

大陆法系的未来

华江政法学院 朱淑丽

19世纪确立的法律体系模式在现代大陆法国家遭到越来越多的抨击：大陆法系对分权原则的强调趋于过分；竭力排斥法官创造性的做法不但徒劳无功，最终也为社会所不取；追求法的确定性已成为毫无意义和不切实际的守株待兔之举；臃肿刻板的立法机构无力应对社会的迫切需要；德国法学的原则和方法已经过时，且与社会呼声完全隔绝；错误的传统学术理论充斥民法之中；大陆法学家曾有的那种重要的潜在影响、巨大创造力以及成熟的学术思想，今天已沦为枯燥乏味的象牙塔游戏。

为适应现代社会发展的需要，大陆法国家对自己的法律制度进行了深刻的反省和批判，并极力倡导改革。目前，大陆法系国家正普遍经历着一场变革和基本转型，具体表现为：民法典作用的衰微，宪法权威的树立，以及欧洲联邦主义的勃兴。这种彼此关联的向“非法典化”、“宪法化”以及“联邦化”方向演进的趋势已成定局。

首先来看“非法典化”问题。非法典化主要表现在两个方面：一是“特别立法”不断增多；二是法官造法日益突显。特别立法是指根据法典而制定的法律，并调整法典本身所涉事项。大陆法系国家针对民法典通过了很多补充立法，旨在细化和说明法典调整的事项，澄清法典的立法本质。这些立法确立特别的法律制度，属“微观法律制度”，与法典的基本思想相距甚远。这是现代社会新发展的要求，也是国家强制力不断加强的一个结果。劳动法即是重要例证。在传统民法典中，“劳动关系”仅是因个人缔约自由而成立的一类合同关系，劳动合同与其他合同并无实质不同。然而，新的劳动立法却包含了公共政策的选择，并力求达到特定的社会目的：员工的福利和安全，劳资关系的平和以及高效的生产力，对内部事务以及工会及雇主联合会的公共责任的调整，等等。其他微观法律制度，诸如：城市土地租赁，耕地租赁，知识产权，公司行为，公司证券的上市与交易等，也都不断从传统民法中剥离出来，以避免民法本身过分庞大、过分杂乱等弊端。这些特别立法不仅仅是民法典的补充，而且常常与法典并驾齐驱。案件裁判以特别立法为优先依据，只有当特别立法没有相关规定时，才转向传统法典。如果说经过精心制定、逻辑严密的民法典的功能之一在于确保法律的“确定性”，那么今天，大量特别立法的出现很大程度上偏离了大陆法系对法律确定性的追求。

在大量特别立法颁布的同时，法官造法的趋势也愈发明显。法国侵权行为法很能说明问题。《法国民法典》关于侵权行为法的规定只有五个条款，相当粗疏，且缺乏实质意义。法官不得不在缺乏立法指示的情况下制定合理的社会政策，根据个案创设适用的法律。因此，法国侵权行为法基本上来源于法典之外，即来源于广泛公布、参照和援引的法院判决。不管大陆法系如何限制法官的作用，法官造法已经成为无可争辩的事实。这说明，民法典的历史越悠久、离现实的差距越大，法官就越倾向于通过案例赋予其新意义，使之符合新的社会需要。在这方面，大陆法国家和普通法国家并无根本差异。

其次来看宪法化问题。与法典作用日渐衰微相连，大陆法国家法律制度的中心内容发生了变化。民法典在大陆法各国一直起着某些类似宪法的作用，它所规定的个人权利是政府主要的保护对象。法律的一般理论和原则主要产生于私法，私法统领着立法和司法的全过程，民法典和民法学家的著述为整个法律活动的发展提供了理论动力。然而，由于大陆法国家采用了反映新的社会和经济内容的刚性宪法，建立了司法审查制度，法律制度的中心也就随之出现了由民法典到宪法、由私法到公法、由普通法院到宪法法院、由法律实证主义到宪法原则的剧烈变化。宪法规定是可

以选择适用的基本原则的渊源，为法官提供了一套灵活运用的概念，指导他们解释和适用法律，包括对民法典的解释和适用。在一些国家，现代的刚性宪法与司法审查制结合在一起，对传统法律制度进行着根本的调整。新的宪政主义旨在确保或扩大个人权利，其兴起意味着非法典化的开始：民法典不能继续实现宪法的功能，这种功能已从传统的私法渊源（民法典）移位至现代的公法渊源（宪法）。

欧洲联盟的发展以及《欧洲人权法院》的法律机制也使大陆法系传统的法律制度面临挑战。欧盟法院有权撤销与欧盟法发生冲突的成员国的国内立法。欧盟法律如同美国宪法下的联邦法，具有最高效力：成员国法院有义务拒绝与欧盟法有冲突的国内立法。在涉及到欧盟法的解释事项时，成员国法院必须向欧盟法院寻求解释。违反《欧洲人权公约》的国内立法可以在欧洲人权委员会以及欧洲人权法院受到质询。在此情形下，国家对内对外的主权均受到极大削弱：在国家内部，人权的扩张以及对利益集团和利益阶层的承认将主权从国家转移至个人、利益集团以及利益阶层；在国家外部，欧盟的权威以及《欧洲人权公约》则将主权从国家转移至国际组织。尽管存在一些困难和不尽令人满意之处，欧洲联邦制还是具有强大的生命力以及推动力，它将促成普通法系和大陆法系的不断契合。

非法典化、宪法化以及联邦化运动，为大陆法系注入了新的生命活力，标志着这一最古老、最富影响力的法系已经步入了一个崭新和充满活力的发展阶段。