

中德法学论坛



Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing

方小敏/主编

第
11
辑



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中德法学论坛



Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing

方小敏/主 编
周 梅/执行主编

第
11
辑



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中德法学论坛. 第11辑 / 方小敏主编. —北京:
法律出版社, 2014. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6285 - 3

I. ①中… II. ①方… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第075422号

中德法学论坛(第11辑)

方小敏 主编
周 梅 执行编辑

责任编辑 董 飞 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2014年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22 字数 335千

印次 2014年5月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6285 - 3

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中德法学论坛

方小敏 主编

第 11 辑



**Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der
Universitäten Göttingen und Nanjing**

Herausgegeben von FANG Xiaomin

Band 11



感谢德意志联邦共和国外交部、德意志学术交流中心

对《中德法学论坛》的支持

Gefördert vom Deutschen Akademischen Austausch Dienst (DAAD)
aus Mitteln des Auswärtigen Amtes

· 专论 ·

克里斯蒂安·史塔克著 李建良译 法的起源? (3)

彼得·黑贝勒著 张慰译 德国国家法教师学会的年会 (21)

· “专利保护与创新能力建设”专题 ·

李明德 中国《专利法》近期修订案评述 (43)

李亚虹 中美专利走势对创新的寓意 (62)

张乃根 新专利法的司法实施:若干问题及其比较 (91)

吕炳斌 专利授权的实质条件新论——以充分公开为例展开 (110)

· 侵权责任法 ·

申有哲著 齐晓琨译 韩国的责任法 (127)

贺颖昕 可预见性对过错侵权损害赔偿的影响 (155)

· 劳动法 ·

赖因哈德·辛格著 熊成娟译 劳动法中的基本权利 (177)

沃尔夫冈·多伊普勒著 李悦译 未经利益衡量而由企业自决的解
雇? (201)

朱 军 由离职竞业限制经济补偿引发的焦点问题研究——以德国
法为比较视角 (218)

朱 丹 德国法对内部检举人的解雇保护 (238)

· 规制与法 ·

安德列亚斯·韦博著 卢琦译 搁置《反假冒贸易协定》? ——关于
著作权法未来的思考 (259)

杨意坚著 周晓慧译 商业规制的创新——灵活和动态商业调节模
式的必然要求 (277)

· 欧盟法 ·

- 于尔根·布尔迈著 徐苗译 欧盟及其成员国:金融危机下的德国和
超国家主义 (299)
- 斯文·米斯林著 李步先译 欧盟法影响下的德国文化促进措施:关
于德国艺术品交易中营业税收优惠的
讨论 (321)

**Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing
Band 11
Inhaltsverzeichnis**

• **Leitautsätze** •

Christian Starck

Woher kommt das Recht? (3)

Peter Häberle

Die Jahrestagungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (21)

• **Kolumne: Patent Law and Innovation** •

LI Mingde

Comment on the Amendment of the Patent Law of China (43)

LI Yahong

Patenting Trend in China and the United States: Implications to In-
novation (62)

ZHANG Naigen

Judicial Enforcement of the New Patent Law: Issues and comparison (91)

LÜ Bingbin

On Substantive Conditions for Patent Grants — A Discussion Focus
on the Sufficient Disclosure (110)

• **Haftungsrecht** •

Shin Yu-cheol

Das koreanische Haftungsrecht (127)

HE Yingxin

The Impact of Foreseeability on the Compensation of Intentional and
Negligent Torts (155)

• Arbeitsrecht •

Reinhard Singer

Grundrechte im Arbeitsrecht (177)

Wolfgang Däubler

Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung? (201)

ZHU Jun

Untersuchung der viel diskutierten Fragen bezüglich der
Karenzentschädigung aus einer rechtsvergleichenden Sicht mit
dem deutschen Recht (218)

ZHU Dan

Kündigungsschutz für Whistleblower in Deutschland (238)

• Regulierung und Recht •

Andreas Wiebe

Ad ACTA legen? — Gedanken zur Zukunft des Urheberrechts (259)

Angus Young

Innovations in Business Regulation: The Need for a Flexible and Dy-
namic Model to Regulate Business (277)

• Europarecht •

Jürgen Bröhmer

The EU and the member states: Germany and supranationalism in
times of financial crisis (299)

Sven Mißling

Deutsche Kulturförderung unter dem Einfluss des Europarechts: Die
Diskussion um die umsatzsteuerrechtliche Privilegierung von
Kunstverkäufen in Deutschland (321)

专 论

克里斯蒂安·史塔克著 李建良译 法的起源？

彼得·黑贝勒著 张慰译 德国国家法教师学会的年会

法的起源?

克里斯蒂安·史塔克* 著
李建良** 译

一、法与国家之同一性?

如果我们把体现在法律中的东西看作是法的话,那么这个问题的答案似乎很简单。法律是国家立法者所制定,故法来自国家。此一说法同样也可以适用在多少是基于国家授权的地方自治规章(*kommunale Satzungen*)上。这种将法的起源问题转换成法律概念的说法,也就是在法律之中寻找法,乃是近代以来,法被成文化(*Vergesetzlichung des Rechts*)的表征。法律制定(*Gesetzgebung*)是国家主权的标志,国家透过法律尝试改变并改革社会生活关系。此种趋势敞以表现在 1789 年法国人权及公民权宣言第 6 条规定中:“*La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leur représentants à sa formation.*”意思是,法律乃全体意志之表现。所有公民皆有权利凭己力或透过其代表参与全体意志之形成。也就是说,国家以代表人民之国民会议的方式制定法律,进而决定了法的内涵。

汉斯·凯尔森(*Hans Kelsen*)在此种近代思潮过度激扬之下,简直就是把法

* 克里斯蒂安·史塔克(*Prof. Dr. Christian Starck*):哥廷根大学荣誉退休教授。

** 李建良:台湾“中央研究院”法律学研究所研究员,台湾大学合聘教授。

与国家视为同一:国家不仅创造了法,国家本身在概念上也是一种法规范体系^[1]。依其所见,如果国家是一个规范体系,则国家只能是一个实定的法秩序,因为除了实定法秩序外,其他秩序的效力均不应存在。

不过,我们现在都知道,欧洲联盟也在立法,而且是制定直接适用于成员国的规则(欧体条约第249条第2项)以及设定目标的指令,后者必须转换成成员国的法秩序(欧体条约第249条第3项)。但此种欧洲的立法亦可以回到国家身上。因为,各成员国是透过国际条约将其高权移转至欧洲联盟的。对德国来说,此点规定在基本法第23条第1项第2句。只要欧盟不是国家,其所制定的法便是以各成员国的授权为基础^[2]。同样情形也适用在欧洲法院的法续造上,依照欧体条约第220条第1项规定,欧洲法院负有透过解释及适用条约以维护法的任务。法续造及法官法亦存在于国内,并且在相关诉讼法律中有所明定。

同样地,国际法,大部分是条约法,亦可回溯到参与条约签订的国家身上^[3]。国际法上的习惯法,被称为是一种被承认为法的一般性惯行的表现(国际法院法第38条第1款第b目)。国家亦是国际法的主体,其承认特定的行为具有合法性,进而借此产生了国际法。

关于欧洲法及国际法的想法,并未改变法的起源此一问题的答案。法要不是直接由国家经由立法或透过与其他国家缔结条约而产生,就是透过授权下属组织或超国家层级而间接产生。法与国家的联结——如我们所见——,在国家主义上的意义是,国家是所有法的创造者。这点我们可以在 *Hans Kelsen* 1960年出版的《纯粹法学》(*Reine Rechtslehre*)第二版中读到以下段落(页200以下):法规范之所以具有效力,“乃因其在特定的,且主要是在一个由基本规范(*Grundnorm*)所规定的方式下所制定”。理路一贯地,*Kelsen* 接着说:“因此,任何内容都可以是法。没有任何一种人类的行为,可以因其内涵本身而被排除成为法规范的内容。法规范的效力,非可仅因其内容与其他非属特定法秩序之规

[1] *Hans Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, S. 16 f.

[2] *Christian Starck*, *Der Vertrag über eine Verfassung für Europa*, in: *Festschrift für Volkmar Götze*, 2005, S. 73, 75 ff.; *ders.*, *Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union*, in: *liber amicorum Jost Delbrück*, 2005, S. 711, 719 ff.; *Claus Dieter Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2, 5. Aufl. 2005, Art. 23 Rn. 23 ff.

[3] *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 324 f., 后述亦同此。

范相冲突即被否定,而该法秩序之基本规范是系争法规范之效力基础。盖法秩序的基本规范并不是一个实质的规范。”准此,(Kelsen 认为)吾人从基本规范无法得出法规范的内容,而只能道出法规范的效力基础。

从法理论(rechtstheoretisch)的观点,也就是说,不管法的源头为何,民主宪法国家的法秩序与独裁政权的法秩序,可说是无分轩輊。于1989年东西分裂时期之前,可以在此基础下,从法理论之观点,也就是以中立的方式表述诸法秩序^[4]。时至今日,朝鲜与法国的法效力问题,可以在纯粹法学的基础下予以处理,至于法内容上的差异,则无关宏旨。“法的起源”这道问题于是有了形式上的答案。此一答案在解决法效力的特定问题上,或许业已足够。

不过,法效力的问题并未因此而获得解决。因为,法效力问题非能单靠规范逻辑而得予澄清。法学上的效力概念(Geltungsbegriff)尚有社会学上及道德上的面向。尤其是涉及法的可接受度(Akzeptanz)与有效性(Wirksamkeit)^[5]。因此,吾人必须进一步将眼光放在法的内容上。

循目前所述之脉络,我们的主题涉及以下的问题:法与国家的同一性是否果真存在?(以下“二”)。私人难道不会造法吗?(以下“三”)。由此乃衍生出法文化的问题,亦即从法的内容来看,法从何处来?例如,法从其他法秩序继受而来(以下“四”)。如果吾人观察立法的过程,则不难看到法的内容受到多方的影响(以下“五”)。最后,法的内容受到具有深厚历史根基之法基本原则的决定(以下“六”)。

二、法与国家的辩证

(一)文献上的例证

吾人如果通读哲学上及法学上有关法与国家关系的文献,将会发现异于纯粹法学的观点,一方面,法与国家各有其一定程度的独自性格;另一方面,二者

[4] 就此看法正确,参见 Joachim Hruschka, Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: JZ 1992, S. 429, 430。

[5] 参见 Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 543 ff.; Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, S. 18 ff.; Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie, 1994, S. 48 ff.; Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 139 ff。

彼此间相互依存。因此,整个问题乃转换成法内容的问题。两个例子:Blaise Pascal(1623~1662)在他晚期作品 *Pensées* 一书中简明地指出^[6]:“La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique.”也就是,没有权力的法是软弱的;没有法的权力则是暴政^[7]。三百多年之后,瑞士法学者 Dietrich Schindler(1890~1948)更清楚地针对国家写道^[8]:“法正当化了国家,国家则给予法以权力。”就正当化国家的法而言,牵涉的不仅仅是由国家所制定的法。相反地,法作为独立的单元,以法基本原则的形态出现,在历史的进程中经受考验并获得承认。Schindler 的观点显示出,法的双重形态——实定法与法基本原则——与(国家)权力之间,乃是一个整体的两种辩证要素。

(二)基本法与其他宪法

如果吾人从国家正当性的观点,翻查德国基本法,则 Schindler 的命题——1932 年所提出——获得了证实。基本法第 1 条第 2 项规定,德国人民确信“不受侵犯且不可让渡的人权,乃所有人类社会、世界和平及正义之基础”。据此,基本法承认这些体现在人权上之法基本原则的超国家性格,而且追随“提醒”此等权利的 1789 年法国人权及公民权宣言。基本法第 20 条第 3 项规定,立法受合宪秩序之拘束,行政及司法“受法律及法”的拘束。

关于各邦部分,基本法第 28 条第 1 项第 1 句综合性地规定“本基本法所称共和国、民主及社会法治国之基本原则”。基本法第 79 条第 3 项规定,基本法之修改有以下情形不得为之,即涉及第 1 条及第 20 条所定之基本原则。因此,在德国,宪法作为实定法的最高规范,在实定法上业已决定并确立国家的正当性。

准此以言,一个国家并不因其创造法就是法治国。而必须是在创造法的时候,受到形式及实质法基本原则之拘束的国家,才是法治国。这些基本原则有相当大的部分经基本法明定为宪法,也就是最高秩序的实定法。

[6] *Pensées*, hrsg. v. Ernest Havet, Paris o. J., Artikel VI Nr. 8, nach anderen Ausgaben Nr. 298 oder Nr. 257.

[7] 相关文献甚多,仅参见 *Otto von Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 3. Aufl. 1913, S. 305 ff., 317 ff.

[8] *Dietrich Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 1932, zitiert nach der 3. unveränderten Aufl. 1950, S. 19, 118 f.

以基本法为例显示的道理,亦适用于其他在宪法中建构民主及法治国并承认人权的国家^[9]。这些国家同样不主张法的内容毫无限制,而是受到表现在人权及民主法治国原则之法基本原则的拘束。即使是无成文宪法的英国,或者未在宪法中明文提及此等原则的国家,亦承认法治原则(Rule of Law)、人权或自然正义(natural justice)等个别原则^[10],例如诉讼程序之权利:无人得为己事之法官(nemo iudex in causa sua)及法院之听审权(audiat et altera pars)。

在此所举民主宪法国家之例显示,这些国家拥有类似的法秩序,尤其服膺于相同的法基本原则。1957年为组成经济共同体而建立的欧洲共同体,自始也是法共同体(Rechtsgemeinschaft)。此种法共同体之所以得以建立并付诸运作,乃因其成员国具有共同的法基本原则;在此基础上,得以创建共同体法(Gemeinschaftsrecht)。此点既适用于最初的六个创始成员国,亦适用于其后加入欧洲共同体的诸多国家,这些国家在克服了专制或共产独裁政体后,接受了建构欧洲共同体的法基本原则。

在波兰,这些法基本原则在1989年之后,最初并未明定在宪法中。反倒是早在1989年之前即已设立的波兰宪法法院,面对源自共产时期且仅扬弃联合劳工党主权的旧宪法,大步地朝法治国宪法的方向,作了大幅度的续造^[11];同时也为1997年宪法的制定预作准备。当时,波兰尚不属于欧盟的一员。若要成为成员国,就必须符合欧盟条约第6条第1项的要件,其规定如下:“联盟系以自由、民主、尊重人权及基本自由与法治国之基本原则为基础;此等原则于所有成员国一体适用。”如果我们具体地探问这些摆脱共产主义的东欧及中欧国家,他们的相应宪法及法律规定究竟从何而来,那么首要的答案肯定要指向前引欧盟条约第6条规定。这个答案稍后还会再作深入探讨。

[9] 例如法国宪法(1958年)前言,葡萄牙宪法(1976年)第1、2条,西班牙宪法(1978年)第1条,斯洛维尼亚宪法(1991年)前言及第2条,斯洛伐克宪法(1992年)第1条,宪法(1997年)前言及第2条,芬兰宪法(1999年)第1条。

[10] H. W. R. Wade/C. F. Forsyth, *Administrative Law*, 7. ed., Oxford 1994, S. 463 ff.; P. Craig, *Administrative Law*, 3. ed., London 1994, S. 326 ff.

[11] Lech Garlicki, *Constitutional Development in Poland*, in: Saint Louis University Law Journal, Vol. 32 Nr. 3, 1998, S. 713 ff.