



德英两国日耳曼法历史比较中的解构意义

王 涛

摘 要: 日耳曼人战胜罗马帝国的事件提供一个例证,说明法律文化的优劣与一个国家对外战争的胜败无必然联系。德意志人以罗马法而不是日耳曼法为传统,是强势民族法律文化被边缘化,而弱势民族法律文化被发扬光大的例证。而英国拒绝罗马法而发扬日耳曼法传统也是很成功的。

关键词: 日耳曼法; 罗马法; 英美法系; 大陆法系; 英国法; 德国法

德国与英国是大陆法系与英美法系最具代表性的国家,两个国家都是以日耳曼人为主要民族,法律的历史渊源都是日耳曼法。两国法律历史道路分野的关键点在于对罗马法与日耳曼法的取舍。回顾罗马法与日耳曼法历史影响在两国的消长过程,可以发现某些与惯常历史观念不太一致的痕迹。

一、本民族后裔并未继承本民族法律

(一) 古代罗马法无直系继承者,日耳曼人却继承罗马法传统

中世纪以降,日耳曼人占领欧洲大陆中部、北部、西部以及非洲北部各地。在德意志等地区,“到公元一世纪,日耳曼人已遍布于多瑙河以北和莱茵河以东的广大地区。有几支日耳曼人已渡过莱茵河下游侵入高卢人的地域,”莱茵河以东未归属罗马的广大地区被称为“大日耳曼尼亚”,“日耳曼”这个名称后来就专指“大日耳曼尼亚”,大日耳曼尼亚成为后来德意志兰的基本领土^①。在欧洲大陆,中世纪“蛮族法”的国家都是日耳曼人的国家^②;在近代,他们却是罗马法的继承者。

(二) 英国的日耳曼人继承日耳曼法却不在民族发祥地

盎格鲁-撒克逊人离开民族发祥地渡过海峡入侵不列颠,开启英格兰国家和法律的历史,其间尽管有过丹麦人的入侵,有过英国和法国的战争,有过英国内部各封建王国和封建主之间的战争,但都没有影响英国法发展的主要方向。即使是诺曼人的征服,也因其与盎格鲁-撒克逊人同属日耳曼民族,而未中断盎格鲁-撒克逊人已经发展起来的法律制度^③。

在英国,诺曼人来自今天的法国,撒克逊人来自今天德国的霍尔施泰因,盎格鲁人来自今天德国的石勒苏益格,朱特人来自今天丹麦的日德兰半岛^④。

(三) 中世纪各日耳曼国家罗马法的当然使用语言不是本民族语

以语言为纽带,“罗马法长期影响西方法典”^⑤。虽然各日耳曼国家都有自己的民族

① 丁建弘:《德国通史》,上海社会科学院出版社2002年,第9页。

② 何勤华:《德国法律发达史》,法律出版社2000年,第4页。

③ 何勤华:《英国法律发达史》,法律出版社1999年,第68页。

④ 李赋宁:《英语史》,商务印书馆2005年,第35页。

⑤ C. 沃伦·霍莱斯特:《欧洲中世纪简史》,商务印书馆1988年,第9页。

语言,但拉丁语在中世纪是欧洲国际语言,是“国际性的法学、神学、外交、学术以及众多其他领域的通用语言”^①,在日耳曼各国,拉丁语是罗马法的当然使用语言。古罗马人的法律制度是口头的,但法典必须使用书面语,“正是这一书面的形式被欧洲大陆各国继承了下来,特别是随着拉丁语一直作为欧洲受教育者的混合语又持续了差不多一千年”^②。10世纪时,欧洲大陆日耳曼各国所有的法律文件均用拉丁语而不是用日耳曼语言写成^③。日耳曼人是征服者,但他们的母语并没有成为法律领域的优势语言。在高卢地区(今法国等地),“同罗马征服高卢以后所发生的现象相反,这次是征服者采用了被征服者的语言。因为这种语言保持了罗马的威望,并已证明是一种无比优越的思维与交流的工具。”“在卡佩王朝起过异常重要作用的王室法律顾问,从拉丁语引进了一些新生的法语所缺少的法律词汇,如:proces(诉讼),procureur(诉讼代理人),tribunal(法院)”^④。

在不列颠地区,拉丁语对古英语也有某些影响。在立足于不列颠之前,欧洲大陆上的日耳曼部族就已经和罗马人的世界有所接触,而他们的语言也就以与罗马文明相符合的许多拉丁语丰富自己^⑤。在不列颠岛,1066年的诺曼征服又为英语注入不少拉丁语因素,法律文献用拉丁语这个英国人读不懂的语言写成,甚至某个英国法官如果不识字,还需要别人为他读法律抄本并理解其中的意义。也正因为如此,从12世纪初在英国产生的法律著述也都用拉丁语写成^⑥。

二、近代德意志法律文化深具罗马情结

(一) 德意志人以敌人国家的继承者自居

国家观念上的理论对德国法律史的发展具有决定性影响。德国继承罗马法,就正是以“日耳曼民族的罗马帝国是古罗马帝国的延续”这一观念作为理论基础^⑦。

在欧洲观念中,罗马帝国是第一个也是最后一个世界帝国,虽然罗马人和日耳曼人的关系曾经是敌对关系,而“蛮族”的名称就来源于罗马人对日耳曼人的蔑视,但是由于“皇帝”的名称只能与罗马相联,所以德意志人的首领如果要取得称“皇帝”的资格,就必须从国家理论上继承罗马帝国,这不仅导致德意志人的神圣罗马帝国的建立,而且导致德意志人成为罗马的正宗继承人,还导致德意志人继承罗马法而不是日耳曼法来作为自己的传统,并依此来获取权威。

(二) 德意志人认同罗马法的世界性

罗马法是罗马的遗产,且是罗马遗产中最为重要的一个方面。欧洲人认为罗马文化就是全欧洲的文化,因此对德意志人而言,罗马法不是“外国法”,而是世界性的法律。此种特殊观念是德意志人愿意继承罗马法的重要因素。“在西罗马帝国瓦解后很长一段时间里,那种西方在某种意义上乃是一个整体、享有共同文化遗产的情感仍然在欧洲存在,但这肯定不仅仅是拉丁文学和语言的遗产,而部分地是由罗马帝国本身的性质决定的。这一遗产的潜在影响可能比它在外在的表现更加深远”^⑧。因此,“罗马法(对德意志而言)不是外国法,而是罗马帝国的法律,它以德意志罗马帝国的名义声称其权威性。”^⑨

(三) 德意志人以异族法的继承者自居

文艺复兴期间,欧洲各国出现“罗马法继受”运动,在包括英国的整个欧洲,德国是受罗马法传统影响最深的国度。德意志民族并未视罗马法为外族法,而是以秉承罗马帝国的法律为己任。在11世纪的法国和德国,德意志王室的教士维坡说,“‘所有的青年人’——他指的是统治阶级的青年——‘被送入学

① 理查德·詹金斯:《罗马的遗产》,上海人民出版社2002年,第33页。

② 吉本斯:《法律语言学导论》,法律出版社2007年,第5页。

③ 马克·布洛赫:《封建社会》,上册,商务印书馆2005年,第146页。

④ 阿贝尔·多查:《法语简史》,国际文化出版公司1987年,第23页、第48页。

⑤ 费尔南德·莫塞:《英语简史》,外语教学与研究出版社1990年,第29页。

⑥ 马克·布洛赫:《封建社会》上册,第197页。

⑦ 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,中国法制出版社2005年,第11页。

⑧ 理查德·詹金斯:《罗马的遗产》,第9页。

⑨ 张乃根:《西方哲学史纲》,中国政法大学出版社2002年,第239~240页。

校辛苦攻读’的地方，都有人在继续研究、概述和评注蛮族法、加洛林王朝教会法以及罗马法。”^①德意志人从 15 世纪中叶开始主动继承罗马法，其继承程度远远大于法国和英国。到 19 世纪，这种视罗马法为本土法的观念，促使以弘扬民族精神为口号的历史法学派深入地研究从公元 5 世纪到 18 世纪的整个罗马法史及其制度，并以此著称^②。

三、英国法成长过程中深具反罗马情结

（一）罗马法的缺位是日耳曼法在英国得以发展的前提

英国地处欧洲边陲。由于与罗马城遥远的原因，讨论这个岛国的法律时，我们通常会想起孟德斯鸠的假设：“海洋使他们和大的帝国隔绝；暴政不能够向那里伸展；征服者被大海止住了；岛民很少受到征略战争的影响，他们可以比较容易保持自己的法律。”^③现代英美法系学者谈论英国法的传统时说道：“当英国法在诺曼国王的法院开始形成的时候，几乎无人熟悉罗马法。英国人对罗马法的了解可谓浅尝辄止。第一批普通法法官工作时运用的材料是日耳曼法素材。他们在奠定英美法律制度的基础时所依据、所使用的是日耳曼法的观念。他们做得如此彻底，因中央法院执行国王的法律所形成的普通法占据的优势如此强大，使今天我们的法律比日耳曼法本身更加日耳曼化”。在英格兰，“一个强有力的中央司法系统和四大律师学院对法律传统的讲授使这一传统更加坚固，使日耳曼法得以持续”，英国人说，“我们的法律之根是日耳曼法。”^④不列颠的罗马法始终很肤浅^⑤。英国学术的繁荣从十一二世纪才开始，历史包袱和条条框框少，自由思考与研究的风气较强，因此从一开始就显露出与欧陆迥然不同的学术风格与倾向，英国科学史学家丹皮尔判断说，“距离罗马较远的地方，也是表现出明确的新精神最早的地方。”^⑥

（二）对罗马法的拒绝导致日耳曼法在英国获得国家力量的支持

英国地处欧洲边陲，但不是世界边陲。在 1967 年英联邦国家的地图中，联合王国位于全世界的中心位置，欧洲大陆和美洲大陆分列东西两旁^⑦，在英国人自身的概念中，其包括法律在内的文化传统并未被边缘化，而是具有其独特的优越性。出于政治的原因，他们认为反对罗马法的影响具有天然的正义性。在英美法系，排斥罗马法的时期是其法律史发展的最重要时期。在一份“英美法系历史发展阶段表”中，整个英美法系发展进程据此可划分为三个阶段：“第一阶段，公元 12 世纪—15 世纪，英国普通法形成时期；第二阶段，公元 15 世纪—17 世纪，排斥罗马法时期；第三阶段，公元 18 世纪—20 世纪。”^⑧

代表国家行为的某些宗教事件不仅与政治相关，包含在其中的法律元素也举足轻重。英国宗教改革家约翰·威克利夫在其短文《皇家官职》(De Officio Regis)中，抨击官方制定法的权威，宣称英国判例法已经够用，理直气壮地反对庄严的查士丁尼立法和罗马教皇敕令集，^⑨以此为凭借，英国的日耳曼法传统在宗教领域获得信仰，在世俗领域则得到国家力量的支持。

（三）与罗马天主教会的决裂是英国抵制罗马法的关键事件

在欧洲大陆，日耳曼国家与罗马天主教会相互支持对方，这又导致他们对罗马文化的支持，克洛维与罗马教会达成协议，在法律上，“罗马主教的要求：接受基督教就接受罗马法”^⑩，因为“教会是根据罗马法生活的”(ecclesia vivit iure Romano)。^⑪这是法兰克王国接受罗马法的宗教原因，而其背后则是政治原因。而在英国就完全是另外的情形。亨利八世与罗马教廷决裂，这不仅导致政治上的英国与教皇的对立，而且作为爱国主义事件，英国法律职业人士将法律与政治主张联系在一起，将抵制罗马法、弘扬英国法作为自己

① 马克·布洛赫：《封建社会》上册，第 197 页。

② 张乃根：《西方法哲学史纲》，第 238～239 页。

③ 孟德斯鸠：《论法的精神》上册，商务印书馆 1997 年，第 282 页。

④ 罗斯科·庞德：《普通法的精神》，法律出版社 2001 年，第 11 页。

⑤ 费尔南德·莫塞：《英语简史》，外语教学与研究出版社 1990 年，第 9 页。

⑥ W. C. 丹皮尔：《科学史》，商务印书馆 1975 年，第 120 页。

⑦ 马丁·吉尔伯特：《英国历史地图》，中国青年出版社 2009 年，第 116 页。

⑧ 约翰·H. 威格摩尔：《世界法系概览》，上海人民出版社 2004 年，第 895 页。

⑨ 罗斯科·庞德：《普通法的精神》，第 26 页。

⑩ 卢多维科·加托：《中世纪：帝国时代》，四川人民出版社 2000 年，第 35 页。

⑪ 理查德·詹金斯：《罗马的遗产》，第 479 页。

的伟大事业^①,这是英国抵制罗马法的关键事件,英国的历史机会当然也就空荡荡地留给日耳曼法。

四、权力强势与法律文化强势的悖反

(一) 日耳曼人被罗马法文化征服

按传统历史观念,强势国家向弱势国家输出法律制度等同于人类法律的进化,弱势国家的法律甚至政治和它们的经济一样将应被纳入到强势国家主导的历史轨道中而丧失自我特性^②。但德英两国罗马法与日耳曼法影响的消长过程的历史事实与该规律有相悖之处。

日耳曼人是征服者,罗马人是“他们的罗马臣民”^③,但当这些蛮族涌入西罗马帝国,并在它的废墟上建立起后继的国家时,他们察觉到自己在文化上与他们的罗马臣民不同。“当日耳曼诸部落带着其朴素而原始的野性征服土崩瓦解中的罗马帝国时,他们所遇到的就是这种难以捉摸而又无法逃避的力量”,日耳曼首领们对罗马文化既爱又恨,怀有特别的敬畏。“这是唯一的一个例子,一个不可一世的、世界性的、然而垂死的帝国,被一个原始的种族所征服,而这个种族由于与这个帝国的接触,已开始承认其伟大。即使是日耳曼部落中最为无情的汪达尔人,也对罗马的伟大怀有敬意。”^④

蛮族入侵者在停止迁徙并定居下来之后,很快吸收被征服者的文化,并用自己深具创造力的新鲜血液使罗马文化重新获得生机。在德意志的情况是,“它是在不完全属于自己的基地上开始的,它是从具有世界性的“罗马”帝国的广阔基础上开始的”,他们“试图从令人羡慕的外国文化中寻找榜样,来抵销对那种混乱状态感到绝望的情绪”,“也是这种对罗马名称的尊崇,成了日耳曼征服者对罗马和基督教的一切东西都怀着矛盾心里根源”;他们既要忠实于他们的日耳曼出身,又要忠实于他们获得的罗马的尊崇。所以“他们为此而苦恼不安”,夺取了罗马领地的胜利的日耳曼首领们,突然被某种神秘的恐惧或羞愧或后悔搞得无所适从,“他们觉得需要服从于被他们征服了的东西。”^⑤

在法兰克帝国,征服者反而丧失掉自己的语言和部族意识,在法律上,“自中世纪盛期以来,德意志人和其他欧洲知识分子同样相信,可以无视于罗马法的国族色彩,而视其为西欧帝国的原始法秩序,它依其精神心灵上的权威成为自然法。”^⑥

(二) 例证

德意志人继承罗马法的具体例子很多。《西奥多里克法典》是最著名的例子。东哥特国王西奥多里克大王“放弃他的成功的军事征讨,而致力于保存和恢复传统的罗马制度,并将其行政管理留在当地人手中。《西奥多里克法典》就是他的法令的汇编,其中大部分是对罗马法规的确认或重新解释。”^⑦

还有其他国家的例证。在5世纪,“布尔根(勃艮第)人久居罗马领域内,他们接受罗马文化的熏陶甚为迅速。公元5世纪末Gundobald国王(472—516)在位时,制定的根多巴法典(Lex Gundobalda),颇受罗马法的影响”,“东哥德人受罗马的文物制度影响甚深。他曾效法罗马的文官制度,又颁布Edictum Theoderici的罗马法典,期能采属人主义的原则,规范其领域内有关罗马人间的诉讼纠纷。”“西哥德人在Eurich国王时代颁布的威利希法典(Codex Euricianus)是为其领土内居住的罗马人所立的法典,故西哥德部族受罗马文物制度的影响,不亚于东哥德部族。”^⑧

五、法律文化先进性与民族性的矛盾

(一) 评论者认为日耳曼法落后于罗马法

与罗马法相比,古代日耳曼法是“蛮族”法,处于较低的发展水准。相关评论的佐证很多,例如:

①约翰·H.威格摩尔:《世界法系概览》,上海人民出版社2004年,第918页。

②於兴中:《法治与文明秩序》,中国政法大学出版社2006年,第12~13页。

③C.沃伦·霍莱斯特:《欧洲中世纪简史》,商务印书馆1988年,第9页。

④埃里希·卡勒尔:《德意志人》,商务印书馆1999年,第30页、第34页。

⑤埃里希·卡勒尔:《德意志人》,第19页、第33页。

⑥弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史 以德意志的发展为观察重点》上册,上海三联书店2006年,第25页、第122页。

⑦埃里希·卡勒尔:《德意志人》,第34页。

⑧戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社2003年,第7页。

在法律发展的总体水准上：“日耳曼部落表现了明显处于原始的、前个人主义的阶段的民族的特点：公共财产的习惯；部落成员的平等；相信当选的家族共有的“血统”的神奇天赋，等。”^①

在私法上：“罗马的入侵者在意大利半岛的各民族中翻译过来的原始而粗糙的罗马私法，同时也给自己带来了日耳曼习惯法。”“经过几个世纪，这种融合产生了欧洲人称之为“粗俗”的或“不规范”的罗马法。”^②

在法律概念上：“其（日耳曼法）概念之完整、论理之周密，自不逮罗马法远甚”^③。

在法典编纂上：“法学家们承认《国法大全》具有高质量的知识水平，他们称它为“成文法理”，认为它优越于日耳曼入侵者统治下所适用的粗俗的法律汇编。简言之，《国法大全》之所以被注重，不仅在于它有着教皇和世俗皇帝所赋予的权威，而且还在于它在文明和智慧方面显然高出一筹。”^④

在诉讼制度上：“日耳曼部族的法律与罗马法相比，还是处于原始初期阶段，法律裁决常以当事人能否认真坚持繁杂的程序形式为准，被告人要求通过所谓“神裁法”的程序来确定有罪与否。”^⑤另外，日耳曼诉讼制度总体上很落后^⑥。

在法律研究上：“但自十一世纪末期以后，波伦亚大学及其他欧洲大学，都在研究罗马法。基督教世界看到一种迥然不同的法律传统-有条理性和逻辑性-这个法律传统开始与日耳曼法律对抗，使之合理化，并在某种情况下取代了日耳曼法律。”^⑦

总之，当日耳曼法替代罗马法时，史学家们通常认为这是法律历史发展上的倒退。“罗马法在日耳曼王国内的保留，罗马法为日耳曼法所吸收，这一过程又同时导致罗马法本身的日耳曼化，也即粗俗化，因此从罗马法的历史看，不可否认，该时期是它的衰退期”^⑧。

（二）英国坚持其落后的民族法律传统直至法系成熟

恩格斯在与杜林的争论时提到：“现在仍然独立于法律权威罗马法之外而向前发展的、传播于世界各大洲的唯一的日耳曼法，即英吉利法。”^⑨这段经典论述将当时的英国定位为日耳曼法的唯一继承者。普通法系是一个保守的但属成功的非罗马式现代法律体系。在它形成自己的世界声望之前，英国法当时还远不是“大”法律体系或世界性法律体系，其先进性远未被证明，但英国坚持着日耳曼法的传统。在此过程中，其主要动力不是对日耳曼法先进与否的理性判断，而是英国人尊重本国（族）文化传统的坚决态度。“英国普通法是沿着一条完全不同于大陆共同法的道路发展起来的，没有受到国家主义、民族主义、实证主义和主权论的排斥，相反，在英国成为统一的民族国家后，英国普通法仍然是一个积极的力量，被作为生气勃勃的民族统一和民族精神的象征而被接受下来。大陆革命似乎要求抛弃旧法统，而英国革命则要求承受旧法统，甚至还要加以发扬光大。”^⑩近代以来，英国法系隐藏于落后现象之中的优点才逐渐彰显出来，成为区别于大陆法系的本质特征。

■ 作者简介：王 涛，华南师范大学法学院副教授，法学博士；广州 510631。

■ 基金项目：教育部哲学社会科学重大课题攻关项目(07JZD0013)

■ 责任编辑：车 英

① 埃里·卡勒尔：《德意志人》，第 38 页。

② 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，知识出版社 1984 年，第 9 页。

③ 李宜琛：《日耳曼法概说》，中国政法大学出版社 2003 年，第 14 页。

④ 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，知识出版社 1984 年，第 10 页。

⑤ C. 沃伦·霍莱斯特：《欧洲中世纪简史》，第 20 页。

⑥ 戴东雄：《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》，第 196 页。

⑦ C. 沃伦·霍莱斯特：《欧洲中世纪简史》，第 302 页。

⑧ 李秀清：《日耳曼法研究》，商务印书馆 2005 年，第 487 页。

⑨ 《马克思恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1972 年，第 149 页。

⑩ 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，第 23～24 页。