

法典化与法体系的内部构成

陈景辉*

摘要 伴随着《民法典》通过,中国正在酝酿一场几乎涉及所有部门法的法典化运动,它们基本上遵循民法典的“法典=体系性+法律总则”的模式,并认为自己在体系性与法律总则两个方面并无困难。但如果仔细思考民法典的法典化理论,“法典=体系性+法律总则”的基本模式只是法典化的结果,而非该理论本身。如果注意到法典化与部门法划分之间的必然联系,并且法典化的最终根据在于“特定部门法具备价值上的完备性”,那么就只有部分的部门法才有法典化的可能;或者说,并非所有的部门法都能够被法典化。

关键词 法典化 法体系 法律总则 价值 完备性

导言

随着《中华人民共和国民法典》于2021年1月1日起施行,这部唯一以“法典”命名的法律,正式成为中国法体系的一员,中国的民法典时代同时开启。无论学者、专家与民众如何评价这部法典,它的制定、通过与实施,还是普遍被认为是个巨大的法律成就。既然是成就,就值得被效仿。于是,以行政法、经济法与环境法为代表的部门法学界的法典化热情逐渐高涨,一场几乎全部门法的法典化运动正蓄势待发。

如果做时空转变,类似情形曾经上演:二百年前《法国民法典》的颁布,同样激发了德国民法的法典化热情。因与萨维尼辩论而永垂法律史的蒂堡,所代表的正是法典化的乐观派,但萨维尼也绝非法典的反对者,他只是认为不能照方抓药式地直接拷贝《法国民法典》,因为“民族精神”之类的(民)法典实质条件仍未获得。^[1]此后直至1900年《德国民法典》的施行,德国民法学界的主要工作就是对法典基本条件的补足。尤其是,经过那些被称为潘德克顿学派的

* 中国人民大学法学院教授。

[1] 参见(德)K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第212—214页。

萨维尼继承者们的持续努力,最终形成以总则为统领、总分则相结合的基本体例,并成为多国法典编纂的典范。

回到中国目前这场大幕即开的法典化运动,萨维尼式的警醒还有意义吗?一个明显的新问题是:如果说由法国蔓延至德国的法典化,尚属“民法”这个同类事物间的合理联想;但由《民法典》蔓延至其他部门法,却明显需要跨越“法律部门”的障碍,它还是理所当然的吗?更明确一点的表达是:行政法、经济法与环境法的法典化,都是《民法典》的合理结果吗?一旦答案是否定的,《民法典》就无法充当法典化的典范,其他部门法由此而来的法典化想象不过是缘木求鱼。

但支持者可这样反驳:《民法典》之典范的核心意义,并不在于“民法”、而只在于“法典”。换言之,他们试图从《民法典》中得出的,是关于法典的“一般理论”;而“民法”之类的特殊表达,正是这个一般理论形成过程中应放弃的部分。在这个一般理论面前,民法、行政法、经济法、环境法之类的部门法划分,并不构成法典化的真正困扰。但真的如此吗?《民法典》只跟法典有关、跟民法无关?更一般性的问法是:法典化理论中并不包含“部门法划分”这个部分?有一些当然的现象提供了追问的合理性:其一,一国的实在法体系毕竟是由不同类型的部门法所组成,法典化也无法改变这一点;其二,一个未受重视的现象是,较民法更早实现法典化的宪法和刑法,却并非此次法典化运动的典范,如果不借助部门法划分,该现象无法获得合理说明。

这篇文章试图证明:第一,部门法划分一定是法典化理论中的核心要素,否则法典化将会遇到严重的理论与实践困难,这就是前三部分的任务;第二,经过改进之后的法典化一般理论,将会透过对部门法之间关系(尤其是宪法与其他部门法之间的关系)的说明来评估部门法的法典化,最终只会支持“特定”部门法的法典化(尤其是其中并不包括行政法的法典化),这是后三部分的任务。

一、法典化的一般理论及其困难

如前所述,之所以《民法典》会激发部门法的法典化想象,是因为自《民法典》获得的法典化一般理论,由于省略了部门法划分的部分,所以可在部门法之间无障碍传播。反省这个一般理论,正是文章的逻辑起点。

(一)从《民法典》到部门法的法典化

普遍认为,民法法典化的成功,取决于以下基本条件:一是它以实现民法的体系性作为正当根据,这是法典化的规范条件;二是它能够(通过提起公因式)获取民法总则作为编纂条件,这是法典化的事实条件。一旦上述条件齐备,法典编纂将势在必行,立法实践因此呈现为两步走进程:先通过提取公因式制定《民法总则》,然后再制定民法的分则各编,随后抹平总分则之间矛盾而为一体。^{〔2〕}

先来看体系性。体系性是法律人最习以为常的观念之一,它的目标是“将众多的规范和事实问题安排进一个秩序中,由此创造出一个统一体……藉此可使法秩序避免矛盾、确保法安定

〔2〕 参见孙宪忠:“中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系”,《法学研究》2020年第3期,第21页。

性与法律上的平等”。〔3〕具体到民法,“体系是民法典的生命,缺乏体系性与逻辑性的‘民法典’只能称为‘民事法律的汇编’,而不能称为民法典”。〔4〕一旦实现了体系性的任务,将会带来找法、储法、立法和传法等体系效益。〔5〕简单说,在这种理解之下,体系性与理性化同义,即通过消除法律的内部矛盾,使之成为一个内部融贯的整体。〔6〕

再来看法律总则。法律总则依靠提取公因式而获得。〔7〕公因式本身是个数学概念,指的是多项式中各项均含有的相同因式,如果用数字来表示,它就是各项系数的公约数。例如 $xa+xb+xc+\dots+xn=x(a+b+c+\dots+n)$, 其中的 x 就是各项均含有的公约数。〔8〕回到法典编撰。可先将 xa,xb,xc,\dots,xn 看法典化之前的部门法规范,它们每个都是独立且完整、可单独适用于个案的。一旦针对这群规范提取公因式,立马就会分化出两个不同部分:一是 x 这个括号外部分,它就是从中提取出来并通常放于篇首的总则;二是 a,b,c,\dots,n 这些括号内部分,它就是处于总则之后的分则各编。双重不完整的体系效果,随提取公因式而产生:总则和分则都不再是完整的法规范,〔9〕它们彼此依赖而需被看作一体,体系观念由此落实。

现可将由此抽象出的法典一般理论表达如下:法典=体系性+法律总则。此时,其他部门法学者自然会扪心自问:本法难道不需要实现体系化吗?本法难道无法提取总则吗?答案也同时昭然若揭:当然不是。理由在于,一方面,既然体系性是法律的一般性质,那么本部门法就概莫能外;另一方面,伴随着部门法学对于规则与原则两分的逐渐接受,且原则在实在法之恰当位置主要就是总则,本法总则的获取绝非难事。〔10〕这样一来,以行政法学者为代表的法典乐观态度实在不难理解:“(应)学习民法典的编纂程序,行政法典的编纂也可分为两步走,先制定行政法总则,再完成各分则,最后形成行政法典。现在要进行的是第一步,制定行政法总则。行政法总则的制定,也以提取公因式的方法,将行政法律体系中已有的或应该有、可能有的共有普遍性和引领性规范提取出来,作出统一规定,既构建我国行政法律制度的基本框架,也为各分编的规定提供依据,则我国制定行政法典的愿望完全可以达到。”〔11〕

(二)两个困难

1.所有法律现象均能法典化吗?现请将上段表述中的“行政法”,替换成你能想到的任何部门法,它还会成立吗?毫无疑问,因为任何部门法都无法抗拒体系性要求,也无法否认本法中存在原则。这就是为何由此激发出来的法典化想象,是关于所有部门法的。更有甚者,如

〔3〕 陈爱娥:“法体系的意义与功能”,《法治研究》2019年第5期,第55页。

〔4〕 王利明:“体系创新:中国民法典的特色与贡献”,《比较法研究》2020年第4期,第1页。

〔5〕 参见苏永钦:“体系为纲,总分相宜”,《中国法律评论》2017年第3期,第74—75页。

〔6〕 See John Gardner, “On the General Part of the Criminal Law,” in Anthony Duff (ed.), *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, pp. 206—207.

〔7〕 参见王利明,见前注〔4〕,第3—4页。

〔8〕 参见朱庆育:“第三种体例:从《民法通则》到《民法典》总则编”,《法制与社会发展》2020年第4期,第83页。

〔9〕 参见朱庆育:“法典理性与民法总则”,《中外法学》2010年第4期,第494页。

〔10〕 参见周佑勇:“行政法总则中基本原则体系的立法建构”,《行政法学研究》2021年第1期,第13—25页。

〔11〕 应松年:“关于行政法总则的期望与构想”,《行政法学研究》2021年第1期,第9页。

果抛开部门法的概念,将目光集中在具体的实在法上,那么无论是全国人大及其常委会制定的各种法律,还是国务院和地方人大制定的各种法规,刚才的乐观景象依然适用。因为,任何法律法规,都无法抗拒体系性的要求,它自然也会蕴含着原则的部分。^[12]由此可见,“法典=体系性+法律总则”的逻辑结果,不仅是所有部门法的法典化,甚至是所有法律现象的法典化。但这明显挑战直觉:如果所有法律现象都能法典化,那么是否法典化就毫无意义、更加称不上成就,这等于彻底否认存在有别于法典的其他表现形式。

2. 宪法为纲的统一法典? 如果你觉得刚才的结论仍可容忍,但接下来的困难将是致命的:如果由所有法律现象均需法典化做进一步推演,那么对一国整个实在法体系而言,编纂一部“宪法为纲、诸法合体、民刑不分”的统一且完整的法典,将是终极立法任务。这是因为,一国的实在法整体,同样没有理由抗拒体系性要求,所以其关键只在于总则能否获取。但对很多人而言,获取一国实在法的总则绝非难事,它是现成的,那就是《宪法》。这是因为,一方面,法典的总则与分则之间,经常被理解为“总则统辖分则、分则遵从总则”的统辖遵从关系;^[13]另一方面,由于近年重要制定法的第一条纷纷写明“依照宪法、制定本法”,并且宪法学者由此主张部门法是宪法的具体化。^[14]一旦体系性与法律总则的条件齐备,那么所有的部门法、甚至所有的法律法规就可被安排在同一部法典中。

但这个结论绝对不可接受:它将忽视法律分类的意义,完全否定公法、私法与刑法之间的界限,彻底混淆它们各自承担的不同功能。^[15]择其要者,一旦一国实在法体系撤除借法律分类树起的藩篱,以下恶果将无法避免:其一,由于宪法为纲,这会使所有法律诉讼均有宪法诉讼的味道,于是宪法不但因饱受海量普通诉讼的不间断挑战,失去本应有的稳定性与权威性,而且它更无力承担回应社会重大争议的本职工作。^[16]其二,这将使得刑法有机会侵入公法和私法,因行政违法和民事违法导致失去人身自由的行政刑和私法刑法化,将大行其道。其三,这将使得公法有机会侵入私法,私法自治将彻底沦为泡影。其四,这同样使得私法有机会入侵公法和刑法,国家的给付义务与刑法的惩罚功能,均会因意思自治而有协商余地。简单说,如果要想让不同类型的法律各安其位、谨守分际,这种宪法为纲、诸法合体、民刑不分的统一法典,就必须彻底放弃。

二、法典的基本含义

提及以上困难,并非彻底否定“法典=体系性+法律总则”公式;而是说法典化的一般理论,并不只包括体系性和总则两个部分,它同时还蕴含着一个经常被忽略的因素,那就是关于“法典”的恰当理解。也就是说,要想完整理解法典化,就必须同时理解法典、体系性与总则三

[12] 至少,任何制定法的第一条,一定是关于本法之基本原则或立法宗旨的,它也就可以被视为本法的“总则”。

[13] 参见孙宪忠,见前注[2],第22页。

[14] 参见张翔:“宪法与部门法的三重关系”,《中国法律评论》2019年第1期,第26—27页。

[15] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 40.

[16] 参见陈景辉:“宪法的性质:法律总则还是法律环境?”,《中外法学》2021年第2期,第288—290页。

件事情;并且,对法典的理解,还会限制或决定另外两件事情的具体含义。那么,法典的基本含义是什么?

第一,法典,是个一般性法律概念。在概念上,法典明显从属于“法律表现形式”。法典是一种法律的表现形式,这是毫无疑问的真理,但其中的关键是:法典是不是一种专属于成文法传统的表现形式?从类型上,法律的表现形式可分为成文法与判例法,且当我指着一部法律说这部“法典”如何如何时,这部被叫做法典的法律,一定首先是一部成文法。既然一部法律必须先得是成文法、然后才能是法典,那么法典就是一个专属于成文法的下位概念。然而尽管如此,却不能由此得出只有成文法传统才有法典的结论。典型的例子是美国1787年《宪法》开启的成文宪法运动席卷全球,以致于连不成文宪法(宪法典)是否是个合适的法律概念,目前都变得非常可疑。^[17]由此可见,成文宪法或宪法典就是普通法传统的重要贡献之一。从这个角度讲,虽然法典在概念上从属于成文法,但它依然是个适于所有传统的法律表现形式,而非专属成文法传统。因此,法典是个一般性的法律概念。

第二,单行法,是法典在概念上的对应物。仅就成文法而言,一部成文法,如果不是法典,那么它就是单行法;反向表述同样成立:一部成文法,如果不是单行法,那么它就是法典。因此,法典与单行法是成文法的穷尽分类。具体到成文法传统,它的实在法就由法典与单行法组成;对普通法传统而言,它的实在法就由判例法、法典与单行法所组成。以上都只是法律常识,真正重要的是:如果承认单行法也是实在法的适当表现形式,那么就同时承认,法典并非实在法的唯一表现形式。于是,对特定法律而言,由于单行法就是它的适当表达形式,它不应因未法典化而受指责;对另外一些法律而言,其适当表现形式就是法典,其单行法化就成为遭受指责的原因。必须注意,刚才这段中最重要的,是“对特定法律而言”这几个字。因此,一旦脱离具体法律而谈论法律表现形式,单行法与法典都将是合适的类型,而非只有法典才唯一合适。

第三,法典,是特定法律的“应然”表现形式,而非“较佳或最佳”表现形式。接续刚才的讨论,单纯看法律的表现形式,单行法与法典并无优劣之分,但如果聚焦特定法律,情形就会明显不同:如果法典是其唯一合适的表达形式,那么一旦它以单行法的方式呈现,就应当被判定为缺陷和错误,而法典也就成为其应然的表现形式。^[18]进而,对该法而言,法典就不再是个“更好”的表现形式,而是“唯一合适”的表达形式。所以,对任何特定法律而言,并不是它既可以表达为法典、也可以表达为单行法,而是说它只能被表达为法典或单行法。而且,当它需要被表达为法典时,并不是因为这样做更好,而是因为它只能或应该这样被表达。

第四点最重要、也最复杂:法典,是个跟部门法必然相关的概念。如前所述,法典与单行法是成文法的穷尽分类,因此对同一部成文法而言,它要么是法典、要么是单行法。既然单行法与法典互为反面,如果对某部法典做拆除括号的逆公因式操作,那么它就会重新拆解为单行法。现在的问题是,此时的单行法通常是单数还是复数?答案不言自明,一定是复数。这是因

[17] See John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 89.

[18] 因此,法典化的支持者隐含着主张:行政法、经济法和环境法的单行法化是个明显的缺陷,它们应当被表达为法典。简单说,单行法的缺陷是所有法典必要性讨论的必备内容。

为:从立法的角度讲,具备立法属性之法典编纂的反面,是不具备立法属性的法律汇编。^[19]但这样一来,法典似乎有了两个概念的反面:单行法和法律汇编,但它们其实是同一件事:法律汇编就是单行法汇编。因此,除了用来指代一部独立的成文法之外,单行法还用来作为“单行法汇编”的简略表达,而“法律汇编”则是单行法汇编的另一种表达。

这立刻引发如下问题:是不是任意复数单行法均可汇编起来?并非如此。由于文章上一部分提到的诸法合体之法典会严重混淆不同法律的功能,法律汇编必须顾及部门法划分,之后才有可能以提取总则的方式将其进一步编纂为法典。因此,不是复数单行法、而是同类的复数单行法,才是法律汇编和法典编撰的合适对象。而同类且复数的单行法的抽象名称一定是部门法,因为只有同一法律部门才可能拥有同类且复数的单行法;而法典化,就是对本部门法表现为多个单行法之现状的否定。

法典必然跟部门法划分相关的判断,在日常语言的使用中多有证据。当学者谈论法典化时,基本上只会与部门法一同出现。例如,他们只会说民法的法典化、行政法的法典化、经济法的法典化、环境法的法典化,但决不会说合同法的法典化、行政处罚法的法典化、商业银行法的法典化、水土保持法的法典化。或许,会有这样的反对意见:如果民商法是同一法律部门,似乎只能主张民商合一的法典化,而否认民商分立的法典化;同理,如果宪法和行政法是同一法律部门,它们就应当被编入同一部法典,而没有理由分别主张宪法和行政法的法典化。

以上反对意见当然值得重视,但目前概念工具尚不成熟,无法做彻底作答,目前只能暂时回应如下:法典虽与部门法划分必然有关,但这并不等于说二者一一对应或完全重合,但部门法仍是法典的概念性条件。具体而言,要么法典与特定部门法的范围基本重合,例如《刑法典》与刑法的法律部门;要么法典与特定法律部门中最主要的法律类型重合,例如《民法典》与民法的部门法。这表明,在性质上,法典化不可能跨越部门法划分,发生在不同部门法之间。

总结上述四点,法典的含义立刻清晰:法典就是特定部门法区别于单行法的应然表现形式。于是,有的部门法应当从部门法走向法典化,但有的部门却必须保持单行法的样态而不应法典化。^[20]所以,即使特定部门法的法典化(例如民法典)取得成功,但这并不意味着其他的部门法也应如此。问题是,到底哪些部门法应当法典化?概念讨论无法给出答案,这需要仔细考虑法典化的基本条件。

三、重新理解法典化

一旦澄清法典的含义,重新反省“法典=体系性+法律总则”的时机已经成就。如前所述,由于体系性经常被等同于内部无矛盾的理性化要求,且任何法律现象均无法抗拒,这势必会引发严重理论困难。但这并不表示体系性并非法典化的基本条件,而只是说对体系性的上述理解存在问题。那么,与法典匹配的体系性观念到底是什么?

[19] 参见王利明,见前注[4],第3-4页。

[20] 或者这样说,即使那些必须保持单行法样态的部门法,事实上已经被法典化,但也不能以法典化的方式来理解,它们仍然是表达为法典的单行法。

(一) 完备的体系性

这个问题看似无从着手,但已有两个条件隐含在过去的讨论中:一个是否定性的,即体系性不能只是理性化;另一个是肯定性的,既然法典必然包含部门法划分,那么与法典匹配的体系性,必然是一种关于部门法的体系性。一旦将正反两个条件结合起来,体系性的含义立刻清楚起来:它一定是关于特定部门法的体系性观念,并且它并不能仅仅只是要求部门法的内部无矛盾的理性化观念;既然法典所要求的体系性,是一种关于本部门法的体系性,且本部门法本身就蕴含着本法与他法的区别,所以它就必然包含将本法与他法区别开来的内容。

然而,这种体系性观念仍有缺陷:既然所有法律部门均需区别本法与他法,这在理论上仍蕴含所有部门法均可法典化的错误结论。这种区别于他法的体系性,还必须包括本部门法适合以法典形式表达的内容。于是,与法典匹配的体系性只能是如下含义:本法规范完整且自足,^[21]或如边沁所言,本法是完备的。^[22]也就是说,这种特殊的体系性,不但要求本部门法规范内部无矛盾,且能区别于其他部门法规范;更重要的是,本部门法规范还得必须是完整且自足或完备的。

如此一来,一旦特定部门法具备这种完备的体系性,它就应被表达为法典;反之,它只应被表达为单行法。但完备到底是什么意思?以完整且自足为内容的完备性,意味着正反双重含义:从正面讲,本法典应被认为已经包括本法的所有规范;从反面讲,本法规范除本法典外,并无其他的法律渊源,无论是欧陆传统所言的习惯法、还是英美传统所言的普通法。^[23]简单说,完备的意思是:本部门法规范均已发现完毕。于是,其他那些部门法之所以不应当被表达为法典,就是因为其所属的法规范不具备完备性;或者,本法规范并不限于以成文形式被表达出来的单行法,社会习惯、法律(官)实践仍可创造或蕴含本法规范。

因此,一旦这些部门法被表达为法典,那么就将否认成文法之外法律规范存在的可能,必然会造成对本法规范的残缺认知,这是确定无疑的明显缺陷。以上,就是某些法律部门不应当法典化的根本理由。进而,对特定部门法而言,法典与单行法就形成了相互否定的关系:它一旦应表达为法典,那么它就不应表达为单行法,反之亦然。因此,对那些应表现为法典的部门法而言,其法典化的最终结果并不仅是一部法典的编纂完成与施行,而且也意味着本部门法中原有那些单行法的同时废止。^[24]所以,法典与单行法才会形成概念上的对立关系,它们本来就相互否定。

(二) 从完备性到法律总则

于是,一旦特定部门法拥有完备的体系性,就存在将其法典化的必要性。但必要性始终只是必要性、而不是可能性,法典化是否可能主要是由总则能否成功提取来决定。换言之,如果一个拥有完备体系性的部门法,在提取总则上遭遇无法克服的难题,那么法典编纂仍无法成

[21] See Gerald Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 421.

[22] See Philip Schofield, *Bentham: A Guide for the Perplexed*, London: Continuum, 2009, pp. 7-8.

[23] See David Lieberman, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 219-240.

[24] 请参见中国《民法典》最后一条(第一千二百六十条)的规定。

功,这就是总则对于法典化的独特意义。

如果忽视总则的独特意义,将会导致一个致命、但又很容易略过的错误:很多人会误以为完备的体系性一旦获得,提取公因式的操作将无困难,法律总则唾手可得。因为,一旦特定部门法是完备且自足的,就表明专属该部门法的所有规范已发现完毕且内部无矛盾,于是提取公因式不但有明确的对象范围,而且提取结果的可靠性也有充分保障。道理在于:提取公因式明显是以一种由个别到一般的归纳作业,且归纳的说服力严重依赖于个体的数量,个体数量越多则说服力越强。既然本部门法的所有规范均已获得,这意味着归纳的对象已经穷尽,这种完全归纳的该推理结果就必然为真。

同时,该错误推论也能说明为何不具备完备性的部门法不应法典化,因为既有单行法并未穷尽本法全部规范,于是提取公因式的结果将因缺乏可靠性而无法顺利操作。具体来讲,尽管该单行法的具体法律规范通常表现为“ x_a, x_b, x_c, \dots ”的样子;并且由于“内部无矛盾”这个最小体系性的要求,未发现之规范似乎必然呈现出 x_d, x_e, x_f 的特点。此时,似乎可以从 $x_a, x_b, x_c, x_d, x_e, x_f$ 中提取出“ x ”的公因式,但由于与 x_a 矛盾的规范只能是一 x_a ,所以 x_d 明显不与 x_a 矛盾,它的确可能是尚未发现的本法规范;但 m_n ^[25] 同样不与 x_a 矛盾,它也是合适的备选项,这同样满足体系性的最小要求。也就是说,无法保证未发现之规范一定会共享 x 。所以,一旦提取公因式的对象更有可能是 $x_a, x_b, x_c, m_n, \dots$,那么就无法从中获得任何有意义的归纳结果。

为避免误解,我在上两段的开头,重复使用“错误”的表述。根本原因是:完备体系性同样无法将 m_n 这些异类规范排除在外,因为它只要求本法规范已经被全部发现,但无法保证所发现的规范都具备 x 的性质。^[26] 一旦完备的部门法规范呈现为“ $x_a + x_b + x_c + m_n + \dots + x_n$ ”的样态,那么提取公因式将遭遇严峻挑战:唯一可被提取出来的 x ,也肯定无法涵盖 m_n 。这表明, m_n 这些异类规范与完备体系性是共存的。不过,仍可能有反对意见:虽然无矛盾的体系性的确不能排除 m_n ,但“同一部门法”的隐含要求,会将 m_n 类规范排除在外,提取公因式始终可行。但这个推论仍有缺陷:如果它是必然的,完备体系性就成为不必要的条件,因为这等于说,本法规范必然拥有 x 性质,无论它是否已被发现。^[27]

(三)完全总则与不完全总则

刚才的讨论强调了两件事情:第一,一个部门法是完善的,并不等于说本法规范都是同类;第二,表现为归纳的提取公因式,必然要以同类事物为对象。两者结合而成的结论是:拥有完善体系性的部门法,只有法典化的必要性;一旦 m_n 类规范使其无法提取总则,其法典化仍缺乏实践可能性。那么,这是否意味着只要存在异类规范,就会因无法获取总则而使法典化归于失败?此时存在三种可能:第一种情形最有利于法典化,即本法均由 x 类规范组成、根本不存在 m_n 类规范。^[28] 第二种情形比较常见,即本法由部分同类规范与部分异类规范共同组成。

[25] 此类规范的意思,并不是所有规范共享 m_n 的色彩,而是这些规范不具备共同性。

[26] 这就是部门法学者为何一方面主张本法规范是开放的或动态的,另一方面又主张法典化的根本原因。参见江必新:“迈向统一的行政基本法”,《清华法学》2012年第5期,第104页。

[27] 并且,这还会导致“所有部门法均可制定法典”的错误结论。

[28] 即使承认 m_n 类规范无法被完备体系性彻底排除,但并不等于说它们就一定会出现。

第三种情形最不利于法典化,即本法由各种性质不同的异类规范组成,并不存在特定数量的同类规范;除同属一个部门法外,它们别无共同之处。

暂且搁置第三种情形。^{〔29〕}显然,对法典化而言,第一种情形最理想,因为提取公因式以获取总则的作业必然成功,其法典化再无障碍,这是一种由“完全总则”导致完美法典化的理想形态。真正需要仔细讨论的是第二种类型,它才是会真正频繁遭遇的真实样态。一个直观的看法是:由于无法从中提取完全总则,唯一能被当做总则提取出来的 x 注定无法涵盖 mn ,它看起来遭遇了严重的法典化困难。但果真如此吗?这需要仔细讨论第二种类型的几种可能。

如果它呈现为“少数同类规范+多数异类规范”的样子,那么其法典化将因为意义有限而缺乏必要性,因为无论是否法典化,都没有带来值得重视的改变。然而,一旦是另外两种情形——要么同类与异类规范的数量差不多、要么同类规范多于异类规范,虽然提取出来的总则仍是不完全的,但这种不完全总则还会产生前文的体系性收益,其法典化仍十分必要,尤其是同类规范远多于异类规范时。相应的,对于剩余的异类规范而言,如果它们仍有相当的数量,那么也可以用成文法的形式表现出来。

但要注意两件事情:第一,这些独立于法典之外的本部门成文法,并不能够被叫做单行法。这是因为,一方面,单行法这个名词,通常只是用来表达不应当法典化之部门法的成文化;另一方面,对同一部门法而言,单行法与法典是相互否定的概念,这意味着法典与单行法(集合)在领域上是重合的。然而,这些用来表达异类规范的成文法,一方面处在应当法典化之部门法领域中,另一方面又独立于本法之法典。因此,对它们的恰当称呼,就只能是具备补充法典规范之意义的“特别法”、而非单行法,例如民法典与民事特别法之间的关系。由此,虽然单行法与特别法都是区别于法典的成文法,但它们概念上的差异极为明显:特别法从属于应法典化之部门法,且与法典并列;单行法从属于不应法典化之部门法,与法典在概念上相互否定。^{〔30〕}

第二,对剩余的异类规范而言,特别法并非其成文化表达的唯一可能性。如果异类规范的数量足够多且其本身均属同类,即本法规范由 x 类规范与 m 类规范共同组成,^{〔31〕}那么提取公因式的结果必然是:除了 x 这个首要的不完全总则之外,仍会存在 m 这个次要的不完全总则,且 x 与 m 无法相互通约。此时,该部门法将会出现另一部法典。此情形的最佳代表,就是以法典化方式表达出来的民商分立,即同时存在相互独立的民法典与商法典。

现在,上一部分中的一个问题已获完美说明:既然法典与部门法划分必然相关,为何有的法典与部门法的范围并不重合或并不同名?这些引发怀疑的现象,都是以不同方式对待异类规范的结果:如果异类规范本身并非同一类别、而是多个不同的类别,那么它们的成文化表达就是(多个)特别法;如果它们均属同一类别,那么就会出现另外一部不以部门法命名的法典。概括而言,除非恰好是第一种理想形式,否则法典与本部门法的名称将无法完全重合,“法典+(多个)特别法”或“法典 1+法典 2”,将是本法法典化的最终样态。

〔29〕 如果承认无总则之法典仍是法典的合适类型,那么它依然存在法典化的可能。

〔30〕 此外的差别是:由于特别法从属于应法典化的部门法,所以对它的理解受限于“完备的体系性”;但对从属于不应法典化的单行法却不受此限制,只需将体系性理解为理性化即可。

〔31〕 此处蕴含的条件是, x 类规范的数量多于 m 类规范。

四、完备性与总则的新争议

法典化的故事就此结束了吗？这太过乐观：一方面，将匹配法典的体系性理解为“完备性”是恰当的吗？这是否将导致法典与真实法律实践的脱离？另一方面，上一部分遗漏的完全由异类规范组成的部门法体系，它显然无法提取出总则，因此就不可能法典化吗？无总则之法典是个根本无法成立的概念吗？那么如何理解宪法典？它有总则吗？此外，一个尚未讨论的问题逐渐破土而出：提取公因式真的是归纳吗？如果拆解括号与形成括号之间并无差别，那么总则的意义是什么？对以上问题的澄清至关重要，这其实是在彻底反省体系性与总则，也就是彻底检讨那个最初的法典化理论。

（一）体系性：完备与封闭

我相信，应该有不少读者迷惑、甚至怀疑完备性的含义。以本法全部规范已发现完毕为内容的完备性，很容易等同于另一个声名狼藉的概念：法体系的封闭性。经常被当做典范的德国民法典背后，隐含的就是这种封闭的体系性观念。它主张，只应从法学的体系、概念和定理中推论出法条及其使用，诸如宗教、社会和学术这些外于法学的评价和目的，均不具备创造或改变法律的力量，并由此得出如下结论：既存的法秩序始终是一个由制度和法条组成的封闭体系，其独立于生活关系的社会现实之外。在此封闭体系之下，法官只需要借助逻辑操作即可对待决案件做出正确裁判，他们不过是一台将案件置于假言判断之下的“涵摄机器”罢了。^{〔32〕}

一旦将完备性等同于封闭性，势必引发一个强有力的反对意见：封闭性使本法规范只限于目前已发现者，这显然无法应对法律实践层出不穷的问题与挑战，法典化的实践意义因此极为有限。如果要想使法体系能有效涵盖未来，那么势必要放弃封闭性；但由于封闭性等于完备性，放弃它将会使法典化在一开始就无可能。于是，将完备性理解为封闭性将面临无解悖论：接受完备性才能实现法典化，但这无法回应实践；要想回应实践，就必须反对封闭性，这也将一同放弃法典化。

这个怀疑并不新，学者早就准备好回应方式。他们认为，封闭的或无漏洞的并非法律条文，而是条文背后的概念金字塔。^{〔33〕}因此，即使法律条文的确有漏洞，但透过对概念金字塔做创造性建构，将会逻辑一贯地填补漏洞。^{〔34〕}这是一种典型的混合看法：它一方面同意实在法体系的确存在漏洞，但另一方面又认为其背后的概念体系无漏洞，且概念体系可以填补实在法漏洞。这种做法似乎能逃离悖论：法典的确存在漏洞，但无需借助反法典方式予以填补，所以法典仍岿然不动。

但这种看法明显成问题。第一，该说法前后矛盾，涵摄机器的法官角色无法维持。道理非常简单，自动售货机式的司法裁判，就是要最大限度地保持对法官的拘束，避免他们将自身的

〔32〕 参见（德）弗朗茨·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416—419页。

〔33〕 参见吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学》，一品文化出版社2007年版，第60—62页。

〔34〕 参见维亚克尔，见前注〔32〕，第418页。

价值判断偷渡进案件裁判,最终以自己的判断取代法律的判断;一旦允许法官透过创造性建构来弥补实在法的漏洞,涵摄机器的角色必将轰然倒塌。如果以“价值判断客观性”做进一步弥补,但专司讨论价值判断的学者本身始终都有争议,法官岂能例外?^[35] 如果以社会习惯或法律实践之通常做法(如指导性案例)来补足,封闭性或完备性均不存在,法典将彻底不可能。

第二,即使忽略刚才的批评,假设承认概念金字塔可弥补实在法漏洞,但这依然存在致命缺陷。足以弥补法律漏洞的概念金字塔是法律吗?如果是,那么概念金字塔同样存在漏洞,因为法律体系早被承认有漏洞;如果不是,那么它凭什么能够弥补法律的漏洞?这难道不是一种典型的范畴错误吗?这个道理如同总则与总论的区别:无法提取公因式的部门法中没有总则,但该部门法的理论中却一定会有总论,因为总则属于真正的法律、总论属于法律的理论,且总则会与法典化有关、总论却与法典化无关,否则所有部门法都将法典化。

最致命的是第三点:一定要反对封闭性吗?是否某些部门法必然要求封闭性?这类法律其实不难寻找,宪法和刑法就是唯二的代表。宪法的封闭性,是由宪法的性质决定的:^[36]一方面,宪法之最高法的地位意味着,《宪法》之外的规范虽有可能承担宪法性功能,但它们并非真正的最高法规范,否则是否被写进《宪法》将毫无意义,于是任何类型的法律、甚至法律属性成疑的“宪法惯例”中,都可能包括真正的宪法规范;另一方面,《宪法》一旦并非封闭,那么它将丧失长期持续存在的基本性质,无法为一个国家提供政治与法律制度的稳定框架。刑法的封闭性同样不难理解:一旦承认罪刑法定原则是刑法的首要原则,那么《刑法》之外的内容——无论是否是法律,都将不再是定罪的根据;一旦只有被《刑法》明文规定的才是犯罪,那么对刑法的理解和适用将只及于《刑法》本身,这势必会主张刑法的封闭性,禁止类推就是其在实在法上的最明显表现。

由于宪法与刑法必然拥有封闭性,虽然其名称上并无“典”字,但《宪法》就是宪法典,《刑法》就是刑法典。那么,这是否意味着宪法和刑法无法应对法律实践的挑战?并非如此,只是不能以放弃封闭性的方式来应对,而只能以修改本法典的方式来回应,无论是诸宪法修正案,还是诸刑法修正案;反过来讲,对封闭性的否定意味着,可以用“修改本法典”之外的方式来改变本法。现在能够得出的结论是:对宪法和刑法而言,将完备性等同于封闭性无疑是恰当的。这同时表明,对其他部门法而言,封闭性的理解缺乏根据,但这是否意味其法典化同样缺乏根据?

如果答案是肯定的,应当法典化的部门法,就只剩下了唯二的宪法和刑法,其他部门法均无理由法典化,包括通常被认为最应法典化的民法。^[37] 如果民法应当法典化,那么势必要反对“完备性=封闭性”的主张。由此,就会产生出一个全新的任务:除了封闭性,完备性还能做何种理解?并且,这种理解下的完备性为什么是恰当的?

(二)总则的两个问题

1.无总则之法典:法典的独立类型?

[35] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第301—311页。

[36] 参见陈景辉,见前注[16],第294—296页。

[37] 对民法法典化的近期怀疑,参见(德)托马斯·西蒙:“何为立法?为何立法?”,载(奥)汉斯·凯尔森等:《德意志公法的历史理论与实践》,王银宏译,法律出版社2019年版,第167—181页。

既然已经谈到宪法,讨论无总则之法典的时机已经成熟。非常明显的是:其一,《宪法》就是宪法典;第二,宪法通常没有总则。这蕴含着:宪法就是无总则之法典。然而,可能会有人将中国宪法中的“总纲”等同于总则,这样的看法成立吗?以下这些随手可见的内容表明,这是错误看法:其一,如果总纲是总则,那么它应满足提取公因式的要求,但其条款数量最多的经济制度,很难被看作是从分则中提取出来的总则;其二,总纲之外的条款很难被视为分则,最明显的是第四章(国旗、国歌、国徽、首都),它与总纲几乎只是位置上的不同,与总分则的性质区分毫无关联;其三,规定公民基本权利与义务的第二章,如何能被视为受总纲中经济制度统辖的分则?如果这样,基本权利还剩下多少重要性?

除宪法外,还存在其他无总则的法典,例如法国民法典。或许会有这样的说法:这类无总则的只是法典的较劣或原始形态,它们在性质上理应拥有总则,例如德国民法典这类成熟的法典。但这个说法至少是有争议的,因为德国之后制定的民法典——例如瑞士民法典,同样不具备总则。当然存在着瑞士民法典序言第1—10条、人法与债法一般规定是否为总则的争议,但它们显然并非放在一起且列于篇首的总则常见形态。^{〔38〕}即使学者迂行得出“存在总则”的看法,但这种学理看法始终遭遇强力质疑:将对它们的整体理解视为总论,而不是将它们直接看作总则,可能是更恰当的理解。

表面上看,这是关于法典是否有总则的事实争议,但实际上是关于法典是否必然拥有总则的性质争议。这是对既有法典理论的直接挑战,因为一旦承认“法典=体系性+总则”,这一定蕴含法典必然拥有总则的主张。如果法典不必然拥有总则,宪法与瑞士民法典的例子就很好理解,因为对特定法典而言,是否拥有总则只是偶然的事情。但问题是:为何法典化理论中经常包括总则的部分?这些目前尚无答案的问题提醒讨论者注意:总则的性质其实并未获得充分的讨论,如果无法完整说明总则的独特意义,那么法典与总则的关系将始终混沌一片。

2. 总则真的有意义吗?

对法典总则的怀疑也非新鲜事,它经常集中在两个方面:^{〔39〕}第一,要想保证 x (总则)的提取是妥当的,那么就需保证 $x(a+b+c+\dots+n)$ 与 $xa+xb+xc+\dots+xn$ 的含义完全相同。然而,即使是被看做典范的德国民法典,其作为总则的第一编也未能满足 x 的要求,因为事实上只有法律行为一章才是真正的一般性规定,其他至多不过是一般性规定的断简残篇,甚至还有根本就不属于一般性规定的部分。第二,即使承认总则编完全满足了 x 的要求,但是这还会产生很多的麻烦,尤其是这会为初学者制造严重的学习障碍,因为提取出来的 X 一定是非常抽象的,它肯定不如 xa, xb, xc, \dots, xn 这些规范更为具体。但这些问题其实都是可以克服的:将那些非一般性质的内容排除在总则编之外,就足以克服第一个批评;学习数学的任何内容都将是抽象的工作,但这并不被视为数学的缺陷。

然而,法律总则还是会遇到一个真正麻烦:假设承认 $x(a+b+c+\dots+n) = xa+xb+xc+\dots+xn$,这必定意味着等号前后的内容完全相同,但既然完全相同,提取公因式的意义何在?具体来说,在现象上,法典化就是要将特定部门法的规范,由 $xa+xb+xc+\dots+xn$ 的诸

〔38〕 参见维亚克尔,见前注〔32〕,第473页。

〔39〕 参见维亚克尔,见前注〔32〕,第466—468页。

规范样态,变成 $x(a+b+c+\dots+n)$ 的总分则结构。然而,如果等号左右的含义完全相同,法典化工作就未使该部门法发生关键性改变,其意义将十分有限,很难不是多余之举。^[40]

“多余”并不致命,因为提取公因式还会获得找法、储法、立法和传法等体系效益。但以上说法并不足以辩护总则的意义,因为这明显会危及法典的应然属性:如果等号左右意义相同,提取总则以形成法典与保持原样不懂,之间差别不过是体系效益;这样一来,法典不过是一种较单行法更佳的表现形式,而不再是应然表现形式。要想使法典具备应然性质,这势必意味着提取公因式的前后,发生了一些关键性的、足以使得法典化具备应然性质的改变,这就必然有些新的内容加入其中。但困难再次产生,因为这将意味着提取后的 $x(a+b+c+\dots+n)$ 与提取前的 $xa+xb+xc+\dots+xn$,在含义上并不完全相同。但这是如何可能的?这如何还能叫做提取(公因式)?

无论怎样作答,有一点没有疑问:提取后的 $x(a+b+c+\dots+n)$,只能来自于提取前的 $xa+xb+xc+\dots+xn$,否则就无法被叫做提取公因式了。由此可做进一步推演:如果除了 x 之外,从 $xa+xb+xc+\dots+xn$ 中提取的,还存在一个独立于 x 的 y ,且 x 和 y 共同组成了总则,那么提取公因式的独特意义就会出现, y 正是提取之后多的那个独特部分。进而,就可以主张说,主要是 y 这个提取的结果,使该部门法的法典化成为应然;反过来讲,即使能够从中提取出 x ,但如果无法提取 y ,那么它就缺乏法典化的充分理由。这等于说, y 同时拥有两项性质:一方面它不同于 x ,另一方面它也是提取公因式的结果。

但这后一方面存在困难: x 因为是同类项所以能顺利提取,^[41]但 y 不同于 x 意味着它并非同类项,那么它怎样提取而来?这似乎根本不可能,除非对提取公因式做新的理解。如前所述,提取公因式的原有理解,是将它与归纳等同处理,将个体所拥有的共同部分提取出来,且个体的性质并未发生改变。然而,如果提取公因式可做另外的理解,那么并非同类项的 y 就有了被提取的可能。问题是,这个关于提取公因式的新理解是怎样的?

五、价值完备性:法典化的唯一根据

经过了刚才的复杂讨论,现在到了需要对完备性与总则提供重新理解的时候;也就是说,要对完备性提供一种非封闭性的理解,对提取公因式做一种非归纳式的理解。

(一)价值完备性的两个线索

1.边沁的法典理论

除了欧陆传统的法学家之外,身处另一法域的边沁,也是法典化的极力鼓吹者。他不但提供了一套完整且独立的法典化理论,同时他也“编纂”了一整套的、主要包括宪法、刑法、民法、程序

[40] 参见苏永钦,见前注[5],第85页。

[41] 相应的,能够被“部分”提取的同类项,就不过是分则的总则,而无法成为法典的总则。例如在 $xa+xqb+xqc+\dots+xn$ 中提取出 $x[a+q(b+c)+\dots+n]$,其中 x 就是整个法典的总则, q 就是分则总则,例如债法总则。

法在内的“万全法典”(pannomion), 并被认为与欧洲大陆的法典类似。^[42] 边沁对法典化的执著, 来自于对普通法的极端不满, 因为普通法是败坏的、不可知的、不完整的与专断的。他对法律的载体或表现形式的期望是: 它必须是体现功利原则(utility)的、众所周知的、完整的和展现出合理性的, 以上就是无所不包之理性法典的基本要素。^[43] 也只有这样, 才能将法律从不可知的普通法中解脱出来, 将民众从法官依据普通法做出的专断裁判中解脱出来; 而这种完备的成文法典, 正是通过实现法律的公共(开)性和易理解性, 最终实现了民主的要求。简单说, 边沁试图制定一部“从最大幸福原则中推导出来的、依靠理由交织在一起的统一且完整的法典”。^[44]

在边沁看来, 这样一部无所不包之公共法典的所有要素, 都必然附加由功利原则而来的理由。^[45] 显然, 边沁的这种看法可以归结为如下要点: 以一个单一的价值(功利原则)为根据, 制定一个几乎无所不包的万全法典。然而, 由于前面关于法典理解的限制性条件, 边沁这个理论看起来就应当被放弃: 一方面, 这种几乎包括所有部门法的万全法典, 一定是诸法合体、民刑不分的; 另一方面, 由于万全法典背后功利原则这个价值, 一定具备普遍性, 所以它必然会支持所有部门法的法典化。

然而, 反对普遍性之功利原则所支持的万全法典, 并不等于要反对边沁的基本思路, 只要那个价值只能支持特定部门法的法典化, 以及由它得出的法典化并非诸法合体, 这种以特定价值证成特定部门法典化的基本方案就具备可行性。^[46] 也就是说, 边沁的具体看法附着在一个抽象的理论框架之上: 在法典的背后, 一定存在用以支持其法典化的价值; 并且, 只要它不会导致诸法合体和所有部门法均应法典化的明显错误, 那么该理论框架就仍然有成立的可能。显然, 其中所蕴含的价值, 一定不是功利原则这种可适用于所有部门法的价值, 它必然是某种只支持特定部门法之法典化的特殊价值。同时, 由于体系性应当被理解为完备性, 所以这种特殊的价值一定还得是一种具备完备性的价值。结合这些条件, 用以支持法典化的价值, 一定是拥有完备性的特定价值。

2. 法律总则的双重内容

边沁并非价值完备性说法的唯一来源, 总则在实在法(法典)上的表现, 是另外一个根据。在直观上, 法典的总则通常可以被划分为两类: 一类是分则的共同部分, 例如刑法典中关于犯罪、民法典中关于民事法律行为之类的一般性规定; 另一类, 是通常排列在这些一般规定之前的“原则”部分, 例如刑法典的 3—6 条、民法典的 4—9 条。如果还将原则视为特定价值在实在法上的规范表达,^[47] 那么总则将由分则之共同规定与价值这两个部分组成。并且非常明显,

[42] See Postema, *supra* note 21, p. 430.

[43] See Philip Schofield, *Utility and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 242.

[44] Jeremy Bentham, *Legislator of the World*, P. Schofield and J. Harris (eds.), Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 260.

[45] See Gerald Postema, *Utility, Publicity, and Law*, Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 172.

[46] See Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2006, pp. 180—182.

[47] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 40.

分则的一般规定一定是提取公因式的结果,因为它必然是分则的同类项,否则就无法被叫做共同部分。但总则中的价值部分也是提取公因式的结果吗?

无论是与不是,它一定从分则中而来,这一点当无疑问;同时,如果它也自分则归纳所得,提取公因式就成为总则形成的唯一方式,这就是为何传统法典理论必然包含提取公因式的原因。但该说法困难明显:一方面,如果该价值也自分则提取而来,它就不过是另一种分则之共同部分,二者在性质上将无差别,虽然在内容上仍有不同:一个只是分则之规范片段、而非价值,一个是关于分则的价值性内容。更重要的是另一方面,提取公因式将会导致总则与分则的双重不完整,它们必须结合起来才能适用,但价值本身却是完整的。虽然它经常如同共同部分一样,通过与分则结合适用法实践,但其本身仍应被认为是独立的标准,尤其是当它用来针对法典未曾明确规定的实践情形。这表明,该价值只会导致单重不完整:它使得分则不再完整,分则必须结合该价值才能获得正确适用,但该价值本身仍然完整且可单独适用。

认识到价值同时兼具完整与不完整的特性,这一点非常重要:不完整性说明了价值为何处于总则部分,因为它如同分则之共同部分一样,制造了分则的不完整性;同时,完整性意味着,提取公因式或归纳的做法无法形成该价值。因为如果价值是完整的,那么它就不是从分则中提取而来的,如果承认提取必然制造双重不完整的话;但这并不表示该价值与分则无关,否则它没有理由位于总则,并用以指导分则的适用。此时唯一的可能性是,虽然该价值来自于分则,但却并非归纳所得,这就需要重新理解提取公因式的意义。

(二)什么是价值完备性?

现在,既有讨论已呈合流之势:一方面,体系性所要求的是一种价值上的完备性,并且当它可具体化为封闭性时,它就成为以一个可同时说明包括宪法和刑法在内之所有法典的一般性理论;另一方面,这种完备性价值的规范形态,在实在法上表现为位于总则中的原则,而且如果它因某些原因毋需呈现,这就导致毋需总则的法典。^[48] 如果价值完备性的说法成功,那么法典化理论就不再是“法典=体系性+总则”,而是“法典=价值完备性”。

是时候直接面对价值的完备性。刚才已经谈到,为避免诸法合体与均可法典化的双重错误,该价值必然是某种特殊的价值,而不能是一般价值。那么,何谓一般?何谓特殊?所谓一般,是指该价值适用于所有的部门法;所谓特殊,指的是该价值只适用于特殊的部门法。所以,无论是边沁的功利原则,还是自由、平等这类具备普遍性的价值,都无法充当法典化的合适理由。只有罪刑法定、意思自治之类的特殊价值,才能分别充当刑法与民法法典化的有效根据。如果一个价值,同时能够贯穿于刑法和民法,那么无论是刑法的法典化、还是民法的法典化,都将跟它没有关系。最明显的例子,就是人性尊严的终极价值。所以,对特定部门法而言,并非它涉及的所有价值都跟法典化有关,有的价值有助于法典化、有的与法典化无关,关键是该价值是否具有只适于本法的独特性。

那么是否某价值仅适用于本法即为适格?仍非如此,该价值还需具备完备性。要找到只适用于本法的独特价值绝非难事,分则中肯定存在这类独特价值,例如《婚姻法》中关于计划生育的规定。但这类独特的价值并非法典化的合适理由,除非它还同时能够将本法的多数规范

[48] 例如,因为宪法本身就是价值性法律,所以其是无需总则的法典。

凝为一体的完备性。也就是说,除拥有区别于其他部门法的外在功能,该价值还得拥有使得本法成为一体的内在功能。对特定部门法而言,如果一价值能同时实现内在和外在功能,它就既是自足的、也是完备的。就此而言,完备价值的意思是:一方面它毋需向外援引其他更高阶价值作为根据,另一方面它使得本部门法的多数规范凝结为价值上的统一体。当一个部门法拥有这种完备价值,它就应当法典化;同理,如果该部门法已被法典化,那么就必须认为它拥有此类价值。^[49]简单说,价值完备性一旦形成,就意味着该部门法具有自我辩护的能力。

这样一来,一国实在法体系就可划分为有价值完备性与无价值完备性两个类型,前者应表达为法典、后者应表达为单行法。由于单行法不拥有完备价值,其所属规范因未凝成一体而具备开放性,它就能灵活地回应实践挑战。所以,单行法的价值不完备,不但经常不是缺陷,反而应被视为明显的优点。那么,这是否意味法典就无法应对未来挑战?这需要注意,价值完备与规范开放在性质上可以并存,因为价值完备性只要求本法规范凝为一体。至于结为一体的本部门法体系到底是封闭还是开放,这取决于完备价值的具体要求。除非该完备价值要求规范必须封闭——例如罪刑法定原则,否则本法仍将具备开放性。只不过,此时的开放性仍是受制于完备价值的指导,而不能是甩开完备价值的脱缰野马,最终完全依凭立法机关的恣意决定。

正因为价值完备能与规范开放共存,以及前文谈及作为法典补充的特别法,不具备规范封闭性的法典仍然妥当,无需主张一种更具包容性的“大法典”观念。^[50]也正是这种规范上的开放,使得归纳完备价值的做法不再可能:这不仅是因为完备价值是一种应然,而分则及其共同部分都只是实然;更重要的是,归纳所得的内容均属未必全部覆盖未来的已知内容,但价值却主张自己能完全覆盖未来。就此而言,虽然完备价值来自于具体分则,但“被分则蕴含”始终只是其存在的证据、而非正当根据,并且这些已获表达的分则,与那些尚未表达的本法规范一样,都只能被视为该完备价值演绎而得的具体结果。

最后,对不具备完备价值的部门法而言,并不是说它不蕴含任何价值,它通常蕴含多个价值。但这些价值,要么缺乏自足性,需向其他价值寻求正当性支持;要么它们处在缺乏管束的激烈冲突中,这或者是因为未有特定价值凌驾在其他价值之上,或者未形成某种应对价值冲突的基本结构。因此,即使拥有自足价值的部门法蕴含多个价值,但未必会危及法典化,只要其中的特定价值被视为是帝王式的,例如罪刑法定之于刑法、意思自治之于民法;^[51]或者形成处理价值冲突的基本结构,例如宪法就应当被理解为是用来处理法治与民主(价值共识)之间冲突的基本结构。^[52]

(三)法典化的意义

一旦用价值完备性来取代“体系性+总则”,就会引出另一个关键问题:法典化的意义在哪里?具体来说,传统理论提供了“总分则之区分”的法典辨识标准,但价值完备性却允许无总则之法典的存在,那么怎样辨别一部单行法与一部法典呢?或者,同样作为成文法的表达形式,

[49] 是否拥有完备性价值,就是区分外观上极其相似的法律汇编与法典编纂的关键区别。

[50] 参见苏永钦:“大民法典的理念与蓝图”,《中外法学》2021年第1期,第57—86页。

[51] 所以,民法中必须确立意思自治原则对于拥有管制味道之诚实信用原则的规范优势地位。参见朱庆育:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第16—24页。

[52] 参见陈景辉,见前注[16],第301—303页。

单行法与法典的区别到底是什么？

毫无疑问，作为成文法的子类型，单行法与法典都是立法权行使的结果。那么，立法的结果为什么要成文化？这是因为立法的过程，通常应被理解为一群本身存在价值分歧的有限个体结合起来，为整个政治社群做公共决定。既然立法是涉及社群每个人的公共决定，它只有被明文表达，才能避免最终退化为原有的价值分歧。也就是说，立法的结果一旦被以书面形式写定，就代表着不同意者不复存在，它就是政治共同体的共识。^[53] 并且，除非按照既有的程序形成新的共识，否则旧有共识就无法被以恰当方式修改。

但这个意义并非为法典所独有，作为成文法的单行法也应如此，那么法典化的独特意义在哪里？理论上讲，对单行法而言，以形成新共识的方式来改变其内容，并不存在任何特殊的限制。^[54] 例如，同一个立法机关，既可以在几年前创设一个新的税种，也可以在几年后彻底取消它。然而，一旦该成文法是法典，其中就必然蕴含某种独特的完备价值，且该价值将会限制立法机关的权力行使；立法机关的新共识必须以尊重该价值为限，那些摧毁、否定该价值的行为，不再能是恰当的立法行为。所以，无论立法机关怎样修正刑法条文，它都不能废除罪刑法定的价值；否则，那就不是对刑法的修改、而是放弃，刑罚也就可能任意地、无理由地落到任何人的身上。^[55]

所以，法典化的意义在于：它以明确的方式来宣誓，对特定部门法而言，存在着不可撼动的完备价值。即使是代表政治正当性的立法机关，也不可通过形成新共识的方式废弃该价值，这是法典的独特意义，也是单行法并不蕴含的意义。^[56] 甚至，对于无总则之宪法而言，由于它的全部内容都应当被理解为价值承载体，所以在理论上，一旦特定内容被规定在宪法文本中，那么就意味着它将免于立法上的改变。^[57] 反过来讲，如果立法的结果并不承诺特定价值的不可舍弃，那么该法的成文法形式就只是单行法、而非法典，它也不具备法典化的任何可能。以上，才是区分单行法与法典的核心标志，而不是结构上是否拥有总则，也不是条文数量的多少，更不是名称上是否有典字。

六、法体系的内部构成

(一) 新的问题：价值完备与法体系的破碎

再次强调，为避免开头提及的两个错误，承认法典化与部门法划分的必然关联，恰当的法典化理论一定是关于特定部门法的。既有讨论表明，只有特定部门法形成完备价值，法典化才是其应然表现形式。但该理论引发一个严重的困难：应法典化之部门法因必然存在自足价值，

[53] See Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 25–35.

[54] 当然还存在不能违反普遍性人类价值的一般性限制——例如不得要求人去自杀，以及下一部分还会谈到的宪法带来的限制。

[55] 不得动摇完备性的价值，其实并不只是针对立法行为，它同样会限制对法律的理解。

[56] 这当然也是特定部门之法典化要求的实践紧迫性之所在。

[57] See Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 221.

必然相互独立且互不隶属,于是法体系的概念就彻底失去意义。因为法体系的称呼,不但用来指一国全部的现行法规范,而且还指它们组成了一个真正的整体;但由于应法典化之部门法必然拥有完备价值,那么此类部门法一定是一个个相互独立的部分,于是法体系就无法成为一个真正的整体,它一定是破碎化的。

这样一来,一国法体系就不过是个笼统的称呼,它只能用来表达全部的实在法规范,而无法表达这些规范之间的相互关联以及由此形成的那个真正整体。于是,由相互独立的多个部门法所组成的,就不再是由不同部分(省或州)组成的真正国家,而不过是由不同国家组成之国际社会的零散状态。反过来讲,如果一国法体系是个真正的整体,那么具备价值完备性的部门法就不能完全相互独立。如果做不到这一点,唯一的选择就是放弃价值完备性的法典化理论。以上这个反省,始终提醒讨论者注意:如何看待法体系的内部构成,是所有法典化理论都无法回避的问题。所以,“法体系的内部构成”就是文章题目不可缺少的部分。

不过,如何将因完备性价值而独立的诸部门法结合在一起,仍然只是这个问题的部分内容。更复杂的情形是,此外一定还存在一些不具备价值完备性的部门法,它们也是作为真正整体之法体系的必备内容。所以,法体系之内部构成的全貌是:如何能够找到一个方式,能够包容具备价值完备性而有独立性之诸部门法的内在关联,以及它们与那些不具备价值完备性之诸部门法的内在关联,并最终使得一国的实在法体系成为一个真正的整体?这就是法典化理论需要处理的最后问题。

(二)宪法的体系化功能

乍看起来,具体的包容方式无从着手。不过,一旦认清该工作的性质,曙光就在地平线的另一头缓缓升起,那就是拥有体系化功能的宪法。非常明显,要想使全部法规范成为真正的法体系,就只能依赖某种具体的法律、而不能是别的内容。道理非常简单,法体系一定是关于“法律”的体系,所以使得法体系得以形成的一定只能是特定的法律。与此同时,该法律还得具备如下性质,即它必然能同时与其他所有部门法发生关联,无论它们是否具备价值完备性。情形已经非常清楚,它只能是宪法。因为宪法必然拥有的最高法地位,使得它能够与所有其他部门法发生“性质上”的必然关联。^[58]于此不难理解,为何宪法被普遍视为法体系的概念条件:不存在宪法,也就意味着不存在法体系。^[59]

那么宪法到底以何种方式发生这种关联?这需要作区别讨论,本部分只处理宪法与具备价值完备性之部门法(法典)的关系。由于法典的完备价值具备毋需诉诸宪法的自足性,所以宪法既不能以自身的内容取代该法典的要求,也不能要求该法典贯彻宪法价值,否则都是对该自足价值的摧毁。因此,宪法必须始终尊重其他部门法(法典)的价值完备性。但这是否意味着宪法对法典无事可做?或者宪法唯一可做的就是重述这些自足价值?

并非如此。即使宪法未做此重述,该价值的自足性仍不可否认。此时宪法的体系化功能

[58] 而任何宪法外的部门法,要么只跟“特定”部门法必然相关——例如民法与民事诉讼法,要么只跟其他所有部门法在“内容上”必然相关——例如刑法与其他部门法的罚则部分。参见陈景辉,见前注[16],第287页。

[59] See Gardner, *supra* note 17, p. 89.

在于,它透过对完备价值的尊重,承担了维护该价值的任务:宪法要确保这些价值不遭受挑战,无论是该部门法主动对该价值的背离、还是其他部门法对该价值的入侵。就民法而言,民法典对私法自治的放弃就属于前者,刑法将夫妻间的不忠诚行为入罪就属于后者。^[60] 这表明,宪法是以合宪性审查的方式,来确保该完备价值的自足性,所以宪法其实是完备价值的守护者。

此外,诸完备价值之间不可能是老死不相往来的平行线,其间的交集并不罕见,民刑交叉、实体与程序的交织就是典型。处理这些交集,是宪法发挥体系化功能的另一个领域。之所以应由宪法来处理,是因为冲突各方均属自足的完备价值,由任何一方给出处理方案,都难免有否定对方价值自足性的效果。^[61] 因此,由不涉其中且同时与所有部门法有关的宪法来处理,应是唯一合适的选择。只不过,宪法此时仍不应采取以自身之规定做判断标准的积极介入方式,因为这等于同时否认所有相关的完备价值;而只能采取消极介入方式,它只能通过评估冲突各方所能提供理由的充足与否来做判断,这仍然是合宪性审查的方式。^[62]

(三)宪法与单行法

宪法的体系化功能,同样还会涉及不具备价值完备性的单行法。尽管单行法可如法典一样,归纳出分则之共同部分以形成总分则结构,但却无法获得完备价值。这表明,单行法同时具备规范和价值的双重开放性。双重开放性使单行法的适用变得相当任意和随机,头痛医头脚痛医脚的零散规定,就是其无法避免的状态。这种互不隶属的零散状态,并不因存在分则共同部分的总则而有改变,即使再在多个单行法中提取出共同总则作为本部门的“基本法”,也无法彻底消除多个单行法互不隶属的零散状态,因为这种基本法式的共同总则仍非完备价值。

此时,这种零散状态表明,规范上的冲突,不但存于特定单行法的内部,也存于同一部门法的多个单行法之间,以及由单行法组成的不同部门法之间。^[63] 面对这种情形,唯一的选择就是诉诸宪法,这就是宪法对于单行法的体系化功能。具体来讲,由于此时特定单行法必须证明自己的管辖是妥当的,但却无完备价值来做凭借,就只能寻求宪法上的根据。这样一来,就像完备价值之于法典,宪法扮演了单行法的总则,成为它们的正当性根据。但不能因此就认为宪法就是单行法的真正总则:一方面,由于宪法本身是法典化的,如果它还是单行法的真正总则,那么宪法就与单行法形成了新的法典,而且还是诸法合体的万全法典;另一方面,此时宪法的封闭性将会削弱、甚至取消单行法的双重开放性,尤其是丧失容纳宪法并未明确予以肯定之价值的开放性。^[64]

所以,尽管宪法的确扮演了单行法的总则,但它依然只是“假总则”:宪法只是被当做单行法的总则,而非完备价值一样的真正总则,于是单行法也绝非宪法的具体化。此时,对单行法而言,宪法仍只是以消极的合宪性审查方式,来判断单行法的开放性、尤其是价值开放性,是否

[60] 当然也包括,不具备完备性价值之部门法以成文法方式的入侵。

[61] 即使是经常以“谦抑性”自诩的刑法,也很难避免有不谦抑的时候。

[62] 宪法学者通常并未注意到这属于他们的工作,虽然他们已经意识这跟自己的工作有关。参见张翔:“刑法体系的合宪性调控”,《法学研究》2016年第4期,第41—60页。

[63] 例如,行政法与经济法之间的界限,就是个从未获得彻底澄清的话题。

[64] 以上这些考虑,就是我反对无法法典化之部门法制定某种总则式“基本法”的根本原因,因为这即使无意义的,因为它无法将该法法典化;而且它也是无效的,因为这等于否认了宪法的假总则的地位和功能。

违反宪法的要求；而不能以积极的具体化方式，要求单行法必须落实宪法的要求。现可总结法的体系化功能：宪法以最高法之地位，同时与一国法体系内的所有法律发生关联，并使得独立的法体系成为可能。具体来讲，它以独占最高位阶的方式，来审查其他所有法律：要么是确保法典之价值完备性，要么是在容许单行法之开放性的同时，维持一国实在法的体系性。

(四) 宪法、公法与行政法的法典化

即使到了最后阶段，读者应该仍存留巨大疑问：我所主张的法典理论建立在部门法划分的基础上，但部门法划分却未获得详细的说明，这是否会动摇文章的整体立场？以公民法区别为主线的部门法划分，是个绵延千年的巨大话题，根本无法被一篇文章所包含，但文章的整体论证还是能提供一些基本看法。在我看来，传统专注公民法划分的民法学者犯了明显的错误，他们对因性质不同而来的公民法划分，经常会做内容上的反省或检讨，并最终往往得出“尽管如此，还是应当坚持划分”的无奈结论。^[65] 这是个可理解的错误，因为公私法的分类结果与刑法、民法、宪法（行政法）、经济法的区分一道，均被认为是部门法划分，但它们的确基于完全不同的划分标准。

这篇文章的讨论结果，将会认同一种以性质区别为核心的部门法划分：那些应被法典化的部门法，因为完备价值的存在，都是独立的法律类型，其中最无争议的是宪法、民法、刑法，它们也可表达为公法、私法、刑法；^[66] 至于那些无法法典化的部门法，基本上都是按照内容上的不同而做的划分，常见的如行政法、经济法与环境法。由于后面这些部门法并不存在完备价值，而只能将宪法作为假总则，因此将它们统统视为与宪法同一类别，至少不存在基于完备价值的反对意见，所以它们可被整体上叫做“公法”，即公法是由宪法这个法典加上所有非法典的法律所组成。^[67] 除非，行政法、经济法与环境法能够证明自己已经或正在形成完备价值，否则其公法属性不可否认。

初步观察之下，我认为环境法的价值完备性仍有争议余地，其法典化尚存理论可能。但环境法不是重点，我想强调的是：在同样标准之下，行政法的法典化绝无可能，因为它绝对不可能、也不应当获得完备价值，这会彻底危及宪法本身的正当性。核心的理由是，行政法用来管理那些行使被授予之权力的机关，而宪则所管理的那些机关，其权力却是固有的或原初的（inherent or original）、而非被授予的。简单说，宪法事项与行政法事项之间，存在着授权与被授权的关系。^[68] 因此，如果行政法应当法典化，就意味着行政法本身具备自足的完备价值，它就不再来自宪法的授权，这势必导致利维坦式自我授权的行政国，这同样无法被法治所允许，^[69] 于是行政法就必然丧失法典化的理由。无论行政法学者最终找到的理由多强大，它都不足以跨越宪法和法治早已划下的红线。

[65] 参见(德)梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第11—14页。

[66] 所以，我反对刑法属于公法的看法，而是认为它是与公法、私法并列的第三种类型的法律。

[67] 这种“公法”可称之为“广义公法”，而下段中所谈“宪法和行政法之间存在授权与被授权关系”因而形成的整体，可称之为“准确意义的公法”，它也是最常运用的公法概念。

[68] See Gardner, *supra* note 17, pp. 206—207.

[69] 参见陈景辉：“算法之治：法治的另一种可能性？”，《法制与社会发展》2022年第4期，第142—143页。

七、结 论

这篇文章虽然篇幅巨大、论证复杂,但它仍只提供了一个初步的讨论框架,仍有很多值得丰富和发展的余地。正因为“法典=体系性+法律总则”的传统公式并不清晰,且会引发所有法律均可法典化与诸法合体之万全法典的错误结果,发展一种全新的法典化理论实属必要。其中的核心是,必须意识到法典是个与部门法划分必然相关的概念,并且存在自足的完备价值是其法典化的唯一根据。这种完备价值既可能要求封闭的体系性,例如宪法和刑法;也可能要求一种毋需封闭的完备性,例如民法。对特定完备价值表达尊重和坚持,就是法典化的核心意义之所在。即使宪法也不能危及这种价值完备性,只能以合宪性审查的方式将法典与单行法结合成整体的法体系;并且为了能够稳固地做到这一点,法典化同样是宪法别无选择的命运。

然而,的确存在不成文宪法的国家,也存在并无刑法典和民法典的国家,但这都不构成挑战。理由在于,法典既可是个事实,也可是个观念。如果因为偶然的历史传统,一个国家已经形成对特定价值完备的高度尊重,其法典化的必要性将会大幅降低。但就如边沁二百年前看到的,如果这些部门法始终维持单行法的样子,对完备价值的某种侵蚀将会持续存在,无论是借助裁判者的具体判断,还是立法上的悄然改变。为杜绝这些或明或暗的可能性,法典化仍是必然的选择。这个疑虑同时说明,即使最终实现了法典化,但只要价值完备性并未同时获得认可,它仍只是可随意篡改的纯粹形式而已。这最后一点,就是那些只有法典观念、却无法典事实的国家,唯一能找到的辩护理由,但这的确是个足够强大的理由。

Abstract: With the enactment of the PRC Civil Code, China is brewing a codification movement involving almost all sectors of law, which basically follow the formula of “codification = the systematic nature of law + general parts of law” borrowed from the Civil Code. Moreover, it is generally believed that all sectors of law have no difficulty in following the formula. However, if we carefully consider the general theory of codification, the formula is only the result of that theory, rather than the theory itself. If we pay attention to the inevitable relationship between codification and division of laws, and to the fact that the ultimate basis of codification is that “specific sector of laws or special law have possessed the value-completeness”, then only can those laws be codified. In other words, not all laws can be codified.

Key Words: Codification; Legal System; General Part of Law; Value; Completeness

(责任编辑:章永乐)