

前 言

自光绪三十三年（一九〇七年），清政府开始讨论编订民律草案问题，至民国十九年（一九三〇年）南京国民政府立法院审议通过《中华民国民法》（本文以下简称“**民国民法典**”），在二十几年的时间里，中国实现了近代民法的法典化。在民国民法典告成之日，当时的法律家曾欣喜地向世人昭布：“中国已为一个有民法典的国家了，这是在法制史上何等重要、何等光荣的一页！”〔1〕后人也曾感慨道：民国民法典的制定完成，“充分显示着一个古老民族如何在外来压力下，毅然决定抛弃固有传统法制，继受西洋法学思潮，以求生存的决心、挣扎及奋斗。”〔2〕然而，在现代化早期，中国的政治、经济、文化、社会结构都处在急剧变动之中，法律家们制定了一部技术上比较成熟的民法典，可是制定民法典时预期的法秩序并没有生成。作为中国近代民法法典化的产儿，民国民法典没有成为建构民国时期民事法律秩序的制度基础，却在一九四九年随着国民政府《六法全书》的被废除而成为历史，此后仅在中国台湾地区实施。

时至今日，清末民国时期法律家们在实现民法法典化过程中

〔1〕 吴经熊：《法律哲学研究》，上海法学编译社一九三三年版，第二十七页。

〔2〕 王泽鉴所撰文“民法五十年”载该氏所著《民法学说与判例研究》中国台北三民书局一九九六年版，第五册。

的理想与失落，已很少被人们提起；当时法律家们关于民法法典化诸问题的思考，多已为时间所磨灭。可是，民法的法典化依然是我们当前最为紧迫的立法任务。对于二十世纪初叶中国民法法典化的历史，当时宏大的理想、刻苦的用心，以及最终悲哀的结局，我们有必要进行深刻的反省。因为目前也许我们还认识不清：中国近代的民法法典化究竟为什么遭到失败，我们今天能从去之不远的历史中能够借鉴哪些有价值的东西。

从民族文化的血脉传承来看，今天的法律职业者是近代法律家的继承人。也许今天的法律职业者们，理想着与旧日一样的理想，功利着与旧日同行们一样的功利，也担负着极为相似的历史使命：在政府的权威之下，以自己的学识和经验，编订一部适合民众社会生活需要的民法典。只不过，今天的法律职业者没有近代法律家那么巨大的外在压力，社会条件也更适合开展法典化的工作了。笔者希望通过对中国近代民法法典化历程的考证，使人们对中国近代民法法典化的认识更接近于客观真实，能够更加透彻地观察：（一）近代的清政府（一九〇二至一九一二年）、民国北京政府（一九一二至一九二八年）、南京国民政府（一九二七至一九四九年）作为形式上的法治政府，它们为民法法典化提供了哪些支持？对以民法典为制度基础的法律秩序的形成，又起到了怎样的作用？（二）在民法法典化过程中，为什么民众是一个被忽略的群体？参与立法的法律家是如何以民众的名义忽略民众的？与前两个问题紧密联系的问题是，（三）中国近代的以民法典为核心的民事法律体系，在很大程度上是法律家们学习西方民法的理想作品，它与当时的民众生活有多么大的距离？

为回答以上问题，本书以民事法律秩序作为大的阐释背景。在历史考证的基础上，笔者将民事法律秩序解构为主体和规范两个层面。属于规范层面的民法典（整个民事法律体系的制度框架

和价值核心），是由政府的权力行为，法律家的立法、司法、学术行为，民众的自治行为，互动共构而成的社会规范体。而民法法典化实质上是实现民事法律秩序的过程。因此，从实现民事法律秩序的目的出发，民法典既应反映民众生活的现实需要，又应体现政府与法律家的法制理想，是各主体之间进行规范交流、利益折衷的制度产物。依照民法典的社会制度属性，需要政府与法律家在制定民法典的时候，必须有效地沟通民众，以政府、法律家、民众三者所达成共识的社会的正义、共同接受的技术规范，来建构民法典。但就中国近代的民法史而言，政府与法律家是民法法典化的主角，两者主要从规范的形式理性着眼，在没有民众充分参与的情况下制定完成了民法典；制订完成的民法典（或草案）与民众的现实民事生活存在一定的距离，没有实现预期的秩序理想。

本书在论述次序上分为绪论、本论、余论三个部分。

在绪论部分，首先以法国、德国、日本、瑞士四个国家编纂民法典与法典续造的历史为参照系，从比较法的角度对“民法法典化”的概念加以阐释：以二十世纪的“民法法典化”而论，已不再是“法典编纂”的同义语，在社会变迁与法律秩序进化的压力下，民法法典化是首先是“创建以民法典为制度框架的民法体系的过程”，还是“以法典编纂为基础，以持续的法律续造为后继的社会过程”；其目标是“要在动态的民法体系之上实现符合正义的法律秩序”。进而总结得出，一个国家实现民法法典化的四个一般条件。其次，交代研究中国近代民法法典化所使用的主要材料、研究方法及其相应的概念体系。

本论部分，按照中国近代政权更迭与民法法典化的历史进程，分为清末（一九〇二至一九一二年）、民国北京政府时期（一九一二至一九二八年）、南京国民政府时期（一九二八至一九

四九年)三个阶段。

第二章“清末民法法典化”，分为三节。第一节“防卫性立法政策及民事立法的迟缓”，描述晚清的法律改革是按照专制政府的需要来展开的，富国强兵所需的刑法、诉讼法、商法均在优先考虑之列，而迟迟没有修订民法的计划。第二节“（大清民律草案）的编订”，较为细密地考证了从光绪三十三年（一九〇七年）至宣统四年（一九一二年）编纂《大清民律草案》的过程，其中涉及清末编订民律草案的计划、有关法典的论争，以及从草案大纲、“条文稿”到最后残缺的“说明稿”等问题。第三节“《大清民律草案》存在的问题”，从编订者的知识背景、立法方式，民事习惯调查对《大清民律草案》的影响，以及民事司法的状况三个方面分析了法典草案与晚清社会生活的距离。

第三章“民国北京政府时期的民法法典化”，分为三节。第一节“援用‘现行律规定各条’及《民律亲属法草案》的起草”，阐述民初国会否决《大清民律草案》后，“现行律规定各条”被作为民事实体法加以援引，同时，法律编查会起草了《民律亲属法草案》。第二节“大理院创制的准法典：民事判解要旨汇编”，分析了民初大理院民事判解汇编的法典特征，并为进一步编订民法草案提供了规范经验。第三节“民国《民律草案》的编订”，阐述了在外交压力之下，修订法律馆与大理院合作起草了民国《民律草案》。第四节“变与不变：民国《民律草案》改进与不足”，从社会变迁和规范整备的角度分析了民国《民律草案》的改进和存在的一些缺陷。一九二一年，民国北京政府再次准备援用《大清民律草案》，可是遭到大理院的否决。

第四章“民国民法典的制定与实施”，分为三节。第一节“民国民法典的编订”，阐述政府与法律家基于三民主义的法制理想，在紧密合作之下迅速编订完成了民国民法典。在南京国民政

府建立之初，即由法制局起草《民法亲属编、继承编草案》；及至国民政府立法院成立以后，迅速组织民法起草委员会负责编纂民法典。为编纂民法典，当时集中了国民政府一批最有影响的政治家和法律家，将三民主义立法思想与西方最新立法例萃编为一典。第二节“从比较法的角度观察：民国民法典的优越性”，通过立法精神、法典的体系结构与立法技术三个方面的分析，阐述了民国民法典在比较立法方面所取得的成就，不仅比清末民初的历次民法草案优越，而且称得上是当时世界上最完善的民法典之一。第三节“从社会的角度观察：民国民法典与社会生活之悬隔”，阐述民法典实施的困难，及其对一些重要社会问题的规定与社会现实生活的巨大差距。就制度设计而言，民国民法典是一部理想化的法典，在规范形式与规范功能上基本源自外国法；但是国民政府没有为民法典的实行创造良好的环境，并不支持继受于外国的法律规范在中国社会生根。

余论部分探讨了中国近代民法法典化的三个一般性问题。第一个问题是“法律家与政府合作的造法体制”，旨在揭示中国近代法律家无论是在编纂民法典还是进行司法解释的时候，具有一种借助西方权威的倾向，各种法律概念、制度的设定皆依从大陆法系标准，于法律规范的实证性注意不够；同时还具有一种维护“公共秩序”和“社会利益”的强烈价值偏好，民众个体私权的维护则是一个原则化的价值形式，并无实际落实的可能。第二个问题是“建构以民法典为核心的回应型民法体系”，旨在阐述民法法典化的目标并不仅仅是编纂一部法典，还需要以法典为框架建构一个民法体系。在以法典为核心的民法体系中，法典是各种法律渊源达成体系化的一个枢纽，并且这个体系应具有回应社会变化的功能。第三个问题是“法律继受与社会法律秩序的生成”，任何一个国家的民法法典化都会影响既存的民事法律秩序。中国

近代以来，无论是清政府还是民国北京政府、南京国民政府都希望通过民法法典化推进社会进步，因而，每一部民法典都包含改造社会的理想。但是，仅仅依靠法律规范的创制不足以生成新的民事法律秩序，相反法律规范必须与社会现实保持适应性，否则社会现实会自行寻找适合自己的各种形式的规范。通过对以上三个问题的分析，本文附带性地提出了“行使立法权的法律家在民法法典化中的职业操守”：行使立法权的法律家，不能尽其所能地发挥法学知识，不能单纯追求法律规范的先进性，而更应意识到民法典是民众生活的典则；同时，行使立法权的法律家，应把民法法典化视为法律家团体合作的事业，而不能试图通过法典编订完成民事社会生活的法制化，为其他法律家确定守则。

第一章 绪论

第一节 比较法视野中的民法法典化

一、近代以来民法法典化的含义

根据罗马法学家的考释，近代大陆法系意义上的“法典”一词，源于拉丁文 *codex*。*codex* 最初的含义与我们今天使用的“书（*libro*）”的含义相同。在罗马帝国鼎盛时期，*codex* 特指的是当时流行的、最适于阅读的一种书（书写在羊皮纸上的书）。“公元二世纪末，羊皮纸被广泛采用，羊皮纸书也就成了‘书’的主流。……这时，‘*codex*’的含义就是书。”〔1〕法典化（*codify*）就是把法律规则变成一书。

从语词方面，我们基本可以领会编纂法典的目的：以书的形式使法律得到更广泛的传播，便于人们翻阅、研读。而公元五二八年二月，优士丁尼颁布的“关于编纂新法典”的谕令中，更进一步说明了编纂法典的目的，“他嘱咐要剔除重复和矛盾，使之

〔1〕〔意〕桑德罗·斯奇巴尼所撰文（丁玫译）：《法典化及其立法手段》载《中外法学》二〇〇二年第一期。

简化和系统化。为这一工作所明确提出的目标是：便利对法的了解，并使司法诉讼变得较为简单。”^{〔1〕}优士丁尼颁布的《法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》，树立了古代法典的典范。直到中世纪，在意大利的城市亚玛尔菲重新发现《学说汇纂》时，人们依然确信找到了当时世界上最好的法律作品，进而使继受罗马法的运动漫卷了整个欧洲大陆。

近代意义的法典编纂思想，是罗马法继受与十七、十八世纪的启蒙运动相结合的产物。依据《国法大全》（Corpus Juris）宏大的体系及其所体现的自然理性，“启蒙运动的追随者最初相信，所有重要的法律问题可以借助于规定加以解决，这些规定直接出自于人的理性认识，所以有‘理性法’一说”。^{〔2〕}一八〇四年的《法国民法典》和一九〇〇年的《德国民法典》是从各自不同的法律文化传统出发，以不同的方式贯彻了理性主义，它们确立了近代民法典编纂的典范。

而一八〇四年的《法国民法典》和一九〇〇年的《德国民法典》适用的历史，却又说明“编纂民法典”与“民法法典化”不是同义语。“编纂民法典”是立法行为，而“民法法典化”包括“编纂民法典”，但又不限于编纂民法典。中国台湾学者王泽鉴曾就德国的民法体系指出：所谓“民法法典化”，“即将民事诸般重要问题，将契约自由、过失责任及私有财产尊重等基本原则，于一个体例严谨之法典中规定之，其他特殊事项，不宜纳入民法典

〔1〕〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编 黄凤译：《优士丁尼及其《民法大全》》，载《民法大全选译·正义和法》，中国政法大学出版社一九九二年版，第十六页至十七页。

〔2〕〔德〕克劳斯·威廉·卡纳里斯（郑冲译）：“欧洲大陆民法的典型特征”，载孙宪忠主编《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》，法律出版社二〇〇三年版。

者 则订定特别法。”^{〔1〕} 据此，民法法典化还涉及到特别法与法典衔接的关系，以民法典为制度框架达成整个民法体系的统一。

再者，由于社会发展与法律秩序进化所造成的压力，追求社会正义是没有终极的，以民法典为制度框架的民法体系注定是一个动态的体系。^{〔2〕}一八〇四年《法国民法典》的主要起草者波塔利斯曾指出：“不论看上去如何完备，一部典章刚实行，就会有千百个未被预见的问题呈现在法官的面前。这是因为一旦成文，法律就将保持成文形式。但与此相反，人永远不会一成不变，他不断地改变着，并且正是这个永不停止的变化，以及由实情如此多样地改造着其变化效果，在每时每刻产生着某种新的组合、新的事实和新的结果。”^{〔3〕} 因此，在法典颁布施行以后，为了保持其长久的有效性，为保持新的单行法、判例、民法学说与民法典保持体系的统一关系，需要对法典加以适时的续造，解释、修订已有的规范，增订社会需要的新规范，使以民法典为核心的整个民法体系保持逻辑统一性。

综上所述，笔者认为民法法典化不是立法者一次性的立法行为。在主体的维度上，民法法典化是政府、法律家、民众共同参与的“使各种社会主体的行为受民法规则约束的事业”。从时间的维度上来看，民法法典化是一个持续的过程，它首先是“创建

〔1〕 王泽鉴：“民法五十年”载王泽鉴所著《民法学说与判例研究》中国台湾三民书局一九九六年版，第五册。

〔2〕 Reinhard Zimmerman: Law thus acquires an inherently dynamic character. It is always developing. But it is developing within an established framework of sources and methods, of concepts, rules, and arguments. Franz Wieacker, *A History of Private Law In Europe – with particular reference to Germany*, translated by Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 1995. Foreword p. 1.

〔3〕 参见张千帆所撰文：“《法国民法典》的历史演变”，载《比较法研究》一九九九年第二期。

以民法典为制度框架的民法体系的过程，它涉及到梳理本国固有法律渊源、继受外国法，并以社会需要为依归将各种法律渊源整合成一个以民法典为制度框架的民法体系”。编纂民法典的时候，无论立法者是否已经预见到，法典不仅需要适应立法当时的社会情况，还要适应其编纂完成以后漫长岁月中的变化着的社会需要。故而，民法法典化还包括“以法典为基础的持续的法律续造过程”。从价值的维度来看，“民法法典化的形式目标是建构并维系一个以民法典为制度框架和价值基础的民法体系；民法法典化的实质目标是在统一的民法体系之上实现符合社会正义的法律秩序”。

二、实现民法法典化的一般条件

本文以法国、德国、日本、瑞士四个国家民法法典化的历史，来分析实现法秩序的一般条件，作为中国近代民法法典化的参照系。之所以选择这四个国家，一个原因是从大陆法系的各国民法的编制方式来考虑。大陆法系的民法典大体上可以分为三种编制方式：一种是以法国民法为代表的罗马编制法，一种是以德国民法为代表的潘德克顿编制法，一种是以日本、瑞士为代表的折衷编制法。以上四个国家的民法，具已囊括大陆法系三种民法编制类型。另一个方面是从对中国近代民法法典化的影响来考虑，以上四个国家的民法对中国清末以来的法典化进程影响最大。故而，从法国、德国、日本、瑞士四个国家民法法典化的历史中大体可以概括出大陆法系一般意义的、对中国近代法律家有影响的“实现法典化的一般条件”。

（一）民法法典化的推动力：政府的稳定与民主化

政府的稳定意味着，政府可以集中力量发展经济、推动社会

改革，不必为政治纷争而殚精竭虑，这样也可以为民法法典化提供宽松的政治环境。政府的民主化的基本含义是，该政府至少是一个“外表性立宪主义”的政府，〔1〕国家机构的设置具有分权制衡的形式特征，立法权合乎宪法性法律规定；但并不是说，像瑞士联邦那样民有、民治、民享的共和国才是标准的民主化政府。对于一个后发的近代化国家而言，“外表性立宪主义”之下的开明专制，反而能够更有效率地推动民法法典化事业。要之，政府的稳定与民主化，可以使政府制定一部形式上体现民众意志的民法典，奠定民法典的合法性基础，并为民法典的施行提供相应的政治保障。法国、德国、日本、瑞士的民法法典化的历史，都说明了政府的稳定与民主化是实现民法法典化的先决条件。

法国早在一七九三年就开始编纂民法典，在一七九三年至一七九九年的六年时间里，康巴塞雷斯（Cambacères）先后提出了三个民法典草案，可是每一个草案都在立法机关的争论中被废弃或是被搁置。直到一七九九年雾月政变以后，绝大多数法国人把他们的信任和爱戴都奉献给了拿破仑。当时法国政府依照其灵魂人物的需要，建立了开明专制的政体，获得了短暂的稳定和形式上的民主。也正是拿破仑以第一执政的权威和铁腕成就了法国民法典。一八〇〇年八月十二日到一八〇一年元旦，在短短四个多

〔1〕日本比较宪法学者将近代宪法分为三种基本类型：“近代立宪主义型市民宪法”、“外表性立宪主义型市民宪法”、“民众的宪法”。一八七一年的《德意志第二帝国宪法》、一八八九年的（大日本帝国宪法）属于第二种“外表性立宪主义型市民宪法”（“徒有立宪主义其表的宪法”）。参见〔日〕杉原泰雄（吕永、渠涛译）：《宪法的历史——比较宪法学新论》，社会科学文献出版社二〇〇〇年版，第十八页以下。笔者以为，拿破仑时期的宪法也属于此种类型，因此法国、德国、日本在实现民法法典化之际，均属于“外表性立宪主义”的政府。

月的时间里，得到拿破仑支持的四民法起草小组就迅速地拟定了法国民法典的主要条文。随后，在讨论、审议法典草案的三年多时间里，拿破仑以其军人政治家特有的权威和效率，统一了各种纷争，一直保护着法典草案走完繁琐而漫长的立法程序。没有拿破仑的热心支持，当时就不可能有伟大的《法国民法典》的诞生。

在德国，编纂民法典的呼声在一八一四年就已响起，可是当时的德国是众多邦国的集合体，除了私法理论准备不足、没有实现经济一体化等条件不具备以外，关键是没有一个统一的强有力的政府来承担民法法典化的使命。到了一八七一年，普鲁士建立德意志第二帝国之际，特别是一八七三年俾斯麦首相稳固了开明集权政体以后，德意志联邦的立法权扩大到了制定全部民事法律。此时，编纂德意志统一民法典的理想才最终得以付诸实行。

在日本，编纂民法典首先是一个政治问题。一八七〇年，日本政府出于收回领事裁判权的急切愿望，制度调查局长官江藤新平拟在翻译法国民法的基础上完成日本民法。而后随着政府体制的变化，政府编纂民法典观念的转变，一八七四年没有采纳箕作林祥的法国民法翻译本，一八八〇年又废弃了司法卿大木乔任的民法草案。至一八八〇年，日本政府在元老院下设民法编纂局，负责编订民法，并委托法国人宝阿索纳特起草财产法部分，日本法律家负责起草债权法部分。一八八六年以前，民法编纂局起草民法的工作进行得十分缓慢，仅完成财产法的一部分。一八八六年六月，由于日本政府修订条约的需要，而大大加快了起草民法的速度，至一八八八年竟全部脱稿，又经元老院和枢密院的审议，于一八九〇年四月公布。可见一八九〇年完成的民法草案（旧民法），是按照政府的时间要求完成的。而“旧民法草案”引发的“延期派”与“断行派”的论争，最初属于学术性的论战，

但由于旧民法中的个人主义价值观与作为日本国体之本的“忠孝之道”相冲突，于是学术论战被政府确认为政治问题。一八九二年，日本贵族院和众议院先后做出决议：搁置旧民法草案。一八九三年三月，日本政府组成了以伊藤博文为总裁、西园寺公望为副总裁的民法调查会。伊藤博文、西园寺公望代表政府确定了新民法草案的基调：要充分考虑巩固皇国国体的问题。在此前提下，日本政府对修订新民法草案给与了全面的支持。最终，在政府的掌握之中，明治民法（即新民法）于一八九六年至一八九八年期间次第公布实施。

一九〇〇年公布、一九〇七年议决通过、一九一二年施行的瑞士民法典草案，是瑞士联邦政府法律统一政策的结果。一八七四年的宪法改革将瑞士联邦的立法权扩展到债法和商法领域；一八九八年再次修宪，使联邦政府获得了整个私法领域的立法权。两次修宪，是瑞士民法典得以诞生的基础。此外，瑞士联邦政府选择了尤金·胡伯（Eugen Hubel）教授一个人承担起草民法的任务，并给与这位起草人以充分的信任和支持，使得他能够在各州民法学者挑剔的目光中自信地完成法典的起草工作。

上述历史表明，各国政府对编纂民法典的支持，是一种不可替代的力量，是实现民法法典化的先决条件。而且，对编订民法典的支持，几乎是各国政府必然的政治选择。这一方面是因为，民法典的编纂实现了大陆法系各国政府普遍的政治目的：民法典是政府合法性的一块基石，拥有民法典即可以实现近代法治国的一个形式要件。另一方面，编纂民法典还可以实现各国政府各自不同的政治目的。这一点可以借用王泽鉴的论断来说明，该氏曾说过：“近代各国制定民法典，都具有一定政治目的，一八〇四年之法国民法制定于法国大革命推翻旧政权之后，旨在建立一个自由、平等、博爱的社会；一八一二年奥国民法乃在实现自然法

理念及贯彻 Maria Theresia 女皇之政治及行政改革；一八九六年之德国民法则在实现德意志一个民族、一个国家、一个法律（Ein Volk, Eine Nation, Ein Recht）之理念。至于日本与我国民法之制定，基本上具有相同的目的，均在于废除领事裁判权及变法维新。”〔1〕至于一九一二年的瑞士民法典，它把瑞士联邦内讲法语的人、讲德语的人、讲意大利语的人，统一到以民法典为基础的统一民事生活秩序之中，使当时并不强大的瑞士联邦能够独立于周边的强邻。

由各国政府对编纂民法典的普遍支持，也可以从反面看到，民法典虽然属于私法，却脱离不开政府的影响。易言之，在近代不受政府影响的纯粹私法实际上是不存在的，恰好是政府缔造了私法法典的神话。

（二）决定民法典样式的力量：法律家及系统化的私法理论

所谓法律家（lawyer），一般是指受过专门法律训练，并通过法律职业认证（例如律师考试、司法考试或者是法律教职认证等）的法律职业者，其中包括律师、法官、检察官，以及担任司法行政职务、从事法学研究、法学教育的人。

本文采用法律家这一概念来概括法律职业者，只是针对具体对象时才采用法学家的概念。这主要基于三个原因：其一，法律家是一个属概念，法学家是一个种概念，法学家包括在法律家的外延之内，因此采用法律家的概念更具有概括性；其二，大陆法系各国民法和我国近代民法典（或草案）的制定者，用法律家来概括更为准确，一概称之为法学家则难免不当；其三，中国近代

〔1〕 王泽鉴：“民法五十年”，载王泽鉴所著《民法学说与判例研究》，中国台湾三民书局一九九六年版，第五册。

民法法典化过程中，法学尚未发达，许多参与法典编订和续造的人，从学术造诣上无法确认其是否达到法学家的水准。

从法典的编纂过程及法典的样式来看，法国、德国、日本、瑞士的民法典均体现了各国法律家在私法理论和司法技术方面的差异。与其他力量相比，一个国家的法律家阶层及其营造的系统化私法理论是塑造民法典的直接力量。德国法学家萨维尼曾指出，法律的发展表现为三个阶段：第一阶段是自然法，其法律渊源主要体现为习惯法；第二阶段是学术法，法律既属于民族生活的一部分，又属于法学家手中一门技术；第三阶段是法典法，即以学术法为基础编纂法律家与民众共守的规范体系。^{〔1〕}对于源自罗马法传统的大陆法系国家而言，私法理论的发达程度，在法律家阶层中是否形成“学术法”，^{〔2〕}对于编纂民法典具有实质性的影响。英美法系的法律家作为旁观者也清楚地认识到：“大陆法系的学者在拥有法典之前，其学术就已具有体系化特征了。正是他们在使法律体系化方面的成功，才使得现代民法典成为可能。人们无法想象没有多马和波蒂埃的法国民法典或没有潘德克顿法学的德国民法典。”^{〔3〕}

由于大陆法系各国在形成本国近代法律传统的过程中，其所面对的社会实际问题不尽一致，其继受罗马法的方式不同，遂造成各国法律家的职业状况有所差别，私法理论各具风格。而各国

〔1〕 转见吕世伦主编：《西方法律思潮源流论》，中国人民公安大学出版社一九九三年版，第五十三页。

〔2〕 笔者对学术法的理解是，在司法实践和学术研究的过程中，法律家已就一些主要法律问题形成了权威性的观点（即“通说”），诸多具体问题的权威观点汇集起来，业已形成了一个为法律家所掌握的规范与学理相一致的法体系。

〔3〕 [美]詹姆斯·戈德雷(刘振亚、晏锋译)：《法典编纂与法律学术》载《私法研究》创刊号，中国政法大学出版社二〇〇二年版。

法律家阶层的职业状况、理论倾向，决定了后来他们民法典的样式。

在中世纪的法国，法律职业的主体是律师、法官、大学的法律教师。在三者之中，律师在从业人数和法律素质方面都是最高的，他们较好的法律教育背景、富有实践经验，可以称得上是法律家的中坚力量。法国大革命前的法官，属于贵族一类，其职位可以世袭，可以出售，而其法律素养却远逊于律师。大学的法律教师其社会影响力相对差一些，在十六世纪法国最有影响的大学——巴黎大学只有三名法律教授。十八世纪末到十九世纪初，法国编纂民法典的使命恰好是由律师出身的法律家来完成的，同时也注定法国民法具有较强的实用性。

法国以律师为主体的法律家团体，在形成“学术法”的过程中，同样并不崇尚纯粹的理论。自十三世纪开始，法国的法律家是以审慎而有节制的方式来接受罗马法的。在当时，罗马法名义上是神圣罗马帝国（即德意志第一帝国）的法律，全面继受罗马法就意味着对神圣罗马帝国的屈从。因此，在一六七九年以前，法国的巴黎大学禁止公开讲授罗马法（这也是大学法律教师数量较少、地位相对低下的原因）。相反，法国法律家对本国习惯法的司法运用和研究却颇为广泛。自十三世纪开始，各地相继编辑本地区的习惯法，如《博韦习惯法》、《诺曼底习惯法大全》等。在十六世纪的时候，国王政府开始记录并正式颁行（确认）习惯法（普通法）的汇编，一五一〇年出版的《巴黎习惯法》被认为大大推进了各个地区习惯法走向统一的进程。此后出现了迪穆兰注疏《巴黎习惯法》的作品，科奎叶注释的讷维尔郡习惯法以及《法国法阶梯》，进一步加强了习惯法与罗马法的融合。一五八〇年《巴黎习惯法》增订版已将巴黎最高法院的判例摘要编入习惯法，这表明习惯法与罗马法开始融合形成了法国的“普通法”。

十七世纪末，普通法进一步与罗马法理论相融合。博戎（*Bourjon*）的《法国的普通法和归纳为原则的巴黎习惯法》、多马（*Domat*）的《自然秩序中的民法》，均表明普通法的规范材料与罗马法的思维方式趋于一体化。而波蒂埃（*Pothier*）是十八世纪法国私法学的集大成者，也是对法国民法典的编纂产生直接影响的法学家，他“抱着折衷的态度汲取罗马法和习惯法”，〔1〕其著作将当时法国的主要法律渊源和地方习惯法融为一体：《奥尔良习惯法》（一七四八年）《新编查士丁尼学说会纂》（一七四八年）《债法论》（两卷，一七六一年，《法国民法典》中债法的主要理论基础）。十九世纪初，立法者们在普通法与罗马法融合的理论基础上，完成了一八〇四年《法国民法典》。波塔利斯在《民法典序论》中曾写道：“如果说允许这样表达的话，那么就是说我们已经完成了一种成文法与习惯法之间的妥协，即不论何时，我们已经能够使二者的规定和谐一致，或者采用一者来修改另一者而又没有破坏其体系的统一，也没有违背其总的精神。”〔2〕

德国民法典的编纂得益于对罗马法的全面继受。从欧洲各国对罗马法的接收来看，“德国相对来说较晚，早不过十五世纪中叶，才与罗马法有了这种接触；然而其后果，也就是我们所说的‘罗马法继受’却远远胜于在法国 英国则更不用说。它不仅导致罗马法律制度和概念的广泛继受，而且还促使法律思想的科学

〔1〕〔德〕K·茨威格特、H·克茨（潘汉典、米健等译）：《比较法总论》，贵州人民出版社一九九二年版，第一五一页。

〔2〕转引自〔德〕K·茨威格特、H·克茨（潘汉典、米健等译）：《比较法总论》，贵州人民出版社一九九二年版，第一六三至一六四页。