

欧盟民法的比例原则

The Principle of Proportionality of EU Civil Law

[德] 诺伯特·赖希 著

Norbert Reich

金晶译

JIN Jing

【摘要】就基本自由或新近发展的基本权利而言，比例原则已经发展为检视成员国立法举措与欧盟法（包括那些对基本权利和自由具有限制效果的合同法强制性规定）是否兼容的最重要的标尺之一。比例原则下，欧盟机构的自由裁量权究竟能扩至何种程度？欧盟民事立法的限度为何？有何可能替代方式？欧盟法不仅侵入诸如前述案件涉及的意思自治、自由流动事项，而且触及成员国民法一般事项立法，是否妥当？比例原则在欧洲民法，尤其是合同法立法中的严格适用，将会产生双重效果。

【关键词】 实证比例原则 “显失公平”基准 合同法规制功能 反身性合同治理

【中图分类号】 DF51 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)03-0110-19

Abstract: The principle of proportionality has been developed into one of the most important yardsticks for controlling the compatibility of Member State measures with EU law in relation to fundamental freedoms and lately also fundamental rights, including mandatory contract law provisions that have a restrictive effect on those rights and freedoms. How far does the discretion of EU institutions under the proportionality principle extend? What are the limits on EU legislation in civil law under the proportionality test? What are possible alternative methods? Does it matter that EU law not only intrudes into matters left to private autonomy and free movement like the cases mentioned above but also to Member State legislation as in general civil law? Such a strict application of the proportionality principle on EU civil law, particularly contract law, measures will have a dual impact.

Keywords: Positive proportionality principle “Manifestly inappropriate” test Regulatory function of contract law Reflexive contract governance

【收稿日期】 2016-03-25

【作者简介】 诺伯特·赖希 (Norbert Reich)，男，法学博士，德国不来梅大学法学院荣休教授。

金晶，女，1983年2月生，法学博士，中国青年政治学院法学院讲师，研究方向为合同法、欧洲私法。

【基金项目】 教育部人文社会科学研究青年基金项目（项目编号：14YJC820025）。

一、比例原则对欧洲民法的重要性：概述

(一) “细究”内国立法

作为包括欧洲民法在内的欧盟法的一项宪法原则，最初发展比例原则旨在解决公共政策或一般利益条款下，成员国限制自由流动的正当性问题。早在 Gebhard 案中，欧盟法院基于“限定自治”语境总结了如下几项基本原则：^① 成员国限制合同自治对基本自由产生了消极影响，这些限制不仅需要通过合法的公共利益正当化，且其对于实现既定目标必须适当（手段和结果之间的关系），对实现预期目标也须必要，也不会对个人造成过度负担，亦即“较小限制的替代方式”基准。^② 为个人设置不合理负担，但能轻易通过干预较小且能实现相同目标的（方式）所替代的内国立法举措，将被视为有失“必要性”。

欧盟法院在后续案件中多次使用了 Gebhard 基准，其措辞偶有不同，于此暂且略过。欧盟法院的一些审判示例已显示了 Gebhard 基准对于限制货物、服务或资本自由流动的成员国（强制性）合同法的影响。就“一般利益中的必要要求”（imperative requirements in the general interest）而言，像消费者或雇员保护、环境问题和商事交易的公平性这些利益清单毋宁具有开放性，但其例外是，“纯粹经济利益”无法使限制正当化。成员国通常能够找到一项正当的公共利益来使（其对）欧盟内部市场的公民行使基本自由的限制合法化。法院已通过 Gebhard 基准或与之密切相关的基准，来决定很多案件争点，因此，通常需关注如下三点：

首先是某项限制规定的充分性，即限制规定对于实现所宣称的一般利益目标而言是否适当？

其次，就干预因素而言，某项限制规定的必要性，即该规定是否超越其目标所限，例如“信息”与“规制”博弈下，究竟保护消费者，还是保障公平的商事惯例？

最后，一国限制性立法措施是否以“系统连贯的方式”帮助规制健康或博彩跨境服务？这在某种程度上超越了 Gebhard 基准。^③

比例原则的适用以个案为基础。某些案件中，欧盟法院会自主做出必要价值判断，其他案件中则会将之留予成员国法院，欧盟法院通常仅就所涉个案如何适用比例原则向成员国法院提供一些指引。一般规则是，限制自由流动越严重、越难正当化^[1]，欧盟法院干预的几率就越高。比例原则已经成为审查（包括建立在强制性民法基础上的内国法在内）违反基本自由的内国立法举措的一项最为重要的机制。欧盟判例是丰富的，但笔者仅就那些基于合法公共利益来正当化其（对基本自由的）限制时，欧盟法院做出的“仔细审查”勾勒一二。

(二) 欧盟立法措施的“合比例性”

本文更重要的是考察比例原则在发展欧盟民法的独立实体时所生之影响。这首先是内部市场（《欧洲联盟运行条约》第 114 条）、反歧视（《欧洲联盟运行条约》第 18 条，第 19 条以及第 153 条）或社会政策（《欧洲联盟运行条约》第 153 条）条款下的一项权限问题。权限条款已用于与民法，尤其是合同法相关的立法中，并抵挡住了质疑其合比例性的诸种挑战，^④ 本文提及此类条款意图探寻由此形成的一般原则。《欧洲联盟基

① Case C-55/94 Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e procuratori di Milano [1995] ECR I-4165, para 37.

② T. Tridimas, *The General Principles of Community Law*, 2nd ed. 2006, 209-220 (比例——内国立法举措之审查); N. Reich, in: H.-W. Micklitz/B. de Witte, *The ECJ and the Autonomy of Member States*, 2012, 83 at 97; V. Trstenjak/E. Beysen, *EuR* 2012, 269, 该文将相称性作为比例审查的第三阶段。

③ Case C-169/07 Hartlauer Handelsgesellschaft v Wiener Landesregierung et al. [2009] ECR I-1721, para 55; Case C-238/08 Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et al. v Stichting de Nationale Sportstotalisator [2010] ECR I-4757, para 28; Case C-46/08 Carmen Media [2010] ECR I-8149, para 64.

④ 参见：case C-58/08 *Vodafone* [2010] ECR I-4999, para 69, 该案争点系批发零售漫游费用的强制性规定：“鉴于《欧洲联盟运行条约》第 114 条第 3 款的消费者保护这一条约目标的重要性，进行及时的市场干预，使得未来很快能够保护消费者避免遭受诸如被课以过高价格这些问题，那么即便这些干预会对某些经营者产生消极经济后果，其对（条约的消费者保护）目标而言是适当的。”

本权利宪章》所保障的基本权利和基本原则明确排除了欧盟在此领域的其他权力（《欧洲联盟条约》第6条第1款及《宪章》第51条第2款），但即便如此，上述权利与原则仍能解释此类立法和转化举措，亦能用于填补潜在的立法空白。

问题在于，基于具体授权条款，欧盟的上述权力究竟能扩至多远？能否扩至包括诸如合同、不公平条款、损害赔偿和恢复原状的规定在内的那些不限于特定主体类型的或是直接禁止歧视性行为的更一般性的民法领域？通常，民法的一般规定由成员国立法规制，欧盟仅协调合同之债^①和非合同之债^②的冲突法规则。比例原则是否排除了此领域的欧盟权力？鉴于欧盟在民事立法中的角色，这是一项更为根本的问题，具体如下：

首先，欧盟立法是否限于特定问题域？这导致了对某些“一般原则”（或许同时产生了一些“软法”机制）进行立法的同时形成了碎片化的（立法）进路？

或者，欧盟立法是否应像成员国合同法那样，扩展覆盖一般合同法问题，但同时根据冲突法规则允许适用与内国法平行的“第二种”（合同法）制度？或者，目前因克罗地亚加入欧盟后，欧盟成员国从原先的二十七个增至二十八个，那么（欧盟民事立法）是否作为现行二十八个成员国法律之外的第“二十九”个合同法制度^[2]？

有关欧盟在民法，尤其是合同法领域（立法）权的范畴与可行性问题的争论已持续十余载，最终体现于2011年10月11日通过的、以《欧洲联盟运行条约》第114条欧盟的内部市场权限为法律基础的《欧洲共同买卖法条例》草案

之中，^③围绕该草案的相关著述多如牛毛，笔者不作赘述。^[3]

鉴于比例原则适用于欧盟法，因此解决上述问题不应过分依赖前文所述的权限困境，而应依据比例原则做出更有针对性的解答。比例原则已经成为欧盟实证法的一部分，《欧洲联盟条约》第5条第4款规定：

“根据比例原则，欧盟行为的内容和形式不应超过条约欲达目标之必要所限。”

比例原则是关联欧盟行为与其实现的条约目标时，评估并最终检视欧共同体或欧盟指令这些立法举措合法性的一项相对精确的基准。烟草广告案中，欧盟法院广泛使用了比例原则，将之作为（合同）无效的一项论点。^④后续的烟草生产案与欧盟强制性标准的关联案件中（这些强制性标准多与产品营销^⑤相关，例外情况下也与合同条款^⑥相关），欧盟法院更为谨慎，主张立法机关具有广泛的自由裁量权：^⑦

“相应地，仅在某一立法与有权机关欲达目的相较显失比例时，才会影响该立法的合法性。”

尽管原则上欧盟立法根据《欧洲联盟条约》第5条第4款受到比例原则限制，但目前认为：“在关涉政治、经济和社会选择的领域时，必须允许欧共同体立法机关做出广泛的自由裁量，且需进行综合评估”。

Harbo认为，^[4]目前，欧盟法院依据比例原则审查欧共同体（欧盟）立法时，其进路十分“温和”，但当成员国立法涉嫌限制基本自由时，欧盟法院的措辞却更加严格。欧盟法院副主席

① Regulation (EC) No. 593/2008 of the EP and the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [2008] OJ L 176/6.

② Regulation (EC) No. 864/2007 of the EP and the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) [2007] OJ L 199/1.

③ COM (635) final.

④ Case C-376/98 *Germany v EP and Council* [2000] ECR I-8419, para 84.

⑤ Case C-491/01 *R v Secretary of State for Health ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et al.* [2002] ECR I-11453; C-380/03 *Germany v EP and Council*, [2005] ECR I-11573, para 145; 早期判决如：C-84/94 *United Kingdom v Council* [1996] ECR I-5755, para 58; C-233/94 *Germany v Parliament and Council* [1997] ECR I-2405, paras 55-56; C-157/96 *National Farmers' Union and et al.* [1998] ECR I-2211, para 61.

⑥ C-344/04 *IATA and ELFAA v Department for Transport* [2006] ECR I-403, para 80, 最近同样证实该判决立场的新近案件参见：C-58/08 *Vodafone*, *supra* note 5.

⑦ Case C-491/01, *supra* note 11, para 123.

Koen Lenaerts 将比例原则限于单纯的“程序性”审查，认为立法机关做出某种“影响声明”或“影响评估”来正当化欧盟行为就已足够。^[5]与限制基本自由的成员国立法的严格的比例审查相比较，笔者已经质疑了此种十分简化论的方法。^[6]

（三）通向合比例性的一项“实证”进路

比例原则下，欧盟机构的此种自由裁量权究竟能扩至何种程度？欧盟民事立法的限度为何？有何可能替代的方式？欧盟法不仅侵入诸如前述案件涉及的意思自治、自由流动事项，而且触及成员国民法一般事项立法，是否妥当？

因此，后文应赋予比例原则更为实证的内容。问题并不在于严格适用比例审查下欧盟被禁止行为的事项，而在于究竟什么是“就实现条约目标而言必要”的。显然，欧盟立法机关拥有广泛的自由裁量权以设定优先事项并采取适当立法，这些立法措施经常成为笔者提出的宪法一般原则的审查对象。其中进行审查和批判的一项标准便是有效原则，即无法有效实现条约目标的立法就不是必要的；若相较之下某些立法举措更为有效，就有必要采纳。

目前讨论之中的两部欧盟立法草案《共同参考框架草案》(DCFR)及《欧洲共同买卖法》(CESL)将会适用欧盟特有的比例原则，这一实证进路旨在为欧盟创设一项更连贯的民法制度，但它们目前尚未成为欧盟正式立法。

前述两部草案均以一般合同法，即所谓的商事关系和消费关系为重心。一旦草案以任何形式成为欧盟制定法，就将实质扩展欧盟民法的范畴。相较于《欧洲共同买卖法》，《共同参考框架草案》在以下四项重点问题上的适用范围更广。其一，草案旨在涵盖消费者和消费者间的关系；其二，在反歧视立法领域采纳欧盟现行立法；其三，不再限于合同之债，而是涵盖非合同之债的规范；其四，涉及处于合同法和财产法交叉地带的动产担保物权问题。

前述诸种草案目前尚未影响劳动法，笔者也仅在所假设的民法一般原则存在溢出效应时才提及劳动法。

但笔者不仅讨论欧盟正式立法，也关注私法形成中的其他方法，^[7]例如，用冲突法的方法来协调而非统一立法；像行业准则、自愿性标准和合同条款等“软法”工具；开放式协调方法(open methods of coordination)和趋同；基于现行欧盟权限，以指令甚至条例形式出现的应然法，这些应然法通过立法实施“实证的比​​例原则”并发展“诚实信用”这项形成中的民法一般原则。

后文将证明，欧盟机构有一套可资使用的立法举措，可在不过度延伸比例原则的情况下提高民法与条约目标的连贯性。尽管后文对《共同参考框架草案》和《欧洲共同买卖法条例》草案的分析并不完整，但将为未来立法示例一二。

二、《共同参考框架草案》

（一）《共同参考框架草案》总体评估

《共同参考框架》(Common Frame of Reference)被提上欧盟议程已有时日，诸多欧洲民法学者也集聚在研究小组和现行私法小组(Acquis group)下展开研究。^[8]2008年初，《共同参考框架》临时纲要版^[9]被提交至欧委会，2009年初提交了新增六卷丰富评述和释义^[10]的最终版本^[11]，随即引发了激烈的学术讨论，^[12]于此笔者不做深入探讨，但鉴于讨论涉及的三项内容与后续关于欧盟民法的探讨相关，故有必要提及。

其一，《共同参考框架草案》的原则与规则已超出合同法范畴，而是涵盖侵权、不当得利等债法总则的非合同之债规则，包含了尤其是服务合同这些买卖法之外的大量有名合同，涉及财产转让和动产担保物权规则。对此，有学者质疑起草者“过度”完成了欧委会的起草任务。

其二，《共同参考框架草案》旨在整合，并在某些情况下改进强制性消费者保护法规定，尤其是那些源于现行法的欧洲民法一般规则的强制性规定。《共同参考框架草案》第1-1:105(1)条规定“‘消费者’是任何不以贸易、交易或职业活动为其行为主要目的的自然人”。根据欧盟法院 Gruber 案判决，^①通常情况下，双重目的

① C-464/01 *Johann Gruber v Bay Wa AG* [2005] ECR I-439, 这一判决根据《布鲁塞尔公约》的机制(《布鲁塞尔关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》——译者注)做出。

合同不属于欧盟法消费者保护规定的适用范围,但由于前述定义纳入了双重目的合同,因此《共同参考框架草案》中消费者概念的范畴较传统定义更为宽泛。

其三,《共同参考框架草案》的法律性质仍不明确。欧委会在早期通讯文件中曾将之视为未来立法的“工具箱”,相较于对此投入的大量学术研究,工具箱的称谓似乎失之轻率。但由于欧盟基础性条约对欧盟在一般合同法(general contract law),尤其是私法的立法上存在“权限缺口”,因此,欧委会自然也不想赋予该文件正式效力。^[13]《里斯本条约》并未改变这一状况,相反,《欧洲联盟条约》第5条则基于授权原则,并在前文提及的辅助性条款和合比例性条款的限制下对欧盟权限做狭义解读。

(二)《共同参考框架草案》原则与示范规则(有限的)法律效力

以规制竞争(regulatory competition)理念为基础的欧盟合同法的一项“选用性工具”是否无法使用(至少部分无法使用)《共同参考框架草案》的规范?①事实上,对欧盟特有的民法的诸多支持者而言,选用性工具理念就似“权限缺口”的一剂良药,与此同时,卷帙浩繁的学术与

政治著述都就欧盟选用性工具的权限、适用范围及与内国法的关系问题展开了探讨,并在2010年鲁汶学术会议后集中刊发于《欧洲合同法评论》特刊。^[14]这场争论在某种程度上肇始于欧委会2010年7月1日公布的《欧委会绿皮书》^②。③争论中对诸多议题意见不一:

首先,《共同参考框架草案》的权限基础究竟是《欧洲联盟运行条约》第114条的内部市场,还是《欧洲联盟运行条约》第352条的“保留权限”(reserve competence)?前者须经欧洲议会和理事会多数决的普通立法程序,后者则需在欧洲议会同意下理事会的一致决。

其次,《共同参考框架草案》的主体范围仅涉及经营者和消费者之间的关系,还是仅涉及经营者之间的关系,抑或同时覆盖?

再次,《共同参考框架草案》的空间适用范围仅涉及跨境交易,抑或同时涵盖内国交易与跨境交易?

最后,《共同参考框架草案》是否采用Schulte-Nölke教授提出的“蓝色按键”方法,以特别满足电子商务的需求?④

这场争论的结果在某种程度上在后文探讨的

① 对此问题的概括论述,参见:G. Rühl, 'Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications', ERCL 2013, 61, 该文关注成员国合同法的竞争问题,未涵盖欧盟维度。

② COM (2010) 348 final.

③ C. Herrestahl, 'Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument', EuZW 2011, 7; K. Tonner, 'Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer-Zur Rolle des Verbrauchervertragsrecht im europäischen Vertragsrecht', EuZW 2010, 767; H. Rösler, 'Rechtswahl und optionelles Vertragsrecht in der EU', EuZW 2011, 1; M. Tamm, 'Die 28. Rechtsordnung der EU: Gedanken zur Einführung eines grenzüberschreitenden B2C Vertragsrecht', GPR 2010, 281; J. Cartwright, '“Choice is good” Really?', paper presented at the Leuven conference on an optional contract law, ERCL 2011, 335. 德国汉堡马克斯-普朗克比较法与国际私法研究所的一个工作组进行了深入研究并作出了具体建议,参见: 'Policy Options for Progress Towards a European Contract Law', 2011, MPI paper 11/2 = RabelsZ 2011, 373; N. Reich, 'Revija za evropsko pravo 2012, 5-13, with further references on the questions mentioned below; see also: ESC, position paper on options for a European contract law, OJ C 84/1 of 17 March 2011.

④ 参见: H. Schulte-Nölke, 'EC Law on the Formation of Contract-from the Common Frame of Reference to the Blue Button', ERCL 2007, 348 ff. 作者在文中指出:““蓝色按键”将会成为使得经营者创建欧盟范围内的、遵循同一套规则的在线商店的一项选用性工具。这样的选用性工具将会解决在消费(B2C)、商事(B2B)及纯粹私人交易所产生的大多数问题。顾客在某一网络商店购物时,能够通过点击网页上显示同意适用选用性的欧盟法的“蓝色按键”,从而轻松选择适用选用性(法律)工具。……如果顾客选择了“蓝色按键”,那么这一选用性欧盟法就会排除适用本应根据冲突法规则适用的内国法规则。”这种所谓的“学者模式”的相关批判,参见: H.-W. Micklitz/F. Cafaggi, *After the Common Frame of Reference*, 2010 pp. xxv. 但需注意,在这种模式下,消费者将能够自由决定所适用的法律,而非通常情况下在跨境交易中消费者不得不(根据冲突规则)适用的法律!(但值得关注的是,此种进路下,消费者不会像通常情况下在跨境交易中无权选择所适用的法律,而是能够自由选择所适用的法律!)

《欧洲共同买卖法条例》草案中达到极致。欧盟民事律师所面临的问题，在某种程度上更为细小也更复杂，申言之，《共同参考框架草案》能否用于发展那些仍在形成之中的欧洲民法的“一般原则”，或至少是“软法标准”？《共同参考框架草案》究竟应被作为现行普通法（*acquis commun*），甚或是共同体现行法（*acquis communautaire*）？事实上，尤其在欧盟特有的“诚实信用原则”领域，《共同参考框架草案》自身的某些措辞似乎就对此进路有所暗示。

某种程度上，《共同参考框架草案》是此前欧盟私法整合甚或是法典化项目的后续，这些项目曾广泛援引“原则”概念。由此可见，《共同参考框架草案》使用的“原则”概念较为模糊，适用范围不明，自身价值十分有限。这些“原则”的概念既非以分析欧盟法院判例法为基础，也不具宪法性价值，这一点无论就最初内含于《欧洲联盟条约》或《欧洲联盟运行条约》及其前身条约中的宪法价值而言，抑或就目前《宪章》所含的宪法价值而言，概莫能外。《共同参考框架草案》所使用的“原则”概念主要是一些一般性的私法概念，例如契约严守、情势变更、不当得利和弱势主体保护这些成员国民法规定歧异、甚至规定截然相反的问题提供某种参考，相较于前文分析，其中一些原则（甚至）与规则相混淆。正基于此，兰多委员会起草的《欧洲合同法原则》第1：101（1）条规定“本原则……拟作为合同法的一般规则在欧盟适用。”

《现行私法原则》（*Acquis Principles*）在某种程度上早于《共同参考框架草案》。^[15]《现行私法原则》的基础是消费合同法中的现行指令，根据欧委会关于筹备一部欧盟特有的合同法的提议由法学学者拟定。由于所涉指令性质庞杂且多具强制性，很难与多含任意性规则的一般合同法协调，因此拟定这部议案并非易事。尽管如此，《现行私法原则》曾界定了“五项可能的根本原则”，^[16]即（1）合同作为“给予自然人和法人通过协议自由规制其关系的基本的法律工具”的一般功能；（2）合同拘束力；（3）（与欧盟目标关联）欧洲合同法的一般功能；（4）合同自由及其

限制；以及（5）信息。

上述原则显然将关于合同法目标的不尽精确的表述，做成了十分一般、不特定的规则。它们可能有助于解释某一立法，但却无法用于解释和填补现行欧盟立法或成员国法转化中的空白，故后文不做讨论。

2008年公布的《共同参考框架草案》临时纲要版出人意料地将正义、自由、保障人权、经济福祉、（促进）团结和社会责任、构建自由、安全和公正的区域、促进内部市场（发展）、保护消费者和其他需要保护的主体、保护文化和语言的多样性、理性、法的确定性、可预见性、效率、保护合理信赖以及合理分配制造风险的责任这十五项内容列为“原则”。

上述原则排列并无先后顺序。这一看似随意的原则“清单”的价值仍存争议。^[17]法国亨利·卡比当协会（*Association Henri Capitant*）建议将之缩减为合同自由、合同安全及合同诚信三项指导。^[18]

2008年临时纲要版《共同参考框架草案》中的原则也由于仅与合同法相关而招致批评，所列举的原则并不穷尽，更倾向于具有描述功能。^[19]2009年《共同参考框架草案》最终版将根本原则缩减为自由、安全、正义和效率四项原则。^[20]

2009年最终版的《共同参考框架草案》根本原则的下级标题中增加了更详细的下位“原则”。例如，“自由”项下有一节是“合同自由：起点”，这显然将意思自治视为一项指导原则：

“作为一项规则，自然人和法人应当自由地决定是否订立合同。他们还应当自由地决定合同条款。……正常情况下，合同自由和合同正义并不矛盾。事实上，一直有观点认为，某些情况下，合同自由本身就导致了合同正义。”^①

此外还有诸多其他“下位原则”，它们有时十分详细，看上去更像是措辞宽泛的规则。

2009年版本还增加了一项对首要原则^[21]的描述。例如保障人权、促进团结和社会责任、保护文化和语言的多样性、保护和促进福祉并促进内部市场。

① 原则三：自由——合同自由作为起点。

这些首要原则的法律意义也不明确。它们可能仅是一项政治性和立法性声明,其在法律争议中的价值有限,对当事人分歧几无解释力。

另外,《共同参考框架草案》的规则赋予了诚实信用原则重要意义。^[22]

作为上述简要分析的结论,笔者认为,《共同参考框架草案》中对欧盟民法原则的讨论有些矛盾,令人困惑。

(三) 欧盟法院判例法对《共同参考框架草案》的选择性参引?

有观点认为,《共同参考框架草案》仅是立法工具箱,也有观点将之视为立法和法律适用的灵感源泉,但即便《共同参考框架草案》的法律地位不明,欧盟法院多位佐审官已在与欧盟民法相关的案件意见书中对之加以援引。其中尤值得关注的是, *Martin* 案、^① *Friz* 案、^② *VB Penzügi Leasing* 案^③ 及 *Messner* 案^④ 中,佐审官 *Trestenjak* 明确援引《共同参考框架草案》关于消费合同中公平、滥用和救济概念的若干规定。类似地,佐审官 *Poiarés Maduro* 在 *Hamilton* 案^⑤ 意见书中援引了《共同参考框架草案》的前身《现行私法原则》。^[23] 欧盟法院虽未明确采纳这一进路,但即便如此,如前所述,欧盟法院后续若干判决中援引了诸如诚实信用、不当得利以及权利滥用等“民法(一般)原则”,由此避免仅正式适用保护性规定所导致的对弱势主体的“过度保护”。

由于本文界定的“一般原则”与欧盟基础性法律或《宪章》并不包含的宪法宣告关联,(这些宪法宣告)需与其他宪法性权利和原则平衡,因此,笔者所用的方法论进路在某种程度上有所不同。笔者将讨论,在更广阔的方法论背景下解释适用欧盟民法这种“另类”的方法论进路,是否也能指向形成中的“诚实信用”原则?

三、《可行性研究》和《欧洲共同买卖法》

(一) 《欧洲共同买卖法》的产生

欧委会在多年来象征性地致力推动欧盟合同法后,甚至尚未等到2010年7月1日《绿皮书》咨询结果出台,便于2010年4月组建了一个专家组研究制定一部欧洲合同法的选用性工具的可行性。^⑥ 仅一年后,专家组以破纪录的速度于2011年6月3日(向欧委会)提交结果,^⑦ 提交《欧洲共同买卖法》草案建议稿。这份草案包括了一般合同法的规定和消费合同的特殊规定(多为强制性规定),同时也包括像损害赔偿、恢复原状、时效等一般性和多为任意性的债法规则。该草案的短期反馈咨询期截至2011年7月1日。2011年10月11日,欧委会再次以破纪录的速度公布了草案,其速度之快使得相关的深入讨论几无可能。

究竟应如何着手研究《欧洲共同买卖法》草案这一冗长复杂且(结构)多层的文件?欧委会已或多或少地采纳了专家组草案内容并有所修改,2011年5月3日《可行性研究》中未规定的数字内容,欧盟2011年《消费者权益指令》第2条第11款,第5条第1款第g项及第6条第1款第r项和第s项界定了数字内容并包含一些针对信息的规定,《欧洲共同买卖法》对数字内容进行了规定。作为一项具有欧盟特色的选择性工具草案,《欧洲共同买卖法》由条例与附件构成双层结构,即:

其一,条例(正如欧盟法律工具中常见的,条例中还包括一项解释性备忘录和序言)将会覆盖“一般性的欧盟法事项”,即所谓的帽子(chapeau)规则,例如该法律工具的目标、法律

① Case C-227/08 [2009] ECR I-11939, opinion of 7 May 2009, para 51.

② Case C-215/08 [2010] ECR I-2947, opinion of 8 September 2009, para 69 at note 62.

③ Case C-137/08 [2010] ECR I-10847, opinion of 6 October 2010, para 96 at note 54.

④ Case C-489/07 [2009] ECR I-7315, opinion of 18 February 2009 at para 85.

⑤ Case C-412/06 [2008] ECR I-2383, opinion of 21 November 2007, at para 24.

⑥ Commission Decision [2010] OJ L 105/109.

⑦ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf; 载于: R. Schulze/J. Stuyck (eds.), *An Optional Instrument for EU Contract Law*, 2011; 其中《可行性研究》刊印于第217页及以下页码。

基础、定义、适用范围、消费合同中公平透明的“选入”程序的协议及其实施，成员国义务和剩余权力及其他技术事项。

其二，附件一包含《欧洲共同买卖法》的（共计186条）具体规定，附件二是最终消费者选择适用（《欧洲共同买卖法》时，经营者必须向其提供）的标准信息备注；附件不含任何序言或释义。

（二）《欧洲共同买卖法》的结构

本文仅简述条例的帽子规则和附件一的结构和基本内容，而对其中的核心规定或仍具争议的部分不做深入讨论。^[24]除了比例原则下的一项结构性批判之外，笔者还将审视该法对改善欧盟商事及消费关系中民事立法的潜在贡献，鉴于该法没有对消费者之间的关系、劳动法和非歧视法做出规定，因此对此不做讨论。

笔者认为：

第一，《欧洲共同买卖法》理应属于《欧洲联盟运行条约》第114条意义上的一项以建立和运行内部市场为目标的立法措施，需经理事会和欧洲议会多数决的普通立法程序，由于《欧洲联盟运行条约》第352条意义上的权限规范（采欧洲议会同意后，理事会一致决的方式立法），欧洲议会和理事会程序上的地位并不平等，因此欧洲议会对此种权限规范一贯持反对态度，所以，《欧洲联盟运行条约》第114条这一立法基础自然为欧洲议会所赞成。^①根据《欧洲共同买卖法》的立法说明，其立法正当性在于，草案消除了“因内国法歧异，尤其是经营者跨境交易产生的额外交易成本及需面对的复杂法律状况，以及消费者在别国购物时不熟悉（当地成员国法所赋予的）权利，这阻碍了基本自由的行使，上述种种都直接影响了内部市场的建立和运行并限制了竞争”。^②

第二，《欧洲共同买卖法》的主体适用范围有限，仅适用于经营者与中小企业缔结的合同或消费合同。前者系商事合同一方主体为该法第7条第2款界定的中小企业，成员国亦能扩展中小

企业的范畴；后者根据欧盟现行法对消费者概念的狭义界定，“消费者”指那些“不以贸易、交易、工艺或职业为行为目的的任何自然人。”有别于欧盟新颁布的《消费者权益指令》序言第17项（2.1）和《共同参考框架草案》，法案对消费者的定义将排除适用绝大多数的双重目的合同。^[25]欧洲议会法律事务委员会在2013年2月18日的报告草案中，欲扩展消费者定义为“就双重目的合同而言，若订立合同部分以经营为目的、部分不以经营为目的，且就合同整体而言，经营并非合同主要目的，此种缔约主体也应被视为消费者”。

第三，根据《欧洲共同买卖法条例》草案第13条第a项，该草案应适用于跨境交易，但也存在成员国使之适用于纯粹境内交易的可能性。但是，经营者与消费者缔结的合同中，《欧洲共同买卖法条例》草案第4条第3款则对跨境交易要素界定得十分宽泛，合同是否跨境取决于消费者指定的地址（不论与其惯常居所是否相同）、交货地址或账单地址。因此，草案并不限于“蓝色按钮”概念构想下的远程合同或电子商务合同。这意味着，德国的消费者和一个设立于德国的公司当面订立合同，但将于法国交付的情况下，除了通常适用的德国法外，当事人还能特别地选择适用《欧洲共同买卖法》。^[26]这对消费者或经营者有吸引力吗？当合同主体习惯于依其法律传统订约时，也未建立与跨境要素的真正联系，唯一例外是将境外交付地这种十分表面的要素作为合同履行的一部分，事实上正常情况下境外交付地这一冲突法事项并不影响应适用的法律，既然如此，为何要允许适用《欧洲共同买卖法》这种“未知之旅”呢？有鉴于此，欧洲议会法律事务委员会在2013年的3月18日的报告草案中，欲将《欧洲共同买卖法》的适用范围限于电子合同。^[27]

第四，《欧洲共同买卖法》的实质适用范围仅包括动产销售、数字内容和与货物销售关联的服务合同，不包括像《欧洲共同买卖法条例》草

① 参见：ECJ case C-436/03 *EP v Council* [2006] ECR I-3733, para 43-44, 该案争点是，欧洲合作社曾以《欧洲联盟运行条约》第352条为法律基础创建，这一法律基础受到欧洲议会质疑，该案以欧洲议会败诉告终。

② 解释性备忘录，第9页，类似的参见序言第4项至第6项说明。

案第6条第2款具有信贷要素的某些特定的混合合同。^①倘若经营者提供了延期支付或类似财务融通手段,法案的实质适用范围使得适用该法案既无吸引力,甚至不具可行性。

第五,消费交易适用《欧洲共同买卖法》取决于《欧洲共同买卖法条例》草案第8条和第9条所规定的十分复杂、分散的信息与通知要求,同时取决于附件二界定的对消费者的警告。为避免当事人仅选取最有利的规定,当事人只能选择整体适用《欧洲共同买卖法》(第8条第3款)。这种严格的规定无疑与鼓励消费者约定适用《欧洲共同买卖法》背道而驰。由于经营者选择适用法案后,将无法使用格式条款,所以这些规则对经营者不具吸引力。合同将会被分割为关于适用《欧洲共同买卖法》的协议以及在《欧洲共同买卖法》框架内有关合同条款的协议两部分。^[28]问题是,对经营者与中小企业缔结的合同应如何适用法案问题,法案未予明确,那么于此可以适用《罗马条例I》第3条吗?《欧洲共同买卖法条例》草案帽子规则序言第10条似乎排除适用《罗马条例I》,但 Flessner^[29]正确指出,《欧洲共同买卖法》一旦被选择适用,就将优先成为《欧洲联盟运行条约》第288条意义上的条例,并将在其适用范围内不再顾及与之冲突的内国法规定。

第六,除非遵循 Flessner 的论点,否则《欧洲共同买卖法》与欧盟现行法、与《罗马条例I》第6条第2款下强制性内国消费者保护法之间的关系可谓毫不明确。欧委会仅简单述及“由于《欧洲共同买卖法》包含一整套完全统一的强制性消费者保护的规定,所以倘若当事人选择适用本法,那么成员国法律在该领域将不存在任何歧异。相应地,《罗马条例I》第6条第2款建立在成员国消费者保护水平歧异的假设之上,因此该款规定对于本法覆盖的事项而言没有实际意义。”但由于《罗马条例I》第6条第2款针对的是区分消费者保护的成员国规定,与欧盟规定无涉,因此,欧委会的前述表述似乎有误。欧盟条例在欧盟法的框架下能被“内国化”为与现行成员国

合同法平行的第二种合同法制度似乎是难以想象的,正如法案序言第9条似乎暗示的“《欧洲共同买卖法》并不是通过要求修改现行成员国合同法的方式,而是通过为各成员国法创建第二种合同法制度的方式来协调成员国合同法。这种第二种合同法制度,应在全欧盟统一,并与现行内国合同法规定并存。”《欧洲共同买卖法条例》草案如何能在转化为“第二个”内国制度后,即作为第二十八个(或在克罗地亚入盟后成为第二十九个)制度后,仍能维持欧盟法的“统一性”?笔者认为,适用《欧洲共同买卖法》就将优先于包括《罗马条例I》第6条第2款项下的强制性消费者保护规定在内的内国法规定适用的观点,似乎更具说服力。然而,在《罗马条例I》第9条第1款和第2款^②项下法院地法中的所谓的“优先适用的强制性条款”领域,成员国拥有广泛的自由裁量权总受到欧盟基础性法律的限制,因此,前述优先适用的强制性条款不会因《欧洲共同买卖法》而被束之高阁。

第七,前文述及的适用范围内,《欧洲共同买卖法》中的各部分包含了针对“经营者与中小企业缔结的合同”和“经营者与消费者缔结的合同”的十分详细的规定。对《欧洲共同买卖法》进一步的分析表明,其与“经营者与中小企业缔结的合同”相关的规定多为具有某种“微观保护”中小企业的任意性规定,例如诚实信用(第2条第3款)、对欺诈的救济(第56条第1款)、显失公平合同条款(第81条和第86条)、损害赔偿(第171条)以及时效(第186条)。而消费者保护规定则被认为是强制性规定,即便像对错误的救济(第56条第2款)、不利解释(第64条)、源自先合同声明的合同条款(第69条)、不定期合同(第77条第2款)、不公平条款的黑色和灰色清单(第84条和第85条)、迟延付款的利息(第167条)以及恢复原状(第177条)等一般合同法事项也不例外。不言而喻,《欧洲共同买卖法》包含两类截然不同的规定:“经营者—中小企业”交易中多为任意性规定,而“经

① 欧洲议会法律事务委员会报告草案欲纳入上述合同,参见: Busch, EUVR 2013, 34。

② Case C-369 + 376/96 *Arblade* [1999] ECR I-8453, para 30; 对其解释,参见佐审官 Wahl 2013年5月15日的案件意见书: case C-184/12 *Unamar v Navigation Maritime Belge*。

营者—消费者”交易中则多为强制性规定。由于《欧洲共同买卖法》狭义的消费者概念无法像现行法那样可由成员国加以扩展，上述两类规定就会导致针对该法主体适用范围的争议继续延续。这种规范的混合结构对进一步分析《欧洲共同买卖法》的权限问题而言意义不大，但对后续论述的《欧洲联盟条约》第5条第4款项下的合比例性标准而言则十分重要。

(三)《欧洲共同买卖法》的混合合同法性质

关于《欧洲共同买卖法》的法政治论辩集中于如下五项争点：^①（1）欧盟法的权限基础是《欧洲联盟运行条约》第118条还是第352条。（2）“选入”（opt-in）的方法、技术及对内国法的影响。（3）关于法的连贯性和确定性的对诸规定的详细分析，有时明确参引现行内国法，以及包括欧盟法律事务委员会2013年2月18日草案报告中已在某种程度上有所提及的改进建议。（4）强制性规定和任意性规定的关系，多出现在“经营者—消费者”交易之中，其中包括《欧洲联盟运行条约》第12条或第169条或者《宪章》第38条下（对消费者的）特定保护水准是否足够（或不够）“高”？（5）相反，对消费者的保护水准是否可能因“过高”而导致经营者不愿在“经营者—消费者”交易时选择适用《欧洲共同买卖法》。^②

坦率而言，笔者对上述论辩无甚兴趣，原因在于，该论辩并未就前文论述的一项更为重要的问题做出回答，即经营者、中小企业、消费者以及其他跨境交易参与者这些利益相关者、成员国及欧盟本身真的需要《欧洲共同买卖法》这一法律工具吗？^③这一法律工具的必要性审查与权限基础有所不同，但却须符合《欧洲联盟运行条

约》第114条或第352条项下的所有（立法）举措，否则就不会在《欧洲联盟条约》第5条第4款进行单独规定了。目前欧盟法院正在适用的前提条件十分宽松的“显失比例”基准，笔者已于前文提及。

笔者后续将论证，无论是“经营者—中小企业”交易，抑或“经营者—消费者”交易，连同欧洲议会法律事务委员会最近的提议在内，《欧洲共同买卖法》并无必要采取选用性工具形式。就前文所述的“避免不必要贸易限制”和“保障足够高消费者保护水平”这一双重标准而言，符合该标准的内部市场其他适当缔约机制已经存在或可从现行欧盟法获得。这使得《欧洲共同买卖法》有所多余，即便《欧洲共同买卖法》在立法程序上持“对消费者或用户更友好”的立法态度，即便它能克服大量著述所争论的某些技术缺陷，甚至即便欧委会所期盼的“法律规制的市场”^[30]将会被接受或者频繁使用该法也是如此。一些关于合同的现实主义观点似乎有益于“必要性”审查的讨论：多数情况下，积极的合同主体将会提议所适用的法律制度。经营者与消费者交易时，经营者通常属于积极提议一方，而消费者只能被动选择，Schulte-Nölke^[31]提出的消费者可依其喜好使用“蓝色按键”的想法似乎有些牵强。经营者与中小企业缔约时，通常由强势一方设定合同条款，除非中小企业处于特别有利的处境，否则经营者通常是合同强势方。^[32]

1. “经营者—中小企业”跨境交易并无必要采纳《欧洲共同买卖法》

然而，即便根据“显失比例”基准也能质疑，欧委会并未阐明，《欧洲共同买卖法》为何

① 持批判态度的多数论辩文献已很难获得，仅示例如下：special issue of Vol. 8 ERCL 2012, Vol. 4 ZEuP 2012; Vol. 212 AcP 2012; ERPrL 2013, 1; H. Eidenmüller et al., ‘Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht’, Juristenzeitung 2012, 269; C. Wendehorst/B. Zöchling-Jud (eds.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, 2012. 欧洲法律学会已经公布了对《欧洲共同买卖法》的修改改进版，参见：statement of ELI on the proposal of the Regulation for a CESL, 2012; first supplement of 25 July 2013. 持十分怀疑观点的学者则参见：Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*; 2nd ed. 2013, p. 203 (该部分主要针对权限问题)，204 (该部分针对经济与文化问题)。

② 这一点主要受到具有（行为）法学或法经济学背景美国法律学者的诟病，参见：D. Caruso, *American JCompL* 2013, 479 at pp. 486.

③ 相关批判，参见：C. Twigg-Flesner, ‘Debate on a European Code of Contracts’, *Contratto e Impresa Europa* I-2012, 157.

应同时涵盖诸如订立合同、欠缺合意及合同解释这些并非买卖（及关联服务）法所特有的一般合同法事项；为何覆盖了像损害赔偿、恢复原状和时效等债法总则的特定领域，另一方面却将代理、能力和合法性这些重要规定留待所适用的成员国法规定。《欧洲共同买卖法》关于商事交易的规定多系商事交易中的任意性规定，当事人能够通过协议更改；仅极少数规定包含尤其能被中小企业（但并非专属于）援引的强制性规范。目前无证据表明，这些在诸成员国歧异、较为宽泛和一般性的规则会对跨境交易产生影响。于此，即便欧委会官员的影响评估或许符合欧盟法院的“显失比例”基准，也极具投机性。

不管怎样，经营者与中小企业交易中，交易主体可以依据《罗马条例 I》第 3 条（合同主体的）选择自由来解决最终的内部市场问题，不过同时受到该条第 3 款和第 4 款强制性规定的限制。特别针对跨境商事买卖法的规定中的多数规定已见诸《联合国国际货物销售合同公约》，该公约既可基于第 1 条第 1 款第 a 项的“选出”机制适用，对英国、爱尔兰、葡萄牙和马耳他这些非公约缔约国的经营者而言，也可基于第 1 条第 1 款第 b 项的“选入”机制适用。诚然，《联合国国际货物销售合同公约》并未关注一般交易条款此种经营者之间的商事交易，尤其是经营者与中小企业交易中的重要事项。但欧盟合同法立法中，这一缺陷能借助特殊立法轻松解决，无须依赖“选入”机制。

而且，欧盟并非《联合国国际货物销售合同公约》缔约国，欧盟法院也无明确权力解释公约，但是，如果显示公约与欧盟法存在联系，欧盟法院则可援引公约并由此进行间接解释。^①但问题仍挥之不去，内部市场“经营者—中小企

业”交易中，欧委会适用交易主体固有的、已积累丰富法律经验与知识的机制，就能提高法的确定性，那为何还要对相关事项的跨境交易做二级立法呢？将跨境交易区分为国际与欧盟两个层面非但不能像欧委会所承诺的那样，使当事人权利义务更加清晰，反将使交易更为复杂，既然如此，欧委会又为何要进行人为分割？因此，“必要性”基准下，欧盟是否有权通过采纳现有的或改进版的《欧洲共同买卖法》或类似机制来规制经营者与中小企业之间的跨境买卖（及关联服务）交易？这似乎十分值得怀疑。^②

《欧洲共同买卖法》“仅”在“经营者—中小企业”交易中选用的论点，并不能驳斥上述批判性分析。与欧盟其他立法并无二致，选用性工具也须符合“必要性”基准。所谓“选用”，仅指该机制特别适用于经营者与中小企业缔结的合同，但与欧盟建议当事人采用该种机制的权限问题全然无关。

欧委会认为，《欧洲共同买卖法》对于节约内部市场缔约的交易成本具有必要性，笔者却以为，结果极有可能适得其反：首先，由于缔约方对《欧洲共同买卖法》第 7 条第 2 款对中小企业概念的不明确性和不确定性这一点可能并不清楚，这在电子交易中尤其如此，因此《欧洲共同买卖法》的主体适用范围很不清晰；其次，《欧洲共同买卖法》排除适用尤其像代理、抵销和违法等诸多合同法重要议题，因此实质适用范围极其有限，无论通过法律选择，还是根据《罗马条例 I》的其他规定，当事人都无法避免援引应适用的内国法；再次，《欧洲共同买卖法》提供了成员国将其适用范围扩展（或不扩展）至经营者与中小企业合同之外的“选项”，这将为成员国合同法制造更多歧异，当事人适用法律的不确定

① C-381/08 *Car Trim v Key Safety* [2010] ECR I-1255 案件判决第三十六段对《布鲁塞尔条例 I》第 5 条第 1 款第 b 项“履行地”概念的解釋上，法院援引了《联合国国际货物销售合同公约》第 3 条。

② 于此，笔者赞同下文论点：H.-W. Micklitz/N. Reich, *supra* note 53, Part I, paras 14-16, at p. 9; 类似论点参见：A. Stadler, ‘Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des CESL’, AcP 2012, 473 at 489; 有关《联合国国际货物销售合同公约》与《欧洲共同买卖法》在跨境销售中分歧点讨论的详细信息，参见：U. Magnus, in: U. Magnus (ed.), *CISG vs. Regional Sales Law Unification*, 2012, 97, 其中作者在第 121 页提出：“在《联合国国际货物销售合同公约》之外再颁布（像《欧洲共同买卖法》这样的）法律工具，并无现实必要”。M. Loos/H. Schelhaas, ‘Commercial Sales: CESL Compared to the Vienna Sales Convention’, ERPrL 2013, 105, 作者持更积极立场，尤其对格式条款的规定持赞成态度（第 111 页）。

性有增无减。

2. “经营者—消费者”交易是否真的“需要”《欧洲共同买卖法》?

欧盟法院在大量判决中重申, 欧盟和内国法消费者保护规定大多具有强制性, 这使得经营者与消费者交易中的问题更加复杂。^① 跨境交易中, 该问题可援引《罗马条例 I》第 6 条, 根据该规定, 若以与欧盟政策相符的方式解释, 该问题似乎并未构成一项真正的障碍。^[33] 尽管欧盟层面(相关立法)已有所协调, 但成员国消费者保护法歧异的现状, 或许是旨在建立经营者与消费者之间跨境交易统一标准的更连贯统一的欧盟条例立法的理由所在。^② 然而, 《欧洲共同买卖法》的规定须就其内容与形式而言, 存在必要性。笔者认为, 《欧洲共同买卖法》试图规制经营者与消费者缔结合同的特殊问题的规定也不符“必要性”基准, 因为欧盟立法对此已有规定, 而关于远程交易、非固定经营地点交易这些《欧洲共同买卖法》第 17 条到第 19 条, 第 24 条至第 27 条以及第 40 条至第 47 条所规定的问题, 后续的欧盟《消费者权利指令》已进行了完全协调。欧盟法真有“必要”形成双层消费者保护吗? 申言之, (形成)对内部和跨境交易具有强制性, 而同时仅对跨境交易包含“选用性强制规范”的消费者保护, 而这些选用性强制规范并不总能与现行消费者保护制度相协调或适应。

就《欧洲共同买卖法》包含更佳规定或不同规定的上述领域而言, 譬如, 数字内容与合同不符时, 《消费者权利指令》未规定职业经营者的责任, 只有《欧洲共同买卖法》第 100 条至第

105 条有所规定, 对此, 数字内容的消费者或用户保护就不应取决于其是否选择适用《欧洲共同买卖法》, 而应属于实证比例原则下欧盟具体立法创制权的一部分。再如, 产品不符约定时, 《欧洲共同买卖法》和《消费者权利指令》对救济措施的规定不同, 一方面《消费者权利指令》将消费者第一阶段的救济措施限于更换或修理, 未赋予消费者直接拒绝权, 也未赋予出卖人“补正权”(但这可以在最低限度协调原则下通过成员国法引入), 《欧洲共同买卖法》第 114 条第 2 款规定, 出卖人能证明产品未构成重大不符时, 则有补正权。若经营者建议消费者适用《欧洲共同买卖法》且消费者同意的, 经营者将会默示放弃其“补正权”, 而且与英国法类似, 货物与合同重大不符时, 消费者有权立即拒绝。^[34] 毫不奇怪的是, 这种对消费者保护的加强遭到了商界与学界的强烈反对。^③ 另一方面, 若经营者修理或更换的成本可能更高, 直接拒绝难道不是跨境交易唯一现实的救济措施吗?^[35] 最后, 这一救济方式为何取决于是否选择适用像《欧洲共同买卖法》这样的“一般消费者”通常无法获得的保护水准的复杂法律工具? 为何经营者不能通过自愿市场行为提供一项即时拒绝权, 或许以与消费者协会协商的软法机制实现? 这真的“需要”一项法律工具吗?^④

此外, 《欧洲共同买卖法》的一些规定似乎降低了《消费者权利指令》或欧盟法院判例法确保的消费者保护水平。欧盟法院在 *Quelle* 案判决中明确确认, 《消费品买卖指令》中的救济措

① 佐审官 Trstenjak 于 2009 年 11 月 29 日做出的案件意见书中 (C-453/10 *Jana Perenicova et al. v S. O. S. finac* [2012] ECR I - (15. 3. 2012), paras 42 - 45) 已对该判例做出详细分析, 相应评论参见: H.-W. Micklitz/N. Reich, *EuZW* 2012, 126。

② 这是 C. Twigg-Flesner 的主要论点, *A Cross-Border Regulation for Consumer Transactions in the EU-A Fresh Approach to EU Consumer Law*, 2012, 46。

③ G. Wagner, ‘Ökonomische Analyse des CESL’, *ZEuP* 2012, 794 at 820, 文中作者从经济效率的角度加以批判, 但忽略英国法不计, 英国法规定了消费者的拒绝权但未赋予出卖人以补正权; 没有证据证明存在机会主义行为, 参见: G. Howells/S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, 2005, para 3. 6. 2; R. Anderson, ‘UK Sales: Loss of the Right to Reject Goods, Judgment of the Scottish Outer House of 5 Feb. 2010’, *ZEuP* 2011, 655。法律事务委员会报告草案欲将消费者行使拒绝权的期限限制在交付后六个月内, 消费者需在发现货物与合同重大不符后 30 日内提出。

④ 相关提议见欧洲消费者协会 (European Consumer Association BEUC) 的研究报告, 参见: G. Howells/H.-W. Micklitz/N. Reich, *Optional Consumer Law Standards for Businesses and Consumers*, 2011。

施以消费者保护为主旨,^① 欧盟法院在 Weber/ Putz 案中中对合同未明确约定时, 出卖人是否应承担与合同不符的货物的拆除与重装费用问题予以明确。^② 有别于佐审官 Mazak 的观点, 欧盟法院在 2011 年 6 月 16 日的判决中认为, 由于出卖人交付了与合同不符的产品, 那么只要拆除与重装费用符合比例, 就应由出卖人承担上述成本。目前尚不明确, 《欧洲共同买卖法》是否会接受欧盟法院的前述观点, 至少消费者被鼓励或“说服”选用《欧洲共同买卖法》(这通常并不取决于消费者选择, 而取决于经营者让消费者要么接受, 要么不进行交易的营销策略) 时, 消费者并不确信自己是否会获得和现行法同等水平的保护。更成问题的是, 《欧洲共同买卖法》第 112 条第 1 款的规定似乎对 Weber/ Putz 判决的法律后果有所限制, 仅规定出卖人需自担费用取回被替代物, 对出卖人需承担重新安装货物的费用问题未作规定。^[36]

因此可以质疑, 倘若《欧洲共同买卖法》的消费者保护水平低于《消费者权利指令》, 通过消费者选择适用《欧洲共同买卖法》, 并不能免除《欧洲联盟运行条约》第 114 条第 3 项、第 169 条及《宪章》第 38 条规定的欧盟通过内部市场举措, 来确保对消费者的高水平保护的义务, 《欧洲共同买卖法》序言第 11 项也提到了欧盟的上述义务。《欧洲共同买卖法》的“选入”机制将在欧盟创设不同的消费者保护水平, 如果无法通过内部市场的必要要求予以正当化, 那么有悖于《宪章》第 21 条和《欧洲联盟运行条约》第 12 条的非歧视原则。《欧洲共同买卖法》“选入”机制下, 消费者可能会被“剥夺指令所保障的保护(水平)”, 这与最近颁布的《消费者权利指令》序言第 58 条相悖。即使消费合同主体选择适用《欧洲共同买卖法》中的任意性规定和关于一般合同法的强制性规定, 由于《罗马条例 I》第 3 条和第 6 条第 2 款的冲突法规则下的经营者

自由选择权与等价原则具有不给经营者增加不必要负担、同时保护消费者的长停键功效, 因此, 选用性工具的需求仍不存在。^[37] 经营者总能通过自愿同意更高水平的消费者保护, 来避免受到消费者本国保护规定之桎梏。此处不存在监管缺口, 因此无需通过允许当事人在欧盟选择适用《欧洲共同买卖法》来填补缺口。

综上, 即便《欧洲共同买卖法》能以现行欧盟法的权限规定, 尤其是《欧洲联盟运行条约》第 114 条为法律基础, 似乎可以质疑, 该法的两项核心要素, 即规范内部市场的“经营者和中小企业”以及“经营者和消费者”之间的跨境交易, 并不符合《欧洲联盟条约》第 5 条第 4 款的比例基准之下的必要性基准。

首先, 经营者与中小企业缔结的合同中, 由于当事人意思自治盛行, 中小企业亦存在选择适用《联合国国际货物销售合同公约》的可能性, 故而引入《欧洲共同买卖法》并无必要。《欧洲共同买卖法》未于规范的领域总有必要援引内国法, 因此, 《欧洲共同买卖法》非但不能本着内部市场精神来简化跨境交易, 反将使跨境商事交易更加复杂。

其次, 经营者与消费者缔结的合同中, 并无必要采纳选入性工具, 原因在于, 这可能会诱使经营者排除欧盟基础性和派生性规定中的强制性消费者保护规定, 未作协调的成员层面所余留的相互歧异的消费者保护规定似乎并不会构成跨境营销的一项显著障碍, 并且, 内国法的歧异规定可以通过适用与内部市场相符的《罗马条例 I》的冲突规则予以平衡。

即便《欧洲共同买卖法》符合必要性基准, 它也不符合欧盟法院发展的、用以控制欧盟(立法)举措^③的连贯性基准。这归咎于《欧洲共同买卖法》对“经营者与中小企业缔结的合同”和“经营者与消费者缔结的合同”区分的随意性,

① Case C-404/06 *Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen* [2008] ECR I-2685, 《欧洲共同买卖法》第 112 条第 2 款对此予以确认。

② 参见合并审理案件 C-65 + 89/09 *Weber and Putz* [2011] ECR I-5257, 该案结果与佐审官 Mazak 2010 年 5 月 18 日的案件意见书观点不同, 相关内容参见: J. Luzak, *EUVR* 2012, 35。德国的后续案件则参见德国联邦最高法院 2012 年 12 月 21 日的判决: *NJW* 2012, 1073。

③ 参见: C-239/09 *Tests - Achats* [2011] ECR I-773, para 21。

归咎于该法在主体和实质适用范围界定的不清晰,归咎于该法给予了成员国选择的可能性,这非但无法像序言所承诺的那样帮助消除歧异,反将加剧内部市场合同法的歧异。

四、欧盟反身性合同治理中的开放式协调方法、趋同和改进立法

对《欧洲共同买卖法》这一选用性工具立法进路的批判,并不意味着此种立法进路一无是处。这就涉及对“合同治理”议题的更宽泛的讨论。Möslein 和 Riesenhuber 在一篇基于比较研究所做的与“公司治理”模式相关的概述文章中,^[38]区分了对于实务与研究意义重大的合同治理的如下四类领域:

1. 合同法治理: 合同法规则制定的制度框架;
2. 合同治理: 合同法作为私人交易的制度框架;
3. 通过合同法的方法治理: 将合同法作为引导行为、实现规制结果(合同法的规制功能)的一项工具来设计;
4. 通过合同治理: 合同作为一项制度框架和私主体自我引导的一项机制。

在讨论改进欧盟民事立法的背景下,合同治理的上述第1项和第3项内容尤其意义。《欧洲共同买卖法》是以前学者的比较法研究,尤其是《共同参考框架草案》为基础形成的。《共同参考框架草案》不仅能在不正式立法的情况下,

作为工具箱使用,还能作为一种软法机制,为目前欧盟出现的、不具有强制性(规制的)合同法问题提供及时、合法的解决方案。《共同参考框架草案》虽不是一种法律渊源,但肯定是一种灵感来源。有赖于此,欧盟法院受理的与私法相关的案件中,多位佐审官将《共同参考框架草案》作为与欧盟相关的解决方案的来源。佐审官 Trstenjak 在 2012 年 2 月 14 日发表的 Camino 案意见书^①中指出,近来欧盟有关《欧洲共同买卖法》的立法举措将“对消费者保护法领域的未来发展产生重大影响”。笔者不就这一观点的正确性作进一步讨论。即使如此,欧盟民法一般原则在缺乏正式立法法律基础之上的“增量式发展”的背后,并无欧委会的政治承诺,^②它接近欧盟法院前任佐审官 van Gerven 所谓的“开放式协调方法”。^[39]

合同法的规制功能广泛(也有观点认为其过于广泛)^③体现在《欧洲共同买卖法》关于“经营者与消费者缔约”的大量强制性规定和关于“经营者与中小企业缔约”极少数强制性规定之中,但这种规制功能完全取决于合同强势方(通常是经营者,而非消费者或中小企业)选择适用《欧洲共同买卖法》。合同强势主体的“强制”规制以其自己选择受到规制为前提,这种结果在某种程度存在矛盾,但这并不会使《欧洲共同买卖法》失去必要性。《欧洲共同买卖法》能够成为欧盟及成员国改进立法,尤其是法院裁判改进法律适用的一项工具,^④亦可成为经营者和消费者

① Case 618/10 Camino, see supra 4.17.

② 对这一发展的全面分析,参见: M. Hesselink, ‘The general principles of civil law: their nature, role and legitimacy’, in: D. Leczykiewicz/S. Weatherill et al. (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013, 131 at 175; M. Safjan/P. Miklaszewicz, ‘Horizontal effect of the general principles of EU law in the sphere of private law’, ERPL 2010, 475; A. Hartkamp, *European Law and National Private Law*, 2012, 109; 但持更为批判立场的,参见: S. Weatherill, ‘The “principles of civil law” as a basis for interpreting the legislative *acquis*’, ERCL 2010, 74; J. Basedow, ‘The Court of Justice and private law: vacillations, general principles, and the architecture of the European judiciary’, ERPL 2010, 443.

③ 参见: S. Grundmann, ‘Kosten und Nutzen eines Europäischen Optionalen Kaufrechts’, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 2012, 502。这篇文章在 2012 年 4 月 20 日至 21 日在德国科隆召开的德国民法学协会的特别会议上提交。

④ 参见: M. Hesselink, ‘A Toolbox for European Judges’, in: A. Neergaard et al. (eds.), *European Legal Method*, 2011, 185, 作者在文章中区分了欧洲的、传统的和政治的方法;因其法律性质不明(不尽成熟)而受到批评,参见: H. Eidenmüller et al., *JZ* 2012, 259 at 288.

团体协商践行“更佳合同”的灵感来源。无论是《共同参考框架草案》，还是作为“公平缔约”纲领的《欧洲共同买卖法》及其后续法律工具在内的法律工具，其真正价值即在于此。作为一种“公平缔约”纲领，《欧洲共同买卖法》还需通过欧委会报告跟进其实效与缺陷，改进数字内容规则之需（《欧洲共同买卖法》第100条至第105条）并升级不公平条款的“黑色”和“灰色”清单（《欧洲共同买卖法》第83条至第87条）。

与前述第1种和第3种合同治理模式相关，欧委会可以像2010年7月1日《绿皮书》所提出的第三种方案那样，提出一项建议并就该建议及其在“合同法领域”是否受到采纳定期报告。应予铭记的是，甚至是欧盟法院似乎也认可了Alassini案^①中欧委会建议的间接法律价值。

五、从两则示例看欧盟民事立法中的“实证比例”原则

（一）商事合同中的不公平条款

目前的欧盟立法，尤其是《关于消费合同中不公平条款指令》尚未排除适用商事合同中的不公平条款。《迟延支付指令》^②（扩展了此前的《关于打击商事交易中迟延支付的指令》^③）第7条关于“不公平合同条款及实践”的规定是一项例外，规定：

（1）成员国应规定，与付款日/期、迟延支付利率或赔偿费用相关的合同条款或惯例是可执行的，或者，当条款对于债权人而言显失公平时，可以主张损害赔偿。

在确定某一合同条款或惯例是否对债权人构成显失公平……需考量一切情势，包括

- 任何严重背离良好商业惯例，与诚实信用、公平交易相悖；
- 产品或服务的性质；
- 债务人是否有客观理由背离迟延制度的法

定利率……

（2）第1款所称的排除迟延支付利息的合同条款或惯例，应被视为显失公平。

（3）第1款所称的排除赔偿费用……的合同条款或惯例，应推定为不公平。

（4）成员国应当确保，为了债权人和竞争者的利益，（采取）现有的恰当、有效的方式，来防止继续使用第1款意义上的显失公平合同条款和惯例。

成员国应在2013年3月16日前完成《迟延支付指令》第7条的转化，该指令首次将显失公平条款概念扩展至商事交易，尽管与有利于债权人的支付条款相比，该概念的适用范围更为有限；并且不包含那些排除责任、允许单方改变合同条款的不利于企业债务人（例如中小企业）不公平条款。

《共同参考框架草案》第II. -9: 401条及后续条款中已经对商事条款“不公平”的概念有所细化。^④第II. -9: 405条将商事合同中的“不公平条款”的概念界定为“严重偏离良好商业惯例，有悖于诚实信用与公平交易”，这与或多或少延续了《消费合同中不公平条款指令》第3条第1款规定的第II. -9: 403条中消费合同“不公平条款”的概念有所不同。第II. -9: 402条包含了一般性的明晰义务（以浅显易懂的语言草拟和传送合同条款——译者注），仅在消费合同中，违反该义务的条款才被认定为不公平条款。

《欧洲共同买卖法》采纳了《共同参考框架草案》中的一些提议。《欧洲共同买卖法》第81条关于不公平条款的规定应当具有强制性，正如前文所述，显然一旦当事人选择适用该法，就会产生十分矛盾的结果。《欧洲共同买卖法》第86条将经营者之间缔结的合同中“不公平”的含义界定为：

1. 经营者之间缔结的合同中，某合同条款仅在下列情形下构成本节意义上的不公平条款：

^① Case C-317/08 *Rosalba Alassini et al. v Telecom Italia* [2010] ECR I-2213, para 40.

^② [2011] OJ L 48/1; 成员国转化期限为2013年3月16日（第12条）。

^③ [2000] OJ L 200/35.

^④ 详细释义参见：DCFR, full edition 2009; 相关批判参见：H.-W. Micklitz/N. Reich, ‘Unfair Terms in the DCFR’, *Juridica Int.* 2008, 58 at 64.

—其构成未经个别磋商条款的组成部分……

—其本质严重背离良好商业惯例，有悖于诚实信用和公平交易

2. 判断合同条款是否构成本节意义上的不公平条款，需考虑以下情况：

—合同标的性质

—合同缔结的环境

—其他合同条款

—合同所依附的其他合同的条款

笔者不欲对此予以评价，只想指出，《欧洲共同买卖法》的上述规定仅限于条例帽子规则第7条所界定的中小企业跨境交易。^[40]当然，这并不意味着此类情形能被一般化到欧盟关于商事合同不公平条款的立法之中，因此，该法依旧沿循《迟延支付指令》中有限的适用范围，仅限于保护债权人。问题是，为什么不应将之延伸到亦需保护的企业债务人（尤其是中小企业）？

（二）《欧洲共同买卖法》帮助改进“经营者—消费者”立法连贯性：数字缔约

《消费者权益指令》首次包含数字内容的规定。指令序言第19条阐释了欧盟针对数字内容的新政策。指令第2条第11款定义：“‘数字内容’是以数字形式制作并提供的数据”。指令第5条第1款第g项和第h项规定了除远程销售合同和营业场所外订立合同之外的合同信息义务，第6条第r项和第s项则规定了远程销售合同和营业场所外订立合同中的类似信息义务。指令第14条第4款第b项和第16条第m项包含了数字内容合同撤回的特殊规则。

《欧洲共同买卖法》采纳并拓展了上述有关数字内容的消费者信息规定，尤其是是否与合同相符、与合同不符情形下的救济措施，并且，作为《欧洲共同买卖法》渊源的专家组的《可行性报告》中并不包含上述规定。然而，这项令人关注的发展不应受到选入机制的限制。恰恰相反，正如前文所述，由于数字内容合同的扩张，^① 对此类合同加以规制实有必要，因此“实证比例”

原则要求其被纳入强制性的欧盟消费者保护立法之中，由此也延续了《消费者权益指令》首创规制数字内容的路径。

与《消费者权益指令》相比，《欧洲共同买卖法》第2条第j项对数字内容的定义更加具体：

“数字内容是指那些以数字形式制作和提供的的数据，不论其是否依买受人定制，包括视频、音频、图片或书面数字内容、数字游戏、软件以及那些可以使现有的软件或硬件个性化的数字内容，包括：

i) 金融服务，包括网上银行服务

ii) 以电子形式提供的法律或金融咨询意见

iii) 电子医疗服务

iv) 电子通信服务和网络以及相关设施和服务

v) 博彩

vi) 用户对新数字内容的创作和对既存数字内容的修正或与其他用户创作的互动。”

《欧洲共同买卖法》第5条第b款似乎表明，欧盟立法者将提供像软件、音乐、视频、电子游戏这样的数字内容视为是一种准买卖合同，而不论其是否具备约因，是否是线上提供或在CD或DVD这样的有形媒介提供。这似乎偏离了知识产权许可的经典进路，因为绝大多数成员国将知识产权许可视为是独立的合同。^② 这一点可以通过现代技术，尤其是通过网络下载使得数字内容“商品化”（物化）来得以正当化，这使得数字内容成为类似传统销售概念的标准化交易的选项。这种新的进路也有一些例外，尤其是金融服务和赌博。

《欧洲共同买卖法》第100条将“与合同相符”概念明确扩展到数字内容。第102条包含了有关第三人权利（请求权）的规则，其中一些是消费合同中的数字内容所特有的规定，即（其例外是第107条关于免费提供数字内容的

① N. Helberger et al., *Digital Consumers and the Law*, 2013, 其中对法律和技术层面作出了大量论述。

② 参见：P. Rott, ‘Extension of the Proposed Consumer Rights Directive to Cover the Online Purchase of Digital Products’, study for BEUC, 2009; U. Grüber, *Digitale Güter und Verbraucherschutz*, 2010; N. Helberger et al., *supra* note 94, at 21. 同时参见2011年为欧委会所作的《关于数字内容合同未来规则的“阿姆斯特丹研究”》的详细内容。

规定)：

—“……数字内容……必须不存在任何第三人的权利或不存在来自第三人的、并非明显不合理的请求权……依据合同法，或在无相应约定的情形下，依据买受人住所所在地的法律，规定……出卖人在订立合同时知道或应当知道；

—仅在消费者知晓(上述权利或请求权时)，出卖人无需承担责任；

—经营者与消费者缔结的合同中不得排除(适用)本条规定。”

不甚清楚的是，通常情况下，出卖人与合同相符的义务是一项严格责任，但在数字内容合同中，却出人意料地取决于出卖人是否具有过错。亦不明确的是，一般合同条款中作为消费者的买受人的使用限制，被《信息社会指令》中所谓的著作权正当化，^①在下载数字内容的合同中，买受人的使用限制可谓相当频繁普遍，该限制需使用“公平性”基准加以评估。^②于此，似乎经常出现权利滥用，但对此需要结合知识产权法和合同法的概念进行单独研究。^[41]

《欧洲共同买卖法》第105条第4款包含了一项有关数字内容升级义务的具体强制性条款，经营者“必须确保数字内容在整个合同存续期间与合同相符”。即使消费者可能对纳入(升级)条款有所预期，由于数字内容升级的权利当然要以其明示或默示条款为前提，因此可以简单通过在合同中省略该条款予以规避。^[42]

尽管《欧洲共同买卖法》第110条规定数字内容买受人享有请求出卖人履行的权利，该法似乎未就与使用数字内容相关的消费合同不履行情况下的特殊救济措施作出规定。其中一些救济措施，例如修理，可能仅与实体商品相关。《欧洲共同买卖法》第114条第2款将非重大不履行的情况下解除合同的权利明确扩展到“供应数字内容”情形之中。

倘若违反数字内容的信息告知义务，《欧洲共同买卖法》第20条第1款第g项和第h项、

第29条第1款规定了经营者应对“因未履行信息义务向对方当事人所造成的所有损失”承担责任，第29条第4款规定，经营者与消费者订立的合同也不得排除适用该规定。《欧洲共同买卖法》条例第2条第c款对“损失”概念做出了定义。另一方面，一旦职业出卖人已经提供了所要求的信息，例如不相兼容(的信息)，消费者将不享有针对出卖人的救济措施。此种信息义务的实际作用在于，它可以作为该法第99条第3款的除外(责任)条款。^[43]

显然，很多其他问题仍未得到解决，其中最重要的就是消费者保护法和著作权法两者间的关系。《欧洲共同买卖法》并未对数字内容私人著作权问题做出任何规定。基于《信息社会指令》第5条第2款b项的著作权，由于成员国对该项规定可以予以选择，因此成员国立法存有歧异。^③ Helberger等学者认为，应当反思这种对消费者合理预期的有限保护^[44]：

“可以认为，在著作权法的分析中，相较于理性消费者预期标准，有关私人著作权的著作权人集中规范更为主流。^[45]”

但实务中真正的问题可能在于除外条款，根据《欧洲共同买卖法》第108条，消费合同中禁止除外条款，但通过反面解释，则在商事合同允许除外条款。这使得目前对交易类型(消费合同/商事合同)的区分更为关键，但网络虚拟世界中判定合同类型几无可能。因此笔者建议，应当增加一条推定，除非交易的商事性质显而易见，否则数字内容合同应受到消费合同规则的规制。

因此，规制数字内容的现行消费合同法应单独包含一项欧盟指令或条例，且该立法应建立《消费者权利指令》以及前文提到的《欧洲共同买卖法》(有所改进的)规定的基础之上。鉴于数字内容合同的混合特性，笔者不建议修正《消费品买卖指令》。

① [2011] OJ L 167/10.

② 关于德国合同条款立法问题的讨论，参见：U. Grüber, *supra* note 90, at 116; G. Lastowka, *Virtual Justice*, 2010, 93, 179 ff.

③ [2001] OJ L 167/10.

六、结论：比例原则作为法律控制和 支持欧盟立法举措之工具

就基本自由或新近发展的基本权利而言，比例原则已经发展为检视成员国立法举措与欧盟法（包括那些对基本权利和自由具有限制效果的合同法强制性规定）是否兼容的最重要的标尺之一。除了欧盟法院所适用的一般性的显失比例基准，对欧盟立法还应适用类似标准，以决定其对于实现基本自由和欧盟基本权利而言，是否必

须。比例原则在欧洲民法，尤其是合同法立法中的严格适用，将产生双重效果：

消极方面而言，正如笔者所批判的，那些超出严格必要性基准的合同法典化的欧盟立法，包括近来创制一部欧盟选用性《欧洲共同买卖法》的努力，将因严格适用比例原则而受质疑。

但积极方面而言，严格适用比例原则要求欧盟为内部市场的发展和/或消费者保护，在存在必要性的领域立法，例如，在商事关系中规定不公平条款，对（广义的）消费合同中的数字内容的规定进行协调。

参考文献

- [1] N. Reich/S. Harbacevica, CMLRev 2003, 615 at 629.
- [2] J. Basedow, *The Law of Open Societies*, 2013, pp. 229.
- [3] E. Hondius, ERPrL 2013, 3.
- [4] T.-I. Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law', ELJ 2010, 166, 172, 177.
- [5] K. Lenaerts, 'The European Court of Justice and Process-Oriented Review', YEL 2012, 3 at 7.
- [6] N. Reich, in: H.-W. Micklitz/B. de Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, 2012, 110.
- [7] N. Jansen, 'Dogmatizing Non-Legislative Codifications', in: R. Brownsword et al. (eds.), *The Foundations of European Private Law*, 2011, 31.
- [8] C. Twigg-Flesner, A Cross-Border Regulation for Consumer Transactions in the EU-A Fresh Approach to EU Consumer Law, 2012, 46.
- [9] C. van Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law-DCFR*, interim outline ed. 2008.
- [10] C. van Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law-DCFR*, full ed. 2009.
- [11] C. van Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law-DCFR*, outline ed. 2009.
- [12] F. Cafaggi/H.-W. Micklitz (eds.), *European Private Law after the CFR*, 2010; H. Eidenmüller et al., 'The CFR for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems', OJLS 2009, 659-708; N. Jansen/R. Zimmermann, 'A European Civil Code in all but name', ELJ 2010, 98; M. Hesselink, 'The CFR as a source of European Private Law', Tulane LRev 2009, 919-971; O. Cherednychenko, 'Fundamental Rights, Policy Issues and the DCFR', ERCL 2010, 39; S. Vogenauer, 'CFR and UNIDROIT-Principles of International Commercial Contract: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law', ERCL 2010, 143; P. Larouche/F. Chirico (eds.), *Economic Analysis of the DCFR*, 2011; G. Wagner (ed.), *The CFR-A View from Law and Economics*, 2009.
- [13] N. Reich, 'A European Contract Law-Ghost or Host for Integration', WisIntLJ 2006, 425 at 437-449.
- [14] Riesenhuber, Sefton-Green, Gutman, Howells, Augenhofer, Maugeri, Meli, Twigg-Flesner, Mak, Gome and Ganuza, Hesselink, Cristas, Cartwright, Rutgers, and Castermans, in the special issue of ERCL 2011, 115-366.
- [15] Acquis Group, Acquis Principles-Contract I, 2007 and later parts.
- [16] Acquis Group, Acquis Principles-Contract I, 2007, at XI.
- [17] DCFR, full edition, Vol. I, at para 12.
- [18] B. Fauvenarque-Cosson et al., *Principes contractuels commun*, 2008.
- [19] DCFR, at para 13.

- [20] DCFR, at para 15; criticism by M. Hesselink, 'If You Don't Like Our Principles, We Have Others', in: R. Brownsword et al. (eds.), *The Foundations of European Private Law*, 2011, 59.
- [21] DCFR, introductory paras 16 – 21.
- [22] M. Mekki/M. Kloefer-Pelesse, 'Good faith and fair dealing in the DCFR', ERCL 2008, 338, taken over a principle from PECL (Article II); criticised in H. Eidenmüller et al., 'The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems', OxfJLS 2008, 659.
- [23] *Acquis Group, Acquis Principles-Contract I*, 2007.
- [24] M. Schmidt-Kessel (ed.), *Der Entwurf für eine Gemeinsames Europäisches Kaufrecht-Kommentar*, 2013; R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) -Commentary*, 2012.
- [25] H.-W. Micklitz/N. Reich, 'The Commission Proposal of a Regulation for an Optional "Common European Sales Law" -Too broad or not broad enough?', EU Working Papers Law 2012/04; www.ssrn-id2013183 [1].pdf, Part I, paras 18 – 22 at p. 12.
- [26] C. Twigg-Flesner, *A Cross-Border Regulation for Consumer Transactions in the EU-A Fresh Approach to EU Consumer Law*, 2012, 76.
- [27] C. Busch, EUVR 2013, 33.
- [28] H.-W. Micklitz/N. Reich, 'The Commission Proposal of a Regulation for an Optional "Common European Sales Law" -Too broad or not broad enough?', EU Working Papers Law 2012/04; www.ssrn-id2013183 [1].pdf, Part I, at 18.
- [29] A. Flessner, 'Der Status des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts', ZEuP 2012, 726.
- [30] S. Vogenauer, ERPrL 2013, 54; B. Lurger, 'A Radical View of Pluralism', in: L. Niglia (ed.), *Pluralism and European Private Law*, 2013, 175; G. Rühl, 'Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications', ERCL 2013, 61.
- [31] H. Schulte-Nölke, 'EC Law on the Formation of Contract-from the Common Frame of Reference to the Blue Button', ERCL 2007, 348 ff.
- [32] C. Twigg-Flesner, 'Debate on a European Code of Contracts', *Contratto e Impresa Europa I* – 2012, 163.
- [33] N. Reich, 'EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument', ERCL 2012, 1 at 21.
- [34] H.-W. Micklitz/N. Reich, *supra* note 52, Part III, paras 16, at p. 79.
- [35] F. Zoll, 'Das Konzept des Verbraucherschutzes in der Machbarkeitsstudie für das Optionale Instrument', EUVR 2012, 9 at 21.
- [36] B. Lurger, 'A Radical View of Pluralism', in: L. Niglia (ed.), *Pluralism and European Private Law*, 2013, 175.
- [37] N. Reich, 'EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument', ERCL 2012, 1.
- [38] F. Möslein/K. Riesenhuber, 'Contract Governance', ERCL 2009, 248 at 260.
- [39] W. van Gerven, 'Needed: A Method of Convergence for Private Law', in: A. Furrer et al. (eds.), *Beiträge zum Europäischen Privatrecht*, 2006, 437, 456 – 460; W. van Gerven, 'Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level', in: F. Cafaggi (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, 2006, 37, 74 – 77.
- [40] H.-W. Micklitz/N. Reich, 'The Commission Proposal of a Regulation for an Optional "Common European Sales Law" -Too broad or not broad enough?', EU Working Papers Law 2012/04; www.ssrn-id2013183 [1].pdf, paras 18 – 26.
- [41] N. Helberger et al., JCP 2013, 44
- [42] N. Helberger et al., *Digital Consumers and the Law*, 2013, at 99 and 109.
- [43] N. Helberger et al., JCP 2013, at 48.
- [44] N. Helberger et al., *Digital Consumers and the Law*, 2013, at 97.
- [45] N. Helberger et al., JCP 2013, at 47.

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)