

新的欧洲法律文化

[荷兰] 马丁·W.海塞林克 / 著
魏磊杰 / 译注

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

新的欧洲法律文化

[荷兰] 马丁·W. 海塞林克 著

魏磊杰 译注

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

新的欧洲法律文化/ (荷) 海塞林克著; 魏磊杰译注.
—北京: 中国法制出版社, 2010. 2
ISBN 978 - 7 - 5093 - 1708 - 2

I. ①新… II. ①海… ②魏… III. ①法律—文化—
研究—欧洲 IV. ①D95

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 009980 号

策划编辑 舒丹

封面设计 蒋怡

新的欧洲法律文化

XINDE OUZHOU FALU WENHUA

著者/ (荷) 海塞林克

译者/ 魏磊杰

经销/ 新华书店

印刷/ 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/ 787 × 1092 毫米 32

印张/ 7.5 字数/ 126 千

版次/ 2010 年 2 月第 1 版

2010 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1708 - 2

定价: 23.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66070042

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

著者简介:

马丁·W. 海塞林克, 法学博士(乌特勒支大学), 荷兰阿姆斯特丹大学欧洲私法学讲席教授, 曾任阿姆斯特丹大学欧洲私法研究中心主任(1999-2005), 现任阿姆斯特丹大学欧洲合同法研究中心主任, 阿姆斯特丹上诉法院助理法官, 欧洲民法典研究组阿姆斯特丹小组负责人, 当代欧洲私法学界的代表性人物, 其多部论著先后被译成意大利、波兰、罗马尼亚等国文字, 主要研究领域: 欧洲私法、私法理论以及法学方法论。

译者简介:

魏磊杰, 男, 1981年9月生于河南项城, 上海交通大学凯原法学院民商法学博士研究生, 西南政法大学俄罗斯法研究中心(ИЦРП)兼职研究员, 华中科技大学法学院比较法与法社会学研究所(CCE)通信研究员; 台湾政治大学财经法研究中心访问学人(2008.5-2008.7); 荷兰蒂尔堡大学比较法与跨国法研究中心(TICOM)访问学人(2009.1-2010.1); 从2005年1月至今, 先后在《比较法研究》、《私法研究》、《私法》、《民商法论丛》、《公司法评论》、《厦大法律评论》、《山大法律评论》、《安大法律评论》、《北大国际法与比较法评论》、《法学论坛》、《研究生法学》、《河南政法干部管理学院学报》等刊物发表论/译文共十四篇, 其中人大复印资料《法理学、法史学》全文转载一篇, 《法学文摘卡》摘要一篇。译著两部:《土库曼巴什·萨帕尔

穆拉特的土库曼斯坦民法典》（主译，18 万字，徐国栋教授主编“民法典译丛”之一，厦门大学出版社即版）；《中华人民共和国民法典草案》（英文版）（参译，梁慧星教授主编，Brill Academic Publishers 即版）。主要关注领域：转型国家的法律变革与法律文化、比较法的认识论与方法论。

目 录

新的欧洲法律文化：十年之后	1
从梅利曼的《大陆法系》到海塞林克的 《新的欧洲法律文化》 ——相隔 32 年的两张大陆法系照片对比 ... 徐国栋	17
《新的欧洲法律文化》之推介意见	高鸿钧 35
法律的衣装与内核 ——评海塞林克《新的欧洲法律文化》 (魏磊杰译注)	吴越 39
《新的欧洲法律文化》之评介	陈爱娥 55
第一章 传统欧洲法律文化	59
第一节 概述	59
第二节 立法者	61
第三节 法院	65

2 新的欧洲法律文化

第四节	法律学者	69
第五节	法学教育	78
第六节	一些限定性的说明	84
第七节	普通法	87
第二章	美国法律文化	90
第一节	美国法律现实主义	91
第二节	法律现实主义运动的遗产	98
第三章	欧洲法律现实主义	101
第一节	法律现实主义	101
第二节	重构	106
第三节	一些可能的解释	113
第四章	欧洲私法：从形式到实质的转变	122
第一节	具有分解性的欧盟指令	123
第二节	欧洲法院的实用主义风格	148
第三节	比较法：破坏性角色 与功能性方法	152
第四节	法律与 X	161

第五节	软法的成功	169
第六节	认真对待博洛尼亚	174
第七节	背景	182
第八节	一些新的形式主义趋势	187
第五章	新的欧洲法律文化	206
第一节	欧洲对形式主义的反抗?	206
第二节	新的欧洲法律文化的诸多表现	207
第三节	反形式主义的价值	210
第四节	形式主义的价值	215
第五节	绝不会仍保持不变的内国法	220
译后记:	奋斗是一种生活方式	224

新的欧洲法律文化：十年之后

马丁·W. 海塞林克

一、导论

自从我写作《新的欧洲法律文化》一书^①，迄今已近十年。在这本著作中，我认为欧洲私法正在从一种较为形式化、教义式以及实证主义的方法转向一种更加以实质结果为导向的、实用主义的方法。“欧盟指令采用的工具主义、印象主义方法、欧洲法院判决

^① M. W. Hesselink, *The New European Legal Culture* (Deventer; Kluwer, 2001). 本书现已售罄，但相同内容作为一章（第二章：第 11 - 71 页）已被置于我的另一本书中再版，参见 M. W. Hesselink, *The New European Private Law; Essays on the Future of Private Law in Europe* (The Hague, London & Boston: Kluwer Law International 2002)。

2 新的欧洲法律文化

的实用主义风格、比较法的功能主义方法以及所扮演的破坏性角色、法律学者提出的外在的经济、文化以及政治视角、基于实质权威而非形式立法而造就的软法的成功以及因为博洛尼亚宣言之实施而促发的法学教育的解实证化趋势等等一系列因素的共同促成之下，较之于内国法律文化，在很大程度上，欧洲法律文化日趋呈现出更少的形式化、教义化以及实证主义的样态”。“可以说，正是这些彼此不同但却内在相连的发展趋势以及一般私法的欧洲化造就了新的欧洲法律文化”。本书中文版的问世，恰可为我提供对此发展进程进行再次梳理的一次不错时机^①。在十年后的欧洲，一种不那么形式化的法律文化是否已然呈现抑或当前存在一种恰恰相反的发展态势？在此序言中，我认为，当前欧洲整体呈现的是一幅混杂的图景：既具有新形式主义的各种样态又存在诸多彰显偏重追求

^① 本书现已被译为意大利文（*La nuova cultura giuridica Europea*，Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 2005）、罗马尼亚文（‘*Noua cultură legală europeană*’ in: *Studii de Drept Privat Comparat*, Bucharest: Themis Cart 2008, pp. 5 - 70）以及荷兰文（缩减版）（‘*De nieuwe Europese rechtscultuur*’, in: A. F. Salomons, M. W. Hesselink en C. E. du Perron, *Uitgesproken teksten*, Amsterdam: Vossiuspers UvA, 2001, pp. 19 - 30）。

实质结果之私法方法的例证。由此，我将探讨以下四个重要事件以及它们对欧洲法律文化的意涵（implications）：911 事件之后后现代主义时代的突然终结（第二部分）；不成功的欧洲宪法以及与之相连的新民族主义（第三部分）；欧盟东扩（第四部分）以及“共同参考框架”（CFR）进程（第五部分）。最后，我将得出如此结论：在当下欧洲，总体而言，新形式主义的发展趋势似乎更为强劲（第六部分）。

二、911 事件以及后现代主义的终结

在我写作本书之时，后现代主义在各个领域仍非常兴盛，当然法学领域也概莫能外^①。的确，在本书中，我列举了一种新的、后形式主义的欧洲法律文化的诸多表现（诸如“分裂性的欧盟指令”、比较法的“破坏性效用”^②）大体上都具有某种后现代主义的意味。然而，此种知识风气伴随 2001 年的 911 事件而突然发生了剧烈

① 例如可参见 J. H. M. van Erp, ‘European Private Law: Postmodern Dilemmas and Choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis’, vol 3. 1, *Electronic Journal of Comparative Law*, (August 1999)。

② 分别参见本书第四章第一节和第三节。

4 新的欧洲法律文化

转变。在很多人看来，在纽约双子塔遭受恐怖袭击后，我们所处的时代似乎突然变得复杂起来以至于无法被解构与相对化。从那时起，便出现了一种重新鼓吹确定性、稳定性以及客观性的诉求。在法律学术领域，彰显此种诉求的一个例子即为新经验主义（neo-empiricism）新近获得的成功。科学是衡量任何事物的标尺。虽然“法律实证研究”（empirical legal studies）更多的是对新古典主义经济模式（建基于诸多不切实际之推定）而非规范性法律分析（除了一些事实性推定外，本身很难被量化）之既有缺陷的一种回应，但它却无疑为开创一种新的知识风气做出了示范^①。取代以往对颠覆性理论的青睐，人们重新恢复了对详实数据（hard data）的强劲渴求。详言之，就欧洲法律文化而言，大约十年前，虽然我在本书中做出了法律体系必然呈现破碎化和内部不协调性之论断，但不可否认，当前编纂一部欧洲民法典的提议正在获得越来越多的明确支持^②。与此同时，诸如

① 《法律实证研究杂志》创刊于2004年。

② 例如可参见 H. Collins, *The European Civil Code: the way forward* (Cambridge: CUP, 2008)。

“共同核心项目”之类的科研工程——并不意在致力于法律规则的制定，而更多具有解构性意图（明显与被认可的“法系”观念相连）——在当下的学术语境中仅具有相对次要的地位。

三、新民族主义与不成功的欧洲宪法

本书的主要论点包含两个层面：其一，一种新的欧洲法律文化正在形成；其二，较之欧洲当前存在的诸内国法律文化，新的欧洲法律文化明显不那么形式主义。后现代主义的终结可说明第二个层面的当前面貌（例如法律文化的性质），但第一个层面，特别是其所展示的法律的“欧洲化”样态，当下情形又是怎样？

当由《欧盟条约》所确立的《欧洲宪法》于2005年5月在法国和荷兰的全民公决中被拒绝后，甚至对于众多政治和文化精英而言，也不得不承认这样的论断：旨在进一步实现欧洲一体化的新举措缺乏广泛的民众支持。对于私法的欧洲化而言，此种情形具有同样的意涵。欧洲议会副议长戴安娜·沃利斯

(Diana Wallis) 似乎也充分地意识到了这个新的问题。她指出：“对于促成类似欧洲民法典那样的任何事物，现在似乎时机未到；如果欧洲的选民们不想拥有一部欧洲宪法，那么强加于他们身上一部欧洲民法典，甚或仅仅一部欧洲合同法典，几乎也是不合时宜。政治进程与政治环境仍旧尚未成熟；尽管如此，就欧洲宪法而言，意在推动更大程度之法律协调的实际论证工作仍可继续”^①。

当然，此种宪法层面上的挫败仅是整个欧洲政治风气重大转向的一个体现。纵观整个欧洲，文化多元主义 (multiculturalism)、世界大同主义 (cosmopolitanism) 以及后民族主义迅速为仇外主义 (xenophobia)、新民族主义 (neo-nationalism) 以及 (贸易) 保护主义 (protectionism) 所取代。诸如印度那样的以前被视为需要我们援助的亚洲国家，似乎一夜之间成

^① D. Wallis, ‘European Contract Law – The Way Forward: Political Context, Parliament’s Preoccupations and Process’ in: ERA – Forum Special Issue on European Contract Law – Developing the Principles for a “Common Frame of Reference” for European Contract Law ((Trier, 2006), pp. 8–11, p. 8).

为了我们最危险的竞争者甚至一个重大威胁，尽管这些国家人民的生活标准，较之以往有所提高，但（就GDP、生活能力或任何其他标准而言）与我们相比仍非常落后（日均收入低于1欧元）。在最近的金融危机中，诸国政府（例如比利时）开始以放弃在其邻国获取直接工作机会的代价来对本国的大型企业（诸如ABN银行、欧宝汽车等）施以援手。土耳其，虽然其整个历史（奥斯曼帝国的君士坦丁堡）与多数其他欧洲国家紧密交织在一起，但却不被允许加入欧盟，原因就在于其是一个“异质文化”国家。

在法律领域，一个明显的例子即为德国宪法法院在其近期做出的关于《里斯本条约》的判决^①中公然使用民族主义的话语（“德意志民族”）。当然，在私

① BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, Absatz - Nr. (1 - 421). 为了避免任何困惑，此处我采用的“民族主义”这一概念意指“认为政治机关和国家机关应当彼此协同的一种政治原则”，除此之外，并无他意。See E. Gellner, Nations and Nationalism, 2nd ed. (Oxford: Blackwell Publishing, 2006), p. 1. 对于其他类似定义，可以参见 E. J. Hobsbawm, Nations and Nationalism; Programme, Myth, Reality (Cambridge: CUP, 1990), p. 9; J. Leerssen, National Thought in Europe; A Cultural History (Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006), p. 14。

法领域，对于来自布鲁塞尔欧盟指令的抵制也并非什么新鲜之事，只不过较之以往，不同之处在于观察问题的视角发生了改变。十年前，围绕欧洲私法而展开的论争主要是一种国际性论争。当时，涌现了很多国际性科研项目、研究小组以及相伴而来的召开了很多国际性会议。今天，很多学者和其他法律工作者更多地采用一种内在、内国的视角，聚焦于欧盟私法对其内国法律体系所具有的潜在影响（当然，这部分得益于欧盟现行私法的稳步增多以及由此而来的将欧盟法转化为内国法的大规模行动）。

话虽如此，但当下的潮流可能再次发生改变。毕竟，2009年12月生效的《里斯本条约》将可能引发新一轮的欧洲一体化进程。就欧盟私法而言，在爱尔兰完成第二次全民公决以及捷克总统最终批准《里斯本条约》之后，欧盟委员会可能再次鼓起提出诸如“欧洲消费者合同法典”或“可选择性合同法典”之类的更为宏大计划的信心。

四、新的欧盟成员国的到来

对于欧洲而言，另一个重大变化则是一些新的国

家加入欧盟。从2004年到2007年，十个中东欧国家成为欧盟新的成员国。那么，这些前社会主义国家对于正在形成中的欧洲法律文化产生了何种影响？当然，仅在事件发生五年后就评估其效果，可能有些为时过早。但看上去，较之（对现状）心存不满的那些身处“老欧洲”的同胞们，这些新成员国的公民似乎并不必然会对欧盟表现出更多的热情。的确，在这些新的欧盟成员国中（特别是波兰和捷克），存在一些最为狂热的反对欧洲一体化者（Euro-sceptics）与民族主义政治家。这一点，在批准《里斯本条约》的过程中，就已彰显无遗。

详言之，就法律文化而言，看上去似乎存在一种试图重新发掘共产主义之前内国法律文化根源的趋向。将这些国家称为“前共产主义国家”或“东欧国家”（而非“中欧国家”）的做法——多少有些“欧