

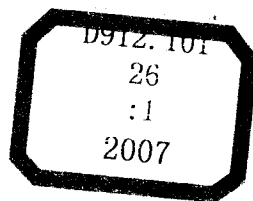
法治国公法学 原理与实践

| 陈新民/著 |



FAZHIGUOGONGFAXUE
YUANLIYUSHIJIAN

中国政法大学出版社



法治国公法学 原理与实践

| 陈新民/著 |



FAZHIGUOGONGFAXUE
YUANLIYUSHIJIAN

中国政法大学出版社

序

目前呈现在读者眼前的论文集,是今正届满五十寿辰陈新民教授的一套令人印象深刻,且研究领域广阔的学术成果。这些题材丰富论文的主要思想,是以中国法律及法学的角度,来讨论法治国里公法学的理论与实务问题。而讨论的素材也以比较法的方式,讨论了不少欧洲(特别是德国)及美国法与宪法规范的基本原则。能够跨越出国界藩篱之外,为法治国的宪法及行政法探究出确切可信的许多原理与体制,正是陈教授宏大、丰硕的贡献。这些论文所探讨的领域之一,是多面向讨论宪法基本权利所树立的个人、经济及政治自由,以及其保障的问题。法治国理念同样也涵括了其他主要是靠立法来尊重及实践的原则,例如法律安定性、信赖保护、体系正义、无恣意的事实正义、依法行政及透过独立审判所达到的有效的权利救济。

陈教授的研究也显示出来,一个法治国有一定的历史、政治及制度上的条件。法治国的条件首先须实施宪政,并以保障基本人权作为国家的基本柱石。国家运行之型態当以政治自由、新闻独立、为公众谋福利的政党所组成的议会式民主,以及自由选举等作为基本要素。国家不仅在内在面要有维护人民自由权利,担负起防卫及安全之职责的认知,同时也要在外在行为上,确保人民权利的实践,并建立、实行违宪审查制度。

透过高度启发性及高度学理融贯的学术成就,陈教授无疑的当成为故乡的一位学术大师,并指引法律学界作者与政治实务一个发展方向。未来一旦发生法律或宪法疑难,陈教授的著作也必能提供有用的见解,来给问题找出公正且充分的答案。我们祝贺、并感谢陈教授的贡献,并期盼他日后有继续不绝的创作出现。

彼德·巴杜拉

于2005年7月 德国慕尼黑

自序

这一套论文集收集了我自1983年由德国慕尼黑大学完成学业返回台湾从事公法学的研究与教学过程中,所发表的几十篇学术性文章。其中有若干篇为翻译或译评性质,但大多数为论文。所探讨的方向环绕在法治国原则,以及由此原则衍生出基本权利的保障及军事宪法的探讨。

按法治国是指国家摆脱人治,用以追求公平正义的法治来替代的一种国家型态,法治国的产生,也象征人类法政文明最光辉的时代来临。建设国家成为实至名归的法治国,已经是世界各进步国家公法学界长年来努力的鹄的。

中国自从全国人民代表大会在1999年修宪(第五条一款),正式确定了“依法治国”,建立“社会主义法治国”的立国方针。如何来落实建立法治国的最高国策,便是各个领域的法律工作者,特别是公法学界一个责无旁贷的神圣使命。

法治国是以“依法治国”的方式显现出来。乍看之下似乎是一个简单的法政工程——国家只要多立法,各机关“照章办事”便可。随着国家社会日益发展,并走向国际化,国家的法令已非“多如牛毛”所能形容。各种形式与内容的法规、管制及争议,都使“依法治国”的理想可能变成漂亮的口号,且形成官僚形式主义、降低行政的效率、妨碍社会进步的罪魁祸首,甚至成为“依法刁难”的护身符。所以“依法治国”只是法治国理想达成的手段,它还需要法治国的“精神要素”来作为指导原则。这些构成法治国“立法品质”的精神层面要件,包括:法律安定性、不溯及既往、信赖保障、合理原则(比例原则)……,都必须体现在立法者的认知与肯定之上,形成一套法律体制。这便是公法学者要探讨的内容。至此我们就必须要跨出国界,向对法治国理论研究已早于中国数十年的欧、美法学界虚心讨教。不仅要知其然,也要知其“所以然”。逐渐的,“真理无国界”会产生说服力。

当然,决定一个国家法律的内容及价值,不外历史、文化因素、政治现状及人民的价值观,法律的移植困难度较高,也在于“水土适应”的问题。公法亦然。公法涉及到规范国家公权力的运作,更是充满现实性考量。不过也因为公法通常具有动人的号召力,可以赋予国家管理者努力的动因,导致了公法的革新能够加倍的快速、超越其他法律领域发展的速度。中国内地近十年来行政法学的飞跃成长,可以

说明、支持这个论证。

回想 1975 年我在台湾大学法律系二年级就读时,拜读英国宪法学大师戴雪(A. V. Dicey)的《英宪精义》,初次接触到公法学奥妙,使我暗下决心走上研究公法之路,迄今正满 30 年。在台湾大学法律系毕业后,我即负笈德国慕尼黑大学,受教于公法学大师彼德·巴杜拉教授门下。慕尼黑大学公法研究所有一个馆藏极为丰富的公法图书馆,3 年来我几乎每天在这个图书馆花上十多个钟头,看到无数无名英雄的公法前辈们一生心血累积出来学术论述,百年来一行行排列在老旧书架上,我的心中感动油然而生。德国自 20 世纪以来,几乎少有一个新的法律问世,学界没有专门论述的著作出现;也少有一个重要的法条、争议较大的法院判决,学术刊物上没有讨论评析的文章……,这些点点滴滴的法学泉涌,假以时光累积,终必成为浩浩荡荡的“法学洪流”。

我在慕尼黑大学公法图书馆就如同荒漠中寻找着了甘泉,1983 年初返台时,我的行李中装载至少五百篇德国公法学的重要论文,使我一开始撰写学术论文(如本文集第一篇的《论宪法委托之理论》、第二篇的《宪法基本权利及对第三人效力之理论》)都有极丰富的资料可供援引。国外,特别是德国公法学广阔的穹苍,无数繁星闪烁,正可以为我们建设为一个法治国,提供许多公法学上有用的、经得起时代与学理检验的理论及制度架构,免去许多凭空想像或瞎子摸象之光阴浪费!

公法学的学理深如广洋,我个人管窥不到万一;何况本文集写作横跨 20 年,前后语句不顺,且见解不够圆熟之处,一定甚多,还望海内外方家不吝教我为盼!若这些拙文能给予读者诸君一点启示,或若干对自己理想的信心,愚愿已足矣!

本论文集能够顺利出版,首先应该感谢中国政法大学出版社李社长传敢兄大力促成、鼓励;张越主任的热心督促,我的助理张源泰、林琦恩、陈宥群及范圣孟四位先生任劳任怨的校正原稿,统一格式,功不可没,在此重申谢意。恩师巴杜拉教授也赶在论文付梓前惠赐序言,师恩如山高水长,更令我感念!本论文出版时,恰逢我五十初度,还念父母生我劬劳,呵护倍至,我愿以本文集呈献给父母尊前,以示永仰之敬意焉!

陈新民

于 2005 年 9 月中秋前

台北“中央研究院”

目 录

第 1 篇	论宪法委托之理论	(1)
第 2 篇	宪法基本权利及对第三者效力之理论	(32)
第 3 篇	论社会基本权利	(75)
第 4 篇	平等权的宪法意义	(93)
第 5 篇	平等原则拘束行政权的问题	(106)
第 6 篇	论宪法人民基本权利的限制	(128)
第 7 篇	新闻自由与司法独立	(169)
第 8 编	耶林论法官的独立性	(204)
第 9 篇	德国紧急宪法立法过程(译)	(211)
第 10 篇	戒严法制的检讨	(227)
第 11 篇	国民抵抗权的制度与概念	(245)
第 12 篇	宪法财产权保障之体系与公益征收之概念	(277)
第 13 篇	公共利益的概念	(325)
第 14 篇	公益征收的目的	(350)
第 15 篇	论公益征收的补偿原则	(360)
第 16 篇	一个新的立法方法	(392)
第 17 篇	立法者的审慎义务与释宪者的填补任务	(423)

第 1 篇

论宪法委托之理论

不要存心放弃自己之责任,更别妄想将它推卸给别人,要认识自己的特权,将之归入于职务的范围来实践之。

——尼采,罪恶的彼岸,第二七二节

壹、前 言

在任何国家的宪法,对于其所规定之事项,都不可能在这部宪法内,毫无保留的,巨细靡遗的规定。而是,赋予立法者订定法律,来达成之。这种由立宪者在宪法内,规定由立法者有所作为的指示,可称之为宪法委托(Verfassungsauftrag)。^{〔1〕}对于这种宪法委托的概念,^{〔2〕}法律效果以及附随而来的立法不作为诸问题,似有值得吾人研究之必要。由于台湾地区尚未有相关文献讨论,故权以德国法的眼光作一探讨。

〔1〕 J. Lücke, Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, AÖR, Bd, 107, S. 22.

〔2〕 对宪法委托的用语,尤其是委托之用语,并非相当具体。因为依《德国民法》第六六二条(委托)的法律性质,皆是以受任人同意承受事务为义务产生之前提。但是,在宪法委托时,则不以立法者之允受委托为必要。T. Maunz, Verfassungsaufträge an den Gesetzgeber, BayVBl 1975, S. 601.

贰、宪法委托的古典概念 ——方针条款

一、威玛时代的方针条款概念

在第一次世界大战以前的德国宪法思潮,主要是致力于界分国家权力以及确保人民权利之上,宪法的功能也就在使国家权力的运作,能纳入法的轨距,并且使得法治国家原则,自由原则以及人民的政治参与权(参政权),能获得确立。一直到第一次世界大战结束,《威玛宪法》诞生,宪法的内容,增加了对国家政治发展一种前瞻性的期待。《威玛宪法》第二篇(第一零九条以下)系规定德意志人民之基本权利及基本义务;而其中第二章共同生活(Das Gemeinschaftsleben)及第五章经济生活(Das Wirtschaftsleben)就是这种宪法内容新要求的表现。^[3]

然而,宪法委托的概念,正式踏入宪法学界及学术界,是导源于争论《威玛宪法》第二篇基本权利及义务所宣示的人民基本权利是否具有直接的拘束力,亦即,宪法规定人民拥有基本权利之条文,是否产生了直接创设人民权利(如同法律之规定一样)的效果。^[4]这个问题不仅牵涉到宪法的功能,是否针对立法者而为(然后行政及司法(法院)再经过立法者制定法律行使其权力),抑或可以直接越过立法者立法此一阶段,产生直接拘束人民、行政及司法之积极法律效果,是而,宪法及一般法律之关系,亦面临检讨。

依德国古典宪法学者,例如大学者拉邦德(Paul Laband)的学说,认为宪法及一般法律,都是民意反应的结果,宪法及法律都是由国会所议决,所以具有“实质的同一性”,所差别的只是,宪法及法律,有外在的、形式上的修改程序的难易罢了。^[5]拉邦德之看法,亦受到另一个名学者耶律纳克(Georg Jellinek)的赞同。^[6]

威玛时代的学者,对于宪法规定的问题,作了较深入的探讨,诸如:

[3] K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1997, S. 62.

[4] R. Herzog, in: Evangelisches Staatslexikon, 1975, S. 1934.

[5] P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II, 5. Aufl. Tübingen, 1911, SS. 39, 72; E. Wienholtz, Normative Verfassung und Gesetzgebung, Die Verwirklichung von Gesetzgebungsaufträgen des Bonner Grundgesetzes, 1968, S. 18.

[6] G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3 Aufl. Berlin, 1914, SS. 532, 534; dazu, Wienholtz, aaO. S. 18, Fn. 23.

(一) 安序兹 (Gerhard Anschütz)

德国 20 世纪最有名的宪法学者安序兹权威的《德国宪法》一书 (Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919), 系威玛当时, 最脍炙人口, 传颂一时之巨作。在讨论《威玛宪法》规定之基本权利条款, 能否赋予德国人民, 可以直接行使之权利时, 安序兹认为, 并非所有的宪法条文, 皆能赋予人民直接之权利。而是应区分下列两种不同性质的宪法条文而定:^[7]

一是: 狭义的及严格意义的法规: 这些法规系具有实时的, 可适用的效果, 并可使和其抵触的前法 (业已存在, 施行的法律) 无效。例如《威玛宪法》第一零九条三项二款, 四项、五项 (贵族称号, 称号、勋章之不得颁给, 德国人民不得接受外国政府颁赠之勋章, 称号); 第一三九条 (星期日应休假); 第一四五条一项 (一般性之国民教育义务) 等。

二是: 单纯的法律原则 (blosse Rechtsgrundsätze)。宪法的条文, 属于单纯的法律原则者, 并不能直接产生法律效果, 亦即无直接适用性, 必须等待立法者, 制定实行法律后, 才有施行之可能。对于和这种宪法条文有所抵触的前法, 亦必待立法者颁布特别法后, 才可以变更其效力。因此, 此类的宪法条文, 无异仅作为给予立法者, 为将来之立法之一种“指示” (Richtlinien), 而缺乏一种积极的效力及可适用性。例如《威玛宪法》第一零九条三项一款 (公务员关系之原则, 由联邦法律定之) 以及第一四三条二项 (师资之培养适用高等教育通用之原则, 由联邦统一规定) 第一五七条二项 (联邦应制定统一之劳工法) 等皆是。安序兹认为这些宪法条文皆权宜明确 (unzweideutig), 必须经由立法者之制定施行法律后, 才得以实现及具体化。在立法者未制定施行法律之前, 该些宪法条文仅是对立法者的一种方针 (Programm) 或是训令 (Direktive)。还有其它条文, 虽然并不如上述之方针条款之有明确特征, 但是其施行, 若无法律进一步规定其细节及其效力范围, 则事实上将无法实现, 例如第一一三条 (我们操外语国民之保护); 第一一九条 (婚姻建立在两性平等上, 子女众多之家庭有要求救济扶助之权利, 母亲有权要求国家扶助); 第一三七条一项 (国教不得成立) 等, 皆属于方针指示的条款。

至于, 如何认定一个宪法的条文是属于直接效力的严格意义的法规, 或是属于针对立法者而为之“方针条款” (Programmsatz)? 安序兹认为应以个案, 亦即各个

[7] G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919, 14. Aufl. Berlin, 1933, S. 514ff.

条文的内容来断定。^[8] 倘若条文已相当具体明确,例如第一一零条二项(德国人民在各邦都有和该邦邦民同等之权利义务)以及第一一八条二项(新闻检查不得施行),则应视为属于直接适用的严格意义的法规。^[9] 由上述的安序兹分析可知,安序兹将绝大多数的基本权利条文,归属于方针条款,因为如安序兹所言,^[10]《威玛宪法》之意图十分明显,并非直接创设权利,而是对立法者的指示(因为绝大多数的基本权利,都是要经立法者制定法律后,才获重现)。方针条款的理论,无异是承认宪法的效力并非是都有拘束力的。除了可直接适用的法规(吾人似可称之强行规定)外,方针条款是给予立法者将来立法的方针指示,自无强制力可言。^[11] 因而,宪法和法律之间的位阶性,即有泯混之势!^[12]

安序兹此种宪法实证主义(Verfassungspositivismus)见解,普遍受到学者之支持。^[13]

(二)卡尔·史密特(Carl Schmitt)

继安序兹之后,成为德国宪法学另一个开山祖师的卡尔·史密特在1932年出版的《德国宪法论》(Handbuch des Deutschen Staatsrechts)对《威玛宪法》第二篇基本权利及义务的见解,是以具体宪法的具体内容为出发点。卡尔·史密特认为该篇之规定,是一个庞大的、多元迟延性质的一种形式妥协的编纂(eine riesige Kompilation pluralistischer dilatorischen Formelkompromisse),据卡尔·史密特之分析,《威玛宪法》第二篇的规定,其条文的适用性,可以分为:

1. 直接可以适用的单独规定:此类条文,法官可以直接的引用,如同其它法律的条文一样。

2. 直接可以执行的,对立法者的个别指示。这个指示,在立法者仅需颁订一个

[8] 同理 A. F. v. Freytag - Loringhoven, Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit, München, 1924, S. 292. 氏认为此项界分标准亦是政府代表之意见。

[9] 关于《威玛宪法》第一零七条的第四号草案,曾有下列条文:基本权利及基本义务之规定,系作为联邦及各邦立法行政、司法之准(Richtschnur)及界限。由于这个草案内容,并无法说明基本权利之法律性质,所以被删除。Anschütz, aaO. S. 515.

[10] G. Anschütz, aaO. S. 516.

[11] T. Maunz, aaO. S. 602.

[12] E. Denninger, Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, JZ 1966, S. 769. 氏更认为安序兹之观点,系承认宪法及法律,都是同一者的意思表示;(亦即广绩 P. Laband 的看法),并且,立法者乃宪法之最权威的诠释者。

[13] 例如 R. Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, Berlin 1927, SS. 5, 9, 12; A. F. v. Freytag - Loringhoven, aaO. S. 292.

特别法律后,就可以完全的消灭。

3. 为某个事项的立法方针,例如第一五二条二项:联邦应制定一个统一的劳工法。

4. 对国家各阶层的一种积极性质的方针指示,这种指示,应原则上作为行为及解释的根据。

5. 对于未来的一种目标确立。例如《威玛宪法》第一五五条所宣示的,每个德国人都应有一个健康的住居等是。^[14]

卡尔·史密特这种区分理论(Einteilungstheorie),虽然是以宪法各个条文内容规定的实证性及积极性之程度不同为着眼点,然而,在根本精神上,Schmitt认为宪法之规定对立法者,都有所拘束。因为立法者所处的媒介地位(auctoritatis interpositio)是对宪法条文内容的一种具体化之,而不是组成之。^[15]因此,虽然就宪法规定的可执行性而言,或容有直接可执行的宪法规定(例如其所分类之第一项及第二项性质之条文),或是间接执行之条文(例如其所分类之第三项性质以下之条文)之分,其所拥有之拘束力则如一。因而,对于安序兹等所代表之理论,将宪法规定,以对立法者之拘束力之有无,所为之二分法,卡尔·史密特表示不予赞同。^[16]

虽然,卡尔·史密特欲使宪法的条文,皆对立法者产生拘束力,但是依其对《威玛宪法》第二篇条文所作的五种分类,隐约中仍是采取二分法(直接执行和间接执行),而对于间接执行的法律效力以及划分之理由如何,则未见其详。尤其是类属于间接执行性的条文,亦不乏可归于安序兹所区分的“方针条款”,因此卡尔·史密特之见解,其实益性以及理论之完善,颇值商榷。

二、方针条款概念的修正

以安序兹之意见为代表的方针条款概念,将方针条款视为对立法者一种无拘束力的建议,^[17]在威玛后期,除了卡尔·史密特外,已遭到学界的怀疑。^[18]

尚吾人再反观安序兹所划分的方针条款,其宪法之内容,的确尚待立法者的作为(颁定法律),方得确定且具体。(例如第一零九条一项:在法律之前,人人平等),这种方针条款,不可否认,系宪法的一种期待,但是,这种期待正如二次大战

[14] Carl Schmitt, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1932, Bd. II S. 572ff; E. Denninger, aaO. S. 770.

[15] C. Schmitt, aaO. S. 598; E. Denninger, aaO. S. 770.

[16] C. Schmitt, aaO. S. 572, 603; Hildegard Krüger, Art. 6, Abs. 5 ein Programmsatz? DÖV 1967, S. 357.

[17] Vgl. E. Wienholtz, aaO. S. 18ff.

[18] R. Herzog, aaO. S. 1934.

后,两德最权威的公法学者毛兹(T. Maunz)所描述的:也显示了,立法者将来在制定涉及此方针事项(例如平等权时)之法律时,也应该如宪法所指示的方针去制定。再而,倘若方针条款只是对国家行为(除了立法者外,当及于行政行为,司法)的抉择取向,有所影响的话,那么这个方针,也就有了直接法律的性质了。^[19] 所以方针条款不是立法者“该不该”(要否)要立法的问题,而是“如何”立法的问题了。^[20] 也就是说,方针条款至少是一个当(立法时)就(应该如此立法)的条款(eine Wenn - Dann Vorschrift)。^[21]

甚至连安序兹稍后的见解,在讨论《威玛宪法》第一零七条(联邦及各部应设置行政法院,以保障人民受到官署行政命令及处分之侵害)之方针条款时指出:宪法第一零七条,不是一个单纯宣示性的,而是一个要贯彻的(dispositive)立宪者的意思表示,只不过这个意思表示,是无法被强制的。^[22] 安序兹这种意见的修正,只不过是承认(第一零七条的)方针条款,是具有拘束力的,但是安序兹并未提及有拘束力的理由。

因此,吾人可以概而论之,在威玛时期,所谓立法者有义务来履行宪法所揭露的方针规定,只是一种纯粹的宣示性质(rein deklaratorisch),方针条款的法律拘束力在法律上意义,无宁是说,方针条款前有比其它的法律条文更高的、形式上的法律效力罢了。但是,实际上,这种宪法的实际拘束力,却极微不足道,因为宪法在当时宪法的思潮,仍然是供立法者之用(Zur Disposition des Gesetzgebers),并不能积极的规律、指示立法者之作为。^[23]

三、法院之见解

德国帝国法院(Reichsgericht, RG)在1921年4月29日(判决102/168)认为,倘若一个宪法的条文,规定其细节由法律定之的话,则该项规定,只是对立法者一个有拘束性质的命令,但是这种命令仅是具有解释而非有强制之意义在内,因而仅拥有有限的实际适用性质。^[24] 然而,在以后的帝国法院在审理有关公务员侵权行

[19] 主要的是在讨论《威玛宪法》第一零九条一项(德国人民在法律之前,人人平等),这条系方针条款,但是对立法者有否拘束力之问题。见 E. Kaufmann, VVDStRL3(1927) S. 2ff.; E. Wienholtz, aaO. S. 17, Fn. 18.

[20] T. Maunz, aaO. S. 602.

[21] H. Kalkbrenner, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DÖV, 1963, S. 42.

[22] T. Maunz, aaO. S. 42.

[23] G. Anschütz Art. 107 WRV, in: Nipperdey, aaO. SS. 135f.; E. Wienholtz, aaO. S. 18.

[24] E. Wienholtz, aaO. S. 19; 同理见 J. Lücke, aaO. S. 27.

为(《威玛宪法》第一三一条一项)时,虽然第二项明文规定(国家对侵权公务员有求偿权,其细则由法律定之),尚待立法者制定施行法律,但是法院认为宪法第一三一条一项之规定,有直接适用之效力,并据以作为裁判之依据,而学界及立法部门,却也依从法院之见解,以至于并无制定及颁布该施行法律。

由上述帝国法院的判决显示,关于《威玛宪法》第二篇条文法律性质的划分,安序兹所区分的方针条款及直接适用的宪法条款,实不如卡尔·史密特之以可执行性与否来作为区分直接执行或间接执行的宪法条款来的恰当。^[25]

至于人民可否因方针条款或是类似宪法的规定,请求立法者为一定之作为?有鉴于帝国法院之见解(如上述帝国法院1921年4月29日判决),认为依立宪者之意图,并未欲赋予人民直接的权利,^[26]因此,宪法的规定,原则上是专属对立法者的规定,人民不得提起立法作为之请求的。^[27]

叁、《基本法》时代的宪法委托概念

一、方针条款概念之消逝

威玛时代盛行的见解,将方针条款解释为对立法者将来立法的一种无法律拘束力的指示,在《基本法》成立后,即遭全盘性的检讨。

首先是在宪法条文本身,《基本法》第一条三项,规定下列之基本权利规定,视为直接适用之法律,拘束立法、行政权力及司法。^[28]这种直接适用的强制规定,无异是宣告传统的方针指示概念的一个丧钟。因为在这种直接适用的规定之下,立法者,在战后艰苦的岁月中,避免订立“不能履行的条款”(unerfüllbare Verheissungen),而致力于使所规定的事实,都能获实现,因此,《基本法》的立法精神,就是拒绝再延续威玛时代以来的方针条款之思想。^[29]

尽管《基本法》不接纳方针条款之概念,但在德国的一些邦宪法,例如巴伐利

[25] Hildegard Krüger, aa O. S. 357.

[26] Hildegard Krüger, aaO. S. 357.

[27] Hildegard Krüger, aaO. S. 358.

[28] 在《基本法》制定此条文三年前,德东的统一党公布的《1946年宪法草案》第八十五条一项已有了“本宪法条文视为直接适用的法,更先进的规定,《基本法》不为受到影响。

[29] W. Rüfner. Grundrechtliche Leistungsansprüche, im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 379.

亚邦宪法,^[30]少部分的学者,^[31]以及偶尔出现的判决,^[32]亦仍持方针条款的概念,但是,总而言之,此种概念,已广被否认。

二、立法者主权理念的式微

随着《基本法》第一条三项基本权利的可直接适用原则被确定,立法者的中介(媒介)化功能(Mediatisierung)之必要性消失,促使了立法者和宪法之间的关系,发生巨变,亦即立法者的法律地位问题,被提出讨论。除了《基本法》第一条三项外,《基本法》第二十条三项前句明白宣示:立法权受到合宪秩序(Verfassungsmässige Ordnung)之拘束。因此,依《基本法》的体系,立法权力是受到了合宪秩序的拘束了。立法者和宪法之间的关系,已不再是如《威玛宪法》的看法——将宪法视为立法者所用,而是,宪法和法律只严格位阶性已获得实证的肯定。威玛时代盛行的“立法者主权”(Souveränität des Gesetzgebers),或者“立法者自主权”(Selbstherrschaft des Gesetzgebers)理念,即有检讨余地。

所谓立法者主权是谓,立法者原则上是自由的,而不受任何的拘束。因为立法者是民意之代表,可为任何之法律价值之判断。立法者,是立于宪法及法官之间,惟有法律才可执行宪法。因而,法律的内容和基本规范亦即法律和宪法有否抵触的问题,是属于政治性质的问题,也才有立法者可以解决。^[33]

为理解此种见解,可以略以耶律纳克之理论来探究。^[34]耶律纳克是宪法学的古典法律实证论的支持者(klassisches Rechtspositivismus),氏认为所有的国家行为,都可分为自由的以及拘束的行为两种。而法官的审判行为正是拘束的国家行

[30] 例如第一三一条:●学校不仅只教导知、能亦应教育心灵及品德。●最高的教育目标是敬畏上帝对宗教信仰,人类尊严、自治、自重、负责任、助人的尊重及真、善、美的追求。●学生应教导,使之对民主精神,巴伐利亚邦的故乡、德国人民及其它民族的热爱。●女孩除了育婴、幼育及家事外,应特别予以教育。

[31] 例如 v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., 1966, Art. 6, Anm. VI 1.; 氏认为《德国基本法》第六条五款(非婚生儿童在社会中的地位以及其身体心灵的发展条件,应由立法创造出,以与婚生儿童相同),虽然是对立法者一种法律拘束性的方针(方针条款),但是这个规定,仍不是一个可直接适用之法律。然而, H. v. Mangoldt 在其稍早之意见,又似与上述见解有违,在 Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes(AÖR 75, 1950, S. 276)一文, v. Mangoldt 却认为全部的基本权利规定,都有直接之效力。

[32] 只有在《基本法》颁布前后,1949年代的判决,才持有这种见解,但仅极少数,例如 OGHBrZ, NJW 1949, S. 751.; Hildegard Krüger, aaO. S. 84.

[33] J. Seiwert, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, 1992, S. 84.

[34] A. Arndt, Das nicht erfüllte Grundgesetz, ein Vortrag 1960, S. 3.

为最明显的代表。而立法行为,就是自由的国家行为。立法机构——国会,是由君主(象征意义)以及两院(实质意义)所组成,是直接的、独立的行使立法权的机构。立法行为的原始自由,在法律之体系看,只不过是所谓的权限问题,也就是说:立法者的权限,并不是以义务的方式出现,而仅是权力的权限方式亦即是授权的方式出现。所以,立法者是最权威的宪法诠释者,^[35]甚至后来制定的法律,可以更改宪法的规定(称为沉默的宪法变更, *stillschweigende Verfassungsänderung*),^[36]因此,绝不可能有一个一成不变的内容,来强制立法者履行。耶律纳克认为立法权原则上是无所限制的,并无所谓的立法者的义务存在,因为该义务是无人可强制的。然而,实质上来限制,拘束立法者行为的,惟有立法者的负责的情感。因而,氏认为,惟有靠着立法权者坚强的伦理确信,来行使立法权力,不侵犯法及风俗,否则整个法律体系将荡然无存。^[37]

古典法律实证主义所代表的立法者主权理论,将宪法之规定,视为立法者单纯的道德义务,而非法律义务,且过分将国家行为置重心于立法行为之上,明显的和《基本法》之精神不符。

《基本法》第二十条二项国家权力由人民所出。权力经人民选举及同意,由特别的立法、行政及司法机构行使之。此条款,如同学者依甫生(H. P. Ipsen)所称的,《基本法》系将立法和司法与行政权力,置于同等价值之地位,《基本法》并未特别置重心于立法权,因此立法者主权之思想,根本即未为《基本法》所接受。^[38]再加上违宪审查权制度的成立及运作(《基本法》第六十一条,九十三条及一百条),更确成立法者的立法行为以符合宪法之规定,是法律义务,立法者主权思想至此,已是不存在。^[39]

[35] G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3 Aufl. Berlin, 1914, 1959 年重印版第 616 页以下。

[36] G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 Aufl. Tübingen, 1905; 1963 年重印, Darmstadt, S. 13.

[37] K. H. v. Köhler, Kann der Gesetzgeber durch Schweigen die Verfassungswirklichkeit ändern? *NJW* 1955, S. 1089.

[38] G. Jellinek, *Staatslehre*, aaO. S. 620.; H. P. Ipsen, Gleichheit, in: *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Hrsg. von K. A. Bettermann, L. Neumann, H. C. Nipperday, U. Scheuner, Bd. II 1954 S. 169.

[39] 同理, A. Hamann, Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, *NJW* 1955, S. 969; K. H. v. Köhle, aaO. S. 1089.

三、宪法委托概念的兴起

由于《基本法》仍然不免是其它万法之母法(norma normans),^[40]并且对于所规律的问题,亦须委由立法者再定法律来规律之,因此,《基本法》只能规定纲要、原则,具体成形即是立法者之职责。为了扬弃方针条款以及其附随之理论(即立法者无拘束),《基本法》颁布后,德国学术界即欲另起新理论以替代之,所谓的宪法委托(Der Verfassungsauftrag)或称对立法者的宪法委托(Der Verfassungsauftrag and den Gesetzgeber)即兴运而生。宪法委托是谓宪法在其条文内,仅为原则性之规定,而委托其它国家机关(尤以立法者为然)之特定的、细节性的行为来贯彻之。^[41]为了明了宪法的规定和立法者的关系,以及其效果,就不能不对《基本法》的法条内容作一个通盘的研究,因此,正如威玛时代讨论《威玛宪法》内的方针条款一样(见前文关于安序兹及卡尔·史密特之学说部分),在1960年代中期起,许多德国学者即展开对《基本法》内容的探讨及分类。

(一)依甫生((Hans - Peter Ipsen)

对宪法委托第一个作有系统分析的学者,应首推依甫生氏在1949年11月17日(《基本法》甫公布半年之时),出任德国汉堡大学校长职位的就职演说《关于基本法》(über das Grundgesetz),提及《基本法》所接受的宪法委托之特性问题,正式采用宪法委托(Verfassungsauftrag)一词。^[42]然而氏依甫生并未说明《基本法》内容有那些宪法委托的条文。迄1956年依甫生发表《手工业规则的宪法问题》(Verfassungsfrage zur Handwerksordnung)^[43]一文,将宪法委托的条文,分为下列数类型:

1. 最狭义的,绝对的宪法委托。就是宪法为了规律一个新的宪法秩序,因此,为求宪法内所欲保障的权利,获得贯彻起见,宪法直接规定一个期限,使得宪法的规定,在这个期限之内,可以产生明显的法律效果。例如《基本法》第一一七条一项规定:和本法第三条二项(男女平等)违反之法律,至1953年3月31日(亦即距《基本法》公布后三年又十个月)一律无效。

[40] Vgl. A. Arndt, aaO. S. 3.

[41] 此是通说,关于宪法委托之概念,下文将会继续讨论。见 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 24. Aufl. 1982, S. 41; H. Kalkbrenner, aaO. SS. 42, 43 等。

[42] 见 H. P. Ipsen 在汉堡大学出版社出版的小册子: über das Grundgesetz, in: Hamburger Universitätsreden, Nr. 9, 2. Aufl. Hamburg 1964; Dazu, U. Kuhlmann, Der Verfassungsauftrag, Kritische Bestandsaufnahme anhand der Rechtsprechung und Literatur zum Grundgesetz, Diss. Hamburg, 1975, SS. 29, 30.

[43] DVB1. 1956, S. 358ff.

2. 无设期限的、绝对的宪法委托。此类的宪法条文,都是强行条款(Mußvorschrift),亦即,宪法条文内有……应的型式,皆属之。立法者必须依照宪法的条文内容而予立法。例如《基本法》第六条五项(应立法保障使非婚生儿童的社会地位及身心发展之条件与婚生儿童同)以及第一三一条(保障二次大战结束前已任公务员之生活)等。

3. 明白规定,宪法之规定由立法者订定施行法律的宪法委托。而宪法内有其细节由法律定之者都属之。

4. 未定期限的宪法委托,但是期待一未定期间内所颁布的法律,来达到宪法之理想。例如早已形成具文的第一一七条第二项(因制定《基本法》当时之房荒而违反行动迁徙自由原则之法律,由联邦立法废止之前,仍有效力。)

上述的划分却有共同之特点,即就是该宪法委托,不论其类属何型,皆是对立法者一个有拘束力的命令,来颁布法律。^[44] 依甫生此种划分,完全是以宪法的法条来作为判断的基础。因而,是一种纯粹的法条解释,德国一位学者 U. Kuhlmann 便认为依甫生的看法不妥,因为,倘若宪法委托是一体的话,那么这种以纯粹法条结构来解释宪法委托的特性及种类,是不妥当的;Kuhlmann 教授认为以宪法学的眼光,来探讨宪法委托,就不应斤斤于现时的条文来做探究依据。因而主张依甫生形式的界分是少有实益。^[45]

(二) 勒尔谢(Peter Lerche)

继依甫生之后,继续对宪法委托作深入研究者,是勒尔谢。^[46] 氏在 1961 年发表的逾越限度与宪法(Übermaß und Verfassungsrecht),^[47] 将宪法的结构,划分为几个部分,而其中有一个部分,是宪法内的经常性的训令(stetige Direktive der Verfassung)。这种经常性的训令,本由一些原则性的规范(Grundsatznormen)或指导性原则(Leitgrundsätze)所组成。勒尔谢称这些规范,是一种在品质(qualitative)方面,具有新性质的宪法委托。对于宪法委托,勒尔谢认为乃一个经常性且继续来执行的一个委托。然而,勒尔谢提出一个履行期限(Erfüllungsdauer)来划分宪法委托。

[44] H. P. Ipsen, Verfassungsfrage, aaO. SS. 358/359; U. Kuhlmann, aaO. S. 65.

[45] U. Kuhlmann, aaO. S. 70.

[46] 勒尔谢为慕尼黑大学公法教授并为 1995 年后退休,笔者曾常聆其授课,获得公法学理甚多之启示,至今犹觉印象深刻。勒尔谢教授且为笔者博士论文的第二位评审人。

[47] Übermaß und Verfassungsrecht - Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961.