

荷兰为何会拒绝违宪审查*

——基于历史的考察和反思

程雪阳

内容提要:荷兰现行宪法第120条明确禁止法院对议会的法律进行违宪审查,被称为西方世界抵制违宪审查的“最后堡垒”。然而,这一规定并非没有争议。自1848年以来,荷兰国内围绕违宪审查展开了长达160多年的争论。特别是1980年代以后,荷兰法院频频依据宪法第94条对国内法进行“条约审查”的做法使得这种争论变得更加复杂。为什么荷兰人允许法院进行“条约审查”却不允许法院进行违宪审查?这需要从荷兰人特殊的法律观、特殊的宪法、以“波德模式”为核心的国家治理模式以及国际法的影响等方面予以考察。荷兰的经验表明,人权保护是世界各国的共同任务,但为了保护人权而允许司法进行违宪审查却并非普世且不可替代的真理。为了实现保护人权和维护法律秩序统一和谐这两个目标,每个国家应当在尊重本国国情的基础上进行制度设计。

关键词:违宪审查 人民主权 人权保护 法律秩序

程雪阳,中国人民大学法学院博士后研究人员、郑州大学土地法律研究中心研究员。

引言

自从美国联邦最高法院1803年做出马伯里诉麦迪逊(*Marbury v. Madison*)一案的标志性判决以来,^[1]通过司法进行违宪审查,也就是我们通常所说的司法审查,已被很多国家所接受。如同人们今天所看到的那样,有权要求立法机关遵守宪法,并可以裁决法律合宪性的法院已经遍布全球,司法审查也逐渐成为一种世界性的趋势。有趣的是,在荷兰这个以保护人权而闻名的国家,宪法中却依然保留着明确禁止司法进行违宪审查的条款,以致时常被人们戏称为西方世界抵制违宪审查的“最后堡垒”。

* 郑州大学“211工程”三期建设重点学科子项目“社会转型期的法治建设与公民教育”课题“社会转型期重大法治问题研究”(LC-B004)和“创新人才培养—培育优秀博士学位论文”子项目的阶段性研究成果。

[1] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

也许正是因为这种情况的存在,汉语学术界在谈及违宪审查时,往往将荷兰作为一个例外而轻描淡写地处理。这种轻率的做法既忽视了荷兰相关制度的复杂性,也不利于系统地了解荷兰国内有关违宪审查的争论,更不用说解释相关问题背后的种种因由了。荷兰虽为小国,但该国在违宪审查领域的制度发展和学术争论对世人来说,并非完全没有意义,特别是对于中国这样一个同样被司法审查问题所困扰的国家来说,尤为重要。

在本文的第一部分,我将系统梳理 1848 - 2011 年间荷兰围绕司法进行违宪审查所展开的争论和实践;直到今天,荷兰人依然对是否有必要建立违宪审查,以及建立何种形式和程度的司法审查犹豫不决,出现这种局面的原因将成为第二部分讨论的主要内容。人们将会发现,特殊的法律观、宪法观、社会治理观以及国际法对荷兰司法审查制度的发展有着极为重要的影响;在违宪审查缺失的情况下,宪法如何实施,人权如何保障,法律秩序如何保持和谐统一等问题将在第三部分予以讨论,荷兰学者对于未来议会与法院关系处理的建议也将在这一部分予以梳理;在文章的最后一部分,我将反思荷兰相关制度发展和学术争论给人们带来的启示。

需要说明的是,虽然司法审查与违宪审查两个术语有着诸多的不同,但为了论述方便,本文将会交替使用这两个术语。另外,除非必要且在明确说明的情况下,本文所指的司法审查与违宪审查主要是指法院对议会所制定的法律的合宪性进行审查。^[2]

一 违宪审查在荷兰的争论

是否允许法院进行违宪审查,在荷兰并非是一个新话题。从 1848 年宪法修改开始,相关的争论就已经产生。^[3] 当时的政府认为应在宪法中写上“议会制定的法律神圣不可侵犯”这一条款,而国家宪法委员会则更加倾向于建立一种通过司法对议会立法进行违宪审查的制度。^[4] 当时的宪法委员会主席索贝克(Johan Rudolph Thorbecke)甚至严重警告说,如果将这一条款纳入宪法中,以后想再将其“踢出去”就会很困难了,因为它将逐步成为荷

[2] 早在 19 世纪中后期,荷兰法院就通过判例取得了对低位阶法律规范进行审查的权力,只不过人们对准确时间持有不同的看法,C. A. J. M Kortmann 等人认为,最高法院在 1864 年 3 月 6 日的判决中(W 2646, Pothuys)就确定了如下原则:即,尽管荷兰法院无权审查议会法令的合宪性,但却可以审查那些法律位阶低于议会法令的立法——委任立法(delegated legislation)、市政当局的立法和省级立法;而 Preadvies van A. K. Koekkoek 则认为 1879 年 1 月 13 日的 Meerenberg judgment 才真正明确地确立了这一规则。See C. A. J. M Kortmann & Paul P. T. Bovend' Eert, *Dutch Constitutional Law*, The Hague, (Kluwer Law International edition, 2000), pp. 134 - 135; Preadvies van A. K. Koekkoek, *Administrative Law and Constitution in Ireland and Holland*, Deventer, (Kluwer Law International edition, 1987), p. 67. 另外,荷兰之所以允许法院审查低位阶法律规范的合宪性,却禁止法院审查议会所通过的法律的合宪性,主要是与人们关于“人民”的想象有关——人们普遍认为国家议会才是作为“整体的人民”的代表,法院不得审查人民的决定,但地方议会、市政当局则与“人民”没有太大的关联,所以它们所制定的法律规范可以接受司法的审查。

[3] 如果我们将宪法看做是一部用于保护公民的基本权利并且可以适用于所有省和城市的法律的话,那么 1579 由北方七省联合签订的《乌特勒支联盟条约》(The Union of Utrecht treaty)就可以看作是尼德兰联省共和国(Republic of the United Netherlands)的第一部宪法。1795 - 1813 年间法国人占领期间,即所谓的“法国时期”,先后有 3 部宪法(1798、1801、1805)颁布;1813 年独立后,荷兰(领土范围包括今天的比利时和卢森堡)便着手制定一部自己的宪法,次年这部宪法颁布,即 1814 年宪法,这就是今天荷兰王国(Kingdom of the Netherlands)的现行宪法。另外需要说明的是,1815 年维也纳条约(Treaty of Vienna)签订后,今天的比利时被划归荷兰王国管辖,为了满足这一新成员的要求,1814 年宪法做了一些重大的调整,比如将一院制改为两院制。

[4] 需要说明的是,依照荷兰的政治传统和文化,对于一些重大的事情,政府总是会建立一些临时的委员会先期进行研究和调查。所以,这里所称的荷兰宪法委员会与法国的宪法委员会在性质、地位和职能方面完全不同,而且实际上,几乎每一次修宪都会设立一个或者多个委员会负责前期准备工作。

兰宪法的特色。^[5] 不过,由于政府的坚持,“议会制定的法律神圣不可侵犯”还是被作为第115条写进修订后的宪法中。此后的荷兰宪政发展史被索贝克一语成讖。从1848年到1983年,在长达135年的历史长河中,尽管荷兰宪法被修改了16次,索贝克也曾先后3次担任内阁首相,^[6]但这一条款总是能够躲过被废除或修改的命运。

1953年修宪时,宪法中增加了一个新的条款(第94条),规定“如果荷兰王国的一项国内立法与对所有人都具有普遍约束力的国际条约或者国际组织的决定相冲突的话,该项立法不得实施。”^[7]这次修宪是为了应对日益增多的国际事务(特别是战后欧洲的重建事务)而进行的,与司法审查本无太大的关联,^[8]但由于宪法确立了“国内法违背国际法后不得实施”这一原则,所以从理论上来说,当荷兰公民、法人或者其他社会组织认为某一国内法违反该项原则并侵犯自身权利时,他们就有权将相关案件提交法院进行裁判;而在裁判的过程中,法院就不得不审查国内法是否与宪法第94条承认的国际法相冲突。换句话说,宪法第94条实际上间接赋予了法院依照国际条约或者国际组织的决定审查荷兰国内所有形式法律(也包括宪法自身)的权力。^[9]不过,这样的推理对于1953年的荷兰人来说过于陌生,因为“对所有人都具有普遍约束力”的国际法在当时几乎不存在,而且很少有国际条约涉及公民权利保护问题。

然而,历史的发展总有出人意料之处。仅仅在第94条被纳入宪法一年之后,即1954

[5] J. R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, Gravenhage: Martinus Nijhoff, 1848, p. 60.

[6] 在1848年宪法修改通过后,现行的荷兰宪法又先后于1884, 1887, 1917, 1922, 1938, 1946, 1948, 1953, 1956, 1963, 1972, 1983, 1987, 1995, 1999, 2002进行了16次修改。Ewoud Hondius, M. J. Chorus, Piet-Hein Gerver, *Introduction to Dutch Law to Foreign Lawyers*, 4th revised edition, (Kluwer Law International, 2006), p. 302. Johan Rudolph Thorbecke则在1849-1853, 1862-1866, 1871-1872三个时期先后担任首相。See Mark T. Hooker, *the History of Holland*, (Greenwood Press, 1999), pp. 125-126.

[7] 1956年荷兰宪法再次修改,修改后的第93条规定“具有普遍约束力的国际条约或者国际组织的决定自公布之日起具有约束力”。这意味着“具有普遍约束力的国际条约或者国际组织的决定可以直接在荷兰适用,不需要经过国内法转化”的原则在宪法上明确确立。

[8] 荷兰外交部助理法律顾问范·潘休斯(Jonkheer H. F. van Panhuys)在1953年针对宪法修正案所做的评论清晰地说明了这一点。依照Jonkheer H. F. van Panhuys的记录,二战以后,随着诸多重大国际事件的发生,荷兰的外交事务日益增多。人们普遍感觉有必要对荷兰宪法中关于外交事务和外交权的规定进行修改。当时的荷兰政府设立了一个专门的咨询委员会负责研究如何修改宪法以适应时代的需要。这个委员会由国际常设法庭(the Permanent Court of International Justice)的前任法官范·伊森哈(Jonkheer van Eysinga)领导。伊森哈委员会很快提出了一份宪法修正案草案,并将其提交宪法修改委员会。依照该修正案草案的规定,如果是为了维护和发展国际秩序的需要,国王领导的政府可以在议会批准之后签订一些违反宪法的国际条约,法院无权审查政府的决定。这些修改意见于1953年通过。Jonkheer H. F. van Panhuys, “The Netherlands Constitution and International Law”, 47 *The American Journal of International Law* 537, 538 (1953).

[9] 需要说明的是,宪法94条只是规定“如果荷兰王国的一项国内立法与对所有人都具有普遍约束力的国际条约或者国际组织的决定相冲突的话,该项立法不得实施”,并没有直接赋予法院依据具有普遍约束力的国际法来审查国内法的权力。然而法院在裁决纠纷的过程中可以通过解读“该项立法不得实施”间接获得司法审查权,因为从字面上理解,“该项立法不得实施”应该包括法院不得实施相关国内法。在1980年代以后的司法实践中,荷兰法院通过审查以下两个问题来决定自身是否依照宪法第94条来进行“条约审查”:(1)作为签约国,荷兰联合王国是否明确同意了条约的内容;(2)如果答案是肯定的,那么该条约的相关条款是否符合法院的案件受理标准(judicially management standards to decide the case)。通过追问这两个问题,法院将第94条的规定转化为司法管辖权的问题。通过一系列的判决,特别是1986年的major railway strike case,法院认为,只有那些不仅适用于签约国,而且直接适用于签约国所有公民,且不需要国内立法或者行政部门进一步澄清的(without further ado)国际条约才符合法院“条约审查”的要求。See, e. g., the Supreme Court judgment of 30 May 1986, NJ 1986/688 (Railway Strike); Judicial division of the Council of State, judgment of 15 September 2004, AB 2005/12. J. Uzman, T. Barkhuysen & M. L. van Emmerik, “The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislation?” In *The Netherlands Report to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, Washington, July 26-30, 2010, p. 8; Jan ten Kate & Peter J. van Koppen, “Judicialization of Politics in the Netherlands: Towards a Form of Judicial Review”, 15 *International Political Science Review* 143 (1994).

年,荷兰加入了《欧洲人权公约》(European Convention of Human Rights, RCHR)。该公约不但以保护人权为宗旨,而且适用于签约国的所有公民。人们有理由期待宪法第 94 条终于有了用武之地,然而现实情况却并非如此。1960 - 1970 年代,荷兰法院并不希望仅仅因为国内法与欧洲人权公约冲突而不适用国内法。他们通常会否认公约权利具有自我执行的性质,或者通过扩张/缩小解释将公约权利转化为荷兰国内法上的权利,然后进行处理。^[10] 所以,第 94 条的规定在很长的一段时间内似乎只停留在大学课堂和议会的讨论中,司法实践方面则乏善可陈。

司法的保守和克制在这一时期不仅体现在对宪法 94 条的态度上,而且表现为法院对违宪审查的坚决抵制方面。1961 年,议会颁布了一项旨在减少全国 65 岁以上公务员津贴的规定。一位担任下议院议员的法学教授向法院提起诉讼,指责这一规定违反了宪法。因为按照宪法规定,现任和离任议员的报酬必须由议会 2/3 以上多数以法案的形式通过才可以生效,然而下议院并没有单独就这项减少津贴的规定进行投票,而是将其与其他问题夹杂在一起通过的。所以,该议员认为这一项规定应当无效。这一案件的核心在于法院是否有权审查议会立法程序的合宪性。范·波特(C. W. van der Pot)等教授建议最高法院藉此机会进行违宪审查,但最高法院还是驳回了起诉,并宣布只要一项法律草案由上下两院通过并经国王签署公布,法院就无权审查议会的立法程序的合宪性,也就是说,法院只审查一项法案是否通过,而不审查它是如何通过的。^[11]

1966 年,当时负责宪法事务的内政部长在一份报告中建议说应当部分解除宪法第 120 条设置的禁令,允许法院去审查那些涉及宪法所保护的传统的法律。^[12] 这一建议认为,这些传统权利由国内法院通过国内宪法来加以保护要比通过国际法来保障要有力得多,因为国际法往往只能提供最低限度的权利保障,而这对于公民权利的保护是远远不够的。1969 年,国家宪法委员会就内政部长的建议进行了讨论。^[13] 在讨论的过程中,宪法委员会的一些委员对内政部长的建议提出了质疑和批评。比如,一些反对者认为司法审查的实质是让法院做出一些原本应当属于议会职权范围内的政治决定,如果按照内政部长的建议,部分地解冻宪法的禁令,可能会危及司法的独立性——因为法官候选人的选择将会成为政治争论和政治影响的牺牲品;^[14] 另外,还有人认为,法院依照国际条约进行司法审查和依照宪法进行违宪审查完全是两种不同的情况——前者是与尊重各国法律普遍承认的最低限度的规范联系在一起的,而司法审查则与公民的日常生活息息相关,因此不能以宪法允许前者作为它也应当支持后者的依据。反对者担心,由法院进行违宪审查将会使司法权扩张到令人无法接受的地步,而且可能会侵犯立法机关所固有的权力。^[15] 最终,国家宪法委员会以 11 比 6 的投票结果支持了内政部长关于“法院应当被允许就传统权利进行司法审查”的建议。

[10] J. Uzman, T. Barkhuysen & M. L. van Emmerik, “The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislation?” In *The Netherlands Report to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, p. 11.

[11] Hoge Raad, 27 January 1961, NJ 1963, 248 (*van den Bergh judgment*); Leonard F. M. Besselink, *Constitutional Law of the Netherlands: An Introduction with Texts, Cases and Materials*, Nijmegen: (Ars Aequi Libri, 2004) pp. 91 - 94.

[12] Proeve van een nieuwe Grondwet, 1966. 所谓“传统权利”大致相当于所谓的“第一代人权”,比如生命、财产不受非法侵犯、言论自由、结社自由、集会游行示威自由等。这些权利通常并不需要政府给予帮助即可实现,而且其一般禁止政府非法干涉。

[13] J. L. M. Th. Cals/A. M. Donner, *Tweede Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, 1969.

[14] J. L. M. Th. Cals/A. M. Donner, *Tweede Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, p. 39.

[15] J. L. M. Th. Cals/A. M. Donner, *Tweede Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, p. 39.

多数委员认为,司法审查对于增强公民的地位是必要的。然而,由于当时的内阁首相皮特·德容(Piet de Jong)以及随后的内阁首相昭珀·戴佑伊(Joop den Uyl)支持宪法委员会少数派的意见,在政治的压力下,内政部长的建议最终夭折。

1983年修宪时,宪法几乎被重写,一方面,许多条款都被废除,另一方面,宪法第一章中增加了大量的公民基本权利,比如表达自由、游行示威自由、隐私权等,但是禁止法官对议会法案进行违宪审查的制度依然得以保存。宪法修改的过程中,一些政治家提出动议说应当允许司法进行违宪审查,但当时的政府同样以“避免法院卷入到政治事务”为由拒绝了这一建议。^[16] 不过,为了平息反对者们的不满,宪法禁令的表述方式进行了转换,即从“法律神圣不可侵犯”变成了现行宪法第120条规定的“法院无权裁决议会所颁布的法令以及签订的条约是否合宪”。^[17]

争论自然不会停息。到1988年,海牙地方法院审理的一起案件引起了人们的广泛关注。^[18] 这个案件主要涉及到三项与教育有关的议会法案,由于这些法案都被所谓的《协调法》修改,该案的原告申请法院不要适用《协调法》的规定,因为该法以溯及既往的方式限制了国家对学生的资助,从而违反了“法的确定性”这一普遍性原则。原告认为,虽然宪法第120条禁止法院进行违宪审查,但并没有明确禁止法院依照不成文法中的一般法律原则(比如说“法的确定性”原则)来审查议会所制定的法令。不过,海牙地方法院拒绝了这种主张。

于是,原告改变了起诉理由,提出《协调法》违反了1953年《荷兰联合王国宪章》第43条第1款所确认的“法的确定性”原则。作为一部适用于整个荷兰王国的基本法,^[19]从严格意义上来讲,该宪章才是荷兰国内法律体系的最高法,比仅仅适用于荷兰本土的《荷兰宪法》效力要高。^[20] 原告认为,《荷兰联合王国宪章》虽然没有明确赋予法院违宪审查的权力,但也没有明确禁止法院审查议会所制定的法案,所以法院应当依据该宪章对议会制定的法案进行司法审查。对于这一请求,海牙地方法院出人意料地表示了赞同。该法院认为,既然《荷兰联合王国宪章》中没有明确禁止司法审查,那么依照宪章中规定“法的确定性原则”对《协调法》进行审查就是可能且理由充分的,据此认定《协调法》侵犯了学生的权利,因此拒绝适用该法的相关条款。

故事当然没有就此结束。案件很快被上诉到荷兰最高法院。与海牙地方法院的观点截然相反,最高法院认为,不能因为《荷兰联合王国宪章》没有明确禁止司法审查的条款,就可以推定该宪章允许司法进行违宪审查,因为这既不符合该法案的立法原意,也不符合荷兰联

[16] Parliamentary Proceedings II, 1974 - 1975, p. 2325 & 2431.

[17] “法院不得对议会的宪法性法律与条约进行审查。” Constitution of the Kingdom of the Netherlands, Published by the Ministry of the Interior and Kingdom Relations, Constitutional Affairs and Legislation Division in collaboration with the Translation Department of the Ministry of Foreign Affairs, 2008.

[18] Pres. District Court's Gravenhage, 11 August 1988; Nederlands Juristenblad 1988, pp. 1031 - 1032.

[19] 1953年《荷兰联合王国宪章》规定该国由欧洲大陆的荷兰、荷属安的列斯群岛以及荷属阿鲁巴群岛三部分构成,2008年12月15日,联合王国的相关政府在荷属安的列斯的库拉索岛(Curaçao)举行了圆桌会议,就库拉索岛和圣马丁岛的宪法地位进行了讨论。会议最终决定,2010年10月10日,荷属安的列斯(the Netherlands Antilles)分成库拉索岛和圣马丁岛两个独立的自治领(autonomous partners),分别加入荷兰联合王国,并享有与欧洲大陆荷兰、荷属阿鲁巴同等的地位。也就是说,今天的荷兰实际上已经由4个部分组成了。详细介绍参见荷属圣马丁政府官方网站:The Kingdom of the Netherlands; new constitutional structure, Produced by Ministry of the Interior and Kingdom Relations and the Ministry of Foreign Affairs, October 2010. available at <http://www.sintmaartengov.org/Government/Pages/default.aspx>, (Last visited Jan. 11, 2012).

[20] Hoge Raad, 14 April 1989, AB 1989, 207 (Harmonisation Act), at par. 4.6.

合王国避免依据宪法性文件来授权司法进行违宪审查的传统。宪法第120条既不能被解释为允许法院依据一般的法律原则来对议会法案进行司法审查,也排除了依据任何其他更高位阶的法律规范来对议会立法实施违宪审查的可能性。^[21]最高法院同时指出,在1983年宪法修改的过程中,立法机关曾经讨论过是否要废除宪法为司法审查所设置的禁令,但这一禁令依然保留在现行宪法中。这就表明,荷兰法院依然无权依据宪法以及宪法以外的其他法律规范进行违宪审查,因为宪法将其自身含义的最终解释权和决定权保留在代表民主的民选立法机关手中了。最高法院最后得出结论说,司法无权进行违宪审查不仅完全符合法院在荷兰宪政体制中的“传统定位”,也是荷兰的宪政秩序所决定的。^[22]

不过,出人意料的是,最高法院却赞同海牙地方法院关于《协调法》违反了《荷兰联合王国宪章》第43条第1款所规定的“法的确定性原则”的论断,更令人惊讶的是,其还承认了已经被海牙地方法院拒绝了“《协调法》违反了荷兰的不成文法”的主张。^[23]换句话说,最高法院认为,根据宪法第120条的规定,任何荷兰的法院都不得以任何理由通过违宪审查废除议会所制定的法令,但他们可以公开地宣布某一法令是否与宪法相冲突。

海牙地方法院和荷兰最高法院的判决,使得关于司法审查由来已久的争论再次高涨。这种争论又因为1980年代以后荷兰法院对待宪法第94条态度的“大转弯”而变得复杂起来。如上所述,自从1953年修宪以来,荷兰法院对待宪法第94条的态度一直极为冷淡,直到1980年,荷兰宪法学的权威阿柯玛(E. A. Alkema)教授还在感叹“荷兰法院在适用欧洲人权公约方面只扮演着极为有限的角色”。^[24]然而,自从1977年马斯特里赫特地区法院宣布荷兰《交通肇事法》违背了《欧洲人权公约》第8条后,^[25]荷兰各级法院开始频频依照各种国际人权公约(特别是《欧洲人权公约》)来审查荷兰国内法。1980年,荷兰最高法院认为荷兰《民事诉讼法》第959条关于“非婚生子女与婚生子女区别对待”的规定违反了《欧洲人权公约》第8条和第14条的规定,因此不予适用;^[26]1982年,荷兰最高法院认为荷兰《民事诉讼法》第1:36(2)条关于“未成年子女结婚必须获得父亲和母亲一致同意”的规定违反了欧洲人权委员会的一系列决定;^[27]1984年,荷兰最高法院明确要求地方法院不适用《民事诉讼法》第1:161(1)条的规定,因为其违反了《欧洲人权公约》第8条关于家庭隐私权的规定。^[28]

[21] Hoge Raad, 14 April 1989, AB 1989, 207 (*Harmonisation Act*), at par. 3. 1.

[22] Hoge Raad, 14 April 1989, AB 1989, 207 (*Harmonisation Act*), at par. 3. 1.

[23] Hoge Raad, 14 April 1989, AB 1989, 207 (*Harmonisation Act*), at par. 3. 1.

[24] Alkema, E. A., *The Application of Internationally Guaranteed Human Rights in the Municipal Legal Order*, in Kalshoven, F. et al. (eds.), *Essays on the Development of the International Legal Order*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Academic, 1980, pp. 181 - 198.

[25] Maastricht District Court judgment of 14 November, 1977, *the Netherland Yearbook of International Law* 1978. p. 293.

[26] Supreme Court judgment of 18 January 1980, NJ 1980/463 (*Illegitimate child*). 在这一案件中,荷兰民事诉讼法规定,只有未成年人的亲属(the kin)可以到法院起诉地方治安法官关于限制抚养权的决定,而所谓亲属关系仅仅存在于婚生子女与其父母及父母的家庭成员之间,非婚生子女与父母及父母的家庭成员之间不存在亲属关系。这种区别对待实际上剥夺了非婚生子女及其亲属的权利。

[27] Supreme Court judgment of 4 June 1982, NJ 1983/32 (*Parental Veto on Underage Marriage*).

[28] Supreme Court judgment of 4 May 1984, NJ 1985/510 (*Dual custody*). 在这一案件中,一对离异的父母希望共同享有他们的6岁孩子的监护权,然而阿姆斯特丹地区法院认为,依照荷兰民法典第1:161(1)的规定,法院在判决夫妻离婚的时候,法院只能任命一个监护人,而不能让离异双方共享孩子的监护权。当事人不服该判决遂上诉到最高法院,并提出,依照《欧洲人权公约》第8条的规定,为了孩子的最大利益,离婚后的父母共享监护权是可能的。最高法院认为,荷兰的法律不允许离异父母共享监护权,所以它不能超越司法权的界限改变荷兰家庭法的这一规定,但是依据宪法第94条的规定,它可以基于荷兰家庭法与《欧洲人权公约》相冲突而不适用于家庭法。

1986年,荷兰最高法院依照宪法第94条规定进行的“能动司法”达到了顶峰,在该年著名的“春天判决”(spring decision)中,该法院不但依照《欧洲人权公约》对荷兰《家庭法》进行了审查,而且通过法律解释事实上修改了该法。^[29]

荷兰法院(特别是最高法院)在1980年代以后频频引用宪法第94条的司法实践,确实促进了国内的人权保护力度,但同时也带来了一些制度上的矛盾和紧张:其一,国内法官可以依照《欧洲人权公约》或《公民权利和政治权利国际公约》关于公民权利的规定拒绝适用国内法,但却不可以依照宪法第1条关于禁止歧视的规定对议会立法进行违宪审查(慑于宪法第120条的禁令);其二,那些被国际条约所确认的传统权利经由宪法第94条得到了司法的保护,但是国际条约所没有规定的新型社会经济权利则几乎被排除在司法审查范围之外,因为这些权利往往被认为不具有可直接执行性。^[30]

1991年,荷兰政府向最高法院提交了一份关于司法审查的报告。该报告认为,对于荷兰来说,最为重要的问题已经不再是是否应当允许法院进行司法审查了,而是应当建立何种形式的司法审查。^[31]最高法院也表示支持在传统权利领域可以适当松动宪法第120条所设置的禁令,而且还建议说自己支持分散型的司法审查,即授权所有的法院而不是建立一个专门的宪法法院来进行违宪审查。^[32]一年之后,大部分荷兰法学家也纷纷在全荷法学会(Dutch Lawyers Association)年会(1992年6月)上附和,表示他们支持废除宪法第120条对于司法审查的禁令。^[33]然而,由于人们无法就宪法修改达成共识,政府最终没有能够就此一问题提出正式的宪法修正案。1997年,政府再次就司法审查的问题咨询了最高法院的意见,却依旧没能采取任何实质性的改革措施。

2002年,政府向议会提交了一份关于宪法修改的政策报告。^[34]尽管该报告的总体目标反对司法进行违宪审查,但政府也在其中隐晦地表达了对于分散型司法审查的偏爱。有趣的是,出于对政府在司法审查问题上的犹豫不决、摇摆不定的不满,议会中的反对派成员,绿党主席(GroenLinks, GL)哈尔斯玛(Femke Halsema)女士也向议会提交了一份旨在修改宪法120条的议案,这就是荷兰人常说的“哈尔斯玛提案”(Halsema Proposal)。^[35]

哈尔斯玛提案的核心是建立一种有限的司法审查机制。这种有限性表现在以下两个方面:其一,宪法关于禁止司法对议会法案进行违宪审查的禁令可以保留,但必须做出一些例外的规定。即,法院可以在一些例外的情况下对议会法案进行违宪审查——所谓“例外情况”,按照该提案的主张,主要是指法院有权针对一些可以直接实施的权利进行司法审查;其二,如果法院发现某一议会法令侵犯了可以直接实施的权利,法院有权拒绝适用该法令,但不得宣布该法令无效。

那么何为“可以直接实施的权利”呢?哈尔斯玛提案提出,这需要依据权利条款在宪法

[29] Joint Supreme Court decisions of 21 March 1986, NJ 1986/585 - 588 (*Spring decisions*). 关于这一案件我将在下文中予以详细讨论,这里需要提及的是,该案之所以被称为“春天判决”,因为它是在3月21日,即荷兰节日中的“立春之日”做出的。

[30] L. Prakke/J. L. de Reede /G. J. M. van der Wissen, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 14th ed., 2001, p. 238.

[31] Government Publication (The Kingdom of Netherlands), *Memorandum on judicial review*, 1991.

[32] The Dutch Journal of Human Rights (NJCM-bulletin), vol. 7, p. 243 (1992).

[33] Jan ten Kate & Peter J. van Koppen, “Judicialization of Politics in the Netherlands: Towards a Form of Judicial Review”, p. 149.

[34] House of Representatives of the Netherlands, 2000 - 2001, 27, 460, no. 1.

[35] House of Representatives of the Netherlands, 2001 - 2002, 28, 331, no. 2; 2002 - 2003, 28, 331, No. 9.

中的具体表述、内容以及该权利在立法史上的发展状况来综合评定。对于荷兰宪法第 1 章中所规定的所有基本权利,应当属于司法审查的范围;而对于那些涉及社会—经济事务因而不能直接实施的权利,比如第 22 条第 1 款所规定的“政府应采取措施增进国民健康”则应当被排除在司法审查之外。另外,宪法其他章节所规定的一些涉及基本人权的条款也应当有选择性地列入司法审查的范围,比如说第 114 条所规定的“废除死刑”。^[36]

关于司法审查的模式,该提案同样认为集中型的司法审查可能会导致司法的政治化,分散型的司法审查则有助于增强司法的独立性,因此支持分散型的司法审查。当然,这里所谓的“分散”不仅仅是指纵向上的各个层级法院都有权进行违宪审查,而且还包括国家参事院、中央上诉委员会与最高法院同样具有违宪审查权。^[37]

一些人认为哈尔斯玛提案在司法审查范围和模式方面之所以做出这样的抉择,是因为受到了现行宪法第 94 条的影响,因为法院依照国际条约所进行的司法审查就是分散型的,主要关注的是基本权利,而且如果法院发现某一国内法违反了国际法也只能拒绝适用该国内法而不得宣布该法律无效;^[38]也有一些人认为,哈尔斯玛之所以提出这种有限的司法审查,是希望尽可能在不触动现有的权力分配体制的前提下进行改革,打消议会中那些对于违宪审查持有怀疑和反对立场的议员们的顾虑,进而增加该提案被通过的机率——因为按照荷兰现行宪法第 137 条的规定,一项宪法修正案必须经过极为复杂的“两读程序”才可以生效:在“一读”程序中,议会上下两院都必须以 1/3 简单多数通过一项旨在说明“宪法修正案应当予以审议”的议会法令;该法令通过并公布后,议会下院随即解散,重新进行大选;随后,议会上院和新产生的议会下院对宪法修正案进行“二读”,只有同时获得上下两院超过 2/3 多数的赞成票,该修正案才可以生效。^[39] 这种机制使得宪法修正案的通过变得十分艰难,特别是在一些有重大分歧的事务上。^[40]

另外,我们也不能忽视这项提案的倡导者哈尔斯玛个人对司法审查的立场和态度。这位自视为左翼自由主义的绿党领导人,十分推崇以赛亚·柏林关于消极自由与积极自由的分类。她在文章中曾明确表示过,希望在多元社会和法治的框架内讨论“消极自由”,以期减少政府对公民此一方面权利的干涉;另一方面,希望将“积极自由”适用到经济发展、福利国家和环境保护方面,以促进政府在此方面采取更多的行动,并帮助公民从贫困中解放出来。^[41]

[36] 除了第 114 条以外,哈尔斯玛提案还特别提到了荷兰宪法的以下条款, Ss. Constitution of the Kingdom of the Netherlands, Art. 54 (1), (2) (a) - (b), 56, 99, 113(3), 121, 129(1).

[37] Parliamentary Proceedings II, 2002 - 2003, 28, 331, no. 9, 16 - 18. 需要说明的是,如同法国或者德国那样,荷兰也并没有一个统一的最高法院,通常所谓的最高法院(Hoge Raad der Nederlanden)主要管辖刑事以及与税收相关的案件,国家参事院的行政审判分支(The Administrative Jurisdiction Division of the Council of State)作为本国的最高行政法院,对荷兰境内的行政纠纷做出最终裁决;中央上诉委员会(the Central Appellate Council)对社会保障法和相关公共服务的纠纷具有终审裁判权。

[38] Gerhard van der Schyff, "Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far?" 11 *German Law Journal* 275, 289, Footnote. 62(2010).

[39] Art. 137, Constitution of the Kingdom of the Netherlands.

[40] 在 1848 - 1995 年间,按照宪法的规定,宪法修正案草案一读程序结束后,议会上下两院都必须重新大选,从而保障选民可以就宪法修改所涉及的事务进行重新考虑,并重新选出他们的代表。然而由于上议院的议员由 12 个省议会推举产生,代表各省的利益,相对比较稳定,所以重新选举上议院议员来对宪法修正案草案进行表决显得就有点多余,所以 1995 年宪法修改了第 137 条,只要求下议院重新选举,上议院则不需要仅仅因为宪法修正案就解散。另外,目前荷兰实践中的做法是,如果下议院在一读程序完成之前刚刚进行了改选,那就没有必要在一读程序后再次重新大选了。Ewoud Hondius, M. J. Chorus, Piet-Hein Gerver, *Introduction to Dutch Law to Foreign Lawyers*, p. 303.

[41] Halsema, F., Vrijzinnig Links, 2 *De Helling* 15, 2004.

哈尔斯玛之所以将司法审查的范围界定为“可以直接实施的权利”，毫无疑问，就是希望通过司法的力量来保护公民的“消极自由”。

从2003年到2008年的秋天，荷兰上下两院在一片争议声中通过了“哈尔斯玛提案”的一读程序。但形势并不容乐观，因为在上议院的表决中，“哈尔斯玛提案”仅仅是以一票优势（37赞成对36票反对）通过的。2009年秋季，荷兰中央政府建议设立的宪法修改委员会开始运作，^[42]但截止2012年4月，荷兰上下两院并没有将“哈尔斯玛提案”纳入“二读”程序，而哈尔斯玛女士也于2011年年初突然宣布退出荷兰政坛，所以一些观察家预测，哈尔斯玛提案已经胎死腹中。^[43]

二 历史变迁的缘由

对于荷兰这个坚持国内法与国际法“一元论”的国家来说，法院依据国际条约和依据宪法进行司法审查在本质上是一致的，即都是依据高级法对议会立法进行审查，为什么前者在荷兰可以被接受，后者却遭遇到了如此之大的阻力，以至于数百年来屡屡受挫呢？这是一件令外部观察家们，甚至一些荷兰人百思不得其解的事情。^[44]本文着力从荷兰人特殊的法律观、别具一格的宪法、荷兰人对主权和分权理论的理解、以波德模式为核心的社会治理机制，以及国际法对于荷兰国内法的影响等几个方面进行分析。

（一）特殊的法律观与特殊的宪法

荷兰人对待法律的态度是极为特别的。首先，如果有人希望荷兰人能够对伯尔曼（Harold J. Berman）所作出的“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”的论断产生共鸣的话，那实在是太难了。因为在他们看来：

使用法律的目的是为了解决问题，而不是增加问题。所以，如果一项规则的适用会导致很多不便的话，（荷兰人）宁愿规避这项规则。而如果一项规则规定得十分严格以至于很难忽视，或者适用这项规则会遇到很大的阻力的话，他们就会改变这项规则。^[45]

[42] Parliamentary Proceedings II, 2003 - 2004, 28, 331, no. 11; Parliamentary Proceedings I, 2004 - 2005, 28, 331, B. C. 2006年11月大选之后，基督教民主联盟（CDA），工党（PvdA）和基督教联盟（CU）就执政问题达成共识，遂组成联合政府，即巴尔克嫩德内阁（the Cabinet Balkenende IV）。这届内阁非常关注宪法的实施问题，并且在联合执政的声明中明确提出了设立一个国家委员会来增强宪法实施力的设想。在征求了国家参事院（the Council of State）的意见之后，内政与联合王国关系部长（the Ministers of Interior and Kingdom Relations）于2008年7月18日向女王提交了一份报告，即内德报告（Nader Raport）。该报告提出，为了增强国家的民主基础，（1）应该采取一些必要的措施来提高人们对于宪法的了解和认知；（2）应该设立一个国家宪法委员会来为宪法的修改作一些必要的准备。女王同意将内德报告提交下议院进行讨论。2008年10月1日和2009年1月21日，内政与联合王国关系部长与司法部长分别在下议院就上述问题发表了自己的意见和看法。为了回应下议院的讨论，内政与联合王国关系部长还代表内阁专门给下议院呈送了一封结论信。2009年7月3日，宪法修改委员会成立。

[43] Femke Halsema wants more parliamentary immunity, in *Dutch News*, 11 January 2011, www.dutchnews.nl/news/archives/2011/01/femke_halsema_wants_more_parli.php; The Halsema Bill may well be superfluous (19, May 2010), http://www.nwo.nl/nwohome.nsf/pages/NWOP_85LG53_Eng, (last visited Jan 16, 2012).

[44] Gerhard van der Schyff, “Rethinking the Justification for Constitutional Review of Legislation in the Netherlands: A Critique of the ‘Treaty Argument’ and Thoughts on the Way Forward”, in R. A. J. van Gestel & J. van Schooten (eds.), *Europa En De Toekomst Van De Nationale Wetgever*, 2008, p. 129. 媒体的评论参见 Servanda Serves, *Judicial Review in the Netherlands, Should the Netherlands Approve the Halsema Proposal* <http://voices.yahoo.com/judicial-review-netherlands-2798341.html?cat=17> (last visited Feb. 26, 2012).

[45] Fred J. Bruinsma, *Dutch Law in Action*, Ars Aequi Libri, 2003, p. 7.

其次,如果有人试图按照严格的法律职业化的要求去审视荷兰的法官选任标准和法官队伍时,一定会非常地失望。因为荷兰并没有完全建立法官的职业化。按照荷兰法律的规定,法官的任命有两种途径:第一种途径是,公民在法学本科毕业后到司法学院申请为期 6 年的培训,培训通过后,这些“司法门徒”们便可以任职法官或者检察官;第二种途径则是,公民法学本科毕业后,在审判法官序列之外从事 6 年法律实务工作,比如到律师事务所、政府部门、私人公司、高等教育机构以及其他一些私营公司的法务部门工作,然后申请担任法官。有趣的是,1970 年代以后,通过第一种途径获得法官岗位的人数在法官总体数量中所占的比重在不断降低,1974 年为 57%,1986 年为 45%,而到 2001 年则迅速下降至 27%。而同一时期,第二种途径却越来越流行。^[46]

最后,荷兰人似乎也并不是非常喜欢动用法律武器去追求自己的权利。有数据显示,与周边国家相比,荷兰所拥有的法院、法官和律师数量相当之少,以 1995 年为例,荷兰、比利时与德国北莱茵-威斯特法伦州(North Rhine-Westphalia)的法官和律师数量分别为,每 10 万人中间,荷兰人平均拥有 52 个律师,10 个法官;比利时人拥有 115 个律师,20 个法官;而德国人则拥有 102 个律师和 29 个法官。即便如此,荷兰人也很少动用正式的法律程序和法律机构,而更多的是通过审前程序和替代性纠纷解决程序(ADR)来化解矛盾。^[47]

与特殊的法律观相似的是,荷兰尽管拥有两部宪法性文件,即上文提到的《荷兰联合王国宪章》和《荷兰宪法》,但是荷兰的宪政秩序要更为复杂。(1)当人们翻阅《荷兰联合王国宪章》和《荷兰宪法》时,就会发现这两部文件“更像是政治文件(political document)和权力运行指导图,而不是可供司法机关适用的法律文件。”^[48]用蒂尔堡大学林克奈特(G. Leenknecht)教授的话来说,荷兰宪法“差不多是对荷兰历史上宪法惯例和政治实践的法典编撰,而不是国家根本秩序的重新缔造”;^[49](2)其次,《荷兰宪法》和《荷兰联合王国宪章》只是国家宪政秩序的一个组成部分,由惯例和习惯法组成的不成文法不但同样重要,而且效力要高于成文的宪法文件,因为对不成文法的违背可能会导致宪政危机;^[50](3)尽管宪法的法律位阶高于议会所制定的法律,但由于宪法第 120 条明确禁止违宪审查,所以即使议会立法违反了宪法,也只能由议会自己决定是否修改;(4)由于在国际法与国内法的关系处理上采取了“一元论”,所以国际法的法律位阶也高于宪法——这一问题下文将专门论述。总之,如果我们将这些因素加总起来就会发现,虽然荷兰拥有两部成文宪法,但它们并不具有至高无上的地位。

[46] Fred J. Bruinsma, *Dutch Law in Action*, Ars Aequi Libri, p. 29. 有趣的是,还有一些法官在任职之前根本没有从事过任何的法律工作。1974、1986、2001 年他们在法官总体数量中所占的比重分别为 26%、23% 和 12%。

[47] Fred J. Bruinsma, *Dutch Law in Action*, Ars Aequi Libri, pp. 9 - 14.

[48] Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht: Springer, 2010, p. 20. 如果有人认为 Schyff 的评论纯属一家之言,那很明显是不够客观。2010 年的 9 月份,当笔者在荷兰北部学术重镇格罗宁根大学(University of Groningen)作关于司法审查的报告时,该大学法学院的两位教授在讨论时对荷兰宪法做出了同样的评论。

[49] G. Leenknecht, "The Protection of Fundamental Right in a Digital Age", in E. Hondius & C. Joustra (eds.), *Netherlands Reports to the 16th International Congress of Comparative Law*, (Antwerpen: Intersentia, 2002), p. 328.

[50] 数个世纪以来,荷兰政治实践中逐渐形成了许多政治惯例,比如说荷兰的君主不能因为一次政治危机两次或者两次以上解散下议院;联合政府就不需要在上议院中获得多数席位;内阁的产生程序;如果内阁得不到议会的信任就要辞职,或者重新进行大选;国际法法律位阶高于国内法等等。除了一些已经被成文宪法确认外,大部分惯例并没有规定在成文宪法中。

(二)特殊的分权和制衡制度

斯蒂芬·伽得鲍姆(Stephen Gardbaum)教授曾经讨论过“为什么人民主权下的议会至上原则,不但过去是而且现在依然是许多国家的基本制度”这一问题。在他看来,这是由于特殊的历史原因造成的。在欧洲以及其他地方,议会至上经常被看作是人民主权的具体制度表现形式,其蕴含着“所有的政治权力源自并属于人民”的理念。然而这种理念并非自始就具有正当性,而是民众在数百年间与君主(还包括教会和贵族)斗争中逐步获得的。在斗争的过程中,人民主权逐步建制为立法权,而君主则享有行政和司法权。因此,在欧洲及其他拥有君主专制的地区,议会至上原则反映了人民在与君主、贵族和教会斗争的过程中所取得的历史性胜利——这些情况在美国并不存在。^[51]

毫无疑问,荷兰就属于这样一个国家。虽然这个商业性的国家只经历过短暂的君主专制,但是民众同王权/贵族的斗争从来没有停止过——在联省共和时期(1579-1795),各省民主派、实力派同执政(stadholder)及其支持者的斗争持续了很长时间;1813年独立后,人们又开始同实行君主专制的威廉一世进行斗争;1848年宪法修改以后,尽管责任内阁制得以确立,但由于政党制在下议院尚未形成,加之国王依然保留了部分立法权(尽管需要与部长共享),所以议会与国王之间的斗争依然十分激烈;^[52]直到今天,主权归属问题在荷兰宪法中依然模糊不清——我们当然可以认为荷兰已经是一个人民主权国家,可是女王在每年9月第3个星期二乘着金色马车到议会发表演讲的宪法惯例又暗示着她的权力来自另外一个时代。这种复杂的情况使得荷兰宪法学家似乎根本无法确定“主权位于何处”,而只能做出如下描述:

荷兰宪法没有一个终极意识形态,没有明确规定终极权力来源,没有一个不变的原则来规范国家和政府的形式,没有主导型的原则,没有像其他国家宪法那样包涵一个提及上帝、理性、国民或者人民(the nation or the people)的序言。……按照1814年宪法,国王在国家政治生活中占据中心位置,然而1848年以来,宪法上的国家元首并不像法国或者美国总统那样享有很大的权力,部长们通过合意作出决定逐步成为荷兰宪法的特征,并成为一政治趋势。“the King”和“a royal decree”依然在宪法中使用,但其主要是指政府……如果要总结荷兰宪法的特征,那就是,议会的权力不断扩张,民主日益增强,政府的自主权逐步萎缩,地方权力和组织在不断调整后形成了一定程度的统一性(uniformity),基本权利得到强调,通过

[51] Stephen Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 49 *American Journal of Comparative Law* 4, pp. 45-46 (Fall 2001).

[52] 1579年《乌特勒支联盟条约》签订后成立的尼德兰联省共和国是一个非常松散的邦联制国家,正式的中央政府并没有建立,各个省保留了完整主权——阿姆斯特丹所在的荷兰省(Holland)最为强大,只是每年不定期召开联盟会议讨论外交、军事、税收等共同关心的问题。荷兰执政(stadholder)并非这个联盟的国王,而只是一些省三级议会聘任的首席执政官,各省议会才是真正的权力拥有者。1579年以后“执政”这一职位一直由奥伦治亲王家族(the Family of Orange)的成员世袭,国内则逐步形成了反对执政的民主党和支持执政的亲王党(奥伦治党)两个松散的政治派别。在1813年独立后,出于对动乱的恐惧和厌倦,荷兰(包括今天的比利时和卢森堡)没有恢复共和政体,而是选择最后一任执政威廉五世的儿子威廉一世作为他们的国王。由于威廉一世极为强势,所以1814年宪法确立了君主专制政体,不但国家结构由邦联制转为单一制(尽管是分权式的),君主在事实上也享有独立的立法权,另外尽管由部长们组成的中央政府具有行政权,但是他们只是国王的顾问(advisor)。到了1848年,由于民主革命在欧洲大陆蔓延,威廉二世在内忧外患之下同意修改宪法,建立君主立宪制。不过,真正的责任内阁制直到1868年才得以真正建立。Hendrik Willem van Loon, *The Fall of the Dutch Republic*, (the Houghton Mifflin Company, 1913), Chapter I; Catherine Secretan, “True Freedom” and the Dutch Tradition of Republicanism, 2 *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts* 82, 2010; C. A. J. M Kortmann & Paul P. T. Bovend’Eert, *Constitutional Law of the Netherlands, An Introduction*, (Kluwer Law International 2007), General Introduction & Chapter I.

法律保护公民不受政府行为侵犯日益重要……^[53]

如果说荷兰共和主义有什么特色的话,我们应当承认,其更关注联盟/中央与各省之间,议会与执政/国王之间的分权关系,议会与法院之间的关系则并非重点——事实上,1848 年修宪时之所以在第 115 条中规定“议会立法神圣不可侵犯”,也主要是对 1814 年宪法关于“国王统治国家,众大臣对君王负责”规定的“反动”。在这个意义上,我们可以窥探 1848 年时的荷兰人为什么对索贝克所建立司法审查制度的建议不感兴趣的原因了——那个时代的主要使命是保护人民同专制君主斗争的胜利成果,而不是去限制议会的权力。^[54]

当然,我们也不能忽视法国人对荷兰宪政体制所带来的影响。在 1785 年左右,深受法国启蒙思想和法国大革命影响和鼓舞的“爱国者党”(the Patriots)所建立的自由军团控制了荷兰许多重要的省份,并迫使作为执政的威廉五世逃离首都海牙。尽管这次运动被普鲁士军队镇压,改革派也纷纷逃亡法国和比利时。但是在 1795 年时,逃亡的爱国党人“争先恐后加入了法国军队,解放他们那些受苦受难的同胞”,^[55]并在荷兰建立了巴达维亚共和国(1795 - 1806)。依照那位著名的荷兰裔美国通俗历史学家房龙(Hendrik Willem van Loon)的说法:

接下来的 20 年间,这个国家由爱国党人统治,但却事事遵照巴黎主人的意愿。法国大革命多样化的经历,没有哪个阶段没在 1795 - 1813 年间的(巴达维亚)共和国历史上留下过烙印。^[56]

其实,法国人对荷兰这段短暂的占领影响不止于此,他们还改变了荷兰的法律文化和法律制度。这不仅表现为 1813 年独立后的荷兰继续沿用法国人给他们制定的《民法典》、《商法典》、《民事诉讼法》、《刑法典》以及《刑事诉讼法典》等法律,^[57]而且还表现为荷兰人对法国法的理念、原则和制度深入骨髓的吸收。对于本文来说,主要强调以下几个方面:(1)政治与法律应当彼此分离,制定法律和规则的权力属于作为政治决策者的议会与政府;^[58](2)司

[53] C. A. J. M Kortmann & Paul P. T. Bovend' Eert, *Constitutional Law of the Netherlands, An Introduction*, pp. 20 - 22. 有趣的是,早在十七世纪,荷兰的理论家和政治家们如同他们的法国邻居那样,也开始思考主权(sovcreignty)的问题了。最早讨论主权问题的荷兰人可能是弗里斯兰省(Friesians)的政治学教授保罗·比伊斯(Paul Buisius),在 1613 年出版了两本书中,他对让·博丹(Jean Bodin)的绝对主权理论提出了诸多异议,不过他同样认为主权不可分割,而且这种理解被同时代的著名人物阿尔色修斯(Johannes Althusius)、格老秀斯(Hougo Grotius),以及稍晚一点的斯宾诺莎(Baruch de Spinoza)、胡伯(Ulrik Huber)所分享。E. H. Kossmann, *Political Thought in the Dutch Republic: Three studies*, (University of Chicago Press, 2004), pp. 31 - 51, 133 - 151.

[54] 结合 Mark T. Hooker, C. A. J. M Kortmann 和 John W. Sap 对于荷兰(宪法)史的研究,我们可以清晰地看到,1848 年宪法改革的核心是限制王权,加强议会的权力。具体表现为:(1)赋予议会以质询内阁部长的权力;(2)创立部长对议会负责的制度;(3)实现议会下院和市议会的直选制度;(4)宪法的解释权属于议会。即使一项议会的立法与宪法相冲突,法院也无权宣布其无效或者不予适用。See Mark T. Hooker, *the History of Holland*, Chapter 9; C. A. J. M Kortmann & Paul P. T. Bovend' Eert, *Constitutional Law of the Netherlands, An Introduction*, p. 126. John W. Sap, *the Netherlands Constitution 1848 - 1998: Historical Reflections*, Uitgeverij Lemma BV, Utrecht, 2000, Chapter 4, 1848 framework.

[55] 关于“爱国党人”与他们所持有的自由和解放理念的出色探讨,See Simon Schama, *Patriots and Liberators: Revolution in the Netherlands, 1780 - 1813*, (New York: Alfred A. Knopf, 1977).

[56] Hendrik Willem van Loon, *The Fall of the Dutch Republic*, p. 373. 1802 年到 1805 年间,巴达维亚共和国甚至建立了一个名为“the National Syndicate”的准宪法法院,该机构由三名司法官员组成委员会进行违宪审查。1804 年拿破仑·波拿巴在法国称帝,两年后,他任命他的弟弟拿破仑·路易为荷兰王国国王,巴达维亚共和国覆灭,这一实验由此终止。

[57] Ewoud Hondius, M. J. Chorus, Piet-Hein Gerver, *Introduction to Dutch Law to Foreign Lawyers*, p. 8. 在这五部法律中,前三部法律一直被延续到 1838 年,而后两部法律直到 1886 年和 1926 年才被废除。另外,独立后的荷兰人继承了法国人给他们留下的单一制的体制,放弃了之前的邦联制。

[58] Art. 81&89, Constitution of the Kingdom of the Netherlands.

法权尽管明确赋予了各种法院,但行政纠纷的解决则保留给国家参事院而非普通法院管辖;^[59] (3) 作为一个非政治性的裁判机构,法院的功能是在个案中客观且无偏私地适用由议会所制定的法律,而不是制定一般性的法律规则。

尽管荷兰的权力分立体制与法国并不完全一致,比如,今天的荷兰依然保留着君主,而法国却早已建立共和制;法国和荷兰的议会和政府同样共享立法权,但是法国式的权力共享是指行政部门拥有自主立法权,而荷兰式的共享则是指议会通过的法律需要经由内阁提交国王批准后才可以生效,^[60] 但如同我们在上文中所看到的那样,在过去长达 160 多年的争论过程中,那些对违宪审查怀有敌意的荷兰人在论证他们的观点时,往往就是以法国式的三权分立理念作为基础的。在他们看来,为了实现国家的良善治理,权力之间应当有明确且严格的界限,法院的职责只是将法律适用于个案,而不是制定具有普遍约束力的规则。司法审查的弊端恰恰在于,其不仅允许司法绕过代表民意的议会,而且还可以授权法院公开废除议会通过的法律,从而导致司法直接侵入到立法权的领域,冒失地加入到政治角斗中,成为政治的僭越者。^[61] 奈梅亨大学的考特曼(C. A. J. M. Kortmann)教授的追问或许最能代表那些对司法审查怀有疑虑的荷兰人的心声,他曾经评论到:

“司法拥有评估法律合宪性的最终权力”这一观点是无法找到坚实的逻辑基础的,因为下述问题根本无法回答,即为为什么法院比议会更适合评价法律的合宪性问题呢? 如果法院可以审查法律的合宪性,那么谁来审查法院所做出的违反宪法的判决呢? 换句话说,谁来监督司法自身?^[62]

拿破仑曾说,自己一生最为骄傲的战果不是军事方面的巨大成功,而是将法国的民法典

[59] Art. 112, par. 1&2, Constitution of the Kingdom of the Netherlands. 今天荷兰的国家参事院(Raad van State)、比利时的国家参事院与法国的国家参事院一样,都可以追溯到担任神圣罗马帝国皇帝的查理五世(西班牙人称为 Carlos I)于 1531 年设立的“Conseil d'Etat”,因为这些地方当时都属于神圣罗马帝国统治;1799 年,拿破仑·波拿巴在法国建立正式的国家参事院的时候,作为附属国的“巴达维亚共和国”也建立了类似的机构,而且如同法国一样,这个机构也曾一度被撤销;1813 年,荷兰独立后,第一任国王威廉一世重建国家参事院,并将其作为国家的重要机构写入宪法。依据 1815 年宪法的规定,君主只有在听取了国家参事院的意见之后,才可以行使立法权或者制定国内行政管理措施。国家参事院的主席是国王,王室家族的一个或者多个成员也可以成为参事院的成员,但没有投票权。不过,随着时间的推移,王室成员越来越少参与国家参事院的活动,于是这一机构逐步由参事院副主席负责管理;1976 年,国家参事院被正式赋予司法职能,对荷兰境内的行政纠纷做出最终裁决。另外需要说明的是,按照宪法第 112 条第 1 款的规定,涉及公民权利和义务纠纷的裁决权被赋予了法院(the judiciary),而按照第 112 条第 1 款的规定,议会应当在普通法院之外设置一定数量的行政法院以处理对各种各样行政决定不满的诉愿。然而,长久以来,包括最高法院在内的所有普通法院从来没有宣布过自己放弃了对行政诉讼案件的审理权。所以在今天的荷兰,从理论上来说,所有的普通法院都有权受理行政案件,只不过他们通常以“不适合受理”为由,将这类案件的管辖权转移给行政法院。参见 C. A. J. M Kortmann & Paul P. T. Bovend' Eert, *Constitutional Law of the Netherlands, An Introduction*, p. 125. 荷兰国家参事院发展史的介绍可以登录其官方网站 http://www.raadvanstate.nl/over_de_raad_van_state/geschiedenis/。

[60] 对荷兰分权制度的研究和介绍, see M. Oosterhagen, Separation of Powers as a Form of Control and The Dutch Constitution, in Carla M. Zoetbour, Ger van der Tang & Piet Akkermans (ed.), *Control in Constitutional Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993)。

[61] WJ Witteveen, *Evenwicht van machten*, Zwolle, WEJ Tjeenk Willink, 1991. 转引自 Maurice Adams, Gerhard van der Schyff, *Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?* 66 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 399, (2006). 荷兰 20 世纪上半叶著名的法学家 Struycken 教授甚至曾断言说“像荷兰这样的一个民主国家,根本就不需要对行政行为进行司法审查。”

[62] C. A. J. M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 6e druk, (Kluwer BV, 2008), p. 357. Kortmann 同样认为,荷兰法院不具有违宪审查功能的原因一方面要从权力分立原则中去寻找,另一方面也不能忘记议会与政府(国王和内阁组成)之间的特殊关系。其还将政府和议会称为是“荷兰宪法的守护者(guardians)”。C. A. J. M Kortmann & Paul P. T. Bovend' Eert, *Constitutional Law of the Netherlands, An Introduction*, p. 23.

以及其中所包含的法律文化带到那些被征服的地区。荷兰的法律发展史毫无疑问证实了拿破仑大帝的骄傲。有趣的是,20 世纪后期,当法国人准备抛弃孟德斯鸠的时候,^[63]很多荷兰人似乎依然不情愿放弃这种法律观念,以至于当下的改革派们冷嘲热讽说,荷兰拥有世界上最国际化的宪法,但却保留了 19 世纪式的权力分立观念。

(三) 波德模式与社会治理

随着福利国家的到来,议会的角色正在悄然发生着变化。比如,为了解决不断增多的社会问题,议会往往制定很多政策导向性的立法,这些立法不但具有不稳定性,而且会因为不同利益集团的压力彼此抵牾,影响法律体系的和谐统一。为了应对这些变化,越来越多的学者和政治家呼吁应当允许法院对议会立法进行违宪审查——比如,阿姆斯特丹自由大学的萨普(John W. Sap)教授措辞激烈地批评道:

为了让宪法更好地运行,应当将第 120 条废除……,(否则)公民就陷入如下悲剧之中:在将权力从君主那里夺回来之后,他们却不得不在官僚面前俯首称臣。^[64]

但为何社会主流依然拒绝违宪审查呢?这还需要从荷兰的政治文化和传统中寻找原因。熟悉荷兰历史的人们都知道,17 世纪以来,除了被法国、德国占领的短暂时期外,这里一直是一个和平的国度。生活其间的人们沐浴在城市共和国的阳光下,逐步形成以宽容、妥协、平等协商和合作等价值为核心的政治文化和传统。在这种被称为“波德模式”(Polder Model)的文化中,^[65](1)由于政党众多(目前有 11 个政党),很难产生绝对多数党,所以政府往往是由不同党派在联合的基础之上形成——政治联合和妥协自然是极为必要的;^[66](2)社会的治理也主要是依赖公民、政府和相关组织在开放的政治体系中谈判协商,而不是通过暴力斗争完成,比如工会、企业和政府经常会随着经济形势的变化而就劳工的工作时

[63] [意]莫诺·卡佩莱蒂:《比较视野中的司法程序》,徐昕、王奕译,清华大学出版社 2005 年版,第五章《抛弃孟德斯鸠?“宪法性审判”的扩张及其正当性》。法国制度的历史发展和争论亦可参见方建中:《超越主权理论的宪法审查:以法国为中心的考察》,法律出版社 2010 年版,特别是第 2-4 章。

[64] John W. Sap, *the Netherlands Constitution 1848 - 1998: Historical Reflections*, p. 19. 有趣的是,为了说明司法审查的必要性,John W. Sap 教授甚至从加尔文教的教义中寻找依据(该教在荷兰占主导地位)。他告诫人们:“依据加尔文教的教义,所有的人都是罪人,规则的制定者和议员们并不例外,因此应当予以控制。……没有司法审查,公民权利就没有意义……,不建立司法审查的话,荷兰将成为世界上惟一拥有宪法但却忽视了加尔文主义政治理论的国家。……如果政府和议会不迅速建立司法审查制度,荷兰的加尔文教徒(the Reform Protestants)会大量迁居美国。”John W. Sap, *the Netherlands Constitution 1848 - 1998: Historical Reflections*, pp. 125 - 126.

[65] Polder 是指通过筑坝将一定面积的海水围起来,然后用人工将里面的海水排干,晾晒成旱地的意思。“Polder Model”这个术语究竟何时兴起,目前并不清楚,一些学者认为其可能发端于 1980 - 1990 年间理论界对于荷兰经济领域的协商决策机制的总结。今天这个模式已经不仅仅用于经济领域的分析,而是涉及到了荷兰政治和社会生活的方方面面。当然,从字面意思来看,这个术语毫无疑问是与荷兰的特殊地理环境和历史有关。如同人们所熟知的那样,日耳曼语中的“荷兰”被称为是“尼德兰”,即“低地之国”,其国土有一半以上低于或几乎水平于海平面,为了抵抗洪涝灾害的侵袭,生活在这个国度的人必须搁置争议共同协作,才可以获得生存的空间,所以在历史上出现过两个城市一边打仗,一边共同筑坝的奇特景象。13 世纪以来,荷兰人就开始筑堤坝,拦海水,再用风动水车抽干围堰内的水,从而开垦土地,这种特殊的地理环境对荷兰“宽容、妥协、和而不同”的民族性格产生了极为重要的影响。相关研究可以参见 Ruth Marie Harbaugh: *A Polder Model for Economic Justice?* (Rotterdam: Erasmus University Rotterdam, 2009); Mark Kranenburg, *The political Branch of the Polder Model*, July 1, 1999, <http://retro.nrc.nl/W2/Lab/Profiel/Netherlands/politics.html>, (last visited July 12, 2011).

[66] 如果政党之间达不成妥协,则由看守内阁(a caretaker government),即荷兰人所谓的“看铺子”政府,代为执政。看守内阁多由到任或者倒台政府的成员组成,依照宪法惯例,这种临时性的内阁不能做任何重大决定,也不能实施任何新的政策。1945 年以来,27 届政府中只有 6 届政府如期卸任,其余 21 届政府都沦为了看守内阁。由于有时无法组成新的内阁,导致一些看守内阁执政长达数年,而 1945 - 2010 年间,看守内阁的执政期限加总起来长达 6 年。John Tyler, *Fall of Dutch Cabinet: the Implications Abroad*, <http://www.rnw.nl/english/article/fall-dutch-cabinet-implications-abroad>, (last visited July 12, 2011).

间、工资、福利等事项进行谈判协商；(3) 制度变迁的方式主要是渐进改良，不是推倒重建；(4) 社会矛盾的化解主要是通过政治辩论和民主程序而不是诉诸法律；(5) 公民权利和自由的保障不是通过对政治程序进行规范性限制，而是通过政治程序本身来实现的；^[67] (6) 民主对于荷兰人来说，并非是与“多数的暴政”联系在一起，对少数和多元社会的保护也是民主的题中之义。^[68] 总之，相对于法律而言，荷兰人更加相信民主，更加珍视他们自身的协商与合作传统。安德维 (Rudy B. Andeweg) 和欧文 (Galen A. Irwin) 在他们的书中对此有着非常好的描述：

在荷兰，媒体每天喋喋不休地宣传和谐模式 (harmonie model)、合作经济 (overleg economie)，或者波德模式；公司的雇员更多地被看作是雇主的帮手，而不是下属；工会被认为是“社会合作者”，而不是“压力集团”；妥协 (compromise) 这个单词在荷兰语中不带有贬义色彩；maatschappelijk draagvlak 这一术语的日常含义则意味着政府的政策需要得到公民和社会组织的支持。^[69]

荷兰以外的评论家们往往会为荷兰人直到今天依然支持君主立宪制度，并且热烈拥护女王感到奇怪，也很难理解荷兰既不依靠宪法与法律，也不重视法院的作用，那如何保障人权，实现国家良善治理？其实这些问题的答案，都可以在这种民主传统和政治文化中找到。

(四) 一元论与国际法的庇护

国际法 (特别是国际人权法) 的庇护，是荷兰缺乏足够动力在国内建立违宪审查的另外一个重要原因。众所周知，荷兰本国面积狭小，自然资源贫乏，人口稀少，周边却有德国、法国、英国 (一度还包括西班牙) 等大国环伺。历史上，这些国家往往矛盾重重，战争不断，所以荷兰人对国际法极为依赖。这主要表现在以下两个方面：其一，作为一个小国，它对国际条约对于主权的限制从来不感到担忧，因为国际条约虽然对本国的主权有所限制，但同时也限制了其他签约国的主权——对于精于商业的荷兰人来说，这样的“买卖”多数情况下都是划算的，也惟有如此才能保障荷兰不在大国斗争中失去独立和自由；其二，荷兰是一个以商业立国的国家，尊重国家法有利于其更好地开展国际贸易、维持和发展本国经济的考虑。要知道，即便是在被称为是黄金时代的 17 世纪，荷兰人的海上霸权也主要是建立在商业而非军事基础之上的，^[70] 事实上，格劳秀斯在这个世纪伏案写下《战争与和平法》和《论公海自

[67] Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, p. 288. 甚至还有极端的评论家认为，即便是荷兰的宪法被废除，荷兰的民主程序也足以保障公民的权利。比如说，E. C. M. Jurgens, *Geen eed op de Grondwet! Een pleidooi om de geschreven constitutie sober te houden*, *Regelmaat* 68, 69 (2002).

[68] Anita Böcker et al. (eds.), *Migratierecht en rechtssociologie. Liber Amicorum Kees Groenendijk*, *Migration law and sociology of law. Liber Amicorum Kees Groenendijk*, (Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2008), p. 479.

[69] Rudy B. Andeweg & Galen A. Irwin, *Governance and Politics of the Netherlands*, (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2002), p. 148. 需要说明的是，如同 Polder Model 这个术语一样，overleg economie 和 maatschappelijk draagvlak 在英语和汉语中都很难找到完全对应的单词。“overleg economie”大致相当于英语中的“deliberative economy”，即人们主要是通过协商合作和审慎思考来从事经济和生产活动。“maatschappelijk draagvlak”则几乎不能直接翻译成英文和中文。

[70] Philipp Kiiver (ed.), *National and Regional Parliament in the European Constitution Order*, (Groningen: Europa Law Publishing, 2006), p. 79; Leonard F. M. Besselink, *The Dutch Constitution, the European Constitution and the Referendum in the Netherlands*, in Anneli Albi & Jacques Ziller, *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, (Kluwer Law International, 2006), pp. 113 - 122. 不过，2005 年荷兰全民公决反对《欧盟宪法条约》似乎是个例外。Philipp Kiiver 所编的这本书的第六章就讨论了这个问题，有趣的是这一章的标题就是《荷兰议会与欧洲宪法：支持是如何变成反对的》。

由》两本巨著,而不是其他什么论文,并非偶然。

特殊国情的影响使得荷兰人在国内法与国际法关系的处理方面,毫无保留地支持了“一元论”:(1)国际法与国内法是一个法律体系,而不是两个独立的法律体系,所以国际法可以在国内直接适用而不需要首先转化成国内法;(2)在这个单一的法律体系中,国际法与荷兰宪法都是高级法,但是前者的法律位阶要高于后者;(3)作为缔约国,荷兰有义务确保国内法与其签署的国际法保持一致。^[71]近些年来,由于欧洲一体化进程的加快和《欧洲人权公约》(ECHR)实施力度的不断增强,欧盟法(EU Law)和《欧洲人权公约》对荷兰的人权保护和法律发展带来了越来越重要的影响,以至于一些荷兰学者甚至认为,欧盟法和《欧洲人权公约》才是荷兰真正意义上的“宪法”,^[72]欧洲人权法院才是荷兰事实上的宪法法院。^[73]换句话说,荷兰虽然没有在国内法中针对议会法令建立自己的违宪审查机制,但在国际法层面,他们却拥有一套“条约审查”保护机制,从而确保他们可以自由从容地生活在这个国家——这正是荷兰人对待“是否要在本国法律体系中建立司法审查机制”这一问题如此淡定的原因之一。

这里存在的问题是,既然荷兰国内已经有了良好的政治机制和文化传统保护人权,那为何又允许法官依照国际法进行条约审查呢?这样的困惑和疑问时常被人提及,但答案却出人意料。如同上文所提到的那样,1953年宪法第94条是为了应对越来越多的国际外交事务而确立的,而且只是对“国内法不得违背国际法”习惯的确认,^[74]在1960-1970年代,“依照国际法对国内法进行司法审查”既不为荷兰各级法院青睐,也不为人熟知。然而,当荷兰法院(特别是最高法院)在欧洲法院和欧洲人权法院的压力之下越来越频繁地适用宪法第94条审查国内法时,^[75]人们才在猛然间发现,宪法第94条的规定不但改变了欧洲(通过欧

[71] 与“一元论”相对的是“二元论”。该理论尽管存在着“国内法高于国际法”、“国际法高于国内法”以及“国内法与国际法平行”三个流派,但是在“国内法和国际法是两个相互独立的法律体系”这一点上,它们是相同的。相关介绍可以参见贾少学:《国际法与国内法关系争论的危机时代——对一元论和二元论关系的反思》,载《法制与社会发展》2009年第2期。

[72] 通过1963年的范·昂卢斯案(Van Gend en Loos case)和1964年的寇斯塔案(Costa v. E. N. E. L. case)这两个具有里程碑意义的案件,欧洲法院建立了欧共同体法的“直接效力原则”(the principle of direct effect)和“最高效力原则”(the supremacy of the community law),European Court of Justice (ECJ) judgments of 5 February 1963, Case 26/62 (Van Gend & Loos); 15 July 1964, Case 6/64 (Costa v. E. N. E. L.); the Dutch Supreme Court judgment, 2 November 2004, NJ 2005/80。需要说明的是,由于欧洲法院通过判例确立了最高效力和直接效力两大原则,欧盟(共同体)法成为一种“supranational law”,所以“一元论”对于荷兰国内法与欧盟(共同体)法的关系处理来说并不太重要,但对于《欧洲人权公约》等其他对国内法没有最高效力和直接效力的国际条约(International law)来说,“一元论”则是荷兰法院进行“条约审查”(treaty review)的惟一依据。关于这些问题的详细讨论参见 A. W. Heringa & Ph. Kuiver, *Constitution Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law*, (Intersentia Antwerp, 2009, 2nd ed.), pp. 166-170。

[73] Roel de Lange, *Courts, Legislatures, and Fundamental Rights*, (Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2009), p. 20.

[74] 早在1919年,荷兰最高法院就确认了国际条约不需要经过国内法转换就可以直接在荷兰适用的原则,1959年,最高法院又通过判例确认了国际条约的直接效力原则。Supreme Court judgment of 3 March 1919, NJ 1919, p. 371 (Treaty of Aachen).

[75] 事实上,荷兰各级法院之所以1980年代以后在对待宪法第94条的态度上出现“大转弯”,比如上文提到的荷兰最高法院1980、1982、1984年依据欧洲人权公约审查国内法判决,主要是源于欧洲人权法院、欧洲人权委员会和欧洲法院的压力。欧洲人权法院曾不止一次地指责荷兰没有建立完善的人权保护机制。比如,在1985年的 *Bentham case* 中,欧洲人权法院批评荷兰参事院(即最高行政法院)在涉及公民与国王的诉讼中,并非一个真正独立的法院——国王是国家参事院名义上的主席,因此违反了欧洲人权公约关于公平审判的规定;在1997年的 *Van Raalte case* 中,欧洲人权法院批评荷兰的法律歧视女性,因此违反了欧洲人权公约关于男女平等的规定等等;而欧洲法院建立欧共同体法的“直接效力原则”所依凭的范·昂卢斯案(Van Gend en Loos case)正是基于对荷兰法院判决的不满而做出的。*Van Raalte v. The Netherlands*, 23 Apr. 1997, 25 E. H. R. R. 647; Case 26/62, *Van Gend and Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR1.

洲法院和欧洲人权法院)与荷兰的关系,而且悄然改变了荷兰法院的角色以及其与议会的关系。

三 宪法实施与法院的角色

如果没有司法审查,那么荷兰的宪法如何运作和实施呢?这是外部观察家们追问频率最高的问题之一。比如,一些学者基于荷兰宪法禁止法院审查议会的法令,认定该部宪法是没有执行力的。^[76]荷兰现行宪政体制的支持者(他们在荷兰社会中占多数地位)显然不赞同这种质疑和否定。在他们看来,虽然荷兰也实行议会主权,荷兰议会也有权按照自身的意愿修改宪法,但与英国宪法不同的是,宪法作为高级法和根本法的地位却是被荷兰的宪法学理论和宪政实践所承认的。^[77]事实上,荷兰宪法(包括成文法和不成文法)不但包含了很多对议会权力行使进行规范的条款,而且对议会权力的范围也进行了大量限制。在这其中,宪法对公民基本权利的规定就是对议会立法权力最为重要的限制,比如对于宪法第一章规定的平等权、请愿、宗教自由、言论自由、结社等权利,议会及其他立法者就不得违背,也不得通过法律予以不适当限制。

而且,对于人权保护而言,宪法所规定的基本权利是更高层次的权利,但它们同样是不完善的权利,所以,公民基本权利的保护往往要依赖于法律的发展。一个明显的例子是,为了进一步发展1983年宪法第1条关于平等权的规定,荷兰议会颁布实施了《平等对待法案》。该法案规定,宪法第1条所设定的平等权不仅要求国家在社会管理的过程中要平等对待公民,而且适用于横向联系的平等主体之间(比如私有公司的雇员之间)。而在《平等对待法案》颁布之前,宪法对平等主体之间的效力并不明显。^[78]

最后,尽管公民没有权利通过法院来强制议会遵从宪法,但他们可以通过健康且充满活力的议会,发达的公共参与,以及波德模式下的政党协商(即代议制民主+参与式民主+协商式民主)来纠正议会可能偏离宪法轨道的冲动。事实上,由于各种各样的政治力量在议会中都占据一定的席位,通过民主来保护人权(甚至动物的权利和福利)、维护宪法的尊严和保障宪法实施在荷兰历史上一直都是非常有效的——数百年来,议会通过的法案基本上没有出现违宪的情况。

那么荷兰法院在人权保护和维护法律体系和谐统一性方面扮演着何种角色呢?它们是否只是“输入法律,吐出判决”的机器呢?答案是否定的。事实上,尽管荷兰各级法院在违宪审查问题一直小心谨慎,但这并不表明它们是碌碌无为的,或者对人权保护和维护法律体

[76] Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *Yale Law Journal* 1225, 1302, Footnote. 347 (1999).

[77] 英国迄今为止并没有一部成文的宪法典,而且自Dicey时代以来,议会至上被理解为“议会可以制定或者不制定任何法律,而没有任何人或者组织可以通过英国法律获得推翻或者废止议会法律的权利。”法律位阶理论并不适用英国,英国也不存在根本法或者基本法的概念,所有由议会通过的法律都具有同样的效力。不过这种情况在1998年以后似乎有所改变,因为该法案不但要求英国遵守国际条约,而且对以后的议会立法权进行了限制,有人据此认为,《人权法案》赋予了其自身宪法性地位。不过,人们并没有在此问题上取得共识。相关讨论详见 AV. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th edition, (London, Macmillan, 1959), pp. 39 - 40; Allison L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Right Act*, (Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009), pp. 12 - 15; Vernon Bogdanor, *The New British Constitution*, (Hart Publishing, 2009).

[78] Roel de Lange, *Courts, Legislatures, and Fundamental Rights*, p. 37.

系统一性问题视而不见。1980 年代以后,荷兰最高法院一直是一个“司法能动主义”的积极实践者,只不过这种司法能动性并不表现在适用宪法第 94 条宣布荷兰国内法无效或径直撤销上,而是反映在荷兰法院积极适用解释一致性原则等司法技术来保护人权和维护法律体系系统一性上。^[79]

所谓“解释一致性原则”,是指法院通过法律解释技术,依照高级法的精神,将与高级法不一致的低位阶法律规范解释为与高级法一致。荷兰在此一方面最著名的判例就是上文提到的“春天判决”。在该案中,两位未婚荷兰公民生下一个小孩,但是这两个荷兰公民并没有结婚,而且也没有结婚的打算。按照荷兰民事法律的规定,这样的父母是不可以共享父母抚养权的,而只能共享孩子的监护权。但有趣的地方在于,荷兰民法典的这一规定具有很大的模糊性,如果法院坚持从立法原意的角度来解释相关规定的话,那么荷兰法关于父母抚养权和监护权之间的区分就违反了《欧洲人权公约》第 8 条和第 14 条的规定,但如果法院对相关条文做扩张性解释的话,那么荷兰法的相关规定也可以被解释为与《欧洲人权公约》是一致的。在最终判决中,荷兰最高法院并没有宣布家庭法的相关条款无效,而是依照《欧洲人权公约》第 8 条的规定对《家庭法》进行了解释,从而使《家庭法》与《欧洲人权公约》保持了一致。另外,最高法院还在这一判决中设立了一套程序性规则,从而使没有结婚或者已经离婚的父母可以共享父母对子女的抚养权。该判决做出后,议会立即表示要着手进行相关民事法律的修改,尽管按照荷兰的宪政制度,议会并没有义务这样做。我们在本案中可以看到,荷兰最高法院并没有咄咄逼人地宣布《家庭法》违宪或者不适用《家庭法》,而是通过司法解释技术的巧妙使用,事实上改变了《家庭法》相关条款的含义,并为该法提供了一套其自身并不具有的法律解决方案。^[80]该判决作出之后,议会显然也认识到了法律本身所存在的问题,所以积极主动地修改了该项法律。

当然,在维护法律体系系统一性和人权保护方面,荷兰现行的宪政体制也并不完美,依然面临着一些重大的挑战。比如,法院是否有权在议会或者政府不履行国际法义务的情况下对他们进行强制或者直接下达命令呢?在 2003 年的 Waterpakt 案中,荷兰最高法院认为,是否履行国际法义务是一项政治决定,法院无权给议会下达命令,但如何处理国内法与国际法的冲突,它却不予置评,以至于相关问题经常放任自流。^[81]另外,如果法院发现某一国内法与国际法冲突,那么其所做出的不适用国内法的判决是否对议会和政府具有法律拘束力,或者说议会、政府和其他法院是否需要遵守法院不适用国内法的判决呢?这个问题在理论、制度和实践中都不明确——宪法第 94 条仅仅规定国内法与对所有人具有普遍约束力的国际

[79] 通过一系列的判例,荷兰法院逐步建立并完善了依照宪法第 94 条进行条约审查的司法裁判标准:(1)法院首先会尽可能的将有违反国际法嫌疑的国内法解释为与国际法一致;(2)如果无法将国内法解释为与国际法一致,法院将检视“如果不适用国内法,是否可以解决相关争议案件”这一问题;(3)如果无法将国内法解释为与国际法一致,而且立法者有修改相关国内法的计划,法院将不适用与国际法冲突的国内法;(4)对于那些涉及政治事务的问题,法院将不予裁判,而将其留给议会处理;(5)但如果法院发现议会在合理的期限内完全没有修改相关国内法的意愿,那么,即便是涉及政治事务,法院也将不适用相关国内法。需要说明的是,由于欧盟法(EU Law)具有直接效力和最高效力,因此上述规则并不适用欧盟法。J. Uzman, T. Barkhuysen & M. L. van Emmerik, “The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislation?” *In The Netherlands Report to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, p. 25.

[80] J. Uzman, T. Barkhuysen & M. L. van Emmerik, “The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislation?” *In The Netherlands Report to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, p. 20.

[81] HR 21 March 2003, NJ 2003, 691.

法相冲突时不得实施,而没有规定该国内法无效,宪法第 140 条也规定“即使现行的议会法律、规章和决定违反了宪法修正案,其依然有效,直到相关法律规范被修改为止”。如果依据这两个条款的规定,法院的判决似乎只对案件当事人有效,但问题在于,荷兰的法律传统和法学理论却又承认法院的判决是法律的重要组成部分之一,难道作为法律组成部分的法院的判决不应当得到遵守?没有人能明确回答这一问题。

面对这种情况,荷兰学界展开了热烈的讨论。1994 年,伊拉斯谟大学法学院的两位学者在研究报告中称,荷兰政治的司法化进程日益加剧,建立某种形式的司法审查或者设立一个宪法法院也已成为不可避免的趋势。^[82]阿姆斯特丹自由大学的萨普(John W. Sap)教授以比利时宪法法院为模型,提出了“由一些德高望重的前任法官、学者和退休的政治家来组建单一的荷兰宪法法院,主要负责宪法的解释和实施”的具体建议;^[83]莱顿大学法学院的阿克玛(E. A. Alkema)教授则认为,比利时宪法法院的功能主要是为了解决其国内的联邦与地方之间的关系,而不是保护公民的权利,所以对于实行单一制的荷兰来说,比利时模式的宪法法院不足借鉴。在他看来,建立一个不但有权解释和适用宪法,而且可以监督国内所有公权力机构是否正确履行了他们维护国际法责任的单一最高司法机构才是最合理的方案。^[84]

反对者们对上述建议似乎并不以为然。司法部部长巴林(E. M. H. Hirsch Ballin)认为,位于布鲁塞尔的欧洲法院和位于斯特拉斯堡的欧洲人权法院已经为国内法院在人权保护方面提供了足够的指导,并在事实上起到了“指明灯”的作用,因此没有必要叠床架屋式的再设立一个独立的宪法法院,只要在国家参事院内设立一个独立的部门负责宪法裁判事务即可,就像参事院里的行政审判部门所做的那样;^[85]荷兰宪法修改委员会副主席德兰格先生(Roel de Lange)则在 2009 年的报告中暗示,尽管他非常欣赏加拿大、英国等传统英联邦国家的弱司法审查,并着力强调“解释一致性原则”在法院处理法律规范冲突中的作用,^[86]但是其认为基本权利只有得到政治系统的支持才能得到强有力的保护,因此立法机关在发展法律方面,特别是在发展人权法方面,应当始终占据主导性的地位。为此,他重新检视了荷兰立法程序的各个环节,希望完善立法细节来提高法律的合宪性。^[87]

所有这些制度发展和学术争论表明,未来荷兰议会与法院关系的发展依然并不明朗,司法审查能否在荷兰建立依然是个未知数。我们唯一可以确信的是,在传统政治文化、宪法的特殊性以及国际法的庇护等因素的影响下,在国内法上建立一套司法审查制度对荷兰来说并非一件紧迫而必需的事情。只要政治体系依然开放,宽容的政治文化传统没有遭受破坏,民主制度充满活力,荷兰人不会仅仅因为“司法进行违宪审查”是一种可能的世界趋势,就在本国建立这一套制度。

[82] Jan ten Kate & Peter J. van Koppen, “Judicialization of Politics in the Netherlands: Towards a Form of Judicial Review”, p. 149; Francesa Klug, *Values for a Godless Age: The Story of the United Kingdom's New Bill of Rights*, (Penguin Books Ltd, 2000), pp. 165 - 166; Christine Bateup, Reassessing the dialogic possibilities of weak-form Bill of rights, 32 *Hastings International and Comparative Law Review* 529, 536 (summer 2009).

[83] Jan Willem Sap, De aanbeveling van de Nationale Conventie om een constitutionele hof in te stellen 32 NJCM-Bulletin 590, 2007.

[84] E. A. Alkema, Repliek: Toetsing door een speciaal constitutioneel hof, 32 NJCM-Bulletin 792, 2007.

[85] E. M. H. Hirsch Ballin, Constitutionele toetsing van wetten als bijdrage aan rechtsontwikkeling, in Willem Konijnenbelt (ed.), *Rechter en wetgever* 47, The Hague, Council of State, pp. 58 - 61.

[86] Roel de Lange, *Courts, Legislatures, and Fundamental Rights*, pp. 27 - 28.

[87] Roel de Lange, *Courts, Legislatures, and Fundamental Rights*, pp. 34 - 37.

四 对荷兰实践的反思

如同上文所谈到的那样,司法审查,或者说通过司法进行违宪审查似乎已经成为当今世界的一种潮流,也有无数的学者殚精竭虑地证明这种制度的伟大和重要之处。比较法学家莫诺·卡佩莱蒂在他那本重要的著作中甚至宣称,“司法审查为暴政所厌恶”,“一切极权主义政体皆已表明其对政府行为尤其是立法行为的司法审查持有敌意”。^[88]我无意用荷兰的实践来否定司法审查的必要性和重要性,也不愿指责卡佩莱蒂观点的偏颇性,而是希望提及以下几个方面:

首先,司法审查本身的正当性问题是无法通过抽象思辨和分析证成的。司法审查制度的绝大多数支持者和拥护者通常会从“民主的暴政”或者“维护宪法的尊严”等理论出发来证明司法审查的正当性和必要性,但他们始终无法消除人们如下疑问:为什么并非民选的法院有权审查代表人民的议会的决定呢?该制度的支持者们辩解称,为了保护公民的基本权利和价值,或者为了反对“多数人的暴政”保护少数人的权利。然而,反对者们却质疑这些价值从何而来?如果答案是宪法的话,宪法的规定却往往模糊且抽象;而如果诉诸自然法、理性、传统、公意以及进步观念的话,那就更加笼统且不明确;虽然“人权保障”这一理由可以在一定程度上减缓该项制度正当性带来的焦虑,但依然无法充分回答为什么少数司法者就一定比民选议会对“人权”的解释(解读)更加高明这样的疑问。事实上,即便是司法审查制度最为成熟的美国,法院的司法审查有时也会严重侵犯公民的权利。^[89]或许我们应当记住德弗林法官(Lord Devlin)的警告:

将法院看作是由贤明智者组成的团体,以此来绕过民主程序这条运输超载的通道,确实具有很大的诱惑力。但这仅仅是一种表面上的迂回。事实上,无论道路多么漫长曲折,这条迂回之路是再也没有可能重新回到康庄大道上的机会了,而且还将不可避免地导致集权主义国家的产生。^[90]

其次,司法审查制度本身并非一项不可替代的制度。如果说保护人权和维护法律秩序的和谐统一是所有国家都面临的任务,或者说这两项任务是世界性的问题,那么,为了保护人权和维护法律秩序的和谐统一而允许法院进行违宪审查则可能只在某些社会或国度的特殊时空下才是必要的。与人权保护和维护法律秩序统一性相比,司法审查制度只是一种手

[88] 前引[意]莫诺·卡佩莱蒂:《比较视野中的司法程序》书,第241页。

[89] 2005年美国最高法院对新伦敦案(*Kelo v. City of New London*)的判决就是一个典型。在该案中,美国联邦最高法院认为,在公共资金不足的情况下,为了经济发展而动用警察权力进行城市土地征收,是符合宪法第5条修正案对“公共使用”(public use)要求的。然而社会各界,甚至包括联邦和各州政府纷纷表示,联邦最高法院对宪法的解释有可能导致公民权利被肆意剥夺,因此反对最高法院的这一判决。布什政府2006年在第13406号行政命令中宣布,联邦政府限制“仅仅基于促进私人的经济利益就动用财产征收权”,美国50个州中的21个州议会通过法律或者修改州宪法,禁止政府适用新伦敦案案的判例征收土地,有22个州出台了有条件适用此判例的法律,9个州最高法院禁止政府为了发展经济而动用征收权。*Kelo v. City of New London*, (04-108) 545 U.S. 469 (2005); Implementation of Executive Order 13406; the Attorney General, Protecting the Property Rights of the American People, Sep. 16, 2008; Anthony Lizan, *Life After Kelo v. City of New London*, in Property Rights Alliance, June 23, 2010; H. R. 5582 - Private Property Rights Protection and Government Accountability Act, See <http://www.propertyrightsalliance.org/life-kelo-v-city-new-london-a2921> http://www.castlecoalition.org/pdf/legislation/US_States_ED_Legis_Map_2007.pdf, (last visited Jan 22, 2012).

[90] Devlin, *Judges and lawmakers*, 39 *Modern Law Review* 1, 39, (1976).

段,并非普世性的价值,也不是“大写的真理”。如果一个国家饱受专制,民主传统和民主制度极为缺失,或者现有的政治结构不足以保障人权和维护法律秩序的统一,司法审查制度或许是必须且急迫的;如果一个国家的民主制度和政治传统足以保护人权和维护法律秩序和谐统一,那么司法审查存在与否就并非一个特别重要的问题。对此,杰罗米·沃尔德伦(Jeremy Waldron)教授有过出色的论述,在2006年的文章中,他就曾指出:

如果一个法律体系是建立在民主和法治基础之上的话,即便没有司法审查,该体系也可以良好运作,而且在特定的情况下,该法律体系比拥有司法审查的体系还要运行良好……这些特定条件包括:(1)民主制度处于一个相当良好的运行状态,特别是代议制下的议会是在成人普选的基础之上产生的;(2)建立在中立性基础之上的司法系统同样也处于相当良好的运行状态,可以听诉、解决争议,坚守法治;(3)社会的多数成员以及他们的官员承诺尊重个体的理想和少数人的权利;(4)致力于保护人权的成员坚定不移地、牢固地持有善的信念,并尊重他人提出异议的权利。^[91]

一些荷兰学者支持沃尔德伦的断言,并认为沃尔德伦的文章其实是对荷兰政治和法律状况的描述,或者认为荷兰的法律体系是沃尔德伦写作的“灵感源泉”。还有一些学者骄傲地认为,除了这些条件之外,荷兰还拥有一些沃尔德伦没有考虑到的条件和优势,比如说,开放和自由的政治辩论传统、独立的司法,包括欧洲法在内的国际法等等。^[92]与荷兰人相似,英国人也坚持认为,所谓多元主义和保护少数群体的权利则是民主的应有之义,本国的民主足以保护人权,法院不得审查议会所颁布的法律。对此,英国最高法院(2009年成立)有着清醒的认识。在该法院的展览馆中,其对自身做出如下定位:

首先,与美国及其他国家的最高法院不同,英国最高法院不能推翻议会的立法;其次,英国最高法院可以通过判例法来更加清楚地解释国内法律和法令;再次,当国内法关涉到《人权法案》所承认的《欧洲人权公约》保护的权利时,英国最高法院有权按照《欧洲人权公约》的规定来解释国内法,并在这种努力不能成功时,做出“不一致宣告”;最后,如何处理法律之间的一致,是议会而非最高法院的权力。^[93]

由此观之,司法审查制度本身存在与否并非根本性的问题,对于人权保护和维护法律体系和谐统一来说,如果一个国家的民主政治制度足够发达,司法审查并非不可或缺,一个国家是否需要建立司法审查制度,只能结合其历史传统、现存的政治结构以及其他相关因素进行具体分析。

最后,在那些民主传统缺乏,人权保护无力的国度,人们通常会为本国没有建立司法审查机制而遗憾、悲痛和焦躁不安,^[94]所以会不遗余力地推动某种(或某几种)形式的司法审查制度的建立,但由于现实的政治结构或者政治理念设置了“禁区”,这种美好的愿望往往难以实现。如果仅仅从制度层面上来说,这种尴尬的局面确实让人不安,但人们也应当看

[91] Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Yale Law Journal* 1346, 1360(2006).

[92] Roel de Lange, *Courts, Legislatures, and Fundamental Rights*, p. 17.

[93] 程雪阳:《英国最高法院掠影》,载《清华法治论衡》第14辑,清华大学出版社2011年版,第470页。

[94] 这一点,在中国学者中间表现得最为明显,比如有学者用极为华美且悲壮的口气谈到:“当宪政作为‘世界图像’呈现的时刻,中国(大陆)是一位缺席者。在通往彼岸的路途中,我们沦落为迟到的异乡人。……由于缺乏司法审查的看护,宪法成为了一颗‘冷却的太阳’。……(以至于)史诗般的壮丽话语、伟岸的主角、神圣的使命、崇高的理想、远大的航程,还有那些至高无上的自由精神和民主权利——宪法文本的内在价值和叙事功能(也)正遭遇空前的质疑。”包万超:《宪政转型与中国司法审查制度》,载《中外法学》2008年第6期。

到,如果没有独立且廉洁的司法,没有发达的舆论市场和广泛的民主参与,贸然赋予法院以违宪审查权力,也许会带来司法的专制和腐败等更多的问题。我无意否定违宪审查制度的价值,也不认为像荷兰、英国、新西兰、中国这样的国家就没有必要建立违宪审查制度,而是希望强调,尽管某些价值和理念是普适性的(比如人权、民主、自由、平等),但任何制度的建立和实施都需要符合本民族和国家具体的历史情境,不能仅仅因为大多数国家都建立了某种制度,或者认为某种制度是一种世界趋势,所以就得出结论说我们也必须建立某种制度。

另外,一个国家即便不允许司法进行违宪审查制度,那也并不意味着法院只能消极无为。事实上,如果一个国家或政治体的法院不能或者不愿宣布议会所制定的法律违宪,那么它完全可以通过法律解释技术来保护人权和维护法律秩序和谐统一性。放眼世界,从欧洲法院(ECJ)到荷兰最高法院,到德国宪法法院,再到南非和新西兰法院,合宪性审查、解释一致性原则等“有节制的司法技术和策略”(temperingstechnieken)已经在广泛使用。^[95]有鉴于此,笔者认为中国的法官和学者们似乎也应当走出“悲苦情结”,更加积极地创造出适合中国国情的宪法监督机制。

[Abstract] As the section 120 of the Constitution of the Kingdom of the Netherlands states, “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts”, the Netherlands has become the last liberal democracy against constitutional review by the judiciary in the West world. However, constitutional review is not entirely absent from the Dutch constitutional framework and legal system. The debates on constitutional review have never ceased. Since constitutional amendments in 1848, the Dutch judicial authorities not only have the power to review the constitutionality of the secondary legislation, e. g. delegated legislation, municipal byelaws and provincial byelaws, but also can review all of the Dutch legislations, including the Dutch Constitution, if the statutes are “in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or in conflict with resolutions adopted by international institutions”, as the section 94 of the Constitution. Why the Netherlands accepts the “treaty review” but rejects “constitutional review”? The answer will be found in the special concept of law and particular constitution of Dutch, “Polder Model” and the influence of international law, etc. What we can learn from Dutch experience is constitutional review is not the only way to protect human rights, the development of the mechanism of protection of human rights of each country should based on its specific circumstance.

(责任编辑:支振锋)

[95] 尽管各国的模式和名称并不完全相同,比如“弱司法审查模式”,议会与法院的“宪政对话”等等。See Mark Tushnet, “Weak Form Judicial Review and ‘Core’ Civil Liberties”, 41 *Harvard Civil Right-Civil Liberties Law Review* 1 (2006); Janet L. Hiebert, “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?” 69 *The Modern Law Review* 7 (2006); Mark Tushnet, “Alternative Forms of Judicial Review”, 101 *Michigan Law Review* 2781 (2003); Michael J. Perry, “Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?” 38 *Wake Forest Law Review* 635, (summer 2003).