

# 传统中的变革与变革中的传统

## ——德国宪法法院的诞生

郑戈\*

---

### 目次

- 一、魏玛的幽灵
- 二、德国《基本法》的制定与宪法法院的设立
- 三、宪法文本结构之中的“内在超越”：“西南州”案与“价值形式主义”的形成
- 四、法治国传统的恢复与“独特道路”的放弃——公务员案
- 五、结语：德国宪法实施机制对我国的启示

**摘要** 德国联邦宪法法院是当今世界最成功的宪法实施机构之一，在宪法学界被视为“集中式合宪性审查”模式的典范。在其六十多年的历史中，德国宪法法院用自己的实践回答了“谁是宪法的守护者”这个魏玛时代遗留下来的重大问题。德国宪法法院丝毫不回避宪法所具有的政治和法律双重属性，但它坚持把政治问题带入到基本法的文本结构之中来考量，发展出了一套独特的从文本中发现价值、以价值来统摄文本的宪法解释方法。本文通过考察德国宪法法院奠基时期(1951—1955)巩固自身宪法地位的举措和两个关键案例，分析了宪法有效实施所需要的基本条件。

**关键词** 宪法法院 宪法实施 德国 魏玛 基本法

---

成功的宪法似乎都有一个看起来比较随意的起源。1787年5月25日，当来自北美12个殖民地的55位代表聚集在宾夕法尼亚州议事厅开会的时候，他们只是想修改《邦联条例》，赋予邦联国会规制商业的权力以及越过州政府直接收税的权力，而没有想到要（也没有获得授权）起草一部新的宪法，打造一个新的联邦国家。同样，1948年9月1日，当来自德国的西方占领区各州的70位代表聚集在波恩的柯尼希博物馆开会的时候，他们也只是想为战后分崩离析的德国的一个部分起草一部临时性和过渡性的宪法性文件。他们甚至不敢把这份文件称为宪法（*Verfassung*），因而审慎、谦虚地将其称为“基本法”（*Grundgesetz*）<sup>〔1〕</sup>，并在基本法的最后一条（第146条）宣布本法在德

---

\* 上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。

〔1〕 德国基本法的原文可见于德国联邦议会官网：<https://www.bundestag.de/grundgesetz>。

国人民通过自由选择确立的宪法生效之日停止适用。然而，正像出身可疑的美国宪法已经存续了两个多世纪、为美国成为世纪第一强国提供了可靠的制度保障一样，德国基本法也已存在了六十余年，帮助德国度过了战后的艰难岁月，并见证了德国成长为欧洲第一经济强国的过程。即使在1990年柏林墙被拆除、西德和东德实现统一之后，这部原本仅为西德制定的基本法仍然继续有效。这两部世界上最成功的“宪法”有一个共同点，那就是它们的成功是因为它们的实施机制的成功，而不是因为制宪程序的无可挑剔或是文本的完美无缺。美国联邦法院（尤其是最高法院）和德国宪法法院在解释和适用宪法、根据宪法来监督和控制国家权力（尤其是立法权）方面发挥了至关重要的作用。本文试图通过考察德国联邦宪法法院奠基时期（1951—1959）巩固自身宪法地位的举措和几个关键案例，分析宪法有效实施所需要的基本条件。

## 一、魏玛的幽灵

德国宪法法院无疑是当今世界上最有权力的法院之一。2012年秋天，全世界媒体的目光都集中在卡尔斯鲁厄（德国联邦宪法法院所在地），等待该院做出决定欧洲命运的裁决，这个裁决涉及联邦议会批准“欧洲稳定机制”（ESM）的合宪性。德国最有影响力的日报《法兰克福汇报》发表头条评论，称宪法法院是国家的“柱石”，“在充满不稳定因素的时代，联邦宪法法院是寄托着公民之信任来维护政治秩序和国家利益的机构。这个法院的威望正与日俱增”。〔2〕2011年，在纪念德国宪法法院成立60周年的活动上，德国首相默克尔说：促使德国确立有效宪法实施机制的主要原因是“国家社会主义暴政无法言喻的恐怖发生之前对法律的轻视。因此，那些创制我们的宪法的人们从历史中得到两个关键的教训：法律先于政治以及通过法律对政治进行有效的控制”。她把宪法法院称为新的德国民主政治的“可靠脊梁”（verlässliches Rückgrat）。〔3〕

宪法法院法官的地位变迁也可以从它的第一位院长和现任院长对待该职位的态度上看出来。第一任院长赫曼·霍普克-阿斯科夫（Hermann Höpker-Aschoff）很不愿意接受院长任命。在给时任司法部长的自己的朋友的信中，他抱怨说宪法法院所在的卡尔斯鲁厄是一个远离政治、商业和文化中心的乡下地方，去那里当院长是“被放逐”。〔4〕而现任院长安德烈·福斯库勒（Andreas Voßkuhle）在就职两年后于2012年2月获总理默克尔提名在克里斯蒂安·伍尔夫辞职后接替总统职位，但他婉言谢绝了。《西塞罗》月刊在评论此事时说：作为宪法法院的首席法官，福斯库勒已经是这个国家“事实上的国家元首”，因此没有意愿去做一个有名无实的国家元首。〔5〕另一个故事是，德国联邦议会议长诺伯特·拉默特（Norbert Lammert）批评宪法法院的里斯本条约判决，福斯库勒在《南德意志报》发文称拉默特的评论“是一位法律门外汉的强词夺理”，并认为“这不利于培育一种懂得尊重的文化”。这迫使拉默特后来改口，表示在重读了这份判决之后，他发现这份判

〔2〕 Bundesverfassungsgericht; Das Bollwerk, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 21 August 2012.

〔3〕 Rede von Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel beim Festakt “60 Jahre Bundesverfassungsgericht” am 28. September 2011 in Karlsruhe, 全文见德国联邦政府网站：<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Bulletin/2010-2015/2011/09/98-1-bk-bundesverfassungsgericht.html?nn=392138#Start>（最后访问时间2016-12-20）。

〔4〕 Der Status des Bundesverfassungsgerichts; Material - Gutachten, Denkschriften und Stellungnahmen mit einer Einleitung von Gerhard Leibholz, Jahrbuch öffentliches Recht, 1957; 6: 109-221, 156.

〔5〕 Andreas Voßkuhle; Der Präsident im Hintergrund, Cicero, April 2012.

决是一件“杰出的法律作品”。〔6〕

是什么样的因素使德国宪法法院得以确立如此的权威,以至于能够在掌控国家暴力和钱袋的行政权和代表民意的立法权面前都不卑不亢、傲然挺立?要回答这个问题,我们需要回到1951—1959年之间的德国历史,因为在那里我们可以找到德国宪法法院的奠基时刻。奠基是一项艰辛的工作,奠基者首先需要清除旧建筑的残垣断壁,然后又需要在原址之上挖掘出能够支撑起新建筑的地基。这意味着奠基者不同于在图纸上画出蓝图的设计师,他们不得受旧建筑所留下的基础性空间结构的影响,哪怕他们的意图是破旧立新。如果我们把德国《基本法》的起草者们想象为画出德国自由民主制度之蓝图的设计师,那么宪法法院的第一批法官们则是为这幅蓝图得以在纳粹德国所遗留下来的一片废墟上拔地而起的基础结构建筑师。

基本法的起草者们被魏玛共和国(1918—1933)失败的梦魇所缠绕,而魏玛问题可以概括为“自由民主制度的敌人为什么可以利用法律秩序来从内部颠覆民主政府”。〔7〕为希特勒上台打开法律通道的据说是魏玛宪法第48条,该条第2款规定:“于德意志帝国之公共安全与秩序受到阻碍或危害时,帝国总统得采取必要措施以重新恢复公共安全及秩序,必要时得以武力介入。为达此目的,帝国总统得暂时使规定于第114、115、117、118、123、124及153条中之基本权利一部或全部丧失效力。”〔8〕该条第4款还授权帝国总统在紧急状态时中止现行法律秩序,以临时性措施(Maßnahmen)取代之。根据这一授权,民选总统冯·兴登堡总统于1932年7月20日颁布了一项旨在“恢复普鲁士州范围内公共安全和秩序”的总统令,任命首相弗朗兹·冯·巴本为普鲁士州(当时德国最大和最强大的州)专员,全面接管该州政府。这个非常举措的提议者是国防部长冯·施莱彻尔将军,目的是打击以德国社会民主党(SPD,最主要的社会主义政党)为主导力量的普鲁士州执政联盟,借口则是普鲁士州政府没有意愿和能力来应对该州的政治骚乱和暴力。这个执政联盟是当时阻止纳粹夺权的最主要政治力量。普鲁士州政府一开始考虑过武装抵抗,但出于对失败的恐惧和对法治的信念,它决定寻求法律救济,向魏玛宪法规定设立的解决联邦政府和州政府之间宪法争议的国事法院(*Staatsgerichtshof*)提起诉愿,挑战总统令的合宪性。国事法院在10月份做出裁定,确认了总统令的合宪性。这个裁定给了社会民主党致命的打击,并为纳粹党的夺权扫清了最大的障碍。作为施莱彻尔的主要法律顾问和最重要的右翼法学家,卡尔·施密特早在这些事件发生前就为之准备好了理论辩解,或者说事件的发展符合施密特的理论构想,表述这种构想的作品就是他在1931年出版的《宪法的守护者》一书。〔9〕在这本书里,他从德意志“法治国”传统的历史、现实政治中各国家机构的权力和相关实践以及政治学原理的角度分析了法院(包括国事法院或宪法法院)为何不能作为宪法的守护者。比如,他写道:“真正的司法权决定都出现在事后。如果人们想赋予法院暂时性处分的权力来修正这项缺点的话,那么司法者就拥有做出或阻止某项政治措施的权力,而且因为这样的权力使司法者成为了国家内政、在个别案件中甚至是外交政策最有权力的部门,因此司法者在政治上也就扮演了积极的角色;在这样的情况下,法院独立不但再也无法保障法院免于

---

〔6〕 Dietmar Hipp, *Germany's Constitutional Court President: The Man Who Holds Europe's Destiny in His Hands*, *The Spiegel*, September 11, 2012. 网页版见: <http://www.spiegel.de/international/germany/andreas-vosskuhle-has-power-to-decide-europe-s-fate-a-855100.html>.

〔7〕 David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford University Press, 1997), p. xi.

〔8〕 魏玛宪法中的相关条文可参见:〔德〕卡尔·施密特:《宪法的守护者》,李君韬、苏慧婕译,商务印书馆2008年版,附录:“本书引用之宪法条文”,第230~234页。

〔9〕 此书中译本见前注。

政治责任的担负，司法者甚至是应该要负起政治责任。”<sup>[10]</sup>换句话说，我们不能既想让法院独立行使审判权，又让它来做出本质上是政治决断的宪法判断。只有超越党派利益和官僚系统之上且有民主正当性的帝国总统才能代表“德意志人民的共同政治意志”，维系德意志国家的统一性和完整性。在关乎政治共同体生死存亡的事情上尤其不能用貌似中立的司法判断来取代主权者的政治决断。施密特把宪法定义为“人民的根本政治决策”(politische Grundentscheidung eines Volkes)，而这一决策的内容可能超出宪法形式或宪法文本的范围。<sup>[11]</sup>

汉斯·凯尔森当时是科隆大学法学院院长，作为世界上第一个宪法法院——奥地利宪法法院——的缔造者之一和法官，他坚持主张宪法法院才是宪法的守护者。美国宪法学学者桑福德·列文森把宪法实施机制分为“新教”和“天主教”两种模式。就规范来源而言，新教模式认为(A) 宪法文本是唯一的来源，而天主教模式则认为(B) 宪法文本+不成文传统是规范的两个来源；就解释权威而言，新教模式认可(C) 个人化的或至少是分散化的宪法解释权威，而天主教模式则认为(D) 宪法解释权威只有一个(最高法院或宪法法院)。可能存在 AC、AD、BC、BD 等四种组合。<sup>[12]</sup>德国的宪法解释模式可以被认为属于 BD 模式，即强天主教模式，而宪法法院则是这个模式中的“罗马教廷”。汉斯·凯尔森是宪法实施模式之父。奥地利第一共和国是一战后在奥匈帝国的废墟上建立的以德意志人口为主的国家，它的第一任首相是被称为“奥地利国父”的卡尔·伦纳(Karl Renner)。伦纳最先提出要把帝国时代最高法院(Reichsgericht)和国事法院(Staatsgerichtshof)的权力转移给一个新设立的宪法法院(Verfassungsgerichtshof)。他委托时任维也纳大学公法学教授的凯尔森起草了1919年1月25日颁布的《关于设立德意志奥地利宪法法院的法律》。<sup>[13]</sup>宪法法院法官的初次任命是基于1919年2月14日的政党协议，凯尔森并不在最初的任命名单上。但获得任命的埃德蒙德·贝纳茨克(Edmund Bernatzik)于3月30日去世，政府随即任命凯尔森接替他的职位。<sup>[14]</sup>1920年11月10日《联邦宪法法》生效后，宪法法院法官根据该法第147条获得了重新任命，凯尔森继续担任法官，并且在1921年获选为1921至1924年期间的三位常务负责法官之一。<sup>[15]</sup>根据1929年《宪法过渡法》第25条第1款的规定，凯尔森于1930年2月15日失去其法官职位。<sup>[16]</sup>此后他离开奥地利来到德国，重返大学教授生涯。汉斯·凯尔森并不否认宪法法院的政治性，他把宪法法院否定立法之效力的功能称为“否定性立法”。<sup>[17]</sup>但他认为这种“否定性立法”符合司法职能的性质，因为它是事后的、回应性的和救济性的。宪法法院权力的正当性来自它的法律专业性，法官是基于他们在宪法学领域的专业造诣获得任命，而不是因为他们是人民或政党的代表而被选举产生。因此，宪法法院法官在宪法问题上的权威正像科学家在科学问题上的权

[10] 前注[8]，卡尔·施密特书，第36页。

[11] Carl Schmitt, *Verfassungslehre* [1928], Berlin: Duncker & Humblot, 1993, 12ff.

[12] Sanford Levinson, *Constitutional Faith* (Princeton University Press, paperback reissue, 2011), p. 29.

[13] 关于奥地利宪法法院设立的过程，请参见：Gerald Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Vienna: Böhlau, 1989.

[14] [奥]罗伯特·瓦尔特：《宪法法院的守护者：汉斯·凯尔森法官研究》，王银宏译，人民日报出版社2016年版，第46页。

[15] 前注[14]，罗伯特·瓦尔特书，第60页。

[16] 前注[14]，罗伯特·瓦尔特书，第67页。

[17] Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 5 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30 (1928), 87.

威一样,是知识和科学判断的权威。<sup>[18]</sup> 凯尔森这种看似形式主义的纯粹法学观其实有着深刻的政治哲学基础,即:在价值多元、功能分化的现代民主社会,政治盲目追随“民意”只会导致社会撕裂、派系林立、秩序危殆。必须有一种不受民意和派系诉求干扰的允正执中的力量来保守社会的恒久价值,这些价值包括自由、公正和民主本身。

施密特和凯尔森的争论是魏玛时代影响深远的方法论之争(*der Methodenstreit*)的组成部分。这场争论为迄今为止德国公法学的主要问题意识和视域范围确立了坐标,战后的德国公法学家基本上都可以被看成是当时的主要论战者的学生。思想史和制度史之间的复杂关系也在这场大讨论及其效应中呈现出来。从魏玛到纳粹时代的历史来看,施密特的理论似乎获得了验证,而凯尔森的理论则被证明是“法学家的想象”。但从二战之后德国宪法史的角度来看,凯尔森似乎又是未被加冕的胜利者。一位当代学者评价道:“值得注意的是,虽然汉斯·凯尔森直到20世纪90年代在德国公共话语中都是一个‘被嫌弃的作者’(*auteur maudit*),时常被指责为空洞或过分形式主义,德国宪法教义的主流方法却受到凯尔森的深刻影响。凯尔森把制宪权问题转移到法外领域。如果说它是实定法的组成部分,它只存在于宪法秩序的开端和结尾,而且即使在那里它也受到基本法中其他规范的制约。”<sup>[19]</sup>但施密特的理论仍作为强有力的批判理论而继续被他的学生和追随者们传承和发展着。早在《基本法》刚刚通过而宪法法院尚未建立之时,一些在学术界颇有影响力的保守派思想家就开始批判基本法的正当性,他们的共同点是都受到卡尔·施密特的影响,因此认为占领军主导下的基本法制定过程篡夺了德国人民的制宪权,基本法对紧急状态问题的回避被认为象征着被剥夺了政治主权的行政国家特质。<sup>[20]</sup> 卡尔·施密特的学生维尔纳·韦伯就对宪法法院可能获得的巨大权力表示了担忧。韦伯因为自己的纳粹党员和冲锋队成员身份在1945年失去了自己的教席。他在1949年重新获得了哥廷根大学公法学教授职位,在就职演讲中,他对基本法所确立的集中型宪法实施机制提出了猛烈的批判。他写道:“正像一个失败的人生结束后的幽灵一样,魏玛宪法也主导和缠绕着波恩的基本法起草讨论。”但基本法的起草者们从魏玛的历史中得出了错误的教训,他们用法学家之法(*Juristengesetz*)取代了人民之法(*Volksgesetz*),因而削弱了《基本法》的民主正当性。进而,《基本法》史无前例地创制了大量“司法国家要素”(*justizstaatlicher Elemente*),它不仅完全解除了联邦总统的一切实质性权力,还使其他民选机构的权威也都受制于宪法法院的控制,以至于“国家政治生活中几乎没有哪一种过程可以不被卷入到宪法法院的审判程序之中”,德国因此面临“政治司法化和司法政治化的双重危险”。<sup>[21]</sup> 与施密特在《宪法的守护者》中的说法——宪法司法化不会导致政治的司法化,但会导致法律的政治化<sup>[22]</sup>——相比,“双重危险”显然是一个更加猛烈的批判。

对于“自由民主制度如何保卫自身”这个问题,给出最明确答案并且为基本法中的相关条款提供了思想支撑的是马克斯·韦伯的学生卡尔·卢文斯坦,他发明了“战斗的民主”(wehrhafte

[18] Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 8, 27 - 29.

[19] Christoph Möllers, “‘We are (afraid of) the people’: Constituent Power in German Constitutionalism”, in Martin Loughlin & Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press, 2007), pp. 87 - 105, 98.

[20] Karrin Hanshew, *Terror and Democracy in West Germany* (Cambridge University Press, 2012), p. 53.

[21] Werner Weber, *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, Fleischer, 1949, 5, 25, 26.

[22] Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, JCB Mohr, 1931, 22.

Demokratie)这一概念：“民主机制是敌人借以侵入城邦的特洛伊木马。”<sup>[23]</sup>因此民主政府不能用“价值中立”等原则来自我解除武装，而必须对任何反对自由民主制度的政治势力说不。有趣的是，对施密特的“纳粹关联”的官方审查意见也出自卢文斯坦之手，作为美国驻德国占领军政府法律部的顾问，他于1945年11月提交了一份题为“对卡尔·施密特教授之人格和作品的观察”的四页备忘录，在第一段，他对施密特的学术能力极尽赞美，说他对公共观念的影响力可以与哈罗德·拉斯基相提并论，只不过是朝完全不同的方向：拉斯基是民主捍卫者，施密特是极权主义鼓吹者。他又把施密特的法学造诣说成是在德国继耶利内克之后罕有匹敌者。但他接着说，正是由于这种超凡的学术能力被用于邪恶的目的，使得他的罪责更重。他特别提到施密特在1933年在慕尼黑一家报纸撰文攻击两位曾经提携过他的犹太法学家：斯蒂尔·桑罗(Stier Somlo)和汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)，由此可见他人品有问题。<sup>[24]</sup>这一意见是使得施密特直到去世一直未能恢复教职的主要因素。基本法的若干关键条款体现了卢文斯坦的“战斗的民主”观念，其中最重要的是第18条中关于任何滥用基本权利来攻击基本法所确立的“自由民主基本秩序”(freiheitliche demokratische Grundordnung)的人会丧失这些权利的规定。自由民主秩序是一个宽泛的、有待解释的概念，基本法将解释权完全交给了宪法法院，使宪法法院成了这种秩序的塑造者，而不仅仅是捍卫者。此外，任何试图破坏或废除自由民主基本秩序的政党都是“反宪法的”(verfassungswidrig)并可以被取缔。而决定是否取缔的权力也由宪法法院行使。在其成立后的头五年，宪法法院就先后在两个判决中取缔了极右翼的社会主义帝国党(SRP)<sup>[25]</sup>和左翼的德国共产党(KPD)。<sup>[26]</sup>

## 二、德国《基本法》的制定与宪法法院的设立

德国《基本法》是在德国在第二次世界大战中彻底失败并无条件投降、德国领土被美、苏、英、法四国分别占领、德国人民关心生存问题甚于关心制宪问题的时刻诞生的。它的起草者缺乏受全德国人民之委托来制定宪法的制宪权，甚至不能宣称自己是一个独立自主的国家的立法者。但正如著名作家赛巴斯提安·哈夫纳所说的那样：“基本法是幸运的，这不仅是说促使它诞生的情势是幸运的，也是指导致它诞生的前提条件是幸运的。什么？我听到有人说：一片被打败、被夷平、被毁灭的土地，被外国占领者分割成四块，在精神和物理上一蹶不振；一群冻饿交加的人口，数以百万计的无家可归的难民和被驱逐者，每个人都竭尽全力以求基本的生存；一群任何政治参与的念头都被掐灭的人民——这些就是你所说的形成民主宪制的幸运的前提条件？的确，没有人会说1948—1949年的德国人民是幸福的。他们比任何可能的不幸者更加不幸。但正是这种最深的不幸，可能是一个新开端的最为幸运的前提条件。”<sup>[27]</sup>一个在短短30年时间内两次挑起世界大战、总共导致全世界九千多万人口死于战火的国家，得以走上超过六十年的和平发展之路，从“事后聪

<sup>[23]</sup> Karl Löwenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, Part I”, 31 American Political Science Review 424(June 1937).

<sup>[24]</sup> Karl Löwenstein, “Observations on the Personality and Work of Professor Carl Schmitt”, November 14, 1945, Löwenstein Papers, box 46, folder 46, Amherst College Archives and Special Collections, Amherst Massachusetts, The United States.

<sup>[25]</sup> 2 BVerfGE 1 (1952).

<sup>[26]</sup> 5 BVerfGE 85 (1956).

<sup>[27]</sup> Sebastian Hefner, Der Erfolg des Grundgesetzes (1976), in Im Schatten der Geschichte: Historisch-politische Variationen aus zwanzig Jahren, Deutsche Verlags-Anstalt, 1985, 191.

明”的视角来看无论如何都是幸运的。与中华民族一样,德意志民族是一个有着辉煌的历史而在工业化和现代化的进程中被甩在后面的民族。在中世纪,德国人以神圣罗马帝国的名义承继着罗马帝国的荣耀。但在17、18世纪,当德国周围的法国、英国和荷兰相继发展成为集权的、强大的、实现了内部和平的国家时,德国仍然被封建割据和宗教战争所困扰。16世纪的宗教战争、17世纪的三十年战争和路易十四的侵略、19世纪的拿破仑征服都证明了德国的虚弱。这种对光荣历史的回忆和列强侵袭的现实塑造着德国人的精神品格。容克贵族以他们的社会宗教——强烈的德意志民族主义——为纽带在19世纪70年代实现了德国的统一,而羽翼尚未丰满的市民阶层被这种强大的民族国家主义所裹挟,未能发展成普世价值的承载者。对许多德国人来说,个人身份认同和民族身份认同之间的分离是不可能的。这是一种“人格结构和意识被吸纳进威权国家(Obrigkeitsstaat)的行为规范”。<sup>[28]</sup> 承认德国的衰落是困难的,必须经过浴血的战斗。希特勒的《我的奋斗》便是这种人格和社会心理的显白表述:德国的命运是“要么成为世界霸权,要么什么都不是”<sup>[29]</sup>。外在强力(Fremdzwangvermögen)的持续存在和内部“命令与服从”(befehlen und Gehorchen)差序格局的固化使得个人缺乏灵活变通顺应时势的社会条件。

早在1824年,符腾堡的法学家罗伯特·冯·莫尔就发明了“法治国”这个概念,借鉴美国联邦主义理念来解读1819年符腾堡宪法。<sup>[30]</sup> 法治国包含这样一些要素:代表全民意志而超越阶层和派系利益的君主;分权制衡的立法、行政和司法机关;独立于党派政治且严格执行法律的公务员系统;通过司法程序得到保护的 personal 权利。但在传统的差序格局牢不可破的时代,这种理论构想现实面前只能大打折扣,最终变成披上合法性外衣的威权政府模式。能够独立于威权政府并给政治权力套上宪法缰绳的宪法实施机构要在一百多年后才能出现,而其前提条件是战争连根摧毁了威权政治的社会基础。

《基本法》在德国历史上第一次设立了一个专事解释宪法、保护公民基本权利、厘定联邦政府和各州政府权力边界的机构,其中不下20次提到“联邦宪法法院”,其中包括第18条(基本权利的丧失及其范围应当由宪法法院宣布)、第21条第2款(任何政党均不得试图破坏或废除自由民主基本秩序或威胁德意志联邦共和国之存在。政党的合宪性由宪法法院认定)、第41条(联邦议会负责审查选举并决定是否剥夺议员资格、联邦宪法法院受理并审查联邦议会的决定)、第61条(联邦宪法法院负责审理联邦议会或联邦参议院提起的弹劾总统案)、第84条(联邦参议院根据联邦政府或州政府的申请审查州是否违反了联邦法律。针对联邦参议院的审查结论,可以向联邦宪法法院提起诉讼愿)、第92条(司法权由法官行使;法官行使司法权的组织机构包括联邦宪法法院、联邦最高法院、基本法设立的其他联邦法院以及各州法院)、第93条(联邦宪法法院的权限,五类案件管辖权以及联邦立法分配给它管辖的其他案件)、第94条(联邦宪法法院法官的产生方式:由联邦议会和联邦参议院各选举出一半法官,法官不得在联邦议会、联邦参议院、联邦政府以及各州的相应机构担任任何职务;一部联邦法律将确定联邦宪法法院的组织结构、程序以及它在哪些案件中的判决将具有法律的效力)、第98条(受理联邦议会提起的联邦法官违反基本法或某州宪法秩序的案件,决定是否把该法官调任其他职位或令其退休;如果是故意违宪,亦可判定开除。联邦宪法法院也受理弹劾州法官的案件)、第99条(州立法可以将该州的宪法争议审理权授予联邦宪法法

[28] Norbert Elias, Studien über die Deutschen, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1989, 438.

[29] Adolf Hitler, Mein Kampf, 37<sup>th</sup> edn, Eher, 1933, 742.

[30] Robert von Mohl, Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Stuttgart und Tübingen: Cotta, 1824.

院)、第 100 条(法院在审理案件时发现决定案件审理结果的法律可能违反基本法,应当暂停审理,将相关宪法问题提交宪法法院裁断;如果法院在审理案件时对某一国际法规则是否构成联邦法律之组成部分并创设出当事人的直接权利义务产生疑问,也应提请宪法法院对该问题做出决定;如果一个州的法院在审理案件时试图对基本法做出不同于联邦宪法法院或另一州的宪法法院判决的解释,它应先把这个问题提交联邦宪法法院做出裁决)、第 126 条(关于某一法律是否作为联邦法律而继续有效的不同意见应由联邦宪法法院做出裁断)、第 137 条(规定了第一届联邦议会选举时由于联邦宪法法院尚未建立《基本法》第 41 条规定的相关争议由联合经济区德国高等法院行使管辖权)。

《基本法》并未提供宪法法院得以成立的具体法律依据,比如法官如何产生、宪法法院内部组织结构如何、办案程序如何等,这些问题都留待议会去解决。联邦议会直到 1951 年 3 月 12 日才通过《联邦宪法法院法》,该法规定联邦宪法法院由两个法庭组成,第一庭受理与权利保护相关的案件,第二庭受理与权力分配相关的案件,整个宪法法院有权管辖的案件类型(11 类)在第 13 条得到详细列举。该法还规定宪法法院由 24 位法官组成(后经修改,现为 16 人),一半由联邦议会选举产生,另一半由参议院选举产生。法院设院长、副院长各一人,分别主持自己所在法庭的工作。

尽管有了上述法律,当宪法法院于 1951 年 9 月 28 日在卡尔斯鲁厄开门办公的时候,它的法律地位还很不明确。一方面,基本法和《宪法法院法》的确赋予了该院十分广泛的宪法权力,似乎暗示它与其他独立的宪法机构(包括联邦议会、参议院、联邦总统和联邦政府)处在同一科层级别。但另一方面,基本法又授权议会通过立法规制宪法法院的组织和程序(第 94 条)。虽然议会委员会的一些成员曾提议在《基本法》中单列一节规定宪法法院的地位和权责,但《基本法》最终还是把宪法法院与其他法院一起放在“司法机构”一章加以规定。在宪法法院成立之初,它被安置在司法部的管辖之下,没有自己独立的预算,其经费由司法部从自己的预算中划拨,司法部还负责任命宪法法院中非法官的公务员。以至于当时的司法部长托马斯·戴勒(Thomas Dehler)经常把自己称为“宪法的守护者”<sup>[31]</sup>,这令宪法法院法官们十分不满。为此,格哈德·雷布霍茨法官代表法院起草了一份“法律地位备忘录”(Status-Denkschrift),于 1952 年 6 月 27 日正式提交给联邦总统、议会两院和联邦政府。这份备忘录指出:法院目前的预算和人事安排是违反基本法和《宪法法院法》的,后者的第 1 条明确规定:“联邦宪法法院是联邦司法机构,不隶属于且独立于其他所有宪法机构。”备忘录十分强调地写道:宪法法院“必须被理解为不仅是司法权中的首位并且在这个意义上是宪法的守护者和实施者,而且还是一个被赋予了最高权威的宪法机构,在政治上和宪法意义上与联邦议会、参议院、联邦政府和联邦总统处于同一地位”。<sup>[32]</sup> 出于这样的理由,备忘录提出了若干具体要求:(1) 将宪法法院挪出司法部的管辖权限,使宪法法院院长成为法院行政事务的唯一主管者;(2) 给予宪法法院独立的预算,而不是把它作为司法部预算的一部分;(3) 确认宪法法院法官的级别相当于内阁部长或议会议员。尽管受到来自政府尤其是司法部的反对,联邦议会经过漫长的讨论之后于 1953 年 7 月 14 日修改了《联邦公务员法》,授权宪法法院院长任命本院公务员。与此同时,联邦议会预算委员会也批准了宪法法院的单列预算请求。在“法律地位之争”中,宪法法院最终大获全胜。

[31] Nibert Frei, *Adenauer's Germany and the Nazi Past: The Politics of Amnesty and Integration*, translated by Joel Golb (Columbia University Press, 2002,) p. 193.

[32] Leibholz, Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts—Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, 6 Jahrbuch des Öffentlichen Rechts 144 (1957).



### 三、宪法文本结构之中的“内在超越”： “西南州”案与“价值形式主义”的形成

德国宪法法院审理的第一个案子是审查德国西南部的三个州合并为巴登-符腾堡州所涉及的联邦法律之合宪性(又称西南州案)。1949年5月23日通过的德国基本法序言中写道:“认识到自己在上帝和人类面前的责任,充满实现民族和政治统一的决心并致力于作为统一之欧洲的平等成员促进世界和平。巴登、巴伐利亚、不来梅、汉堡、黑森、下萨克森、北莱茵-威斯特法伦、莱茵兰-普法尔茨、石勒苏益格-荷尔斯泰因、符腾堡-巴登和符腾堡-霍亨佐伦州的德国人民通过行使自己的制宪权制定了这一《基本法》,从而为一段过渡时期的政治生活带来新秩序。”而如今的《基本法》序言中所提到的各州则变成了“巴登-符腾堡、巴伐利亚、柏林、布兰登堡、不莱梅、汉堡、黑森、下萨克森、梅克伦堡-前波莫瑞、北莱茵-威斯特法伦、莱茵兰-普法尔茨、萨尔、萨克森、萨克森-安哈尔特、石勒苏益格-荷尔斯泰因和图林根州”。除了1956年加入的萨尔州(1947—1956年是法国占领区)和德国统一后新加入的原东德各州外,最主要的变化就是巴登、符腾堡-巴登和符腾堡-霍亨佐伦州这三个州合并成了巴登-符腾堡州。这三个州本身也不是历史形成的,而是盟军占领德国后重组的结果。由于这一重组拆散了有历史传统的政治共同体,所以这几个州的人民多有不满。《基本法》第118条为解决这个问题提供了宪法通道,它规定:“巴登州、符腾堡-巴登州和符腾堡-霍亨佐伦州之领土的重组可以通过相关各州之间的协议来实现,其方式可以不同于本法第29条所规定的方式。如果协议无法达成,重组将受联邦立法规制,该法必须提供全民公决程序。”这一条款是一项特别规则,是对第29条规定的一般性原则的偏离。由于这三个州之间未能达成协议,这一事务由联邦议会接管。

联邦议会于1951年1月开始讨论两项旨在完成三州重组的法案。此前,1950年9月24日在巴登州举行的初步全民公决表明该州的多数公民希望恢复已被拆散的老巴登州,而不是三州合并为“西南州”(Südweststaat)。议会中支撑合并的议员因此提议全民公决不按照现有三州的区划来进行,而是另行划分四个区域来安排投票。体现这种主张的法律于1951年4月25日获得通过(以下简称“第二部法律”),该法规定在1951年9月16日之前举行投票。在这部法律尚未通过之前,符腾堡-霍亨佐伦州和巴登州就向联邦议会提出了制定另一部法律的请求。这两个州都应在当年4月举行议会换届选举。由于这两个州都将在重组后不复存在,如期举行州议会选举显然是浪费公帑且毫无意义的,而在此之前搞完公投在时间上已不可能。这两个州的政府一开始考虑提议修改州宪法来延长本届议会的任期到重组完成之后,但进一步讨论成本和可行性之后决定提请联邦议会立法来延长两州本届议会的任期。在讨论延长任期法草案的过程中,参议院和联邦政府都对这部法律的合宪性提出过异议。但经过修订之后,这部法律于1951年4月5日获得通过(以下简称“第一部法律”)。两部法律同时在1951年5月5日公布。

巴登州随后于1951年5月向刚刚成立的联邦宪法法院第二庭提起诉愿,主张这两部法律违宪。联邦宪法法院在9月9日宣布将公投截止日期延后到法院做出裁决之后,并且于10月23日做出了判决。这份判决确立了若干影响深远的宪法解释方法和原则:

首先,在判定第一部法律违宪时,法院给出理由包括:

“一个宪法条文不能被看成是一个孤立的条款并被单独解释。一部宪法是一个具有内在统一性的整体,任何条款的含义都关联于其他条款。作为一个整体,一部宪法体现着某些首要的原则和根本决策,单个的条文都必须遵循之。基本法第79条第(3)款很清楚地表明基本法本身认可这

个说法。因此，本院同意巴伐利亚宪法法院的表述：“一个宪法条款并不因其是宪法的一部分就不可能是无效的，这在概念上是完全可能的。有些宪法原则是如此根本和如此具有更高约束力，以至于它们超越于宪法文本之上，约束着宪法的起草者们，其他并不具有如此崇高地位的宪法条款会因与这些宪法原则相抵触而无效。”从这一解释规则出发，可以推导出：任何宪法条款都必须以这样一种方法来解释，以使之符合这些根本原则以及制宪者的基本决策。这一规则也适用于第118条。”<sup>〔33〕</sup>

这一段判决理由实际上是在宪法文本之内发现了“更高的法律”，这就是《基本法》第79条第(3)款所确立的即使宪法修正案也不得更改的宪法原则。《基本法》第79条第(3)款被称为“永恒条款”，因为它把联邦划分为各州(联邦制)、各州参与立法过程的权力以及基本法第1条(人的尊严、人权以及基本权利的法律约束力)和第20条(德国的国体和政体——民主和社会主义的联邦国家，国家的一切权力属于人民，人民通过选举产生立法、司法和行政机关，立法机关受宪法秩序约束、司法和行政机关受法律与正义约束)所包含的原则规定为永不变更的。这一解释规则所揭示的宪法结构实际上体现了宪法的“内在超越”，即在宪法文本结构中蕴含着“自然法”。这种解释一方面避免了实证主义所导致的“恶法亦法”困境，另一方面又避免了自然法的主观性(在价值多元的时代，自然法很难避免被批判为个人的道德偏好)。这种寓价值判断于文本解释的方法被一位当代学者称为“价值形式主义”，它是德国宪法法院最伟大的发明之一。<sup>〔34〕</sup>

其次，宪法法院进一步指出，《基本法》把民主作为德国政治系统的基础(第20条、第28条)，而民主不仅意味着由民选的议会来控制政府，还意味着合格选民的投票权不能以非宪法的方式被剥夺。虽然这并不意味着一个州立法机构的任期不能超过四年或者它的任期不能为了重要的原因而延长，但是延长任期的决定只能按照宪法所规定的程序来做出。

再次，联邦制也是《基本法》所确立的基本原则之一，《基本法》第118条第(2)款只授权联邦议会规制各州“重组”。只有当相关各州无法通过各自的立法程序来有效处理重组中遇到的问题(包括任期延长问题)时，联邦议会才可以介入。联邦权力和各州权力之间的宪法界限不能因政治便利而被逾越。

第四，在支持第二部法律核心内容的合宪性时，法院写道：《基本法》第79条第(3)款所确立的不可变更的原则只包括“联邦划分为州”，而不包括现有各州及其边界的永久存续。从第29条和第118条的内容来看，基本法支持一个“可塑的联邦国家”。但是，从基本法第29条第(4)款的内容来看，一部普通的联邦立法不能取代一个州的人民的意志。只有联邦议会的重新投票以及整个联邦全体人民的公投才能迫使一个州的人民在不愿意接受重组的情况下屈服。

最后，联邦宪法法院对自己所做出的合宪性判断之效力进行了如下明确而果断的说明：“如果一个法律条文与基本法相抵触，联邦宪法法院必须判定它无效。因此本院宣布第一部重组法无效。……这一结论以及支持这一结论的主要理由具有法律的效力，约束联邦的所有宪法机构……以至于联邦立法机构不得再次审议和通过具有相同内容的联邦法律，联邦总统也不得签署这样一部法律。”

“西南州案”被称为德国的“马伯里诉麦迪逊案”，因为它不仅确立了若干沿用至今的宪法解释方法，而且明确了宪法法院判决的效力，这种效力在范围和强度上都大于美国最高法院的宪法判

〔33〕 1 BVerfGE 14 (1951).

〔34〕 Michaela Hailbronner, *Traditions and Transformations: The Rise of German Constitutionalism* (Oxford University Press, 2015,) pp. 7-9.

例,因为它约束包括议会、联邦政府和总统在内的所有宪法机构,并且禁止它们对相关基本法条文做出另外的解释或对已经被宣布违宪的内容再次进行讨论。

#### 四、法治传统的恢复与“独特道路”的放弃——公务员案

虽然《基本法》的大多数成员和宪法法院的多数法官都是纳粹政权的受害者或局外人,但战后德国的国家机器(包括法院)仍然依靠大批同纳粹政权有关联的人士来运转,大量公务员曾经是纳粹党党员,尽管占领军政府希望实现彻底去纳粹化。其间的原因很简单:要找到几十位没有参与过纳粹之恶的人来为国家的重建奠定基础不会十分困难,但要找到成千上万个训练有素、经验丰富但在纳粹执政期间又置身政治和官僚体系之外的人来操作国家的日常行政和司法事务则是不可能的。《基本法》第131条为解决1945年5月8日(即欧洲反法西斯战争胜利日)在德国担任公务员的人士在基本法生效后的法律地位问题提供了宪法基础。这个条文规定联邦议会可以通过立法确定纳粹政权公职人员的法律地位和退休金问题。议会于基本法通过两年后履行了这一宪法义务,通过了被称为“131法”的法律,该法规定:被清除出公务员队伍的前纳粹政权公务员可以获得相当于所失去工资的55%的社会保险金,符合年龄、任职资格等条件的人士还有权重返公务员队伍,唯一的例外是原纳粹国家秘密警察(即盖世太保)成员。这部法律通过之后,总共有大约43万纳粹时代公务员申请了法律所授予的福利。到1953年,联邦行政机构中有30%的公务员都是131法的受益者。

在司法系统中,与纳粹政权有关联的法官遍布于各级法院。就连宪法法院本身也有一位法官,威利·盖格尔(Willi Geiger),曾经是纳粹党党员和冲锋队队员。联邦德国最高法院的首任院长赫曼·维因考夫(Hermann Weinkauff)在纳粹时代曾经长期担任帝国法院刑三庭法官,该庭发明了臭名昭著的“血统保护法理”,贯彻纳粹党的种族歧视政策。纳粹政府还于1938年给他颁发过银质荣誉勋章。他是131法的猛烈批判者,认为该法没有确认“公务员也是纳粹政权的受害者”这一基本事实,而只是施舍给这些受害者一些福利。

毕竟不是每一个纳粹时代的公务员都得到了职位或退休金,也不是每一个得到了职位或退休金的人都完全满意,他们还希望恢复名誉,因此围绕这一法律而提起的诉讼一时间涌入西德的各类、各级法院。单是挑战该法律合宪性的诉愿就有数千件之多。在1953年12月17日针对两千多份宪法诉愿而做出的裁决中,宪法法院肯定了131法的合宪性,判决书一开始便明确指出:纳粹时代“所有的公务员任命都终止于1945年5月8日”。议会通过131法给予纳粹时代公务员的是一种恩赐,而不是他们应当享有的自然权利。针对联邦最高法院院长赫曼·维因考夫(Hermann Weinkauff)的“国家的公务员系统独立于特定政府的兴衰。公务员服务于恒久的国家,而不是流变的政府首脑”<sup>[35]</sup>等说法,宪法法院在判词中援引了翔实的历史研究成果,无可辩驳地论证了纳粹时代的公务员如何从效忠国家和法律转变为效忠纳粹党乃至效忠希特勒本人。这份判决书立场鲜明地对纳粹公务员参与纳粹恶行的历史事实做出了确认,这在当时是极不受欢迎的。只有当参与过纳粹政治的那一代人淡出历史舞台之后,这份判决的意义才开始得到全面肯定。

“公务员案”标志着宪法法院力图使德国“法治”传统摆脱民族主义色彩而上升到普适主义层面的一系列努力的开始。民族国家的形成发生在现代化之前并且为现代化创造了政治、社会条

[35] 3 BVerfGE 58 (1953).

件。民族性是一种特殊性，体现了特殊的文化传统，通过与其他文化的区分乃至敌对来强化民族内部的团结与统一。但现代性本身具有普遍主义的气质，要求突破单一民族的文化认同，否则便会被其他更具包容力的现代帝国所吞并。由于宗教冲突的复杂性和尖锐化，德国在民族国家的建构方面落后于英、法、荷兰，也落后于俄罗斯，因此当这些国家已经在实现了内部统一和秩序稳定的情况下展开帝国霸业时陷入被动挨打的局面，而由此产生的屈辱感又不断强化着民族主义的政治诉求，以至于它的普遍主义立场只有在彻底被击垮、被征服的二战之后才发展起来。通过宪法实现整合有两种层次，一种是民族主义的层次，另一种是普遍主义的层次。<sup>[36]</sup> 魏玛时代最有影响力的公法学说大多具有强烈的民族主义气质，就连通常被视为施密特的对立面的赫尔曼·黑勒（Hermann Heller）也说过：“政治的全部要义仅仅在于塑造和维护这种统一。在紧急状态下，全部政治都必须通过在物理意义上摧毁攻击者来回应对这种统一的攻击。”<sup>[37]</sup> 来自文化新教背景的斯门德的整合理论代表了民族国家层次的整合观，他对维也纳学派的实证主义和凯尔森颇为不屑，认为国家先于并大于规范，实证主义者试图将历史、政治和道德排除出法律解释的努力是有害的。他也不同意考夫曼（Erich Kaufmann）对自然法与黑格尔主义的简单综合。从西奥多尔·里特（Theodor Litt）的哲学出发，他发展出了一套基于文化或价值的整合理论。他把国家和宪法视为各种知识过程的有意义的交互作用的产物，也是人类和人类群体的活生生的创造。各种形式的整合：首先是人格性整合，通过某种人格——或者是具有传统正当性的君主，或是克里斯玛型的领袖——实现的万众归心；其次是功能性整合，科层式整合，通过选举、政治与日常行政的分离以及合法行政来实现；最后是象征性整合，通过国家象征或建国神话来实现民心归聚。<sup>[38]</sup> 斯门德的整合论体现了对议会民主的根本不信任。有趣的是，德国宪法法院把斯门德的整合理论“去民族主义化”，使之成为指导法院判决的重要学说之一。澄清历史事实，确认历史功罪，在此基础上支持有原则的妥协，而不是报复性地翻旧账，这便是公务员案所透露出的整合主义思路。

从民族主义泥潭中拯救出“法治国”传统的智识努力在哈贝马斯的“宪法爱国主义”理论中也得到充分的展现。宪法爱国主义（*Verfassungspatriotismus*）一词最早由政治学者道尔夫·施特恩伯格在1979年提出，<sup>[39]</sup>后来被哈贝马斯在1986年的一篇文章中加以发挥。哈贝马斯认为，经历过纳粹政权和大屠杀的德国永远不可能是一个有着正常历史的正常国家。德国获得救赎的唯一道路就是超越其民族特性，摈弃其“特殊道路”（*Sonderweg*），“对西方政治文化保持无条件的开放”。“不至于使我们与西方分道扬镳的唯一一种爱国主义就是宪法爱国主义”，这并不是指对德国独特宪法传统的效忠，而是指效忠于“普适的宪法原则”。这种效忠“在德国人的文化国家（*Kulturnation*）只有在奥斯威辛之后并通过奥斯威辛”才成为可能。<sup>[40]</sup> 因此，哈贝马斯对德国人的任何民族自豪感（包括出于对德国宪法法院的独特实践之强调而产生的民族自豪感）都保持高度的警觉。

[36] 对于宪法在德国国家整合中的作用之各种观点，请参阅一部文集：*Hans Vorländer* (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, Westdeutscher Verlag, 2002.

[37] *Hermann Heller*, *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, im *Gesammelte Schriften*, ed. M. Drath et al., ii, 2<sup>nd</sup> edn., Tübingen, 1992, 421 - 433.

[38] *Rudolf Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, im *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2<sup>nd</sup> edn., Berlin, 1968, 119 - 276.

[39] *Dolf Sternberger*, *Verfassungspatriotismus*, *FAZ*, 23 May 1979.

[40] *Jürgen Habermas*, *Eine Art Schadensabwicklung: Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Geschichtsschreibung*, *Die Zeit*, 11 July 1986.

## 五、结语：德国宪法实施机制对我国的启示

从表面上看来,德国走向现代化的历史进程与我国有许多相似之处:两个国家都是现代化进程中的“后进”者,都因为这种后发性遭受过先进者的侵袭;而两个国家都因其思想文化上的成熟而具有高度的民族自豪感,知识阶层都试图维护本国特有的传统;这种文化上的发达和物质、经济上的落后导致了发展上的困境:既不愿意完全放弃自身特有的文化,又无法依靠这种传统文化所提供的资源使自己在全球化的时代强大到足以抗拒代表“普适价值”的英美等国的操控。但两国还是有很多区别:首先,德国的文化根源“神圣罗马帝国”是一种虚构的强势文明,是德国遭遇强国侵袭时人为建构出的光荣过去。历史上的神圣罗马帝国从未实现过真正的罗马帝国的统一和富强。而中国的固有文明是一个真实的存在,是直至与西方文明全面遭遇时绵延了数千年的政统与道统。其生命力也远远强于德国这种虚构的文化起源。其次,纳粹政权的罪恶及其彻底失败使德国在二战之后遭遇了彻底的毁灭,也使德国知识分子坚守自己独特文化的信心彻底丧失。对 *sonderweg* 的否定性讨论就是明证。而中国是两次世界大战的名义“战胜国”,新中国政权的正当性经过了两个步骤的强化,首先是在作为第二次世界大战重要组成部分的抗日战争中,国共两党合作战胜了日本侵略者,在此过程中拖住了轴心国之一的日本的主要兵力,从而为正义事业做出了重要贡献,赢得了国际正当性。随后在解放战争中,中国共产党得到广大人民群众的支持,获得了国内正当性。宪法序言中的肯定叙事。并且在新中国成立后坚持走自己的独特道路,虽然期间经历过不少挫折,但如今发展成可以同西方分庭抗礼的强国。因此,战后德国“浴火重生”式的制度重建在中国也缺乏现实背景。第三,由于上述两个原因,与德国放弃“独特发展道路”、致力于对西方价值全面敞开的立场不同,我国时时强调“中国特色”和文明主体性,因此全面把握自身发展的节奏,所以落实宪法实施机制的动力机制与德国完全不同。正如本文作者在另外一篇文章中指出的那样:“建国是实现法治的必要条件,但却不是充分条件。法律有赖一个强有力的政权来加以确立和施行,但一个强有力的政权却未必选择确立和实施法律之治。”<sup>[41]</sup>对政治权力构成有效约束的宪法实施机制,往往是在势均力敌的政治力量需要一个中立的裁判机制来解决冲突的时候,或是在本国政治力量被摧毁的时候。一个已经有效消除国内所有竞争性的政治势力,对外也有足够实力来抵御别国干预的政权,完全靠执政者的自觉自愿来实现自我约束,看来是不大可能的。只有当执政者意识到宪法之治是实现长治久安的不二选择的时候,可能性才会增大。

尽管存在发生机制上的不同,德国宪法法院的成功实践还是可以使我们看到,有效的宪法实施机制可以在国家整合、秩序形成和实现公平正义方面发挥巨大的作用。显然,任何政府都不会热衷于确立一个旨在给权力套上法律缰绳的宪法实施机构的权威,德国宪法法院的权威是它自己发明出来的,正像美国最高法院自我创设了“司法审查”的权力一样。<sup>[42]</sup>德国宪法法院借以确立自己权威的资源主要是“本土资源”,即德国的法治国和法律科学传统。在“西南州”案和公务员案等早期判决中,德国宪法法院证明了自己不受党派利益左右、惟《基本法》是从的独立品格。当这种中立性得到民众认可的时候,它的正当性就得到了确立。

(责任编辑:蒋红珍)

[41] 郑戈:《法治立国的两个步骤》,载《国家检察官学院学报》2015年第1期,第16页。

[42] *Oliver W. Lembcke, Hüter der Verfassung: Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.