

民法典的理念

[意] 纳塔利诺·伊尔蒂(Natalino Irti)*

董能**译

张礼洪***校

衷心感谢张礼洪教授为我提供这次讲学机会。

张教授是意大利法学界的中国使者。我们视他为我们的同事,并对他始终怀着高度的敬意。因此我非常高兴地接受了他的邀请,向大家谈谈民法典,^{〔1〕}也就是一种欧洲已经实验过、但在今日已暴露危机和衰弱征兆的立法形式。我希望我对于欧洲经验的叙述能够有益于中国民法典的编纂者。

1. 欧洲各国民法典都受到统一观念的支配。随着(在天主教会和神圣罗马帝国得到认可的)中世纪普世主义的衰落,各个近代国家兴起了。这些国家是绝对的、主权的,不依赖于任何权威,而它们本身就是最高权威,是一切权力的来源。

近代国家是领土的统一体和政治的统一体:国家由其地表疆域界定;奉行世俗政体,独立决定自身命运。

法律不再散布于零散多元的渊源中,不管这些渊源是古代的还是近代的、是教会法的还是民法的、是普世的还是地方的。法律也要求统一。^{〔2〕}

法的统一是在两大逻辑和历史阶段中实现的:国家法律是法的排他性来源;国家法律在法典中被整理和排列。法典是一场统一化的进程的起点。

我们来深入研究刚刚约略提及的这些脉络。

2. 法指的就是国家所立的法。罗马法遗产、地方法、农业习惯、商业习惯、古代法学家的答复以及教会法规则交织的多元规范,通过合理的简化,慢慢地全部汇集于主权者,也就是国家的最高权力。这是一种确立什么是法、并且验证或遴选历史的遗留、引进新的规则、整合国家全部规范遗产的权力。主权者并不是要寻找一种先于自己且高于自己的、不可触犯的、永恒的民事关系的法;相反,主权者自

* 意大利国家科学院院士、意大利罗马第一大学教授。2016年11月2日于华东政法大学;2016年11月5日于北京航空航天大学“两岸民商法论坛”。

** 意大利佛罗伦萨大学法学博士研究生。

*** 华东政法大学教授、法学博士。

〔1〕 关于民法典的历史发展详见: Natalino Irti, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 2008.

〔2〕 近代法典化起源的过程参见: G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 35ss.

己就是法的来源,法通过法律的形式自我表达。通过假想一种从原始的、“自然的”状态到城邦(*civitas*,也即人与人之间有秩序的共处)的过渡观念,哲学承认国家具有建构统一的力量。^{〔3〕}

已经达到资产阶级资本主义阶段、从手工业和农业发展至工业的经济,也要求权力的统一和法的统一。

法律规范也进入到了工业企业的计算性层面。这样,时代的所有力量——政治的、经济的、社会的——都汇集于统一观念中。私法关系的法律统一在民法典的体系性蓝图中实现了。

3. 这种马克斯·韦伯在其经典著作中已经相当精辟地指出过的合理性或者说功能性,^{〔4〕}一方面是历史大气候和商业必要性的结果;另一方面又是法律形式和制度工具的制造者。在第一次工业革命中崛起、其规模和市场支配度都急剧扩张的欧洲资产阶级,无法再忍受一种不确定的或疑问重重的法,已经难以确立这种法的各种渊源并确认其现实效力。法律渊源的状态在各种关系的运行中布满了未知和风险;方便了欺瞒和诈骗;使得其他主体的行为无法被计算。可计算性对于资本主义来说是必要的:在这样一个针对个体客户的生产取代了大规模生产的体制中,个人的随意和规则的不确定是最高的、最严重的风险。这就需要一种行为的数学,使得经济关系中的任何主体都能够计算他人的行为并衡量选择的收益和不利。企业主——他必须目光长远,着眼于未来的收益(例如货物的供应、交易的流程、政治决策或军事行动的结果)——将不可能进行“权衡”,或者只能完全随心所欲地权衡,如果他不能掌握法律的可计算性的话,也就是规范意义的确定性。^{〔5〕}这种确定性,正如使得谈话者能进行对话并彼此理解一样,也能够建立行为的秩序,这些行为交互地体现于其含义中,并呼应各方预先的计算。行为,由于在法律中找到其自身独有的尺度,变得可以被司法组织控制。^{〔6〕}

4. 正是借助最高权力,主权国家能够确立行为的可计算性。^{〔7〕}不确定性无益于政府,因为会造成模棱两可的地带,其中盘踞着某些集团或特权阶级的反抗。如果主权体现在人民的意志中,那么这幅历史图景就无法被改变,^{〔8〕}因为人民的意志就是民族的意志,它要求一种自主的、自治的、从古老的、模糊的遗产中解脱出来的法。即使从这个视角来看,法国大革命仍然是由君主专制主义预演并助推的:大革命对那些君主制已经使之丧失了任何政治功能且作为一种可憎的、阻碍商业资产阶级的自由发展的特权而残存的种种制度发起了致命一击。随着封建阶级和行会阶级被取缔,大革命以一种——用托克维尔的话来说——“更统一的、更简单的、建立在市民平等基础上的社会和政治秩序”^{〔9〕}取而代之。受到共同的法律辖制并被共同的司法官员所评价的同一个民族的各个成员之间的平等,^{〔10〕}不仅意

〔3〕 参见: Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 2a ed., Milano, 2005, pp. 96 - 99.

〔4〕 参见: Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, III, trad. it. G. Giordano, Milano, 1980, p. 161. 另见: B. Groethuysen, *Philosophie de la Révolution française*, trad. it. G. Tariggo, Milano, 1967, p. 256sgg.

〔5〕 参见: Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, 4a ed., Milano, 1999, pp. 21 - 22.

〔6〕 “普遍的可度量性是普遍的可控制性的前提”,语出 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, trad. it. A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 179.

〔7〕 霍布斯有云:“市民法不是别的,正是被赋予国家最高权力者对于公民的未来行为的命令。”(Thomas Hobbes, *De Cive*, VI, 9.)关于作为“政治社会最高权力”的立法权的概念,参见 John Locke, *Due trattati sul governo* II, trad. it. L. Pareyson, 3a ed., Torino, 1982, pp. 326 - 336.

〔8〕 参见: F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, trad. it. G. Liberati, Napoli, 1983, p. 9: “现代民主实际上是专制君主的直接继承人,让-雅克·卢梭把后者的权力的完满性移交给公民的普遍意志。”

〔9〕 参见: A. De Tocqueville, *L'antico Regime et la Rivoluzione* V, trad. it. C. Vivanti, Torino, 1989, p. 70.

〔10〕 参见: J. E. Siéyès, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat? 1789*, in *scritti editi*, I, 1, trad. it. G. Troisi Spagnoli, Milano, 1993, p. 215: “第三等级应该被理解为属于共同团体的公民的集合体。所有那些在某种程度上受法律优待的人都脱离共同团体,不受共同法律的管辖,因此也就不属于第三等级。”

意味着民族的统一和历史身份,而且还意味着自由商贸的必要条件:自由意味着平等主体之间的互相交流。经济关系在其建立和运行中,被主体之间的法律平等变得可以计算。

法律是平等的来源和保障。只有法律才能废除种种古老的法律渊源,以简单的、统一的条款取而代之,并在体系化的整体中加以整理。为了达到这个目标,立法规定的普遍、抽象的特征是有益的,立法规定并不调整特定的案例和事实,也不针对个别组织或特定的主体范围。普遍性和抽象性作为立法规范的特征被指出,前者指出目标对象的无名特征,后者则指出被规范的行为的假定特征。^[11] 法律的平等主义结构的象征就是处于纯粹假定状态(因此只是可能的、可行的)中的无名的“任何人”。市民之间的平等以及法律的普遍性互为表里:并不调整具体案例和状态的民法典成为平等主体的章程。^[12]

此处涉及意义相当重大的一点。法律,由于它是普遍的、抽象的规范,并不调整这起或那起案件(以名称或案情定义),而是调整各种行为的典型类型:例如买卖契约、租赁契约、借贷契约等。这种立法描述被命名为案例(*fatti-specie*,字面意思是不同种类的事实),也就是注定会在未来无数次重复的一项事实的形态或模式。当它发生时,就产生了当事各方之间的争议,法官意识到产生了案例,于是便适用立法者预先确立的规则。事实的立法预兆使得法的司法适用变得可能。如果我没有弄错的话,在中国,那些调整民事生活实质性制度的重要法律同样呼应这一逻辑,例如婚姻、继承、收养、合同、物权、合伙等。这些规范并不涉及名称和案情,而是涉及无名的“任何人”。

5. 在 18 世纪末和 19 世纪初的欧洲,意识形态、经济利益、有序的理性化以及政治统一逐渐交织混杂在一起,它们都可以在民法典中找到答案。^[13] 随着法律规范和国家法律之间的均衡,一部能够确立法律在法的各种渊源之间的优先地位,并能够将私人生活的规则收集于体系中的统一性作品应运而生。民族的、主权的国家的政治统一在立法统一中得到表达;法典具有了“爱国主义的典籍”一般的重要性,随之强化了国家的文化身份、市民间的平等、传统的延续以及现代性的创新。^[14] 在意大利和德国,法典化随着政治统一而发生。^[15]

法典显示立法权的力量和优胜:某种程度上,立法权是最高的、最充分的尺度。法以国家法律的形式被表达,而法律以法典的形式运行并组织。法和法典之间的潜在的等式关系被国家的立法垄断所推动。并不是要收集古老的规则或习惯,不是通过选取那些最生机勃勃的枝蔓来巩固过去,而是要把法置于法典的形式中。此处,一如既往地,形式和内容完全一致:制定法典并非简单

[11] 参见: Jean-Jacques Rousseau, *Du contractu social: ou principes du droit politique*, II, 6, Paris, 1960, p. 259: “当我说法律的对象始终是普遍的时候,我指的是法律考虑的是作为群体的人以及作为抽象事物的行为,绝不是作为个体的人,也不是特别的行为。”

[12] See Carl Schmitt, *supra* note [6], at 209.

[13] 19 世纪的民法典不但提供简单的规范标准,而且提供完整的世俗和现代社会的图景。参见 H. A. L. Fischer, *Storia d'Europa*, vol. 3, trad. it. A. Prospero, 4a ed., Bari, 1951, p. 57: 拿破仑法典“以清楚易懂的方式确定了世俗的市民社会的结构,这个社会建立在社会平等、宗教宽容、私人所有权以及家庭统一的基础上”。

[14] 参见: F. Filomusi Guelfi, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, 1886, in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1949, p. 183sgg; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5a ed., Torino, 1992, p. 256sgg. 就历史脉络而言,参见: H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, München, 1982.

[15] 就意大利法律经验而言,参见: C. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, 3a ed., Roma-Bari, 1985; Carlo Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia. 1865 - 1942*, Roma-Bari, 1985; P. Rescigno, *Introduzione al Codice civile*, Bari, 1992. A. 甘巴罗(A. Gambaro)撰写的词条同样清楚、有用。参见: *Digesto*, 4a ed., Torino, 1988, 词条“Codice civile(民法典)”。

地把法律放到一起,然后抛掉不同规范之间的外在障碍,而是要根据一种“原则的罗列”来确立立法(可以说,在中国,这种原则或者说某些原则的“罗列”已经在1986年的《民法通则》中被规定了)。法典的理性特征存在于内在体系中,其中原则(明示的或没有明示的)指导个别问题的解决,并设定分配、整理被调整的素材的标准。

6. 作为立法的历史形式的法典,还具有不连续性的特征。法典不仅限于选择、收集立法遗产、巩固、整理生效的规范,而且还是法的排他性渊源。一个国家的立法史开始于法典的颁布,或者说从法典颁布时起变得清晰的。法典的排他性^[16]意味着一个新时代的开端,一国历史的开始。

这一特征把法典和革命嫁接了起来。^[17] 革命本身就标志着开端,并决定了新的合法性标准。^[18] 革命和法典似乎都处于断层、非连续性和排他性之中:事物的进程被打断了,新的秩序要求统一的、绝对的支配。过去被废除了。这种相似性或者说代表性,即使包含共同的要素,仍然具有某种僵硬的、不自然的成分。革命尽管掀起狂暴的、毁灭性的飓风,但是并不能形成法典。

之所以不可能,不只是源于所有革命都具有的、不易和温和的立法形式相处的“哲学精神”,而且主要地源自法律阶级格格不入的保守性格,若非如此,法典就无法被构思也无法被制定。在法国,法学家们的妥协和支持发生在第一执政拿破仑治下。法国经验显示,法典同时是政治事实和技术事实:其诞生要求政府的效力和决策的权威;新颖之处在于素材的内容和规则的标准;但法典特有的、并使之在法的种种渊源中脱颖而出的形式,仍然处在原则的框架和法学家的配合之中。这就解释了为什么法典是连续性和非连续性的时代的标志,并且如此这般地吸收了学术传统和各法学流派的成果。革命的重心在于其相对于特定政治体系的断裂;而法典的重心在于规范的新秩序,既包容、又超越过去。民法典既尊重、又超越过去,既保存过去,又超然于过去之上。^[19]

7. 体系化的性质是19世纪法典所特有的,后来又被擢升为法典观念本身的特征(无论其内容如何:是资产阶级的还是无产阶级的;是个人主义的还是社会主义的)。这一性质是法典作品的完整性和连贯性的效力和理由。因为在普通规范当中还隐藏着明示或未明示的一般原则,也就是处理案例的标准,即使那些未曾被预见的事实也可以通过类推发现规则。类推的双重形式(*analogia legis* 法律类推和 *analogia juris* 法的类推)^[20]使用法典的各项原则,从中推断出未被预见的争议的体制,这样就能保障公民获得法的答复。在国家法当中,不存在没有答复的问题。完整性的神话,或者说信仰——表现为法官不得拒绝审判案件的义务——伴随着法典的整个历史经验。这并非意味着法典被认为是完整的,而是意味着法典自身保存着整合性模式的选择:即自给自足,也就

[16] 参见: Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, in G. Martini, *La polemica sulla codificazione*, Napoli, 1982, pp. 103 - 104.

[17] See F. Wieacker, *supra* note [8], at 495: “自然法主义的法典被视为革命转变的文献。”

[18] 参见: M. Cattaneo, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milano, 1960, p. 40sgg; p. 99sgg. 另参见桑蒂·罗马诺(Santi Romano)撰写的词条 *Rivoluzione e diritto* (革命和法律), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 220sgg.

[19] 关于法律的延续性,参见: A. Merkl, *Das Problem der Rechtskontinuität*, 1926, in *Il duplice volto del diritto*, trad. it. C. Geraci, Milano, 1987, p. 213sgg; S. Pugliatti, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 77sgg. 温德沙伊特(windscheid)在其《潘德克顿教科书》(*Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. it. C. Fadda & P. E. Bensa, Torino, 1925, p. 18, nota 2)中观察到,现代法典和罗马法之间的联系“确实也体现在法国民法典中。在这部作为法国大革命产物的法典中,确信可以找到一种和先前法律之间的彻底决裂”。

[20] 关于法律类推和法的类推的阐述,参见: F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 2a ed., Roma, 1946, p. 85.

是划定国家法的界限、将各种关系和其他规范秩序结合起来的最高权力。完整性并不排斥和其他制度的联系,而是将其转交给国家的至高权力。^[21]

我刚刚提到了民法典的自我补充的方法,通过类推,将原来的规范扩张至未被预见的案例。类推建立在“类比论证”的基础上,也即建立在用一致的方式处理类似案件的标准之上。但可能发生的是,民法典中没有任何规范可以规制某个未被预见的类似案例。那么在意大利法律中,这一空白是通过求助于“国家法律制度的一般原则”被填补的。中国《民法通则》第6条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”在我看来,该条款应当被这样解释:首先应尝试法律规定的全部规范效力,通过类推来适用这些法律规定(也即同样适用于未被预见的相似案例);然而,若空白仍然存在,则应求助于“国家政策”(State policies)。“国家政策”一词不应当被理解为行政当局单个的、特殊的法规,而应被理解为宪法和最高法院判决确立的普遍方针。在现代法治国当中,政策通过法律工具进行治理。因此,法官适用的从来不是“政策”,而始终是法律。

法典的规范也可能彼此冲突,这样就又面临古老的不确定性问题,因此,一般规则也规定了冲突的解决方法。连贯性连同完整性一道应运而生:规范(不管是明示的还是通过类推推断出来的)需要在数目上和争议案件相当,而不是更多。^[22] 每个法律问题都应找到一项且只应找到一项答案。过多的答案有陷经济关系于无序、使之在法律上变得无法计算、并最终重新将其置于裁判者的独断之虞。

8. 原则的内容构成19世纪法典的宪法性特征的理由。在柔性宪法的体制内,这些法典阐述并守卫共同原则的列表(契约自治、私有财产神圣不可侵犯、财产出于生者间行为的流通及出于死因的流通)。各种关系在刚性宪法体制内发生变化,其中宪法高居法典之上,并以其调整的原则和标准超越法典。我要告诫的是,对于外国读者,“柔性”宪法指的是可被常规法律修正的宪法(经普通多数批准);而“刚性”宪法则是只有通过比常规多数更多的票数才能被修改的宪法。

宪法和民法典越来越成为法制统一的保障:如果宪法具有刚性的特征,并深陷历史的根源和社会的共同感受,那么它势必保卫整个的国家法,并守护其最高原则;如果宪法,不管是刚性的还是柔性的,确实是政治斗争的主题、或者说是由胜者在失败者的尸体上建立的、或者说由于新的原则和利益骤增而衰落的话,那么民法典在整体上仍被揭示为私人关系的体制。民法典跨越政治体系的种种危机、君主国或事实上的政府;当狂风暴雨席卷公共制度时,民法典谨慎地、秘密地潜行;民法典就这样捍卫社会生活的日常性,并提供所有人都不可或缺的最低程度的安全:每当和平重返、新宪法确立统一的保障之时,民法典便准备好重新让渡其特权。^[23] 总的来说,民法典能够、并且常常确实从宪法危机中幸存,并确保私人生活的延续。

9. 这些特点让人们充分认识到民法典的历史意义和法律功能,正如在欧洲经验中所浮现的那样。民法典作为资产阶级的宪章诞生:首先是设立并从事民事关系的土地所有权人,这些人疏远商业关系,而后者适用其他规则(也就是商事法律)^[24];随后,两类关系的体制汇聚于同一部法典,企业和完整人的特权被承认,不再自成一类,而是统一于生活中。法典的原则扩张至全部的社会

[21] 舒尔茨(F. Schulz)在其《罗马法原则》(Prinzipien des römischen Rechts, trad. it. V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1946, p. 12)中观察到,法典化“佯装具备决定性和完满性,实际上它并不具备”。

[22] 萨维尼(Savigny)在其《当代罗马法体系》(System des heutigen römischen Rechts, I, trad. it. V. Scialoja, Torino, 1886, p. 268)已经注意到,“我们始终试图确立统一:通过消除矛盾确立消极的统一;通过填补空白确立积极的统一”。另见 N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 125sgg.

[23] 参见: N. Irti, *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1992, p. 46sgg. 另见: P. Piovanini, *Linee di una filosofia del diritto*, 3a ed., Padova, 1968, pp. 145 - 146.

[24] 参见: T. Ascarelli, *Lezioni di diritto commerciale*, 2a ed., Milano, 1955, pp. 38 - 39.

阶级。这些原则不再专属于和城市无产阶级、工人大众对立的资产阶级,而是属于我们的时代的个体:属于能够认可无产阶级和资产阶级、能够建立普遍的消费体制、以自身福利的模糊中立性去压制冲突的中产阶级。丧失了其本来面貌并淡忘了自身历史根源的民法典被提供给所有的阶级,吸引人们关注自身,并从资产阶级的宪章变成了中产阶级的宪章。

如此便获得了一种巨大的力量,它散见于危机时期和政治生活的衰落中——正如上文所言。于是,当市民和资产阶级的裂痕重新显现,中产阶级个体便托庇于民法典,后者保护其最关键、最要害的利益。这样,即使可怕的战争摧残国土、残酷的游击战伤及公众生命、专制主义被打倒、古老的王国被摧毁(试想1943年7月和1945年4月的意大利),民事关系(也就是由民法典维持的社会)仍以普遍的延续性被缔结、被运行。所有的参战方都置身其中、但冲突各方没有任何一方想要废除或颠覆之的民法典,是作为超政治的法律出现的。这是一种幻觉——人们或许会注意到^[25]——,因为民事关系本身也是政治的;但这是有益的、宝贵的幻觉,它能够保护基本的交易和商贸,并且保障私人协议的稳定性。

战胜了封建规则和封建特权的资产阶级,发现自己面对着一个新的且更加可怕、几乎就是被自己的胜利制造出来的敌人,即工厂和农场的无产阶级。可以预见或者说害怕的是,民法典也卷入这场斗争。威胁旷日持久。但今天,自由主义和全球性原则的市场经济已经确立;社会斗争在大众消费和福利的“均等”中已经被解决或者说被掩盖了;法典显现为所有阶级的宪章。法典的朋友不只是生产者,而且也是商品的无名消费者,他们在法典中找到交易的法律模式:消费社会随着民法典的基本制度而被建立。失去了其起源的政治意义后,民法典不再象征断裂,而是象征着持久的确定性和社会稳定。

10. 时至今日,在指出那些使得法典化工作优越、完整的特征的同时,^[26]法典语言的清楚、简洁仍被推崇。在诸多法律大全和有机的规范汇编中,只有法典具有自身的风格,朴素、透彻、合理、毋庸置疑。显而易见地,此处从历史的多样性上升至法典的观念:每部法典都具有其自身的风格;但法典的观念(其中各种经验似乎都保留了其典型的、持久的特征)本身就唤起一种风格,也就是法典的风格。简化并不只是涉及法的渊源以及先前法律的零散整合,而且也涉及语言:古词、生僻词、疑难或模棱两可的词、学究式的规则、法官和学者的教条都被废弃。哲学的理性主义、民主的意识形态、资产阶级的利益要求一种共同的、简洁的语言,能够保障意义的稳定性。这种现象被命名为法的确定性并得到尊重。

法典的语言以其意义的得体、句法联系的简洁性、从概念到具体制度的理性递进而与众不同。这样法典语言就能开辟出一片内在空间,以各种尺度将法律题材分门别类(编、章、条款等),并根据基本的属种关系分配规则。例如,在意大利的租赁制度中,有一组条文构成“一般规定”,随后划分各种类型的租赁;而作为租赁的一个种类的生息物的租赁在一个新的从亚属递进到亚种的系列中被调整。语言顺序和逻辑顺序共同构成了法典的内部结构。

11. 法典作为历史的终篇和规范的体系,并非法律科学的任意客体。此处的客体已经经历

[25] 已经有很多作品对假想的经济的中立性进行了批判。其中最权威、最透彻的参见: N. Nobbio, *Tullio Ascarelli*, in *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 254: “但是,即使假想的自然经济也是人为的,也就是说是对于某些排斥其他一些权力的权力的认可和分配,而在创造这一人为事物时,这些权力为了自身采纳、设置了某些特定法律规则而非其他的法律规则。”

[26] 参见: J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale* 1, Bruxelles, 1967, p. 163sgg. 关于法典的“简洁”,须提及拿破仑的评价:“我这部法典,仅凭其简洁,给法国带来的好处就比所有先前的法律加起来还要多。”(See P. Piovani, *supra* note [23], at 145.)

了一种分门别类加以整理的逻辑,围绕一组普遍原则(不管是明示的还是未明示的)被收集:总的来说,它具有如此充分的技术的和政治的内容的完整性,^[27]以致凌驾于解释者之上。分析使人们可在不同的历史形态间进行辨别。有的法典主要作为立法者的作品而诞生(常常是后革命时代的立法者)。于是,政治原则的创新和效力就迫使解释者采用评注的形式,使之服务于法律,在注释中进行研究:“我并不了解民法,我只是教授《拿破仑法典》。”^[28]这则著名格言使人了解法国学派的方法以及法学和其对象的关系。挣脱如此严格的联系的努力将是缓慢而艰难的。

还有的法典是作为理论作品而诞生的:例如,1896年德国民法典和1942年意大利民法典。在这两部法典中,技术要素抑制、阻隔了政治要素,尽管就历史而言,前者并未和德意志帝国的统一脱节,后者也未和法西斯国家脱节。但是学术界整理并固化了法学学派的成果(德国的潘德克顿学派和意大利的教义学派)^[29]。这样就在学派和法典之间确立了一种生产性闭环的纽带,因为理论向法典提供自己的模式和概念,而法典,尽管具有立法解决的内容和秩序,仍然激励并指引新的研究。这一纽带并不损害解释者的自主性,也不损害立法体系和科学体系之间的差异性。立法概念和理论概念之间的辩证关系是圆满的、频繁的:有时一方在另一方中运行、完善;有时后者补充或修正前者;两者总是在单个制度或者制度范畴的学术表现中竞争。

特别法律和解法典化——解法典化现象我们将在另一堂课上讲述——以某种方式重新提出了问题,并向新型解释的方法发展。^[30]受制于经济偶然性或政治紧迫性的驱动,和任何的技术考虑或学术储备都毫不相关的特别法律局限于字面解读。然而有可能发生的是,这类法律通过自我重复和自我巩固,表达或者可能表达部门法的原则,并自行构成微观体系。^[31]这样,我们的时代的法学家就处在法典体系和特别法律的解释之间,或者说处于大体系和小体系之间的断层中,因此法学家的使命变得更艰难,而且其视野常常无法穷尽法律制度的完整地平线。

这些正是驱使欧洲国家朝向法典统一形式的历史理由;这些是技术思考和法典的政治意义,也是危机的表征。

这是欧洲法学家谦逊地、谨慎地向中国思想界提供的一项经验。在我的演讲中所描述的历史概况,可以为中国民法典的制定者建议一些原则的标准:政治要素和技术要素间的平衡;立法者和法律人阶层间的对话,不管是在大学内外、是理论法律人还是实务法律人;不会产生规范的冲突(自相矛盾)、能够包容未被预见的案例(类推)的体系的统一,语言的得体 and 透彻;同宪法原则的协调。

感谢你们的聆听。

(责任编辑:彭诚信)

[27] 参见: J. Luther, *Genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, in G. Gozzi & P. Schiera (eds.), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, 1987, p. 192.

[28] 语出布涅(Bugnet)。参见: J. Bonnetcase, *Science du droit et Romantisme*, Paris, 1928, p. 8.

[29] 就这个主题, R. 伯尼尼在《罗马法学家以及1942年民法典第一编》一文中进行了成果丰硕的研究。R. Bonini, *I romanisti e il I libro del codice civile del 1942*, in *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislative*, Bologna, 1973, p. 137 sgg. 在谈到德国民法典时,一位极为敏锐的教义法学家 G. 塞格雷在其《关于预先假定理论的一些观察》(G. Segré, *Alcune osservazioni sulla teoria della presupposizione*, 1890, in *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, p. 375)中注意到,“尽管在法典编纂中相当一部分是委诸司法官和实务人士的,但是,似乎在草案中占压倒性地位的是由专业理论人士所代表的学术流派”。

[30] 参见: Irti, *La proposta della neo-esegesi*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, III - XI.

[31] 关于微观系统的概念, see Irti, *supra* note [5], at 70 - 73; Natalino Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999, pp. 298 - 300.