

关于德国移民法的表决过程 ——联邦参议院参与立法的一堂教育课

E 哈斯* (德国联邦宪法法院法官)

M 格拉斯豪夫** (行政法院法官)

引言

借用卡尔·斯密特先生于1929年说过的一句名言:当宪法法院在进行法律规范审查时,“司法将失去一切,政治则什么也未赢得”。^[1]制定于1949年的《基本法》并未顾及到诸如“宪法的管辖权太深地介入了政治领域”的顾虑,^[2]而是赋予了联邦宪法法院以极为广泛的管辖权。^[3]围绕着移民法所展开的争论——在既往的许多年中,它属于最引起轰动的少数几件案例之一——,人们甚至可以得出这样的结论:围绕着这一宪法纠纷,政治失去了很多,宪法法院则赢得了某些方面。^[4]

一、宪法的基本规定

首先,根据《基本法》(Das Grundgesetz)第20条第1款中关于国家组织形式的规定:德意志联邦共和国是作为联邦国家被组织起来的;国家职权被联邦国家以及组成联邦国家

* 本文为本刊向德国联邦宪法法院法官哈斯女士特约之稿,哈斯法官于百忙之中应约惠稿,在此表示感谢。(根据《联邦宪法法院法》(Das Gesetz des Verfassungsgerichts)第3条第4款的规定,“除了德国某一高等院校的法学教师以外,任何其他职业性的活动都与法官的活动不相一致”,故该女法官被允许同时以教授身份出现。但须注意:“宪法法院法官的活动优于高等院校教师的活动”。—译者)

** 德国联邦宪法法院除了根据《联邦宪法法院法》第2条第1款以及第2款的规定,由两个法庭计16个法官所组成以外,法院本身还拥有一个主要是由下级法院抽调的法官们所组成的、旨在对于宪法法院所要作出的决定提供背景材料、决定草案或其他法律帮助的庞大的工作/科研团队。格拉斯豪夫先生便是该团队中的一员。—译者

[1] 卡尔·斯密特:“作为宪法守护神的帝国法院”,载于其本人所著《从1924年至1954年间宪法类论文集》,第三版,1985年。实际上,斯密特在这里引用的原话出自桂左特,但桂左特的话在此期间却主要被当作斯密特的话而被引用。

[2] 请比较斯达尔克:“在宪法体系中和在政治进程里的联邦宪法法院”,载于:巴杜拉/德纳尔编:《50年来的宪法法院纪念文集》,第一卷,2001年出版,第1、2页。

[3] “议院理事会关于宪法法院管辖权及其历史性进路的决定”,见罗伯尔斯:“宪法法院管辖权的历史发展”,载于:克莱门斯/乌姆巴赫编:《关于联邦宪法法院的工作人员评论》,1992年,自第3页起。

[4] 包括法律周刊2003年第332及333页,雷勒尔之评价。

的成员国(即联邦州)均衡行使。^[5]作为联邦成员国,它亦被赋予了原生国家的内涵。^[6]在目前,德国拥有16个这样的成员国,即16个联邦州。

这种联邦国家的特点只能从历史出发来理解。自中世纪结束以后,现代国家的发展并未能导致在神圣罗马帝国领域里的德意志民族像法兰西和英格兰一样,通过建立一个中央国家来克服小邦分治结构,却反而以牺牲帝国为代价,使得某些拥有领地的封建主的统治权甚至还得到了加强。这样,当帝国时代于1806年寿终正寝时,最终导致了一些独立国家的建立。^[7]因此,作为在19世纪日益增强起来的民族自信心之成果而于1871年建立起来的德意志帝国,它仅能在各主权国家自愿结合的基础上形成。这一状况再加上对于存在于德意志民族内部以及存在于老帝国宪法传统中的各种同乡会差异的承认,^[8]决定了于1871年新建立的德意志帝国必须采取联邦国家的形式。基本法正是与这一前因,一脉相承。^{[9]*}

其次,无论是联邦国家还是联邦州,若想一帆风顺地行使其国家职权,就必须对它们各自的职权范围进行明确的界定。^[10]联邦及州被赋予了独立地各司其职的不同职权领域及不同任务。正因此,立法工作在联邦与州之间进行了这样的分工:从根本上来说,各联邦州具有立法权;至于联邦国家,它拥有对于某些调整对象的单独立法权,而对于另一些则拥有立法的优先权,假如州及联邦对这些调整对象同时具有立法权的话。^[11]联邦的法律是由议会,即联邦议院,制定出来的。只要联邦未被赋予特别行政权,则行政事物的处理,原则上都是州政府的权力。^[12]除了上述管辖权的分工之外,在有限的范围内,还可以由联邦及州两级政府共同行使权力。*

[5] “联邦宪法法院决定”第13号,第54及77页;关于联邦国家的原则参见海尔佐克载于毛思茨/杜里希《基本法评论》中宪法会第20条注释第4页边码29的说明;关于联邦国家性质的现实可参见伊森绥所撰写的“联邦国家的成立和发展”,载于由巴杜拉杜拉/德纳尔编:《50年来的宪法法院纪念文集》,第二卷,2001年出版,第179页。

[6] “联邦宪法法院决定”第1号,第14与34页;第36号,第342-360页。

[7] 莱茵哈特:《国家职权史》,第二版,第52及56页,2000年版。

[8] 关于这一问题的现实性参见海尔佐克载于毛思茨/杜里希《基本法评论》中宪法会第20条注释第4节边码73的说明。

[9] 克姆里希:“联邦国”,载于伊森绥/克尔希豪夫编:《国家法手册》第一卷第二版,第26章边码第35,1995年版。

[10] 关于纵向职权划分的问题参见赫色:《德意志联邦共和国宪法的基本特点》,第20版,边码231,1995年版。

[11] 《基本法》第70条第1款:“只要基本法没有授予联邦以立法权的话,则各联邦州具有着立法权,联邦具有着诸如对于外交事务和国防事务的立法权(根据宪法第73条No.1的规定),以及具有在民法、刑法和外国法领域的立法权。但须在具备了联邦法律的规定对于在联邦领域内建立等值的生活关系或者是对于维护法律或经济的统一必不可少的前提下。”

[12] 《基本法》第30条:“只要本基本法没有作出或者容许其他规定的情况下,国家授权的运用以及国家任务的完成是属于各联邦州的事务。”

* 《联邦德国基本法》在德国即为宪法意义上的法律,即所谓“联邦德国宪法”,下同。将“联邦宪法”称为“联邦基本法”,是德国战后历史所决定的:“由于1949年所处的国际环境,在制定基本法时仅有一部分德国人民参与其中,并且他们的主权因为同盟军所享有的特权还受到了限制。因此,基本法在初始时仅只作为过渡时期的(法律)制度而设想,这也是为什么选用了‘基本法’的名称来代替‘宪法’。但基本法的法律效力(与宪法相比)在过去与现在都没有一点儿降位。”参见雅拉思/皮尔洛特:《德国基本法评论》第三版“引言”,第1至2页;伯克出版社1994,慕尼黑。—译者

联邦州参与联邦级的立法,是通过联邦参议院来实现的。^[13] 联邦参议院由各联邦州政府的成员所组成(德国《基本法》第51条第1款第一句)。每个州都可以根据其所拥有的表决票数的多寡,向联邦参议院派送其政府成员(《基本法》第51条第3款第一句)。表决票数的多寡,是由一个州所拥有的居民数所决定的:每州至少有三名代表,最多则有六名(《基本法》第51条第2款)。每个州所持之票必须在意见统一的情况下投出(《基本法》第51条第3款)。州政府给予作为参议院议员参加投票的内阁成员以如何在联邦参议院行事的指示;但是违反这一指示所投之表决票,仍然有效。^[14] 联邦参议院从它的议员中选出一位议长(《基本法》第51条第1款),各州经过协调,对于议长人选的产生达成一致:当参议院议长席的职位由各联邦州轮流担任时,则各轮值州的州长将被确定为参议院议长。^[15]

联邦州参与立法的方式与途径是由立法的对象与法律内容决定的:人们主要区分法律的异议与法律的赞同这两种形式。从根本上来说,联邦参议院仅可以对它所不赞成的联邦议院法律提出异议。联邦议院,即议会,可以在新的投票表决过程中,通过其议员们所投出的简单多数票,将异议予以驳回(《基本法》第77条第3款、第4款)。在此类情况下,联邦参议院仅仅拥有着对于立法计划作出评论和对立法程序进行拖延的可能性。但在特定的、已在基本法中所逐条列举的专项范围里,则联邦议院必须在表决联邦法律时,得到联邦参议院的赞同。^[16] 这一规定,同样适用于那些联邦用以调整州的行政部门的法律(《基本法》第84条第1款)。这里,联邦参议院的参与权是为了弥补联邦对于州的行政职权可能进行的干预所设定的。^[17] 此外,对于必须经过联邦参议院赞成的联邦法律来说,参议院同样拥有否决权。如果联邦参议院要作出对需要其给予赞成的有关法律给予一般性授权决议的话,则该决议必须在获得了联邦参议院里多数票的情况下被作出(《基本法》第52条第3款第1句)。

二、政治的初始状况

关于外国人及难民法的新规定,实则是由社会民主党和 90/ 绿党联盟于 1998 年秋天所组成的、并在当了 16 年的反对党之后凭之取代了联邦总理海尔穆特·科尔所领导的保守-自由联盟*政府的社会民主-生态保护联盟所提出的主要施政纲领之一。与外国人及难民法的新规定相关的政治设想一度属于在政治公开的条件下所激烈争论的对象。对于被称之为“关于移民的调节与限制以及关于欧盟公民^{[18]*}居留与一体化的调整法”(《移

[13] 《基本法》第50条:“在联邦进行立法和行政活动以及在处理欧盟事务时,各联邦州是通过联邦参议院进行参与的”。

[14] 对此,在科学界是没有争议的,参见鲍尔载于德勒尔所编:《基本法》第二卷中第51条边码23的评注,1998年版。

[15] 比较雅拉斯/皮尔洛特:《基本法》,第六版,第52条边码1,2002年版。

[16] 参见毛恩斯/舒乐茨的目录部分载于毛恩斯/杜里希中第50条边码15。

[17] 海尔佐克:《联邦参议院的使命》,第45节边码12,载于伊森斯/科尔希豪夫编:《国家法手册》,第二卷,第二版,1998年版。

[18] 这里即指欧盟各成员国的国家公民。

* 保守-自由联盟是指由通常被称为保守党的德国基督教民主党与德国自由党的联盟。—译者

民法》)的新法律的前期工作,已早于2002年初结束。在此期间,民意测验显示其支持率落后于反对党的政府,急需一次政治上的成功,并且这一成功需要通过对于外国人及难民法的改革来取得。从政府的角度来说,问题在于:由于在移民法中包含有由各州政府机构去执行的行政程序的规定,故它必需得到联邦参议院的赞成。^[19]然而在联邦参议院中,政府联盟并不占有多数票。他们仅能指望从那些由社会民主党和绿党组成的同盟或由社会民主党和民主社会主义党组成的同盟所执政的联邦州里获得支持票。^[20]但这些票数加起来仅有总票数69票中的31票。在其他州里则或者由基民党/基社党单独执政,^[21]或者由基民党与自由党所组成的联盟^[22]甚至由基民党与社民党所组成的联盟^[23]共同执政。只要是由基民党与自由党或与社民党结盟的联邦州,则有约在先:若在结盟的党派中对于表决行为意见不一的话,则在联邦参议院进行表决时,该州投弃权票。这一约定对于移民法颇具针对性;因为对于联邦参议院来说,仅有所投票数(而不包括弃权票)中的多数,并不足以构成对于某一法律的赞成;赞成要求在具有了总票数中的多数票的情况下作出,故在此种条件下,投弃权票无异于反对。

由于4票可决成败,故在召开(对于移民法的通过)具有决定性意义的联邦参议院表决会议的准备阶段,人们的注意力都集中到了在联邦参议院中正好具有4票表决权的勃兰登堡州。在勃州,是由社民党与基民党联合执政的。在联合执政的州政府成立之前,由两党所签定的(共同执政)联盟条约规定:在联邦参议院所进行的有关表决程序中,如果在结盟的伙伴中不能够对于投票行为达成一致的话,则投弃权票。然而出现了投机的一幕:无视两党所签定的联盟条约,社民党企图在进行州的投票时,作出有利于移民法通过的表决。与此相关地,他们提出了这样的问题,即:勃兰登堡州在联邦参议院中的社民党成员们——其中亦包括出席会议的州长——究竟具备着何种具体的可能性,去达到两方面的目的:一方面可以与基民党的意愿相左,去对移民法投出赞成票;另一方面又能够阻止以勃州内务部长的身份而同样获得了联邦参议院议员资格的基民党州主席运用他所支配的程序法方面的可能性,来反对这样做。

三、宪法方面的问题

《基本法》中关于联邦参议院投票表决的中心条款是第51条第3款:“一个州的表决票仅只能一致性地由所出席会议的议会成员或其代理人投出”。在联邦参议院迄今为止的实践中,这一规定从未带来问题。一般说来,一个州在联邦参议院投票表决时应该投何种类型的票,已早在投票前所内定了的;在投票时,则往往由一个联邦参议院的成员作为该州所谓的“投票代表”,将该州所有的表决票一次投出。仅在1949年12月19日所召开

[19] 关于赞同的义务因此源于《基本法》第84条第1款。根据联邦宪法法院经常性的司法来看,如果一个法律有一部分所含有的规则必须通过联邦参议院赞同才能通过的话,则该整个法律都应被联邦参议院赞同。(联邦宪法法院决定第8号第274和第294页。以及决定55号第274与319页。)关于移民法的应被赞成的必要性是没有异议的。联邦宪法法院在它的判决中并没有做出很长的说明。(参见《新法学周刊》2003年332页。)

[20] 梅克伦堡-前波莫瑞,下萨克森,北莱茵-维斯特华伦,莱茵兰-法尔次,萨克森-安哈特,石勒苏益格-荷尔斯泰因,以及柏林。

[21] 巴伐利亚,图林根,萨克森,和萨尔州。

[22] 巴登-符腾堡和汉堡(与席尔党一起)。

[23] 黑森,勃兰登堡以及不来梅(作者的原文是:柏林,勃兰登堡及不来梅。由于柏林已在注22出现过,故此处为作者笔误,特改正之。—译者)。

的联邦参议院第十次会议上,出现过一次某州联邦参议院的议员们相互投出了不相一致的表决票;然而具有戏剧性的是,这显然是由于疏忽所致。^[24]但在当时,该州的州长在(该州)其他议员们没有反对的情况下所补投的那一票,显然是具有决定性的意义。^[25]正因此,诸如“如果一个州的议员们故意投出相互矛盾的表决票,将会有什么后果?”的问题,在有关文献中从未被严肃地讨论过。几乎所有的文献在未经过什么有说服力的反对意见后一致认为:如果果真出现一个州的投票结果不一致的现象的话,则该州所有已投之票无效。^[26]这种结论亦可以以《基本法》第51条第3款第2句话为依据得出。该条规定:一个有效的投票必须是在意见一致的前提下才能产生。

四、关于2003年3月22日所举行的联邦参议院会议

在勃兰登堡州政府内部未能达成如何在联邦参议院进行投票的共识,并从而使得勃兰登堡州联邦参议院的议员们各投各的票的可能性已经显而易见以后,两位参加会议的勃州政治家已在事先对于投票事宜进行了特别的准备:在此时刻,柏林^[27]执政的市长、社民党成员沃魏莱特先生正担任联邦参议院主席,并因此而主持联邦参议院的会议。由于对于投票结果进行确定是他的责任,因此,他亦须首先对于表决票是否有效的问题,作出决断。根据主席的委托,联邦参议院行政部门事先已就“如果一个州的联邦参议院议员们所投之票不一致的话,将会有何种后果”的问题,提交了一份专家意见;在该专家意见中,亦采用了“如果一个州已投之票结果不一致的话,则该州所有已投之票无效”的观点,这与文献中的主流观点是一致的。据此,如若果真出现了已投之票结果不一致的现象的话,则该有关州的州长将被建议:他应向该州的代表们提示他们这种投票行为的法律后果,并重新请求对于所要表决的问题,作出一致的回答。^[28]作为基民党派成员同时亦为勃州获得了联邦参议院议员资格的勃州内务部长舍恩伯姆,预先从著名的国家法学者伊森绥那里得到了一份专家意见,^[29]其中的结论是:在一个州的联邦参议院议员们之间所产生的意见不一,将导致投票结果的无效;无效既不可以通过投票代表、亦不可以通过州长的投票被取消。

在联邦参议院开始投票前的辩论中,以专家意见为凭,内务部长舍恩伯姆声明说,他担心他的州长施托尔伯或许会因为联邦政府的压力而违背(两党执政)联盟协定,并会作出将勃州的投票向着有利于移民法的方向引导的尝试。因此,他将通过投反对票的方式

[24] 这从而显示,在联邦参议院中,所笼罩的“清晰性气氛”是远基于不一致性的感受的。参见“联邦参议院出版物”所载第十次会议论文集,1949年12月19日,第116页。

[25] 关于这一问题的背景,参见格吕施莱尔,载于:《法学家》2002年,第621、622页。

[26] 持这种观点的有,鲍尔载于德莱尔编《基本法评论》第二卷中第51条边码22,1998年版;海尔佐克载于伊森绥/克尔希豪夫编:《国家法手册》第二卷,第46节边码20,1998年第二版;雅拉斯/皮尔洛特:《基本法评论》第51条边码6,2002年第6版;捷克维茨载于:《选择性基本法评论》,第51条边码10,2001年第3版;克雷博斯载于封·铭熙编:《基本法评论》第二卷第51条边码13,2001年第5版;斯特尔因:《德意志联邦共和国国家法》第二卷,第137页,1980年版以及柏路门维茨载于《波恩基本法评论》,第51条边码28,1987年第2版。

[27] 柏林既是德国的联邦州,又是德国的首都。

[28] 该鉴定被原文录入联邦宪法法院的判决。参见联邦宪法法院网站。<http://www.bundesverfassungsgericht.de>并可下载。在该判决发表于《新法学周刊》时,其事实构成部分没有被打印出来。

[29] 该专家意见的部分内容发表于2002年3月25日的《法兰克福汇报》。

来使勃州的投票无效,并藉此使得在联盟协定中所约定的弃权票的效果能够达到。^[30]他还呼吁联邦参议院主席:由于已经公开、清楚地表明了这一投票态度,故不需再度询问。^[31]

其后的表决是依据字母的顺序对于各州唱名后,通过口头投票的形式进行的。^[32]与往常进行的实践一样,各有一个议员作为投票代表为巴登-府腾堡州,以及巴伐利亚和柏林州投票。在叫到了勃兰登堡时,该州社会部长齐勒(社民党)用“同意”投了票。^[33]紧接着,该州内务部长舍恩伯姆却喊出了“不同意”。基于这种状况,沃魏莱特主席发言说:“我可以确定:勃兰登堡州没有统一地投票。因此,我提请注意《基本法》第51条第3款第2句话:根据该条的规定,一个州的票仅能在一致的情况下被投出。我提问州长施托尔伯先生:勃兰登堡州如何投票?”州长施托尔伯回答道:“作为勃兰登堡州州长,我在此郑重声明,我们投了赞成票。”话音刚落,内务部长喊道:“您知道我的观点,主席先生!”这位主席总结说:“据此,我可以确定:勃兰登堡州投了赞成票。”在遭受到激烈地、将主席之行事方式直斥为违法、违宪的席间喊话之后,该主席说道:“我可以再次地询问州长施托尔伯先生,是否该州仍有说明的需要。”施托尔伯答道:“作为勃兰登堡州州长,我在此郑重声明,我们投了赞成票。”部长舍恩伯姆不再说话。在其后,主席沃魏莱特通过对于其他联邦州的唱票,继续进行着投票程序,并在整个程序结束时确定:联邦参议院的多数已对移民法投了赞成票。出于对于该联邦参议院主席领导会议方式的抗议,有7个由基民党联盟所执政之州的代表,在主席宣布投票结果之后离开了联邦参议院会议厅;一次在德意志联邦共和国的历史上史无前例的行动!

五、走向卡尔斯鲁厄*

(一) 提起“宪法之诉”的可能性

撇开联邦参议院表决时的政治背景不谈,联邦参议院主席的行为之实质,就在于提出了属于宪法范围的问题:能够允许该主席将勃兰登堡州的票当作有效的赞成票来进行评价吗?《基本法》规定:对于宪法范围内的问题进行说明,由坐落在卡尔斯鲁厄的联邦宪法法院来进行。如同其名称所表明的,该法院是一联邦法院。联邦宪法法院是最高级别的德国法院。它仅在经过申请并仅对在法律**所附目录中有列举(管辖)案例的条件下进行

[30] “基于方才所说的背景,我愿意提示你们,我将对本法投否决票。根据我们之间的(两党)联盟条约,我们必须弃权。对于本法律的赞成票则表示我们之间联盟条约的违背。我希望用我的否决票来纠正这种违背……。在一开始时,联邦政府通过采取要求、期盼或者推测我们之间的联盟条约将被违背的战略,将施拖尔伯先生置于了一个困难的境地。如果他真的这么做了,则我将利用各种合法的可能性,去使得后果得以纠正。”(见《联邦参议院备忘录》第774次会议,第147页C以及148页A)

[31] “我将以《基本法》第51条第3款的规定为依据,将我对于本法的否决清楚并且毫无歧异的表达出来。请你们不要再用手后的讯问达到期待或者接受再次进行投票的目的。我的第一次陈述是既清楚,又不会引起歧义的。”(见《联邦参议院备忘录》第774次会议,第148页D)

[32] 《基本法》没有包含关于投票程序的明确规则,德国参议院的议事日程规定了两种表决方式,即:或者通过每个议员的举手来进行表决,或者——如果某个州要求的话——通过各联邦州的唱票。(参见《联邦参议院议事日程》,第29条第1款第1、2句。)

[33] 摘自:《联邦参议院备忘录》第774次会议,第171页C和第172页D。

* 卡尔斯鲁厄,巴登-府腾堡州所属的一个城市,德国联邦宪法法院所在地。—译者

** 此处主要指《德意志联邦共和国基本法》;下述所指“目录中有列举(管辖)案例”应主要指德国《基本法》第93条关于联邦宪法法院及其职权的规定。其他法律还有:《联邦宪法法院法》等。—译者

活动。该法列举了不同的程序类型。在联邦参议院表决之后,例如内务部长舍恩伯姆可以根据《基本法》第93条第1款第1项关于(立法)机构纠纷程序的规定,以勃兰登堡州联邦参议院议员的身份,(向联邦宪法法院)呈交一份关于确定联邦参议院主席对于勃兰登堡州表决结果的评价违反《基本法》第51条第3款第2句话*规定之申请。在本案所涉及到的(立法)机构纠纷程序处理过程中,真正的难题在于:联邦宪法法院仅仅允许作出一个确定(是否违宪)的决定**;这一决定既仅准许涉及立法程序中某一特定行为,又不容许一开始就触动法律的整体有效性。若人们想把经由联邦参议院主席所确定的赞成票从世上清除的话,则人们必须准备并进行抽象的规范审查程序,并仅可以在联邦宪法法院根据某个州政府的申请对于法律实质性的和程序性的违宪问题进行了审查之后,才能宣布某个没有在宪法一致的方式下所制定出来的法律为无效。需要注意的是:一次抽象的规范审查程序仅能够针对已然生效的法律被提起。^[34]法律仅在通过联邦总统的签发以及公布于联邦法律文选之后,才能获得有效性(《基本法》第82条第1款第1句话)。因此,法律有效性之步骤必须在经由联邦宪法法院所提起的规范审查程序之后,方能允许被采用。

(二) 联邦总统的审查权

当着移民法为签署之目的而被呈送到联邦总统面前时,由于在联邦参议院表决过程中所发生的波折,联邦总统首先遇到了他是否根本不能签署该法律的问题。在什么范围内允许联邦总统对于法律进行审查以及在审查之后对于签署予以拒绝,是一个长时期以来在德国国家法学说中有争议的问题。^[35]但是,争论往往是与对于法律的实质性或内容的合宪与否所进行的审查有关。至于联邦总统能否允许对于某个法律是否在程序上符合秩序要求而被制定进行审查,即是说,他是否允许对于在联邦参议院所进行的表决是否是在合宪条件下被制定进行审查,则为在文献中整个占有主导地位的意见所肯定。^[36]

在经过长时期的思考之后,联邦总统却拒绝对于在联邦参议院会议上所发生的事项,作出一个结论性的审查。2002年6月20日,联邦总统签署了移民法。在与签署同时公布的一封以联邦总理、联邦议会及联邦参议院主席为收信人的信件中,^[37]总统说明了他的理由:根据德国基本法有关职权秩序的规定,对于有关宪法的疑难问题作出具有拘束力的决定,是由联邦宪法法院独自完成的;因此,联邦总统仅能在当某个法律的违宪十分明显的情况下,拒绝签署该法律;但在本法(即《移民法》)中,不存在违宪十分明显的情况。这里,表达出对于联邦总统的宪法地位以及对于他的与其审查权利相一致的义务之异乎寻常的限制性评价,该限制性评价是与在学术文献中占有主导地位的评价意见,不相一致的。^{[38]**}

[34] 《联邦宪法法院决定》第1号,第396及406页。

[35] 参见李尔豪斯载于萨克斯:《基本法评论》中,第54条边码9的评论及进一步的说明,2003年第3版。

[36] 比较吕克载于萨克斯:《基本法评论》中,第82条边码4的评论及进一步的说明,2003年第3版。

[37] 作为媒体通告,人们可以从 <http://www.bundespraesident.de> 下载。

[38] 对于联邦总统决定的批判意见,可见汉斯·施耐德所著:《立法》,2002年第3版,第280页;施特劳因:《德意志联邦共和国国家法》第2卷第235页,1980年版;以及布尔克查克载于2002年《巴伐利亚宪法活页文选》第578页、第583页。

* 此处原文作者笔误,误写成“《基本法》第51条第3款第2款”,现已根据《基本法》该条的规定作出了更正。—译者

** 应当注意的是:德国宪法法院是根据德国基本法中的“Artikel(条,即“Art.”)”来作出决定;而一般的法院则是根据法律中的“Paragraph(条款,即“§”)”来作出判决。—译者

(三) 学术界对于联邦参议院表决的评价

联邦总统的审查行为自一开始便立即伴随着炽烈的法学界关于联邦参议院表决的讨论;这一讨论,首先通过大量的媒体报道,^[39]然后亦在专业性的出版物上被展开。^[40]在媒体报道中,亦包含着认为表决合宪的论点。^[41]这种新发展,在某种意义上被学术界称之为始料不及,因为迄今为止对于《基本法》第 51 条第 3 款第 2 句话的解释,都是持有相反论点的。^[42]这一认为表决合宪的看法,既援引了文献中众所周知的少数派意见(根据这一意见,在不一致的投票出现时,州长所投之票,具有决定性意义),同时又考虑到对于表决过程的实际进程所作的分析。认为表决合宪者之观点是特别地建立在下述一系列观点的基础之上的:^[43]人们已经怀疑,经由部长齐勒以及舍恩伯姆所投之票,是否依法根本不存在。因为《基本法》第 51 条第 3 款第 2 句话的表述方式亦可被理解为:不一致所投之票在开始时,不能被评价为无效票,而可以被作为未投出之票来对待。因此,联邦参议院主席在缺乏有效投票的情况下,可以被允许再次地呼叫勃兰登堡州。同样地,如果投票过程被作为有效的、但投票结果却作为无效的看待的话,则联邦参议院主席对于勃州州长施托尔伯进行询问,是正确的。联邦参议院主席负有在一个不明确的投票出现时,消除可能疑点的义务。询问的正确涉及者亦应包括作为勃州宪法所确定的权威性代表、州长施托尔伯。在其首次回答时,州长是作为投票代表行事的,因为他独自地投出了有效的一票。然而内务部长舍恩伯姆的插话:“您知道我的观点,州长先生!”,并不与投票所关联的、法定形式的要求相吻合:能够被允许的仅只是在赞成、不赞成或弃权意义上的投票;部长舍恩伯姆仅只作出了一次不被重视的插话。

相反的,在学术性的出版物中,认为联邦参议院主席将勃兰登堡州的 4 张选票作为有

[39] 比较诸如斯达尔克于 2002 年 3 月 26 日在《法兰克福汇报》上发表的文章;以及莱尔歇,摩尔劳克和派斯塔洛查发表于 2002 年 3 月 25 日《南德报》上的文章,和登宁戈尔发表于 2002 年 4 月 2 日《明镜杂志》24 页上的文章;以及于 2002 年 4 月 2 日发表于《镜报》24 页上的报告;和 2002 年 4 月 2 日发表于《焦点》21 页上的文章。

[40] 主要参见贝克尔:“联邦参议院中不一致的投票——对于《基本法》第 51 条第 3 款第 2 句话的解释”,载于《新行政法杂志》2002 年第 569 页。比勒尔特:“关于一个联邦州政府的成员们在联邦参议院表决过程中不同表决行为的问题”,载于 2002 年《图宾根宪法活页文选》第 108 页;布尔克查克:“联邦参议院中的违宪?——关于《基本法》第 51 条第 3 款第 2 句话,关于联邦参议院对于移民法的决定以及关于联邦总统所签发的法律发布令”,载于 2002 年《巴伐利亚州宪法活页文选》第 578 页;都尔/威勒姆斯:“关于移民法的表决是否与宪法一致”,载于《法律政治杂志》2002 年第 265 页;费舍尔-莱斯卡洛/斯朋格勒尔:“在联邦参议院中的公共政治问题”,载于《批判的司法》2002 年第 337 页;格劳施耐尔:“联邦参议院中的移民法”,载于《法学家杂志》2002 年第 621 页;霍珀:“在联邦参议院中内政部长舒恩堡姆的沉默”,载于《德国宪法活页文选》,2002 年第 725 页;易普森:“在联邦参议院中表决时的分裂的投票(《基本法》第 51 条第 3 款第 2 句话)”,载于《德国宪法活页文选》,2002 年第 653 页;莱尔赫:“关于联邦参议院中对于移民法表决的评注”,载于《巴伐利亚州宪法活页文选》2002 年第 577 页;林克:“联邦参议院陷入宪法危机”,载于《宪法报告集》2002 年第 229 页;姆提乌斯/普瑟:“在联邦参议院中的公开违宪”,载于《LKv》2002 年第 345 页;奥登答尔:《在联邦参议院中所要求的一致性投票表决的必要性(《基本法》第 51 条第 3 款第 2 句话)——移民法之案件》,载于《法学教育》2002 年第 1049 页;申克:“违宪的联邦参议院的表决”,载于《新法学周刊》2002 年第 1318 页。

[41] 在《明镜杂志》于 2002 年 4 月 2 日出版的那一期中,竟宣称大多数公开进行的法律表态中,都认为移民法是在保证了宪法一致的基础上被制定出来的。

[42] 对此,格劳施耐尔警告说,存在着“提高注意力的屡试不爽的原因,如果一个偏离的观点恰好在当着运用某个别的手段不可能去实现计划、但它却显示出可以胜任的时刻被发现的话。”(《法学家杂志》2002 年第 621 页)。

[43] 这里参见载于都尔/威勒姆斯:《法律政治杂志》2002 年第 265 及 266 页;费舍尔-莱斯卡洛/斯朋格勒尔:“在联邦参议院中的公共政治问题”,载于《批判的司法》2002 年第 337 页及 340 页;姆提乌斯/普瑟:“在联邦参议院中的公开违宪?”,载于《LKv》2002 年第 345 页、348 页。

效的赞成票来计票应被看作是违宪的观点,却占了上风。^[44]首先,将勃兰登堡州州长应联邦参议院主席之询问所投之票,看作是对于勃兰登堡州的表决具有决定性意义之投票,是没有任何宪法学方面的理由的。一方面,州长在其所辖州内的确依法获得了一个突出的地位,并拥有制定大政方针的职权(这即是说,他有权对于各位州政府的部长作出具有拘束力的、带有根本性的和指示性的、同时对于具有特别意义的独立事件亦可适用的决定),以及作为州的代表处理对外事务;^[45]但另一方面,州长的这一由州宪法所赋予的职权,却对于州长以及州里的部长们作为联邦参议院议员的地位,毫无作用。基本法并没有在联邦参议院议员们之间进行不同身份的区别,而是赋予州(政府派往联邦参议院)的所有成员以同一的参与权。

(四) 联邦宪法法院的审查

在抽象的规范审查过程中,被进行了一般抽象的法律规范将被审查:它们是否与更高级别的法律相一致。从本质上来说,抽象的规范审查因此并不是一般的纠纷解决程序;在进行抽象规范审查中,只有提出申请人,而无申请人的对立人。尽管如此,参与立法的宪政机构如联邦议会、联邦参议院以及联邦政府亦会从联邦宪法法院获得机会,去对于抽象规范的审查程序,表达各自的意见(见《联邦宪法法院法》第77条)。在实践中,所提到的宪政机构因此能够经常性地就有关经由他们所立之法律的合宪问题,进行辩护,并在实际上担负起申请人的对立人的角色。^[46]在本案中,联邦政府以及——同样是根据上述《联邦宪法法院法》第77条,联邦州具有被倾听权——由德国社民党执政的那些联邦州,^[47]均在联邦宪法法院庭审过程中,作出了移民法制定的形式合宪的陈述。^{*}

在听取了有关方面的意见陈述以后,负责本案的联邦宪法法院第2庭于2002年10月底进行了一次庭询。在庭询至判决于12月宣布期间,再次地使本案的特别轰动性得以显示。在法庭仍在对于案情进行评析期间,出现了一些新闻报道;在这些报道中,已对所谓庭内的初步表决结果进行了投机性的猜测。^{[48]*}这有悖通常的惯例。一般说来,出于对

[44] 贝克尔:《新行政法学杂志》2002年第569及571页;彼恩尔特:《图宾根宪法活页文选》2002年第108、109页;布尔克查克:“联邦参议院中的违宪?——关于《基本法》第51条第3款第2句话,关于联邦参议院对于《移民法》的决定以及关于联邦总统所签发的法律发布令”,载于2002年《巴伐利亚州宪法活页文选》第578页及583页;格吕施耐尔:《法学家杂志》2002年第621、624页;霍普:《德国宪法活页文选》2002年第725页。易普森:《德国宪法活页文选》2002年第653、654页;莱尔西:2002年《巴伐利亚州宪法活页文选》第577页;林克:《宪法学》2002年第229、231页;申克:《新法学家》2002年第1318、1321页;都尔载于都尔/威勒姆斯编:《法律政治杂志》2002年第265及268页。

[45] 关于指示性职权的内容见原联邦总统海尔佐克载于毛恩斯/都里西编:《基本法》第65条边码6。

[46] 对于将抽象的规范审查定义为非矛盾(纠纷)程序的批判,参见克莱门斯/乌木巴赫:《关于联邦宪法法院法的工作人员评论》第76条注释之序言所属第12号边码,1992版。

[47] 梅克伦堡-前波莫瑞,下萨克森,北莱茵-维斯特华伦,莱茵兰-法耳次,以及石勒苏益格-荷尔斯泰因。

[48] 参见克尔舍尔于2002年12月17日发表于《南德报》,2002年12月16日发表于《焦点》第34页的文章。

* 自德国历史上著名的法学家拉班德(Laband)将法律区分为“程序法律”(即对于新法律进行立法的程序规定;德文为“formelles Gesetz”)与“实体法律”(即通过“程序法律”所立法律的具体内容;德文为“materielles Gesetz”),并认为两种法律都需合法(合宪)以来,这一观点就被保留了下来,但其观点的内涵与外延均被进行了改造:所谓“程序法律”的合法,不再指德皇与德国国民议会合约立法过程的合法(合宪),而是指联邦立法机构立法程序的合法、合宪;所谓“实体法律”的合法,则是指经由联邦立法机构通过合法的“程序法律”(即通过合法的立法程序)所立出的“实体法律”(即所立法律的具体内容)的合法特别是合宪。故在审查法律是否合法、合宪时,既要审查所立法律内容的合法、合宪,同时亦要审查该法律的立法程序的合法、合宪性。只有两种类型的法律均合法、合宪,才能最终认定该法律是一个合法、合宪的法律。—译者

于法官们决定酝酿过程的尊重,是不允许对于尚未公布的决定进行报道的。^[49]在报道中,甚至部分地对于法官进行了表决倾向的归类^[50]——在(联邦宪法法院)的决定公布以后,事实却证明:报道中此类推测是全然错误的。

六、联邦宪法法院的决定

在于2002年12月18日所作出的判决中,联邦宪法法院宣布:《移民法》违反了《基本法》第78条的规定,并因此是无效的,因为该法属于需要获得联邦参议院赞同方能通过的法律,但该院却未能对于该法给予赞同。^[51]作为其判决理由的初始部分,法院认为:在对于勃兰登堡州进行唱票时,该州并没有统一地投票,因此,所投之票无效(见该判决C节标题I下小标题1);在判决理由的第二部分,法院则具体地说明了:为什么这一不统一性不能通过进一步的表决程序被消除(判决C节标题I下小标题2)。

第一,宪法法院在进行对于表决过程的审查时,首先从按时间顺序排列的重要问题入手:在对于勃兰登堡州进行唱票时,当首先发言的部长齐勒投出了赞成票时,其投票行为究竟会有什么样的影响?倘若在对于勃兰登堡州进行唱票时,一个联邦参议院议员作为勃兰登堡州议员们的投票代表进行了回答,则该行为应是通常所要求的正常表决过程相吻合的。这即是说,当着部长齐勒作出回答以后,则勃兰登堡州的投票应当已告结束,并应对下一个州进行唱票。但实际情况是:在部长齐勒投票后,他的同事舍恩伯姆立即投出了另一票。这里需要澄清的是:在一个对外来说作为投票的领票人的同事为该州投了票之后,是否可以允许另一联邦参议院的议员再以自己的名义投出一票。此问题必须根据宪法所赋予联邦参议院议员的身份来回答:根据《基本法》第51条第1款第1句话,联邦参议院由州政府的成员即州里的部长们所组成,而不是由州本身。一个州的票必须通过它在联邦参议院中的议员来投出。在《基本法》中,并没有对于表决过程的更为详尽的规定。尽管根据《基本法》第51条第3款的规定,一个州的票必须统一投出,但对于如何保证统一的投票之实质性规定,却没有被包含在基本法之中。因此,作为联邦参议院的议员们,他们应当相互自行商定谁去投票,即意见统一地推选出投票代表;即使是州政府,亦可运用它对于联邦参议院议员们的指示职权,在联邦参议院会议前的准备阶段,规定一个投票的投票代表。然而,对于一个具体的投票代表的确定,仅只与组织性措施有关,却并不意味着(每一议员的)参与决定权的实质上的转让。这就是说,每一位联邦参议院的议员,都可以对于投票代表的投票提出异议。部长舍恩伯姆正是通过他对于部长齐勒所投赞成票的否定票,行使了他的(参与决定的)权利。^[52]据此可以确定:在部长齐勒与部长舍恩伯姆投票之后,勃兰登堡州没有统一地投出表决票。这一不一致性的后果是,勃兰登堡州的票不能被当作赞成票来评价:“一个州的票应当根据《基本法》第51条第3款第2

[49] 见帕皮尔于《南德报》2002年2月13日发表的文章。

[50] 比较2002年12月1日发表于《星期天画报》第5版的消息:“这一女法官现在能够推翻施罗德的移民法吗?”这里所称的女法官是指吕博-沃尔夫女士。

[51] 两位女法官吕博-沃尔夫和奥斯特尔劳对此判决附上了一个特别的否决权。在此否决权中,她们认为从形式上来说,移民法是合宪的。

[52] 宪法法院因此对于“州长所投之票是否能够作为整体的表决意见来对待,或者仅只代表了他自己”的问题,可不予回答;同样的,若州长是代表整体进行表决的话,则这种代表性已通过部长舒恩堡姆斯先生的异议而被否定。

句话一致地投出。……一个州的联邦参议院议员们不一致的投票,必须取得一致。”^[53]

第二,根据联邦宪法法院的判断(当然是在按时间顺序密切注意到联邦参议院会议进程的情况下),必须对于是否能够允许一个不统一的投票被其后的投票程序所改变、并将其转化为一致同意的投票的问题,作出回答。

从应当确认立法过程中联邦参议院意思的联邦参议院主席之任务出发,主席有权在投票过程中出现不明确的情况时,发表一个声明,并促成有问题的州进行有效的投票。但是,追问必须以的确存在着不明确性为前提;至于本案是否符合这样的条件,则需首先由联邦参议院主席进行核查。在特定的范围内,主席是拥有着审时度势作出决断的特权的,尽管主席的决断对于联邦宪法法院来说并不拥有着拘束力。如果一个统一的州意志并不存在、并且从整体情况来评价亦不可能在投票过程中出现时,则联邦参议院主席作出再次追问的决定,无疑是错误的。

联邦宪法法院在它所进行的进一步的监督检查中所得出的结论是:在当前的案件中,是不允许再次地提出追问的。它认为:本案的关键之处在于,部长舍恩伯姆已经在辩论中对于他所要采取的投票行为作出了明白无误地说明、所有事情的当事人都已对不一致的投票之法律后果,精心地进行了准备。正因此,“对于不一致的地方存在着明确性”。根据联邦宪法法院的看法,这一情势是与迄今为止所发生于联邦参议院第10次会议上之不一致投票的典型案例,具有明显的区别。因为在那次会议上,所有的参与人都清楚地看到:当时仅仅发生了投票时的疏忽,并因此仅需作出澄清即可。如果联邦宪法法院强调说:这是一起“从表决时起就存在着对于故意企盼投票时的非一致性的明确认识的非典型案例”时,则它清楚地意味着:宪法法院的有关法庭希望避免留下在它的决定中,得出了关于联邦参议院主席询问权的一般性结论的印象。

倘若联邦参议院主席在没有说明必要的情况下,不再被允许进行询问的话,则剩下的问题是:他所出自其他原因而恰好是针对州长所提询问是否合理。由于他的由州宪法所规定的法律地位,他是可以对于其他来自该州的联邦参议院成员的投票不予理会的。但根据联邦宪法法院的看法,这不适宜于本案:“州宪法的法律位序在联邦水平上不起作用”。在基本法中,人们还找不到关于州长所投之票在联邦参议院对于其他该州联邦参议院议员可能具有优先作用的法律依据,尽管州长在州的层面上掌握着一个州的法令权。

综上所述:(参议院主席)向州长施托尔伯所提之不合法的询问,并不产生法律效力:“在一次属于立法过程的投票过程中,不允许形式违法行为改变具有从优适用性质之形式公平行为的法律效力”。

第三,在此位置上,法庭又附述了另一理由。它首先假设,倘若联邦参议院主席确实具有询问权的话,则可对于该询问权是否在合法的方式下被运用的问题,进行审查。如果联邦参议院主席重新呼叫勃兰登堡州的名字并等待该州议员们的进一步反应的话,则不会发生问题。但在这里,联邦参议院主席却仅仅单独向州长施托尔伯提出了询问。根据法庭的看法,这一做法不符合合法的、中立的行为方式。显而易见的是:即使州长已经作答,人们依然不知内务部长舍恩伯姆是否继续坚持他原先的投票,抑或把州长的回答当作投票代表来承认。这仅能通过对于部长本人的提问来作出回答。这一进一步询问双方出席当事人义务的必要性,业已被内务部长舍恩伯姆的席间插话所证实:它清楚地表明,内务部长舍恩伯姆无意改变自己的投(反对)票行为。至于这样的席间插话是否可以当作表

[53] 本处和下一处均摘自《新法学周刊》2003年第332页。

决之票来对待的问题,在这里无关紧要。但是,由于内务部长舍恩伯姆既没有被要求重新投票、又没有被要求作出是否承认州长施托尔伯为其投票代表的声明,故仅向州长提出询问,并不能改变经由内务部长舍恩伯姆所投之票业已存在之事实,故人们依然可以得出结论:勃兰登堡州投出了不相一致的表决票。

第四,需要进一步澄清的是,人们如何对于第三事实情况的整体,即第二次询问州长施托尔伯,作出宪法层面的评价。对此,联邦宪法法院得出结论:对于勃兰登堡州来说,根本谈不上存在着重开有效的投票程序之说,因为联邦参议院主席仅仅提问了该州是否仍有“说明的要求”。这就是说,这里并不存在着足够的、对于进行新的投票所发出的确定的要求,故内务部长舍恩伯姆在当时是否能够再一次地进行表态的问题,无足轻重。

七、结语

程序规则应当使得政治上的争议在被规定的范围内得到讨论成为可能。仅在对于立法程序的进程与形式作出了明确规定之后,才使得政治活动家们在一个不受程序之累的讨论中交换各自的观点,成为可能。联邦参议院的表决,有悖于政治家们对于工作程序的合法的、有理由的期望。追根究底,其因基本上不在于勃兰登堡州内务部长舍恩伯姆认为自己被迫要在联邦参议院投异议票,以便使他的州长施托尔伯已不再愿意遵守的联盟协议,得以继续履行。尽管他的做法涉及到未能被明白无误地加以阐明的法律领域,但他既可以占有主导地位的观点为由、又可以在此次会议之前获得的、再次证实了主流意见的专家报告为据,来支持自己的做法。实际上,整个过程的失控,始于身为联邦参议院主席职务的柏林市长既未能赞同主流意见、又未能及时宣布他所欲采取的行动。通过他的突袭式的决定,剥夺了相关政治家们根据表决程序的需要来调整表决行为的可能性。正是由于联邦参议院主席这一突然地、不可预知地决定,才导致了联邦参议院的本次表决被公众们认为是一场“丑闻”!对于联邦宪法法院来说,它没有对于联邦参议院主席的行为作出评价之义务,而仅需作出决定:是否在实际的表决过程中,勃兰登堡州对于移民法投了赞成票。尽管如此,法院在作出该决定的同时,却为将来解决类似的问题,铺平了道路。^[54]这就是说:借助于其所作出的决定,联邦宪法法院将在联邦参议院表决程序中所必需的、曾在2002年3月22日那次被政治狂热所左右的会议进程中一度丢失的可预见性,重新还给了联邦参议院。

许浩明博士 译

(责任编辑:张 彤)

[54] 对于基本的判决理由的重视不仅因于联邦宪法法院的权威性,而且由于《联邦宪法法院法》第31条第1款已对此突出地加以规定:“联邦宪法法院的决定对于联邦的、各联邦州的宪法机构以及所有的法院和(政府)机关具有拘束力。”