

中国宪法司法化路径探索

蔡定剑*

内容提要:宪法实施中的违宪审查机制与宪法诉讼方式是两种不同机制的区别。在分析西方国家宪法实施的路径,以及中国实行宪法监督走违宪审查之路面临的困难后,根据违宪审查与宪法诉讼相别的理论,提出中国的宪法司法化方案,即违宪审查权仍由全国人大常委会行使,而由最高法院承担宪法诉讼的任务。

关键词:宪法 司法化 宪法实施 违宪审查 宪法诉讼

一、西方国家宪法的实施之路

探索中国宪法实施之道,有必要先理解西方宪政国家的历史经验。这个研究对我国的宪法实施是很有现实意义的。纵观西方宪政史,宪法的实施大致经历了:从对国家立法的违宪审查,到对“政府行为”的违宪监督,发展到对公民宪法上公权利的保护,再发展到对公民宪法上的私权实行司法救济。这个过程是宪法从解决公权纠纷,到解决公私权之间的纠纷,再到解决宪法上的私权纠纷的过程;是宪法由虚到实的过程;是宪法走向宪政的发展过程。在这个过程中,我们发现一个规律,就是宪法的司法性越来越强,司法化是宪法实施的要途。下面我们考察宪政发展中最有代表性的国家,即美国、德国和法国的宪法实施之路。

从1803年马伯里诉麦迪逊案确立违宪审查制度到1860年以前,美国联邦最高法院主要实施对立法违宪审查和对州法院判决的违宪审查。违宪审查权主要用来调整立法与行政权、联邦政府与州政府的权力和利益关系。^[1]1868年南北战争以后,美国通过修改宪法,进一步从程序上加强了对公民权利的保护,表现为增加了第13条、第14条和第15条修正案,^[2]废除了蓄奴制,确立了“法律

* 中国政法大学教授。

[1] 这个时期两个最有代表性判决是:1816年,联邦最高法院通过“马丁诉亨特案”(Martin v. Hunter's Lessee 1816, 14 U. S. 304)确立了联邦法院对各州法院的控制权。1824年通过“航运垄断案”(Gibbons v. Ogden, 1824, 22 U. S. 1)确立了联邦最高法院对州立法的审查权。

[2] 这3条修正案增加的时间分别是1865、1868和1870年。

正当程序”和“法律平等保护”原则,并把这种保护推及各州,规定:“任何州不得制定或实施任何法律,剥夺合众国公民的优惠与豁免权;任何州亦不得未经法律正当程序,即剥夺任何人的生命、自由和财产,或在其管辖区域内对任何人拒绝提供法律的平等保护。”这些宪法修正案大大加强了对公民的生命、自由和财产的保护。^[3]

然而,当时这些保护公民权利的原则也仅仅是法律上的确立,在20世纪20年代罗斯福新政以前,联邦最高法院并没有很好地适用这些原则来保护公民的权利。尽管在此以前也曾经有公民企图运用司法审查手段挑战州法的合宪性,但往往以失败而告终。^[4]可以说,美国内战前和以后相当长一段时间内,最高法院对州政府侵犯公民宪法权利的行为是熟视无睹的,对《权利法案》采取严格解释态度,不愿运用违宪审查措施去限制州政府的权力和保护公民权利。^[5]

直到20世纪20年代,在“左翼党派第一案”中,最高法院首次承认《权利法案》等宪法中人权保障条款适用于保障公民权利。^[6]但是在二战以前,这种司法审查的保护也只是有限的对公民言论自由和生命权(强调刑事审判中的正当程序)的保护。^[7]到1937年之后,最高法院的司法审查把注意力转移到非经济领域的人权保护。在“重审谋杀案中”,^[8]法院通过扩展“法律正当程序”概念,把《权利法案》中对刑事程序的保障^[9]都吸收到第14条修正案中的“法律正当程序”条款里面,加强对公民刑事程序的保护。^[10]

美国联邦最高法院真正运用司法审查手段来保护宪法修正案上的基本权利是在50年代以后,特别是60、70年代。在这时期有两件事促进了法院的司法审查,从而加强了对公民权利的保护。一是民权运动推动了司法对宪法关于人权的保障;二是刑事司法程序改革,发展到70年代的程序性革命,^[11]使“法律正当程序”原则成为保护公民权利无所不在的利剑。从此,宪法保护从刑事权利、人身权利、财产权扩展到社会权利、人格权、隐私权等领域的保护,进而发展到广泛适用法律的平等保

[3] “法律正当程序”原则从权利法案(第5条修正案)把正当程序保护对联邦立法的审查要求扩展到对州立法的审查(第14条修正案)。

[4] 如在1823年的“州禁捕蚌案”中,根据一项新泽西州1820年颁布的法律,禁止任何外州公民在州内河流中捕捞蚌蛤或牡蛎。一位在新泽西州采集牡蛎的宾州公民挑战州法的合宪性,但最高法院认为州法并未违宪。(见 *Corfield v. Coryell*, 3 U. S. 230.) 1833年,在“码头淤泥案”中,巴尔的摩市政府为修街道而改变河流流向,导致大量淤泥积在原告拜伦拥有的码头,使大多数船不能靠岸,码头失去商业价值。拜伦宣称市政府的措施构成宪法第5修正案意义上的对公民私有财产权的占取,而要求公正补偿。最高法院以《权利法案》不能被用来限制各州政府为由否决了原告的权利请求。(见 *Barron v. Mayor & city council of Baltimore*, 32 U. S. 243.) 在1872年“屠宰场案”中,路易斯安纳州一家企业获得为期25年的在新奥尔良市屠宰牲畜的垄断权,引起很多个体屠夫的不满,将路州议会法案告上了法庭,认为它违反第13条与第14条修正案。路州最高法院认为合宪。联邦最高法院维护了州法院的判决。(见 *Slaughter - House Cases*, 83 U. S. 36.)

[5] William Cohen, Jonathan D. Varat: *Constitutional Law - Cases and Materials*, Tenth Edition 1997, Foundation Press, p. 461 - 479.

[6] 1925年,左派人士在《革命时代》杂志上发表“左翼宣言”,鼓吹阶段斗争和革命暴力,受到根据纽约州法律的刑事指控,被法院定罪,被告以州法违反第14条修正案的法律正当程序为由,上诉到最高法院,最高法院虽然维持了州法的合宪性,但首次承认第一修正案的言论自由适用于限制各州。

[7] 一战期间到二战前后的相当一段时间,最高法院并没有运用宪法保护言论自由,而是支持政府对言论实行控制。到19世纪末20世纪初,资本主义社会由自由资本主义垄断资本主义以后,第14条修正案的法律正当程序,发生了三大变化:由程序的“正当法律程序”,变为实质的“正当法律程序”;由刑事审判程序的保障,变为民事私有财产的保障;由保护黑人政治权利,变为使用联邦干涉保护私有财产的权益。李昌道:《美国宪法史稿》,法律出版社1986年版,第214页。

[8] *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319.

[9] 指第5、6条修正案中关于公民刑事审判正当程序权利的规定。

[10] *Constitutional Law - Cases and Materials*, Tenth Edition, 1997, Foundation Press, p. 478 - 480.

[11] 指把正当程序原则从适用于对公民的刑事司法权保护扩展到对公民社会福利和政府优惠财产权的保护。

护,保护公民的政治、社会权利,如选举权、^[12]种族平等、男女平等权、言论自由、^[13]结社自由、^[14]新闻自由、^[15]游行示威和集会自由、^[16]社会福利权、^[17]受教育权等。^[18]

从美国宪政史可以看到,最高法院适用司法审查权实施宪法随社会的变革而逐步发展。第一阶段在内战以前,司法审查通过运用分权原则和“州际贸易条款”主要对立法权、行政权和州权行使的合宪性进行审查,以调节立法、行政、司法权的关系,调节联邦政府与州政府的权力关系。第二阶段是内战以后,宪法第13、14、15修正案和《民权法案》的制定,“正当法律程序”和“法律平等保护”的提出,在法律程序上加强了对公民权利的保护。司法审查开始用于民权保护。但是,最高法院并没有真正运用司法审查来保障这些权利的实现。第三阶段是二次大战以后,由于大量黑人和平民参战和妇女后方支援,保卫国家的影响,提高了黑人和妇女的地位,50、60年代爆发民权运动和70年代的程序革命,促使最高法院广泛适用司法审查保护公民权利。这时司法审查才真正在保障公民宪法权利方面全面发挥作用。

下面我们来看看法国合宪审查制度发展的历史。^[19]在法国,由于奉行议会主权的理论,认为议会本身是宪法的守护者,由它自身对立法进行自我约束,不承认法院有权对立法进行监督。但为了给宪法实施提供保障,也一直试图建立专门的护宪机构。1799年,拿破仑“第八年宪法”建立了维宪会(Senat Conservateur),维宪会被授予权力“维护或撤销议会或内阁认为违宪而提交的法案”,有权推翻法律实施前被认为违宪的法律。由于维宪会由拿破仑一手主持,实际上他另一只手在主持立法,所以第一维宪会于1815年无疾而终。1852年第二帝国恢复维宪会体制。法律赋予它有权在立法实施前自行审查法律的有效性,而且判决内阁或公民所提交的违宪请求。但由于维宪会与立法机构的关系密切,此届维宪会亦是纸上谈兵。^[20]

直到1908年宪法法院才开始审查规章在实施中的合法性,但拒绝审查任何立法的合宪性。1936年曾有人想通过违宪审查挑战立法的合宪性,但没有成功。^[21]1946年第四共和国成立了宪法委员会(Comite Constitutionnel)。它仍是个政治机构,而非法律机构。^[22]其主要职责是监督法律与宪法的一致性,就议会通过法律之前有无涉及修宪的问题作出决议。当一部法律的制定要以修改宪法为前提时,两院对宪法解释出现争议,宪法委员会先要在议会两院之间调解,促成意见一致,只有在调解协商无效时,才有权作出决议。合宪审查不过是几个最高权力机关之间的权力角逐,并非保障公民的权利。这时期的宪法委员会监督宪法是徒有虚名。^[23]

从上可见,1958年第五共和国以前,法国也陆续设立宪法监督机构,这一机构的特点是:第一,其职权只限于对议会或内阁机构提交的有关宪法事务进行审查,公民不能提起违宪审查;第二,对立法

[12] 1966年的“州表决征税案”(Harper v. Virginia State Board of Election, 383 U. S. 663)。

[13] 如1969年“右翼党派案”推翻了对惩罚宣扬暴力推翻政府的州法违宪(Brandenburg v. Ohio, 395 U. S. 444),1989年的“焚烧国旗案”(Texas v. Johnson, 491 U. S. 397, 1989)。

[14] 1958年“黑人协会名单案”(NAACP v. Alabama, 357 U. S. 449)。

[15] 1964年“纽约时报诉萨利文案”(New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254, 1964)。

[16] 1969年“黑人牧师游行案”(Shuttlesworth v. Birmingham, 394 U. S. 147)。

[17] 1970年的“州限子女资助案”(Dandridge v. Williams, 397 U. S. 471)。

[18] 1973年的“德州校区资助案”(San Antonio School Dist. v. Rodriguez, 411 U. S. 1.)、1982年的“移民子女学费案”(Plyler v. Doe, 457 U. S. 202.)、保护免费的公共教育。1971年的“遗产管理申请案”(Reed v. Reed, 404 U. S. 71)。

[19] 之所以称法国的制度为合宪审查制度,是因为法国的护宪机构一般在法律颁布之前对其是否符合宪法进行审查,不符合宪法的法律不能颁布。它与法律颁布后对被怀疑违宪的法律进行的审查有所不同,它的主要目的是消除违宪的法律。前者更大程度上是一种使法律合宪的立法性程序,后者则是一种对违宪的监督程序。

[20] 张千帆:《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8页。

[21] 见 Arrighi Cas. D. 1938, 一名公务员要求国政府宣布一项“公务员自动退休案”违宪,而被驳回。

[22] 宪法委员会由总统主持,成员包括两院院长和10名由议会两院根据比例代表制选举的非议员组成。其中国民议会选7名,参议院选3名。

[23] 第四共和国宪法委员会存在的12年期间,只在1948年6月18日提出过一次成功的审查建议。

合宪的审查主要限于法律实施以前;第三,它基本上是政治性机构,而非司法机构。

1958年法国现行宪法设立了宪法委员会(Conseil Constitutionnel),很大程度上保留了原来的特性。宪法委员会由总统、两院议长各任命三分之一组成。在1971年宪法改革以前,宪法委员会的职能是监督选举的合法性,裁决选举纠纷和公民复决的合法性,保证政府的选举正常进行;向总统和政府提供咨询,对总统行使紧急权力的必要性提出建议;对立法与行政权限争议进行调控;对《议会议事规则》和《组织法》在通过前进行审查;审查国际条约的合宪性;对地方法规的合宪性进行审查。宪法委员会还有受理申请合宪审查的权力。但这项权利行使有两个条件:一是法律颁布之前,而不是法律实施后;二是有权提请合宪审查的人员只限于总统、总理、两院议长、60名以上的两院议员。公民和社会组织都无此权力。由以上人员提出的合宪审查请求,宪法委员会必须在一个月内作出是否合宪的决定。被宪法委员会宣布违宪的法律或条款不得颁布实施。对宪法委员会的决定也不得上诉,各国家机关必须承认。

20世纪70年代初以后,法国进行宪法改革,^[24]出现宪法司法化的趋势。宪法从政治性纲领向法律转变,宪法委员会从只保障国家机构的分权向同时保障公民基本权利的方向转变。^[25]宪法委员会由政治机构正逐步变成准司法性机构。

宪法委员会在1972年对“结社法的裁决”中,^[26]创造了法国的“马伯里诉麦迪逊案”。1970年5月,以萨特为首的左翼知识分子成立了“人民之友”的组织,以抗议右翼政府对左翼组织的压制,根据有关法律该组织向警察局递交了通告,以获取法人地位。警察局长在内政部长指示下,拒绝向“人民之友”发承认通告的文书。该组织的发起者向巴黎行政法院起诉该局长。行政法院认为,警察局长有义务颁发承认社团法人地位的文书,因而推翻了局长的决定。内务部长不得不承认巴黎行政法院的决定。但为改变这种情况,内务部长提请内阁向议会提出立法议案,修改相关法律,要求结社须获得事先司法批准,以推翻行政法院的决定。法律在众院获得通过,参议院议长将其提交宪法委员会审查。宪法委员会首次根据宪法序言《人权宣言》决定议会关于结社须事先经批准的法律条文违宪。^[27]

1986年保守党上台后,希拉克内阁企图修正1984年的一项关于报社的财政透明度和多元化的法律。社会党议员提请宪法委员会审查该项法律,宪法委员会判决法律因削弱了报社多元化而违宪。^[28]

法国宪法委员会正出现司法化发展趋势,但是,仍然没有完全改变它政治性机构的性质,宪法委员会的审查主要进行不同国家机关的权力平衡,它还不能受理公民的诉讼,宪法没有真正司法化,公民宪法权利保护存在重大缺失。^[29]

在德国宪法被完全司法化了。1870年普鲁士统一德国,实行的是君主立宪,权力并非来自人民,宪法只为政府而制定,对人权没有保障,宪法监督机制没有建立。1919年,德国制定了魏玛共和国宪法。这是一个理想民主制的宪法,宪法给予公民权利以充分、广泛的保障。但由于当时处于社会动

[24] 这一宪法性变革以70年代初期宪法委员会的几项重要裁决为标志。1971年7月16日关于结社自由的裁决,揭开了宪法委员会角色的转换序幕。1973年12月2日首次援引《人权宣言》包含的“法律面前人人平等”原则裁决1974年度财政预算法违宪。

[25] 20世纪70年代,在欧洲尊重和保障人权已形成大气候。

[26] (1972 D 685)。

[27] 前引[20],张千帆书,第78页以下。

[28] “新闻法决定案”(86-210 DC, Rec. 110)。

[29] 法国宪法委员会有没有司法化,仍是个争论的问题。张莉博士在介绍法国的宪法监督制度时,肯定它有司法职能。但从介绍的内容看,宪法委员会除了裁决选举诉讼有些司法性外,其职权基本是限于解决立法审查和政府间的权力纠纷,没有公民的参与和诉讼性质。法国司法部长认为,“宪法委员会并不是一个司法审判机构,它是调整公共权力运行的组织。”朱力亚教授(Juliard)认为,宪法委员会行使的监督不是司法性质的,而是制度性的。当然,也有一些观点认为它是个司法性的机构,参见朱国斌:《法国的宪法监督与宪法诉讼制度》,《比较法研究》1996年第3期。

荡、民族危难之机,表面上充分的民主无力阻挡(有时是有利于)独裁力量的崛起,宪法保障机制显得苍白无力。德国彻底实行宪法司法化,是德国人二战后深刻反思法西斯独裁统治、践踏人权的结果。所以,立宪之始就把公民权利保护放在首位,在宪法保障机制上,设置专门的宪法法院,对国家权力进行监督,对公民权利进行全面而彻底的保障。

如果说美国是任何法院都有权对宪法问题进行司法审查的话,那么,德国则只有特殊的宪法法院才有权处理宪法问题。基本法建立了一套独立的宪法法院系统,联邦每个州也有一个宪法法院处理本州的宪法问题,联邦宪法法院则是宪法诉讼的最高上诉法院。

德国联邦宪法法院由两个庭组成,每庭8名法官,分别由众议院和参议院各任命每庭4人组成。第一庭主要负责司法审查(Judicial Review),包括两方面的案件:一是处理法规是否违宪,对政府机构与公民之间因宪法权利争议引起的审查,其目的是保护公民的宪法权利不受政府侵犯。进行司法审查时,法院有权根据宪法,去宣布立法、行政、司法决定违反宪法条款而无效。司法审查占宪法诉讼的95%。二是受理宪法诉愿,听取涉及公民个人权利的宪法诉讼,以及法院提交的具体宪法争议,其目的是保护公民权利不受第三人侵犯。第二庭进行宪法审查(Constitutional Review),是传统的违宪审查,主要处理宪法规定的政府机构之间的权限争议,审查联邦政府机构之间,联邦和州政府之间,以及政党因被宣布违宪而引起的争议,目的是通过审查,维护不同政府机关之间的分权与制衡,以保障宪政体制的正常运转。^[30]

宪法法院审查违宪的程序是,第一庭对法律进行违宪审查时,对各州宪法法院和其他法院提交的法律进行具体审查,当法院作出一项判决取决于某项有效的法律,且法院认为该法律违宪时,法院应中止审判,将法律提请违宪审查。如果认为州法违反了本州宪法,应将法律提请州宪法法院审查;如果认为法律违反了基本法,应提交联邦宪法法院审查。

其应联邦内阁、州政府或联邦众议院1/3成员提请,对有关联邦与各州法律是否在形式上或在实质上符合基本法或联邦法律提出质疑;对联邦最高机构之间权责的争议、联邦与州之间的权责争议提请审查等;政党可就政党行为与宪法法律关系的争议提起诉讼。公民也可就基本权利受到侵害而提起宪法申诉。申诉的权利涉及到公民人格权、生命、自由、财产和选择职业的权利等。由公民提出权力机关侵犯其某项基本权利或侵犯其联邦基本法某项条款规定的基本权利的宪法诉讼案件。这种宪法诉讼案只能是当事人在无其他法律途径解决时才能提起。

德国联邦宪法法院确立宪法审查里程碑式的案例是“西南重组案”。^[31]该案是1949年西德联邦政府就西南地区的三个州合并问题先后两次通过西南三州重组法案,规定了州议会任期和三州合并的具体步骤。巴登州政府以重组法律违反民主和联邦原则为由,向联邦宪法法院提起申诉,控告这两项联邦法律违宪。联邦宪法法院第二庭首次获得违宪审查的机会,并判决维持了联邦政府的重组法律。在这个案件中,宪法法院阐述了宪法审查的一系列原则:首先,宪法法院肯定了基本法的最高宪法规则地位,它不仅控制联邦和各州的法律,而且控制宪法条文本身的解释和修正。其次,联邦立法和行政机构必须服从于宪法法院的决定。宪法法院不限于当事人提出的具体问题,而是有权审查案件所涉及的全部宪法问题。宪法审查在上世纪50、60年代主要用于调控国家权力关系。

到60、70年代,宪法审查重点转向公共社会权利的保护。由于德国实行社会福利政策,同时强调个人财产权的公共福祉,宪法法院随着德国社会经济的发展通过宪法审查,发展了财产权的概念和内容,把财产权由传统防御性的权利,转向积极的社会福利和公正分享自然资源和国民产值方面;^[32]

[30] 刘兆兴:《德国的宪法监督制度》,参见应松年、李步云主持:《各国宪法监督制度》(宪法监督课题组论文),2002年4月,第114页。

[31] Southwest Case, 1 BVerfGE 14.

[32] 参考 Socialist Reich Party Case, 2 BVerfGE, P332.

对个人财产权作出了符合社会公共福利要求的解释,更多地承认了立法对财产权的调控。德国宪法法院还通过一系列的判决,调控政府在颁发营业执照、规定职业的条件等案件中确立公民选择职业自由权利,认定法律对职业规定明确限额可能违宪。^[33]

到70年代,宪法法院还积极干预了对大学教育的选择权,通过大学限额和大学录取的三个案例,^[34]对大学教育的录取进行了干预,认为政府法律规定录取名额是限制了学生基本法规定的职业选择自由,宪法法院扫除了政府对教育事务的绝对裁量权,使之受制于严格的违宪审查。在高等教育领域,宪法法院显示了司法能动性,在宪法法院的干预下,基本法的权利条款对社会生活发挥正面影响。

上世纪50年代德国劳工法院就开始了将宪法适用于私法领域的理论探索和实践,直接适用宪法调节劳工关系作出了一系列判决。^[35]但是,德国联邦宪法法院直到1958年才采用宪法适用于私法的理论,不过,它采取的是宪法间接适用的理论。这方面最著名的案例是“联合抵制电影案”。^[36]在这个案例中确立法律必须根据基本法而获得解释的原则。宪法价值体现于私法中,当宪法权利与其他合法的社会权利冲突时,宪法法院要求普通法院对冲突的宪法权利作出适当平衡。所以,德国的私法诉讼可能涉及到宪法权利,如果普通法院未能正确地解释宪法原则对私法条款的效力,那么败诉方即可宣称自身的宪法权利受损害,因而诉诸宪法法院以审查普通法院的决定。

德国宪法法院的一个特点是对人权的广泛保障。其对人权的保障涉及到人的个性、信仰、言论、结社、隐私和财产的普遍人权,以及集会、迁徙、职业选择等公民权利,还有人身权利、刑事程序保障权利、权利的保障机制、法律的平等要求、抵制征兵等。在所有的权利中,以人格尊严不可侵犯为保护之首。宪法法院不仅提供广泛保障,而且提供了广泛保障的手段。在德国,基本法是可以直接实施的最高法律,多数权利无须法律的进一步规定,可基于宪法而在法院获得自动实现。当然,适用宪法的措施是逐步推进的。

德国的联邦宪法法院就象美国、法国的宪法审查一样,首要的职能是维护宪法确立的权力分立的宪政体制,保证立法、行政,中央和地方的权力按宪法规定的范围行使。德国与世界上很多国家司法审查制度不同的特点在于它不仅有一个专门的宪法法院,而且宪法司法审查调节社会生活的范围极为广泛。它不仅对法规进行违宪审查,还对公民的宪法权利进行保障并调节宪法上的私权关系,处理选举纠纷,审查政党的违宪行为,^[37]还对公务员是否忠诚作出宪法裁决等等,德国宪法法院是全方位适用宪法进行违宪审查和保护公民权利的机构。

从对西方国家宪政史的概述可以看出,违宪审查制度是在宪法制定以后很长一段时间逐步建立完善起来的。宪法实施展现了一个逐步扩展、深入、细化的动态过程。上世纪20年代以前,西方国家的政府权力很少干预社会生活,所以那时违宪审查主要调节政府权力之间的分权制衡,解决行政、立法、司法,中央与地方的权限纠纷,维护宪法确立的分权体制,而对公民权利保护长期保持沉默。20年代以后,政府权力逐步加强对社会经济生活和公民权利的干预。社会对违宪审查保护公民权利的要求就迫切起来,对公民基本权利保护的违宪审查提上日程。因为在法治社会当政府权力广泛干预

[33] 如1958年Apothecary Act Case, 7 BVerfGE 377,宣布了巴伐利亚州的限制药剂师开业的法律违宪。

[34] 1972年“大学限额第一案”(33 BVerfGE 303), 1975年“大学限额第二案”(39 BVerfGE 276)。1975年“大学录取第三案”(43 BVerfGE 291)。

[35] 1954年,劳工法院就判决私人企业的雇员有权利用宪法保护言论自由的权利,以抗衡雇主的压制措施。在1955年的案例中,私营企业的集体工资协议规定,女性工人的工资低于类似工种的男性工人的工资。这项协议被劳动法院判决无效。在1957年的一个案例中,私人企业在合同中规定女性在实习中不得结婚的条款,女性雇员结婚则受到开除。这一决定被劳工法院判处违宪。1962年的一个案例,企业要求辞职的雇员偿还教育费用的合同违反了自由选择职业的权利。

[36] (Luth Case, 7 BVerfGE 198). Peter E. Quint: Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory, 48 *Maryland Law Review* 247 (1989).

[37] 如1952年的“社会帝国党案”(Socialist Reich Party Case, 2 BVerfGE 1),社会帝国党被裁违宪。

社会生活的时候,很多法律的实施(特别是政府直接行使权力这方面法律的)都会被归结于宪法问题。如果政府(包括司法)没有正当行使权力,最终只有提到宪法的层面上才能解决问题。

由于一种新机制建立总是相对落后于民众的需求,所以二战以前,宪法对公民权利的保护仍然没有真正到位。二战以后,随着国家权力扩展到公民生活的广泛领域,而许多普通公民对权利保护的要求更为强烈而有力,政府也觉得对公民负有更多的义务。此时,宪法保护机制在西方国家才真正普遍建立起来,并且开始集中精力于公民基本权利的保护,包括制止立法、行政、司法对公民基本权利的侵害。当立法和行政、司法没有为基本权利提供有效的法律保护时,公民要求直接提供宪法保护。但是,对公民基本权利侵犯的违宪审查在50、60年代以前只限于“国家行为”的侵犯。70年代以后,西方国家向社会福利国家转变,宪法保护机制相应适用于私法领域,用于调节非国家行为对公民权利的侵犯。

宪政史的发展表明,为适应社会发展和权利保护的需要,宪法实施是一个由虚到实、不断地加强和完善的过程:由单纯的违宪审查,监督平衡国家机关的权力,发展到广泛地对公民基本权利进行司法化保护,进而发展到对公民宪法上的私权利进行救济。在这个过程中,宪法保障实施的两大机制宪法司法化和私法化起了至关重要的作用。

二、宪法的司法化研究

宪法能否司法化关系到宪法实施的途径,以及如何推进宪政建设这一具有重要实践意义的理论问题。过去,宪法司法化问题被忽略,^[38]不少人(包括我本人)都认为宪法司法化与我国的宪政体制不相符合。齐玉玲案中最高法院对法院可以适用宪法的解释引发了对宪法司法化的热烈讨论。但这些讨论并没有很好地解决宪法司法化走向实践的理论问题。所以,有必要对宪法司法化作出恰当的定义,进而回答它是否适合运用于我国的结论。

什么是宪法的司法化?黄松有法官在阐述齐玉玲案时所作的解释是:所谓宪法司法化,就是指宪法可以像其他法律法规一样进入司法程序,直接作为裁判案件的法律依据,并且在裁判文书中加以援引。^[39]另一种观点认为,宪法的司法化不是把宪法当普通法律来判案,而是根据宪法来审查法律是否违宪的违宪审查。^[40]把宪法司法化与违宪审查等同,或者认为宪法司法化包含违宪审查。

强世功教授在总结宪法司法化的不同观点时发现,所谓宪法司法化的概念隐含着两层不同的意义,他把它称为“违宪审查”(或司法审查)和“司法判断”。^[41]违宪审查是指传统意义上的解决法律与宪法相冲突的违宪问题,是涉及宪政中确立国家权力结构的根本问题;“司法判断”是指法院把宪法象普通法律一样作为司法判案的依据。这是非常重要的发现。

由于对宪法司法化缺少深入的研究,一些学者把宪法司法化等同于司法审查或包括违宪审查,或者认为就是法院直接适用宪法判案,使得反对或赞成宪法司法化的人都对这种理论在中国的作用感

[38] 1992年胡锦涛教授对宪法的司法适用性进行了探讨,较早涉及宪法司法化问题。参见胡锦涛:《中国宪法的司法适用性探讨》,《中国人民大学学报》1992年第5期。2000年,王磊教授出版了《宪法司法化》一书。这些研究提出了问题,但并没有对宪法司法化作深入的阐述。

[39] 黄松有:《宪法司法化及其意义》,《人民法院报》2001年8月13日。

[40] 乔新生:《评一则改变中国宪政的司法解释》,引自北大英华网。

[41] 强世功:《宪法司法化的悖论——兼论法学家在推动宪政中的困境》,《中国社会科学》2003年第2期。

到怀疑,认为宪法司法化会导致法院要实行违宪审查,从而与我国宪法体制和人民代表大会制度相悖。^[42] 本文试图解决这一困境,其钥匙就是对宪法司法化给予正确的阐述。

究竟什么是宪法的司法化或者宪法的司法适用?要解决这一问题首先要弄清宪法纠纷的解决机制。当不同国家机关的权力相互冲突引起纠纷时,要用违宪审查的机制加以解决。如果公民、法人和社会组织的宪法权利受到损害,在什么情况下才构成宪法问题呢?这要取决于侵害者的性质。当国家机关权力冲突或公民权利受到国家权力侵害时,解决纠纷的机制通常称为违宪审查。违宪审查在不同的制度下可由不同的机关行使,世界上违宪审查的主要模式有宪法法院、普通法院、宪法委员会和立法机关等模式。它要解决的纠纷是判断立法或国家行为是否违宪。这种纠纷部分国家采取司法化的方式解决(如美国和德国),部分国家采取立法机关或政治机关的方式解决(如我国、法国和瑞典等国)。违宪审查的结果是违宪的法律或行政行为宣布无效或被撤销。

如果公民的宪法权利侵害来自其他公民或社会组织,这些权利是有许多具体法律或法律原则加以保护的,不需要动用宪法保护机制。但不排除法律不完善时,需要启用宪法保护机制直接来保护。还有一种情况是普通法院在运用法律审理案件中,当事人对法院的最终判决不服,认为法院没有保护其宪法权利时,需要启动宪法保护机制。提供这种救济的机制主要有以德国为代表的欧洲大陆等国家的宪法法院模式和美国的普通法院模式。这两种模式是真正意义上的宪法司法化。因为违宪审查可以不通过司法化方式实现,非司法化的立法机关和政治性机关都可以承担这一使命。对抗第三人的宪法权利保护则必须是司法化的,只有通过司法化的方式权利才能得以有效救济。宪法的司法化主要看这部分宪法是否司法化。^[43] 对这类诉讼的审理不是审查一个法律或一个政府行为是否违宪,而是裁决公民提起的申诉是否是宪法保护的权力,或者在被侵权者与侵权者发生冲突的两种权利之间进行权衡优先保护哪种权利。我们可以称之为宪法权利的司法救济(宪法上的私权救济)。

从前面的分析可以发现,宪法纠纷实际上是两类,相应有两种解决机制。法国宪法学者豪利奥(Hauriou)就曾把宪法区分为调控国家机关权力关系的“政治宪法”和构成公民契约的“社会宪法”,^[44] 我认为这很能说明问题。德国宪法实施的实践就更清楚地区别这一点,它把两种纠纷和解决机制大体分开,德国的违宪审查在理论上分为宪法审查(Constitutional Review)与司法审查(Judicial Review)。宪法法院分别设立一庭和二庭来处理这两类不同的纠纷。一庭的职责主要是保障“社会宪法”实施,受理公民提起的涉及宪法基本权利的宪法申诉,及其他法院提交涉及宪法争议的具体诉讼。它又分为涉及国家权力侵害的诉讼和来自私权侵害的诉讼(后者是真正的宪法诉讼),目的是保障公民的基本权利,所以,它实行的是司法审查(Judicial Review),^[45] 意味着它必须采用司法化的诉讼方式。二庭的职能主要是保障“政治宪法”的实施,是传统的宪法审查,专门解决国家机构以及政治机构(包括政党、公法社团和选举纠纷)之间的权力和合法性争议,以及对抽象法律进行审查。公民一般不能提起此类申诉。其目的是保障分权的政体。所以,它适用宪法审查(Constitutional Review)制度,不

[42] 如童之伟教授不太赞成用宪法司法化的概念,而用“宪法的司法适用”。他说,“不采用宪法司法化一词,是因为其中那个‘化’字似乎暗含欲将宪法的适用权全让法院包揽,并排斥立法机关等主体适用的意思。”他认为,宪法司法化就必然导致突破现行宪法框架,形成一个由法院掌握包括宪法解释权、违宪审查权和宪法诉讼裁判权等权力的司法体制。宪法司法化会引发司法革命,需要靠政治体制改革解决。参见童之伟:《宪法司法适用研究中的几个问题》,信春鹰主编:《公法》,法律出版社2002年版,第324页,第331页以下。

沈岿也担心宪法的司法适用会突破中国宪法确立的基本制度——人民代表大会制。类似于英国的“议会至上”,中国的法院无权审查法律、地方性法规的合宪性。参见沈岿:《宪法统治时代的开始?宪法第一案存疑》,张庆福主编:《宪政论丛》,法律出版社2003年版,第562页。

[43] 与违宪审查不同,违宪审查有的是公民无权提起,即使公民有权提起,也可以是没有具体的诉讼对象而只是法律本身,宪法诉讼必须是公民提起的有明确的被告,而且诉讼时是司法程序性的。

[44] 前引[20],张千帆书,第73页。

[45] 宪法法院的法官选任大多是法律专业人士,审理建立在当事人的口头辩论或书面辩论基础上,程序都是司法性的。前引[30],应松年等书,第114页。

一定采用司法化的方式。这是宪法适用的两种方式。

而在美国,这两类纠纷和解决机制是混在一起的,都由普通的司法程序解决,统称为司法审查。^[46]这一点迷惑了我们许多人,从而认为违宪审查与宪法诉讼就是一个东西。于是有的人就把宪法司法化范畴自然地等同或包括违宪审查,因而得出宪法司法化不适用中国的结论。这在理论上没有把违宪审查与宪法诉讼(或称宪法私权的司法救济)区分开来。尽管有的国家违宪审查也采取司法化的方式,但它实际上与宪法诉讼是不同的两个东西。所以,我们可以说宪法的实施有两种机制,一种是违宪审查机制,一种是宪法诉讼,即宪法上的私权救济司法化。^[47]分清这两个概念对我国宪法实施的理论和实践具有重要意义,因为我们可以把违宪审查和宪法诉讼分别由不同的机关行使,这将在后文专门研究。

对宪法能否司法化的态度,取决于对宪法精神和议会制度的理解。宪法的司法化首先取决于对宪法精神的理解。宪法究竟是什么样的法?如果把宪法理解为普通的法律,那么,宪法就可以在普通法院被司法。马歇尔大法官在解释为什么法院可以实施宪法时认为,宪法是根本法,但它首先是普通法,而解释和适用法律是法院的职权。如果法律违背了宪法,法院必须在冲突的规则中确定何者支配案件的判决。这是司法责任的根本所在。因此法院有权解释宪法。^[48]根本法使宪法不被一般“司法”,而被有限地、最后“司法”。这就是美国的宪法司法化理论。在美国人的观念中,宪法很大程度上被视为普通法律。所以,在各级普通法院中都可以施行宪法。他们理解的宪法与普通法律不同的是宪法专门用于对抗国家的权力,而他们在理解三权分立时又特别强调分权制衡,对分权制衡的理解中又特别强调法院对法律解释的绝对权力,而不相信议会立法的至上权威。这是在美国宪法可以司法化的理论原因。

宪法是否司法化还取决于对代议制的理解。在法国,为什么长期以来没有建立起司法化的违宪审查制度?其主要原因是强调议会主权、立法至上和固守分权原则,因而不承认司法机关或其他机关有高于立法的权力,不让法院有权对法律进行审查、染指立法。在第五共和国以前,议会主权的理论是议会代表人民的普遍意志,议会的职能是代表人民制定宪法并根据自身的理解解释宪法,司法机关或其他机关只能是尊重和实施立法,而无权去审查否认立法。根据法国人理解的分权理论,各级政府限于行使宪法赋予给自己的权力,并对其他机构的决定给予充分尊重,而不象美国式的不仅强调分权,还强调制衡。既使到第五共和国时期,政体作了一些改变,议会主权、立法至上的理论在制度层面上受到抑制,调整了立法与行政权力关系,削弱了议会的权力,扩大了行政权力。但是,司法权并未得到加强,也没有把司法权抬高到可以施行宪法的地位。人民主权思想还是把议会和特别产生的宪法委员会作为宪法的守护人,而不是把护宪任务交给司法机关。即使承认宪法需要监护,成立了宪法委员会,但宪法委员会的初衷只是保证分权原则得以实现,也没有把宪法当作普通的法律在司法机构适用。宪法委员会仍是个政治性机构,而非司法机构,其审查法律合宪的程序也是非司法化的。^[49]

另一拒绝对立法进行司法化违宪审查的原因是法国宪法没有公民权利的规定。因《人权宣言》仅作为宪法的序言,而序言不被认为有法律的效力,所以法院一直拒绝对宪法进行合宪性审查。制宪委员会反对法院司法审查的理由是:《人权宣言》提及的基本权利不具备法律效力,因而不能为宪法委员会审查立法提供基础。有的委员认为,如果通过法院诉讼方式实行宪法审查,与法国公共生活的传统冲突太大,就有把我们引向法官政府之风险,这将削弱议会的立法作用,并以有害方式阻碍政府行动。

[46] 当然,司法审查比解决这两类纠纷内容要广,不仅是违宪审查,还包括行政违法行为的审查。

[47] 刘兆兴教授称为宪法诉讼。

[48] 前引[20],张千帆书,第43页以下。马伯里诉麦迪逊案确立了三条原则:第一,宪法是最高法律,但它同普通法律一样,具有在现实中得到解释与实施的确定意义;第二,解释与实施宪法是法院责任所在。第三,法院对宪法的解释对政府和其他机构有约束力。其他机构也可以解释宪法,但法院的解释是最高效力的必须得到普遍遵守。同上书,第46页。

[49] 朱国斌教授认为,法国宪法委员会是否司法化机构仍是个争论的问题。

Teitgen 教授认为,如果让司法性机构审查立法是否合宪,会抵触议会体制,那就又回到“法官统治的政府”。^[50]

法国人关于宪法的传统观念认为宪法主要是政治性的,它的主要任务是维护三权分立的政府体制。所以,法国建立宪法保障机构,就是一个政治机构,而非法律机构。法国人认为议会的立法——民法、刑法、行政法等与宪法不是地位高低的从属关系,而是它们属于不同的法律。宪法尽管是最高法律,但它只是维护分权体制的法,与民法、刑法、行政法具体解决公民纠纷的法根本不同在于它们分别解决不同的问题。所以,依此理念法国分别建立了不同的法院系统:民法院、刑法院、行政法院等互不隶属。宪法委员会不是解决法律问题,而是解决宪法分权带来的政治权力纠纷。所以,在1971年法国宪政改革以前,宪法委员会不但不涉及到公民权利的保护问题,而且在对法律的违宪审查方面也不具有最高效力,民法院和行政法院可以不服从宪法委员会的违宪审查决定,而独立适用它认为正确的议会立法。宪法委员会并不具有最高裁判者的地位,最高法院和最高行政法院对是否遵从宪法委员会的决定具有一定裁量权。^[51]所以,法国人根据自己的宪法观念没有按美国最高法院的模式建立宪法法院,可能是为了避免把宪法与普通法律对接,使宪法混同于普通法律。法国不建立这种统一的宪法司法化的违宪审查制度,是“为了避免使政治、经济和社会争议司法化。”可见在法国,由于对宪法的政治性理解多于法律性理解,宪法与那些解决公民纠纷的法律是两回事,政治性决定不可以在普通法院加以施行,护宪机构只能是政治性的宪法委员会。

在德国,宪法是战后对专制集权反思的结果。宪法作为民主制度和法治社会的坚实基础,它在制定宪法时就把它作基本法来对待。由于宪法是基本法,是其它法律之上的母法,它不可能象普通法律一样被法院来司法。但宪法是控制统一其它法律的法。所以当其他法律涉及到政府权力和人民权利的纠纷时,宪法就不能坐视。于是,就出现德国与美法两国不同的情形。

在德国,宪法司法化基于它是“最高性”的法律理念,它不解决公民的具体纠纷,不能被普通法院把它当作普通法律来“司”行。但是,作为基本法具有法律的属性,又不能不解决其他法律解决不了或涉及其他法律本身的问题。因而又承认宪法的司法性,宪法可以被司法,因为它是法律。所以,就产生了宪法不被普通法院适用,建立一套专门宪法法院来解决宪法纠纷的制度。普通法院解决法律纠纷,如果审理纠纷中涉及到宪法问题的争议,就提交宪法法院来解决。这就是德国的宪法理念。

根据以上对几个西方有代表性的宪政国家的考察,我们可看到,宪法是否司法化取决于不同国家的代议制理念和对宪法的理解。那么究竟什么是宪法的司法化呢?所谓宪法的司法化,主要是指宪法可以作为法院裁判案件的直接或间接的法律依据。法院直接以宪法作为裁判案件的依据,又有两种情形:一种是指法院直接依据宪法对国家机关权限(亦包括政党和选举等)有争议的事项进行司法裁决,亦即违宪审查;另一种情形则是将宪法直接适用于侵害公民权利的案件,包括政府侵害与私人侵害。宪法司法化至少有以下三个特点:

第一,宪法可以由法院适用于具体案件。这个法院可以是普通法院,也可以是专门的宪法法院。第二,公民有权作为当事人提起宪法诉愿。宪法司法化说明必须按一定的司法程序适用宪法,如必须有具体的当事人参与诉讼、程序有抗辩性等。第三,通过诉讼能为被侵害的宪法权利提供有效的法律救济,而不是解决一般的违宪问题。

[50] Bell, *French Constitutional Law* (1992), p. 27 - 28.

[51] 在70年代以前,最高行政法院与宪法委员会的决定一再发生冲突。最高法院有时也以缺乏对审查的立法有管辖权为由继续适用宪法委员会认为违宪的法律。当然这种情况在1972年宪政改革以后有所改变,行政法院和民法法院开始对宪法委员会的裁决持接受甚至欢迎态度。前引[20],张帆帆书,第92页。

根据这样一个标准衡量,法国不存在宪法司法化,^[52]因为宪法委员会处理宪法纠纷不具备上述三项条件的第二、三条。在德国,宪法被司法化,为此成立了专门的宪法法院,宪法法院是与民法、行政法院差不多同等类型的专业法院,不过它解决的是涉及宪法纠纷的案件。毫无疑问,美国的宪法是完全司法化的,宪法问题和其他法律问题是在同一个法院按同样的司法程序审理的。

但宪法的司法化是有条件的,不能把宪法的司法化简单理解为公民可以直接拿宪法到法院打官司,这种理解是简单化的。宪法司法化适用应该接受一些原则或条件的限制,其中最重要的限制就是遵循“穷尽救济手段”原则。

学者对宪法适用的穷尽救济原则的解释是,宪法中的基本权利已法律化、具体化,公民权利受侵害可以运用法律加以救济。当基本权利未被法律化,或虽被法律化、但法律规定无法涵盖宪法规定时,应当允许司法机关在审判中直接适用宪法的有关规定。^[53]这样解释并不全面。实际上,穷尽救济原则是在两层意义上使用的:当宪法保护的基本权利受侵害时,公民应通过法律赋予的行政的、社会的(如仲裁、调解等方式)、司法的等各种手段寻求救济,最后采用司法手段时,也要在通过一审、终审等程序以后仍不能得到有效的救济之后,才可求助于宪法诉讼。另一种情况是宪法权利没有法律具体化,而得不到具体法律的救济。在这种情况下应先适用有关的法律原则,只有在法律原则还不能解决问题时,再适用宪法。第三种情况是宪法解决那些新生的权利保护问题。随着社会发展会不断产生一些新的权利,如堕胎、同性恋、安乐死等问题,都可能直接成为宪法问题。^[54]总之,宪法是公民获得权利救济的最后手段。

穷尽救济原则是各国宪法司法化适用的普遍原则。在德国,联邦宪法法院受理的宪法性争议案件管辖有16种之多。但是由普通公民提出的宪法诉愿案只是其中之一,而这种宪法诉愿案只能是当事人在无其他法律途径解决时才能提起。^[55]当公民对政府行为提起侵权诉讼时,先要经过行政诉讼,只有在行政诉讼得不到救济时,再提起宪法诉讼。

美国宪法第3条第2款明确规定,司法权的适用包括宪法案件,所以,各级法院都有适用宪法的司法审查权。美国法院的各种纠纷都要从基层法院开始,虽然公民可以以宪法的名义在各级法院提起诉讼。^[56]但法院强调,任何诉讼包括宪法诉讼必须有“个人的实际损害”为条件。而只有国会立法才能为一个人建立法律权益。如果这种有法律规定的法定权益受到损害,才构成宪法第3条诉讼资格所要求的个人实际损害。^[57]公民无权在没有国会制定有关法律的情况下,对政府行为提出合宪性质疑,如果公民直接控告某一政府行为违反宪法的具体条款,公民就因缺乏诉讼资格而不能立案。这意味着公民在权利受损害时必须先寻求法律上的救济。美国的法制比较完备,宪法上的基本权利一般都有具体法律加以保障。所以,公民权利受侵害一般能寻求到普通法上的救济。象涉及到平等权、选举权等问题可以寻求《人权法案》的保护,涉及到雇用中的歧视问题可引用《政府雇用法》或《劳动法》等进行法律诉讼。最后在寻求有关法律还不能保护基本权利时,再寻求宪法的保护。由于联邦最

[52] 张莉博士对宪法司法权的解释是“根据宪法赋予的权限裁决宪法性法律争议的权力”。她说,法国法学界把宪法的司法权分为“诉讼司法权”和“非诉讼司法权”,前者是指有明确双方当事人参与情况下的审查权,后者是指没有具体当事人情况下的审查权,法国的情况属于后者。很明显,张莉博士的宪法司法权与违宪审查等同,我们的标准完全不同。见前引[30],应松年等书,第87页。

[53] 吕艳滨:《宪法在司法审判中的适用性理论研讨会综述》,参见《宪政论丛》(第3卷),第509页。

[54] 我在与Ira Belkin先生(美国联邦检察官、现任美国驻华使馆法律顾问)讨论宪法诉讼问题时,他提出一个观点我认为很有道理。他说,美国宪法诉讼就是解决那些其它法律没有规定或解决不了的(那些边边角角)的问题,如歧视、堕胎、同性恋、安乐死等问题都是一些社会发展产生的权利,法律没有涉及的问题。

[55] 刘兆兴文,参前引[30],应松年等书,第122页。

[56] 如果在诉讼过程中当事人一方不服初审判决,如欲迅速确定是否是违宪争议,可请求联邦最高法院发布调卷令(writ of certiorari)将案件直接移送至最高法院。但要得到最高法院的调卷令并非是件容易的事。

[57] 参见[美]杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯:《美国宪法概论》,中国社会科学出版社1996年版,第31页以下。

高法院在受理宪法争议问题时“遵循一种严格必要时方予受理的政策”,使公民提起的宪法诉讼受到严格限制。

在法治社会中政府依靠法律管理公民和社会,而宪法管治法律和政府,公民在法律和政府行为的管理之下。所以,公民权利被侵犯首先应求助于法律和政府,包括行政的、司法的手段。只有在现有法律和现有的救济途径不能保护公民基本权利时,才可求助于宪法。这是宪法的根本法地位和宪法规范国家行为的精神决定的。宪法是比较原则、抽象的,如果有法律而适用宪法,必然造成法官断案的随意性和不确定性。穷尽救济手段原则是为限制公民滥用宪法诉权,而这种滥用是很容易的。因为很多纠纷在法律上都可以找到宪法根据,如果没有穷尽救济原则,公民可直接提起宪法诉讼,必然造成宪法诉讼的泛滥,对其他诉讼造成冲击破坏,对宪法本身也会造成损害。所以,穷尽救济手段也是减轻宪法诉讼压力的需要。宪法的根本性决定它必然是权利的最后保护神。宪法只有成为最后的守护神,才能维护宪法的权威性和最高地位。^[58]

当然,穷尽救济原则不是绝对的。在德国有些普通案件在审理中当事人认为涉及宪法问题时,会直接申请宪法法院的审理。如宪法法院认为当事人申请涉及重大宪法问题,会直接受理而不需穷尽司法手段。^[59]

回避政治问题也是宪法司法化的一项原则。^[60]在美国,政治问题被最高法院认为具有不可诉性而加以回避。美国最高法院避免政治问题进入主要是出于法院自身权威的考虑,怕法院陷入难缠的政治问题难以作出裁决或即使作出裁决也难以执行,从而使自己陷入尴尬境地。所以,最高法院在宪法诉讼上自我约束。这同时也是为了维护分权原则,以尊重民主政府其他机构的决策,因此把政治问题列入“不可审查”的争议(Non-justiciable)而排除在宪法诉讼之外。

美国联邦最高法院布伦南法官(J. Brennan)解释政治问题具有不可审查性的原因时指出,主要是由于“三权分立”的作用,考虑到对平等和独立部门的尊重,考虑到法律权利的终结性和确定性,法院不愿陷入尴尬。他指出政治问题案件有以下特点:明确显示问题委托给平行的政府部门,若法院从事独立决定,就可能对平行政府部门有欠尊重;或在解决问题时缺乏能被发现和控制的司法标准;或在作决定之前必须初步决定非明确属于司法裁量权的政策;或不同政府部门对同一问题的多种意见将产生潜在的困难。^[61]他认为,政治问题不具有可诉性,因为法院不能为其提供适当的司法救济。在美国历史上,最高法院就曾避免介入国会与总统关于战争政策的分歧争议。法院不愿把原本不明确的政治纷争明朗化,拒绝仲裁不同政府机关之间的歧见。在1979年“台湾关系法案”中,也拒绝介入总统与参议院对台关系的争执。^[62]在政府部门达到不可逾越的宪法僵持状态之前,法院不宜决定国会与总统之间的权力分配。

根据美国的经验,传统的政治问题范围的事项有:对外关系;与交战国的交战时间;立法的实效,包括宪法修正案的效力和一般立法程序等;对印第安部落法律地位的确定;共和政体的形式等。在贝克诉卡尔案中,美国联邦最高法院大法官发展了“政治问题的标准”。根据布伦南大法官的意见,判断

[58] 李忠、章忱在解释穷尽救济原则的原因是:普通法比宪法更具体和有可操作性;基本权利若适用宪法救济会使宪法诉讼不堪重负;两类机关都受理宪法诉讼会导致裁决结果不同,不利于法制统一。参见张庆福主编:《宪法论丛》(第3卷),第515页。

[59] 如1983年德国“人口调查第二案”中,应100多位公民的宪法申诉,宪法法院直接受理,并临时停止《联邦人口调查法》的实施。因为该法涉及要收集公民个人的详细信息。法院认为它直接威胁公民的基本权利。1958年的“联合抵制电影案”中原告也未穷尽州法院的司法救济,得到宪法法院的受理。在美国,当事人对普通法院审理的案件不服,而认为涉及宪法问题时,可以不必层层申诉,而直接向联邦最高法院申请调卷令,要求进行违宪审查。

[60] 政治问题在各国理解不同,我们可能把政党选举等问题看成政治问题,在西方违宪审查并不回避政党和选举问题,不管各自对政治问题理解有何不同,但是这一原则是可用的。

[61] 前引[20],张千帆书,第37页以下。

[62] 国会指责总统在未获得参议院同意下和台湾断交,因而违反宪法第2条。

某一问题是否属于政治问题时,首先要考虑看该问题是否已交由其他政府部门进行终局性裁决,以及是否缺乏司法裁量的适当标准。^[63]

除了上述二项原则以外,宪法司法化只能处理“具体实际存在的争议”。宪法司法化必须解决被侵害的宪法权利,宪法争议必须是实在而非虚似的,具体而非抽象。争议必须有确定的原被告,它不提供一般的法律意见。诉讼时机还必须是成熟的,不是预期的问题,但也不能是过时的问题。

三、中国宪法的司法化之路

以上对几个有代表性的西方国家宪政发展的历史和宪法司法化理论和实践的研究都是为了解决在中国实行宪法司法化的问题。上述研究表明,宪法是否司法化取决于对宪法精神和代议制的理解,但也在很大程度上服从于实践的需要。在宪法完全司法化的美国,最初在宪法中并没有司法化的制度安排,宪法司法化是后来实践发展的需要。战后德国宪法虽然作了宪法司法化的制度设置,成立了专门法院来实施宪法。但是,宪法的私法化并不是德国宪法的初衷,而是后来的实践推动宪法发展的结果。在极力反对宪法司法化的法国,^[64]也开始出现宪法司法化的趋势。这充分说明宪法本身并不排除适用的司法化,是否司法化更多地服从现实政治法律发展的需要。

西方国家宪法实施的途径走了一条从维护国家分权体制,到保障公民权利不受国家行为侵犯,再到救济公民宪法私权的发展进路。但是,我国的政治社会发展完全不同于西方国家,宪法实施的途径可能完全不同。西方是从弱国家权力、强公民权利,向国家权力强化和限制公民权利方向演进。所以,国家权力逐步强化时,公民权利的宪法保护才逐步加强。我国是先有强大的国家权力,很弱的公民权利。从计划经济走向市场经济的发展过程中,也就是中国由集权走向分权,由人治走向法治的过程。这个过程要求政府的权力逐步退出对社会和公民生活的不当干预,宪政面临强大的挑战是以弱势的法律去限制、约束强大的政府权力。如果按西方的经验,中国宪法势必先建立对国家权力监督的机制,这无异于让中国的宪法实施机制从最难处开始,在宪法实施策略上是不可取的。据此,我国宪法实施机制的建立应先避锋芒,可与西方宪政之路反其道而行之,先从保护宪法上的公民基本权利开始,并且从解决宪法权利受私权侵犯开始做起,即先建立保护宪法上的私权的宪法诉讼机制。把宪法实施起来,把宪法的权威建立起来,然后待有条件的时候再建立违宪审查机制。这是一条更为切实可行的中国宪法实施之路。

而对宪法司法化的研究,给我们提供了解决这一途径的理论和制度依据。在对宪法司法化的研究中我们看到宪法实施的两种机制:

一种是宪法审查,是传统意义上的违宪审查(狭义的违宪审查),它是基于维护宪法分权体制,主要用于解决政府机构之间权限的争议。这一机制可以是司法化的,也可以是非司法化的。

另一种是司法审查,^[65]它是基于公民基本权利被侵害而设立的一种宪法保障机制,所谓司法审查就是说这种涉及宪法公民基本权利的宪法保障机制必须要有司法化的手段实现,非司法性的手段难以保障公民基本权利的实现。这一基本权利救济机制又分为权利受到“国家行为”侵害的救济和受到私权侵害的救济(即称宪法诉讼或宪法私法化诉讼)。^[66]

这两种机制有的国家是合为一体的(如美国);有的国家是分别行使的(如德国);有的国家只有宪法审查机制,没有司法审查机制(如法国)。

[63] 前引[20],张千帆书,第27页以下。

[64] 他们在理论上强烈认为宪法司法化与法国的议会主权理论的宪政体制不相容。

[65] 狭义的违宪审查为宪法诉讼。

[66] 对后者,刘兆兴教授称为“宪法诉愿”。

分清这两种机制对我国宪法实施的理论和实践具有重要意义,因为我们可以把违宪审查和宪法诉讼的权力分别交由不同的机关行使,从而可以解决我国过去认为不能进行宪法诉讼的理论困境。根据这一理论,我国的宪法监督,即违宪审查(Constitutional Review)的权力仍然由全国人大及其常委会行使,它解决立法是否违宪和国家权力之间的纠纷。而涉及公民宪法权利侵害的救济可由宪法诉讼的方式解决,即由最高法院受理宪法诉讼(Judicial Review)。

之所以采取宪法实施权分而行之的办法,是鉴于我国当前政治体制的原因,宪法监督制度中的违宪审查机制一时难以建立的策略考虑。我国的违宪审查机制为什么久经呼吁却迟迟建立不起来?

据了解,早在1982年修宪时,反思“文革”的沉痛教训,就有人提出建立宪法监督委员会的建议。当时,有领导提出设宪法委员会能起什么作用的问题,建议者解释,宪法委员会主要监督国家机关的违宪行为,包括监督党的违宪,防止“文化大革命”的悲剧重演,保证国家的长治久安。领导就问,宪法监督委员会真能起那个作用吗?建议者不能回答。事实上即使设宪法委员会也不可能起到这样的作用。^[67]到1987年中共十三大政治报告起草时,曾组织班子对政治体制改革进行研讨,我在全国人大常委会机关参加社会主义民主专题研讨组的工作,研讨组也曾向中央提出设宪法监督委员会的建议。作为一个具体建议,当时的领导人没有在十三大报告中采纳,只是说交由七届全国人大常委会继续研究。大约在1988年,七届全国人大常委会某次委员长会议曾研究此问题,当时也有人对设宪法委员会的作用问题提出疑问:宪法委员会能监督政党和国家机关的违宪行为,能防止“文化大革命”发生?当时的宪法权威张友渔先生也只能是摇摇头。设宪法委员会的建议也就不了了之。

在上世纪90年代初监督法的起草中把宪法委员会写入了草案,后来的几次宪法修改中不断有人提出设立宪法委员会的建议,每年的全国人代会期间也不断有代表提出这样的建议,理念上都是把宪法委员会的作用定位于监督党和最高国家机关的违宪行为。

这反映过去我们对宪法监督制度的认识有片面性。把宪法监督仅仅理解为对国家机关行为(包括政党)、对法律的违宪审查,给这个制度赋予的使命太沉重了。在中国政治体制下,要监督国家机关和政党行为违宪,防止类似“文化大革命”的悲剧重演,是宪法监督难以承受之重。所以,应从中国当前的实际情况出发来推进中国宪法实施,先解决私权对公民宪法基本权利的侵害问题,走宪法司法化之路,是推进中国宪法实施的现实之举。

这方面,我们可以借鉴美国联邦最高法院司法审查的做法,在违宪审查时回避政治问题。回避政治问题是联邦最高法院大法官的聪明之举,他们不能去管那些管不了而使自己难堪的事。既然美国最高联邦法院那么有权威的大法官都不去碰那些敏感的、自己解决不了的问题,它给我们的启示是再好的宪法保障制度也不能解决全部的宪法问题,我国的宪法实施也应从那些能做的事情做起。中国的宪法还没有那么高的权威去保证国家机关依宪法行事,更不说要去管那些政治问题。既然我国当前走宪法审查之路还不畅通,那么宪法实施就可以从司法适用入手,去解决那些公民宪法权利的受侵犯的问题。通过宪法的私法化走宪法司法化之路是推进中国宪法实施的现实之举。

在我国当前体制下实行宪法司法化,必须解决现行宪法规定的全国人大及其常委会监督宪法和解释宪法的制度性问题。不然越过这一宪法的基本制度侈谈宪法的司法化,很不现实。问题是现实制度下怎么实行宪法的司法化?我们的方案是,基于对宪法实施制度的研究可得出违宪审查与宪法诉讼是两种可以区别的制度的结论,这是我国实行宪法司法化的理论基点。过去对宪法司法化最大的担心是怕由法院进行审查违宪与我国的人民代表大会制度相冲突。由于从理论上把违宪监督与宪法诉讼区分开了,这样,我国的违宪审查即审查法律法规是否与宪法相冲突、决定其无效的权力仍然由全国人大常委会实施。而涉及公民宪法权利侵害(非由立法和国家行为造成的)的其他纠纷(主要是私权侵害,也包括涉及规章以下的一般规范性文件的合宪性审查)则由法院诉讼的途径解决。法院

[67] 所以1982年宪法把监督党和国家机关、武装力量的规定写入了宪法,但没有具体规定违宪审查制度。

不涉及法律法规的违宪审查,只对公民宪法权利冲突的纠纷进行裁决。如果公民的宪法私权诉讼涉及对法律法规违宪审查问题,由最高法院提交全国人大常委会审查。这就使法院的宪法诉讼避开了违宪审查权这一敏感问题。

在解决维护全国人大及其常委会的宪法监督权问题以后,要实行宪法司法化剩下的问题就是最高法院能不能对宪法进行解释。因为宪法规定宪法解释权由全国人大常委会行使,这成为我国宪法司法化的一大障碍。法院要处理宪法诉讼必然要对宪法进行解释。我在 2004 年《中国法学》第 1 期和《中国社会科学》第 2 期的两篇文章中提出了解决这一问题的理论方案,就是把宪法解释分为宪法的立宪解释和宪法具体适用解释。全国人大常委会行使宪法立宪解释权,最高法院则可以对宪法的具体适用进行解释。在宪法监督和宪法解释这两个问题上的理论突破,从根本上解决了我国宪法司法化的理论问题。这样使最高法院具有一定的解决宪法纠纷的权力和能力,又不至于侵害全国人大常委会的宪法监督权和宪法解释权,从而使全国人大的违宪审查与最高法院的宪法诉讼这两种制度在我国并行不悖。

Abstract : In execution of the Constitution , investigation for violation of the Constitution differentiate from constitutional litigation in terms of mechanism. For there is difficulties in supervising Constitution execution by investigation for violation of the Constitution , according to the theory of the differences between investigation for violation of the Constitution and constitutional litigation , the right to investigation for violation of the Constitution is still executed by the Standing Committee of the People 's Congress , opening a new road for the legalization of the Chinese Constitution. While the constitutional litigation is executed by the Supreme Court.

Key words : the Constitution ;legalization ;execution of the Constitution ;investigation for violation of the Constitution ;Constitutional ; litigation
