

# 德國基本法70年

## ——感恩、自豪與責任之間\*

Peter M. Huber 著<sup>\*\*</sup>

黃相博 翻譯<sup>\*\*\*</sup>

### 目 次

壹、感 恩	(一)歐洲整合是憲法愛國主義的工具
一、70年來的穩固秩序	(二)對社會的影響力
(一)前 言	二、歐洲法的示範作用
(二)基本權標示的典範轉移和憲法化	(一)歐 洲
(三)國家組織法的穩定性和民主化	(二)複製到其他國家
(四)以歐洲為視角的開放性和自我主張	三、小 結
二、成功的條件	參、責 任
(一)和平與自由繁榮	一、挑 戰
(二)可訴訟請求性和彈性	二、對法治國和聯邦的威脅
三、小 結	(一)不受歡迎的聯邦
貳、自 豪	(二)法治國肥大症
一、憲法愛國主義	(三)民主法治國的不確定性
	三、每個人的責任

\* 本文為作者Prof. Dr. Peter M. Huber法官2019年9月11日於司法院專題演講初稿，後正式刊登於BayVBI 24/2019, S. 829 ff.; 此專題演講初稿之中譯文曾刊登於司法院網站，2019年9月11日，<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/contents/show/7nkudfuzxljdw6pr>。

\*\* 德國聯邦憲法法院法官暨慕尼黑大學法學院公法學教授。

\*\*\* 世新大學法律學系副教授。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/90718012.pdf>；

<http://publication.iias.sinica.edu.tw/90618012.pdf> (German version)。



## 壹、感 恩

### 一、70年來的穩固秩序

#### (一)前 言

2019年5月23日我們慶祝基本法頒布和生效70週年。至此，德意志民族國家自1867/71年成立以來，基本法比任何其他憲法的適用期間都要長得很多，並且事實證明它足夠靈活，能夠吸收自1949年以來的政治、經濟和社會變革，並在憲法上加以處理。

這些——部分是劃時代的——重大事件的範圍從1955年的再軍備化到1968年的緊急立法，布蘭特政府的東方政策（Ostpolitik<sup>†</sup>）<sup>1</sup>和紅軍派（RAF）的恐怖主義<sup>2</sup>，直到核能退役<sup>3</sup>和德國統一。下者更是具有憲法上的意義：在第一次全德選舉中，如果沒有修改選舉門檻限制條款，左翼黨（DIE LINKE）在今天可能不存在<sup>4</sup>，關於東德土地改革逆轉的衝突<sup>5</sup>，柏林圍牆的問題<sup>6</sup>，或者在墮胎法的爭議上，我們至少與美國或波蘭相比，有相當大的程度的開放<sup>7</sup>。所有這些階段都是憲法法院裁決的課題，也是對基本法的檢驗。

#### (二)基本權標示的典範轉移和憲法化

人們普遍認為基本法的決定性優勢，與威瑪憲法或1946年的巴伐利亞憲法不同之處，在於放棄了方針條款、市民義務規定等。如此應該可以避免期待落空，基本法所保障的基本權，從一開始就可以訴訟請求實現。

---

† 指西德在1969年開始與東德及其他東歐社會主義國家的關係正常化。

（†符號表示「譯註」，係由翻譯者所加之註釋，用以說明本譯稿或擇定用詞之依據及參考。）

<sup>1</sup> BVerfGE 36, 1 ff. — Grundlagenvertrag.

<sup>2</sup> BVerfGE 46, 160 ff. — Schleyer.

<sup>3</sup> BVerfGE 49, 89 ff. — Kalkar; BVerfGE 53, 30 ff. — Mühlheim Kärlich; BVerfGE 104, 249 ff. — Biblis; BVerfGE 143, 246 ff. — Atomausstieg.

<sup>4</sup> BVerfGE 82, 322 ff. — einheitliche Sperrklausel.

<sup>5</sup> BVerfGE 84, 90 ff. — Bodenreform I; BVerfGE 94, 12 ff. — Bodenreform II.

<sup>6</sup> BVerfGE 95, 96 ff. — Mauerschützen.

<sup>7</sup> BVerfGE 39, 1 ff.; BVerfGE 88, 203 ff.

當然，基本法劃時代的成就，與其保障的基本權是兩回事：在基本法的基礎上，某程度成功的改頭換面，建立以人為中心的法秩序。今天，與1949年以前不同的是，人們不再從「上面」，從制度、國家、政治、行政的角度來看法律問題，而是從「下面」，從受影響的人民的角  
度來看他們的權利和利益。這種典範轉移是基於納粹政權及其野蠻行為的經驗，而從根本上改變所得的國家體悟，其已在制憲會議<sup>†</sup>提出下列觀點：

「國家乃是為了人類意志而存在，而非人為了國家意志而存在。」

雖然這一句話沒有寫進基本法，但與基本法第1條第1項所確立的人性尊嚴保障，二者並無軒輊。加上基本法對所有國家權力的全面拘束（第1條第3項、第20條第3項），導致整個在很大程度上依然承襲於帝國時代的法律體系——民法、商法、刑法、刑事訴訟法、營業管制法——必須依據基本法及其價值重新詮釋，而且如果想要充滿感情地描述它，可能或者必須以自由的火炬重新照亮。這種憲法化在1950年代後期始於行政法，在1980年代在民法實現，終於在20年前左右也擴及刑法。例如，有關刑法第217條的未決爭議以及之前難以想像的問題，即以刑罰禁止營利性加工自殺是否違反了比例原則。

基本法第1條第1項對人性尊嚴的保障，即根據著名的客體公式，禁止個人成為國家行為的客體，同時要求國家有義務建立一個社會秩序，不使個人成為第三人行為的客體。在這種背景下，僅舉幾個實務上的例子，如確立刑事訴訟程序的最低要求，被告必須可以聽審和為自己辯護，禁止將囚犯關押在過小或糞便污染的牢房，或禁止擊落有乘客被綁架的飛機。相反地，基本法第1條第1項第2句要求國家為有需要的人提供物質條件，該物質條件對其實際生存，以及對社會、文化和政治生活的最低程度參與是至關重要的<sup>8</sup>。這也適用於尋求庇護者<sup>9</sup>。但是在肯認涉及人性尊嚴之前，應持保留態度。因為肯認涉及人性尊嚴後，結論就

---

<sup>†</sup> 1948年8月在巴伐利亞邦Herrenchiemsee修道院舉行的制憲會議，起草和通過現行德國基本法的一部分。

<sup>8</sup> BVerfGE 125, 175 ff. — Hartz IV.

<sup>9</sup> BVerfGE 134, 34 ff. — AsylbLG.

是，不再有反對的權利及利益的空間。

基本權領域首先定調於排除國家干預。因此，聯邦憲法法院早已將一般的行動自由權發展為全面性的自由權，該行動自由權不僅保障了出國旅行的權利，而且還保護了「森林騎馬<sup>†</sup>」等等權利。近年來，關於精神療養院實施對病患約束之許可<sup>10</sup>或強制住院治療這方面，人身不可侵犯權利多少都扮演了重要的角色<sup>11</sup>，在這兩個領域當中的基本權問題過去長久以來都未被發現。聯邦憲法法院在其布羅克多夫裁決（*Brokdorf-Beschluss*）中這樣解釋基本法第8條的集會自由，一些暴力犯罪者不會使得整個集會變得不和平，而導致該集會必須解散的結果。而以基本法第12條第1項職業自由的角度來看，自1950年代以來，從1958年6月11日著名的藥房判決開始，該判決不採納藥房的配額規定，自此有大量階級權利，主要是關於職業自由的規定被指摘<sup>12</sup>。近期，食品及飼料法（*Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, LMFGB*）關於網路上「黑名單」的規定被宣告違憲，其規定只要公司違反消費者保護法規，可以在網路上公布該公司名稱，無限期地列入「黑名單」<sup>13</sup>。如果基本法沒有明文規定時，聯邦憲法法院會從數個條款規定，特別是一般行動自由和人性尊嚴的規定，綜合觀察得出進一步的防禦請求權。這特別適用於個人資料保護，無論是在警察法或是在人口普查<sup>14</sup>。資訊自決權是1980年代基本法具體化的展現之一，20年後它列入歐盟基本權利憲章（*Charta der Grundrechte der EU, GRCh*）和歐洲法院的實務見解。它也是一般資料保護規章（*Datenschutzgrundverordnung*）的根源。

---

<sup>†</sup> 1989年德國聯邦憲法法院作成「森林騎馬」（*Reiten im Walde*）裁判（BVerfGE 80, 137），詳參張永明譯，【森林騎馬案】裁定，收於：司法院大法官書記處編，德國聯邦憲法法院裁判選輯（八）——人性尊嚴與人格發展自由，頁284-319（1999年）。

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 2018, S. 2619 ff.

<sup>11</sup> BVerfGE 128, 282 ff. — RP; 129, 262 ff. — BW; BVerfGE 133, 112 ff. — SN; BVerfGE 146, 294 ff. — MV.

<sup>12</sup> BVerfGE 7, 377 ff. — Apothekenurteil.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. März 2018 — 1 BvF 1/13 — Ekelpranger.

<sup>14</sup> BVerfGE 65, 1 ff. — Volkszählung; BVerfGE 120, 274 ff. — Online-Durchsuchung; BVerfGE 120, 378 ff. — Kennzeichenerfassung; BVerfGE 125, 265 ff. — Vorratsdatenspeicherung; BVerfGE 120, 378 ff.; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18. Dezember 2018 — 1 BvR 142/15 — BayPAG — Kennzeichenerfassung.

除了人性尊嚴和自由外，基本法第3條還保障法律之前男女平等，確立禁止歧視與促進實現。非婚生子女的平等地位自始規範在基本法第6條第5項；但歷經了50年才算是完整的實現。儘管聯邦憲法法院到今天都沒有關於婦女保障名額的判決，1990年以後男女實質地位平等仍一再是憲法法院爭端的主題。今年，我的審判庭才將身心障礙者被排除在聯邦議會選舉和歐洲議會選舉之外的規定，判決宣告為違憲<sup>†</sup>。

聯邦憲法法院自1951年以來作出大約20萬件裁判，在此無法詳細的一一介紹和分類。唯一重要的是，只有在重大公共利益的情況下，國家才被允許干預其公民之自由，此一原則已得到有效執行，並且總是在新的整體情況中得到貫徹。與此相比，和歐盟法不同的是，基本法在平等和歧視的問題上沒有表現出同樣的重要性。這可能主要是因為平等和歧視的問題最初被認知為是立法者和政治的領域，而不是法官和法律人的領域。什麼可以被歸類為平等或不平等，社會可以或想要提供哪一些補助措施去衡平結構上的不利，這些意味著要在政治上做出分配的決策。

### (三)國家組織法的穩定性和民主化

如果去觀察基本法第二章到第十章所規定的國家組織法，顯而易見的與早期德國憲法有一些差異。誠然，自德意志帝國建國以來，基本法一直是所有德國憲法的延續——特別是關於國家組織和聯邦參議院。然而，與歐洲相較之下，有兩個重要的變化使得我們在過去70年中實現了高度的穩定性：政府與總理之間關係的新秩序以及政黨國家的新秩序。

根據基本法，僅總理才具有政治上重要性。他擁有政策指導權限，只有通過建設性不信任投票才能推翻其意願。眾所周知這種情況只有在1982年發生過一次。在緊急情況下，聯邦總統當然擁有一些重要的權力；然而，實質上，他仍然侷限於代表性任務。從1948/49年制憲者的角度來看，威瑪憲法的總統制，賦予其廣泛的權限，而決定性地為獨裁政權鋪路，因此，人們普遍認為，聯邦總統不應該由人民直接選舉產生，也不應如同帝國總統一樣可以擴權。他應該以國家元首作為「人民團結

---

<sup>†</sup> 德國聯邦憲法法院第二庭在2019年4月15日判決，受監護宣告者不得參與聯邦議會選舉和歐洲議會選舉之規定違憲（Urteil vom 15. April 2019, 2 BvQ 22/19）。

的代表」，並體現國家統一<sup>15</sup>。

根據基本法，國會——聯邦議會——對外有相當大的地位提升。他必須在歐洲和國際事務中自己決定所有重大問題，以及像是如何在國外部署聯邦國防軍隊或是否批准向其他國家提供大額金援。

依據基本法第38條第1項第2句的議會基本規範——對內國會議員是全體人民的代表，不受委任和指示的拘束，只受其良心的約束——但越來越感受不到，而議會的階級過於強大，黨團領導太有影響力，要完成的任務太多。與政黨法的工具相結合，這使得政府和黨團領導人可以對國會議員進行黨紀處分，這是憲法原本沒有規定的。聯邦憲法法院試圖反對這一點——但是沒有成功。至少最近聯邦憲法法院拒絕引入反對黨團的權利（*Oppositionsfraktionsrechten*），並且提出在選區使用工作人員的批判性考慮因素。無論如何從長遠來看，必須（重新）強化個別國會議員反對其各自的黨團領導人<sup>†</sup>。

基本法嚴肅看待政黨的現實，並將其視為基本法第21條憲法生命的建置。這使其比以前的憲法更誠實以對，對此*Gustav Radbruch*以妓院為例提出一個諷刺的比較：每個人都知道她們存在，但沒有人談論她們。根據基本法的概念，政黨是人民和國家機關之間的中間鏈接，是不可或缺，以確保國家機關與人民的重新聯繫。這對民主整體而言是有利的。此外，綠黨的崛起，左翼黨和德國另類選擇黨的成立也顯示，政黨國家不是舊政黨聯盟的換裝，而是充分開放發展。既存者往往會打壓新的競爭對手，這是很自然的事；但也還有法院。

#### （四）以歐洲為視角的開放性和自我主張

在基本法的序言中，即揭櫫致力於建立統一的歐洲，但對此卻沒有進一步具體化。自1970年代以來，基本法與歐洲法之間的關係一直是國家法，也是歐洲法的一個長遠議題<sup>16</sup>。自1992年，新修訂的基本法第23

<sup>15</sup> BVerfGE 136, 277 Rn. 93 f. — Bundesversammlung.

<sup>†</sup> 德國聯邦憲法法院第二庭在2016年5月3日做出判決，基本法並沒有明確規定具體的反對黨團權利（*Oppositionsfraktionsrechten*），也不能從基本法中得出創設這些權利的要求（*Urteil vom 03. Mai 2016, 2 BvE 4/14*）。

<sup>16</sup> BVerfGE 37, 271 ff. — Solange I; BVerfGE 73, 339 ff. — Solange II; BVerfGE 75, 223

條，規範德國成為歐盟會員國的基礎和限制，以及聯邦政府，聯邦議會和聯邦參議院如何在歐洲事務中的合作互動。

馬斯垂克條約（1993）<sup>17</sup>、阿姆斯特丹條約（1999）、尼斯條約（2001）和里斯本條約（2009）<sup>18</sup>不僅是持續擴大歐盟的管轄範圍，而且藉由參與歐盟的建立和進一步發展，憲法機關也發展了基本法最初沒有規定的新職能，而今天這些職能決定性的形塑了其任務。歐盟旗幟已經在德國國會大廈的東南塔上飄揚了好幾年，此旨在象徵聯邦議會的歐洲功能，德國國會可以對歐盟草案提出意見，可以提出輔助性批判，並且將在布魯塞爾頒布的歐盟法轉換為德國法律或至少必須使其可以執行。德國國會在上一個立法會期通過的法律，大約有50%具有歐洲法的背景。這同樣適用於其他憲法機關——聯邦政府在歐盟理事會的代表，或是聯邦憲法法院到今天還必須就歐洲銀行業聯盟，歐洲央行的購買計畫，全面經濟貿易協定（CETA），日本—歐盟自由貿易協定（JEFTA）或歐洲穩定機制（ESM）等案件做出裁判<sup>19</sup>，在這方面聯邦憲法法院也已成爲歐洲的法院。

## 二、成功的條件

德國過去70年來很幸運，當然是因爲基本法包含了許多明智的預防措施。然而，即使是最成功的憲法文本也不足以使國家成功。憲法文本也必須被社會所接受，其價值觀必須被賦予生命。在我們也紀念威瑪憲法100週年的那一年，因此值得提出此一問題，如果威瑪憲法有跟基本法於1949年之後所擁有的相同條件，是否不也一樣可能成功？那麼基本法成功的條件是什麼？

### （一）和平與自由繁榮

毫無疑問地，成功的條件之一是沒有存在挑戰。德意志聯邦共和國

---

ff. — Kloppenburg; BVerfGE 102, 320 ff. — Bananenmarkt; BVerfGE 140, 317 ff. — Identitätskontrolle I.

<sup>17</sup> BVerfGE 89, 155 ff. — Maastricht.

<sup>18</sup> BVerfGE 123, 267 ff. — Lissabon.

<sup>19</sup> BVerfGE 113, 273 ff. — Europäisches Haftbefehlsgesetz; BVerfGE 134, 366 ff.; BVerfGE 142, 123 ff. — OMT; BVerfGE 143, 65 ff. — CETA.

倖免於戰爭，政變，叛亂或分離主義，因此憲法秩序可以逐步鞏固和發展。此外，在兩次世界大戰戰敗和獨裁統治之後，社會相對同質化，社會緊張局勢降低，因此比起今天，當時彼此利益差距不大。1950和60年代所謂的經濟奇蹟，和與其相關的「萊茵資本主義」完成了其餘的工作。

但是，憲法機關認真地對待憲法並接受憲法也很重要。因此，基本法63次的修正，也證明政治家尊重基本法，並不希望與之相牴觸。人們可能會想抱怨基本法第16a條、第13條或新版第90條第2款的用語；然而，該用語也表達了政治參與者原則性的憲法忠誠度——因為，相較於以前，他們今天比較不敢跨過這條線。該用語還顯示，基本法適應時代變化的任務不僅僅託付給法官，而是聯邦議會，聯邦參議院和聯邦政府也將自己視為憲法秩序的重要的形塑者。有時，也與聯邦憲法法院意見不同——例如，關於飛航管制的私有化，或根據社會法典第2篇SGB II（所謂的哈次第4號方案（Hartz IV））的工作小組。這是有作用的權力分立和充滿活力的憲法秩序的表現。這方面而言，基本法確實是一種「活的工具」<sup>†</sup>。

## （二）可訴訟請求性和彈性

基本法的成功條件還包括它是具有直接拘束力的法，必須由所有憲法機關，行政機關和法院加以適用（基本法第1條第3項和第20條第3項）。

基本法如此的成功，不僅是因受美國影響而成立的聯邦憲法法院。憑藉著其在與國際上比較也算是有相當廣大的管轄權，每一個行政處分和每個法院判決都受其拘束，它已經促進和實施了上述的典範轉移。附帶一提，沒有任何政治問題無法在憲法上重組：從巴登符騰堡邦的成立，到解散聯邦議會，在國外部署聯邦國防軍，或是聯邦總統和政府官員的言論，到政黨禁令——同時，聯邦憲法法院150卷的官方文件彙編，

---

<sup>†</sup> 德國聯邦憲法法院Hartz IV判決，審查哈次第4號方案所定失業金給付是否滿足最低生存所需（Urteil vom 09. Februar 2010, 1 BvL 1/09）。詳參許宗力，最低生存保障與立法程序審查——簡評德國聯邦憲法法院Hartz IV判決，月旦法學雜誌，238期，頁102-130（2015年）。

也是德國歷史的一面鏡子。所有政治決定都必須依憲法來判斷；一個「政治問題原則」並不了解德國的憲法。當然，這並不意味著政治沒有決策的餘地。

聯邦憲法法院的成功最終包括其作為聯邦最高憲法機關的地位。基本法並沒有明確規定這一點，而是自我授權的結果。Adenauer政府最初將聯邦憲法法院理解為憲法問題的特別法庭，如同其他聯邦法院，受聯邦司法部的監督。相反地，1952年聯邦憲法法院在法官*Gerhard Leibholz*帶領下，其所撰寫所謂的地位備忘錄，其中闡述，在憲法縝密詮釋的基礎上，聯邦憲法法院是和聯邦總統，聯邦政府，聯邦議會和聯邦參議院一樣的平等機關，有獨立的預算，不受任何監督。兩年後，此一觀點已經被普遍接受。從那時起，不再有「在聯邦憲法法院的法官（*Richter am Bundesverfassungsgericht*）」，而只有「聯邦憲法法院的法官（*Richter des Bundesverfassungsgerichts*）」。

這種制度保障有助於聯邦憲法法院承受和抵抗過去及現在與政治的衝突。而且這樣的衝突一次又一次的出現：其中包括聯邦憲法法院與Adenauer政府關於德國電視股份有限公司的衝突<sup>20</sup>，與Brandt政府的東方政策的衝突，或是與Merkel政府關於歐洲選舉的投票權和選舉門檻的衝突，更不用說與Edmund Stoiber領導下的巴伐利亞邦政府的對峙，他們在十字架案（*Kruzifix-Beschluss*）之後動員了4萬名示威者在音樂廳廣場（*Odeonsplatz*）上抗議聯邦憲法法院。

### 三、小 結

到目前為止所作的敘述應該清楚表明，在基本法實施70年之後，我們完全有理由感謝61位憲法之父和4位憲法之母，以及迄今為止負責處理這一部遺產的前輩們。儘管最近出現了兩極分化，但這部活的憲法給了我們前所未有的自由度，促進了消除歧視，並且比大多數其他西方國家更好地維持了社會凝聚力。

---

<sup>20</sup> BVerfGE 12, 205 ff.

## 貳、自 豪

因此，基本法70歲是引以為傲的原因，因為德國人在最初的冷漠之後接受了這部憲法，並使之成為一個自由多元社會的基礎，在這個社會中，原則上每個人都可以照自己的方法開心，或者按照自己個人去「追求幸福」。它還教會我們，無論如何互相接受所有的多樣性。雖然仍有改進的餘地，也有失望和失敗；然而，今天我們距離1968年之前的怠惰和不寬容已經很遙遠。

### 一、憲法愛國主義

在某種程度上，在社會意識中的基本法已經從一種不帶情緒的技術官僚法規演變為一個受人尊敬的法規，如果沒有受人尊敬的憲法長久發展，那麼就會出現憲法愛國主義之類的東西<sup>21</sup>。1949年後成功的建立民主法治國家，總的來說，成功應對諸如議會外反對派等社會挑戰，1968年的學生運動，或Baader-Meinhof集團的恐怖主義，使得1970和80年代人們意識到，基本法的完整性是必須捍衛的內在價值。不久之後，在基本法的基礎上實現兩德統一，並且逐步克服經濟，社會和政治的後果，事實上，臨時命令也發展出一個合理的憲法秩序，甚至在與全球相較也常被視為典範，這無疑促進了德國人對其憲法的改觀。

#### (一)歐洲整合是憲法愛國主義的工具

令人驚訝的是，憲法愛國主義是考慮到歐洲整合後才首次變得切實可見。基本法也限制了德國的歐洲整合，這一事實一開始的時候並不明確。基本法序言中提到德國是歐盟中平等之一員，1949年後那個時代的人，特別提出的是「如何」和「何時」的問題，而不是範圍和限制問題<sup>22</sup>。那時人們單純的很高興可以在歐盟。

基本法的成功逐漸改變了這種觀點，因為人們認識到，歐洲整合就

---

<sup>21</sup> D. Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, 1982; erstmals in FAZ vom 23. Mai 1979, S. 1.

<sup>22</sup> Durchaus repräsentativ sind insoweit J. H. Kaiser/P. Badura, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, VVDStRL 23 (1964), S. 1 (1 ff., 34 ff.), die Fragen nach Grenzen der Integration nicht wirklich thematisieren.

憲法而言，也是有代價的。在1974年的Solange I判決，該判決是關於歐洲法是否受基本法之基本權的審查，也就是說，當時德國歐洲整合的重要基礎是在基本法第24條第1項，其並未授權「基於其同一性，沒有憲法修正案而去變更憲法的基本架構」。歐盟條約的修正案，「透過打破其組織架構，廢除德國現行憲法的同一性」，將不符合基本法第24條規定<sup>23</sup>，12年後，這在1986年10月22日的Solange II裁定中傳達地更為明確，裁定中指出——現在對可能的憲法修正沒有任何的限制——總的來說基本法第24條並未授權：

「將高權授予國際政府組織時，透過打破它們結構的基本組織，放棄現行憲法秩序的同一性。」<sup>24</sup>

1992年，修憲的立法者在基本法第23條第1項第3句中規定了這一點。這在當時仍然普遍存在的，雖然釋義學上沒有說服力的見解提出反對，根據該意見，基本法在通往歐洲統一的道路沒有任何障礙<sup>25</sup>。

## (二)對社會的影響力

就像美國從1787年開始擁有其長達222年的憲法一樣，德國70年的基本法顯示，一個「成功」的憲法可以成為憲法愛國主義和公民自豪感的基礎和結晶點。

2018年10月3日在柏林布蘭登堡門高爾基劇院表演「基本法」，基本法的中央段落被朗誦了45分鐘之久，那些觀賞的人們又唱又跳，大約有4萬名觀眾虔誠而專心的跟著他們，這能夠讓人產生這樣一個印象：基本法作為一部在人民意識中存在的憲法，為社會的凝聚力做出了相當大的貢獻。此外，我們於上週<sup>†</sup>在卡爾斯魯厄，超過10萬人為期四天的2019憲法慶祝活動，其中聯邦憲法法院的5,000張門票在1小時內售罄，這顯示今天德國的愛國主義，無論如何也依附著基本法。

<sup>23</sup> BVerfGE 37, 271 (279 f.) — Solange I.

<sup>24</sup> BVerfGE 73, 339 (375 ff.) — Solange II.

<sup>25</sup> H. P. Ipsen, Zum Parlaments-entwurf einer Europäischen Union, Der Staat 24 (1985), S. 325 (344); P. Kunig, in: v. Münch/Kunig, Präambel Rn. 24; Zuleeg in: AK, Präambel Rn. 24; dazu P. M. Huber, Präambel, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., 2014, Rn. 45 i. E.

<sup>†</sup> 德國基本法70週年慶祝活動從2019年5月22日至25日（Verfassungsfest vom 22. bis 25. Mai 2019）。

## 二、歐洲法的示範作用

除了美國憲法之外，基本法大概是適用範圍最廣的憲法。

### (一) 歐洲

一方面，這涉及歐洲和對基本權利的理解。雖然歐洲人權公約是由英國律師起草，但歐洲法院是1951年根據法國模式所設計。在理解和操作基本權方面，史特拉斯堡的歐洲人權法院（Straßburger EGMR）和盧森堡的歐洲法院（Luxemburger EuGH）都逐漸遵循德國模式和德國聯邦憲法法院的判例法。他們還根據保護範圍、侵害、限制、限制的限制等標準來審查基本權的侵害——正如可以在每本德國教科書中閱讀到的那樣；他們也承認本質內容保障（Wesensgehaltsgarantie），如同基本法第19條第2項的規定，基本權在任何情況下其本質內容都不得受到限制。

基本法第1條第1項對人性尊嚴的保障也被歐盟基本權利憲章第1條所採用，並且有非常實際的影響結果：例如，模擬殺人遊戲的激光儀器，在德國可能援引基本法第1條第1項規定而予禁止，即使它們屬於在所有其他歐盟成員國間的貨物流通自由<sup>26</sup>。另一個例子是歐洲逮捕令：歐洲法院最初在*Melloni*案裁定，根據西班牙簽發的歐洲逮捕令，被判有罪的人必須被引渡到義大利，即使該判決是缺席判決。三年後，聯邦憲法法院判決認為，引渡一名20年前在義大利以缺席判決被判刑的美國公民，他對審判一無所知，也沒有機會向義大利法官提出他的觀點，聽取證人的意見等等，這違反基本法第1條規定，並禁止引渡<sup>27</sup>。四個月後，歐洲法院改採聯邦憲法法院的觀點變更其判決<sup>28</sup>。還可以舉更多這樣的案例。

在這方面應該也要提到比例原則。首次規範是出現在1794年普魯士國一般土地法（ALR）第2編第10條中，1961年慕尼黑的國家法教席*Peter Lerche*從這個警察法背景中對其進行了細緻的分析並加以推廣<sup>29</sup>，

---

<sup>26</sup> EuGH, Omega Spielhallen.

<sup>27</sup> BVerfGE 140, 317 ff. — Identitätskontrolle I.

<sup>28</sup> EuGH, vom 5. April 2016 — Aranyosi und Căldărădu.

<sup>29</sup> P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

其後並由聯邦憲法法院所採納。今天，這是歐盟法律的一般原則（歐盟條約第5條第1項第2句和第3項），除了美國之外，在歐洲以外得到廣泛認可<sup>30</sup>。

## （二）複製到其他國家

基本法曾經是並且現在也還是，許多在1949年之後才成立的憲法的典範。儘管它不是簡單地被複製過去而已，因為每個國家都需要自己的、量身訂製的憲法，然而制憲者從現有的觀察材料折衷地去使用。只舉幾個例子，基本法對西班牙、葡萄牙、希臘<sup>31</sup>、南非、波蘭和韓國的憲法框架產生了特別的影響。

這也促成了德國憲法成為一個「基準」的事實。在世界憲法法庭會議（WCCJ）上，有114名成員國，德語是七種工作語言之一，因為絕大多數人認為，如果不理解德國判決和德文文獻，就不能運作憲法。這也是為什麼全世界憲法法院的代表團到卡爾斯魯厄的原因。

## 三、小 結

我們為自己的憲法感到自豪，並且應該清楚的是，在國際背景下也有相當大的潛力。然而，這不是在「我們就是我們」（*mia san mia*）意義上誇耀的原因，而是在相關責任方面的謙遜。

## 參、責 任

基本法的成功不是理所當然，也沒有理由自滿於成就。必須勇於面對挑戰。比起倡導憲法及其價值觀，這比較不涉及憲法本文的修改——在個人可能性的範圍內——透過公職人員和公民，對其完整性與永續發展承擔責任。

---

<sup>30</sup> SC Canada — Oaks Test.

<sup>31</sup> S.-I. G. Koutnatzis, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Griechenland*, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 1, 2007, § 3 Rn. 12.

## 一、挑 戰

其中一個主要挑戰是，在全球化和歐洲化的條件下，如何去維持大致清晰的各國背景量身定做的民主，從而進一步發展，以便公民的政治自決在事實上是可行的，而且實際上是可以實現的。這個問題無論是用歐洲選舉，或是最佳候選人制度，都沒有辦法解決。此外，還必須將本來針對國家的基本權利保護，擴展到谷歌、亞馬遜、Facebook等，而不損害基本權保護的有效性。世代之間的分配正義應該是另一個挑戰，以及數位化和與此有關聯的個人資料價值的變化（關鍵字經濟4.0），當然還有環境保護和氣候保護。鑑於所需逆轉的大量性，在這方面若認為基本法第20a條中所規定保護自然資源的國家目標已足夠，這一事實似乎令人懷疑。

## 二、對法治國和聯邦的威脅

但是聯邦和法治國的傳統國家結構原則也承受了壓力。

### (一)不受歡迎的聯邦

70年來，原本由各邦所組成的德意志聯邦共和國，從最初的統一聯邦制國家<sup>32</sup>，慢慢地發展成為一個國家結構，站在分散的統一國家的門檻上，其中各邦的國家地位越來越不穩定。這只能從歷史和社會心理上解釋。

自17世紀以來，德國人已經感受到皇帝和神聖羅馬帝國其他中央組織逐漸衰敗的過程。三十年戰爭引發了一場集體創傷，直到它與納粹政權的經驗累積起來時，才有意識地形塑出來，而此創傷，正如*Herfried Münkler*令人印象深刻所說的，仍然有持續的影響<sup>33</sup>。在1648年威斯特伐利亞和平（*Westfälischen Frieden*）之後，帝國已顯得匱乏，特別是與其鄰國相比，*Samuel Pufendorf*將之描述為「像怪物般不規則的身體（*irregulare aliquod corpus et monstro simile*）」。*Friedrich Schiller*在

<sup>32</sup> K. Hesse, *Der uniarische Bundesstaat*, 1962.

<sup>33</sup> H. Münkler, *Der Dreißigjährige Krieg: Europäische Katastrophe, Deutsches Trauma 1618-1648*, 2017.

「無皇帝，恐怖的時代」之前所稱的恐懼，自此有個共鳴<sup>34</sup>，在解放戰爭與1848/49的革命失敗之後，由於諸侯背叛了資產階級對德國統一的期望，這個恐懼進一步被加強<sup>35</sup>。這是因為，集體認同儲存了400到500年的社會經驗，它仍然很強大，即使我們沒有意識到這一點。但它解釋了在基本法下的聯邦國原則沒落，也解釋了為什麼人們不能理性地討論，基本法第104b條中所謂的合作禁令主要是禁止補貼，它想敦促各邦承擔在教育領域分配予他們的責任，而不是讓他們被聯邦的韁繩所領導。

## (二) 法治國肥大症

在過去幾十年裡，法治國也陷入了困境。最重要的結構性挑戰是肥大症，但這也不是新聞。孟德斯鳩早已經主張，如果沒有必要通過法律，就不須要制定法律。有鑑於今天，約有150,000個沒有協調或協調不好的歐盟法案、15,000個聯邦法規，以及大約8,000個邦法規，此現象已經達到一個新的境界。這使得想要準確快速地適用法律，越來越不可能。它侵蝕了法定原則（*Legalitätsprinzip*）——法律優位原則，並將法律、法規和準則變成隨機生成器，其輸出變得越來越不可預測。這會損害法安定性，鼓勵決策者擱置不明確的法律議案，或者迫使政府和行政機關持觀望態度，也就是什麼都不做。

越來越多的個案正義趨勢進一步加強了這種發展，這使得規則的例外和法官的權力越來越大。從移民法和難民法到計畫法、經濟法或環境法再到民法，沒有任何相關領域能夠避免我們的社會受到個人主義的拉扯，即一個「奇點社會（*Gesellschaft der Singularitäten*）」<sup>36</sup>。不僅影響法律之前的平等（基本法第3條第1款），也波及對政治、立法者和行政部門的信任，因為政府所宣布的計畫項目越來越難執行。

<sup>34</sup> F. Schiller, Der Graf von Habsburg (1803), in: Kurscheidt (Hrsg.), Werke und Briefe in zwölf Bänden, Bd. 1, 1992, S. 339 ff.

<sup>35</sup> P. M. Huber, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, in: Verhandlung des 65. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2004, S. 46 ff.

<sup>36</sup> A. Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2017.

### (三)民主法治國的不確定性

最後，民主法治國的民粹主義的不確定性引起額外的擔憂，在匈牙利、波蘭、羅馬尼亞、希臘、俄國或土耳其，可以找到關於法治國沒落的豐富觀察素材。憲法法院的弱化及司法的屈服<sup>37</sup>，在這件事情上，民粹主義者處於優勢，僅執行多數者意志並以民主方式行事。法治國所體現的自由民主是民粹主義者的眼中釘。民粹主義者辱罵自由民主是人民福祉的阻礙，並以「非自由」的民主與之對抗。在非自由的民主中，（假定的或聲稱的）多數意志是事物的面貌。援引美國的討論，必須利用「反多數困境」以正當化法治國的弱化。

這個見解卻誤解了民主法治國是植基與多數意志與法律拘束的辯證。依多數意志的政治統治，只允許以法律所形塑及拘束的統治。該統治特別是不得凌駕於憲法的法治國保障之上。為確保穩定的民主，民主參與權的界線是，民主原則的自我限制的表現：「任期制作為民主的本質內涵，其要求當時的多數持續地與少數競爭，以及少數有機會讓自己成為多數。因此，暫時多數者不得關上他們曾進入而敞開的大門」<sup>38</sup>。

### 三、每個人的責任

為了民主決定以及公正社會，應該且必須在地方議會、邦議會、聯邦議會、歐洲議會以及政府及行政機關中，進行鬥爭及辯論。

然而，正義除了有其本質上的不確定性<sup>39</sup>，其實沒有法律上可操作的標準。儘管如此，1990年以後，東德公民權維護者*Bärbel Bohley*有名的總結——我們想要正義以及享有法治國——不僅是被理解為簡潔的指示，即在基本法的法治國也有不正義及困境，也被當作是有權利在自己主觀的正義感或道德觀的利益中，甚至被允許違反法律。這促成一個事實，特別是對於形式規定、管轄權、程序規則的法治國意義的理解已經

---

<sup>37</sup> P. M. Huber, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis. Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, *Der Staat* 56 (2017), S. 389 (389 ff.); Chr. Möllers/L. Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, passim.

<sup>38</sup> BVerfGE 144, 20/196 f. Rn. 517.

<sup>39</sup> BVerfGK 20, 164: Aussage des Richters: „Die Wahrheit interessiert mich nicht“.

消失，並且促進法律關係的某種相對化，有些人認為這是法律上的瑣事<sup>40</sup>。但是，這意味著法治國的要求是國家秩序合法性和法安定性的保證。因為在民主法治國沒有具有拘束力的道德，所以訴諸個人的道德觀及正義感，或政治機會主義，也並非違反現行法之正當化理由。法治國因法而存在，否則就不存在！

這是我們所有人的責任，在未來也不會改變。

---

<sup>40</sup> Siehe *R. Marx*, Interview mit dem Münchner Merkur vom 12.9.2015: „Sie [scil. die Bundeskanzlerin] hat sich sogar über das Gesetz hinweggesetzt. Das gehört auch zur politischen Führung!“

## 參考文獻

### 一、中文部分

- 張永明譯（1999），【森林騎馬案】裁定，收於：司法院大法官書記處編，德國聯邦憲法法院裁判選輯(八)——人性尊嚴與人格發展自由，頁284-319，臺北：司法院。
- 許宗力（2015），最低生存保障與立法程序審查——簡評德國聯邦憲法法院Hartz IV判決，月旦法學雜誌，238期，頁102-130。

### 二、外文部分

- Hesse, K. (1962), *Der uniarische Bundesstaat*, Heidelberg: C. F. Müller.
- Huber, P. M. (2004), *Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?*, in: *Verhandlung des 65. Deutschen Juristentages*, Bd. 1, München: C. H. Beck.
- (2014), *Präambel*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl., München: C. H. Beck.
- (2017), *Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis: Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa*, *Der Staat* 56, S. 389-414.
- Ipsen, H. P. (1985), *Zum Parlaments-entwurf einer Europäischen Union*, *Der Staat* 24, S. 325-349.
- Kaiser, J. H./Badura, P. (1964), *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, *VVDStRL* 23, S. 1-104.
- Koutnatzis, S.-I. G. (2007), *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Griechenland*, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 1, Heidelberg: C. F. Müller, § 3.
- Lerche, P. (1961), *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln: Heymann.

- Möllers, Chr./Schneider, L. (2018), *Demokratiesicherung in der Europäischen Union*, Heidelberg: Mohr Siebeck.
- Münkler, H. (2017), *Der Dreißigjährige Krieg: Europäische Katastrophe, Deutsches Trauma 1618-1648*, Berlin: Rowohlt Berlin.
- Reckwitz, A. (2017), *Die Gesellschaft der Singularitäten*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Schiller, F. (1992), *Der Graf von Habsburg (1803)*, in: Kurscheidt (Hrsg.), *Werke und Briefe in zwölf Bänden*, Bd. 1, Frankfurt a.M.: Deutscher Klassiker.
- Sternberger, D. (1982), *Verfassungspatriotismus*, Hannover: Niedersächsische Landeszentrale für politische Bildung.

