

国家与法治研究

(第三卷)



GuoJia
Yu
FaZhi
YanJiu

焦洪昌
主 编
成协中
执行主编



中国政法大学出版社

2024 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

国家与法治研究. 第三卷 / 焦洪昌主编；成协中执行主编. — 北京：中国政法大学出版社, 2024.3

ISBN 978-7-5764-1396-0

I. ①国… II. ①焦… ②成… III. ①法学—丛刊 IV. ①D90-55

中国国家版本馆 CIP 数据核字(2024)第 058938 号

书 名	国家与法治研究（第三卷） GUOJIA YU FAZHI YANJIU (DI SAN JUAN)
出版者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱	bianjishi07public@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908466(第七编辑部) 010-58908334(邮购部)
承 印	保定市中画美凯印刷有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	13.25
字 数	205 千字
版 次	2024 年 3 月第 1 版
印 次	2024 年 3 月第 1 次印刷
定 价	68.00 元

自由世俗国家的悖论

——博肯福德与他的时代

田 伟*

“自由的、世俗化的国家的存续依赖于一些前提条件，但这些条件却无法由国家自身保障。”〔1〕这句德国政治界、宗教界和知识界在过去半个世纪最广为传颂的格言，出自一位宪法学者笔下。而在2019年2月24日，这位宪法学者辞世之时，这句格言又反复出现在联邦总统的唁函、联邦宪法法院院长的悼词和不计其数的纪念文章中。

格言的作者恩斯特-沃尔夫冈·博肯福德（Ernst-Wolfgang Böckenförde）1930年出生于德国中部小城卡塞尔的一个天主教家庭。他的父亲是一位林务官，祖父曾担任州法院法官，这个普鲁士公务员家庭共养育了八名子女，博肯福德排行第三。〔2〕1949年，也就是《德国基本法》制定、德意志联邦共和国成立的那一年，博肯福德进入大学学习法律和历史，并最终在两个专业都获得了博士学位。1964年完成教授资格论文后，〔3〕博肯福德先后在海德堡大学（1964—1969）、比勒费尔德大学（1969—1977）和弗莱堡大学（1977—1995）担任公法、宪法史、法律史和法哲学教授，并曾任联邦宪法法院法官。

* 田伟，中国人民大学法学院助理教授，法学博士。本文草就于2019年3月，后于2020年12月根据新出版的文献略作增订，文章回顾了博肯福德教授的人生与事功，以缅怀先辈大家。

〔1〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Erweiterte Ausgabe 2006, S. 92 (112).

〔2〕 博肯福德家族的八兄妹中，共产生了三名法学博士：博肯福德，他的哥哥维纳·博肯福德（Werner Böckenförde）和弟弟克里斯托夫·博肯福德（Christoph Böckenförde）。其中，维纳·博肯福德同时也是神学博士，后来成为神学家，他比博肯福德年长两岁，两人在大学一起学习，关系最为亲近。

〔3〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin: Duncker & Humblot, 1964, 2. Aufl. 1998.

作为宪法学者、天主教徒、社会民主党人，博肯福德的一生，可谓非常成功。他是德国最有影响力的法学家之一，在他还在世之时，博肯福德的学说就已经成为德国国家法学的经典，他创造的“民主正当性链条”“框架秩序”“宪法法院司法国”“兼容开放型中立”等术语，^{〔1〕}也早已是今天宪法学研究绕不开的内容。博肯福德先后被五所大学授予荣誉博士学位，其中三个是法学博士，两个是神学博士。2004年，博肯福德荣获汉娜·阿伦特奖，2012年，又获西格蒙德·弗洛伊德奖，他还曾被教宗和德国联邦总统授勋。但博肯福德的人生之所以具有深远的时代意义，最根本的原因在于一点，在他身上，在他的作品中，存在诸多充满张力的元素：一个信仰天主教的社会民主党人，一个坚守国家之显著意义的自由主义者。^{〔2〕}

回首百年前的魏玛共和，正是这些因素诱发了共同体的分裂，造成魏玛宪法的悲剧；但在基本法时代，这些彼此矛盾的倾向，却被博肯福德集于一身，进而又以一种协调整合的方式融为一体。只有在基本法秩序之下，这才是可能的。在很大程度上，第二次世界大战后建立的联邦共和国之所以能成为德国历史上第一个成功的民主政体，正要感谢这些思想的聚集整合，正是源自这些元素的共同作用。在这个意义上，博肯福德被视为联邦共和国国家法学者理想类型的化身。^{〔3〕}也许我们可以说，博肯福德人生的成功，实际上是一个更为宏大广阔的成功故事的缩影，他代表了基本法的成功，联邦共和国的成功，自由民主基本秩序的成功。

一、“政治教授”的人生

在2000年为博肯福德七秩寿辰举行的学术研讨会上，时任联邦宪法法院院长林巴赫（Jutta Limbach）发表赞词，对这位同事作出了颇有深意的评价：

〔1〕 国家对待宗教的“兼容开放型中立”（übergreifende offene Neutralität）是博肯福德对德国政教分离模式的概括，对此的讨论参见田伟：《德国宗教宪法研究》，中国人民大学2019年博士学位论文。

〔2〕 Matthias Jestaedt, Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 80. Geburtstag, JZ 2010, S. 890 (891).

〔3〕 Matthias Jestaedt, Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 80. Geburtstag, JZ 2010, S. 890 (891). 需要注意的是，Jestaedt虽然在此将博肯福德视为联邦共和国国家法学者理想类型的化身，但同时也明确指出，这适用于“旧”联邦共和国，即两德统一前的西德。



博肯福德的一生,是一个非典型但又恰恰因此而成为典范的法学家人生。之所以这么说,是因为在德国,许多法律学者都推崇一种“非政治的技术专家”式的职业定位,期待着在人生终了之时,能被称赞是一位“中立的、无涉政治的法的忠实仆人”,而博肯福德的人生志趣则与此相反。^[1]毋宁,与韦伯(Max Weber)、阿伦特(Hannah Arendt)、哈贝马斯(Jürgen Habermas)等其他学科的大学者一样,他承继了德国历史上的“政治教授”传统。^[2]

所谓政治教授,并不是说学者必须投身政坛,而是指大学教授应当充分认识到自身研究和教学对整个社会的意义,主动将其学术观点传播给普罗大众,启迪助益公共讨论。正是在这个意义上,博肯福德经常在《法兰克福汇报》《新苏黎世报》等报刊上撰文。从涉及两德关系的“东方政策”、因“红军旅”等左翼恐怖组织引发的紧急状态问题,到大学和法学教育改革、堕胎规制,再到胚胎和基因技术伦理、欧盟扩张,对于德国社会过去半个世纪经历的诸多重大争议,博肯福德都旗帜鲜明地表达了自己的观点,他因而也被视为联邦德国迄今70余年历史中最重要的公共知识分子之一。

甚至博肯福德最广为人知的宪法学著作,也并非由法学学术出版机构发行,而是他的五本苏尔坎普论文集。苏尔坎普(Suhrkamp)出版社编行的“苏尔坎普学术口袋书丛书”,囊括了哈贝马斯、卢曼(Niklas Luhmann)、赫费(Otfried Höffe)等德国思想大师的著作以及罗尔斯(John Rawls)、福柯(Michel Foucault)等外国学者作品的德语译本,在德国代表了人文社会科学研究的最髙水准。法学著作通常受众狭窄,因而作品能入选苏尔坎普这一丛书的法学家,迄今只寥寥数人,而博肯福德先后在该系列出版了五本文集,^[3]由此超越法学领域,深刻地影响了德国知识界乃至整个德国社会的

[1] Jutta Limbach, Laudatio zum 70. Geburtstag für Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Rainer Wahl/Joachim Wieland (Hrsg.), Das Recht des Menschen in der Welt. Kolloquium aus Anlaß des 70. Geburtstags von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, S. 9 (9 f.).

[2] Rolf Grawert, Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 75. Geburtstag, AöR 130 (2005), S. 345 (346).

[3] 分别是1976年的《国家、社会、自由》(Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht), 1991年的《法、国家、自由》(Recht, Staat, Freiheit. Studien zu Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2006年出版增订版)和《国家、宪法、民主》(Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht), 1999年的《国家、民族、欧洲》(Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie)以及2011

精神生活。

作为政治教授，博肯福德积极参与推进国家的政治和宪法生活。1973年，他作为专家成员参加了联邦议院的宪法改革调查委员会，正是这一委员会的结论，改变了《德国基本法》的命运。《德国基本法》原本是第二次世界大战后两德分裂局势下作为权宜之计制定的“过渡宪法”，也正因此未被冠以宪法之名，对其的批评和修改建议亦一直不绝于耳，并最终促使议会成立调查委员会，审查《德国基本法》是否还适应政治现实和发展的需要。但经过三年的研究讨论，委员会却得出了相反的结论：在施行25年后，《德国基本法》的条文，要么已是最佳选择，要么尽管带有缺陷却并无更好的替代。^{〔1〕}批评转变为了赞美。三年后，在《德国基本法》制定30周年之际，斯登贝格（Dolf Sternberger）在《法兰克福汇报》上发表纪念文章，首次提出了“宪法爱国主义”的口号。他写道：“尽管民族感情仍然受到伤害，尽管德国仍然分裂，但我们生活在一个完整的宪法之中，一个完整的宪法国家之中，而这本身就是一种祖国。”^{〔2〕}由此，宪法成为新的国家认同。

当然，博肯福德政治教授生涯最重要的部分，还是其12年的“教授法官”经历。1983年12月，博肯福德出任联邦宪法法院第二庭法官，执掌庇护法、财政宪法和预算法领域的案件。任职法官期间，他参与作出了许多重大裁判，例如引发巨大社会关注的“第二次堕胎判决”和开启欧盟的“马斯特里赫特条约判决”等。^{〔3〕}尤其是在关涉民主原则的案件中，博肯福德得以将他提出的“民主正当性链条”理论贯彻落实到宪法法院的裁判之

（接上页）年的《学术、政治、宪法法院》（Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht）。这五本文集辑录了博肯福德历年来在国家学、宪法学、宪法史和法哲学等领域发表的多篇重要论文，在学界引用率非常高。五本文集中编选的篇目亦有重复的部分，其中2011年最后一本还收录了由Dieter Gosewinkel对博肯福德所做的长篇学术传记访谈。

〔1〕 Schlussbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, Deutscher Bundestag Drucksache 7/5924, 09.12.1976, S. 3.

〔2〕 Dolf Sternberger, Verfassungspatriotismus, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23.05.1979, S. 1; 此处引用重印版, ders., Schriften, Band X: Verfassungspatriotismus, Frankfurt am Main: Insel, 1990, S. 13 (13).

〔3〕 BVerfGE 88, 203-Schwangerschaftsabbruch II (1993); BVerfGE 89, 155-Maastricht (1993).



中。^[1]值得一提的是,博肯福德还是宪法法院历史上著名的“异议者”,共撰写了11份不同意见书,而他在政党资助、税法半数原则等问题上的反对意见后来成了法院的多数意见。

博肯福德参加宪法改革调查委员会和担任宪法法院法官,都是由社会民主党提名的,他于1967年加入社会民主党。从他的天主教信仰和家庭背景来看,基督教民主联盟似乎才是更顺理成章的选择,但博肯福德最终选择加入社会民主党。这既是出于对当时天主教会通过牧函要求信徒为基督教民主联盟投票的不满,在他看来,这是宗教对政治的不当干预;也是基于他对社会国理念的认同,博肯福德深切地认识到社会条件对个人实现自由的重大意义。加入社会民主党后,博肯福德在一些重大政治问题上发挥了影响,其中最重要的当属20世纪70年代中期的“基本价值辩论”(Grundwertedebatte)。当时,执政的社会民主党—自由民主党联盟在婚姻家庭法和刑法领域,尤其是堕胎规制上推行自由化措施,招致了德国社会的巨大争议,天主教会指责这将动摇公民道德,造成价值崩坏。最终,这些争论凝结成了一个根本性的问题:国家是否应当为社会塑造共同的价值、向公民提供共享的精神?时任联邦总理施密特(Helmut Schmidt)在1976年发表的演讲中,对此作出了明确回应:民主国家并不建立世界观与伦理基础,毋宁,价值应在个体和社会中形成,而国家的行为则必须与此连接。^[2]施密特的这篇演讲,相当部分正是出自博肯福德之手。^[3]

[1] 博肯福德从人民主权原则出发,主张民主作为一种国家和治理形式,要求所有国家行为都必须具有民主正当性,并进一步区分了“功能和机构”“组织和人员”以及“事项和内容”这三种民主正当性的具体形式;而组织和人员的民主正当性意味着,在人民与被委托以国家职权的公职担当者之间,必须存在一条不间断的正当性链条,这就是著名的“民主正当性链条”(demokratische Legitimationskette)理论。参见 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip (1987), in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, Heidelberg: C. F. Müller, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 14 ff. 博肯福德参与作出的相关判决参见 BVerfGE 83, 37-Ausländerwahlrecht I (1990); BVerfGE 83, 60-Ausländerwahlrecht II (1990)。

[2] Helmut Schmidt, Ethos und Recht in Staat und Gesellschaft (1976), in: Günter Gorschenek (Hrsg.), Grundwerte in Staat und Gesellschaft, München: C. H. Beck, 1977, S. 13 (20)。

[3] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 350。

二、博肯福德与施米特

对博肯福德来说，政治教授这一人生志趣的形成，既是天性使然，也与家庭环境以及时代背景不无关联，但其中最重要的影响因素，还源自他的学术训练。回顾博肯福德的学术成长轨迹，他受到了多位名师提点培雍，可谓博采众长。首先是行政法学家沃尔夫（Hans Julius Wolff）^{〔1〕}和历史学家施纳贝尔（Franz Schnabel），在两位的指导下，博肯福德撰写了两篇博士论文，分别在明斯特大学和慕尼黑大学获得法学和历史学博士学位。^{〔2〕}进而，在明斯特大学学习期间，博肯福德又结识了哲学家里德（Joachim Ritter），受邀加入里德创立的哲学小组。在此，博肯福德受到了哲学训练，尤其是对黑格尔及其国家观产生了兴趣，^{〔3〕}并成为著名的“里德学派”的一员。^{〔4〕}大约同一时期，博肯福德还参加了公法学家福斯特霍夫（Ernst Forsthoff）每年在巴伐利亚小城艾布拉赫举办的假期研讨会。^{〔5〕}文章开篇引述的博肯福德格言，就源自他1964年在艾布拉赫研讨会上所作的报告。在这两个对战后

〔1〕 在沃尔夫奠基的三卷本《行政法》教科书中，博肯福德参与了第一卷（1956年出版）的撰写工作，涉及行政在宪法秩序中的地位、行政的历史类型、行政法的法律渊源等部分。该书后续修订版中译本参见〔德〕汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法（第一卷）》，高家伟译，商务印书馆2002年版。

〔2〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin: Duncker & Humblot, 1958, 2. Aufl. 1981; ders., *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlin: Duncker & Humblot, 1961, 2. Aufl. 1995. 博肯福德的两本博士论文，分别开创了Duncker & Humblot出版社“公法文集”（Schriften zum Öffentlichen Recht）和“宪法史文集”（Schriften zur Verfassungsgeschichte）这两个德国学界非常知名的学术系列。

〔3〕 Klaus Große Kracht, *Unterwegs zum Staat. Ernst-Wolfgang Böckenförde auf dem Weg durch die intellektuelle Topographie der frühen Bundesrepublik, 1949–1964*, in: Hermann-Josef Große Kracht/ders. (Hrsg.), *Religion – Recht – Republik. Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2014, S. 11 (26 ff.).

〔4〕 关于里德学派以及博肯福德与其关系的中文资料，可参见〔德〕瓦尔特·施瓦德勒：《形而上学与政治：当前哲学讨论中的“里德学派”（Ritter Schule）》，贺念译，载黄裕生主编：《清华西方哲学研究 第三卷 第二期（二零一七年冬季卷）》，中国社会科学出版社2018年版，第489~502页。

〔5〕 Florian Meinel, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit*, Berlin: Akademie Verlag, 2. Aufl. 2012, S. 3 f.



德国思想界产生巨大影响的学术组织中,博肯福德汲取了丰富的智识资源,也结识了哲学家施佩曼 (Robert Spaemann) 和吕伯 (Hermann Lübbe)、历史学家科塞雷克 (Reinhart Koselleck) 等终生的对话伙伴。^[1]

但博肯福德学术生涯最重要的导师,则是一个充满争议的人物:卡尔·施米特 (Carl Schmitt)。1953年,正在准备法律国家考试的博肯福德阅读了施米特的《宪法学说》,^[2]用他的话说,这本书为他“打开了一个新的世界”。而彼时的施米特,则因纳粹经历被剥夺教职,隐居于小城普莱滕贝格。于是,博肯福德和他的哥哥维纳·博肯福德一起前往拜访,并由此开始了他与施米特长达三十多年的交往。博肯福德与施米特的个人关系无疑是非常密切的,他的两篇博士论文均得益于施米特指点,甚至教授资格论文的选题都是源自施米特的启发,参加艾布拉赫研讨会亦是经由施米特推荐。反过来,博肯福德也为与大学隔绝的施米特提供文献资料,并帮助施米特编辑校对晚年的作品。1963年《政治的概念》修订再版时,正是在博肯福德的建议下,施米特撰写了新的长篇序言。《游击队理论》一书的副标题“‘政治的概念’附识”,亦是博肯福德的创意。从1953年两人结识到1985年施米特逝世,30余年间,施米特先后给博肯福德寄去了约120封信件和明信片。^[3]

彼时的德国宪法学界,正处于尖锐的学派对立之中。第二次世界大战后,魏玛四大家中,凯尔森 (Hans Kelsen) 流落美国,黑勒 (Hermann Heller) 客死异乡,国家法大师只剩下施米特和斯门德 (Rudolf Smend)。

[1] 博肯福德的历史学训练以及他与科塞雷克的密切交往,直接体现在他最为人称道的宪法概念史研究上。他的两本博士论文分别探讨了“法律”和“宪法”两个概念在19世纪的形成和变迁过程,此后又分别撰文厘清“法”“法治国”“宪法”“宪法国家”等概念的历史流变,其中关于法治国的一篇已有中译,参见[德]恩斯特-沃夫冈·伯肯弗尔德:《法治国家概念的形成与发展》,王银宏译,载[奥]汉斯·凯尔森等:《德意志公法的历史理论与实践》,王银宏译,法律出版社2019年版,第119~139页。在科塞雷克主编的概念史巨著中,博肯福德撰写了关于机关和组织的篇目,参见Ernst-Wolfgang Bockenförde, Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper, VII-IX, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band 4, Stuttgart: Klett-Cotta, 1978, Studienausgabe 2004, S. 561-622。

[2] Carl Schmitt, Verfassungslehre (1928), Berlin: Duncker & Humblot, 11. Aufl. 2017; 中译本参见[德]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2016年版。

[3] Ernst-Wolfgang Bockenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 359-362。

而在战后学界“施米特学派”与“斯门德学派”的对立中，后者占据了上风：斯门德的理论主导了宪法法院对基本法的解释，斯门德学派在学界也有更大的影响力；而施米特则被逐出大学，施米特——甚至其同样带有纳粹污点的弟子福斯特霍夫——都无法在学界的重要期刊上发表文章。但即便在这种情形下，博肯福德也从不讳言其与施米特的关系。他是1968年施米特八秩祝寿文集的编辑，^{〔1〕}十年后，又将自己在弗莱堡大学的就职演讲献给施米特九十寿辰。^{〔2〕}他甚至一度被施米特任命为学术遗产执行人，只是后来因为施米特担心这会对博肯福德的宪法法官任命造成负面影响，才又撤回。^{〔3〕}

而博肯福德之所以比较晚才成为宪法法院法官，也确实与此不无关系。^{〔4〕}1975年，博肯福德即已被考虑为宪法法官人选，但最终社会民主党提名了他后来在弗莱堡大学的同事黑塞（Konrad Hesse）。黑塞比博肯福德年长十岁，这一选择首先是出于对资深学者的礼让，但同时也不无学派对立的考量，黑塞师从斯门德，是斯门德学派的核心成员。20世纪70年代的宪法法院，虽已度过初创期，但仍羽翼未丰，无法与今天的显赫地位同日而语，自然也就不那么欢迎施米特学派对宪法法院作为宪法守护者的质疑，而更加青睐支持宪法法院制度的斯门德弟子。^{〔5〕}黑塞担任联邦宪法法院法官后，负责的是言论和媒体自由、广播电视自由等最为重要的基本权利案件，考虑

〔1〕 Hans Barion/Ernst-Wolfgang Böckenförde/Ernst Forsthoff/Werner Weber (Hrsg.), Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt zum 80. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 1968, 2. Aufl. 2002.

〔2〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, NJW 1978, S. 1881-1890.

〔3〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 378.

〔4〕 Christoph Schönberger, Der Indian Summer eines liberalen Etatismus, in: Hermann-Josef Große Kracht/Klaus Große Kracht (Hrsg.), Religion-Recht-Republik. Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2014, S. 121 (124).

〔5〕 博肯福德的同辈学者、斯门德学派重要成员 Wilhelm Hennis 曾如此评论道：战后德国法学界对纳粹的清算，在大学内部或有松有紧，但有一条非常明确，施米特派的成员不能担任宪法法院法官，一直到1983年提名博肯福德，这一“学派禁令”才被取消，参见 Wilhelm Hennis, Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Zugänge zum Verfassungsproblem nach 50 Jahren unter dem Grundgesetz, JZ 1999, S. 485 (486), Fn. 4。



到博肯福德对宪法法院基本权利案件裁判见解的猛烈批判,^{〔1〕}让人不禁联想,如果当年真的提名了博肯福德,德国宪法学今天的基本权利理论会不会是另一幅图景?历史是有趣的,黑塞在宪法法院的法官席位,历经格林(Dieter Grimm)和霍夫曼-利姆(Wolfgang Hoffmann-Riem)两位,后来又传到了博肯福德的学生曼辛(Johannes Masing)手中。只是白云苍狗,世事变幻,30多年后,德国宪法学界的学派对立却早已烟消云散了。

德国宪法学界学派对立的淡化消解,既是学科发展的大势所趋,也是战后一辈学者努力的成果,在这方面博肯福德亦堪称表率。博肯福德个人的学术之路深受名师加持,成为教授后,他也广栽桃李,从其门下走出了当今德国公法学界和司法界多位响当当的大人物。^{〔2〕}尽管启迪有方,泽被学林,但今天的德国学界并不存在“博肯福德学派”。实际上,博肯福德的弟子们和老师之间以及各位弟子之间,在学术观点和风格上有时存在很大的差异。这是因为博肯福德从未试图建立任何学派,相反,他注重让学生形成独立的见解,在对施米特的评价上也完全交由学生自行判断。^{〔3〕}博肯福德非常鼓

〔1〕 博肯福德的基本权利理论主要体现为对主流观点——尤其是宪法法院裁判见解——的批判,大致包括三个层面。第一,反对各种基于特定政治观念的基本权利理论,主张一种“符合宪法的基本权利理论”,亦即兼顾《德国基本法》规定的自由权、社会国和民主原则三者来解释基本权利;第二,与其宪法“框架秩序”(Rahmenordnung)理论相结合,博肯福德批判斯门德学派,反对将法立基于价值,反对宪法法院自“吕特判决”以来将基本权利理解为价值决定而辐射至整个法秩序,主张回归基本权利主要作为防御权的古典意涵;第三,批判通行的基本权利三阶层分析框架,主张用更为狭窄确切的“保障内容”(Gewährleistungsinhalt)取代宽泛的“保护范围”(Schutzbereich)。Siehe Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529–1538; ders., Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 1–31; ders., Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, Der Staat 42 (2003), S. 165–192.

〔2〕 首先,有八位学者在博肯福德指导下撰写了教授资格论文,这在德国法学界是一个非常高的数字,这些弟子都已成为知名公法学者,各自开宗立派,诸如弗莱堡大学 Rainer Wahl 教授、柏林洪堡大学 Bernhard Schlink 教授、施派尔德国行政学大学 Joachim Wieland 教授、莱比锡大学 Christoph Enders 教授以及曾任联邦宪法法院法官的弗莱堡大学 Johannes Masing 教授。其次,是博肯福德教出的众多博士生,其中的佼佼者有法兰克福大学 Ute Sacksofsky 教授、联邦行政法院前任院长 Klaus Rennert 等。最后,还有博肯福德任职联邦宪法法院法官期间的助理们,例如联邦最高法院现任院长 Bettina Limperg。

〔3〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 424 f.

励学生讨论、提出批评意见，而在这些讨论中，博肯福德继承了他的导师沃尔夫当年对待他的态度，“只看论证，而不论身份等级”。〔1〕博肯福德的多位学生，后来都对此非常感怀。

三、从国家开始思考

施米特对博肯福德最深远的影响，是一种“从国家开始思考”的思维方式。〔2〕同施米特一样，博肯福德的国家观深受霍布斯影响，可以概括为三个关键词：和平统一体、决策统一体和权力统一体（Friedenseinheit, Entscheidungseinheit, Machteinheit）。国家最重要的功能在于维持和平，正是国家的出现，使共同体之内的冲突对立能以和平的方式解决，而不必恶化为敌我关系甚至诉诸暴力；而要维持和平，国家就必须被赋予权威，能够对共同体生活进行规制并作出最终决策；而要贯彻其作出的决策，国家就又必须享有权力。〔3〕但同时，博肯福德也将自由主义的元素融入了他的国家理论中，他指出，国家亦是为了保障自由而存在的，国家被赋予权威恰恰是自由的前提。进而，在宪法与国家的关系问题上，博肯福德也继承了施米特的观点，认为国家先于宪法，而非宪法创造了国家。〔4〕

这种“从国家开始思考”的思维方式，贯穿了博肯福德一生。〔5〕即便后来在许多学者都哀叹主权消亡、国家终结之时，他的国家理论也没有发生

〔1〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 343.

〔2〕 Vgl. Frieder Günther, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezi- sion und Integration 1949–1970, München: Oldenbourg, 2004, S. 151–153.

〔3〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der Staat als sittlicher Staat, Berlin: Duncker & Humblot, 1978, S. 12 ff.

〔4〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts (1988), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Erweiterte Ausgabe 2006, S. 344 (351 f.).

〔5〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates (1997), in: ders., Staat, Nation, Europa, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 127 (135 ff.); ders., Die Zukunft politis- cher Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individuali- sierung (1998), in: ders., Staat, Nation, Europa, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 103 (108).



变化。^{〔1〕}也正是在这一背景下,博肯福德实现了其学术人生的另一项重要成就:1962年,博肯福德与福斯特霍夫的弟子施努尔(Roman Schnur)——两位还在撰写教授资格论文的年轻人——共同创立了《国家》(DER STAAT)季刊。期刊名称中全大写的“国家”一词,以及副标题“国家学、公法和宪法史期刊”,^{〔2〕}都鲜明地展现了创办者的愿景:建立一个以“国家”为主要研究对象的平台,邀请法学、哲学、神学、历史学、政治学、社会学等多个学科的学者,从各自学科的视角和方法出发,对关于国家的基础问题进行深入探讨。彼时,国家权力的无限扩张已经引发了学界反思,国家权威的政治和法律意义遭受质疑,许多人甚至对自黑格尔以来关于国家的无休止的讨论感到厌倦,而创办《国家》期刊,就是为了反对此种风潮,以求接续德国国家学之传统,重振国家——尤其是在保障个人和政治自由方面——的重要价值。^{〔3〕}

《国家》创刊之初,正值德国宪法学界学派对立的顶点,施米特及其多位战前弟子都因纳粹历史而无法在当时最重要的国家法学刊物《公法学档案》(Archiv des öffentlichen Rechts)上发表文章。而《国家》期刊的两位创办人以及主编之一韦伯(Werner Weber)都与施米特有着密切关联,施米特本

〔1〕 这也正是德国年轻一代学者在继受博肯福德学说时有所批判之处, Schönbberger 将博肯福德任职宪法法官的经历称为“自由国家主义的印第安夏天”,所谓“印第安夏天”(Indian Summer)就是我们说的“秋老虎”,国家主义的盛夏本已过去,但博肯福德又将它带回了宪法法院,这多少显得有些不合时宜。Möller 也曾颇有些揶揄地评价道:在《德国基本法》生效 40 多年后,在欧盟成立、欧元引入、国家主权大量让渡的 20 世纪 90 年代末期,国家对博肯福德来说,竟然还是一个和平统一、决策统一体和权力统一体。Siehe Christoph Schönbberger, Der Indian Summer eines liberalen Etatismus, in: Hermann-Josef Große Kracht/Klaus Große Kracht (Hrsg.), Religion-Recht-Republik. Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2014, S. 121-136; Christoph Möller, Römischer Konziliarismus und politische Reform. Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 80. Geburtstag, Zeitschrift für Ideengeschichte IV/3 (2010), S. 107 (110).

〔2〕 《国家:国家学、公法和宪法史期刊》(DER STAAT. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte)。此后,为因应欧洲化与国际化的趋势,期刊副标题修改为“国家学、宪法史、德国和欧洲公法学期刊”(Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht)。

〔3〕 Zum Geleit, Der Staat 1 (1962), S. 1-2. 这份发刊词由期刊的三位主编 Gerhard Oestreich, Werner Weber 和 Hans Julius Wolff 署名,但实际上由博肯福德和施努尔执笔。当时两人还未获得教职,只能担当期刊编辑,主编一职,则由两人延揽上述三位教授担任。

人也确实很快在《国家》上发表了文章，^{〔1〕}所以《国家》一度被称为“施米特期刊”。^{〔2〕}但实际上，博肯福德创办《国家》主要不是出于学派之争，而是因为他认为《公法学档案》只关注对宪法问题的教义学分析，缺乏更为宏大的国家理论关怀。^{〔3〕}从1962年到1984年，博肯福德一直承担《国家》期刊的编辑工作，此后又改任主编，直至2019年逝世。^{〔4〕}回顾《国家》创办60年来的历史，应该说，博肯福德当年的愿景已完全实现。今天，《国家》和《公法学档案》齐名，成为德国宪法学界最有分量的两份学术期刊，在国际学界也享有崇高声誉；而且，它也确实成了一个重要的对“国家”的跨学科研究阵地，哈贝马斯、卢曼、科塞雷克、莱因哈德（Wolfgang Reinhard）等知名哲学、社会学和历史学学者，都曾在此刊文。

除了“从国家开始思考”，同样受教于施米特，博肯福德希望“穿透实定法的表面，探寻背后真正的秩序实质”，^{〔5〕}因而，他注重在政治、经济和文化的语境中理解法，反对将法立基于价值。^{〔6〕}在这个意义上，确如刘刚所言，博肯福德“承接了一条学脉的心法”。而对施米特的宪法理论，博肯福德也有深刻的见解，他将《政治的概念》作为理解施米特宪法理论的关键，其同名文章如今已成为施米特研究的名篇。^{〔7〕}也正是因此，施米特权

〔1〕 Carl Schmitt, Die vollendete Reformation. Bemerkungen und Hinweise zu neuen Leviathan-Interpretationen, Der Staat 4 (1965), S. 51-69.

〔2〕 Vgl. Stefan Koriath, Wider das Zerreden des Staates. Ernst-Wolfgang Böckenförde und das Entstehen der Zeitschrift „Der Staat“, in: Reinhard Mehring/Martin Otto (Hrsg.), Voraussetzungen und Garantien des Staates. Ernst Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis, Baden-Baden: Nomos, 2014, S. 30 (35 ff.).

〔3〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 385.

〔4〕 博肯福德本人先后在《国家》上发表了9篇论文、30篇书评（Buchrezensionen）以及64篇更为简短的书讯（Buchanzeigen），相关文章列表参见 Mirjam Künkler/Tine Stein (Hrsg.), Die Rezeption der Werke Ernst-Wolfgang Böckenfördes in international vergleichender Perspektive, Der Staat Beiheft 24, Berlin: Duncker & Humblot, 2020, S. 255-261。

〔5〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 359.

〔6〕 Vgl. Mirjam Künkler/Tine Stein, Staat, Recht und Verfassung. Ernst-Wolfgang Böckenfördes politisches und verfassungstheoretisches Denken im Kontext, JöR 65 (2017), S. 573 (588).

〔7〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts (1988), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Erweiterte Ausgabe 2006, S. 344-366; 中译本参见 [德] 恩斯特-沃尔夫冈·伯肯弗尔德：《政治的概念——理解卡尔·



威传记的作者梅林 (Reinhard Mehring) 将博肯福德视为施米特战后最重要的传人。^[1]

但博肯福德之所以成为施米特战后最重要的传人, 更重要的原因恐怕还在于, 他作为一位独立的弟子, 对施米特的宪法理论进行了一种“自由主义的继受”。^[2] 例如, 博肯福德虽然将《政治的概念》视为施米特最重要的作品, 认为其中充满洞见, 但却明确指出, 敌我区分是在一种现象描述与分析的意义上——而非作为一种规范理论——提出的。正如博肯福德自己反复申明的, 他并不是施米特的圣徒传记作者, 对施米特的思想, 他只是有选择地吸收了自己能够认同的部分, 在他的作品中, 找不到施米特对民主和议会制的批评。^[3] 就施米特个人的历史, 博肯福德尽管并未直言批判, 但他的态度是明确的。在反犹问题上, 他对施米特的所作所为表示“十分无语”, 后来还专门撰写了《对犹太人的迫害作为公民背叛》一文来表明立场。^[4] 也许, 博肯福德对施米特的一句评价, 最为充分地展现了其作为弟子对这位带有污点、充满争议的老师的复杂情感: “施米特写下了一套他自己并不信奉的(法治国)教义学, 但与神学家不同, 对法学家来说, 这并不是必须的。”^[5]

也正是因此, 老师要感谢学生, 如果说施米特的理论还能在今天的自由民主宪法秩序中得以安放, 那主要应当归功于博肯福德对其的自由主义解读和继受。“9·11”事件之后, 伴随着反恐战争的到来, 一时之间, 敌我区

(接上页) 施米特宪法理论的一个关键》, 邹益民译, 载吴彦编: 《20世纪法哲学发微——德意志法哲学文选(三)》, 刘鹏等译, 知识产权出版社2015年版, 第129~149页。

[1] Reinhard Mehring, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biografie, München: C. H. Beck, 2009, S. 513.

[2] Reinhard Mehring, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biografie, München: C. H. Beck, 2009, S. 513, 555; ders., Zu den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenfördes, AöR 117 (1992), S. 449 (450).

[3] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 361 f.

[4] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Verfolgung der deutschen Juden als Bürgerverrat (1997), in: ders., Staat, Nation, Europa, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 276-286.

[5] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 363.

分、紧急状态成为政治的时髦话语，施米特在英美学界变得炙手可热；面对此情此景，德国学者提醒那些施米特的新拥趸们——诸如哈佛大学法学教授弗缪勒（Adrian Vermeule）^{〔1〕}——他们也许应该再读读施米特的学生博肯福德。这一劝诫，可谓意味深长。

但博肯福德也绝不仅仅只是一个“自由主义的施米特派”。这是因为，在同等重要的程度上，他的思想还受到了黑勒——这位施米特在魏玛时期的论敌——的影响。在博肯福德关于国家作为行动统一体、国家与社会之区分的著作中，他多次援引黑勒。而在“同质性”这个对施米特、黑勒和博肯福德三人都具有重大意义的问题上，博肯福德的“相对同质性”概念，显然更接近黑勒的“社会同质性”，而区别于施米特的“实质同质性”。^{〔2〕}

四、自由世俗国家的悖论

回到“博肯福德格言”（Böckenförde-Diktum），这句话出自博肯福德1967年发表的雄文《国家之产生作为世俗化的进程》。^{〔3〕}正如文章题目所揭示的那样，论文的主要内容是提出了“世俗化命题”，即认为现代国家是世俗化的产物，为了终结宗教战争、实现和平，政治逐渐脱离神圣秩序而成为一个独立领域，个人自由取代宗教使命成为新的统治正当性基础，最终从政教一体的“基督共和国”转变为现代主权国家。世俗化命题是施米特学派的核心主张，但博肯福德写作这篇文章的目的，并非阐释世俗化的历史过程本身，而在于指明世俗化所引发的后果。

世俗化将国家从传统的宗教权威中解放出来，从此，国家秩序不再被视

〔1〕 Adrian Vermeule, Our Schmittian Administrative Law, 122 Harvard Law Review 1095 (2009).

〔2〕 Mirjam Künkler/Tine Stein, Staat, Recht und Verfassung. Ernst-Wolfgang Böckenfördes politisches und verfassungstheoretisches Denken im Kontext, JbR 65 (2017), S. 573 (583 ff.). 即便如此，仍有学者批评博肯福德对同质性概念的坚持：无论如何“相对”，同质性本身都是一个充满争议甚至是负面联想的术语，因而建议将此替换为一种德沃金式的伙伴民主概念，或者直接称为“互相尊重与宽容”，参见 Jan-Werner Müller, What the Dictum Really Meant—and What It Could Mean for Us, Constellations, Vol. 25 No. 2 (2018), p. 202.

〔3〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Sergius Buve (Hrsg.), Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Stuttgart: Kohlhammer, 1967, S. 75–94. 本文被多次重印，前文以及以下均引用博肯福德2006年 Suhrkamp 文集的版本。



为神圣秩序在尘世的投影，国家的正当性只能从保障个人自由中寻求。1789年法国大革命以及《人权和公民权宣言》，标志着对国家的这一新的证成的完全实现。然而，博肯福德还深刻地认识到，对现代国家来说，世俗化同时意味着告别传统的宗教纽带，告别这一历史上将共同体凝聚在一起的同质性元素。那么，世俗化之后，被解放的个体为了自由建立国家，又应当去何处寻求新的同质性来源，又应当如何去实现政治整合呢？19世纪出现的民族国家，第二次世界大战后德国倡导的价值秩序理论，都是试图建构新的同质性的尝试。但在博肯福德看来，这两种方案都是不敷适用的，最终他们都无法与个人自由的逻辑兼容。^{〔1〕}

在此，博肯福德敏锐地意识到了国家存续的前政治基础问题，他告诉我们：越来越强的人权保障，越来越多的基本权利行使，并不能直接造就一个有力的共同体；国家机关的高效运行，公权行为的迅速实施，也并不等同于政治秩序本身的成功。这些都是不可或缺的，但在最根本的意义上，要保证国家的存续发展，要在危急关头防止国家分崩离析，还必须存在一种能将共同体凝聚在一起的元素，必须寻找一条能将社会团结起来的纽带。换言之，共同体成员之间必须形成一种“我们一意识”，正是这种归属感界定了我们是谁，正是这种共性帮助人们克服彼此之间的分歧。20余年后，哈佛大学教授帕特南（Robert D. Putnam）在政治学研究中引入“社会资本”（Social Capital）理论，民主依赖于社会资本迅速成为政治学界的热门议题。^{〔2〕}在很大程度上，社会资本理论可被视为对博肯福德问题意识的回应，但博肯福德更深刻之处在于，他不仅发现了问题，还点明了自由民主国家在此面临的悖论。

现代世俗国家是为保障自由而存在的，但它的存续却又建立在一些超越个人自由的前政治基础之上；这意味着，公民所享有的自由，必须从内部受到个体道德实质和社会同质性的自我规制。然而，这种内在规制力却无法由国家依靠法律强制或权威命令保障，因为一旦诉诸强制，一旦诉诸命令，就

〔1〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Erweiterte Ausgabe 2006, S. 92 (111 f.).

〔2〕 [美] 罗伯特·D. 帕特南：《使民主运转起来——现代意大利的公民传统》，王列、赖海榕译，中国人民大学出版社2015年版；[美] 罗伯特·帕特南：《独自打保龄》，刘波等译，中国政法大学出版社2018年版。

必然意味着放弃自由；换言之，自由国家不能强制人民认同宪法价值，不能强迫公民整合，不能向共同体成员强加同质性。正是在这个意义上，博肯福德写道：“自由的、世俗化的国家的存续依赖于一些前提条件，但这些条件却无法由国家自身保障。”也正是在这个意义上，博肯福德将此称为“世俗国家为了自由所接受的伟大冒险”。〔1〕

当然，这并不导向一种宿命论式的结局，无法保障并不意味着国家只能坐以待毙，不能强制也不等于无所作为。国家完全可以通过推广公民教育、加强文化传播、鼓励人文社会科学研究等方式，依靠公立电视广播和网络等途径，依托公立学校和大学等机构，采取支持、扶助与合作的方式，来尽力提升共同体的凝聚力，促进社会团结，巩固国家和宪法认同。需要特别指出的是，博肯福德虽然指出了世俗化给现代国家带来的悖论，但他绝非反对世俗化或者主张回归宗教。在德国，有学者和宗教界人士将博肯福德格言解读为“国家的存续依赖于宗教”，这是对他的曲解。〔2〕实际上，博肯福德一生最引以为荣的成就之一，就是他——作为一名虔诚的信徒——说服了天主教会和教徒，承认宗教信仰自由，接受世俗国家，认同自由民主。〔3〕而且早在1962年梵蒂冈第二届大公会议之前，博肯福德就开始发出此种呼吁。〔4〕甚至可以说，在博肯福德的一生中，他更多是以教会的内部批评者姿态出现的。〔5〕在世俗化文章的最后，博肯福德告诫教会和教徒，世界不可能再回

〔1〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Erweiterte Ausgabe 2006, S. 92 (112 f.).

〔2〕 对此种解读的分析批判，参见 Horst Dreier, Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne, München: C. H. Beck, 2018, S. 205 ff.

〔3〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 404 f., 486.

〔4〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche, Hochland 50 (1957), S. 4–19. 这篇题为“现代民主的精神气质与教会”的文章，也是博肯福德人生的第一篇学术论文。

〔5〕 早在博肯福德还未成为教授之时，就曾撰文对天主教会在纳粹时期的不光彩历史作出尖锐批评，这篇论文在当时引起轩然大波，教会专门为此成立特别委员会，但特别委员会的调查结论证实了博肯福德的观点，参见 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933. Eine kritische Betrachtung, Hochland 53 (1961), S. 215–239。博肯福德逝世后，根据他的遗愿，前来悼念的亲友不必购买花圈鲜花，而是建议将钱捐赠给 donum vitae 社团；这一组织由博肯福德参与创建，为考虑堕胎的女性提供伦理咨询，但一直受到天主教会的反对。



到 1789 年以前, 他们应将世俗国家视为自由的机会, 而非信仰的敌人。^{〔1〕}

在某种意义上, 博肯福德格言呼应了罗尔斯的问题: 面对宗教、哲学和道德多元的当今社会, 自由和平等的公民应当如何建构稳定而公正的社会生活? 对此, 罗尔斯提供了政治自由主义的答案。而博肯福德一生所寻求的, 也正是在宗教信仰、民族国家、文化传统等以往的同质性元素都走向消亡的情形下, 还能将共同体凝聚在一起的团结纽带, 借以促进国家整合的共同价值。2004 年, 哈贝马斯与拉辛格 (Joseph Ratzinger, 即后来的教宗本笃第十六世) 在慕尼黑举行了著名的“世俗化的辩证法”对话;^{〔2〕} 哈贝马斯一开篇, 就将两人讨论的问题意识归于博肯福德格言, 并坚信民主程序本身就是凝聚共同体的纽带, 民主实践亦能发展出自身的政治活力。^{〔3〕} 而博肯福德个人, 则身体力行地给出了回答。博肯福德逝世后, 在他生前居住的小镇举行了简朴的葬礼。参加葬礼的, 不仅有他的家人、学生、朋友以及大学、宪法法院和教会代表, 小镇的合唱小组和音乐小组也通过歌声表达了哀思。40 余年前, 当博肯福德接受弗莱堡大学延请、举家迁入这个只有千余居民的小镇后, 这位著名的国家法教授就加入了社区的合唱与音乐小组。^{〔4〕}

〔1〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Erweiterte Ausgabe 2006, S. 92 (113 f.).

〔2〕 Jürgen Habermas/Joseph Ratzinger, Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion, herausgegeben von Florian Schuller, Freiburg: Herder, 2005.

〔3〕 Jürgen Habermas, Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates? in: ders./Joseph Ratzinger, Dialektik der Säkularisierung, Freiburg: Herder, 2005, S. 15 (16 ff.); 中译本参见 [德] 尤尔根·哈贝马斯:《民主的法治国家的前政治基础》, 张庆熊译, 载 [德] 尤尔根·哈贝马斯:《在自然主义与宗教之间》, 郁喆隽译, 上海人民出版社 2013 年版, 第 77 页。

〔4〕 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Religion, Law, and Democracy. Selected Writings, Vol. 2, edited by Mirjam Künkler and Tine Stein, Oxford: Oxford University Press, 2020, Preface, p. v.