

论德国法上的基本权利丧失

王 锴

内容提要:在德国,如果个人滥用基本权利攻击自由民主基本秩序将导致其丧失某些基本权利的后果。基本权利丧失只限于丧失出版自由、讲学自由、集会自由、结社自由、通信、邮政和电信秘密和财产权、避难权这七种基本权利,因为它们可能会被用来攻击自由民主的基本秩序。在具体个案中到底丧失哪一种基本权利,由联邦宪法法院以被申请人未来的危险性和比例原则而定。基本权利丧失的后果并非不能行使相关基本权利,而是不能有效行使,即被申请人受到限制后无法援引相关的基本权利保护自己。因此,基本权利丧失的性质被视为一种对基本权利的内在限制,即滥用基本权利者将得不到基本权利的保护。基本权利丧失的理论基础在于防卫性民主,即防止敌视宪法的个人利用民主制度推翻自由民主的基本秩序。防卫性民主是基于对魏玛宪法采取的价值相对主义的一种反思,它认为,民主是受到价值约束的,民主不能被用来推翻社会的基础价值,否则就等于是民主的自杀。

关键词:基本权利丧失 基本权利滥用 防卫性民主 宪法敌人

王锴,北京航空航天大学法学院教授。

德国《基本法》第 18 条规定,凡是滥用表达自由,尤其是出版自由以及滥用讲学自由、集会自由、结社自由、通信、邮政和电信秘密、财产权和避难权来攻击自由民主基本秩序的人,将丧失这些基本权利。传统上认为,基本权利丧失(Grundrechtsverwirkung)是基本权利滥用(Grundrechtsmißbrauch)的后果。^[1]这被称为基本权利丧失与基本权利滥用的共生现象。我国学者对于基本权利滥用有所研究,^[2]但对于基本权利丧失的研究则付

[1] Herbert Bethge, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, C. F. Müller, Heidelberg, 2011, S. 1187.

[2] 高慧铭:《论基本权利的滥用禁止》,《清华法学》2015 年第 1 期,第 117 - 129 页;高慧铭:《论基本权利滥用的认定标准》,《比较法研究》2016 年第 1 期,第 140 - 148 页。

之阙如,本文拟弥补这一缺失。同时,我国《宪法》第34条以及《刑法》第54条规定的剥夺政治权利与德国的基本权利丧失具有一定的相似性,^[3]因此,研究基本权利丧失对于厘清我国剥夺政治权利的法理也有重要的启发意义。

一 基本权利丧失的构成要件

(一) 基本权利滥用

基本权利滥用是指按照权利内涵所不包括的目的和功能去行使权利,导致一种虚假的权利行使,从而表现为一个无权行为,即并没有权利应受到保护。^[4]简言之,基本权利滥用就是指权利的行使与其意义相反或者滥用的行为不在基本权利的保护范围内。^[5]权利滥用最早产生于19世纪的法国法,并传播到欧洲的很多民法典中,此后公法包括宪法将其引入。^[6]因此,在基本权利滥用问题上一直存在民法理论与宪法理论的争论。民法理论认为,滥用与《基本法》第18条规定的“攻击自由民主的基本秩序”是同义的,因为权利滥用概念上就是违反功能的权利行使,从而不过是一种特定的权利行使方式。而且在民法上,权利滥用并非独立的法律制度,而是诚实信用原则的子集。^[7]宪法理论认为,基本权利滥用是宪法上的独立制度,民法理论无法解释为什么联邦宪法法院在决定基本权利丧失上是发挥主要作用的。根据该理论,基本权利滥用只具有宣示的意义,因为是否构成滥用要由宪法法院在个案中决定,除了特定的政治性滥用外不存在一般的基本权利滥用。基本权利要想发挥整合社会的作用就意味着其内容必须对每个人而言都是可认识的和可信赖的,那种不成文的滥用禁止是违背基本权利的整合作用的。^[8]

学者施内勒(Eva Marie Schnelle)支持宪法理论,她认为,基本权利在功能上主要是一种针对国家的防御请求权,这种防御功能不是授权一种特定的行为方式,而是免于国家的

[3] 这种相似性在于,我国的剥夺政治权利中包含了剥夺当事人的言论、出版、结社、集会、游行、示威的权利,这已经超出了其他国家刑法上的褫夺公权的范围,无法简单用刑法上的褫夺公权来解释,而更接近于德国的基本权利丧失。其他国家的褫夺公权主要限于剥夺选举权和被选举权以及担任公职(比如公务员、陪审员、检察官、法官等等)的权利,即使剥夺其他的权利,也以民事权利为主,比如营业权、驾驶权、荣誉权等等(参见陈兴良主编:《刑种通论》(第二版),中国人民大学出版社2007年版,第391-394页),并不涉及言论、出版、结社、集会等广义上的表达自由。即使从我国历史上来看,目前的剥夺政治权利也是过去的褫夺公权所无法包含的。参见赵晓耕、王伟茗:《褫夺公权的设立及若干问题探析——以〈中华民国暂行新刑律〉和〈大理院判决录〉为中心》,《中国监狱学刊》2013年第2期,第136-139页。

[4] Walter Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf: Eine Untersuchung über die Verfassungsschutzbestimmung des Art. 18 GG und ihr Verhältnis zum einfachen Recht, insbesondere zum politischen Strafrecht, Verlag Gehlen, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich, 1968, S. 133.

[5] Herbert Bethge, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, C. F. Müller, Heidelberg, 2011, S. 1210.

[6] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 72.

[7] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 73.

[8] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 75-76.

干预。因此没有正确地行使和错误地行使之分,也就不存在滥用的可能。^[9] 对此,笔者认为,施内勒的理论值得商榷。如果用基本权利作为一种针对国家的防御请求权来反对基本权利滥用可能的话,民事权利同样可以理解为一种针对其他私人的防御请求权,那么,是否意味着民法上的权利滥用也没有必要存在呢? 滥用首先意味着以一种不被允许的方式故意行使权利,^[10] 滥用这个词本身只不过是对这种权利行使方式进行了否定性的评价。但是这并不意味着笔者就支持民法理论。民法理论的问题在于将基本权利滥用等同于攻击自由民主的基本秩序,这过分窄化了基本权利滥用的范围。只能说,《基本法》第 18 条意义上的滥用是指用特定的基本权利去攻击自由民主的基本秩序,但宪法学上的基本权利滥用并不局限于此。只要权利行使的目的与当初授予它的目的不同就构成滥用。^[11] 比如德国联邦宪法法院认为,一个社团如果仅仅把宗教理论作为借口,实际上只是在追求经济利益,并不属于《基本法》第 4 条的宗教信仰自由保护的主体。^[12] 再比如以获得资助或者外国的居留权为目的的假结婚不属于《基本法》第 6 条第 1 款的婚姻的保护范围。^[13] 所以,基本权利滥用存在更多的可能。

(二) 攻击自由民主秩序

联邦宪法法院曾在两次政党禁止案中指出,自由民主的基本秩序是指一个排除了任何暴政和专制统治的法治国统治秩序,它建立在体现了多数人意志的人民自我决定以及自由和平等的基础上。^[14] 这种秩序的基础原则至少包括:对基本人权的尊重,尤其是基于生命和自由发展的人格权、人民主权、权力分立、责任政府、依法行政、司法独立、多党制以及保护反对党的合宪权利和政党机会平等。^[15] 有疑问的是,联邦国、共和国、社会国原则是否属于这里的基础原则? 多数学者认为,它们并不具有西方民主不可放弃的普适性,更多属于特定国家的结构性原则,比如法国不实行联邦制而实行单一制,西班牙、挪威、瑞典、丹麦和英国不实行共和制而实行君主制,至于社会国原则在美国宪法中也并非决定性的条款。^[16]

所谓攻击,不同于单纯的对宪法的批评,因为自由民主秩序是可以容忍批评的。它处理的不是一个关于最好政治意见的论争,也不是在民主游戏规则下的力量比较,而是对该游戏规则的推翻。^[17] 即持续地、旨在损害或消除自由民主基本秩序的攻击,并且选择了适当的、有助于实现目标的计划周密的手段。^[18] 这种攻击不以身体上的暴力为前提,纯

[9] Eva Marie Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 78 – 79.

[10] Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 956.

[11] Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, S. 11.

[12] BVerfGE 90, 118.

[13] BVerfG DVBL 2003, S. 1260.

[14] BVerfGE 2, 12f.; 5, 140; 69, 345.

[15] Walter Schmitt Glaeser, *Grundrechtsverwirkung*, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 753.

[16] Horst Dreier, *Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat*, JZ 1994, S. 749.

[17] Walter Schmitt Glaeser, *Grundrechtsverwirkung*, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 760.

[18] Walter Krebs, Art. 18, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band 1, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2012, Rn. 9.

粹精神上的攻击也可以,即对居民进行精神上的影响并旨在否认自由立宪国家。^[19] 如果只是认为自由民主的基本秩序是错误的或者内心里不认同,并不属于攻击。^[20] 这就要求攻击行为必须是积极的作为,不作为是不符合构成要件的。^[21]

(三) 基于未来的危险性

德国联邦宪法法院还为基本权利丧失添加了一个不成文的要件,即未来的危险性。^[22] 《基本法》第 18 条的目的在于抵御个别的宪法敌人的行为造成的危险。^[23] 这一抵御危险的功能不仅明确了该规定的预防性,而且也阐明了该危险未来必须存在。这种攻击行为给自由民主的基本秩序造成的危险必须是具体的,不能是抽象的。即如果该行为继续不受阻碍地存在,那么受保护的法益就要受损。^[24]

二 基本权利丧失的程序

(一) 丧失哪些基本权利?

1. 能不能丧失《基本法》第 18 条列举以外的基本权利?

根据通说,基本权利丧失只能丧失《基本法》第 18 条所列举的权利,该列举是封闭的,不能通过类推而扩大。那么,为什么要丧失这些权利? 原因在于,这些权利中,意见表达自由,尤其是出版自由具有影响和形成政治意志的可能性。集会自由和结社自由虽然不属于交往自由,但其仍然服务于集体意见的形成和表达。同时,讲学自由也具有政治鼓动的性质。比较难归类的是通信、邮政和电信秘密、财产权和避难权。通信、邮政和电信秘密属于私人生活领域的保护,财产权和避难权显然不具有政治参与性。之所以将它们纳入基本权利丧失的范畴,主要是因为保护通信、邮政和电信秘密会使得对政治报道的监督变得失效,对财产的保护将导致对宪法敌人的资助变得容易,^[25] 而避难权将使得外国人利用交往基本权鼓动攻击宪法变为可能。^[26] 但是也有学者以职业编辑丧失言论自由最终会导致丧失职业自由为例,反对丧失的基本权利仅限于《基本法》第 18 条(职业自由并未被纳入该条)。^[27] 另外,从今天的情况来看,原教旨主义者利用宗教信

[19] Walter Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf: Eine Untersuchung über die Verfassungsschutzbestimmung des Art. 18 GG und ihr Verhältnis zum einfachen Recht, insbesondere zum politischen Strafrecht, Verlag Gehlen, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich, 1968, S. 71.

[20] Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 953.

[21] Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 954.

[22] BVerfGE 38, 24; 11, 282f.

[23] BVerfGE 25, 60; 25, 100; 38, 24.

[24] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 68 – 69.

[25] Michael Brenner, Art. 18, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, Rn. 37.

[26] Walter Krebs, Art. 18, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2012, Rn. 7.

[27] Hans-Ulrich Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, S. 139.

仰自由来攻击自由民主基本秩序的威胁也是现实存在的,而宗教信仰自由也未被纳入《基本法》第 18 条。对于前者,施内勒认为,基本权利同时丧失只发生在基本权利的保护范围发生交叉的情形,这是一种基于基本权利竞合而发生的附随效应,^[28]这与滥用职业自由本身导致职业自由丧失并不相同。对于后者,笔者认为,宗教信仰自由主要是一种内在的精神自由,即使遭到滥用,如何剥夺呢?所以,剥夺的只能是宗教信仰自由的外在表现行为,比如发表宗教言论和举行宗教集会,但此时仍然落入了《基本法》第 18 条的范围之内。

需要注意的是,根据德国《联邦宪法法院法》第 39 条第 2 款,当事人实际丧失的并不限于《基本法》第 18 条的基本权利,联邦宪法法院还可以剥夺当事人在丧失基本权利期间的选举权(第 38 条第 2 款前半句)、被选举权(第 38 条第 2 款后半句)和担任公职的资格(第 33 条第 3 款)。^[29]这一规定看似与通说相违背,但实际上,这些权利并不列于《基本法》第 1-19 条的基本权利部分,而是作为类似于基本权利的权利存在。当然也有学者认为,这是符合基本权利丧失的目的的,既然基本权利丧失主要是将滥用基本权利者排除在政治舞台之外,那么,剥夺其选举权和被选举权以及担任公职的资格就是丧失政治面向的附随结果。^[30]

另外,德国《刑法典》第 70 条规定,因滥用其职业或行业实施的违法行为,或严重违反有关义务实施的违法行为而被判处刑罚,或因证实无责任能力或不能排除无责任能力而未被判处刑罚的,对行为人和其行为进行综合评价后,认为其继续从事某一职业或职业部门的业务,行业或行业部门的业务,仍有发生上述严重违法行为危险的,法院可禁止该人在 1 年以上 5 年以下的期限从事职业、职业部门的业务,行业或行业部门的业务。如认为职业禁止的法定最高期限仍不足以防止行为所造成的危险的,可永远禁止其执业。该条所规定的职业禁止是否扩大了基本权利丧失的范围?德国联邦最高法院认为刑法的规定只是补充了《基本法》第 18 条,并不存在竞合关系。^[31]对此,笔者认为,从《刑法典》第 70 条的表述来看,显然与基本权利丧失的立意不同。滥用职业自由的前提是违法,这与滥用基本权利攻击自由民主基本秩序不同,前者缺乏政治性。所以,不能认为《刑法典》第 70 条扩大了基本权利丧失的范围。

2. 丧失《基本法》第 18 条所列举的哪个基本权利?

即使只能丧失《基本法》第 18 条所列举的权利,但因为该条列举的权利有多个,这就产生了一个问题,即当事人丧失的到底只是其滥用的那个基本权利还是丧失《基本法》第 18 条所列举的所有基本权利。同一性理论(Identitätslehre)支持前者,认为滥用一个基本

[28] Eva Marie Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 129 - 130.

[29] 该条还规定,联邦宪法法院可以在基本权利丧失期间解散法人。学者通常认为,这是结社自由丧失后的自然结果,因为结社自由的保护范围延伸至法人的存续和内部组织。参见 Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 969.

[30] Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 969.

[31] BGHSt 17, 42.

权利并不自动导致其他的基本权利丧失,比如滥用言论自由不能导致结社自由丧失。^[32]原因在于丧失是最后才能选择的手段。^[33]同时,从有效的宪法保护的角度,丧失决定必须与对被申请人的危险性的诊断相适应。但是,内在丧失延伸理论(interne Verwirkungsextension)认为,同一性理论是没有效果的,因为当事人还保留了进行政治活动的可能性。^[34]同样从有效和无漏洞宪法保护的角度,到底丧失哪些权利要根据被申请人的整体人格,即未来有可能滥用哪些基本权利来判断,否则就会导致堵住了一条路,但开放了其他的路。学者蒂尔(Markus Thiel)以避难权为例,说明难民如果滥用言论自由也会导致避难权的丧失,^[35]然而也有学者反对说,此时难民实际上也滥用了避难权。^[36]实践中,是否丧失其他可以丧失的基本权利,联邦宪法法院主要依申请人的申请而定,同时也要考虑被申请人未来的危险性——即被申请人是否仍然有可利用的手段继续攻击自由民主的基本秩序——和比例原则——即剥夺哪一个基本权利对于保护基本秩序是适当的。由此,《基本法》第18条所列举的任何一个基本权利都有丧失的可能。^[37]

(二)丧失的后果

根据《基本法》第18条制定当初的观点,所谓丧失就是指当事人不能再主张其基本权利受到侵犯。^[38]因此,基本权利丧失并非全部丧失,而仅仅是不能再援引丧失的基本权利。这背后的理由就是,剥夺先于国家的、建立在自然法基础上的基本权利是违反《基本法》第1条第2款的(人权的不可剥夺性),同时,全部丧失也将违反《基本法》第19条第2款规定的本质内涵保障。^[39]当然,丧失的只是基本权利的主观权利面向,其客观法面向仍然保留,比如基本权利的制度面向、作为客观价值秩序的功能、对民法解释的影响以及组织和程序功能、国家的保护义务。^[40]因为基本权利的客观法面向并不归属于个人,不会像主观权利那样通过个人的自由活动来行使,当然也就不可能被滥用。^[41]

[32] Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 960.

[33] Markus Thiel, Die Verwirkung von Grundrechten gemäß Art. 18 GG, in: ders. (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 160.

[34] Hans-Ullrich Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, S. 137.

[35] Markus Thiel, Die Verwirkung von Grundrechten gemäß Art. 18 GG, in: ders. (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 160.

[36] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 123.

[37] Walter Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf: Eine Untersuchung über die Verfassungsschutzbestimmung des Art. 18 GG und ihr Verhältnis zum einfachen Recht, insbesondere zum politischen Strafrecht, Verlag Gehlen, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich, 1968, S. 206ff.

[38] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 141.

[39] Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 963, 882.

[40] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 143.

[41] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 144.

目前的主流观点认为,基本权利丧失意味着当事人的政治行为不再受丧失的基本权利的保护。也就是说,基本权利丧失不是说当事人不能行使该权利,而是说不能有效地行使该权利。即基本权利所具有的针对国家机关的防御请求不再可能。对于立法者来说,丧失意味着可以对其进行限制。对于行政机关来说,它不需要进一步的法律授权就可以干预。对于司法机关来说,当事人在诉讼中不得再援引相关基本权利,从而使得诉讼将因为缺乏权利被侵犯的诉由不被允许。^[42]

(三) 丧失的实施

根据《联邦宪法法院法》第 36 条,基本权利丧失的申请需由联邦众议院、联邦政府、各州政府向联邦宪法法院提出。是否提出申请取决于上述机关的政治裁量。有疑问的是,如果上述机关确信某人有滥用基本权利的行为,到底是有权提出申请还是有义务提出申请?如果类比政党禁止的法理,基本权利丧失具有最终性,即这种申请义务只有在没有其他可能性存在的情况下才能使用,从而保障申请人的政治裁量权。^[43]同时,《联邦宪法法院法》第 37 条还规定了强制性的事先审查。这一规定主要是为了排除那些明显不允许或者没有足够理由的申请。另外,根据《联邦宪法法院法》第 15 条第 4 款,对被申请人不利的裁判,要以法庭的三分之二以上多数通过。这些都使得基本权利丧失的程序变得非常困难。

截至目前,总共有四个基本权利丧失的申请被提出。1960 年 7 月 25 日,联邦宪法法院第二庭在经过了 8 年的审理后,拒绝了阿登纳政府于 1952 年提出的申请,要求剥夺社会帝国党(SRP)主席雷默(Otto Ernst Remer)的表达自由、集会和结社自由以及选举权、被选举权和担任公职的资格。联邦宪法法院的理由是,联邦政府缺乏事实表明被申请人的政治活动是敌视国家的,因此也就缺乏未来的危险性。1969 年,联邦政府再次针对《德意志国家报》的主编和发行人弗赖(Gerhard Frey)提出申请,要求宣布其丧失表达自由,尤其是出版自由,并且要解散报社和剥夺弗赖的选举权、被选举权以及担任公职的资格。1974 年 7 月 2 日,联邦宪法法院认为,没有证据表明被申请人在有敌视国家的政治活动。1992 年,联邦政府又提出两个申请,要求禁止德意志国家党的领导人迪内尔(Thomas Dienel)和国民阵线的代表赖策(Heinz Reisz)进行攻击外国人、反犹太、反对自由民主基本秩序的宣传,禁止其在公开场合就政治问题发表言论以及组织和参与政治性的集会。在经过了 7 年的审理后,联邦宪法法院认为,政府的理由是不可信的,因此被申请人的威胁是有限的。^[44]与政党禁止的五起申请中成功了两起相比,^[45]基本权利丧失申请的全部失败让人产生了该制度是否有用的疑问。对此,学者施内勒认为,在今天这个媒体统治的时代,公众的焦点越来越多地针对个人,尤其是那些具有克里斯玛气质的人身上,相反政党则是

[42] Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 966 - 967.

[43] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 82.

[44] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 94.

[45] 参进程迈:《民主的边界——德国〈基本法〉政党取缔条款研究》,《德国研究》2013 年第 4 期,第 4 - 24 页。

由相对匿名的人组成的,因此,基本权利丧失并未失去重要性。^[46]同时,不容置疑的是,基本权利丧失作为一种预防性的宪法保护制度,就像一柄达摩克利斯之剑,更多是象征和提醒意义。^[47]

三 基本权利丧失的性质

首先,禁止权利滥用被视为权利的内在界限,这是自1934年以来民法学者西伯特(Wolfgang Siebert)确立的通说。西伯特认为,滥用禁止是权利的固有界限,所有的权利滥用都是一种虚假的权利行使。^[48]对于基本权利来说,所谓内在限制是指基本权利保护范围的界限,滥用基本权利的行为自始就不包含在基本权利的保护范围之内。^[49]

其次,基本权利的内在限制是解决一种行为受不受基本权利保护的问题,基本权利的外在限制是解决国家能否阻碍一种应受基本权利保护的为的行为的问题。比如《基本法》第8条第1款规定,所有德国人均享有不携带武器进行和平集会的权利,集会无需报备或许可。据此,“和平、不携带武器”构成集会自由的内在限制,如果警察拘捕一个携带武器参加集会的人并不构成对其集会自由的干预,因为该人不能主张携带武器参加集会为自己的集会自由。同时,德国《集会游行法》第14条第1款规定,有意举行露天公共集会或游行,至迟应于通告前48小时,向主管机关报告集会游行的内容。该条就构成对集会自由的外在限制,因为露天公共集会受集会自由的保护,但是立法规定集会48小时之前报备则对集会自由构成了额外的负担。基本权利的内在限制与外在限制的区分主要体现在是否有国家行为介入上。内在限制往往直接来自于宪法,不需要进一步的国家行为,例如法律、行政行为、司法判决。而外在限制之所以通常与基本权利干预相联系,就在于这种干预并非先天自然形成的,而是后天人为的结果。也就是说,干预是一种“外力”介入基本权利保护范围的结果。这种外力就是国家公权力,根据国家公权力的类型,可以将基本权利干预分为立法干预(法律保留)、行政干预、司法干预。基本权利丧失是基本权利主体滥用其权利的结果,并非公权力介入的结果,因此属于内在限制。^[50]

再次,基本权利的内在限制可以分为成文的内在限制和不成文的内在限制,成文的内在限制有时被称为宪法直接限制(verfassungsunmittelbaren Schranken)。^[51]最典型的的就是《基本法》第8条第1款规定的和平不携带武器的集会。当然也有把《基本法》第5条第1

[46] Eva Marie Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 91.

[47] Hans-Jürgen Papier/Wolfgang Durner, *Streitbare Demokratie*, AöR 2003, S. 350.

[48] Eva Marie Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 153.

[49] Michael Brenner, *Grundrechtsschranken und Verwirkung von Grundrechten*, DÖV 1995, S. 63.

[50] BVerfGE 115, 301; 117, 137. 高慧铭博士之所以将基本权利滥用禁止视为独立于基本权利限制的理论建构,可能与其没有区分基本权利的内在限制与外在限制有关。参见高慧铭:《论基本权利的滥用禁止》,《清华法学》2015年第1期,第123-126页。

[51] Andreas von Arnould, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S. 114.

款第 1 句中以通常可允许的途径来了解信息的权利中的“通常可允许的途径”、以及第 9 条第 2 款中对结社的禁止视为宪法直接限制的。^[52] 从字面含义来看,宪法直接限制就是指直接由宪法规定的对基本权利的限制。但其实,宪法直接限制的内涵在德国存在很大的争议。关于宪法直接限制与法律保留的关系,存在两种观点。第一种观点认为宪法直接限制是相对于宪法间接限制而言的,宪法间接限制(verfassungsmittelbare Schranken)是针对单纯法律保留的基本权利和加强法律保留的基本权利的,^[53]而宪法直接限制是针对无法律保留的基本权利的。^[54] 因为无论是单纯法律保留还是加强法律保留都是宪法授权法律去限制基本权利,只有无法律保留的基本权利才是宪法来直接限制该权利。第二种观点认为,宪法直接限制是针对加强法律保留的基本权利的,因为加强法律保留是指宪法不仅要求通过法律或者基于法律提供的理由对基本权利进行干预,而且还要求该法律与特定的状态——基于特定的目的或者使用特定的手段——相联系。^[55] 即宪法对法律保留提出了要求。

但是,笔者认为,上述两种观点都有问题。对于第一种观点,不管是有法律保留的基本权利还是无法律保留的基本权利,对它们的限制都是采取外在限制的方式。只不过德国学者经常将针对无法律保留的基本权利的限制称为宪法固有限制,即对于某些基本权利,主要是涉及内心和精神方面的基本权利,宪法并不允许立法者“自创理由”去限制,而只能基于宪法上规定的其他基本权利和具有宪法位阶的法益去进行限制。由于宪法固有限制需要公权力的介入,主要是通过法院在无法律保留的基本权利与其他的基本权利或者宪法法益之间进行衡量,对其的限制不会自动进行,这与《基本法》第 8 条中的“和平不携带武器”自动成为“集会自由”的限制不同,^[56]故宪法固有限制仍属于外在限制。所以,如果把对无法律保留的基本权利的限制即宪法固有限制视为宪法直接限制,将导致宪法直接限制与宪法间接限制之间失去界限。因为既然宪法间接限制是宪法授权法律限制之义,而宪法固有限制也并非不允许法律去限制,只是说不允许立法者“自创理由”地去限制。如此,宪法间接限制和宪法固有限制都是允许法律去限制基本权利的,区分间接与直接的意义就不大了。对于第二种观点,加强法律保留中,宪法只是对法律保留中的法律提出了一些相比单纯法律保留“更多”的要求,但具体的干预措施仍然要由法律来规定,并不是说单凭宪法就能完成对该基本权利的限制,否则“加强的法律保留”中的法律保留

[52] Andreas von Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S. 114.

[53] Detlef Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 249.

[54] Georg Hermes, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 341 - 342.

[55] Christian Hillgruber, Grundrechtsschranken, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2011, S. 1042.

[56] 也可以简单地说,基本权利内在限制是自始不受该基本权利保护之义,而外在限制是受该基本权利保护的行为基于其他理由(比如保护公共利益和其他人的基本权利)并且经衡量后进行的让步。所以,外在限制比内在限制更难以判定和开展。

就失去意义了。所以,宪法直接限制并非形式上由宪法来规定基本权利限制的某个要件,而是宪法单独(不需要借助于立法者或者其他公权力机关)就能完成对基本权利的限制,如此来看,只有针对基本权利的内在限制才能符合宪法直接限制的本义。

综上所述,笔者认为,基本权利丧失是当事人滥用基本权利导致其行为不受基本权利的保护,所以性质上属于基本权利的内在限制。同时,基本权利丧失是《基本法》第18条明确规定的,又属于宪法直接限制。也就是说,基本权利丧失的性质既可以说是内在限制,也可以说是宪法直接限制,两者在本质上是相同的。

四 基本权利丧失的理论基础

(一) 防卫性民主

在德国,基本权利丧失属于一种宪法保护规定。^[57] 除此之外,宪法保护规定还包括:《基本法》第9条第2款的结社禁止、第21条第2款的政党禁止、第5条第3款第2句的讲学宪法忠诚、第10条第2款和第11条第2款的出于宪法保护目的对通信、邮政、电信秘密和迁徙自由的特别限制、第20条第4款的抵抗权、第87a条第4款和第91条的在国内紧急状态中使用警察、边防军和武装力量、第98条第2款的防止联邦法官违反宪法,特别是第79条第3款的宪法不可修改条款。由此形成了一个抵制所有可能给国家带来危险的政治力量,包括政府和行政机构、个别公民、公民团体、社团、政党、法官和立法者的宪法保护制度。在此制度中,基本权利丧失主要是针对作为宪法敌人(Verfassungsfeind)的个人。^[58]

基本权利丧失反映了德国制宪者对魏玛宪法和价值相对主义的民主的反思。所谓价值相对主义,根据拉德布鲁赫的观点,就是只要国家中的多数人同意,任何观点都可以主导国家。即只按照支持者的人数而非政治观点的内容来决定国家的主导思想,因为没有哪一种政治观点是可以被证实的、也没有哪一种观点是可以被证伪的。^[59] 价值相对主义在魏玛宪法中的最突出表现就是魏玛宪法第76条,它规定,宪法可以通过法律予以修改,并且只要三分之二以上的国会议员出席、三分之二以上的出席者同意就可以做出修改。这种“任何内容都可以无差别修改的程序”会导致任何价值都不具有根本性的意义。对此,施米特就批评说,“国会不可能通过三分之二的多数决议就将魏玛共和国变成了绝对君主制或者苏维埃式的共和制”,这种对总体政治决断的修改只能由制宪者行使制宪权来进行,而不可能由国会这样一个宪法之下的机关来行使。^[60] 价值相对主义的危害还在于,民主的敌人被给予了与民主的追随者一样的自由,针对宪法的敌人,魏玛宪法缺乏适

[57] 这一制度可以追溯到19世纪早期的德意志帝国,最初主要是为了保护君主制的国家形式,后来随着国家形式的改变,就成了保护民主的国家形式。参见 Johannes Lameyer, *Streitbare Demokratie: Eine verfassungshermeneutische Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, S. 17 - 18。

[58] BVerfGE 25, 60; 25, 100; 38, 24.

[59] Hans-Jürgen Papier/Wolfgang Dürner, *Streitbare Demokratie*, AöR 2003, S. 344.

[60] [德]施米特著:《宪法学说》,刘锋译,世纪出版集团、上海人民出版社2005年版,第30、86页。

的、法律上明确的手段来抵御。这促成了战斗性民主(militanten Demokratie、streitbare Demokratie)或防卫性民主(wehrhafte Demokratie)制度的产生。^[61] 所谓防卫性民主,即宪法所规定的自由民主基本秩序是一种受到价值约束的秩序,因此,宪法要提供一定的手段去防止自由民主秩序的反对者毁灭这种秩序。^[62]

防卫性民主的思想最早可以追溯到古希腊,亚里士多德就曾指出,民主虽然是一种经典的统治形式,但是有退化为大众暴政的危险。^[63] 就德国而言,基于对魏玛宪法“宪法保护”的不足以及纳粹废除和取消民主制度的反思,1937年,德裔美籍宪法学者罗文斯坦(Karl Loewenstein)在《美国政治科学评论》上发表了一篇针对欧洲法西斯主义的分析性文章——《战斗性民主和基本权利》。^[64] 他认为,法西斯主义不是一个孤立的现象,而是一种普遍的运动,因为很多民主体制中的基本自由遭到滥用,从而使得民主发生转向和毁灭。对民主意识形态的完全信赖产生了一种民主原教旨主义,使得民主的敌人利用民主的机制,就像特洛伊木马一样,去推翻民主。对罗文斯坦来说,由于缺乏早期对颠覆分子的防范机制,才导致了希特勒的上台。因此,民主的浪漫主义是自我矛盾的,民主必须通过政治和立法来保卫。^[65] 罗文斯坦将欧洲一些国家的反法西斯主义立法称之为战斗性民主,其运用的方式包括刑法、对反民主的言论、结社、集会自由的限制、对敌视宪法的政党的禁止、对军人、民兵直到公务员的资格限制、国籍的丧失等等。^[66] 1943年,社会学家曼海姆(Karl Mannheim)也发表了一篇名为《对我们时代的诊断》的文章。他指出,技术发展使得现代社会更容易被少数人统治,因此民主要想存续下来就必须成为战斗性的民主。他明确反对自由放任主义,认为其误解了宽容。宽容或者所谓客观性并不意味着我们就要放弃自己相信的东西或者说不谈生命的终极价值和目标。宽容的含义是每个人都应当有公平的机会去展现自己,而不是说人们不能相信自己的判断。他也为战斗性民主辩护,因为有人怀疑其会走向独裁。曼海姆认为两者间存在根本的区别,独裁的目标是强加给公民一整套价值和给社会组织穿上“紧身衣”,而战斗性民主的目的是维护社会发展过程中形成的共识性权利以及那些基本的价值,比如友爱、互助、正派、社会正义、自由、对人的尊重等等,它们是社会秩序和平运转的基础。战斗性民主就是要发展一种新的对待价值

[61] “战斗性民主”和“防卫性民主”哪个叫法更好?笔者同意施利斯基(Utz Schliesky)教授的观点,即防卫性民主的概念更贴切地反映了这个原则的意义和目的。因为它不仅仅是与民主的敌人战斗,而是防范和阻碍他们的政治影响。参见 Utz Schliesky, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2014, S. 856。

[62] Utz Schliesky, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2014, S. 853。

[63] Utz Schliesky, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2014, S. 850。

[64] 这篇文章被分为两部分发表,参见 Karl Loewenstein, Militant Democracy and Fundamental Rights I, 31 (3) *American Political Science Review* 417-432 (1937); Karl Loewenstein, Militant Democracy and Fundamental Rights II, 31 (4) *American Political Science Review* 638-658 (1937)。

[65] Eva Marie Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, S. 36-37。

[66] Hans-Jürgen Papier/Wolfgang Dürner, Streitbare Demokratie, AöR 2003, S. 346。

的态度,它不同于自由放任社会的价值相对主义,它鼓励人们去坚持被每个人都承认的基本价值。^[67] 罗文斯坦和曼海姆的观点对 1949 年德国基本法采纳防卫性民主产生了重要影响。在基姆湖宪法草案中对第 18 条的说明就是:毋庸置疑,任何民主都要小心自杀的危险。^[68] 这意味着基本法告别了魏玛时代的价值相对主义,即宪法并非对每一种政治观点都保持中立。基本法构建了一种受到价值约束的民主,即所谓的自由民主基本秩序。

在基本法下,防卫性民主是被作为一个宪法原则来理解。^[69] 它的目的就是不能给敌视自由民主基本秩序的人通过民主机制瓦解民主的机会。^[70] 它的理由主要基于两点:(1)放弃价值相对主义,要在宽容所有的政治观点和维护神圣不可侵犯的基本价值之间找到一个平衡点。^[71] (2)区分民主的理念和民主的方法,多数决只是民主的方法,民主的理念是自我决定。多数决不等于民主,也不能威胁到个人的自我决定。防卫性民主不是在保护多数决,而是在保护自我决定。所有威胁到个人自由作出决定的因素都将成为防卫的对象。因此,防卫性民主不是要否定或修正民主,它就是民主原则的组成部分。

在德国联邦宪法法院的判决中也多次提到了防卫性民主。比如,在 1956 年的德国共产党(KPD)判决中,联邦宪法法院首次提出要通过基本法来建立和保护我们自身的价值体系,从而限制对手的政治活动自由是必要的。^[72] 1970 年,在一起陆军军官与所属政党谈论进行议会外抗议的目标和行动的案件中,联邦宪法法院认为,防卫性民主的原则也适用于军队内部秩序,支持自由民主的基本秩序是士兵的一项基本义务,因此与言论自由进行权衡时必须考虑宪法政策的基本决定,以此来确定权衡的结果。^[73] 在 1975 年的极端分子裁定中,联邦宪法法院将积极支持宪法秩序作为公务员和法官的义务,宪法中有关防卫性民主的基本决定排除那些否定和攻击自由民主的法治国和社会国秩序的公职申请者 and 担任公职者,因为这构成对他们职位的内在约束。^[74]

目前,关于防卫性民主的批评主要在于,有学者指出,自由民主基本秩序恰恰是建立在多元言论必须受到保护的基础上的,它要免于国家的干预,特别是免于由国家来判断哪一种言论是可以接受的。^[75] 同时,通过限制自由来保护自由是一个悖论,是民主的困境,甚至是一个根本无解的矛盾。^[76] 对于这些担心的回答是,首先,防卫性民主防卫的不是

[67] Karl Mannheim, *Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist*, Collected Works Volume 3, New York: Routledge, Reprinted 1997, p. 7.

[68] Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 932.

[69] Andreas Sattler, *Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie: untersucht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982, S. 38ff.

[70] BVerfGE 113, 81f.

[71] BVerfGE 5, 139.

[72] BVerfGE 5, 138f.

[73] BVerfGE 28, 48f.

[74] BVerfGE 39, 349.

[75] Utz Schliesky, *Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes*, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band XII, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2014, S. 863.

[76] Hans-Jürgen Papier/Wolfgang Durner, *Streitbare Demokratie*, AöR 2003, S. 362 – 363.

批评意见,不是阻止民主的讨论,对宪法机关的具体决定有批判性想法或者进行必要的批评不在禁止之列。防卫性民主针对的是旨在消灭自由民主基本秩序的积极行动。其次,防卫性民主只是一个原则,即它只在一个抽象层面存在,需要在个案中进行具体化。它无法孤立适用,更不能被误解为是普遍地、概括地授权对公民的法律地位进行干预,能否干预还要接受比例原则的更严格审视。^[77]

(二) 宪法敌人的认定与对待

在教义学上,防卫性民主有两个关键问题要解决:一是如何认定宪法敌人,二是如何对待宪法敌人。

关于敌人的认定,人们首先会想到是施米特的著名论断:政治就是区分敌友。但是,需要注意的是,施米特所说的敌人是指公敌,而非私敌。^[78] 公敌是指国家间的敌人,因为施米特的政治概念是与国家相联系的,区分敌友这一政治决断同时也是主权决断,所以拥有主权的政治统一体的国家才是敌友之分的决断者。^[79] “国家区分敌友就为国家针对自己的敌人进行对外战争提供了现实的可能性,国家间战争以及国家的公敌在本质上完全不同于阶级斗争和阶级敌人,也不同于种族斗争和种族敌人,更不用说什么文明的冲突(因为不存在文明的敌人)。”^[80] 对此,施米特派的门人伯肯弗尔德(Ernst-Wolfgang Böckenförde)也指出,对施米特的政治概念经常的一个误解就是将其中的敌人理解为国内敌人。^[81] 他认为这不符合施米特的本意。为什么呢? 因为既然施米特认为国家是人民的政治统一体,那么这就意味着国家是一个内在和平的统一体。国内的派别、对抗、冲突都是在敌友的层面之下的,也就是说,所有的国内关系都是以人民的相对同质性、团结和睦为基础的,由此才能将其整合在一起。正如施米特所说,国内政治与国际政治不同,在政治上是次要的。^[82] 它在古典意义上是公共政策,关心的是如何构建共同体内的良好秩序,它不可能超越或者推翻和平的框架以及内部的整合。因此,要想实现国家作为政治统一体就必须在和平的秩序框架下并最终通过公开的讨论和正式的程序来解决国内的对抗、紧张和冲突。^[83] 如果将内部的争端上升为敌友之分,那我们必须得说这个国家已经分裂为两个国家了。^[84] 因此,施米特的敌友之分实际上并不适用于防卫性民主下的宪法

[77] Andreas Sattler, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie; untersucht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982, S. 31ff.

[78] [德]施米特著:《政治的概念》(修订版),刘宗坤、朱雁冰等译,上海人民出版社2015年版,第35页。

[79] 张旭:《施米特论敌人》,载许章润、翟志勇主编:《历史法学》(第十一卷),法律出版社2016年版,第144页。

[80] 张旭:《施米特论敌人》,载许章润、翟志勇主编:《历史法学》(第十一卷),法律出版社2016年版,第143页。

[81] Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Volume 1, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 70.

[82] 所谓“次要的”,伯肯弗尔德认为是说国内政治冲突的强度并没有达到敌友之分的层次,但是如果不能很好地解决,国内冲突的烈度是有可能上升为敌友之分的层次的,当然这也就威胁到一个国家作为政治统一体的存在。所以,所谓的“次要”是指既有不同但也有联系。Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Volume 1, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 72.

[83] Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Volume 1, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 71.

[84] 张旭:《施米特论敌人》,载许章润、翟志勇主编:《历史法学》(第十一卷),法律出版社2016年版,第144页。

敌人的确定。

德国联邦宪法法院将宪法敌人定义为不能诉诸宪法保护的自由,并且威胁、损害或者破坏宪法秩序或者国家存在的人。^[85] 尽管自由的敌人不能无条件地享有自由,但是对其自由的限制仍然要在法律框架内通过行政或者司法的程序来进行。因为宪法敌人在享有基本权利上与其他公民在法律上是平等的,即使他的主观权利受到了限制,他仍然可以要求这种限制必须符合法律,从而避免公民战争的爆发。^[86] 同时,德国学者认为,宣告为宪法敌人并不意味着定罪,也不是要对宪法敌人进行毁灭,而只是防御他们、阻止他们。^[87] 用联邦宪法法院的话来说,对于宪法敌人,仅仅是去政治化(entpolitisiert),而非去公民化(entbürgerlicht)。^[88]

五 结 语

如同我国的剥夺政治权利首先规定于《宪法》第 34 条一样,德国的基本权利丧失也是一项宪法上的制度,并且是由联邦宪法法院来进行判决、适用宪法审判的程序。这里不适用刑罚程序的原因在于基本权利丧失更多是事先的预防,而非事后的制裁。^[89] 刑罚的目的是制裁过去的行为,而基本权利丧失是着眼于未来的危险性。^[90] 同时,基本权利丧失也不同于警察法和秩序法上的预防措施,上述措施是针对一个具体的事件,而基本权利丧失是基于行为人的品格来判断。同时,两者在法律后果上也是不同的,警察法是防止和禁止某个行为的作出,而基本权利丧失是让基本权利主体丧失政治活动的能力;^[91] 警察法的目的是保护公共安全和秩序,而基本权利丧失是对自由民主基本秩序进行特殊保护。

德国联邦宪法法院在基本权利丧失上的谨慎态度反映了基本权利丧失虽然针对宪法敌人,但这种宪法敌人与国家间的敌人不同,仍然属于一国之内公民之间的“内部矛盾”,这从基本权利丧失只是暂时性的“丧失”部分基本权利就可见一斑(《联邦宪法法院法》第 39 条规定,基本权利丧失的期限至少在 1 年以上,具体由联邦宪法法院决定),甚至“丧失”也不是指不能行使,而是不能有效行使,即当事人受到限制后无法援引相关的基本权

[85] BVerfGE 30, 19f.

[86] Hans Hugo Klein, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), S. 72.

[87] Beate Rudolf, Verfassungsfeinde im öffentlichen Dienst, in: Markus Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 209.

[88] Günter Dürig/Hans H. Klein, Art. 18, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Peter Lerche/Matthias Herdegen/Roman Herzog/Hans H. Klein/Peter Lerche/Hans - Jürgen Papier/Albrecht Randelzhofer/E. Schmidt-Assmann/Rupert Scholz, Grundgesetz Kommentar, Band 1, Verlag C. H. Beck, München, 2001, Rn. 70.

[89] Hermann Butzer/Marion Clever, Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG: Doch eine Waffe gegen politische Extremisten?, DÖV 1994, S. 639.

[90] Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, S. 980.

[91] Michael Brenner, Art. 18, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, Rn. 91ff.

利保护自己。同时,基本权利丧失并未执拗于丧失政治权利,诚如前述,《基本法》第 18 条列举的权利中,讲学自由、通信、邮政和电信秘密以及财产权、避难权并不带有明显的政治性,之所以剥夺它们只是因为它们可能会被用来攻击自由民主的基本秩序。实际上,除了参政权外,没有哪个基本权利纯粹是政治性的。所以,关键不在于哪些权利是政治权利,而在于哪些权利具有被滥用来攻击宪法秩序的可能;关键也不在于这些权利能否被剥夺,而在于如何剥夺。

[本文为国家社科基金青年项目“我国宪法总纲条款的规范属性与实施机制研究”(12CFX016)的研究成果。]

[**Abstract**] In Germany, those who abuse fundamental rights to attack the basic order of freedom and democracy will lose some of their fundamental rights. Only seven fundamental rights can be lost, namely the freedom of publication, the freedom of teaching, the freedom of assembly, the freedom of association, the confidentiality of communication, property rights and asylum rights, because they may be used to attack the basic order of freedom and democracy. The fundamental right to be lost in a specific case is determined by the German Federal Constitutional Court in light of the future dangerousness of the accused and in accordance with the principle of proportionality. The consequence of the loss of fundamental rights is not the loss of the ability to exercise the fundamental rights, but the loss of the ability to exercise them effectively. That is to say, the parties concerned are unable to invoke relevant fundamental rights being restricted to protect themselves. Therefore, the nature of the loss of fundamental rights is regarded as an inherent limitation on fundamental rights, namely those who abuse the fundamental rights will not be protected by these rights. The theoretical basis of the loss of fundamental rights is defensive democracy, that is, preventing the use of the democratic system by individuals hostile to the constitution to overthrow freedom and democracy. Defensive democracy is based on a reflection of value relativism adopted in Weimar Constitution. It believes that democracy is constrained by value and cannot be used to overthrow the basic value of society, otherwise it is a democratic suicide.

(责任编辑:田 夫)