

## 大陆法系还能存在多久？ ——从梅利曼到海塞林克再到未来

徐国栋\*

2009年9月24-25日,我在辽宁大学参加第22届全国外国法制史研究会年会,会议的主题是“大陆法系及其对中国的影响”,这一题目要求首先厘清什么是大陆法系。这是一个需要不时更新其理解的术语。“大陆法系”首先是一个地缘政治学的概念,它源于欧洲大陆与英伦三岛由英吉利海峡造成的区隔,海峡两岸联络不便造成了彼此的法律特性,联络一旦达于便捷,个性是要消除或和缓的。事实上,1994年5月6日英吉利海峡海底隧道修通,已把英伦三岛变成欧陆的一部分,更加之航空业的发展,已更早地把欧洲的这两个地方连为一体,<sup>[1]</sup>由此使大陆法系与英美法系的区分失去重要的存在理由,正犹如1956年厦门海堤的建成让厦门失去自称为岛的理由。“大陆法系”其次是一个意识形态甚至是冷战的概念,据此,把采用同样的法律技术的国家分为大陆法系国家和社会主义法系国家,后者有苏联、波兰、捷克斯洛伐克、匈牙利等。总之,属于大陆法系的,都是西欧资本主义国家、北大西洋公约组织的成员国;属于社会主义法系的,都是东欧社会主义国家、华沙条约组织的成员国。1989年东欧剧变,东欧诸国放弃社会主义道路,造成社会主义法系在欧洲的消亡,以至于一些比较法名著的新版已取消了原有的研究社会主义法系的篇章。这些原来属于社会主义法系的国家现在已回归为大陆法系成员国。这样,至少在欧洲的范围,“大陆法系”的概念已失去其原有的意识形态色彩或冷战色彩,具有了不同于以往的含义。

然而,大陆法系的这些新变化在我国尚未理论化,国人对这一概念的认识还来源于一些早已局部过时的比较法名著。由于小册子相较于大著作的容易接近性,梅利曼的《大陆法系——西欧拉丁美洲法律制度介绍》一书是国人认识并描述大陆法系的最重要材料,这点可从沈阳会议论文集作者对该书的大量援引看出来,但这本书确实过时了。凑巧的是,正在荷兰蒂尔堡大学访学的上海交通大学凯原法学院博士生魏磊杰翻译了荷兰学

\* 厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士。本文初稿于2009年9月20日成于胡里山炮台之侧,2009年10月29日改定。

[1] 富有意味的是,英国航空公司采用不列颠空路(British Air Way)的名称,似乎就是为了强调自己打破英吉利海峡的区隔的作用。

者海塞林克的《新的欧洲法律文化》,请我作序,我发现它正好是对大陆法系的新面貌的描述,于是作此文把它与梅利曼描述的大陆法系进行比较,以更新国人对大陆法系的认识。

仍然凑巧的是,2009年6月,我到意大利出差,在罗马广购书籍,徜徉于书店之书架间,感受意大利乃至欧洲的理论风潮,发现欧洲正在发生一场法律革命,其结果很可能是大陆法系的消亡,形成新的法系格局。基于这种认知,我以“大陆法系还能存在多久”为本文名。

## 一、梅利曼眼中的大陆法系

1969年,斯坦福大学法学院教授约翰·亨利·梅利曼(John Henry Merryman)完成了《大陆法系——西欧拉丁美洲法律制度介绍》(The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America)一书,为当时的大陆法系照了一个相。此书影响甚广,被译成数种文字,最早的中文本问世于1983年。<sup>[2]</sup>作者因此获得较高国际声誉,2004年其获得美国比较法研究会(ASCL)终身成就奖。写作此书之前,作者的大陆法系研究经历如下:(1)1962年和1964年,任雅典经济计划与研究中心研究教授(Research Professor, Center of Economic Planning and Research);(2)1963-1964年,为罗马一大比较私法研究所访问学者(Visiting Professor, Istituto di Diritto Comparato Privato);(3)1964年和1969年,任职斯特拉斯堡国际比较法系(Professor, International Faculty of Comparative Law);(4)1965,为墨西哥国立自治大学(UNAM)法学研究所访问学者;(5)1968-1969,为马克斯·普朗克外国法与国际私法研究所福尔布莱特学者(Fulbright Research Professor, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht)。

由上可见,作者在属于大陆法系国家的希腊、意大利、法国、墨西哥、德国担任访问学者,对于大陆法系的拉丁法族和日耳曼法族皆有抵近观察,成为英语世界少有的深谙大陆法系的学者。根据以上经历,他首先与莫罗·卡佩莱蒂(Mauro Cappelletti)、约瑟夫·佩利罗(Joseph M. Perillo)合写了《意大利法律制度》(The Italian Legal System: An Introduction, Stanford, CA: Stanford University Press, 1967)一书,其后,在1969年,梅利曼教授又协同马里奥·贝尔特拉莫(Mario Beltramo)、乔万尼·龙哥(Giovanni E. Longo)完成并出版了1942年意大利民法典的英译本,<sup>[3]</sup>表现出他对于意大利法制的由衷偏爱。在《意大利法律制度》一书中,他认为意大利是最典型的大陆法系国家,法国和德国都不典型。然后就是《大陆法系》一书。其中描绘的大陆法系形象如下:(1)法律渊源:只承认法律、法规和具有法的意义的习惯是渊源,换言之,判例不是渊源。<sup>[4]</sup>(2)法官:他们是立法者设计和建造的机器的操作者,其作用与机器无异。<sup>[5]</sup>(3)法律解释:情况依具体国家而不

[2] 参见[美]梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,西南政法学院1983年印行。

[3] 《意大利民法典》,马里奥·贝尔特拉莫、乔万尼·E·龙哥、约翰·亨利·梅利曼译,纽约大洋出版社1969年版(The Italian Civil Code, Translated by Mario Beltramo, Giovanni E. Longo, John Henry Merryman, Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publications, 1969.)。

[4] 同注2引书,第23页。

[5] 同注2引书,第37页。

同。法国和德国限制法官解释法律,奥地利和瑞士允许法官解释甚至创制法律。(4)对确定性的态度:为了确定性而抛弃灵活性。<sup>[6]</sup> (5)法学家的角色:法学家是法的实际创立者。<sup>[7]</sup> (6)法学:概念主义、形式主义和纯粹主义。<sup>[8]</sup> (7)公私法的划分:接受这种划分,但承认中间状态的社会法。<sup>[9]</sup>

## 二、海塞林克眼中的大陆法系

2001年,阿姆斯特丹大学教授马丁·W·海塞林克(Martijn W. Hesselink)出版了其《新的欧洲法律文化》(The New European Legal Culture, Kluwer - Deventer)一书的英文本,为2001年的大陆法系照了一个相。此书影响也不小,自从问世以来,先后被译为意大利文(La nuova cultura giuridica Europea, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005)与罗马尼亚文('Noua cultur legal european' in: Martijn W. Hesselink, Studii de Drept Privat Comparat, Bucharest: Themis Cart, 2008, pp. 5 - 70),现在又被上海交通大学凯原法学院博士生、蒂尔堡大学比较法与跨国法研究中心(TICOM)访问学者魏磊杰译成中文,马上要由中国法制出版社出版。对于读者来说,海塞林克的著作与梅利曼的著作构成一个对比:一个证明32年间大陆法系变迁的对比。但两书作者的身份不同。梅利曼是一个大陆法系的旁观者,所以需要很多的抵近观察才能达成对大陆法系的较好描述;而海塞林克是大陆法系的局内人,他每天都生活在这种法系的氛围中,所以他没有梅利曼那么多的海外经历。而从阿姆斯特丹大学法科毕业,然后在巴黎二大研修,最后是乌特勒支大学博士,再回到阿姆斯特丹大学教书,这就是海塞林克的简单经历。海塞林克生在(1968年生)一个网络时代、数据库时代和英语霸权时代,所以,尽管他仅在美国加州大学伯克利分校从事过半年的研修,但他对美国的法学非常了解。<sup>[10]</sup>《新的欧洲法律文化》一书描绘的大陆法系形象如下:(1)法律渊源:判例应被视作一种法律渊源的观点已为人们普遍认可。<sup>[11]</sup>除了内国法作为渊源外,增加了欧盟指令等盟法作为渊源。<sup>[12]</sup> (2)法官:援引意大利学者萨科的话:法律政策制定者包括立法者、法官以及基层管理者。<sup>[13]</sup>这一论述不论对哪个大陆法系国家都应有效。(3)法律解释:实行目的论解释。<sup>[14]</sup> (4)对确定性的态度:把既定法律体系对某个具体问题的解决方案看作具有或然性或不确定性的东西。<sup>[15]</sup> (5)法学家的角色:其作用更加积极,推动了大规模的私法的国际统一。“在欧洲私法发展运动中,比较法学者扮演着一种核心性的角色”。形成了刚多尔菲(Giuseppe Gandolfi)的《欧

[6] 同注2引书,第51页及以次。

[7] 同注2引书,第59页。

[8] 同注2引书,第69页。

[9] 同注2引书,第103页及以次。

[10] 参见阿姆斯特丹大学网站提供的海塞林克教授的个人资料。

[11] 参见马丁·W·海塞林克:《新的欧洲法律文化》,Kluwer - Deventer 2001年版(See Martijn W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Kluwer - Deventer, 2001, p. 12)。

[12] 同注11引书,第46页,注150。

[13] 参见马丁·W·海塞林克:《新的欧洲法律文化》,魏磊杰译,中国法制出版社2010年版。

[14] 同注13引书。

[15] 同注13引书。

洲合同法典》和兰德(Lando)的《欧洲合同法通则》。(6)法学:发生了法律与X运动,“法律科学”与其他(社会)科学之间存在的壁垒已倒塌,跨学科的研究方法日益勃兴。<sup>[16]</sup>  
(7)公私法的划分:不再关注这一划分。<sup>[17]</sup>

### 三、32年中发生了什么

对比梅利曼眼中的大陆法系和海塞林克眼中的大陆法系,可发现两者的观察几乎形成对反关系:凡是在梅利曼的观察中为白的,几乎在海塞林克的观察中都为黑。只有少数的例外,即在梅利曼的观察中为白的,在海塞林克的观察中更白了,例如,“法学家的角色”的比较项就是如此。那么,在这32年中,到底发生了什么事情造成如此沧海桑田的变化?我认为发生了如下重要的事情。

其一,美国的法律现实主义运动的影响传到欧洲,与本土的类似思潮里应外合,颠覆了欧洲人传统的法律观念。这种观念是法律具有确定性、自治性、形式性的观念。而美国现实主义法学认为法律永远是含混和不确定的,既然如此,它就不可能是自治的,需要其他渊源补充它。形式由此退居次要,实际上的活法才是真正的法。更有意味的是,现实主义法学还是北欧(不像有的人说的那样是斯堪迪纳维亚的思潮,因为这样包括不了荷兰的法律现实主义思潮)的思潮,其代表学者有瑞典的A·哈格施特勒姆、A·V·伦德斯特、K·奥里维克鲁纳,丹麦的A·罗斯,更有海塞林克的同胞亨利·海曼斯(Henri Hijmans,他被海塞林克多次提到),他们对法律抱持与美国现实主义法学家差不多的看法,注重活法,反对规则崇拜。海曼斯于1910年10月31日在阿姆斯特丹大学发表的求职讲演的题目就为《现实中的法律》,其中对当时流行的教义主义式的法律方法进行了有力的抨击。他反对精密的法律推理、反对法律建构、鼓吹从成文法中解放出来、鼓吹从语言强制中解放出来、鼓吹一种他称之为“真正的活法”的新的现实主义法律方法。大西洋两岸的法律现实主义的遥相呼应以及最终合流导致两岸法律方法的趋近:从立法至上走向立法和司法双峰并立。这构成一个伤害传统大陆法系地基的地震,法律渊源、法官的地位、法律解释的作用、对确定性的态度、法学家的角色等会因此连环大动,经过激烈的震荡后形成新的彼此关系的格局。

其二,欧盟从一个经济共同体逐渐发展为一个法律共同体。1951年,欧洲6国成立了欧洲煤钢联盟;1965年,该联盟改成欧共体;1973年,英国加入欧共体;1993年,欧共体改为欧盟;2002年欧盟开始使用欧元;2008年欧盟成员国达到27个,包括许多前社会主义国家。欧盟的成立造就了一个邦联,其成员国让渡部分主权给欧盟权力机构,自己成为从属性的政治体,其人民开始受两种法律的约束:首先是欧盟法,然后是自己国家的法。这样的变革对大陆法系的形象影响至大。其一,英国加入欧盟,接受欧盟的共同规则,导致大陆法系与英国法的差别缩小。“大陆法系”一语中的“大陆”原本指的就是欧洲大陆,它是英国的对反概念。现在,这个对反不那么鲜明了。如果说法律现实主义拉近了美国法与大陆法系的距离,那么,加入欧盟则拉近了英国法与大陆法系的距离。由此,如同海

[16] 同注 13引书。

[17] 同注 13引书。

塞林克所言,英国人陌生的诚信概念被从大陆输入。其二,大陆法系的两个支派——拉丁法族和日耳曼法族的差异缩小,现在两个支派的国家都是欧盟的成员国,受共同的欧盟法的支配。欧盟的指令必须由成员国以这样或那样的形式纳入内国法,这种指令的数量日益增多,将导致各国法律的同化。由于上述变迁,梅利曼眼中的欧盟成员国具有基本同质性、彼此间有差异的大陆法系日益变成“近乎”欧洲法系,其成员国法律间的差别日益缩小,以至于人们敢于指望产生一部《欧洲民法典》。说“几乎”,理由有二:其一,欧洲凡42国,除了欧盟的27个成员国外加克罗地亚是其候选国,只有14个国家不在欧盟,其中许多是袖珍国家(例如梵蒂冈),大国仅有俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯(其中的乌克兰还是由于地缘政治原因欧盟不敢接受),在这个意义上,欧盟还不能等同于欧洲;其二,属于亚洲的土耳其也是欧盟的候选国,一旦加入,欧盟还包括亚洲因素,不复为纯粹的欧洲政治体。而这种对外洲因素的包纳,恰恰是欧盟具有的极大的扩张性的一个例证。

其三,东欧剧变。这是海塞林克未提出的原因,并与第二个原因相关。1989年发生的这场剧变导致社会主义阵营解体,由此导致梅利曼作为欧洲三大法系之一谈到的社会主义法系消亡。<sup>[18]</sup>前苏联的东欧盟国乃至部分前加盟共和国成为欧盟的成员。它们是波兰、匈牙利、捷克、斯洛伐克、斯洛文尼亚、罗马尼亚、保加利亚、爱沙尼亚、拉脱维亚、立陶宛,为此,它们必须满足欧盟入盟的法律条件,这就要求它们消除掉自己法律中的社会主义色彩,这样就壮大了大陆法系国家的队伍并根本改变了大陆法系的概念。实际上,梅利曼对法系的区分分别采用法律技术的标准和意识形态的标准。按前一标准区分大陆法系和英美法系,按后一标准区分资本主义法系(被有意空置的大陆法系和英美法系的上位概念)和社会主义法系。东欧剧变导致后一区分标准无意义,正犹如欧盟导致大陆法与英国法的区分意义不大一样,由此必须采取新的法系区分标准。或许应该采用地理标准,建立大西洋西岸法系(美国法)和大西洋东岸法系(欧洲法),但两岸对法律现实主义的共同接受也导致这种区分意义不大,这可能正是全球化运动的一个成果。

其四,混合法系概念的提出。这也是海塞林克未提出的原因。2001年,路易斯安那图兰大学的维农·瓦伦丁·帕尔梅(Vernon Valentine Palmer)教授在剑桥大学出版社出版了其编订的《世界上的混合法系——第三个法族》(Mixed Jurisdictions Worldwide: the Third Legal Family)一书,它动摇了人们纯而又纯的法系观念。一些看来纯粹属于某一法系的国家法经过分析发现是混合的,以至于很少有纯粹法系国家存在的结论。这种结论导致人们不再在意法系混合,由此为各法系的交叉渗透提供了理论依据。大陆法系国家也就不再追求自己的法系纯粹性了。

其五,欧元的使用。货币曾是一个民族最私密的东西,正犹如民法是一个民族的私密的东西一样。欧元的使用使货币成为跨国之物,民法也越过了边境,成为跨民族之物。这导致大陆法系从对复数民族国家实在法的共性的描述演变为对一个跨民族适用的实在法本身的描述。确实,由于欧盟的附属机构——欧洲法院的建立,这种法可以在这样的法院适用。

[18] 同注2引书,第2页。

## 四、今日大陆法系到底什么模样

经过以上5个因素的作用,相较于梅利曼眼中的大陆法系,海塞林克眼中的大陆法系到底成了什么模样?对此,可以用5个“从……到……”的句子加以描绘。

(1)从大陆法系到欧盟法系。如前所述,由于欧盟法的作用,英国法正在与大陆法趋同,英国法与大陆法的区分已不重要。“大陆法系”概念消亡之日,就是“欧盟法系”概念确立之时。不过,把“大陆法系”概念送入博物馆的,不仅有欧盟法,而且还有交通进步等技术因素,甚至有全球化浪潮的更加间接的因素。

(2)从法典法系到混合法系。法典法系曾是大陆法系的别名。到现在,法典在大陆法系国家中的地位已明显降低,发生所谓的解法典(Decodification)现象,也就是在民法典外制定大量的民事单行法,民法制度在法典的“体外”循环。另外,判例日益成为大陆法系的重要法源。

(3)从对复数内国法的共性描述到对跨民族适用的实在法的描述。对此前文已述,此处不赘。

(4)从两分制大陆法到统一的大陆法。如前所述,由于欧盟的运作,大陆法系过去的拉丁法族与日耳曼法族的二元区分已趋于模糊。

(5)从公私两分到公私不分。公私法的划分曾经是大陆法系的基石之一,也是它区别于不讲究这种区分的英美法系的标志之一。现在,这种区分已不重要。一旦破除了形式主义,则解决特定问题的法律规范——无论公私——自然地构成一个功能性的规范群,立法和学界开始习惯于把它们看作一个整体。

为了给读者一个关于大陆法系今日模样的直观认识,下面我要介绍一下由欧洲多国学者<sup>[19]</sup>合写的《欧洲私法教科书》(Manuale di Diritto Privato Europa)<sup>[20]</sup>的写作计划。该书分为3卷(Volume)。第一卷是“渊源、人、家庭”;第二卷是“所有权、债、合同”;第三卷是“企业、劳动”。

第一卷分为3编(Parte)。第一编为欧洲私法的基础,其中讲到欧洲私法是学者们的共同意见(Communis opinio doctorum)的产物,此点与前文说到的海塞林克眼中的大陆法系的特点之“法学家的作用更加积极”吻合。又说到形式意义上的欧洲私法可以作为跨民族法院和民族国家法院的准据法,此点与前文对新大陆法系的“跨民族实在法”的描述对应;第二编为法律渊源,其中讲到欧洲私法有盟法和内国法两种渊源,此点见证了新大陆法系不同于旧大陆法系单纯的内国法的属性;第三编为人与家庭。

第二卷分为7编。第一编(总第四编)为财产,其中分别用专章谈文化财产和环境财产这样颇具行政法色彩的问题,可证新大陆法系公私法不分,把环保法与文物保护法和民法混为一谈;第二编(总第五编)为债,其中有“恢复原状”这样的典型的英美法议题;第三

[19] 除了意大利多个大学的作者外,还包括英国的牛津大学、伦敦大学、德国的萨尔兰(Saarland)大学的作者参与。

[20] 参见卡尔罗·卡斯特罗诺沃、萨尔瓦多勒·马扎姆托:《欧洲私法教科书》,第一卷,Giuffrè,米兰2007年版(Cfr Carlo Castronovo, Salvatore Mazzamuto, *Manuale di Diritto Privato Europa*, Volume I, Giuffrè Milano, 2007, pp. 279ss)。

编为合同之一般(总第六编),其中有专章讲法官对合同的控制这样的否定意思自治的论题,第四编为信托质(Fiducia)与信托(Trust)(总第七编),该编的名称就表达了新大陆法系混合英国法与大陆法制度的倾向;第五编(总第八编)为普通法中的合同范畴。该编的名称起了与前一编的名称相同的作用;第六编(总第九编)为程序的补救与保护。该编的名称彰显了新大陆法系公私不分的特性,把被认为是公法的程序法拉到私法里来了;第七编(总第十编)为典型合同。

第三卷分为3编。第一编(总第十一编)是企业、公司与集体组织,其中规定了企业法与公司法、证券法、破产法等传统上属于商法或经济法的内容;第二编(总第十二编)是市场与竞争。这个名称就揭明了其经济法内容,其中还规定了著作权法和工业产权法,甚至政府采购法这一显然的行政法内容;第三编(总第十三编)是劳动,其中规定了平等与非歧视这样的宪法内容。

尽管只是一本教材,但它却是对大陆法系的新形象的反映,而且由于法学家在大陆法系一直具有的主导地位,它可能又会影响未来的大陆法系的走向。无论如何,它体现的大陆法系,已完全不同于梅利曼描述的大陆法系了。这是我们研究大陆法系的人,以及研究大陆法系对中国的影响的人需要特别注意的。如果我们一直想着梅利曼描述的大陆法系对中国的影响,我们就会犯错误,因为那样的大陆法系已然过时,它要是对中国产生了影响,这种影响也许需要消除。我们必须以新大陆法系为出发点考虑它对中国法的影响,这是需要首先对新大陆法系进行充分研究才能完成的使命。

## 五、余论

回到梅利曼著作的副题上来——“西欧拉丁美洲法律制度介绍”。前文中,我已谈了西欧大陆法系沧海桑田的变化,但未谈到拉丁美洲的情形,而那里也发生了与西欧相类似的变化。1991年,巴西、阿根廷、乌拉圭及巴拉圭4国签订《亚松森协定》,并于1994年增修《黑金市议定书》,确立南方共同市场组织(Mercosur)架构。其准成员国有玻利维亚、智利、哥伦比亚、厄瓜多尔、秘鲁,委内瑞拉也于近期成为会员国,墨西哥为观察员。从某种意义上讲,南方共同市场组织是模仿欧共体的产物,所以两者的运作机理相同,都是追求一体化与区域统一,包括法律的统一。因此,也有“盟法”和民族国家法两级法的关系问题以及法律趋同问题。所以,凡在欧洲发生的,也可能在拉丁美洲发生,由此导致大陆法系形象的改变。惟一例外的是南方共同市场不存在一个像英国那样的高异质成员国,没有把火与水调和成“火水”的机会而已。

(责任编辑:幸颜静)