



回到律例时代？

作者：陈颐

[来源：本站原创 | 点击数：421 | 更新时间：2005-11-8 | 文章录入：zhangbin]

制定民法典事业已是热火朝天，孤陋如我者总是觉得这事来得有些突兀。我一直觉得这事还不到时候，一则我们的时代不大见得到王宠惠、傅秉常、胡长清、史尚宽这样的人物；二则我们也不曾用心去搞什么民商事习惯调查报告录（前北洋政府的《民事习惯调查报告录》最近终得再版，实是幸事。但就现今而言，此报告录作为历史社会文献的价值要远大于它作为规则资源的价值。）；三则姓社姓资虽有定论，但具体问题上尚有待厘清之处。这些观点大家也都说过，每逢这样的的时候，他们总说，建国都已50年了，还有什么条件不成熟。这说法很让我吃惊。虽然时间可以证明很多东西，比如爱情；但时间也并不能证明所有的东西，比如所有的爱情。不过每次听到这样的话我总归沉默，这是我无法抵御的大棒。

新中国50年，热热闹闹地忙活着制定民法典已非头一遭。1956年那阵子，青年近卫军学成回国，有些不耐烦掉渣的土政策，从苏联搬了一部民法典，反右整风反苏反修让它胎死腹中。1963年，毛主席他老人家的诗人气质和我们的运动传统造就了第二部民法典草案。然而诗人气质和运动传统都有一个共同点，像风，而且是狂风，重重地掠过，不留下一片树叶。这部草案还未最终定稿就已没人提起。1978年以后，民法典之议重提。说实话，我极是佩服那一批老人，无论他们曾经是民国旧学人抑或青年近卫军，这次重提民法典之议，至少表明了他们试图以官僚代替军人、红卫兵，以规则的治理代替运动式的“不断革命”。但他们也没能出台一部民法典。“成熟一部，制定一部”被确定为立法指导方针，民法典的构想被更务实的单行立法模式取代，最近20年中国民法的单行立法格局即是随着这次民法典起草的失败确立了下来。

现今这次起草民法典的背景极为复杂。大致可以有以下几个层次：其一，民法典这东西，大家都有，我们曾经也有过，现在也该有一个了。其二，单行立法太过混乱、杂乱无章，相互排斥冲突矛盾之处甚多，制定一部民法典，确立民法典的优先效力可以有望解决这些问题。第三点有些特别，关涉到建设法治国家的路径问题。虽则，英美的“宪政法治”很是迷人，但似乎可行性不大；欧陆的“民法典法治”极切合于我们百年来的大陆法传统。大家都看到了欧陆的宪法一样的变幻无常，如法国若从1791年宪法算起至今已有13部宪法，如德国《魏玛宪法》的短命夭折；而与此同时，欧陆各国的民法典却坚挺异常，《法国民法典》已历经200年，《德国民法典》也已有100年的历史。把这些国家视为法治国家应是没什么问题的（除了德国纳粹时期）。学者们的解释是民法典划出了一块国家权力不得任意进入的市民社会空间，同时民法典所赋予自然人的权利又限制了国家权力的肆虐，从而民法典在欧陆实现了宪政在英美同样的功能，是为欧陆的“民法典法治”。很遗憾在鼓吹制定民法典的学者中间，只有少数人有此抱负。

上述的三点都值得认真对待。就第一点，虽然很多人拿着棉花糖，但也有些人没有棉花糖，而是

拿着水果布丁或者其他什么东西。有人也许会争辩说，作了英美及前大英帝国的殖民地外，绝大多数国家都制定或继受了民法典。但问题是继受的结果如何。成功与不成功的例子都有很多，与其贸然继受，不妨先看一看，看看清楚。就第二点，与其批评单行立法模式还不如批评立法机关的无能。如果立法机关的工作能力、工作效率并没有多大的改善的话，制定民法典只是一种治标不治本的努力。就第三点，首先，“民法典法治”是一个值得深入探究的问题，至少目前还很难说是欧陆的社会经济结构决定了民法典成为法治的基石，还是仅仅依靠民法典本身就能够单独地建构起一个法治社会。有一点不可忘记，我们向来就缺乏法律至上主义的传统，要让作为私法的民法典在中国也获得它在欧陆同样至高的地位远非易事。“淮南为橘，淮北为枳”的事例屡见不鲜。需要声明的是，我决非一个民法典的固执的反对者，我只是反对好大喜功，反对鲁莽行事。

事实上，这股制定民法典的潮流来源极为复杂，层次又如此之参差不齐，而经过这几年的搏杀，在某种意义上，现今的民法典编纂活动似乎已只能归诸于一些政治家欲树碑立传、一些学者欲流芳百世。这一活动更大程度上已只是一项文化事业而非公众政治事业，一如历代王朝建国伊始制定典章制度礼乐文化。

1727年《大清律集解》有律436条，而至1863年例已达1892则。《清史稿·刑法志》称：“有例不用律，律既多成虚文，而例遂愈滋繁碎。”如律文八议之条，《大清会典》及雍正六年上谕均声明八议之条不可为训，但仍其文。其实这也并非怪事，律典乃先朝成例，乃文化事业，是该烧香供着的。至于烧完香，出了庙堂，就不好说了。

[阅读全文](#)

上一篇文章：[交汇与融合：中国法制现代化的主旋律](#)

下一篇文章：[“宪法司法化”事件：民众、学者与法院](#)