

Citation for published version (APA):

Smits, J. (2018). . (Law and Modernisation), 3, 187-196.

Document status and date:

Published: 01/01/2018

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

欧洲合同法的未来

[荷]扬·M.斯密茨著 邓辉译*

内容摘要 本文的思考对象是欧洲合同法的未来。由于欧洲一体化和全球化，立法机关、法院、学者和私人参与者的角色都处于不断变化之中。本文的研究对象既包括受到将来发展影响的实质合同法（“未来的法律”），也包括在社会整体中合同法地位发生的变化（“法律的未来”）。这种路径所依赖的前提在于，在法律形成过程中，参与者之间的角色紧密相连。如果某个法律参与者变得不那么重要，那么其他参与者就会填补其空缺。

关键词 欧洲合同法 全球化 未来学 法律参与者 司法能动主义 信任构建

一、引言

本文的目的在于思考欧洲合同法的未来，这不是一项容易的任务。回答欧洲合同法在接下来数十年如何发展的问题，需要对经济、政治和社会发展的洞察，而这些却难以预测。如果历史能告诉我们什么，那就是对于未来的展望将永远是推测性的。但是，这并不是说人们不能对欧盟（及其以外）合同法在将来的可能角色进行评判。在社会科学、经济和商业领域，长期存在试图预测未来的做法，并产生了通常被称为“未来学”（futurology）的研究领域。^①法律学者也越来越多地思考“未来的法律”，^②他们倾向于通过塑造另一种的未来（通常被称为场景），让读者来决定哪一种未来是最有可能发生的。^③

接下来要研究的是，实质合同法是如何受到未来发展影响的，以及合同法在社会整体中的地位是

* 扬·M.斯密茨(Jan M. Smits), 荷兰马斯特里赫特大学欧洲私法教授。邓辉, 北京大学法学院博士研究生。英文版引证信息为 Jan M. Smits, 'The future of contract law in Europe', in Christian Twigg-Flesner (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (Edward Elgar 2016) 549-566. 感谢斯密茨教授慷慨授予中译版权。

① 参见 Eleonora Masini, *Why Futures Studies?* (Grey Seal Books 1993). 尤其是荷兰皇家壳牌石油公司 (Royal Dutch Shell) 作出的预测已经广为人知, 参见 <http://www.shell.com/global/future-energy/scenarios.html>, 最后访问时间: 2015年1月15日。另一个例子涉及网络博客 io9, 它最近预测了人类未来命运最好的7种结果, 参见 <http://io9.com/5958479/7-best-case-scenarios-for-the-future-of-humanity>, 最后访问时间: 2015年1月15日。

② 除了理查德·萨斯坎德 (Richard Susskind) 关于法律职业未来的著作《法律人的明天会怎样》(*Tomorrow's Lawyers*, OUP 2013) 外, 海牙法律国际化研究所 (HiiL) 还出版了两卷著作, 它们包含了未来法律在不同领域的学术贡献。参见 Sam Muller et al (eds), *The Law of the Future and the Future of Law* (Torkel Opsahl 2011) and *idem*, Vol. II (Torkel Opsahl 2012). 还可以参见 (特别是对英国) David Hayton (ed), *Law's Future(s): British Legal Developments in the 21st Century* (Hart Publishing 2000).

③ 比如参见 HiiL, *Law Scenarios to 2030* (HiiL 2012).

如何变化的，第一个方面是关于“未来的合同法”；第二个方面是关于“合同法的未来”。许多趋势可以纳入考量，如技术变革、私有化、大众化、多元化、碎片化、国际化、公私的逐渐划分与神经科学的革命都被视为可能影响本法的主要发展。不过，为了符合本文的主题，笔者将聚焦欧洲化和全球化的效应以及这两种趋势对合同法的影响，如此，人们不需要具备丰富的想象力就可以知道非国家化（de-nationalization）——国家法律变得不那么重要的过程——仍旧是重要的因素（尽管也许会像下文所示，并不像十年前所想象的那么重要）。

人们可以采取一种普遍的方式来解决未来合同法的问题，即追问非国家化如何影响整个合同法领域。不过，它似乎仅能得出非常有限的结论，因而不是一个可以带来良好效果的方法。本文主张采取另一种方法，即深入观察法律形成过程中所涉及的不同参与者。众所周知，从比较和历史的角度来看，负责塑造私法的各种角色的作用在国与国之间以及从一个时代到另一个时代都有所不同。尽管面临着过于概括的风险，人们也可以这么说：英国合同法是由法院主导形成的，德国合同法是由法学家主导的，而法国合同法的形成则依靠立法者。有的观点认为，这些差异既源于不同政治体制对私法的安排，也源于其他法律参与者为某个参与者所留下的填补空间，^④把这个想法延伸到未来的法律制定似乎是适当的，这不仅仅是因为法律之外的因素将会继续影响其内容，也因为非国家化确实可能引发制度性法律参与者（institutional legal actors）之间的结构变化。

这就确定了本文的结构安排，第二部分至第五部分针对的是第一个主要问题，即作为非国家化（比如欧洲化和全球化同时发生）结果的实质合同法如何发展。对于立法者、法院、学者和私人参与者的角色，本文将给予持续的关注。随后的第六部分将思考第二个问题，即未来社会中合同法的地位。第七部分是本文的结论。

二、未来合同法中立法者作用的降低

立法者对合同法历来都有特殊的贡献。与许多其他领域的法律不同，合同法立法的主要目的不是为了禁止或规定，而是在于为当事人提供便利。^⑤合同法中的大多数法律规定都是非强制性的规则，这不仅适用于大陆法系中的民法典，也适用于《英国货物买卖法》（the Sale of Goods Act）等普通法系中的制定法。在此方面的例外，主要涉及旨在保护国家公共秩序的规则以及当事人一方或双方在建立知情同意上的利益，后者构成了消费者保护规则背后的主要理由。^⑥

近几十年来最大的变化，无疑是任意性和强制性的规定越来越多地由其他立法者而非国家立法机关来制定。由于欧洲立法和包括《联合国国际货物买卖公约》（CISG）在内的（狭义）国际规则的兴起，法律来源的多元化成了现代合同法的显著特征。在广义的法律概念上，私人规制也应当被纳入其中。换言之，私法的不同（甚至相似）部分来自不同的“法律供给者”，而他们没有能力确保合同法在整

^④ 参见 Raoul C. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors* (CUP 1987).

^⑤ 比照 Jan M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction* (Edward Elgar 2014) 16 ff.

^⑥ For an overview, 参见 the various contributions to Christian Twigg-Flesner (ed), *The Cambridge Companion to European Union Private Law* (CUP 2010).

体上具备一致性。合同法不再是一个“体系”，而是对存在重叠和部分矛盾之规则的简单拼凑。^⑦显然，这对法律的可获得性、可预见性以及合法性提出了许多挑战。在多层次的私法中，人们应当采用不同的方式来认识法律，它不同于今天许多法律人所得到的那种“法律是铁板一块的制度”的教导。^⑧由此导致了对将来立法而言更为重要的基本问题：在处理私法时，最好的地域性法律标准是什么？我们是否可以找到明确的决定标准，从而使得某些问题能够在地方、国家、欧洲和超国家的层次上获得更好地解决？仅将这些问题当作纯粹政治问题进行考虑的做法是不可取的，无论是基于国家经济状况还是其他标准，学术理论都有助于提供可能的答案。^⑨

不过，针对上述核心问题的答案被政治现实所压制的情况可能会发生，即使欧洲立法机构原则上将处于更好的地位来处理这些问题，但是，他们事实上是否有能力这么做呢？欧盟机构的回旋余地似乎比五年前还小。如果人们观察欧洲合同法项目的整个历史就会发现，它始于欧盟在 2001 年所建立的欧洲合同法委员会，^⑩然而，这个一体化过程看起来已经失去了动力。在 21 世纪的头十年中，欧盟发布了大量的重要指令，这一过程从关于消费品销售的 1999/44 号指令开始，到消费者权益保护的 2011/84 号指令结束。而在过去四年内，欧盟采取的行动要少得多。这是因为成员国也越来越多地接受一体化过程，在此方面，欧盟委员会为改善既有法律付出了很多努力。不过，在《消费者权益保护指令》（Consumer Rights Directive）已经成败参半的情形下，正是这种以获得最大程度的一体化方式来让既有指令发挥更大作用的愿望，使得成员国认识到欧洲一体化过程不如他们之前所认为的那样有利。欧盟法律的功能僵化与国内法功能的不断分化，可能属于一体化过程减慢的负面影响。^⑪现在就断言欧洲合同法已经死亡还为时过早，^⑫但是，欧洲立法机构很可能失去其作为整合引擎的作用。这一点可以从最近欧盟委员会撤回《欧洲共同买卖法草案》（CESL）的决定中得以证实。^⑬

如果这个预测是正确的，那么就意味着低效的政治框架与符合商人、消费者利益需求的规则之间的裂痕越来越大。假定市场将继续深入国际化，而欧洲或全球范围内的有效规则无法实现，那么立法者的作用必然受到削弱。由欧洲立法机构所留下的空白能够由国家立法填补，但是需要一种更符合国际商事需要的国家法律，而不是今天的这种情况。^⑭国家层面的合同法规定应当更加符合外国当事人的利益。国家立法机关逐渐意识到欧盟范围内的法律市场出现的一个标志是，政府和半官方机构现在

⑦ 比如参见 Jan Smits, ‘Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity?’, in Roger Brownsword et al (eds), *The Foundations of European Private Law* (Hart Publishing 2011) 323.

⑧ 参见本文第四部分。

⑨ 参见 Jan Smits, ‘Who does what? On the distribution of competences among the European Union and the member states’, in Kai Purnhagen and Peter Rott (eds), *Varieties of European Economic Law and Regulation* (Springer 2014), 343 ff. and Bram Akkermans et al (eds), *Who does what in European private law?* (Intersentia 2015).

⑩ (COM) 2001 398 final.

⑪ Hans Schulte-Noelke, ‘The way forward in European consumer contract law’, in Christian Twigg-Flesner (ed), *The Cambridge Companion to European Union Private Law* (CUP 2010) 138.

⑫ 这与 HiiL 在 *Law Scenarios to 2030* 中提出的“法律边界”之设想相契合。这种设想意味着即便人们分享着共同的欧洲或世界价值观，但是国家的边界却变得更加重要。

⑬ Commission Work Programme 2015: *A New Start*, COM (2014) 910 final (16 December 2014), Annex II 12.

⑭ Ralf Michaels, ‘Global Problems in Domestic Courts’, in Muller et al (eds), *The Law of the Future and the Future of Law* (2011), cited above, 165.

试图吸引外国当事人选择本国的司法管辖。^⑮这种趋势将会继续发展。比如,《罗马条例 I》第 6 条中的保护机制已经为国际消费者合同提供了良好的服务。^⑯

所有的这些情况都说明立法者角色将发生改变,欧盟立法机构为欧盟内部市场设立规则的作用变得越来越不重要,与此同时,国家的立法机关需要填补这个空白。不过,很难说他们将来在事实上能否这样做。在商事合同中,当事人拥有很大的自由并能够根据其意愿来形成彼此之间的关系,因此,他们倾向于尽可能少地适用法律的直接规定(参见后文第六部分)。

三、未来私法发展中法院作用的加强

本部分采用了历史的视角,它认为众多法律参与者的角色是紧密且相互联系的:如果某个参与者的角色发生了变化,其他参与者的角色也会随之而变化。本部分讨论的是,在日益欧洲化的社会中,由于立法机构重要性的降低,法院的作用将发生什么样的变化。因此,笔者关心的并不是“在线替代性争议解决机制”的兴起,即使它们无疑将改变法律服务的未来,并将导致自动化系统取代传统的法院程序。^⑰这些随处可见的发展,来源于技术的进步。笔者也不会关注在将来数年时间里很可能发生的特别法院的兴起。这些特别法院包括商事法院、^⑱知识产权法院^⑲以及专门处理欧盟法律适用和解释的法院,^⑳很多成员国现在都在讨论它们。相反,笔者感兴趣的是法院角色的改变。由于成员国和欧洲的立法机构作用的削弱以及由此造成的空缺,法院必须接手那些立法者不能做或不会做的事情。

通过观察未来社会中公共目标的实现方式,可以证明这一点。过去的几十年可以被描述为私有化发展和政府缓慢撤退的时代。在许多领域中,政府的行为已经为“市场逻辑”(logic of the market)留下充足的空间。^㉑与此同时,民众对政府的信任也在降低。近年来,公共和私人部门之间日益扩大的分歧一直是人们关注的焦点。^㉒因此,比利时学者 Luc Huyse 主张必须恢复政府与民众之间的相互信赖,这当然是正确的,但他似乎忽视了私法实现公共目标的可能性。通常的情况是,比起单纯依靠政府,

^⑮ 比如,参见由英格兰和威尔士法学会发行的手册(England and Wales: The jurisdiction of choice, 2007),以及由德国司法部发行的手册(Law-Made in Germany, 2008),载 Graf-Peter Calliess & Hermann B. Hoffmann, 'Judicial Services for Global Commerce - Made in Germany?' (2009) 10 German Law Journal 115.

^⑯ EU Regulation 593/2008 on the law applicable to contractual obligations.

^⑰ For one outspoken view of this: Richard Susskind, *The End of Lawyers* (OUP 2010).

^⑱ 比如,荷兰司法委员会主席最近呼吁在荷兰司法体制中建立一个使用英语的商事法院,它能够以与伦敦商事法庭大致相同的运作方式发挥作用。比照 H.N. Schelhaas, 'Een commercial court in Nederland?' (2014) 31 *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 353.

^⑲ 许多欧盟成员国都有专门的专利法院。比如参见 Rohazar W. Zuallcoble, *Study on Specialized Intellectual Property Courts* (International Intellectual Property Institute 2012). 对于大多数欧盟国家而言,欧盟统一的专利法院会为其提供补充。

^⑳ 尤其是在《欧洲共同买卖法草案》的文本中,人们提出这样的观点,即在《欧洲共同买卖法》可以适用的地方,建立专门法院来处理相关的合同纠纷。比照 Simon Whittaker, 'Identifying Legal Costs of the Operation of the Common European Sales Law: Legal Framework, Scope of the Uniform Law and National Judicial Evaluations' (2013) 50 *Common Market Law Review* 85.

^㉑ 比照 Joseph E. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents* (Norton 2002) and (in Dutch) Luc Huyse, *De democratie voorbij* (Van Halewyck 2014) 提出的深刻分析。

^㉒ 关于这一分歧给法律带来的影响,可以参见 Mark Freedland and Jean-Bernard Auby (eds), *The Public Law/Private Law Divide* (Hart 2006).

私人参与者在行使权利上已经发挥了更大的作用。在消费者（合同）法、²³竞争法²⁴以及环境法²⁵领域，欧洲立法机构显然支持这种私人（尤其是私法团体）的执法行为。²⁶即使这些规则 and 标准是通过公共协商（public deliberation）而形成的，但是其执行越来越多地留给了私人参与者。

（侵权）责任法提供了更多的例子来说明司法机关在实现公共政策中作用的增强。在法院针对非物质损害（精神损害）给予高额赔偿的判决时，这种赔偿通常不会被认为含有惩罚性的因素或旨在避免侵权人在将来从事类似的违法行为。²⁷但事实上，很难否认他们有这么做的可能性。最重要的例子或许是1994年德国联邦最高法院关于“夏洛琳公主案”的判决。²⁸在该案中，一家小报社虚构了对摩洛哥夏洛琳公主的访谈并将这个访谈予以发表，法院判决被告赔偿原告18万马克（合9万欧元）。不管法院是否确有此意，人们似乎难以否认这一高额赔偿具备惩罚性的因素。

这些因素影响了立法机关与法院之间的关系。笔者预测，在今后数年中，法院在设定规则方面的作用还会继续增强。处于纠纷之中的当事人总是诉至法院，所以，法院将填补因立法者刻意回避处理而产生的法律空白。然而，要求法院从政策角度来思考权利问题的主张，并非毫无疑问。主流意见认为，私法没有也不应该以实现公共政策目标或分配正义为目标。不过，由于最高法院提供了一个更适合全球化和技术更发达的社会的观点，前述主张在2050年可能发生改变。这种变化适合“从长期目的”（for a long term）来发展私法的要求，有助于处理气候变化、企业社会行为或普遍地保护后代人的利益等议题。²⁹Tjon Soei Len 提供了一个合同法方面的例子。他认为，将（消费者）合同适用于在发展中国家恶劣工作环境中制造的产品做法是不道德的，因而也是无效的。³⁰

四、远离学术传统：学者在未来合同法中的角色

法学家通常被认为是涉及法形成的第三类参与者。确实，在大陆法系传统中，法学家一直致力于对判例法的体系化，从而有助于实现法律的一致性与可预测性。与侵权法、物权法一样，合同法也是长期使用学术方法的重镇之一。不过，这种学术现在被定义为对法律的跨学科研究，反而导致了法学

²³ 比如参见 the EU Directive 2009/22 on Injunctions; Green Paper on Consumer Collective Redress, COM (2008) 794.

²⁴ EU Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

²⁵ Elise Muir and Mark Dawson, ‘One for All and All for One? The Collective Enforcement of EU Law’ (2013) 41 Legal Issues of Economic Integration 215.

²⁶ Communication Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress, COM (2013) 401 final and Commission Recommendation 2013/396 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms.

²⁷ 关于惩罚性赔偿的起源，参见 Lotte Meurkens, *Punitive Damages* (Kluwer 2014).

²⁸ Bundesgerichtshof 15 November 1994, 128 BGHZ 1.

²⁹ 比如参见 Jaap Spier, *Shaping the Law for Global Crises* (Eleven 2012).

³⁰ Lyn Tjon Soei Len, *The effects of contracts beyond frontiers: a capabilities perspective on externalities and contract law in Europe* (PhD-thesis Amsterdam 2013).

院对法学专业的疏离。^①在欧洲很多法学院中,写一本囊括所有内容的教科书或者对国内最高法院的最新判决进行评注,不再是法学研究的巅峰。^②由于学术工作已经失去了大半的声誉,合同法研究需要一种新的范式。在这种以意思自治为原则的法律之衰落中,^③人们最不希望看到的就是将来的合同法会更加依赖于对人类行为的实证研究。^④这种改变的可能结果之一在于,作为私法体系之理念的一致性和可预测性将受到威胁。^⑤现代法律的多层次特征强化了这一点,并极大地增加了问题的复杂性。因此,人们提出了疑问:法学家是否应该以另外的方式来促成法律的可获得性,而不是只写这方面的文章?理查德·萨斯坎德(Richard Susskind)表示,实现正义不仅事关对争议的解决,也涉及对争议的避免:“更强可读性、更廉价和更容易获得的法律指引,造就了一个更加公正的社会。”^⑥即使萨斯坎德主张这种体系应当由法律职业者、司法机关和法学家共同进行维持和发展,但是,对我来说,法学家似乎在此应处于采取主动权的最佳位置。这是因为此种指引体系内至少可以部分地消除(高收入的)中间机构(主要是出庭律师)的能力,现在被用来解释法律在给定语境中的真正内容。^⑦相反地,这种体系应当允许非专业人士了解法律(以及在需要的时候可以提起诉讼)。

在线法律信息系统(online legal information system)取得成功依赖于三个主要的因素:被提供的信息本身、展现信息的方式以及信息的提供者。^⑧

首先,任何类型的信息管理应当避免仅关注国家法律的传统技术问题(比如法典化)。只要法律信息包括了其他可适用的规则,比如零售行业的一般情况和行为准则,那么它就为普通民众提供了有用的东西。它也应当通过国家法院或替代性争议解决机制为人们提供进行诉讼的可能。此外,它还应该包括关于选择法律条款的信息。

其次,这些信息应当以缺乏法律理论知识的普通人也可以明白的方式来进行组织。目前法律呈现形式(比如商业出版社的数据库)所存在的问题是,他们不仅对制定法和判例法进行了明确的区分,同时也清楚地辨别来自国家、欧洲和国际的不同法源。对于为不完整的生活情境最大限度地提供可适用的法律而言,目前的做法极大地降低了在此方面所作的努力。^⑨因此,更富有创新性的展现方式应当避免明确区分各种不同的法源。此外,正如萨斯坎德强调的,我们不应该采用比如合同、侵权和财

^① 关于这一发展的概况,参见 Jan Smits, *The Mind and Method of the Legal Academic* (Edward Elgar 2012); 同时参见德国报告 Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analyse, Empfehlungen* (Wissenschaftsrat 2012) 以及 Philippe Jestaz and Christophe Jamin, *La doctrine* (Dalloz 2004)。

^② 关于法院在大陆法系中为现行法律提供注释信息的角色,参见 Mitchell de S.-O.-l'E Lasser, *Judicial Deliberations* (OUP 2004)。

^③ Richard A. Posner, 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline 1962-1987' (1987) 100 *Harvard Law Review* 761。

^④ 与欧洲大学学院(European University Institute)举办的一个工作坊的题目“法律如果不走向实证,那么它将向何处去?”(Where is law going if it is not going behavioral?)进行比较。

^⑤ Edward Rubin, 'Obstructing Law's Future with Conceptions from Its Past', in Muller et al (eds), *The Law of the Future and the Future of Law Vol. II*, cited above, 415. 同样认为,与从前相比,未来的法律可能会变得更加不那么一致和普遍。

^⑥ Susskind, *The End of Lawyers?* (2010), cited above, 231。

^⑦ 比照 Philip Leith, 'Re-engineering Sources of Law for Unaided Litigants', (2010) 1 *European Journal of Law and Technology* issue 1 and Maurits Barendrecht, 'Legal Aid, Accessible Courts or Legal Information? Three Access to Justice Strategies Compared' (Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 24/2010)。

^⑧ 以下内容基于 Jan M. Smits, 'On the Vocation of Our Age Against Codification: On Civil Codes in the Information Society', in J.M. Milo et al (eds) *Tradition, Codification and Unification* (Intersentia 2014) 239。

^⑨ 一个很好的例子参见 <http://europa.eu/eu-life/consumer-rights>, 最后访问时间:2015年1月15日。它提供了关于“在欧盟购物”(shopping in the European Union)的信息,但只提到了欧洲立法中的消费者权利。

产的法律传统分类方式，而是应该基于“公众可以立刻认识到其地位或困境的生活事实”来组织法律信息。^{④①}人们可以通过采用诸如“我被解雇了”或“我与房东发生了争议”等分类来实现这一目标。^{④②}

提供关于复杂事物的信息可能存在一个重要问题：预期的受众可能无法对这些信息进行有意义的评价。对于这个问题的解决办法，可以依靠法律系统使用者或专家的经验来进行筛选、标注和排名。^{④③}现有的比较网站和产品审查网站^{④④}提供了如何深入了解法律信息的例子，根据法律体系对当事人的吸引力以及用户与其他人分享的经验，这些网站对司法辖区的法律体系进行了排名。^{④⑤}如此一来，每个用户都可以向这个规则的用户网络提供更多的价值。我们面临的挑战是，如何制定让每个人都接受的排名标准。^{④⑥}

最后，谁应当提供相关法律的信息。将这一问题留给法律的制度性供应者（比如国家）的麻烦在于，这些主体不能客观地描述其所制定的法律。此外，他们没有尽可能全面地对现有的私人规制、一般情况和类似的事物进行概括，更不用说是提供有关欧洲立法和外国法律的资料以便人们可以通过选择法律加以适用的问题。我们也不应完全将这项工作委托给商业出版者和注册律师，因为他们只向愿意支付费用的人提供信息。笔者认为，国家和传统法律服务提供者所留下的空白，应当由愿意基于公共利益而行动的法学家或私人参与者进行填补。这就为“法律企业家”（law entrepreneurs）向公众提供法律信息的其他模式提供了相应的发展空间。

总之，人们不难预料，如果法学家想继续为合同法的可获得性和可预测性作出贡献，他们就需要寻求新的途径。在过去，产生私法的来源之数量相当有限，从而可以保持法律的可控性和当事人需要的确定性。在大陆法系国家，这个功能一直是由国家立法机关对民法典的接受、法学家对新判例不断进行的系统化（以及法院对这一法律体系的使用）来共同实现的。在普通法系国家，通过创造对下级法院和本身都具有约束力的判例，最高法院履行了同样的职责。但是，在一个多层次的法律体系中，它们都不是很有效的方法。

五、被低估的方面：私人参与者的角色

在前文提到的范·卡内基姆（Van Caenegem）的分析中，在法的形成过程中，最相关的参与者是立法机关、法院和法学家。这可能适用于大多数法律领域，但是，私法至少在某个方面上是不同的。在这一领域，私人参与者（比如公民、消费者和企业）在设定权利和义务方面发挥着至关重要的作用，

^{④①} Susskind, *The End of Lawyers?*, cited above, 243.

^{④②} 适例参见 <http://www.lawontheweb.co.uk>，最后访问时间：2015年1月15日。

^{④③} 参见 in more detail Jan M. Smits, ‘Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to Prevent the CESL from Becoming a Lemon on the Law Market,’ (2013) 50 *Common Market Law Review* 51, 59.

^{④④} 比照比如 www.pricerunner.co.uk, www.kelkoo.com 以及 www.booking.com，最后访问时间：2015年1月15日。

^{④⑤} 参见 Omri Ben-Shahar, ‘The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law’, (2009) 5 *European Review of Contract Law* 1.

^{④⑥} 比较司法管辖区的方法之一是看他们放宽经济贸易活动限制的程度，参见 World Bank *Doing Business 2013*, www.doingbusiness.org，最后访问时间：2015年1月15日。对此的批评意见，参见 An overview of criticism can be found in e.g., Michael G. Faure & Jan M. Smits (eds) *Does Law Matter?* (Intersentia 2011).

尤其是合同法的特征一直是当事人能够自行制定规则。私法自治 (private autonomy) 在不断增强的过程中也出现了新的方法。

首先,私人参与者的角色已经暗示了他们可以选择自己所适用的法律。非国家化通常的表现形式,即当事人“自己的”(own)国家法律并不一定适用于其所订立的合同。在不同的法律领域,当事人可以选择不使用本国法律制度而选择另一个国家或地区的管辖权。这种“法律旅行”(legal tourism)现象不仅正在商事环境中兴起,也出现在消费者保护法和家庭法中。^{④6}在过去的十年中,新兴的趋势是欧盟委员会试图创建可供选择的制度(optional regimes),比如设置“第29区”(29th jurisdictions)。不过,从现在撤回《欧洲共同买卖法草案》和欧洲基金会(European Foundation)来看,^{④7}这些努力在今后几年是否会继续,还有待观察。

其次,越来越多的私人参与者制定了不同于传统合同的规则,以适用于各种不同的关系。这种私人规制常常填补了官方机构留下的空白:如果不能满足当事人对法律的确定性和可获得性的要求,他们将转而求助于私人创造的秩序。^{④8}换言之,除了以国际或欧洲法律原则^{④9}或国际体育法(lex sportiva)^{⑤0}等形式出现的国际商事法(lex mercatoria),人们还应当将B2C交易中的格式条款(standardised general conditions)与以《企业社会责任法典》(Corporate Social Responsibility-codes)^{⑤1}等私人规则纳入考量。这些私人制度提供了国家法律体系所不能提供的东西,即一套没有领土限制因而可以跨国适用的规则体系。^{⑤2}这将使得未来的合同法成为大量彼此共存且相互重叠的法律命令的混合体。^{⑤3}

在将来,重要的挑战在于解释这种由官方和非官方规则所构成的复杂体系的合法性。^{⑤4}如果合同法日益成为人们进行选择 and 私法形成过程中的产物,那么,这对我们关于为什么法律具备拘束力的传统观点将产生什么样的影响呢?这些实践很难符合人们在民主立法过程中的合法性要求。尼尔斯·扬森(Nils Jansen)的著作提供了一个可能的替代方案。^{⑤5}扬森认为,只关注由立法机关和法院所制定

^{④6} Gilles Cuniberti, 'The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws' (2014) 34 Northwestern Journal of International Law & Business 455 and by Stefan Vogenauer, 'Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence' (2013) 21 European Review of Private Law 13 提供了关于商人对法律选择的最新实证调查。

^{④7} Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation, COM/2012/035 final, withdrawn in Commission Work Programme 2015: A New Start, COM (2014) 910 final (16 December 2014), Annex II 12.

^{④8} 更多的具体内容,参见 Jan M. Smits, 'Private Law in a Post-National Society: From Ex Post to Ex Ante Governance', in Miguel Maduro et al (eds), Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking (CUP 2014) 307.

^{④9} 比如《国际商事合同通则》(Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Unidroit 3rd ed 2010)。

^{⑤0} 比照 Ralf Michaels and Nils Jansen, 'Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization' (2006) 54 American Journal of Comparative Law 843, 869.

^{⑤1} 将《企业社会责任法典》(CSR-codes)重构为合同义务的主张,参见 Anna Beckers, Taking Corporate Codes Seriously: Towards Private Law Enforcement of Voluntary Corporate Social Responsibility Codes (Hart Publishing 2015).

^{⑤2} 参见 also Gralf-Peter Calliess, 'The Future of Commercial Law: Governing Cross-Border Commerce' in S. Muller et al (eds), The Law of the Future and the Future of Law (2011), cited above, 233, 235, and Volkmar Gessner, 'Towards a Theoretical Framework for Contractual Certainty in Global Trade' in Volkmar Gessner (ed) Contractual Certainty in International Trade (Hart Publishing 2008) 3.

^{⑤3} 将此领域变成一种缺乏集中“宪法”而是由横向和纵向(政府)网络所组成的秩序,正如 Anne-Marie Slaughter, A New World Order (Princeton University Press 2004) 使用的政治话语预言。

^{⑤4} 亦可参见 Jan M. Smits, 'Private Law in a Post-national Society', in Muller et al (eds), The Law of the Future and the Future of Law (2011), cited above, 245.

^{⑤5} Nils Jansen, The Making of Legal Authority (OUP 2010).

的官方规则的权威性，将会忽视提供合法性文本的私人参与者的角色。在民族国家兴起之前的法律文本，包括《民法大全》（the Corpus Iuris Civilis）和《萨克森明镜》（the Saxon Mirror）都是合法的，因为它们在法的语境中被认为是具备有效拘束力的（effectively binding）。因此，决定性的因素是法律职业者是否将其作为法的渊源，而不是政治上的立法机关是否对其进行了正式的发布。^{⑤6}不难看出，这一观点不仅可以用于解释过去的拘束力问题，还能够使得某些规则合法化。

六、未来社会中合同法的地位

最后一个实质性部分讨论的是前文所定义的第二个主要问题：欧洲化和全球化如何影响社会整体中合同法的地位？对于日益国际化的经济而言，合同当事人的需要和创造有效规则的政治可能性之间的裂痕越来越大，填补此项空白的法律努力仍然比较匮乏，欧洲一体化动力的衰减并不能帮助解决这一问题，由此引发了在事实上（de facto）如何填补这种空白的问题。除了私人规制的兴起外，还有迹象表明，由于全球化的影响，当事人尽力避免适用国家的法律。例如，在合同纠纷中，人们不再依赖于事后（ex post）的法律，而是在事前（ex ante）就尽力避免法律的适用，通过寻求值得信任的可替代模式，人们实现了这一目标。换言之，国际化没有给法律本身带来多少变化，但是却改变了当事人对法律的使用方式。这并不是什么意外的结果，因为如果合同法的确定性和有效执行难以得到国家的保证，那么人们就有可能转向其他的替代模式。^{⑤7}

在商事合同中也可以找到这种转变的例子。由于缺乏有效的全球执行机制，当事人可以自行决定是否愿意冒险与另一方当事人建立或保持关系，并设计适当的机制来确保在发生问题时不需要使用法律。换言之，只有在收到预付款或者存在其他形式的担保来确信对方当事人将会实际给付其债务时，自己才愿意进行相应的履行。由托马斯·迪茨（Thomas Dietz）对软件行业中商业关系进行的实证研究证实了这一点。^{⑤8}迪茨表示，当事人倾向于按照项目进度进行部分的成果交付和价款支付，一旦最后的交易步骤完成，而一方当事人还依赖对方当事人来对可能的瑕疵进行弥补的话，那么，除非确认得到对方的正确履行，他倾向于尽可能地延迟支付价款，或者与同一个当事人建立新的订单来使对方依赖自己。迪茨得出结论：“当事人设计合同的前提是合同履行不存在任何外部的干涉”。^{⑤9}

在关联交易（relational transactions）和彼此熟悉的当事人之间进行的交易（比如特许经营、分销和代理协议）而不是当事人进行的一次性交易（比如单一的买卖合同）中，这种“自我执行”机制可能发挥更大的作用。不过，在这种情况下，通过国家之力来实施法律的做法确实提供了一种可行的替代方案。私人规制或对法律的选择（choice of law）以类似的方式取代了对违约救济法（default laws）

^{⑤6} Jansen, *The Making of Legal Authority* (2010), cited above, 43.

^{⑤7} 更多细节，参见 Smits, ‘Private Law in a Post-National Society: From Ex Post to Ex Ante Governance’ (2014), cited above, on which the following is based.

^{⑤8} Thomas Dietz, *Global Order Beyond Law* (Hart Publishing 2014) and Thomas Dietz, ‘Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks in International Trade: An Empirical Investigation into Cross-Border Contracts in the Software Industry,’ (2012) 37 *Law and Social Inquiry* 25, 43.

^{⑤9} Dietz, *Global Order Beyond Law* (2014), cited above, 54.

的事后依赖，由于人们可以通过某些声誉控制（reputational control）的法律进行交易，通过法院执行合同的可能性变得更小。^{⑥0}现在，这些声誉网络（reputational networks）不再需要基于社会交往，陌生人通常也能够获得其他当事人的信任，因为人们可以通过网络了解他过去行为的相关信息。^{⑥1}

因为对利用网络来提供服务的销售者可能并不熟悉，消费者在考虑是否从他那里购买产品时更加依赖声誉控制。在进入交易前，人们可能会获取对方当事人的信用信息或者依靠电子商务零售商协会颁发的安全证书，^{⑥2}比如在亿贝网（eBay.com）或缤客网（Booking.com）上可以找到的在线信息反馈系统，也是获得有关对方当事人可否信赖信息的重要来源。

七、结语：如果另起炉灶……

法律未来学是一个危险的尝试，如此判断至少存在着两个不同的理由：法律的未来高度依赖于难以预测的社会发展，而滞后性是法律的本质特征。因此，人们也很难预料社会变革何时最终导致法律的改变。考虑到这两个制约因素，本文关注那些更为普遍的趋势，我们今天已经看到了若干证据，这并不令人惊讶。尽管欧盟范围内的一体化进程减缓，但是社会的进一步国际化可能以其他的方式进行。本文关注的是由此给立法者、法院、法学家和私人参与者带来的挑战。不过，由国际化而导致法律发挥更小的作用，或许才是最大的挑战。

人们可能会想到这样的结论：法律在规范合同关系方面的作用越来越小，这是不可取的结果。法律框架适应其所在社会的国际化是早晚的事情。但是，这一结论将严重低估既有政治和制度框架的重要性。上文中提及的一个主要问题就是，现有受托进行立法的机构仍然是国家性质的，因而不能处于最佳的位置来使得合同法适应全球化的世界。然而，我们不能另起炉灶，因为事物的未来将取决于其现存状态。对于将来由官方机构所留下的空白而言，这一洞见是进行此类思考的核心。毋庸置疑，即使未来的合同法与现在有所不同，它也会像过去两千年一样充满活力。

[学科编辑：张淞纶 责任编辑：刘娟娟]

^{⑥0} Also 参见 David Charny, 'Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships' (1990) 104 Harvard Law Review 373. 比照 Dietz, 'Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks', cited above, 39 ff., 在此，他举了一个例子，即某家考虑在罗马尼亚开展业务的德国公司拜访了其竞争对手，想知道后者有多么认真：“如果他投入一笔资金来做生意，就会证明自己是认真的。”

^{⑥1} 比照 Gillian K. Hadfield, 'Delivering Legality on the Internet: Developing Principles for the Private Provision of Commercial Law' (2004) 6 American Law and Economics Review 154. 一个例子可以参见 <https://creditorwatch.com.au>，最后访问时间：2015年1月15日。

^{⑥2} 比如荷兰 www.thuiswinkel.org 和法国 www.fevad.com，最后访问时间：2015年1月15日。