

# 十九世紀德國立法的爭論

## ——讀《論立法與法學的當代使命》

● 時 飛



薩維尼 (Friedrich Carl von Savigny) 著，許章潤譯：《論立法與法學的當代使命》(北京：中國法制出版社，2001)。

—

1814年，值拿破崙徹底戰敗之際，日耳曼民族主義也借此東風攀升到極點。它是法國大革命、法國

的連年征戰和拿破崙壓迫的自然產物。法國大革命開啟了民主思想之門，使得德意志民族意識到自己的自我表達權利；法國的連年征戰，蹂躪了大部分德意志弱小邦國，開闢了德意志政治聯合之途；拿破崙的壓迫導致了德意志民族的道德聯合，而後者總是直接針對某些真實的或想像的敵意勢力。這一波勃發的民族主義浪潮，就其激越程度而言，此後席捲歐洲的諸多同類浪潮迄無逾越者<sup>①</sup>。在這股思潮的湧動下面，「每一個生命都在急切地呼喚德國在擺脫壓迫的基礎上，向世界展現其自身價值的那份感情。」(《論立法與法學的當代使命》，頁2。下引此書，只註頁碼。)是年，任教於海德堡大學的蒂博 (Anton Friedrich Justus Thibaut)，在愛國熱情的鼓動下，奮筆疾書，十四天內寫出了〈論制定一部統一的德國民法典的必要性〉(“Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland”)一文，倡言仿照法國民法典，在三四年的時間內，經由「舉國一致」的努力，為德國制定一部綜合性的大

1814年，海德堡大學的蒂博寫出〈論制定一部統一的德國民法典的必要性〉一文，倡言仿照法國民法典，在三四年時間內為德國制定出一部規範人事而服務人世的大典。未來德意志子孫將視其為「神聖的遺產」，傳諸百世。蒂博對於立法之於當下的德國國族尋求民族統一的政治功用的認識，切合了當時整個國族的情態和政治世態。

薩維尼認為，在擺脫了拿破崙的鐵蹄踐踏之後，德國人向世界展現自身價值的那份情感已經在每個個體生命中顯露無遺。但是，此時此刻的這份感情還是一種漫無邊際的孤魂野鬼，而造成這個局面的罪魁禍首，當數那些自命不凡的法學家。他們對這種民族感情的近乎神經質的狂熱和迷戀，已經導致了冷靜思考和審慎思辨的淪喪。

典，並藉由法制的統一，最終達成德國國族的統一。在蒂博的設想中，由一個包括實務界人士和法學家所共同組成的委員會來從事這項工作，最為妥當。經由這兩方面人士的一致努力，特別是依憑「博學多識、事理通達」的法學家的精心構制，一定可以為德國制定出一部規範人事而服務人世的大典。未來德意志子孫將視其為「神聖的遺產」，傳諸百世<sup>②</sup>。蒂博對於立法之於當下的德國國族尋求民族統一的政治功用的認識，切合了當時整個國族的情態和政治世態。因此，薩維尼(Friedrich Carl von Savigny)才慨然說他與蒂博之間，彼此實甚契合，他們的分歧不在於所追求的目的上，而在於實現目的的手段上。用他的話來說：

我們所追求的目的乃是一致的：我們都渴望擁有一個堅實的法律制度，以抵禦任意專擅與偽善紛紛對於我們的傷害；再者，我們都尋求國族的統一與團結，專心致志於秉持同一目標的科學研究。為此目的，他們急切地渴望一部法典……我所思索和尋求的，乃是藉由一種統一諧和、循序漸進的法理，找出適當的手段，而這可能才是整個國族所共通共有的。(頁121)

在薩維尼看來，在擺脫了拿破崙的鐵蹄踐踏之後，德國人向世界展現自身價值的那份情感已經在每個個體生命中顯露無遺。但是，此時此刻的這份感情還是一種漫無邊際的孤魂野鬼，它們仍舊飄蕩在空曠的德國原野上，而造成這個局面的罪魁禍首，當數那些自命不凡的

法學家。他們對這種民族感情的近乎神經質的狂熱和迷戀，已經導致了冷靜思考和審慎思辨的淪喪。所謂公眾福利的維繫，已經成為一種揮之不去的明日鄉愁。因此，「當拿破崙法典闖入德國，並如癌一般，一步步侵蝕、擴散時，其內在固有的優秀品質卻不曾被提及，哪怕是零散的無端空言也無。」而「異在的無關的動機，其全然異在於法典的正當價值，卻決定了一切」(頁2)。人們期望法典一經訂定完畢，即可斬斷和歷史的聯繫，在理性虛構出來的空洞無物的抽象意義上，為所有國族、一切時代所接受。這種淺薄的妄自尊大已經在一種已然覺醒的歷史精神的逼迫下，行將無處容身。但是，由於其已經造成了既有的制度事實並發展出自己的理論脈絡，因此必須從源頭上徹底鏟除其誤導性的影響；另一方面，這種源頭上的清理，也為現實的立法配置了一個堅實的理想圖景。因此，要解決立法上不同的爭執，首要問題必然是摸清法的歷史源頭，認清法律發展的來龍去脈。

## 二

薩維尼並不否認理性在立法中的作用，但是，在他看來，理性很容易走入誤區，變成國家理性的濫用。他不是去撲滅理性在立法中的存在，而是防禦理性向自我妄想的轉變。薩維尼認為，歷史精神乃是抵禦自我妄想的唯一保障，只有歷史感才能保護我們祛除這一虛妄的錯覺(頁85-86)。立法要獲得其「本身的精確性和適用的統一性」，並

不是幾個法學家或立法者坐在屋子裏拍拍腦袋就能想得通透的。「倘無迫切必需，則不當立法；即便立法，亦當慮及現實的法律權威。」（頁17）「因為，從某一視角來看，法律並無甚麼可得自我圓融自洽的存在，相反，其本質乃是人類生活本身。」（頁24）在這個意義上，一切法律均首先起源於習俗和人民的信仰。它是一個民族生活方式的一種展現，它「完全是由沉潛於內、默無言聲而孜孜矻矻的偉力，而非法律制定者的專斷意志所孕就的」（頁11）。因此，法律以及語言，都是存在於民族意識之中的。「對於法律來說，一如語言，並無絕然斷裂的時刻；如同民族之存在和性格中的其他的一般性取向一般，法律亦同樣受制於此運動和發展。此種發展，如同其最為始初的情形，循隨同一內在必然性規律。法律隨着民族的成長而成長，隨着民族的壯大而壯大，最後，隨着民族對於其民族性的喪失而消亡。」與此相關的一個現象就是，隨着文明的進步，民族的演進路向也愈來愈清晰明白、極具個性，法律便日益成為特定階級的相宜配飾（頁9）。

法律的這種發展路向，是與它本身和歷史的血脈聯繫緊密交織在一起的。在薩維尼看來，法律是一種植根於民族生活中的人事規則，它以服務於人世生活為其存在的基礎。只有洞悉了民族生活演變的歷史路徑和歷史源頭，才可能在應當立法處進行立法。這是一項極為繁複而頗費心力的事業，絕非一時半刻可以完成的。順着這條路徑，薩維尼發現了法律在發生學意義上的存在：

在人類信史展開的最為遠古的時代，可以看出，法律已然秉有自身確定的特性，其為一定民族所特有，如同其語言、行為方式和基本的社會組織體制（constitution）。不僅如此，凡此現象並非各自孤立存在，它們實際乃為一個獨特的民族所特有的根本不可分割的稟賦和取向，而向我們展現出一幅特立獨行的景貌。將其聯結一體的，乃是排除了一切偶然與任意其所由來的意圖的這個民族的共同信念，對其內在必然性的共同意識。（頁7）

質言之，立法意義上的法律在民族的早年已經初具形態。它與一個民族的生活形態、生活方式、生活規則有機地融為一體，形塑了一個民族生活的最基本規則。哪怕是極為粗陋的，也是一個民族生活的真實反映：它構成了一個民族法律發展的源頭活水。因此，「歷史，即便是一個民族的幼年，都永遠是一位值得敬重的導師」（頁86），只有通過歷史，才能與民族的初始狀態保持生動的聯繫，而喪失了這一聯繫，也就喪失了每一個民族的精神生活中最為寶貴的部分（頁87）。法律要取得其生命力，取得其存在的正當性，必須深深地植根於自己腳下的這片沃土。法律的每一步演進，都必須與民族生活的演進親密無間，但絕非亦步亦趨。法律的歷史演變進路如上所揭，最終經由人民的關係變成了特定階級的相宜配飾：法律完善了這一階層的語言，使其持取科學的方向，正如法律以前存在於社會意識之中，現在則交給了法學家，法學家因而在這個領域代表着社會。這樣一來，法律就

立法意義上的法律在民族的早年已經初具形態，它形塑了一個民族生活的最基本規則。法律以前存在於社會意識之中，現在則交給了法學家。這樣，法律就由初始的混沌狀態變成了今日的雙重生命：首先，法律是社會存在整體的一部分，並將始終為其一部分；其次，法律乃是掌握於法學家之手的獨立知識分支。

在薩維尼看來，立法不是多人合力就可以竟功的。羅馬法的歷史告訴我們，只有由一個或幾個代表了那個時代最高法學水平的法學家來制定法典，而餘者補充法典的細微缺漏，法典的制定才能臻於成功。法學家必當具備兩種不可或缺的素養：歷史素養和系統眼光。我們尚無力制定一部法典，這是薩維尼對他那個時代的法學家學識素養的基本判斷。

由原來的在初始狀態下的混沌變成了今日的雙重生命，自茲更具有人為色彩，也更為複雜。首先，法律是社會存在整體的一部分，並將始終為其一部分；其次，法律乃是掌握於法學家之手的獨立的知識分支。自此，法律已經獲得了兩個秉性，即與民族生活、民族性親密無間的政治因素和取得科學性存在的技術因素(頁9-11)。因此，法律在和民族的一致演進中，獲得了自己存在的制度性證明，即以立法為手段去對國族的政治呼籲進行響應。但是，薩維尼不忘提醒我們的是，這種以技術作為支撐的立法可能會對法學產生有害的效果。而且，因國族間的各種政治因素和地域差異，其有效性也頗為不同。立法如欲借助國家理性的強力幫助，追求某種說不清、道不明的法律效果的話，那麼，就是對法律的一種嚴重扭曲！

### 三

在薩維尼看來，立法不是多人合力就可以竟功的。因為，「制定法典乃是一項工作，多人合力並不一定導致力量的相應增長。尤有甚者，因着一個簡單的原因，即就法典的性質而言，其既非僅為一項裁判，亦非若干孤立的裁判的集合，而是一個有機的整體。所以，以此方法制定法典，不可能善其始終。」(頁117)羅馬法的歷史已經告訴了我們，只有由一個或幾個代表了那個時代最高法學水平的法學家來制定法典，而餘者補充法典的細微缺

漏，法典的制定才能臻於成功。因此，只有法學家才是合適的立法者人選。

我們尚無力制定一部法典，這是薩維尼對他那個時代的法學家學識素養的一個基本判斷，也是他對於德國能否立法的結論。他轉述培根(Francis Bacon)的話說，在一個應當制定法典的時代，必當在智能上超邁此前的一切時代，因而，其立法能力必定為其他時代所闕如，這一時代在其他方面亦具有最高修養。但是，當時的德國並不具備立法所必需的智識條件。在他看來，在整個十八世紀，德國不曾產生甚麼偉大的法學家。法學家必當具備兩種不可或缺的素養：歷史素養和系統眼光。法學家必須能夠確鑿把握每一時代與每一法律形式的特性；必須能夠把握、省察每一個概念和規則；必須具有堅實的歷史知識和科學素養；必須懷持一種科學的精神。因此，要堪當立法的大任，法學家必須使他們的知識臻達完美境界，塑造他們的歷史感和政治感，才可能讓他們在面對現實問題時作出信實的評判。也只有這樣，法學家才可能對將現存法律視為含混錯亂的實踐、舉措失當的封閉體系等漠然無趣的言論，抱持更為慎重的態度，未置輕信。

羅馬法已經是德國民法的一個源頭活水，這已經是一個既定的歷史事實。但是，羅馬法之於德國統一法典的制定，其意義並不局限於此。與德國當時奢談羅馬法發達的法律技術的法學家不同，薩維尼敏銳地洞悉了潛藏在發達的技術背後的政治架構對羅馬法的決定性影

響。他發現，造就羅馬之偉大的，乃是那種明快敏銳、充滿活力的政治精神，這一精神使得她可以隨時更革自己的憲制形式，而由形式的更新發展提供新興形式。與此相應的是，在羅馬法中，當不再與新型的流行理論相諧和時，羅馬法固守悠久傳統，又不會作繭自縛。古典時代的羅馬法，其發展的歷史路線呈現出一種漸進而有機的全面發展，從而有效地保持了穩定中的發展完善。

而德國的法學家對此卻懵懂無知。由於他們尊奉這種偏頗淺薄的知識於泥古不化的境地，而致使一種重大的危險悄然逼近。這種危險與制定民法典活動的規模，及其覺醒着的民族精神的溝通恰成比例。智識上的盲點的存在，是與當時鼓動制定民法典以順應民族精神的覺醒這一政治社會思潮緊密連接的。這種改造社會的衝動，與法國制定民法典時的社會衝動如出一轍。由於缺乏智識上的有力支撐，其必然淹沒在公眾激情的浪潮中。儘管它會贏得社會上的歡呼，但是，卻對民族精神的昭然於世人弊多利少。而此時此刻，法學家還是這個狂潮中的一員，他們自己的知識品格還遠未形成，談論立法的事情，確實是超出了他們的能力範圍之外了呢！

因此，法學家必須具備堅實的歷史知識。具備必需的方法，是掌握法律的歷史知識的必備門徑。薩維尼提出了他的「法學的嚴謹的歷史方法」，這種方法的「目標在於追溯每一個既定的制度直至其源頭，從而發現一個根本的原理原則，藉此依然有生命力的原理原則，或可

將那些毫無生命、僅僅屬於歷史的部分剝離開來」。必須通過歷史的方法，去挖掘出現代立法所必需的精神源頭，即高度技術化的經典羅馬法、作為德意志國族的乳汁的原始德意志法以及新近的兩次法典化嘗試。從中挖掘出現代德意志國族立法所必需的典章文物，使這些典章文物藉着立法的強勁推動而在精神層面得以復興。

只具備歷史知識，還遠遠不夠！因法典如人們所預期的那樣，旨在成為唯一的法律權威，因而，它實際上應當包含適用於可能發生的每一案件的裁判。而現實的各種情形的複雜多變，千差萬別，使得那種期望某種完美無缺的法律能夠包治百病的妄想，必然遭致最為嚴酷的失敗。因此，法學家不能只是囿於外在完美無缺，而必須努力去發現潛藏在形式背後的別樣完美，即法律的基本公理。但是，法理學的諸問題中之最大難題在於，對於這些公理進行釐別和區辨，從中推導出存在於一切法律概念和規則間之內在聯繫及其確切的親和程度(頁18)。對法律的基本原理的了解、辨識程度，決定了我們對各種流行觀念、歷史上存在的法律的各種形態和觀念的理解程度，它們都是我們在進行立法時所必須慮及者。因此，如果我們還沒有在制度與事實、歷史與現實之間建立極其緊密、極為親和的聯繫，而貿貿然進行法典編纂的話，那麼，在實際的司法運作中，儘管表面上法典充任了司法的權威出處，但是實際上司法則是由其他某種甚麼東西所決定。這種災難性後果的出現，使得

法學家必須去發現法律的基本公理，而最大難題在於對這些公理進行釐別和區辨，從中推導出存在於一切法律概念和規則間之內在聯繫及其確切的親和程度。如果我們還沒有在制度與事實、歷史與現實之間建立極其緊密、極為親和的聯繫，而貿貿然編纂法典的話，那麼，儘管表面上法典充任了司法的權威出處，但實則司法是由其他某種甚麼因素所決定，這將導致法律的真正權威的淪喪。

當時有人倡言法的統一性，其論據是法的統一性可增強對自己國家的熱愛，而各種特定的法律的多元性，卻削弱了這一愛意；薩維尼認為這一論據根本不能成立。在他看來，每一有機體之自為自得，均有賴於其整體與部分間得均衡之維持，有賴於每一部分之各有其有，各盡其責。因此，特色鮮明而又多元紛呈的個體性，必將增益於公共福利。

法典本身所稟有的新穎性以及與此一時代的諸多概念之間的聯繫，均消隱於無形之中，從而致使法律的真正權威的淪喪。這還僅僅是第一步！如果對法律的基本原理原則知之不多，卻又追求法律外在形式上的全面與完善，那麼，為立法者所忽視的各種特定的裁判必將常常彼此糾結不清，相互矛盾；這一切只有經由司法實踐才能給予梳理，而在司法窳敗的情形下，整個制度的吸納機制必將崩潰。

除此之外，立法還必須具備優秀的闡釋藝術、簡潔的法律語言。如果立法所採用的語言是一種枯索無味、詞不達意的簡扼，那麼，它必定了無效果！而語言的完備程度，也是一個歷史的漸進的過程，一個年輕的國族，由於其智識尚處幼稚，語言作為一部優秀法典的載體的作用還要指待他日！

因此，如果一個時代，條件尚不具備，則不可能以這種方式，經由立法來確定其諸種法律概念，如若徑行其事，則其效果對於後續時代不無傷害。因此，薩維尼認為，如果要在我們的時代進行立法的話，要想立法成為一件有益於整個德意志國族的事業的話，那麼，沒有甚麼比保持與以前充滿智能的諸時代的廣泛聯繫更能克臻此一預期的目的。

#### 四

儘管要在當時的德國進行立法，尚存在這樣幾個方面的疑問未予以解決，可是，人們的立法熱情卻不曾稍減半分！民眾的熱情，已

經成了呼籲進行統一立法的標桿。對此，薩維尼不客氣地批評：

任何時候，若能找出民眾心目中懷有一種確定無移、頗堪褒揚的傾向，則此傾向或可經由立法善予保存與肯認，但卻決然不可能經由立法憑空製造出來。凡並不存在此一傾向，卻欲如此行事之處，一切或可建立一個詳盡無遺的立法制度的企圖，必當強化現實的不確定性，增加了處理此一問題的難度。（頁36）

當時倡言法的統一性的論據，是法的統一性增強了我們對於自己共同的國家的熱愛，而各種特定的法律的多元性，卻削弱了這一愛意。薩維尼針鋒相對地指出，這一論據根本不能成立。在他看來，每一有機體（因此，也包括國家）之自為自得，均有賴於其整體與部分間得均衡之維持，有賴於每一部分之各有其有，各盡其責。他認為，對於整體之一腔摯愛，必源於並體現於其所投身之各種具體關係之中；僅僅是他，一個悉心照顧自己家庭的人，才是一名真正優秀的公民。因此，特色鮮明而又多元紛呈的個體性，必將增益於公共福利。因此，當法律本身已然對於愛國之情構成了影響之時，各具體的省、邦的具體法律，就不應當再被視為障礙了。當法律與民族情感和民族意識契合不悖，或逐漸調適而融合無間，則法的功用和價值在於褒揚民族情感和民族意識；如果說有甚麼應予譴責的話，那麼，當是法律類如一種乖戾專擅之物，而與民族兩相背離（頁32）。

儘管他承認，就政治目的而言，沒有甚麼樣態的法律比統一的立法更為德國所需求。但是，歷史地並且是政治地看，我們必須承認德國歷史上的一般法律更是一種可取的法律經驗。彼時的德國，雖然各地域的法律多元紛呈，個性彰然，但卻擁有「普通法」作為共通的基礎，恆久地提醒着德意志諸族其不可分割的團結一致。他回到了歷史深處，將德國進行立法的時代要求投入了歷史的烈焰中加以鍛煉，企望從中找出德國立法的真正源頭。他不反對立法，他支持立法，這已經從整個行文中鮮明地體現出來了！但是，他反對沒有歷史根基的立法，他反對輕易立法！在他看來，國族的情感籲求不能構成立法的正當性基礎，相反，在這種千篇一律的呼籲聲中，立法所需要的審慎大堤會在民情的宣泄的浪潮中決堤。因此，「任性隨意而突兀多變的法律，乃最為有害；雖然經由變革亦可求得法的統一性與合理性，但與上述政治上的不利之處相比，其優點實為得不償失。」（頁33）因此，借助於民族的情感而呼籲立法，是一種失當的方略，是一種極為淺薄粗陋的思想，是一種帶有幾絲欺騙的假象！「除非剔除所有欺騙之假像，吾人之科學亦獲秉一種精神，具有在一個國族範圍內前瞻未來中評估時代的能力，否則，對於生活其中的時代保有適當之認識與評估，乃極為困難。」（頁37）因此，在他的那個時代，制定一部優秀的法典是不現實的，也是不可能的。

依託於法律的歷史源頭和歷史演變路徑，他分別從三條路向批評

了當時德國法學家艷羨的三部所謂優秀法典——《拿破崙民法典》、《普魯士法典》和《奧地利民法典》。在他看來，《拿破崙民法典》的制定，較諸技術上的因素，政治因素的影響更為強勁。法國大革命並非出於任何確鑿的改善的希望，而是基於反對一切的盲目衝動，以及對於不確定的未來的極其懵懂的預期。拿破崙在將一切都統歸到軍事專制之下以後，便將大革命中滿足了他目的的、防範舊有憲法復辟的部分，牢牢馭握手中，而將餘下的他感覺膩味且可能是他的絆腳石的一切，統統拋棄。但是，那些已然消逝的年月對於人們思想模式、行為方式和情感的影響並未消逝。因此，必須半退回從前的安寧狀態肯定有利，這就構成了此刻制定的《拿破崙民法典》的主流傾向。但是，這種向舊有的回歸，並不是洞悉了法律的歷史根基，而是由於人們對現世的厭倦和對往昔的黃粱夢所致，並非存在甚麼更高的情操或更為堅實的知識洞察！從理論上講，法典制定之時，其必稟具大革命意義上的共和主義，而現實是，其盡皆傾向於晚近竄長的專制主義。法典固然是順利制定通過，但是，在公眾的感情方面，如此迅速地採納這些條款的一個極為惡劣的後果，便是人們刻下立誓效忠的為他們所信仰與崇敬的對象變得蕩然無存；形式與理念的衝突愈來愈多，由此，在更大的程度上，甚至於最後一絲真理，以及道德的圓融自洽，亦必毀滅殆盡。而這種只是追求政治上的便利的立法，與之相形的一個後果就是，立法技術的粗鄙不堪、雜亂無章和含糊其詞，從而導致了一個

薩維尼還指出，國族的情感籲求不能構成立法的正當性基礎，相反，在這種千篇一律的呼籲聲中，立法所需要的審慎大堤會在民情宣泄的浪潮中決堤。因此，「任性隨意而突兀多變的法律，乃最為有害；雖然經由變革亦可求得法的統一性與合理性，但與上述政治上的不利之處相比，其優點實為得不償失。」因此，在他那個時代，是不可能制定一部優秀法典的。

薩維尼發現，羅馬法學家對羅馬法的歷史知識的了解是如此細緻入微，以致羅馬法已經成為這個民族所享有的悠久政治傳統和民族生活的一部分；與此同時，羅馬法學家憑着對法律基本原理的深刻把握，將法律的基本原理上升到了科學的境界。羅馬法學家還擁有一套發達的、更少隨意性的技術性語言，它們與科學方法一道，構成了羅馬法圓融自治的存在。

「凡感到需要法典之處，法典反倒成為補充性的輔助規則」（頁55）的惡果。這實在是對那些仰慕《拿破崙民法典》的人的巨大反諷！

在薩維尼看來，「當旨在理解具有可適用性的法律，並使其積極付諸實際應用時，對於權威的勤勉研究以及這一歷史知識，遂確乎必需。」（頁64）羅馬法之所以能夠延續千年，是因為羅馬人給予羅馬法學家以全部的信賴，以及法學家藉由對法律的精深把握，為人們的法律需求提供了智識上的援助。這實際上是受到了慎密的知識的影響所致。而當時的德國，法學知識極其落後，《普魯士法典》這部不是匆忙作出的法典，乖離了現代法律發展的路徑，而呈現出了「盡可能地將特定的案件悉數舉列，而逐一予以規定」（頁67）的做法。儘管這部法典取得了其歷史性和民族性的地位，但是，技術上來看，它是不能令人滿意的，技術構造是極為粗鄙的。由此可以見得，即使是一部「追求卓越」，且與「本土法律淵源聯繫緊密」的法典，缺少了技術的有力支撐，也是根本無法完成它自身所承載的歷史使命！

《奧地利民法典》則是立法活動與民族智能兩相背離的典型。其內容多抄襲羅馬法疏議家的文稿。由於缺少了支撐立法基本內容的民族生活規則，這部法典不像《普魯士法典》那樣事無巨細地試圖對一切可能發生的案件預作規定，它只是釐定了各種法律關係的概念，並為它們確立最為一般的規則。但是，由於它缺少了民族生活規則的支撐，所以，它關於權利的概念又太過一般化，且未予以定義，欠缺明

晰；同時，太過於以羅馬法的單純的字面意思為基礎，甚至以晚近疏議家對於羅馬法的誤釋為基礎。因此，這部法典一出台，即面臨着僵死的危險。它不得不在行文中規定了適用類推的條款，以及在證明現有規定不足處，適用自然法。

作為這三部法典共同源頭的羅馬法，卻是另一番景象：其本性甚為平常，以致無需具備任何法律教養，僅憑平常之良好感覺，即可體認。他發現，羅馬法學家對羅馬法的歷史知識的了解是如此細緻入微，以致羅馬法已經成為這個民族所享有的悠久政治傳統和民族生活的一部分；與此同時，羅馬法學家憑着對法律基本原理的深刻把握，將法律的基本原理原則上升到了科學的境界，從而鑄就了羅馬法的真實存在。而且，羅馬法學家還擁有一套發達的、更少隨意性的技術性語言，它們與科學方法一道，構成了羅馬法圓融自治的存在，而且，這種存在並非是孤立於社會的，它們本身就是羅馬人的生活！這種法律與羅馬人的生活是如此和諧，以至於在其發展的整個歷史過程中，立法對它的影響微乎其微。只有在羅馬法極度衰敗的時候，才會出現編纂這些法典的念頭。羅馬法的歷史發展向我們表明，「只要法律處於生氣勃勃的進步狀態，則無需制定法典，即便在各項情勢均於其最為有利之時，益且無此必要。」（頁26）

正是基於如上理由，薩維尼言之鑿鑿，不能立法，病不在法的淵源，而在於我們自身。由於我們的知識素養不足，而無力制定一部法典。與其去編制一部得不償失的法典，莫如好好地法律的精神家園



悉心耕耘，待到條件與時機成熟，在知識已經爐火純青的時候再編制法典。否則，完備的法律未出現，人們既有的生活秩序、人世規則已經被破壞無遺。因此，薩維尼窮其一生精力搜尋德意志民族法律的源頭活水，並在此基礎上對德國法律進行了精細的系統分析。將作為法律歷史源頭的民族生活提升為可以概念計算的精確操作，從而和粗鄙的民族主義及保守主義劃清了界限。

## 五

1814年《論立法與法學的當代使命》(*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*)一經出版，即遭到黑格爾的貶斥，認為他是在侮辱德國國族制定一部法典的能力，自那以後，各種誤會、曲解延綿不斷。但是，薩維尼放棄了任何辯駁的機會，專心致志於不朽的鴻篇巨制《中世紀羅馬法史》(*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*)和《當代羅馬法體系》(*System des heutigen römischen Rechts*)，前者循着歷史的脈絡，勾沉扶微，為德國國族的法律建立了一個精細的精神家園；後者層層迭迭，細緻入微，為德國國族的法律體系建構了一個整體的面貌。兩書交相輝映，互為攀援，從有機的歷史脈絡和嚴謹的邏輯體系上，將其在《論立法與法學的當代使命》中提出的研究立法時所必須注意的歷史因素和系統眼光層層推進。而德國民法典的出台，也順理成章地往後推遲了近乎一百年，不然，只怕世

界上又多了一部遭人詬病的典章文物，而民法典編纂史上恐怕也少了一朵璀璨的奇葩！

倏忽一百八十八年過去，本書才得移譯至漢語文明，而此時的漢語文明界，正在為一部民法典吵翻了天。「人文主義」、「物文主義」的概念正滿天飛，「鬆散式、聯邦式」、「理想主義思路」、「現實主義思路」正在打得不可開交，其激烈程度不遑當年，以至於有人不無誇張地稱為「世界民法典編纂史上的第四次大論戰」<sup>③</sup>。但是，大師當年對法律復興的期望——「不是在文字裏復興，而是在精神深處的復興」——則早已被那批自命為其在中國的徒子徒孫的民法學家遺忘得一乾二淨了。難怪有人要站出來大聲地質問，民法學家怎麼都變成板兒了？

的確，當我們今天站在新世紀的前頭哨站，回望上個世紀以來的近代中國立法史，多數時候立法者均「看着社會如白紙一般，看社會中人軟麵條無異，可以任憑染色，任憑改變；欲紅則紅，欲綠則綠；欲長則長，欲短則短」<sup>④</sup>，先以法律規定「我今欲如此云云」，再據此去創造「如此云云」的事實，而「如此云云」的理想摹本乃是中國知識份子襲取的西方人從自己的生活事實中打磨出來的生活規則，「半部《論語》治天下」就這樣徑直被轉化為「幾部法典治天下」<sup>⑤</sup>。情形與薩維尼當年舌戰蒂博時何其相似！但是，在中國的語境中，更為要命的是，由於法學家的利益驅動已經和立法當局的政治計算緊密聯繫在一起，民法典的制定已經處於劍拔弩張的緊要關頭了。儘管有一兩個「不識時務」的民法學家出來喊喊認

1814年《論立法與法學的當代使命》一出版即遭黑格爾貶斥。但薩維尼不加辯駁，而專心致志於《中世紀羅馬法史》和《當代羅馬法體系》。兩書從有機的歷史脈絡和嚴謹的邏輯體系，將其在《論立法與法學的當代使命》中提出的研究立法時候所必須注意的歷史因素和系統眼光層層推進。德國民法典的出台，也順理成章地往後推遲了近百年。

在中國，儘管有一兩個「不識時務」的民法學家出來喊喊認真對待中國的民法典，但在一個想要在幾年之內就建成有中國特色社會主義的法律體系的政治權益驅動的年代，哪裏還顧得上對私法秩序與憲政體制的創設及演化路徑進行制度上仔細辨別和學理上的分梳，更遑論從這些制度的歷史演變中吸取知識資源了！

真對待中國的民法典<sup>⑥</sup>，但是，在一個為中國的民法典而鬥爭<sup>⑦</sup>的年代，在一個要在幾年之內就建成有中國特色社會主義的法律體系的政治權益驅動的年代，哪裏還顧得上對私法秩序與憲政體制的創設、私法秩序的演化路徑<sup>⑧</sup>進行制度上仔細辨別和學理上的分梳，更遑論從這些制度的歷史演變中吸取知識資源了！

今天，我們重讀大師原典時，也同樣必須注意延循歷史的蹤迹，往歷史深處發掘出那些當年大師在論著中提出的足資我輩謹記而受益無窮的警句，享受他那環繞在火一般炙熱的民族情節光環外的冷靜得近乎冷酷的思想操練，發掘出那些潛藏在這些警句後面的深刻的歷史動因、生活習俗和知識基礎。而不是囿於一時一地的衝動或各種莫可言狀的利益追求，置民族生活、人情練達於不顧，在沒有做好知識的儲備時貿然立法。薩維尼當年在法律的歷史圖景中對所謂良法、惡法的辨識——「如果說有甚麼應予譴責的話，當是法律類如一種乖戾專擅之物，而與民族兩相背離。」——如今聽來仍不啻振聾發聵、石破天驚！如果說在今天，這本書對於我們還有甚麼頗堪參考的話，那麼，借用許章潤先生的一段話，或可形容<sup>⑨</sup>：

唯一恆久而長新，令吾人兩百年後的今日所敢斷言者，在法律為民族生活之自然言說，而以人世規則和人間秩序之身，擔造福人世生活，實現人生理想之責。——如果我們今日不得不承認，凡人類即需有理想，即對美好而愜意的人世生活總

是抱有永恆的憧憬，那麼，當今世界，環球諸族，和平共存，良性互動，均要求法律於其間縫綴連續，甘為人類求存求和求榮之天下公器。此世道人心也！此世道人心之大局也！

### 註釋

① 康特羅維茨(Herman Kantorowicz)著，馬史麟譯：〈薩維尼與歷史法學派〉，載許章潤主編：《清華法學》，第三輯(北京：清華大學出版社，2003)，頁9。

② 許章潤：〈民族的天然言說〉，載《論立法與法學的當代使命》；又見薩維尼：《論立法與法學的當代使命》，頁116。

③ 徐國棟編：《中國民法典起草思路論戰》(北京：中國政法大學出版社，2001)。

④ 梁漱溟：〈自述〉，載《梁漱溟全集》，第二卷(濟南：山東人民出版社，1988-1993)，頁21。

⑤ 許章潤：〈憲政：中國的困境與出路〉，載《法制與社會發展》，2004年第2期。「幾部法典治天下」是引者對許章潤先生「一部憲法治天下」的轉化，特此致謝。

⑥ 徐國棟：《認真對待民法典》(北京：中國人民大學出版社，2004)。

⑦ 梁彗星：《為中國民法典而鬥爭》(北京：法律出版社，2002)。

⑧ 季衛東：〈旁觀民法典編纂的得與失：兼論憲政與私法秩序的關係〉，<http://www.lawintsinghua.ReadNews.asp?NewSID=1012>。

⑨ 許章潤：〈民族的天然言說〉，頁16。

時 飛 生於1981年，清華大學法學院法理學專業2003級碩士研究生。學術興趣為：法理學，法律社會學，憲政與人權。