

憲法法院的角色：對於司法積極主義的若干思考

演講者：德國聯邦憲法法院法官 Prof. Dr. Gabriele Britz

翻譯者：逢甲大學財經法律研究所助理教授 李東穎

敬愛的同事們，能受邀至此與您共同討論憲法法院的角色，是我的莫大的榮幸與愉悅。

I. 導論

憲法國家的理念，以及憲法法院在維護憲法基本原則上承擔特別重要角色，近三十年來在歐洲獲得重大的發展。然而，我們同時亦可觀察，許多歐盟成員國中的憲法法院正面臨壓力，蓋執政者否認它們的正當性，並試圖逃脫對其行為嚴格的合憲性監督。

近來，有人主張並不正確地過度強調兩個基本憲法原則－民主與法治－的對立，並且嘗試以不利於憲法審判權的方式，使兩憲法原則相互耗損。

但是，在此存在一個－絕對並非無意的－混淆：以（所謂的）民主之名支持憲法法院的弱化；以所謂民主的名義將國民意志置於政治受憲法原則約束與此約束的控制之上。掙脫憲法及其守護者，憲法法院，的桎梏被宣稱為是人民民主式的自我主張。

然而，其是以一難符民主之名的（所謂）民主之扭曲圖像為基礎。它混淆了無可抵禦的多數統治與民主統治。民主統治意味著（非因法治國，而係因民主本身之故）受法律拘束的統治。民主作為基礎的憲法原則遠較無條件的多數統治廣泛。它既要求程序性的確保，也要求實體權利的基本存續：程序上其要求，對於暫時性統治多數的政治追逐，必須維持在新的多數可一再被建構的開放性競逐狀態；此以政黨與選舉法制中程序性的確保，以及言論自由、媒體自由以及集會遊行自由的大方擔保為前提。名符其實的民主原則在事物上亦要求少數者的一般性保障。蓋在民主制度中，少數者對於多數決定的臣服，亦僅在賦予其權利的基本保障並在事實上確保的情況下，始能被期待。

一力求政治多數遵守此條件的憲法法院，並非對抗民主原則，毋寧扮演其監督民主憲法原則之適用的角色。

除此欲使民主與法治國相互耗損之一望即穿的政治性嘗試外，亦存在一個在民主與法治國之間，對憲法法院施加壓力的、更細緻的學術性變體。我指的是關於所謂的司法積極主義的討論。以下我將致力於此更加複雜難明的批評。

因為指摘憲法法院或其他最高等級法院為司法積極主義，通常是批評性的。論及司法積極主義通常暗指，憲法法院以損及立法者與立憲者的方式，透過賦予憲法

現實中並不存在的內涵，不正當地將形成性權力據為已有的批評。其特別意指，該法院為立法者形成了過多或過窄的規範，而它們在憲法本文中並無充分的支撐，而因此過度地限制（具更強民主正當性的）立法者的形成空間；在此涉及的是憲法法院審判權與現實「單純」立法者間之關係。司法積極主義的批評同時意指，憲法法院逾越了屬於它的適用憲法的任務，並取而代之地佔據了修憲者形成憲法的角色；此關涉到憲法法院審判權與立憲者或修憲者的關係。- 然而，將形成憲法之權限據為已有並不須以損害現實立法者的方式為之，蓋憲法法院有時會鬆動憲法目前的條件，以開放現實立法者更多空間，在憲法上補正單純法律層次已進行之發展。例如，聯邦憲法法院即反對，為對抗立法者相應之開放而提出之，婚姻與家庭之保障具有阻斷同性伴侶或家長效力的主張¹。

以下首先我將簡短說明，在聯邦憲法法院的裁判實務中並非司法積極主義，毋寧是相對於立法者的司法自制才是在實務與規範上的通常情形（II）。接下來我將粗淺的論證，為何憲法法院有時似乎必須相對於立法者承擔積極的角色（III）。最後，我將指出在哪些情況，法院的積極角色可能是適當的（IV）。

II. 作為通常情況的司法自制

在聯邦憲法法院的裁判中相對於立法者的司法自制是經驗與規範上的通常情形。衡以憲法法院的程序數量，實務上極少出現聯邦憲法法院指摘法律的情形。

（從 1951 年到 2015 年，聯邦憲法法院已終結 216,741 件程序。其中有 706 次，其宣告法律或規定全部或部分違憲。在多少件已終結之程序中，一個規定之違憲性直接或間接地被提出，並不清楚）。

這並非是因為無法透過憲法訴願或其他程序直接或間接地指摘法律，而是因為聯邦憲法法院基於原則性的權限或正當性的考量，相對於立法者採取克制的態度。聯邦憲法法院雖未遵循狹義的政治問題原則；對於國家權力，基本法原則上要求全面性的效果；即使決定仍如此的具政治性，「免於憲法拘束」的空間並不存在。然而，聯邦憲法法院承認實體與事實上的立法決定空間。實體的決定空間產生自，基本法經常賦予立法者通往容許之法律規整的管道。立法者特別是在不同基本權主體的立場相互碰撞時，擁有空間。不同基本權的衝突如何解消，基本法通常並未詳細規定。對此作成決定首先是立法者的任務，而非憲法法院²。以法律實踐基本權保護義務時，更是如此³。

立法者之空間亦存在於事實面向。立法者若規整帶有事實上不確定性的生活情境，其通常會以預測空間的形式擁有某種評估特權⁴。

III. 憲法法院的積極角色亦有其必要

假如憲法法院相對於立法者的克制，在民主憲政國家中原則上在憲法理論上是適

當且實務上是普遍的，憲法法院對於立法者若無法亦承擔積極的角色，它仍會錯失其功能。

憲法法院對於法律規定的指摘雖然是少見，但最終同樣是正常的事情。它通常已內涵在憲法及憲法訴訟法自身當中。許多現代的憲法及法律層次的憲法訴訟法制明文將控制立法者、對於違憲之指摘，以及宣告被指摘之規定不得適用或無效的任務，配屬憲法法院。當立法者違反憲法清楚的規定-在運作得當的憲政國家中毋寧為少數情況-，憲法法院可以而且必須為其設下憲法的框架。即使憲法文本容許解釋空間，憲法法院無須亦不得全然從立法者的控制中抽身而出。蓋憲法文本特別是在基本權領域幾乎無例外地以非常開放的方式形成，若是如此，在此範圍內的憲法法院控制豈不落空？這顯然不是想要的結果。特別是藉由引進憲法訴願以及不同形式的規範審查程序，根據此空泛之標準以控制立法者即有意被開放，而憲法法院因此自然被賦予，為達成此目的獨立自主地解釋與續造憲法，並且據此衡量法律的任務。此等情形，例如在聯邦憲法法院法第 93a 條即清楚可見。據此，當憲法訴願具原則性的憲法重要性，即應被受理而作成裁判。若憲法訴願提出無法由基本法直接答覆之問題時，即屬於此種情況⁵。憲法法院的使命正在於，釐清基本法本身並未清楚回答的憲法問題。一方面在發展憲法之法律審查的委託，另一方面在克制誡命此兩相對立的要求間，尋找積極的憲法解釋及司法自制的正確比例，係憲法裁判的高度藝術。就此而言，並不存在任何公式。每個法院在每個時間點不同的積極程度可能是理想的。然而，仍可舉出若干憲法法院較高程度的積極開展，在趨勢上看來較為適當的事物領域與情況。

IV. 要求較高度法院積極性的事物領域與情況

我想要為您們舉出四個領域。

1. 保障基本權的核心內涵

首先：當涉及基本權核心內涵的保障，特別是其顯示出與人性尊嚴（基本法第 1 條第 1 項）的強烈關連時，憲法法院的主動角色看來是具說服力的。立法者對此干涉愈強，憲法法院的審查即須愈深入。這特別適用在例如刑法的規定、自由的剝奪，以及對於私人領域強烈侵入的授權，例如住所的監視⁶、通訊監察⁷或者電腦設備的網路搜索⁸。基本權以及為遵守它們而生的憲法法院的任務在於，為即使是運作良好的民主決定程序立下法治國的最外部界線。

2. 少數保障

憲法法院在涉及少數者之自由、平等以及歧視的保護時提高其積極程度，看來是特別具說服力的。少數者的利益在政治決定程序中必然難以貫徹。在民主憲政國

家中，基本權與憲法法院的重要功能之一即在於，使合理的少數利益得以實現。此顯然適用於歧視保護的規定與平等處遇的誡命。即使是自由權或許亦可在此找到其最重要的理由：本質性的自由利益亦須對抗民主多數而被捍衛。當法律限制政治、世界觀、宗教、倫理或其他少數意見者的自由時，憲法法院將前後一貫地更嚴肅地審查法律，並更嚴格地審視限制自由的理由。在聯邦憲法法院的例子中，例如聯邦憲法法院為保障非基督宗教之少數學童，而宣告在公立國小每間教室懸掛十字架的法律義務違憲⁹；關於同性伴侶同等處遇之庭的裁判¹⁰；或對於法律禁止穆斯林女教師在學校穿戴頭巾的指摘¹¹。正好是這些裁判在政治領域與公眾間除肯定外亦遭受強烈批評，因此是無須訝異的，蓋憲法法院在此一可能更是為了對抗多數意志而一實現少數的利益。另一方面，憲政國家中人民的智慧亦不應被低估。聯邦憲法法院在民眾間享有持續的愛戴，即使其一再作出不受歡迎的裁判。或許是民眾區分了對各別裁判在事理上的否定，與被視為是「權力取向」之政治之「正義取向」對手的憲法法院本身的評價。

3. 新的保護需求

第三：此外，在新的基本權危害情況出現之處，憲法法院發揮某種創造性的積極，在個案中可能是適當的。如是，憲法法院可以在現存基本權內涵的續造中，發展新的確保機制與保障內涵。新的危害情況特別可能係因科技的發展而產生。就此而言，可以援引聯邦憲法法院案例中資訊自決權的發展為例¹²。今日，基本權可能是最重要的部分－資料保護權－即明文規定在歐盟基本權憲章第 8 條之中。當聯邦憲法法院於 1983 年首次以此審查一法律規定，該基本權並未存在於憲法文本之中。它當時是由人格發展自由權（基本法第 2 條第 1 項配合第 1 條第 1 項）推導而出。新的資訊自決自由權首先主要以自動化資料處理的危險¹³證立；因此其（亦可）理解為對於科技發展的回應，即使其今日已遠超過自動化資料處理領域發揮作用。法院當時已完全對資料保護之程序法的形塑作成詳細規範：必要的是資料法定目的拘束、再傳遞與使用禁止、說明、告知與消除義務，以及獨立資料保護委託人之參與¹⁴。正好在此樂於深入細節之中，當時的裁判無疑是一種特別積極的憲法發展。然而，鑑於此已被稱為典範之基本權保障內涵的續造，當時可能已產生創造此一基本權是否非修憲者任務的疑問？法院在此可能遭受雙重積極主義的批評：對於立法者以及對於立憲者而言。然而，這些批評當時並未決定判決的接受度。整體而言，判決正面地被接受。資料保護在憲法上的創造可能在八 0 年代初期遇上資料保護是必須的，這個可一般貫徹的感覺。即使是歷史，看來也是贊同法院的積極主義。資料保護基本權已發展成歐洲基本權保障具形塑性質的組成成分。

聯邦憲法法院此等特別形成性的行為僅經歷少數批評，能使人認清關於司法積極主義與司法自治之討論的廣泛現象：司法積極主義的批評鮮少由在事理上贊同一個裁判者提出。更多司法自制的呼籲毋寧係從在事理上不同意一個判決者聽聞。

質言之，始終必須考量，司法積極主義背後最終可能隱藏較少方法上的批評，而是事理上的不同意見。

最後，經常具高強度組織與程序內涵的資料保護基本權正好顯示，透過法院從事基本權續造，可能相對於透過立法者進行憲法變遷更具優勢：它較富彈性因此可能較易事後修正。憲法裁判一般比經常須克服較高程序與政治門檻的立憲，較易且較快對事後改善需求作出反應。藉由要求的再度鬆動、繼續強化、以替代要求取代或加以精確化，裁判可在需要時較快修正曾經提出的標準。憲法裁判因此在趨勢上較修憲立法者更能夠透過某種實驗的方式，創造適合新的保護需求的保障內涵。

4. 民主與憲政國家的基礎條件

第四：在基本權保障之外，亦存在憲法法院之積極角色看來具說服力的議題領域。憲法法院亦須且正好是針對「在其固有事務中」活動的立法者，確保運作得宜之民主的基礎條件，蓋立法者掌握可能阻礙少數轉變為多數的政治程序。因此，例如聯邦憲法法院即一再要求立法者保障政黨的機會平等，並且設定相當嚴格的審查標準：當公權力以可能影響政黨間之機會的方式介入政黨競爭，其裁量的界限將特別緊縮，蓋藉由該觸及政治競爭條件的規範，該國會多數某種程度係在其固有事務中活動¹⁵。例如審查關於政黨財政補助的法律規則，或者形塑選舉法制時，這具有意義。

當立法者變更憲法訴訟法，並因此意在削減憲法賦予法院的控制功能時——一個目前在歐洲可見的，政治無法始終抵抗的誘惑，更須嚴格審查。

V. 結論

我現在要作結論：無可錯認地，憲法法院一般性地對於政治，特別是對立法者，係處於一與實力相關，又涉及正當性的緊張關係中。在憲政國家中，為使民主、自由與法治國得以完全開展，憲法法院始終須使此緊張關係取得新的平衡；就此而言，其須尋找與發現，對於立法者而言，積極憲法發展與司法自制間的適當混合。然而，我們在歐洲正在經歷，憲法法院與立法者適當關係的問題，亦可在相反的徵兆中被提出：若非法院扮演立法者的角色，相反地，是政治對於憲法法院恐將喪失積極主義與自制間適當關係的眼光，並藉由侵犯憲法法院審判權，而將憲政國家推向深淵時，究竟何種機制仍可保護憲法法院。事實上的實力在此是分配不均的。一個偏離憲政國家的立法者，甚難單由憲法法院帶回憲政國家常軌。希望因此也指向帶入憲法與憲法法院間更大的結合之中。在歐盟若干成員國之憲法及法治國危機發生之初，強烈的希望落在歐盟的程序與制度之上。平心而論，至今三至五年問題仍未真正解決——缺乏民眾對於統治受憲法拘束之必要性，以及最高等級法院監督該條件被遵守之必要性的深度確信，實不可行。憲政國家與憲

法法院審判權的理念必須持續被大眾接受。最好廣及全世界。憲法法院如何對此作出貢獻，全世界的憲法法官自身應相互交流。亦為此之故，我來到在此處。

¹ S. BVerfGE 105, 313, 342 ff.; BVerfGE 133, 59, 77 ff.

² S. z.B. BVerfGE 100, 289, 303 f.; 96, 56, 63 f.

³ S. z.B. BVerfGE 88, 203, 261 f.

⁴ S. z.B. BVerfGE 50, 290, 335 f.; 77, 84, 106 f.; 103, 293, 307.

⁵ BVerfGE 90, 22, 24.

⁶ BVerfGE 109, 279 ff.

⁷ BVerfGE 113, 348 ff.

⁸ BVerfGE 120, 274 ff.

⁹ BVerfGE 93, 1 ff.

¹⁰ BVerfGE 105, 313 ff.; 124, 199 ff.; 126, 400 ff.; 131, 239 ff.; 132, 179 ff.; 133, 59 ff.; 133, 377 ff.

¹¹ BVerfGE 138, 296 ff.

¹² BVerfGE 65, 1 ff.

¹³ BVerfGE 65, 1, 42.

¹⁴ BVerfGE 65, 1, 46.

¹⁵ BVerfGE 120, 82, 105.