

# 何谓欧洲民法的一般原则?

## What are General Principles of EU Civil Law?

[德] 诺伯特·赖希

Nobert Reich

金晶译

JIN Jing

(本刊首发)

**【摘要】** 欧盟法的一般原则一直被视为不成文法的一部分。乍看之下,欧洲民法一般原则的起源、存续和功能似乎都值得质疑。欧洲民法由大量不成体系、不相连贯的强制性规范和例外性的缺省性规范组成,故一般原则之发展,须将欧洲民法视为功能导向的管制性法律。有限自治原则、弱势主体保护原则和非歧视原则属于欧盟合同法的一部分;有效法律保护原则和等效原则多与程序事项相关;平衡冲突利益原则和比例原则主要与方法论问题关联;诚实信用原则可能只是一项形成之中的原则。欧洲民法一般原则的发展取决于欧洲民法未来的发展,尤其取决于欧盟法院判例法的发展。

**【关键词】** 一般原则 管制性民法 有限自治 比例原则

**【中图分类号】** DF51 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2015) 06-0109-09

**Abstract:** “General principles” of EU law have long been recognised as part of unwritten law. At first sight, there seems to exist some confusion over the origin, existence and function of general principles in EU civil law. EU civil law consists of a body of mostly mandatory provisions and rules that aim at specific objectives written into the EU Treaties, the development of General principles of EU law should regard it as “regulatory civil law”. Principle of framed autonomy and principle of protection of the weaker party, as well as principle of non-discrimination are part of EU contract law. Principle of effectiveness together with the principle of equivalence has mostly to do with procedural matters. Principle of balancing and principle of proportionality are primarily concerned with methodological questions. Principle of good faith may only be an emerging principle. The development of General principles depends on the further development of EU civil law, in particular the case law of the ECJ.

**Key words:** General principles Regulatory civil law Framed autonomy Principle of proportionality

**【收稿日期】** 2015-07-23

**【作者简介】** 诺伯特·赖希 (Nobert 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】** 国家社科基金项目 (项目编号: 15CFX058); 教育部人文社科青年基金项目 (项目编号: 14YJC820025); 中国法学会自选课题 (项目编号: CLS2014D071)。

## 一、当下的原则与规则之争

长久以来,欧盟法的一般原则一直被视为是不成文法的一部分。欧盟法院以《欧洲联盟条约》第19条第1款“欧盟法院确保在解释和适用条约时遵守法律”为权限,在一系列裁决中发展了欧盟法的一般原则。“法”之表述,早在欧洲经济共同体(后简称欧共体)创始条约中就已存在,后经《阿姆斯特丹条约》(第220条)加以延续,并在《里斯本条约》得到原样保留。但是,从《欧洲联盟运行条约》和《欧洲经济共同体条约》到包含欧盟机构及其一般原则的《欧洲联盟条约》,“法”的升级无疑彰显了其在欧盟政治法律秩序中的至高地位和重要意义。

此种“法”之表述,显然已超越了法概念的实证范畴。这种“法”显然涵盖了欧盟基础性法律和派生性法律两类法源。前者系欧盟条约中被视为基础性法律的法源,目前依据《欧洲联盟条约》第6条第1款还包括了《欧洲联盟基本权利宪章》。后者指《欧洲联盟运行条约》第288条意义上的条例、指令和决定三类派生性立法。一般原则似乎介于基础性和派生性法律的中间地带,甚至依欧盟法院判例,具有重要的宪法意义。<sup>①</sup>特洛迪马斯(Tridimas)的基础研究中已对大量多与宪法或行政法相关的一般原则进行了分析、阐述与发展。<sup>②</sup>尽管就一般原则的来源、范围和确切法律性质仍存争议,但一般原则本身看似得到了学界、欧盟法院及其法律顾问(Advocate General)的普遍接受。

如前所述,欧盟对法律的遵守是以法治为基础所建立的政治组织所固有的,这一模式也得到了欧盟的明确认同。欧盟的法院,包括欧盟的所

有法院,尤其是欧盟法院,系确保欧盟法律得以遵守之机关。法院通过一般原则的发现与发展,以指导作为欧盟实证法的基础性和派生性法律的解释与适用,确保欧盟法律之遵守。因此,欧盟法以其对规则和原则的区分为特征。规则系欧盟的实证规范;原则是指导法律解释和适用的更具一般性的概念。一方面,规则若足够具体、无条件限制,就能在民事交易中为当事人创设权利、确立义务。欧盟法中,直接效力理论(the theory of “direct effect”)全然建立在上述规则适用的基础之上,尽管该理论允许民事主体间“指令效力”(亦被称为“缺乏横向的直接效力”)<sup>③</sup>之例外。另一方面,由于原则更为宽泛灵活,较不确定,需经司法适用方得成为民事法律交易或义务的一部分,因此缺乏(规则所具有的)特定法律效力。在法律解释和适用过程中,原则的方法论重要性可见一斑。原则既与规则相关,却又与之有别。

德国学者埃塞尔(Josef Esser)和美国学者德沃金(Ronald Dworkin)在法学理论和方法论研究中发展了规则和原则的根本性区别。区分原则和规则,无论是对理解欧盟法的进化进程,抑或对领会欧盟法院在遵循先例原则之外的裁判拘束力而言,均具裨益<sup>④</sup>。时至今日,埃塞尔有关原则和规范<sup>[1]</sup>、前见和方法选择<sup>⑤</sup>的论述仍具价值,他在60年代的研究中已经指出,法律原则的重要性在于,原则必须融入到规则的寻找和确定之中。埃塞尔否认法律思维中价值自由理论是一种意识形态。相反,他认为,法律思维和解释中的前见,亦即将对法律文本的理解概念化,以借此达成一项公正的结果是(或应是)终极目标。

美国法上,德沃金<sup>[2]</sup>坚持规则间的差异性,他认为,规则具有命令性特征,仅得做出“是或

① K. Lenaerts/J. Gutierrez-Fons, CMLRev 2010, 论及基础性法律(第1641页)及建立在欧盟法院判例法基础上的“宪法性地位”(第1647页)。

② 具体论述参见 T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2<sup>nd</sup> ed. 2006。

③ 相关细节参见 S. Prechal, *Directives in EU Law*, 2<sup>nd</sup> ed. 2006; N. Reich et al., *Understanding EU Internal Market Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2013, paras 2.5—2.13。

④ 相关细节讨论参见 N. Reich, in: R. Brownsword et al. (eds.) *The Foundations of European Civil Law*, 2011, 221 at 225。

⑤ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970; 更流行的简略版出版于1972年。

非”的回答，以“全有或全无的方式”<sup>[2]</sup>适用；而原则（或标准）“由于是公平、正义或其他道德要素的要求”<sup>[2]</sup>，所以应予遵守。德沃金进一步坚持认为，“原则具有规则所不具备的分量（weight）或重要性维度。欲解决不同原则交叉时所生之矛盾，就须考量诸原则各自的分量。分量是原则概念内在的一部分，因此才使得追问原则的分量具有意义，这是规则所不具备的维度”<sup>[2]</sup>。

欧盟法院通过坚持视一般原则为埃塞尔和德沃金语境下“司法创制”的一部分，从而实现了欧盟法的发展。这一点不仅在特洛迪马斯的著述中得到了表述，作者还明确援引了德沃金<sup>[2]</sup>，发展出了欧盟法一般原则理论。这些原则一旦被涉及和承认，尤其通过重复适用，就成为法律的一部分。通常，欧盟法院会被要求适用那些存在部分矛盾、部分交叉的原则。例如，法的确信性和实质正义之间的矛盾，欧盟合同法对意思自治的承认和非歧视原则对意思自治的限制之间的矛盾，或是保护基础自由和尊重基本权利之间的矛盾。欧盟的裁判理论在很大程度上以德沃金的这种所谓的平衡“交叉原则”，或以埃塞尔的“寻求实质正义”为前提。正如著名学者莱纳茨（Lenaerts）和欧盟法院的古铁雷斯-冯斯（Gutiérrez-Fons）所言<sup>①</sup>：

“因此，通过平衡那些尽管互有不同但却互有交融的法律、道德或政治理论所丰富的不同标准，欧盟法院确保了欧盟法律秩序基于个案的灵活架构，尤其见诸欧盟法的各色一般原则。”

或许有人质疑，在欧盟法律秩序的融合过程中，对规则和原则的泾渭分明式的区别是否妥当？特洛迪马斯和莱纳茨多援引欧盟法院的判例法，认为原则似乎具有拘束力。而欧盟的规则经常缺乏德沃金和埃塞尔所要求的精确性和特定性。原则和规则均需经由司法实践来得到发现和

承认，以满足欧盟法的解释和适用之需。实践中，在适用像《欧洲联盟基本权利宪章》这样的一般性文件时，并不总能轻易明晰规则和原则的楚河汉界。

相较于规则 and 原则之争，围绕欧洲民法的争论远未如此激烈，其原因或许是具有历史性。其一，欧盟法最初主要集中于行政法，即所谓的欧盟基础自由和其他规范法案影响下公民和成员国之间的纵向关系，以及区分欧盟横向、纵向关系的权限和权力配置视野下的宪法性问题。其二，直至《马斯特里赫特条约》纳入非歧视、雇员和消费者保护甚至是商业关系中强势企业和政府采购机构对中小企业延迟支付致损等新议题后，民法这类横向关系议题才得以进入欧盟法的视野。其三，竞争法具有混合特征，多由欧委会“纵向”执行，后亦可由成员国主管机关执行。尽管《欧洲联盟运行条约》第101条第2款（“本条禁止的任何协议或决定应自行无效”）的无效条款能对商业协议产生影响，但规定本身未明确涉及任何损害赔偿的救济措施，此类救济由欧盟法院判例法进行后续补充。

有关一般原则的争论曾得到看似立场不一的欧盟法院的推动。例如，其一，作为积极的甚至是咄咄逼人的推动者，欧盟法院判例法对非歧视原则的关注主要基于国籍和性别，后来也以种族和年龄等其他遗传特征为基础。判例法对非歧视原则的关注，对该原则与民法（横向）关系与合同自治原则的矛盾产生了一定影响，其中最为著名和富有争议的案件当属 Mangold 案<sup>②</sup>。其二，欧盟法院在对民法一般原则的一项论述中，多涉及诸多消费者法指令的解释。法院在 Hamilton 案<sup>③</sup>、Messner 案<sup>④</sup>和 Friz 案<sup>⑤</sup>的裁决中，明确援引了诸如诚实信用、不当得利、合理平衡和各利益方风险公平分配等民法的（一般）原则。此

① K. Lenaerts/J. Gutiérrez-Fons, CMLRev 2010, 1629 at 1653 (同样提及了这类平衡的限度)。

② 具体案情详见 Case C-144/04 *Mangold v Helm* [2005] ECR I-9981。

③ 具体案情详见 Case C-412/06 *Annelore Hamilton v. Volksbank Filder* [2008] ECR I-2383, para 24。

④ 具体案情详见 Case C-489/07 *Pia Messner v Firma Stefan Krüger* [2009] ECR I-7315, para 26。

⑤ 具体案情详见 Case C-215/08 *Friz* [2010] ECR I-2749, paras 48-49。

外还就上述判决的重要性存在争议。<sup>①</sup>其三,在欧盟法院的 Audiolux<sup>②</sup>案中,基于欧盟法院法律顾问 Trestenjak 于 2009 年 6 月 30 日所作的一份具体分析,作者曾明确否认存在“平等对待利益相关者”的一般原则。

## 二、一些初始建议

乍看之下,欧洲民法一般原则的起源、存续和功能似乎都值得质疑。学界内部就民法中一般原则的地位分裂为存疑派,甚至是敌视派。英国律师韦瑟里尔(Weatherill)认为:

“即便我们已经准备着手参与到欧盟现行立法的‘体系化’之中,却无可避免地会触及相关领域内国法的自治边界,欧盟法只是在这些领域做渐增式的‘拼凑’工作而已。欧盟层面更为连贯的体系可能会削弱内国法层面的体系连贯性。这种赤裸裸的破坏结果并非无可避免,但却是欧盟法院使用一般原则可能导致的结果,这也是欧盟法院使用一般原则存在问题的原因之一。”<sup>[1]</sup>

且不论上述判断之对错,海塞林克(Hesselink)对欧洲民法的一般原则提出了另一质疑,即究竟是如何从欧盟的合同法规定的“拼凑体”中导出了欧洲民法的一般原则。他认为,“欧盟法院在未提供任何证据的情况下简单假设了一般原则(之存在)”<sup>[3]</sup>。海塞林克提出,欧盟合同法中仅能找到一些中间原则。巴泽多(Basedow)<sup>[3]</sup>在讨论欧盟法院 Mangold 案和 Audiolux 案裁判中看似矛盾的论证中指出,发现像“平等”或“平等对待”这些一般原则始终以价

值判断为基础,因此可能很难将之扩大适用。梅茨格(Metzger)<sup>[4]</sup>在其方法论研究中指出,“欧盟法院判例法中,法律原则十分罕见”。

欧盟法院法律顾问特尔斯泰尼亚克(Trstenjak)在 Audiolux 案的法律意见中,针对一般原则在欧洲民法(公司法)中的地位问题,提出了一条实用的方法论进路。她明确区分原则的存续与个案影响两类问题,即原则之存续,是一般性的问题,而原则对 Audiolux 案争议之影响,则属更特定的问题。她指出,在“发展欧洲共同体的法律秩序”中,通过原则这一辅助解释手段来填补空白,其作用重大。她援引特洛迪马斯(Tridimas)<sup>[5]</sup>的著作认为,特洛迪马斯所坚持的填补共同体法空白之需求,源自“欧洲共同体新法律秩序,有待后续发展”。以国家责任为例,上述某些法律空白源于“成员国法律所共有的一般原则”(《欧洲联盟运行条约》第 340 条第 2 款),通过将其解释适用于欧盟法律秩序,得以成为欧盟法的原则。<sup>[5]</sup>其他的法律原则可能是欧盟法特有的,例如《欧洲联盟条约》第 4 条第 3 款的真诚合作原则,这些原则不会对民法产生影响。

欧盟法“原则化”的进程中无须排斥民法原则。正如哈特坎普(Hartkamp)所言,民法原则对填补空白和解释均具必要性。他甚至更进一步建议将民法原则用于“从欧盟法一般原则的角度来评估内国立法之合法性”<sup>[3]</sup>。这一点,可以从力主空白填补功能<sup>③</sup>的莱纳茨(Lenaerts)和古铁雷斯·冯斯(Gutierrez-Fons)所解释的原则的“宪法性特征”中获得正当性。

① 该发展过程的全面分析,参见 M. Hesselink, in: D. Leczkiewicz/S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013, 131; 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 civil law: vacillations, general principles, and the architecture of the European judiciary”, ERPL 2010, 443; M. Safjan/P. Miklaszewicz, “Horizontal effect of the general principles of EU law in the sphere of civil law”, ERPL 2010, 475; A. Hartkamp, “The General Principles of EU Law and Civil Law”, RabelsZ 2011, 241; 将一般原则限于宪法性法律和行政法律的狭义视角,参见 M. Dougan, in: D. Leczkiewicz/S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013, 71 at 81。有关《欧洲联盟基本人权宪章》第 52 条第 5 款规定的原则内容,参见欧盟法院法律顾问 Cruz Villalón 于 2013 年 7 月 18 日就案件 C-176/12 *Association de médiation sociale v CGT* 的详细论述,其论述与本书所倡相符。

② 具体案情详见 Case C-101/08 *Audiolux* [2010] ECR I-9823。

③ K. Lenaerts/J. Gutiérrez-Fons, *supra* note 1, at 1631; criticized by M. Dougan, *supra* note 17, at 83 指出,“将‘空白填补’留给立法者”。

### 三、《欧洲联盟基本权利宪章》 对一般原则之明确承认

《欧洲联盟基本权利宪章》(后文简称《宪章》)已在某种程度上就欧盟法和民法中一般原则的争论提供了解决之道。诸多学者虽知晓《宪章》包含了基本权利之事实,却忽视了《宪章》亦包括了(基本)原则。根据《宪章》第52条第2款,这些原则“或许能通过欧盟的机构、部门、办事处、实体和行政机关的立法和行政行为予以转化,或许能通过成员国行使其权力,将欧盟法转化为内国法。仅在解释这些法案及其合法性时,这些原则方具司法辨识度”。

《宪章》前言阐释该条时,<sup>①</sup>在区别(基本原则和基本权利时)提及“主观权利应受尊重,原则应予遵守。……相应地,仅在解释或审查这些法案时,才对法院而言具有重要意义(《宪章》第51条第1款)”。由此,《宪章》明确承认了原则的解释功能和审查功能。原则或许并不居于宪法规范体系之顶端,但仍具有重要的宪法意义。尽管《宪章》未明确提及特尔斯泰尼亚克(Trstenjak)和哈特坎普(Hartkamp)的“空白填补功能”,但因填补空白本身就是解释进程的一部分<sup>②</sup>,解释进程中必须将原则纳入考虑,因此无须在原则的规范功能中排除其空白填补功能。欧盟法院在2012年10月23日的Nelson案中,在将《欧洲共同体航空乘客条例》就航班取消的损害赔偿赔偿(扩大适用于)三小时以上延误航班的正当性论证中指出<sup>③</sup>:

“应当指出,平等对待原则要求我们不应对待类似情形区别对待,也不应对歧异情形做同等对待,除非这种对待是客观正当的。”

这显然明确承认了一般原则的功能,即在将损害赔偿适用于经历较长延误的起飞航班案件,填补欧盟条例空白条款时,通过诸如平等对待(案件中)的类推,来达到解释欧盟法的目标,《宪章》第52条第5款也为空白填补提供了正当性基础。不足为奇的是,这种空白的填补遭到了许多学者和成员国法院反对此前欧盟法院Sturgeon<sup>④</sup>案判决之质疑,他们主张,将长时间延误排除出损害赔偿范畴,是立法者的明智之举。<sup>⑤</sup>

一方面,不应夸大《宪章》第51条对原则和权利的区别。权利须受尊重,原则须得遵守,但应如何区别这两个模糊的概念呢?根据《宪章》第52条第2款,权利应“依条约规定之条件与范围行使”。正如欧盟法院法律顾问特尔斯泰尼亚克(Trstenjak)在2011年9月8日的Dominguez案中正确表达的,权利并非“独立的权利”,不产生有利于个人的直接效力。<sup>⑥</sup>另一方面,与原则类似,《宪章》中的权利能够解释欧盟法和转化欧盟法后的内国法,正如Küçükdevici案<sup>⑦</sup>所彰显的,欧盟法的内国转化甚至会与现行欧盟指令一道产生“消极的横向直接效力”(negative direct horizontal effect),这一效力能扩展到《宪章》保障的其他基本权利和原则,这似乎与实践的结果并无二致。

在基于《宪章》探讨一般原则的概念时,或许可以回溯到承认了一般原则的欧盟早期立

① 具体参见 OJ C-303/17 of 14.12.2007, at 35.

② J. Neuner, in: K. Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 2<sup>nd</sup> ed. 2010, 385, 作者在标题《法律之外发现法律》下提及上述内容。

③ 具体案情详见 Joined Cases C-528 + 619/10 *Nelson et al. v Lufthansa et al.* [2012] ECR I- (23.10.2012)。

④ 具体案情详见 Joined Cases C-402/07 + C-432/07 *Sturgeon and Others* [2009] ECR I-10923; J. Neuner, *supra* note 29, 将之视为“经典的类推论证”;但因《欧洲联盟条约》第19条第1款仅涉及“解释”,因此欧盟法院似乎并未使用此种方法论的论证。

⑤ K. Riesenhuber, “Comment on *Sturgeon*”, ERCL 2010, 384; 可惜欧盟法院法律顾问 Bot 在 *Nelson* 案意见书中,未就上述反对观点展开讨论。

⑥ 具体案情详见 Case C-282/10 *Dominguez v CICOA* [2012] ECR I- (24.1.2012), para 83.

⑦ 具体案情详见 Case C-555/07 *Seda Küçükdevici v Swedex* [2010] ECR I-365, 此案裁决提及《宪章》第21条(第22段),虽未论证“权利”之存续,但讨论了平等这项一般原则(第50~53段)。

法和法院判例之中。《宪章》在一定程度上只是巩固了现行欧盟法中的民法一般原则，并将之“升等”至宪法性地位。但需注意，依照《宪章》释义，其中的一些规定可能同时包含了权利和原则。

其一，有限自治原则。该原则已出现在欧盟基础性法律的自由流动和自由竞争规则之中，现见诸《宪章》第16条的营业自由和第17条的财产权保护的规定。这种自治并不具有自治性，但或许且必须通过欧盟法和内国法做出规定，并受到诸多反向法律原则的限定。

其二，弱势主体保护原则。《宪章》第31条和第38条对劳动法和消费合同法的弱势主体保护原则予以了宪法性确认。该原则不仅得到了若干欧盟指令之承认，也在欧盟法院解释上述指令时予以贯彻落实，法院基于欧洲民法的个人主义精神，做出了有利于消费者和雇员的解释。

其三，非歧视原则。早在《宪章》制定前，《宪章》第21条的非歧视和第23条的男女平等原则就已存在。此前的规定主要包括（《欧洲联盟运行条约》第157条及其前身）禁止性别歧视或（《欧洲联盟运行条约》第18条）禁止国籍歧视。此后，欧盟派生性法律将之扩展至禁止像种族、残疾、年龄、性取向等遗传特征的歧视，赋予其重要宪法意义，并对私法自治产生了实质影响。

其四，有效法律保护原则。该原则最初被规定于《欧洲人权公约》第6/13条并得到了欧盟法院的适用，目前被规定于《欧洲联盟条约》第47条第1款和第19条第1款。该原则对欧洲民法的实体和程序均具有重要意义。

其五，平衡冲突利益原则。《宪章》第51条、第52条和第54条对民事关系中的平衡冲突利益原则做出了间接规定。此原则兼具个体与集体维度，亦可用来限制欧盟确保的权利。论及欧盟法对民事关系的影响，该原则可被视为一项重要的解释性原则。

其六，比例原则。《欧洲联盟条约》第5条第4款和《宪章》第52条第1款规定，“欧洲联盟行动的内容和形式不得超出实现条约目标之必要所限”。合比例性不应仅为行使欧盟权力的一项“消极”原则，亦当为欧盟行为确有必要时的一项“积极”原则。通过检视此原则，才得以质疑欧盟当下有关欧盟民法的“法典编纂”、“整合”或“选用”的诸种立法动议。在条约的适用范围内，若确有必要，在连同强制性规范一并发展多层次的欧洲民法法律工具时，笔者倾向于像“协调融合的开放性的方法”这些更为灵活的法律工具。

其七，诚实信用原则。尽管成员国法律实质差异巨大，尤其是大陆法系和普通法系国家的法律各有不同，但问题是，欧洲民法中，诚实信用原则、忠诚合作义务连同禁止权力滥用是否正在融合？对此，《宪章》第54条的禁止权力滥用条款也具有一定意义。

#### 四、欧洲民法之内涵：共同体体现 行法与现行普通法之争

欧盟法中，能否区分私法（民法）和公法（行政法）？考虑到特别是社会政策领域的条约特定（限定）目标之达成，鉴于内部市场之存续，顾及欧盟法之特殊功能，似乎很难对公私法进行区分。<sup>①</sup>由于成员国就公私法二分之解释标准歧异，且欧洲民法并非系统连贯之法律，因此，笔者采用了解释学的进路。但笔者的研究并未涵盖冲突法、公司法和知识产权法这些在某种程度上较为特殊但不失重要性的内容。

针对合同法和民事责任的研究，笔者主要以横向关系概念和救济概念为标准展开。其一，横向关系概念。与纵向关系相反，横向关系概念首先涉及民事主体间的关系（包括如经营者与经营

<sup>①</sup> 概述性内容，参见 N. Reich, “The public/private divide in European law”, in: F. Cafaggi/H. — W. Micklitz, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, 2011, 56; Micklitz 和其他学者也论及社会正义原则的重要性，参见 H. — W. Micklitz (ed.), *The Many Concepts of Social Justice in the EU*, 2011。近期学者亦强调包括消费者保护和社会正义在内的欧洲合同法的市场建构价值，参见 K. Purnhagen, *LabelsZ* 2013, 592 at pp. 611。

者、经营者与消费者、消费者与消费者这类经营者与消费者之间的关系以及雇员与雇主间的关系等)。纵向关系概念则涉及个人与成员国以及欧盟之间的关系, 这些内容可能属于行政法的范畴。其二, 救济概念。哈特坎普(Hartkamp)的研究中特别使用了救济概念<sup>[6]</sup>, 即民事救济概念, 包括损害赔偿、不当得利返还以及合同条款无效等内容。相较于禁令、行政处罚等仅得由国家机构(包括法院)使用的处罚措施, 民事救济亦可对抗国家。

实践中, 尤其在涉及民事主体、欧盟法和成员国的关系时, 会存在大量重叠。Unilever案便是一起典型案件。<sup>①</sup> 该案围绕违约展开, 由于出卖人未按意大利的新规定对橄榄油进行包装标签, 因此, 买受人意大利橄榄油进口商拒绝向出卖人付款。由于欧委会未按照欧盟指令对该规定做出适当说明, 所以案件无法进入意大利法院的民事程序。<sup>②</sup> 案件围绕欧盟法律工具效力的真正争点是, 当事人之间的民事关系(横向效力)中, 欧盟法没有得到成员国(纵向关系)的合理转化。Masdar案则恰恰相反<sup>③</sup>, 案件涉及在没有过错的情况下, 民事主体向欧委会(纵向诉讼)提起对不当得利进行民事救济的损害赔偿之诉。

笔者不欲从欧洲公法中发展出民法的特别理论。相反, 笔者将从民法特征着手, 以米克里茨(Micklitz)所提出的管制性民法(regulatory civil law)概念为起点展开讨论。<sup>[7]</sup> 与成员国民法截然不同的是, 管制性民法由旨在实现欧盟条约的特定目标的强制性规范组成, 其中最重要的当数内部市场的建立和运行(《欧洲联盟运行条约》第114条第1款), 此外还扩及社会政策(第153条)和非歧视领域(《欧洲联盟运行条约》第19

条, 第157条以及《欧洲联盟基本权利宪章》第21条和第23条)。甚至在欧盟对特定商事关系做出规定的案件中也包含了强制性规范, 例如, 《自营商事代理指令》<sup>④</sup> 第19条有关合同终止的损害赔偿中, 就包含了保护自营商事代理的强制性规范, 此外, 旨在打击迟延支付问题的欧盟2011年月16日颁布的《打击迟延支付指令》<sup>⑤</sup> 第7条的支付条款规定, 禁止损害债权人利益的显失公平条款。上述规定与欧盟诸多派生性法律中的缺省性条款并不相悖<sup>⑥</sup>, 只不过缺省性条款似乎并非欧洲民法特征所在, 这与内国合同法恰恰相反。在内国法中, 缺省性和强制性规范的关系安全相反, 缺省性规范旨在设定规则, 强制性规范则致力于设置例外。

欧洲民法由大量不成体系、不相连贯的强制性规范和例外性的缺省性规范组成, 可惜许多学者似乎并未理解授权原则(《欧洲联盟条约》第5条第1款和第2款)下欧盟权限的有限性。因此, “一般原则”之发展, 须将欧洲民法这种具有某种程度的随意性的法律视为功能导向的管制性法律。但这并不表明, 这些一般原则存在可被用于解释或填补空白的一般性特征。我们仍需谨慎, 欧洲民法的一般原则不得被用以扩展“一般化的规定”(generalised provisions)的适用范围。《宪章》明确表明, 权利应予尊重, 原则应当遵守, 因此《宪章》并未授予任何新的权力或变更条约规定的权力(《宪章》第51条第2款)。如前所述, 这并未免除欧盟和成员国在转化欧盟法时遵守上述原则、接受司法审查的义务。

笔者着重限定在共同体现行法(acquis communautaire)的框架下展开研究, 申言之, 并非基于比较分析(所谓的“现行普通法”)来研究

① 具体案情详见 Case C-443/98 *Unilever Italia v Central Food*, [2000] ECR I-7535; critique S. Weatherill, in: D. Leczykiewicz/S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013, 9 at 17.

② 具体案情详见 Case C-194/94 *CIA Security International SA v Signalson SA and Securitel SPRL* [1996] ECR I-2201.

③ 具体案情详见 Case C-47/07P *Masdar/Commission* [2008] ECR I-9761.

④ 具体内容参见 [1986] OJ L 382/17.

⑤ 具体内容参见 [2011] OJ L 48/1.

⑥ 一般性的讨论参见 F. Möslein, *Dispositives Recht*, 2011, 作者提及合同法中欧盟功能导向的权限设置(第349页), 也通过缺省性规定, 增加了成员国转化欧盟强制性指令之歧异(第363页)。

成员国的共同原则<sup>①</sup>或欧盟中的民法一般原则，而是致力于研究欧盟法中民事规范的特殊贡献，致力于研究欧盟基础性和派生性法律是否处于《宪章》“阴影”之下这一问题。在欧盟大量立法动议、国际民法和比较法学者及科研机构的推动下，现行普通法（*acquis commun*）已得到长足发展。尤值得一提的是著名丹麦学者兰多教授<sup>[8]</sup>主导下的《欧洲合同法原则》。国际层面，国际私法协会发展了《国际商事合同原则》，并于2010年出版了第三版。<sup>②</sup>最后，鉴于欧洲民法典研究小组（Study Group on a European Civil Code）和现行法小组（Acquis Group）在欧洲民法发展中所做出的卓越贡献，为延续《欧洲合同法原则》和《国际商事合同原则》，欧委会邀请其筹备一部《共同参考框架草案》（Draft Common Frame of Reference）。在冯·巴尔（C. van Bar）教授的主导下，（上述小组组成的团队）于2008年出版了《共同参考框架草案》纲要版，又于2009年出版了完整注释版。<sup>[9]</sup>杨森（Jansen）<sup>[10]</sup>曾对上述各色立法动议评议如下：

“毋庸置疑，从现行法和现行普通法的发展进路中，一种崭新的欧盟法正在形成。究竟应将私法的欧洲化视为一种崭新的——虽具正式拘束力但却点彩式的——超国家私法体系（共同体现行法）的引入，抑或视为沿袭欧洲共同法（*ius commune*）轨迹，对既有私法展开的非正式重构型延续，只是立场问题。”

笔者以共同体现行法为研究重点，尤其通过研究一般原则自身的宪法价值，来发展欧洲民法的一般原则，将之用于现行欧洲民法的解释和立法空白的填补，最终审查其合法性。这并不排斥使用前文杨森加以评论的现行普通法，例如，发

展欧盟特有的“诚实信用原则”，就须参考现行普通法。但是，构建真正完全成熟的欧洲民法，必须尊重欧盟权限的有限性。

## 五、欧洲民法的权限困境

达成共识的是，欧盟并不具备规范民法事务的一般权限，例如，欧盟没有权限颁布一般合同法（*general contract law*）、债法典，甚至是民法典。<sup>③</sup> 欧盟的权限并非以主题或体系为导向，而以功能为导向。笔者有关欧洲合同法和民事责任的研究中所涉及的民法要素，主要为《欧洲联盟运行条约》中的四项最为重要的规定，同时顾及了《马斯特里赫特条约》和《阿姆斯特丹条约》中的一些平行条款和修正规定。申言之，包括：（1）《欧洲联盟运行条约》第114条的建立和运行内部市场条款，该规定多与消费合同相关，与商事合同的关联有限；（2）《欧洲联盟运行条约》第153条的社会政策条款；（3）《欧洲联盟运行条约》第157条和第19条的雇用、消费中的非歧视条款；（4）《欧洲联盟运行条约》第81条的民事司法合作中的冲突规则。

尽管欧盟立法举措仍受到学界质疑，但却经受住了司法挑战，其中消费者保护中的“权限蔓延”<sup>④</sup>以及将限制工作时间视为社会政策的一部分<sup>⑤</sup>便为例证。此外，即便欧盟法院的烟草广告案<sup>⑥</sup>本身并未直接涉及欧洲民法，但判决中有关欧盟过于宽泛权限的下列“警示”仍应铭记：

“在解释《欧洲联盟运行条约》第114条（原《欧洲经济共同体条约》第100a条）的意义时，该条确立了共同体立法来规制内部市场的一

① 有关共同体现行法（*acquis communautaire*）和现行普通法（*acquis commun*）的区别，参见 N. Jansen, “Legal Pluralism in Europe”, in: L. Niglia, *Pluralism and European Private Law*, 2013, 109 at 121.

② S. Vogenauer, “Die UNIDROIT—Grundregeln von 2010”, ZEuP 2013, 7; 对此前版本的评论，参见 S. Vogenauer/J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on PICL*, 2009.

③ S. Weatherill, “Competence and European Private Law”, in: C. Twigg—Flesner (ed.), *European Union Private Law*, 2010, 58, 其中提及权限敏感问题（第65页），并坚持支持欧洲私法的宪法性桎梏这一观点（第69页）。更具雄心壮志的是，H. Collins, *The European Civil Code*, 2008, 作者忽略了权限问题，试图在与社会正义相关联的欧盟经济宪法的基础上发展私法的共同原则（在第89页），对此笔者不予深入讨论。

④ 有关欧盟的“权限蔓延”难题，参见 S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, 2005, 14 and 72.

⑤ 具体案情详见 case C—84/94 UK v Council [1996] ECR I—5755.

⑥ 具体案情详见 Case C—376/98 Germany v Parliament and Council [2000] ECR I—8419, paras 83—84.

般权力,这不仅与前文述及的规定内容背道而驰,也与《欧洲联盟条约》第5条(原《欧洲经济共同体条约》第3b条)关于欧洲经济共同体(联盟)的权力“仅以专门授权事项的授权原则为限”之规定存在矛盾。此外,依条约第100a条颁布的(立法)举措,必须以改善内部市场建立和运行的条件为目标。若仅仅发现内国法规定之歧异,或仅仅发现对行使基本自由构成障碍的抽象风险,或仅发现由此引发的内部市场竞争的扭曲,就足以证明《欧洲联盟运行条约》第114条作为法律基础具有正当性的话,那么运用适当的法律基础展开司法审查可能也是徒劳的。因此,欧盟法院将在继续行使(原《欧洲经济共同体条约》第164条,现为第220条所规定的)确保解释和适用条约时,遵守欧盟法律之职责。”

欧盟法院的上述“警示”亦得延伸用于一般民法事项的立法之中。但是,即便欧盟具备权限,其立法也须遵守特定的宪法性一般原则,尤其是《欧洲联盟条约》第5条第4款和《宪章》第52条第1款的比例原则。

## 六、为何七项原则?

读者可能会好奇,为何笔者提出的欧洲民法原则不多不少恰为七项?笔者既未效仿古希腊历史学家劳伦斯(T. E. Lawrence)的七大智慧支

柱,亦不会就欧洲民法存在更多或更少的原则之论断,予以回应或抗辩。即便《宪章》或多或少地体现了这些原则,其结构和内容均有所不同,或许这些差异本身能从原则本身的起源和功能中得到解释。

有限自治原则、弱势主体保护原则和非歧视原则是欧盟实证法主要是合同法的一部分。这三项原则在某种程度上可能有冲突,可能也需加以平衡,例如,自治概念和弱势主体保护需求之间的冲突,以及自治概念和避免歧视之间的冲突。

有效法律保护原则和等效原则,可谓欧盟法老生常谈之议题,其多与程序事项相关,但也能扩展到实体和救济规范之中。

平衡冲突利益原则和比例原则主要与方法论问题关联。平衡冲突利益原则更多地与司法解释和欧洲民法的适用相关。比例原则,则与(制定)一部未来的(颇受质疑)的法典化的或选用性的欧洲民法(尤其是买卖法)这些法政治问题相关,两者兼具积极和批判价值。

诚实信用原则可能只是一项形成之中的原则,或许可能根本还不能算是一项一般原则。但笔者以为,与诚实信用相关的一些要素可能会在未来发展成为一项更为连贯的原则,这取决于欧洲民法未来的发展,尤其取决于欧盟法院判例法的发展。

## 参考文献

- [1] J. Esser. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts [M]. 1956, 4th ed. 1968, p. 80.
- [2] R. Dworkin. Taking Rights Seriously [M]. 1977: 24, 22, 26, 2.
- [3] M. Hesselink. in: D. Leczkiewicz/S. Weatherill (eds.), The Involvement of EU Law in Private Law Relationships [M]. 2013: 17, 1730, 245.
- [4] A. Metzger. Extra legem-intra jus [M]. 2009: 352.
- [5] T. Tridimas. The General Principles of EU Law [M]. 2nd ed. 2006: 1729, 502.
- [6] A. Hartkamp. European Law and National Private Law [M]. 2012: 79, 84.
- [7] H.-W. Micklitz. YEL 2009 (3): 33.
- [8] O. Lando/H. Beale (eds.). Principles of European Contract Law [M]. Vols I and II, 2000.
- [9] C. van Bar/E. Clive (eds.). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law [M]. Vols I—VI, 2009.
- [10] N. Jansen. ‘Legal Pluralism in Europe’, in: L. Niglia, Pluralism and European Private Law [M]. 2013: 125.

(责任编辑:朱晓峰)