

Grundgesetz

Preamble

學術論文集

法學、憲法法院 審判權與基本權利



Rechtswissenschaft, Verfassungsgemäßheit, Grundrechte
Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechte

I. Die Grundrechte

Christian Starck 著



元照出版

法學、憲法法院審判權 與基本權利



Christian Starck 著

楊子慧 · 林三欽 · 陳愛娥

張嫻安 · 李建良 · 許宗力 · 陳英鈴 譯

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法學、憲法法院審判權與基本權利 / Christian
Starck 著；楊子慧等譯. -- 初版. -- 臺北市
：元照, 2006[民 95]
面；公分

ISBN 986-7279-46-8(平裝)

1. 憲法

581

94021885

法學、憲法法院審判權 與基本權利

56MFD03101

2006年7月 初版第1刷

作 者 Christian Starck
譯 者 楊子慧·林三欽·陳愛娥·張嫻安
李建良·許宗力·陳英鈴
出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 520 元
訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890
訂購傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-7279-46-8

序

德國是舉世聞名的法學輸出大國，大陸法傳統國家的法學都或多或少看得到德國法的影子，我國亦不例外。德國法對我國法學的影響幾乎是全面性的，從較早開發的傳統民、刑與訴訟法，到解嚴後才擺脫桎梏崛起的行政法與憲法，都看得到鮮明的日耳曼足跡，也聞得到濃稠的日耳曼味道。

很多人說，台灣法學的發展應該走自己的路，不應一味依循外國法的腳步亦步亦趨。這是當然的，畢竟我們適用的、關心的是此其時、此其地本土的台灣法，比較法的參考還是有其極限。也有不少人說，在全球化的時代，即使要參考外國法，也不應獨尊一家，而應以開闊胸襟接納更多元的外國法思潮。這也是對的，增廣視野，絕對有利於本國法發展，我們也因此看到近年來另一法學輸出大國——美國法對台灣越來越強的影響力。

但是，德國法的影響並未因此消退，這主要是因為德國法學傳統上確有其優越性，有不少值得流著相同大陸法系血液的我國學習、參考的地方。德國憲法學對我國的影響是顯而易見的，從違憲審查制度採德、奧集中、抽象審查模型，到法律保留、授權明確、比例原則、職業自由三階理論，乃至層次化的基本權思考體系，都充斥德國法影響的痕跡。

本書作者克理斯提安·史塔克教授，長期任教於德國哥廷根大學，著作等身，是備受德國學界、實務界與國際憲法學界推崇的重量級憲法學者。氏著重憲法基本價值、體系、邏輯的法學思維模式很具德意志代表性，收錄於本書的十篇著作，涵蓋公法上

法學比較方法、憲法法院審判權、基本權解釋、基本權保護義務、生物學與生殖醫學的憲法界限等領域，也都能反映當代德國憲法學發展的精華，因此任何有志認識與學習德意志當代憲法學的人士都不宜錯過這本好書，此外，本書具有中、德文對照的編輯特色，更是有志學習研讀第一手德文法學資料者的一本絕佳工具書。

許宗力

2006年6月

導 論

由立法者所制定之法需要法科學的研究探討，此稱之為法學說（即法釋義學）。只有合乎科學地鑽研過的法，始能鞏固國家組織的社會。法學不僅按立法而為，透過法官適用實定法，而且就未來之立法創造了有益的條件。本書第一部涉及法學及其在法題材上各式各樣的工作，此題材不僅由法律所組成，重點有法學在未來之任務，比較法就法的認識與發展不斷增強的重要性以及法制度鞏固的作用。

鞏固憲法國家的，不單是法學。就此亦需法院。本書第二部首先涉及憲法最高性，即涉及憲法為較高之法，並且涉及憲法法院審判權的特別任務，相對於立法者確保憲法最高性。以德國聯邦憲法法院為例證明了，該法院於其存在的五十年內如何從一開始即已鞏固聯邦德國的新憲法規範。以憲法為準則而裁判的憲法法院審判權的存在，要求對憲法概念的明確。憲法不僅規定憲法機關的設置及其權限與程序，而且包含實體法的規定，特別是基本權利，其為立法描述了綱要。此等綱要必須透過憲法解釋而澄清。因此在第二部的最後一篇即依據德國基本法為範例說明憲法解釋的原則。

透過特別的憲法法院（德國模式）或透過最高法院（美國模式）的憲法法院審判權今日以各種各樣的方式以行基本權利之保障，基本權利乃人權於憲法上之彰顯。本書第三部探討與此相關聯的問題。基本權利的古典功能作為人民對抗國家的防禦權乃透過基本權利適用的法釋義學形態而清晰明確：保護範圍與基本權利之限制，特別是比例原則。今日基本權利不再僅是表述防禦權，而且更作為客觀法的原則在民法領域對立法與司法產生影響。亦將論述所謂基本權利的保護義務。此等乃國家之義務，保護人民之生命、健康、自由、財產及其他基本權利上受保障之法益，免於第三人之侵

害。在早期的憲法中已經出現的，古老的請求安全之權利，於此處獲致法的形塑。於生命科學以及生殖醫學的憲法上界限亦涉及國家之保護任務，並且是涉及人類胚胎之保護，其並非物，而是人。

本書中大部分著作曾由本人於訪台期間在不同的大學口頭演講及提出討論。其皆曾以中文發表。僅增添三篇迄今尚未以中文發表的新作。由衷地感謝本人著作的所有譯者。他們多與本人熟識，因他們曾長時期於哥廷根求學並亦於該地獲得博士學位。他們極熟悉本人的學說，如今將於本書內以中文彙結，本人樂見其成。

克理斯提安·史塔克
(楊子慧 譯)

Einführung

Das vom Gesetzgeber gesetzte Recht bedarf der rechtswissenschaftlichen Bearbeitung, die man Rechtslehre (= Rechtsdogmatik) nennt. Es ist erst das wissenschaftlich durchgearbeitete Recht, das eine Stabilisierung der staatlich organisierten Gesellschaft bewirkt. Die Rechtswissenschaft arbeitet aber nicht nur der Gesetzgebung nach und bereitet das gesetzte Recht für die Rechtsanwendung durch die Richter auf, sondern schafft auch günstige Voraussetzungen für zukünftige Gesetzgebung. Im ersten Teil des vorliegenden Buches geht es um die Rechtswissenschaft und ihre vielfältige Arbeit am Rechtsstoff, der nicht nur aus Gesetzen besteht. Schwerpunkte sind die Aufgaben der Rechtswissenschaft in der Zukunft, die wachsende Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Erkenntnis und Entwicklung des Rechts und die stabilisierende Wirkung rechtlicher Institutionen.

Es ist nicht die Rechtswissenschaft allein, die den Verfassungsstaat stabilisiert. Dazu bedarf es auch der Gerichte. Im Zweiten Teil des Buches geht es zunächst um den Vorrang der Verfassung, also um das Verfassungsrecht als höheres Recht, und um die besondere Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit, den Vorrang der Verfassung auch gegenüber dem Gesetzgeber zu sichern. Am Beispiel des deutschen Bundesverfassungsgerichts wird gezeigt, wie dieses Gericht in den 50 Jahren seiner Existenz von Anfang an die neue Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland stabilisiert hat. Die Existenz einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die am Maßstab der Verfassung entscheidet, verlangt Klarheit über den Verfassungsbegriff. Die Verfassung regelt nicht nur die Einsetzung der Verfassungsorgane und deren Kompetenzen und Verfahren, sondern enthält auch materiell-rechtliche Regelungen, insbesondere die Grundrechte, die einen Rahmen für die Gesetzgebung darstellen. Dieser muß durch Verfassungsauslegung geklärt werden. Deshalb werden im letzten Kapitel des Zweiten Teils die Prinzipien der Verfassungsauslegung beispielhaft anhand des deutschen Grundgesetzes erklärt.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit durch besondere Verfassungsgerichte (deutsches Modell) oder durch den Obersten Gerichtshof (amerikanisches Modell) hat es heute auf vielfältige Weise

mit der Sicherung der Grundrechte zu tun, die die verfassungsrechtliche Ausprägung der Menschenrechte sind. Den damit zusammenhängenden Problemen ist der Dritte Teil des Buches gewidmet. Die klassische Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat wird deutlich gemacht durch die rechtsdogmatischen Figuren der Grundrechtsanwendung: Schutzbereich und Schranken der Grundrechte, insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Grundrechte stellen heute nicht mehr nur Abwehrrecht dar, sondern wirken darüber hinaus als objektiv-rechtliche Prinzipien auf die Gesetzgebung und Rechtsprechung im Zivilrecht. Behandelt werden auch die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten. Das sind Pflichten des Staates, Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und andere Rechtsgüter seiner Bürger, die grundrechtlich gewährleistet sind, gegen Angriffe Dritte zu schützen. Hier bekommt das alte Recht auf Sicherheit, das sich schon in frühen Verfassungen findet, rechtliche Gestalt. Auch bei den verfassungsrechtlichen Grenzen der Biowissenschaft und der Fortpflanzungsmedizin geht es um Schutzaufgaben des Staates, und zwar um Schutz der menschlichen Embryonen, die keine Sachen, sondern Personen sind.

Die meisten Abschnitte dieses Buches habe ich während meiner Aufenthalte in Taiwan an verschiedenen Universitäten vorgetragen und zur Diskussion gestellt. Sie sind in chinesischer Sprache veröffentlicht. Drei neuere Arbeiten sind hinzugefügt, die bisher nicht in chinesischer Sprache veröffentlicht sind. Den Übersetzern meiner Arbeiten bin ich sehr dankbar. Die meisten von ihnen stehen mir sehr nahe, weil sie lange Zeit in Göttingen gearbeitet haben und dort auch promoviert worden sind. Sie kennen meine Lehren gut, die jetzt in diesem Buch in chinesischer Sprache zusammengefaßt sind, worüber ich mich sehr freue.

Christian Starck

目 錄

序	許宗力
導 論	克里斯提安·史塔克 楊子慧 (譯)
Einführung	Christian Starck

第一部：法學與比較法

Erster Teil: Rechtswissenschaft und Rechtsvergleichung

- 法學之未來
- Die Rechtswissenschaft in der Zukunft
- 公法上之法學比較
- Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht
- 法制度的彈性
- Flexibilität rechtlicher Institutionen

第二部：憲法與憲法法院審判權

Zweiter Teil: Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit

- 憲法之優位性與憲法法院之審判權
- Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit

- 憲法規範與政治實務中的聯邦憲法法院 ……… 楊子慧 (譯) …165
- Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung
und im politischen Prozeß …………… 199
- 憲法解釋 …………… 李建良 (譯) …241
- Die Verfassungsauslegung …………… 273

第三部：基本權與保護義務

Dritter Teil: Grundrechte und Schutzpflichten

- 基本權利的解釋與影響作用 …………… 許宗力 (譯) …311
- Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte …………… 337
- 基本權與私法 …………… 林三欽 (譯) …365
- Grundrechte und Privatrecht …………… 387
- 基本權利之保護義務 …………… 李建良 (譯) …411
- Grundrechtliche Schutzpflichten …………… 453
- 生物學與生殖醫學的憲法界限 …………… 陳英鈴 (譯) …497
- Verfassungsrechtliche Grenzen der
Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin …………… 517

第一部

Erster Teil

法學與比較法

Rechtswissenschaft und Rechtsvergleichung

法學之未來

譯者：楊子慧

目次

壹、法學

- 一、導論
- 二、法釋義學之功效
- 三、法釋義學之位階
- 四、理性規則
- 五、小結

貳、未來

- 一、問題及趨勢
- 二、歐洲化及全球化
- 三、個體化
- 四、效用化
- 五、法學之任務

壹、法學

一、導論

使我們感興趣者，乃是法，未來有效之法。在民主成文國家首先由立法者將之形成與頒布。其次，該產物始由法學盡可能加以解釋、歸整與體系化。若吾人細察之，則法學之續行意義由此彰顯。

法學學門，科學的處理探討實定法，即被制定的法，稱為法釋義學。釋義學一詞係由希臘文„d’ogma“衍生而來，其意指學說與原理；乃拉丁字*doctrina*之字源，大多數喜愛拉丁文勝於希臘文之歐洲語言使用該字，以描述法學說一詞。*Gustav Radbruch*謂法釋義學，即法學說，乃「現行有效，而非正確的法之科學，法之實然，而非應然之科學¹。」法之應然，即為法政治的客體，特別是在政黨方針，結盟與政府宣言中完全多元的表示出來。同為法學學門之一的法理學，亦以另種方式在理

¹ *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (1932), Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 1999, S. 106.*

論與人類學的觀點下探討法之應然²。

下述與法學之未來有關者，特別是指法釋義學。不談法政治。不過將提及法理學。

二、法釋義學之功效

法釋義學多完全以*Radbruch*對其所下之定義被視為一門科學，其依立法而工作：依照普遍之觀點解釋制定法、使其和諧，經由體系解釋調和歧異，提出規則並藉此合理化法之適用，使其可預見並且根本地支持法的平等操作。由法釋義學於實定法內為之的此等任務以觀，法釋義學乃以知識所建構，以立法為前提，因而對立法而言有益於法律之確立。就此意義上，*Okko Behrends*生動地以「介於法律與釋義學之間的聯盟」言之，並如下描述其特性：³「當立法者以經受驗證的釋義學為根據，並以適當的形式將其清楚地表明於法律中時，已特別增加了規定之效力強度。就法適用之必要的聯繫，與適用法律之主管機關——如法院及諮詢的律師——，透過釋義學得到可信賴之媒介。」

法規範的諸多基本概念，於或舊或新的立法中被應用者，乃由縝密細緻地仔細鑽研及準確闡明法釋義學而產生：契約、財產權、損害賠償、罪責與刑罰、法律、法律保留、比例原則等等。多數由釋義學發展的概念、形式與制度，較之立法者自發創造的基本原理更為持久堅固。後者經常源於行動主義，造成科學化體系建構的困難。若沒有釋義學的準備工作及體系化，則立法將會是法文化上甚為低質的水準，並且將無法符合法治國對於法的可預見性與可信賴性之要求，此等論述絕非言過其實。

² *Christian Starck*, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, S. 403, 416 ff.

³ *Okko Behrends*, *Das Bündnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen*, in: *Behrends/Henckel* (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik* 1989, S. 9; 有關的*Horst Eidenmüller*, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft*, *JZ* 1999, S. 53, 60. 此外參閱*Diederichsen/Dreier* (Hrsg.), *Das mißglückte Gesetz*, 1997, 在好幾處。

立法與釋義學之間的聯盟並不限於流傳下來的釋義學。蓋釋義學並非總是經得起驗證的；其可能受阻礙、非必要地被複雜化及被僵化而無法再勝任法之挑戰。適於法體系的新釋義學形塑，可能是必要的，以助立法者制定可信賴及有效用之規範。良好的立法學必須認識到預期的規範所以為據之事實⁴，同樣的，經濟立法及自然科學暨科技的發展亦須賦予有效用的法釋義學知識⁵。如此始能控制與合理化今日時常立於執政黨團或結盟壓力下之法政治⁶。

至於法規範之地點及時間，於此，就法釋義學所言者必須完全相對的去理解。在法釋義學的概念內可不是亦有非相對化者嗎？吾人必須對此問題作肯定回答。在Alessandro Manzoni⁷所撰之名著„I promessi sposi“內修道士Christophorus有謂：「可憐的Renzo，當統治者欲為不公正之事，將始終被迫正當化其行為，如此事物將不同於原來而進展。」即：法釋義學之所以能發揮作用之處，乃在於其有效性，使得法具可預見性——不恣意亦不偏袒的——保障最低限度的平等。

首先，就法釋義學之功能我們得以堅信：法釋義學體系化及穩定實定法之形成與適用，並由內在的批評維持不相矛盾。法釋義學幾乎沒有不受法規範之根本變更影響的位置。其更非位於實定法之前的普遍正義理論；僅係保障法之理性的基本要件。

三、法釋義學之位階

現在這事就有些更複雜了。因為我們有實定法的位階規範，此尤在憲法最高性中表現出來。立法受合憲規範之拘束（基本法第20條第3項）。基本權利拘束立法為直接有效之法（基本法第1條第3項）。憲法

⁴ Christian Starck, Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 1972, S. 609 ff., 亦見於 Starck (Anm. 2), S. 97 ff.

⁵ Christian Starck, Überlegung zur Gesetzgebungslehre, Zeitschrift für Gesetzgebung 3 (1988), S. 1, 14 ff.; 另請參閱在註釋3所引用Gesetzgebung und Dogmatik一書內之文獻。

⁶ 在被確認的目標設定的基礎上有條件的推薦參閱Eidenmüller (Anm. 3), S. 55.

⁷ Alessandro Manzoni, Die Verlobten, Übersetzung von Ernst Wiegand Junker der Ausgabe 1840, München 1960, S. 146.

最高性產生的法釋義學作用在於，憲法釋義學掌控普通法之釋義——當然僅僅就憲法做為框架規範所及而言⁸。對此舉例如下：

(一)法釋義學上由基本權利及法治國原則而來的比例原則⁹，乃有不得任意被變更甚或被放棄的重要意義。毋寧，其係憲法最高性之部分，並且確定行政法之標準化與適用。準此，為保護第三人權利或公益而干預基本權利必須適當、必要及合乎比例。

(二)基本權利作為主觀公權利之理解致使，

1. 於行政法上諸多附帶免除保留之壓制的禁止已轉變為附帶許可保留之預防性禁止¹⁰，

2. 就違法行政處分之結果排除，法釋義學上已建構結果排除請求權¹¹，

3. 最初被認為是法外之地的行政內部領域，即所謂的特別權力關係——例如受刑人及（中小）學生——已獲法律上地位¹²。

這些案例顯示，如何由較高的憲法位階經由法釋義學的新建構，而於普通法位階發生效用，甚且不僅僅在案例來源的行政法，更應能在刑事訴訟法¹³或甚至民法¹⁴領域發生應有作用。實踐上甚幸者，乃在於當

⁸ Christian Starck, Die Verfassungsauslegung, HStR Bd. VII, 1992, S. 205 ff.

⁹ Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961 在好幾處; v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. I, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Rdnr. 242 ff., 249.

¹⁰ 根本的BVerfGE 20, 150 (154 ff.).

¹¹ BVerwG, DÖV 1971, S. 857 暨 Otto Bachof 之評析; 參閱 Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. 1991, S. 247 ff. 之闡述; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2000, S. 177 f.

¹² Christian Starck, Plädoyer für ein Strafvollzugsgesetz, ZRP 1969, 147 ff. 有詳細說明; BVerfGE 33, 1, 99 (Strafvollzug); Hans-Ulrich Evers und Ernst-Werner Fuß, Verwaltung und Schule, VVDStRL 23, 1966, 147 ff., 197 ff. BVerfGE 34, 165, 192 f.; 45, 400, 417 f.; 47, 46, 78; 58, 257, 268 f. (Schule).

¹³ 總結的 Kay Nehm, Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Prozeßrecht und Strafrecht, in: Heyde/Starck (Hrsg.), Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990, S. 173 ff.

¹⁴ 總結的 Volkmar Götz, Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Zivilrecht, in: Heyde/Starck (Anm. 13), S. 35 ff.; Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 23 ff., 71 ff.