

# 马克思主义研究网



马克思主义 毛泽东思想 三个代表重要思想 中国共产党党史 当代世界社会主义 当代资本主义与资本主义发展史 大事记  
列宁主义 邓小平理论 科学发展观 国际共产主义运动史 国外马克思主义流派 马克思主义研究部 专题参考 辞典

您的位置：首页 - 资本主义资料

## 民法帝国主义---民法到底是什么？

[Time] 来源：

打印本页

关闭窗口

徐国栋

谢谢大家的掌声，谢谢陈小君副校长的邀请，让我能够在离开中南四年以后，回到这个我曾经工作了十三年的地方。人生中间有几个十三年呢？我生命中很重要的一段时光是在这里度过的，所以我对这里怀有深厚的感情，对中南的学生包括厦大的我都是另眼相看。（笑声，掌声。）而且中南的网站我经常访问，我在上面还有化名的，不过我不能告诉你们。（笑声。）反正回到这里我很高兴，对中南的学生的偏好也不是完全出于一种地缘主义，而是说我很欣赏中南学生对理论的热衷。我接触的各个大学的学生都比较多，中南的学生是比较好理论的，这是很好的。今天能够来着么多（人），也是一个很好的见证。我在全国各地讲过很多学，发现有两个集团：第一个就是沿海集团，在广东、在上海、在厦门，是一种感受；在西安、在重庆、在武汉又是一种感受。这样人山人海的场面我是很久没有见到了，所以也感到特别的兴奋。（笑声，掌声。）那么今天我要讲的就是“民法帝国主义”，这样的一个老题目。事实上我在这里是想作一个解释：民法到底是什么？这个问题即使是作了一辈子民法的人也不见得搞得清楚的一个问题。这个问题的来历如何，那么我想以一个引子来开始。

### 一、引子

作为一个民法的职业学者，我从1984年开始研究民法，至近已17年，在这17年中，有四个问题一直困扰着我：

1，民法的命名方法为什么不同于其他部门法？其他部门法都是以其所调整的人类的行为类型来命名，如刑法，劳动法，行政法，经济法，环境法，社会保障法等等，他们命名的特征是一目了然，看了名称就知道是干什么的。而民法却没有告诉我们它所调整哪种类人类行为类型，或者告诉我们一个可以实施这种人类行为的主体。

2，为什么民法的体积远远超过其他部门法。按照潘德克吞体系，民法包括总则，物权，债权，亲属，继承，知识产权六大部分。每个部分都相当于一个部门法。例如刑法400多条，而合同法就400多条，所以作为一个民法学者就意味着加倍的劳动，六倍于其他学者的劳动量。因此每个民法学者毕其毕生精力，只能穷尽其中一个领域，成为总则的专家，或者是债法的专家，或者是物权的专家等等。我想要全面征服这六个领域已经超越了个人的能力。那么，为什么出现如此的比例失调？

3，为什么在一些民法典中，在一些民法著作中，这些立法者们这些著作家们，都要义不容辞的首先抛开民法，谈论法的一般问题。例如郑玉波先生的《民法总论》其中谈到“凡有人类就有社会，凡有社会就有法”，从法的一般现象着手，最后落实到民法；又如萨维尼的《当代罗马法体系》，这本书是对于德国当时现行法的研究。因为德国人把罗马法作为其现行法，所以他的罗马法在当时德国是有效的罗马法。这本书开头就是谈话的一般规范，法的一般定义、权利、立法权的由来、法律规范的特征，最后落实到民法。上个世纪的著作都是如此。从立法上来看，我们知道法国民法典有一个序题（我们徐涤宇老师翻译成序题），首先规定是法律生效，即在法律颁布以后离首都每隔500法里生效。在伊比利亚、拉丁美洲的民法典中都有这样一个序题，这些都不是民法问题，而是法的一般问题。举一个最近的例子，1998年的阿根廷民商合一的民法典草案，干脆将序题改为法典的第一编，叫做“法”。在民法里面规定法，关系所有法的问题，大家觉得有什么奇怪吗？我记得从法国民法典开始到依波利亚、拉丁美洲到各个国家的民法典的序题是一个不好的表达。因为序题的英文表达是“unprele”是“first”的意思，即在门槛之前，那么并没有概括出它的内容出来，仅表示出其在编码体系中的地位，但部门法是严格的欧洲大陆法的概念，根据我们这种以理性主义为基础的六法的观念，对所有的事实法进行整理，把它细分；然后这种部门法运动在全球范围内得以完成。但是在美国和英国完成了吗？我们很难用总法典的模式来描述英美的法律状况。我们说美国完成了部门法运动，但是它是以不同的标准来完成的。它没有民法的法律部门，比如合同法、侵权行为法、知识产权法和家庭法。它已经分为很多的类别，然后这是我们把握的对象的需要。但是它是与大陆法不同的方式来做这一点的。

第五个问题我们来讲一下相反的运动——市民法的部门法化。

首先，第一各小问题，什么叫做“六法”。其实六法是很好的推演出来的。首先宪法是所有的法律的总则，然后两个民字、两个刑字——民法典和民事诉讼法典、刑法典和刑事诉讼法典，再加一个商法，这就是六法。从拿破仑的法典编纂以后，我们就把所有的世俗法的整体称之为“六法”，在最初所有的法律就是这“六法”。现在我手头有一本台湾的《六法全书》。那里面有几个法呢？不止于六法吧？它至少有九个大的门类，根本就超越了六法的范围，甚至把国际法也包括进去了，在日本也是如此。为什么在台湾和日本现在还把这叫作“六法全书”？现在如果要为“六法全书”写一个词条，你们会怎么写呢？要是我来写的话，我就把它用拉丁文来表示——Corporis Iuris Civilis，是“市民法大全”的意思，是不是？现在的“六法全书”已经违背了它本来的含义，六法指的是什么啊？就是“国法大全”的意思。一书在手，所有的世俗法我们都能够把握。所以六法有两个含义，本来的含义和衍生的含义。大家不信回头查一下《六法全书》就知道了。这是很有意思的一个现象：为什么现在已经不止六法了，却还叫六法全书。这是我们首先要声明的一个问题，不然就没法进行后续论述。

另外的一个问题，就是六法的本质是什么？我们为什么要把这么多的世俗法的内容分为六个门类？六法的本质是为了寻法活动的需要。最有劲头搞六法的首先是法官，一个民庭的法官可能一辈子都不跟刑庭打交道，那么他就很希望有这么一本书能够满足他。他经常要处理的案件所需要援引的法律在这本书里一下子就能够找到，而与他没有关系的他都置之不理。作为一个法律的操作者，要寻找出跟自己有关的规范来是多么的不容易，且我们要想到罗马的那些法律操作者是受过良好的法律教育的。像我们现在的司法考试是通晓发条的必要条件；在罗马，司法考试是充任所有高级管理人员的必要条件。所以他们的高级官吏都是法律学院毕业的，都是通晓法律的。要是一个老百姓来寻找这些法律规范就更加麻烦了。六法的本质就在社会分工的基础上，人们只与某一些相关的法律打交道，六法使得寻法活动会计化，简单来讲是一种效率的要求。

既然六法的本质是这样的，那么我们下面就介绍一下简化寻法活动的一种方法探索，人类的一种探索历程。第一种方法是按照年代分类法，就是把所有的法律按照它们颁布的年代分类。这方面的历史有公元438年的16卷《狄奥多西法典》。它是优士丁尼编纂的一个法典的前称。优士丁尼的法典已经按照主体分类了，但这里还是按照颁布的年代分类，每卷以颁布的时间为序来编排皇帝的敕令。另外就是1679年意大利的萨沃依公国的律师Gaspere Bally编辑的“公国规范总成”。这种年代分类法非常的不方便，你如说关于杀人罪，1979年全国人大制定了一个法律，后来在1982年又制定了一个补充规定，1993年又作了进一步的补充规定，那么我们要从1979年一直查到1993年才行，我们不知道相关的法律规定颁布的确切年代，所以寻法的时间范围有可能更大，这是极为不便的。那么这种分类法现

在还有没有呢？现在还有！我到美国去，看哥伦比亚大学有一个外国法律的文库，它对于每一个国家的立法情况的介绍用英语来讲就是 Session Law，这个词我就看不懂！后来我到波多黎各去，跟一个图书管理员的关系很好，我就问他。他告诉我，这个 Session Law 是这样的。比如说我国的全国人大有任期，那么这一届全国人大它所制定的所有的法律，它就会把这些汇编起来，名之为“本届人大立法汇编”，这个就叫做 Session Law。这个东西实际上是按照一个大的问题来汇编法律的，而没有把它按照主体分类，所以这种方法非常不方便的。所以在美国出了这一届国会的 Session Law 汇编之后，它还要另外把它的 Codify。Codify 就是按照主体分类，所以在这里我们看看什么叫做 Codify，Code 是过去的书籍的一种装订方式，现在 Codify 在英语里面就是按照主体分类的意思，尽管它的这种主体分类方法跟我们大陆法的分类方法大不一样。在这里一个法律要汇编两次。那么为什么要 Codify 呢？它就鲜明的告诉了我们 Codify 的意义所在。Codify 就是让大家寻法方便嘛！如果没有 Codify 和 Session Law 你找起来脑袋都大了。国会也会用它来彰显政绩，要是跟别的混在一起，这一届国会的政绩就不耀眼了！看看自己任期内厚厚的一叠 Session Law，无疑有一种优越感和成就感。这种分类方法尽管不好，但是曾经存在过，而且现在也没有死亡。

第二种方法是按照立法主体分类法。也就是说，在有多种立法主体制定法律的情况下，把法的整体按照它们的颁布主体进行分类。罗马法就是这样的。大家看看在《法学阶梯》的第一页，罗马人的法律渊源分为七种，一个是法律、平民会决议、元老院决定、裁判官的告示、法律家的解答、还有习俗等，那么都是按立法主体进行分类的。习俗是一种不确定的立法，是大家的共同行为立法。在其他的一些地方，比如说 14 世纪的 Giacomo Bertaldo 司法部长编成的“光辉的威尼斯城邦习惯法”，他就是把威尼斯的全部法律按照大参议会、元老院、民事和刑事的四十人院以及其他的立法主体为标准进行的分类。那么我们看到这一种分类方法对现代法律提供的便利是相当有限的，尤其是多个立法主体对于同一个问题进行立法的情况下我们要遍尝所有的法律才能找到它。所以我认为所谓的法典编纂从某种意义来讲就是对无序状态的一种克服，对于无限的一种征服。我下面要讲美国的一种分类方法，可能要更加能说明这一点。

第三种做法，就是按照字母排列法。也就是把要汇编的所有法律按照所涉问题的标题首字母进行编排整理，这样的例子有 Francesco Antonio von Guarient 编成的 1704 年“奥地利法典”。这就是字母编纂法，我们的法学词典实际上也是这么编的。这里有一个非常重要的前提条件，就是法律的标的的分类一定要准确，一定要按照同一的标准来分类。假设要规定杀人案件的处理，关于杀人的法律的第一个词一定要用“杀人”，要是“关于杀人”那就麻烦了——这就成了“关于类”而不是“杀人类”了。所以这种方法提供的便利也是有限的，它可以作为一种辅助的方法，在所有的法律按照一定的主题顺序进行编排之后，在（法典的）后面用这种方式按照字母做一个索引是可以的，但是作为一种“当家”的方法是不行的。

第四种方法就是主题分类法，就是我们所说的 Codify 的根本含义，（具体的说）就是把法的整体按照诸法律所涉的主题进行分类，实际上就是未所有的法律做一个索引。我最近在《中国社会科学》上发表了一篇文章，就讲到了这个问题。简单来讲，什么叫做法典？法典我们讲过，是一种对快捷的方法的寻求、对迅捷把握庞大对象的需要的满足，这就是法典。还有什么呢？作为一个教师，作为一个立法者来讲——你比如我这里有一大堆土豆，我现在就面临一个问题：我带了很多的礼物送给我中南的一些旧友，我在来之前在厦门就把那个大的包装去掉了，然后（把礼物）放在箱子里边。我昨天看到旅馆里面两个洗衣袋。我说这是好东西，能够把它拎起来。但是这些东西我怎样把它拎起来啊？假设我这里用很多塑料袋子装了很多袋东西，什么鱼干、荔枝啦，我怎么把它拎起来？我拎不起来！我们立法者、教师教学的时候面临一个同样的情况，立法者和教师要把它拎起来，然后很有效地传授给学生。那么怎么样拎起来？我们要试验各种不同的方法，比如说我们可以弄一个圈环，每一个塑料袋上穿一个洞，像串犯人一样把它给串起来，或者说用网兜把它袋起来。然后从把握的角度来讲，我们一个方面要把所有的材料都拎起来，一方面要让别人一看就知道里面装的是什么——那绝对不是爆炸品，不存在恐怖袭击的可能，一看就知道是友好之物。（笑声）要让外人最好是看得见所有的“友好之物”。那个荔枝干和桂圆干可以区分开来，这种串在把手上拎着的方法是最好的。然后很重要的环节就是要设计你的包装，怎么把它拎起来。所谓的法典编纂问题实际上就是这个主题。从盖尤士体系到潘德克吞体系就是在这个问题上打转的。这就是“把手”的设计问题。像盖尤士体系的把手设计过高，一下子把这个拎起来了。所有的材料编成人法、物法，两个都拎起来了，但是人们不知道人法下面有什么东西。那么潘德克吞体系的把手比较低，它把这个东西拎起来使不错的，同时它还把里面的内容展示出来了，在物法之下我们一看：哇，物权法、知识产权法，合同法。它这个把手就设计得比较好，而现在新潘德克吞体系——第三代法典，设计的把手就更加低了，把债总和债分都给区分开来了，甚至有些老师主张把侵权行为法也分离出来。它整个来讲就是一个把手设计的位置问题。那么这些把手取决于什么呢？取决于对一些宏范畴的确定。比如说“人”跟“物”就是两个宏观范畴。那么这种范畴越宏，它的把手位置就越高。这些都是具体的概念，你不能说用过错来设定把手，这太小了，拎不起来，一拎就会把它拎翻的。所以的话，法典就是这么一个东西：无论是从那个角度来描述它，我们都面对一个庞大的对象要把握它，自己知道了（还不够），还要让别人知道这里面是一个什么样的东西。我讲到古希腊哲学以来，人们一直在探寻这种方式，一直到现在的德国、荷兰，就是在这个问题上都是这样的。这次在哥伦比亚看到一本书，我以为这个问题就我一个人研究，其实在很大程度上是一个 Topic and Law，这是一个德国人写的一本书。这个问题实际上就是一个体系问题，法典编纂问题也就是主题的问题。这一种主题分类法实际上就是法典编纂的基础，它让我们尽快的掌握一个法典。我们现在所说的法典编纂就是部门法的法典编纂，它取决于对一些宏范畴的确定，像我们民法跟刑法的划分就是宏范畴，在民法之下分为人法和物法，叫从范畴。

最后我讲一下美国的金钟罩法典。你说美国有没有法典编纂？我到美国去了十个月，任务就是研究美国的法典编纂，我研究了它的六个民法典。我想跟大家讲讲美国的法典编纂。如果问美国人他们有多少部民法典，百分之百可以考倒他们。我去的时候我的老板就说：“哎呀，徐教授真不错！我在纽约呆这么久，竟不知道纽约还有民法典！”一般来说，美国至少有七部民法典，我们正在组织翻译纽约民法典草案。它调和了两大法系之间的一些极大的损害了人们的公正判断的偏见，纽约民法典恰恰是将大陆法系和英美法系结合起来的典范，它的里面吸收了很多判例的规则，另外它先规定分则再规定总则。人们说民商合一的模式是瑞士民法典创造的，我看纽约民法典也是民商合一的，而且比瑞士民法典要早一些。从纽约民法典草案我们又顺藤摸瓜。纽约民法典在纽约遭受了失败的命运，但是由于它的一个制订者的兄弟在加尼弗尼亚州当参议员，然后利用他自己的职权把它变为加尼弗尼亚民法典。在加州被采用之后，又被其他五个州相继采用。在美西战争中，美国人打败了西班牙，夺取了西班牙的一个殖民地，这样西班牙的最后三个殖民地——古巴、菲律宾和波多黎各归入美国统治，然后产生了法典法与普通法的斗争。这里还有一块小小的土地，可能太小了吧，大家知道那就是关岛，靠近菲律宾，这个地方也是一个自治领域。一个美国的海军上校觉得这个地方没有法典是很不方便的，于是就把加州法典移植到了这里作为关岛民法典。与纽约民法典一脉相承的有三大民法典，很有意思的。另外就是路易斯安娜民法典，第四个；夺取波多黎各后适用西班牙民法典，第五个；乔治亚州制定了一个独立的民法典，第六个民法典。大概就是这些。这些体现了美国文化的包容性，它并不是死守英美的主流文化而排斥异质。法典编纂的本质是什么？就是向一个巨大的课题开战。我们要认识它、征服它、要把握它、要说清楚它！因为现代民主国家兴起之后，立法日益活跃，法律不断膨胀，我们越来越感到法律的无限。在我们的有生之年我没办法穷尽它。我们现在的法律教育实际上是屈服于这种无限，让我们法律人从早到晚的上课，颁布多少法律我们就得学多少。像美国法学院的课程是很少的，主要是几个主干课，然后它用其他的方式来帮助你来克服这种无限；而我们采用一种非常被动的方式，把自己当成一种无限性的奴隶。美国是用什么方法来制定法典呢？他们的威斯特出版公司出版了各州的州法，有自己所有的法律汇编。在美国大一点的图书馆里，首先全部是州法，50 个州，还有两个自治领。全部的法律从它的 session law, code law 还有联邦的法律。整整的一个大厅，要把握它基本上是不可能的。那么怎样克服这种无限呢？它们创造了一种“威斯特关键词代码系统”。首先，它把所有的法律分威七个主题。如果说英美法跟罗马法没有关系我是不相信的，大家一看就知道了，它来自盖尤士体系。第一个主题是人，第二个主题是财产，第三个主题是合同。人与物的相互作用产生了合同，合同是获取财产的主要途径。第四个主题是侵权，第五个主题是对侵权进行救济。然后第六个主题是犯罪，由政府来遏制犯罪。这种七编制可以看到盖尤士的痕迹。在我看来，这就是盖尤士体系和社会契约体系的混合。我们建立一个政府，它保障我们的生命和财产。它从私到公表明了财产运作和政治运作的关系。这里顺便讲一个问题，有的老师说人与物的排列是无所谓的。请大家注意，这是一个全球性的问题。你看在这个问题上美国是怎么处理的？美国人也讨论这个问题，人与物到底应该是什么关系？美国人经过深思熟虑后认清了这个主题，在他们的立法中可以看到。上面讲到的是七个大的把手，在此之上我们设立了总把手；在此之下的“小把手”由 414 个，要把这 414 个小把手准确翻译出来，非得到好好学习英美文化。因为含义实在是太复杂了，一个词的正确翻译前提是要学好这门课程。在 414 个 topic 之下，还有若干个更小的 topic，每一个 topic 之后都有一个代码来表示，只有接受专门的训练，才能掌握它。一旦在电脑上查询，所有相关的东西都会出来的。你看看，我们经常用 west law 的检索系统，另外要用好 nex 系统。这种系统就成了什么样的法典呢？它在这里的法典编纂用了两个很有意思的分离，第一个是立法者与法典编纂者的分离，立法者

并没有义务法律制定的让人易接受一目了然，这个任务由出版社来承担了。美国法典是美国政府编的吗？不是的。我们中国的法律是法律出版社编的，我一看就乐了：这不是模仿美国么？人大制定这么多的法律，而法律出版社予以编纂，按照美国那种方式，也是topic。第二个就是法典那套检索系统。从不同的角度我们可以对法典下定义，从这个角度来讲，法典就是一个检索系统。那么这个检索系统可以脱离材料。采、材料还是那么混杂零乱，但是我们通过这种局外的技术手段，一下就可以找到。这样就实现了对无限性的克服。这难道不是法典吗？这就是地地道道的英美法典！是一个存在于编码检索系统之间的法典。我把它叫做“金钟罩法典”，借用了武侠小说的术语。这种法典于我们写在纸上的法典具有更大的包容性。因为纸做的法典过几年就会撑破的，而且需要codification，“金钟罩法典”却不需要。永远都是开放的，再多的法典充斥期间它也会起到法典的效果。

下面我们讲六法的产生条件。第一个条件是商人法的产生。关于商人法的产生有两种学说，第一种是罗马法里面就有商法。比如说市民法就是民法，万民法就是商法，像罗德海法在学说汇纂里得以收容，这种说法古已有之。第二种说法是商人法产生在中世纪。我比较倾向于第二种说法。商人法在12、13世纪产生，是为了克服当时的封建障碍。商人为了追求自由和贸易，就建立城市和自治市。商法的产生就意味着这整合的需要，因为在商法产生之前我们所有的法律可由civil law一言以蔽之的，而现在产生了一个新的法律，我们不能包涵了，我们只有建立新的体系才能容纳它、整合它，就好像一枚巨大的钉子穿墙时把墙壁撑破了，使得墙壁不得不重建。这是第一个动力，立法的产生条件。第二个问题是法律的分工。最主要的分工是民庭与刑庭的分工。在古罗马以来就有民事案件与刑事案件的区分。在周楠的《罗马法原论》里面我们看到了这么一种表达，这种表达的作者不是周楠先生本人，因为周楠先生的罗马法原论是一个集体作品。他说在本书中只讲民事诉讼，不讲刑事诉讼，因为罗马的刑事诉讼未民事诉讼吸收。这个观点是非常错位的。裁判官实际上是一个民事裁判官，而不管刑事的，罗马法的刑事诉讼不是以独任制法官的形式存在，而是一种集体的法官（制度），是一个非常大的集体。比如说在各个治理层次上都有相应的民众会议，这个民众会议有两个功能，一个是刑事审判的功能，一个是刑事案件的商榷的功能。所以，在古罗马就有民事案件跟刑事案件的分工。这种状况到了法国也是一样的，你像13世纪路易九世进行司法改革，建立了中央法院，巴黎就是最高的中央法院，有三个院，其中第二个审理民事案件，第三个审理刑事案件。为了职业化分工的需要，（法官）被要求专门修习一门法律，法典编纂就满足了这种要求，就是我们所说的“两刑两民”。

“六法”产生的第三个条件就是行政权的加强。行政权的加强九意味着民族国家的兴起。民族国家就是幅员辽阔、资源丰富、具有更大支配力的国家。它的产生条件跟古代的有一点不一样：古代的国家是一个小国寡民的状态，是一个土围子。它们都是一个民族，如果地域太大是无法维持的。现在的民族国家都是方圆千里的大国。它治理的手段就是通过立法，立法的膨胀。在过去，比如古罗马的立法主体主要是民众，法学家是民众的代表，他代表民众来立法。所以立法的主体不是中央权力机关，即使在私法方面也是如此。通过法学家的办案、解答，然后是法官的裁判活动等等。而行政权的极大加强之后，是我们所面临的客体更加庞大，更加无限。我们说法典编纂就是对法的无限性的一种把握、一种征服。

“六法”产生的第四个因素就是理论进步。这里我觉得有两个人贡献至巨，第一个是莱布尼茨，莱布尼茨是在1646—1716年期间的人物。他是法学教授的儿子，原来是专攻法学的，——这个大家都不知道，只知道他是一个哲学家——后来法学家的名额已经满了，他不得已的话就废弃法学，然后从事哲学和数学。（笑声）他的活动涉及到历史、外交、数学、哲学和法学等多个领域。我们从来就不应忘记他是一个法学家，就是我在博罗尼亚参加世界第十七届法学大会的时候，又很多问题是谈莱布尼茨的法律思想的。他同时也具有立法和司法的经验，后来他和美因茨选帝侯的手下相识，后者邀请他到那里从事一份临时工作。那时美因茨的君主正在忙于民法典的编纂，莱布尼茨被提拔为美因茨的上诉法院的陪审法官。这样，他一方面帮助人家编纂民法，另外一方面也当了上诉法院的陪审法官，对立法和司法都比较熟，是一个横跨两个领域的人物。1667年，他写了一本非常有名的书，叫做《法学发展和数学的新方法》，是用拉丁文写的。在这本书里面，他以数学的方法处理法学问题，形成了“几何学法学”。所谓的“几何学法学”是法典编纂的思想基础。我刚才讲了，所谓的法典编纂，包括现在的部门法理论，像佛勒达斯的总法典理论一样，有一个总的前提出发，然后引出若干问题。作了推演，然后形成一个体系。最后收工了可以还原到这一主体。这就是总则的思想，也就是现代法典编纂的一个基石，离开了这个东西就没有法典编纂。莱布尼茨建立了法条的语法结构理论，认为每个法条都应该能够从一条新颖的规则中推演出来。那么法律规范应该被简练的设计为一个命题，该命题表现为主体通过细词与表语，这个表语就表达权利和义务，这样的联系就是一个命题。这一段话表明了非常多的信息，第一点信息我们看到：几何学思想对法学的影响，这属于重复，就不讲了。第二个我们看到了凯尔逊对莱布尼茨的抄袭，凯尔逊从来没有宣称莱布尼茨对他的影响，但是你看他的规范法学就是从莱布尼茨那里来得么？第三个是比较难以解释的一点，就是他创立了法律规范结构理论。他讲到：每一个法律规范应该表现为主体通过细词与表语，就是权利义务的联系，表达一个规范。这里实际上可以发展出现代的法律规范理论，就是说“假定、处理、制裁”。权利义务就是立法主体丰富的内容。我们在这里发现了一个很大的转变。我不知道在座的各位有没有看过我翻译的《市民法大全》，如果看过，你们在那里很难找到一条现代的法律规范。里面又一则小故事：老师在讲课的时候，有一个学生问：这个问题怎么办？老师说：第一个可能是这样的，第二个可能是那样的，第三种又不同，我看还是第三种比较好。皇帝问的时候他又给出另外的答案。不像我们现在，如果某人作了某事，那么应该承担某后果。这种规范（在《市民法大全》里）非常非常的罕见。原因何在？原因在于过去的立法大部分不是由中央政府进行的，而是由法学家进行的，或者是由法官进行的，在处理实务的过程中进行的，所以他没有制定一条规范，也说得咯里八嗦的。这套规范是我们受过现代法律训练的人自己把它提炼出来的，而不是法律自己呈现在我们面前的。那么现在在民族国家时代，是由立法者立法，立法者无疑是立法法的一个运用，实际上它或多或少必然会导致规范法学。规范法学在古罗马是没有的。规范法学的存在有两个来源，第一个就是说立法被理解成为一种赤裸裸的命令；第二个就是说我们应该对法律规范进行整理，尽量简练地获得一个法律规范，而不是一个故事。我们要让人们认识法律规范，不是一个法律学人，而是一个普通的老百姓。所以他的观念实际上反映了一种转折，即立法主体的一个转变，工作方式的一个转变。莱布尼茨的这个工作非常的有意义。所以你把优士丁尼的法典编纂——我说了第一代法典编纂是总法典的编纂，我们讲它的一种结构方式，因为从它的规范的内容你能看到一条法律规范么？都是咯里八嗦的，首先是讲一套宗教教义，然后讲一个谈论的背景，今天在场的五六个人我认为其中哪一个是有培养价值的，然后就跟他讨论，就像西赛罗的那种对话体——没有一个共同的规范。而现代法典编纂内容都是从规范法学的角度来制定规范的。我们从两个方面来讲，现代法典与优士丁尼法典的不同之处第一就是一个是分的一个是总的，第二就是一个是纯的一个是杂的。从微观角度来讲，没有明显的法律规范，只是隐含着某种规范，要自己去推导。而这里的话就是说现代的法典编纂是一个明确的法律规范。莱布尼茨可能很少自己谈到什么法典，但是我觉着他奠定了现代的法典编纂的思想基础。而且还要注意到这本书的极大的价值。在《法学发展与数学新方法》这本书里面，他首次使用了法哲学的概念。正是基于以上的研究成果，莱布尼茨在1668年写的著名的《用理性改造的法律大全》里面，宣称用全新的、整个的罗马法可以被所写为仅仅几张篇幅的一般规则。这是一个恶劣但是很有道理的攻击。实际上这里讲到的是从古人的立法方法到现代的立法方法的一种转变。很简单来讲，我们说什么是古人的立法思想？在整个的意识形态背景之中，在古典时期的罗马法学中间，什么是立法呢？立法没有一种统一的命令，而是一种劝说，所以劝说要讲很多乱七八糟的话，你看我去调解，我不能说：哇哇，你不对，你应该让步；你们两个曾经很要好……最后才说，你们该怎么办。这就是劝说，而现代的话就是说现代立法有与民族国家的兴起，政治权力的结构的改变，立法被理解成为一般的命令。这样就没有必要那么啰嗦了。一个法官进行调解的角度就不一样了：废话少说，你该怎样，你该怎样。以上是宏观和微观的角度来谈现代法典编纂的思想基础。而这种的基本的思想来自于数学观念，来自于哲学。第二个我认为至关重要是沃尔夫。沃尔夫是1670—1754年间的人物。他的影响非常大。康德曾经是沃尔夫的信徒，或者看了霍布斯的德译本以后，从民意论中惊醒，开始反对沃尔夫。所以说沃尔夫非常非常的有名。沃尔夫也是一个数学家兼哲学家，客串法学。（笑声）他在法学上的主要贡献是第一次提出了主体范畴。主体的范畴主要是吸纳的法人现象。因为过去的话“贝德索纳”（音）抛弃了所有个别性的人，不论是什么男女、背景或者职业的人，本来就是主体的意思。他加了一个主体的概念想建立一个能够统合法人现象的一个主体概念。第二个是他建立了总则，总则的理论。我看总则理论是数学思想的一个必然的结果。第三个他实现了实体法与程序法的划分，这对于“六法”的形成极为重要。我们知道“六法”无非是两个程序法、两个实体法，它的骨干部分出了宪法这么一个配件和商法这么一个新生之物，实际上是部门法跟程序法区分的结果。那么着个区分何以能够完成呢？这和我们讲到的古人和今人的立法方式不同又有关系。古人的立法方式一个是产生于劝说，另一个很重要的方面是产生一个程序，一个实体法律制度是在诉讼程序的运作中间产生的。所以的话一个实体法的制度往往以数学大形式表现出来。你看罗马法里面出卖人有一个叫“出卖之诉”，然后买受人有一个叫“买受之诉”是吧？合伙合同是以“合伙之诉”来解决的。那么就表明了当时的立法体制是学者立法和法官立法；而现在的民族国家是什么？三权分立！是由议会立法，立法的体制已经发生了革命。所谓的革命就是说实体法对于诉讼法的那种依赖关系就不复存在了。对于立法者来讲，我可以对实体问题的操作下一个命



命令，同时也可以对一个诉讼的问题下一个命令。这是一样的，两者之间并没有一种依赖的关系。在一个高高在上的立法者看来，这样的话，立法的实体和程序问题就划分清楚了。而在过去就是让立法行为成为一个“法律是一种经验”的方式来成长。通过运作发现问题然后加以补充。作为一种立法方式，诉讼法跟程序法的划分是必不可免的。如果你把诉讼法跟程序法看成一个，实体法马上就死。诉讼是实体法生命之音，或者叫做实体法的源头活水，而现在这个问题不存在了。所以，我们看到这些哲学家也好，数学家也好，他们的思想尽管很缥缈、很抽象，实际上还是反映了当时的现实，反映了当时民族国家的兴起，政治结构的改变，立法、司法方式的改变这种现实。这样就产生了“六法”的思想基础，实体法与诉讼法分开了，总则出现了。这里的总则不能仅仅理解为民法总则，所有的法律也是可以有一个总则的。这样现代的法律体系不是已经形成了雏形了吗？宪法之下一直排列着五个法，那么宪法就可以被理解成为所有的法律的总则。按照规范法学的概念也是这样的，我们（的观点）是从它那里来的。所谓的总则就是法律的法律，是母法。然后下面的分则就是子法，从它派生出来的。

第二个问题我讲一讲“六法”的正式形成。我们这里讲一些事实性的材料性的东西。六法的正式形成是一个不太容易区别的问题，不同国家的实践可能就相差几十年。在我看来，应该是法国人创造的尽管思想基础是德国人的。首先看第一个例子，路易十三时期，颁布了1614年的“马利亚克法典”，这个法典不是把法律规范简单的堆砌起来，而是试图重组它们，把它们分为公法、民法、刑法和海商法等部门法。路易十四继承了先祖已经进行的法律审理工作，然后进行了整理，颁布了一系列的条例，1667年他颁布了“民事条例”，这个民事条例不是民法典，而是民事诉讼法典；接着在1670年颁布了刑事条例，1673年颁布了商事条例，1681年颁布了海事条例，等等。我们看到在这个时候，路易十四作为一个立法者，他已经放弃了把所有的法律熔为一炉的尝试，而是分门别类的制定，但是他制定的法律叫做“条例”。这个“条例”跟我们现在所讲的特别法意义上的条例是不一样的，而是部门法的意思，也是部门法的先祖。这种就是我们最早的“六法”观念的萌芽。

到底谁是第一部现代意义上的民法典呢？我是这样认为的。因为路易十四制定的（法律）称作“条例”，我们不能把它视为民法典。历史上第一部民法典是1756年产生的《巴伐利亚民法典》。这部民法典的结构分为四编，第一编是总则，它的内容涉及到自然法与正义，法的分类老问题又归结起法的所有问题来了。民法典的立法者总是有一种王者风范，想为天下立一个规矩。然后与人的身份相应的权利义务、家庭、父权、婚姻、监护以及奴役。奴役是不好的，违反现代民法精神，但是在这里作为一种历史残留。第二编是物权，规定了财产权利与义务总则，所有权、所有权之取得、时效、占有、不动产抵押地役权总则、相邻权、用益权、使用权以及为乡村居住者提供适当的服务等等。第三编是继承法，分为十二章。第四编是债法，共有十八章。规定了关于合意的一般规定，不动产契约、拍卖契约、先买权、租赁等等。最后它就规定了一个采邑法，我刚才跟大家列举了很多古代立法的内容，它们不是诸法合一，而是民刑分离的，是最接近现代意义上的民法典的，唯一与现代民法格格不入的是“奴役”。我们现在所谓的“家庭法”，Family Law，过去不这样叫，包括美国都是叫Domestic Law，译为“家内法”，在康德的《法的形而上学原理》里面讲到：人身关系、家内关系包括了主人与仆人的关系。纽约民法典草案里面有着个东西，古代民法与现代民法中介的民法，是传统的主体，调整这个家庭及仆人的关系。Family这个词，本来就是一伙奴隶的意思，就是说奴隶是家庭的成员。向我们现在的狗一样——美国有些地方把狗当成自己的家庭成员。采邑法是一个封建的东西，其他的东西都跟现代民法是一样的。所以我认为1756年的《巴伐利亚民法典》宣告了部门法以上的民法典诞生。同时我们还看到，当时的巴伐利亚出了颁布了民法典之外，它还在1751年颁布了刑法典，1753年颁布了诉讼法典。从此，我们产生了这样一个表达——“古代法”，我们开始讽刺了，开始看不起了，觉得它们相当幼稚，“诸法合体、民刑不分”。我想这种批评始于巴伐利亚的这些法典。刚才讲到的是德语国家的情况，下面讲一下奥地利的情况。

奥地利的民法典是在1811年制定的，比巴伐利亚民法典要晚得多。它是颁布了一部叫做普通的民法典，General Civil Code。General跟Civil Code怎么能够并列呢？General本来就是总法典的意思，Civil Code就是部门法典的意思。这个General是什么意思呢？因为在封建时代，有它的法律分类体系——因为时间关系没有讲——叫什么采邑法、庄园法、自治市法等等，人们有不同的身份就使用不同的法。现代民族国家兴起以后，就实现了人的统一，把各种具有不同背景的人的个别性去掉，把它的共同性融合在Bedesona（拟音）这个名词里面。这样的话，法律也应该作相应的改变，这种法律的适用不因身份而异，所以奥地利民法典将之成为General。忒内西娅（音）女王她是在1753年任命这一民法典的起草委员会，她在颁布的这个委员会的诏书中间是这样写道的：委员会的起草仅限于私法。请看看优士丁尼在他的法典编纂委员会颁布的“国法大全”里面这是这样说道的，是一千四百多年以来永不动摇的古法，是所有的法，而不是部门法。我们可以看出这两个立法命令之间有一个鲜明的对比：一个代表了总法典的时代，一个代表了法典编纂的时代，部门法的法典编纂的时代。好，部门法立法运动至此完成。后来1804年法国民法典不过是继承其余绪。一般的，人们都会把法国民法典当作第一部部门法的民法典，这种看法是不对的。

第六个问题我们讲一下古典思想家对于“民法”一词的用法。我们看到民法这个词与一定的历史解释模式相联系，为什么它在不同的时期有不同的含义？在现代的法典编纂完成之前，它是总法典的意思；现代法典编纂完成以后呢？就在部门法的意义上使用。所以各种各样的文意呈现在不同的历史文献之中。就像罗马法本身一样，关于市民法这个词本身的理解也是一个庞大的历史堆积。每个人都可以在堆积物里找到自己所需要的东西，作不同的理解，所以造成一个很有意思的历史现象：就像我在讲座的开头所讲到的，人们理解不了在很多意义上使用这个词。我在这里就分为语言区来讲，首先就讲拉丁语系国家的用法。我作了一个很长的研究，一个很长的考察，但是开头的讲座不适合讲一些深奥的理论，所以我得找一些比较通俗的作家，最好是少数的作家。先看看曼佐尼的用法。曼佐尼是一个意大利作家，它写了一部很有名的作品，叫做《约婚夫妇》，他的生卒年月是1785年—1873年。在《约婚夫妇》里面，他是这样写道的：“所有的教士，不管是世间的修士，还是修会的修士，都不受民法管辖；不宁为是，跟他们居住的地方也享有豁免权。”这里的立法意思要是同学们来翻译这本书，你们会不会加注呢？恐怕要加吧？但是听过俺的课就不要加了！这里的民法就是古代的两分法嘛，一个是神法，一个是世俗法。而这里的民法是世俗法整体，不是部门法的民法的意思。教会的人受教会法的管辖，俗人受世俗法的管辖。这是一个佐证。而且这个译者很明智，他没有加注，不然的话大家就都知道他是一个傻瓜。他一加注释就会暴露出他是个傻瓜，可不是么？（笑）第二个意大利作者叫利玛窦。看过利玛窦的传记觉得他真不容易。我到过他的家乡，意大利北方的一个城市，看到他穿着中国的儒服的一个雕像。十几岁的时候他就到葡萄牙去接受训练，为了进入中国这么一个当时很封闭的国家，费了艰辛。他首先是在印度的古阿等待进入中国，然后在那里收集关于中国的资料，做相关的培训。然后在中国的澳门等待进入中国。后来还采取了很多的途径，穿着中国的衣服，装扮成儒生，慢慢的就套上了近乎，终于进入中国。但是他作准备的时间收集的关于中国的资料，是这样被评价的：他们特别研究他们（这里是指中国人）法律中的民法和治理形式，他们买了很多的中国书籍进行研究。哇，中国那时有了民法了！一些爱国主义者可以抓住这句话大做文章。但是如果了解民法一词的变迁线索，我们看到，利玛窦讲的“民法”是什么？是部门法意义上的民法吗？不是，是讲我们中国的所有的世俗法，用来治理这个国家的法。在很晚的时期，明朝的时候，西方还是这样使用民法这个词的。第二个例子我们讲一下霍尔巴赫，一个法国人。霍尔巴赫是1723年到1789年间的人物。他写了一本书，叫《自然政治论》。在这本书的中译本里面，由于翻译的原因，把民法法翻译为公民法。在霍尔巴赫看来，所谓的“公民法”也就是制定法，这里的制定法是所有的法律的总和，是实在法的意思。那么他并不把民法理解成法的一个门类。第三个作者是摩莱里，他写了《自然法》一书，生卒年月不详。摩莱里很可能是一个化名，在1755出版的《自然法》中他用民法这个词指称一个国家内部所有的法律。例如索伦制定的法律，这个法律是与国家公法想对称的。其实这个定义就是盖尤士所下的定义——所有的民族为自己制定的法。有些法律是与其他民族所共同的，这一部分法叫做万民法，然后其他的那一部分就是市民法。按照盖尤士的体系，它更加具有分歧性。一个国家所有的法不能说都是市民法啊，就像把我国所有的法都叫做“中华人民共和国市民法”，或者“中华人民共和国六法全书”；但是我国所采用的《联合国国际货物买卖合同销售公约》，那个东西应该是万民法啊！所以摩莱里在这里还是在非常原始的意义上来使用这个词。第四个作家——我要利用稍微多一点的时间——讲一讲孟德斯鸠的用法。也就是我们的译者所遭遇的困难。孟德斯鸠是这样讲到的：他们制定了一种以国家为成员的民法。我们大家明白这个意思吗？前面讲到民法最重要的特征是什么啊？是以个人为适用主体的。尽管有法人制度，但是法人被理解为个人的集合。而在民法层次有一种奎雷蒂法，它的适用主体是团体。这是远古的状况，但是现在有没有可能呢？我们看看，对西方的历史解释模式有一种微观的运用，有一种宏观大运用。微观的运用就是把它适用于私人关系，我们个人之间有一种自然状态，那种状态像西塞罗所描述的，后来我们通过私人契约结束了这种状态，成了一个市民社会，这个市民社会是以个人为成员的社会；但是我们把这个理论宏观化，会看到，至少在奎雷蒂时期，也存在一种自然状态，这种自然状态是什么？是以国家为成员的自然状态。康德所处的时代就是这样的自然状态。康德有一个伟大的理想，就是实现永久的和平。在他看来，在过去的那种国家法条件之下，一个国王的冲冠一怒就可以跳动国家之间成千上万人的大屠杀。有一个国王因为另外一个国王的早餐没有伺候好，这个国

王拍屁股走人，一回国就跟那个国家打仗。（笑声）一上场就是十几万，死了好几万。这以后缔约休战，宣布和平。人民被作为君主的私产，成了战争的消耗品。这是不合理的！那么国家之间有没有规矩可寻，在这种情况下就有一种必要。康德的这种描述实际上讲到就是国家之间的自然状态。那么我们能不能通过国家之间的社会契约结束这种状态、建立一个以国家为成员的市民社会呢？这个东西按照西方的历史解释模式的话，这个很顺理成章的；而孟德斯鸠恰恰谈的就是这个问题，他用很简单的语言，但是我们的译者理解不了，就加了一个注释。这个意思我是马上就理解的。孟德斯鸠的思想继续发展，我们知道，国联的观念是谁提出来的？第一次世界大战时期美国总统威尔逊。威尔逊看到了这种屠杀的悲惨和不必要，然后就构想建立一个世界政府。通过一个社会契约，国联在一战以后成立，但是不成功的，包括它没有制止日本对于中国东北的占领；但是联合国把它完善了。到了80年代以来，尤其是在上一次伊拉克战争中，我觉得“沙漠风暴”是一个正义的行动。他们把科威特拯救出来。那个时候联合国越来越表现为一种国际政府，世界政府。在这个层面上，我们发现市民法的含义有一个很有意思的变化。要把握市民法的意思是挺难的。市民法本来是与国际法相对应的，现在的话反倒成了国际法了。孟德斯鸠是在谬用这个词。我们开头讲到：市民法不是国际法。这里孟德斯鸠就把市民法的概念推广到国际关系中来，把国家法看成是一种市民法。孟德斯鸠有八种用法，在这里我只给大家讲这一种，为什么孟德斯鸠有八种用法呢？根据现代人对孟德斯鸠的肖像的研究，孟德斯鸠在写这本著名的著作的时候，他的视网膜已经基本上脱落了。他的视力很微弱，所以雇佣了十六个秘书来写这本书，根据对手稿的研究，有十六种笔迹。然后这本书是混乱不堪的，只是利用人们的无知才获得了那么大的影响，它经不起稍微仔细的研究。你像我要以这个研究，我就发现孟德斯鸠的思维非常的混乱，用那种辩证法的思维方法来研究孟德斯鸠的著作，发现有市民法的含义有八种，太多了！一个严谨的作家顶多只有两种。这说明由于写作的程序问题加剧了这种混乱。我在这里讲的是它的一种用法，是一种谬用，不合常理的使用。

第二个我们讲一下德语语系作家的用法。第一个作家是康德。康德是1724年到1804年的人，这一组数字告诉我们，到法国民法典诞生的时候，康德就去世了。康德生活在一个巴伐利亚民法典的时代，一个法国民法典的时代，同时也是普鲁士邦法的时代。当他使用市民法的这个词的时候，他是在两种含义上使用它，让我们看看他是怎样使用的？在他的《法的形而上学原理》中间，他描述了这么一种状态，——就是我们刚才讲到的西方历史解释模式。他把人类的发展解释为自然状态与文明状态，自然状态当然就是我们前边提到的，明文状态就是市民社会，也就是有了国家的状态；然后通过社会契约结束了自然状态进入了文明状态；然后这个文明状态的所有的法就是市民法。这就是康德市民法这个词的用法，跟我废除的对这种模式的解释是完全一致的，就是人类摆脱了自然状态进入市民社会以后所建立的所有的法。这里的问题就是，康德为什么没有选择巴伐利亚民法典对民法一词的用法，而是使用了普鲁士邦法对这个词的用法呢？我觉得，一个搞历史哲学的人、搞宏观理论的人跟搞部门法理论的人对这个词的偏好是不一样的。我们知道康德是一个在历史上非常有贡献的思想家，他也要继承西方的这一套历史解释模式。他如果在狭义的使用民法这个词就意味着什么啊？这个词的话就脱离了西方传统的历史解释模式。现在我们所使用的部门法意义上的民法一词跟西方的历史解释模式是没有什么关系的。那么作为康德这样一个伟大的思想家来讲，抛弃这种对于市民法这种概括意义上的用法，无疑是一种巨大的理论资源的浪费。所以尽管有部门法运动，他还是用了一种古含义上的市民法。第二个德语作家是威廉·洪堡，1767年到1855年这么一个作者，他的用法实际上反映了一个部门法时代的人物了，部门法已经深入人心，他在1792年写成的《论国家的作用》这本书中间，也使用了“民法”一词。在他的术语体系中间，民法一词与警察法、诉讼法和刑法相对立。为了节省时间，我将一下他的民法一词包括什么。他的民法包括侵权行为法、表意行为法以及继承法几个部分。到洪堡的时候，他已经完全在部门法分意义上使用民法这个词了，尽管他的部门法名称跟我们不一样的——警察法，就是说一种公安行政法吧，是行政法的概念。

第三，讲讲英语世界种的用法。英语是一种非常特别的语言，因为我们的民法现象并未曾英语世界发生，所以他们在谈论“民法”一词的时候都是在谈论一种外国的现象。我在哥伦比亚大学听课，他们讲“民法”指的就是大陆法系的。他们也不会理解一种部门法上的民法，除非是专门研究大陆法的。所以他们谈论这个词实际上是对外国现象的一种谈论。这是第一点需要说明的。第二点需要说明的，就像德语对于civil law进行了民族化处理一样，英语以照样。英语里面用来表达civil law这个词（ius civil）的是municipal law，即自治市法。

2004/4/6 文章来源：中国私法网

转载务经授权并请刊出本网站名

Copyright © 2005 www.  
All Rights Reserved

版权所有：马克思主义研究网 | 网站声明 | 联系我们

（浏览本网主页，建议将电脑显示屏的分辨率调为1024\*768）