

德国联邦宪法法院的抽象规范审查程序

柳建龙

内容提要:德国违宪审查制度是最具代表性的宪法保障制度之一。抽象规范审查是为弥补美式具体司法审查的不足而发展起来的一种客观规范审查程序。抽象规范审查是在由于联邦制而形成的规范审查、法官的规范审查权以及规范审查权集中于宪法法院等基础上发展起来的。基本法对抽象规范审查程序作了规定,联邦宪法法院则对之作了具体化。经由对基本法和联邦宪法法院法有关抽象审查的受理要件、审查依据、判决形式和效力、特别程序的规定以及相关学说与判例的介绍和分析,可以发现,即便在德国,抽象规范审查作为宪法保障制度所发挥的功能也非常有限,在缺乏具体案件的情况下,宪法法院不仅可能对法律难以有充分的认识,而且容易沦为咨询机关及政党斗争的工具,损害司法权威。

关键词:抽象规范审查 客观释明利益 法规备案审查制度

柳建龙,中国青年政治学院法学院副教授。

引言

在西欧型立宪主义宪法中,违宪审查制度作为宪法保障制度发挥了最为重要的作用,^[1]其中最具代表性的是德国。德国基本法不仅赋予联邦宪法法院广泛的违宪审查权,还为之设置了多种审查程序:具体规范审查、抽象规范审查、机关争议、宪法诉愿以及选举诉讼,等等。其中规范审查始终是联邦宪法法院审判权存在的目的和权限形式的核心,^[2]它系指,由联邦宪法法院就系争规范与更高位阶的、作为依据规范的基本法或者联邦法的一致性所作的审查——这实质上赋予法官决定规范效力的权限——一般而言,它

[1] [日]芦部信喜原著,高桥和之增订:《宪法》(第3版),林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第330页。

[2] 杨子慧:《宪法法院法规违宪审查之裁判类型与效力》,《中正大学法学辑刊》2014年第5辑,第194页。

包括两种形式:第一种是在就个案作成决定的同时,法官“附带地”对相关规范的合宪性进行审查,就其可适用性作出判断;第二种是法院“抽象地”就某项规范的有效性作成具有一般性和普遍性拘束力的确认。^[3] 从西方立宪主义国家的整体发展来看,在具备议会民主、基本权利、法治国和成文宪法等因素的国家中,由法官对规范进行审查业已成为立宪主义国家的基本构成部分。^[4]

自二十世纪八十年代以来,为改革或完善我国的宪法实施机制,宪法学界对各种违宪审查制度模式作了大量研究和讨论,主要围绕美国的司法审查制度、法国的宪法委员会制度以及德国的宪法法院制度展开,对司法审查、违宪审查以及宪法司法化等问题更是着力甚多。^[5] 然而,晚近几年由于某些原因,越来越多的学者被迫搁置前述设想,转而探索通过完善全国人大常务委员会的功能而达致经由违宪审查或者司法审查所欲实现的目标的可能性和方案。在这种情形下,德国的抽象规范审查制度也日益受到学界的关注。国内较早予以专门研究的是刘兆兴。早在 1997 年和 1998 年,他就分别发表了《德国联邦宪法法院的抽象审查权》(《外国法译评》1997 年第 2 期)和《德国联邦宪法法院总论》(法律出版社 1998 年版);其他学者在论著中或多或少也有涉及。^[6] 不过,囿于文献的限制,早先的介绍和研究可能存在不够准确或者不够精细之处,而且自相关论著发表至今,德国抽象规范审查制度经历了相当长时间的发展,早先的介绍或者判断也略显滞后,或者不切实际,应给予重新关注。

一 抽象规范审查的概念和基础

抽象规范审查或者抽象法规审查,系指在法律可能抵触更高位阶的依据规范的情形下,无须以存在具体个案为前提而直接请求有权机关就系争规范与依据规范的一致性进行审查的违宪审查制度。它与本件申请人或者审查申请不存在利害关系。具体而言,它包括两方面内涵:^[7]其一,就程序而言,与具体规范审查不同,抽象规范审查程序中引发违宪审查程序的原因并非归有权法院管辖的具体个案。由于不涉及具体个案,无考量具体事实与个案情境的必要,故谓之抽象程序;并且它审查的系两种抽象规范彼此是否相容的问题,是一种单纯的“规范审查”;其二,就审查行为的目的而言,抽象规范审查的建制以维护法体系内的客观规范秩序为首要目标,并不深入考量特定个案情境内的权益关系,且也不能将个案情境作为审查决定的主要基础,故具有抽象性和客观性。

[3] Schlaich/Korioth, Das Bundverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidung, 10. Aufl., C. H. Beck, 2015, Rn. 111; [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 123 页。

[4] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 123 页。

[5] 王磊、韩珊珊:《违宪审查的机构之争》,载韩大元主编:《共和国六十年法学论争实录·宪法卷》,厦门大学出版社 2009 年版,第 213 页以下。

[6] 如张千帆著:《西方宪政体系(下册·欧洲宪法)》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 172 页以下。

[7] 陈淳文:《从法国 2008 年修宪论抽象违宪审查制度的发展》,《“中研院”法学期刊》第 17 期(2015),第 106 页。

德国联邦宪法法院的抽象规范审查程序的法律依据见诸《基本法》第 93 条第 1 款第 2 项和第 2a 项、《联邦宪法法院法》第 13 条第 6 项及第 76 条至第 79 条的规定。它的首要功能在于维护合宪法秩序的统一性；在基本法框架下，它有着保障宪法（基本法第 20 条第 3 款）和联邦法律的优先性（基本法第 31 条）的双重目的。^{〔8〕}

由于法官的规范审查权有着多种历史渊源，故而也有着多种规范审查形式和程序。^{〔9〕} 克劳斯·施莱希和斯特凡·科里奥特指出规范审查的历史渊源主要包括：由于联邦制而形成的规范审查、法官的审查权、规范审查集中于唯一的中央法院。

（一）由于联邦制而形成的规范审查

解决联邦国家中联邦与邦、各邦之间抑或邦内各机关之间的权限争执的需求，是促成成文宪法由单纯的“最重要的政治性宣示”转变成为具有规范效力的法规范的决定性动力，这充分说明了何以 19 世纪起的违宪审查制度皆发源于联邦或者邦联的政体。^{〔10〕} 在德国，帝国或者帝国法院对邦国法律在形式和实质上是否符合帝国宪法的审查构成了规范审查最为重要的历史渊源。由于联邦制而形成的规范审查制度早在德意志神圣罗马帝国时期就已经存在了。作为帝国监督的一部分，它虽无规范审查之名却有其实。不过，在德意志邦联时代（1806—1871），由于所形成的国家结构十分松散，各邦国相对于邦联保持完全的主权，为此，在规范审查方面相应地也出现了倒退。但随着德意志帝国（1871—1918）的建立，1871 年宪法又以其他方式——通过政治途径审查的方式——再次引入规范审查。^{〔11〕} 之后的魏玛共和国（1919—1933）则明确将规范审查作为一种（帝国）法院程序加以规定。不过，虽然《魏玛宪法》第 13 条第 2 款规定“对邦法的规定是否符合帝国法存有异议或者不同意见的，帝国或者邦的合格中央机关可依帝国制定法的详细规定，提请帝国各最高法院作出判决”，但是，由于对所谓“依帝国制定法的详细规定”采取十分狭义的理解——只有在帝国制定法明确规定可以就邦法规定与帝国法是否一致提请帝国有权最高法院作出判决的情况下，才可以提起规范审查——故审查对象范围十分狭窄。由于当时只有少数法律作了具体规定，故只能对有限的几类邦国法与帝国法的一致性进行抽象规范审查。^{〔12〕} 此外，规范审查判决由有权帝国最高法院而非德意志帝国国事法院（Staatsgerichtshof）作出：具体而言，由帝国最高法院院长为个案而指定的法庭负责。

（二）法官的规范审查权

尽管当代德国违宪审查制度肇端于 19 世纪的国事法院审查——国事法院属于处理国家功能区分的较早的机构——并且可以在帝国枢密法院（Reichskammergericht）和帝国皇室法院（Reichshofrat）的判决中找到其帝国法上的依据。^{〔13〕} 不过，神圣罗马帝国的违宪

〔8〕 Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 37.

〔9〕 [德]克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特著：《德国联邦宪法法院：地位、程序与裁判》，刘飞译，法律出版社 2007 年版，第 124 页。

〔10〕 陈淳文：《从法国 2008 年修宪论抽象违宪审查制度的发展》，《“中研院”法学期刊》第 17 期（2015），第 106 页。

〔11〕 [德]克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特著：《德国联邦宪法法院：地位、程序与裁判》，刘飞译，法律出版社 2007 年版，第 124 页。

〔12〕 Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 190.

〔13〕 Andreas Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 5. Aufl., Vahlen, 2005, Art. 93, Rn. 2.

审查并非建立在宪法至上原则和权力分立原则的基础上;何况当时的邦国宪法不具有拘束立法机关的优先效力。邦国宪法中的基本权利首先是指导性原则和任务,而不是基本法第 1 条第 3 款规定意义上的具有直接拘束力的法律。君主立宪制的宪法是君主和人民代议机关之间相互妥协的产物;就争议问题而言,仍只能由君主和代议机关两者经由政治途径解决。

在德国较早提出将抽象审查权赋予法官的是弗里森哈恩(Friesenhahn)。他在 1932 年出版的《德意志国家法手册》第 2 卷中首次将抽象审查同审查权联系在一起,主张应赋予法官在没有具体案件的情形下就规范有效性进行裁判的权限。然而,除了在法律草案中提及这一构想外,并未实际赋予帝国国事法院该项管辖权。^[14] 这一法治国的主张直到第二次世界大战结束后才得到落实。鉴于魏玛时代以及战后州宪法的发展,作为制宪会议的赫伦基姆湖会议决定将联邦法院的最高规范审查权赋予联邦宪法法院。由此,联邦宪法法院成为宪法最重要的守护者,它一方面防止基本法遭受联邦或者州法的形式性或者实质性侵害,另一方面防止源于联邦国家结构的危险,即,防止其他联邦法受到州法的侵害。^[15]

(三)规范审查权集中于宪法法院

最先采用抽象规范审查制度是奥地利宪法法院。毫无疑问,就宪法法院制度的确立而言,凯尔森居功至伟。^[16] 作为奥地利宪法法院的奠基人,他将宪法法院视为自己“最疼爱的孩子”,认为它是新的民主宪法秩序的最重要保障。^[17] 其后德国、西班牙及葡萄牙也采用了该制度。或许因为德国的抽象规范审查程序在实践中取得了巨大成功,俄罗斯、拉脱维亚、波兰等一些欧洲民主转型国家在设立宪法法院时也引入抽象规范审查制度。^[18]

在德国,早在魏玛时期就已经全面形成了将抽象规范审查权集中于一个法院的构想。尽管一般认为,在魏玛宪法的框架下并不存在对帝国法与宪法的一致性进行审查的空间;不过,当时已经有呼声主张,除赋予国事法院对机关争议案件的管辖权外,还应赋予其以宪法为依据对帝国法进行抽象规范审查的权限。这在当时的法律草案中已有体现,而且 1926 年的德国法学家大会对此也提出了主张。^[19] 安许茨(Anschuetz)指出:“将审查权委由帝国国事法院,此举甚好——作为一个老牌的司法审查权的反对者,我认为,这一让步并非无关紧要;但是如果除国事法院外,其他法院也有审查权,毋宁太过……”^[20] 不过,直

[14] Vgl. Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 193.

[15] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 197.

[16] Horst Dreier, Hans Kelsen, in Peter Haebler, Michael Kilian u. Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, De Gruyter, 2015, S. 220 – 221.

[17] Walter Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, 2. Aufl., Springer, 2008, S. 267.

[18] 参见 Christian Tomuschat:《作为其他国家宪法法院比较对象的联邦宪法法院》,吴志光译,载 Peter Badura, Horst Dreier 主编:《德国联邦宪法法院:五十周年纪念文集》(上册),苏永钦等译注,联经出版事业股份有限公司 2010 年版,第 275 页。

[19] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 129 页。

[20] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 191.

到第二次世界大战后,这一设想才在基本法和州宪法层面得到落实。

二 抽象规范审查的案件受理要件

(一) 申请主体

抽象规范审查程序的申请主体资格,系指何者享有启动该程序的程序性权利。它与“实体裁判要件(Sachentscheidungs Voraussetzungen)”(申请权)的厘清无关。所谓实体裁判要件,系指当事人提起诉讼的目的在于请求法院就系争法律关系作成实体判决,然而,法院并非对一切起诉事件都有作成实体判决的义务,其必须符合一定要件始有获致实体判决的可能性,这称为实体判决要件,也称为诉讼要件。^[21]与基本法第93条第1款第2项一致,《联邦宪法法院法》对抽象规范审查程序的申请主体作了穷尽列举,明确规定:抽象规范审查程序的申请主体为联邦政府、州政府以及1/4以上的联邦众议院议员。联邦宪法法院在相关判决中也反复强调:这一范围是封闭的,不得通过类推方式予以扩张。在1966年12月20日作成的“德意志和平联盟”裁决(Deutsche Friedensunion)中,它明确指出:联邦宪法法院受基本法第93条第1款第2项拘束。“申请主体范围的规定不止具有技术上的意义,毋宁说,它也与委由联邦宪法法院决定的法律争议的宪法性和宪法政策性的内容密切相关,故不得以假设的事实需求(Sachbedürfniss)为由而类推,扩张其范围。一旦允许此种扩张,则联邦宪法法院将逾越基本法设定的违宪审查的界限,并背离制宪者重要的根本决断。”^[22]据此,无论联邦参议院、联邦议会中的党团或者反对党,抑或联邦总统均无权提起抽象规范审查申请。^[23]之所以对申请主体作封闭性规定,目的在于使之发挥一定的“过滤功能(Siebfunktion)”,防止过多案件涌入,以至于造成讼累而减损联邦宪法法院发挥功能的能力。^[24]

具体而言,抽象规范审查的申请主体有:

第一,联邦政府,亦即联邦内阁,系指依照基本法第62条规定,由联邦总理和联邦部长组成的集体机关。在提出抽象规范审查申请时,联邦政府应以相应的内阁决议为之,否则,联邦宪法法院不予受理。此外,联邦总理不得利用手中的指示权攫取联邦政府作为集体机关享有的申请资格。在诉讼程序中,以各专业领域主持工作的部长(Ressortministerium)作为联邦政府代表。^[25]

第二,州政府,系指州宪法规定的与联邦政府相当的宪法机关,其界定应以各州宪法

[21] 黄先雄:《实体判决要件与行诉受案范围规定之反思》,《中南大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

[22] BVerfGE 21, 52, Rn. 4.

[23] Grabhof, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1136, 10f.; BeckOK GG/Morgenthaler GG Art. 93, Rn. 30.

[24] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 208.

[25] Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 48. EL Februar 2016, § 76, Rn. 9.

规定为准。^[26] 由于多数州采取议会内阁制,为此,州政府的涵义应不至于发生疑义;^[27] 不过,依照各州宪法规定,柏林、不莱梅及汉堡三个城市州(Stadtstaaten)的政府为州参议院(Senat)。^[28] 和联邦政府一样,州政府也应以内阁决议方式提出抽象规范审查程序申请。此外,柏林参议院就联邦法的合宪性和其他联邦州的州法的合联邦法性也有规范审查的申请权;但是,根据 1949 年 5 月 12 日军政府基本法批准书第 4 项的“柏林保留条款”,只能以具体审查的方式对柏林州法进行审查。^[29]

需要注意的是,以联邦法为抽象规范审查对象时,可能产生如下疑问:由于申请人州政府此前在联邦参议院已就系争联邦法作出表决,而后又提出审查申请,其立场前后是否存在矛盾?针对这一问题,联邦宪法法院在“财政平衡第三案”判决(Finanzausgleich III)中指出,抽象规范审查程序所具有的客观性决定了,意图维护合宪法秩序的申请人无需在联邦参议院为表决行为之前决定未来是否会就系争联邦法提出抽象规范审查申请。^[30] 简言之,允许州政府就联邦法提出抽象规范审查申请与它之前在联邦参议院所作表决之间并不冲突。

第三,1/4 以上的联邦众议院议员。修正前的《基本法》第 93 条第 1 款第 2 项规定,1/3 以上的联邦众议院议员可以提出抽象规范审查申请。合并基本法第 121 条解读,此处所指 1/3 以上联邦众议院议员的计算应以联邦众议院法定议席数为依据;而联邦众议院议员的法定议席数取决于联邦选举法关于各立法机关任期的议席数的规定,但是,在存在超额议席(überhangmandate)的情形下,还应包括超额议席数。^[31] 不过,迫于大联盟政府的压力,2008 年 10 月 8 日生效的旨在转化《里斯本条约》的《基本法(第 23 条、第 45 条及第 93 条)改正法》,将提出抽象规范审查申请的法定人数由 1/3 以上联邦众议院议员减为 1/4 以上联邦众议院议员;之后《联邦宪法法院法》第 7 条第 1 款也作出相应的调整。^[32] 这一规定与基本法第 23 条第 1a 款第 1 项规定的联邦议会向欧盟法院提起“辅助性诉讼”(Subsidiaritätsklage)的法定人数相一致。此举旨在使反对党能够充分发挥基本法赋予其的监督功能,但这也不意味着反对党变成了宪法机关或者抽象规范审查的申请主体,因为:反对党没有根据本党规模而要求调整抽象规范审查程序申请的法定人数的请求权——即便根据基本法第 93 条第 3 款规定,联邦宪法法院对联邦法律委由其处理的其他案件有管辖权,从而有此可能性。^[33] 联邦宪法法院在“德意志和平联盟”裁决中也指出,在授予抽象规范审查程序的申请主体资格时,基本法并未将政党或者议会党团属性作

[26] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 212.

[27] Vgl. Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 38.

[28] Rozek, Rn. 10.

[29] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 212.

[30] BVerfGE 101, 158, Rn. 267.

[31] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 183, 498f.

[32] Vgl. Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 38; Hömig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., Nomos, S. 650.

[33] Graßhof, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1137, 13f.

为考量因素。^[34]

前述联邦众议院议员应作为一个整体提出申请,还须有相同目标。^[35] 他们只能统一行动,即,各申请人的申请和申请理由应与全体申请人的共同意见相一致,不能提出不同的程序声明(Verfahrenserklärung)。就此而言,只能由全权代表代理提出申请。倘若表面上提出申请的整体人数符合法定人数的要求,但构成这一整体的却是数个相互独立且均未满足法定人数的要求的申请,则不能认为符合规定。^[36] 此外,符合法定人数要求的申请,在提出之后仍可以吸收其他议员参加,但必须获得最初申请人的同意。

此外,在“公债案”判决(Staatsverschuldung)中,联邦宪法法院指出:直至1982年9月9日,联邦众议院231名议员才就1981年预算法第2条第1款是否符合基本法第115条第1款第2句的问题提出抽象规范审查申请,但是,鉴于1981年预算法第2条第1款给予信用授权和支持项目一样,会经由结账项目在下一个财政年度产生影响,且根据基本法第114条的规定,预算法构成结算报告、审计及债务减免的处理依据,故申请并不随着1981年的消逝而成为不容许的。^[37] 由此,学者进一步指出,1/4以上联邦众议院议员提出抽象规范审查的申请不因立法机关任期的届满而变成不容许的。^[38] 不过,这一推论并不周延,它忽略了一个重要前提,即,联邦宪法法院在“公债案”判决中强调,即便1981年业已逝去,但1981年预算法对外仍发生作用,客观上存在释明的需求,故而才有审查的必要。当然,抽象规范审查程序的审查期限通常较长,可能使得联邦众议院议员的申请权事实上发生疑问,为此,必须确保提出申请的议员在丧失议员资格之后仍享有相关的程序性权利。换言之,即便在立法机关任期届满后,他们也可以一起撤回申请或者申请回避(Befanggenheitsantrag)。在这种情形下,不适用法定代理的规定,即便议会党团主席也不能因其职务而取得代理资格。^[39]

各申请主体得针对下列对象分别提出审查申请:联邦政府和联邦议会得针对联邦法律和州法律提起之;州政府得针对联邦法律和本州法律提起之,在存在相关性的情形下,亦得针对他州法律提起之。^[40] 前述申请主体既可以单独提出申请,也可联合提出申请;对不同主体提出的抽象规范审查申请,联邦宪法法院可以合并作成决定。

就非对抗性的客观程序而言,申请人是唯一参加人。联邦宪法法院在1952年4月5日作成的“7.5%之门槛条款案”判决(7,5% - Sperrklausel)中就已明确指出,对于作为主观程序的宪法诉愿而言,须有明确的被申请人才具有合法性,而对于作为客观程序的抽象

[34] BVerfGE 21, 52.

[35] Rozeck, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 48. EL Februar 2016, § 76, Rn. 11.

[36] Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1137, 14f.

[37] BVerfGE 79, 311, Rn. 8.

[38] Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1137B1138, 15 - 16ff.

[39] Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1137B1138, 15 - 16ff.

[40] BeckOK GG/Morgenthaler GG Art. 93, Rn. 30.

规范审查而言,申请的合法性则不须以有明确的被申请人为必要。^[41] 不过,即便二者存在一定差异,但抽象规范审查的申请人,作为参加人也享有基本法第 103 条保障的法定听审权(rechtliches Gehör)。

此外,申请人也享有接受法定法官裁判的权利:倘若申请人认为联邦宪法法院法官可能有所偏颇,则可以主张第 19 条的声请回避权,声请该法官回避。另,申请人依第 20 条享有阅卷权,依第 30 条第 3 款就相应裁决有知情权。除联邦宪法法院依第 24 条规定以申请不合法或者无理由驳回抽象规范审查申请的情形外,按照第 25 条第 1 款规定,非经申请人同意,联邦宪法法院不得采取书面审查的方式而为抽象规范审查。^[42]

(二) 申请对象

1. 抽象规范审查的对象

抽象规范审查的对象范围较具体规范审查更广。与具体规范审查限于行宪后施行的形式上的制定法不同,抽象规范审查涵盖行宪前后施行的各级联邦法规范和州法规范。^[43] 施莱希和科里奥特认为,在抽象规范审查的审查框架之内,区分行宪前后的法律并无意义。^[44] 与之相同,米夏埃尔·萨克斯(Michael Sachs)也强调,法律的制定时间不影响其可审查性。易言之,无论法律的制定是在基本法施行前抑或施行后,均得提出审查申请。^[45] 在申请书中,申请人应指明审查对象;联邦宪法法院则依据申请人提出的具体请求作成解释。^[46]

以下分别从联邦和州层面就联邦宪法法院抽象规范审查的对象作详细说明:

首先,在联邦层面,联邦宪法法院抽象规范审查的对象主要包括:

(1) 宪法规范和宪法。从理论上讲,宪法规范本身也可能违宪,故应纳入抽象规范审查程序的审查对象范围之中。不过,通说认为,此处所指宪法规范仅指旨在修改基本法的联邦制定法。西奥多·毛恩茨(Theodor Maunz)指出,就宪法规范的审查而言,基于制宪权和宪定权的区分,应区别原始宪法和从属宪法。其中,1949 年开始施行的、由制宪者制定的最初版本的基本法是原始宪法(primäre Verfassungsrecht),其后由基本法创设的制宪者对基本法所作的修改和补充则是从属宪法(sekundäre Verfassungsrecht)。就基本法而言,只有最初版本是基于原始立法行为或者制宪权的行使制定的;从属宪法不过是制定法而已,在某些情形下也应对其合宪性进行审查。联邦宪法法院在 1960 年 12 月 20 日作成的“拒绝服兵役第一案”裁决(Kriegsdienstverweigerung I)^[47]也肯定了这一见解。^[48]

[41] BVerfGE 1, 208.

[42] Graßhof, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1138, 18f.

[43] BeckOK GG/Morgenthaler GG Art. 93, Rn. 32.

[44] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 143 页。

[45] Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 41.

[46] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 140 页。

[47] BVerfGE 12, 45.

[48] Maunz, in: Maunz/Dürig, Komm. Z. GG, Art. 93 Rn. 23.

不过,学者对上述见解也提出了批评,这是因为:如果承认宪法规范存在违宪可能性,则不仅旨在修改基本法的联邦法律可能违宪,基本法的原始规范也可能违宪。回答该问题的关键在于在宪法规范的体系内部是否存在位阶。只要宪法规范的体系内部存在位阶,则就可能对下位宪法规范与上位宪法规范的一致性进行审查,无论上位宪法规范是成文宪法规范抑或难以捉摸的宪法原则。^[49] 联邦宪法法院并未完全排除“违宪的宪法”的可能性。它在1951年10月23日作成的“西南重组案”判决(Südweststaat)中指出:不能因为某个宪法规定是宪法的组成部分,便抽象地排除其违宪无效的可能性。宪法上存在一些根本的、作为先于宪法而存在的法的化身的宪法基本原则,制宪者亦受其拘束。为此,位阶较低的宪法规范一旦抵触这些基本原则,即应予以无效。^[50] 这在理论上也可以找到支持:卡尔·施密特将宪法规范区分为宪法(Verfassung)和宪法律(Verfassungsgesetz),其中前者为“主权者的根本性决断”。基于对纳粹时代的经历的反思,在起草基本法时,制宪者吸收了施密特这一学说,并在第79条明确规定,基本法第1条和第20条所确立的原则不受修正。这不仅为修宪权的行使设定了边界,而且表明在基本法的规范体系内部也存在一定的价值位阶。易言之,不仅宪法修正案,甚至多数宪法规范本身都可以成为联邦宪法法院抽象规范审查程序审查对象。

(2)根据基本法第25条第1款而吸收的国际法一般规则(allgemeine Regeln des Völkerrechts)。根据基本法第25条规定,此类国际法一般为联邦法律的组成部分之一,直接为联邦境内的居民创设权利和义务;它的效力位阶介于宪法和联邦法之间:优先于联邦制定法但低于基本法。将它纳入联邦法秩序并不排除它与基本法发生抵触的可能性,故在就它与基本法的一致性存在疑问时,可以提出抽象规范审查申请。^[51]

(3)所有形式意义上的联邦法律都可以成为抽象规范审查的对象,特别需要指出的是,它还包括以下规范:第一,即便是在基本法第81条规定的立法紧急状态和第115之c至之e条规定的防御情形(Verteidigungsfall)下制定的法律,也是抽象规范审查的对象。

第二,预算法。在对预算法的抽象规范审查的框架下可以对国家对政党的资助的相容许性进行审查。^[52]

第三,批准国际条约的法律(“Zustimmungsgesetz”)。“Zustimmungsgesetz”在德国法上有两种涵义:一指某些法案在联邦议院表决通过后尚需取得联邦参议院的批准方能成为法律,也称需要批准的法律;二指对需要获得立法机关批准的国际条约,立法机关就此制定批准法。刘兆兴认为,就抽象规范审查对象而言,系指前一意义上的法律。^[53] 窃以为,此一理解有误:该意义上的法律其实已为联邦法所涵盖,无另行讨论的必要。学理上所列举的作为抽象规范审查对象的批准法专指批准国际条约的法律。

[49] Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7. Aufl., C. H. Beck, 2015, S. 367, 11f.

[50] BVerfGE 1, 14, Rn. 77.

[51] Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 41.

[52] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社2007年版,第140页。

[53] 刘兆兴著:《德国联邦宪法法院总论》,法律出版社1998年版,第190-193页。

就此而言,抽象规范审查的直接对象不是国际条约,而是基本法第 59 条第 2 款规定的该国际条约的批准法律。根据基本法第 59 条第 2 款规定,国际条约应由有权立法机关以制定法形式予以批准。由于国际条约内容一经批准即成为国际法,故而国际条约间接地也成为联邦宪法法院控制对象。^[54]

对基于所要批准的条约的法律的实体内容,联邦宪法法院审查立法机关是否有权批准此种内容的条约。在抽象规范审查程序中,联邦宪法法院主要审查立法机关的权限依据基本法第 59 条第 2 款是否成立,形式上是否与基本法一致。^[55]

(4) 纯粹的议会决议 (schlichte Parlamentsbeschlüsse)。倘若议会的决议发挥着法律的功能,从而具有替代法律的特性时,则可以成为抽象规范审查的对象。^[56] 联邦宪法法院在“广电第八案”判决 (8. Rundfunkentscheidung) 中指出:在巴伐利亚州,依其宪法第 72 条第 2 款的规定,州众议院以一种并非有效和可辨认的形式,批准决议而非制定法,将州际条约转化为州法,且无需获得州参议院的同意。外部关系中法律义务的设定只能以制定法的形式为之,基本法第 20 条既不允许联邦也不允许州以立法性决议为之。为此,即便系争批准决议符合民主的要求,但也因构成法治原则的违法而无效。^[57]

(5) 法规命令。联邦政府、联邦部长或者其他依照基本法第 80 条而受(转)委托的联邦机关制定的法规命令或者基于基本法的直接授权而制定的法规命令可以作为抽象规范审查的对象。就抽象规范审查申请的提出而言,只要是形式意义上的法规命令就可以了。

与联邦宪法法院就基本法第 100 条第 1 款所作的判决相反,将一般法律以下的法规纳入抽象规范审查的对象范围之中表明,在抽象规范审查程序中审查对象不限于立法机关制定的法律。^[58]

(6) 规章。从属于联邦的公法上之自治协会、法人、营造物及基金会为了管理自己的事务基于自治权制定的规章;此外,还包括联邦机关基于自治权制定的议事规则。

(7) 习惯法。通说认为,由于它具有规范性,故而可以成为抽象规范审查的对象。^[59] 以类征收或者征收干预补偿制度为例,对于由《普鲁士民法典》(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, ALR) 的序言第 74 条和第 75 条予以实定化的,后由法官造法 (Richterrecht) 加以发展,而今作为习惯法加以承认的一般牺牲请求权,也可以提出申请,请求联邦宪法法院审查它与基本法第 14 条第 3 款的一致性。^[60]

(8) 法官造法。法官造法能否成为抽象规范审查的对象,这一问题存在争议。恩斯特·本达 (Ernst Benda) 等就认为,由于法官造法不具有规范性,故而不宜成为抽象规范审

[54] Schlaich/Koriath, Das Bundverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidung, 10. Aufl., C. H. Beck, 2015, Rn. 127.

[55] Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7. Aufl., C. H. Beck, 2015, S. 367, 8f.

[56] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 142 页。

[57] BVerfGE 90, 60, Rn. 96.

[58] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 223.

[59] Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., C. F. Müller, 2012, S. 282, 677f.

[60] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 184, 502f.

查的对象。^[61] 不过,通说认为,尽管从法释义学的角度看,法官造法并不具有规范性,但在法律实务中,一般将其视为规范并适用,此外,法官造法未必比制定法更好以致应免受审查;毋宁相反,法官造法是否逾越宪法容许的法律续造的边界应受必要控制。此外,即便存在经由立法纠正法官造法的可能性,但是,这也不构成反对就有关法官造法提出抽象规范审查申请的理由。^[62]

(9)具有普遍拘束力的集体合同(Allgemeinverbindliche Tarifverträge)。作为一种特殊的法律规则(Rechtsregeln),它是国家承认的由工会联合会(Koalition)制定的规范,是由国家宣告的具有普遍拘束力的声明。

其次,在州层面,作为联邦宪法法院抽象规范审查程序审查对象的州法主要包括以下法规范:

(1)州宪法。作为联邦国原则具体化,基本法第28条第1款确立同质性原则。州宪法秩序的组成部分违反该规定的无效,州有义务予以修正。

(2)形式意义上的州法律:不过,由于1949年5月12日柏林军政府通过的基本法批准书第4项中作了保留,排除了对柏林州法律进行抽象规范审查的可能性。^[63]

(3)州法规命令:州机关基于联邦法或者州法授权颁行的法规命令。

(4)规章:州属公法法人制定的自治规章以及州宪法机关、乡镇和区制定的自治议事规则。

(5)州层面的习惯法。如前所述,由于州层面的习惯法一样具有规范性,为此,也可以成为抽象规范审查的对象。

(6)有权联邦机关作成的具有普遍拘束力的集体合同。

(7)各州之间订立的条约。依照联邦宪法法院判决,各州之间订立的条约,尤其是与文化事务有关的条约,发生效力争议时,联邦宪法法院有审查权。^[64]

2. 非抽象规范审查的对象

除占领法(Besatzungsrecht)、在民主德国加入联邦德国后不再有效的前民主德国法律及教会法外,^[65]下列规范也不是抽象规范审查的对象:

(1)不具有对外效力的行政规则(Verwaltungsvorschrift)。只是针对行政机关内部的行政规则由于不具有法的性质,故而不得成为抽象规范审查的对象。

(2)联邦宪法法院在抽象规范审查程序、具体规范审查程序或者宪法诉愿程序中作成的具有法律效力的决定系司法行为而非立法行为,故不受抽象或者具体规范审查。^[66]

(3)外国法、国际条约以及欧盟法。原则上,外国法、国际条约以及欧盟法均不受联邦宪法法院的规范审查。外国法以及欧盟法之所以不能成为抽象规范审查的对象,是因

[61] Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., C. F. Müller, 2012, S. 282, 677f.

[62] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 184, 502f.

[63] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 212.

[64] 施启扬著:《西德联邦宪法法院论》,台湾商务印书馆1971年版,第185-186页。

[65] Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl., C. H. Beck, 2014, S. 990.

[66] Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7. Aufl., C. H. Beck, 2015, S. 516, 20f.

为这里涉及的不是德国的国家权力行为。^[67] 至于国际条约,正如此前所指出的,联邦宪法法院可以对其批准法进行审查,从而间接地对其实体内容进行审查。

(三) 申请理由

客观释明利益作为抽象规范审查的申请理由或者实体裁判要件(Sachentscheidungs-voraussetzung)是由判例确立的。^[68] 联邦宪法法院在“地方选举—门槛条款第 1 案”判决中明确指出:基本法第 93 条第 1 款第 2 项和联邦宪法法院法第 76 条都包涵了同样涵义,即,只有存在客观释明利益(objektive Klarstellungsinteresse)才有申请权(Antragsbefugnis)。^[69] 倘若事后证明不存在客观释明利益,则应终止审查程序。就其功能和意义而言,将客观释明利益作为抽象规范审查的实体裁判要件,在一定程度上起到过滤作用,有助于防止讼累,确保联邦宪法法院的功能能力,并且也与司法程序启动的一般要件和法律需求相一致。^[70] 由此,也产生了一个问题:姑且不论抽象规范审查程序具有的客观性特点,它是否也要求申请人须有主观利益? 尽管米夏埃尔·萨克斯认为这一问题至今仍处于开放状态,^[71] 不过,主流观点主张,将客观释明利益作为抽象规范审查的实体裁判要件并未改变抽象规范审查的特性,^[72] 因为:就抽象规范审查程序而言,申请人的作用仅限于启动审查程序而已。^[73] 审查程序一旦启动,就排除申请人的支配。申请人的程序性权利,取决于客观上是否存在释明系争规范与联邦法或者宪法的一致性或有有效性的需要。易言之,抽象规范审查申请的提出无需申请人主观法律保护需求。^[74]

具体而言,抽象规范审查的申请应具备如下理由,方具有适法性:

第一,存在基本法第 93 条第 1 款第 2 项意义上的“意见分歧或者疑问”。^[75] 基本法第 93 条第 1 款第 2 项规定,抽象规范审查申请的受理还应满足如下要件:就联邦法或州法的合宪性或者州法的合联邦法性而言,存在意见分歧或者疑问。所谓意见分歧,系指至少存在两种相互对立的意见;疑问则指申请人主观上不能确定规范的有效性,即,对其而言确实系争规范存在不确定性(Rechtsunsicherheit)。此外,此处所称意见分歧,尤其是疑问,必须是具体的、非单纯理论上的意见分歧或者疑问,唯有如此方有客观的释明利益(objektives Klarstellungsinteresse)。另外,其范围也不限于可能的申请的主体个人或者之间的意见分歧或者疑问,毋宁只要其他机关之间存在意见分歧或者疑问并有客观释明利益即为已足。在这种情形下,只要适格申请人就系争规范的无效或者有效形成特定的法

[67] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 141 页。

[68] Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 45.

[69] BVerfGE 6, 104.

[70] Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1148, 40f.

[71] Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 45.

[72] Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1148, 40f.

[73] BVerfGE 1, 208.

[74] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., C. F. Müller, 2015, S. 213 – 214.

[75] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 187.

的确信,则可以向联邦宪法法院提出申请,要求其作成客观的释明。

第二,《联邦宪法法院法》第76条第1款第1项规定的申请理由。《联邦宪法法院法》第76条第1款第1项对抽象规范审查程序的规范无效宣告(Normverwerfungsverfahren)作了规定:申请人认为系争法规范形式上或者事理上与上位法规范不一致而无效的,可以提出审查申请。就文义而言,第76条第1款第1项就申请人应于何种强度上认定系争规范与上位规范不一致未作规定,易言之,申请人可以主张系争规范与上位法不一致,同时承认自己不十分坚持这一立场。对此,通说则采体系性解释,要求对该款第1项和第2项作和谐解释,以确保该两项规定均有效力,^[76]并强调:第76条第1款第1项只包含了两种情形,申请人确信系争规范无效或者其对于系争规范抵触上位法而无效的疑问处于优势;反之,则应依同款第2项提出审查申请。与此相反,有的学者认为,第76条第1款第1项可为第2项所涵盖,它只要求申请人本身对系争规范的法律意见必须是明确的,此外,别无要求。故认为通说系对第76条第1款第1项过于严苛的解释,^[77]在一定程度上限缩或者窄化了基本法第93条第1款第2项规定的申请理由或者申请权,从而违宪。^[78]不过,这一问题至今未有明确的答案,在“规范审查第一案”判决^[79]和“地方选举—门槛条款第一案”判决^[80]等一些重要判决中,联邦宪法法院也未作出回答。^[81]

即便在对系争规范可作合宪性解释的情形下,也可以提出抽象规范审查申请。合宪性解释系指,如果一项法律存在多项可能解释,其中一些违宪,一些合宪,则不能认为该规范是违宪的;易言之,应拒绝违宪的可能解释,选择合宪的可能解释作为系争规范的涵义。^[82]由于合宪性解释只是可能解释之一种而已,故客观上可能有进一步释明的必要。^[83]但这容易让人误以为,任何一项解释均构成申请抽象规范审查的充足理由,^[84]因而担心申请权滥用以致讼累而损害联邦宪法法院的功能能力。为此,在释义学上对此作了进一步的限定,原则上只有在以下两种情形下,抽象规范审查申请才具有可容许性:首先,虽然系争规范存在合宪性解释可能,但申请人仅以其中某项确实存在于法律实务中的违宪解释提出审查申请的情形;^[85]其次,对于某些限缩性的合宪性解释,倘若其在排除其

[76] Grabhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1145 – 1146, 32f.

[77] BeckOK GG/Morgenthaler, 33. Ed. 1. 6. 2017, GG Art. 93 Rn. 34 – 35.

[78] Grabhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1145 – 1146, 31f; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl, C. F. Müller, 2015, S. 214, 514f.

[79] BVerfGE1, 184.

[80] BVerfGE6, 104.

[81] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl, C. F. Müller, 2006, S. 188.

[82] Rob Bakker, Verfassungskonforme Auslegung, in Rob Bakker, Aalt Willem Heringa, Frits Stroink (ed), Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review, MAKLU Uitgevers Antwerpen-Apeldoorn (1995), p. 9; 柳建龙:《合宪性解释原则的本相与争论》,《清华法学》2011年第1期,第108页以下。

[83] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl, C. F. Müller, 2015, S. 215, 516f.

[84] Grabhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1145 – 1146, 34f.

[85] Grabhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1145 – 1146, 34f.

他解释选项的同时缩小了规范的适用范围,也可以提出审查申请。^[86]

第三,《联邦宪法法院法》第 76 条第 1 款第 2 项规定的申请理由。《联邦宪法法院法》第 76 条第 1 款第 2 项规定了规范确认程序,即,基于客观权利救济需求提出规范确认申请。本项规定调整的是《基本法》第 93 条第 1 款第 2 项意义上的“意见分歧或者疑问”的第二种情形:其他法律适用者而非申请人认为系争法规范与上位法不一致而不适用的情形。^[87] 与《联邦宪法法院法》第 76 条第 1 款第 1 项相较,该项规定要求,申请人应认为系争规范有效,这构成了抽象规范审查之规范确认程序的重要特征。

至于第 76 条第 1 款第 2 项“不适用”的理解,联邦宪法法院采取了一种相对宽松的立场:首先,在 1997 年 6 月 24 日作成“关于抽象规范审查程序中之州法规范的审查”裁决(überprüfunglandesrechtlicher Normen im abstrakten Normenkontrollverfahren)中,其从该项规定的文义出发,指出,有权机关不适用、不执行或者在其他情况下明显地不遵守某项规范,从而使得其实际效果受到影响,以至于效力发生疑问的,构成联邦宪法法院承认系争规范与上位规范不一致而不予适用的特殊情形;^[88]其次,早在 1961 年 2 月 28 日作成的“广电第一案”判决(1. Rundfunkentscheidung)中,联邦宪法法院就将单纯的“不遵守(Nichtbeachtung)”等同于“不适用(Nichtanwendung)”。在该判决中,联邦宪法法院驳斥了联邦政府对第 76 条第 1 款第 2 项所作的狭义解释。联邦政府认为只有在有执行系争法律的高权的机关不适用系争法律的情形下才发生抽象规范审查的申请权。联邦宪法法院强调说,其他机关,虽然没有执行系争法律的高权,但可以经由逾越或者不遵守系争法律的方式而不予适用,而这业已构成了第 76 条第 1 款第 2 项所称之“不适用”。^[89] 与之相似,州立法机关认为联邦法律无效而未依基本法第 75 条第 3 款的规定在规定期限内将联邦法律转化成州法律的,也构成不适用;^[90]最后,在个案中,倘若规范对于决定的作成具有相当重要性,但因它与基本法或者其他的联邦法不一致,在正式决定中未予考虑,也构成不适用。如果法院并非因为系争规范违宪而是基于其他的原因而认为其无效或者不适用,则不存在《联邦宪法法院法》第 76 条第 1 款第 2 项意义上的“不适用”。^[91]

此外,不无疑问的是,第 76 条第 1 款第 2 项所称适法者对系争规范所作合宪性解释是否构成“不适用”? 如果申请人认为,适法者以为与宪法不一致而拒绝适用的系争规范的可能解释并不违宪,为此,合宪性解释并非必要,他也可以置适法者的考量于不顾,径直优先采用他认为妥当的可能解释。在这种情形下,当事人争议的并非系争规范的合宪性本身,毋宁只是何种解释更为妥当,故而无抽象规范审查置喙的余地。^[92] 但是,如果适法

[86] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., C. F. Müller, 2015, S. 215, 516f.

[87] Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1146, 35f.

[88] NJW 1998, 589.

[89] BVerfGE 12, 205, Rn. 65.

[90] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 190, 517f.

[91] Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1146, 36f.

[92] Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1146, 37f.

者采用的可能解释限缩了系争规范的适用范围,^[93] 或者在排除了所有合理的解释选项后却不能得出正确的结论,又或在逾越了解释的界限得出了实体上合宪但方法上存在瑕疵的解释。这些都可能构成“不适用”,因为它们都难以回溯到既有规范,而且在一定程度上违背了立法者的意志,使得系争规范成为具文。^[94]

(四)形式以及期限

就抽象规范审查程序的申请而言,除第23条第1款所作的一般性要求外,《联邦宪法法院法》未另设限制,具体而言:

第一,申请应以书面形式提出。根据《联邦宪法法院法》第23条第1款的规定,抽象规范审查申请的提出,应以书面形式为之。申请书应满足一定要求:它必须对事实作充分的说明,并说明宪法上相关的理由。此外,必须指明所指摘的规范。第23条第1款第2句与第76条第1款的容许性要件相关。申请人必须说明,根据何种法律上权衡而认为系争规范与上位规范不一致。在多个具备申请资格的申请人(如两个以上州政府)平行地提出抽象规范审查请求的情形下,无需所有申请主体分别提供各自的申请理由,只需援引其中一个申请人依照规定具备理由的申请书作为依据即可。^[95]

除抽象规范审查所独有的容许性要点外,联邦宪法法院偶尔也审查宪法救济途径的开启。就基本法和《联邦宪法法院法》最终和充分明确地规定的程序类型而言,这似乎是多余的,特别是缺乏宪法救济的制定法规定。事实上,就此而言,也意味着实现抽象规范审查的适当性。

第二,抽象规范审查申请的提出无期限限制。与具体规范审查不同,《联邦宪法法院法》对抽象规范审查申请的提出未设期限限制。此种宽松的规范,与许多设置抽象规范审查的国家相似,唯有西班牙和比利时对声请释宪作了规定,前者规定须在3个月内提出,后者规定须在6个月内提出。^[96] 在德国,只要系争规范现行有效或者依然对外发生法律效力,且有充分迹象表明,有必要在客观释明利益的框架下对相关问题进行讨论,就可以提出审查申请。于此,需要特别说明的是,即便一项规范未被废止,但无论如何都不会产生法律效力,则不存在客观释明利益。^[97] 联邦宪法法院在“风险结构平衡计划”裁决(Risikostrukturausgleich)中指出,在法律授权行政机关制定法规命令的情形下,即便行政机关尚未行使该授权,一般也应承认其存在客观释明利益。但是,如果行政机关尚未行使该委任立法权(Verordnungsermächtigung),并且将来也绝不会行使,则不应认为有客观释明利益。^[98] 而就业已废止的规范而言,倘若其仍对外产生法律效力,则也可能有所谓的

[93] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., C. F. Müller, 2015, S. 217, 520f.

[94] Grabhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1146, 37f.

[95] Rozek, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 48. EL Februar 2016, § 76, Rn. 11.

[96] 参见 Christian Tomuschat:《作为其他国家宪法法院比较对象的联邦宪法法院》,载 Peter Badura、Horst Dreier 主编:《德国联邦宪法法院:五十周年纪念文集》(上册),苏永钦等译注,联经出版事业股份有限公司2010年版,第275页。

[97] Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 45.

[98] BVerfGE 113, 167, Rn. 77.

客观利益。不过,需注意的是,申请的提出以系争规范之存在为前提。除习惯法外,所谓“法”系指业经公告的法律规范。故而就作为抽象规范审查对象的法律而言,公告不仅是必要条件,也是充分条件。^[99] 易言之,只有在公告后才可提出审查申请;系争法律是否生效则无需予以考虑。不过,也存在例外的情形,对国际条约批准法可在联邦总统签署和颁布前提起抽象规范审查申请,并且联邦宪法法院应在条约产生国际法上的效力前做出裁决。

需要指出的是,德国并不承认预防性规范审查。早在 1952 年 7 月 30 日的“德国条约案”判决(Deutschlandvertrag)中,联邦宪法法院便指出,预防性审查与基本法和抽象规范审查的实质不相符合。^[100] 这是因为:(1)从基本法第 93 条第 1 款第 2 项的语义看,抽象规范审查的对象应当为“法(Recht)”;(2)依《联邦宪法法院法》的立法史以及事实,其最初版本已经就法律草案规定了某种形式的预防性规范审查,即,联邦宪法法院可以就尚未完成公告的法律规范作成法律鉴定意见,并且对尚未公告的法律规范(草案),可以将之作为立法行为的争议,经由宪法机关之间的机关争议而进行某种形式防御性的规范审查,无须再行规定预防性抽象规范审查;(3)最后,这也能从权力分立的原理得到解释。^[101] 不过,就各州之间订立的条约的批准法而言,在其公布之前,可以依基本法第 93 条第 1 款第 2 项向联邦宪法法院提出抽象规范审查申请。^[102]

此外,除客观释明利益这一容许性要件外,并不存在丧失申请权的问题。抽象规范审查的说明理由也无期限的限制,为此,得以一系列的申请书状为之。就滥用诉讼权利行为——尽管鉴于申请人的特殊范围,这似乎不太可能发生——而言,可以类推适用行政法院法的除斥规则(Praeklusionsregeln)。

三 抽象规范审查的审查依据

抽象规范审查的审查依据和基本法第 100 条第 1 款规定的具体规范审查的审查依据并无不同:^[103] 根据《基本法》第 93 条第 1 款第 2 句和《联邦宪法法院法》第 13 条第 6 项规定,对联邦法的审查以基本法依据,对州法的审查以基本法和其他联邦法为依据。

(一) 联邦法的审查依据

第一,基本法。就作为联邦法和州法的抽象规范审查的审查依据而言,所谓基本法原则上指形式意义上的《基本法》,不包含其他法律,即便这些法律就其所规范的内容而言具有宪法位阶。不过,如果其为《基本法》第 79 条第 1 款明文纳入基本法的文本中,则亦构成基本法的组成部分。与此同时,不能简单地讲基本法等同于包含在《基本法》中的各

[99] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 256.

[100] BVerfGE 1, 396, Rn. 52.

[101] Wolfgang Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, Rn. 65; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidung, 10. Aufl., C. H. Beck, 2015, 129 f.

[102] Maunz, Art. 93, in Maunz, Lfg. 33, Rn. 21.

[103] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 263.

个规定的总和,^[104] 它还包括了内在基本法的原则和指导原则。联邦宪法法院在其判例中强调民主原则、联邦国原则以及法治国原则,确保法的安定性、实体正义的理念、比例原则、罪刑法定原则、正当程序原则、明确性原则。^[105]

第二,就一般联邦法能否作为法律以下的联邦法的抽象规范审查的审查依据,理论上存在多种观点:

其中一种观点认为,《联邦宪法法院法》第 76 条第 1 款的表述存在问题,容易滋生误解,以为可以将一般联邦法作为对法律以下的联邦法进行抽象规范审查的审查依据。但是,不能认为《联邦宪法法院法》第 76 条第 1 条扩张了基本法第 93 条第 2 款设定的法律以下的联邦法的审查依据范围,《联邦宪法法院法》第 78 条第 1 句同样也表明,法律以下的联邦法的审查依据都只限于基本法,不包括一般联邦法。一般联邦法之间的冲突由适法者通过其他的冲突规则予以解决,无需诉诸联邦宪法法院。^[106] 通过联邦宪法法院的抽象规范审查旨在维护联邦法的合宪性而非一般合法性。此外,法律以下的联邦法的合联邦法性可由普通法法院予以审查,就此而言,按照基本法第 100 条第 1 款的规定,其否决专权(Verwerfungsmonopol)非由联邦宪法法院专享之。^[107]

克劳斯·斯坦恩(Klaus Stern)认为,虽然《基本法》第 93 条第 1 款第 2 项未就以一般联邦法为依据对法律以下的联邦法进行规范审查作明文规定,但从《联邦宪法法院法》规定的“或其他联邦法(oder sonstiges Bundesrecht)”的文义应可推导出这一涵义。并且从各州宪法法院的实务来看,以宪法为审查依据,并不意味着法律以下的联邦法违反一般法律没有意义。与基于本身违宪的法律而颁行的法令相同,偏离制定法的授权基础而颁行法令构也成对基本法第 80 条的违反。由于不遵守上位法意味着违反作为法治国之体现的规范位阶,故而就法律以下的联邦法违反一般联邦法而言,也由宪法法院审查。在这一意义上,联邦法之违反更高位阶的联邦法,作为违反基本法而应受到抽象规范审查。^[108]

较之前两种观点,克劳斯·施莱希和斯特凡·科里奥特所持的是一种折中的观点。他们认为,基本法第 93 条第 1 款第 2 项的作用是针对联邦法特别地对基本法进行保护。其他对于联邦法的违法——对于其他联邦法律的违反——可以由法官在附带审查的框架内进行确认。为此,正确的处理是,倘若规章规定超出了法律授权基础,则其违反了基本法第 80 条。相应地,在抽象规范审查程序中,对联邦规章的宪法审查也扩张到了审查规章是否具有法律授权之基础、其规定是否在授权的范围内,但扩张的范围也仅限于此。^[109] 易言之,在抽象规范审查程序中,一般联邦法仅在特定的情形下可以作为法律以下的联邦法的审查依据。

[104] Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7. Aufl., C. H. Beck, 2015, S. 517, 25f.

[105] Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7. Aufl., C. H. Beck, 2015, S. 517, 25 - 26ff.

[106] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 192, 525f.

[107] Grabhof, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1152, 49f.

[108] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 264.

[109] [德]克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 145 页。

第三,能否以超实定法作为审查制定的实定法,乃至基本法的依据?施启扬认为,这个问题是由自然法学派的理论出发的,从实证主义的观点来看,这是不可想象的事情。就德国现行制度而言,法官权威直接来自基本法而非自然法,并且法院的裁判权也根据基本法而来,在这种情形下,主张由法院审查基本法的“效力问题”,其理论基础甚为薄弱,所以通说认为,宪法的原始规定不得再以更高的规范为标准来审查。^[110]

不过,这一意见尚有商榷的余地,此前关于宪法规范和修正案作为抽象规范审查的对象部分对此已有讨论。此外,莱希纳(Lechner)和祖克(Zuck)并指出,在这问题上联邦宪法法院在其作出的“针对判决的宪法诉愿”裁决中追随巴伐利亚州宪法法院此前作出的判决。巴伐利亚州宪法法院 1950 年 4 月 24 日作出的判决认为,存在一些非常重要的宪法原则,它们是奠定宪法的法的体现,故而它们拘束制宪者,任何非处于该位阶的宪法规范,可能因与之相抵触而无效。^[111] 联邦宪法法院在“西南重组案”判决中显然也接受了这一立场。^[112] 不过,需要特别注意的是,虽然德国联邦宪法法院早期采取这一抽象概念,认为一旦宪法规范“无视于宪法本身决定性质的基本正义要求,而到了无法接受的程度”时,即应视为无效,但是,这一立场在之后的判决中再未出现,而且欧洲各国宪法法院对超实定法的否定态度对德国也难谓没有影响。^[113]

(二) 州法的审查依据

根据基本法第 93 条第 1 款第 2 项的规定,对州法进行抽象规范审查的审查依据为基本法和“其他联邦法”。其中,“其他联邦法”系指全部联邦法律;只要本身不违反上位法,联邦法都较州法具有优先性。^[114] 此处所指州法包括联邦的法规命令(Rechtsverordnung)。但是,至于联邦直属法人的规章(Satzungsrecht)能否击破州法,易言之,其较之州法是否具有优先性,从而可以作为联邦宪法法院在抽象规范审查程序中用以审查州法的依据,克劳斯·斯坦恩认为,由于州法一旦对此类法人在专有领域保留的自主的规章制定权进行干预,则已经构成了对设置该自主的规章制定权的基本法规定的违反,故这一问题并不具有实践意义,即,联邦直属法人的规章不宜作为对州法进行抽象规范审查的审查依据。^[115] 就州法之合联邦法性而言,联邦宪法法院尚应审查联邦法的合宪性,以确定其是否适合作为审查州法的依据。

此外,联邦习惯法相对于州法也具有优先性,可以作为审查州法的依据。依照基本法第 124 条和第 125 条而被视为联邦法的宪法施行前的法律也可以作为州法的审查依据。^[116]

[110] 施启扬著:《西德联邦宪法法院论》,台湾商务印书馆 1971 年版,第 187 页。

[111] Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7. Aufl., C. H. Beck, 2015, S. 518, 27f.

[112] BVerfGE 1, 14, Rn. 77.

[113] Christian Tomuschat:《作为其他国家宪法法院比较对象的联邦宪法法院》,载 Peter Badura、Horst Dreier 主编:《德国联邦宪法法院:五十周年纪念文集》(上册),苏永钦等译注,联经出版事业股份有限公司 2010 年版,第 287 - 288 页。

[114] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 265.

[115] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 266.

[116] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 267 - 268.

(三) 其他情形

除以上两点外,值得一提的是,联邦宪法法院无管辖权就联邦法或者州法规范是否与基本法以外的法的一致性采取抽象规范审查程序。易言之,外国法、国际法、欧盟法以及州宪法均非抽象规范审查的依据。^[117] 此类争议由有权法院依照基本法第 100 条规定予以处理。

四 抽象规范审查的判决形式和效力

对抽象规范审查申请,联邦宪法法院应区分两种情形予以处理:对不符合容许性要件的应用予以驳回;反之,则应进一步作成实体判决。就实体判决而言,联邦宪法法院应就系争联邦法规范与基本法是否一致以及系争州法规范是否与基本法或者其他联邦法一致作出裁判,并确定相应的法律后果。联邦宪法法院就此所作成的裁决必须在联邦法律公报公告。联邦宪法法院只裁判系争规范的存废问题,不对其内容作一般解释,系争规范的解释权属于普通法院。^[118]

(一) 自始无效判决

违宪的法律自始当然无效系以德国传统的无效理论为基础,认为违宪的法律自始(*extunc*)、当然无效(*ipso iure*)。^[119] 依照《联邦宪法法院法》第 95 条第 3 款第 1 句并第 78 条第 1 句的语义,在系争规范违反作为依据规范的基本法或者联邦法的情形下,联邦宪法法院只能做出系争规范无效的宣告;并且原则上只要联邦宪法法院确认系争规范违反上位法无效,就意味着系争规范自始无效,易言之,联邦宪法法院对系争规范做出的确认无效的效力溯及系争规范颁行尤其是生效之时。经由对系争法律的无效性的(宣告)确认,联邦宪法法院废止了有效性的法律外观(*Rechtsschein der Gueltigkeit*),包括提出请求所主张规范的拘束力。

不过,由于自始无效裁决的效力原则上是溯及既往的,可能引发一系列后果。从逻辑上讲,此前所有基于系争规范作出的行为都应予以撤销,即,基于该无效规范基础上的法院判决、法律命令以及行政处分等都丧失赖以存在的基础;^[120] 此外,如果一项旨在废止先前行之有效的法律的法律被宣告违宪无效,则在其被宣告无效之后,旧法将恢复效力。就此而言,自始无效宣告可能损害法秩序的安定性和和平性;特别是由于抽象规范审查的提出不存在期限限制,相应地,自始无效宣告的作出也不存在期限限制,这使得其后果更加令人难以承受。

对上述问题,《联邦宪法法院法》第 79 条第 2 款在一定程度上提供了相应的解决方案。根据该规定,在某些情形下,基于法的安定性和和平性的考虑,也可能维持某些基于

[117] Grabhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 76, C. F. Müller, 2015, S. 1153, 51f.

[118] 施启扬著:《西德联邦宪法法院论》,台湾商务印书馆 1971 年版,第 196 页。

[119] 杨子慧:《宪法法院法规违宪审查之裁判类型与效力》,《中正大学法学辑刊》2014 年第 5 辑,第 205 页。

[120] [德]康拉德·黑塞著:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆 2007 年版,第 518 页。

无效规范的命令的存续性。对于建立在与基本法不一致或者被宣告为无效的规范的基础上的、业已生效的刑事判决可以进行重审。不过,某些判决虽然是建立在被宣告无效的规范基础之上的,但是由于这些判决受特殊法律规则的保留不能予以推翻,故其不受无效宣告的影响。不过,在无效宣告作成之后,不得再继续强制执行此类判决,同时基于该无效规范提出的不当得利请求也不予支持。^[121] 总而言之,在实务中,联邦宪法法院也采取了一些偏离自始违宪无效宣告的判决形式,而且在晚近的实践中偏离益甚。准确地说,联邦宪法法院对《联邦宪法法院法》第 79 条关于无效宣告以及不一致宣告的法律后果的理解是:对于在此期间作出的行为的存续性而言,自始无效性的释义性内容没有得到多少保留;就其实质后果而言,联邦宪法法院倾向于认为所谓自始无效系指自被宣告为无效时无效。^[122] 不过,一方面,此一做法未能解决自始无效裁决产生的全部问题;另一方面,此类做法本身也颇受诟病。^[123]

(二) 部分无效判决

如果系争法律或者规定只是部分存在瑕疵,那么,究竟应使系争法律或者规定整体违宪无效抑或是仅宣告其与宪法相抵触的部分违宪无效? 毛恩茨指出,该问题可以从主客观两种不同的角度予以解决:就客观面向而言,需要解决的是,在制定法最初的目的和目标下系争法律或者规定的合宪部分是否仍有意义;就主观面向而言,需要追问的是,在排除违宪无效的部分的情形下,立法者是否可能制定系争法律或者规定。^[124] 不过,通说认为,该问题应从客观面向予以解决,如果将该瑕疵部分与其他部分切割之后,剩下部分仍有独立的意义,则根据《联邦宪法法院法》第 78 条第 2 款的规定,联邦宪法法院应仅否弃该部分规范,作成部分违宪无效宣告。^[125] 就宪法实务而言,仅在无法作成部分无效判决的情形下,联邦宪法法院才会依法宣告整部法律无效,不过,极少发生这种例外。^[126]

但是,在如下两种情形下,尽管只是系争法律或者规定部分违反违宪,联邦宪法法院仍使违宪无效宣告及于系争法律或者规定全部:其一,一旦将违宪部分从系争法律或者规定中删去,则剩余部分虽然与宪法不发生抵触,但却无独立的意义;其二,系争法律或者规定违宪部分与其余部分联系密切,构成了一个不可分割的整体。除此之外,就个案而言,有时候出于法的明确性和安定性方面的考虑也不宜作成部分无效判决。

需要特别指出的是,一致性宣告或者部分违宪无效宣告并不会导致申请的全部或者部分驳回,这是因为,经由抽象规范审查程序作成的规范确认决定和规范否弃决定一样具有制定法效力,须在联邦法律公报上予以公告。^[127]

[121] [德]康拉德·黑塞著:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆 2007 年版,第 518 - 519 页。

[122] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 409 页。

[123] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 276.

[124] Maunz, Art. 93, in Maunz, Lfg. 33, Rn. 42.

[125] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 195, 534f.

[126] 杨子慧:《宪法法院法规违宪审查之裁判类型与效力》,《中正大学法学辑刊》2014 年第 5 辑,第 206 页。

[127] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 195, 535f.

(三) 吁请判决

吁请判决(Appellentscheidung),或者警告性裁判,与合宪性解释一样,是联邦宪法法院在实务中发展出的一致性宣告的特殊类型,二者均不能从基本法第93条第1款第2项中找到相应依据。^[128]它是指,联邦宪法法院尚未确认系争规范与依据规范的不一致和无效,故系争规范仍具有不受限制的效力;然而,出于宪法上的考量,其在裁判理由中提醒并指出,系争规范将来在某些情形下有发生违宪之虞,^[129]为此,同时向立法机关提出吁请,要求其行动,以形成完全合宪的状态或者防止违宪状态的出现。^[130]

就吁请判决而言,在裁判当时,作为一致性宣告的变种,它的意义毋宁在于确认抽象规范审查的对象与依据规范的一致性。其中的吁请,对未来宪法诉讼的提示既非本案裁判对象的组成部分,也不构成据以确认系争规范当下之合宪性的理由的组成部分。为此,吁请判决中的吁请本身并不具有法律拘束力。即便在判决中,联邦宪法法院提示了发生违宪的时间,也一样不具有法律拘束力:在指定期限届满之后,联邦宪法法院仍可宣告该法律是合宪的。不过,即便如此,作为对联邦宪法法院的判决的提示,其对相关宪法机关事实上仍有重要意义。^[131]

(四) 合宪性解释

就系争法律与基本法或者联邦法的一致性问题上,以对系争法律作合宪性解释的方式作成一致性宣告。就抽象规范审查而言,合宪性解释是一种介于一致性宣告与不一致性宣告之间的“混合形式”:尽管从表面上看,它维持了系争法律的合宪性,但从另外的角度看,否弃某些违反基本法或者联邦法的解释选项,无异于对系争法律作了部分违宪无效的宣告。在此类案件中,联邦宪法法院通常会在判决主文中继判决理由后作成合宪性解释。

虽然合宪性解释没有实定法的明确依据,不过,联邦宪法法院在非常早之前就已经明确指出:“对可以作与宪法一致解释的法律,不得宣告其无效;与之相应的,不只是对之作与与宪法相一致的推定,源于这推定的原则还要求在存在疑问的情形下,对之作合宪性解释。”^[132]就联邦宪法法院的规范审查实务而言,合宪性解释扮演着越来越重要的角色。它不仅有助于维护宪法的优位性,也能够充分体现违宪审查机关对立法机关的尊重,仅在存在必要的情形下,方才对立法权进行干预。

五 抽象规范审查的特别程序

1994年10月27日通过的《旨在修正基本法的法律》新增的第93条第1款第2a项扩大了联邦宪法法院的管辖权,设置了特别的抽象规范审查程序,旨在保障各州的权利不受

[128] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 319.

[129] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 195, 544f.

[130] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社2007年版,第441页。

[131] Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93, Lfg. 44, Rn. 318.

[132] BVerfGE 2, 266, 282.

联邦侵害。^[133] 根据该规定,联邦宪法法院有权根据联邦参议院、州政府或者州议会提出的申请,就制定法是否符合同年修订的基本法第 72 条第 2 款进行审查。^[134] 根据《联邦宪法法院法》第 76 条第 2 款的规定,只有在申请人指摘系争联邦法未符合基本法第 72 条第 2 款的情形下,其申请才具有容许性;联邦宪法法院也只能以基本法第 72 条第 2 款为依据展开审查。^[135] 不过,依据《联邦宪法法院法》第 76 条第 2 款第 HS2 项的规定,也可以系争联邦法未能满足基本法第 75 条第 2 款的要件宣告其无效。^[136] 由此,《联邦宪法法院法》第 76 条第 2 款赋予联邦宪法法院的管辖权进一步扩张。不过,随着 2006 年的基本法修改,基本法第 75 条业已被废止,基本法第 93 条第 1 款第 2a 项的适用范围限于与联邦制改革有关的事项。只是在前述两次基本法修改期间施行的联邦法仍适用当时有效的规定。^[137]

结 语

施启扬在《西德联邦宪法法院论》一书中曾经断言:“西德法规审查制度的最大特征是,法规可以不经由特定的诉讼案件,直接由宪法法院就其效力问题,加以裁判。换言之,法规是否违宪(违反基本法或邦宪法)或是抵触上级规范,得独立为审查的对象。这种‘抽象的法规审查制度’的运用,在实例上较‘具体的法规审查制度’更为重要,在宪法制度中的作用也较大。”^[138] 与此同时,就我国而言,随着主流意识形态对司法审查模式尤其是“宪法司法化”的批判立场日益强硬,学界对将抽象审查模式植入现有的全国人民代表大会常务委员会的宪法解释和监督制度表现出了更多的兴趣。我国存在着大量的地方立法行为,由于立法技术落后或者其他考虑,其与上位法存在不一致或者冲突的情况并不少见,在这种情形下,也催生了法规规章备案审查制度,这似乎也可以从抽象规范审查制度获得可资借鉴的经验。然而,尽管宪法法院制度对宪法秩序的维护而言发挥着重要的作用,但从联邦宪法法院的统计报告来看,抽象规范审查制度所发挥的作用或许并未达到凯尔森等缔造者所希望的目标:自 1951 年到 2015 年之间,联邦宪法法院共审理过 220353 个案件,其中只有 180 个是根据抽象规范审查程序提出的。^[139] 就此而言,人们或许高估了抽象规范审查的作用。

首先,在没有具体案件争议的情形下,要求联邦宪法法院对规范的合宪性进行抽象审查,表面上似乎扩大了联邦宪法法院的权限,但是,在进行审查时法官不得不作相当的抽

[133] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, 2006, S. 203 - 204, 560f.

[134] Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 45.

[135] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 146 页。

[136] Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., C. F. Müller, 2015, S. 230, 553f.

[137] Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S. 45.

[138] 施启扬著:《西德联邦宪法法院论》,台湾商务印书馆 1971 年版,第 179 页。

[139] Jahresstatistik 2015, http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2015/gb2015/A-1-4.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (2016 年 12 月 8 日访问)。

象臆想并假设可能情况,而人的智虑有限,对某些问题难免力有不逮,一旦决策失误则不免损害司法权威。^[140]反之,采具体审查,由个人启动一审程序,逐级上诉,历经数载后再由联邦宪法法院作成最后的决定,此时,基于先前各审级众多法官的智慧结晶,或许可以在更稳固、健全的基础上作成相对周全的判决。

其次,倘若凡存有疑问,联邦政府、1/4以上联邦众议院的议员或者州政府就向联邦宪法法院提出抽象规范审查的申请,这可能无异于将联邦宪法法院变成政治机关的“咨询”机关,而这可能导致两种不同的结果:一方面,长此以往,决策机关不免养成依赖心理,与此同时,联邦宪法变得日益能动,代替立法机关和行政机关决策;另一方面,倘若联邦宪法法院配合政策而为政治机关背书,则其宪法地位或被“矮化”,沦为橡皮图章,损害司法权威。^[141]这两种情形无论何者都可能违反分权原则和民主原则。

再次,抽象规范审查可能会将法院卷入政治漩涡。在内阁制国家中,传统上行政、立法间的相互制衡,在现实上已被在野党与执政党相互制衡所取代。在这种情形下,允许少数派提起抽象规范审查,虽然有利于维护客观宪法秩序,但也可能将规范审查程序变成国会大战后的延长赛,哥廷根大学克里斯汀·朗弗里德(Christine Lanfried)强烈批评,如果在野党自始就抱着藉由声请抽象规范审查将战线延长至联邦宪法法院的意图,就不会致力于国会审议法案阶段的政治妥协,在这种情形下,极易让人误以为联邦宪法法院是“在野党之延伸胳膊”。耶鲁大学布鲁斯·阿克曼(Bruce Ackermann)指出,就刚经过议会表决大战而通过的法律而言,政争不可能一夕退烧,如果在政争锋头上马上接受表决失败一方的抽象法规审查声请,并作成判决,无论结果如何,宪法法院都会受到攻击。^[142]

于此,需特别注意的是,即便在民主和法治发达国家中,作为三权分支中最无力的部门之一的违宪审查机关一旦过度介入政治争议,由于手中既无刀剑也无钱袋,不免腹背受敌。相较之下,多数转型国家民主和法治尚欠发达,公民的个人权利意识也有待提高,易言之,无论是制度环境抑或是国民共识均难以为违宪审查制度提供有力支持,遑论其本身较之其他权力分支更为无力。为此,彼得·黑贝勒(Peter Häberle)甚至指出,就联邦宪法法院的“典范特征”而言,抽象规范审查“几乎是一无可取之处……新兴民主国家应特别小心避免此种(独特的)权限,因为其可能危及宪法法院尚待建立的权威。”^[143]

最后,从比较法上看,采取抽象规范审查制度的法国,长期将宪法委员会的审查职权限于抽象规范审查,颇受诟病。为此,被迫在2008年政治体制改革中引入宪法问题先决制度,这使得宪法诉讼案件数量明显增加。除此之外,由于抽象规范审查程序的申请主体的范围有较大的限制,其提出审查的意愿并不值得期待。2008年基本法修改,将原来联

[140] 林子仪著:《权力分立与宪政发展》,月旦出版公司1993年版,第79页。

[141] 林子仪著:《权力分立与宪政发展》,月旦出版公司1993年版,第79页。司法充任咨询机构可能导致的宪法问题,可见张翔:《功能适当原则与宪法解释模式的选择——从美国“禁止咨询意见”原则开始》,《学习与探索》2007年第1期。

[142] 许宗力著:《法与国家权力(二)》,元照出版公司2007年版,第13-14页。

[143] Peter Häberle:《联邦宪法法院作为一种宪法审判权独立建制的模式》,吴志光译, Peter Badura、Horst Dreier 主编:《德国联邦宪法法院:五十周年纪念文集》(上册),苏永钦等译注,联经出版事业股份有限公司2010年版,第344页。

邦议会提出抽象规范审查申请的法定议员数由三分之一降为四分之一,使反对党有可能提出抽象规范审查申请,恐怕也有这方面的考虑。

综上,尽管抽象规范审查制度在一定意义上是人们为了弥补美国式具体规范审查的不足而构建起来的,并一度被视为欧陆宪法制度的“典范特征”之一。然而,无论从历史经验抑或理论上,较之具体规范审查,它对立宪主义和基本权利保障的贡献均较有限。在考量制度移植和完善时,显然不宜忽视上述事实。

[本文为作者参与的北京市社会科学基金重大项目“我国宪法实施制度的改进与完善”的研究成果。]

[**Abstract**] The German constitutional review system has long been a model of constitutional enforcement followed and to be followed by other countries in the world. The procedure for abstract review of norms is an objective procedure established to make up for the deficiencies of the US model of concrete judicial review. It has been founded on the bases of federalism, judicial review and centralization of judicial review. The procedure was established by the Basic Law of Germany and concretized by the Law of German Constitutional Court. A close examination of the preconditions and tests of the procedures, the forms and validities of the decisions, the special procedures, and the relevant theories and precedents shows that the functions of the abstract review mechanism are limited. Moreover, the authority of the Court itself might be undermined by the false understanding of a disputed norm in the context of abstractive review without concrete case and the Court might be reduced to a consultancy or a puppet of other organs.

(责任编辑:田 夫)