德国法青年通讯

二零零九年第三辑

（总第四辑）

本 辑 目 录

刘晨燚	《基本法》第十二条第一款“职业自由”	57
王士帆	簡介德國臥底警察隱密探話裁判	61
章正璋	中德一般侵权行为立法之比较	65
张　艳	简介欧洲消费者信贷指令和支付服务指令在德国民法典中的转换	75
杨大可	浅谈股东撤销权及其滥用后果	77

编　　辑

陈一峰　丁　佳　刘　旭　沈百鑫
王　倩　王葆莳　赵秀举　周培之
周云涛　熊　琦

本辑执行编辑

丁　佳 王　倩 沈百鑫

二零零九年八月二日

《基本法》第十二条第一款“职业自由”

德国《基本法》六十周年纪念短文

刘晨燚

海德堡大学法学系国家考试方向

一、 概述

《基本法》第十二条第一款规定：所有德国人均有自由选择职业、工作岗位和培训场所的权利。从事职业可通过法律或依据法律予以规定[1]。在德国职业自由权被视为人们通过从事经济活动谋求幸福和实现人权的核心保障。职业自由权是公民针对国家干预的防御权。它并不包含劳动权[2]、教育权、休假与保养权、保护健康和劳动力的权利。公民不享有国家提供就业、扩大劳动力市场、扩建培训场所和改善劳动就业条件等客观权利。

二、职业自由权的保护范围

（一）权利主体

享有职业自由的权利主体是自然人跟法人。

1. 自然人包括《基本法》第一百一十六条规定的德国人和依据欧盟法律享有此权利的欧盟公民。欧盟以外的外国人和无国籍人不享有职业自由权，他们只能享有《基本法》第二条第一款[3]规定的普通自由权，即个性自由发展权[4]。

2. 根据《基本法》第十九条第三款“基本权利依其性质也可适用于法人，即适用于国内法人机构。”职业自由权按照其性质，仅适用于国内营利性的法人机构和私人社团[5]，比如股份公司[6]。非营利性机构如幼儿园、大中小学、科研所、教会不能成为此项权利的主体。无限、有限股份两合公司的有限责任的股东也不能享有此项权利[7]。另外职业自由权不适用于由外国人占统治地位的国内社团[8]、国外的法人机构[9]、以及非营利性的公法法人机构[10]。

（二）权利的内容

职业自由权的重要内容是职业的概念。基本法意义上的职业是指那些为保障和维持个人生存而长期进行的活动。此外从事短期帮工、兼职，也属于职业自由权保护的范围[11]。但一次性的经营活动以及单纯的兴趣爱好不能算作职业。职业

---

[1] 本文引用的基本法的中文版是Deutsche Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ)，Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung的官方中文翻译版。

[2] 对于劳动权的定义国内有不同的说法，这里指的是“劳动机会保障权”。

[3] 基本法第二条：个性自由发展、生命权、身体不受侵犯、人身自由
第一款“人人享有个性自由发展的权利，但不得侵害他人权利，不得违反宪法秩序或道德规范。”

[4] Vgl. BVerfGE 79, 179, 196: 104, 337, 346; BVerwGE 159, 284, 294; Jarass/Pieroth Art. 12 Rn. 10.

[5] Vgl.BVerfGE 105,252, 265； 106, 275, 298.

[6] Vgl. BGHZ 161, 376, 382.

[7] Vgl. BVerfGE 102, 197, 211.

[8] Vgl. NJW 2002, 1485.

[9] Vgl. BVerfGE 21 207 208.

[10] Vgl. Jarass/Pieroth Art. 12 Rn. 22 bis 24.

[11] Vgl. BVerfGE 97, 228, 253.

自由权一方面包括选择工作岗位和培训场所的自由即择业自由权，另一方面还包括按照工作的性质和种类来划分的从事某种职业的自由权。除此之外基本法第十二条第一款还保护竞争自由，但不保护个人受到竞争者的威胁，除非竞争者处于垄断地位，并对竞争自由造成了威胁。[12]

三、对职业自由权的干预

干预指的是可以归咎于国家的在公民自由权利保护范围内实施的侵权行为。职业自由权的干预是指国家采取的具有职业自由限制性趋势的措施和手段[13]，其中包括直接干预、间接干预以及国家行为产生的实际后果性干预。干预可以通过法律、法规和行政行为来实现。

四、 职业自由的权利限制

（一）权利限制的形式与内容

根据《基本法》第十二条第一款第二句的规定，从事职业可通过法律或依据法律予以规定。这是对职业自由权在宪法意义上的法律保留，即基本法对自由权利的自身限制。当国家对职业自由进行的干预与职业自由的权利限制相吻合时，则国家干预将被视为符合基本法的正当行为。[14]虽然在文字上自由权利的限制只涉及了“从事职业”的那个层面，但由于“选择职业”与“从事职业”被视为统一的职业自由权，其权利限制也被扩展到了“选择职业”的层面。[15]

（二）权利限制的合宪性

不论是在理论考试还是在宪政实践中，法律对自由权利加以限制时的合宪性问题都是一个核心问题。宪法法院法官的工作内容之一，就是审查那些被基本法授权来限制职业自由权利的法律的自身合宪性。其中既包括对法律形式上的合宪性审查又包括对法律实体上的合宪性审查。

1. 法律形式上的合宪性

法律形式上的合宪性指的是立法权限的正当性，立法程序的合法性以及立法格式的准确性。只有同时实现了这三个要素，才能保证限制性法律与宪法在形式上相吻合。

2. 法律实体上的合宪性

法律实体上的合宪性指的是法律对职业自由权的限制要符合适度性原则，即要对公共利益与基本权利如何取得均衡点加以评估。

德国联邦宪法法院于一九五八年的药房案判决[16]中，提出了著名的三阶理论。即公民享受职业自由权按照其性质可划分为仅选择某项工作、仅从事某项工

---

[12] Vgl. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 318, S. 328.
[13] Vgl. BVerfG NJW 1999, 3404; BVerfG NJW 1998, 519; BVerfG NJW 2005, 273; BVerfG NJW 2005, 45; BVerfG DVBl 2005, 1040.
[14] 联邦宪法法院在进行合宪性审查时，首先判断国家干预的合法性。基本法对自身自由权利的限制是国家干预的合法化事由。只有通过了国家干预合法性的审查后，宪法法院才会对国家干预的适度性进行审查。
[15] Vgl. BVerfGE 7, 377, 401 f; 33, 303, 336; 54, 237, 246; BVerfG NJW 1999, 2730; BVerfG NJW 2000, 347; BVerfG DVBl 2000, 1596; BVerfG DVBl 2000, 3486; BVerfG DVBl 2000, 3195; BVerfG DVBl 2001, 979; BVerfG DVBl 2002, 400; BVerfG NVwZ 2002, 197; BVerfG NJW 2004, 2725; BVerfG NJW 2004, 1935; BVerfG NJW 2005, 50; BVerfG NJW 2005, 45; BVerfG DVBl 2005, 258; BVerfG NJW 2005, 737; BVerfG NJW 2005, 1707; BVerfG DVBl 2005, 1040; Oberrath JA 2005, 173.
[16] Vgl. BVerfGE 7, 377.

作或两者兼而有之的三个层面。国家对于公民职业自由权的限制，可区分为对于从事职业层面的限制、对于职业选择层面的主观限制及对于职业选择层面的客观限制。在这三个层面上由于涉及公民职业自由权侵害程度的不同，宪法上对于立法者的要求程度也有所不同。即对职业自由权的干预越是深入，就要求干预的原因（社会公益的保护需求）越为重大，宪法法院审查的标准就越是严格。

（1）第一个层面：从事职业的限制

允许法律对于从事职业的自由加以限制，前提是基于一般公共利益的需要。公民个人若选择从事某项工作，法律并不加以干涉，只是对于这种工作的方式、范围、时间略作规定，对公民从事的那项工作没有做硬性的限制。这种法律规定只触及职业自由权的外围，并未深入其核心领域，因此立法者在立法时，拥有较大的裁量空间。就违宪审查标准而言，宪法法院采取宽松的审查标准，立法者做这种限制几乎都被认为符合宪法。

（2）第二个层面：职业选择的主观条件限制

允许法律对于职业选择设置主观条件进行限制，前提是基于重要社会公益的需要。因为在这个层面上法律要求只有具备一定能力的人才可以选择某项工作，所以它限制了一部分人选择该项职业的权利，因此宪法要求法律对职业自由权的这种限制必须是基于保护某种具体的公共利益的需要。例如：司法系统的正常运作要求从事律师[17]、法官[18]等职业的人有相关的法律知识和素养，相对于希望从事这类职业的个人的职业自由权，这一公共利益的保障更为重要，所以法律可以要求个人必须通过国家考试获得从事这类职业的资格。需要注意的是，主观条件限制的前提是立法者必须具体说明要保护的是哪些具体的社会公益，如果立法者无法说明或者是无法界定哪些公共利益应当优先于个人利益，则无法通过违宪审查。对此类限制宪法法院适用中度审查标准。

（3）第三个层面：职业选择的客观条件限制

允许法律对于职业选择设置客观条件进行限制，前提是基于可资证明的且显然被严重危及的重大社会公益的需要。在这个层面上，法律除了要求选择这个工作的人必须具备某种主观能力外，还必须符合一定的客观条件，否则不能选择这项工作，而这些客观条件的满足并非个人本身所能左右。由于法律对那些职业选择做出了最严格的限制，因此宪法要求如果不是为了保护可资证明的极其重要的社会公益，或是为了保障高层次的人权价值，则不允许法律对任何工作做这样严格的限制。比如，国民健康的保护、符合人性尊严的环境保护就属于可资证明的极其重要的社会公益。与之相反，如果仅是为了维护所谓抽象公益，或是为了促进少数人的公共福利，或仅是为了保护某项职业的社会形象，或为了限制从事某项工作的人数来保证工作的效率等，都不能成为对这些职业选择进行客观条件限制的依据。比如国家垄断赌场经营的行为不仅违反基本法第十二条第一款[19]，而且也违反了欧盟法第四十九条[20]的规定，因为立法者[21]没有充足的依据说明，对职

[17] Vgl. § 4 BRAO.
[18] Vgl. § 5 DRiG.
[19] Vgl, BVerfGE 102, 197 ff.
[20] Vgl. Pischel, GRUR 2006, 630 ff.
[21] Vgl. BadWürttSpielbankG §§ 1 III, V, 13 I, 2, 3, II 1.

业选择的客观条件加以限制是出于保护哪些具体的重大社会公益的需要。[22]这一层面上的审查标准最为严格，因此那些限制性法律很少能够通过合宪性审查。

（4）适度性原则的含义

在法务实践中宪法法院的法官不是纯粹按照三阶理论进行机械性判断，他们还要遵循适度性原则，即评估法律是否符合立法者的立法目的，立法的必要性以及法律在运用过程中是否保障了公共利益与个人利益的适度均衡。如果一项法律规定了在第三个层面上的职业选择的客观条件限制，而其通过在第一个层面上对从事职业进行限制就能达到同样的效果，那么此项法律限制将被视为不适度。

五、 总结

在过去的六十年里《基本法》第十二条第一款保障的职业自由权利不仅首先在战后原西德地区得到了肯定和发展，在两德统一后的新联邦州也有了二十年的宪法实践。事实证明虽然这条法律在文字上十分简短，但其在实践上有很大的延展空间，特别是在欧盟一体化进程中它还将会发挥更多的作用。

责任编辑：王　倩　审稿人：周培之

[22] Vgl. Jus 2001, 912, 914.

簡介德國臥底警察隱密探話裁判

王士帆

杜賓根大學博士生

一、前言

隱密探話，是隱密偵查（heimliche Ermittlungsmaßnahmen; verdeckte Ermittlung）的方式之一。為了對抗重大犯罪專業化，隱密偵查的需求扶搖直上，凡是國家機關隱蔽國家的身分，在人民不知情的情況下，進行偵查蒐證行為，都稱作隱密偵查，最典型的例子便是臥底警察及通訊監察。除了單純遮掩國家身分之外，隱密偵查更可能發展出安置陷阱，使人民誤入圈套，即國家機關不只隱蔽國家的身分，還積極偽裝成私人的身分（追訴機關喬裝偵查）或託付私人代為蒐證（國家代理人），以利靠近被告，計誘自白，終極目的是要被告自證己罪。隱密探話歸類為隱密偵查的一環，但其不僅僅是無聲無息的「隱密」偵查，最大的特色在於，隱密探話的偵查方式使被鎖定者陷於國家積極鋪設的圈套，在精心佈局下，被鎖定者向隱密探話之取證者自為不利於己之陳述，日後，取證者再以證人地位出庭證明被鎖定者的陳述。隱密探話是否有違訊問規定，特別是禁止詐欺訊問及源於不自證己罪原則（nemo tenetur）的緘默權告知義務，正是隱密探話最大的爭議所在。

根據德國《刑事訴訟法》規定，訊問被告前必須對其告知對於案情享有保持緘默的權利，以及訊問人員不得使用包含詐欺在內的不正訊問方法（§§136, 136a StPO）。然而，儘管法律如此規範，德國追訴人員規避上述規定的案例卻層出不窮，這可從德國聯邦最高法院歷年數則裁判看出端倪（Vgl. BGHSt 31, 304; 34, 362; 39, 335; 42, 139）。其中，依法布置的臥底警察（VE）能否對被告隱密探話，正是隱密探話衝擊最大的情節。一方面，臥底警察是依法由法官核定發動的強制處分（§§110a ff. StPO），另一方面，被告享有不自證己罪及受告知權利，兩相碰撞，是否意味著國家機關採用臥底偵查手法，被告的緘默權便就此犧牲？或者反之，臥底偵查遇到被告緘默權就自動失效？2007 年 7 月 26 日德國聯邦最高法院第三庭裁判（BGHSt 52, 11），即面臨前述兩端難題。

二、裁判簡介

（一）案例事實

2002 年 8 月 1 日被告在西班牙 Mallorca 島之住處，以「三氯甲烷」迷昏一位 15 歲少女，該名少女隨後死亡。2003 年 1 月，被告當時因其他裁判服刑中，檢察官以被告具有系爭謀殺案件之嫌疑而對其展開偵查程序。從新聞報導獲知自己涉嫌後，被告向刑事警察否認犯罪，並表示將聽從律師建議行使緘默權以及廣泛閱卷後才願陳述。因此，追訴機關暫時未對被告正式訊問。之後，儘管警方發動大規模調查，依然未提高被告的程度，也沒有其他預估有效的偵查手段，於是，檢察官聲請法院對被告採用「臥底偵查」；2003 年 10 月 28 日法院裁定核准。經過多次核准延長，總計臥底執行期間從 2003 年 12 月 16 日至 2005 年 1 月 7 日。在刻意安排的運囚場合下，該名臥底警察與被告進行第一次談話接觸；直到 2005 年 1 月初，臥底警察共探訪被告 13 次。後來，臥底警察兩次外出，以及

兩次各為期一天的拘禁假日－拘禁假日是在刑事追訴機關主動提議下才被批准的。在這段期間，被告對臥底警察產生信賴感，他在監所外唯一接觸的人即是臥底警察。被告也需要一位這樣的人來讓自己刑時放鬆心情。被告向臥底警察透露他受到警方偵查以及不利證據，並把偵查卷宗影本交給臥底警察，供其審閱。在此時，被告否認犯下系爭殺人罪。2005 年初，被告獲准出獄一週的拘禁假期。

被告在臥底警察提供的住處度過這段假期。在這段期間內，即 2005 年 1 月 6 日，臥底警察特地向被告打探其牽涉的罪行。這次時而出現爭執的談話過程，臥底警察以雙方信賴關係為由，催逼被告必須據實以告。顧慮到未來還要繼續服刑的時間以及雙方共同開業的計畫，因此一心想維持臥底警察對其信賴感的被告，最終遂向臥底警察承認犯罪。對於臥底警察的諸多探詢，被告皆敘述出犯罪過程，特別是仔細提到清除屍體和犯罪跡證的細節；隔日，被告又補充陳述內容。以上這些談話都被地方法院裁定准予通訊監察（祕密錄音）所錄下。2005 年 1 月 7 日追訴人員對被告發動緊急拘捕，並對其告知國家先前使用臥底偵查及雙方談話已被錄音之事。拘捕之後，追訴人員告知被告享有之權利並開始正式訊問，被告此次所為之陳述與先前面對臥底警察作出之陳述，本質上一致。在訊問前，一位刑事警察特別對被告說，警方的偵辦動作在法律上並無瑕疵之處，他們取得的自白在審判上有證據能力。被告在法院審判時提出抗辯，主張其在臥底警察面前被隱密探話及後續警方正式訊問程序中，追訴機關先後取得的自白皆無證據能力。

（二）法院見解

在本案呈現的情況，臥底警察打探被告犯罪事實時違反一項原則，即沒有人有義務貢獻他自己的罪證，尤其是致使自己受到不利之事（「不自證己罪原則」）。不自證己罪（BGHSt 42, 139, 151 f. ; 38, 214, 220; 36, 328, 332; 34, 39, 46）是法治國刑事訴訟法的基本原則。此原則表現在《刑事訴訟法》第 55 條、第 136 條第 1 項、第 136 條 a 第 1 項和第 3 項、第 163 條 a 第 3 項及第 243 條第 4 項第 1 句，而 1966 年 12 月 19 日制定的《公民及政治權利國際公約》（ICCPR）第 14 條第 3 項第 g 款－可連結到 1973 年 11 月 15 日的《公約批准法》（BGBl II 1973 S. 1533），則明確以法條文字規定此原則。依據《基本法》第 1 條與第 2 條第 1 項擔保的人性尊嚴及人格自由發展權，使不自證己罪取得憲法層次之保障（BVerfGE 56, 37, 43 ff.），它也屬於《歐洲人權公約》第 6 條公平審判程序權利的核心（EGMR StV 2003, 257, 259）。不自證己罪與刑事被告的訴訟地位相呼應，被告乃程序之參與者而非程序客體；相較於同樣具有憲法位階的國家有效追訴犯罪之義務，不自證己罪更具優先性（vgl. BVerfGE 80, 367, 375）。就此而言，不論犯罪事實是否重大，一律適用不自證己罪；《刑事訴訟法》不可不計代價強迫發現真實（vgl. BGHSt 14, 358, 365）。

被告向負責調查的刑事警察表示，他將聽從辯護人的建議行使緘默權。他這樣的表達並非在接受正式訊問時被告知緘默權之後才發生，甚至於，一開始根本也沒有安排正式的本案訊問；但這些情節對於根據不自證己罪意義與目的而來的法律評價並不重要。同樣不重要的是，被告在表達將行使緘默權後，向刑事警察屢次探詢偵查進度、未被詢問案情卻對偵查表示意見，以及多次允諾在閱卷及與辯護人協談後願為陳述。被告可以在以偵查程序和罪刑為內容的陳述之後去詢問，他是否該對於使用緘默權一事變更主意並開始陳述，因此，他的一些持續舉動完全具有法律正當性。就算被告沒有以上的詢問及無相關表示，他已經表達不

會陳述案情（尤其是不願接受追訴人員有意打探的正式訊問）的這件事也不會因而改變。刑事追訴機關安插臥底警察取得資訊的方式，嚴重侵犯被告行使緘默權的決定。臥底警察不會僅僅滿足於利用他營造給被告的信賴關係，被動地等待被告自己自願陳述犯罪經過或偵查相關狀況的資訊。當被告事先明確決定行使緘默權且已對外表達，禁止使用前述取得的資訊通常也不成問題。由於有臥底偵查法律條款作為這種措施的授權基礎，是以，具有法條基礎（指臥底條款）的詐欺牽涉到不自證己罪的問題並不重大。在本案，被告若在正式訊問的場合根本不打算作出的自白，卻在臥底警察不斷纏問及佯裝信賴關係下被引誘被告作出。如記錄所示，臥底警察探話手法之強度，套句人權法院的說法，「對談已具有相當於國家訊問的等價功能」（the functional equivalent of an interrogation）（EGMR StV 2003, 257, 259）。

蔑視被告自己可以自由決定陳述或緘默的權利，其違法情節之嚴重更甚於追訴機關刻意利用羈押的不利負擔來誘使被告自白。被告因其他罪名而入監服刑，而除了監所（人員）之外，臥底警察是被告唯一接觸的人物。為了讓被告能在外出或拘禁假期放鬆心情，臥底警察協助安排被告的獄外生活；而且，臥底警察允諾被告出獄後共同經營商店，給予被告生活願景。總之，被告擺脫臥底警察影響的可能性，極其有限。縱使本案中誘發被告自白的探話最終是發生在獄所外的拘禁假日期間，被告的自由決定權仍受到強烈限制，以致於被告的處境如同警方安排細作在羈押被告牢房的特殊強制狀態（vgl. BGHSt 34, 362）。處境更糟的是，臥底警察在關鍵性探話的過程中，不只利用被告奉送的信賴感，還另外預示將中斷被告在獄所外與世上唯一的人際關係，以此強勢地催逼被告陳述。由於與臥底警察接觸後，被告即對臥底警察發展出完全信賴的私人關係，就此而言，去討論被告接觸之初可立即猜想這位人士可能是警察細作之事，在法律評價上並無顯著意義。

無論如何，這個由臥底警察違法取證的手法，由於重大侵犯被告訴訟權利，故應導致證據使用禁止的效果。這個證據使用禁止的效力也會延伸到被告在警察正式訊問時所為之自白。雖然警方於訊問前有依法告知被告緘默權及辯護人諮商權（§§136ⅠS.2, 163a Ⅳ S.2 StPO），但臥底警察違反法治國的取證手段仍會繼續影響這次訊問。被告被臥底警察引誘講出自白後短暫時間內，刑事警察即告知被告其被臥底警察誘發的自白陳述可以作為證據。這樣的狀況下，被告必然認為他面對臥底警察所做的陳述終究會成為不利證據，而未意識到他仍有權決定是否對案情陳述或緘默。這時會發生證據使用禁止的繼續效力。

三、結語

本則德國聯邦最高法院裁判（BGHSt 52, 11）被德國文獻稱為「歐洲化的內國裁判」（»Europäisierung« der nationalen Rechtsprechung），其來有自－這則裁判代表德國追訴機關隱密探話的新實務發展：「對於先前訊問已行使緘默權的被告，不得安置臥底警察予以隱密探話套取自白」，並持續為聯邦最高法院其他法庭採用（BGH, Beschl. v. 27.1. 2009, 4 StR 296/08 *(LG Dortmund)*）。完整來說，德國隱密探話的爭議，從德國內國實務、學界，綿延到歐洲人權法院，尤其是 2002 年歐洲人權法院 Allan 案（ECHR, *Allan v. U.K.*, no. 48539/99 (2002)）之後，德國學界便在觀望，德國法院如何招架歐洲人權法院帶動的新趨勢。因而，聯邦最高法院本則裁判後，旋引發文獻迴響（Z.B. *Bosch*, JA 2007, 903 ff.; *Jahn*, JuS 2007, 1147f.; *Meyer-Mews*, NJW 2007,

3142 f.; *Renzikowski*, JR 2008, 164 ff.; *Duttge*, JZ 2008, 261 ff.; *Mitsch*, Jura 2008, 211 ff.; *Engländer*, ZIS 2008, 163 ff.）。簡之，本則裁判案情為合法臥底警察祕密對被告探話而取得的自白，該自白可否作為證據，涉及的法律爭點則為臥底警察此舉，1. 是否違反緘默權告知義務（§136 StPO）；2. 是否構成詐欺訊問（§136a StPO）；3. 是否侵害不自證己罪（nemo tenetur）？歸納來說，德國聯邦最高法院第三庭，以「法律合法授權」發動臥底警察為由，否認該偵查行為違反告知義務或構成詐欺訊問，但從法治國立場否定了臥底警察對曾向司法警察聲明行使緘默權的被告探話取證的合法性，理由是侵犯被告不自證己罪權利。（基於寫作目的，本文僅在簡述裁判意旨，故裁判完整見解及評論均有所省略，於此說明）

责任编辑：丁　佳　审稿人：周培之

中德一般侵权行为立法之比较

章正璋

苏州大学王健法学院副教授

2002 年 12 月 23 日九届全国人大常委会第 31 次会议审议了《中华人民共和国民法典草案》，十届全国人大也已经将《民法典》的制定列入本届人大的重要议事日程。民法是市场经济的基础性法律，债法是民法的重要组成部分，而侵权行为和合同又是债的发生最大量、最一般的法律事实。近世以来，由于科学技术的发展，人类工商业活动频繁，人口日益集中于城市，各种损害层出不穷，可以说，这是一个危机四伏、充满损害的社会。[23]在此背景下，无论是大陆法系还是英美法系，莫不重视对侵权行为的立法、司法工作和理论研究。大陆法系各主要国家纷纷进行债法的改革或修正，出台新规定，以期适应变化了的社会生活，这其中的有些规范与侵权行为有关，[24]而英美法系各国则通过确立新判例发展侵权行为法。在一定意义上，侵权行为法的完善和发达，影响到债法的完善和发达。中国是大陆法系法治后起之国，德国是大陆法系法治发达之国，在历史上，中国法曾大量继受德国法，新中国建立后，我国的立法主要参考了前苏联的立法，但前苏联的立法同样主要继受自德国。因此，中国的“民事立法和民法理论仍旧与大陆法系民法尤其是德国民法典相通，有着相同的基本概念、基本原则、基本制度和编纂体例。”[25]有鉴于此，对中德两国的立法进行比较研究，无论是从历史渊源上来看还是从现实基础上来看，均具有可行性，具有十分重要的理论和实践意义。本文针对中德两国一般侵权行为的相关立法进行比较研究，期能对中国的民事立法、民法理论和实务有所助益。

一、关于侵害的客体以及权利侵害之一般侵权行为

根据《德国民法典》第 823 条至第 826 条的规定，德国侵权法保护的对象不限于权利（Rechts）,还包括法益（Rechtsgüter）和利益（Interessen）,不同的对象受保护的条件有所不同。权利主要指人身权、物权和知识产权等绝对权（第 823 条第 1 款、第 826 条），法益主要针对第 823 条第 2 款保护他人为目的之法律所保护之对象，利益主要指纯粹经济上之利益，但也包含人身利益（第 823 条第 2 款、第 826 条）。[26]比较而言，我国《民法通则》第 106 条第二款关于一般侵权行为保护对象的规定则甚为模糊，该款规定：公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。侵权法保护的对象立法上界定为主体的财产和人身，那么，什么是财产？什么是人身？其构成范围如何？法无明文。财产是一个典型的不确定、不精确的概念，是一个比英美法系上所常用的财产权概念还要宽泛的概念，这一概念出现在立法当中，会

[23] 王泽鉴：《侵权行为法》，三民书局，1998 年 9 月出版，第 1 页。

[24] 如德国《债法现代化法》于 2002 年 1 月 1 日施行，瑞士联邦债法自 1912 年施行后，也已多次修订，我国台湾地区沿用的民国民法典债编也于 2002 年作了修正。

[25] 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2001 年 3 月版，第 20 页。

[26] Dieter Schwab：《Einführung in das Zivilrecht》,11überarbeitete Auflage,C.F.Müller Juristischer Verlag 1993,s123.

带来理解上的混乱和司法上的困难，大陆法系各国鲜有使用者。[27]人身的概念也同样如此，在《德国民法典》中，以生命、身体、健康、自由来表达侵权法保护的具体的人身利益（权利）。

在 1986 年 2 月《民法通则（草案）》（修改稿）中，侵权法保护的对象被界定为财产权利和人身权利，但在人大审议通过时，“权利”二字被拿掉了，这一变动，究竟有何意义，一直存有争议。在《民法通则》颁布前，代表性的观点认为“侵权行为就是指侵害他人权利的行为”[28]，此际权威教材《民法概论》写到：“侵权行为是指加害人不法侵害他人人身权或财产权的行为”。[29]《民法通则》颁布后，情况发生了改变，有些学者仍然坚持原来的观点，认为侵权行为是指“行为人不法侵害他人财产权利或人身权利的行为”。[30]有些学者则按照立法的表述来定义侵权行为的概念，认为侵权行为是对财产和人身的侵害，但在解释上又把财产和人身等同于财产权和人身权。[31]而另有些学者则对上述两种观点提出了置疑，认为侵权行为中的“权”，不仅包括权利，还包括利益，这才符合立法之本意，侵权行为是“不法侵害他人非合同权利或者受法律保护的利益，因而行为人须就所生损害负担责任的行为”。[32]《民法通则（草案）》在人大审议通过时，“权利”二字被拿掉的事实，不能说立法者没有将侵权法保护的范围由权利扩大到权利和利益，从而扩大侵权法适用范围的本意。但是长期以来，司法实务上采纳的是前两种观点。依此，侵权损害民事赔偿责任的成立要件之一便是权利遭受侵害（众多司法培训教科书均如是言），受害人得证明自己的何种民事权利遭受了侵害，这是侵权民事责任成立的一个前提，如果受害人不能证明，则往往得不到法律的救济。[33]而我国有关的民事法律、法规上确立的民事权利的种类又很有限，这难免造成某些侵害案件无法立案审理。实践中，地方各级法院也经常就具体的侵害案件逐级上报到最高法院，待最高法院予以明确答复后才会审理，通常最高法院在答复中会创立一个新的权利名称，但并不是每个案件都会有这种结局。[34]

单从名称上来看，财产、人身和财产权、人身权是明显不同的，前两者是权利的载体，不是权利，而后两者是权利，体现的是社会关系。财产有广狭二义，狭义的财产即是物，在罗马法上，物、财产及财产权利这三个概念基本是同义的。[35]《民法通则》第 5 章“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”中的“财产”即取狭义。而广义上，“财产是个属概念，物是财产的一种。财产除包

[27] 不同意见请参阅马俊驹、梅夏英：“财产权制度的历史评析和现实思考”，《中国社会科学》1999 年第 1 期，第 90 页以下。
[28] 《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社 1958 年出版，第 179 页。
[29] 佟柔、赵中孚、郑立：《民法概论》，中国人民出版社 1982 年 11 月出版，第 305 页。
[30] 江平、巫昌祯：《现代实用民法词典》，北京出版社 1988 年 6 月出版，第 262 页；彭万林：《民法学》，中国政法大学出版社 1994 年 2 月出版，第 648 页。
[31] 佟柔：《中国民法》，法律出版社，1990 年 11 月出版，第 557 页；王利明、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社 1996 年 12 月出版，第 1-3 页。
[32] 张俊浩：《民法学原理》，中国政法大学出版社 1991 年 10 月出版，第 827 页。
[33] “装修工自缢新房房主索赔精神损害”，邓婷：“关注精神赔偿——人的尊严究竟值多少”，《生活时报》2001 年 1 月 10 日。
[34] 如轰动全国的齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案，便是以此方式结案。见《中华人民共和国最高人民法院公报》，2001 年第 5 期，第 158~161 页。
[35] 江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社 1987 年 6 月出版，第 116 页。

括物之外，还包括各种财产权利。在一定场合中，财产不仅包括物和财产权利，还包含有财产内容的债务。”[36]《继承法》第 3 条规定的“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”中的“财产”即取广义。作为民事基本法的《民法通则》以财产、人身来界定侵权法的保护对象，其不足是十分明显的。第一，财产、人身本身是内涵不确定的概念，其究何所指，易生分歧。《民法通则》自身多次在不同的意义上使用财产这一概念，《民法通则》和《继承法》等民事单行法也在不同的意义上使用这一概念，这本身自相矛盾。事实上，任何国家的侵权法都不可能将广义的财产、人身关系全部纳入侵权法的调整范围之内，对于我国现阶段法律保护的水平和力度来说，更是如此。这样，立法超前，司法滞后，司法实践中保护的对象一直仅限于绝对权，债权一般不受侵权法保护，而不是法律所规定的人身和财产。法律成为无法落实的空文，其价值必将大打折扣。第二，民法作为权利法，立法中确立了诸如所有权、国有土地使用权、宅基地使用权、农地承包权、国企经营权、采矿权、取水权、抵押权、质权、留置权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权等等一序列的权利，侵权行为首要的是对上述权利的侵害，以不甚确定的财产、人身概念取代上述确定的权利概念，造成了立法的前后不一，权利和财产的概念突然换位，在体系上产生割裂。事实上，大陆法系较为成熟的民法典均以权利为脉络搭建而成，有权利必有其救济，侵权行为首要的是对权利之中绝对权的侵害（相对权在现今亦可有条件获得侵权法的保护），这是人类数千年民法文化的结晶，在我们还没有更好的制度构架之前，否定此点是不现实的。遗憾的是，九届全国人大常委会审议的《民法典草案》第八编侵权责任法中，仍将侵权对象界定为财产和人身（中国历史上不曾有过财产法和人身法！），而不是法典所罗列的诸种权利，这是明显欠妥的。

除权利外，侵权法还应当保护法益和利益。法律不仅调整权利关系，还“可以确认、界定、分配、协调、保障和促进各种利益关系”[37]。诚如史尚宽先生所言：“我民法称为侵权行为，其实不独权利，即其他利益，亦为侵害之对象。言侵权行为者，不过举要以概其余之意耳”，“盖社会之法益，依其种类，应受尊重及保护之程度，有深浅之殊，侵害行为之形态，亦各有别。详言之，被侵害之法益有为利益者，有为权利者……。”[38] 诚为精辟有远见之论述。“由于民法对各种利益的保护层次有别，以及民法不实行法定主义，各种民事利益不可能也无必要均转化成民事权利，而只能把一些主要的民事利益加以类型化并一一列举进民法之中，赋予其‘权利’的外壳。此外，对那些未能上升为民事权利的合法的利益给予概括性的一体保护。为与上升为民事权利的民事利益相区别，民法理论把权利之外的利益直截了当地称为‘利益’或‘权利以外之法益’”。[39]

众所周知，世界各国的民法和相关的法律上都规定了各种各样的权利，也都或多或少地规定了一些受法律保护的“权益”、“利益”和“法益”，权利无不体现为某种利益，而利益却未必尽占权利之名。法律的目的在于设定义务、保护权利、维持和促进共同生活。法律规范分成义务性规范、禁止性规范和保护性规范等，民法中包含着较多的保护性规范。侵权行为法不仅应当保护有正式法律名称的权利，还应当保护尚无权利名称的权益、利益和法益，这样才能充分发挥侵

[36] 张俊浩：《民法学原理》，中国政法大学出版社 1991 年 10 月出版，第 317 页。
[37] 张文显：《法理学》，法律出版社 1997 年 10 月出版，第 270、271 页。
[38] 史尚宽：《债法总论》，荣泰印书馆 1978 年出版，第 101、103 页。
[39] 孔祥俊：“侵权损害对象的界定”，《中国民法案例与学理研究》，法律出版社 1998 年 6 月出版，第 19 页。

权行为法填补损害，维护社会公平正义的功能。[40] 这正如合同法除了调整有名合同外，尚须调整无名合同的道理一样。此外，将利益作为损害对象使得侵权行为的适用范围大大增强了弹力性，法官可随时根据实际情况扩张侵权行为的范围。同时，这也使侵权行为有逐渐拓宽的普遍趋势。[41]

二、关于“违反保护他人之法律”之一般侵权行为类型

《德国民法典》第 823 条第 2 款规定：违背以保护他人为目的的法律的人，负有相同的（损害赔偿）义务。依法律内容，即使无过失仍可能违背此种法律的，只有在过失的情形，才发生赔偿的义务。此款规定即学理上所谓的“违反保护他人之法律”之一般侵权行为类型。

德国民法之所以创设“违反保护他人之法律”之一般侵权行为类型，乃是由于立法者考虑到，立法中关于权利的罗列不能穷尽侵权法所要保护的对象，除权利外，法律中尚规定了一些受保护的利益，而利益被侵害无法通过《德国民法典》第 823 条第 1 款所规定的权利受侵害一般侵权行为获得救济。[42]此外，德国法律上尚存在有大量的以保护他人为目的的保护性规范，这些规范的目的，有为保护权利的，也有为保护利益的。对利益的侵害，或者对保护性规范的违反，同样应成立侵权行为，否则，法律的这些规定，就成了空文，这与“任何法律都得遵守”的法治原则是不符的。

而事实上，利益又往往包含于保护性规范保护范围之内，这二者多有重合之处。《德国民法典》中规定的受保护的利益，以法典第 858、859 条关于保护占有的规定最为典型，这些利益有纯粹经济上之利益，也有人身上之利益。前者如投标人串通竞标损害招标人的经济利益，[43]后者如《德国民法典》第 825 条规定的诱使妇女婚外同居的侵权责任。而德国法上的保护他人之法律规范，其种类则甚为多种多样，根据学者的整理，包含有保护他人之法律规范的立法文件多达近 60 种，主要者如股份公司法（AKtG）、工时条例（ArbZeitO）、药品法（ArzneimittelG）、建筑基准法（BauFdgG）、狩猎法（BJagdG）、股票交易法（BörsenG）、胎儿保护法（EmbryonenSchutzG）、饲料法（FuttermittelG）、电器安全法（GerätesicherhG）、商法典（HGB）、青少年工保护法（JugArbSchG）、食品标识条例（LebensmittelkennzeichnungsVO）、人造黄油法（MargarineG）、母亲保护法（MutterSchG）、植物保护法（PflanzenschutzG）、帝国车库条例（ReichsgaragenO）、支票法（ScheckG）、爆炸物法（SprenstoffG）、刑法典（StGB）、道路交通条例（StrassenbahnenVO）、动物疫病法（TierseuchenG）、饮用水条例（TrinkwasserVO）、事故防免条例（UnfallverhütungsVO）、武器法（WaffenG）、有价证券交易法（WertpapierhandelsG）、牙病诊疗者法（ZahnheilkundeG）等等。[44]这些立法文件，有属于私法的，如商法，也有属于公法的，如刑法。通说认为，所谓保护他人之法律，系指保护他人为目的之法

[40] Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 103.Band2004, S475.
[41] 孔祥俊：“侵权损害对象的界定”，《中国民法案例与学理研究》，法律出版社 1998 年 6 月出版，第 21 页。
[42] Dietrich von stebut: 《Bürgerliches Recht》,2.Aufl.mai 1998,s284、285.
[43] Dietrich von stebut:《Bürgerliches Recht》,2.Aufl.mai 1998,s10、11
[44] Palandt：《Bürgerliches Gesetzbuch》,60 neubearbeitete Auflage,Verlag C.H.Beck München2001,s1031-1033.

律，即指任何以保护个人或特定范围之人为目的之法律而言，如专以保护国家公益或社会秩序为目的之法律则不包括在内。[45]

中国大陆目前适用的法律中，也存在着大量的保护性规范，其中许多当属保护他人之法律无疑。但在司法实践中未见违反保护他人之法律一般侵权行为类型之确立，学术界对此问题尚未展开过研究。这些保护性规范，举其要者，如：《宪法》第 49 条规定：婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。《消费者权益保护法》第 7 条规定：消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。《劳动法》第 54 条规定：用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品，对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。第 59 条至 65 条规定：禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕七个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。女职工生育享受不少于九十天的产假。不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。用人单位应当对未成年工定期进行健康检查，等等。第 72 条规定：用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。《个人独资企业法》第 5 条规定：国家依法保护个人独资企业的财产和其它合法权益。《合伙企业法》第 7 条规定：合伙企业及其合伙人的财产和合法权益受法律保护。《公司法》第 14 条第 2 款规定：公司的合法权益受法律保护，不受侵犯。第 15 条第 1 款规定：公司必须保护职工的合法权益，加强劳动保护，实现安全生产。《合同法》第 290 条规定：承运人应当在约定期间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点。《建筑法》第 3 条规定：建筑活动应当确保建筑工程质量和安全，符合国家的建筑工程安全标准。第 52 条规定：建筑工程勘察、设计、施工的质量必须符合国家有关建筑工程安全标准的要求，具体管理办法由国务院规定。《道路交通安全法》第 22 条规定：机动车驾驶人应当遵守道路交通安全法律、法规的规定，按照操作规范安全驾驶、文明驾驶。饮酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品，或者患有妨碍安全驾驶机动车的疾病，或者过度疲劳影响安全驾驶的，不得驾驶机动车。任何人不得强迫、指使、纵容驾驶人违反道路交通安全法律、法规和机动车安全驾驶要求驾驶机动车。第 48 条规定：机动车载物应当符合核定的载质量，严禁超载；载物的长、宽、高不得违反装载要求，不得遗洒、飘散载运物。机动车运载超限的不可解体的物品，影响交通安全的，应当按照公安机关交通管理部门指定的时间、路线、速度行驶，悬挂明显标志。在公路上运载超限的不可解体的物品，并应当依照公路法的规定执行。机动车载运爆炸物品、易燃易爆化学物品以及剧毒、放射性等危险物品，应当经公安机关批准后，按指定的时间、路线、速度行驶，悬挂警示标志并采取必要的安全措施。第 49 条规定：机动车载人不得超过核定的人数，客运机动车不得违反规定载货。第 52 条规定：机动车在道路上发生故障，需要停车排除故障时，驾驶人应当立即开启危险报警闪光灯，将机动车移至不妨碍交通的地方停放；难以移动的，应当持续开

[45] 王泽鉴：《侵权行为法》，三民书局，1998 年 9 月出版，第 349 页。

启危险报警闪光灯，并在来车方向设置警告标志等措施扩大示警距离，必要时迅速报警。《药品管理法》第 1 条规定：为加强药品监督管理，保证药品质量，保障人体用药安全，维护人民身体健康和用药的合法权益，特制定本法。《食品卫生法》第 6 条规定：食品应当无毒、无害，符合应当有的营养要求，具有相应的色、香、味等感官性状。第 7 条规定：专供婴幼儿的主、辅食品，必须符合国务院卫生行政部门制定的营养、卫生标准。此外，《妇女权益保障法》、《老年人权益保障法》、《归侨侨眷权益保护法》、《城镇廉租住房管理办法》、《义务教育法》等等法律法规中，均包含大量保护性规范，即保护他人之法律。

笔者认为，德国民法上的违反保护他人之法律之一般侵权行为类型之立法理由，于中国现行法上同样存在。第一，立法上确立了大量的权利外之利益，这些利益必须予以保护。第二，立法上存在着大量的保护他人之法律规范。第三，实践中，某些权利究竟属于财产权还是人身权抑或二者兼而有之，较为复杂，无法轻易归入财产或人身之中。比如社员权、股权、委托财产管理权和建筑物区分所有权等。[46]由于不存在违反保护他人之法律之一般侵权行为类型，由于司法实务上认侵权行为是对人身权、财产权的侵害，使得一些本该受理的侵害权益的案件不能作为侵权案件处理，最终陷入不断的投诉和上访的怪圈中。为了对某些侵害案件提供救济，学者们不得不发明出各种各样的权利。比如，针对老父死后，兄不通知弟到场便办理完后事的案例，提出悼念权的概念；[47]针对与有配偶者通奸的案例，提出配偶权的概念；[48]针对将花圈置于醒目位置而干扰他人正常营业的案例，提出经营权的概念；[49]针对影迷强吻歌星的行为，提出亲吻权的概念，此外尚提出了贞操权、居住权等等概念。基于上述理由，我国未来的民法典之侵权行为法中，有必要规定此类违反保护他人之法律之侵权行为作为一类独立的侵权行为类型，作为对“故意或过失不法侵害权利以外之利益，并同时违反保护他人之法律之侵权行为”的救济方法。[50]这一方面固然使权利以外之利益、权益得到了保护，使众多法律的有关保护性规定落到实处，从而确实保护当事人的合法权益。另一方面，使得侵权行为法“由权利的侵害移向法律的违反，即以客观法律规范的违反作为构成要件的实现；使得侵权行为法成为一动态的开放体系，将其他领域的规范迁入侵权行为法，使侵权行为得以整个法律规范体系相连接，并具有使立法简化、合理化的作用。”[51] 此外，违反保护他人之法律之侵权行为制度是侵权行为法中一个重要的弹性条款，具有极强的包容性和适用性，可以很好地发挥保持法律稳定性的作用。

三、关于故意背俗的侵害一般侵权行为类型

《德国民法典》第 826 条规定：以违背善良风俗的方式对他人故意造成损害的人，对他人负有赔偿损害的义务。此种故意背俗侵害的一般侵权行为类型，与《德国民法典》第 823 条第 1 款和第 2 款所规定的权利侵害的一般侵权行为类型

[46] 马俊驹、梅夏英：“财产权制度的历史评析和现实思考”，《中国社会科学》1999 年第 1 期，第 99 页以下；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2003 年 1 月版，第 157-160 页。
[47] 萧萧：“悼念权官司咋个判”，《姑苏晚报》2001 年 9 月 29 日，第A2 版。
[48] 史浩明：“论配偶权及其立法完善”，《学术论坛》2001 年第 2 期，第 33 页。
[49] 杨立新，蔡颖雯：“论妨害经营侵权行为及其责任”，《法学论坛》2004 年第 2 期，第 12-22 页。
[50] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第 2 辑，中国政法大学出版社，1993 年 5 月第 1 版，第 187 页。
[51] 王泽鉴：《侵权行为法》，三民书局，1998 年 9 月出版，第 345 页。

以及违反保护他人之法律之一般侵权行为类型相比，最大的不同首先在于责任成立的要件更为严格，即只能适用于故意且违背善良风俗的侵害行为。其次，第823条第1款和第2款立法保护的对象限于法律上的权利和利益，以有确定的权利或有确定的保护他人之法律规范之存在为适用的前提。而故意背俗侵害侵权行为之成立不以此为前提。也就是说，立法上既没有确定为权利，又没有纳入保护性规范保护的利益，如以违背善良风俗的方式故意被侵害，法律亦提供确定的救济。善良风俗之规定作为民法上一个重要的概括条款，其适用具有较强的弹性，可以依法律解释很好地与经济发展和社会变迁结合起来。“善良风俗作为判断侵权行为的基准，使侵权行为法得以开放，而与社会伦理价值相接，以适应社会的发展。”[52]正因为如此，有学者将其称为侵权行为的“蓄水池”、“有取用自如之妙”。[53]实践中最为典型的背俗侵害侵权行为案例如雇主为雇员出具虚假的品行证明因而导致其他雇主受到侵害，再比如故意引诱他人违约从而侵害他人合同债权。[54]

在德国的司法实践中，故意背俗侵害一般侵权行为类型，经由判例已经发展成一个庞大的侵权行为类型体系，具有很强的适用性，为大量的侵害案例提供了司法救济，发挥了良好的规范调整功能，取得了较好的经济和社会效益。学者归纳的案例类型如下：[55]

A. 员工招募和股权（Abwerbung von Mitarbeiten und Aktienrecht）。包括引诱在任员工弃职或再任期间以通讯方式为其他公司服务。股东和股东外第三人串通，放弃撤销权损害其他股东利益并由第三人处获得不正当利益。以及以放弃对股东大会决议行使撤销权或撤回异议换取不正当补偿等等。

B. 欺诈订约(Arglist bei Vertragsschluss)。包括不实陈述(Unwahre Angaben)，恶意隐瞒(Verschweigen)以及帮助他人实施上述行为(Mitwirkung bei arglistigem Verhalten eines anderen)等等。

C. 咨询、建议、推荐、鉴定(Auskunft ,Rat, Empfehlung,Gutachten)。包括故意不实答询(Bewusst unrichtige)。重大过失导致咨询错误、明知可能招致损害而轻率出具鉴定结果（Grob fahrlässig unrichtige Auskunft ,leichtfertiges Gutachten in dem Bewusstsein der möglichen Schädigung）。雇主为雇员出具虚假的品行证明（Zeugnisse von Arbeitgebern）。尽管结果正确,对私密领域不应公开的咨询而公开(richtige Auskünfte)等等。

D. 职业事务(Berufsangelegenheiten)。包括对现存的或可能的职业人身损害责任予以排除(Ausschluss)。联合抵制(Boykott)。拒绝提供社会保险。拒绝（正当）加入经济协会之请求而违反禁止歧视之规定。恶意告发(Denunziazion)，即故意或轻率揭发。穿越责任(Durchgriffshaftung)，即法人之成员对其操纵法人造成善意第三人之损害之赔偿责任。公司或合伙的成立专以损害债权人的债权为目的等等。

---

[52] 王泽鉴：《民法概要》，中国政法大学出版社2003年4月出版，第212页。
[53] 史尚宽：《债法总论》，荣泰印书馆1978年出版，第156页。
[54] Dietrich von stebut:《Bürgerliches Recht》,2.Aufl.mai 1998,s11、285.
[55] Palandt：《Bürgerliches Gesetzbuch》,60 neubearbeitete Auflage,Verlag C.H.Beck München2001,s1050-1055.

E. 所有权滥用(Eigentumsmissbrauch)。包括与配偶进行房产交易，以此终止房屋租赁关系。在强制拍卖和支付不能程序中，取得地产，以此终止不顺意的租赁。未经主出租人和承租人合意，摆脱次承租人等等。

F. 家庭及继承关系(Familien- und erbrechtliche Beziehungen)。包括对婚姻的破坏者（第三者）和配偶享有赔偿请求权。明显不诚实隐瞒赡养给付能力的改善。对同居伙伴否认滥交（不问就不说不构成此种背俗侵害）并构成损害。以规避共同继承人行使民法典第 2034 条规定的优先购买权为目的，转让共同继承遗产的份额。民法典第 2287 条所规定的侵害性赠与等等。

G. 形式瑕疵(Formmangel)。

H. 侵害债权人(Gläubigerbenachteiligung)。包括 a 延付工资(Lohnschiebungen)。如债务人被迫与债权人订立无报酬协议，以此充抵其债务。b 贷款合同和财产移转(Kreditverträge und vermögensverschiebung)。如通过贷款钳制企业、控制企业生产经营的独立性，取走企业的大部财产（让与担保）。c 迟延（申请）破产(Insolvenzverzögerung)等等。

I. 无形财产权(Immaterialgüterrechte)。包括未经同意使用他人精神产品(geist Leistung)。非善意使用他人的商业秘密(Betriebsgeheim) 等等。

J. 卡特尔及垄断(Kartelle,Monopole)。

K. 劳资斗争(Lohnkämpfe)。包括工人斗争违反公平及适度原则。任何一方散布有违事实或者煽动性的宣传，使用暴力或者威胁或者容忍这些行为等等。

L. 公司机关及成员(Organe u Mitglieder von Gesellschaften)。包括两合公司的有限责任股东与债权人串通蒙蔽损害无限责任股东。多数股股东纯为自己利益增资。将股票转让给顶替人，以此影响公司合并之表决等等。

M. 专利及实用新型(Patente und Gebrauchsmuster)。包括专利申请中恶意欺诈专利局，对新探明的损害事实予以隐瞒。专利被许可人对包括改进共享条款的受让专利提出无效之诉等等。

N. 程序导引(Prozessführung)。包括在诉讼中故意使用不实或伪造的证据。在诉讼中故意引用不当判决。恶意和解等等。

O. 裁判权滥用(Urteilsmissbrauch)。

P. 贿赂(Zahlung von Schmiergeldern)。比如：对代理人行贿，以期得到委托或者定单。“入门费”以及“开通费”，即为了入市、为了获得委托、为了获得某种商品，或者为了在市场上继续提供某种商品，而交纳的一笔一次总付费用等等。

Q. 侵害第三人合同债权(Verletzung von Vertragsrechten Dritter)。仅仅利用了债务人的准备悔约、或者仅仅协力债务人的悔约，尚不构成背俗侵害。背俗侵害合同债权以毫不顾及相关债权人，为社会法理情感所难容为成立条件。尤为显明者如与债务人共同策划背约，并由第三人承担由此产生的全部赔偿责任。明知代理人滥用代理权仍加以利用等等。

R. 违反合同(Vertragsverletzung)。 包括故意违约以使对方订约目的落空。受特殊信任的信托受托人、受委托人严重违背信任关系。蓄意排挤合同伙

伴。债权人以在强制拍卖中低价获取债务人的基本财产为目的，切断债务人的一般信贷等等。

S. 商标和装潢(Marken und ausstattung)。包括为阻止国外某一（相同）商标在国内的使用而申报此商标，但已长期以善意、非侵害的方式使用此商标者，不在此限。为了尽最大量获取利益，申报某一已为外国保护的商标。使用他人外观装潢已为权利人默许者，不构成背俗侵害，但暗中使用，现已成为主要侵害的，构成背俗侵害。

T. 汇票和支票(Wechsel und Schecks)。

U. 不正当竞争(Unlauterer Wettbewerb)。

V. 强制执行(Zwansvollstreckung)。包括债权人以欺骗的方式获得担保权。在强制拍卖中，债权人联合排挤竞标人，压低企业基本资产的价值，损害所有权人和担保物权人的利益，破坏强制拍卖的自由竞价机制作用的发挥。经由顶替人欺诈中标。为了达到终止租赁等其他目的而滥用支付不能程序等等。

W. 其他情形(Sonstige fälle)。包括背于善良风俗的赌博、搏彩。运输或提供禁运商品。在电脑中设置病毒程序等等。

德国法上的故意背俗侵害侵权行为保护的对象包括权利和利益，其调整范围和民法典第 823 条所规定的权利侵害之一般侵权行为及“违反保护他人之法律”之一般侵权行为会发生重合，于此情形，当事人可选择一于己最为有利的请求权。我国现行法上，尚未确立此种故意背俗侵害侵权行为类型，仅在《民法通则》的基本原则中，规定了诚实信用原则和尊重社会公德的原则，但这两个原则的具体内容与善良风俗有别，也无法代替故意背俗侵害侵权行为之类型。实践中，与德国法上所谓的故意背俗侵权相类似的侵害案例却时有发生，如在婚前健康检查中检查机构与一方当事人串通，对乙肝病史予以隐瞒；[56]于离婚或破产时，虚伪设定债务或抵押；[57]与有夫之妇通奸等。对于其中有些侵害行为，究属侵犯何种权利，一时难有定论，而法律有时却不得不考虑提供救济。笔者认为，侵权行为法是债法中极具灵活性和变动性的部分，与生产生活和社会发展紧密相连，为了保持立法的稳定性，为了让侵权行为法紧紧跟上时代步伐，只能从侵权行为法的逻辑性和包容性上下工夫，在这方面，案件的归纳整理总是显得滞后，有时甚至是力不从心。为此，有必要在侵权法上设立此种故意背俗侵害侵权行为之一般类型，以使侵权行为法直接与生活相通，维护其相对稳定，增强其适用性。

四、结语

中国是成文法国家，对侵权行为的规范调整和相关的司法活动，均离不开制定的侵权行为法。而在侵权行为法的内容中，首先就要规定侵权行为一般条款，通过侵权行为一般条款来确定一般侵权行为。[58] 侵权行为一般条款在整个侵权行为法当中占有举足轻重的地位。民法，自权利角度观之，不失为权利法典。侵权行为，首要是指对权利的侵害，但法律不仅应保护权利，对法律上确立的利益，亦应提供保护。社会时刻在发展，而立法却必须保持相对的稳定，某些新生的利

[56] 周大立：“婚检检出的官司”，《姑苏晚报》2000 年 5 月 12 日，第A3 版。
[57] 王泽鉴：《侵权行为法》，三民书局，1998 年 9 月出版，第 334 页。
[58] 杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社 2004 年 1 月第二版，第 15 页

益，虽一时难于上升为权利和法定利益（有时亦为不必），但却合于社会之公平正义，实有加以保护的必要，惟有如此，社会之共同生活方得以维持和拓展。《德国民法典》所确立的权利侵害之一般侵权行为、“违反保护他人之法律”之一般侵权行为及故意背俗侵害之一般侵权行为，能够较好地协调侵权法多重保护功能，满足不同层次利益保护之需求。三类一般侵权行为体系严密，相互配合，具有很强的逻辑性和广泛的适用性，能够防止法律调整漏洞的产生，维护立法的相对稳定，使侵权法成为一个稳定又不失开放的体系，不失为成熟的立法。比较而言，我国《民法通则》关于侵权行为的规定则甚为概括、模糊，法律规范体系结构不严密、逻辑性不强，立法和司法相脱离，法律的适用性低。长期以来，理论界对此问题的关注度不够，理论研究多集中于我国的侵权法发展史、侵权责任的归责原则、侵权责任的构成要件、侵权损害赔偿范围以及侵权法的独立成编等问题上，对一般侵权行为的形态较少涉及，值此我国制定民法典之际，《德国民法典》关于一般侵权行为类型化的成功经验，值得认真思考。

责任编辑：王　倩　审稿人：周云涛

简介欧洲消费者贷款指令和支付服务指令在德国民法典中的转化

张艳

柏林洪堡大学博士生

德国联邦议会于 2009 年 7 月 2 日在其法案二读和三读中[59]通过了一部旨在转化欧盟指令以及对于消费者合同的撤回和退还权进行重新规定的法律。上述指令指的是消费者贷款指令[60]以及支付服务指令[61]中的民事部分。根据这个新法律的规定，德国消费者未来将在缔结贷款合同方面获得更全面的信息，免受贷款陷阱之危害。同时在欧盟范围内将实现非现金支付往来的统一。

该部法律的的细节如下：

一. 消费者贷款

信息和合同说明（Information und Vertragserläuterung）：将来消费者应该在缔结贷款合同之前被告知贷款的重要组成部分，以便其能够更好的比较不同的要约并作出理性的决定。这实质上是规定了贷方的先合同义务——信息告知义务。指令在第 5 条中列举了从 a 到 s 共 19 项需要贷方在缔约前告知消费者的信息。如果贷方在缔约前已经向消费者出示了指令的第 2 个附录，即“消费者信贷方面的欧洲标准信息”（Europäische Standardinformationen für Verbraucherkredite）,那么他的信息告知义务就被视为已完成。

广告(Werbung)：涉及贷款合同的广告被更严格的加以规定。贷方不可以在广告中只列出一个单独的数字（比如一个特别低的利息），而是必须通过一个实际的例子告知消费者合同的其他费用。这个规定的目的是消除贷款诱骗陷阱，从而使消费者处于一个掌握大量有益信息的优良环境中，以对于该贷款合同要约作出理性的分析和决定。指令第 4 条第 2 款中规定了六项在广告中要包括的标准信息。

消费者贷款样本(Muster für Verbraucherdarlehen)：未来对于不同的贷款合同将适用一个统一的，以告知消费者合同信息为目的的在整个欧洲范围内适用

---

[59] 德国的立法程序主要包括以下四个步骤：一为法律动议（德国基本法第 76 条），二为联邦议会的决定（基本法第 77 条第 1 款第 1 句以及第 76 条第 3 款第 6 句，第 79 条第 2 款，第 42 条第 2 款），三为联邦参议院的参与（基本法第 77 条第 1 款第 2 句及第 2 至 5 款，第 78 条），四为签发和颁布（基本法第 82 条）。法案宣读为第二步骤的内容。这里的宣读（Lesungen）实为协商（Beratung）之意，宣读同样分为三个阶段：在法案一读中（erste Lesung）只是关于一般性问题的交流和讨论，之后法律提案将转交给各委员会；法案二读（zweite Lesung）是有决定性意义的，在这个阶段议员将对法案的各个细节进行详尽的讨论和建议并最终投票表决；法案三读只是具有宣告性的意义，经常和法案二读合在一起进行。

[60] Verbraucherkreditrichtlinie，欧洲议会关于消费者贷款合同的 2008/48/EG号指令于 2008 年 4 月被通过并将于 2010 年 5 月 12 日代替 87/102/EWG号旧指令正式适用，它旨在消除由旧指令带来的竞争扭曲，建立真正的消费者信贷方面的内部市场。该指令由 32 个条款和 3 个附录组成，在第 27 条中要求其成员国最晚于 2010 年 5 月 10 日完成指令在各自国内法中的转换。

[61] Zahlungsdiensterichtlinie，欧洲议会和参议院关于内部市场支付服务的2007/64/EG号指令于2007年11月13日于法国斯特拉斯堡（Straßburg）被通过。该指令包括96个条款和1个附录。在该指令第94条第一款第一段中规定，个成员国须于2009年11月1日前完成该指令在各自国内法中的转换。

的样本，从中消费者可以知晓贷款的全部费用及其他重要信息，这样他可以更好的对各个要约进行比较，包括来自其它欧州国家的要约。

解约(Kündigung)：该问题在此被重新规定。在无期限合同中贷方只有在如下情况有权解约：解约期限(Kündigungsfrist)被至少规定为两个月。反之消费者可以随时解除无期限的合同，但以双方没有约定解约期限为限，该期限不得超过一个月。对于规定了期限且未以房产作为抵押的合同，消费者可以随时部分或全部偿还贷款，此时消费者有权利要求贷方减少贷款合同剩余时间的利息和费用。贷方可以要求消费者补偿其提前还款给自己造成的合理损失，但最高以提前被还款项的百分之一为限。

二. 支付服务

高度统一的权利和义务将适用于欧洲范围内的非现金交往中。首先无论在国内还是跨境支付程序方面（比如汇款，银行卡支付，托收承付（Lastschrift））都适用统一的规则，此举将简化非现金支付程序并提高法律安全性。“单一欧元支付区（single euro payments area-SEPA）”项目[62]消除了欧盟内部市场中国内和跨境的支付差异。综上所述支付服务提供者的所在地对顾客的决定而言将不再是障碍，同时一致的跨境竞争的框架条件也将被促进。其次新规则还统一并缩短了实施和起息日期限：从 2012 年元月 1 日起欧盟内部所有涉及欧元的跨境支付委托所需时间将由现在的五个工作日以内提高到一个工作日以内。

三. 撤回和退还权

草案还对消费者合同中的撤回和退还权做了新的规定。德国民法典在其第 355 条对于消费者合同的撤回权作出了规定。草案建议该条的体系应更加清晰，内容也应更加充实。根据草案该条的四款应按照如下方式对撤回权作出规定：第一款应规定撤回权及其行使，第二款规定撤回期限的长短，第三款规定期限的开始，第四款规定撤回权的消失。内容上最大的变化体现在第二款第二句，这里规定的是在异地交易，尤其是网络拍卖情况下的撤回期限。根据现行法第 355 条的规定，撤回期限为两个星期，但以告知消费者该权利的说明在缔约前或缔约时被作出为限。如果该说明在缔约后方被通知，那么撤回期限则延长至一个月。按照这个规定，在网络拍卖的情况下撤回期限是一个月，因为司法部门不认为写在网页上的告知撤回权的说明符合民法典中关于“书面形式”的要求。草案认为这种结果是不合理的，理由如下：卖家所做出的是法律意义上的要约，当时间截止时，随着最后一个出价的消费者的承诺的作出，合同成立。只有在这时卖方才知道自己的合同相对方，因此卖方不可能在合同缔结前或缔结过程中书面告知该消费者该权利。反观通常的网络商店，此时卖方提供商品的行为只是法律意义上的要约邀请，消费者订货是真正的要约，因此卖家完全可以在作出承诺时附带用 Email 告知消费者撤回权事宜。立法者认为，这两种网络销售方式在本质上是没有区别的，因此在撤回权期限问题上也不应该将其区别对待。因此，草案规定，

[62] SEPA旨在建立一个单一的欧元区域，在这个区域内的所有电子支付处理将如同在本国进行处理一样。而欧元在一国内以及欧洲范围内跨境支付的差异将不复存在。SEPA的总体目标在于让客户使用单一银行帐户和单一支付工具实现非现金的欧元支付，无论他所要支付的对方处在该指定区域内的何地。SEPA将大大降低支付成本和处理此类支付交易所需的时间。SEPA的参与国包括 27 个欧盟成员国（占主导地位的是 16 个欧元区国家）以及冰岛，列支敦士登，挪威和瑞士。

新的第 355 条第二款第二句应这样规定：在远程交易中一个采用书面形式的在缔约后不迟延的作出的撤回权通知相当于在合同缔结时所作出的通知，如果上述通知是经营者按照法律规定进行的。

责任编辑：沈百鑫 审稿人：陈一峰 刘　旭

浅谈股东撤销权及其滥用后果

杨大可

德国柏林洪堡大学法学博士研究生

一．引言

股东大会作为公司的权力机关，其决议根据“资本多数决定”原则作出，本质上体现了资本的民主。而操纵公司的大股东往往利用其权力，借助违反法律或章程的股东大会决议的形式损害中小股东利益。虽然公司具有资合性特征，由出资较多的股东执掌公司大权无可厚非，但公司具备独立法律人格后，其利益与大股东利益存在着差别，公司不仅要对外以自身名义承担起社会责任，在公司内部也要兼顾大股东与中小股东利益，形成公司法上各种利益平衡的状态。应此，德国的《股份法》也和其他许多国家的立法一样，对股东的撤销权（撤销之诉）做出了规定。本文将通过对德国新近的一则有关股东撤销之诉的判例的介绍对股东的撤销权及其滥用后果进行简单的阐述。

二．案例简介

黑森州法兰克福（美茵河畔）高等法院于 2009 年 1 月 27 日作出判决：如果股东针对股份有限公司股东大会的决议提出了无理由的撤销之诉，那么他可能因此而承担损害赔偿责任。

原告作为小股东反对股东大会所作的增资计划，尽管如此该计划仍然获得决议通过。于是他提起了针对此决议的撤销之诉，要求法院宣告增资无效。由于该撤销之诉使得增资暂时未取得登记，所以作为被告的股份有限公司同时提出反诉，要求（反诉程序中的）被告（即该小股东）承担损害赔偿责任。州法院支持了该股份有限公司的诉求。

法兰克福（美茵河畔）州高等法院驳回了原告的上诉。其理由是：原告的行为违反了股东之间特殊的忠实义务，因此属于违反善良风俗的行为。其提出的撤销之诉也属于一种对诉讼权的滥用。他这么做的目的并非如他主张的那样——是为了加强小股东的权利，而是完全为了他个人的私利——获得公司新发行股份的认购权。而且该股东在 2005 年到 2007 年间先后 15 次经德国《股份法》提起诉讼，其中有 11 次以调解告终。这些数字表明该股东是有计划地通过股份法的撤销之诉为自己牟取私利。

三．　股东的撤销权

（一）　一般性介绍

如果撤销违反法律或章程的股东大会决议，那么每个出席大会的股东都享有此权利。根据现行法律规定，只要股东在大会召开之前获得股份就可以提起撤销之诉。然而《股份法》第 245 条第 1 项对此规定了一个前提条件：该股东必须在大会上对会议备忘录提出异议。在实践中提出此异议正是为了获得提起撤销之诉的机会。股东派遣的代表所提出的异议具有同样的效果。但是只有股东本人有权提起撤销之诉。即使缺席大会的股东也享有此权利，只要他没有收到通知或被不合理地剥夺了出席权（《股份法》第 245 条第 2 款）。而在实践中由于大部分股

东并不参加股东大会，而且代理其行使表决权的银行又通常不会提出异议，所以这一条款大大限制了股东的诉讼权。在《股份法》第 243 条第 2 款规定的情况下，所有股东均有权提起撤销之诉。而在《股份法》第 254 条规定的情况下，撤销之诉的提起必须得到至少持有 5%以上公司股本或持有 500，000 万欧元股金的股东支持。

（二）撤销原因

如上文所述，当股东大会的决议违反了法律或章程的规定，就可以提起撤销之诉。决议违反的既可能是程序性规定，也可能是实质性条款。

违反《股份法》第 121 条和第 129 条等规定的召集程序和议程规则均属程序性违法。根据新近的学术研究，据此而提起撤销请求的前提条件不仅是在错误和结果之间存在着因果关系，还必须考虑另一个因素：错误对股东的影响程度。

如果决议的内容与《股份法》的实质性规定相冲突，而且此冲突并不一定导致决议无效，那么可以考虑采用撤销方式废除该决议。违反其他法律或章程中的实质性规定也可以采用相同的处理方法。比如《股份法》第 251 条、第 254 条、第 255 条规定的特别构成要件即属于此类。

除此之外，《股份法》第 243 条第 1 款则是撤销违反平等待遇原则（《股份法》第 53a 条）和违反股东的忠实义务的股东大会决议的法律依据。其中的一个撤销原因是不平等地分配股息和增资时不平等地分配新股认购权。

（三）法院审查

法院必须对股东大会决议的内容进行审查。德国联邦最高法院认为，如果大会决议违反忠诚义务，那么为了保护小股东利益，可以撤销相关决议。在 Mannesmann 一案中，联邦最高法院曾拒绝给予小股东特别保护。但在 Kali & Salz 一案中联邦最高法院首次判决：如果“没有充分理由证明股东大会决议是符合公司利益的话”，该决议就违反《股份法》第 243 条第 1 款的规定。在排除股东优先认购权而进行的实物出资案中，联邦最高法院又进一步界定了这一标准：“一个理智商人考虑后会得出结论，公司必须尽快获得该项实物，但是可以期望，公司由此而获得的利益能够适当弥补股东因失去优先认购权而在持股比例和表决权方面所受的损失”。尽管近些年的一些司法判例所采用的具体评判标准之间存着在很大差异，但是联邦最高法院的判决还是得到了学术界的广泛认可。但是对于哪些决议必须接受法院的内容审查以及评价标准的进一步具体化这些问题，在学术界还存在着各种不同观点。就连联邦最高法院自己对上述问题也没有彻底弄清楚。但是可以肯定的是，所有削弱小股东在公司中地位和影响的决议、所有减少小股东分红机会的决议都必须接受法院审查。

在内容要求方面，实质原因的评判标准要比善良风俗标准（《股份法》第 241 条第 4 项）、滥用法律标准和《股份法》第 243 条第 2 款规定因谋取特别利益而应予撤销的标准要宽松。它在实质上是一种根据一般意义上的适度原则而进行的程度审查。据此，股东大会的决议不仅必须有利于维护大股东的利益，而且必须有利于企业利益；它不得过分损害小股东的法律地位。适用该原则时必须在具体情况下对各方利益进行综合权衡。

四． 撤销权的滥用

撤销权是股东享有的一种自益权，原则上起诉的股东不必在起诉书中说明其受损利益，即使他仅仅拥有一个股份或撤销决议将给公司造成很大损失也不能简单地以滥用法律为由驳回其起诉。但是不可否认的是，对滥用撤销权加以界定可以有效地防止那种职业撤销决议者、受到挑衅的股东或类似股东利用其撤销权来敲诈公司。由于最近接连发生此类案件，学术界对此进行了专门研究。联邦最高法院根据这些研究成果在一系列案件中规定了滥用撤销之诉的构成要件。比如，如果在支付给一个小股东较高数额款项后，该股东就会放弃起诉或者撤销诉讼，那么就明显地表明他在滥用法律。撤销权滥用必须结合具体案件进行具体分析。根据此原则，有理由的撤销之诉毫无疑问应予以支持；而滥用诉权的股东也将自然而然地失去其撤销权，相关的起诉不能成立，并将被驳回，而且根据本文第一部分讲到的法兰克福（美茵河畔）州高级法院所作的判决，滥用撤销权的股东甚至要承担相应的损害赔偿义务。

五. 总结

综上所述，公司的有效运营与发展是股东利益得以实现的根本保障，因此一方面股东应当谨慎而自律地行使撤销权，而另一方面法院在保护小股东权益的同时，也应坚持效率原则，充分关注公司的运营效率及发展，防止股东滥用诉权影响股东会决策和公司经营。

责任编辑：丁 佳 审稿人： 刘 旭

《德国法青年通讯》2009 年第三辑作者简介
（按姓名汉语拼音顺序）

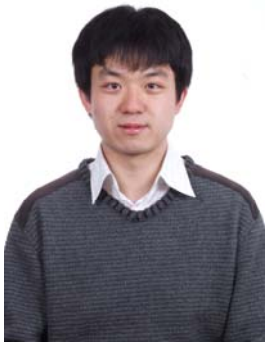
刘晨燚

- 北京外国语大学德语系日尔曼语言文学学士
- 海德堡大学法律系国家考试方向在读研究生
- 德国与欧洲行政法重点方向
- 曾任德国杜斯曼集团北京公司总经理翻译、助理
- 曾任德国杜斯曼集团总部审计部法务助理
- Email:liuchenyi@msn.com

王士帆

- 台灣政治大學法律系學士、政治大學法律系碩士、台灣大學法律系博士生
- 杜賓根大學法律系博士生
- 刑事程序法、人權法
- Email: wang_shihfan@hotmail.com

杨大可



- 吉林大学法学学士
- 德国波恩大学比较法硕士
- 现为德国柏林洪堡大学法学博士研究生，辅导老师为 Prof. Stefan Grundmann
- 研究方向：公司法
- Email：yangdakezy@hotmail.com

张　艳

- 吉林大学法学学士
- 德国波恩大学比较法硕士
- 现为德国柏林洪堡大学法学博士研究生，辅导老师为 Prof. Stefan Grundmann
- 研究方向：消费者权益保障法
- Email：zhangyanydk@hotmail.com

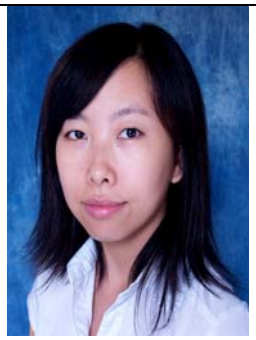
《德国法青年通讯》编辑部组成人员简介

（按姓名汉语拼音顺序）

陈一峰

- 北京大学法学院，国际法学博士研究生（2006-）
- 现为《北大国际法与比较法评论》主编
- 研究方向：国际公法
- 邮件：chenyfpku@hotmail.com

丁　佳



- 南开大学法学系本科
- 德国图宾根大学法律硕士 （LL.M）
- 德国图宾根大学经济法博士生, 师从 Heinz-Dieter Assmann 教授
- 主要研究方向：公司法，资本市场法
- 电子邮件：dingjia613@hotmail.com

刘　旭

- 法学本科就读于南京大学法学院
- LL.M.硕士学习项目就读于海德堡大学法学院
- MBL 经济法硕士学习项目就读于科隆大学法学院
- 现于海德堡大学法学院攻读博士学位，第一导师为 Peter-Christian Müller-Graff 教授，第二辅导老师为 Daniel Zimmer 教授（波恩大学），波恩大学商法经济法研究所助理研究员
- 研究方向：竞争法，经济宪法，欧洲法
- 邮件：jalx007@googlemail.com
- 专业博客：http://kartellrecht.fyfz.cn/blog/kartellrecht

沈百鑫

- 曾就读于吉林大学，同济大学和德国 Bielefeld 大学
- 现于 Leipzig 大学攻读博士学位，德方导师为 Prof. Wolfgang Köck, 中方为蔡守秋教授，研究课题为：中德水资源管理法的比较
- 研究方向：欧盟法，竞争法，环境法
- 电子邮件：baixinshen@gmail.com
- 博客地址：http://wettbewerbsrecht.fyfz.cn/blog/wettbewerbsrecht

王　倩

- 先后就读于南京大学德语系本科，南京大学与哥廷根大学合作办学的中德法研究所获得两校硕士学位
- 现在注册在不来梅大学攻读博士学位，师从 Wolfgang Däubler 教授
- 博士论文重点为劳动合同法
- 主要研究方向：劳动法、社会保障法

王葆莳

- 先后就读于湘潭大学，西北政法大学，武汉大学和海德堡大学
- 武汉大学法学博士，海德堡大学 LLM，海德堡大学博士研究生，导师 Thomas Pfeiffer
- 湖南师范大学法学院副教授，湖南芙蓉律师事务所涉外部主任，中国国际私法学会理事
- 主要研究方向：民法总论，家庭法，保险法，国际私法，国际商事仲裁，国际民事诉讼法，国际人权法
- 邮箱：horstwang@hotmail.com, wangbaoshi@tom.com

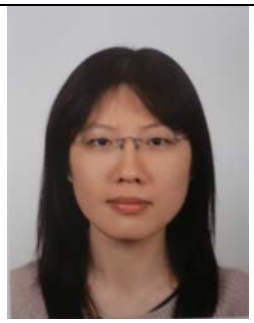
熊　琦

- 先后就读于武汉大学、德国马尔堡大学、德国海德堡大学
- 现就读德国弗莱堡大学，辅导老师为 H.-J. 阿尔布莱希特教授，兼德国马普外国国际刑法研究所 Research School 研究人员
- 研究方向：刑法、犯罪学
- 休闲博客：http://blog.sina.com.cn/rogerius

赵秀举

- 中国人民大学法学院本科、硕士、博士
- 德国拜罗伊特大学法律系博士
- 北京大学法学院博士后
- 主要研究方向：民事诉讼法、强制执行法
- 电子邮件：xiujuzhao@pku.edu.cn

周培之



- 天主教辅仁大学法律系司法组学士
- 德国海德堡大学法律硕士 （LL.M.）
- 德国海德堡大学公法博士生，师从 Michael Anderheiden 教授
- 主要研究方向：公法，法哲学, 法社会学

周云涛

- 中国人民大学法学院，民商法学博士研究生（2006-）
- 德国图宾根大学联合培养博士，导师为 Westermann 教授
- 《判解研究》（CSSCI）杂志编辑
- 研究方向：民法、侵权、人格权
- 邮件：yuntaodexinxiang@gmail.com

征稿启事

《德国法青年通讯》作为留德法学学生学者自主创办的电子刊物旨在分享对德国法的研习心得，介绍德国法最新动态，立足德国法学习对欧洲法的发展以及国内立法、执法和司法实践加以关注，从而跨域时空以文会友，一起绘制一张德国法研究的学科及地域分布图，共同培育一方讨论与交流德国法学知识的小田园；同时，也诚恳地希望可以通过我们的努力使对德国法、欧洲法感兴趣的旅德华人及华人团体、国内的教学及科研机构、企业、法律服务机构及新闻媒体通过《德国法青年通讯》了解相关咨询及比较法研习成果，立法及实务发展——从而为民间的中德比较法研究、法律实务、法律文化交流，以及非法律专业人事了解和理解相关交流动态提供便利。

《德国法青年通讯》欢迎留德及曾经留学或访问德国的法学专业学生、学者、司法界、律师界等实务界人士为我刊投稿。稿件要求如下：

1. 建议在五页以内，以三两页短文为佳；
2. 原则上不须添加脚注，必要说明可以使用破折号或者括号简要注明，若引注纷繁不以脚注形式则有碍顺畅阅读时，可参考《《武大国际法评论》注释规范》；
3. 考虑到我刊读者群除法学专业人士外，还有许多非专业人士或者无留德背景者，因而建议投稿文字流畅、体谅读者跨学科背景、由浅入深者为佳；
4. 考虑到涉及术语翻译，建议稿件参照国内主流专业翻译，出入之处可以在括号中加以（简要辨析）；
5. 投稿内容建议针对德国法律制度、法律实践、法律思想发展及时事案例，或者立足德国法来介绍和比较欧洲法、其他欧洲国家相关制度或判例，投稿亦可立足于国内法律制度、立法动态、法律实践、法律思想发展及时事案例，与德国法或者欧洲法进行比较；
6. 投稿应条例清楚，兼有引文和总结者为佳；
7. 考虑到译作的特殊属性，《德国法青年通讯》并不便发表，但投稿人能够自行承担相关版权问题并承担校对责任且译作确实对国内相关立法工作确有很大借鉴意义者《德国法青年通讯》编辑部可以另行考量；
8. 投稿若为已经发表或者通过互联网发布的文章（例如律师为律所撰写的 Newsletter 节选或者个人专业博客文章），同样需要符合前述要求，且需要自行承担相关著作权责任并声明原载于哪一刊物或者互联网地址，并告知最初刊载该文的刊物或者网站征得对方书面许可（可通过邮件方式）；针对这种情况建议投稿人选择将原稿件进行缩略和加工以避免不要之法律纠纷；
9. 对于打算或者能够预见到文稿将来要发表到刊物或者互联网上的，建议参照前款要求将没有脚注的缩略稿进行投稿，以既不影响另行发表又可与《德国法青年通讯》编辑和读者进行顺达之交流、互动为宜。

此外，《德国法青年通讯》也愿意汇总和推荐国内及德语区内有关中德 / 中欧比较法研讨、实务界交流以及中德友好社团和德国教学科研机构法律文化

交流活动的信息与回顾报告，并愿意汇总和推介在德国期刊上发表的有关中国法律方面的文献信息或者在中国期刊发表的涉及中德法律比较方面的文献信息，并期望通过收集及介绍前述两类信息为读者参与相关活动，关注相关文献提供便利。

在此我们特别欢迎对德国法有研习者能向本刊提供自己的作品，分享一些平时的关注与思考——通过写作加以梳理、通过与编辑研讨改稿加以润色、通过收集读者的反馈加以反思和完善；《德国法青年通讯》虽然无法为投稿者支付稿费，但是相信通过《德国法青年通讯》可以记录和鉴证自己关注与思考的存在、通过《德国法青年通讯》可以结识更多新的朋友，来开启一扇扇门，搭建一座座桥。同时，我们也非常欢迎有兴趣愿意拿出业余时间一起参与电子刊物编辑的学友与我们联系。

投稿请通过邮件以.doc和.pdf格式把投稿用附件发送至：deguofatongxun@gmail.com。

投稿的格式模板可参考：http://sites.google.com/site/deguofaqingniantongxun/zhenggaoqishi/tougao

版权声明

本电子刊物不以营利为目的，仅供学习参考之用。本刊稿件版权属于原作者，其著作权、以及本刊物封面设计与版型设计之保护参照相关法律。引用本刊所刊登之文章请注明作者信息及稿件出处；其他使用以及相关问题的研讨与意见交换请直接与相关文章原作者联系。

基于本电子刊物创刊之目的，转发本刊物或者在互联网及其他媒体复制和转发本刊物下载链接或刊物主页以及通过其他方式传播本刊物者，皆不得附加其他商业性条件或者用于商业性目的。转帖或者转发自行建立的下载链接时，须注明

本刊物的原始下载地址：

http://sites.google.com/site/deguofaqingniantongxun/xia-zai-de-guo-fa-qing-nian-tong-xun

或刊物主页地址：

http://sites.google.com/site/deguofaqingniantongxun/Home