



德国宪法案例选释

第 1 辑

基本权利总论

主编/张翔



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



德国宪法案例选释

第 1 辑

基本权利总论

主编/张翔



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国宪法案例选释. 第1辑, 基本权利总论 / 张翔主编. —北京: 法律出版社, 2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3426 - 3

I. ①德… II. ①张… III. ①宪法—权利—案例—德国 IV. ①D951. 61

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 070312 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨红飞

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/财税出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2012年8月第1版

印张/9.5 字数/223千
印次/2012年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3426 - 3

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编：张 翔

撰稿人：（以撰写案例先后为序）

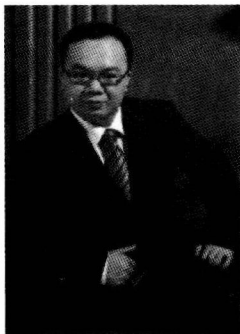
张 翔 张 红 谢立斌

赵 宏 李忠夏 陈 征

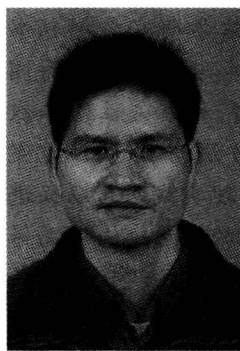
作者简介



张翔 1976年生,甘肃张掖人。中国人民大学法学院本科、硕士,北京大学法学院博士,德国柏林洪堡大学访问学者(2009~2010年)。现为中国人民大学法学院副教授,兼任中国宪法学研究会副秘书长、《法学家》杂志社编辑。学问以“志存闻道,必空所依傍”为座右,长期关注基本权利、宪法解释以及法学方法论问题,注重宪政研究的法学视角,强调以法教义学的方法处理实践问题以促进宪政法治之落实。2008年出版专著《基本权利的规范建构》(高等教育出版社)。在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》等刊物发表论文20余篇,多篇论文被《中国社会科学文摘》等转载。论文还曾获教育部“高等学校科研优秀成果奖(人文社会科学)”二等奖、中国法学会“中国法学优秀成果奖”一等奖等。



张 红 1982年生,湖南耒阳人。德国奥斯纳布吕克大学法学博士,湖北省楚天学者。现任中南财经政法大学法学院副教授,民商法典研究所所长,中国信访与社会稳定研究中心常务副主任,《私法研究》副主编;中南财经政法大学第二届十大科研新星,第二届南湖杰出青年法学学者;葡萄牙普陀凯斯大学法学研究院兼职研究员、中国法学期刊研究会理事。在《中国社会科学》、《法学研究》和《中国法学》等刊物发表论文30余篇,出版《基本权利与私法》等著作5部,主持国家社科基金等课题5项。



谢立斌 1977年生,中国政法大学副教授。先后就读于天津大学、中国政法大学、德国汉堡大学,分别获得本科、硕士、博士学位,现为中国政法大学比较法学研究院副院长、中德法学院院长。目前主要从事两个领域的研究:以赫曼·黑勒(Hermann Heller)等德国魏玛时期国家法学者为切入点,深入分析国家、权力、政治、正当性等根本问题,探索中国未来宪政的可能发展路径;同时,作为宪政主义者,主张认真对待我国现行宪法,将其之视为政治权力正当性(Legitimacy)的规范来源,并基于这一立场严格运用宪法解释方法对具体条款进行学理解释,使抽象的宪法面对鲜活现实得到具体化,以期些微促进宪法在实践中发挥规范效力。迄今出版1部德文专著、2部中文译著,发表中文、德文、英文论文若干篇。



赵宏 1995年至2002年就读于中国政法大学,获法学学士和硕士学位,2002年至2005年就读于北京大学比较法学研究院中德法学所副教授,获法学博士学位。2003年至2004年曾作为北京大学交流博士生于德国图宾根大学法学院学习;2006年与2007年作为访问学者分别赴德进行短期交流。自2005年执教于中国政法大学至今,现为该校比较法学研究院中德法学所副教授。主要研究领域为德国公法,特别是德国行政行为理论以及德国基本权利的法释义学。目前已出版专著《法治国下的行政行为存续力》(法律出版社2007年版)1部,译著《德国国家学》(法律出版社2011年版)1部,在《政法论坛》、《法学家》、《比较法研究》、《行政法论丛》、《法商研究》等刊物发表论文20余篇。



李忠夏 1979年生,山东莱西人,山东大学法学院副教授。2000年毕业于西北政法学院,获法学学士学位;2003年毕业于中国人民大学,获法学硕士学位;2007年毕业于北京大学,获法学博士学位;2010年毕业于德国柏林洪堡大学,获法学博士学位;2007年至2010年为中国政法大学博士后流动站研究人员,2010年10月起任教于山东大学法学院。研究方向为宪法学,对宪法学方法论、基本权利和中央与地方关系有一定研究,曾在《法学研究》、《法学家》等刊物发表论文数篇,出版德文专著《论联邦平等在中国适用的可能性:基于德国的经验》。



陈 征 1980年生,北京人。现为北京师范大学法学院副教授,中国宪法学研究会理事,北京市教育法学研究会常务理事,中德法学家协会(DCJV)会员。2001年年初至2010年年初在德国学习法律,先后就读于海德堡大学和汉堡大学。在德国9年期间先后获得法学学士、法学硕士和法学博士学位,以“最杰出成绩”(summa cum laude)通过博士学位论文答辩。2006年12月至2009年12月获德国弗里德里希·艾伯特基金会(Friedrich-Ebert-Stiftung)优秀博士生奖学金。主要研究领域为宪法学。2008年至今出版德文专著1部,先后在《法学研究》、《中国法学》等刊物发表论文多篇,多次参与国家社会科学基金、教育部课题等海内外科研项目。

编写说明

一、缘起

比较法之于当代中国法学研究的重要性已毋庸多言。比较法研究最为理想的状态,应该是研究者普遍能依靠自身充分的外语能力和专业素养,系统阅读外国法的原始资料,作为理解、概括、比较、借鉴之基础。但目前我国法学研究者多以英语为第一外语,尚无法期待短期内对其他小语种国家法律的研究达到此种理想状态。系统地翻译介绍这些国家的法学基础资料,应该说尚有意义。

在宪法领域,德国宪法(《联邦德国基本法》)是当今世界范围内可与美国宪法并列的基本典范之一,但我国宪法学界对德国宪法理论与实践的介绍研究还较为薄弱。近年来,渐有一些德国宪法学著作翻译出版,如施莱希的《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》(刘飞译)、施托贝尔的《经济宪法与经济行政法》(谢立斌译)、黑塞的《联邦德国宪法纲要》(李辉译)、黑勒的《国家学的危机 社会主义与民族》(刘刚译)等,但对于实践层面的德国联邦宪法法院的具体裁判的译介尚不充分。值得注意的是,与我们对大陆法系法学的传统认识不同,德国联邦宪法法院的裁判已然构成了当下德国宪法学的主要理论来源,宪法学的教学与研究莫不围绕宪法裁判展开,以至于有学者基于德国国家法学的传统不

无忧虑地认为,宪法学有矮化为对联邦宪法法院的“解释科学”(Auslegungswissenschaft)的危险。^①因此,如欲学习、研究德国宪法,德国联邦宪法法院的裁判就是必须掌握的基本资料。

二、编写要旨

基于以上认识,我们希望编写一套《德国宪法案例选释》丛书,尝试以不同的专题对德国联邦宪法法院的裁判进行选择性的译介。丛书计划编写若干专辑,第一辑以“基本权利总论”为主题,其编写要旨有以下几点:

1. 选择德国基本权利教义学体系建构过程中最为重要的案例

本书并不以译介最新的判决为目标,而是强调理论体系和案例脉络,所重视的是历史上具有开创性、拓展性和奠基性意义的经典案例。德国联邦宪法法院的宪法裁判,至今已有煌煌124卷,但在此浩繁卷帙当中,有一些案例对于基本权利基础理论的构建与发展具有特别的重要意义。这些重要案例往往具有开创性作用,如吕特判决提出基本权利作为客观价值秩序的理论,开创了以基本权利的双重性质来阐释基本权利规范内涵的基本框架;艾尔弗斯案则将“一般行为自由‘解释为’兜底基本权利”,为基本权利体系设置了一个概括性条款。这些重要案例因其奠基性意义,往往被后来的判决反复援引重申;宪法学理论的完善发展,也往往以这些重要案例为起点。因此,这些案例可作为掌握基本权利理论体系的一个整体性的纲要。

2. 翻译判决要点、描述论证过程、突出重要理论

我们希望避免过于简略和过于繁冗两种极端。有些案例译介仅截取基本案情和判决结果,对作为裁判精髓的说理部分展开不足,因而往往显得逻辑跳脱、仓促草率,使人无法了解案件的规范

^① Thomas Oppermann, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, FS. 50J. BverfG, B I S. 460.

基础和论证过程,无法学习体会其中的解释方法与论证逻辑。另外一个极端则是不加裁剪地全文翻译案例。此种做法固能保证内容的准确和体系的完整,但有繁冗晦涩、不便学习的问题。实际上,在德国联邦宪法法院的裁判文书中,往往有大量对案件进入宪法法院之前的普通法律诉讼程序的介绍,以及对该宪法诉愿是否符合受理要件的说明。全文翻译此部分内容,往往并无太大意义,而其所占篇幅又不小,反而经常给初学者造成困扰,令其难以把握判决要点。并且,如果仅仅翻译原文而不加注解以说明其逻辑层次,往往会令初学者有如对天书的感觉。

因此,即使在德国,也有学者对联邦宪法法院的案例作简明的选编,抽取重要案例的核心论证,以方便学生掌握。^① 而在其教科书、基本法注释书(Kommentar)和课堂讲授中,又会对这些核心论证加以阐释说明,以解除学生之疑惑。我们作案例的译介工作,如果希望其能便于掌握,似乎也不可避免地要进行剪裁和阐释。

基于以上考虑,本书的编写仅以案例的判决要点、论证框架和其中涉及的重要理论为主。希望既能充分展示案例的论证过程和逻辑,使读者明了其来龙去脉,同时又能突出核心问题。所谓核心问题,就是一个案件在理论上最大之突破并对后世影响最深远之要点。对于案例中的关键论述,我们会选择直接进行翻译;而对于其他内容,则予以简化并尽可能以合乎汉语习惯的方式表达,以尽可能避免直译容易导致的理解困难。我们希望能够在“译”与“释”之间、在概括总体论证框架与突出核心观点和重大理论之间

^① 在德国,选编宪法案例的主要参考书有两本,Jürgen Schwabe(Hrsg.),*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Studienauswahl (Band 1 - 109)*, 8. Aufl., 2004; Dieter Grimm, Paul Kirchhof, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Studienauswahl*, 3. Aufl., 2007。前者以主题为序,后者以案例时间顺序进行选编。选编者都是德国著名的宪法教授,后一本书的两位选编者迪特·格林(Dieter Grimm)和保罗·希基霍夫(Paul Kirchhof)还曾担任联邦宪法法院法官。

找到恰当的平衡。举例来说,在“大学判决”中,我们既概括阐述了联邦宪法法院依据基本法第5条第3款作出判决的说理过程,又突出介绍了判决所阐发的“基本权利的组织保障”理论的核心内容及其意义。

3. 阐释理论背景与后续影响,兼及借鉴意义

所有重大判决,皆有其理论渊源,且有其后续影响,割裂管窥,殊不足取。所以,本书的编写还特别重视对这些重要判决的由来与发展的介绍。以“艾尔弗斯案”为例,联邦宪法法院所作的“一般行为自由作为兜底基本权利”的解释,有着制宪史上的基础,也有学理研究和先前案例的铺垫,对此不能不予以说明。而联邦宪法法院的这一解释,对后来的宪法案件又产生了深远影响,并被作为学理通说而长期奉行,但在后来的“森林骑马案”中这一观点又遭到强烈质疑。我们希望通过裁判的发展脉络的介绍,加深对基本权利理论演进过程与法教义学积累过程的理解。

比较法研究的重要目的是法律移植和借鉴,但本书的编写并不贸然提出德国宪法案例对中国实践的借鉴意义。这是因为,在我们看来,比较法的研究与借鉴必须以研究者具备历史演变与系统异同的观念为前提,否则其后果要么是“奴隶式的模仿”,要么是“强盗式的借鉴”。因此,本书在涉及德国宪法案例对解决中国问题的借鉴意义时,仅止于指出二者在问题上有相似之处,而前者可为后者参考之资料而已,也就是只为未来的深入研究提供资料。

4. 阐发法官的解释与论证方法

司法裁判乃是法律解释与论证方法的集中展示,通过研读裁判来揣摩并学习法官所使用的解释和论证方法,是法律人提升专业技能的重要途径。本书在编写中也尽可能指明法官所使用的方法,以方便读者体会。如今的中国法学界,正处于方法论上觉醒之后争论不休的时期,此种对域外经验的观察和反思当有积极的意义。比如,在“终身自由刑判决”中,联邦宪法法院非常谨慎地使

用了社会学解释和后果考量的方法；而在涉及重大伦理问题的“堕胎判决”和“航空安全法”判决中，联邦宪法法院尽量避免贸然的价值衡量，而是诉诸法教义学的既有体系。这对于我们理解传统的法学方法论与当前影响巨大的基于实证科学和人文科学的方法革新之间的关系，颇有参考价值。

三、本辑所选案例概要

基于以上认识，我们在丛书第一辑“基本权利总论”中选择了12个德国联邦宪法法院关于基本权利的重要判决进行译介。如前文所申明的选择标准，这些案例对于德国的基本权利理论与实践都具有开创、拓展或者奠基的意义，并且在基本权利教义学体系框架的构建过程中发挥了重要的作用。这里，对这12个案例之于基本权利基础理论的意义作一概述：

1. 艾尔弗斯案。此案被认为是联邦宪法法院在20世纪50年代所作的几个伟大判决之一。^①其最重要的意义在于两个方面：首先是将基本法第2条第1款的“一般行为自由”解释为“兜底基本权利”，使基本权利体系具有了一个概括性条款，通过涵盖各种未列举的权利而大大扩展了基本权利的规范领域；其次，伴随着基本权利规范领域的扩展，这一判决实际上扩展了个人得提起宪法诉愿的事项范围，几乎使所有争议都有最终转变为宪法争议的可能性。

2. 吕特案。此案可以说是联邦宪法法院最著名的判决，也是具有奠基性的20世纪50年代的伟大判决之一。吕特判决对基本权利理论的影响是全方位的，其中最重要的是确立了以基本权利的双重性质（主观权利和客观价值秩序）来阐释基本权利规范内涵的基本框架，开未来无数重要判决之先河；此外，其所开创的“基本权利的第三人效力”理论，使宪法的效力从公法领域辐射到了包括私法在内的一切法领域，是对基本权利的基本观念的根本变革。

^① Klaus Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, HStR, Bd. V, S. 51.

3. 药店判决。此案的重要性在于两个方面,首先是对审查限制基本权利的公权力行为的基准“比例原则”进行了细化,也就是区分基本权利的不同层次来证立不同强度的限制手段;同时这也随着对限制基本权利的理由——公共利益的区分和细化,其将公共利益区分为一般、重大和非常重大三个层次并详述了标准和内容,影响深远。

4. 犯人通信案。此案涉及对传统的“特别权力关系”的否定和对“法律保留原则”适用范围的拓展,使原来不受基本权利约束的领域也被纳入基本权利规范的调整范围,进一步拓展了基本权利的效力范围。

5. 大学招生名额案。此案对国家针对基本权利提供给付的义务范围进行了界定,是对基本权利的受益权(给付权)功能的重要宪法解释,其关于给付义务的标准的论述,是最经常被援引的联邦宪法法院判词之一。

6. 大学判决。此案的意义在于落实了“基本权利的组织保障”原理,是对基本权利的客观价值秩序功能的重大发展。此案强调各种组织设计也必须以保障基本权利的实现为目标,使传统上被认为独立于基本权利规范的组织规范也被纳入基本权利的价值决定的规制范围。

7. 第一次堕胎判决和8. 第二次堕胎判决。这两个判决构成一个比较完整的脉络,对基本权利的客观价值秩序理论作出了进一步发展,对国家针对基本权利的“保护义务”和“给付义务”进行了阐述;此外,该案还提出了协调“基本权利冲突”的基本框架,其关于“期待可能性”、“保护不足禁止”的论述也极具影响。

9. 终身自由刑案。此案的核心在于对作为最高价值规范的“人性尊严”的界定,并且论述了何种公权力限制才能被认定为侵害到了基本权利不可被触碰的“本质内容”。此外,其对社会学、心理学结论在宪法解释中的运用也具有方法论上的重要意义。

10. 性教育课程案。该案判决对于法律保留原则进行了发展,区分了涉及基本权利的不同事项,通过考察其攸关基本权利的“重要性”程度来决定是否适用法律保留原则。“重大性理论”使法律保留被强化为“国会保留”,并使法律保留的范围不再限于“侵害保留”,而是扩及包括给付行政在内的所有对于基本权利的实现具有重要性的领域。

11. 航空安全法案。此案的核心在于对人性尊严的界定,集中阐述了界定人性尊严保护范围的“客体公式”,并探讨了具有极端性的伦理问题应当如何通过法学的方法予以解决。此案是联邦宪法法院近年来在反恐背景下作出的较新的判决,从中可以观察在教义学框架下因应时代变迁的法学操作。

12. 社会主义帝国党违宪案。此案是对德国以“战斗式民主”为标志的民主制度和政党制度的集中阐述,对于德国的宪法秩序也就是所谓“自由民主基本秩序”的维护具有重要意义。判决中还附带对“基本权利滥用”及其后果“基本权利丧失”进行了集中阐述。

四、本书的体例

以上每个案例介绍由以下7个部分组成:

- (1) 案例名称;
- (2) 关键词;
- (3) 案情;
- (4) 判决要旨;
- (5) 判决理由与论证;
- (6) 涉及的重大理论问题;
- (7) 后续影响及借鉴意义。

这里,尚须对若干编写体例问题加以说明:

1. “案例名称”包括该案例约定俗称的德文名称及其中译、案例号以及裁判作出的时间,体例如“药店判决”(Apotheke Urteil, BVerfGE 7,377,1958年6月11日)。

2. 案例号的结构与含义如下:以“BVerfGE 7, 377”为例,“BVerfGE”是“联邦宪法法院裁判集”(Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen)的缩写,“7”表明该案在第7卷,而“377”则是该案例的起始页码。在引用判决时会使用如“BVerfGE 45, 187 (223)”的形式,括号内的数字是指所引用文字所在的页码。

3. 就每一个案例,我们会给出若干关键词,以方便读者检索。

4. 针对每个裁判,德国联邦宪法法院都会概括出一些“判决要旨”(Leitsätze),并置于判决正文之前。这些判决要旨集中体现了该案例的核心论证和主要观点,是理解该判决的引导性文字。这种概括“判决要旨”的做法,也是德国司法判决的重要特点。因此,对这一部分我们予以完整翻译。(提请读者注意的是,在不结合判决论证的上下文的情况下,“判决要旨”往往难以理解。)

5. 凡文中使用楷体字并以双引号标出的部分,是判决原文或者所涉及的法律条文的直接翻译。

6. 案例的排列以判决时间先后为序。例外是“社会主义帝国党违宪案”,此案虽判决时间较早,但主要涉及民主理论和政党制度,只是在裁判中附带论及“基本权利滥用”问题,故而列于最末。

7. 第一次堕胎判决和第二次堕胎判决有强烈相关性,构成一个完整的学理脉络,因此这两个案例的“涉及的重大理论问题”和“后续影响及借鉴意义”两部分合并撰写,放在第二次堕胎判决之后。

五、分工与致谢

编写工作的分工如下:

张翔:艾尔弗斯判决、大学判决、社会主义帝国党违宪案

张红:吕特判决

谢立斌:药店判决

赵宏:犯人通信案、性教育课程案

李忠夏:大学招生名额案、终身自由刑案、航空安全法案

陈征:第一次堕胎判决、第二次堕胎判决

张翔负责了修改统稿工作。

感谢各位作者的努力工作,特别感谢他们对反复修改要求的耐心。感谢中国人民大学法学院王莹老师帮助审看涉及刑法的“堕胎判决”和“终身自由刑案”的文稿。感谢中国人民大学法学院宪法学与行政法学专业研究生田伟协助统稿和校对工作。

还要特别感谢法律出版社的沈小英分社长,如果没有她对选题的肯定并提供帮助,我们这些年轻人的工作恐怕难以顺利呈现。感谢杨红飞及其他各位编辑为本书付出的辛苦工作。

限于编写者的水平和视野,本书难免还存在我们所未能认识的问题。我们所设想的目标,在具体操作中有时也未必能完全达到,文字风格、语言表述亦难强求一致。尽管水平有限、错误难免,但我们负责任地认为:具备基本的宪法学知识的读者,如果能有一定的耐心,应该能从这本书中有所收获甚至感到愉悦。^①我们也诚恳地欢迎各方面的专家、老师、同学和其他读者提出批评与建议,以帮助我们改进以后的工作。联系作者请发邮件至 zhangxiang1976@hotmail.com。

张翔

2012年2月29日于北京万柳

(此日乃四年一遇,仿佛实现宪政与法治之历史机会,并非时时存在者也!)

^① 本书的编写者都著有关于基本权利基础理论的相关论文,如果读者对案例所涉及的理论体系、思考框架等有进一步的兴趣,可以予以检索,亦可联系作者索取。