

中德立法比较研究

谢立斌 / 主编



中国政法大学出版社

"This publication was sponsored by China-EU School of Law (CESL) at the China University of Political Science and Law (CUPL) www.cesl.edu.cn. The activities of CESL at CUPL are supported by the European Union and the P.R. of China".

本书的出版得到在中国政法大学 (CUPL) 的中欧法学院 (CESL) 的资助。中欧法学院的活动得到欧盟和中国政府的支持。

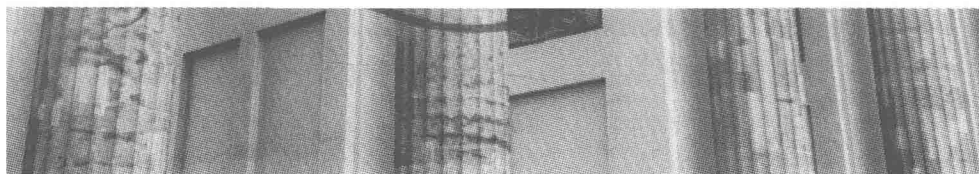


China-EU School of Law 中欧法学院

At the China University of Political Science and Law 中国政法大学

中德立法比较研究

谢立斌 / 主编



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

中德立法比较研究/谢立斌主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 1
ISBN 978-7-5620-7289-8

I. ①中… II. ①谢… III. ①立法—对比研究—中国、德国 IV. ①D920.0
②D951.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 013665 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	6.75
字 数	160 千字
版 次	2017 年 1 月第 1 版
印 次	2017 年 1 月第 1 次印刷
定 价	25.00 元

德国立法程序——联邦司法和消费者保护部的视角 / 1

彦·戈登 著 曾 韬 译

立法说明理由——质量保障和政治、司法监督的基石 / 17

温弗雷德·克卢特 著 张小丹 译

立法权限与法律效果评估 / 42

艾克·米夏埃尔·弗伦策尔 著 曾 韬 译

国际法与德国法的关系以及对《立法法》修改的建议 / 62

伯 阳 著 陈大创 译

劳动教养是法定制度吗？——兼论立法体制的宪法构建 / 73

林 彦

全国人大常委会“抽象法命题决定”的性质与适用 / 100

陈 鹏

设区的市开始立法的确定与筹备

——以《立法法》第72条第4款为中心 / 125

郑 磊

论法律保留原则在我国的实践及其完善 / 150

姚国建 王 娟

立法权、司法权相互关系的规范与实践

——基于与普通法议会制的比较 / 180

张吕好

公众参与的宪法基础 / 192

谢立斌

德国立法程序

——联邦司法和消费者保护部的视角

彦·戈登 著〔1〕 曾 韬 译

一、立法程序与良法

2009年，上届联邦政府于就任之时为自身设定了精简和改进法律的任务。这对德国而言是一个长久以来的紧迫任务。首先，联邦法律的范围饱受批评：联邦法律达到了1700部左右主要法律和2700部左右主要法规的规模，它们一共包含78 000条规定。其次受到非难的是，现行法律规定的频繁修改。在此方面所得税法是一个明显的例子：从2002年到2005年，这部法律总共被修改了24次。再次，法律的质量也多为人所诟病。有些批评者认为，联邦法律过于琐碎。相反，有的批评者则认为其不够具体。对于普通国民而言，法律往往简直是完全无法理解的。

法律的频繁修改和法律的费解性对于法院、行政机关乃至

〔1〕 作者系巴伐利亚州检察官，现为联邦司法和消费者保护部的借调人员。在此部门中，其身份为四厅A处3科的科长，这个科室的工作领域为法律审查、语言检查、一般行政法。在本文中，作者基于其个人的观点介绍联邦司法和消费者保护部在立法程序中的角色。

国民和经济而言是沉重的负担。因此,法律对于法律适用者而言是否简明易懂,是法律秩序的质量的一个指标。法律规定应该有助于避免冲突的发生,或者使其得到合理的解决。良法因而能起到为司法减负的作用。行政的效率是公权力的重要的成本指标之一,它与法律所规定的行政部门是否以及如何采取措施密切相关。良法因而能够提高行政效率和降低行政成本。所以法律秩序愈加需要经受国际比较的考验。德国是否是有吸引力的经济和投资中心,以及德国的公司能否取得佳绩,这都与法律创造的行动框架密切相关。

为了创制高效的良法,有关部门发展出了哪些组织上的措施和机制?下文将从联邦政府的角度出发,更确切地说,从联邦司法和消费者保护部的角度出发,大致勾勒这一问题的答案。联邦司法和消费者保护部一方面和其他的部一样拟定自己的法律草案,例如在民法、刑法和知识产权的领域里;联邦司法和消费者保护部在另一方面也从法律和语言的角度审查其他部提出的法律草案。

联邦政府在处理立法议案事项上具有核心地位。尽管作为州的代表的联邦参议院和作为议会的联邦议院也有权提出法律议案(参见《基本法》第76条第1款),但在实践中约有80%的立法建议由联邦政府处理,因为后者拥有必要的人员和时间资源以及专业上的技能。下面的介绍仅限于制定议会法律的准备工作。行政立法,尤其是联邦政府制定的法规不在介绍之列。各个部制定法规的流程大体上与联邦政府制定法律草案的流程一致。

二、联邦政府在立法程序中的角色

(一) 联邦政府的法律草案准备工作

1. 《联邦各部共同业务规程》

《联邦各部共同业务规程》含有针对联邦政府的法律草案的

重要的组织和内容上的要求，其作用在于保障法律草案的质量。特别是众多关于立法论证的要求、关于表决和审查的规定以及关于法律文本的组构的具体的要求，是优良的立法活动和优质的“终端产品”的重要基石（参见《联邦各部共同业务规程》第42条至第50条）。《联邦各部共同业务规程》作为业务规程并不具有（普遍-抽象）法律的等级，但它作为内部组织法约束所有的联邦部委。《联邦各部共同业务规程》还为联邦内政部编写的《制定法律和行政规定手册》所补充，后者详细介绍了立法程序中应该遵守的所有步骤（参见《联邦各部共同业务规程》第42条第3款）。

2. 业务对口原则

《联邦各部共同业务规程》遵循业务对口原则。业务对口的含义为，被调整的事项主要属于哪个部委的职权范围，就由哪个部委制定和协调法律草案，统筹法律草案的所有工作环节，直至法律公布。直至议会委员会中作出决议，这一部门必须就这个草案替联邦政府负责。业务对口的部门也应该尊重其他部门的权限。因此，如果制定的规定同样也涉及其他部门的职权，业务对口部门应该与该相关部门取得协调一致。由于单个部委无权向议会提出法律议案，仅联邦政府作为集体机关具有此项权限，因而所有的部委必须在立法意图上取得共识。那么制定法律草案和达成共识的过程是怎样的呢？

3. 初案和讨论案

联邦政府的立法案正式开始于初案的提出。业务对口的部委的专业科室拟定初案，然后与部内其他相关专业科室就此达成一致意见。在初案的草案拟定之前，往往会先制作一份非正式的草案或者包含所有核心内容的材料，并将其付诸专业人员进行讨论。此种草案被人们称为预案或者讨论稿。如果涉及难

度极大或者牵涉面广的立法事项，专业科室也可以征询专业人士的意见，或者委托专家委员会进行准备工作。例如当前联邦司法和消费者保护部选任了一个专家小组，委托其分析谋杀罪（《刑法典》第 211 条）与杀人罪（《刑法典》第 212 条）在构成要件上的区别。

具体的立法意图的动因可能是多种多样的。重要的立法政策往往包含于联合执政合同。该合同在每个立法周期的开端由联合组建政府的政党缔结并由联邦政府负责实施。法律的修改有时也可能是由欧盟、国际条约上的义务、联邦宪法法院的判决或者公民和民间组织的条陈推动的。如果联邦宪法法院宣布某项法律规定无效，那么立法者一般而言有义务在法律上对相应事项从新进行法律上的调整。联邦各部委的工作人员往往也会通过国民、法律适用人员或者利益团体的投书获得关于修改现行法律的需求的提示。

4. 各职权单位之间的协调和国家规范审查委员会的参与

法律草案在各个被涉及的职权单位之间紧密的合作下产生。经部委首长——部长——同意后，应将预案呈送其它涉及其职权范围的部门征询意见（参见《联邦各部共同业务规程》第 45 条，关于第 45 条第 1 款和第 74 条第 5 款的附件）。预案制定工作所涉及的部委从其专业角度出发表达其针对预案的意见，它们经常顽固地为了部门利益对预案提出反对意见，以至于往往必须达成政治上的妥协。某些部委为所有联邦部委承担跨领域的任务，因而必须参与所有法律草案的制定。例如，基于立法计划在公共开支方面的影响，联邦财政部参与所有的立法事项。联邦内政部负责审查法律草案的合宪性和关于立法论证方面的要求是否得到遵守，例如关于法律的效果的论证。最终联邦司法和消费者保护部在法律和语言方面审查所有的法律草案（参

见《联邦各部共同业务规程》第46条),其伴随整个草案制定过程的工作,在合宪性方面提供了充分的保障。草案中被查明的不足之处能够得到改正,表述能够得到改善,体系上的错误和编辑上的错误能够得到清除。因而联邦司法和消费者保护部为提高立法的质量提供了极大的帮助,第三部分对此还要进行进一步的介绍。

此外,预案还应呈送国家规范审查委员会(《联邦各部共同业务规程》第45条第1款)。国家规范审查委员会是一个独立的委员会,它在消除官僚主义和优质立法方面服务于联邦政府。(参见《成立国家规范审查委员会法》第1条第2款)规范审查委员会主要对新制定的规范给公民、经济界和公共行政带来的施行成本和其他成本的合理性进行审查(《成立国家规范审查委员会法》第1条第3款)。

按照《联邦各部共同业务规程》的规定,职权单位和规范审查委员会审查草案的时限为四周(《联邦各部共同业务规程》第50条第1款、第2款)。如果各个参与的单位均表示同意,审查的期限可以缩短;如果涉及难度大和范围广的草案,这一期限可以延长至八周(《联邦各部共同业务规程》第50条第2款、第3款)。在实践中,职权单位用于审查和提出意见的时间往往少于四周,这给草案的质量带来了不利的影响。

5. 州和非政府组织以及其他单位的参与

应尽早将尽可能广泛的相关专业知识纳入政府草案的编写之中。因此,业务对口部委必须向联邦州、地方的重要团体、议员、议会党团专业团体和经济、学术组织告知法律案的情况。对于草案的设计者而言非常重要的是,确保其立法意图获取尽可能广泛的认可,尽早发现和排除冲突。认识实践中的情况对于部委而言同样很重要。同时,被立法意图所涉及的人也可以

尽早对变动作出适应性安排并通过规定的民主途径施加其影响，尤其是表达其对修改草案的意见和建议。

因此，在第一轮职权单位之间的意见和洽之后，草案将会被发送给各个联邦州和所涉专业领域的专业组织和利益团体征求意见（《联邦各部共同业务规程》第47条、第48条）。此外，初案的情况也应告知联邦议院中的党团和联邦参议院。此处表达意见的时限一般是三周或四周。

法律草案有时也会在国际互联网上公开，是否通过此种方式公开的决定由业务对口的部委斟酌作出（《联邦各部共同业务规程》第48条第3款）。被牵涉到的业务圈子和团体的表态是照顾到国民、经济界和其他为立法规划所牵涉者的利益的必要途径。草案所涉群体因而会为此结盟并表达他们在法律上和专业上的意见。例如，如果一个法律草案修改了消费者保护的规定，没有必要分析成千上万的公民质量上参差不齐的言论，分析消费者保护团体的精简意见即可。负责制定草案的专业科室还应负责征求公民和相关团体意见。专业科室会追踪文献和司法判决，并由此对社会中的意见状况有个粗略的认识。有时专业群体和团体会通过听证的形式以言辞讨论的方式向部委解释其书面意见。他们无权要求采纳改弦更张的建议，也无权要求告知如何具体对待其批评意见和建议。

6. 终局协调和内阁决议

所有意见会得到及时的分析，并被纳入内阁草案之中。该内阁草案需要发给各相关职权单位沟通意见，基于与州和业务团体的沟通而变更的地方会被标明。此处的审查时限比第一轮短。联邦司法和消费者保护部最终对法律草案进行终局性的审查（《联邦各部共同业务规程》第46条第3款）。如此广泛地征求过意见和审查过的草案最终会被呈送到联邦总理府，请求其

作出提交内阁的决定。一般而言，内阁会议不针对草案进行论辩：所有可能的争议问题均应在内阁会议之前解决完毕，或者立法计划因无法在各个部门之间达成妥协而被放弃。

（二）联邦政府在立法程序后续阶段中的角色

鉴于本文目的为专门介绍联邦政府在立法程序中的角色，立法程序后续阶段的具体情况不在本文的讨论之列。然而，有一点对于业务对口的部委是非常重要的：提出内阁草案并不意味着工作的完结。

1. 联邦政府针对联邦参议院表态的回应

联邦政府议决法律草案之后，会将其呈送给联邦参议院，供对方进行第一轮的研究（《基本法》第76条第2款第1句）。联邦参议院一般而言拥有六周时间来表态，联邦政府也可对于此种表态做出回应（《基本法》第76条第2款、第3款）。此处言及的回应由负责制定草案的业务对口的部委作出（参见《联邦各部共同业务规程》第53条第1款）。

2. 在议会程序中的协同工作

联邦总理府嗣后会将法律草案连同联邦参议院的表态和自身的回应呈送给联邦议院。此处会对草案的内容展开讨论，尤其是由各种委员会进行研究。在涉及政府法律草案的情形时，联邦政府的负责人员会在专业委员会的讨论之时被邀请到会，与汇报人员——德国联邦议会中的党团负责某一特定事项的议员——展开讨论。在私下讨论中，会对党团针对草案的观点与政府的观点进行汇总、分析，尤其是各党团的修改意见会于此时得到讨论。在与执政党党团的汇报人的讨论结果形成之后，对于政府草案属于业务对口的部委应该具体地——以法律上、法律形式上以及语言上没有错误的形式——处理党团的修改申请。相关部委在此起到的是“表述辅助”的作用。政府相关责

任人员一般会参与德国联邦议会相关委员会嗣后的会议，他们在专业委员会中针对法律草案表达意见以及回答问题。

3. 在制成和公布方面的协同工作

在成功获得议会通过以及顺利通过联邦参议院的第二轮研究之后，法律草案在成为生效的法律之前还需经历进一步的阶段。决议通过的法律的第一份原始打印件使用的纸张为手工纸，且会被呈送给联邦总理签署，以及呈送给职权部委的部长附署（《联邦各部共同业务规程》第 58 条）。然后会被呈送给联邦总统制成法律（《基本法》第 82 条第 1 款第 1 句，《联邦各部共同业务规程》第 59 条）。联邦总统将会签署此部法律并加盖印鉴，且将其公布于《联邦法律通讯》（参见《联邦各部共同业务规程》第 60 条）。《联邦法律通讯》是联邦官方的公布机关。在联邦印刷局印制之后，联邦司法和消费者保护部会将此部法律公布于《联邦法律通讯》，联邦公告出版公司会对其进行分发。新的法律最终在生效之后才具有法律上的作用，因此法律的生效必须由法律精确地规定。关于这一问题的规定一般位于新法律的附则中（《基本法》第 82 条第 2 款）。

（三）题外话：新规划计划的评估

一部法律生效之后，职权部门将会追踪其在实践中的被认可的程度以及其在实践中的作用和问题。为此，联邦政府于 2013 年制定了一套用以体系性和周期性地评估新的立法计划的方案。^{〔1〕}据此，凡每年给公民、经济界和公共行政预计会造成至少 100 万欧元施行成本的法律均须受到有计划的评估。除了

〔1〕 Vgl. auch: Bessere Rechtsetzung 2013: Erfolge dauerhaft sichern – zusätzlichen Aufwand vermeiden. Bericht der Bundesregierung 2013 nach § 7 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates, März 2014, S. 24 f., abzurufen im Internet unter: http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2014/03/2014-03-19-b%C3%BCrokratiekosten.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Aufruf am 29. März 2014).

年度施行成本的数额因素，业务对口的部门也可以基于其他理由在草案中对评估做出规定：例如规制计划的总体实施成本很高、草案有特殊的政治意义、法律规定的施行后果以及行政机关执行法律规定存在极大的不确定性。法律评估的重要标准为凭借该草案是否能实现所追求的目标。此外，基于评估的范围，还有可能采用下面的标准：（1）新规定的积极和消极的副作用。（2）规定在规定的相对人中的受认可程度，以及新国家的服务是如何被潜在的受益人接受的。（3）规定的可操作性（给规范的适用者造成的解释难题）。

关于评估的范围（例如规制意图之整体、法律的个别部分或者新规定的执行情况）、方法（内部评估或者有学者进行的评估）、评估报告的详尽程度（从“双页报告”到详尽报告），不存在具体规定。应该何时进行评估，亦无明确规定（一般而言在新法律生效3年或者5年之后）。关于上述问题，有决定权的是各个业务对口的职权部门。评估的结果应该呈现于评估报告之中。评估报告包含研究对象的确定、基础数据和观点以及相关的审查标准。

评估并不是目的本身：如果通过评估发现了修法造成的缺陷或者错误的引导作用，那么评估可能会催生用以消除上述不良情况的新立法计划。

三、联邦司法和消费者保护部对法律草案进行的法律审查和语言审查

（一）法律审查的意义

如前所述，除了要制定法律和法规的草案，司法部也在合法性 and 语言方面审查其他部委的草案。根据《联邦各部共同业务规程》第46条的规定，任何法律、法规的草案均要受到联邦

司法和消费者保护部的合法性审查，经审查后的草案报送联邦政府批准。根据《联邦政府业务规程》第26条的规定，如果他认为草案与现行法相抵牾，联邦司法和消费者保护部部长在联邦内阁表决草案的时候拥有一票否决权。此项否决权在实践中几乎从未被使用过，因为可能导致冲突的问题在职权部门之间的相互协调之中便已得到解决。立法程序中对草案合法性的深度审查应该能够避免联邦宪法法院判定生效的法律违反了《基本法》。否则，该法律将是无效的，不产生任何法律效力。即便是拟定草案的业务对口的部委以及德国联邦议院和参议院中的法律专家也应该遵守联邦司法和消费者保护部制定出的法律审查方法。

法律草案的法律审查由法律体系审查和法律形式审查构成。法律审查之后还要进行语言审查。联邦司法和消费者保护部针对一个立法计划进行的法律和语言审查的具体流程最好通过一个例子进行介绍。随后应该分析法律和语言审查之于优良立法的意义。

（二）法律审查的内容

1. 体系合法性审查

体系合法性审查的目的在于确保制定中的法律与整个法律制度相融洽，特别是不与上位法相抵触。体系合法性审查包含垂直审查和水平审查。垂直审查处理草案与上位法之间的关系，尤其是处理这一问题：法律草案符合德国宪法、欧盟法和国际法吗？此处的审查标准可能会是《基本法》中的基本权利也可能是《欧洲人权公约》中的人权保障。水平审查一方面追求法律草案与同一位阶的法律的无矛盾性，另一方面也追求该草案内部的无矛盾性。后一方面包含多种多样的子问题，例如：

（1）草案的体系结构正确吗？例如，是否既规定了义务，也规

定了违反义务的惩罚手段？（2）避免重复的规定和有矛盾的规定了吗？（3）整个草案中的术语使用是否统一？（4）指引条款的表述是否合适和清楚明白？（5）多余的、过时的规定能否被废除？（6）规定在实践中能被毫无问题地适用吗？

2. 合法律形式性审查

合法律形式性审查将运用多种形式标准检查法律草案。简而言之，此种审查是法律草案的校读。此处的目标主要是统一地编写法律规定。统一性可能涉及标题的设定、草案的结构安排、拼写和征引方式（专有名词、缩写和数字等）或者统一地设定转引其他规范的方式。

合法律形式性的草案编写以联邦司法部提出的推荐为准。这些推荐和要求均被编入《法律形式手册》，在制定草案的时候，所有专业领导的职权部门均应自始遵守这些推荐和要求。（参见《联邦各部共同业务规程》第42条第4款）。此书一方面含有长久以来逐渐成为惯例且在该书中被统一化的关于体例、形式和法律规定的结构的规则，另一方面含有实现宪法上的要求的规则。例如，《法律形式手册》中有统一的拼写和征引方式的推荐。此外，此书还含有针对法律草案统一的体例的规定和模板，其内容涉及标题、各个规定的结构以及新法律的生效。《法律形式手册》也含有关于法律的语言风格的内容。

《法律形式手册》已被翻译成中文、土耳其文、罗马尼亚文、塞尔维亚文和俄罗斯文。此书的中文译本仅包含第一版的部分内容。受联邦司法和消费者保护部之托，此书最新版的中文全译本正在翻译之中，预计2014年年底能够问世。

除《法律形式手册》包含的推荐之外，联邦司法和消费者保护部也在具体情形中出具推荐意见，以便能够针对现实发展和问题作出及时的反应。例如，联邦司法和消费者保护部正在

讨论,人们应该如何正确和统一地在国际互联网网页中援引法律文本。

3. 题外话:电脑软件“eNorm”

在编撰一部法律的外在结构方面和在遵守重要的形式和法律形式的规定方面,“eNorm”软件能够派上用场。^[1]“eNorm”是文字处理软件“Microsoft Word”的一个插件。该软件中预设的模板、自动提示、文本推荐和纠错功能能够辅助人们编写法律草案。这些功能既参考了《联邦各部共同业务规程》中的规定,也参考了《法律形式手册》中的规定。此外,凭借这个软件的辅助,人们可以从第一稿草案编写到法律被公布于法律公告的整个过程中只用一个文档、使用有条理的数据开展工作。

(三) 语言审查的内容

自2009年起,草案的合法性审查又为法律草案的语言的可理解性审查所补充。《联邦各部共同业务规程》第42条第5款就此规定:“法律草案必须用语准确,并尽可能用人人可以理解的方式表述法律规定。……法律草案原则上应送交法律语言编辑委员会审查其正确性和易解性。”法律语言编辑委员会是由外部专家构成的、派驻到联邦司法部的工作单位,它辅助所有联邦部委审查法律草案用语的正确性和可理解性。当前共有10位语言学者负责对法律、法规草案进行语言审查。

《联邦各部共同业务规程》第46条第1款规定,语言审查作为法律审查的最后部分是有拘束力的。就获得理想的结果而言,语言编辑部应该尽早参与到草案的制定进程中,最好是在第一份草案形成之前就参与其中。在这一阶段,其他参与者毕竟尚未就法律、法规草案进行沟通,草案的文本尚未“板上钉

[1] “eNorm”是萨尔布吕肯的DIALOGIKa应用信息公司开发的一个软件。