

德国

法律

发达史

何勤华 / 主编

JACW

法律出版社

# 德国法律发达史

主 编 何勤华  
撰稿人 何勤华 李秀清 倪韶红  
魏 琼 孟 红 方立新  
林燕平

法律出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

德国法律发达史/何勤华主编. - 北京: 法律出版社,  
1999.11

ISBN 7-5036-3004-3

I. 德… II. 何… III. 法制史-德国 IV. D951.69

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 70291 号

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杜 进

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/17.125 字数/410 千

---

版本/2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

---

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN 7-5036-3004-3/D·2706

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 撰稿人简介

**李秀清** 女,法学硕士,华东政法学院讲师,合著有《英国法律发达史》、《日本法律发达史》等。

**倪韶红** 女,华东政法学院讲师,合著有《香港法概论》等。

**魏琼** 女,法学硕士,华东政法学院讲师,合著有《美国法律发达史》等。

**孟红** 女,法学硕士,东南大学法律系讲师,发表有《浅谈自诉权的排他性》等论著。

**方立新** 法学硕士,浙江大学法律系副教授,主编有《外国法制史》、《韩国法通论》等。

**林燕平** 女,法学硕士,华东政法学院副教授,合著有《英国法律发达史》,主编有《国际经济法通论》等。

## 序

德国，是世界上最发达的国家之一，也是近现代西方法律文化的诞生地之一。近现代西方法律上五编制的民法典体系、法治国的宪法主张、统治近代西方长达近百年的历史法学派等，都是近代以来德国人贡献给人类的文化财富。因此，学习、了解西方法和法学，不能不学习、了解德国法律发达的历史。

近几年，国内对德国法的研究日趋活跃，除了在各《外国法制史》教科书中安排有介绍德国的章节，在各杂志上发表了一些有关德国法的论文和译文之外，还相继推出了刘兆兴的《德国联邦宪法法院总论》（法律出版社1998年版）、孙宪忠的《德国当代物权法》（法律出版社1997年版）等有深度的研究作品。但是，从整体上对德国法的发展演变的历史作比较系统的描述，对德国整个法律体系作出宏观的介绍和评述的著作，则至今尚未出现。

为了填补这个空白，我们组织力量编写了本书，试图使读者对德国法的历史发展、法的基本渊源、法律教育和法律职业、法学家的作用、德国法在世界法律史上的地位以及各个部门法知识有一个大体的了解。

本书的编写分工如下：

何勤华：第一章；

李秀清：第二章、第三章；

## 2 德国法律发达史

---

倪韶红：第四章；

魏 琼：第五章；

孟 红：第六章；

方立新：第七章；

林燕平：第八章。

本书德文资料的翻译，由林燕平和华东政法学院外语系德语教师朱静舫承担；本书的目录、参考书目和年表，由李秀清制作；德文目录，由朱静舫制作。

由于我们对德国法律史的资料掌握得还不够多，外语水平和理解能力也很不够，因此，本书一定会存在诸多缺陷，恳请读者诸君批评指正。

在本书的编写过程中，我们得到了德国驻上海领事馆的大力支持，得到了法律出版社贾京平总编和编辑卞学琪的热情帮助，也得到了上海发展汽车工业教育基金会的出版资助。在此，一并表示我们诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法学院

1999年4月1日



何勤华 男，1955年3月生，上海市人。华东政法学院院长、教授、法学博士。1982年1月北京大学法律系本科毕业，1984年12月华东政法学院硕士研究生毕业，留本校法制史教研室任教至今。1987年9月任讲师，1990年10月破格晋升为副教授，1993年7月破格晋升为教授。自1984年以来，共出版《东京审判始末》、《法学新学科手册》、《当代中国法学新思潮》、《当代日本法学》、《比较犯罪学》、《中西法律文化通论》、《日本破产法》、《西方法学史》、《法律文化史论》、《外国法制史》、《美国法律发达史》、《英国法律发达史》、《日本法律发达史》、《法律文化史论》等二十余部专著及合著，发表《汉语“法学”一词的起源及其流变》（载《中国社会科学》1996年第六期）等论文一百多篇。曾于1988年4月至1989年4月、1993年4月至1994年10月两次赴日本东京大学法学部进修法制史。1992年10月起，作为对国家有突出贡献的专家，享受国务院特殊津贴。1995年7月起任全国外国法制史研究会常务理事，1995年8月起任中国儒学与法律文化研究会副会长，1997年1月任中国法学会常务理事。

LAW

## 目 录

<b>第一章 绪论</b> .....	(1)
<b>第一节 德国法的历史发展</b> .....	(2)
一、日耳曼部族法时期 .....	(2)
二、法兰克王国时期 .....	(7)
三、德意志王国时期 .....	(18)
四、走向统一时期 .....	(33)
五、德意志帝国时期 .....	(36)
六、魏玛共和国时期 .....	(37)
七、法西斯统治时期 .....	(37)
八、两个德国并立时期 .....	(39)
九、德国重新统一时期 .....	(44)
<b>第二节 法律渊源</b> .....	(45)
一、欧洲联盟法 .....	(45)
二、联邦宪法 .....	(48)
三、联邦法律和行政法规.....	(48)
四、州的法律和法规 .....	(50)
五、习惯法 .....	(51)
六、判例.....	(52)
七、学说.....	(54)



## 2 德国法律发达史

第三节 法律教育和法律职业 .....	(56)
一、法律教育 .....	(56)
二、法律职业 .....	(71)
第四节 法学家的作用 .....	(76)
一、塞西斯 .....	(76)
二、西哈鲁德 .....	(76)
三、菲哈尔德 .....	(77)
四、修瓦兹恩伯格 .....	(78)
五、卡尔普查夫 .....	(78)
六、普芬道夫 .....	(79)
七、胡果 .....	(80)
八、萨维尼 .....	(82)
九、普赫塔 .....	(88)
十、温德海得 .....	(89)
十一、耶林 .....	(90)
十二、祁克 .....	(93)
十三、拉邦德 .....	(97)
十四、奥托·迈尔 .....	(100)
十五、费尔巴哈 .....	(102)
十六、拉德勃鲁赫 .....	(104)
第五节 德国法的历史地位 .....	(106)
一、德国法与英美法 .....	(106)
二、德国法与法国法 .....	(108)
三、德国法的历史地位 .....	(110)
<b>第二章 宪法</b> .....	<b>(114)</b>
第一节 德意志帝国成立以前的立宪活动 .....	(115)
一、19世纪前期德意志邦国的立宪活动 .....	(115)

---

二、法兰克福宪法	(119)
三、普鲁士宪法	(123)
四、北德意志联邦宪法	(126)
第二节 1871年德意志帝国宪法	(127)
一、德意志帝国宪法的制定	(127)
二、德意志帝国宪法的主要内容	(128)
三、德意志帝国政制的运行	(132)
第三节 魏玛宪法	(135)
一、魏玛宪法的制定	(135)
二、魏玛宪法的主要内容	(137)
三、魏玛宪法体制的实施及崩溃	(142)
第四节 波恩基本法	(149)
一、波恩基本法的成立	(149)
二、波恩基本法的主要内容	(151)
三、1990年以前对基本法的修改	(158)
第五节 德意志民主共和国宪法	(161)
第六节 宪法法院制度	(163)
一、德国宪法法院制度的形成	(163)
二、联邦宪法法院的组织	(166)
三、联邦宪法法院的职权	(170)
四、联邦宪法法院的效用	(174)
第七节 两德统一后宪法制度的发展	(177)
一、统一后德国的基本政治制度	(177)
二、德国统一引起的关于制定新宪法与修改基本法的 争论	(181)
三、德国统一以来对基本法的修改及其引起的争论	(184)

---

<b>第三章 行政法</b> .....	(192)
<b>第一节 概述</b> .....	(192)
一、德国行政法的概念 .....	(192)
二、德国行政法的渊源 .....	(194)
三、德国行政法学的发展 .....	(195)
<b>第二节 行政行为</b> .....	(199)
一、行政行为的概念 .....	(199)
二、行政行为的分类 .....	(200)
三、行政行为的程序 .....	(202)
四、行政行为的无效、撤销和废止 .....	(204)
<b>第三节 公务员制度</b> .....	(206)
一、德国公务员制度的确立 .....	(206)
二、德国公务员的录用及管理 .....	(207)
三、德国公务员的薪俸及其他权利 .....	(210)
四、德国公务员的义务及惩戒 .....	(211)
<b>第四节 行政法院制度</b> .....	(212)
一、行政法院制度的形成 .....	(212)
二、行政法院的组织与结构 .....	(215)
三、行政法院对案件的审理 .....	(218)
四、行政法院判决的实施和执行 .....	(219)
<b>第五节 行政赔偿制度</b> .....	(220)
一、行政赔偿制度的历史 .....	(220)
二、《德意志联邦共和国国家赔偿法》 .....	(222)
三、德国的行政赔偿责任 .....	(225)
<b>第六节 德国行政法领域的新动向</b> .....	(227)

---

<b>第四章 民商法</b> .....	(232)
<b>第一节 概述</b> .....	(232)
一、德国的民法概念 .....	(232)
二、德国的商法概念 .....	(234)
三、德国民法与德国商法的关系 .....	(236)
<b>第二节 1900年《德国民法典》</b> .....	(237)
一、制定德国民法典之争 .....	(237)
二、民法典的制定及其理论基础 .....	(239)
三、民法典的基本内容和特点 .....	(242)
四、民法典的学术成就 .....	(251)
五、《德国民法典》对《法国民法典》的继承与发展 ...	(255)
<b>第三节 1900年《德国商法典》</b> .....	(262)
一、德国商法的变迁 .....	(262)
二、1900年商法典的基本内容 .....	(265)
三、《德国商法典》与《德国民法典》的关系 .....	(266)
<b>第四节 第二次世界大战前德国民法的发展</b> <b>演变</b> .....	(267)
一、帝政时期 .....	(268)
二、魏玛共和国时期 .....	(269)
三、纳粹统治时期 .....	(270)
<b>第五节 第二次世界大战后德国民商法的发展</b> <b>演变</b> .....	(271)
一、1949年基本法对联邦德国私法的影响 .....	(272)
二、战后德国民法的变革 .....	(273)
三、战后德国商法的变革 .....	(276)
四、《德国民法典》的最新发展 .....	(279)

---

<b>第五章 经济法</b> .....	(283)
<b>第一节 德国经济法概述</b> .....	(284)
一、德国经济法的社会根源 .....	(284)
二、德国经济法的法律界定 .....	(289)
<b>第二节 德国经济法的沿革</b> .....	(293)
一、德国经济法的起步 .....	(293)
二、20 世纪上半叶德国经济法的发展.....	(294)
<b>第三节 德国经济法的新发展</b> .....	(298)
一、德国经济法新发展的动因 .....	(298)
二、德国经济法新发展概况 .....	(301)
<b>第四节 德国经济法制</b> .....	(311)
一、《反对不正当竞争法》 .....	(311)
二、《反对限制竞争法》 .....	(319)
三、《德意志联邦银行法》 .....	(325)
四、《经济稳定与增长促进法》 .....	(330)
五、《证券交易法》 .....	(335)
<b>第五节 德国劳动法</b> .....	(339)
一、德国劳动法的历史渊源与法律渊源 .....	(339)
二、德国劳动法的种类及其机构设置 .....	(343)
三、德国劳动法的基本内容 .....	(345)
<b>第六节 德国社会保障法</b> .....	(367)
一、德国社会保障法律制度的形成.....	(367)
二、德国社会保障法律制度的内容.....	(371)
<b>第七节 德国环境法</b> .....	(380)
一、德国环境法的基本原则 .....	(380)
二、德国环境法内容简介 .....	(381)
三、德国环境法的法律救济 .....	(383)

---

<b>第六章 刑法</b> .....	(386)
<b>第一节 概述</b> .....	(386)
一、资本主义刑法的创立与初步改革 .....	(387)
二、资产阶级刑法的蜕变 .....	(388)
三、资产阶级刑法的分立和重建 .....	(388)
四、德国刑法的重新统一 .....	(389)
<b>第二节 1871年刑法典</b> .....	(391)
一、1871年刑法典的制定 .....	(391)
二、1871年刑法典的结构和内容 .....	(392)
三、1871年刑法典的特征 .....	(396)
<b>第三节 1871年后德国刑法的变化</b> .....	(397)
一、刑法的初步发展(1871年—1933年) .....	(398)
二、法西斯政权统治时期刑法的蜕变 (1933年—1945年) .....	(399)
三、战后刑法的恢复发展(1945年—1975年) .....	(402)
<b>第四节 1975年刑法典</b> .....	(406)
一、1975年刑法典的制定 .....	(406)
二、1975年刑法典的主要内容 .....	(407)
三、1975年刑法典的特点 .....	(411)
<b>第五节 1975年后德国刑法的发展</b> .....	(414)
一、适应刑事政策的发展,进一步贯彻教育刑思想.....	(414)
二、注重对经济犯罪的惩罚,形成独立的经济刑法 体系 .....	(416)
三、积极履行国际义务,加强对国际性犯罪的惩治.....	(418)
四、适应犯罪观念的变化,对堕胎行为“非犯罪化” .....	(419)
五、加强了对环境的刑法保护 .....	(421)

## 8 德国法律发达史

六、颁布反腐败法, 严惩贿赂犯罪·····	(421)
第六节 德国刑法理论的进步·····	(423)
一、康德、黑格尔的报应刑论·····	(425)
二、费尔巴哈的心理强制说·····	(427)
三、李斯特的目的刑论·····	(429)
四、第一次世界大战后至第二次世界大战结束时期 德国主要的刑法理论·····	(431)
五、威尔哲尔的目的行为论·····	(434)
第七节 德国刑法理论主要问题简介·····	(435)
一、刑法·····	(435)
二、犯罪概念·····	(436)
三、犯罪构成论·····	(437)
四、行为论·····	(439)
五、因果关系学说·····	(440)
六、故意中的认识错误·····	(441)
七、过失中的注意义务·····	(444)
八、紧急避险·····	(446)
九、共同的犯罪理论·····	(447)
<b>第七章 司法制度·····</b>	<b>(449)</b>
第一节 法院制度·····	(449)
一、德国法院体制·····	(449)
二、德国法院组织·····	(455)
第二节 诉讼制度·····	(460)
一、民事诉讼制度·····	(460)
二、刑事诉讼制度·····	(466)
第三节 检察制度·····	(471)
一、检察机关组织·····	(471)

---

二、检察机关的职权 .....	(473)
三、检察机关官员的任免 .....	(475)
<b>第八章 涉外经济法</b> .....	<b>(477)</b>
<b>第一节 概述</b> .....	<b>(477)</b>
一、德国对外经济政策与法律 .....	(477)
二、德国法与欧共同体法 .....	(479)
<b>第二节 德国的贸易法律制度</b> .....	<b>(482)</b>
一、1961年的《对外经济法》 .....	(483)
二、进口管理制度 .....	(484)
三、出口管理制度 .....	(486)
四、海关与关税 .....	(488)
<b>第三节 德国的投资政策与法律</b> .....	<b>(491)</b>
一、外国对德国的投资 .....	(491)
二、德国对外直接投资 .....	(492)
三、投资鼓励措施 .....	(492)
四、与投资有关的法律和法规 .....	(495)
五、中德贸易关系 .....	(496)
<b>第四节 德国海外投资保险制度</b> .....	<b>(498)</b>
一、关于投资保险的范围 .....	(499)
二、投资保险的基本内容 .....	(500)
<b>第五节 德国的外汇政策与国际金融管理</b> .....	<b>(502)</b>
一、德国的外汇政策 .....	(502)
二、国际金融管理 .....	(502)
三、法兰克福金融市场 .....	(505)
<b>第六节 外国人在德国的居留与工作许可</b> .....	<b>(506)</b>
一、进入德国的签证 .....	(506)
二、工作许可 .....	(507)



三、外国人在德国设立公司 .....	(508)
四、外国公司的纳税问题 .....	(509)
第七节 国际经济纠纷的解决：诉讼与仲裁 .....	(510)
一、法律渊源 .....	(510)
二、国际私法中的有关规定 .....	(511)
三、关于承认与执行外国民事判决的规定 .....	(513)
四、关于承认与执行外国的商事仲裁 .....	(515)
<b>附录 1 主要参考书目</b> .....	<b>(517)</b>
<b>附录 2 德国法律年表</b> .....	<b>(524)</b>

## Inhalt

<b>1. Kapitel: Einführung</b> .....	(1)
§ 1. Der Lauf der deutschen Rechtsgeschichte .....	(2)
§ 2. Die Rechtsquellen .....	(45)
§ 3. Die juristische Bildung und die juristischen Berufe. ....	(56)
§ 4. Die Tätigkeit der Juristen .....	(76)
§ 5. Die rechtliche Stellung des deutschen Rechts in der Rechtsgeschichte .....	(106)
<b>2. Kapitel: Verfassung</b> .....	(114)
§ 1. Die Verfassungsbewegung vor dem Deutschen Reich .....	(115)
§ 2. Die Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 .....	(127)
§ 3. Weimarer Verfassung von 1919 .....	(135)
§ 4. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deuts- chland (Das Bonner Grundgesetz vom 23.5.1949) .....	(149)
§ 5. Die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik. ....	(161)
§ 6. Der Verfassungsgerichtsaufbau in der Bundes- republik Deutschland .....	(163)

§ 7. Die Verfassungsänderung seit der Vereinigung des Deutschlands .....	(177)
<b>3. Kapitel: Verwaltungsrecht .....</b>	<b>(192)</b>
§ 1. Allgemeines .....	192)
§ 2. Verwaltungshandeln .....	(199)
§ 3. Die öffentlichen Bediensteten .....	(206)
§ 4. Verwaltungsgerichte .....	(212)
§ 5. Entschädigungspflicht wegen der Verwaltungs- akte .....	(220)
§ 6. Neues vom Verwaltungsrecht in der Bundes- republik Deutschland .....	(227)
<b>4. Kapitel: Zivilrecht und Handelsrecht .....</b>	<b>(232)</b>
§ 1. Allgemeines .....	(232)
§ 2. Bürgerliches Gesetzbuch von 1900 .....	(237)
§ 3. Handelsgesetzbuch von 1900 .....	(262)
§ 4. Die Entwicklung des deutschen Zivilrechts vor dem Zweiten Weltkrieg. ....	(267)
§ 5. Die Entwicklung des deutschen Zivilrechts und Handelsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg. ....	(271)
<b>5. Kapitel: Wirtschaftsrecht .....</b>	<b>(283)</b>
§ 1. Allgemeines .....	(284)
§ 2. Die Entwicklung und Veränderung des Wirts- chaftsrecht in der Bundes-republik Deutschland .....	(293)
§ 3. Die neue Entwicklung des Wirtschaftsrecht in der Bundes-republik Deutschland .....	(298)
§ 4. Die Wirtschaftsrechtsordnung in der Bundes- republik Deutschland .....	(311)

---

§ 5. Das Arbeitsrecht .....	(339)
§ 6. Das Sozialversicherungsrecht .....	(367)
§ 7. Das Umweltschutzrecht .....	(380)
<b>6. Kapitel: Strafrecht</b> .....	(386)
§ 1. Allgemeines .....	(386)
§ 2. Strafgesetzbuch von 1871 .....	(391)
§ 3. Die Entwicklung des deutschen Strafrechts nach dem Jahre 1871 .....	(397)
§ 4. Strafgesetzbuch von 1975 .....	(406)
§ 5. Die Entwicklung des deutschen Strafrechts seit dem Jahre 1975 .....	(414)
§ 6. Die Entwicklung der deutschen Strafrechts- theorie .....	(423)
§ 7. Die Hauptinhalte von der deutschen Strafrechts- theorie .....	(435)
<b>7. Kapitel: Justizsystem</b> .....	(449)
§ 1. Gerichtsverfassung .....	(449)
§ 2. Staatsanwaltschaft .....	(460)
§ 3. Prozeß .....	(471)
<b>8. Kapitel: Außenwirtschaftsrecht</b> .....	(477)
§ 1. Allgemeines .....	(477)
§ 2. Außenhandelssystem .....	(482)
§ 3. Investitionspolitik und die rechtliche Bestim- mungen .....	(491)
§ 4. Versicherungsrecht bei den Inverstitionen in Ausland .....	(498)
§ 5. Devisenpolitik und die internationale Finanz- verwaltung .....	(502)

§ 6. Die rechtlichen Bestimmungen für Wohnen und Arbeiten der Ausländer in Deutschland .....	(506)
§ 7. Beilegung der Streitigkeiten in der Außenwirts- chaftsdurch; schiedsrichterliches Verfahren oder Gerichtsverfahren .....	(510)
<b>Anhang 1. Hauptnachsschlagewerke .....</b>	<b>(517)</b>
<b>Anhang 2. Zeitliche Übersicht über deutsches Recht .....</b>	<b>(524)</b>

# 第一章 绪 论

德国 (Deutschland), 其全称应为“德意志联邦共和国” (Die Bundesrepublik Deutschland), 是最发达的国家之一, 其经济发展和综合国力仅次于美国和日本, 居世界第三、欧洲第一。

德国位于欧洲大陆中部, 东邻波兰、捷克, 南接奥地利、瑞士, 西连荷兰、比利时、卢森堡、法国, 北与丹麦接壤, 并邻北海和波罗的海。国土面积为 35.7 万平方公里, 小于俄罗斯和法国, 在欧洲居第三, 与东方的日本大体相等 (日本领土面积为 36.7 万平方公里)。人口约 8180 万 (1996 年数字), 仅次于俄罗斯, 居欧洲第二。现在的首都为柏林, 是欧

洲经济文化的中心之一。<sup>①</sup>

德国的法律，其原创性虽然不如英国和法国，其历史也不像英国那么悠久，但德国为人类贡献了一大批世界级的著名法学家，德国法学在19世纪曾走在世界最前列，其在团体法、社会法、经济法、民商法等领域的创造性成果也影响了世界各国。因此，与英、美、法三国一样，德国法在世界法制史上同样占据着非常重要的地位。

### 第一节 德国法的历史发展

虽然，德国作为一个国家的历史并不长，是9世纪在东法兰克王国的基础上形成的，至今不过一千余年，<sup>②</sup>但德意志民族的祖先日耳曼人，其历史则是比较悠久的。与此相一致，德国法律，作为日耳曼法的延续，也已经有二千余年的历史了。本书遵从德国法学界的一般做法，阐述德国法的历史时，也从上古日耳曼人的部族法时代开始。

#### 一、日耳曼部族法时期

早期日耳曼人的法律制度，可以追溯到公元前1世纪日耳曼人的部落生活时代。

据史料记载，公元前1世纪以前，在罗马帝国的北方，就居住着许多“蛮族”部落，他们是克尔特人（Celt，也称“高卢

---

<sup>①</sup> 1949年9月至1990年10月德国分裂为两个德国，柏林为东德的首都，波恩为西德的首都。德国统一以后，德国联邦议院于1991年6月20日以337票对320票的多数，决定将议会和政府迁往柏林。

<sup>②</sup> “德意志”（Deutsch）一词，大约始见于8世纪。开始时仅表示法兰克王国东部地区使用的一种语言，随后该词慢慢转化成为指讲这种语言的人，最后才指这些人居住的地区。该过程与东法兰克王国逐步演变为德意志王国的过程大体一致。

人” (Gaul)、日耳曼人 (Germane) 和斯拉夫人 (СЛАВЯНЕ)。其中，日耳曼人分布的地区，大致东起维斯杜拉河，西至莱茵河，南起多瑙河，北至波罗的海。

关于古代日耳曼人的生活状况和社会制度，公元前1世纪罗马执政官凯撒 (G.J. Caesar, 约前100年—前44年) 所写的《高卢战记》和1世纪末罗马史学家塔西佗 (P.C. Tacitus, 约55年—120年) 所写的《日耳曼尼亚志》都有所记叙。

比如，在凯撒时代，日耳曼人还处在氏族社会阶段，他们过着半游牧的生活，从事畜牧和狩猎，已经知道农耕，但土地还没有成为私有财产。氏族长老每年把必需的土地分配给氏族和居住在一起的亲属集团，过一年便迁移它地。所以，日耳曼人的土地是氏族的公有财产，农业经营还带有原始的流动性质。氏族事务平时由长老管理，最高权力属于民众大会，只有战时才推选临时性的军事首领。当时还未出现阶级分化的现象。

1世纪以后，日耳曼人的氏族社会已出现解体的征象，开始走上形成国家的道路。此时，农业比前一时期有了发展，重犁代替了轻的木犁。当时尚无城市，但已有手工业、冶炼业和贸易活动。土地仍由氏族公社管理，耕地定期按家族重新分配。森林、牧场、荒地、水源等仍为氏族成员所共有。

此时，财产的不平等已经出现，氏族公社开始解体，代之而起的是大家族公社。显贵的家族逐步成为氏族贵族，并将战争中掳掠的财富据为己有，将战俘变为奴隶。但日耳曼人的奴隶制尚处在家长奴隶制阶段。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 据塔西佗记载，日耳曼人的奴隶“每人都有自己的一所房屋和一个家庭。……奴隶主只从奴隶那儿索取一定数量的谷物、牛和衣服；奴隶的从属关系仅此而已。其他一切家务都由妻子和儿女来负担。笞打奴隶、囚禁奴隶或罚奴隶做苦工的事是很少遇到的” (塔西佗著：《阿古利可传·日耳曼尼亚志》。参见朱寰主编：《世界通史·中古部分》第15页，人民出版社1972年第二版)。



此时，军事贵族也已形成，他们给养了许多亲兵，亲兵则为其效力，从事征战。军事首领的财富和权势在频繁的掠夺战争中日益增加。许多部落的军事首领成为固定的职位。塔西佗所称的“王”，实际上就是这种军事首领。

从1世纪末到3世纪，日耳曼人社会的生产力获得进一步发展，加速了阶级分化。各部落开始结成联盟，其中比较重要者有东哥特、西哥特、汪达尔、法兰克、盎格鲁、撒克逊、伦巴德等。从3世纪起，这些部落联盟以“同盟者”的资格进入罗马帝国境内，为帝国防卫边区。经过一个多世纪的逐步渗人之后，人口不断增长、土地日益感到不足的日耳曼部落，开始了民族大迁徙。他们带着家人、车马、牲畜等，一批又一批地越过帝国边境。迁徙是在武力入侵的形式下进行的，具有不可遏止之势。这种迁徙一直延续到6世纪后期才基本结束。

在民族大迁徙的过程中，日耳曼人逐步建立了一系列国家，如419年以土鲁斯为中心建立的西哥特王国，439年以北非为根据地建立的汪达尔王国，457年以里昂为中心的勃艮第王国，493年以意大利为中心建立的东哥特王国，568年以巴威亚为中心建立的伦巴第王国，5世纪末以高卢为中心建立的法兰克王国等。这些王国，后世称为“蛮族国家”。

在日耳曼民族贫富分化、阶级产生乃至成立国家的过程中，其法律也日益形成。当然，这种法律是非常简陋、粗糙、原始的，它是由原日耳曼人的部落习惯转化而成，所以德国学者将其称为“部族法”（Volksrecht，也译“民族法”、“人民法”）。<sup>①</sup>西方学者认为，在阶级社会形成初期还保留有民主气氛的情况下，

---

<sup>①</sup> Heinrich Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte, 11. ergänzte Auflage, München, 1969. 世良晃志郎译：《德意志法制史概说》第22页，创文社1971年版（本书以下所引 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》均为世良晃志郎译，创文社1971年版）。

部族法“是建立在作为法律创造者的全体自由人的共同意志，而不是单个人的权力之上的”。<sup>①</sup>

由于部族法不成文，口耳相传，所以我们对其详细内容已不得而知，但其某些原则，则通过一些中世纪的法律格言得以流传下来，如“紧紧捆住保证人”（Bürgen soll man würgen）、<sup>②</sup>“能用火把燃烧的物品是动产”（Was die fackel zehrt ist fahrnis）、<sup>③</sup>“手应保护（守护）手”（Hand wahre hand）<sup>④</sup>等等。下面，我们就根据一些零星的资料，对日耳曼部族法的内容作一些简要的分析。

在部族法时期，其宪政法律主要是关于民众大会的活动、王的职权等方面的习惯，即在早期日耳曼习惯上，民众大会是最高的权力机关。它有权决定部落中的一切重大事务，既包括立法的事项，也具有审判的职能。民众大会开会时，所有成年男子全副武装参加，由王主持。通常只有贵族提出议案，普通战士并不讨论，仅以喝彩和敲打武器表示赞成，以鄙夷不悦之声表示反对。开始时，王的权力并不大，王由民众大会选出，一般都出于同一

<sup>①</sup> Nigel G. Foster, *German Law and Legal System*, Blackstone Press Limited, 1993, p.7. (以下引该书均为1993年版)

<sup>②</sup> 在早期日耳曼法中，保证人不仅仅是单纯的补充（担保）债务人，而是与主债务人并列的负担债务的当事人，不拥有催告的抗辩权和检索的抗辩权。因此，债权人首先不是向主债务人请求偿债，而是要求保证人履行债务，可以将其捆绑起来索债。此格言生动地反映了该原则。参见 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》，第25页。

<sup>③</sup> 在早期日耳曼法上，动产是指移动时不会损害该物自身的经济利用价值的物品。因此，固定在土地上的建筑物都应当是不动产，但木造的房屋可以被火把燃烧，故不适用上述原则，而被归入动产范围。

<sup>④</sup> 在日耳曼法上，在甲基于自己的意思将动产交给乙（如寄托等），而乙却将其违法地卖给了丙的场合，甲不能直接请求丙返还该动产，这称为“手应保护手”原则。在此场合，由于是甲信任乙，将动产交给他，因此，乙的手应当保护（守护）甲的手（这大概是后世诚实信用原则的起源之一吧）。

显贵家族。

随着氏族贵族和军事贵族势力的增强，出现了“贵族议事会”。它开始侵吞原本属于民众大会的职权。战争、媾和、土地分配以及对外交涉等重大问题，都先由贵族议事会审议，然后再在民众大会上通过。

在部族法中，尚无现代刑法的观念，对违法行为大多以复仇来解决，其方式是多种多样的。如对现行犯，当被害人求救时，周围的邻居和路人等必须相呼应，并赶往案发现场。抓住犯人后，不问其行为轻重，均可以立即处死。对已经过了一个夜晚以上的犯罪侵害案件，则是有组织的复仇。此时，一般先予以和解，支付赎罪金（Compositio）；如果和解不成，则诉诸同态复仇。

除了复仇以外，对犯罪有时也处以宣告“丧失和平”（Friedlosigkeit，也称“处于法律保护之外”）的刑罚。这种情况一般是针对那些对部族国家的整体利益造成危害的场合，如夜间偷盗、放火、强奸、侵犯边境，尤其是宗教上的犯罪，如掠夺寺庙、掠夺尸体、加害咒术、秘密杀人等。犯人被宣布为“丧失和平”之后，他就被逐出部落，其人身和财产的安全也就没有了保障，任何氏族成员均可以将其杀死。<sup>①</sup>“丧失和平”的宣告一般是在民众大会上作出。

在早期日耳曼人的生活中，法院的职能是由民众大会承担的。作为法院的民众大会，有定期召开的，也有临时性的集会。前者的主持人一般是由司宰担任的首长，他作为“巡回法官”巡回审判各类案件。但作出判决的是出席民众大会的全体自由人。当然，氏族贵族在其中起着支配作用。法院的诉讼具有当事人主义、辩论主义和形式主义的特征。开始诉讼是原告的事，“无原

---

<sup>①</sup> 参见 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》第 59 页。

告就无法官” (Wo kein klager da kein richter) 是当时的诉讼原则。具体言之, 被告由原告传唤, 诉讼也由原告提起。被告对原告的起诉内容必须一句一句如实回答。在原被告辩论结束以后, 由民众大会作出判决。如果被告承认自己的行为违法, 则被命令支付赎罪金; 如果被告不肯服罪, 则必须提供无罪的证据, 即举证的责任在被告一方。而证据中最重要的是被告的誓言。宣誓除了被告之外, 一般都还有辅助其宣誓的人, 其人数根据案件的不同而多寡, 有 3 人、5 人、7 人的, 也有 12 人以上的。辅助宣誓的内容一般为: “被告的宣誓是纯真的, 没有作伪证”。换言之, 这是一种对被告的人格保证。<sup>①</sup>

与宣誓相并列还有神判, 主要是自然力审判, 其中尤以火审为多, 如“盟审探开水”、“(烧热) 锄刃步行”、手握灼热的铁块等等。此外, 水审也常被使用, 如将人投入水内, 如果无法浮上来者, 就被认为是罪。

此外, 在早期日耳曼法上, 决斗 (Duell) 也开始流行。开始, 决斗仅仅限于原被告之间, 后来也允许当事人雇佣雇佣兵来进行决斗, 但必须事先提出“决斗之诉” (Kampfklage) 的申请。日耳曼早期诉讼法上的决斗, 事实上是当时日耳曼人尚武和战争习俗的表现。<sup>②</sup>

## 二、法兰克王国时期

6 世纪初, 在上述各日耳曼王国建立的“蛮族国家”中, 法兰克王国日趋强大。它在其创立者克洛维 (Clovis, 约 465 年—511 年) 统治时期, 就已经显示出了咄咄逼人的扩张野心。克洛维死后, 其后裔继续扩张领土, 于 6 世纪早期征服图林根和勃艮

<sup>①</sup> 参见 Heinrich Mitteis 著:《德意志法制史概说》第 70 页。

<sup>②</sup> 同上, 第 72 页。

第，合并普罗温斯和加斯科尼，使巴伐利亚人和萨克森人处于从属地位。到6世纪中叶，法兰克王国已经成为西欧日耳曼人的最强大的国家。<sup>①</sup>

在克洛维创立的法兰克王国墨洛温王朝的基础上，752年，法兰克王国的宫相矮子丕平（Pepin le Bref，714年—768年）利用教会的支持，篡夺了法兰克王国，建立了加洛林王朝，并继续向外扩张。经过一系列的征服战争，法兰克王国的版图大为扩张。西南至厄布罗河，北达北海，东至易北河和多瑙河，南面包括意大利的一大部分，全境与西罗马帝国相差无几。<sup>②</sup>

到法兰克王国于843年分裂为西法兰克王国、东法兰克王国和中王国（意大利王国）为止，其存续时间共370余年，是日耳曼人所建立的国家中存续时间最长者。适应法兰克王国经济生产力的发展、政治体制的转换，以及社会生活的变化，法兰克王国的法律制度也在早期日耳曼人习惯法的基础上发生了巨大的变化。

### （一）法律渊源

法兰克王国的主要法律渊源仍然是习惯法。但与早期日耳曼部族法相比，成文法的比例有了很大的提高。成文法中比较重要者，是《撒利克法典》（Lex Salica）和《里普利安法典》（Lex Ripuaria）。而最为著名且流传下来抄本最多一直受到后世学者重视、研究的是《撒利克法典》。<sup>③</sup>

---

① 参见朱寰主编：《世界通史·中古部分》，人民出版社1972年第二版，第22页。

② 同上，第29页。

③ 较好的一部抄本现保存在瑞士的圣高卢教堂。历史学家和法学家通常把它作为“蛮族”法典的典型代表来研究。参见陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社1987年版，第81页。

《撒利克法典》的确切的编纂时期现在尚不能肯定，但大体上可以认为是在486年—495年之间，即法兰克王国的创立者克洛维统治时期。因为法典从侧面提到了王国的边界到达罗亚尔河，而法兰克人是在486年克洛维战胜罗马大将塞格鲁斯后才到达那里的；同时，法兰克人在496年改信基督教，但法典没有显现出基督教的影响，说明它编纂于496年以前。

在编纂方法上，《撒利克法典》也具有代表性，即它是从搜集、整理习惯法开始，经过当时懂得习惯法而又有文化的人士的汇集处理，与地方长老商讨，再由国王委派若干名既懂法兰克方言，又能书写拉丁文的罗马法学家或基督教僧侣进行编纂，并译成拉丁文的。

《撒利克法典》虽然是习惯法的汇编，但在外表上是以立法的形式出现，是经过民众大会通过后才公布的。法典在一些章节的开头都特别写上“相互同意遵守”的习惯用语。有的法制史著作因而肯定地认为，《撒利克法典》是由全体法兰克人和他们的领袖共同制定的。<sup>①</sup>

《撒利克法典》在结构上的特点是诸法合体，民刑不分，诉讼法与实体法不分；有序言和注释（边注，即四边加注）。法典正文是从传唤被告到法庭开始，这和罗马十二表法完全相同。

《撒利克法典》的内容主要是由习惯汇集而成，因此，都是一些具体的、个案性质的条款，如“关于偷猪”的规定，法典是这样写的：

“1. 如有人偷窃一只小猪而被破获，罚款一二〇银币，折合三金币。

……

---

<sup>①</sup> Nigel G. Foster, *German Law and Legal System*, Blackstone Press Limited, 1993, p.8.

4. 如有人偷窃一只满一岁的猪而被破获，罚款一二〇银币，折合三金币，另加所窃的猪的价值和赔偿损失。

.....

11. 如有人偷窃一只母猪或带领一猪豚的母猪应罚款七〇〇银币，另加所窃猪的价值和赔偿损失。”<sup>①</sup>

这里，既没有关于偷窃行为的抽象的定义，也没有关于偷猪的概括性规定，说明其立法水平尚处于早期社会阶段。

法典由于没有，也不可能把所有的习惯包括在内，因而经历了不断地修订和增补的过程。最后一次增补是在819年由查理大帝的儿子虔诚者路易（Louis le Pieux, 778年—840年）完成的。可以说，《撒利克法典》一直处于发展当中，没有一个固定的体系。

《撒利克法典》在编纂时曾受了在它之前颁布的西哥特王国的《尤列克法典》的影响，但由于它制定比较早，又影响了其他“蛮族法典”。如《里普利安法典》第32—64章就有许多内容，是从《撒利克法典》中借用来的。<sup>②</sup>

除了日耳曼习惯法和成文法典之外，由于法兰克王国实行属人主义，因此，当时西罗马帝国流传下来的罗马法也是其重要的法律渊源，尤其是在罗马人居住地区。同时，由于法兰克人于5世纪末转而信奉基督教，因此，基督教会法也是法兰克王国的重要法律渊源之一。此外，当时国王颁布的敕令，对全王国也有约束力。至加洛林王朝的查理大帝统治时期，这种敕令成为主要的法律渊源。

---

① 《外国法制史资料选编》（上册）北京大学出版社1982年版，第171—172页。

② 参见陈盛清主编：《外国法制史》北京大学出版社1987年版，第83页。

## （二）所有权制度

法兰克王国时期，没有关于所有权的一般原则，有关所有权的法律规范依所调整的对象不同而分成两大类，即不动产所有权制度和动产保护规则。

### 1. 不动产所有权制度

如前所述，在早期日耳曼法上，不动产所有权基本上属于公社所有，法兰克王国建立之初，仍然保留了这种制度，即不动产房屋和周围的宅基地，归家庭私有；公社集体所有的耕地，分配给各家庭使用，各家庭对耕地只有使用和收益权，管理和处分权则属于公社。这种使用和收益权虽然已经可以世袭，但还不能转让，如《撒利克法典》第59条规定：份地由男系子嗣继承，如无儿子，交由公社处置。至于森林、牧场和水流等公用地仍和过去一样，归公社集体所有，全体社员共同使用。至6世纪以后，上述土地所有权制度开始发生变化。至6世纪末，已允许在无子嗣的情况下，份地可由死者的女儿或兄弟姐妹继承，而不交由公社处理。这就意味着随着女子的婚姻土地有可能会转移到男系氏族公社之外的人手里。

在《撒利克法典》的增补条文里，在比《撒利克法典》晚几十年颁布的《里普利安法典》中，以及当时流传下来的其他一些文件中，进一步出现了“自主地”的概念。这种自主地，最初也是份地，但它已经可以被买卖、交换和赠与，其处分权也逐步从公社向社员个人转移。这表明了土地私有化的开始。

在上述土地从公有向私有的转变过程中，封建贵族的大土地所有制开始形成，其形成途径大体为：

第一，教俗贵族大土地占有制的形成。在法兰克王国对外扩张过程中，国王将掠夺所得的土地分封给自己的亲信和基督教会，从而使这些亲信和基督教人士成为大土地的领有者。起初，这种分封并不以服役为条件，完全归受封者私有，可以转让或传



给后代。后来宫相查理·马特 (Charles Martel, 约 688 年—741 年) 实行“采邑改革”, 贵族领受采邑 (beneficium, 意为“酬劳”、“恩赐”) 必须为国王尽一定义务, 主要是服兵役。同时, 对受封地只能终身占有, 不得世袭, 领主死后, 国王有权收回土地。领主的继承人只有经过新的授封仪式, 并继续履行义务, 才能继续占有采邑。同样, 大贵族将自己领有的一部分土地封给其亲信时, 也采取同样的方式。这样, 在国王与大贵族之间, 大贵族与小贵族之间, 便形成了以权利义务关系为纽带的封君与陪臣的关系, 形成了封建等级制度。

第二, 在经常的服兵役和繁重的苛捐杂税之下, 在贵族的挤压和自然灾害的侵袭之下, 原本领有份地的自由农民无法继续正常地生产、生活, 其生命财产也都没有保障, 不得不投靠邻近的教俗贵族, 在苛刻的条件下请求其“保护”。这种苛刻的条件就是自由农民将自己的土地交给“保护人” (教俗贵族), 然后再从其手里领取份地, 按时缴租纳贡和服劳役。这种做法, 当时叫“委身制”。委身制的实行, 一方面使自由农民变成了农奴, 另一方面, 则造就了教俗贵族的大土地所有制。

经过上述两个途径, 在法兰克王国就形成了大土地所有权制度, 这个过程, 一般也称为“西欧封建化”的过程。

开始, 大贵族还能遵守与国王达成的协议。随着封建自然经济的发展, 领主 (大贵族) 地位的巩固, 以及其经济政治实力的增强, 这些领主就越来越不遵守授封规则, 开始拒绝或拖延向国王履行其承担的义务, 并在其领地内独立行使统治权。国王政府为了维持自己的统治, 不得不向大封建主作出让步, 实行“特恩权” (immunitas)。所谓“特恩权”, 即国王颁发给领主一种“特许状”, 载明禁止地方官员进入持有特许状的领主领地行使税收和审判等方面的职权。这就在事实和法律上承认了领主对其领地拥有独立的统治权。

“特恩权”的实行，建立起了典型的封建土地所有权制度，从而标志着西欧封建化过程的基本完成。

## 2. 动产保护规则

法兰克王国的法律严格保护动产所有权，丧失所有物时，当事人可以根据情况的不同，寻求不同的法律保护。

第一，如果所有物的丧失，是基于自己的意愿，如动产所有人通过委托保管和使用借贷等契约关系，自动将所有物交给相对人，所有人根据契约，有权要求相对人返还所有物。若相对人将该所有物转交给了第三人，或为第三人所侵占，所有人只可以向相对人要求赔偿，而不能直接要求第三人返还该物。

第二，如果违反自己的意愿，失去了所有物，如所有人的动产被偷窃或抢劫时，不论该物已经转移到了何人之手，所有人都有权要求其返还。如果现占有人能证明该物是其从第三人处合法取得，就可以免除责任，所有人再转向该第三人请求返还；若第三人也是合法取得，所有人依次向前转让人追索，直到转让人不能证明合法取得时为止。此时，被告不仅应返还原物，而且还要缴纳罚金。这一制度，一般称为日耳曼法上的“动产追及权”。

## (三) 债法

由于法兰克王国处于自然经济时代，其债法是不发达的，具有如下四个特点：

第一，产生债的侵权行为和犯罪还没有明确的划分，当时统称为“违法行为”，既包括侵权行为，也包括现在称之为“犯罪”的行为，如公开杀人、身体伤害、抢夺妇女等。两者的区别主要在于对侵犯私人利益的违法行为（侵权行为）主要采用私人复仇方式，而对侵犯公共利益的违法行为（犯罪，如逃兵、叛逆等），则由公共权力机关进行惩罚。

第二，缔结契约时形式主义比较严重。当时，契约的种类和

数量很少，只有买卖、借贷和寄托等几种。因此，人们对缔结契约比较重视，强调应当履行各种形式，如必须讲一定的语言，作一定的动作，特别是转让土地时更是如此。

第三，法律对债务的清偿作了严格的规定。《撒利克法典》规定：债务人到期不履行债务，除偿还债款之外，还要罚款十五个金币。若借的是实物，到期不还，债权人可以延期三次，每次七天，每延期一次增加罚款三个金币。三次期满仍不返还，除共增罚款九个金币之外，还要另罚十五个金币。<sup>①</sup>

第四，由于法兰克王国尚处在早期封建社会，因此，在其法律制度中还保留了不少落后野蛮的成分，表现在债法方面，就是在实行财产抵押的同时，还保留了人身抵押（债务奴役）制度。在法兰克王国初期，债务人于订立契约时，往往将长矛、草茎和木棒一类东西交给债权人，以象征债务人的财产和人身均处于债权人的质权之下。若债务人不履行债务，债权人即可自行扣押债务人的财产，在一定期间内仍不履行，该财产即归债权人所有。债权人除自行扣押外，也可以请求法庭对债务人的财产进行扣押，扣押物交给债权人时，债权人即取得所有权，用以清偿债务。<sup>②</sup>至7世纪以后，开始出现借贷中的不动产质权，这就意味着当债务人的动产不足以清偿债务时，债权人可以扣押不动产。<sup>③</sup>

如果债务人没有财产或扣押的财产（动产、不动产）还不足以清偿债务，则可由法庭判决扣押债务人的人身，交给债权人为奴。但法兰克王国的债务奴隶不像古代奴隶制社会那么严厉，在加洛林王朝时期，若债务奴隶已经以自己的劳务清偿了债务，或

① 《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第181页。

② 陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社1987年版，第87页。

③ 由嵘著：《日耳曼法简介》法律出版社1987年版，第64页。

其亲属代为清偿时，即可恢复自由。

#### (四) 婚姻、家庭和继承法

在法兰克王国，婚姻的形式有买卖婚和抢夺婚两种。

在买卖婚姻中，通常由男方或男方家长同女方家长缔结买卖性婚约后，婚姻即告成立。婚约的履行，包括男方向女方家长或监护人支付身价，女方家长把新娘交给男方。在结婚仪式上，女方家长将一支长矛（权力的象征）交给新郎，表示新娘已从自己的权力之下解放出来，转入新郎家长权力之下，并使新娘跪坐在新郎之前，以表示服从。买卖婚姻在当时是一种主要的婚姻形式，新娘此时并不是当事人，而仅仅是婚约的标的物。

抢夺婚（掠夺婚）曾在法兰克王国的早期流行。男方及其亲属抢夺了女方之后，向其家长支付赔偿金，数额相当于其女被杀时所应支付的赎罪金。若对方接受，婚姻关系即可成立。抢夺婚的实质也是买卖婚。

按照法兰克王国的法律，在家庭中，妻子应当服从丈夫，丈夫对妻子拥有一系列的权力（夫权）。但是，与其他古代中世纪法相比，法兰克王国法律中的夫权尚有一定限制，如全部家庭财产虽然都由丈夫支配，但未得妻子的同意，丈夫不得处分属于她的不动产。

在亲子关系方面，实行家长制，子女处于家长权力的支配之下。男孩达到成年年龄时，要带他去参加民众大会，并发给一支长矛，以表示他已经成为一名战士，有权参加民众大会了，但他此时仍处在家长权的控制之下。与其他古代中世纪法相比，法兰克王国法律中的家长权要相对弱一些。这体现在，一方面，儿子成年并在经济上独立后，可以组织新家庭；另一方面，儿子的财产虽然由家长管理并收益，但未经儿子同意，不得处分属于他的不动产。

在继承方面，实行法定继承，一般没有遗嘱继承。同时，对

动产和不动产，实行不同的规则。从动产继承来看，首先由近亲属即子女、父母、兄弟、姊妹继承。在同一顺序继承人中，男性优于女性，一般情况下，女性得到的遗产为男性的一半。从不动产继承来看，初期各个家庭占有的份地在家长死后只能由儿子继承，无子交回公社。到6世纪下半期，随着土地由公有向私有过渡，国家允许在死者无儿子的情况下，份地可由女儿或兄弟姊妹继承。<sup>①</sup>

#### （五）犯罪与刑罚

如前所述，在法兰克王国的早期，犯罪和侵权行为没有区别，犯罪的种类也不多。6世纪以后，随着法兰克王国社会封建化的加深，国家权力的增长，由国家机关惩罚的犯罪的范围开始扩大，出现了许多新的犯罪种类，如侵犯国王、侵犯领主、侵犯教会等。

在法兰克王国的早期，刑罚比较落后，除了死刑之外，还有前一时期遗留下来的“宣布处于法律保护之外”和血亲复仇等。随着时间的发展，刑罚开始有所变化，出现了肉刑、降为奴隶、支付赎罪金等。其中，支付赎罪金日益成为一个从轻微的侵权行为一直到一些重大的伤害案件的重要的解决方式。<sup>②</sup>开始，赎罪金的数额由当事人双方互相协商，后来就慢慢成为惯例，并逐步演变成为依据当事人的社会等级支付不同的赎罪金。《撒利克法典》第39—41条——规定了赎罪金的数额问题。

由于赎罪金的数额一般都很高，个人无法承受，因此，往往要由氏族成员集体负担。若加害人的近亲属均无力交足赎罪金，在民众大会上经过四次会期仍无人来补足未付部分，则加害人应

① 由嵘著：《日耳曼法简介》法律出版社1987年版，第72页。

② 在前一个时期比较盛行的复仇，至《撒利克法典》颁布，已很少采用；至查理大帝时，就被明令废止。

处死刑（《撒利克法典》第 58 条）。

#### （六）诉讼制度

与早期日耳曼的诉讼制度相比，此时的制度有了一定程度的发展。一方面，受理诉讼的法院组织比前一时期要完善，在普通地方法院之外，还建立起了王室法院。另一方面，在巡回审判的基础上，开始形成了“纠问式诉讼”制度。

就普通地方法院而言，虽然仍沿用了早期民众大会的审判方式，分为郡法院（郡会议）和百户法院（百户会议），但在当时审判活动的主体百户法院中，选举产生了称为“拉欣布尔格”（Rachimburgi）的七名成员，由他们主持审判。由于这些人是从社会地位高、熟悉习惯法、经验丰富的氏族成员中选出，所以，由他们提出的判决经与会自由民通过后即生效力。

随着民众大会作用的下降，以及它日益被贵族所控制，出席法庭审判对一般自由民来说，不仅已经失去实际意义，而且成为一种负担。于是，至查理大帝时期进行了司法改革，取消了自由民出席审判会议的义务，“拉欣布尔格”逐渐发展成为出自大封建主的终身任职的法官。这是法兰克王国司法制度完善的一个表现。

就王室法院而言，它是由国王或宫相主持，国王可以根据当事人的申请，将案件从普通地方法院移至王室法院。随着司法事务的增加，国王又派遣巡按使至各地监督地方行政，主持审判，从而在地方形成了巡回法院，它是王室法院的特别法庭，其形成加强了王室法院的势力和管辖权。

在诉讼程序上，起初与早期日耳曼习惯法相同，诉讼实行自诉原则。以后，随着审判事务的增多，诉讼中的形式主义得到缓解，法律允许由法院根据原告的请求传唤被告，并在此基础上进一步发展成了“纠问式诉讼程序”。该程序规定，在审理涉及王室利益的案件时，不采用宣誓证据，而由审判官主动询问当事人和证人，以查清事实，为判决提供证据。“纠问式诉讼”与强大

的王权相联系，随着查理曼帝国的瓦解，该程序在世俗法院就不再被运用。但过后不久，该程序被教会法院重新启用，成为其镇压异端的重要工具。

在证据形式上，该时期宣誓、神明裁判以及决斗仍然流行，但在“纠问式诉讼”中，开始出现了刑讯拷打、逼问被告和证人以获得证据的方式。

### 三、德意志王国时期

843年，法兰克王国查理大帝（Charlemagne，742年—814年）的三个孙子经过长期内战后，签订了《凡尔登条约》（Konkordat Verdun），秃头查理（Charles le Chauve，823年—877年）分得莱茵河西岸的领土，称西法兰克王国；路易（日耳曼人，Ludwig der Deutsche，约804年—876年）分得莱茵河东岸的领土，称东法兰克王国；罗退尔一世（Lothaire I，约795年—855年）分得中部及南部领土，称中王国。870年，秃头查理和路易（日耳曼人）又签订了《墨尔森条约》（Konkordat Mersen），由东、西法兰克王国瓜分两国中间部分（即洛林王国〈Lotharingia〉，原中王国的一部分）。这两次条约，对后来欧洲的发展关系重大，它们基本上确定了现在法国、德国和意大利的疆界，即西法兰克王国后来演变成为法国；东法兰克王国后来成为德国；而中王国就是现在的意大利。

东法兰克王国主要由萨克森、士瓦本、巴伐利亚和法兰克尼四个实际上独立的公国组成，其全部面积大致包括今天的荷兰、德国中西部、瑞士和奥地利等地区。919年，萨克森公爵亨利一世（Heinrich I，约876年—936年）被选为国王，创立了德意志王国（German Reich），从而开始了德国的历史。962年，德意志国王鄂图一世（Otto I，912年—973年）率军进入罗马，教皇为其加冕，称“罗马皇帝”，从而开创了“正式的罗马帝国”

(Official Roman Empire)。13世纪，“罗马帝国”又被加上“神圣”(Holy)二字。至15世纪以后，则被正式冠名为“德意志民族神圣罗马帝国”(Holy Roman Empire of the German Nation，后世一般称为“第一帝国”)。<sup>①</sup>从1438年起，帝国的皇位落到哈布斯堡家族手中，该家族的首领既是帝国的皇帝，又是奥地利的国王，这种局面一直维持到1806年“德意志民族神圣罗马帝国”被拿破仑摧毁为止。在这一个历史时期内，德国虽然表面上维持了帝国的称号，但实际上从12世纪起，就已经陷入了四分五裂的封建割据的状态。

与德国封建社会在政治上四分五裂的状况相适应，德国封建时期的法律制度也非常分散，且发展极为缓慢。

### (一) 法律渊源

#### 1. 习惯法及其汇编

在德意志王国，习惯法仍然是一种重要的法律渊源，虽然，由于罗马法的复兴，以及懂得罗马法的法官的增多，在13世纪以后，许多地方法院已经不再适用习惯法（教会法院本身就不适用习惯法），但由于德国政治上分裂的现状，以及习惯法的强大的传统力量，其在法律体系中仍占有不可替代的地位。

从13世纪开始，出现一些习惯法的汇编，如《萨克森法典》、《德意志法典》(Deutschenspiegel)和《士瓦本法典》(Schwabenspiegel)等，其中以前者最为有名。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> N.G.Foster, German Law and Legal System, p.10.

<sup>②</sup> 《士瓦本法典》系于1275年前后由一姓名不详的教士所编，以德国南部的地方习惯法、查理大帝的敕令、罗马法和教会法的某些规范为主体内容。该法典原来的名字叫《帝国国法与封建法合编》(Kaiserliches Land-und Lehnrechtsbuch)，因为其特别注重士瓦本地区的习惯法，故后世称其为《士瓦本法典》。该法典适用地区很广泛，还被译成捷克语和法语，慕尼黑等城市的法律也以其为基础。参见 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》第417页。



《萨克森法典》(Sachsenspiegel, 又译《萨克森明镜》), 约于1230年, 由萨克森的骑士兼法官艾克·冯·李普高(Eike von Repgow)编著。<sup>①</sup> 其内容主要包括萨克森东部地区的习惯法和其他各州吸收了若干教会法内容以后的部分习惯法。该法典的内容显示, 编写者试图以当时的地方习惯法来抗拒罗马法, 尽管编写者本人对罗马法似乎很熟悉。<sup>②</sup> 《萨克森法典》的原文为拉丁文, 后在何耶伯爵的请求下, 艾克以拉丁文草稿(该草稿已经亡佚)为基础, 将法典译成德文。德文版的《萨克森法典》不仅成为德国最早用德语书写的法典, 而且成为仅晚于《慕豪塞尔帝国法律书》(Mühlhäuser Reichsrechtsbuch)的最早的一批德语散文作品, 对后来德国法学和文学的发展都产生了很大的影响。<sup>③</sup>

从结构上看, 法典除一篇韵文序和三篇散文序之外, 正文主要包括两个部分, 第一部分是郡法院中执行的普通地方法; 第二部分是调整封建主之间关系的采邑法。前者后来被分成三卷, 还出版了绘解手书本。法典主要适用于德国北部, 后来又扩展至中德、德国东北部、荷兰及波兰地区, 并且成为法学家注释以及编纂法典时模仿的对象。<sup>④</sup>

---

① 艾克出生于一个自由贵族家庭, 大约生活于1180年—1233年之间, 曾是魁德林堡(Quedlinburg)修道院的主持何耶伯爵(Hoyer von Falkenstein)的封臣。在《萨克森法典》之中, 艾克不仅直接记录下东萨克森地区的习惯法, 而且还发表了他对国家体制和法律本质的看法。从他主张废除不自由的身份这一点来看, 他还受到了古代希腊的自然法思想的影响。除《萨克森法典》之外, 艾克还创作了《萨克森的世界史书》(Sächsische Weltchronik)一书, 它是德国最早用德语写作的历史书, 对《萨克森法典》的内容与背景作了详细的说明。参见 Heinrich Mitteis 著:《德意志法制史概说》第416页。

② N.G.Foster, German Law and Legal System, p.12.

③ 参见 Heinrich Mitteis 著:《德意志法制史概说》第414页。

④ 如14世纪时, 有一位宫廷法官布哈(J.von Buch)对《萨克森法典》进行了注释。同时, 14世纪德国面世的许多法律书, 也都是以《萨克森法典》为基础的。参见 Heinrich Mitteis 著:《德意志法制史概说》第417页。

## 2. 帝国法令

13世纪斯陶芬王朝以后,德国开始出现经帝国议会中封建主同意而公布的制定法。这些制定法涉及面比较宽,如在君臣关系方面,有1122年的“沃尔姆斯宗教协定”,1356年的《黄金诏书》等,其主体内容都是肯定德国大封建主统治的有关政治制度。在维护社会治安、管理国家经济方面,有《警察令》(Polizeiordnungen, 1530年,1548年,1577年)、《铸币令》(Munzordnung, 1559年)、《手工业令》(Handwerksordnung, 1731年)等法令。<sup>①</sup>

除了制定法之外,当时还有一种皇帝与各地大封建主之间订立的公约,因为其内容主要是抑制封建主之间的私斗复仇、刑事犯罪的处罚、刑事诉讼程序以及维持社会的治安秩序等,因此,一般称为“地方治安法”。它有一定的有效年限,皇帝与有关贵族或封建主均必须宣誓遵守。这种法令,最早者见于1103年,最晚者为1459年沃尔姆斯宗教大会通过的《永久地方治安法》。

## 3. 罗马法

在西欧各国中,德国采用罗马法的时间虽然比较晚(意大利和法国等比较早),但采用的范围比较广泛,也比较彻底。一方面,在德国皇帝与教皇及大封建主作斗争中,他需要借罗马帝国的法律来论证其专制政权的合理性;另一方面,从教皇和大封建主方面来看,他们也需要援用罗马法来为其剥削农民作辩护;此外,随着商品经济的发展,德国固有的自然经济形态之下的、封闭的、落后的习惯法也已不能适应当时社会的需要,而罗马法,经过在意大利和法国等欧洲国家的复兴,其完备缜密的法律体系、适合商品经济发展的法律规范以及高超的立法技术等,已经折服各国统治阶级,被人们视为各国的“普通法”(ius commune)、“写下来的理性”(ratio scripta);最后,当时的德国统治阶级,竭

<sup>①</sup> 参见 Heinrich Mitteis 著:《德意志法制史概说》第473页。

力宣扬其德意志民族神圣罗马帝国是古罗马帝国的当然延续,<sup>①</sup>从而在观念上,为罗马法在德国的全面复兴提供了“合法”的理论根据。

德国复兴罗马法,首先是从各大学起步的。1348年,德国创立了第一所大学布拉格(Prag)大学,<sup>②</sup>至15世纪中叶,德国所建大学已达十所以上,其中不乏著名者,如海德堡大学、维也纳大学和莱比锡大学等。至15世纪末叶,罗马法已被列为各大学的必修课程。从此,罗马法学家辈出,他们不仅从事司法活动,决断疑难案件,而且跻身于政治舞台。此外,他们还致力于对罗马法经典作品(主要是《学说汇纂》)的注释和改编工作,经过他们撰写的各种《罗马法改编》,在当时具有相当的权威性,成为各法院处理案件时适用的根据。

在德国复兴罗马法的运动中,教会法院也起了重要作用。一方面,当时的教会法院,管辖的范围十分广泛,影响非常大;<sup>③</sup>另一方面,由于教会法院的法官素质相对比较高,当事人选择它作为审判法院的情况也比较多。而当时教会法院中适用的程序法,都是罗马法(此点本章第三节还要详细论述)。

就地方法院而言,虽然开始适用的都是地方习惯法,然而,随着懂得罗马法的教师和毕业生不断进入地方法院,罗马法对各地影响也日渐扩大。<sup>④</sup>

至19世纪,随着复兴罗马法运动的深入,在德国形成了“潘德克顿法学”(Pandektenwissenschaft)。罗马法终于全部溶入到了德国法之中,成为德国法律渊源中的主体部分(详见后述)。

#### 4. 城市法

① N.G.Foster, German Law and Legal System, p.14.

② 布拉格当时属德国管辖,现为捷克共和国的首都。

③ N.G.Foster, German Law and Legal System, p.13.

④ Ibid, p.16.

城市法 (Weichbild, vic - belde) 起源于意大利, 后传播至法国、德国等地。就德国而言, 各地的城市法与欧洲其他国家的情况大体相同, 都是在国王或各地领主恩准取得自治权的文件基础上, 参照习惯法和法院的判决编制而成。其法律渊源具体有制定法 (satzungen)、城市法律书 (stadtrechtsbucher)、城市帐簿 (stadtbucher) 以及判决记录 (schoffenspruch) 等。

在德国, 城市法大约起源于 13 世纪初。1235 年, 当时美因茨(Mainz)邦国的法令开始禁止在城市内部人们拥有“被保护民”(muntmannen)。某些邦国的君主, 为了吸引其他邦国有手艺的人才, 开始对属地中城市颁发“建设特许状”(grundungsprivilegien), 保障其市民拥有各种特权, 如自由继承权、租地权、申请免除决斗权等。从 13 世纪开始, 在德国各城市还出现了以市长 (magistri civium) 为议长的市参事会, 开始从事有关警察、军事、财政税收等管理城市方面的立法。<sup>①</sup>

有文字记载的德国城市法, 始于萨克森, 最早的是《萨克森城市管辖法》。它是一部判决汇编, 编末附有讨论城市法院管辖权和诉讼程序的论文集。原稿所注年代为 13 世纪末, 其规定大部分为各城市法院所援用。后人迭经注释, 并添入了罗马法的若干原则。

除此之外, 德国其他较为著名的城市法还有:《科伦法》, 为德国南部三十个城市所采用;《卢卑克法》, 为北欧的汉萨同盟诸城市所采用;《汉堡法》, 适用于里沃尼亚和爱沙尼亚;《马德堡法》, 则传播于德国北部, 后又扩张至南德意志、荷兰和波兰等地。<sup>②</sup>

## 5. 地方法和法典

<sup>①</sup> 参见 Heinrich Mitteis 著:《德意志法制史概说》第 393, 397 页。

<sup>②</sup> 陈盛清主编:《外国法制史》, 北京大学出版社 1987 年版, 第 108 页。

如前所述，12世纪以后，德国事实上已经分裂为众多的邦国。地方法，实际上就是各邦国国内实行的法律规范，其内容大多涉及行政管理方面的法规和刑事法律规范。中世纪后期，随着中央集权君主专制制度的建立，分散的地方法虽然仍然普遍存在，但封建贵族为加强统治，开始着力于使德国的法律趋于统一。这种努力的结果，就是在德国编纂了一系列成文法典，如科隆(Köln)邦的《公证人法》(Notariatsordnung, 1512年)、《符腾堡新邦法》(Württembergisches Neues Landrecht, 1555年)、《库尔·萨克森法典》(Kursächsische Konstitutionen, 1572年)、《巴伐利亚刑法典》(Codex juris Bavarici Criminalis, 1751年)以及《加洛林纳刑法典》、《巴伐利亚民法典》和《普鲁士邦法》等。其中，后三者最为重要。

《加洛林纳刑法典》(Constitutio Criminalis Carolina, CCC)，正式名称为“查理五世的刑事审判令”(die Peinliche Gerichtsordnung Karls V)，由神圣罗马帝国于1532年制定公布，共219条，分为两个部分：第一部分有143条，是关于刑事诉讼的规定，采用纠问主义诉讼原则；第二部分为76条，列举了犯罪及其对犯罪的各项惩罚。这部法典的特点：一是它编排缺乏周密的系统，在列举犯罪行为时也没有次序可循；二是采用了许多罗马帝国后期的刑罚规定，处罚异常残酷；三是它虽然由神圣罗马帝国制定公布，但受当时各诸侯势力的制约，并无强制力，只是作为范本被推行到各个诸侯国。尽管如此，由于波美拉尼亚(Pomerania，现在波兰境内)等一些邦国自觉采用了该法典，因此，其在德国法律史上仍具有重要的地位。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> (德) Hans Schlosser 著，大木雅夫译：《近世私法史要论》第67页，有信堂1993年版(本书下引 Hans Schlosser 著：《近世私法史要论》均为大木雅夫译，有信堂1993年版)。

《巴伐利亚民法典》(Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis), 由巴伐利亚邦国于 1756 年制定颁布, 起草人系当时著名法学家、巴伐利亚枢密院顾问克莱特迈尔 (J.W.F von Kreittmayr, 1705 年—1790 年)。它以罗马查士丁尼《法学阶梯》为蓝本, 分人法、物法、继承法和债务法四篇, 在以罗马私法为基础的同时, 吸收了当时的封建私法以及其他公法规范, 试图将当时各种通用的习惯法糅合为一个普遍的私法体系。该民法典生效后, 在莱茵河右岸巴伐利亚地区一直适用至 1900 年《德国民法典》正式生效为止。<sup>①</sup>

《普鲁士邦法》(Allgemeines Landrecht, ALR) 1791 年获得通过, 经过几次修改后, 于 1794 年 6 月 1 日起在普鲁士境内生效。法典有序论和两篇正文, 共 19 000 余条。序论阐述了法的一般原则。第一篇和第二篇的前半部分主要是私法的内容, 涉及人法、物法、法律行为等, 即意思表示、契约、侵权行为、占有、所有权取得的方法、债权关系、继承关系和代理, 以及商法、团体法等内容。第二篇的后半部分主要是宪法、行政法和刑法。该法典虽然用语比较通俗, 一般的民众也能理解, 但条文繁多, 内容十分庞杂。尤其是它没有能够充分吸收启蒙主义的思想成果, 仍然致力于维护专制君主制的国家形态以及封建的身份等级秩序, 因而有些规定远远落后于时代的发展, 显得十分滑稽可笑, 比如, 其第二篇第 67 条和第 68 条中甚至有这样的条文: “健全的母亲, 负有亲自为自己的儿子喂奶的义务。但是, 母亲在什么时间将乳头塞入儿子的嘴里, 则由父亲决定。”<sup>②</sup> 德国学术界一般认为, 《普鲁士邦法》是“妥协的法典”, 即它一方面规定了一些适合资产阶级商品经济发展的内容, 如契约、所有权、

<sup>①</sup> 参见 Hans Schlosser 著:《近世私法史要论》, 第 95 页。

<sup>②</sup> 同上, 第 101 页。

代理等，另一方面又保留了许多封建的法权关系，如农奴制和封建贵族的特权等。该法典一直适用至1900年《德国民法典》生效为止，其有些内容，如关于行政权、刑法等的规定，为20世纪以后德国的立法所吸收。<sup>①</sup>

## （二）德意志王国法律的基本内容

与法兰克王国时期相比，德意志王国时期虽然邦国林立，法律分散，但由于其成文法有了比较大的发展，因此，在当时初步形成了一个封建性的法律体系，其中首先必须提及的是它的宪政法律。

### 1. 宪政法律

在国家分裂的局面之下，国王、教皇以及各大封建主之间经常进行斗争，而每次斗争的结果，往往会制定一项“诏书”、“条例”和“和约”之类的宪政法律文件，以划分各自的势力范围。

#### （1）鄂图特权

鄂图一世继承王位之后，为了加强王权，打破各封建主与其平起平坐的局面，利用教会势力与各封建主进行斗争，在此过程中，他授与教会以种种特权，即“鄂图特权”（Otto Privilegien）。其主要内容为：教会封建主在其领地上享有独立的行政和司法权；教会领地与国王之间建立直接的附庸关系；教会领地必须向国王缴纳粮食，而国王则从教士中挑选官吏。鄂图一世授与教会封建主特权的本意，是要拉拢其牵制世俗封建主，以加强王权。但“鄂图特权”实施的结果却使封建贵族的力量更为强大，从而强化了德国的封建割据。

#### （2）《黄金诏书》

如前所述，从13世纪以后，德国皇权旁落，其实际管理权操纵在“七大选侯”之中。1355年，查理四世（Charles IV，

<sup>①</sup>（德）Hans Schlosser 著：《近世私法史要论》，第102页。

1316年—1378年)执政以后,为了拉拢各选侯,于1356年颁布了一项诏书,即《黄金诏书》(Goldene Bulle)。其主要内容为:确认皇帝由七个选侯选举产生;各选侯在其领地上享有司法、铸币、采矿、征税等特权;每年召开一次选侯代表大会,讨论国家大事;选侯代表有权参加帝国法院;禁止附庸发动反领主的战争;禁止城市联盟反对选侯等。《黄金诏书》的颁布,进一步加强了大封建领主的立法权、行政权和司法权。

### (3) 《威斯特伐里亚和约》

1618年—1648年,欧洲爆发了“三十年战争”,主要战场在德国,其结果是以神圣罗马帝国皇帝、德意志天主教诸侯和西班牙的失败而告终,并于1648年10月24日在明斯特(Münster)城签订了《威斯特伐里亚和约》。和约规定:德意志境内新旧教地位平等;保证各邦永久存在,并在其领地内享有自主权;应遵守《黄金诏书》;应保证各阶层参加国家管理,并在决定重要问题(如宣战等)时征求各阶层的意见。此外,还对警察、商业、关税、法院以及割地给法国、瑞士等事项作了规定。《威斯特伐里亚和约》的签订,进一步削弱了德意志皇帝的权力,加强了各封建主的力量。

## 2. 民事法律

在封建德国,土地所有制仍然是民法的基础,土地所有权分属封建主及其附庸。各级封建主和附庸有权将自己的或受封的土地层层分封。土地的分封和转让必须履行严格的手续,举行象征性的仪式,如用嘴和手授与小棒,同时必须握手以及作相当的声明。

前一时期占有重要地位的公社土地所有制(马尔克),在德意志王国早期仍然存在。每个农村公社的社员,都按古代习惯以抽签方式,领到房屋和庭园以及数额平均的可耕地,并享有获得森林、牧场和大块草地的权利。



14世纪以后，随着大封建主不断掠夺公社土地，使公社社员日益破产，马尔克也受到破坏，越来越多的自由农民成为农奴，进一步被束缚在土地上。与此同时，封建主为了防止土地的分散，也开始形成了土地的长子继承制。

在契约法方面，严格保护善意之当事人的合法利益。如在商品买卖契约中，买主如因误认卖者为物主而购买物品时，只要买卖手续正当，对买主的权利均予以保护。这与早期日耳曼法已有重大原则区别。因为在早期日耳曼法上，买主若误认卖者为物主而购买物品时，假如该物品是此卖者从物主那里窃盗而来，则法律允许物主向买主追索，而买主的损失只能由其自己去向卖主要回。这种改变，表明了德意志王国的商品经济已经有了重大发展，人们要求法律对经济秩序有所保障。

在婚姻家庭法方面，在采用罗马法以前，德意志王国并没有遗嘱的惯例，家族财产共有制在继承权中存在着很长时期。此时，死者也“分享”家族财产一部分，除用于丧葬之外，剩下的即交与寺院，作为对死者“超度亡魂”之用。在德意志王国，妇女的地位相对比较高，一方面，妇女虽然不能继承遗产，但可住在娘家并可取得嫁妆；另一方面，在城市中的妇女，则享有与男子同等的财产继承权。

德国采用罗马法以后，开始盛行遗嘱继承。但在当时的德国，受托执行遗嘱者不是继承人，而是特殊的遗嘱执行人。在遗嘱继承的盛行过程中，教会起了巨大的作用，在教会教义的影响下，许多人都自愿地要求将自己的财产献给教会，希望教会为死者“拯救灵魂”。由此，教会也敛聚了众多的财产。

16世纪以后，随着德国境内各种法律渊源的交汇融合，在德国私法领域逐步形成了“普通法”（*Gemeines recht*）。这种普通法的基础是罗马法，主要是查士丁尼《国法大全》，核心则是《学说汇纂》。后世学者一般认为，与法国受查士丁尼《法学阶

梯》的影响不同，德国接受的主要是《学说汇纂》。除了罗马法以外，普通法中还有一些是帝国法令，如16世纪德意志帝国关于监护及调整手工业的章程，1512年关于遗嘱公证的章程等。此外，在普通法中，还包括了一些教会法和地方习惯法的规范。

由于普通法是在罗马法复兴过程中，由法学家在注释、普及《学说汇纂》的基础上，吸收帝国法令、教会法和地方习惯法，加以糅合而成，因此，普通法的形成过程也称为“《学说汇纂》在现代的运用”（*usu modernus pandectarum*）。普通法虽然不是帝国制定的成文法典，也不是帝国要求各邦国执行的法律，相对于通行全国的日耳曼法而言，它仅仅是一种“辅助性的法律”，<sup>①</sup>但由于是在复兴罗马法的过程中形成，并且融合其他各种法律渊源，因此，它对德国各邦国的影响还是比较大的，尤其是那些尚无成文邦法的地区，其影响更大，传播也十分广泛。

此外，在德意志王国民法发展中还应注意的是前面提到的各邦制定的一些民法典，如1756年《巴伐利亚民法典》、1794年《普鲁士邦法》和1811年《奥地利民法典》等。这些法典，虽然其性质基本上是封建的，但由于受资产阶级启蒙主义思想以及1804年《法国民法典》的影响，所以也都包含有一些资本主义的民法原则和民法精神，如所有权的保护和契约的自由等。

### 3. 刑事法律

德意志王国时期的刑事法律，主要体现在前述《萨克森法典》和《加洛林纳刑法典》之中。

《萨克森法典》规定的刑法内容，主要反映了德意志王国前期的社会状况。按照《萨克森法典》的规定，其犯罪主要有“反抗陛下罪”、“咆哮公堂罪”以及侵害财产、侵害人身、藏匿罪犯等。对此，分别处于活埋、绞刑、杀头、火刑、车裂、剥夺名誉

<sup>①</sup> 山田晟著：《德意志法律用语辞典》大学书林1985年版，第155页。

和权利等刑罚。与古代罗马一样,《萨克森法典》对夜间窃盗者,也规定可以当场捕杀。

《加洛林纳刑法典》颁布于闵采尔农民起义被残酷镇压之后,因此,该法的特点首先在于采用重刑、酷刑,如对夜间窃盗犯,男性采用绞刑、女性适用溺刑;对渎神及侮辱宗教者处以死刑,情节较轻者也要处以割掉舌头的刑罚;对“变节者”,男子处以肢解刑、女子处以溺刑。在死刑的处罚方式上,也特别繁复、残忍,除了绞刑、溺刑之外,还有砍四块、火刑、活埋、用钳子攫肉等。其他刑罚的残酷程度,也不亚于死刑。比如,该法典规定的肉刑就有割鼻、割耳、挖眼、斩手和砍手指等。即使是女子及未成年人所犯的轻微罪过,也要受“发肤刑”(strafen ‘zu haut und haar’),内容包括笞打、剃发和烙印等。<sup>①</sup>

其次,由于《加洛林纳刑法典》颁布于16世纪,适值罗马法复兴运动在德国形成高潮之际,因此,法典一方面吸收了不少先进的刑法理论、刑法思想,另一方面也体现了一种对罗马法和法学家的尊重的精神。如法典初次对未遂、同谋行为、共犯和正当防卫作了规定。当时的法学家对同谋行为还作了详细的分类:一是犯罪前的同谋行为,例如提供犯罪器械等;二是犯罪中的同谋行为,被视为共犯,应受同等惩罚;三是犯罪后的同谋行为,例如隐匿犯罪者、窝赃、销赃等。<sup>②</sup>又如,法典首次抛弃了中世纪刑法的结果责任,将故意作为正规刑罚的前提条件,在过失、未遂的场合,适用轻的刑罚;在无法充分证明犯罪人的场合,则适用“嫌疑罚”(verdachtsstrafe)。<sup>③</sup>再如,法典规定刑罚的采用不仅以法律为根据,而且还可以由法官征求法学家的意见来确

① 参见 Heinrich Mitteis 著:《德意志法制史概说》第424页。

② 参见陈盛清主编:《外国法制史》第112页。

③ 参见 Heinrich Mitteis 著:《德意志法制史概说》第499页。

定，以示定罪量刑的“公平”。

《加洛林纳刑法典》的上述特点，对德国后来的刑事立法影响很大，尤其是它创设的一些制度、原则和概念，为1871年《德意志帝国刑法典》所吸收和沿用。

启蒙运动的兴起，使德国刑法发生了根本的转变。1721年，东普鲁士地区开始与“魔女迷信”（详见后述“魔女审判”）作斗争；1740年，普鲁士废止了刑讯拷问；1787年，奥地利刑法采用了“无法律即无刑罚”的原则，规定禁止变更法定之刑罚，并排除了类推犯罪和裁量科刑的做法。<sup>①</sup>

#### 4. 诉讼制度

德意志王国初期，境内没有统一的法院。在名义上皇帝享有最高的司法审判权，但实际上，由于封建割据、诸侯称雄，大封建领主在其领地内也都享有独立的审判权。1495年，德国成立了帝国法院（Reichskammergericht），<sup>②</sup>它在处理案件时，以罗马法为主，以教会法等其他法律渊源为辅，逐步形成了一套普遍适用的程序，这一程序构成了上述“普通法”的重要组成部分。换言之，帝国法院在普通法的形成和发展中起了重要作用。

除了帝国法院和封建领主法院以外，教会法院和地方法院也发挥着重要作用。教会法院的法官，主要是大学法律系毕业的学生，而当时的大学所讲授的主要是罗马法，因此，在教会法院适用的程序，也主要是罗马的程序法。地方法院的法官，开始大多是法律素养不高的贵族，适用的也主要是地方习惯法，但是，随着罗马法的复兴，地方法院开始聘请罗马法专家，吸收大学法律系毕业的学生，从而也开始采用以罗马法为基础的普通法，尤其

<sup>①</sup> 参见 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》第504页。

<sup>②</sup> 按照设立帝国法院时的敕令的规定，它“必须依据普通法进行审判”。参见 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》第447页。

是在那些没有编纂成文法典的邦国，情况更是如此。

早期德意志王国的诉讼制度的特点，一是私刑现象比较普遍。这种私刑，实际上是前一时期复仇的遗风。进入王国时期，教会和皇帝开始使用各种手段包括和解来限制“私刑”。1235年，德皇腓特烈二世（Friedrich II，1194年—1250年）颁布法令，规定只有在当事人不满意法院判决时进行的私刑才算合法。该法令还对私刑使用的方式作了规定，如禁止在寺院内和国王的大道上使用私刑、禁止对妇女和犹太人使用私刑等。二是各法院起初一般适用公开的和控告式的诉讼形式，13世纪以后，在罗马法和教会法的影响下，开始采用宗教裁判式（纠问式）的诉讼。<sup>①</sup>

《加洛林纳刑法典》颁布以后，德意志王国开始受该法典规定的诉讼程序的影响，<sup>②</sup>即将诉讼分为正式侦查和公判审理两个阶段。在正式侦查中，先作一般侦查，以确定犯罪的事实和“嫌疑犯”；再作特别侦查，以拷打讯问被怀疑者和证人的方法来揭露被怀疑者。在公判审理中，主要审查正式侦查的记录，审问被告。辩护只有在重大案件中才允许进行。最后的判决方式有三种：有罪判决、无罪判决和怀疑的判决。

《加洛林纳刑法典》确定的诉讼程序的特点主要为：实行有罪推定原则，被告要证明自己无罪，必须自己提出无罪的证据；案件不公开审理，多以书面形式进行；证据采用形式主义理论；允许刑讯逼供，如法典规定：对于嫌疑犯虽无足够的证据可资控告，但由间接的证据（如不好的名声、衣服及外貌特征可疑等）

<sup>①</sup> 参见 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》第 426 页。

<sup>②</sup> 在该法典影响之下，相继出现了 1616 年的《巴伐利亚刑事诉讼法令》、1707 年的《奥地利刑事裁判令》，以及 1751 年的《巴伐利亚刑法典》。由于这些法典基本上涵盖了《加洛林纳刑法典》的全部诉讼程序，故至 18 世纪中叶，《加洛林纳刑法典》的诉讼部分内容事实上已被废止。参见同上，第 498 页。

可推知其有犯罪的可能，便可严刑拷打，逼取口供，作为有力的直接证据使用。<sup>①</sup>

在德国中世纪的诉讼中，盛行于16世纪以后的“魔女审判”（Hexenprozeß）大概是德国刑事诉讼中最为黑暗的一页了。所谓“魔女审判”，是指基于恶魔会化作美女来危害人类之迷信，专门猎取“魔女”（实际上是持宗教异端思想，或玩弄巫术咒语之女性），然后加以拷问、审讯的一种审判活动。如果受到有罪的判决，魔女将被绑在木柴堆上烧死。18世纪以后，受启蒙思想的影响，魔女审判开始受到人们的广泛批判，并日趋减少。一般认为，1782年在瑞士的格拉鲁斯（Glarus）进行的魔女审判，是德语圈内（德国、瑞士等国家和地区）最后的一次魔女审判。<sup>②</sup>

16世纪末，民事诉讼也开始从刑事诉讼中分离出来。比如，此时出现了单纯民事意义上的请求侵权者返还强占物的诉讼。同时，要求债务人归还债务的诉讼也开始兴起。在这种民事诉讼中，由于受宗教的影响，形式主义比较严重，证据形式主要是宣誓。此外，也出现了当事人聘用辩护人（vorsprecher）的现象，尤其是在当事人是妇女、圣职人员、未成年人的场合，辩护人出场的情况更为普遍。在民事诉讼中，可以作出缺席判决。如果债务人无法清偿债务，则可以实施冻结、扣押债务人的各种财产的决定，甚至还出现了宣告债务人破产的制度。<sup>③</sup>

#### 四、走向统一时期

1789年，法国爆发了资产阶级大革命。18世纪末，拿破仑取得了法国的领导权。在拿破仑的军事扩张之下，德意志帝国进

① 参见陈盛清主编：《外国法制史》第115页。

② 参见山田晟著：《德意志法律用语辞典》第190页。

③ 参见 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》第427—429页。

一步分崩离析。1806年8月6日，拿破仑迫使弗兰西斯二世放弃了神圣罗马帝国皇帝的称号，成为奥地利的弗兰西斯一世，“德意志民族神圣罗马帝国”寿终正寝。在此之前，1806年7月12日，在拿破仑的主持下，建立了“莱茵邦联”（Rheinbund），其成员有巴伐利亚、符腾堡、巴登黑森—达姆斯达特等公国，以及12个较小的邦国。后来，由于萨克森等邦国的加入，其成员达到20个。

从神圣罗马帝国解体，至1871年德意志帝国建立的60多年间，是德国逐步走向统一的时期。在该时期，德国的经济和政治发生了一系列的变化。

18世纪末，在德国东部地区，普鲁士开始崛起。至19世纪初，它与奥地利一起，已经成为德国最有实力的邦国。经过1807年斯坦因（Heinrich Stein，1757年—1831年。1807年—1808年为普鲁士首相）政府颁布解放农奴法令、1808年颁布城市改革法令、1811年哈登堡（K.A.von Hardenberg，1750年—1822年。1810年—1817年为普鲁士首相）颁布调整农民与地主关系法令等一系列自上而下的改革，普鲁士迅速走上了资本主义化的道路，其实力得到了进一步的增强。

以普鲁士和奥地利为首，1815年6月8日，德国组成了“德意志邦国联盟”，下辖34个封建君主国和4个自由市。该联盟虽然只是一种各自独立行使主权之国家间松散的联合，但是因为其目的是“要保持德意志内外的安全和德意志各邦的独立和不可侵犯”，<sup>①</sup>所以毕竟是向国家的统一又迈出了一步。

1834年1月，德国在北南两个关税同盟（分别成立于1826年和1828年）的基础上，组成“德意志关税同盟”。该同盟以普

---

<sup>①</sup>（德）维纳·洛赫著，北京大学历史系世界近代现代史教研室译：《德国史》（上册），三联书店1959年版，第240页。

鲁士为盟主，包括了 18 个邦国，约 2500 万人口。同盟建立后，进一步密切了同盟内各邦之间的经济联系，加快了统一市场的形成，从而使德国的经济发展明显加快。<sup>①</sup>

1862 年 9 月，俾斯麦 (Otto.F.von Bismarck - Schonhausen, 1815 年—1898 年) 出任普鲁士首相，提出了一条以“铁与血”(战争) 统一德国的道路。1864 年，普鲁士战胜了丹麦，排除了后者对德国事务的干涉。1866 年 7 月，普鲁士战胜了奥地利，取得了对德国的领导权，并将奥地利逐出了德国。在此基础上，1866 年 8 月，24 个北德意志国家，包括 3 个自由市成立了北德意志同盟。1870 年 9 月，普鲁士战胜了法国，扫除了德国统一的最后障碍。1871 年 1 月 18 日，普鲁士国王在凡尔赛宫宣告为德意志皇帝，德意志同盟成为“德意志帝国”，共有 22 个自主君主国、3 个自由市、1 个帝国直辖区。1871 年 4 月 16 日新选出的帝国议会批准了德意志帝国宪法。

在上述德国走向统一时期，德国的法律也有很大发展。一方面，在这一段时间，德国先后制定颁布了 1848 年法兰克福宪法、1850 年普鲁士宪法和 1867 年北德意志联邦宪法。这些宪法，为德国统一后的 1871 年帝国宪法的制定奠定了基础。另一方面，该时期，德国也颁布了一些民商法律，如 1811 年 6 月 1 日奥地利颁布了《奥地利王国全德意志继承国之一般民法典》(简称：AGBG, 1812 年 1 月 1 日生效)、1847 年德意志邦国联盟的各成员国在莱比锡集会通过《普通德意志票据法草案》(简称：EADWO)，在此基础上，德国颁布了《普通票据法》(简称：ADWO)。1861 年，德国颁布了《普通德意志商法典》(简称：ADHGB)。<sup>②</sup>这些法律，

<sup>①</sup> 如在 19 世纪初，全德只有极少数工厂，但到了 19 世纪 40 年代，仅普鲁士境内，就有大小手工工场和工厂约 78 000 余家。参见杨生茂、张芝联、程秋原主编：《世界通史·近代部分〈上册〉》人民出版社 1972 年第二版，第 277 页。

<sup>②</sup> 参见 Hans Schlosser 著：《近世私法史要论》第 115 页。



也成为 1900 年《德国民法典》和 1900 年《德国商法典》的历史渊源。

### 五、德意志帝国时期

从 1871 年德意志帝国建立，到 1918 年德国被战败，是德意志帝国时期，也称第二帝国时期。该时期的德国，一方面，由于国家的统一，因而造就了一个统一的国内市场，从而使德国的经济迅速得到发展；另一方面，资本主义生产方式的扩张，以及新的科学技术在工农业生产领域中的广泛运用，使德国的劳动生产力大大提高。由此导致的结果，就是德国的综合实力大为增强。至 1913 年，德国已经超越英、法，在各项主要经济指标上，仅次于美国而列居世界第二。

后起的德国雄心勃勃，一心想扩张自己的势力范围，但此时各殖民地已经被列强瓜分完毕，要想重新划分势力范围，必然会与英、法等国发生冲突。在这种情况下，德国于 1914 年发动了第一次世界大战。1918 年 11 月 11 日，被打败了的德国被迫与协约国方面签订了停战协议。

德意志帝国时期，既是德国经济、政治和军事发生重大变化的时期，也是德国近代法制创建的时期。在宪法领域，德国制定颁布了 1871 年德意志帝国宪法，基本上奠定了近代德国联邦制的、君主立宪制的国家体制。在民商法领域，德国经过 20 多年的时间，制定颁布了 1900 年民法典。1897 年颁布的商法典也于 1900 年生效。在刑法领域，1871 年德国刑法典的颁布，使德国有了一部统一的刑事大法，确立了一系列资产阶级的刑事法律原则。在诉讼法领域，1877 年制定颁布了《德国刑事诉讼法典》和《德国民事诉讼法典》，从而使比较健全的诉讼法制得以建立。此外，德国于该时期还制定颁布实施了《法院组织法》、《破产法》、《律师法》（均于 1879 年 10 月 1 日起施行），以及《德国民

法典施行法》(1900年,简称:EGBGB)、《关于强制竞卖和强制管理的法律》(1897年)、《土地登记法》(1897年)、《关于非讼案件的法律》(1898年)。<sup>①</sup>这样,至第一次世界大战爆发,德国的近代资产阶级法制已经基本确立。

## 六、魏玛共和国时期

1918年,德国在战场上节节败退的同时,各地的人民革命运动也日益高涨。是年11月,柏林革命爆发。在此情况下,社会民主党主席艾伯特(Friedrich Ebert, 1871年—1925年)出任帝国首相。在镇压了人民群众的革命运动之后,1919年1月19日举行了魏玛共和国的第一次国民议会选举,艾伯特于2月11日被选为德国总统。是年6月,国民议会表决通过了宪法。1919年8月11日,该宪法生效,称“魏玛宪法”。由魏玛宪法开创的时期,称“魏玛共和国时期”。虽然,在名义上魏玛共和国一直延续至第二次世界大战结束,但实际上,至1933年希特勒上台,魏玛共和国即已灭亡。

魏玛共和国时期的法制建设,主要集中在宪法和经济法方面。在宪法方面,魏玛宪法开创了许多历史之最,如对公民权利的规定最为详尽、对工人参与企业管理事务作了开创性的规定、宪法的条文数也最多等等。因而,它对同期以及后来的资产阶级国家的宪法产生了重大的影响。在经济法方面,该时期德国经济法的体系日趋成熟,并最终定型(由于本书第二章和第五章将对宪法和经济法作详细论述,故这里就不再展开)。

## 七、法西斯统治时期

在经济危机和人民群众革命斗争的双重打击之下,为了摆脱

---

<sup>①</sup> 参见 Hans Schlosser 著:《近世私法史要论》第162页。

1919年与英、法、美、日等战胜国签署的《凡尔赛和约》的束缚，加强对人民革命的镇压力度，德国垄断资产阶级将希特勒(Adolf Hitler, 1889年—1945年)推到了前台。1933年1月30日，希特勒出任德国政府总理，开始了纳粹党在德国的法西斯统治。<sup>①</sup>至1945年纳粹德国战败，法西斯政权一共维持了12年，不仅给德国乃至世界人民带来了无尽的灾难，而且也给德国法制的发展造成了巨大的创伤，使德国法律的发展进入了历史上最黑暗的时期。<sup>②</sup>

在宪政法制方面，法西斯政权操纵国会，通过了一系列旨在破坏资产阶级的民主与法制、强化希特勒个人专制独裁的法律，如1933年的《保护德意志人民紧急条例》，加强了对工人运动的镇压；3月23日的《消除人民和国家痛苦法》(即“授权法”)将所有的权力都集中到了希特勒一个人手中；1934年7月14日的《禁止组织新政党法》和8月的《关于帝国最高领袖的法令》，在德国确立了一个政党即纳粹党，一个领袖即“元首”(由希特勒担任，终身任职，并可指定接班人)；1933年4月7日的《联邦摄政法》削弱了各邦的权力，而1934年的1月30日的《德国改造法》，则进一步取消了邦的独立政权建制，使各邦成为直属联邦政府的行政机关，德国由联邦制变为中央集权制。<sup>③</sup>

在民事法律方面，法西斯政权一方面加强了对垄断组织的扶持力度，通过《卡特尔变更法》、《强制卡特尔法》(均于1934年7月15日颁布)，在德国进一步强化了垄断资产阶级的统治；另

---

① “纳粹党”是“德国国家社会主义工人党”(National Sozialistische Deutsche Arbeiterpartei)的简称。

② 纳粹政权虽然也是在一系列“立法”的基础上从事国家管理活动，但这完全是“在法的外观之下的恣意妄为”。参见 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》第569页。

③ 关于纳粹德国时期的宪政立法，本书第二章将作详细论述。

一方面，通过颁布《德意志血统及名誉保护法》（1935年9月19日）和《婚姻及养子制度之滥用的禁止法》（1933年11月23日）等法律，在德国推行种族歧视和种族灭绝政策，强调保护日耳曼人血统的“纯洁”，驱逐、迫害其他民族，尤其是犹太民族；此外，通过1933年9月29日的《世袭农地法》，既在农村努力培植一个富农阶层，以加固法西斯政权在农村的统治基础，又为军工企业以及即将发动的侵略战争提供了大量的劳动力和兵源。

在刑法领域，法西斯政权抛弃了1871年德意志帝国刑法典中确立的一些自由主义的资产阶级刑法原则，复活了中世纪的一些残酷刑罚，如“去势”（割去生殖器）等，宣扬种族主义和恐怖主义。1933年发表的《国社党刑法之党书》还规定了法官在法律没有规定时可以使用类推原则，规定刑罚处罚的对象不一定都有犯罪的行为，对犯罪的意图和犯罪的思想也可以惩罚。所有这一切，都使法西斯时期的刑法，倒退到了中世纪封建时代。

至于法西斯政权在法外用刑、集中营内屠杀的事例，更是触目惊心，罄竹难书。<sup>①</sup>

## 八、两个德国并立时期

1945年5月8日，德国宣布无条件投降，第二次世界大战结束。同年8月2日，苏、美、英三国政府首脑签署《波茨坦协议》，对战后德国的处置作了具体规定：德国境内的最高权力，由苏、美、英、法四国占领军总司令以管制委员会代表的身份来共同执行；占领德国的目的，是解除德国的全部武装，使之完全非军事化，并摧毁纳粹党以及一切组织，重建德国的民主政治；

---

<sup>①</sup> 据奥希维兹集中营德军司令官鲁道夫·赫斯在纽伦堡军事法庭上所作的证词，仅在奥希维兹一个集中营内，德军就杀死了300万人。参见（美）科佩尔·S·平森著，范德一译：《德国近现代史》（下册），商务印书馆1987年版，第699页（以下引该书均为此版本）。

一切法西斯法律应即废止；取消一党制，允许各种民主政党成立和开展活动；消灭垄断之经济势力；因侵略战争而对他国造成的损害应予赔偿。此外，协议还对一些边境领土作了处理。

1945年8月8日，苏、美、英、法四国在伦敦进一步缔结了“惩办欧洲轴心国主要战犯”的协定，并在纽伦堡设立了国际军事法庭。从1945年11月20日到1946年10月1日，对戈林、里宾特洛甫等22名战争罪犯进行了审判。结果，戈林等12名罪犯被判处绞刑，赫斯、冯克和雷德尔等三人被判处无期徒刑，邓尼茨、席拉赫等四人被判处十至二十年徒刑。弗里切、巴本和沙赫特三人被宣告为无罪。与此同时，四大国还在各自的占领区内审判了其他战争罪犯，在欧洲其他国家逮捕的战争罪犯也在当地受到了审判。<sup>①</sup> 纽伦堡等审判虽然只是处罚了纳粹杀人罪犯中的极少部分成员，且对罪犯也表现了过分的宽大，但将战争罪犯押上国际法庭，在世界人民面前予以公开审判，并对其中罪大恶极者处以极刑，还是大大伸张了正义，打击了邪恶势力。这次审判以及其结果，对战后德国法律的发展也产生了积极的影响。

由于在管理德国的问题上苏联和英、美、法三国存在着严重的分歧，1948年3月20日，四国管制委员会停止了工作。1948年6月7日，美、英、法三国邀请了比利时、荷兰、卢森堡在伦敦开会，通过了“伦敦议定书”，拟建立一个三国共同占领区。1948年9月1日，在波恩建立了一个所谓“议会委员会”，着手制定基本法。1949年9月20日，在原来美、英、法三国占领区内，单独建立了德意志联邦共和国，即西德。

与此同时，1949年5月，苏占区也选出德国人民委员会，

---

<sup>①</sup> 据奥希维兹集中营德军司令官鲁道夫·赫斯在纽伦堡军事法庭上所作的证词，仅在奥希维兹一个集中营内，德军就杀死了300万人。参见（美）科佩尔·S·平森著，范德一译：《德国近现代史》（下册），第718页。

并于1949年10月7日举行会议，通过决议，宣布委员会以临时人民议院的名义行使最高立法权，决议在当天成立德意志民主共和国，即东德，并宣布东德宪法生效。

这样，一直到1990年德国重新统一时为止，在原德国的土地上，并立着两个新的德国。德国的法律，也进入了一个新的发展时期。

### （一）西德法律的发展

西德建立以后，其法制一直得到比较稳定的发展。在宪法领域，《波恩基本法》虽然没有冠以宪法之名，但实际上一直起着宪法的作用。虽然，基本法的内容已有很大的修改，但其关于民主、和平、保障公民之基本人权方面的规定，一直未受到侵害，成为西德40年宪政法制的基石。

在民商法领域，1900年《德国民法典》继续适用，只是内容已经被大量修订，原有的二千多条条文中，已经有1/3被重新修订。与此同时，在民法典之外，西德还颁布了许多单行法规以及作了许多具有通用效力的判例，来补充民法典的规定，如各种新的契约关系的创立以及人格权的保护等，主要是靠法院的判例来实现的。1900年德国商法典也仍然有效，其内容也有很多变化（由于本书第四章对此有详细论述，故这里不再展开）。

在经济法领域，第二次世界大战前业已形成体系的经济法，在西德获得了进一步的发展，比如制定颁布了大量的单行法规，从1949年至80年代初，西德颁布的三千多项法律中，经济法占了百分之七十。关于国有化的法律，关于计划法、税法、保险法、反不正当竞争法、消费者保护法、产业政策法等，也都获得了巨大的发展。<sup>①</sup>

在刑法领域，《波恩基本法》对刑法的改革规定了原则。此

<sup>①</sup> 详细内容请参阅本书第五章。

后，西德对 1871 年刑法典的修改一直没有中断过。至 1975 年，终于颁布了经过修改、正式定本的新刑法典，其名称为《1975 年 1 月 1 日修订的 1871 年 5 月 15 日刑法典》，对西德的犯罪和刑罚作了适合时代新发展的规定。

在法院和诉讼制度方面，西德和第二次世界大战前的最大区别是于 1951 年设立了宪法法院，专门处理违宪审查事项，以及承担宪法的监督、实施任务。

## （二）东德法律的发展

1949 年东德的宪法，明确提出了建立反对法西斯的民主主义的宪政体制，并将建设社会主义作为国家的根本任务。1968 年颁布的新的宪法，进一步详细规定了社会主义各项制度和原则，确认公民所享有的各种政治、经济、文化和社会生活的权利，并规定了社会主义的计划经济模式和运行机制。

在民法领域，东德建立之初，在事实上一直适用 1900 年德国民法典，只是一些与社会主义经济方式明显抵触的规定被弃之不用。1975 年 6 月 19 日，东德制定颁布了自己的民法典（1976 年 1 月 1 日生效），它虽然在许多方面吸收了 1900 年民法典的内容，但在体例上却作出了重大改革，即它除了序言之外，共分七编：社会主义民法的基本原则；社会主义财产和个人财产；有关物质和文化生活的契约；为居住和休养的目的使用地产和建筑物；保护生命、健康及财产免受损害；继承法；关于特殊的民事法律关系的专门规定。这样，它就抛弃了旧民法典的五编制的体系，被认为在当时具有创新意义的立法成就。<sup>①</sup>

在民法典之外，东德还在 1965 年单独制定了婚姻家庭法典，对婚姻家庭的基本原则、结婚、离婚、夫妻财产、家庭关系等作

---

<sup>①</sup> 《德意志民主共和国民法典》已于 1982 年由费宗祯译成中文，法律出版社出版。

了系统规定。尤其是对男女平等、保护妇女和儿童利益以及婚后夫妻财产共有制度等作了详细规定。

在刑法领域，东德在1968年1月12日颁布了新的刑法典（同年7月1日施行）。它吸收了大量的单行刑事法规，如青少年刑法和军事刑法，内容较为广泛，其结构分为总则和分则两个部分。总则将犯罪分为重罪与轻罪两类，凡侵犯公民权利和利益、侵犯社会主义财产、破坏社会和国家秩序或侵犯社会其他权利和利益的危害社会的行为为轻罪；危害社会、侵犯德意志民主共和国主权、破坏和平、侵犯人类和人权的犯罪行为、战争罪行，以及各种敌视、反对德意志民主共和国的犯罪行为和蓄意谋害人命的犯罪行为，是重罪。刑罚分为不剥夺自由的处罚（缓刑、罚金、公开训诫）、剥夺自由的处罚（徒刑、拘役）和死刑三种。附加刑有罚金、限制居住、禁止从事一定的职务、没收行车执照、没收物件、没收财产和剥夺公民权利。分则有九章，按犯罪行为侵犯的同类客体划分为九大类不同性质的犯罪，并具体规定了142种犯罪。<sup>①</sup>

在法院和诉讼制度方面，至70年代，东德先后制定颁布了《刑事诉讼法典》和《民事诉讼法典》，对法院组织和诉讼程序作了规定。即在东德，法院种类有县法院、专区法院和最高法院三个层次。此外，还有各种专门法院，如军事法院、高级军事法院和国家合同法院（包括中央合同法院和地区合同法院，其性质类似于处理经济纠纷的行政法院）。此外，东德还有一种称之为“社会法院”一类的组织，主要是工厂中的“调解委员会”、城镇及乡村中的“仲裁委员会”等，处理轻微的刑事案件、较小的违法案件和简单的法律争端，不服判决者可以上诉至县法院。

按照刑事诉讼法典的规定，东德刑事诉讼原则主要为：遵守社

<sup>①</sup> 参见陈盛清主编：《外国法制史》，第434页。



会主义法制原则；公诉原则；国家机关同社会团体合作原则；客观真相原则；无罪推定原则；保障被告人辩护权原则；辩论原则；当事人人身不受侵犯原则；自由判断证据原则；上诉权原则等。

在民事诉讼方面，法典规定：自然人和法人均可以作为当事人一方进行诉讼；诉讼采取书面陈述的方式提出；诉讼活动实行公开原则；事实的认定、有关证据和法律辩论采取出庭口述的原则；安排一种程序、集中案件中有关的每一件事实、迅速审理的原则等。<sup>①</sup>

### 九、德国重新统一时期

1989年下半年，东欧国家局势发生剧变。该年11月9日，东德政府宣布开放柏林墙，同月28日，西德总理科尔（Kohl，1930年至今）就逐步实现统一问题提出“十点计划”。与此同时，东德政府于1990年2月1日提出了实现德国统一的“四阶段方案”。由于两德统一大势所趋，苏、美、英、法四大国很快调整了它们的对德政策，共同制定了“2+4”方案，即先由两个德国讨论其统一的内部问题，然后再由两个德国和苏、美、英、法四国一起讨论统一的外部问题。

1990年5月18日，两德关于建立经济、货币和社会联盟的国家条约（亦称“第一个国家条约”）签署。同年8月31日，两德政府又签署了关于实现统一的条约（亦称“第二个国家条约”），同年9月19日、20日，东、西德议会分别批准了这一条约。在获得四大国支持的基础上，1990年10月3日，一个统一的德国宣告诞生。同年12月2日，德国举行了统一后的首次大选。1991年1月17日，德国大选后的第一届政府成立，科尔出任总理。

<sup>①</sup> 参见陈盛清主编：《外国法制史》，第438页。

统一后的德国沿用原西德的国名，即“德意志联邦共和国”，国旗为原西德的黑红金三色旗，国制仍为联邦制，原东德地区恢复 5 个州的建制，东西柏林合并为 1 个州。这样，统一后的德国国内共有 16 个州。

两个德国的重新统一，对德国的法制发展产生了巨大的影响。一方面，由于德国的统一是以原东德地区并入西德的方式实现的，因此，统一以后原来在东德地区生效的法律都被废止，西德的各项现行法全面适用于东德，即统一后的德国，全面继承了西德的法制。因此，西德的《波恩基本法》、1900 年民商法典、1877 年的民事诉讼法典、1994 年修订之刑事诉讼法典等成为德国整个法制的基础。另一方面，为了适应统一后德国出现的新情况和新问题，德国也对统一前的各项法律作了必要的修订，如 1994 年对基本法的修订和 1994 年对刑事诉讼法典的修订等。

可以相信，与统一后的德国在经济、政治和文化等方面取得了令人瞩目的成就一样，21 世纪德国法制的发展，也会为世人提供更多的经验和启示。

## 第二节 法律渊源

经过近两千年，尤其是 19 世纪末以来法律的发展，在德国形成了一个系统、发达、完善的成文法律体系，它以宪法典为核心，以民商法典、刑法典和诉讼法典为骨干，以其他法律和法规为补充，辅以若干相关的判例乃至学者的学说。它的形成，不仅使德国步入了法治国的行列，也使大陆法系变得更为生动和丰富，更加完整。

### 一、欧洲联盟法

与其他各成员国一样，德国法律必须受欧洲联盟法的约束。

当欧洲联盟法与德国法律不一致时，后者必须服从前者。<sup>①</sup> 对于这一点，《波恩基本法》作了明文规定，即国际组织及其法律、国际条约以及一些公认的国际法准则，在德国被认可为高于德国国内法的效力，它们构成了德国法律体系的最高层次。在这些国际组织及其法律中，欧洲联盟、欧洲委员会以及国际法的基本准则等具有特别重要的意义。

### （一）欧洲联盟及其法律

欧洲联盟，在1993年1月1日前称“欧洲共同体”，它包括三个部分：欧洲经济共同体、欧洲煤钢共同体和欧洲原子能共同体。

欧洲联盟现有比利时、德国、法国、英国、意大利、葡萄牙等15个成员国，其基础是1957年签订的《罗马条约》，其目标是建立共同的市场。1992年2月7日在马斯特里赫特签订的欧洲联盟条约（1993年1月1日生效）对欧洲共同体作出了根本性的改革。1999年1月1日开始启动的欧元流通体制，对欧洲联盟的进一步发展起到了推动作用。

像其他成员国一样，德国也将它的某些主权转移给了欧洲联盟。<sup>②</sup> 这就意味着欧洲联盟机构对其成员国的每一个公民都有管理权，欧洲联盟法律在各成员国的法律之上。就目前的欧洲联盟法律体系而言，它的主要内容对德国有规范作用：

1. 条约和协议。如欧洲联盟各成员国之间签署的《欧洲煤钢共同体条约》（1951年）、《欧洲原子能共同体条约》（1957年）、《关于建立欧洲共同体单一理事会和委员会的公约》（1965年）、《单一欧洲法令》（1986年）等。欧洲联盟各成员国在联盟

<sup>①</sup> N.G.Foster, German Law and Legal System, p.47.

<sup>②</sup> 《波恩基本法》第24条第1款规定：“联邦可以通过立法将一些主权移交给国际组织。”

内签署的协议，以及欧洲联盟与非成员国的第三国及其他国际组织缔结的条约（如欧洲联盟同非洲、加勒比和太平洋地区第三世界国家的洛美协定等），也是欧洲联盟的法律渊源之一，对德国也有约束力。

2. 欧洲联盟机构颁布的法规。

3. 欧洲法院的判例。

欧洲联盟法高于、优先于其成员国的法律，其具体含义为：

第一，凡是与欧洲联盟法相冲突的国内法，无论其是一般法律、法规，还是宪法，也无论其是先于还是后于欧洲联盟法颁布的，都必须服从欧洲联盟法；

第二，欧洲联盟法直接赋予个人的权利，各成员国国内法必须予以承认，不得以各种理由予以剥夺；

第三，各成员国无权制定或维持可能对欧洲联盟法有害的法律。<sup>①</sup>

## （二）欧洲委员会

根据欧洲委员会 1949 年制定的章程，欧洲委员会的任务是在其成员国之间建立密切的联系。1951 年联邦德国加入了该委员会。

欧洲委员会的机构有部长理事会和带有协商性质的全会。虽然这两个机构无权颁布对 27 个成员国及其公民有约束力的法律，但由其成员国签字而通过的各项公约，对各成员国有约束力。其中，最为重要的是 1950 年通过的《保护人权及其基本自由的公约》，该公约的签字国为此必须承担公约中规定的义务，保护最基本的人权。

## （三）国际法的基本准则

《波恩基本法》第 25 条规定：“国际公法的一般规则是联邦

<sup>①</sup> 刘世元等著：《欧洲联盟法律制度》，吉林大学出版社 1995 年版，第 41—42 页。

法律的组成部分。它们的地位优于法律，并直接创制联邦境内居民的权利和义务。”

## 二、联邦宪法

在德国，联邦宪法是国家的根本大法，也是法律体系的核心。除去欧洲联盟法以及德国应承担的国际义务（国际条约）之外，联邦宪法是德国最高的法律，其他任何法律和法规均不得与其相抵触。<sup>①</sup>

德国现行的宪法是1949年5月23日制定颁布的《波恩基本法》。1990年10月德国重新统一后，《波恩基本法》仍然有效。该基本法详尽地规定了公民的基本人权与其他各种权利，对联邦议会和政府以及法院的组成、职权，以及联邦与各州的关系等都作出了系统规定。与大陆法系其他国家的宪法一样，《波恩基本法》的修改，必须得到联邦议院和联邦参议院各三分之二的议员多数通过，其中有些条款，如关于人权尊严等，则是在任何情况下都不容修改的。<sup>②</sup>

## 三、联邦法律和行政法规

联邦法律和行政法规，也是德国重要的法律渊源。关于联邦法律涉及的领域，《波恩基本法》有专门的规定，即外交事务和包括保护和平居民在内的国防事务、在联邦中的国籍、通货、货币和造币制度以及度量衡和时间标准的确定、空中交通、邮政和电讯制度、联邦统计等11个方面为联邦的专有立法权领域；民法、刑法、法院组织、公共救济等30个方面为联邦（和州）共同有权立法的领域；高等教育、土地分配和身份证制度等六个方

<sup>①</sup> 《波恩基本法》第20条第3款规定：“立法权应服从宪法秩序。”

<sup>②</sup> 由于本书第二章对宪法将作详细论述，故这里不再展开。

面为联邦的原则性立法领域（各州立法机构对原则性立法权项目拥有执行权<sup>①</sup>）。

就德国的现状而言，一些重要的法域，几乎都为联邦的法律所覆盖，其中较为著名者为：

1951年3月12日公布、1951年4月17日生效的《联邦宪法法院法》；

1957年通过生效的《男女权利平等法》；

1953年7月14日公布、1971年7月17日修正的《联邦公务员法》；

1896年8月24日颁布、1900年1月1日生效的《德国民法典》；

1897年5月10日颁布、1900年1月1日生效的《德国商法典》；

1965年通过生效的《股份公司法》；

1911年7月19日制定公布的《帝国保险条例》；

1919年制定颁布的《地上权条例》；

1985年11月8日制定颁布的《土地租赁新秩序法》；

1897年3月24日生效、1935年颁布定型文本的《土地登记条例》；

1977年通过生效的《婚姻法》；

1877年1月30日公布、1879年10月1日生效的《德国民事诉讼法典》；

1975年1月1日修订的《德国刑法典》；

1994年10月28日修改颁布、1994年12月1日生效的《德国刑事诉讼法典》；

1877年1月27日制定颁布的《法院组织法》；

---

<sup>①</sup> 参见《波恩基本法》第75条。

1960年制定颁布的《行政法院法》。

按照《波恩基本法》第31条关于“联邦法律优先于州法律”的规定，各州对联邦的法律，必须严格遵守，认真执行。

为了使联邦法律得到很好地执行，从19世纪末，德国官方就开始对联邦法进行汇编。从1871年—1945年的汇编本称《帝国法律公报》，第二次世界大战以后的汇编本称《联邦法律公报》。除了官方的法律公报之外，还有一些民间的重要的法律汇编，如舍恩费尔德编辑的大型活页法律汇编《德国法律汇编》（民法、刑法和程序法）等。<sup>①</sup>

除了联邦法律以外，联邦政府的行政法规也是德国法律的重要渊源。《波恩基本法》第80条规定：“联邦政府、联邦部长或州政府可由法律授权颁布法令。对此，法律必须规定授权内容、目的和范围。在颁发的法令中应指明其法律根据。”该法第85条进一步规定：“联邦政府经联邦参议院的同意可以颁布一般行政规定。”

#### 四、州的法律和法规

在德国，州宪法和州法律也是其重要的法律渊源。

根据《波恩基本法》的规定，州一级最重要的立法机构是州议会，它由国民选出的议员组成。除了萨尔州、北莱茵—威斯特法伦州、莱茵兰—法尔茨州的州议会的任期为五年之外，其他十三个州的议会的任期都是四年。

各州议会的内部组织与联邦议院相仿，也有议长、议会主席团、议会委员会和议会党团等。在巴伐利亚，除了州议会以外，还有州参议院，代表州内社会、经济、文化和其他团体。参议院

---

<sup>①</sup> 上海社会科学院法学研究所编译室编译：《各国宪政制度和民商法要览》（欧洲分册〈下〉），法律出版社1986年版第117页。

也有权参与州的立法。

由于《波恩基本法》规定的联邦的立法权十分广泛，所以各州可以自行立法的领域并不多，主要为：各州的组织机构、地方权利、警察法、教育事业、救援事业、抗灾、广播和新闻事业、建筑法规、文物保护。

由于州议会的立法任务不多，故其主要的职能是监督行政机关的活动。

除了州宪法和法律之外，由州的行政机关颁布的法令等，也是德国的法律渊源。由于所有的联邦法律和州的法律，都要由州政府来贯彻执行，因此，州政府的使命主要是贯彻法律，并在贯彻法律的过程中制定各种政策和行政规定，如教育、文物保护、城市治理、环境保护、社会救济等诸多工作的落实，都是通过州政府建立机构、颁布法规来进行的。

## 五、习惯法

习惯法，是德国法律明文承认的法律渊源。“在德国，形式上只承认两种法律渊源，即成文法律（Gesetz）和习惯法（Gewohnheitsrecht）。”<sup>①</sup> 在德国，习惯法包括所有有规则的、普遍的公众的惯例，这些惯例并得到了国家的认可，具有约束力。

在德国，习惯法至现代仍保留着法律渊源的地位，是受了德国法律文化传统的影响。如前所述，在日耳曼人的早期生活中，适用的就是部族习惯。蛮族国家建立以后，虽然制定了一些成文法典，但不成文的习惯法仍占据着统治地位。“德意志帝国时期，地方习惯法仍然是不成文的，但其保留了一个相当于甚至超越成文法的重要地位，即使是帝国法令，其地位也不如它。”<sup>②</sup>

<sup>①</sup> N.G.Foster, German Law and Legal System, p.3.

<sup>②</sup> N.G.Foster, German Law and legal System, p.11.



至近代，德国成文法律体系建立以后，习惯法的重要性日渐消退，“魏玛共和国的动荡不定和纳粹政权的法西斯专政，意味着法律垄断了法律渊源的全部，习惯法被绝对地排斥在法律渊源之外。1949年国家的重组导致复活立法项目纲领，该纲领进一步使习惯法黯然失色。因此，习惯法在法学研究中已不占重要地位。”<sup>①</sup>

但尽管如此，习惯法在德国法律体系中仍然占有一席之地。例如，它的法律渊源地位一直得到民法典以及民法典施行法的明确肯定，至今未变。民法典第151条第1款规定：“依交易上的习惯，承诺无需向要约人表示，或要约人预先声明承诺无需表示者，虽未向要约人表示承诺，于可认为有承诺的事实时，契约也认为成立。”第157条也规定：“契约的解释，应遵守诚实和信用的原则，并考虑交易上的习惯。”民法典施行法（EGBGB, Art2）也规定：“法律是指一切有规范力的规则。”<sup>②</sup>因此，我们在考察德国现代法律体系时，还不能将习惯法完全排斥。

## 六、判例

德国是大陆法系国家，奉行成文法主义，法律的渊源以法典为本。在19世纪末德国整个成文法律体系形成之时，人们在法律实证主义的影响下，认为法典（尤其是1896年《德国民法典》）是完善的，一切法律问题，均可以依据现行法规定，通过逻辑推理来解决。同时，也认为法院只有司法权，没有立法权，它必须严格受法律的约束，不得稍有逾越。诚如福斯特（N.G.Foster）教授所言：“在德国，判例法不是法律渊源，在一个案件上作出的判决，只能适用于该案件，对其他案件不具有一般的约束力。”“在德

<sup>①</sup> Ibid, p.52.

<sup>②</sup> Ibid.p.52.

国，传统上法院（的决定）和判例法不被认可为正式的法律渊源。在德国，法官仅仅被假定为在适用法律，而不是在创造法律。”<sup>①</sup>

然而，第一次世界大战以后，社会形势的迅速变化，将许多法律的规定远远地抛在了后面。固守成文法典的规定，既不明智，事实上也无法适应社会。在此情况下，帝国法院开始改变态度，弹性解释法律，作出了许多情事变更的基本判决。第二次世界大战以后，这种情况有了进一步的发展。一方面，1951年成立的联邦宪法法院，在为公民基本权利提供保障措施方面，其判决效力高于那些被发现与宪法相抵触的法律。另一方面，1952年成立了德国联邦法院。它在继承帝国法院弹性解释法律、创制法律原则传统的同时，鉴于社会之需要，更加积极大胆地创造法律原则，如在民法上创立一般之人格权，就是突出的一例。

因此，在现代德国，一些典型的判例，尤其是联邦法院作出的重要判例，在司法实践中具有重要的指导作用。在现代社会发展变化面前，原有的德国法律所暴露出来的“死角”和“空白”，都由法院的判例来予以填补，如无过失侵权责任的问题、连带侵权债务人内部求偿关系上过失相抵原则问题、事实上之契约关系的效力问题、期待权的概念与适用问题、物权行为无因性问题、权利失效原则以及上述一般人格权的确立问题等。<sup>②</sup>

为了使在德国具有法律渊源地位的判例更好地发挥作用，德国对重要的联邦法院的司法判决作了汇编，其中，按年代汇编的判决主要有：

《联邦宪法法院判决集》（1952年至今）；

<sup>①</sup> N.G.Foster, German Law and legal System, p.54, p.4.

<sup>②</sup> 详细请参见王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（一），中国政法大学出版社1998年版。

《联邦最高法院民事判决集》(1951年至今);  
《联邦最高法院刑事判决集》(1951年至今);  
《联邦劳工法院判决集》(1952年至今);  
《联邦行政法院判决集》(1954年至今);  
《联邦财政法院判决和意见书集》(1952年至今);  
《联邦社会法院判决集》(1955年至今)。

此外,还有一些按照专题编辑的判决集,如《德国法院判决集》(1948年至今),主要收集私法和公法的各个领域的重要的判决的摘要。

引用法院的判决和意见时,一般都注明特定汇编集中有关的标题、卷期和页码。如“联邦最高法院民事判决 24, 21”,是指《联邦法院民事判决集》第 24 卷第 21 页上的判决。<sup>①</sup>

## 七、学说

自近代以来,德国法学家积极参与立法、司法和法律教育,发表了诸多的理论和学说,并深刻地影响了立法者和司法部门,有力地推动了德国法律的发展(本章第四节将作详细论述),故西方学者有时也常常称德国近代法为“学者法”、“法学家法”,《德国民法典》为“民法教科书”。法学理论、学说在德国法律体系中占据着重要的地位,它也是德国法律的重要渊源之一。

比如,在德国民法典上,规定契约因当事人的意思表示一致而成立,缺少公开的明确的意思表示或意思表示不真实时,契约归于无效(《德国民法典》第 116 条、第 117 条、第 154 条等)。1941 年 1 月 29 日,莱比锡大学法学教授 Gunter Haupt 发表了一篇题为《论事实上之契约关系》,对上述传统的法律规定进行了

---

<sup>①</sup> 参见上海社会科学院法学研究所编译室编译:《各国宪政制度和民商法要览》(欧洲分册〈下〉),第 118 页。

激烈的批评和攻击，并提出了新的学说，认为在现代社会，由于强制缔约制度的存在，尤其是一般契约条款的普遍使用，在许多情况下，契约关系的创设，并不采用双方合意的缔约方式，如乘车、使用煤气等等，使用方当事人要么全盘接受对方的条件，要么拒绝使用，无法表示自己的真实意思，因此，这些契约关系，并非因当事人间的意思表示一致而成立，而是基于一种事实上的关系而形成。

该学说的提出，在德国法学界引起了震动，经过数十年的争论，Gunter Haupt 的学说逐步为司法界所接受，人们在处理这些契约纠纷时，有时不看当事人的意思表示如何，而是着重于社会正义和公众利益，德国联邦法院在其一系列的判决中运用了他的学说，事实上修改了民法典的传统规定。<sup>①</sup>

又如，一般人格权，在 1900 年《德国民法典》中没有规定。第二次世界大战以前，曾有学者对此进行了批评，但大多数人在法律实证主义的影响之下，认为实体法之规定，应予尊重，不宜轻易变更。第二次世界大战以后，随着人格权遭受侵害之危险性的加大、纳粹政权对公民人格的迫害所引起的人们对人格权的重视以及《波恩基本法》对公民人格权的强调等等，德国学术界进一步掀起对研究人格权和强调保护人格的热潮。1957 年召开的第 42 届德国法学家会议和 1964 年召开的第 45 届德国法学家会议，都对人格权作了专门的研究和讨论，并提出了研究报告和关于人格权保护的具体建议。这些报告和建议，不仅受到了法学理论界的广泛重视，也影响了司法实务部门。在德国法学界的共同努力下，终于在法院判决中确立了一般人格权的概念和原则，形成了保护公民人格权的判例法体系。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 参见王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（一）第 111 页。

<sup>②</sup> 王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（一），中国政法大学出版社 1998 年版第 45 页。

以上两例，清楚地说明，在德国，学者的学说是受到司法实务部门的重视，并经常被引用来作为审判案件的根据，它是德国法律渊源之一。

### 第三节 法律教育和法律职业

在德国法律的形成与发达过程中，法律教育和法律职业是一个重要内容。与英国主要依托律师学院（Inns of Court）发展法律教育和法律职业不同，在德国，法律教育的主体是大学法律系，法律职业工作者的培养，也主要依托大学的法律系。

#### 一、法律教育

众所周知，现代意义上的第一个大学法律系（院），是11世纪诞生于意大利的波伦那（Bologna）大学，当时，该大学曾吸引了欧洲各地（包括德国）的青年前往学习，学生最多时（1200年）曾达到了一万多人。<sup>①</sup>在波伦那大学法律教育的影响下，14世纪以后，在德国也出现了一批大学，如1348年，德国出现了第一所大学布拉格大学。以后，德国又相继创建了维也纳大学（1365年）、海德堡大学（1385年）、科隆大学（1388年）、爱尔福特（Erfurt）大学（1392年）、莱比锡大学（1409年）、罗斯托克（Rostock）大学（1419年）、弗赖堡（Freiburg）大学（1457年）、吕讷堡（Luneburg）大学（1471年）、图宾根大学（1477年）等，并陆续开设了罗马法的课程。这当中，最为出名的是海德堡大学、莱比锡大学和图宾根大学。

进入近代以后，除上述大学进行的法律教育之外，德国又建立了一些新的大学，并创设了一批法律系，从事法律教育，如马

<sup>①</sup> N.G.Foster, German Law and Legal System, p.13.

尔堡 (Marburg) 大学法律系、格廷根 (Göttingen) 大学法律系、柏林大学法律系等, 其中, 最为出名的是创设于 1810 年的柏林大学。1812 年, 德国著名法学家、历史法学派的代表萨维尼 (F.C.von Savigny, 1779 年—1861 年) 出任柏林大学的校长, 并主讲罗马法的课程。此后的三十年中, 萨维尼一直是该大学法律系的教授, 直至 1842 年其职务为其学生普赫塔 (G.F.Puchta, 1798 年—1846 年) 所取代时为止。在这段时间里, 柏林大学成为历史法学派的根据地, 并由此而后来居上, 名震整个德国乃至欧洲, 以后就一直成为有志于法律的莘莘学子的向往之地。德国近代一批著名的法律家, 如利益法学派的创始人耶林 (R.von Jhering, 1818 年—1892 年)、社会法创始人祁克 (O.F.von Gierke, 1841 年—1921 年)、德国行政法之父奥托·迈尔 (Otto Mayer, 1848 年—1924 年) 等, 都曾在柏林大学受过法律教育。

虽然, 我们对近代以前德国大学法律系开设的课程知道的不多, 但现代法律系中的一些主要领域, 如法律哲学、法律史学、宪法学 (国法学)、行政法、民法、商法、刑法、诉讼法、国际法、罗马法和日耳曼法等, 都已经是各大学法律系的主干课程。至于现代德国法律教育中的考试制度, 即必须通过国家二次考试的制度, 则在 19 世纪初就已经形成。1839 年普鲁士司法部长米勒郎的一则讲话, 表明了由各邦国司法部 (现为各州司法部) 组织实施的大学毕业生的二次国家考试, 早已成为制度。<sup>①</sup>

德国法律教育的全面发达, 是在结束第二次世界大战、粉碎希特勒统治以后实现的。此时, 德国在各大学中确立起了法律教

---

<sup>①</sup> 该讲话内容为: “根据本部对参加年度第一及第二次国家级考试的毕业生的调查, 渴望进入司法界, 且有望录用者微乎其微。……” 参见 E.Blankenbunrg and U.Schultz 著: 《德国的辩护人》, 载宋冰编: 《读本: 美国与德国的司法制度及司法程序》, 中国政法大学出版社 1998 年版 (以下所引《德国的辩护人》一文, 均为此版本)。

育的学制、法科学生的入学资格、课程设置体系、考试制度和学位授与制度等。

第二次世界大战结束以后，德国各大学法律系的学制被定为三年。由于德国和我国一样，也是在冬天和夏天放假，一学年被分成两个学期，故三学年事实上就是上六个学期的课。但是，由于毕业考试不是由学校组织，而是由国家统一安排进行，而在第六学期结束后马上参加毕业考试的学生又很少，大部分学生是在第七或第八个学期才参加考试，所以各大学为适应这种情况，鼓励学生在第七和第八个学期仍然注册在校，以准备应付考试。这样，德国各大学法律系学生学习的时间，一般都至少在三年半以上。<sup>①</sup>

在德国，大学基本上都是国立大学，而且每所大学基本上都设有法律系，法律系的体制与美国的法学院不同，而接近于英国、日本和中国，即法律系与数学系、物理系、历史系、哲学系、文学系等其他系并列，是综合性大学中的一个二级教学单位。目前，德国最大的法律系是柏林大学、慕尼黑大学、科隆大学、波恩大学、波鸿（Bochum）大学和海德堡大学的法律系。<sup>②</sup>自 50 年代末以来，德国的法律教育事业一直在稳步上升，1991 年—1992 年度，德国注册在校的大学生约有 160 万，其中，约有 10 万名是法律专业的学生。<sup>③</sup>法律教师的数量也在增加，至 1994 年，41 所大学的法律系共拥有专职教授 752 人。<sup>④</sup>

在德国，希望进入大学学习法律者，必须接受 13 年的普通

---

① 据《法律教育杂志》（Juristische Schulung）最新的一次调查显示，虽然学生希望在 10 个学期内通过第一次考试，但平均花的时间几乎是 12 个学期。见 N.G.Foster, German Law and Legal System, p.68.

② Ibid, p.67.

③ Ibid.

④ 参见 E.Blankenbunrg and U.Schultz 著：《德国的辩护人》。

教育（小学、中学教育），通过高中毕业考试。高中毕业考试由各州组织进行，一年一次，考试的实施则在各个学校。通过这种考试之后，学生就可以进入他想要去的国内任何一所大学的任何系。<sup>①</sup> 德国与其他国家不同的是，学生一旦获得进入大学的资格，他就可以在各个学期中间，变换学习的大学，如第一、第二学期在海德堡大学法律系，第三、第四个学期在柏林大学法律系等。在德国的法律大学生中，平均都有进过两所以上大学的经历。德国的高等教育实行免费制，学生不必缴纳学费，而仅需于每学期注册前向学校缴纳一笔管理费。各学校收取的管理费数额不等，但一般不超过一百马克。<sup>②</sup>

由于德国从事法律职业者都必须通过大学法律系的学习，因此德国大学法律系的课程设置基本上与国家司法考试的内容相对应，六个学期的课程具体分配为：

#### （一）主要讲义

第一学期	课时数（周）
法学概论	2~3
一般国家学	3
德意志法制史（至18世纪末）	5
罗马私法体系	5~6
经济学概论（由政治经济学系开设）	2
政治学（由政治经济学系开设）	2
第二学期	
民法总则	4
民法债权总论	4

<sup>①</sup> N.G.Foster, German Law and Legal System, p.67.

<sup>②</sup> 参见邵建东：《德国法学教育制度漫谈》，载《南京大学法律评论》1996年秋季号。



---

国法学（宪法学）	4~5
罗马法制史	4
宪法史（法国大革命以后）	1
刑法总论	3
经济政策概论（由政治经济学系开设）	3
第三学期	
民法债权各论	2~3
民法物权法	4
刑法各论	3
劳动法	3
法哲学	2
财政学	3~4
第四学期	
民法亲族法	3~4
民法继承法	3~4
商法	3
公司法	2~3
行政法总论	4
德意志私法的历史以及体系	4
第五学期	
有价证券法	2
海法	2
民事诉讼法	3~4
刑事诉讼法	3
行政法各论	2~3
国际公法	4
第六学期	
著作权法以及发明权法	1~2

强制执行法以及破产法	2~3
教会法	2~3
国际私法	2

(二) 补充讲义 (每周 1~2 课时, 供学生在六个学期中陆续选择)

非讼案件程序法

外国私法

经济法

农业法

不正当竞争防止法以及商标法

保险法

社会保险法

内陆水运法

航空法

刑法以及刑事法学的历史

刑事政策

犯罪学

监狱学

法医学

少年法

财政法以及税法

预算法

(大学所在的) 州宪法以及行政法

宪法法院以及行政法院

外国公法

簿记

借贷对照表

其他若干课程

(三) 练习 (Übung, 每周 2 课时)

第一学期

罗马法原著讲读第一部 (盖尤斯著:《法学阶梯》)

第二学期

罗马法原著讲读第二部 (查士丁尼:《学说汇纂》)

德国法练习

第三学期

《学说汇纂释义》

民法练习 (初级)

第四学期

民法练习 (高级)

刑法练习

第五学期

商法练习

公法练习

第六学期

民事诉讼法练习

(四) 专题讨论 (Seminar) 和自由讨论 (每周或隔周 2 课时)

法哲学专题

民法专题

劳动法专题

保险法专题

工业所有权法以及著作权法专题

刑法专题第一

刑法专题第二

公法专题第一 (仅限于想考博士的学生)

公法专题第二

## 公法专题第三

国际公法以及外交史专题

关于侵权行为的比较法专题

为指导法学论文写作而开设的自由讨论

关于民法和民事诉讼法的自由讨论

关于刑法总论的自由讨论

关于公法的自由讨论

关于宪法学上以及国家学上诸问题的自由讨论

关于刑事生物学上以及法庭心理学上各种问题的自由讨论<sup>①</sup>

以上所列主要讲义，相当于我国的必修课，基本上以六法全书为核心。补充讲义，相当于我国的选修课，虽然在六个学期中都可以选修，但一般是在高年级时学习。练习课，主要围绕司法实践中的问题展开。专题讨论和自由讨论，主要是结合所上的必修课进行，一般在高年级学生中展开。

上述课程体系在五六十年代基本定型以后，至今并未发生大的变化。<sup>②</sup>

和美国的判例教学法不同，德国大学法律系的教学方法，基本上与我国的相同，主干课程是通过讲授（讲义）来进行的，即

① 武藤春光著：《美国、英国以及西德的法律教育》，日本司法研修所1962年印行（以下所引该书均为此版本）第137~143页。

② 从50年代形成的教学课程和教学形式至今变化不大，各大学法律系的设置也基本相同。例如，德国帕桑大学（Universität Passan）法律系1994年—1995年度冬季学期开设的课程主要有：

- I. 基础理论，包括法学概论，法制史，法哲学，以及法社会学；
- II. 私法，包括民法基础，债法，物权法，商法，家庭法，以及竞争法等；
- III. 刑事法（Strafrecht），如刑法，犯罪学等；
- IV. 公法（Öffentliches Recht），包括国家法，行政法，建筑法，所得税法，环境法，欧洲共同体法，教会法等。资料来源：Universität Passan, “Personen-und Vorlesungsverzeichnis—Wintersemester 1994—1995”, Passavia Universitätsverlag und-Druck Gmbh Passan 1994. 林燕平翻译。

教师依据教科书或讲稿，从头讲到尾，使学生获得比较系统的理论和完整的知识。与我国不同的是，德国的法律教科书，其实务内容所占的比例要更高一些。

在德国，每节课名义上是1小时，实际讲课时间仅为45分钟。如果课程表上印的是10点钟开始，那么，教授要到10点15分才来，这一刻钟的时间称为“学术一刻钟”，为德国学术界的惯例，除特别说明外一般都适用。所谓特别说明，是指在时间数字后面的括号内标上s.t（拉丁文sine tempore的缩写）字样，表示教授放弃“学术一刻钟”而准点开始上课。在德国，只有教授才有资格进行课堂讲授。上课过程中，学生经常举手提问，提问时也没有站起来的习惯。每次上课，几乎都有迟到的大学生大摇大摆地走进教室，也有早退的学生满不在乎地离开教室。<sup>①</sup>

与主要讲义和补充讲义相配套，德国各大学法律系教学的第二种方法是练习。所谓“练习”（Übung）是指在听完某门课程后（如民法的总则和债权法）参加闭卷考试和撰写家庭作业。“练习”课要举行三次闭卷考试，布置两次家庭作业，内容都是案例分析。闭卷考试是限定时间的，一般为三个小时，学生除了法典外不得携带任何资料。考试成绩分得很细，通常有三分之一的人不能通过。家庭作业由学生带回家撰写，一般为期三周，评分标准与闭卷考试相同。学生参加“练习”课，只要有一次闭卷考试和一次家庭作业及格，就可以取得学分了。<sup>②</sup>“练习”是德国特有的方法，它让学生运用在讲义中所获得的理论知识，对教师布置的案例进行分析，是一种从理论知识到实践操作的思维训练。

德国法律教育的第三种方法，是专题讨论，一周2个课时，

① 参见邵建东论文。

② 参见邵建东论文。

一般放在傍晚五点至七点。“专题讨论”为高年级学生开设，涉及的范围可以较为广泛，如“银行法专题讨论”；但也可以非常专业，如“纵向限制竞争行为研究”。学生上某门专题讨论课时必须作充分的准备。通常在本学期接近期末的时候，教授就将自己开设的专题讨论课的名称、题目范围、时间等公布出来，供学生报名选择。学生在选择了自己的论文题目后，一般利用假期时间查阅资料、撰写论文，并须在规定的期限将若干份论文交给教授的秘书，供其他学生索取阅读。正式上专题讨论课，每次由一至二名学生报告自己论文的内容，然后在教授主持下大家进行讨论。由于上课前学生都已经阅读了报告人的论文，对专题的内容大都有所了解，所以讨论时大家都有话可说，比较热烈。这种专题讨论，在德国、美国和日本都很盛行，而日本主要是受了德国的影响。

德国法律教育的第四种方法，是自由讨论。这种教育方法与专题讨论比较接近，所区别的是，后者有比较固定严格的专题，每次讨论的前半部分时间都有一位主讲人作研究报告，而自由讨论则并无严格的专题限制，也没有主讲人，参加的学生在老师的引导下，就讲义、练习、专题讨论以及司法实践中感兴趣的问题发表自己的见解，展开自由活泼的讨论。

在德国，大学法律系本身没有毕业考试，毕业考试就是国家考试。学生经过平均七个学期（三年半时间）的学习之后，必须参加第一次国家考试（Referendarexamen）。该考试不是由国家统一命题，而是由各州分别组织进行。而且，每次考试都在各州高等法院进行，具体负责的机关是各高等法院附属的司法考试委员会（Justizprüfungsamt），委员会由委员长、代理和若干名委员组成。委员长和代理必须从已经具有法官资格的司法官员中选择，而委员则由大学教授、法官、检察官、律师以及已经获得法官和高级行政官资格的国家公务员中间选择。

考生为参加考试，首先必须向上述司法考试委员会提出考试申请，申请书写明出生地、住所、所注册的大学（至少呆了二年以上时间者）。考试一般和学生学习完成时间相一致，原则上自离校时算起，必须在6个月内进行。如果有重大理由超过了6个月的期限，考生必须重新回到大学学习一个学期，而后方被准许参加考试。考试的日期并不固定，通常凑满五个人以上即可进行，而口试则每周进行一次。想参加者随时都可参加。

各州高等法院司法考试委员会组织的考试内容尽管各有区别，但主要内容是一致的，即考试都包括九门课：

1. 民法，包含劳动法、农业法、著作权法、专利权法的概要；
2. 商法，包含公司法和有价证券法；
3. 刑法；
4. 法院法以及审判程序法的概要；
5. 国家法（包含各主要发达国家的概要）、行政法以及国际公法；
6. 旧教以及新教的教会法；
7. 罗马法；
8. 德意志法制史以及德意志私法史概要；
9. 经济学以及财政学的概要。<sup>①</sup>

第一次国家考试的方式有两种：笔试和口试。笔试又分为回家考试和监督考试。具体程序为：考试委员会从上述考试科目中选择一个问题（一般是判例）交给学生，让其回家去做，六个星期内交出，以考察其分析问题、研究问题、解决问题的能力。假

---

<sup>①</sup> 参见武藤春光著：《美国、英国以及西德的法律教育》第150页。至90年代，这些科目也无大的变化。参见 N.G.Foster, *German Law and Legal System*, p.68.

如学生在六个星期内交不出答卷，可以再考一次。但如果第二次仍然交不出答卷，考试就算不合格。<sup>①</sup>

回家考试通过后，考生马上参加在监考官员监考之下进行的关于民法、刑法、商法或宪法（包括行政法）三门课的考试。一天考一门，每天考五个小时，除《六法全书》之外，其他任何书籍都不准带入考场。<sup>②</sup> 考题也是兼具法学理论和司法实务的问题。主要是考察学生理解和分析问题的能力。考生如果有充足的理由缺考，或者虽参加了考试，但未合格，和回家考试一样，可以有第二次机会。

通过监督考试之后，学生就可以参加口试了。口试由司法考试委员会中的四名委员组成的小组进行，组长原则上必须是高等法院的法官，其他三名成员中，有二人必须是大学教授，另一人可以是法官，也可以是检察官和律师。组长最迟必须在口试前一天，与考生一个个见面，对其基本情况有一个感性的了解。参加口试者一般也是五个人一组，口试时间为五个小时，内容涉及上述考试课程的整体。考试不仅要看学生对某些法律知识的掌握程度（记忆力），也要看其对整个法律体系的了解。

由于德国大学法律系毕业的学生，主要去向是法官、检察官、律师、高级公务员（包括国家立法和行政机关的官员）、企业中的法律顾问和管理阶层、大学法学教师，而担任这些职务者几乎都必须获得法律职业工作者的资格，因此，通过了第一次国

---

① 根据德国的教学体制，考试成绩分为如下五等：

1 = "sehr gut" (very good)

2 = "gut" (good)

3 = "befriedigend" (satisfactory)

4 = "ausreichend" (sufficient)

5 = "mangelhaft" (insufficient).

② N.G. Foster, German Law and Legal System, p.69.



家考试的大学毕业生，必须参加司法实务进修。

按照德国《法院组织法》第2条的规定，这种进修的期间为三年至四年，<sup>①</sup> 其具体分配为：

小简易法院五个月；

地方法院六个月（其中，至少有四个月必须在民庭）；

检察院三个月；

律师和公证员五个月；

大简易法院五个月；

行政事务六个月；

高等法院六个月。

在这些部门进修的内容，主要是就大学课堂上所学的法律知识再予以实务性训练、消化，重点是掌握各种法律的、行政的程序，以及各种法律文书和行政文书的制作。进修的成绩由各部门的带教老师作出。学生如果在进修期间确有理由需要请假，必须得到高等法院长官的许可。

司法进修结束后，合格的学生就可以参加国家第二次司法考试（Assessorexamen）。和第一次国家考试一样，该考试也是由各州自行出题，以各州高等法院为单位进行。考试的目的是考察学生的理论和实务方面的综合能力，判断学生是否具有从事法官、检察官、律师、大学法学教师、高级行政官员的能力。考试的科目为民法、刑法、强制执行法（或者破产法、或者非讼案件程序法、或者商法）、宪法（或者行政法），考试方式与第一次国家考试相同。<sup>②</sup>

第二次国家司法考试合格者，就获得了法律职业工作者的资

---

① 至90年代，这种进修的期间有所缩短，但最短仍需二年半时间。见N.G.Foster, *German Law and Legal System*, p.69.

② 参见武藤春光著：《美国、英国以及西德的法律教育》第177—182页。

格，在德国称“候补文职人员”(Assessor，也译为“陪审推事”)或“合格的法学工作者”(Volljurist)，可以出任法官、检察官、律师、公证员以及高级行政官员，也可以在大学担任法律教师，乃至进军各大企业。<sup>①</sup> 1957年汉堡等三个州通过国家第二次司法考试的法律系毕业生共有235人，担任法官和检察官的有50余人、担任律师的有70余人、担任行政官员的有60余人、进入私营企业的有70余人。<sup>②</sup>

上述比例以后基本上无大的变化，如1993年德国法律职业工作者的分布大体为：出任注册辩护人的有67562人、出任公证员的有1562人、出任法官的有18913人、出任检察官的有4920人、出任国家及地方公务员的有40000人、进入企业当律师的有40000人。<sup>③</sup>

以前，德国各所大学的法律系都不设法学硕士学位。80年代，为了适应国际间法学交流的需要，格廷根大学法律系率先制定了硕士条例，规定对外国的进修生可授予法学硕士学位。取得法学硕士的条件是：外国进修生在本国已经取得与德国第一次国家考试相应的学历，在格廷根大学学习四学期，通过五门科目的考试，硕士论文合格并通过论文答辩。现在，德国不少大学如慕尼黑、科隆、不来梅等大学的法律系也设置了法学硕士学位。当然，德国本国法律系的学生是不能够取得硕士学位的。<sup>④</sup>

① N.G.Foster, *German Law and Legal System*, p.70.

② 参见武藤春光著：《美国、英国以及西德的法律教育》第184页。附带说一下，统一前东德的法律教育与西德的并不相同，即法律专业学生在经过四年大学本科学习、一年的司法实务活动之后，只需通过一次考试，即可成为一名法官或检察官、律师和公证员。参见N.G.Foster, *German Law and Legal System*, p.71.

③ Erhard Blankenburg and Ulrike Schultz, *German Advocates: A Highly Regulated Profession*, 1995. 杨亚沙译：《德国的辩护人：高度规则化的职业》，载宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社1998年版。

④ 参见邵建东论文。

至于法学博士学位，有关取得的条件和程序则同样适用于德国本国学生和外国学生。对于德国本国学生而言，通过第一次国家考试且成绩优秀者，即可向系主任提出申请取得法学博士生资格；外国人则必须取得德国的法学硕士学位且成绩优秀。因此，从理论上说，德国法律系学生在通过第一次国家考试（相当于我国的法学学士）后就可成为博士生，攻读法学博士学位。当然，在实践中，大多数毕业生都要去见习研修，准备第二次国家考试，在成为一名“合格的法学工作者”之后再申请攻读博士学位。也有不少学生先申请取得博士生资格，然后在见习研修期内或在工作过程中撰写论文，这些人平时根本不呆在大学里。

取得博士学位的条件是提交独立完成的法学论文并通过论文答辩。教授指导博士生没有统一的方式，有些导师偏重于自由放任，有些则定期组织讨论会。在后一种情况下，教授要求每位博士生将自己论文的构想、提纲、基本观点、论证方式等情况向导师和同学报告，然后教授组织大家进行批评、讨论。论文完成并经导师口头认可后，即可向系主任提出要求指定论文评阅人并提出论文答辩的申请。提出该申请时，必须附上所有的学历证明（包括中学毕业证书）和学分成绩单，还必须要求市政厅出具自己的操行证明。申请被受理后，系主任指定两名论文评阅人，并将论文公开陈列三周，任何人都可在这个期间内对论文提出异议。在论文评阅人认定论文合格后，系主任便安排论文的答辩。答辩通常不是一个学生一个学生地进行，而是若干个学生一起接受答辩。答辩委员会有三名教授组成，分别代表私法、公法和刑法三个学科。答辩基本上不涉及论文的内容，而是一种学术谈话，内容涉及所有法学领域。<sup>①</sup>

---

① 参见邵建东论文。

## 二、法律职业

随着大学法律教育的兴起，德国的法律职业也开始受到社会的重视。<sup>①</sup>一般而言，在律师业尚不发达的中世纪，法律职业主要是大学法律系的教师、法院等司法实务部门的官吏，以及政府等部门的法律顾问、公证员等。这种情况至近代以后仍未发生大的变化。自17世纪末以来的二百多年间，“法律职业中，法官和公务员始终占有多数，而辩护人（律师）则为少数。”<sup>②</sup>

在中世纪德国的大学中，最早的一批法学教授都是在意大利和法国的大学法律系接受的教育，13世纪前后这种留学法律的人数曾达到最高峰。15世纪以后，随着德国本土大学法律系的创办，学法律的青年人才开始放弃去意大利和法国的计划，而在德国的大学中学习法律。同时，在德国，最早的大学法律职业阶层，主要是意大利人和法国人，而不是德国人。如巴塞尔大学自1460年以后、图宾根大学自1477年以后、弗赖堡大学自1479年以后、维也纳大学自1493年以后，其法学教授的职位都曾经为意大利人和法国人所占据。<sup>③</sup>这种局面到16世纪以后才开始得以改变。

在中世纪德国，有影响的法院首先是教会法院。在这种教会法院中，使用的都是书面的罗马程序法，而当时的意大利、法国和德国各大学中教授的又都是罗马法，因此，教会法院的职位，首先就为各大学法律系的毕业生所占据。除了教会法院，德国各地还存在许多地方法院。这些法院由非职业法官主持。然而，由于这种法院适用程序上的不确定因素过多，而诉讼当事人希望纠

---

① “在德国，严格意义上的法律职业（Legal professions）是指律师、法官、公证员和检察官”（N.G.Foster, German Law and Legal System, p.72）。

② 参见 E.Blankenburg and U.Schultz 著：《德国的辩护人》。

③ 参见 Franz Wieacker 著，铃木禄弥译：《近世私法史》创文社1978年版（以下所引该书均为此版本），第154页。

纷的解决更有确定性，因此，地方法院对诉讼当事人的吸引力也越来越小。这样，就造成了两个后果：一是当事人转而求助于教会法院；二是地方法院本身开始求助于大学法律系，它们或者聘请有专业素养的大学法律教授来法院任职，或者向教授们请教罗马法的专门知识。这一方面促进了大学进行法律（尤其是罗马法）教育的积极性，另一方面，又慢慢形成了法院中具有法律专业素养的职业法官为主、不具有法律专业素养的非职业法官为辅的传统。这种传统一直延续到现在。<sup>①</sup>

进入现代，尤其是第二次世界大战以后，德国的法律职业也逐步定型。即如前所述，从事法律职业的人员，都必须经过大学法律系的教育，都必须经过二次国家司法考试，获得法律职业工作者的资格。和美国的制度不同，德国的法官、检察官，并不是从律师中选择，而是从那些获得法律职业工作者资格的人中间直接聘任。一旦当上律师、法官或检察官以后，他们互相之间则很少交流。此外，德国的法官、检察官和立法部门、行政部门的官吏属于同一性质，由联邦或各州的政府内阁任命。

在德国的法律职业中，由于大学法律教师在前面已经作了介绍，法官和检察官将在后面第七章中详细论述，故这里仅就律师业作点说明。如前所述，在德国近代以前，律师业并不发达。至18世纪上半叶，这种局面有所改观，但律师仍受到人们尤其是

---

<sup>①</sup> 目前，德国在审理刑事案件时所组成的五人法庭（三位职业法官，二位非职业法官）和三人法庭（一位职业法官，二位非职业法官），就是这种传统延续的鲜明体现。

国家及其官吏们的轻视。<sup>①</sup> 当时每年法律毕业生中，只有四分之一从事律师业务，而四分之三则从事政府文职工作。

然而，自 20 世纪，尤其是第二次世界大战以来，律师业获得了飞速的发展，其人数逐步上升，成为法律职业中数量最多者。比如，1957 年，西德共有法官、检察官和律师 29 853 人，其中，律师就有 16 400 余人。<sup>②</sup> 至 1993 年，德国有法官 18 913 人，检察官 4 920 人，而注册律师有 67 562 人，这还不包括在企业从事律师业务的 4 万余名商业律师。<sup>③</sup>

下述表格，反映了一百多年来德国律师业的发展情况：

注册辩护人人数增长情况（1880 年—1994 年）

政治形势	年份	注册辩护人人数	人口与律师比
联邦结束之时	1880	4091	11100
	1895	5597	8330
	1905	7835	7140
	1913	12297	5260
第一次世界大战	1914—1918		
	1919	12030	5260
	1925	13578	4550

① 1739 年，普鲁士国王弗里德里克·威廉一世（Friedrich Wilhelm I, 1688 年—1740 年）曾发布敕令，清楚地表明了他对律师的藐视：“凡胆敢惑乱军心，怂勇他人做区区小事，如请求赦免等，呈递诉状或任何诉讼案卷之辩护人，检察员以及法案起草者，将与狗类一并绞死，决不宽恕。”参见 Erhard Blankenburg and Ulrike Schultz, *German Advocates: A Highly Regulated Profession*, 1995. 杨亚沙译：《德国的辩护人：高度规则化的职业》。

② 参见武藤春光著：《美国、英国以及西德的法律教育》第 130 页。

③ 参见 Erhard Blankenburg and Ulrike Schultz, *German Advocates: A Highly Regulated Profession*, 1995. 杨亚沙译：《德国的辩护人：高度规则化的职业》。

续表

政治形势	年 份	注册辩护人数	人口与律师比
第三帝国	1933	19276	3330
	1935	18712	3450
	1939	14800	4760
第二次世界大战	1939—1945		
联邦共和国	1950	12844	3850
	1955	16824	3120
	1960	18347	3030
	1965	19796	2860
	1970	22822	2630
	1975	26854	2270
	1980	36077	1690
	1985	46927	1300
两德统一	1990a	57082	1110
	1994b	70483	1080

a. 前东德各州共有 1800 名注册辩护人，或平均每 8800 人有 1 名开业律师。

b. 前东德各州共有 5500 注册辩护人，或平均每 2900 人有 1 名开业律师。<sup>①</sup>

尽管如此，德国律师的地位仍不如法官、检察官、大学教授和高级行政官员。在德国，律师只是“在政府和文职部门求职无

<sup>①</sup> 参见 Erhard Blankenburg and Uirike Schultz, *German Advocates: A Higly Regutated Profession*, 1995. 杨亚沙译：《德国的辩护人：高度规则化的职业》。

门者的职业”。<sup>①</sup> 目前，德国的律师从事的业务一般为：担任政府部门的文职工作（参与决策和管理事务）、私营公司的法律顾问（私营公司的律师）、私人开业做个体律师（占德国法律职业总人数的 50%）、加入大的律师事务所（但德国大的律师事务所很少，10 个合伙人以上的律师事务所仅占注册律师人数的 6%）、公证员（德国的公证员也是律师）等。

在德国，从事律师业务要符合一定的条件，即获得法律职业资格者必须将从业申请提交给申请人打算被录用的法院，并经该管辖区上诉法院批准。获准开业以后，可以从事各种律师业务。但就民事案件而言，辩护人只能在其被录用的法院从事诉讼代理。在所有的家庭法院、地区法院以及上诉法院，当事人双方则必须由辩护人代理诉讼。此外，辩护人也享有在州劳资争议法院、联邦劳资争议法院以及联邦行政法院代理的垄断权。

对律师的违法乱纪行为的惩戒，由辩护人事务委员会实施，该会系“州司法部法律监督下的自治法院”。就惩戒问题的上诉，应提交由法官和律师组成的联合法庭，然后上诉至联邦（最高）法院。凡在各上诉法院管辖区从业的律师，均属其“辩护人委员会”。此外，还有若干自愿性组织。1990 年，约有 3.6 万辩护人或注册辩护人的 60% 属于德国辩护人协会。该协会旨在维护职业利益，为其成员提供援助，如组织继续教育、创办刊物、提供咨询、举行各种专业的或交际性的会议等。<sup>②</sup>

在德国，律师界没有美国那种在收入上的悬殊差别，联邦的《律师收费条例》对律师的服务有强制性收费标准。民事案件的费用根据诉讼标的额确定；刑事辩护的费用则根据《律师收费条

---

<sup>①</sup> 参见 Erhard Blankenburg and Uirike Schultz, *German Advocates: A Highly Regulated Profession*, 1995. 杨亚沙译：《德国的辩护人：高度规则化的职业》。

<sup>②</sup> 同上。



例》。就咨询而言，辩护人可视情况的不同收取一定比例的费用。律师不得竞相削价，否则将受到辩护人委员会的惩罚。律师也不允许收取成功酬金，诉讼法律费用保险的收取也应根据收费计划进行。总的而言，在德国，律师的平均收入低于医生、税务顾问、注册会计师和公证员，但高于工程师和建筑师。

#### 第四节 法学家的作用

在上述德国法的发达过程中，德国一大批法学家发挥了巨大的作用，他们或著书立说，阐述法理，传播法律知识；或投身于法律教育，传授、培养青年法律人才；或积极参与国家的立法和司法活动，提出新的观念和原则，为奠定近现代德国的法律体系和法学体系作出了贡献。限于篇幅，下面仅对其中一些杰出者作些介绍和评述。

##### 一、塞西斯

塞西斯 (Udalricus Zasius; Ulrich Zasius, 1461年—1535年)，既是一位司法实务工作者，又是一位法学教师，是莱茵河上游地区人文主义法学派的代表人物之一，与巴塞尔地区的人文主义法学派有着密切的联系。

塞西斯对中世纪德国的法律发展作出了重要的贡献。首先，他撰写了一系列对普及当时的法律知识发挥巨大作用的小册子，如《洞察》(Intellectus)、《念人的工作》(Lucubrationes)，以简洁、明快、优雅的文字，阐述法律史知识。其次，塞西斯创立了弗赖堡地区人文主义法学派，其弟子后来成为德意志地区司法实践活动中的骨干。最后，塞西斯参与了当时德国的一系列立法活动，在制定各邦国的法典中发挥了作用。

## 二、西哈鲁德

西哈鲁德 (Johannes Sichard, 1499 年—1552 年), 1521 年在弗赖堡大学学习法律, 1535 年出任图宾根大学查士丁尼《学说汇纂》课程的教授。

西哈鲁德对德国法律发展的贡献, 一是在大学讲授、传播罗马法知识, 为培养法律人才作出了贡献; 二是积极参与司法实务活动, 曾是当地一位很有名的律师兼公证员 (Gutachter, 旧译“鉴定家”), 在社会上享有很高的声誉; 三是积极参与政府的立法活动, 1555 年符腾堡邦法的制定, 留有西哈鲁德巨大的足迹; 四是在整理德意志民族早期习惯法、部族法文献方面, 也作出了贡献, 如西哥特法典抄本 (Westgotisches Breviar) 以及狄奥多西法典以前的《瑟芒迪斯宪章》 (Sirmondische Konstitutionen), 就是经过他的校勘、整理而得以出版的。

## 三、菲哈尔德

菲哈尔德 (Johann Fichard, 1512 年—1581 年), 中世纪文艺复兴运动中城市贵族的代表之一。1533 年在故乡莱茵河畔的法兰克福 (Frankfurt am Main) 出任相当于市政府法律顾问的书记 (Syndikus)。1536 年—1537 年, 在掌握了人文主义思想和罗马法知识以后, 出游意大利各地。1538 年重新回到法兰克福出任法律顾问 (Justitiar), 并担任公证员工作。

菲哈尔德对德国法发展的贡献, 一是作为一名评论法学派 (The School of Commentatores, 即后期注释法学派, 根据地意大利) 的代表, 写下了许多关于罗马法的注释作品; 二是积极从事于当地政府的立法活动, 如 1571 年菲哈尔德所在邦的宪章的制定、1581 年法兰克福改革法典的制定等, 都是在他的积极参与下得以实现的。“从其博学多才以及对外部世界的通晓程度来

看，他很可能是一位具有当时最为优秀的法律家的素养的人物。”<sup>①</sup>

#### 四、修瓦兹恩伯格

修瓦兹恩伯格（Hans von Schwarzenberg, 1463年—1528年），出身于骑士家庭。30岁以后，出任班贝格（Bamberg）和维尔茨堡（Wurzburg）的司教（诸侯）的行政官员，参与政治决策和立法事务。1524年以后，受宗教改革运动的影响，离开司教，去勃兰登堡工作，在世俗贵族之间宣传法律知识。

修瓦兹恩伯格对德国法律发展的贡献，主要是他亲自起草了在宗教改革运动中发挥了巨大作用的1507年《班贝格刑事法院法令》。该法令将意大利的刑法学与德国骑士家族的法律经验，即保守的法律感情和创作性的法律意识有机地融合在一起，从而在法律和伦理方面都达到了当时的最高水平。该法令后来就构成了中世纪西欧重要法典《加罗林纳刑法典》的指导思想和价值基础。

#### 五、卡尔普查夫

卡尔普查夫（Benedikt Carpzow der Jungere, 1595年—1666年），出身法律世家。1618年，在维滕贝格（Wittenberg）大学获得博士学位，并赴意大利、法国、英国进修法律。1620年，出任莱比锡审判人会的助理（Adjunkt）。1623年，成为该审判会的正式成员，以后，卡尔普查夫终身在此审判会中任职。1645年，卡尔普查夫同时出任莱比锡大学的法学教授。1653年—1661年，又兼任德累斯顿（Dresden）选侯的顾问官。

在西欧启蒙时代，曾有一种传言，说卡尔普查夫在出任审判

<sup>①</sup> 参见 Franz Wieacker 著：《近世私法史》第157页。

人会成员时，曾作出了二万余件死刑的判决。这是一种误传。因为整个莱比锡审判人会在卡尔普查夫任职的三十年时间内，作出的死刑判决也不过三百至四百件。此外，在同一时间，其他地方法院都以“魔女审判”的形式，迫害了许多在宗教上持异端的女性，而莱比锡在审判持不同教义、不同信仰的女性时，未曾作出过一件宣布“魔女”死刑的判决，当时的女当事人均被无罪开释。

卡尔普查夫对德国法的贡献，除了上述司法实务活动之外，还表现在他出版了一系列阐述普及法律知识的作品，如《罗马·萨克森法院的法律学》(Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica, 1638)、《法的解答拔萃》(Responsa juris electoralis, 1642)、为路德派的教会法构筑体系的《教会的法律学》(Jurisprudentia Ecclesiastica, 1649)和《萨克森帝国的新判例》(Practica nova Imperialis Saxonica, 1658)等。由于这些作品，卡尔普查夫被认为是当时最为博学的法律实务家。

## 六、普芬道夫

普芬道夫 (Samuel Pufendorf, 1632 年—1694 年)，出身于萨克森一个牧师的家庭。在耶拿 (Jena) 跟随德国的“笛卡尔主义”者维格尔 (E. Weigel) 学习，后在哥本哈根跟随瑞典公使科也特 (Coyet) 手下当执事 (Hofmeister)。由于此原因，1658 年在丹麦与瑞典之间爆发战争时，受到临时拘押。被释放后，随科也特赴海牙。1661 年，受一位属于教会改革派人士的选侯的招聘，担任当地一所大学的自然法和国际法教授。1677 年，出任在斯德哥尔摩的瑞典宫廷史家兼国务次官。1687 年，受聘前往柏林出任当地大选侯的宫廷史家和国务次官。

普芬道夫的主要作品有：二卷本《普遍的法律学纲要》(Elementa Jurisprudentiae Universalis Libri II, 1660)、八卷本《论

自然法和万民法》(De jure Naturae et Gentium Libri VIII, 1672)等。这些作品,除了具有深刻的法哲学价值(普芬道夫是资产阶级古典自然法学派的代表之一)之外,<sup>①</sup>对德国近代私法的法典化和体系化也作出了贡献。

比如,在普芬道夫作品的影响下,当时德国各邦国编纂的法典都设置了“总则篇”。

又如,在《论自然法和万民法》一书中,普芬道夫对契约的理论作了比较充分的论述,如“契约必须是以明示的或其他合适的方式来表明的意思的合致”这一关于契约的定义,为使契约得到切实履行而应采取的诸种条件,契约缔结过程中代理概念的系统表述,以及对契约的分类(如要物契约、诺成契约、语言契约、文书契约,以及无偿契约、有偿契约和混合契约)等等,这些观点对当时各邦以及后来的法、德两国的债法理论均产生了巨大的影响。

再如,普芬道夫在上述著作中,对所有权的理论作了阐述,如所有权取得的各种要件等,尤其是他基于罗马法学家盖尤斯的学说提出的继承是取得所有权的一种重要方式的理论,后来在1804年《法国民法典》第三编“所有权的取得及其方式”中得到了充分的体现。

## 七、胡果

胡果(Gustav hugo, 1764年—1844年),生于洛拉哈(Lorrach),后移居北德意志。1782年以后在格廷根大学学习,1788年毕业后出任该大学的讲师,1792年晋升为教授。直至去世,胡果一直在格廷根大学执教。其间,曾于1819年出任当地政府的枢密院顾问。

<sup>①</sup> 参见何勤华著:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第199页。

胡果的主要作品有：《作为实定法哲学的自然法论》(Naturrecht als Philosophie des Positiven Rechts, 1798年)、《民事讲座教程》(Lehrbuch eines zivilistischen Kursus, Vols, VII, 1792年—1802年)、《近四十年来民事书籍介绍文集》(Beiträge zur zivilistischen Bucherkennntnis der Letzten vierzig Jahre, Vols, II, 1828年—1829年)、《查士丁尼以前罗马法史教科书》(Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian, 1832)等。

作为历史法学派的创始人，胡果提出了一系列关于法的基本观点。他认为，由于在立法时人们无法做任何实验，因此，对立法而言，一般性的思索是没有价值的。在一定的民族的诸法规以及诸法律中，是不会顾及到一般性的自然法的，如同医生在开处方时不会考虑到物体论的形而上学（即物理学的各项原则）一样。

基于这一立场，胡果对启蒙主义的立法者提出了批评。他认为：“为了能在（法典）上署名而向统治阶级提出立法建议的法学家，平均而言，其聪明和智慧并不比同时代的其他人强”。<sup>①</sup>他强调，法的渊源是习惯，是事物的本性，应该通过历史的、比较的方法，从现存的事物（习惯法等）中引导出将来应发生的法律规范（法律关系）。因此，自然法不应当是我们所追求的正确、符合目标的标准。这里，胡果事实上是站在经验主义的立场上对自然法作了批判。

胡果的主要成就，虽然是在构造经验主义的法哲学方面，但是他对德国民法的发展也作出了巨大的贡献。一是他在上述《作为实定法哲学的自然法论》一书中，明确提出了“法人”（juristische person）一词，从而为以后法学界研究、发展法人理论和制度作出了贡献。二是于1805年在《潘德克顿教科书》一书中

<sup>①</sup> 参见 Franz Wieacker 著：《近世私法史》第470页。

明确提出了“法律行为”(rechts-geschäft)一词,将人们在民事法律关系中的各种行为予以概括和抽象,从而对后世民法的发展产生了深远的影响。<sup>①</sup>

## 八、萨维尼

萨维尼(F.C.von Savigny, 1779年—1861年),生于法兰克福一个贵族家庭。父辈原是法国阿尔萨斯(Alsace)骑士阶级,17世纪初叶因宗教原因而被迫离开故乡,移居德国。但萨维尼并没有沾多少家庭的光,因为在12岁时,他就成了一个孤儿。他父亲的一个朋友,当时任帝国法院(Reichskammergericht)的法官纽拉特(M.de Neurath)收养了他。<sup>②</sup>纽拉特让萨维尼和其儿子一起跟他学习法律。15岁时,他又让他们学习一些比较深的课程,包括法学概论、自然法、国际法、罗马法、德国法等。通过系统的问答,一些基本的原则和概念都被灌输进了这两个孩子的头脑中。1795年,在萨维尼16岁时,他进了马尔堡大学。1800年,以论文《论犯罪观念的竞合》获得法学博士学位。同年,留校担任讲师,主讲刑法以及乌尔比安《学说汇纂》、继承法、债法、法学方法论和罗马法史。<sup>③</sup>在当时的德国,贵族家庭出身的青年,学习法律之后,一般都步入仕途,像萨维尼这样甘心当一名教师者可谓极少。

1803年,萨维尼出版了处女作《占有权论》(Das Recht des Besitzes)。此书一问世便轰动了西欧法学界,连在大洋彼岸的英国分析法学派的代表奥斯汀(J.Austin, 1790年—1859年)都被此书所折服。他在《法理学范围的确定》(1832年)中,赞誉

① 参见何勤华著:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第262页。

② Sir John Macdonell and Edward Manson, Great Jurists of the World, p.562. Boston, 1914.

③ Ibid, p.563.

该书“是所有论述法律的著作中，最完善和最出色的。”<sup>①</sup> 该书分为六篇，分别论述了占有的概念、占有的取得、占有的丧失、占有的保护、围绕占有发生的各种财产权利以及作为一个法律领域占有所涉及的理论问题等。

1810年，柏林大学建立，萨维尼应邀担任法律学教授。1812年，萨维尼出任柏林大学校长（时年他才33岁）。在他培养的学生中，有霍尔威格（Hollweg）、克兰兹（Klenze）、鲁道夫（Rudorff）和普赫塔等。其中，普赫塔最为出名。

1813年，萨维尼发表了《论当代立法及法学的使命》（Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft）的著名论文，认为当时德国有些人要求立即制定一部统一的德国民法典的观点是不对的，因为在当时的德国还不具备制定统一法典的条件。这些条件就是立法者和法学家必须对历史上的法进行深入研究，必须具备渊博的法律知识。在不具备这种条件时，立法者和法学家的使命就是对德国历史上的法律渊源进行深入研究。在这个观点的支配下，1815年，萨维尼与艾希霍恩（K.F.Eichhorn, 1781年—1854年）等共同创办了《历史法学杂志》。

1815年—1831年，萨维尼出版了《中世纪罗马法史》（Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter，六卷。第二版七卷，1834年—1851年）。在该书中，萨维尼对勃艮第（Burgundy）、德意志、英国、东哥特、意大利、伦巴第等王国和地区的罗马法作了论述，收集整理了“注释法学派”之后各种关于罗马法的原始文献资料，其中有一章还对中世纪欧洲各个大学的法律教育作了专题论述，对“注释法学派”以后的各位著名法学家的著作作了总结和整理。萨维尼在本书中提供的资料，直至今日

<sup>①</sup> Sir John Macdonell and Edward Manson, Great Jurists of the world, p.568.



仍然是极为珍贵的。

1840年—1849年，萨维尼出版了其经典作品《现代罗马法的体系》（System des heutigen Romischen Rechts，八卷）。1851年至1853年，又出版以作为该书分论（或者说是续编）的《债权法》（Obligationenrecht，二卷），进一步构造了一个现代民法学的体系（尽管这个体系尚未完成，但基本点都已具有）。

萨维尼对德国法和法学发展的贡献主要体现在两个方面。

首先，他对法的产生、法的本质等法哲学的基本问题作了系统阐述。萨维尼认为，“法律只能是土生土长和几乎是盲目地发展，不能通过正式理性的立法手段来创建。”<sup>①</sup>他指出：“一个民族的法律制度，像艺术和音乐一样，都是他们的文化的自然体现，不能从外部强加给他们”。“法律如同语言一样，没有绝对停息的时候，它同其他的民族意识一样，总是在运动和发展中。……法律随着民族的成长而成长，随着民族的壮大而壮大，当这一民族丧失其个性时，法便趋于消逝。”<sup>②</sup>

萨维尼认为，法的这种产生也不是毫无规律可言的，它的发展呈现几个阶段。第一阶段，法直接存在于民族的共同意识之中，并表现为习惯法。第二阶段，法表现在法学家的意识中，出现了学术法。第三阶段就是编纂法典。但即使是到了此阶段，也要谨慎立法。从当前的眼光来看，萨维尼的这种观点，既有保守的地方，也有不少精辟的见解，不能全盘否定。

萨维尼认为，法并不是立法者有意创制的，而是世代相传的“民族精神”的体现；只有“民族精神”或“民族共同意识”，才是实在法的真正创造者。在《现代罗马法的体系》中，萨维尼指

---

<sup>①</sup> 参见张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第369页。

<sup>②</sup> 同上。

出，法律的存在与民族的存在以及民族的特征是有机联系在一起的。在人类“历史的早期阶段，法律已经有了该民族独存的固有的特征，就如同他们的语言、风俗和建筑有自己的特征一样。不仅如此，而且这些现象并不是孤立存在的。它们不过是自然地不可分割地联系在一起的、具有个性的个别民族的独特的才能和意向。把它们联结为一体的是民族的共同信念和具有内在必然性的共同意识”，<sup>①</sup>而这种共同意识，就是各个民族的不同个性。法律就是反映了一个民族的共同意识和信念。

萨维尼最后得出结论：法的真正发展动力乃是民族精神，人的意志决不能参加法的发展过程。立法者不能修改法律，正如他们不能修改语言和文法一样。立法者的任务只是帮助人们揭示“民族精神”，发现“民族意识”中已经存在的东西。萨维尼的这些观点，后来就成为历史法学派（historische Rechtsschule）的代表性论点。由于萨维尼的努力，历史法学派成为当时欧洲法学界的主流学派，并支配西方法学理论界达近一个世纪。<sup>②</sup>

虽然，过去人们一般认为，历史法学派是作为一种对自然法的反动的思潮登上历史舞台的，但现在愈来愈多的学者认识到，历史法学派只是在一些理论观点和主张上与自然法学说相左，而在本质上是一样的，它仅仅在自然法的内容上加上了人文主义、国民意识等内容，使其更为丰富、更加适应社会的现实。尤其是在历史法学派的孕育下诞生的“潘德克顿法学”，其体系和概念，

---

<sup>①</sup> 参见张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第371页。

<sup>②</sup> （美）R. 庞德著，曹玉堂、杨知译：《法律史解释》“作者前言”，华夏出版社1989年版。

大都属于自然法学。<sup>①</sup> 历史法学派适应资本主义生产方式和资产阶级的统治需要而产生，在历史上具有进步意义。

其次，萨维尼的私法学理论为西方私法学体系的形成作出了贡献。这一私法学理论，主要集中在《现代罗马法的体系》一书中。在该书中，萨维尼通过对法律关系的理论分析，构建了一个完整的民法学体系。

这里的法律关系 (Rechtsverhältnisse)，被萨维尼限定在私法领域。萨维尼认为，在自然界，人是最重要的因素，人为了生活，必然地要与他人发生各种各样的关系。由法律规范的人与人之间的关系，就是法律关系。“各个法律关系，就是由法律规定的人与人之间的关系。”<sup>②</sup> 其本质，就是划定个人的意思所能独立支配的范围。

这里，意思支配涉及三个对象，即本人、无自由意思的自然、以及他人。据此，可以将所有法律关系认可为三种：

第一种是人自出生起就拥有的权利，它在其生命期间是不可剥夺的，一般称为“原权” (Urrecht)，它与后天从他人处获得的权利形成对照。由原权引发出来的是思想的自由、人的不可侵犯性等。而将这种权利（法律关系）排除开，将取得的权利作为唯一研究的对象，剩下的就只有两种法律关系，即与自然的关系和与他人的关系。

要全部支配自然是不可能的，可以为人所能够支配的那部分自然界，称为“物” (sache)。关于物的权利，就是所有权。它属于比较简单的法律关系。

---

① Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen, 1952. 铃木禄弥译：《近世私法史》第 465 页，创文社 1978 年版（以下引该书均为此版本）。

② （德）萨维尼著，小桥一郎译：《现代罗马法的体系》第一卷，第 298 页，成文堂 1993 年版（以下引该书均为此版本）。

与此相比，第二种即将他人作为对象的法律关系，就并不这么简单了。在拥有对他人的人身权利的场所，就是古代奴隶制关系；在对他人的某种特定的行为拥有权利的场所，就是债权。它不仅在包含我们的意思被扩张支配于外界某部分这一点上和所有权具有相类似的性质，而且与所有权也发生着一种特别的关系。具体表现为：第一，通过对债权进行金钱评价，可以使债权转换成所有权；第二，最普遍最重要的债权，都是以取得所有权或一时利用所有权为目的的。在这个意义上，我们将这些关系的总体称为财产，将关于财产的所有法律关系称为财产法。<sup>①</sup>

但是，人与人之间仅发生这种财产关系的话，单个人的主体性作为人类的整体性，还是不完全的，需要补充。这种补充，分两个方面：其一，是来自于性的区别和性的联系的补充，这构成了婚姻关系；其二，人生活在世界上，有一个时间限制，即人有一个从孩子成长为大人，又变为老者乃至死亡的问题，这就涉及到了生殖、子女的抚养以及死亡后财产的继承问题。由人的婚姻、人的生殖，又产生了其他一系列的关系，如夫妻、父母子女以及家族和亲戚等，以及调整这些关系的法律体系，构成了又一个法律部门——亲族法。这样，与各种法律关系相适应，形成了三个大的法律部门：亲族法、物权法和债权法。<sup>②</sup>

就这样，萨维尼从法律关系入手，在理论上循序渐进地构建了民法体系的各个部分，显得十分合理，也充满了逻辑的力量。《世界上伟大的法学家》一书的作者在评价萨维尼时，曾说了这样一段话：萨维尼对法律史的贡献是不可估量的，“就我而言，我认为他是法学（the science of law）上的牛顿或达尔文，他的成就与这两位伟大人物的相类似。他通过对法的现象的了解，发

① 参见萨维尼著：《现代罗马法的体系》，第303页。

② 同上，第307页。

现了（如同牛顿发现了）一个现象的世界，并且以穿透黑夜、引导人们呼唤法的精神的文艺复兴的勇气来努力研究它。”不管怎样说，“萨维尼把文艺复兴的阳光带进了法学，这是可以肯定的。他告诉我们，法自身（law itself）属于法（law，这里也可译为“规律”、“法则”），它不是立法者的意志的任意表述，而是服从宇宙（发展的客观）进程。”<sup>①</sup>

### 九、普赫塔

普赫塔（Georg Friedrich Puchta，1798年—1846年），出身于安斯巴赫（Ansbach）一位著名法官之家。年轻时深受黑格尔的影响，1828年以后，先后担任慕尼黑大学、马尔堡大学、莱比锡大学等校的教授。1842年接替萨维尼，担任柏林大学法律系教授。

普赫塔的主要作品是《习惯法》（Das Gewohnheitsrecht, II, 1828年—1837年）、《潘德克顿〈学说汇纂〉教科书》（Lehrbuch der Pandekten, 1838）、《教会法导论》（Einleitung in das Recht der Kirche, 1840）、《法学阶梯教程》（Kursus der Institutionen, III, 1841年—1847年）等。其中，《习惯法》和《潘德克顿教科书》最为重要，对德国法学界的影响也最大。

普赫塔对德国法和法学发展的影响，主要表现在其法哲学和概念法学的体系构造方面。

在《习惯法》一书中，普赫塔运用黑格尔历史哲学中的辩证法，对法源理论作了阐述。他将法的发展分成“朴素（早期）时期”、“多样性时期（即经验性的判例法时期）”、“学说法时期（由学者型的法学家支配时期）”等几个不同的历史阶段。在最后一个阶段，只有法学家才有能力创造法律，他们作为民族的“机

<sup>①</sup> Sir John Macdonell and Edward Manson, Great Jurists of the World, p.586.

关”，通过学说和判例，形成和构造法的体系。很清楚，普赫塔的这些观点，既是对萨维尼的理论的继承，同时又有一定的发展。

在《潘德克顿教科书》一书中，普赫塔进一步发挥了在《习惯法》中法学家创造法的理论，将概念法学（Begriffsjurisprudenz）这一自然法理论的遗产，视为潘德克顿法学的方法论原则，即他用后期历史法学派的理性法理论的演绎方法，来阐述法的起源及其各种概念、命题和原则，即他先从概念中抽象、演绎出教条式（dogma）的命题和判例，而不是相反，从各种法律和现存的各种法律命题以及各种判例中抽象、演绎出法的概念。因此，尽管他对概念作了详尽的阐述，并构造起了一个精致完美的体系，但这一体系是从思维、理论到法律实践，而不是相反。因此，他被后来以耶林为首的利益法学派（科学法学派）批评为“倒置法”（Inversionsmethode）。<sup>①</sup>

## 十、温德海得

温德海得（R. Windscheid, 1817年—1892年），是后期历史法学派的主要代表，也是“潘德克顿法学”的核心人物。1847年任巴塞尔（Basel）大学教授，后历任格赖夫斯瓦尔德（Greifswald）、慕尼黑、海德堡等大学的教授。1874年任莱比锡大学教授后，一直工作到去世。

温德海得的代表作品有：《论拿破仑法典中关于法律行为无效的理论》（1847年）、《关于前提的罗马法理论》（1850年）、《条件成就的效力》（1851年）、《从现代法的立场来看罗马民法的诉权》（1856年）以及《潘德克顿教科书》。

温德海得对德国法发展的贡献，主要体现在两个方面，一是

<sup>①</sup> 参见 Franz Wieacker 著：《近世私法史》第484页。

积极参与并主持了德国民法典的制定工作。1888年民法典第一草案实际上是由他起草制定的。因此，民法典第一草案，曾被说成是“小温德海得”。温德海得对民法典的影响可见一斑。<sup>①</sup>1896年通过的民法典第三草案虽然对第一草案有诸多修改，但基本体系和内容并无大的变化。

二是在《潘德克顿教科书》中对德国的“潘德克顿法学”作了全面的总结。一方面，该书体系完整、理论结构严密，不仅在各项制度研究上运用了由概念的形式逻辑性操作构成的系统的法学方法，而且将其推广到了整个私法学领域；另一方面，该书具有实用的性格。传统的潘德克顿法学作品，或偏向于理论，或偏向于实用。而本书则第一次将理论和实用结合在一起，它是以往“德国普通法”理论的集大成，在理论界和实务界都具有极大的权威，不仅支配了整个德国的民法学，而且也深深地影响了上述由温德海得参与制定的1900年《德国民法典》。

### 十一、耶林

鲁道夫·耶林（Rudolph von Jhering, 1818年—1892年），生于德意志北部的一个小镇。父亲是一位律师。耶林先后在柏林、海德堡、慕尼黑、格廷根等大学接受法律教育。1843年，在柏林大学通过论文审查，取得教授资格，开始讲授罗马法。随后，历任巴塞尔（Basel, 1845年）、罗斯托克（Rostock, 1846年）、基尔（Kiel, 1849年）、吉森（Giessen, 1852年）各大学的教授。1872年，赴格廷根大学任教。在该大学，他一直工作到去世。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 奥田昌道：《温德海得》，载伊藤正巳编：《法学者——人与作品》，日本评论社1985年版（以下引该书均为此版本），第20页。

<sup>②</sup> Sir John Macdonell and Edward Manson, *Great Jurists of the World*, p.591. Boston, 1914.

耶林的主要作品有《罗马法的精神》(全四册,1852年—1863年)、《为权利而斗争》(1872年)、《法的目的》(全2卷,1877年—1884年)。耶林对德国法和法学的贡献,主要体现在他对德国理论法学的建设方面。

在《罗马法的精神》(Geist des Römischen Rechts)一书中,耶林首先批判了历史法学派关于“法源自存在于国民自身和其历史之间最深层的本质中”的观点,认为应从正面来认识法的继受和同化的可能性。他关心的是通过对罗马法的历史进行批判的检讨,将罗马法中“不变并且普遍的要素”从“变化的、纯粹是罗马的要素”中抽出来,作为各文明国家共通的法的原理。耶林的这种立场,明白无误地表明了19世纪下半叶在经济上已经强大起来的德国资产阶级的自主意识。

西方学术界认为,《罗马法的精神》是耶林著作中“最有价值、最有独创性的作品,它是以广博的知识写成的,充满了独到的见解”。<sup>①</sup>尤其是耶林在该书中对罗马法的精神(“不变并且普遍的要素”)的表述,对制定法的重要地位的强调、对法的技术价值的肯定和分析,以及关于权利的定义等后来都成了他创立的新功利主义法学的基础性内容。在某种意义上,《罗马法的精神》也是对孟德斯鸠《论法的精神》一书中的基本思想的继承和展开。

在《为权利而斗争》(Kampf ums Recht)一书中,耶林首先阐明了为权利而斗争的意义。耶林认为,“权利=法的目标是和平,为达到此目标的手段就是斗争。”<sup>②</sup>“这种斗争,从权利被侵害、被剥夺时开始。”<sup>③</sup>有人认为,权利人有选择权利的自由,

① Sir John Macdonell and Edward Manson, Great Jurists of the World, p.593.

② (德)耶林著,村上淳一译:《为权利而斗争》,岩波书店1984年版,第29页。

③ 同上,第42—43页。



也有放弃权利的自由，因此，当权利受到侵害时，可以起诉、斗争，也可以放弃。耶林认为这是一种误解，“针对向人格本身进行挑战的无礼的侵权行为，以及无视权利、侮辱人格的行为而进行抵抗，是国民的一种义务。……它首先是对权利者自身的义务，因为这是实现法所必要的。”<sup>①</sup>

其次，耶林对权利和法的关系进行了分析。在德文中，由于权利和法都是用同一个词 Recht 来表述的，所以人们一般只能根据场合的不同来理解该词表示的是权利还是法。耶林认为，尽管如此，事实上，权利和法毕竟还是有区别的。正因为如此，所以必须搞清两者的关系。一般而言，两者是客观意义上的 Recht（法）和主观意义上的 Recht（权利）的关系。以前，在德国占统治地位的学说认为，法是权利的前提，具体的权利只存在于由抽象的法规规定的满足权利存在要件的场合。耶林认为，这是一种片面的观点。因为，还存在着相反的关系，即法也是以权利为前提的，如果抽象的法没有权利内涵、不能实行，它就失去了法的生命和本质，宪法、民法和刑法皆是如此。耶林认为，“权利，一方面从法律内获得自己的生命；另一方面，也反过来给予法律以生命。客观的和抽象的法与主观的具体的权利之间的关系，可以比喻为从心脏流出来又流回到心脏的血液循环。”<sup>②</sup>他指出，保护受到攻击的权利不仅是对权利者自身的义务，也是对国家共同体的义务。“在某个国家内，为了弘扬法和正义，光靠法官一直坐在法官席上、警察从事刑事侦破工作是不够的。无论是谁，都必须发挥他们各自的作用，当恣意、侵权这条‘九头蛇’一伸出头，任何人都负有踩住它将其碾碎的使命和义务。受到权利这

<sup>①</sup>（德）耶林著，村上淳一译：《为权利而斗争》，岩波书店1984年版，第49页。

<sup>②</sup> 同上，第81页。

一恩惠的人，都必须为维持法律的力量和威信而作出各自的贡献。简言之，无论是谁，都应当成为为社会的利益主张权利而生活的战士。”<sup>①</sup>

耶林关于法哲学的基本观点，是极富创造力和极为精辟的。“作为一名法学教授，他享有巨大的声誉。他的作品影响更大，其发行量超过同时代任何一位法学家的著作。……他被认为是历史法学派中罗马学派的最后一位代表人物。……他是一名学者，又是一名法学家，但他也渴望成为一个哲学家。通过他的论述法学的一些基本问题的作品，如《为权利而斗争》等，他成为19世纪最为知名的学者。”<sup>②</sup> 耶林一生留下了许多闪光的语言，如“经由罗马法，但高于并超过罗马法”、“目的是一切法律的创造者”以及“罗马曾三次征服世界，三次与各个民族结缘。第一次通过它的武力，第二次是宗教，第三次是法律”等，这些，都将作为人类共同的知识遗产，永存于世。

## 十二、祁克

祁克(O.F.von Gierke, 1841年—1921年)，生于普鲁士什切青市(Stettin, 现在波兰境内)一个官吏世家，14岁时失去双亲，为其舅父所收养。舅父母在历史学上颇有造诣，祁克受此影响，从小就对历史学产生了浓厚的兴趣。

1857年，祁克进了柏林大学学习法律，后转入海德堡大学，到第四学期又回到柏林大学，1860年，祁克获得博士学位。毕业后，先在自己的家乡开业当律师。1865年通过司法官考试，成为见习司法官。1866年，普鲁士和奥地利爆发战争，祁克入伍当了一名炮队的军官。1867年复员回到柏林大学，担任讲师，

<sup>①</sup> 耶林著，村上淳一译：《为权利而斗争》，岩波书店1984年版，第86页。

<sup>②</sup> Sir John Macdonell and Edward Manson, *Great Jurists of the World*, p.592.

开始讲授“公法和私法的关系”课程。<sup>①</sup>

1868年,祁克出版了处女作《德意志团体法论》(Das deutsche Genossenschaftsrecht)第一卷。该书是他在1867年申请教授资格论文的基础上修改而成,是一部1100多页的重要著作。在该书中,祁克从游牧时代的日耳曼血族团体起笔,依次阐明了共产制村落的成立以及内容、这种团体的性质和关于土地的法律关系。<sup>②</sup>

1873年,祁克出版了《德意志团体法论》第二卷。在此卷中,祁克对日耳曼法上的法的观念、权利主体的观念、物的观念、团体的观念以及团体的权利关系进行了详细的阐述,并对日耳曼法思想和罗马法思想之间的区别作了深入的探讨。祁克的团体论和法人论的基础,就是在此卷中奠定的。

1881年,《德意志团体法论》第三卷出版。在该卷中,祁克首先对希腊哲学上的国家论作了说明,接着,将罗马法制史分为未受基督教影响的时代和受影响的时代,以此阐明罗马法上的国家论和法人论,并沿着中世纪前后期注释法学派的变迁这一线索,详细阐述了罗马法上的法人理论是如何为德国所继受的过程和原因。该卷是祁克这套书中的力作,是西方私法学的基本文献。<sup>③</sup>

相隔32年,祁克于1913年出版了《德意志团体法论》第四卷。在该卷中,他对至17世纪中叶为止的国家以及团体的历史作了详细的描述,并对至19世纪初期为止的自然法理论史作了论述。以后,祁克想接着撰写第五卷,继续对国家和团体的理论史进行研究,但他自己也感到,他的生命可能已不允许他这么做

① 石田文次郎著:《祁克》,三省堂1935年版,第5—6页。

② 石田文次郎著:《祁克》,三省堂1935年版,第6页。

③ 同上,第9页。

了。事实也确实如此,《德意志团体法论》只完成了四卷。

除《德意志团体法论》之外,祁克于1895年—1917年,出版了三卷《德意志私法论》(Deutsches Privatrecht)。在第一卷人法中,祁克将私法体系分为个人法和团体法两类,并对各个法域中发生的各种法律关系作了统一归类和系统阐述。第二卷物权法,被认为是当时私法理论中的名著。第三卷债权法,包含了债务与责任、雇佣契约的起源和持续性债权关系等重要课题。

在这期间,祁克于1884年担任海德堡大学的法学教授。1887年,出任柏林大学的私法学教授,并一直工作到他1921年去世时止。这当中,还曾两次担任柏林大学的校长。<sup>①</sup>祁克致力学术研究50多年,发表的研究成果约1万多页。西方学术界评论说,“耶林死后,世界法学界尚健在的最伟大的学者就是祁克”。<sup>②</sup>

祁克对德国法和德国法学发展的贡献,主要集中在两个方面,一是提出了社会法的思想。在《德意志私法论》第一卷中,祁克指出,“与人的本质一样,在法律上也存在着个人法和社会法的差别。这是因为,人作为个人在其是一种独立的存在体的同时,也是构成社会的成员。”<sup>③</sup>祁克认为,“个人法是从主体的自由出发,规律个人相互平等对立的关系的法律;社会法将人视为拥有社会意志的成员,将人视为整体的一分子。……所以,社会法是从对主体的拘束出发,规律有组织的全体成员的法律。”<sup>④</sup>

那么,社会法的出现,对传统的公法和私法的理论将产生什么样的影响呢?祁克认为,公法和私法的分类来自于古代罗马,当时,私法事实上相当于个人法,而公法一般也相当于社会法。

① 石川武著:《祁克》,载伊藤正己编:《法学者——人与作品》第38页。

② 石田文次郎著:《祁克》三省堂1935年版,第20页。

③ 同上,第76页。

④ 同上,第77页。

但是，在现代社会，法律关系发生了巨大的变化，国家和社会的活动范围也已大为扩大，传统的公法和私法已无法囊括社会法和个人法了。在公法之外，存在着与公法相类似的社会法，如寺院法、地方团体的自治法、公的各种团体的规约以及国际法等。与此同时，“私法，原则上是个人法，但除此之外，还存在着与由国家法规定的公法不一致的私法性的社会法，如亲族法以及关于与组合的团体并列的私法上的法人的规范等。”<sup>①</sup> 所以，在现在，“个人法也好，社会法也好，都已经跨越了公法和私法的领域”。祁克认为，在目前，区分公法和私法已很困难。尽管如此，祁克所说的社会法的概念还是很明确的，这就是规范统一体内部关系的组织法。

在明确了社会法的定义之后，祁克论述了社会法的各项原则，如与个人法上的意思主义相对的公示主义、与个人之间合意相对的多数意思的合同行为、与个人代理相对的机关代理等。此外，祁克还对团体所有权的各种形态如总有权、合有权等作了论述。

祁克对德国法的贡献，二是阐明了团体人格的理论。他指出：“法人作为社会性组织，是拥有独立的意志，进行独立的行为，自己单独进行社会生活的团体。由于团体作为团体成为权利义务的主体，所以，法人的人格是与个人的人格不同的团体独自具有的人格。”<sup>②</sup>

祁克认为：“团体是一种实际存在。团体的人格作为法的观念，当然是抽象的，但是，个人的人格也同样是抽象的。我们，根据我们内心的经验，得知存在着个人生活的内涵和社会生活的内涵，即一方面，个人作为自己的存在具有单一性，另一方面，

① 石田文次郎著：《祁克》，三省堂 1935 年版，第 88 页。

② 石田文次郎著：《祁克》，三省堂 1935 年版，第 154—155 页。

也存在着作为共同存在的活的单一性。在法律世界中，在个人人格之外，存在着团体人格是当然的事理。当然，团体人最先是通过法律获得认可而成为法律人的，但它与个人一样，不是由法律制作的，而是与个人一样，在法律认可的范围内被赋予了法律上的人格。……团体人作为团体，是一种拥有欲望、能够从事行为的活的本体。当然，由于是无形的组织体，所以是通过由个人组成的机关来形成意志、进行决策、从事行为，但它与自然人用嘴说话、用手活动一样。团体机关的活动，不是为了他人的一个人的代理，而是由部分来直接表达的全体。此外，团体人不是如自然人那样的生理学上的有机体，而是社会的组织体，其内部的组织与自然人不同，即团体必须是法的组织。具体而言，成员以及机关如何组成？在什么界限内其成员为了团体而失去了他的人格？在什么条件下，基于机关意志的行为成为基于团体人意志的行为？这些，都必须由章程来规定。在这一点上，团体人与自然人是有差别的。此外，团体还可以成为更高级团体的成员，直至组成国家。”<sup>①</sup>

祁克最后认为，如果认为法律上的权利主体性是法律上的人格，拥有法律上人格者为法律上的人（person），那么，不管是自然人还是团体人，都是法人；法人的观念是包含了自然人和团体人的高层次的法律上的人格观念。自然人的人格也好，团体人的人格也好，都必须以法人格的观念为基础，都必须据此构成。

祁克对德国私法学的贡献，得到了许多西方学者的首肯，日本学者石田文次郎的评价，“拥有祁克的德国人民是幸福的”，<sup>②</sup>可以说表达了这种基本看法。

---

① 石田文次郎著：《祁克》第169—171页。

② 同上，第13页。

### 十三、拉邦德

拉邦德 (P. Laband, 1831 年—1918 年), 生于布雷斯劳 (Breslau) 一个犹太医生的家里, 后进入海德堡大学学习, 对法学表现出了浓厚的兴趣。在他 17 岁时写给其双亲的一封信中, 曾称赞法学是“超越精魂的理性的科学, 是英知的产物。”<sup>①</sup> 1861 年, 拉邦德取得大学教授的资格, 在母校工作一段时间后, 于 1872 年任斯特拉斯堡大学教授, 一直到 1918 年去世时为止。其间, 1879 年任邦政府枢密院的顾问官, 随后担任邦议会的议员。

拉邦德对德国法发达所作出的贡献, 是他以实证主义方法确立了近代德国的宪法体系和宪法学理论。这主要体现在他于 1871 年出版的《预算论》和《德意志帝国宪法论》(Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 全 3 卷, 1876 年—1882 年。1900 年—1904 年出版了 6 卷本的法译本)。

在这两部著作中, 拉邦德将 19 世纪中叶在私法学上形成的“法律学的方法”(juristische methode) 运用于宪法学研究。从视国家为意志的主体(法人格)、宪法是这种国家意志的表露之立场出发, 将国法学(宪法学)从其他学科中分离出来, 强调宪法理论的课题在于法的构成、法的要素的分析以及纯化法制度的必要性。拉邦德认为, 法学的对象, 只能限定在成文法, 通过对成文法进行逻辑性的操作和整理, 找出一般性的法律概念, 再据此构成综合的体系。这就是法学的课题。因此, 宪法学是一门纯粹的规范科学, 宪法问题可用逻辑的、形式的方法来处理, 即一切政治的、社会的、历史的、伦理的较量均应被视为非法律的东西而被排除出去。法学上剩下的, 只是对法的素材进行逻辑的形式的整理和阐述。对拉邦德而言, 法解释学的科学性课题, 是将法

<sup>①</sup> 芦部信喜著:《拉邦德》, 载伊藤正己编:《法学者——人与作品》第 30 页。

制度的构成、一个个法律规范还原为一般性的概念，探究从这种概念中产生的结果，为了解释课题，只能使用逻辑的方法，其他任何手段都无济于事。“所有历史的、政治的以及哲学的考察，对具体的以法的素材为对象的解释学都不重要。”<sup>①</sup>

拉邦德在德国宪法学中确立的“法律学的方法”后来在理论上成为在德国占统治地位的方法，在实践中则从法律上给予帝国以支持，在政治生活中发挥了重大作用。比如，拉邦德在其《预算论》中指出，“预算是形式意义上的法律，不是实质意义上的法律，它是一种计算，是对将来的开支的估算。所以，预算与立法没有实质性的关系，在本质上是行政（行为）。”<sup>②</sup> 预算的议定是以立法的形式进行的行政行为，因此，对预算案议会不拥有自由承认和否决权，政府没有预算也可以支出。这一观点，为1862年—1866年普鲁士宪法争议中俾斯麦政府的行为的合法化提供了理论根据。这一宪法争议涉及的是一项扩充军备的预算没有获得下院的通过，俾斯麦就在没有预算的情况下动用了财政，此争议后来以议会承认政府提出的免责法案而得以解决。在这争议中，拉邦德的《预算论》起了巨大的政治作用。由此，他的法实证主义也被称为“俾斯麦——拉邦德法实证主义”。

在《德意志帝国宪法》一书中，拉邦德进一步指出，法律是国家统治阶级意志的最高表现形式，由法律命令和法律内容两种要素构成。给予法律以拘束力的真正意义上的立法，是“国家权力保持者”发布的法律命令（具体含义是君主的裁定和认可），议会对立法的协赞只拥有确定法律内容的意义。<sup>③</sup> 拉邦德认为，法律，可以分为“划定一个个主体相互的权利义务之界限”或者

① 芦部信喜著：《拉邦德》，载伊藤正己编：《法学者——人与作品》，第33页。

② 同上，第34页。

③ 芦部信喜著：《拉邦德》，载伊藤正己编：《法学者——人与作品》，第35页。



“涉及在何种意义上个人或国家的共同体的权利领域”的规范，即所谓“法规”（Rechtssatz）的实质意义的法律和因君主与议会的合意而成立的国家意志的形式意义上的法律两类。因此，与实质意义上的法律有时并不构成形式意义上的法律的内容一样，形式意义上的法律以实质意义法律之外的关系作为内容的场合也是存在的。比如，1850年《普鲁士宪法》规定变更国境（第2条）、发行国债（第103条）由法律来进行即是一例。但是，法规必须以形式意义上的法律，或者基于形式意义上的法律而成立（法律的保留）。

基于逻辑性、形式主义的拉邦德的“法律学的方法”的实证主义宪法理论，经过魏玛共和国末期的政治性（精神科学）的宪法论，到第二次世界大战后被否定了。但是，他的有些理论，如国家法人说等，则至今仍对德国宪法学产生着影响。

#### 十四、奥托·迈尔

奥托·迈尔（Otto Mayer，1848年—1924年），生于巴伐利亚邦，就学于海德堡和柏林等大学。毕业后在斯特拉斯堡和米尔豪森（Muhlhausen）开业当律师，随后取得斯特拉斯堡大学的教授资格，作为员外教授从事教学科研活动。1903年转入莱比锡大学，任公法学教授。1917年任该大学校长。次年退休。其后移居海德堡，直至去世。<sup>①</sup>

奥托·迈尔对德国法和法学的贡献，主要集中在德国公法学尤其是行政法学方面。其代表作是《德国行政法》（Deutsches Verwaltungsrecht，全2卷，1895年—1896年），另外，还有于1886年出版的《法国行政法》和许多关于行政法的论文。本世纪70年代，这些论文被汇编成论文集出版。

<sup>①</sup> 盐野宏著：《迈尔》，载伊藤正已编：《法学者——人与作品》第44页。

奥托·迈尔的《德国行政法》第一版面世后，由于他第一次系统地运用“法律学的方法”来研究行政法，取代传统的“国法学的方法”，因而，在德国行政法学史上具有划时代的意义。第三版于1924年面世，当时，德意志帝国的体制已被推翻，1871年帝国宪法也为魏玛宪法所取代，德国宪法学无论在体系上还是在内容上都有重大变化。但奥托·迈尔构造的行政法学体系却大体被延续了下来，这说明该作品还是有巨大生命力和科学价值的。正是在这个意义上，奥托·迈尔在第三版序中说：“宪法已被消灭，行政法则被保存。”<sup>①</sup>

奥托·迈尔的著作，使德国行政法学最终成为一门系统的科学，使其具有了和当时民法学同等的地位。该著作的特点主要有：

第一，在此之前的德国行政法教科书，运用的是国法学的方法，往往先简略地论述一下总论部分，然后进入由内务行政、外务行政和军事行政等各个课题构成的各论部分，并仅仅着眼于制度方面的外部的论述。因此，从法学角度来看，往往给人一种总论和各论之间缺乏有机联系的感觉。与此相对，《德国行政法》一书，在序说中，设置了行政、行政法和行政法学等节；在总论中，又设置了行政的概念、行政法秩序的基本特征、关于行政案件的权利保护等三章；在各论中，也与传统的按照行政部门分类编排的做法不同，而是从法的角度，设置了警察权、财政权、公物法、特别的给付义务、特别的受益和有权利能力的行政等各章。<sup>②</sup>

第二，虽然该书的体系自身都是按照法的形式组合排列，但构成这一体系的法概念、法原则又都编入各自适当的位置，这

<sup>①</sup> 盐野宏著：《迈尔》，载伊藤正已编：《法学者——人与作品》，第46页。

<sup>②</sup> 盐野宏著：《迈尔》，载伊藤正已编：《法学者——人与作品》，第47页。

样，法律的统治、行政行为、特别权力关系、公的损失补偿、营造物以及公法与私法的区别等，直至今日仍然是德国行政法学的基础性概念和原则。

第三，该书的基本支柱是德国式的法治国原理。奥托·迈尔将其以“行政的司法化”之用语来表现，奥托·迈尔认为，在19世纪前半叶，德国是一个警察（行政）国家，在这种警察国家（Polizeistaat）中，只有君主才是主权者，他是不受任何制约的公权力的承担者。臣民对君主没有任何权利。通过“警察国家”这一概念，迈尔进一步提出了与之相对立的“法治国家”的概念，并据此描绘出近代德国行政法学的蓝图。他认为，作为形式的程序的“法治国家”的结果，就是否认了行政是福利行政的观念，而是将行政看成是政府行为。这样，在排除了围绕公共福利的各种事实要素，就有了依据“法律学的方法”而使行政法体系化的可能性，并具有了通过司法类推使行政程序理论化的可能性。这样，构造的行政法学体系，具有了“社会行政”的含义，并使其与“潘德克顿法学”相互连接起来。

时过境迁，至目前，奥托·迈尔的《德国行政法》一书中的许多内容都已过时，该书也成为德国行政法学上的文化遗产。但如前所述，该书所包含的一些基本原则和基本概念，仍是现代行政法学所不可忽视的。从本世纪70年代起，对奥托·迈尔的研究日渐活跃。1971年在德国国法学学会大会上，就以奥托·迈尔的《德国行政法》为中心，讨论了传统的行政法学的意义。目前，在德国国内还出版了一批研究奥托·迈尔行政法学的作品。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 奥托·迈尔的行政法学理论，对日本也产生了巨大的影响。《德国行政法》第一版出版后，就受到了日本著名公法学家上杉慎吉、美浓部达吉等的积极评价。随后，该书又被美浓部达吉译为日文，成为日本行政法学者的必读书。

## 十五、费尔巴哈

费尔巴哈 (P.J.A.Feuerbach, 1775 年—1833 年), 1792 年入耶拿 (Jena) 大学学习, 开始的专业是哲学, 后来转学法学。1799 年取得法学博士学位, 同年出任该大学讲师, 1801 年晋升为教授。1802 年转任基尔大学教授, 1804 年又转任兰茨胡特 (Landshut) 大学教授。1805 年以后从事立法和司法实务工作。

费尔巴哈是德国近代著名刑法学家, 也是德国近代刑事古典学派的代表。主要作品有《实证刑法的原理和范畴》(Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des Positiven Peinlichen Rechts, II, 1799 年—1800 年)、《德国现行刑法教科书》(Lehrbuch des Gemeinen, in Deutschland Geltenden Peinlichen Rechts, 1801) 等。

费尔巴哈对德国法和法学发展的贡献主要体现在以下三个方面:

首先是在上述著作中, 提出了一系列的刑法理论和基本原则: 第一, 同害报复法, 是建立在亲族原理之基础上的单纯社会的惩罚规范, 它是阻碍复杂社会中法发展的因素。第二, 在近代复杂社会中, 惩罚规范必须以法律作为其表现形式。“罪刑法定主义” (nulla poena sine lege) 正是适应这种社会要求, 预先向人们宣告什么是犯罪行为, 应受何种处罚等等, 它与同害报复法是对立的。依据“罪刑法定主义”, 费尔巴哈进一步提出了一般预防的理论。第三, 与一般预防理论相联系, 费尔巴哈提出了威慑主义刑罚理论。他认为, 刑罚是一种威慑手段, 对于被判刑者, 是一种惩罚; 对于社会一般民众, 具有威慑作用, 迫使他们不再犯罪, 以达到一般预防的目的。因此, 罪刑法定与刑罚, 构成了一般预防的有力手段。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见 Heinrich Mitteis 著:《德意志法制史概说》第 559 页。

其次是在他出任班贝格 (Bamberg) 上诉法院副院长和安斯巴赫 (Ansbach) 上诉法院院长 (1817 年) 期间, 为德国的司法实务和刑法改革作出了贡献。

最后, 1805 年, 费尔巴哈受巴伐利亚邦 (Bavaria, 即拜恩州 <Bayern>) 的邀请, 担任该邦的司法大臣和法典编纂委员会委员以后, 他积极参与该邦的立法事业, 负责编纂该邦的刑法典。由他起草的《巴伐利亚刑法典》 (Codex Bavaricus Criminalis) 于 1813 年颁布后, 迅速成为德国各邦刑事立法的模式。费尔巴哈在上述著作中提出的“罪刑法定主义”原则和“威慑主义”刑罚理论, 也得以在此刑法典中予以贯彻, 从而推动了当时整个欧洲的刑法改革运动。

## 十六、拉德勃鲁赫

拉德勃鲁赫 (Gustav Radbruch, 1878 年—1949 年), 生于吕贝克, 先后入慕尼黑、莱比锡和柏林等大学学习法律, 师从李斯特、施塔姆勒等著名学者。1902 年, 以论文《相当因果关系论》获得博士学位。第二年成为海德堡大学的讲师, 主讲刑法和法哲学。在海德堡大学, 他受到了“海德堡新康德主义学派”的重大影响。1914 年, 他受聘担任柯尼斯堡大学教授。以后, 又任基尔大学和海德堡大学的教授。1921 年—1923 年, 担任德国司法部长。第二次世界大战期间, 拉德勃鲁赫受到了纳粹政权的迫害。战后, 又重新回到海德堡大学教书。拉德勃鲁赫的法哲学理论主要体现在他的《法学入门》 (1910 年) 和《法哲学》 (1914 年初版, 1932 年第二版) 之中。<sup>①</sup>

拉德勃鲁赫对德国现代法和法学的贡献, 首先是在 1920 年

---

<sup>①</sup> G.Radbruch 著, 田中耕太郎译:《法哲学》译者序, 东京大学出版会 1963 年版。

—1924年出任议会下议院议员，以及1921年—1922年、1923年两度出任德国司法部长期间，全身心地致力于德国刑法典草案的制定工作，为德国现代法制建设以及刑法改革作出了努力。

其次是提出了著名的相对主义的法哲学理论。他以康德的先验唯心主义哲学作为出发点，认为一切文化都在于实现某种价值，它不是纯粹理性，而是实践理性。法作为一种文化现象，最终在于实现正义。但正义又是非常模糊的，所以必须有功利原则来补充。然而功利也是相对的，不同的人有不同的功利性和价值观。所以，为了维护社会的安定，就需要法的确定性。因此，法律制度由正义、功利和确定性三种原则构成，它们相互补充又相互冲突。而在一种法律制度的三种原则中，其比重也是相对的，无法科学地确定。尽管如此，在第二次世界大战前，拉德勃鲁赫的基本倾向是当这三种原则发生冲突时，法的确定性应占优先地位。<sup>①</sup>

最后，作为第二次世界大战以后西方新自然法学派的代表，拉德勃鲁赫系统提出了正义论的法哲学。纳粹政权对法制的摧残和在法西斯主义法律之下的大量暴行，深深地刺激了拉德勃鲁赫，促使他对自己以前的观点作出深刻的反思。其结果，便是对他战前相对主义法哲学理论的重大修改，提出了以正义论为基础的法哲学学说。这种修改，表现为：第一，基本上放弃了相对主义的法哲学理论，认为法应具有绝对的价值准则，在法的正义原则和实在法发生不可调和的冲突时，正义原则应占优先地位。第二，开始承认自然法思想。在他战后的论著中，他不仅使用了“自然法”的用语，而且强调自然法并不仅仅是诸多法哲学理论中的一个学派，而是一切实在法的正当化的根据。虽然，他未能

---

<sup>①</sup> G.Radbruch著，田中耕太郎译：《法哲学》译者序，东京大学出版会1963年版，第65页。

把这一观点系统化，提出一种完整的自然法的正义论，但他从相对主义转向自然法的立场则是非常明确的。<sup>①</sup> 第三，在相对主义的法哲学理论中，拉德勃鲁赫曾认为对各种学术观点和信仰必须宽容。纳粹政权的暴行，促使他改变了这一立场，从而在战后提出了一个著名的法哲学命题：对不宽容者，宽容也必须不宽容。这一命题，不仅对德国，而且对日本以及东南亚地区的法哲学研究，也都产生了巨大的影响。<sup>②</sup> 第四，鉴于纳粹政权利用法实证主义的“法律就是法律”的理论为他们的不人道法律辩护的历史教训，拉德勃鲁赫在战后批判了法实证主义，强调法的正义性，强调“法必须是良法”的观点。<sup>③</sup>

## 第五节 德国法的历史地位

近现代德国法既区别于另一世界性法律体系英美法系中英国和美国的法律，又区别于同一法律体系大陆法系中法国的法律，具有自己的鲜明特色。由于这种特色，使其在世界法律史上占有了重要的地位。

### 一、德国法与英美法

① 参见 G.Radbruch 著，田中耕太郎译：《法哲学》第 87 页。

② 参见铃木敬夫著：《法律哲学上的相对主义》，载《札幌学院法学》第七卷第 1 号（1990 年 9 月）。

③ 以上诸位法学家的业绩，主要摘译自引自 Heinrich Mitteis 著：《德意志法制史概说》；Franz Wieacker 著：《近世私法史》；伊藤正已编：《法学者——人与作品》，日本评论社 1985 年版；《西洋人名大辞典》，岩波书店 1981 年增补版；Sir John Macdonell and Edward Manson, *Great Jurists of the World*, Boston, 1914; David.M.Walker, *the Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980. 关于萨维尼、耶林、祁克等人的详细业绩和理论，可参见何勤华著：《西方法学史》第五章，中国政法大学出版社 1996 年版。

德国法和英美法分属两大法系，“至少在理论上和基本原则方面，德国法与英国法形成鲜明的对照”。<sup>①</sup> 两者的区别主要表现为：

第一，英美法以判例法为基础，在各个主要的法律部门都没有大的成文法典（美国宪法除外）。德国刚好与此相反，在各个法律部门都有成文法典。从各个历史时期的宪法典，到1900年民法典、商法典，1877年民事诉讼法典、刑事诉讼法典，1975年刑法典等，形成了一个比较齐全的“六法全书”式的成文法典体系。

第二，与以判例法为法律体系的基础相适应，在英美法系，法官在法的发展中发挥着重要作用。他们通过创制判例，行使着立法者的职能；通过适用法律（判例）审理案件，履行着司法者的职责；通过对法院中适用之法律的解释，起着法律解释者的作用。德国与此不同。按照《魏玛宪法》和《波恩基本法》的规定，德国的立法权由联邦和州的议会独享，法院仅仅行使司法权，法官必须服从法律。

第三，在英国，法律职业工作者的培养，在20世纪70年代以前，主要是由律师学院（Inns of Court）承担，具有强烈的职业教育的性质。在美国，虽然19世纪以后，法学院成为法律教育的主体，但因其是以培养律师为目标，故也是一种行业、职业教育。而在德国，一则法律教育从中世纪开始就一直由大学法律系承担，具有比较强烈的学术教育色彩；二则法律教育虽然也很强调实务的内容，但因其培养目标主要是法官、检察官、高级行政官员，其次才是律师，因此，德国法律教育主要是培养国家官员，职业教育的色彩并不浓。

第四，由于德国近代法律体系是在查士丁尼《学说汇纂》的

---

<sup>①</sup> N.G.Foster, German Law and Legal System, p.1.



基础上，由胡果、萨维尼、普赫塔、温德海得等思辩型法学家创造发展而成，因此，与英美法系重视法的实务性、可操作性、技术性等不同，德国法律具有比较强的学理性。1900年《德国民法典》被西方学者誉为“近代民法学教科书”就是突出表现。此外，由于强调挖掘古代罗马法律文献的真实内涵、研究《学说汇纂》的真实底蕴的历史法学派和“潘德克顿法学”（概念法学）对德国法学界的长期统治，<sup>①</sup>德国法律也具有重体系、重概念、重法理的传统。

## 二、德国法与法国法

德国法不仅区别于不同法系的英美国家的法律，与同一法系的法国法相比，也有自己的特色。

众所周知，法国法和德国法是大陆法系内两个主要的支派。一方面，德国近现代法律在许多方面，继承了法国法的原则和制度，如统一民族国家的国体形式、民事权利主体平等、私有财产神圣不可侵犯、契约自由、过失责任等。另一方面，由于德国近代法确立时，世界经济的发展，政治格局以及社会生活与法国近代法形成之时的情况相比，已经有了巨大的变化，也由于德国中世纪以来法律文化传统的影响，德国近代法与法国法相比，已经有了许多创造和发展。

在法国，继承中世纪末期封建专制国家的传统，法国大革命开创的资产阶级共和国也是一个统一的中央集权制的国家。拿破仑的宪政实践，进一步把法国单一制的、统一的中央集权国家模式确定了下来。之后，虽然出现了多次共和国和君主国体系的反复，但法国作为一个单一制的统一国家的模式一直未变。德国在创建近代国家时，一方面学习了法国的统一民族国家、三权分立

<sup>①</sup> 详细参见何勤华著：《西方法学史》第253页。

政府的经验，同时又试图避免拿破仑中央集权专制国家体制的弊端，既摆脱不了上千年封建割据、邦国林立的历史传统的影响，又渴望全体德国人生活在一个统一的民族国家之中。这样，从一开始德国便确立了联邦制的宪政体制的模式。其后，虽然有过希特勒纳粹政权取消各邦之独立地位的极端做法，但德国的联邦制一直被维持了下来。这可以说是德国宪法区别于法国宪法的主要方面。此外，“法治国”口号的提出，作为独立法院系统的宪法法院的创立，国家权力的中心从总统移至总理等，也是德国宪政法律文化区别于法国的重要方面。

在德国，虽然继承了法国法所确立的民事权利主体平等的原则，但由于德国民法典制定时，股份公司已经大量出现，因此，在法国民法典中未作明确规定的法人制度，在德国民法典上已经有了详尽的、系统的规定。尤其是胡果、萨维尼、祁克等人对法人本质的讨论，祁克对团体人格的研究，都使得德国法上的民事主体的规定更加丰富和更加系统。

在法国民法典上，对私人财产所有权的限制还比较少，因为当时尚处在自由资本主义时代，“个人最大的自由，国家最少的干涉”是一项通行原则，因此，除了法律规定的约束之外，私人财产所有权具有一种无限制的性质。德国民法典制定时，资本主义已经从自由资本主义发展到了垄断资本主义的阶段，强调社会公众利益、强调对个人自由作出必要的限制、强调国家的干预等，已经成为社会上强有力的思潮，因此，德国民法典对私人财产所有权的限制要比法国民法典来得严格，法典对社会公众利益的保护倾注了更多的热情。

德国民法典在继承法国民法典所确立的契约自由、契约神圣原则以及过失责任时，也根据当时德国的国情对其作了相应的修改。此外，受20世纪初叶以后社会法思潮的影响，德国在适用民商法典的同时，比较早地推出了国家干预经济的法律措施，从

而成为“经济法”(Wirtschaftsrecht)这一新兴的法律领域诞生的故乡。至第一次世界大战结束时,在德国已经形成了比较成熟、系统的经济法体系。至30年代,德国经济法进一步传播至中欧、日本,第二次世界大战以后,更进一步传播至世界各地(包括各社会主义国家)。这也是德国法区别于法国法的重要方面。

此外,五编制的民法典体系,受查士丁尼《学说汇纂》的影响,注重对法的原则、概念作详尽、缜密的研究,进而构筑一个完美、系统的法典体系。这也是法国法所不具备的。

### 三、德国法的历史地位

由于德国法对法国法所作的上述发展,因而进一步推动了大陆法系的繁荣,形成了大陆法系发展过程中的第二个高潮,成为该法系内的第二个核心,并吸引了一批追随者,形成了“德国支派”(Germanic Type of Legal System)。其范围“包括德国、奥地利和瑞士,而其影响则更广,波及到土耳其、希腊、日本和巴西以及更多其他的国家”。<sup>①</sup>

奥地利在封建德国时期曾是神圣罗马帝国的一个邦国,并长期占据德国皇帝的位子。1871年德意志帝国建立后,奥地利被排除出了德国的范围。但奥地利的法律与德国的法律仍保持了密切的联系。一方面,1900年《德国民法典》颁布生效后,奥地利就以它作为范本,修改自己已有百年历史的民法典。有些部分还根据《德国民法典》的模式加以重新编纂。1938年,德国占领奥地利以后,德国的婚姻法和其他私法规范立即取代了相关领域的奥地利法典。1945年奥地利独立后,虽然1938年以前奥地利的法律重新生效,但许多德国的法律如婚姻法等,仍然继续有

<sup>①</sup> N.G.Foster, German Law and Legal System, p.2.

效。<sup>①</sup>另一方面，直至1938年，1862年德意志联邦制定颁布的《商法典草案》一直是奥地利商法的主要渊源，1938年以后，奥地利进一步采用了1900年《德国商法典》。第二次世界大战以后，纳粹政权对奥地利的统治尽管结束，但德国商法典仍然适用于奥地利。

与奥地利一样，瑞士在历史上也曾经是德意志民族神圣罗马帝国的一个属国，其部分地区使用的语言也是德语。1826年—1831年间生效的《伯尔尼法典》，一方面吸收了《奥地利民法典》的体系，另一方面也吸收了德国封建时代的习惯法。1853年—1855年间的苏黎世州私法法典，是在德国历史法学派的理论和“潘德克顿法学”影响之下诞生的。1881年生效的《瑞士债法》，是以1861年《德国普通商法典》和1865年德国东部地区《德累斯顿草案》为模式的。1907年12月10日通过的《瑞士民法典》，既吸收了上述受德国法影响之瑞士历史上的各种法典的成果，又参考了1900年《德国民法典》的经验，尤其是“潘德克顿法学”所确立的五编制体系（仅总则部分没有编入）。因此，瑞士作为“德国支派”的主要成员国，为西方学者所公认。<sup>②</sup>

卢森堡的法律在总体上受法国法的影响，属于法国支派的成员。但卢森堡在两个领域（社会保障法和税法）内，其法律则是参照了德国法的模式于20世纪初叶建立起来的。第二次世界大战结束以后，卢森堡虽然摆脱了纳粹政权的统治，但德国占领时期采用的德国财政立法仍保持着效力。尤其是在直接税方面，

---

<sup>①</sup> 上海社会科学院法学研究所编译室编译：《各国宪政制度和民商法要览》（欧洲分册〈下〉）第33页，法律出版社1986年版（以下引该书均为此版本）。

<sup>②</sup> （德）K. 茨威格特、H. 克茨著，潘汉典等译：《比较法总论》第308—314页，贵州人民出版社1992年版（以下引该书均为此版本）。

1967年12月4日有关所得税的法律，仍保持着德国法的模式。<sup>①</sup>

19世纪30年代，摆脱了土耳其统治的希腊，对依据何种外国法律为模式编纂希腊自己的法典曾有过争论。有人主张按照1804年《法国民法典》来立法，有人则主张按照当时希腊现行的罗马——拜占庭法的传统立法。最后，由于德国“潘德克顿法学”的影响持续增强，1940年颁布、1946年2月23日实施的《希腊民法典》事实上接受了1900年《德国民法典》的模式。在形式结构上，《希腊民法典》与《德国民法典》相一致。总则部分之后是债法、物法、家庭法和继承法。即使在内容上，这部法典也大多仿效了《德国民法典》的编纂，尤其是它的债法，大约有3/4的规定出自《德国民法典》（当然是换成了希腊人自己的语言），只是它考虑到了德国法律实践的新近发展，吸收了许多司法判例，进而弥补了《德国民法典》的缺陷或是改进了它的规定，如有关交易条件消灭的规定、有关分批交付契约的规定等。<sup>②</sup>此外，在物法、家庭法和继承法方面，《希腊民法典》也受到了《德国民法典》的许多影响。

在日本，明治维新以后，人们首先想要学习的外国法是法国法。但是，经历了“法典论争”之后，<sup>③</sup>日本法学界开始意识到，法国的民主、自由、共和色彩比较强烈的法律文化，并不适合日本的土壤，倒是封建色彩以及专制主义、军国主义比较浓厚

① 参见《各国宪政制度和民商法要览》（欧洲分册〈下〉）第285页。

② 参见（德）K·茨威格特、H·克茨著：《比较法总论》第285页。

③ “法典论争”是明治中期就旧民法的实施问题而展开的论战。1890年，法国巴黎大学法学教授保阿索那特（G.E.Boissonade de Fontarabie，1825年—1910年）完成了民法草案（旧民法），预定于1893年实施。由于该草案和当时日本的国情不太相符，受到了保守派的反对，出现了实施派与延期派的尖锐对立。争论的结局是延期派获胜。1892年第三届议会通过了延期实施旧民法的决议（实际上是否决了旧民法）。参见大竹秀男、牧英正编：《日本法制史》，青林书院1975年版，第301—302页。

的德国的法律，与日本比较相符。这样，日本 1889 年的明治宪法，1890 年的《裁判所构成法》、《行政裁判法》、《刑事诉讼法典》、《民事诉讼法典》，1898 年民法，1899 年商法，都是以德国的法典为模式（有些则直接出自德国人的手笔，如商法、《裁判所构成法》等）。

除上述国家以外，欧洲的列支敦士登、意大利、保加利亚、捷克、斯洛伐克、南斯拉夫、匈牙利，美洲的阿根廷、巴西、墨西哥，非洲的埃及，亚洲的泰国、旧中国等，也都不同程度地受到了德国法的影响。

正是由于德国法具有上述各种鲜明的特色，以及在世界范围内所具有的广泛影响，因而使德国法在世界法律史上占据重要地位。在科学技术将更加发达、各国之间法律文化交流将更为密切的 21 世纪，德国法中包含的各项与市场经济相适应的法律制度和原则，以及德国法中注重体系、注重概念、注重学理的精神，仍将给予各国法学工作者以睿智与启迪。

## 第二章 宪法

在近现代世界史上，德国的历史集中地折射出了人类历史的曲折发展历程。在结束了 19 世纪早期的邦国林立局面之后，德国于 1871 年得以统一。从那时至今，在短短一百多年的时间内，德国先后经历了一个帝国（1871 年—1918 年）、一个不稳定的民主共和国（1919 年—1933 年）、一个极权政权（1933 年—1945 年）、占领军政府（1945 年—1949 年）、两个并列的独立国家（1949 年—1990 年）、重新统一的联邦国家（1990 年至今）的复杂过程。在这一过程中，分裂与统一、帝制与共和交替反复，在德国的土地上既诞生了人类历史最伟大的思想巨人，也出现了臭名昭著的战争狂人。德国民族所走过的曲折且又充满矛盾的道路，集中地在宪法

制度中留下了明显的、不可磨灭的烙印，确实值得人们探索和研究。

## 第一节 德意志帝国成立 以前的立宪活动

### 一、19世纪前期德意志邦国的立宪活动

德国立宪活动的发端并不晚。早在神圣罗马帝国时期，由于邦国林立，长期存在割据状态，为解决王权与教权、国王与邦主的种种矛盾，封建德国就曾出现了涉及划分政治权力的法律文件，如：《鄂图特权》、《黄金诏书》以及《威斯特伐利亚和约》等，这些法律文件就其内容来说虽具有一定的“宪法”意义，但是，它们对近代德国的资产阶级宪法并没有产生多大的影响，随着1806年神圣罗马帝国的灭亡，这些文件都失去了意义。

神圣罗马帝国后期，地处欧洲中部的德意志的政治文化不可避免地受到其周围国家的影响。从政治法律理论看，近代著名的如洛克（J·Locke，1632年—1704年）、孟德斯鸠（C·L·Montesquieu，1689年—1755年）、卢梭（J·J·Rousseau，1712年—1778年）等人的自然法思想也传入德意志，从而激起了广大有识之士对当时专制体制的反感和改革现实的思考，并涌现了一些以立宪主义的观点对现实的宪法构造进行实证分析的公法学者。这些学者中比较著名的有莫赛（J·J·Moser，1701年—1785年）、彼德（J·S·Putter，1725年—1807年）、高纳（N·J·Gonner，1764年—1827年）等。<sup>①</sup> 他们的理论不仅对19世纪以后德国的法实证主义的宪法学有较大影响，也为19世纪早期各邦宪法的

---

<sup>①</sup> 参见（日）小林孝辅著：《德国宪法小史》，学阳书房1992年版（以下引该书均为此版本）第90页。



制定奠定了理论基础。

1789年法国资产阶级革命不仅结束了法国的封建历史，同时在整个欧洲乃至全世界都引起了强烈的震动，它对于德意志人民生活的影响较之对欧洲其他任何国家的影响都更为迅速而直接。不过，这种影响更多地体现在它所引起的一种反对革命所拥护的一切事物的消极反应。1792年，普鲁士和奥地利宣布缔结反法同盟。在与法国军队作战的过程中，神圣罗马帝国内部进行了一定的改革，如1803年神圣罗马帝国议会采取了一项初步措施，即根据所通过的“全帝国代表会总决议”，取消当时帝国内的112个邦，帝国内拥有主权的邦国数目减少到约30个。<sup>①</sup>但是，这些措施并不能避免神圣罗马帝国最终消亡的结局。当1806年7月拿破仑把德意志西部、南部16个中、小德意志邦组成“莱茵同盟（邦联）”、这些邦退出神圣罗马帝国时，神圣罗马帝国已名存实亡，而同年8月6日，在拿破仑的胁迫下，奥地利国王弗兰茨二世（Franz II）放弃神圣罗马帝国皇帝的称号，德国历史上的“第一帝国”终于彻底灭亡，德意志人失去了最后一个统一的象征。

拿破仑的征服导致了神圣罗马帝国的解体，还有一个事实是，拿破仑的征服使德意志人的民族意识和渴求统一的政治意识骤然增强。此外，拿破仑在德意志实行的种种改革也得到大部分人民的支持。那些封建邦主和诸侯们虽然对法国的革命和拿破仑的征服深恶痛绝，但他们同时也从法军的节节胜利中理会到了进行各种改革的必要性，如普鲁士邦就在神圣罗马帝国解体后进行了涉及社会、经济、行政、军事等方面的改革，其改革的主要主

---

<sup>①</sup> 参见（美）科佩尔·S·平森著，范德一译：《德国近现代史：它的历史和文化》（上册），商务印书馆1987年版（以下引该书均为此版本）第51页。

持人是斯坦因。<sup>①</sup> 虽然 1813 年拿破仑领导的法军因失败被迫从其占领的德意志各邦国退出，但是不能否认的是，这一时期的历史对德意志以后的宪法和其他法律制度确实产生了很大的影响。

1814 年 10 月至 1815 年 6 月，欧洲各国代表在维也纳召开会议，此次会议有两项使命。一是谋求恢复被拿破仑搅乱的欧洲秩序，另一是制定以普鲁士、奥地利为中心的德意志诸邦国统一的德意志宪法。但是，对于制定统一宪法问题，由于德意志诸邦国的君主们，特别是普鲁士、奥地利的领导层害怕德意志民族的统一和革命，他们热衷于恢复传统的君主制，因而没有取得实质性的结果。维也纳会议的主要决定之一是通过《德意志邦联规约》(Deutsche Bundesakte)，规定解散拿破仑建立的“莱茵同盟邦联”，成立德意志邦国联盟 (Der Deutsche Bund)，<sup>②</sup> 其主要施政机关是邦联议会，它是设在法兰克福的常设使节会议，由奥地利主持开会，分为普通院和全体院，前者有 17 名代表，后者即全院会议，其代表由各邦选派，大邦每邦 4 名，最少的每邦 1 名。<sup>③</sup> 邦联议会必须获得成员 2/3 以上的同意才能作出一项决议，有些决议还要求得到全体一致的意见才能通过。加上有 3 位外国国王，即英国国王、丹麦国王及尼德兰联合王国国王，兼任德意志某些邦国的国王，这就使得邦联议会常常难以有所作为。而且也没有任何的执行机构来贯彻邦联议会的决议。从中可以看

---

① 斯坦因主持的自上而下的改革又被称为“普鲁士革命”(Preussische Reformen)，对此，宪法史上的评价有积极说与消极说之分，前者认为，普鲁士革命受到法国革命的影响，特别是贯彻了法国 1791 年宪法的理念，有一定积极的意义；后者则认为，普鲁士革命只不过是完成了普鲁士的军事官僚绝对主义而已。

② 在邦国联盟中，有帝国 (Kaiserreich，如奥地利)、王国 (Königreiche，如普鲁士)、选帝侯国 (Kurfürstentum)、大公国 (Grossherzogtümer)、公国 (Herzogtümer)、侯国 (Fürstentümer)、伯领 (Landgrafentum)。参见 (日) 小林孝辅：《德国宪法小史》第 104 页。

③ 参见《德国近现代史：它的历史和文化》(上册) 第 84 页。

出，邦联本身是一个松散的政治联盟，因此，邦联不可能制定出统一的宪法。

但是，“邦联规约”所包含的若干内容还是对各邦立宪活动的活跃有一定促进作用。尤其是其第13条规定的要求各参加邦联的邦制定议会主义的宪法，确实产生了一定的效果。在此之前一年，即1814年，德意志的拿骚公国已制定了一部宪法。德意志邦联成立以后，受前述第13条的影响，更多的邦国进行了制宪活动。德意志中南部的邦，除拿骚外，萨克森——魏玛于1816年、巴伐利亚于1818年、巴登于1818年、符腾堡于1819年、黑森——达姆斯塔特于1820年都分别制定了宪法，这些宪法大多是以1814年法国路易十八的钦定宪法为蓝本。德意志北部各邦的制宪工作相对较晚。不伦瑞克于1832年、汉诺威于1833年分别颁布了宪法，这些邦宪法则大多借鉴了比利时的1831年协约宪法。<sup>①</sup> 相比较而言，南部各邦的宪法制定工作有较大的积极意义，因为这些宪法的出台更具有自发性。但是，无论是南部邦国的钦定宪法，还是北部邦国的协约宪法，虽然都具有近代宪法的因素，但它们归根结底是与旧的君主主义相妥协而存在的，这些宪法的国民主权、民主主义的基础从一开始就很薄弱。<sup>②</sup>

除这些立宪邦外，仍有许多参加邦联的邦没有进行立宪工作。尤其是普鲁士，它是邦联中最具实力的君主国，在斯坦因进行改革以后，其近代化道路在各邦中一直处于领先地位，因此，德意志的自由主义者们都希望普鲁士邦能尽快实施立宪制，为各邦树立一个典范。1815年，由于拿破仑的又一次崛起，当时的

<sup>①</sup> 参见（日）小林孝辅：《德国宪法小史》第109页。

<sup>②</sup> （日）佐藤功著，刘庆林和张光博译：《比较政治制度》，法律出版社1984年版，第85页。

普鲁士国王腓特烈三世为鼓舞国民曾颁布敕令，承诺要制定宪法。在维也纳会议之后，普鲁士宰相也表示允许召集代表议会，于1817年设立制宪委员会。但由于封建贵族们反对制定宪法，普鲁士国王的態度也发生了变化，并停止实施斯坦因改革，即废除导入自治行政主义、制止解放农民，而恢复以前的封建土地制度，从而使普鲁士成了邦联中政策最为反动的邦国。普鲁士的制宪活动一直拖到30年之后才进行。

## 二、法兰克福宪法

1815年德意志邦联是根据既反对自由主义和民族主义，又反对法国大革命的奥地利宰相梅特涅（Metternich, 1773年—1859年）出于把全体德意志邦置于奥地利的保护伞下、防止德意志传统秩序丧失、压制自由和统一的国民运动兴起等目的的设想而成立的，因此这一政治体制的确立无法满足德意志国民，特别是进步知识分子要求自由和统一的愿望。广大的进步人士开展了反抗反动体制、致力建立以自由和统一为基础的德意志国家的各种活动，并在一定时期内取得了效果。使德意志一度处于看似稳定的局面，但这种表面上的平静实际上酝酿着更大的风暴。

1830年法国的七月革命在德意志产生了直接的影响，德意志内部的各种进步运动又一次活跃。受其影响，德意志北部若干邦如前所述急速制定了邦的宪法。1832年5月，德意志南部的自由主义者们在汉巴赫宫（Hambacher Fest）集会，要求德国统一、保障民权、实行共和政体。这一运动又刺激了封建君主们，同年6月，邦联议会匆忙通过决议，否定言论集会自由，严格实行书报检查制度，并下令关闭了一些大学。自由化运动和民族运动又一次偃旗息鼓。在这些进步运动没有取得实质性政治成果的时候，此时的德意志却在经济领域向前迈进了一步。1834年成立了以普鲁士为中心的由15个邦组成的“德意志关税同盟”，它

为政治的统一树立了榜样。随着经济的发展，德意志市民意识迅速增强，劳工运动高涨，新的变革已不可避免。

1848年是欧洲的革命年，在许多国家都不同程度地兴起了民族主义运动。1848年法国发生二月革命、成立共和国的消息传到德国以后，给了德意志革命团体和革命领袖们以动力、信心和勇气。1848年3月，奥地利维也纳人民举行起义，武装群众和大学生夺取了政权。在此影响下，普鲁士国王由于害怕柏林也会举行示威游行，于是，于同月18日颁布敕令，许诺出版自由、撤走军队和制定宪法，并同意实行代议制以进行邦联改革。但是在国王作出许诺之后，军队仍驻留在王宫内，引起群众的愤怒，于是他们与国王的军队发生巷战，并取得了胜利。在维也纳和柏林的三月革命影响下，几乎所有德意志邦国都开展了不同程度的革命运动。

在这种形势下，自由主义的政治家们共574人<sup>①</sup>于1848年3月31日在法兰克福召开预备会议，决定召开国民议会，制定统一的德意志宪法，成立由50人组成的委员会负责过渡时期的工作。同年5月18日，在法兰克福的保罗教堂（Paulus Kirche）召开德意志国民议会（Deutsche Nationalversammlung），参加者总计有830人，其中圣职人员、大学教授及其他自由职业者277人、行政官325人、从事实业者110人、无职业者118人。<sup>②</sup>

国民议会的议员们经讨论后首先对于德意志人的基本权利方面取得了一致意见，并且仿照法国的做法，准备把这些基本权利作为以后宪法的一部分，并以此为未来统一的国家提供以法治国

---

①（德）迪特尔·拉夫著：《德意志史：从古老帝国到第二共和国》第85页，波恩 Inter Nationes 1987年中文版。

② 参见（日）小林孝辅著：《德国宪法小史》第122页。

的保障。1848年12月27日<sup>①</sup>颁布了《根本权利宣言》，规定了人身自由和法律平等、经济生活自由、营业自由、迁徙自由、不受任意逮捕、出版自由、宗教信仰自由、选择职业自由等基本原则。与这些基本原则在当时的实际效力相比，它的历史意义更为重大，以后的1919年魏玛宪法、1949年波恩基本法所规定的基本权利均是以此为基础发展起来的。

与比较顺利颁布《根本权利宣言》形成鲜明对照，国民议会的议员们对制定怎样的统一帝国宪法展开了种种争论，主要的争论焦点集中在两个方面：一是关于政体，温和派议员们主张建立君主立宪制，少数激进派则主张建立共和制；另一是关于国家结构形式，大德意志派的议员们主张建立包括奥地利境内德意志人居住的地区在内的邦联制国家，参加邦联的各国应保持很大的独立性；小德意志派的议员们则主张应建立在普鲁士领导下并以普鲁士国王为世袭皇帝的较小的联邦。在法兰克福议会讨论制定统一的帝国宪法时，1848年12月5日，普鲁士颁布了一部钦定宪法，1849年3月4日，奥地利也颁布了钦定宪法，这对法兰克福正在进行的制宪工作无疑是公开的挑衅。

1849年3月27日，法兰克福国民议会以267票对263票通过、翌日颁布了《德意志帝国宪法》，这部宪法又被称为“法兰克福宪法”或者“保罗教堂宪法”。宪法颁布的第二天，选举普鲁士国王腓特烈·威廉四世为统一德意志的皇帝。

法兰克福宪法共7章、197条，其第6章是前述的《根本权利宣言》，详细规定了自由权利，其他各章则规定了帝国的结构、皇帝的权力、元首、议会等方面的内容。根据宪法规定，在前德意志邦联的领土上建立统一的德意志帝国，各邦享有一定的自主

---

<sup>①</sup> 另一说为“21日”，参见《德国近现代史：它的历史和文化》（上册）第148页。

权，但外交权和军事权由德意志帝国中央行使，在德意志帝国内实行统一的关税、贸易、币制、度量衡制度。德意志帝国实行君主立宪制，帝国皇帝由帝国议会从各邦国的国王中选出，但皇帝不对议会负责，皇帝有权解散议会下院、搁置议会所通过的法律案。皇帝对外代表德意志和德意志各邦，统帅帝国的武装力量。皇帝将与内阁协同管理国家，他的每一项命令均由一名大臣副署。帝国议会是国家最高立法机关，分为上下两院，上院为联邦院，共有 176 名代表，其中 88 名由各邦政府任命，另外 88 名由各邦立法机构任命。联邦院的代表任期 6 年，原则上规定他们按自己的意志投票。下院为众议院，其代表按人口比例选出，每 5 万人通过秘密、普遍、平等地投票选出一名代表，任期 3 年。宪法规定，在特殊情况下，议会有权征收直接税，政府的预算案应首先提交下院审查。设立帝国最高法院为帝国的最高司法机关，它有权就法律问题裁决各邦之间、政府与议会之间的争端。

法兰克福宪法通过、颁布以后，被提交到各邦政府以期获得他们的赞成。28 个邦表示有条件地接受宪法，但法兰克福国民议会不愿作出修改宪法一定内容的让步。奥地利、巴伐利亚和汉诺威则完全拒绝接受这部宪法。被选为德意志皇帝的普鲁士国王拒绝接受帝国皇冠，法兰克福国民议会的一切努力随之宣告失败。法兰克福宪法就这样中途流产，没有得到实施。

但是，这部在综合借鉴美国宪法<sup>①</sup>及西欧各国宪法的基础上、历经种种妥协制定出来的法兰克福宪法，在德国宪法史上还是具有一定积极意义的。这主要表现在两个方面。一是如前所述，宪法关于基本自由权利的规定为其后的魏玛宪法和波恩基本

---

<sup>①</sup> 有学者认为，法兰克福宪法的每一个主要因素在一定程度上都受到了美国宪法原则的影响，详细参见（美）路易斯·亨金等编，郑戈等译：《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店 1996 年版，第 257—263 页。

法提供了传统的先例，二是宪法所确立的邦与邦的关系为后来的北德意志联邦及1871年帝国宪法规定有关的内容提供了参考。<sup>①</sup>当然，三月革命及其引起的立宪活动，使自由思想深入人心，同时也使自由资产阶级认清了德意志的政治现实，这对整个德国历史的发展都产生了一定影响。

### 三、普鲁士宪法

三月革命使普鲁士的封建贵族们感到很大的压力。1848年12月5日普鲁士国王发布了一部钦定宪法，为了通过这一宪法，普鲁士国王于1849年4月解散议会，并颁布紧急敕令修改选举制度，于同年5月30日制定“三级选举法”(Dreiklassenwahlrecht)，<sup>②</sup>据其选举出来的新的议会于1850年1月31日通过了宪法。

1850年普鲁士宪法由111条正文及8条“制定经过规定”共119条组成，共9章，依次为第1章领土、第2章普鲁士人的权利、第3章国王、第4章大臣、第5章二院、第6章司法权、第7章不属于司法官的官吏、第8章财政、第9章公共团体、一般规定、制定经过规定。这部宪法从体例上仿照了1831年的比利时宪法，但从内容上看，比利时的宪法是以国民主权原则为前提并具有强烈的自由主义倾向的君主制宪法，<sup>③</sup>而普鲁士宪法则比较保守。

---

① 参见(日)小林孝辅著：《德国宪法小史》第124页。

② 根据这一法律，依所纳税额的多少把选民分为三级第一次选举人，高额纳税者为第一级选举人，次之为第二级选举人，低额纳税者为第三级选举人，其人数最多。这三级分别选举出相同人数的第二次选举人，再由第二次选举人选出下院议员。按照这一法律，对选举权的行使虽没有明文规定财产资格的限制，但实际上对纳税多的富人阶层有利。

③ (日)樋口阳一著：《比较宪法》(改订版)，青林书院1989年版，第96页。



宪法规定，普鲁士实行君主立宪制，但实质确立的是君权中心主义。在规定国王的第3章的第1条则规定“国王人身神圣不可侵犯”，其后规定国王所享有的广泛的权力，包括：宣战和缔结和约的权力、决定国会的召开和解散的权力、任免大臣权、统帅权等。此外，宪法还规定，立法权由国王和两院共同行使，所有法律需要国王与两院的同意，国王有权拒绝议会两院通过的任何法令，他还可以直接颁布具有法律效力的命令。关于提出法律案，宪法第64条规定，国王和两院一样有提出法律的权力，凡经任何一院或国王否决的法律草案，不能在同一会议上重新提出。

关于议会，宪法规定了两院制（根据1855年5月30日的法律，第一院称贵族院“Herrnhaus”，第二院为众议院“Haus der Abgeordneten”）。第一院议员由终身或世袭议员组成，他们由国王任命。第二院议员共433名，年满30岁、享有完整公民权利并取得普鲁士国籍满3年的普鲁士人才有资格当选。规定这样的当选资格表面上看一点也不为过，但由于前述的“三级选举法”所体现的实质上照顾富有的第一级选举人的权利，故在第二院议员的选举中，富有的容克贵族<sup>①</sup>和大资产阶级在人数上拥有绝对的优势。从宪法所规定的议会的权限看，事实上它连立法权都不能行使。议会对于国王的立法权不享有抑制功能，而国王却保留了立法否决权，没有确立议会第二院的优越地位，对于国王、贵族院、众议院三者意见不一致如何处理也没有详细规定，这既显示议会所享有的立法权的无力，同时为以后的宪法实施埋下了隐患。

宪法虽在规定司法权时规定了“司法独立”原则和法官终身制，但同时又规定，高级法官由国王任命，低级法官则以国王的

---

<sup>①</sup> 容克是德语 Junker 的音译，是指近代德国资产阶级化的农村贵族地主阶级。

名义任命。而且，法官所作出的一切判决都须以国王的名义宣告和执行。

宪法第2章规定了“普鲁士人的权利”。该章首先规定了“普鲁士人的身份及公民权，在宪法及法律规定条件下取得、行使、丧失”（第3条），从中可以看出，这不具备自然权的观念。然后，宪法主要规定了法律面前人人平等（第4条）、人身自由（第5条）、住宅不可侵犯（第6条）、接受审判权利（第7条）、罪刑法定（第8条）、所有权不可侵犯（第9条）、迁徙自由（第11条）、信教自由（第12条至第18条）、学问及授课自由（第20条）、言论表现自由（第27条）、集会结社自由（第29条至第31条）、请愿权等内容和原则。至于义务，宪法主要确立了普遍义务兵役制。

就普鲁士宪法所确立的体制来看，其实质是维护了以国王为首的封建势力的中心地位，就其所规定的如自由权利等方面的内容看，虽然有许多缺陷，但还是一定程度地反映了近代宪法的某些共性。它是君主主义势力与自由主义的资产阶级政治势力相互妥协的产物。它实施之后，在普鲁士曾引起长时期的宪法斗争，并被多次修改。但由于普鲁士邦在日后德国统一中的盟主地位，这一宪法对德意志帝国建立后制定全德统一的宪法具有极大的影响力。在统一的德意志宪法制定出来之后，这部宪法作为普鲁士邦的宪法仍在生效，直至1919年才停止执行。同时，在世界宪法史上，一个无可争议的观点是，1850年普鲁士宪法对近代日本宪政制度有渊源性的影响，近代日本第一部宪法，即1889年明治宪法，就是以它为模式制定的，尤其是其所确立的形式上的君主立宪制、实质上的天皇专制制度的统治体制几乎是普鲁士宪法的翻版，只是明治宪法所规定的非常有限的“臣民”的自由权利，则反映了明治宪法比普鲁士宪法更为保守。

#### 四、北德意志联邦宪法

1848年三月革命失败及法兰克福宪法流产之后，德意志的反动势力曾一度猖獗。1851年12月，奥地利取消了1849年颁布的宪法，实行依靠军队和教会的专制主义集权统治。在普鲁士，本身已较保守的1850年宪法在实施过程中更被突出了其保守的性质，在奥地利和普鲁士的提议和干预下，其他一些德意志邦联的成员邦也加强反动保守的统治，取消人民的基本权利，竭力按照反动的精神修改宪法。而从19世纪中叶开始，德意志的经济有了迅速全面的发展，已经觉醒的资产阶级在政治上无法发挥与其经济地位相适应的作用，广大民众渴求经济的繁荣，也迫切希望民族的统一和政治上的改革和进步。

德意志民族的统一是伴随着普鲁士的改革和强大，进而通过数次战争确立其在德意志邦联中的中心地位而完成的。凭借其在“德意志关税同盟”的中心地位，普鲁士的政治地位也日渐提高，尤其是1862年9月德国近代最为著名的铁血人物俾斯麦<sup>①</sup>被普鲁士新王威廉一世（Wilhelm I，1797年—1888年）任命为宰相后，他所采取的种种措施加速了德意志在普鲁士领导下实现统一的进程。俾斯麦上台以后，首先全力处理内部的宪法斗争，利用其所谓的“漏洞”（lücke）理论<sup>②</sup>以解散议会等手段，大大削弱议会权力，增强保守势力对议会及国家事务的控制权。1864年

---

① 因俾斯麦曾声称“德国所注意的不是普鲁士的自由主义，而是权力……当代的重大问题不是通过演说与多数人的决议所能解决的……这正是1848年和1849年的错误……而是要用铁和血”而得名。参见（美）科佩尔·S·平森著：《德国近现代史：它的历史和文化》（上册）第182页。

② 俾斯麦认为，按照宪法，一切法律案都必须是国王、贵族院和众议院三方面一致同意的产物，宪法上没有哪一条说明当三者意见不一致时该由哪一方面作出让步，这是宪法的漏洞。他认为，国家存在的需要才是决定性因素，而无须考虑遵循什么理论。他的观点的真实含义是，凡是宪法上没有明确限制的地方，国王就具有无限的权力。后来人们称之为“漏洞”理论。

对丹麦的战争的胜利，进而使俾斯麦巩固了其在普鲁士国内的地位，并为他击败议会反对派奠定了基础。1866年普奥战争的胜利则永远取消了奥地利在德意志各邦中的领导地位，巩固了普鲁士在北部的霸权地位。

1866年8月，成立以普鲁士为主导的“北德意志联邦”。相对于已被解散的“德意志邦联”而言，北德意志联邦版图缩小，但内部的联系却比以前的邦联紧密。1867年4月制定了《北德意志联邦宪法》，该宪法没有规定基本权利，没有规定税收批准权，没有确立大臣负责制，也没有规定议员津贴制。但该宪法着意创立一种德意志的立宪君主政体，规定北德意志联邦的行政权归联邦主席团，普鲁士国王掌握主席团大权，他有权代表整个联邦决定战争与和平，并享有联邦军队的最高统帅权、签署颁布法律和任命宰相的权力。国家立法机关由国家议院和联邦议院组成，前者由各邦根据普选产生，后者由各邦的代表组成。联邦内部各邦形式上保持独立，但实际上普鲁士在联邦中处于霸主地位。宪法体现了在确保君主专制的统治优势的前提下，一定程度地满足资产阶级的愿望，从而建立起了以普鲁士为中心的容克地主和资产阶级的政治联盟体制。

《北德意志联邦宪法》虽因北德意志联邦的很快解体而失去了其继续存在的依据，但它直接为1871年德意志帝国统一以后制定帝国宪法提供了蓝本。

## 第二节 1871年德意志帝国宪法

### 一、德意志帝国宪法的制定

北德意志联邦的建立只不过是德国统一的第一步，因为在北德意志联邦成立之时，南部若干邦，如巴登、巴伐利亚等，已宣布独立，这样，南北德意志的分裂状态没有得到根本

的解决。

1870年，普鲁士与法国之间的战争爆发。深受要求德意志民族统一之各派力量支持的普鲁士军队在色当战役中大胜法军。在普鲁士获胜的狂欢声中，俾斯麦完成了政治上统一德国的事业。1871年1月18日，俾斯麦宣告统一的“德意志帝国”诞生，普鲁士国王威廉一世成为德意志帝国皇帝，俾斯麦被任命为德国宰相。史称“第二帝国”（1871年—1918年）。除了建立统一的德意志帝国以外，俾斯麦的铁血政策还使德意志国内各种政治和社会力量发生了重新组合，并且客观上也带来了德国自由主义思想运动在性质、内容和影响等方面的彻底变化。

德意志帝国成立以后，很快开始进行宪法的制定工作。通过对前述《北德意志联邦宪法》的稍作修改，于1871年3月21日提交给新选举产生的德意志帝国议会。同年4月14日，帝国议会通过了宪法，同月20日由俾斯麦公布。

就实质而言，《德意志帝国宪法》不是制宪会议或者国民议会的成果，而是一系列战争胜利的产物，是俾斯麦铁与血政策的结果，它的内容集中体现了俾斯麦的意志，正因如此，有些书上干脆把这一宪法称为“俾斯麦宪法”。<sup>①</sup>

## 二、德意志帝国宪法的主要内容

《德意志帝国宪法》共14章78条。其体例为第1章联邦领土、第2章帝国立法、第3章联邦参议院、第4章元首、第5章帝国议会、第6章关税制度、第7章铁道制度、第8章邮政电信制度、第9章海上交通、第10章领事制度、第11章军事、第12章财政、第13章争讼调停、第14章一般规定。

宪法确立了联邦中央拥有很大权力的联邦制。德意志联邦由

<sup>①</sup>（日）小林孝辅著：《德国宪法小史》，学阳书房1992年版，第161页。

22个邦、3个自由市、1个直辖区组成，但是主要权力都集中在帝国联邦中央。宪法首先确立了“帝国依据本宪法规定在联邦领土内行使立法权，帝国法律高于各邦法律”（第2条）的原则，并且列举了属于帝国的监督权与立法权的范围，具体包括有关迁徙、归化、海关和贸易、度量衡与货币制度、海外贸易与航运、铁路、邮政电报、民事和刑事、诉讼、破产、票据、商法、帝国陆军与海军舰队等领域的立法权。宪法还规定，全德军队由帝国掌握，军官由帝国任命，一切外交事务由中央政府负责，各邦公民只有统一的帝国国籍。各邦的权力范围很小，只保留了教育、卫生、地方行政等权力。因此德意志帝国宪法实际上取消了各联邦成员的独立地位，各邦已在事实上成为联邦中央的地方自治单位。但这样的体制还是肯定了统一的事实，消除了统一前的分散状态，有利于促进资本主义的发展。

宪法确立了比较独特的行政机制。帝国联邦元首属于普鲁士国王，称为“德意志皇帝”（Deutscher kaiser），从中可以看出普鲁士邦在德意志帝国中的独特地位。皇帝拥有广泛的权力，他是帝国行政的最高首领，任命宰相和帝国其他官吏。皇帝有立法创议权和监督帝国法律执行的权力，并有权召集联邦议会。他还可以以帝国名义宣战、媾和、结盟、缔约、派遣驻外使节，可以宣布帝国任何地区为战争状态，对某些种类的立法，如涉及修改宪法、军事及关税、消费税等，有否决权。在所确立的行政机制中，尤其引人注目的是宰相（Chancellor）的地位和权限。宰相是皇帝之下的帝国最高行政长官，由皇帝任命，对皇帝负责，而不对议会两院负责。议会不能提出对宰相的信任或不信任的决议案。各部大臣事实上是由宰相任命。根据宪法，宰相除负责行政事务外，还参与立法，因为联邦议会主席是由宰相兼任的，议会工作受其监督。在皇帝公布帝国法律时，还须由宰相副署，并负其责任。可见，宰相在帝国国家机构中占有特殊的地位。自

1871年德意志帝国建立至1890年，俾斯麦一直担任帝国宰相，他是帝国的积极组织者和实际领导者。并充分利用了宪法所赋予的宰相的独特地位及作用。因此，说这一宪法是“按照俾斯麦的身段裁剪而成的”（恩格斯语）确实一点也不为过。非民主的宰相制度一直延续至该宪法实施末期，即1918年10月28日经对宪法进行修改，才明确规定议会责任制。<sup>①</sup>

宪法规定帝国立法权由联邦议会和帝国议会两院行使。但帝国议会处于从属地位。宪法第5条规定：“帝国立法权由联邦议会和帝国议会行使之，帝国法律应取得两个议会必要的和充分的同意的同意。”宪法第3章和第5章分别规定了联邦议会和帝国议会的组成及权限。按照宪法规定，联邦议会由联邦成员代表组成，各邦代表人数不等，而是按照各邦大小和力量决定。联邦议会共58个席位（1911年后由于阿尔萨——洛林加入联邦而增至61个），其中，普鲁士有17席，巴伐利亚6席，萨克森4席，符腾堡4席，其他各邦从3席至1席不等。议员由各邦政府指定，并按照政府指示统一投票。普鲁士在联邦议会中不仅拥有的席位最多，而且对于联邦议会决议的形成有左右作用。对于陆军、海军、关税和货物税问题，普鲁士如投票赞成，就能维持现行的制度。对于宪法修正案，普鲁士也握有否决权，因为根据宪法第78条规定，宪法修正案只要14票反对就不能获得通过。联邦议会拥有较广泛的权力，帝国宰相主持联邦议会会议，任何议案若未经联邦议会投票通过，均不能成为法律。其有权批准和否定帝国议会的法案，有权颁布为执行联邦法律所需要的行政命令，有权决定帝国的财政预算和决算，议员可出席帝国议会的会议，并有发言权。而且，经过皇帝的同意，联邦议会还可解散帝国议会。此外，联邦议会还是最高司法审级，有权裁决各邦之间

<sup>①</sup>（日）小林孝辅著：《德国宪法小史》，学阳书房1992年版，第162页。

的争执及享有宪法争讼裁判权。

帝国议会表面上代表人民，共 397 人，他们由所有 25 岁以上男性公民投票选举产生，任期 5 年。帝国议会作为立法机关的一部分，其权力受到很大限制。帝国议会虽然有权讨论和通过法律案，但须经联邦议会审查。帝国议会按规定不能控制联邦政府，反而要受到兼任联邦议会主席的帝国宰相的控制。帝国议会对于皇帝处于从属地位，它的召开、结束由皇帝决定。帝国议会对于外交和军事问题毫无发言权，对于它所享有的立法权、预算审议权、决算承认权、条约承认权等，联邦议会都有否决权。因此使得这些权力的行使也流于形式。此外，帝国议会议员，“不得领取任何薪俸或报酬”（第 32 条），这种状况一直到 1906 年才得到改变，这一年通过一项修正案，规定给每个议员按月 400 马克酬金。<sup>①</sup> 在德意志帝国后期，帝国议会的作用有所提高，特别是比洛<sup>②</sup> 时期之后，帝国议会才开始发挥较有决定性的作用。但是，总体而言，帝国议会对国家事务的控制仍然有限。

宪法没有规定近代各国宪法大多规定的公民基本权利的内容，但是却详细地规定了那些其他国家宪法均不涉及的问题，如关税、商业、铁路、邮政电信等，尤其是宪法专章规定了帝国的军事制度。宪法第 61 条规定：“在本宪法公布之后，在全帝国内，应立刻全部采用普鲁士的军事立法……。帝国的全部军事力量组成为统一的军队，在平时和战时受皇帝指挥……”。而在事实上，宪法颁布之后，除少数邦仍保留独立的军队外，其他大部分邦都把武装力量交给普鲁士，普鲁士国王作为帝国皇帝彻底地控制了军队，军队对皇帝宣誓效忠。这为日后的军国主义提供了

---

① (美)科佩尔·S·平森著、范德一译：《德国近现代史：它的历史和文化》(上)，商务印书馆 1987 年版，第 223 页。

② 比洛 (Bulow, 1849 年—1929 年)，于 1900 年—1909 年任德意志帝国宰相。



宪法依据。

作为德国历史上第一部真正制定并实施的统一宪法,《德意志帝国宪法》的面世毫无疑问具有重要的时代意义,这主要体现在它巩固了德意志的政治统一。但是,这部宪法从形式到内容都清楚地表明,它虽一定程度地表现出西方立宪制度的某些痕迹,但也保留了浓厚的传统封建残余,所确立的容克地主在政治体制中的优越地位、普鲁士的控制地位、实质上的行政专权和集权、推行普鲁士军事制度等,都充分反映了近代德意志帝国的保守性。

### 三、德意志帝国政制的运行

《德意志帝国宪法》制定后的短时期内,国家内部高涨的民族感情使人们忽视宪法本身所存在的问题。随着时间的推移,这部宪法的缺陷就逐渐地暴露出来。

宪法实施不久,就发生了俾斯麦与天主教徒之间的冲突(1872年—1878年),史称“文化斗争”(Kulturkampf)。19世纪的德国天主教徒遵循着这样一个基本教义,他们认为,上帝是一切国家权力的始源,上帝对国家权力有所限制。天主教徒们要求教会独立,其具体政治要求主要有三个方面,即反对中央集权、要求教会自治和宗教自由。<sup>①</sup>这显然与帝国宪法所确立的各小邦无权、联邦中央拥有大权、普鲁士占据独特地位的体制相冲突,与俾斯麦所设想及实际运作的帝国体制大相径庭。为了压制天主教会,俾斯麦采取了种种措施。先是取消政府内的部分天主教机构,由国家取代教会对学校行使监督权,继而剥夺主教的大部分惩戒权,排除宗教仪式婚礼的合法性。这一冲突最终虽因教皇与

---

<sup>①</sup> 参见(美)科佩尔·S·平森著:《德国近现代史:它的历史和文化》(上册),第249页。

皇帝之间的相互妥协而得以结束，但在事实上却是加强了国家对教育制度和婚姻制度等方面的控制。

由于工业的飞速发展，国民结构发生了明显变化，原以农业人口为主的德国日渐城市化，雇佣劳动人口急剧增加，兴起了各种社会运动。俾斯麦对此也采取强硬措施。1878年通过并实施臭名昭著的《镇压社会民主党危害社会秩序法》，该法授权帝国政府镇压所有独立的工人组织、社会民主党人的所有政治和经济团体，禁止社会民主党人举行集会，政府有权在必要时宣布戒严。这项法令的有效期为3年，但它一直延续实施至1890年。与此同时，还颁布了一些旨在保持国内安定的社会立法。

德意志帝国初期国内及外交事务的一定成功，并不是由于德意志帝国宪法的良好实施，而是俾斯麦运用其政治才能和铁血政策适时操纵政治的结果。正因如此，由于势态的变化，这种建立在太多人为因素之上的机制必然会迎来崩溃的日子。

如前所述，《德意志帝国宪法》被认为是根据俾斯麦的身段裁制而成的，这主要是从宪法所确立的宰相的特殊地位而言的。从宪法的规定来看，宰相拥有很大的权力，但宰相这一地位是充满矛盾的。这种矛盾性主要表现在三个方面：一是宰相由皇帝任命，他的权力的基点来自于皇帝对他的信任；二是宰相既是普鲁士宰相又是联邦议会的主席，担任前者，他不得不站在保守主义的立场，担任后者则相对要站在自由主义的立场；三是宰相虽拥有较大权力，但他无权涉及军权，军权是由独立于政府和议会之外、作为皇帝顾问机关的宫中军事办公厅行使的。俾斯麦任宰相时，他的忠君与皇帝威廉一世对俾斯麦的赏识和强有力支持的彼此结合才使德意志帝国体制的矛盾性没有明显暴露出来。当1888年新皇威廉二世（1859年—1941年）就任以后，由于皇帝与宰相之间的关系不协调，帝国政制就暴露出了明显的弱点。1890年俾斯麦辞职以后，他的数位继任者在能力上均不及俾斯

麦，宰相的权力及其在国家生活中的作用明显下降，开始了皇帝亲政时期。德意志立宪君主制出现了崩溃的征兆。

1908年发生的《每日电讯报》事件，<sup>①</sup>深刻暴露了威廉二世作为皇帝所存在的弱点，使皇帝的威望大损，德意志各个政党议员及人民群众对威廉二世的个人统治强烈不满，要求实行真正的议会内阁制的呼声提高，并曾引起改革宪法的讨论。但不久发生的第一次世界大战吸引了德国内部的所有注意力，有关宪法改革问题自然被搁置了。

1917年，面对因战争的延续而引起的国内广泛的不满，帝国议会设置特别委员会研讨政治改革，帝国首相也谋求实行新方针，但未能产生预期效果。1918年，各方面的形势进一步恶化，帝国政府被迫采取行动作最后的改革，以期挽救摇摇欲坠的统治。此时，外部的压力也增强，美国总统威尔逊（Wilson，1856年—1924年）也宣布，盟国只和能真正代表德国人民的政府和谈。德意志帝国匆忙之中进行了修宪工作。同年10月28日，公布了《德意志帝国宪法》的修正案，其主要内容有：（1）关于帝国的宣战和缔结条约，原来规定只要联邦议会同意，现改为须经联邦议会和帝国议会同意；（2）规定宰相在执行职务时对联邦议会和帝国议会负责；（3）规定皇帝任免陆海军文武官员时须由宰相副署。<sup>②</sup>应该承认，这些改革具有一定的力度，若是战争之前

---

<sup>①</sup> 1908年10月28日，伦敦《每日电讯报》发表了一篇对德皇威廉二世的访问记，威廉二世在接受访问中声称，他本人是英国的朋友，但在德国国内他是少数派，德国舆论是与英国为敌的，并解释说，他的海军政策是针对日本而不是针对英国，等等。作为国家首脑的威廉如此轻率的声明在国外激起了愤怒的浪潮，在国内也引起了强烈的抗议和惊恐。参见引自（美）科佩尔·S·平森著：《德国近现代史：它的历史和文化》（上册），第390页及（德）迪特尔·拉夫著：《德意志史：从古老帝国到第二共和国》，中文版为波恩 Inter Nationes 1987年版，第77页。

<sup>②</sup> 参见（日）佐藤功著，刘庆林和张光博译：《比较政治制度》，法律出版社1984年版，第136页。

或更早些时候进行，肯定会取得较好的效果，但在这种紧迫的时期，人民的要求已经提高，这些改革就显得不力。而且，美国总统威尔逊也提出，这些措施不足以作为德国民主政治的有效担保，重申盟国只以另外新建的民主政府为媾和谈判的对象。<sup>①</sup>

1918年11月3日，德国海军在基尔（Kiel）发生叛变。以此为契机，革命迅速向其他城市和德意志各邦蔓延。1918年11月，德皇正式签署退位法令，皇太子也宣布放弃皇位继承权，德意志帝国屈膝投降。1871年建立的德意志帝制以战败而宣告瓦解。

### 第三节 魏玛宪法

#### 一、魏玛宪法的制定

1918年11月，在内外压力下，德意志帝国土崩瓦解，在柏林宣布成立临时政府。临时政府成立后，对于建立何种政治制度，各派存在很大的分歧，归纳起来主要有四种意见：第一种意见是，主张对旧的君主制或帝制加以改造，采取较民主的君主立宪政体；第二种意见是主张采用共和政体，制定民主宪法，逐渐走经济、工业的社会化道路；第三种意见是对旧的政治、经济、社会秩序进行彻底改变；第四种意见是激进的斯巴达克派（Spartacists）<sup>②</sup>主张的遵循苏俄路线、实行苏维埃制度和无产阶级专政。由于当时德国的形势对主张第二种意见的社会民主党右派有利，他们控制了临时政府，故其后的立宪工作基本上是按照第二种意见进行的。

<sup>①</sup> 参见张金鉴著：《欧洲各国政府》，台湾三民书局1976年版，第259页。

<sup>②</sup> 斯巴达克派成立于1916年3月，其领导人是卡尔·李卜克内西（Liebknecht, 1871年—1919年）和罗莎·卢森堡（Luxemburg, 1871年—1919年），1919年1月6日在柏林举行斯巴达克起义失败，这两位领导人后被杀害。

1919年1月19日，举行国民议会的选举，所有20岁以上的德国男女公民均有资格参加。通过选举，产生423名议员。<sup>①</sup>从选举结果看，德国的社会民主党所占席位最多，达163个席位，其他的政党，如独立社会民主党、中央党、德意志人民党、德意志民族人民党及其他小党都获得一定的席位。在议员中有100多人是旧帝国的议员。<sup>②</sup>

1919年2月6日，国民议会在德国的小城魏玛(Weimar)召开。<sup>③</sup>同年2月10日，国民议会通过了一项具有临时宪法意义的《十条约法》，宣布德国为共和国。翌日，国民议会选举艾伯特(Ebert, 1871年—1925年)为总统，谢德曼(Scheidemann, 1865年—1939年)被任命为总理，负责组阁。这样，德国历史上第一个共和国在魏玛成立了，史称“魏玛共和国”。

国民议会的一项主要任务是制定和通过共和国宪法。在临时政府时期，曾成立以当时的内务部长、民主人士普罗伊斯(Hugo Preuss, 1860年—1925年)<sup>④</sup>为主席的宪法起草委员会，该委员会草拟了宪法草案，主要体现了确立议会制民主共和国、加强联邦中央权力的原则。国民议会经对此宪法草案的多次修改，并任命宪法委员会对宪法草案逐条进行研究，于1919年7月由国民议会对宪法进行表决，结果以262票赞成、75票反对获得通过。

---

① (美)科佩尔·S·平森著，范德一译：《德国近现代史：它的历史和文化》(下册)，商务印书馆1987年版，第526页。

② 参见朱忠武等著：《德国现代史：1918—1945》，山东大学出版社1986年版，第61页。

③ 之所以在魏玛而不在柏林召开，其中一个众所周知也是最为重要的原因是，当时的柏林是工人运动的中心，在魏玛召开可以避免国民议会受工人运动的冲击。另一个原因是，柏林是普鲁士邦的中心，象征普鲁士霸权，而魏玛则是象征德国的古典人文主义传统。

④ 普罗伊斯被称为“魏玛宪法之父”。参见(德)拉德布鲁赫著，米健和朱林译：《法学导论》，中国大百科全书出版社1997年版(以下引该书均为此版本)第45页。

同年8月11日公布、8月14日生效。这部宪法正式命名为《德意志联邦宪法》，又被称为“魏玛宪法”。

## 二、魏玛宪法的主要内容

魏玛宪法由序言、正文两编及结尾“过渡规定及终结规定”组成。宪法共有181条，译成中文有近2万字，<sup>①</sup>不失为一部繁琐冗长的宪法。宪法的主要内容大多体现在正文中。

正文第一编为“联邦之组织及其职责”（第1条至第108条），它所包含的有关国家体制的内容特点主要有下列方面：

（1）宪法规定德国国家结构形式仍然采用联邦制，并赋予联邦中央极大的权限。

宪法第1条规定：“德意志联邦为共和政体。国权出自人民。”前一项规定确立了联邦制，也明确了共和制。后一项则明确了主权在民原则。这在德国宪法史上尚属首次。宪法关于联邦制的规定参考了瑞士和美国宪法的内容。<sup>②</sup>

宪法把立法权分为联邦专有、联邦与各邦共有两部分。属于联邦专有的立法权主要包括外交、殖民制度、国籍及移民、兵役、货币制度、关税制度、邮政制度等方面。对于这些立法事项，各邦无权行使。宪法还详细列举了联邦与各邦共同享有的立法事项，这包括民法、刑法、诉讼法、劳动法、商业保险、铁路等方面，对于这些共有事项，联邦有优先立法权。此外，宪法还规定“联邦得废止各邦法律。各邦法律与联邦法律发生疑义或有冲突时，联邦或各邦的中央主管官署得依照联邦法律之详细规定，请联邦最高法院判决之”（第13条），这就明确了解决联邦

---

<sup>①</sup> 有关魏玛宪法的条文，参见戴学正等编：《中外宪法选编》（下册），华夏出版社1994年版（以下引该书均为此版本）第184—214页。

<sup>②</sup> （日）佐藤功著，刘庆林和张光博译：《比较政治制度》，法律出版社1984年版，第138页。

法律与各邦法律冲突的方法，但实际上还是包含了联邦法律高于各邦法律的原则。除立法权外，宪法还规定了各邦享有其他的一些权力，但从整体而言，联邦中央拥有较多权力。因此，有学者认为，魏玛宪法在内容上体现了中央集权主义。<sup>①</sup>

(2) 宪法确立了由联邦国会和联邦参政会组成的两院制。

宪法规定，联邦国会议员按比例代表制由年满 20 岁的德国公民以普遍、直接、平等、秘密地进行投票的方式选举产生，任期 4 年。把全国划分为 35 个选举区，议员总额及每一选举区的当选数额均无固定规定。各区候选人由各政党自行提名。联邦国会每年举行 1 次常会。联邦国会议长由联邦国会选举产生，其议事一般公开进行。联邦国会的议员享有言论豁免及人身特别保障等权利。联邦总统得解散联邦国会，但仅限解散 1 次。

联邦参政会是代表德意志各邦参加联邦的立法机关，各邦在联邦参政会的议员人数，按各邦人口数选出，每邦最少 1 人，人口最多的邦也不得超过议员总数的  $\frac{2}{5}$ ，这样的规定改变了以前的人口大邦普鲁士邦在联邦立法机关中的优势，而且宪法第 63 条规定：“在联邦参政会中，各邦以其政府之人员为代表，但普鲁士代表的一半，得按其邦法律，由普鲁士地方行政机关任命之”，这被称为“反普鲁士条款”，它客观上限制了普鲁士的投票权。<sup>②</sup> 联邦参政会主席及内设各委员会主席由联邦政府各部长充任。联邦参政会议员总额随时代而有不同，最早为 63 人，最后为 67 人。<sup>③</sup>

按照宪法规定，法律提案权属于联邦政府和联邦国会，联邦参政会不能直接提出法律议案，但宪法规定：“联邦政府提出法

① 参见（德）拉德布鲁赫著：《法学导论》第 45 页。

② 参见（日）佐藤功著：《比较政治制度》第 138 页。

③ 张金鉴著：《欧洲各国政府》第 266 页，台湾三民书局 1976 年版。

律案时，须得到联邦参政会同意”，可见联邦参政会只是间接参与法律提案。讨论和通过法律的权力主要属于联邦国会，宪法第68条第2款规定：“联邦法律，由联邦国会议决之。”此外，宪法又规定：“对于联邦国会所议决的法律案，联邦参政会得否决之”（第74条第1款），当经联邦国会重新讨论修改后，如联邦国会与联邦参政会对该项法律的意见仍不一致的，联邦总统得将该法律案交付国民表决。

（3）确立总统制，并规定联邦总统拥有很大权力。

按照宪法规定，联邦总统由选民选举产生，任期7年，连选连任。在总统任期内，若联邦国会提出罢免总统的动议，并在提交国民表决时获得2/3的赞成票，总统即被罢免。若国民表决未通过罢免总统的动议的，即视总统重新当选，联邦国会即应解散。联邦总统不得同时为联邦国会议员。

魏玛宪法赋予总统的权力很大。总统所享有的权力主要包括：对外代表联邦，并以联邦名义与其他国家缔结同盟和条约，并接受使节，宣战媾和（第45条）；任免联邦文武官吏（第46条）；掌握联邦一切国防军之最高命令权（第47条）；代表联邦行使恩赦权（第49条）；公布法律（第70条）；解散联邦国会（第25条）。除此之外，宪法第48条还赋予总统享有“强制执行权”和“独裁权”，前者是指总统可以使用武力强制各邦遵守联邦宪法和法律，后者是指总统可以使用武力来恢复“公共秩序和安宁”，临时停止宪法规定的某些公民权利。虽然宪法又规定，联邦总统在行使许多权力和命令时都需要联邦政府总理或有关部长的副署，但联邦政府总理及由总理推荐的各部部长本身均由联邦总统任免。

魏玛宪法所确立的体制既有别于俾斯麦宪法的体制，同时又一定程度上承袭其内涵。宪法的制定者们费尽心思构思出这样一种体制，原以为这是具有较强稳定性的政治体制，但并没有奏



效。首先，联邦国会形式上被赋予了立法中心的地位，但是，由于内部党派林立，意见分歧，导致内部议事效率低下，未能积极地解决国家事务。其次，宪法赋予总统极大的权力，尤其是宪法第48条的规定，对德国现代政治产生了较大的负面影响。在1920年—1932年间，总统依据该条颁布紧急命令竟多达233次。<sup>①</sup>法西斯独裁统治时期，更是利用这条规定实行专制统治。最后，宪法规定总理由总统任命，内阁阁员由总理提名、总统任命。总统在任命总理前均要与各政党领袖举行商讨，而联邦国会内多党林立，从没有一个占绝对多数议席的政党，故内阁常是多党的联合内阁。总理决定内阁政策，但在实际上阁员对国家决策具有重大影响。这种内阁有限的集体责任制，在运转过程中并不稳定。从1919年—1933年，内阁改组达20次。<sup>②</sup>

宪法正文第二编为“德国人民的基本权利及基本义务”。该编共5章，依次为第1章个人（第109条至第118条）、第2章共同生活（第119条至第134条）、第3章宗教及宗教团体（第135条至第141条）、第4章教育及学校（第142条至150条）、第5章经济生活（第151条至165条）。

从宪法的规定可以看出，魏玛宪法包含了近代各国宪法普遍规定的公民的基本权利和义务。这些权利包括：法律面前一律平等、男女平等、迁徙自由、人身自由不可侵犯、住宅不受侵犯、通信秘密不受侵犯、发表意见自由、和平集会自由、结社自由、选举自由和选举秘密受保障、请愿权、信教自由及良心自由等。基本义务主要有：担任名誉职务、服兵役、负担公共费用、受小学教育等。除此以外，魏玛宪法还规定了许多新的权利，这些权

① 张金鉴著：《欧洲各国政府》，台湾三民书局1976年版，第268页。

② 同上，第269页。

利可以分为四类,<sup>①</sup>即经济方面的权利、保障方面的权利、劳动方面的权利及文化方面的权利。

宪法规定的有关经济方面的权利主要有公民的经营工商业自由、契约自由、财产所有权、财产继承权等受到法律保护。在规定这些权利时很有特色。第153条规定,所有权为义务,其行使应同时增进公共福利。第154条规定,国家可以依法征收继承财产。第156条规定,联邦得依法律将私人企业收归公有。宪法第165条还规定了“劳工会议制度”和“经济会议制度”。前者确认工人和企业主“共同管理企业”,由双方代表组成劳工会议制定工资劳动条件及生产力方面经济发展的规章。后者确定工人、工会、重要的职业团体代表和企业主的代表按经济区组成经济会议和联邦经济会议,审议和提出重大的经济法律草案。宪法所包含的这些内容,被有些西方学者称为“社会主义原则”。

宪法所体现的保障方面及劳动方面的权利主要有保护婚姻、家庭、产妇,保护子女,保障人类生存,劳动力受到国家法律保护,国家应提供机会和条件使劳动者就业,国家应制定保护劳动者劳动能力的各种制度,国家应建立社会保险制度等等。体现在文化方面的自由权利有保障艺术、学问自由,保障精神劳动所得,如著作权、发明权、美术权等。

魏玛宪法所规定的较为广泛的基本权利是在此之前的任何宪法所没有的。之所以如此,主要的原因是受俄国十月革命胜利、无产阶级运动蓬勃开展的影响,为缓和矛盾、取悦劳动人民。一般认为,魏玛宪法的诞生标志着世界现代宪法史的开端,主要就是它所规定的公民广泛的基本权利而言的。尽管魏玛宪法所规定的这些自由权利,在当时的德国由于法西斯纳粹的迅速崛起并

---

<sup>①</sup> 参见(日)樋口阳一著:《比较宪法》(改订版),青林书院1989年版,第164—168页。

上台执政而不可能真正、长久地发生效力，但这些内容对第二次世界大战以后德国宪政原则的确立产生了渊源性的影响，并且也被现代各国广泛效仿。因此，与其本身的实际意义相比，魏玛宪法规定的基本权利所具有的历史性和世界性的意义更被人称道。

### 三、魏玛宪法体制的实施及崩溃

1919年—1924年是魏玛宪法实施的第一阶段。根据“凡尔赛条约”（1919年），德国不仅丧失了许多领土，而且必须承担巨额赔款。内外因素的相互结合，使德国历史上第一个资产阶级共和国——魏玛共和国从一开始建立就处于严重的经济困难和政治危机之中。1920年，德国相继发生数次旨在推翻魏玛共和国、恢复君主制的反动暴乱。但也是在这一年，刚刚成立的德国共产党开展了“不许干涉苏维埃俄国”的运动。虽然由于反动势力的相互勾结，德国共产党领导的工人运动被镇压了下去，但同时这也大大损害了广大德国人民对共和国政府和支持魏玛宪法的政党的信任。在1920年6月6日举行的选举中，原由社会民主党、中央党等组成的“魏玛联盟”（Weimar Koalition）失去了议会中占多数的地位，原属小党的右派和左派势力在议会中的力量明显增强。自此之后，经常执政的是小党联合内阁，任命总理的主动权实质上转移到了总统手中。总统对议会的牵制权明显增强，他可较少受到拘束地以所谓的安定政局为由解散议会。小党联合执政所存在的相互之间的经常不妥协，根本无法解决国内各种矛盾。在这内外交困时期，德国反动势力又一次集结起来。在这些反动组织中，希特勒（Hitler，1889年—1945年）领导的纳粹党逐渐成为一股在德国政局中有一定影响的政治势力。希特勒利用各种途径宣传他的所谓“大德意志主义”、“种族主义”等思想，以煽动那些处于现实困境中的人们反对魏玛共和国。不过，此时的希特勒在各个方面尚不具备推翻政局的力量。

1924年开始，西方各协约国已经认识到，要想使德国真正履行“凡尔赛条约”所规定的赔款义务，必须首先使德国的政局稳定。出于这一目的，它们帮助德国进行货币改革，恢复和发展德国经济。经济上的改革也带来了德国政局的短暂稳定。但是，1925年，原陆军元帅兴登堡（Hindenburg，1847年—1934年）接替已逝的艾伯特担任魏玛共和国总统，这表明，德国最高的军政大权落到了最反动势力的代表人物手中，为德国军国主义的进一步复活及纳粹活动的开展提供了客观的环境。

1929年发端于美国的资本主义世界经济危机很快波及德国，并对很大程度上依赖美国资本输入的德国经济产生致命的打击。经济危机加剧了国内矛盾，纳粹党加紧活动，国民中本来就存在的对议会制、政党政治的失望更加加深。德国的议会决定和表现国家意志的能力急剧降低，总统凭借宪法所规定的权力经常行使发布紧急命令权，把原来对宪法第48条规定的“必要措施”解释为只限于处理具体事件，逐渐扩大解释为制定立法性紧急命令。从1930年—1932年，每年总统发布的紧急命令从5项增加到59项，而议会的法律却从95项下降到5项。<sup>①</sup> 议会制度的逐渐软弱不仅在联邦，而且在各邦都已露出端倪。与此同时，魏玛宪法中最有特色的部分，即公民的基本权利，也逐渐受到威胁，宪法所确立的联邦制在1932年普鲁士诉讼<sup>②</sup>中显示出了开始瓦解的迹象。

此时，希特勒的纳粹党一方面吸取教训，与德国资本集团、容克军国主义集团相互勾结，另一方面展开强大的煽动性宣传，

<sup>①</sup> 参见（日）佐藤功著：《比较政治制度》第152页。

<sup>②</sup> 1932年，由于普鲁士政府没有镇压共产党组织，联邦总统运用紧急命令免去了普鲁士首相和内务部长的职务，由当时的联邦总理巴本（Papen，1879年—1969年）担任普鲁士的总监。普鲁士政府认为此举是违宪的干涉，向联邦最高法院起诉，但法院于同年10月25日作出判决，认为所颁布的紧急命令是合宪的。

攻击魏玛共和政体的弊端，以迎合民众强烈要求改变现状的心理。在1930年9月的选举中，纳粹党在联邦国会中的议席由原来的12席猛增到107席，成为国会中第二大党。在1932年7月举行的选举中，纳粹党成为第一大党。1933年1月30日，在经过了一系列的幕后交易后，希特勒终于被兴登堡总统任命为总理而组阁，纳粹党从在野党变成了主要的执政党。

希特勒的上台从以下几个方面迅速导致了魏玛宪法体制的崩溃。

(1) 践踏议会制。希特勒当选为首相的第3天，即1933年2月1日，下令解散联邦国会。次日，借助总统的紧急命令修改选举法。在同年3月5日的选举中，纳粹党获得了288席，确保了在国会中的统治地位。1933年3月23日，纳粹控制下的国会以441票对94票通过了所谓“授权法”(Ermächtigungsgesetz)，其全称为《消除人民和国家痛苦法》。<sup>①</sup> 该法共5条，主要规定：(1) 国家法律可由德国政府制定；(2) 德国政府所制定的国家法律若不以联邦国会和联邦参政会的组织本身为对象，可以与宪法有所出入；(3) 德国政府制定的国家法律由内阁总理签发；(4) 德国与外国签订的涉及到立法问题的协定，不必得到立法机构的批准，内阁有权就实施这些协定发布必要的命令；(5) 本法令自公布之日起生效，于1937年4月1日失效，倘若现任德国政府被另一政府代替时，本法亦即失效。<sup>②</sup> 这样，希特勒内阁就拥有了立法权。虽然该法本身采取的是临时立法的原则，但在1937年和1941年被两次延长，事实上，它一直实施到纳粹政权垮台。

德国的联邦国会形式上没有被取消，但它已失去了其原有的

<sup>①</sup> 即“Gesetz Zur Behebung der Not Vom Volk und Reich”。

<sup>②</sup> 参见朱庭光主编：《法西斯体制研究》，上海人民出版社1995年版（以下引该书均为此版本），第105—106页。

地位和作用。1933年11月12日，按照纳粹党统一提出的候选人名单，举行新的国会选举，661个议席几乎清一色由纳粹党徒占据。已交出立法权又由纳粹党徒组成的国会，成了点缀“民众意志”的装饰品。1934年2月，通过《联邦参政会废止法》干脆取消了联邦参政会的机构设置。1934年8月2日，兴登堡总统去世。根据其前一天颁布的《关于帝国元首最高领袖的法令》（即“元首法”），总统与总理职务合二为一，称为国家元首，希特勒为终身国家元首，其继承人只能由希特勒本人指定。这样，以希特勒为名符其实的国家元首的所谓的“第三帝国”的独裁统治就真正确立了。

从1933年3月通过“授权法”至1939年9月欧洲战争爆发，被保留的德国联邦国会共举行12次会议，通过了4项立法。这些立法都是按照希特勒的旨意起草制定的，在国会中根本没有进行辩论或表决。在人们看来，纳粹德国的国会只是“接收希特勒声明的扩音器”和“昂贵的合唱团”。<sup>①</sup>1942年4月26日，纳粹德国的国会举行最后一次集会，同意了希特勒关于“领袖不受现有法律规定约束”的声明。

(2) 破坏联邦制。如前所述，魏玛宪法确立了联邦中央拥有较大权力的联邦制，但各邦毕竟还具有一定的权力和独立性。纳粹统治以后，彻底地破坏了联邦制。

1933年3月31日，通过《各邦与国家一体化的法律》，改组了除普鲁士以外的各邦议会，使其成为联邦国会的缩影，并授权各邦政府颁布法令，整顿各邦的行政管理部门。这既使邦议会制度遭到破坏，又侵犯了邦的独立地位。同年4月7日，通过《各邦与国家一体化的第二个法令》，纳粹党驻各邦的委员被正式

---

<sup>①</sup> 因议员们在开会时主要只是高唱国歌“德意志高于一切”和纳粹党党歌，而并不像正常的议会必须进行发言、讨论。

任命为各邦行政长官，并有权根据柏林中央政府下达的指示任免各邦政府，这意味着各邦的主权归属于中央。1934年1月30日，通过《联邦改造法》（又译《国家重建法》），规定取消各邦议会，邦的最高权力移交中央，邦政府成为全国中央政府的下属机构，邦总督受国家内政部长管辖。同时，在贯彻该法的补充命令中规定，没有中央政府有关部长的许可，各邦政府不准颁布任何法令。<sup>①</sup>

1935年颁布《德国总督法》，以法律形式宣布：总督是各自管辖地区内“德国政府的常驻代表”。1935年1月30日，颁布《乡镇法》，把国家一体化运动贯彻到基层政权组织，彻底废除地方自治的传统。规定人口10万以上的市由全国内政部长任命其市长，人口10万以上的乡镇由邦总督任命其乡镇长和乡镇议员。市参议会和乡镇议会完全失去原来的地方自治的作用。在取消各邦地方自治权的一体化过程中，纳粹当局还曾企图实行邦的标准化，即缩小各邦之间面积的差距。到1935年底，随着德国国内一体化的基本完成，希特勒把更多的注意力转向对外扩张，于是下令暂时搁置有关领土改革的事务。

(3) 实行纳粹一党独裁统治。从19世纪末开始，德国就是一个多党制的国家，魏玛宪法确认了这一传统，但纳粹统治很快抛弃了这种体制。

1933年2月，纳粹制造了“国会纵火案”，宣布德国共产党为非法政党。其后又相继取缔和解散其他政党。同年7月14日，颁布《禁止组织新政党法》，该法规定，纳粹党是德国的唯一政党，凡维持另一政党的组织机构或组织新政党者要受到刑事处罚。同年12月1日颁布的《关于国家和政党统一法》，则进一步确立了纳粹党在国家中的至高地位，规定纳粹党是公法上的团

<sup>①</sup> 参见朱庭光主编：《法西斯体制研究》第125页。

体，是德国唯一的政党，它与国家是不可分离的，从而建立了党国合一的专制制度。

1937年1月25日，通过《文职人员法》，规定今后政府官员必须由纳粹党员担任，他们在思想上必须真正信奉民族社会主义，无条件地支持纳粹的政治目标；政府官员必须与党的干部一样，宣誓效忠希特勒个人。这样，文职人员中的纳粹党员的比重越来越高。1939年后，纳粹党党籍成为进入官员阶层的先决条件。

此外，纳粹的一党独裁还渗透到司法、军事等所有领域。

(4) 内阁形同虚设。在纳粹统治期间，内阁的职能逐渐丧失。内阁行使职权的方式是召开会议。1933年2月到3月，内阁平均每两天举行1次会议。同年的4月到5月间，内阁平均每4天召开1次会议。从1935年起，内阁的例会被取消，只是偶然地召开特别会议。1937年全年只召开7次内阁会议。1938年2月4日召开的内阁会议是纳粹统治时期的最后一次会议，以后直至纳粹垮台长达7年的时间里，没有再举行内阁会议。<sup>①</sup>

1938年2月4日，希特勒采取独揽一切大权的最后一次重大行动，即自任军事部部长和国防军总司令，并任命自己的亲信任外交部长和经济部长。与此同时，成立所谓“秘密内阁会议”(Geheimer Kabinettsrat)，但未开过会，因而它也没发生什么作用。1939年8月30日，下令撤销了这一机构，代之以被称为“战时内阁”的德国内阁国防委员会，规定它有权发布具有法律效力的命令。1940年起，这一机构也不再开会。

(5) 取消公民的基本权利。魏玛宪法中最有特色的内容是广泛规定了公民的基本权利，但纳粹统治期间对德国公民所犯的最大罪行即是剥夺了他们的基本权利。

<sup>①</sup> 参见朱庭光主编：《法西斯体制研究》第107页。



1933年2月4日，颁布《保护德意志人民紧急条例》，规定联邦政府有权解散和禁止人民举行集会和游行，禁止出版和发行进步性书报。同月28日，颁布《保护人民与国家条例》，规定魏玛宪法所规定的公民的人身、言论、出版、集会、结社、宗教信仰等基本权利均停止实行。这些法令颁布之后，纳粹当局加强了对进步人士和科学家的迫害，大批进步人士和科学家纷纷逃离德国。

1935年9月15日，颁布了被统称为“纽伦堡法令”的《德意志公民法》、《国籍法》、《德意志血统及名誉保护法》，这些法律剥夺了德国犹太人、吉普赛人的公民权，禁止他们担任公职，禁止他们与雅利安人通婚。1937年的《文职人员法》从法律上加强了对教师的控制，剥夺了他们的授课自由。1938年11月，贯彻民族主义原则，把所有的犹太儿童赶出“德意志学校”。该月还发布政府法令，将犹太人排斥出德国一切经济部门，关闭全部犹太人商店，剥夺犹太人财产。此外，还禁止他们出入公共场所，甚至把大批的“非德意志人”投入集中营。从1941年7月起，残酷地实行种族灭绝。

还必须提到的是，纳粹政府于1933年7月14日颁布了《预防遗传病患者新生儿法令》，规定将德意志种族内所谓社会不合群者、无共同体能力者、价值低劣者、职业低能者、无成就者、精神病患者、残疾者、弱智者、妓女、酒徒、懒汉等，都关进劳动教养营和集中营。战争期间，这些人大部分被以各种方式处死。

总之，纳粹统治期间对德国公民，尤其是对犹太人的生命、财产和自由的侵犯，已经大大超过了宪法中所说的“停止”或者“剥夺”的程度，给后人留下了深刻的教训。

## 第四节 波恩基本法

第二次世界大战结束以后，德国分为美、英、法三国占领的西占区与苏联占领的东占区。西占区与东占区的法律制度（包括宪法制度）由于受各自占领国的政治、法律制度的影响而走上了不同的演变轨道。

### 一、波恩基本法的成立

1948年7月1日，美、英、法三国驻德国的军事首脑与西占区各州的总理在法兰克福会晤，讨论军事首脑们所提出的所谓“法兰克福文件”。法兰克福文件中最为重要的是盟国授权各州政府于1948年9月1日前召开国民议会，制定一部具有联邦性质的民主宪法，并将宪法交国民投票通过。各州总理非常为难，他们一方面认识到此时已无力阻止西方盟国对西占区的改革，另一方面又不愿给人以分裂德国的印象，以免让东占区的占领国苏联找到成立东德的借口。同年7月8日至10日，各州主要领导人召开协商会议，一致同意成立一个议会委员会，而反对召开国民议会，同意制定“基本法”（Grundgesetz）而不是“宪法”（Verfassung），并反对进行公民投票。虽然三个盟国对德国政治家们的这些意见感到失望，但还是妥协了。同年8月10日至25日，由各州及西柏林各派一名代表组成的宪法专家委员会在海伦希姆湖召开会议，为基本法的起草制定了基本原则，并参照各州战后颁布的新宪法及魏玛宪法，完成了基本法草案，称“海伦希姆湖草案”。

1948年9月1日，在波恩成立65名议员组成的议会委员会。这些议员是由各州议会选出来的，从他们所属政党的情况看，属基督教民主联盟——基督教社会联盟的有27人，属社会

民主党的亦有 27 人，属自由民主党的有 5 人，属德意志党、中央党和共产党的各 2 人。<sup>①</sup> 此外，西柏林选派了 5 名代表参加，这 5 名代表没有表决权。议员们对前述“海伦希姆湖草案”及另外的一些草案进行了广泛的讨论，他们对宪法内容的主要分歧点集中在联邦制的结构形式上。<sup>②</sup> 社会民主党议员主张中央更为集权的联邦政府结构，而基督教民主联盟的议员们则主张联邦政府应成为各州自治的保护伞。在议员们讨论制定宪法的过程中，占领军进行了两次干预，指示只有按照盟国的意见解决分歧他们才会同意基本法。这提醒了有些忘乎所以的议员们，基本法的制定是受占领军监督的。在构思其他宪法体制及规定公民权利方面，议员们虽也存在一定的分歧，但很快达成了共识，即有意识地避免魏玛宪法的缺陷，吸取纳粹党践踏魏玛宪法所确立的政权体制及公民个人权利的教训。

1949 年 5 月 8 日，德国投降 4 周年之际，议会委员会以 53 票对 12 票在三读后表决通过《德意志联邦共和国基本法》。5 月 23 日公布并正式生效。

1949 年 8 月 14 日，西占区根据基本法举行了第一届联邦议会的选举。同年 9 月 12 日选举自由民主党主席豪斯（Heuss，1884 年—1963 年）为联邦总统。3 天之后，阿登纳（Adenauer，1876 年—1967 年）仅以 1 票的多数被选为联邦德国的第一任总理。9 月 20 日，以阿登纳为总理的联邦政府成立。

在基本法通过之后，议会委员会还作出了一个重要决定，即把联邦德国的首都设在波恩。虽然波恩作为首都有种种不利之处，但随着原来具有临时性质的德意志联邦共和国愈来愈显得永

① 吕耀坤著：《德国政治制度》时事出版社 1997 年版，第 16—17 页。

② 参见（德）库特·宗特海默尔著，孙克武等译：《联邦德国政府与政治》，复旦大学出版社 1985 年版（以下引该书均为此版本），第 24 页。

久化，德意志联邦共和国就这样被称为“波恩共和国”，《德意志联邦共和国基本法》被称为“波恩基本法”或“波恩宪法”也就名正言顺了。

随着德意志联邦共和国的成立，西部德国的广大公民有了自己决定政治、经济和文化生活秩序的可能性，但这并不意味着西德享有了完整的国家主权。除了三个盟国在批准基本法时特别保留了外交事务的领导权外，在1949年9月21日，美、英、法三国占领当局公布了“占领法”。它规定，为维护民主国家制度或出于安全的原因，占领国任何时候都可收回政府权力，占领法在效力上高于联邦德国的基本法，只有在他们的同意下才可修改基本法，并成立“盟国高级专员委员会”，它是优越于联邦德国议会和政府的最高权力机关。因此，基本法实施初期，无论从形式还是从内容上看，基本法都只是占领法的附属法，随着国际形势的变化，三个盟国与联邦德国签署条约，宣布废除占领法并撤销盟国高级专员委员会。1955年5月5日，联邦德国才真正成为了符合国际法的主权国家，也在名义上正式具有最高的法律效力。但是，特殊条件下出台的基本法在其条文中明确规定“本基本法在德国人民根据自由决定所通过的宪法开始生效之日起丧失其效力”（第146条），使得它在形式上具有了临时宪法的特征。

## 二、波恩基本法的主要内容

波恩基本法（以下简称“基本法”）由序言和正文11章共146条组成，各章的内容大致是：第1章规定公民基本权利和义务，第2章规定联邦与州之间的关系，第3章至第9章规定联邦的立法、行政、司法机关等的产生方式及主要职能等，第10章规定财政制度，第11章规定向实行基本法过渡及结束基本法的执行等。

基本法最为明显的一个特征是，重视公民基本权利的规定。

它以第1章专章（共有19条）规定了“基本权利”，并在其他章中也设置了公民基本权利的条文。公民的权利比较广泛，涉及政治、经济、文化等方面。从这些规定中可以看出，其包含的权利的广泛性是对魏玛宪法的继承。同时，鉴于历史教训，基本法在规定公民基本权利时还显示了特色，这表现在：其一，强调对人格尊严和人权的保障。宪法第1条宣布：“人的尊严不可侵犯。尊重和保护人的尊严是一切国家权力机构的义务。德意志人民为此确认不可侵犯的和不可转让的人权是所有人类社会、世界和平和正义的基础。下列基本权利作为直接有效的法律，约束立法、行政和司法”。根据基本法第79条的规定，对于第1条的这些原则，将来修改基本法时也不得涉及。而且，当公民的权利受到公共权力的侵犯时，根据基本法第19条的规定，公民可通过司法途径提起诉讼。其二，对于有些权利规定得比较详细。如魏玛宪法中的一项权利是“德国人在法律面前人人平等”，基本法第3条对此有3款的规定，即除规定“在法律面前人人平等”、“男女享有同等的权利”外，还规定“谁也不得因性别、世系、种族、语言、籍贯、出身、信仰、宗教或政治观点而受到歧视或优待”。

基本法继承采用了联邦制，但其所确立的联邦制有下列特点：（1）基本法第20条规定了“德意志联邦共和国是一个社会的和民主的联邦国家”，第79条还规定“对本基本法的修正案，不得影响……第20条所规定的各原则”。这表明，联邦制是基本法的中心原则；（2）关于联邦（Bund）与州（Land）关系的基本原则，基本法以“如果基本法没有其他规定或特许，国家权力的行使和国家任务的完成，是各州的职责”（第30条）为前提，规定“联邦的权力得置于州的权力之上”（第31条）；（3）关于立法的管辖，正式区分了联邦的专属立法事项（第71条、第73条）、联邦和州的共同立法（第72条、第74条）、由联邦发布原则规定的事项（第75条）、州的立法事项（第70条第1款）；

(4) 关于行政事项，有联邦固有行政（第 86 条至第 90 条）、州的委任行政（第 85 条）、州的固有行政（第 83 条、第 84 条）；  
(5) 关于财政，基本法确立了联邦与州的关系，即第 109 条规定：“联邦和州在预算方面是自主的和相互独立的”，基本法对联邦和州的公共开支、税务立法权、税收分配、财政补贴和财政管理作了明确规定，根据这些规定，西德各州及地方在财政方面拥有很大的自主权和独立权。此外，基本法所确立的联邦制还体现在立法、司法等机关的设置上。

有些学者认为，相对于魏玛宪法而言，基本法所体现的联邦制的最大特点是，形式上联邦和州的权限相对平等，或者甚至可以说基本法给予各州的权限比联邦的更多，但在实际运行中，联邦制遭到了破坏。由于工业社会必然产生的集中化趋势，导致州的政治职能已降低到仅仅在某种程度上限制整个国家权力的地步。<sup>①</sup> 有的学者则认为，基本法所确立的是偏向中央集权的联邦制，或者说西德在立法权的划分上采用联邦制的形式，在行政权的指挥与监督上采用单一制的形式。<sup>②</sup>

联邦议会由联邦参议院和联邦议院组成。联邦参议院由各州政府的成员组成，各州政府负责推选和罢免这些成员。联邦参议院享有立法创议权（第 76 条）、对总统的追诉权（第 61 条）、联邦宪法法院法官的选任权（第 94 条）。关于立法，除修改基本法须得到联邦参议院 2/3 以上多数票外，凡联邦政府提出的法律草案在提交联邦议院正式审议之前，需先征求联邦参议院同意。凡联邦议院通过的涉及各州行政、领土、交通和税收等问题的联邦性的法律，必须转交联邦参议院审议，只有经联邦参议院通过，才能提交联邦总统签署颁布。

① 参见（德）库特·宗特海默尔著：《联邦德国政府与政治》第 171 页。

② 参见邹文海著：《比较宪法》，台湾三民书局 1977 年版，第 154—155 页。

联邦议院由普选产生的议员组成，每届任期4年。内设一个常务委员会（又译“元老委员会”），此外，还设有若干专门委员会。<sup>①</sup> 联邦议院享有制定法律、选举和撤换总理、监督行政及参与选举联邦总统、选举联邦法官等权力。有学者认为，联邦议院在战后西德是受歧视的一个机构。<sup>②</sup> 仅从联邦议院所享有的立法权来看，它确享有一般法案的最终决定权，但是基本法第81条规定，联邦政府认为必需的立法被联邦议院否决后，政府可不必辞职，在征得联邦参议院同意后，宣布该法案为紧急立法事件。联邦议院即使再度否决，该法案仍可被公布为法律，只是在每位总理任期内，只能行使这种权力1次。在实际运用中，联邦议院对政府的监督权等也未发生很大的效力。

削弱联邦总统的权力，加强联邦总理的地位，这也是基本法相对于魏玛宪法变化较大的内容之一。鉴于深刻的历史教训，基本法起草过程中曾有人主张以议会内阁制取代总统制，最后通过的基本法还是保留了总统的职位，但总统的权力已经今非昔比了。基本法规定，联邦总统由联邦大会不经讨论选举产生，总统任期5年，只能连任1次。联邦大会由联邦议院议员和同等数量的、由各州议会根据比例代表原则选出的州议员组成。

按照基本法的规定，联邦总统主要享有下列权力：对内对外代表德意志联邦共和国；在国际法上代表联邦；审查和公布联邦法律；向联邦议院提名联邦总理；任免联邦总理和联邦部长；可以要求召开联邦议院会议；如果没有其他法律规定，可以任免联邦法官、联邦官员、军官；设立和颁发勋章和荣誉奖章；在一定

---

① 德国重新统一后，联邦议院目前有24个常设专门委员会，每个委员会由19—41名正式成员组成，另外还有同等数目的成员代表。参见（德）克劳斯·弗里德里希·阿恩特等著：《德国的法制：立法——行政——司法》第49页，德意志联邦共和国驻中国大使馆提供（以下引该书均为此版本）。

② 参见邹文海著：《比较宪法》，台湾三民书局1977年版，第165页。

条件下宣布出现立法紧急状态。对于上述职权，总统大多不能单独行使。比如，联邦总统有权签署法律和法令，但只能签署由联邦议院和联邦参议院通过的法律，并且还必须得到联邦总理和有关联邦部长的副署才能生效；总统有权提名总理人选，但无权决定总理人选，因为他提名的人选须经联邦议院表决通过；总统有权任免联邦部长，但只能任命由联邦总理推荐的部长及免去被联邦总理撤换的部长；只有应联邦总理的请求，总统才能解散联邦议院等等。因此，基本法体制下的联邦总统不仅不享有魏玛宪法中的许多权力，而且，即使基本法所规定的总统所享有的职权，也更具有形式性、象征性的意义。同时基本法还规定了对总统的弹劾和罢免制度，第 61 条规定，联邦总统若蓄意损害基本法或其他联邦法律，联邦议院和联邦参议院可以向联邦宪法法院对联邦总统提出弹劾。如果联邦宪法法院确认联邦总统对于故意违反基本法或其他联邦法律负有责任，便可宣布总统丧失职权。联邦总统的地位是下降了，当然他在政治生活中仍有重要的精神和道义的影响。

联邦德国总理的权力介于美国总统与英国首相之间，他比美国总统的权力小，但比英国首相的权力大。<sup>①</sup>西德联邦总理由联邦议院选举产生，基本法对此作了详细规定，这清楚地表明对总理这一重要职位的重视。同时，总理地位的提高还体现在基本法的下列规定中：

其一，宪法第 64 条规定，联邦各部部长由联邦总统根据总理的提名任免。这一规定在许多内阁制的国家都是采用的，没有什么特别之处。但是在德国，从俾斯麦时期形成的阁员作为高级公务员一直视有任命权的人为主管，故这一规定有利于树立总理

---

<sup>①</sup> M·Donald Hancock, *Politics in Western Europe*, p.219, Chatham House Publishers, Inc.1993.



的威信。

其二，宪法第 65 条规定，总理确定一般政治方针并对其承担政治责任。在总理的既定方针范围内，联邦政府各部部长可以独立负责地领导各自管辖的部门，联邦总理根据联邦政府通过的并经联邦总统批准的工作条例领导各部的工作。这一规定自然使联邦总理加强其统一指挥的权力。

其三，如前所述，联邦总理由联邦议院选举产生，根据基本法第 67 条和第 68 条的规定，联邦议院如通过不信任案或不通过政府所提信任案，总理都须辞职，其他阁员的职位当然也同时终止。看起来总理为首的内阁受制于联邦议院，但实际上这种制约很难行使。因为基本法同时确立了建设性不信任投票制度，即联邦议院必须根据多数议员的意见选出一名继任人，并请联邦总统罢免现任联邦总理时，才可对联邦总理表示不信任。也就是说，若联邦议院不能选出一名新总理，并组织新政府，原总理为代表的内阁政府就继续执政。此外，联邦议院若未能过半数通过政府提出的信任案，联邦总理可以在 3 个星期内请总统解散联邦议院，只有联邦议院于 3 个星期内以过半数产生一位新总理，才不能解散联邦议院，而由总理为首的内阁辞职。由于联邦德国的联邦议院内党派林立，故不信任投票制度很难行使。<sup>①</sup>

虽然有学者认为，基本法所确立的这些体制未免矫枉过正，失去了内阁制的合议精神，确立的是总理制，而非内阁制。<sup>②</sup>但是，总理地位得到加强的体制较之原来的体制，无疑为稳定政局奠定了基础。

基本法所确立的司法体制颇具特色。基本法第 9 章“司法

---

① 自基本法生效至 1990 年两德重新统一这 40 年间，联邦议院只有一次行使这一权力，即在 1982 年 10 月 1 日通过了对施密特（Schmidt，1918 年至今）总理的不信任案。

② 邹文海著：《比较宪法》，台湾三民书局 1977 年版，第 161 页。

权”分别对司法权的行使、司法保障权、法官的任期和权限、法院组织系统等作了详细的规定。从所规定的内容看，司法体制的主要特色是形式上没有统一的审判权，不同的法院各主管确定的司法范围。其中最为引人注目的是，建立宪法法院制度，以加强宪法的实施。

基本法规定了政党的法律地位，其第 21 条第 1 款规定，各政党应相互协作以实现国民的政治意愿，它们的建立是自由的，它们的内部组织必须与民主原则相符合，它们的经费来源必须公开报告。这样明确政党地位在德国历史上还是首次，它有利于保障合法政党的活动，同时也具有对政党的规制作用。同条第 2 款规定，凡由于政党的宗旨或党员的行为，企图损害或废止自由民主的基本秩序，或企图危及德意志联邦共和国存在的政党，都是违反宪法的，由联邦宪法法院对是否违宪的问题作出裁决。其第 3 款规定，有关政党的详细细则由联邦法律规定。据此，1967 年 7 月颁布《政党法》，就政党的概念、任务、地位、组织原则、党员权利、经费来源等作了规定。基本法的规定及《政党法》的实行，为联邦德国政党制度的法制化奠定了基础。

但是，联邦德国政党政治的稳定也有赖于选举法的规定。1953 年及 1957 年两次对选举法的修改，增加了一些淘汰小党的办法，规定一个政党在全国的选举中至少须得到 5% 的选票，或在分区选举中至少能当选 3 个联邦议员（1953 年规定为 1 个，1957 年修改为 3 个），政府才承认其合法地位，才可以参加比例代表制的选举。这些规定可以避免小党林立在德国的出现。依据这些法律，一些纳粹势力成立的极右政党被取缔，为防止纳粹主

义的复兴起了很大作用。<sup>①</sup>但是，非常遗憾的是，在德国这一资本主义国家中，因为这些法律，共产党等进步党团也失去了合法存在的权利。1956年德国联邦宪法法院以德国共产党在选举中没有得到法定票数为由取缔德国共产党。虽然1968年重新允许德国共产党的重建，但相对于那些大党而言，德国共产党的合法地位和活动就不那么稳定了。

基本法确认了限制国家主权、承认国际法的法律效力优于国内法的原则。20世纪的两次世界大战使人们充分地认识到适当限制国家主权、遵守国际法则的必要性。作为战败国的德国，在制定基本法时又受制于人，因此在基本法中规定这方面的内容是顺理成章的。基本法首先在序言中宣布，制定基本法的目的之一是：“决心维护自己民族的和国家的统一并作为在统一的欧洲中享有平等权利的一员为世界和平服务”。基本法第24条规定，联邦可以由法律将主权让予国际机构，为维护和平，联邦将同意对自己的主权作某些限制，为解决国际争端问题，联邦应加入国际仲裁协定。关于承认国际法的优越地位，从其第25条得到了明确的体现，该条规定，国际法的一般规则是联邦法律的组成部分，它们优先于各项法律，并直接产生联邦领土上的居民的权利和义务。

### 三、1990年以前对基本法的修改

基本法自1949年实施以来，由于联邦德国经济的发展及政治地位的变迁，及欧洲乃至世界政治格局的不断变化，客观上对

---

<sup>①</sup> 比如，1951年在下萨克森成立并有一定影响的新纳粹社会民主帝国党，极力拥护法西斯主义。次年，阿登纳领导的联邦政府向联邦宪法法院提起了诉讼。联邦宪法法院认为，该党的目标是颠覆自由民主的基本秩序，因此根据基本法第21条第2款的规定，宣布其违宪。参见宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社1998年版，第88页。

修改基本法提出了要求。按照基本法第 79 条的规定,虽然明确了基本法所确立的联邦制、保障人权等原则不能成为被修改的对象,但同条规定的修改基本法必须得到联邦议院及联邦参议院的 2/3 议员的同意的程序相对并不那么严格和复杂。至 1990 年,基本法已被修改了 30 多次,其中,最早的一次修改是 1951 年 8 月 30 日。据不完全统计,20 世纪 50 年代修改了 10 次,60 年代修改了 16 次,70 年代修改了 8 次,80 年代修改了 1 次。<sup>①</sup>

限于篇幅,在此仅对几次重要的修改情况作些介绍。

(一) 1954 年的修改。“波茨坦协定”曾确立要摧毁德国的军事潜力,防止德国重新武装。但随着德国的分裂、美苏关系的日渐对立及 1950 年朝鲜战争的爆发,西方盟国改变了对德政策,它们转而极力帮助把西德纳入西方反共产主义的防御体系中。德国于 1951 年、1952 年相继加入“欧洲煤钢共同体”、“欧洲防卫共同体”,这引起了西德国内广泛的关注。在这种背景下,1954 年 3 月 27 日联邦议会通过了对基本法的修改,主要内容是:(1) 在规定联邦所享有的专有立法权的第 73 条,增加了国防事务的内容;(2) 修改第 79 条的规定,增加规定为解决有关撤销占领制度的国际条约、适应联邦德国建立国防力量、参加国际防卫条约的需要,可对基本法有关条文进行修改。这样,就解决了德国加入欧洲防卫共同体条约是否合宪的争论。

(二) 1956 年的修改。主要内容是:(1) 导入义务兵役制,规定联邦有权建立武装部队,并且联邦可以要求年满 18 岁的男子在武装部队、联邦边防军或在某一民防组织中服役(第 12 条 a);(2) 设置防务专员(Wehrbeauftragter)(第 45 条 b),其任务是保护基本法,并协助联邦议院行使议会监督权。关于防务专员的选任和免职由法律规定,由联邦议院秘密投票产生,任期 5 年。防务

<sup>①</sup> 吕耀坤著:《德国政治制度》,时事出版社 1997 年版,第 31 页。

专员没有官吏法上的义务，也不受一切训令的拘束；<sup>①</sup>（3）增设第 65 条 a，规定联邦国防部长对武装部队拥有命令和指挥权。根据对基本法的这些修改，1956 年 3 月底，正式颁布了《防务法》，实行普遍义务兵役制，次年进行了第二次世界大战后的第一次公开征兵。

（三）1968 年的修改。主要有两个方面：<sup>②</sup>（1）增设第 4 章 a 联合委员会和第 10 章 a 防御状态。<sup>③</sup>基本法制定的时候，人们对魏玛宪法第 48 条的规定导致总统滥发紧急命令以至于议会制度的崩溃记忆犹新，因此只是在基本法第 81 条规定了立法紧急状态的制度。但是，1956 年实施征兵制度后，政府行使紧急权制度遇到了各种曲折，故此次修改基本法时增加了这方面的内容。修改以后的基本法规定，在国家处于战争时期或防御状态时期，联邦应建立一个非常政府即“联合委员会”，其成员不受指令的约束。作为防御状态成立的效果，联邦的立法权扩大。处于防御状态时，根据法律，可征女子为兵（第 12 条 a 第 4 款）。鉴于历史教训，基本法的这些修改不仅在联邦议院引起了广泛争论，而且，也在民众中引起了强烈反响。虽然一改再改的草案于 1968 年 5 月 30 日得到通过，解决了在遭受侵略、局势紧张和发生灾难等情况下的处理方法，但由于这涉及到公民个人的自由权利，因此受到许多人的指责，认为修改的目的实际上是限制民主和自由。<sup>④</sup>（2）增加公民抵抗权。在基本法第 20 条增补第 4 款规定：

---

① 参见（日）樋口阳一著：《比较宪法》（改订版），青林书院 1989 年版（以下引该书均为此版本）第 306 页。

② 同上，第 280—283 页。

③ 关于这两章的具体条文，参见《德国统一纵横》中的由辛华德译、刘兆兴校的《德意志联邦共和国基本法》条文，世界知识出版社 1992 年版。

④ 参见（德）迪特尔·拉夫著：《德意志史：从古老帝国到第二共和国》，波恩 Inter Nationes 1987 年中文版，第 379 页。

“所有德国人对于企图废除宪法秩序的人，如果没有其他补救办法时，均有抵抗权”。在基本法制定之前，处于盟国占领之下的有些州在制定宪法时规定了抵抗权，如1946年2月的黑森州宪法规定，对违反宪法而行使公权力的抵抗，是公民的权利和义务。基本法制定时，也曾有这方面的讨论，如社会民主党议员就曾提案“各人都有或单独、或与他人一起，抵抗压制和暴制的权利”，但最后并没有被采纳。因为当时的许多人认为，规定抵抗权是没有意思的，认为“被允许的抵抗不是抵抗”。1968年修改时增加了这一内容，与前述的州宪法、制定基本法时的提案相比，其规定更强调对企图废除宪法秩序的“任何人”进行抵抗。

### 第五节 德意志民主共和国宪法

德意志民主共和国（简称“东德”）的法律制度因1990年的两德重新统一而全部失效，但这些法律制度曾在东德地区实施了40年的时间。

第二次世界大战结束以后，苏、美、英、法四国作为占领国，在对德国的占领政策上逐渐暴露出了种种矛盾。当美、英、法三国在西占领区进行各种政治经济改革时，苏联也不甘落后，在其占领区（称“东占区”）采取了种种措施。1948年3月决定成立由400人组成的德国人民委员会，作为德国人民唯一合法的代表机构。1948年秋，制成宪法草案，提交德国人民委员会。但该草案并没有像人们想象中那样很快生效。直到1949年3月19日，鉴于西占区制定宪法已成定局，德国人民委员会才对宪法草案予以通过，并规定成立人民议院批准这一新宪法。该年5月，临时人民议院成立，行使最高立法机关的职权。在西占区的德意志联邦共和国成立后，1949年10月7日，东占区宣布宪法生效，正式宣告德意志民主共和国成立。

1949年东德宪法的全称为《德意志民主共和国宪法》，它是作为适用于全德国的正式宪法提出并通过的，除前言外，宪法正文共144条。宪法规定，德国是不可分割的民主共和国，强调宪法所规定的宪政制度应在包括德国西部各州在内的全德国实施（尽管事实上它只在东德施行）。宪法明确规定，国家的一切权力来自于人民，国家权力必须服从于人民幸福、自由、和平及民主的发展。由人民普选产生的民主共和国人民议院和地方人民议会是国家权力机关。宪法规定，经济生活制度必须符合社会主义的原则，一切重要的生产资料归人民所有，归人民所有的生产资料应使用于保证提高人民的生活基础和社会福利。宪法还规定了人民所享有的广泛的民主权，这些权利包括平等权、劳动权、受教育权、休息权、年老享受物质保障权等，公民还享有言论、集会、罢工等自由。宪法所规定的公民应尽的义务有不得参加以镇压某一国人民为目的的军事行动、对国家政权负责、保卫德意志民主共和国和劳动人民的成果等。在国家机构的组织原则上，宪法确立议行合一制度，具体规定了人民议院、总统、政府、法院、检察院等机关的职能及产生程序。总之，这部宪法是基本上受苏维埃体制影响的人民民主主义宪法，只是由于德国存在着不同于第二次世界大战后东欧各国的特殊情况，而使宪法具有一些特殊的内容。<sup>①</sup>这部宪法在实施过程中被多次修改，至1968年因新宪法的实施而失效。

1968年4月8日生效的东德宪法称东德为“德意志民族的社会主义国家”，规定宪法只适用于德意志民主共和国。该宪法还提出了纲领性的口号，即“德意志民主共和国及其公民……要争取消除帝国主义强加给德意志民族的分裂状态，在民主和社会主义的基础上逐步使两个德国接近，直至最后重新统一”。宪法

<sup>①</sup> 参见（日）佐藤功著：《比较政治制度》第269页。

规定，国民经济的基础是生产资料的社会主义所有制，社会主义所有制的组成形式有全民所有制、合作社集体所有制、公民的社会组织所有制。宪法所规定的公民基本自由权利较以前广泛。宪法还专门规定了工会的法律地位，确认工会是工人阶级广泛的阶级组织，其活动不受任何人的限制或阻扰。宪法所规定的国家结构和体制较原来也有所变化。

1974年，东德又修改并重新颁布了宪法，其最为引人注目的内容是，规定“永远地、矢志不渝地和社会主义的苏维埃共和国结盟”，宣布德意志民主共和国是“社会主义大家庭不可分割的组成部分”。至1990年两德统一后波恩基本法在东德生效时，东德的这些宪法制度退出了历史舞台。

## 第六节 宪法法院制度

### 一、德国宪法法院制度的形成

1815年德意志邦联成立时，并没有设立统一的最高法院。1820年通过的“维也纳决议案”规定，邦联会议具有对邦联政府行为的违宪审查权，但各成员国的同类争议案由各国自行决定。<sup>①</sup>与此同时，理论上兴起了介绍包括司法审查制度在内的美国宪法制度的活动。虽然在此时的德意志，对美国宪法体制大加赞颂的大有人在，但均反对照搬美国的制度。1849年法兰克福宪法的起草者们无疑受到了美国宪法模式的影响，所制定的宪法不仅规定了联邦制，而且还设计了一个对公共权力行使的合宪性进行广泛司法审查的制度。法兰克福宪法规定建立帝国最高法院，它在功能上不是各邦最高法院民刑案件的上诉法院，而是享有对宪法问题的原始的、排他的、专门的管辖权，可称之为现代

<sup>①</sup> 刘兆兴著：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第11页。



德国宪法法院的最初模式。按照法兰克福宪法的规定，帝国最高法院的管辖范围包括：联邦政府和邦政府之间、各邦政府相互之间的争议；联邦行政机关、上院、下院之间的争议；邦行政机关和议会之间的宪法争议以及关于王位继承、统治能力、邦内摄政的争议；联邦或各邦大臣提出的弹劾案；反对联邦政府的叛逆罪和重叛逆罪。帝国最高法院还特别对下列案件拥有管辖权：公民控告废除各成员邦宪法或对其进行不合宪的修改的案件；控告联邦宪法所保证的个人权利被侵犯的案件；控告司法上的悬而不决、不予受理的案件。<sup>①</sup>

法兰克福宪法由于复辟势力的卷土重来而未能付诸实施，它所包含的违宪审查制度自然也没有得到实行。其后直至1871年，德意志的许多邦宪法<sup>②</sup>均明文宣布，所有适当公布的法律及王室敕令都有法定约束力，这就完全排除了司法审查。虽然其间又曾开展参照美国的法院实行司法审查的讨论，但大部分的学术观点及司法实践仍否认法院有权对制定法的合宪性进行审查。

《北德意志联邦宪法》及统一后的《德意志帝国宪法》都没有确定法院审理宪法争议案及邦之间的行政争议案制度，对于这些争议，规定由联邦议会负责政治协调和管辖。在《德意志帝国宪法》体制之下，帝国最高法院对法律、法规是否违宪的审查的管辖范围相当有限。

1919年魏玛宪法没有规定统一的、集中的宪法审判权，而是将有关宪法争议问题分属于不同机关处理。宪法第13条规定，联邦法律得废止各邦法律。为了支持和确保联邦的这种最高权

---

① (美) 路易斯·亨金等编、郑戈等译：《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第262页。

② 这些邦宪法包括：1850年普鲁士宪法、1852年奥尔登堡宪法、1852年瓦尔德克宪法、1854年施瓦岑堡-鲁多尔施塔特宪法、1857年绍姆堡-利珀宪法、1857年施瓦茨堡-松德斯豪森宪法、1867年利珀宪法。

威，该宪法同条第2款规定，各邦法律与联邦法律发生疑义或存在冲突时，可以由联邦或邦主管当局申请提交联邦最高法院作出司法裁决。宪法第15条规定，联邦政府认为各邦政府执行联邦法律不正确的，可要求邦政府纠正，对此发生争议的，由国事法院审理。宪法第18条最后1款规定，经一方当事人请求，由国事法院审理数邦的合并或分裂时发生的财产分割争议案件。根据第19条规定，国事法院审理邦内发生宪法性争议而该邦无管辖法院审理的案件、各邦之间及各邦与联邦之间发生的公法上的争议案，国事法院的判决由联邦总统以命令执行。此外，根据宪法第90条、第170条、第171条的规定，国事法院还审理有关征收铁道及有些邦的电信管理、水道及海上标帜转移于联邦等引起的争议案。1921年，依据宪法，通过了《国事法院法》，规定了国事法院的组织、程序。

从这些规定可以看出，魏玛宪法所规定的宪法审判制度一定程度上吸收了法兰克福宪法的内容，国事法院管辖和审理宪法性争议案的范围比较具体，但它对联邦最高机关之间的宪法争议和案件并无管辖权，而且也不能审理私人声称其基本权利被剥夺的案件。宪法也没有规定国事法院能审查邦及联邦的法律是否与联邦宪法相抵触。可见这时的国事法院并没有起到宪法法院的作用。真正使法院具有违宪审查权力的是联邦最高法院第五民事审判庭于1925年11月4日所作出的判决。该判决认为，魏玛宪法第102条已确认了法官独立并且只服从法律的原则，但是当法官所适用的联邦法律与魏玛宪法相抵触，或者邦法律与联邦法律相抵触时，服从法律原则并不排除法官对该项法律效力不予承认和对其不予适用的职权，而应当认为法官具有认定联邦法律是否合宪的权力。这项判决正式奠定了德国联邦法院具有维护宪法权威

的作用。<sup>①</sup>但随着魏玛宪法体制的很快崩溃，宪法争议案件的审理体制及司法审查的运用还没来得及全面展开就被抛弃了。

鉴于第二次世界大战期间纳粹政权践踏宪法和侵犯人权的教训，许多国家都重视建立保障宪法的体制。由于受历史传统的影响，加上战败后处于盟国的占领之下，德国确立的有关体制比较特别。

战后西德各个州先后制定宪法，大部分州以不同形式确认宪法审判制度。1949年波恩基本法规定设立联邦宪法法院（Bundesverfassungsgericht），并且赋予联邦宪法法院以相当广泛的司法管辖权。1951年4月正式生效的《联邦宪法法院法》是联邦宪法法院建立的具体法律依据，它具体规定了联邦宪法法院的组织和管辖权、审理程序等方面的内容。1951年5月又制定了《联邦宪法法院所在地法》，该法非常简单，主要规定了联邦宪法法院所在地为卡尔斯鲁厄（Karlsruhe）。6月1日，德国联邦宪法法院正式成立，同年9月开始运转。此后，随着波恩基本法及《联邦宪法法院法》的修改，联邦宪法法院的内部组织及管辖职能发生了一定的变化。通过几十年的实践，德国联邦宪法法院及各州宪法法院已成为德国政治体制中的重要因素，与其他西方国家相比，德意志联邦共和国是具有最广泛司法审查权的国家，西方许多评论家认为，宪法法院是联邦德国整个政治制度中一个十分值得研究的问题。<sup>②</sup>

## 二、联邦宪法法院的组织

按照基本法第92条的规定，联邦宪法法院、基本法所规定

---

<sup>①</sup> 莫纪宏著：《宪法审判制度概要》，中国人民公安大学出版社1998年版（以下引该书均为此版本），第5页。

<sup>②</sup> 曹沛霖、徐宗士主编：《比较政府体制》，复旦大学出版社1993年版（以下引该书均为此版本），第384页。

的各联邦法院和各州法院行使司法权。据此可以看出，联邦宪法法院从性质上说属于法院组织，但它具有特殊的地位。

联邦宪法法院是独立的司法机关。它与联邦政府、联邦议院、联邦参议院和联邦总统相同，各自行使宪法及法律所规定的职能，在行政上不隶属于任何其他国家机关，而且，由于它拥有对其他国家机关的行为具有审查、确认或撤销的权力，因而它对这些国家机关具有权威性。此外，由于联邦宪法法院有权宣布立法机关所作的具有普遍约束力的法律无效，故实际上它同时具有了立宪机构的性质。

联邦宪法法院与各州宪法法院之间不存在上下级的隶属关系，但联邦宪法法院对州的宪法法院决定的问题保留管辖权。在原联邦德国，除石勒苏益格——荷尔施泰茵州根据其州宪法规定，不设立宪法法院，而依据基本法第 99 条的规定把有关宪法性争议委托联邦宪法法院管辖外，联邦设立联邦宪法法院，各州设立自己的宪法法院。根据基本法第 93 条的规定，联邦和各州之间，各州之间或一个州内部发生其他公法上的争议，如果没有其他法律手段可采用时，联邦宪法法院有权裁决。

联邦宪法法院在德国的司法管辖权中占有特殊的地位。基本法确立了多元的法院审判系统，除宪法法院外，有普通法院，它主要审理和裁判民事、刑事等案件。有行政法院系统、劳工法院系统、社会法院系统、财政法院系统等专门法院。普通法院与专门法院依类分别构成垂直的关系，每一法院体系的最高一级都有一个联邦法院，它们的主要职责是作为州法院的终审法院，确保德国法律的一致解释和协调发展。在这一法院系统中，宪法法院地位独特。联邦宪法法院是联邦范围内具有裁判权的最高裁判机关，其裁判行为不受任何政治势力的干扰，在组织上与联邦各种法院相互分离，其独立和自主性的程度高于任何其他联邦国家机关，其诉讼标的、诉讼程序、诉讼类型及诉讼效果均不同于其他

联邦法院。就组织体系而言，联邦宪法法院并非高居于其他法院之上，也不是诉讼程序上的上诉机关，其本身自为第一审和终审判决机关，但是它的诉讼的根本目的在于维护客观的宪法秩序，其裁决具有约束所有宪法机关及其公职人员的效力。因此，从某种意义上说，联邦宪法法院成为了德国的最高审判机关。<sup>①</sup>

波恩基本法规定联邦宪法法院组成的条文主要是第 94 条。该条第 1 款规定：“联邦宪法法院由联邦法官和其他成员组成。联邦宪法法院的成员，半数由联邦议院选举产生，半数由联邦参议院选举产生。他们不隶属于联邦议院、联邦参议院、联邦政府或州的有关机关。”同条第 2 款规定：“联邦法律规定联邦宪法法院的组织和程序，并规定在何种情况下它的裁决具有法律效力。”依据这条规定，1951 年 3 月通过的《联邦宪法法院法》<sup>②</sup> 具体规定了联邦宪法法院的若干问题，包括其组成、权限、程序等，该法已经被多次修改，至今仍是规范联邦宪法法院的主要法律。

联邦宪法法院分设两个庭 (Senate)，即第一庭和第二庭。联邦宪法法院最初设立时各庭设 12 名法官，其后减少至 10 名，1963 年起规定每庭为 8 名法官。<sup>③</sup> 两个庭的地位平等，在审理范围上有所分工，各司其职，自行管理。第一庭管辖的案件一般包括对法规审查程序的管辖、对宪法诉愿案的管辖。第二庭除管辖不属于第一庭管辖的法规审查案件和宪法诉愿案件外，其管辖的案件还包括宣告剥夺基本权利案、宣告政党违宪案、对联邦总统和对法官提起的弹劾案、联邦与州之间及各州之间的权利和义务所发生的分歧案等。两个庭在各自的职权范围内行使职权时都代表联邦宪法法院。如果有时宪法争议案的性质不甚明确，或者因

① 参见刘兆兴著：《德国联邦宪法法院总论》第 29 页，法律出版社 1998 年版。

② 关于《联邦宪法法院法》的具体内容，参见莫纪宏著：《宪法审判制度概要》第 163—195 页。

③ 参见曹沛霖、徐宗士主编：《比较政府体制》第 385 页。

为其他原因难以确定该宪法争议案件由哪个庭管辖的，应由联邦宪法法院院长、副院长和两个庭中各2名法官共同组成的6人委员会作出裁决，如果投票相等，院长具有决定性的投票权。在审判实践中，若发生两庭在管辖案件时的负担失衡，联邦宪法法院的联合庭则可另作决议，对两庭的管辖权进行变更。例如，在联邦宪法法院开始活动的头5年，第一庭接受的案件达3000件，而第二庭仅为30件。<sup>①</sup>很显然，两庭受理案件严重失衡，联邦宪法法院联合庭对此作了调整。此后，随着形势的变化，对两庭的管辖权又作了数次变更。

联邦宪法法院的法官，由联邦议院和联邦参议院各选举一半（即各产生8名）。法官的选举工作由联邦司法部长负责筹备，在联邦议院中，实行间接选举制，由12名选举人组成选举人委员会，然后由选举人委员会投票选举，得到2/3以上选票者当选。在联邦参议院中采取直接选举，由司法委员会提名，也是得到2/3选票者当选。联邦宪法法院候选人的资格要求非常严格，必须是年满40岁，具有被选为联邦议院议员的资格，同时，还必须具备担任法官的资格。联邦宪法法院法官不得兼任联邦议院议员或联邦参议院议员，不得在联邦政府中任职，也不得在州议会或政府中任职。1963年通过改革，规定联邦宪法法院每庭8名法官中的3名法官应当从各联邦法院中选任，称为“联邦法官”，他们为终身法官，至68岁退休为止。其余的法官为定期职法官，任期8年，每4年改选一半，连选可连任。1970年修改《联邦宪法法院法》，取消了联邦法官与定期职法官的任期上的差异，规定所有联邦宪法法院法官的任期一律为12年，任职的最大年龄为68岁，不得连任。联邦宪法法院法官被选出之后，必须经联邦总统任命，他们在就职前，还应在联邦总统面前进行宣誓。

<sup>①</sup> 参见曹沛霖、徐宗士主编：《比较政府体制》第385页。

联邦宪法法院设立院长和副院长各1名，他们分别隶属于两个庭。从实际传统看，院长担任第一庭庭长，通常由基督教民主联盟提名，副院长任第二庭庭长，通常由社会民主党人担任。<sup>①</sup>可见，政党关系在联邦宪法法院中仍具有一定作用。联邦宪法法院院长和副院长作为庭长的权利和义务在《联邦宪法法院法》中未作具体规定，而是准用《联邦法院组织法》关于庭长地位的规定。每个庭至少须有6名法官出席方能作出决议。原则上以参加表决的法官的过半数才能通过决议，但是对于一些特殊性质的案件，其表决通过也有特殊的规定。

### 三、联邦宪法法院的职权

波恩基本法赋予了联邦宪法法院广泛的职权，当今德国的联邦宪法法院是一个强有力的司法机构，其职能的广泛性远远超出了世界上任何一个国家的宪法法院。

依据基本法和《联邦宪法法院法》的规定，德国联邦宪法法院的主要职权可概括为下列方面：

(1) 某联邦最高机关，或由基本法和某联邦最高机关通过的议事规则授予固有权利的其他关系人，在关于权利和义务范围发生争议时，联邦宪法法院有权对本基本法进行解释；

(2) 根据联邦政府、州政府或联邦议院1/3议员的请求，裁决对联邦法律或州法律与联邦基本法之间、州法律与联邦其他法律之间是否一致的争议案；

(3) 裁决关于联邦和各州的权利和义务，特别是各州执行联邦法律和联邦实施监督权发生分歧的案件；

(4) 对于涉及到联邦和州之间、不同的州之间或者是同一州

---

<sup>①</sup> 参见（德）库特·宗特海默尔著，孙克武等译：《联邦德国政府与政治》，复旦大学出版社1985年版，第188页。

有关公法的其他争议案件，除非可以向其他法院（如联邦行政法院）提起诉讼，联邦宪法法院都有权裁决；

(5) 凡是滥用基本法规定的某些自由权利，如新闻出版自由、教学自由、集会自由等等，以攻击自由和民主的宪法秩序的人，将丧失这些基本权利，丧失权利及其程度（范围）由联邦宪法法院宣告；

(6) 如果政党的宗旨和党员的行为表明是企图破坏自由和民主的基本秩序，或有推翻这个秩序或危害德意志联邦共和国的危险，该政党则为违反宪法，对于违宪的问题，由联邦宪法法院裁决；

(7) 基本法规定，审查选举是联邦议院的职责，联邦议院也决定联邦议院的议员是否丧失议员资格，联邦议院的议员如果不服联邦议院的决定，则可向联邦宪法法院提起申诉；

(8) 审理弹劾总统和法官案。当联邦总统具有故意违反基本法或其他联邦法律的行为时，联邦议院或联邦参议院有权向联邦宪法法院提起对联邦总统的弹劾案。联邦宪法法院对总统弹劾案进行审理后，确认联邦总统对于故意违反基本法或其他联邦法律负有责任，可以宣告他丧失职权。提起弹劾后，联邦宪法法院可以以临时性命令决定联邦总统暂时停止行使职权。如果联邦一级的法官在履行公务时或者在履行公务之外违反基本法的原则或者违反州的宪法秩序时，联邦宪法法院则可以根据联邦议院以 2/3 的多数通过决议的请求，命令将该法官调任其他职务或者令其退职。如果该法官是故意违法的，则只能罢免。按照基本法规定，对于州法官弹劾的裁判权也属于联邦宪法法院，但是被弹劾的对象不包括联邦宪法法院本身的法官，因为按照《联邦法官法》（1961 年）的精神，联邦宪法法院的法官并不属于其所规定的



“联邦的法官”；<sup>①</sup>

(9) 联邦宪法法院管辖宪法诉愿（宪法控诉）。1969年修改基本法时明确规定了这项制度，规定任何个人都可以因公共权力机关侵犯他的某项基本权利<sup>②</sup>或侵犯基本法第20条第4款、第33条、第38条、第101条、第103条和第104条规定权利之一，<sup>③</sup>提起宪法诉愿，联邦宪法法院有权对此作出裁决。当某一法律侵害基本法第28条所规定的自治权利时，乡镇和联合乡镇可以提起宪法诉愿，但是在涉及州法律时，只有在无法向州宪法法院提起诉愿时，才能向联邦宪法法院提起诉愿。并且还规定，联邦法律可规定提起宪法诉愿，但必须是以过去已经用尽法律途径为前提；

(10) 由州法律将裁判权转移给联邦宪法法院时，联邦宪法法院则对于该州内宪法争议案具有管辖权。在原联邦德国，石勒苏益格——荷尔斯泰茵州没有建立本州的宪法法院，该州内的宪法争议管辖权则转移给了联邦宪法法院行使；

(11) 如果有关法院认为裁判案件所依据的法律违反宪法时，则应当停止诉讼程序。如果该项法律违反的是州的宪法，则应由对宪法争议具有管辖权的州宪法法院作出裁判，如果该项法律违反的是基本法，则应当由联邦宪法法院作出裁判，如果是州法律违反基本法或者违反联邦法律的，则也由联邦宪法法院裁判；

(12) 普通法院如果对国际法的某些规则是否成为联邦法律

---

① 联邦宪法法院法官与联邦的一般法官在地位上有很大差异，《联邦法官法》所规定的许多内容事实上很难适用于联邦宪法法院法官，参见（日）和田英夫、广田健次：“西德联邦宪法法院的地位”，载《日本法学》第44卷第1号。

② 指基本法第1章所规定的基本权利。

③ 第20条第4款规定了抵抗权，第33条规定了平等权，第38条规定了选举权，第101条规定了受合法审判权，第103条规定依法审理权及不受双重处罚的权利，第104条规定人身自由不受到非法限制和剥夺的权利。

的组成部分，或者这些规则是否能直接创设个人的权利与义务发生疑异时，则由法院向联邦宪法法院提出申请，由联邦宪法法院裁判；

(13) 如果州宪法法院解释基本法的意图与联邦宪法法院、其他州宪法法院的裁判相背离的，则该州宪法法院应提请联邦宪法法院裁判；

(14) 裁决基本法颁布之前的法律是否成为联邦法律的组成部分而继续有效的争议案。

从上述介绍可以看出，德国联邦宪法法院确实享有广泛的职权。此外，基本法第93条第2款、《联邦宪法法院法》第13条第15款均规定，联邦宪法法院还有权审理其他由联邦法律赋予的案件。而在实践中，通过联邦法律，确实使联邦宪法法院的职权得到了增加。在德国统一以后，联邦宪法法院对带有强烈政治性的宪法争议案也开始行使管辖权，如1993年7月审理“欧洲统一是否符合德国基本法”问题、1995年作出裁决认定冷战期间的原民主德国高级间谍将不再因为他们所从事的对抗联邦德国的间谍行为而被监禁等，都说明了联邦宪法法院的职权已越来越大，其裁判已涉及到国家政治生活中的各个领域。

联邦宪法法院在审理案件时，只在少数情况下公开进行。书面诉讼不必强制聘用律师。向联邦宪法法院提起的诉讼原则上是免费的，但是在特殊情况下，可向已受法庭拒绝的起诉人收取不超过1000马克的费用。而对于违宪起诉，联邦宪法法院最高可收取5000马克的诉讼费。<sup>①</sup>

各州宪法法院的职权范围与联邦宪法法院的不同，而且不同州的宪法法院的管辖权在细节上也有区别。州宪法法院比较一致

---

<sup>①</sup> (德) 克劳斯·弗里德里希·阿恩特等著：《德国的法制：立法——行政——司法》第132页，德意志联邦共和国驻中国大使馆提供。

的任务是对州内部宪法纠纷作出判决并使法规与州宪法协调一致。只有巴伐利亚、黑森、莱茵兰——法耳茨、萨尔等州的公民可以向州宪法法院提出违宪起诉。<sup>①</sup>

#### 四、联邦宪法法院的效用

德国联邦宪法法院设立至今已有半个世纪，通过它的活动，对原联邦德国及重新统一以后的德国的政治制度产生了强有力的影响，为政局的稳定、国家机构的协调运转作出了一定的贡献。它的活动还对深化自由民主的立宪思想起了促进作用。

首先，联邦宪法法院是保障公民权利的重要途径和方式。如前所述，1949年波恩基本法并没有规定当公民个人认为其基本权利被公共权力机构侵犯可直接诉诸于联邦宪法法院的有关内容，1951年《联邦宪法法院法》才对此作了规定，1969年修改基本法时明确把公民的宪法控诉权规定到基本法中。这样，当公民认为自己的基本权利受到公权力的侵害时，就可向联邦宪法法院提起宪法诉愿。《联邦宪法法院法》还具体规定了审理宪法诉愿案件的程序。据统计，至1990年，民众因权利受到侵害而提出的宪法控诉共计78 449项，这表明联邦宪法法院已为民众所接受。尽管从联邦宪法法院审理裁决情况看，民众获得胜诉的比例并不高，仅占2.25%，<sup>②</sup>但是，这些获胜的案件在德国的社会生活中具有十分重要的作用。通过联邦宪法法院受理和裁判公民的宪法控诉案，不失为保障公民基本权利免受国家公权力不法侵害的一条途径。同时，这也有利于监督国家公权力的行使，以维护宪政秩序。

<sup>①</sup> (德)克劳斯·弗里德里希·阿恩特等著：《德国的法制：立法——行政——司法》德意志联邦共和国驻中国大使馆提供，第133页。

<sup>②</sup> 宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社1998年版（以下引该书均为此版本），第573页。

其次，联邦宪法法院是具有权能的合法的“宪法保卫者”。波恩基本法至今仍是在德国实际起着宪法作用的重要法律，其稳定性是不言而喻的。基本法所具有的这种稳定性无疑是50年来德国国内、国外诸多因素相结合的结果，但是，无法否认的是，基本法规定设立联邦宪法法院，联邦宪法法院依据基本法及其他联邦法律行使职权，并保持良好的运转，是保障基本法的重要手段。联邦宪法法院拥有对法律法规的审查权，按照审查程序的标准划分，联邦宪法法院对法律法规的审查主要分为抽象的法律法规审查与具体的法律法规审查。<sup>①</sup>前者是指前述第(2)项职权，这种审查不以具体的纠纷为前提，只要根据联邦政府、州政府或联邦议院议员1/3的申请，联邦宪法法院就有权从程序到内容对有关的法律法规进行审查裁决。后者主要是指前述第(11)项职权。从1951年—1990年底，联邦宪法法院宣布同期由联邦议院通过的4298件法案之中的198项联邦法律无效或违宪，约占总数的4.6%。<sup>②</sup>从总体上看，被联邦宪法法院宣告为无效最多的是社会政策方面的规范，其次是财政政策，然后是法律政策。<sup>③</sup>尽管联邦宪法法院行使司法审查权不能主动出击，而须根据有关机关的申请或者一般法院的移送，但通过行使司法审查权，维护了基本法在整个法律秩序中的最高权威，确保基本法所确立的体制的正常运转，从而也监督立法机关受基本法约束，同时大大提高了民众了解、遵守基本法和法律的意识。

最后，联邦宪法法院通过行使法律解释职能以影响法律的发展。与一般法院相比，联邦宪法法院由于审理裁决的主要是与宪法有关的重要争端，而审理和裁决实际上是解释、阐述基本法的

---

① 参见刘兆兴著：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第184页；参见(日)樋口阳一著：《比较宪法》(改订版)第286页。

② 参见宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》第572页。

③ 同上。

含义和精神的过程，因此联邦宪法法院在事实上更多地参与了立法和司法政策的决策过程。联邦宪法法院所宣布的对某一法律的特定解释是唯一为基本法允许的解释，而且其解释往往给予明确如何实施法律的指示。通过解释法律等手段，联邦宪法法院对立法机关制定有关的政策施加影响。比如，联邦宪法法院分别通过1961年、1971年、1981年及1986年的4项有关广播电视的判例，不仅发展了基本法第5条规定的言论自由原则，而且也决定了德国广播电视政策的未来。<sup>①</sup>又如，联邦宪法法院于1975年2月25日作出判决，宣告1974年6月通过的《德国刑法典第5修正法》关于《刑法典》第218条规定的在一定期限内的堕胎行为合法化，即怀孕12周内堕胎不构成犯罪为违宪规定。虽然这一判决被认为超越了其权限，判决了一项本属于议会权力范围事项，但是德国的议会还是依据联邦宪法法院的判决于1976年5月通过了修改刑法的第15修正法，对第5修正法进行修正。而且联邦宪法法院的该项判决还影响了1991年制定一部新的人工流产法律的进程。<sup>②</sup>

据资料显示，现在的联邦宪法法院法官较以前更多地认为自己的工作包括制定政策和发展法律。同时有越来越多的事例表明，早在立法决策过程中，议员们就已根据联邦宪法法院的判决调整自己的提案，并请求有关专家提供“卡尔斯鲁厄占星术”。<sup>③</sup>种种情况表明，联邦宪法法院在其存在的历史中确实已经影响了德国法律的修改和发展。

① 参见引自宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》第575页。

② 关于联邦德国宪法法院1975年的该项判决，参见刘兆兴著：《德国联邦宪法法院总论》第223—224页，同时参见宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》第576—577页。

③ 即请专家们提供位于卡尔斯鲁厄的联邦宪法法院有关判决的详细解释，以预测联邦宪法法院对提案是否可能进行司法审查。

当然，随着联邦宪法法院管辖范围的日渐扩大，许多人也开始担心德国会从立宪国家转变成“司法独裁国家”，认为行政机构在必要的行动自由方面受到过分的司法监督的障碍。此外，德国联邦宪法法院不像美国避免介入政治问题的司法审查体制那样，相反却越来越多地越过司法领域涉及政治纷争，这未免会有越权之嫌，且极可能被党派操纵而失去应有的独立和公正性。这些情况显示，联邦宪法法院有待于进一步加以规范和必要的改革。

## 第七节 两德统一后宪法制度的发展

### 一、统一后德国的基本政治制度

德国重新统一前夕，对于怎样实现统一曾有一定的争论。最后采取的实际上是东德加入西德的方式。这样，原西德的包括基本法在内的法律在全德国境内生效，统一后德国的政治制度基本沿袭原西德的制度。但是，由于原东德的加入，必然要求进行一定的调整。

关于国家的组成。统一后的德国仍为联邦制，原东德地区恢复5个州的建制，东、西柏林合并为1个州，这样，统一后的德国内共有16个州，它们是巴登——符腾堡、巴伐利亚、柏林、勃兰登堡、（自由汉萨市）不来梅、（自由汉萨市）汉堡、黑森、梅克伦堡——前波莫瑞、下萨克森、北莱茵——威斯特法伦、莱茵兰——法尔茨、萨尔、萨克森、萨克森——安哈特、石勒苏益个——荷尔斯泰因、图林根。

关于国名、国旗和首都。统一后德国的国名沿用原西德的国名，即“德意志联邦共和国”，国旗为原西德的黑红金三色旗。统一后德国的首都设在柏林，但“第2个国家条约”规定，“议会及政府所在地问题待德国统一实现后再作决定”，据此，1991

年6月20日，德国联邦议院作出决议，将柏林定为德国联邦议院和政府所在地，在今后10年至12年内将搬迁完毕。

关于联邦议院。联邦议院的选举仍为每4年1次，但议员较以前增多。这些议员按多数选举制和比例选举制混合选举产生。全国划分为328个选区，每个选民投两次票，第一票选举其所在选区的候选人，每个选区选出得票最多的一人作为选民的直接代表直接进入联邦议院。每个选民的第二票选举另外328名由各州竞选政党所提出的议员候选人，各竞选政党按得票百分比分到的席位数减去第一次投票该党得到的席位数，就是该党的席位数。这种混合选举制度既可使选民有机会直接选出自己信任的议员，同时又能保障各竞选政党按得票比例分到议席。如果一个政党在选举中所得到的选民直接选举产生的议席多于按比例产生的议席，则将保留这些议席，称“悬挂席位”，因此联邦议院议员往往超过所规定的656人。如1990年—1994年第十二届联邦议院议员总计662人，1994年—1998年第十三届联邦议院议员为672人。这两届议员所属党派及性别情况如下表所示：<sup>①</sup>

第十二届、第十三届联邦议院男女议员情况表

第十二届联邦议院				第十三届联邦议院		
政党	男议员	女议员	总计	男议员	女议员	总计
联盟党	275	44	319	251	43	294
社民党	174	65	239	167	85	252
自民党	63	16	79	21	28	49
绿党	9	8	17	39	8	47
民社党	5	3	8	17	13	30
总计	526	136	662	495	177	672

<sup>①</sup> 参见吕耀坤著：《德国政治制度》，时事出版社1997年版，第47页。

关于联邦参议院。联邦参议院议员的选派和表决并未发生变化，但对各州参加联邦参议院的人数作了调整。原来规定，在联邦参议院中，每州至少有 3 票，居民人数超过 200 万的州有 4 票，超过 600 万的有 5 票。“第 2 个国家条约”增加规定，人口超过 700 万的州拥有 6 票。据此，德国统一后联邦参议院议员人数由原来的 45 人增加到目前的 68 人，各州所分配到的在联邦参议院中的票数情况如下表：<sup>①</sup>

各州分配的票数

序号	州名	人口	票数
1	自由汉萨市不来梅	70 万	3
2	萨尔	110 万	3
3	自由汉萨市汉堡	170 万	3
4	梅克伦堡——前波莫瑞（梅——前）	180 万	3
5	勃兰登堡	250 万	4
6	图林根	250 万	4
7	石勒苏益格——荷尔斯泰因（石——荷）	270 万	4
8	萨克森——安哈特	280 万	4
9	柏林	350 万	4
10	莱茵兰——法尔茨（莱——法）	390 万	4
11	自由州萨克森	460 万	4
12	黑森	590 万	4
13	下萨克森	760 万	6
14	巴登——符腾堡（巴——符）	1002 万	6
15	自由州巴伐利亚	1190 万	6
16	北莱茵——威斯特法伦（北——威）	1780 万	6

此外，德国统一还带来了有关劳动、卫生、环保、文化、科

<sup>①</sup> 参见吕耀坤著：《德国政治制度》，时事出版社 1997 年版，第 72 页。



教、体育等领域政策的调整。尤其要提到的是，因“第2个国家条约”确立了伴随统一应对基本法进行调整的原则，在两德统一前夕，即1990年9月23日，当时的联邦德国对基本法作了重要的修改，主要有：

(1) 修改了基本法序言的规定。主要是取消了原来的“为了建立过渡时期国家生活的新秩序”等，增加了“本基本法对全体德意志人民有效”的规定。这为基本法在德国统一以后继续生效提供了依据。

(2) 取消了原基本法第23条，即“本基本法先在巴登、巴伐利亚、不来梅……各州生效。本法在德国其他部分加入联邦共和国之后，也将在那里生效”。两德统一就是依据这一条的规定，由东德加入西德而得以实现的，德国统一以后，再也不存在所谓“德国其他部分”，因此此次修改取消了这一条的规定。

(3) 在规定联邦参议院构成的第51条增加了人口超过700万的州有6票的规定，对此，前文已加阐述。

(4) 修改基本法第146条。原第146条规定：“本基本法在德国人民根据自由决定所通过的宪法开始生效之日起丧失其效力”，这一规定说明了基本法所具有的临时性。此次修改规定为“在实现德国的统一和自由后适用于整个德国人民的本基本法，在德国人民以自决方式通过的宪法生效之日起失效”。这样的修改并没有明确将来应是修改基本法还是制定新宪法，这对于统一后德国宪法制度的发展来说确实是一件遗憾的事。<sup>①</sup>

这次修改是基本法从1949年实施以来的第36次修改，也是1990年统一的德国成立之前的最后一次修改。

---

<sup>①</sup> 参见(日)森英树：《伴随德国统一修改基本法的若干情况》，载《法律时报》67卷9号，1995年(以下引该书均为此版本)。

## 二、德国统一引起的关于制定新宪法与修改基本法的争论

德国在特殊的国际环境下，以特殊的方式，用不到一年的时间，实现了统一。统一使德国国力大增，改变了欧洲乃至世界的格局，但同样因为统一，德国内部的经济、政治和社会各方面都面临着许多新的难题。统一初期的德国，经济出人意料地困难，政治风波迭起，东、西德民众之间感情上的对立显而易见，种种现象表明，形式上的统一虽已实现，但要达到各方面真正的统一尚有待时日。从政治与法律的观点看，统一前后所引起的围绕制定新宪法、还是修改基本法的种种争论就说明了这一点。

早在德国统一前夕，在议论如何统一的进程中，与当时主张依据基本法第 23 条由东德加入西德的方式相对立的是，认为应以制定新宪法的方式来实现统一。东德的改革派们组成“圆桌会议”，于 1989 年 12 月起开始进行制定新宪法的工作，其成果是制成“圆桌会议宪法草案”，谋求由 1990 年 3 月 18 日新选举出来的人民议会对该草案进行审议。但是，新选出的人民议院中占多数的是主张尽快以加入方式实现统一的“德国联盟”，因此，1990 年 4 月 26 日人民议会以 176 票对 167 票否决了“圆桌会议宪法草案”。<sup>①</sup> 1990 年 6 月，东德的改革派们与西德的批判基本法的法律家们组成了“评议会”，该组织于 1992 年 5 月 23 日（1949 年基本法公布日）发表“评议会宪法草案”，该草案提出要制定新宪法，其主要理由有：<sup>②</sup> 第一，制定新宪法是基本法自身的要求，因为基本法的序言规定了“为了建立过渡时期国家生活的新秩序”，其第 146 条也明确了基本法效力的暂时性，现在由德国人民根据自由决定通过宪法的日子已到；第二，基本法是

<sup>①</sup> 参见（日）森英树：《伴随德国统一修改基本法的若干情况》。

<sup>②</sup> 参见（日）广渡清吾：《关于德国统一围绕修改基本法的问题·1》，载《法律时报》67 卷 8 号，1995 年（以下引该书均为此版本）。

依据西德各州的批准而生效的，并没有进行公民投票，而现在又没有给予东德的公民以表明是否赞成基本法的机会，因此从民主主义的观点看，基本法是存在问题的；第三，由于统一，使德国的各种社会经济关系发生了很大的变化，原来的基本法已无法满足这种变化的需要，因此应进行彻底的变革；第四，制定新宪法是实现东、西德真正一体化的原动力。这一宪法草案也一定程度地体现了当时部分德国国民的意愿，据调查显示，原东德有57%的人赞同制定一部新宪法，即使在原西德，也有30%的成年人赞同制定新宪法。<sup>①</sup>

德国统一初期引起是否制定新宪法的争论还体现在对于“第2个国家条约”第5条的理解上。该条涉及的是关于未来宪法的修改，它规定，本条约双方政府建议统一后的德国的立法团体，在两年之内着手研究因德国统一而出现的关于修改和补充基本法的问题，并特别列举了对于联邦与州的关系、导入国家目标于基本法、适用基本法第146条及在其范围内举行公民公决的问题。如前所述，该条约对基本法第146条作了修改，联邦德国议会也在统一前夕正式修改了这一条的规定。尽管修改前后看起来好像含义变化不大，但还是存在一定的问题。基本法第79条规定了修改条款，在规定修改程序的同时，还规定修改时不得影响由州构成的联邦制及州参与立法的权力、不得影响基本法确立的人格尊严不可侵犯及民主主义、国民主权、三权分立等国家原则，而第146条规定的是制定新宪法而不是修改基本法，这样，对依据第146条制定新宪法时是否应有所限制就产生了争论。一种比较温和的观点认为，第146条没有什么很大的含义，而只不过是制定新宪法的宣言；另一种观点认为，第146条也应受第79条的

---

<sup>①</sup> M·D·Hancock, *Politics in Western Europe*, p.277, Chatham House Publishers, Inc. 1993.

约束，根据第 146 条制定新宪法之际也应遵循第 79 条的限制性规定，通过国民投票产生新宪法首先要依据第 79 条。而保守派们之所以反对依据第 146 条制定新宪法的主要理由之一是，第二次世界大战后 40 多年来的事实表明，基本法所确立的不失为是较成熟、完善的体制，重新制定新宪法会破坏这些秩序。那些改革派们则主张依据第 146 条制定新宪法，如前述“评议会宪法草案”就提议设置由议员、专家及国民代表参加的“宪法协议会”起草宪法草案，再由国民投票通过宪法。

从统一初期的德国政界看，各党派对于是否制定新宪法可谓泾渭分明。执政的基督教民主联盟、基督教社会联盟和自由民主党主张对基本法进行一定的修改和补充，反对进行公民投票。社会民主党是当时最大的反对党，该党主张包括可能制定宪法在内的对基本法进行根本的修改和补充。联盟 90——绿党（简称“绿党”）及民主社会主义党等则谋求制定新宪法并举行公民投票。经过长时期的争论后，各派达成妥协，1992 年成立“联合宪法委员会”，<sup>①</sup> 其成员共 64 人，由联邦参议院和联邦议院各派议员 32 人组成。联邦参议院选派的 32 名议员平均来自全联邦的 16 个州，而联邦议院选派的 32 名议员是经激烈争论后按各党在联邦议院内的席位按比例产生的，其中基督教民主联盟和基督教社会联盟的议员有 15 人，社会民主党的议员有 11 人。<sup>②</sup>联合宪法委员会的任务是基于“第 2 个国家条约”第 5 条，在 1993 年 3 月末以前就修改和补充基本法的问题向立法机关提出议案，该委员会的提案必须得到 2/3 以上委员的赞成。这样，德国统一初期基本上确立了用修改基本法的方式以适应形势发展需要的原则。

<sup>①</sup> 即 Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat，简称 GVK。

<sup>②</sup> 参见（日）森英树著：《伴随德国统一修改基本法的若干情况》。

### 三、德国统一以来对基本法的修改及其引起的争论

当德国各界在对应制定新宪法还是修改基本法进行激烈争论时，德国国内的形势变化客观上已提出了变革现有制度的要求，修改基本法已提上了议事日程，到 1994 年底为止，对基本法的修改如下：

(1) 1992 年 7 月 14 日的修改是统一的德国成立以来对基本法的首次修改，也是基本法实施以来的第 37 次修改，涉及航空交通组织法律形态的问题。

(2) 1992 年 12 月 21 日的修改，是为了批准“欧洲联盟条约”而进行的。

1992 年 2 月，欧共体 12 个成员国签署了“欧洲联盟条约”（即“马约”），它宣布成立欧盟。为批准“马约”，联合宪法委员会暂时抛开关于修改基本法的其他事项的讨论，专门对于基本法中与批准“马约”有关的条文展开商讨，并于该年 6 月 26 日一致通过草案<sup>①</sup>，同年 12 月 21 日正式通过了有关的修改。主要内容有：新设第 23 条，标题为“欧洲条款”，该条共有 7 款，规定德意志联邦共和国致力于实现一个具有民主、法治精神的、社会福利的和联邦制结构的统一的欧洲，还规定了联邦议院、联邦参议院、联邦政府和各州在对待有关欧盟事项上的作用，主要体现了强化联邦议会地位、州在处理相关事务具有一定独立性的精神；修改第 28 条第 2 款，规定居住在德国，但出生于欧盟成员国的外国人享有德国的地方选举权。顺便提一下，根据联邦宪法法院 1990 年 10 月 31 日的判决，给予欧盟（当时称为“欧共体”）国家以外的居住于德国的外国人以地方选举权的州法律是

---

<sup>①</sup>（日）三口和人著：“伴随欧盟设立基本法的修改工作”，载《法律家》第 1011 号，有斐阁 1992 年版。

违反宪法的。<sup>①</sup>

(3) 1993年5月26日修改的是关于庇护权的内容。

原基本法的第16条规定了“……受政治迫害的人享有庇护权”，统一前后大量的难民涌入德国，从而引起了对是否修改基本法的该条规定的争论。最终导致了于1993年6月对基本法第16条的正式修改，即增加“第16条a”，主要内容有：限制援用庇护权的范围，规定来自欧盟或“安定的第三国”的外国人不得引用庇护权，也不存在暂时的停留权；加重申请者在庇护审查程序中的证明责任；原则上以支付实物以确保申请庇护者的生计，并防止滥领救济款项。<sup>②</sup>作这样的修改既可以防止大量的外国人涌入德国，又协调了德国与欧盟其他国家的有关法律适用。但也有学者认为，这实质上体现了保障庇护权的倒退。<sup>③</sup>

(4) 1993年12月20日修改的是关于联邦铁道民营化的内容。

(5) 1994年8月30日修改的主要是有关联邦邮政、电信电话制度民营化的内容。原基本法第87条第1款规定邮政为联邦专属行政事务，为适应德国邮政改革，以实行邮政民营化的需要，此次修改所增补和更动的涉及基本法第73条第7款、第80条第2款、第87条第1款、第87条f、第143条b等。

(6) 1994年10月27日修改的<sup>④</sup>是基于联合宪法委员会报告书而进行的，也是德国统一以来修改幅度最大的一次，修改条款达20多条。

---

① M·D·Hancock, *Politics in Western Europe*, p. 282, Chatham House Publishers, Inc. 1993.

② 主要参见吕耀坤著：《德国政治制度》，时事出版社1999年版，第33页。

③ 参见（日）广渡清吾：《关于德国统一围绕修改基本法的问题·1》。

④ 主要参见吴信华：《德国基本法最新修正》，载台湾《月旦法学杂志》1995年第2期。

联合宪法委员会从1992年1月16日开始第1次会议以来，经过召开26次会议和9次听证会后，于1993年10月28日提出了最终报告书，并于同年11月5日以“作为修改基本法的劝告”向联邦议会提出。联邦议院和联邦参议院审议通过了其中的部分内容，于1994年10月27日公布，11月15日生效。修改的主要内容包括：

(1) 补充基本法第3条，在其第2款“男女享有同等的权利”之后，加上“国家促进真正落实男女平等，并致力于消除现存的一些不平等”；在其第3款“任何人不应因其性别、家世、种族、语言、籍贯、出身、信仰、宗教见解和政治见解而受到歧视或享受特权”之后，补充规定“任何人不应因其残疾而遭歧视”。

关于男女平等，在修改过程中曾引起激烈的争论，社会民主党、基督教民主联盟妇女联合会均提出过有关的草案。而从近现代法的历史看，男女平等可分为三个阶段，第一阶段为公开确认男女之间的不平等，第二阶段为禁止男女不平等，这只是抽象的男女平等，第三阶段为脱离第二阶段的抽象性，规定保障男女在事实上平等的具体措施。德国引起的有关男女平等的主要争论是在现实中录用公务员时所采用的男女比例制，有些州采用单纯的固定比例制，有些州采用同一资格女性优先的比例制，即当候选人在资格、能力、业绩等都相同时，女性优先获得晋升或录用，这在有些州，如北莱茵——威斯特法伦州，还引起了宪法诉讼。此次修改的目的是保障男女的真正平等，但对于同一资格女性优先的比例制是否违宪，还有赖于联邦宪法法院在审理相关案件时依据修改后的基本法进行解释。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见(日)广渡清吾：《关于德国统一围绕修改基本法的问题·2》，载《法律时报》67卷9号，1995年。

(2) 新增第 20 条 a, 内容为:“出于对后代负责,在宪法范围内通过立法并按照法律和法规,通过国家的执法和司法权,国家应保护大自然所赋予的基本生存条件”。在统一以前,西德的联邦议会就曾对是否应在基本法中导入保护环境作为国家目标展开讨论。联合宪法委员会在讨论把保护环境作为国家目标规定到基本法中并没有争论,但对于如何规定却存在很大分歧,最终相互妥协的修正案仅以超过必要多数 1 票获得通过,其提案在联邦议会原封不动地被通过。

(3) 修改第 72 条。这一条是规定对于联邦与州的共同立法的行使原则,此次修改主要是缩减了联邦在联邦与各州的共同立法事项中的权限。修改后规定,当联邦不制定法律行使其共同立法权限时,则由各州行使;在联邦的范围内,为建立同样的生存环境或在整体国家的利益下为维护法律与经济的统一性,确认有必要以联邦法律规范的,则联邦有立法权限。

(4) 修改第 74 条。这一条具体列举联邦与州的共同立法事项。修改后删除了联邦对保护德国文化财富防止外流及联邦对各州州籍的立法权限,限制了联邦对土地开发受益费事项的立法,并同时增加新条款,赋予联邦对国家赔偿责任、人工受精、基因工程、器官与组织移植的立法权限。

(5) 修改第 75 条。在联邦发布原则规定的立法事项内删除有关影片事项的规定,但增加文化资产之保护事项,并新增一限制性条款,使联邦仅于细节规定或直接规定所明示的例外情形下,才有发布原则规定的立法权限,各州在一定期限内公布相关联邦法律的义务。

(6) 新增加第 125 条 a。这是关于法律适用的过渡条款,主要内容有:已经作为联邦法律颁布,但由于修改了第 74 条第 1 款和第 75 条第 1 款,不能再作为联邦法律颁布的法律,仍然可作为联邦法继续有效,它可以各州法律代替;根据第 72 条第 2



款作为至修改生效的日期有效的文本颁布的法律作为联邦法律，继续有效，联邦法律可规定以各州法律代替，此规定也适用于此前公布、并根据第 75 条第 2 款不能再公布的联邦法律。<sup>①</sup>此外，这一次的修改还涉及地方自治权的保障、联邦法律的立法程序、法规命令的制定程序、联邦的行政管理、各州在联邦宪法法院的起诉权等方面。

从上述内容可以看出，1994 年 10 月 27 日公布的对基本法的修改确实涉及面很广，但在学术界倡议已久的若干事项，因在联合宪法委员会中引起较多争论最终未获得 2/3 多数通过而不了了之，这些事项主要有三个方面：

其一，关于派遣联邦国防军参加维持和平部队是否违反基本法。德国政府依据基本法第 24 条，即“……为维护和平，联邦可以加入一种相互的集体的安全体系……”，曾派遣海军到亚得里亚海、空军到波斯尼亚、陆军到索马里参加维持和平。对此，当时在野的社会民主党认为，向外派遣联邦国防军与基本法第 87 条 a 的“除防务外，武装部队只有在本基本法明确允许的范围内才能动用”是相矛盾的，因而向联邦宪法法院提起要求进行违宪审查的申请。联合宪法委员会也曾起草有关的修改草案，但没能形成正式的提案。而联邦宪法法院于 1994 年 7 月 12 日作出裁决，确认在经议会同意的情况下，德国可以派遣武装部队到境外，并且对基本法第 24 条作出解释，明确说明所谓的“相互的集体的安全体系”不仅指联合国，还包括北约。同年 7 月 22 日，联邦议院接受联邦宪法法院的判决，同意了联邦政府提出的派遣军队参加维持和平的申请。至此，关于派遣军队到海外参加维持

<sup>①</sup> 参见吕耀坤著：《德国政治制度》，时事出版社 1997 年版，第 34 页。

和平是否符合基本法的争论告一段落，<sup>①</sup> 将来可能会对是否制定“派遣法”及某次派遣是否符合要件等进行争论。

其二，关于社会基本权利。<sup>②</sup> 众所周知，魏玛宪法规定了非常广泛的公民自由权利，其中尤以专章规定了“经济生活”而颇显特色。与魏玛宪法具体规定公民享有诸如劳动权、工作权、教育权等丰富的社会基本权利相比，波恩基本法相形见绌，它只是在其第 20 条确立了“社会的联邦国家”，而并没有具体规定公民的社会基本权利。而在统一前的东德实施的宪法，作为社会主义宪法，则包含了劳动权、教育权、休假与保养权、保护健康和劳动力的权利、年老或患疾病时受国家扶助权利、住宅权等社会基本权利。虽然这些权利在当时的东德实施得如何确实是有疑问，但这为主张统一德国制定新宪法的人们列举基本法所存在的不足提供了依据。1992 年德国工人联合会发表了“作为全德宪法的宪法政策指导方针”，其中提出使劳动、社会保障、男女机会均等、教育、住宅等领域在基本法中得到强化和具体化的主张。前面已经提到的“评议会宪法草案”也规定了劳动权、社会保障权及住宅权。

在联合宪法委员会中也进行了有关社会基本权利的争论。委员们都认识到确认这方面内容的重要性，但对于是否应具体地加以规定则有不同意见。赞同者认为，所谓“社会的联邦国家”不应只是抽象的原则，应在基本法中导入具体的社会基本权利，这是广大民众的要求，也有利于东德与西德的真正融合，而且也具有把“欧洲社会宪章”及“关于经济、社会及文化权利的国际规约”国内法化的作用。反对者则认为，不固定国家目标有利于增

<sup>①</sup> 参见黄永祥、代天宇主编：《不要忘记德国》，中国城市出版社 1997 年版，第 251 页。

<sup>②</sup> 详细参见（日）广渡清吾：《关于德国统一围绕修改基本法的问题·3》，载《法律时报》67 卷 10 号，1995 年（以下引该书均为此版本）。

强议会的裁量权，提高议会的权威性，而如果规定了这些内容，随形势变化可能导致人们对政治的不信任。结果联合委员会并没有形成此方面内容的提案。

其三，关于直接民主制。对此，当时的在野党社会民主党提出议案，主张创立由国民提案、国民请求、国民表决三个阶段组成的国民立法制度，建立国民投票制度，即修改基本法时经 1/4 联邦议员请求交付国民投票表决，并设立请愿时的代表者公听制度。而在原西德 11 个州中，就有 9 个州的宪法规定了国民请愿及国民表决制度。在联合宪法委员会中，反对与赞成导入直接民主制的观点截然相反。反对者认为，魏玛宪法确立的国民表决制度在实施过程中被党派、国家机关之间的相互倾轧所利用，鉴于历史教训，基本法并没有规定这一制度是明智的。他们认为，采用国民立法会导致议会立法的形骸化，会削弱联邦参议院的机能，从而破坏联邦制的结构，运用国民立法制度会过分强化社会团体及政党的作用。赞成者则认为，直接民主制终究比代议制民主制完善，许多外国及德国各州的经验已验证了这一点，而且这有利于强调国民的民主主义责任意识。在联合宪法委员会最后的表决中，有关导入直接民主制的议案没有得到有效的多数。<sup>①</sup>

在因修改基本法而引起广泛争论的同时，引人注目的还有原属东德的东部 5 个州的制宪工作。该 5 个州的制宪进程情况如下：萨克森州的宪法于 1992 年 5 月 27 日公布、6 月 6 日施行；萨克森——安哈特州的宪法于 1992 年 7 月 16 日制定、7 月 18 日施行；勃兰登堡州的宪法于 1992 年 8 月 20 日制定、8 月 21 日生效；梅克伦堡——前波莫瑞州的宪法于 1993 年 5 月 14 日制定、5 月 16 日暂定施行；图林根州的宪法于 1993 年 10 月 25 日制定、10 月 30 日暂定施行。在这些宪法制定的过程中，同样引

<sup>①</sup> 详细参见（日）广渡清吾：《关于德国统一围绕修改基本法的问题·3》。

起了保守派与在野党的争论。最后通过的这5部宪法具有一定的共同特征，如：导入国民立法制度、规定西部各州宪法及基本法均没有规定的情报保护请求权等基本权利。特别是勃兰登堡州，由于它是5个州中唯一由当时的在野党执政的州，故所制定的宪法很有特色，该州宪法规定，勃兰登堡州是一个自由的、法治的、社会福利的和民主的州，强调要加强同各国人民、特别是波兰人民的合作，宪法还对公民的基本权利作了详细规定，并且对环保、公民受教育、保护儿童、促进文化和体育的发展也作了规定。<sup>①</sup>有学者认为，这些州宪法的制定和发展，是联邦宪法制度的实验场，它们在实施过程中所暴露的问题将为以后联邦基本法的修改提供丰富的素材。<sup>②</sup>

虽然德国统一以后所进行的宪政改革及其引起的争论具有明显的过渡性和探索性，但这无疑丰富了德国的宪政实践和宪法理论。今后随着形势的变化，德国是继续修改基本法、修改哪些内容，还是制定新宪法，这一问题仍将引起那些关心德国政局和研究宪政的人士的极大兴趣。1998年，科尔领导的执政联盟党在第14届联邦议院的选举中失败，长达16年的科尔时代在德国宣告终结，开始了由社会民主党的施罗德领导的“红绿”联合政府执政时期。国内政治势力的重新组合，柏林即将成为名副其实的首都，欧元的正式启动等等，这一系列的内外因素将会使德国今后宪法制度的变化和发展呈现更多新的特点。

① 参见吕耀坤著：《德国政治制度》第174页。

② 参见（日）畑尻刚：《东西德统一与公法学者》，载《法律时报》67卷10号，1995年。

## 第三章 行政法

### 第一节 概 述

#### 一、德国行政法的概念

早在 15 世纪，在邦国林立的德意志，就开始出现了若干警察法，有些地方还建立了行政裁判机构。但是，近代意义上的德国行政法的体系和内容是从 19 世纪才开始出现的，因为当国家的行政活动仅仅为国家利益所左右时，可能有的只能是行政技术，而不是行政法。从 19 世纪下半叶起，德国的行政开始抛弃了国家活动绝对不受法律拘束的旧习，形式上的君主立宪制剥夺了行政首脑所独占的立法权，使通过立法机关制约行政机关、以国家的立法制约国家的行政活动成为可能。自那时起至今，行政

法随德国政治制度的变迁而变化，第二次世界大战后，德国行政法<sup>①</sup>得到了多方面的发展，并成为德国现代法律制度中不可或缺的重要组成部分。

但是，在德国，对于“什么是行政法”这一基本问题，至今都很难找到一个确切的答案。德国法律思想家拉德布鲁赫对行政法概念的理解比较狭窄，他认为，自治行政、行政诉讼的审判，也就是行政法，它可称为“扩大的国家活动的法律”。<sup>②</sup>有的则从字面上理解行政法，他们将行政法认作公共行政的法律，但这一概念被认为有误导之处，因为行政法是公共行政所使用或者与公共行政有联系的公法，并非行政当局在很大范围所使用的私法，不能将行政法同行政所涉及的所有法律相提并论。<sup>③</sup>有的学者则从广义、狭义两方面来理解行政法的概念，认为行政法在广义上是公共行政机关据以操作的法律规则的总和，在狭义上则是关于公共行政机关主体之主权权力的法律规则之总和，行政法是公法的一个部门。<sup>④</sup>此观点在德国相对占据统治地位。有的学者则以列举行政法内容的方法来阐述行政法的定义。德国学者平特纳则认为，没有必要寻求一个对行政法更为贴切的表达形式，德国的行政法分为普通理论以及部门行政法，部门行政法最重要的领域为：地方法规和警察法；公务员法和其他公职法规；经济行政法和营利事业法；建筑法和计划法；道路法和交通法；教育法、青少年法和文化法；社会法和救济法；卫生法；税务行政

① 本章提及的现代德国行政法，仅指德意志联邦共和国的行政法。

② 参见（德）拉德布鲁赫著，米健和朱林译：《法学导论》，中国大百科全书出版社1997年版，第136页。

③ 参见（德）平特纳著，朱林译：《德国普通行政法》，中国政法大学出版社1999年版（以下引该书均为此版本）第3页。

④ 胡建淼著：《十国行政法——比较研究》，中国政法大学出版社1993年版，第182页。

法；财政和预算法。<sup>①</sup>

虽然对行政法的定义理解不一，但这些德国学者的阐述都包含了一个基本的相同点，即行政法是公法的一个组成部分。德国是大陆法系国家，有明确的公法与私法的划分，这是德国行政法的前提，就此而言，它与法国行政法是一致的。但是德国行政法与法国行政法相比，还是呈现出许多特点：一方面，德国行政法较多具有成文法的特征，制定了有关行政法院、行政程序等方面的较为详尽和完整的法典，而法国作为行政法的鼻祖，虽属于成文法的国家，但在行政法领域是个例外，至今仍以判例法为主；另一方面，德国的行政法院属于司法系统的组成部分，而法国的行政法院却是行政部门的一个部分，相比较而言，前者具有独立性，而后者则要受到行政部门的较大牵制。

## 二、德国行政法的渊源

德国行政法的渊源具有多样性的特点。现在，德国行政法渊源主要有下列方面：

### （一）联邦法律

《德意志联邦共和国基本法》（以下简称“基本法”）。特别是其中第 20 条和第 83 条等条文。

《德意志联邦行政程序法》、《德意志联邦行政法院法》及联邦颁布的有关公务员、经济、社会、建筑、交通等领域的法律和法规。

### （二）州法律

属于行政法渊源的州法律有：州宪法、州的普通行政法和组织法、州行政程序法及州所颁布的有关地方、警察、教育和公务员等方面的法律和法规。

<sup>①</sup> 参见（德）平特纳著：《德国普通行政法》第 3—4 页。

### （三）地方法律

主要包括各地方自治组织所制定的有关组织、公共设施使用、建筑规划和财政预算方面的地方规章。

在这些法律渊源中，是存在等级的，最基本的等级从高到低依次是联邦法律、州法律、地方法律，在联邦法律和州法律之间从上到下适用下列顺序：宪法、法律、法规、规章，违背较高等级的法规无效是不同等级的法律规范冲突时所适用的基本规则，同一等级的法律规定之间则基本适用新法优于旧法的原则。<sup>①</sup>

此外，由于德国是欧盟的成员国，欧盟的某些条约及立法也应是德国行政法的法律渊源的组成部分。

如前所述，德国的行政法较多具有成文法的特点，但是这并不意味着德国行政法的法律渊源只有成文法，行政法判例及包括联邦习惯法、州习惯法、地方习惯法在内的习惯法也是存在的，这些渊源各自在一定范围内具有效力。

此外，对于行政命令（Verwaltungsverordnung）是否属于行政法的法律渊源，是有一定争论的。按照过去大多数学者的观点，包括行政规定、指示和职务规定等在内的行政命令不属于行政法的渊源，它们仅是行政内部规范，只在行政组织和公务员与国家的关系中具有约束力，对公民则不产生权利义务关系。但近来也有学者提出，基本法第84条、第85条强调规定了行政法规的颁布，按照其精神，实际上已暗示了基本法并不反对无法律的行政决定的原则，应一定程度允许行政裁量权，因此，行政命令也应是行政法的渊源之一，当然，它是排在最末一级的渊源。

### 三、德国行政法学的发展

由于长期以来，人们习惯于仅仅依据“国家学的方法”对诸

<sup>①</sup> 参见（德）平特纳著，朱林译：《德国普通行政法》第10—11页。



如贫民救济、教育、警察风纪、刑事警察等国家任务以及有关的法律限制予以分析阐述，因此相对于其他古老的部门法学来说，德国行政法学的历史显得十分年轻。18世纪时，行政法学只不过是国家学和行政学的附属部分，19世纪上半叶，行政法学还处于晦暗未明之中，而且是包括经济学和社会学在内的“行政学”、“行政学说”之分支。最早为德国的行政法学发展成为一门独立的学科作出贡献的主要有莫尔（R·von Mohl，1799年—1875年）、冯·迈尔（F·F·von Mayer，1816年—1870年）和休泰尔（F·J·Stahl，1802年—1861年）。<sup>①</sup>

莫尔对德国行政法学形成的贡献主要在于他通过自己的教学活动，使各公国旧的“警察学”转变为新的行政法学。冯·迈尔对德国近代行政法学形成的主要贡献有将各邦分散的行政法统一成为一种通行整个德意志的行政法、以法学的方法代替传统的国法学的方法来研究行政法、引入法国行政法学的成果、最先将行政行为作为中心来构造行政法总论的体系、视行政和国民的关系为权利和义务关系并将此贯穿于整个行政法体系之中。休泰尔则在德国历史上第一次依据“国家法人说”原理，强调君主及其政府进行的行政必须符合作为国家意志表现的法律，他认为，所谓法治国家，指的不是国家的内容与目的的概念，而是实现这种目的或内容的方法的概念。

1863年和1875年分别在巴登和普鲁士设立了行政法院，行政法院的行政司法实践对确立行政法学具有相当的影响。而在19世纪末，继承前述三位学者的理论，用法律学的方法构造的系统的德国近代行政法学体系的著名人物是奥托·迈尔（Otto Mayer，1848年—1924年），他被称为“德国行政法学之父”。

1886年，奥托·迈尔发表其行政法学的处女作《法国行政

<sup>①</sup> 何勤华著：《西方法学史》，中国政法大学出版社1996年版，第271页。

法》，对当时先进的法国行政法及行政法学作了较为全面的探讨，从中可以发现他后来的行政法学进一步展开的若干出发点，这是奥托·迈尔行政法学的萌芽期。<sup>①</sup> 1895年出版的《德国行政法》（第一卷）和1896年出版的《德国行政法》（第二卷）的问世，奠定了奥托·迈尔在德国行政法学界的地位，也激起了德国行政法学领域的研究高潮。1914年—1917年，《德国行政法》全二卷被再版，该版增补了作者反驳来自各方面批评的若干内容。其第三版于1924年面世。奥托·迈尔的著作使德国行政法学最终成为一门系统的科学，从而使德国的行政法学在当时德国的法学领域占据了重要的地位。奥托·迈尔运用法律学的方法来研究行政法，创立了很具特色的行政法学体系，归纳、整理并阐述了许多行政法的基本概念和原则，如法律的统治、行政行为、特别权力关系、公的损害赔偿、营造物、公法与私法的区别等，这些至今仍是德国行政法学的基本性概念和原则。

从19世纪末到20世纪20年代，德国的政治、经济、法律制度发生了巨大变迁，但奥托·迈尔的著作却一版再版，这本身已经说明其作品和理论具有较强的生命力和科学价值。事至今日，一个世纪以前创立的奥托·迈尔行政法理论的许多方面已经过时，但他对于德国现代行政法学的影响是不可否认的。一方面，从20世纪70年代起，对奥托·迈尔的研究重新活跃，出版了一批研究奥托·迈尔行政法学的作品。<sup>②</sup> 另一方面，近年来，奥托·迈尔创立的行政法学的定义受到众多的，包括法学以外的“行政学说”或“行政学”越来越多的批评。<sup>③</sup> 在德国行政法学已经具有相当水平的今天，奥托·迈尔的行政法学还能引起人们

<sup>①</sup> 参见（日）盐野宏著：《奥托·迈尔行政法学的构造》，有斐阁1962年版（以下引该书均为此版本）第1页。

<sup>②</sup> 参见何勤华著：《西方法学史》，中国政法大学出版社1996年版，第275页。

<sup>③</sup> 参见（德）平纳特著：《德国普通行政法》第6页。

的研究兴趣抑或批评，已经充分说明了其影响力至今犹存。

从 19 世纪下半叶起作为独立的法律学的一个部门而形成的德国行政法学，与立足于“法律支配”原则的英美行政法学或者以“公共服务”的概念为基轴而展开的法国行政法学相比，具有一定的特点。<sup>①</sup> 第一，德国的行政法学是在德国资产阶级革命不彻底、以近代立宪君主制之下官僚占据行政支配地位的基础上形成的，这样，行政法理论中基本人权的思想并未成熟，关于国民对国家拥有权力的理论比较脆弱。第二，自 17 世纪和 18 世纪绝对主义时代以来，就重视行政与私法的分离，特别是 19 世纪初以后，强调行政权对于私法权的独立，还创立了行政法院制度，形成了行政国家，受这些因素的影响，德国行政法学在行政与私法分离的原则下，展开了公法与私法严格区分的理论。第三，德国的行政法学承认以确立立宪制为前提的“依法行政”的原理为行政法的一般原则，这一法治的理念反映了君主制之下的议会制的脆弱性。第四，德国的行政活动以警察行政、租税行政等侵害行政为中心，因而行政法学理论体系的核心是关于行政行为理论，承认行政行为具有区别于私法上的法律行为的特殊效力。第五，德国行政法学具有强烈的法实证主义的倾向，较多重视研究实体法及实体法原理，而对程序法及程序法原理则相对不重视。

在 20 世纪德国相继经历了魏玛共和国、纳粹统治及战败国家分裂之后，行政法学也发生了一定的变化。除对行政程序的研究逐渐成为行政法学界的热点外，第二次世界大战后德国行政法学的主要课题还有两个方面：一是随着宪法原理的转换，谋求行政法理论民主化，即构筑实质性法治主义的原理与保障基本人权的理论；二是由于战后行政活动范围的扩大及行政利害关系的复

---

<sup>①</sup> 参见（日）雄川一郎等编：《现代行政法大系》（第 1 卷），有斐阁 1983 年版，第 245—246 页。

杂化、行政手段的多样化，行政法理论如何与现代行政的新特点相适应。这些方面的理论研究，使德国的行政法学得到了发展，并促进了现代德国行政法制建设的进程。

## 第二节 行政行为

### 一、行政行为的概念

行政行为的概念源自法国，在大陆法系国家中颇为盛行。在德国，行政行为（Verwaltungsakt）是行政法的核心概念之一。不同时期，行政行为的含义有所不同，即使在同一时期，不同的学者对此也有不同的理解。

德国从法国引入行政行为这一概念初期，对它作了较广义的解释，认为行政行为是公共行政机关依据公法或私法所采取的一切行政措施，后来其范围被限于依据公法所作的行政措施。奥托·迈尔对行政行为的理解也经历了一个过程，在其行政法处女作《法国行政法》中，并没有给予行政行为的概念在行政法学体系中的正当地位，在《德国行政法》第一版中才明确了行政行为是行政法学的中心支柱，<sup>①</sup>认为行政行为是行政机关针对特定主体的权利所作的具体的权威性意思表示，行政法院的判决是典型的行政行为。在《德国行政法》第二版和第三版中，对行政行为概念的表述发生了一定的变化，但行政行为应具有适法性、自立性的原则及其具有两方面的拘束力和强制执行力的观点并没有变化。

第二次世界大战后，德国的有关法律开始公开使用这一概念。1949年波恩基本法及1960年颁布的《行政法院法》均使用了行政行为这一概念。而在目前德国，最具权威的行政行为的定

<sup>①</sup> 参见（日）盐野宏著：《奥托·迈尔行政法学的构造》，第122页。

义是 1976 年颁布的《行政程序法》第 35 条的规定，即“行政行为是行政机关为规范公法领域的个别情况采取的具有直接对外效力的处分、决定或其他官方措施”。理解这一定义必须把握下列要素：首先，行政行为是由行政机关作出，这一点毫无疑问；其次，行政行为是一个公法上的意思表示，行政机关在私法领域的活动应被排除在行政行为之外；再次，行政行为是以规范的形式出现，但与行政法规不同，行政行为是涉及具体个案的；最后，行政行为是具有对外效力的，行政机关针对内部事务所采取的措施不应属于行政行为。

作为行政行为，不仅在内容上必须充分、确定，而且还须具有一定的外在形式。根据《行政程序法》第 37 条的规定，行政行为必须能使人知道作出行政行为的机关，必须附有签名，并写明日期。实际上，行政行为在其开始部分应写明行政机关的全称、地址、日期和文件编号，然后是相对人的住址及相关的行政行为的内容。

## 二、行政行为的分类

德国非常注意对行政行为分类的研究，依据不同的标准，行政行为有不同的分类。

(一) 按照行为的内容，可把行政行为区分为：

命令性行为，亦称行政命令行为，是指行政主体要求行政相对人进行一定的作为或不作为的意思表示，包括令、禁令、强制令。令是命令一类人作为，禁令是命令人们不作为，强制令是命令特定的人进行特定的行为。

创设性行为，是指行政主体设立、改变或取消某一具体行政法律关系的行政行为，如规化、批准和更改名称、职务任命等。

宣告性行为，是指行政主体明确相对人法律地位的行为，它仅是明确现存的法律地位，而不像创设性行为那样直接改变现存

的法律地位。

(二) 按照对当事人的效力, 可把行政行为分为:

受益行为, 是指行政主体赋予相对人权益或免除其义务的行政行为, 如批准建住宅、免税等。

设负担行为, 是指行政主体剥夺相对人权益或科以其义务的行政行为, 如给付裁定、确定执行罚等, 行政法对设负担行为的规范较为严格, 主要是为了保护相对人的合法权益。

混合行为, 包含对相对人负担和受益两方面的效力, 如大学注册、公务员关系中的任命等。

具有涉及第三人或双重效力的行为, 是指使一方受益, 使另一方增加负担, 如对两个申请人之一分配唯一的长途货运许可证等。

(三) 按照实现和通知的方式, 可把行政行为分为:

口头和书面的行为。行政行为通常以书面形式作出, 但法律也允许口头形式的行政行为, 按照《行政程序法》第 37 条第 2 款的规定, 口头行政行为必须以书面方式予以证实。

要式和非要式的行为。要式行为所要求的形式比较严格。

狭义单方的行为和需要共同参与的行为。前者是指行政主体单方就可作出的行为, 后者则是指经特定当事人申请以后才会发生的行为。

(四) 按照法律对行政人的限制程度, 可把行政行为分为:

自由裁量行为。法律对这种行为的实行没有法定条件的限制, 行政人可以自由作出这种行为。在德国, 这种行为局限于受益的行政行为及那些属于补助金领域的行为。

非自由裁量行为。是指行政行为的作出与否, 应严格依据法定条件进行。

近年来, 德国还出现了关于行政行为的若干新的分类方式,

主要有预先裁定、允诺等。<sup>①</sup>

### 三、行政行为的程序

第二次世界大战以后，德国开始重视统一行政程序立法的工作，1976年终于颁布了《行政程序法》，该法分为第1章适用范围、地域管辖、职务协助，第2章行政程序一般规定，第3章行政行为，第4章公法契约，第5章特别程序分类，第6章法律救济程序，第7章名誉职务的工作、委员会，第8章结束规定，共103条。该法自公布以来已被多次修改，1990年两德的重新统一也使其中有些条款的含义发生了变化，个别的条文已经失去了意义，但是至今它仍然是德国现行的行政程序的主要依据。

按照法律规定，根据民法具有行为能力的自然人、行为能力虽受限制但就行政程序而言被民法规定或公法规定视为有行为能力的人、法人和社团的法定代表人或受特别委托人、行政机关的领导或代表人、受托人均是具有参与行政程序的行为能力者。行政程序的参与人可由全权代理人代理，亦可与辅佐人一并参加审理和辩论。对于身份不明、居所不详、身体或心理有障碍等参与人没有代理人的，根据行政机关的请求，监护法院可为其指定代理人。有50人以上为相同利益参加同一行政程序而无代理人的，行政机关可要求参与人在适当期限内指定一共同代理人，以利于行政程序的正常进行。未按期遵守该要求的，行政机关可依职权指定一自然人作为共同代理人。

行政行为的作出一般应遵循以下原则：

(一) 简单、合乎目的原则。《行政程序法》规定了行政程序有正式程序与非正式程序之分，但“行政程序的进行应力求简单和符合目的”（第10条）。

<sup>①</sup> 参见（德）平特纳著：《德国普通行政法》第123—125页。

(二) 回避原则。根据《行政程序法》第 20 条的规定,在行政程序中,下列人员不得为行政机关工作,而应该回避:该案的参与人;参与人的亲属;参与人的法定或指定代理人;代理人的亲属;为参与人提供有偿服务的工作人员,或作为董事会、监事会或其他类似机构的成员为参与人提供服务的人;以非官方身份为本案作出鉴定或提供其他服务的人。

(三) 职权调查原则。《行政程序法》第 24 条规定,行政机构依职权调查事实,行政机构决定调查的方式及范围,不受参与人提供的证明及证明要求的限制;行政机构应顾及一切对具体案件有意义的情况,甚至是有利于参与人的情况;行政机关对其管辖范围的声明或申请,不得认为其实际上不允许或不成立而拒绝受理。

(四) 听证原则。这一原则体现在《行政程序法》第 28 条中。该条规定,在颁布影响参与人权利的行政行为之前,应给予参与人对与决定有关的重要事实表示意见的机会。但是该条也规定了例外情况,有下列情况之一的,不适用听证原则,即:因紧急情况或公共利益而需立即作出决定的;如举行听证即不能遵守对决定有重大影响的法定期限的;依据参与人的申请作出且结果对参与人并非不利的行政行为;行政机关拟颁布一般处分或大量同类行政行为或借助自动设施颁布行政行为的;行政强制执行过程中采取的措施;听证有悖于公益的强制性的。

(五) 参与人阅卷原则。《行政程序法》第 29 条确立了这一原则,规定“行政机关须允许参与人查阅行政程序所涉及的案卷”,目的是为了保障参与人的法定权利。但是,该条又规定,在查阅案卷会损害行政机关正常完成其任务、案卷内容公开会造成联邦或州的利益的不利或根据法律或案卷性质,尤其因参与人或第三人的正当利益须对此过程保密的,行政机关无须承担允许相关人查阅案卷的义务。



(六) 保密原则。行政机关在行政程序中还需承担保密的义务。《行政程序法》第30条规定, 参与人有权要求行政机关未经许可, 不得公开其秘密, 尤其是属于个人生活范围的秘密及营业、业务的秘密。

《行政程序法》除规定一般行政程序外, 还规定了若干特别行政程序。要式行政程序是特别行政程序的主要类型之一。按照法律规定, 要式行政程序以申请为前提, 申请须以书面方式或在行政机关以笔录的方式提出。要式行政程序中, 证人对陈述、鉴定人对鉴定负有义务, 参与人有权在作出决定之前获得表达其意见的机会, 在询问证人、鉴定人及勘验人时, 参与人有权在场并就相关问题进行发问, 书面鉴定须送达参与人。结束要式行政程序的行政行为, 须以书面作出, 原则上要以书面形式说明理由, 送达参与人。以要式行政程序所产生的行政行为为标的提起行政诉讼的, 不需对该行政行为在前置程序中予以复查。

确定规划程序也是一种特别行政程序。按照法律, 确定规划的听证、批准、效力的发生及确定规划的变更、撤销、竞合等均有较为严格的程序。

德国行政程序的法典化, 使行政机关实施行政行为有了明确的依据, 有利于行政工作的透明化和法制化, 这也是德国行政法制具有较高水平的主要标志。

#### 四、行政行为的无效、撤销和废止

行政行为的特征之一是具有约束力, 它具有类似于法院判决的确定特征, 在规定的期限届满后, 不得通过诉讼争执。但是这并不意味着行政行为具有绝对的不可变更性, 事实上, 在具体情况下, 可宣布行政行为无效, 或者撤销、废止某些行政行为。《行政程序法》对此作了具体的规定。

按照法律规定, 无效的行政行为分为两大类。一类是具有严

重瑕疵，属于明确和明显的无效行为，如明显越权的行为。另一类是不存在严重瑕疵，需用证据加以证明的无效行为，包括：虽已书面作出，但是作出的机构却未表明该行为由谁作出；依据法规行政行为须以书面形式送达给相对人方能生效，但行政主体没有送达的；行政机构进行管辖权以外的行为而未经授权的；基于事实理由不能实施的行政行为；行政行为的履行将导致刑罚或罚款的；违背善良风俗的行政行为等等。对于无效的行政行为，行政机关可随时以职权加以确认，有正当权益的申请人也可申请确认行政行为无效。若行政行为部分无效的，如该无效部分十分重要，行政机关在剔除该部分后不能作出该行政行为的，则该行政行为全部无效。

行政行为的撤销，主要是指撤销违法行政行为，因行政行为对于公民来说是受益或设负担而有所不同。一般而言，对违法的设负担行政行为的撤销不受限制，因为这种行为的撤销不会导致有关当事人权利的受损。而撤销违法的受益行为，将产生损害有关当事人权益的后果，因此要受到限制。这种限制主要体现在《行政程序法》第48条的规定中。已经撤销的行政行为的受益人须归还已履行的给付，对归还的范围，准用民法典返还不当得利的有关规定。

《行政程序法》第49条则规定了合法行政行为的废止。按照该条规定，对于合法的设负担的行政行为，除废止后即须重新作出同样内容的行政行为或有其他原因不允许废止的以外，其他均可以随时废止。而对于合法受益行为的废止，则要在具备了下列情况之一，才可全部或部分地进行：法律明文允许废除或者行政行为本身保留了该废止；受益人没有在规定的期限内履行的；根据事后的证据，行政机关本来就无权实施该行为，且不废止该行为就会危害公益；依据已经修改的法律，行政机关已经无权实施该行为，且限于相对人尚未享受该权益，而不废止即会危害公益

的；废除行政行为是为避免或消除对公共福利的严重不利的。除行政机关特别规定以外，拟废止的行政行为一般在废止生效时丧失其效力。

虽然《行政程序法》对行政行为的无效、撤销和废止都作了明确的规定，但是在理论上和实践中，对于法律有关条文的理解还是存在许多矛盾的，如何协调行政机关行使职能与保障公民权益之间的关系，是德国行政法制的重要课题之一。

### 第三节 公务员制度

#### 一、德国公务员制度的确立

德国公务员制度因其稳固且具有效率而独树一帜，但它的确立经历了漫长的历史。

早在“三十年战争”（1618年—1648年）之后，德意志的许多邦为了实行有效的统治，就进行了关于官员制度的若干改革，其中改革力度较大的是普鲁士邦。通过改革，普鲁士在官吏的任用上，形式上采用才能标准和考试方法，并加强了对官吏的统一管理。1700年，普鲁士采用公开竞争考试方式录用军队的军法官。1713年，这种录用方法被推广适用于录取律师和法官。1737年，将司法官吏考试制度继续加以推广，规定凡与司法行政有关的各种官吏均须适用考试制。1743年，颁布命令规定，凡经批准在政府学习的大学毕业生，期满一年后，须经国家考试及格，才能由政府委任官职。以后又陆续进行了若干改革。虽然这些措施具有时代及阶级的局限性，但奠定了其后德国公务员制度的基础。

至19世纪，由于社会经济形势的变化，政府职能扩张，行政活动复杂，国民保障人权意识增强，传统的行政管理体制及官吏制度的弊端日渐暴露，因此进行了种种改革。1871年统一的

德意志帝国成立后，又进行了几次重大的改革。1879年颁布法律，规定了普通行政人员的考试标准，增加行政、经济、财政及政治等学科，这次改革在德国官员制度的历史上占有重要的地位，因为它承认了行政人员与司法人员在培养方式上的差异，并已认识到官吏仅有法律知识和司法经验是不够的。但是，无论是封建时期的德意志各邦国，还是统一以后的德意志帝国，官吏制度在内容上均不完善，且其目的性也具有很大的缺陷。

第一次世界大战以后，德国的政治制度发生了巨大变化，从而也促进了德国公务员制度的真正确立。1919年魏玛宪法明确了这一制度，它规定，公民可以根据法律规定，按照其才能和政绩在政府中任职，不得有任何歧视，并且规定，政府公务员在政治上必须保持中立，无重大过失不得解除其职务。第二次世界大战后，联邦德国在继承德国文官制度传统的同时，又进行了多次改革，相继颁布了《德国公务员法》（1950年）、《联邦公务员法》（1953年）、《联邦法官法》（1972年）、《联邦公务员工资法》（1980年）等法律，通过这些法律的实施及适时的不断修改，使德国的公务员制度不断完善。

德国的公务员分为两类。第一类是特别职位的公务员，如联邦总理、国务秘书、部长等，这类公务员不适用《联邦公务员法》。第二类是适用《联邦公务员法》的公务员，他们不与内阁共进退。以下介绍的仅限于第二类公务员的内容。

## 二、德国公务员的录用及管理

德国的公务员需经考试合格，选择录用。在录用时须遵循一定的原则：一是平等原则，这一原则在魏玛宪法就已经确立，西德基本法及联邦公务员法均继承了这一原则，即录用公务员时不得考虑性别、家庭出身、种族、宗教、信仰或政治观点等方面的差异而一律平等；二是惟才是举原则，这一原则与平等原则紧密

相连，即尽管录用公务员应遵守平等原则，使国民享有平等的机会，但是不可能所有意愿当公务员的人均能实现愿望，在这种情况下，就要严格按照各人所具有的知识与能力加以择优录取，以保证所选任的公务员能提供高效率和高质量的服务；三是长期任用原则，这是保障公务专业化和稳定性的要求，公务员一经录用，一般就将长期任用，除非有重大过失而被免职。

虽然基本法及其他有关公务员的法律和法规对公务员录用制度作了一些原则性的规定，然而具体的细则则须由各级政府以法令自行加以规定。因此联邦政府、各州政府及其他地方政府的具體规定彼此有所不同。但是，由于基本法规定了联邦政府对于一切公务问题有制定法规以加以统一的权力，因此在各级政府实际录用公务员时有一定的规则和程序是相似的。<sup>①</sup>各地在录用公务员时均重视理论训练和准备，要求各级公务员在参加政府工作之前，在相当的学校接受过教育，对一般理论及普通知识取得合格的成绩。严格划分公务员的等级，一般把公务员分为上级、中级及低级三等，不同等级的公务员不仅在责任、地位、薪俸等方面各不相同，相应地他们的考试资格、教育标准也有区别，而且各级之间的升迁也有严格的限制。此外，在德国公务员的录用程序中非常重视事前学习，即在学校教育期满并获得合格成绩后的人，得申请获得许可到各级政府机关进行3年至4年的长期学习和实习，以认识并熟悉行政工作的实际情形，然后才参加国家的正式考试。在任用时非常重视他们在政府机关学习和实习时的表现。

公务员在取得合法的任命资格后，就要及时加以任命。关于任命公务员的具体做法并无明文规定，各级公务员的任命一般由

---

<sup>①</sup> 参见张金鉴著：《各国人事制度概要》，台湾三民书局1981年版，第309—310页。

联邦总统授权有关部门办理，公务员对审查机关拟定的职务、待遇不满的，可依照法定程序请求重新审定。

以前德国并没有统一、集中的人事机构。第二次世界大战后，首先在美英占领区设置了人事局。1950年，联邦德国设立“临时联邦人事委员会”，1953年《联邦公务员法》第4章规定了人事管理制度，据此设立了“联邦人事委员会”。按照该法第96条的规定，联邦人事委员会由7名正式委员和7名副委员共14名成员组成。联邦审计院审计长、内政部及财政部主管人事的负责人为常任委员，联邦审计院审计长任主席，其他正副委员均由内政部长和财政部长联合选聘，并呈请联邦总统任命。其中，正、副委员各3人由公务员团体联合组织提名而委任。联邦人事委员会的委员任期4年，他们受法律保障，独立工作，只服从法律，只在具有下列情形之一时，他们才丧失其地位，即任期届满、在原属机关被终止职务、受惩戒处分丧失其职位。联邦人事委员会的具体职能有下列方面：(1)会同有关机关制定有关公务员法推行的一般规则；(2)会同有关部门制定公务员的教育考试、进修规则；(3)决定有关考试的一般承认事项；(4)决定有关官员和申请者被拒用的申诉观点及基本问题；(5)对改进公务员法提出建议；(6)就职责范围内的事项向联邦政府提出报告；(7)核定任用、升迁及延长服务事项；(8)核定缺员公告；(9)承认考核结果；(10)联邦政府委派执行的其他事项。

联邦人事委员会的活动方式采用会议制，会议由联邦人事委员会主席或主席的代表主持，会议须在至少有5名委员出席的情况下，以多数票作出决议。当赞成与反对的票数相等时，由联邦人事委员会主席裁决。联邦人事委员会的决议对其他有关部门具有约束力。

此外，联邦政府财政部也行使关于公务员的决策性业务和监督、内外协调等综合性业务，其部长被授权对人事委员会的工作

进行监督。联邦政府各部和各州政府都设有执行性人事机构，具体管理公务员的工资、福利、教育、培训、考核等事务。

### 三、德国公务员的薪俸及其他权利

关于各级公务员的薪俸，主要依据《联邦公务员法》、《联邦公务员工资法》(1980年)。<sup>①</sup>前者规定了一般的原则，后者则非常详尽，规定了公务员的报酬权利、工资支付原则及标准、正常升级和调整工资水平以及各种津贴、奖金等。

根据法律，公务员的薪俸主要遵循法律保障、平衡、男女平等原则。德国公务员薪俸制度的最大特征是实行固定金额等级制，即把公务员按照职务、职能分成若干职级，然后按职级确定基本工资。行政单位公务员和军人实行《联邦公务员工资条例A和B》，即变动工资和固定工资两种工资标准，前者分为16级，每一级又分为若干等，后者分为11级。公务员工资增长主要有三种途径，即正常晋升、调整工资标准、合理处置工资与物价的关系，其中，公务员工资的晋升是根据公务员的职务、学历、工作能力和工作成绩来确定的。德国公务员的收入除基本工资外，还有各种津贴和奖金。津贴可分为职务津贴、岗位津贴、特殊负担津贴、额外工作报酬、国外工作报酬、地区补贴、养育津贴等。公务员还可以根据法律的规定获得诸如年度特别奖等奖金。此外，公务员还享有其他的生活福利，终身公务员还享有领取退休金的权利。

除享有这些经济权利外，德国的公务员还享有其他的权利，这些权利主要包括：

(一) 查阅本人人事档案的权利。根据《联邦公务员法》的

---

<sup>①</sup> 参见孙正民、崔爱茹编著：《国外公务员工资制度与工资立法》，法律出版社1993年版，第276—323页。

规定，公务员有权查阅他本人的档案及与他有关的档案，对其不利的材料在放入档案之前，必须听取公务员的意见，同时必须把公务员的意见放入其档案中。

(二) 结社的自由权。《联邦公务员法》第 91 条规定，依据结社自由，公务员有组织工会或职业联合会的权利，公务员不因从事工会或职业联合会的活动而受到职务上或其他方面的不利处分。但事实上，德国的公务员对结社并不怎么热衷。

(三) 随时辞职的权利。公务员可以随时要求辞去他的职务，只要以书面形式向所在部门的领导说明要求辞职的理由即可。

(四) 获得公务员服务证书的权利。公务员在结束公务员关系以后，经申请，由其最后服务的工作单位领导发给关于他所担任职务的性质和时间的服务证书。

法律规定公务员享有这些方面的权利，有利于激励公务员在其工作岗位上尽心尽职。

#### 四、德国公务员的义务及惩戒

德国的公务员在享有一定权利的同时，还应履行若干的义务，归纳起来主要有下列方面：(1) 效忠国家，模范遵守基本法和法律；(2) 政治中立，公务员并非为某一党派效力，而是为全体国民服务，在执行职务时应顾及全民的福利；(3) 公正执行职务；(4) 支持和服从上级；(5) 保守公务秘密。

当公务员有违法失职的行为时，就要受到惩戒处分。按照《联邦公务员法》的规定，在职公务员如蓄意损害了他应承担的义务；或者其在公务之外的行为按照具体情况正好严重地损害了他自身的职务或公务员的威信的，都属失职行为。退休或享受劳保持遇的公务员如有下列情况之一的，也属失职行为：其行为损害了基本法所确立的自由、民主的基本秩序；参与了旨在损害联邦共和国存在和安全的活动；违反保守秘密的义务；接受酬谢和



礼品；蓄意不执行新的公务员职务的任命。

根据有关法律和条例的规定，惩戒处分有警告、罚款、减薪、停止晋升、降级、降职、开除公职、消减及剥夺退休金等。行使惩戒的机关是主管部门、行政上级和联邦纪律法院。如果事件涉及刑事的，在法院判决前停止进行惩戒程序，如刑事上判决无罪的，惩戒处分也失去了根据，如判有罪，惩戒处分也受刑事判决所认定的事实的约束，这就是所谓“刑事先理原则”。

受到惩戒处分的公务员享有诉愿请求救济的权利，并且在法院审判公务员案件时，公务员代表可以参加，并充分陈述维护公务员权利的意见。这些措施的实施，对保护公务员合法权益，谋求公正审理案件有一定的作用，同时，这些具有特色的惩戒制度也受到西方行政法学者的广泛好评。

## 第四节 行政法院制度

### 一、行政法院制度的形成

在德国，一个独立的、与其他司法机构相分离的行政法院的形成是与国家权力结构的发展以及权力服从者和权力拥有者之间矛盾的解决密不可分的。行政法院的历史是随着解决当权者与臣民间矛盾的准司法机构的发展而发展起来的。<sup>①</sup>

1415年神圣罗马帝国设立帝国宫廷法院，1495年设帝国皇家法院，在中央及邦设立专门的行政官署，如税务、军事、警察等公共行政专门机构，兼行行政与司法，这一时期，皇帝是法院的主人，法官是其委托人，不存在公法争端与私法争端的区别，但是这些法院为把与国家权力有关的争议纳入法院轨道铺平了道

---

<sup>①</sup> 宋冰编：《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》第51页，中国政法大学出版社1998年版（以下引该书均为此版本）。

路。18世纪末开始，邦的行政审判制度开始萌芽，许多邦都进行一定的行政改革，赋予行政机关内的某一部门有管辖行政纠纷的权力。1848年在法兰克福召开制宪会议时，对于是否废除行政司法的制度引起了争论，最后制定的帝国宪法无疑受到了美国宪法体制的影响，其第182条规定，终止行政司法，一切违法事件由法院裁判。法兰克福宪法并没有被正式通过而生效，但它所确立的体制为有些州所继受。19世纪后半叶，德意志各邦开始相继设立高等行政法院（Oberverwaltungsgericht，南部各邦称此为 Verwaltungsgerichtshof），以作为各邦行政诉讼的最高审级，由具有法官资格及熟悉行政实务的高等行政官各半组成，依一定的程序规则，裁判行政诉讼，其中最早设立的是巴登（1863年），最晚的是不来梅（1924年）。<sup>①</sup>在这一时期，对于德国究竟应由普通法院或者行政法院（行政权内的法院）裁判行政诉讼的问题，在法学界曾掀起了“行政国家”与“司法国家”之辩，前者主张由行政法院裁判，后者主张由司法法院裁判。

19世纪末至20世纪初，许多德意志邦设立邦高等行政法院。<sup>②</sup>当邦一级的行政诉讼取得较大发展时，德意志帝国在设立统一的行政法院方面却没有取得进展，而只是设立了一系列的特

---

① 蔡志方著：《行政救济与行政法学》（一），台湾三民书局1993年版（以下引该书均为此版本）第36页。

② 共有18个邦设立高等行政法院，它们是巴登（1863年）、普鲁士（1872年）、黑森（1874年）、符腾堡（1876年）、巴伐利亚（1878年）、安哈特（1888年）、不伦瑞克（Braunschweig，1895年）、萨克森—迈宁根（Sachsen—Meinigen，1897年）、利珀河（Lippe，1898年）、萨克森—科堡和哥达（Sachsen—Coburg und Gotha，1899年）、萨克森王国（1900年）、奥登堡（1906年）、萨克森—魏玛—埃森纳赫（Sachsen—Weimar—Eisenach，1910年）、萨克森—埃特恩堡（Sachsen—Attensburg，1910年）、吕贝克（1916年）、汉堡（1921年）、梅克伦堡—什夫林（Mecklenburg—Schwerin，1922年）、不来梅（1924年）。

别行政法院。<sup>①</sup> 1919年魏玛宪法是德国设立联邦行政法院的第一个宪法性依据，其第107条规定：“联邦及各州应依据法律，成立行政法院，以保护个人对行政官署的命令及处分”，这对德国行政法院制度的建立和完善起了直接的推动作用。但魏玛宪法并未确立行政法院组织形态，本身并没有规定行政法院是属于行政机关的组成部分还是独立的司法机构的原则问题，而在魏玛共和国时期，统一的中央行政法院并未成立。纳粹统治时期，各州行政法院有的被解散，有的被限制了审判职能。1934年2月颁布《司法引导法》，<sup>②</sup> 该法规定，设立帝国行政法院将普鲁士的高等行政法院并入。1939年8月，希特勒颁行行政简化令，解散各州的一、二审诉讼机关，多数州的高等行政法院也告停顿。当然，这一时期的帝国行政法院不可能在保障公民权利、追究行政违法等方面发挥实际的作用。

第二次世界大战后，西占区各州很快恢复了行政司法机构，而东占区的行政法院越来越失去作用并于1952年被撤销。<sup>③</sup> 1949年波恩基本法结束了行政法院在国家行政及司法体系中的悬而未决的地位问题。该法第92条规定：“司法权委托给法官。联邦宪法法院、本基本法所规定的各联邦法院和各州法院行使司法权”，第95条规定设立联邦行政法院，从而明确了行政法院属

---

① 这些特别行政法院是1870年的 Bundesamt für das Heimatwesen、1871年的 Reichsrayonkommission、1873年的帝国公务员惩戒法院和帝国铁路法庭、1877年的 Reichspatenamt 和 Oberseeamt、1884年的 Reichsversicherungsamt、1887年的军事法院惩戒法院、1901年的私保险监督署、1911年的 Rentenausschüsse、1915年的帝国经济法院、1918年的 Reichsfinanzhof、1919年的 Reichsversorgungsgericht 和 Wahlprüfungsdgericht、1920年的帝国仲裁法院、1921年的帝国国事法院、1922年的 Versorgungsgericht 和保护帝国的国事法院、1923年的 Kartellgericht、1924年的政府与银行间的仲裁法院、智能财产权的仲裁法院、帝国政府与帝国铁路公司之间纠纷的仲裁法院。参见蔡志方著：《行政救济与行政法学》（一）第42—43页。

② 即 Gesetz Zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich。

③ 参见宋冰编：《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》第54页。

于司法机关的性质，行政法院的法官与其他普通法院的法官在地位上是一致的。1960年《行政法院法》则是行政法院制度的具体法律，它进一步完善了德国行政法院体制。

## 二、行政法院的组织与结构

行政法院与一般法院、劳动法院、财政法院、社会法院一起组成了德国普通法院体系。德国的行政法院依法分为三级，即初等行政法院、<sup>①</sup> 高等行政法院、联邦行政法院。目前德国各级行政法院共有52所，其中，联邦行政法院是行政法院的最高审级，设在柏林，高等行政法院每州1所，现共16所，各州初等行政法院的数目因州的大小不同而有差异。

按照《行政法院法》的规定，初等行政法院由院长、主审法官及其他相应数额的法官组成，院内设法庭，法庭由3名法官和2名名誉法官审理案件，但是，在案件不存在法律上或事实上的困难、案件不具有基本原则上的意义等情况下，法庭一般应将诉讼指定其成员之一独任法官决定。见习法官在其任命后第一年内不得担任独任法官。初等行政法院对行政案件具有初审管辖权，除法律明文规定由高等行政法院或联邦行政法院受理外，一切行政案件都由初等行政法院管辖。

高等行政法院也由院长、主审法官和相应数额的法官组成，内设法庭，法庭一般由3名法官组成并行使审判权，依据法律规定有些案件也可由3名法官和2名名誉法官组成。高等行政法院对于一些重大的行政案件行使初审管辖权，并管辖对于初等行政法院判决不服提起的上诉案和对初等行政法院所作出的其他裁决、其他命令和决定不服的申诉案。

---

<sup>①</sup> 《行政法院法》把基层的行政法院只称为“行政法院”，为便于理解，在此称为“初等行政法院”。

联邦行政法院是德国最高一级的行政法院，其内设的法庭一般由5名法官组成并行使审判权。联邦行政法院还设有1个大审判庭，它由院长及非院长担任主审法官的各法律审上诉庭1名主审法官组成，它仅对法律问题作出判决，其判决就所涉及案件对判决法庭具有约束力。按照《行政法院法》第50条及其他条文的规定，联邦行政法院对下列案件具有初审管辖权：联邦与各州之间、各州之间具有公法性质但不是宪法性质的争议；有关控告联邦内政部根据《结社法》发布的禁止结社的诉讼；有关控告德国外交机构和领事代理机构的政府行为的诉讼；有关控告联邦情报局实施法律的政府行为的诉讼；确认联邦监察局的某些决定无效及针对联邦监察局不作为的强制履行的诉讼；确认联邦政府或联邦主管机构发布的命令、指示无效的诉讼。除此之外，联邦行政法院还可管辖对于高等行政法院判决不服的上诉案，特定情况下还受理不服初等行政法院判决的上诉，而且，它也受理不服高等行政法院命令的申诉案。

从上述介绍可以看出，德国行政法院的审级比较特别，它因案件的第一审法院的不同而有差异。

各级行政法院在受理案件时若确认案件性质上不属于自己管辖的，应以裁定的形式把案件移送到对此案有管辖权的法院，如果发现案件涉及宪法问题的，须将该法律问题提交到有管辖权的州宪法法院或联邦宪法法院。从将宪法争端排除在行政法院管辖之外这一点可以看出，行政法院的任务并不在于通过司法活动影响上层国家机关的意志活动。

行政法院法官的任用和法律地位与其他普通法院的法官相似，均适用《联邦法官法》的有关规定。专职法官的委任为终身制，高等行政法院及初等行政法院的法官可以由其他法院终身委任的法官兼任，也可由法学教授兼任，兼职时间至少两年，最长的可为其任主要职务所需的时间。名誉法官则由各行政法院设立

的选举委员会选举产生，名誉法官的资格、职权、数量、选举程序都有法律的规定。此外，联邦行政法院还设有1名检察官，他可参与在联邦行政法院中的除纪律惩罚审判庭的案件及军事审判庭的案件以外的其他任何诉讼，联邦行政法院保障该检察官的发言权。高等行政法院及初等行政法院还各设1名公益代表人。

关于行政法院的组成，有两个问题一直被人们关注。一是行政法院法官的独立性问题。虽然从法律上说，行政法院的法官和其他普通法院的法官一样，均具有独立的法律地位，法院相对于行政机关的独立性在组成机构、功能及人事上得到保障，法院不允许来自行政机关的任何形式的指令。但是，由于在行政诉讼中，国家或者其主管机关会成为诉讼中的直接或间接当事人，有关国家机关常对行政法院的判决不满，因此而产生的冲突往往会影响行政法官的独立性。而且在行政法院内部，行政法官在处理某些案件时也可能因畏惧主审法官或者法官之间彼此照顾而丧失独立性。因此行政法官的独立性问题并不在于缺乏有关的法律规定，而更在于法官在办理具体案件时要有沉着应付内外压力的经验和能力。另一问题是关于名誉法官的问题。在德国的初等行政法院和高等行政法院内，都设有名誉法官，它们在口头审理和判决中发挥着与职业法官相同的作用。名誉法官参与行政法院的工作是否有意义，这实际上是存有争论的。赞成者认为，这些非职业法官参与行政法院的工作有利于体现民主性，并能促进职业法官加强自我监督，贤明的名誉法官凭借其生活经验，在审理中提出种种问题，这对法庭的合议判决大有益处。<sup>①</sup>反对者则认为，名誉法官不能胜任有待裁判的法律问题，并且会给职业法官增加负担。

<sup>①</sup> (日)阿部泰隆等：《德国的行政诉讼和宪法诉讼》，载《法律时报》64卷5号，1992年版。

### 三、行政法院对案件的审理

当具有起诉条件的个人或组织提起有效的行政诉讼之后，有管辖权的行政法院就要受理并开始进行审理。

行政诉讼主要可分为五种：<sup>①</sup>（1）确认无效之诉，它是德国行政诉讼中最重要、最常见的一种诉讼类型，相对人提起这种诉讼的目的是为了请求行政法院确认所控行政行为无效；（2）强制履行之诉，其主要目的是要求行政法院判决行政机关履行某种法定义务，这也是主要的行政诉讼类型之一，具有较大的实际意义；（3）宣告之诉，是指相对人要求行政法院确认某种法律关系的存在或不存在；（4）变更之诉，它适用于当事人要求上级法院改变下级行政法院判决或仲裁裁决的诉讼，要以法律明文规定为依据；（5）确认补救之诉，它适用于相对人要求行政法院判决行政机关弥补相对人权利损害的诉讼。

行政法院通过审理行政案件，能起到澄清关于权利和利益的争议、控制行政权力等方面的作用。若要为公民或组织提供有效的法律保护，法官必然要具有对受到指责的行政行为进行监督审查的权力。如何准确地行使这一权力，是行政诉讼中经常碰到的问题，它受制于三个基本原则。<sup>②</sup>一是以法律为准则进行审查。行政诉讼的目的在于提供法律保护，而不是对行政机关进行全面控制，审查的范围一般不能超出法律规定的限度。二是全面法律审查的基本原则。行政法院对受到指控的行政行为进行事实和法律的全面审查，而不受行政机关所作的事实认定或评价的约束，

---

<sup>①</sup> 参见胡建森著：《十国行政法——比较研究》，中国政法大学出版社1992年版，第221页。

<sup>②</sup> 参见宋冰编：《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》第64页。

也不能仅局限于合理性审查。三是法律规则的保留。对于行政机关根据法律享有裁量权而作出的行政行为，行政法院则不能仅仅以法律为标准，而应以超出法律范围的标准对某项措施进行审查，首先审查是否存在裁量授权以及裁量的外部限度是否得到了遵守，然后审查行政机关使用自由裁量是否采用了与法律授权的目的相适应的方式。

行政法院在审理案件时必须遵守一定的原则。在行政诉讼中，对于争讼事由的处置由诉讼当事人掌握，由他们来决定法院在判决中所要解决的问题，这就是当事人控制原则。在行政诉讼中采用讯问制，法院以职权调查案件，调查中应传唤相关的当事人和证人，而不受当事人双方提出的抗辩和证据的约束，法官可要求当事人结束和更正抗辩，法院可提出判决所必须的证据和证人。行政诉讼还要遵守口头辩论原则、公开审判原则、回避原则及听审原则，以保证行政诉讼程序的公正性。在这些行政法院审理案件时必须遵守的原则中，有些是德国普通的刑事诉讼和民事诉讼也应该遵守的，而有些原则则具有行政诉讼特色。

#### 四、行政法院判决的实施和执行

当行政法院对案件审理完毕作出判决后，只有实施和执行了该判决，才标志着该案件的真正终结。行政法院所作出的有利于或者不利于国家机关的判决只有在法院下达执行令后才能执行，任何胜诉方都不得擅自执行一项对自己有利的判决。但行政法院本身并没有执行机构，而是借助于其他机关的执行机构或者有管辖权的地方法院的执行人员才能得以执行。对于行政法院判决的执行，原则上准用民事诉讼法的有关规定，这是《行政法院法》第167条的原则规定。

对于行政法院判决的执行，按照所针对的对象不同，分为两种：一是对行政主体的强制执行，二是对相对人的强制执行。在



对行政主体的强制执行中，若是涉及金钱请求而需执行的，享有债权的相对人应向第一审法院申请执行，该法院确定应采取的执行措施，委托一主管部门负责执行，被委托的部门有义务按照适用的执行规定履行被委托的义务。法院在作出执行处分之前必须通知有关的行政主体。执行不得涉及完成公共利益不可缺少的物，也不得以有损于公益的物为标的。与强制行政主体履行金钱给付义务的执行相比，行政法院作出的强制行政主体实施某种行为或者撤销某种行为以保障相对人权益的判决的执行不同，按照《行政法院法》第 172 条的规定，一审行政法院可依申请针对行政主体以裁定作出不超过 2 000 马克的强制金，命令其限期履行，逾期不履行的，法院确定该强制金并依职权执行，并且强制金可反复被作为警告，确定及执行。

对相对人的强制执行，则可由有关机关依据《行政执行法》实施直接的强制执行。根据该法规定，对相对人的强制执行主要分为金钱债权的执行和对作为、容忍或不作为的强制两种。对于《行政执行法》没有规定的，则适用普通法院的执行程序。

## 第五节 行政赔偿制度

### 一、行政赔偿制度的历史

德国是最早提出和实行国家赔偿责任的国家之一，但是作为大陆法系国家的德国，其行政赔偿制度在内容和特点上却更接近于普通法系国家的同类制度，这与其形成的历史有密切的联系。

从法律上对行政赔偿进行规范，在德国最早可以追溯至 1794 年的《普鲁士邦法》，该法虽然是一部具有君主专制色彩的邦法典，但却是集宪法、行政法、民法、刑法和商法于一身的內容广泛的法典。其第 10 章第 11 节第 89 条规定：每一个公务员个人都应当对其故意或过失违反职责的侵权损害行为负赔偿责

任。其后关于行政赔偿的立法在很长时间内并没有得到大的发展，但理论界对此进行了较多的讨论。1863年，发表了有关的第一篇论文，题为“公务员违法作为与不为之国家责任”，作者在该文中提出，国家应对公务员职务上的行为，不问其合法或不合法均应负责，以保障公民和公务员的权益。<sup>①</sup> 1867年召开第六届德国法学会议则以国家赔偿为研讨的课题。不能否认，近代德国法学界对赔偿制度的发展曾经起了一定的作用。

1900年实施的《德国民法典》对赔偿责任作了更为详尽的规定：公务员合法行使公权力对第三人造成损害的适用该法第31条的规定，由国家或其他公法人承担与私法人同样的赔偿责任。而公务员违法行使公权力对第三人造成损害的，适用该法第839条的规定，由公务员个人承担民事责任。这种以公务员个人赔偿为基础的侵权责任赔偿反映了德国在赔偿问题上的传统观念，这种观念认为，国家与公务员的关系是主仆关系，是通过私法的契约而确定的。国家的公务员只能从事合法的活动，其合法活动导致损害了第三人的，由国家负责赔偿，但如果公务员违反了法律，则不再由国家而由他个人根据普通侵权规定承担赔偿责任。<sup>②</sup> 不过该民法典施行法第77条规定的由各邦来决定是否由邦政府或地方团体对公务员违反职责行为对第三人造成损害承担责任，这一定程度弥补了民法典规定的落后和不足。许多邦正是依据这一规定确立由邦或地方团体承担替代赔偿责任或辅助赔偿责任的原则。

1910年德意志帝国颁布的《帝国责任法》奠定了德国国家赔偿制度的基础。该法第1条规定：国家公务员在行使公权力的

---

① 翁岳生著：《法治国家之行政法与司法》，台湾月旦出版社1994年版（以下引该书均为此版本）第109页。

② 张正钊主编：《国家赔偿制度研究》，中国人民大学出版社1996年版（以下引该书均为此版本）第297页。

过程中，因故意或过失违背对第三人的职责时，国家代替公务员承担民法第 839 条所规定的赔偿责任。该条所包含的公权力行为、过失主义及代位责任等国家责任的原则为 1919 年魏玛宪法所继受。魏玛宪法第 131 条规定：公务员行使所受委任的公务，违反对第三人的职责的，原则上由公务员所属国家或公共机关负责任，不得起诉公务员。但国家保留对该公务员的求偿权，依普通司法程序提出的诉求，不得拒绝。这首次从宪法上肯定了国家的直接责任。纳粹统治时期的 1937 年还颁布了《公务员责任法》，形式上也确认了魏玛宪法所确立的赔偿责任原则，但在那种社会条件下，这些原则是不可能具有实际意义的。

1949 年波恩基本法继承了魏玛宪法所确立的有关原则，其第 34 条规定：如果任何人在执行委托给他的公务时，违反对第三者应承担的职务上的义务，其责任原则上由国家或他所服务的公共团体承担。如果由于故意或有重大过失时，国家或公共团体对该公务员保留求偿权。损害赔偿的请求权和追索权不排除普通的法律手段。其后，基于基本法的这一规定，许多法律和法规对行政赔偿问题作出了具体的规定。从而使德国的行政赔偿法律制度得到了发展。此后，制定关于行政赔偿的统一的、基本的法律被提上了议事日程。

## 二、《德意志联邦共和国国家赔偿法》

1968 年第 47 届德国法学会议在纽伦堡召开，在会上公法组对德国当时适用的国家赔偿法规所存在的零乱且缺少明确划一的体系的弊端进行了深入的探讨，并一致提议应协调不同领域间的国家赔偿与权利保护，以联邦法律广泛加以规定。基于上述建议，联邦内政部和司法部于 1970 年 1 月共同设置由学者和实务家共 8 人组成的国家赔偿委员会，独立草拟国家赔偿法草案。该委员会通过 3 年多的努力，于 1973 年 10 月提出了报告，报告内

容包括五部分：<sup>①</sup> 第一部分为条文，包括基本法的修正草案与国家赔偿法草案；第二部分是总说明，其内容分为委员会所受之委托、改革现行法之必要性、未来国家赔偿法之根本思想与基本原则、四项原则性之决定、国家不法行为之责任及危险责任、社会补偿法与暴动之补偿责任；第三部分为各条文草案之个别详细立法理由；第四部分为附录；第五部分为参考文献。1976年联邦政府基于这一报告提出了国家赔偿法研究草案，并将其公之于众，要求对它进行讨论和改正。经过1年多的讨论之后，联邦政府终于1978年5月通过了草案，并正式向联邦议会两院提出修改基本法草案<sup>②</sup>与国家赔偿法草案。

1980年5月联邦议院法制委员会经召开听证会、广泛听取各阶层代表的意见之后，对该草案进行了一定的修正并完成了审查。由于当时反对党基督教民主联盟的反对，修改基本法草案因根本无法通过而只好作罢。1980年6月联邦议院以多数通过了国家赔偿法草案。但联邦参议院则反对联邦议院的决议，认为联邦议院无权制定国家赔偿法。当时第8届联邦议会即将到期，故在该届联邦议会期限内最终没有通过国家赔偿法。1981年第9届联邦议会召开之后，联邦议院又完成了国家赔偿法草案的第二读及第三读的程序，而联邦参议院于同年3月几乎一致拒绝同意，但并未同时提出异议。联邦总统经过一段时间考虑之后，不认为国家赔偿法是必须经过联邦参议院同意的法律，而只要联邦

---

① 参见翁岳生著：《法治国家之行政法与司法》第111页。

② 修改基本法草案的要点为：修改第14条第3款，即征收的补偿事件，只规定由行政法院审理，删除由普通法院审理的规定；修改第34条，即只规定由行政法院审理国家赔偿事件，删除专属于普通法院裁判的规定，增加规定联邦对国家赔偿事项有专属的立法权；增加第74条第1款之一，即联邦对暴动引起的损害赔偿事项也有专属的立法权；增加第104条第6款，即当各州因联邦立法违法致其对第三人为损害赔偿的给付时，得向联邦求偿。

参议院无异议即视该法已被通过。于是联邦总统于同年的6月26日签署该法，并将其公布于同年7月2日的联邦公报上，正式完成了立法程序。

《德意志联邦共和国国家赔偿法》分5章、共38条。其主要内容有下列方面：规定了国家赔偿的权利义务主体、享有赔偿请求权者原则上为直接被害人、赔偿义务人为公权力主体包括具有全部或一部权利能力之公法上权利主体；确立国家赔偿责任的构成要件为五方面，即公权力的行为、违反公法上的义务、违反对于他人应执行的义务、公民权利遭受损害、损害与违反义务有因果关系；规定了对技术性设施的责任；规定了侵害基本权利的责任；规定了立法行为的赔偿责任；规定裁判行为的赔偿责任；规定赔偿方法为恢复原状与金钱赔偿；规定法律救济途径。从所包含的内容看，此法是相当详尽的。

但是，德国联邦总统虽然签署了该法律，但他同时致公函给联邦参议院议长，表明他对此项法律的联邦立法权是存有疑问的，并指出宪法争议必须由联邦宪法法院解决，他之所以签署这一法律，就是为向联邦宪法法院提起抽象法令审查的诉讼提供必要的前提条件。虽然该法第38条明文规定了“本法自1982年1月1日起生效”，但基于该法律获得通过的这一特殊情况，1981年11月，许多州政府共同向联邦宪法法院提出要求对此法律进行审查，结果，联邦宪法法院于1982年10月19日作出判决，宣告该法与基本法相抵触而无效。<sup>①</sup>

《德意志联邦共和国国家赔偿法》就这样停止实施了，但是，该法所确立的有关国家赔偿制度的基本原则并没有真正丧失效力。该法不仅在德国国家赔偿制度历史上占据了重要的地位，而且它也一定程度上代表了这一制度在现代及将来的发展方向。

<sup>①</sup> 张正钊主编：《国家赔偿制度研究》第300页。

### 三、德国的行政赔偿责任

在《德意志联邦共和国国家赔偿法》被宣布为违宪之后，德国的国家赔偿制度又一次处于无统一基本法律的状态。现在，德国关于行政赔偿的法律渊源比较复杂，它分别体现在各种法律、法规及法院判例中，其中，基本法和德国民法典是其主要法律依据。

从目前情况看，德国的行政赔偿责任有若干种类。

一般行政责任是德国主要的一种行政赔偿责任，构成这一行政责任主要有四个条件。其一，从行为主体上看，应是履行公职的人员，国家只为履行公职的人员承担责任，这是行政赔偿的特点之一。德国民法典第 839 条尽管提及公务员，但实际上却是指所有受托于公共职务或行使国家权力的职务承担人，基本法在此意义上使用了“任何人”的字眼。<sup>①</sup> 确立这种较广泛意义的主体有利于保障公民的权益。其二，承担职务的人必须违背职业上的义务，违背的义务必须是可确定的具体义务，可表现为适法错误、不守法、咨询中存有瑕疵、滥用公民信任、不允许的作为或不作为等等。此外，对于违反公法契约义务是否构成此类行为是有争议的。其三，承担职务的人员主观上有故意或过失。一般行政责任的赔偿是一种过错责任赔偿，只有存在过错的违反职责才构成赔偿请求的基础，鉴于现代国家为了普遍的利益而产生的危险，不少德国行政法学者强烈主张应确立无过错责任原则。其四，有关人员履行职务时对其他组织或个人的权益造成损害，即公职人员的行为与第三人损害之间必须有因果关系，但由于现实情况的复杂性，联邦行政法院对这种因果关系的认定采用放宽的

---

<sup>①</sup> (德)平特纳著，朱林译：《德国普通行政法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 195 页。

态度。

根据德国民法典第 839 条的规定，一般行政责任有三种限制。第一种限制是所谓“移交优惠权”，民法典该条第 1 款第 1 项规定，公务员因过失而违反职责，那么受害人在提起赔偿请求之前需先谋求从其他渠道得到赔偿，如果能从其他途径得到赔偿，则国家就不承担赔偿责任。根据这一规定，国家在过失的情况下，可将其责任转移到其他赔偿可能中。理论上对此有一定的争论。第二种限制是所谓“法官优惠权”，民法典同条规定，法官在作出判决时违背职责，只有在该法官根据刑事诉讼程序应承担刑事责任时，才依法负刑事责任，国家对于法官在履行职务过程中所犯的过错不承担责任，除非该法官的行为受到刑事法律的制裁。第三种限制是，被害人因故意或过失怠于通过使用法律手段除去其损害时，国家不承担责任。此外，1910 年《帝国责任法》第 5 条还对赔偿责任作了两项限制，即国家对有收取费用的公务员的职务行为所造成的损害不负赔偿责任、国家对公务员从事外交事务的行为和总理政策上或国家上的声明的行为造成的损害不负赔偿责任。

现在对一般行政责任要求赔偿的，原则上以金钱赔偿为之，请求赔偿有一定的时间限制。根据基本法第 34 条的规定，国家对故意或有严重过失而作出行为的职务行为人保留追索权，这在公务员法和其他法律中有详细规定。

除一般行政责任之外，德国还有特别责任。特别责任主要有两种，即征用责任和牺牲责任。征用，即公用征收，公共权力为公众的福利而合法进行的对相对人财产的剥夺和征收。国家负有对因征用而受损失的个人进行一定补偿的责任。但是，只能由法律或依法实行征用，法律本身还须同时对赔偿的方式和范围作出规定。对于补偿的数额发生争议的，可向普通法院提出诉讼。因国家的合法行为侵害了公民个人的如生命、健康、身体的完整

性、个人自由等非财产权利，受害人是为国家作出了牺牲，可以要求国家给予赔偿，这就是牺牲责任。有关牺牲责任的纠纷也由普通法院管辖。

在德国，法律制度中还没有总的条款对危险责任作出规定，但随现代行政的发展及受国际潮流的影响，在交通能源、环境污染等领域也在逐渐采用危险责任原则。

## 第六节 德国行政法领域的新动向

第二次世界大战以来，尤其是在 1955 年结束被占领状态成为主权国家之后，联邦德国曾有一段很长时期的稳定局面，国家在政治、经济和社会的发展上没有出现过大的起落。历史发展的这种稳定性反映到法律领域中所显示的特点是，法律制度逐步发展、不断丰富和完善。但是 1990 年两德统一所带来的对国家政治、经济和社会各方面的震动，是现代德国历史乃至欧洲历史上前所未有的，包括行政法在内的德国法律制度必然发生一定的变化，而且这种剧变在宪法、行政法等公法领域得到较早和较明显的体现。

德国行政法领域所出现的新的发展动向主要表现在下列方面：

其一，改革行政组织。在联邦德国成立至德国重新统一的 40 多年时间里，联邦德国的行政组织基本依据波恩基本法所确立的原则创建、运转并发展，保持相对的延续性和稳定性。其间，只在 1969 年进行了一次重大的改革，对联邦部的设置和有关部的权限进行了大幅度的调整，在联邦各部内增设计划职能部门。这次改革体现了联邦政府从传统的自由主义政策转向国家干预的凯恩斯主义，扩大政府的社会经济职能，加强了对社会经济



的干预。<sup>①</sup> 由于两德统一采取的是民主德国加入联邦德国的方式，因此原联邦德国的中央政府组织体系基本被保留下来，只是在内部的设置上作了一些更动。从地方政府来看，原属民主德国的地区恢复州的建制，被划分为5个州，按照联邦德国地方制度的模式进行改革和建设。通过这些改革，使德意志联邦共和国的国家结构形式逐渐稳定下来。

此外，1993年12月，伴随修改基本法确立联邦铁道实行民营化的原则，颁布《铁道新秩序法》。1994年8月修改基本法确立了联邦邮政、电信电话制度实行民营化的原则。基于基本法修改对联邦铁道和联邦邮政的改革，使联邦铁道和联邦邮政实行股份公司制，在这两个领域中具有公法上勤务关系的官员（Beamte）仍作为联邦特别财产中的官员，其身份受到法律保障，那些基于契约的雇员（Angestellte）和劳务人员（Arbeiter）则是股份公司职员的身份。这些改革涉及到这两个领域的约80多万公务人员，有学者评价这些改革确立了对不同类型的公务人员进行不同的法律保障，具有确实保障公务员权利的意义。<sup>②</sup>

其二，改革公务员法。如在本章第三节所阐述的，德国的公务员制度相对发达和完善。但随着行政组织的改革和行政活动的变化，对公务员制度的改革也日渐必要。1995年12月联邦政府通过了《联邦公务员法》的修改草案，该修改草案的主要内容有：<sup>③</sup> 改革公务员的工资，即确定公务员工资的高低及升迁应更多考虑其政绩和功绩，而不能仅仅考虑其工作年限；公务员提前退休的年龄由62岁提高到63岁，对提前退休的人给更多的退休

① 吴大英、沈蕴芳著：《西方国家政府制度比较研究》，社会科学文献出版社1995年版（以下引该书均为此版本）第457页。

② 参见（日）米丸恒治著：《德国——‘社会的法治国’德国的国家改革论》，载《法律时报》70卷3号，1998年。

③ 参见吕耀坤著：《德国政治制度》，时事出版社1997年版，第141页。

金；规定若公务员由于年龄或健康的原因不能再继续在本单位工作的，可以调动工作。联邦议会对该修改草案进行了长时期的审议，至1997年7月才被通过、施行。此次修改一定程度上体现了实现公务员人事管理柔软性和灵活性的特点。在联邦议会正式通过该修改草案之前，联邦政府于1996年2月还以内阁商议形式作出裁减7000名公务员、统一和规范内部行政组织、实行民营化等综合对策的决定，以适应形势发展的需要。

其三，改革行政手段。两德统一给德国的行政带来了许多复杂的问题，在道路建设、基础设施建设、资金调配、税收管理、社会安定等方面出现的新情况，都客观上要求改革联邦和各级政府行政手段。为此，颁布了一些法律和法规，在财政管理方面，1993年修改《联邦财政法》、1994年9月制定《道路建设民间资金调配法》，以达到财政运营的经济节约的目的；为与实行铁道和邮政民营化的改革相适应，联邦政府谋求促进对交通和通信部门的规制缓和，1998年1月开始在电气通信部门实行废止垄断的自由化政策，同年，《邮政法》颁布，它规定了消除排他许可的竞争。总之，在运输、通信、金融保险、电力能源、劳动者权利保障等领域，显示规制缓和的趋势。<sup>①</sup>

1995年9月，联邦政府为进一步推动行政改革，成立了由独立于行政的专家组成的“‘便捷的国家’审议会”，<sup>②</sup>该委员会于1997年10月提出了最终报告。在这一报告中，审议会对许多事项进行了研究和探讨，这些事项有：行政立法改革、行政现代化、消减国家事务、简化法令、强化私人责任、改善财政制度、运用新型信息手段管理行政以实现计划策定和许可手续的迅速化等等。其中，主要提出下列方面的建议：消减法律和规范的数

① (日)米丸恒治著：《德国——‘社会的法治国’德国的国家改革论》。

② 同上。

量，提高其质量，立法者应负有说明立法正当性和必要性的责任，导入时限立法的手法，以增强立法的透明度，节约经费；以移都柏林为契机，使国家事务缩减并把它限制在仅仅管理国家的主要事务范围内，其他事务尽可能地下放，委托给州政府或其他地方政府；在决定规划、申请许可手续等方面尽量迅速，以改善投资和雇佣环境；改革现有的财政预算制度。虽然不能断定上述审议会的最终报告将会被联邦政府一一加以采用和落实，但毫无疑问，它所包含的重视行政活动的效率性、透明性、现代化的理念，对目前和将来的德国中央和地方行政活动的进行都会产生一定的影响。

其四，经济行政法得到发展。管理公共经济的法律在德国早已有之，只是到了现代，由于经济的发展，经济行政法才作为行政法中的一个比较独特的领域备受人们注意。对于经济行政法包括哪些方面的内容和课题，尚很难下定论，它可能会涉及建筑法、公司法、地方自治法、环境法、消费者保护法等。不过，可以肯定的是，德国经济行政法将日渐发展，并不断丰富。德国一般经济行政法的发展具有下列趋势：<sup>①</sup> 由集权的经济行政法向分权和地域性经济行政法转变；由垄断向民营化转变；由规制走向规制缓和；由国家进行经济监督向私人自己监督转变；由经济行政行为向多种经济行政手法转变。经济行政法的发展体现了德国现代行政法的发展，经济行政法的发展趋势也部分地反映了德国行政法的发展方向。

其五，关于统一行政诉讼法问题。<sup>②</sup> 在德国，一般行政诉讼，仅指行政法院进行的诉讼，而事实上，社会法院和财政法院

---

① 参见（德）Rolf Stober 著，糊泽能生等译：“德国经济行政法的发展”，载（日）《比较法学》第31卷第1号，成文堂、早稻田大学比较法研究所1997年版。

② 参见蔡志方著：《行政救济与行政法学》（一），台湾三民书局1993年版，第57—63页。

进行的诉讼被认为是特殊行政诉讼。早在1956年，当时的联邦议院就曾要求联邦政府，在顾及各裁判权特性的前提下，在刑事诉讼和非讼裁判权以外，提出包含劳动法院、行政法院、社会法院及财政法院在内的诉讼法的统一草案。次年，德国法学家年会召开时也以“完全或部分合并司法的不同分支是否更好”为题进行讨论。许多学者赞同合并。其后，理论上赞同合并行政法院的努力方向限于行政法院、社会法院和财政法院的统一。1968年，有“统一法之父”之称的赫茨尔（Speyer Hochschule）教授公布了统一的“行政法院法草案”，该草案的主要作用是证明三种法院合并的可能性。1978年联邦司法部公布了“行政诉讼法草案”，该草案包含了合并三种法院的体系和简化诉讼程序的内容和原则。1982年，联邦政府向联邦参议院提出了有关的草案，但联邦参议院在审议后并未把它送至联邦议院审议。同年召开的德国法学家年会再度讨论这一议题。1985年，联邦政府经对草案进行一定的修改后，再次向联邦议院提出统一法草案，仍未被通过。由于统一行政诉讼法是一项颇为复杂且涉及面很广的工程，因此虽经联邦政府和广大学者的种种努力，但一直没有成功。1990年12月公布、翌年元旦开始生效的《行政法院法》第四次修正案并未采取统一法的模式，此次修正是否表明统一行政诉讼法工作的终结，目前尚难下定论。因此，这是有待于人们关注的德国行政法领域的不能忽视的课题。

## 第四章 民商法

### 第一节 概 述

德国民商法在世界民商法体系中占有举足轻重的地位，它曾对许多国家的民商立法产生过重要影响。直接或间接以德国民法为范例而编制或修订本国民法典或制定民事法规的国家主要有希腊、瑞士、奥地利、波兰、日本以及现代以后的中国（包括台湾地区）等；直接或间接以德国商法为范例而编制或修订本国商法典或制定商事法规的国家主要有奥地利、瑞典、挪威、丹麦、日本以及中国的清朝等。

#### 一、德国的民法概念

在德国的法律术语中，民法是指

调整地位平等的私人之间关系的一般私法。德国民法由《德国民法典》及其相关民事法规组成，这类补充《德国民法典》的民事法规包括《关于失踪、死亡宣告和死亡时间的法律》、《公证法》、《地上权条例》、《婚姻法》以及《损害赔偿责任法》等。<sup>①</sup>

根据上述民法的概念，我们可以清楚地知道：第一，德国民法的调整对象是个人与个人之间的关系，并且这些个人之间的法律地位是平等的。“民法”（Civil Law）一词来源于罗马法的市民法（Jus civile），这里，德国民法的“民”意指每个人，而非公民。第二，德国民法是私法的一部分，属一般私法的范畴。

德国法律沿袭罗马法的传统，其法律基本分为私法和公法。德国法学家认为，私法是调整以平等与自决为基础的关系的那部分法律规范。这里的“平等”，表明了法律关系的当事人（个人与个人）之间的法律地位，即“平等主体”的概念；这里的“自决”，意指私人意思自治，即法律关系的当事人（个人）以自己的意愿与别人发生法律关系并自己承担责任。德国私法由广义上的民法和广义上的商法两大部分组成。属于私法的法律规范主要为：民法典及其相关民事法规、商法典及其相关商事法规等。

与私法相对应的是公法，它是调整国家之间、国家与享有国家权力的机构之间、这些机构彼此之间、这些机构与其成员之间的关系以及规定这些机构本身的组织的法律规范。公法所调整的对象，其主体的法律地位是不平等的。属于公法的法律规范主要有：国家法、国际法、教会法、刑法、行政法以及诉讼程序法等。

德国法律在体系上被划分为公私法两大部分，其理论依据是，不同生活领域的法律构成需要借助于不同的原则来决定。调

---

<sup>①</sup>（德）罗伯特·霍恩等著，楚建译：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版（以下引该书均为此版本）第55、56页。

整生活领域的私法，根据“私法自治”原则，以个人的主观意愿为基本出发点。而公法所调整的社会关系涉及到社会整体利益或共同利益，因此这些法律需要依据具有普遍约束力的原则来创制。但是，随着社会的进步，社会的整体利益或共同利益愈来愈显得重要。一旦当“私法自治”原则的行使对社会的整体利益或共同利益产生严重损害时，国家就必须经常有规则地干预。事实上，在今天的德国法律中，公私法的划分已不像以往那样严格，在法律加强对公民个人权利保护的同时，国家也借助于法律手段加强对社会经济活动的干预，私法领域愈来愈多地掺进公法性因素。

## 二、德国的商法概念

德国的法学家将商法定义为“适用于商人的特别私法”。<sup>①</sup>但在正确理解这一定义时，商法的概念还有狭义、广义之分。在德国，狭义上，商法是指《商法典》、《商法典》的附属法规、基于《商法典》所颁布的各种行政法规，以及《海商法》和《内水航运法》；在广义上，商法还包括《公司法》、《工商权利保护法》（如专利法、商标法、反不正当竞争法、反垄断法等）、《有价证券法》、《银行法》、《交易所法》等。

根据上述商法的定义，我们可以看出，德国商法具有两个基本特征：其一，德国商法是私法的一部分，但它又不同于民法，是独立于一般私法之外的一种特别私法。其二，德国商法以属人主义，即主观主义原则为其立法基础。商人是商法的核心，同一行为，商人为之，适用商法；非商人为之，适用民法或其他法律。

---

<sup>①</sup> 参见范健：《德国商法》，中国大百科全书出版社1993年版（以下引该书均为此版本）第15页。

德国商法以商人及其商行为作为其调整对象，那么什么是商人及商行为呢？对此，《德国商法典》均已作出了明确的规定，该法第343条第1款规定：“商行为是指商人从事经营的行为”。由此定义可知，如果理解了商人的概念也就能明确商行为的内涵。

根据德国商法，商人可以是自然人，也可以是商事合伙或公司。自然人和合伙只有在具备了《德国商法典》第1条至第3条所规定的条件之后，才能取得商人身份。公司（主要是股份有限公司和有限责任公司）不管从事什么业务或活动，都因其法定的组织形式而一概具有商人身份（其根据为《德国商法典》第6条、《股份公司法》第3条、《有限责任公司法》第13条、《合作社法》第17条）。

“本法典意义上的商人是指从事商业经营的人”，这是《德国商法典》第1条第1款对商人的定义。《德国商法典》根据商行为的种类、规模及商行为人的权利形式，将商人划分为下述种类：

(1) 法定商人。从事《德国商法典》第1条第2款列举的商行为之任何一类者，凡此个人或合伙，自该项业务活动开始时，依法取得商人身份，包括收买并转售商品或有价证券；为他人进行货物的加工和制作；收费的风险保险；银行业和货币兑换业；海上、内陆水道和陆地的客货运输；运输代理业、仓储保管业和行纪代办业；商业代理人和经纪人业务；书商、出版商和艺术品交易商；具有工业性质和规模的印刷商。<sup>①</sup>

(2) 应登记商人。这类商人必须通过在商事登记簿上注册登记而取得商人身份。但其前提条件必须是经营者的业务未包括在《德国商法典》第1条的规定之内，但由于其规模较大，从而需

<sup>①</sup> （德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，第233页。



要采用某种商业组织的形式和适当的商业簿记会计制度。

(3) 自由登记商人。指经营者在从事农场和林木业及其附属业的经营时，需要采用商业组织的形式，如果经营者在商业登记簿上登记注册，他就是自由登记商人。与前类应登记商人相比，自由登记商人可以申请商业登记，但商业登记并非必经程序，商业登记不是他们必须履行的义务。在未登记情况下，经营者可以以非商人身份从事农业和林业。

德国商法除对商人作上述基本分类外，还规定了完全商人和小商人、事实商人和形式商人、表见商人和拟制商人等概念。

### 三、德国民法与德国商法的关系

纵观世界各国民商法的发展，有法学家得出结论：“与商品经济结伴而生的固然是民法，而与现代社会市场经济齐步前进的却是商法，如果说民法是西方古代文明的产物，商法却是西方近现代文明的硕果。”<sup>①</sup> 从这一推论，我们可对民法和商法的关系作出大体的界定，即德国民法和商法的关系，事实上就是一般私法和特别私法的关系。

首先，从法律规范所调整的对象以及适用范围来看，民法所调整的是私人之间的一般性的私法关系，它所适用的范围是一般个体及其行为。而商法的调整对象限于商人及其商行为，因此它的适用范围仅限于特定的人及其行为，商法的适用范围比民法狭窄，其适用不具有广泛性。

其次，从法律规范的强制性程序来看，民法更好地体现了“私法自治”原则，在民事行为的形式、内容、范围，甚至选择适用法律等方面，当事人有很大的自主性和自由意志性。而某些商法规范却具有强制性，这些强制性的商事规范规定了商事主体

<sup>①</sup> 范健著：《德国商法》，第45页。

(商人) 必须为或不为哪些行为, 例如《德国商法典》对商事登记、商号转让、禁止竞争中的赔偿及赔偿范围等均作了强制性的规定。

再次, 从公法性因素的掺和性看, 民法属纯私法性的范畴, 而随着国家对经济生活的干预, 商法已愈来愈多地掺和进公法性因素。如《德国商法典》中有大量的公法上的内容, 其中包含通过法院履行商业登记的规定, 合法形成和使用商号的规定, 商事登记义务、效力及公示的规定等等, 这些内容共同形成了作为私法的《德国商法典》中的公法核心层次, 但是商事公法性规范并未根本改变商法的私法属性, 因为这些规范始终处于为私法交往服务的地位。<sup>①</sup>

最后, 从法律规范的优先适用性来看, 民法为一般规则, 商法为特别规则, 依特别规则优先于一般规则而适用的原则, 如遇商行为, 必须先适用商法, 无商法规定时, 则可适用民法的规定。

## 第二节 1900年《德国民法典》

### 一、制定德国民法典之争

如前(本书第一章)所述, 经过罗马法复兴、理性法思想传播之后, 在德国各邦出现了编纂成文法典的运动。至19世纪初, 德国法学界又围绕着是否要制定一部统一的民法典, 展开了激烈的争论。1814年, 海德堡大学法学教授蒂鲍特(Thibaut, 1772年—1840年)在《法国民法典》所取得的成就的鼓舞之下, 发表了一篇题为《论统一德意志民法典的必要性》(üaer die Notwendgkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für peutch-

<sup>①</sup> 参见范健著:《德国商法》第18页。

land)的文章,呼吁以“自然正义”、“理性”为指导思想,制定一部清楚、详尽、统一的法典,以促进工商业和法律的发展,进而促进国家的统一。作为自然法学派在德国的代表人物,蒂鲍特建议以当时的三部主要法典,即1794年《普鲁士邦法》、1812年《奥地利民法典》和1804年《法国民法典》作为民法典的编纂模式。

蒂鲍特的文章发表后引起强烈反响,历史法学派的代表人物萨维尼与此针锋相对,发表了《论当代立法及法学的使命》(Vom Beruf unserer Zeit Für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft),他指出:现在的德国不具备制定法典的能力,不可能产生有价值的法典;分析最近普鲁士、法国和奥地利的法典(即前述三部法典),它们都是失败的作品,因为它们的作者尚未具备充分的立法理论;法律与语言、文化不可分,都是民族内在的情感的反映,民族精神的反映;法律与人民的性格和特质存在有机的联系,这一点如同语言一样。

萨维尼的思想在当时受到保守主义政治家们的欢迎,成为回击民族主义的自由主义者要求改革的最好武器。萨维尼与蒂鲍特的思想虽然有分歧,但是在基本方面是一致的,即他们都主张以法律来保护安全、维护和平;都认识到德国的巨大地区差异性、意识到官僚专政和自由主义的议会制两者都具有危险性;都同意法典化在德国不是创造新的法律、法典的编纂应由法学家来进行而不是委派给政治团体;都主张民事法律的非政治性;都不同意地方主义、主张国家统一。

蒂鲍特和萨维尼各有其赞同者,由此形成自然法学派和历史法学派的论战。两派的分歧表面上是当前是否适于制定法典,实质是如何制定法典的问题。在德国尚未统一的政治环境下,这一问题又表现为如何统一地方差异性。蒂鲍特倾向于使用罗马法的抽象方法,而萨维尼则提出,抽象对象并非自然存在,而须从历

史中寻找。萨维尼不是完全反对使用罗马法的抽象方法，他强调的是不能以罗马法、法国法或其他外国法代替德国本土的法律。

由于德国的具体历史条件，萨维尼的观点最后占了上风，并获得了统治者的支持。

## 二、民法典的制定及其理论基础

### (一) 民法典的制定

1814年开始萌动的编纂一部统一的适用于整个德国的民法典的思想，并不因萨维尼观点的胜利而消失，而是在继续发展。

1873年12月20日，帝国国会对帝国宪法有关帝国立法权的条款作了修改，从而使帝国的立法权扩及民事法律关系的所有领域，使编纂统一的民法典有了宪法上的依据。

1874年2月28日，联邦议会指定了一个以德国商事法院院长帕普（PaPe）为首的五人委员会，为民法典的起草拟订纲要。该委员会于同年4月19日向国会提交报告，委员会报告的主要特征有下列方面：

- (1) 对法典的具体内容未作规定，不束缚立法者；
- (2) 注重现存法律和尊重地方利益，认为法典化不应创造新法律，而是以目前法学所要求的方式，将现存法律组织起来；
- (3) 认为法典化的进程主要是形式化和技术化，其任务是解决德国法律发展中地区多样性与系统性需要之间的矛盾；
- (4) 认为德国普通法（即以罗马法为主、包括了德国地方习惯法等在内的法律体系）构成委员会工作的基础。

委员会报告受到普遍称道，但是部分内容仍须修改。当时有一些法学家认为，法典不应满足于编辑，而应当是一种理性化的、系统性的、甚至是艺术性的作品。委员会报告中贯穿的思想

和某些法学家的意见都为德国民法典所吸收。<sup>①</sup>

1874年7月，开始了德国民法典的正式编纂。联邦议会任命了11人的起草委员会，帕普任起草委员会主席。起草委员会的工作颇具特色。在1881年以前的7年中，委员会成员很少会面，而各自忙于收集德国各地的法律材料。成员间交流很少，每年仅有一次秋季年会，用以拟订立法原则，解决法学理论冲突。这样，编纂者在起草法律时思想非常自由，很少受他人影响。

1881年10月，委员会的工作进入讨论阶段，此时温德海德起着主导作用。人们认为，德国民法典这一委员会作品的极端抽象性和几乎不能被人理解的表达形式，在很大程度上，要由他负责。

1887年底，起草委员会向帝国议会提交了法典草案。1888年1月31日，草案连同立法理由书五卷同时公布。这就是民法典第一草案。

第一草案公布后，引起社会各界的强烈反响。据统计，从1888年到1896年，约有400多人、80个团体参加了法典的讨论。社会各界对法典草案提出了不少批评意见。这些意见主要集中在它提倡的自由资本主义观点上。著名批评家吉尔克对法典草案作了多方面的批评，他主张使用其对中世纪德国团体制度的研究成果，来解决当代社会不公、法律保护强者的问题，但吉尔克等人的观点又被一些人斥为封建法的复辟。这的确是落后国家在发展过程中都会遇到的问题：限制自由竞争，是封建因素对自由经济的阻碍，还是国家对经济的必要干预？社会主义者门格尔也尖锐地批评德国民法典草案：“没有什么比平等对待不平等的人更不平等的了。”争议的结果，不论保守派、社会主义者还是德国法学派都赞成：保护社会弱者、淡化公私法的划分、限制所有

<sup>①</sup> 张梅：《德国民法典的制定背景和经过》，载《比较法研究》1997年第4期。

权和契约自由。

1890年初，帝国司法部把来自全国批评第一草案的600多项意见，汇集成六卷意见书。同年12月4日，经联邦议会决议，组成了以肯特塞尔为代理主席的第二法典起草委员会，包括10名常任委员（法学教授和方法论实务家）和12名非常任委员（主要是经济界的知名人士，其中有3名是农场主），负责参考第一草案批评意见书，着手法典的修改工作。

法典草案的修改在政府的干预下，吸收了一些利益法学派的主张，对概念法学作了批评和纠正，然而同时仍强调保存法典体系的完整性和法典内容的确定性。这样，委员们虽然关注社会变革，同情改革者的要求，却不付诸于法典修改，对具体的社会问题和法律问题，民法典中仍然不作规定，而留待单行法和特别法来解决。

1895年10月30日，修改后的草案，即民法典第二草案提交联邦参议会。经联邦参议会稍作修改，于1896年1月17日连同司法部的备忘录一起提交帝国议会，即民法典第三草案。议会将它交由20人组成的委员会讨论，经过53次会议的审议、修改，议会以220票赞成、48票反对和18票弃权的多数票通过。1896年7月14日，获得联邦参议会协赞，同年8月18日经德意志帝国皇帝威廉二世批准，于8月24日公布，并定于1900年1月1日开始生效。

## （二）民法典的原则

《德国民法典》的立法者的目的并不是要实现深入广泛的社会改革，亦或试图去进行民法的改革，他们的目的仅在于使编纂的法律适应改变了的社会关系，并且努力把在德国不同地区适用的不同的民法，尽可能广泛地、精确地、全面地、系统地、逻辑地在一部法典中统一起来，从而实现德国民法的统一。

尽管民法典的立法者当初编纂法典时，只具有上述基本目

的，但是，由于“法是统治阶级意志的体现”，因此，《德国民法典》也必然地体现当时德国容克贵族与资产阶级的意志和要求，这集中体现在法典所贯彻的基本原则之中。

《德国民法典》的基本原则是“自由”与“平等”。其中平等原则主要表现为公民在私法上人人平等（民法典第1条）；而自由原则，具体体现为契约自由（第305条）、所有权自由（第903条）以及遗嘱自由（第1937条）等。

《德国民法典》贯彻上述原则，从本质上说固然取决于当时德国资本主义社会的经济基础，但从另一方面看，这些原则也是当时在德国占统治地位的哲学和法律思想在该法典中的具体体现。欧洲中世纪以后，在罗马法以及启蒙思想的影响下，“自由”、“平等”等原则也便成为法律的基本原则，而且，这些原则在18世纪以及19世纪初的一些欧洲国家的立法中确定下来，如：1804年的《法国民法典》就典型地贯彻了这些原则。这个时期，德国法学尤其是法哲学深受康德和黑格尔法哲学思想的影响，在民法典制定之时，对“自由”与“平等”的法律原则已不存在争议，对民法典贯彻这些原则也不存在争议，所存争议的只是该法典中如何体现这些原则，以及这些原则究竟在多大范围内的具体的法律问题上体现出来。<sup>①</sup>

### 三、民法典的基本内容和特点

#### （一）民法典的结构

除了含有若干国际私法实体规则的施行法之外，《德国民法典》共分为五编，各编之下设章、节、目、条、款，共35章，86节，2385条。

<sup>①</sup> 徐国建著：《德国民法总论》，经济科学出版社1993年版（下引该书均为此版本）第7—8页。

第一编：总则（第1—240条）。主要内容是规定涉及民法各部分的一般原则和基本制度。分为人、物、法律行为、期间及期日、消灭时效、权利行使、提供担保等。

第二编：债务关系法（第241—853条）。主要内容包括债的内容、因契约而产生的债务、债务关系的消灭、债权的转让、债务的承担、多数债务人和债权人，以及各种具体的契约等。

第三编：物权法（第854—1296条）。主要内容包括占有、土地权利、所有权、地上权、地役权、先买权、土地的产物负担、土地债务、定期金债务、抵押权、质权等。

第四编：亲属法（家庭法）（第1297—1921条）。主要内容有民事婚姻、亲属关系和监护等。

第五编：继承法（第1922—2385条）。内容包括继承顺序、继承人的法律地位、遗嘱、继承契约、特留份、丧失继承资格、抛弃继承的契约、继承证书以及继承财产的买卖等。

《德国民法典》配备有施行法共218条，施行法中含有大量临时性的条款，其中大多数现在已经失效。除此之外，它还包括少量点缀性的国际私法规则（第3—38条）。

## （二）民法典内容简介

### 1. 总则

在内容上，总则编首次系统地规定了“法人”和“法律行为”两项制度。

法人组织源自罗马法，德国法学家胡果于1798年在《作为实定法哲学的自然法论》一书中明确地提出了“法人”（Juristische person）的概念。其后，德国法学界对法人作了许多研究和探讨，如萨维尼的“法人拟制说”、祁克的“法人实在说”等等。《德国民法典》使法人制度在立法上得到了肯定，如在法人的分类方面，法典把法人分为“社团”、“财团”和“公法人”。此外，法典还系统地规定了法人的设立、法人机关、法人的登记、法人



所在地、法人的章程、法人的消灭以及法人的债务清偿等，法律条文有 70 余条。

法律行为，是权利主体所从事的，旨在设定、变更和废止民事法律关系的行为。德国法学家胡果于 1805 年在《潘德克顿法学》一书中首次使用了“法律行为”（Rechtsgeschäft）一词，经萨维尼及其学生进一步宣传、解释，该词成为德国潘德克顿法学上的重要概念，并最终为《德国民法典》所吸收。法典从下述四个方面对法律行为作出了规定：

（1）行为能力。由于法律行为是一种人为的法律事实，只有具有行为能力的权利主体才能为之，因此，法典规定，7 岁以下的儿童及精神病人为无行为能力者（第 104 条），7 岁—18 岁之未成年人为限制行为能力者（第 107 条）。为使无行为能力者、限制行为能力者也能参加法律交往，法律规定了“代理”的可能性（第 164—180 条）。儿童在法律交往中将由他们的父母以及其他监护人代理。法人将由法定代理人代理，例如社团应由其董事会代理（第 26 条）。

（2）意思表示。法律行为以行为人的意思表示为其必备要素，法律对此作了详细规定，如意思表示的形式、意思表示的真实性、意思表示的无效以及合法性等等（第 116—144 条）。

（3）契约。当双方当事人的意思表示取得一致时，法律行为即可成立，民事权利主体之间就达成一种协议——契约。由于法律行为是缔结契约的必备要素，因而法典除了在第二编“债务关系法”中详细规定了各种具体的契约之外，在法律行为一章中也用了整整一节对契约的主要原则作了规定。

（4）法律行为的条件和期限。在许多法律行为中，可以订有一定的条件和期限，以限定法律行为的效力。法典规定，法律行为附有停止条件时，系属于此条件之效力，以条件到来而发生（第 158 条），法律行为附有期限时，其效力的发生准用附条件法

律行为之规定（第 163 条）。

## 2. 债务关系法

“债权人因债的关系得向债务人请求给付”（第 241 条第 1 款）界定了债务关系的含义。

民法典第二编确立了债务关系的一般原理。债务关系的发生根据主要为：契约和赠与（第 516—534 条）、无因管理（第 677—687 条）、不当得利（第 812—822 条）、侵权行为（第 823—853 条）。

契约之债是本编的重要内容。民法典详细规定了契约的缔结、担保（定金和违约金）、解除等，并规定了 10 余种具体的契约种类，如买卖、借贷、雇佣、租赁、承揽、经纪（居间）、合伙等。

民法典采用把共同性规定置于特殊性规定之前的方法来规定债权法的内容。从第 241—432 条包含着债务关系以及由它引起的请求权的内容及处理的共同性规则，而第 433 条到第 853 条则逐一规定了各种特殊而具体的债务关系。

债务关系法编中的法律规范在很大程度上是任意性的，原则上当事人可以约定与法律规定不相同的内容，法律规范则应当消除当事人自己处理全部事务的负担。如果法律规范的要求与当事人的特殊权利或利益有分歧，则不适用法律规范，但是如果法律规范要保护某一当事人或第三者某种利益时，那么这种法律规范就是强制性的，不得由当事人加以变更，例如，不动产交易必须有公证证明的要求（第 313 条）、房屋所有权变更对承租人的保护的规定（第 571 条）等。

## 3. 物权法

第三编的内容是物上的占有和权利。它涉及在总则中已经界定的物（第 90 条“法律意义上的物指人体以外的客体”），并区分了对物的占有和对物的权利。民法典将物权分为两大类：对物

的完全物权“所有权”（第 903 条）及所谓的“限制物权”如担保物权及用益物权。后者给予它的持有人只有十分确定的权限，如担保物权的变价权、用益物权的使用权。

在所有权及其他物权的转让及设立问题上，法律对动产和不动产作了根本性的区分，如动产所有权依法转让，则需要所有权人及取得人就所有权的转让形成合意，并由所有权人向取得人交付物的行为（第 929 条第 1 款），在不动产的转让中代替物的交付是所有权在不动产登记簿上的登记（第 873 条、第 925 条）。

限制物权在经济意义上涉及的主要是信贷担保。需要贷款并应对此提供担保者，可以通过在一定不动产上设定不动产担保（抵押或土地债务）的方式实现其目的。当贷款不能清偿时，债权人可以作为不动产担保的持有人“从设定的不动产”获得清偿，也就是说，以不动产担保物权为根据对该不动产实行强制执行，并从拍卖价款中清偿自己的债权。

物权法的规定在原则上是强制性法律，因为它对物的法律关系及交易担保中的法律关系均清楚地作了规定，当事人不能在法律规定之外约定其他的形式。

#### 4. 亲属法

亲属法编首先规定了从订婚到离婚期间的与婚姻缔结及婚姻支配相联系的一些问题，如结婚的条件、婚姻期间的财产法律问题（婚姻财产权）、离婚的原因以及离婚后的财产法律问题（供养及养老补偿）等等。

其次，亲属法编还规定了“亲属关系”的法律关系，如父母与子女的关系、非婚生子女的地位、收养及监护、供养问题。

亲属法编还详细规定了婚姻制度方面的各项原则，如婚姻当事人双方之合意为实质要件（婚姻自由）（第 1332 条）、婚姻因意思表示之错误或因欺瞒、胁迫等情况而取消（第 1333—1335 条）、父母拒绝同意成年子女的婚姻时子女可请求法院救济（第

1308条)、寡妇可以再婚(第1348条)、禁止重婚(第1309条)等等。

从整个有关亲属的立法精神来看,亲属法编保留有许多封建制度的残余,维护着男女之间在民事权利方面的不平等地位,主要表现在以下几个方面:

首先,在结婚方面,法典规定了一系列繁复的仪式、程序以及众多的条件,如未满21岁之子女的婚姻,须征得父亲之同意(第1305条)、因通奸而离婚者不得与其相奸者结婚(第1312条)、结婚须颁布结婚公告(第1316条)、结婚须有一定之仪式,须向户籍官吏登记并由其证婚(第1324条,第1317—1322条)等等。

其次,在家庭生活方面,法典贯彻了以丈夫为中心的“夫妻一体主义”,如结婚以后,妻从夫姓(第1355条)、夫处决关于婚姻上共同生活之一切事务,对于住址及住屋,尤有特定之权(第1354条)、妻在家庭事务中有代夫管理之权,但实施的法律行为必须以丈夫姓名出现(第1357条)等等。

再次,在夫妻财产问题上,法典也明确规定了夫妻间的不平等地位,如“妻之财产,因结婚隶属于丈夫之管理及收益(婚资),妻在婚姻中取得之财产,亦属于婚资”(第1363条)、“凡婚资所属物件,夫有占有之权利”(第1373条)等等。

此外,在其他民事权利方面,按照法典的规定,妻虽可单独订立契约,但若按契约所担负的义务和因婚姻关系对丈夫所担负的义务相冲突时,丈夫可以请求解除契约(第1358条),这就是说,妻子订立契约的权利不得与对丈夫所负之义务相抵触,从而在实际上剥夺了妻的行为能力。

但是,第二次世界大战后,德国陆续颁布了与婚姻、亲属关系相关的各项专项立法文件,对民法典的亲属编进行了重大的修改,对前述规定均予以了废除或修订。

## 5. 继承法

继承法编确立了子女平等分配遗产和遗嘱自由等资本主义民法原则，同时，适应垄断资本进一步发展的要求，法典比之以往的民法典扩大了遗嘱处分财产的范围。这些特征主要表现在法定继承，遗嘱继承和特留份制度上。

法典规定，法定继承人及其继承顺序为：

- (1) 被继承人之卑属亲（子女）。如该卑属亲中有在继承开始时已去世者，其子女可代其参加继承（代位继承）。
- (2) 被继承人之父母及其卑属亲（兄弟姐妹）。
- (3) 被继承人之祖父母及其卑属亲（伯、叔、姑等）。
- (4) 被继承人之曾祖父母及其子女。
- (5) 同亲远亲。

至于配偶，法典并未专门规定属于哪一个顺序，而是根据情况参加各个顺序的继承，如“配偶与第一顺序的血亲亲属共同继承时，应继承遗产的四分之一；与第二顺序的血亲亲属或祖父母共同继承时，应继承遗产的一半；无第一顺序或第二顺序的血亲亲属或祖父母时，应取得全部遗产”（第 1931 条）。关于遗产的分配，法典规定，当继承人为一人时，遗产归其独得；继承人为数人时，遗产在数人中平均分配。这些规定均体现了“亲属无限制继承主义”和配偶、子女平均参与遗产分配的原则，与私有财产无限制的资本主义民法原则是完全一致的。

关于遗嘱继承，法典中规定，遗嘱继承人包括：法定继承人中之一人或数人（第 2066—2069 条）；继承时卑亲属中尚未出生之胎儿（第 2070 条）；立遗嘱人的朋友、同事、部属、仆人（第 2071 条）；不特定之贫民（第 2072 条）等等。同时，法典规定，立遗嘱人之遗嘱须具有一定方式才为有效，即遗嘱须在若干名法官、公证人及其他证人面前订立；遗嘱须由立遗嘱人亲笔书写或亲口叙述；如口头叙述遗嘱的须由法官、公证人书写后，经本人

过目或念与本人听过（第 2231 条、第 2238 条）；遗嘱上须写明立遗嘱的日期和地点，并有立遗嘱人以及在场人员的签名、盖章（第 2231 条、第 2242 条）；遗嘱须用德语，不懂者可聘请经过宣誓之翻译代书，必须用外国语者，也须有德语的副本（第 2240 条、第 2242 条、第 2245 条）；遗嘱可由立遗嘱人自己变更和撤销（第 2253—2258 条）。此外，法典还规定，立遗嘱人可以通过遗嘱方式，将其财产之一部分赠与某个或几个特定人（遗赠）。所有这些，体现了资本主义遗嘱自由的原则。

特留份是指被继承人必须为各法定继承人保留而且不得以遗嘱处分的遗产份额。特留份制度是对遗嘱自由的一种限制。法典规定，特留份数额为法定继承人应继份的二分之一；享有特留份权利之人为在继承时被排除的被继承人的子女、父母和配偶（第 2303 条）；特留份请求权于继承开始时成立（第 2317 条），其时效为 3 年（第 2332 条）；应得特留份之人若有虐待、危害被继承人等行为时，后者可取消其特留份（第 2333 条）等等。

### （三）《德国民法典》的特征

1. 从民法典的语言和立法技术来看，它具有以下特征：用语抽象而准确、概念严谨而科学。民法典的用语是以“潘德克顿法学”发展的各种概念为依据的。每一用语，甚至非专业用语，在整个法典中都始终保持相同的含义，同一用语总是指称同一概念。民法典创设了许多基本概念，如法律行为、法人、权利能力等，这些概念通过抽象而专业性很强的法律术语来表达，从而使上述概念显得严谨而具科学性。民法典由于语言的抽象性，因此不易为一般大众所理解，“民法典是在对法律家们讲话，它是由法律家们给法律家们制作的”。<sup>①</sup>

<sup>①</sup>（德）海尔穆特·库勒尔著，孙宪忠译：《〈德国民法典〉的过去与现在》。载《民商法论丛》（第 2 卷），法律出版社 1994 年版（下引该文均为此版本）第 224 页。

2. 编纂体例具有科学性。民法典采用五编制的民法体系属于“潘德克顿体系”，即是以《学说汇纂》为蓝本制定的民法典，创设了“总则编”，并把它放在民法典的其他各编之首。“总则编”是对整部法典的基本制度和原则作出抽象、概括的说明，并对一些概念、术语作出解释，其后的四编是“总则编”的扩展和具体化。另外，民法典还将债务关系法独立出来，列为第二编，并且把它放在物权法之前，而按照大陆法系原来的传统，债法或被列入物权法之内或列在物权法之后，但与继承法等混在一起（如《法国民法典》）。债法理论是近代德国民法理论中最发达、最重要的部分之一，将“债务关系法编”紧接在“总则编”后，足见债法地位的重要性。

3. 规定了一些一般条款，即德国民法典允许适用一些抽象的原则性规定，法官可以把一般条款适用到各种不同的案件中去，根据具体案情作出判决。如关于“诚实信用”原则的规定：“契约的解释，应遵守诚实和信用的原则并考虑交易上的习惯”（第157条）、“债务人应依诚实和信用，并参照交易上的习惯，履行给付”（第242条）；此外还有“善良风俗”（第138条、第826条）和“重大理由”（第626条）等等。《德国民法典》对一般条款的创设，使法官获得一定的“自由裁量权”，当法典没有明确规定时，可依照“一般规定”类推运用。

4. 在立法上采用“援用”的技术。民法典多处采用了“援用”技术，其目的是避免重复和尽可能做到规则统一。援用分两种形式，即“法律原因援用”和“法律结果援用”。它们是指：根据规定，处理一个既定的案件，其事实和法律结果或仅仅法律结果是否可以适用另一个法律规范的立法技术。法律原因援用的例子如第951条：“因第946—950条的规定而丧失权利的人，得向因权利改变而受益的人，依关于返还不当得利的规定，请求金钱赔偿。”仅仅法律结果援用的例子是第681条的第2句，它规

定本条内容援用第 666—668 条的规定。民法典中还有连锁援用的例子，如第 481 条：“关于马、驴、骡、驮馱和牛、绵羊及猪的买卖适用第 459—467 条、第 469 条—第 480 条的规定，但第 482 条—第 492 条另有规定者，不在此限。”这里第 481 条援用第 467 条，而第 467 条第 1 句又继续援用第 347 条；第 347 条第 2 句援用第 347 条第 1 句；后者再援用第 994 条第 2 款，而最后一句一直援用到第 667 条。<sup>①</sup>

#### 四、民法典的学术成就

##### （一）民法典的立法精神

《德国民法典》是在资产阶级屈服于容克贵族，建立起君主制的资本主义国家的基础上制定的，因此其立法精神体现了个人主义、自由主义及保守主义。德国法学家拉德布鲁赫（Gustav Radbruch, 1878 年—1949 年）评论道：“与其说《德国民法典》是 20 世纪的序曲，不如说是 19 世纪的尾声。”<sup>②</sup> 这反映了法典内容的保守性。

上述立法精神表现在债法、亲属法、继承法等领域。

《德国民法典》的规定具有深厚的个人主义、自由主义色彩，同时高度关注法律生活的安全。例如，法典在债法方面重视当事人外向表示的意思，不是内心的意思。法典原则上拒绝探求人的内心，考虑行为人的动机。法典还规定了各种登记制度，如身份登记、夫妻财产登记、社团登记以及土地登记等，来保障交易的安全。

《德国民法典》的立法者为保证法律行为的安全而把法律行为客观化，采用意思主义。契约法有双重基本原则，即当事人合

<sup>①</sup> （德）海尔穆特·库勒尔著：《〈德国民法典〉的过去与现在》。

<sup>②</sup> 谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载《外国法译评》1994 年第 4 期。



意的自由和承诺的约束力。一般说来，契约的成立不要求一定的形式，不论意思是用什么方式向外表达的，有当事人的合意就够了，这反映了法典采用意思主义，要式主义占极次要地位。

《德国民法典》的亲属法、继承法的基本精神为保守主义和族长制。夫对夫妻共同生活的一切事务有决定权，夫对子女行使亲权。如果夫妻使用法定夫妻财产制，妻不得管理自己的原有财产。非婚生子女与其生父不视为亲属。

《德国民法典》的继承法充满自由个人主义，订立遗嘱的自由不受近亲实物特留份的限制。按照其第 2303 条规定，被继承人的直系卑亲属、父母和未亡配偶，因身后处分而被排除继承权的，只能向继承人主张金钱债权性的特留份，其金额等于法定应继承的半数。<sup>①</sup>

## （二）民法的解释与完善

德国法理界曾对“法律对法官的约束性”问题进行讨论，一种观点认为应强调法律对法官的严格束缚，并认为法官的任务仅仅是依照法律处理案件；另一种观点认为应从上述束缚中解脱法官，并授权他们根据自己的评估，理智地、公平地和合理地裁判案件。尽管上述两种观点各有侧重，但它们都必须遵循《德国基本法》第 20 条第 3 款的原则观点，即：法官受法律的约束，但同时他们有权利也有义务解释法律和完善法律。

### 1. 民法的解释

对民法的解释是阐明其内容并确定其在每个案件中的适用的过程。对此我们必须明确法律解释的目的和方法。法律解释的目的的一般被理解为根据当前居主流的（也可能有争议的）法律政策，而不是根据历史上法律制定的目的来确定法律的标准含义。

---

<sup>①</sup> 沈达明、梁仁结编著：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社 1992 年版，第 24 页。

法律的含义在时间的推移中由于政治、经济、社会以及法律关系的演变可以有所改变。法律解释的方法依传统有四种：

一是语义解释，即依法律的原文语词所作的解释，其意义首先在于确定可能的字面含义的解释界限，弄清它们本来的立法意思。这一点对《德国民法典》尤其有重要意义，因为它使用了太多的法学专门术语概念。

二是体系解释，即探索法律规范相互之间，法律概念相互之间含义联系的解释。在以这种方法解释民法典时，如果某一法律观点或概念可以有几种不同的解释，则以其中与宪法最为吻合的那种解释为准，这是为德国宪法法院判决所确定下来的一条原则，即所谓的“与宪法一致的法律解释”原则。

三是历史解释，即依立法时的历史材料，弄清立法者立法本意和观点，对法律观点所作的解释。进行这种解释时主要考察法律规定的字面含义是否扩大或缩小了立法者的本来意图。如果是前者，即应对法律规定中的文字作比一般所使用的含义稍微狭窄的解释；如果是后者，则应作稍微扩大一点的解释，即扩大性解释。

四是目的论解释，即探索法律的目的，法律要解决什么利益冲突的指导思想的解释。实用的指导思想在此解释中应该发挥作用。<sup>①</sup>

## 2. 民法的完善

从立法上看，《德国民法典》虽然取得了举世瞩目的成就，但民法典尚未达到亦不可能达到一种完善的境地。德国民法，包括民法典在内，或多或少存在缺陷，这种缺陷是指法律对某些问题未作明确规定，或虽有规定但尚不能对已经出现的法律问题作出充足的解答。上述缺陷可能从一开始就存在，因为立法者没有

<sup>①</sup> (德) 海尔穆特·库勒尔著：《〈德国民法典〉的过去与现在》。

发现这些问题；也可能随着时间的推移而出现，事实及法律的发展能使今天看来清晰完整的规则变得有缺陷而需要补充，尤其是在人们的世界观及标准内容发生改变的情况下。

民法的完善通过对法律固有缺陷的弥补和法院判决来实现。法官通常通过“类推”及“语词简化”等方式去积极地创造法律并发展法律规则，以此来弥补法律固有的缺陷，但在此过程中法官仍然受“法律”约束，即受在当时社会生效的法律价值即法律原则的约束，尤其是要受宪法规则的约束。在民法的完善上，法院判决，这里尤指最高法院的民事判决，对民法的发展与改进具有重要意义。因为最高法院就某个法律问题所作的判决可构成“法院惯例”，而法院惯例在德国的司法实践中具有非常重要的指导和参考作用。<sup>①</sup>

在德国，如果立法者对法官的法律创设工作不同意，那么他们可以进行纠正性干涉。通常，立法者可以利用法院判决，对法官的权利依法予以固定和深化，比如，立法者在《消费者信用法》中确认法院判决在“信用购买异议”中所发挥的作用（参照该法第9条）。立法中大量接受法院判决的结果是当代德国社会的特征。

### （三）民法典的贡献

《德国民法典》的编纂和施行，对统一德国法制作用极大，成为德国民法发展的基础。此外，《德国民法典》还对世界上许多国家的民事立法产生直接或间接的影响，如1912年《瑞士民法典》、1916年《奥地利民法典》、1933年《波兰债务法》、1946年《希腊民法典》、1926年《土耳其民法典》、1898年《日本民法典》、1930年《旧中国民法典》、1935年《泰国民法典》、1916年《巴西民法典》、1923年《苏俄民法典》等都在不同程度上参

<sup>①</sup> 徐国建著：《德国民法总论》第19页。

照了《德国民法典》。

《德国民法典》对其他国家的影响主要是在法律理论和学说方面，而实际采用的却很少。原因在于：《德国民法典》的严谨结构、抽象概念和晦涩的语言被认为是一种典型的德国产物，别国很难照搬。当然，普通法系各国受《德国民法典》的影响比大陆法系各国要更小一点，但在法学理论方面的影响也是有的，美国、英国众多的法学家很重视对《德国民法典》的研究。

《德国民法典》是德国在统一后编纂的五部法典中最成功的一部，它打破了《法国民法典》近一个世纪的垄断地位，与后者并列成为民法法系的代表。它的出现，使民法法系划分为法国法律体系（拉丁支系）和德国法律体系（日耳曼支系），它的这种地位维持至今仍未改变。<sup>①</sup>

### 五、《德国民法典》对《法国民法典》的继承与发展

19世纪产生的两部民法典，即1804年颁布的《法国民法典》和1896年颁布的《德国民法典》，是大陆法系最具代表性的两部民法典。“《法国民法典》的制定是正当自由资本主义上升时期，而《德国民法典》的制定，则正当自由资本主义进入垄断资本主义阶段。”<sup>②</sup> 《法国民法典》是为一个农民的国家制定的，《德国民法典》是为一个城市化国家制定的。<sup>③</sup> 基于法、德两国民法典产生于不同的历史背景，两部法典既有共同点，又有相异处，可以说，《德国民法典》是对《法国民法典》的继承和发展，并取得了比《法国民法典》更高的成就。具体体现在以下诸方面：

① 由嵘主编：《外国法制史》，北京大学出版社1992年版，第288页。

② 参见徐国建著：《德国民法总论》第319页。

③ 徐国栋著：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社1992年版，第231页。

### （一）“私有财产所有权无限制”原则方面

《法国民法典》贯彻“私有财产所有权无限制”原则，并认为私有财产所有权是绝对“神圣不可侵犯”的。《法国民法典》第544条—第546条给予动产和不动产所有人以充分广泛的权利和保障，称“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利，但法令所禁止的使用不在此限”。任何人不得被强制出让其所有权，如因公用，国家征收私人财产只能根据公益的理由，并以给予所有人以公正和事先的补偿为条件。不论动产或不动产的所有人，都有权得到该财产所生产以及添附于该财产的一切物。

《德国民法典》基本上继承了《法国民法典》所确立的“私有财产所有权无限制”原则，但同时进一步对此原则作了某些限制性的规定。例如，法典第903条规定：“物之所有人，在不违反法律和第三人权利范围内，得自由处分其物，并排除他人对物的一切干涉”；第905条规定：“土地所有人的权利扩及于地面上的空间和地面下的地层”。同时法典又规定：“权利的行使不得专以加损于他人为目的”（第226条）；另外，法典第904条—第906条，对所有权的行使都作了不同程度的限制。

《德国民法典》的上述内容反映了“社会化”的特点，从而表明其与《法国民法典》具有不同的立法指导思想。“《法国民法典》是以纯粹个人主义和自由主义的哲学观点为基础的，而《德国民法典》则是以社会本位为基础的”。<sup>①</sup>

### （二）“契约自由”原则方面

《法国民法典》把“契约自由”作为一项重要的原则贯穿于法典的始终。《法国民法典》规定契约自由和契约神圣原则，契约是产生债的主要形式，把所有有关债的概念都放到第三编第二章，标题是“契约和合意之债的一般规定”。该体系的特点是债

<sup>①</sup> 参见徐国建：《德国民法总论》第321页。

和契约并存而又以契约为主，债的概念并入到契约中来叙述。契约自由的原则主要体现在契约的订立和契约的效力两方面。法典第1101条规定：“契约是一种合意，依此合意，一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为和不作为的债务。”第1134条又规定：“依法成立的契约，在缔结契约的当事人间相当于法律的效力，仅得依当事人相互的同意或法律规定的原因取消之。”当事人对该契约应以善意履行（第6条）。

在《德国民法典》中，把法律行为、债、契约三概念并用，而把有关契约的规定分别在债、法律行为两部分中叙述。契约一方面是法律行为（双方当事人意思表示一致），另一方面，又产生了债的关系，可见契约在《德国民法典》中的地位不同于法国。《德国民法典》是以法律行为和债的一般规定来概括契约的一般规定，在第一编总则第145条—第157条对契约作了一般规定，并以不同于《法国民法典》的措词肯定了“契约自由”原则。《德国民法典》规定契约应依诚实信用的原则及一般交易上的习惯解释之和债务人须依诚实与信用并照顾交易惯例履行其给付。《德国民法典》为适应自由竞争到垄断的需要，在第二编用专门的一节对人身雇佣契约作了详细的规定（第611条—第630条），比《法国民法典》（仅有3条关于雇佣契约的规定）又有一些发展。再如《德国民法典》在第二编的第二章第三节专门规定了“向第三人给付契约”，与《法国民法典》相比，它扩大了契约及于第三人的效力（《法国民法典》第1165条规定：“契约仅于缔约当事人间发生效力”）。同时，《德国民法典》对于资本主义民法的契约自由的原则也作了种种限制性规定。

### （三）“无过错责任”原则方面

《德国民法典》确定了过错责任和无过错责任原则并存的制度。如法典规定，因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，负赔偿之责。依法律规定，行

为人虽无过错但有违反法律之可能时，也按过失情形，负赔偿的义务（第 823 条）。上述规定较之《法国民法典》所确定的严格过错责任原则是一大进步。《德国民法典》及其补充法律扩大了侵权行为的责任范围，从而使重大工伤事故、交通事故和其他意外事故的受害者，因此而获得赔偿，有利于缓和社会矛盾。<sup>①</sup>

如上所述，《法国民法典》忠实地贯彻了古典时期资本主义民法三大基本原则即所有财产无限制原则、契约自由原则、过失责任原则。《德国民法典》的创制由于比《法国民法典》晚了近一个世纪，为了适应时代发展和社会进步，《德国民法典》的立法者对前述三项民法基本原则均予以不同程度的继承和发展。

#### （四）有关民事权利主体方面

《法国民法典》第一编对民事权利主体作了详细规定，但这里的“人”专指自然人，并不包括法人。《法国民法典》所以没有规定法人，首先是由于当时法国的资本主义发展还处在前期（工场手工业）阶段，作为法人的主要形式股份公司还未充分发展；其次是法国资产阶级对封建等级团体极为憎恨，害怕封建贵族借此复辟，以及拿破仑对法人团体持敌视态度等原因。随着自由资本主义向垄断资本主义发展，尤其是生产的集中、资本的积累、大公司的成批涌现，为适应社会化大生产和国际贸易的需要，《德国民法典》在“总则编”中明确规定民事权利主体包括自然人和法人，“凡是以经济事业或非经济事业为目的的社团，都是法人”（第 21 条、第 22 条），并且法典对法人的设立、消灭、法人的行为能力和权利能力都作了严格的规定。随着德国境内经济的发展和活跃，各种股份公司逐步成为工商业活动的主要形式，法人制度的建立为制定公司法、完善公司制度奠定了法律基础。

<sup>①</sup> 何勤华主编：《外国法制史》，法律出版社 1997 年版，第 383 页。

### (五) 有关婚姻家庭和继承制度方面

《德国民法典》和《法国民法典》都把婚姻视为契约，把亲属关系列为民事关系的一部分，把亲属法作为民法的一项重要内容。《法国民法典》将亲属法规定在人法中；而《德国民法典》则将亲属法独立规定为一编。<sup>①</sup>

《法国民法典》带有许多封建制度的残余，维护着男女之间在民事权利方面的不平等地位，如法典规定：夫要保护其妻，妻要顺从丈夫，以夫的住所为住所，未经丈夫同意，不得取得或转移财产，提起诉讼；父母对子女享有亲权，而亲权属于父亲，只有在父亲死亡、行为不端、患精神病等情况下，亲权才属于母亲。

《德国民法典》一方面在形式上继承并发展了《法国民法典》所确立的婚姻制度方面的各项资本主义原则，另一方面仍保留上述封建制度的残余，如法典规定：妻的财产由夫占有、管理和收益；对于家庭生活中的重大事情，例如住所的选择等，夫有决定权；妻虽有订约能力，但妻只能订立与对夫所负义务不相冲突的契约。但是，《德国民法典》中对妇女法律地位的规定，比之《法国民法典》有所提高，如妻子具有诉讼权、享有独立财产（特有财产）的处分权（第1357条、第1360条、第1365条—第1369条等）。

《法国民法典》将继承放到第三编“取得所有权的各种方法”中规定，把继承和债作为取得财产的两大方法。规定遗嘱继承是主要形式，法定继承为补充形式，取消了长子继承制，代之以子女平分财产，确定了按亲等、按顺序的继承，不分性别、长幼、嫡庶都有同等的继承权。法典允许以遗嘱形式平分财产或自由地处理自己的财产，这是资产阶级“无限私有制”在继承问题上的

---

<sup>①</sup> 唐烈英：《法、德两国民法典之比较》，载《天府新论》1996年法学专辑第86—87页。



体现。在另一方面,《法国民法典》为维护资本主义婚姻家庭的稳定性,规定了特留份制度,即立遗嘱人用遗嘱处理遗产时,得为法定继承人保留一定数额,如有婚生子女1人时,遗嘱处理不得超过 $1/2$ ;婚生子女有2人时,不得超过 $1/3$ ,婚生子女有3人及3人以上时,不得超过 $1/4$ (第913条)。但法典第723条把非婚生子女或死者的配偶排除在法定继承人之外,反映了早期资本主义法律在身份法上的封建残余。

《德国民法典》把继承法列于亲属法之后,独立成编,表示继承并不完全属于债权、物权、亲属,这三者有一定联系,但不能等同,应单独加以规定。《德国民法典》确认并发展了《法国民法典》所确立的子女平等分配遗产和遗嘱自由等资本主义民法原则。具体表现在以下三个方面:

第一,《德国民法典》扩大了遗嘱处分财产的范围。在《法国民法典》中,采用的是“全体特留份主义”,即特留部分为列举的法定继承人全体保留,而计算标准,仅就遗产若干之几而定之。依此办法,应得特留份的数人中,如有丧失继承权者,其特留份归其他应得特留份之人(第913条)。而《德国民法典》则采取“个别特留份主义”,即特留份部分为列举的继承人个别保留,而计算标准,就各继承人应继份若干分之几而定之。依此办法,应得特留份之数人中,如有丧失继承权者,其特留份即算入遗嘱处分之部分,与其他应得特留份之人无关(第2303条)。

第二,在继承顺序上,《法国民法典》的继承顺序是按亲等体系,按亲等远近来确定继承顺序:死者的直系血亲,旁系血亲。而《德国民法典》是按亲等体系,继承顺序为死者的直系血亲,死者的父母、祖父母、曾祖父母、高祖父母,如果这些人都已死,可以代位继承。

第三,《德国民法典》第1391条把死者未亡的配偶作为法定继承人,比之前述《法国民法典》的规定,表明已婚妇女在继承

法上的地位有了提高。

#### (六) 立法技巧和体例结构方面

从法典编纂的体例来看,《法国民法典》是采用罗马的《法学阶梯》的模式,其体例由总则和人、物、债法三编组成,而《德国民法典》是采用罗马的《学说汇纂》的模式,其体例由总则、债务关系、物权、亲属和继承五编组成。上述这种体例上的差异,其形成有着深刻的历史根源。18世纪末的法国立法者认为,自然法在内容上是理性的,因为它只包含一些法则,要把这些法则表述出来,用《法学阶梯》的体例制定一部以清楚明确、简炼严谨的方式表述出来的法典,更具普遍实用的价值。而19世纪末的德国立法者比较重视经过许多著名罗马法学家集体编成的法学著作,加之19世纪由于德国民法学的勃兴,德国法学家对《学说汇纂》的研究已取得较系统的成就,如《潘德克顿法学》教科书的问世,使德国法学界对五编制的民法体系极为熟悉,从而使《德国民法典》采用《学说汇纂》体例由可能变为现实。事实上《德国民法典》“五编”的结构,要比《法国民法典》“三编”的结构更为科学和合理,因为《法国民法典》的体例结构存在缺陷,如其在“取得财产的方法”题下,把继承和捐赠、契约和侵权行为、婚姻财产、特殊契约、抵押和时效等罗列在一起,显得零乱无章、缺乏系统性。

在立法的语言文字方面,《法国民法典》语言通俗易懂、文字优美、条款清晰简要、规定具体而无弹性,对于普通的法国人来说亦能比较容易地明了指导本国法律的主要原则;而《德国民法典》语言抽象而精确、概念严谨而准确、通篇逻辑体系十分严谨,没有经过专业法律教育的人不易理解该法典的内容。上述这种差异究其原因,一方面是因为,《德国民法典》的制定比《法国民法典》晚近一个世纪,当时德国的法律科学已有较大发展,法学理论的繁荣,促进了立法的发展,使立法更为完整,概念更

为科学，含义更为准确；另一方面，由于当时德国立法者深感当时社会变化迅速，预见到靠一部法典是不能全部规定未来社会发展的，因此，必须使条文概括、抽象，以便让法官在实践中自己掌握和灵活运用。

### 第三节 1900年《德国商法典》

#### 一、德国商法的变迁

##### （一）德国商法发展历程

考察德国商法的发展史，我们不难发现，德国商法的进程与德意志民族的统一和国家的建立有着极为密切的关系，德国商法的形成和发展经历了一个漫长的历史过程。

自罗马帝国灭亡之后，在相当长一段时期内，日耳曼人的习惯法和教会法在欧洲的广大地区处于支配地位。虽然到了9世纪，伴随着法兰克王国的瓦解而出现了德意志国家的雏形，到了10世纪，萨克森公爵亨利一世创建了德意志国家，开始了德国的历史，然而直到19世纪中叶，德国依然处于分散状态，国家始终未能达到真正的统一，国家的法制更是处于十分混乱的状态。在这时期，处于分裂状态的德国，不仅仅同时存在着具有法律效力的罗马法原则和制度、教会法、日耳曼习惯法等多种法律体系，而且各君主国自立其法，彼此之间的法律规定相互冲突。法律制度（包括民商法制）的分散和不统一，严重妨碍了民族的统一和国内统一市场的形成，阻碍了新兴资本主义经济的发展。

到了18世纪末叶，受法国民商立法的影响，德国的一些君主国开始了编纂民商法典的运动。1794年，普鲁士国王腓特烈·威廉二世颁布了《普鲁士邦法》，该法典第二部分第八编对商法作了颇为详尽的规定，该法典对后来德国的民商立法都有比较重要的影响。

到了19世纪初，各个封建君主国组成的德意志联邦在各成员国的协商之下，开始了全德统一的民商法典的编纂运动，其目的在于消除由于当时商事法规，尤其是票据法规的不统一给商事交往所带来的不利影响。德国于1848年制定了统一的《票据法》。接着，经普鲁士邦提议，联邦议会设置了《统一商法典》起草委员会，1861年颁布了《普通德意志商法》（即旧商法典）。旧商法典共5编、911条，分为第一编商人性质、第二编商公司、第三编合伙、第四编商行为、第五编海商。这个法典曾被大多数邦所采用。

1871年统一的德意志帝国建立后，开始了《德国民法典》的起草工作，民法典中包含了原先旧商法典中的许多规定，这样旧商法典保留这些规定已无必要。同时，统一后的德国商品流通秩序的建立也使统一前制定的商法典在内容上显得陈旧和保守，于是新的商法典的制定工作已势在必行。修订后的新《商法典》共4编、905条，分为第一编商事、第二编商事公司及隐名合伙、第三编商行为、第四编海商法。

1985年12月，根据欧共体的有关政策规定，德国立法机关对《商法典》进行了重大调整。调整内容为：将原来《商法典》中关于商事簿记的规定从第一编中删去，与关于资产负债表的规定一起，组成新的第三编。根据1989年10月23日的修改稿，现行《德国商法典》除海商法外，共分商事性质、公司与隐名合伙、商事簿记、商行为等四编。从新的《商法典》颁布至1989年2月，《德国商法典》（不包括海商法在内），共有41次修订。比较重大的几次修改是：1937年股份公司法 and 股份两合公司法的另立；1953年手工经营组织法的另立和代理商条款的修改；1976年关于农林经营者商人性质条款的修改；以及1985年12月就商事簿记而进行的法典结构调整等。

伴随着《德国商法典》的创制和修订，一百多年来，德国制

定了大量的其他商事法规，这些法规大多数脱胎于《商法典》，如公司法、票据法、银行法、保险法、运输法、竞争与垄断法等等。近年来，由于欧洲经济共同体条约以及一系列具体政策的出现，德国商法中的许多内容正遵循欧共体（现为欧盟）的统一政策而进行着协调性修改。<sup>①</sup>

## （二）德国商法发展动因

纵观德国商法的发展历程，经历了从产生到成熟的整个发展过程，其发展动因主要有以下几个方面：

### 1. 经济根源

商品经济的高度发展和商事关系的日益丰富是德国商法得以形成的前提。随着工业革命的成果和产业规模的扩大，产生了一大批新型生产组织，如大型企业、矿山、各种形式的公司。它们的经营、发展状况对国民经济产生举足轻重的作用，国家迫切需要借助法律手段调整它们。同时，世界性贸易的兴起使得贸易规模扩大，贸易手段更为多样，贸易管理更为复杂。从大量、快速、反复、易行等方面为贸易活动提供法律依据，通过完善买卖、银行、票据、交易所、以至反垄断方面的法律制度以实现贸易的监督与管理，已成为建立新贸易秩序之根本途径。

### 2. 社会根源

德国资产阶级革命的胜利，使“社会应受法支配”的思想深入人心。在自然法思想灌输下，传统的宗教观念分崩离析，人们日益清楚地认识到，除了公民的权利、财产需要受到法律保护，个人的自由需要受到法律约束外，一切经济组织、企业、财团、公司等都应该有自己的法律，其财产受法律保护，其活动受法律制约。在德国，人们还认识到，商法的制订不仅仅维护了商事交易秩序，而且在弘扬公平、正义、平等、自由观念方面，在维护

<sup>①</sup> 范健著：《德国商法》，中国大百科全书出版社1993年版，第41—43页。

私有财产不可侵犯的原则方面，以至推进整个社会的民主与法制方面，起到了推波助澜的作用。

### 3. 政治根源

在德意志帝国统一前，帝国一直处于分散状态，国中有国，法中有法。法律不统一不仅严重妨碍贸易交往，而且还严重妨碍着国家的统一进程。如到 19 世纪 40 年代，由于各邦自立其法，仅票据法就有 50 多种，因此，制定统一商法典或商事法规，不仅可以加速贸易和法制统一，还可以推进国家统一。

### 4. 思想根源

《德国商法典》及商事法规的系统化也与 19 世纪在世界范围内蓬勃兴起的民商法典编纂运动紧密相关。自罗马法在欧洲复兴以来，一大批法学家潜心研究立法技术和法学方法，经历几百年理论上的探索，到 19 世纪，德国民商法学理论日渐成熟，德国法学家们日益意识到编纂统一的民商法典及民商事法规的价值及意义。

## 二、1900 年商法典的基本内容

统一后的德意志帝国于 1897 年 5 月 10 日颁布了《商法典》，该法典于 1900 年 1 月 1 日起生效。《德国商法典》是根据《德国民法典》的一般规定制定的特殊法律，商法典共 905 条，分为 4 编。

第一编商事，包括商人、商事登记簿、商号、商事帐簿、经理权及代理权、商事辅佐人、代理商、商事居间人共 8 章。法典把商人解释为经营商业事务的人（第 1 条），并对商业事务的范围作了划分。法典规定了商号真实原则，即自然人的商号，必须以姓名为商号，其他商号的选用应当与营业的范围和种类相称。

第二编商事公司及隐名合伙，包括无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、隐名合伙共 5 章。法典规定，无限公司

是以共同的商号从事商业活动，公司成员对商号的债务负无限责任；两合公司是由无限责任股东和有限责任股东共同组成的公司；股份两合公司是两合公司的特殊形式，它和两合公司的区别在于，有限责任股东的资本必须分为股份，兼有无限公司和股份有限公司的性质；股份有限公司就是以确定的资本分为若干股份，由5人以上的有限责任股东组成的公司，它是德国大企业的基本组织形式；隐名合伙是合伙人以投资方式加入他人经营的企业，分享盈利并分担亏损，不直接对外负责，对企业享有某些监督权。

第三编商行为，包括总则、商事买卖、行纪业、运输行纪、仓储、货物运送、铁路运送共7章。法典明确商行为是符合经营其业务的商人的行为（第343条），并且对各种商行为一一列举。法典还规定了商业合同的一般条款，内容涉及商品买卖、批发、仓储、发送和转运等。

第四编海商法，包括总则、船舶所有人及船舶共有、船长、货运、客运、风险借贷、共同海损、海难救助、船舶债权人、海上保险、时效共11章。

《德国商法典》对破产、保险和票据均未作规定，这些领域历来均由单行法规调整，如1908年的《保险契约法》、1933年的《票据法》和《支票法》等。

### 三、《德国商法典》与《德国民法典》的关系

《德国商法典》与《德国民法典》的关系非常密切，两者可谓相辅相成，具体体现如下：

首先，《德国商法典》中的许多规范，是以《德国民法典》确立的一般性原则为基础而制定的。如《德国商法典》第373条—第382条对商事买卖作了基本规定：买卖双方当事人之间的权利和义务，原则上由《德国民法典》调整，即商法典中有关商事

买卖的规定在适用时必须与《德国民法典》第 433 条关于一般买卖的规定联系起来考虑。《德国民法典》中关于买卖的基本原则是《德国商法典》中买卖规则的基础。

其次，《德国商法典》中的许多规范，又是《德国民法典》的补充规范或特别形式规范。由这些规范所调整的行为方式超出了一般私法上的行为方式而具有商人权利主体之属性。由此，调整这些行为方式的法律规范则完善或补充了私法规则，成为既以一般私法原则为基础，同时又超过一般私法规则的特别规范。如前述《德国商法典》中关于商事买卖的规定就是对《德国民法典》中一般买卖规定的补充。又如《德国商法典》第 48 条关于经理权的规定是《德国民法典》第 164 条关于代理权规定的特殊形式；《德国商法典》中关于代理业务和运输业务的规定则是《德国民法典》第 675 条关于事务之处理规定的特殊形式。《德国民法典》中的一般规定在这里通过《德国商法典》规定的补充被适用。

再次，《德国商法典》中的某些规范取代了《德国民法典》中的规则。例如，《德国商法典》第 350 条规定了商事担保的形式自由原则，这一原则仅仅适用于商人及其行为，至于非商人及非商行为的担保形式，则适用《德国民法典》第 765 条—第 788 条的规定。由此，对于商人来说，在担保形式上，《德国商法典》之规定完全取代了《德国民法典》的规定。<sup>①</sup>

#### 第四节 第二次世界大战前德国 民法的发展演变

自 1900 年《德国民法典》开始生效至第二次世界大战结束的五十年间，德国民法经历了三个发展演变时期。

<sup>①</sup> 参见范健著：《德国商法》第 17 页。



### 一、帝政时期

从民法典颁布至第一次世界大战，是其全面适用和德国资本主义法制进一步巩固时期。此时，民法典被当作处理各种民事法律关系的主要依据，享有极高的权威。同时，为适应该时期德国资本主义飞速发展、社会关系急剧变化的新形势，统治阶级在民法典之外，还颁布了一些单行法规，补充调整各种民事法律关系，以巩固资本主义法制。如1900年7月16日生效的《德意志帝国贸易调整条例》、1901年6月19日实施的《出版契约法》、1908年的《动物饲养人条例》（对滥用契约自由作了一些限制）、1909年的《反对不正当竞争法》（禁止一切不正当竞争）以及1915年11月11日的《取缔高价买卖令》等。<sup>①</sup>

在第一次世界大战中，为了集中全德的人力物力以确保战争的需要，政府执行战时经济政策，颁布了一系列紧急立法，对社会生活加强国家干预。例如，限制价格、保证粮食供应和防止经济权力滥用等，这些法律具有公法性质，但所调整的关系却属私法领域，从而在德国法学中出现了“经济法”这一新观念，它是公法、私法混合的一个部门。由于经济法的形成，传统民法调整的范围开始缩小。<sup>②</sup>

在这一时期，德国开展了对19世纪后半期以来的传统的概念法学<sup>③</sup>的法律实证主义进行批判的改革运动，即“自由法运动”。自由法运动的产生背景是：由于已颁布的民法典内容上具有保守性，民法典未能充分反映在民法典制定过程中已经开始的社会经济的变化，如由工业化进展而引起的工人问题，由都市化

<sup>①</sup>（德）Franz Wieacker 著，铃木禄弥译：《近世私法史》，创文社1978年版，第581页。

<sup>②</sup> 由嵘主编：《外国法制史》，北京大学出版社1992年版，第288页。

<sup>③</sup> 即“潘德克顿法学”，因注重对法典中的概念和术语的分析、阐述而得名。

进展引起的土地、住宅问题，社会的组织化的进展，交易的集团化和大量化等。<sup>①</sup> 自由法运动的对象是法的解释和适用的方法论，其结果为最终以“利益法学”<sup>②</sup> 代替了“概念法学”。

## 二、魏玛共和国时期

第一次世界大战后制定的魏玛宪法，由于革命运动的高涨和社会主义思想深入人心，在 19 世纪末 20 世纪初改革的基础上，对私法作了许多新的规定。这些规定，既是对过去私法改革的总结，又代表了资本主义国家私法发展的方向。

魏玛宪法宣布保障所有权，但对私人财产所有权无限制原则作了修改，使对大企业的所有权“社会化”或部分“社会化”，具体表现在：

(1) 规定所有权负有义务，在行使所有权的同时应当增进公共福利（第 153 条）；

(2) 对于大企业，宪法宣布其中适合于“社会化”者，可予以赔偿收归公有，或由各州或自治区参与它们的经营管理（即使其成为公私混合经济）；在紧急需要时，政府可以使企业互相联合；职工得参与企业的经营管理（第 156 条）；

(3) 对于土地，宪法规定其分配和使用应由联邦监督，所有人有耕种及开拓的义务，地下宝藏及其他自然资源，均在国家的监督之下，并可依法收归国有；土地增值非由所有人投资或人工造成，其增值部分应归社会（第 155 条）。

宪法承认契约自由，把它作为支配经济关系的基本原则，但对 19 世纪个人主义契约自由理论进行了重大修改，如宣布经济

---

① 参见广渡清吾：《战前民法典的变化：德意志民法典的 50 年》，载（日）《比较法研究》第 58 期，1996 年。

② 其含义是强调在解释法律时，应考虑法律条文的措词和概念背后所体现的“利益评价”。

生活应与公平原则及维持人类生存的目标相适应，对个人经济自由的保障应限制在这一范围之内（第 151 条）；禁止重利，并重申民法典第 138 条关于违反善良风俗的法律行为无效的规定（第 152 条第 2 款）；由于职工参与企业的经营管理，包括决定工资水平与劳动条件，企业在对内对外的经济活动中，资本家的个人意志自由已经受到某些限制等。

宪法对婚姻家庭关系也作了一些新的规定。如宪法修改了民法典关于妇女和非婚生子女地位的规定，强调男女在婚姻等生活关系中地位平等（第 109 条、第 119 条）；国家扶助儿童、保护产妇（第 119 条）；非婚生子女与婚生子女享有同等权利（第 121 条）等等。

在宪法精神的指导下，国家在这一时期对租赁法、劳动法和不动产法进行立法性干涉，尤其是劳动法从民法中脱离出来，成为一个新的部门法。如依据宪法关于“劳动力受国家特别保护”的原则，1920 年 2 月 4 日颁布了《劳工法》，承认并保护工人的某些权益等等。

魏玛宪法在私法领域的改革，是在社会主义运动压力和推动下进行的，在根本上仍然是为了维护统治阶级的利益；从发展观点来看，虽然是一种进步，但在实践中并没有真正贯彻执行，当时德国整个经济发展水平也不具备实行这些改革的条件。更何况由于战败，空前规模的通货膨胀和失业，加深了人民的苦难，政府穷于应付此类问题，早把宪法宣布的理想搁置在一边了。

### 三、纳粹统治时期

1933 年 1 月 30 日，以希特勒为首的纳粹党上台，开始了长达 12 年的法西斯专政。国家社会主义（即纳粹）的意识形态所追求的是，在集团观念、种族观念和领袖原则的基础上急速地革新国家与法律。但以人人平等、自由为出发点的《德国民法典》与这

种意识形态无法协调，故纳粹统治者想用一部“民法典”来代替它，为此所作的筹备工作因第二次世界大战的爆发而停止。

《德国民法典》由于该时期一些专门法律的公布而发生了很大的变化。纳粹政权颁布了一系列扶助垄断资本、打击中小企业的法律，如1934年7月25日《卡特尔变更法》、同年11月27日的《德国经济有机建设的法律》、1933年5月12日的《小商人保护法》以及1937年10月的《股权改革法》等，修改了民法典确立的法人设立、法人登记、法人撤销等原则。1933年9月29日颁布的《世袭农地法》，修改或取消了民法典关于土地所有权、男女享有平等的继承权等规定，复活了中世纪的长子继承等法律制度，保证了兵源，并为正在发展的垄断企业获得充分的劳动后备军。1933年6月1日的《失业缓和法》和1934年1月20日的《国民劳动秩序法》等，废弃了民法典和魏玛宪法关于雇佣关系的规定，确立了妇女为家内奴隶、资本家与工人是主人与仆人的地位，并恢复建立了最野蛮的封建的法西斯奴役制度。

此外，纳粹政权还颁布了一系列单行民事法规，如1938年6月6日的《婚姻法》、1938年7月31日的《遗嘱法》、1939年7月4日的《自然人失踪宣告法律》，《婚姻法》特别规定婚姻是将日耳曼种人的血缘关系和民族延续于后世的社会制度，推行反动野蛮的人种政策，禁止德国人与犹太人、有色人种结婚，并对后两者加以残酷迫害，歧视非婚生子女，恢复男尊女卑、家长制的婚姻家庭关系等，废止了民法典和魏玛宪法规定的婚姻家庭法的各项制度和原则。

## 第五节 第二次世界大战后德国 民商法的发展演变

第二次世界大战后，德国曾一度为战胜国所接管。在此期间

所颁布的“监察委员会法”废除了特别的纳粹立法，同时《德国民法典》重新发挥作用。第二次世界大战结束后不久，由于种种原因，德国被划分为两部分，即德意志联邦共和国和德意志民主共和国。从第二次世界大战结束到 20 世纪 90 年代，两者的社会状况都发生了重大变化，民商法也随着不断变化。

### 一、1949 年基本法对联邦德国私法的影响

基本法首先承认人的各种基本权利，然后承认司法权与其他立法权、行政权处于平等地位，并肯定了立法权必须遵守宪法秩序。

基本法承认各种自由权，包括契约自由、所有权自由及遗嘱自由，并确立法律面前人人平等。而法律面前人人平等的结果必然导致男女平等、婚生子女和非婚生子女平等。

上述基本自由和权利是否直接适用于私人之间，即是否适用于私法关系？这就是所谓基本法的第三效力问题，联邦德国的理论界对此有争论。有人主张肯定说，指出某些私法关系是以服从为基础的，类似公民与国家之间的关系。联邦劳动法院曾撤销空中女招待员劳动合同上保持独身的条款，判决以基本法第 6 条关于婚姻自由的原则为唯一法律理由。多数学者主张否定说，认为直接执行基本权利会打乱民事关系的处理。在这个问题上，联邦宪法法院的立场是，基本权利是客观的价值关系，必然影响私法。因此，法院应按照基本法的精神解释他们所适用的法律规则。

联邦德国的法院甚至大胆创新，例如，1954 年联邦法院援用基本法第 1 条、第 2 条肯定了“总的人格权”。该法院以后的判决把这项权利引入属于《德国民法典》第 823 条第 1 项所称的“其他权利”。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 《德国民法典》第 823 条规定：因故意或过失侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，负赔偿义务。

## 二、战后德国民法的变革

德意志联邦共和国政府成立后，为了与基本法所确立的原则相适应，并满足社会经济关系发展的需要，通过下列途径对民法典不断进行修改，以便尽可能地把体现新趋势的制度纳入法典框架之内。具体途径为：

(1) 通过基本法或单行的从属于民法典的法律，直接对民法典的条款作出废止、修改和更新。如基本法第6条关于保护非婚生子女权利的规定，修改了民法典的相应条款。此外，联邦德国在第二次世界大战后颁布了一系列单行的从属于民法典的法律，来改革民法典，特别是对民法典的亲属法编作了深入的改革，如1957年6月18日的《男女平等权利法》、1969年8月19日的《关于非婚生子女的法律地位的法律》、1976年6月14日的《关于改革婚姻法和亲属法的第一次法律》、1976年7月2日的《收养法》、1990年9月12日的《供养法》。改革债务关系法编及物权法编的单行法律有：《旅游契约法》、《陆上交通法》、《耕地调整法》等等。<sup>①</sup> 至目前，民法典原有的2385条条文中，已有800多条被废除、修改或更新。

(2) 颁布单行法规，补充民法典的规定，用以调整以往未涉及的民事法律关系。如1965年的《股份公司法》，补充了民法典关于法人制度的规定，为公司特别是股份公司的扩大、发展以及它们之间各种各样的联合提供了必要的法律依据。

(3) 通过法院，尤其是联邦最高法院的活动，解释或重新解释、补充民法典的规定。如1956年7月14日“停车费”一案的判决，更新了民法典关于行为人因契约上之过失而负赔偿责任的

---

<sup>①</sup> 姜进波：《〈德国民法典〉的发展及其评述》，载《外国法译评》1993年第3期。

规定；<sup>①</sup> 1968年11月28日某养鸡场主A诉某药厂D的判决，改变了民法典关于雇主对受雇人侵权行为的责任原则。

(4) 学者的解释（学说）在司法实践中，也是更改民法典条款的重要形式（虽然法律对此没有明文肯定）。如有关保护公民人格权方面的民法学说，改变了民法典第823条、第847条的适用。<sup>②</sup>

通过上述途径，第二次世界大战后德国民法得到了较大的发展，这首先反映在债务关系法和亲属法方面。

契约自由的原则受到限制。民法典中有关“善良风俗”、“诚实信用”、“交易惯例”等一般条款，被用来适应新的民事法律关系。通过广泛采用“标准协定”（国家事先规定一些共同条件，也称“必要条款”），来限制当事人在决定契约内容上的自由。而且，法院也可以通过裁定契约的有效性来实施限制。此外，对垄断企业订立契约的自由，国家通过制定特别法规加以限制，如《反对限制竞争法》、《反垄断法》等。

在赔偿责任方面，普遍实行无过错责任原则。这种责任特别强加于交通、能源、动力及环境污染部门，通过制定特别法规加以确定。同时，还建立普遍的强制劳动保险制度，将国家和劳动资本承担的责任和风险转移到社会和广大劳动者身上。当然，过错责任原则作为一般原则在物质和非物质的损害赔偿中仍被充分适用，而且，法院还将这一原则扩大到对人格权和无形价值的损害赔偿。

在亲属法方面，根据基本法的原则进行改革，颁布了前述一系列民事单行法规。确定了男女平等和非婚生子女与婚生子女地

---

<sup>①</sup> 参见王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（1）第111—113页，中国政法大学出版社1997年版。

<sup>②</sup> 参见何勤华：《论〈德国民法典〉》，载何勤华著：《法律文化史论》，法律出版社1998年版。

位平等的原则。通过前述民事法规，废除了民法典第 1363 条关于“丈夫对妻子的财产有管理与使用收益权”的规定，夫妻双方都有处理自己的财产和选择职业的自由，父母都有权对子女行使亲权，允许非婚生子女对其生父的继承人有一种用金钱代替实物的继承请求权。在离婚问题上，开始采用“婚姻破裂”原则，对婚姻关系破裂无法挽回且夫妻分居达 3 年者，允许离婚。

联邦德国民法发展的另一重要领域是有关房屋租赁和住宅建设的房地产法。在住宅制度方面，一方面继续适用民法典关于契约制度的规定，另一方面适用新制定的单行法的规定，使之成为一个公私法交叉的法律部门。民法典主要调整房屋租赁关系，规定最高房租。1980 年的《住宅建设法》和 1982 年的《住宅费用管理法》则具体调整公民个人与国家的关系，如规定国家帮助建造社会公寓，以解决贫困家庭的住房困难，对低收入家庭、多子女家庭和其他有特殊困难的社会成员提供住房补贴等。

在民主德国，由于《德国民法典》在其立法目的上与社会主义的世界观不一致，所以它在民主德国境内被逐步废止。首先是 1966 年制定《家庭法典》废止了民法典中的家庭法部分，同年制定的《劳动法典》废止了民法典关于劳动关系的规定，最后全部民法典由 1976 年制定的《民法典》和 1982 年制定的《合同法》废止。<sup>①</sup>

1990 年 10 月 3 日德国重新统一，民主德国加入德意志联邦共和国。根据东西德签订的《统一条约》的规定，民主德国解体后，联邦德国的法律施行于全德国。法律的统一化也在私法领域有效，《德国民法典》及其附从法除较少几种例外情况外，都在新的联邦州施行。这种从一种法律秩序向另一种法律秩序剧变性的过渡带来了一大堆法律难题，这些问题部分地由所谓“过渡规

<sup>①</sup> (德) 海尔穆特·库勒尔著，孙宪忠译：《〈德国民法典〉的过去与现在》。



定”加以解决。但由于东、西德分裂的时间长达40多年，东、西德的社会性质不同，决定了两国民法的内容也有很大差异，这些因素使得在原联邦德国适用的民法在新联邦州内贯彻起来非常困难。如何通过完成对原属民主德国地区社会制度的改造使之适应现存的法律秩序和管理模式，实现德国社会内部的和谐统一，如何对适用长达百年的民法典等法律进行必要的整理和修改，使之便于在德国社会生活中适用，这些均是现代德国法律发展中急需解决的问题。

### 三、战后德国商法的变革

#### (一) 商主体新理念（企业法理论）

第二次世界大战后德国商法的变革，主要表现为《商法典》中有关商业组织的规定被逐渐分离出来，经历了由公司法向企业法的过渡，并且，越来越为独立的企业法所取代。传统的德国商法与公司法的特征为：把商业组织的活动纯粹当作私人之间的经济活动，并且同等地看待工业和商业，不承认作为一种社会制度和经济力量中心的企业具有组织上的独立性与自主性，完全不考虑企业职工在参与企业管理中的权利和义务。第一次世界大战以来，尤其是第二次世界大战后，联邦德国对商法典作了许多修改，并公布了一些新的重要立法，如1937年、1965年的《公司法》、1951年的《钢铁工业共同决策法》、1976年的《共同决策法》等，在此基础上初步形成了颇具特色的企业法理论。

1951年联邦德国律师工会成立企业法改革委员会。该委员会提出的报告指出，用公司法处理企业问题不能充分反映企业的实际情况，企业法是比较公司法内容更加广泛的概念，前者应该包括后者。这种观念为六七十年代的许多法律所采用。例如1957年的《反对限制竞争法》的对象是企业；1965年《公司法》有关联合公司的一章不用“公司”，而改用“企业”一词。

企业法的特征为：不再把企业活动视作纯粹私人的事情，对一切自主的企业，无论其性质与规模，均应受该法的管制；企业法以作为社会制度一部分的企业为主体，企业法重视企业规模的大小，而不是它的法律形式；企业法包含职工参与管理和共同决策权，使公司法和劳动法紧密结合起来。

独立的企业法的形成，反映了联邦德国社会的巨大变化，以及对经济组织功能的重新认识。企业法的概念已获得法律的认可，并在司法实践和学理上广泛使用。不过，它仍被认为是一个“过渡时期的法律概念”。<sup>①</sup>

## （二）康采恩

1965年的《股份公司法》首先出现了康采恩条款。<sup>②</sup>自此康采恩和职工的参与决策制度成为企业法理论的两大重要组成部分，是德国企业法的特色。

康采恩（企业集团）的定位有广义和狭义之分。

广义的康采恩即联合企业，按照《股份公司法》第15条—第19条的规定，只要符合以下任何一种情况，即构成“联合企业”：拥有多数资产的企业和占有多数股份的企业；从属企业和支配企业；康采恩和康采恩企业；相互参股企业。

狭义的康采恩，按照《股份公司法》第18条的规定，分为三种不同的类型，即事实康采恩、契约康采恩和联合企业。

事实康采恩是指在因持有另一家企业的多数股份或其他原因而拥有对该企业控制权的企业，为了推行统一的企业政策而实际行使这一权力时，形成的康采恩。

契约康采恩是通过企业契约结合的康采恩，这类企业契约中

---

<sup>①</sup> 沈达明、梁仁洁编著：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社1992年版，第35页。

<sup>②</sup> （德）托马斯·莱塞尔著，刘懿彤译：《德国股份公司法的现实问题》，载《法学家》1997年第3期。

最重要的形式是控制契约，除此之外，还有部分利润分流契约、利润共享契约以及企业租赁契约等。

联合企业是最紧密的企业结合形式，是由企业合并形成的康采恩，是一家股份公司持有另外一家股份公司的全部股份时，通过双方股东大会的决议以及进行商事登记而实现两者之间的一体化结果。

### （三）职工参与决策制度

德国的有关职工参与决策制度的立法，最早可追溯到 19 世纪末。第二次世界大战结束后，伴随着市场经济的建立与发展，职工参与决策制度在煤炭和钢铁工业中首次实行，并在 1951 年 5 月 15 日颁布的《冶矿业参决法》中得以确认。该法规定，拥有 1000 名以上职工的公司，监事会由 5 名资方代表、5 名劳方代表以及另外 11 名中立的成员组成，公司董事会中须有 1 名劳方董事，且上述劳方代表与资方代表在公司监事会上处于同等地位、享有同等的权利、承担同等的义务（同等代表制）。与《冶矿业参决法》相比，1952 年 10 月 11 日颁布的《企业组织法》相对落后，它没有规定同等代表制，只规定拥有 500 名以上职工的公司，职工代表须占监事会成员的 1/3。不过，它第一次同时规定了职工的社会参与决定和经济参与决策，从制度上对它们作了区分。1956 年的《冶矿业参决法修正法》将职工参与决策制度扩大适用于含有煤炭公司或钢铁公司的康采恩。1972 年 1 月 15 日德国重新颁布的《企业组织法》沿袭了 1952 年法律有关社会参与决定的内容，同时规定了其他形式的职工经济参与决策。1976 年 5 月 4 日，德国又通过了《参与决定法》，该法规定，拥有 2000 名以上职工的公司，监事会由人数对等的股东代表和职工代表组成，根据公司规模的大小，每方代表为 6 人、8 人或 10 人，且公司董事会中必须要有 1 名劳方代表。

上述各项法律形成了有关德国职工参与决策制度的一套完备

的法律规范体系。这些法律以德国公司法确立的公司“二元制”组织结构体系为基础，同时又推动了德国股份公司法的深刻变化，它成为德国公司法的一个有机组成部分。<sup>①</sup>

德国有关职工参与决策制度的立法旨在实现下列目的：控制企业权力的膨胀，对之进行有效的约束；实现企业的民主管理，促进资本与劳动的结合；缓和劳资矛盾，优化对雇员利益的保护。

德国法确立的职工参与决策方式，主要有以下四种类型：

一是职工通过参加公司监事会参与公司决策，这是职工参与公司决策的主要方式或主要途径；

二是职工通过参加公司董事会参与公司决策，这是一种高层次的参与决策的方式，但因其适用范围及代表人数有限，因此在实践中其作用不很明显；

三是职工通过企业参决委员会及经济委员会行使的经济参与决策权参与公司决策，与前两种方式相比，这种方式下职工所享有的发言权层次较低、参与程度也不够深入；

四是通过劳资协定所确定的参与公司决策方式，在不违背法律的前提下，职工可通过谈判在劳资协定中确定其参与公司决策的方式与范围。

#### 四、《德国民法典》的最新发展

从1979年开始，德国就开始了民法典债务关系法编的修正工作。1981年及1987年分别由德国的法学家们对此债务法修正工作发表了鉴定意见，随后在联邦司法部内正式设置了债务法修正委员会，由该委员会对给付障害法、瑕疵担保法及消灭时效

---

<sup>①</sup> 参见范健、张萱：《德国法中雇员参与公司决策制度比较研究》，载《外国法译评》1996年第3期。

法等急需修改的领域进行反复审议之后，于1992年发表了“最终报告书”，亦称“委员会草案”。该委员会草案（以下简称“草案”）至今尚未正式通过，但它反映了德国债务法发展的最新动向。<sup>①</sup>具体体现在以下几个方面：

其一，关于债务不履行的统一规定。现行德国民法典中的契约责任、履行障害规定，是以“不能”为中心的责任体系，并且，履行“迟延”与“给付不能”相并列。

草案中使用“义务违反”一词取代“不能”，将“义务违反”作为统一地把握一切履行障害事例的概念。草案将“义务违反”定义为：债务人不履行由债务关系产生的给付义务或应特别注意的义务。

草案将原始的客观不能和原始的主观不能同等地加以处理，并排斥了现行法律所规定的“以原始不能的给付为目的的契约无效”。这样，根据草案，在原始不能的场合下，当事人之间的契约也是有效的，可适用关于履行障害的规定。

其二，关于债务人的归责事由。现行德国民法典的契约责任、履行障害法中有两种补救手段，即损害赔偿和解除契约，而这两种补救手段都以“可归责于债务人的事由”为必要条件。

草案把“可归责于债务人的事由”限定出现在构成损害赔偿请求权问题的领域。草案实施了与作为补救手段预定的一个个效果的特征相关联的要件构筑（履行请求、损害赔偿、解除契约、契约内容的适应等）。这样，草案按补救手段，个别地、相对地考虑“债务人的期待可能性”，试图确定其妥当的范围。

其三，关于履行请求权。草案明确地将给付行为请求权等从

---

<sup>①</sup> 参见（日）潮见佳男著，于敏译：《最近欧洲合同责任、履行障害法的发展——德国债务法修正草案》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第8卷，法律出版社1997年版，第333—376页。

债务人的归责事由下分离出来。草案第 275 条规定：债务在不是金钱债务的场合下，债务人在即使依据债务关系的性质及内容尽负有义务之努力也无法实现给付的范围内，而且仅在此限，可以拒绝给付。

其四，关于损害赔偿请求权。关于债务人的损害赔偿 responsibility，草案在损害赔偿请求权的发生要件方面，未对现行法作重大变更。草案在维持过失责任原则的同时，对传统的理解作了一定修改。

其五，关于解除契约。草案规定解除契约不需要归责事由，并且，在有义务违反的场合下，原则上采取（仍然要经过相当的期间）承认解除的立场，同时列举了不能解除的场合。

德国现行民法典不承认解除契约与损害赔偿请求的并存，即当事人要么解除契约，要么就选择损害赔偿，但草案规定解除契约可以与损害赔偿并存，即当事人可以同时选择这两种补救手段。

此外，草案对现行民法典的第 351 条作出了重大修改，草案从“已经给付的标的物的灭失，并非排除标的物领受人解除权的事由”这一立场出发，以价值赔偿义务来调整由此产生的不适当状况。

其六，关于以瑕疵为理由的卖主、承包人责任。在草案的关于买卖和承揽契约的规定中，首先对权利的瑕疵和物的瑕疵未作区别，两者均为瑕疵给付，都作为债务关系上的义务违反加以把握。其次，关于权利或物存在瑕疵时的损害赔偿、解除契约，作为按照一般履行障碍法的原则的事态处理。再次，还肯定了债权人的追加完成请求权、债务人的追加完成权。最后，关于物的“瑕疵”的概念，草案采用了在学说、判例中得到压倒多数支持的“主观性瑕疵概念”，并且采用了不区别“过小给付”的场合的主张。

其七，关于情势变更和不安抗辩。现行民法典中，不存在关于契约缔结后情势变更的规定，但草案规定了在契约缔结后情势变更的场合下，当事人可以请求改订契约或解除契约。此外，草案还修改了现行民法典第 321 条关于谋求先给付义务人之保护的“不安抗辩权”的规定。

## 第五章 经济法

“经济法”（Wirtschaftsrecht），作为一个法律概念率先由德国提出，且作为一门独立部门法，现代经济法也最早形成于德国。正如马克斯·诺道所言：“德意志在任何事情上都是强有力的，在好事上如此，在坏事上亦然。”<sup>①</sup>就德国法学而言，其法律传统闻名于世。注重概念、结构的精巧，追求体例、理论的缜密，这一切源自德意志民族精神（Volksgeist），为德国经济法的生成提供了肥沃的理论土壤。变动不居的社会结构、史无前例的经济模式，又更有力地触发了德国经济法的充分发展。鉴此，德国被世人誉为“经济法母国”。

---

<sup>①</sup>（美）科佩尔·S·平森著：《德国近现代史》（上册），商务印书馆1987年版，第7页。



## 第一节 德国经济法概述

### 一、德国经济法的社会根源

德意志社会的变革与发展，直接推动着德国经济法律制度变迁演进。具体言之：

#### （一）德国工业革命是其经济法产生与发展的先决条件

19世纪的德国受政治、经济、思想等因素的制约，工业革命较英、法等国起步晚。政治上，德国处于四分五裂、邦国林立，“三百多个德意志诸侯与教会诸侯和一千多个帝国直属自由市、自由帝国骑士以及大修道院保持着一个僵化的等级社会，封建贵族在其中决定一切。”<sup>①</sup> 这些均严重阻碍了新兴资本主义的发展，尤其阻碍了商品农业的发展和国内市场的扩大。经济上，1800年前后，小手工业生产方式占统治地位，手工业行会极力排斥一切竞争，垄断本地区的产品销售，利用行会规章划地为牢，阻止异乡人进入自己的销售区，以确保本地手工业业主的收入，极大地限制了经济自由发展。思想上，德国受到英法启蒙思想影响，各种思潮泛滥，其中不乏要求变革的思想与主张，但代表新兴工商资产阶级利益的思想受到根深蒂固专制观念的遏制，未能付之实践。是故，直至19世纪初，德国依然是个有着工业革命准备的农业国。

19世纪30年代，德国采矿业比19世纪初已经提高了30%，消费品的生产也成倍增加。到四五十年代，工业革命全面展开，并迅猛发展，极大地推动了德国传统社会经济制度的变革。与社会生产力发展相适应，农村大批剩余劳动力流向工业和其他行

---

<sup>①</sup> [德] 迪特尔·拉夫著：《德意志史》，波恩 Inter Nationes 1987年版，第100页。

业，产业结构发生明显变化，科学技术取得巨大进步。据不完全统计，从1851年至1900年，在重大科技革新和发明制造方面，德国为202项，英国为105项，法国为75项，德国超过英法之和，仅次于美国，居世界第二位。这些科技发展与革新涉及工业、农业、交通运输业等各个领域，尤其是机器制造、光学、电气等工业部门。德国工业化及其引发的经济发展与转变是“德国近现代史中最引人注目的方面，整个近现代史中最令人惊异的篇章之一。”<sup>①</sup>这样，德国就在不到三十年的时间里实现了彻底的工业革命。

毋庸置疑，德国与其他国家一样，工业化以政治上的自由主义为必要条件，即经济活动必须不受国家的干预与控制。与此相适应，私法对自由权和所有权的保护，为自由经济发展奠定了基础。当时许多德国人希望制定一部像1804年《法国民法典》那样的全民族私法法典。1871年德意志帝国形成，实现了政治统一，这一愿望终成现实。与此同时，政治统一给许多领域带来了统一的经济法规，例如，统一的度量衡制度、部分统一的邮政系统以及1875年成立的中央德国国家银行。所有这一切措施均为工商业活动创造了更稳定、更有利的条件，也为未来德国经济法的出台奠定了基础。

## （二）德国工业集中是其经济法产生与发展的基本动因

德国经济在工业和银行业的集中方面发展极快。经济普遍加速发展之后，就出现了建立大企业（Riesenbetriebe）的趋势。各种类型的企业联合体（即卡特尔 Cartels）随之大量涌现。德国研究卡特尔的杰出权威罗伯特·利夫曼给卡特尔下的定义是：“以同行企业之间的契约协定的基础的联合体，这些企业在法律上各自

<sup>①</sup> 参见（美）科佩尔·S·平森著：《德国近现代史》（上册）第300页。

独立，联合的目的是在市场上发挥独占影响。”<sup>①</sup> 卡特尔有各种不同的类型，视其主要目的而定，有调节销售条件的卡特尔、调节价格的卡特尔、限制生产或供应的卡特尔、其成员可垄断某一地区的地区卡特尔、集中管理某一工业部门的整个国内市场的卡特尔，还有对外贸易卡特尔。这些类型并不排斥，在此之上，德国卡特尔彼此合作建立了国际卡特尔。

显见，卡特尔是德国工业集中的产物，也是现代经济发展的产物。作为一种企业组织形式，卡特尔几乎在德国一切工业部门以令人惊异的速度推进。1865年约有4个卡特尔、1875年约有8个、1885年约有90个、1890年约有210个，而在1905年德国政府对卡特尔进行调查时，已有366个。从某种意义上说，卡特尔也是德意志民众合作精神（Genossenschaft）与大普鲁士主义、泛德意志主义及帝国主义倾向相互结合的产物。

20世纪初，德国卡特尔进程扩展到大部分工商业部门，从最温良、最少受批评的卡特尔，即德国书商卡特尔，到庞大的煤、铁、钢、化学制品卡特尔，遍及德国各地，其中煤、铁和其他金属、化学制品、纺织和制砖方面的卡特尔最多。强大的卡特尔的典型例子是莱茵——威斯特伐利亚煤炭辛迪加。在1913年，它包含了87个大的采煤企业，控制着德国煤炭总产量的50%和鲁尔煤炭产量的95%。辛迪加总揽着全部销售，控制了货栈和莱茵河的全部煤炭运输。煤炭卡特尔还借助规定煤的价格对其他基础工业产生决定性的影响，通过操纵煤的价格，在几乎所有依赖煤的工业部门鼓励或阻止投机活动。钢铁卡特尔是另一典型范例。它包含了31个大公司，卡特尔的中央机构有权检查所有成员公司的帐目，甚至可以命令某工厂购置用来生产新型产品的新

---

<sup>①</sup> Encyclopaedia of the Social Sciences 第7卷第234页的条目：“Cartels”。

设备。德国遂成为“正统的卡特尔组织的国家”。<sup>①</sup> 其间，国家不仅不反对卡特尔，在许多情况下鼓励甚至强迫组织卡特尔，如1910年在钾碱工业中就强迫成立了一个卡特尔。国家还以众多其他方式干预经济生活，国家就如同一个企业家实际经营着工商企业，经营着更大规模的采矿、林业和大农场。“德意志帝国逐渐变成一个公有和私有混合的经济结构。在这个时期，就已经为后来的战争经济、魏玛共和国的实验、最后是民族社会主义党制度打下了基础。”<sup>②</sup> 个人经济活动在极为狭小的德国经济空间中日渐示微。

德国立法者（国会）越来越多地利用权力调整经济，如1884年修订《公司法》，其结果是极大限度地扼制“契约自由”精神在这一领域的弘扬。正如拉德布鲁赫（Radbruch）所言：“《德国民法典》可以说是生不逢时。个人主义的经济观点和经济思想，由自由放任的个人经济力量产生出最共同的福利理论，完全的自私自利与共同繁荣兴盛间先已存在的和谐的理论，已经开始呈现衰落。……因而，《德国民法典》乃处于两个时代的交换点上：它的双足仍然立于自由市民的、罗马个人主义法律思想的土壤之上，但是，它的双手却已踌躇迟疑地、偶尔不时地向新的社会法律思想伸出。”<sup>③</sup> 国会不再满足于从公平调停经济参与人纠纷的角度规范经济关系，借助纯粹私法保护自由竞争，而积极热衷于从经济的共同利益规制社会经济关系，努力寻求通过全新的第三类法律规范（既非公法，亦非私法）——经济法、劳动法等，有效地控制自由竞争，实现德意志国家调节经济的需要。

### （三）两次战争与重建是其经济法产生与发展的外在力量

① 参见（美）科佩尔·S·平森著：《德国近现代史》（上册）第320页。

② 同上书第325页。

③ （德）拉德布鲁赫著：《法学导论》，中国大百科全书出版社1997年版，第65—66页。

第一次世界大战初期，德国经济仍是比较自由化的经济，但到1918年则演变成彻底军事化的国家社会主义经济，这就是所谓的“战时经济”。其时，经济生活的各个方面均受到政府的控制与调节。“战时原料处”（KRA）负责人瓦尔特·拉特瑙（Rathenau Walther）预言：“我们的办法会给未来的时代留下印记。”<sup>①</sup>事实正是如此，这一新型的经济组织不仅对进行战争，而且对今后社会经济机制创建都有着重大意义。德国由此形成国家统制经济，颁布“兴登堡纲领”，即国民服役法，用以调节劳动力的供应，并作为调节生产与消费的措施的补充。还颁布强制卡特尔法令，扼杀中小企业，垄断经济得以充分发展。

魏玛共和国时期，德国经济生活经历了不同的三个阶段。1918年至1923年的通货膨胀时期，政府加大干预经济力度，收到稳定货币的效果。1923年至1929年的繁荣昌盛时期，由于使用新的技术装备，卡特尔经济联合发展到又一新高峰——康采恩（Konzern），如水泥工业中的西门子康采恩和维金康采恩、航运业方面的哈帕格、钢铁工业中的联合钢厂股份公司和化学染料工业中的法本公司等。与此同时，劳动力组织的地位也得以强化。在高度集中的企业主机构与高度严密的劳工团体之间，国家成为社会经济生活的最后仲裁人和调停者。而在1929年至1932年的经济危机时期，政府采取诸多新的经济管理措施，这既为1933年后严格控制经济准备了条件，也为以“国家之手”调节、干预经济的经济法完善健全提供了更特殊的社会空间。

1933年，希特勒窃取政权，实行金融资本的公开恐怖专政，实行强制卡特尔。如：1937年，政府直接插手工商业，使赫尔曼·戈林企业成为欧洲最大的工业联合企业，几乎所有其他工商业都受到极权国家的严格控制；农业方面，也组成一个巨大而有

<sup>①</sup> 参见（美）科佩尔·S·平森著：《德国近现代史》（上册）第438页。

严格纪律的卡特尔，加入这一卡特尔就是强制性的，卡特尔控制了土地使用权、农产品交易、价格、甚至耕种和生产的细节。第二次世界大战期间，“经济总署”、“军备委员会”等组织拥有极大的权力，进一步管制和调配战时全国的经济活动。

第二次世界大战结束后，德国由英、美、法、苏四国占领，建立了四个占领区，经济复苏十分艰难。1948年6月18日，美、英、法占领区的“经济议会”在法兰克福通过《在货币改革后经济政策指导原则法》。这一法案的实施标志着德国西部（即联邦德国）经济选择并实行社会主义市场经济。1950年起，联邦德国经济逐步恢复。1951年至1965年，是联邦德国经济高速发展阶段。1960年，国民生产总值超过英国，一跃成为世界第二经济大国。经济的重建与腾飞，为各种新兴经济法律、法规创设与修订，提供了时代契机。1966年至1967年的经济危机，结束了联邦德国经济高速发展的阶段，转入过渡阶段。1974年，联邦德国爆发了更严重的经济危机，国民经济进入低速发展阶段。1981年至1982年再次爆发新的经济危机，大批企业倒闭、财政收支和国际收支更为困难。针对这一窘况，联邦政府推行了刺激私人投资、减少税收、削减社会福利等经济政策，促使经济有所回升。此间，国家为了均衡社会经济利益，防止因垄断而导致限制甚至扼杀竞争的现象，防止不正当竞争行为，遂积极以社会的最高公共仲裁人的身份干预社会经济生活，由此，逐渐形成一套完备的国家宏观调控经济的法律制度。

## 二、德国经济法的法律界定

在德国，“经济法”一词最早出现于1906年德国创刊的《世界经济年鉴》。1910年前后，德国学者哈依曼发表了关于经济法方面的论文。第一次世界大战后，德国法学会在理论界开展对“经济法”界定的广泛讨论，从此，形成诸多经济法学说。各种

经济法概念、各种理论与主张，孰是孰非不能一概而论。

埃希勒 (Eichler) 在《经济法》(Wirtschaftsrecht) 一书提出的关于德国各种经济法学说的五分法，得到世人的广泛赞同。其分类为：(1) “集合”理论 (Sammeltheorie)<sup>①</sup>；(2) “作为组织经济的法的经济法”理论 (Wirtschaftsrecht als Recht der organisierten Wirtschaft)；(3) “作为企业主的法的经济法”理论 (Wirtschaftsrecht als Recht der Unternehmer)；(4) “世界观”理论和“法学研究的社会学方法”的理论 (Weltanschauliche Theorie und Rechtssoziologische Auffassung)；(5) “作为经济法的中心概念的经济统制”理论 (Lenkung der Wirtschaft als Wirtschaftsrechtlicher Zentralbegriff)<sup>②</sup>。

上述诸论大致可分为两大类：第一类是侧重于强调经济法是一个独立法律部门并加以论证的理论；第二类是不强调经济法是一个独立的法律部门，甚至否认其存在的理论。<sup>③</sup>

第一类理论主要包括以下几种观点：

(1) 组织经济法说，即“作为组织经济的法的经济法”理论，其代表人物是哥尔德施密特 (Goldschmidt)。他主张：“经济法是为了改进生产而规制交易经济和共同经济的特有的法”。他指出，“组织经济” (organisierte Wirtschaft) 就是“以改进生产为目的而被限制的交易经济和共同经济 (Gemeinwirtschaft)”，它在国民经济中占有独立地位，调整这种“组织经济”的特有的法就是经济法。哥尔德施密特基于对卡特尔、辛迪加、托拉斯等市场

<sup>①</sup> Sammeltheorie 原意为集合、聚合、集中、收集、搜集。(日)金泽良雄：《经济法概论》称之为“集成说”。

<sup>②</sup> (日)金泽良雄将(2)(3)合称为对象说，将(5)称为机能说。参见金泽良雄著：《经济法概论》(满达人译)，甘肃人民出版社1985年版，第6—9页。

<sup>③</sup> 张守文、于雷著：《市场经济与新经济法》，北京大学出版社1993年第一版，第34—37页。

支配现象的较明确的认识，把组织经济作为经济法的对象，倡导把社会学的方法与经济政策的观点加以结合来认识经济法。<sup>①</sup> 这种观点得到著名法学家拉德勃鲁赫（Radbruch）的支持。

（2）企业管理说，即“作为企业主的法的经济法”理论，其代表人物是卡斯凯尔（Kaskel）。他主张：经济法是有关企业管理的专门法，商法是有商业（Handel）的专门法，经济法的调整对象是企业管理或为完成经济企业主的事业而产生的关系，由于企业管理是企业主的事，因而经济法也就是企业主的法。<sup>②</sup> 这种观点得到浩斯曼（Haussmann）的支持和发展，他特别强调商业企业之外其他企业的发展，认为各种企业都是现代经济不可或缺的，其发展需要经济法的调整。<sup>③</sup>

（3）经济统制说，即“作为经济法的中心概念的经济统制”理论，其代表人物是彼姆和林克等。彼姆认为，经济法的中心概念是国家的经济统制，主张经济法的调整必须要考虑到在国家统治经济和特定经济政策意义上的经济秩序以及有关的经济制度。<sup>④</sup> 林克则认为经济法是统制（Lenkung）、促进（Förderung）或者限制（Begrenzung）营业活动的法律以及国家性决定的组织的法律，强调从国民经济的整体立场出发，由国家对经济发展进行规制。<sup>⑤</sup>

第二类理论主要包括以下几种观点：

---

① Goldschmidt, a. a. O. SS. 3—12.

② Kaskel, Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts, Recht und Wirtschafts als Rechtsdisziplin und Lehrfach JW. 1926, 11ff.

③ Haussmann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1938, S. 138; Die Grundlegung des Rechts der Unternehmen zusammenfassungen, 1926; Das Recht der Unternehmen zusammenfassung, 1932.

④ F. Böhm, Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff des Wirtschaftsrechts, Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht, 1936, Heft 31; Eichler, a. a. O. S. 22.

⑤ Rinck, a. a. O. S. 3.



(1)“集合”理论，其代表人物是努斯鲍姆(Nussbaum)。他主张：经济法是一个集合的概念，是一系列法律规范的综合。他认为，以给国民经济以直接影响为目的的规范，即是经济法，而间接影响国民经济的法律以及只以个人生活为对象的法律，不应属于经济法的集合。<sup>①</sup> 这种观点产生于第一次世界大战中及战后，虽未揭示经济法作为独立法律部门的理论根据，但它却为其后注重经济法的对象、目的、作用的研究奠定了基础。

(2)“世界观”理论，其代表人物是海德曼(Hedemann)。他主张：法学研究应注重时代精神，现代社会是以“经济性”(Wirtschaftlichkeit)为其时代精神，“经济性”就是现代法的特征。他认为，渗透着现代法的经济精神的法就是经济法。正如18世纪，以“自然”为其时代精神而导致自然法的兴旺一样，现代社会的经济发展必然导致经济法的发达。<sup>②</sup> 该观点提出了经济法研究的一种方法论，但并未对经济法是否是独立的法律部门加以论释。

(3)“社会学方法”理论，其代表人物是盖勒(Geiler)和威斯特霍夫(Westhoff)。盖勒主张：经济法就是运用社会学的方法研究与经济生活有关的法律，它是一种用于法学研究的社会学方法。<sup>③</sup> 威斯特霍夫则认为：一切有关经济的法律都是经济法，这是最广义上的经济法概念，法学研究上的经济法就是对与经济有关的法律进行研究的 sociology 方法。<sup>④</sup>

综上所述，由于经济法概念较新，所涉及的经济生活诸领域变化万端，日新月异，加之它在传统法律部门又存在着新的法制

① Nussbaum, Das neue Deutsche Wirtschaftsrecht, 1922.

② Hedemann, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1922.

③ Geiler, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neuern Wirtschaftsrechts, 1922; Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 1931, S.176ff.

④ Westhoff, System des Wirtschaftsrechts Bd.1, 1926.

和法律意识上的冲突，因此，在经济法方面形成完全同一的共识甚为艰难。<sup>①</sup> 德国经济法的法律界定亦是如此。然而，并非各种经济法理论都是孤立存在、毫无共通之处的，事实上，德国的经济法理论也在不同程度上产生相互影响。其原因在于德意志社会孕育了这一新兴法域。本质上，德国经济法正是适应社会经济调节要求的法律。“笼统地说，归属经济法范畴的所有有关的法律规定，它们包括在生产、贸易或金融等领域通过规定、引导或职业方面的调控所进行的干预。经济法调整的是国家对于贯彻社会主义市场经济成分的影响，既涉及自由市场经济的公共利益，也涉及竞争者在保证自由市场时的私人利益。”<sup>②</sup>

简言之，德国经济法是依靠“国家之手”即“看得见的手”，满足各种社会经济调节需要的法，是立足于市民社会，弥补传统民商法调整不足的部门法。

## 第二节 德国经济法的沿革

### 一、德国经济法的起步

1871年德国统一后，德国的经济由于货币及度量衡的统一、中央银行的成立、铁路的普及、法制的健全以及普法战争胜利所得的巨额赔款，而出现了空前的繁荣。伴随着1873年经济危机开始形成的卡特尔，通过1878年起实行的保护关税政策而得到了迅速发展。<sup>③</sup> 卡特尔的出现为经济法的起步提供了经济温床。

---

① 张守文、于雷：《市场经济与新经济法》北京大学出版社1993年版，第54—55页。

② F. Bauer / G. Walter: Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Verlag C. H. Beck, 1992, S. 118.

③ 丹宗昭信、厚谷襄儿著：《现代经济法入门》（谢次昌译），群众出版社1985年版，第21页。

1896年5月27日，德国第一部反不正当竞争法《向不正当竞争行为斗争法》诞生。由于该法中未制定一项原则性的一般条款（Generalklausel），对于变化多端的不正当竞争形态无从逐一列举，因此，它在《反对不正当竞争法》于1909年7月10日生效的同时失效。其时，德国与美国不同，卡特尔只要不滥用其地位，就可以不受法律的约束而得以发展。

1897年，最高法院的判决就认为：卡特尔协定只要不是对同业者和非同业者施加不正当的压力、不违反善良风俗、不侵害营业的自由，就是有效的。

在社会保障领域，早在200多年前，就产生了社会保障制度及其立法，如1794年5月，普鲁士王国颁布的《全国通用法律》中，具体规定对国家的贫民救济，这是社会保障立法的雏形；1854年10月，制定了工人保险法，即《矿山、冶炼及盐场工人互助会联合法》；1883年6月，世界第一部《医疗保险法》，即《工人疾病保险规定的准则》诞生；1884年7月，颁布《事故保险法》；1889年9月，颁布《伤残及养老保险法》。从上述法律法规中不难发现，德国经济法在社会保障法领域中，其立法范围在逐步扩展。这为20世纪上半叶德国社会保障法律制度的形成，奠定了坚实的基础。

## 二、20世纪上半叶德国经济法的发展

1902年至1905年，德国政府虽对卡特尔实际运作情况进行调查研究，但未就卡特尔采取任何具体的立法对策。

1909年6月7日，德国颁布了《反对不正当竞争法》，又称《竞争法》（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb，简称UWG）。其立法目的在于排除竞争中的不公正、不道德行为，建立并发展公开、公正的竞争，保护市场经济的正常运行。它的颁行标志着德国政府已充分认识到国家应当积极干预市场经济的意

义，并付之实践。

1910年，《钾矿业法》，正是德国运用国家权力扶助卡特尔的法律。

1914年至1918年的第一次世界大战期间，为了进行战争，德国更多地运用国家权力，对重要物资及其价格实行国家统制，即国家集中管理经济，如在战争进行不久的1914年8月，德国议会通过《授权法》，授权参议院在战争期间可以“发布对于防止经济损害所必须的措施”；随后，1915年颁布《关于限制契约最高价格的通知》；1916年颁布《确保战争时国民粮食措施令》等经济统制令。<sup>①</sup>

第一次世界大战后，社会民主党政权根据《魏玛宪法》的社会化条款（第156条），计划对产业实行社会化和公有化。1919年，虽然对钾和煤炭工业实行了社会化，但实际状况只是加强了对卡特尔和辛迪加的保护和监督。<sup>②</sup>魏玛政府先后颁布了《卡特尔规章法》、《煤炭经济法》、《钾盐经济法》等一系列经济统制法，对大企业的经济活动和主要物资的供应进行直接地干预和限制，从而开创了把“经济法”这一概念明确运用于立法本身的先例。

1923年11月颁布的《防止滥用经济权力法令》是一部具有代表意义的经济统制法。其立法宗旨是，为了防止卡特尔对参加卡特尔者和未参加卡特尔者行使强制力，以滥用其经济力，从而削弱卡特尔对市场的支配力。其主要内容：第1条，所有卡特尔协定必须用书面缔结；第3条，排除向法院提出诉讼的协定无效；第4条，卡特尔在不当提高价格或者通过区别对待、不当侵害营业自由等危及国民经济或公共利益の場合，经济部长可以要

① 李昌麒主编：《经济法学》，中国政法大学1994年5月第1版，第12页。

② 参见（日）丹宗昭信等著：《现代经济法入门》第22页。

求新成立的卡特尔法院禁止卡特尔的成立或宣布其无效；第8条，参加卡特尔协定者，在有不当限制价格形成的自由等重大理由的场合，可以解除契约；第9条，对违反卡特尔协定的制裁措施未经卡特尔法院的同意，卡特尔方面不能行使；第10条，无论是卡特尔还是托拉斯，在利用其地位而危及国民经济或公共利益场合，经济部长可以向卡特尔法院提出让卡特尔或托拉斯的参加者声明退出卡特尔或托拉斯的要求。1930年、1932年及1933年，受1929年世界经济危机的影响，《防止滥用经济权力法令》先后修订了三次，其内容发生了若干变动，最突出的变化是，在努力加强卡特尔的同时，规制卡特尔的权力实际上从卡特尔法院移至经济部长。

严重的经济危机，对竞争领域的法律政策也产生了重大影响，德国对《反对不正当竞争法》也进行一些补充与修订，如1932年、1933年颁布了两个附加条例等。<sup>①</sup>

1932年3月9日，《关于有奖销售的法令》颁行，其立法目的在于，消除商人在提供有偿商品或服务的同时，附加提供某种无偿的商品或服务的弊端。这种有奖销售或提供无偿馈赠的做法受到普遍地禁止，但也有例外的情况，例如，提供标准的商品附件（如用来盛装所购买茶叶的茶叶筒等）、通常的辅助性服务（如商品的质量保证、免费的停车场地、免费送货、无偿咨询、以现金支付价款或批量购买时的价金折扣等）都是允许的。<sup>②</sup>

1933年11月25日，《回扣法》（Gesetz über Preisnachlässe: RabattG）颁行，其立法目的在于，限制现金支付和批量购买提供回扣的做法。虽然该法并未从整体上禁止给予回扣，但是对消

---

① Stern usw: Einführung in das deutsche Recht, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1990, Seite 126.

② （德）罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年第1版，第318页。

费者所能享受的回扣待遇作出了严格的限制，即用现金支付价款时的折扣不得超过3%（第3条）、批量购买货物时的价格折扣则不得超过本行业中通行的标准（第7条）。<sup>①</sup>

至此，德国已有了国家对竞争管理的法规，其维持竞争秩序、限制垄断发展的竞争法律体系已初具规模。

1933年11月2日，魏玛政府颁布了《卡特尔法》，其立法宗旨是，对卡特尔协定采取限制措施。主要规定，对抬高物价“妨害公共福利”的卡特尔协定及不利于“国计民生”的生产、贩卖的卡特尔协定，经经济部长申请，卡特尔裁判所有权宣布此类卡特尔协定无效，命令其停止执行并作出变更。

1934年7月15日，纳粹政府颁布《德国卡特尔变更法》和《德国强制卡特尔法》。前法规定将卡特尔法院原来的关于卡特尔协定权力移交给联邦经济部部长，以达到取消对卡特尔协定的限制和加强卡特尔的目的。后法授权经济部部长在一些重要的生产部门强制组成新的辛迪加、康采恩和卡特尔，以达到运用国家权力加速资本的集中，促进垄断组织的发展。<sup>②</sup>

鉴此，德国以国家公权全面干预经济，实施官民一体的经济统制，这种做法被继续用于第二次世界大战。

1933年6月1日颁布的《失业缓和法》，名为救济失业，实际上是牺牲广大女工的利益，增加资本家容克地主的收入。该法主要规定女工可以从工厂企业转移到家庭充当女仆，免除其部分税金。此外还规定，授权联邦政府发行10亿马克的国库券经营建筑业，以免税的方法鼓励资本家和容克地主添置新的机器设备，扩大工农业生产规模。

<sup>①</sup> 参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》第318页。

<sup>②</sup> 张寿民主编：《外国经济法制史》，华东理工大学出版社1997年第1版，第84页。

1934年11月27日，纳粹政府颁布《德国经济有机建设的法令》，规定全国成立工业、商业、银行、保险事业、动力经济和手工业六个经济组，由行业卡特尔负责人兼任各组主席，并成立帝国经济商会，下设十八个州经济商会。

1935年，颁布《动力工业法》、《小商人保护法》等，由国家某些经济部门和行业进行强烈的干预，严格限制竞争，如《小商人保护法》就规定：无限期禁止新建或扩建百货商店，禁止已开业的百货商店经营摄影、理发、食堂和茶馆。

伴随着德国政治、经济的更迭，德国经济法在社会保障方面也发生着深刻变化，德国社会保障法律体系得以完善。

1911年7月19日，颁布了一部由六项法规组成的《帝国保险条例》(Reichsversicherungsordnung: RVO)，具体包括《帝国保险各分支的共同规定》、《疾病保险》、《事故保险》、《工人养老保险》、《保险者之间及与其他义务者之间的法律关系》以及《法律程序》。

1911年12月，制定了《雇员保险法》，并于1913年1月1日生效。

1924年1月，《矿工保险法》进一步将德国养老保险制度更加扩大化和法律化。

1927年7月，制定了《职业介绍和失业保险法》。

应指出的是，在相当长的时间内，《帝国保险条例》成为德国社会保障制度的基本法。

### 第三节 德国经济法的新发展

#### 一、德国经济法新发展的动因

“如果我们谈到联邦德国的经济宪法原则，那么同民主的概

念一样，不言而喻地要提到‘社会市场经济’的概念。”<sup>①</sup>是故，战后德国经济法新发展动因就在于，社会市场经济模式的缔造与运作。

众所周知，19世纪西方国家的市场经济主要以自由主义政策为特征，从自由的和国家最少干预的理论出发，国家的作用仅限于国内治安、对外防护以及提供基础设施。对外经济关系也实行自由的原则，各国间的经济是通过金本位制相互联系的。从这个意义说，金本位就构成一种世界货币。在第一次世界大战后，这种经济秩序发生了彻底的变化，一种与古典自由主义不同的观点，即国家必须实质性地和广泛地干预经济的观点越来越深入人心。

早在第一次世界大战结束后，就有人如福斯托夫(Forsthoff)等宣传“国计民生的国家”的观点。根据这种观点，政府必须为它的公民制定广泛的社会救济制度，其范围甚广，如照顾第一次世界大战的受难者，通过安排就业和制定经济景气政策制服1929年以来的世界经济危机等。

因此，第二次世界大战后，德国再次提出了这样的问题，即国家应该走什么样的道路。在1945年至1948年间，人们集中讨论了应当选择什么样的经济秩序的问题。一种意见是赞成继续维护纳粹自1936年以来实施的并在第二次世界大战期间(1939年至1945年)又大大发展的中央集权的经济制度。然而，以路德维希·艾哈德(Ludwig Erhard)为首的弗莱堡学派和以社会市场经济的代表米勒·阿尔玛克(Mueller Armack)为首的国民经济学家组成的另一派则认为，只有建立一个现代市场经济才可以解决所出现的问题。人们讨论的结果可简短地概括为：市场经济虽

---

<sup>①</sup> F.Bauer/G.Walter: Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Verlag C.H.Beck, 1992, S.119.



然在经济生活中是生产率很高的组织形式，对社会是积极的，并从而成为提高各社会阶层人民福利生活的前提条件，但是，作为其基础的市场制度和竞争制度需要社会的补充，并在个人不能自救的情况下提供社会保障。国家的救济和保障是否是必要的以及在什么范围内是必要的，取决于占统治地位的伦理的和政策上的考虑以及经济政策的各种历史背景及其成果。在一个福利国家，可以确定一个与救济一般危急和贫困不同的救济标准。<sup>①</sup>

1948年6月的货币改革和经济改革对道路的选择起了决定性的作用。在这次改革中，当时还生效的帝国马克兑换为德意志马克，并免除了战争债务。与此同时，废除了许多领域的管理制度。过去商店里甚至连最重要的日用品都感到匮乏的悲凉景象在一夜间变了样。后人称该现象为“德国的经济奇迹”。德国创造“经济奇迹”的历史，也就是其社会市场经济模式发展的历史。

1948年由路德维希·艾哈德推行的政策被称为“社会市场经济”。早在1947年7月，米勒·阿尔玛克率先提出了“社会市场经济”这一概念。对“社会市场经济”，他作如下的解释：“它不是自由放任式的市场经济，而是有意识地从社会政策角度加以控制的市场经济。”<sup>②</sup>“社会市场经济是按市场经济规律行事，但辅之以社会保障的经济制度，它的意义是将市场自由的原则同社会公平结合在一起。”<sup>③</sup>这一表述，现在仍是对“社会市场经济”最权威的界定。米勒·阿尔玛克始终是路德维希·艾哈德的密切合作者。在路德维希·艾哈德强调计划经济与市场经济的对抗时，

---

① (德) 克里斯蒂安·瓦特林 (Christian Watrin): 《德国的社会市场经济秩序》，王晓晔译，载《外国法译评》1995年第3期。

② 张精华著：《德国市场经济体制》，兰州大学出版社1994年第1版，第44页。

③ 张精华著：《德国市场经济体制》，兰州大学出版社1994年第1版，第44页。

米勒·阿尔玛克则完全看到了“积极的社会经济政策或社会主义经济政策同市场经济相结合的意义。”<sup>①</sup>因此，确切地说，路德维希·艾哈德与米勒·阿尔玛克均是“社会市场经济”之父。

“社会市场经济”这一概念精辟地描述了一种纲领性的思想。路德维希·艾哈德在其1957年出版的《来自竞争的繁荣》一书中曾详细介绍社会市场经济的发展与实践。作为社会市场经济中“社会因素”的积极倡导者，他认为，“社会因素”永远包含在市场经济之内。扩张性的高增长率的经济政策就是优良而直接见效的社会政策。然而，他承认，物价及利润的上升与工资增长之间的矛盾成了“不愉快的社会棱镜”，而这一“棱镜”中存在着“良好的经济性”。因此，他主张，不能用资本主义，而要用一个给公民重新带来自由发展可能的新体制，取代效率低下的计划经济。这一体制应当显示高度的自主权、职业选择的多样性和社会进取机会，应当节约且有效地利用自然资源，并启动具有生产性和创造性的发展进程。只有在符合人的尊严的体制下，才能实现“为了全体人民的富裕”这一目标。鉴于此，德国社会市场经济模式为其经济法新发展提供了时代契机。

## 二、德国经济法新发展概况

社会市场经济是一个规范社会经济秩序的特殊纲领，内蕴着竞争原则、生产资料私有制原则、社会平衡原则及国家原则等，是莱茵模式的突出典范。<sup>②</sup>第二次世界大战以后的几十年中，德

<sup>①</sup> 张精华著：《德国市场经济体制》，兰州大学出版社1994年第1版，第44页。

<sup>②</sup> 德国《明镜》周刊曾载文把当代世界上成熟的市场经济体制大体分为三种模式：第一种是盎格鲁撒克逊模式，以英美为代表；第二种是莱茵模式，以德国为代表；第三种是公司资本主义市场经济模式，又称“亚洲模式”或“东方模式”，以日本及亚洲四小龙为代表。

国一直在不断推进和稳定这一市场经济秩序，并逐渐形成一种“德国模式”，引起世人的广泛关注。如欧洲联盟内部曾就此进行激烈地讨论，其争议焦点在于，是否应按照法国的模式，特别是通过产业政策，使国家适度调控的观点占上风，还是应按照市场经济和社会的国家相结合的德国模式来决定欧洲共同体未来的道路。长久以来，德国模式仅被视为适用于一个国家的现象，而不能向其他国家移植。其缘由在于：社会市场经济来源于德国的土壤，来源于德国思想理论潮流，也来源于德国的社会经济现实。作为“经济法母国”，德国经济及社会立法的启动与深化就得益于此新兴经济模式。这体现在以下四个方面：

(1) 社会市场经济的竞争原则要求规范社会市场经济秩序的法律。

竞争是市场经济的支柱。经济自由主要是竞争自由。路德维希·艾哈德提出，“凡没有竞争的地方，就没有进步，久而久之就会陷于呆滞状态。”社会市场经济的竞争特点，有别于传统的经济自由主义的自由竞争，古典的经济自由放任，出发点是借助市场达到利益的自然和谐，而社会市场经济并非完全由“看不见的手”自动调节，还需“看得见的手”予以扶正。因为社会上的每个人及团体之间都努力要求得到更多的自由或更多的社会保障，社会内部的冲突极其现实。单一市场分配引发的社会问题，是自由的市场经济所无法克服的。同时，人为地形成卡特尔等生产集中造成的权力聚集，对自由竞争的破坏性影响，也是市场经济本身因缺乏这方面的抗体而难以消除的。自由放任市场经济状态下种种预期行为对生产、交易等带来的风险，市场过程也无力避免。所以，社会市场经济需要“看得见的手”即国家的必要干预。“一方面原则上允许在自由市场经济中单个企业的联合，另一方面则要确保单个企业不能垄断市场，造成若干竞争对手的竞

争事实上不可能再进行。”<sup>①</sup> 国家必须为这种竞争创造基础条件和环境，通过制定政策措施予以推动。简言之，须国家明确竞争的条件范围，以便公认的竞争准则在这一条件范围内发挥应有功效。

第二次世界大战后德国推行一种积极的经济制度政策，包括：积极的货币政策和稳定通货膨胀、开放的市场以及竞争调节措施，旨在建立相应的一系列竞争秩序。正如路德维希·艾哈德在其著作《大众福利》（“Wohlstand für Alle”）一书中指出的：“竞争是市场经济制度不可分割的组成部分，甚至是其最重要的内在因素。排斥、损害或妨碍竞争都将会导致从根本上破坏这种经济制度。”<sup>②</sup> 早先，为控制第二次世界大战后留存的经济力量，使之不致过于集中，占领德国的盟国曾颁布一些法律。但这些法律虽规定严厉，但从技术角度考察，却是不完备的。第二次世界大战之后，为适应建立和发展新的社会市场经济的需要，德国社会市场经济的拥护者更坚决地反对卡特尔，反对限制竞争，并反对将国营企业，如邮局、铁路、银行以及保险业等，作为所谓的竞争法适用除外的领域。他们特别强调：竞争虽然首先是一个法律的问题，但是它与社会的其他领域，如经济、政治、文化以及社会观念也有着密切联系。从而，规范社会市场经济秩序的法律陆续颁行。时至今日，所有欧洲国家中，德国关于竞争和卡特尔的法律是最复杂、最全面的。

1948年至1958年，德国经济逐渐恢复，社会市场经济模式初步运行，在此基础上，1957年7月27日，德国联邦议院正式颁布《反对限制竞争法》（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-

---

<sup>①</sup> F. Bauer/G. Walter: Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Verlag C.H. Beck, 1992, S. 121.

<sup>②</sup> 刘兆兴：《论德国社会市场经济法律体系》，载《外国法译评》，1994年第3期。

Kungen 简称 GWB)。该法立法目的在于保护竞争自由和铲除经济强权，其立法意义在于为其后社会市场经济在有序环境中的稳定与高速发展提供了保障。是故，它被视为德国社会市场经济的基本法，共有 109 条，历经数次修改与补充，特别是 1966 年 1 月、1980 年 9 月分别针对当时急需发挥市场机制功能、保护竞争秩序，而对该法作了重大修正。其首要目标是“保持市场的结构与份额”，该法“只适用于那种特定的企业联合体，主要有三种形式：康采恩、合并和卡特尔。”<sup>①</sup>

《反对不正当竞争法》在具体调整范围上，与《反对限制竞争法》有一定差别，但彼此作用是互补的，目的及功效是相同的。尤其是，1969 年、1970 年、1974 年及 1975 年，多次对其修改，使之更具法律意义。《反对不正当竞争法》以及作为其补充的《调整一般交易条件法》，后在保护供给方面的竞争，反对在市场上使用非正当手段，反对市场上一切违背良好习俗的行为，限制企业或个人任意对待顾客的可能性，或单方面将风险强加于弱者的可能性，禁止违背信誉原则而导致合同伙伴吃亏的交易条件。

与此同时，制定保护消费者权益方面的法律，也是规范社会市场经济秩序方面的重要法律。

1978 年 1 月 4 日，联邦议院颁布《损害赔偿责任法》(Haftpflichtgesetz)。

1989 年 12 月 15 日，联邦议院通过《有缺陷产品责任法》(Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte)，又称《德国产品责任法》，详细规定：产品制造人的责任，包括责任人的种类及其责任范围、责任的分担、责任的减轻、责任的强行性等方

---

<sup>①</sup> F. Bauer/G. Walter: Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Verlag C. H. Beck, 1992, S. 121.

面；消费者权益的保护内容、损害赔偿请求权的范围等。

此法颁行后，1985年7月，欧洲共同体部长理事会颁布的《关于协调成员国有关缺陷产品责任的法律规定和行政规定的指令》，就成为德国的国内法。这种与国际“接轨”的立法，极大地促进了德国本国经济秩序和欧共体大市场经济秩序的衔接与协同。

(2) 社会市场经济的生产资料私有制原则要求规范社会经济主体的法律。

从根本上说，社会市场经济是一种私有制，即建立在生产资料私人占有这一生产关系基础上的经济制度。德国《基本法》虽规定保证财产私人占有的权利，即生产资料作为私有财产的自由。但生产资料私有制原则并不意味着全部生产资料均必须归私人所有。生产过程中，可以由公共或国有企业、集体企业、合作社参与，但其前提是，它们必须作为供方或需方纳入竞争市场，且不得干扰价格的形成。现有经验充分表明，国有企业极易成为国家的“自然保护区”或“经济特区”。因而，规范国有企业尤显重要，其指导思想就是，确保国有企业所有权与决策权严格分离，并将经营权委托全权负责的职业经理人员。

允许私人中小企业存在，既是分散生产资料的所有权和支配权，削弱强权经济产生的趋势，也有助于以生产资料所有者的获利机会和责任风险引导企业决策，并将资本引向获利最大的投资场所，避免生产资料私有制与垄断性强权地位的媾合，实现有效率地公平竞争。

鉴此，在公司法领域，《德国民法典》（Bürgerliches Gesetzbuch: BGB）、《德国商法典》（Handelsgesetzbuch: HGB）历经几十年不断的修改、补充与完善，其相当一部分涉及规范社会市场经济主体的内容。值得指出的是，1892年德国通过的世界上第一部《有限责任公司法》（GmbHG），联邦德国政府成立之初

就着手对它进行修订，直至1965年9月，重新颁布《公司法》。1978年2月，颁布一项法律对《公司法》进行修正，使之适应德国社会市场经济发展的需要，且与《欧洲经济共同体公司法第2号指令》相一致。该法对股份公司、股份两合公司、联合企业、康采恩等垄断联合性企业，以及公司的合并等均作出详尽规定。与此同时，1977年，对《私人有限公司法》（1892年4月颁布）进行适当的修正。

在规范社会市场主体行为的领域中，除见诸《德国商法典》的有关条款，德国还对某些商业行为进行单项规制，制定了不少专业性极强的单行法律法规，例如：1952年颁布并于1969年修订的《机动车货运法》、1938年制定的并经多次修订补充的《铁路交通法》等。1965年9月，专门制定《上市股票公司法》，以规范最主要的商业公司之一——上市股票公司。此外，先后对早在30年代就颁行的《商业和农业合作社法》、《汇票法》、《支票法》、《仓库单据法》，以及其他有关法律法规，进行比较全面的补充和修改。德国《汇票法》中有关管理汇票的法律条款与《日内瓦汇票公约》的相关内容相一致；德国《支票法》中有关对支票进行管理的法律条款与《日内瓦支票公约》的相关内容相一致。由此可见，德国的经济立法，特别是有关规范市场经济主体行为的法律法规，十分注重与国际相关法律（公约）“接轨”。其内在原因在于：社会市场经济自身是一种开放型的经济，它要求该法律成为自己通向世界的重要“桥梁”。从一定意义上说，这正是德国经济法法律制度现代化乃至世界化的征兆。

1977年4月，《标准合同条件法》生效。这是很重要的法律。它规定：标准合同条件，是指对大批量的合同所事先规定的合同条款，并由合同一方当事人（使用人）向合同另一方当事人（合同对方）在签订合同之际提出。该法严格地界定十几种无效的标准合同条件，并详尽地列举无效的标准合同条件的类别；同

时规定某些可以评价的标准合同条件；规定标准合同不得损害合同对方的权益，也不得破坏诚信原则。此法的意义在于，全面调整市场主体行为，有力地保护着诸多主体特别是消费者和作为消费环节的中、小商人的利益。<sup>①</sup>

此外，德国的《股份法》及其施行细则、《企业责任法》、《企业章程法》、《劳资共议法》、《工资合同法》、《营业场所租赁法》等，也分别对各市场主体的行为作出了具体的规定。

(3) 社会市场经济的社会平衡原则要求规范社会市场经济社会保障的法律。

社会市场经济中“社会”的含义充分体现于社会平衡原则上。经济生活中的市场与竞争的秩序，一方面意味着选择一条以提高生产率增加社会财富的道路，另一方面也意味着社会分工要服从为避免各种危机而制定的规则。社会市场经济理论认为，一个有效率的市场经济体制不仅要完成经济任务，而且还要完成一系列重要的社会保障任务。详如：人的生存任务，即每一个现代社会都必须努力保障每个社会成员过上最起码的生活水平；社会供给任务，即国家通过收入的再分配，缩小社会差距和弥补起跑条件上的和负担上的不平等；社会公正任务，即采取经济政策和财政政策时，应同时兼顾公正分配与公正生产的效用；社会保险任务，即建立相应的医疗和其他社会保险系统等。

诚然，德国社会政策历史上曾标榜错误的二元论，即把促使市场的作用变为无效或者严重限制市场作用的措施看作是“社会”的。最突出地表现于，为一些人的利益而常给其他公民造成负担，如在社会住宅建设方面，虽然保护承租人的立法和对租金的调节，有利于这类住房的幸运占有人，但同时又将年轻一代推向租金昂贵的私房市场，或强迫他们排长队等候社会住宅。这一

<sup>①</sup> 参见《联邦德国经济法规选》，刘小林译，中国展望出版社，1986年版。



情况在有效率的市场上是不应发生的。尤其是，以社会为导向的市场经济的基本问题是要重视经济，重视社会政策分配的效果，否则，社会保障制度会陷入危机。<sup>①</sup>因此，德国社会保障立法，其宗旨是追求社会平衡，避免“市场失灵”，预防“政府失灵”。

第二次世界大战后，德国的社会保险制度、社会福利及社会救济立法步伐大大加快。其间，不断改革、完善的社会保险制度，成为社会保障体系中的核心。1951年2月，《自治管理法》颁行，规定社会保险要实行自治管理的原则。按照《基本法》的规定，社会保险属于政府的任务范围，基于社会平衡的内在要求，政府将此任务交给劳资双方，促进投保人、雇主和保险的管理融为一体。具体表现在以下几个方面：

1951年8月，《解雇保护法》（Kündigungsschutzgesetz: KSchG）颁行。该法规定，如果雇主在实施一项解雇计划时，征求了企业委员会的意见，并发出相应的解雇通知书，处于通知期间的有关雇员可依据本法提供的手段，为自己进行自我保护。

1969年，《就业促进法》颁布。该法规定，失业保险是除公职人员外，所有雇员均必须参加的法定义务保险。凡是投保人在失业前三年里至少就业了一年，并依法在此期间参加了失业保险，均有权领取失业保险金，并有权免费接受职业培训或转岗培训。雇主和雇员各自交纳一半保险金。

1953年，《严重伤残法》颁行。1957年，联邦德国根据社会情况的变化和发展社会市场经济及健全社会保障制度的需要，对退休养老制度进行了改革。1957年10月，德国联邦议院第一次颁布《农民养老救济法》，将农民纳入社会保险的范围。1968年的《全体雇员的保险义务》、1972年的《全体公民特别是自食其

---

<sup>①</sup>（德）克里斯蒂安·瓦特林著，王晓晔译《德国的社会市场经济秩序》，载《外国法译评》1995年第3期。

力者和家庭妇女的退休养老保险》等法令，进一步拓宽了养老保险范围，并使之拥有更加完备的法律保障。1975年颁布的《社会法典》，对社会福利制度、社会救济制度、社会补偿制度等，作出更具体、更系统的规定。

基于社会市场经济的社会平衡原则，德国以社会立法的形式，将一系列社会保障制度与社会保险制度有机地连接，逐步建立一个促进德国社会基本稳定和经济迅速发展的“社会福利网”。

(4) 社会市场经济的国家原则有利于建立规范社会市场经济宏观调控的法律。

根据社会市场经济的主导思想，国家原则贯穿并寓于上述私有制原则、竞争原则和社会保障原则之中，国家的任务由此便是管理与监督市场上的竞争，并对私营商品供给补充某些公共商品，实行秩序政策；要理顺市场经济主导的经济过程，实行经济景气政策；校正市场结果，实行社会福利政策。所以，社会市场经济也就是私有制经济的市场与竞争经济和国家秩序政策、经济景气政策与社会福利政策的混合体。

在社会市场经济体制下，国家的秩序政策应确定市场经济活动的全体参加者必须遵守的法律和社会条件，应该“保证建立一个符合人的尊严的制度”。<sup>①</sup>路德维希·艾哈德曾把国家担负的这一秩序政策的任务比作足球赛的裁判角色，其职责是保证比赛规则的遵守，并有权管理违反比赛规则的行为。国家还制订相应的规则，修正相当一部分私人的市场决策，尤其是“市场失灵”发生时，国家干预是合适的。然而，逆“市场”发展规律进行干预，易导致“国家失灵”，故要求对市场继续进行新的干预。

在社会市场经济体制下，经济景气政策的功能在于，排除市

---

<sup>①</sup> 张精华著：《德国市场经济体制》，兰州大学出版社1994年第1版，第65页。

场过程中产生的整体经济的不平衡。社会市场经济的鼻祖之一米勒·阿尔玛克认为：经济周期不完全就是对经济过程的破坏，而是一种随动态发展的必然现象。因此，经济景气政策的任务是防止繁荣转变为萧条，而非消灭经济发展中的动荡。经济景气政策的各方面，如价格政策、市场政策、外贸政策、农业政策、货币和信贷政策、资本市场政策等，必须相互适应，必须服从同一原则，形成一个不相互矛盾、不相互抵消的整体。但须指出的是，在社会市场经济中，这一整体仅是国家在时间上有限的应变干预，而非过时状态的干预或滥用成本的干预。显而易见，为避免发生“国家失灵”，社会市场经济急需一个强大的国家，一个生活在这一集体中的全体成员能够认同的国家。

鉴此，德国《基本法》为国家干预经济提供了法律基础。其第15条规定，在一定条件下可以将私有财产收归社会所有。第22条第一款规定，国家有义务对经济过程带来的不利于社会的结果进行干预。

源此规定及授权，德国历届政府均充分注重借助相关法律法规作为“宏观调控”的依据和工具。这主要涉及投资法、计划法、预算法、银行法、信贷法、价格法、税法、货币发行法、外贸法等。就经济治理的宏观层次而言，下列两部法构成了德国社会市场经济宏观调控法的基本法。1957年7月，联邦议院通过《德意志联邦银行法》，该法确认德意志联邦银行作为具有公法形式的联邦直接法人，具有独立的法律地位，规定联邦银行作为货币政策的执行机关担负的任务，是负责调节货币流通和经济企业的信贷供给，保持货币价值的稳定，为国民经济的稳定发展提供货币条件。

1967年6月8日，德国联邦议院通过《经济稳定与增长促进法》，同年6月13日颁行，1975年修订。该法强调联邦和各州在采取经济和财政措施时必须注意“宏观经济平衡”，必须在

市场经济秩序的范围内采取这些措施，保证经济持续和适当增长的同时，有助于价格水平的稳定、高就业率和国际收支平衡，以实现和长期保持国民经济总体平衡的目的。

在对社会市场经济进行宏观调控的范围内，德国的价格法、交通法、邮政法、能源经济法、农业法、税收法、关税法及对外贸易法等，同样发挥着极为重要的作用。例如：《价格法》详尽规定国家对价格进行宏观控制的原则、方针和领域。国家干预价格的原则是“适合市场”，即在不干扰、不阻碍市场正常发挥调节作用的情况下方可进行。国家干预价格的方针是只在自由价格的形成不能达到预期结果时，或这种预期结果以间接作用的手段也不能实现时，国家才对价格进行调控；国家对价格调控要尽量减少干预程度；国家对价格调控要根据市场状况进行；国家对价格调控时，若要提价，则必须考虑经济景气状况；必须定期审查国家的价格调控等。此外，联邦政府依法对一些特殊生产和服务行业的价格进行行政干预。其中，对农业农产品价格进行长期的、强烈的干预，以保护本国农业市场和农民的利益。这与欧共体制定“界线价格”、“指令价格”、“干涉价格”，保护欧共体农业市场相协调。为此，1965年9月，德国还制定了《联邦德国农业在共同市场中一体化法》，旨在保护本国农业市场，限制进口，对农产品国内价格与进口价格之间采取补贴差额的办法，对主要农产品，通过国家负责控制进口和储备农产品的主管部门的干预，减少或防止国内价格波动。

#### 第四节 德国经济法制

##### 一、《反对不正当竞争法》

##### (一)《反对不正当竞争法》的目的、范围及实施

该法第1条规定：“凡在商业交易中以竞争为目的违背善良

风俗者，可请求其不作为和损害赔偿。”这一一般条款充分表明，该法立法目的是确保企业之间能够公平地进行竞争，禁止商业竞争中的一切违背良俗的行为。一般条款从颁布之日起，历经近90个春秋，至今只字未改，其功能随着市场竞争手段的变化在不断扩充，被奉为主宰整部法律的“帝王规则”（Kaiserlich Norm），<sup>①</sup>成为德国法系中法官依法造法活动的最成功典范，堪与德国民法典第242条的“诚信”条款相媲美。

该法第3条亦称“小一般条款”，主要调整误导广告。

这两项一般条款对整部法的适用发挥着支配性作用。其中，第1条的适用范围更广泛。就德国现行法律而言，《反对不正当竞争法》与《反对限制竞争法》适用情况必然有相互接近或相互重叠之处。这一情况可见于某种形式的不正当竞争中，如大企业为挤垮小企业而持续以最低价格出售商品等，这一行为既构成对《反对不正当竞争法》第1条规定的违反，也构成对《反对限制竞争法》第22条所规定的对市场支配地位的滥用、第26条所规定的禁止差别待遇的违反。司法实践中，德国虽属于典型的大陆法系国家，法官依《反对不正当竞争法》第1条、第3条审判的案例却异常丰富。一般来说，适用该法的不正当竞争行为有以下四种：<sup>②</sup>

（1）妨害自由（Beeinträchtigung der Entschliessungsfreiheit）就是妨害顾客的购买决定自由，故又称“诱逼消费者”，即用各种不同方法操纵消费者的选择。通常情况，顾客按照营业主体所提供的商品的价格、质量自主决定其购买与否。若以违背善良风俗的手段招揽顾客或用户，通过误导、强制、烦扰、引诱、滥用

<sup>①</sup> Emmerich: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1987, S.11; S.128—132.

<sup>②</sup> 郑友德：《德国反不正当竞争法对模仿行为的规制》，载《华中理工大学学报》（社科版）1996年第2期。

权威等不正当竞争行为妨害顾客的购买决定自由，则应依一般条款裁处。例如：一个制作石碑的石匠到一户正在举行丧事的人家征求订作墓碑，或者某汽车修理行或租车公司在交通事故现场拉生意，这就属于《反对不正当竞争法》第1条所规定的侵扰行为。<sup>①</sup>

(2) 阻碍竞争 (Behinderungswettbewerb)，并不是指任何不同程度地影响同业竞争者利益的竞争行为。如果竞争者以阻碍同业竞争者的方式，使其无法在市场上从事正常的营业活动，则应依一般条款予以禁止。典型的阻碍竞争行为有：阻碍进入市场、低价倾销、抵制、差别待遇、滥用经济支配地位和对比性广告等。例如，某石油卡特尔为挤垮一家连锁汽车加油站，蓄意采取联合行动，以低价销售汽油，德国最高法院认定这属于违反《反对不正当竞争法》第1条和《德国民法典》第826条所规定的违反善良风俗的行为，并判决该石油卡特尔负有违法责任。<sup>②</sup>此外，在特殊情况下，如果送发自己的产品是为了封锁市场，并永久性地损害竞争对手的市场销售，那么这种行为也可能构成违反善良风俗。<sup>③</sup>为了竞争而采用抵制手段是违法的，即使是用抵制的方式表达政治上的观点也同样可能是违法的。<sup>④</sup>

与其他国家不同，德国《反对不正当竞争法》对对比性广告采取了一种强硬的立场。该法第14条规定，禁止传播有损竞争

<sup>①</sup> 《联邦最高法院民事判决汇编》第56卷，第18页（《墓碑案》）；联邦最高法院判决，见《德国法律月刊》，1975年卷，第381页—382页（《事故现场拉生意案》）。参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版。

<sup>②</sup> 《联邦最高法院民事判决汇编》，第134卷，第342、347页（《本拉思加油站案》）。参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》中国大百科全书出版社，1996年版。

<sup>③</sup> 《联邦最高法院民事判决汇编》，第43卷，第278、280页（《克利耐克斯案》）。参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》中国大百科全书出版社，1996年版。

<sup>④</sup> 《联邦宪法法院判决汇编》，第25卷，第256、263页；该案对《闪光灯案》的判决提出了异议。

对手及其商品的事实。据此，如果竞争的一方能证明自己披露的事实是真实的，那么他将不负任何责任。但如果他将自己提供的服务与其竞争对手所提供的服务加以比较，他实际上是根据自己的标准进行判断，即使所披露的事实准确无误，也有可能构成对该法第1条的违反。<sup>①</sup>与此同时，基于宪法对言论自由的保障和出于保护消费者的公共利益，法院也确认许多禁止对比性广告的“适用除外”情况。如广告制作者可就商品的种类和销售方法作出客观的比较，也可为清楚说明自己的服务或商品而进行必要的比较。<sup>②</sup>在特定的情况下，法院还允许在价格上进行准确、客观的比较。<sup>③</sup>消费者杂志也有权公布公正地比较商品检测的结果，尽管这些检测结果可能会对某些商品制造商不利。<sup>④</sup>

(3) 违法占先 (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch)，是另一种为了在竞争中取得优势而违反竞争规则的方式。竞争者降低价格或成本，违反税法、价格法、劳工法，如诱使竞争对手的高级职员违反雇佣契约或限制性约款而为自己工作等；<sup>⑤</sup>商店违反打烊时间规定，延长营业时间；经营者违反商品明码标价规

---

① 参见(德)罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版，第315页。

② 联邦最高法院判决，见《工业产权的法律保护与著作权杂志》，1964年卷，第208、210页（《电视采访案》）。

③ 《联邦最高法院民事判决汇编》，第49卷，第325页（《节省40%案》）；权威判例见联邦最高法院判决，见《工业产权的法律保护与著作权杂志》，1952年卷，第416页（《耐久罐头案》）。参见(德)罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版。

④ 林登梅尔·莫林：《联邦最高法院判例摘编：民法典第823条》（《第一商品检测案》）。参见(德)罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版。

⑤ 联邦最高法院判决，见《工业产权的法律保护与著作权杂志》，1966年卷，第263、265页（《化学结构案》）。参见(德)罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版。

定等，都有悖于效能竞争（Leistungswettbewerb）原则，违背善良风俗。

须注意的是，《反对不正当竞争法》第1条只适用出于竞争的的目的而违反法律的情况，如在杂货店中出售法律只许可在药房销售的药物。<sup>①</sup>

（4）坐享其成（Ausbeutung fremden Leistung），是指坐享他人成果，所涉及的不是阻碍或妨害竞争对手，而是不公正地利用竞争对手的工作成果。为了促进社会进步，繁荣市场经济，不受知识产权法保护的智力成果，任何人都可以自由使用。一个人完全可以为其竞争对手所为的事情，但不能侵害竞争对象受特殊保护的的权利，如专利权、商标权等。常见典型的坐享其成行为有：盲从模仿、直接模仿、间接模仿、攀附他人信誉、寄生于他人广告、恶意“挖人”等。例如，有系统地仿造他人的产品，窃用他人的构想，或通过模仿竞争对手的商品广告或商品包装等方式而盗用他人的声誉等。<sup>②</sup>又如，任何人都无权为盗用竞争对手的成果而有计划地诱使其雇员离职。<sup>③</sup>

上述这些均是法院根据《反对不正当竞争法》第1条审判的案例所确立的原则。但值得一提的是，该法其他条款的具体禁止性规定，如第17条至第20条有关以阻碍竞争为手段的模仿行为

---

① 《联邦最高法院民事判决汇编》，第22卷，第167、179页（《药物加装案》）；鲍姆巴赫·赫弗梅尔：《竞争法》，第536、540页；施里克采取了一种更为极端的立场，见《违法与违反道德》，第250页（1970年版）。参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社，1996年版。

② 《联邦最高法院民事判决汇编》，第5卷，第1、10页（《胡美尔图像案》）；第44卷，第288、300页（《苹果夫人案》）；联邦最高法院判决，见《工业产权的法律保护与著作权杂志》，1968年卷，第371、377页（《玛吉案》）。参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社，1996年版。

③ 联邦最高法院判决，参见《工业产权的法律保护与著作权杂志》，1966年卷，第263页（《化学结构案》）。参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社，1996年版。



规定，常与该法的第1条的一般条款配合适用。

在新近司法实践中，越来越强调以本法第1条的概括规定，保护投资，严厉制止“坐享其成”。如：时装设计，其花费必须在短时间内回收，季节结束前的模仿是不允许的。同样也应给予那些出版不受或不再受著作权保护的作品的出版商一定的期限，收回投资。这一期限结束后才允许竞争者用照相复制的方法翻印这些图书。<sup>①</sup>“坐享其成”的模仿被视为不正当竞争。

## （二）“不正当竞争”的新界定

与不正当竞争最初来源于侵权行为相一致，不正当竞争最初被界定为对个人利益的侵害，如竞争者通过诽谤、混淆危险以及侵犯商业秘密而损害他人的利益，被侵权人可要求停止侵害及赔偿损失。

随着社会的发展，经济生活中有的不正当竞争行为虽明显违法，但很难判定究竟谁受到了损害及受到的损害程度有多大。典型的个案是误导广告。广告者利用误导性的言辞，通过不正当的手段以吸引顾客，挖走竞争者的顾客。但如果没有这种误导广告，顾客会选择谁却很难确定。因此，其控告权不仅仅局限于能证实自己受到损害的人，有关负责部门也享有要求停止侵害的权力，工业协会也有控告权。显见，法律利益的代言人具有了超个人的集体特点。

本世纪20年代末开始，德国法院赋予集团诉讼较大的应用范围。制止不正当竞争旨在维护公共利益和公众利益。这一观念产生之初，还不甚明确，公众与消费者相互等同，随着时间的推移才有所区分。

现今，在德国占主流的观点是，不正当竞争法有三种保护方

---

<sup>①</sup> 《联邦最高法院民事判例》第51卷，第41页—Reprint。参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》中国大百科全书出版社，1996年版。

向：保护消费者单个或集团企业的利益；保护消费者，尤其是最终消费者的利益；保护公众即民族和国家利益。

保护竞争者、消费者及公共利益的结合导致了这样一种结果：这三种利益相互交叉，分割其主体，显得意义不大。只要所有市场参与者的利益被予以考虑，市场的有序规则就形成了。为此，不正当竞争法正逐步演化为有关市场行为控制法。对“不正当竞争”的新界定也由此生成。

传统意义上，《反对不正当竞争法》通常只适用于竞争行为。行为人与受害者之间必须有竞争关系，侵权行为必须是出于竞争的需要。现代意义上的不正当竞争行为，其竞争关系依然保留其意义，这取决于，是否有涉及一定竞争者的特别行为存在。从总体来看，已不再要求竞争关系这一条件。

鉴此，德国《反对不正当竞争法》规定特别禁止的不正当竞争行为，有如下两个方面：

(1) 误导广告，即是广告者对其商品、服务、经营、价格以及其营业方面的其他特征所作的与事实不符、以引起顾客作有利于广告者的选择的一种陈述（详见本法第3条）。

德国判例对误导广告的评价非常严格：即一小部分顾客可能产生误解就够了，而且不全面的陈述、甚至对有关信息的隐瞒也被视为“误导”。误导广告是不正当竞争行为中最常见的，大约占了所有不正当竞争行为的1/3。无需证明被告知晓导致其违背善良风俗的事实，即可据此条款认定被告的责任。所以，该条款更经常地视作界定“不正当竞争行为”的有力依据。

与之相反，英国、意大利等国对此非常宽容，不正确的陈述在很大程度上被看作无损害的夸张或市场叫卖。在英国被称为“Puffing”（吹捧性广告），而不会被禁止。不过，德国《反对不正当竞争法》的第3条并不产生损害赔偿请求权。如果当事人故意在广告材料中提供误导性的信息，则应根据本法第4条追究当

事人刑事责任。

(2) 低价倾销，是指以较强的低价倾销，这也同样被一些相关的竞争者视为不允许的竞争手段。价格是最重要的竞争手段，价格的确定基本上是自由的。消费者以及公众总希望竞争者能竞相降价。传统的个体经营的中产阶级的反应最为典型，尤其是生活用品商人对现代形式的大企业，如分销店、廉价品商店、超级市场的反应。针对大企业的竞争压力，受害者遂求助于立法者的保护。但不正当竞争法在这一点上几乎无能为力。该法仅对特价销售作相对严格的规定。根据此规定，只有在极为有限的情况下才能进行特价销售，即终止营业（第7条）、特别申明原因的清仓（第7条a）、夏冬两季的换季销售（第9条）、在特定情况下经当局批准的减价销售（第9条a）。

简言之，只有当竞争者为了将竞争对象挤出市场，为了消灭它而有预谋、有目的地低价倾销才属于不正当竞争。这种所谓消灭性的低价倾销，促使人们于30年代提出了“允许的效率竞争”、“不允许的消灭性竞争”两大概念。实践中几乎没有消灭性倾销的判决。

新近德国判例提出了一种新的低价倾销或免费赠送商品的不正当竞争行为：即所谓“对总体有害的竞争干扰”。<sup>①</sup>这一行为不取决于主观意图，其决定因素是公众的利益。具体地说，如果价格过低，而且在大范围内销售，相关市场上的竞争者的生存受到威胁，或存在垄断的危险，或者竞争的功能明显受到干扰，就根据《反对不正当竞争法》的概括条款，这种低价倾销便被视为不正当竞争而受到禁止。例如：德国联邦法院基于眼镜职业协会

---

<sup>①</sup> 联邦最高法院，GRUR 1979年第321页，第323页——低于进货价格销售案之一；联邦最高法院，GRUR 1984年第204页，第206页——低于进货价格销售案之二；联邦最高法院，GRUR 1990年第371页——价格竞争案。参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》中国大百科全书出版社1996年版。

的控告，禁止义务健康保险机构自己给其保险者赠送眼镜。<sup>①</sup> 医疗保险机构旨在通过这些便宜的眼镜，削减保健领域里不断增加的开支；相反眼镜店则认为，其职业会因此遭致命打击。在另一引起轰动的案件中，原告为德国最大的法律保护保险机构，被告为工会及隶属于工会的保险企业，被告给工会会员提供自动保险保护，保险费被纳入会费。<sup>②</sup> 联邦法院成功地进行判决，实现价格竞争有利于中小企业。

## 二、《反对限制竞争法》

### （一）适用范围和实施规定

现行的德国反垄断和限制竞争法，被认为是当前世界上最严厉的竞争政策之一，也是欧洲最为综合和运用最广的竞争政策。

1958年1月1日，《反对限制竞争法》与《欧洲罗马公约》中关于竞争的法律同时生效实施。《反对限制竞争法》对于下述几种限制竞争的形式作出了专门的规定：卡特尔（第1条至第14条）、限制竞争的“其他协议”（第15条至第21条）、在市场中居支配地位的企业和兼并（第22条至第24条b），以及反竞争和歧视性行为（第25条至第27条）等，另外，还有关于竞争准则（第28条至第33条）和关于促进竞争的建议（第38条第1款第11项、第12项，第2款，第3款；第30条a）等规定。

《反对限制竞争法》规定了两种诉讼，即由个人提起的诉讼和由政府当局提起的诉讼。任何违反了《反对限制竞争法》的规

---

① 联邦最高法院，GRUR 1982年第425页——Brillen - Selbstabgabestellen 案。参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版。

② 联邦最高法院，GRUR 1990年第522页——HBV - Familien - und Wohnungsrechtsschutz. 参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版。

定，或者违反了基于该法而作出的行政决定，而受到损害的人可以对其提起损害赔偿之诉。但起诉者必须证明这种被违反的规定或决定，是旨在保护特定群体的，而自己是其中的一分子。这类保护性的规定包括关于禁止联合抵制和歧视待遇的规定。

负责实施《反对限制竞争法》的机构是设在柏林的联邦卡特尔局、各州的卡特尔局和联邦的经济部长（第44条至第50条）。其中，最重要的执法机构是联邦卡特尔局。它拥有进行调查和实施处罚等极为广泛的权力，如：为采用统一的一般交易条款、关于统一供货或支付的一般交易条款而组建的卡特尔，即“条件卡特尔”（第2条）、为了促进生产和分配的合理配置而建立的卡特尔，如引导企业进行专项产品生产的卡特尔，即“专业化卡特尔”（第5条a），以及鼓励中小型企业进行合作的卡特尔，即“合作卡特尔”（第5条b）等，只有在卡特尔管理机关接获通知后三个月之内未提出异议时，才可以组建。尤其是第三种类型的卡特尔则需要卡特尔管理机关的明确批准授权才能成立。又如，卡特尔局可以对企业的业务档案展开独立的调查（第46条），在取证方面，卡特尔局享有与法院同样的权力（第54条）等，不一而足。

## （二）内容概况

### 1. 卡特尔

该法第1条规定：“企业之间或企业联合组织之间为共同目标达成的协议，以及企业联合组织所作出，如是为了限制竞争并其影响及于商品生产销售或服务的决议无效。但本法有相反规定时除外。”

据此，卡特尔包括横向卡特尔和纵向卡特尔（亦称为平衡卡特尔和垂直卡特尔）。须指出的是，“卡特尔不具有独立法人资格，在卡特尔的概念下，人们想到的是竞争企业在市场行为方面

的协调，这主要是通过约定价格或供应量。”<sup>①</sup>

### (1) 横向卡特尔

横向卡特尔的基本形式是卡特尔合同，这一协定的当事人都是在同一市场水平进行经营的企业。在此适用对象是广义上的“企业”，从个体商人一直到政府控制的企业全部包括在内（第98条）。在司法实践中，也可适用于政府本身或其他公共机构。具备以下三个条件的合同是卡特尔合同：第一，合同当事人具有共同目的，取得非法利润，如几个企业签订合同建立行业协会、共同研究机构等；第二，合同可能有限制竞争的结果，如果按合同建立的行业协会能调整行业内部的各种经济关系，使行业有一个合理的技术结构、产品结构、工艺结构；制定行业的经济政策，包括产品的生产数量、企业的规模、行业的主要投资方向、目标成本等，该行业协会就可以给参加的企业安排产品结构、产量、投资项目等，从而削弱甚至取消了企业之间用技术革新和扩大生产范围等进行的竞争；第三，合同通过对竞争的限制，可能影响市场流通，根据联邦德国反垄断管理机关卡特尔局的实践，如果加入合同的各企业占领了它们共同产品市场的5%以上，基本上就可断定，限制这些企业之间竞争的合同已影响了市场状况，即具备了第三个条件。具备上述三个条件的合同是卡特尔合同，在法律上无效，对执行这种合同的企业，卡特尔局可以处100万马克以下的罚款。

几个企业参加共同的组织时，该组织的决定将产生与合同同样的效果，可形成“横向卡特尔”。此外，企业还可采取相互“协调”的行为（即默契）限制竞争。例如，1972年7月14日的“染料判决”中，欧洲共同体十大染料企业协调行动，曾三次

---

<sup>①</sup> F. Bauer/G. Walter: Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Verlag C.H. Beck, 1992, S. 122.

共同提高其产品价格。尽管企业所在地区的价格水平不尽相同，但十个企业每次都用共同的增长率提高价格。因此，共同体委员会视此为限制竞争的相互协调行为，并根据《欧洲罗马公约》第85条的规定给予罚款。共同体法院支持这个决定。其时，与《欧洲罗马公约》第85条不同，《反对限制竞争法》第1条不是一种能够用来对抗协商一致行为的武器，所以，1973年的修改补充了禁止用相互协调行为限制竞争的第25条第1款。

该法第2条至第8条规定，在一定条件下，卡特尔是合法的和可以被批准成立的。也就是说，这些条款列举了几种允许存在的卡特尔形式，作为第1条一般性禁止卡特尔的例外。“法律技术上对这种例外关系称为‘带有允许保留的禁止’（Verbot mit Erlaubnisvorbehalt）。”<sup>①</sup>其中第6条特别强调不适用于只在国外有影响的限制竞争行为（包括国内发生的行为），即不适用于出口卡特尔。第8条规定，从整体经济情况或社会全局利益考虑，需要用卡特尔的形式对竞争加以限制时，联邦经济部长可以授权组建某种卡特尔，即部长批准权。这样的事例很少，只有1972年烟草制造商之间为减少电视广告而签订的协议，以及1969年组建、但存续时间很短的煤炭——石油卡特尔。此后，能源供应问题一直是由1974年的《能源法》加以调整的。

总之，违法的和未得到批准的卡特尔是无效的，触犯卡特尔的规定被视作违反秩序而处以罚款。

## （2）纵向卡特尔

纵向卡特尔即商品流通的不同环节的企业之间组成的卡特尔，如生产者和批发商间的卡特尔。它可以分为三类：

第一，该法第15条规定禁止制定转卖价格和其他转卖条件，

---

<sup>①</sup> F.Bauer/G.Walter; Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Verlag C.H.Berk, 1992, S.123.

但不适用于出版社。第 16 条规定对书籍和其他出版物仍可以定价销售，以保护职业的书刊零销商。这一例外受到法院的严格解释，不包括唱片的销售。<sup>①</sup>

第二，该法第 18 条规定允许合同限制当事人与第三者发生关系，但是，如果合同“在有影响的范围内不公平地限制竞争或有不公平地妨碍其他企业进入市场的可能性”，卡特尔局就可以禁止这个合同。

第三，在一定范围内，该法允许许可证对受让方的一定限制。原则上，该法第 20 条、第 21 条规定的限制不许超出专利权或没有专利权的技术秘密的范围，但也允许个别超出这个范围的限制。根据判例实践，该法第 20 条、第 21 条并不排斥反垄断法的基本原则，如果合同当事人有共同的目的并且合同导致了限制竞争的结果，尽管有许可证合同的形式，也是该法第 1 条所禁止的卡特尔合同，因此是无效的。

## 2. 企业优势和优势的滥用

该法第 22 条规定优势的两种情形：第一，某企业在其市场上没有竞争者，那么该企业就有控制市场的地位即占据优势；第二，与其他竞争者相比，某企业在其产品市场上占优势。确定企业有无优势，应考虑该企业控制的市场份额、金融实力、购销能力、与其他企业的固定关系以及其他企业进入该企业市场的阻碍等因素。

该法第 22 条还规定占据市场份额 1/3 的企业就可推定其有控制市场的地位。

企业的滥用优势，可以根据企业所占的份额进行推定。但如果是合并，则不能仅考虑目前的市场情况，还须推定合并将要发生的限制竞争的结果。因此，1980 年修订后规定，处理合并案

<sup>①</sup> 《联邦最高法院民事判决汇编》第 46 卷，第 74 页。



件还应考虑市场份额以外的几个因素，即企业金融实力和其他竞争者的情况。如果在某产品市场上，诸中小企业已占据 2/3 以上的份额，那么即将合并的企业只要占该市场产品的 5% 以上，就可能推定此合并将占有优势，从而可以禁止合并。报刊企业的集中会妨碍民主讨论，因而报刊市场上用来推定优势的营业额是别的市场推定优势的营业额的 1/20。

该法第 23 条第 2 款——列举企业合并内容。“企业（企业集团）的合并也是一种横向联合的形式，即大型康采恩。”<sup>①</sup> 其前提条件是，其中至少有一个企业持有市场的销售份额不低于 20% 或者至少有 10 000 名职工或至少有 5 亿马克销售盈利。第 23 条第 1 款规定，已实行的合并或一部分已制定的合并计划，须向联邦卡特尔局通报，联邦卡特尔局可以在有可能产生市场垄断的情况下不予准许。

该法第 25 条至第 27 条还针对其他可能出现的、利用经济实力限制竞争的做法作出了规定。如第 25 条第 2 款、第 3 款规定禁止以某种经济后果作为引诱或威胁，促使一个企业实施某种若是作为卡特尔协定的内容本来会受到禁止的行为；利用此种压力促使企业加入获准成立的卡特尔亦属于违法。又如第 26 条规定禁止联合抵制行为，即要求其他企业停止与某特定企业进行交易，也属于被禁止之列。该条第 2 款专门对阻碍性和歧视性行为作了禁止性规定。只有在具有市场支配地位的企业、卡特尔、能够确定价格的企业，以及具有“相对较强市场地位”的企业等实施歧视性市场行为时，法律才予以禁止。

### 3. 其他规定

(1) 适用除外条款。根据《反对限制竞争法》的例外规定，

---

<sup>①</sup> F. Bauer/G. Walter: Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Verlag C. H. Beck, 1992, S. 122.

该法全部或部分不适用于农业、邮电、能源、银行等行业的企业。因为这些行业里，竞争还没有受到足够的法律保护。

(2) 法律适用。作为原则，一个特定的案件既可以适用欧洲经济共同体的卡特尔法（1951年《关于建立欧洲煤钢共同体的公约》第66条；1958年《关于建立欧洲经济共同体的罗马公约》第85条、第86条），也可以适用本国的卡特尔法。在出现法律冲突时，应优先适用欧共体的法律。<sup>①</sup>

### 三、《德意志联邦银行法》

#### (一) 德国中央银行

百年来，德国金融体制的发展独具特色。尤其是第二次世界大战后，联邦德国实行独立的中央银行体制以及独立的货币政策，为德国经济的发展提供坚实的货币金融保障。

德意志联邦银行是德国的中央银行。其前身是1765年普鲁士创办的帝国汇划信贷银行，即后来的普鲁士银行。1875年改组为帝国银行，开始发行德国的统一货币，这是德国统一中央银行的开始。第二次世界大战后，以美国为模式，在德国西部地区建立两级中央银行制度，先在每个州成立一家中央银行，1948年3月1日又在各州之上设立德意志州际银行（位于美因茨的法兰克福），它享有货币发行权，实际已具备了中央银行的性质。两级中央银行体系的最高机构是中央银行委员会，它由主席、州中央银行行长和德意志州银行董事会主席组成。

1957年6月26日，《德意志联邦银行法》颁行，废除了两级中央银行体系，在合并、改组州中央银行（包括柏林中央银行）的基础上，建立了统一的中央银行——德意志联邦银行。

根据《德意志联邦银行法》第3条规定，联邦银行的职责是

<sup>①</sup> 参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，第344页。

发行钞票、管理货币流通、提供信贷、稳定马克币值，并从事国内外银行清算业务活动。

### 1. 发挥中央货币发行银行的职能

该法规定，只有联邦银行有权发行流通的纸币。联邦银行在发行货币方面的垄断地位，确保它能有效地控制货币流通量，维持货币的稳定。

迄今为止，联邦银行发行过7种面值的纸币，即，5马克、10马克、20马克、50马克、100马克、500马克和1000马克，其中面值低于10马克纸币的货币发行要与联邦政府协商。除了纸币外，联邦银行还负责硬币的投放，但硬币的发行权归联邦政府，发行硬币的利润（名义值减去成本）归国家财政预算。

### 2. 实施“银行的银行”的职能

即发挥着最后贷款人的作用。联邦银行通过法律规定实施对银行信贷的控制，主要手段是通过银行准备金的方式，控制信贷机构的信贷投放；通过货币市场公开业务政策，平衡各信贷机构之间中央银行货币的余缺；通过信贷机构的转帐、收付业务，平衡信贷机构对中央银行货币的需求；为信贷机构和行政单位提供汇划结算的业务服务及参与银行监督局对信贷机构的监督等。

### 3. 实施“国家的银行”的职能

联邦银行是政府的银行。该法规定，联邦银行可以对联邦政府、州政府、联邦铁路和邮政等公共部门以及某些特定机构，按市场利率发放短期贷款。因此，联邦银行及各州中央银行在某种程度上行使联邦政府“理财银行”的职权，包括：（1）为联邦及各州政府处理一切支付往来的清算工作，为有关机关开设相应的划拨帐号；（2）法律规定联邦政府及各州政府必须把所有流动资金存入联邦银行的划拨帐号，没有利息；（3）代为政府发行铸币；（4）代为联邦和州政府在公开市场上发行债券筹措资金；（5）法律对政府从联邦银行获得借款有严格限制，包括：首先，

额度有限，给所有政府机构贷款总额不超过 100 亿马克，不到各级财政收入总和的 2%；其次，借款均为短期，不能用来弥补财政赤字；再次，所有借款均通过公开市场。

#### 4. 货币储备的管理者

联邦银行是德国官方货币储备的唯一机构，以保证国家国际现金支付的能力。它除了国内的黄金外汇储备外，还在欧洲货币政策合作基金和国际货币基金组织拥有储备。

联邦银行有责任对外汇市场进行干预，以平息汇率的过分波动。1979 年欧洲货币联盟建立以后，联邦银行将其黄金和美元的 20% 借给欧洲货币基金会。

#### 5. 货币的监护人——稳定币值

联邦银行的中心任务是稳定货币。其目标有两个：一是马克对外汇率的稳定；二是马克在国内购买力的稳定。自 1974 年开始，联邦银行对整个银行体系实现宏观管理和监督，将其货币政策的中间目标从调控商业银行的信贷规模转向年度中央银行货币供应量。

联邦银行每年都预先宣布次年货币供应量增长率指标。一般地说，联邦银行货币增长率指标是综合下列四个主要因素制定的：(1) 生产能力的预期增长率；(2) 生产能力利用率的预期变化；(3) 不可避免的物价增长率；(4) 货币流通速度的预期变化。前两个因素是所谓社会生产平均增长率设想值，后两个因素是预期的通货膨胀理论值。70 年代以来，这一货币政策体系在具体实施中，取得了满意的效果。

### (二) 德国商业银行

德国商业银行由私营银行、专业银行、合作银行和储蓄银行（州、县政府银行）等组成。与美国、日本和其他西方国家不同，德国商业银行依照法律规定，不仅垄断了金融市场上各种有价证券的发行和转让业务，而且可对工商企业进行参股、控股，由

此，商业银行基本掌握了工商企业的经济命脉。

德国商业银行均是多功能的综合性全能银行，其金融业务包括：(1) 一般储蓄和信贷业务；(2) 投资业务，包括对工商企业参股和控股；(3) 信托业务；(4) 证券市场上各种有价证券买卖业务，包括资本市场证券的发行和转让；(5) 金融咨询服务。

为避免上述商业银行乃至整个银行业的过分竞争，法律作了严格规定。按照联邦德国法律，联邦银行和各级政府不能对商业银行正常业务进行直接干预，但可以通过制定有关法律间接干预其业务活动。事实上，商业银行的业务活动无时不受到国家有关银行法律和规定的约束。这些规定主要是：(1) 银行自有资本金占总资产的比例不得低于“巴塞尔协议”规定的 8% 标准。《德意志联邦银行法》规定，商业银行可以在资本市场上发行银行长期固息债券和股票，以此弥补纯自有资本缺口。(2) 商业银行各项贷款总额不能超过其自有资本的 18 倍。(3) 为保持信贷资金的平衡和流动性，银行发放长期性投资贷款必须有相应的储蓄来源。(4) 银行给企业的贷款总额不能超过其自有资本的 25%。

此外，德国《证券交易法》规定，德国的有价证券发行和转让交易必须通过银行办理，由银行代理客户在全国 9 家证券交易所承办各种有价证券的买卖业务。

商业银行参与证券市场交易业务时，需将各种不同的交易活动及收益单独记帐和核算。为此，商业银行一般应开设三个特别帐户：(1) 代理客户交易帐户。公众将购买证券的资金存入该帐户，由银行按客户要求，买进或者卖出有价证券，进行资金的转帐结算。(2) 自由帐户买卖。商业银行以自有资本，为自身盈利而进行的证券买卖，在该帐户结算。(3) 基金帐户。其资金，一是来自公众购买的各种保险基金；二是来自企业为职工未来的养老和退休而购买的保障基金。

由于上述三项业务分属不同的所有者，商业银行作为证券交

易所的会员依照法律需要派三名证券商进入证券交易所，代表不同的所有者参加证券买卖，其盈利和损益也与其他银行业务收益分别核算。

### (三) 银行与政府和企业的关系

#### 1. 联邦银行与政府的关系

联邦银行即中央银行与政府的关系充分体现着联邦银行的特点，这就是，中央银行对政府和议会的适当程度的相对独立性，确保中央银行能有效地完成法律所规定的一切任务。

《德意志联邦银行法》第12条规定：“联邦银行有义务在完成其任务的前提下，支持政府的一般性经济政策。它根据本法令执行其职权时，不受联邦政府的指示所左右。”这即意味着：(1) 联邦银行首先要保证完成其稳定货币的任务；(2) 在此前提下有义务支持政府政策；(3) 不受政府约束。

当然，联邦银行的独立性并非是绝对的。该法第13条规定，联邦银行在重大货币政策问题上应同政府磋商，向政府提供信息、材料，联邦政府成员有权参加中央银行委员会的会议，但政府成员只有提出动议的权力，没有表决权。如有异议，可要求中央银行委员会延期表决，延期表决最长不得超过两周。在这期间内，一般通过内部会议来消除相互之间的分歧意见。由于联邦银行和联邦政府经济目标的一致性，联邦银行在公布年度货币供应量增长率指标以前，双方依据政府的经济发展计划，由联邦银行行长、副行长和联邦政府经济部长、财政部长共同研究拟定。

法律虽未规定如果联邦银行和政府的意见完全相反时如何处理，只要求双方互相听取对方意见，加强合作。在实践中尚未出现过双方严重的对立。

#### 2. 政府和联邦银行对金融活动的监督与管理

德国中央银行虽独立于联邦政府，但国家法律对银行领域的监督异常严格。1962年生效、1972年进行重大修改的《信贷机

构事务法》明确规定，联邦德国所有银行信贷机构均须受联邦银行和国家信贷监督局（隶属于联邦经济部）的监督和管理。政府对整个银行体系的协调与控制，是在国家信贷监督局和联邦银行的密切配合下进行的。联邦政府信贷监督局和联邦银行对整个银行体系的监督和管理通过法律条款加以明确分工，大体划分为：属于货币、信贷政策的制定和执行方面的金融活动，由联邦银行负责监督和管理；属于银行业务和信贷经营、运行方面的金融活动，由联邦政府信贷监督局负责监督和管理。

联邦经济部所属的国家信贷监督局主要的职权范围是：（1）批准成立新的银行机构；（2）对经营不善和违法经营的金融机构进行调查，并决定是否关闭这些金融机构；（3）对金融机构从事有价证券业务进行审查，并颁发经营有价证券许可证；（4）制定商业银行业务活动规则，如资产负债比例等，并负责对整个银行体系的法律监督等。

国家信贷监督局在各州不设下属机构，各家银行的具体经营活动由各州中央银行实施日常监督，州中央银行发现商业银行违法经营，由州中央银行向国家信贷监督局报告，最后决策由国家信贷监督局作出。

#### 四、《经济稳定与增长促进法》<sup>①</sup>

##### （一）立法背景

就法律意义而言，1967年颁布的《经济稳定与增长促进法》是更高层次的宏观调控法。它的施行是以其他相关法律的规定为前提条件的。比如，1957年的《反对限制竞争法》、《德意志联邦银行法》；1961年的《对外贸易法》、《信贷法》等，与该法共

---

<sup>①</sup> 张守文：《德国的〈经济稳定与增长促进法〉》，载《外国法译评》1993年第4期。

同构成所谓的国民经济的“总体调节”。然而，法律的制定又是以经济、社会的发展为基础的。

1959年至1973年，是德国社会市场经济发展的第二阶段，其失业率一直都控制在3%以下，基本上实现了充分就业。1960年至1967年，爆发了第二次世界大战后第一次经济危机，国民经济各部门和各地区的发展愈加失衡，在国际竞争中的地位日渐削弱。加之，“福利国家”政策推行后，社会福利支出急剧膨胀，超过同期GNP（国民生产总值）的增长速度，国家预算承受着极大压力，社会福利税和其他税负随之增加，社会面临着通货膨胀的威胁。

为此，1966年夏，艾哈德政府制定一项反通货膨胀政策计划，提出许多旨在消除经济“过热”的紧缩政策。同年，政府更迭，基督教民主联盟（CDU）和社会民主党（SPD）的联合政府成立。政府对上述计划作出较大的修改。社会党经济部长席勒（Karl Schiller）在艾哈德的“稳定物价”目标的基础上，增加了另三大目标，即“充分就业、经济增长、外贸平衡”，形成了宏观经济的四大目标。这些目标及其实现途径亟待法律加以确认。《经济稳定与增长促进法》因此应运而生，成为社会市场经济发展第二阶段的核心法律。

## （二）主要内容

### 1. 立法宗旨

该法开宗明义地规定，联邦和各州应当通过各种经济的和财政的措施以达到总体经济的平衡，这些措施的目的在于：在市场经济体制下促使经济持续地适当地增长，同时保持物价稳定、高度就业和外资平衡。

显见，宏观经济的四大目标是经济政策的总方针和本法的立法宗旨。

### 2. 指导方针



该法规定，当出现危及上述立法宗旨的情况时，政府有义务立即制定“指导方针”，使各级地方政府、各行业公会以及企业联合会采取同时互相配合的一致行动，以尽快实现立法目的。这种政府的指导方针应对在特定形势下的整个经济各方面之间的相互关系作出特别说明。

### 3. 财政计划

该法要求根据立法宗旨条款中规定的宏观经济目标的需求，安排财政支出的规模和构成，以及决定是否准许将某种负担列入下一财政年度作为债务。在计划的执行过程中，超计划的支出必须履行严格的法定程序。

该法还规定，联邦财政应建立在财政五年计划的基础之上，在计划中应列出预计的各种支出的规模与构成，以及由预计的整个经济的生产能力的发展而决定的抵偿各种支出的可能性，必要时还应列出选择性的核算方案。财政计划应由财政部长提出并加以说明，计划由联邦政府通过后，还应提交联邦议院与联邦参议院。

### 4. 投资规划

该法要求联邦政府应规定各部作出投资规划的范围，各部的部长应提出在该部业务范围内的多年的投资规划作为财政计划的说明材料，连同其他必要的估算材料，一并送交财政部长。投资规划应按急迫程度和年度加以划分，规定在最近数年内应实施的投资行为。在每一年度内应列出应继续实施的和新的投资行为以及分摊到该年度的部分投资额。

### 5. 贷款计划

该法规定为防止整个国民经济的平衡遭受破坏，联邦政府经联邦参议院批准，可以发布法律性命令，对于联邦、州等政府性质的主体在法定借款权限范围内以信贷方式筹集货币资金的行为加以限制，并可将各部门在一定时期内所取得的贷款限制在一个

最高额以内；同时，还可对特定种类或特定数额的贷款，限制其仅能依一定的时间计划或仅能在一定借贷条件下接受，尤其是长期贷款或者债券贷款，更是如此。上述联邦政府发布的法律性命令的有效期最长为一年，并且，若联邦议院在该命令公布后六周内要求废除之，则该命令应立即废除。

该法还规定，依本法成立的国家信贷特别小组应根据资本市场的情况，最长以每三个月为期，定期制定时间计划。计划应确定上述法律性命令规定的贷款的顺序和数额，以及贷款的条件等。这种时间计划可因联邦财政部长的宣布而具有拘束力。与此同时，各州应保证自身及其所辖各政府性主体通过贷款方式取得的货币资金保持在依该法规定的限制范围内。

#### 6. 经济储备

该法规定在预算中应列入当需求扩大超过国民经济的支付能力时，由德意志联邦银行补充偿付的债务资金以及设置经济协调储备金的资金。为了防止对整个国民经济平衡的破坏，联邦政府经联邦参议院批准后，可以发布法律性的命令，指示联邦和各州为它们各自的经济协调储备金提供资金。经济协调储备金由德意志联邦银行（即德国的中央银行）储存。

该法还规定，执行联邦财政计划时，如何运用经济协调储备金中的资金，由联邦政府决定；同时，在联邦财政计划中应设立一个备用项目，在此项目下从经济协调储备金所作的支出，必须得到联邦议院的批准；与此相适应，还应设一个备用项目，以记入经济协调储备金方面的收入。

#### 7. 税收

该法规定，联邦和各州应提供的储备金总额，在一个财政年度内不得超过联邦和各州在前一个财政年度的税收收入的3%。同时还应兼顾各州之间的财政平衡和平衡分配、平衡负担。

该法还规定，如果个人所得税和法人所得税依《所得税法》、

《法人所得税法》的规定而提高，则联邦和各州应根据提高后的个人所得税和法人所得税的征税收入，向其各自的经济协调储备金相应地提供补助金。

#### 8. 外贸

该法规定，如果外贸活动对整体经济的平衡有所干扰，并仅以国内经济方面的措施不能排除这种干扰，或者虽能排除但却会影响到宏观经济目标，那么，联邦政府应尽一切可能谋求国际经济方面的协作；如果即使如此仍未能奏效，则联邦政府应采取为维持外贸平衡而可以采取的各种经济政策上的手段。

#### 9. 经济波动的对策

该法规定，联邦政府可以决定，在全国普遍的经济衰退危及到立法宗旨条款中所规定的宏观经济目标时，拨出补助性的支出。为此，应首先从经济协调储备金中拨出必要的资金，联邦财政部长和联邦经济部长亦应提出必要的措施。补助性的支出仅能用于财政计划中预定的目的，或者作为财政补助，用于各州和各乡镇（县）为防止对整个国民经济平衡的破坏的投资，联邦财政部长为此也有权超出《财政法》所授予的借款权限，依该法可以接受 50 亿德国马克以下的贷款。在发生危及宏观经济目标的一般经济衰退时，投资行为亦可作适当提前，以使其在短期内实施。

#### 10. 机构设置

该法规定，成立以联邦经济部长为主席的国家经济平衡发展委员会，其成员包括财政部长、每州代表 1 人、乡镇与县的代表 4 人，联邦银行亦有权参加其会议。该委员会按照联邦经济部长制定的《国家经济平衡发展委员会会议事规程》定期开会，主要讨论为达到该法的目的所必需的一切经济平衡发展措施以及填补财政上信贷需要的各种办法。

该法还规定，该委员会应设立以联邦财政部长为主席的国家

信贷特别小组，该小组应根据资本市场的情况，最长每三个月制定一个时间计划，当小组意见不一致时，联邦财政部长也可经联邦参议院批准而自行制定一个时间计划。国家信贷特别小组依据联邦财政部长制定的议事规程进行开会讨论。

#### 11. 法律实施的协调与协助

该法规定，对于法律规定的各项任务，应遵循联邦、州与乡镇间责任平等的原则；在履行州的任务与地方任务的同时，对于柏林州、不来梅州和汉堡州的特殊情况应予考虑。同时规定，各州应采取适当的措施，使乡镇和县的财政管理符合经济平衡发展政策的要求，并保证该州与其所辖乡镇、县和县际临时组合通过贷款方式取得的货币资金保持在依本法规定的限制范围之内。

该法还规定，联邦与各州相互之间应提供为贯彻经济平衡发展的财政管理以及制定各自财政计划所必要的情报；州的高级主管机关在接到要求时，应向联邦财政部长通报关于州、乡镇、县和县际临时组合的信贷需求情况。

#### 12. 年度经济报告

该法规定联邦政府每年一月应向联邦议院和联邦参议院提交年度经济报告。该报告应包括以下内容：(1) 依法对专家委员会的年度意见书提出政府意见；(2) 说明联邦政府在本年内要致力争取的经济上和财政上的目标（年度计划），年度计划应采用对国民经济进行全面核算的方法和形式；(3) 对本年内计划中的经济政策和财政政策加以说明。

### 五、《证券交易法》

#### (一) 证券市场的审查管理

德国对各种有价证券分三类市场进行管理，各种有价证券根据上市的证券市场类型，经交易所有关机构审查批准后，才能在各类交易市场上公开发售。

### 1. 官方市场

在此类市场上发行有价证券的只能是著名的大企业。根据《证券交易法》和《有价证券交易规则》的规定，在官方市场发行各种有价证券必须遵循以下主要要求：

(1) 证券发行数量要求，即一次性股票公开发发行量不得低于 250 万马克，债券不得低于 50 万马克；

(2) 发行证券企业必须具有连续 3 年以上的经营历史和盈利记录，企业经营管理水平较高，在国内外有一定影响；

(3) 证券首次公开发发行额不得低于总发行额的 25%；

(4) 证券发行者必须公开其资产负债及经营情况，被批准发行证券后，还必须按规定格式定期（每月 1 次）在交易所刊物上公布其资产负债变动及业务经营情况；

(5) 证券发行者需要事先提出申请报告，报告内容也有严格的限制。

该法还规定，在官方市场上发行证券者必须是证券经营者协会和信贷协会的会员。

### 2. 管制市场

管制市场的证券发行由交易所许可，经审查委员会审批，主要是面向新兴的中小企业。根据《证券交易法》和《有价证券交易规则》的规定，在管制市场发行各种有价证券必须遵循以下要求：

(1) 证券发行要求，即管制市场投资有价证券公开发发行量不得低于 50 万马克；

(2) 证券发行者必须公开其资产负债及经营情况，被批准发行证券以后，还必须定期（每年至少 1 次）在交易所刊物上公布其资产负债变动及业务经营情况；

(3) 这类市场对发行证券者没有经营时间限制，对其申请报告也没有严格的内容限制。

该法还规定，在管制市场上发行证券者，必须是证券经营者协会会员，也可以是银行或其他法定金融组织。

### 3. 自由市场

自由市场的证券发行由证券经纪人协会审批，主要是面向经营状况不太稳定、知名度不高和经营中带有一定程度冒险性的大量小企业。自由市场管理与监督的依据主要是遵循地方及商业法规，具体的规章制度由地方证券发行者协会制定，证券交易所董事会很少对自由市场证券交易活动进行干预。

在德国境内任何企业只要符合法律程序要求，均能得到批准在自由市场上发行有价证券。

#### (二) 股票市场

德国股份公司法（Aktiengesetz）规定，创办股份公司，股东不能少于5个，注册资本不能少于10万马克，而股票面额不能低于50马克。该法还规定，股份公司发行的股票一经售出，持股者只能在股票市场转售，不能退回公司，公司也不能保证持股者绝对获得股息。

在股票市场中，股票交易一般有两种方法：通过私人交易和通过银行或投资公司委托代理交易。其中后一种方法是创建股份公司、原公司改为股份制公司以及股份公司新增发行股票的最基本的手段。交易是在交易所完成的。法律规定，股票进入交易所进行交易，股份公司必须进行资产评估并向交易所提供详细的资产评估报告和经营状况的说明。法律还规定，一旦发现评估过程有违法行为，无论股票是否卖出，均要追究责任。

目前，德国尚未形成一个较为严密的、相对固定的评估办法。常见的办法有三：

(1) 公司聘请审计人或评估公司进行评估，其缺点是容易出现虚假行为，不具权威性；

(2) 国家工商部门在其注册时进行评估监督，其缺点是国家

过多注意公司的初始资本价值，忽视公司的发展变化情况；

(3) 受公司债权人委托的评估，从债权人的地位与角度审查企业，较为可信，但公司存有多个债权人时，意见难以统一。

### (三) 债券市场

德国债券市场主要由国内债券、外国债券和债务券三大部分组成。其中，国内债券在发行量和交易量方面均占主导地位。

#### 1. 国内债券

国内债券由三种债券构成：公债或称公共部门债券、银行债券和企业债券。其中，银行债券在发行量和交易量方面均居国内债券之首。根据《抵押银行法》的规定，抵押债券作为银行债券的主要形式，其主要发行人的抵押银行必须用 100% 的抵押契据作为发行担保。

#### 2. 外国债券

外国债券主要有两种：马克外国债券和外币债券。

马克外国债券是由国外借款人（包括国家政体、国外银行和企业以及世界银行和欧洲投资银行等国际机构）或德国大公司的海外分支机构在德国资本市场发行的以马克为面值的债券。它的期限一般为 10 年，可以在德国各证券交易所上市交易。

外币债券是由国外借款人在德国资本市场发行的外国货币或结算货币来计值的债券。它多以美元、英镑、瑞士法郎和丹麦克朗等硬通货币计值。

#### 3. 债务券

从严格的法律意义上讲，债务券不是一种真正的债券，它只是一种借款人为获取债务券贷款而签发的借款凭证。是故，它兼具“贷款”与“债券”的双重特性。作为贷款，债务券不能在证券交易所上市交易；作为债券，可以在其到期前，在证券市场上转让两次，但卖方需签发“转让声明”。如果是转让政府发行的债务券，则需报财政部下属的债务管理委员会备案。

债务券的发行人主要是德国各公共部门（包括政府在内）、公营储蓄银行组织的州银行或汇划中心和大商业银行。德国的企业也发行债务券筹资。其认购者主要是国内外的机构投资者，如银行、保险公司等。法律允许银行将所购入的债务券作为持续发行债券的抵押担保，且符合有关最低准备金义务的条款。

## 第五节 德国劳动法<sup>①</sup>

### 一、德国劳动法的历史渊源与法律渊源

#### （一）历史渊源

现代德国劳动法兴起于 19 世纪下半叶工业化大生产与新型法律关系诞生的阶段。此时，劳动关系不再被视为基于领主与农奴、主人与仆人的关系。在民法的影响下，劳动法走上一条自我发展的道路，因此，在政党之间的权利平等也适用于雇佣关系。

1920 年，魏玛共和国制定了第一部重要的劳动法法规，即所有的 20 人以上的企业有义务建立企业工会。这一法规至今仍适用于德国劳资关系。在当时宪法中也第一次出现了保障工会自由活动 and 工人劳动及经济的条款，这些条款在《基本法》中亦可看到。

这一时期劳资关系的一个重要特征是劳资双方的正式协议。1927 年，劳动法院和第一个工会保护组织即德国工会联合会 (Deutscher Gewerkschaftsbund; DGB) 相继建立。然而，二三十年代的世界经济大萧条导致了工会成员大量减少和极高的失业率。集体协商机制和工会组织的形成应归功于当时日益恶化的工业经济形势。随后，大量集体协议为紧急法令破坏。希特勒执政

---

<sup>①</sup> 该章节参见 Nigel G. Foster, BA, LL.M.: German Law & Legal System, Slynne or Hadley, 1993.



时，集体协商和工会制度被完全废止。

第二次世界大战后的社会市场经济机制与德国的重新统一，为劳资关系的组合提供了更合理的基础。新宪法赋予个人与团体结社权利。无论何种政治观点的工会组织，现在均是德国工会联合会的成员，而每一雇主则是德国雇主联合会（Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände: BDA）的一个平等成员。

调整劳动法律关系的除了民法典之外，标准劳动合同也是由《基本法》第9条第3款“结社自由”加以确认的。1949年4月9日颁布的《集体协议法》（Tarifvertragsgesetz: TVG）确立了集体协议的合法地位，1952年颁布的《企业委员会法》（Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG）规定了企业委员会的组织形式，以便于第二次世界大战前建立的工会或非工会形式的工人团体在第二次世界大战后仍能处理劳资关系。共同决策制度也适用于所有公营私营企业。

两德统一后，西德劳动法除依据《基本法》第30条“统一法令”的规定在退休和养老金等问题上另有安排外，绝大多数为东德劳动法所吸收。

总之，德国劳动法被界定为附属劳动力的法，是调整有关雇主和雇员及其相应组织所订立的集体协议关系的法。作为民法的一个组成部分，劳动法中没有国家直接干预劳资关系的规定。然而，国家十分重视雇主与雇员间的不平等关系，并加强对雇员的保护，因此，劳动法中有相当多的规定，旨在调整劳资关系的平衡。另外，在原先由民法调整的某些领域也加入了许多公法的内容。但劳动法仍不完全适用某些有单独规定的雇佣关系和国家公务人员。

许多别的法律也调整雇佣关系和劳资双方的谈判事宜，特别是商法、公司法及竞争法。

## （二）法律渊源

### 1. 宪法（基本法）

《基本法》(GG) 中并无劳动社会法的专门章节，但它为国家的组织和行为制定了总的指导方针。特别是该法第 9 条，不仅保证了个人结社的自由，而且也保护了集体组织合作和订立合同的自由，同时它要求立法者必须能够组织一个合法政府以调整劳动关系。

基本法的其他相关条款，如：第 3 条权利平等条款、第 11 条劳动力流动自由条款、第 12 条选择职业的自由条款以及第 20 条和第 28 条关于主权在民的规定，都是劳动法十分重要的法律渊源。由于劳动法本身十分琐屑，因此基本法对于劳动法的影响十分重要。立法者可利用基本法中的规定，弥补劳动法模糊不清和缺乏连续性的不足之处，这深刻地呈显于大量的诉讼案例中。影响劳动法的还有国际法，特别是欧共同体法 (Community Law)，其在权利平等这一领域中有着巨大的影响力。这些影响体现于诸多发生在德国的关于雇佣中有性别歧视的案例中。

### 2. 民法

劳动关系是不能被其他特别法规，如调整商人与其雇员关系的商法所规范的，因此，在德国劳动关系最初由民法典中有关服务协议的法条调整（雇佣合同也受其调整）。

在劳动法的各项法规中，占绝大多数的是单行法规和规章，最著名的是 1978 年 1 月 1 日《工会法》(Gewerbeordnung: GewO)。它于 1987 年 1 月 1 日修订后重新公布，主要规定有关雇主的责任与义务。

在长期实践中，对劳动法是否应被编纂成法典这一问题，人们尚未达成共识，如有的学者认为，“这一努力是否能够在可以

预见的将来如愿以偿，是颇令人怀疑的。”<sup>①</sup> 故时至今日，所有法典化的尝试均告失败，如 1977 年，劳动法起草委员会曾向国会提交了一部劳动法草案，1982 年，起草委员会被解散，这一草案也随之搁浅。值得一提的是，欧洲一体化条约（the Unification Treaty）第 30 条规定了其成员国必须编纂劳动合同法，并规定劳动合同法中的有关公法保护的条款必须符合欧共体法，这对德国劳动法的法典化可能会产生影响。

### 3. 判例法

因劳动法没有统一的法典和综合性的法规，要掌握劳动法的指导思想和原则十分困难，故只能从劳动法的诉讼案例中对此进行了解。诚然，判例并未被视作一种正式的法律渊源，但它依然在劳动法领域具有相当的约束力。法院和联邦宪法法院（BverfGG）经常需要解决民法权利与《基本法》（Grundgesetz）有关法条不连续及相互冲突的问题，《劳动法院法》（Arbeitsgerichtsgesetz: ArbGG）更要求联邦劳动法院（BAG）扩展其进行劳动审判的职能，并已收到成效。判例法在此发挥了如此积极的作用，以致于引发有关德国司法制度的争议。

在德国，将习惯法作为劳动法的法源是十分少见的，这主要是由立法与司法实践在这一领域的大量干预导致的。

### 4. 合同及协议

另一项重要的法源是当事人之间订立的合同，包括含有对个人有利的条款，并在法庭上有效的集体协议。但在调整这些法律关系时，对于成文法还是判例法的适用却产生了困难。许多合同中对雇员权利的规定要么偏多，要么偏少，当这些合同呈上法庭并由法庭对合同进行审查时，在适用成文法还是判例法的问题

---

<sup>①</sup>（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 347 页。

上，法庭处于进退两难的地位。

同样，工会与雇主之间的合同也是一种劳动法的法源。工会的合同是有约束力的，并适用于大量判例中。同时，这些合同在订立集体协议时也须考虑。

## 二、德国劳动法的种类及其机构设置

### (一) 劳动法种类

#### 1. 个人劳动合同

个人劳动合同主要阐明雇主与雇员之间的关系。它包括劳动合同的订立、变更及终止时产生的权利义务，还包括国家通过公法施加在雇主身上的义务。

#### 2. 工人保护法规

工人保护法规为保护工人的地位、工作和福利设立了最低标准，还有些法规规定了对于违法行为的刑事制裁措施。公法在解雇等问题上的直接干预代表了工人广泛的权利。

#### 3. 集体劳动法和劳资关系法

集体劳动法包括集体协议及其实施和法律影响；劳资关系法，包括有关调整劳资纠纷及罢工的法规。这些法规对工会组织十分重视，运用公法、私法等手段保护工人代表、工厂委员会及公有企业中人事委员会的权利。

#### 4. 程序法

程序法包括了劳动法的相关程序法，主要包括《劳动法院法》(Arbeitsgerichtsgesetz: ArbGG) 等。

### (二) 劳动法机构

政府机构包括劳动局和社会福利机构，他们为联邦一级，负责对劳动法进行修改并公布新法令。劳动监察局(Gewerbeaufsichtsbehörde: GewO)的职能与英国的“工厂、健康与安全监察局”(the Factory and Health and Safety Inspectorates)相似，主

要负责对工人的安全健康状况进行监控。各级雇佣机构被授予广泛的招收工人并进行职业训练的权力。虽然现在这些机构的地位已受到挑战，但它们仍享有对职业进行分配的专有权。这些机构由如下部分组成：

(1) 工会和雇主联合会，是在第二次世界大战后的工业基础上重新建立的，其在调整劳资关系中发挥着十分重要的作用。“德国工会联合会”（DGB）的一个主要职责就是对其下属的 17 个工会及其附属组织的合作进行协调，以避免工会之间产生明显的分歧，而它所解决的正是六七十年代一直困扰英国工会的大问题。此外，还设置有“德国高级雇员工会”（Deutsche Angestell-tengewerkschaft: DAG），这些工会组织虽无法律上的人格，但事实上却有权拥有自己的名称及独立的财产，这足以消弭它们在法律上的劣势。

同样，还有许多雇主团体及其附属团体，如“德国雇主联合会”（BDA），也是在一个广泛的工业基础上创建的，其目的在于协助雇主与工会进行谈判。

(2) 企业委员会，是依据 1952 年颁布、1972 年修订的《企业委员会法》建立的，通常是在工业企业而非公司里的管理层中发挥作用。它们存在于有 5 个以上满 18 岁的雇员的企业中，并且代表这些雇员。但它们不适用 10 人以上的公司，通常这些公司将依据《雇员委员会法》（Sprecherausschußgesetz: SprAuG）的规定建立一个独立的机构。

(3) 董事会，是公司和商事企业的一个主管机构，但它对公司业务不进行直接管理，而只对经理人员进行指导与管理。根据《参与决定法》规定，500 个雇员以上的公司必须建立董事会，而小公司可根据意愿决定是否建立董事会。

(4) 劳动法院，是特别设置的为处理个人劳动合同和集体协议争议的机构。

### 三、德国劳动法的基本内容

德国劳动法十分庞杂，其规范分为各种不同的层次，并分散于不同的法律中。

#### (一) 个人劳动法

##### 1. 雇佣关系

劳动法中的雇佣关系的意义是将一个类别的特定人界定为“工人”。这一界定有助于明确适用参与共同决定的机构权力及其保护范围。谁是一个被雇佣的人是由法庭而非当事人界定的，即雇员是依据合同为他人服务和工作的人。这是民法学的概念，因此，这一概念不适用公法调整的人。另外，劳动法意义上的人与商法典中定义的自由职业者也是有所不同的。

工人，可以依不同的标准加以区分：

(1) 依据《工会法》(GewO)的规定为标准，职业可以划分为除由特别法调整的海员、矿工、雇农外的私有企业和商贸雇员，或是依据商法(HGB)的规定而划分的公司职员。在以往，由于公司职员在法律上享有特别地位，使得这一划分显得十分重要。时至今日，此意义已有所变化，因为现行宪法第3条规定，所有组织均享有平等的权利。

(2) 蓝领与白领工人的区别是以一种更为传统的标准划分的——白领工人是经理人员，1984年的《劳动保险法》(Angestelltenversicherungsgesetz: AVG)对白领工人下了一个初步的定义，并以排除法界定了蓝领工人。

这种由于定义的不同而产生的区别，对于确定参加企业委员会和监事会的成员应享有的权利，具有十分重要的意义。另外，对工人在其健康状况不良时获得劳动保险、养老金及工资的权利，亦具有不容忽视的影响。在上述领域中，对经理层仍有特别的定义。为此，在最近的一些判例中，不断要求废除这种泾渭分

明的待遇。其最强烈的呼声就是废除民法第 622 条中关于“延长公告期限”的规定。

(3) 管理人员, 虽同样受雇于公司, 但却主要指公司内一部分特定成员。他们组成了自己的特定组织, 即“高级雇员工会”(Union Leitender Angestellter: ULA), 其明显的特征集中反映于《企业委员会法》第 5 条。

(4) 核心管理人员 (Organpersonen), 不适用一般的雇佣关系, 因为他们是公司的总裁或是企业合伙人。他们受到依据民商法一般规范所订立的服务合同的约束。

(5) 半自由职业者, 是一种似乎在形式上被雇佣的人, 处于合同工与自由职业者之间的尴尬境地。他们为一个雇主劳动超过自己的工作时间 50%, 为此有可能完全沦为自由职业者并失去劳动法提供的各种保护措施。例如, 他们在被解雇时就不能享有应得的那些利益。这种人也包括那些同时接受两个雇主永久性 or 长期合同的承约人。

## 2. 劳动合同的订立

劳动合同最初是依据民法中关于服务合同的规定而订立的。

劳动合同的形式是书面或口头形式。但订立学徒合同必须采用书面形式。许多集体协议也要求以书面形式订立。契约自由确保合同的内容可以由各方当事人协商决定, 劳动法却对此有着严格规定。民法第 611 条规定不得在雇佣中有基于性别的歧视; 欧共体法还规定不得有基于国籍的歧视。

当合同内容与法律规定有抵触时, 须运用一定的法律手段加以调整。此外, 个人劳动合同的内容必须符合业已通过的在工会与雇主间达成的集体协议之规定, 不得与之抵触。同样, 个人劳动合同也不得违背雇主与企业委员会之间的协议。

合同通常都不设置固定期限, 因此法庭关注那些已设立了固定期限的合同, 并在合同到期时保护雇员的利益, 以防止雇主逃

避义务。法律规定，允许有最高为6个月的试用期。在此以后，当雇员遭到不公正的辞退时，就可以得到法律上的保护。处于经济衰退中的企业希望订立更为经济的固定期限或短期合同，国会对此一呼声也有所反应。1989年3月1日制定，1995年通过的《促进雇佣法》（Beschäftigungsförderungsgesetz: BSchFG）规定雇主可以订立为期18个月的固定期限合同。这类合同不可续约，承约人亦不享受普通合同对雇员提供的保护措施。在雇员不满20人或组建不足6个月的企业中，这一合同期限可长达2年。任何变更合同或续约的行为将自动地提供工人在遭解雇时所能享受的各项权利。

### 3. 企业委员会与工人的雇佣

有雇员20人以上的企业如欲雇佣更多的雇员，必须依据《企业委员会法》第99条之规定告知企业委员会，并将所提供职位及应征者资料提交委员会，并须得到其同意。委员会在以下几种情况下行使否决权：

(1) 雇佣行为违反了企业委员会与雇主事先达成协议的原则规定；

(2) 雇佣行为将导致对现有雇员的不公正待遇或辞退；

(3) 对于新雇员的不利情况；

(4) 根据《企业委员会法》第93条规定，雇主在广告中未按委员会的要求，明确标明可提供的职位。

工会委员会如果雇佣新的雇员表示反对，雇主可以要求法庭批准这种雇佣行为，但事实上这种可能性很小，因为工会委员会总能成功地行使否认权，维护其权力。

这些规定不适用于经理人员。在500人以上的公有、私有企业中，经理人员的任命是依据《参与决定法》和《企业委员会法》的规定进行的。

### 4. 合同主要条款



民法第 611 条是偿付劳动报酬的法律基础。关于规定工作时间及性质的集体协议是依据《企业委员会法》、《工作时间法》(Arbeitszeitordnung: AZO) 制定的。第 611 条还有关于男女工人同工同酬的规定。

如果合同未写明报酬, 那么依据民法第 612 条之规定偿付, 民法第 614 条是关于计件和计时工资的规定。

民法第 613 条规定了承约人有亲自履行的义务。这在合同中除有明确要求外, 无需写明。

民法第 613 条 a 规定, 当企业被出卖或转让后, 原雇佣关系仍继续存在, 新雇主享有原一切权利并承担相应义务。如果原雇佣关系是依据集体协议订立的, 那么这些关系至少存续 1 年。即使仅是出售所持部分或全部股份或是转移财产的行为, 也适用第 613 条的保护条款。简言之, 出卖企业并不是一个能造成合法解雇法律后果的理由。通常来说, 公司转让后势必进行重组, 这将引起由于强行遣散而发生的诉讼。

民法第 615 条规定了行为的过错。双方都无过错地履行不是企业雇主必须承担的主要风险, 包括不可抗力。但因罢工而造成停产的危险, 将迫使雇主不得不支付报酬, 否则, 雇员就可以要求补偿。

民法第 616 条规定当工人发生疾病等不可抗力情况时, 工人的工资仍须予以支付。另外, 商法第 63 条规定适用于商业雇员和技术工人。

民法第 618 条规定雇主必须提供安全的工作环境。因不充分履行本条规定而造成的损害赔偿, 现已完全由所投保险的承保人承担。非常不幸的是, 由于重伤事故的赔偿金额大大少于对侵权行为的赔偿。其原因是在保险赔偿中, 精神痛苦与精神损害不予考虑, 而在侵权赔偿中, 这是需要考虑的。

商法第 59 条至第 83 条是关于雇佣关系的规定。大多数的条

款反映了民法的要求，但是商法特别规定了商业雇员的权利义务。联邦劳动法院把这些条款类推适用到所有的蓝、白领工人。

此外，民法第 60 条、第 61 条、第 74 条是关于禁止不正当竞争的规定。

民法第 60 条规定，除得到明示或默示的许可外，一个雇员不可同时在两家业务性质同一的企业工作。

民法第 61 条规定，雇员如违反上条规定，雇主有权向雇员就其所得报酬和利润要求提成。

民法第 74 条规定，当事人之间订立的合同可以含有保密条款，除非合同内容不涉及商业秘密。保密期限从劳动关系终止时起可最长延续 2 年。这个期限可根据雇主的利益进行调整，并支付雇员以过去薪水的一半作为补偿。

民法第 75 条规定了合同的失效。

民法第 622 条规定，劳动合同公示的最低期限，现已被《解雇保护法》(Kündigungsschutzgesetz; KSchG) 所补充。

为尊重在德国境内雇佣德国公民的外国企业，在雇佣关系中所适用的法律可以是外国法。这种情形通常是，一家外国公司在德国设有子公司或分支机构，并且雇佣德国人，在合同中无论适用何种法律，雇佣的最终决定权在于外国公司。所有的德国公法均不适用，而民商法一类的私法也仅在显失公平条件下才能适用。

### 5. 劳动关系的解除和解雇

一个劳动关系可以因为双方协商一致、时效终止或当事人一方提出要求而终止。这一终止的意思表示可以通过口头或书面形式作出。只有双方合意后，终止的法律效力才产生。

民法第 622 条规定劳动关系终止的内容，包括对不同种类的雇员在被解雇前预先告知期间长短的规定：蓝领为 2 周，白领为 6 周。民法支持这一观点，即不同时间长度的告知期限是基于蓝

领和白领工人的个人谈判能力制定的，这是一项直到最近才生效的法律制度。作为契约自由的一个表现形式，预先告知期限的长短可由各方协商一致予以解决。事实上，这种自由只限于高层管理人员，绝大多数工人必须服从企业的制度，无论他们喜欢与否。在某些情况下，由于集体谈判的结果，企业也可能给予工人多于法定最低水平的告知期限。民法第 622 条规定，白领工人享有的绝对最低期限为 1 个月。但白领工人与蓝领工人之间的区别并没有因为协商而磨合。

1990 年，民法第 622 条关于告知期限长短的规定面临着挑战。这一规定被认为是违宪的，即与宪法第 3 条第 1 款相悖。基于这一论断，对民法第 622 条必须进行修改，即蓝领工人也有权享受更长的预先告知期限。这引发了大量由于告知期限不足和待遇不公平的理赔诉讼。立法者花费 3 年时间才修正了该条款，这对于其他问题也有着深远影响。

民法第 626 条第 1 款赋予当事人因另一方当事人有严重违法行为而终止合同的权利。第 2 款规定，合同的解除必须以书面形式通知另一方当事人。若不告知对方而直接终止合同，则必须提出特殊的理由以证明其在告知期限终止前无法继续维持劳动关系。雇主在以下两种情况下可不预先告知对方而直接终止劳动合同：第一，雇员对于雇主有偷盗、欺诈、贪污等犯罪行为；第二，雇员参加了未经工会允许的不负责任的罢工并拒绝复工。

依据 1969 年《解雇保护法》第 1 条第 2 款和第 3 条的规定，解雇的理由要为公众所接受，如（1）基于人；（2）基于行为；（3）基于企业迫使工人接受的事实。

因人而解雇的理由只能是长病假。经常发生的短期缺勤比一次长病假更能造成解雇的后果。

行为问题包括违法行为、为竞争者工作、行为不轨，迟到以及无故缺席等，在这种情况下，雇主在解雇前必须发出书面警

告。

第三种是由于公司倒闭、工厂停业、经济衰退等原因而引起的剩余劳动力的遣散。在这种情况下，解雇必须建立在社会的基础上，即谁先被解雇，谁后被解雇。雇主也须考虑个人和经济条件。

一个雇员在被解雇后3周内有权依据1969年《解雇保护法》第4条第1款向劳动法院提出上诉。根据第7条规定，如果这一期间内未提出上诉，那么解雇行为将生效。

当企业委员会建立后，在雇员被解雇的处理中发挥着巨大作用。1952年的《企业委员会法》第102条第1款规定，企业委员会在雇员被解雇时必须得到通知，并在最后决定中提出意见，否则，这一解雇行为将无效。在对经理人员的解雇中，则只须通知委员会即可。第103条规定，企业委员会可以反对解雇。如果企业委员会提出反对意见而解雇行为已实际发生，那么必须诉至劳动法法庭。一个雇员提出的诉讼具有暂缓解雇的法律效力，在此期间，雇员仍可得到全额报酬。

一般的解雇有1周的公示期，而特殊的解雇只有3天。此间，企业委员会默示的不作为将被推断为同意的意思表示。根据《解雇保护法》第15条的规定，企业委员会的成员在被解雇时享有更多的保护性措施。

基于公司的出卖转让或合并而产生的解雇适用民法第613条a的特别规定，新的雇主承担原有个人和集体合同中的所有义务。在此情况下，新老雇主作出的解雇决定均是无效的，除非依据民法第613条a，在企业重组中因商业情势所迫的才有效。

## （二）工人保护法

### 1. 基本概况

除了上述有关解雇的法规外，还有许多保护特殊情况的工人（如怀孕女工、服兵役、民役以及残疾人）权益的特别法规。

《解雇保护法》(KSchG)的职能与英国的《不公平解雇法》(unfair dismissal provisions)相似。

《工会法》(GewO)禁止工厂在星期日开工;《工作时间法》(AZO)规定每个工作日为8小时(每周40小时),可以依据集体合同对每天和每周的工作时间进行调整。

未成年人主要由《雇佣未成年人法》(JArbSchG)保护。这一法令禁止雇佣14周岁以下的未成年人或已满16岁但仍未从学校毕业的人。18周岁以下未成年人1周至多可工作40小时,他们不能在周日工作。

《联邦假期法》(Bundesurlaubsgesetz)规定每年至少须有18天带薪假期。对于长时间工作和18周岁以下未成年人的假期还可以延长。除非劳动关系终止,在假期里不得做其他工作或接受现金补偿。

《母亲保护法》(Mutterschutzgesetz)和《联邦协助父母法》(Bundeserziehungsgeldgesetz),为因怀孕、分娩而缺勤的父母提供了保护性的措施。

《病假工资法》(Lohnfortzahlungsgesetz)规定蓝领与白领工人在这一领域内的福利应是一样的。

《严重伤残法》(Schwerbehindertengesetz; SchwBG)规定所有有16个雇员以上的企业必须至少雇佣占雇员总数6%的残疾人,或者向残疾人恢复基金会进行捐献作为变通措施。

## 2. 最新进展

德国统一后,劳动力市场最尖锐的问题就是失业,至1996年7月,登记在册的失业人数近400万,失业率近10%,据估计实际上可能存在600万至700万的失业者。<sup>①</sup>是故,失业成为

---

<sup>①</sup> (德)汉斯约克·奥托:《论德国劳动力市场存在的问题》,张宣译,载《南京大学法律评论》1997年春季号。

劳动法亟待调整的领域。

1996年9月13日，德国议会通过有关促进增长和就业的劳动法。该项立法对此前法律中有关解雇保护和雇员患病期间雇主继续支付工资等规定，作了较大修订。具体呈显于以下四个方面：<sup>①</sup>

### (1) 降低社会福利费用

新的立法宗旨是，促进增长与就业，确保德国劳动力重新变得便宜，其中修改措施之一就是：雇员有权要求雇主续付工资的患病期间比原来的缩短20%。同时，仍允许雇员作出选择，即按一个休假日等于5天病假用法定休假日折抵病假日。雇员因此在患病期间仍可得到全额工资，但休假的时间相应地减少。

其他有关降低社会福利费用的举措，旨在实现的目标是：从2000年起，妇女满65岁始得退休，否则将得不到全额养老金。

### (2) 增强雇主雇佣意愿

政府旨在通过上述立法措施实现第二项目标，即促进雇主的雇佣意愿，鼓励雇主雇佣更多的雇员。为此，采取一系列消除国家干预的措施，取消原有的许多限制企业活动自由的规定。

第一，放松解雇保护的条件。《解雇保护法》有关解雇保护的条款适用于所有雇员人数超过5人的企业。新法规定，它仅适用于雇员人数超过11人的企业。该项条款须于1999年开始生效。新法还放宽社会选择的条件。具体规定，当几名雇员同时存在解雇理由时，雇主必须进行社会选择，确定将解雇的雇员。雇主作出这种社会选择只需考虑雇员的年龄、在企业工作的年限及其所承担的赡养义务等三个因素，无须考虑其他因素。

第二，放松附期限的劳动合同。《解雇保护法》规定，订立雇佣合同期限超过6个月或多次设定期限的附期限劳动合同须具

---

<sup>①</sup> (德) 汉斯约克·奥托：《论德国劳动力市场存在的问题》，张宣译，载《南京大学法律评论》1997年春季号。

备客观原因。1985年的《就业促进法》即对此作了一些限制，规定即使没有客观原因，一次性也可以附有18个月的期限。小企业、新设企业甚至还可以订立附有2年期限的劳动合同。新的立法进一步规定，可以三次设定期限，可以一次性附2年的期限。当雇主根本不可能解除劳务关系时，可利用附期限的合同。

### (3) 协调工资水平

为限制低工资、低社会福利费用水平的廉价劳动力的社会倾销，有必要调整有关工资水平的规定。

1996年2月26日颁布的《雇员派遣法》，就建筑业以及港口拖船运输业作出以下规定：受雇于外国企业的雇员至少必须取得劳资协议所确定的最低标准工资。该规定旨在提高劳动力成本；间接地提高价格。这一规定的适用前提是，联邦劳动与社会部宣布的建筑业最低工资为每小时18.60马克的劳资协定具有普遍约束力，适用于所有相关的劳务关系。但它必须取得雇主联合会和工会的同意。迄今为止，雇主联合会大会一直保持沉默。新一轮商谈正在进行中，最低工资标准已降到17马克。

### (4) 放宽法定工时保护

《工作时间法》在工时规定方面赋予劳务合同更为广阔的自由空间。其热点之一是，有关商店关门法的修订问题。原法律规定，为保护雇员及小型企业的利益，所有商店从星期一到星期五必须于晚上6:30关门（星期四例外）。1996年7月30日颁布的《有关修改商店关门法并调整面包房和糕点甜食店工作时间的法律》规定，从星期一到星期五商店可以从早上6:00开到晚上8:00，星期六可以开到下午2:00。小的面包房在星期六也可以随意烤制面包出售。

## (三) 集体劳动法

### 1. 集体协议

《基本法》第9条第3款规定：“每一个人或所有行业、职业

及专门职业为维护和改善工作及经济条件而结社的权利受到保护。”这是一项可直接加以适用的法律规则，任何违反这一规定的协议、契约，甚至法规均是无效的。

基于此规定，一个人不仅享有参加工会的权利，而且还享有不参加工会的权利。其后果是，雇主不得雇佣非工会成员的集体协议是违宪的，为达成包含此类条款的协议而举行的罢工也是违法的。

《集体协议法》就是有关劳资关系问题的最重要法规之一。该法明确规定签订集体协议的主体资格、范围以及集体协议的内容、法律后果等。

工会、雇主联合会及其附属组织“德国工会联合会”(DGB)、德国雇主联盟(BDA)能各自代表其成员订立集体协议。协议内容主要是企业与工会某方面的特定事务，如薪金、假期、病假工资、退休、养老金、工作时间及环境等。

在德国，工会与单个企业的谈判较少见，只有大型私人企业或国营企业例外，较多的集体协议是在工会与雇主联合会之间达成。该集体协议具有两个不同层次的效力。

第一，“规范性效力”。据该法第1条规定，调整“雇佣关系的内容、建立和终止”时，雇主是受集体协议拘束的雇主联合会的成员，雇员是受同样拘束的工会的成员，则集体协议是可以直接适用于任何特定的雇佣契约。

第二，“债的效力”。在雇主联合会与工会之间双方具有保持和平的义务，即在集体协议有效期内，双方当事人对已达成协议的事项，必须避免采取任何有可能引发或激化劳资冲突的行动。当工会违约时，雇主可提起颁发禁令或损害赔偿的诉讼。

1956年至1957年发生于石勒苏益格——荷尔斯泰因(Schleswig——Holstein)州的金属制造业工人大罢工，是德国劳资关系史上历时最长的罢工之一。有关雇主就罢工所造成的损失，向



工会提起损害赔偿诉讼，得到联邦劳动法院支持。判例的适用，促使集体协议附加了一些隐含义务：

(1) 维护安定的义务，即工人要对因参加未经工会批准的非官方罢工而造成的损失负赔偿责任；

(2) 履行合同的义务，即劳资双方都必须清楚，任何一方都不能违约。

《集体协议法》第3条规定一个企业中有50%的工人已经是工会的集体协议成员时，工会、雇主联合会均有权向联邦劳动局申请这一集体协议的效力扩展至该企业的全体成员。

另外，协议条款中可包含强制性的禁止罢工的内容，其效力及于合同的任何一方。条款中可规定一个禁止罢工的固定期限。

## 2. 劳资冲突

如果集体谈判失败，工会可以号召举行罢工。劳资冲突法这一领域，德国虽然尚无立法实践，但是实际上已由判例衍生出了相关法则，如联邦劳动法院在1955年、1971年的两个判例中确认，罢工只有满足了一定条件，才是合法的。

由集体协议中的工会一方组织的罢工，才可能是合法的。其罢工的权利是集体权利而非个人权利，非工会成员亦可参加这一罢工。罢工中所主张的要求只能是集体协议中规定的。罢工的形式包括集体谈判，但不包括带有政治目的罢工。未经工会允许的罢工和与被解雇工人一起进行的罢工以及破坏“维护安定义务”的罢工，无论其目的合法与否，其形式上都是非法的。罢工只能是最后手段，并在作出决定前进行无记名投票。工会必须每隔几小时或一天作出罢工的警告，以表示其要求获得利益的决心。这种警告性的罢工被广泛使用，但它的合宪性在得到“联邦宪法”（the BVerfG）支持前一直受到质疑。

联邦劳动法院要求，合法的罢工不能造成过多的损失，这即所谓“均衡原则”。而违反“均衡原则”，是指因罢工的强烈程度

或因对罢工控制不当而可能对一般公共利益造成的危害，与工会坚持罢工所获取的利益不相称。此规则尚未运用于具体个案中。

合法罢工中，雇主不得起诉，因此在劳动争议中雇主可以采取闭厂停业的反行动。该防卫措施被司法承认。此时，工会必须从罢工基金中向大多数工人支付高额的罢工津贴。依据《促进雇佣法》的规定，停业的工人不享有社会福利。

合法的罢工与停业有暂缓合同义务的效力。雇主既不必支付劳动报酬也得不到服务。就雇员而言，他们既不必履行义务也不能获得报酬。雇主不得以参加罢工为由解雇工人，只有非法罢工时，方可解雇工人，并可要求他们赔偿损失。

### 3. 工人代表与共同决定

劳动法中的一个重要组成部分是工人的意见体现于生产管理中，这既可通过集体协议，也可通过法律加以表现。在历史上，法律的调整在这一领域产生的影响，足以追溯到上一世纪末，包括从1891年的《工会法》、1919年的《魏玛宪法》、1920年的《企业委员会法》、1937年的《股份制企业法》直至1952年的《企业委员会法》。

在德国，工人以参加各种组织、参与共同决策两种形式参与企业管理。因此，法律就其组织形态作了周详的规定，包括：

#### (1) 企业委员会

最初的企业委员会是为满足工人需要建立的。1920年的《企业委员会法》规定，企业委员会必须独立于工会以外存在。这一规定至今仍有效。而企业委员会的工作与目标常与工人参与企业经营决策的其他目的混淆。因此，这一部分的法规大量重叠。

1952年的《企业委员会法》(BetrVG)，为战后重建企业委员会提供了法律依据。1972年的《企业委员会法》进行了大量补充。它详细规定企业委员会的委员选任方法、法律地位和职权范围。

1988年12月对该法再次作了修订。该法第1条规定,所有18周岁以上公民都有权要求到任何5人以上的企业工作;建立企业委员会是出于雇员的自愿,而不是他们的义务;如尚未建立企业委员会,雇主不得禁止工人组织一个企业委员会。实践中,这些规定适用于大中型企业,对于小型企业可能有例外。该法第2节规定,雇主、工会、企业委员会、雇主联合会都必须诚实信用,依照集体协议予以合作。这在法律上禁止了企业委员会把罢工作为解决争议的一种手段。企业委员会与雇主之间的纠纷是由工人代表、雇主代表和中立第三方组成的仲裁委员会调解的。简言之,企业委员会负有保持和平的永久性和绝对性的义务。该法第5节规定,经理人员不得加入企业委员会,但他们可以依据特别法“the Speaker Committee Act”(Sprecherausschußgesetz)组成他们自己的代表组织。值得注意的是,工会与企业委员会在组织上相对独立,但他们的职能相似,积极参加工会活动的人往往被选为企业委员会成员,代表全体工人的利益。

依据该法第38条规定,企业委员会的成员因履行委员会义务而缺勤时,仍可获得雇主支付的工资报酬。300人以上企业必须给予一个企业委员会成员与其非委员会成员之同事们同样的薪水,并同样得到加薪、各种福利、职业训练。1972年的《企业委员会法》第40条进一步规定,雇主有义务对企业委员会成员进行训练,确保他们能胜任委员会的工作,并为他们配备必要的人员、场所及设施。

该法第87条规定,企业委员会权利大小取决于企业的经营规模。20人以上的企业,其企业委员会有权参加企业决策,这些决策包括工作时间、健康与安全、报酬形式、工伤和病假福利等。该法第99条规定,在解雇、雇佣等重大人事决策上,企业委员会享有知悉权,即有权从雇主处获得情况。在20人以上的企业中,企业委员会有决定一些个别人事问题的权利,即参与决

定权。该法第 106 条规定, 100 人以上企业在建立企业委员会时有权组织一个经济委员会。该法第 111 条规定, 企业发生重大变更如倒闭、裁员、重新安置和合并等情况, 雇主有义务通知企业委员会。但在变动发生的最后时刻, 企业委员会一方无否决权。

该法第 111 条、第 112 条规定经济委员会在企业重组时有权与董事会共同讨论财政问题。但这种权利行使导致企业难以遣散剩余劳动力。企业委员会与雇主之间可在企业委员会职权范围内依第 106 条至第 113 条有关经济问题的规定订立协议。但在适用上, 集体协议优先于这类协议。

《企业委员会法》仅适用于各种私有企业。

## (2) 董事会及劳资董事

雇员有限地参与经营决策的现象出现于上个世纪, 随后不断地发展, 因而有必要建立一个代表有限责任股东的委员会作为经理人员的主管监督机构。许多公司都采取了这种由股东对经营管理进行监督的机制。到了 1922 年, 雇员才进入董事会, 远远晚于雇员参加企业委员会活动。其时法律授权允许每一企业委员会可提名 1 至 2 个成员进入董事会。这些权利后来被希特勒剥夺。

一般认为, 德国在第二次世界大战后可能进行非工业化改造, 但情况并非如此。许多煤炭和钢铁工业业主反对这项计划, 他们与各相关工会达成交易以维护他们的工业利益。最初, 英国在其占领区内颁布法令, 规定工会与雇主可就钢铁企业结构及企业控制权达成协议, 其中包括在董事会中, 雇员、股东和雇员董事的平等权利, 之后被推广至整个英美盟军占领区, 所有企业的董事会都出现了劳资董事。

在公私营企业, 董事会往往选择“合适”工人进入董事会, 而不按照企业委员会的要求创立一个全新的主管机构。

1951 年的《煤炭钢铁企业参与决定法》是第二次世界大战后第一部规定雇员代表进入董事会的法案。该法规定, 1000 人

以上的煤炭钢铁企业中，董事会设立一个中立的主席，并将其权力平均分配给雇员和股东的代表。这些企业中也必须有一个主管人事工作的董事（Arbeitsdirektor），其任命必须得到董事会中雇员代表的大多数赞成。1956年，本法适用于整个煤炭钢铁行业的所有企业。

1952年的《企业委员会法》进一步将1951年的《煤炭钢铁企业参与决定法》的规定适用于所有500人以上的公私营企业。该法第76条规定董事会必须由2/3的股东代表和1/3的雇员代表组成。

《有限责任公司法》（GmbHG）第52节规定，允许500人以下的私营企业可自行决定董事会的组成，无须雇员代表，但500人以上的私营企业中仍须劳资董事。

1976年的《煤炭钢铁企业参与决定法》弥补了过去法规的不足，扩大了雇员参与决策的范围。这一法规适用于所有2000人以上的公私营企业。该法规定，这些公司的董事会必须由50%股东、50%雇员代表及1名劳资董事组成。董事会规模取决于公司的规模。雇员代表中须至少有1名经理人员。董事会主席是从股东中经投票选举出来的。劳资董事与其他董事一样，只须董事会的简单多数即可任命，无须工人代表的多数通过。

这一法规遭到工业企业家联合会的强烈反击。德国工业联合会为此提出了违宪调查，宣称这一法规破坏了基于《基本法》第9条第3款确立的集体谈判制度，并侵犯了《基本法》第14条保护的私有财产权利。与此同时，也引发了由于企业委员会与董事会中雇员代表的结合势必侵害股东权利的纷争。1979年3月1日，在联邦宪法判决BVerfGE 50,290,366—78案例中，这一法规及其倡导的董事会形式的合宪性得到了确认。

董事会中雇员代表与股东代表的权利义务是完全相同的。

### (3) 公司团体

就公司的经济事务等方面的问题，法律并无特殊规定。为此，不同企业对工人参与企业经营决策时所承担的责任，有不同的规定。这些参与经营决策的形式必须是行之有效的。

《企业委员会法》第 47 条规定，当一个企业有许多分厂时，每一分厂的企业委员会可选出代表组成联合企业委员会 (Gesamtbetriebsrat)。第 54 条规定，该委员会有权管理公司或各分厂，但仅限于一些社会福利和人事问题。第 106 条规定，经济委员会有权在企业成立或重组时了解影响人事变更的经济事由。

《煤炭钢铁企业参与决定法》确保董事会是建立在集团公司一级的。但该法对什么叫集团公司界定不一，不能满足一些特定集团进行管理与参与决策的需要，对一些享有自治权的附属企业根本不起作用。

1980 年，为解决这一问题；联邦劳动法院解释认为：只要经营决策权一经确立，集团公司一级的企业委员会就可以在综合性企业，亦可在附属公司设立。而实践中，工会、工人团体常与雇主订立一些非正式协议，弥补法律在某些方面的欠缺。显而易见，该领域亟待立法完善。

#### (四) 程序法

1926 年，德国建立了劳动法院，同时受理个人和集体的劳资纠纷。在统一前，西德共有 94 个一审劳动法院。《民事诉讼法》(Zivilprozessordnung: ZPO) 的规定同样适用于劳动法院的审理。

1953 年 9 月 3 日，《劳动法院法》(Arbeitsgerichtsgesetz: ArbGG) 诞生，经 1979 年 7 月 2 日修订后重新公布。该法既是一个劳动法院组织法，又是一个审理劳资纠纷诉讼的程序法，不仅对劳动法院的设置和组织机构作了规定，而且还就劳动法院审理劳资纠纷案件的一些特殊程序等作了详细的规定。

德国劳动法院至今已有 40 多年的发展历史，实践证明，它

在缓和劳资矛盾、稳定社会关系等方面发挥着其他司法机构不可替代的重要作用。

### 1. 劳动法院的设置与受案范围

#### (1) 设置体制

根据该法规定,劳动法院分为三级,即基层法院、州劳动法院和联邦劳动法院。<sup>①</sup>

基层法院负责劳资纠纷案件的初审,即第一审案件的审理,故又称“初审劳动法院”。全德现共设有基层劳动法院 123 个,职业法官 840 名。

州劳动法院负责劳资纠纷案件的上诉案件的审理,故也称“上诉审劳动法院”。全德现设有州劳动法院 19 个,即除全德 16 个州各设 1 个州劳动法院外,另在北威斯特法伦州增设 2 个州劳动法院,巴伐利亚州增设 1 个州劳动法院,现共有职业法官 200 名。

联邦劳动法院负责不服上诉法院裁判的全德劳资纠纷案件的复审。全德现只设一个联邦法院,以便劳动司法的统一。它实际上是德国劳动法院的最高法院,其地点在德国中部的黑森州的卡塞尔。

与普通法院审理一般民事案件相比较,劳动法院审理劳资纠纷案件的法庭采取职业法官与名誉法官相结合的形式组成。其优点在于:

第一,名誉法官来自于企业,对企业的情况比较了解,熟悉其劳动关系状况,有助于法庭对劳资纠纷作出比较符合实际的裁判;

第二,名誉法官来自于当事人,即雇主和雇员两方,分别代

---

<sup>①</sup> 周贤奇:《德国劳动、社会保障制度及有关争议案件的处理》,载《中外法学》1998 年第四期。

表雇主和雇员，维护各自利益，有助于当事人在心理上增加对法庭的信任，更易接受法庭的裁判；

第三，名誉法官在审理案件时享有与职业法官相同的权力，如相同的询问权、查阅案卷权等权力以及相同的表决权，这有助于在一定程度上避免或防止职业法官的独断，提高法庭裁判的公正性。

基层法院、州劳动法院审理案件的法庭由本法院的 1 名职业法官、2 名外请的名誉法官组成。联邦劳动法院审理案件的法庭一般由 3 名职业法官（其中 1 名为首席法官）、2 名名誉法官组成。名誉法官来自雇主与雇员各半，由雇主联合会和工会提名，后由有关部门任命，基层法院、州劳动法院的名誉法官由地方和州的有关部门任命，联邦法院的名誉法官则由联邦劳工部任命。名誉法官任期 4 年。担任名誉法官的年龄限制是，基层法院必须在 25 周岁以上、州劳动法院必须在 30 周岁以上、联邦法院必须在 35 周岁以上。

## （2）受案范围

根据该法规定，劳动法院的受案范围包括以下三方面：

其一，单个雇员与雇主因工资、解雇等私权性的纠纷，包括因劳动关系而发生的纠纷、劳动关系存在与否的纠纷、劳动关系的终止及其法律后果的纠纷、与劳动关系相关的非法行为引发的纠纷等等。

其二，集体协议方面的纠纷，包括签订集体协议的双方就集体协议的内容和集体协议存在与否而发生的纠纷、签订集体协议的双方与第三人之间关于集体协议内容和集体协议存在与否的纠纷、集体协议双方之间或该双方与第三人之间因不允许行为，如劳资斗争采取的手段等而发生的争执等等。

其三，企业委员会与雇主之间发生的纠纷。

就 1995 年德国地方劳动法院审理的 631,000 件劳资纠纷案



件分析,不难发现:第一,数量最多的是解雇纠纷,占总数的40%,次多的是因工资待遇引起的纠纷和涉及休假等问题引起的纠纷;第二,通过审理,以判决结案的占20%,通过庭内调解结案的占40%。一般经调解处理的结果均以雇主支付赔偿而了结;第三,审结时间在1个月之内的占总结案数的23%,1个月至3个月之内结案的占39%,3个月以上至6个月之内结案的占19.5%,其余的17.5%的案件需要6个月以上至1年,甚而更长时间方能结案。

## 2. 处理劳资纠纷的原则与程序

### (1) 基本原则

劳动法院处理劳资纠纷程序中应遵循以下原则:

第一,便捷原则。劳资纠纷涉及到劳动关系的双方,影响到经济发展和社会稳定,必须迅速处理。它摒弃任何官僚主义和形式主义,程序要简捷,要方便诉讼,不要引起过多的诉讼费用开支,增加当事人的负担,否则,繁文缛节就会成了限制当事人诉讼的桎梏。

第二,不告不理原则。劳动关系属于私权范围,当事人对自己的私权有权处分。因此,只有当事人向法院提起劳资纠纷的诉讼,法院才立案受理,并依法审理。

第三,裁判前听审原则。法院裁判前要充分听取双方当事人的陈述,以了解当事人的诉讼请求和根据。

第四,直接取证原则。法官可以责令当事人以书面形式回答证据方面的问题,并且只要有可能,就在法庭上进行听证。

第五,口头审理原则。法官通过口头审理等简易诉讼方式,以达到求实从速解决诉讼的目的,这有利于及时解决纠纷,有利于减轻和防止诉讼程序上的形式主义。法官通过这种形式开庭,当事人当庭直接回答问题,以查清事实,并通过口头审理进行调解。

第六,调解原则。重视调解,并采取措施充分发挥调解在解决

劳资纠纷中的作用，使之成为审理劳资纠纷案件的重要程序制度。

第七，公开审理原则。除法律另有规定外，劳资纠纷案件一律进行公开审理。

第八，法官审理原则。劳资纠纷案件由具有法定资格的法官，包括职业法官和名誉法官组成法庭进行审理。

## (2) 诉讼程序

在长期的实践中，德国劳动司法形成了一套独具特色的比较完善的诉讼程序，其特点在于：

第一，强调调解，调解是初审法院审理劳资纠纷案件的必经程序。

初审中，每一案件都必须经过庭内调解，否则，不能收取诉讼费用。根据《劳动法院法》规定，在初审程序开庭之前，即由担任法庭审判长的职业法官主持下，促使当事人双方相互协商，以期促成双方互谅互让，达成调解协议；为准备调解，法官可以要求被告提出书面答复；法官主持调解时，不能传唤证人，但可以以当事人言词答辩中的自认作为根据。经过调解，若当事人双方达成调解协议，或者原告撤回起诉或被告自行认可了原告的诉讼请求，调解程序即告结束。经过调解达成的协议依法记录在案后，即具有法律效力；若调解失败，双方当事人未达成谅解，即另行确定开庭的日期，之后如期按程序进行开庭审理。

第二，设置“裁判程序”和“决议程序”，以适应解决不同类型的劳资纠纷案件的需要。

裁判程序适用于一般的劳资纠纷案件，如单个的雇员与雇主之间发生的劳资争议；而决议程序则适用于集体劳动合同纠纷案件，如涉及《企业章程法》的雇主与企业委员会之间的争议。两种程序的差异还表现于：其一，当事人在诉讼中的地位不同。在裁判程序中，诉讼是由当事人引起的，即诉讼请求系由当事人提出，并由其提出证明其请求所依据的事实，法庭则根据当事人双

方的陈述进行审理；而决议程序中，诉讼的进行主要取决于法庭，如在某一集体劳动争议中如果涉及到企业委员会，法庭首先要对该企业委员会是否是合法产生的进行必要调查，然后根据法庭所采的证据，对争议进行审理。其二，举证责任不同。裁判程序中所采取的是当事人举证的原则，即当事人对自己的主张负举证责任；而决议程序中负责举证的是法庭。也就是说，在决议程序中所采取的是类似行政案件中的官方举证的原则。如此规定的意义在于：适用裁判程序的劳资争议案件的劳资双方只是单个的雇员和雇主，而决议程序须解决的是集体争议案件，涉及的是群体的利益，若依靠当事人举证就可能使群体的利益受到影响，因此，审理这类纠纷则由法庭负责搜集证据，决定出庭作证的人选和义务。其三，诉讼费用的收取不同。适用裁判程序的劳资纠纷案件按规定收取诉讼费用，而适用决议程序的劳资纠纷案件，一律不收取诉讼费用。

### 第三，关于代理诉讼的特殊规定。

地方劳动法院受理的劳资纠纷案件，即初审诉讼的当事人可以请律师或指定其他人出庭代理诉讼，也可以亲自出庭诉讼。代理诉讼的代理人须有诉讼代理资格，即必须是律师或工会或雇主协会的法律顾问。实践中，若在雇员参加了工会的情况下，大部分雇员都是请工会的法律顾问代理诉讼，这种代理费用可在结案时才予交付；如交付有困难，还可以提出分期交付或免交的申请。雇员请工会的人代理诉讼就可以与雇主请律师帮助诉讼求得平衡，如果雇员未参加工会，实践中则一般都通过参加保险来解决，通过保险由律师代理诉讼也比较方便。案件进入州劳动法院的上诉审和联邦劳动法院的复审阶段，当事人必须聘请作为诉讼之全权代表的律师或工会或雇主协会的代表出庭代理诉讼。此外，适用决议程序的纠纷案件无须如此，但其上诉时，也须有律师的签字。

第四，诉讼费用的收取规定。

合理的诉讼费用是确保劳资纠纷诉讼程序可行的重要条件，也是促进参予诉讼的劳动者易于诉讼的重要条件。劳资纠纷案件的诉讼费采取低收费的原则。劳动法院对劳资纠纷案件的诉讼费用的收取要比一般的民事案件低得多，通常要低 20%，并且对劳资纠纷案件的诉讼收费制定了一个统一的标准和办法。例如，一个解雇纠纷案件，假设雇员的月工资为 4000 马克，3 个月的工资合为 12,000 马克，如果以判决结案，收取的诉讼费用为 480 马克，即为雇员 3 个月工资的 4%；如果以调解结案，则不收取任何费用。

## 第六节 德国社会保障法<sup>①</sup>

### 一、德国社会保障法律制度的形成

#### (一) 基本理念

社会法，即社会保障法，是保障劳动者和老人、失业者、丧失劳动能力的人以及其他需要扶助的人的权益之法律规范的总称，主要包括：社会保险法和社会救济法。社会法属于公法性质，是规范市场经济的一种很重要的法律，其目的在于从社会整体利益出发，按照社会公平的原则，以法律保护在市场经济下经济实力微弱者的社会群体，维护社会安定，保障市场健康发展。

德国是世界上建立社会保障福利制度比较早的国家。以 1881 年威廉一世颁布建立社会保障和社会救济制度的皇帝诏书为标志，从俾斯麦制定社会保险法实施开始，已有 100 多年的历史，现今已形成了一个比较完备的社会保障体系，即社会法体

---

<sup>①</sup> 该章节参考：Nigel G. Foster, BA. LL.M.: German Law & Legal System, Signn of Hadley, 1993.

系。在德国，社会保障及其福利体系不是上帝的恩赐，而是工人运动斗争的产物。“它的建立实际上是对当时欧洲迅猛工业化进程中激烈的社会民主运动的回答。随着历史的发展，这一制度也逐步完善、细化，并得以与社会、经济变迁相适应。”<sup>①</sup>

1949年颁布的《基本法》第20条第1款规定，联邦共和国是一个“民主和社会福利的联邦国家”（Sozialer Rechtsstaat）。国家有义务在其公民陷入困境时给予帮助，并采取预防措施以防止陷入特殊困境。由此，第二次世界大战后联邦德国发展了一套有关社会福利国家的基本理念，<sup>②</sup>其要点包括两个方面：社会平衡，即国家须尽力缩小贫富之间的差异，以建立一个公正、合理的社会秩序；社会保障，即国家须尽力保障其公民的生存基础，使之免受各种可能出现的风险之困扰。

## （二）发展概况

与上述理念相适应，各方面有大量的法律、法规予以配套。社会保障法的制定与实施，最终依赖于国家的经济实力。在德国建国之初，用于社会保障的支出占社会生产总值的比例明显低于20%，1990年至今已达30%多，1994年用于社会保障的支出总计为1764.6亿马克，占联邦预算的36.8%。纵观德国社会保障法律制度的产生发展历史，大致经历了四个阶段，分别如下：

第一阶段是1949年以前时期。

这是德国社会保障措施孕育出台时期。随着近代工业的发展，社会保障措施，如疾病、伤残或年老而丧失工作的补偿等，逐步被提上日程。

---

①（德）汉欧力：《联邦德国社会保障体系概览》，载《我们的社会保障》，德意志联邦共和国大使馆编，第23页。参见周贤奇：《德国劳动社会保障制度及有关争议案件的处理》。

② 邱震海：《德国：一个冬天之后的神话》，复旦大学出版社1997年版，第232页。

1881年11月17日，首次颁布《社会保障法》，既应对工人的疾病、事故、伤残及养老进行保险，工人对缴纳的保险费拥有合法权益。这是德国社会保障的原始文件，也是世界上第一份社会保障文件。

1883年6月15日，颁布《工人疾病保险规定的准则》，核心问题是要实行强制性保险，或称法定保险。

1884年7月6日，制定《事故保险法》，此法也是规定强制性保险。在企业中出事故的人员或家属，可以从事故保险中领取保险金或抚恤金。

1889年6月22日，制定《伤残及养老保险法》，为那些年满70岁的退休者或因伤残而丧失了劳动能力的人提供保险。

1911年7月9日，制定《帝国保险条例》，成为当今社会保障的基本法。它由《帝国保险所有分支的共同规定》、《疾病保险》、《事故保险》、《工人养老保险》、《保险者之间及同其他义务者之间法律关系》、《法律程序》等六项法规组成。

1911年12月20日制定《职员保险法》，它于1913年1月1日生效。

1927年7月26日，颁布了《职业介绍法》和《失业保险法》。

第二阶段是1949年至1953年时期。

这是第二次世界大战后德国重建工作起步时期。其间确立了社会福利国家的基本原则，并设置了相应的法制保障，如1950年，恢复了养老保险制度；1951年，制定了《解雇保护法》；1952年，制定了《母亲保护法》；1953年，制定了《严重伤残法》及《社会法院法》等。

第三阶段是1954年至1976年时期。

这是联邦德国经济飞速发展、综合国力大增的时期。60年代末社会民主党第二次执政，在实现社会平等方面大刀阔斧地实

行自己的主张。

1954年，制定《儿童金法》，规定所有的雇员及独立职业者，拥有3个以上孩子的，既可以从国家机构每月领取儿童金。

1957年，改革养老保险制度，规定将退休金额与工资额挂钩，并将养老保险制度推及至农村。

1961年，实行住房补贴制度，对低收入者进行房租补贴。

同年6月30日，制定《联邦社会福利法》(Bundessozialhilfegesetz: BSHG)。

1961年、1964年及1970年，三次提高儿童金。并于1975年，规定从第一个孩子出生起，其父母即可每月领取儿童金。

1963年，实施《联邦假期法》，所有职工均可享受有薪休假制度。

1969年，实施《病假工资法》，规定职工病假6周内，其全额工资由雇主支付，从第7周起，由其所属的医疗保险公司支付原工资的80%，期限为78周。

同年，制定《就业促进法》，规定职工接受职业培训（包括改行培训）以及企业接纳职业前景较差的职工时，国家的具体资助办法。

1971年，制定《教育促进法》，对于所有需要接受该资助的中学生和大学生提供无息贷款。

1974年，制定《补偿破产无力偿付职工损失费法》，既是一项针对因破产造成失业的社会保障措施，也是失业救济制度的某种延伸。

第四阶段是1977年至今。

这期间社会福利制度进一步完善，如：

1978年、1979年、1981年、1995年，四次提高儿童金数额；

1985年，实施子女抚养假制度并发放抚养费；

自 1986 年起，降低有子女家庭的纳税额度；

该阶段，德国拟创制一部完整的《社会法典》，但至今只公布了部分内容，即：

1975 年 12 月 11 日，第一编，总则；

1976 年 12 月 23 日，第三编，社会保障通则；

1988 年 12 月 20 日，第五编，法定健康保险；

1989 年 12 月 18 日，第六编，法定年金保险；

1990 年 6 月 26 日，第八编，青少年救济；

1980 年 8 月 18 日、1982 年 11 月 4 日，第十编，管理程序；以及第十一编，法定护理保险。

此外，1991 年 1 月 10 日，《联邦社会福利法》经修订后重新颁行。

## 二、德国社会保障法律制度的内容

1983 年，著名的社会法学家汉斯·查赫尔（Hans F. Zacher）教授按照社会待遇领域各种保障功能的准则，将社会法划分为：社会保险（社会预防）、社会赔偿（社会供养）、社会资助和社会救济四个领域，被誉为“社会待遇领域的现代划分”。<sup>①</sup> 现实中，社会赔偿与社会资助又常合称为“社会照顾”。

### （一）实体方面

#### 1. 社会保险

社会保险是社会保障制度的基本内容之一。医疗保险、养老保险、工伤保险、失业保险和护理保险已成为现今德国社会保险的五大支柱。

#### （1）医疗保险

---

<sup>①</sup> 刘翠霄、玫思娜：《德国残疾人社会保障法》，载《外国法译评》1996 年第 3 期。



德国国民中约 90% 参加了法定医疗保险。法定医疗保险的待遇，包括疾病预防和治疗、休养康复及支付疾病津贴等等。具体的服务项目有：

- ① 疾病早期诊断（包括癌症例行检查）；
- ② 治疗费用，其中包括：
  - A. 门诊费、住院费及手术费；
  - B. 药费、镶制假牙费（病人须自掏一部分）；
  - C. 治疗辅助手段，如眼镜、助听器、轮椅、医疗体操和温泉浴；
  - D. 孕期辅导、产后指导；
- ③ 病人接受家庭病房治疗期间的家庭钟点工费用；
- ④ 职工病假第 7 周起的 80% 的原工资；
- ⑤ 病人就医的交通费。

全德共有 1000 余家医疗保险协会办理医疗保险。参加此类保险的主要有雇员、退休人员、失业人员、大学生及农业经营主和艺术工作者等等。保险资金主要来源于缴纳的保险费。目前费率为 13.2%，以每个雇员的毛收入为基数计算，雇主、雇员双方各承担一半。保险费与投保人的经济能力直接挂钩，与年龄、性别及健康状况无关。具体费用将根据有关文件的条文支付，即所谓费用支付标准，并将每年重新核定。

大学生支付费用标准，完全依有关法律条文规定付费，其标准是根据各保险公司和医疗互助组织平均数的 7/10 支付，标准费用的定额是根据付费规定的第 1 条第 4 款和第 1 条第 10 款的平均值而确定。

领取失业津贴、失业救济金和生活费者不必付费，他们的医疗保险费由联邦劳工部支付。

总之，投保者享有下列权利：增进健康、预防疾病、早期发现疾病、治疗疾病、对特别需要照料的人提供帮助。医疗保险协

会还提供家庭帮助，其方式为：在无须额外交纳保险费的情况下，医疗保险服务也扩展至投保人的配偶和子女。

## (2) 养老保险

德国养老保险的三大支柱是法定养老保险、企业补充养老保险和私人养老保险（即个人投保的商业保险）。

全德大约有 90% 以上的成年人参加法定养老保险。具有投保义务的首先是全体工人和职员，其次是学徒和帮工、家庭手工业者及其雇佣者、艺术家和文字撰稿人。换言之，有关法规明确规定参加养老保险的人员是薪金劳动者和独立劳动者。其中，脑力劳动者和独立劳动者，其年收入水平在全国平均水平的 1.8 倍以下者，必须参加保险，年收入高于这个水平者自愿参加；薪金体力劳动者，无论其收入水平高低，都必须参加保险。政府官员（包括警察、教师等，但不包括政府机关的普通雇员）不参加保险公司的保险，当他们退休时，由国家发给养老金，其支付水平比一般养老金高（大约为其原工资的 80% 以上）。工作时间很短的人及家庭妇女不参加保险。

投保人享有下列权利：一般的年老养老金、职业康复待遇以及职业能力或就业能力丧失养老金、遗嘱养老金等。

保险资金的来源有两个：一是被保险人缴纳的费用；二是国家补贴。其中，前者是主要的。1987 年 1 月 1 日起，保险费率为名义工资的 18.7%，雇主和雇员各交纳 9.35%。1991 年的标准是本人工资的 17.7%。自愿投保人和自主经营者如果参加保险，保险费应由本人全额交纳。缴费是以雇员的毛收入为计量基数，费率为 18.6%，由雇主、雇员各承担一半。国家补贴约占每年法定养老保险总支出的 1/5。缴费与补贴均采用现收现付的办法。投保 45 年后领取的养老金约相当于在职职工收入的 70%。各类养老金的支付均是动态的，即每年根据工资和物价变化而相应地调整。

全德设置工人养老保险机构，共 23 个，基本按地区设立，有的州根据需要设有两个局，有的局跨两个州。此外全德还设置职工保险机构 1 个，即设于柏林的职工保险局，在各州设有 480 个办事处。上述这些机构是一种自治性质的管理机构，而非行政部门，不隶属于任何一级政府的行政管理机关。国家对其工作的监督只是一种法律监督，即监督保险机构的管理行为是否与法律及有关法规相一致。

目前，该领域的争论热点有三：

一是调整养老金与收入的比例，即领取的养老金相当于在职职工收入的比例由 70% 压缩到 64%；

二是合并工人养老保险机构和职工养老保险机构；

三是提高退休年龄。

除法定养老金的规定外，有些企业还实行企业补充保险。在国营企业，这一保险是工会经斗争取得的，并由法律加以规定。在私营公司中，这一保险完全出于雇主自愿，主要目的在于加强其在劳动市场中的竞争性。企业补充保险有三种形式：

一是成立一个基金会，对本企业的退休职工发放一定数额的补充养老金，这笔费用可以从国家得到税收减免；

二是雇主为雇员承担一部分雇员应交给保险公司的保险费；

三是企业出钱为雇员在私人保险公司投保。企业一旦破产，这一附加保险金可从为此建立的一个基金中提取。雇员转到其他企业，有权得到原企业的养老金，但一般需在该企业工作达到一定年限。

### (3) 工伤保险

法定工伤保险是指雇主的责任保险。参加法定工伤保险的占全德人口的一半左右。具体包括工人、职员以及其他一些应予以保护的人员。负责工伤保险的机构为工伤保险协会，如工商业、农业职业合作社以及公立工伤事故的保险机构。其任务是负责工

伤事故预防、企业内部的劳动保护、向工伤受伤雇员及其亲属或遗属发放工伤补助及其他一些待遇，如配偶养老金的金额为年劳动收入的 30%，若活着的配偶已过 45 周岁，或需抚养一个子女（具备享受孤儿遗属补贴的条件），或已不具备就业能力，遗属养老金则应是年劳动收入的 40%。工伤保险基金全部由雇主缴纳的保险费构成，雇员只享受保险的权利。工伤保险制度的实施，减轻了企业支付高额赔偿的重负，且为雇员消除工伤带来的严重后果提供了足够的安全保障。此外，大、中、小学生以及职业学校学生，只要在学校或实习处所范围内，以及去这些处所和返家的路上发生事故，也属该保险体系服务范畴，保险金由学校或实习处交纳。

工伤事故保险机构公布预防工伤事故的规定，并通过技术监督官员监督实施。若领取者想把伤残养老金和遗属养老金作为投资资本，可以一次性支取，用于购买自有地产、增强经济活动能力、创建自主经营的企业或增强这种基础。

#### （4）失业保险

失业保险是一种全体雇员都必须投保的义务保险。法律规定，凡月收入在 400 马克至 5000 马克的工人和职员，都必须参加法定义务保险。联邦劳工局或州劳工局、地方劳工局向失业保险提供的融资是由雇主和雇员各交一半的保险费以及联邦支付的补贴资金组成。雇主和雇员的保险费率双方各为 3.5%。

具备以下三个条件的投保人可获得失业保险金：

- ① 失业后必须到劳工局登记；
- ② 失业前 3 年累计工作 180 天以上并缴纳了失业保险费；
- ③ 要求就业并愿接受劳工局提供的职业。

每位投保人一旦失业，而且交纳保险费时间足够长，就有权申请失业金。具体言之，失业者在失业前 3 年里至少应从事过 360 天义务交纳社会保险费的工作。失业者若需抚养子女，应领

取的失业金约相当于他最后工作净收入的 68%；其他人为 63%。失业金不纳税，并根据投保人工作年限的多少，失业金可领取 78 天至 312 天，45 岁以上并工作 7 年以上的，失业者领取失业金的时间也不超过 832 天，逾期仍找不到工作的，只能申请失业救济。

须指出的是，失业不影响照旧享受医疗保险和养老保险全部福利的权利，因为联邦劳工局仍为每位失业金领取者继续交纳医疗和养老保险费。

企业缩短工时，须相应削减工作。在这种情况下，为弥补工资损失，劳工局向雇员支付“短工补助”，金额视其本人在缩短工时期所挣净工资而定。补助后，需抚养子女的职工所得应相当于他最后净工资收入的 68%；其他人为 63%。短工补助最长支付 6 个月，特殊情况可以延长。但对不大可能重新恢复生产的企业不实行短工补贴。类似短工补贴的形式，还有对季节性工作的补贴和因恶劣气候条件而停工的补贴。

日前失业保险的工作重点，从失业保险金的发放转向职业介绍、职业培训，逐步形成职业咨询和职业教育体系。这一转轨有利于用相对少的资金解决更多人的失业问题，是保险制度的一大进步。

### (5) 护理保险

护理保险是德国一种新的社会保险制度，于 1995 年开始实施。该保险主要针对年老、病弱者而设立，以确保在需要护理的情况下所享有的权利。护理保险制度的建立，标志着家庭式护理已向社会化护理转变，这对减轻公民的自我负担起着重要的作用。

## 2. 社会照顾

社会照顾，又称社会补偿，主要是指公民遭受健康损害时由国家提供补偿的社会保障制度。这种健康损害是因公民为国家和社会履行自愿或非自愿性的身体健康冒险性义务，如因战争致

残、预防接种而致健康损害等。这种补偿由国家税款支付。这种社会补偿对象并非一般的人身危险，而是对一些特殊危险引起的损害进行社会平衡，对一般的人身危险，国家不可能提供社会保险，也不应进行干预。

### 3. 社会救济

社会救济，是指对既无力自救又不能从第三方获得帮助的生活困难者提供的一种生活补助。其任务是：使接受帮助者能够维持一种符合人的尊严的生活。这种救济应尽可能使受救济者获得不依赖它便可生活下去的能力。这就要求他本人也尽力合作。鉴此，社会救济应该是帮助人自救。

与社会保险相比较，社会救济是一种培养投保人有权享受特定的具体服务基础之上的系统，而接受社会救济者只是享受一种笼统的权利。对需要社会救济者，国家为他们提供保持最低的生活水平的补助，其资金来源于国家税收。救济待遇可以是一次性的，也可以是多次性的。其形式有：

(1) 通过咨询和照顾，给予人道帮助；

(2) 物的帮助，如接收进养老院、休养措施、医疗帮助、对孕妇的帮助、对盲人的帮助、康复帮助等；

(3) 钱的帮助，主要对在养老院和医院之外生计所需的帮助，如吃、穿、住、卫生、取暖等，在此也包括代为交纳医疗保险和养老保险的保险费、支付丧事费和安葬费等；

另外，还提供用于建立和保障生计基础的信贷。

社会救济只有当其他公私性质的救助不存在或不发生作用时才能予以提供。

近些年，德国还开拓了一个新的社会保障领域，称为“社会促进”，所需费用由国家税款开支，主要用于发放就业教育、培训补助金，如为无能力承担有关教育、培训费用的学生提供申领此种补助金的平等机会等。

## (二) 程序方面

### 1. 社会法院的性质及其组织设置

1953年9月3日，联邦德国颁布了《社会法院法》(Sozialgerichtsgesetz; SGG)。根据该法规定，联邦德国设立专门的社会法院，其任务是负责涉及社会保险、社会福利和其他有关社会保障方面的争议案件的审理。起初，它是特殊的行政法院性质，属于公法范畴。随着《社会法院法》的颁布施行，其从行政法院体系中分离出来而成为一种独立的专门法院体系。

该法规定，联邦德国的社会法院分设三级：

#### (1) 基层社会法院

全德共设基层社会法院86个，各自负责本辖区内社会保障方面的争议案件的审理。基层社会法院的各个专业法庭由一名职业法官和两名名誉法官组成。

#### (2) 州社会法院

全德共设州社会法院16个，即每个州都设立一个州社会法院。州社会法院负责对不服基层社会法院裁判的上诉案件的审理，因此也称上诉社会法院。州社会法院所属的各个专业法庭由三名职业法官（其中一名为首席法官）和两名名誉法官组成。

#### (3) 联邦社会法院

它是德国处理社会保障方面的争议案件的最高审判机关。全德只设一个，地点亦在卡塞尔。联邦社会法院负责对有关社会保障争议案件的复审，因此，又称为复审社会法院。在一定意义上讲，它纯粹是审判监督机关。这种复审，虽是根据当事人的申诉进行，但它是一种法律审，即只对原裁判在适用法律方面是否有误进行复查审理，不负责认定事实方面的复查，其结果只能是撤销原裁判并将案件发回州社会法院重审。在复审中，当事人必须委托诉讼代理人代理诉讼活动。雇员一方，既可以委托律师，也可以委托工会的法律顾问代理诉讼。而初审、上诉审中，当事

人既可以委托代理人代理诉讼，也可以亲自出庭诉讼。

州社会法院的职业法官由各州的司法部长任命，实行终身任职制。联邦社会法院的职业法官由联邦法官选举委员会选举产生，并同样实行终身制。法官选举委员会由各州的16名司法部长和联邦议会派出的16名成员组成。名誉法官由各州政府或受委托的机构根据提名聘用，聘用期为4年。提名名单是由工会、雇主协会、医疗保险机构医生联合会、医疗保险机构和残疾人协会根据各名誉法官所从事的审判业务领域而确定。

## 2. 社会争议纠纷的处理及程序

社会法院审理社会保障方面的争议案件，在程序上具有以下主要特点：

(1) 社会法方面的争议案件的诉讼主体既可以是自然人和私法或公法范围内的法人，也可以是具有法定资格的社会团体，如工会、雇主协会、社会保险经办机构等，其中一方是特定的，即必须是社会保险机构。

(2) 根据《社会法院法》的规定，当事人提起有关社会保障方面争议的诉讼必须以有关社会保险机构作出过处理决定，并经过复议程序为前提。也就是说，当事人在有关保险机构作出处理决定后，对决定不服的，可以在接到行政决定书之日起1个月之内向有关部门申请复议。若当事人对复议结果仍然不服，一方可向社会法院起诉。例如，失业保险工作由劳工部门主管，劳工部门设有失业保险待遇处和失业保险争议复议处。当事人对该复议结果仍不服，才可以向社会法院提起诉讼。对这种复议前置程序的作用，德国联邦法院院长武尔芬评论说，它“可以使社会法院免于处理不必要的诉讼，这种过滤作用是很有意义的”。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 周贤奇：《德国劳动、社会保障制度及有关争议案件的处理》，载《外国法译评》1998年第4期。



(3) 审理社会法方面争议案件, 采取官方调查、取证的原则。根据《社会法院法》规定, 以官方身份, 调查取证, 弄清事实, 是社会法院的法定义务, 即法院须主动对案件事实进行调查, 包括询问有关人员, 查阅有关档案资料, 即使当事人未提及的事实, 若法院认为有必要弄清楚, 也可以主动进行调查。

(4) 经社会法院审结的有关社会保障争议案件的结案方式主要有调解、判决、认可、撤诉等四种方式。其中所谓“认可”, 是指被告对原告的诉讼请求予以承认, 从而使纠纷终结。被告“认可”是相对于原告“撤诉”的一种结案方式。这些方式中, 仅有判决是由法官作出的, 其余方式乃由当事人自己作出处理。

## 第七节 德国环境法<sup>①</sup>

### 一、德国环境法的基本原则

#### (一) 预防原则 (Vorsorgeprinzip)

这一原则的目的不仅是通过污染禁令阻止进一步的损害, 更重要的是改善生存的环境。虽然有些模糊, 但这一原则已被明确地列入法律之中, 通常在一部法律的开首部分加以阐述, 如《联邦污染保护法》(BImSchG) 第 1 条、《水资源管理法》(WHG) 第 1 条等。

#### (二) 污染者支付费用原则 (Verursacherprinzip)

这一原则具有双重目的, 即不仅旨在减少社会、生产者、消费者所承担的因污染而产生的相应补救费用, 而且更主要的是直接惩罚污染制造者, 并不鼓励更多的犯罪者进一步地制造污染。但问题在于证明或证实谁是真正的污染者, 特别是最终的结果和

<sup>①</sup> 该节参考 Nigel G. Foster, BA. LL.M.: German Law & Legal System, Slynn of Hadley, 1993, pp. 149—152.

损失是由许多事件累积产生的。在这一情况下，独立的行为人责任可能会相应地减少，而适用公众与私人共同为污染者的原则。

### (三) 合作原则 (Kooperationsprinzip)

这一原则不能简单地理解为法律要求。它最主要的内容是把委员会制运用于程序法上。其目的在于囊括一个更广泛的公共环境保护范围。

## 二、德国环境法内容简介

### (一) 《水资源管理法》(Wasserhaushaltsgesetz: WHG)

这部法律及相关陆地资源法规的颁布，旨在保护和提高水资源的清洁，其适用于地表、沿海岸、地下等各类水资源。该法第2条规定，所有公共用水都需许可。第6条规定，许可证授予基础只有一条，即释放到水中的物质不污染或影响水的纯度或水的状态。相似的要求适用于与之相联系的释放物影响的地下水，从私人拥有的水到有限制的公益用水，同样适用该法的规定。该法第22条第1款规定，如果公司或个人违反该法，应单独或连带承担严格损害赔偿赔偿责任。

水中运输或在水中储藏危险物质也同样适用该法。该法第19条a至h有具体规定。第19条规定，特别地区如能证明有泉水，则应给予更进一步的保护。

自1981年起，水污染者被要求缴付额外的税收 (Abwasserabgabe)，而这种税是根据容量和毒性来征收的。

### (二) 1974年《联邦污染保护法》(Bundesimmissionsschutzgesetz: BImSchG)

该法第1条规定，本法旨在保护因各种因素，如受污空气、噪音、震动、光线、热量及辐射而受损伤的人、动物、植物或其他事物。

对于建设、管理从动态到静态的设施，它们特别可能对一般

公众或周边环境造成严重威胁、损伤和妨碍的，都必须实行许可证制度。所有可能的估计都是为尽可能地把污染减少到最低程度。

该法的适用范围在于解决因行政法规对特别问题、区域及说明有关已有的和新的植物而必须依附的技术性标准而产生的争议。值得说明的是，法律所罗列的情形必须申请许可证，未列明的，虽未要求，但也须遵循一般的标准。

公司散发光、热、气味等物质到空气中，超过一定范围时，有可能被要求基于《水资源管理法》、《联邦污染保护法》而任命一名环保执行官，他的主要职责是告之经营者对于公司环境诉讼的重要后果。

另外，与水资源有关的重要法律还有：1986年的《饮用水法》(Trinkwasserverordnung)、1987年的《洗涤——清洁产品法》(Wash-und Reinigungsmittelgesetz)。

### (三)《废物处理法》(Abfallsbeseitigungsgesetz: AbfG)

该法旨在解决已出现在德国严重的废物处理问题。它要求地方政府必须履行一项义务，即必须为废物处理提供设施，并根据该法第3条规定可征收由于提供服务而产生的费用。这些设施必须被个人、团体或任何其他废产品的生产者所利用。工业废物生产者不可能单独地处理。对于该法第2条第2款的“危险性废物”，1977年5月24日的另一部法规(Verordnung zur Bestimmung von Abfällen)作出解释。被公司任命的处理工程师和执行官必须监督废物的保存和处理，并告之当前的占有人。

### (四)《联邦建筑法》(Bundesbaugesetz: BBauG)

该法旨在限制建筑物的场地，而该场地是由地方政府制定的附则所予以规划的。该法第9条规定，该规划必须与联邦法中的一般要求相一致。

### (五)《包装法》(Verpackungsverordnung: VerpackV)

该法于1991年6月12日颁布，它的颁布解决了为寻找处理

废产品的空间而产生的冲突，要求包装必须保持最低限度，且必须由可回收材料制成。该法适用于包装商、利用包装材料的销售商。买卖双方均有义务回收包装，并再开发利用。

其他特别法律，如《化学品法》(Chemikaliengesetz: ChemG)规定处理如进口、生产、利用和分配的化学原料；又如《核放射法》(Atomgesetz: AtG)及其《放射保护规则》(Strahlenschutzverordnung: StrSchV)规定如何利用、运输、处理放射性物质及其保护。

### 三、德国环境法的法律救济

#### (一) 环境法的法律救济方式

##### 1. 民法

根据《民法典》第 823 条的侵权条款规定，诉讼请求将依据直接或间接的环境损害而使应保护的利益产生死亡、人身伤害或财产的损失。举证责任倒置，即要求被告证明没有错误存在。

根据《民法典》第 906 条、第 862 条提出的损害诉讼请求或根据该法第 1004 条提出的损害诉讼请求，适用于对某项财产的使用权有妨碍的案件中。救济的方式是以禁令方式限制那些合理的排放和损害行为。

最近的法规是 1990 年 11 月 7 日颁布的《环境责任法》(Umwelthaftungsgesetz: UmweltHG)。该法规定，由环境影响而造成的死亡、伤害和财产损失必须承担民事责任，因此提供了类似于《产品责任法》(ProdHaftG)所规定的救济。这一法规列举了由水、空气、地面污染而产生的损害，适用严格责任的情形。与《产品责任法》一样，它并未取代现行法律，但却补充了它们。新法提出一项民事责任，即违反者承担共同责任和无过错责任。

须考虑的因素在附录中注明，即各种情形中可能产生环境损

害的 96 种危险性设施。证明因果关系是最难排除的障碍，但根据该法第 6 条规定，若一种特殊的设备可能引起这种损害，它将被推定为引起损害。除非有其他证明，才可能转移因果关系的举证责任。被一般严格责任所排除在外的内容，如该法第 4 条的“不可抗力 and 不明损害”、第 5 条规定的“所在地不可预料的”等则被概括地写入该法第 1 条。值得指出的是，环境安全必须跟上日新月异的科学，环境责任须与最新的科技知识水平同步。

该法第 8 节至第 10 节规定，向受害方提供从设备操作者和责任声明的所有者处获得信息的权利。这种方法在德国民事诉讼中是受限制的权利，只能在开庭前从收集的材料中智取。

## 2. 刑事制裁

刑事制裁包括 1980 年颁布的《环境刑事制裁法》（Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität）中为保护环境而设置的刑事制裁和《刑法典》（StGB）设立一章独立的新的刑事章节。

《刑法典》第 324 节规定，未经授权而污染公共表面、地下水或深海水均应予以刑罚。刑罚最高限额：故意犯罪为五年徒刑，过失犯罪为二年徒刑。第 325 节规定，任何人若造成噪音或改变自然界空气而危及人、动物、植物或有用物体均应处以徒刑，并创立了一个罪名。第 326 节规定了有害物质从授权场所倾倒至其他地方并对环境构成危害的可惩罚性行为。第 327 节规定了适用于非法操作原子场地和要求有许可证的废物处理场所。第 328 节是关于非法操作核原料的规定。第 329 节则是关于进一步保护环境保护区的规定。第 330 节规定，一旦出现以上对生命、植物和保护区域的危害时，应提高惩罚措施。虽惩罚可构成对其他人的威慑作用，但刑事制裁的主要问题是适用于已发生的或不可阻止的损害。

## 3. 公法

许多国家都有自己的公法细则，其中包括允许发布命令要求

设备的操作者不产生污染或使污染地区变得清洁。在没有可依据的情况下，实际罚款最多不超过 100 000 马克。这些命令可能与新领域有特殊的联系，而且能适用于未来的设备所有者。

## （二）环境法的公共强制力

环境的强制保护标准是通过向侵权公司发送一份起诉状副本告之。若公司未被起诉，那么则通过政府机构发布命令，要求公司停止污染或完全停止使用设备。以上许多法律均已涉及，如《联邦污染保护法》第 52 条、《水资源管理法》第 21 条以及《废物处理法》第 11 条，均规定当地政府机关和许可机关有权监督、检验实施和要求提供资料，并对其要求不一致者进行罚款处理。

这些命令必须与行政法庭复议一致，但法庭复议也须进一步兼顾环境争议中与一般法规相悖之处。对于出庭资格的要求则比较宽松，包括第三人、个人或团体等。当然这种诉讼被限制适用于那些被法律所保护的并涉及第三人特殊利益的情形，但这种情况比较少，所谓的宽松实际上也是受到限制的。例如，《核放射法》界定：在 10 公里区域内公民享有受保护的权力。然而，一般公共设施如公园、草坪、河流等必须由公共所有人保护，而非个人。

# 第六章 刑法 法

## 第一节 概 述

德国是一个刑法和刑法学都比较发达的国家，早在 19 世纪初德国就已经开始建立资本主义性质的刑法和刑法学，并且随着社会的发展不断完善。由于德国社会发展中的某些特点，如自上而下通过王朝战争形式实现的统一，使封建主义没有受到彻底否定，资本主义初期的刑法带有一定的封建色彩；曾遭受纳粹法西斯残酷统治，使刑法在发展中出现倒退；第二次世界大战后，由于德国分别为同盟国和苏联占领，统一的德国刑法分裂为两种性质完全不同的体系（资本主义刑法和社会主义刑法）；德国的重新统一，再次使刑法成为单一性质

的体系等等。加之德国发达的哲学基础孕育了许多世界著名的刑法学家，他们在资本主义发展的不同时期提出的先进的刑法理论，促使德国不断探求和改革刑事立法及刑法科学研究工作。这些都使德国刑法形成了自己独特的历史发展轨迹。总的说来，德国近现代刑法经历了资产阶级刑法的创立与初步改革（1871年—1933年）、资产阶级刑法的蜕变（1933年—1945年）、资产阶级刑法的分立与重建（1945年—1990年）和刑法的重新统一（1990年至今）四个时期。

### 一、资本主义刑法的创立与初步改革

19世纪初，德国工业经济迅速发展，近代大工业生产方式在国家经济中逐渐占据主导地位，为资产阶级刑法的创立准备了经济基础。同时，受资产阶级启蒙思想的影响，康德、黑格尔、费尔巴哈等人创立的刑事古典学派对刑法的基本问题进行了深入思考，为德国近代刑法的创立准备了理论基础。法国1810年颁布的比较成熟而完备的资产阶级刑法典以及德国的主要邦国制定的刑法典，为德国近代刑法的创立提供了立法上的蓝本。当然，更为重要的是1871年1月18日，德国实现了统一，建立了资产阶级和容克贵族掌权的德意志帝国，为制定统一的资产阶级性质的刑法典创造了政治基础。在这些基础上，德国于1871年5月15日颁布，1872年1月1日施行了第一部统一的刑法典（即1871年刑法典），标志着德国近代资产阶级刑法的建立。

1871年刑法典虽有历史进步意义，其立法技术亦非常先进，但这部刑法是以刑事古典学派思想为理论基础的，其中贯彻的报应刑思想不能解决19世纪晚期自由资本主义向垄断过渡所出现的社会矛盾日益尖锐，犯罪率大幅度上升，累犯、惯犯、青少年犯激增等严重问题，已不能完全适应资本主义发展的需要，“它一颁布就过时了”，“其包含的思想观念在该法典颁布时就被抛弃



了”。<sup>①</sup> 因此对 1871 年刑法典的修改早在该法典颁布后第 5 年即开始了，并于 1909 年、1913 年和 1919 年由帝国刑法修改委员会起草了三个刑法修改草案，1919 年魏玛共和国建立后又于 1922 年、1924 年两次拟定了刑法修改草案，但均因战争或议会解散等原因，使初步的刑法改革毫无结果地结束了。<sup>②</sup>

在刑法典改革的同时制定了一些单行刑事法律，成为近代德国刑法的有机组成部分。

## 二、资产阶级刑法的蜕变

1933 年—1945 年德国处于法西斯统治之下。在刑事立法上，虽然名义上继续沿用 1871 年刑法典，但法西斯政府以单行刑事立法的方式，对法典的主要内容进行了修改，为其血腥统治服务。在此期间的刑事立法废除了资产阶级刑法的基本原则——罪刑法定原则，代之以类推制度，使法西斯政府可以根据需要任意出入人罪；制定了极其严酷的刑罚，扩大死刑的适用，甚至恢复了封建时期极其野蛮的身体刑——去势。其大量的法外用刑，惨绝人寰的种族灭绝和屠杀，更突出地体现了法西斯刑法的本质。此时期的刑事立法完全背离了德国资产阶级刑法的传统，反映了刑事立法的倒退。这是德国刑法发展史上极不光彩的一页。

## 三、资产阶级刑法的分立和重建

第二次世界大战后，1946 年 1 月 30 日英、美、法、苏四国管理理事会第 11 号法令，废除了 1933 年以来加于刑法典中体现纳粹思想的内容。在同盟国占领区成立的德意志联邦共和国境内恢复使用经多次补充修改的 1871 年刑法典，并且根据形势的需

① 王世洲：《联邦德国刑法改革研究》，载《外国法译评》1997 年第 2 期。

② 同上。

要以单行刑法的方式对刑法典进行部分改革。至1975年刑法典颁布,其间13次颁行了刑法部分修改法:在总则中,恢复了罪刑法定原则的基础地位,引进了保护观察制度,实现了自由刑单一化,实行了日额罚金制,增加了刑罚内容;在分则中,使许多轻微犯罪行为“非犯罪化”,而补充大量的新罪名,以实现新的严重违法行为的“犯罪化”。<sup>①</sup>另一方面,联邦德国着手对刑法典进行全面修改,并先后于1962年和1969年颁布了分别由联邦议会刑法改革委员会和刑法学者起草的《刑法典草案》和《供选择的刑法典草案》。这些都为1975年刑法典的形成奠定了基础。1975年刑法典是对1871年刑法典的继承和发展,标志着德国现代资产阶级刑法达到了极高的水平。

在苏占区成立的德意志民主共和国则以苏联刑法为蓝本,建立了独立的社会主义性质的刑法体系,并于1968年7月1日颁布了施行于民主德国地区的刑法典。至1990年德国重新统一前,此刑法典也经过多次修改,吸收了大量先进的原则和制度。它内容丰富,体系完备,以至对两德统一后的刑法改革也产生了一定的影响。

#### 四、德国刑法的重新统一

德国重新统一后,根据东西德签订的《统一条约》的规定,德意志联邦共和国刑法施行于全国,原东德刑法除有选择地保留个别条款适用于原东德地区外,予以废止。至此,德国刑法也重新统一,适用1975年新版刑法典。<sup>②</sup>为成功地完成对原东德地

<sup>①</sup> 非犯罪化,即根据情势的变化,将原刑法中的犯罪行为,因其社会危害性丧失或减少,而不再规定为犯罪,只作为一般违法行为处理或合法行为对待。犯罪化,即根据情势的变化,对原刑法中未加规定的行为,因其对社会的危害严重而规定为犯罪。

<sup>②</sup> 郑伟:《德国刑法的最新发展》,载《法学》1997年第4期。

区统一的法律适用，为解决德国统一后国家面临的新的犯罪问题，立法机关根据德国具体情况，顺应世界刑法发展趋势，对1975年刑法典不断进行修改和调整，使德国刑法始终保持着先进性。

综观德国刑法的发展历史，它基本上是符合时代发展潮流的，特别是第二次世界大战后多次的刑法改革，采用先进的刑法思想，摒弃旧刑法中的封建性内容，无论在立法技术还是立法内容上都走在世界刑法发展的前列，从而促进了德国经济的发展，保障了德国社会的稳定。

从上述德国资产阶级刑法的建立、发展过程，可将其发展的特点归结为以下几个方面：<sup>①</sup>

第一，政治与社会的稳定是德国刑法得以发展的前提。在1871年刑法颁布之初，经过10年努力，刑法典改革草案已相当成熟，由于第一次世界大战爆发而使刑法修改工作暂停。在魏玛共和国时期，经反复修改的刑法草案已提交议会，由于国会的解散和纳粹上台，功亏一篑。第二次世界大战后，先是忙于恢复和重建被法西斯破坏了的法制，只是在本世纪60年代，西德经过经济腾飞，社会处于相对稳定时期，国家才有可能综合各派观点，适应时代要求，对刑法进行彻底改革。所以安定的政治和社会条件是刑法发展的必要前提。

第二，刑法理论的进步和争鸣是德国刑法得以发展的条件。刑法理论的进步对刑法改革和发展起着十分重要的作用，不仅1871年刑法典和1975年刑法典是建立在一定刑法理论上，而且从1871年到今天刑法的不断补充和修改，也是由刑法理论的争鸣和发展引发并推动的。可以说，德国刑法的发展是在刑法理论的争鸣中进行的，没有理论的发展和争鸣，就没有刑法的改

<sup>①</sup> 以下观点，借鉴了王世洲的研究成果，在此表示感谢。

革和进步。

第三，富有远见的刑事改革政策，是德国刑法得以发展的关键。德国刑法改革的成功之处，不在于增加或去除了一些法律条款，而在于确定并贯彻了刑事改革政策。在对实际的犯罪状况等社会问题进行分析的基础上，以适应并保护社会发展为目的，在基本的刑法原则保持不变的情况下，使刑法典能保持长期稳定。同时，就社会形势变化，及时对分则内容加以修改，使刑法的发展方向保持一贯性。

第四，局部修改和全面修改相结合，是德国刑法得以发展的方式。德国在对刑法的修改中，在整部刑法改革不成熟时，就局部成熟问题以单行刑事法律或附属刑法先行修改，并在条件成熟后，对刑法进行全面修改。这种刑法改革方式，使德国刑法稳定中有发展，发展中有稳定。

## 第二节 1871年刑法典

### 一、1871年刑法典的制定

19世纪初至德国统一前，德国出现刑法法典化倾向。但如同德意志国家一样，刑法是分散而不统一的。各独立的邦国中，较多使用的是所谓的“普通法”（即在德国适用的罗马法）和封建性内容相混合的邦国刑法，如1794年的普鲁士法典、1838年萨克森刑法、1839年的符腾堡刑法、1840年的汉诺威刑法和不伦瑞克刑法和1841年黑森刑法等。<sup>①</sup> 在这里有必要特别提一下1813年《巴伐利亚刑法典》，它是由刑法学者费尔巴哈亲自主持起草的，其中贯彻了资产阶级的刑法思想，比较典型地体现了罪

<sup>①</sup>（苏）乌切夫斯基著：《资产阶级国家刑法史》，北京政法学院刑法教研室译，1987年版，第80页。

刑法定主义和报应刑思想。

1848年的德国资产阶级革命虽以失败而告终，却给封建贵族和封建专制制度以一定的打击，为资本主义的发展创造了有利条件。普鲁士邦在各邦国中脱颖而出，它不仅于1850年颁布了钦定的宪法，还于1851年颁布了刑法典。这部刑法虽然大量直接抄袭了法国1810年的刑法，缺乏自己的特色，体系也不够科学，立法技术低劣，但由于普鲁士在各邦国中所处的特殊地位，使这部刑法典成为其他各邦仿效的样本，并成为1871年统一的德国刑法典的基础。

1868年在普鲁士领导下的北德意志联邦建立，联邦帝国议会决定由司法部组织力量，以1851年普鲁士刑法典为蓝本，编纂统一的刑法典。该法典于1870年5月3日与施行法同时公布，并定于1871年1月1日施行。1871年1月18日，德意志帝国建立后，为维护统一后的社会秩序，巩固资产阶级和容克贵族的统治地位，在对1870年北德意志联邦刑法略作修改后，于1871年5月15日将其作为德意志帝国刑法典正式颁布，1872年1月1日施行。此即德国刑法史上著名的1871年刑法典——第一部统一适用的资产阶级性质的刑法典。

## 二、1871年刑法典的结构和内容

1871年刑法典分为总则、第一篇和第二篇三部分，共370条。总则中阐明了罪的分类、刑的适用原则和范围等内容。第一篇为“刑例”，包括各种刑罚及其适用、未遂、共犯、不论罪及宥恕、数罪俱发等内容，相当于现代刑法的总则部分。第二篇为“罪及刑”，规定了各种罪名及法定刑，相当于现代刑法的分则部分。

### （一）总则内容

法典在第1条就对犯罪依法定刑的轻重进行了分类，分为重

罪、轻罪和违警罪。“判处5年以上徒刑至死刑者为重罪；判处5年以下徒刑、苦役或150马克以上罚金者为轻罪；判处拘留或150马克以下罚金者为违警罪”。<sup>①</sup>

法典在第2条明文规定了“法无明文规定不为罪”的资产阶级刑法的罪刑法定原则，“非犯罪行为前有定其刑之法律，不得罚之”。<sup>②</sup>这集中反映了法典的进步性。

法典在刑法的时间效力上，受罪刑法定原则的拘束，又考虑到处罚的实际意义，采取了较为先进的“从旧兼从轻原则”，即一般适用行为时的法律，但“从所犯之时到判决之间，有法律变更时，适用最轻之法律”。<sup>③</sup>

在法典的空间效力上，立法者注意到单纯采取属地主义、属人主义或保护主义存在的弊端，而采取了以属地主义为基础，属人主义、保护主义为补充的折衷方式，规定“德意志刑法，适用于德国之领域所为之犯罪。犯人为外国人时亦同”。<sup>④</sup>即在德国领域中为犯罪行为，不论本国人外国人，一律适用德国刑法。德意志人或外国人在国外为危害德国利益的犯罪行为，只有在法律特别规定的情形下才适用德国刑法，包括：德意志人或外国人“在外国，对于德意志帝国与邦联国，犯大逆罪与关于货币之重罪，或为德意志国与联邦国之官吏，依德意志刑法，可视为犯关于职务之重罪轻罪时”；<sup>⑤</sup>或“德意志人在外国，对德意志帝国与邦联国犯谋叛罪，或对联邦国君主，犯不赦罪时”；或“德意

<sup>①</sup> 法学教材编辑部和《外国法制史》编写组：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第262页（以下所引该书均为此版本）。

<sup>②</sup> 《外国法制史资料选编》，法学教材编写部：北京大学出版社1982年版，第663页—670页（以下所引该书均为此版本）。

<sup>③</sup> 同上。

<sup>④</sup> 同上。

<sup>⑤</sup> 《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年版，第663页—670页。

志人在外国，照德意志刑法，视为重罪、轻罪，且于所犯地之法律，亦为犯可罚之罪时。犯人于为其行为之际虽未为德意志人，亦得论其罪。但于此之处，须待犯罪地之管辖官厅告诉而论之。若外国之法律较内国之法律为轻时，则适用其外国之法律。”<sup>①</sup>这种规定方式，既保证了对德意联邦利益的充分保护，又注意到了国际间刑事管辖权的冲突问题。

## （二）第一篇“刑例”的主要内容

本篇的第一节规定了刑种及其适用。法典规定的刑种有“死刑、徒刑（分为无期徒刑和有期徒刑）、苦役、拘留、罚金和剥夺公权等。死刑的执行方式为斩首，相对于封建时种类繁多的野蛮执行方式人道了许多。有期徒刑的刑期是1年以上15年以下，适用范围较广。剥夺公权是作为附加刑适用的，对犯罪人处死刑或徒刑时，应剥夺公权；在处苦役时，则必须是刑期为3个月以上，且法律特别规定可以剥夺公权的，才可以适用。对剥夺公权的内容，法典规定得比较详细，既包括受到剥夺公权之宣告就终身丧失的因公权而享有的权利，如官职、贵号、勋章、位记、赏牌等，又包括在判决所定的期间内丧失的其他权利，如选举权和被选举权、就任于德意志军队及帝国海军的能力、佩用国之徽章的能力、为证人之能力等。

第二节规定了未遂罪。“因欲犯重罪或轻罪，着手于其实行之端绪行为而未遂其目的时，以之为未遂罪而处断。轻罪之未遂罪，非于法律特有规定者不罚之”。<sup>②</sup>可见，法典关于犯罪未遂，首先认定只存在于故意犯罪之中，因只有故意犯罪才有犯罪目的，才有遂其目的或不遂其目的的问题。其次，没有区分未达到目的的原因，也即法典中的未遂包括了障碍未遂和中止未遂。再

<sup>①</sup> 《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年版，第663页—670页。

<sup>②</sup> 同上。

次，对犯罪未遂的处理，因罪之轻重不同而不同：重罪之未遂必罚、轻罪之未遂法律有特别规定时才处罚、违警罪之未遂则不为罪。

第三节规定了共犯。法典根据分工的不同将共同犯罪人分为正犯、教唆犯和帮助犯，并分别规定了处罚原则。与1810年法国刑法相比，在共同犯罪的规定上，本法典有四个方面的进步：<sup>①</sup>其一，增加了共同正犯的规定，法典第47条规定的“二人以上共同实行犯罪时各以为正犯处罚之”，弥补了对正犯规定过于简单的缺陷，使共犯的规定更加全面。其二，将教唆犯从从犯中独立出来，规定为共犯的一种，使共同犯罪人的分类更加完善。其三，对从犯处罚采得减主义，即“从犯之刑，照可适用为其帮助之犯罪之法律定之。但得按照犯罪未遂予以减轻”，符合共同犯罪的实际情况。其四，把连累犯与共同犯罪加以区别，使共同犯罪的概念更加科学。

第四节规定了不论罪及宥恕。法典规定了不以犯罪论以及得免除处罚的几种情况，如行为时未满12岁者、行为时因知觉丧失或精神病障碍而不具有意志自由时、正当防卫、紧急避险等都不为罪，甚至防卫“虽超过正当之程度，而因行为者之狼狈、恐怖、惊愕之于遂脱防御之范围时，也不处罚”。<sup>②</sup>可见，法典在强调客观行为的同时，也注意到行为人的主观意志。

### （三）第二篇罪及刑

本篇分28节，共规定了29种罪名及法定刑，包括大逆及谋叛罪、对国君之不敬罪、抗国权罪、危害公安罪、货币犯罪、伪证罪、诬告罪、宗教罪、生命罪、窃盗及侵占罪、强盗及强利罪、伪造文书罪、公共之危险罪、职务犯罪等涉及危害国家利

<sup>①</sup> 陈兴良著：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社1992年版，第40页。

<sup>②</sup> 《外国法制史资料选编》，第663页—670页。



益、君主地位及威严、宗教信仰、人身权利和财产权利、公共安全和秩序等社会生活各方面，非常广泛。而且，本篇体例上采取了“罪名+罪状+法定刑”的方式，依各罪侵害的利益不同进行分类，清楚明了。法定刑的设立除考虑行为的客观危害外，也考虑行为人的主观恶性，区分故意与过失、业务过失与普通过失，较为合理。如生命罪中，以侵犯他人生命权利为共同特征，规定了预谋杀人罪，处死刑；“因过失致人死者，处三年以下有期徒刑。身为官职、职业或营业上之义务，因怠于注意而致人于死时，得加重其为五年以下有期徒刑”。<sup>①</sup>

### 三、1871年刑法典的特征

德国1871年刑法典具有两方面的特征：

一方面，它接受了资产阶级的民主、自由、人权思想，吸收了1810年法国刑法典颁布以来刑事立法的成果，并在刑法的结构、体例、原则和制度上有所创新，具有先进性。在结构上，它把法典总则性规定和分则性规定加以区分，并在总则性规定中又将刑法的原则等基本问题与其他刑法适用问题区别开来，在分则中以“罪名+罪状+法定刑”的方式明确规定每一罪成立的条件和法定刑，相对于法国刑法典更富集中性、系统性和条理性。在内容上，不仅以条文确认了资产阶级刑法的最基本原则——罪刑法定主义，而且在刑法中加以贯彻，如规定了适用刑法从轻原则，明文规定了各类罪及刑等。受刑事古典学派理论的影响，在对各种罪及未遂、共犯的处罚原则和不论罪的规定上，注重行为的客观危害，但同时也注意了行为人的主观内容。不仅内容有所扩充，更加合理，而且反映了刑法理论对刑事立法的影响，也反映了刑法的进步。在刑罚种类上，虽受报应刑论影响，刑罚仍较

<sup>①</sup> 《外国法制史资料选编》，第663页—670页。

严厉，但摒弃了法国刑法中规定的身体刑和侮辱刑。所有这些都说明德国 1871 年刑法较之半个世纪以前的法国刑法有了长足的进步。

另一方面，刑法典反映了德国社会的现实，保持了德国刑法的传统，具有浓厚的封建性和保守性。法典以维持容克贵族和资产阶级的利益为主旨，严格保护他们的私有财产不受侵犯，将窃盗、侵占、强盗等侵犯私有财产权利的行为均作为重罪，予以严厉制裁。法典对帝国皇帝和邦君的人身权利给予特别保护，规定了谋杀执政党或联邦国王的大逆罪为重罪，即使未遂，仍处死刑。对以暴力侵犯皇帝和各邦君主的，处无期徒刑或苦役。规定了对国君的不敬罪，以维护德国的君主专制政权。法典还对宗教势力予以容忍，专设关于侵犯宗教的犯罪，对亵渎神灵、侮辱教会戒律、扰乱宗教场所秩序、强行阻止他人举行礼拜、妨碍教堂举行典礼、盗取教堂为礼拜奉献之物等行为都规定为犯罪，可谓详细。但法典并没有保障人们不信仰宗教自由的条款，说明当时宗教势力在德国占有重要地位并拥有很大权力，这也使刑法典带有宗教色彩。

尽管 1871 年刑法典由于时代的特征而具有封建性和保守性，但它在一定程度上代表了资产阶级利益，基本上体现了罪刑法定原则，使其性质为资产阶级刑法而非封建刑法。它在篇章结构及内容上的创新，对欧洲大陆资本主义国家及日本刑法的制定都有不可忽视的影响，在资产阶级刑法史上占有一席之地。

### 第三节 1871 年后德国刑法的变化

1871 年刑法典是在资本主义上升时期制定的体现罪刑法定主义的法律，虽有进步性，但也有不可克服的缺陷，不能满足生产力迅速发展对社会性刑法的要求，因而从法典一颁布，随之而

来的刑法改革就开始了。从 1871 年到 1975 年新版刑法典实行的一个多世纪里，共进行了 94 次修改，修改次数之多，范围之大，内容之丰富，在世界各国刑法发展中是绝无仅有的。具体的过程随着德国社会制度的演变，经历了发展、倒退和恢复发展的重大变化，可归结为三个阶段，即刑法的初步发展、刑法的蜕变和刑法的恢复发展阶段。

### 一、刑法的初步发展（1871 年—1933 年）

如前所述，以刑事古典学派思想作为理论基础的 1871 年刑法典，不能解决 19 世纪末资本主义从自由向垄断过渡所出现的严重犯罪问题。1882 年德国刑法学者李斯特总结当时刑法学与犯罪学发展成就，提出了著名的马布格改革方案（Marburger Programm），以及倡导——教育——社会——特殊预防的目的刑思想，形成了对刑法发展影响很大的新派理论。新派与旧派的论战，为刑法典的修改作了准备。1902 年德国第 26 届法学年会通过决议，强调“修改 1871 年刑法典，是帝国立法机关的紧迫任务”，正式向刑法界提出刑法改革的任务。立法机关接受了这种观点，以适合此时社会发展需要的刑事社会学派理论为指导，开始进行刑法改革。

1906 年，帝国司法部与普鲁士和巴伐利亚合作，成立了由 5 名实际工作者组成的刑法修改委员会，该委员会采纳了许多新派观点，于 1909 年提出了第一份刑法修改草案。德国刑法学者卡尔（Wilhelm Kahl）、李斯特等人对此草案发表了“相对草案”，阐明各自的观点。其中最著名的观点是提出了刑、罚与保安处分共同作为刑事处罚措施的“双轨制”。

1911 年，帝国司法部召集有法官、律师、教授参加的第一次大刑法委员会，于 1913 年出台了刑法修改草案。1918 年帝国司法部的一个专家委员会对 1913 年草案作了修改，引进了更多

新派的观点，作为1919年刑法修改草案予以发表。

1919年魏玛共和国建立，德国开始依资产阶级法制原则，构筑现代资产阶级法律体系。受其影响，1922年出台的刑法修改草案，新派的影响达到了极点，其中废除了死刑，扩大了罚金刑的适用范围，设立与刑罚并行的保安处分，但动荡的社会状况使此草案被搁置。1924年新组成的政府对1922年刑法修改草案作了较大改动，批准了该草案。但1924年的刑法修改草案与1922年的草案大不相同，它更多地采纳了比较保守的后期古典学派主张的报应刑论，在刑罚上恢复了死刑并限制缓刑和罚金刑的适用，否定了刑罚与保安处分的二元处罚体系。这份草案由于1928年、1930年议会两次被解散，后国会又为纳粹所把持，所以到魏玛共和国终结始终无机会被通过。<sup>①</sup>

## 二、法西斯政权统治时期刑法的蜕变（1933年—1945年）

虽说纳粹分子正式执政是1933年，但在魏玛共和政体开始崩溃时，由于法西斯力量的日益强大，就已经开始了一系列破坏资产阶级法制原则的立法。1930年3月和9月兴登堡总统颁布了“关于同政治捣乱行为作斗争”的第一道命令和第二道命令。1931年10月和12月颁布了“为了保障经济财政和维护国内和平”的两道命令。1932年5月颁布了“为了保护国家威信”的命令。这些命令表面上是维护国家的秩序与和平，实际内容是针对无产阶级及其他民主力量为实现民主政治而进行的斗争，目的是为了保护法西斯政府及其组织活动。至1933年1月希特勒组建法西斯政府，法西斯的刑事镇压达到了顶峰。法西斯政府一方面以法律粉饰自己的血腥镇压政策，继续沿用1871年刑法典；另一方面根据自己统治的需要，利用刑事人类学派的观点，制定

<sup>①</sup> 此内容参见王世洲：《联邦德国刑法改革研究》。

了大量单行刑事法律，对 1871 年刑法的基本原则和内容进行修改。如《关于保护民族复兴政府、防止阴谋侵犯的法律》（1933 年 3 月 2 日）、《关于没收用作危害人民和国家之财产的法律》（1933 年 7 月 14 日）、《对于危险的惯习犯的法律》（1933 年 11 月 24 日）、《关于保安和矫正处分的法律》（1933 年 11 月 24 日）、《关于国家正当防卫措施的法律》（1934 年 7 月 3 日）、《关于防止阴谋侵犯国家和党以及保护党的制度的法律》（1934 年 12 月 20 日）、《德意志血统及名誉保护法》（1935 年 9 月 15 日）<sup>①</sup> 等等，无不是为了保护法西斯专政，镇压反对法西斯统治活动而制定的。1933 年发表的类似法典形式的《国社党刑法之觉书》（下简称“觉书”），更是集中体现了法西斯刑法的基本思想。

法西斯刑法从根本上否定了以自由、民主、人权思想为基础的刑法基本原则，恢复了封建刑法的野蛮内容，全部刑法表现出的反民主的专制主义、反平等的种族主义和反人道的恐怖主义，使刑法不再是保护人民的大宪章，而成为法西斯政府血腥统治的专政工具，这是法西斯刑法的基本特征。具体表现在：

第一，抛弃了罪刑法定原则。法西斯政府认为罪刑法定原则“可以使公共危险者潜伏法网，与以达成反国民目的之可能性”，<sup>②</sup> 事实上是认为罪刑法定原则束缚了他们的手脚，为此在 1935 年 6 月 28 日的刑法修正案中废除了罪刑法定原则，主张某种行为在法律上没有明文规定处罚的，法官得依“刑事法律的基本原则”和“人民的健全正义感”类推适用刑罚，以法西斯精神冒充人民的正义感，从而为法西斯政府任意出入人罪，滥施刑罚打开方便之门，披上合法的外衣。

第二，用“意思刑法”取代“结果刑法”，并增加了保护法

<sup>①</sup> 参见（苏）乌切夫斯基著：《资产阶级国家刑法史》第 116 页。

<sup>②</sup> 何勤华主编：《外国法制史》，法律出版社 1997 年版，第 362 页。

西斯政府和国社党的犯罪，最大程度地维护自己利益。法西斯认为刑事责任的前提不是主观意思指导下的能对客观世界造成危害的行为，而是人的犯罪意图，所以刑罚惩罚的对象不一定要有犯罪的行为和结果，只要有犯罪的意图、思想就可能给社会造成危害，就要受到惩罚。在“党书”中提出了“意图行为”的概念，并对刑法典中有关内乱罪、国家机密罪、外患罪等许多条文加入了“企图行使”的词语，着重对行为人以主观意图论罪科刑，而且多是死刑、徒刑等重刑。即使在没有任何具体犯罪行为的情况下，只要法官认为有犯罪意图就可处罚，而且法官有权把即使实施了最轻微犯罪行为的人，因其有严重的犯罪意图而处以最严厉的刑罚。这就使无限制的专横合法化，使任何在思想上不满纳粹统治的人都可以成为刑事处罚的对象。

同时，在刑法典的“罪与刑”一篇中增加了保护法西斯政府和国社党利益的规定，如第81条规定：“凡着手侵夺德国总统、德国国务总理或德国政府其他要员的宪法上权力者，或以暴力、暴力的胁迫或以犯重罪或轻罪的胁迫，强迫或阻碍其一般或特殊地行使宪法上的职权者，处死刑、无期徒刑或五年以上有期徒刑”，<sup>①</sup>还有关于发表危及德国民族名誉的行为，关于暴力攻击和公然侮辱、诽谤元首与国务总理的行为，关于预谋或公然侮辱国社党符号、标志与旗帜、徽章的行为的处罚规定，且都规定了严厉的刑罚。其刑法的法西斯性质可见一斑。

第三，在刑法中贯彻了种族主义的素质论。素质论是法西斯刑法种族主义理论的核心，它把龙勃罗梭的“天生犯罪人”的主张作为素质论的基础，认为人类的素质是人类行为的原因，犯罪原因也必须从人的素质中寻找。由于人种不同，素质必有高低之分，因此犯罪人也分为两类：一类是高素质的人，如日耳曼人，

<sup>①</sup> 《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年版，第730页。

其犯罪是偶然的，可改造的，只须以防卫为主处以较轻的刑罚即可；另一类是低素质的人，如犹太人，其犯罪是惯常的，不可改造的，应对他们施以死刑、终身监禁等重刑，或在其实实施犯罪前就采取保安处分措施，使之与社会隔绝。这种素质论为法西斯向刑法中增加种族主义内容奠定了基础。1933年11月24日的《关于危险的惯习犯的法律》，对“危险的惯习犯”规定处以重刑。

第四，刑罚极其野蛮残酷。法西斯政府认为刑罚的目的是恐吓，因此必须以严刑峻罚来达到这个目的。他们扩大了死刑的适用范围，增加了早已被废除的身体刑，1933年11月24日的法律甚至还恢复了封建时代野蛮刑罚——去势，它不仅适用于性犯罪，使犯罪人永远失去再犯此罪的可能，而且还作为附加刑适用于惯习犯。实际上，见诸法律的种种刑罚仅仅从一个侧面反映出法西斯刑法的野蛮和残酷，那些没载入法律而实际被广泛采用的灭绝人性的酷刑，更体现了法西斯统治的严酷。

苏联学者季米特洛夫曾对法西斯的法律作过精辟论述，“法西斯主义和法律制度是完全互不相容的两个东西。法西斯主义按其本质来说，就是专横，是对任何法律秩序的否定”。<sup>①</sup> 法西斯政府的性质决定它在刑事立法上必然抛弃资产阶级刑法的基本原则，而退回到中世纪，形成刑法发展史上的蜕变时期。

### 三、战后刑法的恢复发展（1945年—1975年）

第二次世界大战后，苏、美、英、法四国对德国实行军事占领，分别建立了社会主义制度的德意志民主共和国（俗称东德）和资本主义制度的德意志联邦共和国（俗称西德）。两个德国各自废除了纳粹时期的刑事立法，建立了自己的进步的刑法体系。

<sup>①</sup> 参见（苏）乌切夫斯基著：《资产阶级国家刑法史》，第108页。

当然，也因制度的不同使统一的德国刑法走向分裂。

在民主德国境内，根据社会主义原则，彻底清除了纳粹政府基本政治、经济制度，以苏联刑法为蓝本，于1968年1月12日公布，同年7月1日施行了刑法典，这是德国刑法发展史中唯一的一部社会主义性质的刑法。

与德国历次颁布实施的刑法不同，此次刑法开宗明义，在前言中就明确规定了刑法的社会主义性质，表明刑法是“统一的社会主义法律的一部分”，其任务是“保卫社会主义国家制度和社会制度，保护公民的权利和利益不受犯罪行为的侵犯”，其目的是“教育犯罪人遵守社会主义法律，积极预防犯罪，与犯罪作坚决斗争。”

刑法典的进步性还体现在：

明确规定了反映民主思想的罪刑法定原则和法律面前人人平等原则，追究刑事责任必须严格依照法律规定。与此相应，不仅分则严格规定了各罪的构成和相对确定的法定刑，而且在总则中予以贯彻，如禁止类推、时间效力上采取从旧兼从轻原则、定罪量刑“不因民族、种族、宗教、信仰、世界观以及所属阶级、阶层”<sup>①</sup>而不同。

以科学的刑法理论为指导，构筑了刑法的体系和内容。在体系上，刑法典亦分为总则和分则，但在分则结构上，它以犯罪行为侵犯的同类客体的不同将142种罪名分为9章，按侵犯社会关系的重要程度不同由重到轻依次排列，更具合理性。在刑事责任上，刑法典坚持以主观和客观相结合来规定有无和大小。如未达到刑事责任年龄、正当防卫、紧急避险、义务冲突等情况下行为人不负刑事责任。故意与过失，既遂与未遂、预备、中止犯，主犯与从犯等责任大小均有区别。值得注意的是，刑法典将中止从

<sup>①</sup> 张仲绛：《德意志民主共和国刑法概述》，载《国外法学》，1984年第1期。



未遂中分离出来，使故意犯罪的形态的区分更为科学。在刑罚上，以预防犯罪为目的，主刑与附加刑相互衔接，组成了一个严密的体系，虽未规定保安处分措施，但有的附加刑有保安处分的性质，如限制住所、禁止从事一定活动、取消驾驶许可证和附有保护观察的有罪判决等。在量刑上规定“量刑必须体现社会主义的正义原则，并在法定刑限度内根据犯罪的主观和客观情况、犯罪的手段及其后果、罪过性质和应负责任、犯罪者的个人情况和他在犯罪前后对社会的态度以及犯罪的原因和条件，全面衡量，并且要考虑法律条文中的有关某情况应当加重或减轻刑事责任的规定。”<sup>①</sup>可见，刑法典对罪与刑的对应关系的认识，已不仅仅限于单纯的报应或功利，而是刑罚既与已经实施的犯罪行为的社会危害性相适应，又与犯罪人的人身危险性相适应，从而完整地体现了罪与刑的关系。

后来，民主德国也适时对刑法典进行修改补充，把单行刑事法律的内容吸收到刑法典中，如青少年刑法、军事刑法等，成为一部内容广泛比较完备的刑法典，一直使用至德国重新统一。

在联邦德国境内，恢复民主与法制的进程中，最迫切的是否定纳粹法律，重新确定罪刑法定原则。这一任务分别由1946年1月30日四国管委会第11号令、1949年5月23日《德意志联邦共和国基本法》和1953年8月25日的刑法修正案来完成。在11号法令中恢复使用经过多次修改的1871年刑法典，并废除了1933年以来加入刑法典中的体现纳粹思想的规定。在基本法中确定了罪刑法定原则和废除死刑为宪法原则，并在1953年的刑法修正案中得以体现。其后，在刑事立法上，联邦德国基本上是两条线齐头并进：一是适应形势发展的需要及时颁布单行刑事法律和附属刑法方式对刑法进行部分修改；二是基于观念的变化，

<sup>①</sup> 张仲绛：《德意志民主共和国刑法概述》，载《国外法学》，1984年第1期。

继续对刑法典进行全面修改工作，起草新版刑法。

首先，在适时进行的刑法部分修改方面，为对付德国分裂后频发的绑架他人至民主德国的行为和防止纳粹运动复活，颁行了1951年7月的《保障人身自由法律》、1951年8月的刑法部分修改法和《国家保护规定》、1960年6月的第六次刑法部分修改法。与此相关的是1968年6月颁行的履行联邦德国加入的国际公约规定的义务而规定对叛逆、准备发动侵略战争的反和平行为以及其他侵害基本法行为的第八次刑法部分修改法。<sup>①</sup>

随着道路交通的发达，为确保交通安全，1952年12月和1964年11月分别补充了取消驾驶执照、禁止驾驶为刑法的法律后果。<sup>②</sup> 战后经济发展迅速，为弥补刑法有关惩治经济犯罪规定之不足，在颁布经济法规中大都加入刑罚的内容，如1975年的《卡特尔法》，1968年的《税收条例》、《市场组织法》等。

适应刑事政策的发展，1953年8月的“第三次刑法修改法”引进了保护观察制度，1969年6月和7月两次颁布的刑法修改法实现了自由刑的单一化，日额罚金制。立足于“非犯罪化”和“轻刑事化”政策，在1968年5月对《违反秩序法》进行全面修改时，许多刑法中规定的轻罪都予以非犯罪化而纳入一般违反秩序的行为中。1970年5月颁布的刑法修改法放宽了控制示威游行的条件，旨在对政治活动采取民主的对策。1974年对性犯罪刑罚予以减轻。所有这些改革对1975年的刑法典都产生了直接的影响。

其次，在全面修改刑法典工作方面，1954年联邦议会专门设立了刑法改革特别委员会，主持刑法典的全面修改工作。由司

---

<sup>①</sup> (日) 宫泽浩一著，张明楷译：《联邦德国刑事法律的变迁与展望》，载《法学译丛》，1989年第5期。

<sup>②</sup> 同上。

法部长召集各界人士组成的修改刑法的大刑法委员会于1962年提出了《刑法典草案》，这个草案虽对1871年刑法典作了许多修改和补充，但在刑罚的原则和制度上，接受后期古典学派的主张，沿袭了传统的制裁类型，比较保守，受到刑法学者的批评。1966年，由14位刑法学者联合起草发表了《供选择的刑法典草案》，它以新派目的刑论作为指导思想，规定了统一的自由刑，扩大了罚金刑与缓刑的适用，设立了保安处分措施以救治那些严重的累犯、人格障碍者及有癯癖的人。联邦议会刑法特别委员会在两草案的基础上，采取折衷态度，制定了1969年刑法改革法草案。先后公布了分则与总则部分，为新刑法典的公布实施奠定了基础。

## 第四节 1975年刑法典

### 一、1975年刑法典的制定

如前所述，战后对刑法的部分修改工作从未中断，但由于都是针对特定形势作出的个别修改，缺乏系统性，所以从1954年开始着手刑法典的全面修订工作。由政府拟定的1962年《刑法典草案》和学者起草的1966年《供选择的刑法典草案》都于1968年提交议会讨论。

在议会讨论中，执政的德国社会民主党、基督教民主联盟和基督教社会联盟坚持以1962年的《刑法典草案》为基础制定新刑法，自由民主党则以《供选择的刑法典草案》为基础相抗衡。经议会的刑法修改特别委员会的工作，双方妥协，以两部草案为基础制定刑法改革法。于1969年6月25日先通过了第一部刑法修改法，对一些紧迫的问题作了规定，如改革刑罚制度和分则中有关宗教信仰、性、堕胎、绑架、盗窃、伪造录像等方面的犯罪作了规定，先行实施。1969年7月4日通过了第二部刑法修

改法，包括一部全新的刑法总则。因照顾各州法律相应的调整，所以至 1975 年 1 月 1 日方生效。至此两部刑法修改法合二为一，成为一部完整的刑法典，其正式名称是《1975 年 1 月 1 日修订的 1871 年 5 月 15 日刑法典》，简称 1975 年刑法典。

## 二、1975 年刑法典的主要内容

刑法典总共 358 条，分为总则和分则两部分。总则 79 条，分 5 章，依次为刑法，犯罪，犯罪的法律后果，告诉、授权和要求处刑，时效。分则共 279 条，分 28 章，依次是危害和平、叛乱、危害民主法治国家的犯罪，叛国罪和外患罪，针对外国的犯罪，妨害宪法机关及选举和表决的犯罪，妨害国防的犯罪，反抗国家权力的犯罪，妨害公共秩序的犯罪，伪造货币和有价证券的犯罪，未经宣誓的伪证和伪誓的犯罪，诬告的犯罪，有关宗教和信仰的犯罪，妨害身份、婚姻和家庭的犯罪，妨害性自由的犯罪，侮辱罪，侵害人身和隐私的犯罪，侵害他人生命的犯罪，伤害罪，侵犯他人人身自由的犯罪，盗窃及侵占犯罪，抢劫及敲诈勒索犯罪，包庇及窝赃犯罪，诈骗及背信犯罪，伪造文书的犯罪，破产罪，应处罚的利欲性犯罪，损坏财物的犯罪，危害公共安全的犯罪，渎职犯罪。1981 年 3 月第 18 次刑法部分修改法，又增设了污染环境罪，使 1975 年刑法典分则增加为 29 章。

相对于 1871 年刑法典，1975 年刑法典主要修改内容如下：

在刑法总则第 1 章刑法中，关于刑法的适用范围问题，虽仍采用以属地原则为基础、其他原则为补充的折衷方式，但增加了普遍管辖条款（第 6 条），即“对于妨害国际公约或条约保护法益的行为无论犯罪地如何规定，在国外犯灭绝种族罪、原子能、炸药或辐射等犯罪、危害航空交通罪、协助卖淫罪、贩卖人口罪、非法经营毒品罪、散发淫秽文书罪、伪造货币、有价证券罪及其预备行为、诈骗救济金罪，以及根据对德意志联邦共和国有

约束力的国际协约的规定而应追诉的在国外的犯罪”，本刑法典均适用。<sup>①</sup>这就使国内法与国家所承担的国际公约规定的义务统一起来。此外，还增加了对青少年适用法律的特别规定，对青少年犯罪行为，只有在少年法院法未另行规定的，才适用本法典。采取了特别法优于普通法的原则，体现了对青少年的特殊保护。

在刑法的时间效力上，除沿袭 1871 年规定，采取从旧兼从轻原则外，对矫正与保安处分的适用作了例外规定，即“除法律有特别规定以外，对矫正与保安处分适用审判时有有效的法律。”<sup>②</sup>

为保证法典的正确适用，专节专条对一些法律名词作了解释性规定，如犯罪时、犯罪地、亲属、公职人员、故意犯罪、重罪和轻罪等。

在第 2 章犯罪中，第 13 条明确规定了刑法分则无法直接规定的不真正不作为犯罪成立的条件，即“依法有义务防止犯罪结果发生而不防止其发生，且其不作为与因作为而实现犯罪构成要件相当的，依本法处罚”，这一规定丰富了法定的行为方式的内容。<sup>③</sup>

关于刑法认识的错误问题，对事实认识的错误不认为是故意犯罪，对其过失犯罪要处罚，这与过去的刑法规定相同。所不同的是在对行为违法性认识错误情况下行为性质的认定上，加入了期待可能性理论，即只有该认识错误可以避免时，行为人才负刑事责任，但减轻处罚；该错误不可避免，则免除刑事责任。

在刑事责任能力上，提高了不负刑事责任的最低年龄标准，即不满 14 岁，不负刑事责任，增加了虽精神反常但仍有一定认识能力的减轻刑事责任的内容，更符合精神障碍者的实际认识情

---

① 徐久生译：《德意志联邦共和国刑法典》，中国政法大学出版社 1991 年版。

② 同上。

③ 同上。

况。

在故意犯罪的形态上，将中止独立于未遂犯，并且规定中止犯应免除其刑罚。这与1871年刑法将中止混同于未遂的规定相比，是一个进步。

在共同犯罪方面，专门规定了正犯的概念，包括单独正犯、间接正犯和共同正犯。尤其对间接正犯的规定，是颇具特色的立法例。对共犯的处罚原则吸收了共犯独立性学说，改为“各依自己的罪责受处罚，而对他人的处罚如何，对其无影响”。<sup>①</sup>

在紧急避险上，增加了阻碍违法性的紧急避险（第34条），对原有的阻却责任的紧急避险作了修改，将原只限于亲属范围内的免责性紧急救助扩大到“与自己关系密切者”。

1975年刑法典改革的重点在刑罚部分。首先统一并简化了刑罚中主刑的种类，它在已经废除死刑的基础上，将主刑改为统一的自由刑和罚金刑两种。自由刑仅包括无期徒刑和有期徒刑，方便了司法实际适用。为避免短期自由刑的弊端，一方面提高了有期徒刑的最低期限（原为1天，改为一个月），另一方面限制使用6个月以下的短期自由刑，它“只能作为例外情况，根据犯罪者的特殊人格以及保护法律秩序的特殊需要”<sup>②</sup>加以适用。这一条款因之而被称为“最后手段条款”。罚金刑一改原刑法采取的无限额罚金制，而吸收1916年瑞典刑法首先规定的日付罚金制。法院根据罪责确定罚金日数，再据行为人的个人收入财产及其他情况确定每一日的罚金额。原则上以行为人每日平均应有或可能有的收入为准，但最低不得少于2马克，最高不超过1万马克。同时规定了缓交、分期缴纳和以自由刑替代的执行方式，保证罚金刑判决的有效性。并增设对判处180日单位以下罚

<sup>①</sup> 徐久生译：《德意志联邦共和国刑法典》，中国政法大学出版社1991年版。

<sup>②</sup> 同上。

金的犯罪人暂不执行刑罚，只进行“附刑事处分保留的警告”。

其次，将累犯作为量刑考虑的一般情节。对累犯的处理，1975年以前的刑法只把它作为个别适用的条款，对再次犯同样罪行的人加长刑期（仅限个别规定之罪），对犯有三次严重罪行，并被认为是危险的惯犯的，延长刑期。1975年的刑法，则将累犯作为量刑的一种情节，凡符合累犯条件的（第48条），不论所犯新罪为何罪，最低刑均为6个月的自由刑，当然，法律规定最低刑较重的，依其规定。这样就使累犯规定成为能普遍适用的条款。

再次，扩大了缓刑的适用范围。以前，缓刑受到严格的限制，如果行为人在过去5年内曾经被判处过6个月以上徒刑，或者在这段期间曾经因犯有另一罪行被宣告缓刑，就不允许再适用缓刑。凡超过9个月的刑期就绝对不适用缓刑。1975年刑法对此进行了修改，分三种情况对缓刑作了规定。第一种是判处1年以下自由刑的，如果法官根据预测，所判刑罚已起到警戒作用，且不执行刑罚也不致再犯罪的，可以宣布缓刑。第二种是如果犯罪和犯罪人的人格具有特别情况，在具备不执行刑罚也不致再犯罪的条件下，对判处1年以上2年以下自由刑的人也可以适用缓刑。第三种是判处6个月以上1年以下自由刑的人，如果法律秩序的保护不要求执行刑罚的，可以宣告缓刑。

最后，进一步完善了矫正与保安处分措施。新刑法规定了适用矫正与保安处分措施必须符合均衡性原则，即刑法典第62条的规定“如果矫正与保安处分同行为人已经实施或者将来可能实施的罪行有失均衡，或者同行为人造成的危险程度有失均衡，则不得判处矫正与保安处分”。这项规定是在预防犯罪的同时强调了保障人权。

刑法典规定了两种保安处分措施，一种是剥夺自由的处分，包括收容于精神病院、收容于戒除瘾癖机构、收容于社会矫治机

构和保安监督。其中最严厉的是保安监督，它主要适用于“有两次严重罪行的前科，必须被判处至少2年的自由刑”，而且法院认定“将来很可能再犯某些严重罪行，从而对社会有危险性”的人。<sup>①</sup> 交付保安监督的期间第一次为10年以下，第二次期间不限，其严厉性可见一斑。因此，新刑法在适用对象条件上对以前的刑法规定作了严格限制。原刑法规定，只要公共安全认为必要，就可将惯习犯交付保安监督，这显然与新刑法规定的均衡性原则相矛盾。这种剥夺自由的处分与刑罚本质上并无不同，都是为了使犯罪人改恶从善，实现特殊预防目的。如果行为人既被判处剥夺自由刑，又被判处剥夺自由处分，则先交付执行剥夺自由的处分，然后再去服刑。先执行的处分期间计入刑罚执行期间。另一种保安处分措施是不剥夺自由的处分，包括吊销驾驶执照、禁止从事一定职业和行为监督。前两种是针对从事特定职业的行为人适用的，后一种则可普遍适用，为使行为人不再犯罪，而由一定机构对其行为给予监督、指导。

刑法分则内容的修改，主要是适应国家利益及维护公众法益的需要，将过去规定为犯罪，而今已无社会危害性或危害性明显减少的犯罪排除在刑法处罚之外，如废除了决斗罪、通奸罪等。新增了大量新的对社会危害严重的行为犯罪，如危害和平罪、危害民主法治国家罪、煽动种族仇恨罪、灭绝种族罪、引起核能爆炸罪、滥用放射线罪等，表明刑法典反映了现代社会生活。

### 三、1975年刑法典的特点

如果说1871年刑法典尚留有封建遗痕，且立法经验不足而使刑法较为粗疏，但仍具有进步性，它是德国历史上第一部统一适用的资产阶级的刑法典，在德国刑法发展史上占据重要地位的

<sup>①</sup> 徐久生译：《德意志联邦共和国刑法典》，中国政法大学出版社1991年版。



话，那么，1975年刑法典则是在德国资本主义经历了百年的发展，在刑法理论深入研究、数十次的刑法修改积累的丰富立法经验的基础上制定的较为完备的资产阶级刑法典，它的进步性不再仅仅是对封建刑法的彻底批判，更主要的是反映了德国社会的实际状况以及刑法理论、刑事政策和世界刑法改革的动向。它在刑法中继承和发扬了罪刑法定基本原则，它在刑法适用对象和条件上的明确性与具体性，它在刑事制裁措施上的轻刑化、多样化和个别化，都表明其完备程度，成为世界刑法改革的样本。

具体而言，1975年刑法典的特点可以概括为以下几点：

(1) 重申和强调了资产阶级法制原则。

刑法贯彻了联邦德国基本法第20条和第28条规定的“法治国”和“社会国”的原则。法治国的含义是指德国是一个由法律治理的国家，社会国是指德国是一个认识到自己对社会的责任并努力实现社会正义的国家，反映在刑法中就是重申和强调了法制原则，即“一个行为，只有在其发生之前的法律中明确规定了可罚性时，才能受处罚。”它表明德国刑法延续了资本主义最基本的刑法原则——罪刑法定主义，所有对行为罪与非罪性质的认定及刑事处罚的条件、方式或严厉程度，都必须依据法律规定加以适用。禁止法官以其本身拥有的权力，使用类推、采用习惯法或其他自己确立的规则来填补法律中的漏洞，以司法权行立法权，否则就破坏了法制原则。为贯彻法制原则，法典严格规定有条件地禁止溯及既往，注意了刑法规定的明确性和具体性，它是实现罪刑法定的必要条件，只有明确规定了各种罪成立的条件和法定刑、刑罚的种类及适用、刑罚制度和处罚原则，才能实现刑法的规范人们的行为、保护社会、保障人权的三大功能，才能保证法律的严肃和统一。

(2) 注重理论对立法的指导作用，吸收了刑法科学的研究成果。

一个多世纪以来，资产阶级刑法理论主要是旧派与新派之

争，它们在犯罪的本质、刑事责任的根据、刑罚的本质、目的等刑法基本问题上各执己见，互不相让，本世纪中期以后才出现一些融合的趋势。德国刑法的制定修改过程基本上是顺着这个轨迹进行的，围绕采取哪派主张，而使刑事立法具有了阶段性特点，在1975年刑法中明显具有折衷性，立法者发现两种理论各有利弊后，力图在立法中综合反映出两派理论中最具价值之处。所以在刑法典中既强调了犯罪行为是处罚的基础，又注意考虑行为人的不同情况；在刑事处罚措施上既规定了刑罚又规定了矫治与保安处分措施；在刑罚的量定上规定“行为人的罪责是量定刑罚的根据，刑罚对于行为人将来在社会上的生活预计发生的效果，应当予以考虑”，说明法律要求既要注重犯罪的社会危害性，又要注重犯罪人的人身危险性。此外，刑法还扩大缓刑的适用范围，进一步完善了保安处分措施，用罚金取代了短期自由刑等等，使不同的人通过与其罪责、危险性相适应的手段，在受到惩罚的同时，也受到教育和矫治，能尽早地复归社会。所有这些规定都反映了刑法典综合接受了旧派和新派的主张，是刑法理论的融合趋势在刑事立法中的集中体现。

### (3) 提倡“非犯罪化”和新的“犯罪化”的刑事政策。

“非犯罪化”也是当前资本主义国家比较流行的一种刑事政策，它主张将刑法应当归罪的行为范围限制在确保国家社会公益与秩序和维护公众法益所必需的最低范围内，德国1975年刑法典体现了这种倾向，其目的方面是将不符合主、客观不法特征的行为排除在刑法典之外，不再使处罚过剩；另一方面，是为了最大程度地避免短期自由刑的使用（因短期自由刑有许多弊端），争取从根本上解决累犯与惯犯这个近、现代犯罪学面临的难题。毕竟刑法不是社会控制的唯一手段，而应将其作为社会控制的最后手段。

具体体现“非犯罪化”之处在于：撤销了原刑法典中违警罪

一章，将其纳入《违反秩序法》或完全取消可罚性；专设告诉、授权与要求处刑一章，将一些轻微的财产犯罪规定“告诉才处理”，国家不主动追诉。

同时，由于形势的变化，新出现了严重危害社会的行为。许多行为在原来的社会情况下是无法预料的，原刑法当然也没有相应的规范可以适用，所以，对这些行为予以犯罪化是刑法在社会控制中的特殊作用的必然要求。

(4) 继续倡导人道主义原则，刑罚趋于缓和。

从刑罚发展的过程看，从神权时代至封建专制以至现代社会，刑罚总是趋向缓和，这是人们对刑罚认识深入的必然结果。现代社会，人们将刑罚作为防止犯罪、预防犯罪的措施，不再将之视为报复的工具或镇压的手段。德国刑法典适应了这种思潮，废除了死刑、苦役刑，实施自由刑单一化，扩大罚金刑、缓刑的适用，增设免刑的一般原则，注意保安处分和行刑社会化等，都反映了刑罚趋于缓和的倾向。

## 第五节 1975年后德国刑法的发展

1975年刑法典实施后，随着德国社会状况的变化，尤其是经济迅速增长、国际交往的增多以及重新实现统一所带来的一系列社会问题，引发了新的犯罪现象，促使立法机关不断地对实施中的刑法典进行修改和完善，以发挥刑法在整个国家体系中的保障法的作用。

### 一、适应刑事政策的发展，进一步贯彻教育刑思想

1982年5月1日，在第20次刑法部分修改法中，增加了被判处无期徒刑的罪犯也能适用假释的规定，即第57条a“法院在下列情况下，终止自由残余刑的执行，在附加保护观察条件

下，予以延期：(A) 刑期已经执行终了 15 年；(B) 受到有罪宣告者按其具体的责任程度不再要求执行 15 年以上的刑罚；(C) 存在刑法第 57 条第 1 款前段第 2 项和第 3 项的条件（指经过考察足以信赖对受刑人即使不再执行刑罚也不致再进行任何犯罪以及得到了本人的同意。）此外准用第 57 条第 1 款后段（即在判断上要特别考虑到受刑人的人格、经历、行为情节、执行中的态度、生活上的关系，以及由于延期执行对其本人所得以期望的效果”）。这样，把 1975 年刑法假释只适用于被判有期徒刑的罪犯，扩大为被判自由刑的罪犯，给被判终身自由刑的人以重新获得自由的希望，促使其服刑期间改过自新。

1986 年 4 月第 23 次刑法部分修改法，将保护观察附暂缓执行以及假释的条件进一步放宽，并废除了在刑事政策效果上颇有争议的累犯加重的规定。

1990 年颁布了《少年刑法典》，这是对 1953 年《少年刑法典》的修改。1975 年刑法第 19 条“行为人行为时不满 14 岁的不负刑事责任”，只规定了一个负刑事责任的最低年龄界限，对于已满 14 岁的未成年人在承担刑事责任上与成年人有何区别却未提及。这不符合未成年人身心发育状况，不利于对未成年人的保护。因此，在少年刑法中，除规定未满 14 岁的儿童无刑事责任能力外，还规定年满 14 岁不满 18 岁的少年犯罪适用少年刑法。年满 18 岁不满 21 岁的大龄少年适用成年刑法还是少年刑法，则由少年法庭依《少年法庭法》第 105 条的规定仔细斟酌决定（主要考察其行为时智力发育和道德发展水平是否与少年相同）。少年刑法与成年刑法的主要区别在于，对于同一种行为，少年刑法可能规定不罚或处罚较轻。少年所为的犯罪行为并非都要采取刑法处罚措施，如果法官认为不适用刑事处罚足以教育，那么可以要求其履行一些强制性义务，如亲自向受害人道歉、修复损坏、提供有益的劳动成果或向公益设施支付款项等，以此使

其弥补其所犯过错。必须施用刑罚时，最低刑是正式警告，最高刑是少年刑罚，罪行严重的，一般也以5年自由刑为限，杀人罪最高可处10年自由刑。<sup>①</sup>

此外，通过1984年12月20日的《刑罚执行修改法》，将保安处分中的收容于社会矫治机构的剥夺自由的处分方式，改为一种刑罚的执行方式，使保安处分制更密切地与刑罚体系相融合。

## 二、注重对经济犯罪的惩罚，形成独立的经济刑法体系

1975年刑法典出台前，一些经济法中就有了刑罚处罚规定。但这种零散的经济法规中的刑法规范并没有形成一个独立的经济刑法体系。

在1975年刑法的起草修订中，对经济刑法的独立性问题进行了激烈的争论。一派主张，鉴于经济犯罪全面危害了社会经济秩序，因此有必要在刑法典内设专门的经济犯罪的章节。另一派主张，经济犯罪均可归入传统的财产犯罪中，没有必要造成刑法分则体系的多元化。这两种意见虽然在对经济犯罪的规定方式上有分歧，但对注重经济犯罪立法却是共同的。最终，第二种观点占了上风，在1975年刑法典中没有专设经济犯罪章节。有关经济犯罪行为一部分被列入原有的欺诈及背信罪中，如津贴救济欺诈和保险欺诈，其余的仍归入经济法规中。这与当时经济违法活动不十分严重的社会现实是相应的。

1975年后，随着德国经济飞速发展，经济领域中严重违法行为也日益增多，危害极大，仅靠刑法典中的一般规定已经难以有效地打击和遏制这种犯罪。于是联邦经济刑法改革委员会于1976年7月29日和1986年5月15日先后颁布了两个专门的经

<sup>①</sup> (德)卡尔纳著，张美英译：《德国儿童违法行为与少年犯罪的对策》，载《中外法学》1995年第5期。

济犯罪对策法。

在第一个经济犯罪对策法中，明确了经济犯罪的概念，规定了对各类经济犯罪的制裁和处罚程序，新设了骗取补贴罪和骗取信贷罪，这些犯罪是危险犯，它与作为结果而规定的普通诈骗罪的构成要件有别，即它们的成立不需要具备实际的财产损害。该法还规定了破产犯罪，统一了高利贷的犯罪标准，并将各种攫取暴利的犯罪收在同一章中。它是第一部比较系统的惩治经济犯罪的立法。

在第二个经济犯罪对策法中，重点是惩治利用计算机的犯罪，设立了窃取数据、电脑诈骗、伪造重大数据、更改数据、破坏电子计算机等新罪，从某种意义讲，是大大增加了侵犯商业秘密的犯罪种类。本法还针对资本投资、现金支付以及期货交易中的不法行为，增设了资本投资诈骗罪、证券交易诈欺和诱使罪、截留保险基金罪等，从而扩大了刑法的保护范围，弥补了1975年刑法的空白。

除此之外，立法机关还继续通过经济法规中附属刑法的方式，不断对经济刑法的内容进行扩充。例如，1977年《纳税条例》修改了逃税罪的规定，提高重大涉税犯罪的法定最高刑；1980年《关于股份有限公司的补充条例》中，规定了公司成立时的欺诈犯罪行为；1985年《版权补充条例》、1990年《强化著作权保护与反对产品剽窃法》规定了侵犯著作权的犯罪；1990年《外经法补充条例》和《军火控制法》对非法军火交易行为处罚更加严厉等等。对这些经济刑法的内容，德国联邦司法部的曼弗雷德·默亨施腊格博士作了一个分类，包括：（1）旨在保护国民经济的刑罚条款，如保护自由竞争、保障经济需求、经济调控与监督措施、信贷经济与支付往来；（2）旨在保护国家金融的刑罚条款，如偷逃关税、税款，伪造货币、有价证券的规定；（3）旨在保护企业经济的刑罚条款，如不正当竞争行为，侵犯专利、

商标、版权的行为；(4)旨在保护公众和消费者的刑罚条款。<sup>①</sup>可见其经济刑法涉及内容之多，范围之广。整个德国经济刑法随着经济立法的发达达到了较高的水平，日趋成熟，形成相对独立的刑法体系。

### 三、积极履行国际义务，加强对国际性犯罪的惩治

首先，接受国际合作对抗恐怖主义的国际条约，加强对恐怖主义犯罪的惩治。1976年4月22日第14次刑法部分修改法、1976年8月18日《反恐怖主义法》和1986年12月《防止恐怖主义法》扩大了惩治恐怖主义犯罪的范围。刑法禁止以破坏宪法为目的，公开支持特定的严重的犯罪行为（如谋杀、绑架人质、危害航空安全、抢劫等），以及以书面指导这种行为或者酬谢和公开赞同这种行为。对组织恐怖团体，支持、煽动进行恐怖活动，对恐怖活动知情不举等都处以重刑。这些规定也是对原来刑法规定防止纳粹主义复活措施的扩充，与此相应，1979年7月第16次刑法部分修改法还延长了对“民族谋杀罪”的追诉期限，其后又取消了对该罪的时效限制。

其次，加强对有组织地从事毒品等犯罪活动的惩治。1992年7月15日颁布《有组织犯罪的非法交易与其他表现形式的对策法》，这是近年来德国法律最重要的一次修改。它涉及了包括刑法、麻醉品法、刑事诉讼法、违反秩序法、证人与专家补偿法等在内的多部法律。其中涉及刑法的有40多处：一是设置了新罪。在原先的盗窃罪和窝赃罪的基础上，单独规定了集团盗窃罪和集团窝赃罪，均处重刑；增设了洗钱罪（第261条），该条下设20多个款项，主要针对各种掩饰非法财物来源，阻挠或破坏

---

<sup>①</sup> 储槐植主编：《美国德国惩治经济犯罪和职务犯罪法律选编》，北京大学出版社1994年版，第437—438页。

对财物来源的调查、寻踪、追缴、没收与保管的行为，内容极为详尽。不仅对故意而为的这些行为要处罚，即使由于疏忽而未能认识特定财物是来源于他人的不法行为而予以窝藏、掩饰其来源或实施阻挠、破坏行为的，也要定罪处刑，不仅既遂要处罚，未遂亦要受处罚；在《麻醉剂法》中增加了对21岁以上的人未经特别许可，将麻醉品出售、转让、交给18岁以下未成年人或指派他们进行麻醉品交易，以及未经特别许可进行麻醉品的交易、制作、批发或非法持有行为的处罚规定，并增加了对集团犯罪成员非法从事麻醉品种植、生产、交易活动加重处罚的规定。二是设置了新刑，即财产刑。在原有罚金刑的基础上，对这类犯罪设置了更为严厉的没收财产刑，最高可以以犯罪人的全部财产作价判刑，可以独立适用，也可附加适用，在判罚后无法追缴时，以自由刑代替。三是扩大了追缴范围。原先追缴的范围限于被告人所有的物品，现规定即使被告人无所有权或使用权的物品，只要与犯罪有牵连，也可以追缴，而且“只要其状况正当地推定该物体是为违法行为或者从违法行为中所获得的”<sup>①</sup>就足够了。当然没收财产刑与扩大的追缴范围只适用于犯罪集团或职业性罪犯而为的伪造货币、引诱或介绍卖淫、盗窃、窝赃、洗钱、非法开设赌场、毒品等犯罪。

#### 四、适应犯罪观念的变化，对堕胎行为“非犯罪化”

德国对堕胎问题一贯持非常保守的立场，1975年刑法规定堕胎行为只有在胎儿的健康状况在出生前即受到无法医治的严重损害，或受孕系性犯罪而导致，或孕妇的健康状况使堕胎成为避免危险的唯一选择的情况下才是合法的。可见，当时的观念是视

<sup>①</sup>（德）阿耳宾·埃斯尔著，冯军译：《二十世纪最后十年里德国刑法的发展》，载《法学家》1998年第6期。



堕胎为非法的，因而规定了堕胎罪、宣传堕胎罪、传播堕胎工具罪和不真实医学诊断罪。1976年5月18日第15次刑法部分修改法就堕胎适应症作了扩大解释。

两德统一后，对堕胎问题在旧的和新的联邦各州适用不同的规则，在旧的各州继续适用联邦德国1975年刑法规定的“医学征兆规则”，只有存在孕妇的紧急危险状态等法定情况下，堕胎才不受刑罚处罚；在新的各州则适用原民主德国较为宽松的堕胎法律规定，堕胎不仅无限期地不受刑罚处罚，而且在怀孕前12周内有权堕胎的权利，这一规定被称为“期限性解决规则”。<sup>①</sup>为解决在堕胎问题上法律适用不统一问题，1992年7月27日德国颁布了《保护婴儿、促进儿童福利，提供孕妇帮助以及调整堕胎规范》，简称《妊娠与家庭帮助法》。该法不仅废除了传播堕胎工具罪，而且将原刑法中的“必要堕胎”改为“非罪堕胎”，放宽了合法堕胎的条件，“只要孕妇要求堕胎并至少在堕胎手术前3天接受过有关咨询；并且堕胎手术由医生施行；并且堕胎发生于怀孕后12周之内”，堕胎就是合法的。刑法在第218条a还规定了几种刑罚免除事由：如果堕胎是由医生根据符合规定的咨询（如有遗传病史）在怀孕的头22周内实施的，孕妇本人也不受处罚（但医生仍是可罚的）；虽然不具备法律规定的合法堕胎条件，但是孕妇是处于“特别窘境时”而施行堕胎手术的，对孕妇也可以不处罚，“特别窘境”是指胎儿患有某种不能消除的严重疾患，孕妇系因他人的性犯罪而怀孕，怀孕危及孕妇的身体或精神健康等。可见，该法在堕胎问题上采取了折衷的态度。这一规定曾于1993年5月28日在联邦宪法法院判决中被宣布违宪，但1995年7月6日的“妊娠与家庭帮助法修改案”再次肯定了这一内

<sup>①</sup>（德）阿耳宾·埃斯尔著，冯军译：《二十世纪最后十年里德国刑法的发展》，载《法学家》1998年第6期。

容，1998年4月1日的刑法第六次修改法也没有进行任何改动。

### 五、加强了对环境的刑法保护

1975年刑法典中虽无环境犯罪规定，但在一些行政法规中，如水政法、原子能法、垃圾法中都有一些处罚性规定。1980年3月28日第18次刑法部分修改法，对危害环境的犯罪作了专门规定，并将之作为刑法典分则的第28章。立法者一方面要强化公民对环境犯罪危害性的认识，另一方面也想由此强化对环境犯罪的刑事追究。1994年11月1日公布的“与环境犯罪作斗争的第二部法律”，增加了实体环境刑法的内容，还涉及对企业法人和监护人处以罚金的问题，动摇了德国一向坚持的“法人不能成为犯罪主体”的观念。

刑法规定的污染环境的犯罪包括水域污染、空气污染、土壤污染、污染环境的垃圾处理、未经许可开动核设备、未经许可的核燃料交易、侵害保护区等内容，不仅故意而为的这些行为要处罚，而且过失行为也要处罚。

在环境犯罪的构成上，多与行政法的规定有关，即行为人违背行政法义务或未经行政法规定的许可，德国刑法学者称之为“行政补充性”或“空白构成要件”。那么，危害环境的行为是否具有违法性，是仅从形式上来判断是否违反行政法规定，还是从实质上来分析行为是否符合法治要求，在德国刑法学界是有争论的，因为有时行为人会采取种种手段非法地获得许可，形式上虽符合行政法的规定，但实质上仍具违法性。目前，在司法活动中仍是坚持以行政法为依据判断行为是否具有违法性。

### 六、颁布反腐败法，严惩贿赂犯罪

与世界其他国家一样，德国也面临着日益严重的贪污、贿赂等腐败现象。为遏制“腐败”的严重化趋势，1997年8月20

日，德国颁布了反腐败法，它修改了1975年刑法典的有关规定，并补充了一些新内容。主要变化有：

(1) 扩大贿赂罪的构成要件；这首先表现在犯罪主体——公务员范围的扩大，不仅指官员、法官、在其他公共法律机构任职的工作人员、其他被聘用在官方或其他机构或受其委托从事公务的人员，而且包括“在运用私法的权利和组织形式时把公共机关的任务移交给其的人”。<sup>①</sup> 对私法领域内受委托接受公共机关任务的人是否是公务员，可从受谁委托、如何委托和委托什么上去判断。但这种判断仍不容易，有人提出了一个解决的方法，即在刑法中单独规定私人经济领域中的贿赂犯罪。

其次，在行为方式上规定了“期约”（不法的约定）这种利益和行为之间的关联方式，从而扩大了受贿和行贿的基本构成要件，受贿方和行贿方只要对交付贿赂能谋求的利益进行了约定，达成了协议，就构成了犯罪，无需证明贿赂的实际交付或利益的实际获得。

(2) 为保护自由竞争而设置新的犯罪——危害竞争的犯罪。这是针对业务来往中由于悬赏和腐败而限制竞争的约定，为保护竞争而在刑法典中新增的一章，但其内容并不是全新的，而是把其他法律（如反竞争限制法和反不允许的竞争法）有关内容纳入刑法之中，但在其中仍然没有关于私人经济领域贿赂犯罪的规定。

(3) 提高刑罚幅度并规定了财产刑和扩大没收范围。反腐败法为强化人们反腐败意识，加强同腐败行为做斗争，提高了法定刑幅度，并通过财产刑和对赃款赃物的没收来剥夺其犯罪所需的资源和通过犯罪获得的利益。

---

<sup>①</sup> （德）阿耳宾·埃斯尔著，冯军译：《二十世纪最后十年里德国刑法的发展》，载《法学家》1998年第6期。

除上述具体的修改补充外，1998年4月1日施行的第6次刑法修改法还从总体上对刑法典进行了调整，废除了一些现在已不合时宜的多余的条文，如适应社会中已变化的道德观念废除了第217条的杀害婴儿罪和第236条诱骗不满18岁的未婚妇女为性行为罪。对刑法条文进行了广泛的补充和新的表述，重新规定一些罪的法定刑，协调罪与罪之间的刑罚幅度，以解决可罚行为的漏洞和法律解释的困难，使刑法典更符合科学化、现代化的要求。经过修改的德国刑法，面貌焕然一新。

## 第六节 德国刑法理论的进步

德国近、现代刑法理论十分发达，这可能得益于其同样十分发达的哲学。早在18世纪，德国法学家们即受资产阶级启蒙思想的影响，对封建的、身份的、擅断的、残酷的、神学的刑法进行猛烈抨击，并以康德、黑格尔的法哲学为基础，以罪刑法定、罪刑相适应和刑罚人道三大原则为核心构筑自己的刑法理论体系，形成了资产阶级最早的刑法学派——刑事古典学派。参照日本学者大谷实教授的观点，德国刑事古典学派的理论分为两种：一是基于启蒙思想的刑法理论，它以理性主义、自由主义为基础，在刑罚理论上，主张一般预防，被称为“旧派的相对主义”，费尔巴哈是此派的代表；二是基于报应思想的刑法理论，以超个人的民族精神、国家主义为基础，在刑罚理论上，主张报应刑论，被称为“旧派的绝对主义”，康德、黑格尔是此派的代表。<sup>①</sup>18世纪末至19世纪，在德国刑法理论上居统治地位的主要就是康德、黑格尔和费尔巴哈为代表的刑事古典学派，他们的理论对

<sup>①</sup> 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第34页。

德国近代资产阶级刑法的创立起了直接的指导作用。

19世纪末20世纪初，自由资本主义向垄断资本主义过渡，以抽象理性为基础的刑事古典学派观念的刑法理论无法解决急剧增长的累犯、惯犯、常习犯和青少年犯罪问题，加之科学技术的发达，为刑法理论的研究提供了科学的实证方法，一般法学的代表德国学者麦克尔（A.Merkel，1836年—1896年）率先将实证主义引入刑法学，对观念刑法学进行批判，提出了目的刑的决定论观点。在犯罪论上他主张决定论，在刑罚问题上他仍坚持报应刑，这是一种介于旧派与新派之间的理论。虽然它的影响远不及旧派和新派，但此学说在德国近代刑法学发展史上具有承前启后的作用。<sup>①</sup>在此时期的德国居主导地位的刑法理论是随后出现的李斯特的刑事社会学派。认为犯罪是由社会因素导致个人心理或生理上的变态所致，刑事责任的根据是意思决定论，处罚的依据是行为人的“反社会性”，尤其在刑罚目的上，主张目的刑论，提出教育、改造罪犯的特别预防思想。此派观点对德国刑事立法的发展产生了深刻的影响。

进入20世纪，折衷成为德国刑法理论发展的一大特色。刑事古典学派学者在刑事社会学派影响不断扩大的形势下，为捍卫自己的理论，围绕意志自由论与意思决定论、客观主义与主观主义、报应刑论与目的刑论，同社会学派进行了持续20年的论战。但终于认识到本学派的一些缺点，容忍和接受了新派的部分观点，形成了规范主义为基础的后古典学派。宾丁、M·E·迈耶、麦兹格等人是此派的代表，他们在规范主义、构成要件理论以及刑罚的分配理论上对德国刑法学的发展作出了贡献。

第二次世界大战后，基于对纳粹政府践踏人权罪行的反思，

---

<sup>①</sup> 何勤华著：《西方法学史》，中国政法大学出版社1996年版，第277—279页。

德国学者为了克服传统的结果行为论之不足，提出了目的行为论，给传统的行为论以极大的冲击，并影响了整个刑法学体系。正如日本著名刑法学者木村龟二博士所说：“当今写刑法总论的人，无论是采主观主义立场还是采客观主义立场者，如果不论述目的行为论，就不算完整的刑法总论体系。”第二次世界大战后一段时间，刑法学的重要争论，都是围绕目的行为论展开的。<sup>①</sup>

在德国刑法理论的历史发展中，不能不提一下马克思主义刑法理论。它虽然没对今天德国刑法及刑法学的发展产生直接的影响，但毕竟它曾在第二次世界大战后的民主德国存在的45年期间，是居绝对地位的刑法理论，对社会主义刑法学的建立和发展作出了贡献，在德国刑法学发展史上应有其一席之地。

德国各派刑法学者的理论博大精深，在此只选各自主要观点作一介绍。

### 一、康德、黑格尔的报应刑论

康德（Immanuel Kant，1742年—1804年）与黑格尔（George wilhelm Friedrich Hegel，1770年—1831年）生活的年代是欧洲中世纪封建制度崩溃、资产阶级政治力量逐渐上升的前资本主义时期，资产阶级启蒙运动日益高涨，他们的刑法思想免不了打上这一时代的烙印。他们刑法思想的核心是报应刑论。他们认为报应代表了一种正义的要求，报应的基础是人基于自由意志而实施的犯罪行为，自由意志是刑事责任的根据。人作为具有社会属性的动物，都有自由意志，即认识自己的行为性质和选择实施何种行为的能力。犯罪，是行为人在主观上对行为的危害有认识，并且能够选择实施适法行为的情况下，却由自由意志支配选择了邪恶而有害的违反国家法律的行为，他们当然要对这种选择

<sup>①</sup> 参见马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》第333页。

承担相应的责任。他们都主张刑罚是对恶意实施的犯罪行为的一种报复方法，刑罚的本质是惩罚。但是，由于他们的报应刑论是建立在罪刑法定、罪刑相适应和刑罚人道三大原则基础之上的，因而与古代的复仇有本质的区别：刑罚是对犯罪的报应，所以其适用前提必须是行为人实施了依法构成犯罪的行为，这就意味着无罪不罚；刑罚的轻重应与犯罪行为客观危害的大小相对应；刑罚是一种处罚方法，其主要依据只能是犯罪的危害性程度，不能为任何功利目的将惩罚作为实现目的的手段而任意减轻或加重处罚，这就反映出他们报应刑论的进步性。

当然，康德与黑格尔的报应刑论也有一定的区别。康德主张的是道义报应，即刑事责任本质是对犯罪的道义上的非难。因为他认为犯罪实质上是一种违反义务的不义的行为，这种义务是法律义务与道德义务的统一，对义务的违反性是他所关注的重点。黑格尔主张的是法律报应，即刑事责任本质是对犯罪的法律上的非难。因为他认为犯罪实质上是违反法律的不法行为，是对法的否定，而刑罚是对犯罪的否定，这是一个否定之否定的辩证过程。刑罚通过否定犯罪，使法律重新获得肯定。黑格尔是从法的辩证运动中论述报应刑的，相对于康德的刑法思想是进了一步。<sup>①</sup>

在刑罚的尺度上，康德主张等量报应，追求刑罚与犯罪在外在性状上的对等性，即由犯罪侵害方式和危害结果决定刑罚的方式和强度。“惩罚的方式和尺度是什么：公正的正义可以把它作为原则和标准，这就是平等的原则。”<sup>②</sup>这种公平意味着罪与刑的同等。他提出的“谋杀者必须处死，在这种情况下，没有什么法律的替代品或代替物能够用它们的增减来满足正义的原

<sup>①</sup> 陈兴良著：《刑法的启蒙》，法律出版社1998年版，第155页。

<sup>②</sup> 参见马克昌主编：《西方近代刑法学说史略》，第102—103页。

则”，<sup>①</sup>更是清楚地表明了他的等量报应思想。黑格尔则主张等质报应，追求刑罚与犯罪在内在价值上的等同性，“犯罪的扬弃是报复，因为从概念上说，报复是对侵害的侵害，又按定在说，犯罪具有在质和量上的一定范围，从而犯罪的否定，作为定在，也同样具有在质和量上的一定范围。但是这一基于概念的同一性，不是侵害行为特种性状的等同，而是侵害行为自在地存在的性状的等同，即价值的等同”。<sup>②</sup>黑格尔的这段论述表明刑罚的强度应与犯罪行为的客观危害程度相应，而不是外在形式上的绝对对等，因为有限的刑种不可能与多种多样、千变万化的犯罪形式完全对等，而只有从它们的内在价值上寻求等同性的依据。

黑格尔建立在唯心主义辩证法理论基础上的报应论使报应刑思想进入更高的层次，使刑法理论有了明显的进步。

## 二、费尔巴哈的心理强制说

如前所述，费尔巴哈是近代第一个以职业刑法学家身份对实定刑法进行研究的人，因为康德与黑格尔的刑法思想是通过他们的哲学论著体现出来的，因而还不是真正意义上的刑法学家。由于费尔巴哈构筑了近代刑法学的原则和基础，因而被西方称为“近代刑法学之父”。

费尔巴哈刑法理论的核心是他的心理强制说。他从康德哲学的二元论出发，认为法律与道德是有区别的。法律是以自然存在者的人作为调整对象的，受客观因果律的支配。道德则是以理性存在者作为调整对象的，受自由律的支配。所以，作为自然存在者的人是没有自由意志的，他们实施犯罪是人具有的趋利避害的

<sup>①</sup> 参见马克昌主编：《西方近代刑法学说史略》，第102—103页。

<sup>②</sup> 参见陈兴良著：《刑法的启蒙》，法律出版社1998年版，第158页。



本能促使的，正是追求在犯罪时获得快乐的感性冲动才促使人实施犯罪的。所以，为了防止犯罪，就需抑制人的这种感性冲动。以什么来抑制呢？费尔巴哈认为，就是成为感性恶害的刑罚，使人们预先知道因犯罪而受刑之痛苦大于因犯罪所能得到的快乐，从而抑制心理上的犯罪意念，不去犯罪，此即“心理强制说”。这是费尔巴哈刑法理论的核心，不仅是他所主张的罪刑法定主义的理论根据，也是他的刑罚论的基础。

罪刑法定并不是由费尔巴哈最先提出的，但使罪刑法定由思想到刑法的基本原则，则是由费尔巴哈完成的，他在1801年的《刑法教科书》中，以简明的形式对此原则加以表述，即“无法律则无刑罚”、“无犯罪则无刑罚”、“无法律规定的刑罚则无罪”。他的罪刑法定原则是心理强制说的必然结果。要想对人的犯罪心理产生抑制，必须对什么行为是犯罪、对犯罪应处什么样的刑罚、如何处罚，事先以法律明确规定，这正是罪刑法定原则的内容。他的罪刑法定原则将法律作为认定犯罪的标准，将犯罪的违法性提到十分重要的位置，成为其所主张的犯罪构成理论的重要内容，使他完成了构成要件从程序意义的概念到实体意义概念的转化，为西方犯罪构成理论的发展奠定了基础。

费尔巴哈的心理强制说也影响着他的刑罚论。他认为刑罚是抑制感性冲动的一种恶害，因而刑罚的本质是感性恶害，或者说是感性的强制。刑罚的主要功能是威吓，这种威吓是一种立法威吓，使人们在法律上将犯罪与刑罚联系起来，从而产生畏惧心理。具体适用刑罚必须依法律规定进行，必须以犯罪为前提。刑罚的目的是一般预防，法律上规定刑罚所产生的威吓力量作用于犯罪人以外的人，他们都面临着法律的威吓；具体对犯罪人适用刑罚，是将其作为一种手段，目的在于警告可能成为犯罪人的人不要实施犯罪行为，对他们实施心理强制。他还进一步指出，刑罚的终极目的在于维持国家秩序，这是刑罚的内在目的。

费尔巴哈的刑法理论对近代刑法学的建立作出了巨大贡献，在刑法学发展史中占据重要地位。

### 三、李斯特的目的刑论

李斯特 (Franz Von Liszt, 1851 年—1919 年) 是刑事社会学派的创始人之一，他以实证主义和决定论的哲学理论为基础，运用社会学的观点和方法研究刑法，在批判地吸收意大利学者理论的基础上，发展了刑事社会学派理论，成为德国刑法学发展史上一个时代的代表。他对刑法理论最主要的贡献是他的目的刑论。

李斯特以边沁、耶林等人的功利主义的目的法学思想为指导对刑罚进行了研究，认为刑罚只要是属于国家法律，就不可能是原始、本能、冲动的东西，其自身就具有了必要性和目的性。刑罚不再是个人的复仇，而是对社会侵害行为的社会处置，具有对犯罪侵犯的社会进行修复和保护的目的。只有“法益保护”或“社会防卫”才是刑罚的目的和刑罚正当化的根据，<sup>①</sup> 此即他所主张的目的刑。

李斯特的目的刑论与他的刑法理论中许多论点是紧密相联的。他主张犯罪原因二元论，认为“犯罪是由实施犯罪行为当时行为者的特性，加上周围环境的影响所产生”。<sup>②</sup> 行为者的特性，主要是先天或后天发育中形成的个人性格；周围环境因素，则指社会因素，如失业、恶劣的居住环境、低工资、酗酒、生活必需品的高昂价格等。他认为“大众的贫困是培养犯罪的最大基础，是遗传素质所以质变的培养液”。<sup>③</sup> 可见，在犯罪原因上，他更

① 参见马克昌主编：《西方近代刑法学说史略》，第 196 页。

② 甘雨沛、何鹏著：《外国刑法学》，北京大学出版社 1984 年版，第 119 页。

③ 参见马克昌主编：《西方近代刑法学说史略》，第 185 页、第 190 页。

强调社会因素，犯罪是社会环境所产生的诱因加于个人的因素所致。既然犯罪是社会因素和个人因素的产物，而这些因素又不是不可改变的，因此，只要对这些因素加以改造，就能防止犯罪的发生。这是他在犯罪原因二元论基础上明确提出的犯罪预防论。

李斯特目的刑论的责任论基础是社会责任论。他否定旧派所主张的建立在意志自由基础上的道义责任论，而以原因决定论为基础，从保全社会的立场出发，主张社会责任论。所谓责任是指“由于行为人错误性在心理（精神）上起作用而实施的违法行为的可谴责性”。<sup>①</sup> 犯罪人之所以要负担刑事责任，是为了防卫社会的需要，责任的根据是行为人的反社会性，因而凡是以实施的危害行为表现其反社会性的人，不论年龄、精神状态如何，都应给予社会非难。刑事责任能力不再是衡量行为人有无自由意志的名词，而是指依刑罚方法能否达到防卫社会目的的能力，即刑罚适应能力。

为实现其主张的刑罚目的，必然要求刑事处罚措施的多元化和适用上的个别化。既然刑事责任的根据是行为人的反社会性，刑事责任能力是依刑罚方法能否达到防卫社会目的的能力，就要求制定和适用的制裁手段具有预防性、赔偿性、镇压性以及排除危害性，使它们统一在一个处罚体系中，共同对社会防卫发生作用。因而李斯特肯定了德国刑法学者克莱茵提出的保安处分措施，认为把犯罪人改造成新人，不再实施犯罪，是达到社会防卫目的途径之一。对有实施危害社会行为的危险者，事先采取防卫措施，防止其实施危害社会的行为，同样是达到防卫社会目的途径。将保安处分与刑罚一样作为刑事制裁措施，就为根据行为人的性格、恶性、反社会性的强弱等分别采用不同的处罚手段达到防卫社会的目的的刑罚个别化提供了前提。与他的刑罚个

<sup>①</sup> 参见马克昌主编：《西方近代刑法学说史略》，第185页、第190页。

别化和保安处分相应，他强调的是刑事处罚措施对犯罪人的特殊预防作用。适用处罚手段，不是针对犯罪人以外的其他人，而是针对犯罪人本身，是教育、改造犯罪人，消除其社会危险性，使其重新回归于社会，所以李斯特的目的刑又被称为教育刑。

从报应刑到目的刑，是一场刑罚观念的革命，以刑罚个别化、保安处分和特殊预防为特色的目的刑论，是李斯特对现代刑罚制度的巨大贡献。

#### 四、第一次世界大战后至第二次世界大战结束时期德国主要的刑法理论

这一时期主要的刑法理论是由宾丁(Karl Binding, 1841年—1920年)、贝林格(Beling, Ernst, 1866年—1932年)、M·E·迈耶(Max Ernst Mayer 1875年—1923年)和麦兹格(Mezger Edmund, 1884年—1962年)等人为代表的后期古典学派，他们在继承刑事古典学派理论精髓的基础上，吸收了新派的一些合理内容。他们对刑法学发展的主要贡献为：

##### (1) 规范主义

规范主义是由宾丁所创建，是他对刑法学发展上的重大贡献，并因之而使他被继费尔巴哈后德国伟大的刑法学者。他的观点，主要体现在他的巨著：《规范及其违反》（又译为《规范论》）中。

他认为刑法中的行为规范和刑罚规范是两个概念。行为规范就是行为的命令及禁止，它是作为一定的刑罚法条的前提而存在的行为法，它表现为国家为实现自己的目的而命令其国民及其国家机关为实现目的而进行必要的行为，禁止实施被认为是有害的行为，体现的是国家意志。<sup>①</sup> 所以，行为规范是国家为实现自己

<sup>①</sup> 参见马克昌主编：《西方近代刑法学说史略》，第208页、第214页。

的目的，对具有行为能力的人的行为的一种指导和制约，要求他为或不为一一定的行为。这就要求行为规范必须具有明确性和可行性，同时规范的约束对象也必须以能够接受指导和制约的有行为能力的人为限。

刑罚规范则是规定何种行为是犯罪，对犯罪科处何种刑罚的法律条文，根据刑罚规范规定的构成要件，可以推知行为规范的内容。犯罪的实质并不是违反法律条文（刑罚规范），而是违反刑法制定之前就已存在；并作为刑罚规范前提的行为规范。因而所谓犯罪的刑事违法性，并非指违反刑法条文，而是指违反行为规范性。犯罪人的行为既违反了行为规范，同时又符合刑罚法规所规定的行为，但其中只有后者才具有犯罪论的意义。<sup>①</sup>

宾丁从实体法的构造出发，将行为规范与刑罚规范相区别，从行为规范中寻找犯罪的本质，进一步深化了违法性的概念。他提出的只有符合刑罚规范（刑法处罚）的行为，才构成犯罪的观点为研究犯罪构成要件开辟了一条新路。

## （2）构成要件论

在费尔巴哈将构成要件作为刑事实体法的一个基本问题加以研究后，构成要件一直是指法律所规定的构成犯罪的一切要件。后期古典学派的学者贝林格、M·E·迈耶和麦兹格等人对构成要件论进行了修正，为现代刑法学中的构成要件论奠定了基础。

贝林格于1906年在《犯罪论》一书中提出，犯罪的成立条件有三，即构成要件符合性、违法性和有责性。构成要件是与违法性、有责性并列的犯罪成立的条件之一，是指刑法分则所规定的抽象的犯罪行为的类型。构成要件的要素是客观的，包括行为、法益侵害的结果以及行为与结果之间的因果关系。而故意、过失等主观要素以及经过评价才能决定的规范要素均被排除在构

<sup>①</sup> 参见马克昌主编：《西方近代刑法学说史略》，第208页、第214页。

成要件之外。由于他的上述观点既强调犯罪构成是犯罪类型，应包括有主观要素在内的各种要素，同时又强调构成要件是客观的，排除了主观因素，自相矛盾。在1930年发表的《犯罪构成论》中，他对自己的理论作了修正，把犯罪类型与构成要件区分开来，认为犯罪类型是包括主观与客观要素的违法类型，构成要件则是理论上先于犯罪类型的指导形象。

M·E·迈耶继承了贝林格的构成要件理论，同意在构成要件论中应严格区分构成要件符合性和违法性，但构成要件并不仅指客观的、记述的要素，还包括主观的、规范的要素。法律上的构成要件是违法性的认识根据，行为如果符合构成要件，除能证明具有违法阻碍事由之外，一般就同时具有了违法性。从此，构成要件符合性是违法性的认识根据，构成要件是不法类型的观点在德国成为通说。

麦兹格将M·E·迈耶的构成要件论进一步发展，将构成要件与违法性更紧密地结合在一起：认为刑事立法是直接宣告违法性的，它根据构成要件的规定，设定了特殊的被类型化的不法，因此，构成要件不仅是违法性的认识根据，而且是违法性的存在根据，是违法行为的类型。他反对贝林格将构成要件符合性作为犯罪成立的第一要件的主张，认为符合构成要件是作用于各种犯罪成立要件的修饰性概念，他将行为、违法、责任作为犯罪成立的条件，从而形成了与贝林格、M·E·迈耶不同的犯罪论体系，对德、日刑法学影响很大。<sup>①</sup>

### (3) 刑罚的分配理论

后期古典学派仍坚持报应刑论，认为犯罪是对法律秩序的侵害，对犯罪行为进行惩罚、报复，以维护法律秩序，既是国家的权利又是国家的义务。刑罚的目的及本质是正义报应，其内容是

<sup>①</sup> 上述观点直接引自马克昌主编：《西方近代刑法学说史略》，第201—202页。

无罪责则无刑罚，有罪责必有刑罚，刑罚必须与罪责相均衡。

M·E·迈耶在坚持刑罚的本质在于报应的基础上，接受了李斯特的观点，承认刑罚的预防目的，认为报应刑与目的刑之争是将刑罚的本质和目的混为一谈所致。要解决此问题必须弄清：法律的问题，即刑罚是什么，刑罚的本质是什么；刑事政策问题，即如何使用刑罚；法哲学问题，即对国民进行处罚，现行处罚方式是否正当。对这三个问题仅仅以两派观点折衷是无法解决的。为此，他提出了“分配理论”，对刑罚的本质，应根据报应刑论来解决；对如何处罚，应根据预防论来解决。在实际操作上由立法者、法官和执行官通过立法、量刑与行刑的过程来实现。

### · 五、威尔哲尔的目的行为论

威尔哲尔（Hans·Welzel，1904年—1977年）的目的行为论是在第二次世界大战后，彻底清算了纳粹的刑法思想，基于民主、人权的自然法思想再次受到重视的情况下提出的。他在对意思刑法的反省中，认识到传统的因果行为论（即行为是行为者具有某种意欲，为实现此种意欲而发动其身体的运动，并由身体的运动而使外界发生变动的结果）的不足，认为行为不是盲目的因果过程，而是行为者基于目的的意思，为达到某种目标而由意思所支配，操纵自己的身体运动，此即他的目的行为论。他以这一理论为中心构成了新的犯罪论体系，在构成要件、违法、责任等内容上均进行了改革。

首先，在构成要件上，他否定以往将“故意”、“过失”作为责任要素的主张，认为它们是构成要件中行为本质的要素。

其次，在违法性上，违法性的实质在于基于人的违法观的行为无价值。单纯侵害法益，并非刑法所关心的问题。只有在侵害法益是由人的目的行为引起时，刑法才有所动作。违法性的判断是指行为无价值，而非单纯的结果无价值。而行为无价值，必须

包括主观的违法要素（罪过）。

关于责任，他认为责任的实质是违法性意识，仅将故意或过失作为责任的心理要素是不全面的，有些情况下，即使有责任的心理要素，仍不应当具有责任。为此，他提出了规范责任论，在责任的心理或生理的事实（罪过及责任能力）之外，还要有非难可能性评价的要素存在。法律不能强人所难，只有在行为人有罪过，有责任能力，又同时具有期待可能性（可责性）时，才有责任。

他的目的行为论给传统刑法论体系以极大的冲击，对德国刑法学及刑事立法和司法的影响很大。

## 第七节 德国刑法理论主要问题简介

### 一、刑法

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律，由于德国刑法中规定了保安处分措施，所以犯罪的法律后果除刑罚外还有保安处分。在德国，“刑法”一词往往有两种意义：一种是广义的刑法，可以称之为刑事法，它不仅包括实体刑法，而且包括刑事诉讼法、刑事判决执行法以及少年法庭法；另一种是狭义刑法，即专指规定什么行为是犯罪和应予何种刑事处罚的实体刑法，主要是指刑法典，此外还包括附属刑法以及单行刑事法律。由于刑罚是国家介入公民权益最严厉的方式，所以，刑法的渊源是国家最高立法机关的刑事立法，德国原则上不承认司法解释和判例的刑事立法功能。

德国刑法中最重要的内容是其法制原则，即罪刑法定原则，这条来源于拉丁文“*nulla poena sine lege and nullum Crimen sine lege*”（没有制定法则没有刑罚，没有违法就没有犯罪）的原则在德国刑事法中具有绝对的权威，刑法中的其他原则，如权利保



护原则、禁止类推原则、法律确定原则、禁止溯及既往原则都被认为是从该原则派生而来的。刑法没有规定就没有犯罪和刑罚，德国习惯法、普通法，不能被用来认定犯罪，法官亦不能根据现行法律对过去的行为予以认定。表现在具体条文中就是刑法典第1条“本法只处罚行为前法律已有明文规定的行为”。

对于刑法的作用，德国刑法学者通过对罪刑法定原则的理解，认为刑法不是国家用来对付犯罪的工具，而是限制国家（滥施）刑罚权的手段，这是罪刑法定主义的实质所在。德国刑法学者耶赛克在两德统一后的1992年德国刑法典第26次修改版公布时所作的序言，深刻地表明了这一点：“这期间（指第二次世界大战以后）所进行的教育和反思，……深切地震动和改变了人们的观念和情感。这一观念今天已深入人心：刑法只是社会控制的一种方式，它的适用，必然会导致对当事人的自由、尊严和财产的重大侵犯和由此而导致的其他社会不利后果，因此，它必须在最大可能限制的范围内使用。同时，刑法的副作用，即意识形态对国家镇压机器多次的渗透，也大大增强了下述认识：只有一个建立在责任原则基础上的刑法，才有可能保护人民大众生活在自由中。因为只有这样一种法律，才把人看作有责任感的公民，而通过允许和禁止规范向他的理智和自律感发出呼吁，而且，这种呼吁是严肃的。今天，人们普遍认识到通过法制国家的基本原则对刑法加以限制的必要性。人们也普遍认识到，并不是一切看起来对于控制犯罪有效的方法都是正义的”。<sup>①</sup>

## 二、犯罪概念

德国刑法中没有关于犯罪要领的规定，只有对具体犯罪行为的描述，此外还在第12条规定了重罪与轻罪：重罪是指最低刑

<sup>①</sup> 李海东著：《刑法原理入门》，法律出版社1998年版，第11页、第13页。

为1年或1年以上自由刑的违法行为；轻罪指最低刑为1年以下自由刑或处罚金的违法行为（所谓违法行为则是指实现了刑法犯罪构成要件的行为）。重罪与轻罪就成为德国刑法对犯罪的一种重要分类。它以刑法中对犯罪的法定刑的规定为标准，其区分的实际意义在于易于掌握。在德国刑法中重罪的未遂均具可罚性，轻罪的未遂一般是不可罚的。当然，重罪与轻罪之分还决定着刑事诉讼中的管辖问题。

刑法中虽未规定一般的犯罪的概念，但德国刑法学界对犯罪概念的研究起步很早。而且，不仅把犯罪看作是违反刑法规范或符合刑法条文规定的行为，更重要的是从“一个行为应当具有怎样的内容，才能使国家对它的惩罚成为合理的”<sup>①</sup>角度，探求犯罪的实质问题。认为行为不是因为它违反了刑法规范，而在于它侵害了刑法所要保护的实质内容（法益）而成为犯罪。所谓法益，用李斯特的概括，是指法律所保护的利益。这种法益本质论在当代德国刑法中起着核心作用，没有它，就没有实质的违法论的产生和发展，也就没有今天通行于德国的犯罪体系。它同时使国家的刑罚权受到限制，即必须证明形式上违反了刑法规范并具有刑法规定的构成要件的行为实际侵犯了法益，否则就不具有实质的违法性，就不是犯罪，国家就不得予以处罚。

### 三、犯罪构成论

犯罪构成论是犯罪论的核心问题。它是每个具体犯罪都具有的基本特征的理论概括，也是每个具体犯罪所应遵循的基本标准。在德国，如何构筑犯罪构成理论，不同学者有不同的观点，影响较大的有两个模式：

其一，是德国学者贝林格——迈耶提出的体系。他们认为犯

<sup>①</sup> 李海东著：《刑法原理入门》，法律出版社1998年版，第11页、第13页。

罪成立的条件有三：一是构成要件符合性，即现实存在的案件事实必须与法律规定的构成要件相符合；二是违法性，即符合构成要件的行为事实上违反刑法规范；三是有责性，也称责任，指对行为人具有归责可能性。只有三个条件同时具备，才成立犯罪。也就是说对某一具体事实是否成立犯罪，应进行三次评价：一是事实性评价，即具体事实是否符合构成要件；二是法律评价，即具体事实是否具有违法性；三是归责可能性评价，即具体行为人是否具备责任条件。

其二是德国学者麦兹格提出的体系，即行为、不法和责任体系。他把行为作为先于构成要件的独立的条件，它仅仅是指事实性的行为；在他的不法要件中包括构成要件符合性与违法性两方面的内容，因为两者有紧密的联系，构成要件既是违法性的认识根据，又是违法性的存在根据；三是责任。

关于三构成要件之间的关系及构成要件包括哪些要素，德国学者进行了许多研究，有一个发展过程。最早贝林格认为三要件之间不具有什么联系。迈耶则注意到构成要件符合性与违法性之间的关系，前者是后者的认识根据，行为符合构成要件就可以推定为违法，但他没有论及构成要件与责任之间的关系。在本世纪60年代，赞成贝林格——迈耶体系的学者格拉斯认为构成要件与责任之间也有密切联系，构成要件不仅是违法类型，也是责任类型。麦兹格体系则对构成要件与违法性之间的关系有独特的认识，并且坚持客观违法论，即违法是对行为的评价，责任是对行为人的评价，坚持违法在于客观，责任在于主观，将两者分开。

至于各构成要件要素，贝林格——迈耶体系中认为构成要件中应包括行为、行为的主体、行为的客体等客观性要素。后来从构成要件既是违法类型，又是责任类型的观点出发，该体系也承认构成要件中主观性要素的存在，即故意与过失。麦兹格体系则一开始就明确肯定构成要件中包括规范要素和主观要素。在德国

现行刑法中，法定构成要件中规定着主观性要素已是一个不争的事实，如在过失犯罪中，过失就是法定的构成要件内容。违法性要素包括违法性构成要件问题和阻却违法问题。关于违法性要素问题，德国存在一个只承认客观违法要素向同时承认主观违法要素的发展过程。当然，至今天仍有学者坚持不存在主观违法要素。阻却违法事由主要有正当防卫和紧急避险、被害人同意的行为及职务行为。对有责性要素应包括责任能力和责任条件（故意和过失），德国刑法学界是没有什么疑问的，有争议的是期待可能性是否独立的责任要素问题。期待可能性理论是19世纪末根据德意志帝国莱比锡法院的惊马案判例而产生的，意思是如果行为人为违法行为时存在着为合法行为的可能性，就具有期待可能性，对违法行为就应承担刑事责任，反之，如果不存在为合法行为的可能性，就不具有期待可能性，行为人就不应承担刑事责任。目前在德国有重大影响的观点是认为期待可能性是故意或过失的构成要素，而不是独立的责任要素。<sup>①</sup>

#### 四、行为论

行为是犯罪的核心要素，德国刑法学者一直对它进行深入研究，并形成了系统的行为理论，主要有以李斯特为代表的因果行为论、以威尔哲尔为代表的目的行为论和斯密特创立的社会行为论。

因果行为论认为，行为是人在意志支配下能导致外部世界变化的身体举动。它强调了行为是人的能引起客观世界变化的举动，因而将纯粹的思想排除在行为之外。但这种理论无法解释不作为形式的犯罪，因不作为没有任何身体的举动。

---

<sup>①</sup> 以上观点参见李洁：《三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（二）中国政法大学出版社1998年版，第419—433页。

目的行为论认为，基于因果性认识，为实现某种目的而进行的活动是行为。它强调了行为的目的性，强调了人的意志对活动的控制力，将非目的性举动排除在行为之外。但这种理论无法解释过失犯罪，过失犯罪恰恰缺乏的就是行为目的性，是一种无意而犯。

社会行为论认为，刑法上的行为本是一种社会活动，因此对行为的评价更重要的是看它有什么社会意义。斯密特就曾经说过：“从自然科学角度作为物理现象的行为对我们并不重要，我们所感兴趣的是对社会现实发生作用的社会现象。”<sup>①</sup> 所谓行为是指人对社会外界发生影响的意志举止，它对不作为犯罪、过失犯罪都能解释。

### 五、因果关系学说

德国刑法学者对因果关系的研究很深，学说很多，近代的主要有条件说、相当因果关系说、必要因果关系说和客观归咎说等。<sup>②</sup>

相当因果关系说主张作为结果发生的原因应当是可能导致结果发生的行为（或导致结果发生相当的行为），至于是否“相当”，要根据客观情况以及违法性和责任来判断。这事实上不是真正解决因果关系问题，而是解决行为是否应受刑事处罚的问题。该学说提出以三大条件限制可成为犯罪原因的事实。第一，罪犯对引起的结果起到一定的作用；第二，结果必须是客观的、可预见的和可避免的；第三，因果关系锁链必须清楚地包括在组成要素中。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 参见李海东著：《刑法原理入门》第28页。

<sup>②</sup> 朱华荣主编：《各国刑法比较研究》，武汉大学出版社1995年版，第65页。

<sup>③</sup> Nigel G. Foster, BA, LL.M., German Law and Legal System, published by Blackstone Press Limited in Great Britain, p.169.

客观归咎学说主张可以归咎于一个行为的结果，只能是这一行为给保护对象造成了法律禁止的危险，并使这一危险现实实现在作为构成要件的结果之中。<sup>①</sup> 具体可归结为三大条件：第一，作为原因的行为与结果存在事实上的联系；第二，该行为违反了某一行为准则而使该行为准则保护的法益面临被侵害的危险（禁止的危险）；第三，这一危险导致了犯罪构成要件中的结果。

客观归咎说是当代德国居主导地位因果关系学说，<sup>②</sup> 其理论基础是禁止的危险。如果一个行为没有导致一个具体结果发生的禁止的危险，这个结果就不能归咎于该行为，法律不惩罚社会生活中正常的蕴含允许的危险的行为。该理论强调的另一个方面是作为构成要件的结果是行为所引起的禁止的危险的具体实现。如果行为导致了对行为对象的禁止的危险，但结果的发生并不是这个危险的实现，而是由于其他偶然的因果关系的介入，则所发生的结果就不能归咎于这一行为。当然，发生的结果还必须是构成要件中的刑法规范规定的结果，否则，也无刑法评价的必要。

## 六、故意中的认识错误

德国刑法理论将故意分为直接故意、偶然性故意和选择性故意。直接故意是指行为人明知自己的行为会引起刑法规定的后果并且希望这种结果发生的心理态度；偶然性故意是指行为人认识到行为会引起某种刑法规定的后果，在追求某一个主要结果的同时，放任另一连带结果发生的心理态度；选择性故意是指行为人预计到行为可能会引起刑法规定的结果，并且非此即彼的两个结果发生均如其所愿。

在故意中值得一提的是刑法中的错误问题，德国刑法理论一

<sup>①</sup> 参见李海东著：《刑法原理入门》，第53页。

<sup>②</sup> 参见朱华荣主编：《各国刑法比较研究》，第65页。

般是把刑法中的错误放在故意中加以研究的。刑法中的错误分为事实上的认识错误和法律上的认识错误。1871年德国刑法典仅对事实上的错误作了规定，因为当时以罗马法作为立法根据之一，而罗马法中有“不知法律不赦”的原则，所以法律上的认识错误不阻却故意，无须特别规定。1975年的德国刑法典则改变了态度，不仅规定了事实上的认识错误（第16条），而且规定了法律上的认识错误（第17条），即行为人为行为时没有认识其违法性，如该错误认识不可避免，则对其行为不负责任；如该错误认识可以避免，则对其行为依第49条第1款减轻其刑罚。

在德国刑法理论上，将事实上的认识错误分为客体错误（对象错误）、方法错误（打击错误）和因果关系错误。其中关于客体错误和方法错误是阻却故意以及是否有必要区分两者是刑法理论上争论的焦点。在十七、十八世纪，刑法理论是把客体错误与方法错误同样看待的，都成立故意罪的既遂。19世纪盖斯地丁（Gesterding）认为两者是有区别的，在客体错误情况下，行为人虽有误认，但行为的瞬间，仍有对行为指向的特定对象实施侵害行为的意图，因而不阻却故意；而方法错误的场合并没有意思和行为之间的内在联系，行为人的行为给直接指向的对象之外的对象造成了危害，至多只能追究过失责任。他的观点得到许多学者的支持，并为当时的判例所采纳。20世纪，在贝林格的构成要件论的基础上，许多学者都认为客体错误与方法错误在事实上是有差别的。在客体错误场合，行为人认识的客体与现实侵害的客体在构成要件上具有等价性，因而仍成立故意罪的既遂；在方法错误场合，行为人意欲要侵害的客体没受伤害；实际受到伤害的是未认识的客体，因此，不能认为两者具有等价性，因而行为人对意欲侵害的对象成立故意罪的未遂，对实际受侵害的未认识的对象成立过失犯，两者属观念竞合。

关于法律上的认识错误是否阻却故意问题，德国刑法学界曾

展开激烈争论。最早对“不知法律不赦”观念提出异议的是费尔巴哈，他从道义责任论出发，主张故意中包含有违法性的意识。故意作为责任要素，行为人只有知道自己的行为违法，才具有可罚性。宾丁在此基础上更加明确地指出：违法的认识是故意的要件，不论出于何种理由，都不能认为故意成立。而李斯特则坚持传统观点。他从社会防卫的立场出发，认为行为人只要对犯罪事实有认识就足以说明他有故意，违反法律的认识对于认定行为人的反社会性没有必要，因而不是故意成立的要件。

但第二次世界大战后按此观点处理案件遇到了一些麻烦，如相信战时的经济法令在战后当然失效而实施了违反该法令的行为，战争期间按纳粹政府法律将违反纳粹法律的人密告给政府，战后对其密告行为如何处罚？1952年3月18日联邦法院在对一个案件的决定中，从理论上对违法性的认识问题作了回答：“刑罚以责任为前提条件，所谓责任就是非难可能性。……责任非难的内在根据在于人被赋予了自由地进行伦理性自我决定的素质，因而有能力服从法律、反对不法，使自己的行为符合法律规范，避免实施被法律所禁止的事。……只有在明显地不能认识是不法的时候才不能要求其履行避免不法的义务。……如果从各种情况来看，行为人作出了应该期待的良心紧张仍然不能认识其行为的不法时，其错误就是不可克服的，其行为对行为人来说是不可避免的，就不能对行为人加以责任非难。反之，如果使良心相当地紧张就能够认识行为的不法时，禁止的错误就不阻却责任，但可以适应良心缺乏紧张的程度减轻责任非难。”<sup>①</sup>这一观点被吸收到1975年的刑法典中。一般认为刑法典第17条的规定是以违法性认识不是故意的要素而是责任的要素为基础的，因而，违法性认识错误不影响故意的成立，但当这种错误不可避免时，阻却责

<sup>①</sup> 刘明祥著：《刑法中的错误论》，中国检察出版社1996年版，第11页。



任；可避免时，酌情减轻其责任。

### 七、过失中的注意义务

德国刑法理论认为过失必须与行为人的注意义务有关。何为注意义务？在回答此问题上存在着结果预见义务说、结果回避义务说和结果预见义务与结果回避义务二分说。第三种学说为现代大多数学者所主张，认为注意义务是以认识和预见构成要件结果为义务为核心的，它包括两种义务：预见行为可能引起结果发生的义务和作出作为或不作为以防止发生结果的义务。

以费尔巴哈、贝林格为代表的旧过失论仅将注意义务等同于结果预见义务，并把过失视为单纯的责任要素，认为：对危害结果的发生，过失犯罪是消极的恶意。消极的恶意虽然没有实现结果的意思，但违反了注意义务，因而仍具可谴责性。费尔巴哈就曾说过：“过失虽非由于行为者之意图而惹起侵害权利之情形，但发生侵害权利之事，无论基于何种原因皆为国家所不愿发生，故国民不仅应负‘不直接意欲违法的结果’之义务，且亦应负‘必须回避违反自己意图而招致有害的结果’的一切作为及不作为之一般的义务（注意义务），行为人如一方面知悉有些一般义务之存在，另一方面仍敢违反此义务时，则可认定其有过失。”<sup>①</sup>它说明旧过失论认为只要行为人对结果有预见的可能，能够预见到具体的结果却未预见，即违反了注意义务，应负过失责任。至于行为人是否为避免危害社会结果的发生作了努力则不考虑。

随着现代科技的高速发展，旧过失论的适用面临着一些问题：一方面它主张注意义务的预见是具体的预见，但对高科技领域可能发生的具体的危险，行为人凭一般的社会经验根本无法认识；另一方面它主张注意义务仅为预见义务，那么现代社会许多

<sup>①</sup> 周光权著：《注意义务研究》，中国政法大学出版社1998年版，第23页。

行业本身都有一定危险性，从事这些行业的工作人员对行业危险都有一定的认识，按旧过失论的观点，只要危险实际发生，都认为他们有过失。从而会扩大惩罚范围，导出凡有危险的行业都禁止人们从事的荒谬的结论。

以谢密特等人为代表的新过失论是以规范责任论为基础的，他们认为过失行为之所以要负刑事责任，不在于行为人对行为结果的心理态度，而在于行为人违反法规范的要求。谢密特认为，过失责任是由二重规范要素构成的，其一是违反预见义务，即结果预见义务；其二是违反意思决定义务，即结果避免义务。过失责任非难的根据应当是后者，过失犯罪应当注重为防止危害结果的发生采取的手段。对结果的预见，只是避免结果发生的前提。可见，新过失论认为过失中的注意义务不仅指结果预见义务，而且包括为一定行为避免结果发生的义务，并且主张以违反结果回避义务为中心的行为无价值，而非旧过失论主张的以结果预见为中心的结果无价值。事实上，新过失论以违反规范要求的结果回避义务为中心，将过失从单纯的责任要素转为构成要件要素和违法性要素（当然仍是责任要素）。

德国目前的刑法理论是以新过失论为通说的，并将注意义务分为客观的注意义务和主观的注意义务。所谓客观的注意义务，即法律根据客观情况所要求的义务，这种义务也可视为社会共同的基本生活准则；所谓主观的注意义务，即从行为人的角度判断行为人有无预见可能和回避可能。这样，客观的注意义务是过失的构成要件及违法性要素，主观的注意义务是过失的责任要素，只有违反了客观的注意义务且行为人又能预见并避免结果发生，有主观注意义务却违反的情况下，才能认为行为人有过失。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 关于注意义务的介绍，借鉴了周光权：《注意义务研究》中的研究成果。

## 八、紧急避险

德国刑法中的紧急避险分为两种：阻却违法性的紧急避险和阻却责任的紧急避险。前者是指为使自己或他人的生命、身体自由、名誉、财产或其他法益免受正在发生的危险，不得已而采取的紧急避险行为不违法，（但要考虑所要造成危害的法益及危害程度，所要保全的法益应明显大于所要造成危害的法益）。后者是指为使自己、亲属或其他与自己关系密切者的生命、身体或自由免受正在发生的危险，不得已而采取的紧急避险行为不负刑事责任。

在刑法理论上对紧急避险问题最早提出的是阻却违法说，认为刑法意义上的紧急避险之所以不是犯罪，是因为不具违法性。当两个价值不同的法益处于对立地位时，牺牲小的法益保护大的法益与法秩序的要求是一致的，紧急避险正是法益与法益之间发生冲突时的行为。其中麦兹格主张的法益权衡权说认为，紧急避险不具违法性是因为保护大的法益而牺牲小的法益，但这种学说对于保护的法益与损害的法益价值相等或无法比较时，如何认定行为有无违法性则无法解释。有人据此提出了放任说，认为保护大的利益而损害小的利益的情况下，紧急避险是一种合法行为；在损害的法益与保全的法益相等时，紧急避险不是合法行为，可视为被法律所放任的行为，从而阻却了违法。

M·E·迈耶对阻却违法说持否定态度，提出无期待可能性说，认为紧急避险是阻却责任的事由。紧急避险侵害了第三者的正当利益，所以是违法的，只是由于不可能期待行为人实施合法行为（无期待可能性）而阻却其责任。

在阻却违法说和阻却责任说的争论中，威尔哲尔提出了以阻却违法为基础的二分说，认为紧急避险原则上是阻却违法的事由，但在某些特殊场合，如生命对生命、身体对身体，就例外地成为阻却责任的事由。另一德国学者梭尔（Sauer）则提出以阻

却责任为基础的二分说；认为紧急避险原则上是阻却责任事由，在相冲突的两种法益之间有明显差别时，为保护重大法益而损害小的法益，并且是在无其他方法可选择的场合，应例外地成为超法规的违法阻却事由。可见，德国现行刑法是以阻却违法为基础的二分说为依据而规定紧急避险的。<sup>①</sup>

### 九、共同的犯罪理论

大陆法系国家关于共同犯罪的理论萌芽于中世纪意大利刑法学者对犯罪构成要件的解释：凡是充足构成要件的是正犯（实行犯），除此以外的是共犯（教唆犯和帮助犯）。所以大陆法系国家的共同犯罪理论也是以正犯和共犯的关系为中心建立起来的。对两者的关系，德国刑法学者有不同的主张，主要有共犯从属性说（客观主义的共同犯罪理论）和共犯独立性说（主观主义的共同犯罪理论）。

贝林格、麦耶等人主张共犯从属性说，认为共犯对正犯具有从属性，只有正犯有一定实行行为并成立犯罪而具有可罚性，共犯才成立并且具有可罚性。至于共犯在何种程度上从属于正犯，也有不同观点，麦耶将其归结为：（1）最小限度从属形式，即共犯的成立，只要正犯具备构成要件符合性就够了，即使缺乏违法性和有责性，也无碍共犯之成立；（2）限制从属形式，即正犯具备构成要件符合性和违法性，共犯才能成立，即使正犯欠缺有责性，也不受影响；（3）极端从属形式，即正犯必须具备构成要件符合性、违法性和有责性，共犯才能成立；（4）最极端从属形式，即正犯除具备构成要件符合性、违法性和有责性外，还以正犯自身的特性为条件，正犯的刑罚加重、减轻事由的效力及于共

---

<sup>①</sup> 关于紧急避险的介绍，借鉴了刘明祥：《紧急避险研究》（中国政法大学出版社1998年版）的研究成果。

犯。德国 1871 年刑法典即采共犯从属性说，在从属的程度上采极端从属形式。

共犯从属性说在一定程度上揭示了共犯与正犯的关系，但它把共犯的成立和可罚性完全依赖于正犯，忽视了共犯自身行为特性，因而有一定不足。

宾丁、布黎等人主张共犯独立性说，认为犯罪是行为人恶性的表现，共犯的教唆行为或帮助行为，是行为人表现其固有的反社会的危险性，并对结果具有原因力。它们是独立实现自己意图的犯罪，而非从属于正犯的犯罪，应依据本人的行为决定应否处罚。这一学说将对共犯的处罚建立在本人的行为基础上，有一定的进步性，但它完全抹杀了共犯对于正犯的从属性，仍是有缺陷的。<sup>①</sup>

德国 1975 年刑法典关于共同犯罪的规定是采折衷态度，以共犯独立说为主，兼顾共犯从属说，教唆犯是故意教唆他人故意实施违法行为的人，帮助犯是对他人故意实施的违法行为故意予以帮助的人。这一规定在一定程度上说明教唆犯对于被教唆者、帮助犯对于被帮助者的依赖性，但更主要地强调了他们各自故意实施了违法行为才成为刑事处罚的对象。他们在处罚上罪责自负，各按自己的责任受处罚。某人具有的从重从轻处罚情节只及于个人，不及于其他人。

---

<sup>①</sup> 关于共同犯罪的观点，借鉴了陈兴良：《共同犯罪论》（中国社会科学出版社 1992 年版）的研究成果。

# 第七章 司法制度

## 第一节 法院制度

### 一、德国法院体制

#### (一) 特点

德意志联邦共和国的司法体制以其规模庞大、门类齐全而独树一帜，受到世界其他国家的重视。第二次世界大战结束以后，处在重建时期的德国，鉴于纳粹统治的惨痛教训，一开始就把建立一套独立而又完备的司法体制，依靠严格的司法程序来充分保障公民和社会组织的各项基本权利，作为恢复民主政体和建设自由社会的基本保障。1949年5月23日施行的《德意志联邦共和国基本法》对现行司法制度作出了明确规定。

《基本法》第19条规定：“任何

人的权利如遭有关当局损害，可通过司法途径上诉，如所属辖区不予受理，可向联邦普通法院上诉。”

《基本法》第92条规定：“司法权赋予司法官：它由联邦宪法法院、联邦最高法院、本基本法所规定的各联邦法院和各州法院行使之。”

《基本法》第97条规定：“法官具有独立性，只服从法律。”

上述条文对司法机关的地位、作用和职权等，作了具体而又明确的规定，成为德国各类、各级法院存在并展开职权活动的宪法依据。

德意志联邦共和国原由8个州和3个市组成。1990年10月，德意志民主共和国并入后，德国成为由16个自治地方组成的联邦国家。

在司法体制上，联邦政府既考虑到各州的自治地位，又强调了某种程度的统一，以增强司法效率和维护联邦境内法制的统一。

德国现在主要设有宪法法院、普通法院、行政法院、劳动法院、社会法院、财政法院、军事法院和惩戒法院等。这些法院从上到下，自成系统，各自独立行使职权。在这个庞大的司法系统中，各支系统独立运转，同时相互协调，从而保证了整个司法机器的正常运行。从整体上看，一方面，德国司法体制具有框架完整、结构合理、诉讼渠道通畅的特点，能够较为有效地保证各项法律的贯彻、施行；另一方面，众多的法院、各不相同的诉讼程序以及不同法院所辖案件中存在的混同与交叉，造成了司法活动的繁琐与复杂。

就现行德国法院体制来看，主要存在以下三个特点：

第一，联邦法院与各州法院属于同一系统。德国与其他联邦制国家一样，法院组织依级别划分为联邦法院和州法院两大类。但是，除宪法法院外，州法院都不享有司法上的终审管辖权。在

同一性质的法院系统中，联邦法院即为最高法院（通常并不冠以最高两字），州法院为下级法院。当事人不服州法院裁决的案件，均可依照法定程序，最终上诉于联邦法院。这是联邦制的德国在司法体制上单一化的地方。

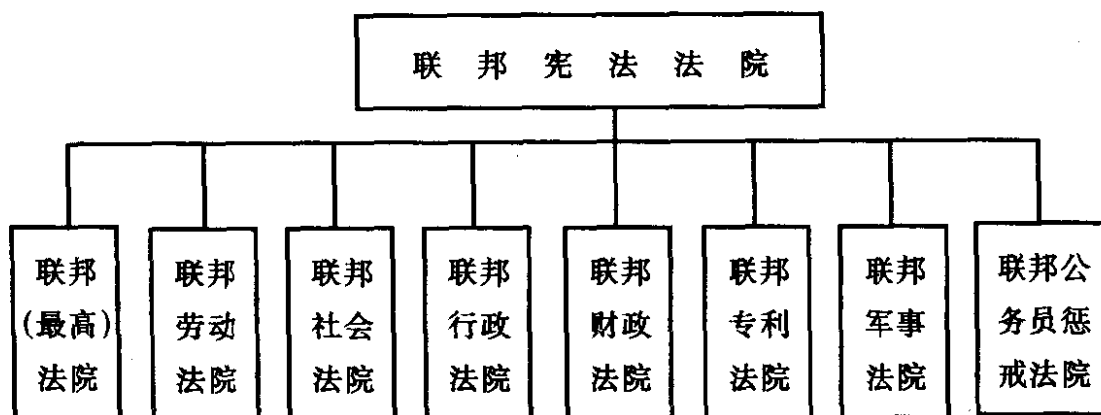
第二，国家行政审判权分别由各专门法院行使。作为大陆法系国家，德国的行政审判制度不同于法国，德国行政法院不是受理全部行政案件的唯一法院。根据德国《行政法院法》的规定，社会法领域内的行政案件由社会法院受理；财政税务行政案件由财政法院受理；劳动争议案件由劳动法院受理；国家公务员违纪失职案件由惩戒法院受理。此外，相当部分的行政登记管理案件由普通法院管辖。德国行政法院主要受理因政府机关的行政行为、行政合同引起的行政诉讼案件，其管辖范围相对狭窄。所以，德国行政司法系统实际上是由普通行政法院和专门行政法院两大分支系统构成，反映出德国行政法制的发达。

第三，司法审级多样化。德国六大类主要法院组织，其内部结构、外部体制，均不相同。宪法法院由联邦和各州分别设置，各自独立，相互没有隶属关系，审理案件实行一审终审制。行政法院系统多为三级，即联邦法院、州高等法院和州法院，审理案件实行三级两审终审制。普通法院分为四级，即联邦（最高）法院、州高等法院、地方法院和区法院，审理案件实行四级三审终审制。各类法院审级不同，诉讼程序各异，反映出德国司法制度的复杂性。

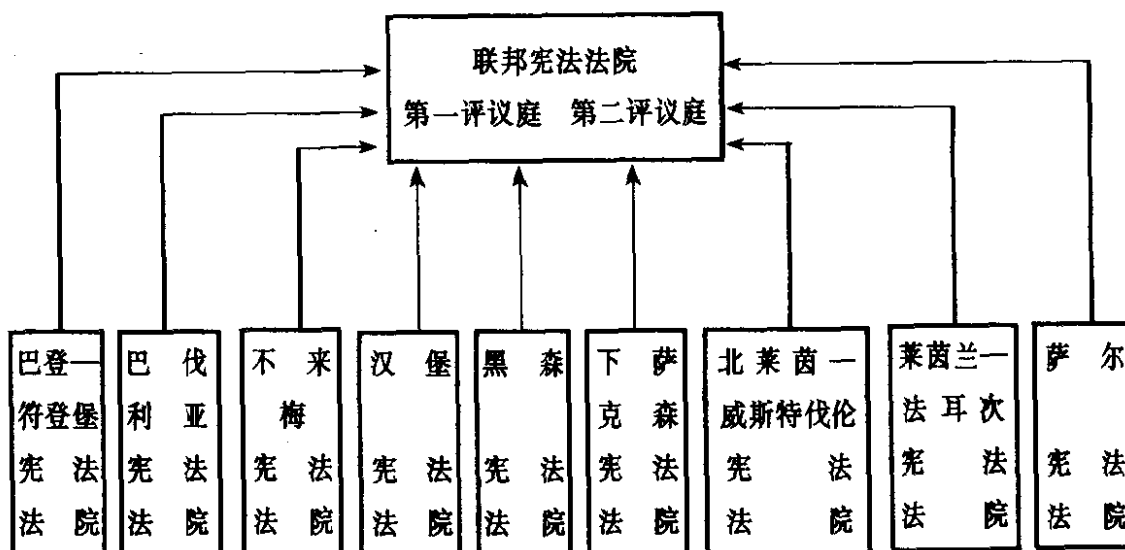
## （二）组织系统（附图）



1. 联邦法院组织

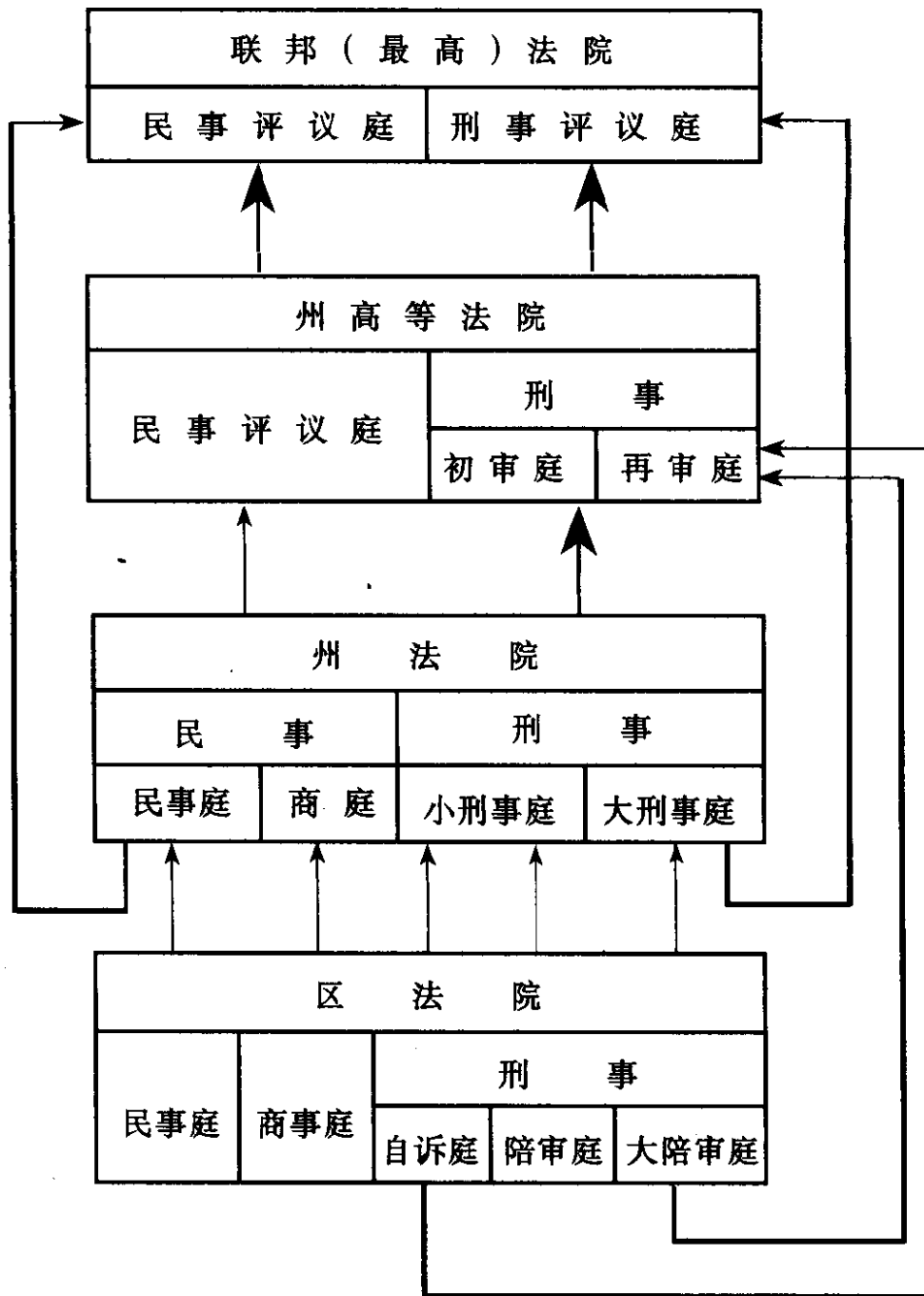


2. 宪法法院<sup>①</sup>



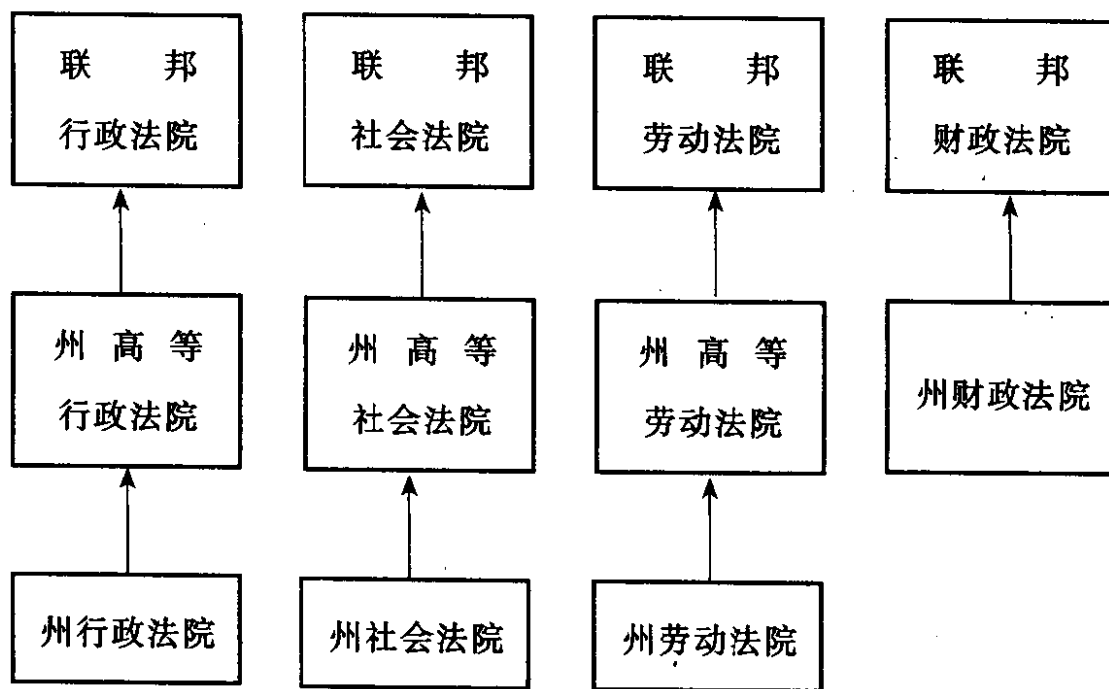
① 1991年以前情况。1991年以后东部德国各州宪法法院的建设正在进行中。

3. 普通法院<sup>①</sup>



① 图中粗实线表示再审，细实线表示上诉审。

## 4. 行政法院



## (三) 相互关系

联邦宪法法院作为国家最高司法机关，其地位超越于其他联邦法院。它与联邦总统、联邦议会和联邦政府一起共同行使国家最高统治权。联邦宪法法院与州宪法法院之间没有隶属关系。但是，在特殊情况下，联邦宪法法院受理当事人针对州宪法法院的判决提起的宪法申诉。

原先组成德意志联邦共和国的 11 个州中，石益苏勒格——荷尔斯坦因州未设宪法法院，柏林市（西）因其特殊地位不设宪法法院。1990 年 10 月德国重新统一后，并入联邦德国的民主德国 5 个州正按照德国现行司法体制的模式进行改造。

除联邦（普通）法院作为负责审理民事和刑事案件的最高法院，具有独立地位外，其他联邦法院均隶属于联邦政府中的有关各部。例如，联邦行政法院隶属于联邦内政部，而联邦财政法院则隶属联邦财政部。

为了协调相互关系，避免管辖冲突，德国设有由各联邦法院法官参加组成的司法协调机构，行使类似最高仲裁法庭的职权。

## 二、德国法院组织

### （一）宪法法院

德国存在着两种宪法法院，即坐落在卡厄斯鲁尔的联邦宪法法院和各州设立的宪法法院。两种宪法法院各自地位独立，相互没有隶属关系。但是，无论是从法院所具有的宪法地位与职权，还是从法院在国家生活中所起作用来看，联邦宪法法院都占据着特别重要的地位，这是任何州宪法法院不可比拟的。（详见本书第二章第六节）。

### （二）普通法院

普通法院是德国司法系统中最庞大的支系统，在组织结构上实行联邦法院与各州地方法院职能的一体化，负责受理各类民事、刑事案件。联邦（普通）法院享有终审管辖权，实质上相当于最高法院的位置。

#### 1. 联邦法院

德国联邦法院依据《基本法》第95条第1项的规定设立。由于拟议中的联邦最高法院并未设立，联邦法院就其所居位置及在普通民事和刑事司法中的作用而言，它是德国普通法院系统的最高法院。

联邦（最高）法院内设民事评议庭和刑事评议庭，各庭均由院长及8名法官组成。联邦（最高）法院一般不直接受理上诉案件，而是根据《法院组织法》的规定，行使再审权。

联邦（最高）法院的民事管辖权包括：不服州高级法院对上诉审终局判决而提请再审的案件；不服州法院第一审终局判决，根据《民事诉讼法》的规定提请再审的案件；不服州高等法院的裁定而上诉的案件。

联邦（最高）法院的刑事管辖权包括：属于联邦法院管辖的重大刑事案件，如叛国罪、内乱罪等由联邦检察长起诉的案件（这种情况下，法院享有第一审及终审的管辖权）；不服州高等法院判决的刑事案件的再审权。

此外，联邦（最高）法院根据《基本法》的规定，还对下列案件享有管辖权：因公务员违法侵害而引起的行政赔偿争执；公用征用补偿费争执；公民权利受公共权利侵害而无其他法院管辖时；因公牺牲等引起的财产请求。

联邦（最高）法院审理案件采用合议制，由5名专职法官组成合议庭对案件进行审查，并作出判决。联邦（最高）法院的判决为终审判决。

## 2. 州高等法院

州高等法院设院长1名，法官若干名。法院内设民事评议庭和刑事评议庭，刑事评议庭下辖初审庭和再审庭。州高等法院审理案件采用合议制，由庭长和其他2名法官组成合议庭。

州高等法院的民事管辖权包括：不享有第一审管辖权，作为上诉法院，负责审理因不服州法院一审判决（包括民事庭和商事庭）提起的上诉案件（上诉、抗告和上告）。

州高等法院的刑事管辖权包括：上诉管辖权和某些案件的一审终审管辖权。其上诉管辖权包括不服区法院（独任审判、参审法庭、大陪审法院）一审判决请求再审的案件；不服州法院（大刑事庭、小刑事庭）第一审判决提起上诉的案件。其一审终审管辖权包括由联邦检察长移交州检察长起诉的属联邦法院直接管辖的犯罪案件；由联邦法院移交州高级法院的正在审理中的刑事案件。

州高等法院受理刑事案件，属初审庭管辖的，由5名专职法官组成合议庭进行审判。不服初审法庭终审判决的案件得向联邦（最高）法院提请再审。而由再审法庭审理的案件，其判决为终

审判决，不得向联邦（最高）法院提请再审。

### 3. 州法院（地方法院）

州法院同样由民事审判组织和刑事审判组织两部分组成，设院长1名，庭长、法官各若干人。州法院法官同时兼任辖区内区法院法官。州法院审理案件采用合议制，各庭审理案件时，合议庭的组成人员与人数均不相同。

州法院民事审判机构下设两个庭，即民事法庭和商事法庭。民事法庭审理案件由3名专职法官和2名兼职法官（商务专家）组成合议庭。商事法庭的兼职法官由所在州商会从本行业30岁以上德国公民中选任，任期3年，在审判期间，享有与专职法官同等的权力。州法院对民事案件享有一审和二审管辖权，对商事案件享有一审管辖权。州法院对涉及人身权的诉讼，其标的在1500马克以上的案件；请求撤销股份公司股东会议的决议或宣布其为无效的诉讼；请求解散有限公司的诉讼；以及请求证券发行人赔偿损失的诉讼等，享有一审管辖权。对不服区法院一审判决的案件，州法院享有上诉管辖权。

州法院刑事审判机构下设两个庭，即小刑事法庭和大刑事法庭。小刑事法庭由1名法官和2名陪审员组成，大刑事法庭由3名法官和2名陪审员组成。州法院的小刑事法庭仅作为上诉审，受理因不服区法院独任法官判决而提起上诉的案件，包括大量轻微刑事案件和刑事自诉案件；大刑事法庭既是重大案件的第一审级，又是受理不服区陪审法庭、大陪审法庭判决而提起上诉的上诉审级。州法院对严重刑事犯罪案件享有一审管辖权，如强奸致死罪、妨害自由致死罪、敲诈财产罪、放火罪等。不服州法院刑事判决的案件均可向州高级法院提请再审。不服大刑事法庭判决的案件还可以直接向联邦法院请求再审。

### 4. 区法院（初级法院）

区法院为德国的基层法院，设院长1名，法官若干名。由院

长、庭长和资深法官组成的院务会议负责全法院的工作。区法院根据案件的性质，分别组成不同的审判庭。

区法院审理民事案件由法官独任审判。其管辖范围包括：诉讼标的在 3000 马克以下的财产案件；租赁合同纠纷案件；旅店、交通运输部门与旅客之间的损害赔偿案件；亲子关系案件；婚姻纠纷案件；根据终生扶养合同、终生用益合同和终生养老金合同而提出的请求等等。不服区法院判决的案件，可以向州法院和州高等法院提出上诉。个别案件还允许直接向联邦（最高）法院请求再审。

区法院审理刑事案件，根据案件性质，分别由独任法庭、陪审法庭和大陪审庭审判。区法院管辖的刑事案件分为：违警罪、轻微犯罪和某些重罪。从理论上讲，只有大陪审法庭才有权审理区法院管辖的所有刑事案件。独任法庭由一名法官独任审判，主要受理处刑在 6 个月以下的违警案件和刑事自诉案件；陪审法庭由 1 名法官和 2 名陪审员组成，法官任审判长，审理处刑不超过 3 年的轻微刑事案件；大陪审法庭由 2 名法官和 2 名陪审员组成，审理案情较重或者影响较大而又不属州法院或者联邦（最高）法院管辖的案件。不服区法院刑事判决的案件可向州法院提起上诉，也可以向州高等法院提出再审请求。

### （三）行政法院

根据德国行政司法体制的特点，德国行政审判权由单列的各级行政法院和劳动法院、财务法院以及社会法院共同行使。

#### 1. 行政法院

通常所说的德国行政法院是指以设在柏林的联邦行政法院为最高审级的三级行政法院系统，下辖的州高级行政法院和初级行政法院分设于各州。

根据德国《行政法院法》的规定，行政法院的管辖范围为“非宪法性质之所有公法上的争议，除联邦法律明文规定，应由

其他法院审理外，皆得提起行政诉讼。涉及州法公法领域的诉讼亦同”。行政法院的受案范围相对狭窄，既不包括内部行政案件，也不包括公共行政案件中有关税务、社会救济与补偿、劳动管理等方面的案件，仅限于因公共行政机关的行政行为侵犯公民或者其他组织的权利而引起的纠纷（关于各级行政法院，详见本书第三章第四节）。

### 2. 劳动法院（详见本书第五章第五节）

### 3. 社会法院

如前所述，社会法院是专门受理因社会保险、社会补偿和社会救济而发生的争议。就案件的性质而言，更多地归属于行政审判管辖范围。

根据《社会法院法》的规定，社会法院主要受理下列案件：

（1）有关社会保险，如劳动保险、失业保险、疾病保险、医疗保险、交通运输保险和养老保险等引起的公法上的争议；

（2）有关社会补偿，如为国捐躯者或受伤害者的生活补偿等引起的争议；

（3）有关社会救济，如对困难家庭的衣、食、住、行补助和救济等引起的争议；

（4）其他根据社会法所调整的与公共福利相关的公共事务发生的公法上的争议。

社会法院实行三级三审制，审理案件实行合议制。地方社会法院审判庭由1名专职法官和2名兼职法官组成，州社会法院和联邦社会法院均由3名专职法官和2名兼职法官组成审判庭。审判庭中兼职法官的专业属性依案件性质而定，如审理投保案件，两名兼职法官则分别来自代表投保方和承保方团体；审理社会救济案件，两名兼职法官则分别来自代表社会救济机构一方和请求救济者一方。这一做法至少在形式上保证案件的公正审理。当然，审判庭组成人员在审判过程中并不受其职业的限制。



按照审判程序，不服一审法院裁决的案件可以依法上诉，直至联邦社会法院。在特殊情况下，联邦社会法院作为一审法院直接受理联邦与州因社会福利事务引起的争议，实行一审终审制。联邦社会法院在行政上隶属联邦劳动部和联邦社会部。

#### 4. 财政法院

德国财政法院是专门受理有关赋税争议的行政审判机关，分为联邦财政法院和州财政法院，实行二级二审制。

根据《财政法院法》规定，财政法院主要对下列案件行使管辖权：

(1) 因联邦或联邦税务机关征收有关联邦立法权限内的赋税而发生的争议；

(2) 因联邦或联邦税务机关为执行税法而作出行政处罚而发生的争议；

(3) 因税务案件协助行为的许可而发生的争议；

(4) 其他根据联邦或州法律规定由财政法院受理的案件。

财政法院审理案件实行合议制。州财政法院由3名专职法官和2名兼职法官（税政专家）组成审判庭；联邦财政法院由5名专职法官组成审判庭。不服州财政法院裁决的案件得向联邦财政法院提出上诉或抗告。

联邦财政法院行政上隶属于联邦财政部。

## 第二节 诉讼制度

### 一、民事诉讼制度

#### (一) 普通法院民事管辖范围

根据德国《法院组织法》第13条的规定，凡是民事纠纷案件均由普通法院受理。因此，一项诉讼提起之后，法院首先必须对案件的性质作出判定，它是民事案件还是行政案件。由于德国

存在着公私法的划分，正确地判断一件案件的性质，并不容易。例如，邮电部门就电信费问题与公民之间的纠纷，其性质如何判定，包括联邦（最高）法院在内虽然多次受理，都没有作出明确规定。一般地讲，民事纠纷基于民法上的权利义务关系而产生，属于私法调整的范围。

德国习惯上把下列法律列入私法范围：民法典、商法典、婚姻法、保险合同法、公司法、股票法、票据法、专利法、商标法、禁止不正当竞争法和合作法。此外，联邦（最高）法院还可以将某些公法案件列入普通法院受理范围，如因公遭受损失而提起的赔偿之诉等。

在德国，航运法院、专利法院和劳动法院也是受理某些民事案件的特别法院。

初级法院与州法院在一审管辖权的划分上，主要根据诉讼标的及案件本身的轻重，诉讼标的以 3000 马克为界进行划分。

## （二）第一审程序

德国民事诉讼的一审程序包括起诉、审理、判决三个环节和初级法院程序、调解程序。

### 1. 起诉

民事诉讼分为必须由律师代理进行的诉讼和当事人自己进行的诉讼。前者必须采取书面形式，向法院提交由律师署名的诉状，后者可以采取书面形式，也可以采取口头形式。当事人采用口头起诉时，由书记官作成笔录，作为立案的依据。诉状应包括以下内容：诉讼当事人及其法定代表人的基本情况、诉讼请求和事实理由、证明或者反驳事实主张的证据方法等。州法院的起诉程序比较严格而且正规，实行强制当事人聘请律师制度。在一般情况下，当事人不必亲自出庭，由律师作为代表。如果一方当事人没有律师代理，法院可以为其临时指定一名律师。对当事人口头提出的起诉，书记官必须进行审查，决定是否受理，同时为当

事人提供有关法律帮助。即使实行强制性律师代理，为了简化诉讼程序，法律允许当事人及时提出自己的观点和答辩意见，而且可以了解案件的审理情况，反映自己的意见。

## 2. 审理

州法院审理案件通常由3名法官组成合议庭进行。为了提高效率、防止人力浪费，法律没有规定每个案件的开庭、核实细节都要由3名法官出席。通常都是由1名法官为主，承担某个案件的开庭审理与判决的工作。

在民事诉讼中，当事人及其代理人掌握某些重要原则对于防止和避免在诉讼中处于不利地位、争取诉讼的成功具有重大意义。首先是诉讼角度的确定，选择对自己最有利的角度向法院提起诉讼直接关系到案件能否通过法院的审查并获得受理；其次是证据材料的运用，法院虽然负有澄清事实和向当事人提问的义务，但通常只就庭审中提出的有关事实加以核实、判定真伪，不可能对案件的全部事实加以调查，因此，怎样在有限的证据材料中选择提供对自己有利又易为法院确认的证据材料和事实，显得十分重要；最后，作为案件的被告并不受本案的限制，既可以提起反诉，也可以在适当情况下对与本案有关的第三人提起诉讼，以此来改善自己的诉讼地位。

## 3. 判决

判决由主持庭审的法官作出，应当在言词辩论终结时当庭宣判，延期宣判的应当定在3周以内。判决以人民的名义作出，法官宣读判决主文，朗读或者口述理由的主要内容。民事判决书应记载：当事人及其法定代理人与诉讼代理人；法院及承审法官的姓名；言词辩论终结的日期；判决主文；事实；判决理由。如果当事人最迟于言词辩论结束后的第二天就表示不必要记载事实与裁判理由，并且肯定对判决不会提起上诉时，判决中可以省略事实与裁判理由。

#### 4. 初级法院程序

初级法院审理民事案件由1名法官独任审判。起诉可以采用书面形式,也可以口头向书记官陈述,作出记录,以代诉状。初级法院在处理民事纠纷中,最为简便和快速的是采用催告程序,由当事人申请经法院审查后签发。付款通知交付债务人后,债务人有异议的必须在规定期限内提出。无特别规定的,均适用州法院的诉讼程序的规定。

#### 5. 和解程序

民事诉讼法规定,不问诉讼进行到何种程度,只要在法院作出判决前,法院和双方当事人都可以采用和解程序。法院有义务注意使诉讼或各个争点得到和好的解决。在原告无望取胜时,可以动员原告撤诉,以减少损失。法院还可以劝被告承认诉状而实现和解。适用和解程序的案件主要包括以下各类:设定监护人案件;遗产纠纷案件;房产权纠纷案件;夫妻共同财产登记案件;物品保管案件;典当品出卖案件及部分涉及行政管理性质的案件;地产登记案件;船舶登记案件;商业登记案件;户籍管理和证明案件等。和解程序不仅适用于初级法院,而且在其他各级法院同样适用。

#### (三) 上诉审程序

当事人不服一审法院判决,可以提出上诉。依据德国民事诉讼法的规定,上诉分为控诉、上告和抗告三种形式。

当事人不服第一审法院所作的终局判决,可以提起控诉。当事人不服初级法院民事判决的,可以向州法院提出控诉。但对抚养子女案和家庭案件的控诉得向州高级法院提出。当事人不服州法院一审判决的,得向州高级法院提出控诉。法律不允许对缺席判决案件和诉讼标的价值不超过700马克的案件提出控诉。

对州高级法院在控诉审中所作的终局判决,当事人在符合规定条件的情况下,可以提起上告,包括有关财产权的诉讼中,上

告价额超过4万马克的案件；正当的回避申请遭到拒绝；法院对其管辖或管辖错误辨别不当；当事人一方在诉讼中未经合法代理；言词辩论违反程序公开的规定；判决中未载明理由。

根据民事诉讼法的特别规定，对于不经言词辩论而驳回有关程序的申请的裁决，当事人可以以抗告的方式提起上诉。抗告案件由审级上的直接上级法院受理。受理抗告案件的法院在裁判前可以发出暂时命令，停止被声明不服的裁判的执行。

一般地说，上诉必须以书面形式提出，并由律师签名。上诉状必须具体说明不服判决的哪些方面以及希望改判的方面、上诉的理由及提供新的事实和证据材料。上诉期为一审判决后的1个月，在特殊情况下得延长为5个月。

在正常情况下，上诉案件的审理期限为1个月。上诉法院对于那些不符合法律手续和未经许可的上诉，可以决定不经口头审理予以驳回。上诉法院审理案件可以对原审判决作全面的审查，并不受当事人所提要求的限制，而根据事实和法律作出新的判决。上诉法院在某种情况下也可以将案件发回重审。

1981年1月1日生效的《诉讼救济法》专门适用于上诉程序，规定对那些既无律师又无力支付费用和酬金的上诉人，允许其在上诉程序中可以申请诉讼救济费和指派律师。申请报告应向原审法院提出。

#### （四）再审程序

再审不是对案件的重新审理，而是审查下级法院适用法律是否正确。原则上，只有在下级法院的判决缺乏合法性时，才能适用再审程序。民事案件的再审主要由联邦法院负责，州高级法院也对某些案件享有再审管辖权。

再审可以依取消之诉或回复原状之诉进行。

根据民事诉讼法的规定，有下列情况之一者，可以提起取消之诉：为判决的法院不是依法律组成的；依法不得执行法官职务

的法官参与裁判；当事人一方在诉讼中未经合法代理。如果可以通过上诉而主张原判决无效时，不能提起取消之诉。

在下列情况下，可以提起回复原状之诉：判决以对方当事人宣誓作证的证言为基础，而该当事人关于此项证言犯有故意或过失违反宣誓义务的罪行；作为判决基础的证书是伪造或变造的；判决系以证言或鉴定为基础，而证人或鉴定人犯有违反其真实义务的罪行；当事人的代理人或对方当事人或其代理人犯有与诉讼事件有关的罪行，而判决是基于这种行为作出的；判决是以某一普通法院、原特别法院或某一行政法院的判决为基础，而这些判决已由另一确定判决所撤销；当事人发现以前就同一事件所作的确定判决，或者发现另一种证书，或者自己能使用这种判决或证书，这种判决和证书可以使自己得到有利的裁判。

再审案件由合议庭审理。联邦法院由5名法官组成合议庭，其中1人为首席法官。为避免各合议庭之间发生重大差别，联邦法院组成了由法院院长和8名法官组成的民事大评议庭。联邦法院审理再审案件，只对原判决中的法律问题重新审查，并不涉及事实部分。除了直接改判，联邦法院也可以将案件退回原审法院，由承办法院根据联邦法院的意见重新审理。

再审程序的目的是为了保障联邦境内法律的统一，防止各州高级法院在司法活动中为自己辖区内制定各种特别规定。

### （五）执行程序

强制执行的目的是要使已生效判决得到贯彻，根据民事诉讼法的规定，由债权人向初级法院提出。法院可以采用强制手段扣押和查封被执行人的财产，进行公开拍卖。如果扣押债务人的财产仍不能满足债权人的要求，不足以清偿债务时，法院将要求债务人公开其财产，出示财产清册，包括债务人对第三人的债权，并对转让给配偶和其他直系亲属的财产作出说明。债务人还必须向法院作出具有清偿债务的诚意保证，并提供全部财产情况，法

院将此记录在案。债务人的保证声明连同财产清单均由执行法院存档保管，任何人都可以向法院询问该债务人的财产清单。这对债务人在商业活动中是十分不利的。

债务人无正当理由拒绝向法院提供保证或者在规定的日期里不愿到庭作出保证的，执行法院可以因债权人的申请而执行逮捕。

对于作出保证声明并且提供财产清单的债务人，法院可以依照法律规定决定是否放宽其偿还债务的期限。

在执行程序中，法院可以因当事人的请求而采取各种临时措施，也可能产生一系列的诉讼。

## 二、刑事诉讼制度

德国刑事诉讼制度主要由 1877 年制定的《刑事诉讼法》规定。该法典虽然在以后 100 多年间作过多次修改，但是，它的精髓部分被保留了下来，并且成为现代刑事诉讼的基础。德国是一个联邦制国家，但是各州在刑法领域不享有立法权，与统一的司法制度相适应，德国的刑事诉讼制度也高度统一。德国刑事诉讼制度的法律基础还包括《刑法典》、《法官法》、《律师法》和《青少年法院法》中的有关规定，在送达和诉讼费用方面，甚至还要参考德国《民法典》的规定。在这里，我们还必须指出，德国基本法对公民基本权利的规定，以及关于司法程序中有关人道而公正的刑事诉讼程序的规定，都对刑事诉讼产生直接的法律约束力。国家刑事审判活动必须维护基本权利，并且依照基本法的精神对刑事诉讼法的某些条款进行解释。

### （一）德国刑事诉讼程序

德国普通刑事诉讼程序可以分为三个部分，即调查程序、居间程序和审判程序。

调查程序是州检察官为了作出是否提起公诉的决定而对刑事

案件的嫌疑人所作的侦查、取证工作。调查程序在检察官的指挥下进行，他可以要求警察机关的配合。在此阶段，检察官必须收集和检验所有有利于或不利于嫌疑人的证据。在侦查终结的基础上，根据检察官的意见，由州检察机关决定是否起诉被告。一旦刑事起诉书被送交法院，诉讼的主导权就从检察机关转入法院。检察机关应当为出庭支持公诉作好充分准备。

居间程序是法院在接到起诉书后，主审法官在对案情事实进行初步审查的基础上，可以在不公开的情况下，对诉讼程序作出决定。如果法院认为起诉书对被告行为的指控理由充足，就将该案提交审理；如果法院认为被指控的事实不构成犯罪，或者程序不符合要求，或者经过对犯罪事实的认定，认为被告的行为没有构成犯罪，就可以作出结束审理的裁定。根据刑事诉讼法的规定，法院的决定在预审程序后作出。检察官可以通过申诉的方式对法院的裁定提出上诉。

审判程序是德国刑事诉讼的关键环节，分为审理和判决两个阶段。审判程序完全是在法院的控制下进行的，主持诉讼的法官负责该案的审理前的有关准备。出庭通知至少应在开庭前一星期送达各当事人，包括诉讼参与人(被告、辩护律师、证人和专家)。

开庭时，由主审法官查明出庭当事人的身份及有关情况，并且询问是否有可出示的证据。然后对证人逐一加以询问，告知其权利和义务。审理开始，先由州检察官宣读刑事起诉书，然后由被告对指控作出回答。被告既可以答辩，也可以保持沉默。如果被告准备答辩，审理将围绕起诉书中各项指控对被告加以讯问，并对有关证据进行听审。被告享有保持沉默的权利，这项权利规定，不能从被告运用保持沉默的权利的事实，推导出任何结果。法院的判决只能依据在听审中向被告提出的事实和证据。证据听审结束后，由被告及其辩护律师作出最后陈述。根据刑事诉讼法的规定，被告可以在诉讼的任何阶段聘请辩护律师；在一些重大



犯罪案件中，被告没有要求辩护律师代理时，法院将根据法律的规定任命辩护律师。在德国，辩护律师地位独立，他既不受法院的监督，也不受被告要求的约束，他对自己的行为负责。对被告的利益负责是辩护律师的主要职责，为此，他应当向被告提出有关程序法和实体法上的建议；在审理中清楚地表达被告的利益，帮助被告及时有效地回应检察官的指控，尽最大可能保证法院在作出判决时认真考虑他的意见和观点。为了保证辩护律师作用的充分实现，德国辩护律师享有查阅卷宗、调查取证、申请采纳证据等项权利。法律还严格保护辩护律师与被告之间的不受限制和保守秘密的接触的权利，以维护他们之间的信任关系。

法院审理刑事案件可以完全由职业法官组成，也可以由职业法官和陪审员共同组成。陪审员在审理中具有与职业法官同样的权力。不过，德国由陪审员参与的刑事审判案件为数不多，而且陪审员参与审判，通常不允许阅读卷宗，只能根据口头听审来作出裁决。

听审结束后，法官退庭，对起诉书的内容逐一推敲，并且就案件的判决进行投票表决。然后由主审法官宣读判决书，审判宣告结束。

判决分为有罪判决、无罪释放和撤销诉讼。判决必须提出理由，判决正式宣布后，必须告知被告可以提出上诉的途径。

德国刑事诉讼法对上诉规定了“上诉不加刑”原则，并且分为三种形式：对事实问题的上诉、对法律问题的上诉和申诉（居间上诉）。

根据刑事诉讼法的规定，对事实问题的上诉仅限于普通刑事案件，这种上诉可以针对判决中的事实问题提出上诉。上诉必须在判决正式宣布以后一周内提出，可以用书面形式或者通过登记以口头的形式提出，而无需提出理由。只要申请不是明显的无根据，就准许上诉。如果申请被准许，上诉的审理程序类似于一

审。但是，对于经州法院审理的严重刑事犯罪案件，只允许对法律问题提起上诉。

德国刑事诉讼法允许被告针对州法院和州高等法院所作的一审判决中的法律问题提起上诉。在对法律问题的上诉中，不能就事实问题的裁决提出质疑。上诉理由仅限于判决是否符合法定程序，以及实体法的适用是否正确。法律问题的上诉必须在判决书送达之日起一个月内向原审法院提出，并且应当附上理由。上诉人必须指出该判决违反法律的具体情况。如果上诉针对某一个程序性错误，就必须明确指出一审判决违反了哪一项程序规则；如果上诉针对的是实体法错误，那么，上诉人只要指出判决所违反的相关法律即可。对法律问题的上诉一旦成立，上诉法院将对一审法院判决的法律问题作全面审查，一审法院的审判记录成为证据。上诉法院在审查后，如果裁定上诉有效，就将撤销原判决而将案件材料送回另一所下级法院，重新判决。

居间上诉也称为申诉，是指被告对一审或就事实问题的上诉中所作出的裁决以及在诉讼过程中由法官所作的裁定，只要不涉及强制性措施的，都可以提出上诉。居间上诉的目的是要撤销法院的不适当的裁定或者强制其履行作出某种裁决的义务。

## （二）德国刑事诉讼原则

根据德国《刑事诉讼法》的规定，刑事诉讼的原则主要有以下几条：

### 1. 国家公诉原则

刑事诉讼属于国家公共事务而非公民个人的事务。因此，德国刑事诉讼法第152条规定，对刑事案件的起诉由州检察机关提出，实行国家垄断。受害人在是否决定提起刑事诉讼上没有影响。公民个人提起诉讼作为国家公诉原则的一种例外，仅限于某些轻微刑事案件。

### 2. 合法性原则

合法性原则是对国家公诉原则的必要补充，是指一旦存在着充分的实质性的怀疑，州检察机关或警察局就应当开始着手调查，也就是说，及时开展对业已发生的刑事案件的侦查是国家司法机关的重要职责，即使这种调查的结果，使检察机关最终作出放弃提起诉讼的决定。因为，根据刑事诉讼法的规定，州检察机关经过审查发现某些轻罪罪过程度很低，没有达到必须涉及足够的公共利益这样一种标准，就可以撤销对该轻罪的指控。刑事诉讼的目的是要惩罚罪犯，当一种犯罪行为轻微到不能达到导致一个最低刑期以上的判决时，提起公诉显然是不必要的，因此，检察机关可以自行撤销。所以，对刑事案件的及时调查与严格审查、依法决定是否对被告提起诉讼，是合法性原则的全部要求。决定是否起诉的依据是公共利益受损害的程度。

### 3. 法官法定原则

法官法定原则包括法官法定和法院法定两个方面。它不仅是刑事诉讼的原则，也是其他诉讼程序必须遵守的一项基本原则，其法律依据来自德国基本法。基本法关于德国司法制度的规定，明确表明任何人受法定法官审判的权利不得被剥夺。为了保障公民的这一权利，法院的设置及其管辖权的确立必须根据法律的预先设定的抽象原则来进行，禁止临时组成的法院审理案件和设立特别法庭。

### 4. 证据原则

在刑事诉讼中，证据的收集与采集，对于犯罪事实的认定及被告罪责的确定具有关键作用。因此，德国刑事诉讼法对证据的收集、出示及认定，作出了严格规定。第一，赋予检察机关广泛的调查权。检察机关为了查明案件事实真相可以充分行使自己的职权，进行全面、综合性调查，以尽可能充分地获取证据，这也是检察机关的义务。法院审理案件以查明案件事实真相为目的，不受诉讼参与者提出的申请和意见的约束。德国刑事诉讼法强调

司法机关的全面调查。第二，直接原则。直接原则首先是指法院应当对被控案件有最直接、最及时的了解。例如，法院的组成人员在整个审理过程中必须在场，调换法官就必须重新审理；证人必须直接面对法官接受审问，而且这种审查不能用宣读先前的调查记录或者一份书面陈述所替代。虽然允许采用间接证人的证据，但是法院必须依照这样一个原则，即传闻证据的效力弱于直接证据。第三，自由评估原则。在诉讼过程中，法院根据自己的信念，自由决定证据的效力，自由评估原则允许法官在决定某个事实是否已被证明时，不受先前存在的呆板的证据规则的约束。当然，法官在自由评估证据时还受到某些程序性规范的限制。第四，疑罪从无原则。在刑事诉讼中，出现对被告定罪证据不足时，法院应当假定被告是无辜的。只要对有罪判决存在着真正的疑异，被告就不应被判为有罪，否则，即是违反了这一原则。

此外，德国刑事诉讼法还规定，司法机关启动刑事诉讼程序，必须遵守公开、口头和及时原则。所谓公开，是指法院在诉讼中，对其作出的任何决定包括判决，都应当公开宣布，对于整个审理活动也应当遵循公开审判的原则，法律另有规定的除外。口头原则要求法院的判决必须以法院审理中展开并经过当事人辩论的内容为依据。及时原则强调刑事诉讼的时效性，被告有权获得迅速而公正的审判，在法定期限内完成诉讼。

### 第三节 检察制度

#### 一、检察机关组织

作为大陆法系国家，德国检察制度的建立在很大程度上受到法国模式的影响。现行检察制度主要由《法院组织法》规定，但是，产生于德意志帝国时代的《刑事诉讼法》和《司法制度改革法》由于也对检察机关的职权和活动方式从不同角度作出规定，

因而也成为德国检察制度的重要的法律依据。按照联邦制原则，德国检察机关的设置分为联邦检察机关和州检察机关两部分。联邦检察机关设联邦总检察长和副总检察长，受联邦司法部长领导。各州设州检察院和高级检察院，由州高级检察院检察长统一领导州的检察工作。州检察机关同时从属于州司法部，州高级检察院检察长受州司法部长的领导。德国检察机关官署的设置上采取审检合署的方式，即对应于国家司法机关，将检察机关设立于相应的法院。不过，德国检察机关与法院对应设置是就普通法院系统而言的。依照德国普通法院的体系，即联邦（最高）法院、州高等法院、州法院和初级（地方）法院，检察机关依次为联邦检察院、州高级检察院和州检察院，初级法院的检察事务由州检察院负责。虽然德国的检察机关与政府司法行政机关有着直接的隶属关系，必须接受后者的领导，但是，无论是联邦司法部长还是州司法部长均不得就具体案件的处理发出指令，不得侵犯检察官在各自的权限范围内行使独立的职权。

德国联邦检察机关，即联邦总检察院，是德国的最高检察机关，不是州检察机关的领导机关。联邦检察机关与州检察机关之间的关系是根据诉讼程序而建立的工作关系。可见，德国检察机关的具体职能主要由各州检察机关承担。根据德国《刑事诉讼法》的规定，检察机关的基本职能是“提起公诉”，作为国家公诉机关行使国家控诉权，负责对刑事犯罪分子的追诉。同时，作为社会公共利益和政府机关的代表，对涉及国家和社会公共利益的重大案件提起民事诉讼。并且，作为司法活动中法律实施的监督者，对警察机关和法院的审判活动进行监督。

德国联邦检察机关设置的主要职能部门有法律审案件检察部、反恐怖案件检察部、间谍案件检察部和全国犯罪案件统计中心等，除了二审的刑事案件外，主要掌管涉及国家安全和重大刑事犯罪的侦查与起诉。

## 二、检察机关的职权

德国联邦检察机关和州检察机关承担的检察事务有所不同，存在着明显的分工。但是，就基本职权而言，两者之间没有什么区别。

### （一）刑事侦查起诉权

根据德国《刑事诉讼法》的规定，刑事案件的侦查权由检察机关和警察机关共同行使。不过，共同行使侦查权并非排除检察机关对案件的独自侦查，而是对两机关在刑事侦查活动中的相互配合所作的积极规定。由于检察机关对警察机关的刑事侦查享有直接指挥的权力，即使涉及到高度技术性，宜由警察机关侦查的案件，侦查结果必须及时移送检察机关，并由后者审查后决定是否提起公诉。因此，德国检察机关实际上对所有刑事案件都有侦查权。它既可以自行侦查，也可以委托受其直接指挥的警察机关进行侦查。警察机关在接受检察机关的委托和命令后，必须及时把所搜集到的所有证据移送检察机关，由检察机关办理侦查终结程序。可见，德国检察机关在刑事侦查活动中居于支配地位，并且对警察机关的侦查工作进行监督。

德国在刑事诉讼中实行国家职权主义原则。刑事诉讼的提起主要由检察机关承担，公民个人只对十分有限的范围内的少量轻微刑事犯罪享有自诉权。检察官提起公诉的条件是必须对案情进行充分调查，在调查中所采集的证据已经足以能够证明某种犯罪行为确已实施。检察官在对整个案情的把握上，不仅在考虑到不利于被告的证据，而且还必须考虑到有利于被告的证据。在此基础上，检察机关自行决定是否起诉。当检察官根据全部侦查结果确定不能起诉时，检察机关便决定中止诉讼。反之，如果检察官认为根据全部侦查结果确定该案符合法定起诉条件时，检察机关即行起诉。

德国检察机关除了作为公诉人负责对刑事案件被告的立案侦查和决定是否提起公诉外，还对刑事审判活动实施监督。这种监督主要通过申明异议和抗告的方式进行。无论在初审程序还是在上诉程序中，检察官均有权对法院的不公正裁定提出抗告。抗告的理由可以分为程序上的错误与实体上的错误。前者主要指程序违法、管辖错误以及作出判决的法院非依法定条件组成等。后者是指对案件事实的认定明显错误、量刑不当以及出现新的犯罪事实等。德国检察官既可以针对初审法院的裁决提出上诉，也可以向原审法院提起不利于被告或者有利于被告的再审申请，提起再审的理由由法律通过列举的方式明确规定。德国检察官不仅对刑事审判活动享有监督权，而且对刑事判决的执行行使监督权。法律规定，由检察官负责指挥和监督刑事判决书的具体执行，具体事项包括确定已决犯的服刑场所；监督司法员将罪犯押送服刑场所；对不适宜立即关押的犯人的延缓服刑申请作出决定；负责罚金的收缴等。为了切实执行刑罚，制止执行阶段可能出现的各种躲避甚至对抗刑罚行为的发生，德国检察机关还拥有必要的权力和各种相应的手段。检察官可以发布命令，对已决犯实行拘留、逮捕或者进行通缉，以维护国家刑事审判的权威性和严肃性，确保生效判决的严格执行。

## （二）其他诉讼参与权

德国检察机关作为国家利益和社会公共利益的代表，根据社会公益主义原则，在民事诉讼和行政诉讼中享有广泛的参与权。为了寻求并且保持民事诉讼中当事人自由处分原则与国家适当干预之间的某种平衡，检察机关介入民事诉讼的范围与种类，受到较大限制。德国检察机关参与民事诉讼，主要限于那些涉及国家和社会公众利益的重大案件。例如，因生产企业疏忽造成的重大环境污染案件、重大侵犯消费者权益的案件等。对于传统民事领域涉及有关婚姻家庭和继承这类与公民人身相关的权利纠纷案

件，检察官参与诉讼的机会极为有限，通常仅限于有关婚姻效力的确认、婚姻关系存续与否以及禁治产案件等。德国检察机关参与民事诉讼的方式有两种，一是作为公益代表人直接提起诉讼，将某些侵害国家、社会公益和公民重要权益的民事案件，直接提交法院，请求裁决，以及时、有效地制止侵权行为，保护受害方的合法权益不受损害；二是参与诉讼，此时，检察机关不是案件的提起者，而是作为诉讼活动的参与者介入。根据德国《民事诉讼法》的规定，德国检察官参与业已受理的民事诉讼，主要基于以下几种情况：一是依照法律规定，检察官应当参与的某些民事案件；二是检察官根据法律授权认为需要参与的民事案件；此外，检察官还可以应法院的要求参与诉讼。德国检察官在民事诉讼中，主要享有以下几项权利：调查取证权、起诉权、上诉、抗诉权（抗告）以及对裁决执行的监督权。

德国检察机关参与行政诉讼的情况与民事诉讼大致相仿。

### 三、检察机关官员的任免

德国检察官分为总检察长、副总检察长、检察长、首席检察官和检察官等职衔。检察官作为国家官职的一种，属于司法官序列，享有独立的职权和严格的职务保障。鉴于国家检察官在社会生活中的特殊地位和保障公民权利方面所负的重要职责，有关法律对检察官的任用资格、条件以及选拔程序，作了十分严格和细致的规定，以保证检察官的总体素质和业务能力能够充分胜任检察工作及其相关活动的要求。

德国对检察官的任用条件与法官相同。德国公民要申请谋取检察官职位，必须具有法律专业知识和法律实务工作的经验。具体地讲，必须接受系统的法律教育和实务培训，时间为六年至八年，前后分为两个阶段，并且同时通过两次国家考试，才能取得被任命为见习检察官的资格。申请者必须在大学接受正规的法律



教育，学习宪法、民法、刑法和诉讼法等主干课程，学习年限最短为三年半，一般需要五年时间，从而取得参加第一次国家考试的资格。第一次国家考试分为笔试和口试两部分，考试合格者取得参加法律实务培训的机会。培训生可以根据自己的爱好选择法院、检察院、律师事务所、公证处以及政府行政机关作为自己的实习地点，培训期为两年半时间。培训结束时，由所在实习部门领导对培训生的业务能力和表现写出评议。然后报名参加第二次国家考试，这次考试的成绩对申请者能否进入司法官职业具有决定意义。考试分为笔试和面试两部分。来自不同法律部门的四位专家组成小组负责对考生的面试，他们对申请者的专业知识和业务能力作出全面评价。只有通过第二次国家考试者，才能正式申请谋求检察官职位，经司法部审查后可以任命为见习检察官。见习期满后，由司法部根据个人申请以及检察官职的空缺情况，决定是否授予其候补检察官身份。取得候补检察官表明该申请者已获准进入司法职业，极有可能取得司法官的特殊待遇。但是，申请者从候补检察官到检察官之间还有一段漫长的路途要走，这段时间为试用期，时间为五年。在这一试用期内，该候补检察官仍可能由于各种不合格的原因而遭淘汰。可见，德国对检察官的选拔、选任以及职务的晋升规定了非常严格甚至苛刻的条件，对司法官员的品德、知识和才能提出了全面的要求，并且在一个很长的工作实践中加以考察，以达到择优录用、宁缺毋滥，保证检察机关队伍人员的高度专业化、专职化，确保国家检察职能的正常发挥和强化。

# 第八章 涉外经济法

## 第一节 概 述

### 一、德国对外经济政策与法律

德国是一个“无国界的经济区”，奉行自由贸易政策。从1962年起，原联邦德国的进出口总额一直居世界第二位（仅次于美国）。它是世界上进出口总额最大的五个国家之一，其出口在世界经济中占有举足轻重的地位。与其他发达国家相比，德国对外贸易的依赖程度最高，占国民生产总值约1/3。<sup>①</sup>因此，德国历来主张自

---

<sup>①</sup> 据资料统计，1992年德国的出口占国民生产总值34.1%，日本为11%，美国为10%。参见吴仪主编：《世界各国贸易与投资指南——德国分册》，经济管理出版社，1995年版。

由贸易，把开放的世界市场和自由的国际贸易视为德国社会市场经济的一部分。由于德国经济在很长一段时间内发展迅速，其出口产品的国际竞争力又很强，所以政府对出口工业一般不加任何干预。70年代以后，世界经济出现了巨大变化，德国的经济实力也受到挑战。政府一方面开始重视宏观调控以保证经济的稳定增长，另一方面又采取一些鼓励措施，促进企业向海外投资。从80年代开始，德国对外直接投资的年均输出额均在60亿马克以上，奠定了其在国际资本流动中的重要地位。90年代两德统一以后，德国的政治与经济地位日益受到重视。大多数国家认为，统一的德国将在世界舞台上重新扮演大国的角色。著名政治学教授汉斯—彼得·施瓦茨的研究结果是：重新统一的德国人将再度在欧洲发挥中心作用。欧洲未来秩序的塑造能否成功将主要取决于德国的态度。<sup>①</sup>

毫无疑问，德国经济的强大使其在世界经济中具有举足轻重的地位。近年来，由于德国东部地区的投资机会减少，而西部企业的税赋又不断增加，许多德国企业纷纷将国内生产向海外转移，对外直接投资又呈上升趋势。<sup>②</sup> 据德国联邦银行1996年的年度报告统计：1993年德国对外直接投资为237亿马克，1994年为277亿马克，1995年为551亿马克。从投资对象来看，德国对外贸易的主要对象是西方工业国家，尤其是欧洲联盟国家。1995年德国在欧盟国家直接投资占其海外总投资的55.3%，其中对英国的直接投资最多，达372亿马克；其次是法国、比利时、荷兰等；而对美国的直接投资占海外总投资的21.5%。在亚洲，德国的投资对象主要是日本、韩国、中国以及中国香港地

<sup>①</sup> Hans Peter Schwarc, Die Zentralmacht Europas Deutschlands Rühkehr auf die Weltbuehne, Berlin 1994.

<sup>②</sup> 商德文主编：《海外国际性投资模式比较》经济出版社1994年版，第193页。

区。自 1993 年以来，中德贸易关系达到一个较高的水平。德国对中国直接投资由 1993 年的 5600 万美元上升到 1996 年的 51000 万美元，增长了近 10 倍。这一阶段德国年均对中国投资项目德方协议投资额都在 10 亿美元以上，获得批准的德方投资项目年均达 300 多家。<sup>①</sup>

德国在对外经济政策上，推行“贸易立国”。对外贸易是其经济发展的重要支柱。政府在对外贸易中采取少干预或不干预政策。其主要对外贸易政策是：

(1) 对外贸易原则上是企业的自主行为，国家只负责制定有关对外经贸法规；

(2) 企业自行承担进出口贸易的风险和利益，国家一般不对出口贸易给予补贴；

(3) 遵守国际间有关国际贸易自由化的条约和规定；

(4) 国家鼓励的重点是帮助中、小型企业进入国际市场；

(5) 国家负责各种经济、政治方面的协调工作。

为了保证上述各项政策的执行，德国制定了一系列对外经济法规，其中包括进出口管理法规、保护投资立法、对外经济法、海外投资保险法规等等。此外，欧共体对外贸易法律、国际条约以及一部分习惯法也属于德国对外经济法的基本渊源。

## 二、德国法与欧共体法

当我们研究德国的对外经济法时，不得不涉及欧共体法。作为欧共体成员国之一，德国法——尤其是对外经济法与欧共体法的关系十分密切。可以说，在某些领域欧共体法已成为德国法的一部分。例如，对外贸易法律、反倾销法律、反不正当竞争法以

---

<sup>①</sup> 参见陈继勇等：《德国对外投资的发展与对华直接投资》，载《欧洲》1998 年第 3 期。

及共同关税等领域，欧共同体法已在很大程度上“优先”于德国法。因此，我们在研究德国的这部分法律时不能撇开欧共同体法。

从法律上看，欧共同体与成员国的权力划分有以下几种形式：(1) 属于成员国的保留权力 (Reserved Powers)，即凡是“欧共同体条约”中未赋予欧共同体权力的，均由成员国保留；(2) 属于欧共同体与成员国共同行使的权力，称混合权力 (Joint competencies)，即在某些领域，欧共同体还不享有排他的权力，但成员国又不能单独行使权力，因此，必须联合起来共同对外作出决策；(3) 欧共同体的排他权力 (Exclusive competencies)，即欧共同体拥有的专属管辖权，排除成员国自主行使权力的可能性。这一领域主要指欧共同体在对外贸易方面享有排他的权力，其法律依据是：“欧共同体条约”中有关共同贸易政策的规定明确赋予欧共同体具有管理各成员国对外贸易关系的权力。这些权力包括制定统一政策、实施共同贸易程序的规定、共同海关关税以及欧共同体负责与第三国谈判与签订贸易协定。<sup>①</sup>

可以说，在研究德国对外经济法时，我们就会涉及到欧共同体在这一领域的法律规则。问题是：在哪些领域适用欧共同体法？当德国法与欧共同体法产生冲突时怎样来解决？例如，在关税领域，欧共同体法享有排他权。各成员国承认，以欧共同体取代各成员国行使对外贸易关系的管理权。欧共同体关税同盟的基本点是：对内，取消各成员国之间的贸易关系中的一切关税与数量限制，实现商品自由流通；对外，在各成员国与第三国的贸易关系中建立统一标准的共同关税制度。这种关税同盟，使各成员国（如德国）与第三国的贸易关系发生了一系列的变化。例如，当第三国的商品出口到欧共同体任何一个成员国时，均按欧共同体统一关税缴纳关税，这与具体的进口国或进口地点都无关；对第三国来说，由于

<sup>①</sup> 参见《EC Treaty》，Art.113 (1) (2)，(4)，Art.28.

缴纳了统一关税，其产品可以在欧共同体各成员国之间自由流通。1992年欧共同体颁布了《欧共同体关税法典》(Community Customs Code)<sup>①</sup>，这部法典已成为欧共同体各成员国对外贸易必须遵守的共同规则。除关税外，在反倾销法领域，各成员国的法律也已消失。德国以前根据商法第21条之规定来实施反倾销、反补贴措施，而现在则完全依据欧共同体的反倾销法。1994年12月欧共同体又颁布了3283/94号条例，全称是《抵制来自非欧共同体成员国的倾销进口货物条例》(Council Regulation EC No 3283/94 on Protection against Dumped Imports from Countries not Members of the European Economic Community)。显然，在这一领域各成员国的法律已被欧共同体法所代替，我们所面对的是欧共同体法，而不是一个个成员国的法律。因此，对德国法的研究不能忽视德国法与欧共同体法的这层关系。

其次，对于并列的两套法律，如何解决冲突问题？一般来说，德国采取的做法是，欧共同体法高于德国法。根据《欧共同体条约》第5条规定，各成员国有责任保证条约所规定的各项义务得以履行。这条原则通过欧洲法院对具体案件的判决，引申出欧共同体法“效力优先”规则。在德国的司法实践中，当一个特定的案件（如竞争法领域）既可适用欧共同体法，也可适用德国法时，可以实施双重调查程序，并适用双重处罚，但是，如果两者发生冲突时，应优先适用欧共同体法。<sup>②</sup> 1969年，德国法院在审理一起有关限制竞争协议的案件时<sup>③</sup>，针对德国法与欧共同体法的冲突，要

① Reg. 2913/92, OJ 1992 L302.

② 参见《欧洲法院判决汇编》，第1卷，第16页，瓦尔特·威廉等诉联邦卡特尔局，1969年。

③ 1969年，德国一家公司与其他几家外国公司达成了一项协议，即有关在欧共同体境内销售纸浆的价格卡特尔。这一行为受到德国卡特尔局的调查。该公司不服，起诉到柏林地方法院。法院就有关德国法与欧共同体法的关系向欧洲法院提出请示。

求欧洲法院作出解释。欧洲法院认为，“只要国内法的适用不影响欧共同体法的完整和统一的适用、已经或将要实施的执行欧共同体法的措施的效果”。“欧共同体法与成员国法关于卡特尔法问题存在的差异必须通过实行欧共同体法效力优先原则来解决。”<sup>①</sup> 在竞争法领域，德国遵守欧共同体法“效力优先”原则。

最后，我们还应该注意到成员国与欧共同体关系中的有关“特别授权”（specific authorization）原则。根据欧共同体条约，欧共同体在对外贸易关系管理方面享有排他的管辖权，成员国的任何贸易政策，只有在欧共同体的特别授权后才具有合法性，这也是判断成员国贸易政策是否合法的依据所在。德国在对外贸易政策上与欧共同体的贸易政策是一致的，或者说，它以成员国的角色具体实施欧共同体的法律和政策。

事实上，在对外经济领域，德国法与欧共同体法这两套法律分别在运行。从某种意义上说，作为成员国之一的德国，其作用是负责将欧共同体法在本国境内得到贯彻和实施。在许多领域，如关税、反倾销税、反补贴税、对进口数量的限制等等，虽然都有欧共同体法的规定，但具体实施程序、细则规定、制裁措施等则由德国国内法来规定。

## 第二节 德国的贸易法律制度

一般来说，德国的对外贸易由私人企业经营，采取直接贸易和间接贸易两种形式。直接贸易是指，企业不通过中间环节，由本身的采购部门或经销部门进行对外贸易；间接贸易是指，通过专业贸易公司、批发商等进口或出口。相比之下，间接贸易多于直接贸易。

<sup>①</sup> Case 14/68 Wilhelm v. Bunderskartellamt (1969), ECR 1.

目前,负责德国对外经济贸易的是联邦经济部,其职责是,根据国家有关对外政策和政治经济的需要,在遵守欧共体统一规定的前提下,拟定对外经济贸易政策、法令和规定,并管理对外经济贸易具体政策的实施。在联邦经济部下又设两个局,一是工商经济局;一是对外贸易情报局。前者负责批准和监督进出口,包括审批、发放投资津贴等;后者负责提供国外的经济贸易情报,指导企业的对外贸易活动。此外,联邦银行负责制定货币与外汇的管理政策,主管国际收支和黄金外汇储备,核批外贸引进和资金往来。

值得一提的是,虽然德国在对外贸易方面行政干预很少,但国家的调控和协调仍然发挥重要作用。这部分内容主要通过国家的政策、法规来实施,如提供外贸信息、出口信贷担保以及优惠出口信贷等等。同时,法律还规定,政府在某些情况下有权进行干预。有关这方面的规定主要体现在1961年的《对外经济法》中。

### 一、1961年的《对外经济法》

就法律而言,德国对外经济贸易方面的基本法律是1961年9月1日生效的《对外经济法》(AWG)和《对外经济条例》(AWV),并以前者为主。

《对外经济法》是德国政府贯彻自由贸易政策,限制政府干预的法律依据。该法第1条体现了立法的宗旨和基本思想。原则上,德国的对外贸易采取自由贸易原则,政府不制定外贸与外汇计划,也不干预企业的对外贸易。只有在以下情况下,政府才有权对对外经济进行干预:<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 参见黄来纪主编:《海外投资贸易法律指南》,同济大学出版社1992年版,第249页;吴仪主编:《世界各国贸易与投资指南——德国分册》,经济管理出版社1995年版,第42、43页。



- (1) 根据国与国之间的协议必须履行的义务；
- (2) 为防止或抵销外国对德国有害的经济行为；
- (3) 为防止从国外流入德国有害的货币或资本；
- (4) 为保障德国的社会安全和世界和平。

在进出口领域，政府有权视以下具体情况来决定是否进行干预：

(1) 如果生活必需品的国内供应受到威胁，政府有权限制有关商品进口；

(2) 为保护国内经济发展，可以限制有关商品出口；

(3) 为保护国内经济利益，可以限制与国外的服务往来；

(4) 为保证国际收支长期平衡，可以调查与国外的资本往来；

(5) 为保护马克不受贬值和维持国际收支平衡，可以限制非境内人在德国的资本和货币投放；

(6) 根据需要，可以限制非境内人在德国建立企业、子公司或代表处；

(7) 为防止国外有害货币和资本的流入，境内人从境外借贷的一定比例（不超过 50%）必须在一定时间内无息存入德国联邦银行的帐号上，这被称为“限款押金义务”。

上述规定都是政府干预权的法律依据。事实上，《对外经济法》的所有条款大多是关于政府干预权的规定，除此以外，则属于自由贸易的范围。

## 二、进口管理制度

根据自由贸易政策，德国的进口管理制度主要对一小部分进口商品给予限制，其他都属于自由贸易的范围。《对外经济法》第 10 条规定了商品进口的审批权，这是“进口清单”的法律依据。在所列的进口清单中，约有 98% 的商品是不需要审批的，即可以自由进口。其他 2% 的商品则通过配额制度控制其进口。

“进口清单”上的商品可以根据具体情况修改，并随时予以公布。

对这部分控制的商品，德国实行进口许可证制度，其颁发进口许可证的机构是联邦经济部（Bundesamt fuer Wirtschaft）。<sup>①</sup>这类许可证分为以下两类：

一是定额许可证。即实行配额进口，对进口商品的数量或金额予以限制。这类配额是根据欧共体分配的数额来确定，由政府统计各国（或地区）的进口配额情况并在《联邦指南》上予以公布。《对外经济法》第2条第2款规定了配额分配的几种方法：（1）依先后分配，先来先发，分完为止；（2）按比例分配；（3）优先考虑老客户，新申请的按基本配额发放；（4）按人头发放；（5）以出口许可证方式，即按出口国在配额限量内发放的出口许可证在进口国申请进口许可。对纺织品，德国规定了特殊配额。

在实际操作中，一般分以下两种情况：

其一，对进口清单上准许进口的商品的限制。主要有：一些商品必须先取得许可证才可以进口或必须提交原产地证明才能进口，如进口金额达到2000马克的商品、一般纺织品、以及在进口清单上用“V”表示的商品，法律规定必须附有原产地证明；一些商品必须申报原产地才能进口或必须申报进口者的情况才能进口，如在进口清单上表有“EE”或“EEC”的商品，其中，“EE”指欧共体委员会许可的只有德国才能进口的商品；“EEC”指欧共体各国都可以进口的商品。

其二，对进口清单上没有写明准予进口的商品的限制，如：

（1）根据协定限制的商品，如根据国际条约或国际协定所限制的商品；

（2）为维护公共秩序而限制的商品，如武器、核物质、放射性物质、爆炸物等11种商品；

---

<sup>①</sup> 此机构的地址在：Frankfurter Str. 29/31 65760 Eschborn.

(3) 为保护环境所限制的商品，如废弃物、有毒物品、含铅物质等 4 种商品；

(4) 为保护健康而限制的商品，如肉类 9 种、葡萄酒类 3 种、蛋制品 2 种以及从传染病地区健康的商品和酒类商品等。

在进口数量方面，德国对以下 9 类商品作了限制：土豆、土豆粉、土豆制品、咖啡、咖啡提炼物、黄麻、磁器、陶器和绝缘器等。此外，对部分已包装或装入罐头的食品和化学品及纤维制品等商品进入德国时，必须用德语写明原产地国。

二是无定额许可证。主要是那些允许“自由”贸易的商品，如食品、农副产品等。对这类商品，如合同期达 2 年以上，必须事先得到政府的批准。

对于不需要审批的商品，在《对外经济条例》第 33 条第 1 款中作了规定，即进口的商品如是为了加工后再出口，则这些商品的进口原则上不需要审批。第 32 条又规定，对以下情况下的进口额，不需要再审批：营业用物质每人进口价值在 1000 马克以下的；食品、样品和试样，其价值在 250 马克以下的；礼品价值在 500 马克以下的商品等等。

需要指出的是，德国在实施许可证制度时，把国家和地区划分成 A、B、C 三类。A 类是指，经济合作与发展的 24 个成员国；C 类为苏联和东欧各国；B 类是除 A、C 两类以外的国家和地区。在签发许可证时，对 A 类较宽，而对 C 类则十分严格。1994 年以后，德国对国别的划分逐渐取消了。

### 三、出口管理制度

有关出口管理方面的法律主要规定在《对外经济条例》（以下简称条例）中，与《对外经济法》不同的是，“条例”是经常修改和变动的，它的附件是出口清单。德国制定出口清单是根据一系列国际协定、欧共体规定以及德国本身的经济发展的需要来确

定的，如 1968 年的限制核扩散协议、1985 年的关于限制化学武器原料扩散的“澳大利亚集团”以及 1987 年的伦敦限制导弹技术转让协定等等。

在 1994 年前，德国对下列三类商品的出口实行许可证制度：(1) 巴黎统筹委员会规定的管制商品，如武器和战略物资等；(2) 保证国内市场供应的商品；(3) 欧共体统一规定限制的对外出口的商品，如粮食、肉类等。1994 年以后，由于“巴黎统筹委员会”组织取消了，西方各国的出口限制主要以本国制约为主、国际协调为辅。出口清单作了很大的调整，有些限制被取消或放宽，但仍有一些商品的出口需要申报审批。目前，这类出口审批分为三种：(1) 单独出口审批，即针对某个合同项目进行审批，一般有效期为 2 年；(2) 限额审批，即就某类商品的出口给予限额，外国进口商只要不超过限额，可不断获得同类商品；(3) 综合出口审批，即主要针对购买同一商品的国外进口商进行审批。

为了鼓励出口，德国政府采取了出口信贷国家担保制，即对一般商业保险公司不愿承担风险的项目，由国家出面担保。目前承担这一任务的是政府委托的赫尔默斯信贷保险股份有限公司。保险期限一般不超过 5 年。对大宗出口贸易，则由联邦经济部、外交部、财政部、工商金融界的代表组成特别委员会，由国家出面担保。这种保险的保险费率很低，一般为 1% 至 1.5%。如因经济原因造成损失，出口商承担 85% 的赔偿金；如因政治原因造成损失的，则可得到 90% 的赔偿金。对于某些特定的商品或技术，如核能技术、军备产品或大型成套设备等项目的对外贸易，必须由政府出面参加才能进行。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 上海对外贸易协会编：《对外经济贸易实用大全》，复旦大学出版社 1989 年版，第 714、715 页。

在德国，出口审批必须获得：①出口许可申请表；②出口许可；③出口许可申请表复印件。根据不同出口项目，申请表递交到以下各部门：(1) 工业物质，递交到联邦出口局；(2) 农业物资，递交到联邦农业局；(3) 出口检查，由出口方所属海关和边境海关负责。对于出口商品的价格核查，必须根据《对外经济条例》第 44 条第 1 款的规定进行审批。

#### 四、海关与关税

海关主要在进出口程序方面实行监督。

在进口方面涉及到以下程序：

##### (1) 报关手续

进口到德国的货物在进入德国时必须递交以下文件：海关申报和关税申请；关税值申报；商业发票；购货合同以及原产地证明等。为了便于操作，德国在海关申报和关税申请方面，与欧共体其他国家一样，使用“统一单据”。所谓“统一单据”是指，从欧共体国家进口和向欧共体国家出口的申报都采用欧共体统一印制的单据。所有欧共体国家和 EFTA（欧洲自由贸易联盟）国家都使用这种单据。1993 年以后，对欧共体成员国内的贸易不再使用统一单据，但对欧共体与其他国家的贸易仍然使用这种单据。海关可以向有关企业出售这类制作统一单据的软件（ZADAT, Zollanmeldung auf Datentraegern）。

(2) 对免审批进口的商品，可通过“声明程序”进关，即进口商只要声明他要进口有关商品，并交所在州州立银行盖章。有些商品可不必递交进口声明，如免税商品、广告品、样品等。

(3) 对需要审批才能进口的商品，必须先获得进口许可后才能进关。海关在货物到时还要检查其进口商品的数量和价格是否与进口许可吻合。如果超过 5% 以上，则多余部分不予放行。

(4) 征收关税。海关对免关税的进口货物，准许马上提货；

对应征收关税的，以书面或口头形式通知有关企业。按规定企业在收到通知后应付清关税，法律规定允许推迟支付时间的，则可推迟。关税税率可参照《德国实用税率表》。

在出口方面须递交以下文件：统一单据；海关出具的出口货物报告；原产地证明；商品流通证明。涉及到以下程序：

(1) 海关检查。海关检查的重点是毒品、武器走私、高税商品走私（香烟、酒、黄金等）以及违禁高技术商品等。其他检查的项目还有：关税缴纳情况、消费税、出口退增值税等。

(2) 统一单据。填写统一单据的程序与以上进口程序所要求的统一单据一样。

(3) 海关出具的出口货物报告。货物在出口前，一般要向海关递交申报单，海关根据具体情况予以检查。

(4) 商品流通证明（EURI）。如出口到欧洲自由贸易地区的国家，递交这类证明可获得进口关税上的优惠。

(5) 通关证。对有些临时出口的商品，如出国展览或洽谈业务时带的样品，欧共体委员会制定了商品样品通关证协定，要求各国对临时进口的商品给予关税担保，以保证这类商品还将带出该国。在德国，这类通关证由各州的工商会颁发。

对于进出口货物，除了办理海关手续外，征收关税是一个重要环节。对进口货物，必须填写“关税值申报表”，其数据以商业发票为准，并附上商业发票。对进口大宗货物的，进口商必须先了解进口关税的情况，可向所在州的高级税务机关咨询，填写一份申请书，说明进口商品的具体性质。税务机关在2个月内应告诉进口商，该商品属于哪一个关税税率，要交多少关税。

从总体上看，作为欧共体成员国之一，德国也实行关税同盟。即对欧共体内的成员互免关税，而对外则适用统一关税税率。所谓关税同盟，是指两个或两个以上关税区组成的单一关税领土，对同盟之间的贸易取消关税和其他贸易限制，对同盟以外

的贸易实行共同对外关税。<sup>①</sup> 欧共同体关税同盟的特点是，以统一欧共同体关税取代各成员国关税，即对内，取消成员国之间贸易中的一切关税和数量上的限制，实行商品自由流通；对外，在各成员国与第三国的贸易关系中建立统一标准的共同关税制度。<sup>②</sup> 除了实行统一关税外，有一部分商品的关税税率是由德国自行决定的。在相当一段时间里，德国按不同国家划分五类不同的税率，即（1）特惠税率，主要对签署《洛美协定》的非洲、加勒比海和太平洋地区的发展中国家；（2）协定税率，主要对与欧共同体签订优惠贸易协定的北欧和地中海沿岸的国家；（3）普遍优惠制税率，主要对 77 个集团和其他发展中国家；（4）最惠国待遇税率，其对象是“关税及贸易总协定”的成员国以及与欧共同体签订双边贸易协定的国家；（5）普遍税率，适用于不属于以上四种税率的国家与地区。

在税种方面，德国的关税主要有以下几种：

第一，进口增值税。在德国，进口商品一般需付 15% 的进口增值税，如属优惠范围，则需付 7% 的优惠税率。与德国国内的增值税一样，这笔税是可以退回的。此外，还有“进口平均税”，即国内生产同样进口货物应缴纳的增值税。这种税率有两种：一是对非成员国征收；二是对成员国征收。前者为 13%，后者为 6.5%。

第二，出口增值税。对于出口，德国采用零税制，商品可全部退税。出口商只要填写一份出口证明，以表明该商品确实已离开德国境内。

第三，消费者税。这是对特定消费品征收的一种税，如香

<sup>①</sup> 参见 GATT Art. 24 (8)。

<sup>②</sup> 参见刘星红：《欧共同体对外贸易法律制度》中国法制出版社 1996 年版，第 65 页。

烟、酒类、咖啡、茶叶等。对于出口，消费税也是可以退的。

在税率方面，德国对进口商品征收的税率，以纺织品、轻工业品、农畜产品的进口税最高；大多数原料是免税的。

在关税计征方面，少数商品征收从量税，大多数征收从价税，并以商品的到岸价格（CIF）为征收标准。所有关税金额用马克支付，如用外汇结算，需折合成马克。为统一计税，德国财政部每月公布一次销售税折算汇率，进口商按此汇率以马克纳税。

### 第三节 德国的投资政策与法律

#### 一、外国对德国的投资

总体上，外国人可以在德国建立和买卖企业，不需要特别的审批手续。事实上，德国没有任何外国投资批准机构，它是对外国投资不施加外汇管制和限制的少数几个国家之一。外国人在德国可以取得股票、土地或不动产；也可以取得外国贷款；或以本地或外国货币保持银行帐号；对从国外收取或向国外转移的股息、利息没有限制；对外国人拥有的股份比例和投资规模也没有限制。

一般来说，对德进行直接投资的国家主要是欧共同体成员国。据资料，1992年在外国对德国的直接投资净额中，欧共同体成员国的投资约占86%，即32.5亿马克，其中投资最多的国家是英国，其次是法国、日本、美国、瑞典、芬兰等。近年来，中东阿拉伯国家对德国进行了大量投资，如科威特在德国最有名的“奔驰”公司进行投资，伊朗在克虏伯钢铁公司的投资等等。1991年以后，日本对德国的投资显著增长，投资额近10亿马克，居亚洲国家之首。在德国现有的50家最大的公司中，有12家是外国公司，包括爱克逊公司、通用汽车公司、福特汽车公司、国际



商业机器 (IBM) 公司、汽车石油公司、英国石油公司、英国广播公司 (BBC)、尤尼莱佛 (Unilever) 公司等。<sup>①</sup> 从外国投资的领域来看, 主要侧重于以下部门: 机器、石油炼制和加工、电子工程领域、化学和塑料、汽车工业、钢铁制造、饮食等。

在德国, 原则上对外国的投资没有什么限制, 但某些商业领域需要得到特别许可, 如保险公司、银行业、建筑业、乘客运输业等。对必须获得许可的行业来说, 它首先应得到本地许可, 遵守有关这一领域的法规和行业规则, 如有关安全规则、环境保护要求以及减少和控制化学污染的要求。

## 二、德国对外直接投资

德国对外直接投资的地区主要是欧共同体国家, 约占 60% 之多, 其他投资方向为发达的工业化国家, 如 1992 年德国直接投资最多的国家是比利时和卢森堡, 约 63 亿马克, 其次是美国 26.7 亿马克、英国 22 亿马克、法国 18.7 亿马克等。相比之下, 德国对亚洲国家的投资一直不多, 其中主要是对日本的投资。以 1992 年的统计数字看, 在日本的投资是 2.9 亿马克, 在中国的投资是 1.7 亿马克, 在新加坡的投资是 1.3 亿马克。近年来, 德国对亚太地区实行“经济外交”政策, 对亚洲的投资兴趣正在提高。

德国对外直接投资的行业主要是: 农业、能源与矿产、制造业、服务业等。制造业中以化学工业、电子工业、冶金工业和汽车工业为主; 在服务业中, 以信贷机构和保险机构为主。

## 三、投资鼓励措施

按照德国法律规定, 在德国的外国企业一般都能得到德国政

---

<sup>①</sup> 参见姚梅镇主编:《海外投资法律实务》, 法律出版社 1993 年版, 第 384 页。

府（联邦或州）的资助。其形式主要有：无偿补贴、长期优惠贷款以及各种担保等。这些鼓励措施由联邦、州以及联邦与州共同组成的投资促进机构来具体实施。

#### （一）联邦的投资鼓励办法

联邦的投资鼓励办法主要有以下几类：

（1）联邦投资促进办法。联邦一级的投资促进机构主要对中小企业给予资助，通过优惠贷款，促进中小企业的投资。其执行机构是“复兴信贷银行”和“德国清算银行”。企业可以通过一家设在德国的银行提出申请，该银行必须向上述两个银行之一承担信贷担保。贷款期限最长为10年，最多有2年宽限期。

（2）环保投资资助。德国的复兴信贷银行和清算银行都有环保投资资助计划。其贷款用途主要是有利于德国环境净化，如减少或避免空气污染、污水净化处理、垃圾的处理、能源的节省与再生、土地与地下水的保护、以及一切与环保有关的新措施。

（3）对科技研究与开发的资助。其贷款用途主要是促进新技术在中小企业的推广、发展技术上领先的新方法或新服务。这一项目的申请者是在德国经营的、年销售额不足5000万马克的小企业或个人。

（4）对东部投资的鼓励措施。凡是去东部投资的企业或个人，德国政府给予各种资助或补贴，如对于新建工厂的补贴，其最高额可达23%；对扩建项目的补贴最高可达15%；购买将停产的企业，可获23%的补贴。企业在享受补贴的同时，还可以享受其他投资促进措施，如特别折旧、欧洲复兴计划资金和自有资金扶助计划等。

#### （二）各州的投资鼓励办法

各州对投资的鼓励措施主要是给中小企业的。其办法是通过银行对中小企业提供优惠贷款，贷款条件比联邦的优惠。企业如想获得这一优惠贷款，必须先提出申请，就有关专业问题可咨询

州的各种专业咨询公司、经济部或经济促进部门。在东部各州，中小企业除申请投资补贴外，还可以从各种促进计划中得到资助。每个州都有一套详尽的促进中小企业的计划，投资者可以十分方便地得到这类信息。

### (三) 联邦与州共同的投资鼓励办法

除了上述两种外，还有联邦与州共同的促进投资计划，即信贷担保和改善地区经济结构。

#### 1. 信贷担保

企业获得资助投资的贷款，一般都要担保。各州都有这种担保银行，企业可通过开户银行向担保银行申请，要求担保。担保的最高限额为每个项目 100 万马克，担保额最高可达贷款额的 80%，担保期限最长为 15 年。对于较大的投资项目，企业可以向联邦担保机构（称信托股份公司 Treuarbeit AG）提出申请。这项担保的最高限额是 2000 万马克。此外，德国的清算银行也可以提供担保，担保额度为 100 万至 2000 万马克。

#### 2. 改善地区经济结构

对投资于落后地区的基础设施，联邦和各州都提供经济资助。其投资补助主要用于新建、扩建企业，或使企业得到合理化改善，或收购该企业。对于投资于东部地区的企业，最高补贴额为：新建企业 23%，扩建企业 20%，改造企业 15%。为了促进东部地区的经济建设，联邦政府已向该地区提供了 160 亿马克的投资补贴和税收优惠（至 1993 年底），使东部地区的经济得到迅速发展。对获得补贴的企业，德国法还规定了一些条件，如该投资企业所生产的产品应销售到 50 公里以外的地区等等。<sup>①</sup>

值得一提的是，德国法规定对某些部门的投资，一般不给予投资补贴，如运输、农业、林业以及消费品批发业等。

<sup>①</sup> 参见吴仪主编：《世界各国贸易与投资指南——德国分册》第 125—127 页。

从以上三级投资鼓励办法，可归纳出德国对外国投资的鼓励主要通过以下几种方式：

- (1) 联邦政府给予投资奖金，这部分奖金是可以免税的；
- (2) 在税收方面给予优惠，减少所应征收的税款；
- (3) 给予财政资助，以低利率贷款、提供为第三方融资的担保或利息补贴等方式；
- (4) 提供良好的投资环境，如提供低价或低租金的土地、改善基础设施和交通等。

根据德国的《投资奖励法》，对于研究性的投资，税收部门给予相当于投资成本的 7.5%—20% 的现金补贴。对于投资高科技领域，还规定了个别补贴方法，这种补贴是根据申请人提出的具体申请来决定的。除了奖励和补助外，对在边境地区投资的企业，给予特殊折旧的优惠，即对新财产允许给予 50% 的动产或新建筑的折旧额。

#### 四、与投资有关的法律和法规

德国是一个法制比较完备的国家，任何事都有章可循。德国人常挂在嘴上的一句话是：“Alles in Ordnung”，也就是说，一切都应循规蹈矩。因此，外国个人或企业到德国投资，首先应了解德国有关投资的法律、法规以及联邦与各州的各种政策规定。从实务的角度，以下几种法律、法规是经常使用的：

(1) 德国民法典 (BGB)，该法制定于 1896 年，共 2385 条，其中与投资有关的部分是合同的签订与劳务合同问题；

(2) 德国商法典 (HGB)，该法制定于 1897 年，共 905 条，其中一些商业行为、买卖、商业助手等规定与投资有密切关系；

(3) 营业条例 (GewO)，该法 1869 年制定，1978 年修改，主要涉及雇工法律问题；

(4) 企业劳资关系法 (Betriebsverfassungsgesetz)，1972 年制

定，涉及企业工会组织和个人的权利。

(5) 青少年劳动保护法，1976年制定，涉及禁止雇佣童工、禁止和限制雇佣青少年从事危险工作、规定雇员的最低年龄、工作时间等；

(6) 解雇保护法，1969年制定，涉及保护雇员不受不合理的解雇；

(7) 联邦休假法，1963年制定，规定雇员每年的休假时间（最少为18天）；

(8) 劳动场所条例，1975年制定，规定劳动场所的设置大小、温度、照明、休息室、卫生条件等。

## 五、中德贸易关系

1972年中国与原联邦德国建立了外交关系，并于同年签订了两国贸易与支付协定，开始了正式的贸易关系。1982年中国与德国政府签订了投资保护协定、技术合作协定以及避免双重税收协定，进一步推进了两国的贸易发展。进入90年代以来，中德贸易发展迅速，两国企业签订了大批的经济合同、协议书和意向书。据我国海关统计，1993年的中德贸易额近100亿美元。其中我国对德国的出口额近40亿美元，我国从德国进口额约60亿美元。在我国对外贸易中，与德国的贸易仅次于日本和美国等，位居第五。近年来，我国与德国签订了许多经济合同，其中较大的项目有：广州地铁、集装箱船、准噶尔煤矿、吉林煤矿等。

德国在我国直接投资始于1981年，其投资领域主要是：汽车制造、飞机维修、机械制造、化工、电子和电气等。目前，德国最大的30家企业已在中国投资和发展合作项目，其中比较大的合作项目有：德国大众汽车公司、通用电气公司（AEG）、西门子公司等。

有关中德投资领域的法律保护主要有以下两个协定：

其一，是1983年中德促进和保护投资的双边协定。

1983年10月7日，中德两国政府代表在北京签订了促进和保护投资的双边协定。其全称是中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定（Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on Promotion and Mutual Protection of Investments），协定共13条，主要内容有：

(1) 关于与投资有关的活动所享受的待遇。协定第3条规定：缔约一方投资者在缔约另一方境内的投资及与投资有关的活动所享受的待遇，不应低于同缔约另一方订有同类协定的第三国投资者的投资及与投资有关的活动所享有的待遇；

(2) 关于征收及补偿。协定第4条规定，根据公共利益和依照法律程序，在给予补偿的前提下，缔约一方可对缔约另一方投资者在其境内的投资进行征收。补偿应及时，其支付应该是可以兑换和自由转移的；

(3) 关于外汇转移。协定第5条规定，缔约任何一方保证缔约另一方投资者自由转移资本和维持或扩大投资所用的追加款项、偿还贷款的款项、全部或部分转让投资的清算款项等与投资有关的款项；

(4) 关于代位求偿权。协定第6条规定，缔约一方对缔约另一方境内某项投资作了担保，并向其投资者支付了款项，缔约另一方承认，投资者的全部权利或请求权根据法律或法律行为转让给缔约一方，并承认缔约一方对这些转让的权利或请求权的代位；

(5) 关于争端的解决。协定第10条规定，如双方对协定的解释或适用发生争端，可通过协商解决。如6个月内未获解决，则缔约任何一方可要求提交仲裁。协定还对仲裁庭的组成、仲裁

裁决效力、仲裁费用的负担、以及仲裁程序等事项作了明确的规定。

其二，是中德避免双重征收协定。

1985年6月10日，中国还与原联邦德国签订了避免双重征收协定，其主要内容是：

(1) 规定了避免双重征收的办法。协定规定，联邦德国使用累进免税和税收抵免方法来避免双重征收；中国则采取税收抵免来避免双重征税；

(2) 关于股息、利息以及特许权使用费的规定。协定规定，原则上对股息、利息和特许权使用费等投资适用10%的限制税率，但对用于工业、商业和科技设备方面所支付的特许权使用费可七折征税。联邦德国对其居民公司分配利润征收的公司税税率低于对未分配利润的公司适用的税率，并且两者相差15%或更多时，可以将对股息的限制税率由10%提高到15%。

(3) 关于税收无差别待遇。按协定，对子公司、分公司的利润和资本实行无差别待遇。

此外，德国对德方在中国投资所得给予一定的税收饶让抵免待遇，这是德方单方面承担的一项义务；协定还对政府间银行或政府机构贷款、存款利息给予免税的待遇；对互访的教师、访问学者、研究人员、学生给予一定范围的免税。

#### 第四节 德国海外投资保险制度

德国海外投资保险，是德国为保护本国国民在海外投资安全而实行的一种保险制度，其目的是为了弥补投资者由于政治风险所带来的损失。德国的海外投资保险制度始于1949年，1959年为了向发展中国家增加投资，德国正式建立了海外投资保险制度，由两大国营公司——“黑姆斯信用保险公司”（Herms Kred-

itversicherung Aktiengesellschaft) 和“德国信托与监察公司”(Deutsh Revisionung Treuhand Aktiengesellschaft) 负责海外投资保险业务。在形式上,德国的海外投资保险制度有点像美国的投资保险制度,但德国不以与东道国政府间的双边投资保证协定为保险的法定条件,对于在发展中国家的投资才要求订立双边投资保证协定。与美国的“海外私人投资公司”相比较,德国上述两保险公司都没有审批投保申请的权力。负责审批保险的机构是:经济部、财政部及外交部代表组成的有决议权的委员会及由议会审核院和联邦银行代表所组成的咨询委员会。

### 一、关于投资保险的范围

投资保险范围包括:外汇险、征用险、战争险、迟延支付险和货币贬值险。

#### (一) 外汇险

外汇险是指海外投资者所得的金额,在东道国不能兑换为外币自由汇回德国的风险。这部分外汇包括:由资本参加所产生的到期债权;作为资本参加的贷款债权;以及应得利润所产生的到期债权等等。按规定,被保险人在得到支付后2个月内,如当地货币不能兑换成外汇汇回德国的,都属于外汇险范围。此外,分支机构、营业所解散后的清算资金发生同样情况时,也属外汇险。

#### (二) 征用险

征用险是指国有化、征用及其他由东道国最高权力机关采取的与征用具有同样性质的措施而产生的风险。凡属资本参加的债权、资本参加的贷款债权、应得利润的债权,其全部或一部分被征用或国有化的,都属征用险范围。分支机构、营业所解散时的资金发生同样情况也包括在内。

#### (三) 战争险



战争险是指因战争、暴动、内乱等因素使投资企业或分店、营业所的全部或部分财产被征用或被破坏，或各种资本参加的债权、贷款债权、利润等得不到保证的风险。

#### (四) 迟延支付险

迟延支付险是指投资者以资本形式参加的债权、应得利润的全部或部分，因停止支付和迟延支付，使其得不到保证或完全不能得到受益的风险。

#### (五) 货币贬值险

货币贬值险是指由于停止支付或迟延支付，不能自由兑换而导致货币贬值所受的损失的风险。

## 二、投资保险的基本内容

### (一) 保险对象

保险对象是在外国的投资及其所产生的利润。在外国的投资包括以下几种形式：

(1) 资本参加，是指以资本、商品或提供劳务的形式在国外投资，并对企业享有投票权、控制权、同意权或利润处分权等。

(2) 向分支机构投资，是指对总公司设在德国的企业的国外分支机构或营业所提供的类似于资本金的创业资金。

(3) 资本参加的贷款，是指以资本形式参加的贷款，享有贷款应得的债权、利润等。

法律规定，作为保险对象投资的合格性，必须具备两个条件：其一，保险对象只限于资本参加的形式；其二，作为保险对象的利润，必须是以资本参加或作为资本参加的贷款，在一定期间应得的利息红利及其他受益。

### (二) 保险人与被保险人

法律规定，法定保险人是德国政府。某一投资项目能否得到批准由政府决定。一般由经济部、财政部、外交部的代表所组成

的委员会与会计审核院、联邦银行的代表组成的咨询机构来审查申请保险的投资项目。属于应鼓励的或对德国与发展中国家的经济交往有积极意义的项目，都能得到批准。项目批准后，具体的保险业务则由前述的两个国营公司来操作。

被保险人必须是合格的投资者，在德国有住所或居所。

### （三）保险费

保险费率以各州的规定而不一，也根据保险期限的长短而不同。一般的规定是：保险期限在5年以内的，为0.6%；5年至10年的，为0.5%；10年至15年的，为1.0%；15年至20年的，为1.5%。<sup>①</sup>

### （四）保险期限

保险期限原则上为15年，但涉及生产设备的制造需要较长时间时，可延长至20年。

### （五）双边投资保证协定

德国对签订双边投资保证协定采取积极的态度，并视为绝对原则。如德国与东道国订有投资保证协定，也就可以适用投资保险制度。保险人支付保险金后，根据双边协定，他有权向东道国行使代位求偿权。对发达国家或法制比较完备的国家，如该国家对外资能给予充分保障的，即使没有双边协定，也可适用保险制度。

### （六）赔偿额

如发生保险事故，保险人应根据法律规定或合同条款负赔偿责任。对投资的损失和利润的损失，可依据具体赔偿办法给予赔偿。保险金额以马克为支付手段。保险人支付的保险金额是资本保证和利润保证。按不同方法具体计算，如对于资本保证，可按各年具体情况从确定金额中扣除资本折旧和损耗后的剩余部分来

<sup>①</sup> 参见蔡曙涛：《国际投资法》，北京大学出版社1995年版，第298页。

确定。在最高保证限额内，保险人只承担赔偿损失的 80% 至 95% 的责任，其余部分由被保险人承担。

## 第五节 德国的外汇政策与 国际金融管理

### 一、德国的外汇政策

德国是实行自由外汇政策的国家之一，政府、企业和个人都可以持有或买卖外汇。有关汇率和对外货币关系的决定权在政府，中央银行（德意志联邦银行）负责协助并具体执行政策。在德国，自由买卖外汇可以在固定汇率内进行，也可以在自由浮动汇率内操作。1973 年随着以美元为中心的固定汇率国际货币体系瓦解后，欧洲货币体系各成员国之间保持了固定汇率关系。1993 年 8 月，欧洲货币体系取消了固定汇率，实行浮动汇率。因此，马克对外汇率的高低完全取决于市场的供求关系。目前，马克是仅次于美元的第二重要国际货币。

由于德国的通货膨胀率很低，因此不需要采取价格管制。德国对一般的商业交易没有任何外汇管制，仅要求将进出口交易通知中央银行，以便于统计。

### 二、国际金融管理

德国银行业在整个国民经济资金借贷循环中起着十分重要的金融中介人的作用。银行发放的贷款占了所有非金融机构的负债总额的 3/5，并且它在货币市场、信贷和资本市场和外汇市场中都扮演着调控的角色。例如，在外汇政策方面，联邦银行除了在即期和远期外汇市场上进行干预外，还参与制定有关资本流转、对外支付、外国证券和黄金交易的法律，并负责颁发有关业务许可证；在国际贸易中，通过对本国出口商和外国进口商签订的买

买卖合同提供中、长期出口信贷来监督合同的履行；在外汇市场中，银行机构不仅代客户买卖外汇，而且自己也经营外汇买卖。

有关德国的银行体系与业务范围，我们在前面已有专章介绍。这里我们选择与国际经济有关的内容来看德国银行在国际金融管理方面的作用。

### （一）联邦银行

联邦银行又称中央银行，在地位上是德国银行的银行，其职能是发行马克、提供贷款、稳定货币、代理联邦财政收支出纳以及发展与外国的业务关系。在对外交往中，可以对外汇市场进行干预，对外支付，并且在国际贸易中对商业银行实行有效的指导。根据德国法律规定，联邦银行是一个独立于政府的机构，在行使职权时，不受联邦政府的约束。但在执行政策时必须与联邦政府的经济政策一致。联邦银行只对联邦议会负责。

### （二）联邦出口信贷银行（Ausfuhr Kredit Gesellschaft GmbH, 简称 AKA）<sup>①</sup>

联邦出口信贷银行主要由商业银行合资组成，是支持德国商品出口而提供信贷的专业银行。参加该银行的有近 60 家银行，其中最大的是联邦银行，它持有该行 27% 的股份。出口信贷资金的提供按各行持股的比例进行分配。该行的主要业务是为本国出口商和外国进口商签订的买卖合同提供中、长期出口信贷。这种信贷分甲、乙、丙三种。甲、乙两种基金是对出口商的信贷，出口商在货物生产期即可取得信贷。丙种基金是对国外进口商的信贷。在这种基金下，只有当本国出口商交货或提供设备投入生产时，出口信贷银行才给进口商提供信贷。一般来说，要获得这一贷款必须首先在德国的海尔梅斯出口信贷保险公司投保。由该

---

<sup>①</sup> 参见李乾亨主编：《对外经济贸易手册》江苏人民出版社 1988 年，第 544 页。

银行提供信贷，其收取的利率低于市场利率。

(三) 联邦德国复兴信贷银行 (Kreditanstalt fuer Wiederaufbau, 简称 KW)

该银行是 1948 年成立的，其主要任务是用马歇尔计划的资金为德国经济的恢复和发展提供中、长期贷款。以后该银行发展为一家为本国对外援助项目提供贷款的开发银行。其宗旨是运用欧洲复兴基金对发展中国家提供援助和长期贷款。该行的资本为 10 亿马克，80% 为联邦政府所有，20% 为各州政府所有。资金来源是联邦政府的拨款、欧洲复兴计划特殊资金和资本市场上吸取的资金。<sup>①</sup>

#### (四) 1985 年的《信贷法》

为了加强对银行的管理，德国于 1985 年修改了信贷法。信贷法是一部保证信贷机构安全和保持其活力的法律。其主要内容有：信贷业务管理、流动资金管理、银行监督管理以及竞争和宣传方面的管理等。

修改后的信贷法的主要内容是：

(1) 对银行的监督从原来对各银行的监督转为对整个银行集团的监督。银行集团所有成员必须联合制定统一的业务报表，以便联邦信贷监督局对每一个银行实行有效的监督管理；

(2) 对大额贷款的管理作了新的调整，即每一笔大额贷款从原来不得超过自有资本的 75%，改为不得超过 50%。

(3) 加强与其他国家银行监督机构之间的国际合作，如外国银行监督机构可以要求德国信贷监督局帮助审查设在德国境内的机构向国外提供的联合结帐材料是否准确可靠等。经外国有关当局批准，德国信贷监督局也有权对本国银行集团联合结帐的国外

---

<sup>①</sup> 参见中国银行国际金融研究所编：《国际金融手册》人民出版社 1990 年版，第 461—465 页。

附属机构的业务活动进行检查。

### 三、法兰克福金融市场

法兰克福是世界有名的金融中心。1957年德国根据《联邦银行法》成立了联邦银行（中央银行），其总行设在法兰克福。目前，德国本国的银行机构约有150家设在那里，其中包括一些大的银行，如德累斯顿银行、商业银行、公共经济银行的总行等。此外，还有200多家外国银行机构。法兰克福金融市场主要有：

(1) 证券市场。法兰克福交易所是世界最大的交易所之一，拥有140多家会员银行，其中70多家为外国银行。它主要经营有价证券、汇票、各种货币以及贵金属交易。该交易所是一个自律性的私营股份公司，实行董事会领导下的总经理负责制。交易所董事会的职责是：批准金融机构和证券交易人进入交易所；决定交易所组织机构和工作程序；监督和实施国家法律和交易所各项规则；制定交易所法律和规章制度；指定交易所总经理人选等。按照德国《证券交易法》的规定，德国全部证券交易必须由银行及金融机构办理。因此，商业银行在证券交易所占有十分重要的地位。目前，每天有1000多家金融机构到交易所进行各项有价证券买卖，交易所已成为法兰克福金融中心的心脏。

(2) 外汇市场。法兰克福外汇交易所是德国五大外汇交易所之一。其交易量约占五大交易所总业务量的50%，其中美元交易量最大，瑞士法郎、法国法郎和荷兰盾次之。联邦银行只对法兰克福外汇交易所的交易进行干预，因此其他四大交易所——柏林、杜塞尔多夫、汉堡、慕尼黑都要向法兰克福外汇交易所看齐。

(3) 黄金市场。从1968年始，法兰克福外汇交易所经营贵金属。现已成为欧洲主要的黄金市场之一。由于德国对黄金交易征收14%的增值税，因此黄金业务发展缓慢。

## 第六节 外国人在德国的居留 与工作许可

### 一、进入德国的签证

外国人如想在德国工作、学习或停留一段不确定的期间，都必须在进入德国前取得签证。对于欧共同体成员国的公民，只要持有本国证明文件即可进入德国，并可停留3个月。一般来说，一个外国人在德国停留的时间超过3个月的，须取得居住许可证。德国的移民局（或称外国人管理局）负责签发居留许可证。根据德国法规定，居留许可证有四种形式：

(1) 事务居留许可。这类许可针对的是有一定目的来德国的人，如旅游、商务、短期交流等。按规定这些人在德国居留不得超过一定的期限，一般不得超过1年。

(2) 侨民居留许可。这类签证主要依据涉及外国人的法律，申请者来德国没有一定的目的。按规定，这种居留为1年，但可以延长。

(3) 合法居留许可。外国人连续签证达8年（每年签一次）以上者或获得3年以上一次性签证者，可获得合法居留许可。

(4) 滞留居留许可。根据国际法原则，德国允许入境或在德国停留的外国人在德居留，如出于政治原因或宗教信仰等。

外国人在进入德国前首先要提出申请，并说明来德国的目的（即居留理由），移民局将根据不同类型给予不同签证。法律规定，在德期间如果居留目的改变了，不能再申请延期，必须在离开德国后，在本国再申请来德国。对于想在德国工作的人来说，只有在取得工作许可后才有资格办理签证。

除签证外，外国人在进入德国后还必须到所在当局进行注册（这一规定同样适用于德国公民），即有义务到居住地向注册局报

告其住址。一般在进入德国 1 周内办理该手续，如果住址有变化，应及时通知移民局。同样，当离开德国时，也有义务去注册局注销住址。

## 二、工作许可

在德国，除了欧共体的国民外，其他外国人如想在德国工作，必须先取得工作许可。受理这项申请的机构是联邦劳动局的基层机构（Arbeitsamt）。法律规定，允许在德国居留的外国人，并不一定有权在德国工作，即使一个外国人想在德国境内的他的本国公司工作，也必须在申请签证时同时提出工作申请，否则他就无权在德国的他的本国公司工作。

一般由未来的雇主在本地劳动局提出申请，劳动局在考虑劳动市场需求后，尤其考虑在没有同样经历或资格的德国雇员可用的情况下，才会给予工作许可。当局发放工作许可的种类主要有两种：一是有限制的，即只能在一家特定公司受雇；一是无限制的，即对受雇活动或地点不加限制。不管哪一种类型，工作许可的期限在 3 年至 5 年之间。

除上述要求的申请外，对于某些特殊情况，按德国法律规定可以例外发给工作许可证，<sup>①</sup> 如：（1）对于持有无限期的居留许可证的外国人；（2）一个有限公司的总经理；（3）大学、高校、毕业学校的学生利用假期每年不超过 2 个月的短期工作；（4）居领导岗位并拥有全权的职员或代理人。

实际上，法律上代表某法律实体的个人，包括有限公司的董事、股票公司的行政官、一般商业合伙公司的合伙人或其他合伙公司的某些成员，或具有一般代表权的雇佣董事，都不需要工作许可。

<sup>①</sup> 参见吴仪主编：《世界各国贸易与投资指南——德国分册》，第 136 页。



### 三、外国人在德国设立公司

德国法律规定，外国人可以在德国设立公司。但首要问题是，必须明确公司的法律形式和税收制度，这两点是十分重要的。德国法对外国企业或某一实体规定了若干组织形式，如：有限公司（GmbH）；外国公司的分公司；股份公司（AG）；民法合伙（BGB - Gesellschaft）；普通合伙（OHG）；两合公司（KG）；有限商业合伙与作为合伙人的有限责任公司（GmbH & Co. KG）；股份两合公司（KGaA）；匿名合伙（Still Gesellschaft）；独资企业（Einzelfirma）；非公司形式的外国企业的分支机构等。

以上各种公司形式在德国商法典中作了详尽的规定。作为外国公司，必须注意以下事项：

#### （1）关于公司的名称和执照

公司的名称须经当地商会认可。如使用“国际”一词，应证明公司有国际业务，并且在其他国家设有分支机构。对外国人来说，他应首先确定公司的企业形式，是否只有企业的财产对公司的债务负责。以合伙或独资企业形式经营的，至少一个合伙人或独资经营者对债务承担无限责任。一般来说，除了特殊行业，如银行业和保险业事先应进行资格审查外，其他责任有限公司的营业执照很容易获得。公司的营业执照在全国通用。

#### （2）关于公司资本

对责任有限公司规定的最低资本额为 5 万马克。资本的 25% 或 2.5 万马克，必须在新公司注册前汇入公司的银行帐号。

#### （3）关于中资公司

在德国的中资公司可以以公民个人名义出面，作为公司的股东。但一般的做法是，以国内母公司作为股东。中国母公司必须对自己分公司的债务承担义务。在德国，这种形式的股东必须向

德国商业登记处递交以下文件：该公司在中国是合法存在；该公司代表的授权书；给代表人员以该公司名义在德国建立公司的授权书。

#### (4) 关于公司登记所交的文件

在商业登记处，外国公司必须递交以下文件：由总经理保证的设立公司所需的最低资本已缴付的证明；经公证的公司章程；股东名册及各股之金额；证明总经理签名属实的文件；特殊部门的证明文件，如银行、保险业须经专门部门批准等。

### 四、外国公司的纳税问题

外国公司在德国经营必须遵守德国的税法。德国的税种十分复杂，有不同的分类标准。法律规定，外国公司的分公司和合伙应缴纳贸易税。在德国设有分公司或德国合伙企业的合伙人的外国公司，在交完贸易税后的利润应纳 50% 的公司所得税；对利润汇出不征收任何预提税。

与外国公司有关的主要税种是：所得税、销售税、营业税、贸易税以及公司税等。

#### (一) 所得税

所得税是最大的税种之一，包括一个人（或一个家庭）一年内的全部收入，如工资收入、企业收入、红利、利息等等。法律规定，在下列情况下，所得税可以减免：合理的企业支出、广告开支、家庭免税额、老年免税额等。

#### (二) 公司税

对公司的应税利润以 5% 税率交纳公司税。公司税主要有两种税率：对保留在公司的利润税率较高，对分给股东的利润则税率较低。从 1990 年 1 月 1 日起，税率降至 50%，适用于分配利润的税率为 36%。与一般所得税的区别是，公司不能享受所得税中针对自然人的规定。

### (三) 营业税

营业税是针对企业的行为，只要企业存在，就有义务交税，不管该企业是否盈利。在德国，营业税是一种地方税，由各地规定与征收。

### (四) 销售税

销售税打入商品和劳务价格，并最终由消费者负担，所以又称“增值税”。目前，一般的商品销售税为15%，食品、书报等为7%。根据法律规定，符合以下条件的可免征增值税，如上年销售额不足2.5万马克，当年的销售额不超过10万马克的小企业；出租土地、商品出口、医生、博物馆、私人学校等。

### (五) 贸易税

除联邦所得税外，对所有从事工业或商业活动的企业均征收贸易税。贸易税可以在所得税上扣除。根据不同的地区，实际税率从9%至20%不等。税率对调整后的所得是5%，对资本是0.2%。

## 第七节 国际经济纠纷的解决： 诉讼与仲裁

### 一、法律渊源

有关国际经济交往中的纠纷，主要涉及国际管辖权与程序法问题。在德国，这部分法律关系由《民事诉讼法》（Zivilprozessordnung, ZPO）、《民法施行法》（Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch）<sup>①</sup>、国际协定以及很大比例的习惯法来调整。与

---

<sup>①</sup> 德国的《民法施行法》制定于1896年，于1900年1月1日生效；1986年7月25日作了修订。在中文翻译中有的使用《联邦德国国际私法》，也有使用《联邦德国关于改革国际私法的立法》、《国际私法改革法》等名称。本文作者认为，应按字面直译较妥，即德国《民法施行法》。

其他国家不同的是，德国法律对国际管辖权的规定很少，一般情况下大都参照德国民事诉讼法中有关司法管辖权的规定来处理，如对法人可在其总部所在地提起诉讼（民事诉讼法第17条）；合同纠纷由合同履行地法院管辖（民事诉讼法第24条）；侵权纠纷由侵权行为发生地法院管辖（民事诉讼法第32条）等等。

除了以上法律外，联合国的有关条约和欧共体的协定都是十分重要的法律渊源，是德国法院处理国际经济纠纷时必须参照和适用的。与国际经济法有关的国际条约主要有以下五个：<sup>①</sup>

(1) 1968年9月27日签订的欧共体关于民商案件法院管辖和法院判决执行的布鲁塞尔协定（简称EGVU，1973年2月1日起生效），该协定对国际管辖作了规定；

(2) 1980年6月19日签订的欧共体关于适用合同之债的法律的罗马协定（简称EVU），其内容与1986年德国的民法施行法部分相同；

(3) 1968年2月29日签订的欧共体关于相互承认公司及法人的布鲁塞尔协定；

(4) 1964年7月1日签订的关于国际货物买卖统一法的海牙公约，该公约自1974年4月16日起在德国生效；

(5) 1980年4月11日签订的联合国国际货物销售合同的维也纳公约。

## 二、国际私法中的有关规定

就德国国内法而言，有关国际私法的法律渊源主要在《民法施行法》和《民事诉讼法》中。在处理国际经济纠纷中，许多基

---

<sup>①</sup> Prof. Dr. Ulrich Manthe 在他的论文——《德国 1986 年〈民法施行法〉中关于国际私法的规定》中分析了德国的国际管辖权问题，并对中国现行法律作了比较。Manthe 是德国 Passau 大学法律系教授，对中国法颇有研究。

本规则都与国际私法有关。

### (一) 关于国际管辖权

德国法中没有专门规定国际管辖权的适用规则。法院在确定是否享有国际管辖权时所依据的原则，与它在审理国内案件时确定地域管辖权一样。根据德国民事诉讼法的规定：一般地域管辖以被告人的户籍所在地而定（民事诉讼法第13条、第17条）；特殊地域管辖以被告人的居所地、合同履行地或侵权行为发生地来确定（民事诉讼法第20条、第29条、第32条）。此外，原告有权选择管辖法院，但专属管辖除外（如对不动产，适用专属地域管辖）。当事人双方也可协商确定管辖权，这种协商只存在于商人之间。对非商人，只能在争议发生之后订立这种协议（民事诉讼法第38条）。

值得一提的是，在德国法中还有一个“过渡管辖”的规定，即一个居住在国外的被告，可以在其财产所在的国内提起诉讼（民事诉讼法第23条），例如，一个居住在中国的中国人，如果他在德国拥有财产，根据德国法规定，他可以在德国被起诉。这种管辖权是德国法的一个特点。

### (二) 常用的几条重要规则

#### 1. 有关自然人的权利能力

有关自然人的权利能力适用该人所属国家的法律。这一原则也适用于自然人的经商能力（民法施行法第7条第1款）。一个外国人，按照其本国法尚没有完全的行为能力，但他在德国实施了法律行为，对这一行为应适用德国法的规定。但是，这条规则并不适用这种情况，即德国一方当事人明知其无行为能力，而仍然与之签订合同（民法施行法第12条）。

#### 2. 关于物权

对于动产或不动产物权，原则上适用物之所在地法（*lex rei sitae*）。如果动产已经卖出，并正在被送往国外，当该动产离开

原产地国后，应适用目的地法。

### 3. 关于侵权行为

关于侵权行为的一般规则是侵权行为适用侵权行为地法。如果侵权行为与损害结果发生在不同的地方，受害人可以在两个地方的法律中选择一个对自己更有利的法律。

### 4. 关于合同

合同的法律适用问题应遵守当事人意思自治原则。当事人的法律选择可以是明示的，也可以是默示的（民法施行法第 27 条第 1 款）。如当事人未作出选择，法院可以选择与该交易行为有最密切联系的国家的法律（民法施行法第 28 条第 1 款）。德国法律还规定，可以推定合同与负有特定履行义务的债务人住所地或主营业所所在地的国家的法律有最密切联系。例如，关于货物运输合同，可以推定最密切联系的因素是，运送人的主营业所所在地和货物发送地。

## 三、关于承认与执行外国民商事判决的规定

根据德国法律规定，德国对外国判决的承认与执行采用颁发执行令的方式，但承认与执行外国判决的程序是不同的。在《德国民事诉讼法典》中规定了承认与执行外国判决的一般程序。该法典第 328 条规定了一般问题；第 722 条、第 723 条规定了执行外国判决的程序。1986 年的《民法施行法》对承认和执行外国判决的规定作了修改，包括对现行《民事诉讼法典》第 328 条第 1 款的第 2 项至第 4 项作了新的规定，如对有争议事件判决的承认与执行，适用《非争议事件管辖权条例》第 16 条第 1 款的规定；对婚姻案件，适用 1961 年的《家庭法改革条例》第 7 条第 1 款的规定。

除了国内法的上述规定外，德国签订或参见的国际条约以及德国与其他国家签订的承认与执行判决的双边协定也是德国法的重要渊源，包括 1968 年欧共体的《民商事管辖权和判决执行公

约)、1972年德国为贯彻该公约颁布的实施条例、1954年的《海牙民事诉讼程序公约》、1965年的《关于民事或商事司法和非司法文件国外送达的海牙公约》、1970年的《关于民事或商事案件国外取证的海牙公约》以及1973年的《海牙抚养义务判决的承认与执行公约》等。德国还与下列国家签订了双边协定,包括瑞士、意大利、奥地利、比利时、希腊、以色列、芬兰、挪威、西班牙、突尼斯和英国等。根据德国国内法和国际条约的规定,一项外国判决要在德国得到承认与执行,必须符合一定的条件和程序。

### (一) 外国法院判决在德国承认的条件

根据德国现行法律的规定,只有具备了法定条件,德国法院才承认外国司法判决的效力。这些条件是:

(1) 该外国法院具有管辖权。外国法院有无管辖权,是德国法院决定是否承认外国判决的重要前提条件。对于没有管辖权的外国法院的判决,德国法院不予承认。

(2) 该判决不违背德国的公共秩序。如该外国判决明显违背了德国法的基本原则,特别是与德国的基本宪法权利相抵触时,德国法院将拒绝承认该判决。

(3) 该判决符合法律程序。如案件中的被告没有参加诉讼程序,或没有收到进行诉讼程序所必须的有关法律文书,或没有为被告提供足够的辩护时间,该判决也不能在德国获得承认。

(4) 存在对等关系,即德国与该外国是否存在互惠协定,该外国也承认德国的司法判决。

### (二) 外国法院判决在德国执行的程序

对于执行,德国法规定了特别的法律程序。根据德国《民事诉讼法》第722条、第723条的规定:外国法院的判决只有在经过执行令确认后才能执行;颁布该执行令的管辖权由对债务人享有一般管辖权的地方或州法院行使;该外国法院的判决应先得到德国法院的承认,才能颁发执行令。

从具体程序来看，有的执行是依据国内法的规定，而有的执行则依据国际条约或双边协定。

依据国内法规定的执行程序是：

(1) 原告可以向被告住所地法院提出执行申请。如果被告在德国无住所，可向被告财产所在地法院提出申请；

(2) 在申请执行过程中，被告可以对原告确定的请求权提出异议，如德国法院已颁发了执行令，被告可以就异议单独提出诉讼。德国法院只对外国法院判决的形式进行审查，不审查外国判决的合法性问题；

(3) 在执行令颁发后，将按照德国《民事诉讼法》的有关规定，该外国判决如同德国法院判决一样，保证其执行；

(4) 如判决被拒绝执行，原告可提出上诉。

依据双边协定和国际条约的执行程序是：

对与其他国家签订的双边协定或多边条约，除原则规定外，德国还颁布一些实施条例具体规定其执行程序。使用较多的是1968年欧共体的《民商事管辖权和判决执行公约》。该公约第31条至第49条规定了各成员国相互执行判决的统一诉讼程序，德国为此还颁布了实施条例。其主要内容是：

(1) 该外国判决中的债权人应向联邦德国州法院首席法官递交执行申请；

(2) 地方法院的管辖权由被执行人的住所地决定；

(3) 申请执行人应递交公约所规定的法律文件；

(4) 首席法官应及时作出判决，符合执行条件的，发布执行令；执行令发布后，债务人无权就申请提出抗辩，但可以向上诉法院就执行令提起上诉。

#### 四、关于承认与执行外国的商事仲裁

在德国，仲裁程序比法定诉讼程序要自由得多。当事人可以



订立仲裁条款来排除法院的管辖。如当事人选择外国仲裁机构，他们也可以自由选择有关仲裁程序的法律。有效的仲裁裁决可以根据德国《民事诉讼法》第 1042 条、第 1044 条的规定得到执行。

大多数仲裁裁决的承认与执行都是根据双边或多边条约的规定。德国参加的主要条约有 1961 年的《关于国际商事仲裁的欧洲公约》和 1958 年的《关于承认与执行外国商事仲裁裁决的联合国公约》。只要符合公约的规定，该仲裁裁决就可以在德国得到执行。

由民间仲裁人作出的仲裁裁决，必须得到法院的命令才能执行（德国《民事诉讼法》第 1042 条）。法院在准许执行前，还要审查该仲裁是否正确、是否遵守基本的程序原则（《民事诉讼法》第 1042 条、第 1041 条）。这一规定对国内仲裁与国外仲裁都适用。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 参见（德）罗伯特·霍恩等著：《德国民商法导论》（German Private and Commercial Law: An Introduction），中国大百科全书出版社 1996 年版，第 230 页。

## 附录 1

## 主要参考书目

1. 朱寰主编：《世界通史·中古部分》人民出版社 1972 年版。
2. 陈盛清主编：《外国法制史》北京大学出版社 1987 年版。
3. 由嵘著：《日耳曼法简介》法律出版社 1987 年版。
4. [德] 维纳·洛赫著，北京大学历史系世界近代现代史研究室译：《德国史》（上册）三联书店 1959 年版。
5. 刘世元等著：《欧洲联盟法律制度》吉林大学出版社 1995 年版。
6. 王泽鉴著：《民法学说与判例研究》中国政法大学出版社 1998 年版。
7. 宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》中国政法大学出版社 1998 年版。
8. 何勤华著：《西方法学史》中国政法大学出版社 1996 年版。
9. 张宏生主编：《西方法律思想史》北京大学出版社 1983 年版。
10. [美] R·庞德著，曹玉堂、杨知译：《法律史解释》华夏出版社 1989 年版。
11. [德] K·茨威格特、H·克茨著，潘汉典等译：《比较法总论》贵州人民出版社 1992 年版。

12. [美] 科佩尔·S·平森著, 范德一译:《德国近现代史: 它的历史和文化》商务印书馆 1987 年版。
13. [日] 佐藤功著, 刘庆林和张光博译:《比较政治制度》法律出版社 1984 年版。
14. [德] 迪特尔·拉夫著:《德意志史: 从古老帝国到第二共和国》波恩 Inter Nationes 1987 年中文版。
15. [美] 路易斯·亨金等编, 郑戈等译:《宪政与权利》三联书店 1996 年版。
16. 张金鉴著:《欧洲各国政府》台湾三民书局 1976 年版。
17. 朱忠武等著:《帝国现代史: 1918—1945》山东大学出版社 1986 年版。
18. [德] 拉德勃鲁赫著, 米健和朱林译:《法学导论》中国大百科全书出版社 1997 年版。
19. 朱庭光主编:《法西斯体制研究》上海人民出版社 1995 年版。
20. [德] 库特·宗特海默尔著, 孙克武等译:《联邦德国政府与政治》复旦大学出版社 1985 年版。
21. 邹文海著:《比较宪法》台湾三民书局 1977 年版。
22. [德] 克劳斯·弗里德里希·阿恩特等著:《德国的法制: 立法——行政——司法》德意志联邦共和国大使馆提供。
23. 刘兆兴著:《德国联邦宪法法院总论》法律出版社 1998 年版。
24. 莫纪宏著:《宪法审判制度概要》中国人民公安大学出版社 1998 年版。
25. 曹沛霖、徐宗士主编:《比较政府体制》复旦大学出版社 1993 年版。
26. 吕耀坤著:《德国政治制度》时事出版社 1997 年版。
27. 世界知识出版社编:《德国统一纵横》世界知识出版社

1992年版。

28. [德]平特纳著,朱林译:《德国普通行政法》中国政法大学出版社1999年版。

29. 胡建森著:《十国行政法——比较研究》中国政法大学出版社1999年版。

30. 张金鉴著:《各国人事制度概要》台湾三民书局1981年版。

31. 孙正民、崔爱茹编著:《国外公务员工资制度与工资立法》法律出版社1993年版。

32. 宋冰编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》中国政法大学出版社1998年版。

33. 蔡志方著:《行政救济与行政法学》(一)台湾三民书局1993年版。

34. 翁岳生著:《法治国家之行政法与司法》台湾月旦出版社1994年版。

35. 张正钊主编:《国家赔偿制度研究》中国人民大学出版社1996年版。

36. 吴大英、沈蕴芳著:《西方国家政府制度比较研究》社会科学文献出版社1995年版。

37. [德]罗伯特·霍恩等著,楚建译:《德国民商法导论》中国大百科全书出版社1996年版。

38. 范建著:《德国商法》中国大百科全书出版社1993年版。

39. 徐国建著:《德国民法总论》经济科学出版社1993年版。

40. 沈达明、梁仁结编著:《德意志法上的法律行为》对外贸易教育出版社1992年版。

41. 徐国栋著:《民法基本原则解释》中国政法大学出版社

1992年版。

42. 江平：《西方国家民商法概要》法律出版社1984年版。

43. 张守文、于雷著：《市场经济与新经济法》北京大学出版社1993年版。

44. 丹宗昭信、厚谷襄儿著，谢次昌译：《现代经济法入门》群众出版社1985年版。

45. 李昌麒主编：《经济法学》中国政法大学1994年版。

46. 张寿民主编：《外国经济法制史》华东理工大学出版社1997年版。

47. 张精华：《德国市场经济体制》兰州大学出版社1994年版。

48. 刘小林译：《联邦德国经济法规选》中国展望出版社1986年版。

49. 周贤奇：《德国劳动、社会保障制度及有关争议案件的处理》，载《中外法学》1998年第4期。

50. 刘翠霄、玫思娜：《德国残疾人社会保障法》，载《外国法译评》1996年第3期。

51. 王世洲：《联邦德国刑法改革研究》，载《外国法译评》1997年第2期。

52. 郑伟：《德国刑法的最新发展》，载《法学》1997年第4期。

53. 陈兴良著：《共同犯罪论》中国社会科学出版社1992年版。

54. 宫泽浩一著，张明楷译：《联邦德国刑事法律的变迁与展望》，载《法学译丛》1989年第5期。

55. 储槐植主编：《美国德国惩治经济犯罪和职务犯罪法律选编》北京大学出版社1994年版。

56. 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》中国检察出版

社 1996 年版。

57. 陈兴良著：《刑法的启蒙》法律出版社 1998 年版。

58. 李海东：《刑法原理入门》法律出版社 1998 年版。

59. 朱华荣主编：《各国刑法比较研究》武汉大学出版社 1995 年版。

60. 刘明祥：《刑法中的错误论》中国检察出版社 1996 年版。

61. 商德文主编：《海外国际性投资模式比较》经济出版社 1994 年版。

62. 黄来纪主编：《海外投资贸易法律指南》同济大学出版社 1992 年版。

63. 刘星红：《欧共同体对外贸易法律制度》中国法制出版社 1996 年版。

64. 姚梅镇主编：《海外投资法律实务》法律出版社 1993 年版。

65. 蔡曙涛：《国际投资法》北京大学出版社 1995 年版。

66. [日]《法律时报》67 卷 8—10 号，日本评论社 1995 年版。

67. [日]《法律家》第 1011 号，有斐阁 1992 年版。

68. 盐野宏著：《奥托·迈尔行政法学的构造》有斐阁 1962 年版。

69. 雄川一郎等编：《现代行政法大系》（第 1 卷）有斐阁 1983 年版。

70. 樋口阳一著：《比较宪法》（改订版）青林书院 1989 年版。

71. 大竹秀男、牧英正编：《日本法制史》青林书院 1975 年版。

72. 小林孝辅著：《德国宪法小史》学阳书房 1992 年版。

73. 武藤春光著：《美国、英国以及西德的法律教育》日本司法研修所 1962 年印行。

74. 山田晟著：《德意志法律用语辞典》大学书林 1985 年版。

75. 石田文次郎著：《祁克》三省堂 1935 年版。

76. 伊藤正已编：《法学者——人与作品》日本评论社 1985 年版。

77. [德] 拉德勃鲁赫著，田中耕太郎译：《法哲学》东京大学出版会 1963 年版。

78. Franz Wieacker 著，铃木禄弥译：《近世私法史》创文社 1978 年版。

79. [德] 耶林著，村上淳一译：《为权利而斗争》岩波书店 1984 年版。

80. [德] 萨维尼著，小桥一郎译：《现代罗马法的体系》（第一卷）成文堂 1993 年版。

81. [德] Hans Schlosser 著，大木雅夫译：《近代私法史要论》有信堂 1993 年版。

82. Heinrich Mitteis 著，世良晃志郎译：《德意志法制史概说》创文社 1971 年版。

83. Nigel G. Foster, German Law and Legal System, Blackstone Press Limited, 1993.

84. Sir John Macdonell and Edward Manson, Great Jurists of the World, Boston, 1914.

85. M. D. Hancock, Politics in Western, Chatham House Publishers, Inc, 1993.

86. Kaskel, Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts, Recht und Wirtschafts als Rechtsdisziplin und lehrfach JW.1926.

87. Haussmann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1938.

88. F. Bohm, Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff des Wirtschaftsrechts, Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht, 1936.

89. Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 1922.

90. Hedemann, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1922.

91. Geiler, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neuern Wirtschaftsrechts, 1922.

92. Westhoff, System des Wirtschaftsrechts, 1926.

93. Stern usw, Einführung in das deutsche Recht, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1940.

94. Emmerick, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1987.

95. R · A · Kappler, A. Grevel, Tatsachen für Deutschland, Societäts - Verlag, Frankfurtmain, 1995.



## 附录 2

## 德国法律年表

年 代	主要法典和法规
486 年至 495 年	撒利克法典
1230 年	萨克森法典
1356 年	黄金诏书
1459 年	永久地方治安令
1512 年	公证人法
1532 年	加洛林纳刑法典
1555 年	符腾堡新邦法
1559 年	铸币令
1572 年	库尔·萨克森法典
1648 年	威斯特伐里亚和约
1731 年	手工业令
1751 年	巴伐利亚刑法典
1756 年	巴伐利亚民法典
1791 年	普鲁士邦法
1811 年	奥地利民法典
1847 年	普通票据法
1849 年	法兰克福宪法
1849 年	奥地利宪法
1850 年	普鲁士宪法
1854 年	工人保险法
1861 年	普通德意志商法典
1867 年	北德意志联邦宪法
1871 年	德意志帝国宪法
1871 年	德意志帝国刑法典
1877 年	德国刑事诉讼法典
1877 年	德国民事诉讼法典

续表

年 代	主要法典和法规
1879 年	法院组织法
1879 年	破产法
1879 年	律师法
1881 年	社会保障法
1883 年	医疗保险法
1883 年	工人疾病保险规定的准则
1884 年	事故保险法
1889 年	伤残及养老保险法
1892 年	有限责任公司法
1896 年	向不正当竞争行为斗争法
1897 年	关于强制竞卖和强制管理的法律
1897 年	土地登记法
1898 年	关于非讼案件的法律
1900 年	德国民法典
1900 年	德国商法典
1900 年	德国民法典施行法
1900 年	德意志帝国贸易调整条例
1901 年	出版契约法
1908 年	动物饲养人条例
1909 年	反对不正当竞争法
1910 年	帝国责任法
1910 年	钾矿业法
1911 年	帝国保险条例
1911 年	职员保险法
1913 年	雇员保险法
1914 年	授权法
1915 年	取缔高价买卖令
1916 年	确保战争时国民粮食措施令

续表

年 代	主要法典和法规
1919 年	地上权条例
1919 年	魏玛宪法
1921 年	国事法院法
1923 年	防止滥用经济权力法令
1924 年	矿工保险法
1927 年	职业介绍法
1927 年	失业保险法
1932 年	关于有奖销售的法令
1933 年	保护德意志人民紧急条例
1933 年	消除人民和国家痛苦法
1933 年	联邦摄政法
1933 年	婚姻及养子制度之滥用的禁止法
1933 年	世袭农地法
1933 年	各邦与国家一体化的法律
1933 年	预防遗传病患者新生儿法令
1933 年	小商人保护法
1933 年	失业缓和法
1933 年	回扣法
1933 年	对于危险的惯习犯的法律
1934 年	禁止组织新政党法
1934 年	关于帝国最高领袖的法令
1934 年	德国改造法
1934 年	卡特尔变更法
1934 年	强制卡特尔法
1934 年	联邦参政会废止法
1934 年	国民劳动秩序法
1934 年	关于国家正当防止措施的法律
1935 年	德意志血统及名誉保护法

续表

年 代	主要法典和法规
1935 年	德国总督法
1935 年	乡镇法
1935 年	国籍法
1935 年	德意志公民法
1935 年	动力工业法
1937 年	文职人员法
1937 年	股权改革法
1938 年	婚姻法
1938 年	遗嘱法
1938 年	铁路交通法
1939 年	自然人失踪宣告法律
1949 年	波恩基本法
1949 年	德意志民主共和国宪法
1949 年	集体协议法
1951 年	联邦宪法法院法
1951 年	联邦宪法法院所在地法
1951 年	钢铁工业共同决策法
1951 年	冶矿业参决法
1951 年	自治管理法
1951 年	解雇保护法
1951 年	保障人身自由法律
1951 年	国家保护规定
1952 年	企业组织法
1952 年	机动车货运法
1952 年	企业委员会法
1952 年	母亲保护法
1953 年	联邦公务员法
1953 年	严重伤残法

续表

年 代	主要法典和法规
1953 年	劳动法院法
1953 年	社会法院法
1954 年	儿童金法
1957 年	男女平等权利法
1957 年	反对限制竞争法
1957 年	农民养老救济法
1957 年	德意志联邦银行法
1958 年	反对限制竞争法
1960 年	行政法院法
1961 年	对外贸易法
1961 年	信贷法
1961 年	联邦社会福利法
1961 年	对外经济法
1962 年	信贷机构事务法
1963 年	联邦假期法
1965 年	股份公司法
1965 年	上市股票公司法
1965 年	联邦德国农业在共同市场中一体化法
1967 年	经济稳定与增长促进法
1968 年	东德刑法典
1968 年	税收条例
1969 年	关于非婚生子女的法律地位的法律
1969 年	解雇保护法
1969 年	病假工资法
1969 年	就业促进法
1971 年	教育促进法
1972 年	联邦法官法
1974 年	能源法

续表

年 代	主要法典和法规
1974 年	联邦污染保护法
1974 年	补偿破产无力偿付职工损失费法
1975 年	德国刑法典
1975 年	社会法典
1975 年	卡特尔法
1976 年	东德民法典
1976 年	行政程序法
1976 年	关于改革婚姻法和亲属法的第一次法律
1976 年	收养法
1976 年	共同决策法
1976 年	参与决定法
1976 年	反恐怖主义法
1977 年	婚姻法
1977 年	标准合同条件法
1977 年	纳税条例
1978 年	损害赔偿责任法
1978 年	工会法
1980 年	联邦公务员工资法
1980 年	环境刑事制裁法
1980 年	关于股份有限公司的补充条例
1981 年	德国国家赔偿法
1982 年	东德合同法
1984 年	劳动保险法
1984 年	刑罚执行修改法
1985 年	土地租赁新秩序法
1985 年	新业促进法
1985 年	版权补充条例
1986 年	防止恐怖主义法

续表

年 代	主要法典和法规
1989 年	有缺陷产品责任法
1990 年	供养法
1990 年	少年刑法典
1990 年	强化著作权保护与反对产品剽窃法
1990 年	外经法补充条例
1990 年	军火控制法
1991 年	包装法
1992 年	有组织犯罪的非法交易与其他表现形式的对策法
1992 年	妊娠与家庭帮助法
1993 年	铁道新秩序法
1994 年	德国刑事诉讼法典
1994 年	与环境犯罪作斗争的第二部法律
1996 年	雇员派遣法
1997 年	反腐败法

[ G e n e r a l I n  
f o r m a t i o n ]  
书名 = 德国法律发达史  
作者 = 何勤华主编  
S S 号 = 1 0 6 4 7 6 9  
7  
页数 = 5 3 0  
下载位置 = l o o k l o  
o k l o o k ( 2 0 0  
8 0 2 2 2 )



封面页

书名页

版权页

前言页

目录页

第一章 绪论

第一节 德国法  
的历史发展

耳曼部族法时期

兰克王国时期

意志王国时期

向统一时期

一、日

二、法

三、德

四、走

五、德

意志帝国时期

六、魏

玛共和国时期

七、法

西斯统治时期

八、两

个德国并立时期

九、德

国重新统一时期

第二节

法律渊

源

一、欧

洲联盟法

二、联

邦宪法

三、联

邦法律和行政法规

的法律和法规

惯法

例

说

### 第三节

教育和法律职业

律教育

律职业

### 第四节

的作用

四、州

五、习

六、判

七、学

法律教

一、法

二、法

法学家

一、塞

西斯

二、西

哈鲁德

三、菲

哈尔德

四、修

瓦兹恩伯格

五、卡

尔普查夫

六、普

芬道夫

七、胡

果

八、萨

维尼

九、普

赫塔

德海得	十、温
耶林	十一、
祁克	十二、
拉邦德	十三、
奥托·迈尔	十四、
费尔巴哈	十五、
拉德勃鲁赫	十六、
第五节	德国法
的历史地位	一、德

国法与英美法

二、德

国法与法国法

三、德

国法的历史地位

第二章 宪法

第一节 德意志

帝国成立以前的立宪活动

一、1

9世纪前斯德意志邦国的  
立宪活动

二、法

兰克福宪法

三、普

鲁士宪法

四、北

德意志联邦宪法

## 第二节 187

### 1 年德意志帝国宪法

一、德意志帝国宪法的制定

二、德意志帝国宪法的主要内容

三、德意志帝国政制的运行

### 第三节 魏玛宪法

法

一、魏玛宪法的制定

二、魏玛宪法的主要内容

三、魏玛宪法体制的实施及崩溃

### 第四节 波恩基

本法

一、波

恩基本法的成立

二、波

恩基本法的主要内容

三、1

990年以前对基本法的  
修改

第五节 德意志

民主共和国宪法

第六节 宪法法

院制度

一、德

国宪法法院制度的形成

二、联

邦宪法法院的组织

三、联



邦宪法法院的职权

四、联

邦宪法法院的效用

第七节 两德统

一后宪法制度的发展

一、统

一后德国的基本政治制度

二、德

国统一引起的关于制定新  
宪法与修改基本法的争论

三、德

国统一以来对基本法的修  
改及其引起的争论

第三章 行政法

第一节 概述

一、德

国行政法的概念

二、德  
国行政法的渊源

三、德  
国行政法学的发展

第二节 行政行  
为

一、行  
政行为的概念

二、行  
政行为的分类

三、行  
政行为的程序

四、行  
政行为的无效、撤销和废  
止

第三节 公务  
员制度

一、德  
国公务员制度的确立

二、德  
国公务员的录用及管理

三、德  
国公务员的薪俸及其他权利

四、德  
国公务员的义务及惩戒

第四节 行政法  
院制度

一、行  
政法院制度的形成

二、行  
政法院的组织与结构

三、行  
政法院对案件的审理

四、行  
政法院判决的实施和执行  
第五节 行政赔  
偿制度

一、行  
政赔偿制度的历史

二、《  
德意志联邦共和国国家赔  
偿法》

三、德  
国的行政赔偿责任

第六节 德国行  
政法领域的新动向

第四章 民商法

第一节 概述

一、德  
国的民法概念

国的商法概念	二、德
国民法与德国商法的关系	三、德
第二节 1900年《德国民法典》	
制定德国民法典之争	一、制
法典的制定及其理论基础	二、民
法典的基本内容和特点	三、民
法典的学术成就	四、民
《德国民法典》对《法国民法典》的继承与发展	五、《

### 第三节 1900年《德国商法典》

一、德国商法的变迁

二、1900年商法典的基本内容

三、《德国商法典》与《德国民法典》的关系

### 第四节 第二次世界大战前德国民法的发展演变

一、帝政时期

二、魏玛共和国时期

粹统治时期

三、纳粹统治时期

第五节 第二次世界大战后德国民商法的发展演变

一、 1949年基本法对联邦德国私法的影响

二、战后德国民法的变革

三、战后德国商法的变革

四、《德国民法典》的最新发展

第五章 经济法

第一节 德国经济法概述

一、德  
国经济法的社会根源

二、德  
国经济法的法律界定

第二节 德国经  
济法的沿革

一、德  
国经济法的起步

二、2  
0世纪上半叶德国经济法  
的发展

第三节 德国经  
济法的新发展

一、德  
国经济法新发展的动因

二、德  
国经济法新发展概况



## 第四节 德国经济法制

一、《反对不正当竞争法》

二、《反对限制竞争法》

三、《德意导联邦银行法》

四、《经济稳定与增长促进法》

五、《证券交易法》

## 第五节 德国劳动法

一、德国劳动法的历史渊源与法律渊源

## 二、德国劳动法的种类及其机构设置

## 三、德国劳动法的基本内容

### 第六节 德国社会保障法

#### 一、德国社会保障法律制度的形成

#### 二、德国社会保障法律制度的内容

### 第七节 德国环境法

#### 一、德国环境法的基本原则

二、德  
国环境法内容简介

三、德  
国环境法的法律救济

第六章 刑法

第一节 概述

一、资  
本主义刑法的创立与初步  
改革

二、资  
产阶级刑法的蜕变

三、资  
产阶级刑法的分立和重建

四、德  
国刑法的重新统一

第二节 187

1 年刑法典

	一、	1
8 7 1 年刑法典的制定		
	二、	1
8 7 1 年刑法典的结构和 内容		
	三、	1
8 7 1 年刑法典的特征		
第三节	1 8 7	
1 年后德国刑法的变化		
	一、刑	
法的初步发展 ( 1 8 7 1		
年 - 1 9 3 3 年 )		
	二、法	
西斯政权统治时期刑法的		
蜕变 ( 1 9 3 3 年 - 1 9		
4 5 年 )		
	三、战	

后刑法的恢复发展 ( 1 9  
4 5 年 - 1 9 7 5 年 )

第四节 1 9 7

5 年刑法典

一、 1

9 7 5 年刑法典的制定

二、 1

9 7 5 年刑法典的主要内  
容

三、 1

9 7 5 年刑法典的特点

第五节 1 9 7

5 年后德国刑法的发展

一、 适

应刑事政策的发展，进一  
步贯彻教育刑思想

二、 注

重对经济犯罪的惩罚，形成独立的经济刑法体系

三、积极履行国际义务，加强对国际性犯罪的惩治

四、适应犯罪观念的变化，对堕胎行为“非犯罪化”

五、加强了对环境的刑法保护

六、颁布反腐败法，严重贿赂犯罪

第六节 德国刑法理论的进步

一、康德、黑格尔的报应刑论

二、费  
尔巴哈的心理强制说

三、李  
斯特的目的刑论

四、第  
一次世界大战后至第二次  
世界大战结束时期德国主  
要的刑法理论

五、威  
尔哲尔的目的刑法理论

第七节 德国刑  
法理论主要问题简介

一、刑  
法

二、犯  
罪概念

三、犯

罪构成论

为论

果关系学说

意中的认识错误

失中的注意义务

急避险

同的犯罪理论

第七章 司法制度

度

四、行

五、因

六、故

七、过

八、紧

九、共

第一节 法院制

一、德



国法院体制

二、德

国法院组织

第二节

诉讼制

度

一、民

事诉讼制度

二、刑

事诉讼制度

第三节

检察制

度

一、检

察机关组织

二、检

察机关的职权

三、检

察机关官员的任免

## 第八章 涉外经济法

### 第一节 概述

一、德国对外经济政策与法律

二、德国法与欧共体法

### 第二节 德国的贸易法律制度

一、1961年的《对外经济法》

二、进出口管理制度

三、出口管理制度

四、海关与关税

第三节	德国的
投资政策与法律	
	一、外
国对德国的投资	
	二、德
国对外直接投资	
	三、投
资鼓励措施	
	四、与
投资有关的法律和法规	
	五、中
德贸易关系	
第四节	德国海
外投资保险制度	
	一、关
于投资保险的范围	
	二、投

## 资保险的基本内容

### 第五节 德国的 外汇政策与国际金融管理

#### 一、德 国的外汇政策

#### 二、国 际金融管理

#### 三、法 兰克福金融市场

### 第六节 外国人 在德国的居留与工作许可

#### 一、进 入德国的签证

#### 二、工 作许可

#### 三、外 国人在德国设立公司

## 四、外国公司的纳税问题

### 第七节 国际经济纠纷的解决：诉讼与仲裁

#### 一、法律渊源

#### 二、国际私法中的有关规定

#### 三、关于承认与执行外国国民商事判决的规定

#### 四、关于承认与执行外国的商事仲裁

附录 1 主要参考书目

附录 2 德国法律年表

# 附录页