

主 编：周国均
执行主编：戚燕方
王莉萍

COLLECTED WORKS OF CHINA LEGAL SCIENCE

中国法学文丛

COLLECTED WORKS OF CHINA LEGAL SCIENCE

■ 民商法经济法卷

CIVIL LAW, COMMERCIAL AND ECONOMIC LAW VOLUME

中国人民公安大学出版社

中国法学文丛

Collected Works of China Legal Science

民商法经济法卷

Civil Law, Commercial and Economic Law Volume

主 编 周国均

执行主编 戚燕方

王莉萍

策 划 白岫云

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目(CIP)数据

中国法学文丛·民商法经济法卷/周国均主编. —北京:中国人民公安大学出版社, 2004.4

ISBN 7-81087-695-3

I. 中... II. 周... III. ①民法—中国—文集②商法—中国—文集③经济法—中国—文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 020798 号

中国法学文丛·民商法经济法卷

Collected Works of China Legal Science ·

Civil Law, Commercial and Economic Law Volume

主编 周国均

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2004 年 4 月第 1 版

印 次: 2004 年 4 月第 1 次

印 张: 10.5

开 本: 850 毫米×1168 毫米 1/32

字 数: 262 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-695-3/D·522

定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010)83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

目 录

民法法典化及其限制·····	易继明(1)
论侵权行为法的独立成编·····	王利明(34)
论物权的排他效力与优先效力·····	韩 松(81)
财产权经济学理论与知识产权制度的正当性 ·····	冯晓青(97)
动物法律地位之探讨	
——兼析我国民事立法对动物的应有定位	
·····	陈本寒 周 平(118)
论人体器官移植的现代民法理论基础	
·····	余能斌 涂 文(136)
独立董事：在传统框架中行动	
——超越公司治理结构改革的异向思维	
·····	蒋大兴(166)
中国的公司治理及其转型期的改革 ·····	李曙光(197)
经济法与民法视野中的干预	
——对民法与经济法的关系及经济法体系的研究	
·····	应飞虎 王莉萍(226)
经济法责任理论之拓补·····	张守文(255)
标准化与反垄断问题研究·····	鲁 篱(282)
调整对象研究的地位演进与总论研究的进路	
——关于经济法学总论的一项学术史研究	
·····	肖江平 曾东红(304)
论生态法律关系·····	曹明德(315)

民法法典化及其限制^①

易继明*

今天，民法法典化（Codification）已是我国学者们津津乐道的话题。民法典的起草工作正在紧锣密鼓地进行着。民法典起草工作小组成员梁慧星先生将当前我国民法典编纂的思路归纳为三条，即所谓“松散式、联邦式”思路、“理想主义”思路和“现实主义”思路。^②徐国栋教授则认为，所谓“松散式、联邦式”的思路并非制定民法典的思路，而是反民法典的，因此严格地说，当前民法典编纂的思路实际上只有“理想主义”与“现实主义”两种；同时又认为，这两种思路从形式上看是理想主义与现实主义的竞争，但实质上是“新人文主义”与“物文主义”的竞争。^③从“三条思路”到“两种主义”，民法典的制定在学者们中间引发了渐进而深入的探讨。在这些争鸣中，徐国栋教授的观点

① 原载《中外法学》2002年第4期。

* 华中科技大学法学院教授、《私法》主编。

② 梁慧星“当前关于民法典编纂的三条思路”，载《中外法学》2001年第1期。另外，关于梁慧星先生本人的立法思路，还可以参见他主持的《中华人民共和国民法典大纲（草案）》。大纲全部内容，参见梁慧星：《民商法论丛》总第13卷，法律出版社2000年版，第800~832页。

③ 徐国栋：《两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义》，载徐国栋：《中国民法典起草思路论战——世界民法典编纂史上的第四大论战》，中国政法大学出版社2001年版，第137~183页。

点无疑被认为是受到罗马法影响较大的一种。^①然而,古典法学告诉我们的难道仅仅只有这些吗?我们是否可以从中获得一些更大的启示呢?同时,中国民法法典化的现实又使得我们必须去考察法典化的内在品质、历史成就以及它在现代法学中的位置;并且通过这种考察,分析制约民法法典化的因素,从中得出一些有益于我国民法学发展的意见。

一、自然法法典编纂运动及其内在的缺陷

也许,我们可以将大陆法法典化的倾向归结为大陆法国家革命性、理性主义和法律学术性等密不可分的原因,但是,毫无疑问,近代法典化成就是在人文主义指导下的自然法运动的直接产物。16世纪~18世纪的自然法运动改变了把民法系统化的方法。

通过演绎法,他们发明了为数不多的一般性概念,又将这些概念经过一系列的一般抽象、原则化和分类的演绎发展,最终达到了抽象的底线,因此明确了适用于实际情况的特定规则。^②

① 谢怀栻先生在接受《环球法律评论》访谈时说,徐国栋教授“把民法典分为人法和物法,这是从罗马法来的”。王利明先生也认为,徐国栋教授的这种思路是“主张回复罗马法”。徐国栋先生本人在2002年4月6日于北京大学举办的“中国民法百年:回顾与前瞻”研讨会上表示,将他的思路归结为“回复罗马”只是部分的准确,罗马是回不去的,只是想开启一条另外的思路。笔者认为,徐国栋先生的思路根植于古希腊哲学和罗马法学;换句话说,古典法学是他的所谓新人文主义立法思路的理论基础。参见谢鸿飞:“‘制定一部好的中国民法典’——谢怀栻先生访谈录”,载《环球法律评论》2001年第3期;王利明:《论中国民法典的体系》,载徐国栋:《中国民法典起草思路论战——世界民法典编纂史上的第四大论战》,中国政法大学出版社2001年版,第105~133页。

② Peter de Cruz, *Comparative law: in a changing world*, 2nd ed. Cavendish Publishing Limited, 1999, p.58.

自然法运动代表了理性主义的再次异军突起。尽管这次自然理性的增长与古希腊罗马时期的自然法“科学化”倾向已经有所不同,但它们同样是为了在人类生活和人性之中寻找永恒不变的理性;同样认为“任何社会的法律都应运用人类和社会内在而固有的原则派生出来的理性”(Nicholas语)。因为“理性是真正的第一法律,是生命的灿烂光华。”^①近代自然法学派的始祖荷兰人格老秀斯(Grotius, 1583~1645)将自然法看成一种“正当的理性法则”,认为其根本性原则是:各有其所有和各偿其所负。^②我们姑且不论这是否是自然法或私法在人类生活中的根本原则,但他的荷兰法学的文章也旨在剔除法律中的一些非理性因素或再现“真正罗马的”特征,目的是要在法律中注入充分的“逻辑性”因素。

近代自然法运动引起了人们对法典编纂的再次关注,似乎法典是保存系统化而内在联系的规则或原则体系的最好方式。的确,这一运动带来了不小的成就:第一,它导致公法的复兴,这是一个规范政府与市民之间关系的法律分支,但在数世纪以来都在罗马法中占有相当重要的地位;第二,集数世纪以来罗马法研究的大成,并实现了其研究目的而走向法典化,这样就将大学里对于罗马法的理论讲授转向了生活中活的法律,这甚至可以说是民法史上的一个重要分界线;第三,通过法典化现象实现了理论法和实践法的融合,并从经常令人迷惑不解的各种各样的习惯和实践中,产生了统一的法律规则体系;第四,通过法典化形成了系统的法律解释,以适应18世纪的社会现状;第五,自然法运动同样证实了:主权国家在制定和改革法律中发挥着重要作用,

① [英]约翰·托兰德:《泛神论要义》,陈启伟译,商务印书馆1997年版,第35页。

② 张宏生、谷春德:《西方法律思想史》,北京大学出版社1996年版,第91~92页。

具有强大的优势和力量，由此，立法实证论在自然法思想那里也获得了再生。^① 这些理论成就在实践中的早期体现就是 1756 年 ~ 1794 年编纂了一些早期法典。^② 当然，最为重要的编纂事件是 1804 年的《拿破仑法典》。这是一个具有里程碑意义的事件，不仅因为它意味着法国拥有了自己的一部统一法律，还因为很多国家采用、效仿甚至复制了这部法典。在比利时、意大利、西班牙、荷兰、埃及、加拿大魁北克省、美国路易斯安那州以及西部和南部一些州^③ 等国家和地区，都以同一种或他种形式采用了这一法典，或者是受到其深刻的影响。

但是，令人遗憾的是，自然法理性存在一个最大的内在缺陷，有时，这个缺陷可能还是致命的。它具体表现为：一方面，它试图用自然理性的完美形式——法典来统摄人类生活；另一方面，却对人订法表现出了不信任，“人订的法既不清楚也不普遍，既非永恒如一也非经常有效”^④。表面上看，这种自相矛盾仅仅是人类生活的规律性与人们认识或智识程度之间的冲突，但是它实质上还隐含了两个无法言说但又不得不道出来的命题：

① See Peter de Cruz, *Comparative law: in a changing world*, 2nd ed. Cavendish Publishing Limited, 1999, pp. 58 ~ 59.

② 典型的是 1756 年《巴伐利亚马克希米安民法典》(Codex Maximilianus Bavaricus Civilis) 和 1794 年《普鲁士国家普通邦法》(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Stäten)。谢怀栻先生对这些早期的法典也有一些论述，参见谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载易继明：《私法》第 1 辑第 1 卷，北京大学出版社 2000 年版，第 17 ~ 20 页。

③ 1812 年被批准加入美国联邦的路易斯安那州遵从法国法典编纂传统至今，而西部和南部各州，在有些领域，如家庭和财产领域中，至今仍然保持着某些法国法律的概念和传统。参见 [美] 彼得·哈伊：《美国法律概论》(第 2 版)，沈宗灵译，北京大学出版社 1997 年版，第 1 页。

④ [英] 约翰·托兰德：《泛神论要义》，陈启伟译，商务印书馆 1997 年版，第 43 页。

第一个命题,或许我们自古希腊和罗马时期就开始追求的所谓“理性”、“自然理性”和“自然法”这些东西本身就不存在;换句话说,也许从根本上讲人类生活本身就是非理性的,我们甚至一直就生活在非理性的秩序之中。

第二个命题,我们生活的这个世界始终处于发展与变化之中,而我们只能对既有的市民生活规律进行总结,至多也只能对未来的生活进行有限地预测,因此正如人们评价《拿破仑法典》时所说的,“再完美不过的民法典也因为‘风车和磨房’的规定失去了它的无所不包性”^①。

这两个命题,多少会对我们人类的智识构成一些打击!当代德国著名私法学家克雷斯蒂安·冯·巴尔(Christian von Bar, 1952~)教授描绘了在这两个命题之下侵权行为法的“非法典化”现象,“现代大多数关于物所致的损害的责任的法律规定都是在民法典之外的特别法中建立起来的。这个现象对旧法典而言是不幸的。而在意大利、葡萄牙和荷兰,侵权行为法已经有许多关于对物造成的损害之责任的规定,除非将其合并到民法典中,否则欧盟的一些指令会使情况变得更糟糕。”^② 存在于有关国家的‘普通法’中的‘法律上的独立王国’^③的数量也是大量

① 江平:“制定民法典的几点宏观思考”,载《政法论坛》1997年第3期;江平:《江平文集》,中国法制出版社2000年版,第361页。

② 到目前为止,只有荷兰将《欧盟产品责任指令》纳入民法典(第6编第185~193条)之中;随着时间的推移,法国已经放弃了效法荷兰的计划。所有其他(欧盟)国家都在民法典之外制定了其产品责任的特别法律(原引注释)。

③ Cian在ZeuP上的文章,载1993年,第120、127页;Cian在Riv. Dir. Civ上的文章,载1998年,第5页;如果参考民法典对各种特别法进行解释,“法律上的独立王国”之形成可以防止(原引注释)。参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第142页及其注释[598]。

的。某一特别领域的规定是否整合到民法典中去，各国的情况不一样，这使得任何试图对欧洲法律有一个全面了解的人都会陷入疑惑不解的境地”。^① 法律发展史中的这种现象，实际上是在告诫我们：必须要时常修正和完善自己的生活信念，甚至不得不改变自己的生活轨迹。

有两个事件足以让人们提出自然理性与自然法本身是否具有理性的问题。第一个事件，就是如我们所见到的罗马法复兴的一个重要的政治因素——即 11、12 世纪展开的皇权和教权之间的“策封权斗争（Investiture Crisis）”。事实上，他们都从查士丁尼《民法大全》中找到了各自事业的依据。^② 第二个事件，就是 17 世纪那些拿了贵族的钱的学者们歪曲历史地证明农奴制度合法性的“可耻的事情”。他们不仅在罗马法中找到了农奴制正当性的历史基础，而且还说明农奴是不被允许学习 Stryk 著作《学说汇纂的现代用法》（*Usus Moderus Pandectarum*）的。^③ 其实，我们只要反观一下没有法典化传统的英美法国家，也便释然地觉得：没有一部民法典，人家似乎也生活得挺好！一种法律文本上的优势是否能够说明其在法学方法上的优越性呢？普通法着重具体问题的具体解决，往往是针对出现的损害而进行救济，较少有对行为模式进行正面的设计；大陆法则以法律行为（意思表示）为核心来设计当事人的行为模式，以逻辑上的“行为——结果”之目标模式进行制度设计。普通法针对具体问题的损害救济更为灵活

① [德] 克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社 2001 年版，第 144 页。

② See David Ibbetson & Andrew Lewis, “The Roman Law Tradition”, in A. D. E. Lewis & D. J. Ibbetson, *Roman Law Tradition*, Cambridge University Press, 1994, p. 2.

③ [德] 弗兰克·闵策尔：“求大同：德国民法典立法的成果和错误——纪念德国民法典生效一百年”，载《中外法学》2001 年第 1 期。

与实用，也给当事人更多的自由空间；相比较之下，大陆法对当事人的行为预设则显得僵化和抽象，并限制了行为人的意思表示。因此，作为一种法学方法，普通法实际上有着一种无可比拟的优势，^①甚至连萨维尼也认为“法典编纂乃是文化衰退的表现”^②。

二、古典法学中法典化成就及其学术背景

事实上，法律史所揭示的大陆法私法传统在古典时期并不像今天大陆法国家民法典那样刻板 and 僵化，它是一幅波澜壮阔的历史画卷。古典法学的方法是开放的，成文法典、王（rex）或皇帝的决定、裁判官法、习惯法及学术法等，都成为了法律渊源；而且那时的法典所记载的色彩丰富的生活画卷尽管琐碎、复杂，但却绝对是贴近你我现实生活的。也许正如一位学者所告诫的：“不应把生活只看作是一种固定的规范，而必须把它作为一种变化发展的东西来考虑。也就是说，法是一种具有过程性形象的东西。”^③事实上，欧洲大陆各国在法典编纂之前，法律注释、学

① 当然，普通法的判例与衡平方法，在很大程度上也是受到其保守主义、经验主义和司法制度构造等因素影响而形成的，其司法上的激进与立法上的保守相辅相成。相反，大陆法立法上的激进与司法上的保守也与之具有异曲同工之妙。但在法学方法上，英美法则更接近生活，具有很强的包容性、开放性和实用性。

② 当然，萨维尼的这种看法也只是在针对蒂堡（Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772 ~ 1840）教授当时把民法法典化作为民族统一象征的做法所作的反驳，其实他也不是绝对反对法典编纂，他只是认为民法典的编纂应该在德国的科学文化发展成熟以后才能进行。参见〔日〕大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社1999年版，第195页。

③ 〔日〕高柳贤三：《英美法源理论》，杨磊、黎晓译，日本有斐阁1953年版，西南政法学院外国法制史教学参考丛书第二集，第2页。

说、习俗和司法惯例，也几乎与《民法大全》具有同样的地位和作用。德国学者弗兰克·闵策尔（Frank Münzel）对《民法大全》有一个不算严谨但却耐人寻味的评价：

总之，“民法大全”不是什么崭新的法律。基本上等于那时已有效的罗马法的概述。一方面处理了法律的混乱，形成很强的系统性。另一方面也形成很强的历史性，有时用制度的发展过程说明制度的内容。因为“民法大全”的主要部分是来自于法学论文，所以其“法学味儿”也很强。^①

在这段话中，弗兰克·闵策尔先生不仅肯定了《民法大全》所具有的逻辑性和系统性，而且说明了与之相随的历史性和学术化。徐国栋先生曾经考察了罗马法这种学术背景的历史，认为罗马法在完成法律的世俗化后，最初严格意义的法学著作是绥克斯都斯·埃流斯·佩都斯（Sextus Aelius Petus）题为《三分》（Triper-tita）的著作。这部著作由三个部分组成：第一部分是《十二表法》；第二部分是法学家对《十二表法》的解释；第三部分是诉讼。徐国栋先生认为，在这一结构中，包括了对制定法的解释，这标志着罗马法学的进步。^② 其实，从大陆法私法古典时期的研究中可以看到，通过法律手段介入人们的社会生活，在古希腊和罗马并不是靠单一的立法。梅因爵士说过：“据我看来，这些手段有三种，即‘法律拟制’、‘衡平’和‘立法’。”^③ 诚然，梅因这里所说的法律拟制要超出罗马法上的“拟制”，甚至与“衡平”

① [德] 弗兰克·闵策尔：“求大同：德国民法典立法的成果和错误——纪念德国民法典生效一百年”，载《中外法学》2001年第1期。

② 徐国栋先生2002年4月5日下午，在北京大学作了题为“共和晚期希腊哲学对罗马法之技术和内容的影响”的报告。

③ [英] 亨利·梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第15页。

在实质上有些相同（二者区别主要表现在“拟制”对法律的表面尊重，而“衡平”则公开地干涉法律）。然而，法律史已经清楚地表明，古代希腊人、罗马人已经清楚并实实在在地通过这三种手段去媒介他们复杂的社会生活了。而且，在媒介生活的同时还涉及法律解释和推理等技术。

关于法律拟制（*υποόχρισ*）的典型，可以用罗马法财产转移中从“要式买卖”到“略式买卖”转化的事例来举例说明。古罗马的财产转移从原始时代流传下来，具有很严格的程式，这就限制了财产的自由流转。随着个人财产出现、物物交换及贸易的发展，必然要促进财产的自由流转。“这对于罗马人来说，也是一个难题，因为完善一个制度远比摧毁一个旧的制度要难得多。”^①首先出现的是所谓能够使交易简单化的第二类财产即“略式转移物”（*res nec Mancipi*），诸如羊、工具和产品之类不为家庭所必需的财产的转移；它们实际上可以通过简单地交付的方式（*traditio*）进行转移。随着商业的发展和财产交换的频繁进行，特别是新型财产投入到社会，为了使交易能够更加顺利和便捷地进行，人们就假设财产不是“要式转移物”（即使它对于家庭的存续来说是必要的），从而就不需要严格仪式的要式买卖的程式。直到查士丁尼的时代，才从根本上废除了要式转移物（*res Mancipi*）与略式转移物（*res nec Mancipi*）的古老区分^②。这就是一种典型的法律拟制技术的运用。黑格尔曾经对古典法学中的这种法律手段大加赞赏，认为这种方法同样是对“理性的最高要求给以满足”。他说：“罗马法学家和裁判官的不连贯性应被看作他们的最

① René A. Wormser, *The Story of the Law: And the Men Who Made It - From the Earliest Times to the Present*, Simon and Schuster, 1962, p.138.

② See C. 7, 31, 1, 5

大德行之一，因为他们会用这种办法避免了不公正的苛酷的制度。”^①

关于衡平方法，希腊思想中早已有之。正像它选择的用语“*επιμετρεω*”本身所隐喻的那样，它的意思是柔软而又能够屈伸的东西，与法律的严格和严厉相对。柏拉图在《论法律》（*The Laws*）中将它总结为有时必须容许存在违反严格正义的宽容和仁慈（*clemency*）。但是亚里士多德第一次为它作出了一个明确的定义。当然，他并未抛弃原有的隐喻内容，他对衡平的定义也无人能够超越。在主要的论述片段中，他解释说，衡平并不与正义相左，它本身就是一种正义，只是不是遵循法律的正义。毋宁说它是法律正义的矫正，因为每一部法律都必须作出一般规定，“而精确地作出一般规定是不可能的”，所以才产生它存在的必要性。因此，在立法者没有预见到的情况出现时，而这种情况又不受他已经制定的规则约束的情况下，衡平就有必要介入了。^② 亚里士多德的这种思想在古罗马的学者著述中也有体现，例如，西塞罗就曾经指出，尽管一般情况下要信守诺言，但在有些情况下也不尽然，因为还有不损害他人和为共同利益而行为的更高原则；另外，尽管保管的东西应该归还，但把剑归还给已经疯狂的寄存者是犯罪。^③

① 黑格尔在这里还举例——罗马法学家和裁判官为保存《十二表法》的文字，借助 *fictio*，拟制而把 *filia*（女儿）当作 *filius*（儿子），来说明这种“不连贯性”所具有的德性。参见〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范杨、张企泰译，商务印书馆1961年版，第10页。

② See H. F. Jolowicz, *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford at the Clarendon Press, p.54.

③ See Plato, *Rep.* i. 332a; D. 16.3.3I pr.

三、现代法学中的法典化危机

通过私法来组织社会生活^①是西方法律早期令人惊叹的方式，但大陆法系国家经过学术化的洗礼以后，都不约而同地走上了一条法典化的道路。这种在动荡时期不失为一个有效而“安全”^②的对私人生活试图无所不包的法典化秩序体系，随着社会生活的复杂化、多样化，其缺陷也日益凸显。其实，《法国民法典》起草委员会的成员泼泰利斯早就针对其缺陷强调过司法功能的重要性。他认为，法典一旦制定，就必须保持成文形式。与此相反，人永远不会一成不变，而是不断地改变着，并“在每时每刻产生着某种新的组合、新的事实和新的结果”。因此他认为，必须发挥司法判例的功能，“那些难得和非同寻常的案子，那些不能被立法理性处理的问题，那些没有时间去解决的各种简单争议，及所有

① 这里所说的社会是指市民社会。市民社会在欧洲的传统社会中与国家同义，意思是政治组织的社会。也是以自由的市民为社会构成成员而拥有法律秩序的社会。而这里市民社会的法，不仅包括私法还包括宪法和刑法等公法。然而在 19 世纪的德国，出现了建构从垄断政治权力的国家分离的单纯市民社会的要求。与此相对应，市民法就被理解为以人格、所有权和契约的自由为基本原理的经济市民社会的法秩序。从这种意义上说，市民法是以私法为中心的。而这种意义上的市民法的代表可以说是民法。对于市民社会可以从多种视角进行把握，一种是人们缔结市民关系的场，是作为实然方式的现实市民社会；一种是缔结法规规范层次上的市民关系的场，是法规规范层次上的编成方式的市民社会；一种是有关现实市民社会编成方式的理念，是作为应然方式的市民社会。研究市民社会与法的互动关系对这三个方面都必须加以考虑。参见〔日〕石尾芳久等：《日本近代法 120 讲》，法律文化社 1992 年版，第 195 页；〔日〕吉田克己：“现代市民社会的构造与民法学的课题”（7），载《法律时报》第 853 号，日本评论社 1997 年版，第 71 页。

② 国家通过民法对安全的关心问题，参见〔德〕威廉·冯堡：《论国家的作用》，林荣远、冯兴元译，中国社会科学出版社 1998 年版，第 124 页。

那些将使预见的企图成为徒劳，并且不成熟的预见将必然导致危险的事物，我们统统留给案例法去处理。应该让经验去逐渐填补我们遗留下的空缺”。^①但是，随后发展起来的注释（Exegetical）学派却坚持认为成文法是最完美的法律。于是，进入现代社会，在法典化的民法体制之外，商法、侵权行为法和知识产权法等日渐发达起来；而在知识经济时代，如果试图在私人生活中依然保持一统天下的民法典体系，这无异于要去忍受“骨质增生”的痛苦。因此，尽管民法作为“私的本位”的理念是不变的，但民法法典化方法在今天却显现了其局限性。有人甚至认为，现代社会中传统民法典的一些内容已经过时，许多内容已经被大量单行的法规所肢解（或替代），一些基本原则也被扩充或扩张。这样，由于社会发展导致的对民法典的补充和修正已经远远超过了民法典本身，“可以说民法典已沦为补充单行法规之不足的地位”。^②

近代以来，国家的基本原理是由宪法来建构的，而民法建构的则是社会的基本原理。^③这个基本原理所涉及的市民法律生活包括四个方面：一是日常生活规范（包括财产关系的规范和家族关系的规范）；二是关于市场经济的基本原理、市场运行以及其中发生的具体交换的规定；三是关于市民社会的基本原理以及其中的人们之间的关系的制度规定；四是不仅是有关于私法的，而是贯穿于整个法律制度的技术性安排。近代市民革命，经过产业革命到资本主义确立这一段时期，市民生活基本上可以通过一部法

① A. von Mehre & J. Gordley, *The Civil Law System* (2nd Ed.), Boston: Little, Brown, 1978, Ch. 1. 转引自张千帆：“《法国民法典》的历史演变”，载《比较法研究》1999年第2期。

② 高富平：“民法法典化的历史回顾”，载《华东政法学院学报》1999年第2期。

③ [日]星野英一：《民法典百年与时下的立法问题》（上），载《法学教室》第210期，日本有斐阁1998年版，第7页。

典将其主要内容承载于其中。然而，现代市民社会从资本主义进入垄断时期开始，^①又存在着一个后现代市民社会。这是以计算机技术和网络的出现为特征的现代市民社会飞速发展的阶段，也就是知识经济时代的所谓知识社会形态。这一时期，家族关系瓦解；企业财团人格化；市场穿透人们日常生活的屏障进入每一个个人和家庭（如网络）；财产与人身的两分法受到挑战（如知识产权）等；这一时期的发展表明，传统的法典化的归纳体系已经无法囊括我们全部的市民社会生活，市民法典化体系失去了其包容性。

同时，法律所具有的稳定性也受到了冲击，例如，20世纪80年代以来，日本著作权法几乎每隔一二年就修改一次，^②这些

① 日本经济学家加藤荣一对资本主义发展阶段的划分与这种划分方式基本一致，他把资本主义的发展阶段分为三个时期：一是前期资本主义，从产业革命完成至19世纪80年代初的古典自由主义阶段；二是中期资本主义，第二次世界大战至20世纪70年代的高度经济增长期，也是实现长期动态均衡的时期，资本主义的又一个全盛期；三是这二者之间的世纪末经济不景气时期，分为前期资本主义构造崩溃期（19世纪70年代至19世纪90年代中期）、帝国主义阶段转换期（19世纪90年代中期至第一次世界大战）、中期资本主义构造形成期（第一次世界大战至第二次世界大战刚刚结束）。参见〔日〕吉田克己：“现代市民社会的构造与民法学的课题7”，载《法律时报》第853号，日本评论社1997年版，第73页。

② 从1984年以来，日本著作权法就进行了多次修订：1984年，对租赁音像制品的著作权派生的权利——出租权等进行了修改；1985年，为保护计算机软件又作了修改；1986年，对数据库的保护，将有线放送权放入有线送信权；1987年，延长了著作邻接权的保护期间；1989年，缔结保护表演者条约后对国内法进行了完善；1991年，延长著作邻接权的保护期间，承认外国的表演者也享有音像制品的出租权；1992年，引进个人录音录像补偿金制度；1994年，依据WTO协定的规定进行修改；1996年，修改了摄影作品的著作权保护期间；1997年，将放送权和有线放送权改组为公众送信权，创设了送信可能化权；1999年，有关回避技术保护手段的规制，对权利管理信息改变的有关规制，创设了转让权。