

TSINGHUA LAW REVIEW

VOLUME 7 NUMBER 2

清华法律评论

《清华法律评论》编委会 编

第七卷 第二辑

笔谈：当代法学前沿专题

刘 猛 “当代法学前沿”专题按语

陈 征 从第一次堕胎判决中透视德国宪法教义学

赵 晶 迈向“全球史”视野下的中国法律史学——评富谷至编《东亚的死刑》

高丝敏 美国破产法二百年流变：立法、司法和学术

刘 刚 德国的新行政法学

研讨：法治视野下的雾霾治理

亨德里克·沃尔夫 著 / 马进 译 / 王鑫 校 欧美清洁空气的立法趋势：颗粒物与低排放区

汪安娜 我国区域大气污染防治监督机制的构建——基于合作博弈的理论模型

论文

卡尔·弗里德里希·艾希霍恩 著 / 吴训祥 译 / 赖骏楠 校 论德意志法的历史研究

赵春玉 刑法中“准犯”的正名及适用

武 腾 瑕疵担保责任的功能转换：从特殊法律救济到合同义务界定

评论

李斯特 契约即身份——《中国好声音》的法理学批判

明理讲坛

魏耀荣 法治刍议

Albert Sachs 著 / 李若愚 吴雪瑶 译 一个叫亨利的人：南非真相与和解委员会为何选择修复性而非惩戒性正义——萨克斯大法官演讲稿

清华大学出版社

TSINGHUA LAW REVIEW

VOLUME 7 NUMBER 2

清华法律评论

第七卷 第二辑

《清华法律评论》编委会 编

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

《清华法律评论》(第七卷第二辑)分为六个部分,共收录 17 篇文章。第一部分为本辑特稿,对美国的法律顾问制度进行评述。第二部分是“专题:当今法学前沿问题”,介绍了 6 个方面的法学前沿问题。第三部分是“专题:法治治霾”,收录了 2 篇文章。第四部分是“论文”,共收录了 5 篇视角独特、内容新颖的文章,内容涵盖行政法、刑法、民法、比较法多个领域。第五部分“评论”对当今社会热点问题进行了法律解读。第六部分是“明理讲坛”。本书适合法学学者、法律专业学生以及一般读者阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

清华法律评论.第7卷.第2辑/《清华法律评论》编委会编.--北京:清华大学出版社,2014
ISBN 978-7-302-37279-0

I. ①清… II. ①清… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 160068 号

责任编辑:杨爱臣

封面设计:王一超

责任校对:王凤芝

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:清华大学印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×255mm 印 张:11.25 字 数:217 千字

版 次:2014 年 9 月第 1 版 印 次:2014 年 9 月第 1 次印刷

印 数:1~1000

定 价:45.00 元

产品编号:060490-01

《清华法律评论》

第七卷 第二辑 顾问委员会

主 席 章 程

顾 问 委 员 高丝敏 韩逸畴 郝少英 蒋 舸 刘 晗
龙 俊 任 重 屠 凯 王 钢 汪 洋
王欣濛 徐 树

第七卷 第二辑 编辑委员会

主 编 王一超

副 主 编 刘 猛 瞿 见

责 任 编 辑 陈晓彤 方 军 何宛儒 罗恬漩 米 粒
王丽惠 王 鑫 吴 杰 夏引业 杨 祥
张薇薇 章 晶

助 理 编 辑 李若愚 刘东辉 席 茜 许婉霓 颜佳莉
杨绪峰 张一民 郑 佳 朱智丹

卷首语

何处可安禅

沧桑看已惯，是处可安禅。

——寄禅和尚：《冬日偶作》

头陀死了。

1912年初冬的北京，浸透在法源寺浓重的夜里，卧榻上的头陀悄然阖上了双目。门外小松林里风声作响，这样的时刻有些孤寂，甚至凄凉，一如寺外不远的菜市口，那里戛戛的热血似乎还散发着温热。这一切都仿佛昭示着旧时代无可奈何的湮灭和新世界跌跌撞撞的到来。

听到头陀的名号，人们总觉得他头上该是有些癞疥或者什么别的东西，总之模样大约要恐怖些。相反的是，头陀长得金刚巍峨，仿若浮屠宝塔一般。其实头陀与头没什么关系，佛家经典多是梵国传来的文字，中间点缀着不少翻译来的话，一如头陀——这个本意大略为“抖擞”的词语——一样，都是译经师的杰作，相沿日久，也就衍出不少本土的涵义。

头陀最喜爱的译师是鸠摩罗什。这是一位高僧，不仅精研佛法，而且熟稔语辞。他虽然不是汉人，但改梵为秦，横生语趣，这样明晰深厚的洞见是头陀一直歆羡不已的。而头陀呢，他也有自己的体悟。他钟爱写诗，因此得了诗僧的雅号。这大概因为头陀本是性情中人。在头陀年少之时，某日见篱间一大树白桃花，忽遭风雨急打，落英凋零，好不凄然。于是中心大恻，痛哭一场，心生大悲悯，遂投入禅门。这样有些魏晋风流意味的出家故事将西向学佛与东土传道的头陀悄悄统合了起来，如同那些译经师们一样，这样的契合点颇具一种古典意义上的美感。而或许正是这样的美感，使头陀在出入凡尘之时，始终保有着温暖的关怀与神圣的光辉。

然而，头陀竟然死了。他威严的躯体虽非少壮，却远未垂老。大约是因为佛法，可能更是因为尘世，归结起来，却是因为一场法律官司：头陀来北京为湖南攘夺佛家庙产的案件奔走请愿，不意却见辱于礼俗司，以致忿恨难平，胸膈作痛，于中宵示寂。

头陀其实是欢迎法律的。共和初建，他比谁都热情地欢迎这个新世界的到来，办报纸，建社团，组织请愿，聘请律师，依照的都是《临时约法》的规定。他甚至得到了临时大总统一封满载法律条文的复函：“《民国约法》第五条，载明中华

民国人民一律平等，无种族阶级宗教之区别；第一条第一项，载明人民有信仰之自由。条文虽简，含义甚弘。”是的，头陀确实相信这些条文“虽简”，但是“含义甚弘”，以至于这一次他与礼俗司长之间的交锋都是“据《约法》相诘难”。人们见惯了老和尚以佛家妙法打机锋，但这一次，头陀的打机锋居然成了一场法律论辩。

一生尊奉佛家律戒的头陀，却因俗世法律而亡。头陀圆寂前所念念不忘的，不是《楞伽》也不是《法华》，却是刚刚写成数月的《临时约法》——而不久之后，这部约法也将回归它“临时”的宿命，正如同头陀一样，他们都没有时间思考永恒，只是一直忙于与当下的鏖斗。这里与法律的关联有着某种“吾虽不杀伯仁，伯仁由我而死”的意味。这本身就是一场具有标志意义的悲剧。头陀不是塞万提斯那里战风车的骑士，也不是卡夫卡的城堡之下的测量员。他以如此开放乃至欢欣的态度拥抱着新时代及其所宣扬的法律，却远低估了这“三千年未有之大变局”的力量——此时的译经师早已不是当年的鸠摩罗什了，头陀没有发觉，他们早就不再是弘道的圣徒。在这样的风雨如晦之中，头陀这种古典而精致的存在不仅是无益的，甚或是有害的。头陀必须死，正如时代必须生一样。头陀因为对一株白桃花的大悲悯之心而脱出尘世，自己却仍逃不过被他所悲悯的那般命运，这本身就让人唏嘘感喟，“幽冥之中，负此良友”。

直到第二天清晨，人们才发现早已圆寂的头陀。他安静地躺在床榻上，右胁作吉祥卧——这是一种佛祖一样的睡姿，头陀依然选择以一种佛家的姿态结束他六十二年尘世的旅途。头陀也许看到过法源寺里“法海真源”的匾额，但他不曾看到的是，他所津津乐道的“法律”的真正源头，是比佛法的西方世界更西的地方。在这座昭示众法之源的寺庙里，头陀始终无法意识到这些源头对身下这方土地的改变究竟将如何地深刻。

头陀终究死了，但他身后壮阔而诡谲的时代才刚刚开启。不多年后，在施蛰存的笔下，将军也死了，头陀所钟爱的鸠摩罗什却在这场生死爱欲之中以别样的方式活了过来。以番邦技法训练大唐士兵的花将军死了在征西的途中，而鸠摩罗什在西域前往东土的路上却蓦地鲜活了起来——虽然这是一个消散了光辉、褪尽了悲悯的罗什——他从一位神圣的译经师堕落，或者还原成了人。而头陀呢，他总归不曾堕落，“一个蒲团一甲子，被人唤作六朝僧”。

头陀苦心寻觅的安禅之处早已在沧桑变换中被遗忘了踪迹。头陀终究也是要被人忘掉的，一如他头角峥嵘之时所哭的那一株白桃花一样，春雨急骤之后，娇嫩的花瓣大约并不适合迎接终将到来的热烈夏日吧。

沧桑看已惯，何处可安禅？

瞿见

二零一四年四月

于右岸

清华法律评论

第七卷 第二辑

目 录

笔谈：当代法学前沿专题

- 1 刘猛/“当代法学前沿”专题按语
- 3 陈征/从第一次堕胎判决中透视德国宪法教义学
- 10 赵晶/迈向“全球史”视野下的中国法律史学——评富谷至编《东亚的死刑》
- 22 高丝敏/美国破产法二百年流变：立法、司法和学术
- 30 刘刚/德国的新行政法学

研讨：法治视野下的雾霾治理

- 38 亨德里克·沃尔夫著 马进译 王鑫校/欧美清洁空气的立法趋势：颗粒物与低排放区
- 54 汪安娜/我国区域大气污染防治监督机制的构建——基于合作博弈的理论模型

论 文

- 67 卡尔·弗里德里希·艾希霍恩著 吴训祥译 赖骏楠校/论德意志法的历史研究

77 赵春玉/刑法中“准犯”的正名及适用

103 武腾/瑕疵担保责任的功能转换：从特殊法律救济到合同义务界定

评 论

124 李斯特/契约即身份——《中国好声音》的法理学批判

明理讲坛

143 魏耀荣/法治刍议

154 Albert Sachs 著 李若愚、吴雪瑶译/一个叫亨利的人：南非真相与和解委员会为何选择修复性而非惩戒性正义——萨克斯大法官演讲稿

笔谈：当代法学前沿专题

“当代法学前沿”专题按语

刘 猛*

毋庸讳言，中国的现代法学舶自欧西，亦步亦趋，直至今日，日渐成熟。如何实现从“在中国的法学”到“中国的法学”之转变，支撑了近百年法律学人的心力思考。然而，当今法学，学人大多孜孜于具体问题的分析和解释，以期影响立法和司法，实现法学作为应用型科学的原初功能；而对于法学的过往及未来兴味索然甚少问津，法学学术史及发展趋势之类的著述少之又少。

对于一门成熟的学科来说，学术史必不可少。它的功用约略涵括三项：一是梳理本学科发展过程；二是引导初学者登堂入室；三是开创新知的基石。诚如陈平原教授在《学术史丛书》“总序”中所言：“学术史研究，说简单点，不外‘辨章学术，考镜源流’。通过评判高下、辨别良莠、叙述师承、剖析潮流，让后学了解一代学术发展的脉络与走向，鼓励和引导其尽快进入某一学术传统，免去许多暗中摸索的工夫——此乃学术史的基本功用。”学术史的著述，在科技整合的今天，也利于其他学科了解法学；在学术专门化的当下，易于初入法学者了解学术发展大势，避免拾人牙慧多走弯路。因此，西方法律学术史成为研习法学的必备课程；也是构建中国法学的必修作业。对症亦知须药换，出新何术得陈推。推陈出新须是在完全理解西方原版学术之后，非对于西方各部门法源流、变迁、当前情状了然于心，无法达致。故此阶段，西方法学史尤显重要。

但是，学术史是一个庞大的系统工程，非朝夕作业，不容易书写。鉴于此状，本刊设此专题，先着手其中一部，也即当代法学的前沿概况。专题诸文，或宏观概述，或选取一点，以期点滴介绍学术要点，补前修所未逮、示来者以轨则。

* 本刊编辑：清华大学法学院博士研究生。

八十年前,清华史学家陈寅恪先生不满那时学术现状,慨言“夫吾国学术之现状如此,全国大学皆有责焉,而清华为全国所最属望,以谓大可为之大学,故其职责尤独重”。如今景况,实则并无河东河西之变,愿《清华法律评论》可以为法学发展贡献一份力量。

二〇一四年四月于清华园

从第一次堕胎判决中透视德国宪法教义学

陈 征*

一、引言

或许基于“二战”严重践踏人权的历史,在“二战”结束后的十余年,德国宪法学界研究的重点始终在基本权利领域,而关于国家制度的研究则相对薄弱。此后,德国宪法学界开始逐渐关注国家制度的研究。当前,对基本权利和国家制度的研究可谓并驾齐驱。尽管德国宪法学界的研究领域十分广泛,但与刑法学、民法学等部门法学类似,宪法学始终以法教义学为主要研究方法。^①

“法教义学”对应的德文是“Rechtsdogmatik”,其他的译法还包括法释义学、法律释义学、法律信条论、法律教义学、教义学法学等。法教义学是一门将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑的前提,并以此为出发点开展体系化与解释工作的规范科学。^②在德国人的观念中,法教义学是法学的本义,其他诸如法哲学、法社会学、法史学,只是基于其他学科视野和方法对法律的研究。^③

在德国,法教义学发展的两大推动力分别来源于学术文献和司法判决。从宪法学角度观察,联邦宪法法院一些经典判决对宪法学理论的贡献甚至大于经典宪法学文献。鉴于此,本文将概括式的介绍德国联邦宪法法院第一次堕胎判决^④的主要内容,并借此对德国宪法基本权利教义学的研究方法进行简要描述。

二、第一次堕胎判决中涉及的重要理论

1975年2月25日,德国联邦宪法法院针对《刑法第5修正案》中所谓的“期

* 北京师范大学法学院副教授;德国汉堡大学法学博士。

① 张翔:《宪法教义学初阶》,载《中外法学》,2013(5)。

② 白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,载《环球法律评论》,2010(3)。

③ 参见张翔:《宪法教义学初阶》,载《中外法学》,2013(5)。

④ BVerfGE 39, 1.

限规定”是否符合《基本法》做出判决。依照“期限规定”,在满足特定条件的情况下,在怀孕开始的12周内实施的堕胎行为免受刑事处罚。联邦宪法法院最终判决这一规定违背了《基本法》。整个判决内容涉及的观点和理论有三:第一,基本权利主体资格并非始于出生;第二,基本权利作为客观价值秩序具有国家保护义务功能;第三,当存在基本权利的冲突时,国家需要对相互冲突的价值进行权衡。

1. 基本权利主体资格

通常认为,具有基本权利主体资格的自然人是指在世的自然人。由于尚未出生的人和已经死亡的人无法表达见解(《基本法》第5条第1款),无法集会(《基本法》第8条),无法成立社团(《基本法》第9条第1款),无法从事职业(《基本法》第12条)……^⑤因此无法成为基本权利的主体。但在第一次堕胎判决中,联邦宪法法院却通过文本解释和历史解释的方法认定胎儿属于基本法意义上的人故而享有生命权和人尊之尊严。

根据文本解释,德国《基本法》第2条第2款第1句规定:“任何人都享有生命权……”根据生理学知识,生命至少从怀孕后的第14天起就已产生,由此开始的孕育过程是一个持续性的过程,无法准确将人之生命不同孕育阶段割裂开来。因此,第2条第2款第1句的保护既不局限于已经完全出生的人,也不局限于独立具备生存能力的胎儿。第2条第2款第1句中的“任何人”指的是“任何生存着的人”,包括未出生的具有人本质特征的生命,不得将孕育中生命的各个阶段或者将未出生和已出生生命之间做出差别对待。^⑥联邦宪法法院在之前的判决中坚持“在不确定情况下选择能够使基本权利规范发挥最大法律效力的解释”这一原则,^⑦此处所做的这一扩大解释与此前确立的这一原则一致。

此外联邦宪法法院认为,通过对第2条第2款第1句的历史解释也可以论证上述观点的正确性。德国人党(Deutsche Partei)党团曾提议将对胎儿的保护明确写入对生命权的保护条款中,但该提议未获得多数支持,主要原因是根据委员会中的多数观点,基本法对生命权的保护包括了胎儿的生命。^⑧

这一判决对于基本权利主体资格的认定具有重要意义。在今天,德国学术界已经形成共识,某些特定基本权利的主体资格可能产生于出生之前,而名誉权等基本权利的主体资格则可能存在于死亡之后。

^⑤ Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Staatsrecht II, Grundrechte, 25 Aufl. Heidelberg 2009, Rn. 118f.

^⑥ 参见陈征:“第一次堕胎判决”,载张翔主编:《德国宪法案例选释(第一辑):基本权利总论》,144页起,北京,法律出版社,2012。

^⑦ BVerfGE 32, 54 (71).

^⑧ 参见陈征:“第一次堕胎判决”,载张翔主编:《德国宪法案例选释(第一辑):基本权利总论》,144页起,北京,法律出版社,2012。

2. 基本权利的国家保护义务功能

众所周知,宪法规定基本权利的主要目的是防御来自国家的侵害,基本权利具有保障个体自由不受国家侵犯的防御权功能。相对于国家而言,公民行使基本权利不需要任何正当理由,而国家限制公民的基本权利在宪法上则必须具有正当性。除了防御权功能,德国联邦宪法法院还通过一系列判决发展出了基本权利的其他功能,其中最重要的两项功能就是国家给付义务功能和国家保护义务功能。

给付义务是指国家为了使公民实际上能够真正实现基本权利而积极创造客观条件(主要是物质方面条件)的义务。比如,对科研自由的保障还包含了国家通过积极促进措施为科研创造客观物质条件的义务。^⑨基本权利具有给付义务功能表明其不再是单纯的自由权,还可作为社会权适当发挥效力。事实上,对社会权的保障早在《魏玛宪法》中就已明确体现出来,但为了避免大量详尽的社会保障性规定沦为无法实现的承诺,《基本法》则仅包含极少的社会保障规定,但明确了德意志联邦共和国是社会的联邦国家(第20条第1款)以及社会的法治国家(第28条第1款第1句)。宪法的社会国家原则对于基本权利从单纯的防御权功能拓展至给付义务功能起到了辐射和推动作用。

早在吕特案判决(Lueth-Entscheidung)^⑩中,联邦宪法法院就明确承认了基本权利具有客观法价值决定(objektiv-rechtliche wertentscheidungen)属性。而在第一次堕胎案判决中,联邦宪法法院对其做了进一步确认,基本权利“不仅是个体针对公权力的主观防御权,同时还是宪法的客观法价值决定”,基本权利的这一属性不仅“影响着整个法律体系”,还应该被视为“立法、行政和司法的方针与推动力”。^⑪更重要的是,联邦宪法法院从基本权利的客观法价值决定属性中发展出来了基本权利的国家保护义务功能。^⑫依照国家保护义务理论,当公民基本权利遭到其他私人的侵害时,国家有义务采取积极有效的保护措施。

如果说基本权利的防御权功能保障公民的基本权利不受国家侵犯,国家在此首先负有不作为义务,那么国家保护义务功能和国家给付义务功能则与之相

⑨ 陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,载《法学研究》,2008(1)。

⑩ BVerfGE 7, 198.

⑪ BVerfGE 39, 1(41).

⑫ 起初联邦宪法法院认为国家保护义务应该从宪法对国家的委托中得出,这一点在《基本法》第6条关于国家对家庭和子女的保护中体现得尤为明显。联邦宪法法院认为,“国家不仅有权利,而且有义务确保对子女的看护和教育。”参见 BVerfGE 24, 119(144)。此后,关于对在海外德国公民的人身及财产权等方面的保护问题上,由于无法再从宪法对国家的委托中得出保护义务,因此宪法法院在其判决中对国家保护义务的宪法基础进行了补充。宪法法院认为国家还有履行外交保护的义务。当国家同别国缔结了关于保护本国公民的协议时,国家就履行了其外交保护义务。参见 BVerfGE 41, 126(182)。在最近的一系列判决中,宪法法院发现在其他很多情况下国家均应履行保护义务,必须进一步拓展国家保护义务的宪法基础。最终,国家保护义务具有与第三人效力相同的宪法基础,除了《基本法》第1条第1款第2句,基本权利的客观法性质也是国家保护义务功能的宪法基础,国家保护义务原则上可以从所有作为自由权的基本权利中导出。

反,它们首先要求国家积极作为,个体处于只有在国家采取某种积极措施,即从国家那里受益的情况下才能够实现其自由的状态。与此相应,两项功能可以统称为基本权利的受益权功能。但是由于国家保护义务保障公民的自由不受侵犯,因此它同防御权一样首先体现了法治国家中的自由权理念,而不是社会国家中的社会权理念,在这一点上它与国家给付义务不同。^⑬

具体而言,由于立法是国家保护公民基本权利最重要且最有效的方式,因此保护义务首要约束立法机关。^⑭在客观条件成熟的情况下,立法机关有义务通过立法使基本权利的价值得以实现,从而使行政机关和司法机关可以直接适用这些法律。在此,宪法基本权利条款对立法者做出了限制。一方面,立法者要坚持预防措施优先于压制手段的主导思想,而且根据比例原则中的必要性原则,刑法属于最后的保护手段,仅当对社会公共生活构成较大程度的危害且不存在其他同样有效的手段可供选择时,立法者才可以制定刑法。但另一方面,联邦宪法法院根据针对国家侵害基本权利时所适用的“过度之禁止”(Übermaßverbot)原则发展出“不足之禁止”(Untermaßverbot)原则。依据“不足之禁止”原则,当国家对基本权利所采取的保护措施明显不充分时,则违反宪法要求的保护义务。照此,当无法通过其他方式实现宪法所要求的保护义务时,立法者有义务制定刑法进行保护,这尤其适用于保护具有重要价值的法益。既然国家有义务以不过度介入的方式尊重作为防御权的基本权利,那么其同样须以不满足于保护不足的方式来尊重作为保护义务的基本权利。

可见,联邦宪法法院一方面要求确保全部保护措施的共同作用必须能够提供一种与所保护法益的重要性相匹配的保护;另一方面又明确只有在无法通过其他方式提供宪法所要求的保护时,立法者才有义务制定刑法来保护孕育中的生命,即要求国家在履行保护义务的同时,还必须尽可能使另一方基本权利受到的限制最小化。若国家对受害方的保护效果无法达到宪法要求,则违背了“不足之禁止”原则;若国家保护过度从而侵害了另一方的基本权利,则违背了“过度之禁止”原则,另一方在满足特定条件的情况下可以利用防御权功能进行防御。可见,无论是违反不足之禁止原则还是过度禁止原则,均构成违宪。

虽然立法者受到“保护不足之禁止”和“保护过度之禁止”的双重限制,但基于分权原则,其在履行保护义务时仍然享有一定的决定空间。这主要体现在两个方面:第一,立法者可以选择在公法还是私法领域进行保护,仅当其他手段无

^⑬ 联邦宪法法院认为基本权利的“目标首先是(作为)个体权利、人权和公民权对个人自由中受到特别威胁的具体领域进行保护”,基本权利的客观法属性不得导致防御权功能的意义退居次席。参见 BVerfGE 50, 290(337)。

^⑭ 在此前,联邦宪法法院创立了符合基本权利之解释(grundrechtskonforme Auslegung)以及基本权利的间接第三人效力理论,国家可以在适用法律时通过对概括性条款和不确定概念的合宪性解释将宪法价值注入普通法律领域并借此履行保护义务。通过第一次堕胎判决,国家不仅须通过对法律的合宪性解释,还有义务直接通过立法履行保护义务。

法有效保护受到威胁的具有重大意义的法益时,才须制定刑法规范。第二,立法者既可以向被侵害方提供某种保护措施,又可以直接对侵害方进行干预;后者除了监督、限制或禁止特定行为,还包括制定预防性和引导性规范。^⑮

在生命权问题上,正如联邦宪法法院判决中所言:“国家的保护义务是广泛和全面的,不仅当然要禁止来自国家自身对于孕育中生命的直接侵害,还要求国家对于这类生命采取保护和促进措施,主要指防止来自他人的违法侵害。”联邦宪法法院还进一步指出:“所保护的法益在基本法价值秩序中的等级越高,国家就越须认真履行保护义务……人的生命在基本法秩序中具有最高价值,是人之尊严的生命基础和其他全部基本权利的前提。”“国家针对每一个人生命的保护义务不仅可以直接从第2条第2款第1句中导出,还可以从第1条第1款第2句这一明确规定中得出,因为孕育中的生命也受到第1条第1款人之尊严的保护。”“人并非在出生之后才有尊严,孕育中的生命同样享有人之尊严。只要存在人之生命,就存在人之尊严。”“至于主体是否意识到这一尊严,是否知道维护尊严,并不起决定作用。”^⑯虽然胎儿和母亲之间有着特殊的联系,但胎儿不只是母亲身体中的一部分有机体,更是受到宪法保护的独立的人,因此堕胎具有社会意义,国家可以甚至需要介入和规制。因此,在堕胎问题上采取刑法惩戒手段完全正当。

联邦宪法法院在判决中还明确了一点:在立法者选择保护手段时,必须考虑到法律本身对公众价值判断所起到的导向作用,这尤其适用于刑法规范。照此,基本法要求法律秩序对堕胎行为持如下基本立场:国家原则上必须认为堕胎不正当,法律规范必须明确表明禁止堕胎的立场,国家不得通过认可一个法律自由空间并维持中立来逃避责任,从而将自主决定权交给个人,否则就违反了基本法所要求的对生命权的保护义务。

3. 基本权利的冲突

基本权利的冲突是指某一个体在行使自由权时与其他个体的自由权或平等权所产生的冲突。

在堕胎问题上,《基本法》第2条第1款所保护的施展人格自由包括了最全面意义上的行为自由,当然也包括对孕妇自我决定权的保护,孕妇原则上可以选择不做母亲,不承担母亲应尽的义务。但这一受到宪法保护的权利并非不受任何限制,依据第2条第1款,任何基本权利都要受到他人权利、宪法制度和道德法的限制。因此,行使基本权利不得不正当介入他人受到保护的法律空间,更不得伤害他人生命,这尤其适用于行为人对这一生命负有特别责任的时候。

鉴于孕妇自主决定权与胎儿生命权之间存在冲突,而且堕胎必然会毁掉胎

^⑮ 参见陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,载《法学研究》,2008(1)。

^⑯ 参见陈征:“第一次堕胎判决”,载张翔主编:《德国宪法案例选释(第一辑):基本权利总论》,144页,北京,法律出版社,2012。

儿生命,即这一冲突无法调和,国家只可保护其一,因此国家有必要对冲突的法益进行权衡。联邦宪法法院认为,权衡时“要考虑两项宪法价值与宪法价值体系的核心——人的尊严的关系”。显然,较之于孕妇的自主决定权,人的生命与人的尊严关系更为紧密。根据“最受保护的平衡”原则并考虑到第19条第2款,^{①⑦}对胎儿生命的保护必须优先于对孕妇自主决定权的尊重,“这原则上适用于整个怀孕期间,而不仅在特定期限内。”^{①⑧}

然而,在解决孕妇自主决定权与胎儿生命权冲突的问题上并非不存在例外情形。如果孕妇在继续怀孕的情况下生命会受到威胁或者健康可能受到严重损害,那么国家不得要求其继续怀孕,此时即构成无法期待之情形。立法者还可以将类似严重的非同寻常的负担视为无法期待由孕妇来承受的负担,这些情况下的堕胎免受刑事处罚。在界定是否可以期待孕妇继续怀孕时,联邦宪法法院认为:“至少应将负担不重的情况排除在外,因为这属于任何人都能够承受的正常情形。”事实上,此时与胎儿生命权相冲突的已不再单纯是孕妇的自主决定权,还包括其健康权甚至生命权。

三、第一次堕胎判决的后续影响

通过上述分析不难看出,《刑法第5修正案》中的“期限规定”不符合基本法。在第一次堕胎判决之后,联邦宪法法院还在施莱耶案(BVerfGE 46, 160)、Mülheim-Kärlich案(BVerfGE 53, 30)、飞机噪音案(BVerfGE 56, 54)、贮藏化学武器案(BVerfGE 77, 170)、航空安全法案(BVerfGE 115, 118)等判决中强调了基本权利具有主观权利和客观价值秩序的双重属性。但在针对航空安全法的判决中,联邦宪法法院对国家的保护义务做出了内容上的限制,指出保护义务功能绝对不得比防御权功能作用范围更广。

在1993年5月28日的第二次堕胎判决中,联邦宪法法院将国家保护义务与给付义务进行了结合,认为单纯依靠刑事惩戒对于保护胎儿生命的作用有限,刑事惩戒必须与为孕妇提供的专业咨询以及在住房、学习、工作等方面的一系列福利措施配套进行。立法设计咨询制度以及相关福利措施本属于国家给付义务范畴,但这些措施在客观上却可以降低孕妇堕胎的愿望,从而起到对胎儿生命的保护作用。联邦宪法法院明确表示,国家的保护义务不仅局限于防御来自他人对孕育中生命的侵害,还包括使孕育中生命免受那些阻止分娩意愿的,源于孕妇家庭和其他社会环境影响的,或者源于孕妇和家庭的当前以及未

^{①⑦} 《基本法》第19条第2款规定:“任何情况下均不得侵害基本权利的实质内容。”

^{①⑧} 参见陈征:“第一次堕胎判决”,载张翔主编:《德国宪法案例选释(第一辑):基本权利总论》,144页起,北京,法律出版社,2012。

来可预见的真实生活条件的危险。^{①⑨}

在第一次堕胎判决之后,德国宪法学界关于基本权利国家保护义务功能的研究日益繁荣。当前普遍认为,当国家通过(合法)行为在客观上直接或间接使第三人侵害公民的基本权利成为可能时,公民尤其应享有请求国家保护的主观权利。虽然这一侵害行为或许不能归责于国家,甚至其可能是客观无法预料且无法避免的,但国家的行为毕竟导致受害方的基本权利地位弱化,公民理应享有请求国家采取充分保护措施的主观权利。^{②⑩}

编辑:刘猛

^{①⑨} 参见陈征:“第二次堕胎判决”,载张翔主编:《德国宪法案例选释(第一辑):基本权利总论》,159页起,北京,法律出版社,2012。

^{②⑩} Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992, SS. 162-165.