

Rèpresentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

当 代 德 国 法 学 名 著

德 国 家 庭 法

[德] 迪特尔·施瓦布/著
王葆蒨/译

当代德国法学名著
Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

德国家庭法

Familienrecht

[德] 迪特尔·施瓦布/著

Dieter Schwab

于葆蔚/译

法律出版社

本书翻译得到德意志学术交流中心
和德国科学基金协会的支持

**Die Übersetzung erfolgte mit
Unterstützung des DAAD und
des Stifterverbandes der Deutschen Wissenschaft**

© Verlag C.H. Beck oHG, München 2008

著作权合同登记号：
图字：01-2008-1815

图书在版编目(CIP)数据

德国家庭法 / (德)施瓦布著;王葆蔚译. —北京:
法律出版社, 2010. 7
(当代德国法学名著)
书名原文: Familienrecht
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0167 - 8

I. ①德… II. ①施…②王… III. ①婚姻法—研究
—德国 IV. ①D951. 639

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 215495 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/吕亚莉

开本/850 × 1168 毫米 1/32

印张/18.5 字数/410 千

版本/2010 年 7 月第 1 版

印次/2010 年 7 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0167 - 8

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)

【当代德国法学名著】

编译委员会主任

米 健

编译委员会委员

冯 军 刘兆兴

米 健 范 健

邵建东 郑永流

舒国滢

本书责任编辑

米 健

编辑部成员

张 彤 颜晶晶

刘 铭 王 萍

张 翀 刘利虎

选题推荐人、顾问

乌韦·布劳洛克/弗莱堡大学教授

Uwe Blaurock, Universität Freiburg

何意志/科隆大学教授

Robert Heuser, Universität Köln

阿图尔·考夫曼/慕尼黑大学教授

Arthur Kaufmann, Universität München

鲁尔夫·克努特/波恩大学教授

Rolf Knütel, Universität Bonn

赫尔穆特·科尔/法兰克福大学教授

Helmut Kohl, Universität Frankfurt am Main

海因·克茨/汉堡大学教授

Hein Kötz, Universität Hamburg

孟文理/帕骚大学教授

Ulrich Manthe, Universität Passau

胜雅律/弗莱堡大学教授

Harro von Senger, Universität Freiburg

当代德国法学名著总序

当代德国法学名著译事之缘起，在乎“取法人际，天道归一”之理念。

天地渺渺，众生芸芸；然天地何以长存不灭，众生何以繁衍不息？此中必有亘古于今之一般法则。天地者，自然之谓；众生者，乃自然所赋生灵之长，人也。而人所以居万物之首而为生灵之长，概因其不仅是生于自然，而且还能领悟于自然，进而以理性和智慧的劳动创造受益于自然。由此而论，天地间至真至善至美，莫过于人与自然之和諧融合。正如庄子所说：“知天之所为，知人之所为者，至也。”而中国哲人所言“天人合一”，实际表明着人类的最高智慧和境界。但是，最高的智慧未必是功利的智慧，最高的境界往往不是现实的境界，此乃人类虽为万物灵长，但又归于万物的本性使然。尽管不无缺憾，但却理所当然。纵观古往今来，可知人类始终是在理想与现实、理性与物性的矛盾状态中存在发展。不过，人出于其自然本性但又以其理性确认的社会秩序，又使之在这种永远不会解消的矛盾状态中生存发展成为可能。

自古以来，食色之性、交往之需、名利之求、功德之义，无论国人洋人、权贵庶民，众生莫不有之；惟每人认取之价值，或此或彼因人因地因时而异。但基于人之本性所产生的社会，无论东方西方，必然有其共性。于是有老子的古训：“人法地，地法天，天法道，道法自然。”而希腊的斯多葛哲人也说：“按照自然而生活。”由此可知，同属自然之人类，本有其共同的理念与法则。以法律而言，中国、西方法律虽文化传统各异，然毕竟都是人类社会的法律，必然

有其共同的人性内涵。所以,考察法律,应着眼超越地域、国度和民族,甚至超越时空的人际层面,努力发现本来属于整个人类的理念和规范,并在此基础上寻求并促进人与人、民族与民族、国家与国家之间越来越普遍深入的交往。吾人之规可为他人所取,他人之法可为吾人所用,概其皆出乎人之本性。所以“取法人际,天道归一”,当为人类社会法律进步之最高思想境界。以迄今历史度之,人类生存发展的必然趋势是越来越普遍深入地相互结合和依赖,经济的全球化和文化的世界化正在相辅相成地迅速演进。在人类发展进程中,产生于人类本性的共性愈多愈充分地为人所认识,则人与人之间、国家与国家之间的交往就愈可能有效和平地进行。作为人类社会的行为规范,任何国家的法律都是人与人之间实现交往、确定关系及秩序的最重要途径。就此而论,可断言未来人类的发展与和平,很大程度上将取决于全人类在法律法则上的沟通与趋同。

本着取法人际或取法自然的理念,当代德国法学名著译事拟系统全面地翻译当代德国法学具有代表性的学术成果。因为德国法不仅为可取之一方法律,而且还与当代中国法制有着特殊的关联。事实上,当代中国内地与台湾地区的法制是基于清末民初之际的法律改制发展而来。当时采纳了欧洲大陆法系法制模式,而其中又以汲取德国法律,特别是民法、刑法居多。不仅如此,20世纪以来中国法制和法学的发展还颇受德国法制和法学的影响,现今中国法制和法学的不少思路实际都与后者有关联。因而,中国法制建设和法学进步自然更容易从德国法制与法学中获得启发。此外,由于近代德国历史法学派和学说汇纂学派对罗马法和罗马普通法的系统研究与整理,近现代德国法学形成并获得了其本身独有的特色,其丰富成熟的法律理论与教条,恰恰是目前乃至21世纪我国法学与法制建设所迫切需要的。

当代德国法学名著的选题范围包括法哲学和法的基本理论、

国家法、法律史、民法和商法、经济法、刑法、国际私法等内容。选题标准是：德国乃至欧洲法律界已经普遍公认为经典的名著，或在德国普遍使用的有代表性的教科书。与此同时，亦根据我国的实际需要翻译介绍一些有关法律文化背景方面的工具书和著名法学家的传记。初步选题首先由德国学者提出，然后由编委会综合各方面意见，最后根据我国实际需要确定翻译选题。为保证翻译质量，翻译工作严格采取译、校和三审程序。每部译著由一责任编辑审阅或校对。译稿一审通过后，编委会和编辑部就一审提出的问题召开由德国教授和有关译者参加的翻译工作会议；在此基础上，译者还专程前往德国与作者或有关学者探讨翻译的疑难和细节问题。在此方面，德意志学术交流中心(DAAD)提供了有力的支持。在赴德改稿基础上提出的第二稿通过二审后，由译者进一步修改、润色定稿，复经审阅后交付出版社。

系统翻译德国法学名著的想法由来已久，但正式酝酿于1997年秋，经过近一年的准备筹划，于1998年秋开始实施，拟于2005年完成全部选定书目的翻译。应该说，德意志学术交流中心的霍恩贝格尔先生(U. Hornberger)和法律出版社社长贾京平先生对促成此项翻译计划起了重要作用，黄闽总编亦助之鼎力。而此项翻译计划能够顺利实施，亦诚有赖编委会和编辑部各位同仁的共同志趣和辛勤工作。六位德国著名学者：考夫曼(A. Kaufmann)、克茨(H. Kötz)、克努特尔(R. Knütel)、何意志(R. Heuser)、孟文理(U. Manthe)和胜雅律(H. von Senger)教授在计划拟定、选题推荐和具体翻译工作中均给了我们以宝贵帮助。德国大使馆柯灵博士(T. Klinner)、李雅思先生(M. Licharz)和毕满天先生(M. Biermann)以多种方式推动此项翻译计划。德意志学术交流中心驻京办事处主任史翰功(H. Schmidt)博士、施密特—多尔(T. Schmidt-Dörr)博士和该中心波恩总部的比尔克(Klaus Birk)博士亦对此计

划给予了热情和有力的支持。德国跨国基金会(Inter Nationes)对部分书目的出版提供了支持。特别要提及的是,江平、谢怀栻、潘汉典等法学界前辈对于此项工作始终给予着关注和支持,中国政法大学有关部门亦对我们的工作提供了帮助。法律出版社张波、卞学琪先生对出版工作兢兢业业、认真负责;朱宁女士和她的同事也一丝不苟、精益求精。在此,谨对上述所有法律界同仁和有关机构表示由衷的谢意。我之所愿,所有参与此项计划和给予该计划关注和支持的人,都能从此处呈献的工作成果中得到虽非物质的,但却真实诚恳并有长久价值的酬劳。因为,倘若这些成果能够在21世纪和中华崛起之际被赋予些微历史和现实意义的话,那么它将胜于所有致谢和嘉言。

米 健

2005 年秋于京城蓟门

中文版序

由于文化和社会传统的影响,家庭法较其他部门法律更具鲜明个性,导致各国家庭法的规定差异极大。在合同法领域,各国的法律规定日益趋同,但在家庭法领域却恰恰相反。即使近邻之间,如德国和法国,其家庭法的规定也存在巨大差异。更遑论来自不同大陆的国家在家庭法领域的差异。但同时,在比较法研究中,我们也会发现各国在家庭法领域有令人惊叹的相似之处,这更能激起人们的热情,去探求那些普遍存在于各民族之间的人类共识。

因此,当我听说“当代德国法律名著编辑部”决定出版本书的中译本时,感到非常高兴和荣幸。同时也感谢本书的译者王葆蔚博士愿意承担这一艰苦的工作。事实上,法律文献的翻译是跨国交流中最具挑战性的工作,因为各国法律体系中常有本国的特殊法律制度,对这些制度的沟通和梳理殊为不易,但在翻译工作中又无可避免。此外,由于近两年德国的相关法律修订频繁,本书每年都需重新修订,致使王博士在翻译过程中先后使用了3个版本,付出了额外的劳动,再次向他的工作表示感谢。

为了帮助中国读者更好地使用本书,在这里我想简要说明德国国家庭法的一些特征,这些特征和德国法的历史发展息息相关,对于理解德国国家庭法有重要意义:

第一个特征在于,德国法严格区分“通过国家机关(民事身份登记机关)缔结的婚姻”和“纯粹事实上的男女共同生活”。只有在国家机关缔结的婚姻才属于法律意义上的“婚姻”,事实上的同居关系没有法律意义。如果一对“夫妇”长期共同生活,嗣后决定

注册结婚,则结婚的效果不能追溯到他们共同生活开始之时。唯其将结婚之意思表达于登记机关之时,婚姻始得成立。结婚之后,此前生育的子女不能自动转变为婚生子女,结婚仅意味着他们对婚前子女可以共同行使父母照顾。

德国法之所以将婚姻概念严格限定为“国家机关登记的婚姻”,源于其宗教传统。宗教,特别是近一个世纪以来的德国宗教发展史,对于德国婚姻法有重大影响。在中世纪,缔结婚姻的唯一合法形式就是在天主教堂按照宗教方式举行婚礼。婚姻在当时属于宗教事务,教会对婚姻事件有法律意义上的管辖权。从16世纪开始,为了争夺对婚姻的控制权,国家和教会都要求结婚必须遵守法定形式。最初,教会和国家都要求婚姻必须在牧师和证人面前缔结。但从18世纪开始,国家发展出一套独立于宗教的家庭法制度,在结婚形式上用“国家机关登记制度”代替了“牧师主持制度”。这一方面加强了国家在家庭法领域的影响,另一方面也保留了对结婚形式的强制性和公开性要求。这意味着,无论宗教法还是国家法,在这方面的基本思路是相同的,即只有公开登记的男女结合才能构成婚姻!长期共同生活的男女虽然满足“公示性”要求,但不符合“强制性”要求,所以不构成婚姻,也不属于家庭法的调整范围。家庭法院对这些“夫妇”原则上没有管辖权,只在家庭暴力等方面存在例外。

但如果未婚同居的男女生有子女,他们和子女之间的关系即受家庭法调整。德国家庭法在父母子女关系方面的规定甚为完备,立法者近年来更以“子女最佳利益”(Kindeswohl)原则为导向,对法律进行了大量修订。未婚同居关系中的子女也属“子女权利”原则的考虑之列。在现行德国法律中,非婚生子女享有同婚生子女一样的权利。非婚生子女的父母可以共同进行父母照顾,这意味着父母的共同责任,以及从共同责任派生出的其他法律义务,例如母因为照顾子女而不能从事职业的,可以向父请求扶养

费。但这种法律效果限于父母的身份,而不及于父母(现在或以前的)同居关系本身。也就是说,完全从子女利益的视角来看待伴侣关系。

国家在离婚中扮演的角色同样源于宗教传统。虽说德国现在的离婚法已经完全摆脱了传统的宗教观念,并通过破裂原则获得“解放”(liberalisiert)。但在离婚形式上仍保留了传统做法:好比从前的婚姻只能通过宗教法庭解除而不能通过私人行为解除一样,现代离婚也必须强制性地通过法院宣布。夫妻双方当然可以在事实上实行分居,但这种私人行为并不发生婚姻解除的法律效果。即使夫妻双方均同意离婚,并通过协议约定了离婚后的所有事项,也必须通过家庭法院才能实现离婚。法院的离婚判决发生既判力时,婚姻始告解除。国家像过去的天主教堂一样,成为婚姻在法律上的“主人”,通过各种社会法和税法优惠来调控婚姻当事人的行为。

规定繁杂是德国家庭法的第二个重要特征,立法者用这些规范将家庭重重“包围”起来。造成这种情况的历史原因,是男女平等原则在家庭中的贯彻。该原则自德国宪法生效后,就开始逐步贯彻于各个部门法,直到今天才彻底完成。平等原则排除了男方在家庭中的家长地位,从而——在逻辑上亦是必然——增加了夫妻间的法律冲突。此外,其他家庭成员之间发生权利冲突的可能性也明显增加。

造成这种情况最重要的原因,则是过去40年在家庭法领域占统治地位的“个体主义思想”(individualistische Denken)。据此,家庭首先表现为其成员互相主张的各种权利,其次才是一个整体。但这并不意味着,德国家庭的日常生活充满权利纷争。只要争执不大,不至于影响共同生活,家庭法院就不会介入。一旦发生冲突,德国法律也为解决争议提供了丰富的方法;律师和法院的工作就是从中找出合适的方法。

在此发展过程中,父母子女的关系处于中心地位,特别是子女权利(Kindesrechten);子女不仅可以向国家,也可以针对父母主张权利。父母具有照料和教育未成年子女的天然权利,这种权利受法律的保护。在教育子女的过程中,父母必须顾及子女不断变化的能力,以及子女不断增长的、要求从事独立责任之行为的需要,因此必须和子女共同商议教育问题。父母在教育中禁止使用暴力。

总体而言,国家基于对“子女权利”的保护而加强了对家庭的干预。比如,只要第三人实际上对子女承担或曾经承担过责任,德国法律就保护该第三人和子女的交往权;根据立法者的意见,任何和子女在共同家庭中长期生活过的人,均属于这种“第三人”。可见,个体化趋势涉及的不仅是子女自身的权利。从子女最佳利益这一原则,还派生出其他和家庭有关的请求权,这些请求权主要针对父母或父母一方:例如养父母、继父母的请求权,母或潜在的(potenziellen)父要求撤销法律上父的身份的权利。法律新增的对个人出身的知晓权,是该趋势的最新例证。据此,父、母及子女均可要求对方同意进行出身调查,并提供必要的身体样本如血液等(该法已于2008年生效)。“个体化”趋势在德国姓名法中体现的最为明显,本书将在相关章节详细介绍。

在过去40年中,德国家庭法历经多次修改。特别是在最近几年,法律修订的速度明显加快。仅2005年就通过了10个和家庭法有关的法律修订案。这种变革不仅是社会情况急剧变化的标志,也体现了家庭理论观念及社会氛围的转变。改革的对象不仅包括“旧法律”,也包括一些刚颁布不久的新法。未来的法律变革是否会继续保持这种速度和力度,尚难以定论。

综上所述,家庭法是一个规范体系,家庭必须在这个规范体系中,根据立法者的设想来发展私人生活。但法律和现实毕竟存在差距,现实生活中,人们一般不会完全按照法律、而更多的是根据

个人的设想和生活习惯来安排他们的家庭生活。实际上,很多家庭并没有受到众多改革法案的影响。人们通常也并不在意法律的规定,直到发生某种特殊事项,如离婚时,他们才蓦然发现法律已经渗入他们的生活。本书限于讨论家庭在法律方面的问题,而不是对德国家庭的现实情况进行全面描述。最后,希望本书对各位读者有所裨益。

迪特尔·施瓦布
2008年11月27日

德文第十七版序

《非诉事件法》的全面修订导致了家庭法院的程序改革,也促使本书必须立即修订。《改革非诉事件法的法律》将于2009年9月1日起生效,其核心部分是《关于家庭事件和非诉事件的程序的法律》。该法对有关家庭法的程序事项进行了重大修改,几乎完全改变了现行规定;即使有少数条款得以保留,其位置和“门牌号码”也发生了变化。这类似于2002年债法现代化之后情形:即使精研过家庭法的人,也无法再继续信赖自己的知识。到处都充满了意外和惊奇:“监护法院”不复存在,而代之以“照管法院”,后者的管辖权范围有所变化;家庭法院的管辖权范围大为扩张(大家庭法院);法院不再做出离婚“判决”,只能做出离婚“裁定”;当事人不再通过“诉讼”,而通过“申请”主张扶养费等等。

更为重要的是,实体法方面也有了较大改动。《关于家庭事件和非诉事件的程序的法律》重新规定了《民法典》中的相关条文。此外,2009年还通过了好几部家庭法改革法案,这些法案也自2009年9月1日起开始实施:2009年4月3日通过的《关于供养补偿的结构改革的法律》和2009年7月6日通过的《关于修改增益补偿法和监护法的法律》;后者也重新规定了离婚后对婚姻住宅和家庭用具的分割,尽管这一内容没有体现在标题中。从总体来看,德国离婚法和离婚后果法在过去两年中历经多次修订,改革涉及扶养、增益补偿、供养补偿、婚姻住房的分配等所有的离婚重要后果。

此次修订的目的在于,展现2009年9月1日改革法案生效后

德国家庭法的状况。故而，只有当对理解新规定为必要时，才会介绍现有的、即将失效的规定，借此保持本书的前瞻性特征。本书的目的在于清晰全面地介绍家庭法，既适用于那些初涉家庭法这一奇妙领域的初学者，也可以为本领域的专业人士提供家庭法的概貌。书中使用了众多案例，以帮助理解较为复杂的法律问题。

向本书的使用者致以友好的问候，并祝有所收获。

雷根斯堡, 2009 年秋天
迪特尔·施瓦布