

德国法青年通讯

本 辑 目 录

王葆蔚	《从抗辩概念的发展史看民事审判中时效的适用——兼评最高人民法院<关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定>》	81
赵守政	《以 Trihotel 判例为基础看存在毁灭责任》	87
Wolfgang Däubler / 王 倩	《短时工作制——经济危机中德国劳资双方抱团过冬》	90
沈百鑫	《联邦新水法》	93
	近期中德法学交流活动信息简介	96
	附录	
	《德国法青年通讯》2009 年第四辑作者简介	I
	《德国法青年通讯》编辑人员简介	III
	《德国法青年通讯》编辑部《有关已经发表在<德国法青年通讯>的文章再转发到其他媒体的声明	VI
	《德国法青年通讯》编辑部《有关<德国法青年通讯>编辑部招募编辑的通知》	VIII
	征稿启事/版权声明	X

编 辑

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

本辑执行编辑

刘 旭 王葆蔚

二零零九年第四辑
(总第五辑)

从抗辩概念的发展史看民事审判中时效的适用

——兼评最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》

王葆蔚*

(湖南师范大学法学院教师, 海德堡大学法学系博士研究生)

根据我国《民法通则》第 135 条的规定, 诉讼时效完成的一般效果是“权利人失去向人民法院请求保护”的利益。一些学者将其理解为诉权消灭主义¹。根据这种理解, 当事人的起诉根本不能成立, 法院应当直接驳回起诉, 而不考虑利益人是否主张时效。我国司法实践似乎采取了这种理解, 一向依职权主动适用诉讼时效, 无需义务人主张, 就驳回请求权人的起诉²。最高人民法院于 2008 年 8 月 11 日通过的《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(以下简称《规定》)明确否定了这种观点。《规定》第一条第一句提出:“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩, ……”。《规定》第三条规定:“当事人未提出诉讼时效抗辩, 人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判”。这就明确了时效的法律效果是产生抗辩权, 非经权利人主张, 法院不能主动适用诉讼时效的规定。这意味着, 我国在时效法律效果的立法上, 摒弃了诉权消灭主义, 采纳了抗辩权发生主义。

这种转变对于诉讼时效的适用具有决定性意义, 要求我们从抗辩权的角度重新考察时效适用问题: 首先, 既然诉讼时效的结果是产生抗辩权, 那么抗辩权作为一种实体权利, 应当由当事人自行决定是否主张, 而不能由法院主动适用。诉讼时效完成只是让义务人取得了一项抗辩权, 请求权人仍然可以起诉。如果义务人主张时效抗辩, 其起诉不予保护, 如果义务人不主张时效抗辩, 请求权人仍可以胜诉。其次, 根据《规定》第三条, 即使法院从案件事实中看出请求权已经过时效, 法院不仅不能直接适用诉讼时效, 也不能“释明”时效问题, 也就是说, 法院没有权利也没有义务提醒当事人存在时效事由。这里应从抗辩权的角度阐明, 法官是否可以提醒当事人抗辩权之存在。第三, 《规定》第四条规定, 时效原则上只能在一审期间提出。这规定的是抗辩权提出的时间限制。

本文从抗辩概念的发展史出发, 对罗马法、古日耳曼法、中世纪宗教法、德国各邦国法以及潘托克顿法学中的抗辩概念进行梳理, 在每个阶段重点考察三个问题: 抗辩的概念、抗辩在程序中的适用(即当事人提出还是法院主动考虑, 在哪个阶段可以提出)以及法院对抗辩事实是否有提醒义务, 以期从历史的角度评价《规定》的适当性。

一、罗马法中的抗辩

罗马民事诉讼法的历史可以划分为 3 个阶段: 法定诉讼程序阶段、程式诉讼阶段和非常程序阶段。在法定诉讼程序阶段尚没有抗辩的概念, 公元前 3 世

* 王葆蔚, 武汉大学法学博士(LLM Heidelberg), 德国海德堡大学博士研究生, 湖南师范大学法学院教师。

¹ 梁慧星:《民法总论》, 法律出版社 2007 年第三版, 第 240 页。

² 梁慧星:《民法总论》, 法律出版社 2007 年第三版, 第 241 页。《民诉适用意见》第 153 条。

纪前后，罗马法人发展出程式诉讼，在这个阶段才出现抗辩（*exceptio*）的概念。*Exceptio* 作为一种消极的判决条件，一般通过被告在程式中的提出而被法院考虑。

如果被告忽略了抗辩事实，或觉得没有必要在程式中加入抗辩，裁判官可以采用两种方式干预。首先，裁判官可以提醒被告注意抗辩的存在。但是这种提醒仅限于事实的提醒，当事人可以自行决定是否行使抗辩权。其次，裁判官可主动将一些特别的抗辩加入程序。也就是说，对于某些抗辩，当事人不提出也会被法院考虑。这种抗辩包括诉讼代理人代理权的抗辩、已决案诉讼的抗辩、誓言抗辩（*iurisiurandi*）、马切多尼元老院决议和韦勒雅元老院决议的抗辩和欺诈抗辩。

二、宗教法中的抗辩

在宗教法阶段，抗辩概念有了进一步发展。这个时期的诉讼程序中，原告首先向法庭申请传唤被告，作为诉讼的开始，被告收到传唤后，可以对原告起诉状中所列事项提出不同观点或抗辩事由。被告须在诉状（*positio*）中分别列出诉请、可能的抗辩及答辩情况。对于承认且无争议的事项，法官在审验事实材料时不必深究，对争议事项才提出举证。

当时的宗教法官将除“否认诉讼（*rechtsverneinde Einwendung*）”之外的所有辩护都归入抗辩概念之下，然后对其进行分类。他们将永久性抗辩分为“事实抗辩（*facti*）”和“法律抗辩”（*iuris*）两种³。两者在效果上不同：如果针对原告的请求权存在事实抗辩，则原告即无权利也无诉权；如果只是存在法律抗辩，原告的权利和诉权都存在，但是权利的主张会因为法律抗辩的存在而被法院驳回。两者在程序上也存在区别：法律抗辩必须在程序开始之时由被告提出，否则法院不会考虑。而事实抗辩无需当事人主张，就会被法院考虑⁴。可见，罗马宗教法对于抗辩的概念有了进一步发展，对抗辩的主张时间和主张方式做了进一步的划分，体现出区分“诉讼法上的抗辩”和“实体法上的抗辩权”之趋势。

三、德意志邦国中的抗辩概念

德意志邦国法律中的抗辩概念大约可以追溯到罗马法与日耳曼法程序规则的融合时期。在神圣罗马帝国时代，法律将被告的辩护分为“否认”和“承认”两种，而没有明确规定诉讼中的抗辩行为。1495年的帝国法院规章（KGO）第3条规定：如果外国法内容明确，并且内容适合在帝国法院适用，则法院可以适用外国法。这样，抗辩概念可以通过外国法在帝国诉讼中得到适用。帝国法院像罗马人一样，将抗辩分为永久抗辩和延期抗辩⁵。延期抗辩须在确定争议时“连续地”或者“一次性”地提出，而永久性抗辩可在争议确定之后由被告提出。

³ 参见Albrecht:《德国民事诉讼法中抗辩的历史发展》（1835年德文版），第23页。

⁴ 参见Albrecht:《德国民事诉讼法中抗辩的历史发展》（1835年德文版），第124页。

⁵ 参见Planitz-Eackhardt:《德国法律史》第3版，第308页。

德意志帝国在 1654 年的分裂导致了帝国诉讼程序的改革，新帝国诉讼程序法摒弃了格式程序，吸收了萨克森程序的一些内容。根据新的诉讼规则，被告有义务在第一次开庭之前，对所有诉讼事项表明立场，并提出所有的永久性抗辩和延期抗辩。注释法学家们提出，应当恢复宗教法时代对法律抗辩和事实抗辩的区分，这一点没有为帝国法律接受，因为二者在实践中的区别越来越模糊了，法律抗辩也可以“依职权”被考虑。可见，在这一时期，抗辩须由当事人主张才为法院考虑的原则被进一步突破，但是提出抗辩的时间限制却增强了。

18 世纪后半期和 19 世纪上半期，普鲁士率先进行了诉讼法改革，新诉讼法（AGO）的主要原则是法官主导原则和法官主动查实原则，同时放弃了当事人处分原则。这意味着法官会进一步主动考虑抗辩权的存在。AGO 将程序中的抗辩称为“法律异议”，根据其效果将抗辩分为永久抗辩和延期抗辩，根据性质又分为法律抗辩和事实抗辩的区分。依 AGOI 第 9 条，无论事实抗辩还是法律抗辩，只要从当事方的说明中可以得知，法官即应“依职权”主动考虑抗辩。

19 世纪之后，德意志各邦国加强了在民诉法领域的立法活动。这些立法以普通程序为基础，吸收了 AGO 和 1806 年法国民诉法典的特点，对于抗辩在程序中的适用也有不同之规定。符腾堡、巴伐利亚等邦国的立法受普鲁士的影响较大。符腾堡 1818 年 12 月 31 日发布的《关于初级法院法律责任的赦令》第 77 条第 3 款规定了抗辩的程序处理：如果一项抗辩从呈交的事实中可以看出，法官可以将被告的抗辩“依职权”补充进去。法官的认定不以当事人的声明为条件。这显然照搬了普鲁士民诉法的做法。巴伐利亚 1753 年民法典第 6 章第 9 条规定，法官“除非必要或抗辩已经具备所有法定条件，法官没有责任去依职权考虑抗辩，并且不须要进一步的举证。”1819 年 7 月 22 日颁布的《法院规则改善法》赋予法官广泛的询问权和事实认定权，但限于针对不懂法律或没有诉讼代理人的当事方。可见，巴伐利亚采取了一种折中的态度，原则上法院对于法律抗辩不能主动适用，只是在当事人需要特殊保护的情形下，例如当事人不懂法律或者没有诉讼代理人，法院才会对这一原则有所变通。汉诺威王国 1827 年 10 月 5 日颁布的《下级法院程序规则》第 23 条规定：“唯有‘从当事人的事实说明’可以清楚地看出一项法律抗辩但当事人没有提出该项抗辩，且被告没有诉讼代理人时，法官才可以依职权主动考虑被告的法律抗辩”。这种做法和巴伐利亚非常相似，原则上坚持当事人处分原则，只有在特定情况下法院才能主动适用抗辩。很多邦国都在民诉法中规定：抗辩唯有经被告提出才可以被考虑。如符腾堡 1865 年的《商事法院规则》第 47 条第 1 款规定：“法院不能依职权补充当事方的申请事项，尤其是一方当事人没有提出的抗辩。”《汉诺威王国民事诉讼规则》（1850 年）中也禁止依职权考虑抗辩⁶。在十九世纪的私法法典化运动中，作为德国民法典先驱的萨克森王国，也在 1865 年民法典明确规定，不得依职权考虑时效抗辩。

德国民法典（BGB）中有关实体抗辩的概念来自潘托克顿法学家的研究，尤其是温特沙伊德（Windscheid）的贡献。在萨维尼时代，抗辩只是一种被告据以对抗诉讼的辩护工具，而温氏则开创性的提出了实体法上的抗辩权概念。他的观点获得大多数学者的支持，并且为德国民法典采纳。现代德国民法严格区

⁶ 该法第 196、197 条规定了程序抗辩，第 202、204 条规定实体抗辩。

分了“抗辩”和“抗辩权”。抗辩（Einwendung）也称为程序法上的抗辩，指的是针对请求权本身的异议，包括否认请求权成立的抗辩和主张请求权消灭的抗辩。而抗辩权（Einrede）也被称为实体法上的抗辩，针对的是请求权的行使，是一种拒绝给付的权利（Leistungsverweigerungsrecht）。拥有抗辩权的债务人可以选择是否行使这一权利，一旦行使，请求权并不消灭，只是被阻却了（Hemmung）。其中最典型的抗辩权就是时效。

四、历史视角下的时效抗辩权制度

综上所述，抗辩概念源于罗马法，最先是一种程序上的抗辩方式。在后古典时代出现了新式的程序法，其特点是废除了诉讼程式、两分程序和职业法官。随后注释法学家们提出实体法意义上的抗辩概念，并且提出法律抗辩和事实抗辩的区分，即后来的程序抗辩和实体抗辩之区分。在帝国法院诉讼时期，抗辩概念本身和抗辩的分类被忽视。在 18-19 世纪的邦国立法中，对抗辩的规定各不相同。在普鲁士，法官须依职权考虑抗辩；而在奥登堡、不莱梅、拿骚和巴伐利亚等大多数邦国，抗辩权须当事方申请法院才能考虑。个别邦国同时规定法院有“帮助当事人理解诉讼事实”的义务。当代各国民法都认为抗辩权属于实体权利，需经当事人主张才能被法院考虑。这样一种历史回顾对于认识时效抗辩权有三方面的意义。

（一）时效经过产生实体法上的抗辩权

抗辩最先是一种程序上的抗辩方式，在后古典时代，抗辩开始具有实体法意义。尽管当时的实体抗辩在形式上仍然沿用程序抗辩概念，但这种形式上的约束并不能掩盖其实体法的特性。注释法学家们提出实体法意义上的抗辩概念，并且将被告否认诉因之外的辩护都归入实体抗辩，即实体法上的抗辩不应包括对诉因的否定⁷。实体抗辩须由被告主张，事实抗辩由法官依职权考虑。根据《规定》，时效经过之后产生实体法上的抗辩权，请求权并没有消灭，只是被抗辩权阻碍。

（二）抗辩权的行使

将抗辩区分为实体法上的抗辩权和程序法上的抗辩之主要意义在于，确定某种辩护手段是自动产生效力，还是仅仅依被告的相关愿望产生效力⁸，即抗辩权是否必须由被告提出才能生效，抑或法官可以依职权主动考虑。很多学者认为，抗辩权是一种特殊的形成权，和其他形成权没有本质上的区别，因此抗辩的生效和其他形成权一样，需要当事人行使。

从抗辩的历史发展来看，在最初的程式诉讼中，裁判官可以主动依职权将特定的“exceptio”补入程式，而审判员须受诉讼程式的限制，不能主动考虑程式中没有提出的抗辩事项。后古典时代，被告必须申请，才能行使抗辩权

⁷ 抗辩权者，以相对之请求权之存在及有效为前提而提出的反对权，与否定相对人权利存在之异议（rechtsverneinde Einwendung）不同。参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年 3 月版，第 28 页。

⁸ 参见梅迪库斯：《德国民法总论》，法律出版社，第 82 页。

利。在帝国法院诉讼中，延期抗辩和永久抗辩都须由当事人提出，萨克森法律中也要求被告提出抗辩。普通程序扩张了法官的职权，规定法官可以依职权主动考虑当事人没有提出的抗辩。18-19 世纪的地方方法中，抗辩行使的规定各不相同，在普鲁士，法官须依职权考虑抗辩，在奥登堡、不莱梅、拿骚和汉诺威等地，经当事方申请法院才能考虑抗辩，体现出对古典主义的回归。在同一邦国的法律之中，有关抗辩的规定也有所变化，例如符腾堡的《下级法院法律责任赦令》（1818）年中规定：抗辩应依职权考虑；50 年后颁布的《商事法院规则》却禁止主动考虑当事人未曾提及的抗辩。德国民法典严格区分了“抗辩”和“抗辩权”，抗辩权属于实体法上的权利，抗辩权在生效方法上必须经过当事人的主张，非经当事人主张，法院不能直接适用时效。因此，从历史发展角度来看，《规定》第三条符合抗辩概念的发展趋势，具有历史必然性和合理性。

另外，在早期的诉讼法中，抗辩可以在上诉中提出，但是在现代立法中，抗辩权只能在初审中行使。因此，《规定》第四条第一句的规定“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持”，也是合理的。

（三）法院对时效事实的释明义务

一般认为，抗辩权之所以只有经当事人主张才为法院所考虑，主要是基于当事人处分原则⁹。但是也有学者认为，这个理由答非所问。因为处分原则的意思是当事人对争议对象、诉讼进程和诉讼内容有支配权限，如同在私法中的自由支配权利一样，程序法上的处分自由也是当事人意思自治的体现。所谓“处分”，意为抗辩权人知道他的权利而决定是否行使，如果他由于根本不知道自己的该项权利而没有行使，则不能说他是“处置”了自己的权利¹⁰。由此产生的问题就是，如果当事人没有提出时效抗辩，法院是否有义务或者有权利提醒当事人注意时效事由。

反对法院提示的学者认为，若法院提醒当事人时效之事实，就违反了当事人处分原则和法官中立原则。根据这些原则，法院不能向当事人提醒新的诉讼理由，特别是时效的提示有利于单方当事人，违背法官中立原则¹¹。很多法院也认为，法院的说明义务不应当包括对时效抗辩的提示。如果初审法院对被告提示了时效抗辩，就违背了法院中立原则，因此法官的说明义务应当受到当事人处分原则的限制¹²。最高人民法院的《规定》第三条也提出：“当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明……”，即法院不应当提醒当事人时效之事实。

实际上，法官提醒当事人时效抗辩并不违反中立原则。法官中立原则的主要功能是保障法官的独立性，将法官的诉讼引导功能限于一个中立的裁判者。但是，不能就此认为法官应对当事人的争执袖手旁观。法官不仅应当积极参与程序的进程，而且也应当积极影响诉讼进程的内容。如果法官对当事人适用不同的判断标准，无疑会违反中立原则，但如果仅仅基于法律规定而对一方当事

⁹ 参见 Seelig, 《实体抗辩权的程序处理》（1980 年德文版），第 9 页以下。

¹⁰ Seelig, 《实体抗辩权的程序处理》（1980 年德文版），第 10 页。

¹¹ Baumgaertel, 《法律中的平等》（1976 年德文版），第 116 页。

¹² 例如德国不来梅法院（NJW 1979, 2215）认为，法院不应对当事人提示时效抗辩，这样有违法官中立原则。科隆高等法院（MDR 1980, 145）也认为，法院的说明义务不应当包括对抗辩权的提示

人有利，那么这种提示属于法官应有的义务。只要法官的提示在法律规定的范围内，就不违反中立原则。

法官提醒当事人时效抗辩也不违反当事人处分原则。处分原则意味着当事人有权利处分程序的内容和程序的进程，此种处分的前提是当事人知晓自己的诉讼权利。法院提醒当事人时效之事实，只是给当事人一种协助，帮助他们更加明确客观的案情，从而有机会处分自己的权利。这是处分原则得以真正实施的前提，所以法官的提示不违背该原则。

在某些情况下，法官的这种提示是必要的。例如律师对当事人做了错误的说明，以至于当事人没有及时提出抗辩权，此时法院应当提请当事人可以主张的抗辩权。此种情况下的提示不违反民事诉讼法中的基本原则，如当事人处分原则和法官中立原则。

结论

可见，在抗辩概念的历史演进中，抗辩的性质几经反复，分化为实体法上的抗辩权和程序法上的抗辩，抗辩权为当事人的实体权利，在生效方法上要经过当事人的主张，才能为法院考虑。时效的法律后果是抗辩权的产生，抗辩权是一种实体权利，所以时效须由当事人主张才能为法院所考虑，因此《规定》的第三条和第四条符合抗辩权的发展历史，也意味着我国在时效问题上，从胜诉权消灭主义转为抗辩权发生主义。虽然法院不能主动适用时效，但是它可以提醒当事人有关事实的存在，这既不违反法院中立原则，也不违反当事人处分原则。因此，《规定》第三条“……人民法院不应对诉讼时效问题进行释明……”，值得进一步商榷。

（责任编辑：赵秀举、刘旭）

以 Trihotel 判例为基础看存在毁灭责任

赵守政

明斯特大学

一、引言

德国学界和实务界普遍认为,《德国有限责任公司法》第十三条第二款规定的股东的有限责任并不是对股东的绝对保护,应该对其进行严格的限制解释。对于股东由于滥用公司法人地位而侵害债权人利益的责任而应当承担连带责任在德国法上称为直索责任,即中国法上的公司法人格否认制度或揭开公司的面纱。在德国公司法人格否认主要案例表现形式为资产混同和资本显著不足对债权人的保护不是很令人满意的情况下,十年前司法判例和学术界又提出存在毁灭理论作为公司法人格否认案例表现形式之一。所谓存在毁灭责任,是指由于股东挪用公司资产而导致公司破产从而使债权人的全部或部分利益得不到满足时股东应当承担连带责任。2007年的 Trihotel 案例确定了存在毁灭责任是基于《德国民法典》第八百二十六条而导致的内部责任,而不再作为公司法人格否认案例表现形式的外部责任之一,这是存在毁灭理论发展的一个重大转折,但是存在毁灭是否是内部责任,在什么情况下适用该责任在德国理论界一直争议不断,以下分别是对存在毁灭理论案例发展的梳理,法理基础,功用及何种情况下适用该理论的论述。

二、存在毁灭理论的案例发展

有限责任公司的核心是有限责任。当股东认为公司不值得投资或者他们不想继续投资他们可以在法定的范围内清算,但是他们不能盲目投资。为了避免股东滥用职权,德国联邦法院首先在康采恩法中创造出事实康采恩关系这一法律概念。

随后德国联邦最高法院(以下称联邦法院)于2001年9月17日在 Bremen-Vulkan 判决而推翻了之前的事实康采恩关系理论,取而代之以股东对其侵害而导致公司存在毁灭的风险需要承担责任,又称为存在毁灭理论。在该案例中联邦法院认为,一人公司股东在处理公司财产和商业活动中有确保公司利益不被侵害的义务,如果由于股东侵害而导致公司债务不能偿还则认为没有达到应尽的注意义务。但是只有当即使公司偿债能力根据《德国有限责任公司法》第三十一条通过返还注册资本也得不到改善时该股东才对导致的公司存在毁灭承担责任。在2002年2月25日的另外一个判决中联邦法院又进一步特别阐明,存在毁灭理论不只适用于一人公司股东,也同样适用于一般有限责任公司股东。但是在该案例中联邦法院如在 Bremen-Vulkan 判决中一样没有说清楚,存在毁灭的理论基础究竟是什么。

在之后的 KBV 判决中联邦法院把存在毁灭的理论基础归结为作为公司法人格否认案例表现形式之一,成为由于滥用公司法人格地位而不再适用《德国有限责任公司法》第十三条第二款股东责任豁免条款的外部责任。在该判例中联邦法院第一次清楚地提出存在毁灭责任的构成要件。公司财产的存在目的是在有限公司存续期间首先应该满足债权人利益,这是根据《德国有限责任公司法》第十三条第二款股东责任豁免时不可缺少的条件。股东没有注意应尽义务导致公司偿债能力降低以致不能满足债权人利益被认定为对有限责任公司法律

形式的滥用，对该股东便不再适用《德国有限责任公司法》第十三条第二款股东责任豁免条款。但是揭开公司面纱只有当即使公司偿债能力根据德国有限责任公司法第三十，三十一条通过返还注册资本也得不到改善或公司财产的不到足够清偿的情况下才适用。

截止到 Trihotel 判例，联邦法院总共有 6 个判例涉及到存在毁灭理论，在所有这些判例中存在毁灭责任都是被视为外部责任和公司法人格否认的案例类型之一。但是 2007 年联邦法院第二法庭在 Trihotel 判例中把存在毁灭看做是一个不同于公司法人格否认的独立的理论，从而放弃了在公司法人格否认中确定的滥用公司法人格地位导致公司偿债能力降低以致不能满足债权人利益的外部责任，取而代之以基于《德国民法典》第八百二十六条由于股东滥用权利造成公司利益损害债权人利益而导致的内部责任。

三、存在毁灭理论的法理基础

关于存在毁灭理论的法理基础在理论界存有争议，目前共有五种不同的观点，其中有两个支持内部责任，两个支持外部责任，而第五种观点是 BGH 基于 Trihotel 判例而确立的、但有争议的内部责任。

首先是在 KBV 判例中确定外部责任。在此案例中由于股东滥用公司有限责任侵害债权人的利益，存在毁灭责任被视为公司法人格否认情形之一。其主要的表现形式是公司财产使用与公司存在目的相悖以及公司清算程序的滥用，而这两点与《德国有限责任公司法》第十三条第二款中以公司财产为限承担有限责任的目的是相悖的。该观点的请求权基础是类推适用《德国商法典》第一百零五条，第一百二十八条和第一百二十九条，认为涉及侵权的股东应该承担个人责任。目前这个不被限制的法律形式滥用多被学界批评从而转向损害赔偿责任。

其次是在学理上仅仅根据侵权法而确定的外部责任，它的请求权基础是《德国民法典》第八百二十六条，有时债权人也可以根据《德国民法典》第八百二十三条第二款和《德国有限责任公司法》第七十三条第一款提起请求权，这种情况一般在清算程序执行时比较常见。

第三种观点是由 Altmeynen 教授提出的，他认为请求权基础是涉及侵权的股东责任类推适用《德国有限责任公司法》第四十三条第二款中关于经理人的责任，在他的理论中他把股东看作是虚拟的经理人，该责任被归为内部责任。

第四种观点在理论界广泛被认同，该观点认为：存在毁灭责任是对公司和股东之间存在一种基于私法自治原则而存在的特殊联系的侵害而形成的内部责任。这种特殊联系一方面基于一人公司股东对公司的诚信义务，另一方面基于公司股东之间的特殊关系（或者又称为对有限责任公司的有限责任这种系统内部相关的一种注意义务）。它的责任针对每一个故意的义务侵害（请求权基础是《德国民法典》第二百八十条第一款，第二百四十一条第二款，第二百七十六条）。

最后是联邦法院在 Trihotel 判例中以《德国民法典》第八百二十六条为请求权基础的侵权责任而确立的内部责任，侵权目的性是该责任提起的必要前提，它的目的是和《德国有限责任公司法》第三十，三十一条联系，打造一个更强的内部责任模式。进一步阐明就是：存在毁灭责任不再向之前的判决中作

为《德国有限责任公司法》第三十，三十一条的从属责任，而是作为一个真正独立的责任存在，和《德国有限责任公司法》第三十，三十一条存在请求权的竞争关系。

四、何种情况下适用存在毁灭责任

关于存在毁灭责任的法律基础的争论，不同的观点所处的角度是不一样的，但是首先要弄清楚的一点是，存在毁灭责任究竟是内部责任还是外部责任。在由存在毁灭导致的破产程序中的破产清算人的请求权时已经达成一致，存在毁灭责任填补债权人保护体系根据《德国有限责任公司法》第三十条、第三十一条也不能解决的漏洞，在抽象的公司目的滥用的情况之外债权人的利益即使不能得到全部也能得到部分具体的满足。在这种背景下理解存在毁灭责任，针对的就不是短期的支付障碍责任，而是正如联邦法院判例中所言之导致公司不能存在的责任，责任的客体针对的是与公司存在息息相关的财产的灭失！该灭失在一般情况下直接会导致公司的破产，如果没有新的资本来补偿这一对公司财产的侵犯。从这种意义上看存在毁灭责任被描述为导致企业破产的责任，正如《德国有限责任公司法》改革后于 2008 年 11 月开始施行的新公司法第六十四条第三款规定公司经理人责任的一样。此外存在毁灭责任在体系上也接近于延迟破产责任，尽管《德国破产法》第十五条第三款 a 项指出该责任针对的经理人。导致企业破产和延迟破产责任如果和存在毁灭是一种侵权责任联系在一起，此处涉及的公司存在的利益针对的则不是公司本身，而是企业债权人的利益。存在毁灭理论还有保障清算程序的功能，根据《德国有限责任公司法》第七十三条第一款保障债权人的全部利益，或者即使缺少足够的财产也能借助于破产程序同时得到有配额的清偿。

认识到存在毁灭理论在导致公司破产和它在类似于延迟公司破产责任中的功用，并且把它作为一种内部责任，至少当提起破产程序之后，债权人的利益能够得到部分的满足。在这个前提下把存在毁灭责任和《德国有限责任公司法》第六十四条第二款作比较，第二款首先是对第一款和《德国民法典》第八百二十三条第二款延迟破产责任的一个补充，此处的延迟破产责任是针对债权人的外部责任，但是该损害赔偿的请求权根据《德国破产法》第九十二条只有当破产程序被拒绝或者没有继续执行下的情况下才能被债权人提起。从此种意义上讲关于公司存在毁灭责任是内部责任还是外部责任的核心是，债权人的关于存在毁灭责任的赔偿请求在破产程序之外什么时候有实施的可能！至少在提起破产程序无结果之后内部责任是不实际的，因此而被拒绝。

五、结语

存在毁灭责任是一种基于保护债权人利益而产生的侵权责任，作为导致公司破产的责任是《德国民法典》第八百二十六条的特殊案例表现形式之一。根据《德国破产法》第九十二条，在破产程序被拒绝后它是债权人根据优先原则针对侵权股东提起的外部过错责任。关于存在毁灭理论的适用要件及法律后果限于篇幅本文不再展开论述。

（责任编辑：王葆蔚、赵秀举）

短时工作制——经济危机中德国劳资双方抱团过冬

Wolfgang Däubler, 王倩¹

一、经济危机的到来和应对

始于华尔街的经济危机已经波及全世界，德国经济也受到了冲击，随着雷曼兄弟的破产，不仅金融界中持有美国次债证券的众多德国银行损失巨大，同时国外销售额的降低，也极大地影响了汽车以及机械制造业的效益。经济的衰退直接导致了就业机会的减少。这一次经济危机，并不是德国面临的第一次危机了，过去也有过类似的困难时期，在德国劳动法和社会保障法的框架内有哪一些办法应对失业的威胁呢？有哪些办法至少能够推迟失业的时间，或者甚至帮助企业不用裁员也能渡过这两三年的困难阶段呢？

实际上，如果一个企业因为经济危机的影响致使工作量减少，有一系列的应对措施可以先后采用。第一步，也是法律上讲最不成问题的办法，就是放弃安排加班，工人只在合同约定的时间内工作。第二步，可以减少使用劳务派遣工。第三步，如果工作量实在很小，以上办法作用不大，可以考虑消耗现有时间账户上的盈余，也就是针对以前加班的时间安排补休。第四步，如果补休之后，仍然无法恢复生产，预支法律规定的带薪年假也是一种对策。

如果不能采取上述办法或者上述办法没有太大效果，则应该实行短时工作制，也就是根据减少的工作量缩短工作时间，极端情况下可以缩短到每星期的工作时间为零²。实行短时工作制后，上班的时间还是由用人单位支付工资，而休息的时间劳动者可以得到由劳动局支付的“缩短工时补贴”，其额度为相应工资的60%。当然，申请该补贴，需要满足一定的前提条件，比如，工作量的减少是暂时性的。此补贴最长只能支付18个月。

另外，在一些行业，劳资协议往往规定了一定情况下可以减少正常工作时间，与前面提到的短时工作制不同，此时劳动者不能得到补贴，只能按照实际工作时间得到部分工资，但作为回报，用人单位保证在一定时期内不因为经济原因裁员。采取这种做法，往往是在出现效益长时间不能好转的时候，比如大众汽车在1985年曾经一周仅工作28,8个小时，因此才得以渡过了较长一段时间工作量不足的困难阶段。

事实上，避免失业最常用也最重要的手段就是实行短时工作制，根据德国劳动局今年一月份的数据，目前共有一万多家企业向其提出了“缩短工时补贴”的申请，涉及劳动者人数达到29万，而根据“劳动市场与职业研究所”预测，这

¹ 本文是《经济危机中如何避免失业减少裁员——德国的对策》一文的节选，原文发表于《中国劳动关系学院学报》2009年第3期上。

作者：Wolfgang Däubler 德国不来梅大学教授，著名劳动法学家，德国债法改革委员会成员，不来梅银行监事会成员。

王倩 南京大学及哥廷根大学法学硕士毕业，现于不来梅大学师从 Däubler 教授攻读法学博士学位，研究方向为劳动法和社会保障法。

² 也就是所谓的“缩短工时为零（Kurzarbeit auf Null）”

一人数近年内可能上升至 51 万³。不少著名的企业,比如戴姆勒,博世,大众都已经全面或者部分地开始实施短时工作制。因此,下面将详细介绍这一应对方式。

二、实行短时工作制的条件

短时工作制意味着,劳动者不是像往常那样工作 36 个小时或者 39 个小时,而是 25 个小时或者 15 个小时,甚至不工作。这是对劳动关系的重大变更,用人单位不能单方面做出安排,而是需要劳动合同里有相应的约定。少数情况下,劳动合同里会有一个条款授权用人单位在工作量减少的情况下安排短时工作制,更多的情况下,类似的条款是约定在劳资协议中,而劳动合同往往会援引劳资协议。当然,这样的条款都要求确实存在暂时性的工作量减少,如果授权给用人单位“按照需要”安排,那么实际上是在规避解雇保护法,则该条款是违法无效的。如果没有上述劳动合同或者劳资协议的授权,只要劳动者表示同意,或者不表示反对接受安排,也可以开始缩短工时。

现行法要求的第二个前提条件是,企业职工委员会⁴必须同意安排缩短工时。

《企业组织法》第 87 条第 1 款第 3 项赋予了它在这一事项上的共同决定权,用人单位不能撇开企业职工委员会单独行动,否则其指令无效,仍然适用正常的工作时间,这种情况下即使工作量太少劳动者实际上不需要工作,用人单位也必须支付全额工资。⁵

三、申请“缩短工时补贴”的前提

虽然不是法定的必要条件,但是实践中往往都是在可以申请“缩短工时补贴”时才会安排短时工作制。申请前提如下:

第一,工作量的减少必须要达到一定的程度。按照《社会法法典》第三部第 170 条第 1 款第 4 项,这意味着,整个企业三分之一的员工或者某一部门所有员工都受影响,工作时间减少至少 10%。根据社会法法典第 171 条,即使是很小的企业,比如某一手工作坊中三个员工中有一个受影响,工作时间从 38 小时降至 30 小时,也算满足了这一条件。

第二,工作量的减少是因为整个经济形势或者不可抗力引起的,单纯的企业经营困难导致的工作量减少得不到补贴。

第三,工作量的减少必须是暂时性的。也就是说,预期在安排短时工作制的阶段过去之后状况会有好转。就这一点而言,从不同的角度出发可能会做出不同的判断。劳动者往往倾向于认为存在暂时性的工作量减少,因为这样他们可以得到国家的补贴,对他们更有利。实践中,企业职工委员会一般会倡议缩短工时,如果无法和用人单位达成一致,则由劳资仲裁处⁶做出决定,如果意见不一,劳资仲裁处由多数决定工作量减少是暂时性的还是长

³ 访问时间 2009 年 3 月 24 日

http://www.morgenpost.de/wirtschaft/article1060007/Ingenieure_bleiben_von_Kurzarbeit_verschont.html

⁴ 德国与我国不同,工会主要依行业和地区建立,没有企业工会,企业这一层面上的劳动者集体利益代表是通过企业职工委员会来实现的,根据《企业组织法》,只要企业中有至少五名有选举权的职工,并且其中至少三名有被选举权,企业职工就可以自行选举代表组成企业职工委员会,该委员会参与企业公共事务,人事事务和经济事务,其权利依具体事务不同,可以限于知情权,也可以上升到共同决定权。

⁵ 当然,如果该企业中没有设立企业职工委员会,就不需要满足这一条件。实践中,中小型企业往往没有成立企业职工委员会,所有劳动者中大概只有一半通过企业职工委员会代表他们的集体利益。具体论述见 Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. Reinbek 2006, Rn 762a.

⁶ 劳资仲裁处由相同数量的用人单位代表与企业职工委员会代表组成并有一个来自外部的处于中立地位的主席,该主席往往由经验丰富的劳动法庭的法官担任。

时间的, 劳动局大多都会接受劳资仲裁处的决定。目前经济危机的情况下, 普遍的观点认为现在的困难应该是暂时性的。

第四, 缩短工时不可避免。如果该企业经营本来就随着季节变化变动很大, 或者还可以采用上面第二至第四部分谈到的办法, 都不算满足了这个条件。如果没有首先减少使用劳务派遣, 消耗时间账户盈余, 提前安排年休假, 劳动局不会批准对“缩短工时补贴”的申请。

如果上述四个条件都满足了, 劳动局将就预计工作量减少的时期发放“缩短工时补贴”。2008年12月31号以前规定的最长发放期限是十二个月, 现在已经延长到十八个月了。如果短时工作制的期间过去后企业按照正常工作时间工作超过三个月, 则可以再次申请补贴, 当然劳动局必须认定该企业工作量的减少仍然是暂时性的。需要指出的是, 如果给予劳动者带薪年假, 可以将休假时间认定为正常工作时间, 因此, 有时候可以把前后两年的年休假凑在一起, 就能满足再次申请补贴的条件。

四、实行短时工作制期间工人的权益

“缩短工时补贴”是按照因为减少工作时间损失的工资额度来计算的。首先通过一个比较复杂的方法, 得出劳动者如果该段时间工作本来应得的净工资, 然后乘以60%, 如果他至少需要抚养一个孩子, 就乘以67%。得出的就是补贴数额, 无须再交税。

举例: 如果某劳动者每月税前收入为2500欧, 根据他的家庭状况交了税和社保之后, 他能拿到1800欧的净收入。如果现在实行短时工作制, 工作时间减半, 那么他只能拿到1250欧的税前收入, 除去税和社保, 还有900欧。因为缩短工时他损失的净工资是900欧, 他可以拿到的“缩短工时补贴”是这个数额的60%, 也就是540欧。总其他净收入达到1440欧, 和正常工作状态相比, 差距并不是很大。

社会保险方面, 工作期间的社会保险费照常由劳动者和用人单位按照各自份额共同承担, 而在不工作期间此费用由用人单位承担, 这样可以避免缴费中断影响劳动者享受社保待遇。

另外, 在实行短时工作制期间, 用人单位不得以经营困难工作量减少为由裁员⁷。即使企业失去了一笔大的订单, 用人单位安排缩短工时, 就不能以丧失长期用工的可能性为由辞退员工, 然而, 如果出现新的情况, 比如企业失去了另一笔大的订单, 预期也不会有新的订单, 就可以裁员了⁸。

五、结语: 三赢局面

总而言之, 相对于减时减薪⁹或者直接裁员, 实行短时工作制对于劳动者, 用人单位和国家往往是一种“三赢”的选择: 劳动者暂时不会面临失业的危险, 在国家的补贴之下收入也不会大幅减少; 用人单位留住了人才, 得以在经济不景气过后快速复苏, 避免招收新人的培训花费; 国家也不会出现失业率猛增, 救助压力骤升的局面。

(责任编辑: 丁佳、刘旭)

⁷ BAG AP Nr. 10 und 86 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

⁸ Ebenso BAG, aaO. 如需进一步了解这方面的细节, 可以参考 Ulber, Kurzarbeit, AiB 2007, 5 ff.

⁹ 也就是减少正常工作的同时减少工资, 劳动者不能得到国家的“缩短工时补贴”, 但用人单位也不能在这一期间以企业经营困难为由裁员。法律没有直接规定这一可能性, 往往在劳资协议里会有相应的条文, 具体细节怎么安排就要看劳资双方的谈判能力了, 比如工会比较强势的时候会要求工资的减少幅度必须小于工时减少的幅度。

联邦德国新水法简介

沈百鑫

(莱比锡大学博士研究生)

一、立法背景

至 1949 年止水管理一直都是各州自行管辖的事务。根据 1949 年德国《基本法》原第 75 条规定，联邦才有对于水管理框架性立法权限，但直到 1957 年联邦议会通过水管理法（WHG）和作为补充的经济性的水体保护手段的废水收费法（1976 年），德国才最终在水管理领域制定了联邦范围内统一的法律性框架，这一框架性法规在随后一直逐步得到发展与完善。

德国水法发展过程中，一直存在着是否有扩展联邦在水管理立法权限的必要性的讨论。1957 年制定水管理法时，就有人在议会中提出，将联邦在水管理领域的框架性权限扩展为完整的立法权限。但相应的基本法创新却一直过了半个世纪后，直到 2006 年，联邦制改革中才对包括水法在内的环境法领域的立法权限作了根本性的调整。新法规定了联邦在水管理领域有权制定完整法规，该法于 2006 年 9 月 1 日起生效。基本法的修订不仅为联邦创设了在水管理事务中完整立法权限，但基于基本法第 74 条和第 125b 条确定的各州竞合性立法权限和竞合性立法权限的期限，所以由此在事实上，本届联邦议会应该在其任内编纂完成德国新水法，实现对于水管理上的完整立法权限。

因为 2009 年年初德国环境法典制定的再次失败，作为替代方案，水管理法、自然保护和景观维护法及射线防治法只能以单行法案的形式谋求议会通过。联邦政府于 2009 年 3 月 11 日向联邦议会提交水法新规定的法案¹，其中包括新水法草案和因水法修订而涉及到的相关其它部门法的法条内容修改。水管理法和自然保护和景观维护法于 2009 年 7 月 31 日在联邦议会夏季休假前予以通过，并于 8 月 6 日公布在《法令公报》。

在此立法过程中有以下几个目标：

1. 通过完整性规定替代现行的联邦框架性水法法规；
2. 进一步优化现行复杂而不明晰的水法的易理解性和实践可操作性为目标，使水法更系统性和统一性；
3. 通过联邦范围内一致的法律进一步转化执行欧盟法上有直接约束力的规定；
4. 在有必要按照联邦法规进行统一规定的情况下，将至今在各州州法中的水管理领域转移到联邦法律中来。

在整个立法过程中，虽然在法律原则与理念上有一定的进一步追求，比如水法进一步的生态化，追求更为清晰的水法法规结构，利于理解具体规定和实践操作。但在实际的操作中，既没有更严格的规定，也没有明确更多的标准。这也是自 2007 年 11

¹ 在进行重要的立法中，往往会涉及到其它相关部门法的相互衔接与规定。在德国的立法中，提交议会的对于某部门法的修订法案中，还包括对其它相关法律的相关内容修正的内容，这种立法技术也真正体现了法律的系统性与整体性。尤其在环境法上，环境保护日益强调整体性保护的概念，而且环境媒介的部门法与环境保护机制的部门法之间的交叉，在修订单一部法必然会涉及到其它相关法。

月开始的环境法法典框架下水管理法编纂的立法指导思想。除了以上提到的立法目标外，如何进一步推进水法的现代化，即水法中的法律工具与标准上如何实现欧盟在水框架指令中的目标，以及水法与其它环境法的相互谐调上也是水法制定中的难点。

二、新法的重要发展

新水法相对于现行法律有以下几个重要变化：

1. 水管理法规设置条理更清晰、更为系统性。水管理法通过结构性调整，使得水法更为透明，由此使水法更易理解、更具可操作性。

2. 在第3条中进一步扩展了那些对于整个水法都具有重要性的概念规定，并相互协调统一。这将提高法律确定性。

3. 在第4条中进一步明确水体所有权的法律地位，并废除了EGBGB第65条。

4. 在第8条以下对于水利项目的行政许可制度的现行体系变得更为谐调。这也包括联邦统一的对于撤销许可的规定。

5. 在第12条中，水体使用的许可标准将愈加适应现代环境法中的标准，水管理机构的管理裁量²将通过法条明确规定下来。

6. 欧盟法上大量对于水管理领域具体问题的必要规定，不仅在实体性还是在程序性法律中将继续转变到条例³的层次上。由此在新规定的第23条中明确了相应的制定行政规定的授权。这有利于水法体系在法规层面上条理清晰地进行设置。除了一般性的行政规章的授权，本法还包括了对于在特殊部门法（如地下水保洁、污水排放和处置水危险物质等）行政法规制定者附加的详细规定。

7. 第25条以下进一步充实了对于地表水管理的法律内容，尤其是对于最低水流量、可通过性、水能利用和水体沿岸带的规定。对于水体养护的联邦范围内统一性规定也得到补充。

8. 在地下水保护领域，基于现行水法第34条发展而来的物质含量界限制度被规定在新水法的第48条中。此外，对于土壤保护与地下水保护的要求相互更好地得以衔接。联邦将来能够通过行政法规全面地规范地下水保护，这也同样体现在转化执行欧盟2000/60/EG水框架指令和2006/118/EG地下水指令上。

9. 联邦水法首次包含了对于公共水供应（第50条）以疗养泉保护（第53条）的基本规定。

10. 在第54条以下，至今是框架性规定的污水处理将补充成完整规定。对于将污水处理义务转交给第三方私人的许可仍然保留由州法进行规定。

11. 现行对于处理水危害物质的法条上的保护规定将被“瘦身”，将集中到第62、63条对于基本原则的规定上，对于水危害物质和设施相关的要求更具体的单一规定保留到联邦的行政规章中。

² 水管理机构的管理裁量权被认为是现行德国水管理机制中十分关键性的一环，虽然这一规定保护了水管理者从专业的角度来作出相关的许可审批决定，但也可能因为管理裁量权的随意性损害到环境保护的利益。水法在长期的发展中更重要是谐调多种水使用利益，保证水的自然平衡，而随着环境法的发展，对于水法上的环境权益的保护日益受到关注，人们对于水体的利用都会对水的自然功能带来影响。这就对于水管理在考虑环境利益时提出了更高的要求。

³ 在欧盟法上，对于条例与指令都有着予以转化实施的要求，条例是指那些可以直接在国内法中实施的欧盟规定，而指令可能更具框架性意义，二者都需要成员国进行国内法上的转化落实。

12. 在第 72 条以下，已经通过 2005 年洪水防治法有了很大的对灌水防治的框架性规定将逐步实现完整规定。欧盟的 2007/60/EG 洪水指令将转化为德国国内法中。

13. 联邦立法者第一次在第 91 条以下规定了对于水管理必要措施的容忍和作为义务，在第 96 条以下规定了赔偿与补偿的内容和程序以及水体监测（第 100 条以下）。

三、其它规定

除了新水法的规定外，法案还对于因为涉及到新水法相关内容需要进一步调整的其它部门法规作了规定。法案第二条规定了修订环境适应性评价法中与水管理的规定相关的内容，尤其是出于各州管理权限的环境适应性评价义务的规定（环评法第 3d 条）通过新的联邦统一的规定被取消。通过补充规定，对于运输水危险物质的远程管线设施全部由环境适应性评估法第 20 条以下予以规定，相应地现行水法第 19a 条到第 19f 的规定就没必要再规定了。

新水法总共包括 106 条及二个附件，将完全取代了现行的水管理。相对的，污水收费法仍然延续有效。因为对于污水收费法不属于现立法框架下，还需要在以后的立法期中制定法律草案，并在相应程序中表决。同样在对于联邦统一的取水收费的规定上也不在这个法律计划的内容下，仍然由各州重点进行规定。

水管理法最初规定了六个部分，一共 45 条，后经共七次修订，现行法律为第一条引导性规定和六个部分，一共扩展为 82 条。在整体结构上，第一条对于事实适用领域和概念规定作为引导性规定独立作为一个部分。第一部分规定了对水体的共同性规定。这是整个法规的重点和大部分，一共占 50 条。第二部分是对于地表水的规定，分四小节，分别是无需许可的使用、管理的目标与要求、维护和扩建以及洪水防治，一共有 17 条。第三部分是完全由后来补充的对于沿海水的规定，一共 3 条。第四部分是四条对于地下水的规定。第五部分包括了 5 条有关水利规划、水册及信息收集和公布。第六部分是罚金与其它规定，共 2 条。

四、两点有关立法方面的认识

（一）法律是一个体系，这次水法的完整的编纂，首先是落实宪法中对于权限的修改，其次是因为德国环境法法典的制定的再次失败，单行环境法做为后备方案，还有是德国国内法日益受到欧盟法规的影响，这许多个相关因素都影响了新水法的制定。同时在新水法法案中，不只有水法的规定，还有其它涉及到水的相关部门法的法条修订，这就是法律是一个完整的体系，是一个相联的网络，制定与修订都十分有必要考虑其它的相关法规。

（二）水管理法在环境法中有着十分重要的地位，由此与其它环境部门法之间关系紧密。整体综合性环境保护的理念尽管在这次环境法法典草案的起草、受阻后，但在单行法规的颁布中还是进一步得到了体现。水体作为生态平衡的组成部分、动植物的生存空间，与可持续的水体管理、水体作为人类的生存基础及作为可利用的资源一起作为保护的目被明确予以规定。

（责任编辑：王葆蔚）

近期中德法学交流活动信息简介

2009 年德中法学家协会 (DCJV e. V.) 海德堡地区中国法律系列报告之五
——法理学、法哲学、法社会学专题

2009 年 10 月 31 日下午 14 点

Lautenschläger-Hörsaal, Juristisches Seminar an der Universität Heidelberg
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg

讨论嘉宾

[Prof. Dr. Winfried Brugger, LL.M](#)

海德堡大学公法、国家学、法哲学教席教授

[Dr. Jan Philipp Schaefer](#) 先生

海德堡大学公法、国家学、法哲学教席助理研究员

李辉 (LL. M. Heidelberg) 先生

海德堡大学法学博士研究生

主持

[Prof. Dr. Winfried Brugger, LL.M](#)

海德堡大学公法、国家学、法哲学教席教授

活动筹备与协调人

刘旭先生

德国海德堡大学法学博士研究生

德国波恩大学商法经济法研究所助理研究员

日 程

14 点 15 分, 报告一:

1949年至2009年中国法理学的发展

报告人:

何意志 教授 (Prof. Dr. jur., M.A. Robert Heuser)

科隆大学, 当代中国研究中心

15 点 15 分, 报告二:

儒家文化镜像中的人权理念

报告人:

田丽春 女士

海德堡大学法学博士研究生

16 点 15 分, 报告三:

法律论证之于中国的意义

报告人:

张青波 先生

法兰克福 (美茵河畔) 大学法学博士研究生

2009 年德中法学家协会 (DCJV e. V.) 海德堡地区中国法律系列报告之六
——竞争法专题

2009 年 11 月 21 日下午 14 点

Lautenschläger-Hörsaal, Juristisches Seminar an der Universität Heidelberg
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg

讨论嘉宾

[Prof. Dr.iur. habil. Dr.iur.h.c. Dr.phil.h.c. Peter-Christian Müller-Graff](#)

海德堡大学德国与欧洲公司法经济法研究所所长，让·莫奈教席教授

主持人

[Sven Jacobs 先生](#)

德国海德堡大学法学博士研究生

海德堡大学德国与欧洲公司法经济法研究所助理研究员

活动筹备与协调人

刘旭先生

德国海德堡大学法学博士研究生

德国波恩大学商法经济法研究所助理研究员

日 程

14 点 15 分，报告一：

中国反不正当竞争法的发展、组成与展望

报告人：

Tobias Maier (博士) 先生

Heisse Kursawe Eversheds 律所，律师 (德国，慕尼黑)

15 点 15 分，报告二：

中国《反垄断法》中的企业合并控制制度：概括，最新发展与现存问题

报告人：

Markus Masseli (Dipl.-Kfm., LL.M.eur) 先生

德国帕骚大学法学博士研究生

Allen & Overy LLP 律所，律师 (德国，法兰克福)

16 点 15 分，报告三：

中国《反垄断法》

在垄断协议禁止、滥用市场支配地位监控以及滥用行政权力规制三方面的发展

报告人：

刘旭 (LL. M, MBL) 先生

德国海德堡大学法学博士研究生

德国波恩大学商法经济法研究所助理研究员

2009年德中法学家协会（DCJV e. V.）海德堡地区中国法律系列报告之七
——劳动法专题

2009年12月12日下午13点30分

Hörsaal Juristisches Seminar an der Universität Heidelberg
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg

讨论嘉宾

[Professor Dr. Thomas Lobinger](#)

海德堡大学民法、劳动法、商法教席教授

民法、劳动法、破产法研究生主任

主持

Madeleine Martinek 女士

海德堡大学法学院国家考试方向学生，教授助理

活动筹备与协调人

王倩女士

不来梅大学法学博士研究生

日 程

13点45分，报告一：

中国劳动法中的解雇保护制度

报告人：

黄卉（博士）女士

北京航空航天大学法学院副教授

柏林自由大学法学院客座教授

14点30分，报告二：德国的劳务派遣——同工同酬原则以及例外

报告人：

Carsten Scholz 先生

Ver.di 工会巴登符腾堡州法律服务处处长

16点，报告三：中国劳动关系非标准化的趋势以及劳动合同法的应对

报告人：

王倩女士

不来梅大学法学博士研究生

16点45分，报告四：劳动合同法对于竞业限制的规定

报告人：

朱军先生

哥廷根大学法学博士研究生

《德国法青年通讯》2009 年第四辑作者简介 (按姓名汉语拼音顺序)

<p>Wolfgang Däubler</p> <ul style="list-style-type: none">• 不来梅大学教授 教席覆盖德国及欧盟劳动法，民法，经济法• 研究重点：个体劳动法，集体劳动法，民法，比较法• 电子邮件：daebler@uni-bremen.de	
<p>沈百鑫</p> <ul style="list-style-type: none">• 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://wetterbewerbsrecht.fyfz.cn/blog/wetterbewerbsrecht	
<p>王葆蔚</p> <ul style="list-style-type: none">• 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 LL.M.，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• 电子邮件：horstwang@hotmail.com, wangbaoshi@tom.com	

王 倩

- 南京大学/哥廷根大学中德法研究所硕士毕业
- 现于不来梅大学攻读法学博士，师从 wolfgang daeubler 教授
- 曾于普华永道集团公司法律事务部实习兼职
- 劳动法，社会保障法
- 电子邮件：tiannan263@hotmail.com



赵守政

- 山东大学法学学士
- 明斯特大学硕士生，师从 Matthias Casper 教授
- 公司法
- 电子邮件：freemanzhao@gmail.com
- 博客地址：<http://shouzheng.fyfz.cn/blog/shouzheng/>



《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)

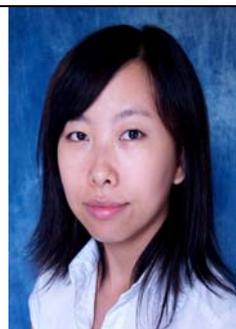
陈一峰

- 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
- 电子邮件：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
- 电子邮件：jlx007@googlemail.com
- 专业博客：<http://kartellrecht.fyfc.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.fyfc.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
- 电子邮件：tiannan263@hotmail.com



王葆蒨

- 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 LL.M.，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
- 电子邮件：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>



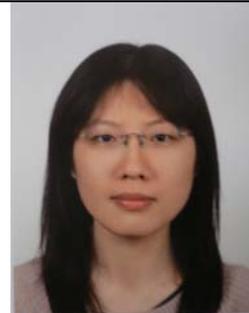
赵秀举

- 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
- 电子邮件：yuntaodexinxiang@gmail.com



《德国法青年通讯》编辑部

有关已经发表在《德国法青年通讯》的文章再转发 到其他媒体的声明

刊物创办初衷：

《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介绍对德国法的研习心得，德国法最新动态，以及立足德国法对欧洲法加以关注，跨越时空以文会友，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，也诚恳地希望通过我们的努力可以使对德国法、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，以及非法律专业人士了解和理解相关交流动态搭建桥梁。

刊物的特点：

在形式上，《德国法青年通讯》作为自发组织的电子刊物有着制作周期短、篇幅小、便于网络检索与传播、每期没有刊载文章数量限制的特点。

在内容上，《德国法青年通讯》基于广大留学德语地区青年学生、学者作为稿源基础的特点，可以德语国家及欧共体法律实践发展的最新动态给予关注，同时考虑到读者群中不乏非法律专业人士和国内并无相关国家法律知识背景的专业人士，因此《德国法青年通讯》在选稿和审稿时会更强调稿源文字在表述上通俗易懂并适当介绍相关背景知识。

在编辑组织工作上，《德国法青年通讯》编辑部所有成员致力于与投稿人形成建设性互动，除对稿件进行格式上的检查外，尊重投稿人的学术观点，更多在写作方式与技巧上与投稿人交换意见，在不失专业深度的前提下，以为广大读者更易接受的表述风格，更好地介绍相关发展动态和理论研究热点。此外，《德国法青年通讯》编辑部还将努力发挥桥梁与纽带作用：一方面，通过邀请国内外相关领域专家作为特约审稿人为相关投稿提供专家意见，为投稿人与相关专家建立联系提供便利；另一方面，会尝试与相关媒体和专业期刊建立联系，向其推荐《德国法青年通讯》编辑部所收到并参与修改的优秀稿件，以便投稿人与其建立联系，根据对方的投稿要求，进一步完善和修改文章，从而通过转载在相关刊物上得以更广泛的传播。

关于已经发表的文章再转发到其他媒体的问题

基于《德国法青年通讯》的创刊初衷与刊物特点，《德国法青年通讯》编辑部乐见已经发表在《德国法青年通讯》的文章可以直接或者经过修改与完善后转发到其他媒体（含专业期刊），同时提出以下几点建议：

（一） 建议已经发表在《德国法青年通讯》的文章在转发到其他媒体（含专业期刊）时能够注明其曾经在《德国法青年通讯》某年某暨上首次发布，从而使相

关读者可以了解相关文章所载观点及研究成果最初公布的时间以及相关文献收集截至的大约日期。

(二) 对于已经发表在其他刊物, 或者计划发表在其他刊物的文章, 如果作者可以对其加以更新、提炼或者节选则同样可以刊载在《德国法青年通讯》上。由于《德国法青年通讯》的创刊初衷与由其所决定的刊物特点, 使得在本刊物上发表的文章在篇幅、学术范式以及内容所涉文献的时效性上与其他刊物有着不同的要求。对于符合相关要求的此类投稿发表在《德国法青年通讯》上将不会影响到该投稿人同一题材文章发表到其他刊物。如果投稿人对此类投稿在《德国法青年通讯》上发表后希望转发其他刊物, 则建议投稿人除注明曾经在《德国法青年通讯》上发表过外, 还能够注明该同一题材文章曾发表刊物或者计划发表刊物的相关信息。

(三) 反之, 如果已经在其他媒体发表过的, 且没有实质性更改、信息更新或者缩略提炼的文稿, 《德国法青年通讯》将不予采用, 亦不适用前款建议。

(四) 基于《德国法青年通讯》形式与内容上的特点, 发表在《德国法青年通讯》的文章通常短小精悍, 语言通俗易懂, 且不要求脚注, 因此通常并不符合国内专业期刊的要求, 但仍可以为国内及欧洲华人媒体转发或者刊载在相关网页、博客上。若已经发表在《德国法青年通讯》的文章, 在经过作者或者相关媒体审稿后进行过明显修改的, 例如增删一些句子、段落, 或者补充了一些更新信息、增加了更为详细的分析, 而非个别文字变动, 则原作者可以不必在相关媒体发表时注明曾经在《通讯》上首次发表过。

(五) 考虑到《德国法青年通讯》作为电子刊物有着流通快捷, 易检索等形式特点, 因此针对“建议 4”中的情况, 编辑部仍建议已经发表在《德国法青年通讯》的文章在转发时可以注明曾经在《德国法青年通讯》上发表的情况, 例如: “相关文章曾首次发表于《德国法青年通讯》某年某一辑某第几页, 但后经修改再次在某某媒体/刊物发表。”这一做法可以使经稿件原作者授权而实施的转发明显区别于那些未经其授权既在其他媒体(尤其是网页/博客上)进行转发的情况。

(六) 有关转载《德国法青年通讯》上曾发表文章事宜建议相关稿件原作者直接与转发刊物或者网站/网页管理人直接进行联络商洽。

(七) 本声明自发布之日起生效, 不溯及既往。以往各辑刊载文章的转载问题, 可以由原作者参照本声明自行妥善安排。

《德国法青年通讯》编辑部保留对上述声明的解释权。如有其它疑问或者对本声明的修改建议请致信deguofatongxun@gmail.com。

《德国法青年通讯》编辑部
2009年11月1日

《德国法青年通讯》编辑部

有关《德国法青年通讯》编辑部招募编辑的通知

为满足《德国法青年通讯》的发展需要，本编辑部决定对外公开招募编辑。

一、招募条件

凡符合以下条件者皆可向本编辑部申请成为《德国法青年通讯》编辑：

- 1.认同《德国法青年通讯》创刊宗旨，具有较强的责任心与学术热情，有足够业余时间承担刊物编辑工作；
- 2.在德国学习法学专业一年以上，能够独立用德语或英语就德国法、其他德语国家法律、欧盟法进行学术研究或实务工作，有兴趣长期关注相关法律实践与理论的发展；
- 3.具有博士学位或者博士研究生在读；
- 4.在提出申请成为编辑前一年，已在《德国法青年通讯》发表过两篇或两篇以上文章。

二、申请流程

凡符合上述要求者可将个人简历（中文，含个人出版物清单），希望主要负责的学科部门发给《德国法青年通讯》编辑部deguofatongxun@gmail.com。编辑部在收到申请后一个月内会综合各方面因素，尤其是考虑到编辑工作中各学科部门的均衡，对相关申请作出决定并回复申请人。编辑部可以请申请人补充个人信息，也可以酌情延长处理申请时间至两个月，并就此通知申请人。

本通知生效后编辑部通过决定而吸纳的编辑部新成员自通过邮件收到该决定时成为本编辑部成员，担任相关工作，并在其后的新一辑《德国法青年通讯》上署名。

根据编辑部内部人员流动情况以及内部分工需要，编辑部可以在有关吸纳编辑部新成员的决定中另行设定该新成员正式成为《德国法青年通讯》编辑的日期，并对该新成员具体负责哪些学科部门稿件的审稿工作提出要求。申请人不接受前述安排视为不接受编辑部吸纳新成员的决定。申请人可以择时重新再申请一次，若再次无法接受编辑部安排，则编辑部将不再受理该申请人的有关成为《德国法青年通讯》编辑的申请。

三、编辑工作简介

《德国法青年通讯》编辑最多不超过 24 人，每人任期为一年，承担征稿、审稿、以及在任内担任一期轮值执行编辑。轮值执行编辑可以为一人至四人，负责收稿、协调审稿工作、组稿及排版等工作。

三、编辑的续任与编辑工作的终止

凡在任期内在《德国法青年通讯》发表两篇文章的编辑可自动续任，未满足前述续任条件的编辑将在任期结束后自动退出编辑部。《德国法青年通讯》编辑最

多连任五年；连任五年的编辑可以在离任三年后再次申请成为编辑，但最长累计任期不得超过十年。

任内未能很好完成编辑工作者，例如遭到投稿人投诉的编辑，本编辑部有权在充分了解实际情况后，经过内部讨论决定是否终止相关编辑在编辑部内的工作。任内由于个人健康原因，家庭、学业、工作或者所从事的其他公益事业的需要，无法很好兼顾《德国法青年通讯》编辑工作者可辞去编辑职务；辞职声明自其提出后的新一辑《德国法青年通讯》正式发布后三十日生效，在此期间需继续承担相关编辑工作。若有编辑在任期内预见到自身未来难以安排足够时间续任下一任期《德国法青年通讯》编辑工作时，协调效应向当时轮值的执行编辑提出不再寻求续任编辑的声明。对此本编辑部表示感谢，并欢迎其以后方便时可以在满足前述所以条件时再次申请成为《德国法青年通讯》编辑。

终止编辑工作的编辑将不再其正式离任后的刊物上署名，但会在《德国法青年通讯》主页有关前任编辑的栏目中介绍其个人信息。离任编辑可以及时邮件通知编辑部更新个人信息。

四、本通知的效力与适用

本通知自 2009 年 11 月 15 日对外生效。

由于本通知以 2009 年初《德国法青年通讯》编辑部改组时的编辑部内部交流文本为蓝本制定，因此其对编辑部现任全体成员具有约束力。考虑到 2009 年初《德国法青年通讯》编辑部改组于 2009 年第二辑刊物发布时正式完成，因此编辑部现任成员的第一任期将于 2010 年第二辑正式发布后终止，续任编辑的第二任期在 2010 年第二辑正式发布时自动开始。

五、对本通知的解释与疑问

《德国法青年通讯》编辑部保留对上述通知的解释权。如有其它疑问请致信本编辑部 deguofatongxun@gmail.com。

《德国法青年通讯》编辑部
2009 年 11 月 14

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究心得，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，从而跨越时空以文会友，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。

投稿的格式模板请参见：

<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>