

中德法学论坛

Jahrbuch des Deutsch – Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing

南京大学-哥廷根大学中德法学研究所 编

第7辑



南京大学出版社

Verlag der Universität Nanjing

D9-53/15

:7

2009

中德法学论坛

南京大学——哥廷根大学中德法学研究所编

第 7 辑

南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中德法学论坛 第7辑/南京大学——哥廷根大学中德法学研究所编. —南京:南京大学出版社,2009.12

ISBN 978-7-305-04049-8

I. 中... II. 南... III. ①法律—中国—文集 ②法律—德国—文集 ③比较法学—中国、德国—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 081549 号

出版者 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮 编 210093
网 址 <http://www.NjupCo.com>
出版人 左 健

书 名 中德法学论坛 第7辑
编 者 南京大学——哥廷根大学中德法学研究所
责任编辑 还星 编辑热线 025-83686452

照 排 南京南琳图文制作有限公司
印 刷 南京人民印刷厂
开 本 787×960 1/16 印张 17 字数 320 千
版 次 2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-305-04049-8
定 价 38.00 元

发行热线 025-83594756
电子邮箱 Press@NjupCo.com
Sales@NjupCo.com(市场部)

* 版权所有,侵权必究

* 凡购买南大版图书,如有印装质量问题,请与所购图书销售部门联系调换

目 录

-
-
1. 经济宪法和社会福利国家 彼得·托比亚斯·施托尔 陈梦晓译(1)
 2. 基本法 60 年——变迁中的法治国家和民主 维尔纳·霍伊 汪磊译(11)
 3. 德国基本法对台湾公法学的影响 陈新民(22)
 4. 全球化经济中的劳动法纲要 沃尔夫冈·多伊布勒 刘恋译(34)
 5. 程序法视野下的消费者权益保护——德国团体诉讼的成功经验和集体权利实现的未来 布里吉特·居普里斯 范颖颖译(46)
 6. 《欧洲人权公约》对德国基本法的影响 伯阳(53)
 7. 中国法律解释程序的重构——基于与德国宪法解释程序比较之思考
..... 田芳(60)
 8. 欧盟金融监管制度的硬法性分析——以银行法为核心 姜冲(69)
 9. 德国监事会制度的最新发展及对中国监事会发展的启示 周梅(92)
 10. 《物权法》第 99 条在夫妻共同财产制中的适用——来自德国法的启示
..... 刘青文(109)
 11. 所得税法与正义 何维(125)
 12. 德国一般交易条件法在劳动关系中的适用 朱军(138)
 13. 德国企业合并控制中的“公共利益”——对我国《反垄断法》实施工作的启示
..... 孙博(175)
 14. 论患者临终阶段的自决权——无同意能力患者消极安乐死之检讨
..... 张文婷(212)
 15. 德国民事诉讼法之修正与我国 洪锡恒(248)
-
-

Inhaltsverzeichnis Jahrbuch 2008

1. <i>Peter-Tobias Stoll</i> , Wirtschaftsverfassung und Sozialstaatlichkeit	(1)
2. <i>Werner Heun</i> , Rechtsstaat und Demokratie im Wandel	(11)
3. <i>Shin-Min Chen</i> , Auswirkungen des Grundgesetzes auf die öffentlich- rechtliche Lehre in Taiwan	(22)
4. <i>Wolfgang Däubler</i> , Arbeitsrecht in globalisierter Wirtschaft	(34)
5. <i>Brigitte Zypries</i> , Verbraucherschutz durch Verfahrensrecht-Der Erfolg der Verbraucherklage und die Zukunft der kollektiven Rechtsdurchsetzung	(46)
6. <i>Björn Ahl</i> , Einwirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das deutsche Grundgesetz	(53)
7. <i>Fang Tian</i> , Struktur der Gesetzesauslegung in China	(60)
8. <i>Chong Jiang</i> , The legal system of the financial regulation in the EU as a hard law	(69)
9. <i>Mei Zhou</i> , Eigentumsverhältnis in den Staatsunternehmen	(92)
10. <i>Qingwen Liu</i> , Aufhebungsklage im deutschen ehelichen Güterrecht und deren Bedeutung für das chinesische System	(109)
11. <i>Wei He</i> , Einkommenssteuer und Gerechtigkeit	(125)
12. <i>Jun Zhu</i> , Anwendung des AGB-Rechts im Arbeitsverhältnis	(138)
13. <i>Bo Sun</i> , „Öffentliche Interessen“ in der deutschen Fusionskontrolle	(175)
14. <i>Wenting Zhang</i> , Selbstbestimmung am Lebensende: Passive Sterbehilfe bei einwilligungsunfähigen Patienten	(212)
15. <i>Xiheng Hong</i> , Revision der deutschen Zivilprozessordnung und deren Auswirkung auf China	(248)

经济宪法和社会福利国家

彼得·托比亚斯·施托尔

德国基本法为德国的经济发展作出了很大的贡献。本文着重讨论了德国基本法对于德国经济制度和社会秩序的重要意义,以及基本法对欧洲法律制度,特别是欧洲经济法律制度的重大影响。接下来,作者介绍了德国基本法中几个主要的经济基本权利,阐明了基本法的社会福利国家属性,并指出正是这一属性决定了德国经济社会在其后的数十年中能够稳定健康的发展。

关键词:基本法;经济秩序;基本权利;社会福利国家

彼得·托比亚斯·施托尔(Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll):哥廷根大学法学教授(博士)、中德法学研究所德方所长。

陈梦晓:南京大学中德法学研究所 2008 级研究生。

Zu der Entwicklung der deutschen Wirtschaft hat das deutsche Grundgesetz viel beigetragen. In diesem Beitrag geht es um die Bedeutung des deutschen Grundgesetzes für die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland und dessen Einfluss auf die europäische Rechtsordnung. Ferner hat der Autor durch Vorstellung der wesentlichen wirtschaftlichen Grundrechte im Grundgesetz die Sozialstaatlichkeit der deutschen Verfassung erörtert, welche wesentlich zu Stabilität und Wohlstand in Deutschland beiträgt.

Key Words: Grundgesetz, Wirtschaftsordnung, Grundrecht, Sozialstaat

一、引言

近几周人们对于基本法中关于经济的部分进行了很多的讨论,这在很长一段

时间内是被忽视的。德国联邦议院已经通过了为维持金融市场稳定的必要性,将银行财产收归国有的法律基础,^[1]并且还讨论了在基本法中规定国家责任界限的不同建议。这些问题是值得探究的,因为通常认为,德国的基本法中只有少部分关于经济和社会制度的规定。当人们谈到德国经济近60年来的迅猛发展时,也很少提及基本法,而是首先指向别的事件和因素,例如在1948年6月20日基本法颁布前近一年被推行的货币改革,另外还有对经济和社会体制发展有重要影响的政治举措,即社会主义市场经济。我想试着谈谈,德国基本法对于德国经济制度同样有着重要的意义,它影响了社会国家原则的表现形式,并为德国的稳定和富裕作出了必要的贡献。

二、德国经济秩序的发展和基本法

首先,基本法看起来似乎真的对德国的经济秩序发展仅作出了很少的贡献。联邦宪法法院一再强调基本法的“经济政策的中立性”。^[2]因此也可以说,基本法赋予了构建不同经济秩序形态的选择权。《基本法》不仅包含了保障经济行为的基本权利——这里以《基本法》第14条、12条以及第2条第1款为例,还包含了以第15条为例的规定,即不动产和土地、自然资源及生产资料的社会化可以获得损害赔偿。根据这些不同的表述,我们实际上可以想象出许多截然不同的经济秩序。但可以肯定的是:起草、磋商、通过基本法的这些人,代表了一种政治上的多样性。除了共产党之外,在德国社会民主党(SPD)和基督教民主联盟(CDU)中也存在一种相当有影响力的流派,他们追求一种社会主义的或是共同经济的经济体制。^[3]我们可以说,虽然第15条从结果上看基本没有发挥很大的作用,但是它是这些流派主张的一种表现形式。

我们可以看到,在过去的历史环境中,联邦宪法法院多次并且特别强调基本法是“经济政策上中立”的。事实上,在历史上一方面建议施行放任的市场经济体制,另一方面追求继续社会化进程的经济政策之争,基本法基本没有给出明确的答案。我们只能说,完全隶属于国家计划管理的经济体制是不可行的。

顺便提一下,如今德国确定了推行所谓的“社会主义市场经济”。1990年通过两德签订的《关于建立货币、经济及社会联盟的条约》的第1条第3款确定了市场经济作为“共同的经济秩序”。^[4]

然而德国的经济和社会体制发展是否真的和德国基本法没什么关系呢?从历史的角度来看,这是有争议的。事实上,基本法影响之大远远超出人们的想象。德国的经济秩序并没有向着当时两国主张的不同经济秩序方向发展。在其发展中,

国家对市场的作用也正在逐步消除,取而代之的是从两国当时的历史矛盾看来几乎不可能的相互合作。基本法和宪法实践显然在其中扮演了重要的角色。

德国的经济秩序发展在很大程度上是由国家和市场共同作用的。对经济的深入调整以及建立一些大型国有企业的政治理念共同清楚地说明了这一点。另外还有一些国家作为大股东并且行使相当控制权的情况。这里我想以大众公司为例,最初大众企业是国有的,如今下萨克森州仍然持有其大量的股份。^[5]除此以外,《大众公司私有化法》确保下萨克森州在大众公司私有化后仍然能够对公司经营施加巨大的影响力。^[6]

国家对于经济的影响在随后的几年里有所加强。德国经济在1966年和1967年经历了严重的衰退。人们通过引入“全面控制”体制寻求解决之道。从约翰·梅纳德·凯恩斯的学说可知,国家应当投入其全部经济政策手段主动干预经济,以缓解经济衰退。^[7]并且规定,货币及中央银行政策、财政预算政策、政府采购以及国家援助事宜应以一种相互协调的方式作为,这种合作形式的主体应当包括联邦、各州和德国联邦银行。^[8]《基本法》第109条的修改为此奠定了重要的法律基础。联邦和各州在编制预算时应当根据第109条第2款考虑到所谓“整体经济平衡”的必要性。根据同时期颁布的以促进经济稳定和增长为目的的国家稳定法,^[9]这样一种整体经济平衡应当设立以下四个部分冲突的目标:即物价稳定、充分就业、外贸收支平衡以及持续稳定的经济增长。第109条第4款规定了一种防止整体经济平衡受干扰的手段,即可以规定地方机构和共管乡镇组织的贷款取得以及联邦和各州在德意志联邦银行开立无息结存账户(经济景气平衡准备金)的义务。这种举措和法律的发展明显反映了当时对于计划经济以及国家调控的可行性是持乐观态度的。

我们也不能把经济秩序的发展看作是国家影响作用的持续加强。20世纪80年代以及两德统一后显现出了另一种不同的趋势。尤其是基于欧洲的影响出现了一种广泛的私有化趋势,特别是在基础设施建设和能源供给领域。^[10]以前由国家建立的铁路、邮政、电信以及电力和当时其他相应的公共设施一起都被私有化了。因此需要建立市场并且运用竞争法手段调控,限制国有企业的市场统治地位并且同时保障重要的公共生存利益。^[11]

第87e条第4款和第87f条第1款包含了所谓的国家保证义务。第87e条第4款中提到,在扩建或运营联邦铁路网络时以及安排有关非客运性质的交通运输服务时,联邦保证考虑公共利益特别是交通的需求情况。第87f条第1款涉及邮政和电信方面,联邦保证提供“提供覆盖面较广、适当和充足的服务”。至此国家与市场的共同作用更加明显了。虽然在私有化的进程中国家正是通过私有化将提供

基础设施服务的义务分离出去,但是根据上述基本法的规定,国家有义务建立能够使服务的提供具有经济竞争力的法律上的框架性条件,这些条件应保证公共利益得以实现。^[12]所以我们现在明白,基本法事实上只是设置了经济政策和经济秩序的外部框架。

三、基本法和欧洲经济法

我们也可以从一个更加现代的角度来讨论基本法对于经济的影响。如今涉及经济的法律在欧洲一体化的框架中很大程度上受到欧盟的影响。^[13]这不仅仅涉及到外贸、农业、消费者保护、环境保护等单一领域以及所谓的经济宏观调控法。竞争法在很长一段时间内也被欧洲化了。一段时间以来,欧洲加深了在公司法、商法、民事诉讼法以及民法领域的影响。除此之外,联邦宪法法院在以基本法的标准对欧洲法进行的审查上有所收敛。它使欧洲法、由欧洲人权公约保障的基本权利保护和欧洲法院具有优先权,但并不表明欧洲基本权利保护降低到了基本法保护水平之下。^[14]因此德国宪法和宪法管辖权实际上在经济领域失去了影响力。然而不可忽视的是,德国合宪的法律对这种发展作出了重要的贡献。在欧洲基本权利保护的发展过程中包含了众多与德国宪法相一致的元素。德国的宪法理念影响了欧洲法中基本权利地位的发展。德国宪法实践在欧洲法院的判决中发挥了重要的作用,这些判决使基本权利地位被看作是成员国的宪法传承并且确定了基本权利在共同体法中的效力。这些基本权利包括经济自由、所有权保护、比例原则以及存续保护等等。这些欧洲法院的判例也影响了随着里斯本条约的签订规定了国家法律义务的欧洲基本权利宪章。^[15]这里也是基本法的成功之处。

四、基本权利

《基本法》中的基本权利在经济秩序中发挥了重要的作用。这里首先提到以下涉及经济的基本权利:第14条的财产权保护、第12条的职业自由和第2条第1款的一般行为自由。基本权利在德国的国家法中占有重要地位。尤其是使宪法诉讼和规范审查成为可能的宪法管辖权对此作出了很大贡献。联邦宪法法院通过一系列重要的判例影响了宪法领域,并且也促进了德国经济法的发展。基本权利首先确定了个人享有何种权利和自由并限制了国家的干预。^[16]但是如果在基本权利中仅仅看到国家公民间的边界划分以及国家市场间经济领域中的界限,就不那么准确了。众所周知,基本权利不仅仅赋予了对抗国家干预的权利,而且包含了客观的

价值内涵,^[17]这是在整个法律制度及其适用和解释中必须被考虑到的。因此基本权利不仅在权利人与国家的关系中发挥作用,同样影响了公民间法律关系的构建。^[18]

需要强调的是,基本权利无论从何种角度看,特别在财产权保护中是绝不可能从独立的、排他的法律领域中推导出来的,而是起源于共同关系的相互作用。《基本法》第14条第2款规定的财产权的社会联系性是一个典型的例子。另一方面同样符合这样一种设想,即权利和自由之间存在一种社会联系,基本权利正如今天被解释的那样,扩展了其保护范围,这种保护涉及到具体被保护的权利和自由之间的功能联系。财产权保护应当确保其在财产法领域有一定的自由空间,并且为基本权利享有者自行构建生活形式提供可能性。^[19]第14条中所指的财产具有私人使用性,也就是说要对权利主体予以确认。这样看来,财产应当作为私人自主行为的基础,并且有益于个人独立承担责任的利益。职业自由要求保护职业选择自由、^[20]职业从事自由、^[21]工作岗位选择自由及职业培训所在地的选择自由,^[22]保护作为职业与人类个性有关的及作为人类个性的延伸所表现出来的工作,并且应当提供基本的生活需要。同时,其保护范围也包括与权利和自由的行使有关的相互行为。^[23]最后,可以根据第2条第1款人格权的自由延伸着一基本权利得出与他人签订合同的自由。^[24]以上观点表明,3项涉及经济的基本权利进一步保障了经济交流并且可能在一定程度上作为功能性前提条件使得竞争和市场得以存续。同样不应忽视的是,当我们将职业自由保护、财产保护、一般人格权保护这3项基本权利联系起来时,这种权利保护的意义便十分重大。虽然联邦宪法法院在其共同判决中指出,应当概括地看待这些基本权利并从中引出一种抽象的、广泛的经济模式,但是需要注意且强调的是,如今基本法表现出了重要的基本决定权。^[25]虽然纵观涉及经济的基本权利并没有规定明确的经济模式,^[26]也没有提出建立市场和引入竞争机制的要求,^[27]但不可忽视的是,基本权利在限制竞争和取缔市场的解释中设置了严格的界限。

联邦宪法法院在其一系列的判例中扩展了此原则,并作出了德国经济秩序发展的重要决定,其对于1979年3月1日(工人参与的)共同决定法的判决尤为重要。^[28]裁决涉及1979年的共同决定法,它规定了职工在2000人以上的公司,监事会(相当于董事会)由劳资双方代表组成,比例为各占50%。股东方仅仅在票数相当的情况下享有少量优势,即从这个团体中选出的领导在下一次的表决中拥有两票。如此大规模的员工参与在德国前所未有。在欧洲规则的影响下,这种参与在采矿冶金工业也就是煤钢生产企业存续已久。尽管如此,共同决定法还是为德国经济秩序指明了道路。最终,联邦宪法法院判定受到企业财产权保护及工会权利

保护的宪法诉讼是无根据的。在众多值得一看的法院判决中,我想切合我的主题选出一例,来清楚表明联邦宪法法院是如何根据第14条财产权保护判定,财产的使用始终在经济上对第三人有影响。联邦宪法法院在其判决中肯定共同决定法的规定具有可行性,即立法者在财产使用涉及第三人利益时等特定情况下,有权规定财产的使用。具体判决如下:

由《基本法》第14条第2款得出此案件中财产的使用和处分不仅局限于所有权人,而且涉及到因物的使用产生的其他共同权利人的利益。据此,基本法要求财产的使用必须符合公共利益,并且要考虑到一些非所有权人的利益,这些非所有权人应是在其自由的保障和自主生活的构建上依赖这些财产的使用的。^[29]

这项判决明确了基本权利在个体与国家事务关系中的重要性。

除了在众多判决中涉及的雇佣关系问题,基本权利同样在环境政策和环境法的发展中起了重要作用。众所周知,这些政策领域与经济密切相关,是因为在环境政策中也涉及到对稀缺资源的控制、保护和分配。虽说不能逐一举例,但我想强调的是,联邦宪法法院及法律学说肯定了基本权利的公共属性,特别是财产的社会关联性,并且认为因此所进行的干预是被允许的。^[30]

五、社会福利国家

在对经济秩序有所了解之后,这一章节主要介绍社会福利国家是如何在基本法中被构建的。这两方面有着紧密的联系,尤其是从被我们称作德国经济社会体制的社会市场经济这一概念中,我们可以清楚得知。有充分的理由表明了这种联系,因为社会市场经济理念的发展将国家在这一领域的行为置于一种新的基础之上。在德国,国家的社会福利行为有着悠久的传统。对此有许多不同的理由,涉及到了对人与社会的不同设想。国家的社会福利行为在很久以前由集权国家的理念得以推行。这些福利行为的内容主要是对贫民进行救济。在19世纪和20世纪,国家或是公共机构的福利行为成为了社会问题的较大历史性挑战。我不需要再去强调,这种经济和社会的关系是我们这个时代许多完全不同的思潮和社会构想讨论的基本问题之一。这些思潮涵盖范围很广,从共产主义到天主教的社会理论,无所不包。这里要强调的是,在不同政治意见的发展中,德国的社会保险体系诞生了。这一体系包括事故、疾病、失业以及护理保险等等,这些直到今天还在本质上影响着联邦德国的社会福利体系。由路德维希·爱哈德所发展起来的社会市场经济设想,以一种高要求的方式远远超越了对社会和经济之间联系的一般看法。社会市场经济学说采纳了从那时到现在的一般观点,即认为社会福利应是对贫民进

行救济的一种形式,经济体系应保障社会安宁并且为雇员提供合适的工作以及社会保险。此外,社会保险对社会的安定作出了贡献,并缓和了雇主和雇员之间的紧张关系,这一点是肯定的。社会市场经济的理念强调,在竞争的市场经济体系中,人们应当自己承担和他人竞争失败的风险,而作为这一体系的补充,社会保障安全体系是必要的。^[31]但另一方面,社会市场经济体系也包含了这种思想,即不同的社会福利措施应以让个体能够重新亲自参与到经济和劳动生活中去为目标。^[32]过去十年在联邦德国完成的社会保险体系改革在很大程度上接受了这种思想。这种思想也正是社会市场经济理念的基础。从根本上说,社会市场经济以构成经济和社会领域基石的自由观念为基础。从社会市场经济的观点看,自由安排自己的生活和发展个性,决定了市场经济中的竞争机制。也正是这种自由理念,奠定了社会福利国家及其许多组织、机构和措施的基础。从这种视角看,社会福利国家不仅旨在物质上保障个体最低生活需求,更重要的是,要使个体能够自由构建生活和发展个性。

对社会市场经济理念的介绍是为了能更好地理解基本法对于社会福利国家的规定。从基本法中我们很难看出宪法对于社会福利国家究竟扮演着什么样的角色。联邦德国在很大程度上是一个社会福利国家。它拥有一个特别设计的、令人印象深刻的社会保障体系。和其他工业国家相比,国家承担的比例和再分配的比例都相当高。但基本法在多大程度上影响并保障这种体系,是很难看出来的。

对此,基本法首先提到的是社会福利国家原则。这一原则源于《基本法》第20条第1款中的条文,“德意志联邦共和国是民主的和社会福利的联邦制国家”。社会福利国家原则是一项具有直接效力的法规,虽然其表述是抽象的且可以在很大程度上被解释。立法者应当建立一种适当的社会制度。^[33]另外其他两种国家权力(译者注:即司法权和行政权)必须保障社会福利国家原则在其适用范围中的实行。^[34]联邦宪法法院的判决和法律学说为社会福利国家原则奠定了与上述社会市场经济的施行相适应的重要基础。法院判决一再指出,基本法中的人并不是独立的权力个体,相反基本法基于人的相互关联性确定了个体与团体的对立统一关系。^[35]就此而言,社会福利国家原则应以保障“公民符合人权之最低生存条件”为目标。^[36]所以社会福利国家原则具有很大的效力范围,它影响了社会保险、国家救济、家庭政策、教育政策领域以及环境政策和能源供给的基础设施建设等问题。

若想简单地总结一下社会福利国家原则的基本内容,不妨将其理解为社会均衡、社会公平^[37]和社会保障^[38]。因此,社会福利国家原则与公平正义设想的紧密联系就是显而易见的了。社会福利国家原则除了对三项国家权力(立法权、行政权、司法权)在法律上的影响以外,在与基本权利的相互关系中也发挥了重要的

作用。

同样,旨在设立个人行使自由为前提条件的社会福利国家这一概念必然以多种形式涉及到基本权利。一方面,社会福利国家原则加强了基本权利的行使。其中最重要的观点认为,社会福利国家原则的引用是为了从基本权利中得出国家救济的请求权。这里有一个较早的例子,即联邦宪法法院对入学名额限制的判决,^[39]其中涉及到公立高校的入学准入。联邦宪法法院作出了如下判决:可以在现有的能力范围内根据公平和机会平等原则,由基本法第12条职业自由这一基本权利联系社会福利国家原则得出进入公立高校的请求权。这个案例遵循了国家救济请求权的行使,这一请求权是因社会福利国家原则的引用,从基本权利中推导得出的。然而社会福利国家原则的扩展也考虑了基本权利。很多情况下,由社会福利国家原则联系基本法第1条人权保护,得出了国家有保障最低生活水平的义务。^[40]社会救济的实施和权衡经常与基本权利联系起来,特别是对婚姻家庭以及父母权益的保护。

如果想对案件事实进行正确的评判,就必须强调基本权利与社会福利国家原则的紧密联系,因为基本权利并不涉及社会性权利。这些社会性权利,如关于住所、工作、教育以及最低生活水平的权利,最初并没有在基本法中规定,并且在修改基本法时,经过深入讨论后由于德国统一的重建需要也没有被采用。和其他许多欧洲国家宪法以及国际人权法令不同,德国基本法没有规定具体的社会性权利。但需要强调的是,德国是欧盟社会宪章和国际经济、社会、文化公约的缔约国。

由上述观点可以明确表明,缺少这些社会性权利绝对不能得出基本法不涉及这些权利的结论。国家在实践中建立的大量优质的社会体制也能证实这一点。放弃规定社会福利国家中的单个权利基于立宪者对于保障国家救济请求权的怀疑,^[41]这种形式的请求权涉及的国家救济义务是由受限的国家财政手段保障的。鉴于政治变迁和政策上的必要性以及议会的财政高度自治原则,我们不建议采纳一般观点,规定确切的国家救济请求权。在基本法条文中规定一种将国家救济义务置于法律保留之中的社会性权利,对于立宪者来说是不值得借鉴的。

当人们研究其他包含这些社会性权利的人权协议或是宪法条文时,可以发现,其鉴于法律义务承担者的履行能力包含了大量的法律保留,并且赋予国家相当大的自由裁量权,就像国家保障其他相应的权利一样。^[42]因此最终产生了一个有关法律结构的问题,即在宪法中是应当规定带有法律保留的社会性权利,还是应当以基本法为例,保留社会福利国家原则。

六、结 语

在大概了解德国基本法对于德国经济、社会秩序的影响之后,我们可以清楚地看出其特别是自由有何种重要性。最后我想指出,这种从对基本法的认识中,以及从联邦宪法法院和法律学说中得出的自由,一开始就包含了共同关系,并且正是这种认识使与市场和国家紧密联系的经济和社会秩序的发展成为可能。

(陈梦晓 译 齐晓琨 译校)

注 释:

- [1] BTDRs. 16/12100.
- [2] BVerfGE 4, 7/17; 50, 290/338; Isensee/Kirchhof-Schmidt, HbdStr, § 92, Rn 24.
- [3] Maurer, Staatsrecht I, § 8, Rn 64.
- [4] Ebd. Rn 90.
- [5] BVerfGE 12, 354, Rn 5.
- [6] Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand vom 21. Juli 1960 (BGBl. I S. 585), zuletzt geändert durch Art. 1 G vom 8. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2369).
- [7] Isensee/Kirchhof-Schmidt, HbdStr, § 92, Rn 13.
- [8] Maurer, Staatsrecht I, § 8, Rn 89.
- [9] Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 582), zuletzt geändert durch Artikel 135 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).
- [10] Isensee/Kirchhof-Schmidt, HbdStr, § 92, Rn 15.
- [11] Ebd.
- [12] Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle-Schulze-Fielitz, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, § 12, Rn 118ff.
- [13] Isensee/Kirchhof-Schmidt, HbdStr, § 92, Rn 30.
- [14] Zur Entwicklung der Rechtsprechung BVerfGE 37, 271 ff.; 73, 339; 89, 155; Papier, Wirtschaftsordnung und Grundgesetz, APuZ 13/2007, S. 3.
- [15] Isensee/Kirchhof-Schmidt, HbdStr, § 92, Rn 36.
- [16] Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn 57ff.

- [17] v. Münch/Kunig-v. Münch, Grundgesetzkomentar, Vorb. Art. 1 - 19, Rn. 22; BVerfGE 50, 290/337; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn 76.
- [18] Maurer, Staatsrecht I, § 9, Rn 36ff.
- [19] v. Münch/Kunig-Bryde, Grundgesetzkomentar, Art. 14, Rn 3.
- [20] Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn 813.
- [21] Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn 823.
- [22] BVerfGE 84, 133/146; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn 819.
- [23] Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn 814f.
- [24] BVerfGE 8, 274/328; 95, 267/303.
- [25] BVerfGE 50, 290/336.
- [26] BVerfGE 50, 290/336; Isensee/Kirchhof-Schmidt, HbdStr, § 92, Rn 26.
- [27] BVerfGE 50, 290/336.
- [28] Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976 (BGBl. I 1976, S. 1153), zuletzt geändert durch Art. 18 G vom 14. August 2006 (BGBl. I 1911).
- [29] BVerfGE 50, 290/336.
- [30] v. Münch/Kunig-Bryde, Grundgesetzkomentar, Art. 14, Rn 68.
- [31] Papier, Wirtschaftsordnung und Grundgesetz, APuZ 13/2007, S. 3/5.
- [32] Ebd.
- [33] Maurer, Staatsrecht I, § 8, Rn 69.
- [34] Ebd. Rn 70.
- [35] so etwa in BVerfGE 12, 45/51.
- [36] Papier, Wirtschaftsordnung und Grundgesetz, APuZ 13/2007, S. 3/4.
- [37] Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 13, Rn 4ff.
- [38] Ebd. Rn 11ff.
- [39] BVerfGE 33, 303.
- [40] BVerfGE 82, 60/80; Maurer, Staatsrecht I, § 8, Rn 74.
- [41] Maurer, Staatsrecht I, § 8, Rn 65.
- [42] v. Münch/Kunig-v. Münch, Grundgesetzkomentar, Vorb. Art. 1 - 19, Rn 19.

基本法 60 年

——变迁中的法治国家和民主

维尔纳·霍伊

本文是根据作者在德国基本法 60 周年庆典时在南京大学中德法学研究所所作的报告整理而成。报告主要由三部分组成：法治国家和民主的抉择（背景）、法治国家和民主的重建、民主体系和法治国家的巩固和扩展。通过同魏玛共和国和第三帝国时期消极经验的比较，作者指出基本法成功的变迁首先是通过民主的稳定以及法治国家的扩展和深化得到彰显的。紧接着作者分析了那些在基本法中对于民主统治体制和法治国家的强化和巩固作出了重要贡献的制度创新。

关键词：基本法；变迁；民主；法治国家

维尔纳·霍伊(Prof. Dr. Werner Heun)：德国哥廷根大学法学教授、博士。

汪磊：南京大学中德法学研究所 2008 级研究生。

Der vorliegende Aufsatz beruht auf einem Vortrag, den der Autor zum 60. Jubiläum des Inkrafttretens des Grundgesetzes am Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft der Universität Göttingen und Nanjing gehalten hat. Der Vortrag besteht hauptsächlich aus den folgenden drei Teilen: Die Entscheidung für Rechtsstaat und Demokratie (Hintergrund), die Wiedergewinnung des Rechtsstaats und Demokratie, die Stabilisierung und Ausweitung des demokratischen Systems und Rechtsstaats. Mit einem Vergleich zu den negativen Erfahrungen in der Weimarer Republik und im Dritten Reich weist der Autor darauf hin, dass der erfolgreiche Wandel des Grundgesetzes vor allem durch eine Stabilisierung der Demokratie sowie durch eine Ausweitung und enorme Verdichtung des Rechtsstaates gekennzeichnet ist. Anschließend analysiert der Autor die verschiedenen Innovationen und Erneuerungen im Grundgesetz, die zur Stärkung und Stabilisierung des demokratischen Herrschaftssystems und Rechtsstaats wesentlich

beigetragen haben.

Key Words: Grundgesetz, Wandel, Demokratie, Rechtsstaat

一、基本法中对法治国家和民主的选择

当60年前基本法被通过的时候,德国是一个战败国,也是一个被解放的民族。在经历了纳粹独裁专政的灾难和无条件投降之后,德国满目疮痍并且处在逐渐分化为两大敌对阵营的盟军的占领控制之下。当议会委员会在草拟并通过基本法时,这一特殊的局势自然也对其产生了影响。^[1]正如每一部宪法那样,基本法一方面是对历史经验的反映,这些经验在宪法层面上得到反思和加工;另一方面,基本法也是一张未来政治体系的蓝图,这一体系应当避免过去错误的发展。

基本法构建时有三大主要观点和动机。第一,基本法应该构建一种对立于是带来了灾难性后果的纳粹暴政统治的模式。第二,1919年民主的魏玛宪法既发挥了榜样作用,又充当了反面教材,因为人们认为魏玛宪法上一些所谓的错误结构和缺陷应对陷入独裁统治负重大责任。第三,本国的政治体制应当区别于在东德和东欧不断被建立起来的苏俄特色的共产主义独裁体制。但同时,应该保留与苏俄统治下的东德重新统一的可能性。正是在这种情况下,议会委员会慎重地决定赋予宪法以基本法之名。这一被经常提及的临时性特点只是一种地理学上的概念,^[2]而恰恰是它对法治国家和民主原则的抉择被坚定且毫无保留地构建起来。

二、法治国家的恢复

在重建法治国家关系的时候,议会委员会可能参照了19世纪的传统,并加入了一些创新。在这些重大创新中,最重要的是实现了宪法不受限制的优先性。^[3]这一优先地位体现在两处,即《基本法》第1条第3款和第20条第3款。正是这种基本法无条件的优先性,才使得在法律保障体系中赋予联邦宪法法院以一种特殊地位成为可能,这种地位也优先于其他国家权力,优先于行政以及议会和政府。宪法优先也意味着,当立法者的决定与基本法相对时,应以基本法为准,因为在这种情况下,违反宪法条文本身就是无效的。^[4]

在此框架下,人的尊严原则拥有崇高的地位。^[5]这一点已经从它在基本法的定位,即被置于《基本法》第1条得到体现。它的定位自然也应当被理解为是一种和在第三帝国时期对该基本原则大量侵害的显著不同。人的尊严是新型民主宪政国