

主办 / 北京航空航天大学法学院

北航法律评论

■ 主编 / 明辉 李昊

■ 2013年第1辑 (总第4辑)

BEIHANG LAW REVIEW

专题研究I: 民法典编纂

反对欧洲民法典 [法]皮埃尔·勒格朗 著 周维明 译

不完全履行与不完全给付 陈自强

论债法总则的体系地位与规范结构 朱广新

论不当得利一般条款置于民法典总则——基于意大利法与罗马法的思考 娄爱华

从裁判实务看无因管理制度的体系定位——以无因管理与不当得利之关系为切入 章程

专题研究II: 网络安全与网络犯罪

美国网络安全的政策战略演进及当前立法重点 刘金瑞

论计算机犯罪及其立法完善 贺晓东 孙运梁

法律出版社



主办 / 北京航空航天大学法学院

北航法律评论

■ 主编 / 明辉 李昊

■ 2013年第1辑 (总第4辑)

BEIHANG LAW REVIEW

法律出版社



图书在版编目(CIP)数据

北航法律评论. 2013年. 第1辑:总第4辑 / 明辉, 李昊
主编. —北京:法律出版社, 2014. 1
ISBN 978-7-5118-5760-6

I. ①北… II. ①明…②李… III. ①法律—文集
IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第293046号

北航法律评论
2013年第1辑(总第4辑)

明辉 李昊 主编

责任编辑 孙东育
装帧设计 胡欣 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 787毫米×1092毫米 1/16
版本 2014年1月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22 字数 403千
印次 2014年1月第1次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5760-6
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:49.00元

目 录

专题研究 I :民法典编纂

专题一:方法论

反对欧洲民法典 [法]皮埃尔·勒格朗 著 周维明 译(3)

专题二:中国民法典——债法体系的重构

不完全履行与不完全给付 陈自强(26)

论债法总则的体系地位与规范结构 朱广新(58)

我国服务合同一般规则的建构 张 彤 王剑一(80)

论不当得利一般条款置于民法典总则

——基于意大利法与罗马法的思考 娄爱华(95)

德国不当得利法的构造与中国不当得利法的完善 唐 超(107)

我国不当得利法的问题和未来构想 赵文杰(131)

从裁判实务看无因管理制度的体系定位

——以无因管理与不当得利之关系为切入 章 程(141)

笔谈

人权保障:现代私法的基本价值取向 付俊伟(158)

对我国当前民法“体系”的观察与思考

——以《物权法》为例 庄加园(164)

从商事法的角度看待中国未来民法典的制定 周学峰(171)

侵权法上过失的客体

——一种解释论模式的检讨 李中原(183)

专题研究 II :网络安全与网络犯罪

美国信息安全的威胁、政策和法律

..... [美]弗雷德·凯特(Fred H. Cate) 著 刘金瑞 译(191)

美国网络安全的政策战略演进及当前立法重点 刘金瑞(205)

德国刑法计算机犯罪修正案研究 申柳华(228)

论计算机犯罪及其立法完善 贺晓东 孙运梁(244)

论文

论缺陷产品预防性除险责任	
——以《侵权责任法》第 45 条为中心	王 竹 刘 洋(269)
日本民法的动物责任	叶 锋(280)
第三人撤销诉讼与案外人申请再审制度的衔接可能	
.....	包冰锋 陈昭君(288)
对权利本位的质疑与超越	白丽丽 程贤涛(300)
司法改革细节:法官说理义务	熊德中(318)
中国卓越法律人才培养机制研究	张晓茹 张修谱(327)

征稿启事

引征体例

专题研究 I:
民法典编纂

专题一:方法论

反对欧洲民法典

[法]皮埃尔·勒格朗* 著
周维明** 译

经受不住二律背反之抵制的新创造将会成为危险的故弄玄虚。

——雅克·德里达^[1]

我提请读者注意尼采的这个建议:“我对待深奥的问题就像洗冷水浴一样:飞快地进去、飞快地出来。”^[2]我在这里想要论及的“深奥的问题”涉及欧洲的法律一体化。明确地说,就是我想考虑一下正在各种各样的政治、职业和学术圈子里明显地得到越来越多的赞同的一项提议:欧洲民法典。^[3] 这里存在一个

* 荷兰蒂尔堡大学比较法律文化教授。此文的大部分内容是笔者于1995~1996年间在巴黎第一大学和巴黎第二大学担任客座教授时写成的。笔者三生有幸,能再度在林达·雷·勒高尔特的卓越指导下完成这篇论证。常用免责声明。本文是笔者自译。

** 中国社会科学院研究生院法学系2012级博士研究生。本译文承蒙厦门大学法学院魏磊杰助理教授的居中接洽,勒格朗教授的慷慨授权以及江苏大学法学院姜海峰博士的事后拨冗审校才得以呈现于读者之前,谨此特表由衷谢忱。

[1] Derrida, *L'autre cap* (Paris: Editions de Minuit, 1991), p. 71 (*L'invention du nouveau qui ne passerait pas par l'endurance de l'antinomie serait une dangereuse mystifications*). 作者就正在进行的欧洲一体化发表演讲。

[2] Nietzsche, *Die fröhliche Wissenschaft* (Stuttgart: Kröner, 1976) No. 381, p. 299 (originally published in 1882) ([I]ch halte es mit tiefen Problemen wie mit einem kalten Bade — schnell hinein, schnell hinaus).

[3] Eg Resolution [of the European Parliament] on Action to Bring into Line the Private Law of the Member States, Off J EC 1989 C158/400 (26 May 1989); Resolution [of the European Parliament] on the Harmonization of Certain Sectors of the Private Law of the Member States, Off J EC 1994 C205/518 (6 May 1994). Both resolutions call for a “European Code of Private Law.” See also Hartkamp et al (ed), *Towards a European Civil Code* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1994); Lando, *Principles of European Contract Law* (1992) 56 *RabelsZ* 261; Gandolfi, *Pour un code européen des contrats* [1992] *Revue trimestrielle de droit civil* 707; Gandolfi, *Per la redazione di un codice europeo dei contratti* [1995] *Rivista trimestriale di diritto e procedura civile* 1074.

明显的悖论:19世纪的各国民法典与之前连接大陆不同的法律文化的共同性的各个方面相决裂。而现在,大多数人却认为,一部民法典可以巩固一个跨越欧洲不同的法律文化的法律共同体。问题在于:欧洲民法典的设想应当得到支持吗?我的回答是:不,不应当。我将从三个方面来论述我的理由。

一、欧洲是法律多元化的

一个比较法学家在今天的欧盟可以辨别出两种法律传统,用英语来说就是“大陆法系(一个不太完美但却被广为接受的名称)”与“普通法系”。^[4]虽然相互之间的影响与冲突强化了这两种传统之间的持续不断的对话,但是它们总是直接被当作互不相关的、固定的话语构成,这些话语构成导致人们把这两种法律传统当作是独立存在的认识论上的群组,并在此意义上提及它们,而且还允许比较法学家反驳这样的指责:他正在炮制一个简化论上的差异。^[5]就这两种法律传统而言,它们之间的差异性超过了相似性。每个法律传统自身都包含着一系列的法律文化,它们彼此之间的相似性超过了差异性。明确地说,大陆法系的法律文化代表了各种各样的基于盖尤斯的法学阶梯体系之主题的各种均衡状态(或是不同的固定解决方案)——一种将它们作为一个群组,与普通法的管辖权相区别的状态。而后者作为一个群组,并没有对盖尤斯的法学阶梯体系提供什么有意义的改变。^[6]

“法律传统”的概念意味着,除了其他的特征外,还有一种对于法律的与众

[4] 我把斯堪的纳维亚国家当成大陆法系的外围成员。Eg Sundberg, *Civil Law, Common Law and the Scandinavians* (1969) 13 *Scandinavian Studies in Law* 179.

[5] 或许做个类比就有助于反驳欧盟中的两种法律传统的鉴别不过是理论上的建构的结果这样的观点。让我们设想下我前面摆放着《泰晤士报》和《法兰克福汇报》的晨刊。让我们进一步假定,我选定每份报纸上的第3页的主要文章,决定细看这篇文章上的第5个句子。我很快就能识别出,在我看来与名词的大写和句子中动词的位置有关的规则性或模式。我将会得出结论,就这两个语法特征而言,这两份报纸(或者更明确地说,它们使用语言的方式)互不相同。当然,从某种意义上说,是我建构了这些差异,因为它们是基于我自己对大写字母、名词、动词是什么的理解之上的。但是必须承认,这些差异在我阅读它们,试图阐明它们之前,就以某种有意义的方式存在了。换句话说,这些差异必须被假设为在我的知觉与解释器官对其加以处理前就已经在那里了。例如,英语与德语单词在我基于自己对什么是“秩序”的观点而阅读它们之前,就以某种秩序排列起来了,也就是说,甚至在我声称将它们包含进我的感知世界之前。这些差异或许需要我去阐明,或是作为某种特别的解释的一部分去阐明,但是它们不依赖我而存在。森林中的一棵树倒下时,没人去听就意味着没有发出声音了吗?民法与普通法领域的差异也同样如此。在比较法学家研究不同的法律传统之前,几百年来历史,独立于它的建构,一直在创造大陆法系传统与普通法系传统之间的差异,这些差异就像英语与德语的语法的那些差异一样。

[6] 关于盖尤斯的思想在西方法律思想史上的重要性, see generally Kelley, *Gaius Noster: Substructures of Western Social Thought* (1979) 84 *Am Histor Rev* 619; Watson, *The Importance of Nutshells* (1994) 42 *Am JCL* 1.

不同的认知方式。换句话说,存在和发展着大陆法系与普通法系的法律思维:两种不同的思考什么是法律,如何认知法律,法律在社会中所扮演的角色的方式。例如,这两种法律传统对事实、规则、权利的理解互不相同。^[7] 另外,它们还发展出了对法律推理的性质,体系化所扮演的角色以及对历史时期之处理的不同观点。^[8] 当代大陆法系的认识论建构(尽管丹麦、芬兰和瑞典的经验不断提醒我们它不是必要的)的一个重要特征就是民法典。该法典据称是一个自治的、自我指涉的完备体系,这表明了大陆法系法学家所抱有的根深蒂固的信仰:生活经验不应当再被给予特权(法典具备“斯巴达式的品质,也就是不与自然性相妥协,不受模糊或生疏的影响”^[9]),生活经验可以被还原为以一组一览无余和自给自足的法律规则形式表现出来的命题知识,^[10] 以此方式来组织生活经验是有益的。^[11] 因此,大陆法系法学家一直在从内嵌于法典中的社会与法律视角出发来进行推理。与大陆法系的对现实加以规整,借以解释所有可能性领域的特殊方式不同,普通法系,就其自身而言,对将整个世界构造为一个单一的、确定性的、合理化的秩序这一努力提出了挑战。我故意暗示了“竞争”的思想,因为普通法系在很大程度上是通过对大陆法系霸权进行抵抗的策略而塑造自身的。^[12]

对大陆法系思想的反应最早可以追溯到布拉克顿。他表述了“英格兰式

[7] 我注意到来自于适用大陆法系的地区的法律文化可能互不相同。事实上,相反的观点是站不住脚的,如果人们像我所主张的那样必须接受法律与社会,法律与文化之间的关联性的话。另外,在相同的地区内,在法律文化的层面存在清晰的差异。因此,我不是说思维的概念在一个给定的法律传统中或是在某种法律文化中都是完全统一的。对比较法学家来说,阐明不同的思维则是不错的研究基础。

[8] 我在我的 *European Legal Systems are not Converging* (1996) 45 ICLQ 52, 64-78 一文中探查了这些认识论上的区别。对认知结构之差异性的认识必须以某种方式为比较法的理论与实践提供信息,对该方式的反思, see my *How to Compare Now* (1996) 16 LS 232。

[9] Schneider, *Culture and Enchantment* (Chicago: University of Chicago Press, 1993), p. 40.

[10] 典型的观点, see Bernardi, *Nouvelle théorie des lois civiles* (Paris: Garnery, 1801), p. 70: “假设某个个体被持续地置于人类生活所能经受的所有情境以及他同他人所可能具有的全部关系之中,我们就可以发现由此产生的某种类型的法律叙事,它揭示了个体与他人的关系以及他们所遵从的规则。”(Qu'on suppose un individu placé successivement dans toutes les situations dont la vie humaine est susceptible, et dans tous les rapports où il peut être avec ses semblables, on verra naître delà une espèce de roman légal, qui fera connaître les relations de cet individu avec ses semblables, et les règles auxquelles elles sont soumises). Bernardi, an earnest advocate of civil codification in France, regarded the civil code as “the most excellent book”: *ibid.*, p. 50 (le livre par excellence).

[11] 对大陆法系思维内的民法典之意义的反思, see generally my “Antiqui juris civilis fabulas” (1995) 45 Univ Toronto LJ 311. See also my “Strange Power of Words: Codification Situated” (1994) 9 Tulane ECL Forum 1.

[12] 普通法在此意义上填补了大陆法的“消极空间”。关于“消极空间”的概念, see Hofstadter, Gödel, Escher, Bach: *An Eternal Golden Braid* (New York: Vintage, 1989), p. 63。

的”与“法兰西式的”之间的对立。^[13]四个多世纪之后,一本匿名的小册子——法国国家图书馆的目录将其归于柯克的名下——试图通过将普通法从与其相反的形式中解脱出来的方式来对其下定义,这样就能将其当做是固有的,而非大陆法传统的早期形态的副产品。因此小册子的标题写得很大胆:《反诺曼人的论证,或一项对我们近代作家来说,从古代历史与记录来看,证明了诺曼底公爵威廉并没有用剑绝对地征服英格兰的论证》^[14]这个论证,以及其他诸如此类的论证,^[15]表明在欧盟内部表现出来的两大法律传统间出现的无可反驳的(和无可化约的)认识论上的裂痕在何等程度上不是一个纯粹的随机过程的产物。反过来说,它是英国的前辈法学家拒绝某种教条的结果,在这一意义上,它是被人们刻意追求的。事实上,反对情绪一直引导着普通法系的法学家,出于为了更好地确认它的英国风格的目的,而去抑制大陆法系对普通法的影响——一个在格兰维尔那里就已经明显化了的矛盾。^[16]约翰·海辛哈以其特有的洞察力洞察到了由某种文化支持的幻想是理解这种文化的有价值的线索。^[17]投入到想象力,规划与对理想社会的感受中的精力也说明了问题。^[18]因此,无论正当与否,由普通法做出的差异性的断言构成了普通法系将其作为普通法归属于自身的意义基础。法国历史学家费尔南德·布罗代尔毫不奇怪地告诉我们:“文明的特征更多的在于它所鄙视的东西,在于它所不想要的东西,而不是它所接受的东西。”^[19]

有一系列的理由,主要是历史和心理学方面的,解释了为什么一个法律共同

[13] Bracton, *On the Laws and Customs of England* (ed Woodbine, trans Thorne, Vol. II) (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1968), pp. 379 – 382 (originally published c 1230).

[14] 这本小册子由约翰·达尔比于1682年在伦敦出版。

[15] 普通法通过实质性地参考相关的历史资料,有意识地断言了自身的本土性。对此问题的广博阐述, see Goodrich, *Oedipus Lex: Psychoanalysis: History, Law* (Berkeley: University of California Press, 1995), and my review [1996] *Cambridge LJ* 372.

[16] Glanvill, *De Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* (ed Woodbine) (New Haven: Yale University Press, 1932), p. 184 (originally published c 1187), 编者在那里注释道,例如,格兰维尔的前言经常是对查士丁尼的法学阶梯的前言的无声模仿,表明他的文本是不加说明地从学说汇纂里众所周知的段落中借用来的。

[17] Huizinga, *The Autumn of the Middle Ages* (trans Payton and Mammitzsch) (Chicago: University of Chicago Press, 1996), p. 62 (originally published in Dutch in 1919).

[18] 对无意识在对政治实体和命运的描述中所扮演之角色的必要性及根本性的反思, see Rose, *States of Fantasy* (Oxford: Oxford University Press, 1996)。

[19] Daix, Braudel (Paris: Flammarion, 1995) p. 279 (Une civilisation se caractérise beaucoup plus par ce qu'elle dédaigne, par ce dont elle ne veut pas, que par ce qu'elle accepte: 是对于1994年8月广播播出的与让-克劳德·布兰吉耶面谈的记录的抄本)。Cf Frye, *The Critical Path: An Essay on the Social Context of Literary Criticism* (Bloomington: Indiana University Press, 1971), p. 105: “一个社会通过它所包含的东西来丰富其自身,通过它所不包含的东西来定义其自身。”

体会(或不会)对特定类型的文化产物着迷。但是,很明显,被保留的特定文化形式——比如民法典——跟一个法律共同体在其中运作的广泛的社会秩序具有重要联系。首先,“知识使得事件有序,不同的知识形式产生了不同的排序图型。”^[20]因此,认识论的事物就不仅仅是抽象推理的问题,它们也引起了,或许主要是,社会秩序的问题。举例来说,不管是作为原因还是结果,民法典在英格兰的缺位,与社会学上诸如“肯定会对严酷规则的体系感到不适”,“对正式规则有一种情感上的恐惧”,英国人“为他们能不靠正式规则而解决问题而自得”这样的发现不无关系。^[21]正如杰弗里·威尔逊所巧妙地观察到的那样,“盎格鲁—撒克逊的一般推理与普通法的个别推理在局外人看来都是实用主义,这并非偶然。”^[22]而且,不管是作为原因还是结果,民法典在德国的出现,与社会学上诸如德国人“在孩提时代就已经被安排好对一个结构化的环境表示欢迎”,他们“在组织、机构和关系中寻找能让事件明确地可解释与可预测的结构”,以致到了“甚至无效率的规则也满足了他们对正式化规则的情感上的需要”的地步这样的发现不无关系。^[23]法国地缘政治学家,安德烈·齐格弗里德以一个简洁的公式概括了我想强调的差异性的重要方面:“我们之所以相信成文法、罗马法这样有着明确界限的法,是以怀疑、现实主义和悲观主义为基础的。而英国法则以习惯与信任为基础”。^[24]

如果我们把大陆法系与普通法系思维当做两种道德观加以处理,则也许能最好地把握两者之间的根本性差异的程度。就此而言,迈克尔·奥克肖特对那

[20] Feyerabend, Farewell to Reason (London: Verso, 1987), p. 111.

[21] Hofstede, Cultures and Organizations (London: McGraw-Hill, 1991), pp. 145, 121, respectively.

[22] Wilson, English Legal Scholarship, (1987) 50 MLR 818, 830-831.

[23] Hofstede, n 21 above, pp. 121, 116 and 121, respectively.

[24] Siegfried, Introduction générale in Siegfried (ed), Aspects de la société française (Paris: LGDJ, 1954) p. 21 (Nous croyons au droit écrit, au droit romain, un droit aux arêtes dures, fondé sur la méfiance, le réalisme, le pessimisme, qui fait contraste avec le droit anglais fondé sur la coutume et sur la confiance). Cf Maurois, Mes songes que voici (Paris: Grasset, 1933), p. 288: “因为罗马,也许也因为长期的田园生活的缘故,法国人偏爱法律的精密性以及术语和文本的精确性。英国人既不依靠宪法来进行政治生活,也不靠法典来实现正义。法国人要的是书面的特许状与签过字的保证书。而英国人则认为,试图阻挡不可预见的洪流般的领域的企图是危险的。法国人信赖计划、对称的大厦与稳固而周密的方案。”(De Rome, et peut-être aussi d’une longue vie paysanne, la France tient le goût de l’exactitude juridique, des formules et des textes précis. L’Angleterre mène sa vie politique sans constitution, rend la justice sans code. . . La France veut des chartes écrites et des garanties signées. L’Anglais tient pour dangereux de prétendre endiguer un univers aux crues imprévisibles. Le Français croit aux plans, aux édifices symétriques, aux desseins fermes et bien conçus).

些他看成是“组成西方世界道德生活的两种形式”的东西的区分就非常贴切。^[25] 汉娜·皮特金描述的一种道德生活形式是“深思熟虑的,理性主义的,原则性的,良好表述的”。^[26] 奥克肖特如此描述了它的要点:“规则和理念被首先地,抽象地决定……语言表达的任务……不仅仅是阐明举止的可欲的目的,还要清晰和不含糊地阐明它们,揭示它们彼此之间的关系……对权利和义务来说,是遵守规则或实现目的,而不是以某种具体的方式行事。”^[27] 奥克肖特主张,另外一种道德生活的形式则是“一种情感与行为的习惯,不是深思熟虑的习惯,而是情感与举止的习惯……就具体场合而言,仅仅是不加反思地遵行我们在其中成长的行为传统。”那么,这种特殊形式的道德生活是如何被获得的?“毫无疑问……学会的事情(或是其中的一部分)可以被制订为规则……但是我们在这种形式的教育中,不是通过学习规则来学习……我们在这里所学到的是我们不通过对其规则的阐述就能学得的东西。”奥克肖特还说:“可以因其而获得情感和行为习惯的这种道德教育……给予了合理行事的力量……但是……并没有给予以抽象的术语解释我们的行动的能力”,他又说:“组成此种道德生活形式的行为习惯从未被当做体系。”诚如皮特金所观察到的那样,这两种道德观是以不同的方式构成的。在前一种情况,从构造它的规则优先于运用它的实践的意义上来说,它是演绎的。而后一种情况,规则并不凌驾于实践之上。规则来自实践本身,是实践赋予它们意义。^[28]

因此,大陆法系与普通法系必须被看成是两种不相关的认识论上的构造,借用奥克肖特的说法,后者选择再度不把自己公式化为一系列规则(尽管技术上可行),也不将自己塑造成体系,也就是说,走一条没人走过的道路。^[29] 这些认识论受限于,又反过来持续地加强,那深深地内嵌于它们在其中发展到力所能及之程度的社会的世界观,毫不奇怪,我认为,在法律文化和简单文化(a

[25] Oakeshott, *Rationalism in Politics* (London: Methuen, 1962), p. 61.

[26] Pitkin, *Wittgenstein and Justice* (Berkeley: University of California Press, 1972), p. 52.

[27] Oakeshott, n 25 above, pp. 66–67. The quotations that follow in the body of the text are all from *ibid*, pp. 61–64 (original emphasis).

[28] Pitkin, n 26 above, p. 52.

[29] 两大传统之间具有一定数量的可描述关系以及在此意义上它们能被看做是跨认识论的实体这一事实并未消除它们在认识论上的独立性。Geoffrey Samuel 就指出了这样一种联系,如其所言,在两大传统内部,法律与人与人之间或人与物之间的关系有关: see Samuel, *The Foundations of Legal Reasoning* (Antwerp: Maklu, 1995), p. 28.

culture tout court)之间存在一种相符的模式。^[30] 英国和法国最近对物理实验的讨论显示,实验报告的可信度在历史上依赖于这两个国家的不同标准,这为在一个给定的文化中法律与其他知识领域之间可能建立起来的互倚性提供了一个极好的例子。^[31]

就法国而言,一项产生于18世纪的实验报告,仅在作者借此发现了科学法则公式,才具有可信性。内在于解释共同体的期望是,科学的方法应该总是能够充分地揭示以法则的形式出现的规则性。给予这种论证策略以特权的需要经常要求物理学家们“曲解对方法的叙述,以使它们服从法则的话语”。^[32] 总而言之,对像库伦、拉普拉斯和拉瓦锡这样的法国物理学家而言,“物理现实能够,而且必须以简单的、概括的、普遍的、不变的法则的术语来描述。”^[33] 对英国人而言,他们坚持认为,一项实验报告的说服力必须依赖于它能让其他人重复其所描述的实证模型。因此,一项报告,除非它事无巨细、无所遗漏地包括了全部的相关实验的可重复性的信息,才被当做是可信的。明确地说,对可重复性的关注促使英国的物理学家们使用简单的仪器,因为一件仪器如果不能被复制,那么就不能认为它能证明什么。所以,当卡文迪什不得不采用复杂的仪器从事有关电的研究工作时,他立即做了道歉。总而言之,“一方面是自然法的神谕,它们是永恒的、普遍的;另一方面则是经验主义理智的大祭司,他们总是能在任何地方举行事实性实验作品的仪式,并且每次都与其自身一致。”^[34] 让我

[30] 如同文化塑造法律文化一样,法律文化也塑造文化。除了法律以无数种方式与其他的推论体系的发展相联系,直至“任何文化都被法律彻底渗透”的程度外,还能有别的情况吗? Marcic, *Rechtsphilosophie* (Freiburg: Rombach, 1969), p. 43 (Alle Kultur vom Grund auf ist rechtlich durchkräft). See also Thompson, *The Poverty of Theory* (London: Merlin Press, 1978), p. 288: “我发现,法律并不是心平气和地固守某种‘层次’,而是存在于各个层次之上;它叠盖在生产模式以及生产关系自身之中(如财产权、土地习惯的定义),同时在洛克的哲学中出现;它蛮不讲理地侵入陌生的范畴之中,以乔装改扮的方式重现,还披上了意识形态的伪装;它跟宗教打得火热,从道德角度来考虑蒂恩的剧场;它是政治的一件利器,政治也是它的一件利器;它是一种服从其自身的自治的逻辑之严酷性的学院教义;总而言之,它提供了阶级斗争的竞技场,在其中,法律的不同概念相互厮杀着。”

[31] See Licoppe, *La formation de la pratique scientifique: le discours de l'expérience en France et en Angleterre (1630 - 1820)* (Paris: Editions La Découverte, 1996), pp. 299 - 304.

[32] Ibid, pp. 293 - 294 (faire violence au récit des mesures pour qu'il vienne se soumettre au discours de la loi).

[33] Ibid, p. 293 (une réalité physique pouvant et devant être décrite en termes de lois, simples, générales, universelles et immuables).

[34] Ibid, p. 304 (D'un côté les oracles de la loi naturelle, éternelle et universelle, de l'autre les grandsprêtres du savoir-faire empirique, capables de susciter partout et toujours le rituel de la production du fait d'expérience, chaque fois identique à lui-même).

们现在思考下英国和法国的法律文化处理事实数据问题的方式,再重复一下物理学家所认同的“法则的守护者与事实的掌管人”之间的差异性。^[35]

在法国,如最高法院的任何判决都明显表露的那样,目标在于迅速地消除因缘际会的痕迹,建立一个理念或概念。因此,事实立即被内嵌于一个预先存在的理论秩序中并且不久就消失在那里。秩序自身——而不是事实——被当做法律知识的源泉,重点在于一般概念。让我们看看也许是21世纪民事责任领域最著名的案件——*Jand'heur*案。^[36]举个例子,谁能说得清,是男人还是女人,是小孩还是大人被车撞了?谁能说得清那辆车(客车或货车),是雇员在上班时间驾驶的,还是由个人以私人名义驾驶的?法国的法官们今天是怎么回忆这些事实的?更重要的是,法国的法官们凭什么认为这些事实是与案件有关的?事实不过是通往眼前的问题的规范化之路上的垫脚石而已。因此,*Jand'heur*案判决很快就在概念的层次上假定了它自己的规范的生命。在今天,不管是对律师、教授还是学生而言,它仅仅是代表了规范化的主张而已。在这个过程中,将这一解释的机会提供给最高法院的事实从法国的法律想象力中被抹杀了。

但是对普通法系的法学家而言,任何对法律的秩序化解释的建构都牢牢地依赖于支离破碎的无序事实。^[37]普通法的判决内嵌于它的事实之中,从不分离,所以一件案例无论在什么时候再被启用,事实(早前的判决是基于它而作出的)将被当做判决自身的一个组成部分。例如,当上议院在1995年的*White v. Jones*案^[38]中,考虑了1979年的*Ross v. Caunters*案^[39]的判决的相关性时,人们立刻注意到,早先的判决牵涉这样一种情况:“律师在一段时间内无所作为,以致立遗嘱人虽有立新遗嘱的意图,但却在以新遗嘱替代旧遗嘱前死去。”^[40]换句话说,事实在*Ross v. Caunters*案中被当做判决的不可分割的一部分。上议院在其1993年*Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather plc*案^[41]的判决中对待19世纪的*Rylands v. Fletcher*案的判决的方式则提供了另外一个证明。

[35] *ibid*, p. 292 (Maîtres du faire et gardiens de la loi).

[36] Ch réun, 13 February 1930, D. P. 1930. 1. 57, note Georges Ripert, rapport Le Marc'hadour; S. 1930. 1. 121, note Paul Esmein. 在法国,一桩民事案件很少因当事人一方的名字而广为人知,而该案却有这种情况,这就证明该案之判决有着不同寻常的意义。

[37] 正被争论的无序事实只有通过判例才可获得,而这些判例在1864年判例汇编联合委员会成立之前,都处于极度混乱的状态。See generally Munday, Bentham, Bacon and the Movement for the Reform of English Law Reporting (1992) 4 Utilitas 299.

[38] [1995] 1 All ER 691.

[39] [1979] 3 All ER 580 (Ch).

[40] N 38 above, 700 (Lord Goff).

[41] [1994] 1 All ER 53.

据观察,早先的案例特别关注这样的情况:被告在他的土地上积聚物品,这些物品如果逸出就有可能造成损害。^[42]在普通法中,事实与案件的生命不可分地联系在一起,因此一项判决从未表现出完全忠于一种理论的特征。如杰弗里·萨缪尔所说的那样,在英国法中“法律的发展不是从大量的事实情况中归纳出规则,术语和制度,然后把这些规则,术语和制度应用到新的事实情况上去的问题,相反它是从事实本身中生发出的东西,它是从一项事物,比如说高速公路,转到另一项像私有财产这样的事物上的问题。”^[43]

因此,大陆法系最好被理解为是体系的法律。在体系里,生活的偶然事件一出现就会立即发现,它们被人们以足够的信心涵摄于某个或其他的可行的类别之下,而这信心来自于对类型化行为与分类标准的重视。与此相反,普通法系则并不实行“知识归类”(*sub specie scientiae*),它着重保持某事项的一项法律规则,事实在其中可以持续地发挥首要的影响。换句话说,大陆法系是向心的,倾向于服从法律的既定文本中的规则,它可以从中获得自身的正当理由,因此,它经常试图返回这规则。普通法系则显示了一个不同的修辞策略,因为它把先前的论述(所谓“先例”)严格地当做细化另外的现行论述的基本原理来研究。先前发生的事情,因其能实现范例的功能,所以是相关的。普通法的论述既不是第二等的论述也不是曲解。它是它自己的论述,通过摆脱先前的论述(同样是自足完备的),扩展它自己的领域。普通法系是离心的。

大陆法系与普通法系的法学家对法律是什么所持有的不同观点并未受到在规范与制度层面上日益增长的欧洲法律一体化的影响。尽管法学家们可能逃不出“强化把世界作为整体的意识”,^[44]但是他们仍然以其特有的“前理解”——伽达默尔称之为“*Vorverständnis*”^[45]——来阐释法律。这些“前理解”(我是在词源学的意义上而不是在消极的或后天的意义上使用这个词)是通过教育过程——意义的领域——积极地锻炼出来,法学学生浸润于教育过程并且通过它学习价值、信念、裁决、正当的事由以及能让他们巩固文化编码、具体化其身份与社会化其职业的实践意识。事实上,甚至在他们进入法学院之前,学生们就已经吸收了一种文化现象——不论是英国式的,意大利式的,还是德国式的——它将以最具相关性的方式,影响他们的法律教育经验以及他们将其所接触的叙述与方法论加以内化的过程。例如,每个英国孩子,远在他考虑进入

[42] *ibid.* 70 (Lord Goff).

[43] Samuel, n 29 above, p. 195.

[44] Robertson, *Globalisation* (London: Sage, 1992), p. 8.

[45] 这个德语词出现在伽达默尔的《真理与方法》中[*Wahrheit und Methode* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 4th ed, 1975) p. 252]。

法学院之前,就已经是一名普通律师了。结果,不顾围绕罗马条约的实证法共同体的发展,普通法系法学家继续以普通法的方式思考法律,大陆法系法学家则以大陆法的方式思考法律。这一事实引起了费耶阿本德的注意:“各国确实是在频繁地订立各种条约,但是它们并没有创造或者假设一个共同的元话语或是共同的文化联系”。^[46] 在欧盟中存在的两种法律传统都保留了一种不可还原的本土要素,该要素限制了全球化在认识论上的可接受性,因此也限制了有效的法律一体化本身。^[47]

二、为什么说欧洲的法律多元化正在遭受威胁

除了将大陆法学家的卓越奉献转换成对能对他们所熟悉的法律形式提供法律上的可预见的支持的审美化过程之外,欧洲民法典的思想是两种现象的产物,这两种现象都应当受到抵制。

行政上的便利

赞成欧洲民法典的提议反映了欧盟中的官僚机构的优势,该机构主要由那些远离故乡的,跟自己国家的法律文化有着说不清道不明的关系的公务员所组成。因此,法律文化很快就得到利用,屈从于来自于资本和技术,依靠抽象的一般性、错误的一般概念、虚幻的稳定性与可预见性而蓬勃发展的统治精神就丝毫不让人奇怪了(韦伯的官僚国家死灰复燃了!)。事实上,欧盟提供了普遍性的一种特殊的表达方式,它几乎完全是市场导向的、经济主义的,强调贸易与投资以及生产与分配的充分利用。本着这种精神,优先关注的是所有被认为是可被计算和可加以控制的事物的系统化整合。伦理上有缺陷的全球化或不值得称赞的世界主义的例证之一便是赞成欧洲民法典的提议,最好将其理解为(假定的)行政效率的教条——多元主义会破坏法律规则——的一个代表。它是对标准化过程的支持,也就是说,在实质上,是一种对因被视为离经叛道而蒙受污名的地区的征服过程。^[48]

恐惧

欧洲民法典的倡议也反映了一种恐惧,它至少以两种方式宣示自己。有一

[46] Feyerabend, n 20 above, p. 274.

[47] See generally my *Legal Systems in Western Europe: The Limits of Commonality in Jagtenberg, Örtücü and de Roo (eds), Transfrontier Mobility of Law (Deventer: Kluwer, 1995)*, pp. 63 – 84.

[48] 就连对欧洲的法律一体化的理念持同情态度的评论家都对欧盟的官僚主义表示了失望。See eg Zimmermann, *Civil Code and Civil Law: The “Europeanisation” of Private Law Within the European Community and the Re-Emergence of a European Legal Science*, (1994 – 1995) 1 *Columbia J Euro Law* 63, 73 – 80.