

民法法典化的历史追究

侧重于民族统一与复兴的视角展开

A Historical Review of the Codification of Civil Law
from the Perspective of Unification and Revivification of Nation

吴治繁 著



光华文丛

高晋康 主编

光华法学文丛



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法法典化的历史追究

重于民族统一与复兴的视角展开

Historical Review of the Codification of Civil Law
the Perspective of Unification and Revivification of Nation

吴治繁
著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法法典化的历史追究:侧重于民族统一与复兴的
视角展开 / 吴治繁著. —北京:法律出版社, 2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8551 - 7

I. ①民… II. ①吴… III. ①民法—法典—研究—中
国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 242976 号

民法法典化的历史追究

——侧重于民族统一与复兴的视角展开

吴治繁 著

责任编辑 郑 导

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.25 字数 285 千

印次 2015 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8551 - 7

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

当代中国的民法法典化是国内各界,乃至世界范围内都十分关注的法律现象。这不仅因为中国是当代全球经济最为活跃的区域之一,也因为中国的民法法典化与中国这个全球第一人口大国里每一个个体息息相关。同时,作为具有悠久法典编纂传统的文明古国,中国两千余年的成文法传统里没有成文民法;作为大陆法系的一员,当代中国除台湾和澳门地区以外长期没有民法典。这些事实都促使学界以极大的热情致力于对中国民法法典化的研究和探索,并取得了蔚为可观的成果。

21 世纪以来,尤其是 2002 年全国人大法工委民法典草案之后,学术界开始冷静并沉潜下来,关于民法法典化的研究更趋理性。研究主体也逐渐从民法学者扩展到非民法学者,研究视野逐渐从立法技术层面延伸到基础性研究领

域,研究方法也逐渐多元化,开始注重哲学、经济学、社会学、史学等多学科研究手段的综合运用,在研究数量和质量上都取得了突破性的成就。在我国目前民法法典化理论研究尚显薄弱的现实面前,这一研究趋势是非常值得鼓励的。作为一名民法学者,我非常期待和欢迎法学其他领域的学者,和我们一起研究民法问题,多倾听法理学、法制史学、行政法学、经济法学等学科专家的意见是非常有益的。

民法法典化对任何一个民族都是举足轻重的,也都是十分不易的。综观历史,一部优秀的民法典往往具有深厚的理论基础和与时俱进的体例格局,需要做好技术层面与理论层面的充分准备,需要观照政治、经济、文化等多方面的因素,以及历史与现实的关系等问题。这其中,如何看待民法法典化中“西方化”和“本土化”的关系,以及“继承”与“创新”的关系,显得十分重要。

关于“西方化”和“本土化”。百余年来,中国学习西方民法,或者叫中国民法的近代化,其整个过程是怎样的?效果又如何?应该进行一次较为彻底的反思。对此,法理、法史学者有较深入的研究。较多的学者认为,继受西方先进的近现代法文化、法规则是时代的要求,但是,植根于中国本土社会的法文化、法规则是基础。一个拥有 13 亿人口和 56 个民族,并且正在崛起的泱泱大国,怎能没有一些自己的东西呢?完全照搬西方,注定是行不通的。

在我的理解里,本土资源应包括中国传统的法文化、法规则和中华人民共和国建国后根据社会现实新创造的法文化和具体制度。这里尤其要提到民情风俗和民间习惯。民法是百姓居家过日子的法,它来源于生活,其本身就是生活,最富有生活品格。而民情风俗和民间习惯既构成一个国家本土资源的重要组成部分

分,也是一个国家民事立法的主要渊源,最能体现本国和本民族的实际情况。因此,对民情风俗和民间习惯进行调查是了解国情民情的重要途径。民法法典化必须与民间习惯相协调,各国概莫能外。近代中国为制定民法典,也曾进行过两次规模较大的民情风俗、民间习惯调查,一是清朝末年(1907~1910年),二是民国初年(1918~1921年),并积累了较为丰富的资料。新中国成立后,却再没有进行过这种全国范围的调查了。从清末算起,已逾一个世纪,中国社会发展了翻天覆地的变化,因此,对民情风俗和民间习惯的再次调查显得十分必要。

所以,当代中国的民法法典化就是要把西方和本土两方面的因素有机地整合在一起,这是一个非常艰难的过程。或者说,从民法的现代化出发,我们要找到“西方化”和“本土化”方面的一个结合点,中国传统的、现实的东西要保留,但一些东西也要舍得扬弃,西方的经验要借鉴,但一些东西也要大胆舍弃。换言之,只有真正做到了中西合璧、融会贯通,才真正处理好了“西方化”和“本土化”的关系问题,未来的民法典才能够既在中国扎下根,也能够融入甚至引领世界潮流。

关于“继承”与“创新”。此处的“继承”,既包括对中国传统的和近代的民法理念和制度的继承,特别是继承中国近代以来法律改革和建设的经验,也包括对各国民事立法经验的借鉴和吸收。因此,在内容上,我国未来的民法典一定以继承的内容为多数和基础。但同时,当代中国民法法典化的着眼点、目标和理想应当是创新,因为我们所处的时代是一个崭新的时代,中华民族所需要的民法典是面向21世纪的民法典。两个世纪前的法国民法典,一个世纪前的德国民法典,有我们许多值得学习和借鉴的东西,而且我们一直也在学。但是,我们还必须往前看,向前走,

必须适应和应对时代的变革和发展,因此,创新是民法法典化的必然要求。创新不应该是想入非非,哗众取宠,也不应该是空想,它必须以社会的进步和民法的发展为契机,必须以中国的实际为基点;同时,也应当认识到,创新的东西可能是有缺欠的,是不圆满的,在理论上还存在缺陷,需要不断完善和改进,在观念上也有一个逐步接受的过程。因此,中华民族未来的民法典应当有自己的创新。如果我们还完全恪守大陆法传统的一套,而不能根据时代精神和本国国情有所创新,甚至连一点创新的念头都不敢想、不愿想,这样制定出来的民法典将是不会成功的。如果说,目前我们在创新上还缺乏理论基础,就不如再讨论它几年或十几年。毕竟,保证民法典的质量比制定民法典的速度要重要。

本书即是对上述问题进行探讨的努力和尝试。作者吴治繁博士以其法律史学的专业基础,主要运用法史学、法社会学和法文化学的分析手段,既关注中外历史中的法典化现象,也着眼于中国现实存在的民法法典化因素,并将二者有机结合;以法典化历史为经,以法典化理论为纬,纵横捭阖,探索中国民法法典化在民族统一与复兴中的地位与作用。显然,这对中国这样一个尚未实现民族统一并渴求民族复兴的国家,对该问题的研究十分重要和迫切。无疑,本书对民法法典化的理论研究是有益和具有开拓性的,其研究视角和结论也是值得肯定的。我作为本书作者的博士生导师,十分欣慰于她为著述本书所付出的学术努力,也为其著作即将出版表示衷心祝贺。民法法史的学术之路漫漫且修远,希冀她不懈努力,上下求索!

2014年10月,中国共产党十八届四中全会将“编纂民法典”明确写入《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,根据该决定,全国人大法工委于2015年1月随即召开了民法

典编纂及民法总则制定的座谈会,中国的民法典编纂曙光再现。
借本书付梓之际,衷心祝愿祖国的民法典编纂圆满成功。

是为序。

马俊驹

2015年8月24日于清华大学蓝旗营

前 言

我们所处的 21 世纪是一个全球化时代。全球化浪潮正在对地球上的每一个人形成直接或间接的冲击——无论这种冲击波的强弱程度如何,也无论这种冲击波来自经济、政治还是文化,抑或其他领域。全球化正在悄然改变我们的生活方式、交往方式,甚至思维方式。全球化形成了一个强势语境,它使人们自觉或不自觉地以一种全球眼光认知和思考当下的一切问题,“全球性视野”、“全球化背景”、“全球性眼光”成为人们的话语前提。同时,我们也应看到,全球化并非 21 世纪的唯一主题,全球化并不能掩盖当代世界民族和民族国家林立的现实。迄今为止,现代国家的基础还是民族,基本形态还是民族国家,民族这一概念仍是国际社会中国家体系的划

分基础。^① 民族分立和层出不穷的民族问题仍然而且将在未来很长时间内是这个蓝色星球不可争辩的事实,民族仍是众多事件的最终源头,民族国家仍将是国际关系和国家事务的重要参与者,因此,民族范式^②仍将是人们观察和思考当今人类社会重要问题,尤其是民族相关问题的重要方式。本书认为,以一种全球视角,运用民族范式考察和思考当代民族和民族国家相关问题,或许是符合时代发展的较为客观的方法之一。

民法法典化问题就是一个与民族和民族国家密切相关的问题。许多民族在不同的历史时期通过各具特点的法典化方式,增强了本民族的凝聚力和自豪感,演绎了它与民族统一、复兴的内在关联性。民法典曾经促使法兰西民族空前团结,坚不可摧;曾经促进德意志民族由分裂走向统一,并一如既往地担当着维护民族统一之重任;也曾经促使日本民族由落后走向先进,并极大增强民族自豪感与凝聚力。在民法法系国家中,民法典以其特有的观照人性、守护权利的方式,发挥着促进和维护民族和民族国家的团结与统一,书写着民法典与民族独特的历史进程。在当代全球化背景下,欧洲人更赋予了民法典超民族的时代特色,希冀缔造一部贯通欧洲各民族国家的统一民法典,将其打造成为新的“欧洲共同法”,以促进欧洲共同市场的畅通无阻和持久繁荣,并以此为契机,实现欧洲人两千余年来不懈追求的统一夙愿。

① 徐迅:《民族主义》,中国社会科学出版社2008年版,第30~31页。

② 民族范式是人类认识论范式之一。20世纪90年代初,前苏联学者科兹洛夫曾提出民族范式问题,他将民族范式视为人类历史过程中的主观因素之一,认为民族范式的实质在于人类社会及组成人类社会的人们的生活主要是以民族形式在思考的。民族范式作为一种理论范式,是将民族作为认识人类社会的逻辑起点所形成的认知框架。但由于这种认识论范式自身的片面性,民族范式的认知框架和认知体系具有一定的局限性。参见冯卫民:《欧洲民族过程与欧洲一体化》,中国社会科学院研究生院2001年博士学位论文。

民法法典化与民族(国家)统一的历史与现实具有极强的示范效应。对于中华民族而言,21世纪是一个机遇与挑战并存、艰难与希望共生的时代。过去30年,中华民族争取了融入世界的宝贵机遇,并在这30年获得了长足发展,一个古老的民族开始在世界东方和平崛起。21世纪,中华民族不仅要融入世界,加强与其他民族团结协作,共同面对和承担人类社会的共同问题和挑战,更要实现自近代以来无数仁人志士梦寐以求的伟大复兴。由此,对于21世纪中华民族,“统一”、“复兴”已成为核心词汇。中华民族不但要实现经济秩序、市场规则与外部的统一接轨,还要实现本民族的统一与复兴。统一的中华民族是实现与其他民族良好合作、实现共赢的基础,是承担更多国际义务的前提。统一是中华民族生存发展的基础,是中华民族的核心利益所在,是实现民族复兴的必由之路,是中华民族21世纪的时代主题。全球化时代下,对于一个强烈期盼统一和复兴的民族,民法法典化是否依然有所裨益?怀着对此问题的莫大热情,本书通过缜密的论证试图说明:今天,在这个依然以民族和民族国家为世界政治、经济舞台主角的时代,在中华民族建设法治国家的高涨热情和民族统一与复兴的伟业中,民法法典化之于民族的意义仍不可低估,民法法典化促进和推动民族统一与民族复兴的作用仍然存在。因之,对民法法典化之于民族统一与民族复兴的作用和意义的探索尤有必要。

随着民法法典化研究的持续深入,对民法法典化研究的视角和方法也逐渐拓宽和多元化,尤其近年来,学者们开始注意到,民法法典化与我国复杂的社会现实具有十分紧密的内在关联性,因此,我国未来的民法典必须也必然反映和顺应这种社会现实,真正成为人民需要、社会需要、时代需要的民法典;从学术研究的角度

度看,当代中国民法法典化研究不仅要解决“中国需要何种民法典”的问题,更迫切需要解决“中国是否需要民法典”和“中国为什么需要民法典”的问题,而后两个问题是第一个问题的逻辑前提。同时,随着全球化浪潮的日益汹涌和中国作为世界重要经济和政治力量的崛起,中华民族的统一和伟大复兴正面临着前所未有的机遇和挑战,本书的酝酿和产生正是基于这样的时代背景和学术背景。从研究范畴看,本书以民法学的基本理论为依托,将历史和现实相结合,通过历史的解读,运用法史学、法社会学、法文化学、比较法学、民族学等研究方法和研究成果考察民法法典化和民族统一与复兴的内在关系。因此,本书内容具有多学科交叉的特点。本书致力于实现以下价值和意义:

其一,本书通过将法典化所蕴含的内在统一价值与民族统一价值进行理论衔接和论证,意在通过二者共通性论证民法典对中华民族统一与复兴的重要作用,以期为学术界探讨中国民法法典化之必要性和必然性提供理论视角;

其二,本书以当代法律全球化为背景,以中华民族统一文明的历史传统(尤其是大一统的法制文明)和近现代民法法典化的经验积累为基础,探索在中华民族和平崛起的时代背景下,通过民法法典化克服两岸四地因私法制度差异所造成的市场壁垒,建立国内统一大市场和经济共同体,从而实现民族共同福祉,增进民族认同,进而促进民族统一,为中华民族的统一与伟大复兴提供理论支撑和参考路径。

关于本书的研究视角和研究方法,在此要略做一特殊说明。民法法典化和民族统一的关系问题,实际上涉及民法法典化和民族国家、民族性格、民族认同等问题,是一个涉及面广、学科跨度极大的问题。如何分析和评价民法法典化推动和促进民族统一

与复兴,本身也是一个主观判断,仁者见仁,智者见智,故即使得出结论,也难免碰到反证,引发诘难。有鉴于此,本书在此问题上选择了一种法律社会学的视角,即不仅把民法典视为调整民事关系的法律规则体系和解决民事纠纷的技术性工具,还将其理解为一个特定人群的文化符号——民法典既是某个特定人群民法文化的重要体现,也是这个特定人群民法文化生成和繁荣的重要场所。那么,民法法典化就不再是一个单纯的立法技术问题和法律理论问题,而同时是一个政治问题、社会问题、民族问题、历史问题和文化问题。为了避免过于宽泛的论证范围和脱离主题倾向,本书将研究视域和研究方法做了如下限定:

1. 大陆法系的研究视域

由于本书作者知识结构的局限,本书将研究视域限定在大陆法系的范围内,即对法典化的历史与现实的考察及其结论都建立在对具有大陆法系传统的地域和民族范围内,而不涉及具有英美法系传统的地域和民族。因此,本书所得出的结论是具有限定条件的。

2. 历史分析方法

民法法典化既是法律现象,同时也是历史现象。本书实际上是运用历史的纵向视角审查和检视民法法典化这一复杂的社会历史现象。因此,历史分析法是本书所运用的最重要的分析方法。本书将运用历史分析法分析法典、法典化以及民法法典化的概念、源流、历史沿革,运用历史分析法分析民法法典化与民族和民族国家的关系,从源头梳理法典和民法典的发端、发展、演变及其内在规律,揭示其与民族统一与复兴的内在关系,从而为当代中国的民法法典化提供借鉴和启示。

3. 法文化分析方法

法文化分析方法是目前学界较常采用的一种法学研究方法。

作为一种方法论的法文化分析方法,是将法律视为一种符号,它在任何时候都体现价值,都与目的有关;它是要透过法律作为解决纠纷的手段和技术的功能层面的意义,去追问法律设置和法律过程后面的根据和意义。^①从法文化的角度观察,民法及其法典化就是一系列作为法文化之子系统的民法文化的静态和动态过程,它们像语言一样,作为一组符号而存在,借特定的文化模式得以传递。以法文化分析方法对民法及其法典化进行分析,就是在于揭示民法及其法典化所凝结的价值理念及其对人类文化的贡献。同时,对历史上民法法典化现象的法文化分析,必然以不同民族作为单元展开,这样,本书就将民法法典化现象与民族联系起来,运用民族学研究成果着力分析论证民法法典化所体现的民族性和民族精神,以及民法法典化与民族统一的内在关系。

4. 比较分析方法

本书是在一个广阔的时间范围和空间范围探讨民法法典化与民族统一的关系问题。因此,对不同历史时期、不同地域、不同民族的法典化经验进行比较分析,从而辨别差异,析出共性是十分必要的。“比较乃是思维本身的一项特征,是人类认识和了解世界的基本手段”,^②“比较所导致的反躬自省能够促使对哪怕是单个法律制度的更为充分的理解”。^③比较分析方法作为一种新兴的法律思维和科学方法,在当代法学研究领域获得了长足发展,尤其对欧洲民法法典化理论贡献卓著。对于当代中国民法法典化事业而言,运用比较分析方法获得经验、借鉴和启示同样是

① 梁治平:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第4页。

② 梁治平:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第36页。

③ [美]H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,清华大学出版社2002年版,第17页。

十分重要的。因此,在本书的写作中,本书大量运用比较分析方法,试图较为客观地揭示和展现各比较对象间的差异和共性,从而获取一般性和规律性认识。

本书综合运用上述研究视角和研究方法,围绕民法法典化和民族统一与复兴这一中心论点,遵循如下思路逐章展开论述:首先,从法律全球化和中华民族的和平崛起凸显民法典的统一价值导出论题,进入正文论述。在正文中,先通过对中西各民族法典和法典化历史传统的梳理,比较和总结中西各民族法典传统的异同,从而对法典的涵义、法典化的概念、法典化价值等一般理论进行论证,为后续论证奠定理论基础;在此基础上进入民法法典化的理论探讨,围绕民法与民法典的关系、民法法典化的形式理性和实质理性、民法典的社会功能和政治功能、民法法典化的民族性等展开深入论述,从而构建民法法典化与民族关系的基本理论框架;之后,运用前述理论从民族统一和复兴的视角,撷取法国、德国、日本等具有代表性的大陆法系国家,剖析和论证这些国家民法法典化的历史经验,总结和评价大陆法系国家民法法典化的启发和借鉴意义。同时,也以上述理论为基础,对当代欧洲统一民法法典化运动予以讨论,并探索其得失与价值。在理论论证和历史经验剖析、解读的基础上,最后回到中华民族,通过分析近代中国民法法典化尝试和当代中国“一国两制四法域”的现实,展望未来推动和促进中华民族统一与复兴的民法法典化之路。本书的逻辑结构忠实于上述思路,形成《中西各民族法典和法典化的历史解读》(第一章)、《民法法典化的理论基础》(第二章)、《民法法典化的历史经验解读》(第三章)、《中国民法法典化的历史与现实:以民族统一与复兴为视角》(第四章)等四个相辅相成、有机结合的部分。另外,在本书尾部有后记,对本书其他相关事项做了

简要说明。

下面就本书各章内容做一扼要描述：

第一章,《中西各民族法典和法典化的历史解读》。本章采用中西方两条线索,分别梳理“法典”和“法典化”的涵义及其历史发展。

一、关于“法典”的涵义及其历史发展

首先,本章从考察法典的中西辞源入手,分别对法典的中文和西文表述及其历史涵义进行分析,进而指出,中西方法典在其诞生之初就被赋予了对既有法律资料进行整合与汇编的涵义。其次,本章对中西方法典的历史沿革进行梳理和分析。关于中国古代法典,本章认为,自商鞅改法为律以后,律成为中国两千年传统社会的基本法典。律在结构体例上日益精进,在内容上涵盖社会各个领域,形成超稳定的综合性法典,并与大一统多民族国家形成了形神兼具的契合。再次,本章梳理并回顾了西方法典的历史沿革,并将西方法典文明史划分为三个阶段:早期习惯或判例的文字化、法律条文和规则系统化汇编或重述、近代欧陆的法典化运动。在分析梳理中西方法典历史的基础上,本章认为,法典的涵义是多元的。最后,本章指出,无论中西方,法典都是带着统一、协调既有法律的使命产生的,统一成为法典的原初意义之一和基本特征。法典最初仅具有统一法律规范的形式意义,随着法典在社会生活和法律体系中的地位日益重要,法典在不同时代逐渐被注入了思想和灵魂,并最终生成了法典精神。

二、关于“法典化”的涵义及其历史发展

本章在对法典化的一般概念进行界定后,分析了法典化统一法律的价值、政治价值、社会价值、文化价值和学理价值。在此基础上,对中西方的“法典化”历史进行了梳理分析。本章认为,在中国,自战国时代编纂《法经》开始,法典化技术逐渐发展成熟,独

具特色,并一以贯之,相沿不替两千余年,在中国传统的大一统中央政治制度之下,法典化成为维护国家和民族统一的重要手段,中华民族形成了特有的、超稳定的大一统法典化传统和律典法律文化。相比之下,欧洲的法典化历史则显得跌宕起伏。罗马时代形成了发育良好的法典化传统和文化,在查士丁尼时代达至巅峰,并为近代法典化运动奠定了基础。进入中世纪,由于受到政治、宗教等多种因素的拖累,早期法典化传统出现了严重的断层,法典法让位于各种部族习惯法,陷入沉寂。进入近代,民族国家的出现和罗马法的复兴催生了法典化运动。本章认为,近代西欧法典化运动是民族国家的法典化运动,法典与民族及国家有着密切联系;在每一个民族国家内,法典很好地维护了民族独立与统一,维护了民族的切身利益,成为民族的重要文化符号与象征。在民族国家之间,法典成为区分和比较不同民族及其法律的重要工具和对象。

第二章,《民法法典化的理论基础》。本章着重探讨民法法典化的理论问题,为下文对近现代民法法典化的个案解读做理论铺垫。

首先,本章由民法之于一国法律体系的重要地位导出民法与民法典的内在关系,认为民法典既是民法法典化的产物,也是民法的最高法律表现形式。

其次,本章对民法法典化的理性进行了探讨。本章认为,近代欧洲理性主义哲学催生了理性主义自然法思想,而理性主义自然法又为近代欧洲民法法典化运动提供了完备而充分的理论给养和支撑,使民法典具备了形式理性和价值理性。形式理性要求民法典具有严谨而周全的体系,严密的逻辑结构,以及可预见性,以使民法典获得独立性和自治性。而价值理性则赋予民法典以