

中青年法学文库

私法精神与制度选择

——大陆法私法古典模式的历史含义

易继明 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

私法精神与制度选择

——大陆法私法古典模式的历史含义

易继明 著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

私法精神与制度选择/易继明著. - 北京:中国政法大学出版社,2002.10

ISBN 7-5620-2276-3

I.私… II.易… III.私法-研究 IV.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 082917 号

书 名 私法精神与制度选择
 一大陆法私法古典模式的历史含义
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 11.125
字 数 285 千字
版 本 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷
印 数 0 001 - 4 000
书 号 ISBN 7-5620-2276-3/D·2236
定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
 2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。



作者小传

易继明 (1970年2月—)，男，汉族，湖北省荆州市公安县人。1990年获中南财经政法大学法学学士；1999年和2002年分别获北京大学法学硕士、法学博士。2002年7月被华中科技大学破格晋升为教授。现为华中科技大学法学院教授、中国社会科学院法学研究所博士后研究人员、《私法》编辑部主编。曾在《法学研究》、《中国法学》和《中外法学》等刊物上发表学术论文二十多篇，参与撰写或翻译《WTO与中国法律改革》(2001年)、《知识经济与法律》(2001)、《私有财产的法律保护》(2000)年和《日本专利法》(2001年)等著作。个人学术兴趣为私法一般理论、财产法和知识产权法。

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢

II 总 序

复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的

总序 III

是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

在我所结识的青年法学者里，易继明是一位对“私法”情有独钟的人。他不仅写了一些有关的论文，还创办了《私法》杂志。他的博士论文《私法精神与制度选择——大陆法私法古典模式的历史含义》可说是他在这方面研究的总结。现在这本书出版了，我想说几句话。

我国关于私法的研究，起步于上世纪八十年代初期。那时，我国法学者开始公开承认公私法之分，承认私法的存在。但是对于私法理论本身的研究，深入的研究，还是不多不够。近年来在民法典问题的带动下，这方面的研究逐渐深入。易继明的这本书可说是一个引人注意的成果。

作者在这本书里从研究私法精神的源头起步，提出将私法作为一个整体的学问进行研究，确认自然理性和权利思想是民法不变的理念。民法理念问题归根到底就是民法中怎样来对待人、如何实现自由人的问题。这是民法不变的理念。作者还提出，私法是一个国家和民族智慧的集中体现，在各国法律体系中都具有重要的基础性地位。人们在衡量一国法律是否成熟或达到某种文明程度的时候，主要关注其私法是否体系化和发展成熟。作者在论述私法理论和民法法典化时，主张永恒的理念与多元的方法并重。

作者的这些思想都是值得注意，值得研究的。

作者在书中提出了一个他认为并非杞人忧天的问题。他看到近年来民法内部分科越来越细，就担忧“我们是否会在专业的隔膜和门类复杂的学科分类中失去建构作为私人法律生活整体的能力？”对于这一点，我认为整体研究和分门研究都是不可少的，而且是相辅相成的。我们对私法的研究，应该由整体而分门，最后还应该逐步落实在立法和司法中。如此循环往复，才能更加深入，更加精密。

在我们的青年法学者中，与易继明着重研究私法的同时，还有一位夏勇研究员。他着重于研究公法。他们在某些方面，观点或许有所不同。但我认为他们的研究都是在我国法学研究中有一定成就的、相辅相成的。我相信他们的研究会殊途同归，都会促进我国的法治建设。

谢怀斌

2002年6月

内 容 提 要

通过对大陆法私法古典史的研究,本文认为,大陆法私法发展的精神家园实际上在古希腊时期便已经建构,而古罗马法律世俗化运动实现了对古希腊法的超越,由此才确立了大陆法私法的古典发展模式,并形成了我们今天所称的大陆法私法传统。这就打破了许多学者认为大陆法源自古罗马《十二表法》的说法。文章将大陆法私法发展推向了古代希腊,这不仅是一个时间概念上的突破;更主要的是,我们由此理解欧陆私法古典史,就可以了解到大陆法系发展的历史基础和价值内涵,并从中获得了一些有益于当前我国私法制度、学说和权利文化建设的具体命题或结论:(一)以“私的本位”为民法基本理念,确立私法在我国法律体系中的基础地位;(二)将私法作为一个整体看待,以比较法研究作为法律移植的学术起点,在制度建设中全面而客观地认识法典化现象,寻求实现我国民法现代化的多元方法;(三)理解国家兴衰、制度建构与私法文化的关系,培养私法精神,促进我国权利文化的形成。

Abstract

Through the study on the development of private law in the continental law system, this article introduces an argument that the foundation of private law in the continental law system was in fact laid during the ancient Greek era, and by secularization, Roman law transcended ancient Greek law, thus resulted in the classical model of private law and eventually established private law tradition in the continental law system. It holds that the continental law system originates from ancient Greek law, not *Lex Duodecim Tabularum*. So from the study on private law history in the European continent, the article not only makes a break in the legal history timetable, but also gives us a better understanding of the historical base, value contents of the continental law system development and help us to draw out some themes, conclusions significant to the construction of private law system, academic study and cultivating right - based culture in China: 1. "Private" is the basic idea of civil law, and we should take private law as the base of legal system; 2. Private law is an object of synthetic study, and we should start from comparative study, give a thorough research on codification, eventually find out various methods to complete Chinese civil law's modernization. 3. Understanding the relationships between ups and downs of a nation, construction of legal system and private law culture, we should foster private law spirit and cultivate right - based culture.

我们如果对任何事物，对政治或其他各问题，
追溯其原始而明白其发生的端绪，我们就可获得
最明朗的认识。

——〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》*

* 吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 4 页。

目 录

1	总 序
1	序
1	内容提要
1	引 论
1	一、缘起及研究范围
4	二、几个基本概念的限定
29	三、本文研究的路径和方法
31	第一章 私法精神的源头：古希腊还是古罗马？
	——从两个法律文本说起
34	第一节 从《十二表法》的来源看大陆法私法传统的起源
38	第二节 从《格尔蒂法典》与《十二表法》的比较看大陆法私法传统的源流
47	第三节 成文法与大陆法私法传统
52	第四节 小结：古希腊法律智慧的光芒
58	第二章 私法精神与制度选择之基础的形成
	——精神家园的建构：古希腊对大陆法私法传统形成的贡献
61	第一节 古希腊哲学、特别是自然法学说是大陆法私法精神的原动力
73	第二节 古希腊民主城邦制为大陆法私法传统的形成提供了最早的实验场

85	第三节 古希腊法律制度确立了大陆法私法基础原则及主要框架
112	第四节 小结：私法精神的张扬与人性的归依
118	第三章 私法精神与大陆法古典模式的确立
	——世俗化运动：罗马法对古希腊法的超越
121	第一节 罗马法在私法权利上的统一是对希腊法及早期罗马法的伟大超越
127	第二节 《民法大全》形成了大陆法私法严谨的结构和完善的法律体系
155	第三节 罗马法的学术品格是大陆法私法得以源远流长的重要原因
169	第四节 小结：古典模式对世俗情感的精美表达
177	第四章 私法精神与制度选择的历史契合
	——古典经验：通过民法进行社会控制的方法
178	第一节 私的本位：民法在制度转换中不变的理念
200	第二节 确立私法在法律体系中的优越地位
220	第三节 将私法作为一个整体的学问
237	第四节 法律移植与法律进化
252	第五节 民法法典化及其限制
284	第六节 小结：永恒的理念与多元的方法
288	第五章 结束语：形成一种权利文化
288	第一节 国家兴衰、制度建构与私法文化的养成
292	第二节 现代法的危机与古典法律文化的复兴
299	第三节 私法精神与中国社会权利文化的形成
303	第四节 结论
305	附录：参考文献
335	后记

Table of Contents

Introduction	(1)
1. Study aim and scope	(1)
2. Definitions	(4)
3. Study route and methods	(29)

Chapter 1. The origin of private law spirit: ancient Greek or ancient Roman?

—Beginning with two texts: <i>The Law Code of Gortyn and Lex Duodecim Tabularum</i>	(31)
---	------

Section

1. An investigation on the origin of private law tradition in the continental law system in terms of <i>Lex Duodecim Tabularum</i>	(34)
2. An investigation on the source of private law tradition in the continental law system in terms of the comparison between <i>The Law Code of Gortyn and Lex Duodecim Tabularum</i>	(38)
3. Statutes and private law tradition in the continental law system	(47)
4. Brief summary: the splendid wisdom of ancient Greek in law	(52)

Chapter 2. Private law spirit and forming the base for legal system choice

—Establishment of the spirit fountain: contribution of ancient Greek to the shaping of private law tradition	
--	--

2 Table of Contents

in the continental law system	(58)
-------------------------------------	------

Section

1. The philosophy of ancient Greek, especially its natural law theory was the motivity for private law spirit in the continental law system (61)
2. The city – state democracy provided an initial testing ground for the shaping of private law tradition in the continental law system (73)
3. The legal system of ancient Greek established the fundamental principles and framework for private law in the continental law system (85)
4. Brief summary: the spreading of private law spirit and humanism (112)

Chapter 3. Private law spirit and the establishment of the classical model of private law in the continental law system

- Secularization movement: transcendence over ancient Greek law by Roman law (118)

Section

1. The integration of the rights in private law established in *Corpus Juris Civilis* is a magnificent transcendence over ancient Greek law and early Roman law (121)
2. *Corpus Juris Civilis* established the precise structure and the perfect legal system of private law within the context of the continental law system (127)
3. The academic style established by Roman law is an important factor to the development of private law in the continental law system (155)
4. Brief summary: the delicate expression of secular

feeling by the classical model	(169)
Chapter 4. Historical link between private law spirit and legal system choice	

—— Ancient experiences: social control by civil law	(177)
---	-------

Section

1. Private as the basic idea; unchangeable idea of civil law in the changing legal system	(178)
2. Establishment of private law' s superior position in legal system	(200)
3. Private law as an object of synthetic study	(220)
4. Transplantation and evolution of law	(237)
5. Codification of civil law and its conditions	(252)
6. Brief summary: an unchangeable idea and plural routes	(284)

Chapter 5. Conclusion: cultivating a prevailing right – based culture	(288)
--	-------

Section

1. The relationships between ups and downs of a nation, construction of legal system and cultivating private law culture	(288)
2. Crisis of modern law and revival of the classical legal culture	(292)
3. Private law spirit and cultivating right – based social culture in China	(299)
4. Conclusion	(303)

Appendix

References	(305)
------------------	-------

Postscript	(335)
------------------	-------