

# Working Paper

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.



No. 20/2007

阿登纳基金会系列文集第 20 集

Beijing, Juli 2007

北京, 2007 年 7 月

**Reiner Schmidt**

赖纳·施密特

**Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft**

国家对经济应该承担的责任

Ansprechpartner: Winfried Jung  
Leiter des Auslandsbüros China/Peking der Konrad-Adenauer-Stiftung

德国阿登纳基金会

Office C 813, Beijing Lufthansa Center  
No. 50, Liangmaqiao Road, Chaoyang District  
Beijing 100016, P.R. China

Tel. 0086-10-6462 2207/08  
Fax. 0086-10-6462 2209  
E-mail: beijing@kaschina.com



Konrad  
-Adenauer-  
Stiftung

# 第一部分 宪法法上的基本问题\*

## 第一章 历史上的国家、法和经济

### 第一节 经济自由主义

#### 1 个人的自由发展

在西方宪法国家中，关于国家与经济的关系的理论，其思想史上的开端是在十九世纪而不是在更早的重商主义时代<sup>1</sup>。对于十八世纪的专制君主来说，国家与经济的关系只不过是以国家的收入来巩固政权和扩张权力，随着自由主义及其建立在自然法基础上的个人自由发展观念的产生，才提出了与经济调控相关的一系列问题，并由此也提出了是否应当限制国家行为的问题。对于一项认识到在各种力量自由博弈中富有效率、按自然法规律运行的功能机制的理论而言，重要的问题已不再是直接促进增加“福祉”，而是在公民对公民以及公民对“外敌”（威廉·冯·洪堡语）的关系中提供保障。因此，依照经济自由主义理念，国家对经济所负有的责任从法律上说只以保障经济自治为其目的，其实现形式是对市场加以保护的民法上的“交往法”（*Verkehrsrecht*）和惩治破坏秩序行为的公法上的“警察法”。

#### 2

然而，德国自由主义的现实情况却绝不是只为市场活动的外部秩序提供保障，更确切地说是，在奉行经营自由的那个世纪里，仍然存在着方向正相对立的社会政策理论和民族经济措施，从这些理论与措施中，今天还可以看出调整国家与经济相互依存关系的痕迹。虽然，以总括的和典型模式的眼光来看，为资产阶级宪法国家式自由主义以及议会民主制福利国家各自所特有的不同的基本原则还清晰可辨，但同时也显而易见的是，随着资产阶级革命而发展起来的注重个人的、市场经济式的经济体制——尤其是其“由官僚作为担当主体的自由主义”<sup>2</sup>的德国式变异形式，至迟于 1879 年后开始的俾斯麦的保护关税政策年代以来便为诸多调整所取代，这些调整可以归入国家干预的概念之下。按照今天的理解，这里所说的并不是对一个“其本身”为自由的经济领域的“国家干预”，而是一种相互的、多半并非系统的施加影响行为，就此种施加影响而言，经济作为社会的组成部分，自工业化以来便主要是通过建立利益联合体而具有了可以采取行动的能力。在此，国家绝不能被视为经济的代办机构<sup>3</sup>，而是主要还是作为由其所代表的、并未被资产阶级革命所推翻的个人主义原则的保障人发挥作用。

\* 本译文正文中，方括号内文字系译者便于读者理解所加，圆括号中文字均为原文所有。——译者注

<sup>1</sup> 关于经济史参阅 Hans Hausherr: 《近代经济史》，1981 年第 5 版；Friedrich Lütge: 《德国社会史与经济史》，1979 年第 3 版；Hermann Kellenbenz: 《德国经济史》第 1 卷，1977 年，第 2 卷，1981 年；关于经济史参阅 Michael Stolleis: 《德国公法史》第 3 卷，1999 年，第 226—242 页；Reiner Schmidt: 《经济法总论》，1990 年，第 4 页及其后；Clemens Zacher: 《经济法在德国的产生》，2002 年。

<sup>2</sup> Hans-Joachim Mertens/Christian Kirchner/Erich Schanze: 《经济法》，1982 年第 2 版，第 65 页。

<sup>3</sup> 参阅 Reinhart Koselleck: 《普鲁士国家与社会，1915 年至 1948 年》，载 Hans-Ulrich Wehler 主编的《现代德国社会史》，1981 年，第 74 页及其后。

## 第二节 现代宪法国家

### 3 战争经济作为经济法的开始

为满足战争需求而制定的、于 1914 年 8 月 14 日颁布的 16 部帝国经济法，第一次系统地对经济领域作出规定。这可以视为现代经济法的发端<sup>4</sup>。

### 4 魏玛帝国宪法

在德国法律领域内，国家的经济责任的发展在魏玛帝国宪法中第一次在宪法上得到反映。魏玛帝国宪法试图通过写入传统自由主义的基本权利、通过创立必须予以补偿的征收——但是同时也有无须补偿的征收——的可能性、通过社会化的各种形式（第 156 条）和社团参与（帝国经济委员会，第 165 条）来联接自由主义式保守主义的、资本主义的、社会改良主义的和社会主义的思想财富。国家的经济责任和社会的经济责任的分工上的界限，由于魏玛宪法的拖延性措词妥协而未能划清。

### 5 民族社会主义

在接下来的民族社会主义 [即纳粹] 时期，在国家干预的发展上，也即在国家与经济的正确归位的问题上，没有思想史上的过渡时期，而是只有中断。也就是说，国家在这一时期把自己视为不受任何限制的经济主宰者和管理人<sup>5</sup>；国家手中有一整套涵盖各个方面的调控手段供其使用。然而与此同时，“[私人] 个人的经济形式”包括其法律基础<sup>6</sup>还是得以保留下来。但是，由于经济领域中的任何一项国家干预措施原则上均以自由经济为前提，而且，由于自由经济依照民族社会主义的意识形态应当为“公共的、受约束的、民族的经济”所取代，所以，从法律上说，经济调控问题一直到《基本法》颁布之后才又重新提出。不过，在此之前，对于国家对经济活动承担责任应当先在理论上探讨是否可行。

---

<sup>4</sup> 当时资料可参阅 Artur Nußbaum: 《新德国经济法》，1920 年。另参阅: Reiner Schmidt: 《经济法总论》，1990 年，第 18 页及其后。

<sup>5</sup> 此为 Justus Wilhelm Hedeman 之语: 《德国经济法》，1943 年第 2 版，第 145 页。

<sup>6</sup> 此为 Erich Preiser 之语: 《经济调控的性质与方法》，载《财经档案》(FinArch)，1941 年，第 225 页 (第 226 页)。

## 第二章 国家、法和经济的关系的基本观点

### 第一节 在纯经济体制中的法

#### 6 计划经济模式和市场经济模式

责任意味着职责、独立和为他人担责<sup>7</sup>。但就法律上的基本范畴而言，责任一词太不确定，无法从中引出哪怕只是一般性的原则<sup>8</sup>。从这个意义上说，国家对于其对经济所负有的责任，要么以自己从事经济活动<sup>9</sup>的方式、要么以把经济交给私人的方式来承担。也就是说，以典型模式来看，就是计划经济（Zentralverwaltungswirtschaft，中央集权管理式经济）形式或者市场经济形式，虽然它们在现实中没有完全以这种形式出现，但是却基本上表明了国家的选择可能性<sup>10</sup>。在这当中，法是绝对不可或缺的，因为对于决定经济基本上自治——这作为国家承担责任的分工形式是完全可以理解的——来说，法律基础和规范保障都是必需的<sup>11</sup>。在这两种情形中，国家的责任都是通过对具体的协调类型（计划经济、市场经济）加以法律化来承担的。

#### 7 实际操作中的混合形式

倘若认为这两种经济体制之间的任何混合形式都只能视为蜕化变质的论断是正确的<sup>12</sup>，那么，由此推论，在法律政策上就必定要求把纯粹的理论相应地予以制度化。然而，现代西方宪法国家的现实却使这一论断不那么可信。[这种现实就是]国家调整整个国民经济；它对经济进程施加影响并在必要时对市场运作的结果直接予以校正。与此同时，它并不像计划经济那样对经济运行过程作出全面计划和调控。立足于个人的原则、由经济主体来进行计划、通过市场来协调单个计划，以价格为导向和私法自治至少原则上是得到保证的，由此，实际操作中的带有国家干预色彩的体制与计划经济的不同表现形式便可以区分开来。

至于实际操作中的经济模式是被称为“混合经济”还是“国家干预”，亦或“混合式经济组织结构”或者是国家与经济之间的“有组织的相互依赖”<sup>13</sup>，都无关紧要，重要的是，它是否系以一个特定的体制为基础以及法在其中具有何种作用。经济法就是实现经济政策的工具<sup>14</sup>，舍此无它。因此，从法的角度来看，这也是一并具有决定性意义的，即这个法究竟服务于什么样的经济政策原则。经济政策是否以一个特定的经济体制为基础，要根据宪法、根据普通立法者的行为以及根据制定经济政策之人的实际操作及其自身的理解来加以评判。

<sup>7</sup> 关于该词语用法可参阅Eberhard Schmidt-Aßmann:《行政责任与行政法院管辖权》，载《德国国家法教师联合会出版物》(VVDSrL)，第34期(1976年)，第227页及其后，另见其他指引。

<sup>8</sup> 对此见Andreas Voßkuhle的批评性的和基本的观点:《私人参与行使公共职责和国家的责任》，载《德国国家法教师联合会出版物》(VVDSrL)，第62期(2003年)，第270页及其后，尤其是脚注9和10。

<sup>9</sup> 以充分理由反对国家的赢利性经济活动的著述见Wolfgang Löwer:《国家作为经济主体和委托人》，载《德国国家法教师联合会出版物》(VVDSrL)，第60期(2001年)，第416页(第418页及其后)。

<sup>10</sup> 关于这两个基本类型参阅Egon Tuchtfeldt:《经济体制》，载《经济学小词典》第9卷，第326页及其后。

<sup>11</sup> 在此可参阅Peter Badura/Peter M. Huber:《经济法》，载Eberhard Schmidt-Aßmann主编的《特别行政法》，2005年第13版，边码6。

<sup>12</sup> 此为Wolfgang Fikentscher的论战观点:《经济法》，第2卷，1983年，第42页，反对“浅陋而错误的三合一模式”。

<sup>13</sup> Hans-Joachim Mertens/Christian Kirchner/Erich Schanze:《经济法》，1982年第2版，第59页。

<sup>14</sup> 参阅Reiner Schmidt:《经济法总论》，1990年，第41页及其后。

## 第二节 实际操作的市场经济当中的法

### 8 对市场的保障

《基本法》虽然没有写入特定的经济体制，但是它却含有由普通立法者和经济实践支撑的对原则上建立在私人基础上的市场的预先规定。因此，依其性质而言属方法论范畴的问题就在于，市场应当在什么样的范围内受到保障和什么样的对市场原则的变通是允许的，以及，鉴于社会国家的决定，甚至于应当作出此种变通。原则上说，可以考虑如下两种类型的规定，即一种是建立市场或者说是为市场提供保护的规定，另一种是对市场运行结果进行校正的规定。

### 9

建立市场以及防止危害竞争行为（卡特尔、垄断等）对私人经济自由造成自我伤害的问题，由对合同自由的保障和《反限制竞争法》来加以应对，并且基本上得到了解决。但是，国家为了有利于利益团体——不论权力极大的雇员联合会和雇主联合会还是几乎毫无对抗力量的边缘性社会弱势群体都属此类——所作出的有计划的干预却不能归入此例<sup>15</sup>。

即便是弗莱堡学派的新自由主义也未能创立一项既维护市场自由又允许作出计划同时对之予以限制的具有说服力的计划理论。诸如“内部和外部竞争的目标计划”、“市场发展计划”<sup>16</sup>此类的尴尬措词，最终只是描述了事实上的国家干预性质的对市场的干涉，而并没有完成其自己提出的限制计划因素的任务。

### 10 稳定法的理论开端

总的来看，为德意志联邦共和国经济承担国家责任既没有一个稳固的国家职责理论<sup>17</sup>也没有一个特定的国家干预理论<sup>18</sup>为其提供依据。凯恩斯的《通论》<sup>19</sup>虽然部分地通过 1967 年的《稳定法》而得以成为法律工具，但尽管如此，社会市场经济的诸多原则以及它在区分与市场相符的和不相符的手段上的尝试<sup>20</sup>仍然同货币政策方案和无原则的、混乱的实用主义不期而遇。

### 11 市场与法的关系

首要原则始终是对市场自由从法律上作出规定并予以精心维护，但是，市场自由总是会被大量的次级原则突破，而且每每不会提出宪法法上的问题。有时总是在非常高的抽象程度上进行的关于市场与法的关系的论争<sup>21</sup>，最终除了得出如

<sup>15</sup> 这可以用实际中存在的补贴为例。联邦政府的诸多补贴报告为此种毫无章法的资助政策提供了丰富的直观教材。对此可参阅由联邦财政部编辑的第 19 号补贴报告。该报告前言的词语中有如下论断，说是在削减补贴问题上，“近年来已经前进了一大步”。

<sup>16</sup> 此为 Wolfgang Fikentscher 的观点：《经济法》，第 2 卷，1983 年，第 50 页。

<sup>17</sup> 关于对公共福祉和国家职责的“无休止争论”可参阅 Andreas Voßkuhle：《私人参与行使公共职责和国家的责任》，载《德国国家法教师联合会出版物》（VVDStRL），第 62 期（2003 年），第 273 页及其后。

<sup>18</sup> 正如国家干预经济一样，经济也使其利益转变为国家利益。参阅 Hans-Joachim Mertens/Christian Kirchner/Erich Schanze：《经济法》，1982 年第 2 版，第 68 页。

<sup>19</sup> John Maynard Keynes：《就业、利息和货币通论》（The General Theory of Employment, Interest and Money），1936 年出版于纽约。

<sup>20</sup> 关于社会市场经济与总体调控或者说凯恩斯主义之间的相互关联可参阅：Klaus Stern/Paul Münch/Karl-Heinrich Hansmeyer：《稳定法释义》，1972 年第 2 版，第 35 页及其后，以及 Walter Adolf Jöhr：《经济与政治》，载《经济学小词典》第 9 卷，第 6 页及其后。

<sup>21</sup> 对此可参阅汇编著作“公法作为经济研究对象”中的文章，由 Christoph Engel/Martin Morlock 编辑出版，

下认识外几乎没有什么更多的东西，这些认识是：法承担着调控和重新分配的任务，并且，市场原则（保障合同自由、迁居自由、经营自由，防止滥用市场等等）被大量的社会国家目标、生态平衡目标和其他目标所突破，此外还被国家干预性质的措施和共同协作的形式所突破。一项整体经济正确运行的标准<sup>22</sup>，既不适合用来确定经济法的质量，也不适合用来作经济法规范的普遍原则<sup>23</sup>。因为即便是国家调控式的干预行为也可以是为法所接受的对经济承担责任的表现；并非每一项经济法规范都可以归入使国家干预易于施行的更大的经济体制上的关联关系之中。

### 第三章 《基本法》与对经济的规划

#### 第一节 1945年后德意志联邦共和国中的国家与经济

1945年，在不同经济体制成分并存的基础上，开始了战后重建。一方面，国家自己承担经济工作，占领国继续运作公共企业<sup>24</sup>；另一方面，由于《民法典》仍在适用，私法自治仍然具有效力，因此在市场上私营经济仍然可以有所作为。不过，刚开始时所奉行的是对经济予以严格整顿的政策<sup>25</sup>。

在此背景下，可以将从1945年至1967年修改《基本法》第109条和颁布《稳定与增长法》这段时期分为三个发展阶段<sup>26</sup>：

#### 12 市场经济的建立

在第一阶段，即到[20世纪]50年代中期，要完成的任务是建立一个新的经济秩序。在此具有决定性意义的是，在审议《基本法》的过程中，什么样的经济政策方案可以在政党内部的讨论中和在政党之间的争论中得到接受。最富有成果的是新自由主义学派提出的介于已经崩溃的传统自由主义和很可能会实施的集体主义之间的“第三条道路”。传统自由主义的“守夜人国家”应当由一个有能力保障一个真正自由的经济的强大国家取而代之。当时基民盟/基社盟（CDU/CSU）的阿伦纲领（Ahlener Programm）中还要求将原料工业社会化、拆散垄断企业和卡特尔、由国家制定经济计划和在大企业中给予雇员新的参与决定的机会，而另一方面，由米勒-阿马克（Müller-Armack）创造的“市场经济”<sup>27</sup>概念则更加明确地强调竞争与私人占有生产资料的原则<sup>28</sup>。联邦宪法法院

---

1998年。

<sup>22</sup> 但这是Walter Schmidt-Rimpler的观点，见：《经济法》，载《国家学小词典》（HdSW）第12卷，第86页及其后，另见其后面作者的观点。

<sup>23</sup> 关于经济法规范的政治关联性和可由此推出的国家干预结论参阅Ernst Steindorff：《法律的政治性作为经济法的解释标准》，载《卡尔·拉伦茨纪念文集》，1973年，第217页及其后。

<sup>24</sup> 见Wolfgang Fikentscher：《经济法》，第2卷，1983年，§98，边码16。

<sup>25</sup> Reiner Schmidt：《经济法总论》，1990年，第31页及其后。

<sup>26</sup> Ulrich Scheuner：《国家对经济的影响——导论》，1971年，第9页及其后。

<sup>27</sup> 见Clemens Zacher：《经济法在德国的产生》，第2卷，§28 边码55及其后。

<sup>28</sup> 完整叙述参阅Karl Dietrich Bracher/Theodor Eschenburg/Joachim C. Fest/Eberhard Jäckel主编的《德意志联邦共和国史》，第6卷，第1981页及其后；第1卷：Theodor Eschenburg主编的《1945—1949年占领年代》，1983年，第421页及其后。

在 1954 年<sup>29</sup>最终确定，可以依据《基本法》得出社会主义市场经济的经济制度和社会制度，但是这在《基本法》中并未明确写明，这才暂时结束了围绕经济制度进行的原则争论。

### 13 国家规制经济的界限问题

第二个阶段以围绕经济宪法（Wirtschaftsverfassung，即对经济的最根本的规定）的争论和由基本权利所确定的对国家规制经济活动的界限为其特色。由于把社会主义市场经济视为《基本法》规定的唯一可能的经济制度的观念未能被普遍接受，于是便在单个的研究探讨中确定通过宪法制度对立法者进行约束的范围<sup>30</sup>。

之后，在第三个阶段中，出现了一个新的重点，在 1966/67 年严重经济衰退的背景下，关于计划的讨论就经济理论而言在总体调控和《基本法》第 109 条的新文本设计中以及通过颁布《稳定与增长法》而得到反映。这最终帮助如下思想在法律上获得突破，即国家在已然出错但因负有挽回义务（Ingerenz）而必须出手的情形，可以干预经济。

### 14 反对国家干预的思潮

如今，人们更多以批判的眼光来看待《稳定与增长法》所体现的凯恩斯主义。弗里德曼（Friedmann）赞同国家退出经济领域和把经济政策限制在货币量调控上的辩词，“理性预期理论家”（rationale Erwartungstheoretiker）（Stigler 施蒂格勒等）的经济政策上的虚无主义——他们认为即便出现市场不平衡，国家干预由于个人对此的预期也将不起作用，以及其他一些年轻经济学家的观点也都表明，经济学理论的一个新时代已经开始。在美国对科斯（Coase）论文的重新发现和在此期间在世界范围内引起讨论的经济主体的行为权与行为限制学说（“财产权” property rights）<sup>31</sup>表明，私人经济（private Sektor）被认为比国家干预更有效率。

### 15 私有化

上述认识也在《货币、经济和社会联盟条约》中得到反映<sup>32</sup>，在该条约中，在德国重新统一的框架内对社会主义市场经济作出了明确规定<sup>33</sup>。此外，在推动以市场经济方式规制经济中起作用的还有欧共体法以及日益增长的国家债务。这一切导致了迄今为止由行政机构完成的经济工作如铁路、邮政和电信以及电力供应的私有化<sup>34</sup>。《基本法》的规定在这里所给予国家的更多的是所谓的保障责任<sup>35</sup>（《基本法》第 87e 条第 4 款、第 87f 条第 1 款）。为落实此种保障责任的必要的调整主要涉及私人经济活动所必需的网络和基础设施的进入<sup>36</sup>。可与之类比的是对于对

<sup>29</sup> 参阅《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第 4 卷，第 7 页及其后。

<sup>30</sup> 参阅 Ulrich Scheuner: 《国家对经济的影响——导论》，1971 年，第 11 页，边码 12。

<sup>31</sup> 关于财产权理论（Property-Rights-Theorie）可参阅 Jörn Martiensens 的《制度经济学》，2000 年，第 219 页及其后。

<sup>32</sup> 1990 年 5 月 18 日的《关于在德意志联邦共和国和德意志民主共和国之间建立货币、经济和社会联盟的条约》，《联邦法律公报 II》（BGBl II），第 537 页。

<sup>33</sup> 对此参阅 Rolf Stober: 《一般经济行政法》，2004 年第 14 版，第 52 页；Matthias Schmidt-Preuß，载《德国行政报》（DVBl）1993 年，第 236 页及其后。关于位阶问题参阅 Peter Badura: 《国家法》2003 年第 3 版，C 边码 91；Petre J. Tettinger: 《德国行政报》（DVBl）1999 年，第 679 页及其后。

<sup>34</sup> 不必多读，可只参阅 Jörn Axel Kämmerer: 《私有化》，2001 年，特别是第 292 页及其后。

<sup>35</sup> 对此见 Andreas Voßkuhle: 《私人参与行使公共职责和国家的责任》，载《德国国家法教师联合会出版物》（VVDSrL），第 62 期（2003 年），第 270 页及其后；另参阅 Eberhard Schmidt-Aßmann: 《作为秩序理念的一般行政法》，2004 年第 2 版，第 172 页。

<sup>36</sup> 原则见：Georg Hermes: 《国家的基础设施责任》，1998 年。

私人经济活动来说所必要的自然资源的（出于环境法上的理由的）分配，比如以分配排污证（Verschmutzungszertifikaten）<sup>37</sup>的方式进行。因此，如今国家发现，就组建市场的种种新形式而言，自己的责任显著地扩大了，比如在组织拍卖UMTS移动通信许可证<sup>38</sup>上，这一点表现得尤其明显。

## 第二节 国家法学说中的经济宪法

围绕《基本法》中的经济宪法的争论常常为人所提起<sup>39</sup>，因此，在此仅介绍这些争论的重要结果便已足够。

### 16 经济宪法“未下定论”

引起争论的肇端主要是《基本法》中对于经济宪法“未下定论”，这得从《基本法》产生的历史来解释才能明白。当时，一方面宪法制定者们未能确定一个特定的经济政策纲领，另一方面，议会委员会[即制定《基本法》的机构]是把《基本法》视为一部临时宪法。此外，使事情变得更加复杂的还有概念上的不明确。经济学上使用的概念是“经济制度”（Wirtschaftsordnung），就其定义而言，它与法学上使用的概念“经济宪法”并没有什么区别；更不容易的则是在实际经济生活状况与典型的经济体制和规范上的“经济宪法”之间做出区分。上述种种在下文中将作为宪法法上对经济制度的规定要素的总和来加以理解。

### 17 “经济宪法”概念

经济宪法作为宪法法上的经济制度，可以要么尝试对一个特定的经济体制作出规定，要么只是规定一些规制经济制度的数据（Daten），而不是试图确定一个具体的经济体制。在这里要区分两种主要的典型模式，即由国家集中进行调控（计划经济）和由竞争来分散调控（市场经济）。

#### 一、不确定经济体制的经济宪法

### 18 社会市场经济的体制保障

在德意志联邦共和国的早期历史中，经济宪法的概念主要是与通过规范建立一个特定的经济体制的设想相关联。尼佩代（Nipperdey）认为《基本法》中对社会主义市场经济规定了制度上的保证<sup>40</sup>，依其观点，宪法同一个特定的经济体制是一致的。尼佩代尤其以对《基本法》第2条第1款规定的自由基本权利的与经济相关联的解释和社会国家原则来加以论证。其命题的关键不在于对单个规范解释

<sup>37</sup> 对此见：Michael Kloepfer：《环境法》，2004年第3版，第322页及其后；Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel/Andreas Voßkuhle：《环境法》，2003年第5版，第105页及其后。

<sup>38</sup> 对此可参阅Jörn Axel Kämmerer：《新行政法杂志》（NVwZ），2002年，第161页及其后。

<sup>39</sup> 对此文献颇多，可参阅Hans F. Zacher：《经济宪法理论的任务》，载《Franz Böhm纪念文集》，1965年，第63页及其后；Peter-Christian Müller-Graff：《市场法中的企业投资与投资调控》，1984年，第246页及其后；Stober（脚注33），第49页及其后。

<sup>40</sup> Hans Carl Nipperdey：《社会市场经济与〈基本法〉》，1961年第2版，第44页及其后。



的总和，而在于把社会市场经济提高为一个独立的宪法法上的准则<sup>41</sup>。尼佩代的命题被普遍理解为对社会市场经济的规范保障；一个经济体制一跃而为宪法法上的审查标准。据此，国家的一项改变竞争机会的措施，就足以被当作“歪曲竞争”（Wettbewerbsverfälschung）而视为违反《基本法》第2条第1款<sup>42</sup>。

### 19 法律上未确定与市场相符的行为方式

社会市场经济作为宪法法上的体制保障的观点未能被广泛接受，这一点并不令人惊奇，因为其中包含了诸多自相矛盾之处。这个不那么看得明白的社会市场经济方案虽然可以用来描述一个特定的经济风格（Wirtschaftsstil），但是对于许多对一个法律体系来说必不可少的问题却没有作出回答，比如说对与市场相符的和与市场不相符的干预的明确区分的问题<sup>43</sup>。不过主要还是因为看到，若在宪法制度中接受一个经济体制，则将产生特定的后果，也即把最高位阶的法交给一个不确定的社会制度及其理论去摆布。

### 20 不存在宪法法上的中立要求

总的来说，关于宪法层面上的国家对经济承担责任的争论，从根本上说给人们带来了如下认识，即《基本法》中对经济政策措施确定的框架，既不能局限于一个特定的经济体制，也不能完全不谈体制。国家权力相对于一切经济政策理念必须保持严格中立<sup>44</sup>的命题理所当然地已无人信奉。

### 21 市场经济中的总体调控

同样，随着1967年对《基本法》第109条的修改<sup>45</sup>而再次活跃起来的围绕经济宪法的讨论，原则上说也没有对《基本法》与经济体制之间的关系带来什么新的评判。新创设的联邦与州的预算经济与总体经济平衡要求的联系，以及由一项多年财政计划、景气调节准备金和贷款限制法令组成的总体经济平衡手段，再加上伴随《基本法》第109条的修改和同时颁布的《稳定与增长法》<sup>46</sup>而创设的其他可以采用的方法，虽然使得与经济领域相关的规范大大增加，但是，尽管出现了这些指向一个总体调控式的、带有计划因素的市场经济<sup>47</sup>的萌芽，却远谈不上是“我们的经济宪法思想上的真正的转折点”<sup>48</sup>。被理解为总体调控的新的经济风格，所要做的是继续把竞争用于调整微观经济值，同时使宏观经济值对国家来说变得更具有可操作性<sup>49</sup>。

<sup>41</sup> 对此参阅Müller-Graff（脚注39），第254页。

<sup>42</sup> 详见Schmidt（脚注1），第128页。

<sup>43</sup> 参阅Reinhard Blum：“市场经济，社会的”，载《经济学小词典》第10卷，第153页（第156页）。

<sup>44</sup> Herbert Krüger：《国家宪法与经济宪法》，载《德国行政报》（DVBl）1951年，第361页（第363页）。

<sup>45</sup> 1967年6月8日的《〈基本法〉第15号修改法》，（《联邦法律公报I》（BGBl I），第581页）。

<sup>46</sup> 《联邦法律公报I》（BGBl I），（1967年）第582页。

<sup>47</sup> 对此主要参阅Elmar Stachels：《政府行为体制中的稳定法》，1970年，第204页及其后。

<sup>48</sup> 此语出自Rüdiger Zuck：《经济政策的现实问题和经济宪法（〈基本法〉第3条、第12条、第14条）的重要原则》，载《企业顾问》（BB），1967年，第805页（第807页）。

<sup>49</sup> 完整论述见Schmidt（脚注1），第139页及其后。

## 二、市场经济的功能保障

### 22 《基本法》的分散式经济抉择

在有关著述中存在着种种试图把《基本法》的“制度政策上的中立性”<sup>50</sup>落实为一种体制保障的努力，与之相比，更有成就的是如下尝试，即把基本权利放到经济的效力与制度的关联关系中，并对由此而确定的为分散式经济提供的功能保障加以论证<sup>51</sup>。宪法法对私人所有权包括其在经济上的运用（《基本法》第14条）的保障，为《基本法》第12条第1款第1句所保障的职业自由、经营自由和建立经济企业的自由，以及可以自由选择工作岗位和受教育场所的可能性，《基本法》第9条所设立的创建商业公司的权利，《基本法》第2条第1款所确定的合同自由以及最终对于竞争自由的基本权利上的保障<sup>52</sup>，构成了如下思想的出发点，即《基本法》对经济恰恰不是持中立态度，而是至少是把计划经济的协调类型排除在外的。通过基本权利而给予每个人的对经济规划和社会规划的参与权，排除了政治体制对经济的专制统治<sup>53</sup>。对这一并未当真受到质疑的阐释原则<sup>54</sup>，即便是《基本法》第15条规定的社会化授权也未能使人对它产生疑问，因为社会化授权由于[其中包含的]补偿要求，已经从法律上而不仅仅是事实上阻止了可能取消所有权制度保障的社会化<sup>55</sup>。

### 23 不存在对市场和竞争的机制保障

立足于单个基本权利及其功能条件的阐释仍在传统基本权利理论的框架内徘徊，而被普遍接受的注释学上的开端却将离去，倘若标准不再是单个规范，而是把超越单个规范的“体制关联关系”设想为规范上的大前提的话。或者换句话说，按照功能理论，市场和竞争就其本身而言并未由基本权利给予机制保障，但是通过单项基本权利却可以阻止取消市场和竞争<sup>56</sup>。

<sup>50</sup> 此系主导性观点，参阅Hans-Jürgen Papier:《〈基本法〉与经济制度》，载《宪法法手册》(HdbVerfR)，第799页。

<sup>51</sup> 见Papier(脚注50)，第810页；Hans Heinrich Rupp:《〈基本法〉与“经济宪法”》1974年，第35页；Rupert Scholz:《〈基本法〉上的经济宪法中国家行动的界限》，载Dieter Duwendag主编的《社会主义市场经济中的国家经济部门》，1976年，第113页及其后；总结性论述见Müller-Graff(脚注39)，第258页及其后。原则见Jürgen Basedow:《从德国的经济宪法到欧洲的经济宪法》，载Walter Eucken研究所，《报告与论文》第137期，1992年，第21页及其后。

<sup>52</sup> 关于竞争自由的基本权利定位可参阅Udo Di Fabio，载Maunz/Dürig主编的《〈基本法〉释义》，第2条第1款，边码116；Wolfgang Kahl:《〈基本法〉第2条第1款的补充保护作用》，2000年。

<sup>53</sup> 概括论述见Papier(脚注50)，第808页；同一作者:《宪法法上经济制度中的企业和企业家》，载《德国国家法教师联合会出版物》(VVDSiRL)，第35期(1977年)，第82页及其后。

<sup>54</sup> 此系正确观点: Müller-Graff(脚注39)，第259页。

<sup>55</sup> 参阅Walter Leisner:《所有权辛迪加》(Das Eigentumsyndikat)，载《德国行政报》(DVBl)1976年，第125页及其后；Wolfgang Rübner:《宪法法上经济制度中的企业和企业家》，载《德国行政报》(DVBl)1976年，第689页(第690页及脚注15)；Papier:《企业和企业家》(脚注53)，第85页；Rudolf Wendt，载Sachs主编《〈基本法〉释义》，第15条，边码18；另一观点: Gunther Schwerdtfeger:《企业中的雇员参与决定权和〈基本法〉》，1972年，第241页及其后。

<sup>56</sup> 此系正确观点，见Scholz(脚注51)，第125页，以及Basedow(脚注51)。

### 第三节 联邦宪法法院判例中的经济宪法

#### 一、“经济政策中立性”命题——投资资助判决

##### 24 联邦宪法法院的观点

依照联邦宪法法院的观点，根据“《基本法》中立”的原则，经济政策上的责任主要在立法者那里。宪法制定者并没有明确地对特定的经济体制作出抉择。这就使得立法者可以奉行那些在其看来合理的经济政策，只要在这样做时遵守《基本法》即可<sup>57</sup>。这一早在投资资助判决<sup>58</sup>中即已被强调的原则一直到参与决定权判决<sup>59</sup>都在适用，除了做些细化之外没有什么根本上的改变。概言之，联邦宪法法院认为，以下各项从宪法法上来看均不重要，即：（1）一部法律是否与此前的经济制度和社会制度相符；（2）所采取的手段是否在“社会市场经济”的意义上“与市场相符”；（3）一项措施是否同以当时那个经济政策为基础的国民经济学术观点相一致；（4）法律中所表现出的经济政策观点是否为法官所认可；（5）一部法律是否系为维护单个团体的利益而颁布；（6）一部法律对于竞争是否是中立的<sup>60</sup>。

此外，按照联邦宪法法院的观点，不必强制推行平等的竞争机会<sup>61</sup>。

##### 25

联邦宪法法院在自由的对面放置了约束使之两相对应，这些约束是任何一部宪法的精义，是其中不言而喻的内容。因此，立法者受《基本法》的约束，尤其是受基本权利的约束。任何一项经济调控措施都会影响到对社会生活进程的规划，并由此而对各种力量的自由博弈作出修正。这样的法律必须是出于公共利益的要求，并且不得任意忽视他人的应当受到保护的利益<sup>62</sup>。原则上说立法者在制定经济政策上是自由的<sup>63</sup>，但是，虽然《基本法》中没有对经济体制作出明确规定，却并不等于可以过分强调这种自由<sup>64</sup>。绝不能以《基本法》就经济而言在内容上或者说在抉择上未作规定为由而对此作出错误的理解<sup>65</sup>。《基本法》仅仅只是“相对未决”而已，宪法的规范力绝不可以轻率地被置于危险境地<sup>66</sup>。

<sup>57</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第4卷，第7页（第17页及其后）；第7卷，第377页（第400页）；第50卷，第290页（第338页）。

<sup>58</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第4卷，第7页。

<sup>59</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第50卷，第290页。

<sup>60</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第12卷，第341页（第347页）。

<sup>61</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第14卷，第19页（第23页）。

<sup>62</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第4卷，第7页（第18页及其后）。

<sup>63</sup> 除上述判决外还可参阅《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第25卷，第1页（第19页及其后）；第30卷，第292页（第317页）。

<sup>64</sup> 另可参阅Peter Badura/Fritz Rittner/Bernd Rüthers：《1976年的〈参与决定法〉与〈基本法〉》，1977年，第249页及脚注225中的指引。

<sup>65</sup> 参阅Peter Badura/Fritz Rittner/Bernd Rüthers（脚注64）。

<sup>66</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第50卷，第290页（第338页）。

## 二、单个基本权利作为审查标准——参与决定权判决

### 26 联邦宪法法院将单个基本权利作为审查标准

已多次被宣称结束的围绕“经济宪法”的争论，在探究对经济政策法律是否应当有特别的评价标准时又以变换了的形式重新出现。在此最终要想证明，在经济领域中，立法者的“范围颇广的规制自由”<sup>67</sup>究竟在什么范围内受到限制。因此，对阐释学问题的反思也应当被看作是经济宪法争论的真正收获，而反对将经济宪法体系分离出去的观点至迟自1971年起已获得接受<sup>68</sup>。典型的是，相关的最重要裁判——参与决定权判决<sup>69</sup>——是从宪法审查标准上着手，而对于经济宪法的基本问题却几乎只是附带地和例行公事式地讨论了一番<sup>70</sup>。联邦宪法法院将“那些单个的基本权利”作为其审查的标准，即那些“在决定扩大参与决定权问题上，为立法者的规制自由标明宪法法上的框架条件和限制的基本权利”<sup>71</sup>。以此表述，与《参与决定法》相关联，各具体题材的重要性被作为对阐释具有指导意义的观点而得到强调。而且，除此之外并主要是，这宣告了对种种试图以一个把基本权利抬高的制度设想同“经济宪法”的概念相联系的做法的拒绝。但是，从另一方面来说，联邦宪法法院却不能够不理睬其自己原先经常采用的观念，即基本权利不能被孤立地看待，不能仅从基本权利出发来解释基本权利。因为，任何一项宪法规定都与其余的宪法规定具有意义上的关联关系，宪法的内部统一由此而得以表现<sup>72</sup>。联邦宪法法院没有明确指明同其此种判例的联系，但是它在参与决定权的判决中强调，对单个的基本权利“不能不考虑到在其保护领域之间和与其他基本权利之间的重合、补充和关联，以及不能不考虑到支撑《基本法》的原则而加以解释”<sup>73</sup>。通过这些表述，联邦宪法法院便同曾被其多次明确拒绝的“科隆报告”（Kölner Gutachten）中最先提出的观点接近到了几乎无法分开的地步，该报告为宪法法上的考虑塑造出“经济关联关系的相互依存性及其在法律上的规定”<sup>74</sup>。这一难以判断的区别在于联邦宪法法院对作为个人反抗权的基本权利的明确强调，与其以前的判例<sup>75</sup>相联系，联邦宪法法院只将“对基本权利效力的原则上的强化”<sup>76</sup>看作是作为客观原则的基本权利的功能。

因此，参与决定权判决在经济宪法上的意义不在于重新否定为宪法所确定的经济体制，而在于把在投资资助判决中表达得相当模糊的《基本法》的约束予以具体化<sup>77</sup>。这不仅更明确地与基本权利联系起来，而且与此同时还与一个混合型的基本权利理论联系起来，明确强调基本权利是主体反抗权，同时从其制度

<sup>67</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第7卷，第377页（第400页）；第25卷，第1页（第19页及其后）；第30卷，第292页（第317页，第319页）；第50卷，第290页（第338页）。

<sup>68</sup> 不必多读，可只参阅Scheuner（脚注26），第21页及其后。

<sup>69</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第50卷，第290页。

<sup>70</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第50卷，第290页（第336页及其后）关于参与决定的判决另可参阅Reiner Schmidt：《宪法法检验水准上的决定权》，载《国家》第19期（1980年），第235页及其后。

<sup>71</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第50卷，第290页。

<sup>72</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第1卷，第14页（第32页）；第34卷，第165页（第183页）；第39卷，第334页（第368页）；第44卷，第37页（第49页及其后）。

<sup>73</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第50卷，第290页（第336页）。

<sup>74</sup> Peter Badura/Fritz Rittner/Bernd Rütters（脚注64），第248页。

<sup>75</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第7卷，第198页（第205页）。

<sup>76</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第50卷，第290页（第337页）。

<sup>77</sup> 关于参与决定判决意义概述可参阅Reiner Schmidt（脚注70）及其他指引。

上的或者说是客观的法的观念上向后退却<sup>78</sup>。联邦宪法法院由此而把围绕“经济宪法”的争论又返回去指引到对单个经济基本权利的解释上。

### 三、市场干预必须具有正当理由

#### 27 自由原则

联邦宪法法院认为，德意志联邦共和国的经济原则上是自由的，以市场制度对经济活动自由予以限制，只在因公共福利上的重大理由要求如此时方为允许<sup>79</sup>。因临时性的危机局势而有必要制定的调控经济的措施性法律，在其目的达到之后即应予以撤销。“在那之后原则上便应当再由经济活动自由来作主宰”<sup>80</sup>。虽然联邦宪法法院一再否认《基本法》中对经济作出了体制保证，但它从不惮于提及“现存的经济宪法”，并认为此种根本性规定作为基础包含着如下“基本原则，即以供方和需方身份在市场上活动的经营者的原则上自由的竞争”<sup>81</sup>。但是导致得出这个一般性表述的相关情况却也不应忽略不察——每每总是一项相关的专门的自由权利，比如自由从事职业的权利（《基本法》第12条第1款），其自由地平线是如此开阔，使得对它作出限制必须要具有正当理由。从另一方面来说，也可以这样反驳，即联邦宪法法院通过什么途径得出经济宪法上的体制表述，可以是无关紧要的，不管是从宪法的总体视角中得出，还是从一项单个基本权利中归纳得出，都是如此。但是这种只着眼于结果的思考方式也有其不足，因为它遮蔽了具有决定性意义的优先性问题。这里的问题其实在于，基本权利是否应当按照某个特定经济体制的标准来发挥效力，或者，是否基本权利虽然可以导致特定的体制效果，但是除此之外却仍然首先应当从其专门的保护领域出发来加以阐释。联邦宪法法院决定从单个基本权利入手，与此同时却——就是由此而使人易生误解——接受如下观点，即立法者把经济“原则上归类为市场经济”<sup>82</sup>；联邦宪法法院认为经济活动自由在宪法中具有优先地位<sup>83</sup>。但是这种优先地位却不应被重新解释为是对一个自由的市场的体制保障<sup>84</sup>。毋宁说，联邦宪法法院每每只是为单个基本权利塑造保护领域，在这当中，《基本法》第12条第1款和《基本法》第14条第1款因其可加以限制的可能性颇为狭小，因而在自由权利保护方面，与由《基本法》第2条第1款所保障的经济领域的行为自由相比，具有更为重要的意义，后者尤其是在“与宪法相符的制度”范围内要受到立法者的限制。但是无论如何，联邦宪法法院在此也是将“经营者主动性的适当的发展空间”视为不可侵犯的<sup>85</sup>。结果是，立法者在经济领域的行为被评价对一个就其本身而言是自由的市场的干预，因此要承受证明其合法性的压力。但是即便在这当中对立

<sup>78</sup> 关于基本权利的客观的法的功能与“制度性的”功能的一致性参阅Jürger Schwabe:《基本权利理论问题》，1977年，第286页；关于制度性法律思考的有限效用能力见同一著作第133页及其后；Claudia Mainzer:《制度保障的理论形态》，2003年，第202页及其后；Ralf Poscher:《作为反抗权的基本权利》，2003年，第55页及其后；Schmidt（脚注1），第240页及其后。

<sup>79</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第18卷，第315页（第327页）。

<sup>80</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第25卷，第1页（第23页）。

<sup>81</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第32卷，第305页（第317页）。

<sup>82</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第30卷，第292页（第312页）；第38卷，第348页（第361页）。

<sup>83</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第25卷，第1页（第23页）；第50卷，第290页（第366页）。

<sup>84</sup> 持此观点的还有Mathias Schmidt-Preuß:《国家工资及价格调控的宪法法上的基本问题》，1977年，第99页及其后。

<sup>85</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第29卷，第260页（第267页）；第50卷，第290页（第366页）；第65卷，第196页（第210页）。

法者不应当提出过高要求、即便一个“站得住脚并为宪法法所允许的经济政策目标”<sup>86</sup>鉴于规范上的国家职责学说的缺位而每每可能被轻易提出，通过如此论证的常规—例外关系还是使私人的、无国家介入的经济额外受到了保障。因此，引入投资调控的那些计划也要受到宪法法上的限制<sup>87</sup>。

诚然，不存在对市场的体制保障。但是常规—例外原则同由各个基本权利中发展出来的功能保障<sup>88</sup>的结合却导致对自由的市场产生出宪法法上的保护，虽然依照联邦宪法法院的观点，受保护的不是市场，而是那个单个的基本权利。

#### 四、按市场功能条件准则来保护基本权利？

##### 28 按市场功能条件准则来保护基本权利？

对于联邦宪法法院是否仍然坚持这一判例的怀疑，由于2002年对Osho香槟酒或者是对Bhagwan香槟酒<sup>89</sup>所作出的判决、尤其是关于对含乙二醇的葡萄酒<sup>90</sup>的警告的判决而产生。以竞争创建市场不再仅仅被描述为宪法法上唯一重要的基本权利保障的结果<sup>91</sup>。对自由的保护的影响范围应当通过法律规定一并作出决定，“这些规定使竞争得以实现并对之作出限制。《基本法》第12条第1款在此范围内依其功能条件准则对参与竞争提供保障。因此，基本权利保障相应地不包括此种保护，即保护其不受由竞争所决定的因素影响”<sup>92</sup>。至于为什么基本权利保护应当只依照普通的法的标准来进行，联邦宪法法院对此却并未作出说明。这个方案的结论是，“国家的与市场相关的信息应当……不损害有关竞争者的受基本权利保障的领域，只要对就竞争而言至关重要的因素的影响按照对国家信息行为的法律规定准则并未扭曲市场关系即可”<sup>93</sup>。这一表述把保护领域、干预和正当理由混淆起来。一项干预的存在可以用“从正当理由武器库中找出的”论据予以否认，而干预则可以用侵犯基本权利来让其短路<sup>94</sup>。

##### 29 保留迄今为止的干预前提？

对这个判例是否导致事情发生许多改变存有重大怀疑。于是联邦宪法法院在关于生态税的裁判中——其中延续了新的方案——清楚地表明，“导致从事职业的框架条件发生改变的规范，[应当依照《基本法》第12条作出裁量，倘若这些规范]由于其规定而与从事一项职业关系密切并且客观上具有对职业作出规定的

<sup>86</sup> 《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第19卷，第101页(第114页及其后)；第21卷，第292页(第299页)。

<sup>87</sup> 关于各种模式(投资税赋模式、行业补贴模式、联邦发展计划模式和需求等级表模式)参阅Klaus Wiegelt:《国家投资调控的宪法法上的问题》，1982年，第76页及其后；关于投资调控的概述参阅Müller-Graff(脚注39)；关于奥地利的法律状况参阅Karl Korinek:《联邦宪法中经济调控的宪法法上的界限》，载同一作者/Heinz Peter Rill主编:《经济调控法的基本问题》，1982年，第83页及其后；关于瑞士状况，富于启发性的是René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini:《经济公法》，1998年。

<sup>88</sup> 关于结社自由的判例可参阅《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第50卷，第290页(第352页、第357页、第376页)。

<sup>89</sup> 《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第105卷，第279页。

<sup>90</sup> 《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第105卷，第252页。

<sup>91</sup> Gertrude Lübbe-Wolff即已持此观点，见《基本权利作为对干预的反抗权》，1988年，第281页。

<sup>92</sup> 《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第105卷，第252页。

<sup>93</sup> 《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第105卷，第252页(第268页)。

<sup>94</sup> 此系异口同声的批评意见，参阅Horst Dreier及其他指引，载Dreier:《基本法》第1卷，2004年第2版，前言，边码128。

倾向”<sup>95</sup>的话。联系到迄今为止一直有效的对《基本法》第 12 条的保护领域的干预前提，也许最终仍然可以保持在对市场干预必须具有正当理由上。

## 第二部分

# 关于国家对经济承担责任的国际法 和欧洲法的上位规定

## 第一章 总论

### 30 主权受到挤压

国家对货币和经济的责任比在任何其他政策领域都更多地受到国际交织状态的影响<sup>96</sup>。在今天，任何一个国家，即便具有高度的自给自足水平，也不能脱离与世界经济的联系。即使是创设法律的程序，如今也可以不经由国家而完成<sup>97</sup>。就国家经济政策权能丧失而言，最显而易见的是欧共体的成员身份，在欧共体内，目前经济政策只是相互协调而已（《欧共体条约》（EGV）第 99 条）。《基本法》第 23 条以其对附属性作出的规范，使得（德国）几乎已经没有资格抵挡来自欧盟成员国的危险了<sup>98</sup>。同样，《基本法》第 59 条第 2 款规定中所要求的组建国际经济组织的条约必须经议会同意也是这种情况，这类条约常常赋予如下权利，即条约可以由该组织的机构自行修改。国际法如今已经从国家间的协作法走向自主的国家共同体法，这种国家共同体法又对各个国家产生影响<sup>99</sup>。

在货币领域里，国家主权最为明显地被挤压到边缘。在可以对货币作出规定的机构中，若按重要等级来划分，政府和议会要排在货币发行银行的后面<sup>100</sup>。

### 31 国家不可或缺

国际经济联盟的重要性及其自身的动力使国家在承担经济责任上受到排挤，但是却并没有取代国家。对欧洲民主和国际民主的设想以及将欧洲法、国际法、跨国法和全球法归入一个新的立宪阶段的建议<sup>101</sup>，没有国家的参与是行不通的，

<sup>95</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第 110 卷，第 274 页（第 288 页）。

<sup>96</sup> 参阅Juliane Kokott和Thomas Vesting：《国家法学说及其内容的变更：欧洲化和国际化的结果》，载《德国国家法教师联合会出版物》（VVDSiRL），第 63 期（2004 年），第 7 页及其后或者第 41 页及其后。此前已有Christian Tomuschat和Reiner Schmidt的文章：《国际交织关系中的宪法国家》，载《德国国家法教师联合会出版物》（VVDSiRL），第 36 期（1978 年），第 7 页及其后或者第 65 页及其后。

<sup>97</sup> 关于“无国家的全球法”的提法参阅Vesting（脚注 96），第 58 页及其后。

<sup>98</sup> 另可参阅Ingolf Pernice，载Dreier：《基本法》第 2 卷，第 23 条，边码 73。

<sup>99</sup> 对此也可参阅Vesting（脚注 96），第 54 页。

<sup>100</sup> 对此等级排列见Uwe Andersen：《在国家主权与超国家一体化之间的国际货币体系》，1977 年，第 436 页及其后。

<sup>101</sup> 可参阅Günter Frankenberg：《权威与一体化》，2003 年，第 171 页及其后。另见Vesting（脚注 96）的其他指引，第 62 页脚注 77。

那种想要首先以“受共同体管束的人”为基准的尝试也是同样如此<sup>102</sup>。国家对经济的责任在今天主要是通过参与创设欧洲法、国际法和跨国家经济法来得到证明。

## 第二章 国际法的规定

### 32 世界贸易组织（WTO）的意义

德意志联邦共和国利用由《基本法》对经济政策的中立性和向外“开放”的国家政权所给予的广阔空间，在创设国际经济规则中发挥了参与作用。这首先是通过制定各项协议实现的，这些协议构成建立世界贸易组织协议（WTO）<sup>103</sup>的组成部分。在这些协议中，成员国承担义务，给予第三国的国民不低于其本国国民的待遇（国民待遇）<sup>104</sup>，以及不低于享有它所给予好处、优惠、特权和豁免的国家的国民的待遇（最惠国待遇）<sup>105</sup>。这些原则以及禁止非关税贸易壁垒<sup>106</sup>为加强国际贸易往来做出了重大贡献。

### 33 国际货币基金组织（IMF）

除世界贸易组织外，国际货币基金组织协议<sup>107</sup>是第二个决定国家经济责任规定的重要协定。德意志联邦共和国参加了国际货币基金组织并由此而承担义务，以在保持价格适当稳定的条件下实现经济有序增长为其经济政策目标和努力建立有序的经济关系（该协议第4条第1款第2句第i项和第ii项）。通过在此基础上建立的国际货币体系，德意志联邦共和国参与制定了简化国家间商品、服务和资本往来的框架条件（该协议第4条第1款第1句）。

## 第三章 欧共体法的规定

### 第一节 内部市场

### 34 有自己的法律制度的欧共体

欧共体是国际组织中的一个特例。欧共体通过国际法条约而建立，除此之外其成员国又把主权权利转让给它，使它具有可以直接对成员国居民产生影响的权

<sup>102</sup> 发展趋势见Kokott（脚注96），第7页及其后。

<sup>103</sup> 《联邦法律公报II》（BGBl II），（1994年），第1625页。

<sup>104</sup> 1994年《关税及贸易总协定》（GATT）第3条（ABl 1994 L/336/20）。

<sup>105</sup> 1994年《关税及贸易总协定》（GATT）第1条。

<sup>106</sup> 1994年《关税及贸易总协定》（GATT）第11条。

<sup>107</sup> 1944年7月22日的《国际货币基金组织协定》，《联邦法律公报II》（BGBl II），（1952年），第638页；新文本见《联邦法律公报II》（BGBl II），（1978年），第15页；1990年对该协定的第三次修改见《联邦法律公报II》（BGBl II），（1991年），第815页。



利。由此而创设的第二级法同作为基础的第一级法一起，构成自成一体的法律制度<sup>108</sup>。德意志联邦共和国现在的经济政策已确定为实现内部市场（《欧共同体条约》第4条第1款）。对内部市场的理解是一个没有内部边界的区域，在这个区域中，商品、人员、服务和资本以及自由往来受到保障（《欧共同体条约》第14条第2款）。通过对跨国界经济往来的抉择，不仅本身即含有导致私人经济活动在市场上进行的效果，而且，在建立欧洲经济共同体的条约中，成员国还明确地承担了奉行实行自由竞争的、开放的市场经济原则的义务（《欧共同体条约》第4条第1款，98第2句）。

## 第二节 基本自由与基本权利

### 35 市场参与者的自由权利

内部市场由于关于基本自由的规定而得以具体实现。这首先包括自由的商品来往。成员国不得因为跨国境而收取关税或类似关税的税赋（《欧共同体条约》第25条）。它们也不得在国内对来自其他成员国的商品征收更高的税赋（《欧共同体条约》第90条）。此外，非关税措施也受到禁止。这涉及到进出口当中的限额限制，以及具有相同效果的措施（《欧共同体条约》第28条及其后条款）。这当中包括成员国的任何会导致直接或间接、事实上的或潜在的阻碍共同体内部贸易的贸易规定<sup>109</sup>。由此，成员国制定规则的余地大受限制，它们不得对国内的和国外的商品给予区别对待。此外，即使是不会起到区别对待效果的措施，如果此种措施有可能限制欧共同体条约领域内的商品自由往来（《欧共同体条约》第299条）的话，成员国也不得采用。这种双重约束，即禁止歧视和禁止限制，也是其他基本自由的突出标志<sup>110</sup>。其中，人员迁徙自由所涉及的是雇员的自由（《欧共同体条约》第39条）和在他国开业的权利（《欧共同体条约》第43条）。双重约束也同样适用于服务上的自由往来（《欧共同体条约》第49条）以及资本和支付的自由往来（《欧共同体条约》第56条）。这些规定自1969年起便可直接适用，也即它们也可以构成个人的权利<sup>111</sup>。由此，欧洲经济共同体组建条约除明确赋予实行自由竞争的、开放的市场经济的义务之外，也采用了与《基本法》相同的规范技术。一个其导向为通过市场来实现经济功能的经济体制，通过落实市场参与者的为达此目的所必要的权利而得到巩固。

### 36 以基本权利来保障市场

就此而言，基本自由所起的作用同基本权利是一样的。这也在欧共同体这个层面上由[欧洲]法院判例认可为欧共同体法的一般法律原则。正如在成员国国家内部，国家对经济的责任是通过保障所有权的基本权利、职业自由、一般贸易自由和结社自由所决定的一样，不论欧共同体亦或欧共同体成员国，在欧共同体法的适用领

<sup>108</sup> 尽管如此，欧共同体法仍未完全脱离其国际法基础；最后可参阅《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第102卷，第147页（第163页及其后）。

<sup>109</sup> Dassonville案，《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1974年，第837页（第852页）。

<sup>110</sup> Christian Walter:《欧洲基本权利与基本自由的历史和发展》，载Dirk Ehlers主编的《欧洲的基本权利与基本自由》，2005年第2版，§1。

<sup>111</sup> Van Gend & Loos案，《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1963年，第1页（第23页）；Lütticke案，《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1966年，第237页（第267页）。

域内，都受到以一个自由的经济体制为目标的保障所有权的基本自由<sup>112</sup>、职业自由<sup>113</sup>、就业领域自由进入权<sup>114</sup>以及结社自由<sup>115</sup>的约束。此种判例已为《欧盟条约》（EUV）第6条第2款所认可。它通过被纳入——目前当然还是不具有约束力的——[欧盟]基本权利宪章又获得了一个另外的基础。如果该宪章作为宪法条约的组成部分而获得法律上的约束力，则以市场上的自由交换为目标的经济体制今后将通过结社自由<sup>116</sup>、职业自由和劳动权<sup>117</sup>、企业经营活动自由<sup>118</sup>以及所有权权利<sup>119</sup>而受到保障。

### 第三节 竞争法

通过这类与《基本法》相似的规定，欧共同体法中包含了对[成员国]国家规制经济的更广泛的约束。属于此类的还有禁止对特定企业或生产行业给予国家补贴或由国家资金中拨给的补贴的规定（《欧共同体条约》第87条第1款）。该项禁止对公共经济部门和私营经济部门的关系产生了深刻的结构性影响<sup>120</sup>。

#### 37 国家作为企业经营者

欧洲法对企业经营活动的理解要广泛得多。企业是“任何从事经济活动的单位，而不论其法律形式和资金筹措方式如何”<sup>121</sup>。经济活动则是“任何在市场上提供物资与服务的活动”<sup>122</sup>。只有主权性优先权的使用才不由对企业适用的规定规范。不论是电视节目播放<sup>123</sup>还是劳动岗位介绍<sup>124</sup>都不包括在此种主权性优先权的使用之内。同样，成员国也不能将寄送邮件的收集、运送和分发<sup>125</sup>或电力供应<sup>126</sup>当成主权性优先权的使用。由此而得出的对于对企业适用的规定以及对由国家提供的经济服务的意义，就劳动岗位介绍而言，其结果就是，欧洲法院认定当时的德国联邦劳动局对劳动岗位介绍的垄断是滥用市场支配地位，因为此种垄断把其他劳动岗位介绍的提供者排除在外，而德国联邦劳动局却又不能令人满意地完成该项任务<sup>127</sup>。

#### 38 国家有义务按竞争规定行事

<sup>112</sup> 《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1979年，第3727页（第3744页）——Hauer案。

<sup>113</sup> 《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1979年，第3727页（第3744页）——Hauer案。

<sup>114</sup> 《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1987年，第4097页（第4117页）——Heylens案。

<sup>115</sup> 《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1995年，第I-4921页（第5063页）——Bosman案。

<sup>116</sup> 《欧盟基本权利宪章》（Charta der Grundrechte）第12条，《欧洲人权公约》（KonvE）第II-12条。

<sup>117</sup> 《欧盟基本权利宪章》第15条，《欧洲人权公约》第II-15条。

<sup>118</sup> 《欧盟基本权利宪章》第16条，《欧洲人权公约》第II-16条。

<sup>119</sup> 《欧盟基本权利宪章》第17条，《欧洲人权公约》第II-17条。

<sup>120</sup> 例如州银行和储蓄银行的机构负担和保证人责任即被当作国家补贴而被取消，见《法兰克福汇报》（FAZ），2005年7月18日，第16页。

<sup>121</sup> 欧洲法院判例，Rs. C-180/98，《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），2000年，第I-6451页，边码74。

<sup>122</sup> 欧洲法院判例，Rs. C-180/98，《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），2000年，第I-6451页，边码75。

<sup>123</sup> 欧洲法院判例，Rs. 155/73（Sacchi案），《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1974年，第409页。

<sup>124</sup> 欧洲法院判例，Rs. C-41/90（Höfner/Elser案），《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1991年，第I-1979页，边码21及其后。

<sup>125</sup> 欧洲法院判例，Rs. 320/91（Corbeau案），《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1993年，第I-2533页。

<sup>126</sup> 欧洲法院判例，Rs. C393/92（Almelo案），《欧洲法院裁判汇编》（Slg.），1994年，第I-1477页，边码47。

<sup>127</sup> 同脚注124。

但是,此种对于对企业适用的规定的宽泛适用却绝不等于对成员国国家经济活动的禁止。《组建欧洲经济共同体的条约》以其第 295 条的规定保证成员国中的财产制度不受影响,该规定更确切地说是为允许公共所有权存在提供了保障。除此之外,公共企业的活动还由《欧共同体条约》第 86 条第 1 款含蓄地予以认可。因此,《组建欧洲经济共同体的条约》并不排除国家也提供经济服务的经济体制。然而在这当中,欧共同体法却走了一条不同于德国法的路。德国法尤其是把允许地方[政府]从事经济活动置于辅助地位。此外,德国法还将据此而得到允许的国家提供的经济服务置于一项特别管理制度之下,其中地方[公共]经济企业必须在存在某个公共目的的条件下才能获得允许<sup>128</sup>。而欧共同体法却是以此为准,即国家的经济服务也一样是通过市场提供,而且公共企业也同私营企业一样受同样的规定约束(《欧共同体条约》第 86 条第 1 款)。

#### 第四节 常规—例外关系

##### 39 例外的理由

如同《基本法》只以相对地可加以限制的基本权利上的保障来规范经济宪法一样,前面提到的那些《组建欧洲经济共同体的条约》的规定也只是对常规情况作出规定,而常规是会有例外的。比如《欧共同体条约》的第 30 条、第 39 条第 3 款、第 46 条(特定情况下结合第 55 条)和第 58 条规定的基本自由就是可以变通的。其他变通理由则由欧洲法院的判例发展出来<sup>129</sup>。对基本权利的限制同样也可以成为变通理由。对竞争法也存在例外规定。据此,根据《欧共同体条约》第 87 条第 2 款和第 3 款,特定的补贴也可以是与共同市场相一致的。受托提供具有普遍经济利益的服务的企业,或者具有金融垄断性质的企业,最终可以不受对企业的规定的约束,假如若非如此其所受托的任务将会在法律上或事实上受到阻碍而无法完成的话(《欧共同体条约》第 86 条第 2 款)<sup>130</sup>。

#### 第五节 框架条件的相互协调

##### 40 使不同经济力量保持平衡

内部市场还有一个特色就是带有平衡成分。这种平衡成分的实现程度各不相同。比较克制的形式是只对成员国的经济政策进行协调(《欧共同体条约》第 99 条),此外,这种协调还通过《欧共同体条约》第 104 条赋予财政预算项目(Haushaltsdisziplin)上的义务。欧共同体在第二级上设定的目标是,减少不同地区在发展程度上的差别和条件最差地区的落后状况(《欧共同体条约》第 158 条第 2 款)。欧共同体为此可供使用的工具是结构基金和地区基金(《欧共同体条约》第 159

<sup>128</sup> 参阅Löwer(脚注9),第418页及其后,及其他指引。

<sup>129</sup> 《欧洲法院裁判汇编》(Slg.),1979年,第649页——Cassis de Dijon案;《欧洲法院裁判汇编》(Slg.),1993年,第I-6097页——Keck案;《欧洲法院裁判汇编》(Slg.),1993年,第I-1663页——Kraus案;《欧洲法院裁判汇编》(Slg.),1976年,第1333页——Donà案;《欧洲法院裁判汇编》(Slg.),2001年,第I-837页——Mac Quen案;《欧洲法院裁判汇编》(Slg.),1994年,第I-3803页——Vander Elst案;《欧洲法院裁判汇编》(Slg.),2002年,第I-2157页——Reisch案。

<sup>130</sup> 参阅Hedda Hetzel:《市场开放程序范围内的公共福利保障》,2004年,第46页及其后;Reiner Schmidt,载《国家》,第42期(2003年),第225页及其后。

条及其后条款)。此外还有协调授权。在此范围内,欧共同体可以协调间接税规定(《欧共同体条约》第93条)以及协调所有与内部市场相关的法律规定和行政规定(《欧共同体条约》第94条及其后条款)。平衡因素最强有力的实现方式最终是为农产品引入欧洲市场制度(《欧共同体条约》第34条)。

## 第三部分

# 法律上对国家经济责任的细心规定

### 第一章 立法机构的责任

#### 第一节 立法权限划分

##### 41 联邦立法机构的重要性

在与经济相关的国家行为——也即使私人 and 集体的需求得到最佳调配(资源配置功能)、促进持续增长(稳定功能)以及当市场分配与政治意愿发生矛盾时对市场收入进行校正(收入分配功能)<sup>131</sup>——的职责范围内,联邦对通货、货币和铸币(《基本法》第73条第4项)享有专属立法权<sup>132</sup>。此外,[联邦]在共同任务范围内(改善地区经济结构、农业结构和海岸保护,《基本法》第91a条第2款结合第1款第2项和第3项)也享有立法权。预算法<sup>133</sup>和预算规定(《基本法》第109条第3款和第4款、第110条)<sup>134</sup>——其中包括对大部分补贴的决定<sup>135</sup>——也属于联邦专属立法权,对重要税收的立法也是如此(《基本法》第105条第2款)<sup>136</sup>。

<sup>131</sup> 参阅Ulrich Teichmann:《经济政策中的发展过程》,1983年,第24页,其在该功能描述中系以Musgrave的观点为依据。

<sup>132</sup> 货币政策也属于此处所指之通货,《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第4卷,第60页(第73页)。

<sup>133</sup> 基于《基本法》第109条第3款的授权,1969年8月19日颁布了《预算原则法》(《联邦法律公报I》(BGBl I),第1273页,由1974年12月21日的法律[《联邦法律公报I》(BGBl I),第3656页]所修改),并于1967年6月8日颁布了《稳定与增长法》(《联邦法律公报I》(BGBl I),第582页,由1975年3月18日的法律[《联邦法律公报I》(BGBl I),第705页]最后一次修改)。

<sup>134</sup> 对此可参阅1969年8月19日的《联邦预算法》(《联邦法律公报I》(BGBl I),第1284页,由1986年8月6日的法律(《联邦法律公报I》(BGBl I),第1275页)最后一次修改)。

<sup>135</sup> 司法判例迄今为止尚未认真对待补贴法中的法律保留原则;判例认为《预算法》或“议会所作的任何其他意思表示”已经构成充分的基础。参阅《联邦行政法院裁判集》第6卷,第282页(第287页);第58卷,第45页(第48页),以及明斯特最高行政法院判例(OVG),载《新行政法杂志》,1982年,第381页。对此,正确的批评意见参阅Hartmut Hauer:《补贴法中的法律保留》,载《德国公共行政》(DÖV),1983年,第53页及其后。另参阅Hans D. Jarass:《补贴中的法律保留》,载《新行政法杂志》,1984年,第473页及其后,和Karl-Eugen Eberle:《法律保留和议会保留》,载《德国公共行政》(DÖV),1984年,第458页及其后。

<sup>136</sup> 宪法法上对联邦和州的财政管辖领域的规定必须严格遵守(《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第55卷,第274页[第300页及其后]);因此必须区分税法法律和经济法法律。后者的范围只及于规费(《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第20卷,第257页[第369页])、会费(《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第42卷,第223页[第228页])和非交付国家财政的收费(nichtfiskalische Abgaben)(《联邦宪法法院裁判集》(BVerfGE)第55卷,第274页[第301页])。

## 42 联邦统一规定的界限

《基本法》第 74 条规定的竞合立法权范围内的事项，如核能（第 1 款第 11a 项）、劳动法（第 1 款第 12 项）、土地、自然资源和和生产资料的社会化（第 1 款第 15 项）、防止滥用经济权力地位（第 1 款第 16 项）、农业法（第 1 款第 17 项）以及尤其是如下经济法（第 1 款第 11 项），即“一切以任何一种形式与经济需求物资的生产、制造和分配相关的、对经济生活和经济活动本身作出规定的规范”<sup>137</sup>，包括景气调控措施<sup>138</sup>在内，立法权原则上属于各州（《基本法》第 72 条第 1 款）。联邦在《基本法》第 72 条第 2 款规定的前提下可以行使竞合立法权<sup>139</sup>，在此种前提被规定得更加严厉之后，州立法机构对于经济的责任也许可能会有所增加。由此一来，《基本法》便为地区经济政策更加多样化提供了机会。只要如今已经作出规定的生活状况的**等值性**不会由此而受影响——也即只要各联邦州的社会结构不致遭受危险，以及只要在现有状况中尤其是不致为保持德国经济区域的效率能力而确有必要，联邦的立法机构就不再具有统一的权限。但是对这项修改的执行却不能过于迅猛。根据《基本法》第 125a 条第 2 款第 1 句，基于此前的法律基础而颁布的法律作为联邦法仍然继续适用。在此范围内，联邦宪法法院也认可联邦立法机构的修改权。但是，倘若在这当中并非只是作出“维持该……规定的根本要素”的修正，而是“一项根本性的新设想”的话，那么，根据《基本法》第 125a 条第 2 款第 2 句所作出的增加州的权限的决定，联邦立法机构必须将责任交到州立法机构手中的时刻也就到了。

## 43 对宪法上预算规定的效力的限制

在此种发展过程中，一些涵盖范围很广的关于经济生活的规定在州宪法<sup>140</sup>中的重要性也有所增加。除此之外还有由联邦宪法法——主要是由基本权利和一般宪法原则如依法行政、禁止过度和权衡要求<sup>141</sup>——以其通过联邦宪法法院作出的具有最终约束力的规定所作的限制。与此相反，宪法法对预算立法者的约束却没有这么大效力，这由《基本法》第 115 条第 1 款第 2 句即可证明。联邦的仅限于投资支出的贷款也可能因法律状况不明确而无法阻止轻率的财政行为<sup>142</sup>。但是总的来看，“措施性法律立法者”<sup>143</sup>的过度行为事实上由于政府机关的专业能力和规划能力以及由于在景气政策领域中必须由行政机关对事务做出处置<sup>144</sup>而受到限制。

<sup>137</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第 8 卷，第 143 页，裁判要旨（LS）1 和第 148 页及其后；第 26 卷，第 246 页（第 254 页）；第 28 卷，第 119 页（第 146 页）；第 29 卷，第 402 页（第 409 页）；第 55 卷，第 274 页（第 308 页）；第 68 卷，第 319 页（第 330 页）。联邦宪法法院此外把组织性的、与行业相关的、建立制度的、调控性的、规范职业的和景气政策的法律都视为《基本法》第 74 条第 11 项规定的经济法。参阅《联邦宪法法院裁判集》第 4 卷，第 7 页（第 13 页）；第 5 卷，第 25 页（第 28 页）；第 28 卷，第 119 页（第 146 页）；第 29 卷，第 402 页（第 409 页）；第 41 卷，第 344 页（第 352 页）和第 55 卷，第 274 页（第 309 页）。这一“涵盖范围很广的事项管辖权”（《联邦宪法法院裁判集》第 55 卷，第 274 页[第 301 页]中如此说）在实践中首先是在安全和秩序领域提出了界限问题（《联邦宪法法院裁判集》第 13 卷，第 367 页[第 371 页及其后]；第 8 卷，第 143 页[第 148 页及其后]；第 28 卷，第 119 页[第 146 页]）以及在税收领域（《联邦宪法法院裁判集》第 14 卷，第 76 页[第 98 页及其后]；第 38 卷，第 61 页[第 79 页及其后]）和收费领域（《联邦宪法法院裁判集》第 36 卷，第 66 页[第 70 页]；第 37 卷，第 1 页[第 16 页及其后]；第 55 卷，第 274 页[第 292 页及其后]；第 57 卷，第 139 页[第 166 页及其后]）。对最后提到的领域参阅 Hans D. Jarass: 《<基本法>下的非税收费和调控性税收》，2000 年。

<sup>138</sup> 《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第 36 卷，第 66 页（第 70 页）；第 50 卷，第 386 页（第 392 页及其后）；第 76 卷，第 256 页（第 357 页）。

<sup>139</sup> 参阅《联邦宪法法院裁判集》（BVerfGE）第 106 卷，第 62 页（第 135 页）；第 110 卷，第 141 页（第 174 页及其后）；第 112 卷，第 226 页（第 246 页）。

<sup>140</sup> 参阅 Hans-Jürgen Papier: 《州宪法法院判例中的州宪法上的经济自由权》，载：Christian Starck/Klaus Stern

#### 44 责任向欧共同体转移

以上所描述的立法权限和约束也适用于将欧共同体法上的指令转换为德国法，这如今已在[德国]议会的与经济相关的事务中占有相当大的分量。在此范围内，对经济的第一责任于是便转移到欧洲层面。在颁布对成员国直接适用的法令(《欧共同体条约》第 249 条第 2 款)的情形，立法的责任甚至由欧共体的机构独自承担。欧共体的主要立法机构是欧共同体理事会，但是欧共同体理事会没有法律案提案权，因此必须依赖欧共同体委员会提出相应的法律提案。在这种与其说是谋求权力分立不如说是谋求一种机制上的平衡的体制中，欧洲议会是第三个可以有所作为的机构，其承担责任的程度依授权规范可以从听证到参与作出决定(《欧共同体条约》第 251 条)。根据《组建欧洲经济共同体条约》，适用有限的单项授权原则，该原则允许欧共同体机构除在共同农业政策领域(《欧共同体条约》第 37 条)和竞争法领域(《欧共同体条约》第 83 条、第 86 条第 3 款和第 89 条)有制定法律规范的权限外，还可以为建立共同的或者说是内部的市场并使之发挥作用颁布协调措施(《欧共同体条约》第 93 条及其后条款)，虽然如此，在内部市场所包含的商品、人员、服务和资本自由往来(《欧共同体条约》第 14 条第 2 款)的范围内，如今欧共体的法律制定机构对经济也已经具有了广泛的立法上的责任。

### 第二节 由立法机构规制经济制度和调控经济

#### 45 重要的经济法：《反限制竞争法》和《稳定与增长法》

在众多规制经济制度和调控经济的联邦法律中，有一些法律在现有情况中特别明显地表明了倾向于市场经济的抉择。1957 年的《反限制竞争法》(GWB)<sup>145</sup>，以及《稳定与增长法》就是这样的法律。《稳定与增长法》在第 1 条中规定，只在“市场经济制度”范围内方允许追求所谓的魔术四角目标，此外还有 1963 年的《建立(经济)专家委员会法》<sup>146</sup>，该法明确规定以市场经济制度为前提。

#### 46 对调整予以制约的必要性

宪法对市场经济的保障并没有明确到可以使之不遭受任何危险。与此同时，在现代宪法国家里，除了民众自身相互对立的利益之外，没有什么政治或社会的

---

主编的《州宪法法院司法裁判权》第 3 卷，1983 年，第 319 页及其后。

<sup>141</sup> 立法者的(经济发展)预测余地是很大的。只有在所采用的手段“根本不适当”(《联邦宪法法院裁判集》第 30 卷，第 250 页[第 263 页])的情形才属于违反宪法。同样，权衡要求也只能从法治国家的最低要求的意义上来理解。

<sup>142</sup> 德国地方政府的债务在 1950 年至 1970 年间持续增长。后来又在从 1970 年至 1982 年的 12 年间翻了两番。在从 1977 年至 1982 年的这 5 年里甚至几乎增加了一倍。参阅 Herbert Fischer-Menshausen, 载 v. Münch, 第 3 卷, 1996 年第 3 版, Art. 115 边码 19, 以及该处列举的统计一览表 I 和 II。这种发展趋势从法律上只能以如下方式加以阻止, 即对《基本法》第 115 条第 1 款第 2 句中的“投资支出”概念作出严格解释。关于“投资支出”这个组合词的解解释总体上参阅 Klaus Stern: 《德意志联邦共和国国家法》, 第 2 卷, 1980 年, 第 1279 页及其后。此外可参阅 Paul Kirchhof: 《民主法治国家中国家债务的界限》, 载 Karl-Heinrich Hansmeyer 主编的《变迁中的国家财政》, 载《社会政策协会文集》, N. F. 134 (1983 年), 第 271 页及其后。

<sup>143</sup> 专门针对某具体事务的“措施性法律”在宪法上并不重要(《联邦宪法法院裁判集》第 25 卷, 第 371 页[第 396 页]), 因为这种法律不像其他法律那样要经受严格的宪法上的审查, 但是它——与其短暂易逝之性质相应——在经济领域起到重要作用。

<sup>144</sup> 对此, 批评意见参阅 Thomas Württenberger: 《政治计划的国家法上的问题》, 1979 年, 第 222 页及其后。

<sup>145</sup> 见 2005 年 7 月 15 日公布的文本(《联邦法律公报 I》(BGBl I), 第 2114 页)。

<sup>146</sup> 1963 年 8 月 14 日(《联邦法律公报 I》(BGBl I), 第 685 页)。

反对力量<sup>147</sup>——这里指的是那些具体的集团、政党和联合会——可以把立法程序从制度以及经济政策的正确道路上引入歧途<sup>148</sup>。从经济学角度作出的提议，即制定经济政策角色分工方案——比如说通过为给定的宏观经济目标（稳定币值、充分就业、经济增长和支付结算平衡）创建相应手段并将这些手段交由相比较而言具有更大影响力的机构来实施<sup>149</sup>的形式——应当得到重视。对谨慎的具体措施的确有其理的批评也使对调整予以制约<sup>150</sup>的建议得到重视，如果这种对调整的制约得以实现，就有可能减少追求重新当选的立法者在景气政策上所犯的错误。

#### 47 欧洲法对总体经济平衡所作的规定

财政预算政策之外的<sup>151</sup>国家对总体经济平衡的责任，在联邦立法机构这一级通过《稳定与增长法》的颁布而得以承担。《稳定与增长法》第1条使《基本法》第109条第2款规定的义务得以具体实现，该条设定了四个分目标，即保持物价水平稳定、高就业率、对外经济平衡和经济增长，由此，第一次在社会国家原则之外——虽然不具有可操作性（nicht operationable）——为经济政策行为设定了预期目标。这一国家目标如今必须放在欧洲法的规定之下来看，因为欧洲法对联邦和州的财政预算自主权作出了重大限制。州在履行其相应的义务时并不互相依赖，同时联邦对州也不具有施加影响的特别权能<sup>152</sup>。除颁布实体法规范之外，立法机构的责任还在于决定哪些在经济政策和景气政策上<sup>153</sup>有采取行动之可能的机构应当被赋予权能。在此可以考虑的一个机构是政府，《稳定与增长法》授权政府可以颁布法令。除此之外或许还可以考虑的是，联邦政府采取克制态度，基本上由欧洲中央银行通过货币量调整来进行景气调控，或者采用经调整的自我调整这种调控方案<sup>154</sup>。

<sup>147</sup> Rolf Grawert: 《现代国家中的法律与立法》，载《法律学习》（Jura），1982年，第247页（第254页）。

<sup>148</sup> 关于利益团体的活动参阅Hans Herbert von Arnim: 《德意志联邦共和国国家学说》，1984年，第284页及其后。

<sup>149</sup> 关于把将手段与实施者归类的丁伯根规则（Tinbergens Regel）同将政治家与目标相联系的蒙代尔原则（Mundells Prinzip）相结合参阅Joachim Starbatty: 《景气政策中的角色分工》，载《经济与社会制度年鉴》（ORDO）第35卷（1984年），第151页（第152页）。关于实施者参阅Burkhard Röper: 《论探究经济政策实施者》，载ZSW 1968年，第741页及其后，以及Manfred E. Streit: 《经济政策理论》，1982年第2版，第209页及其后。

<sup>150</sup> 关于其法律方面参阅Ulrich Rehmann: 《景气政策规则约束的宪法法上的问题》，1981年。

<sup>151</sup> 预算的重要性怎么估计都不为过分。它不仅具有规划、需求满足、监控和财政经济上的制度功能，而且，预算政策还要完成经济政策上的调控任务。参阅Klaus Stern/Paul Münch/Karl-Heinrich Hansmeyer（脚注20），第99页及其后，以及其他指引。

<sup>152</sup> 总体上可参阅Christian Hillgruber，载v. Mangoldt/Klein/Starck主编的《基本法》第3卷，2005年第5版，第109条，边码137及其后；以及Markus Heintzen，载v. Münch/Kunig主编的《基本法释义》第3卷，2003年第5版，第109条，边码10。

<sup>153</sup> 《增长法》系以景气政策为准而不是以一般经济政策为准。对经济政策的理解是为达到特定目的而对国民经济活动产生影响的所有措施，而景气政策则是以过程或进程政策为目标，参阅Tuchfeldt（脚注10），第179页，以及Hans Karl Schneider: 《就业政策与景气政策》，载《经济学手册》（HdWW）第1卷，第478页及其后。

<sup>154</sup> 参阅Dieter Grimm、Thomas Verting、Karl-Heinz Ladeur、Wolfgang Schulz、Jens-Peter Schneider、Andreas Voßkuhle、Gunnar Folke Schuppert和Eberhard Schmidt-Aßmann在2001年《行政》杂志附刊4“经调整的自我调整作为保障性国家的调控方案”上的文章。

## 第二章 政府、行政机关和法院的责任

### 第一节 政府和行政机关作为经济的规制者

#### 一、政府

#### 48 政府的作用

政府为承担其对经济的责任而可以使用的手段并不限于《稳定与增长法》中的那一整套景气政策工具<sup>155</sup>。法律提案权的行使（《基本法》第 76 条第 1 款）——这由于部这一级行政机关为法律草案做准备工作因而十分重要——、实践中尽管联邦宪法法院一再判决却仍然刹不住的 [政府] 法令充斥现状<sup>156</sup>、通过司法判例和法学理论而被合法化并取代法律原则的规模庞大的指令（恶劣）体系<sup>157</sup>、再加上由于欧洲经济共同体——其中联邦政府的意见经由欧共体部长理事会而得到表达——而获得加强的行政权，这一切都使联邦政府成为最重要的经济责任承担者。

《基本法》为政府与议会之间互相转移为经济承担的责任留有許多空间。尽管如此仍被提出的宪法法上的界限问题，比如在推行经济政策的立法机关——其可使用的法律从措施性法律、计划法、指令法到授权法<sup>158</sup>类型颇多——与行政机关和从事经济活动的公民之间的界限问题，通常由联邦宪法法院的司法判例——此种判例可以直至拒绝给予某项权利——依照立法机关可以自由规制经济政策的宗旨予以解决<sup>159</sup>。

#### 49 议会与政府之间的重要性分配

对此，宪法法上的忧虑尤其因政府与议会关系中重要性的转移——此系由脱离立法机关的国际一体化<sup>160</sup>所导至——而表露出来。伴随批准马斯特里赫特条约，[德国议会]对《基本法》第 23 条进行了修改，其中对上述问题进行了研究，并且通过一项合作规定（第 3 款）使之得到缓和。

<sup>155</sup> 《增长法》包含信息手段（由联邦政府提交年度经济报告，《增长法》第 2 条；提交补贴报告，《增长法》第 12 条）、计划手段（五年财政计划，《增长法》第 9 条、第 10 条、第 14 条；《预算原则法》（HGGrG）第 50 条及其后）、协调手段（一致行动，《增长法》第 3 条；景气委员会，《增长法》第 18 条）和干预手段（可以通过景气平衡准备金和贷款来改变公共支出，《增长法》第 26 条、第 27 条；限制将给公共预算造成负担的贷款，《增长法》第 19 条及其后）。

<sup>156</sup> 联邦宪法法院对于《基本法》第 80 条第 1 款第 2 句规定的确定性要求的大度操作因某些波动和不稳定而难以估计。对此，一方面可参阅《联邦宪法法院裁判集》第 8 卷，第 274 页——价格法，另一方面可参阅《联邦宪法法院裁判集》第 58 卷，第 283 页——建筑设计师和工程师履职法令。另可参阅 Horst Hasskarl: 《联邦宪法法院对《基本法》第 80 条第 1 款第 2 句的裁判》，载《公法档案》（AöR）第 94 期（1969 年），第 85 页（第 103 页），和 Siegfried Magiera: 《议会与政府之间的一般规范权（“法规制定权”）》，载《国家》第 13 期（1974 年），第 1 页（第 18 页）。

<sup>157</sup> 整体上对行政规定可参阅 Fritz Ossenbühl: 《行政规定与〈基本法〉》，1968 年。关于依据指令发放补贴参阅《联邦行政法院裁判集》第 58 卷，第 45 页。

<sup>158</sup> 此为 Badura 的观点（脚注 11），边码 31。

<sup>159</sup> 参阅 Peter Badura: 《联邦宪法法院对社会法治国家中的经济政策立法的宪法法上的界限的裁判》，载《公法档案》（AöR）第 92 期（1967 年），第 382 页及其后。据 Hans D. Jarass 的观点（《经济行政法与经济宪法》，1997 年第 3 版，第 70 页），联邦宪法法院在经济立法上比在其他领域更明显地表现出谨慎态度。

<sup>160</sup> 详见 Schmidt（脚注 96），第 65 页及其后。



## 二、行政机关

### 50 联邦行政机关采取行动的权能

虽然依照《基本法》的权限划分,对经济的行政管理主要由州负责(《基本法》第30条、第83条、第84条)但是,通过组织法上的措施——如依据现已日益被证明是州行政的敞开的侧翼<sup>161</sup>的《基本法》第87条第3款建立和运行的独立的联邦最高行政机关及团体和机构——、通过行使不成文的财政管辖权<sup>162</sup>、而且尤其是通过采取对经济进行调控的措施(补贴、联邦公民身份等)和进行立法者只是非常克制地予以限制的经济监督<sup>163</sup>,联邦行政依然拥有巨大的活动空间,更不用说它还可以公开发表经济政策言论<sup>164</sup>。

### 51 欧共体的行为权

上述权限划分原则上也适用于欧共同体法的实施。作为这种由成员国负责执行欧洲法的原则的例外,特定事项被移交给欧共体的机构,首先是在竞争法领域采取此种做法,在该领域,欧共同体委员会可以作出行政行为(《欧共同体条约》第88条,《卡特尔程序法令》<sup>165</sup>第4条,《兼并监控法令》<sup>166</sup>)。

## 第二节 司法裁判对于规制经济的重要意义

### 一、民事司法裁判权和劳动司法裁判权

#### 52 民事法院的退却

如果立法者没有决定以首先是由行政机关负责落实的经济公法来对经济作出规制,则由民事司法裁判权和劳动司法裁判权来承担责任,在产生纠纷时,通过适用民法来规范市场参与人之间的关系。超出此种范围,试图以《反不正当竞争法》(UWG)第1条或《民法典》(BGB)第823条第2款的杠杆来为民事法院开辟审查地方[公共]经济活动的管辖权,这种努力已经在不久前被联邦最高法院所制止。民事法院仅限于在专门的竞争法领域享有裁判权,在适用上则只限于适用保护正当竞争的规定<sup>167</sup>。以此为限,地方[公共]经济法的适用仍处于行政法院的专属管辖之下。

<sup>161</sup> 在经济行政管理中,这类组织机构(如联邦财政局、联邦食品与林业局、联邦经营性经济局、联邦金融服务监督局等)发挥着重要作用。参阅Bernd Becker:《联邦直接行政中的非为联邦部级机构的中央组织机构》,载《行政档案》(VerwArch)第69期(1978年),第149页及其后。Siegfried Broß在此也看到对联邦制存在着危险,载 v. Münch/Kunig主编的《<基本法>释义》第3卷,2003年第5版,第87条,边码29。

<sup>162</sup> 这一点在严格的界限内在今天也被认为是有可能的。参阅Peter Lerche,载:Maunz/Dürig:《<基本法>释义》,第83条,边码15、89。

<sup>163</sup> 关于经济监督可进一步参阅Wolfgang Karl:《国家监督》,2000年,第366页及其后,第377页及其后,以及Reiner Schmidt:《经济监督》,载《经济学手册》第9卷,第34页及其后。

<sup>164</sup> 可参阅Kloepfer(脚注37),第359页及其后。

<sup>165</sup> (欧共同体)理事会2002年12月16日的《关于实施<欧共同体条约>第81条、第82条中规定的竞争规则的1/2003号法令》,载:2003年1月4日的ABIEG L 1/1。

<sup>166</sup> (欧共同体)理事会2004年1月20日的《关于监督企业兼并的139/2004号法令》,载2004年1月29日的ABIEU L 24/1。

<sup>167</sup> 参阅《联邦最高法院民事裁判集》(BGHZ)第150卷,第343页(第347页及其后);联邦最高法院2002年9月26日判决, I ZR 293/99,载《新法学周刊》(NJW)2003年,第586页(第587页)。

### 53 以基本权利为标准进行内容审查

民事司法裁判权和劳动司法裁判权规制经济的任务尤其因为作为客观价值规则（Wertordnung）的基本权利——其在即便是民法的解释和适用中也起作用——也在发挥作用而打上宪法法的烙印。联邦宪法法院如今把这一早在 1958 年 1 月 15 日的吕特判决（Lüth-Entscheidung）中即已创立的基本权利观大大向前推进，使得其他法院也以此为已任，即当以民法一般条款来看，合同对等性（Vertragsparität）受到破坏时，为维护受侵犯的基本权利，应当对合同的内容进行审查并且在必要时予以纠正<sup>168</sup>。诚然，在此之前法官也可以根据民法一般条款对合同的内容进行审查，但就立法与司法的关系而言，对于与此相关而从宪法中得出的准则的细化性更新，应当被看作是法官（也承担的）对经济的责任的加强，此种加强又从总体上提高了国家（也承担的）对经济的责任。

## 二、行政法院的司法裁判权

### 54 行政法院审查的严格程度

行政法院裁判的责任首先在于，在立法者仅只作出不完整规范的经济领域寻求正确的审查上的严格程度。这一紧张关系的突出表现是，一方面是《基本法》第 19 条第 4 款要求由法官进行彻底的法律审查，另一方面是立法者制定的法律、行政机关和行政法院司法裁判<sup>169</sup>之间的基本关系——这种基本关系恰恰是在经济规制和经济行政管理活动中允许行政机关享有最终决定权。为解除这种紧张关系，在此期间通过规范授权说<sup>170</sup>找到了一个宪法法上的正确的出发点，据此，若立法者以《基本法》第 19 条第 4 款为限对此给予授权，则对于原则上的全面的法院审查便允许进行修正。

与经济行政法规范的特点相对应，迄今为止从行政机关的最终决定权<sup>171</sup>中发展出来的类型如行政裁量，此外尤其是评判授权<sup>172</sup>、评估特权<sup>173</sup>、预测余地<sup>174</sup>以

<sup>168</sup> 《联邦宪法法院裁判集》第 89 卷，第 214 页（第 234 页）。

<sup>169</sup> 参阅Rupert Scholz/Eberhard Schmidt-Aßmann:《行政责任与行政法院裁判权》，载《德国国家法教师联合会出版物》（VVDStRL），第 34 期（1976 年），第 145 页及其后。

<sup>170</sup> 关于此项从联邦宪法法院的“Sasbach”判决中发展出来的理论的更多材料参阅Eberhard Schmidt-Aßmann, 载Maunz/Dürig:《〈基本法〉释义》，第 19 条第 4 款，边码 185 至 187。关于“Sasbach”判决中未解决的问题的正确论述见Michael Kloepfer:《环境保护中的法律保护》，载《行政档案》（VerwArch）第 76 期（1985 年），第 371 页（第 391 页及其后）。

<sup>171</sup> 参阅Schmidt-Aßmann（脚注 170），第 19 条第 4 款，边码 188。关于经济行政法中独立决定权能的范围另参阅Peter Badura:《行政机关的规定自由与评判余地——在法律的基础上并以法律为准而存在》，载《Otto Bachof纪念文集》，1984 年，第 169 页（第 181 页）。

<sup>172</sup> 参阅《联邦行政法院裁判集》第 62 卷，第 330 页——种子利用，联邦物种管理局关于一个物种的农业价值的决定，以及《联邦行政法院裁判集》第 59 卷，第 213 页——登记入建筑设计师名册。

<sup>173</sup> 联邦行政法院裁判，载《德国行政报》（DVBl）1972 年，第 895 页，并附有Konrad Redeker的评语——进口绵羊的数额限制；联邦行政法院裁判，载《德国行政报》（DVBl）1979 年，第 877 页——给磨坊的碾磨贷款限额，以及《联邦行政法院裁判集》第 64 卷，第 238 页——依照《客运法》给予出租车运营许可。在确认将一所医院列入医院需求计划的案件中，联邦行政法院没有给予行政机关评判余地（《联邦行政法院裁判集》第 62 卷，第 86 页）；对于投资补助法的资助标准的运用也同样如此（《联邦行政法院裁判集》第 48 卷，第 211 页，联邦行政法院裁判，载《德国行政报》（DVBl）1978 年，第 635 页及其后）。关于存在争议的《反限制竞争法》（GWB）第 70 条第 5 款第 2 句规定的“对总体经济状况和发展的评价”参阅Karsten Schmidt:《卡特尔程序法——卡特尔行政法——民法》，1977 年，第 550 页及其后。

<sup>174</sup> 但是对于大多数预测，法院都可以不受限制地予以审查。依照主导观念，这尤其适用于经营法上的可靠性审查，参阅Peter J. Tettinger:《经济行政法中的法律适用和法院审查》，1980 年，第 427 页。依照主导观念，对于污染防治法上的构成要件也不允许有预测余地，参阅Schmidt-Aßmann（脚注 170），第 19 条第 4

及在环境领域中的接受概念<sup>175</sup>，都变得越来越重要。还有计划裁量<sup>176</sup>也出现在经济行政法中（如《客运法》（PBefG）第30条第1款）。

到目前为止的相关判例的状态，就议会决定、行政规定权和法官审查任务之间的复杂关系而言，从根本上说是恰当的。

### 三、联邦宪法法院

#### 55 联邦宪法法院的克制态度

法官审查的严格程度这一基本问题也对联邦宪法法院在规制经济上的重要性起着决定作用。就此而言，经济政策主要是由政府 and 立法机关负责，联邦宪法法院并不对之作正确与否的审查。更确切地说是，联邦宪法法院为之提供了一个广阔的“自由的政策规制空间”<sup>177</sup>，当然这种空间不得导致削减个人的自由权利<sup>178</sup>。立法机关作出的错误预测<sup>179</sup>与其所采取的无用措施一样，除了认定其系“根本不当”<sup>180</sup>的情形之外，都应当予以容忍。立法者所设定的经济政策目标一般都获得接受<sup>181</sup>，这也使得对所采用的手段的审查变得十分困难。例如，联邦铁路的整顿就足以使对职业培训的限制合法化<sup>182</sup>。在固定判例中熟见的对制定经济政策的立法者的克制态度，在如下情形不应当被当作循规蹈矩的法官的自我谦抑而予以接受，即令人怀疑地仿照美国最高法院的“政治问题说”（Political-Question-Doctrine）提出一个“经济问题说”（Economical-Question-Doctrine）<sup>183</sup>来作论据，以便在十分重要的经济这个生活领域中让立法者和行政机关去分享机会，而相反地比如说教育领域却被置于非常严格的宪法法院的审查之下<sup>184</sup>。

---

款，边码 198，以及其他指引。

<sup>175</sup> 这主要出现在与技术相关的法中（“技术水准”，《联邦污染防治法》（BImSchG）第3条）。在此领域所行使的法院监督给予行政机关一项“接受授权”。详见Schmidt-Aßmann（脚注170），第19条第4款，边码204至207。

<sup>176</sup> 关于为此而创立的权衡模式参阅《联邦行政法院裁判集》第34卷，第301页和第45卷，第309页。关于权衡要求的法治国家保障参阅《联邦行政法院裁判集》第64卷，第270页。

<sup>177</sup> 对于德国政治系如此，《联邦宪法法院裁判集》第36卷，第1页（第14页）。

<sup>178</sup> 《联邦宪法法院裁判集》第50卷，第290页（第338页）。

<sup>179</sup> 《联邦宪法法院裁判集》第25卷，第1页（第12页及其后）。

<sup>180</sup> 《联邦宪法法院裁判集》第19卷，第119页（第126页及其后）。

<sup>181</sup> 参阅《联邦宪法法院裁判集》第13卷，第97页（第110页）；第25卷，第1页（第13页）；第30卷，第292页（第311页及其后）；第37卷，第1页（第19页及其后）；第38卷，第61页（第86页及其后）；第39卷，第210页（第225页及其后）；第46卷，第246页（第257页）；第51卷，第193页（第208页）；第53卷，第135页（第145页）。

<sup>182</sup> 《联邦宪法法院裁判集》第38卷，第61页（第86页及其后）。

<sup>183</sup> Horst Ehmke如此说，见《经济与宪法》，1961年，第467页及其后，以及Hans Spanner：《对经济政策法律的宪法监督》，载《德国公共行政》（DÖV），1972年，第217页及其后。对简单地抹杀美国和德国宪法法院裁判权之间的差别的正当批评见Tettinger（脚注174），第333页。

<sup>184</sup> 可参阅招收限额判决（《联邦宪法法院裁判集》第33卷，第303页），据此判决，进入教育机构的权利“不应当事先被限制在当时的现有状况上”（同一裁判集的第333页）。

## 四、欧洲法院的裁判权

### 56 通过欧洲法院裁判权进行的有效审查

欧洲法院的司法裁判权呈现出一幅不同的景象。在行政法院裁判权和宪法法院裁判权之外，欧洲法院对[欧盟]成员国所作出的对经济行政法的规制还要再进行审查，并由此而使如今在各个领域都已经非常重要的欧洲法的重要性进一步得到加强。为此，首先是欧洲最高法院在其管辖权范围内（《欧共同体条约》第 226 条、第 227 条，起间接作用的还有《欧共同体条约》第 234 条）对是否遵守第一级法和第二级法所赋予的义务进行监督。在这当中，该法院所适用的标准非常严格。这种态度尤其是鉴于如下事实而遭到批评，即它对欧共同体机构的法律行为的监督与此相比要克制得多<sup>185</sup>。但是，在欧共同体委员会的竞争法决定（《欧共同体条约》第 230 条、第 234 条）上却是例外，该法院在这上面的监督是不受限制的，甚至于可以用欧洲法院的裁量来取代欧共体的裁量<sup>186</sup>。就此而言，与欧洲立法机构并列，欧洲法院的司法裁判权对于规制经济也具有十分重要的意义。

## 第四部分 市场失灵和/或政策失灵

### 57 针对政策弱点的治疗建议

以民主形式加以组织的国家所特有的结构上的弱点（广泛的公众参与、政府行动受任期限制、繁琐冗长的立法程序，等等）——其阻碍作用在规制国际经济关系和货币关系时已为人所察知<sup>187</sup>——，在此期间已被完全一般化地改造成为经济总体领域政策失灵论<sup>188</sup>。经济发展中的错误更多地被归咎为“政策失灵”而不是“市场失灵”，尽管从国家——其在所有西方经济体制中均干预市场——的现实情况来看，不论是市场还是政策都可以被指责为应当对福利损失负责<sup>189</sup>。形形色色的批评民主或批评官僚制度的危机理论<sup>190</sup>——其中一部分可以把富于传统

<sup>185</sup> Peter Michael Huber: 载Rudolf Streinz主编的《欧盟条约/欧共同体条约》，2003年，欧共同体条约第220条，边码16及其后。

<sup>186</sup> Axel Reidlinger: 载Streinz（脚注185），欧共同体条约第83条，边码32。

<sup>187</sup> 参阅Hans D. Treviranus: 《民主法治国家中的对外政策》，1966年，第151页及其后。

<sup>188</sup> 在大量文献中可参阅Christian Watrin: 《国家行为的界限——以前瞻性和调控性结构政策为例》，载Hans Besters主编的《为何制定结构政策？——技术统治式国家干预主义对决市场经济式制度政策》，1978年，第108页及其后；同一作者: 《经济政策职责使国家负担过重》，载Wilhelm Hennis/Peter Graf Kielmansegg/Ulrich Matz主编的《政府之可为者》第2卷，1979年，第233页及其后；Fritz W. Scharpf: 《西方经济体制中国家的作用：在危机与重新调整方向之间》，载Carl Ch. von Weizsäcker主编的《国家与经济》，《社会政策协会文集》N. F. 第102期（1979年），第15页及其后，以及其他指引。

<sup>189</sup> 参阅Scharpf（脚注188），第15页。

<sup>190</sup> 受到抱怨的有国家无法统治或者负担过重，效能动力降低，国家的权利思想提高，官僚机构缺乏灵活性等等。为此提出的论据是普遍的世俗化进程，民主国家形式的结构性缺陷和资本主义本身所存在的文化矛盾。对于后面提到的这些可参阅Daniel Bell: 《资本主义的文化矛盾》（The cultural contradictions of capitalism），纽约，1976年；此外还可参阅Ulrich Matz、Kurt Eichenberger、Peter Graf Kielmansegg、Friedrich H. Tenbruck、Wilhelm Hennis、Joachim Starbatty、Ernst-Wolfgang Böckenförde、Ulrich Scheuner、Hans-Peter Schwarz和Otto B. Roegele的文章，载Hennis/Kielmansegg/Matz（脚注188），第1卷，1977年，及第2卷。

色彩的论据用来作为武器<sup>191</sup>——最终都汇入对国家官僚制度干预经济的批判之中。人们日愈意识到，由国家为经济进程所承担的总体责任——此种责任表现为密集到几乎无法穿透的经济法规范丛林——使个人的自由空间不断缩减直至无法辨认。治疗的建议，只要不是停留在体制所固有的问题上<sup>192</sup>，或者只要不是仅限于希望来一场文化与社会的变革，而是想要为政策和经济开创新的模式<sup>193</sup>，便特别是只应当在如下范围内提出宪法法上的问题，即制定经济政策和景气政策的人应当遵循此前业已确定的规则<sup>194</sup>，社会专家和经济专家的见解应当向制定政策的机关靠拢，独立机构如欧洲中央银行和联邦审计局<sup>195</sup>应当被赋予真正的制定政策职能并作为国家与经济之间的合作形式来引导责任转移和责任混合<sup>196</sup>。全方位理解的国家的经济责任应当从经济学和政治学的业经检验的新的认识着手，并且在法律上为市场和为社会国家所作出的预先决定的框架内将其作为（法律）政策的内容。在这当中，寻求正确的规制层级比任何时候都更应当成为国家努力的中心任务。

---

<sup>191</sup> 除英国的经典经济学家如Robert Malthus、John Stuart Mill、Adam Smith、David Ricardo之外，在此尤其还要提到Joseph Schumpeter，他认为，对政治决策领域的限制是民主发挥作用的根本前提。

<sup>192</sup> 在此也许可以提出的有：优先考虑私人的效能而不是国家的效能，优先考虑政策手段而不是程序调控手段，优先考虑全局性的而不是选择性的措施，优先考虑主动或被动的激励而不是强制性的禁止或要求。

<sup>193</sup> 主要参阅新政治经济学的代表人物及其所提出的假说，即政府行为仅仅为其重新当选的利益所决定。参阅Bruno S. Frey：《一个民主的经济政策理论》，载《社会学国际评论》（Kyklos）第31期（1978年），第208页及其后，以及同一作者：《民主的经济政策理论》，1981年。对此从根本上说正确、但却过于片面的假说，也许应当以《基本法》的作为标准的预先规定（议员是全体人民的代表，确定社会国家作为国家目标，整体经济平衡等等）的效力——此种效力尚需在实践中进一步探究——来加以反对。关于经济市场与政治市场的区别已有James M. Buchanan的论著：《在投票选举中的个人选择与市场》（Individual Choice in voting and the market），载《政治经济学杂志》（Journal of Political Economy）第62期（1954年），第334页及其后。

<sup>194</sup> 参阅Joachim Starbatty：《市场机制可以作出什么成果？》，载Hennis/Kielmansegg/Matz（脚注188），第1卷，第196页及其后，他对此种指责，即规则约束将会导致不民主的非政治化，正确地以如下异议加以反驳，即对景气政策方针的决定只是在时间上提前作出而已（见同一著作，第220页及其后）；此外可参阅Harald Albuschkat：《总体调控和调整机制作为市场经济中可选择的稳定政策上的调控可能》，载《行政》第11期（1978年），第173页及其后。

<sup>195</sup> 参阅Herbert Rischer：《对国家行为的财政监督》，1995年，第309页及其后。

<sup>196</sup> 参阅Ernst-Wolfgang Böckenförde：《经济联合会和利益担当者在社会国家式民主中的政治作用——一篇关于政府之可为者问题的论文》，载《国家》第15期（1976年），第457页及其后；Ernst Hasso Ritter：《协作式国家》，载《公法档案》（AöR）第104期（1979年），第389页及其后，以及Christoph Gusy：《从联合会国家到新社团主义》（Vom Verbändestaat zum Neokorporatismus），1981年。

# 第五部分

## 书目

- Peter Badura: 《经济宪法与经济行政法》，2005 年第 2 版
- Peter Badura/ Peter Michael Huber: 《经济公法》，载 Eberhard Schmidt-Aßmann 主编的《特别行政法》，2005 年第 13 版
- Wolfgang Fikentscher: 《经济法》，第 1 卷与第 2 卷，1983 年 (Lit.)
- Werner Frotscher: 《经济宪法与经济行政法》，2004 年第 4 版
- Matthias Herdegen: 《国际经济法》，2005 年第 5 版
- Ernst Rudolf Huber: 《经济行政法》，第 1 卷，1953 年第 2 版；第 2 卷，1954 年
- Hans D. Jarass: 《经济行政法与经济宪法》，1997 年第 3 版 (Lit.)
- Hans-Joachim Mertens/Christian Kirchner/Erich Schanze: 《经济法》，1982 年第 2 版
- Peter-Christian Müller-Graff: 《市场法中的企业投资与投资调控》，1984 年 (Lit.)
- Hans-Jürgen Papier: 《〈基本法〉与经济制度》，载《宪法法手册》(HdbVerfR)，第 799 页及其后
- Gerd Rinck/Eberhard Schwark: 《经济法》，1986 年第 6 版
- Fritz Rittner: 《经济法》，1987 年第 2 版
- Josef Ruthig/Stefan Storr: 《经济公法》，2005 年
- Reiner Schmidt: 《经济政策与宪法》，1971 年
- 同一作者: 《经济公法总论》，1990 年
- 同一作者: 《经济政策、经济行政组织与经济促进》，载 Norbert Achterberg/Günter Püttner/Thomas Würtenberger 主编的《特别行政法》，2000 年第 2 版，第 1 页及其后
- 同一作者/Thomas Vollmöller 主编: 《经济公法大纲》，2004 年第 2 版
- Ernst Steindorff: 《德意志联邦共和国经济法导论》，1985 年第 2 版
- Rolf Stober: 《一般经济行政法》，2004 年第 14 版
- Robert Weimar/Peter Schimikowski: 《经济法概要》，1993 年第 2 版 (Lit.)