



法典编纂论

—— 一个比较法的视角

A Comparative Study of Codification

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

封丽霞 著

清华大学出版社

法典编纂论

—— 一个比较法的视角

A Comparative Study of Codification

比 · 较 · 法 · 学 · 丛 · 书

封丽霞 著

清华大学出版社

(京)新登字 158 号

图书在版编目(CIP)数据

法典编纂论：一个比较法的视角/封丽霞著．—北京：清华大学出版社，2002

(比较法学丛书/高鸿钧，贺卫方主编)

ISBN 7-302-05909-8

I. 法… II. 封… III. 法典—编辑学 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 073682 号

出 版 者：清华大学出版社(北京清华大学学研大厦，邮编 100084)

<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

责任编辑：方洁

版式设计：刘路

印 刷 者：清华大学印刷厂

发 行 者：新华书店总店北京发行所

开 本：850×1168 1/32 **印张：**16.25 **字数：**374 千字

版 次：2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 7-302-05909-8/D·52

印 数：0001~4000

定 价：35.00 元

内 容 简 介

法典编纂是现代法治实践和法学研究的核心问题之一。本书从一个比较法的视角,对法典编纂的成就、理论与技术做了系统分析与研究。全书首先在内涵、外延上对法典和法典编纂概念所涉及到的问题做出梳理。然后在此基础上围绕法典编纂的历史与成就、理论沿革与价值论争、技术与方法等问题逐步展开论述。最后着眼于中国的法典编纂实践,透过对中国法典法与判例法所进行的历史与现实的考察,探讨了中国选择法典化道路的必然性以及中国法典化的具体原则、目标、方法与意义问题。

本书适用于法律大专院校、研究部门的教师、本科生、研究生,及实际部门尤其是立法部门的工作人员适用。

“比较法学丛书”总序

初民社会,各族群独处一隅,几与外界隔绝,孤立中遂滋生某种自信,或称诩“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“惟我德馨”。后偶与外族接触,亦对“非我族类”,多投以白眼,甚至极尽嘲讽之能事,必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族,前者对“男人奢侈”之放纵,令后者匪夷所思,后者对“女人放荡”之纵容,使前者难以理解。同样,禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝,而奉守食人之俗者,对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮,互斥异端,互为排斥,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景,实多出于文化封闭,心理排外。

法,作为习俗结晶、文化符号之一种,其演进标志人类族群进化之轨迹:由隔离而接触,由孤立而群合,由独行而协作,由排斥而共存。然文化因族群而殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊贝壳放逐与古罗马陪审制,中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制;印度寡妇殉葬与西方领主初

夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一,美国三权分立与英国议会主权……凡此种种,或带有文化类型之印记,或标示族群生活之差异,或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知,由比较而显。各族法律,或貌合而神离,或形殊而神似。同名异物,存名实之辩;异名同物,厘表里之别。

由是比较法生焉。西有希腊先哲首开先河,中有战国法家初执牛耳。纵观古代,法之比较虽发轫早而源远流长,然仍显稚嫩。其零散而缺系统,偶然而非恒常,实用而欠学理,自发而无筹划,难于自成一体独立一门。作为学术科目之比较法,实始于近代。西元十八世纪,法国孟德斯鸠氏,少习法律,壮则弃官,潜心法学,遍历奥、匈、意、德、荷诸国,考辨诸族习俗,比较古今法律,于风物人情中寻法意,由地理环境中探精神。氏所撰《法意》一书,为近代比较法学奠基之作。其人颇具传奇色彩之阅历,后世传为佳话。迨至西元十九世纪,比较法学于英、法、德诸国蔚然成风,或设讲席以授业,或创专刊以传道,或建学会以交流。西元一九零零年,首届国际比较法大会开于巴黎,标志比较法学进入国际化阶段。然此阶段之比较法学,西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义,溢于言表。西人比较之意旨,多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”,形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后,种族偏见渐弱,然至今残

· 2 ·

迹犹存。西元二十世纪中叶以来,比较法学著述之丰,前所未有;功用之广,遍布立法、司法;学理之通,惠及法学各科。

吾华夏民族,得益农桑,泽被礼义,“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦,其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄,尊而滋傲,国人遂目比邻为蛮貊,视异族为夷狄,或夜郎自大、目空四海,或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹,有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异,以娱视听;道闻途说,以炫机巧。考其究竟,实多因古时山隔水阻,交通滞塞,言语不通,鲜有接触。故直至盛唐,国人眼中之“西天”不过印度,亦不足为怪。其时西人眼中之中国,亦如烟如雾,若迷若幻。

列强自西徂东,国门洞开,当务之急,救亡图存。始办洋务,复议变法,西学东渐,“夷律”汉译。五大臣赴洋考察,虽得欧法皮毛,犹存借鉴之诚;众学子负笈旅欧,任中西文化参差,亦竟比较之力。数十年间,西法如潮涌入,吾华夏几千年法统,竟成一曲挽歌!法学遂兴,然非汉家故物;比较因起,实多舶来新实。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会,相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪,为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业,其中影响较大者,当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。

王世杰与钱端升之《比较宪法》、李祖荫之《比较民法》，影响一代学人，至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》，虽未冠比较之名，实为比较法学之论坛也，其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时长辈学人，忆及当年盛况，颇多感慨，其情其景，宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代，千山万水，不成障碍，黄种白种，弗为隔阻，孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分，互为仇讎；中西两立，几断音讯。当此之际，比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户，恍如隔世；再度开眼，宛若梦醒。今是昨非，议补天之计；劫余思生，虑长治之道。民主法治之论，遂成治道共识；自由人权之题，遽为时尚话语。法学园地，比较法学焕发新姿。廿年之间，硕果累累。译比较法学专著多种，其中影响较大者，为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部，其卷帙浩繁，实属空前，中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部，篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年，虽生性愚钝，初无建树，然夙怀为其勉效激力之愿。故联络学界同道，不避浅陋，新辑比较法学著译数部，缀

“比较法学丛书”总序

成“比较法学丛书”。意在博稽古今,察鉴中外,为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏藏女士与方洁女士,为丛书策划出力,同道著译诸君通力合作,编者深怀谢忱。

丛书付梓之日,赘言誌之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

法典在制度文明中的位置

——《法典编纂论——一个比较法的视角》序

周 旺 生

本书是封丽霞博士的博士学位论文。

封丽霞 1991 年考入北京大学,2001 年在北京大学毕业。从 17 岁踏入北大,到 27 岁在北大完竣学业,10 年之间连贯攻读和一气获取法学学士、法学硕士、法学博士三个学位,且学风盈实,韧性有加,成绩一贯优秀,终成国内最年轻的法学女博士。这在才俊如雨,新锐如云,风云际会的北京大学,也是多年难得一见。我作为这样的学生的本科老师,硕士和博士阶段的导师,在她的博士毕业论文付梓之际,自然感怀由衷。

今日中国法学界法律界,一个极具热度极具魅力的主题,便是民法典的编纂问题。在这种环境之下,选取法典编纂论这种论题写作博士论文,其实践价值学术价值之大,是不消述说的。但这是需要大的勇气的,如欲成功完成这篇论作,更是需要强劲实力的。这是因为法典是有形的制度文明,研究制度文明本来就难能像研究观念形态那样显得有学问,那样浪漫,那样往往容易具有感染力或迷惑性,何况所研究的还是历来以成文法为传统、以法典为传统的中国的有形制度文明,还是国人和学界这些年来倍加关切的现实而深厚的主题。这是因为谁都不难懂得画鬼容易画人难的诀窍,在中国研究法典就是丢弃画鬼这样的比

较容易成功、比较容易有魅力的差事，而挑选一个容易吃力难讨好的事情来做。要把吃力难讨好的事做好，就需要付出更多的努力，需要在学术的漩涡中搏击。这也是因为，写作学位论文，不能不充分顾及有利于论文的顺利通过。

然而她还是做完了这篇论文，我还是支持和鼓励她完成了这篇论文，并且论文终于成功了。现在用不着我对文章本身做哪怕些许的评说了，读书界和学术界完全懂得识别一篇论作的水准和价值，读书史和学术史完全可以验证一部作品的价值和魅力。所以，我在这篇序文里，主要的任务便是就法典这一论题本身，一抒所见了，并且也就是从法典在制度文明中的位置这一特定的视觉，略做陈述。一则以为序，再则以就教于大方。

让我们从梅因这位法典编纂的反对派人物开始。

梅因在其名著《古代法》第一章中，开篇即谓：“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。”^①虽然实际的情形不完全是这个样子，梅因此言的目的也不在于突出法典作为一种制度形式的极端重要性，但我们仍然不能不认可梅因爵士这一断语在相当程度上吻合了法律制度和法律学说的历史，因而也恰好从反面印证了法典在制度文明尤其是法律制度文明中的位置。

同其他法的形式相比较，法典是中国法律制度文明中最大的本土资源。法典是我们了解人类法律制度文明以致整个制度文明最集中最权威的典籍，是我们能够得以近距离或直接而真切地观察某种法以致某种法律制度文明的主要钥匙。法典是固化和记录一定的统治秩序、社会秩序和社会改革成果的更有效的形式，是统治者或国家政权为治之要具和要途。法典和法典

① [英]梅因：《古代法》，沈景一译，1页，北京，商务印书馆，1984。

编纂是在法律制度领域治乱和实行统一的有效手段，在整肃立法、维护法制统一方面有显著功效。法典的统一性，也是一定的法律制度、法律文化得以崛起或得以复兴的关键条件。法典编纂所包含的技术因素使法典成为能够传诸久远的一个优势条件。法典可以把统治者所选择的并且为社会生活所认同的法律制度，以比较完整的形式固化下来，形成大局，传诸后世，使其影响深刻而广远。成文法的出现从一开始就是社会进步的体现，而法典则是成文法发达过程中的高级阶段。法典是法的形式中的最高形式，它比习惯法、判例法明确、准确、直观、质朴，因而更便于人们了解、理解和运用。法典是一种创设法，比习惯法、判例法更有利于实现对社会的能动性改造。法典是法的形式中尤具普遍性的一种法，作用也更重要、更广泛。法典是法的形式中尤具会通性能和沟通性能的一种法的形式，法典中蕴涵和宣扬的理性、正义和其他美好的因素，比之习惯法、判例法，更具有可以跨越地区和国界的潜力。在成文法和法典的发展进程中，不能小看习惯以及由此衍生的习惯法的作用，习惯和习惯法的发展正是法典的滥觞。但习惯和习惯法如果没有融会于以法典为经典表现形式的制度文明之中，它们就只能是未能归于汪洋的纷然杂陈的溪流。溪流是有意义的，也往往是美丽的，但它们永不能造成汪洋恣肆浩瀚奔流的壮阔场景。

一、法典是制度文明的显豁篇章

在人类的物质文明和精神文明之外，还存在着制度文明。一定的制度文明既不能超越一定的物质文明和精神文明的发达水准，受物质文明和精神文明的制约，又反映物质文明和精神文明的要求，对它们发生广泛而深刻的影响。这是为自有文明时

代以来的史实所充分证明了的。特别是随着人类文明的日渐演化,制度文明对于整个文明的发展范围和发展进程,更有愈加显明的影响作用。而在制度文明系统中,法律制度文明占据首要地位,担负着制度文明服务于人类社会的基本责任。在法律制度文明系统中,位居核心的则是法典文明。它是法律制度文明以致整个人类制度文明中的一块瑰宝,我们需要认识它和开掘它。

在几千年的法律制度文明史上,法典文明的确是尤其重要和显豁的篇章。法典是每个时期法律制度文明的缩影和主要表征。古代法、古代法制以至古代制度文明,是同巴比伦的《汉穆拉比法典》、印度的《摩奴法典》、希腊的《德拉古法》、罗马的《十二表法》和《国法大全》不可分的;中世纪的法、法制和制度文明,是同《撒利克法典》、《阿马尔菲法典》、《奥内隆法典》、《法国商法典》、《法国海商法典》、《奥古斯都法典》、《萨克森法典》、《教会法大全》、《古兰经》联系在一起的;至于谈论近代以来的法、法制和制度文明,则不能不谈《权利法案》、《英国货物买卖法》、《美利坚合众国宪法》、《美国联邦刑法典》、《法国宪法》、《法国民法典》、《法国商法典》、《法国刑法典》、《法国民事诉讼法典》、《法国刑事诉讼法典》、《魏玛宪法》、《德国民法典》、《瑞士民法典》、《日本民法典》、《苏俄民法典》以及其他众多法典。正是这些难能历数的法典,构成了人类几千年法律制度文明的基本架构,汇成了法律制度文明的一脉主流。完全可以说,就世界上大多数国家而言,不了解它的主要法典,就难以了解它的法律制度文明的基本面貌。

中国的情形也是这样。一部中国法律制度史,从内容上说,就是专制史、家治史,从形式上说就是法典史、法典编纂史。人们不是谈论本土资源吗?法典就是中国法律制度文明中最大的

本土资源。无论中国以往的法治是怎样的,法典在中国法律制度文明系统中差不多一直占据最重要的地位,这一点是无可置疑的。“过去二千多年中,差不多每一大的封建王朝都有体系庞大的法典,立法文化传统绵延不绝。”^①世界上没有那个国家的法典文明,比中国古代法典文明更为悠长久远而不曾中绝。

法典是人们了解人类法律制度文明的尤为权威而集中的典籍。《汉穆拉比法典》使人们得以了解巴比伦人是相当重视有关财产和经济事务的,它所确立的制度表明,这部法典产生时期巴比伦的私有财产资源和商业交易,远比早期罗马共和国时代先进。《亚述法典》让人们知道它所反映的是一个文化水平偏低的社会生活状况,它的内容例如它所规定的那些相当严厉的准则,可以说明它所确立的制度实际上是族长社会的制度。《赫梯法典》所反映的,是一个相当于由封建贵族统治的封闭的农业经济社会的情况。《唐六典》可以使人们得知,早在公元738年,中国就产生了专门规制职官体制、具有行政法典性质的法典。《法国民法典》则告诉人们,这是世界上第一个集中系统确立了民事权利主体平等原则、所有权绝对行使原则、契约自由原则、过失责任原则这样一系列资本主义财产关系基本原则的法典。……每一种法典,都是一定的国情、历史、文化的制度凝聚,是我们检视一定社会、一定国家的法律意识、法律制度水准、法律制度文明以致整个制度文明的进步程度的最主要的尺度之一。

另一方面,没有法典便难以集中便利地了解 and 认知一定的法律制度文明。同以上陈述的法典是了解人类制度文明尤为权威集中的典籍这一规则相对应,如果不了解一个时期一个国家的法典,或是某个时期某个国家的法典还不曾为人们所认知,人

① 周旺生:《立法论》,1页,北京,北京大学出版社,1994。

们便难以集中便利地了解 and 认知那个时期或那个国家的法律制度。历来人们对于希腊和罗马两种法律制度文明的了解,差异是非常明显的,人们对罗马法律制度文明的了解远远甚于对希腊法律制度文明的了解。这里一个主要原因,正在于人们有着系统的罗马法作为认知和研究罗马法的根据,而对于希腊法,人们迄今尚无一个比较集中的法典作为认知和研究的根据,因而只能凭借一些零星的其他资料管窥希腊法的面貌。西方学界论及这一情形时,一个基本的看法是:由于没有或迄今未能发见当时的法典,因而对希腊法的研究不能不受到阻碍。^① 人们现在论及希腊法,虽然知道希腊城邦都有自己的法律,多数城邦的法律是规定得非常详尽和完备的,而这种详尽和完备是由于公元前7世纪以后发动的声势浩大的法律编纂运动所形成的结果,那时有很多著名的立法家,尤负盛名的就是梭伦、扎勒卡斯、查龙达斯。但由于这些所谓详尽和完备的法律或法典,包括梭伦立法所产生的法典,迄未发现,人们现有的关于希腊法的知识,还只是来源于种种著作、铭文和在埃及、美索不达米亚和巴勒斯坦发现的与希腊法有关的间接的文献资料。^② 而此类资料是远不及法典能够为我们提供集中便利的研究和认知希腊法律制度文明的根据的。

迄今人们对于埃及法所知甚少,可以进一步说明有没有法典,或是法典是否为人们所发现,是人们能否真切认识和研究某

① 详见《不列颠百科全书》(15版),中国大百科全书出版社不列颠百科全书编辑部编译,746页,北京,中国大百科全书出版社,1999。参见丘日庆:《各国法律概况·希腊化法律》,32页,北京,知识出版社,1981。

② 详见《不列颠百科全书》(15版),中国大百科全书出版社不列颠百科全书编辑部编译,399页,北京,中国大百科全书出版社,1999。参见丘日庆:《各国法律概况·希腊化法律》,20页,北京,知识出版社,1981。

种法特别是某种古代法的主要钥匙。我们知道埃及法有三千年以上的历史,是比之其他任何法更有悠久历史的一种法,从公元前 4000 年尼罗河文化早期阶段到公元前 30 年罗马占领期这段漫长时期,埃及法一直存在着,但我们今天对埃及法却是甚少了解。这原因就是埃及法未能给予我们提供一个或若干个比较集中系统的法典;或是埃及法也有法典,但却为历史的尘埃所尘封。尽管许多希腊的历史学者断言埃及有几位以立法而闻名的法老或国王,例如公元前 8 世纪埃及第二十四王朝的最后一位国王博克霍利斯,就被认为是一位伟大的法律制定者,据说希腊早先的立法者梭伦就是到过埃及受到博克霍利斯立法工作的启发的;然而由于没有一部埃及法典得以传承,法老或国王们的立法勋业,他们对人类较早时期的法律制度文明所做的贡献,便无人可以了解。人们今天仍然在梦想着有一天可以使埃及法重见天日,而这一梦想,恰好也是寄望于有一天埃及法典被发掘,或是从目前已经发现的数以百计的诸如契据、合同之类的埃及法律文件中整理出一部当时的法典来。

法典的出现,法典编纂的开展,需要具备一定的条件而不是随意便能进行的。庞德在《法律史解释》中按照他的观点阐述了法典和法典编纂所需具备的条件。他说:“有两类国家已采用法典形式。一类是拥有发达的法律体系的国家。这类国家中的法律传统成分竭尽了法律发展的可能性,因而需要一个新的基础,以促进新的法律发展。另一类是面临法律整体发展而立即需要一个基础的国家。我们可以看到,这些国家中存在着导致法典编纂的四个条件:(1)现存法律材料的法律发展的可能性暂时不存在;或者因该国家过去没有法律而缺少现成的法律材料;(2)现存法律通常不便运用,通篇古语,而又无确定性;(3)法律的发展重点已移向立法,而且一个高效率的立法机构已发展起

来；(4)在政治社会的各个地区发展了或接受了各自不同的地方法律后，通常需要一个统一的法律。”^①按照庞德的意思，法典的产生和法典编纂的进行，不是一件容易的事情，如果不存在他所说的可以导致法典编纂的条件，便无以产生法典和开展法典编纂。这一点也可以表明法典在制度文明中的重要地位和更高的规格。

梁启超在他的《中国成文法编制之沿革得失》一文中阐述法的发生发达过程时，专门论述了法典是成文法发展到一定阶段的产物。在他看来，法典的编纂或出现，是以成文法的发展为前提和基础的。法典，需要对既有成文法予以整合始得产生，没有一个个成文法的积累或积淀，法典编纂便成为无源之水。中国历史上第一部法典亦即李悝的《法经》，便是基于对此前各个诸侯国的成文法的总结整合而成的。没有齐国颁布的《宪法》^②、楚文王颁布的《仆区法》（公元前 689 年）、楚之荆庄王的《茅门法》、晋文公颁布的《被庐法》（公元前 631 年）、晋国士会编纂的《晋国之法》（公元前 593 年）、晋国范宣子所著《刑书》和赵鞅将其铸为《刑鼎》、郑国子产所铸的《刑书》（公元前 536 年）、郑国邓析所造的《竹刑》，便没有在它们的基础之上产生的法典亦即《法经》。^③ 另一方面，经过整合而产生的法典，则在先前成文法的基础上将一定的制度文明向前推进一大步。正是由于有了《法

① [美]罗斯科·庞德：《法律史解释》，曹玉堂等译，13 页，北京，华夏出版社，1989。

② 梁启超注曰：《管子·首宪篇》云：“正月之朔，百吏在朝，君乃出令，布宪法于国。五乡之师、五属大夫，皆受宪于太史。大朝之日，五乡之师、五属大夫，皆身习宪于君前。太史既布宪，入籍于太府，宪籍分布于君前，五乡之师出朝，遂于乡官，致于乡属，及于游宗，皆受宪。”宪而有籍，则其为成文法甚明。此殆管子所制定者也。

③ 详见梁启超：《饮冰室合集》（十六），8～9 页，北京，中华书局，1989。