

## 合宪性审查的百年历程与未来展望

王 锴

**内容提要:**自 1803 年算起,合宪性审查制度已经走过了两百多年的历史,在全世界发展出了七种模式。合宪性审查经过了建立、发展和扩散三个阶段的发展,不仅呈现出美国模式与欧洲大陆模式相互靠拢、民主正当性不断增强、技术性不断提高等特点,同时也出现了合宪性审查机关与立法机关的关系协调、合宪性审查与政治的关系协调、合宪性审查机关与普通法院的关系协调等新情况与新问题。在国际制度竞争日益激烈的情况下,中国特色的合宪性审查制度不仅助力于我国全面依法治国的实现,也将为世界合宪性审查制度提供中国智慧和方案。

**关键词:**合宪性审查 民主正当性 政治问题 立法机关 普通法院

王锴,北京航空航天大学法学院教授。

合宪性审查 (constitutional review), 又称为违宪审查或者宪法审查,是指为了确保宪法的最高法地位,由有权机关对国家公权力机关的规范和行为的合宪性进行判断。尽管在我国宪法和法律中早已存在合宪性审查的制度,但合宪性审查作为一个概念明确提出是在党的十九大报告中,是我国全面依法治国的重要制度性组成部分。从全世界来看,合宪性审查制度已经走过了两百多年,<sup>[1]</sup>在维护宪法权威和实效性方面发挥了重要作用。本文将围绕合宪性审查制度的过去、现在和未来展开论述,梳理历史经验,判断未来趋势,并探讨中外合宪性制度相互影响的可能。

### 一 合宪性审查的不同模式

据统计,全世界有 170 个国家规定了合宪性审查制度,<sup>[2]</sup>大致可以分为以下七类:

[1] 一般认为,合宪性审查的历史可以追溯到美国 1803 年的马伯里诉麦迪逊案, see Tom Ginsburg, *The Global Spread of Constitutional Review*, in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen & Gregory A. Caldeira ed., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, p. 82.

[2] 该数据以及后面有关不同审查模式国家数量的数据均来自 Arne Mavčič, *The Constitutional Review*, Second Edition, Vandeplas Publishing, 2013, pp. 22 - 27.

### （一）美国式审查模式

美国所有的普通法院都有权在其审理过程中处理宪法问题,因此其合宪性审查制度系分散型的合宪性审查模式。这是一种事后审查,并且只具有个案效力,一般只在当事人之间生效;但是最高法院通过审级制度可以统一下级法院的审查结论;如果某一合宪性审查的判决成为先例,也可以约束未来的法院判决。目前采取这一模式的国家有 49 个。

### （二）欧洲大陆审查模式

欧洲大陆为集中型的合宪性审查模式。这一模式于 1920 年率先在奥地利建立,是指设立一个专门的合宪性审查机关来处理宪法问题,该机关的人员由专门的法官担任或者由普通法院中的最高法院、高等法院或者它们的专门法庭通过专门的程序来任命。与美国模式的最大不同除了审查权集中在一个机关之外,欧洲大陆模式的另一个特点就是抽象审查(当然也并不排斥具体审查)。如果说美国式的合宪性审查是具体审查,即合宪性审查附随在个案审理中;抽象审查则与个案审理无关,单纯地对某个立法的合宪性提出质疑。启动抽象审查的主体也不限于当事人,还包括政府、议会中的少数派、监察官、检察官等等,甚至任何民众都有权提起。<sup>[3]</sup> 同时,与美国式的合宪性审查只有个案效力不同,集中型的合宪性审查结论具有普遍约束力。这种模式根据审查机关的不同,具体又可分为:宪法法院模式,设立的国家有 51 个;高等法院或者它们的专门法庭模式,设立的国家有 21 个;宪法委员会模式,设立的国家有 5 个。

### （三）混合模式

这种模式混合了美国式的分散型司法审查和欧洲式的集中型司法审查的模式,既允许普通法院在个案审理中不予适用被认为违宪的立法,也设立了专门的宪法法院或者最高法院或者其中的专门法庭来集中行使合宪性审查权。目前有 13 个国家采用此种模式。具体又分为:宪法法院型,有 5 个国家;高等法院或者它们的专门法庭型,有 8 个国家。

### （四）英联邦模式

这种模式也被称为弱形式司法审查模式,是指法院虽然能够进行合宪性审查,但没有最终的决定权,违宪的立法是否失效最终由立法机关决定。<sup>[4]</sup> 目前采纳这一模式的国家有英国及新西兰、加拿大、澳大利亚等受英国影响较大的国家,且都有强烈的议会主权倾向。弱形式司法审查将所有非由立法机关来进行最终的合宪性审查的模式都称为强形式司法审查,无论是美国式的普通法院还是欧洲式的宪法法院;并且认为强形式司法审查容易导致司法机关至上,损害民主政治过程,而弱形式司法审查则可以促进法院与立法机关之间的对话,从而在议会至上与司法至上之间找到一条中间道路。

### （五）法国模式

法国模式虽然也属于集中型的合宪性审查,但它与欧洲大陆模式的最大不同在于,法

[3] See Victor Ferreres Comella, *The Rise of Specialized Constitutional Court*, in Tom Ginsburg & Rosalind Dixon ed., *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2011, p. 267.

[4] See Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2013, p. 35.

国允许事先审查,即允许立法在议会通过后但生效前进行合宪性审查。虽然在 2008 年之后,法国也接受了事后审查,<sup>[5]</sup>但是这种预防性的合宪性审查是法国模式的鲜明特色。目前采取此种模式的主要有法国以及原属法国殖民地的一些国家,比如阿尔及利亚、科摩罗、吉布提、摩洛哥、莫桑比克等。它们大部分设立了专门的宪法委员会,也有一些国家是由普通最高法院的专门法庭来负责。

#### (六) 议会审查模式

是指由议会或者最高代议机关对立法的合宪性进行审查。这种模式与英联邦模式的区别在于,并不需要法院的介入,也缺少与法院之间的对话。而在英联邦模式中,法院虽然不享有最终的决定权,但基于政治文化,仍然给予法院判断足够的尊重。<sup>[6]</sup> 根据审查的时间,议会审查模式可以分为事先审查和事后审查两种,前者是指在立法草案的审议阶段所进行的合宪性审查,这种事先审查不同于法国式的事先审查;后者是在立法草案审议通过后生效前来进行审查。<sup>[7]</sup> 应当说,议会的事先审查在大多数国家都存在。<sup>[8]</sup> 比如德国国会的法律事务委员会不仅可以对立法草案的合宪性提出建议,而且可以跟踪宪法法院的判决并向其后续的宪法决定提供建议。<sup>[9]</sup> 其实,议会审查模式的最突出特点是事后审查,即由议会在立法生效后对其进行的合宪性审查。这种模式经常被社会主义国家所采用,理由是立法是人民意志的表达,因此应当由立法机关来负责宪法监督。一些前华约国家成立了议会委员会来具体负责,比如 1965 年罗马尼亚的宪法委员会、1984 年匈牙利的宪法理事会等。<sup>[10]</sup> 目前采用这一模式的国家有 19 个。

#### (七) 中国模式

中国模式与议会审查模式类似,但也有与其不同之处。一方面,全国人大宪法和法律委员会只负责事先审查,并不负责事后审查;另一方面,事后审查中,中国发展出了颇具特色的备案审查制度。备案审查将立法备案制度与合宪性审查制度相结合,从而可以让审查机关及时了解下位法的制定情况并展开审查。对于不在备案范围的立法,还可以通过改变或撤销制度来进行审查。<sup>[11]</sup> 中国模式的难点在于如何对全国人大及其常委会通过的法律和作出的决定决议进行合宪性审查。理论上讲,这一问题可以通过届别和事先审查得以解决。由于全国人大及其常委会每五年一届,每届人大及其常委会的组成人员并

[5] 参见王建学著:《法国式合宪性审查的历史变迁》,法律出版社 2018 年版,第 129 - 158 页。

[6] See Albert H. Y. Chen and Miguel Poiars Maduro, *The Judiciary and Constitutional Review*, in Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders ed., *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, 2013, p. 103.

[7] 法国式的事先审查经常被诟病为是将宪法委员会作为国会的第三院,参见许宗力:《集中、抽象违宪审查的起源、发展与成功条件》,载许宗力著《法与国家权力》(二),我国台湾地区元照出版有限公司 2007 年版,第 13 页。

[8] See Enrico Albanesi, *Parliamentary Scrutiny of the Quality of Legislation within Europe*, 42 *Statute Law Review* 313, 314 (2021).

[9] See Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Hart Publishing Ltd., 2014, p. 26.

[10] See Ngoc Son Bui, *Why Do Countries Decide Not to Adopt Constitutional Review? The Case of Vietnam*, in Albert H. Y. Chen & Andrew Harding ed., *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2018, p. 338.

[11] 参见王锴:《习近平法治思想有关备案审查的重要论述及其在实践中的展开》,《地方立法研究》2021 年第 3 期,第 3 - 4 页。

不完全一致,所以,后届的人大及其常委会对前届人大及其常委会通过的法律和作出的决定决议进行合宪性审查,并不构成自我监督。从目前的实践来看,也是可行的。比如2019年12月28日,第十三届全国人大常委会第十五次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于废止有关收容教育法律规定和制度的决定》,废止了1991年第七届全国人大常委会第二十一次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》第四条第二款、第四款,以及据此实行的收容教育制度。当然,对于同届的人大及其常委会通过的法律和作出的决定决议的合宪性审查,一方面要通过事先审查,即全国人大宪法和法律委员会在审议法律或决定决议草案的过程中进行合宪性审查。另一方面,事后的合宪性审查只能等到该届人大及其常委会任期结束后由后届的人大及其常委会来进行。对此,《法治中国建设规划(2020-2025)》中专门规定,全国人大及其常委会通过的法律和作出的决定决议,应当确保符合宪法规定、宪法精神。

## 二 合宪性审查的百年历程及其发展特点

### (一)合宪性审查的历史分期

美国学者金斯伯格(Tom Ginsburg)将合宪性审查制度的发展分为三个阶段。

第一个阶段是建立时期,从1803年的马伯里诉麦迪逊案(Marbury v. Madison)开始到第一次世界大战。至于合宪性审查为什么首先在美国诞生,这其中的原因可能在于英美法系比较强调高级法的思想。高级法和低级法的二分使得限制低级法与高级法相冲突成为内在的需要。同时,英美法系的普通法传统使得普通法院取得了制度上的自治,最著名的就是柯克(Lord Coke)大法官在伯纳姆医生案(Dr. Bonham's Case)中所提出的附议:“当议会法案违反了普通法上的权利和理性的时候,普通法有权审查该法案并可宣布其无效”。<sup>[12]</sup>这种普通法传统虽然被英国的议会主权思想所压制,<sup>[13]</sup>但却被早期的美国所继承,法官逐渐成为高级法的守护者。而对议会立法的崇拜以及对普通法院的不信任都使得美国式的司法审查模式很难在欧洲大陆诞生。<sup>[14]</sup>此外,关于合宪性审查制度的起源,还有一个因素就是它与联邦制之间的关联,早期建立合宪性审查的国家几乎都是普通法系的联邦制国家。<sup>[15]</sup>原因在于,联邦制下存在多套立法主体,从而需要一个中立的第三方来解决这些立法权之间的冲突;而且,联邦制国家为了克服地方保护主义,建立统一大市场,也需要一个中立的第三方来监督州落实自由贸易的承诺,并巩固联邦

[12] 参见[美]爱德华·S.考文著:《司法审查的起源》,徐爽编,北京大学出版社2015年版,第9页。

[13] See Matteo Nicolini and Silvia Bagni, *Comparative Constitutional Justice*, Eleven, 2021, p. 33.

[14] 欧洲大陆对议会立法的崇拜以及对普通法院的不信任主要来自法国的影响。根据卢梭的理论,立法是公意的体现,人民主权就是通过议会来体现的。基于对司法审查会导致权力混同的担心,1789年法国国民议会的一项法令就废除了普通法院对立法包括行政行为的审查权。See Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why It May not Matter*, 101 *Michigan Law Review* 2744, 2745-2746 (2003).

[15] See Tom Ginsburg, *The Global Spread of Constitutional Review*, in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira ed., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, p. 84.

的权力。<sup>[16]</sup>

第二个阶段是发展时期,从 1920 年奥地利和捷克建立宪法法院开始到冷战结束。这一时期的特点是宪法法院等专门负责合宪性审查的机关的出现,其原因首先是对美国模式的反思。由于缺乏统一的法院系统,一些曾经采纳美国司法审查模式的欧洲大陆国家都遭遇了“水土不服”。<sup>[17]</sup>而且,二战之后基于对纳粹时期立法的反思,也使得欧洲大陆过去对议会立法的崇拜受到了动摇,人权和自然法都对立法权构成了限制。为了消除旧的司法系统中的人员的影响,欧洲大陆走上了建立专门的合宪性审查机关(无论是宪法法院还是宪法委员会)的道路。当然,与侧重保障人权的宪法法院相比,宪法委员会更加侧重维护分权体制,尤其是横向分权(比如立法与行政的分权),这在某种程度上是对早期合宪性审查制度侧重维护纵向分权的提升。在欧洲大陆之外,合宪性审查制度的发展则是与去殖民化和宪法重建的进程同步,比如印度、日本、加纳、尼日利亚、肯尼亚。

第三个阶段是扩散时期。从冷战结束开始,随着苏联的解体,民主化的浪潮席卷全球,很多之前的准民主国家或者威权国家通过建立合宪性审查制度来实现民主化转型,这使得合宪性审查制度从英美和西欧之外,迅速扩展到中东欧乃至非洲、拉丁美洲、亚洲。当然在这个过程中,每个国家建立合宪性审查制度的具体理由并不完全相同。有的只有民主化的要求(比如南非),有的既有民主化也有市场经济的需求(比如中东欧的后共产主义国家和前苏联国家)。有的是受到国际压力,即融入跨国家或超国家共同体的需要,比如丹麦、瑞典、英国等国家,建立合宪性审查是为了将欧洲人权公约纳入国内法从而履行欧盟成员国的义务。还有的并没有明显的转型的需要,即宪法改革既不伴随、也并不是某种政治或经济改革的结果,比如墨西哥、新西兰、以色列等等。<sup>[18]</sup>

## (二)合宪性审查的发展特点

经过两百多年的发展,合宪性审查开始呈现出一些明显的特点。

### 1. 美国模式与欧洲大陆模式的靠拢

虽然合宪性审查存在七种模式,但目前采用国家最多的仍然是美国模式和欧洲大陆模式。而且,这两种模式正在逐步靠拢,出现向对方转化的特点。这体现在:

一是美国模式正在走向集中,而欧洲大陆模式正在走向分散。美国模式原本被称为分散型的合宪性审查模式,原因在于其所有的法院都有合宪性审查权。然而,由于联邦最高法院是最高审级的法院,同时它在有关联邦法的解释上可以约束州法院,<sup>[19]</sup>因此联邦

[16] 据统计,自 1803 年以来,美国联邦最高法院宣布违宪的 1263 件立法中,国会立法仅占 174 件,占比不到 14%,而州立法和地方性法例共计 1089 件,占比 86% 以上。以至于有学者认为,美国的合宪性审查主要是纵向的司法审查。参见田雷:《论美国的纵向司法审查:以宪政政制、文本与学说为中心的考察》,《中外法学》2011 年第 5 期,第 991 页。

[17] 参见[美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,郑戈、赵晓力、强世功译,三联书店 1996 年版,第 37 页。

[18] See Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2004, p. 8.

[19] 参见林彦:《美国法院如何遵循先例》,《中外法学》2009 年第 6 期,第 956 页。

最高法院实际上成为合宪性审查中一锤定音的机关。尤其是通过调卷令制度,联邦最高法院在上诉案件中挑选适合受理的案件,由于要考虑案件自身的重要性,导致联邦最高法院的主要功能已经从对于个案具体正义的救济,转向对于重要的宪法、法律条文解释、适用之宣示,也就是只有当特定案件中系争法律问题具有超出个案纷争的重要性时,该案才可能被联邦最高法院受理。<sup>[20]</sup>这使得联邦最高法院日益成为一个集中从事合宪性审查的法院,并且其作出的判决因为先例约束而产生了普遍约束力。那么,欧洲大陆模式是如何走向分散型的呢?原因就在于合宪性解释。由于在欧洲大陆模式中,普通法院虽然没有合宪性审查权,但可以在审理案件过程中将有违宪嫌疑的立法提交给宪法法院审查。同时为了减轻宪法法院的负担,一些欧洲国家,比如德国、西班牙,要求普通法院尽可能地解释法律以维护其效力,也就是说,只要有尽可能地将涉嫌违宪的法律解释为合宪,就不需要提交到宪法法院。这种合宪性解释权使得所有的普通法院变相地享有了合宪性审查权,也使得欧洲大陆模式中的合宪性审查分成了“提交到宪法法院的合宪性审查”和“没有提交到宪法法院的合宪性审查”两块,集中型变成了分散型。<sup>[21]</sup>

二是美国出现了抽象审查,而具体审查在欧洲越来越多。抽象审查原本是欧洲大陆模式的特点,是指合宪性审查发生的场合不具有案件和争议性,而是假设某个立法违反宪法的情形下所开展的审查。但是据学者考证,美国也存在两种抽象审查:<sup>[22]</sup>一种是预防性禁制令(preliminary injunctions)和确认判决(declaratory judgments)。这两者原本都是衡平法院的法律救济手段,后来进入了宪法。前者是指法院在案件审理中命令维持原状,如果原告的宪法权利处于争议中,并且原告可能获胜以及原告将遭受不可恢复的损害时,法院就会发出禁制令;后者是指法官在争议解决前澄清当事人一方对争议所享有的权利。另一种是美国联邦最高法院在涉及宪法第一修正案的权利诉讼中发展出来的学说,即原告如果攻击某个立法表面上违宪,他可以为了第三方的权利来主张。这两种抽象审查模式经常是重叠的,也就是说,如果一个原告去挑战一个立法的表面合宪性,他也经常会去寻求预先性救济。此时,法官考虑的是,猜想人们在这样的立法下如何行为?这个立法有多少可能被官员执行?该规定有多少可能被法院所适用?以及如果法院允许适用该立法将有多少公民可能受到伤害?这与欧洲大陆模式下的抽象审查是类似的。

至于具体审查在欧洲越来越多,最典型的表现就是法国式的合宪性审查从对具体审查的拒斥<sup>[23]</sup>到2008年开始接受具体审查。这其中的转变令人深思。如果说抽象审查主要是为了维护客观法秩序的统一,那么,具体审查则更偏向权利救济的功能。法国之所以

[20] 参见林超骏著:《超越继受之宪法学——理想与现实》,我国台湾地区元照出版有限公司2006年版,第444页。

[21] See Victor Ferreres Comella, *The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?*, 2 *International Journal of Constitutional Law* 461, 472-474 (2004).

[22] See Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, 2002, pp. 348-350.

[23] 法国前总理德布雷(Michel Debré)曾说,赋予法院在每一个诉讼中去审查法律效力的权力,这既不符合议会制度的精神,也不是法国的传统。See Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 3<sup>rd</sup>, Foundation Press, 2014, p. 550.

修宪增加具体审查,因为在法国,普通公民无权向宪法委员会提出合宪性审查的申请,这甚至被称为“法兰西例外”。<sup>[24]</sup> 因此,法国宪法第 61 - 1 条增设规定,于诉讼进行当中,一项立法性规定被主张对宪法所保障的权利和自由构成侵害,宪法委员会得经由最高行政法院或最高法院的移转受理此问题,并于确定期限内宣告。当然,欧洲大陆的具体审查与美国式的具体审查还是存在很大差别:首先,欧洲大陆的具体审查只是说合宪性审查由个案而引起,但审查的内容仍然是针对抽象的立法,与个案的案情无关。比如法国就要求当事人提起的合宪性审查申请,必须要以与本案诉讼分离的独立书状为之。也就是说,宪法委员会只看与本案具体法律关系抽离的合宪性审查书状,不看载有本案具体事实和法律关系的相关卷宗。<sup>[25]</sup> 难怪有学者将法国的具体审查称为半抽象审查。<sup>[26]</sup> 其次,欧洲大陆的具体审查主要是由普通法院提起,虽然法国规定具体审查由当事人在诉讼中向审理法院提出,但是之后却要由审理法院上报给最高行政法院或最高法院,最终由最高行政法院或最高法院向宪法委员会提出。德国的具体审查则直接省略了当事人提起的环节(除非是在宪法诉愿中),而由普通法院向宪法法院提出。这就凸显了欧洲大陆的具体审查主要还是为了维护客观法秩序,而非像美国式的具体审查是以救济当事人权利为主。因为只要是法院提起具体审查,法院势必会承担“过滤”功能,即相当于法院控制了合宪性审查的“案源”。<sup>[27]</sup> 如果法院拒绝提起或者将问题内部消化(比如通过合宪性解释),那么就等于断绝了合宪性审查的可能。这又回到了之前谈的问题,即欧洲大陆的合宪性审查变得分散化了。

## 2. 合宪性审查的民主正当性不断增强

合宪性审查主要是对立法的合宪与否进行审查,这其中蕴含着立法权是有限的或者立法权有可能被滥用的思想。而众所周知,立法在形式上是经过了议员或者代表过一定比例多数同意的产物,而议员或者代表又是民主选举的产物,对外代表民意。因此,合宪性审查自诞生之日起就遇上了所谓反多数的难题。可以说,无论何种合宪性审查模式都会面临这一难题,只不过其“困难”程度会随着不同模式中合宪性审查机关的不同而有所差异。相对来讲,美国式的司法审查的困难程度最大,欧洲大陆模式和法国模式的困难程度次之,英联邦模式和议会审查模式的困难程度最轻。

关于合宪性审查的民主正当性,美国宪法学界可以说是讨论最多。但是这里面存在两个吊诡的问题,一是就像很多学者所指出的,反多数难题中最关键的在于,民主是否意味着多数?或者说,民主的定义问题。但多数学者似乎对此避而不谈,难怪有学者说,反多数难题之所以能够在美国长期存在,可能的原因就是学者们对何谓民主尚无

[24] 参见王建学著:《法国式合宪性审查的历史变迁》,法律出版社 2018 年版,第 130 页。

[25] 参见陈淳文:《从法国 2008 年修宪论抽象违宪审查制度的发展》,我国台湾地区《“中研院”法学期刊》总第 17 期(2015 年),第 118 页。

[26] 参见林淡秋:《守护宪法的新模式:法国的合宪性先决机制》,《华东政法大学学报》2018 年第 6 期,第 162 - 163 页。

[27] 据统计,从 2010 年 3 月到 2013 年 3 月,法国最高行政法院收到约 968 件合宪性审查申请,驳回 791 件;最高法院收到约 549 件申请,驳回 412 件,驳回率均在 75% 以上。参见王芳蕾:《论法国的违宪审查程序》,《财经法学》2017 年第 4 期,第 146 页。

定论。<sup>[28]</sup> 二是美国学者对合宪性审查制度的高度质疑与民众对合宪性审查制度的高度支持形成鲜明的对比。美国民众对联邦最高法院的信赖度长期在 60% 以上,<sup>[29]</sup> 同时也远远高于对两个民选机关——总统和国会——的支持度。<sup>[30]</sup> 对此,有学者指出,之所以其他国家并未出现像美国般对合宪性审查的民主正当性的质疑,另一个可能的原因在于,美国宪法并未明确规定合宪性审查权。<sup>[31]</sup>

根据德国学者博肯福德(Ernst-Wolfgang Böckenförde)的理论,民主正当性可以分为功能—制度的民主正当性、组织—人事的民主正当性和实质—内容的民主正当性三种。<sup>[32]</sup> 功能—制度的民主正当性是指制宪者赋予某种国家权力以某种功能和组织形式,通过它,人民可以行使某种国家权力。由此,任何宪法上规定的国家权力都可以通过宪法来获得民主正当性,因为宪法本身就是人民意志的体现。就此而言,美国式的司法审查模式之所以遭受质疑,主要是因为欠缺功能—制度的民主正当性所致。组织—人事的民主正当性是指某项国家权力必须持续不断地回溯到人民,从而形成一种正当性链条。它要求国家事务必须交给人民委托的机关工作人员来履行。组织—人事的民主正当性并非要求直接追溯到人民,间接也是可以的,但是不能断裂。比如在议会内阁制下,议会作为人民的代表机关是民主正当性链条中的必要一环,议会可以不是人民直接选举产生的,但是不能绕开它。就此而言,美国式的司法审查仍然是符合组织—人事的民主正当性的,因为联邦最高法院法官由总统提名、参议院通过,而总统和参议院均是民选产生的。当然,美国法官产生的最大问题在于,他们只需要参议院全体议员的过半数通过。在目前政党政治的环境下,这意味着法官只需要获得总统所在政党以及参议院中多数党的支持就可以当选,即使少数党反对也无济于事。这是造成美国联邦最高法院法官的意识形态倾向越来越强的根本原因。<sup>[33]</sup> 相反,德国联邦宪法法院的法官是由联邦众议院和参议院各选举一半,也符合了组织—制度上的民主性。但与美国不同的是,它要求两院的三分之二多数通过,这使得最终当选的法官不仅要获得大党的支持而且小党联盟也不能特别反对。<sup>[34]</sup> 结果就

[28] 参见陈文政、陈伟杰、庄晏达、王上维:《美国司法违宪审查正当性论辩脉络之分析》,我国台湾地区《政大法学评论》总第 122 期(2011 年),第 152 页。

[29] 甚至被称为“多数主义的法院”,参见何海波:《多数主义的法院:美国联邦最高法院司法审查的性质》,《清华法学》2009 年第 6 期,第 112 页。

[30] 参见陈文政、陈伟杰、庄晏达、王上维:《美国司法违宪审查正当性论辩脉络之分析》,我国台湾地区《政大法学评论》总第 122 期(2011 年),第 178 - 179 页。

[31] Vgl. Dieter Grimm, Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 2020, 321, 331.

[32] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Ders., Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1992, S. 301 ff.

[33] 意识形态倾向增强的表现就是法官在很多案件上很难达成一致。据统计,1960 年代后期以来,美国联邦最高法院的判决中,不同意见的比例在 50% - 80% 之间,1986 年达到顶峰,只有 19% 的判决是九位法官意见一致的,30% 的判决最终是以 5:4 勉强通过的。See Robert A. Kagan and Gregory Elinson, Constitutional Litigation in the United States, in Ralf Rogowski & Thomas Gawron ed., *Constitutional Courts in Comparison: The U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, 2<sup>nd</sup>, Berghahn, 2016, p. 35.

[34] See Klaus Stüwe, The U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court: Selection, Nomination, and Election of Justices, in Ralf Rogowski & Thomas Gawron ed., *Constitutional Courts in Comparison: The U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, 2<sup>nd</sup>, Berghahn, 2016, pp. 237 - 238.



是德国法官的政党属性比美国要弱,或者说,他们的政治立场是偏中立的。这种要求民意代表机关绝对多数同意才能当选宪法法官的设计也被很多国家所采纳,比如意大利、西班牙、葡萄牙,从而有效抵消了政党政治对合宪性审查机关民主正当性的不利影响。实质—内容的民主正当性是指国家权力的行使,其内容是符合人民意志的。实质—内容的民主正当性往往通过两个途径来实现,一是将立法权赋予人民选举产生的议会,并且用法律来约束其他国家机关;二是通过制裁来承担民主责任,最终使得权力受到监督。简言之,实质—内容的正当性要求国家权力的合法性与责任性。就此而言,美国联邦最高法院不仅受到宪法的约束,也受到《司法法》的约束。<sup>[35]</sup> 同时,根据美国联邦宪法,法官职业生涯中必须有良好的举止,否则他们可能被弹劾而去职。<sup>[36]</sup> 所以,即使是遭受最多质疑的美国式的合宪性审查仍然符合了民主正当性要求中的两个,否则就无法解释为何该制度得到了民众的支持。

因此,问题可能并不出在合宪性审查制度是反多数或者反民主的,而在于,美国和欧洲大陆式的强形式司法审查能否克服自身的缺陷,即普通法院和宪法法院会不会通过合宪性审查而导致司法优位或者司法至上。就此而言,美国与欧洲面临的问题可能有所不同。美国的总统制政体中,立法与行政属于竞争关系,尤其是国会中的多数党与总统所在政党不一致的情况下,这种竞争关系使得立法与行政各自被对方监督,从而实现了权力平衡。在这种体制下,法院的角色反而是消极的,或者说,法院只需要“坐山观虎斗”即可。当然如果立法与行政之间的竞争陷入了僵局,则需要法院出面来打破之。除此之外,法院的积极能动反而会打破平衡,失去中立性(因为无论支持哪一方,都会被另一方认为是在拉偏架)。这就难怪塞耶(James Bradley Thayer)提出的谦抑主义会对美国司法审查产生如此大的影响。<sup>[37]</sup> 反观欧洲国家,普遍实行议会内阁制政体。在这种政体中,立法与行政是合作关系,并且由于内阁成员由议员兼任,所以议会中的多数党既掌握立法权也掌握行政权。此时,既然立法和行政之间无法形成有效监督(除非是依靠反对党),那么就必须发挥司法机关的监督作用。因此欧洲大陆的宪法法院的能动性普遍比美国的联邦最高法院要强,这是适应政体的需要使然。比如德国的合宪性审查中就不流行美国的政治问题不审查原则。当然,宪法法院的能动并不意味着其不受限制,只不过这种限制并非宪法法院消极地不行使自己的权限,而是它在积极行使权限的时候不能介入其他机关的权限范围。

### 3. 合宪性审查的技术性不断提高

合宪性审查的技术包括受理技术和审查技术两种。随着合宪性审查的功能越来越多地从维护法治统一走向保障个体权利,随之而来的就是合宪性审查的案件或者申请越来越

[35] 参见[美]罗伯特·麦克洛斯基著:《美国最高法院》(第三版),任东来、孙雯、胡晓进译,中国政法大学出版社2005年版,第4页。

[36] See Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 3<sup>rd</sup>, Foundation Press, 2014, p. 541.

[37] 参见王书成:《合宪性推定与塞耶谦抑主义——读〈美国宪法原则的起源和范围〉》,《政法论坛》2011年第5期,第162-168页。

越多。目前各国的合宪性审查机关都面临着“人少事多”的压力。因此,通过一定的受理条件来限制或者过滤申请就显得至关重要。比如2010年,美国联邦最高法院收到的7828个案子中只有90件得到了受理,占比1.1%;而德国联邦宪法法院收到的6344个案子中只有115件得到了判决,占比1.8%。<sup>[38]</sup>因此,在合宪性审查机关人手有限的情况下,只有将精力放在那些值得受理的案件上,才能保证最终审查的质量。

关于受理技术。美国式的合宪性审查程序与普通诉讼程序没有本质的区别,受理条件必须是“案件和争议”,即当事人必须具备普通诉讼的原告资格,争议已经形成且法院的判决对于争议的解决具有实际意义,法院不提供抽象的咨询意见。当然,由于美国联邦最高法院经常采取调卷令的方式来决定是否受理某一案件,发出调卷令的前提是经九位大法官中的至少四位同意。一般调卷的原因包括:两个或者多个联邦巡回法院对某一联邦法律的解释冲突、下级法院的判决与联邦最高法院对法的理解明显不一致、下级法院的判决与联邦最高法院正在作的判决不一致、联邦总检察长要求审查等等。<sup>[39]</sup>德国式的合宪性审查分为抽象审查、具体审查和宪法诉愿三种。其中抽象审查只能由特定的主体提起,宪法法院虽然对此没有拒绝受理的权力,但因为此类案件数量很少(每年大概1-3件),并不会对宪法法院构成“诉累”。具体审查是由其他法院的法官提起,每年收到的申请在20-30件之间,数量不算太多,但仍然为此设计了两个受理条件,一是提出申请的法官必须确信该法律违宪,不能只是怀疑。这要求法官应就该法律的违宪理由详加阐明,只要有合宪性解释的可能,法官就不能提出申请。二是该法律的有效性对于裁判个案具有重要意义。所谓重要意义一方面是指该法律的有效和无效会导致案件出现不同的裁判结果,另一方面是指该法律必须构成该案的审判依据而非可有可无的。<sup>[40]</sup>对于宪法诉愿,由于案件量巨大(每年约6000件<sup>[41]</sup>),德国法更是设计了两套程序来过滤:第一套是接受程序,是在程序合法性与实体理由具备之前的预审程序;第二套才是传统的受理技术,即审查程序的合法性,亦即该案有没有必要进行实体理由具备性的审查。接受的要件包括该案具有宪法上的原则重要性或者对基本权利的实现具有重要性,前者是指宪法上此前未对此阐明过或者由于情势变更导致法院的观点是继续维持还是要发生变更存在不确定性;后者是指对基本权利的侵害源自于普遍性的忽视或者其效力可能妨碍基本权利的行使,同时该宪法诉愿有足够的胜诉可能性或者明显看到诉愿人将在发回原审中胜诉的。<sup>[42]</sup>受理的要件则包括当事人的诉愿能力、程序能力、诉愿对象、诉愿权能(即主张基

[38] See Ralf Rogowski & Thomas Gawron, *Constitutional Litigation as Dispute Processing: Comparing the U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, in Ralf Rogowski and Thomas Gawron ed., *Constitutional Courts in Comparison: The U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, 2<sup>nd</sup>, Berghahn, 2016, p. 5.

[39] See Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 3<sup>rd</sup>, Foundation Press, 2014, pp. 593-594.

[40] 参见[德]Klaus Schlaich、Stefan Koriath著:《联邦宪法法院:地位、程序、裁判》,吴信华译,我国台湾地区元照出版有限公司2017年版,第156-169页。

[41] 德国的案件数据均来自田伟:《宪法和法律委员会规范合宪性审查的程序类型》,《华东政法大学学报》2018年第4期,第33-36页。

[42] 参见吴信华:《论“宪法上原则重要性”——一个释宪程序基础概念的厘清与适用》,我国台湾地区《东吴法律学报》2016年第2期,第19-20页。

本权利受侵害)、诉愿期限、穷尽法律救济、权利保护必要性等等。<sup>[43]</sup> 这两种选案模式都赋予合宪性审查机关对案件的裁量权,只不过美国式的裁量权更大(美国的调卷令甚至可以针对已经延误诉讼期限或基于其他理由程序不合法的案件进行受理<sup>[44]</sup>)。上述技术已经被普通法系(比如加拿大最高法院、印度最高法院、以色列最高法院)和大陆法系(比如中东欧的宪法法院、巴西最高法院、意大利宪法法院、俄罗斯宪法法院、法国宪法委员会)的合宪性审查普遍采用。<sup>[45]</sup> 根据学者的研究,受理技术不仅可以减轻诉累,还可以让法院选择良好的受理时机,尤其是一些社会争议性比较大的案件。<sup>[46]</sup>

关于审查技术。如果说受理技术的核心是防止滥诉,那么,审查技术的核心就是保证审查结果的正确性。随着各国合宪性审查实践的开展,各自积累了一些审查技术,尤其是在立法干预基本权利和立法贯彻平等保护问题上,作为两种主要的合宪性审查案件类型,各国的审查技术呈现出步骤化和精细化的特点。

对立法干预基本权利进行合宪性审查时,德国法自 20 世纪 70 年代就发展出了三阶层的审查技术。即在判断立法对基本权利的干预是否合宪时,第一层要审查基本权利的保护范围,即公民的行为是否受到某个基本权利的保护。第二层主要审查国家是否对落入该基本权利保护范围的行为进行了干预,包括是否存在本国国家机关的行为、基本权利是否存在事实上的损害或者受到威胁、该损害或威胁是否可归责于本国国家机关的行为。<sup>[47]</sup> 第三层审查国家的干预是否具备宪法上的正当性,具体又分为形式正当性(如是否符合立法权限、立法程序、形式要求、援引要求)和实质正当性(如是否符合明确性要求、个案法律禁止、本质内涵保障、比例原则)。<sup>[48]</sup> 美国法上将干预基本权利的审查框架分为四步:第一步审查是否存在一个基本权利,<sup>[49]</sup> 如果存在基本权利,意味着法院将进行严格审查;如果该权利不是基本的,通常法院只进行合理基准的审查。第二步审查基本权利是否被侵犯了? 如果权利的行使被禁止,显然构成侵犯。此外,美国联邦最高法院曾指出,审查是否被侵犯时要考虑干预的直接性和实质性。<sup>[50]</sup> 第三步审查政府侵犯基本权利是否有充分的理由。如果权利是基本的,那么政府必须出示一个迫切的利益来证立侵犯;如果权利不是基本的,政府只需要出示一个合法的目的。第四步审查是否有充分的手段

[43] 参见[德]Klaus Schlaich、Stefan Koriath 著:《联邦宪法法院:地位、程序、裁判》,吴信华译,我国台湾地区元照出版有限公司 2017 年版,第 196 - 239 页。

[44] 参见吴信华:《论“宪法上原则重要性”——一个释宪程序基础概念的厘清与适用》,我国台湾地区《东吴法律学报》2016 年第 2 期,第 26 页。

[45] See David Fontana, Docket Control and the Success of Constitutional Courts, in Tom Ginsburg & Rosalind Dixon ed., *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2011, pp. 626 - 627.

[46] See David Fontana, Docket Control and the Success of Constitutional Courts, in Tom Ginsburg & Rosalind Dixon ed., *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2011, pp. 627 - 630.

[47] Vgl. Rolf Eckhoff, *Der Grundrechtseingriff*, 1992, S. 273 ff.

[48] Vgl. Gerri Manssen, *Staatsrecht II*, 16. Aufl. 2019, S. 55 - 67; Daniela Winkler, *Grundrechte in der Fallprüfung: Schutzbereich - Eingriff - Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*, 2010, S. 96 ff.

[49] 美国的基本权利(fundamental right)不同于德国的基本权利(Grundrecht),后者是指所有宪法上规定的公民针对国家享有的权利,而前者是指美国宪法没有明文规定但对于个人自由的保障又是非常重要的权利。参见苏彦图:《立法者的形成余地与违宪审查——审查强度理论的解析与检讨》,台湾大学法律学研究所 1998 年硕士学位论文,第 67 页。

[50] *Zablocki v. Redhail*, 434 U. S. 374, 387 (1978); *Lyng v. Castillo*, 477 U. S. 635, 638 (1986).

来实现目的。在严格审查基准下,政府要证明该立法对于实现这个目的是必要的,即通过其他更少限制的手段无法达成目的。反之,在合理审查基准下,政府只需要证明该手段对于达成目的是合理的即可,并不需要证明存在更少限制的替代手段。<sup>[51]</sup>

对立法是否符合平等保护进行合宪性审查时,德国法通常采取两步骤法,即第一步审查“是否存在不同对待”,第二步审查对于上述不同对待能否在宪法上予以正当化。如果不同对待的强度较轻,联邦宪法法院就会用恣意禁止来判断,即只要能够提出一个实质的理由,就认为这种不同对待是没有恣意和可以证立的。如果不同对待的强度较大,联邦宪法法院就会用比例原则来审查。<sup>[52]</sup> 美国法则采取三步骤法,第一步审查是否存在分类,即立法是否基于某种特征对人进行了区分。第二步审查采取何种审查基准。美国法针对不同的立法分类设置了不同的审查基准:基于种族或国籍的分类要进行严格审查,基于性别或非婚生子女的分类要进行中度审查,其他的分类则进行合理审查。这种针对不同分类采取不同审查基准的做法实际上反映了立法分类的正当性程度。之所以基于种族的分类要进行严格审查,是因为这种分类一般来说是缺乏正当理由的,而基于性别的分类之所以进行中度审查,是因为这种分类是有可能被证立的。第三步审查立法能否满足审查基准的要求,此时法院要评估区分的目的和区别对待的手段之间的关联性。<sup>[53]</sup> 这实际上类似于德国的比例原则的审查。

上述审查技术一方面提高了合宪性审查结果的可预测性与可接受性,另一方面也限制了合宪性审查机关的恣意,从而在一定程度上补强了合宪性审查的民主正当性。虽然德、美在具体审查步骤上存在差异,但整体思路却有类似性。尤其是随着比例原则在全球的扩散和推广,<sup>[54]</sup> 合宪性审查的技术性将进一步提高。

### 三 合宪性审查的未来展望

#### (一) 合宪性审查机关与立法机关的关系

合宪性审查机关在审查立法合宪性的同时,也面临着不侵犯立法权的压力。因此,如何处理合宪性审查机关与立法机关之间的关系,一直是合宪性审查要解决的难题。当然,不同的合宪性审查模式处理上述问题的难度是不一样的。相对来说,议会审查型和英联邦模式的处理难度最小,因为此时合宪性审查机关也是立法机关,即使是后一任期的立法机关审查前一任期的立法机关的立法,也可以用新法优于旧法来解释,不存在合宪性审查机关篡夺立法权的问题。分散型的合宪性审查模式的处理难度次之,因为分散型的合宪性审查并不否定立法的普遍效力,只是在个案中不予适用,所以仍然维护了法制定与法适

[51] See Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 5<sup>th</sup>, Wolters Kluwer, 2015, pp. 1172 – 1175.

[52] Thorsten Kingreen & Ralf Poscher, *Grundrechte: Staatsrecht II*, 29. Aufl. 2013, S. 111 – 114; Marion Albers, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, JuS 2008, 945, 945 ff.

[53] See Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 5<sup>th</sup>, Wolters Kluwer, 2015, pp. 991 – 995.

[54] See Vicki C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 124 *The Yale Law Journal* 3094, 3094 – 3196 (2015); Johannes Sauer, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 2012, 3, 3 ff.

用的区分。相应地,欧洲大陆模式和法国模式面临的困难最大。因此当年凯尔森在设计集中型合宪性审查时,特别指出,合宪性审查应当是消极立法的功能,即合宪性审查机关只能说立法不应当规定什么,而不能说立法应当规定什么,立法的内容应当由立法机关来决定,以此来维护合宪性审查机关与立法机关之间的分工关系。

但是近年来,合宪性审查,尤其是宪法法院模式,已经出现了积极立法的趋势。

一是通过增加新的含义或决定立法的临时效力来补充立法。这种情形通常发生在合宪性解释中,即合宪性审查机关为了避免使某个立法无效,从而尽可能将其解释为符合宪法,但是它并没有从既定的解释方案中寻找,而是改变了立法的规范内涵。这一做法在意大利、葡萄牙、南非、秘鲁、哥斯达黎加、阿根廷、波兰、捷克、法国、德国等国都存在。

二是通过审查立法不作为来弥补立法空白。立法不作为包括绝对不作为和相对不作为,前者是缺乏任何立法规定,也被称为立法机关的沉默;后者是虽然有立法的规定,但该规定只是部分的、不完整的或者是有缺陷的,也被称为立法的沉默。对于前者,有些国家的合宪性审查机关不仅规定立法的最后期限,还试图代替立法机关来立法。比如巴西联邦最高法院通过类推的方式来补充缺失的立法,将社会安全法中有关给予私人部门的特殊津贴也类推适用于在公共卫生部门工作的公务员。<sup>[55]</sup> 对于后者,有些国家的合宪性审查机关,比如德国、比利时、奥地利、克罗地亚,发布强制性的命令给立法机关,要求其改善或者纠正被宣布违宪的立法。<sup>[56]</sup>

为了缓解合宪性审查机关与立法机关之间的紧张关系,目前也发展出了一些克制合宪性审查权的方法。

一是合宪性推定。合宪性推定是合宪性审查机关在审查立法事实时所采取的一种举证责任分配措施。如果立法被推定合宪,那么就意味着对立法提出异议的一方要承担更大的举证责任,也就意味着合宪性审查机关尊重了该领域立法机关对立法事实的评估特权。反之,如果立法被推定违宪,那么立法机关就要承担更大的举证责任,该立法被否定的可能性就越大。该原则起源于美国。<sup>[57]</sup> 一般来说,在美国,联邦法律的合宪性推定强度往往高于州法律,同一州的法律也会因为系争对象是违反正当程序条款还是违反州际贸易条款而有不同程度的合宪性推定。此外,几乎所有的法官都承认限制宪法第一修正案所规定的权利的立法不适用合宪性推定。<sup>[58]</sup> 但是该原则主要适用于合宪性审查程序采用对抗辩论制的国家,如果是采用非诉讼体制(比如书面审查)或者采用纠问体制(比如德国联邦宪法法院对于合宪性审查中的事实问题采取职权调查主义<sup>[59]</sup>)的国家就很难适用该原则。

[55] See Allan R. Brewer-Carías ed., *Constitutional Courts as Positive Legislators: a Comparative Law Study*, Cambridge University Press, 2017, p. 136.

[56] See Allan R. Brewer-Carías ed., *Constitutional Courts as Positive Legislators: a Comparative Law Study*, Cambridge University Press, 2017, p. 169.

[57] 参见韩大元:《论合宪性推定原则》,《山西大学学报(哲学社会科学版)》2004年第3期,第51页。

[58] 参见王书成著:《合宪性推定论:一种宪法方法》,清华大学出版社2011年版,第162页。

[59] Vgl. Juliane Kokott, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, 1993, S. 57.

二是审查强度。审查强度是指合宪性审查机关在审查立法裁量权的行使是否合宪时,针对不同的立法领域审查的深入程度是不同的,也就意味着对于立法裁量权的尊重程度是不同的。之所以存在审查强度,实际上是考虑到合宪性审查机关与立法机关之间的能力差距。也就是说,对于一些立法机关比较擅长判断的领域,比如涉及社会整体的一些立法,比如国家统一、经济或福利,只有通过民主过程的审议表决才能形成共识,此时合宪性审查机关就应当尽量尊重立法机关的判断,对立法的合宪性审查采取宽松的态度,即只要没有明显的违宪就予以审查通过。反之,对于一些合宪性审查机关比较擅长判断的领域,比如个体权利的保护、极端的社会不公,此时因为受害者只是少数人,并不能保证立法机关通过多数决的程序作出的判断就是正确的,对此合宪性审查机关要进行严格审查,以防止立法侵犯少数人权利。此外,介于两者之间的立法可以采取中度的审查强度。审查强度根据不同立法的领域,区分了立法机关的能力和合宪性审查机关的能力,从而使得合宪性审查权不会“越俎代庖”。目前,这种审查强度在美国和德国从宽至严都分为三个层次,美国为合理审查基准、中度审查基准和严格审查基准,德国则为明显性审查基准、可支持性审查基准和强烈内容审查基准。<sup>[60]</sup>

## (二)合宪性审查与政治的关系

1928年,在集中型合宪性审查制度初创伊始,奥地利法学家凯尔森(Hans Kelsen)与德国学者施米特(Carl Schmitt)之间爆发了一场著名的“谁是宪法守护者”的论战。这场论战的影响远远超出了一个合适的合宪性审查机关的选择(凯尔森认为是宪法法院,施米特认为是总统),还涉及到合宪性审查中的一个重要问题,即合宪性审查的性质到底是法律还是政治。纵观当前合宪性审查的不同模式,实际上可以发现,美国式的分散型合宪性审查之所以由普通法院在个案审判中进行,本质上是将合宪性审查权视为司法权的一部分,即坚守合宪性审查的法律属性。因此,在美国合宪性审查中才有所谓“政治问题不审查”的原则。但反过来,无论是欧洲大陆式还是法国式,之所以在普通法院外设立宪法法院或者宪法委员会,本质上是将合宪性审查权视为一种独立于司法权之外的权力,这种权力的性质是对政治权力进行控制,因此,更加凸显合宪性审查的政治属性。

施米特认为合宪性审查本身带有政治性,所以将政治性的合宪性审查权交给司法机关来行使,会导致司法的政治化,会破坏法律与政治的界限。政治的问题只能交给政治过程来解决。对于施米特的批评,凯尔森进行了回应,并对合宪性审查的法律属性进行了分析。施米特认为合宪性审查的本质是确定宪法和法律的内容,因此不是一个司法的涵摄适用过程。但是凯尔森认为,施米特混淆了“法律作为规范”与“立法作为事实”,也就是说,在合宪性审查中,大前提是宪法规范,小前提是立法机关制定下位法规范的事实,结论是下位法规范是否符合宪法。这仍然是一个结合规范与事实的涵摄过程。<sup>[61]</sup>

[60] 参见苏彦图:《立法者的形成余地与违宪审查——审查强度理论的解析与检讨》,台湾大学法律学研究所1998年硕士学位论文,第71、86页。

[61] 关于凯尔森与施米特论战的完整介绍,see Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2015。中文参见黄舒芃著:《民主国家的宪法及其守护者》,我国台湾地区元照出版有限公司2009年版,第141-178页。

凯尔森虽然坚持合宪性审查的法律属性,但却主张在普通法院之外设置专门的宪法法院来行使合宪性审查权,多少反映出这一问题的复杂性。对此,学者格林(Dieter Grimm)认为,如果将合宪性审查的对象——立法——视为政治过程的产物,从而认为合宪性审查介入了政治的过程,这是没有什么问题的。但不能因此就认为合宪性审查本身就是政治的,否则,审查主体与审查对象的同一将导致合宪性审查根本无法履行对政治的监督 and 约束作用。<sup>[62]</sup> 同时,虽然一些政治学研究将宪法法官视为战略行动者,认为法官的裁判有政治考量;但是一方面这种主观动机很难证明,另一方面,即使法官有这方面的考虑,他的判决也要接受法教义、方法和先例的约束和检验。<sup>[63]</sup> 所以,从合宪性审查监督和约束政治的角度,合宪性审查反而要与政治保持一定的距离。对此,美国的合宪性审查有“政治问题不审查”原则,该原则要求某些问题应当留给承担政治责任的政府、总统和国会来决定,比如共和政体、选举过程、外交事务、国会的内部事务、批准宪法修正案的过程,不适合进行司法审查。<sup>[64]</sup> 但是在德国的合宪性审查中,基于联邦宪法法院的能动地位(联邦宪法法院被称为宪法机关),并没有接受这一原则。<sup>[65]</sup> 也就是说,政治问题在德国并非不受审查,只是审查的强度上相比其他案件有所不同,比如采用明显性审查基准。就像联邦宪法法院在萨尔判决(Saar-Urteil)中所指出的,当缔结条约的机关宣称没有其他更好的方案能够解决萨尔问题时,对于联邦宪法法院来说,必须是这样的解决方案没有逾越裁量的界限。<sup>[66]</sup>

合宪性审查机关如果不注意维护自身中立性的话,其对政治的监督就容易被政治所反噬,从而出现施米特所担心的司法政治化问题。目前从一些国家的合宪性审查实践来看,确实存在这样的趋势。比如斐济上诉法院宣布被政变上台政府废除的 1997 年斐济宪法有效,巴基斯坦最高法院宣判 1999 年穆沙拉夫领导的政变有效,合宪性审查机关的介入往往不能使政治局势趋于稳定,相反会加剧政局的动荡,因为从政治上看,合宪性审查的结果很大程度上并非终局性的。<sup>[67]</sup>

### (三)合宪性审查机关与普通法院的关系

对于将普通法院作为合宪性审查机关的国家来说,不存在协调两者关系的问题。但对于其他合宪性审查模式来说,合宪性审查机关与普通法院的关系涉及到两个根本问题的区分。

一是宪法案件与法律案件的区分。所谓宪法案件通常就是指合宪性审查(还包括德国式的宪法诉愿),而法律案件则以普通的刑事、民事、行政诉讼为主。实际上,只要在普通法院之外设立合宪性审查机关,就意味着将合宪性审查程序与普通诉讼程序的

[62] See Dieter Grimm, What Exactly Is Political about Constitutional Adjudication?, in Christine Landfried ed., *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press, 2019, p. 310.

[63] Vgl. Dieter Grimm, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2021, S. 137.

[64] Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 5<sup>th</sup>, Wolters Kluwer, 2015, p. 188.

[65] Michael Piazzolo, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politische Fragen: Die Political Question Doktrin im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, 1994, S. 74.

[66] BVerfGE 4, 178.

[67] 参见刘晗:《宪法的全球化:历史起源、当代潮流与理论反思》,《中国法学》2017 年第 2 期,第 121 - 122 页。

分离。当然之所以区分两种程序,根本原因在于两种程序确实是可分的。虽然凯尔森认为合宪性审查与普通诉讼案件本质上都是三段论,但毕竟合宪性审查中,小前提是立法事实,<sup>[68]</sup>而非个案事实。相比涉及特定人、特定事的个案事实,立法事实的普遍性和一般性要高,因此在事实的认定和证据的品质上都有别于普通诉讼。<sup>[69]</sup>

二是宪法解释与法律解释的区分。一般来说,合宪性审查机关肯定拥有宪法解释权,但是并不一定拥有法律解释权。这其中的原因在于,合宪性审查机关如果拥有法律解释权,将有可能利用其对法律解释的合宪性审查权,从而使自己的解释凌驾于普通法院的解释之上,变成普通诉讼的“上诉审”,因为法律解释正是普通诉讼的核心。所以,为了避免合宪性审查机关从事具体个案的审判,仿照凯尔森的合宪性审查机关作为消极立法者的观点,我们也可以说,合宪性审查机关应当是消极审判者,即合宪性审查机关只能对普通法院的法律解释的合宪与否进行判断,而不能说究竟应当如何解释法律,以此来维护合宪性审查权与个案审判权之间的分工。

合宪性审查机关与普通法院的关系基本上可以分为合作关系与竞争关系两种。

合作关系是指如果合宪性审查需要由普通法院向合宪性审查机关提起,此时两者构成合作关系。但是这种合作中也会存在竞争,比如很多国家(比如德国、西班牙、意大利、法国、匈牙利等)规定,<sup>[70]</sup>如果普通法院能够对疑似违宪的法律进行合宪性解释的,就应当尽量进行合宪性解释而不是提起合宪性审查,合宪性审查只有在不能作合宪性解释的时候才能提起。这种合宪性解释表面上似乎减轻了合宪性审查机关的负担,但也会导致普通法院变相地享有了合宪性审查权,甚至可能架空真正的合宪性审查机关。也就是说,如果普通法院对确实违宪的立法进行合宪性解释而不提起合宪性审查,在缺乏相应补救制度的情况下,后果将是灾难性的。<sup>[71]</sup>

竞争关系是指在有宪法诉愿制度的国家,允许公民对普通法院的判决提起合宪性审查,本质上是对普通法院的宪法解释的质疑,此时就会存在合宪性审查机关的宪法解释与普通法院的宪法解释之间竞争的问题。因为在上述国家,合宪性审查机关虽然不垄断宪法解释权,但它是宪法解释中一锤定音的,所以当普通法院的宪法解释与合宪性审查机关的宪法解释不一致时,它有责任统一之。就像德国联邦宪法法院在赫克公式(Hecksche Formel)中所讲的:“对于一般法范围内的正常涵摄过程,联邦宪法法院不得进行审查,除

[68] 所谓立法事实是指立法机关在制定一项法律规范时所考虑的现实情况、社会科学或自然科学的规律性,乃至实际经验等特定事实性预想,从而作为其规范形成的基础。参见张志伟:《比例原则与立法形成余地——由法律原则理论出发,探讨审查强度的结构》,我国台湾地区《中正大学法学集刊》2008年第2期,第51-52页。

[69] 参见贾文字:《司法违宪审查中的证据品质与事理观点——从证据法角度出发的美国经验与台湾借镜》,我国台湾地区《“中研院”法学期刊》总第20期(2017年),第251-308页;许宗力:《违宪审查程序之事实调查》,载许宗力著《法与国家权力》(二),我国台湾地区元照出版有限公司2007年版,第43-74页。

[70] See Allan R. Brewer-Carías ed., *Constitutional Courts as Positive Legislators: a Comparative Law Study*, Cambridge University Press, 2017, pp. 73-78.

[71] 法国的情形尤甚,因为法国的最高法院或者最高行政法院如果拒绝移送宪法委员会进行合宪性审查,等于是终局判决,不仅不能向宪法委员会申请救济,而且日后也不能在另一起诉讼程序中再行提起(除非情势变更),因为已经丧失了新颖性。参见[法]杰哈·马库(Gérard Marcou):《法国“违宪先决问题”之制度与实务》,李鐔澈译,《交大法学》2014年第1期,第105页。



非是显而易见的解释错误,此等错误乃是基于对基本权利的意涵的原则上不正确的观点而来,特别是当基本权利的保护范围以及基本权利的实质意涵对于具体法律案件具有决定性作用时。”<sup>[72]</sup>如果说合宪性审查机关与普通法院在宪法解释上的竞争是良性竞争的话,那么在法律解释上的竞争就可以说是“恶性竞争”了。诚如前述,如果合宪性审查机关没有恪守对法律解释只定性、不从事的立场,就很可能与普通法院的法律解释发生冲突,并进而引发合宪性审查机关与普通法院中负责统一法律解释的最高法院之间的紧张关系。比如意大利宪法法院曾经宣布《刑事诉讼法典》第 303 条只有在某种“正确解释”的情况下才是合宪的,而最高法院质疑这种解释的正确性并且拒绝遵守,理由就是:宪法法院对法律的解释没有普遍约束力,因为这不同于对法律的合宪性审查。最高法院坚持认为宪法法院的法律解释只有消极的意义(即这种解释并不违宪)并且只针对该案,在其他案件中,普通法院仍然有权和义务去自主地解释法律规范的内容。<sup>[73]</sup>

## 四 结 论

当前西方的合宪性审查不仅面临着恐怖袭击、社会福利、经济危机等威胁,<sup>[74]</sup>而且也面临着司法政治化带来的宪法权威衰退的危险。<sup>[75]</sup>我国的合宪性审查正在蓬勃发展,并且特点鲜明。一是行使国家立法权的最高国家权力机关及其常设机关作为审查主体,从而消弭了合宪性审查的反多数难题和政治性问题;二是采取事先审查与事后审查、主动审查与被动审查相结合的方式,为各种审查模式提供了空间;三是虽然合宪性审查机关兼具宪法解释权与法律解释权,但禁止个案监督避免了与普通法院之间的竞争;四是审查强度上有所为有所不为,维护合宪性审查机关与立法机关之间的良性关系。<sup>[76]</sup>2021 年 1 月公布的《法治中国建设规划(2020-2025)》中明确提出要“健全合宪性审查制度,明确合宪性审查的原则、内容、程序”。在国际制度竞争日益激烈的情况下,中国特色的合宪性审查制度不仅助力于我国全面依法治国的实现,也将为世界合宪性审查制度提供中国智慧和方案。

[本文为作者主持的 2019 年度国家社会科学基金重大研究专项“以法规备案审查制度彰显社会主义核心价值观研究”(19VHJ015)的研究成果。]

[72] BVerfGE 18, 92 f; 102, 362.

[73] See Lech Garlicki, Constitutional Courts versus Supreme Courts, Vol. 5, No. 1 *International Journal of Constitutional Law* 44, 56 (2007).

[74] See Zoltán Szente & Fruzsina Gárdos-Orosz, Introduction: Contemporary Challenges of Constitutional Adjudication in Europe, in Zoltán Szente & Fruzsina Gárdos-Orosz ed., *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective*, Routledge, 2018, pp. 3-15.

[75] See Angela di Gregorio, Constitutional Courts in the Context of Constitutional Regression: Some Comparative Remarks, in Martin Belov ed., *Courts, Politics and Constitutional Law-Judicialization of Politics and Politization of the Judiciary*, Routledge, 2020, pp. 209-227.

[76] 参见王锴:《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》,《中国法学》2019 年第 1 期,第 21-22 页。

---

[ **Abstract** ] The constitutional review system has a history of more than two hundred years since its establishment in 1803. Currently, constitutional review systems in the world can be divided into seven models: the American judicial review model, the continental European model, the hybrid model, the French model, the Commonwealth model, the parliamentary review model and the Chinese model. Constitutional review has undergone three stages of development: the establishment stage, the development stage, and the diffusion stage. This development process is characterized not only by the convergence of the American judicial review model and the continental European model and the continuous strengthening of the legitimacy of democracy and improvement of technicality, but also by the emergence of the following three new situations and new problems: (1) The relationship between the constitutional review body and the legislature. Traditionally, a passive legislative position has been adhered to in constitutional review. However, in recent years, constitutional review, especially the Constitutional Court model, has shown a trend towards positive legislation. In order to ease the tension between the constitutional review body and the legislature, or to prevent the constitutional review body from replacing the legislature in legislation, some methods have been developed to restrain the power of constitutional review, including constitutional presumption and review intensity. (2) The relationship between constitutional review and politics. The debate between Kelsen and Schmitt about “who is the guardian of the constitution” actually involves the nature of constitutional review: legal or political. From the perspective of the role played by constitutional review in supervising and constraining politics, constitutional review has to keep a certain distance from politics. At the same time, if a constitutional review organ does not pay attention to maintaining its own neutrality, its supervision of politics will be easily eroded by politics, leading to the problem of judicial politicization that Schmitt is worried about. (3) The relationship between constitutional review organs and ordinary courts. The relationship between constitutional review organs and ordinary courts involves the distinction between two fundamental issues: constitutional cases and legal cases, and constitutional interpretation and legal interpretation. A constitutional review body should be a passive judge, that is, it can only judge whether the legal interpretation of an ordinary courts is constitutional or not, but cannot say how the law should be interpreted, so as to maintain the division of power between constitutional review and judicial trial. The current western constitutional review is facing not only threats from terrorist attacks, social welfare, and economic crisis, but also the danger of the decline of constitutional authority caused by the politicization of the judiciary. In the midst of great changes unseen in a century, the constitutional review system with Chinese characteristics not only contributes to the realization of comprehensive law-based state governance in China, but also provides Chinese wisdom and Chinese solutions to the constitutional review system in the world.

---