

662

D/08
D66

比较法律文化：法典法 与判例法

董茂云 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法律文化：法典法与判例法/董茂云著. —北京：中国人民公安大学出版社，2000.3

ISBN 7-81059-438-9

I. 比... II. 董... III. 对比研究-罗马法、英美法系 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 16807 号

比较法律文化：法典法与判例法

BIJIAO FALU WENHUA: FADIANFA YU PANLIFA

董茂云 著

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：北京公大印刷厂

版 次：2000 年 1 月第 1 版

印 次：2000 年 1 月第 1 次印刷

印 张：7.5

开 本：850 毫米×1168 毫米 1/32

字 数：160 千字

印 数：0001 册~1000 册

ISBN 7-81059-438-9/D·364

定 价：14.00 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) 63274348

版权所有 翻印必究

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

前 言

(一)

法典法和判例法是当今世界上最具影响力的两种法律形式，直到今天，它们仍然是大陆法系和普通法系最主要的区别标志。本文研究的主旨是从比较法学、法律史学和法理学的角度探寻法典法和判例法的历史轨迹，比较法典法和判例法从哲学基础到实践运作，再到社会适应性的不同特征，结合欧洲共同体与中国的传统和现实，探索法律形式的合理性及当代中国的法典化道路。

本文所指法典法，既指近代法典，又指以近代法典为主体的制定法体系。近代法典以《法国民法典》为标志。它是立法机关明文制定并公布实施的某一法律部门比较集中系统的法律文件。它不是已有规范性文件的汇总，而是在原有法律规范基础上制定新的立法文件，代替过去调整同一类关系的规范。近代法典具有学理性、系统性、确定性和内部和谐一致的特征，是大陆法系特有的一种高水准制定法。本文所指法典化，在静态时，等同于法典法的含义，在动态时，则是法典法的一个形成发展过程。

本文所指判例法，是指经法院多次援用而被赋予一般规范性质的就具体案件所作的司法判决，它是与立法机关的制定法相对称的法官创造的法。作为包含判例法传统和一整套判例法理论及方法的判例法，它是英国历史上由威斯敏斯特

法院判决发展起来的判例法体系，是普通法系特有的。

(二)

大陆法系法典法传统与罗马法编纂有渊源关系。公元 6 世纪东罗马帝国皇帝查士丁尼主持编纂的《国法大全》将自罗马建国以后的诸多法律、敕令、裁判官告示及法学家解答等，在整理、斟选的基础上加以汇编，是对罗马法的全面总结和集大成。中世纪欧洲大陆的罗马法复兴与继受以《国法大全》为主要依据和基础，通过对《国法大全》的研究和传播，促成了一种变古代为近代，融个别为一般，化局部为统一的罗马普通法，为近代欧洲的法典化运动奠定了基础。就近代大陆法系的法典法而言，罗马法编纂不仅提供了一个发达的私法体系，还提供了系统化创制法律的方法，《法国民法典》、《德国民法典》和《瑞士民法典》等近代欧洲大陆的私法典，至今大体上仍以《国法大全》的体例、制度和法律原则为模式，大陆法系的法典法传统就是罗马法传统和近代理性潮流相结合的产物。

普通法系判例法传统与英国法独特的发展道路密切相关。从诺曼征服以来，英国封建社会由高度集权而形成的通行全国的普通法，走上了一条远离罗马法的道路。英国普通法是诺曼人和盎格鲁·撒克逊人两股法律势力的汇合，起源于日耳曼法。日耳曼法是判例汇成的法，是一些解决各种案件具体办法的汇集。英国普通法继承了日耳曼法的这一历史传统，并由此奠定了英国判例法的基础，最终导致其奉行判例法主义，形成了判例法传统。英国中央集权制和普通法

的早熟性，加上英国文化的保守性和独特的地理环境，使得欧洲大陆中世纪罗马法复兴的浪潮和近代法典编纂的浪潮，在企图越过英吉利海峡而冲击英国法时，遇到了巨大的阻力。判例法传统在英国本土以外的传播主要通过英帝国的对外殖民扩张及强制推行普通法来实现，英国移民和英语成为判例法传统延续及传播的重要力量和媒介。美国在继受英国法后，成为与英国并行的维持判例法传统的普通法系的主要国家。

（三）

大陆法系的法典化与公、私法的分类密切相关。罗马法开创了公、私法的分类，《国法大全》写道：“公法是有关罗马国家稳定的法，私法是涉及个人利益的法。公法见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中。私法则分为三部分，实际上，它是自然法、万民法或市民法的总和。”罗马法表现出重私法轻公法的思想和设计，《国法大全》的主要内容为私法，有关公法的内容则缺乏完整和系统的叙述。中世纪罗马法的复兴实际上是罗马私法的复兴。直到近代以前，欧洲大陆的法律文献及法律科学大多集中在私法方面。私法的原则被认为是蕴藏于自然世界中关于公义的真理，人类可凭藉理性思维去理解它，发现它，这种从古罗马时代一直延续至中世纪以至近代西方的思想，大大推进了欧洲大陆私法的发展，但公法直到近代以前一直是相对不发达的。到了近代，欧洲的私法和公法都有快速的发展，17至19世纪欧洲大陆的法典化运动是以私法法典化为主导的整个法律制

度的系统工程。19 世纪初的法国陆续制定了宪法、民法、刑法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法六部法典，奠定了大陆法系整个法律体系的基础。在近代公法（权力）和私法（权利）的二元对立中，矛盾的主要方面是权利，权力为权利所决定，因此私法的法典化——民法典被誉为“真正的宪法”。本文所谈的法典化，重点就在于私法法典化。

（四）

大陆法系法典法以近代理性主义哲学为基础，法典的编纂与适用贯彻的是从抽象到具体，从理论到实践的唯理论原则；普通法系判例法以近代经验主义为基础，先例确立和判例法的形成贯穿着从具体到抽象，从实践到理论的经验论原则。大陆法系法典法的运作是与法律制定相分离的法律的消极适用，普通法系判例法的运作是与法律创制相结合的法律的积极实施。大陆法系法典法与普通法系判例法各自固有的社会适应性虽有不同，但它们都在实践中吸收其他法源的补充机制以增强自身的社会适应性。

（五）

欧洲共同体法融合了两大法系的法律因素：其条约和制定法具有大陆法系诸多特点，其判例法事实上也获得了独立法源的地位。欧洲共同体法促进了法典法与判例法两大法系的融合趋势，其与成员国法结成统一体系的走向，代表了当代世界法律的发展趋势。

中国法渊源流长，有自己独特的发展道路，但就总体而言，可谓制定法传统。近代以来，西方法律文化逐步侵入中国，由于传统中的某些相似因素，中国大体上走上了大陆法系法典化的历程。

（六）

法律形式的合理性与特定民族和国家的传统文化密切相关，又与世界文化的总体发展水平相联系。大陆法系法典法和普通法系判例法相对于各自的文化背景和世界文化的总体发展来说，均为具备形式合理性的法律。目前，大陆法系法典法和普通法系判例法已在许多方面呈融合趋势。就创制法律的技术方法而言，法典法方法与判例法方法的相辅相成、相互融合，已逐渐成为各国现代法发展的总趋势。

中国法的现代化应在立足国情，批判继承传统法律文化的基础上，大胆借鉴吸收世界各国法律文化，包括借鉴吸收创制法律的先进方法——大陆法系的法典法方法和普通法系的判例法方法，走中国自己的法典化道路。

（七）

比较法学在我国尚属起步，对于法典法与判例法这样的专题研究还很薄弱。本选题的研究试图从比较法的角度探讨法典法与判例法，有助于我国比较法学这一新学科的发展。同时，研究跨越中外法制史、法理学、立法学等多学科领域，又有助于多学科理论问题的研究。本选题在比较研究、综合

分析的基础上，试图探索法律形式的合理性与中国的法典化道路，对当前我国社会主义法制建设也十分有益。

本选题的研究以马克思主义基本原理为指导，综合运用了历史辩证、比较分析和系统考察等研究方法。本文第一、二章是对法典法传统和判例法传统的历史文化考察；第三、四、五章是对法典法与判例法从理论到实践的多层次系统比较；第六、七章是对欧洲共同体及我国法律形式的回顾与考察；第八、九章，是在前几章研究的基础上，通过对法律形式合理性之研究，探索我国的法典化道路。

第一章 大陆法系的法典法传统

大陆法系是以罗马法的术语、概念、原则为基础的一类国家的法律以及仿照这种法律制度的各国法律的总称。其中以法国、德国的法律制度最具代表性。大陆法系又称罗马法系、成文法系或民法法系。法典化则是“民法法系固有传统的产物，又是这种传统的体现，它是源于公元6世纪查士丁尼皇帝的编纂壮举，完成于19世纪法、德、意等国民法典颁布和法律统一的实现。”^①大陆法系的形成和发展道路，也就是法典化的辉煌历程。

第一节 古罗马法与法典编纂

“罗马法是纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典的法律表现，以致一切后来的法律都不能对它作任何实质性的修改。”^②这一经典性的法律，正是主要通过成文法（主要表现为国家制定法）表现出来的，虽然也有不成文法，但罗马的不成文法是指习惯法而非判例法。^③

^① 见由嵘：《从法典化传统看中国制定民法典的必要性》，载杨振山、（意）思奇巴尼主编：《罗马法·中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社1995年版。

^② 《马克思恩格斯全集》第21卷，第154页。

^③ 罗马帝国时期，皇帝常在特定的诉讼过程中就某案件发布敕令或复文，该敕令

梅因说：“世界上最著名的一个法律学制度从一部“法典”（Code）开始，也随着它而结束。从罗马法历史的开始到结束，它的释义者一贯地在其用语中暗示着，他们制度的实体是建筑于‘十二铜表法’（Twelve Decemviral Tables），因此也就是建筑于成文法的基础上的。”^①罗马人十分珍视这部法典，把它奉为经典。自《十二铜表法》公布一直到查士丁尼皇帝编纂法典时的近千年中，罗马的历代统治者从来都没有以明文直接废止它。“它奠定了罗马法的基础，成为长时间内罗马法的主要渊源。许多罗马法学家也都是以阐释《十二铜表法》而推进罗马法的发展的。”^②但是，这部古代法典，不过是习惯法的成文化，与本文特指的法典、法典法、法典化相距甚远。“它虽然也确定了具体的界线和限度，但它的主要特点仍然是揭示规范、澄清规范、介绍规范和解释规范，而不是正式创造和制定规范”。^③

公元3世纪末，已出现一些法学家私人汇编皇帝敕令，其中最著名的有两部：一是格列哥里恩鲁斯法典，二是赫摩根里鲁斯法典。其后，官方也开始编纂法典，最早是公元438年在狄奥多西二世主持下完成的狄奥多西法典，内容包括自康士坦丁大帝以来的敕令3000多种，共16卷，以敕令颁布

或复文所作的判例对以后的同类案件有强制约束力。但是，罗马皇帝是集行政、立法和司法大权于一身的独裁者，皇帝有权进行任何形式的立法。上述根据皇帝敕令和复文所作的判决，仅仅是罗马皇帝的一种立法形式，而与严格意义上的判例法相去很远。

^① 见（英）梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1984年版，第1页。

^② 见林榕年主编：《外国法制史新编》，群众出版社1994年版，第160页。

^③ 见（意）朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，中国政法大学出版社1994年版，第107页。

的年、月、日为序。

东罗马帝国查士丁尼（公元 527～565 年在位）时期，进行了罗马法律制度史上最有成效和影响最深远的法典编纂。公元 528 年，查士丁尼任命大法官特里波尼安和著名法学家提奥菲鲁斯等人组成 10 人委员会，后又增至 16 人，对历代皇帝的敕令、元老院的决议、裁判官的告示以及古典法学家的著作进行审订和编纂。从公元 528 年到 534 年，共编成《查士丁尼法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》。查士丁尼死后，由私人将其从公元 535 年到 565 年所颁布的敕令加以汇集，名为《新律》，收入法典之中。

至公元 16 世纪，以上四部分与《教会法大全》相对应统称为《国法大全》。《国法大全》内容丰富，是集千年罗马法之大成，标志着罗马法发展的顶峰，对后世立法，特别是对大陆法系法典法的形成发展，具有重大影响。

（一）《查士丁尼法典》

主要是查士丁尼皇帝时仍有效的历代皇帝敕令的汇集，并充分利用了以前一些法典所提供的资料。《法典》于公元 528 年开始制定，次年颁布施行；后发现某些敕令尚未编入或有所变更，又于 534 年重新增订，并于同年颁布。《法典》共分 12 卷，每卷又分章节，按各个敕令颁布的年、月、日次序编排，并附以颁布各项敕令的皇帝的名字。它的重要内容按编排顺序是：教会法和国家公职人员的权利和义务、私法、刑法、行政法。

（二）《法学阶梯》

《法学阶梯》以罗马法学家盖尤斯的同名著作《法学阶梯》为蓝本编成，不是全然照搬原著，而是采用其编写体裁，

同时又补充了一些新敕令的摘录和其他法学家的意见。它于公元 533 年颁布施行，被钦定为官方的法律教科书，并有法律的效力。《法学阶梯》分为人、物、诉讼 3 篇，共 4 卷，其顺序为：人法、物和物权、遗嘱、法定继承、债、契约以及由侵权行为所生之债和诉讼。

（三）《学说汇纂》

《学说汇纂》是对以前特别是公元前 1 世纪至 4 世纪法学家的著作、学说和法律解答的汇集整理。于 533 年颁布施行，是查士丁尼法典编纂中最重要的一个组成部分。全书共分 50 卷，每段摘录之后都附有法学家的姓名和书名，以及编纂人根据当时情况对每段摘录进行删改的详细说明。全书共选录 9000 多段，其中选自乌尔比安的著作最多，占 27%；次之为保罗斯，占 22·8%。其结构体系为总则、审判、物、遗嘱等。整个内容，可分为三部分：一是关于市民法的摘录；二是裁判官法的著作摘录；三是关于各种实用性的法律问题和案件的著作摘录。

（四）《新律》

前三部法典的编纂，并不能实现查士丁尼一劳永逸的初愿。随着现实生活的发展变化，他也不得不再颁布新敕令来补充法典的不足。这些敕令，查士丁尼在世时并未进行整理和编排，待其死后，法学家将公元 535~565 年这段时间颁布的新敕令加以编纂，称为《新律》，作为法典的补编附于法典之后。

查士丁尼的法典编纂对罗马法的发展有三个直接影响：

（一）推进了罗马法的学理化

在法典编纂活动中，查士丁尼非常重视法学家和法门人才的

作用，除司法大臣特里波尼安外，还有一些著名法学教授参加。另外，《国法大全》前三部汇编中，几乎占三分之二的内容是过去罗马法学家的著述、法律解答，表现了对他们研究成果的充分重视和肯定。《国法大全》虽为查士丁尼皇帝主持编纂，实际上则主要是罗马法学家研究成果的总汇集。罗马法学家的兴趣“是发现和规定那些作为私有财产抽象关系的关系。”^①从法的概念分类，到私法原则；从人格权、自物权、他物权、家长权、继承权，到契权、婚姻家庭、亲等、时效制度，都有深入研究和精辟论述。罗马法学家总结了古罗马千年的法制经验，将自己的研究成果渗透进罗马法中，结晶成为一般原则，最后编纂成著作以至法典，从而使罗马法在古代获得了独具一格的发展，为资本主义世界所继承。

（二）推进了罗马法的体系化

罗马的法典编纂，采用了单元化和系统化相结合的方法。《国法大全》的单元化是通过不同特点的私法关系反映出来的，一个单元反映一类特殊的私法关系和冲突。例如，

《法学阶梯》划分为人法、物法、诉讼法三部分，其中人法又分为人、婚姻、家庭亲属、监护，物法又分为物、物权、债、继承等等。单元化的最低层次为权利单元。《国法大全》的系统化表现为将诸单元体有机组合成不同层次的制度，从具体权利规范直到私法总题，全部私法构成一个多层次的有机体系。系统化使每个单元协调组合，整体上服务于一个统一的、适宜的发展要求。《国法大全》虽然无法与近现代法

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第382页。

典的体系化相比拟，但是已经为后世提供了一个基本框架和模式。^①

（三）推进了罗马法的严格化

在查士丁尼编纂法典之前，罗马法呈多元化的法律渊源体制，包括习惯、告示、元老院决议、民众大会决议、法律、帝敕、法学家解答等，其中，主要通过告示、帝敕、法学家解答三条渠道达到一个共同的目的，即无需改变旧法规范和旧法形式，根据当时经济生活条件的变化，针对许多需要法律调整和保护的社会关系和社会现象，运用裁判官的灵活告示，或颁布新的帝敕，或运用法学家的适时解释，来指导或影响司法活动，以弥补旧法的不足，将新因素悄悄地渗透到旧法形式中去，悄悄地改变着罗马法的面貌，推动罗马法的发展。^② 罗马法的“刚性”和“柔性”是有机结合在一起的。查士丁尼空前的法典编纂大大推进了罗马法的严格化。编纂法典的目的在于制定包罗万象的法典，以严格规则根除任何自由裁量因素，为法官提供一切问题的答案，实现法律渊源的一体化。^③ 《国法大全》由四部分组成，当前三部完成后，查士丁尼不仅以敕令宣布生效，而且宣布不许任何人对法典作任何注释和评论，凡未收入的先前的法律一律作废，凡未收入的先前的法学著作，一律不准引用，并将在编纂《学说汇纂》时所收集的先前法学著作手稿，一律焚毁。

^① 参见杨振山、龙卫球：《论罗马法的成就对人类的基本贡献》，载杨振山、（意）思奇巴尼主编：《罗马法·中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社1995年版。

^② 参见周栢、吴文翰、谢邦宇：《罗马法》，群众出版社1983年版，第17页。

^③ 参见徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社1992年版，第194页。

法典被视为罗马法的全部，罗马法被确定为严格的规则模式。虽然，查士丁尼一劳永逸的立法初衷很快被现实生活的发展所打破，但《国法大全》的严格化模式却对大陆法系产生了深远影响。

第二节 中世纪对《国法大全》的研究

随着西罗马帝国的灭亡，古代罗马法被日耳曼人的战火硝烟所淹没。在西罗马帝国废墟上建立的各个“蛮族国家”中，日耳曼法取代了罗马法的权威和效力。只是对原罗马帝国的居民仍适用罗马法，但这种罗马法并非查士丁尼的《国法大全》，而是一种粗俗简陋的罗马法，它不仅要适应当时极不发达的自然经济占统治地位的社会条件，而且必须服从于日耳曼人统治秩序的需要，若与日耳曼法发生冲突，它必须处于屈从地位。为了缓和与被统治的原罗马帝国居民之间的矛盾，一些“蛮族国家”在基督教教会僧侣的帮助下编纂出了简明通俗的罗马法。最典型的是西哥特王国于公元506年颁布的《阿拉列克罗马法辑要》。因此，在这种“蛮族国家”法律二重结构之下的罗马法，无论在内容和形式上均已严重退化了。

从12世纪开始，出现了罗马法的复兴。它发端于意大利北部的波伦亚城，并以此为中心向整个西欧扩展。一时间研习罗马法蔚然成风，欧洲各国学者荟萃于一些著名的大学，翻译、注释罗马法文献，探索《国法大全》的精神，形成了一些学术派别，为17世纪欧洲法典化运动的兴起奠定

了理论基础。

注释法学派是指 12 世纪初期由法学家伊尔涅里乌斯在波伦亚大学开创的法学派，该学派以经院哲学的方法论，从事罗马法典的注释工作。伊尔涅里乌斯出身文学教师，精通中世纪初期在学校传授的三学科，即文法学、修辞学与辩证法。他以三学科知识为基础，即文法学为拉丁文之文法规则与文体结构，修辞学为论题发现的规则，辩证法为论证事实的方法与整理资料的规则，运用论理形式的思维方法，从事《国法大全》的解释。^①

一、对《国法大全》权威的维护

中世纪的法学深受基督教宗教思想的影响。基督教仰在于确认：以良知和超越宇宙的权威所规定的教义和真理，尤其是圣经中之上帝启示为一切知识和信仰的最后依据，应有绝对的权威，丝毫不得怀疑。这种权威信仰对当时的法学家产生了深刻影响。法学家们也奉《国法大全》，尤其是《学说汇纂》为“成文的理性”，而认为其在社会生活行为规范上与圣经在思想信仰上有同样绝对的权威性。由于主张法典的权威性，注释法学派以谨慎严肃的态度，对《国法大全》的全部内容逐句逐字从事训诂的注释工作，从而使法典完美无缺。《国法大全》是包括《查士丁尼法典》、《法学阶梯》、《学说汇纂》及《新律》等复杂的法律大成，内容中难免有不合时代、重复或语义不明或相互矛盾之处。注释法学派为解决这些缺陷，借重经院哲学的方法论，从事法源的文义解

^① 参见戴东雄：《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》，三民书局 1981 年版，第 56 页。

释，以确立法律概念。又从同类的法源中，归纳相互的关系，尤其章节或概念有矛盾之处，更应合理地加以解决。

二、经院哲学解释方法的运用

中世纪学术研究均与经院哲学的方法有密切关系。经哲学的方法论最先用于神学的研究，然后波及其他学科，尤其是法律学。神学所用经院哲学的方法是以论理形式的思维为研究学问的出发点。该方法论包括了古典晚期的三学科，即文法学、修辞学与辩证法的技巧。神学理论属于形而上学或超现实世界的范畴，极具玄奥的特性。神父们在讲解教义的重要问题时，难免基于主观的认识，而有不同的见解存在。早期的经院哲学家阿倍拉德思有鉴于此宗教信仰的困惑，于1121年，写了一本关于“是与非”的专著，讨论神父们在宗教重要问题上的见解。他将见解分成赞成与反对两派，而让信仰者以自己的良知去判断是非。该书的重点在于：从矛盾对立的见解中，寻出第三者折衷与二者间的辩证方法。他自称此为“是与非的方法”。注释法学派仿效此辩证方法，用于解释罗马法源，尤其是用于解决《国法大全》中的矛盾对立之处。

注释法学派在大学研究中发展成的辩证性的注释方法，大体上包括两类注释形式，一为法典体系的总注释，一为法源个别内容的注释。法典体系的总注释系指说明法典各体系的内容摘要，又分为：序言与题材、章节序文、法条序言、法条的语注等。法源个别内容的注释为法条本身的义注，尤重视个别法条的含义及各法条的关系与区分，以期提出法律定义的界限与一般法律的原则。法源个别内容的注释又可分为下列方法：类似章句之归纳与新律援用摘要，法条疑难的