



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 686

## 制定《欧洲民法典》的学术讨论述评

徐海燕

### 一、引言

在过去的几十年中, 欧盟及其前身(欧共体)颁布了一系列指令, 从而催生了具有统一性(至少具有协调性)的欧洲民法。就侵权法而言, 《关于产品责任的指令》已在14个欧盟成员国中得以执行, 并影响到了欧洲之外国家的民事立法; 就合同法而言, 《关于消费者合同中不公平条款的指令》覆盖了合同法的核心部分, 并已经在绝大多数成员国中得到实施。目前欧洲的学者们还在讨论《关于消费品的销售及其相关担保问题的指令》的草案。

当然, 协调民法领域中的侵权法、合同法问题并不是一帆风顺的。例如《关于产品责任的指令》的合宪性就曾受到政治家们的诘难; 而《关于服务领域责任问题的指令》的草案则遭到了来自于学术界、生产商和消费者等各个方面的攻击。这就引发了下述几个问题: 是否有必要制定《欧洲民法典》; 根据《罗马条约》、《马斯特利赫条约》及《阿姆斯特丹条约》制定《欧洲民法典》是否具有宪法基础; 如果回答是肯定的话, 如何制定《欧洲民法典》? 是按照大陆法系还是按照普通法系的体例制定, 是否应当同时规定民法总则和民法分则, 如物权法、合同法和侵权法? 为探讨这些问题, 作为欧盟主席国的荷兰司法部于1997年2月28日, 在荷兰海牙附近的申维根市(Scheveningen)召开了为期一天的关于制定《欧洲民法典》可行性的研讨会。许多私法专家向会议提交了论文, 并就起草《欧洲民法典》的法律基础、存在的问题展开了激烈的辩论。希腊海伦尼克国际与外国法研究所的克莱默斯(Kerameus)教授还探讨了起草《欧洲民法典》的班子问题, 荷兰最高法院的副院长施耐德博士更是明确主张建立一个常设机构。本文拟就此次会议的学术观点做一述评。

### 二、制定《欧洲民法典》的必要性及法律基础

欧洲议会曾三次作出一致建议, 批准《欧洲民法典》的起草研究项目。这并不是偶然的, 主要原因在于欧洲经济一体化的浪潮中, 欧盟成员国民法规则的不统一容易造成新型的法律歧视。也就是说, 欧洲统一大市场民事主体在同一情形下由于成员国民法的规定享受不同的权利和义务。为了确保欧洲统一大市场的公平和效率, 必须采取切实有效措施实现欧盟法律的有机性。而欧盟法律的有机性主要表现在三个层次: 一是欧盟规则之间的连贯性(例如关于侵权责任的两个欧盟法律规则就需要欧洲法院予以协调); 二是欧盟成员国规则之间的协调性, 这种协调主要是通过欧盟的指令, 如产品责任指令; 三是各个欧盟成员国内部规则之间的同质性。就确保各欧盟成员国内部规则之间的同质性而言, 也有许多问题需要予以解决。例如, 公司与消费者订立了不公平合同条款受《关于消费者合同中不公平条款的指令》影响下的国内法规则的调整, 而公司与其他当事人订立的不公平合同条款却不必受该指令的影响和调整, 这就产生了具有同一性质的民事关系却适用不同国内法规则的问题。



更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

一些学者认为，起草《欧洲民法典》的设想应当是一个立法协调项目，这也符合《欧洲共同体条约》第100条及100条甲之规定。事实上，欧洲议会曾要求委员会着手起草《欧洲民法典》，委员会也没有拒绝，只不过没有迅速采取行动而已。一些学者认为，起草《欧洲民法典》主要是一个学术意义上的研究课题。当然，从学术研究的角度探讨起草《欧洲民法典》问题也很有必要。欧洲，特别是西部欧洲的变化日新月异，一些新的法律问题经常出现。（1）有些问题，例如大气污染、空中交通管制、风险投资控制和难民的管理等问题不可能在一国之内得到解决。（2）对于有些新问题，国内现行立法缺乏明确规定。例如，劳动法和社会保障法中的平等原则的实施、新医药产品未知风险的责任、水质或土壤污染的责任、家庭法和人权保护法的关系等问题都是如此。律师们对于上述这两类问题往往无法从一国的法典、成文法和现存判例中寻求答案，只能借助比较法方法。例如，英国上议院在审理设计律师责任的怀特诉约翰一案时，直接从德国法中寻找判案依据，而未作任何进一步的说明。从这一角度来说，起草《欧洲民法典》对于解决这些新兴的民事法律问题确有裨益。

当然，也有学者反对制定《欧洲民法典》，认为很难找到制定《欧洲民法典》的法律依据；至于《欧洲共同体条约》第100条及100条甲之规定虽然可以作为消费者保护立法协调的法律基础，但不宜作为制定欧洲债法乃至《欧洲民法典》的法律基础。此外，从目前的政治气氛来看，欧盟正全力以赴准备经济和货币联盟，扩大申根协议加入国、吸纳3个中欧国家加入欧盟等一系列计划上，尚无暇问及制定《欧洲民法典》这一长期工程。荷兰的新民法典半个世纪以前就已着手制定，然而直至今日还未完全竣工，因此制定一部《欧洲民法典》同样是一项旷日持久的事业，它需要一代人，甚至几代人的努力才能完成。此外，法律是一国文化传统的一部分，因此应该维护各国法律的特色。反对者认为，没有一个象国家立法机关那样的欧盟立法机关，有能力统一调整社会生活的方方面面；而且保持民法中民族和地区的差异性非常有必要，既要维护文化的差异性，也要维护法律的差异性。私法是一国文化传统的重要组成部分，它应该保留国内法，由国家议会来改变或保持不变。因此，要实现欧盟法与国内法之间的协调势必比登天还难。而且，如果绝大多数欧盟成员已经采纳国际私法中的实体规范，就没必要再制定欧洲层次上的民法典。

但是，客观说来制定《欧洲民法典》有利于实现欧盟市场经济基本规则与欧盟经济一体化步伐的协调，降低欧盟范围内民事流转的交易成本，其积极作用显而易见。因此，一个重要的理论问题是，制定《欧洲民法典》是否具有法律上的依据。

赞成制定《欧洲民法典》的欧洲学者往往从《欧洲共同体条约》第100条及第100条甲第1款寻求法律基础。《欧洲共同体条约》第100条规定，“经委员会建议并同欧洲议会及经济和社会委员会协商后，理事会应以一致同意发出指令，以使各成员国对共同市场的建立和运转发生直接影响的法律、条例或行政法规趋于一致。”《欧洲共同体条约》第100条甲第1款规定，“理事会应依据第189条乙中的程序并同经济和社会委员会协商后，采取措施以使那些以内部市场的建立和运转作为其目标的成员国的法律、条例或行政法规趋于一致。”

洛文天主教大学经济法系教授格尔文（Gereven）认为，《欧洲共同体条约》第100条比起第100条甲第1款来，适用范围要广。只要成员国立法直接影响到共同市场的建立和运转，即属前者协调之列；而后者协调的范围只限于旨在推动成员国内部市场的建立和运转的国内立法。第100条甲调整的对象主要是成员国内部市场，而不是欧洲整个大市场。依据该条予以协调的成员国民法仅限于各国民法典中有关反对企业不正当竞争的条款和保护消费者条款。就物权法、合同法、侵权法而言，很难说其唯一目标在于推动成员国内部市场的建立和运转，但可以被视作直接影响到共同市场的建立和运转。

他认为，即使《欧洲共同体条约》第100条与第100条甲各有不足，前者在立法协调的程序上灵活性不强（理事会决议采取理事会成员一致表决主义），后者在立法协调的法律基础上不够广泛；仍然可以在该条约第235条找到制定《欧洲民法典》的基础。

而德国海德堡大学的教授铁尔曼（Tilmann）则认为，只有《欧洲共同体条约》第100条甲才能成为制定《欧洲民法典》的基础。因为，该条的优点在于：欧盟立法机关在进行立法协调时采取多数决定原则，而非一致决定原则；欧洲议会能够发挥影响；立法协调的手段既包括指令，也包括规章；欧洲法院还可就立法协调作出司法解释。

折衷性观点则认为：一方面，成员国不应该被迫编纂其私法，甚至在欧盟层次进行私法协调；另一方面，欧洲的非欧盟成员国应当被允许参与起草《欧洲民法典》的进程。

### 三、《欧洲民法典》调整对象问题

关于《欧洲民法典》调整对象，欧洲民法学家的意见比较一致。认为，欧盟主要是一个经济意义上的

联盟，建立欧洲统一大市场的目的决定了《欧洲民法典》只应调整财产关系，而不调整人身关系。相应地，《欧洲民法典》主要包括物权法、合同法和侵权法；至于人法、亲属法和继承法则应由成员国的国内法予以调整。一项关于继受外国法难易程度的调查表明，人们比较容易接受有关合同、侵权、公司、劳动关系和租售协议等方面的新法律规则，但很难接受婚姻、继承和对未成年人监护权等方面法律规则的变迁。这除了社会行为模式的影响之外，还有宗教和道德的因素。当然，随着时间的推移、社会化欧洲的整合、欧盟成员国之间文化和社会行为模式的融合，逐渐把人身关系纳入《欧洲民法典》也是可能的。

就财产关系而言，《欧洲民法典》的调整范围应当宽一些，还是应当窄一些，也很有争议。突出表现在，《欧洲民法典》的调整范围应当局限于欧盟内部的跨国性民事关系，还是同时包括纯粹的国内民事关系这一问题上。按照后一思路，不必划分欧盟内部的国际民事关系与国内民事关系，似乎合于欧洲精神。但其难度可以想见，不如前一思路可行：（1）根据《欧共同体条约》第3条乙第2段确定的从属性原则，按照后一思路制定《欧洲民法典》不属于欧盟的专属权限范围，而按照前一思路制定《欧洲民法典》则属于欧盟的专属权限范围；（2）制定《欧洲民法典》的主要原因在于调整欧盟内部跨国性民事关系的必要性，至于纯粹的国内民事关系则应适用各国的不同民法制度；（3）绝大多数成员国把法律制度视为本国文化精粹中的一部分，保留其国内民法的愿望十分强烈，在主要法系国家（如英国、法国和德国）尤为根深蒂固。因此，《欧洲民法典》的总则和分则必须围绕欧盟内部的国际民事关系予以设计。否则，只能是乌托邦式的空想，最终无法实现。

当然，也有学者提出反对意见。理由之一是，担心上述思路会导致关于欧洲合同法范围的无止境的争论。例如，德国与匈牙利之间的合同关系是否具有欧盟内部的国际民事关系特点；如果英国不加入《欧洲民法典》，荷兰与英国之间的合同关系是否具有欧盟内部的国际民事关系特点；同一国家的两个商人缔结的买卖关系中，如果货物在第二国，运输目的地在第三国，此种买卖关系是否具有欧盟内部的国际民事关系特点？理由之二是，起草《欧洲民法典》之初就限制调整范围，无疑是对起草者的热情泼凉水。

诚然，从法学家的理想来看，除了受本国文化影响较重、很难统一，或者从性质上看无法统一的民事关系，都应当尽可能地纳入《欧洲民法典》的调整范围。这样，统一的民事法律规范越多，私法冲突的可能性就越小，民事法律关系的确定性就越有所保障。但是，从务实的角度出发，我赞同第一种意见。当然，《欧洲民法典》的调整范围局限于欧盟内部的跨国性民事关系，并不妨碍国内民事关系的当事人根据私法自治原则选择适用《欧洲民法典》，也不妨碍欧盟成员国以《欧洲民法典》为样板法修改其国内民法，或者通过特别法律直接规定国内民事关系参照适用《欧洲民法典》。

谈到《欧洲民法典》调整对象，不能不触及民商合一主义与民商分立主义的选择问题。以卓布尼格（Drobni g）为代表的通说认为，应当效法1992年《荷兰民法典》和1942年《意大利民法典》，对《欧洲民法典》实行民商合一主义。他还认为，民法与商法的区别正在慢慢地被消费者法与非消费者法所取代，现行的欧洲消费者合同立法就强调这种划分。

#### 四、《欧洲民法典》的结构

《欧洲民法典》的结构也是欧洲学者探讨的一个主要问题。《欧洲民法典》应否规定总则，就很有争议。德国马普研究所的卓布尼格教授持肯定说，理由有四：（1）总则条款有利于统领分则条款，确保民法典的和谐性；（2）总则条款有利于减少分则条款，从而加快立法步伐；（3）总则条款有利于民法典本身在新的社会经济情势面前作出必要的自我调整；（4）总则条款有利于促进对法律的教学与理解，从而提高法律的实施效率。而法国的塔仑教授则持否定说。这当然与各国不同的民法传统有关，比如《德国民法典》包括总则，而《法国民法典》则并不包括总则。按照卓布尼格的设想，《欧洲民法典》的总则分为两部分：（1）一般原则。包括适用范围，一般原则（《欧洲民法典》权利：人身自由，反对歧视；结社权；财产）；其他法律渊源，法典的解释。（2）财产关系法的基本原则：法律行为；代理的权限；物与权利；金钱债权；信义关系（或者信托关系）；履行；不履行；抵销；责任；债权人与债务人的多元性；术语的含义与时效期间。

关于债法与合同法。一般债法是各国民法中最抽象的部分。第一届至第三届兰多委员会一直把一般债法作为欧洲民法典的调整对象。市场经济条件下的合同关系要遵循契约自由原则。因此有关合同成立与履行的法律规则必须合乎一定的逻辑要求和交易活动的要求。合同法与家庭法、继承法不同，具有较强的技术性，很少受民族传统和社会信仰的影响。因此，在《欧洲民法典》中详细规定债法和合同法遇到的阻力较小。鉴于合同法的重要性，由学者主张以合同法作为《欧洲民法典》的开篇。但是，该观点遭到了批评。伯奈尔教授认为，法典的第一部分应该是总则性条款，而不应是具体的分则条款。有学者提议，作为一部体系化的法典，《欧洲民法典》中的债法不仅应包括合同法和侵权法等内容，还应囊括返还法、不当得利与“准合同”。

关于物权法。物权法与侵权法、合同法共同构成了传统民法体系中的三大支柱。卓布尼格主张，物权部分的重心在于动产物权；至于不动产权中的抵押权也可纳入该部分。米兰大学的佳姆巴洛认为，欧洲大多数民法典中的物权法具有极强的本土性，有着数百年的本国法律传统。因此，要在《欧洲民法典》中纳入完备的物权制度，必须对各国的物权法进行合理的扬弃。但究竟应当抛弃哪些国家的哪些物权法制度，则不是一朝一夕就能下结论的。总的原则是，既要尽可能尊重大多数国家的物权法传统，照顾不同国家物权法的个性，也要充分保护物的流通和经济效用，谋求最大限度的共同物权法规则。

关于《欧洲民法典》抽象性与具体性的把握。《欧洲民法典》的条款应当原则些，还是应当具体些，也是一个颇有争议的话题。学者们倾向于最好既不采取高度抽象化，因而适用范围受到严格限制的模式，也不采取非常技术化、具体化的模式，而应当实现两者的有机结合。《荷兰民法典》第3编就提供了一种很好的范例。一般说来，欧盟成员国之间比较容易就具体的法律制度达成妥协，但就抽象的法律原则或者抽象程度更高一级的法律规则达成妥协就要难一些。因此，《欧洲民法典》的条款越具体越容易减少阻力，易于被接受。但是，只有具体条款孤军深入，而没有适度抽象的法律条款作指南，也会影响《欧洲民法典》应有作用的发挥。

## 五、普通法系和大陆法系的区分对制定《欧洲民法典》的影响

不少学者认为，普通法系与大陆法系的划分并不是不可调和的。普通法和大陆法国家共同参加欧盟的立法活动，共同制定《联合国货物销售公约》，共同参加海牙国际私法会议的工作等，都是明显的例证。欧盟范围内就民法中的崭新而重要的问题而制定的《产品责任指令》，以及世界范围内比较成功的《联合国货物销售公约》都是不同法系互相调整的产物。当然，欧盟立法在协调两大法系方面往往仅涉及商标、产品责任等具体的民法问题，很少涉及一般民法制度或者债法。戈尔文和库普曼都认为，欧盟这种零敲碎打的立法思路带有不少缺陷，必须制定出体系化的民法典，以统帅和整合各项零散的民事立法协调措施。

目前欧洲学者的通说认为，普通法系民法和大陆法系民法的区分并不象比较法著作30年之前所认为的那样绝对。第一，普通法系中的民事立法数量已大幅增长。诸如消费者、承租人、雇员、未成年人、外国雇员、女职工的保护问题都已由立法予以调整。第二，大陆法系中判例法的重要性也日益明显，私法领域中的许多方面已接受判例法的调整，在侵权法领域内尤为突出。例如，在法国、荷兰、比利时和卢森堡，民法典对于侵权行为的规定十分简单、原则。但是，法院判例在这些简单规定的基础上，就不正当竞争、国家责任、医疗事故责任和交通事故责任等问题，提出了一整套具体的适用标准。后来案件的判决都以先前案件的判决为基础。这种两大法系相互融合的趋势在合同法和侵权法领域表现得十分突出；而在物权法领域，特别是不动产物权和抵押权方面，则进展缓慢。第三，欧洲法院创设法律基本原则的方式的影响日益增大。例如，欧洲人权法院根据《欧洲保护人权与基本自由的公约》中的模糊条款发展了一套原则以保护人权和基本的自由。类似地欧洲法院在借鉴成员国立法规定的基础上，也提出了一系列适用于欧盟法领域的基本法律原则，并为成员国法院所采纳。其中的合乎比例原则，就被英国法院所接受，尽管该原则对于英国法院来说是闻所未闻的。第四，诸多国际商事公约的问世是两大法系互相融合、彼此宽容的又一个重要趋势。例如，1980年的《联合国货物销售公约》已经在50个国家被批准，40个是大陆法系国家，10个是普通法系的国家，即是明证。因此，虽然两大法系的区分会在法律原则、法律制度和法律概念上给《欧洲民法典》的制定带来不少困难，但这并不必然成为制定《欧洲民法典》的障碍。

## 六、《欧洲民法典》应该采取的形式

制定《欧洲民法典》是采取由单独条约所确定的统一法形式，还是采取样板法形式，也颇值探讨。如果采取样板法，有些欧盟成员国（例如英国）就得把《欧洲民法典》拒之门外，而感兴趣的一些非欧盟成员国（例如挪威、匈牙利、塞浦路斯）则可以自由地采用《欧洲民法典》作为样板法。除了统一法和样板法形式之外，还有第三种模式，那就是先制定一部样板法，然后经过若干年的探索，再把它纳入到国际公约之中。但是第二种模式和第三种模式的缺点是不能适用欧盟的法律制度，如果成员国颁布的成文立法，违反了《欧洲民法典》，欧盟委员会就不得根据《欧洲共同体条约》第169条的规定，提起违法行为确认之诉。当然，和欧盟指令相比，统一法或样板法更具有灵活性，它可以使起草者根据确定的日程去开展工作。笔者倾向于赞成《欧洲民法典》采取样板法或者模范法的形式。

## 七、结论

近年来，欧洲统一大市场对成员国民法发展的影响日益强劲，欧盟已经有许多指令迫使成员国协调其国内的合同法与侵权法。其他私法制度将是下一步协调的目标。欧盟实现法律协调的手段很多，包括指令、条约和规章。许多欧洲学者认为，目前所需要的就是制定一部《欧洲民法典》，以推动欧洲民法的协调；而且，目前时机已经成熟。但是，反对意见认为制定这样一部民法典尚为时过早。

客观说来，由于欧盟的每一项立法举措必须存在法律基础，即便欧盟有权立法，也要严格恪守从属性原则（欧盟立法只能补充国内立法之不足），致使欧盟有关私法关系的指令支离破碎、范围有限，甚至加剧了国内立法之间的互不统一和协调。因此，无论是在立法意义上，还是在学术意义上起草《欧洲民法典》，都是利大于弊的一件好事。他山之石，可以攻玉。我国学者目前正在探讨制定我国民法典的必要性、指导思想和具体思路。欧盟学者关于起草《欧洲民法典》的学术探讨对我国民法典的制定无疑具有重要的参考价值。因此，我国学者应当及时追踪欧洲学者有关这一问题的最新研究动态、以及有关的欧盟民事立法协调措施，并从中挖掘对完善我国民事立法有益的立法例和学说。

(原载于《当代法学》1999年第2期)

---

作者为对外经济贸易大学法学院副教授

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)