



欧盟民法法典化研究

The Codification of European Private Law

朱淑丽 著



欧盟民法法典化研究

The Codification of European Private Law

朱淑丽 著

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

欧盟民法法典化研究/朱淑丽著. —上海: 上海
人民出版社, 2013
ISBN 978-7-208-11438-8

I. ①欧… II. ①朱… III. ①欧洲联盟—民法—研究
IV. ①D950.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 106973 号

责任编辑 解 颀

封面装帧 毛 淳 夏 芳

欧盟民法法典化研究

朱淑丽 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.cwen.cn)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 13 插页 4 字数 212,000

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11438-8/D · 2279

定价 32.00 元

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

目 录

导论	1
第一章 背景与动因	4
一、欧盟的内部市场计划	4
二、欧盟规制内部市场的策略	6
(一) 消极一体化及其不足	6
(二) 积极一体化与法律协调	8
三、私法与欧盟权限	11
(一) 欧盟对私法的干预	11
(二) 欧盟干预私法的法律基础	13
(三) 对欧盟权限的限制	15
四、欧洲私法及其缺陷	16
(一) 欧洲私法的产生	16
(二) 欧洲私法的缺陷	17
第二章 法典化方案的提出与论证	22
一、法典化方案的提出	22
二、法典化的必要性和可行性	25
(一) “蒂博们”的观点	26
(二) “萨维尼们”的观点	29
三、法典化的障碍	32
四、实现法典化的途径	34
(一) 法典化的意涵和模式	34

(二) 法典化的最终目标	39
(三) 实现法典化的步骤	42
五、欧洲民法典的实质方面	44
(一) 法典的内容	44
(二) 法典的结构	45
(三) 法典的指导价值	47
(四) 法典的适用范围	50
 第三章 法典化的学术化阶段	52
一、“学术化”的原因	52
二、缔造共同欧洲法律文化	54
(一) 法学研究	54
(二) 法学教育	56
三、构建法典蓝本的学术团体	57
(一) 欧洲合同法委员会	57
(二) 欧洲民法典研究组	59
(三) 欧盟现行私法研究组	60
(四) 欧洲私法学会	61
(五) 欧洲侵权法研究组	62
四、《欧洲合同法原则》评述	63
(一) 《原则》的概况	63
(二) 以经济效益为正当性基础	66
(三) 价值上以个人主义为主团体主义为辅	69
(四) 创造新的欧洲法律语言	72
 第四章 法典化的政治化阶段	77
一、迈上政治轨道	77
二、关于欧洲合同法的第一份通报	77
(一) 2001 年通报的内容	77
(二) 各方的反馈意见	78
三、关于欧洲合同法的行动计划	81

(一) 主要内容	81
(二) 提高欧盟立法质量	82
(三) 论证“非特定部分解决办法”的适宜性	83
四、关于欧洲合同法的前进路线	85
(一) 《共同参考框架》的主要方面	86
(二) 关于“选用性法律工具”的讨论	89
五、《共同参考框架》:实质的法典编纂	90
(一) 《框架》的实质	90
(二) 法典编纂与法律协调的区别	91
(三) 《框架》的法典化特征	93
(四) 《框架》的实质效力	94
 第五章 《共同参考框架草案》的基本方面	97
一、《共同参考框架》的准备	97
二、《框架草案》的主要内容	99
(一) “原则”	100
(二) “定义”	102
(三) “示范规则”	102
三、示范规则的范围和结构	103
(一) 示范规则的范围	103
(二) 示范规则的结构	103
四、《框架草案》的来源及其相互间的协调	109
(一) 《框架草案》的来源	109
(二) 各来源之间的协调	110
 第六章 《共同参考框架草案》的起草技术和价值选择	113
一、《框架草案》的起草技术	113
(一) 融合两大法系	113
(二) 采取信任司法的立场	119
二、《框架草案》的价值选择	121
(一) 涉及的主要问题	122

(二) 保护弱势当事人方面	123
(三) 限制个人自治方面	127
(四) 《框架草案》的价值定位	131
三、《框架草案》的权威地位	131
 第七章 最新进展与发展规律	135
一、《框架草案》公布后的政治行动	135
二、“政策方案”的主要内容	136
三、提出“欧洲共同买卖法”的立法建议	138
(一) “欧洲共同买卖法”的性质	139
(二) “欧洲共同买卖法”的结构和内容	139
(三) “欧洲共同买卖法”的适用范围	141
四、法典化的未来展望	141
五、法典化的显著特征和发展规律	143
 第八章 对我国的启示	146
一、准备法典文本方面	146
二、法典编纂技术方面	151
(一) 我国民法法典化的必要性	151
(二) 可资借鉴的法典编纂技术	153
三、培育法律科学方面	159
 附录一 所涉判例简介	161
附录二 所涉条约条文对照表	164
附录三 《共同参考框架草案》的主要结构	167
附录四 欧洲法典化进程大事记	170
附录五 重要术语释义	172
人名和重要术语索引	182
表格索引	185
主要参考文献	186
后记	201

导 论

在现代法律制度中,法律改革常常经由立法来引领推行。当立法改革内容广泛,且意图涵盖某个法律领域的整体时,该现象就被习惯性地称为“法典化”,而其“产品”就是“法典”。目前,正在欧盟范围内进行的这样一场大型的民事法律改革就是“欧盟民法法典化”,这是一次规模空前的发生在欧共体/欧盟层面上的私法编纂活动。

随着成员国的不断增多(目前已达 27 个),欧盟已经涵盖了几乎所有传统意义上的欧洲民族国家。于是,“欧洲”这一地理概念而今通常被用作一个政治概念,在很多情况下与欧盟的行为联系在一起。西语文献惯常以“欧洲法律一体化”、“欧洲宪政”、“欧洲法”、“欧洲私法”、“欧洲民法典”、“欧洲合同法”等概念,来描述发生在欧盟法律领域内的种种现象。近年来,随着越来越多的相关著作被翻译成中文,我国学者也逐渐熟悉、接受并开始使用这类概念。鉴于此,为了与引述的英语文献保持一致,以免发生混乱和错位,除了本著的书名外,文中所涉概念一律采用其原来的表述方法,如“欧洲民法法典化”、“欧洲民法典”等,而不再做另外说明。

欧洲民法法典化根源于欧盟经济、政治两个一体化之间的矛盾:飞速发展的经济一体化要求与市场有紧密关联的法律超越国家疆界,在欧盟层面上形成一个统一的法律制度;然而,政治一体化的滞后却不能赋予欧盟足够的权限,使其成为能够满足上述需要的超国家主体。这种矛盾非传统的国家法、国际私法和欧盟现行立法手段所能解决,而必须采用一套新的造法思路和技术予以解决。这是欧洲法典化的动因及其运作的“Windows 系统”,也是决定其发展轨迹的逻辑起点。正是在这一点上,这场法典化运动在区域范围内对应和反映了法律全球化问题。^①

① 法律全球化机制的实质就是,法律事务应该而且可以被伦敦或者纽约的律师事务所根据职业性的操作流程进行处理。朱景文教授指出,法律全球化的一种主要方式就是国际法的国内化,即有关国家具有统一的规则,它凌驾于主权国家的法律之上,主权国家的国内法必须根据它的标准加以调整。根据这种分析,“私法欧洲化”(即消除私法的国家疆界)就是一种典型的法律全球化现象。

欧洲法典化开始于 20 世纪 80 年代初,目前已发展为当今世界最引人瞩目的法律事件之一。尽管它还没有实现其最终的目标,但是已经表现出较为完整的发展形态和逻辑规律。一方面,欧共体/欧盟不仅在超国家层面上发展出一种新型法律——欧洲私法(European private law),并逐渐侵蚀各个成员国自成一格的私法体系,而且这种“私法欧洲化”(Europeanization of Private Law)的日益积累最终汇成一种不可逆转的发展趋势,即欧洲私法的法典化,其结果将导致传统私法的形态和格局发生一场“突变”。另一方面,一大批法学者参与这场运动,他们通过各种形式推动私法一体化事业,这场规模空前的学术动员使欧洲成为创造一种跨国法制的“实验室”和“竞技场”。这两个方面的发展交汇在一起,使欧洲法典化成为透视 20 世纪以来引发国际性法制转型和法律全球化问题的一个重要范例。通过考察这个范例,可以揭示欧洲各种制度角色如何在经济全球化背景下重塑民法来回应社会需要,以及民法在这种重塑过程中表现出哪些新特征和发展规律。

本书着重从“学术准备+欧盟推动”的角度,来描述和分析这场法典化的整个演进过程和发展脉络。也就是说,发生在立法领域内的活动,无论是“民间立法”还是“官方立法”,是这本专著关注的重点。司法领域、法律实践领域和成员国层面上的有关行动由于较为分散,没有形成一定的规律,所以不在本书分析范围之内。

本书以时间为序大致分为如下八章:第一章“背景与动因”。内部市场制度产生的强大压力迫使欧盟采用积极一体化手段调整各国私法,由此导致“欧洲私法”的出现,为民法法典化提供了可能性;欧盟权限的有限性又使欧洲私法存在着难以克服的缺陷,这为法典化提供了必要性。这两方面因素促生了法典化方案。

第二章“法典化方案的提出与论证”。这场法典化始于 20 世纪 80 年代,历经十年发展为一场“欧洲民法典运动”。欧洲法学界率先发起关于法典化的论战,使其障碍、实现途径以及一部潜在的“欧洲民法典”的主要方面得以确定。本章确定了整个研究的理论主线:法典化的障碍包括政治性(法律基础问题)和文化性(法律多样性问题)两个方面,前者涉及“形式合法性”问题,后者涉及“社会合法性”问题,二者之间的关联是解析欧盟法典化的关键,从而决定了一部可能的“欧洲民法典”的形态。

第三章“法典化的学术化阶段”。欧盟法典化的前期(20 世纪最后二十年)主要是一项法学者推动的事业,是为“学术化阶段”。其目标是缔造一种新欧洲法律科学,使“欧洲民法典”先获得普遍接受,从而渐进地发展为正式

立法。这项事业因采用的方法不同可分为“自下而上”和“自上而下”两类,前者运用描述性方法缔造新欧洲法律文化,后者运用规范性方法构建法典蓝本。后一类工作起主导作用,其中“兰多委员会”制作的《欧洲合同法原则》为整个事业奠定了基础。

第四章“法典化的政治化阶段”。进入 21 世纪,法典化迈上政治轨道。欧盟委员会发表一系列通报,正式拉开编纂欧洲私法的序幕。其立法计划最终落实为一份“共同参考框架”,由学界负责起草,目的是为欧盟立法提供指南,并为部“选用性合同法典”做准备。《共同参考框架》是实质的法典编纂,它将学术性的法典事业与欧盟的政治行动结合在一起,集中体现了法典化的发展态势。

第五章“《共同参考框架草案》的基本方面”。《草案》于 2009 年初完成,并提交给欧盟讨论决定其政治命运。它是法典化事业三十年的集大成之作和最高成就,确定了这场法典化的格局和未来走向,值得详细评述。由于容量较大,评述内容分为两章。本章处理其主要内容、范围、结构、来源等基本方面。

第六章“《共同参考框架草案》的起草技术和价值选择”。起草技术与价值选择,是决定一部法典是否适当以及能否获得普遍接受的关键,前者涉及法典的基本外观和表现形式,后者涉及法典的精神和实质。本章着重考察《草案》的这两个方面。

第七章“最新进展与发展规律”。《共同参考框架草案》完成后,欧盟委员会开展了相关的政治行动。本章介绍欧洲法典化的最新进展,预测其未来的发展趋势,并总结这场法典化的显著特征和发展规律。

第八章“对我国的启示”。我国正在酝酿制定民法典,欧洲法典化可以在准备法典文本、法典编纂技术以及培育法律科学等方面,为我们提供宝贵的经验和借鉴。

此外,本书涉及很多背景知识以及大量繁难的技术性概念,为了辅助对正文的阅读和理解,书后设计了几个附录,依次是“所涉判例简介”、“所涉条约条文对照表”、“《共同参考框架草案》的主要结构”、“欧洲法典化进程大事记”以及“重要术语释义”,方便读者随时进行查阅。

第一章 背景与动因

一、欧盟的内部市场计划

欧共同体/欧盟是以实现更紧密的联盟为目标的统一工程,其核心部分是内部市场制度。在各国分割的市场基础上建立一个共同市场,进而形成单一市场(即“内部市场”或统称为“统一大市场”),实现商品、人员、服务和资本的自由流动(通称为“四大自由”)以及充分竞争,以规模经济促进商品的生产和分配,是欧共体的首要目标。

这个目标首先反映在 1957 年《建立欧洲经济共同体条约》中,该条约规定了要实现一个包括关税同盟及拥有四大自由的共同市场。关税同盟旨在取消共同体内部的关税及相关收费;四大自由则规定了生产要素的自由流动,它们是建立共同市场的必要前提。与标准较低的关税同盟相比,共同市场不仅要取消边境上的所有关税和收费,而且还要禁止所有阻碍成员国之间贸易或扭曲商业竞争的其他规定或做法,即所谓“非关税的”贸易壁垒。^①由此可见,共同市场的核心就是扫除成员国之间存在的各种贸易壁垒,包括关税壁垒和非关税壁垒。

早在 1968 年,欧共同体就实现了关税同盟。随着成员国之间在商品流通领域内关税及收费的取消,非关税壁垒问题愈发凸显出来。非关税壁垒主要产生于为数众多的有关消费者保护、环境保护、雇员保护及技术标准的规定。^②这类规定之所以能够对贸易造成阻碍作用,是因为它们要么使商品根

① 非关税贸易壁垒是指关税以外的所有妨碍或阻止成员国之间进行贸易和服务流通的因素,例如进口数量的限制(限额)、互不兼容的工业规范和标准(例如电器插头或纸张规格的标准)。

② 在涉及内部市场中人员自由流动及在其他成员国开业经营、提供商品和服务的权利问题上,也存在着阻碍贸易实现的各种规定。比如,关于就业资格的毕业证书或其他学历证明,各成员国的规定都不大相同。

本无法进口,要么迫使进口的产品要依照国内的规定予以改变。由于按照当时的表决程序,只有在部长理事会内部形成全体一致的同意,才能就事关重大利益的问题做出决策。因此,在20世纪70、80年代,欧共体为消除非关税壁垒而协调各国法律规定的尝试举步维艰,有些谈判甚至持续长达十年以上,这种情况导致“欧洲硬化症”的说法不脛而走。

正是在这种背景下,1985年欧共体委员会向理事会提交了一份题为“完成内部市场”的白皮书,这份文件的实质内容可以简单地概括为:要“完成内部市场”,消除在各成员国之间取消关税之后还存在的所有贸易壁垒。为了贯彻白皮书提出的内部市场计划,各成员国决定以《单一欧洲法令》(1986年通过,次年7月生效)的形式修订原来的欧共体基础条约。其唯一最重要的修订是,所有事关建立内部市场的问题,将在部长理事会中采用特定多数表决制。这项决定体现在《建立欧洲共同体条约》(TEU)第95条中。^①从此,决策程序的大为简化,即从全体一致表决制变为多数同意表决制,为欧共体采取新的市场一体化策略打开了方便之门。

表 1-1 内部市场

内部市场与标准较低的关税同盟不同,它不仅要取消边境上的所有关税和收费,而且还要禁止所有阻碍成员国之间贸易或扭曲企业之间竞争的其他规定或做法(即“非关税贸易壁垒”)。1968年欧共体实现了关税同盟,但是1957年《欧洲经济共同体条约》早就提出的共同市场设想却依然没能实现。20世纪70和80年代,许多成员国依然实行着或明或暗的贸易保护政策,从而需要一种新的政治动力来推动统一大市场的实现。在这种背景下,欧共体委员会提出了“完成内部市场”计划。

《建立欧洲共同体条约》第3编(第39—60条)中列举了可以作为共同市场核心组成部分的各种“基本自由”,包括:雇员迁徙自由(成员国的每个公民都可以在欧共体的其他成员国寻找工作);开业自由(独立经营者或公司可以在其他成员国开业经营、提供商品及服务);服务业自由(可以向居住于其他成员国的客户提供服务);资本自由(跨界的资本流动和支付往来自由)。

这些原则就是要求商品、人员、服务和资本可以跨界自由流动,它们在共同市场内有自由流动的权利。为了使这些要求能够顺利实施,基础条约规定了要协调各国的法律。欧共体通过颁布立法来推动成员国法律的“相互协调”。这就是说,各国法律中凡是限制或阻碍流动自由权的内容都必须取消或修改,不能再有因法律规定而阻碍贸易的情况发生。

① 文中所说的条约通指欧共体/欧盟的基础条约,尤其是《建立欧洲共同体条约》(英文简称TEU),除非另有说明。所涉条款参照的是根据《尼斯条约》修订的“《建立欧洲共同体条约》合并版本”。参见[英]尼格尔·G.福斯特:《欧盟立法》(上卷),何志鹏、孙璐译,北京大学出版社2007年版。2009年生效的《里斯本条约》将《建立欧洲共同体条约》更名为《欧盟运转条约》。

二、欧盟规制内部市场的策略

在建立内部市场的权限范围内,欧共体可以实行两大方面的策略:消极一体化(negative integration)和积极一体化(positive integration)。消极一体化集中于减少和消除国家对跨界交易的限制(即取消规制),包括关税、数量限制以及其他贸易壁垒;积极一体化又称“结构一体化”,是指在欧盟这个更大的经济单元内重建经济规制体系,试图为共同市场确立统一性法律(即重建规制)。前者采用的手段主要是“相互承认原则”(principle of mutual recognition),后者采用的手段则主要是“法律协调”(legal harmonization)(如表所示)。在《单一欧洲法令》生效之前,欧共体主要运用消极一体化策略;此后,则主要运用积极一体化策略。

表 1-2 欧盟规制内部市场的两种策略

消极一体化	积极一体化(又称“结构一体化”)
集中于减少和消除欧盟成员国对跨界交易的限制,包括各种关税和非关税壁垒(即取消成员国规制)	集中于在欧盟这个更大的经济单元内重建经济规制体系,试图为共同市场确立统一性法律(即在欧盟层面上重建规制)
以“相互承认原则”为手段	以“法律协调”为手段

(一) 消极一体化及其不足

从消极一体化角度看,共同体对市场的规制取决于成员国对市场的规制。它并不限制成员国对市场的规制,而只是要求成员国的规制不能构成某种市场壁垒,特别是准入壁垒。只要成员国的内国规制不存在不合理限制共同市场运行的情况,就是合法的;否则就是非法的,成员国必须消除构成壁垒的限制。

欧共体条约第 28 条禁止对进口施加数量限制以及“具有同等效果的措施”。^①1974 年,欧洲法院在“达森维尔案”(Dassonville)中,把“与数量限制具有同等效果的措施”作了界定,“成员国实施的能够阻碍——不论是直接还是间接、实际还是潜在地——共同体内部贸易的所有规则,均被认为是与数量限制具有同等效果的措施。”^②1979 年,欧洲法院在“杜松子酒案”

① TEU 第 28 条:“成员国间对进口施以数量限制或一切具有同等效果的措施,均应予以禁止。”

② C-8/74, Procureur du Roi v. Dassonville[1974] ECR 837 35.

(Cassis de Dijon)的判决中,进一步明确了上述解释,界定了“与数量限制具有同等效果的措施”的适用范围,提出条约第30条列举的各项“强制性要求”(mandatory requirements)可以成为合法的免责理由,^①即成员国可以基于保护公共利益等方面的强制性要求的需要,而对共同市场内部的商业贸易采取限制性措施。然而,成员国拥有的这项权力不是绝对的,它所采取的限制性措施必须具有正当理由,且要经受一条“理性规则”(rule of reason)的检验:它所追求的目标必须是一个合法性的政策目标,而且实现该目标的手段应该是既必要又适当的。

在杜松子酒案中,德国根据一项内国法律禁止从法国进口杜松子酒。这项法律规定,在德国市场上出售的酒类饮料中,酒精含量必须达到一定的标准。德国政府以保护消费者利益为理由,认为这项内国法是合理的;但是,欧洲法院认为这个理由不成立,因为德国政府可以采取限制性更低的措施,比如像法国那样要求生产者在标签上明确标明酒精含量,就可以给消费者提供恰当的保护。因此,德国采取的限制措施尽管出于一个合法的政策目标(保护消费者),而且表面上也没有歧视外国产品,但是由于其所运用的手段不适当,效果上使法国产品不能在德国销售,因而最终被认定为无效。

在该案中,欧洲法院做出一个大胆推论:“如果酒类饮料在一个成员国的生产和销售是合法的,那么就没有正当理由禁止它们进入另一个成员国。”这个推论发展出了“相互承认原则”:每个成员国必须对其他成员国的产品开放其市场,只要这些产品是在符合生产国有关规定的情况下投放市场的。它实际上是要求东道国既承认自己规制的权威,也承认其他国家规制的权威性,减少对同一产品、服务等的双重或多重规制,有利于消除成员国设置的贸易壁垒。

然而,“相互承认原则”却会带来这样一种负面效应:不会再有对共同体范围内所有生产商都有约束力的统一规定,而是同时存在着多种互不相同的内国法规定;在某些成员国试图利用本国较不严格的规定来谋取竞争优势的情况下,就会导致“竞相压价”(race to the bottom)现象——各个成员国为了取得竞争优势而竞相降低其保护标准。因为,规制水平低的国家可

① TEU第30条:“第28条……的规定,不应排除基于下列理由而对进口、出口或运送中的货物施加禁令或限制:公共道德、公共政策或公共安全、对于人身和动植物生命健康的保护、保护具有艺术、历史或考古价值的国家文物;或者保护工业和商业产权等方面的理由。但是,此项禁止或限制既不构成任意歧视的手段,也不应导致各成员国间贸易上的变相限制。”

以毫无阻碍地在共同市场内推销它们的产品,这类国家的企业会充分利用其成本优势(即由于劳动和环境的低水平保护标准而获得相对高的竞争优势),这样一来,规制水平高的成员国政府就会面临政治压力,不得不降低本国的规制水平,从而为本国企业创造出竞争优势。否则,企业就会向规制水平低的国家迁移。“竞相压价”的结果就是破坏了劳动、环境保护和产品安全方面的规定。

根据杜松子酒案确立的基本模式,管理市场交易的国家法律和规定可被划分为三大类(如表 1-3 所示):

表 1-3 管理市场交易的三类国家法

第一类,对跨境贸易或进入市场没有任何影响:这些规则与欧共体的共同市场目标没有关系,不在其管辖范围内;
第二类,对跨境贸易或进入市场造成障碍,而且按照“理性规则”在合法的政策目标上没有正当理由:这些规则按照第 28 条是无效的,不能被成员国当局依赖;相反,每个成员国应该遵循相互承认原则,尊重产品原产地国家的规制的效力。
第三类,虽然对跨境贸易或进入市场造成障碍,然而按照条约第 30 条和“理性规则”的检验可以获得正当理由,这些国家规则具有法律效力。

显而易见,上述第二类和第三类规则属于欧共体的管辖范围。对于第二类规则,欧共体从消极一体化策略中发展出“相互承认原则”予以解决,而该原则造成的负面效应促使欧共体采取积极一体化策略,在超国家层面上建立新规则,以避免出现“竞相压价”现象;对于第三类规则,消极一体化策略无能为力,欧共体也必须采用积极一体化策略予以解决。

(二) 积极一体化与法律协调

由上文分析可见,上述第二类和第三类规则成为积极一体化的对象。首先,为了防止“竞相压价”问题,欧共体有必要运用法律协调手段设定保护标准,以免社会保护水平下降。其次,第三类规则虽然符合条约第 30 条的规定,然而由于它们阻碍了内部市场的运转,欧共体有权通过法律协调来减少和消除障碍。这两方面的任务要求在欧共体层面上重新建立规制体系。

虽然基础条约早就专章规定了“法律趋同化”问题,然而,积极一体化的步伐还是远远落后于消极一体化。取消规制以条约第 28 条为基础,这个条款可以直接适用,它确立了一个强大的超国家法律秩序,可以由欧共体委员会和欧洲法院利用行政权和司法权大力推进,哪怕成员国并不愿意。但是,要重新建立规制涉及的却是敏感的立法权,很大程度上取决于各成员国的

政治意愿,依赖于在理事会中通过苛刻的一致同意表决制颁布次级立法,用共同体立法取代各个成员国的内国法。一致同意表决制意味着,每个成员国都可以一票否决委员会提出的立法议案。在这种情况下,一项欧共体立法很难获得通过。

实际上,共同体立法反映的不仅是成员国的共同意志,还是各个成员国内部不同利益的平衡与协调。因此,只有在成员国彼此之间的以及各自国内的各种利益达到平衡和协调的基础上,它们才有可能在共同体层面上达成一致。这解释了为什么在市场一体化过程中,消极一体化策略一直扮演着重要角色。直到20世纪80年代中期,欧共体委员会提出建立内部市场的“新思路”,这种状况才得以改变。

1985年白皮书提出来的、被《单一欧洲法令》制度化的建立内部市场的“新思路”,可以概括为如下四个要素:第一,建立内部市场主要以协调国家法的政策为基础;第二,为了使协调成员国实体法建立在必要的基础上,欧共体把法律协调与相互承认原则结合在一起;第三,欧共体立法者在很多领域更喜欢采用“最低程度协调”(minimum harmonisation)而不是“完全协调”(full harmonisation),从而允许成员国法律规定的标准高出欧共体;^①第四,为了促进内部市场的建立,理事会的表决制由“全体一致”改为“特定多数同意”。

在上述四个要素中,第四个要素是宪法性和政治性的,可谓“新思路”的程序问题,即涉及如何通过一项协调性立法。在《单一欧洲法令》之前,事关共同市场的法律协调不得不以条约第94条为基础,^②该条规定理事会以全体一致的方式颁布立法。《单一欧洲法令》新增了第95条,^③成为扭转乾坤的关键。该条对内部市场的法律协调进行了简化,以特定多数表决制代替了以往的全体一致。这意味着,在有关共同市场的立法上,部长理事会内部

① 最低程度协调与相互承认原则相辅相成:一方面,只有在相互承认原则的补充下,最低程度协调才能给内部市场提供保证,否则成员国将被允许实行它们较高的保护标准,从而对基本自由造成障碍;另一方面,如果整个欧盟的实质性协调能够设定一个最低门槛,那么相互承认才能在理事会中得到必要数量的成员国的接受。

② TEU第94条:“经委员会建议并同欧洲议会及经济与社会委员会协商后,理事会应以全体一致的方式发出指令,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、规章和行政行为趋于接近。”

③ TEU第95条第1款规定:“……理事会应依据第251条的程序(注:即有效多数表决制)并同经济与社会委员会协商后,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、规章或行政行为趋于接近。”