



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: 828

## 欧洲：多部民法典的大陆，或者走向单一民法典的大陆？

克里斯蒂·冯·巴尔

### 一、一个大陆多部法典

欧洲是个有着多部法典的大陆。除了不列颠群岛和斯堪的纳维亚国家的诸司法区域外（后者自从17世纪以来就从未修订过其成文法典，因此其残余的内容虽然今天仍然有效，但实际上已经完全不相关了），每个欧洲国家都有一部民法典，而且其中很多都对其它大陆立法的具体内容和结构产生了影响。《拿破仑法典》是欧洲仍然完全有效的成文法典中最老的一部。今年法国正自豪地庆祝着它的第二百周年（在比利时和卢森堡，虽然法典仍然有效，但看起来他们对这个日子并没有闹出那么大动静来）。《奥地利民法典》，即Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch，也属于欧洲真正古老的成文法典，它读起来就象罗马法史的指南。此外，还有今天仍被使用的《西班牙民法典》（Código civil）和《德国民法典》（Bürgerliches Gesetzbuch）。在二十世纪的进程中，只要看看那些属于欧盟的国家，就可以注意到希腊、意大利、葡萄牙和荷兰都制定了民法典。意大利和葡萄牙已经在朝着它们历史的第二次大的法典编纂方向前进。荷兰的情形同样如此，和1865年意大利民法典（Codice civile）一样，那里制定的旧民法典（Burgerlijk Wetboek）不过只是对拿破仑法典的翻译。直到1992年荷兰新法典的出现，新的标准才得以再次确立。它是欧洲最现代的民法典，已经部分地成为了近来法典编纂的范式，这其中就有新的俄罗斯民法典。

法典编纂的传统，也就是说把私法[1]的基本原则归纳于单一立法文件的努力，看起来仍牢不可破。这一点在同意加入欧盟的国家的立法政策中比较明显。其中最大的国家波兰以及匈牙利已经设立了高规格的改革委员会，以使它们的旧民法典现代化，并使其适应社会市场经济的规则；波罗的海国家已经为自己的新法典做好了部分准备；尤其是爱沙尼亚法典已经纳入了一系列有意思的革新措施。而且，在整个大陆，各国都有义务将所谓的共同私法规则（acquis communautaire，即涉及私法部分、对各成员国具有约束力的那些欧共体法律规则）付诸实施并将其纳入现行的国内法体系。在某些国家，也在就法典编纂进行严肃的讨论，以便就其一个部分或地区设计法律制度，从而保持该区域的专有特性。苏格兰就是这样的相关例子。西班牙司法管辖区的加泰罗尼亚也是如此，那里法典编纂的支持者把他们的触角伸向了苏格兰，以寻求其合作。[2]

构成法典的要素如何、其应包括的内容如何、它是如何得以形成的，关于这些问题的概念在不同的国家有不同的理解。[3]然而，可以肯定的是：法典编纂不仅仅是“重述”。不管其关于民法特定问题的规则如何，私法的大型编纂活动至少是高度政治化的工具，其意义在于它们总是追求着推动国内统一的目标。欧洲法制和政治史都一再地反映了这点。《拿破仑法典》是法国革命的皇冠，第一部《意大利民法典》则保佑了意大利的统一运动；《奥地利民法典》则至少在短时间内将奥地利和匈牙利连在了一起；希腊在庆祝其从奥斯曼帝国获得独立的同时，从其制定自己的民法典活中确立了民族同一性。就《德国民法典》而言，它是1871年德意志帝国建立后的直接后果。而在那里，直到1899年以前，只要旅行100公里，就很难不进入到另一个不同的私法体系。

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

在传统概念里（这几乎已经被人遗忘），所有民法典都构成或者包含“一般”法，而不是“普通”法。一般法是立法者为获得法律统一而进行有意识、有计划之设计的后果。相形之下，普通法是漫长发展过程的产物，由法院和评论者塑造，其中也出现了习惯法。现代时期早些时候的共同法（*ius commune*）就是这种类型，而英格兰和苏格兰的普通法至今依然如此。它们彼此区别的核心之处仅在于共同法是在“传授”中培育、后来在大学里得到发展的法律，而普通法的本质是它以前直至现在都由法院来适用。[4]值得注意的是，在很长时间以前，语言的使用就完全发生了变化，法国尤其是这样。当法国法学家们谈论“普通法”（*droit commun*）时，它们实际上是指被他们的拿破仑法典所涵盖的法律材料！看起来该法典已经深深地渗入法国国民的意识，以至于它不再被仅仅视作政治创设行为，而是被完整书写出来的一种习惯法。法国学者们宠爱着拿破仑法典，甚至实际上也宣示了对它的爱。[5]他们甚至有着这样的假定：即坚持认为真正的法典（对他们而言真正的法典当然只是拿破仑法典）不是被写出来的，而是其自身表达出来的。[6]

## 二、拿破仑法典和《德国民法典》

欧洲法典编纂活动曾经创造了国内的法律统一。在整个法国、意大利和德国等国家，第一次有单一的私法体系适用于整个国家。在民族政府的鼎盛时期，这对于其人民而言已经足够，其自身就是一个巨大的成功。看起来它最初并没有引起人们去关注到如下现象：民族政府制定的成文法典已经破坏了此前的共同欧洲法基础、此前一直在泛欧洲背景下自然演进的法学研究也已经被分割成各领土上的断片。显然，人们起初并没有意识到为了这国内的法律统一已经付出了巨大的代价，即造成了跨国间的法律差异。例如，从《拿破仑法典》的第三条就可以看出，它简单而又粗暴地规定所有法国国民都服从于法国法，即便他们住在国外也是如此。超出它的其它关于跨国事项的规定都显然被视作没有必要。

成文法典在欧洲各国间的法律制度间形成的隔阂很快就可以通过对奥地利法典和法国法典的比较看出来。它们之间相隔仅仅11年，但从那开始它们就是两个完全不同的世界。其结构、风格和术语曾经是、现在还是完全不同，以至于一方很难对另一方可以说些什么。如果没有比较法的辨析（而这在当时还没有发展起来，只是在第二次世界大战以后才真正成熟），它们的内容和共同享有的传统中的很多共同点都不能得以显现。它们都在各国学者论述的注解里湮灭了。

1900年1月1日《德国民法典》的生效标志着这一发展的顶峰。在某种程度上它号称自己是“反《拿破仑法典》的”；它抱着战胜伟大的法国法典的决心踏上了欧洲舞台，后者被称作“弧形敌人的法典”（那时候的政治语言就是这么说的）。很多《德国民法典》的规则之所以会起草成它们曾有的样子，只是因为《法国民法典》提出了不同的解决方案！说明两部法典间不同点的例证清单可以长得没边。甚至两部成文法典的结构也有根本的不同：一方是制度式（三编），另一边是潘德克吞式（五编）。德国创设了真正的“财产法”，其枢纽是“绝对权利”的概念；法国则把其（在第二编中）限制于“物法”。德国法把财产的转移问题与买卖合同分离开来，虽然它完全清楚自己的西方邻居把所有权的移转视作买卖合同的主要目的。法国曾经设计了一套至今仍然运作的精心平衡的规则体系，其适用的结果是可以向法院申请以宣告合同的无效或撤回，而且只有法院有权宣告维持原状。相形之下，德国则将合同的无效、撤回和撤销置于当事人的手里，后者有自己创设法律交易的自由。在欧洲法制史上德国第一个发展了不当得利的自治法律，而法国民法典则坚持了罗马法的准合同概念（甚至近来还扩大适用了这一概念）。法国禁止对私生子的父母测试，而德国法则允许这么做。法国禁止将在遗嘱中将财产赠与第三人（*fi dei commissum*），而德国法（还）不禁止。

法国在其民法典中选择了平易的语言，同时也夹杂了革命式的夸耀[7]，而对专业学科术语的价值却几乎不加注意。德国一直沿着分析路线前进，不仅设计了抽象的“总则”，也集中考虑了极其概念化的清晰层次（关于这点，无数的法律定义就是证明），甚至在其内容里加入了证明责任分配规则和特殊抗辩事由的程序处理规则。《德国民法典》分割了法国民法典中搁置一起的事项，将它们放在不同的地方。《拿破仑法典》重点关注实际的、日常的相互关系，而《德国民法典》则转向了法律原理间的理论联系。对一位德国法学家而言，在“取得财产的各种方式”（这是《拿破仑法典》第三编的标题）中，把继承法、婚姻财产法、合同法甚至侵权法集中在一起的做法过去和现在都是非常业余的！《德国民法典》自身则将整编内容划于继承法和家庭法。然而这么做，它就把一些人格法的一般规则剥离了出来，以至于与这些法律人格、姓名和住所的取得规则相并列的是所有法人原型（即组织）的确立和构造规则。虽然现在看来这有些荒唐和不合时宜，但甚至连“消费者”和企业家（*Unternehmer*）的定义也是在关于人的一般原则里才可以找到。

最重要的是，对准确概念和精确分析的追求成为了《德国民法典》的主要特征，这既是其力量、也是

其弱点所在。相关的例子如：在代理法中对内外部关系的区分，而这在法国则被融于委任合同法里；合同订立与无效的区分致使德国的合同概念比法国更为狭窄；侵权行为法概念的急遽变革。一方面，法国法（在其民法典第1382条和1383条中）通过三个因素的运作就确立了侵权责任的要件（即过错[faute]、因果关系和损害），德国则设计了六个因素：不法性(Rechtswidrigkeit)和过错(Verschulden)、侵权行为人的作为或不作为与侵害或侵扰及被主张的损失间的因果关系(haftungsbegründende Kausalität)、侵害行为或侵扰行为与被主张的损失间的关系(haftungsausfüllende Kausalität)、侵害行为和损失。而且（虽然应该承认这是二十世纪的发展），法国在严格责任法里采用了宽泛的一般条款，德国则通过一系列特别制定法来处理这一领域的问题。最后，再举一个例子，法国对人格无形权利保护的立法风格是把它压缩成显然简洁的表述：“任何人都享有其私生活受尊重的权利”。（民法典第9条[8], Chacun a droit au respect de sa vie privée）。这种处理方式在德国法中永远不会被接受。从德国角度而言，这是在宪法中设定基本权利的风格，而不应是“普通”法官们被预期面临的立法风格。

在今天的欧洲，德国和法国法律制度中的这些重大不同点已经成了值得关注的问题。更仔细的比较研究表明，沿着普通法法系（在不列颠群岛）和民法法系（在欧洲大陆）方向进行分类的流行观点站不住脚。最尖锐的前沿处于德国和法国之间，并延伸到它们各自的姊妹法律制度里。

然而，比法律制度和实体法中的不同点更重要的是自从《德国民法典》制定以来在法国和德国法学家间潜在的深刻情感鸿沟。至少在年长些的法学家们那里是这样。他们所学与所教的都是说：其它地方的法律和他们自己的完全不同；他们所学与所教的还说：在其它地方已做的事情不能简单地照搬。讽刺挖苦在过去和现在都一直充斥于这个场景里，很少有人花点时间和勇气去努力看看边界那边的法律实践中被记载于成千上万个法院判决中的运作情况，去评价或者记录在这两个法律制度中可以观察到的迈向融合的巨大步伐。各方都渗透了一种特别的不信任（顺便可说的是这一点学者比法官们更为明显）。当一个德国人敢于尝试对制定欧洲民法典的可能性启动初步研究时，他必须预计到将从法国那边涌来的严厉指责和怀疑。他很快就被批评为试图将德国法强加于法国人民。而如果是法国开始启动这一计划，也很难排除德国这边的很多人会做出同样反应的可能性。法国和德国两边都一样花费了太多的智力投入对彼此进行隐约的挑战。

在《德国民法典》完成之前，法国法典在全球享有实际垄断的地位。然而，正如西方诸强迫使日本采用面向市场的新私法体系一样，德国成文法典的最初效应很快就变得明显起来。在其制定后，它的影响就部分地通过日本“迂回”（很难说这没有问题。）延伸到中国和韩国。然而，同时在欧洲，1899年的西班牙民法典仍然坚定地继续接受了拿破仑法典的影响，从那里它的影响又因此被间接地传送到南美洲那些期盼着追寻西班牙母国法律体系的国家。相形之下，希腊民法典虽然有明显的改进，却仍追随了《德国民法典》的模式。在土耳其，法国和《德国民法典》都没能获得认同，被选择的模式是瑞典法律制度模式（与法国制度相比，它很显然更接近于德国制度）。意大利、尤其是后来的葡萄牙跨过边界，试图寻找妥协。新的荷兰民法典也是如此，它肯定属于新一代的成文法典。最近，新的爱沙尼亚民法典显然借鉴了《德国民法典》，例如它在财产法中采纳了抽象物权行为的概念（据此，基础买卖合同的无效并不会导致所有权转移的无效）。我们因此在法典编纂活动的国际政治中看见了两个“巨人”。《德国民法典》肯定没有获得法国民法典的荣誉和光辉，但可以公正地说最终它们打了个平手。

### 三、关于欧洲民法典的讨论

考虑到上述背景，欧洲是否有可能就其整个联盟制定一部民法典达成一致？正如已经阐明的那样，德国和法国只是多部法典中的两部，而目前欧盟有五个国家就根本没有民法典。2004年5月，将有十个新成员国加入到联盟，而其中每一个国家都着自己的法律传统。那些寄希望于有一天欧洲仍有可能同意一部相同的法典文本，以其规制4亿人民的日常生活，并对欧洲之外的许多法律制度产生影响的人，是否只是梦中人？这个问题并没有答案，在欧洲仍属激烈而彼此冲突的争论主题。这本身肯定是一个引人注目的现象。仅仅是存在讨论的这一情况就足以证明：在欧洲建立之后，我们古老的大陆已经开始承认了欧洲比其据以组成的各个国家要更为古老的事实。

赞成或反对的理由都很多。欧洲民法典的支持者们指出：长期而言，只有建立在共同的债法和财产法的基础上，巨大的内部市场（关于这个市场，至少已经存在了统一的货币。）才可以凝聚在一起并完全发挥其功能。而且，他们也指出：欧洲群体需要这个东西以在未来确立其自身的地位。此外，他们还重点关注的事实是：欧盟的大量法律措施（条例和指令）深入而零散地影响着各国民法制度，因而也有着巨大的潜在破坏效应。至少需要发展一套共同的法律术语和体系以使这些特定领域的立法措施各得其所，从而可能获得一个有机协调的发展。最后，欧洲民法典的支持者们指出：单个民族政府的力量已经很难足以推动真正现代的法典编纂活动。很多国内法典（其中肯定有拿破仑法典）毫无希望地过时了，而它们就如博物

馆的残片，已经不再有人去关注触碰了。只有共同的泛欧洲的努力才有能力去结束这种日益衰败的僵局。最后，过去所有的法典编撰活动都不过是勇敢的立法试验，对其结果做出最终评介的时间看起来还不成熟。另一方面，如果不迅速地迎接这一挑战，十九世纪遭遇的将欧洲分割成许多小块的命运则可能有再次出现的危险，更不要说由此将永远难以与美国在法律领域进行竞争的事实了。

相形之下，欧洲民法典的反对者们则考虑到各国的法律传统有其深厚的根基并已经成为每个国家文化的组成部分，认为私法对经济成功的重要性被夸大了、向一个统一体系的转型将引致高昂的经济成本、几个世纪以来勤勉建立起来的法律确定性和经验至少在短期内都将被丧失、法律制度间的竞争本身是良性而妥适的，而最重要的是欧盟缺乏在民法领域处理如此广泛领域事务的能力。

看看目前的政治舞台，很快就能注意到“欧洲民法典”这个口号目前既未被负责的欧洲议员们使用，也没被欧洲委员会负责的官员使用。近来的任何官方通告都没有使用它。甚至最初提出这一讨论的欧洲议会[9]在其用词上也变得更为慎重。这一语义学上的谨慎是明智的：如果事情要有所进展，那么他们也应该以小而深思的步伐来做到这点。

迄今最重要的声明很可能是在1999年10月15日和16日在芬兰坦佩雷市召开的欧洲政府首脑峰会中做出的。在这个会议上，欧洲理事会强调：“在真正的欧洲司法领域，不应由于各成员国法律...制度的不相容或复杂性而阻止或阻碍个人和商业机构行使其权利。”因此，会议的结果在B.VII节（民法的更大融合）第39段得以反映出来，其结论是“关于实体法，需进行整体研究以应对使各成员国民事法律彼此接近的要求，进而消除民事程序良好运作中的障碍[...]”。[10]正是这个文件鼓动了欧洲民法典这一设想的许多支持者，并产生了新的希望。对此，欧洲委员会的反应是2001年7月11日出版的《关于欧洲合同法致欧洲理事会和欧洲议会的通信》。[11]随着这份通信，欧洲委员会把对坦佩雷市触及之问题的讨论放在了一个广泛的基础上。不过，委员会的通信仅仅提及了合同法及其它那些紧密相连的领域，即不当得利法和非合同责任法的很小一部分。[12]

这一偏离坦佩雷成果、缩小关注点的做法已经在几份针对欧洲委员会通信的重要政治声明里受到了批评。[13]其中尤其应注意的是欧洲议会2001年11月15日的决议。[14]在决议中，欧洲议会不再使用“欧洲民法典”一词，但它却仍雄心勃勃地提出了一项发展和创设欧洲债法及财产法的行动计划。[15]这包括了非合同责任法和财产法的部分。2003年2月，欧洲委员会再次以通信形式提出了它自己“朝向更协调的欧洲合同法的行动计划”。[16]“行动计划提出了非规范性和规范性措施[...]。除了针对特定领域适当的干预措施，还包括下述措施：（i）提升合同法领域欧共同体间的协调程度，（ii）在全欧盟范围推广统一的合同术语以及（iii）进一步考察欧洲合同法领域的问题是否需要通过不只针对特定领域的方案来解决。例如，如果合适的话，关于采用可选择适用的法律文件（an optional instrument）[...]的建议就可以考虑一个共同法律框架指引（Common Framework for Reference），对此委员会倾向于通过研究以及有关各方的帮助来加以完善。这一共同法律框架指引应能在共同的术语及规则方面提供最好的解决方案，如对于‘合同’或‘损害’这样的基本概念和抽象术语的定义以及在合同不履行情况下应适用的规则[...]就应如此。这一共同法律框架指引的第二个目标是为在欧洲合同法领域进一步考虑制定可选择适用的法律文件提供基础。为了推动整个欧洲相关各方详细阐明一般合同术语，委员会倾向于在现有的和计划中的提议基础上促进欧洲及各成员国内部层面上信息的交流。[...]。委员会也倾向于发起对潜在解决方案之妥当性、可能的法律形式、内容及其法律基础的进一步思考。”[17]而且，欧洲议会法律事务和内部市场委员会在其针对欧洲委员会行动计划的报告中（该报告是2003年9月2日欧洲议会关于赞同共同法律框架指引及支持可选择适用之法律文件的决议[18]的基础。）也再次明确表示，希望适当考虑将非合同责任法，至少是动产法和信托法纳入未来的下一步工作计划中。[19]

这就是目前在政治层面上事态的基本状况。我们还应补充的是，欧洲委员会目前已经再次迈出一步，在考虑是否可能获得比与迄今欧洲法学家的联系相比更为紧密的合作。为此，委员会已经就一项泛欧洲范围的大研究项目进行招标，[20]以便能在其第六次研究项目框架计划的框架内决定有多大可能去实现前述“共同法律框架指引”。这项措施已经在2003年2月的通信里得以宣布。[21]预计2004年就会有结论。

因此，具有魔力的词不再是“欧洲民法典”。它的位置已经被“共同法律框架指引”所取代。实际上，不大可能去说如何才能准确理解这个题目。然而，前面已经提及的委员会通信提供了一些线索。“这一共同法律框架指引应能在共同的术语及规则方面提供最好的解决方案”[22]这一表述的措辞看起来特别重要。在这里及通信的进一步说明里，有可能揣摩出对于那些正由各泛欧研究团体的法学家们从事之大型研究项目的潜在暗示。欧洲委员会自己当然并没有投入到任何此类项目。仅从一般的政治观点来看，与此相背的做法都很难为人所接受。然而，变得更为明了的是，欧盟委员会2003年2月的通信特别将其注意力投向了那些研究团体。它们正致力于起草那些被认为将构成泛欧私法基石的基础规则。

毫无疑问，这些小组里最著名的是或者曾经是由丹麦教授奥尔·兰多创立的欧洲合同法委员会

Commission on European Contract Law, CECL)。该委员会1982年就开始了工作。欧洲合同法委员会是或者曾经是由来自欧盟、挪威及瑞士等司法区域的教授们组成的专家团体。它制定了欧洲合同法通则(Principles of European contract law, PECL),并对其做出了评述和注释。该组织的第一、二届(连续的)委员会讨论了合同的成立、效力、解释和内容、代理人代理行为对本人的约束力、合同债务的履行及不履行的救济等问题。其研究成果(第一部分)在1995年首先出版,[23]然后在2000年首先以英语,[24]但同时逐步以欧盟其它语种[25]出版了“欧洲合同法原则”的第一、二部分(综合版)。2003年,该组织的第三届(最终)委员的研究成果得以出版。[26]欧洲合同法原则的第三部分包括了条件、违法性的后果及其它债法所有构成部分都需面对的问题,如多数债务人和债权人、请求权的转让、新债务人的替代、抵销和时效。

正当欧洲合同法委员会的工作显然就要告以结束的时候,它的一些成员(其中就有本文作者)成了欧洲民法典研究会(Study Group on a European Civil Code)。该小组有一些和欧洲合同法委员会相同的成员,它明确赞同并将继续欧洲合同法委员会开启的工作。它成立于1998年,自从1999年起就完全运作起来。它从欧洲所有成员国里组建了大约100名左右的法学家团体,并从其它国家(尤其是波兰、匈牙利、爱沙尼亚、斯洛文尼亚、挪威,后来还有瑞士)吸纳了观察员。研究会建立于各种持续存在的“工作小组”所进行的比较法研究基础上。这些工作小组分布于欧洲各个地方,并从其各自相关的地域角度对分配给它们的各项研究任务进行讨论。这些工作小组是在一位教授的带领下,来自欧盟所有或者几乎所有的司法区域的研究生组成。不过,有时工作小组全部由教授组成。这些工作小组设计并起草最初粗略的概念和草案,然后在第二步里由顾问理事会对其进行讨论(该顾问理事会是由相关领域的一流学者组成的小团体,同样也代表了欧盟的所有法系)。该草案的下一步进程则取决于在这期间取得的进展。由45位教授组成的协调小组会在两年一次、为期一周的会议上按计划审议各草案。有一个叫做起草小组的中间机构负责审核文本中的可能的含糊之处,以明确揭示出至关重要的“政策问题”。另有一个小组负责准备术语表,以尽可能保证术语的使用有其一贯性。在每一个情形下,制定“原则”的部分进程都涉及到把它们翻译成欧盟的各种语言,这样就可以对其最初的英文版本进行反复思量。附属于这些“原则”的是(或者将是)比较法的引论(这在各章都不相同),并伴有详细的评述,以使用例证方式解释各条款的实际应用和效果。最后,有(或者将有)各类评注以使读者能明白“原则”的相关条款在各成员国国内法中是否已经存在、在何处存在以及以什么方式存在。在分散研究的第一阶段,我们将出版具有完整注释的“原则”的各单个部分,此后将吸收欧洲合同法原则的内容并出版综合版。目前,该项目的经济资助完全来自于几个欧盟国家的国家研究基金资助组织。我们希望在大约四年的时间里完成第一个阶段。我们的主要工作方法是平行地同时着手各项研究主题。这自然意味着在一个连续的进程中,它们将被一再地提交到协调小组的议程,后者对其有最后的话语权。在内容方面,研究会正着力于特定类型合同的法律(买卖、服务、动产租赁、个人保证权利和长期合同),非合同义务的法律(侵权行为法、不当得利法和无因管理法(negotiorum gestio)以及动产法的某些方面(所有权的移转、所有权权证法和信托法)。

#### 四、共同法律框架指引的意义

因此,比起欧洲法律政策制定进程来,欧洲法律科学已先迈出了一大步。另一方面,欧盟各机构就这些努力也至少给予了关注,并在寻找可以将专家知识和政治合法性联系在一起的方式,对此我们应该表示自己的感激。达到这一前述联系之目的的手段是我们一再提到的共同法律框架指引。至少它的出现将起到这样的作用。如果它能够有一天以欧洲官方文件的形式见诸天日,那么这样一个共同法律框架指引就构成了一个极其重要的文件。当然,它不是具有约束力的法律文本,但它可以作为欧盟各国的示范法。而即便就是这种地位,它也具有重大作用。即使共同法律框架指引仅仅是一项不具约束力的建议文本,它也能对各国(立法和私法)的造法活动发挥重大影响。它不会有任何强制因素,因此也没有理由担心那“让人难以忍受”的布鲁塞尔官僚主义,它只是对理性的呼唤及对和谐秩序的邀请。可以肯定,它将在所有欧洲大学都被传授的一个文本,而这相应地将为其在各成员国的逐步得以接受铺平道路。它也将是可据之以进行初步“试验”的文本,也就是说,是一个可以用于进行不断调整而无需各种复杂立法程序的文本。

至于谁将发布该文本并为其承担责任的问题,应该承认对此尚无明确答案。目前也不需要一个答案。政治参预的时机还未到来。然而,在未来的年头里,如果能做到欧洲法学界、欧洲工商界、欧洲消费者团体、政府、议会和欧洲委员会的官员都真诚地朝着这些目标合作,那么“旧欧洲”将为自己、也可能为别人迈出一大步。我甚至可以预期,即使在中国这个有着世界上最古老文化之一的国家,发生在我们地球这边的一切也不会被视而不见。

译者：张小义，中国人民大学民商法博士研究生。译者感谢导师张新宝教授对译文的审校。

[1] 私法一词的表述本身就伴随着各种各样的问题。首先，它至少假定接受了对“公法”和“私法”所做的区分，而这在英格兰仍遭到质疑。在一个没有成文宪法的国家，对这两个领域不做区分有其政治意义，这一点不可低估。然而，至少是在理论概念上，这样不区分的方式使其有可能将国家视作和私的市民一样受到同样规则的约束。因此，公、私法的区分做法和在这两个领域里该等区分的不存在却都暗示了对自由的保障！“私法”这个术语同样存在问题，因为在欧洲大陆还必须将它区别于“民法”。这里“民法”（来自于拉丁词*civis*，即市民）意指的只是私法的一部分，即成文法典（“民法”法典）中的内容。相形而论，英国“民法”的表述则意指那些与“普通法”相对照的规则。因此，其“民法”是指源自于罗马法的私法。相应地，苏格兰虽然没有一部法典，但它是主要属于“民法法系”的一个司法区域。因此，很多英国法的概念在苏格兰并不为人所知（如在*Rylands v. Fletcher*一案中确立的著名规则。即危险行为的严格责任原则，译者注。），而很多苏格兰法里从罗马法中采用的概念在英格兰也不为人所知（如无因管理，*negotiorum gestio*）。

[2] Bosch, *Why Scots Private Law Should be Codified*, *Scots Law Times (SLT)* 2003, 237-239.

[3] 例如，法国就有许多所谓的“法典”，而其中大多数只是根据议会授权生效的现有成文法规则的汇编，如保险法典（the *Code des Assurances*）和消费者法典（the *Code des Consommateurs*）。它们不应被混淆于象拿破仑法典这样的立法，因为它们没有象后者这样进行了系统的构思。

[4] 也许完全是由于这一因素，才推动了在美国一度流行很长时间的“法律经济分析”的新奇学说。面对法院的主宰地位，法律教授们突然意识到自己不再能在自己的领域表述自己的看法，转而在经济学（而且，相对于法理学而言，还有可能成功的获得诺贝尔奖呢！）里寻找新的活动领域。和往常一样，欧洲法学界再次表现得易于受到美国思想的感染。然而，实际上欧洲各法院都没有在任何领域允许那些受“经济分析”学说影响的论说登堂入室。同时，这一时潮也将最终走向衰落。

[5] 例如，引人注意的有Cornu, *Un code civil n'est pas un instrument communautaire*, *Le Dalloz (D)* 2002 *Chroniques (Chron.)* p. 351.

[6] 例如, Portalis citing, Yves Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, *D* 2002 *Chron.* p. 2202, 2214 (« Les Codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ») («人民的法典依时而成，但严格说来他们不是被生成制造的。»)。

[7] 法国民法典第1382条的制定提供了一个例证，该条规定任何自然人（*chacun de l'homme*）需为其因过错引致他人的损害承担责任。对起草人而言，显然重要的是：实际上任何人，包括那时上层阶级的成员都应依据侵权法承担责任。然而，这一条款的制定却似乎是个大错：如果从其字面理解（实际上没人会这么做），它就意味着法人将不必为其侵权行为承担责任。这类编辑错误在拿破仑法典里层出不穷；只是在此后其它国家的法典里，它们才得以被铲除（如西班牙第1902条中关于侵权行为责任的规定）。

[8] 1970年7月17日被添加到法律中。

[9] 欧共体官方期刊（OJ）1989 C 158/400; OJ 1994 C 205/518.

[10] [http://www.europarl.eu.int/summits/tam\\_en.htm#b](http://www.europarl.eu.int/summits/tam_en.htm#b)

[11] OJ 2001 C 255/1 (13th September 2001).

[12] 通信的第12和13段。

[13] 尤其请参见学术政策诸声明中欧洲合同法委员会和欧洲民法典研究会的联合应答，它由冯·巴尔、兰多和施文代表两个组织联合提出，并和其它事项一起发表于欧洲私法评论（ERPL）2002，183-248。

[14] 欧洲议会关于促进各成员国民法融合的决议 (COM (2001-398-C5-0471/2001 - 2001/2187 [COS]) ; 刊于 OJ 2002 C 140E/538 (13th June 2002).

[15] 决议的第14段。

[16] 委员会致欧洲议会和理事会的通信: 更协调的欧洲合同法。行动计划, COM(2003) 68 final。文件发布于:  
[http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/com\\_2003\\_68\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/com_2003_68_en.pdf) .

[17] 通信的执行总结。

[18] 欧洲议会关于委员会致欧洲议会和理事会通信—更朝向更协调的合同法-行动计划的决议 (COM (2003) 68 - 2003/2093(INI)). P5\_TA(2003)0355。该项决议发布于欧洲议会的网站 (<http://www.europarl.eu.int>).

[19] 关于委员会致欧洲议会和理事会通信-更朝向更协调的合同法-行动计划的报告 (COM(2003) 68 - 2003/2093(INI)). 报告人: Klaus-Heiner Lehne, 9th July 2003. A5-0256/2003. 该项报告统一发布于欧洲议会网站 (<http://www.europarl.eu.int>), 它包含了一项“解释性说明”, 该说明第II(1)(b)节写道: “在其前一个决议中, 欧洲议会对委员会通信仅限于合同法表示遗憾, 并呼吁纳入合同法总则、买卖合同法、规制包括金融服务和保险合同等服务合同的法律、规制个人有价证券的法律、规制非合同义务的法律 (侵权法, 利益返还法)、规制动产所有权转移的法律、规制动产信用担保的法律及信托法。在坦佩雷, 欧洲理事会也没有把自己限制于合同法。实际上, 理事会在其关于第一次委员会通信的声明里已经呼吁对侵权法和财产法的起草进行研究。因此, 难以理解为什么委员会却没有认识到在合同法领域外制定其它框架指引和安排的可能性。考虑到欧洲联盟公约对此未有任何限制, 如果能就前述目的对其做出澄清, 这将会受到欢迎”。

[20] 欧洲议会1513/2002/EC项决定和2002年7月27日理事会关于为促进欧共体研究、技术发展和实证活动以推动欧洲研究领域及其创新之第六次框架计划的决定 (OJ 2002 L 232/1, 29th August 2002)。

[21] 通信的第68段写道: “上述领域的研究活动可以获得关于促进研究和技术发展的第六次框架计划 (FP6) 的支持。在纳入计划时, 7号优先项目‘知识社会的市民及其治理结构’即为该等努力提供了分析和智力背景。可以预见到, 在欧洲合同法领域里的研究活动将是该项优先项目里要求付诸发表的第一批项目之一。考虑到该等问题的风险性质, 项目实施将利用FP6计划里的某项新方法, 以进一步合理调整并协调这一领域里研究活动的结构。

[22] 参见前述14段。

[23] 兰多斯和比尔主编, Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies (Dordrecht 1995).

[24] 兰多和比尔主编, Principles of European Contract Law. Parts I and II (The Hague 2000).

[25] 卡斯特罗诺瓦出版了一部意大利文译本, Principi di diritto europeo dei contratti (Milano 2001), 冯巴尔和齐默曼出版了德语版本, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (Munich 2002), 鲁黑特出版了法语版本, de Lamberterie, Tallon and Witz, Principes du Droit Européen du Contrat (Paris 2003); 还有一系列版本在进行中。

[26] 兰多、克立伍、普吕穆和齐默曼, Principles of European Contract Law. Part III (The Hague 2003).

[返回](#)

