

# 中亚国家民法典编纂： 国家建构、民族性与现代性

金 欣

**【内容提要】** 1991年中亚五国独立后，四国参照《俄罗斯联邦民法典》和《独联体国家示范民法典》制定了内容、结构、体例和语言风格极为相似的民法典，土库曼斯坦制定了德国式的民法典。民法典编纂的完成让中亚各国内部的民事法律得以统一化和体系化，从法律形式上实现了人民生活的国族化，各国内部不同族群民众有了共同生活的基本规则，实现了国家对社会的形式整合，促进了国家建构的完善。但中亚五国民法典编纂用时较短，没有进行民事习惯调查，本国的法学研究较弱，以移植、借鉴俄罗斯和西方的法律和学说为主，法律与社会较为疏离，因此从法典对民族国家建构的实质性效果来说，仍存在不少问题。中亚国家民法典中存在着民族性与现代性的张力，具体表现为极为复杂的本国法律传统和移植的现代性法律的冲突。中亚国家民法典实效性的提高需要在吸收本民族法律传统、建设成熟的现代法律文化的同时，处理好法律移植面对的排斥性和适应性问题，并在民法典的民族性和普适性之间寻找平衡点。

**【关键词】** 中亚 民法典 法典编纂 国家建构 法律移植

**【作者简介】** 金欣，陕西师范大学“一带一路”建设与中亚研究协同创新中心助理研究员。

中亚五国在1991年独立后，民族国家建构翻开了新的一页，旧的经济和政治体制已经不适应新国家的经济和社会发展，立法成为中亚国家制度建设的重要环节，各国陆续完成了民法典编纂。民法典编纂并不是中亚地区的法律传统，而是起源于“17世纪末到18世纪法律科学的一种特定历史现象”<sup>①</sup>，其理念的基础

---

<sup>①</sup> [德] 莱茵哈德·齐默尔曼：《法典编纂的历史与当代意义》，朱森译，载《北航法律评论》2012年第1期。

是启蒙运动中兴起的理性主义。理性主义相信人的认识能力是充足的，具有构建和设计社会发展的能力，而持理性主义的自然法学家们相信理性认识方法的可靠性，他们把自然法思想和理性主义结合起来，为法典的编纂提供了思想基础<sup>①</sup>。因此，在欧洲大陆国家的民法典编纂过程中，自然法学在其中发挥了巨大作用，法典编纂的目的是“自然法与本国的实际情况相适应”，“实际上是把大学所教授的作为理想的自然法与日常适用的实定法加以统一的事业”<sup>②</sup>。中亚国家的民法典编纂也具有这种理性建构主义和“教授法”的特点。

18 世纪开始，民族主义在欧洲蓬勃发展，各国纷纷编纂本国民族语言的词典和语法书，并产生了相应的民族语言文学作品，进而不断创造具有本民族特色的文化和社会生活，本尼迪克特·安德森将这个过程称为欧洲的“语言学—辞典编纂学的革命”<sup>③</sup>。语言革命的结果是拉丁语式微，民族语言地位提升，民族国家观念初步形成，用民族国家的语言编纂民法典成为必要。因此，民法典编纂就是用本民族语言撰写民族国家国民普遍适用的民事法典。中亚五国独立后，也经历了类似的语言学革命，俄语的法定地位降低，主体民族的语言被提升为国家性语言<sup>④</sup>，接着编纂用本国语言撰写、仅在本国适用的民法典也是水到渠成之事。

现代民族国家是世俗国家，国家保护和维持人民的世俗生活，民法典的重要性体现在它是一个国家的世俗社会生活的百科全书，是市民社会的根本法。民法典可以建构一个国族共同体及其成员的世俗生活，因此民法典编纂是 18 世纪以来大陆法系国家的民族国家建构的重要方面，中亚五国作为新兴的大陆法系国家也不例外。“在现代国家建构中，法律是极为重要的因素，对这方面的解释，耶利内克提出国家法人说，凯尔森则认为国家作为一种秩序，就是法律秩序的统一体。现代国家建构必须要建设本国家和本民族的法律体系，民法典是法律体系中非常重要的一部基础性法典，另外一部是宪法，一个是下往上，另一个是从上而下。”<sup>⑤</sup>

对中亚五国这样的大陆法系国家来说，民法典的重要性具体体现在以下几个

① 封丽霞：《法典编纂论：一个比较法的视角》，清华大学出版社 2002 年版，第 210～217 页。

② [日] 大木雅夫：《比较法》（修订译本），范愉译，法律出版社 2006 年版，第 150～151 页。

③ [美] 本尼迪克特·安德森：《想象的共同体：民族主义的起源于散布》（增订版），吴叡人译，上海人民出版社 2016 年版，第 66～79、81 页。

④ 张宏莉：《中亚国家语言政策及其发展走向分析》，载《新疆社会科学》2015 年第 2 期；董天美：《中亚国家语言政策的选择及评价》，载《俄罗斯东欧中亚研究》2019 年第 5 期。

⑤ 马小红、孙明春主编：《民法典编撰的历史之维》，北京大学出版社 2017 年版，第 149～150 页。

方面：首先，与宪法等公法对政制的建构不同，民法典重点建构作为民族国家之基础的国族共同体的一体化生活方式，从社会层面进行国家整合，是建构国族认同和国家认同的基础。其次，以宪法为代表的公法在国家转型时期随着政治变革可能会有大幅度修改，但是民法典相对具有稳定性，可以保持社会秩序的稳定。再次，民法典是人民日常社会生活的基本规则，它可以让人民在生活中有共同的行为预期，让国民体会到更多的共同性和连带性，进而促进国族的凝聚和国家的整合，是一种自下而上的国家建构方式。最后，“大陆法系所运用的法律概念、法律的基本结构以及基本法律制度，无一不是直接从民法中提取的或类比民法发展而来的”<sup>①</sup>，因此民法是基本法，在法律体系和法学研究中具有统领性。职是之故，民法典对中亚国家的转型和发展极为重要。

学界对中亚五国民法典的专门研究较少<sup>②</sup>，本文将从比较法的宏观视角，立足于法律与民族国家建构，将中亚国家的民法典编纂放在世界民法典编纂的历史中，探讨中亚五国民法典编纂中的法理学问题。文章首先分析中亚五国民法典的编纂过程及各国民法典的结构、主要内容和特点，接着分析中亚五国民法典编纂对国家建构的作用及挑战，最后讨论中亚国家民法典编纂中的民族性和现代性问题。

## 一 中亚五国独立后的民法典编纂

20世纪20年代，中亚国家作为苏联的加盟共和国，可以以苏俄民法典为范例制定本国的民法典或民事法律，但是苏联“有权在民法、程序法以及法院组织法等领域颁布‘立法纲要’。这些纲要对于苏维埃各共和国具有强制性约束力”<sup>③</sup>，因此这些民事法律的运行受到苏联体制的极大约束。1962年，苏联颁布了

<sup>①</sup> [美] 约翰·亨利·梅利曼、罗格里奥·佩雷斯·佩尔多莫：《大陆法系》（第三版），顾培东、吴荻枫译，法律出版社2021年版，第80页。

<sup>②</sup> 现有的研究主要有徐国栋：《东欧剧变后前苏联集团国家的民商法典和民商立法——法律史、民商法典的结构、土地所有权和国有企业问题》，载《民商法论丛》1999年第2期；Peter B. Maggs, *The Civil Codes of Central Eurasia—A Comparison*, Paper Presented at the Central Eurasian Studies Society Fourth Annual Conference, Cambridge, Mass., USA, 4 October 2003. <https://pages.law.illinois.edu/p-maggs/codes.htm>. 囿于资料和写作年代，这两篇论文的研究都较为浅显。另有一些研究后苏联国家法律改革的著作或论文也不同程度论及中亚国家民法典编纂问题。

<sup>③</sup> [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2004年版，第442页。苏俄民法典“在许多方面寻求将德国民法典中最好的东西与法国法典的崇高理想结合起来”。参见[美] 格伦顿、戈登、奥萨魁：《比较法律传统》，米健、贺卫方、高鸿钧译，中国政法大学出版社1993年版，第177页。

《苏联及加盟共和国民事立法纲要》（*Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик*），这个立法纲要确定了民事立法的具体原则和方向，同时规定各加盟共和国制定的民法典必须与立法纲要相一致。为了保证一致性，中亚国家一般都在其民法典中逐字逐句地重复苏联立法纲要的内容<sup>①</sup>。此时中亚各国尚不是独立的主权国家，只有极为有限的自治权，所以民法典不过是对苏联法权意志的延伸和扩展，是社会主义法律的具体化。但是中亚国家的民法典中也有一些与苏联立法纲要不同的条款，比如哈萨克和塔吉克共和国民法典规定了无因管理，苏联民事立法纲要中没有这一条款，土库曼共和国民法典对未成年人问题的规定也与苏联民事立法纲要不同<sup>②</sup>。苏联的民法主要使用罗马法概念和用语，体例和条款深受大陆法系国家民法典的影响（主要是《法国民法典》和《德国民法典》），但是在内容上注入了社会主义意识形态<sup>③</sup>，这直接影响了中亚各国的民法典。

1991 年 5 月 31 日苏联颁布了新的《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》，同年年底苏联解体，该纲要并没有实施，但也对除土库曼斯坦之外中亚各国的民法典编纂产生了影响。1993 年哈萨克斯坦还直接采用了这个纲要，直到新民法典颁布实施后才废止。在苏联统治时期，中亚五国作为加盟共和国并无主权独立意义上的国家建制，通常只承担某一种经济或工业上的职能，独立后的中亚五国成为主权国家，建立了相对自主的政治体制和市场经济制度，为适应社会和经济的发展，需要逐步建立并完善本国的法律体系，民法典编纂成为各国议会立法的主要任务之一<sup>④</sup>。

哈萨克斯坦是中亚五国独立后最早开始编纂并颁布民法典的国家，但最早整体颁布实施民法典的国家是乌兹别克斯坦。1995 年 12 月 21 日，乌兹别克斯坦议会通过了《乌兹别克斯坦民法典》第一部分，次年 8 月 29 日通过了第二部分，并决定民法典整体于 1997 年 1 月 1 日生效。第一部分包括第一编总则、第二编

<sup>①</sup> Andrew Askland, Book Review: “The Civil Codes of the Soviet Republics by Ye A. Fleishits and L. Makovsky”, *International Trade Law Journal*, Vol. 3, Issue. 2 (1978), p. 450.

<sup>②</sup> 徐国栋：《东欧剧变后前苏联集团国家的民商法典和民商立法——法律史、民商法典的结构、土地所有权和国有企业问题》。

<sup>③</sup> [日] 大木雅夫：《比较法》（修订译本），第 230～231 页。

<sup>④</sup> 对中亚五国民法典编纂时间的论述主要参考了 Khaydarali Yunusov, “The Development of Legal Systems of Central Asian States”, *Studia Europene*, 2014, Vol. 2, pp. 23 - 34.

所有权和其他物权、第三编债法<sup>①</sup>。第二部分包括第三编剩余部分和第四编知识产权<sup>②</sup>。《哈萨克斯坦民法典》也分为两部分，第一部分于1994年12月27日在议会通过，1995年3月1日生效，此后又通过了民法典第二部分，并于1999年7月1日实施。《哈萨克斯坦民法典》第一部分共有三编，第一编是总则，第二编是所有权以及其他物权，第三编是债法；第二部分包括第四编债的种类、第五编知识产权、第六编继承权和第七编国际私法<sup>③</sup>。《乌兹别克斯坦民法典》和《哈萨克斯坦民法典》第一部分的结构与《俄罗斯联邦民法典》相同，第二部分结构与《独联体国家示范民法典》相同，一些条款原封不动地直接取自《俄罗斯联邦民法典》和《独联体国家示范民法典》，一些条款对二者中的法律条款进行了修改。美国和荷兰的法学家参与了哈萨克斯坦的民法典编纂，哈民法典编纂还受到世界银行和美国国际开发署的资助。与上述两部法典一样，《吉尔吉斯斯坦民法典》也分两部分，第一部分于1996年5月8日在议会通过，第二部分于1998年1月5日通过，在法典编纂过程中得到了美国律师协会和德国法学家的援助，正式实施后又经过多次修订。《吉尔吉斯斯坦民法典》第一部分包括第一编总则、第二编所有权和其他重要权利、第三编债法<sup>④</sup>；第二部分包括第四编债的类型、第五编知识产权、第六编继承法<sup>⑤</sup>。《吉尔吉斯斯坦民法典》第一部分主要内容取自《俄罗斯联邦民法典》，只是在顺序排列上有所调整，第二部分主要内容几乎完全复制《独联体国家示范民法典》。这三部民法典还有一个共同点，即与《俄罗斯联邦民法典》一样都包含国际私法的章节。

《土库曼斯坦民法典》1998年7月17日在议会通过，1999年3月1日生效，其中第二编第四章“公共登记簿”到2000年1月1日才生效。《土库曼斯坦民法典》取代了1963年的《土库曼斯坦苏维埃共和国民法典》，全名为《土库曼人之父萨帕尔穆拉特的土库曼斯坦民法典》（Turkmenistan Civil Code of Saparmurat

<sup>①</sup> Civil code of the Republic of Uzbekistan, Part one. <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=767>

<sup>②</sup> Civil code of the Republic of Uzbekistan, Part two. <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=771>

<sup>③</sup> Civil Code of the Republic of Kazakhstan. [https://adilet.zan.kz/eng/docs/K940001000\\_](https://adilet.zan.kz/eng/docs/K940001000_)

<sup>④</sup> Civil Code (Part I) of the Republic of Kyrgyzstan of 8 May 1996, as Amended. [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=71951&p\\_classification=01.03](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=71951&p_classification=01.03)

<sup>⑤</sup> Civil Code (Part II) of the Republic of Kyrgyzstan of 5 January 1998, as Amended. [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=71952&p\\_country=KGZ&p\\_count=276](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=71952&p_country=KGZ&p_count=276)



Turkmenbashi)<sup>①</sup>。萨帕尔穆拉特·尼亚佐夫是该国的首任总统，此后长期担任总统一职，是国家和民族的象征。与此类似，《法国民法典》又称为《拿破仑民法典》，是为了彰显拿破仑的作用和地位。《土库曼斯坦民法典》与其他中亚国家民法典的体例不同，采用了《德国民法典》的五编制，只是顺序略有调整，包括：第一编总则、第二编物权、第三编债法、第四编著作权和第五编继承权<sup>②</sup>。《土库曼斯坦民法典》的编纂准备工作由德国专家主导，所以受《德国民法典》影响巨大。土库曼斯坦采用德国式民法典，在一定程度上是为了摆脱俄罗斯的影响，该民法典另一个显著特点是不包括国际私法规则。虽然《土库曼斯坦民法典》在体例上与前三个国家的民法典不同，但内容上仍具有一定的相似性。

塔吉克斯坦独立后经历了长期的内战（1992~1997），国家制度建设举步维艰，民法典编纂历程较为缓慢，2005 年才全部完成，是中亚最后一个完成民法典编纂的国家。1999 年 6 月 30 日，塔吉克斯坦通过了《塔吉克斯坦民法典》的第一部分，并于 2000 年 1 月 1 日生效，该部分分为三编，第一编是总则，第二编是物权和其他实体权利，第三编是债法<sup>③</sup>。同年 12 月 11 日，该法典第二部分也在议会获得通过，内容是第四编债的类型<sup>④</sup>。同时，1963 年的《塔吉克苏维埃共和国民法典》在 1999 年新《民法典》没有涉及的领域仍然有效。2005 年 2 月 11 日，塔吉克斯坦议会通过了《民法典》第三部分，并于 2005 年 3 月 1 日生效，至此塔吉克斯坦才正式完成了民法典编纂。第三部分包括第五编知识产权、第六编继承法和第七编国际私法<sup>⑤</sup>。该民法典在 2012 年和 2020 年进行了补充和修订。《塔吉克斯坦民法典》三部分结构与《俄罗斯联邦民法典》相同<sup>⑥</sup>，各编的名称和内容除第二编借鉴了《独联体国家示范民法典》外，其他部分主要借鉴了《俄罗斯联邦民法典》。

除土库曼斯坦之外，中亚其他国家的民法典编纂都直接以 1994 年的《俄罗

① *Turkmenistan Civil Code of Saparmurat Turkmenbashi*, Edited and Translated by William E. Butler, Kluwer Law International, 1999, p. vii.

② 《土库曼斯坦民法典》，魏磊杰、朱森、杨秋颜译，厦门大学出版社 2016 年版。

③ *Civil Code of the Republic of Tajikistan, Part one*. <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=2142>

④ *Civil Code of the Republic of Tajikistan*. <https://resourceequity.org/record/805-tajikistan-civil-code/>

⑤ *Civil Code of the Republic of Tajikistan, Part three*. <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=8067>

⑥ 现行《俄罗斯联邦民法典》共有四部分，第四部分在《塔吉克斯坦民法典》第三部分颁布后的 2006 年才颁布。

斯联邦民法典》为模本，同时参考了《独联体国家示范民法典》，大多采取了直接复制的方式，所以在内容、结构、体例和语言风格上具有很大的相似性，比如行文力求细密精准，都采用几部分的结构，都采用民商分立的编纂模式，都将财产分为国有财产和私有财产来保护。这种财产类型划分与欧洲大陆的法律传统不同，是受到苏联民法影响的结果，1962年的《苏联民事立法纲要》将所有权分为国家所有权、合作社和集体农庄所有权及个人所有权三种形式<sup>①</sup>。《独联体国家示范民法典》是1994~1996年独联体成员国议会间大会为各成员国制定的众多示范性立法之一，除独联体成员国外，来自荷兰的法学家深度参与其中，美国国际开发署和荷兰为这一项目提供了资助<sup>②</sup>。基于独联体国家相似的背景，独联体各国希望“在联合体框架内在法律上保障共同的经济空间”，示范法旨在促进成员国立法趋同，防止法律冲突<sup>③</sup>，促进共同发展。

## 二 民法典编纂与中亚五国的国家建构

马克斯·韦伯曾把现代国家定义为在一定疆域之内垄断了正当使用暴力权力的人类团体<sup>④</sup>。民族国家是现代国家的主要组织形式，它将国家这种人类团体民族化，使国家疆域内的人民形成一个“共享一块历史性的领土，拥有共同的神话、历史记忆和大众性公共文化，共存于一个经济体系，共享一套对所有成员都适用的一般法律权利与义务”<sup>⑤</sup>的民族共同体。但大多数国家的国民构成都比较复杂，因此民族国家通常会建构一个高于国内各民族（族群）的国家性民族（nation）或统一的国民（身份）<sup>⑥</sup>，并发展以全体公民为对象的民族主义，来整合全国人民。中亚各国的宪法都规定了人民主权原则，规定全体人民无论其民族身份如何都是国家的主人，比如乌兹别克斯坦宪法序言开头就有“乌兹别克斯坦人民”的表述，第8条还规定：“乌兹别克斯坦共和国公民，不论其民族属性，

① [日] 大木雅夫：《比较法》（修订译本），第228页。

② [意] 简玛利亚·阿雅尼、魏磊杰编：《转型时期的法律变革与法律文化——后苏联国家法律移植的审视》，魏磊杰、彭小龙译，清华大学出版社2011年版，第69~71页。

③ 张建文：《独联体示范法运动的理论与实践（代译序）》，载《独联体成员国示范民法典》，法律出版社2014年版。

④ [德] 马克斯·韦伯：《学术与政治》，冯克利译，商务印书馆2018年版，第44~45页。

⑤ [英] 安东尼·史密斯：《民族认同》，王娟译，译林出版社2018年版，第52页。

⑥ 基于民族国家（nation-state）理念，统合一个国家所有公民的共同体是民族或国民（nation一词有民族、国民和国家三重含义），而构成民族的次级文化群体则是族群（ethnic group）。因为在中文中，“民族”一词有多重含义，很多人为了区分这一词汇的不同层次的涵义，将nation译为国家民族或国族。

均为乌兹别克斯坦人民。”时任吉尔吉斯斯坦总统的阿卡耶夫曾言：“当我们谈论居住在共和国的所有人时，将要正确地发表意见的是人民，而不是吉尔吉斯斯坦的各民族。”<sup>①</sup>这里的人民就是一个国族或国民共同体。在国家建构的视野中，国族（国民）是一个以文化、历史和情感等因素为基础的共同体，与政治共同体国家相对应，形成坚固的民族国家。在此背景下，国家建构意味着建设国家，使之形成具有现代国家应有的诸多构成要素，包括国民（国族）、法律政治经济制度和社会秩序等<sup>②</sup>。苏联时期的划界基础，让独立后的中亚国家都形成了多民族国家，因此国族和国民身份的建构是中亚五国国家建构要解决的首要问题。国族之构成中极为重要的一点是遵守共同的法律，而法律特别是民事法律也能促进国民其他方面的共同性，因此法典编纂对中亚国家的国族建构和国家建构十分重要。

在欧洲民族国家形成的过程中，法典编纂代替了习惯法、欧洲共同法和罗马法等非国家立法，使法律更为体系化，更具有“明确性和内在一致性”<sup>③</sup>，这遏制了国家内部的法律多元和分裂，促进了法律统一，增强了人民的同质性。法典编纂说明立法已成为国家主权机构的专享，是国家主权中立法权的行使，国家通过法律的统一和终审权对领土内所有区域实行一体化治理。独立前，中亚国家只有有限的自主立法权，国内法律较为多元，苏联的法律是上位法，很多在中亚地区直接实施，中亚国家的终审权也受到极大限制<sup>④</sup>。独立后中亚五国成为主权国家，拥有了独立的立法权和完全终审权，法典编纂终结了多层次法律渊源和管辖，划定了法律规则的使用范围，开启了国家对国民一体化的治理。回顾全球民法典编撰的历史，法国大革命后，《法国民法典》成为“一个完整统一的国家的一种强有力的象征”，促进了国家的统一；而在《德国民法典》和《奥地利民法典》颁布之前，普鲁士和奥地利不过是“历史兼并拼凑而成的相当多样的领土实体”<sup>⑤</sup>。统一的法律可以增加人民对国家的认同，是国家对人民进行国民观念教育的一种方式。在民族国家发展进程中，民法典通常被认为是民族精神的体

① [吉尔吉斯斯坦] 阿斯卡尔·阿卡耶夫：《难忘的十年》，武留、雅思、远方译，世界知识出版社 2002 年版，第 115 页。

② 杨雪冬：《民族国家与国家构建：一个理论综述》，载《复旦政治学评论》2005 年第 1 期。

③ 魏磊杰：《民法典编纂的前世与今生》，载《北航法律评论》2012 年第 1 期。

④ 虽然中亚国家的最高法院有终审权，但是位于莫斯科的苏联最高法院对中亚国家最高法院的裁决或判决行使审查权，也对一些重要的刑事和民事案件直接行使管辖权。〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社 2004 年版，第 462～463 页。

⑤ 〔德〕莱茵哈德·齐默尔曼：《法典编纂的历史与当代意义》。



现，如《德国民法典》颁布后，就被认为承载了德意志历史发展形成的民族精神。日本法学家穗积陈重在评价《德国民法典》时说：“以德国联邦的法律统一而使联邦各国人民栖息于统一法律之下，以此为巩固德国之独立的基础。”<sup>①</sup>因此，法律的统一体现了民法典对民族国家进行形式建构，而法典展现民族精神可以促进人民对民族国家的感知和认同，是一种实质性的民族国家建构，这一点对中亚国家来说尤为重要。

从历史发展来看，“中亚是一个主体性不稳固的、依附性较强的存在”<sup>②</sup>，目前中亚五国所在地理区域在独立之前并无固定的国家性边界，几千年来被不同的政权统治，因此先后生活着许多民族，他们自由迁徙，各自有不同的语言、传统和习惯法。中亚五国独立后以苏联统治时期的划界为基础建立了民族国家，因此每个国家内都生活着多个民族（族群）。中亚国家的民法典编纂完成了国家内部的法律统一，人民从法律形式上实现了生活的国族化，国家内部的不同族群有了共同的生活基本规则，实现了国家对社会形式上的整合。对中亚国家来说，民法典编纂对民族国家建构相对于公法的优势体现在以下三个方面：首先，民法典是社会生活的基本规则，在基本规则之下有极大的自治空间，容易被中亚各国国内不同族群的国民所接受。只有全体人民遵守共同的生活准则，他们才能感受到更多的一体性，才能形成一个统合性的国族（国民），因此民法典编纂是建构民族国家所需要的“社会一体化”<sup>③</sup>的重要手段。其次，相对于宪法来说，民法典具有稳定性，实施的门槛较低。独立后，中亚国家建立了威权式统治，司法权较为软弱，司法不能完全独立，司法审查制度或不存在或极不完善<sup>④</sup>，以全民公投形式废除宪法、重新制宪或修改宪法的情况屡见不鲜。典型的如吉尔吉斯斯坦，独立后先后换过三十余位总理，重新制定和修改宪法十余次，但是只对民法典进行了部分修订和补充。最后，民法典还可以初步实现一些宪法性权力<sup>⑤</sup>，保障人民具有共同的相互权利和义务，因为对中亚五国这样的新独立国家来说，建立并完善保障宪法权利的司法审查制度还需要时间。所以在中亚五国的国族和国民身份的建构过程中，民法典会具有持续性的作用，不会因为公法的废除或大幅度的修

① [日] 穗积陈重：《法典论》，李求轶译，商务印书馆2014年版，第8~9页。

② 笄涛：《地缘与文明：建立中国对中亚常识性认知》，载高全喜主编：《大观》（第五卷），法律出版社2011年版，第135页。

③ [德] 尤尔根·哈贝马斯：《包容他者》，曹卫东译，上海人民出版社2018年版，第161页。

④ 李中海：《曲折的历程：中亚卷》，东方出版社2015年版，第62~63页。

⑤ 林来梵：《民法典编纂的宪法学透析》，载《法学研究》2016年第4期。

订而影响国家建构进程。

但由于中亚五国独立颇为仓促，转型过程也较为迅速，各国的民法典编纂用时较短，因此从法典对民族国家建构的实质性效果来说，仍存在不少问题。首先，中亚国家的民法典受外国影响过大。中亚国家在编纂民法典之前并没有进行本国习惯法调查，为了节省时间成本都采取了借鉴和移植外国法律的方式，再加上本国法律人才的缺乏，外国专家深度参与了中亚五国民法典编纂或提供了重要的咨询服务<sup>①</sup>。在土库曼斯坦民法典编纂过程中，德国专家仅用了 10 周时间与土库曼斯坦相关专家进行研讨，就制定了一部德国式的民法典，这部法典完全没有土库曼斯坦本土的法律概念和术语。虽然德国民法典是“有着强烈普适性的法典”，但它毕竟是德国“历史传统的产物”<sup>②</sup>，所以《土库曼斯坦民法典》在本国多少有点水土不服。其他中亚四国的民法典皆移植和参照了西方化的《俄罗斯联邦民法典》和《独联体国家示范民法典》，前者是本地区地缘政治上强权国家的民法典，后者是国际性组织独联体制定的示范法律。曾担任俄罗斯和两个中亚国家法律顾问的美国法学家克里斯托弗·奥萨奎通过对民法典内容的比较，认为哈萨克斯坦民法不过是《俄罗斯联邦民法典》的“知识殖民地”，《哈萨克斯坦民法典》和《吉尔吉斯斯坦民法典》不过是《俄罗斯联邦民法典》的“整容版”和“重组版”<sup>③</sup>。虽然中亚五国等独联体国家确实有重合的历史和一些相似的社会背景，但是过多移植和借鉴外国法律不利于本国法律主体性的建立，会产生民法典与社会的疏离，人民也会对民法典缺乏认同，阻碍人民国族化的进程。中亚许多地方的族群冲突就能说明一点，大多数是由于少数族群不认同本国的国家性文化、法律和国族，而认同属于另外一个民族国家的民族。缺乏自主性的民法典不能不说是造成这一问题的原因之一。

其次，民法典的社会基础和法律语言不利于民族国家建构。民法典可以构建区别于其他民族国家的本民族日常生活，通常需要以民族传统为依托来表述法律，并用本民族或本国大多数国民使用的语言来表达和运作，但是在中亚国家，民法典都受到苏联、俄罗斯和西方国家的巨大影响，缺乏对本国历史传统和人民

① 魏磊杰：《后苏联时代的法律移植与民法典编纂》，载《比较法研究》2008 年第 5 期。

② [美] 塔玛尔·赫尔佐格：《欧洲法律简史：两千五百年来的变迁》，高仰光译，中国政法大学出版社 2019 年版，第 345～346 页。

③ Christopher Osakwe, “Anatomy of the 1994 Civil Codes of Russia and Kazakhstan: A Biopsy of the Economic Constitutions of Two Post-Soviet Republics”, *Notre Dame Law Review*, 1998, Vol. 73, Issue 5, pp. 1413 - 1514.

日常习惯和交往规则的汲取，而且民法典最初都以俄语起草，再翻译为本国语言，因此都有俄语和本国语言两个版本，当法律解释出现争议时，通常以俄语版为准<sup>①</sup>。同时，因为中亚国家大多较为缺乏民法典的司法判例和学术研究，因此法官不得不参照俄罗斯关于《俄罗斯联邦民法典》司法判决和研究著作来解释法律<sup>②</sup>。这背后的原因不仅在于法典和法学研究本身缺乏独立性，还在于民族语言文化和法学学术研究的不足。中亚国家独立后短时间内略显仓促编纂的民法典，产生了这样的问题，与之相比，从历史经验来看，“无论是法国、还是德国，它们走向法典化的道路均无例外地经过了长期的积累过程”<sup>③</sup>。

### 三 中亚五国民法典编纂中的现代性与民族性

对中亚五国这样的非西方的后发国家来说，法律往往同时具有现代性和民族性两方面的特点，两者之间通常存在着持续的张力，这在民法典上表现得尤为明显。民法典的现代性，也可以说是普适性，意味着民法典所倡导的是一种现代化的生活方式，这种生活方式本身具有普适性，对世界上大多数人来说都适用，比如契约精神、权利观念、诚实信用等等。基于法律的现代性和普适性，许多学者认为民法典移植完全合理，外国人为本国编纂民法典无可厚非，一个国家可以把另一个国家的民法典全部移植到本国适用。《哈萨克斯坦民法典》直接使用了《俄罗斯联邦民法典》的许多条款，《法国民法典》曾在许多欧洲国家被直接借用，也直接影响了南美洲和非洲国家的民法典编纂。但是民法典的现代性与普适性本身带有很强的西方性和强权色彩，它通常是西方强势国家产生的民事规则，是它们软实力和硬实力的体现，民法典经常会被用来作为输出西方强势国家政治法律价值的方式，因此会受到一些被输出国的抵制。《法国民法典》之所以在一些国家适用，是拿破仑武力征服和扩张的结果，意大利、比利时、卢森堡、葡萄牙和西班牙都曾长期使用过《法国民法典》<sup>④</sup>，但是在摆脱了法国统治后，这些

<sup>①</sup> 2019年8月笔者对吉尔吉斯斯坦比什凯克市一些法律从业者的访谈。同时可参见魏磊杰、张建文主编：《俄罗斯联邦民法典的过去、现在和未来》，中国政法大学出版社2012年版，第137、139页。

<sup>②</sup> Peter B. Maggs, “The Civil Codes of Central Eurasia: A Comparison”, Paper Presented at the Central Eurasian Studies Society Fourth Annual Conference, Cambridge, Mass., USA, 4 October 2003. <https://pages.law.illinois.edu/p-maggs/codes.htm>

<sup>③</sup> 朱庆育：《民法典编纂中的两个观念问题》，载《北大法律评论》2001年第2期。

<sup>④</sup> 陈卫佐：《法国民法典的影响——与德国民法典的比较》，载《清华法学》2006年第2期。

国家都编纂了本国的民法典，虽然这些民法典颇受《法国民法典》的影响。对中亚国家来说，法律的普适性因素来自俄罗斯和西方国家，它们对两者有接受也有抗拒。

从民族性来看，法律首先要重视本国传统，因为法律是一种地方性知识和文化的表现，正如有学者所言：“作为一种文化体系，法律提供了一套象征、含义、叙事、礼仪和人们所使用的世界观”<sup>①</sup>；其次，立法权是民族国家主权的核心要素之一，民法典编纂是国家主权的展现，所以法律移植还可能涉及民族自尊问题。正因为如此，土库曼斯坦为了排斥《俄罗斯联邦民法典》的影响，邀请德国专家协助独立编纂民法典。民法典是一个民族或一国民特有生活方式的基本规则，体现着本民族和国家的文化和历史传统，因此德国法学家萨维尼认为法律是民族精神的体现，需要在习惯法中发现法，他说，法“源自民族自身内的禀性和历史”，“法的素材是民族的整个过去给予的”<sup>②</sup>。民法典编纂自然也应应以民族精神、历史和文化传统为基础，因而需要进行民族习惯调查。被认为是民法典典范的《法国民法典》就具有强烈的民族性，当时的法国包括成文法地区与习惯法地区，《法国民法典》的编纂是在尊重传统的基础上，妥协地吸收了不同地区的成文法和习惯法。而在《德国民法典》编纂过程中，主张法律从民族内部自然孕育的历史法学派产生了重要影响。但是民法典的民族性本身又有两方面：首先，现代国家的民法典编纂必须要使用成熟的现代法律技术和概念，大陆法系法律的基本概念来自罗马法，所以不管是《法国民法典》还是《德国民法典》，以及俄罗斯和中亚国家的民法典都使用了罗马法的概念和法律技术；其次，按霍布斯鲍姆等人对英国、印度和欧洲大陆的研究，民族国家的传统大多不过是刻意“发明”之结果<sup>③</sup>，一个民族在其自身和相应的民族国家的建构过程中，会遗忘掉一些传统，选择性记忆一些传统，也会发明一些新传统，在发明的过程中必然会吸纳现代性和普适性因素，所以民族传统和民族精神并不必然与现代性和普适性冲突。中亚国家独立至今只有 30 年，还处在国家建构的过程中，“发明传统”是国家建构的方式之一，因而借此可以保持民法典的开放性，把许多普世性价值

① 石佳友：《民法典与社会转型》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 23 页。

② [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《历史法学派的基本思想（1814～1840）》，郑永流译，法律出版社 2009 年版，第 20 页。

③ [英] 埃里克·霍布斯鲍姆、特伦斯·兰杰主编：《传统的发明》，顾杭、庞冠群译，译林出版社 2020 年版。

纳入民法典。总之，在当代世界，作为民族精神和现代社会生活规范的民法典需要引进现代性因素以适应国家的发展。因此，民法典中必然同时会存在民族性和现代性两方面的因素。

中亚国家的民法典编纂面临着极为复杂的本国法律传统和移植的现代性法律的冲突。中亚五国所处的地理区域主要由干旱的草原、沙漠和绿洲组成，在历史上缺乏明显的文化和领土界限，被不同政治权力、宗教势力和文化群体竞逐和控制，具有极强的可塑性。中亚曾是丝绸之路上重要的交通枢纽，是东西文明交汇的十字路口，在地缘政治上极为重要，因此历史上也被许多王朝和政权统治，这些统治集团大多是由部落联盟组成的政权，它们通常军事强大，但制度极不稳定<sup>①</sup>，因此多种法律传统都在这里产生了影响。中国法律曾对中亚有影响，但是深远影响是阿拉伯人带来的伊斯兰法。蒙古帝国的扩张带来了蒙古法律，也产生了较为深远的影响，这些法律已经融入中亚本地的习惯法之中。17世纪，中亚诸汗国建立后，依然使用伊斯兰教作为主要统治手段之一。伊斯兰教对各汗国政治社会的介入程度不同，因此伊斯兰法在不同地区的地位不同，在北部的吉尔吉斯斯坦，伊斯兰法和习惯法（包括蒙古法律的遗留）共同作为法律渊源，但是在南部地区伊斯兰法则占统治地位。沙俄统治中亚之后，初期对伊斯兰教采取打压态度，但是后期又使用伊斯兰教来统治中亚人民，因此保留了伊斯兰法<sup>②</sup>。但是随着沙俄统治的不断加强，更多俄罗斯法被引入中亚，伊斯兰法被边缘化，仅限定在民事领域，但经常被认为是公开违背沙俄的制定法<sup>③</sup>。苏联统治中亚之后，对中亚的法律和司法进行了社会主义改造，伊斯兰教和伊斯兰法都走向沉寂。中亚国家作为加盟共和国使用苏联的全国性法律，也可以依据苏联的立法纲要制定自己的法律，但是自主权极为有限，这一时期中亚的法律和司法已经完全社会主义化。独立后中亚国家在西方的援助和输送下，以大陆法系法律体系为模仿和移植对象，建立了一系列现代世俗的法律体系，这些法律受大陆法系的德国法影响最大，也受俄罗斯法律的影响，还保留着一些苏联法律遗产，但把伊斯兰法排除在正式法律之外。

<sup>①</sup> Peter C. Perdue, *China Marches West: The Qing Conquest of Central Eurasia*, Belknap Press, 2005, pp. 20–22, pp. 44–45, p. 172.

<sup>②</sup> Peter B. Golden, *Central Asia in World History*, Oxford University Press, 2011, p. 124; 孟楠：《俄国统治中亚的政策研究》，新疆人民出版社2000年版，第195～213页。

<sup>③</sup> Robert D. Crews, *For Prophet and Tsar: Islam and Empire in Russia and Central Asia*, Harvard University Press, 2006, pp. 268–270.



中亚国家民法典的现代性因素首先是苏联的社会主义法律传统。苏联时期中亚国家根据立法纲要进行的民法典编纂推动了本国法律世俗化的过程,基本上抛弃了伊斯兰法,而在独立之后也没有出现伊斯兰法复兴,法院只在民事司法过程中会参考习惯法和伊斯兰法的规定<sup>①</sup>。在独立后民法典编纂过程中,土库曼斯坦直接使用了《德国民法典》的概念和编纂方式,其他四个中亚国家的民法典编纂是以 1991 年苏联颁布的《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》为基础,同时模仿和移植《俄罗斯联邦民法典》和《独联体国家示范民法典》的内容,还以二者为中介,引进了德国和法国等大陆法系国家众多的法律技术和法律概念<sup>②</sup>。与此同时,德国、荷兰、美国等西方国家的学者、社会组织从中亚国家独立后就参与了中亚国家的立法,还一直不遗余力地推动中亚的法治发展,把本国的法律推广到中亚<sup>③</sup>,欧盟开展了十余年的“中亚法治计划”<sup>④</sup>。在这样的背景下,中亚国家在不断吸收和移植西方的法律,他们的民法典具有强烈的西方化色彩,而缺乏民族性特点。

民法典编纂需要在民族性和现代性(普适性)之间寻找平衡点。纵观中亚的法律发展史,因为历史的主体性不明确,本土的法律传统较为多元,且并不坚固,对法律移植和法律的现代性因素保持了开放的态度,所以东西方的法律传统都对这个地区产生影响,历史上的统治者对伊斯兰教和伊斯兰法也采取较为实用主义的态度加以接受和利用。在这种多元法律传统之下,中亚大多数地区的法律在沙俄和苏联统治时期较容易被改造,二者将相对现代的法律制度引入中亚。而独立之后,中亚五国告别了社会主义法系,但是继承了苏联的世俗主义传统<sup>⑤</sup>,同时毫无历史负担地接受了以德国为代表的大陆法系民法传统,进行了广泛的立法活动,形成了中亚国家现今的法律状况。中亚国家要弥合民法典中的民族性和

<sup>①</sup> Judith Beyer, *The Force of Custom: Law and the Ordering of Everyday Life in Kyrgyzstan*, University of Pittsburgh Press, 2016.

<sup>②</sup> 欧洲大陆法律传统对古代俄罗斯和苏联的民法典编纂影响很大。参见〔日〕大木雅夫:《比较法》(修订译本),第 208~211、216、219 页。现行《俄罗斯联邦民法典》是由俄罗斯民法学家编纂,德国、美国和意大利等国的专家参与起草和提供咨询,最终起关键作用的是来自荷兰的法律专家。参见魏磊杰、张建文主编:《俄罗斯联邦民法典的过去、现在和未来》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 71~82 页。

<sup>③</sup> 魏磊杰:《后苏联时代的法律输送:行为逻辑、问题及最新动向》,载《中山大学法律评论》2011 年第 1 期。

<sup>④</sup> Vera Axyonova, “Promoting Justice Reforms in Central Asia: The European Union’s Rule of Law Initiative as Part of a Comprehensive Democratization Strategy?”, *Central Asian Affairs*, Vol. 3 (2016), pp. 29–48.

<sup>⑤</sup> Hélène Thibault, “The Soviet Secularization Project in Central Asia: Accommodation and Institutional Legacies”, *Eurostudia*, 2015, Vol. 10, No. 1, pp. 11–31.

现代性的张力，就要处理好如何在吸收本民族的法律传统和特点的同时，也要解决法律移植之后的适应性问题。

中亚国家的民法典普遍被“设计为一种成熟法律文化下的法律制度”，成熟的法律文化主要包括“法律至上性、合同神圣性、法律资料的普遍获得（立法过程的透明性、所有法律及时全面地出版以及信息自由）、普通人的法律知识、对作为公民权利之保护者的律师作用的普遍尊重，以及法律的稳定性”<sup>①</sup>，但是独立后的中亚各国缺乏这样的成熟法律文化，所以带来了民法典与社会的疏离。当然，一些商业领域的法律具有较强的普适性，比如哈萨克斯坦的《外商投资法典》虽然是西方法律专家以东南亚国家的经验为基础制定的，但是获得了巨大的成功。其原因在于该法暗合了哈萨克斯坦的文化传统，同时哈萨克斯坦人对西方模式的法律并无抵触情绪<sup>②</sup>。有学者指出，技术性的法律比与意识形态相关的法律更容易移植，与“个人权利、国家认同以及政治结构相关的法律”比“经济、贸易、证券和商业等方面的法律”移植更难被受移植国的人民和社会接受。<sup>③</sup> 民法典保护个人权利，正是典型的较难移植的法律。由于法律文化和社会传统的不同，以移植为主的中亚国家民法典在一定程度上与现实生活较为隔膜。当然如何在既保持法律民族性的同时，又不妨碍促进和吸纳法律的现代性和普适性因素，需要考验中亚国家政治决策者和法律人的智慧。

## 结 语

法律的基础来自社会的规则，所以法律既可以作为“社会变迁的助推器”<sup>④</sup>，又需要回应社会的变迁。中亚五国国内的各族人民中大多数曾长期过着游牧生活，信仰伊斯兰教的比例很高<sup>⑤</sup>，很大程度上仍处于身份社会，但他们的民法典都是以契约社会中的理性经济人为出发点来编纂的，更多体现了法律的普适性，

① 魏磊杰、张建文主编：《俄罗斯联邦民法典的过去、现在和未来》，第141页。

② Philip M. Nichols, “The Viability of Transplanted Law: Kazakhstani Reception of a Transplanted Foreign Investment Code”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1997, Vol. 18 Issue 4, pp. 1235 - 1279.

③ [意] 简玛利亚·阿雅尼、魏磊杰编：《转型时期的法律变革与法律文化——后苏联国家法律移植的审视》，第41~44页。

④ [美] 史蒂文·瓦戈：《法律与社会》，梁坤、邢朝国译，中国人民大学出版社2011年版，第248页。

⑤ 按2009~2010年中亚各国人口数据，中亚各国穆斯林人口所占比例从低到高分别为：哈萨克斯坦占70.19%，吉尔吉斯斯坦占75%，乌兹别克斯坦占88.6%，土库曼斯坦占89%，塔吉克斯坦占90%。李琪：《历史记忆与现实侧观：中亚研究》，中国社会科学出版社2015年版，第80页。

缺乏对民族性的提取，因此具有超前立法的特点。中亚国家的民法典也体现了理性的建构主义，国家希望通过法律引导和规训人民的生活方式，一定程度上忽视了对人民原有生活状态的关注和社会实际状况的回应。

中亚国家的民法典虽然经过多次修订，但与人民的日常生活仍有一定距离。谈到超前立法时，王伯琦曾言：“新的法律原则虽可由立法者随时制订，但是否能发生确切的效力，那就要看社会大众的意识上是否能普遍接受了。”<sup>①</sup> 因此，基于以上问题，中亚国家的民法典编撰虽然在国家的形式建构和社会一体化过程中发挥了作用，但仍存在“纸面上的法律”和“运行中的法律”之间的裂痕<sup>②</sup>，再加上独立后国家政治转型过程中给法治发展提供的空间有限，所以中亚国家的民法典仍需要处理法律民族性与普适性之间的矛盾，民法典编纂对国家建构的实质性作用还需要建设成熟的法律文化才能真正奏效。总之，中亚国家独立 30 年来的民法典编纂在全球两百多年民法典编纂的历史长河中还极为短暂，法律的生命在于经验的积累，中亚国家的民法典会在司法运行和国家与社会的互动中不断完善。

(责任编辑 李中海)

---

① 王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社 2005 年版，第 74 页。

② 关于“纸面上的法律”和“运行中的法律”，参见 Roscoe Pound，“Law in Books and Law in Action”，*American Law Review*，Vol. 44 (1910)，pp. 12-36.