

# 论反限制原则

——基于欧盟法与成员国法关系的分析

杨永红

**内容提要:**国际法与国内法的关系是长久以来困扰国际法发挥效力的重要问题,因其错综复杂而难以有效解决。在欧洲一体化进程中,欧洲法院在欧盟法与成员国法关系上推行欧盟法优先原则,欧盟成员国大多有条件接受了欧盟法高于本国法的地位,以德国、意大利为代表的一些成员国则通过反限制原则为欧盟法优先原则设立了例外情形,在支持欧盟法优先的同时又设立了保护本国利益的安全阀。为使该原则的适用不损害欧盟法律秩序的有效性并成为推动欧洲一体化进程的规则,成员国宪法法院在适用该原则的时候自行限制了反限制审查权,在适用条件、适用程序与适用方式等多方面对反限制审查权进行了规范。这为如何处理国际法与国内法的关系、平衡国际法治与国家利益之间的关系提供了一个极有借鉴价值的案例。

**关键词:**国际法 国内法 反限制原则 欧盟法优先 宪法特征

全球化的迅速发展使一些国际、国内问题的边界更为模糊,其中不乏一些国内问题成为国际问题,原来的国际问题也成为国内问题的一部分。例如,全球问题除了国家间的经济贸易关系、战争与和平等传统问题之外,还涉及全球气候变暖、环境和生态保护、动物保护、人类文化历史遗产保护、海洋和空间资源利用、跨国犯罪、恐怖主义、国际移民、国际人权、人口控制、疾病控制、核武器和其他大规模杀伤武器的控制,等等。这些全球问题同时也是各国面临的国内问题。<sup>①</sup>正如菲利普·桑斯所称:“没有国际法就没有全球化”。<sup>②</sup>要有效解决这些全球化问题,需要以国际法为基础的全球治理。通过提供一套最低标准的秩序,国际法规范国家间关系的时候,也在某种程度

<sup>①</sup> 俞可平:《论全球化与国家主权》,载《马克思主义与现实》,2004年第1期,第4-21页。

<sup>②</sup> [英]菲利普·桑斯:《无法无天的世界——当代国际法的产生与幻灭》,单文华等译,人民出版社2011年版,第12页。

上规范了国内法律主体之间的关系。<sup>①</sup>目前,国际法与国内法之间呈现出相互交织与融合发展的趋势。一方面,国际法的有效履行是国际法治成功与否的关键问题,国际法的有效性很大程度上取决于国家在其国内法体系中的执行。因此,明确国际法在国内法体系中的优先地位有利于国际条约的有效履行。另一方面,国际条约本身在其约束的对象、法律效力的来源、产生方式、适用范围及规范性等方面与国内法具有很大的区别,这又使得国际条约在国内法体系中的效力与地位难以得到有效保障。由此,国家在创设国际法的时候通常把国际法在国内法的执行事宜留给国家自定,导致国际法与国内法的关系变为各国如何看待并接受国际法的问题。<sup>②</sup>一些国家不承认国际条约在国内的效力,主张国际条约只能通过转化为国内法后才能产生法律效力,如英国、德国等;还有一些国家有限给予国际条约在国内法体系的直接效力,如美国将国际条约划分为自动执行条约与非自动执行条约;也有国家通过宪法明确那些应对国家所有人发生拘束力的条约可以直接适用,如荷兰等。荷兰宪法还规定此类国际条约令与之相冲突的本国法无效,使国际条约在荷兰具有优于一般国内法的地位。然而,在欧盟法体系中出现了新的情况。欧洲法院根据共同体条约授予的管辖权对此做出了解释,并在欧洲法院与成员国法院的互动中,产生了一种新型的法律秩序。在该秩序中,一方面,欧盟法的有效执行通过其在国内法秩序中的优先地位得到保证;另一方面,成员国宪法法院又通过反限制原则(doctrine of counter-limits)为本国的国内法秩序设置了底线,防止欧盟法超越权限,损害国家核心价值,并与成员国宪法中的基础性条款相冲突。二者之间如何平衡成为欧盟法律秩序成功运作的关键问题。鉴于欧盟法优先原则在国内已有丰富的论述,而反限制原则并未得到足够的关注,本文尝试从缘起、实践、法理基础及意义等方面对这一问题进行深入的分析 and 探讨。

## 一 反限制原则的产生

反限制原则是以德国、意大利为代表的欧盟成员国在欧盟法<sup>③</sup>越来越深地影响到成员国国内法的情势下,为了保护国内宪法中的基础性原则与不可让渡的国家主权不受欧盟法的限制所设立的。该原则的核心内容是将宪法中的基础性原则定性为欧盟

<sup>①</sup> 《国际公法学》编写组:《国际公法学》(第二版),高等教育出版社2018年版,第67页。

<sup>②</sup> 何志鹏等:《国际法原理》,高等教育出版社2017年版,第39页。

<sup>③</sup> 由于欧共体系欧盟的前身,共同体法是欧盟法的前身,本文中基于时间的原因,将使用共同体法、欧盟法指代同一法律体系。

法所不可改变、不可破坏的。换言之,欧盟法不具备优先于国内宪法基础性条款的地位。<sup>①</sup>有意思的是,反限制原则作为国内司法机构限制欧盟法在国内法律秩序中的效力原则却是随着欧盟法的有效性急速提高而产生的。

毫无疑问,欧盟法已然发展为当前运作最为成功的区域国际法体系,反限制原则诞生于欧盟法律秩序的发展进程中。它实质上是欧盟成员国在接受欧洲法院所建立的欧盟法优先原则之时所创设的例外,不仅代表着成员国法院有条件接受欧盟法的上位法地位,而且使成员国法院在支持欧盟法有效运行的同时保护本国的核心利益。反限制原则的产生与发展与欧盟法优先原则的产生与发展是同步进行的。

欧盟法优先早先由欧洲法院在划时代的 *Costa/E. N. E. L.* 一案中予以明确,<sup>②</sup>在 *Simmenthal* 一案中得到发展。<sup>③</sup>需要强调的是,欧洲法院要求在共同体法与成员国国内法发生冲突时共同体法享有绝对优先的地位。这表明在欧洲法院看来,成员国的宪法亦不能高于共同体法。<sup>④</sup>值得注意的是这里的共同体法并无等级之分,不仅包括共同体条约亦包括共同体的二级立法(如条例、指令等)。此原则要求成员国国内法院有义务适用相关的共同体法,将与之冲突的国内法置于一旁,但并不要求成员国国内法院宣布与共同体法相冲突的国内法无效或丧失效力。<sup>⑤</sup>事实上,在欧洲法院 60 多年的历史中,欧洲法院一直坚持捍卫如下原则:“共同体措施的有效性或其在一个成员国内的效力不会因(成员国)指控与其宪法或国家宪法结构原则所制定的基本权利背道而驰而受到影响”。<sup>⑥</sup>

显然,欧洲法院的判例法代表了欧洲共同体一方的意愿,共同体法优先的地位离不开成员国法院的认可。在成员国法院与欧洲法院的对话中,反限制原则应运而生,首先反映在 1973 年意大利宪法法院的判决中。在该项判决中,意大利宪法法院明确表示意大利宪法,特别是第 11 条,只允许向欧盟让渡那些为追求国际和平与正义所需的权力。但是,没有规定允许欧盟违反基本的宪法原则或不可剥夺的人权。因此,意大利在接受欧盟法限制成员国国家主权的同时,否认意大利宪法中的基本原则受欧盟

---

① Heiko Sauer, “Doubtful it Stood...: Competence and Power in European Monetary and Constitutional Law in the Aftermath of the CJEU’s OMT Judgment,” *German Law Journal*, Vol.16, No.4,2015, p.971.

② *Costa v. ENEL*, Case 6/64 [1964] ECR.585,593.

③ Case 106/77 [1978] ECR. 629, para.17.

④ Paul Craig and Grainne De Burca, *EU Law Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2003, pp. 282-285.

⑤ Case C-10-22/97, *Ministero delle Finanze v. IN.CO.GE.'90 Srl* [1998] ECR I-6307, para.21.

⑥ *Internationale Handelsgesellschaft*, Case C11/70, 17, E.C.J., December 1970, para.3.

法的限制。<sup>①</sup> 在1974年的 *Solange I* 案的裁决中,德国联邦宪法法院<sup>②</sup>认为,欧共同体仍缺乏一个经直接普选产生且享有立法权的民主议会,它将欧共同体缺乏关于基本人权的立法作为一个主要理由,拒绝承认共同体法具有高于联邦德国宪法的地位,指出德国联邦宪法法院不得放弃其支持基本法(即宪法)规定的基本权利的权力,而且必要时可以不顾及共同体法的规定。<sup>③</sup> 尽管德国宪法法院并未使用“反限制”(counter-limits)一词,但因其使用宪法中的基础性条款限制欧盟法的优先性,亦可归为反限制原则的适用。<sup>④</sup> 可见,该原则是随着欧盟法优先原则的出现而产生发展的,实际上是成员国法院对“欧盟法优先原则”的应对,它保证成员国在欧盟法优先的情况下仍然具有一定的权力限制欧盟法的优先地位,本质上是成员国对欧盟法的一个制衡。尽管不少欧洲一体化的支持者认为,成员国对欧盟法优先原则的限制会影响欧盟法治的有效运行,<sup>⑤</sup>但数十年来成员国宪法法院关于反限制原则的实践似乎证明该原则的存在并未影响欧盟法治的有效进行,反而有助于欧盟法治的发展并推动欧洲一体化<sup>⑥</sup>的进程。

需要指出的是,“反限制”一词来自意大利学者保罗·巴瑞利的著述。他指出,宪法中某些基础性规则是国际法不可改变、不可破坏的。后由于意大利有了相应的实践后,即被称为“反限制原则”。尽管德国宪法法院亦将其宪法中某些基础性条款视为欧盟法不可改变的或减损的,但并未使用“反限制”一词。因此,有些学者把意大利模式称为“反限制原则”,而将德国做法称为“越权”或“宪法特征”原则;<sup>⑦</sup>而有的学者认为,不管意大利模式还是德国模式,实际上只是措辞的不同,表达的都是宪法中某些核心条款不可被欧盟法所减损,本质上都是“反”欧盟法限制国内宪法中的核心条款,均

① Corte costituzionale, Judgment of 27 December 1973, 183/1973 (Frontini).

② 在1990年前,西德是欧共同体成员国。1990年10月3日,两德统一,德国成为其成员国。文中,1990年前所称的德国联邦宪法法院指的是西德的宪法法院,1990年后使用“德国宪法法院”一词。

③ Decision of 29 May 1974, *Internationale Handelsgesellschaft*, BVerfGE 37, 271 [1974]. CMLR 540.

④ Giuseppe Martinico, “Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts,” *European Journal of International Law*, Vol.23, Issue 2, 2012, p. 420.

⑤ Sébastien Platon, “The ‘Equivalent Protection Test’: From European Union to United Nations, from Solange II to Solange I,” *European Constitutional Law Review*, August 2014, pp.226-262.

⑥ 长期以来,关于欧盟区域内的一体化进程,一直使用“欧洲一体化”(European Integration)一词,但近年来出现了欧盟一体化(EU Integration)的表述, See Cecilia Rizcallah, “The Challenges to Trust-based Governance in the European Union: Assessing the Use of Mutual Trust as a Driver of EU Integration,” *European Law Journal*, Vol.25, 2019, pp.37-56。本文为体现用词的连续性,使用“欧洲一体化”表述欧盟区域内的一体化。

⑦ Davide Paris, “Limiting the Counter-Limits. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law,” *Italian Journal of Public Law*, 2018, pp.210-213.

属反限制原则。<sup>①</sup> 基于“反限制原则”一词能够准确地概括意大利模式与德国模式的本质特点,因此,本文将“反限制原则”界定为后者。

## 二 反限制原则的实践

随着欧盟扩大和欧盟法治的发展,欧盟法对其成员国国内法的影响亦日益广泛与深入。反限制原则最初反映在德国宪法法院与意大利宪法法院的案例法中,后逐渐被丹麦<sup>②</sup>、爱沙尼亚<sup>③</sup>、法国<sup>④</sup>、瑞典<sup>⑤</sup>、拉脱维亚<sup>⑥</sup>、波兰<sup>⑦</sup>、爱尔兰<sup>⑧</sup>、捷克<sup>⑨</sup>、西班牙<sup>⑩</sup>和比利时等许多国家的宪法法院效仿并适用于关于欧盟法与其本国法之间关系的案例中。尽管各国使用不同的措辞,未统一使用“反限制原则”一词,但均将宪法中某些反映基础性原则的条款置于制衡欧盟法优先原则的地位,在此意义上都属于适用反限制原则的实践。

### (一) 德国实践

如前所述,德国联邦宪法法院在 *Solange I* 案判决中就共同体法与德国宪法之间的关系有条件接受了欧盟法优先原则,指出共同体法缺乏保护基本人权的规则,因此不具备优先于德国关于基本人权的法律地位。该立场随着共同体法的发展而有所改变。20世纪80年代,德国联邦宪法法院在著名的 *Solange II* 案中做出了一个被反复引用的裁决:“只要欧共体,特别是欧洲法院的案例法,已经确立了与德国宪法无条件提供的对基本权利的一般保护相似的有效法律保护,法院就不必审查欧共体法律是否与德国法律规定的基本权利相一致”。<sup>⑪</sup> 换言之,只要欧盟法能够就基本人权提供与德国宪法相同的保护,欧盟法便享有高于德国国内法之地位。这将德国联邦宪法法院适用反限制审查权的概率近乎降到零。1992年,德国对联邦基本法进行了修改,在第

<sup>①</sup> Giuseppe Martinico, “Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts,” p.420.

<sup>②</sup> The Kingdom of Denmark: Hojesteret, Judgment of 6 April 1998, I 361/1997, para. 9.8.

<sup>③</sup> The Republic of Estonia: Riigikohus, Judgment of 12 July 2012, 3-4-1-6-12, Sec. No.128, 223.

<sup>④</sup> Conseil Constitutionnel, Decision No. 2006-540 DC of 27 July 2006, 19th Recital; Decision No. 2011-631 DC of 9 June 2011, 45th Recital.

<sup>⑤</sup> Tribunal Constitucional, Declaration of 13 December 2004, DTC 1/2004.

<sup>⑥</sup> Satversmes Tiesa, Judgment of 7 April 2009-2008-35-01-, Sec. No. 17.

<sup>⑦</sup> Trybunal Konstytucyjny, Judgments of 11 May 2005, K 18/04, n. 4.1., 10.2.; of 24 November 2010, K 32/09, n. 2.1. et seq.; of 16 November 2011, SK 45/09, n. 2.4., 2.5.

<sup>⑧</sup> Crotty v. An Taoiseach <1987>, I.R. 713 <783>; S.P.U.C. (Ireland) Ltd. v. Grogan <1989>, I.R. 753 <765>.

<sup>⑨</sup> Ústavní Soud, Judgment of 31 January 2012-2012/01/31-Pl. ÚS 5/12-, para. VII.

<sup>⑩</sup> Tribunal Constitucional, Declaration of 13 December 2004, DTC 1/2004.

<sup>⑪</sup> Re Wunsche Handelsgesellschaft, Decision of 22 October 1986, [1987] 3 CMLR225, 265.

23条和第24条中,专门规定了与欧盟的关系和一体化授权的问题,规定把部分主权让渡给欧盟。在后来的 *Maastricht* 裁决中,德国宪法法院称:“不会放弃对共同体法是否符合德国宪法基础性规定的决定权,会继续对共同体法是否在共同体的授权权限内进行审查”。<sup>①</sup> 德国宪法法院指出,如果欧共体的行动超越了成员国的授权,这样的行动对德国是缺乏法律效力的,甚至宣称,如果德国的主权受到威胁,德国有权退出《欧盟条约》。<sup>②</sup> 在2000年的香蕉案中,德国宪法法院指出,不能对共同体的二级立法是否符合德国宪法中的基础条款进行审查,因为自 *Solange II* 案的裁决公布以来,在欧共同体法中对基本人权的保护并没有出现下降的趋势。<sup>③</sup> 那么申请者只有在证明共同体法在基本人权上的保护有所下降,德国宪法法院才有可能受理有关共同体法违宪的案件,但要满足其设定的条件,困难重重。<sup>④</sup> 在2005年的欧洲逮捕令案中,德国宪法法院根据基本法第16条第2款裁定执行“欧洲逮捕令法案”(European Warrant Act)的措施无效,并首次引用了《欧盟宪法条约》第1-10条关于公民特征的规定来肯定德国基本法。<sup>⑤</sup> 随后,在2009年关于《里斯本条约》的案件中,德国宪法法院进一步发展了反限制原则。<sup>⑥</sup> 德国宪法法院指出,只要欧盟未成为类似于欧洲联邦的实体,欧洲人民未成为享有政治权利的合法主体,也未通过多数人的意见来对欧洲进行民主管理,那么,欧盟法优先的原则就只有在在不侵犯德国宪法保护的基本权利的前提下,以及欧盟机构在成员国授权的范围内行事的情形下才能适用。在此案中,德国宪法法院继续把反限制原则的适用明确为例外的情形,将适用该原则的前提归纳为相关欧盟规则违反宪法关于基本权利的条款与越权两种情形。

2010年5月,欧洲中央银行推行的援助政策即“直接货币交易计划”(Outright Monetary Transmission,以下简称“OMT项目”)在德国宪法法院引发的一系列案件将反限制原则的适用推到了前所未有的重要位置。2009年爆发的欧债危机对欧元区经济的稳定与发展构成了严重的威胁,对此,欧洲中央银行采取了多种援助政策,但受到部分德国民众的反对。他们向德国联邦宪法法院提起宪法诉讼,以阻止欧元区金融救助法案的生效。2010年5月至2012年9月,德国联邦宪法法院在两年内受理了上万份宪法诉讼申请。其中既有以公民个人或团体名义提起的宪法申诉,也有由联邦议员和

<sup>①</sup> *Brunner v. The European Union Treaty*, [1994] I CMLR 57.

<sup>②</sup> BVerfG, Judgment of Oct. 12, 1993, Mit dem Maastricht-Urteil 89 BVERFGE 155; BVerfG, Judgment of July 18, 2005, 2 BVR 236/04er.

<sup>③</sup> BVerfG, Decision of 7 June 2000, 2 BvL 1/97, EuZW, (2000) 702.

<sup>④</sup> Von Bogdandy, “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union,” *Common Market Law Review*, Vol.37, No.6, 2000, p.1323.

<sup>⑤</sup> BVerfGE 2236/04, Decision of 18 July 2005, para.74.

<sup>⑥</sup> BVerfGE 72/2009, Decision of 30 June, 2009.

党团提起的机构争议。<sup>①</sup> 在这些案件中,德国宪法法院对欧洲中央银行的救助政策进行的审查,主要围绕宪法特征<sup>②</sup>、授权原则两方面展开。首先,在宪法特征方面,法院主张国家财政的决定权只属于联邦议会,而不是联邦政府或欧盟机构,系不可转让的宪法权力,否则会损害德国基本法所保护的公民选举权。<sup>③</sup> 德国宪法法院强调,如果德国将不可转让的权力通过主权让渡方式转移给欧盟机构,这样的转移无效。其次,德国宪法法院认为,越权无效的法理基础在于国际组织或机构的权力源自缔约国的同意。德国宪法法院称,德国缔结《欧盟条约》,成为欧盟的缔约国,但由于缔约国是“条约的主人”(“Masters of the Treaties”),德国应当预见到这些行为带来的法律后果,这对于德国十分重要。欧盟法对欧盟成员产生的法律后果必须有充分的确定性和可预见性。<sup>④</sup> 在欧洲一体化进程中,如果欧盟机构的行动或者欧盟司法机构的解释超越了德国的授权,那么它们的行动就不符合《欧盟条约》的规定。因此,欧盟机构包括司法机构在内做出的法律文本(instrument)在德国主权范围内就没有法律约束力。<sup>⑤</sup> 再次,对于越权行动的衡量,德国宪法法院在霍尼韦尔(Honeywell)案中确立了对欧盟机构越权审查的标准须是欧盟机构具有明显的跨越授权的行为。德国宪法法院强调,其越权审查必须是在谨慎和友善对待欧盟法的前提下进行,只有明显的跨越权限,违反了成员国与欧盟机构之间的权力分配原则,才能被确认为越权行为。<sup>⑥</sup> 最后,在越权审查主体上,尽管德国宪法法院指出欧盟机构是否越权应由欧盟法院通过先行裁决程序予以解释,但又强调越权审查是德国不可转让的权力。<sup>⑦</sup> 因此,越权审查的权力是通过欧盟法院与德国宪法法院的司法对话进行,只是德国宪法法院将越权审查程序最终决定权掌控在自己手中。

从德国宪法法院丰富的判例法来看,德国转让不可让渡的主权、欧盟机构超越权限与欧盟法违反德国宪法中包括基本权利在内的宪法特征条款系行使反限制原则的主要依据。尽管不少欧盟法学者把德国有条件接受欧盟法优先的地位视为对欧盟法

---

<sup>①</sup> “宪法申诉”是指,德国联邦宪法法院依据基本法第93条1款4a项可以对任何人提出的对其基本权利或其依第20条第4项、第33、38、101、103、104条所享之权利造成损害的公权力行为做出宪法裁决。“机构争议”是指,德国联邦宪法法院依据基本法第93条1款1项可以对最高宪法机构及其成员之间就权利义务范围的争议做出宪法裁决。参见毛晓飞:《对外财政援助决定权的宪法制约——德国联邦宪法法院对欧元区援助法案的违宪审查》,载《欧洲研究》,2013年第2期。

<sup>②</sup> “宪法特征”一词系对“constitutional identity”的直译,此外还出现了“宪法身份”“宪法认同”等译法。

<sup>③</sup> BVerfG, Order of 9 December 2012, 2 BvR 1390 /12, paras.210–212.

<sup>④</sup> BVerfG, Decision of 12 October 1993, BVerfGE 89, 155, paras.187–188; Order of 14 January 2014 – 2 BvR 2728/13, para.21.

<sup>⑤</sup> BVerfG, Order of 14 January 2014 – 2 BvR 2728/13, para.21.

<sup>⑥</sup> Ibid., para.24.

<sup>⑦</sup> Ibid., para.26.

优先原则的挑战,<sup>①</sup>但德国通过把此种情形确定为极为罕见的例外,并尊重欧洲法院对欧盟法的先行解释权的方式,使反限制原则对欧盟法优先地位的影响极为有限。笔者认为,德国的实践事实上保证了欧盟法在德国法律秩序中的优先地位。

## (二)意大利实践

意大利作为反限制原则的起源地,在此方面的实践也较为丰富。继1973年弗朗提尼(Frontini)案后,意大利宪法法院于1989年重申:当共同体法与意大利宪法的基本原则和基本人权发生冲突时,共同体法不能在意大利执行,宪法法院保有对共同体法是否违宪进行审查的权力。<sup>②</sup>不管是早期的弗朗提尼案,还是后来的佛拉哥特(Fragd)案,意大利宪法法院均明确共同体法的上位法地位受到意大利宪法中关于基本权利规定的限制。值得关注的是,意大利宪法法院并未将反限制原则局限于国内法与欧盟法之间的关系,也将其适用于国际法与意大利国内法的关系。2012年2月3日,国际法院(International Court of Justice)对德国诉意大利国家豁免案做出最终实体判决,战争行为被视为“主权行为”仍继续享有国家豁免特权,明确意大利法院管辖意大利民间对德国的索赔案违反了国家豁免规则,意大利法院的行为构成了对德国所享有的国家豁免权的侵犯。<sup>③</sup>随后,意大利最高上诉法院(the Court of Cassation)遵循国际法院的解释,声称其尊重德国的管辖豁免权,承认意大利法院对意大利公民诉德国二战赔偿案缺乏管辖权。<sup>④</sup>2013年1月,意大利通过了第5号法案,明确排除意大利法院对涉及德国在二战中战争罪的民事索赔案件享有管辖权。<sup>⑤</sup>但在2014年1月,佛罗伦萨法庭就此向意大利宪法法院提起了违宪审查,<sup>⑥</sup>称意大利最高上诉法院遵循国际法院判决撤销自己判决的行为及意大利议会通过的相关法案违宪。意大利宪法法院经过违宪审查后在2014年10月判决指出,关于公民个人的司法救济权的宪法条款优于意大利宪法中接受国际法限制的规定,因此,意大利议会为执行国际法院判决所通过的相关国内立法违宪,同时裁定意大利最高上诉法院执行国际法院裁决的行为违宪。

## (三)其他欧盟成员国的实践

① 顾婷:《同等保护原则:国际司法礼让的创新适用》,载《东方法学》,2018年第5期,第41页。

② Spa Fragd v. Amministrazione delle Finanze, Dec. 232 of 21 Apr. 1989 (1989) 72 RDI.

③ ICJ Judgment of Jurisdictional Immunities (Germany v. Italy: Greece Intervention), 2012.2.3 No.143, paras.70-77.

④ Judgments No.32139/2012 and No.4284/2013 of Italy Court of Cassation.

⑤ Law No. 5 of 14 January 2013, Accession by the Italian Republic to the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Signed in New York on 2 December 2004, as well as Provisions for the Amendment of the Domestic Legal Order.

⑥ Orders Nos.84, 85 and 113 of 21 January 2014, and Published in the Official Gazette of the Italian Republic Nos.23 and 29, First Special Series, 2014.



德国与意大利宪法法院的实践得到了欧盟其他国家的认可。其宪法法院或最高法院大多赞同德国、意大利宪法法院的观点,即欧盟法的优先适用并不是不受限制的,而是受到国内宪法的限制。<sup>①</sup>在过去15年中,成员国的法院通过反限制原则限制欧盟法具有优先于国内宪法效力的裁决数量急剧增加。一些宪法法院在欧洲一体化进程中有关国际条约合宪性的案件中做出的开创性判决,进一步发展了该原则。西班牙宪法法院有关《欧盟宪法条约》的声明<sup>②</sup>与波兰宪法法院对波兰加入《欧盟条约》的判决均体现了该原则,<sup>③</sup>比利时宪法法院在其关于《稳定条约》的决定中同样主张欧盟法具有相对优先性,宣称即使是欧盟法也无法改变比利时宪法基础性原则拥有的不可改变的地位。<sup>④</sup>法国和匈牙利宪法法院等在涉欧盟法的“优先性”案件中,也主张欧盟法的首要地位需要受到一定的限制。<sup>⑤</sup>

尽管这些成员国的宪法法院对于在违反宪法中基础性条款的情况下拒绝适用欧盟法的措辞有所不同,但所有这些规则都有相同的或类似的理论前提,如向欧盟让渡权力是有限的,因为国内宪法不允许成员国将其主权让渡给欧盟,而只是赋予欧盟成员国让渡部分主权的权力;成员国的让渡权力不能超越宪法中某些基础性原则。从这个共同的前提出发,成员国宪法法院发展了不同路径,但具有三方面的共性。

首先,成员国大多同意宪法中关于基本权利的条款具有优先于欧盟法的地位;其次,成员国法院强调,《欧盟条约》本身提供了依据,欧盟的权限来自成员国的授权,因而不能超越成员国的授权。而且,《欧盟条约》也规定了欧盟应尊重成员国的国家特征(national identity),尊重宪法传统的基本权利;<sup>⑥</sup>再次,“宪法特征”(constitutional identity)已成为第三种审查模式。它代表了前两者之间的交集。一方面,属于一个成员国的“宪法特征”的权力不能转移到欧盟。另一方面,“宪法特征”包括基本权利的条款,当然包含了国内宪法的最基本原则,特别是保护基本人权的条款。因此,欧盟机构的行为若违反了成员国的“宪法特征”,不仅是越权问题,而且会挑战该国的基本价值,是不可接受的。“宪法特征”既标志着可以让渡给欧盟并由其行使的权力的边界,也标志着宪法所保护的基本人权范畴,它们都可成为欧盟可能违反成员国宪法特征的

<sup>①</sup> BVerfG, Order of the Second Senate of 15 December 2015 – 2 BvR 2735/14 (Identitätskontrolle), para. 47.

<sup>②</sup> Tribunal Constitucional, Declaration of 13 December 2004, n.1.

<sup>③</sup> Trybunał Konstytucyjny, Judgment of 11 May 2005, K 18/04 (Accession Treaty).

<sup>④</sup> Cour constitutionnelle, Judgment of 28 April 2016, 62/2016.

<sup>⑤</sup> Davide Paris, “Limiting the Counter-Limits. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law,” p.207.

<sup>⑥</sup> European Union Treaty, Article 4.

“反限制”依据。<sup>①</sup>

为了确定宪法中“不可改变”的条款内容,各成员国的宪法法院采用了不同的措辞。例如,西班牙宪法法院提到“我们宪法的价值观、原则或基本权利”。<sup>②</sup>法国宪法法院则描述为“法国宪法特征所固有的规则或原则”。<sup>③</sup>而比利时宪法法院为遵循《欧盟条约》条文的措辞采用了一种错综复杂的表达:“基本的政治和宪法结构中固有的国家特性,或宪法保护的基本价值”是欧盟法不能改变的。德国宪法法院在其最新的判例中指出:“欧盟法律适用的优先范围主要受到基本法的关于宪法特征条款的限制。”<sup>④</sup>在捷克宪法法院看来,对欧盟法的首要地位进行限制的宪法条款应是由“实质上理解的宪法基础和民主的基本要求”确定的。<sup>⑤</sup>

由于表达宪法秩序的最高原则或属于“宪法特征”的宪法条款并不明确,宪法特征的观念是笼统、模糊的,对这些条款的确定与解释在很大程度上取决于成员国宪法法院本身。宪法法院可以自行决定某一宪法规则是否属于宪法的核心,这使得宪法法院能够自由决定哪些条款可以以及哪些条款不能反制欧盟法在国内法体系中的适用。因此一旦定性为反映“宪法特征”的基础条款或核心条款就具有优于与之相冲突的欧盟法的地位,而一旦定性为宪法中的非基础或核心条款,就要受欧盟法优先地位的限制。因此,在是否使用自我裁定权拒绝适用与宪法的核心内容相冲突的欧盟法这一问题上,成员国宪法法院享有广泛的自由裁量权。

### 三 反限制原则适用的限制

违反宪法基础性原则条款的审查由成员国的宪法法院负责,这可能导致欧盟法某些条款在某成员国被宣布不适用,进而阻碍欧盟法的有效实施。为了在欧盟法与本国宪法之间找到平衡,在保障本国宪法的重要基础性条款不可动摇的地位的同时又不损害欧盟法法律秩序的有效性,成员国宪法法院在适用该原则时自行限制了其审查权,<sup>⑥</sup>从适用条件、适用程序、适用方式等多方面对其违宪审查权进行规范。

<sup>①</sup> Davide Paris, “Limiting the Counter-Limits. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law,” pp.211-214.

<sup>②</sup> DTC 1/2004, para.3.

<sup>③</sup> Conseil Constitutionnel, Decision of 10 June 2004, 2004-496 DC (Economie numerique).

<sup>④</sup> BVerfG, Order of 18 July 2017, 2 BvR 859/15, paras.124-131.

<sup>⑤</sup> Ivo Slosarcik, “EU Law in the Czech Republic: The Ultra Vires of the Czech Government to Ultra Vires of the EU Court,” *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol.9, No.3, 2015, p.417.

<sup>⑥</sup> BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08, para.241.

### (一)反限制原则适用的例外性

在最初的判例法中,意大利宪法法院认为,欧共同体违反意大利宪法中的最高原则以及不可剥夺的权利是“异乎寻常”和“不太可能”发生的。<sup>①</sup>后来在1989年,它略微更正了一下自己的观点,认为欧共同体违反本国宪法是“几乎不可能但并非不可能发生”。<sup>②</sup>西班牙宪法法院认为,“难以设想”欧盟法会以与西班牙宪法不可调和的方式发展。<sup>③</sup>捷克宪法法院称,欧盟法与捷克宪法秩序之间的潜在冲突“罕见”和“极不可能”,<sup>④</sup>并且,在其里斯本 I 的判决中指出,“基于德国模式的越权审查”更具有潜在警告的性质,但不一定在实践中使用。<sup>⑤</sup>然而,这并没有阻止同一法院在三年后第一次宣布欧洲法院的判决超越了权限。<sup>⑥</sup>波兰宪法法院强调,波兰宪法和《欧盟条约》所依据的价值观具有相似之处,得出的结论是:“欧洲法院的审查很可能类似于宪法法院的审查”,因此,欧盟法与宪法之间的冲突应该极为罕见。<sup>⑦</sup>同样,德国宪法法院认为,欧盟机构违反德国宪法特征会是“非同寻常”的。在德国宪法法院看来,欧盟与宪法之间冲突的例外不仅仅是对事实的陈述,而且是一种规范性主张。这种冲突不仅被认为是罕见的,而且在实践中也必须是罕见的,因为它会危及欧盟作为自治法律秩序的生存。<sup>⑧</sup>

大多数宪法法院同意将本国宪法优先于欧盟法的审查与决定权仅限于宪法的某些部分。作为一项规则,宪法法院并未声称所有宪法条款都优先于欧盟法。它们接受欧盟法相对于本国宪法条款的首要地位,通过引用欧盟法不能超越一些基本的宪法原则来引入欧盟法优先原则的例外规则。这意味着不是宪法中所有的条款都能限制欧盟法在本国的适用,而只是宪法中最核心的规则才能成为欧盟法优先的例外。这在国内宪法条款中引入区别原则:一些可以被欧盟法减损,而另一些则不能。<sup>⑨</sup>

### (二)反限制审查权的最终性

鉴于反限制原则的适用将影响欧盟法律秩序的有效运作,德国宪法法院据此提出,宣布欧盟法在国内法律秩序中不适用的权力必须进行自我约束,只能作为最终手

<sup>①</sup> Corte costituzionale, Judgment of 27 December 1973, 183/1973 (Frontini), para.9; Judgment of 8 June 1984, n.170 (Granital), para.7.

<sup>②</sup> Corte costituzionale, Judgment of 21 April 1989, n.232 (Fragd), para.3.1.

<sup>③</sup> Tribunal Constitucional, Declaration of 13 December 2004, DTC 1/2004, para.4.

<sup>④</sup> Oustavni soud, Judgment of 3 May 2006, 66/04 (European Arrest Warrant), para.53.

<sup>⑤</sup> Oustavni soud, Judgment of 26 November 2008, 19/08 (Lisbon I), paras.139.

<sup>⑥</sup> Oustavni soud, Judgment of 31 January 2012, 5/12 (Slovak Pensions XVII).

<sup>⑦</sup> Trybunal Konstytucyjny, Judgement of 16 November 2011, SK 45/09 (Supronowicz), para.2.6.

<sup>⑧</sup> BVerfG, Order of the Second Senate of 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14 (Identitätskontrolle), para.46.

<sup>⑨</sup> Ibid.

段。霍尼韦尔案的判决也清楚地表明了这一点。它指出,适用反限制原则的权力必须“以克制和对欧洲法律开放的方式”行使,因为如果每个成员国声称能够通过自己的法院就欧盟法的有效性做出决定,并在实践中规避欧盟法适用的首要地位,这会将欧盟法的统一适用原则置于危险之中。<sup>①</sup>

波兰宪法法院的判决也与此相呼应:“允许检查欧盟二级立法行为是否符合宪法的可能性,应该强调的是在这方面需要保持适当的谨慎和克制。……宣布波兰与欧盟法律秩序规范之间的不一致必须只有在所有其他方式无法解决波兰法规与欧盟法规范的冲突时作为最终手段来解决冲突。”<sup>②</sup>通过其成员国宪法法院自我克制适用该原则,并将其视为最后的手段,大大降低了反限制原则对欧盟法效力的减损影响。

### (三) 欧洲法院的先行裁决程序

在著名的梅洛尼案中,面对欧洲逮捕令与西班牙宪法规定的公正审判权之间的潜在冲突,西班牙宪法法院决定将案件提交给欧洲法院先行裁定以尽可能避免二者的冲突,并最终选择遵循欧洲法院的裁决,从而推翻了自己先前的判例法。<sup>③</sup>根据《欧盟条约》第267条规定的先行裁决程序,欧洲法院有权先解释欧盟法的相关条款,对相关法律行为的有效性和解释做出裁决。德国宪法法院指出,只要欧洲法院还未对相关欧盟法问题做出裁决,宪法法院就不能宣布欧盟法不适用于德国法律体系。<sup>④</sup>与之类似,波兰宪法法院强调其在欧盟法解释与适用问题上的补充性职权。它指出,在判定欧盟二级立法不符合本国“宪法”之前,应该确定需要接受审查的欧盟二级立法规范的内容。这需根据《欧盟条约》第267条向欧洲法院提交先行裁决程序,由欧洲法院对引起疑虑的欧盟法的相关条款进行解释或对其有效性做出初步裁决。<sup>⑤</sup>

尽管意大利宪法法院并未将提交欧洲法院先行解释的义务理论化,但它的实践显然与之相一致。在塔里科(*Taricco*)一案中,欧洲法院本已做出了裁决,表达了自己的观点。然而,意大利宪法法院并未直接宣布欧洲法院判决与本国宪法中的基础性条款不一致,而是请求欧洲法院重新审查,这实际上是对欧洲法院的塔里科判决的一种上诉,欧洲法院最终推翻了先前的决定。<sup>⑥</sup>这表明在欧盟法与国内宪法的基础性条款的潜在冲突问题上,成员国宪法法院和欧洲法院之间存在对话的共同基础,而宪法法院通过提交欧洲法院的先行裁决程序也在尽量避免与欧盟法体系发生直接的冲突。

① BVerfG, Order of the Second Senate of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, para.57.

② Trybunał Konstytucyjny, Judgement of 16 November 2011, SK 45/09 (Supronowicz), para.2.7.

③ Tribunal Constitutional, Judgment of 28 September 2009, n.99 (Melloni).

④ Order Honeywell, 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, at 28, para.60.

⑤ Trybunał Konstytucyjny, Judgement of 16 November 2011, SK 45/09 (Supronowicz), para.2.6.

⑥ European Court of Justice, Grand Chamber, Judgment of 5 December 2017, C-42/17, M.A.S. and M.B.

德国宪法法院在对 *OMT* 案做出裁定之前将此案提交欧洲法院,而在欧洲法院做出判决后,德国宪法法院根据欧洲法院的解释判定欧洲中央银行采取的相关措施并未违反德国宪法的基础性条款。尽管它曾经指出《欧盟条约》规定了欧盟法不能侵蚀成员国的“国家特征”,而德国宪法法院保护的是“宪法特征”,二者是不同的概念。但在 *OMT* 案中,德国宪法法院认为这两个概念是一致的,《欧盟条约》第 4 条第 2 款本质上为“宪法特征”审查提供了欧盟法的法律依据,其“宪法特征”审查“并未违反《欧盟条约》第 4 条第 3 款所规定的真诚合作原则”。<sup>①</sup>

成员国的宪法法院认为,有必要通过向欧洲法院提交先行裁决程序来保证它们的反限制审查的目的不是将自己与欧洲一体化进程隔开,而是在行使属于所有宪法法院的职责。这些法院强调,大多数宪法法院拥有相同的愿景并行使相同的权力,表明它们并不打算为欧洲一体化放置绊脚石,而是为了确保欧盟一体化的过程完全符合成员国宪法的基本价值观。宪法法院有责任保障遵守这一规定。<sup>②</sup>

成员国宪法法院进一步指出,反限制审查也是保护欧盟法体现的价值观的要求,欧盟所寻求的价值观与成员国宪法价值观是一致的。这也是提交欧洲法院先行裁决程序所具备的理论基础。宪法法院认为,拒绝遵守与其宪法基础条款相冲突的欧盟法条款的行为是忠诚欧盟法的真实行为,而非反叛行为。这个共同价值基础使得它们甚至有权批评欧洲法院背叛欧盟与成员国的共同价值、不尊重成员国的“宪法特征”。意大利宪法法院在塔里科的先行裁决程序中很好地利用了这一点,它不仅将其对欧盟法的理解呈报欧洲法院,还说服欧洲法院放弃了原来对欧盟法的解释。这表明立足宪法法院的视角并不意味着背离欧盟法倡导的价值,甚至在特定的情况下可能比欧洲法院更忠实于欧盟法。<sup>③</sup>

综上所述,只要成员国宪法法院尽可能自我约束并将违宪审查作为最终的手段,同时尊重欧洲法院对欧盟法的解释权,反限制原则不仅不会阻碍欧盟法治的发展进程,反而可以推动欧盟法在成员国的国内法律体系中的有效执行。欧盟法治数十年的发展证明,在成员国宪法法院与欧盟法院合作下,可以更好地建立一个在尊重成员国“国家特征”的同时珍惜欧盟共同价值观的区域法律空间。然而,所有这些都建立在一个先决条件之上,即宪法法院实际上真心诚意愿与欧盟法院共同解决其宪法核心条款与欧盟法可能存在的冲突。如果缺乏这一先决条件,可能会为成员国摆脱遵守欧盟

<sup>①</sup> BVerfG, Judgment of the Second Senate of 21 June 2016 – 2 BvR 2728/13 (Gauweiler-OMT), para. 140.

<sup>②</sup> Davide Paris, “Limiting the Counter-Limits. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law,” pp. 224–225.

<sup>③</sup> Corte costituzionale, Order of 26 January 2017, 24/2017 (Taricco), para. 6.

法义务的权力提供了一个令人不安的替代选择。匈牙利宪法法院于2016年12月做出的判决,在赞扬与欧盟法院的司法对话和人权不可侵犯之后,得出了一个结论,即人的尊严阻止了匈牙利与其他欧盟成员国合作落实难民庇护权。<sup>①</sup>这一做法表明欧盟法治多元化可能导致的对欧洲一体化的不利影响。匈牙利宪法法院的判决似乎不是特定的孤立的极端事件。相反,这是匈牙利尝试反对欧盟对难民危机的政策并避免承担由此产生的责任的最后的选择。由此产生了一个如何确保普遍遵守欧盟法的问题。换言之,如果一个成员国拒绝遵守欧盟法并背离欧盟的共同价值观,那么很可能会利用反限制原则挑战欧盟法。这表明反限制原则也存在阻碍欧盟法治的风险。但反限制原则带来的某种潜在的风险不应导致绝对抵抗反限制原则本身。该原则的两个法律基础在于:一是欧盟机构不能超越成员国所赋予的权限;二是某些价值不仅是成员国的宪法核心也是欧盟法的核心价值,审查欧盟机构的行为是否遵守该价值,也同样是审查欧盟法是否遵从成员国宪法的最基本原则。这有利于欧盟的基本权利和欧盟区域法治的整体保护,并可通过平衡欧洲法院与成员国法院的权力来确保欧盟法律秩序的多元性。该权利的正当性不仅有授权原则与共同价值的理论基础,而且《欧盟条约》第2条明确规定了对成员国“国家特征”的尊重。因此,成员国宪法法院适用反限制原则是具备合法性的。<sup>②</sup>为避免被成员国法院所滥用,可以通过欧洲法院承认成员国法院的反限制审查权并对各成员国适用该原则的权力加以适当限制来避免成员国宪法法院单方面挑战欧盟法,同时也通过这种方式加强对欧盟基本权利和法治的保障。

#### 四 反限制原则的法理基础

国际条约直接适用于国内法体系后,出现了国际条约在国内法体系中的位序问题,若要保证国际条约的效力,需给予其在国内法体系中的优先地位,但这在国内法律秩序中却难以实现。即使在已确立欧盟法至高无上地位的欧盟法体系中也不能完全实现,反限制原则正是体现了国内法对欧盟法优先地位的限制。它的法理基础主要基于两个理由。

##### (一)越权行为

卡塞斯鲁曾一针见血地指出,国际社会的平行结构导致了国家在国际法的造法与

<sup>①</sup> Magyarország Alkotmánybírósága, Decision of 30 November 2016, 22/2016 (Refugee Relocation Policy).

<sup>②</sup> Davide Paris, "Limiting the Counter-Limits. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law," pp.224-225.

执行上位于主导地位。<sup>①</sup> 而国家作为被调整的对象和造法者,在造法过程中通常会趋利避害,试图通过国际法治获得更多的权利与利益而非义务。各国的利益常常相左,难以达成合意。如《联合国海洋法公约》花费了9年时间进行协商,在形成条约后又因批准的国家数量太少不能生效,在通过关于第十一部分的执行协定对该公约进行修正后才在12年后生效。为了赢得国家对条约的同意,存有争议的条款不会出现在条约的文本中,即使出现了也会允许保留,这导致条约的内容往往是不完善的、有缺陷的或措辞不清楚。因此,国际法体系先天具有不完整性的特点,使得被授权解释的国际组织或国际法庭有了越权解释或造法性解释的需求。国际法庭在遭遇国际法体系的不完整性时,通常有两种做法:一是承认国际法的缺陷,宣布无法律可适用。如国际法院在“核武器咨询意见案”中承认关于国家能否使用核武器行使自卫权上的法律缺失;<sup>②</sup>二是借助国际法庭的司法解释权进行司法造法。如在北极日出号一案中,由于《联合国海洋法公约》缺乏关于沿海国保护自己开发海床与底土的自然资源的执法权的规定,导致仲裁庭无此类条款可适用,于是仲裁庭通过1958年的《大陆架公约》草案及其评注对《联合国海洋法公约》进行了造法性解释,明确了沿海国在为实现其对大陆架上非生物资源的主权权利而享有采取登临、逮捕、扣押及提起司法程序等措施的执法权。<sup>③</sup>事实上,国际法庭的大法官似乎更乐意行使司法解释权解决法律不明的问题,通过对国际条约的解释、国际习惯的识别、一般法律原则的界定,或节制或扩张性地进行司法造法,有些是在缔约国的授权范围内,有些则有扩权甚至越权的嫌疑。

通常而言,国际组织的决议是由缔约国表决通过,较少出现越权情形。国际组织的越权往往出现在国际组织中的机构脱离于缔约国单独行事时。欧盟作为一个区域国际组织设立了可以发布二级立法的机构,欧盟委员会进行的二级立法活动就被欧洲法院判定为越权归于无效。欧盟的职权通常在实体上和区域范围上受限制,有时也会受到时间的限制。违反行为可能会因违反这些限制而缺乏约束。实质性越权往往会引起特别的关注,它涉及“事项管辖权”(subject matter jurisdiction)和“对人管辖权”(personal jurisdiction)的权力分配问题。这里的非法性主要涉及侵犯欧盟机构与成员国之间或欧盟机构之间的权力分配。这些越权行为可能涉及严重违反“条约”,因其严重扰乱欧盟制度平衡或违反权力的限制,有可能对相关各方和欧盟法律秩序产生深

<sup>①</sup> Antonio Cassese, *International Law* (Second Edition), Oxford University Press, 2005, pp.8-10.

<sup>②</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J Reports 1996, para. 105.

<sup>③</sup> 杨永红:《从北极日出号案析沿海国在专属经济区的执法权》,载《武大国际法评论》,2017年第3期,第151页。

远的影响。因此,欧洲法院在这些问题上采取了更加积极的行动。<sup>①</sup>《欧盟条约》第173条赋予了欧洲法院废止欧盟机构越权行为的职权。欧洲法院在若干案件中审查过欧盟机构是否越权。<sup>②</sup>越权的概念源于对法治的承认,因为法治只允许在权限范围内行事。对法治的承认意味着所有欧盟的行为都必须接受司法监督,以确保它们符合合法性条件。如果不符合,则有足够的补救措施来撤销这些行为。因此,合法性是最基本的要求之一。如果欧盟机构在没有获得授权的情况下行事,则其行为属于越权,即丧失合法性。原则上,欧盟的行为只有在“条约”授权的范围内时才具有欧盟法的优先地位,因此,欧盟法优先原则也受到欧盟权限的限制。<sup>③</sup>越权行为否定了成员国义务遵守欧盟法,也构成成员国宪法法院否认欧盟法为上位法的法律基础。

与国际组织一样,国际法庭的权力也是来自缔约国的授权,无论国际组织还是国际性法庭,其权力来源都是条约的授权,即基于缔约国对授权条约的初设与同意,因此,它们的权力必然是受限于授权条约。跨越授权范围,自然就丧失合法性。然而,在实践中,国家在创设这些国际机构的时候,却没有创立一个约束机制。事实上主要依靠当事国与其他缔约国的反对来进行约束,因此,有些可能会被定性为国际不法行为,但另一些具有正当性,主要原因在于其拥有法律依据,并通过司法行动甚至与国际法庭的司法对话的方式进行。国际性法庭也都认识到其权力是来自缔约国的授权,当它们试图扩权或越权的时候往往会观望缔约国的态度。国际法庭的大法官们了解,通过扩大管辖权与利用司法解释权变相造法,在国际法律关系中推行“法律规则导向”的体系,这必然会碰撞国际法律关系中主权主导的现实。国际法庭越权造法的行为是否具备合法性因此广受争议。有学者认为,由于国际法发展的不健全使得国际法庭为实现其解决争端的功能就必须对模糊不清的条约进行澄清或者填补条约缺失的内容。<sup>④</sup>反对者则指出,国际法庭的扩权造法是越权行为,它们篡夺了立法者的权力,跨越了国

<sup>①</sup> T.K.Hervey, "Community and National Competence in Health after Tobacco Advertising," *Common Market Law Review*, Vol.38, No.1, 2001, pp.1437-1446.

<sup>②</sup> Case 9/56, *Meroni & Co. v. High Authority* [1958] ECR 133; Case 23/75, *Rey Soda v. Cassa Conguaglio Zucchero* [1975] ECR 1279; Case C-327/91, *France v. Commission* [1994] ECR I-3641; Case C-57/95, *France v. Commission* [1997] ECR I-1627; Case 106/96, *United Kingdom v. Commission (Poverty 4)* [1998] ECR I-2729; C-376/98, *Federal Republic of Germany v Parliament and Council* [2000] ECR I-8419.

<sup>③</sup> 参见程卫东:《多元法律秩序与欧盟法治的局限性》,载《欧洲研究》,2016年第1期,第4页。

<sup>④</sup> Eyal Benvenisti, "The Interplay Between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions," *Law and Contemporary Problems*, Vol.68, 2005, p.319; Joel P. Trachtman, "The Domain of WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal*, Vol.40, 1999, p.333.



家委托的权限,<sup>①</sup>特别是当它创设新的权利和义务的时候,其越权行为不具备合法性,<sup>②</sup>还可能导致国家间的政治分裂和国际法的后退。<sup>③</sup>还有学者称其削弱了民主并加剧国际法的碎片化。<sup>④</sup>

在国际法庭的实践中,欧洲法院被视为利用其解释权大胆扩大其管辖权并变相造法的最激进的扩张主义者,它成功地创造了直接效力原则、欧盟法优先原则、对欧盟机构的暗含权力原则等。通过一定程度的造法,欧洲法院迅速推动了欧洲的一体化,也令自身成为国际法庭中最具权威地位的法院。<sup>⑤</sup>然而,即使这个最激进的扩张主义者也意识到它的越权会遭到政府与国内法院的抵制,于是当其创设新规则时,会观望是否有国家提出激烈的抗议。如果国家默认并执行,它会接着在后来的判例中肯定其造法,如果相反,则会放弃创新。即便如此,有时仍会遭遇来自成员国的强烈抵制。<sup>⑥</sup>如塔里科案中,欧洲法院撤销原裁决避免与意大利的直接冲突。反限制原则则是成员国由反对欧盟机构与欧洲法院的越权行为发展而来。捷克宪法法院在养老金案中声称,其对补充养老金计划的处理完全是国内事宜,因为捷克斯洛伐克分裂后出现的新情势超出了欧盟法调整的范围。实际上,它声称欧洲法院在兰德托瓦(Landtova)案件中的裁定越权,<sup>⑦</sup>这是欧盟成

<sup>①</sup> Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Aei Press, 2003; Eric A. Posner, *The Perils of Global Legalism*, University of Chicago Press, 2009; Jeremy A. Rabkin, *Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States*, Princeton University Press, 2005.

<sup>②</sup> Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking," *German Law Journal*, Vol. 12, 2011, p. 1341, 1345.

<sup>③</sup> Laurence R. Helfer and Karen J. Alter, "Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts," *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 14, 2013, pp. 480-498.

<sup>④</sup> Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking," p. 1368.

<sup>⑤</sup> Joseph Weiler, "The Transformation of Europe," *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8, 1991, p. 2403.

<sup>⑥</sup> Karen J. Alter, "The European Union's Legal System and Domestic Policy: Spillover or Backlash?" in *The European Court's Political Power: Selected Essays*, Oxford University Press, 2009, p. 184.

<sup>⑦</sup> 1993年1月捷克斯洛伐克通过协议分裂为捷克与斯洛伐克两个国家。1992年10月,《捷克与斯洛伐克的社会保障协议》开始生效,根据该协议,以雇主登记注册地为标准来划分捷克斯洛伐克分裂后适用于捷克还是斯洛伐克的养老金制度。这就导致了有些捷克公民因其雇主在斯洛伐克登记因此适用斯洛伐克的养老金制度。由于捷克和斯洛伐克在养老金方面的立法不同,两国的货币不同,致使根据捷福利制度计算的养老金通常高于根据斯洛伐克相关法律计算的养老金。一些领取斯洛伐克养老金的捷克公民因此起诉至捷克宪法法院,捷克宪法法院于是根据捷克宪法中的非歧视原则判决《捷克与斯洛伐克的社会保障协议》违宪。捷克政府为了履行宪法法院的判决出台了养老金补充制度,由捷克提供资金,为领取斯洛伐克养老金的捷克公民支付补偿金,填补斯洛伐克和捷克养老金之间的差距。补充养老金制度仅适用于居住在捷克共和国的捷克公民,而不适用于居住在斯洛伐克的退休人员。捷克公民兰德托瓦(Landtova)女士与捷克之间关于养老金的争议被捷克最高行政法院提交至欧洲法院,请求欧洲法院先行解释,欧洲法院根据对欧盟公民不歧视原则,宣布欧盟法排除“仅向在捷克境内居住的捷克公民支付补充养老金的国家规则”。于是,捷克政府根据欧洲法院对兰德托瓦案的解释废除了补充养老金制度。捷克公民霍鲁贝克(Holubec)又诉至捷克宪法法院,捷克宪法法院主张捷克补充养老金制度是捷克国内事宜,不属于欧盟法调整范围,因此否认欧洲法院在兰德托瓦案的解释在捷克补充养老金制度中适用。See Case C-399/09 Landtovj [2011] ECR I-05573; PIUS 5/12, 31 January 2013 (Slovak Pensions XVII [Holubec]); Also See Michal Bobek, "Landtova, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure," *European Constitutional Law Review*, Vol. 10, No. 1, 2014, pp. 54-89.

员国的宪法法院第一次指出欧洲法院的具体决定越权。<sup>①</sup>

犹如欧盟的一体化无法在其他区域复制那样,欧洲法院的扩权模式也无法在其他国际法庭上适用。作为一个区域性国际法庭,安第斯共同体法庭(Tribunal of Justice of the Andean Community)在模仿欧洲法院上最为努力。它在早期直接照搬欧洲法院的做法,建立了直接效力原则和区域法优先原则,以推动安第斯区域的一体化,但之后由于缺乏成员国政府与国内法院的支持只好改弦易辙。它在推行这些原则时强调国家的同意,给予成员国政府很大的裁量权。<sup>②</sup>

而另一个受到欧洲法院启发的是国际法院。它在拉格朗德(LaGrand)与阿维纳(Avena)案中创造性地依据《领事关系公约》第36条第2款直接授予个人以权力,裁定美国法院应依照公约的规定对权利遭到侵犯的外国人的案件进行复查。<sup>③</sup>然而,国际法院对条约的造法性解释,遭到美国法院的抵制,其判决未能执行,还导致美国在2005年退出了《领事关系公约》以及《关于强制解决争端之任择议定书》。之后在墨西哥提出对阿维纳案的判决进行解释之诉时,国际法院显然意识到其创新遭到挑战而难以为继,于是拒绝进一步推进。<sup>④</sup>这表明,国际法庭超越授权一旦遭遇国家的反对,它的裁决不仅难以得到执行,而且会降低其对国际法治的影响程度。<sup>⑤</sup>

尽管国家将对条约的解释权赋予国际组织与国际法庭,但这些国际机构只能在国家授权范围内行使其裁判权,可在条约规定模糊不清时进行澄清。一旦越权行使国家的造法权,突破国家的授权范围进行管辖,其行使权力便丧失了法律基础。而且法官通常会受自己的意识形态、价值观、对其国家的忠诚度及其人生经验等诸多因素的影响,其打上个人烙印的造法与越权往往会遭到当事国的反对,导致国际法不能获得有效履行,令国际法治的发展倒退。<sup>⑥</sup>

## (二) 宪法特征

反限制原则体现了以德国、意大利等国在尊重欧盟法上位法的前提下在例外情形时拒绝欧盟法在本国发生法律效力。因此,反限制原则存在的前提是其对抗的欧盟法

<sup>①</sup> Ivo Slosarcik, "EU Law in the Czech Republic: The Ultra Vires of the Czech Government to Ultra Vires of the EU Court," p.429.

<sup>②</sup> Laurence R. Helfer, Karen J. Alter, "Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts," pp.488-503.

<sup>③</sup> LaGrand Case (Germany v. United States of America) [2001] ICJ Rep 466; Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) [2004] ICJ Rep 12.

<sup>④</sup> Mexico v. United States of America, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals, Judgment in 19 January 2009.

<sup>⑤</sup> Eric Posner and John Yoo, "Judicial Independence in International Tribunals," *California Law Review*, Vol.93, No.1, 2005, pp.35-74.

<sup>⑥</sup> Ibid.

规则具有上位法的地位,而其上位法的地位又是由成员国宪法规定的,那么成员国宪法法院拥有的违宪审查权就成为成员国适用反限制原则的国内法基础。由于欧盟法上位法的条款本身就是宪法条款,这使得欧盟成员国要制衡欧盟就必须使宪法中的某些条款具有优先于另一些条款的地位。如果使某些宪法条款具备高于其他宪法条款的地位,那么这些条款必须是对于一国而言极为重要的核心条款。就实践来看,欧盟成员国法院大多将这些核心条款模糊化,将其归结于构成该国宪法的基础,属于一国的“宪法特征”。基于“宪法特征”对欧盟法进行违宪审查本质上是把欧盟法视为国内法的一部分,因此,宪法法院的违宪审查权在其国内法体系中无疑具有充分的依据。

与欧洲国家相似的是,美国在其宪法中也明确了国际条约的地位,美国宪法规定国际条约在美国拥有高于州法但与联邦法相同的地位。<sup>①</sup> 美国联邦最高法院又利用其判例法将国际条约划分为自动执行条约与非自动执行条约两类。只有自动执行条约在美国法中拥有与联邦法相同的法律地位。故美国无须借用违宪审查权,仅通过宣布国际条约与国际法院裁决不具有自动执行的效力,即可全盘否认国际条约与国际法院裁决在国内法律体系中的效力。在2008年3月25日,美国联邦最高法院对“麦德林(Medelline)案”做出的判决指出,《联合国宪章》《领事关系公约》关于强制管辖权的任择议定书和《国际法院规约》均无条款确认国际法院的判决能够在美国法院拥有效力,在缺乏参议院的立法参与下,美国总统无权将国际法院的判决通过备忘录将其转化为联邦法。因此,国际法院的判决在美国缺乏法律效力,美国法院不能执行此判决。<sup>②</sup> 美国联邦最高法院还指出,美国法院甚至没有义务依照国际法院对条约进行的解释审理案件,对国际法院的解释只负有“尊重的考虑”(respectful consideration)的义务。<sup>③</sup> 而“尊重的考虑”只被美国法院解释为记录国际法院相关决定的义务,美国法院可以对裁决进行审查亦可对之持有异议。<sup>④</sup>

比较美国模式与欧洲国家的反限制原则,不难看出美国将国际法院的裁决划入了非自动执行的条约的行列,标志着美国在国内法层面推行了针对国际法的保守主义立场。而反限制原则是在遵守欧盟法或国际法优先的前提下只在极其例外的情形下适用,因此代表着欧洲国家在国际法层面的国际主义导向。如德国作为反限制原则的创立者之一,在实践中却很难通过该原则宣布欧盟机构或欧洲法院的行为越权或违反其

① 《美利坚合众国宪法》第6条。

② *Medellin v. Texas*, 128 S.Ct.1346 (2008).

③ *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 126 S. Ct. 2669, 2678.

④ Carsten Hoppe, "Implementation of LaGrand an Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights," *European Journal of International Law*, Vol.18, No. 2, 2007, pp.317-336.

宪法特征。德国宪法法院虽然在欧洲中央银行援助政策的违宪审查上,曾经主张欧洲中央银行 OMT 项目系越权行为,但同时也向欧洲法院提交了要求先行裁决的请求;<sup>①</sup>欧洲法院在 2015 年 6 月 16 日判定欧洲央行 OMT 项目并未超越权限,“原则上符合欧盟法”;<sup>②</sup>2016 年 6 月 21 日,德国宪法法院据此判决 OMT 项目并未越权,德国联邦议会对于联邦预算的控制力,也未明显超出欧洲央行被赋予的权力。<sup>③</sup>

## 五 反限制原则之扩张

反限制原则本身局限于欧盟区域内,本质上是欧盟成员国为了保护国家核心价值而保留性接受欧盟法优先原则的例外。该原则能否外溢成为处理国际法与国内法关系的一个新的解决方式值得进一步探讨。事实上在欧盟区域外,也出现了类似实践。除意大利宪法法院在 2014 年将该原则适用于其国内法与国际法的关系外,欧洲人权法院也似乎成为重要的使用者。欧洲人权法院在博斯普鲁斯(Bosphorus)案宣称,只要国际组织“被认为以至少与《欧洲人权公约》所规定的方式对基本权利提供同等保护,除非此类保护有明显缺陷”,法院就可以推定成员国履行该国际组织义务的行为不违背公约的要求。<sup>④</sup>这表明欧洲人权法院肯定了它有权审查欧盟法是否符合《欧洲人权公约》。这与德国 *Solange II* 模式如出一辙。在“纳达案”和“阿尔-杜立弥案”的判决中,欧洲人权法院均主张瑞士法院有权对瑞士履行安理会决议的行为进行司法审查,表示绝不接受任何国际组织没有充分程序保障的制裁措施对《欧洲人权公约》中基本权利条款的限制,包括成员国履行安理会制裁决议的措施。<sup>⑤</sup>欧洲人权法院的这些主张与意大利、德国等宪法法院反限制路径明显类似。欧洲法院在卡迪案中提出,欧盟任何行为都要接受法院依据《欧盟条约》所保障的个人基本权利的司法审查,这包括欧盟履行联合国安理会决议的行为。<sup>⑥</sup>它声称:“任何国际协议都不能强加有悖于《欧共体条约》中宪法性权利的义务,欧盟所有行为必须尊重个人的基本权利。”<sup>⑦</sup>欧

① BVerf G, Judgment of Jan 14, 2014, 2 BvR 2728/13.

② Judgment of CJEU (June 16, 2015), Case C-62/14, Peter Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag.

③ BVerf G, Judgment of 21 June 2016 - 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13.

④ Bosphorus Hava v. Ireland, ECtHR Judgment of 30 June 2005, paras.152-157.

⑤ Nada v. Switzerland, ECtHR Judgment [Grand Chamber], 12 September 2012, paras.171-197; Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, ECtHR Judgment, 21 June 2016, paras.129-153.

⑥ Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, Judgment of E.C.J., 3 September 2008, para. 284.

⑦ Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, Judgment of E.C.J., 3 September 2008, para. 285.

洲法院所主张的欧盟法中的宪法性权利的不可改变性与反限制原则并无二致。上述司法实践显示反限制原则已出现外溢,尽管这些实践并不能证明该原则已然成为适用国际法与国内法关系的一般性规则,但却表明该原则出现在处理国际法与国内法的关系的可能性。有学者认为,国际法与欧盟法不同,国际法领域不存在国际法优先效力原则问题。对于大多数国家而言,不需要利用反限制原则就可以解决国际法与国内宪法冲突问题。但根据国家责任的习惯法,各缔约国不能以自己的国内法规为由拒绝遵守国际法规范,否则应当承担国家责任。<sup>①</sup>显然这表明在国际法层面,国际法优先于国内法。然而与欧盟法体系不同的是,国际法的优先地位并没有得到各国的普遍接受,而是各国基于各自的国内法形成不同的做法。换言之,各国可以各自的方式拒绝履行与其国内法特别是与宪法相冲突的国际法,比如美国法院以国际法院的裁决属于非自动执行的条约为由,拒绝执行国际法院的裁决,但这样的行为却属于国际不法行为。因此,目前绝大部分国家保护自身国内法不受国际法限制事实上多以国际不法行为的方式来实现,这必然会减损国际法的效力,威胁国际法治。而反限制原则则相反,由于反限制原则通过成员国宪法法院与欧洲法院的司法对话进行,成员国宪法法院通常将其作为最后的救济方式克制地适用该原则,不仅没有威胁欧盟法律秩序有效运行与发展,反而推动了欧盟法治与欧洲一体化的发展。因此,将反限制原则用于解决国际法与国内法的关系对国际法治具有积极的意义。但是,必须认识到,反限制原则也具有两面性:一方面它在欧盟法体系中更多体现了成员国对欧盟法优先地位有条件的承认,但另一方面它本来的含义是限制欧盟法或国际法作为上位法的地位。因此,它可能构成对区域国际法或一般国际法效力的减损。

如前所述,反限制原则是基于欧盟法优先原则发展而来。而在国际法层面亦明确了国际法优先于国内法。与欧盟法体系不同,该规则并没有使各国普遍接受国际法在国内法体系中的优先地位。尽管如此,还是有一些国家在其宪法中规定了国际法的优先地位,如意大利、荷兰、法国等。这些国家具备了适用反限制原则的基本条件。因此,意大利在处理其国内法与国际法的关系时便适用了该原则。而欧洲法院与欧洲人权法院主张欧盟法与《欧洲人权公约》中所规定的基本权利的不可改变性会对各成员国产生影响。这表明反限制原则具有扩张的可能性。但是,该原则要成为处理国际法与国内法的关系中一般性规则仍有不少挑战。如反限制原则的适用以欧洲法院与成员国宪法法院的对话方式进行,而国内法院与国际法庭缺乏合作与对话机制,这使得

<sup>①</sup> 《国家对国际不法行为的国际责任条款草案》(2001)第3条规定:“在把一国的行为定性为国际不法行为时须遵守国际法。这种定性不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响。”

反限制原则是成为推动国际法发展的新兴规则还是构成国际法效力的障碍在很大程度上取决于行使者本身能否进行自我克制。

## 结 语

德国、意大利、西班牙、比利时、法国、匈牙利、捷克和波兰等国的宪法法院在与欧洲法院互动中创立了反限制原则,其目的在于制衡欧盟法在国内法体系中的优先地位。反限制原则存在的法律基础来自保护成员国免受欧盟机构越权行为的侵犯和本国的“宪法特征”不被欧盟法改变。就反限制原则适用的实践来看,成员国宪法法院为平衡本国核心利益与欧洲一体化进程,自行克制适用反限制原则,将该原则的适用限制在极为例外的状态下,还将其明确为保护其核心价值的最终手段,并利用欧洲法院先行裁决程序尽可能降低该原则对欧盟法律秩序的冲击。成员国宪法法院自愿克制性适用该原则,令欧盟法的有效性和欧洲一体化的进程未被该原则所影响,反而推动了欧洲一体化的进程。目前,反限制原则尚未成为处理国际法与国内法关系的一般性准则。虽然反限制原则能否从欧盟外溢以解决国际法与国内法的关系问题并不确定,但是意大利宪法法院将反限制原则适用于意大利国内法与国际法间的关系及欧洲法院与欧洲人权法院的一些司法实践表明,该原则从欧盟法领域扩展至一般国际法领域存在着可能性。全球化进程与国际法治的发展均对处理国际法与国内法关系问题的传统做法提出了新挑战,而反限制原则为此提供了可能的应对途径。

(作者简介:杨永红,西南政法大学国际法学院副教授、西南政法大学海外利益保护研究中心研究员;责任编辑:张海洋)