并推广了莱布尼茨哲学体系。[27]沃尔夫受到了黑格尔极高的评价，黑格尔高度赞扬他“方法的严谨性”，并称他为“德国的启蒙老师”，沃尔夫在德国的影响很大，他及其学生组成了一个“沃尔夫学派”。他的学生在各个领域都致力于推进理性法的方法。如1735年，沃尔夫的学生、德国哲学家亚历山大·鲍姆加登首次提出要建立一门指导低级认识能力的科学。低级认识能力是指来自于人的感性认识能力，包括感受、想象、虚构以及一切含混的感觉和情感。他沿用希腊哲学家对“可感知的事物”和“可理解的事物”的区分，指出“可理解的事物”通过高级认识能力把握，是逻辑学的研究对象；“可感知的事物”则借助于低级认识能力，是“感性学”的研究对象。实际上，莱布尼兹就强调，一般科学(scientia generalis)必须随着一般性特征(characteristica generalis)才能够发展起来。[28]

莱布尼茨-沃尔夫的学说对当时德国社会有深远的影响。理性法体系虽然是由普芬道夫开创的，但沃尔夫完成了这一体系的理论化。沃尔夫进一步将其推进到法学，建立了几何学法学方法。“无论是医生、法律家、传教士或外交官，甚至社交界的淑女们，都把‘言必称沃尔夫’作为时尚。”[29]在这种思想氛围中，德国逐渐形成德国的理性法运动(Vernunftrecht)。

沃尔夫等人倡导以几何学的方法研究法学，找到法律大厦的理论基石。他发表了九卷著作：“以科学方法探讨自然法”(Jus naturae methodo scientifica petrahtatum)。[30]维阿克尔表述了沃尔夫的法学研究风格：

对从定理直至细小的全部自然法命题都做了毫无疏漏的论述，由此，他坚决排除了各种归纳性的和经验性的要素，从而使每一个命题都成为从各种终极性的高级概念出发、经过最为严密的推理程序得出的，并进而通过排除得到逻辑结果(logische Schlussfolgerungen)，即排除命题中的矛盾之处，使其(体系)具有几何学证明一样的严密性。[31]

维阿克尔进一步总结到，与以往从权威性的文本中寻求结论的注释法学方法不同，沃尔夫把建立在最高命题上的各种综合性的、能够适应于整个体系的概念作为法学判断的最后依据，这种方法开创了后来的“构成法学(Konstruktionsjurisprudenz)”、“概念法学”的先河，对潘德克顿法学的产生有决定性的影响，它还提供了普鲁士邦法和德国民法典中的基本体系结构。[32]沃尔夫的法学思想实际上是来自当时流行于欧洲科学的“体系性(kompositiv)要素”，尤其是伽利略和牛顿的自然科学方法以及经由莱布尼茨发展的几何学方法。[33]

拉伦兹在《法学方法论》一书中，通过对萨维尼、普赫达(Puchta)、耶林等人使用的法学方法的论述，认为19世纪是概念法学(Begriffsjurisprudenz)的世纪。概念法学源于19世纪的普通法理论。它受历史法学派的影响，以“潘德克顿法学”为代表，以《学说汇纂》为其理论体系和概念术语的历史基础。概念法学的发端起于潘德克顿法学家普赫达。

概念法学的一个重要特征是体系化思想 (Systemgedanken)。它是自然法的遗产,同时也与德国的费希特、谢林探讨的观念论 (Idealismus) 哲学有密切关系。体系化思想的理念是,通过意义的关联 (Sinnzusammenhang), 将多样性的事物统一在一起, 形成一个整体。在对具体材料作分析的基础上, 形成概念有机体。对于法学学科而言, 要建立一个概念的金字塔。即有上位概念, 也有下位概念, 这些概念在内涵上有一定的联系, 在“概念金字塔”的基础上, 普赫塔发展了“形式概念法学” (formalen Begriffsjurisprudenz) [34]。除普赫塔外, 早期的耶林也是一个重要代表。

用自然科学的方法程序发现统治人类社会的基本规律, 并据此提出一些直接来自于人性的和理智的、普遍适用的法律规则, 这基本上是法学的任务, 也是当时法学的最高理想。在私法领域, 最重要的任务是规制人的行为, 把人的行为纳入到一个既定的体系之中。就理性法学派的方法而言, 法学家要收集社会生活中人的各种行为, 在法学中, 人的行为以及人自身的知识是法学家的素材, 他们研究的方法就在于收集社会中现有的素材, 并进行概括和抽象。在现有素材的基础上, 法学家必须创造出一套抽象的法律概念和法律原则, 这样一套符号体系既有利于增进法学家共同体内部的交流, 而且也能够使法学知识区别于没有经过理论加工的社会知识和常识。唯有如此, 法学家的特殊性以及法学学科的独特性和独立性才能够凸显出来。法学家致力于从人类的行为中发现一般性的规律, 总结这些规律, 并将之适用于法律规范中。法学家的认识逻辑是, 发现人类行为的规律, 然后用强制性手段予以规范。这一过程是一个从社会事实到语言的过程, 是从具体到抽象的过程, 即从经验到概念的过程。在理性法学中, 先有一个总体的理论框架, 然后在由这个框架中的一些基础性概念、原理和规则推导出其他下位概念和规则。正如笛卡尔从一个确定的逻辑起点建立一整套哲学体系, 从而囊括所有知识一样, 对于概念法学而言, 最重要的也是要找到一个根本点, 然后从这个根本点, 推导出各种具体法律的规范。而这个元规则的确定是最为重要, 也是最为抽象的。

概念法学认为, 适用法律的过程, 就是把某个生活事实归入到某个特殊的概念中的过程。它过高地估计了一般性概念的位阶关系形成的逻辑体系对于发现和理解法律的意义。概念是由一般性的特征组成的, 每一个概念都是对其上位阶的概念的具体化, 如果不断推进这一过程, 就可以找出私法中最一般性的概念, 如法律上的“人”、权利、法律行为等。法律行为是民法学中抽象程度最高的几个概念之一。它是对有法律意义的人的行为的最高抽象, 这些行为的整体就是法律行为。它通过意思表示这一关键词, 把所有民法中的行为构成了一个统一的整体了。意思表示在形成法律行为这一概念中的意义在于, 它把大量的非基于意思表示的行为, 如事实行为等排除在法律行为之外, 从方面界定了法律行为。理性法学派的法学家对法律形式体系化和抽象化的追求, 使得法律行为这一术语可能被创造出来, 并且并纳入到民法典中。法律行为只是一个抽象的名, 是民法中“行为”的最高概念。由此, 在民法中, 进入法律调整的行为也是层层递进的, 契约、遗嘱、婚姻等是具体的、可被观察的法律行为。而法律行为作为对各种行为的抽象, 只是一个“名”而已。而在法律行为之上, 还有更为抽象的概念, 如法律中的行为以及人类行为。

这种体系化这种价值在于, 它使得法律规范和法律体系形成一个逻辑一致、前后拘束的有机体。这样就能够把法院拘束在逻辑中和法律体系之中, 以保证判决的客观公正。这样一来, 任何民法典中的规范都不是单一的, 而且首尾呼应、逻辑一致的, 不可能孤立地理解任何一个法条。拉伦兹指出, 法律规范并不是彼此毫无关联的并行, 而存在着各种意义关联 (mannigfachen Zusammenhang)。整个法律秩序都受到指导性思想、原则或一般价值标准的支配。规范因为各种价值得以正当化和一体化, 并避免彼此之间的矛盾。[35]而且, 在任何成文的法律规范后面, 都有一个强大的理论体系在支撑着它。在解释法律时, 必须依据整个法典的体系为标准, 更重要的是, 要以理论体系为标准, 这样就可保持客观一致。众所周知, 德国民法典是所谓的学者法, 法律是以理论体系为基础建立起来的, 它与理论的逻辑完全一

致。法律其实就是学者的理论体系。这样的体系不仅在逻辑上是自足的，而且在价值上也是自足的。这实际上是一种自然法学的观念，即所有的法律规范都应该按照其调整的人类事务的性质，决定其在整个法律体系中的位阶，法律的调整对象之间构成一个紧密有序的，层层上升的统一整体。调整对象在事务秩序中的位阶决定了法律规范之间的等级秩序。因此，德国民法学以及德国民法典采取的实际上是一种法律规范的等级制，同一个法律内部，法律规范之间的地位也是不平等的。就是说，在法律适用方面，首先存在具体的、可以直接援引的规范，但是每一个规范上面都还有更高的规范，它随时指导具体规范的适用，而且在具体规范无法适用于现实生活时，高一级的法律规范就直接出面。对于法律行为制度而言，在体系上也构成了一个层层向上的规范体系，以合同最为典型：(1) 买卖合同；(2) 双务合同；(3) 债法总论；(4) 总则中的法律行为。或者：(1) 物权行为；(2) 法律行为；以及(1) 婚姻行为；(2) 法律行为。[36]这些都是抽象的概念，但是抽象的层级不一样。抽象化程度的高低与概念的内涵多少成反比：内涵特征越多的概念，抽象程度越低。在法律适用上，应当依据“特别法优于普通法”的原则；但是因为这些概念本身所负载的价值也形成了一个位阶，在价值判断上，上位概念中包含的价值优于下位概念包含的价值，这是概念法学法律解释的一个基本准则。

可见，在法律行为模式下，任何关于行为的规范自身都不能决定自身，在法律规范体系内，它还受制于更高的法律规范，虽然依据法律适用由具体到抽象的原则，高一级的规范可能并不适用。在理性法学的体系中，法律最终可由事物本身的价值作出安排。事实上，在当时的德国，主流的法学思想实际上还是自然法思想。但是，自然法学要有操作性的话，就必然通过理性法学这一中介来完成。

自然法和德国理性法学派的关联在于，自然法为理性法学派提供了法学赖以存在的工具：理性。同时，作为一种高级法 (higher law)，自然法为法学家在实证法以外发展法律规则提供了动力。正如韦伯指出，形式理性法核心的抽象法律规范，是在自然法的基础上形成的。“在形式上，自然法学说增强了法律在逻辑上更为抽象的趋势，尤其是法律思维方式中的逻辑力量”。只有自然法才能够创造形式理性的法律。[37]从这个意义上说，德国理性法学派只是自然法的一个分支而已。

理性法学的体系化方法主要是一种归纳方法。这种体系化的方法能够提高知识增量，与培根为了实现他在《新大西洋岛》中描述的科学主宰一切的理想社会而建构的全新方法论体系——“新工具”一脉相承。它既要指导人们怎样从经验中抽出和形成公理；又要指导人们怎样从原理中推出新实验。[38]因为亚里斯多德式的三段论“只就命题迫人同意，而不抓住事物本身。”[39]既然三段论不能提供真理，也无法使人获得新知识，那么就必须建构完整的归纳——演绎方法程序，促进“经验能力与理性能力”之间“永远建立一个真正合法的婚姻”，形成新的科学知识。理性法学派的方法也如此，即先寻找到一个令人安心的大前提，之后就可以一劳永逸地适用三段论。整个理性法学派的理想也是如此：最为重要的是寻找并确定法律金字塔的基石规则，然后再进行逻辑推演，完成法律金字塔的宏伟建筑。

但是这种方法尽管严密、精致的，但这种逻辑推演的最初前提却常常不是源自理性而是源自先验或直觉。这在理性法学派的哲学领袖莱布尼兹那里体现得非常明显。进一步看，笛卡尔的“我思故我在”这条“不证自明”的公理，也是无法“证明”，它是直觉的产物。因此在他的体系里，全知全能的神的空间始终是敞开着的。他从怀疑一切开始，却必须找这条唯一无可怀疑的命题。莱布尼兹哲学中单子之间的那种“前定和谐”，表明理性能力不是经验的结果，而是一种先验的能力。“单子”作为真正的“实在”，不是“推理的真理”，而是一种预设的“信念的真理”。斯宾诺莎用严格的几何学的逻辑演绎法来建立他的伦理学体系的。尽管他“尽力寻求一种医治理智并且纯化理智的方法，使理智可以正确圆满地认识事物”，却也不能不把理性建立在直觉基础上。[40]也许这是一切唯理论无法抗拒的宿命。

理性法学派在很大程度上也无法脱离人文、社会科学中的几何学方法的命运。理性法学派认为，可以从简单的推理中得出逻辑上的正确法律规则，这些正确的、公正的规则使得整个体系完善谨严，这样得出的体系就不会有任何漏洞，因为任何时候都可用科学的演绎法求得“隐藏在民族的法律潜意识中”的新规则。所以法律规则并不考虑任何伦理的、政治的和经济的因素。[41]理性法学派之所以不考虑这些因素，是因为这些因素的加入，就会使形式的、逻辑推理不可能进行，或者使得出的结论或规则没有普适性。这是韦伯等社会科学思想家在社会科学中倡导“价值中立”和“价值禁欲”的真正理由。然而，法律是解决人事或人际关系的，自罗马法以来就一直属于实践理性的范畴，正如马克思所言：“人的思维是否具有客观的真理性，这并不是一个理论的问题，而是一个实践的问题，人应该在实践中证明自己思维的真理性。”[42]理性法学派最终从社会和人类行为中推导出了“人”、“权利能力”、“行为能力”以及“法律行为”这些概念，并作为整个私法的基石范畴。这一方面使法律及其抽象化，也使得法律体系得以前后融通、秩序井然。但是问题也在这里呈现了：“法律行为”在多大程度上能够适用于所有的法律行为？事实上，法律行为并没有完全暴露理性法学派归纳的极限，依据理性法学派推理出来的民法基本原则才最为集中地体现了这种推理的先验性和主观性：诚实信用原则已经是推理的极限，无法再求助于更高的规则，使得诚实信用原则具体化实际上是每个法官的任务，这样，最为抽象的法律规则就根本无法起到形式理性的作用，反而成了一个极其模糊的规则，这个规则将留给法官这个理性主体的伦理实践去决定。这又回到了理性主义先验自我的命运。

法律行为概念与历史法学派

和精神科学：以浪漫主义为线索

我认为，法律行为的概念提出与当时的浪漫主义有千丝万缕的联系。在法学中，这种浪漫主义主要是通过历史法学派作为中介完成的。历史法学派是浪漫主义的一个维度，也是浪漫主义的一个结果。浪漫主义对人文/社会科学的直接影响是形成了德国的精神科学（Geisteswissenschaft/Kulturwissenschaften）。这种精神科学的观念和方法运用到私法中人的行为的规制方面，加上理性法学派体系化方法的运用，必然会产生法律行为这一概念。

为了论证这一论点，我首先说明浪漫主义与历史法学派的关系，以及它们的思维方法。

浪漫主义与历史法学派的关联

德国浪漫精神的真正出现是在 18 世纪末和 19 世纪初，正是德国历史法学派的盛期。这里我先讨论两者的关联。

浪漫主义是一个对欧洲影响极大，又是极其庞杂和充满歧义的一整套人生观、自然观、历史观和思维方法。早期的浪漫主义表达了“对法国启蒙主义及其激进的政治后果的敌意”。[43]对于浪漫主义的界定及其影响，在学界没有形成固定的见解。但可以肯定的是，它首先是作为一种艺术文学思潮出现的。本文不关注浪漫主义纷繁芜杂、令人目眩的分期与流派，以及浪漫主义中的种种矛盾的思想和观念，[44]仅仅关注浪漫主义中的历史观念及其与“精神科学”在精神上的关联。

从理论谱系上看，浪漫主义的先驱无疑可以列入维科和卢梭等人。可以说，在整个启蒙时期，都存在着与理性主义相对抗的浪漫主义的潜流。浪漫主义致力于恢复一个“完整的人”的全部生存现实：他处于历史之中，处于特定的民族之中，他既有冷静的、功利的理性，也有超越算计的、带点激情甚至冲动的感性、情绪与想象和价值观。所以，即使在法国理性主义者的重重包围和裹挟下，还有卢梭这种同时兼具理性主义和非理性主义两个潮流的异端。但这两股潮流的最终目标是相同的，即如何把现存的世界改变成一个更好的世界（普遍平等与世界和平），如何使生活在现世的人生活得更好（成就一个全面的人），就这样的一个人性

和社会的乌托邦而言,理性主义和浪漫主义并没有实质差别,只是在如何实现这个幸福世界,造成幸福的人的具体方法和途径方面,两者存在重大区别。

因为启蒙运动受到自然科学的深刻影响,当时的自然科学界和哲学界产生了强烈的机械论和唯理论。马克思、恩格斯曾批判过启蒙运动的这种极端倾向:“感性失去了它的鲜明的色彩而变成了几何学家的抽象的感性。物理运动成为机械运动或数学运动的牺牲品;几何学被宣布为主要的科学。唯物主义变得敌视人了。为了在自己的领域内克服敌视人的、毫无血肉的精神,唯物主义只好抑制自己的情欲,当一个禁欲主义者,要变成理智的东西,同时以无情的彻底性来发展理智的一切结论”。[45]正是在这种思想背景下,德国出现了浪漫主义对理性主义的反动。两者一个强调理性和科学方法的运用,一个强调内省、自觉等非理性的感性力量;一个强调科学实证,一个强调价值和意义体系。

浪漫主义的历史观最重要的特征是,强调历史的个性,尊重历史,以历史主义反对启蒙时期理性主义对历史的征服。这在无数浪漫主义思想家和作家那里都得到了充分体现。实际上,一种观念或者新思想的流行,借助于文学和艺术这种受众很广的形式是最理想的,也能够为其以后在其他领域内的推进奠定基础,所以德国浪漫主义一开始就在文艺领域内“狂飙突进”。温克尔曼最早虚构了一个“历史乌托邦”:古希腊是一个人性得到完满自足发展的审美乌托邦。从温克尔曼开始,德国许多思想家都对古希腊生活心醉神迷,魂萦梦绕。在德国文化界中,受温克尔曼的对希腊艺术的推崇“高贵的单纯和静穆的伟大”影响,歌德、席勒与施莱格尔兄弟,全都醉心于希腊的文化和艺术。“在希腊人身上才重新找到永恒的自然”。[46]雅典是浪漫主义文学家和艺术家最心驰神往的圣地。他们借助希腊古典艺术,表达了他们对理想人性的渴求与期待:无论是诺瓦利斯寻找的梦中“蓝花”;还是荷林德林在踏遍异国后的“还乡”,还是施莱格尔兄弟办的重要杂志《雅典娜神殿》,都表达了这种精神思乡情绪。这种对历史的推崇也迅速使德国的民间文学出现了热潮。

被誉为浪漫主义运动学术始祖的赫尔德是历史方法的创始人。卡西尔曾把赫尔德称为“历史领域的哥白尼”。他认为,每一个人都要忠于自己的民族祖先,每一个民族的学术、感情与民族的身体气质和物质环境紧密联系,并运用这一原理解释所有的观念和制度。[47]事实上,早在启蒙时代的德国,莱辛就提出“不懂得历史,你将始终是没有经验的小孩子。”赫尔德继承了这一思想,并将它由宗教问题扩展至社会历史领域,坚决反对肤浅的单线进化的历史乐观主义。在赫尔德看来,在历史进步中每个历史阶段都有其独立意义,都有着自己的道德和幸福的理想。赫尔德提出对中世纪采用历史发展的眼光来看待,不能简单地视之为最黑暗的野蛮时期。他的“历史性,特别是他对中世纪的比较公正的看法,对浪漫派产生了影响”。[48]并且最终导致了浪漫主义对中世纪文化的理想化和神秘化。相反,德国古典主义者对中世纪持一种排斥的态度,这与德国启蒙主义者是一致的。浪漫主义一般认为,只有按照历史发展规律才有有用的,他们尤其求助于中世纪的历史。他们狂热崇拜中世纪宗教,认为宗教改革前的基督教欧洲是统一的理想社会;倡导“回到中世纪”,因此,在海涅看来,浪漫主义思想家思慕天主教,总存在一种泛神论的思想。[49]

赫尔德、洪堡等人还把浪漫主义建立在语言哲学的基础上,他们认为,共同语言和文化的民族独特性是“具有无限价值的东西”,语言是人类享有世界、解释世界的体系,它不仅是人的产物,而且也是不断给人打下烙印的体系。如洪堡认为,语言是一个民族的精神,而一个民族的精神就是他的语言。[50]因此,“文化民族原则”成为浪漫主义设计方案中的本质部分。这种语言观念极大地影响了萨维尼。

在法学史中,可以说历史法学派就是浪漫主义影响的产物,历史法学派强调的是民族在历史中生成的个性。[51]浪漫主义在几个领域的代表任务分别是:萨维尼之于法学,温克尔曼之于艺术,沃尔夫之于文学,歌德之于诗歌。[52]他们都认为,民族的文化、精神都是民族生活的整体表现。他们的理论出发点都是历史法学派基于这样的两个假设:1、所有的

文化都是民族的，也都能被民族地理解；而民族应通过它自身成员文化上的共同性来定义。2、历史实际上是一个统一的、连续的整体，今天的一切都残存着过去的流光余韵，没有任何文化是横空出世，相反，都承载、烙印着深厚的历史的印迹。深受经验主义影响的霍姆斯在《普通法》中对于历史的一句话颇能代表法律文化中的这种传承观念：“要了解法律现在是什么，就要了解它过去是什么样子，未来又会是什么样子”；“许多我们视为理所当然的东西，在历史上都经过艰苦的斗争或者思考，才成为今天这个样子的。” [53]

浪漫主义的“理解”与“意义”与德国的精神科学

文化观念上，浪漫主义者继承了黑格尔关于诗歌/散文的区分，认为在他们那个时代，人们已经不能诗意地塑造生活，人类陷入了可怕的“散文化”。 [54] 浪漫诗人普遍相信诗的力量，相信在一个日益理性化和技术化的世界里，只有诗人可以拯救世界。德国浪漫精神即是通过诗的方式渴望永恒，追求绝对的精神：“诗意地塑造生活”。他们认为，近代资本主义工业文明的发展是以存在的分裂和人自身的分裂为代价的，劳动分工和专业化使人碎片化和物化。人绝对无法生活在日益狭隘的散文化环境中，在那里是没有自由可言的。所以他们反对任何向经验的现实社会趋同的企求。人面临着一个客观世界，或者说，人生活在一个客观的、现实的世界之中，当然不应当只是像动物那样机械地顺应自然的因果律而生存，也不应当只是一味地盘剥和利用自然，把整个世界作为一个工厂，一个贸易所。人应该把自己的灵性彰显出来，让整个生活世界罩上一个虔诚的、富有柔情的、充满韵味的光环。既然这个世界没有意义，那么，就要创造出意义。人之为人，并不只是在于他能征服自然，而在于他能在自己的个人或社会生活中，构造出一个符号化的天地，正是这个符号化的世界提供了人所要寻找的意义。动物也能在某种程度上以自己的方式与自然作对，以自己的方式战胜自然。但动物永远不能创造出一个意义。创造意义意味着超逾自身的条件。 [55] 可见，浪漫主义强调的是人为整个世界赋予意义，不屈从于世界的因果关系，要创造一个新的世界。

由于浪漫主义恢复了被理性运动遮蔽人的感性光辉，为僭妄的理性至上主义和启蒙时代的“物理学帝国主义”提供了一剂解毒药。虽然浪漫主义强调内省等思维方法具有某种神秘主义色彩，但浪漫主义对人性 and 历史独特性的关注，在很大程度上影响了德国的“精神科学”(Geisteswissenschaften/Kulturwissenschaften)的形成与发展。德国精神科学的思路继承了维柯对人类精神生活特殊性的强调，以狄尔泰、李凯尔特、齐美尔(Simmel)和新康德主义哲学家为代表， [56] 这种方法与启蒙时代以牛顿的物理学、莱布尼茨的微积分为科学典范的研究方法不同，它反对将对自然科学的研究方法运用到人类生活领域。它为研究人和人类社会提供了一种不同的思路，即不再采取数学理性的冰冷方法解剖社会和人类，人不再是单纯研究对象和客体，而是与研究一样，是独立的主体，对人类社会和人类行动的研究的目的在于获得主观意义(Sinn)。韦伯的“理解社会学”(Verstehende Soziologie/understanding sociology)深受这种传统的影响，它关注主观意义，试图客观地解释具有主观意图的人类社会行动。

法律行为概念的形成与精神科学及历史法学派的方法

在法律行为概念的形成过程中，浪漫主义对“意义”的追寻和对“理解”的渴求起了很大的作用。在日常人们的交往实践中，有各种各样的通过表示自己的意愿，取得他人承诺的行为。这些行为如果不经过法律的调整，只是构成人们日常世界不加反思的社会实践的一部分，这些行为是构成社会资源、意义流通体系的一部分，而且在既有的文字化、制度化的文化和话语体系内，这些部分都是沉默的，它们只是按照社会的一般习俗，被社会化的每个抽象个体，面对的都是“概化的他人”(the generalized others)，即想像社会中的每个人都会按照普遍性规则行事。个体通过这些行为融通财货(大陆法系合同法中的行为)、获得某种特定的身份(如夫妻身份和拟制的父母子女关系)、实现临终意愿(遗嘱)。

韦伯将人类的行为分为：(1)手段-工具型；这是一种典型的工具价值类型。即为了达

到特定的目的，以计算、核算为手段的行为。(2)情感型。以感情为基础的行为，如宗教行为、父母子女之间的行为、恋人之间的行为等等。它超越了计算目的，常常是利他的。(3)习惯型。自觉不自觉的沿袭某种习惯的身体行为。(4)价值合理型。这种行为取决于认可某种伦理的、审美的或其他类型的终极价值的信念，比如革命者的行为。[57]在这些行为中，法律行为明显属于第一种行为，因为民法的一个基本原理是“法律不问动机”。情感行为在民法中的意义基本上被剥离了，只有很少例外，如被继承人对继承人的原宥行为。法律行为这一概念的使用，实际上是对这类行为中的一部分行为（即涉及到他人权利义务的的行为）的命名。通常所说的“命名”是指，对某一现成的对象，用一个语词称谓它。

法律行为这一概念的使用，实际上是对这类行为中的一部分行为（即涉及到他人权利义务的的行为）的命名。通常所说的“命名”是指，对某一现成的对象，用一个语词称谓它。法律行为正是对人们的日常交往实践赋予意义和重新命名的行为。它是对人们日常交往实践中的某类特定的行为体系的命名，包括一系列可见（visible）的行为，比如订立合同的行为，移转标的物所有权的行为；也包括一些不可见的行为，比如消极的默示行为。事实上，在任何社会中（也许原始社会除外），法律行为总是客观存在的，这些行为并不仅仅是身体的动作，它本身是具有意义的，而且这些意义常常是类型化了的，是被理论抽象出来的“理想类型”。这种意义虽然是主观的，但却是可以辨认的。法学家并不是对这些行为赋予了新的意义，而只是总结了这些意义，并对之命名，而命名就意味着一个类型化了的意义体系。

从人的生物性事实看，人本身无法容忍意义的混沌和无序，他必须建构一套符号体系，以便获得一个解释世界、解释他人和解释自己的概念框架和知识系统。这不仅因为人生活在符号构造的意义世界中，还因为人必须借助概念才能够生活，尽管他可能没有意识到。涂尔干从他一以贯之的社会/个人两分立场出发，认为人同时是一种兼有感觉（sensations）与概念思想和道德行动的动物。作为具有感觉能力的动物，他体现的是自己的个体特征。作为概念思想和道德行动的动物，他是集体的化身，是社会在个体身上的缩影。[58]涂尔干的这种人性二元论继承了西方哲学尤其是康德的观点。他的这一观点极大地影响了结构主义语言学的鼻祖索绪尔，他著名的言语（parole）和语言（language）的区分基本上可以等同于涂尔干的个人/社会。[59]如果说涂尔干和索绪尔的论证更多的是社会科学的路子，那么在精神科学的创始人伏尔泰那里，这种命名过程更倾向于被理解为人对自己生命意义的探求和对生命的表达。

法律行为这一概念的出现，既是对社会实践中行为体系的命名与意义赋予，把这些行为统一纳入到法律的轨道中，也是对社会化的要求。因为这些行为最终必须回到社会中才能够获得意义。这种表达法律行为的方式属于伏尔泰所说的科学的表达，使行为脱离了产生它们的生活经验，它们具有某种共同的基本特征，但都“保留了它们所具有的、独立于使它们在思想脉络之中所出现的同一性”。“行动本身却是包含着意图。行动和行动因此而表达出来的精神关系具有某种规律性。正因为如此，我们才可以作出有关行动的假定。”[60]这样的结果是，

“这个把个体对于生命的各种表达置于某种共同的脉络之中的过程，得到了通过这种客观精神明确表达出来的秩序的促进。而它包含了某些特殊的、诸如法律和宗教这样的、同源发生的系统。而这些系统都是具有某种稳定的、具有规律性的结构。这样一来，就民法而言，通过对各种法律条款明确颁布的、目的在于保证就某些人的行为举止而言有可能存在的完满程度的命令式规则，就与法庭各种审判程序、与各种法院，以及与执行这些法院和法庭的裁决结果的机制，联系起来。在这一脉络内部，许多各种各样的典型差异是存在的，因此，我们可以把正在进行理解的活动的主体所遇到的对于生命具有个体性的种种表达，都当作属于某种共同的领域，属于某种类型的表达来考虑……”[61]

由此，抽离了个性的各类社会行为被概括为法律行为之后，不仅仅使法官可以很简单地

了解各种类型化的行为，更重要的是，它可以在法官与大众之间建立一个统一的、稳定的意义体系，使当事人从常识角度出发对行为的理解，以及法官对行为的理解就可以无碍的沟通了，虽然法官会依据法律行为这一概念的标准去剪裁和重构审判中需要的事实。而且，关于法律行为的规范对社会生活中大量的行动的总结，体现着行动的主观意义，遵守法律也不会让人感觉到强制和压迫，因为这些规范的意义与行动的意义是一致的。

法律行为这一概念的出现，对于整个社会意义体系的影响是，它实际上造成了俄国形式主义所谓的“陌生化”的效果。因为人们本来生活在日常语言的世界中，由于法律行为这一概念对生活的介入，在法庭的实践中，人们对这一自己原本很熟悉的行为就因为称谓的不同变得极其陌生，而法律的这种陌生化技巧无疑是判决取得合法性的支撑之一。限于篇幅，这里不再展开。

因为法律调整的对象就是人类世界，它比其他学科更能够直接适用于人类社会，不理解和赋予人类行为以意义，法律将无法运作。虽然当时的历史法学派并没有如韦伯一样，明确提出理解社会学的方法论并对人类的社会行为进行类型化，但是他们创造的法律行为这一概念，本身就是人类追求“意义”的结果之一。它将人类行为置于一个高度统合的体系之中，对各种表意行为予以抽象，强化其共同点，排除其不同点，然后赋予这类社会行为一个统一的名称。从而使这些纷繁芜杂的行为得以有机的集合在一起，这是对社会意义的一种梳理，也是获得社会意义的一种方法。

两种方法的矛盾及其学理和社会/政治的解释

理性法学派与历史法学派的矛盾

如前所述，就法学方法论而言，法律行为概念的产生与历史法学派和理性法学派都有密切联系。系统提出法律行为这一概念的是历史法学派的创始人胡果，萨维尼也作出了重大贡献。而历史法学派的人物如萨维尼等都是概念法学派的集大成者。但是，这两种方法，乃至浪漫主义方法和理性主义的方法存在着很大的矛盾。

理性主义强调要排斥和摒弃历史，因为在历史是由具体事件组成，在历史中很难发现先验的原理或规则，在具体历史中充斥中大量非理性的经验碎片，统合为精神的运行、或者理性的嬗递都只是僭妄的呓语。因此，在理性主义的奠基者笛卡尔的体系中，历史是没有容身之地的。理性主义远离历史领域，怀疑历史而且对历史持否定态度，摒弃和排斥历史。不能被严格证明或者还原为自明公理和逻辑证明的知识，都应该被排除。在社会建构中，启蒙也有两个核心的观念：解放与进步。

在启蒙思想家看来，只要人类掌握了理性，就一定能够带来人类的解放，这种解放包括从自然界的必然性中解放出来，也包括把人中社会制度的奴役中解放出来。孔多塞表明，人类在实现其能力的完善上决无限制，人类的完善是真正无限的。伏尔泰研究风俗的目的也在于此。[62]总之，在启蒙思想家看来，在理性和科学的引导下，人必然会在身体、精神和道德上取得全面和谐的进步。社会也将朝着普选权、教育、言论和思想自由、财富再分配这些普遍目标的进步。整个世界的历史真正开始了：它向着统一的永久和平前进。一个“世界公民”也才能够形成“普遍历史观念”。[63]

而历史主义(Historismus)正好相反，其基本原则是：强调历史权利而不是自然权利，历史法则优先与理论规则，事实先于理论。历史法学派的首要观点也是，不存在普遍性的自然法或者理性法。历史不是如兰克学派所说的“如实直书”(wie es eigentlich gewesen)，重建过去，而主要是一种解释科学，这是狄尔泰和新康德主义者精神科学的精髓，如狄尔泰的“体验(Erlebnis)要求研究者的移情、理解与想像。[64]

萨维尼的著作可以说是最为集中地体现了这种观念。他的《论立法与法学的当代使命》

一文实际上就是浪漫主义的古希腊艺术观念在法律领域的运用。[65]在这一点上,他与赫尔德的观念完全一致:为了领悟一个民族的愿望或行动的意义,就得和这个民族有同样的感受;为找到适合于描述一个民族的所有愿望和行动的语句,要思考它们丰富的多样性,就必须同时感受到所有的这些愿望和行动。[66]而维科更是为历史法学派提供了可能性的依据:人们会自然而然地被引导到保存住促使他们团结在他们所属的社会中的那些制度和法律的记忆,[67]因为法律和制度把他们联系在他们的社会里。[68]这样,探讨法律和制度的历史方法会因为社会记忆的存在而得以可能。

通过对罗马法史的考证,萨维尼强调:1、一直到近代国家的建立,罗马法始终都是延续的。2、反对法律与民族无关,是被创造出来的。1815年,萨维尼在其主办的《法律史杂志》(Zeitschrift fuer geschichtliche Rechtswissenschaft)第一期序言中写到,法学家必须要思考:过去对于现在的影响是什么?现在对于与将来的关系是什么?

如果每个时代真的不是任意地、自以为是地独立采取行动,而是以不可分割的共同锁链和过去时代整个联系在一起的话,那么每个时代便应该接纳过去的某些因素,这些因素是有用的,同时也是主动的。……今天的民族不过是这种永恒的民族整体的一部分。[69]

因此,历史法学派的方法是从久远的历史中去寻求民族法律的真谛,以使现存的法律有生命力。这样,历史法学派就必然要排斥理性主义寻找法律元规则的方法。而浪漫主义本身也蔑视抽象的思考,因为这种抽象性的思考会毁灭生命的多样性和历史的多元性、复杂性,把生命变成了灰色的理论和概念,漠视了生活的特殊性。

在方法论上,萨维尼其实是反历史主义的。在与蒂堡的论战中,他旗帜鲜明地反对理性,反对以自然法的观念指导立法。因此,他反对建构宏大哲学体系的黑格尔,而对黑格尔的学术对手谢林非常心仪,因为谢林更多地应归属于浪漫主义的阵营,在谢林那里,还有真实的(而不是观念的)历史和个性。但是,萨维尼从来不关注德国的习惯法和固有法,他研究的只是罗马法的历史,[70]萨维尼对于法律史的最大贡献在于,他发现即使在所谓的蛮族统治之下的欧洲,罗马法都一直以各种形式存在于欧洲。他把罗马法作为一个整全的、自足的体系来研究,并运用归纳与演绎等体系化方法构建新的普适性的罗马法体系。可见,萨维尼的罗马法已经不再是原始的罗马法,也不再是经过中世纪法学家发展了的罗马法,而是理论化、体系化了的罗马法。一方面,萨维尼借助于理性法学派的体系化和抽象化思想,这是理性主义启蒙传统的结果;一方面,他又借助于“直觉”(Anschauung)方法来弥补逻辑推理的不足,历史条件、社会事实等经验性因素引进法体系。这两种方法如何可以兼具一身呢?

矛盾的解决:学理的解释

理性法学派的方法与历史法学派方法之间看似存在巨大的矛盾,但从学理上分析的话,我们会发现两者也有诸多共同性。就法律行为概念产生而言,两者都提供了相同的法学方法。

理性法学派的体系化方法与罗马法学传统有着密切关联。也就是说,如果历史法学派真正回到古罗马法学中,并吸取其精华,必然会找到理性概括的方法。在法学中,体系性的方法早在罗马法时代就已经萌芽了。受希腊科学精神的影响,罗马法就已经发展了法学中的归纳方法。希腊的法律强调决疑术(casuistic),因而牺牲了法律的体系性。这种情况的可能性原因之一是,希腊人推崇直接民主,法官是从有公民权的公民中通过抽签的方式确定的,因此这些法学家都没有受过专业法律训练。[71]希腊人也不允许出现职业法学家。法律只是公众意见的表达而已。[72]但是,罗马受希腊的实用主义法学观念的影响不大,自十二铜表法时期始就和当时其他地区的法律不同,它是深受斯多葛学派的哲学、伦理学和逻辑学影响的产物。关于希腊哲学对罗马法的影响,学者的意见不一,但是在罗马法中,确实就已经运用科学方法,追求统一性(universality)、逻辑结构和形式特征了。法律行为的发现方法与古希腊自苏格拉底、柏拉图以来的辩证法有密切关系。[73]事实上,这种辩证法是希腊哲学家发现事物的真理的一种方法。从苏格拉底的对话中可以看出,它的特点是对语义进行辨

析,从逻辑方面界定概念的外延和内涵,从具体的事例中提炼出普遍的结论,在对立的“意见”中发现“知识”,最终获致结论。苏格拉底的对话运用了三种不同的方法:第一,通过一系列的问答,从对方论题的本身引出与论题相矛盾的结果,以此反驳对方;第二,从一系列各种有关具体情况的真实的命题中引出一个一般的概括;第三,运用划分和综合的技术定义概念,划分是将一个种概念划分为若干个属概念,再将属概念划分为更次一级的子项的反复分析过程,而综合是将若干属概念归入到它们的种概念之中,再将种概念归入到更大的种概念之中的反复归类过程。柏拉图力图通过这种辩证推理以获取善、公正、真理等。[74]这种方法后来为亚里士多德所继承,亚氏发展了归纳和演绎两种寻求知识的方法。

古典罗马法实际上是通过辩证分析、通过一般原则解释案例的组织知识的方法的结晶。罗马法是一个统一的、精细的、灵活的范式(pragmatism),它建构了一个抽象的法律体系,用以调整人们之间的关系。罗马人虽然没有把法律和其他社会因素,诸如经济的、宗教的和政治的因素分离开,但是他们仍致力于把法律纯化为与外在因素独立的理论结构。罗马法学家使法律成为一个自足的结构,正是在这一结构上,独立的法人(legal person)才能建立起来。[75]在古代世界中,罗马法的抽象化特点或许是最为显著的。这种方法也为后来的注释法学派所沿袭。

罗马帝国就已经有了注释法学,当时最大的注释法学集团是公元1世纪的普洛库斯学派。其先驱是拉比奥。波伦亚大学法学派有500年历史,在法学史上可以分为前期注释法学派和后期注释法学派。前期存在于11世纪到13世纪,他们的方法是在罗马法的原稿上,注释法律,把对词语的注释写在该词语的下面后者两行之间;把条文和原则的注释写在条文旁边和页的四周。这种方法主要是一种字义的注疏。在12世纪和13世纪早期,亚里斯多德的学说在中世纪复兴了。阿奎那就运用亚氏的方法建立了一套道德哲学体系。在方法论上,他们认为,每一事物都有其基本元素(essence)、本质(nature)和“实质形式”使其成为其本身。事物的本质可以通过定义获得。定义可以解释事物的本质和结构。[76]这种思维方法影响了当时的法学。13世纪下叶至15世纪,注释法学对罗马法的研究发生了重要转变,不再拘泥于对罗马法的经典文本的注释,以奇诺和巴尔多鲁为代表的注释法学家在前期注释的基础上,开始提炼法律概念(如物权与债权的概念),归纳基本规则,抽象一般原则,建立法律的分析结构,不仅使粗糙、散乱的罗马法体系化,同时也使法学成为一门独立的科学。所以,后期的注释法学又称为评论法学。[77]伯尔曼指出,“这三个因素——罗马皇帝查士丁尼治下所编的法律作品的发现、对之加以分析与综合的经院主义的方法以及在欧洲大学中对于法律的讲授都属于西方法律传统的根本起因。”[78]

在萨维尼的年代,归纳法和体系化的方法已经非常成熟了。萨维尼们的理性抽象能力至少要比罗马法学家强很多,因此,运用体系化的方法就自然而然了。萨维尼绝对不可能仅仅考察罗马法的文本,并回到罗马法的文本中,因为回到罗马法并不是他的目的,他只是把罗马法作为一种知识上的策略,以支持其立法观点的正当性。如果不使用体系化的方法,萨维尼就会只是停留在古罗马年代了。实际上,从常识上看,体系化的方法是任何理论建构所必须的,在法学中,这种体系化方法是必须的,如果法学是一门理论性学科的话。即使是强调实用主义和事功精神的英美法系也如此。在19世纪早期,美国法律还是被普通法体系的令状和诉讼形式所支配。但是在19世纪晚期,法律文献开始更统合、更体系化、一般化和抽象化了。而布莱克斯通就已经试图整合普通法中的诉讼形式的律师史与自由主义的自然权利观念了。[79]美国著名的经验主义法学代表霍姆斯认为,我们学习法律,不是去研究一个秘密,而是去研讨一个众所周知的职业(profession)。[80]这个著名的实用主义者在1873发表了很有影响的“侵权法理论”(The Theory of Torts)一文,在该文中,霍姆斯在探讨抽象的、先验的责任原则时,也忽略了传统的法律身份和功能性关系(status and functional relationship)。[81]正如霍维茨在总结19世纪美国法学用“分类心智(the categorical

mind)”和“分类思想 (categorical thinking)”所表明的那样，[82]人类总是趋于将自己生活的世界予以整理、归纳和命名，以获得社会意义体系。

而即使浪漫主义或者精神科学追求对人类行为的社会意义的理解，这种理解如果要系统化的表达，也需要抽象化的体系支撑。就如韦伯对人类社会行为的总结一般。这种总结也是理性化、体系化的产物。这里确实存在一个很深刻的矛盾：浪漫主义追求个性，追求意义，然而到后来，一旦理论化，个体就会消失在抽象的理论之中。实际上韦伯对社会意义的梳理也是粗糙的，但是如果象常人方法学 (ethnomethodology) 一样，注重于对具体语境中个人行为分析，能够得出每个交往是如何发生的，但是却又无法形成系统的理论。所以，即使是德国的浪漫主义也没有完全否定一般，只不过把一般放在特殊之中，强调一般与特殊的辩证关系。在这里，一个矛盾就出现了：意义体系的建立往往是以灰色理论为前提的，它以牺牲多元性和特殊性为代价。

在法学中，正如拉伦兹指出的，抽象概念之所以能够形成，一个重要的原因也在于，它使法学显得更加学术化，使其主张有正当性，法学才能够由“纯粹科学的概念” (scienti sichen Wissenshatsbegriffs) 组成，法学家也才倾向于将体系化思维 (Gedanken des System) 等同于抽象概念体系。正因为此，即使是价值法学派 (Wertunsjurisprudenz) 的法学家，也不能不为抽象的概念所迷惑。而法律又是一门“理解性的” (verstehenden) 的学科，因此，如何同时将抽象化的概念体系和功能性的概念 (funktionsbestimmen) 联结在一起，在法学中中依然是一个大问题。[83]

矛盾的解决：德国的自由主义与民法中的自由主义政制

任何一个概念本身都包含着某种价值判断，而不仅仅是语言上的约定俗成，或者说，在约定俗成的过程中，社会意义甚至权力机制就会渗透到语言中，所以在结构主义看来，要谈论人，就要谈论语言，要谈论语言，就必然谈论社会。

法学中的概念也是如此。通常认为，法学概念仅仅规范价值 (Regelungswert)，而不具有叙事价值 (Aussagewert)。因为法律概念的目的在于规范人类社会，而不在于描述人类社会，因此，概念化只是一种手段。法学并不是一门价值中立的概念法学 (wertungsneutrale Begriffsarbeit)，也不是一门严格的教义学 (Dogmatik)，而是一门价值导向的学科。[84] 黄茂荣也指出，没有特征的取舍，固然不能造就概念的形式，而没有价值的负荷，则不能赋予概念以规范的使命。[85]

至少是在浪漫主义和理性法学派中，法律行为这一概念代表的价值是共同的，即对个体自治和自由的尊重。“法律行为”一词，按照胡果以来的界定的话，都表征了社会对人取得权利和承担义务方式的一种自由主义态度。如弗卢姆认为，法律行为是“对所有依据其内容形成法律秩序的具体行为类型的一种抽象。法律行为确定法律秩序的方式如下：通过个人自己的意思设定、变更和终止法律关系，即通过规则确定实现私法自治。”[86] 代表着全面私法自治的法律行为中孕育了当时德国的两种观念：启蒙主义的个人自治和自由的政治观念以及浪漫主义的“个性”观念。

在德国，真正的启蒙运动应该始于康德。[87] 启蒙在康德那里的主要任务是摆脱人自己施加给自己的不成熟状态，启发人的心智，以使人能够独立地、公开地运用自己的理性。针对法国机械论者拉美特利“人是机器”的观点，他认为，一个国家必须使人发现人的尊严，因为人并不仅仅是机器，这样做是有利于政权的。[88] 而在民法实践中，这种公开运用理性的自由有赖于法律普遍性规范的确立。康德对启蒙的论证很大程度上影响了民法学。维阿克尔和拉伦兹指出，康德的伦理学和哲学，以及德国唯心主义和早期浪漫主义中追随康德的哲学家的伦理学与哲学是主要是由萨维尼介绍到 19 世纪德国普通法中的。[89] 私法自治是这种理念在社会制度构建中的集中反映。它在个人自决和处理他人关系的实践中完全体现了理性和自由。

另一个资源无疑与浪漫主义有关。浪漫主义为了反抗社会因为工业化等因素造成的抽象社会和丧失诗意的生活，力主没有被抽象化宰制的、充满想象力和创造力的“个性”（Personalität），用诗性对抗理性，以生机抗衡刻板，形成一个人人都全面发展的社会。与古典主义不同，浪漫派强调诗性的感情自由，以永恒的无限、自我超越为目标，追求突破规范和传统的樊篱。他们以个人的主观感受而不是社会规范为出发点，追求个性解放和个性的绝对自由，肯定个人对社会的反抗和叛逆性格。所以，罗素指出，浪漫主义运动从本质上讲目的在于把人的个性从社会习俗和社会道德的束缚中解放出来。[90]浪漫主义强调的个性为自由主义提供了一个支撑点。它要求个人自己主宰自己的生活，甚至决定自己的命运，绝不盲从于普遍的价值，因为对每一个人都“好”的价值也许根本就不存在。在浪漫主义者看来，人是历史的行动者，有自己的自由意志，他是自己命运的承担者。德国浪漫主义和理性主义在捍卫个人自由这一点上是完全一致的。

事实上，在当时的德国，这一概念的提出还有其深刻的政治 - 社会背景。18 世纪末的德国相比于英、法、美等国，政治四分五裂，经济也非常落后。德国自由主义也晚出得多，1770—1847 年确定为德国自由主义的起源时期。在德国，18 世纪到 19 世纪初的普鲁士官僚资本（而不是自由资本主义）的发展扼杀了资产阶级的成长。直到 19 世纪，在德语中缺一个可与英语中“中等阶级”（middle class）相对应的词汇，德语 *Bildungs und Besitzbürgertum* 所指与英法“中等阶级”的内涵有很大差别，它首先指受教育，其次才指财产；它的社会指称是非常狭窄的一个阶层。德语 *Bürger* 以及 *Bürgertum*，指的是居住在城市中的市民，而无“近代资产阶级”的含义。因此，伯恩斯坦指出，用法语 *bourgeois* 专门来表示特权的资产者和有关事物，而德语 *bürgerlich* 专指社会权利平等的市民及有关事物。[91]德国的资产阶级在 19 世纪中期才出现。另外，德意志统治者对自由主义思想也有很多限制，这客观上造成了德国自由主义思想的落后。而在 18 世纪的后期，法国在孟德斯鸠、狄德罗等启蒙思想家的影响下，已经成为自由主义的中心。美国这一时期贡献了《联邦党人文集》和自由主义宪法的典范——美国宪法。

而且，德国后来发展的自由主义与英美和法国的自由主义明显不同。它的自由主义是一种心性上的自由主义，它关注的不是社会制度中的人的自由实践，而是精神上的自由和无碍。因此，自由不在于制度的完善，而在于个人运用理性摆脱奴役以及人格的完善。康德的政治哲学是这种自由主义的典型表达。海涅也指出，德国的自由主义者基本上都是属于学院派的：“自由主义者在德国至今同时还是学院哲学家和神学家”。[92]浪漫主义的个性观虽然与自由主义的基本观点暗合，甚至还提供了自由主义构建多元化和多样化社会的基础，[93]但是这种自由依然是缺乏现实基础的，更多的是一种心智和情感上的自由，欠缺法国大革命和美国独立战争的现实基础，因此往往容易沦为空谈。所以，在德国，自由主义是思想的，而远远不是行动的。

当然，法律行为概念的提出是不是针对德国当时的具体情况，为发展自由主义的一种努力，这不得而知。但 18 世纪德国受到法国的影响却是不争之实。法国的启蒙思想催生了德国古典人文主义，自由主义的力量和影响也因此有所加强。[94]在这种大的背景下，即使是倾向于保守的法学家也可能受到法国革命的影响而同情自由主义，法律行为这一概念的提出完全可能是法学家追求自由主义的一种努力。即使海瑟、胡果、萨维尼等人并不是为了这一目的提出并完善这一概念，但在客观上，却从法学技术的角度为当时的德国争取自由主义作出了应有的贡献。1792 年洪堡的《论国家作用范围之界定》一书，表达了与英美自由主义类似的观念，曾经受到过查封。而法学界因为表达的是技术问题，而且这一问题是从罗马法中来的，德国又一直以“神圣罗马帝国”的继任者自居，因此，法律行为这一概念不仅对现存的体制触及较小，而且能够获得更多的合法性。

矛盾的解释：历史法学派中的罗马法学派与日尔曼法学派之争

在当时的德国,出现这一概念的原因有另外一个深刻的政治背景,这一背景体现在学术就是所谓的罗马法学派和日尔曼法学派之争。

罗马法学派和日尔曼法学派同属历史法学派。在十七世纪至十八世纪,德国的罗马法学者成功地将自然法学思想融入到私法,形成了德国罗马复兴中的理性法或自然法理论。后来历史法学派又分为罗马法学派和日尔曼法学派。前者研究的是《国法大全》,旨在恢复罗马法的真实面貌,排除罗马法在中古以及近代受到的歪曲,使罗马法能够成为正在建设中的法律的基础和原材料。其代表人物除了萨维尼外,还有其弟子普赫塔(Puchta)、温德夏德(Windscheid)和雷盖斯伯格(Reichsberg),他们致力于将古典时期的罗马法系统化和概念化,他们使用的方法是理性法学派的演绎方法和抽象方法。在这种情况下,历史法学派直接产生了“Pandektistik”(罗马法著作选学派法学)。日尔曼法学派的代表人物是基尔克、爱希霍恩(K.F. Eichhorn, 1781-1854)贝斯勒(Georg Besler 1809-1888)、雅各布·格瑞姆(Jacob Grimm 1785-1863)等人,在19世纪,他们致力于发现真正属于德意志法律生活的原始渊源。从各种日尔曼习惯法中提炼出所谓的德意志共同私法(Gemeines deutsches Privatrecht),以与“当代实用法律汇编”中的“普通法”竞争。两派采取的是相同的编排法,即包括总则在内的五编制。[95]他们使用理性法的标准衡量、批判《国法大全》和《当代实用法律汇编》,使人们摆脱罗马法文献,打破罗马法权威,重新发现日尔曼法的法律规则和制度。“理性法在德国开启了私法系统化的道路,人们放弃了援用罗马法所使用的注释罗马法律文献的方法,改为建立一个全面的、自主的法律体系的理性综合。”[96]

在德国,罗马法自13世纪开始,到15世纪全面为德国继受。到1495年,当帝国中央法院设立时,规定法官必须依照这种“共同法”判决,除非它与当地的习惯或法规相抵触。这里继受的法律主要是《民法大全》,尤其是其中的《法学阶梯》、《学说汇纂》与《查士丁尼法典》。当然继受的并不是原始的罗马法,而是12世纪、15世纪为意大利、法国注释法学派和评论法学派发展的罗马法。中世纪法学家的理论从16世纪到19世纪逐渐失去了其重要性,但在德国法律适用中仍然处于基础性地位。[97]罗马法的继受在德国之所以有如此大的规模,其原因很复杂。一个重要的原因是,德国皇帝自800年卡尔大帝(Karl dem grossen)以后,就一直把自己视为罗马皇帝的继承人,德意志是神圣罗马帝国的传承者,[98]罗马将皇权授予(translatio imperii)给了德意志帝国,因此罗马法就是德意志的法律。[99]而且,中世纪德国长期以来没有共同的法院机构也为德国继受罗马法提供了条件。[100]一方面,罗马法为当时欧洲的君主提供了一个扩大世俗法律管辖权的理由,而且,因为罗马法是适用于商品经济的相对完善法律,自然可以直接继受,并用以对抗教会法。[101]另一方面,罗马法的继受又损害了一个民族国家的法律,因此在德国才会出现所谓的“德国主义者”(Germanists)和“罗马主义者(Romanists)”之争。一个本来为统一的德国设计的民法典草案也才被“德国主义者”拒绝。[102]而且,16世纪以来,越来越多的国家开始适用自己的“邦法”,起初在于补充罗马法,后来的目的却在于代替罗马法。希罗德教授指出,因为罗马法没有与当时德国经济发展相适应的法律制度和工具,比如票据支付手段、直接代理等等,因此,德国的罗马法继受也不是因为经济上的原因。造成德国继受罗马法的原因在于,接受罗马法是当时欧洲大陆法律“启蒙”的表现,与法学的职业化和专业化有关,因为当罗马法和教会法是中世纪大学授课的课程,是文字的东西。当时法学界认为罗马法是法律的典范,正如中世纪认为亚里斯多德的学说是哲学的典范一样。[103]

这一观点是有道理的。当时罗马法在德国的继受之所以能够实现,完全是由法学家推动的产物。而且法学家也推动了德国法律的统一。德国法学家在发挥罗马普通法作用的同时,也促进了德国法的“再民族化”,与波伦亚的评论法学家一样,德国法学家致力于使罗马法适用于当时的时代。16世纪以来,人们为了适应社会经济生活的需要,逐渐考虑日尔曼法律制度 and 法律概念。法院也通过移送诉讼材料程序(Aktenversendung)咨询法学家的意见,

这些法学家越来越多地援用了日尔曼法上的概念和制度。教授罗马法的学校也将日尔曼法的内容纳入到了罗马法教科书中，在 16 - 18 世纪，这些综合性的内容形成了“当代实用法律汇编”(Usus modernus Pandectarum)。[104]

必须意识到，罗马法学派和日尔曼法学派之争不仅仅是法学理论之争，即关于法律的渊源之争，它与当时德国的民族主义有密切关联。在德国，民族主义与浪漫主义紧密地联系在一起，浪漫主义直接催生了民族主义。

浪漫主义思想的一个最鲜明的特征就是把过去理想化和精神化。它夸大本民族种族在文化传统、价值观方面的优越性，把历史作为解读现在、筹划未来的手段。重塑过去、再振辉煌的理想，对于人们有着很强的感召力，是凝聚人心的有力武器。它强调从传统、共同生活方式及种族特性上，寻求本源的纯正的民族认同，诉诸以情感为纽带的血缘、地缘、宗教的认同，将文化、生活方式看作决定民族的本质性因素，看作一种统一力量的表达，同时又将这种表达称之为“文化民族的灵魂或精神”，也是帝国主义式地发出它特有的“浮士德动力”。历史法学派接受了文化统一体的思想。即自 18 世纪晚期以来，人们在希腊文化的研究中，建立了一种“文化统一体”思想。[105]日尔曼法学派可以说是这种思想的典型代表。历史法学派产生的原因也一定程度上是因为拿破仑的侵略战争激发起的爱国热情，在德国知识份子中间形成了一种新的思想倾向，即对自己民族、人民和种族的兴趣。[106]当时的普鲁士每一个政党都有自己的历史学家。历史学家甚至对于政治起了很大的决定作用。

实际上，当时历史法学派与日尔曼法学派在政治目标上并没有任何实质性的差异。萨维尼与蒂堡的目的都在于促进德国统一，只是在如何实现这一目标产生了差异。萨维尼强调统一谐合、循序渐进的法理，因而偏爱 1794 年的普鲁士邦法和奥地利民法典，强烈否定法国民法典。蒂堡则强调在当时就制定一部统一的民法典，而萨维尼只是更谨慎一些，但是并不反对制定民法典。

但是细致地看，罗马法学派和日尔曼法学派的民族主义路径的差别还是很大的。对于罗马法学派而言，它走的实际上是克服历史主义或者说反历史主义的道路，即致力于抽空罗马法中的经验因素，概括出其抽象内容来。在这种概括之后，民族性的内容实际上被发展成为真正的“万民法”，以此来从法律的角度整合民族国家。因此，历史法学派从罗马法中概括出“法律行为”这一概念就理所当然了。在当时，历史学派的法学家在对罗马法的梳理中还发现了物权行为，这些素材足以构成一个法律行为的理论体系。这典型地体现在胡果的一些关于法律基础与取得形式(titulus und modus adquirendi)文章中，尤其是 1709 年的“对拉特·赫普纳先生注释集中的几个普遍性问题的勘正(Berichtigung einiger gewöhnlichen Vorstellungsarten im Herrn GTRATH Hoepfners Commentar)”。此外还有 1789 年出版的有关当代罗马法的教科书，以及 1812 年发表的“详论(合法)法律基础与取得形式理论”(vollständige Darstellung der Lehre und von(justus)titulus und dem s.g. modus adquirendi)。而日尔曼法学派的目的在于为本民族的过去招魂，发掘过去的符号资源，并重构一套为现实所需要的符号资源。它走的是历史主义的道路，致力于从日尔曼的习惯中发现本民族的规则和原理。但是日尔曼法中的精神最后还是没有上升为德国民法典的具体内容，这或许是由罗马法与日尔曼法的不同特点决定的。而且，另外一个重要的原因是，正如艾伦·沃森指出，在法典化之前，民法传统的一个鲜明特征是，无论是司法判决还是学术著述，都具有国际性。[107]这源于罗马法作为“商品世界基本法”(恩格斯语)的特性，也源于罗马法在欧洲一以贯之的连续性。当时两派在很多问题上都形成了不同的见解，比如对在法人的性质问题上，萨维尼提出了法人拟制说，而基尔克则提出了法人实在说。这与罗马法和日尔曼法的精神气质有密切关联。[108]罗马法最终全胜，罗马法中已经比较成熟的各类法律行为也因而得以被作为一个整体“法律行为”出现，奠定了私法调控方法的基础方法。

艾伦·沃森曾指出，德国民法典的抽象性概念体系极大地影响了其传播。[109]实际上，

这种抽离了民族性内容的抽象概念因为其具有普适性而更有利于其传播。拉伦兹认为，一部法典的风格，在很大程度上取决于立法者想要达到的目标，也取决于立法者生活时代的法学发展状况，以及占主导地位的思维方法。立法风格可以分为如下几类：1、决疑式（*kasuistischen Stil*）。如果立法者制定法律的目的在于制定一个尽可能完整的规则体系，那么立法者就会选择这种模式。这种模式的特点在于：立法者的理想是制定一个囊括社会生活中一切可能事项的、包罗万象的整全法，立法者将他能够设想到的全部情况都写进立法中，其目的在于，使法官处理任何案件都能够顺利地找到可以适用的法律。这种立法是18世纪启蒙年代的理想。其代表作是《普鲁士邦法》。2、指令准则式（*Richtlinienstil*）。立法者意识到，自己的立法不可能把现实生活中的一切事项都概括在一部法典中，立法者只是规定一般性的原则，赋予法官以自由裁量权，使这些抽象性、一般性的规范能够适用于一切现实生活中的事项。《普鲁士普通邦法》偏重于这种风格。3、抽象概括式（*abstrahierend-generalisierenden Stil*）。[110]这与指令准则式的立法思想是一样的。两者的差别在于：指令准则式基本上不限制法官的自由裁量权，而抽象概括式则限制法官的自由裁量权。立法者试图对某些概念作出精确的定义和严格的界定，然后用这些事实来描述某些构成事实（*Tatbestand*）。在通常情况下，法官只需要经过一个逻辑精确的程序，就能够将社会事实归入到法律的构成事实中。这种立法对法学有很高的要求，只有法学能够像立法提供一套高度抽象的概念和表达方式时，才有可能制定这样的法律。德国民法典是这种立法风格的典型。

法律行为是一个极为抽象的概念。正如拉伦兹所说，抽象概括式的立法与法学的关系极其紧密。如果法学没有贡献出这些抽象概念，抽象概括式的立法是无法完成的。在德国民法中，最为抽象的概念应该有四个：法律行为、人、权利和物。德国民法典第一次在法律上建立了“人”这个概念，统合了自然人与法人；“物”是对德国民法典制定当时社会交易中的流转客体的总体；权利是整个民法典构建的核心概念，整个民法典奠基在各种权利之上；法律行为是对现实生活中所有有法律意义的行为的总结。它建立在意思表示这一社会事实的基础上。正是这些概念，构成了德国民法典的基石。如果没有这些概念，理性法学派想象的法律金字塔是无法建立起来的，总则也将无法建立起来。这种写给法学家，而不是写给一般的市民（*Bürger*）看的民法典，[111]有利于其他国家的学者学习和接受，使德国民法典能广泛地传播。这也是实现德国民族主义的途径之一。

结论

法律行为这一概念完全是理论创造的产物。这一概念之所以能够成立，是因为“意思表示”这一社会行为的发现。“意思表示”实际上是对某种特殊的社会行为类型的总结。依据马克斯·韦伯对社会行为的分类体系，它属于社会行为中的“工具-理性”行为，即为通过理性的算计达到特定的目的的一种行为。这些行为都是关涉到他人的，虽然不一定存在相对人，最为典型的是合同行为。在法律的构架中，这些行为被抽离了全部价值、伦理的因素，只剩下“私法上的效果”。“法律行为”的概念是人类追求“意义”（*meaning*）的结果之一，它将人类的行为置于一个高度统合的体系之中，对各种表意行为予以抽象，强化其共同点，排除其不同点，然后赋予这类社会行为一个统一的名称。从而使这些纷繁芜杂的行为得以有机的集合在一起，这是对社会意义的一种梳理，也是获得社会意义的一种方法。从民法典的角度看，法律行为这种概念是抽象概括式必不可少的组成部分，德国民法典如果缺少了这些概念，将不可能是德国民法典现在的风格。在德国民法典中，法律行为是最为抽象的概念，它是一个典型的类概念。在民法典的立法体例中，它与总则的关系极为密切。如果不规定法律行为，总则就丧失了存在的全部合法性和必要性。法律行为与人、物一道，构成了总则中完整的三位一体结构。它又与民法典物法和人法中的债法总则、合同、物权行为、遗嘱、婚姻、继承契约等一道，构成了一个等级有序的概念位阶。

本文的分析表明,法律行为这一概念在德国的产生有一定程度的必然性。首先,当时的法学为这种概念的产生提供了必要的条件,德国一直继受罗马法,而且有一大批对罗马法非常娴熟的法学家。当时的法学水平已经发展到产生抽象概念的程度了,能够归纳、整理和统一的概念术语体系,发展出为民法典所需要的一整套符号体系。虽然萨维尼因为德国民法学界理论水平不够而反对制定德国民法典,但是德国法学当时就已经有了今天的潘德克顿体系以及法律行为这些抽象性的概念了。而当时德国的民族主义直接催生了法律行为之类的抽象性概念的产生,历史法学派的法学家实际上采取的是反历史主义的方法,他们在历史主义的口号下,这些概念抽空了法律的民族性和历史性,有利于建构一个抽象性的民法典,这种没有语境和历史的观念有利于德国民法典的传播,建立罗马法一统天下的“法律帝国”。

但是,我并不是要得出这样的结论,即法律行为这一概念的产生完全是受当时德国的政治现实和政治思想的产物。我的论文只是表明了“法律行为”这一术语与当时的政治现实和思想存在着某种“选择性亲和”(elective affinity,借用马克斯·韦伯的术语)关系,这一术语反映,至少会折射一个社会在特定时期的法律实践面貌,或多或少地体现了法律制度内在的逻辑和要求,以及当时的政治、经济要求,甚至体现了当时主流的思想。

注释及参考文献

* 本文主要改编自我的博士论文《法律行为的民法构造：民法科学与立法技术的阐释》的第四章。(中国社会科学院研究生院,2002年)。2002年11月,龙卫球老师曾安排我在中国政法大学民法硕士生的课上作了关于这篇论文的报告,其间,一些提问和讨论对我启发很大。这里谨对龙卫球老师深表谢意。

**作者简介:谢鸿飞(1973年12月-),男,四川省金堂县人,法学博士,中国社会科学院法学研究所民法室研究人员。邮政编码:100720。

[1] Jehrings, *Der Geist des römischen Rechts*, 2. Introd. 69. quoted in Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge Univ. Press, 1999, p. 121.

[2] 王宠惠先生把它翻译为 juristic act, 著名比较法学家汤尼·威尔在翻译茨威格特和科茨的书时,也是这样翻译的。See *Germany Civil Code*, tr. by, CHW, 1907; K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Vol. 2, tr. by Tony Weir, 2nd. Clarendon Press, Oxford 1987. 福斯特等人将其翻译为 legal transaction。蒙古民法典和俄罗斯民法典英文本也将法律行为翻译为(legal) transaction。梅尔曼则将其翻译为 juridical act。See J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, 2nd. Stanford University Press, 1985, p. 75.

[3] 参见董安生:《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规律》,中国人民大学出版社,1994年,前言,第1页。

[4] J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, 2nd. Stanford University Press, 1985, p. 75.

[5] [美] 庞德:《普通法的精神》,唐前红、廖湘文、高雪原译,法律出版社2001年1月第1版,第9-14页。

[6] K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Vol. 2, tr. by Tony Weir, 2nd. Clarendon Press, Oxford 1987. pp. 5-6.

[7] Siehe Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Springer-Verlag, 1992, s. 32.

[8] 参见江平:《民法通则起草和目前民事立法的指导思想》,参见 <http://www.civillaw.com.cn/lawstar/jp/writer/01.asp>。

- [9] a . a . O . Werner Flume s . 29 .
- [10] See Zweigert & Kötz , op . cit . p . 3 .
- [11] a . a . O . Werner Flume s . 29 .
- [12] a . a . O . Werner Flume ss . 28 - 29
- [13] Hans Hattenbauer , Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts , Verlag C . H . Beck , 1982 , s . 58 - 75 . 这里采用的是孙宪忠先生的译文。
- [14] a . a . O . Hans Hattenbauer , s . 58 - 75 .
- [15] 参见沈达明、梁仁杰：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社，1992年2月第1版，第49页。
- [16] a . a . O . Flume , s . 24 .
- [17] Gerhard Warrig , Deutsches Woerterbuch , Bertelsmann Lexikon-Verlag , 1975 , s . 1518 .
- [18] Erich Weris , Klett's Modern German and English Dictionary , National Textbook Company , 1984 , p . 175 .
- [19] a . a . O . Flume , ss . 91ff . 但是对准法律行为，梅迪库斯使用的是 Rechtsgeschaeftsae hnliche Handlungen 一词。Medicus , Allgemeiner Teil des BGB , C . F . Mueller Verlag , 1997 , 84 . ff .
- [20] 参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第475页。
- [21] siehe Karl Larenz/Wolf , Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts , 8 . Auf . C . H . Beck , 1997 , s . 432 . 在解释法律行为时，拉伦兹使用了行为 (Handlungen) 一词。这也表明，在德语中，最常用的表达行为的术语是 Handlungen .
- [22] a . a . O . Flume , s . 29 .
- [23] 〔德〕卡西勒：《启蒙哲学》，顾伟铭译，山东人民出版社，1996年8月第1版，第7页。
- [24] 〔德〕卡西勒：《启蒙哲学》，顾伟铭译，山东人民出版社1996年8月第1版，第10页。
- [25] 参见〔德〕卡西勒：《启蒙哲学》，顾伟铭译，山东人民出版社1996年8月第1版，第4页以下。
- [26] 德国启蒙运动可以分为三个阶段：1、1690年到1720年；2、1720年到1750年；3、1750年到1785年。在第一阶段，托马西乌斯 (Jakob Thomasi us) 及其学生形成了一个流派，反对神学，强调从人的角度研究人的自然权利，使法哲学脱离形而上学体系。沃尔夫是第二阶段的代表人物。参见高宣扬：《德国哲学的发展》，台北远流出版公司，1991年，第53 - 57页。
- [27] 海涅指出，莱布尼兹的作品是用拉丁文或者德语写的，沃尔夫是不仅整理了莱氏的思想，而且还用德语讲述了莱氏的思想的杰出人物。沃氏的功绩不在于将莱氏的思想总结为一个固定的系统，也不在于他用德语介绍莱氏的思想，而是在于他激励德国人用本国语言进行哲学思维。因为在德国，正如路德以前的神学是用拉丁文研究的一样，在沃氏以前，哲学基本上是用拉丁文研究的。参见〔德〕海涅：《论德国宗教和哲学的历史》，海安译，商务印书馆1972年2月第1版，第75页。
- [28] 参见〔德〕卡西勒：《启蒙哲学》，顾伟铭译，山东人民出版社1996年8月第1版，第345页。
- [29] 参见〔日〕大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社1999年第1版，第193页。
- [30] 参见沈达明、梁仁杰：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社1992年2月第1版，第7页。
- [31] Franz Wieaker , Privatrechtsgeschichte der Neuzeit Vandenhoeck und Ruprecht ,

1967 . 2 . Auf . Goettingen , s . 193 .

[32] a . a . 0 . Franz Wieaker , s . 193-194 .

[33] 关于自然科学中这一方法的阐释，参见〔法〕夏特莱：《理性史》，冀可平、钱翰译，北京大学出版社 2000 年 4 月第 1 版。但是几何学方法在维科那里与形而上学的方法似乎是矛盾的。维科在其自传中说，几何学方法追求琐碎的细节，不适宜于掌握普遍性的心智，不能满足人对无限性的渴求。参见维科：《新科学》，（下），朱光潜译，商务印书馆 1997 年 2 月第 1 版，第 654 页。

[34] Karl Larenz , Methodenlehre der Rechtswissenschaft , 5 . Auf . Springer Verlag 1983 , ss . 19ff .

[35] a . a . 0 . Larenz , s . 423 .

[36] 在法学体系中，这种等级层次还要多：物权行为 - 财产行为 - 法律行为；婚姻行为 - 身份行为 - 法律行为。

[37] Max Weber , Economy and Society : An Outline of Interpretive Sociology , Vol : 2 , trans . by Parsons et al . eds . by Guenther Roth Claus Wittich , Univ . of California Press , 1978 , pp . 873ff .

[38] 〔英〕培根：《新工具》，许宝暎译，商务印书馆 1986 年第 1 版，第 117 页。

[39] 参见〔英〕培根：《新工具》，许宝暎译，商务印书馆 1986 年第 1 版，第 10 页。

[40] 参见黄玉顺：《论西方近代哲学的转向与德国古典哲学的性质》，载《四川大学学报》（哲学社会科学版），2001 年第 3 期。

[41] 参见沈达明、梁仁杰：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社 1992 年 2 月第 1 版，第 11 页。

[42] 参见马克思：《关于费尔巴哈的提纲》，《马克思恩格斯选集》，人民出版社 1972 年版，第 17 页。

[43] 〔英〕玛丽琳·巴特勒：《浪漫派、叛逆者及反动派》，黄梅、陆建德译，辽宁教育出版社、牛津大学出版社 1998 年第 1 版，第 7 页。

[44] 一般认为，德国浪漫派分为早期浪漫派（The Early Romantics）和盛期浪漫派（The High Romantics），或称后期浪漫派（The Younger Romantics）。早期浪漫派是欧洲第一个浪漫主义团体，其活动时间自 1797 年至 19 世纪初期，为施勒格尔（Schlegel）兄弟领导的耶拿浪漫派（Jenaer Romantik）。德国浪漫派第二阶段大约自 1810 年至 1820 年，一般称为海德堡浪漫派，以荷尔德林为代表。德国两代浪漫主义者虽然在某些观点上有传承关系，但在许多方面也大有不同。

[45] 参见《马克思恩格斯全集》，第 2 卷，人民出版社，1973 年，第 164 页。

[46] 参见〔德〕温克尔曼：《希腊人的艺术》，邵大箴译，广西师范大学出版社 2001 年版；李永平：《审美乌托邦：温克尔曼的文化意义》，载《二十一世纪》，1994 年 2 月号，第 103—106 页。

[47] 参见〔美〕汤普森：《历史著作史》，（下），第 3 分册，孙秉莹、谢德风译，商务印书馆 1996 年版，第 186-187 页。

[48] 〔德〕海涅：《论德国》，薛华、海安译，商务印书馆 1980 年版，第 27 页。

[49] 参见〔德〕海涅：《论德国宗教和哲学的历史》，海安译，商务印书馆 1972 年 2 月第 1 版，第 127 页。

[50] 参见〔德〕洪堡：《论语言语言结构的差异及其对人类精神发展的影响》，姚小平译，商务印书馆 1997 年版。

[51] 马克思在评价历史法学派时指出，它把“研究起源变成了自己的口号，它使自己对起源的爱好达到了极点，——它要求船夫不沿着和航行，而沿着河的起源航行。”马克思：《法的

历史学派的哲学宣言》，《马克思恩格斯全集》，第1卷，人民出版社1956年版，第97页。

[52] 参见〔美〕汤普森：《历史著作史》，（下），第3分册，孙秉莹、谢德风译，商务印书馆1996年版，第217页；〔德〕茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，贵州人民出版社1992年版，第260页。

[53] Holmes, *The Common Law*, Little Brown Boston & Company, 1948. p1 - 2 .

[54] 从最通俗的意义上说，诗歌代表着形象思维，散文代表着逻辑思维。之所以用诗歌/散文作为一组对立词，是因为在德文中，“散文”（Prosa）一词本身就有庸俗、枯燥之意。英语中的 prose 也一样。关于诗歌/散文的对立的传统，就笔者陋见，可以追溯到维柯和黑格尔。维柯在《新科学》（朱光潜译，商务印书馆，1997年。）一书中，提出了诗性智慧这一概念。用来指一种创造性的、激情的、想象的个性。维柯指出，原始人的诗就是他们生而有之的功能，他们生来就对各种原因无知。无知是惊奇之母，使一切事物对于一无所知的人们都新奇的。他们的诗起初都是神圣的。原始人没有推理的能力，却浑身是强旺的感觉力和生动的想象力。黑格尔从批判罗马世界入手，认为“罗马世界的精神特点是抽象概念和死板法律的统治，是美和爽朗的道德生活的破灭，作为直接的自然道德发源地的家庭遭到了轻视，个性一般遭到了牺牲。完全听任于国家政权的摆布，只能在服从抽象的法律之中才能见到冰冷的尊严和知解力方面的满足……而在罗马内部，构成形式的法律也一样严峻，繁文缛节，多如牛毛，这种政治道德的原则是和真正的艺术不相容的。所以我们在罗马看不到美的、自由的、伟大的艺术。”〔德〕黑格尔：《美学》，第3册，（下），朱光潜译，商务印书馆1982年版，第267-268页。在这段话中，黑格尔强调了浪漫主义的核心思想：个性。黑格尔进一步认为，罗马人把希腊神话变成了“散文”。而到了资本主义时期，社会完全为散文所主宰。诗歌/散文的分离程度达到了历史顶峰。黑格尔关于诗性的阐述极大地影响了德国浪漫主义传统。

[55] 参见刘小枫：《诗化哲学：德国浪漫美学传统》，山东文艺出版社1987年2月第1版。

[56] 实际上，西方向来存在几何心灵与敏感（直觉）心灵（帕斯卡）、酒神文化/日神文化（本尼迪克特）、自然科学/社会科学（李凯尔特）等“两种文化”（斯洛）的分野。参见斯诺：《两种文化》，纪树立译，北京三联书店1984年版。

[57] 这些行动的正当性分别由主观的价值和客观的价值来保证。Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Guenther Roth & Claus Wittich ed. University of California Press, 1978, Vol: 1, 33. ff.

[58] Durkheim, *The Dualism of Human Nature and Its Social Condition*, in E Durkheim on *Morality and Society*, ed. by Robert N. Bellah, The Univ. of Chicago Press, 1973.

[59] 参见〔瑞士〕索绪尔：《普通语言学教程》，高名凯译，商务印书馆1985年版。

[60] 〔德〕狄尔泰：《历史中的意义》，艾林、逸飞译，中国城市出版社2002年版，第75页。

[61] 〔德〕狄尔泰：《历史中的意义》，艾林、逸飞译，中国城市出版社2002年版，第80页。

[62] 启蒙思想家之所以研究历史，是因为只在历史领域中才能看到理性如何克服种种障碍，显现自己的力量，实现自己的真正命运。参见〔德〕康德：《论永久和平》，载《历史理性批判》，何兆武译，商务印书馆1997年5月第1版。

[63] 参见〔德〕康德：《论永久和平》，载《历史理性批判》，何兆武译，商务印书馆1997年5月第1版。

[64] 参见李红宇：《狄尔泰的体验概念》，载《史学理论研究》，2001年第1期。

[65] 参见〔美〕古奇：《十九世纪的历史学与历史学家》，（上），耿淡如译，商务印书馆1997

年版，第 143 页。

[66] 前揭《启蒙哲学》，第 225 页。康德对赫尔德历史观念的评价，参见《评赫尔德〈人类历史哲学观念〉》，《历史理性批判》，何兆武译，商务印书馆 1997 年 5 月第 1 版，第 32 页以下。

[67] 参见〔意大利〕维科：《新科学》（下），朱光潜译，商务印书馆 1997 年 2 月第 1 版，第 453 页。

[68] 参见〔意大利〕维科：《新科学》（上），朱光潜译，商务印书馆 1997 年 2 月第 1 版，第 118 页。

[69] 参见〔美〕汤普森：《历史著作史》，（下），第 3 分册，孙秉莹、谢德风译，商务印书馆 1996 年版，第 219 页。

[70] 参见薛军：《蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产》，载徐国栋编：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社 2001 年 10 月第 1 版，第 397 页。

[71] See J. Walter Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, London: Oxford University Press, 1956, p. 293.

[72] see Sir Paul Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, vol: 2, *The Jurisprudence of the Greek City*, London: Oxford University Press, 1922, p11; Robert Bonner, *Lawyers and Litigants in Ancient Athens*, Chicago: University of Chicago Press, pp. v-vi. 关于雅典的法院，参见 M. H. Hansen. *The Sovereignty on the People's Court in Athens in the Fourth Century B. C. and the Public Action Against Unconstitutional Proposal*, Odense: Odense University Press, 1974.

[73] 在希腊语中，辩证法意为“谈话”或“对话”。有关希腊辩证法的发展，参见〔德〕黑格尔：《哲学史讲演录》，第 2 卷，贺麟、王太庆译，商务印书馆 1997 年 2 月第 1 版，第 117 页。

[74] 参见〔美〕哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社 1993 年 9 月第 1 版，第 159 页。

[75] See S. P. Scott trans. *The Laws of the Twelve Tables*, in *The Civil Law*, New York: AMS Press, 1973.; F. H. Lawson, *A common Law Lawyer looks at the Civil Law*, University of Michigan Law School, 1953, pp. 91.

[76] See James Gordley, *Good Faith in the Medieval Ius Commune*, in *Good Faith in European Contract Law*, ed. by Zimmerman and Whittaker, Cambridge University Press, 2000, pp. 106 - 107.

[77] 参见李桂林、徐爱国：《分析实证法学》，武汉大学出版社 2000 年 7 月第 1 版，第 6 - 8 页。

[78] 〔美〕哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社 1993 年 9 月第 1 版，第 147 页。

[79] Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press (New York), 1992, pp. 11-12.

[80] Holmes, *The Path of the Law*, *Harvard Law Review*, X (1897), 457. in *Law and Philosophy: Reading in Legal Philosophy*, ed. by Edward Allen Kent, Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, New Jersey, 1970.

[81] Morton J. Horwitz, op. cit. p. 13.

[82] Morton J. Horwitz, op. cit. p. 17.

[83] a. a. O, Larenz, s. 422. 所谓的内部功能性概念实际上是指诠释具体生活情景的概念，其中包含了具体的价值判断和生活经验。

- [84] a . a . 0 , Larenz , s . 222 .
- [85] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社，2001年10月第1版，第47页。
- [86] a . a . 0 . Flume , s . 23 .
- [87] 黑格尔说，“康德哲学的最后结果是启蒙思想”。〔德〕黑格尔：《哲学史讲演录》，第4卷，商务印书馆1997年2月第1版，第257页。
- [88] 〔德〕康德：《答复这个问题：什么是启蒙运动？》，载《历史理性批判》，何兆武译，商务印书馆，1997年5月第1版，第31页。
- [89] a . a . 0 . Franz Wieaker , s . 375f ; Larenz/Wol f , . s . 23-24 .
- [90] 参见〔英〕罗素：《西方哲学史》，(下)，马元德译，商务印书馆2001年11月第1版，第十八章。
- [91] 参见郁建兴：《自由主义的德国反应：黑格尔自由主义批判之起源新论》，《浙江大学学报：人文社科版》，2000年第1期。
- [92] 参见〔德〕海涅：《论德国》，薛华、海安译，商务印书馆1980年第1版，第50页。
- [93] 英国自由主义的灵魂人物密尔就极其强调个性对于自由的重要性。
- [94] 参见郁建兴：《自由主义的德国反应：黑格尔自由主义批判之起源新论》，《浙江大学学报：人文社科版》，2000年第1期。
- [95] 参见沈达明、梁仁杰：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社1992年2月第1版，第9-12页；关于日尔曼学派更详细的介绍，参见〔美〕艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1997年12月第1版，第182页以下。
- [96] 参见沈达明、梁仁杰：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社1992年2月第1版，第7页。
- [97] See Jan Schroeder , Zur den Quellen des deutschen Privatrechts in der Neuzeit : Roemisches Recht , "Deutsches Recht" , Naturrecht , Schriften zum Kolloquium fuer Chinesisch und Deutsche Rechtswissenschaft . s . 3 .
- [98] 962年，德意志国王奥托一世（Otto I）获得罗马教皇的加冕，此后直到拿破仑攻入德国之间长达八百多年的时间里，德意志王国一直以“德意志神圣罗马帝国”的名义行世，史称第一帝国。
- [99] [美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年9月第1版，第18页。希罗德教授的文章对这一观点提出了置疑。他认为，如果这一观点成立的话，德国根本不用继受罗马法，因为罗马法早就就是德国适用的法律了。“皇权授予”也不是发生在继受的过程中。而且，罗马法也被其他不属于神圣罗马帝国的欧洲国家继受。在这些国家，罗马法被视为文字理性（*ration scripta*），是公正的和理性的法律的典范。a . a . 0 . Jan Schroeder , s . 4 . 这一置疑有一定的道理，但是希罗德教授忽视了一点，那就是政治国家完全可以根据治理国家的需要，赋予神圣罗马帝国与德国某种神圣的联系。这只是政治合法性的一个借口而已。a . a . 0 . Jan Schroeder , s . 4 .
- [100] See Legal Tradition and System , ed . by Al an N . Katz , Greenwood Press , 1986 , p . 87 .
- [101] 一个对法兰西王室百合徽章的象征意义的研究表明，王室百合诞生以后，其象征内涵的神学色彩经历了一个渐趋弱化的过程，它曲折地反映了王权与神权之间利用和被利用的关系，同时也反映了法兰西王权由弱到强的历史行程。参见陈文海：《中世纪法兰西王室徽章研究——百合花象征主义的神学渊源及内涵》，《历史研究》，2000年第5期。
- [102] see Merryman , op . cit . p . 12
- [103] Jan Schroeder , a . a . 0 . s . 5 .

[104] 对这一术语的翻译，国内的译名不统一。《德意志法上的法律行为》一书翻译为“罗马法学著作选在现代的使用”；见该书第6页。《比较法律传统》一书将其翻译为“现代学说汇编实用”；见该书第23页。孙宪忠先生借用德国法学界通说，将其翻译为“当代适用法律汇编”(lat moderner Gebrauch Pandekten)。参见孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年第1版，第159页注1。

[105] 参见李工真：《德国现代化进程与威廉时代的德意志民族主义》，载《武汉大学学报：哲社版》，1999年第1期。

[106] J. M. Kelly, A Short History of Western Legal History, Oxford: Clarendon, Press, 1992, p. 320. 转引自张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1997年版第1版，第205页。

[107] 参见〔美〕艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1997年12月第1版，第173页。

[108] 我认为，罗马法与日尔曼法在精神气质上最大的差别在于，罗马法偏重于个人主义，而日尔曼法偏向于共同体主义。这在两者的物权的构造中体现得最为充分。在德国民法典的制定过程中，以基尔克为代表的日尔曼法学派猛烈批评该草案，认为它完全忽视了日尔曼法中的共同体精神。萨维尼和基尔克关于法人的不同学说(后者直接影响了梅特兰的法人理论)有非常深刻的政治、社会原因。我将另外撰文分析这一问题。

[109] 参见艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1997年12月第1版，第185页。

[110] Larenz/Wolff, a. a. O. s. 80. ff.

[111] a. a. O. Larenz/Wolff, s. 85.

<http://www.iolaw.org.cn/temp/cn/shownews.asp?id=3808&cat=3>