

# 比较法视野下的法典编纂与解法典化

刘兆兴

**内容提要:** 在比较法的视野下考察发现,两大法系在法典化问题上呈现出互相借鉴、吸收和融合的趋势。首先,在英美法系国家,制定法的数量快速增长,日益成为一种重要的法律渊源。其次,在大陆法系国家,一方面是判例法已越来越普遍地被认可为一种法律渊源;另一方面,在传统的基本法典之外,出现了大量的单行法规,呈现出所谓的解法典化趋势。当然,两大法系的差异仍然显著地存在,比如英美法系的制定法更多的是一种法律汇篇,而不是大陆法系结构严谨的法典编纂。

**关键词:** 比较法 大陆法系 英美法系 法典编纂 法律借鉴 解法典化

刘兆兴,中国社会科学院法学所研究员、中国法学会比较法学研究会会长。

作为一种法学研究方法,比较法不仅能够超越一个国家或地区、一种法系或法律传统而探究某种法律现象,不仅能够超越本国国界去认识不同国家的不同法律体系中的法律、法律原则、法律规则、准则和法律精神等,而且能够冲破狭隘的民族偏见,指引我们去认识和研究世界不同社会制度的、不同法系的法律文化渊源及其底蕴的异同;研究当代不同法系(或主要法系)的发展趋势。

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”。<sup>[1]</sup>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

[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年版,第62页。

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。<sup>[2]</sup>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,<sup>[3]</sup>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。”<sup>[4]</sup>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,“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”。<sup>[5]</sup>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。”<sup>[6]</sup>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。<sup>[7]</sup>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。<sup>[8]</sup>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”。<sup>[9]</sup>

[2] 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 年版,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 年,第 871 页。

[3] 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 年版,第 1163 页。

[4] 参阅[美]埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店 1990 年版,第 155 页。

[5] 参阅[美]Warren RL, *The Non-emergence of the American Law Code*, *Legal Reference Services Quarterly* 1986, 6(1/2), pp. 138-139.

[6] 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 年版,第 52 页。

[7] 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》1988 年 5 月,第 48 卷,第 1073 页。中译文载《清华法学》第 8 辑,2006 年,第 13 页。

[8] 参阅刘兆兴主编《比较法学》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 306 页。

[9] [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 年,第 29 页。

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,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,<sup>[10]</sup>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”,<sup>[11]</sup>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。<sup>[12]</sup>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。<sup>[13]</sup>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。<sup>[14]</sup>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。<sup>[15]</sup>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

[10] 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年版,第160页。

[11] 参阅王立民:《古代东方法研究》,学林出版社1996年版,第219—220页。

[12] 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年版,第357页。

[13] 参阅 D. Friedman “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年,第5页。

[14] [以] A. Barak “Towards Codification of the Civil Law”, *ITeJ Auiv V Stud L* 9 (1975).

[15] 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年,第9页。

马——日耳曼法传统、源于欧共体各大陆法系成员国法的欧盟法，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，这也就自然会使英国法更多地在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。<sup>[16]</sup>

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。正如美国比较法学家梅利曼指出的：“欧洲联邦（盟）制具有强大的生命力及推动力，它将促成普通法系和大陆法系的不断契合。”<sup>[17]</sup>

## 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。”<sup>[18]</sup> 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。<sup>[19]</sup> 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。”<sup>[20]</sup> 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

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

[17] [美]约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，中文版，顾培东、禄正平译、李浩校，法律出版社2004年版，第165页。

[18] 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年版。

[19] 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年，第13页。

[20] [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年版，第249页。

典》继承了罗马法《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承了罗马法,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。<sup>[21]</sup>

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。<sup>[22]</sup>由此体现出,这部著名的法典的编纂,同样需要借鉴、吸收以致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”。<sup>[23]</sup>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。<sup>[24]</sup>

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。<sup>[25]</sup>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。

如果说在国家立法、进行法典编纂的进程中能够博采众长,广泛借鉴和吸收他国法律的,当数日本最为典型。综观日本自19世纪末至第二次世界大战前,以《日本民法典》为主的法典编纂经历了一个由借鉴(或者说是模仿)《法国民法典》转到借鉴《德国民法典》的过程。最早的《日本民法典》草案中的财产法部分就是由法国法学家布瓦索纳德负责起草的。《日本民法典》在具体问题上体现出法国法的精神。例如,《日本民法典》在较系统地区分物权法与债权法的情况下,物权法上的权利变更规范继承

[21] 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年版,第vii页。

[22] 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年版,第101页。

[23] 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年,第138页。

[24] Vgl. Zweigert/Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung 3. Aufl. § 101, 1996

[25] 参阅[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年版,第473页。

了《法国民法典》，采取当事人意思原则和权利变更只有在土地登记簿上登记才能对抗第三人的原则。在侵权行为法领域，《日本民法典》不采取德国的列举原则而采取法国的一般条款原则。因此，这部法典主要是以《德国民法典》第一草案为蓝本，同时也包含《法国民法典》的因素。<sup>[26]</sup> 总体而言，日本近代的法典化最初主要受法国法影响，最后却以德国法的影响为主流。但是还应当注意到，在二次大战后，自 1947 年日本进行法律改革以来，本来对《德国民法典》的继受就不彻底、同时又体现出《法国民法典》因素的《日本民法典》又受到美国法的影响。例如，《日本民法典》中婚姻家庭法和继承法方面，已经体现出美国法的原则和观念。在其他法律中，也大量借鉴和吸收了美国法的原则和内容。最明显的是美国宪法和行政法对日本的法律具有深刻影响。同时，日本已经全盘继受了美国的反托拉斯法。由此可见，日本的立法和法典编纂不仅借鉴和吸收了大陆法系的不同国家的法律原则和内容，因而使之同样成为大陆法系国家，而且也在不断地借鉴和吸收英美法系国家的法律，这也就使日本在广泛借鉴和吸收外国法的过程中，融合了不同法系的特点。

近 80 年来，中国在不同时期的立法过程中同样借鉴和吸收外国法律。“清末修律”中广泛借鉴和移植西方法律是人们所熟知的，而此后民国时期的法典编纂继续实行这种广泛借鉴和移植的立法模式。例如，1930 年颁布的《中华民国民法典》是在《大清民律草案》的基础上，借鉴了《德国民法典》的五编制，即总则、债、物权、亲属和继承。此外，还借鉴了深受《德国民法典》影响的《日本民法典》、《瑞士民法典》、《苏俄民法典》和《暹罗（泰国）民法典》。<sup>[27]</sup> 在民国时期许多部门法典的编纂中，都吸收和借鉴了大陆法系国家特别是德国和日本的立法精神和立法技术，制定了包括宪法、民法、商法、刑法、民事诉讼法和刑事诉讼法在内的六法全书。在新中国建立后的一个时期，继受大陆法系罗马法传统的苏联的法典编纂理论和技术对于当代中国也产生了深刻影响。<sup>[28]</sup>

当代中国自 20 世纪 80 年代改革开放以来，在不断建立和完善社会主义市场经济法律体系的实践中，同样比较全面地借鉴和吸收了外国法律的有益经验，体现出多元化借鉴的倾向。例如，我国《中外合资经营企业法修正案》关于中外合资经营企业合营期限的规定，就借鉴了 18 个国家和地区的相关规定；制定《企业破产法（试行）》时，参考了英国、法国、意大利等 7 国的破产法的相关规定；<sup>[29]</sup>《中华人民共和国合同法》借鉴了《德国民法典》的概念体系，同时也借鉴和吸收了《日本民法典》、台湾“民法”、英美合同法、《国际商事合同通则》、《联合国国际货物买卖合同公约》（CISG）等相关内容。<sup>[30]</sup> 还有一些技术性和政策性很强的法律，例如《标准化法》、《外商投资企业和外国企业所得税法》等，都借鉴了较多国家的相关法律的规定。<sup>[31]</sup> 在现阶段，我国的法典编纂和一些立法活动，特别是在政府行为、市场监管、经济管理、社会保障、环境保护、科学技术，以及对外贸易和海外投资等领域的立法，很注重多方面地、广泛地借鉴和吸收以至移植外国的法律、国际规则和国际惯例的相关内容或法律精神。

综上所述，自近代以降，任何国家的法典编纂和乃至整个立法活动，都离不开对外国或地区的法律借鉴。但是，这种借鉴、吸收或移植，并非是简单地对他国法典内容的照搬或继受，而是在借鉴过程中首先要分析和鉴别被移植法律的来源及其产生的经济、政治、文化传统以及其他各种社会条件，同时必须研究法律移植国（继受国）的具体国情，包括历史的和现阶段的经济、政治、文化传统和法律体系的状况等；分析本国的某项立法和法典编纂在哪些方面能够汲取外来法的相应养分，即它们之间是否具有融合性。总之，在法典编纂中借鉴外国法律时，“立法者应认真考察研究法典来源国和母国的各种社会条件，对实行法律移植的领域、有效移植的技术方法、母国的法律同化能力、法律移植效果的评价标准、国外的

[26] 参阅[日]石川明：“德国民法典对日本民法和民法学的影响”，陈卫佐译，载《私法》第 1 辑，第 2 卷，北京大学出版社 2002 年版，第 347—348 页。

[27] 参阅谢怀栻：“大陆法国家民法典研究”，载《谢怀栻法学文选》，中国法制出版社 2002 年版，第 455—457 页。

[28] 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 年版，第 402 页。

[29] 参阅宋汝芬：《参加立法工作琐记》，中国法制出版社 1994 年版，第 22、142 页。

[30] 谢怀栻：“大陆法国家民法典研究”，载《谢怀栻法学文选》，中国法制出版社 2002 年版，第 423—424 页。

[31] 参阅宋汝芬：《参加立法工作琐记》，中国法制出版社 1994 年版，第 285—288 页。

相关经验理论等,应有全盘的把握和认识。”<sup>[32]</sup>

当代中国的法典编纂与法律借鉴,同样应当遵循尊重本国的民族传统,立足于本国国情,有选择地借鉴和吸收外国先进的立法经验及其法律的相关内容。就是说,要借鉴和吸收适应本国国情的、符合本国利益的外国法律和一些通行的国际惯例,并且使之有机地融于本国法之中,使我们的法律体现出本土化与国际化的结合,以适应我国改革开放、推进社会主义现代化建设事业发展的需要。正如法国比较法学家勒内·达维指出的:“每个国家依照自己的传统自定制度和规范是适当的。但传统并非老一套的同义语,很多改进可以在别人已有的经验中吸取源泉。”<sup>[33]</sup>美国法学家艾伦·沃森在总结各国民法典编纂的经验时,论述了立法者和起草者的三种选择,其中指出:“借助外国法典理论和实践正反两方面的经验,立法者和起草者可判断如何制定自己的‘原创性’法典。”<sup>[34]</sup>在此,他们都指出在本国立法和编纂法典时,在立足于自己的“传统”(国情)的基础上,要借鉴和吸取外国立法和法典的经验,从而制定自己的“原创性”法典。

### 三 法典重构与解法典化

长期以来,比较法学者们的传统观念认为,大陆法系的主要法律渊源是制定法,是法典化的法律制度,英美法系的主要法律渊源是判例法,是非法典化的、遵循先例的法律制度。然而,这种观念并不全面。在当代,随着两大法系在一些方面体现出逐渐“靠拢”的发展趋势,法典化不只是大陆法系的特征,英美法系的许多国家也都有数量不同的法典。如前所述,加利福尼亚即被誉为“领先法典州”。<sup>[35]</sup>美国的许多州和许多部门法领域都有成文法典,但是并不属于大陆法系。正如梅利曼指出的:“大陆法系的绝大多数国家固然有法典,但是在多数普通法法系国家中,系统化的法典也充斥于各个法律部门。从外表上看,这些法典与欧洲或拉丁美洲的法典无异。”<sup>[36]</sup>在这里,一方面说明英美法系国家已经有许多系统化的法典,另一方面也表明,英美法系国家的法典只是从“表面”即形式上无异于大陆法系国家的法典,而在本质上两大法系的法典化仍然有许多不同。

综观大陆法系国家的法典,大都是体现出一般性即普遍性和抽象性的特点,法典的结构都是基于理性的设计,把同属于某种法律部门的规范进行系统的、完整的、具有内在逻辑性的阐述。大陆法系的法官必须严格地依据法典的规定裁决案件,其自由裁量权不得超越法典相关规定的约束。而英美法系国家的法典,不是在理性思维的基础上设计的结构,在法典的体系和结构上缺乏系统性和内在逻辑性,在其内容上也不具有大陆法系法典意义上的一般性和抽象性。英美法的法典编纂是将特定领域的相关制定法汇集在一起,经过某些技术处理,对已有的同类法律法规系统地整理成册。因此,这种做法不是大陆法系那种严格的具有立法意义上的法典编纂,而只是一种法律汇编。美国法学家埃尔曼指出,英美法系法典“除了外观以外,并没有表达与欧洲法典同样的文化内涵;在处理具体案件时,法官并非必须在法典之内寻找依据,相反,他可以也经常依据其他渊源”。<sup>[37]</sup>梅利曼指出:“在普通法法系国家适用法典的地区,人们无需对法典作完美无缺的矫饰,也不强求法官在法典内寻找判案的根据。而且,通常这些法典都不否定过去的法规,它们并不是要废止在同一调整范围内的一切旧法,而是通过补充使之完善化。”<sup>[38]</sup>这正好说明英美法系法典编纂与大陆法系法典编纂内涵的不同。大陆法系法典编纂必须要对现行法律进行“矫饰”,要对已经过时的法规加以否定,并且要废止在同一调整范围内的一切旧法。

[32] 封丽霞:《法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社 2002年版,第 300页。

[33] [法]勒内·达维:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社 1984年版,第 2页。

[34] [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年版,第 173页。

[35] [美]埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店 1990年版,第 51页。

[36] [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系——西欧拉丁美洲法律制度介绍》,顾培东、禄正平译,知识出版社 1984年版,第 29页。

[37] [美]埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店 1990年版,第 51页。

[38] [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社 2004年版,第 32页。

总之,通过分析、比较当代两大法系的法典编纂的不同,说明两大法系在一些方面逐渐“靠拢”和融合的发展趋势中,形式上相似的东西在本质上却有不同,概念上相似的东西在内涵上却有区别。

在当代世界,随着经济全球化的发展,各国社会的变化和各種经济活动的复杂化,必然迫使各种法律进一步完善,即在不断制定新的法律的同时,不断修正和补充传统的法律。在大陆法系国家,随着社会和经济的变革,以民法典为主体的法典编纂发生着重大的变化,“立法将许多领域自民法范围分离并开辟了民法典以外的全新法律领域。这些领域(如房地产租佃法、雇佣法、保险法、运输契约法、垄断和竞争法、企业债券法、城市住房法)乃由特别立法来调整。其中民法典的那种无限制的契约自由已被一种以强制性条款、对某些协议的禁止及控制、许可、特许等条件形成的体系所取代。”<sup>[39]</sup>这样,一方面正如中国比较法学家沈宗灵指出的是“比较多的现代法律代替以往的系统化法典”。<sup>[40]</sup>另一方面,正如秘鲁比较法学家穆里约和莫索斯指出的是“采用各种不同的法律技术来改编民法典,使它们能够反映这些变化;此类法律技术包括以特别立法对漏洞所进行的填补,以及通过司法进行的法律创制。然而,偏离民法典的特别立法的激增给可适用的法律造成了混乱与不确定。这一现象加强了对法典进行修订以将特别立法予以整合,以及用一部新法典取代整个旧法典的趋势,这一趋势通常被认作‘法典的重构’”。<sup>[41]</sup>在这里非常值得我们注意的是,穆里约和莫索斯提出的法典的重构问题。法典的重构打破并且整合了自19世纪以来大陆法系的传统的法典体系,而且经重构的法典体系中又吸纳了新的特别立法。

在当代主要大陆法系国家以及受其深刻影响的许多大陆法系国家中,法典重构主要是民法典的重构采取两种方式进行,第一种方式,是对其已经实施一至二百年的“古老的”民法典的主要内容进行部分的修订和补充,例如,法国、德国、瑞士、比利时、西班牙等国,都已经分别对其民法典中有关家庭法、财产法以及个人权利等规定的内容进行了修改和补充。第二种方式,是重新制定新的第二代或第三代法典,来取代旧的法典。例如,意大利1942年制定的民法典、葡萄牙1966年制定的民法典、荷兰1990年制定的民法典,以及秘鲁、巴拉圭、委内瑞拉等拉丁美洲国家分别于20世纪80—90年代制定的民法典,都取代了19世纪制定的“古老的”民法典。这些法典的重构,是与其各自国家近几十年所奉行的整体改革的方略相一致的。<sup>[42]</sup>

在法典的重构进程中,无论是对“古老的”民法典的主要内容进行部分的修订和补充,还是重新制定新的民法典代替旧法典,都不同程度地借鉴、吸收或移植了不同法系、不同国家法典编纂的内容和经验。这也就是说,在法典重构中,显然都运用了比较法的研究方法对相应的或共同的问题进行分析和研究,以使本国的法典注入新的活力。例如,在《荷兰民法典》(1990)和加拿大《魁北克省民法典》(1994)的制定过程中,立法者不仅吸收了许多欧洲大陆法系国家的模式和经验,而且借鉴了英美法系一些国家的经验和国际惯例。<sup>[43]</sup>特别是在近十多年来,大陆法系国家的法典重构或有关立法,或者是对重构后的法典的修订,都能够通过对包括27个国家的欧盟和其他超国家组织,通过对不同法系法律的比较研究,借鉴和吸收新的立法精神和内容。在此,充分体现出比较法对法典重构的重要作用。

综观近几十年大陆法系国家的民事立法及其民法典,大都在进行重构。其根本原因就在于社会经济的变革和发展、经济全球化和法律全球化发展趋势的推动、旧法典内容的不同程度的过时、法典之外的特别立法的显著增加,以及伴随出现的解法典化趋向。在这里,由于特别立法的加强,加速了解法典

[39] [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年版,第32页。

[40] 沈宗灵:《比较法研究》北京大学出版社1998年版,第342页。

[41] [秘鲁]玛丽亚·路易莎·穆里约:“大陆法系法典编纂的演变:迈向解法典化与法典的重构”,许中缘、周林刚译,载《清华法学》第8辑,2006年,第76页;又参阅[秘鲁]何塞·路易斯·德·洛斯·莫索斯:《二十一世纪民法典 I·序言》秘鲁共和国国会法典改革委员会2000年版,第25页。

[42] 参阅[秘鲁]玛丽亚·路易莎·穆里约:“大陆法系法典编纂的演变:迈向解法典化与法典的重构”,许中缘、周林刚译,载《清华法学》第8辑,2006年,第77页。

[43] 参阅[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年版,第64页;又参见[秘鲁]路易斯·迪埃斯-毕加索:“法典的编纂”,载《民法年鉴》4—6月,1992年,第482页。



化的进程。

解法典的概念最早是由意大利法学家那塔里诺·伊尔蒂于 1978年在其论文《解法典时代》中提出的。之后,许多西方法学者从不同角度对此进行了分析。实际上,美国法学家梅利曼在其著作《大陆法系》中论述到大陆法系的未来时,已经涉及到法典之外的特别立法问题,解法典化是由于法典之外的特别立法造成的。他也称解法典化为非法典化,认为大陆法系国家 19世纪模式的法律体系正在变革和转型,随着民法典作用的衰微和宪法权威的树立,“非法典化”的趋势已成定局。梅利曼指出,大陆法系国家针对民法典通过了很多补充立法,“这些立法有些旨在细化和说明法典调整的事项,澄清法典的立法本旨。但补充立法的很大部分却有很大的不同:它确立特别的法律制度,即所谓的‘微观法律制度’,这种制度与法典的基本思想相距甚远,因此,与法典本身并不契合。”<sup>[44]</sup>他进一步指出,特别立法与传统民法典的基本精神相比较,它是“异类的、多样的”。原本是民法典所涵盖的领域的问题,却“产生了众多具有重大意义的微观法律制度,诸如城市土地租赁、耕地租赁、知识产权、公司行为、公司证券的上市与交易等。这些法律不仅仅是法典的补充而已,它们常与法典并驾齐驱……从而确立了其与传统法典的竞争地位。案件以特别立法而非民法典的规定为裁判依据。”<sup>[45]</sup>这就表明,对于传统的民法典而言,由于特别立法而移走了原属于它的法律领域的内容,并且以此重构了“微观法律制度”即为一种“微观系统”,其结构、思维方式和方法论诸方面,都有异于原民法典,因此,必然使原民法典面临着解法典化的趋向。<sup>[46]</sup>

总之,法典的重构通过对传统的“古老的”法典的修订、补充或更新,使其充满新的生机;解法典化通过特别立法在传统的、“古老的”法典“体外”形成“微观法律制度”,这就是当代大陆法系法律制度的特征和发展趋势。

---

---

[ Abstract ] A comparative study of the continental and common law systems reveals a trend of borrowing from and merging with each other between these two major legal systems. Firstly, in common law countries, statutory law has grown rapidly and is increasingly becoming an important legal source; secondly, in continental law countries, case law is increasingly being recognized as a legal source. On the other hand, there is a trend towards de-codification, with a large number of separate laws and regulations being adopted besides the traditional system of basic codes. Of course, marked differences between the two legal systems still exist. For example, the statutory law in common law countries generally takes the form of compilation, rather than codification, in contrast to that in continental law countries.

---

---

(责任编辑:白 丁)

[44] [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社 2004年版,第 158页。

[45] [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社 2004年版,第 159页。

[46] 参阅[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年版,第 64页。