



**HAL**  
open science

## 法典化模式选择的法理辨析

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 法典化模式选择的法理辨析. *Droit et développement social* (《法制与社会发展》), 2021, 27 (01), pp.89-112. <hal-03859021>

**HAL Id: hal-03859021**

**<https://hal.science/hal-03859021>**

Submitted on 13 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

国家社科基金资助期刊  
中文社科 CSSCI 来源期刊

法制与社會發展

LAW AND SOCIAL DEVELOPMENT

LAW AND SOCIAL DEVELOPMENT

# 法制与社會發展

1

2021

第二十七卷第一期  
(总第 157 期)

张文显  
习近平法治思想的理论体系

朱明哲  
法典化模式选择的法理辨析

谢海定  
性骚扰概念在中国法上的展开

二〇二一年第一期 (总第一五七期)

# 法制与社会发展

言恭达 题

主 编 张文显  
副 主 编 苗 炎 侯学宾 朱 振  
编辑部主任 苗 炎 (兼)  
责 任 编 辑 侯学宾 朱 振 苗 炎 郑怀宇  
乔 楠 王雨荣 陈越瓿 李书磊  
孙远航 陈洪磊  
技 术 编 辑 杨 雪

编 委 会  
主 任 姚建宗  
委 员 (以姓氏笔画为序)

王树义	付子堂	孙笑侠	朱景文	张文显
张中秋	陈兴良	李 林	张明楷	张保生
杨春福	杜宴林	张 骐	季卫东	郑成良
范 愉	姚建宗	信春鹰	徐忠明	徐显明
黄文艺	崔建远	舒国滢	葛洪义	霍存福

• 习近平法治思想研究 •

- 习近平法治思想的理论体系 ..... 张文显( 5 )
- 新时代依法防范化解重大风险挑战的行动指南  
——学习“习近平依法防范化解重大风险挑战论述”的体会 .....  
..... 徐汉明 邵登辉( 55 )

• 法理中国研究 •

- 作为共识凝聚框架的法理论 ..... 陈 辉( 75 )
- 法典化模式选择的法理辨析 ..... 朱明哲( 89 )

• 司法文明研究 •

- 新兴权利司法证成的三阶要件: 实质论据、形式依据与技术方法 ..... 王方玉( 113 )
- 法官责任制度的双重逻辑与价值衡量 ..... 贺 宁( 130 )

• 部门法哲学研究 •

- 从“认识论”到“认知论”  
——刑事诉讼法学研究之科学化走向 ..... 谢 澍( 146 )
- 风险分配视角下情事变更法效果的重塑  
——对《民法典》第 533 条的解读 ..... 尚连杰( 169 )

• 法律与科技研究 •

- 从个体走向共同体: 当代基因权利立法模式的转型 ..... 吴梓源( 189 )

• 理论纵横 •

- 性骚扰概念在中国法上的展开 ..... 谢海定( 210 )

**LAW AND SOCIAL DEVELOPMENT**

( Bimonthly)

Vol. 27, No. 1 ( Series No. 157)

January 10, 2021

**MAIN CONTENTS**

**Studies on Xi Jinping Thought on the Rule of Law**

The Theoretical System of Xi Jinping Thought on the Rule of Law ..... Zhang Wenxian ( 5 )

Action Guide for Preventing and Resolving Major Risks and Challenges According to Law in the New Era: Experience of Learning “Xi Jinping’s Exposition on Preventing and Resolving Major Risks and Challenges According to Law” ..... Xu Hanming, Shao Denghui ( 55 )

**Studies on Fali–China**

On the Legal Theory as the Consensus Framework ..... Chen Hui ( 75 )

Jurisprudential Analysis of the Choice of Codification Mode ..... Zhu Mingzhe ( 89 )

**Studies on Judicial Civilization**

Three Progressive Elements of Justifying Emerging Rights in Judicature: Substantive Argument, Formal Basis and Technical Method ..... Wang Fangyu ( 113 )

The Dual Logic and Value Measurement of the Judge Responsibility System ..... He Ning ( 130 )

**Studies on Philosophy of Branches of Law**

From Epistemology to Cognitivism: The Scientific Trend of Criminal Procedure Research .....  
..... Xie Shu ( 146 )

Reshaping the Effects of Change of Circumstances from the Perspective of Risk Distribution: Interpretation of Article 533 of the Civil Code ..... Shang Lianjie ( 169 )

**Studies on Law and Science and Technology**

From Individual to Community: The Transformation of Contemporary Legislative Model of Gene Rights ..... Wu Ziyuan ( 189 )

**Monographs**

The Development of the Concept of Sexual Harassment in Chinese Law ..... Xie Haiding ( 210 )

( Translated by Zhu Zhen)

圣人能生法,不能废法而治国。

——管子

## 法制与社会发展

(双月刊)

主管 中华人民共和国教育部  
主办 吉林大学  
承办 吉林大学理论法学研究中心  
全面依法治国研究中心  
司法文明协同创新中心  
编辑 《法制与社会发展》编辑部  
出版 《法制与社会发展》编辑部  
社址 长春市前进大街2699号

邮编 130012  
投稿 <http://fzyshfz.paperonce.org>  
邮箱 [lasd1995@vip.163.com](mailto:lasd1995@vip.163.com)  
电话 0431-85168640  
代号 12-165  
发行 吉林省报刊发行局  
印刷 长春新华印刷集团有限公司  
订购 全国各地邮政局

## 法典化模式选择的法理辨析

朱明哲\*

**摘要:**法典化的模式可以分为体系型和汇编型两种类型。我国学者在讨论法典化时主要希望完成的是体系型法典,也就是通过部门法的横向建构和规则/原则的纵向建构完成的一个明确、稳定、评价无矛盾的融贯体系。体系型法典在理论上有助于保障法的安定性,实现法律上的形式平等。它同时预设了三种理念:社会基本处于静止状态;法律所保护的价值在整体上不会受到新的社会发展的挑战;一个国家的整个领土构成一种均质的空间。在当代法律实践中,规范呈现出越来越多的碎片化特征。就算立法者通过法典实现了一定程度的规范整合,单行立法、判例、习惯、个人性质的规范也终究会不断打破法典的体系。而且,实证法在调整社会关系时也更注意社会生活的变化特征和给定地理空间的自然/人文特性。在这种情况下,采用汇编型法典是更适合当代法治实践要求的做法。

**关键词:**体系型法典;汇编型法典;法律体系;法律渊源;法律碎片化

### 一、两种法典类型

我国《民法典》在2020年的颁布,标志着我国进入了一个法典化的时代。以环境法学者、行政法学者为代表的许多部门法学者也开始讨论各自研究的部门法的法典化议程,关于各个部门法法典的结构和具体内容的研究汗牛充栋。相比之下,关于法典的形式与观念的整体反思和讨论虽然寥若晨星,但如同“执拗的低音”,仍然是我们当今法学论说中不可忽视的一部分。<sup>①</sup>于是,在我国《民法典》的路径选择上,出现了关于“编纂”和“汇编”两种路线的争论。前者要求革新与改造现行民法,后者则主要体现出对现行民法体制的维持。<sup>②</sup>薛

\* 中国政法大学比较法学研究院副教授、博士生导师,钱端升青年学者。

本文系国家自然科学基金青年项目“中法法律交流档案研究(1877—1958)”(17CFX007)的阶段性成果。

① 代表性的作品见谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,《中国社会科学》2013年第2期,第98-206页;薛军:《中国民法典编纂——观念、愿景与思路》,《中国法学》2015年第4期,第41-65页;纪海龙:《理想与现实的距离——对中国民法典编纂的冷观察》,《华东政法大学学报》2016年第6期,第15-23页。

② 参见薛军:《中国民法典编纂——观念、愿景与思路》,《中国法学》2015年第4期,第42页。江平先生亦认同一种汇编式、联邦式的法典化之路。

军教授认为，这两种思路早在罗马法时代就已经出现，表现着两种不同的法典观念，具体选择哪一种观念和路径取决于我们所处的具体时代背景。<sup>③</sup>沿着前辈学人开拓的道路，本文选择新的研究视角和新的研究材料来探讨法典形式选择问题。首先，本文并不聚焦于民法典，而是从一般意义上探讨法典形式。目前，关于法典化的讨论早已溢出民法，呼吁制定行政法典、环境法典的声音一浪高过一浪。<sup>④</sup>法理学可以帮助我们跳出具体部门法的限制，探讨到底什么是我们这个时代所需要的法典形式。其次，为了回答这一问题，本文聚焦于近现代的法律实践，区分出“体系型”和“汇编型”两种法典的理想类型。它们对应的是不同的具体历史条件，其中，汇编型法典更适合我们今天所面对的法律实践。

本文所说的体系型法典是指那些把规定了确定法律后果的规则和表达了特定价值的原则整合成一个内部没有矛盾、外部独立于其他法律的体系的法典。创制体系型法典基本对应于民法学界常说的编纂过程。人们有时会把创造法典的过程称为法典编纂，使用“体系型法典”这一表述有助于我们减少概念的混淆。从形式上看，体系型法典的“总则”或“一般规定”部分具有提纲挈领的体系整合功能，也更倾向于使用抽象概念。本文探讨的汇编型法典包括两类情况。第一类情况适用于已经拥有法典的部门法，可以在法典中保留仍能够维持法典本身体系融贯的规范，特殊和例外的立法则可以被留给大量的特别立法。<sup>⑤</sup>第二类情况适用于准备法典化的领域，汇编型法典只需要有一编关于各分编的程序性、原则性规范的“一般规范”，各分编继续保留其原有文本，与“一般规范”集成于一部典籍中，以便查阅。这种“一般规范”不同于体系型法典中的“总则”，不必然具备体系整合功能，各种特别规范之间的冲突仰赖司法机关以形式化的法律技术解决。<sup>⑥</sup>汇编型法典另一个形式上的特征是其使用的概念的抽象程度更低。

在进入正式讨论之前，我们要澄清三个容易造成误解的观点。首先，无论是指一种超越法典的、包括了所有规范的体系，还是仅指在体系型法典中建立的体系，我们所说的“法律体系”当然仍是一种开放的体系。整体意义上的法律体系在各种不同法律渊源的作用下，始终处于变动中。法典中的规范体系也通过一般原则在个案中不断创造新的规则，对规则的新发展持开放态度。其次，就算是汇编型法典，也不妨有一个或长或短的总则，以消除规则之间一些显而易见的矛盾。最后需要强调的是，虽然我们在行文中对作为体系型法典之代表的《德国民法典》时有批评，但我们并不否认该法典和围绕它产生的法学是“欧洲法律思想的最高成就之一”。<sup>⑦</sup>我们表达对本文提到的重要法律思想之敬意的方式，乃是把它们还原到具体的历史背景中，看看人们通过这些思想到底做了什么。

我们将首先探讨体系型法典得以成立的条件，然后解释，为何当代法治中的新要求使汇

③ 参见薛军：《中国民法典编纂——观念、愿景与思路》，《中国法学》2015年第4期，第41-65页。

④ 参见章志远：《中国特色行政法法典化的模式选择》，《法学》2018年第9期，第86-94页；邓海峰、俞黎芳：《环境法法典化的内在逻辑基础》，《中国人民大学学报》2019年第2期，第29-38页。

⑤ 徐涤宇称其为解法典化后的“部分再法典化”路径。参见徐涤宇：《解法典后的再法典化——阿根廷民商法典启示录》，《比较法研究》2018年第1期，第180-194页。石佳友也把我国民法典编纂总结为一个在汇编与创新之间的过程。Jiayou Shi, « La rédaction du code civil chinois : entre la compilation et l'innovation », *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 2019, p. 945-965.

⑥ 以法国的《环境法典》为例，该法典第一卷只包括了《环境宪章》，一些基本原则，关于程序、机构的规定。

⑦ [美]威廉·埃瓦尔德：《比较法哲学》，于庆生、郭宪功译，中国法制出版社2016年版，第225页。

编型法典更适合当下的实践目的。每一种形式的法典不仅对应着其产生之时的时代特征，而且构建出一种对世界的想象。体系型法典建立在不同部门法的横向划分和每个部门法内部对原则与规则的分上。从宏观的角度看，体系型法典背后的观念视法律为科学，认为可以通过逻辑推导的方式对法律加以研究。从微观的角度看，体系型法典尽可能用抽象的规范把社会生活简化为严格的关于权利、义务和责任的规则。为此，《德国民法典》等高度体系化的法典构建出了一个静态、均质的社会生活图景。相比之下，汇编型法典则视法律为一种实践技术。规则存在的意义不是为了一劳永逸地为争议提供解决之道，而是为法官提供指引。如今，法律的碎片化已经成为一个不可忽略的现实，而非可以解决的问题。法律也对社会发展和各个空间的特性变得更加敏感。此时此刻，制定实用主义而非教条主义的汇编型法典才是偏执、务实的法政策选择。

## 二、关于体系型法典的三重理念

体系型法典首先以对法律的体系性追求作为观念条件，它试图让法律更加协调和科学。人们希望通过消除了规范之间矛盾的法典保证法律的安定性，即由法律规则确保个案裁判的确定性，由法律原则保障整体价值评价的一致性，但是，法律体系与安定性之间的联系只有在一定条件得以满足的情况下才能成立：在时间向度上，经法律所调整的社会生活必须在总体上处于一个较为静态、变化缓慢的状态；在空间向度上，法律体系必须假设有待评价的争议的具体发生场景在任何情况下都是均质的。

### （一）对法律的体系性追求

我国学界普遍认为，制定法典的首要功能是完成对法律规范的体系整合。无论是在围绕《民法典》编纂展开讨论时，还是在构想未来可能在行政法、环境法领域出现的法典化时，学者们都强调法典化对体系建构的重要性和必要性。<sup>⑧</sup>我们将回顾民法学者、行政法学者和环境法学者等各部门法学者对法典化与体系性关系的讨论，再从法理学的角度探讨“法律体系”的概念。体系性是对法律规范在纵向和横向两个方面进行双重构建的产物：在纵向上，法律规范依照性质的不同分成了原则和规则；在横向上，法律规范依照调整社会关系的不同分成了各种部门法。从表面上看，体系性保证了规范之间的融贯，但其真正的价值追求是裁判的一致性。这背后的法哲学思考乃是用法律的安定性保证对抽象人格人的平等对待。

#### 1. 部门法的体系期待

以体系整合作为法典的核心功能这一观念的出现，首先是伟大民法典政治象征意义退却的结果。<sup>⑨</sup>法国、德国、奥地利的民法典都具有实现民族国家政治整合的作用，同时也是某

<sup>⑧</sup> 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2005年版，第26-27页；吕忠梅、窦海阳：《民法典“绿色化”与环境法典的调适》，《中外法学》2018年第4期，第871-876页；周晓然：《体系化与科学化——环境法法典化目的的二元塑造》，《法制与社会发展》2020年第6期，第51-66页。周晓然认为，法典化尚有科学性的追求。本文暂不探讨体系性与科学性的关系以及不同时代对科学性的理解，日后应当专门撰文说明这些论题。

<sup>⑨</sup> 参见纪海龙：《理想与现实的距离——对中国民法典编纂的冷观察》，《华东政法大学学报》2016年第6期，第15-23页；石佳友：《民法典的法律渊源体系——以〈民法总则〉第10条为例》，《中国人民大学学报》2017年第4期，第12-21页。

一民族文明成熟、屹立于世界民族之林的象征性符号。<sup>⑩</sup>时至今日，民族国家已成最为普遍的政治共同体组织形式，民法也不再是唯我独尊的部门法。带着平常心看，法典化的当代使命应该是法律渊源的理性化而非垄断，亦即“实现法律体系的内在一致性、清晰性、可预见性、简洁易懂”。<sup>⑪</sup>这种整合通过阐明各个法律领域之间的关系和基本原则，为法律的适用者提供关于法律问题的融贯答案。<sup>⑫</sup>目前，大部分围绕民法典展开的重要讨论都是由体系追求产生的。在立法体例上，在选择民商分立还是民商合一的立法模式以及知识产权法和消费者保护法是否应当独立等争论背后，实际上是在民法中容纳这些部门法的规则是否会造成民法典内部不协调的问题。<sup>⑬</sup>在具体制度设计上，关于环境规范和社会性规范是否应该进入民法典的讨论，其中的关键问题也在于此类规范是否会破坏基于私法自治的融贯体系。<sup>⑭</sup>

通过法典实现体系化的想法对19世纪民法的支配扩展到了属于20世纪的法学部门。<sup>⑮</sup>行政法学即是其中的典型。虽然学界认识到行政法调整对象之广泛、内容之灵活让法典化任务更艰巨复杂，但是我国行政法学的发展仍然“始终贯穿了美丽的‘法典梦’”。<sup>⑯</sup>甚至有学者认为，调整对象广泛、内容灵活构成了对法典化的挑战这种意识本身就暗含着构建一部体系型法典的观念。汇编型法典只需要消除组成其部分的各个特殊立法之间的明显矛盾即可，而我国的主流观点认为这种法规汇编不是法典。<sup>⑰</sup>相反，“法典梦”中的行政法典不仅要像民法典一样有区分总则和分则的结构，而且在总则中要表达法典的指导思想，调和不同部分之间的关系。<sup>⑱</sup>一言以蔽之，行政法法典化最重要的任务乃是提炼出一部总则或者行政基本法，借此实现对整个行政法体系的建构。有行政法学者甚至认为，行政法典的成败就是

⑩ 参见谢怀栻：《大陆法系国家民法典研究》，《外国法译评》1994年第3期，第1-8页；梁慧星：《对民法典编纂若干理论问题的思考》，《河南社会科学》2017年第4期，第2-10页；王银宏：《论作为政治性立法的1811年〈奥地利普通民法典〉》，《华东政法大学学报》2017年第4期，第154-166页。

⑪ 石佳友：《民法典的法律渊源体系——以〈民法总则〉第10条为例》，《中国人民大学学报》2017年第4期，第12-21页。

⑫ 参见茅少伟：《民法典的规则供给与规范配置——基于〈民法总则〉的观察与批评》，《中外法学》2018年第1期，170-193页；纪海龙：《理想与现实的距离——对中国民法典编纂的冷观察》，《华东政法大学学报》2016年第6期，第15-23页；薛军：《当我们说民法典，我们是在说什么》，《中外法学》2014年第6期，第1405-1407页。

⑬ 参见柳经纬：《民事单行法思路及其消极影响之克服——以民法典编纂为视角》，《法制与社会发展》2019年第5期，第38-53页；柳经纬：《编纂一部商事品格的民法典》，《比较法研究》2016年第1期，第162-168页；刘凯湘：《剪不断，理还乱：民法典制定中民法与商法关系的再思考》，《环球法律评论》2016年第6期，第107-125页；钱玉文：《消费者权的经济法表达——兼论对〈民法典〉编纂的启示》，《法商研究》2017年第1期，第143-152页；吴汉东：《民法法典化运动中的知识产权法》，《中国法学》2016年第4期，第24-39页；谢鸿飞：《民法典与特别民法关系的建构》，《中国社会科学》2013年第2期，第98-206页。

⑭ 参见侯国跃、刘玖林：《民法典绿色原则——何以可能以及如何展开》，《求是学刊》2019年第1期，第108-118页；苏永钦：《现代民法典的体系定位与建构规则》，载《交大法学》（第1卷），上海交通大学出版社2011年版，第59-93页。

⑮ 参见朱明哲：《从19世纪三次演讲看“法典化时代”的法律观》，《清华法学》2019年第3期，第184-207页；[美]德怀特·沃尔多：《行政国家》，颜昌武译，中央编译出版社2017年版。

⑯ 章志远：《中国特色行政法法典化的模式选择》，《法学》2018年第9期，第86-94页。

⑰ 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2005年版，第27页。

⑱ 参见关保英：《行政法典总则的法理学分析》，《法学评论》2018年第1期，第42-56页；章志远：《中国特色行政法法典化的模式选择》，《法学》2018年第9期，第86-94页；江必新：《迈向统一的行政基本法》，《清华法学》2012年第5期，第101-111页。

我国建设社会主义法治成败的关键。<sup>①⑨</sup>

面向 21 世纪的环境法学同样分享了对体系型法典的追求。我国环境法学者用“形式主义”和“实质主义”区分本文所说的体系型法典和汇编型法典。虽然也有观点认为采取汇编型法典模式是环境立法法典化的较佳选择,<sup>②⑩</sup>但是主流观点似乎还是认为要创制 19 世纪伟大法典那样的融贯体系。和行政法学家为之不断奋斗的行政法典一样,构想中的环境法典要有总则和分则的结构,总则中的规范要具有足够的抽象性以满足对各分则的整合功能。<sup>②⑪</sup>无论从哪个角度看,我国环境法法典化的雄心都以德国那部无疾而终的草案为蓝本,后者希望“通过高位法理顺整个环境法律体系、前后一致,简化、和谐相互间关系”。<sup>②⑫</sup>与民法学界的“平常心”不同,学界同仁对这部体系型的环境法典寄予厚望:它不但要能够用“高度的简约性、便捷的适用性、严密的逻辑性和适度的稳定性,来消解环境法律复杂化及其附带的复杂性机能障碍”,<sup>②⑬</sup>还要实现从宪法环境条款中续造出“环境宪法”的功能。<sup>②⑭</sup>

## 2. 法律体系的形式、目的与价值

既然部门法学者公认体系建构既是法典化最重要的追求,也是证成法典化之必要性的最有力理由,那么我们不妨从法律体系切入,分析一下这种法典形式的理论内涵。法律体系具有形式、目的、价值取向三个不同层次的意义。从形式意义上看,部门法学者将“法律体系”理解为潘德克吞式的总则—分则模式。在这种模式下,总则部分需要有一系列的一般规则,这些规则经由“提取公因式”的方式从分则之中抽取而来。<sup>②⑮</sup>而且,对于由全部有效法律规范所构成的整个“法律体系”而言,评价的融贯性还得仰赖对各个部门法的横向划分,以保证每一个法律问题在同一个部门法中得到解决。究其原因,无非是因为各种部门法所欲追求的价值并不一致,甚至相互冲突。<sup>②⑯</sup>从目的意义上看,一个法律体系除了有明确裁判结果的规则之外,还要有一系列对规则的适用起指导和漏洞填补作用的法律原则。<sup>②⑰</sup>更进一步,此种模式所要保障的是法律体系内部的逻辑一致以及法律体系提供的理由彼此支持。也就是说,通过抽象化与一般化把个别法规范安放于一个合乎逻辑且有意义的体系之中,使这

<sup>①⑨</sup> 参见章志远:《中国特色行政法法典化的模式选择》,《法学》2018年第9期,第86-94页。

<sup>②⑩</sup> 参见党庶枫、郭武:《中国环境立法法典化的模式选择》,《甘肃社会科学》2019年第1期,第116-124页。

<sup>②⑪</sup> 参见李艳芳、田时雨:《比较法视野中的我国环境法法典化》,《中国人民大学学报》2019年第2期,第15-28页;邓海峰、俞黎芳:《环境法法典化的内在逻辑基础》,《中国人民大学学报》2019年第2期,第29-38页。

<sup>②⑫</sup> 张璐璐:《德国环境法法典化失败原因探究》,《学术交流》2016年第6期,第102-108页。

<sup>②⑬</sup> 何江:《为什么环境法需要法典化——基于法律复杂化理论的证成》,《法制与社会发展》2019年第5期,第54-72页。

<sup>②⑭</sup> 参见杜健勋:《国家任务变迁与环境宪法续造》,《清华法学》2019年第4期,第181-196页。

<sup>②⑮</sup> 参见徐国栋:《民商合一的多重内涵与理论反思——以1942年〈意大利民法典〉民商合一模式的解读为中心》,《中外法学》2019年第4期,第932-950页;章志远:《中国特色行政法法典化的模式选择》,《法学》2018年第9期,第86-94页;梁慧星:《对民法典编纂若干理论问题的思考》,《河南社会科学》2017年第4期,第2-10页;苏永钦:《现代民法典的体系定位与建构规则》,载《交大法学》(第1卷),上海交通大学出版社2011年版,第59-93页。

<sup>②⑯</sup> 此点在民法和商法的关系中表现得尤为明显,参见刘凯湘:《剪不断,理还乱:民法典制定中民法与商法关系的再思考》,《环球法律评论》2016年第6期,第107-125页。

<sup>②⑰</sup> 参见方新军:《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现——对〈民法总则〉基本原则规定的评论》,《中外法学》2017年第3期,第567-589页;雷磊:《适于法治的法律体系模式》,《法学研究》2015年第5期,第3-27页。

一体系可以通过规则之间的推导得出从整体看来合理的决定。<sup>28</sup>最后，从价值取向意义上看，法律体系通过确保法律安定性实现平等待人的价值理想。

此外，法律体系必须时刻变动，不断革新。一个完整的法律体系必须包含“所有法秩序应纳入考虑的原则”和“所有法秩序纳入考虑之社会情境与其特质”。<sup>29</sup>此种完整的法律体系根本不可能通过立法被单独实现。<sup>30</sup>相反，如果把体系化作为法学而非立法的工作，则可以寄望于法学通过对多元法律渊源的观察和研究，在不断辨识新的规范、解释新的规范、消除矛盾、填补漏洞的过程中维护一种动态的“体系化”过程。<sup>31</sup>

以上分析揭示了“法律体系”和法典编纂之间的紧张关系。就对象而言，法律体系直接面向法律适用而非立法活动，而法典编纂首先是立法活动。就过程而言，法律体系是为法学所创造并在法学中不断动态发展的成果，不能由法典编纂固定。如此说来，法典的体系化本身就是一种自相矛盾的野心，但是更深层的批判还不止于此。体系型法典乃至“法律体系”所致力于保护的“法律安定性”本身，只有在一个特定的社会想象中才能实现其平等待人的价值承诺。

经由法学不断构建而实现的动态法律体系和法的安定性紧密相连。法典化与体系性追求同时出现于19世纪并非偶然。其时，人们开始认为存在一些生活领域，在这些生活领域之中，所有的规范必须由法律（立法）加以规制，以至于必须提供一部无所不包的法典，为所有的案件提供作出决定的法律理由。<sup>32</sup>在时人的观念中，当然首先有立法至上主义观念。人们通过把个人的意志集成一种总体意志来制定法律，法律中也就包含了每个人自己的意志，而服从自己的意志的状态即是一种自由状态。<sup>33</sup>除了政治意识形态外，以中央立法取代所有其他法律渊源还有不少实用意义上的好处，比如，法律的可预测性提高，因而有利于保障安定性，又如，法律内部的复杂程度降低，有利于实现法的平等。<sup>34</sup>

时至今日，即便立法至上主义已经成了明日黄花，一个由原则和规则构成的动态法律体系仍服务于法之安定性。在这一体系之中，“上位法优于下位法”“特殊规则优于一般规则”等形式规则可以决定在案件中适用的规则，而规则对权利、义务和责任的明确规定可以保证个案裁判的确定性。作为柔性价值体系的法律原则形成彼此交叠的网状结构，让每一个法律

<sup>28</sup> 参见陈爱娥：《法体系的意义与功能——借镜德国法学理论而为说明》，《法治研究》2019年第5期，第54-61页。

<sup>29</sup> 陈爱娥：《法体系的意义与功能——借镜德国法学理论而为说明》，《法治研究》2019年第5期，第54-61页。

<sup>30</sup> 在第一现代法典《法国民法典》制定之初，起草委员会的主要成员波塔利斯（Jean-Etienne-Marie Portalis）就强调一部包括了所有规则的民法典根本不现实。参见朱明哲：《从19世纪三次演讲看“法典化时代”的法律观》，《清华法学》2019年第3期，第184-207页；石佳友：《法典化的智慧——波塔利斯、法哲学与中国民法法典化》，《中国人民大学学报》2015年第6期，第91-101页。

<sup>31</sup> 参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期，第3-27页。

<sup>32</sup> 参见陈爱娥：《法体系的意义与功能——借镜德国法学理论而为说明》，《法治研究》2019年第5期，第54-61页。

<sup>33</sup> 关于立法至上主义在19世纪的兴起，参见朱明哲：《从19世纪三次演讲看“法典化时代”的法律观》，《清华法学》2019年第3期，第190-192页。

<sup>34</sup> 参见陈爱娥：《法体系的意义与功能——借镜德国法学理论而为说明》，《法治研究》2019年第5期，第54-61页。

决定都能在体系中找到其所欲实现的价值，从而保证价值评价的一致性。<sup>③⑤</sup> 因此，我们如果接受这种对法律安定性和法律体系的理解，那么可以说，体系型的法典化就算在现实中难以实现，仍不失为一种值得追求的理想。技术上的合理性并不是目的本身，它最终要实现重要的伦理追求，即“如果一个国家要平等并尊重地对待其公民，那么它必须能够解释其多种法律是如何互相联系的，它们赖以建立的根本原则是什么，以及整个法律体系如何能够维系在一起”。<sup>③⑥</sup>

然而，只有在一个以静态和均质为特征的社会中，法律的安定性才可能成为人之自由平等的保障。

## （二）社会生活的静态特征

对法律安定性之道德价值的强调首先想象了一个总体上保持不变的静态社会生活。我们将用对 19 世纪两部伟大法典（《法国民法典》和《德国民法典》）的比较加以说明。

### 1. 法典应对社会变迁的不同方式

大部分法学家会承认，法律应该而且在事实上具有一定的安定性。<sup>③⑦</sup> 进一步，当代分析法学把法律的安定性分解成了三个方面：在一种安定的法律状态下，法律文本的内容和可能的解释应该方便为人所知；法律不具有回溯的效力；法律解释和论证的过程遵守一定的公开规则。<sup>③⑧</sup> 法律安定性和法律体系可能有着概念上的联系：可穷尽的规范让法律为人所知；一个由规则和原则构成的体系可以让法律的适用者既在简单案件中有法必依，也在更复杂的案件中有法可依，从而满足禁止事后法的要求；<sup>③⑨</sup> 对法学方法论的研究让法律适用有一系列明确的形式规则。<sup>④⑩</sup>

然而，无论是安定性还是法律体系，都和法典编纂没有必然联系。通过体系型法典实现安定性只是德国法学家在面对社会变化的挑战时，在寻求法律规范的稳定性与开放性之平衡的过程中提出的一种解决方案。他们希望寻找一些不变的抽象规则和一般原则，以法律控制社会发展。<sup>④⑪</sup> 19 世纪中叶，潘德克吞法学在通过“提取公因式”方法构建法律体系后，执着地把这一方法固化于法典中。通过这种方法提取出的一般规则最后成了法典的总则部分调整人、物、法律行为的一些规定。<sup>④⑫</sup> 长期以来，人们认为这种安排是一种技术理性的胜利。<sup>④⑬</sup>

<sup>③⑤</sup> 参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015 年第 5 期，第 3-27 页。

<sup>③⑥</sup> [美] 威廉·埃瓦尔德：《比较法哲学》，于庆生、郭宪功译，中国法制出版社 2016 年版，第 228 页。

<sup>③⑦</sup> See Brian Bix, “Doctrine, Data, and High Theory”, *UC Irvine Law Review*, Vol. 6, No. 2 (Jun., 2016), p. 137.

<sup>③⑧</sup> See Humberto Ávila, *Certainty in Law*, Springer, 2016, pp. 67-112.

<sup>③⑨</sup> See John Braithwaite, “Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 27 (Dec., 2002), pp. 47-82.

<sup>④⑩</sup> 参见 [奥] 恩斯特·克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社 2019 年版，第 1 页。

<sup>④⑪</sup> Cf. Frédéric Audren, « Le “Moment 1900” dans l’histoire de la science juridique française. essai d’interprétation », in Olivier Jouanjan and Élisabeth Zoller (eds.), *Le « moment 1900 »: Critique sociale et critique sociologique du droit en europe et aux états-unis*, Panthéon Assas, Paris, 2015, p. 55-74; Yan Thomas, « La romanistique allemande et l’État depuis les pandectistes », *Publications de l’École française de Rome*, n° 1, 1997, p. 113-125.

<sup>④⑫</sup> 参见 [德] 汉斯·布洛克斯、沃尔夫·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社 2019 年版，第 26-27 页。

<sup>④⑬</sup> 参见舒国滢：《格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法学建构：理论与方法》，《比较法研究》2016 年第 2 期，第 1-20 页。

“提取公因式”的做法假设技术理性和目的理性可以分离，总则所涉及的是法典技术和编排问题。

《德国民法典》高度抽象、脱离目的的规则传递了高度统一的价值观念，形式主义的表达基于上文提到康德式的人类学图景：“由自由平等之个人组成的社会，受明晰而有条理的法律体系的统治，而法律体系的首要目的是让公民能够追求其个性的自由发展。”<sup>④④</sup> 当《德国民法典》的编纂者以这种高度抽象的语言翻译了康德哲学的理念时，成文法在本质上消除了现实生活中各种不同人所具有的禀赋和他们所处之情境的差别，也让法律上围绕着“人”和他的意志展开的抽象规则彻底与生活经验脱离。<sup>④⑤</sup> 抽象的法律概念与规则让法律不需要被修订也能应对新的个案。于是，在技术合理性外衣之下的人类学图景对 19 世纪出现的轰轰烈烈的社会政治变革免疫。“从中感受不到生活世界、贴近大众、甚至正义的层面”<sup>④⑥</sup> 纯属正常。这种方案有意把法律和社会生活隔离，从而可以让抽象的法律概念和规范适应层出不穷的个案，免受社会变化的冲击。然而，体系规划方法的缺陷在于，一旦法律背后所欲实现的价值观念受到挑战，过于抽象的规则便会阻碍法学对社会的变化作出反应，其失败不在于僵化，而在于抽象。

法国的民法学则为“律条有限而情伪无穷”的矛盾选择了另一种解决方案。不同于德国的潘德克吞学派，法国法学家牺牲了体系性，维持了规范渊源的开放性。法国的各部法典虽然也采取了抽象的规范，但是并未打算处理概念定义、体系规划这种学究工作。<sup>④⑦</sup> 在法典化的黎明，波塔利斯（Étienne Portalis）在以《法国民法典》起草委员会的名义对资政院所作的演讲中已经明确提出，<sup>④⑧</sup> 不能妄图用法典改变传统和习惯，法典也不可能无所不包。<sup>④⑨</sup> 既然立法无法提前安排好一切，而法官又不能拒绝裁判，那么必然还有规范存在于法典之外，有待法官发现。法学家的学说和对习惯和判例的汇编恰到好处地成了立法的补充和法官裁判的指引。法官在遇到立法未加规定的情况时有权借助判例、习惯和学说作出裁判。<sup>⑤⑩</sup> 立法只要提供在一般情况下指引法官的规则即可，不需要通过抽象性涵盖尽可能多的个案。在

④④ [美] 威廉·埃瓦尔德：《比较法哲学》，于庆生、郭宪功译，中国法制出版社 2016 年版，第 228 页。

④⑤ 并不是说《法国民法典》背后没有一个同样占支配地位的人类学图景，只是《法国民法典》上的人类形象原本更加具体。它一开始所想象的人就是父权社会的有产者，它所想象的社会本身也是君权之下的等级社会。《法国民法典》各种概念和规范的抽象化是 19 世纪中叶法学发展的产物。参见朱明哲：《毁家建国：中法“共和时刻”家庭法改革比较》，《中国法律评论》2017 年第 6 期，第 124-138 页；Jean-François Niort, « “Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature...” Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, n° 48, 2004, p. 77-105.

④⑥ [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社 2003 年版，第 32 页。

④⑦ 关于《法国民法典》诸草案中总则编的命运，参见朱明哲：《“民法典时刻”的自然法——从〈法国民法典〉编纂看自然法话语的使用与变迁》，《苏州大学学报（法学版）》，2016 年第 2 期，第 10-28 页。

④⑧ 在法国执政府（Consulat）时代，根据 1799 年（共和历 9 年）宪法，资政院是负责法律起草的机关。现在这一机构（Conseil d'État）成为了法国的最高行政司法机关，所以一般译为“最高行政法院”。

④⑨ 参见朱明哲：《从 19 世纪三次演讲看“法典化时代”的法律观》，《清华法学》2019 年第 3 期，第 184-207 页；石佳友：《法典化的智慧——波塔利斯、法哲学与中国民法法典化》，《中国人民大学学报》2015 年第 6 期，第 91-101 页。

⑤⑩ Cf. Jean-Etienne-Marie Portalis, « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 Thermidor an VIII, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Videcoq, Paris, 1836, p. 471-472.

《法国民法典》刚生效时，立法至上主义支配的法学确实曾经创造了一种以法典本身条文为主要研究对象的“解经法学”（l'exégèse）。<sup>⑤①</sup>然而，法国法学没用多久就从这种受支配的地位中摆脱出来，学者们广泛研究习惯和判例。<sup>⑤②</sup>在20世纪曙光降临之前，惹尼（François Génys）提出了由立法、习惯、判例和学说四种渊源构成的多元理论，<sup>⑤③</sup>并最终由胡贝尔（Eugen Huber）转写成了《瑞士民法典》第1条现在的形式。<sup>⑤④</sup>在这种事实上的多元法律渊源中，保证法律安定性的“体系构建”成了法学家而非法典的任务。<sup>⑤⑤</sup>

## 2. 抽象规范的局限性

乍看之下令人感到困惑的是，德国法学家竟然在一个变迁逐渐成为主题的时代追求构建静态的体系。19世纪出现了一种独特的进步主义时间观：世界是不断发展的，社会也会随之发展。人们开始承认，每个时代与此前的时代都在一些重要的方面有所不同。不仅时间是向前延伸的，而且一个时代总是比过去的时代要好。<sup>⑤⑥</sup>当时工业界的观念是，“没有什么极限！永远都在前进，没有限度，就这样”。<sup>⑤⑦</sup>变化、进步、增长成了处于工业革命之中的人们脑中根深蒂固的关键词，法律也要随着社会的进步而进步。这种观念发展变迁的结果之一是1848年席卷全欧的革命浪潮。德国爆发了历史上第一次大规模的革命——“三月革命”。资产阶级建立统一德国议会、整合支离破碎的封建割据的诉求早在1812年法军撤退时便被提出，如今又一次爆发。<sup>⑤⑧</sup>拿破仑军队的炮声开启的欧洲历史进程，在19世纪中期终于完全展现出了其特色。

从比较的角度看，19世纪末的法国和德国法学界都需要解决法律的“常”与社会的“变”如何调和的问题。如果说19世纪初的挑战主要在于如何对待“消极漏洞”——法律应当予以规定却因为立法者无法预见或者思虑不全而没有规定的情况，那么19世纪末的挑战主要在于如何对待“积极漏洞”——法律似乎有可以适用的规则，但是把这一规则适用

<sup>⑤①</sup> Cf. Philippe Rémy, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXe Siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1985, p. 91-105 ; Philippe Rémy, « Éloge de l'exégèse », *Revue de la recherche juridique*, 1982, p. 254-262.

<sup>⑤②</sup> Cf. Jacques Poumarède, « Défense et Illustration de La Coutume Au Temps de l'Exégèse », in Claude Journès (ed.), *La Coutume et La Loi*, Presses universitaires de Lyon, Lyon, 1986, p. 94-114 ; Philippe Jestaz and Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2004, chap. 2.

<sup>⑤③</sup> Cf. François Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1899.

<sup>⑤④</sup> Cf. François Génys, « Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Chapitre troisième de l'épilogue) », in *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1919, p. 308-329.

<sup>⑤⑤</sup> Cf. Adhémar Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 1, 1902, p. 5-19 ; Philippe Jestaz and Christophe Jamin, « L'entité doctrinale française », *Recueil Dalloz*, n° 22, 1997, p. 167-175.

<sup>⑤⑥</sup> 参见朱明哲：《面对社会问题的自然法——论法律社会化中的自然法学说变迁》，《清华法学》2017年第6期，第75-99页。

<sup>⑤⑦</sup> [法] 乔治·杜比主编：《法国史》，吕一民等译，商务印书馆2010年版，第994页。

<sup>⑤⑧</sup> 关于1848年革命浪潮的研究汗牛充栋，想要穷举甚至只是列举一些代表作都必然是徒劳无益的。本文的分析受以下两部关于19世纪欧洲史的著作的启发较多：Eric Hobsbawm, *The Age of Capital : 1848-1875*, Hachette UK, 2010 ; Stefan Berger, *A Companion to Nineteenth-Century Europe : 1789-1914*, Wiley-Blackwell, 2006.

于新情势会造成明显不公正。<sup>59</sup> 法国法学家的选择是法律社会化。通过对民法学一般原则的重新阐释和把一种情景化的、考虑到每个人不同境遇的思考方式引入法学，法国法学家实现了在学说和判例中对社会矛盾的调和。<sup>60</sup> 法典本身较为松散的结构也便利了其他法律渊源对规范的革新。德国则选择了在一部面向新世纪的法典中使用哲学性的、抽象的规范。按理说，德国的方案也可以被理解为，让法学通过不断解释法律来实现对法之整体的再造，毕竟法典无法垄断所有规范的生产。拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）也曾主张，法律上对人的想象需要随着时代变革，形式自由的法律只有在经济分配大体平等的社会，才能保证实质意义的自由。<sup>61</sup> 然而在成文法实证主义的支配下，德国学者并没有逾越法典的规定。其结果是，“法学理论的政治意图首先不再是克服旧的社会，而在于防止未来的变化”。<sup>62</sup>

这种解决方案在潘德克吞法学的集大成之作《德国民法典》诞生之后，立刻受到了批评。康托洛维茨（Hermann Kantorowicz）以化名发表的《为法学而斗争》开启了“自由法学”对体系型法典的拒斥。维亚克尔（Franz Wieacker）暗示，自由法运动的参与者们一方面批评概念法学对教义学技术过于推崇，另一方面则批评《德国民法典》中的抽象一般规则在实践中只能对种种社会矛盾和稀泥。<sup>63</sup> 康托洛维茨认为，一种新的法律观已经产生，一种独立于国家权力之效力的法正在获得人们的重视，这种法最好被称为“自由法”。<sup>64</sup> 他呼吁法学抛开类推、拟制等一系列人为的解释技艺，直面生活事实中的冲突。<sup>65</sup> 其实，立法者也希望体系型法典能够通过规则的抽象性向生活世界开放。一直以来，不少德国法学家也承认《德国民法典》本身并不完整，需要由法官来不断发展，<sup>66</sup> 但技术理性所保护的康德哲学的平等理性个人的假设一旦受到社会现实的挑战，体系型的法典即立刻展现出防卫姿态，以维护规范的体系性和概念的稳定性为由拒绝更大的改变。体系型法典能够适应的最多只是一个缓慢变化、价值冲突并未成为最主要矛盾的社会情景。

### （三）地理空间的均质性假设

#### 1. 法典对领土空间的不同想象

以抽象概念和规则保证平等待人的承诺还想象了一种均质的领土空间。这一承诺背后更

<sup>59</sup> Cf. Raymond Saleilles, *préface à Fr. Génys, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif; essai critique tome I*, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1899; Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, 1897.

<sup>60</sup> Joseph Charmont, « La socialisation du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, n°3, 1903, p. 380-405. 参见朱明哲：《面对社会问题的自然法——论法律社会化中的自然法学说变迁》，《清华法学》2017年第6期，第75-99页。

<sup>61</sup> 参见[德]拉德布鲁赫：《法律上的人》（1927），载[德]拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2016年版，第168-182页。Gustav Radbruch, « Du droit individualiste au droit social », *Archives de philosophie du droit et de la sociologie juridique*, n°2, 1931, p. 387-398.

<sup>62</sup> [德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，第65页。

<sup>63</sup> 参见[德]弗兰茨·维亚克尔：《近代私法史》，陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第552页。

<sup>64</sup> [德]赫尔曼·康托洛维茨：《为法学而斗争/法的定义》，雷磊译，中国法制出版社2010年版，第5-9页。

<sup>65</sup> 参见[德]赫尔曼·康托洛维茨：《为法学而斗争/法的定义》，雷磊译，中国法制出版社2010年版，第25-29页。

<sup>66</sup> Cf. Ulrich Eisenhardt, *Die Unvollkommenheit des deutschen BGB und die Leistungsfähigkeit des Juristenstandes - oder: Hatte Savigny nicht doch recht?*, *Ritsumeikan Law Review*18 (2001), S. 113 ff.

为持久和普遍的观念是把同样的规则适用于所有的人、所有的情景、所有的地域。从政治整合的角度看，这种理想创造出了统一的国民身份，也创造出了均质的、可以无限等分的国土，使民族国家走出了此前各地习惯不一、管辖权犬牙交错的状态。“同一个民族、同一个国家、同一部法律”的理想由是得以实现。对于抽象个人的创造，学者们已经有了较多讨论；<sup>⑥7</sup>然而，对于均质空间在体系技术中的形成，目前尚未见相关研究成果。实际上，这种均质性一方面得益于法律上平等这一观念的建构，另一方面则源于工业化生产和长距离商业的发展。

首先实现法律统一的法国并没有在《法国民法典》中构建出均质的领土空间。虽然国家统一了，但《法国民法典》仍然想象了一个充满差异的国土。各省首先根据其于巴黎的地理距离确定其地位，法律在公布之后按照首都与各省首府之间的距离依次在各省生效。<sup>⑥8</sup>然后，从第 516 条开始，整个第二编不厌其烦地具体列举各种不同的物：风磨或水磨（第 519 条），已经收割的谷物（第 520 条），河川的冲积地（第 556 条），小树、幼树、树苗（第 590 条），因供葡萄架用的材料而采取的树木（第 592 条），坐落于水流出口处的不动产（第 644 条）……这种个别列举的逻辑在第 524 条达到巅峰。为了阐明因为拟制而成为不动产的物，法典条文详尽列举了耕作用家畜、农业用具、供给佃农或小佃农的种子、鸽舍中的鸽子、兔园中的兔、巢中的蜜蜂、池塘中的鱼、各种酿酒设备、稻草及肥料。这种做法当然牺牲了体系的严谨性，其中，谷物的一生就是最好的范例：在一株麦子还是青苗的时候，它属于不动产的范畴，而一旦成熟收割，则立刻成了动产。细读《法国民法典》，我们几乎可以了解 19 世纪初法国乡村生活的风貌。在这种生活方式中，关于农地、林地、牧场、田野、平原、山地、城镇，各自有独特的法律关系，需要详细区分，认真对待。毕竟，在《法国民法典》生效之时以及其后将近半个世纪的时间里，法国仍然是一个农业社会。法国的农业人口直到 1876 年才少于全国总人口的一半，工业人口直到第一次世界大战都没有超过人口总数的三成。<sup>⑥9</sup>

相比之下，《德国民法典》想象的是一个均质的工业社会空间。除了第 910 条中提到的“树木或灌木的根”、第 911 条中提到的果实、第 923 条中提到的树木和灌木以外，《德国民法典》基本没有提到过其他具体的物。就连第 906 条所列举的那些“不可量物”，也被采取了高度抽象的概念表达：煤气、蒸汽、烟、热、噪声、震动……抽象的所有权取代了具体的物，成了市民之意志的承载者和民法上关于财产的规则的基本单位。受其影响，我国《民法典》第 294 条也采取了相似的规定。《德国民法典》由是抹去了不同的地理单位在气候、景观、环境、生物多样性特征、生业结构、经济活动等等各方面的差异，特别是抹去了乡村生活和城市生活的区别，创造出了一个抽象的、均质的国家领土。

## 2. 工商业对均质空间的塑造

与此同时，19 世纪中后期的共同市场和工业革命也确实把关于均质空间的观念变成了

<sup>⑥7</sup> 参见谢鸿飞：《民法典与特别民法关系的建构》，《中国社会科学》2013 年第 2 期，第 98-206 页；苏永钦：《现代民法典的体系定位与建构规则》，载《交大法学》（第 1 卷），上海交通大学出版社 2011 年版，第 59-93 页；[美] 威廉·埃瓦尔德：《比较法哲学》，于庆生、郭宪功译，中国法制出版社 2016 年版，第 233 页。

<sup>⑥8</sup> 《法国民法典》（1804）第 1 条。

<sup>⑥9</sup> 参见 [法] 乔治·杜比主编：《法国史》，吕一民等译，商务印书馆 2010 年版，第 1005 页。

可以感知的现实。在萨维尼 (Karl von Savigny) 与蒂鲍 (Anton Thibault) 论战的年代, 蒂鲍所代表的新兴资产阶级要求的不仅是在德意志实现政治统一之前先实现法律统一, 而且还希望在《法国民法典》的进步主义精神推动下通过统一的法律实现商业的解放和统一市场。<sup>⑩</sup> 后来, 统一市场这一目的借 1861 年的《德意志商法典》这部真正意义上的德国第一部现代法典而得以实现。如果说共同市场对于 19 世纪前期那种以农业和手工业生产为主的社会, 仅仅意味着占人口一小部分的行商可以从中获益的话, 那么在工业化时代, 共同市场的威力成倍增长。不同地区的矿产资源需要被集中到具有大量劳动力的大城市进行加工并进一步生产成工业成品。大宗商品长距离运输的需求大大提升, 而路上和海上运输水平的发展恰好满足了这种需求。经济生产部门的人口结构也改变了。

先是在普鲁士, 然后是在统一后的德国, 俾斯麦极力推动的大型垄断工业组织诞生并发展。如果说类似的工业化进程也出现在其他欧洲国家的话, 那么, 实行帝制的德国在 19 世纪中后期的经济增长速度仍是罕见的。1870 年—1914 年, 德国的经济总量增长了 6 倍, 法国仅有 3 倍, 而英国只有 2 倍。德国仅钢产量就翻了 10 倍。大量人口开始离开农业和手工业, 受雇于矿山、炼厂、大型工厂。统一之初, 一半的德国劳动力投身于农业, 这一比例到了 1907 年就只有三成了。<sup>⑪</sup> 这种工业化、城市化对于空间的均质化有两个方面的重要作用。首先, 工业化社会的产业本身变得单调。大工业生产同时造成了农产品价格下降和小规模手工业的产品在市场上丧失竞争优势这两个结果, 意味着此前可以维持一家人生计的农业和手工业生产不再有利可图。在城市化背后, 是人们除了进入工厂工作之外别无选择的社会经济条件。曾经在《法国民法典》中活色生香地得到展现的那种充满异质性的乡村与林地生产, 被本身就追求均质化、标准化的工业生产全面取代。工业生产造就并不断规训着一种以重复劳动为生活主要部分的习性。<sup>⑫</sup> 换言之, 当法典在构建一种对原子式个人、统一的国土的想象时, 社会生活也确实在均质化的道路上越走越远。其次, 距离的意义也改变了。在国内市场形成的背景下, 煤钢工业、电报通信、大型基础设施建设、铁路、洲际海运等元素互为因果, 使得以前乘马车需要数周才能穿越的国土如今只需要数日即可通过, 而且使人在其中感受不到景观的变化。

随着德意志各邦国在政治上的统一, 一种关于德国人身份认同与德国所处之地理景观之间联系的文化开始发展起来。从莱茵到萨克森, 从巴伐利亚到普鲁士, 不同的德国人因为统一、均质、共同的德国空间景观而分享着同样的文化认同。<sup>⑬</sup> 工业化让一种均质的民族空间从想象变成了肉眼可见的现实, 标志性事件是德国在 1893 年出于协调火车时间表的需求统一了原有的 5 个时区。反过来说, 德国的工业化之所以能够实现, 又很大程度上归功于复杂

<sup>⑩</sup> See Paolo Becchi, *German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and "Conceptual Jurisprudence"*, in Damiano Canale (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, Springer Science & Business Media, 2009, pp. 185–224.

<sup>⑪</sup> See Hans-Joachim Braun, *The German Economy in the Twentieth Century*, Routledge, 2010, p. 19.

<sup>⑫</sup> 对于这种规训技术的出色的分析, 参见 [法] 米歇尔·福柯:《规训与惩罚》, 刘北成、杨远婴译, 生活·读书·新知三联书店 2012 年版, 第 193–199 页。对于农业人口接受工业生产之单调劳动的过程, 参见 [法] 乔治·杜比主编:《法国史》, 吕一民等译, 商务印书馆 2010 年版, 第 1024–1025 页。

<sup>⑬</sup> See Stephen Kern, *The Culture of Time and Space, 1880–1918*, Harvard University Press, 2003, p. 151.

的森林和矿业立法让冶金业发展所带来的环境破坏仍处于一个可以被控制的程度。<sup>④</sup>《德国民法典》之所以能够维持其均质的空间观念，是因为它把所有需要具体考量、特殊规制的事项从法典中排除了。从这个意义上说，这部体系型法典本身就是“解法典化”的受益者。

只要不回到《十二表法》那种把葡萄树和无果树区别对待的古代立法模式，那么总归需要使用抽象概念去把某一类别的对象“抽象化”和“均质化”。不同的法典可以选择不同的抽象化程度。《法国民法典》的制定作为自17世纪以来法国法律统一运动的胜利号角，在创造共同法的时候选择尊重各种不同空间内经济生活的独特个性。相反，德国选择了把需要特殊调整、无法从中提取公因式的事项放在关于林木、矿产等方面的法律之中加以规制。留在《德国民法典》中的分类除了动产和不动产、有体物和无体物之外，几无其他。我们可以说，《法国民法典》本质上是一部面对农业社会中的普通百姓的法律，《德国民法典》是一部面对工业社会中的专家的法律。更重要的是，体系型法典不但通过人格人的理念创造出了抽象的人，也构建了均质的空间，其通过原则与规则之间的有机联系、不同规范之间排他性的区分来保证法律安定性价值的承诺，最后形成了一种自我指涉的独立体系。高度抽象的概念和规范体系最适合规制静止社会本质上均质的关系，而法律也确实通过把自己与社会变化隔离并创造均质的空间，形塑了一个更适合用这种模式加以规制的社会。<sup>⑤</sup>

### 三、关于汇编型法典的三种现实

作为适应工商业社会的各种法律模式中的一种，体系型法典希望保证法律的确定性。为此，法学家通过体系建构创造出了原子式的个人、静态的价值观世界、均质的空间，并将这些观念凝固在法典之中。这种机械的法律观如今面对着来自法律实践的全面挑战。首先，规范的碎片化和判决的不确定性让体系型法典通过横向和纵向双重构造保障法律安定性的功能几乎丧失殆尽。其次，社会法、行政法和环境法等各领域的法治实践揭示了尊重时间的变迁和空间的不同特性的必要。体系型法典所追求的那种抽象、机械的稳定难以解决当代社会综合治理中的实践问题。现代法治需要更多地考虑人们在社会地位与经济地位上的差别、时代变迁带来的新情势以及不同地点的地理特征。这些现实要求的结果是，维持最小限度抽象性的、尊重不同具体调整事项之特性的汇编型法典更能满足当代法治的需求。

#### （一）法律碎片化的现实

##### 1. 法律碎片化

对体系型法典的第一个挑战来自当代法律规范的碎片化。从法律规范分类看，碎片化有两方面的表现。碎片化同时意味着法律规则在适用上的不确定和法律原则在评价上的矛盾。

<sup>④</sup> See Joachim Radkau, *Nature and Power: A Global History of the Environment*, translated by Thomas Dunlap, Cambridge University Press, 2008, p. 151.

<sup>⑤</sup> 法律不仅适应社会，而且作为社会的组成部分参与对社会的生成。关于这种反思关系，参见 Pierre Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 3-19.

2006年,联合国国际法委员会发布了著名的《国际法碎片化报告》。<sup>⑦⑥</sup>该报告的主要观点是,国际法自从冷战结束后,经历了一系列根本变革,其中最典型者便是特别国际法的发展,国际经济法、国际环境法、国际人权法的规则要求和价值追求产生了明显的冲突。此外,非国家行动者的重要性提高,在《国际法院规约》第38条所列举的渊源之外的新法律渊源不断涌现。于是,国际公法的统一性和系统性不复存在。<sup>⑦⑦</sup>在最近十多年的发展中,各种特别国际法已经通过法官运用新的法律技术而重新得到整合,降低了法律的碎片化的程度;<sup>⑦⑧</sup>但是,从全球的角度看,法律的碎片化正在成为一项现实。<sup>⑦⑨</sup>碎片化的主题在国内法也有所回响。20世纪最重要的法国民法学家之一卡塔拉(Pierre Catala)曾经在同行们题献给他的文集中说:“体系一致性和清晰性在我的青年时代曾经如此吸引我,但现在面对由摇摆不定的规则组成的万花筒、由变动不居的概念组成的混合物和由不同的规范渊源形成的无政府状态,它们还如何存续?”<sup>⑧⑩</sup>

法律碎片化产生于法律渊源的多样化和跨部门法争议的大量出现。在全球化时代,规范制定机制越来越分散。在跨部门法案件层出不穷以及对法律原则的适用越来越普遍的情况下,法学家在建构法律体系时所使用的对部门法进行横向划分和对规范类型进行纵向区别的方法,已经无法完成维系法律安定性的任务。

## 2. 规范生产的分散机制

在全球化时代,法律渊源的多样化远远超出从前的限度。19世纪初,为了解决“人生而自由却无往不在枷锁之中”的矛盾,期望把所有个人意志整合进整体意志而立法的立法至上主义诞生了。在这种图景中,国家处于规范生产的中心位置,“国家所制定的成文法是法律唯一的渊源,立法权力为国家所垄断,立法进程也是一个被高度理性化的过程,国家与法律相互从对方那里找到合法性基础与权威的来源,法律与国家建立起本体论意义上的必然关联”。<sup>⑧⑪</sup>到了19世纪末,由立法、习惯、判例、学说组成的四渊源理论逐渐成为主流,而且

<sup>⑦⑥</sup> ILC Study Group on the Fragmentation of International Law, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*; Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682 and Add.1 and Corr. 1, 2006; Study Group on the Fragmentation of International Law, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Conclusions*, UN Doc. A/CN.4/L.702, 2006.

<sup>⑦⑦</sup> 国际法学家长期以来认为,国际法相对于国内法而言数量有限的规则构成了一个高度确定的体系。

<sup>⑦⑧</sup> See Tamar Megiddo, “Beyond Fragmentation: On International Law’s Integrationist Forces”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 44, No. 1 (Jan., 2019), pp. 115–147; Anne Peters, “The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, No. 3 (Oct., 2017), pp. 671–704.

<sup>⑦⑨</sup> See Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 4 (Jan., 2004), pp. 999–1046; Benoit Frydman, “A Pragmatic Approach to Global Law”, in Horatia Muir-Watt and Diego Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, pp. 181–200. 中文文献参见 [德] 贡塔·托依布纳:《宪法的碎片》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版。

<sup>⑧⑩</sup> Pierre Catala, « Discours de M. Pierre Catala », in *Remise des études offertes à Pierre Catala*, La documentation française, Paris, 2001, p. 47.

<sup>⑧⑪</sup> 石佳友:《民法典的法律渊源体系——以〈民法总则〉第10条为例》,《中国人民大学学报》2017年第4期,第12–21页。

它仍然是现在最合理的法律渊源理论。<sup>⑧②</sup> 然而，即便承认立法权无法垄断规范创造的权力，我们需要讨论的仍然是一个民族国家内部的法律规范问题。因此，我们的主流教科书才会把法律体系定义为“由一个国家的全部现行法律构成的整体”。<sup>⑧③</sup>

现在，法律渊源的扩展已经超越了国家的地理边界。首先，各国法院逐渐开始对外国法持有了一种开放的态度。<sup>⑧④</sup> 在美国、加拿大、澳大利亚、以色列等国，均出现了以外国法院的判例解释本国宪法和法律的判决。在发生于重庆的一个侵权案件中，法官也参考《德国民法典》第 229 条和《瑞士债法》第 52 条中所规定的民事自助行为，填补了我国民法上对当事人在权利受损而无法及时请求公力救济时是否可以采取自力救济缺乏明确规定的漏洞。<sup>⑧⑤</sup>

其次，随着跨国法律纠纷增加，一个案件落入多个法院管辖权之下的情况常常出现，以至于一些国家的司法机构对与本国连结非常松散的案件也主张管辖权。国内法获得了一种域外的效力。<sup>⑧⑥</sup> 在民事领域，甚至出现了一种“普遍管辖权”。<sup>⑧⑦</sup> 与此同时，当事人为了追求胜诉率而选择法院（Forum Shopping）的情况越发普遍。

最后，非正式的规范创造也在国际交往中扮演了越来越重要的角色，甚至改变着各个国家的法律。各种私人主体会通过合同、行为守则、生产标准改变投资目的地的法律适用。<sup>⑧⑧</sup> 各种国际组织、非政府组织、私人组织所制定的标准在实践中也推动着其他的规范创

<sup>⑧②</sup> 我国学者有时候会把基本原则、国家政策甚至国际条约都说成是独立的“法律渊源”，这恐怕是源于对“法律渊源”分类的一种误解。法律渊源的分类要依据形式和权威来源两个标准。在这两个标准下，国家政策和国际条约都属于“立法”。基本原则和规则之间的区别不是形式和权威来源方面的区别，而是规范性质的区别。只有对各种法律渊源综合思考，才能总结出规则和原则。在这个意义上，规则和原则构成了规范，不同的法律渊源只是这些规范的载体。参见于飞：《民法总则法源条款的缺失与补充》，《法学研究》2018年第1期，第36-51页；于飞：《民法典的开放性及其妥当实现》，《中国法律评论》2015年第4期，第53-58页。

<sup>⑧③</sup> 张文显主编：《法理学》（第五版），高等教育出版社2018年版，第100页。

<sup>⑧④</sup> See Ran Hirschl, “From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No. 1 (Jan., 2013), pp. 1-12; Mark Tushnet, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 108, No. 6 (Jan., 1999), pp. 1225-1309. 刘晗：《宪法的全球化——历史起源、当代潮流与理论反思》，《中国法学》2015年第2期，第108-130页；[美]马克·图什奈特：《为什么比较宪法》，王锴译，《华东政法大学学报》2012年第1期，第141-149页。

<sup>⑧⑤</sup> 崔道菊等诉黄存朋等建筑物区分所有权纠纷案，重庆市第二中级人民法院（2012）渝二中法民终字第01678号民事判决书。

<sup>⑧⑥</sup> See Natalie L. Dobson, “The EU’s Conditioning of the ‘Extraterritorial’ Carbon Footprint: A Call for an Integrated Approach in Trade Law Discourse”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Vol. 27, No. 1 (2018), pp. 75-89; Albane Geslin, « La position de la France en matière d’ extraterritorialité du droit économique national », *Revue juridique de l’ Ouest* 10, n° 4, 1997, p. 411-467.

<sup>⑧⑦</sup> Jean-François Flauss, « Compétence Civile Universelle et Droit International Général », in Jean-Marc Thouvenin and Christian Tomuschat (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Brill, 2006, p. 385-415; Andreas Bucher, *La Compétence Universelle Civile*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Brill, 2014.

<sup>⑧⑧</sup> See Tomaso Ferrando, “Land Rights at the Time of Global Production: Leveraging Multi-Spatiality and ‘Legal Chokeholds’”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 2, No. 2 (July., 2017), pp. 1-21; Tomaso Ferrando, “Codes of Conduct as Private Legal Transplant: The Case of European Extractive MNEs”, *European Law Journal*, Vol. 19, No. 6 (Nov., 2013), pp. 799-821; Li-Wen Lin, “Legal Transplants Through Private Contracting: Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains as an Example”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, No. 3 (July., 2009), pp. 711-744.

制者尤其是民族国家改变其规范。<sup>⑧9</sup> 在这些标准中，最典型的是世界银行的“世界治理指数”“营商指数”和世界正义工程的“法治指数”。<sup>⑨0</sup> 法律渊源的多样化势必造成规范之间冲突的增加。虽然也有学者认为法律全球化会导致各国法律的趋同，但是从整体上看，趋同和差异化可能是一个相伴而生的过程。在最为微观的层面，当一个纠纷发生时，可以解决纠纷的法院和用以解决纠纷的规范都是不确定的。国家从创造规范权力的垄断者降格成了诸多规范创造者之一。各国的立法者、法院、职业律师、国际组织、跨国公司都以各种方式生产具有不同表现形式的法律规范，并以此竞争对法律内容和法律解释的垄断权。<sup>⑨1</sup>

### 3. 法律体系无法保证确定性

部门法的严格划分因为出现了大量可以依据不同的部门法裁判的案件而受到挑战。在体系型法典中，同一个部门法追求的目标和价值往往可以统一，不同的部门法则追求不同的价值。体系的融贯性同时借由各个部门法内部的价值统一和不同部门法之间的价值差异而得以体现。以无权代理人拥有代理权的法律外观使人信其有代理权的情况为例。在民法上，出于保护交易安全的需要，不妨认可表见代理的效力。在商法上，却引出了围绕《公司法》第16条解释的争议，其原因无非是商法还需要保护股东的利益。<sup>⑨2</sup> 类似的情况并不仅见于我国，在典型的民商分立国家，如法国，同样也会出现一个争议既可以适用民法规范又可以适用商法规范的情况，而且两种规范对同一个法律行为的效力有不同规定。例如，法国最高法院就曾专门召开全席会议，讨论如下问题：信贷机构在发放借贷时，双方约定以借贷方之股权质押为其业务提供担保但是不转移股权的占有，那么应该适用的是《法国民法典》关于允许流质合同的规定，还是《法国商法典》关于在股权质押中禁止流质合同的规定？<sup>⑨3</sup> 而且，不同的部门法还彼此借鉴法律技术。行政机关就越来越多地使用行政合同来实现其目的。由是，对民事合同和行政协议的认定就成了司法中常见的问题。在实务中，我国最高人民法院行政审判庭和民事审判庭的认定标准并不统一。<sup>⑨4</sup> 不同于民事与刑事交叉、行政与刑事交叉的案件，以上各例中可能使用的部门法彼此互斥，选择其一即排除其他。于是，对于同一个法律关系，不同的法律给出了不同而且相互竞争的评价。

同样，法律体系赖以实现的纵向构建也在实践中迈向更高的不确定性而非确定性。前文曾指出，法律文本的确定性和解释文本时需要遵守的规则确定性是保证法律确定性的重要工具。然而，在文本不变、解释文本的方法也不变的情况下，同一类案件仍然可能出现大相径庭的判决。特别是从长时段的角度看，在不同的历史时刻与不同的地理空间中，同一个法

<sup>⑧9</sup> See Rodolfo Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1 (Apr., 1991), pp. 1-34.

<sup>⑨0</sup> 参见鲁楠：《世界法治指数的缘起与流变》，《环球法律评论》2014年第4期，第118-133页。

<sup>⑨1</sup> Pierre Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 64, 1986, p. 3-19. 参见朱明哲：《从民国时期判例造法之争看法典化时代的法律场》，《政治与法律》2018年第11期，第127-142页。

<sup>⑨2</sup> 参见施天涛：《〈公司法〉第16条的规范目的：如何解读、如何适用？》，《现代法学》2019年第3期，第111-126页；高圣平：《公司担保相关法律问题研究》，《中国法学》2013年第2期，第104-114页。

<sup>⑨3</sup> Note explicative, Audience plénière du 23 novembre 2015, Arrêt au 7 décembre 2015, Pourvoi n° C 14-18. 435.

<sup>⑨4</sup> 参见陈天昊：《行政协议的识别与边界》，《中国法学》2019年第1期，第140-163页。

律概念对不同的社会群体往往会有完全不同的解释适用。<sup>95</sup> 稳定的文本和统一的解释方法并不能决定案件的确定结果。

承认法律原则的存在，一方面为法律规则的解释和漏洞填补提供了论证的基础，另一方面则在司法中成了更多不确定性的源头。不同于法学家所提出的理想情况，法律原则为不同、相互竞争的选择提供支持。在理想情况下，通过对法律原则进行价值排序，可以应对解法典化的挑战。根据一系列原则建立内部体系，“其中各种原则引导着具体问题的解决，并为所调整的事项提供处理标准”。<sup>96</sup> 然而事与愿违，各种法律原则之间的竞争关系、法律原则巨大的解释空间往往导致不同的解决方案都可以找到为之背书的原则。在意思自治原则、诚实信用原则、公序良俗原则之间就存在巨大的张力。20年前的“泸州遗赠案”所引发的争议说明了适用原则的不确定性。寄望于原则提供统一价值判断的理想虽然美丽，在现实中却可能导致法律包括了太多相互竞争的价值，以致各种裁判都可以从中找到证成结论正当性的理由。<sup>97</sup>

## （二）时间与空间的回归

今天，法律实践重新认识到了时代变迁和空间差异。无论是作为蓝本的法律，还是法律所欲调整的社会关系，均与体系型法典的想象已经相去甚远。18世纪末，当人们认为最紧急的任务是建设现代国家并且为独立于公权力的社会制定规则时，服务于这一任务的体系型法典化浪潮也随之启动，其典型的产物就是各国的宪法典和民法典。当20世纪初人们认为有必要以社会之名纠正经济地位的实质不平等时，行政法和社会法的重要性渐次显现。<sup>98</sup> 现在，生态问题日渐成为哲学、伦理学、社会学、人类学、史学等多个学科关注的焦点，并在公共讨论中引发大量争议，生态环境类的法律理应得到长足发展，并成为其他法律的蓝本。<sup>99</sup> 不同的部门法不仅提供了新的规范和法律技术，而且带来了不同的世界图景。体系型法典所构想的那种原子式个人栖居于不会变化的均质空间中的图景，现在已经让位于新的图景：生活在社会中的人，必须随时面对特定时空条件下的独特问题。同样，当代法所调整的事项发生的社会条件已经发生了变化。在诸种变化中，对“人”的差别已经有了较多的讨论。本文将把讨论限制在时间观念与空间观念变迁的范围内。

### 1. 多元的时间观

当代法开始呈现出一种多元的时间观念，承认每一段时间在本质上可能是不同的。这种

<sup>95</sup> See Brian Bix, “Doctrine, Data, and High Theory”, *UC Irvine Law Review*, Vol. 6, No. 2 (Jun., 2016), pp. 137-148; John Hasnas, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, Or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, *Duke Law Journal*, Vol. 45, No. 1 (Oct., 1995), pp. 84-132.

<sup>96</sup> 方新军：《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现——对〈民法总则〉基本原则规定的评论》，《中外法学》2017年第3期，第567-589页。

<sup>97</sup> 不同意见，参见王琳：《法律方法是法官对判决的合理化手段吗》，《政治与法律》2019年第2期，第112-126页；杨贝：《论判决理由与判决原因的分离——对司法虚论的批判》，《清华法学》2016年第2期，第37-52页。

<sup>98</sup> 参见朱明哲：《面对社会问题的自然法——论法律社会化中的自然法学说变迁》，《清华法学》2017年第6期，第75-99页；[美]邓肯·肯尼迪：《法律与法律思想的三次全球化：1850—2000》，高鸿钧译，载《清华法治论衡》（第12辑），清华大学出版社2009年版，第47-117页。

<sup>99</sup> 参见朱明哲：《生态文明时代的共生法哲学》，《环球法律评论》2019年第2期，第38-52页。

时间观的具体表现可以被概括为三个方面。首先,相比于把新技术变革纳入考量,<sup>⑩</sup>发展的时间观在法学方法上得到了全面的接受。法学家和实务人士普遍感受到了为过去的规则文本赋予新的含义以便适应新的社会现实的需求。在德国,以立法者原意为重的主观目的解释逐渐让位于实现当下调整目的的客观目的解释。<sup>⑪</sup>在美国,强调把宪法作为一个不断随着社会演化的文本看待的“活宪法”理论也对强调立法者原意的解释方法构成了极大的冲击。<sup>⑫</sup>在国际法上,学者也突破了《维也纳条约法公约》第31条优先考虑条约原初目的的原则性规定,主张对约文进行“进化解释”。<sup>⑬</sup>其次,对于部门法具体规范设计来说更重要的是,人们开始意识到人类活动很多方面的影响可能是不可逆的。每个时代不但都和上一个时代有不同的属性,而且可能对下一个时代产生无法消除的负面影响。<sup>⑭</sup>此种观念对于环境损害规制的发展起到了较大的促进作用,一个重要例证是,法律开始让生产者对在生产行为发生时无法被预料的损害承担责任。最后,更小单位的时间也被纳入了法律的考量。特别是在可持续发展领域,季节的变换、白天与黑夜的不同都会影响到法律的规制结果。这导致一种曾经存在于各种古代法传统中、承认各个时间之差异的观念重新回到了当代法的实践中。

当代法在时间观上的另一个改变是越来越多地承认法律的回溯效力。“法不溯及既往”可以说是法律安定性理念最重要的支柱之一,其理想状态是用既存的规则事先约束法律的适用者,从而一方面避免适用上的恣意,另一方面避免社会生活陷入一种“法不可知则威不可测”的不稳定状态之中。然而,自从1966年英国上议院发布《实践陈述》(The Practice Statement [1966] 3 All ER 77)以来,英国的最高司法机构和上诉法院开始可以不受其判决先例的拘束。《实践陈述》一举扫清了关于英格兰法官不创造针对本案的新规则的幻想。<sup>⑮</sup>在1991年发生的一个婚内性侵案件中,上议院回溯性地撤销了普通法中长期存在的“婚姻豁免”规则。<sup>⑯</sup>欧洲人权法院在审查该判决是否违反《欧洲人权公约》第7条第1款规定之罪刑法定原则时主张,法律同时包括了成文法和不成文法,如果当事人根据社会、经济、政治背景可以预测法律的新发展,那么法院撤销一个已经不合时宜的豁免规则就不违反罪刑法定原则。<sup>⑰</sup>

法律的回溯力不仅意味着对法律安定性观念的改变,还意味着法律把历史真实纳入考

<sup>⑩</sup> See Davor Vidas, “The Anthropocene and the International Law of the Sea”, *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, Vol. 369, No. 1938 (Mar., 2011), pp. 909–925.

<sup>⑪</sup> 参见 [奥] 恩斯特·克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第104页;雷磊:《再论法律解释的目标——德国主/客观说之争的剖析与整合》,《环球法律评论》2010年第6期,第39–54页。

<sup>⑫</sup> See Lawrence B. Solum, “Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 113, No. 6 (Apr., 2019), pp. 1243–1296; Dennis J. Goldford, “The Political Character of Constitutional Interpretation”, *Polity*, Vol. 23, No. 2 (1990), pp. 255–281.

<sup>⑬</sup> See Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, 2014.

<sup>⑭</sup> 参见 [美] 理查德·拉撒路斯:《环境法的形成》,庄汉译,中国社会科学出版社2017年版,第65–72页。

<sup>⑮</sup> See Louis Blom-Cooper, “1966 and All That: The Story of the Practice Statement 1”, in Louis Blom-Cooper, Brice Dickson, and Gavin Drewry (eds.), *The Judicial House of Lords 1876–2009*, Oxford University Press, 2009, pp. 128–144.

<sup>⑯</sup> *R. v. R.* [1992] 1 A. C. 599.

<sup>⑰</sup> *CR v. United Kingdom*, [1996] 21 E. H. R. R. 363.

虑,从而试图在既有的“结构性不正义”的条件下有所作为。<sup>⑩</sup>历史责任的承担就是一个典型的例证。2018年,在国际环境法中发展起来的“共同但有区别的责任原则”便体现了这种考量。这一原则最早出现在《里约宣言》(1992)之中,后来成为《联合国气候变化框架公约》(1992)的基础原则,并为《京都议定书》(1997)所纳入。这一原则将发展中国家和发达国家区分为两个不同类别的国家课以不同的义务。发达国家在应对环境危机时,负有更多减排义务,并且有义务在技术转让和资金支持方面为发展中国家提供帮助。这种区别对待的伦理基础之一便是历史排放量,现有的规制方法假设发展水平较高的国家在历史上排放了更多温室气体,因而对应对气候变化负有更多的历史责任。<sup>⑪</sup>这种做法虽然引起了发达国家的一些批评,但不失为当代法律关注矫正正义的例证之一。<sup>⑫</sup>而且,这一原则确实促使发达国家的国内法院要求本国政府承担更多的减排义务。<sup>⑬</sup>在2015年通过的《巴黎协定》中,除了发展中国家和发达国家的区分外,又增加了各国根据自身政治、社会和经济情况自主认定其类别的机制。新的机制让历史责任的承担限度和方式具有了更加灵活的特点。<sup>⑭</sup>

## 2. 异质的空间观

共同但有区别的责任不仅让历史发展问题进入法律的视野,而且考虑到了不同空间的特性。《巴黎协定》第7条第2款特别指出,有一些发展中国家“特别易受气候变化不利影响”,因此它们迫在眉睫的需要必须得到优先考虑。该国际条约的第4条第6款也规定,“最不发达国家和小岛屿发展中国家可编制和通报反映它们特殊情况的关于温室气体排放的战略、计划和行动”。人类活动肇致的环境变迁事关地球整体的命运,以致地球已经接近其“星球极限”,<sup>⑮</sup>然而这些变迁在不同的时间点上对不同的地点、不同的物种、不同的社会阶

<sup>⑩</sup> 结构性不正义指在某些情况下,不应得的伤害并非某个个人意志的产物,而是社会集体实践造成的结果,从而无法从关于意志自由的哲学原理上归责。See Robin Zheng, “What Is My Role in Changing the System? A New Model of Responsibility for Structural Injustice”, *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 21, No. 4 (Aug., 2018), pp. 869–885; Robyn Eckersley, “Responsibility for Climate Change as a Structural Injustice”, in Teena Gabrielson, Cheryl Hall, John Meyer, and Schlosberg (eds.), *The Oxford Handbook of Environmental Political Theory*, Oxford University Press, 2016, pp. 346–361; Iris Marion Young, *Responsibility for Justice*, Oxford Political Philosophy Series, Oxford University Press, 2011, p. 347.

<sup>⑪</sup> See Paula Castro, “Common but Differentiated Responsibilities Beyond the Nation State: How Is Differential Treatment Addressed in Transnational Climate Governance Initiatives?”, *Transnational Environmental Law*, Vol. 5, No. 2 (Oct., 2016), pp. 379–400.

<sup>⑫</sup> See Philippe Cullet, “Differential Treatment in Environmental Law: Addressing Critiques and Conceptualizing the Next Steps”, *Transnational Environmental Law*, Vol. 5, No. 2 (Oct., 2016), pp. 305–328.

<sup>⑬</sup> See Patrícia Galvão Ferreira, “‘Common but Differentiated Responsibilities’ in the National Courts: Lessons from *Urgenda v. The Netherlands*”, *Transnational Environmental Law*, Vol. 5, No. 2 (Oct., 2016), pp. 329–351.

<sup>⑭</sup> See Sandrine Maljean-Dubois, “The Paris Agreement: A New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime?”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Vol. 25, No. 2 (July., 2016), pp. 151–160.

<sup>⑮</sup> See Will Steffen et al., “Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet”, *Science*, Vol. 347, No. 6223 (Feb., 2015), p. 1259855; Johan Rockström et al., “Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity”, *Ecology and Society*, Vol. 14, No. 2 (Nov., 2009), pp. 32–65.

级有完全不同的影响。<sup>⑭</sup> 同样的思路也适用于国内环境法。不同的海拔、地形、气候、植被特征、水文条件、生物多样性特征都要求法律作出不同的规范。粗放式、一刀切式立法的做法和无视地方具体特性将统一的抽象规则适用于全部场景的做法同样有害。于是，我们看到，在当代法律文本中，河流、湖泊、滩涂、湿地、林地等地理名词重新出现。曾经在体系型法典的想象中被均质化的空间重新回归其在现实世界的本来面貌。

空间特性不仅包括地形地貌、气象水文这些看上去外在于人类文化的方面，还包括了一个具体的空间中各种不同要素间的互动，其中就包括了在此生活和发展的人类社会与其他要素间的互动。文化与自然、环境与人文之间的互动关系，早在《里约宣言》的第22条原则中就已经得到体现。《巴黎协定》第7条第5款也特别指出，在应对气候变化时必须考虑脆弱群体、共同体和生态系统，并专门指出，在制定社会经济和环境政策时，要像利用可靠的科学证据一样，考虑原住民的知识和地方知识系统。这种互动关系要求环境法律与政策的制定充分考虑其对当地社会的影响。在政策制定不当的情况下，政府出于保护环境的需求把原住民从其世代居住的空间中迁出，使其丧失了与传统生活方式的连结，成了“故土的陌生人”甚至“保护区难民”。<sup>⑮</sup> 而在政策得当的情况下，政府可以至少在较小的范围内把传统文化实践转化为优化自然环境保护的资源。<sup>⑯</sup> 一方面，新的生态保护实践更加重视自然与人文之间的有机互动，并且希望把这种互动转变为一种互惠关系；另一方面，生态保护的成功与否在很大程度上取决于这种互动观念如何在政策和法律制定中得到落实。

同时，法律所需要调整的空间范围不再局限于国境线内。环境法的形成本来就建立在空间观念的扩张上。只有人们体认到生活在自己经验范围之外的“其他地方的环境问题，包括其他生态系统和生活方式”，他们才能在整体上支持环境保护的政策。<sup>⑰</sup> 《巴黎协定》第7条第2款也把“地方、次国家、国家、区域和国际层面”视为在应对全球挑战时不可忽略的地理单位。在荷兰的 *Urgenda* 案中，法院要求国内政府承担起应对全球气候变化的责任。<sup>⑱</sup> 更进一步，国内法的域外效应正随着跨国诉讼特别是跨国气候诉讼进一步增长。在德国埃森的法庭上，来自安第斯山脉的秘鲁农民主张德国电力巨头对化石燃料的使用导致气候变暖，并造成了他们生活环境恶化，要求赔偿。<sup>⑲</sup> 此前那种依靠明确的国界线被加以区隔的法律空间

<sup>⑭</sup> See Julia Dehm, “International Law, Temporalities and Narratives of the Climate Crisis”, *London Review of International Law*, Vol. 4, No. 1 (Mar., 2016), pp. 167–193; Katie McShane, “Anthropocentrism in Climate Ethics and Policy”, *Midwest Studies in Philosophy*, Vol. 40, No. 1 (Sept., 2016), pp. 189–204; Julia Dehm, “Carbon Colonialism or Climate Justice? Interrogating the International Climate Regime from a TWAIL Perspective”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 33, No. 3 (2016), pp. 129–161.

<sup>⑮</sup> See Mara Goldman, “Strangers in Their Own Land: Maasai and Wildlife Conservation in Northern Tanzania”, *Conservation and Society*, Vol. 9, No. 1 (Apr., 2011), pp. 65–79; Mark Dowie, *Conservation Refugees: The Hundred-Year Conflict Between Global Conservation and Native Peoples*, MIT Press, 2011.

<sup>⑯</sup> See Leela Hazzah et al., “Efficacy of Two Lion Conservation Programs in Maasailand, Kenya”, *Conservation Biology*, Vol. 28, No. 3 (Feb., 2014), pp. 851–860; Leela Hazzah, Monique Borgerhoff Mulder, and Laurence Frank, “Lions and Warriors: Social Factors Underlying Declining African Lion Populations and the Effect of Incentive-Based Management in Kenya”, *Biological Conservation*, Vol. 142, No. 11 (Nov., 2009), pp. 2428–2437.

<sup>⑰</sup> [美] 理查德·拉撒路斯：《环境法的形成》，庄汉译，中国社会科学出版社2017年版，第64页。

<sup>⑱</sup> *Urgenda v. Netherlands*, Case No. 200.178.245/01, Hague Court of Appeal, Oct. 9, 2018.

<sup>⑲</sup> *Lliuya v. RWE AG*, 1–5 U 15/17 2 0 285/15 Landgericht Essen.

现在变得模糊了。

可见，一种强调动态和各种因素之间有机互动的时空观诞生在当代法的实践之中，正在等待法哲学去处理。在这种新的世界图景中，安定性不再是法律必须追求的最高价值，也不再必然意味着形式上的平等和法律规则的预先确定。相比于抽象、可以尽量涵盖一切情况的概念和规范，当代法律更需要对与每个具体个案相关的社会、时间和空间因素加以具体的考察，并充分尊重其特性。由是，法学重新具有了罗马法的决疑术特征。在此种语境下，保留更多具体规范和特殊规范、不致力于体系建构的汇编型法典更有实践价值。

### （三）汇编型法典占据上风

从全球的视角看，体现在法律中的世界图景和法律的规制目的都发生了改变。这一改变的结果是，善治的实现方式从法律的统治过渡到通过规制（regulatory regime）来实现的社会调整。新的法律原则从环境法等领域诞生并逐渐成为在对整个法律体系进行重新整合时不得不考虑的因素，立法机关和行政部门都通过更多的特别规范对具体事项进行规制，法律解释变得更加灵活，原有的绝对权利现在也在空间和时间上相对化了。<sup>⑭</sup> 这一全球性的趋势在大陆法系中构成了对体系型法典的强烈冲击。梅里曼（John Merriman）认为，解法典化、宪法化和联邦化是大陆法系不可避免的未来。特别立法不断增多，这些微观法律制度实现着与法典不同的价值，法官越来越习惯于从宪法价值中寻找裁判依据，欧盟法的发展则进一步增加了法律创造的层级和复杂性。<sup>⑮</sup> 海赛林克（Martin Hesselink）进一步把欧洲法的发展趋势总结为实用主义相对于形式主义的胜利。<sup>⑯</sup> 在此背景下，如果把碎片化、不确定性的提高和个别调整的必要看作一项必须认真面对的“现实”而非人力能够解决的“问题”，那么汇编型法典至少在当下要优于体系型法典。相对于体系型法典，汇编型法典有两个优势：它既更有利于高效率的个别调整，在具体的社会场景中以务实的态度实现正义，也更有利于实现不同法律渊源之间的互动关系。

#### 1. 汇编型法典与特殊规范的个别调整效果

无论采取哪一种汇编模式，汇编型法典都能容纳更多无法被整合入一个融贯体系的特殊规范。在摆脱了体系整合的任务之后，“袖珍法典+特别法”模式下的法典和“一般规范+特殊规范”模式下的一般规范都有了新的功能。首先，法典本身不必然构成一个价值判断一致的体系，一些看上去会造成体系破碎的规范可以仅仅因为其重要而进入法典，借助法典的宣示意义强调其地位。如《民法总则》第9条的生态原则、合同履行时的环境考虑、侵权法中的纯粹生态损害赔偿，这些虽然与传统民法的平等和均质假设有所不符，但不妨作为新的《民法典》的一部分，在其中发挥使传统民法向当代法过渡的作用。其次，一般规范的内容不必然来自对特殊规范公因式的提取。法国《环境法典》的第一编除了《环境宪章》和一

<sup>⑭</sup> See Eric Biber, “Law in the Anthropocene Epoch”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, No. 1 (Nov., 2017), pp. 1-68; Eric Biber and Josh Eagle, “When Does Legal Flexibility Work in Environmental Law?”, *Ecology Law Quarterly*, Vol. 42, No. 4 (Apr., 2015), pp. 787-840; Nicholas Robinson, “Fundamental Principles of Law for the Anthropocene?”, *Pace Law Faculty Publications*, Vol. 44, No. 1-2 (Jan., 2014), pp. 13-27.

<sup>⑮</sup> See John Henry Merryman and Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition, 3rd Edition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, 2007, pp. 152-160.

<sup>⑯</sup> [荷] 马丁·海赛林克：《新的欧洲法律文化》，魏磊杰、吴雅婷译，中国法制出版社2018年版，第129-145页。

些一般原则，还有大量具体的关于公众参与、信息公开、机构设置的规则。这些规则与其说是传统意义上抽象的一般规则，不如说是一个独立于其他分编的结构性的规划，为环境法的发展和变迁设立了一个制度框架。最后，个别调整需要立法者经常根据新的调整需要修改法律。制定具有回溯力的法律，对法典之外的特别法或本质上属于特别法的各分编进行修改显然从立法程序上来说更为可行。

容纳更多规定不同法律后果的规则和追求相互竞争的价值原则恰恰更有利于在具体的语境中实现正义的分配。首先，从规范的内容本身来看，具体规制能更好地回应特定社会群体在具体的时间和空间背景下对公正分配的需要。其次，在规范的适用上，具体规制恰恰更能帮助法官进行裁判说理。在规则层面上，大量具体规则的存在造成的适用上的不确定性反而给了裁判者更多使用形式化的法律技术来裁判案件的机会，而不需要动辄因法律文本存在积极漏洞而采用目的限缩的方式来填补。从特别法优先于一般法的角度看，只要特别法足够多，足够特别，法律的适用者就不需要向一般规范逃逸，类推和目的性限缩的需求也就更小一些。当然，规则意义上的漏洞永远存在。在用原则进行漏洞填补时，各种相互竞争的原则可以为裁判者提供足够的价值指引，并激励裁判者阐明在各种原则之间权衡的理由。最后，正因为不同领域的规范追求不同的价值，所以法律规范的适用在碎片化的时代必将揭示其价值判断的过程。在一个开放且价值多元的社会中，司法判决背后的价值选择和政治理论基础得到明确，反而可以更有利于公众讨论，寻求最能得到接受的解决方案。<sup>⑳</sup>

## 2. 汇编型法典与不同法律渊源之间的互动

汇编型法典更尊重其他的法律渊源，也更能有效处理不同法律渊源之间的互动。如果我们现在确实处于一个解法典后“再法典化”的时代，那么，新时代的法典应该“要求法官必须合理地基于多元的、超越其自身文本的法源作出裁判，此即所谓法源之间的对话”。<sup>㉑</sup>体系型法典的支持者主张法典应该吸收整合在判例、习惯、学说中出现的新规范，并反过来通过一般规则的构造为这些法律渊源的未来发展提供指引。这种观念与民法典编纂时学人反复强调的“平常心”相当契合。然而作为一种建议，这种主张忽略了三个方面的难题。其一，法典本身的体系结构势必导致整合功能优先，而大量新产生的规则仍然只能通过特别立法吸收。其二，体系型法典吸收新发展出来的规范的速度有限。《德国民法典》生效百年后，德国才通过《债法现代化法》革新了债的部分，而法国更是在《法国民法典》生效两个世纪后才对合同法进行了大的修正。这些修法都号称把判例中发展出的规范吸纳入法典，但在规范创制只争朝夕的当代社会，通过单行立法吸收新规范显然更为便捷。其三，法典的指引功能有限。立法对法官发展出的新规则当然有较强的拘束力，然而如上所述，大量的新规则产生于私人之间的协议、国际组织的规则、跨国公司的自我规制，对于这些独立于各国立法的规范生产，法典基本上起不到约束作用。

如此看来，汇编型法典还更清醒和客观地认识到了国家在法律全球化中的地位与功能。从国内的视角看，单行立法和个别指令调整的增加意味着国家干预的增加，也意味着国家权

<sup>⑳</sup> 参见 [奥] 恩斯特·克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社 2019 年版，第 216-219 页。

<sup>㉑</sup> 徐涤宇：《解法典后的再法典化——阿根廷民商法典启示录》，《比较法研究》2018 年第 1 期，第 180-194 页。

力的扩张。<sup>⑳</sup> 在社会法、行政法、环境法等各领域，国家也确实从 19 世纪那种最低限度的守夜人政府成长为无远弗届、巨细靡遗的规制型政府。<sup>㉑</sup> 然而从全球范围看，国家却失去了规范生产的垄断权。在一国法律体系之内煞费苦心建立起来的法律体系最终要在国家无法通过立法指引其发展的领域中重新变得支离破碎。从这个角度看，放弃法律体系的想法可能才是一种务实的态度。<sup>㉒</sup> 诚然，在一国法律之内出现规制冗余且特殊立法叠床架屋的情况下，可以通过修法进行精简和调和，但法典化特别是体系型的法典化并不是实现立法和政策统一的唯一办法。想要让规范实现整体意义上的协调，我们就必须考虑到所有规范的生产者——民选代表、法官、各种不同职业的律师、法学家，然后寄望于他们能够彼此协调，重新让支离破碎的规范趋向于整合。国家很难获得这种整合能力。

#### 四、结论

每一种法律的形态都有其对应的社会观念、调整目的、技术背景、政治生态等一系列相关因素。同时，特定的法律形式和内容也作为社会体系的一部分创造了与之对应的观念、目的、技术、政治。体系型法典希望把不同的价值放在不同的部门法中加以规制，在每个部门法内部事先确定一套由原则和规则构成的规范体系，并借此约束法官，让每一个案件得到平等的对待。这种意图的实现前提是，法典的规则所适应的社会交易特征总体上保持不变，在法典中彰显的价值也不会受到社会变迁的挑战。同时，法律所调整的社会生活无论发生在何种空间都不会改变法律的评价。这种法典观反过来又创造了一套静态的、与社会生活刻意保持分离的规范体系，并构建了本雅明（Walter Benjamin）所说的“同质而空洞的时空”。<sup>㉓</sup> 如今，随着规范生产者在数量上和性质上的快速增长，法律的碎片化已经成了不得不被认真对待的现实。与此同时，实证法本身也对立法和判决的回溯效力更加开放，对具体的社会条件更加敏感。实践中出现了更多需要根据特定社会背景、特定空间中的自然与人文条件而具体调整的事项，具体的人、具体的时间、具体的空间重新回到了法律中。在这种情境下，更便于立法及时进行特殊调整的汇编型法典更能适应时代的需要。不仅如此，汇编型法典还能法官裁判提供更好的指引，并为不同法律渊源之间的对话提供更好的基础结构。

有鉴于此，本文主张在民法和刑法等已经法典化的领域采取简洁的原则性法典与大量特殊立法并存的模式，而在行政法、环境法领域采取汇编集成的模式。我国《民法典》共 1260 条，从篇幅上而言基本上是《法国民法典》或者《德国民法典》的一半。如此看来，

<sup>⑳</sup> 参见徐涤宇：《解法典后的再法典化——阿根廷民商法典启示录》，《比较法研究》2018 年第 1 期，第 180-194 页。

<sup>㉑</sup> See Eric Biber, “Law in the Anthropocene Epoch”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, No. 1 (Nov., 2017), pp. 55-59.

<sup>㉒</sup> See Benoit Frydman, “A Pragmatic Approach to Global Law”, in Horatia Muir-Watt and Diego Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, pp. 181-200.

<sup>㉓</sup> Walter Benjamin, “Theses on the Philosophy of History”, in Hannah Arendt (ed.), *Illuminations: Essays and Reflections*, translated by Harry Zohn, Schocken Books, 1969, p. 263.

在对“基础性”“普遍性”“稳定性”“平等自愿性”的追求中,<sup>⑳</sup>我国确实选择了一条制定“袖珍民法典”的道路。可见,在《民法典》生效后,还会有一系列民事特别立法出现。在行政法、环境法领域,目前学界制定法典的呼声很高,而且对总则部分的体系整合能力寄予厚望;但是从务实的角度出发,如果说行政法尚能在总则部分对行政行为之类较为理论性的部分加以规制的话,那么,想象中的环境法典所能做的可能也不过是像法国的《环境法典》那样,列举一些原则、程序和机构性的规则。

目前,学界似乎仍认为编纂一部伟大法典是历史主流,例证之一是在“解法典运动”后又兴起了第二次法典化或“再法典化”浪潮。<sup>㉑</sup>其实,现代意义上完整、融贯、独立于其他规范的法典作为一种规范存在的形式,只是一个特定历史阶段的选择。“再法典化”运动所产生的那些法典已经不是19世纪意义上那种对民族国家具有重大政治宣示意义的体系化文本了。<sup>㉒</sup>换言之,只有在一系列观念和事实条件得到满足的情况下,法典编纂才可能实现立法者所欲实现的目的——以清晰、逻辑一致的方式预先评价人们在社会生活中的选择。如果这一系列条件无法得到满足,法典编纂的目的必然落空。在体系型法典编纂的条件已成明日黄花时,我们只能要么选择放弃法典,要么选择一种不同于现代法典编纂的法典化思路。

---

**Abstract:** A code of law can be the systematization or compilation of existing norms. In present legal scholars, it is the systematic codes that are envisaged, which involves the double construction of legal rules and principles in both horizontal and vertical directions that leads to coherent systems in different domains of law. The purpose of a systematic code is to achieve the security of law and, therefore, guarantee the formal equality before law. Its achievement, nonetheless, is only possible in a static society over a homogenous national territory, where the fundamental values protected by law are not under challenges from social bouleversements. However, the fragmentation of law has become a dominant feature of contemporary legal practice. The coherence of an alleged system is vulnerable before the mess of norms issued from special legislations, judicial precedents, costumes, as well as private practice. Furthermore, positive law has embraced a new philosophy that grants more serious consideration to the temporality of time and spatiality of space. Therefore, a code by compilation suits better contemporary need.

**Key Words:** Codification as Systematization; Codification as Compilation; Legal System; Sources of Law; Fragmentation of Law

---

[责任编辑:朱振 孙远航]

<sup>⑳</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室:《新时代应运而生的民法典各分编草案》, [http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/lfgz/2018-08/29/content\\_2059972.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/lfgz/2018-08/29/content_2059972.htm), 2019年10月7日访问。

<sup>㉑</sup> 参见梁慧星:《对民法典编纂若干理论问题的思考》,《河南社会科学》2017年第4期,第2-10页。

<sup>㉒</sup> 参见薛军:《中国民法典编纂——观念、愿景与思路》,《中国法学》2015年第4期,第41-65页。