

# 帝国—封建和主权国家的知识转型： 以欧洲法学史为中心的考察

孔元

**摘要** 欧洲从帝国体系向主权国家体系的近代转型，是一场深远影响欧洲和世界政治的大事件，但这场转型在法学领域是如何表现出来的，学术界并没有深入研究。罗马法研究主要集中在私法领域，历史学研究基本不触及法学问题，从而形成了一个理论空白点。本文通过挖掘欧洲罗马法解释传统，呈现出欧洲中世纪帝国—封建和近代主权国家两种政治模式的法学逻辑，肯定了注释、评注和人文主义法学家在欧洲政治转型中的关键作用，展现了罗马法在欧洲公法研究传统中的重要地位。

**关键词** 所有权 管辖权 治权 帝国 封建 主权 人文主义法学

作者孔元，中国社会科学院欧洲研究所助理研究员（北京 100732）。

中图分类号 P9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)03-0096-11

## 一、问题的提出

中国学者对于欧洲中世纪和早期近代法学史的研究，在法学和史学交织的尴尬地带徘徊。作为欧洲中古社会的核心命题，封建问题一直是史学界的兴趣点所在<sup>①</sup>，但囿于法学研究的专业性，封建史学研究一直存在“法学缺场”现象，封建概念的法学含义一直未受到充分重视。法学研究以实务为导向，这导致法学史地位日益边缘化。而在一种断裂历史观念支配下，既有的欧洲法学史研究又被破碎的学科意识所肢解。这种研究建立在一种“反封建”的革命意识之上，它通过反对欧洲封建时代政治和经济相统一的领主权力，确立起自己的学科意识。这种学科意识表现为一种分割政治、经济的研究建制，它在国家和社会相对峙的自由主义价值关照下，形成公、私法无法相互通约的对立情势。公法研究将自己的理论起点追溯到大革命开启的人民制宪权，私法研究推崇《法国民法典》确立的以私有财产为核心的社会经济原则。公法学者关注国家结构问题，不关心其赖以生存的社会经济条件，私法学者关注财产占有和流通问题，不关心其赖以开展的政治制度环境。受这种学科视野的局限，中世纪公私混合的封建制度成为一个无法被解释的理论怪胎，成为各路学者不得不追溯，但又不得不基于自己的学科准则来裁剪的“史前史”。

作为对这种研究路径的反思，本文试图在一种更为整全的方法论视角观照下，通过对中世纪罗马法研究传统的再诠释，呈现欧洲近代从帝国—封建的二元结构向主权国家结构转型的法学史。《民法大全》（*Corpus Juris Civilis*，以下简称《大全》）中的条款支持普世皇权，但欧洲现实却被封建秩序分割，意大

<sup>①</sup> 参见中国社科院历史研究所等编：《封建名实问题讨论文集》，南京：江苏人民出版社，2008年；北京大学历史学系世界古代史教研室主编：《多元视角下的封建主义》，北京：社会科学文献出版社，2013年。

利法学家通过“曲解”《大全》文本的方式，来弥补合法性和事实性的断裂，从而一方面维持罗马法的至高性，另一方面使其兼容于封建法的现实，完成了帝国和封建的二重法学构造。<sup>①</sup>在文艺复兴时代，这种教义体系被挑战，人文主义法学家“托古改制”，通过一种历史考据的研究，瓦解了意大利法学家建构的理论神话，通过发掘绝对的罗马财产权原则，这些法学家为当代主权政治确立了法学根基。

## 二、“封建”及其法学含义

研究欧洲中世纪社会史，“封建”是一个绕不开的概念，但也是一个无法厘清的概念，这种困难一方面来自中西方跨文化语境的干扰，另一方面来自缺乏共识的欧美封建研究状况。<sup>②</sup>学者建构“封建”概念的理性努力，无处不面临着广泛多样的个别性的挑战，不论这种挑战来自对中世纪欧洲的研究，还是其他地区和社会<sup>③</sup>。对于封建主义的具体内涵的讨论，同样是分歧大于共识，对于封建主义的界定被多层悖论<sup>④</sup>所笼罩。

但在广泛的争论之外，封建研究的理论内核仍然比较清晰，那就是无法撼动的封臣封土范式<sup>⑤</sup>，在此范式下，封建主义通常被定义为人身依附关系、土地持有关系、支配和管辖关系、多元层级关系这四方面内涵<sup>⑥</sup>。封臣关系体现为以委身和效忠构造的臣服礼<sup>⑦</sup>，封土关系体现为伴随着这种臣服的封土封授。封臣关系的人身性<sup>⑧</sup>，结成一种道德上的信义和情感关系，在客观上形成一个从首领到从属无限展开的人际关系纽带，并进而决定了封土关系的两个特性：其一是土地封授的终身制<sup>⑨</sup>，其二是土地占有的私权性质。由于不具备罗马共和传统的“公共”意识，它形成统合了公、私属性的日耳曼法传统，这使得对于土地的个人占有延伸到对于该片土地的管辖和统治，从而使得采邑权发展为一个政治权和经济权的结合体<sup>⑩</sup>，而占有人则成为一个名副其实的“领主”。如果我们不计较比森的领主权研究所界定的狭隘形式，也不妨将之视为一种“政府权力”。<sup>⑪</sup>这种重叠使得公职也成为可以附随所有权继承和转让的财产利益。<sup>⑫</sup>

对应于这种社会结构形式，中世纪发展出独特的财产法原则。作为封授关系的附属物，土地在起初产权关系是明确的，它因为不具备完全自主的产权，而被称为恩地（Beneficium, Precaria）<sup>⑬</sup>，以便区别于完全无所属的自主地（Alod）<sup>⑭</sup>。冈绍夫指出，在9世纪，封君一直保留着对土地法律上的所有权，而封臣

① 孔元：《罗马法与主权政治的萌芽：以意大利法学家为中心的考察》，《私法》第16辑第2卷，第276—304页。

② 根据不同的方法论和问题意识，封建被先后建构为人类历史的一个阶段、社会形态、经济制度、政府形式、法律关系等，参见侯树栋：《论三大封建主义概念》，《北京师范大学学报（社会科学版）》2008年第6期。比较典型的封建定义，可参见基佐：《法国文明史》第3卷，沉芷、伊信译，北京：商务印书馆，1998年，第23页；费尔南·布罗代尔：《15至18世纪的物质文明、经济和资本主义》第2卷，顾良、施康强译，北京：生活·读书·新知三联书店，2002年，第507—508页；马克·布洛赫：《封建社会》下，张绪山等译，北京：商务印书馆，2012年，第704—705页；弗朗索瓦·冈绍夫：《何为封建主义？》，张绪山、卢兆瑜译，北京：商务印书馆，2016年，第3页。Joseph Strayer, "The Two Levels of Feudalism," in Robert Hoyt, ed., *Life and Thought in the Early Middle Ages*, Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1967, p. 53. 汤普逊：《中世纪经济社会史》上，耿淡如译，北京：商务印书馆，1997年，第302页。

③ Elizabeth Brown, "The Tyranny of a Construct: Feudalism and Historians of Medieval Europe," *The American Historical Review*, Vol. 79, No. 4, 1974, pp. 1070-1076.

④ 黄春高：《“封建主义的悖论”与中古西欧封建国家》，《世界历史》2007年第6期。

⑤ 黄春高：《“封建主义的悖论”与中古西欧封建国家》，《世界历史》2007年第6期。

⑥ 一个典型的定义方式，参见梅特兰：《英格兰宪政史》，李红海译，北京：中国政法大学出版社，2010年，第94页。

⑦ 马克森：《英国封建社会研究》，北京：北京大学出版社、中国人民大学出版社，2016年，第109—110页。

⑧ Susan Reynolds, *Fiefs and Vassals: The Medieval Evidence Reinterpreted*, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 20-21. 马克·布洛赫：《封建社会》下，第702—703页。

⑨ 马克·布洛赫：《封建社会》上，张绪山等译，北京：商务印书馆，2012年，第291—292页。

⑩ 哈罗德·伯尔曼：《法律与革命（第一卷）：西方法律传统的形成》，贺卫方等译，北京：法律出版社，2008年，第383页；马克·布洛赫：《封建社会》下，第699页。卡内冈：《政府、法律和社会》，伯恩斯主编：《剑桥中世纪政治思想史（上）：350年至1450年》，程志敏等译，北京：生活·读书·新知三联书店，2009年，第262—267页。马剑银：《中世纪欧洲封建法的前世今生》，《比较法研究》2015年第3期，第196页。Constantin Fasolt, *The Limits of History*, Chicago: The University of Chicago Press, p. 197.

⑪ Susan Reynolds, *Fiefs and Vassals: The Medieval Evidence Reinterpreted*, pp. 51-52.

⑫ 乔治·萨拜因：《政治学说史》上卷，邓正来译，上海：上海人民出版社，2008年，第267页。

⑬ 马克森：《西欧封建经济形态研究》，北京：中国大百科全书出版社，2009年，第95—96页。

⑭ 基佐：《法国文明史》第3卷，第26页。

对于恩地仅仅拥有用益权 (benefice), 后者构成罗马法中的他物权 (ius in re aliena)<sup>①</sup>。但随着 9 世纪之后封地世袭原则的发展, 封臣对于土地的代际持有形成一种事实上的所有权, 而错综复杂的土地封授关系使得绝对所有权原则变得日益稀薄, 二者的共同作用形成一种重叠的物权等级, 从而使得原初的产权关系逐渐沦为形式, 而随着时间的流逝被逐渐强化的持有权 (Seisin, Gewere) 成为一种更为神圣的权利。

正是这个极具中世纪特性的领主权概念, 在 12 世纪罗马法复兴之后遭遇了解释的难题。凭借其“理性帝国”优势, 罗马法迅速发展为支配性知识体系, 但由于其所宣示的知识和权力原则无法在欧洲兑现, 它的普遍适用又带来了规范和事实的极度不对称。在知识上, 罗马法绝对所有权概念、公私二分的原则、侧重于司法权的概念, 迥异于封建法的持有权。在政治上, 罗马法对于皇帝普遍所有权或者管辖权的宣示<sup>②</sup>, 根本无法驾驭四分五裂的封建秩序, 最终沦为空洞的口号宣传。诸多缺陷之下, 一个能够完全对应合法持有权的罗马法概念付之阙如。欧洲的心智已经罗马化了, 但它的身体仍然活在封建时代。在此背景下, 如何借助罗马法语词, 来描绘一个对它而言完全陌生的世界, 就成为一个颇具挑战性的工作。正是在应对这一挑战过程中, 法学家从罗马法中重建了系统的公法科学, 并发展出描绘现代国家概念的基本语汇。

### 三、帝国与封建的法学建构

#### (一) 分割所有权

已如前述, 规范和现实的巨大差异为法律适用带来难题。罗马法规定, 罗马皇帝为“普世君主”, 并可以据此要求对整个世界的所有权和管辖权。<sup>③</sup>但现实是, 各城市和王国凭借其合法持有的历史事实, 拒绝承认皇帝的领主权, 尽管在罗马法一家独大局下, 它已经无法通过诉诸习惯法来对抗罗马法。这使得欧洲成为一个形式上统一的普遍法权和事实上分裂的权力秩序的矛盾体。在此背景下, 欧洲中世纪发展出结合了普遍和特殊的法学观点, 试图对此提供解释, 这体现为分割所有权和管辖权的理智努力, 它试图在承认各社会实体功能自主性的前提下, 维持政治结构的整体统一性, 从而形成一种韦伯意义上的“等级制国家”。<sup>④</sup>

开创性的工作是由意大利法学家做出的, 他们秉持着教义学的自觉, 试图通过对罗马法文本的曲解, 弥合它和现实的裂痕。这种注解工作的第一步是厘定所有权 (Dominium) 的法学含义。尽管古典罗马法乃至《大全》都不存在对于所有权的定义, 但这并不妨碍对一个绝对、独占、排他所有权<sup>⑤</sup>的学理界定, 这使得所有权在罗马法语境中成为一个绝对纯粹概念。由于中世纪产权的高度分化, 日耳曼法<sup>⑥</sup>倾向于将一切以实际持有为表征的权利认定为物权, 因此附庸对其土地享有的绝非次生的用益或者占有权, 而是发展成一种准所有权。两种法系产权观念的差异, 使得套用罗马法逻辑理解日耳曼的实际变得异常困难, 这导致 12—13 世纪的法学语汇对于所有权概念的使用庞杂而不确定。<sup>⑦</sup>在罗马法复兴之后, 法学家试图借助罗马法的概念重新梳理封建产权关系, 它一方面需要将私法意义上的所有权予以扩张性解释, 从而能够对应中世纪的领主权结构, 另一方面需要稀释所有权的绝对性, 从而维持多个产权人财产权的稳定性。

① 弗朗索瓦·冈绍夫:《何为封建主义?》,第 19 页。

② 在 1158 年隆卡利亚会议上, 皇帝通过罗马法四博士之笔宣示:“所有的管辖权属于皇帝。所有的法官必须从皇帝那里获得自己行使职务的权利, 所有人必须根据法律的规定向皇帝宣誓。” See Robert L. Benson, “Political Renovatio: Two Models from Roman Antiquity,” in Robert L. Benson and Giles Constable, eds., *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, Toronto: University of Toronto Press, 1991, pp. 366-367. 由于财产权和管辖权的密切关联, 按照这一逻辑, 财产权也将同样遵循皇家授予的原则, See Susan Reynolds, *Fiefs and Vassals: The Medieval Evidence Reinterpreted*, p. 240.

③ 孔元:《罗马法与主权政治的萌芽:以意大利法学家为中心的考察》,第 277—280 页。

④ 马克斯·韦伯:《经济与社会》下卷,林荣远译,北京:商务印书馆,1997 年,第 412 页。

⑤ 汪洋:《罗马法“所有权”概念的演进及其对两大法系所有权制度的影响》,《环球法律评论》2012 年第 4 期; Peter Birks, “The Roman Law Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership,” *Acta Juridica*, 1985, Vol. 1, pp. 25-29. 乔洛维茨:《罗马法研究历史导论》,薛军译,北京:商务印书馆,2013 年,第 183 页。

⑥ 易继明:《论日耳曼财产法的团体主义特征》,《比较法研究》2001 年第 3 期。日耳曼法倾向于将一切以实际持有为表征的权利认定为物权, 参见金可可:《持有、向物权与不动产负担——论中世纪日耳曼法对债权物权区分论的贡献》,《比较法研究》2008 年第 6 期。

⑦ 冈绍夫:《何为封建主义?》,第 166—167 页。

首要的工作是概念的自我理解问题。意大利法学家统合了罗马法所有权（*dominium*）和治权、管辖权相区分的做法，将其发展为一个综合性的权力范畴，以对应中世纪的领主主权。在此基础上，法学家又发展出分割所有权的概念，以解释封建多重占有的封建产权秩序，它通过将所有权区分为直接所有权（*dominium directum*）和扩用所有权（*dominium utile*），将封建社会整合进入罗马法的概念框架，从而发展出双重所有权（*duplex dominium*）或分割所有权（*dominium divisum*）的新学说。

根据罗伯特·芬斯特拉（Robert Feenstra）的梳理，这一区分可能来自法学家皮利尤斯（Pillius）<sup>①</sup>，它在词源上来自罗马法中的直接之诉（*actio directa*）和扩用之诉（*actio utilis*），前者根据法律明文规定进行诉讼，后者则在缺乏明文规定情形下，通过创设新的诉讼类型来对争议案件提供救济<sup>②</sup>，在此基础上扩用所有权就成为在直接所有权之外，通过扩用诉讼予以保护的事实权利<sup>③</sup>。这种将事实权利人视为所有人的处理方式也并非毫无根据，《大全》在讨论《阿奎利亚法》（*lex Aquilia*）的相关章节（D.9.2.11.10）<sup>④</sup>和将永佃权人作为所有权人对待的章节（C.11.62.12）<sup>⑤</sup>都提供了文本支撑。根据这一教义，领主和附庸都是采邑的所有者，领主拥有直接所有权，附庸拥有扩用所有权，前者是领主对财产，通常是土地的直接所有权，领主拥有对财产的终极处置权利，后者是附庸对财产使用和收益的权利。这种对财产的直接所有和用益所有，包含一种上下级的等级关系，它承认上层领主对于土地的最终控制，但也确保了附庸对于土地的稳定占有，从而实现了对于罗马法中的绝对所有权的垂直分割<sup>⑥</sup>。

## （二）层级管辖权

类似的逻辑同样出现在对于统治关系的讨论中，它体现为对于管辖、治权和所有权这三个概念的再定义。通过这种再定义，管辖（*iurisdictio*）概念突破了《大全》中狭隘的司法含义，变成包含治权和权力（*potestas*）的内涵，但又超越于二者的，能够统合所有权力形式的概念，由于被等价为所有权<sup>⑦</sup>，进而被视为所有领主权利的实质<sup>⑧</sup>，管辖又因应于中世纪的封建结构获得一种自主面向，成为一个得以统合、构建中世纪帝国和封建的两个面向的中心概念。借助这种再定义，法学家试图为帝国的权威范围和各城市、领主的自主范围提供一个合理的解释，进而有关管辖的释经学争论就成为围绕帝国主权的本性和范围争论的重要表现。<sup>⑨</sup>

通过对《大全》的创造性解释，管辖和治权被建构为公法的基本概念。由于《大全》公法概念和词汇的贫乏，罗马法学家并没有留下任何关于公法的一般理论，对于国家权力的讨论更是零星琐碎。在有限的公法描述之外，治权和管辖在《大全》中主要作为司法用语，用于描述具有较强强制性的惩罚刑事犯罪行为，或者其他民事行为。但实践中围绕着皇帝和城市、王国的权力争议，又迫切地需要一个基于法律文本的合理性论证。通过对既有法律文本的再解释，意大利法学家实现了法学概念的创新，它的重要突破点在于颠倒了《大全》中管辖和治权概念的关系，通过将管辖权上升为一个种概念，治权变为一个次生的属概念，他们确立了法学解释的一个新样式。由于管辖权结合了正当的概念（来自它的词源 *ius*）和强制力（源自罗马法的定义），这个词从未丢失它原初指代一个司法长官解决法律争议的有限含义，但也同时获得了

① Robert Feenstra, "Dominium and Ius in Re Aliena: The Origins of a Civil Law Distinction," in Peter Birks, ed., *New Perspectives in the Roman Law of Property*, Oxford: Clarendon Press, 1989, pp. 112-113.

② 董能：《中世纪法学的扩用所有权学说》，《环球法律评论》2015年第5期。

③ 陈晓敏：《大陆法系所有权建构的两种视角——罗马法和中世纪所有权形式考察》，陈小君主编：《私法研究》第11卷，北京：法律出版社，2011年，第56页。

④ 用益权人或者有权使用财产的人是否有权适用《阿奎利亚法》？我认为更好的观点是在这种案件下，应当授予扩用之诉。An fructuarius vel usufructuarius legis aquiliae actionem haberet, iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.

⑤ 仿佛他们就是那块土地的所有人。cum fundorum sunt domini.

⑥ Thomas Rüfner, "The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of Dominium Utile," in John Cairns, ed., *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 2010, pp. 127-142.

⑦ Francesco Maiolo, *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Delft: Eburon Academic Publishers, 2007, p. 143.

⑧ Otto Brunner, *Land and Lordship: Structures of Governance in Medieval Austria*, trans. Howard Kaminsky and James Van Horn Melton, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992, p. 203.

⑨ Francesco Maiolo, *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, p. 142.

一般意义上更宽泛的统治权的含义。<sup>①</sup>这使得实践中的管辖概念演化成对于任何形式的正当权力的描述,因此对它的定义变成一个离开治权和权力便无法被理解的名词,从而使得有关管辖的讨论就等同于有关权力的讨论。<sup>②</sup>

对于管辖的初次定义来自注释法学派的奠基人伊尔内留斯(Imerius),他将管辖界定为“因宣布法和确立横平的必要而引进的权力”(potestas cum necessitate iuris scilicet reddendi aequitatisque statuendae)<sup>③</sup>,在这之后漫长的学说史演进过程中,管辖的公法意涵逐渐明晰,并在阿佐的著作中发展为一种系统性的考察。在《法典评注》(Summa Super Codices)对《论所有的管辖权》(C.3.13, De iurisdictione omnium iudicum)做评注时,阿佐界定了管辖的内涵,他拒绝继续沿用《大全》的界定方式,试图将一个简单的司法权重新定义为一个一般的统治权概念。他指出:

管辖是由于宣布何为正当和确立公正的必要而引入的公共权力。《论管辖权》章节(D.2.1.3)所看到的不是管辖的定义。它将管辖理解为任命法官的自由。因为正如伊尔内留斯所说,这不是种的定义,而是种的谓语,或者是表达属的名字。因为管辖(在词根上)来自统治,也就是权力和合法地/正当地,这似乎是在说它是种正当的权力。<sup>④</sup>

在此基础上,阿佐对管辖做了四个类别的划分,它们分别是最充分管辖和不完全管辖<sup>⑤</sup>、普通管辖和代理管辖<sup>⑥</sup>、自愿管辖和强制管辖<sup>⑦</sup>、纯粹治权、混合治权、适当强制、作为属的管辖权(iurisdictio in specie sumpta/ iurisdictio simplex)<sup>⑧</sup>。阿佐注意到暴力强度最大的纯粹治权概念,并试图结合《大全》的文本线索,对其做出一个适当的定义。在他看来,纯粹治权是用剑的权力,是对恶人施加惩罚的权力,也被称为权力,正如《论管辖权》章节(D.2.1.3)所示。animadvertendum特别地指代死亡,因为这种惩罚足以毁灭他人的灵魂。它被称为纯粹治权,因为它涉及对一个自由人或者城市的剥夺。确实它就是《论刑事追诉》章节(D.48.1.2)<sup>⑨</sup>载明的三种刑罚。<sup>⑩</sup>

在完成对纯粹治权的定义后,阿佐紧接着引出了有关谁拥有纯粹治权的讨论。他指出,很多人认为只有皇帝才拥有纯粹治权,这种权力是纯粹的,不需要依凭其他人的准许,但事实上很多高级长官也拥有这种权力,比如行省的总督(praesides)。在此基础上,阿佐给出了如下一个关键的段落:

我认为仅仅皇帝有最充分的管辖权,因为罗马人民通过霍腾西法将所有的治权和权力转让给了他。因此皇帝能够规定一般的横平。但我也承认任何长官都能够在自己的城市出台新法。纯粹治权同样属于任何其他的高级长官。我因此折损了一匹马,这是不公平的。<sup>⑪</sup>

① Brian Tierney, *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 31.

② Patrick Lantschner, "Justice Contested and Affirmed: Jurisdiction and Conflict in Late Medieval Italian Cities," in Fernanda Pirie, Judith Scheele, eds., *Legalism: Community and Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 82.

③ Francesco Maiolo, *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, p. 145.

④ Azo, *Azonis summa in tertium librum codicis*, Lugduni: Fabri Lugdun. & Iacobi Stoer, 1596, p. 235.

⑤ 管辖被划分为最充分管辖和不完全管辖,前者仅仅属于皇帝,后者属于其他长官。其他长官有在更低级长官之前或者在皇帝之后的更充分管辖。Azo, *Azonis summa in tertium librum codicis*, p. 235.

⑥ 一种是普通管辖,一种是代理管辖。普通管辖是那些被皇帝授予的管辖,它不是因为一种、两种或甚至是十种事由,而是普遍地适用于所有的事由,它发生在某个城市、乡镇或者城堡。代理管辖是受托于皇帝或者其他任何普通长官的管辖,它只适用于单一事由。Azo, *Azonis summa in tertium librum codicis*, pp. 235-236.

⑦ 一种是自愿管辖,一种是强制管辖。自愿管辖是在合意基础上行使的管辖,比如释放或者收养等。强制管辖是对不情愿者授予的管辖,比如某人被另一人起诉,这时裁判被给予不情愿的一方面。Azo, *Azonis summa in tertium librum codicis*, p. 238.

⑧ 管辖权应如是划分:一种是纯粹治权,一种是混合的,一种被说成是适当强制,它也被称为混合治权。另一种是作为种概念的管辖,它自己存续。Azo, *Azonis summa in tertium librum codicis*, p. 238. 作为属的管辖权在此处文本中并没有被清晰展示,但学者从其他版本中找到了线索, See Vallejo, *Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought*, in *Ius Commune*, 1992, Vol. 19, p. 8, n. 20.

⑨ 公共判决一些是极刑,一些是非极刑。极刑是指死刑或者流放,也就是切断水火,这种惩罚移除了城邦的公民身份。还有一种流放,应被恰当地称为贬黜,这种情形下城邦公民身份得以保留。非极刑指那些涉及金钱或者对身体的其他强制类刑罚。

⑩ Azo, *Azonis summa in tertium librum codicis*, p. 238.

⑪ Kenneth Pennington, *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley: University of California Press, 1993, pp. 19-20, n. 47, n. 50.

可以看出，阿佐对于帝国权力的立场在于协调大一统的皇帝权力和去中心的城市权力，它体现为法学解释论中的一个创新，这种创新表现为管辖权和治权的倒置和层级管辖权概念的阐发。通过颠倒《大全》中管辖权和治权的从属关系，阿佐承认了各城市对于强度较高的“治权”的权利，它表现为各城市长官的自主立法权，通过承认皇帝对于最充分管辖权的保有，阿佐发展出一个层级的主权理论，在其中皇帝享有对普遍世界的管辖资格，但它不排除下级长官对自己领地或城市的一般管辖权。皇帝对于帝国的权利来自罗马人民的原初授权行为，从而保证了帝国和罗马的历史连续性，以及皇帝法权的正当性，而各城市长官的自主权力则来自城市作为独立法权单位的自主权利。法权来源的对立性使得二者相互冲突和解构，但最终又在一种普遍和特殊的关系中得以共存。

阿佐的思路被之后的法学家群体承袭，他们发展出更为细密和演进的分类方式，试图对当代的权力事实提供法学解释。<sup>①</sup> 这些思路最终在评注法学家的集大成者巴托鲁斯那里被系统化。结合注释法学家的学说，他首次给所有权下了定义，它是处置和主张的权利（*ius disponendi vel vendicandi*），并且是“对有体物进行全权处置的权利，除非法律禁止。（*Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur.*）”<sup>②</sup>。但这种类似绝对的所有权定义并非排除多人对同一物的权利，因为巴托鲁斯同样肯定分割所有权学说，故而所有权是个复数的概念，物的真正所有人并不能穷尽它对物的所有权利，包括“永佃权人、地上权人以及类似的封臣等权利人，都被吸收进扩用所有权的大网，并进而被认为是所有主”<sup>③</sup>。

巴托鲁斯同样承认管辖和所有权的等价关系。在一段对管辖附着于领土（*iurisdictio cohaeret territorio*）的评论中，巴托鲁斯指出，管辖权和所有权都是附属于领主的人身的法律权利，二者区别在于管辖是对领土的统治权，所有权是对物的占有权。将这种逻辑延伸到公法领域，每一级别附庸通过对采邑所有权的享有，同时获得与此采邑相关的管辖权。以此类推，层层上升到罗马皇帝对整个世界的所有权和管辖权。

在这个前提之下，巴托鲁斯根据中世纪的多元分散的权力格局，对管辖权进行了多层次的划分。在他看来，一般的管辖权（*Jurisdictio in Genere*）指公法界定的权力，它基于分配和确立正义和公正的必要，由一个公共人格引进，它被分为狭义的管辖权（*Jurisdictio Simplex*）和治权（*Imperium*），前者指那些雇佣的司法职务，用于私人效用，后者指高贵的司法职务，它又被区分为纯粹治权（*Merum Imperium*）和混合治权（*Mixtum Imperium*），纯粹治权指公诉的治权，主要用于公共效用，而混合治权则是用于私人效用的治权。狭义的管辖权、纯粹治权和混合治权每一个又都可以分为六个级别，分别为最高（*Maximum*）、较高（*Majus*）、高（*Magnum*）、低（*Parvum*）、较低（*Minus*）、最低（*Minimum*），每一级分配有特定的职能，其中最高的纯粹治权（*Maximum Merum Imperium*）指立法权，它只能为皇帝（*princeps*）或元老享有。通过这一安排，巴托鲁斯默许了各个单独王国和城市对于真实主权的享有，但由于保存了皇帝对普遍世界的所有和管辖权利，巴托鲁斯也承认了大一统的必要性。

## 四、主权政治的法学逻辑

### （一）普遍性的破产

综上所述，意大利法学家群体试图在合法性和事实性的二分法中，完成对当代权力格局的法学解释。为了照顾帝国法权的完整性，法学家们制造出两个普遍但却空洞的法学概念，所有权和管辖权，皇帝是普世之主，他附带性地拥有所有的管辖权。但在这种普遍性权利之下，却散布着多个实质性的权力，从而在事实上分割了帝国的主权。与此同时，为了解释不同政治单位不均匀的权力分布，法学家们又根据高低和大小程度对权力做了区分，从而使得中世纪的权力观念变得分裂而有层级性。由于比较贴近现实，尽管这些学说在学理上饱受批评，但它仍然成为当时的主流学说。<sup>④</sup> 在这个意义上，欧洲中世纪的统治不是现代

① Vallejo, "Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought," pp. 1-29.

② Peter Garnsey, *Thinking about Property: From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 197-198.

③ 董能：《中世纪法学的扩用所有权学说》，第 108 页。

④ 理查德·塔克：《自然权利诸理论：起源与发展》，杨利敏、朱圣刚译，长春：吉林出版集团有限责任公司，2014 年，第 22 页。

国家抽象且集中的主权结构，而是一个多元共存的、公私不分的领主结构，管辖和所有权的重叠使得每个人都成为相对意义上的领主，因而无法享有排他绝对的主权权力。<sup>①</sup>

在 16 世纪及之后，欧洲进入近代转型的关键时期，中世纪一体多元的帝国传统开始瓦解，欧洲在权力格局和知识体系方面迅速地方化。尽管帝国和封建仍然在神圣罗马帝国的笼罩下苟延残喘，但随着各王国和城市的权力增长，一个对外自主、对内最高的主权国家体系成为新的权力事实，它迫切地要求通过集中权力来铲除维系中世纪帝国的大一统意识及其封建毒瘤。主权国家要求法权上的独立，因而拒绝接受皇帝对普遍世界的所有和管辖权，哪怕它仅仅是一层形式稀薄的面纱，而允许一个单一法律秩序内部同时存在多重管辖主体，使得公共权威不断片段化和多层级化，并构成处于集权过程中的君主权力的重大阻碍。这使得更适应中世纪封建多元一统主义的意大利学派被抛弃，通过“托古改制”，在古典希腊和罗马发现自己的政治和民族意识的人文主义法学家成为新的宠儿，它们在集权君主的荫庇之下，不断著书立说挑战帝国及其法权正当性。

人文主义法学家否定帝国和封建的二重性构造，主张王国内部的集权化。由于文字学的知识背景和断裂性的时间意识，这种托古改制的政治工程在法学研究中首先表现为通过还原罗马法文本的历史原意，来拆解意大利法学家人为建构的帝国“意识形态”的学术努力，通过对构成整个帝国和共同法权威的基石治权法（*lex imperium*）的历史还原，人文主义法学家志在瓦解中世纪帝国的法律根基。<sup>②</sup>这种历史还原体现为两个方面，其一是将管辖和治权还原为古典罗马法中的司法概念，从而破除中世纪法学家的各种篡改和添加，其二是回归古典罗马法关于财产权的基本原则，从而否定中世纪分割所有权的实践。

就前者而言，在古典罗马法中，不管是纯粹还是混合，治权都不是政治权威的概念，仅仅是古罗马法官的司法活动。纯粹治权更狭窄，仅仅是对刑事判决的执行权。巴托鲁斯学派理解的作为纯粹治权最高形态的立法权，根本在罗马法中找不到基础。而混合治权和管辖仅仅和司法管辖相关，因此它所包容的特权和政治权威完全无关，仅仅是法官的权力。按照这种逻辑，纯粹治权（*merum imperium*）就无法充当一种完满和最高（*summum*）的公共权力，而只可能被界定为《大全》文本中标示的狭义上的纯粹（*purum*）权力，也即仅仅指涉刑事程序中施加刑罚的权力（*potestas animadvertendi in facinorosos homines*）（D.2.1.3），因而和一般管辖没有任何关联。与这种解构相伴随，法学家们还试图清晰界定管辖和治权在司法过程中的位置，从而发展出有关这几个概念的不同理解，其中比较典型的是让·吉洛特（Jean Gillot），他将管辖和治权还原为司法程序的三个阶段，即审讯（*cognitio*）、宣判（*sententia*）、执行（*executio*），其中审讯和宣判是管辖权和混合治权的范围，执行是纯粹治权的范围，纯粹治权和司法程序完全无关，因为它只关注执行判决，从而拆解了巴托鲁斯学派建构起来的多元一体的管辖权理论。

与这种拆解帝国管辖权相伴随的是绝对所有权概念的回归。在这方面，人文主义法学家群体由于各自政治处境的差异出现分化。封建和帝国互相构造而成的大一统仍然寄居在神圣罗马帝国皇帝的意识之中，这使得任何法学知识的改造和创新都最终导向对既定政治结构的维护，也因此继承了人文主义的历史和批判意识的德国法学家，最终回归了巴托鲁斯学派的保守立场。在这方面，乌尔里希·查修斯（Ulrich Zasius）是个典型，尽管他试图将纯粹治权做一个狭窄的定义，但他的法学著述仍然保留了土地保有的层级性<sup>③</sup>，并在一定程度上允许了长官对于治权的自主所有权<sup>④</sup>。而诸如法国等王国政治集权的需要要求更为激进的法权立场，它一方面要求打破分割破裂的封建财产关系，通过“一物一主”的绝对所有权原则维系更为安定的财产诉求，另一方面将管辖权和土地所有权分离，并通过将其界定为专属于君主的公共权力，形成统一的国家治理。

① Dieter Grimm, *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, trans. Belinda Cooper, New York: Columbia University Press, 2009, p. 14.

② Guido Rossi, “Deconstructing iurisdictio: The Adventures of a Legal Category in the Hands of Humanist Jurists,” in PJ Du Plessis & JW Cairns eds., *Reassessing Legal Humanism and Its Claims: Petere Fontes?*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 2017, p. 84.

③ 董能：《中世纪法学的扩用所有权学说》，第 113 页。

④ Myron Piper Gilmore, *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200-1600*, Cambridge: Harvard University Press, 1941, p. 57-62.

在这种意识怂恿下，包括让·弗（Jean Feu）、雅克·居亚斯（Jacques Cujas）、弗朗索瓦·杜阿朗（François Douaren）、雨果·多诺（Hugues Doneau）在内的法国人文主义法学家都反对分割所有权的实践。<sup>①</sup>借助文字学的考据功夫，他们指出这种区分方式根本就是评注法学家们的臆造和篡改，不被文本支撑，违背罗马法关于财产权的基本原则。“所有权被阿库修斯划分为直接所有权和扩用所有权，这些词是新造的，并不为古代法所知。因为我们知道，他们希望用这些新词来表达一种近似所有权的权利，比如永佃权，以便授予这种权利扩用之诉，它对应真正所有人的直接之诉。但在一物之上有两个所有权是违背法理的”。<sup>②</sup>有学者指出将采邑看成一种扩用所有权，缺乏文本支撑，因为《封建之书》（*libri feudorum*）将附庸的权利视为一种不关涉所有权的事实占有，而《大全》术语定义部分（D.50.16.115）将占有理解为对自己不拥有所有权的财产的使用权<sup>③</sup>，因而本质上是一种他物权。

## （二）绝对所有权的回归

在否定了分割所有权的可行性之后，法学家们试图借助自物权和他物权的区分，来重新划分和界定财产关系。这一区分方式可能承袭了德国法学家约翰·阿佩尔（Johannes Apel）<sup>④</sup>的区分意识，他将权利区分为对物权（*ius in re*）和向物权（*ius ad rem*）<sup>⑤</sup>，并将对物权进一步区分为所有权（*dominium*）、准所有权（*quasi dominium*）和特殊对物权（*ius in re specificum*），特殊对物权包括质权或抵押权、地役权、留置权（*pignus vel hypotheca, servitus, retentio*）。芬斯特拉将特殊对物权视为一种限制所有权，并指出法国人文主义法学家雨果·多诺（Hugo Donellus）最终在这种精神指引下做出了所有权（*dominium*）和他物权（*ius in re aliena*）的区分。按照这种理解，永佃权、地上权、地役权、善意占有、抵押权，都变成了他物权（*iura in rebus alienis*），也就是在他人所有的物上设定的权利，从而一方面构成对原所有人权利的减损，但也剥夺了这些实际占有人对于财产的所有人权利。<sup>⑥</sup>

这种划分方式更类似于罗马法中所有权（*propietas*）和用益权（*ususfructus*）<sup>⑦</sup>的划分方式，从而协调了物的实际占有人和权利所有人的关系。根据这一理解方式，所有权是完整的，但也只是名义上的“裸权”（*proprietas nuda*）<sup>⑧</sup>，物的实际占有人虽然不享有物的所有权，但却仍然对物进行支配。在这种精神指引下，封建采邑被法学家界定为一种用益权，居亚斯就指出封建法中的土地授予只关涉权利的出让，并不涉及土地的实际转让，因而采邑权应被视为罗马法中的用益权，而无法被界定为一种所有权。<sup>⑨</sup>

如果附庸不再因为对于土地的事实占有而分享所有权，如果采邑仅仅是一种纯粹的用益权，那它必然能在逻辑上追溯到一个起始和源头，这个源头因此成为一个最大的绝对领主。地方王国的国王们，反抗罗马皇帝的普世所有权，但却在自己王国内部追求同样的权力。通过诉诸绝对所有权，它们要求同时收回对于土地的所有权和对人口的管辖权，从而将封建采邑权（*Lehnrecht*）的两个方面整合为以王权为表征的国家权（*Landesrecht*）<sup>⑩</sup>，它要求将封建领地制度转化为领土型国家<sup>⑪</sup>，将封建个体性的臣服关系转化为对

① 董能：《中世纪法学的扩用所有权学说》，第110—112页。

② François Douaren, “Disputationum Anniversariarum Libri Duo,” in François Douaren, *Opera Omnia, Vol.4*, Lucae: Josephi Rocchii, 1768, p. 19.

③ John Cairns, “Craig, Cujas, and the Definition of *feudum*: Is a Feu a Usufruct?,” in John Cairns ed. *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 2010, p. 80.

④ 哈罗德·伯尔曼：《法律与革命（第二卷）：新教改革对西方法律传统的影响》，袁瑜琤、苗文龙译，北京：法律出版社，2008年，第121—126页。

⑤ 向物权一般指对并没有实际占有的物所享有的权利，比如尚未实际交付的货物，阿佩尔将向物权理解为债权的一种形态，但向物权本身的历史演变很复杂，并且一度被视为一种物权性权利，具体讨论参见金可可：《对人权与对物权的区分理论的历史渊源——从罗马法的复兴到自然法学派》，第460—504页。李飞：《向物权（*Ius ad rem*）概念之澄清》，《苏州大学学报（法学版）》2015年第2期。

⑥ Robert Feenstra, “*Dominium and Ius in Re Aliena: The Origins of a Civil Law Distinction*,” p. 116.

⑦ D.7.1.1, 用益权是不损害物的实质，而利用和享有其他人物的权利。

⑧ 陈晓敏：《大陆法系所有权建构的两种视角——罗马法和中世纪所有权形式考察》，《私法研究》第11卷，第42—43页。

⑨ John Cairns, “Craig, Cujas, and the Definition of *feudum*: Is a Feu a Usufruct?,” pp. 81-83.

⑩ 王亚平：《西欧法律演变的社会根源》，北京：人民出版社，2009年，第370页。

⑪ 梅因：《古代法》，沈景一译，北京：商务印书馆，1996年，第58—64页。

于国王所象征的公共权力的共同服从，它追求内部统治的均等化，要求领主和佃农无一例外地成为绝对王权秩序下的“臣民”<sup>①</sup>。如此一来，当代主权概念的两重性找到了自己的逻辑源头，一个是体现为基于公共利益（*salus publica*）做出具体决断的最终权力，这种决断往往表现为诉诸主权意志的立法权（详见下文），一个是这种最终权威在行使上的空间排他性，它表现为对于领土的所有权。<sup>②</sup>

受绝对所有权意识的影响，封建领主的领地（*dominium*）向上集中，发展出一种模糊的领土（*dominion*）意识，而在领土国家内部的双向运动，又促使政治经济相统一的封建秩序产生分化，这种分化沿用罗马法原则，发展出主权国家内部的公私分立体系。于是，“君主的领地（*dominium*）变成了主权，社会（*societas*）成为在领土国家管理下的私人领域。”<sup>③</sup>哈贝马斯进一步指出，当彻底改变了主权和社会相互关联的两个过程在 16 世纪的领土国家内部实现时，这一形式法找到了自己的客观条件，它一方面是主权国家政府内部权力的集权化和官僚化，一方面是资本主义商品贸易的扩张，以及局限于家庭生产的生产模式。<sup>④</sup>而在整场运动中，在旧有制度下受到产权原则保障的农民，同时丧失了土地和自由，成为最大受害者。<sup>⑤</sup>

### （三）重建管辖权

由于封建法下的统治管辖是公私不分，财产权附着管辖权，上下层级共有，权属关系含混不明，强调财产权的绝对归属势必对整个封建结构形成冲击。在应对这一冲击过程中，思想史脉络出现分化，土地所有主获得财产权利后便遁入私人领域，并将对人的管辖和支配的统治关系交付给了国家。这意味着管辖权开始脱离它和土地的关系，成为一种统一和集中的权力，下级长官不再可能通过和土地的占有关系获得对于管辖权的自始权利，而只能凭借一种公法上的授权关系，或者私法中的代理关系而享有管辖权的行使资格。在这种意识作用下，阿佐和洛泰尔关于管辖权的经典讨论被重新提出，但人文主义法学对二者的评价发生逆转，阿佐的观点被否定，洛泰尔的立场获得肯认，纯粹治权逐渐被视为最高君主的排他财产。这种立场在法学研究中具体展开为对于《大全》文本中管辖权部分的注解，率先迈出这一步的是法国人文主义法学的奠基人阿尔恰托（*Andrea Alciato*, 1492—1550）。

在《辩驳》（*Paradoxa*）第二卷第六章、《学说汇纂评注》《论职务》章节（D.1.21, *De officio eius, cui mandata est iurisdictio*）和《论管辖》章节（D.2.1.3, *De iurisdictione*）处，阿尔恰托讨论了阿佐和洛泰尔这个老问题。《辩驳》第二卷第六章标题为“只有君主有纯粹治权，它可以被授予其他普通长官行使，他们不能再授权别人（*Meri Imperii ipsum soli principi competere, eius exercitium etiam caeteris ordinariis communicari: & cur illud delegari nequeat, nova ratio*）”阿尔恰托以阿佐和洛泰尔的争论设定论辩题目。他指出，在那场著名的争论中，洛泰尔获得了皇帝的背书，因而赢得了一匹马，但阿佐却因为捍卫了公正而赢得了舆论，这使得皇帝的裁决在后世法学家们的缄默中被遗忘，阿佐的意见成了主流，没有人质疑它的可信性。但在阿尔恰托看来，恰恰是洛泰尔的观点更准确，因为根据《大全》的文本，君主和长官的关系完全是授权关系，而不是两个同样具备自主性的权力，长官仅仅有行使纯粹治权的权力，该权力本身只有君主拥有（*quod videlicet magistratus solum meri imperii exercitium habent, at ius ipsum in principe resideat*）<sup>⑥</sup>。

阿尔恰托通过对《大全》文本的引用和再解释来支撑这种观点。他指出，《学说汇纂》《论职务》章节 D.1.21.1<sup>⑦</sup>所辑录的帕比尼安的观点表明，长官对于自己的权力并没有自主处分的权利，因为根据《法典》《论公务的管理》章节（C.11.31, *De administratione rerum publicarum*），他们的权力仅仅是一种管理

① 詹姆斯·汤普逊：《中世纪晚期欧洲经济社会史》，徐家玲等译，北京：商务印书馆，2009年，第9、33、50、69页。

② Friedrich Kratochwil, “Sovereignty as Dominion: Is There a Right of Humanitarian Intervention?,” in Gene Lyons and Michael Mastanduno, eds., *Beyond Westphalia? State Sovereignty and International Intervention*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1995, pp. 23-28.

③ Jürgen Habermas, *Theory and Practice*, trans. John Viertel, Boston: Beacon Press, 1973, p. 49.

④ Jürgen Habermas, *Theory and Practice*, p. 62.

⑤ 托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，北京：商务印书馆，1997年，第243页。

⑥ Andrea Alciato, *Andrae Alciati iurisconsulti mediol Paradoxorum ad Pratum Lib VI*, Basileae: And. Cratandrum, 1523, p. 33.

⑦ 那些凭借法律或者元老院决议，比如，惩治通奸的朱利安法或其他类似规定，获得行使（刑事）公审权的长官，认为自己能将管辖权再授权别人的看法是错误的。

权。如前所示，阿佐认为诸如埃及行省总督（*Praefectum Aegypti*）等可以凭借自主的治权（*pro imperio suo*）拥有仅次于皇帝的最高治权（*maximum imperium*），对此，阿尔恰托指出：

这些词似乎在指法本身，除非我们将治权和管辖分为两种，一种是根据法本身（而有的），一种是根据对法的使用和行使权。应该根据后者来解释它。因为我们说代理管辖，是一种他物权，是纯粹的使用、拥有（*habere*），就其相对于君主的法本身而言，也应被理解为长官的行使权。<sup>①</sup>

在《学说汇纂评注》中，阿尔恰托进一步将自物权和他物权的区分方式引入到对于长官管辖权的解释中。他把管辖界定为一种使用权，并在此基础上将君主和长官的关系类比为所有者和使用者的关系。这种诠释的文本出发点是《论职务》章节（D.1.21.1.1）的规定：那些获得授权管辖权的人，没有属于自己的管辖权，而只是行使授权者的管辖权。（*Qui mandatam iurisdictionem suscipit, proprium nihil habet, sed eius, qui mandavit, iurisdictione utitur.*）阿尔恰托以此为依托将管辖区分为两种，普通管辖和代理管辖<sup>②</sup>，前者是一种自始就有的权利，后者不过是一种纯粹的使用<sup>③</sup>，因而是他物权，而不是自物权<sup>④</sup>，也因此可能在期限结束后甚至随时有可能被所有人收回或者撤销，从而使得代理关系归于消灭<sup>⑤</sup>。这种授权或者代理关系会追溯到权力的最终所有主，所有的权力来自君主（*princeps*），只有他拥有完整的所有权，他是所有长官的根、源和发动者（*princeps est fons, et origo, et constitutor omnium magistratum.*），从而在学说上终结了中世纪领主的私人司法权。

由于适应了新的权力事实，阿尔恰托的立场逐渐被普及，弗朗索瓦·德埃伦（François Douaren）、雨果·多诺在此基础上慢慢发展出有关权力授予的基本公法原则。德埃伦沿用了阿尔恰托的思路来解释长官的权力，认为它是一种来自于法的授权，因而是次生的（*derivative*），他的管辖权资格也因此是代理管辖（*iurisdictione mandata*），不是自始就有的（*suo iure*），而是来自他人的恩惠（*alieno beneficio*）。多诺则试图在对概念统合的基础上，提炼出系统的政治原则。在其对《大全》的评论中，他简化了巴托鲁斯主义者关于管辖和治权混乱的划分方式<sup>⑥</sup>，并在阿尔恰托有关代理管辖的基础上<sup>⑦</sup>，明确将长官创设的主权原则提了出来。在对《大全》的评注中，他将长官界定为拥有公职（*honorem gerit*）的人，他们因此获得管理公共事务（*Administrationem Reipublicae*）的权力，这种管理权限在层级上存在高下之分<sup>⑧</sup>，它最完满形式就是直接来自能够创设长官的君主或者人民。<sup>⑨</sup>

而更加旗帜鲜明地在封建法的语境中将这种关系予以阐明的则是查理·杜摩兰。<sup>⑩</sup>他试图通过对各种习惯的系统化，将分割的管辖权收归到法王手中。在《巴黎习俗考》之中，杜摩兰对于封建法所衍生出的领主管辖权发出了最强烈的批判。<sup>⑪</sup>在该书《论封建法》部分，杜摩兰试图将附着在土地上的管辖权分离出来<sup>⑫</sup>，成为不随着土地的转让而转让的一般、恒定的公法概念，因而在起源和效果上都是自足和自存的。<sup>⑬</sup>在此基础上，杜摩兰用所有权和用益权的关系类比君主和长官的关系，在他看来，“长官不能为自己创立代理或临时代理人，而只能依赖所有人。因为用益人不能为自己设立另一个用益人，正如阿尔恰托说的。因此普通司法官不是管辖的主人，而只是简单的管理”<sup>⑭</sup>。因此，管辖不能像所有物那样被买卖或赠与，而

① Andrea Alciato, *Andreae Alciati iurisconsulti mediol Paradoxorum ad Pratum Lib VI*, p. 33.

② Andrea Alciato, *Commentariorum in Digesta*, Frankfurt: Zetzner, 1617, p. 110.

③ Andrea Alciato, *Andreae Alciati iurisconsulti mediol Paradoxorum ad Pratum Lib VI*, pp. 32-33.

④ Andrea Alciato, *Commentariorum in Digesta*, pp. 30-31.

⑤ Andrea Alciato, *Commentariorum in Digesta*, p. 29.

⑥ Hugues Doneau, *Opera omnia: commentariorum de Jure civili, Vol. 4*, Florentiae: Signum Clus, 1842, pp. 1132-1133, pp. 1135-1136.

⑦ Hugues Doneau, *Opera omnia: commentariorum de Jure civili, Vol. 4*, p. 1141, pp. 1144-1147.

⑧ Hugues Doneau, *Opera omnia: commentariorum de Jure civili, Vol. 4*, p. 1154.

⑨ Hugues Doneau, *Opera omnia: commentariorum de Jure civili, Vol. 4*, pp. 1154-1155.

⑩ Donald Kelley, "Civil Science in the Renaissance: Jurisprudence in the French Manner," *History of European Ideas*, 1981, Vol. 2, p. 264; Donald Kelley, "De Origine Feudorum: The Beginnings of a Historical Problem," *Speculum*, 1964, Vol. 39, pp. 222-225.

⑪ 昆廷·斯金纳：《现代政治思想的基础（下卷 宗教改革）》，奚瑞森、亚方译，南京：译林出版社，2011年，第280—281页。

⑫ Charles Dumoulin, *Commentarii in Consuetudines Parienses, De Feudis*, Gloss 5, 45.

⑬ Charles Dumoulin, *Commentarii in Consuetudines Parienses, De Feudis*, Gloss 5, 64.

⑭ Charles Dumoulin, *Commentarii in Consuetudines Parienses, De Feudis*, Gloss 5, 58.

是通过委托或者代理的方式来行使和执行<sup>①</sup>，长官对管辖不拥有权利或者所有权，因为所有权和占有属于君主，或者其他所有人，长官仅有行使和执行的权力。<sup>②</sup>

## 五、结语

为了解释欧洲中世纪帝国的普遍性，法学家们将表征封建领主权两个方面的所有权和管辖权建构为一种普遍而空洞的知识概念，为了解释中世纪封建法的所有和统治结构，法学家们又发展出“分割所有权”和“层级管辖权”的法学解释路径，从而维护了帝国和封建的二元性结构。在文艺复兴浪潮之下，这种法学解释体系开始遭遇危机，人文主义法学家的文字学考据，瓦解了中世纪法学家建构的理论神话，破除了欧洲帝国的普遍性迷雾。在此基础上，他们试图还原古罗马法所有权概念的绝对性，并希望将封建领主权的所有和管辖的两个方面，解释为国王的专属权利。

这种理论建构的后果是初步产生了近代主权概念的两个原则，它表现为对于土地的领土所有权和对人口的管辖权，封建所有权最终演变出近代国际法的领土主权原则<sup>③</sup>和公法学的主权概念，在王权政治时代，它通常被表述为一个集权君主对于领地和最高权力的独占权。<sup>④</sup>由于 16 世纪欧洲社会进程的双重性，采邑制度在向国家制度转化过程中发生分离，又生发出主权国家内部的公私分立原则，一方面是封建财产关系向市民社会财产关系的演化，它终结于一个排他和独占的所有权概念<sup>⑤</sup>，一方面是绝对所有权概念向公法概念的渗透，并由此发展出公法学说有关授权和代理的基本概念，后世理论家借鉴所有权和用益权的区分方式进一步发展出主权和政府<sup>⑥</sup>的区分<sup>⑦</sup>。可以说，主权概念虽然借鉴了绝对所有权的维度，但最终又承认了一个以资产阶级法权名义反对自己的新力量。这种相互性和对立性不禁让人联想到资产阶级法权和近代国家生成的同步关系的两个方面。

(责任编辑:天竞 编辑:王鑫)

## The Transformation of European States from Feudal to Modern in Legal Theory

KONG Yuan

**Abstract:** The transformation of Europe from the medieval imperial system to the sovereign state system is a major event that has a profound impact on European and world politics. However, how this transformation is manifested in the field of law has not been studied in depth. The study on the “public” dimension of Roman Law is largely absent in legal research and the study of history does not touch the issue of law, thus forming a theoretical gap. By exploring the tradition of European Roman law interpretation, this paper presents the legal logic of two political models, European medieval empire based on feudalism and modern sovereign state, confirms the key role of jurist in Europe political transformation. By revealing the Roman Law origin of European sovereignty concept, it shows the important position of Roman law in European public law research tradition.

**Key words:** dominium, jurisdiction, imperium, empire, feudal law, sovereignty, legal humanism

① Charles Dumoulin, *Commentarii in Consuetudines Parienses*, De Feudis, Gloss 5, 48.

② Charles Dumoulin, *Commentarii in Consuetudines Parienses*, De Feudis, Gloss 5, 57.

③ 梅因:《古代法》,第 58—64 页。

④ 莱昂·狄骥:《公法的变迁/法律与国家》,郑戈、冷静译,沈阳:辽海出版社,1999 年,第 15 页、18—19 页。

⑤ 典型的是《拿破仑法典》第 544 条:所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利,但法令所禁止的使用不在此限。《拿破仑法典(法国民法典)》,李浩培等译,北京:商务印书馆,1997 年,第 72 页。

⑥ “在整个间隙,主权就像所有权一样在人民那里,尽管它的使用或行使暂行在君主那里,就像用益权。”中文译本参见霍布斯:《论公民》,应星、冯克利译,贵阳:贵州人民出版社,2002 年,第 84 页。

⑦ See Kinch Hoekstra, “Early Modern Absolutism and Constitutionalism,” *Cardozo Law Review*, 2013, Vol. 34, p. 1082.