

陈卫佐 著

比较民法与比较国际私法

清華法學文叢

清華

華法學文叢

陳衛佐 著

比較民法與比較國際私法

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较民法与比较国际私法 / 陈卫佐著. —
北京: 法律出版社, 2014. 1
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7126 - 8

I. ①比… II. ①陈… III. ①民法—比较法—世界—
文集②国际私法—比较法—文集 IV. ①D913. 01 - 53
②D997 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 257071 号

比较民法与比较国际私法

陈卫佐 著

责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2015 年 8 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 北京中科印刷有限公司

印张 23.5 字数 367 千
印次 2015 年 8 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶松

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 - 7126 - 8

定价: 60.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

陈卫佐，1967年8月9日生于南宁市，汉族，无党派人士。

1990年获中南政法学院法学学士学位，1997年获武汉大学法学博士学位，2000年获德国萨尔大学法学硕士学位，2004年获德国萨尔大学法学博士学位。

应海牙国际法学院的邀请，于2012年7月30日至8月3日用法文为海牙国际法学院2012年夏季讲习班讲授国际私法特别课程——《中国国际私法的新法典编纂》。荣获洪堡基金会所授予的“有经验的科学家研究奖学金”，自2012年1月1日起以“洪堡学者”身份在位于德国汉堡的马克斯-普朗克外国私法与国际私法研究所从事研究工作。

现为清华大学法学院教授、德国马克斯-普朗克外国私法与国际私法研究所“洪堡学者”。自2004年10月起在清华大学法学院任教；自2010年11月16日起任清华大学法学院国际私法与比较法研究中心主任；2003年4月至今为法国斯特拉斯堡国际比较法学院客座教授，已先后于2003年至2012年每年4月、2014年4月在法国斯特拉斯堡举办的春季讲习班和2003年8月在奥地利格拉茨、2009年8月在罗马尼亚布加勒斯特举办的夏季讲习班用法文讲授比较法；2005年4月至2010年4月为法国斯特拉斯堡大学客座教授；2010年1月至2月为法国巴黎政治学院访问学者（法国政府奖学金获得者）；2010年2月至3月为比利时鲁汶大学客座教授；2012年6月1日至7月29日为瑞士比较法研究所访问学者（范卡尔克奖学金获得者）。国际比较法学会合作会员（2013年至今）；北京仲裁委员会仲裁员、威海仲裁委员会仲裁员。

曾于1996年7月1日至8月31日以海牙国际法学院1996年博士奖学金获得者身份，在海牙国际法学院从事研究工作；1998年5月至2004年4月为德国萨尔大学欧洲法研究所研究人员（其中1998年5月至8月为德意志学术交流中心（DAAD）短期研究奖学金获得者，2001年6月至2004年4月为德国福曼基金会博士奖学金获得者）。

已出版10部专著或其他独立完成的著作，包括：法文专著《中国国际私法的新法典编纂》（*La nouvelle codification du droit international privé chinois*），已发表于《海牙国际法学院讲演集》（*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye/Collected Courses of the Hague Academy of International Law*）第359卷，莱顿/波士顿，MartinusNijhoff Publishers 2013年法文版；专著《比较国际私法——涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》，法律出版社2012年版；《拉丁语法律用语和法律格言词典》，法律出版社2009年版；《德国民法总论》，法律出版社2007年版；德文专著《国际条约的冲突规则中的反致和转致》，法兰克福，彼得·朗欧洲科学出版社2004年德文版（*Rück-und Weiterverweisung (Renvoi) in staatsvertraglichen Kollisionsnormen*, Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2004，该书被海牙国际私法会议列为关于海牙国际私法会议和海牙国际私法公约的一般参考文献之一）；专著《瑞士国际私法法典研究》，法律出版社1998年版；《德国民法典》（译注），法律出版社2015年第4版、2010年第3版、2006年第2版、2004年第1版。此外，在《中国法学》、《法学研究》、*Yearbook of Private International Law*、*Journal du Droit international(Clunet)*等中外法学期刊上发表了论文40余篇。

本书的内容和特点

本书收录了清华大学法学院教授、国际私法与比较法研究中心主任、德国马克斯-普朗克外国私法与国际私法研究所“洪堡学者”陈卫佐教授的代表性论文，是陈卫佐教授从事教学和研究工作二十五年来在比较民法和比较国际私法领域的研究心得的集中体现。该自选文集的特点是以比较法为视角，运用比较法的研究方法，借助大量的中、英、法、德文第一手资料，深入地探讨了民法和国际私法的诸多理论和实践问题，揭示了当代有代表性的法律体系的民法和国际私法原理、原则、规则和制度的异同、得失以及对中国民法的法典编纂和中国国际私法立法的启示意义。作者治学严谨、见解独到，所选的比较民法和比较国际私法论文条理清楚、论证严密、措辞得当、资料详实，具有相当的理论意义和学术价值。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

目 录

第一编 比较民法

现代民法典编纂的沿革、困境与出路	003
法国民法典的影响	
——与德国民法典的比较	029
德国民法典概述	044
德国民法典的立法技术	059
德国民法上的意思表示：概念、类型和构成要件	067
德国民法上的法律行为：概念、种类、构成要件与有效性要件	077
论处分行为	094

第二编 比较国际私法

比较法对国际私法的意义	
——以国际私法的适用、研究和法典编纂为视角	129
比较法视野中的国际私法渊源	
——兼论一般国际惯例不是国际私法的渊源	146
国际私法的归属问题之我见	167
论准据法与“适当准据法”	176
涉外民事法律适用法的立法思考	191
中国国际私法立法的现代化	
——兼评《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的得与失	216
涉外民事关系法律适用法的中国特色	230

解决本国法和住所地法之间的冲突的海牙公约	242
海牙国际私法会议对 21 世纪国际私法新发展的贡献	253
法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的关系	268
日本国际私法的最新改革	294
欧盟国际私法的最新发展	
——关于合同之债准据法的《罗马 I 规则》评析	309
欧盟国际私法的最新发展	
——关于非合同之债准据法的《罗马 II 规则》评析	324
欧盟国际私法的最新发展	
——在离婚和分居准据法领域实施业已加强的合作的《罗马 III 规则》 评析	339
欧盟国际私法的最新发展	
——关于遗产继承的《罗马 IV 规则》评析	347

第一编 比较民法

现代民法典编纂的沿革、困境与出路

目 次

- 一、近现代民法法典编纂运动之沿革
- 二、现代民法法典编纂的困境
- 三、现代民法法典编纂的出路
- 四、结束语：21 世纪民法法典编纂的新趋向及中国民法法典编纂的前景

法典是“经过整理的比较完备、系统的某一类法律的总称”。^① 部门法法典是对某一现行部门法进行编纂而制定出来的比较完备、系统的立法文件，^② 如民法典、商法典、刑法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典和国际私法法典。在现代汉语里，“法典编纂”的字面意义是“将……编纂成法典”。它所对应的英语单词 codification 为英国法学家边沁（1748—1832）所首创。^③ 我国比较法学者在考察了中外关于法典编纂的各种界说（“活动说”、“过程说”、“目的说”、“技术说”等）的基础上，下了这样一个综合性定义：法典编纂是指特定的立法主体依据一定的职权并依照一定的程序，运用一定的立法技术，在整理、改造和完善现有规范性法律文件的基础上，以法典的制定或产生为直接目的的国家最高级别的立法活动。^④ 本文赞同这一综合性定义。按照该定义，法典编纂的结果是法典，是国家立法机关所通过的制定法的最高形式。因此，诸如“欧洲合同法委员

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第6版），商务印书馆2012年版，第353页。

② 《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第90页。

③ 徐国栋：《比较法视野中的民法典编纂》（一），北京大学出版社2007年版，第80～81页。

④ 封丽霞：《法典编纂论——一个比较法的视角》，清华大学出版社2002年版，第23页。

会”(“兰多委员会”)所草拟的《欧洲合同法原则》、^⑤“欧洲侵权行为法小组”所草拟的《欧洲侵权行为法原则》^⑥和国际统一私法协会(UNIDROIT)所制定的《国际统一私法协会国际商事合同通则》(1994年第1版、^⑦2004年第2版^⑧和2010年第3版^⑨)等“软法文件”,只能算作民间的私人法典编纂或非立法机关的准法典编纂,而不属于本文所称法典编纂。美国法律学会对一些法律领域(如代理、法律冲突法、合同、雇佣法、美国对外关系、判决、律师法、财产、恢复原状、保险、保证与担保、侵权、信托和不正当竞争)所进行的“法律重述”(Restatement of the Law)^⑩虽然也受到了法典编纂理念的启发,却始终停留在民间团体的作品这一层次上,并不具有法律约束力,因而不是真正意义上的法典编纂。同样,美国法律学会所编纂的供各州参考的一些“示范法典”^⑪或“标准法典”也不是正式立法,从而也不属于本文所称法典编纂。^⑫此外,本文所称法典编纂还区别于法规汇编,后者是指按一定顺序把现行法规汇编成册,如1956年以来陆续出版的《中华人民共和国法规汇编》。虽然法规汇编也是法律规范系统化的一种方式,但它不是新的立法活动,而只是对现行法规进行外部整理,使之系统化,通常不做任何形式上或内容上的更动。^⑬

研究现代民法的法典编纂问题,对于中国未来民法典的制定具有重大的

^⑤ Ole Lando and Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague: Kluwer Law International, 2000; Ole Lando, Eric Clive, André Prüm and Reinhard Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague: Kluwer Law International, 2003.

^⑥ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Vienna: Springer, 2005.

^⑦ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome: UNIDROIT, 1994.

^⑧ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 2004, Rome: UNIDROIT, 2004; Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, third edition (Incorporating the UNIDROIT Principles 2004), The Hague: Kluwer Law International, 2005; Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

^⑨ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 2010, Rome: UNIDROIT, 2010.

^⑩ Restatement, in: Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, ninth edition, St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 1428.

^⑪ 如1931年《示范刑事诉讼法典》、1942年《示范证据法典》和1962年《示范刑法典》。

^⑫ 封丽霞:《法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社2002年版,第134页以下。

^⑬ 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第90页。

理论意义和现实意义。2002年12月23日,中国民法典草案被提请第九届全国人大常委会第三十一次会议初次审议。12年来,中国的民事立法和关于民法的法典编纂的理论研究均取得了长足进步。在民事立法方面,全国人大及其常委会先后制定了《物权法》、《侵权责任法》和《涉外民事关系法律适用法》,加上之前已经施行的《合同法》、《婚姻法》、《收养法》和《继承法》,重要的民法部门基本上已有了单行法律。在理论研究方面,学者们所争论的主要问题已不再是要不要对中国民法进行法典编纂的问题,而更多地集中在制定什么样的民法典以及如何制定民法典的问题上。有学者主张制定一部具有逻辑性和体系性的民法典,而不是“松散式、汇编式”的民法典;^⑭也有学者对民法典的体系问题进行了深入研究,指出中国目前仍处于欠缺民法典的阶段,法典编纂的积极效应尚未得到充分展现,^⑮故一味地否定法典编纂的作用或过多地谈论所谓“非法典编纂”显然不合时宜;此外,就中国民法典的起草思路、结构体例和编章设置,在不同学者之间还发生了激烈的论争。^⑯鉴于《民法总则》迄今尚未问世,真正意义上的中国民法法典编纂并未最终完成,中国民法学仍须为完成这一伟大历史使命而进行理论准备。在这一背景下,本文研究现代民法的法典编纂之历史沿革、困难处境和未来出路的根本目的,在于更好地服务于中国民法典和相关民商事法律的制定,以便为日益复杂的私法关系和日益频繁的民商事往来提供可靠的行动指南和行之有效的规则体系。

在内容上,本文拟首先回顾从18世纪末、19世纪初一直延续到21世纪初的近现代民法法典编纂运动的发展历程,然后讨论现代民法法典编纂陷入困境的主要表现,特别是现代民法的“非法典编纂”现象,并分析使现代民法法典编纂陷入困境的深层次的主要原因。本文指出,现代民法的法典编纂具有摆脱困境的现实可能性。要想使现代民法的法典编纂有前途,就必须实现法典编纂理念的现代化;为此,有必要认真地重新考虑法典编纂最初所具有

^⑭ 梁慧星:《中国民事立法评说·民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,第15页。

^⑮ 王利明:《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2008年版,第708页。

^⑯ 梁慧星:《中国民事立法评说·民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,第10页以下;徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版;王卫国主编:《中国民法论坛》(2002~2005),中国政法大学出版社2006年版。

的一些理念和目标。最后,在概括现代民法法典编纂向前发展的主要途径的基础上,本文将结合 21 世纪民法法典编纂的新趋向,对中国民法法典编纂的前景进行展望。

一、近现代民法法典编纂运动之沿革

(一)21 世纪之前欧洲大陆国家的民法法典编纂运动

法典编纂理念起源于 17 世纪晚期和 18 世纪的欧洲大陆国家的法学,并在推崇理性的启蒙运动中发展到了顶峰。^①近现代民法法典编纂运动发轫于 18 世纪末、19 世纪初的欧洲大陆,并一直延续到 21 世纪的今天。在 21 世纪之前的欧洲大陆国家,这一法典编纂运动先后经历了三次法典编纂浪潮。

1. 第一次法典编纂浪潮

掀起欧洲大陆第一次法典编纂浪潮的是三部“理性法”法典:1794 年的《普鲁士诸邦一般邦法》、1804 年的法国民法典和 1811 年的奥地利《一般民法典》(以下称奥地利民法典)。这三部法典都深受自然法理念的影响。按照自然法理念,为了实施全面、综合的社会改革计划并奠定新社会的基础,立法者必须借助于国家立法活动使整个法律领域的规则完备化、系统化和逻辑化,而不能仅限于重述已有的法律规则。^②然而,欧洲大陆的民法法典编纂运动在拿破仑统治结束后遇到了挫折。在 19 世纪初的德国,在海德堡大学教授蒂博(1772—1840)和历史法学派的创始人兼主要代表人物萨维尼(1779—1861)之间发生了著名的民法法典编纂论战。两派观点针锋相对、各不相让。蒂博在极力主张制定德意志诸邦的统一民法典的同时,鼓吹法典编纂对于法律统一和简单化的种种好处。而萨维尼则在其发表于 1814 年的著名纲领性论著《论立法与法学的当代使命》中,强烈地反驳了蒂博的观点。萨维尼认为,法典编纂是对法的历史特性及法的发展的任意、武断和“非有机”的干涉。虽然他并不否认法典编纂对于法律统一的作用,却认为法律统一必须以

^① Nils Jansen, *European Civil Code*, in: Jan M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 247-258.

^② Helmut Coing, *An Intellectual History of European Codification in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, in: S. J. Stoljar (ed.), *Problems of Codification*, Canberra: The Australian National University, 1977, pp. 16-33.