



中国法学会比较法学研究会 主办

主编 刘兆兴 执行主编 张少瑜 钱福臣

比较法在中国

Comparative Law In China (2008)



二〇〇八年卷

法典是大陆法系国家普遍而重要的法律形式，我国的法治建设也主要是沿着制定法典、完善法典的路线进行的。在当前国外“去法典化”思潮充斥的情况下，如何看待法典的问题值得我们认真研究。本书从中外比较的角度，全面观察了世界主要国家的法典化过程，总结了我国自清末以来尤其是改革开放以来制定法典的经验得失，深入探讨了法典与单行法、法典与判例、法典化思维与民族文化传统等各种关系，提出了在我国法治建设中既要努力制定好的法典，又不要过分夸大法典作用的观点。本书视野广阔、资料充实，既有理论和历史的思考，又有立法司法制度的实践考察，对人们认识法典问题有一定参考价值。



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

D920.0-53/2

:2008

2008

比较法在中国

〇〇八年卷

Comparative Law In China (2008)

主编 刘兆兴 执行主编 张少瑜 钱福臣



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法在中国 (2008 年卷) / 刘兆兴主编. — 北京:
社会科学文献出版社, 2008. 8
ISBN 978 - 7 - 5097 - 0275 - 8

I. 比... II. 刘... III. 比较法 - 中国 - 文集
IV. D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 100675 号

比较法在中国 (2008 年卷)

主 编 / 刘兆兴
执行主编 / 张少瑜 钱福臣

出 版 人 / 谢寿光
总 编 辑 / 邹东涛
出 版 者 / 社会科学文献出版社
地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号
邮政编码 / 100005
网 址 / <http://www.ssap.com.cn>
网站支持 / (010) 65269967
责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 65597353
电子信箱 / shekebu@ssap.cn
项目经理 / 王 绯
责任编辑 / 刘骁军 张 彬
责任校对 / 杨晓星
责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部
(010) 65139961 65139963
经 销 / 各地书店
读者服务 / 市场部 (010) 65285539
排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司
印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16
印 张 / 24.5
字 数 / 425 千字
版 次 / 2008 年 8 月第 1 版
印 次 / 2008 年 8 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 0275 - 8/D · 0113
定 价 / 48.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,
请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

2007全国比较法学研究会年会暨学术研讨会



2007全国比较法学研究会年会暨学术研讨会

目 录

法典编纂的一般理论问题

比较法视野下的法典编纂与解法典化	刘兆兴 / 3
对法典和法典化的几点思考	严存生 / 18
成文法和法典化：一种来自美国法的视角	张利宾 / 28
比较英美法 反思法典化	陈泰和 宋志国 / 35
公法体系要以公民的公权利为本	郭道晖 / 47
中国法典编纂发展历程述论	陶广峰 赵 峰 / 54

对中国法典制定的思考

反映、继承与认同：中国民事立法本土资源利用的基本原理	童光政 / 65
中国民事立法分步走向法典化问题探析	韦华腾 / 76
民法典制定之法律适用角度的思考	朴永刚 / 87
从法典编纂技术角度看未来民法典债法总则的设立	柳经纬 / 98
中国民法典化中消费者法与民法的体系选择 ——自欧盟与德国私法现代化角度的考察	张学哲 / 107

外国法典制定的经验

“水中之石”

——普通法传统中的美国法典化	李晓辉 / 117
----------------------	-----------

印度现代化进程中的法典化运动	刘永艳 / 128
日本行政法法典化争论研究	
——兼论我国行政程序法典化之模式	江利红 / 136
比较法视野下的当代宪法典制定	
——以原社会主义国家的现行宪法典的制定为中心	上官丕亮 / 148
俄罗斯民法典编纂及其历史继承性	王志华 / 160
日本近代法典编纂与外国法继受	华夏 / 171
俄罗斯联邦刑事诉讼法典的制定对中国刑事诉讼法	
再修改的借鉴意义	元 轶 / 185
美国侵权法私力救济制度研究	
——兼评对我国未来民法典之侵权行为法相关制度的借鉴	
.....	沃 耘 / 190

中外法律制度比较研究

宪法典与近代革命

——中法立宪过程的相似性	石柏林 刘焕桂 / 207
各国制宪程序比较研究	马 岭 / 218
比较法视野下的紧急状态法典化	吕艳辉 / 229
比较法视野下人格权的私法保护	严 城 / 239
比较法视角下的抵押权实现方式	龙云丽 / 251
共时形态下我国私人财产权保护之取向	王春梅 / 262
比较法视野中的共同被告人庭外供述的证据能力	
.....	陈 立 林俊辉 / 273
大陆与台湾地区票据法的比较研究	余松龄 / 285
中日中小企业政策法律支持体系比较研究	李 玮 / 291

外国法律制度比较研究

当代俄罗斯转型宪法的本土化及其困境

——与美国比较分析的视角	杨昌宇 / 303
--------------------	-----------

俄罗斯与立陶宛等国政党法比较

- 以德国政党法为参照 崔英楠 / 313

专题比较研究

- 行政程序法典化的法治条件比较研究 曾祥华 / 325
“和”与“争”：两种法治核心价值理念 孙光妍 / 337
清末对德国宪政文化的认识与仿效 夏新华 / 348

附 录

- 在中国法学会比较法学研究会 2007 年年会上的讲话 孙在雍 / 361
中国法学会比较法学研究会 2007 年工作报告 胡建森 / 364
中国法学会比较法学研究会 2007 年年会论文综述 钱福臣 / 369
中国法学会比较法学研究会 2007 年参会论文目录 / 383



法典编纂的一般理论问题

比较法视野下的法典编纂与解法典化

刘兆兴*

比较法作为一门独立的法律科学及其方法论，有机地融于一体地去作用于近现代法律的形成和发展。科学的比较法及其方法论，有助于我们在非常宏观的视野下，探讨法律现象诸种不同的问题。本文将着重研究不同法系、不同国家或地区的法典编纂、法律借鉴以及法典重构与解法典化问题。

一 两大法系在法典化进程中的融合趋势

早在 19 世纪，以制定《法国民法典》和《德国民法典》为典型代表的大陆法系法典化的进程，对整个大陆法系的法典编纂产生了极其深远的影响。这种被西方法学家称为“古典”法典编纂的传统在 20 世纪中后期逐渐发生变化。特别是近几十年来，由于当代世界各国社会、经济、政治等各方面的发展变化，形成了冲破一向偏重私法的传统、而同时注重公法和社会管理法的变革趋势。大陆法系的发展及其变革，“主要是通过民法典之外的运作（即通过特别立法与司法解释的方式），以及通过法典修改、宪法性法律、欧共体内部法律的一体化，以及通过条约与协议接受多种超国家的法律规范来发挥作用的”。^① 大陆法系的许多国家在创制法律（包括法典编纂）方面，已经发生了重大变化，其重要特征就是改变了传统的法典编纂和法律

* 中国社会科学院法学研究所研究员、中国法学会比较法学研究会会长。

① [美] 格伦顿、戈登、奥萨魁：《比较法律传统》，米健、贺卫方、高鸿钧译，中国政法大学出版社，1993，第 62 页。

的立、改、废方式,而更侧重于“法典重构”、“解法典化”和“超国家的立法”。

现阶段,在一些主要的大陆法系国家,已经不同程度地改变了传统的法典化的法律体系,在其新的立法中增加了未被法典化的规范。长期以来,在人们的传统观念中作为英美法系国家法律的主要渊源的判例法或者法官造法,也日益被大陆法系国家借鉴和采用。例如,法国的合同法是大陆法系法官造法的突出例证。因为在《法国民法典》中没有设立条款规定解决要约与承诺的问题,因此,在法国立法中涉及合同的成立问题时,则完全由判例法调整。^①再有,源于西班牙法院所创设的侵权行为法中,所谓“法律滥用”、“诚实信用”、“情事变更条款”等原则和“预约的一般理论”,以及德国普通法院依据《德国民法典》第 242 条发展而来的有关“情事变更原则”的适用,^②都体现出大陆法系国家认可法官造法、进而冲破单一法典法的趋势。这些变化表明,大陆法系无疑是向英美法系的判例法和法官造法靠拢了一大步。当然,必须明确,大陆法系的这种做法及其所体现出的诸种法律原则,还不完全等同于英美法系的主要法律渊源——判例法。

在当代,以判例法为主要法律渊源的英美法系国家,成文法不断增加,甚至产生了不少法典,成文法对传统的普通法正起着重新组织的作用。众所周知,美国制定了世界上最早的成文宪法典,在美国法律体系的构建历程中,私法领域的法典化程度远不如宪法(主要体现为宪法修正案)、刑法、诉讼法等公法领域的法典化程度。美国加利福尼亚州被称为“领先法典州”,“美国一个典型的州所具有的生效法规起码不少于一个典型的欧洲或拉丁美洲国家。加利福尼亚州所有的法典比任何一个大陆法系国家还多,但它并不属于大陆法系。”^③在美国,除了具有大陆法系传统的路易斯安那州之外,还有 5 个州制定了民法典,所有的州都制定了刑法典,25 个州制定了民事诉讼法典,一些州制定了刑事诉讼法典。可以说,美国的法典编纂已经形成了一套比较固定的体系和比较规范的程序。但是,我们必须明确,美国等英美法系国家的法典编纂不同于大陆法系意义的成文法的法典编纂,

① 参见〔美〕约翰·梅里曼等《大陆法系:欧洲、拉丁美洲与东亚》,斯坦福大学出版社,1994,第1242页;又参见〔美〕帕尔比斯·沃西亚《法国法和英国法中要约和承诺的概念和功能》,载美国图兰大学《图兰法律评论》第66卷,1992,第871页。

② 参见梅里曼等《大陆法系:欧洲、拉丁美洲与东亚》,斯坦福大学出版社,1994,第1163页。

③ 参阅〔美〕埃尔曼《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店,1990,第155页。

“美国法典编纂方式完全不能与大陆法系的法典编纂相提并论”。^① 关于这方面的区别,将在本文后面论及。美国伊利诺伊大学比较法教授彼得·哈伊指出:“美国现在的法律制度既不是一个纯粹的判例法制度,也不是仅由法律或法典构成的,倒不如说它是一种混合制度。”^② 笔者同意这种客观的分析,由此也恰恰说明,大陆法系与英美法系在立法的进程及其法律发展过程中,在某种程度上已经趋于靠拢和融合。

美国路易斯安那州的法律发展是两大法系融合趋势的重要例证。路易斯安那州自1803年被法国人出售以后,在民事立法方面仍然沿袭着法国的法律传统,其1808年、1825年和1870年的《民法典》除了在一定程度上受到西班牙《民法典》的影响,使其某些规定掺杂着西班牙的渊源之外,大部分都是以法国法,特别是《法国民法典》为基础的。因此,路易斯安那州的民法典被西方一些比较法学家和民法学家称为“民法的最完美的产物”,以致在路易斯安那州的法律上,一直保留着大陆法系的特征。^③ 但是,自20世纪以来,由于路易斯安那州的法律长期处于美国各州的普通法及其法律传统的包围和影响之中,以及在统一的美国国家主权的管辖之下,其立法和整个法律制度已经鲜明地体现出普通法的烙印。在路易斯安那州,虽然早已编纂了欧洲大陆法系国家那样的法典,虽然还没有采用英美法系的遵循先例的原则,但是在宪法、程序法和对法典的解释方面,却越来越受到美国联邦法和其他各州的法律的影响。像美国其他各州一样,路易斯安那州也出版普通法式的判例汇编,联邦最高法院的判决也受到尊重,同时还不断地参考其他州的判例。^④ 基于此种状况,有的比较法学家甚至认为“现代路易斯安那法制根本上是普通法的衍生”。^⑤

此外,加拿大魁北克省的法律变迁也呈现了同样的趋势。长期以来,比较法学家们从传统上认为加拿大魁北克省的法律属于大陆法系。早在1866年开始生效的《魁北克省民法典》的前三编,是以《法国民法典》为蓝本,

① 参阅〔美〕Warthen RL, “The Non-emergence of the American Law Code”, *Legal Reference Services. Quarterly*, 1986, 6 (1/2): pp. 138 - 139.

② 转引自董茂云《比较法律文化:法典法与判例法》,中国人民公安大学出版社,2000,第52页。

③ 参阅〔法〕让·路易·伯格《法典编纂的主要方法和特征》,载《路易斯安那法律评论》第48卷,1988年5月,第1073页。中译文载《清华法学》第8辑,2006,第13页。

④ 参阅刘兆兴主编《比较法学》,社会科学文献出版社,2004,第306页。

⑤ 〔美〕Ch. Osawke:《路易斯安那法律体系:两种法律传统的汇合》,载《美国比较法季刊》第34卷,1986,第29页。

第四编则含有关于商法的内容。但是,1994 年 1 月 1 日开始生效的新《魁北克省民法典》却采取了不同于法国民法典的结构,^① 其结构深受普通法的影响。

我们考察不同法系在法典编纂进程中的融合趋势,不能不分析英国与印度的法典编纂历程及其发展。早在 19 世纪中、后期,印度在英国殖民者的参与下,先后编纂了《印度民事诉讼法典》、《印度刑法典》、《印度刑事诉讼法典》、《印度继承法》、《印度契约法》、《印度证据法》、《印度信托法》、《印度财产转让法》等,这些法典的编纂以英国普通法为基础,“以英国法学家的概念和思想方法为依据,因此人们把它看成是适用英国的真正的样板法典”,^② 甚至一度被称为“英印法典”或“盎格鲁—印度法典”。在这里我们看到,英国将普通法强行输入到印度,是采取法典化方式,是将普通法的精神和原则予以法典化,并以英印法典化的形式再现普通法。^③ 但是从另一方面我们也看到,印度的一系列法典采取了欧洲大陆法系国家的法典形式,特别是随着其法律制度的改革和现代法律体制的建立,随着当代印度立法者力图平衡印度本土法与英国传统的普通法,并力图使落后的种姓制度与长期形成的宗教法传统在国家的法律中实现相对统一,当代印度不断强化各方面的立法,进行了一系列的法典化编纂,从法典编纂的技术方面,体现出大陆法系的立法方式。印度不仅在立法的形式和法典名称上借鉴了大陆法系的做法,而且在内容上也广泛借鉴,例如,《印度刑法典》就在许多方面都借鉴了《法国刑法典》。

当今世界不同法系国家在法典编纂进程中的融合趋势,还体现在一种混合型的法律制度中。南非、菲律宾和以色列就属于这种混合型的法律制度,我们以当代以色列的契约法为例予以考察。以色列在 20 世纪 70 年代制定了契约法,近些年来进行的以色列的民法改革,主要是契约法改革。长期以来,这个领域的法律规则一直是奥斯曼(土耳其)立法与英国在巴勒斯坦委任统治时期整合进来的普通法规则的一种错综复杂、问题众多的混合。^④

① 参阅〔美〕艾伦·沃森《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社,1992,第160页。

② 参阅王立民《古代东方法研究》,学林出版社,1996,第219~220页。

③ 参阅封丽霞《法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社,2002,第357页。

④ 参阅 D. Fredman, “The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period”, 10 *Isr. L. Rev.* 192 (1975); D. Friedman, “Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel”, 10 *Isr. L. Rev.* 324 (1975); 又参阅中译文〔以〕达芙妮·巴拉克-艾芮茨《比较视野中的法典化与法律文化》,马剑银译,载《清华法学》第8辑,2006,第5页。

以色列新契约法的颁布,被认为是在其民法改革中建立起一种使法律进行法典化的方法,是将新契约法体系看作是“新以色列法典”的一部分。^①以色列契约法体现了从英国普通法传统转向大陆法系的法典化进路,因为我们看到,该契约法具有许多法典文本的特征:其结构体系化。该契约法第242条中吸收了大陆法系法典中的诚实信用原则,该原则恰恰是德国契约法中非常重要的原则,而在普通法传统中却是很一般性的原则。当然,在当代一些英美法系国家的民商法中,也开始吸收诚实信用原则了。例如,美国开始在《统一商法典》中引入,之后《契约法(第二次)重述》也采用了该原则。在以色列契约法中,诚实信用不仅被采纳而且成为主导性原则。^②然而,近几十年来,以色列的法典化和对大陆法系法律原则的借鉴还只局限于民法领域。以色列所固有的法律文化传统和长期以来构建的英美法系法律传统与其民法法典化的模式并存,在法律的内容和渊源上形成一种多元化状态,这种混合型的法律制度体现了不同法系逐渐融合的趋势。

在当代欧洲,由于欧洲联盟的形成和扩展,其法律在不断完善,更加迫使两大法系(严格地说不只是两个法系,因为发展到今天其成员已包括27个国家)法律的靠拢。欧盟的大多数成员国的法律均属于大陆法系,由于英国、爱尔兰等英美法系国家的加入,使英美法系与大陆法系更加具有相互影响、相互渗透和融合的趋势。

英国和爱尔兰等国加入欧盟后,承认欧盟法在其国内具有法律效力,这就是说,确认了原属于罗马—日耳曼法传统、源于欧共体各大陆法系成员国的欧盟法,在英国和爱尔兰国内与其传统的普通法和衡平法具有同样的效力,这也就自然会使得英国法更多地内容上和形式上受到罗马—日耳曼法的影响。从法典化的角度看,英国的一些传统的部门法,例如财产法、契约法、侵权行为法、婚姻家庭和继承法、刑法等,均以制定法的形式不同程度地形成成文法典。近些年来,英国的议会制定法不断增加,一些部门法往往以议会制定法的形式加以颁布。尽管英国的某些成文部门法与大陆法的法典化形式还有许多差异,但是,它们之间已经具有较多的共同点了。^③

另一方面,在欧盟形成的法律(包括法律、条例、法规、指令、决定等)中,已经在多方面吸收了英国法的判例法内容(当然还不是完全意义

① [以] A. Braka, "Towards Codification of the Civil Law", 1 *Tel-Aviv V. Stud. L.* 9 (1975)。

② 参见[以]达芙妮·巴拉克-艾芮茨《比较视野中的法典化与法律文化》,马剑银译,载《清华法学》第8辑,2006,第9页。

③ 参阅刘兆兴《比较法学》,社会科学文献出版社,2004,第319、321、322页。

上的判例法)。在英国加入欧盟之前,欧洲法院在其司法实践中就已经不断以判例的形式解释有关条约、法令,法官造法也已成为惯例。欧盟在交通运输、社会保险、间接税、公司法、专利保护等领域的法律,全面吸收欧盟两大法系成员国国内法律的精神、内容和形式。总之,欧盟法已经成为两大法系的某些法律大致融为一体的实例了。

二 法典编纂与法律借鉴

在比较法视野下,综观世界各国或地区,法律的发展都离不开相互借鉴和吸收。追溯近代大陆法系国家法典编纂史发现,现代任何一个部门法的不断完善以及相应的法制变革,都不能脱离对其他国家或地区的相应法典或部门法的立法精神、规则等方面的借鉴和吸收。这正如美国法学家庞德所指出的:“一部法律制度的历史在很大程度上是从其他的法律制度中借取材料和从法律之外吸收材料的历史。”^①众所周知,被誉为民法典典范的《法国民法典》的主要渊源包括习惯法、罗马法、革命前的王室法令和革命时期的“过渡法律”即“中间法律”等,此外还包括巴黎高等法院的判决和教会法,而其中的所有权制度、债的一般规则、各种契约制度则主要源于罗马法。在这里,罗马法成为法国民法典的重要渊源之一,体现出法国的法典编纂对罗马法的借鉴和吸收。12~16世纪是罗马法的复兴时期,罗马法的复兴对大陆法系的传播和发展具有深远的影响。罗马法的内容、结构、立法技术以及它的私法体系等,对后世法国、德国以及其他大陆法系国家的民法典编纂,都具有深刻的借鉴意义。《法国民法典》的重要起草人之一——波塔利斯在其《法国民法典基本说明》中指出,立法机关的作用在于以宏观的方法确立法律的一般规则,规定有效的法律适用原则;立法者的科学在于从每一个主题中发掘最符合普遍利益的原则。^②法国民法典的编纂正是继受了罗马法的法律精神、一般规则,以及在其财产法,包括物法、债法、家庭法和继承法等私法体系中所体现的“最符合普遍利益的原则”。

再看德国法对罗马法的继受。自15世纪中期开始,罗马法开始在德国复兴。虽然德国对罗马法的继受时间较晚,然而其后果却胜于法国。“它不

① 转引自〔英〕阿兰·沃森《法律移植》(Legal Transplants),美国弗吉尼亚大学出版社,1974。

② 参阅〔法〕让·路易·伯格《法典编纂的主要方法和特征》,郭琛译,载《清华法学》第8辑,2006,第13页。

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化，而如此规模的继受是其他民族所未曾经历的。”^① 德意志的法律及其制度，是以德意志民族神圣罗马帝国是古罗马帝国的当然延续者即永续帝国的观念为理论基础的，因此是“全盘地”而不是部分地继受罗马法。16~18世纪时期德国出现了法典编纂。1532年根据查理五世皇帝命令编纂的《加洛林纳刑法典》，其原理就是源于罗马法复兴运动中发展起来的罗马法理论。此后，直到19世纪末，先后制定的《巴伐利亚刑法典》、《巴伐利亚民法典》、《巴伐利亚民事诉讼法典》、《弗里德里希法令大全》（即《普鲁士民事诉讼法典》）、《普鲁士民法典》、《巴登民法典》、《萨克森民法典》、《德国普通商法典》等许多法典，以及于1896年编纂的著名的《德国民法典》，都充分继受了罗马法。特别是《德国民法典》，继受了罗马法《学说汇纂》的结构编排，分为五编：总则、债务关系法、物权法、家庭法和继承法，它采用了罗马法学派建立的严密的私法体系。

德国的法典编纂不仅全面继受了罗马法，同时还借鉴吸收了《法国民法典》的相关内容。早在19世纪之前和之初，在德国莱茵河的西岸地区，一直施行《法国民法典》。被拿破仑征服的一些地方，同样施行《法国民法典》。而在巴登大公国制定的《巴登邦法》又几乎是法国民法典的德文版。直到1900年《德国民法典》生效后，这种情况才终止了。再从微观方面比较，《德国民法典》的条文也同样吸收和借鉴了《法国民法典》的某些内容。例如，《德国民法典》第831条规定的关于为事务辅助人所负责任的内容，就是借鉴了《法国民法典》第1384条的规定；《德国民法典》第2247条关于自书遗嘱的规定，同样是借鉴了《法国民法典》第970条的内容。^②

总之，《德国民法典》历经20多年的编纂历程而于1900年生效，它是在罗马法、日耳曼法、教会法、地方习惯法以及中世纪商法的基础上，结合《法国民法典》的有益经验和德国法学研究的成果而编纂成功的。^③ 由此体现出，这部著名的法典的编纂，同样需要借鉴、吸收以至移植对自身有益的外国法律，包括外国的立法精神、法律传统、法典编纂形式和技术等。总

① [德] 茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，贵州人民出版社，1992，第249页。

② 参阅李浩培《拿破仑法典·译者序》，见《拿破仑法典（法国民法典）》，李浩培等译，商务印书馆，1979，第viii页。

③ 参阅封丽霞《法典编纂论——一个比较法的视角》，清华大学出版社，2002，第101页。

之,在广泛借鉴、吸收和移植外国法律方面,《法国民法典》和《德国民法典》共同成为影响欧洲乃至世界各国的法典编纂的典范。

从现代一些国家法典编纂的实际情况看,法典编纂中借鉴外国法的内涵更具有深化和复杂的趋势,而且被借鉴和吸收的外国法的内容更趋多元化。例如,早在 1838 年制定的荷兰民法典就是典型的借鉴《法国民法典》的范例。然而,于 1992 年 1 月施行的新的《荷兰民法典》,其最大特征是在“一定程度上偏离了传统上所因循的法国民法典,而进一步靠近了德国民法典”。^①正如德国比较法学家茨威格特和克茨指出的,既不能将新的《荷兰民法典》归入罗马法系,也不能将它归入德意志法系,因为它处处以彻底的比较法上的考虑为依据,在许多问题上借鉴了普通法系,乃至《联合国国际货物买卖合同公约》的规定,形成了一种以欧洲共同法为基础的独特样式。^②

综观拉丁美洲一些国家的法典编纂及其现阶段的改革,在吸收和借鉴外国法方面同样是多元的和广泛的。在 19 世纪,拉丁美洲一些国家先后编纂的民法典深受《法国民法典》的影响,而在此之前实施的西班牙法律和葡萄牙法律同样具有相当的影响力。此外,《德国民法典》、《瑞士民法典》、《奥地利民法典》等,对此也有显著的影响。从拉丁美洲各国法典编纂所吸收的法律渊源观察,均是源于罗马法,而罗马法是所有罗马—日耳曼法系或者大陆法传统中各个法律体系的基本渊源。例如,《巴西民法典》、《阿根廷民法典》、《墨西哥民法典》、《智利民法典》、《哥伦比亚民法典》、《秘鲁民法典》、《委内瑞拉民法典》等,均深受《法国民法典》的影响;古巴则几乎完全采用了 1889 年《西班牙民法典》。当然,《巴西民法典》同样深受《葡萄牙民法典》的影响;而《葡萄牙民法典》又深受《法国民法典》的影响。由此可见,大陆法系国家之间的法典编纂有着共同的渊源,在此基础上,又相互借鉴、吸收和融合,它们之间的内在渗透和联系盘根错节,不可剥离。而在当代,拉丁美洲各国的立法改革和法典编纂,是随着其经济发展、政治和社会变革进行的。近年来,在拉丁美洲一些国家中,也出现了“法官造法”和适用判例的英美法系性质的倾向,当然,这还不是完全意义上的判例法。

① 陈卫佐:《法国民法典的影响——与德国民法典的比较》,载《清华法学》第 8 辑,2006,第 138 页。

② Vgl. Zweigert / Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung. 3. Aufl. S. 101, 1996.