

第2卷
Band II

德国法研究

Studien über Deutsches Recht

孙 珺 葛勇平 主编

哈爾濱工業大學出版社

Verlag der Technischen Universität Harbin

德国法研究

第2卷

Studien über Deutsches Recht

Band II

孙 珺 葛勇平 主编

哈尔滨工业大学出版社

内 容 提 要

《德国法研究》由哈尔滨工业大学德国法研究所主持编写,主要内容包括:德国公法、私法各领域的法律、政策等问题;主要栏目有学术专论、案例评析、法律法规、会议综述与发展动态等;主要特色是既注重理论研究,也兼顾对现实法律问题的探讨。

在国内外学者、专家大力支持下,《德国法研究》分卷出版,酌情设立专题研究栏目,其语言为中文与德文,面向从事德国法律问题研究的学者、专家、司法人员及爱好者,也可作为研究机构、高等院校国际法专业师生的参考书。

本书的出版得到了哈尔滨工业大学法学平台建设基金的资助

图书在版编目(CIP)数据

德国法研究.第2卷/孙珞,葛勇平主编.一哈尔滨:
哈尔滨工业大学出版社,2008.11

ISBN 978-7-5603-2793-8

I.德… II.①孙…②葛… III.法律-研究-德国
IV.D951.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 171405 号

责任编辑 田新华

封面设计 思 华 长 江

出版发行 哈尔滨工业大学出版社

社 址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006

传 真 0451-86414749

网 址 <http://hitpress.hit.edu.cn>

印 刷 肇东粮食印刷厂

开 本 787mm×960mm 1/16 印张 17 字数 351 千字

版 次 2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5603-2793-8

印 数 1~1500 册

定 价 38.00 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

编辑委员会(Herausgeberbeirat)

主任 刘兆兴 (中国社会科学院)

葛勇平 (哈尔滨工业大学, 常务)

副主任 Gilbert Gornig (德国马堡大学)

孙 珺 (哈尔滨工业大学, 常务)

委员 (按姓氏拼音先后为序)

陈卫佐 (清华大学)

范剑虹 (澳门大学)

高旭军 (同济大学)

李道刚 (山东大学)

龙卫球 (北京航空航天大学)

邵建东 (江苏省检察院)

许浩明 (中国政法大学)

王世洲 (北京大学)

吴 越 (西南财经大学)

周兴生 (西北政法大学)

Ulrich Battis (德国柏林洪堡大学)

Uwe Blaurock (德国弗莱堡大学)

Jarko Fidrmuc (德国慕尼黑大学)

Werner Heun (德国哥廷根大学)

Philip Kunig (德国柏林自由大学)

Andreas Spickhoff (德国雷根斯堡大学)

主 编 孙 珺 葛勇平

编 辑 赵晓钧 侯瑞雪 Julia Lippl(德) 孙佳敏 张春雷

李苏香 许 慧 刘鸿鹤 陈 健

王晓晔题词

热烈祝贺哈尔滨工业大学
《德国法研究》第二卷出版！

王晓晔

2008年10月8日

王晓晔教授系中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师，德国汉堡大学法学博士。

目 录

卷首语:教育治国与法律治国的典范 孙 璐 (1)

◆ 宪政与基本权利专题

从理想国到法治国——德国宪政思想与实践的源与流

Von Utopia zum Rechtsstaat—Quelle und Strom der konstitutionellen Gedanken und Praxis in Deutschland 李道刚 LI Daogang (4)

德国宪法基本权利理论及其效力

Theorie über Grundrechte und Grundrechtsbindung im deutschen Verfassungsrecht 张春雷 ZHANG Chunlei (15)

新闻自由与公众人物隐私权的限制与保护——德国和欧洲的卡罗琳公主系列案的启示

Pressefreiheit und Schutz sowie Einschränkung der Privatsphäre von den Persönlichkeiten—Folgerungen aus einer Serie von Caroline-Urteilen in Deutschland und Europa 朱军 ZHU Jun (38)

◆ 学术专论

德国民法合伙中非业务执行人的有关责任——《德国民法典》第 831 条的适用和第 31 条的类推适用

Über die Haftung der nichtgeschäftsführenden Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für unerlaubte Handlungen bei der Geschäftsführung—Anwendung des § 831 BGB und analoge Anwendung des § 31 BGB 葛勇平 GE Yongping (51)

公法与私法的关系——从德国法的角度进行探讨

Beziehung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht—Eine Betrachtung vom

Standpunkt des deutschen Rechts	龙卫球 LONG Weiqiu	(76)
德国《有限责任公司法》的修订及其原因探析		
Die Reform des geltenden deutschen GmbHG und ihre Gründe		
.....	高旭军 GAO Xujun	(90)
德国关于国际财产征收的司法实践和“分离理论”		
Die Rechtsprechung über internationale Enteignung und Spaltungstheorie		
in Deutschland	江清云 JIANG Qingyun	(114)
雇主解雇的内涵以及与撤销、情势变迁的区分		
Begriff der Arbeitgeberkündigung sowie deren Abgrenzung zu Anfechtung		
und Wegfall der Geschäftsgrundlagen	范剑虹 FAN Jianhong	(122)
德国金融监管体制调整对中国的启示		
Anregungen aus Deutschland für China hinsichtlich der Regulierung		
des Finanzaufsichtssystems	孙珺 SUN Jun 郭麒凤 GUO Qifeng	(129)
坎特罗维茨的自由法思想		
Freirechtslehre von Kantorowicz	侯瑞雪 HOU Ruixue	(150)
德国对欧洲一体化的决定性影响		
Über den entscheidenden Einfluss auf die europäische Integration von Deutschland		
.....	孙珺 SUN Jun 葛勇平 GE Yongping	(157)

◆ 理论实践

德国民事诉讼程序中的举证责任

Die Beweislast im deutschen Zivilprozess 吴永新 WU Yongxin (174)

德国农民医疗保险制度

Die Krankenversicherung für Landwirte in Deutschland

..... 陈兆霞 CHEN Zhaoxia (182)

中国遗产债权人规则的建构——在德国经验基础上展开

Die Konstruktion der Vorschrift über Nachlassgläubiger in China—Entfaltung

aufgrund der deutschen Erfahrung 王素芳 WANG Sufang (221)

◆ 法律法规

德国经济稳定与增长促进法

Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft

..... 吴越 WU Yue 译 (229)

◆ 研究综述

德国法律与德国问题研究综述..... 张春雷整理 (237)

◆ 发展动态

德国法研究所孙珺教授参加欧盟国际研讨会..... (254)

德国法研究所葛勇平、孙珺两位教授参加两项国际学术活动..... (254)

德国马堡大学国际法学家吉尔伯特·高内阁教授第二次来讲学..... (255)

周玉副校长出席德国马堡大学吉尔伯特·高内格先生客座教授授予仪式.....
..... (256)

德国法研究所葛勇平、孙珺两位教授访问厦门大学法学院及国际经济法
研究所..... (257)

德国马堡大学国际法及公法学家吉尔伯特·高内阁教授第三次来讲学：
科索沃问题的法律分析..... (257)

德国马堡大学国际法及公法学家吉尔伯特·高内阁教授第三次来讲学：
德国行政法的理论与实践..... (258)

两位德国教授相聚畅谈..... (258)

上海财经大学法学院丁邦开教授在哈工大讲学期间对德国法研究所的
工作给予鼓励与建议..... (259)

德国法研究所葛勇平、孙珺两位教授访问北京华沛德律师事务所..... (259)

德国法研究所葛勇平、孙珺两位教授与中国法学会比较法研究会会长
刘兆兴教授在北京交流探讨..... (260)

《德国法研究》第1卷出版..... (260)

附录..... (261)

后记..... 葛勇平 (264)

卷首语：教育治国与法律治国的典范

一、小引

法律人要为民、为国服务，体察民情、了解国情实为根本之举；治国之方要借鉴异国、异方经验，详查其来历、三思而后行实为关键所在。

二、清末德国法对中国法的影响

德国法对中国法的影响在清末尤为突出。鸦片战争后，中国沦为半封建半殖民地国家。随着列强的入侵，清代后期的各种社会弊端暴露无遗。极度的皇权与集权导致思想僵化、政府腐败，商品经济毫无发展的空间，官吏贪得无厌，百姓困苦难耐。面对内忧外患，清朝政府屡战屡败、穷途末路。变法呼声强烈，清廷被迫改良法制、修订法规。中国清末变法的蓝本首选欧洲大陆法，其中德国法的影响最大。当时的德国正在崛起，德国的法律非常先进。

（一）德国崛起的历史背景

当时，德国铁路运输发达、教育治国绩效显著，正在快速崛起成为一个欧洲强国，促使德国繁荣富强的最根本因素是重视真正意义上的教育、尊重学术科研的自由。欧洲科学自由的理想源自于古希腊哲学思想的思辨特征与人本主义，而学术自由的基础产生于中世纪。

18世纪的德国尚处于封建统治之下，而当时在欧洲其他国家，如英国、法国，自由的思想正在不断践行。这段时期，思想与精神的极度压抑状态笼罩着德国的历史。18世纪末，恰恰是这段历史，在德国大地上催生了一大批自由思想与理念的卫士。这些自由斗士有：伊马努埃尔·康德（1724～1804）、约翰·高特里布·费希特（1762～1814）、格奥尔克·威廉·弗里德里希·黑格尔（1770～1831）、弗里德里希·威廉·冯·舍林（1775～1854）。当时特殊的政治背景还不允许这些德国哲学家超越民族主义的架构去讨论自由，正是由于这一原因，那个时期的讨论集中于思想交流与学术自由领域。因此，德国的发展与欧洲自由思想运动的方向并不一致。机缘巧合，这种独特的发展趋势使德国率先确立了学术自由的原则。这也是至今德国的大学总是被作为西方学术自由典范的原因所在。

德国启蒙思想与新教虔信派的中心是哈勒大学,它是17世纪在普鲁士统治下建立的。18世纪末19世纪初,由于普鲁士加入反法同盟战败,缔结了《提尔西特和约》,被迫割让莱茵河以西地区、普属波兰地区以及易北河以西地区的领土给法国,哈勒大学位于被割让地区。可以毫不夸张地说,《提尔西特和约》是普鲁士推行改革的导火线。威廉三世在1803年至1805年之间大大地扩张了普鲁士的版图,1806年战败后,他决意以精神上的力量来补偿国家在物质上的损失。之后,普鲁士宰相卡尔·施泰因实施了一系列的改革,其中在教育方面,柏林洪堡大学就是当时改革的产物。战败后的普鲁士政府决定,建立一所新的大学,以此继续发扬由哈勒大学所倡导的自由研究之理念与风尚。这个任务就交给了当时普鲁士内政部教科文负责人威廉·冯·洪堡。1810年柏林大学建成,这所大学至今被誉为“现代大学之母”,洪堡这位学者与政治家居功至伟。

(二)德国教育治国的自由保障

19世纪早期,在德国占统治地位的是非常保守的资产阶级,知识分子无论在社会地位上还是在金钱财富方面都处于劣势。在此背景下,越来越多的有识之士呼吁,摆脱国家与教会的控制,认可知识分子的功绩。这也决定了,德国19世纪早期的改革不同于英国与法国:人文学者在德国被视为科学家,而在英国与法国则较少受到重视。柏林洪堡大学改革的核心宗旨是:国家资助教育,同时将国家的干预限制在最小限度范围内。通过改革,产生了教授阶层,从事科学研究成为一种职业。

德国大学遵循科学自由原则,根据这一基本原则,真正意义上的大学,它首先是一个自由地进行科学研究的工作场所。这意味着,大学从教人员可以自由地进行研究,并自由地公开发表其研究成果。这种自由不受国家的限制,也不受任何权威的指挥。科学自由原则还特别强调学术中立,任何政治上的、党派上的或社会上的舆论观点不得干预科学研究活动。然而,科研自由并不是绝对无限制的。科研自由受到其他基本权利的限制。确切地说,当科研自由与其他个体所享有的基本权利发生冲突时,需要在权衡各自法益的基础上加以限制;但是,若仅仅为了国家公权力的缘故,则不得干预科学研究活动。

就是在这样的历史背景、教育体制之下,德国在各个领域出现了一大批杰出的学者与科学家。当时德国的繁荣强大,在清末中国已经传为佳话。光绪年间,康有为盛赞德国在教育方面的卓著成绩,认为当时各国的学问,没有哪个国家有德国那么精深,国民的思想道德也没有哪个国家比得上德国。清末法部尚书、军机大臣戴鸿慈与其他大臣出国考察回来后,对德国从战败中重整并称霸欧洲赞叹不已,力主借鉴德国的经验。

教育治国在18至19世纪德国一百年来兴衰史中产生的影响,赘言至此,

也只是管中窥豹而已。

(三)德国法律治国的成功经验

德国成为欧洲强国还取决于其法律治国的方针。在这一时期,德国积累了深厚的人文底蕴、坚不可摧的民族精神,这些也可在其富民强国的民事与军事这两个法律部门中得到佐证。当时的德国《民法典》,无论从逻辑条理、立法技术,还是从先进性方面来看,都优于法国《民法典》。中欧国家与亚洲日本引进德国法的成功先例受到了清政府的重视,清廷大臣详细考察了欧洲各国的制度,回国后建议,学习引进各国的经验要以德国为主,以其他各国为辅,首要的是研究德国的各种制度与立法。在甲午战争中战胜中国的日本,此前已经引进了德国的军事法,日本在军事上事无巨细,都以德国为榜样。

法律治国,离不开特定国家的特定社会环境。德国社会与中国社会有很多惊人的相似之处,都有着深厚的文化传统、难解的恋乡情结、纯朴的民风习俗。清末中国,受到列强入侵瓜分,在一系列不平等条约的规定下割地赔款,仿佛是德国大地上1807年《提尔西特和约》的叠加重演,难怪清廷如此青睐重整后的德国法。

德国法律治国的经验及其对中国的影响,简介至此,文首所言“德国法对中国法的影响在清末尤为突出”也就不难理解了。

三、小结

德国法在中国之传播不无道理,有此传播志趣者,不分职位高低,抛砖引玉实为贡献;德国法在中国之研究不无根基,有此研究志向者,不分学问深浅,以文会友实为幸会。

孙 珺

哈尔滨工业大学法学院教授

德国马堡大学法学博士

哈尔滨工业大学德国法研究所执行所长

2008年9月

联系方式:

哈尔滨市南岗区西大直街92号235信箱(邮编:150001)

哈尔滨工业大学德国法研究所

Email: germanlaw@126.com sunjunnet@126.com

宪政与基本权利专题

从理想国到法治国
——德国宪政思想与实践的源与流
Von Utopia zum Rechtsstaat
—Quelle und Strom der konstitutionellen Gedanken
und Praxis in Deutschland

李道刚

LI Daogang

【作者简介】 李道刚,男,山东大学法学院 教授,法学博士。研究方向:宪政与人权理论、国际法学。

LI Daogang m, Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Shandong, Doktor der Rechtswissenschaft. Forschungsgebiet: Verfassungs- und Menschenrechtstheorien, Internationales Recht.

【内容提要】 国家及其权力机制,作为人类群体共同生活的一种组织形式,不断地成为理性反思或曰批判的对象。一个法治国家又有哪些组织机关与权力结构?其宗旨是什么?利弊如何?它的运作与建构怎样才能不违背正义和人性?德意志宪政的道路从(国家本位的)警察国,逐步演进为(市民本位的)形式法治国。经历了二战浩劫之后的德国人开始认真反思,反思的结果是:实质法治国,就是《基本法》现在的模式。但这个基本模式也是开放的,还要继续向前发展。

Zusammenfassung Der Staat und sein Gewaltmechanismus als eine Organisationsform des gemeinsamen Lebens von Menschen ist ständig Objekt rationaler Prüfung und Kritik. Welche Organe und Gewaltstrukturen hat ein Rechtsstaat? Was ist sein Ziel? Was sind seine Vorteile und Nachteile? Wie können seine Wirkungsweise und Konstruktion der Gerechtigkeit und Menschlichkeit nicht widersprechen? Die deutschen konstitutionellen

Regierungsformen entwickelten sich allmählich vom Polizeistaat (Staat-Standard) zum formellen Rechtsstaat (Bürger-Standard). Die Deutschen, die die Katastrophe des Zweiten Weltkrieges erlebten, begannen ernsthaft nachzudenken und selbstzuprüfen. Das Prüfungsergebnis ist der reale Rechtsstaat, nämlich das jetzige Modell gemäß dem Grundgesetz. Aber auch dieses Grundmodell ist offen und kann sich weiter entwickeln.

【关键词】 法治国;《基本法》;合法性;宪政

Stichwörter Rechtsstaat, Grundgesetz, Legitimität, Verfassungspolitik

德意志“法治国”从提出至今,可谓历经沧桑,在当今的宪政和学术讨论中广为流传,对其本质含义却仍常有争论。焦点是:对于国家公民侵害的形式及范围,以及为维护法治国家所应采取的必要措施,即依法行政问题。过去一般认为,法治国意味着在一个国家中实行“依法律而统治”,所谓 rule by law。当下所谈的“法治”多为英美国家普遍认同的 rule of law,或者“法律的自治”,所谓“autonomy of law”。而德意志法治国(Rechtsstaat)的理念对中国建构中的法治国家则更有现实意义。^①事实上,法治的真正对立面并非“人治”,而是“专制”和“恣意”。值得注意的是,德意志“法”(Recht)的概念较之英美实证主义的 law 无疑多了“正义”的本体内涵。笔者以为,意图理解德国宪政秩序的理论基础,应当首先循着德意志国家学说史的思路,并以与此相关联的、从契约论时代延续至今的法制实践为脉络。^②德国宪法(《基本法》)序言中所提及的人民立宪机关权限之“合法性”的实现,历经了漫长的历史,而这一进程始于古希腊。启蒙运动之后,德意志法治国的路线一度沿着康德前进,其对现当代德国自由与权利理论资源的贡献已无可争辩。康德之后的法制史,特别是黑格尔的法哲学思想也对理解德意志法治国的特性具有重要意义。因为一方面《基本法》(宪法)框架下的法治国因袭了德意志宪政传统,而这一传统曾为纳粹所破坏;另一方面,作为对历史教训反思成果的《基本法》又赋予现代法治国新的内涵。法治国是德国宪政制度的基本标志,然而宪法却从未对法治国的概念作出详尽的阐述,法治国更是一项蕴涵丰富的法治原则,其要素在宪法中多有体现。法治国虽作为宪法的一项独

① 关于两类法治的基本异同,参见马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆,2001年版,第101-112页。

② 关于这一历史沿革,详见郑永流:《德国“法治国”思想和制度的起源与变迁》,载夏勇:《公法》(第二卷),法律出版社,2000年版,第37-78页。

立准则,但却非孤立的,而是与其他内容相关联。《基本法》第28条言及“民主的、社会的法治国”就是意图将前两个要素与后一个要素建立联系。事实上,法治国家行为的合法性正在于,以公民的基本权利为旨归,把握不作为和作为(“民主”与“社会”的维度)的合理界限。

一、回到柏拉图的理想国

和西方其他法治国家一样,当代德国宪政思想资源的重要源头之一无疑是柏拉图的理想国。作为古希腊最重要的政治哲学和国家学说的思想似乎已在古今中外的学者关于国家模式的反复辩论之中一览无余,然而,探讨国家行使公权力的合法性,或政治统治的合法性问题,还必须从柏拉图谈起。因为,柏拉图至少为后人探索国家二元价值取向提供了一个讨论的依据:人治与法治的二元以及专制与民主的二元。不过,须知在柏拉图那里,第一种二元实际上仍是理念世界与感觉世界的二元。也就是说,由哲学王统治的共和国(理想国)虽是良人的善治,但却只是一个“概念国家”而非现实的国家。换句话说,理想国仅仅存在于理念的世界之中,没有任何一个具体的国家可以和它相对应。尽管事实上,柏拉图的理想国脱胎于其对斯巴达城邦政治实践的体认,同时也必定加入了对他那段意大利南部西西里的人生经历的反思。也正是在这个意义上,马克思认为,理想国“只不过是埃及世袭等级制度在雅典的理想化”^①而已。就此而言,迄今为止,由柏拉图理想国中哲学王所引起的、关于人治与法治孰优孰劣的讨论,始终指向的是理念的世界和经验的世界何者优位的本质问题。^②

柏拉图晚年的思想开始向世俗倾斜。这一点可见诸于他对毕达哥拉斯学派的“和谐”观念的借鉴:柏拉图原是追求善(正义)的,善是理念,是终极的价值,而毕达哥拉斯的最高境界是和谐。和谐有相当多的感性成分,基本上是一种功利的价值。如果说,晚年的柏拉图在国家伦理学中尝试调和灵与肉的二元对立,如在现实中放弃共产共妻的主张(意味着承认私人情感和私人财产),那么,在认识论里则继续追寻着他在《蒂迈乌斯》中所描述的逻各斯。与他的老师一样,柏拉图笃信知识即美德。^③但与苏格拉底不同的是,柏拉图将后者内心的道德原则外化为与主体相对的一种实在,即将心物二元变为人天对立的紧张关系。^④我

① [德]马克思:《资本论》第一卷,王亚楠等译,人民出版社,1957年版,第443页。

② 参见[意]萨尔沃·马斯泰罗内:《当代欧洲政治思想》,社会科学文献出版社,1998年版,第206页。

③ 参见[德]恩斯特·卡西尔:《国家的神话》,范进等译,华夏出版社,1999年版,第74页。

④ 参见[美]阿拉斯代尔·麦金太尔:《伦理学简史》,龚群译,商务印书馆,2003年版,第91页。

们有理由相信,苏格拉底之死确实给作为学生的柏拉图带来内心的隐痛和心灵的震撼。而这种对老师的精神之爱,不断成为柏拉图探索研究的动力,化解个人良心与国家法律之间的两难。他的最后的解决途径是:建立法律国而非理想国。因为后者只是一个在知识与激情、理性与行为、此岸与彼岸之间永不停歇地运动中的“乌托邦”而已。他的法律国之于理想国虽是次等好的选择,却是现实中的最佳国度。其中,君主制(君民共治)最好,而民主制(多数人的暴力)最坏。但两个极端都没有超出法律国的范围。君主制的善法并非绝对的善(还要向上提升),而民主制的恶法也非绝对的恶(只是善的遮蔽)。作为理想国的正义原则的分配正义,应转化为法律国中更现实的交换正义。^①然而,柏拉图并未由于这一较为开明的正义观而改变自己的专制主义代言人的形象。自由主义者波普就揪住他不放,认为:柏拉图的正义是“集体淹没了个体”的正义;法律国中的法律并非“独立于社会的自治的产物”,与现代宪法理念毫无共同之处。^②

二、德意志法权国家与制度形而上

柏拉图的国家学说无疑是神学政治论的。其方法论则是从一般到特殊的演绎法。虽被亚里士多德改造,但这一路径却未被德国人所因袭。

在近代德意志,康德首倡“法权国家”(即法治国)。^③其法哲学的整个思想对当代德国的宪政法治国的理论和实践具有非常大的贡献。他并不属于激进的自由主义者,毕竟他的“一元规则义务论”实际上还是因袭了传统的“一元神命论”。康德承认上帝的存在,因此强调“绝对命令”对人内在和外在行为的规范和导向,但是另一方面,他也受到英国经验主义和法国民主主义思想的影响,德国改良的自由主义由他发端。康德认为,国家是人类群体在法制下的组合:国民即是平等地处于法律规范之内,并拥有表决权的个人与他人。国家可被看做某种法的秩序,其存在的合理性取决于国民对它的认同。公法是为人民而设置的法

^① 参见[德]奥特弗利德·赫费:《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》,庞学铨、李张林译,上海译文出版社,1999年版,第222页。

^② 参见[英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社,2003年版,第38页。

^③ 康德“法权国家”,德文“Rechtsstaat”中的“Recht”有很多含义,“法”、“法律”、“权利”、“合理”等,也有“正义”的意思。英文中把“Recht”翻译成“权利”,这样的译法虽有偏颇,却反映了战后德国对康德思想的某种意义上的回归。其实在康德原来的概念中,“Recht”就是“法”,它主要有两层含义:一是客观的“法”,一是主观的“法”。客观的法是指法律、秩序;主观的法是指主体的权利。二者之间并不存在矛盾。康德讲的“Recht”不仅与主体的外在实践、规范相关联,与伦理、道德相区别;同时它又是划分一个自由与另一个自由的界限,只是从这个角度来看,“法”与“权利”概念的外延不完全重合。

律体系。后者出于一个共同的意愿,以法的形式结合,相互影响,用普遍意志形成的宪法来保障正义与自由。^①

在开明专制时代,个性自由的含义被曲解:臣民有接受国家服务的自由,却无参与或议决此种服务的自由。一切公权力的行使均以国家安全、公共秩序以及社会安定为旨归。福利国家的职能被削弱。^② 此为典型的“警察国家”时代。

黑格尔发展了康德主体自由的思想,并且揭示了其危险性:无限制的自由必然导致不自由。黑格尔认为,法是自由意志的定在,而国家则构成定在的共性,个人意志服从法律,以此扬弃自由和必然的对立。自在和自为的国家是一个伦理共同体和自由的现实,而后者是理性的绝对目的。^③ 黑格尔所处的时代虽然晚于康德,但与之相比却较为保守,甚至有倒退的意味。从国家与个人间关系而言,他的人性观的进步性显然不及康德。康德重视人的“尊严”(Würde),强调人的价值,认为人是目的而非工具。黑格尔似乎没有强调人的尊严这一点,他提出的“尊荣”(Ehre)的概念与“尊严”不同,不是与人的格(persona)而是与身份有直接的关系。但黑格尔的思想在以后的发展中对整个德国司法制度的影响也非常之大,这种影响从战后一直持续到现在,可谓经久不衰。原因是他的国家主义思想具有一定的开放性,因为放在黑格尔的“历史长河”中来看,“国家”作为客观精神发展的最高阶段也是要不断地向前发展的,绝不会一成不变。不过,黑格尔国家主义思想的背后隐藏着另一层含义,即“民族国家”实际上又是“民族”的代名词。黑格尔在普鲁士就任柏林大学教授时曾在演说中强调“民族精神”(Nationaler Geist),他认为德意志民族精神比英美现代化的物质文明更高,而且会转化成更为强大的物质力量。英法有先进的枪炮,而德意志却以民族精神为武器,德国人正是靠这种“民族精神”自立于欧洲民族之林的。^④ 事实上,历史上的德国在受到英美自由主义思潮的侵袭时,确曾以“民族精神”来抵御,德意志“民族精神”与英美“自由主义”的斗争一直延续到战后,这是非常值得注意的一点。正是由于当时的民族意识的日益高涨,才压倒了自由主义的各种政治诉求。此外,工业革命的既得利益者——资产阶级反对实质的自由平等,加上专制主义残余

① 参见[德]康德:《康德历史哲学论文集》,李明辉译,联经出版事业有限公司,2002年版,第11-13页;217-218页。

② 参见[德]封·温路、格雷韦:《公法学基本教程》,麦兹纳出版社,1982年版,第216页。

③ 参见[加]查尔斯·泰勒:《黑格尔》,张国清、朱进东译,译林出版社,2002年版,第674-677页;另见[德]赫尔穆特·科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社,2002年版,第32-35页。

④ 参见[德]黑格尔:《哲学史讲演录》第一卷,三联书店,1956年版,第1-3页。

势力依然十分顽固,致使1848年的《保罗教会法》作为德国历史上第一部民主宪法的努力最终失败。在之后很长一段时间中,德国法律实证主义盛行,自然法思想受排斥,法治国的实质被抽空,仅仅流于形式。^①

法治国的概念产生于19世纪市民社会同君主专制国家的斗争中。可以说,法治国与市民社会的概念紧密相连。因此,法治国一开始是以“市民的法治国”的形态出现的。市民社会的产生是在经济和文化等领域里的个人自由和自决权的口号下的一场“社会革命”,法国的市民社会通过1789年的暴力革命实现,而德国的市民社会则是通过1806年以后的社会改良实现的。19世纪的法治国原则作为市民社会的法治理想和法益的集中体现,与18世纪专制国家的理念相比,无疑是一种进步。然而,当时的德意志学界对法治国含义的理解却不尽相同。自由主义者认为是指将社会中一切财产关系视作法律关系的国家,民族主义者认为是指“理性的国家”。在启蒙运动的影响下,对法治国的概念逐步形成共识:国家权力以法为界限,以达到限制王权的目的。19世纪初,随着王权在德意志土地上的重新恢复,欧洲的中心成为自由主义与保守主义争斗的场所。自由主义认为,法治国是基于理性的全体人民的意志,而统治国家的目的无他,仅仅在于确保市民社会所有成员的自由与安全。

形式法治国的重要理论创始人之一费·尤·施塔尔(1802~1861)并不将警察国和法治国对立起来,而是认同殊途同归的“理性国家”。他认为,法治国是依法律的方法,正确规定并保障国家功能和公民的自由的界限,国家是一个伦理实体,君王本身也是这个实体中的一分子,而其统治目的则是执行神的旨意,促进民族的兴盛。因此,国家行为可以涉及共同体中民众生活的方方面面,君权神授。所以,形式的法治国并非将国家的目的定位在法的实现方面,而是以法律为国家存在的基本条件。^②施氏理论颇受普鲁士威廉二世国王和议会保守主义议员的青睐,并对“铁血宰相”俾斯麦的施政方针产生极大的影响。到1871年德意志帝国成立之时,以自由主义立场诠释“法治国”内涵的人已寥寥无几,而形式法治国为实现国家目的的手段的理论一时间成为显学。这一时期出台的“宪法”的保守性可想而知。形式法治国的历史作用在于保证实现国家目的过程中的合法性。国家功能在那时的德意志帝国虽体现在立法、行政和司法各方面,而国家行

① 参见[爱]凯利:《西方法律思想简史》,王笑红等译,法律出版社,2002年版,第296页;[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社,1999年版,第80页。

② 参见[德]约阿希姆·里伯尔:《古今政治理论》,沃尔措克出版社,1991年版,第344~362页。