

民主与政治文明研究丛书  
比较政治与政治文化研究丛书

# 违宪审查与民主制的平衡

## ——一项比较研究

WEIXIAN SHENCHA YU MINZHUZHI DE PINGHENG

民主制能否稳健发展在很大程度上取决于法治是否健全，法治是否健全取决于宪法是否具有权威性，宪法是否具有权威性取决于违宪审查制度是否能发挥作用。本书以几个典型的民主国家为例，运用比较的方法对这些民主国家的违宪审查制度与民主制的平衡之间的关系进行探讨。各个国家选择什么样的违宪审查制度应根据自身的历史传统、现实条件和政治法律文化。西方民主国家普遍采用的违宪审查制度是司法机关审查制度和专门机构审查制度。这两种违宪审查制度已经成为西方国家民主政治建设的重要推动机制，在西方国家的宪政实践中发挥了重要的平衡作用，值得我们在建设社会主义民主、法治国家，推进和谐社会的进程中予以研究和借鉴。

翟桔红 著

中国社会科学出版社

民主与政治文明研究丛书

比较政治与政治文化研究丛书

# 违宪审查与民主制的平衡

## ——一项比较研究

WEIXIAN SHENCHA YU MINZHUZHI DE PINGHENG

民主制能否稳健发展在很大程度上取决于法治是否健全，法治是否健全取决于宪法是否具有权威性，宪法是否具有权威性取决于违宪审查制度是否能发挥作用。本书以几个典型的民主国家为例，运用比较的方法对这些民主国家的违宪审查制度与民主制的平衡之间的关系进行探讨。各个国家选择什么样的违宪审查制度应根据自身的历史传统、现实条件和政治法律文化。西方民主国家普遍采用的违宪审查制度是司法机关审查制度和专门机构审查制度。这两种违宪审查制度已经成为西方国家民主政治建设的重要推动机制，在西方国家的宪政实践中发挥了重要的平衡作用，值得我们在建设社会主义民主、法治国家，推进和谐社会的进程中予以研究和借鉴。

翟桔红 著

中国社会科学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

违宪审查与民主制的平衡：一项比较研究/翟桔红著. —北京：中国社会科学出版社，2012. 9

(民主与政治文明研究丛书·比较政治与政治文化研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5161 - 1394 - 3

I. ①违… II. ①翟… III. ①宪法—司法监督—关系—民主—政治制度—研究 IV. ①D911.04②D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 216660 号

---

出版人 赵剑英  
责任编辑 卢小生  
责任校对 韩海超  
责任印制 李 建

---

出 版 中国社会科学出版社  
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)  
网 址 <http://www.csspw.cn>  
中文域名：中国社科网 010-64070619  
发 行 部 010-84083635  
门 市 部 010-84029450  
经 销 新华书店及其他书店

---

印 刷 北京市大兴区新魏印刷厂  
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂  
版 次 2012 年 9 月第 1 版  
印 次 2012 年 9 月第 1 次印刷

---

开 本 710 × 1000 1/16  
印 张 14  
插 页 2  
字 数 236 千字  
定 价 35.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社发行部联系调换  
电话：010-64009791

版权所有 侵权必究

## 《民主与政治文明研究丛书》总序

民主是一种激动人心的政治理想，同时也是一种令人神往的政治形式。从公元前5世纪古代雅典的公民大会，到中世纪的意大利城市国家，再到18世纪启蒙时代的法兰西第一共和国，而后再到19世纪代议制政府时期的欧洲和美国，直至20世纪和21世纪初的自由民主时代，民主一直是人类政治发展中不断追求的理想目标。完全可以说，人类政治生活的任何进步都是与民主的进展联系在一起的，一部人类社会政治发展史其实也就是一部人类不断争取民主的历史。

人类何以要如此孜孜不倦地争取民主呢？或者说民主对人类发展究竟有什么价值呢？

“我们生活在或者看起来生活在一个民主的时代。仅于若干年前起家的国家社会主义在中欧和东欧已经崩溃。民主似乎不仅在西方得到了牢固的确立，而且，作为一种适应的政治模式，在西方以外的地区也大体上得到了广泛的采纳。民主的过程和程序已经在世界的主要地区得到了巩固。70年代中期，2/3以上的国家可被称为权威主义国家。现在，这一比例已大幅下降，不足1/3的国家仍然为权威主义的国家，而民主国家的数字却在急剧地增长。民主已经成为当今时代政治合法性的基本

标准。”<sup>①</sup>这是英国政治学者戴维·赫尔德1996年在其新著《民主的模式》一书的《英文版序言》开篇中讲的话。我们当然不必将赫尔德的话当成圣经，也不必以西方的民主模式为楷模。但赫尔德所说的“我们生活在或者看起来生活在一个民主的时代”、“民主已经成为当今时代政治合法性的基本标准”，倒是真实地反映了现代政治发展的基本趋向。

在当下的世界，无论人们对于民主持何种看法，但似乎都承认，民主是值得追求的。即使是社会主义者，一直也是将实现民主作为重要政治目标的。马克思、恩格斯在《共产党宣言》中明确指出：“工人革命的第一步就是要使无产阶级上升为统治阶级，争得民主。”<sup>②</sup>列宁作为社会主义制度的追求者和实践者早就明确提出：“没有民主，就没有社会主义。”<sup>③</sup>毛泽东在抗日战争时期曾提出：“只有民主才能救中国。”<sup>④</sup>邓小平也反复强调：“没有民主就没有社会主义，就没有社会主义的现代化。”<sup>⑤</sup>中共十四大报告指出：“人民民主是社会主义的本质要求和内在属性。”中共十五大报告提出：“发展社会主义民主是我们党始终不渝的奋斗目标。”中共十六大报告指出：“发展社会主义民主政治，建设社会主义政治文明，是全面建设小康社会的重要目标。”中共十七大报告更是提出：“人民民主是社会主义的生命。”可见，民主作为一种价值目标，始终是社会主义者追求的政治目标。

然而，要实现民主，首先必须科学地理解民主的真实含义。马克思在《新莱茵报·政治经济评论》中指出，“全部问题在于确定民主的真正意义”<sup>⑥</sup>。因此，研究民主首先有必要搞清楚民主到底是什么，只有消除了在这个问题上的模糊认识之后，我们才能在诸如民主有没有普适价值，西方民主模式适不适合中国，如何建设中国特色社会主义民主政治等一系列问题上，回到基本正确的认识上来。

① [英]戴维·赫尔德：《英文版序言》，《民主的模式》，中央编译出版社1998年版，第5页。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1995年版，第293页。

③ 《列宁全集》第28卷，人民出版社1990年版，第168页。

④ 《毛泽东文集》第三卷，人民出版社1996年版，第272页。

⑤ 《邓小平文选》第二卷，人民出版社1994年版，第168页。

⑥ 《马克思恩格斯全集》第7卷，人民出版社1959年版，第304页。

民主是人类政治文明发展的优秀成果，也是世界各国人民的普遍追求。对于世界来说，民主是人类谋求和平、安宁、文明、幸福的重要机制；对于中国来说，人民民主是社会主义的生命，没有民主就没有社会主义，就没有社会主义现代化。

有人说民主是个好东西，也有人说民主并不一定是个好东西，也有人说优质的民主才是好东西，还有人说民主可以成为一个好东西，还有人说民主不是东西而是生命。无论人们如何看待民主，民主都可以当之无愧地被称为当今时代政治领域的最强音。

民主的含义众说纷纭。它既是一种价值、一种理想、一种制度、一种机制，也是一种形式、一种方法、一套程序、一个过程。

就民主的本质而言，民主所解决的是国家权力归属问题。简单地说，民主相对君主而言，国家权力属于人民，那就是民主；国家权力属于君王，那就是君主。因此，国家权力属于人民，这是民主的最本质的特征。

就民主的实践过程来看，民主关系到领导人和公共决策的产生。也就是说，如果领导人和公共决策是根据多数人的意志产生的，那就是民主；反之，如果领导人和公共决策是根据个人或少数人的意志产生的，那就是独裁或专制。人类天生是政治动物，也天生是社会动物。人类的所有活动总是以群体的方式展开的。而只要是群体的活动，就必然需要领导人和公共决策来管理和协调。于是，如何产生领导人和公共决策就成为人类政治生活的核心内容。

既然民主关系到领导人和公共决策的产生，那么，领导人和公共决策产生的原则和方式就具有重要的意义，甚至可以说，正确地认识和把握了领导人和公共决策的产生原则和方式，就是正确认识和把握了民主的真谛。

就领导人和公共决策的产生原则来说，凡是按照“服从多数和保护少数”原则进行的，就是符合民主精神的；反之，凡是违背“服从多数和保护少数”原则的，就是不符合民主精神的。同时，必须明确的是，多数与少数并非完全对立的，也不是固定不变的，而是可以随着时间和条件的变化而改变的。正如研究民主议事规则专家罗伯特所指出的：“民主最大的教训，是要让强势一方懂得他们应该让弱势一方有机会充分、自由地表达自己的意见，而让弱势一方明白既然他们的意见不占多数，就应该体面地让步，把对方的观点作为全体的决定来承认，积极地参与实施，同

时他们仍有权利通过规则来改变局势。”<sup>①</sup>

至于是“全体一致通过”还是“过半数通过”更能反映人们的真实意图呢？或者说更能体现民主的精神呢？罗伯特认为，由于社会存在的差异性，要求人们对所关注的事情的处理达到完全一致的意见，实际是不可能的。而且，从价值取向来看，追求全体一致和绝大多数一致本身就是一种独裁（也就是说作这样的规定的本身就是独裁），“在一个追求‘一致’的组织里，各种错误的感情——不愿被人视作反对领导，不愿因说出不同意见而遭到歧视，不愿被人说成是集体团结的障碍，等等——自然会在‘全体一致’的假象下，作出的决定却没有人真正满意，结果也就没有人真正愿意去实施这些决定，没有人真正愿意为这些决定负责”。因此，“只有通过‘过半数表决’，加上公开明晰的辩论，才能够在最大限度上作出符合组织整体利益的决定”<sup>②</sup>。可见，只有将“多数决定”的民主形式与“协商说服”的民主形式结合起来，才能真正体现民主的精神。

## 二

研究民主和实践民主，有必要明确的一点是，即民主价值的普适性和民主形式的多样性。也就是说，民主作为一种价值，它具有普适性，是任何进步人类都必须追求的；同时，民主作为一种政治形式，它具有特殊性，在不同国家和不同时代是不同的。正如有的学者所指出的：“民主制也许是一个普适的概念，但是它的形式和实用性却是很特殊的。试考虑一下投票行为。大部分人都认为全世界的人对这一行为有一致的理解，但事实并非如此。我们通常理解投票是指明它意味着选择：投票者在候选人中间进行选择。但是在其他那些自称民主制的国家或文化区域中，投票通常与其说是一种代表着选择的行为，还不如说是一种批准性的（ratificatory）或全民表决的（plebiscitary）机制。投票者可以通过批准政府继续担任公

<sup>①</sup> [美] 亨利·罗伯特：《罗伯特议事规则》第10版，格致出版社、上海人民出版社2008年版，原著导言。

<sup>②</sup> 同上。

职来表达对政府的支持，而批准性的投票行为和选择性的投票行为是完全不同的。一些国家还有可能同时采用这两种投票形式。因此，我们在利用数学公式深入研究复杂的投票行为之前，最好先确定我们是否真正理解了投票在我们所研究的国家中的含义。否则，我们就像是在苹果和橘子之间进行比较。”<sup>①</sup> 德国前总理施密特曾在同中国年轻人的谈话中强调：“中国不会发展出像德国、英国和美国那样的民主。这与这个国家的文化遗产相矛盾。（中国的民主）它将是另一种样子。”<sup>②</sup>

毫无疑问，民主最早产生于西方社会。也应该承认，西方社会的民主发展相对于东方国家来说要完善一些。然而，随着人类社会的发展变迁，西方社会的民主的内涵和形式已经发生了深刻的变化，一些非西方国家也有了许多成功的民主实践。如果不能及时地了解民主在西方社会的这种变化以及非西方国家民主的发展实际，就很难把握民主发展的基本趋势，进而找到不同国家民主发展的正确道路。

必须明确，民主并非西方国家的专利，而是人类共同创造的政治文明成果，是人类共同政治智慧的结晶，不同国家的政治实践对民主的发展都作出过自己的贡献，无论是成功的经验或是失败的教训。而且，民主的实践特别依赖于不同国家的社会发展条件，因而民主发展的道路和形式从来都是多层次和多样化的。对于不同国家的民主化道路，西方有的学者也已经意识到是一个不可回避的问题。比如，美国政治学者霍华德·威亚尔达主编的《民主与民主化比较研究》中就提出这样的问题：“民主是单一的、普遍的、在很大程度是来自西方（美国和欧洲）对民主的定义和实践而有所不同？换句话说，在民主的西方模式之外，现在是否还存在亚洲模式和理论、拉丁美洲版本、伊斯兰模式以及土生土长的非洲模式？”<sup>③</sup> 他的结论是：“民主既是普遍的——所有人（准确地说是几乎所有人）都希望得到它，而且它还具有某些特定的核心要求，使其可以适用于全球；民主又是特殊的——所有国家和文化地区都以各自的方式实践民主。”<sup>④</sup>

① [美] 霍华德·威亚尔达主编：《比较政治学导论：概念与过程》，北京大学出版社 2005 年版，第 211 页。

② 转引自杨建平《法治民主后发国家的政治选择》，《战略与管理》2001 年第 6 期。

③ [美] 霍华德·威亚尔达主编：《民主与民主化比较研究》，北京大学出版社 2004 年版，前言。

④ 同上书，第 171 页。



有必要指出的是，民主模式与民主形式是既有联系又有区别的。由于民主模式是相对稳定的制度形式，是在特定社会条件下经过长期积淀的产物，因而民主模式具有不可模仿性和不可复制性的特点。有学者指出：“民主诞生在西方的古希腊，甚至可以说是由古希腊人所发明的。长期以来，它与西方——包括西欧及其北美的扩展部分——的发展和制度安排有着紧密的联系。有着多种定义的民主看来与西方是彼此契合的。正如我们看到的那样，它与西方的文化和制度密不可分。这就暗含着这样一个观点：民主不仅仅是一套在理论上任何国家都可以通过最低限度的宪政建构来加以模仿的制度安排，例如制度化的选举等；作为一套生活方式，民主常常地铭刻在西方的文化、社会和经济之中。正因为这样，在历史、文化、社会和经济关系都与我们非常不同的社会中，民主很难被模仿或者复制。”<sup>①</sup>

相对于民主模式而言，民主形式是具体的、多样化的制度形式。不仅不同国家有不同的民主形式，而且具体的民主形式也是发展变化的。“我们需要承认，许多国家的民主不是一种非此即彼的命题，而是一个连续体、一段旅程、一个正在进行着的过程。我们需要运用一系列的范畴——有限民主、部分民主、不完全的民主，等等，以便我们不仅能够理解和把握各种等级的民主，而且也能够理解和把握民主可能具有的各种独特的、由文化条件所限定的形式。这将不仅为我们评估民主在全球范围内的条件和现状提供一种有用的、现实主义的方式，而且也将对我们促进民主在未来的发展奠定一个良好的基础。”<sup>②</sup>

当然，强调民主形式的多样性，并非要否认民主价值的普适性。其实，民主作为一种价值追求，其普适性是毋庸置疑的。当下许多人在说，美国民主不具有普适性，因而不能搞美国式的两党制、三权分立、两院制，其实这些都是在谈民主的形式。民主的形式从来都是多样性的，因为形式是随着存在条件的变化而不断变化的，如同以前没有电子投票而现在有电子投票一样。然而，这并不能否定民主价值的普适性。民主价值的普适性是说对民主（主权在民）的追求是普适的，只要是进步人类都是要

<sup>①</sup> [美] 霍华德·威亚尔达主编：《民主与民主化比较研究》，北京大学出版社 2004 年版，第 6 页。

<sup>②</sup> 同上书，第 182 页。

追求民主（主权在民）的，资本主义要追求民主，社会主义也要追求民主，在这里民主是被作为价值目标来追求的。比如，中国近期提出要树立民主法治、自由平等、公平正义的理念，这里所说的三大理念就是普适性的。你不能说这些理念只是社会主义或资本主义的，因为这是进步人类都要追求的。而当我们说发展社会主义民主的时候，这其实也是在说形式，是说我们实现民主的形式和方法与资本主义是不一样的，而不是说民主的价值、理念是不一样的。比如，北京奥运会提出的“同一个世界，同一个梦想”和中国俗语说的“人同此心，心同此理”都是就价值和理念而言的。

为了清楚地说明问题，不妨对价值、模式、形式等概念作一点语义上的分析，以便正确地理解民主价值的普适性和民主形式的多样性问题。

价值，是指事物的积极作用或进步作用，是一种值得追求的目标。由于人类的本质属性是不断追求进步，因而价值是具有普适性的，只要是人类，都会追求进步的价值。

模式，是描述物质世界的一种相对固定的标准形式或者是使人可以照着做的标准样式（如模式图、模式化等）。在通常情况下，模式是单一的、相对固定的、自然形成的。当人们将之用于描述社会现象时，模式就是一种相对固定的社会样式，作为社会现象的模式是不可能照搬的。

形式，是指事物的形状、结构、方式等（如组织形式、艺术形式、操作形式等）。形式从来都是多样的，因而形式是可以借鉴和选择的。

民主价值，是指民主所追求的目标，简单地说，就是实现“主权在民”（人民当家作主）。这是所有民主政治都要追求的，因而是普适的。

民主模式，是指一国实现民主的相对固定的标准样式，如“三权分立”、“两党制”、“五权分立”就是不同的民主模式。由于民主模式是相对固定的，因而是不可照搬的。

民主形式，是指一国实现民主的具体方式、方法，如选举、决策、管理、监督的方式、方法等。由于民主形式是多样的，是具体的，因而是可以借鉴的。

其实，民主模式、民主形式与民主价值也不是绝对分开的，任何民主价值都需要与它适宜的民主形式去实现；反之，任何民主形式实际上都在维护和体现着某种价值。民主价值经过长期发展，有两个构成要素：（1）对民众的保护（保障公民权利）；（2）民众的权力（人民当家作主）。

这两个要素是普遍性的，只要是民主，就应该体现这两个要素，这就是民主价值的普适性。至于如何保障公民权利和怎样实现人民当家作主，不同制度下则是不一样的。与保障公民权利相对应的是权力制约。权力必须制约，不受约束的权力必然导致腐败，这是普适性的，因此，为了制止腐败，必须制约权力，其中最重要的是以权力制约权力。但具体到如何以权力制约权力，这就有特殊性和多样性了，各国制约权力的形式完全可以不一样，比如，有的两权分立，有的三权分立，有的五权分立。这些是权力制约形式问题，必须根据各国的实际情况，分别采取不同的权力制约形式。

总之，“民主既是普遍的——所有人都希望得到它，而且它还是某些地区特定的核心要求，使其可以适用于全球；又是特殊的——所有国家和文化地区都以各自的方式实践民主”<sup>①</sup>。

### 三

在中国社会主义民主发展过程中，有人总是以中国的情况不一样，而说中国不能选择某种民主形式。其实这是一种前提和结果的倒置，是站不住脚的。没有给予可选择对象而说不会选择，显然是不合逻辑的。萨托利在批评有的人说第三世界国家不珍视自由时举例说：“当我问某人愿意骑马还是愿意乘车旅行时，他的回答是没有意义的，除非回答至少看到一辆车或一匹马。去询问对面的人的偏好是没有意义的，因为你从未给对方提供可选择的对象，即提供可比较的东西……有无数的人不能喜欢一样东西甚于另一样东西，只因为他们见不到‘另一样’；他们只能承受他们所发现的人道的（或不人道的）条件，并把自己置于这种条件之下。”<sup>②</sup>

因而，问题的核心并不在于抽象地谈论某种民主形式适不适合中国，而在于这种民主形式是否具有普适性价值，只要是具有普适性价值的民主

<sup>①</sup> [美] 霍华德·威亚尔达主编：《民主与民主化比较研究》，北京大学出版社 2004 年版，第 171 页。

<sup>②</sup> [美] 乔万尼·萨托利：《自由民主可以移植吗？》，载刘军宁编《民主与民主化》，商务印书馆 1999 年版，第 145 页。

形式，那就是值得追求和可以借鉴的。如前所述，民主形式有两种具体表现形式：一种是民主模式，另一种是具体民主形式。前者是不可照搬的，后者则是可以借鉴的。因为选择与借鉴是不一样的，选择是根本性的，是在多样性中择其一种；借鉴是具体的，是取其精华，去其糟粕，为我所用。选择是变更自我，变换主体，改弦易辙；借鉴则是以我为主，为我所用，无论怎么借鉴都不会改变自我本身。因此，选择必须谨慎，而借鉴必须大胆。正因为如此，我们才说要大胆借鉴人类政治文明的成果，但绝不能照搬别国的政治制度模式。

就民主的内在机理来说，社会主义是最有利于实现民主的。因为，社会主义以社会为本位，以存在于社会的每一个人为主义，这样社会主义就从根本上保证了民主（人民当家作主）的实现。正是从这个意义上说，民主与社会主义并不是矛盾的，反而是内在契合的，民主是社会主义的本质要求，没有民主就没有社会主义，就没有社会主义现代化。因此，问题的关键不在于社会主义要不要搞民主，而在于社会主义如何搞民主，能否创造出较之资本主义更高的民主。当我们批评资本主义民主时，实际上是说资本主义民主还不够民主，而社会主义则能够创造出比资本主义更高的民主，使“民主更加民主”。

1988年10月，邓小平会见罗马尼亚总统尼古拉·齐奥塞斯库时，在谈到社会主义问题时说：我们走社会主义道路是正确的，我们都要在努力证明社会主义优于资本主义。但是，各国建设社会主义的方法，一定要根据自己的实际情况，要多种形式，各有自己的特点。各国只能根据本国的实际情况来制定自己的发展战略和与之相适应的方法、方式，制定适合自己具体的政策。社会主义国家之间的经验相互可以参考、借鉴，但绝不能照搬。自己认为成功的东西，就应该继续坚持，不要因为别人改变了，自己也跟着改变，用不着这样。经验教训，包括成功的经验和失败的教训，要自己去总结，都是一个模式不行<sup>①</sup>。

邓小平还多次明确表示，我们不学美国，但要搞社会主义民主。1991年9月，他在会见朝鲜劳动党中央委员会总书记、国家主席金日成时指

---

<sup>①</sup> 中共中央文献研究室编：《邓小平年谱》（一九七五——一九九七）下，中央文献出版社2004年版，第1254页。

出：我们搞改革开放，要有两手：一手搞改革开放；一手搞“四个坚持”，反对资产阶级自由化。两手中最核心的是发展生产。我们的改革是从经济上、从改善人民生活上做起，不是从政治上做起。在宣布进行政治体制改革时，我就说过，不赞成美国式的民主。我当面对布什以及其他美国人多次讲，我们不会学美国。我们不赞成西方民主，但是我们也确实要民主，要社会主义民主<sup>①</sup>。

江泽民、胡锦涛和温家宝在不同场合也都表示要发展社会主义民主。2002年11月，江泽民在中共十六大报告中指出：“发展社会主义民主政治，建设社会主义政治文明，是全面建设小康社会的重要目标。”2007年10月，胡锦涛在中共十七大报告中将人民民主提高到社会主义生命的高度，指出：“人民民主是社会主义的生命。发展社会主义民主是我们党始终不渝的奋斗目标。”2009年2月，温家宝访问欧洲，在回答英国《金融时报》记者巴伯的提问时指出：“在西方人看来，中国人好像怕民主、怕选举，其实不然。我今年在记者招待会上曾经讲过，只有人民信任你，人民才能让你坐在台上。我们现在实行的是村级的直接选举，乡、县和不设区的市人民代表大会的直接选举，县以上实行的是间接选举。但是我坚信，群众能管好一个村，就一定能够管好一个乡、一个县，也就能够管好一个省。但要按中国的实际情况，发展具有自己特色的民主方式，循序渐进。”<sup>②</sup>

的确，发展社会主义民主不可能一蹴而就。民主建设是一个系统工程，需要把民主制度建设与民主文化建设、民主社会建设结合起来。“在定义民主的时候，我们应该倍加小心。民主不仅仅是选举——尽管选举是很好的开端。如果民主仅仅被定义为选举的话，那么诸如尼加拉瓜、萨尔瓦多和俄罗斯等国家都可以被视作民主国家。除了定期的自由选举之外，民主还要求如下几个运行良好的机构：强大而独立的议会、强大而独立的法院系统、强大的政党、强大的足以传达自身观点的利益集团以及政府中强大的基层参与。根据这些标准，上述提及的那些国家，以及很多其他国家，都只是部分意义上的民主国、不完整的民主国、正在形成中的民主

<sup>①</sup> 中共中央文献研究室编：《邓小平年谱》（一九七五——一九九七）下，中央文献出版社2004年版，第1332页。

<sup>②</sup> 新华网，2009年2月2日。

国。此外，民主要求宽容、尊重不同的观点、言论自由——这通常被称作‘公民文化’。因此，除了研究民主化的进程之外，我们还必须承认存在着不同类型、层次与程度的民主。”<sup>①</sup>

总之，民主是天下公器，谁也不能独霸民主；民主也是世界公理，谁也不能拒绝民主。民主是价值的普适性和形式的多样性的统一。世界上没有统一的民主模式，也没有不能共享的民主价值。

民主作为一种价值追求，它本身并不保证什么，它既提供成功的机会，也提供失败的风险。因此，不能因某种民主形式的失败而否定民主的价值，同样也不能因民主价值的普适性而要求采取统一的民主模式。还必须看到的是，无论民主价值或民主形式都是发展的，理解民主和实行民主都必须与时俱进。民主不是一套天启不变的真理，而是一个寻找真理的机制。由于有了这个机制，人们可以透过思想的冲突与妥协，以及个人与机构、机构与机构的冲突与妥协，用和平的方式找到真理。

2010年4月12日，两年一度的世界民主运动大会在印度尼西亚首都雅加达召开第六次会议。于2009年再次当选印度尼西亚共和国总统的苏西洛·班邦·尤多约诺（Susilo Bambang Yudhoyono）在大会上作了主题演讲。他激情满怀地说：“民主的魅力不仅仅在于选举权，更在于为公民提供更佳发展机遇的愿景。当我们试图达到此目的时，我们应该始终牢记：良治既非民主本质，也非民主专有。非民主以及半民主国家同样可以发展出良治。每一个——我指每一个——政治体制都必须去努力赢得实现良治的珍贵声誉，而不应将其视为理所当然。”针对一些发展中国家在民主道路上的挫折，他表示：“我确信，这些倒退充其量只是暂时现象。民主——正如我们印度尼西亚人在自身经历中所深刻体认的那样——从来都不是轻而易举的，从来都不是一帆风顺的，也从来不是线性的。它常常是一个不断试错的痛苦过程，充满跌宕起伏。所以不要绝望。我相信，21世纪的本能最终是民主的本能，并且21世纪的民主本能将不可避免地比20世纪的民主本能更为强大。”<sup>②</sup>

<sup>①</sup> [美] 霍华德·威亚尔达：《比较政治学导论：概念与过程》，北京大学出版社2005年版，第114页。

<sup>②</sup> [印度尼西亚] 尤多约诺：《21世纪的民主本能》，《民主杂志》2010年7月。

#### 四

政治文明是人类政治生活的进步状态，也是政治发展追求的重要目标。“政治文明”作为客观的社会存在，自古有之；“政治文明”作为人类社会政治建设追求的目标，也由来已久。但是，将“政治文明”作为国家建设的重要任务而明确提出来，则是21世纪以来发生在中国的事情。自从2002年中共十六大报告正式提出“发展社会主义民主，建设社会主义政治文明”的奋斗目标以来，广大理论工作者围绕政治文明基础理论和中国政治文明建设实践问题展开了深入的研究，取得了一系列有价值的研究成果，有力地促进了中国社会主义政治文明的发展。但是，由于政治文明问题提出的时间不长，而政治文明建设和政治文明研究所涉及的问题又十分广泛和复杂，因而人们对于政治文明的基本理论和政治文明建设的路径并没有十分清晰的认识。因此，政治文明建设和政治文明研究仍然是中国政治发展和政治学研究的重要课题。

民主与政治文明有着天然的联系。民主是政治文明的重要内容，也是政治文明的具体体现。在当代，离开了民主，所谓政治文明就是一句空话。因此，政治文明建设必须将如何实现民主作为重要目标，而民主发展又必须以推进政治文明为主臬。正是基于此，我们的这套丛书特意将民主与政治文明结合起来，试图从理论与实践的结合上探寻民主与政治文明的发展道路，进而推动实现中共十六大报告提出的“发展社会主义民主政治，建设社会主义政治文明”的宏伟目标。

#### 五

编辑出版《民主与政治文明研究丛书》，是我们主持的武汉大学“985工程”二期拓展项目“政治文明与民主政治建设研究”的重要任务之一。

自2005年武汉大学人文社会科学重点研究基地——“政治文明与政

治发展研究中心”成立以来，我们围绕着政治文明与中国民主政治建设问题展开了多方位的研究工作，先后独立或与北京市政治文明建设研究中心联合召开了“政治文明与政治体制创新”（2006）、“和谐社会的政治文明建设”（2007）、“改革30年中国政治发展：回顾、反思、展望”（2008）、“地方人大设立常委会30年”（2009）和“政治体制改革的新进展：纪念邓小平‘8·18’讲话30周年”（2010）5次学术研讨会，出版《政治文明与政治发展研究丛书》，发表有关政治文明、政治发展和民主政治建设方面的论文100余篇，在政治学界产生了良好的影响。

2009年1月，鉴于我们在政治文明与民主政治方面已经取得的研究成果，武汉大学决定设立“985工程”二期拓展项目——“政治文明与民主政治建设研究”。此后，我们联合全校政治学、法学、马克思主义等学科的力量，积极开展研究工作，先后在8个省市进行“基层官员民主意识”的调查，获得了大量实证资料和数据。同时，2009年9月和2010年4月先后在《武汉大学学报》开办“西方民主理论研究”和“中国式民主理论研究”两期专栏，发表专题论文10篇。另外，同期在国内其他期刊上发表相关论文40余篇。2009年11月，以拓展项目为载体筹备并召开了“中国式民主国际学术研讨会”，国内外学者共70余人参加会议，其中有6个国家12位国外学者及多名我国台港学者与会，推进了中国式民主的研究，获得学术界的广泛好评。

我们编辑的这套《民主与政治文明研究丛书》共10种，内容涉及民主与政治文明研究的基本层面，力求比较全面地反映民主与政治文明研究的最新进展和最新成果。当然，我们深知，无论民主问题还是政治文明问题，都是人类政治发展进程中极其重要的问题，我们这区区的10本著作，显然是不可能究其竟的。好在，民主与政治文明建设和发展问题已经成为人们的共识，估计在不久的将来会有大量的鸿篇巨制问世，那正是我们之所愿。真的好希望这一天早日到来！

虞崇胜

2010年8月于武汉大学珞珈山下补牢斋



## 《比较政治与政治文化研究丛书》总序

对于普通百姓来说，政治都是当地的。很难要求一个普通人熟知那些遥远的、与自己没有切身关系的异国政治，甚至不可能企求他们产生了解这些异国的政治的欲望。外国人如此，中国人更是如此。古代的中国是自成一个世界的，中国人只知道一种制度即以专制皇权为特征的君主制度，以及发生在自己身边的争夺皇权大位的种种故事。直到鸦片战争敲开了中国的大门，中国人才慢慢地知道了别样的文明存在，经过一些开明知识分子的介绍，人们才了解了种种不同的政治和政治制度。但是，即使如此，今天的中国人对外国政治和政治制度的了解仍然是不多的，有时甚至是被扭曲的。

比较政治学是政治学中“根据方法论而不是根据所研究主题进行定义的唯一分支”<sup>①</sup>，它通过对不同国家、不同类型的政治和政治制度的分析、比较，来探讨和研究政治现象的一般规律。虽然比较政治的研究者们在比较什么及如何比较上仍然各执己见，但是大多数人都承认，比较方法的运用的确有助于推进我们对世界政治的理解。比较是人类认识事物的基本方法之一，人们总是在自觉或不自觉的比较中认识事物的。比较是社会科学研究中最常见的方法之一，同样，也是研究政治现象最常见的方法之一。实际上，政治学就是源自比较政治研究，比较政治学的历史可以追溯到两千多年前的古希腊，而亚里士多德的著作《政治学》就是以对当时城邦政治的比较研究为基础的。从这个意义上讲，比较政治研究实际上是

---

<sup>①</sup> [美] 劳伦斯·迈耶等：《比较政治学——变化世界中的国家和理论》，罗飞等译，华夏出版社2001年版，第3页。

先于政治学的，或者说政治学是以比较政治研究的成果为基础产生的。要理解政治现象，要理解政治学的许多基本概念、基本原理，都离不开对不同国家的政治的比较和对比。

就学科关系而言，关于各国政治和政治制度的知识，是关于一般政治现象、关于政府管理和公共行政及关于国际关系现象的研究所不可缺少的知识基础，比较政治实际上是政治学、公共行政学和国际关系学的共同支撑。

政治学关注国家及其活动，是探求治国之道、探求如何建立和维持良好的公共秩序及公共生活的一门最高的学问，而对各国政治和政治制度的比较研究显然构成这门学问的重要知识基础。正如众多学者所指出的那样，比较政治学是政治学中最富创新性、最有吸引力和最具发展潜力的领域，它所贡献的有价值的政治概念、政治理论和政治洞见多不胜数。从事政治学的学者如果不重视比较政治的研究，就会大大限制自己的视野，也很难把握学科发展的最新动向。同样，政治专业的学生如果不掌握比较政治的知识，就不可能真正领悟政治学的奥妙，不可能掌握政治学所能提供的智慧，甚至不可能进入政治学的知识视界。

公共行政学致力于发现政府及行政官员依法管理社会公共事务的客观规律，而关于各国政府组织结构特点、政策制定过程的知识无疑是认识和掌握这些规律所必不可少的。关于这一点，罗伯特·达尔曾经说过：“只有深入研究与公共行政管理关系密切的各种国家和社会的特性，以便确定公共行政的哪些方面真正可以独立于国家和社会的环境，才会有真正普遍的概括。”<sup>①</sup>可见，如果不能用比较的眼光来考察不同国家那各具特性的政府管理活动，公共行政学就无法实现真正的科学化。

国际关系学以国际行为体之间的相互作用为其研究对象，准确地认识和把握国家之间的经济、政治和文化交往关系，探求实现良好的国际秩序和国际环境的战略和策略，不言而喻，要达到此目的，比较政治的研究同样是不可或缺的。要研究国家之间的关系必然要研究各个国家的对外政策，外交是国内政治的延伸，而且任何国家的对外政策也是在一定的政治

<sup>①</sup> 罗伯特·达尔：《公共行政科学：三个问题》，参见彭和平、竹立家等编译《国外公共行政理论精选》，中共中央党校出版社1997年版，第165页。

制度和政治背景下制定的，因此，一个国家的国内政治特别是大国的国内政治会对国际体系的运行和发展产生重要影响。正因为如此，对不同国家政治结构及政治过程的比较和分析，也是解开国家间交往的某些秘密和认清国际关系演变的总体特点及一般趋势的必备知识基础。

20世纪90年代以来，随着综合国力的增强及海外投资的扩大，中国越来越多地参与国际事务，也越来越深地被卷入全球化进程之中。在这种情况下，要想应对日益激烈的竞争、实现持续的和平发展、更好地维护本国利益，就必须系统地了解世界各国，包括它们的社会、经济和政治。因此，比较政治研究应该引起中国领导层和学界的重视，因为它已成为国家处理对外关系迫切需要的知识。掌握此类知识有助于深切地体认他国的独特性，进而与受不同文化熏染的其他民族进行有效的沟通，建立持久的合作，减少冲突，降低对抗发生的可能性。

另外，比较政治研究也是借鉴世界各国政治文明建设有益经验，推进中国民主与法治建设的必要知识准备。世界的文明是多样性的，现代世界是丰富多彩的，每一个国家都是特殊的，同时也为人类的文明作出过特有的贡献。各国政治制度的形式和政治发展的道路也是多样的，任何国家的政治制度和政治发展模式都是各国人民的自主选择，为这个国家所特有，所以任何一个国家都不应拒绝学习他国的经验。我们既要克服自己的中心主义，也反对任何他人的中心主义。

自从政治学在中国恢复以来，中国的比较政治学也取得了一定的成就，这既表现为国外有关比较政治制度、比较政治发展和比较政治经济等领域的经典著作大量被译介出版，也表现在国内青年学者们正自觉地尝试运用新的理论和方法来拓展比较政治研究的对象，或深化既有的研究内容。但是，就整体而言，中国比较政治研究的成就，离社会实践的要求还有太大的距离，比较政治研究至今尚未获得应有的重视。而且，新世纪纷繁复杂的国际形势及不断变幻的国家政治为比较政治学者提出了很多需要探讨的新课题——其中有相当比例是以往未曾涉及的。要增强对这些特别有意义的政治事件和现象的理解，我们有一种紧迫感。

早在20世纪三四十年代，武汉大学就已形成了重视外国政治制度和比较政治的教学与研究传统，一批知名的学者在这个领域里作出了开创性的贡献。王世杰的《比较宪法》，周鲠生的《欧洲新民主宪法之比较的

研究》、《近代欧洲政治史》，刘道诚的《比较政治制度》、《比较市政学》，曹绍濂的《近代欧洲政治社会史》、《欧美民主宪法》等著作，不仅对当时的国内学界产生了重要影响，即使从今天看来也是非常有价值的。

恢复政治学 30 年来，武汉大学的学者们在 80 年代就先后出版了《美国政治制度史》、《比较宪法》、《当代美国总统与社会》、《各国地方政府》、《美国两党制剖析》；90 年代末，中央编译局俞可平教授主编的“当代各国政治体制”丛书出版，这是比较政治研究领域的一大盛事，其中关于英语国家的三本专著均由我校学者撰写。此外，我们还出版了《美国式民主》、《多头政体：参与和反对》等译著。这意味着前辈学人的比较政治研究传统已在新的历史条件下得以传承，并成为武汉大学政治学学科的重要支撑。2003 年，武汉大学正式成立比较政治研究中心，试图整合研究力量，推动比较政治研究。我校比较政治研究的领域有了进一步的拓展，研究方法也逐渐走向多元化，在这几年里，我们又陆续出版了《政治现代化比较研究》、《调和与制衡：西方混合政体思想的演变》、《比较政治：理性、文化和结构》、《权力与财富之间》等著作和译著，发表了多篇有关比较政治方面的论文。尤其值得一提的是，最近 20 年间，武汉大学已经产生了数十篇较高质量的关于美国、英国、加拿大、俄罗斯、印度、伊朗、新加坡等国政治制度的硕士论文和博士论文，其中不乏创新之作。为了更好地介绍这些研究成果，增进比较政治研究者之间的对话和交流，我们决定组织出版《比较政治与政治文化研究丛书》。我由衷地期盼比较政治研究能获得越来越多的重视和支持，也希望青年政治学人都能逐渐培养起和运用好比较的思维，因为正如斯旺森所指出的那样：“没有比较的思维是不可思议的，如果不进行对比，一切科学思想和所有科学研究，也都是不可思议的。”<sup>①</sup>

谭君久

2010 年 9 月于珞珈山麓

<sup>①</sup> 转引自 [美] 尼尔·J. 斯梅尔塞《社会科学的比较方法》，王宏周、张平平译，社会科学文献出版社 1992 年版，第 2 页。

## Abstract

“Build up socialist political civilization”, “compose socialist harmonious society” is the highest aim of China’s democratic political construction, while “Rule by law, construct socialist rule-of-law country” is the core of construction of socialist political civilization and harmonious society. Rule-of-law country mainly rely on law to settle and balance domestic various controversy and conflict, can avoid emerging extreme forms such as violence; help political situation stable and make society harmonious. Rule-of-law country is the true civilized country. Rule by law is rule by constitution at first, while the most essential ensuring mechanism of rule by constitution is the institution of unconstitutional review. Therefore, it can be said the institution of unconstitutional review is an important mechanism of rule-of-law country and political civilization construction, and the cornerstone of social harmony and stability. On carrying out research about political balance function of unconstitutional review, it can enhance cognition about western constitutionalism system (value, norm and structure), deepen understanding “check and balance” function of unconstitutional review in western constitutional system, and provide beneficial experience and reference for our building up socialist rule-of-law country with Chinese characteristic and harmonious society .

Besides introduction, this doctor dissertation is made up of 6 chapters, and about 200000. The first chapter researches the difference between ancient democracy and modern democracy, the advantage and disadvantage of majority rule, the defect of democracy, the function of unconstitutional review’s correcting of democracy. In this dissertation, democracy is defined as “majority rule restricted by minority rights”. The essence of democracy is supervising the rep-

representatives and representative agencies. The decision means under democracy is majority rule. Majority rule make democracy produce majority tyranny or minority tyranny or autocracy, and make democracy internally tend to being unstable. The institutional resource lies in lack of judicial independence. Then from theoretical and practical layer, it developed demonstration about the topic of "unconstitutional review could defend judicial independence, check legislation and administration effectively, correct default of democracy, balance power structure, safeguard stability of democratic system." In the end, it inquired into the border of the function of correcting defect of democracy of unconstitutional review. The border of unconstitutional review is that unconstitutional review can't violate the principle of "check and balance", otherwise it could deviate from democracy, couldn't help to stabilize democracy.

The second chapter studies the source of unconstitutional review. This part relatively traces back to institutional source and theoretical source of unconstitutional review. On institutional source part, it inquires into democratic surroundings when the institution of unconstitutional review arises (direct democracy with not definite power of separation in Adams, democracy at co-federation period in America), we find substantial difference between modern unconstitutional review and the earliest one lies in having or not having judicial independence. Unconstitutional review is institutional premise and active core of judicial independence. On theoretical source part, relatively inquires into law-culture foundation, political culture foundation and theoretical foundation of unconstitutional review. By inquiring into basis of law culture of unconstitutional review, we think natural law higher than making law, ordinary law higher than making law, and Locke's natural law and power of separation thought include thought limiting worldly authority from outside of government, underline justice applying unconstitutional review is a kind of obligatory and is very necessary. By inquiring into basis of political culture of unconstitutional review, we think government based on evil humanity is the most dangerous, and is necessary to control power of a government, while unconstitutional review is the concrete institution of limit power of government. Being on guard and supervising power of legislation and

administration by unconstitutional review can enhance state's (or government's) capability. The direct theoretical foundation is Hamilton's demonstration in Federalist Paper. He thought making judicial power keeping balance with power of legislation and administration should limit legislation with courts as medium. In the light of "separation of power" and "check and balance", "interpreting law is court's proper and unique function", courts is the most suitable institution for applying unconstitutional review.

Then, the second chapter studies theoretical controversy "whether unconstitutional review is compatible with democracy", and some distinctive angles of western scholars studying unconstitutional review, for example, from tension between constitutionism and democracy, from circular democracy (cycle of legislation and judiciary), from law practice, from reducing government danger, etc. Some scholars argue that unconstitutional review don't contradict with democracy, both are compatible. Because representative democracy both perform majority rule and protect minority rights. Also, courts applying unconstitutional review both do their best to protect individual rights and admit legal rights of majority rule carefully, to get balance between puzzle of majority and minority, so they thought courts should apply unconstitutional review actively to take part in policy making, and to push democracy developing. While other scholars argue that unconstitutional review is a kind of force contrary to majority, isn't compatible with democracy. "Unelected and irresponsible justice deciding the action of parliament and president" is the most paradox of unconstitutional review institution, and it is anti-democratic. They thought courts applying unconstitutional review should keep restraint, and show the most deferent to policy-making of legislation and that of administration, and shouldn't press its view to another branch of government. Finally, it research on compatibility of unconstitutional review and democracy in America from several levels such as inherent define of democratic structure, inherent requirement of democratic value, inherent logic of democratic theory and inherent decision of democratic course.

The third chapter studies unconstitutional review and balance of democratic system in American. The first part researches on the system foundation of uncon-

stitutional review established in America relatively from constitutional structure and value, then introduces several debates about unconstitutional review, and historical development of the Supreme court, and analyses main factors influencing the Supreme court applying power of unconstitutional review. we think federal courts applying power of unconstitutional review settle conflict between 3 power relations of constitutional structure, and give play to political balancing function is both the internal and inevitable demand of American constitution and constitutional structure and the demand of American constitution and constitutional value pursuing compromise and balance. Finally we evaluated "check and balance" function of unconstitutional review. Although the institution of unconstitutional review in America has obvious defect (the influence of individual political tendentiousness, simple majority vote difficult to reflect fairness), in general, federal courts applying unconstitutional review settle and balance conflict in American democratic system, and defend stability of democratic system.

The fourth chapter comparatively studies unconstitutional review and balance of democratic system. The first part researches political balance function of constitutional courts in Germany. This part combines with judicial practice of constitutional courts of Germany for several decades, relatively discussed "check and balance" function of unconstitutional review from several layers of government and federal parliament, federation and states, government power and citizen rights. The checking function of power of unconstitutional review of constitutional courts embodies both limiting and protecting above power and rights, especially embodies party rights. For example, to protect a party not in office supervising government give the party not in office being minority in parliament rights putting forward an appeal to constitutional courts, relying on separation of function to remedy insufficiency of separation of structure of Germany. Finally, it inquired into developing tendency of constitutional court of Germany nowadays.

The second part researches that democratic system lack of unconstitutional review resulted in democracy collapse ultimately, for instance, the third and the



---

fourth Republic of France and Weima Republic. In the past, sphere of learning often analysed the cause of collapse of democratic system of the three Republic from power unbalancing angle. This paper argues that analysing “significance of judiciary independence to stability of democratic system” from judiciary independence. We relatively inquire into system drawback of the third and the fourth Republic of France, and of the Weima Republic. It is the deeper cause of democratic system failure that not giving judiciary independence led to judiciary not effectively balancing legislation and administration.

The fifth chapter researches necessary condition to select different unconstitutional review patterns in order to keep democracy banlancing and developing tendency of unconstitutional review. At first, we compares structure of American government and Germany government, structure and function of the institution of unconstitutional review of America and Germany, and analyses function of American pattern and Germany pattern on maintaining democracy stable, explaining that on different social condition and different occasion, defending seperation of legislation and administration needs unconstitutional review take corresponding act according to different want. Whatever which pattern, unconstitutional review’s defending function to separation of legislation and administration is uniform. Then set forth condition of different countries selecting unconstitutional review patterns, expounding that once one democratic country establish unconstitutional review, it doesn’t mean its democracy could tend to stabilize automatically. Every country should select unconstitutional review patterns suitable to its own country in the light of its national conditions. Then, we research developing trend of unconstitutional review, and make a summary of the relation between unconstitutional review and democratic system. At last, the paper studies tendency of unconstitutional review pattern, for example, patterns of unconstitutional review approaching each other, tending to Euro-Continental pattern. This means Euro-Continental pattern represents developing tendency of judicil review institution. At last, research on the enlightenment from development tendency of unconstitutional review to establish China’s unconstitutional review system.

# 目 录

引言	1
一 选题的背景和研究意义	1
二 国内外研究现状综述	3
三 总体框架	13
四 研究方法	15
第一章 违宪审查：民主的安全阀	17
第一节 无自由的民主与有自由的民主	17
一 古代民主：无自由的民主	17
二 现代民主：有自由的民主	18
第二节 违宪审查：纠正民主的缺陷	24
一 违宪审查所体现的法学家精神能够削弱多数 暴政、平衡民主	25
二 违宪审查是司法有效地制衡立法和行政的制度保障	26
三 违宪审查是保护公民自由，对抗多数侵犯的手段	27
第三节 违宪审查的限度	29
一 审理宪法性争议案原则	29
二 回避政治问题审查原则	30
三 尽量避免做抽象审查原则	31
四 “双重标准”原则	32
第二章 违宪审查的起源	34
第一节 违宪审查的制度渊源	34
第二节 违宪审查的理论渊源	38

一	违宪审查确立的法文化基础 .....	38
二	违宪审查确立的政治文化基础 .....	46
第三节	“违宪审查与民主是否相容”的理论争议 .....	50
一	违宪审查与民主相容论 .....	51
二	违宪审查与民主不相容论 .....	54
三	司法解释的民主性问题 .....	59
第四节	违宪审查与民主的相容性研究——以美国为例 .....	62
一	民主结构的内在规定 .....	62
二	民主价值的内在要求 .....	64
三	民主理论的内在逻辑 .....	65
四	民主过程的内生决定 .....	68
五	美国经验对中国的启示 .....	70
<b>第三章</b>	<b>违宪审查与民主制的平衡：美国研究</b> .....	<b>72</b>
第一节	违宪审查权平衡作用产生的体制依据 .....	72
第二节	有关违宪审查权的几种争议 .....	74
一	非民选的终身法官行使违宪审查权的合法性 .....	74
二	最高法院行使违宪审查权的两种模式 .....	78
三	最高法院行使违宪审查权的范围 .....	80
第三节	最高法院违宪审查权的历史发展 .....	82
一	从联邦政府成立到内战（1789—1865年） .....	82
二	内战结束到新政初期（1865—1937年） .....	90
三	从新政后期至今（1937年之后） .....	92
第四节	影响最高法院违宪审查权行使的因素分析 .....	94
一	内部因素（自律原则） .....	94
二	外部因素（违宪审查权受到的外部制约） .....	96
三	自身因素和力量 .....	102
第五节	违宪审查权实施的三大对象及典型案例分析 .....	105
一	违宪审查权在国会与总统关系上的平衡 .....	105
二	违宪审查权在联邦与州的关系上的平衡 .....	111
三	违宪审查权在政府权力与公民权利关系上的平衡 .....	118

---

第六节 对违宪审查权平衡作用的评价·····	126
<b>第四章 违宪审查与民主制的平衡：比较研究·····</b>	<b>133</b>
第一节 德国宪法法院违宪审查权的政治平衡功能·····	133
一 违宪审查权的平衡作用·····	133
二 宪法法院违宪审查权的发展趋势·····	143
第二节 缺乏违宪审查的民主制——法兰西第三共和国、 第四共和国和魏玛共和国·····	146
一 法兰西第三共和国民主制失败的原因分析 (1875—1946年)·····	146
二 法兰西第四共和国民主制失败的原因分析·····	153
三 魏玛共和国民主制失败的原因分析·····	156
<b>第五章 违宪审查模式的比较和选择·····</b>	<b>161</b>
第一节 结构与功能：美国模式和德国模式的比较·····	161
一 政府结构的比较·····	161
二 违宪审查的结构功能比较·····	164
第二节 选择违宪审查模式的条件·····	167
一 制度移植的效果·····	167
二 移植失败的原因·····	168
三 移植需要的条件·····	171
第三节 两种违宪审查模式的趋同：欧陆模式·····	176
第四节 对中国建构违宪审查制度的启示·····	179
一 突破“议行合一”论的理论障碍·····	180
二 克服违宪审查制度建立的若干法律障碍·····	181
三 中国违宪审查制度的模式选择·····	182
四 中国违宪审查制度建立的文化基础——需要 公民文化启蒙·····	184
<b>参考文献·····</b>	<b>187</b>
<b>后记·····</b>	<b>197</b>

# 引 言

## 一 选题的背景和研究意义

在我国，违宪审查是一个极为重要而十分敏感的问题，同时又是一个不容回避的问题。我国民主政治建设的最高目标是建设社会主义政治文明、构建社会主义和谐社会，而依法治国，建设社会主义法治国家是社会主义政治文明与和谐社会构建的核心。法治的精髓是宪法和法律至上，法治国家主要依靠宪法和法律来解决和平衡国内各个方面的争议与冲突，避免出现暴力等极端形式，以利于国家政局的稳定和社会的和谐。法治国家才是真正意义上的文明国家。依法治国，首先是依宪治国，而依宪治国最根本的保障机制是违宪审查制度。因此，可以说违宪审查制度是法治国家与政治文明建设的重要机制，是构建和谐、稳定社会的基础。

事实上，第二次世界大战后，越来越多的国家把违宪审查制度作为本国社会经济发展、民主政治建设的重要推动机制，比如，普通法系的美国、加拿大、澳大利亚、印度等国，大陆法系的德国、意大利、日本、法国等国都先后以不同方式创立了违宪审查制度。尤其是美国、德国等国违宪审查制度的成功实践和所取得的斐然成绩，更是举世瞩目。违宪审查已经被视为民主制度不可或缺的一项机制和法治国家的基石。

所谓违宪审查，是指由司法机关（普通法院或宪法法院）根据宪法，对特定法律或特定国家机关或官员（在德国还包括政党）的行为是否违反宪法的审查。而民主就是“那种为作出政治决定而实行的制度安排，在这种安排中，某些人通过争取人民选票取得作决定的权力”<sup>①</sup>。在这种体制下，公民参与选举的人数越多，竞取决策权的精英越多，获得的选票越多，则体制越民主。这种民主一般趋向于照顾大多数人的利益，因为它

---

<sup>①</sup> 熊彼特：《资本主义、社会主义与民主主义》，商务印书馆1999年版，第395—396页。

来自公民中的多数。因此，民主的核心原则是多数裁定。多数人的意志比任何个人或少数的统治更能有效地保证政府服务于公共利益。多数人制定的法律，比其他统治形式制定的法律更具合理性，“多数的统一较好地说明了法律的公共效用”<sup>①</sup>。然而，在这种民主制下，“指导他们行动的主要是本能，而很少是行动，因为民主将他们对变化的爱好发展成为激情”<sup>②</sup>，民主内在地倾向于不稳定。

民主存在多数暴政乃至蜕变为专制或独裁政制的危险，而违宪审查可以有效地纠正民主的缺陷，平衡立法权力和行政权力、政府权力和公民权利、中央权力和地方权力，进而达致民主政治的平衡与稳定。近代以来，以孟德斯鸠、洛克为代表的启蒙思想家对司法独立和分权问题的研究主要是着眼于维护个人自由，而不是着眼于维护民主制的平衡；现当代关于违宪审查的研究大多侧重于违宪审查的制度及其依附理念的比较；最近有些学者开始研究违宪审查的成因及其背景（政治、经济、文化背景等）；但是，很少有人对违宪审查与民主制的平衡之间的关系进行系统的比较研究。本书试图作一尝试，力图从比较政治学的角度分析违宪审查制度的政治平衡功能，把违宪审查置于一个更广阔的时空背景中展开，以期能够把握和认识违宪审查模式的制度条件、发展趋势及其对民主制平衡的意义，揭示违宪审查制度模式背后厚重的法治文明积淀，进而为建立中国的违宪审查制度提供有益的参照和启示。

20世纪80年代以来，我国现代宪政运动与改革开放、经济发展同步展开。比如，强调政党必须遵守宪法和法律，以宪法为根本的活动准则，而不得有超越宪法和法律的特权；中共十五大报告提出“依法治国”；十六大报告提出“建设社会主义政治文明”，并把“依法治国”作为“政治文明”建设的核心，等等。这些都是我国在全球经济一体化背景下作为世界贸易组织成员国所作出的承诺，也是我国民主政治建设所采取的实际行动。依法治国，首先是依宪治国，政治文明的实质是推行宪政，推行宪政不仅要制定一部合乎正义的宪法，同时还要切实保障宪法作为根本规范的最高效力。因此需要对国家各种活动的合宪性进行审查和监督，这就是

① 马西利乌斯：《和平的保卫者》，特伦多大学出版社1980年版，第47页。

② 托克维尔：《论美国的民主》上卷，商务印书馆1991年版，第229—230页。

违宪审查。从这个意义上说，建立和健全违宪审查制度是我国实现依法治国、建设社会主义政治文明的至关重要的一环。

几十年来，我国宪法监督制度建设取得了巨大的成就，宪法、法律在社会关系调节手段体系中的地位和作用日益加强。但是，我们也必须清醒地看到，我国违宪审查制度尚未真正建立起来，而且离公认的宪政目标或标准还相差甚远，政府权力尚未受到有效的制约，社会、公民权利未能受到充分的保障。因此，对违宪审查制度展开研究和探讨，对于完善我国的社会主义市场经济制度，建设社会主义政治文明具有重要的现实意义。

## 二 国内外研究现状综述

关于违宪审查制度的研究，国外学术界比较活跃，相对而言，国内政治学界对此问题的关注则显得不足。综合国内外的研究成果，大致集中在以下几个方面：（1）关于违宪审查与民主是否相容的理论争议；（2）有关“超越权限”（*ultra vires*）模式和“普通法”（*common law*）模式的争议；（3）特定地区、国家违宪审查的模式及存在的问题。

### （一）关于违宪审查与民主是否相容的理论争议

关于违宪审查与民主是否相容的理论争议，具体体现为司法主动论和司法克制论两种理论。司法主动论和司法克制论作为法院行使违宪审查权的理论基础，其实质是指法院如何运用违宪审查权，发挥其在政治生活中的影响的问题。法院行使违宪审查权应该是主动的，还是克制的？在制定政策上，当法院与政府部门意见不一致时，法院应走多远？对这一问题，理论界争议很多，由此形成的学术成果也甚为丰富。

#### 1. 违宪审查与民主相容论

有些学者认为，违宪审查和民主并不矛盾，两者是相容的。因为民主既要实行多数统治，又要保护少数；而法院运用违宪审查既要尽力保护个人权利，又要谨慎地承认多数统治的合法权利，以求得在多数与少数的两难中实现平衡。因此，持这种观点的学者主张法院主动运用违宪审查权，积极参与政策的制定，进而推动民主的发展。

罗伯特·普斯特（1998）从宪政与民主的内在张力的角度，阐述了法官在宪政与民主的张力中所扮演的角色。他指出，法官的决定虽然经常不同于大众的观点，但是其决定在某种程度上却可能是民主的，因为法官作出司法判断是依据我们所认同的宪法和法律。宪法和法律是公意的体

现、民主的成果<sup>①</sup>。帕斯奎勒·帕斯奇诺（1998）也认为，违宪审查体现了民主理论。他在考察了美国早期违宪审查出现的一些原因和欧洲国家（主要是意大利和法国）的违宪审查的不同形式之后，认为不应当把最高权力赋予违宪审查（或行使宪法控制）机构，但是，违宪审查能最终保证政治的绝对多数控制立法多数，这也体现了实质的民主而不仅仅是程序的民主<sup>②</sup>。

也有人认为，美国法院是不民主的、主观的和不切实际的。针对这种说法，斯蒂芬·布雷尔（2000）从法律实践的角度对其进行了一一批驳，他认为独立的司法有助于公民和立法者养成保护自由的习惯，还有助于保护基于习惯和预期之上的力量——当法院面对法律违反了宪法条款时，法院可以说“不”<sup>③</sup>。马克·候艾克（2001）则论述了对立法的违宪审查合法化问题。他认为，法官能够通过与民主选举的立法机关之间慎重的交流获得合法性。他强调司法裁定的合法化应从循环的视角看待，不能认为立法者和法官之间的关系是被民主选举的人（立法者）绝对高于运用法律的人（法官）。相反，法律经常在实践中被制定、调适和发展，司法裁定基本上是通过慎重的交流过程合法化的。违宪审查合法化不仅是一个道德问题，而且应该更多地看做是社会认同的问题，因此，违宪审查在本质上和是民主相容的<sup>④</sup>。

## 2. 违宪审查与民主不相容论

也有学者认为，违宪审查是与多数相反的力量，与民主不相容。因此，他们主张法院不应当将其观点强加给政府的其他部门，应对立法和行政机关的政策决定表现出最大限度的谦让与敬意。也就是说，法院运用违宪审查权应保持克制。

---

<sup>①</sup> Robert Post, Democracy, Popular Sovereignty and Judicial Review. *California Law Review*, Vol. 86, 1998.

<sup>②</sup> Pasquale Pasquino, Constitutional Adjudication and Democracy Comparative Perspectives: USA, France, Italy. *Ratio Juris*, Vol. 11, No. 1, March 1998 (38-50).

<sup>③</sup> Stephen Breyer, Judicial Review: A Practicing Judge's Perspective. *Texas Law Review*, Vol. 78, No. 4, March 2000.

<sup>④</sup> Mark van Hoecke, Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation. *Ratio Juris*, Vol. 14, No. 4, December 2001.



比克尔 (Bickel) 在其名著《最少危险的部门》中写道: 违宪审查权是一种在关键时刻违背立法多数的意愿运用和解释宪法的权力, 而立法多数则无力影响司法裁定。比克尔认为, 尽管法院主动行使违宪审查权可能有违多数意愿, 但是, 这对于实质民主来说是必要的。艾尔德·马德鲁 (1997) 对比克尔的观点进行了批驳, 认为政治体系的根本性难题在于违宪审查是一种与多数相反的力量, 主张在行政主导的现代国家需要司法保持克制, 法院应当尽力避免与政府的其他部门发生冲突<sup>①</sup>。

里诺·格雷格里亚 (2000) 也认为, 政府是危险的, 有必要尽力把政府的危险尽可能地减少。可行的唯一方式是使权力更民主——让权力直接由大众控制。在美国制度中, 有三种方式可以使这种制度更民主: 下放政策制定的权力、采取直接民主措施和限制法官制定政策的权力。其中第三种方式最为重要。司法权 (特别是违宪审查权) 是政治制度中最不民主和反民主的, 因为过去四五十年国内社会政策基本问题的任何改变不是源自联邦立法, 而是来自最高法院。法院可以决定整个民族的生死问题, 如堕胎; 性道德问题, 如避孕、色情、同性恋; 公共秩序问题, 如街头集会, 等等。近五十年的经验表明, 非选任的 9 名不负责任的法官对各州基于宪法的联合所形成的代议制体系来说, 不是一种改进, 而是一种分裂<sup>②</sup>。

上述研究分别从立法和司法循环、宪政与民主的张力、法律实践的角度, 论述了违宪审查是否与民主相容的问题。这些研究不仅为本书提供了一个宽广的视角, 而且对于探讨在中国建立违宪审查制度是否符合民主原则问题具有极其重要的理论价值和现实意义。

## (二) 关于违宪审查的两种模式的争议

由于在违宪审查权的运用问题上存在上述两种相互对立的理论, 因此在违宪审查的实践模式上也有很多争议。比较典型的有两种: 一种是“超越权限” (ultra vires) 模式, 认为法院行使违宪审查权不应当超越议会明确授予的权力范围; 另一种是普通法 (common law) 模式, 认为法

<sup>①</sup> Alder Matthew D, Judicial Restraint in the Administrative State: Beyond the Countermajoritarian Difficulty. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 145, Issue 4.

<sup>②</sup> Lino A. Graglia, Revitalizing Democracy. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 24, 2001.

院应当保证权力的适当运用，甚至可以超出议会明确授予的权力范围。

哈尔平（2001）认为，关于违宪审查两种模式的争议具有重要意义，这一意义已超出了公法学者关注的范围。其中立法、司法和它们各自的宪政角色之间的相互关系，成为关注的焦点。理解它们之间的关系有助于更广泛地理解法律和法律实践的本质。而且，争议所采取的方式为考察相关的学者和法律从业者的观点，以及法律实践的理论价值提供了一个特别的机会。

恩迪科特（2003）围绕法院有无超越议会授予的权力展开论述。按照传统的超越权限模式，法院必须在议会授权范围内行使违宪审查权；而艾里奥特的修正模式则认为，在议会的意向和违宪审查的理由之间没有直接联系，这就意味着法院可以超越议会授权范围独立行事。艾里奥特的修正模式本质上和普通法模式是一致的，强调法院可以审查其他机构所颁布的法令的合宪性。各机关都要尊重法治原则，法院要实施议会在法治原则下为宪政秩序所制定的法律。法官精心构筑和发展法治原则，并用以限制行政部门是宪政实践的总的趋势<sup>①</sup>。

托利（2003）通过考察美国、加拿大、英国、澳大利亚和南非法院所运用的司法依从原则（法院何时和是否服从政府在执行法规中对法规的模糊条款的合理解释），比较了这些国家对行政法规的违宪审查，揭示了现代行政国家对行政自治的要求和法院保持精巧的平衡、纠正自由裁量权滥用的能力。他认为，协商民主（deliberative democracy）正在逐步侵蚀多元民主，相应的司法干预和司法控制也正在取代司法遵从，因为审议民主更能保证政策决定的实质性正义。具体地说，在政府过度规制的国家，法院要扩大对政府行为的违宪审查权；相反的，在政府规制较少的国家，法院需缩小其司法控制的范围、增加司法遵从<sup>②</sup>。

上述关于违宪审查实践模式的比较和争议，揭示了在现代行政主导的国家，法院应当如何发挥作用。针对行政扩张的势头，法院应当加强司法控制和干预，加强对行政部门的监督；而在政府规制较少的国家，法院应

<sup>①</sup> Endicott, Timothy, *Constitutional Logic*. *University of Toronto Law Journal*, 2003.

<sup>②</sup> Michael C. Tolley, *Judicial Review of Agency Interpretation of Statutes: Deference Doctrines in Comparative Perspective*. *The Policy Studies Journal*, Vol. 31, 2003.

保持克制。这些研究成果对于处于现代化进程中的国家选择何种模式进行违宪审查具有重要的启示。

### （三）关于违宪审查制度的比较

目前，学术界专门研究单一国别的违宪审查制度的成果颇为丰富。韩大元（2000）分别介绍了欧洲、亚洲、非洲、美洲国家的违宪审查制度<sup>①</sup>。祁建平（2003）介绍了意大利违宪审查的法定机构及其组成、工作机理、违宪审查制度的特点及其对完善我国违宪审查制度的借鉴意义<sup>②</sup>。高德平（2003）介绍了东欧国家制度转型的模式选择与原则性规定、违宪法院及其权限、违宪审查制度在东欧的实践情况等<sup>③</sup>。但是，这些研究尚停留在制度层面的介绍上，缺乏对制度背后的成因及其对民主制影响的分析。另外，用比较的方法来探讨违宪审查制度，学术界成果也较多。归纳起来，可以分为两大类，一类是制度比较，另一类是政治理念比较。

#### 1. 制度比较

路易斯·亨金（1996）对两种违宪审查的模式从组织体系方面进行了比较，介绍了第二次世界大战期间美国模式在欧洲的影响以及当代欧洲的违宪审查模式<sup>④</sup>。倪星等（1998）从违宪审查的组织、权限和活动方式等方面对美国、法国的违宪审查制度作了具体的比较，并对两国违宪审查制度的优点和缺点进行了比较，认为法国式的专门机关违宪审查制度是宪法保障制度发展的趋势，避免了美国司法机关违宪审查制度、其他国家立法机关违宪审查制度的缺陷，有效地保证了三权分立<sup>⑤</sup>。沈宗灵（2002）对违宪审查的概念、违宪审查制的历史发展、美日两国的违宪审查、法国宪法委员会、德意俄三国的宪法法院等进行了介绍，并对美国与欧洲大陆国家违宪审查制度进行了比较，最后评述了当代中国的宪法监督，并与西方的违宪审查进行了比较<sup>⑥</sup>。乐虹等（2003）则从成因、主体、方式、时

① 韩大元：《外国宪法》，中国人民大学出版社2000年版。

② 祁建平：《论意大利违宪审查制度》，《甘肃政法学院学报》2003年第4期。

③ 高德平：《东欧十二国现行违宪审查制度》，《俄罗斯中亚东欧研究》2003年第2期。

④ 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔：《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第38—55页。

⑤ 倪星、焦奎：《美、法两国司法审查制度比较研究》，《法学评论》1998年第1期。

⑥ 沈宗灵：《比较宪法》，北京大学出版社2002年版。

间、结果等方面对美国、法国的违宪审查制度进行了比较，认为两种制度各有优缺点，要提高违宪审查机关的监督效能，就必须把事前审查和事后审查相结合，具体的案件审查与抽象的原则审查相结合<sup>①</sup>。谢姝玮等（2003）对三大违宪审查模式（立法机关、普通法院、专门机构）进行了利弊比较，认为要建立中国的违宪审查制度，不应在全国人大之下设立专门委员会，而且中国也不具备实行普通法院违宪审查的条件，应当实行专门机构违宪审查。由宪法法院和宪法委员会等专门机构进行违宪审查，能较好地协调违宪审查的政治性与司法性的关系，兼具了立法机关违宪审查和普通法院违宪审查两种模式的优点，能更有效地实现其职能，发挥其作用<sup>②</sup>。

## 2. 政治理念比较

李雪峰等（2003）论述了违宪审查制度取决于宪政体制之内的“宪政基因”——宪政理念。英国议会至上和美国三权分立是当今世界两种模式（立法机关审查模式、司法机关审查模式）设计的理论基础。这两种模式存在一定的张力。许多现代民主国家的制度设计就是这两种基础模型张力之间的“兼容体”。从西方国家的宪政经验中探索违宪审查制度对宪政体制、宪政理念的依附性，可以为我国违宪审查制度的设计提供借鉴<sup>③</sup>。杨平（2003）也认为，美国、法国和中国采取不同的违宪审查模式，与三国在政治文化和理念上的差别有密切联系。三国在对待主权在民、议会民主、少数服从多数等政治原则以及对司法权的信任程度上均有很大差异<sup>④</sup>。

上述制度方面的比较研究，从比较几种模式的优缺点出发来探循违宪审查制度的趋势；而政治理念方面的比较，则探讨了违宪审查制度背后的政治理念的不同。应当说，它们都为建立中国的违宪审查制度提供了重要的参照和借鉴。本书将在此基础上，从维护民主制稳定的角度，继续深入

① 乐虹、陈党：《美、法两国违宪审查模式之比较》，《学习论坛》2003年第3期。

② 谢姝玮、陈健：《违宪审查模式之比较》，《学习论坛》2003年第3期。

③ 李雪峰、李勇：《英、美、法司法审查制度的宪政理念比较研究》，《学术研究》2003年第10期。

④ 杨平：《美国、法国和中国违宪审查模式的政治理念比较》，《西北师大学报》（社会科学版）2003年第1期。

比较违宪审查制度模式的选择及其法文化、传统等条件。

#### (四) 关于我国违宪审查制度建立的现实障碍

学术界在探讨如何建立和健全我国的违宪审查制度时，首先必须面对的问题就是目前存在的现实问题。

##### 1. 法律障碍

王克稳（2000）、杨曦希（2003）认为，我国目前的违宪审查制度仅停留在原则层次上，目前违宪审查的主体模糊不清，违宪审查的机构未能建立起来；宪法规范缺少可适用性，违宪审查失去了根基；法律使用与宪法及法律的解释相分离，导致违宪审查权虚置；宪法监督欠缺相应的启动机制，违宪审查无法实际提出，提出完善我国的违宪审查制度应从完善违宪审查的主体、程序及审查方式等方面入手<sup>①</sup>。

##### 2. 政治理论障碍

诸葛慕群认为，议行合一论（人大在形式上被赋予最高地位和权力，要建立一个机构来审查人大，在法理基础上就应该高于人大，至少平行于人大）、专政理论（“无产阶级专政是不受法律限制的暴力。”对许多政治案件不是按照法治理论，而是按照专政理论在审判其公民）、党治论（党和宪法的关系实际上还没有解决，缺乏制度保障）是建立违宪审查制度的主要理论障碍。

##### 3. 思想障碍

正文（1998）认为，我国现行违宪审查制度的思想障碍的主要表现是对宪法的法律性质缺乏透彻理解，没有真正把宪法当做“法”加以适用；将“议行合一”原则凝固化，认为凡是在人大之外设立违宪审查机构都不符合我国的根本政治制度<sup>②</sup>。

应该说，理论界对于我国建立违宪审查制度存在的障碍问题的研究，已经从制度表层逐步深入到政治理论乃至思想层面的分析，为我们深入探究违宪审查制度的支持条件提供了思路。笔者将在本书中沿着这一思路，着重从现行政治制度的改革和公民文化的勃兴等方面对此作进一步分析。

① 王克稳：《我国违宪审查制度建立的主要法律障碍》，《现代法学》2000年第2期。

② 正文：《完善我国的违宪审查制度》，《探索》1998年第1期。

### (五) 关于我国建立违宪审查制度的模式选择

在分析了我国违宪审查制度建立的障碍问题后,接下来就必须解决中国违宪审查制度的模式选择问题。在关于中国的违宪审查制度的模式选择上,法学界存在激烈的分歧和争论。一些学者主张单一制模式,单一制模式中又分三种意见:

#### 1. 立法机关审查制

立法机关审查制分为两种观点:

第一种是由全国人大及其常委会负责违宪审查。唐忠民(2002)认为,以全国人大及其常委会为主负责违宪审查,一是有利于维护全国人大的政治权威。二是利用我国现行国家政治体制框架,操作起来比较方便;如果实行司法机关和专门机关审查,就需要对国家的根本政治体制进行变更,导致动作过大,推进甚难。三是我国法律体系中,除全国人大及其常委会制定的法律外,还包括行政法规、地方性法规、民族自治地方的自治条例和单行条例、部门规章和地方政府规章。由全国人大及其常委会对这些法规、规章的合宪性进行审查,从政治权威、法律知识和专门知识素质等方面看都是适宜的<sup>①</sup>。但多数学者认为,这种起源于英国的违宪审查模式有着特殊的历史传统和文化背景,在宪政和违宪审查制度的发展中,实际上已为大多数国家所摒弃。因为这实际上是一种自我监督,而自我监督往往等于没有监督<sup>②</sup>。

第二种是在全国人大内建立专门委员会。蔡定剑(2001)认为,在我国建立违宪审查制度,必须从我国的具体国情、制度和传统出发。设什么机构、设在哪里不是最重要的,关键是需要设立专门机构。在我国,在全国人大下面设立一个宪法委员会比较可行。宪法委员会不是一个民意机构,而是把违宪的法规和其他规范性文件的问题处理好,不能定位太高。我国违宪审查制度的完善要一步一步走<sup>③</sup>。

李步云(2001)认为,人民代表大会制度是我国的根本政治制度,建立违宪审查制度应立足于我国的政治体制。民主与法治的健全与完善是

① 唐忠民:《论我国的违宪审查体制与完善》,《现代法学》2002年第6期。

② 刘素英:《关于违宪审查制度研究综述》,《探索》2004年第2期。

③ 蔡定剑:《激活中国违宪审查》,《南方周末》2003年5月22日。

一个长期的发展过程，不能想当然地去追求那些所谓的“理想”模式。基于此，他建议全国人民代表大会设立宪法监督委员会。宪法监督委员会由全国人民代表大会领导，由主任委员、副主任委员两人和委员 15—20 人组成，其主任、副主任人选由大会主席团在副委员长中提名，委员人选在代表中提名，大会通过。宪法监督委员会的职责包括：对宪法解释提出意见和建议；对现行法律、行政法规和地方性法规、自治条例和单行条例是否同宪法相抵触，提出审查意见；对报送全国人民代表大会常务委员会备案的地方性法规、批准的自治区的自治条例和单行条例是否同宪法和法律相抵触，提出审查意见等十项<sup>①</sup>。

洪世宏（2001）则认为，设立任何独立于全国人大常委会的违宪审查机构其实都是从根本上违背了现在的宪法，特别是宪法规定的民主集中制。另外，设立隶属于全国人大常委会的违宪审查机构无异于让一个人用手去监督大脑<sup>②</sup>。

## 2. 宪法法院违宪审查制

宪法法院属司法性质的机关。王克稳（1998）认为，宪法法院首先应当是由全国人大选举产生并仅向全国人大报告自己活动情况的国家政权机构，宪法法院的组成人员应有严格的条件限制；其次，宪法法院应有相对独立性，并不是全国人大的构成环节，宪法法院的组成人员不应同时兼任全国人大或全国人大常委会的工作；最后，宪法法院在普通的法院体制之外行使职权并不受最高人民法院的领导，活动完全独立，不受任何机关、团体或个人的影响<sup>③</sup>。

贺卫方（2001）认为，可行的方案是设立独立于现行立法和司法体系的宪法法院。宪法法院的大法官应该是享有崇高声望的法律界人士，人数不宜超过 15 人。大法官处理案件的方式应该是司法式而不是委员会式的，也就是通过原被告之间公开的讼争，在此基础上，由大法官作出判决。

杜钢建（2003）认为，应建立一个完全独立的宪法法院，专门处理

① 李步云：《建立违宪审查制度刻不容缓》，《法制日报》2001 年 12 月 2 日。

② 洪世宏：《无所谓合不合宪法》，人大复印资料《宪法学、行政法学》2001 年第 2 期。

③ 王克稳：《建立我国宪法法院制度的理论思考》，《江海学刊》1998 年第 2 期。

宪法问题，维护宪法尊严。蔡定剑（2003）认为，在现行宪法和人民代表大会制度下，搞独立的宪法法院过于理想化。

包万超（1998）则认为，宪法法院突破了宪政体制，而且只能审理因违宪行为而引起的宪法诉讼案件，这是一种事后的消极的个案救济手段，对于大量有可能违宪的法律和法规缺乏非诉讼的、事先的审查监督。

季卫东（2002）提出了“两步走”模式设计。第一步，设立宪政委员会。第二步，在具备条件和重新立宪的基础上，可以考虑设立宪法法院<sup>①</sup>。

### 3. 司法机关违宪审查制

姜明安（2001）认为，像法律违宪这样高层次的问题，如果由最高人民法院来审查，可以采取提请全国人大常委会复议一次的形式。对地方法规、规章违宪的问题，一律由最高人民法院加以审查，不能放在地方法院。可以考虑由各省、市、自治区高级人民法院向最高人民法院提出，或者由最高人民检察院提出，由最高人民法院审理<sup>②</sup>。

何宁（2010）认为，最高法院适于行使违宪审查权是基于宪法司法化、司法机关要适用宪法、加强对最高法院的内外约束、完善法官的问责制度等方面原因<sup>③</sup>。

另一些学者则主张复合制模式。复合制模式主要有三种观点：包万超（1998）、乐虹等（2003）主张建立由宪法委员会和最高法院司法庭并行的复合审查制<sup>④</sup>；胡肖华、肖北庚（2001）主张建立由人大常委会与普通法院行政庭并行的复合审查制<sup>⑤</sup>；刘志刚（2003）认为，应实行宪法法院

<sup>①</sup> 季卫东：《合宪性审查与司法权的强化》，人大复印资料《宪法学、行政法学》2002年第5期。

<sup>②</sup> 姜明安、江平、贺卫方、蔡定剑：《宪法司法化四人谈》，《南方周末》2001年9月13日。

<sup>③</sup> 何宁：《对建设最高人民法院行使违宪审查制度的分析》，《天水行政学院学报》2010年第1期。

<sup>④</sup> 包万超：《设立宪法委员会和最高法院违宪庭并行的复合审查制——完善我国违宪审查制度的另一种思路》，《法学》1998年第4期。

<sup>⑤</sup> 胡肖华、肖北庚：《宪法学》，湖南人民出版社2001年版。



和最高人民法院违宪审查庭并行的复合审查制<sup>①</sup>。

#### (六) 关于我国违宪审查的范围

李忠(1999)认为,我国的违宪审查范围除了对立法的合宪性审查外,还应包括对各级行政机关制定的所有规范性文件及发布的决定和命令的合宪性审查,对各级国家机关主要官员的公务行为是否合宪的审查和处理,对社会组织 and 公民个人违宪行为的审查和处理等<sup>②</sup>。唐忠民(2002)则认为,在界定我国现阶段违宪审查的范围上,一定要立足我国实际,不要在起步阶段把面铺得过宽,否则力所不及。虽然法律规定了,但实际做不到,反而影响法律的权威性。因此,他主张违宪审查的范围应限于对立法合宪性的审查。

按照季卫东(2002)的设计,宪政委员会原则上只能审查全国人大常委会制定的法律以及其他低阶的法律性规范(包括行政法规、地方法规、自治条例、司法解释以及各种规章在内),而无权审查由全国人大自身制定的基本法律是否合宪,但可以通过向全国人大会议提出法律修改建议案以及解释宪法和法律的方式进行补救。宪法法院大法官按照宪法规定的权限和程序对一切已经生效的基本法律、法律、决议、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、司法解释以及各种规章进行抽象性审查并能够直接否定违宪规范的效力,也可以批准并宣告已经生效的法院判决的撤销。除有关的国家机关外,任何公民也都可以经由普通的法院向宪法法院提起宪法诉讼,在特殊情况下宪法法院还可以直接受理已经穷尽一切普通司法救济手段的个人的控诉或申诉<sup>③</sup>。

### 三 总体框架

除引言外,正文共分六章:

第一章研究古代民主与现代民主的区别、多数裁决作为现代民主决策规则的优势与弊端、违宪审查对民主的纠正作用以及对民主制平衡的作用。民主常用的决策手段是多数规则,但多数规则使得民主极易产生多数

<sup>①</sup> 刘志刚:《中国宪法诉讼机制的模式设计及其民主性论证》,《武汉大学学报》(社会科学版)2003年第4期。

<sup>②</sup> 李忠:《宪法监督论》,社会科学文献出版社1999年版。

<sup>③</sup> 季卫东:《合宪性审查与司法权的强化》,《中国社会科学》2002年第2期。

的暴政或少数的暴政乃至独裁，从而使民主内在地倾向于不平衡、不稳定。提出违宪审查可以纠正民主的缺陷，并从理论层面和实践层面围绕“违宪审查能够纠正民主的缺陷、平衡权力结构、维护民主制的稳定”这一主题展开论述。最后探讨违宪审查在发挥其纠偏作用时的边界问题，即违宪审查的底线是不能违背分权制衡原则，否则会背离民主，不利于民主制的平衡与稳定。

第二章研究违宪审查的起源。本章分别追溯了违宪审查的制度渊源和理论渊源。在制度渊源部分，探讨了违宪审查制度产生时的民主环境、对民主制的影响，以及与现代意义的违宪审查制度的实质性差别，以便澄清违宪审查的内涵和实质。在理论渊源部分，探究了违宪审查的法文化基础、政治文化基础和理论依据。另外，还介绍了“违宪审查与民主是否相容”的理论争议及西方学者研究这一问题的一些独特视角，如从宪政与民主张力的角度、从环式民主（立法和司法循环）的角度、从法律实践的角度、从减少政府危险的角度，等等。西方学者从这些视角出发所作的研究及得出的结论，对于我们重新认识违宪审查的实质、民主的实质以及违宪审查与民主的关系等问题，不仅具有重大的理论意义，而且对于研究违宪审查与民主制的平衡之间的关系也无疑具有重大的现实意义。

第三章对美国违宪审查与民主制的平衡进行经验分析。首先，分析了违宪审查为什么会在美国最先确立、在美国产生的体制依据是什么等问题，介绍了有关违宪审查权的几种争议及最高法院违宪审查权的历史发展，分析了影响最高法院违宪审查权行使的因素；然后从国会与总统的关系、联邦与州的关系以及政府与公民关系三个层面阐述了违宪审查在民主制中的政治平衡作用；最后对违宪审查的平衡作用作出评价。

第四章对违宪审查与民主制的平衡进行比较研究。第一节探讨联邦德国宪法法院违宪审查的政治平衡功能。结合联邦德国宪法法院几十年来的司法实践，从联邦政府与联邦议院、联邦与州、政府权力与公民权利等几个层面分别论述了违宪审查的平衡作用，最后探讨了当今德国宪法法院违宪审查的发展趋势。第二节以第二次世界大战前的法兰西第三共和国、第四共和国和魏玛共和国为例，研究缺乏违宪审查的民主制最终会导致民主失败的问题。过去，学术界普遍倾向于从权力失衡的角度来分析这两个共和国民主制覆灭的原因，本书认为，从司法独立的角度来分析“司法独

立对于民主制稳定的意义”更深入、更有说服力。本节探讨了法兰西第三共和国、第四共和国以及魏玛共和国存在的体制缺陷，认为没有赋予司法以独立性，以致司法不能对立法和行政进行有效的制衡，才是民主制失败的深层原因。

第五章研究为保持民主制的平衡与稳定，选择不同违宪审查模式应当具备的条件，以及违宪审查模式的发展趋势。在前文研究的基础上，首先，对美国和德国政府的结构与功能、违宪审查制度的结构与功能进行了比较，分析了两种违宪审查制度在维护民主制稳定中的作用。然后阐述了不同国家选择违宪审查模式的条件，说明并不是只要有了违宪审查制度，民主制就会自动趋于平衡和稳定。各个国家应当根据自己的国情和基础来选择适合自己国家的违宪审查模式。最后，研究违宪审查的发展趋势，如违宪审查的趋同性问题。

同时，探讨了违宪审查制度的发展趋势对中国的启示。中国要建立违宪审查制度，首先，要在理论上突破“议行合一”论的障碍，在法律上解决违宪审查制度建立的若干障碍。其次，要顺应世界潮流，同时又应结合中国实际，采取“两步走”的思路，建构具有中国特色的违宪审查制度。最后，提出要使违宪审查制度在中国大地扎根，必须培育公民文化。

#### 四 研究方法

本书主要采用比较研究方法，对“违宪审查与民主关系”从理论和实践两个层面进行了交叉研究。在研究中，以马克思主义的历史唯物主义和辩证唯物主义方法为指导，综合运用历史分析法、法律分析法、文化分析法等多种方法，试图通过多样化的分析方法，对所涉及的理论问题作出更有说服力的阐述。

##### （一）历史分析法

“只有当思想与某些有利的历史条件和结构性力量相结合时，它们才会对改变制度形式的性质和运作过程产生足够影响。”<sup>①</sup> 违宪审查制度本身是历史的产物，是人类政治智慧演进的结果，也是与外部环境交互作用的结果。按历史分期的方法对违宪审查制度的起源等进行整理和分析，描述违宪审查制度的产生、发展和变化，分析违宪审查制度产生时的民主环

<sup>①</sup> [英] 戴维·赫尔德：《民主的模式》，中央编译出版社1998年版，第11页。

境，以期找出违宪审查制度与民主制之间的某种相关性。

#### (二) 法律(或制度)分析法

从分析法律条文(或政治制度)入手，探讨由宪法、法律所规定的国家性质、政府体制及活动过程等，分析违宪审查制度建立的制度条件或存在的制度障碍等。

#### (三) 比较研究法

对美国，德国，法兰西第三共和国、第四共和国，魏玛共和国，英国等国的民主制的情况进行了比较，分析有无违宪审查制度或有无司法独立是否是导致这几个国家民主制平衡稳定以及不稳定的制度原因。

#### (四) 结构和功能分析法

通过对美国、德国等国的政府结构与功能的分析，进而对两大违宪审查模式的结构和功能进行分析，探讨、比较两种违宪审查制度对立法机关和行政机关的平衡作用，以及对维护民主制稳定的作用。

#### (五) 文化分析

通过研究违宪审查制度产生及其变迁的政治文化基础、法文化基础及其理论依据，分析西方国家确立违宪审查制度的文化背景，以利于其他国家在选择适合自己的违宪审查模式时，创造与之相匹配的文化条件。

总之，本书从政治平衡这一视角出发，重新审视违宪审查与民主关系的相关成果，并提出了一些新的观点。限于笔者的学识，许多观点可能并不成熟，有待学界前辈和同人批评指正。

# 第一章 违宪审查：民主的安全阀

## 第一节 无自由的民主与有自由的民主

### 一 古代民主：无自由的民主

“民主”（democracy）一词源于希腊文的两个字，其中 demos 是指人民或公民，cracy 是指公共权威或统治。民主最初的含义就是“统治归于人民”（The rule of people）或人民主权。民主最原始、最简单的含义是由全体人民（而不是由他们选出的代表）平等地、无差别地参与国家决策，进行国家管理。历史学家希罗多德最先用这一概念来概括和表述希腊城邦这样一种政治实践：城邦事务是由公民所参加的公民大会通过直接讨论和投票表决的方式来作出最终决定的，这种方式既不同于某一君主的独裁统治，也不同于少数贵族的寡头统治<sup>①</sup>。

古代民主是由人民不间断地直接参与行使权力的民主，即直接民主。从原则上讲，人民亲自行使权力胜过把权力委托给别人，公众直接参与的制度比间接民主制（代议制）更安全和有效。然而，历史经验表明，古希腊以公众直接参与为基础的民主制度并不稳固，而是非常脆弱的，总是既骚乱又短命。原因在于，古希腊民主所推崇的自我统治要求公民成为完全置身于公共事业、用毕生的时间去统治的、彻底的公民。“公民不遗余力地献身于国家，战时献出鲜血，平时献出时光；他没有抛开公共事务照管个

---

<sup>①</sup> 燕继荣：《民主及其限度》，《社会科学战线》1996年第4期。

人事务的自由。相反，他必须放下自己的事，为城邦的福祉而工作。”<sup>①</sup> 这种“无私”的政治肥大症引发了社会生活各种功能间的深度失衡，造成了经济萎缩症。为解决经济问题，它借助没收财富等政治手段以弥补财富生产的不足。古希腊民主制用损害经济人的手段制造政治动物，结果陷入了“民主越完美，公民越贫困”的恶性循环。

因此，亚里士多德认为，贫民阶层为了自身的利益进行统治的古希腊民主政体毁于富人与穷人之间的阶级斗争，并把民主政体列入腐朽衰败的政体。这种民主政体允许公民享有自由的发言权，但却灾难性地缺乏中间过滤器和安全阀，不能从重要信息中筛去无聊的噪声，也不能从长远需要中筛去眼前的一时兴致；它是富人和穷人零和博弈的政治；它是一切政治化的体制。由于古代民主与贫穷、愚蠢、过分、危险、罪恶和暴政等连在一起，使得这种民主不仅在神权政治、王权政治时代备受冷遇，而且在英国、美国、法国等资产阶级革命以后也并未受到尊崇：英国光荣革命后自称为代议制的责任政治，而不是民主制；美国开国元勋们称美利坚为“共和国”，以示与民主制的区别；即使是法国大革命的领袖们也尽量避免使用民主制来标榜自己的政治理想<sup>②</sup>。

## 二 现代民主：有自由的民主

民主在历经 2400 多年的变迁后，在不同的历史时期吸收了形形色色的含义，其内涵与外延已然发生了变化。现代民主是间接民主（即代议制民主），人民受着代表们的统治而不是自己统治自己，因而在很大程度上是一种对权力的限制和监督体系。现代民主制下民主已不再是目的，被视为实现个人自由的手段。经济学家熊彼特从严格程序化的角度给出民主的定义：“那种为作出政治决定而实行的制度安排，在这种安排中，某些人通过争取人民选票取得作决定的权力。”<sup>③</sup> 在这种制度中，领导人由普遍、定期、自由的选举产生；由此，竞取决策权的政治精英越多，则政治体制越民主；参与选举的选民范围越大，则政治体制越民主；而且判断选

<sup>①</sup> 乔万尼·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，世纪出版集团、上海人民出版社 2009 年版，第 309 页。

<sup>②</sup> 燕继荣：《民主及其限度》，《社会科学战线》1996 年第 4 期。

<sup>③</sup> 熊彼特：《资本主义、社会主义与民主主义》，商务印书馆 1999 年版，第 395—396 页。

举结果的主要依据是选票的多少，“投票的大多数是永远可以约束其他一切人的”<sup>①</sup>。民主被解释为一种方法，而多数裁定规则（majority rule）则成为民主的重要手段。

### （一）多数规则的优势

作为现代民主的选举程序和方法，多数裁定规则具有明显的优势：一是节约决策成本且外在成本并不太高，两者之和构成的社会相互依赖成本最低。在现代大规模社会，人数众多，要在众多参与者之间实现协调，决策成本高昂，一致同意规则不可取，因而多数裁定规则成为现代民主政治生活中最通行的决策规则。二是多数裁定规则（统治）能够充分激发社会的活力。民主允许大多数人参与政治系统，激励他们采取行动，民主地进行社会管理，能“使整个社会充满永不宁静的活力和任何别的地方永远也见不到的异常充沛的力量和能量，即使在环境不利的情况下，这也能创造奇迹”<sup>②</sup>。民主对普遍参与政治生活的强调及其所具有的政治能量能够有力地推动工业发展和社会繁荣，“这在一定程度上抵消了卓越才智的缺乏”<sup>③</sup>。因此，民主制度是到目前为止所有可能的政治制度中最为优良的一种制度，其制度价值主要体现为“它是一种有益于多数人而不是少数人的制度，是最能使社会繁荣的政府……苦难不会太多。在民主社会，享乐将不会过分，而福利将大为普及……国家将不会那么光辉和荣耀，而且可能不那么强大，但大多数公民将得到更大的幸福”<sup>④</sup>。

### （二）多数裁定规则的弊端

多数裁决规则意味着多数人的联合比个人更具智慧，多数人作出更合理的决定；多数人的利益应当优先于少数人的利益；多数裁决原则是形成全体意志的唯一合理方法。这种多数裁决规则使得民主形成了内在的缺陷——极易产生多数的暴政或少数的暴政乃至独裁，从而使民主制内在的倾向于不稳定。

首先，民主极易形成“多数暴政”。托克维尔曾经指出：美国共和政

① 卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1980年版，第139—140页。

② 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆1991年版，第244页。

③ [美] 埃尔斯特、[挪] 斯莱格斯塔德：《宪政与民主》，生活·读书·新知三联书店1997年版，第114页。

④ 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆1991年版，第11页。

体的最大危险来自多数的无限权威<sup>①</sup>。多数裁定规则通常是零和原则，意味着少数必须服从多数。比如，选举、全民公决就是遵循这一原则的。当少数人的意见被不予理睬，少数人的利益被置之不顾，多数人的意见被视为真理和正义，少数人的意见被视为谬误和偏见而任加践踏，那么，这种民主不过是“多数人的暴政”，法国大革命时期罗伯斯庇尔式的“革命恐怖”就是可资佐证的案例。显然，这种“多数的暴政”容易导致少数造反。执掌统治权力的多数如果无视少数的正当利益和要求，甚至动用暴力机器镇压少数、剥夺少数的权利，就会逼得少数忍无可忍、寻求体制外的极端方式乃至诉诸武力，推翻现行政治制度。

其次，民主也可能导致少数暴政，甚至独裁。由于民主奉行“多数裁决原则”，那似乎参与的人数越多，表达出来的真理就越多。但是，正如法国思想家泰纳指出的，1000万人的无知加起来不等于一点点有知<sup>②</sup>。因为“组成会议的人数越多，实际上指导会议进行的人就越少。人数越多，感情就越是胜于理智，知识肤浅、能力薄弱的成员所占比例就越大。这时，少数人的雄辩和演说正好对这类人起到众所周知的有力作用。……政府的外貌可能变得更加民主，但是使它得以活动的精神将是更多的寡头政治”<sup>③</sup>。可见，这种民主不仅不能表达出更多的真理，而且正如米歇尔斯所言，大众比寡众更容易被操纵。民主要求尽可能多的人尽可能高度地参与，而参加的人越多，每个人的作用就越少，多数人比少数人易被操纵，形成少数专制或者一人独裁<sup>④</sup>。《联邦党人文集》的开篇就已经指出：“危险的野心多半为热心于人民权利的漂亮外衣所掩盖，很少用热心拥护政府坚定而有效率的严峻面孔作掩护。”<sup>⑤</sup>所以，民主往往是政治野心家的“天堂”。多数没有受到约束的民主等同于专制，民主与专制只有一步之遥，就是此理。独裁源自权力的集中，而民主的方法并不能保证权力不会被少数人控制，进而导致独裁——希特勒在第一次世界大战后的德国通过民主选举上台就是明证。

① 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆1991年版，第298页。

② Taine, *Origines de la France Contemporaine* (T. 泰纳：《当代法国的起源》，1875)，Preface.

③ 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如译，商务印书馆2004年版，第298页。

④ 刘军宁：《直接民主与间接民主》，生活·读书·新知三联书店1998年版，第41页。

⑤ 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如译，商务印书馆1980年版，第5页。



最后，民主内在地倾向于不稳定。“偏好的不断变动本身对民主制度来说是原生性的”<sup>①</sup>，公民角色的多重性和复杂性导致其偏好处于不断的流动状态，因而民主制下难以确立任何牢固和稳定的东西。公民的政治态度反复无常，甚至前后矛盾。“民主制度不能培养制定连续的长远计划的能力，因为它过于关心短期调整。民主政府缺乏以系统的、前后连贯的方式进行活动的能力；它不能为未来制定规划，也不能坚持过去的决策。”<sup>②</sup>因此，“在民主共和国，指导社会的权力并不稳定，因为它经常易手和改变方向。但是，在权力易手和改变方向时，它的力量也几乎是不可抗拒的。……假使有一天自由在美国毁灭，那也一定是多数的无限权威所使然，因为这种权威将会使少数忍无可忍，逼得少数诉诸武力。那时将出现无政府状态，但引起这种状态的是专制。”<sup>③</sup>

### （三）制约多数统治，保障少数权利

在民主政制中，立法机构和行政机构是直接和间接民选产生的，代表和体现着多数人的意志。而且，“希望连任的当选官员（在竞争的条件下）在进行决策时受到选民会对他的决定有何反应这一预测的制约。”<sup>④</sup>这说明当选官员倾向于更多地考虑选民多数的意愿，而少数常常处于不利地位。然而，如果民主仅代表多数人的意志，那么它显然是片面和不真实的。萨托利认为，民主应是受到少数权利限制的多数统治<sup>⑤</sup>。为防止立法和行政机构仅代表多数作出不利于少数的决定，就要在立法和行政等代表机构（中间层）建立制约机制。

首先，把权力缩小为不充分的权力。在立法机构和行政机构之间实现分权，哪个机构都没有行使绝对（即无限）权力的地位。这种分权意味着立法或行政机构的任何一种权力都须由行政或立法机构共同参与和分享，给予各机构的主要领导人防范和抵御其他机构侵犯的必要的法定手段和个人的主动，防止任何一种权力集中在任何一个机构而形成专断，从而

① [美] 埃尔斯特、[挪] 斯莱格斯塔德：《宪政与民主》，生活·读书·新知三联书店1997年版，第109页。

② 同上书，第112页。

③ 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆1991年版，第299页。

④ 萨托利：《民主新论》，上海人民出版社2008年版，第170页。

⑤ 同上书，第36页。

达到彼此的牵制与平衡。而如果立法权过大，那么“自由便不复存在了，因为人们将要害怕这个议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律”<sup>①</sup>。例如，法兰西第三共和国、第四共和国时期，民选议会（立法权）权力至上，而行政部门没有分享立法权，无法对议会构成有效的牵制，导致民主政府频繁更迭，极不稳定。当议会中党派林立、相互倾轧时，政府（行政当局）必然无所适从，时常垮台。这在多党并存的议会责任内阁制中表现得尤为明显。

其次，在立法和行政机构中建立常设委员会制度。委员会制度是一种能够对各种决定进行合理而细致讨论的面对面的小团体。决策中，它能充分考虑多数和少数等偏好强度的差别，利用相互延期补偿机制从事长期交易，使每一项决定都有可能经过长期的斗争而以中间路线的解决告终，使得少数较为激烈的要求更有机会得到同意，避免了多数全赢而少数全输，最终形成正和结果。

再次，维护司法机构独立。伯克说过：“在一个国家中无论至高无上者是什么，都应该尽可能地使其司法权威要这样来构成，从而使之不仅是不依赖于它，而且在某些方面还可以平衡它。它应该赋予它的司法权以一种可靠性来反对它自己的权力。它应该使得它的司法机构就仿佛是某种外在于国家的东西那样。……当一种民主制成为了国家的绝对权力时，这样一种独立的司法机构就更是十倍的必要。”<sup>②</sup> 必须赋予司法机构独立审判的权力，使司法机构不仅能够摆脱对立法和行政的依赖，而且能够拥有反对或对抗立法和行政侵犯的权力，从而有效地制约和平衡立法与行政。

由于司法机构具有固有的专业性和特殊性，要使司法机构保持独立，司法的权力就不能简单地像立法权和行政权那样以选民的票数来决定。麦迪逊和汉密尔顿在《联邦党人文集》第 51 篇中写道：“在组织司法部门时，严格坚持这条（多数）原则是不利的。第一，因为特殊资格在成员中是极其重要的，所以主要考虑的应该是选择那种最能保证这些资格的挑选方式；第二，因为在该部门任职是终身的，所以必然很快消除对任命他

<sup>①</sup> 孟德斯鸠：《论法的精神》上册，商务印书馆 1961 年版，第 156 页。

<sup>②</sup> 埃德蒙·伯克：《法国革命论》，何兆武、许振洲、彭刚译，商务印书馆 1998 年版，第 266—272 页。

们的权力的一切依赖思想。”<sup>①</sup>美国开国元勋们认为，不能将国家权力过多地赋予不肯沉默的大多数，主张法官实行非民选的终身制，以确保司法的独立性<sup>②</sup>。

最后，确立司法权威。一个好的政治制度应该在多数人可能形成的暴政与少数乃至个体公民之间设置一个屏障性的保障制度，使得少数、个人在政府面前有可资凭借的制约政府的手段。在建立屏障性的制度制约政府（这里指立法机构和行政机构）方面，托克维尔认为，司法角色举足轻重。这是因为，“司法工作的最大目的，是用权利观念代替暴力观念，在国家管理与物质力量使用之间设立中间屏障。法院具有的道义力量，可使物质力量极少为国家所使用，而且在多数场合可以代替物质力量。因此，联邦特别需要设立法院，以使公民服从它的法律，或保护公民不受侵犯”<sup>③</sup>。美国独立初期的邦联制，就是由于缺乏司法权威这一屏障，以致不能有效地平衡邦联和州的权力，致使邦联最终解体。邦联制失败的根本原因就在于司法权的疲软，这种疲软致使各州藐视邦联条例或邦联国会制定的法律。对各州而言，这些邦联条例或邦联国会制定的法律仅仅成为一种道义上的劝告，它们可遵守也可不遵守。

托克维尔曾说过：“美国人赋予法学家的权威和任其对政府施加的影响，是美国今天防止民主偏离正轨的最坚强壁垒。”<sup>④</sup>把托克维尔的话说得更具体一点，就是要确立司法独立、树立司法权威。惟其如此，才能构成对立法和行政的有效制衡、对多数统治和少数专制的有效制约，才能保证民主制下个体的权利不被众意侵犯，少数的权利不被多数剥夺，局部的利益不被整体湮没，最终在多数和少数、群体与个体、整体与局部（立法和行政、联邦与州、政府与公民）之间保持平衡，从而维护民主制的稳定。而树立司法权威最根本的手段就是赋予司法部门以违宪审查权，对立法和行政行为进行合宪性审查。只有实行违宪审查，才能有效地防范多数统治的缺陷，保护少数自由，平衡民主制下的各种冲突，进而稳定民

① 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆2004年版，第264页。

② 萧翰：《多数人暴政的警钟》，参见 <http://www.libertas2004.net/Article/ShowArticle.asp?ArticleID=29>。

③ 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆2004年版，第156页。

④ 同上书，第303页。

主。违宪审查成为现代民主中公民捍卫宪法权利、保障个人自由的安全阀。平衡是共和（代议制）主义的基本精神。麦迪逊说：“在共和国里极其重要的是，不仅要保护社会防止统治者的压迫，而且要保护一部分社会反对另一部分的不公。”<sup>①</sup>社会的任何部分，无论是多数抑或少数，都没有虐待、侵害其他部分的权利。政府在承认个人、群体之间差异的同时，应该为每个人、每个群体提供平等的保护。然而，不能指望单凭共和政府来实现这一道德理想，如果没有宪法，共和政府就有可能背离这一理想。公民广泛参与统治的共和政体，有利于平衡各个群体的利益。但是，公民广泛参与统治并不足以实现平衡。因为强势群体会滥用政治权利，弱势群体可能没有足够的力量予以抵制。更好地解决这个问题，还有赖于独立、刚性的法律设施。宪政的解决方案是以人权法案约束政府，以违宪审查监护人权法案。<sup>②</sup>

相对于古代直接民主，为促进个人自由，现代间接民主（代议制民主）依靠多层次、多滤层的政治决策过程（间接性）获得了靠直接性不可能获得的防范力和制约力，并为正和政治辟出了场地。而政治也不再无孔不入，不存在直接民主制下政治高于一切所带来的制度功能性失衡<sup>③</sup>。20世纪以来，随着社会经济和教育文化水平的提高，社会平等观念的增强，公民选举权的扩大，以权力制约为核心的现代民主观念的普及，使得民主的境遇得到了根本的、现代性的改善。到如今，现代民主（有限民主）无论在世界各国实施情况如何，但至少在价值上已经获得各国政治发展的共识。以自由为取向的现代民主的发展是人类在长期的政治实践中比较了直接民主与间接民主的利弊得失之后，理性选择的结果。

## 第二节 违宪审查：纠正民主的缺陷

现代民主制是代议民主制，在这种制度下，某些人通过普遍定期的选

① 汉密尔顿：《联邦党人文集》，商务印书馆2004年版，第266页。

② 天成：《论共和国》，载《宪政主义与现代国家》（公共论丛），生活·读书·新知三联书店2003年版，第211—212页。

③ 萨托利：《民主新论》，上海人民出版社2008年版，第309页。

举争取选民选票取得作决定的权力<sup>①</sup>；违宪审查是指由非民选的法官通过司法程序来审查和裁决立法与行政行为是否违宪，所以，从权力产生的基础来看，违宪审查不符合民主的原则。但是，违宪审查能够有效地矫治民主的缺陷，从而保护和强化民主。和所有的人类创造物一样，民主制也需要定期进行修补。由于民主的本质性缺陷使得民主制极不稳定，容易蜕变为专制政体，所以其前提条件是必须保障或再保障民主制的基本稳定。而要保障或再保障民主制的稳定靠直接的民主方法常常是不能实现的，因此，违宪审查这一非民主的手段可以与民主之间保持一定的张力，成为民主的守护者。

“事实上，法学家根本不想推翻民主创造的政府，而是想不断设法按照非民主所固有的倾向，以非民主所具有的手段去领导政府。”<sup>②</sup>“选举产生的、负责的代表们必须确定由什么样的‘实体上的价值’来指导公共政策，但在那些根本的决策程序的事务上最高法院承担着主要的监护责任。它必须推翻危害民主制正常运行的条件的所有立法，不论它们在多数选举人中得到多么普遍的支持：‘排除民主程序中的障碍正是违宪审查应当做到的事。’”<sup>③</sup>可见，违宪审查远非体制化的反对民主，而是通过非民主的手段约束民主、排除民主程序中的缺陷，来防止民主偏离正轨，达到保护并强化民主的目的。具体地说，违宪审查能够削弱民主制下多数的暴政，保护少数；能够制约立法和行政，平衡政治结构；保障公民权利和自由，维护民主制的稳定。

### 一 违宪审查所体现的法学家精神能够削弱多数暴政、平衡民主

民主的核心原则是“多数裁决原则”（majority rule），而多数裁决原则容易形成暴政。法国的托克维尔在《论美国的民主》中系统地阐述了多数的暴政及如何纠正多数暴政的理论。他指出，多数的无限权威是一种坏而危险的东西，它会增加民主所固有的立法与行政的不稳定性，给自由带来致命的危害，帮助立法者形成专制，同时为行政官员的专断提供条

① 熊彼特：《资本主义、社会主义与民主主义》，商务印书馆1999年版，第395—396页。

② 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆1991年版，第306页。

③ [美] 埃尔斯特、[挪] 斯莱格斯塔德：《宪政与民主》，生活·读书·新知三联书店1997年版，第225—226页。

件，所以他认为，“美国的共和政体的最大危险来自多数的无限权威”<sup>①</sup>，认为有必要削弱多数的暴政。

托克维尔认为，美国是依靠法学家精神来削弱多数暴政的危险的，首先是因为注重法学家精神的严谨规范，反对民主的任性轻率。“对法律作过特别研究的人，从工作中养成了按部就班的习惯，喜欢讲究规范，对观念之间的有规律联系有一种本能的爱好。这一切，自然使他们特别反对革命精神和民主的轻率激情……在法学家的心灵深处，隐藏着贵族的部分兴趣和本性……他们也和贵族一样，对群众的行动极为反感，对民治的政府心怀蔑视。”<sup>②</sup>

其次是因为法学家精神是纠正民主的缺陷、平衡民主的唯一力量。托克维尔说过：“我并非不知道什么是法学家精神的固有缺点，但民主精神如不结合法学家精神，我怀疑民主是否可以长期治理社会；而且，如果法学家对公务的影响不随人民权力的增加而增加，我也不相信在我们这个时代一个共和国能够有望保住其存在。……我们越是深思发生于美国的一切，就越是确信法学界是美国能够平衡民主的最强大力量，甚至可以说是能够平衡民主的唯一力量。在美国不难发现，法学家精神是如何因其优点，甚至还可以说如何因其缺点，而适于中和平民政府所固有的弊端的。当美国人民任其激情发作，陶醉于理想而忘形时，会感到法学家对他们施有一种无形的约束，使他们冷静和安定下来。法学家秘而不宣地用他们的贵族习性去对抗民主的本能，用他们对古老事物的崇敬去对抗民主对新鲜事物的热爱，用他们的谨慎观点去对抗民主的好大喜功，用他们对规范的爱好的去对抗民主制度的轻率，用他们处事沉着的习惯去对抗民主的急躁。法院是法学界对付民主的最醒目工具。”<sup>③</sup>

## 二 违宪审查是司法有效地制衡立法和行政的制度保障

在政府的三部门中，“行政机关既享有荣誉、地位的分配权，又执掌社会的武力；立法机关既掌握财权，又制定公民权利义务的准则；而司法机关既无钱又无剑，不能支配社会的力量与财富，不能采取任何主动的行

① 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆1991年版，第298页。

② 同上书，第303—304页。

③ 同上书，第303—311页。

动；既无强制，又无意志，而只有判断，而且为实施其判断亦需借助于行政机关的力量。”<sup>①</sup>从立法、行政、司法三种力量平衡的角度考察，可以发现司法权天然是最弱小的，与立法权、行政权不可比拟，绝对无从成功地反对其他两个部门，所以应要求使它能自保，以免受其他两方面的侵犯。而司法机关的软弱，必然导致其他两方的侵犯、威胁与影响。为了与强大的立法、行政机关相抗衡，保持司法独立和三权分立，应该赋予其某种对抗立法和行政二权的实质性力量，那就是司法机关必须掌握违宪审查权作为对抗的武器。违宪审查是作为司法权平衡行政权、立法权的力量而存在的，是民主制稳定的重要保障。

### 三 违宪审查是保护公民自由，对抗多数侵犯的手段

宪法的根本目的在于保障人权，即公民权利和公民自由。例如，美国《独立宣言》宣称，这些真理是不言而喻的：人人生而平等，造物者赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，人类才在他们之间建立政府。法国《人权宣言》声明，任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利，这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。德国《基本法》更是将公民的基本权利条款置于法典的开篇位置并规定这些条款不得修改。所有这些都体现了现代立宪主义精神中自由价值的最高性和优先性。

自由以民主为手段，以法治为核心。法治的精髓是把所有人（包括多数人）的行为纳入宪法和法律的轨道。自由的优先性意味着自由只有为了自由本身才能被限制，如果多数人以合法的形式去侵害少数人的自由并不具有正当性。“宪法，特别是权利法案，是被设计用来保护公民个人和团体以反对大多数公民可能要去制定的某些决定，甚至大多数人认为它是社会普遍的和共同的利益的决定。”<sup>②</sup>权利法案的真正目的“就是要把某些事项从变幻莫测的政治纷争中撤出，将其置于多数派和官员们所能及的范围之外，并将其确立为由法院来适用的法律原则”<sup>③</sup>。公民的生命权、

<sup>①</sup> 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如译，商务印书馆1980年版，第391—392页。

<sup>②</sup> [美]德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第179页。

<sup>③</sup> West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624, at 638.

自由权、财产权、言论自由、出版自由、信仰和集会自由、结社自由、游行自由和示威自由等都是生而享有、不证自明的权利，不可以受制于投票，更不依赖于任何选举之结果。

然而，一纸宪法不会自动生效，公民自由也并不能就此免于多数的侵犯，获得真正的保护。“只有对政府行为和法规规定是否合乎宪法进行违宪审查，才能使宪政主义获得充分的可操作性，使得一纸宪法拥有看得见、摸得着的物质担保——保障公民权利和自由。”<sup>①</sup>也就是说，违宪审查就不应该由代表多数人的议会或总统来掌握，而应该交由独立的司法机关来行使，才能够维护宪法这一约束性规范性，切实保障少数人对抗多数的侵害，维护自身利益。具体来说，当社会中的多数与少数发生冲突而诉诸法院时，多数民众常常由于观念的非职业性带来的对法律事务的陌生，而无法对案件作出法律上正确的判断；而法官比一般民众更熟悉法律程序和规则，因此，如果司法人员的意志被不懂法律、非法律专业人员的多数意志所左右，非因案件本身以及法律原因而造成的错案就几乎不可避免。因此说，法官在多数民众和少数公民之间树立了一个屏障，只有法官，才更有效地平衡双方当事人的利益，保护少数免于多数的侵犯，保证案件审理的公平和正义，确实起到维护公民权利和自由的作用。

“宪法以约束性规范的名义剥夺一时的多数派的权力。宪法是清醒者彼得而选民是醉鬼彼得。公民们需要宪法，正如尤利西斯需要被绑在他的桅杆上一样。假如允许选民们得到他们所要的东西，那他们不可避免地自我毁灭。用严格的规则来约束他们，他们就可以避免失足。”<sup>②</sup>而违宪审查就好比给民主这匹野马套上了“宪法”缰绳，避免民主的野马因狂奔而坠入深渊。因此，从体制上说，违宪审查不仅不反对民主，反而能通过约束民主保护、稳定和强化民主。民主通过束缚自己的手脚反而增加了自己的权力，并且“有限制的非民主化有助于持久的民主治理”<sup>③</sup>。

① 季卫东：《宪政新论：全球化时代的法与社会变迁》，北京大学出版社2002年版，第9页。

② [美]埃尔斯特、[挪]斯莱格斯塔德：《宪政与民主》，生活·读书·新知三联书店1997年版，第224页。

③ 同上书，第257页。



### 第三节 违宪审查的限度

宪法的根本功能在于捍卫个人自由。违宪审查权的作用是法院用来纠正民主的缺陷，平衡民主的各种本质性冲突，如多数与少数、群体与个体、整体与局部，或者立法与行政、政府与公民、联邦与州等<sup>①</sup>，保护个人自由，维护民主制稳定。但是，如果违宪审查的权力过大、过强，就会使司法权凌驾于立法权与行政权之上，从而打破三权之间的平衡，形成一种新的专制——“司法专制”（或司法寡头）。违宪审查一旦走向个人自由的对立面，势必丧失其协调冲突的功能，甚至成为破坏民主制稳定的罪魁祸首，因而也就背离了其初衷。因而有必要继续考察违宪审查的限度问题，也就是说，违宪审查在发挥纠正民主缺陷作用的同时，其权力的底线在哪里？

从以上分析我们可以看到，只要违宪审查恪守司法权的性质，不僭越权力，保持与立法权和行政权的平衡，就不至于损害个人自由，危及民主制的稳定。简言之，违宪审查权的底线就是不得抵触司法权的性质，不得违背分权制衡的原则。这一方面要求违宪审查乃是为了裁决纠纷而为，不应当轻易地成为规范的创制（立法）或规范的积极执行（行政）；另一方面宪法在确立分权制衡原则时，确立了某些问题只能由立法与行政机关处理而排除司法权的管辖，所以司法权不得通过违宪审查谋求介入这些事务<sup>②</sup>。为了确保违宪审查在分权制衡的框架内行事，形成了一系列原则，如宪法性争议案原则、回避政治问题审查原则、尽量避免做抽象审查原则、双重基准原则等。

#### 一 审理宪法性争议案原则

违宪审查的前提是必须形成宪法性争议案，只有当“法院有管辖权并面临着立法性问题发生争讼的案件时，法院才附带根据法律处理案件的

<sup>①</sup> 参见拙文《论美国联邦最高法院司法审查权的平衡作用》，《武汉大学学报》2002年第5期。

<sup>②</sup> 张翔：《分权制衡原则与宪法解释》，《法商研究》2002年第6期。

义务，具备亲自来决定合宪性问题的职能”<sup>①</sup>。宪法性争议意味着法律的合宪性争讼，而关于学术上的观点分歧、宗教上的教义纷争、政治上的方针政策的是非等仅停留在当事人之间精神、思想、学问或政治上见解的对立，法院不应运用违宪审查权。

## 二 回避政治问题审查原则

法院为保证司法审判的客观性和公正性，在政治上应保持中立，坚守自己的司法性质。为此，在具体审理案件时，法院须回避审查政治问题。所谓“政治问题”可以布伦南大法官在“贝克诉卡尔案”中的阐述为代表，其要点是：“宪法已明文将该问题的处理交给与法院平行的某个政治部门的”和“如果法院独立解决，势必会造成对其他平行的政府部门的不尊重的”<sup>②</sup>。具体来说，到底哪些问题属于政治问题？以美国为例，这类政治问题有：一个外国政府是否应被承认的问题由总统决定；认定批准宪法修正案的州数是否达到法定多数应由国会决定；某州的哪一个州政府是合法政府的问题由国会与总统决定，等等。法院之所以要回避政治问题，乃是因为政治问题只能由民选机关或者政治性机关判断，法院并非民意代表，自身无能力承担政治责任；法官也并非政治或行政上的专家，令他们作政策决定似勉为其难；而且，司法的组织和程序是以保障个人权利为目标的，不适合解决政治问题；如果让法官介入政治问题，会使其陷入政治旋涡，这会侵害司法权的独立性与中立性<sup>③</sup>。政治问题属于不可或不宜由法院决定的问题，体现着司法权与立法权、行政权的“楚河汉界”，因而违宪审查不应涉及这些问题。处理政治问题的政治性机构随着民意的起伏而进退，司法机构与政治问题保持适当的距离，避免陷入政治丛林以明哲保身，是一种生存智慧。

然而，政治问题的外延也并非一成不变的。事实上，随着时代的发展，政治的司法化“使得法院越来越多地受理从政坛上移送过来的棘手的问题，法院因而不得不对本应由政治家们决策而无法捶订的事情进行最终

<sup>①</sup> H. Nart, Jr., Book Review: Professor Crosskey and Judicial Review. 83 *Harv. L. Rev.* 844, 851 (1970).

<sup>②</sup> *Bakerv. Carr*, 369 U. S. 186 (1962).

<sup>③</sup> [美] 卡尔威因·帕尔德森：《美国宪法释义》，徐卫平、吴新平译，华夏出版社1989年版，第40页。

裁判，这就使得法院管辖案件范围中的‘政治性案件’占有一定的显著位置，政治问题通过司法程序得以解决”<sup>①</sup>。这样，法院行使违宪审查权的范围不断扩展，对政治问题的外延也不断作扩充解释。不过，这种“政治性案件”或政治问题仍属于宪法性争议案，因此法院受理此类案件仍然是在宪法规定的分权制衡框架内，并没有违反违宪审查权的本质。

### 三 尽量避免做抽象审查原则

在司法机关审查处理法律、法令等规范性文件与宪法相抵触的案件（即违宪案件）的方式来说，主要有两种不同方式：一种是具体审查，即在具体案件的审理过程中遇到法院认为与案件相关的法律或其他规范存在违宪的可能时，决定将该法律或规范提交宪法法院审查的一种方式。大多数国家采取具体审查的方式。另一种是抽象审查，即不结合具体案件对规范性文件的合宪性进行审查。很多国家认为，抽象审查允许宪法审查机构过早地干预立法活动，模糊了政治与法律、司法与立法的界限，因此，抽象审查很容易被视作“政治审查”，不被多数国家所采用<sup>②</sup>。

英美法系国家违宪审查普遍奉行具体审查，目的在于恪守违宪审查的“司法性质”，使违宪审查权恪守权力分立的界限，避免使违宪审查成为“立法”乃至“修宪”<sup>③</sup>。例如，法院“不得提供咨询意见”（Advisory Opinion）的原则。大法官约翰·杰伊（John Jay）在拒绝回答总统有关条约问题的咨询时指出：“按三个政府部门彼此相互制衡以及吾人为终身法官等考虑，使人强烈质疑我等在违宪审查以外判断阁下咨询之问题是否妥当，尤其宪法赋予总统要求部会首长提供意见之权力，似有意且明示地仅及于行政部门的首长。”<sup>④</sup> 大法官的这种主张在于分清三权分立的边界，避免在无具体案件的情况下主动解释宪法。

由于抽象审查不针对具体案件而对法律是否合宪的判断，类似于立法

① 刘兆兴：《联邦德国宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第76页。

② 王卫明：《东欧国家违宪审查制度比较研究》，中国政法大学出版社2008年版，第68页。

③ 张翔：《分权制衡原则与宪法解释》，《法商研究》2002年第6期。

④ 转引自汤德宗《权力分立原则与司法审查权限：大法官抽象释宪权之商榷》，载李建良、刘孔中主编《宪法解释的理论与实务》，中国台湾“中央研究院”中山人文社会科学研究所，1998年，第142页。

机关带有强烈的政治色彩的立法活动，背离司法活动的性质。制宪者担心司法机关的抽象解释会篡夺立法机关的权力，造成“司法性立法”的局面，破坏违宪审查的司法性质和权力分立的原则，因此抽象审查通常被安排在补充、从属于具体审查的地位，它不可能也不应该经常被采纳<sup>①</sup>。而德国设立抽象审查则有着特殊的背景，它“是一种特定主体的诉讼，真实的目的在于保护联邦议院中反对党的利益，给它们一个最后的反对手段”<sup>②</sup>。

#### 四 “双重标准”原则

在一些发达国家的宪法中，精神文化活动的自由（特别是表达自由）已在整个宪法权利体系中被赋予“优越的地位”，与此相应，对那些以精神文化活动的自由为制约对象的规范性文件的合宪性审查，往往也采用更加严格的标准。自20世纪30年代以来，美国联邦最高法院在违宪审查实践中确立了“双重标准理论”：言论、出版、集会等精神的自由权较之于其他宪法权利（尤其是较之于财产权等经济上的自由权），必须得到更加有力的保障，为此，对那些以此为规范对象的立法的合宪性审查，可采取比规范后者之立法的有关审查更为严格的保障<sup>③</sup>。因为精神文化活动自由具有重要的价值。就表达自由而言，现代宪法学一般认为，人民往往通过言论活动来形成其自身的社会属性，从而发展自己的人格，表达自由具有个体意义上的“自我实现”的价值；而且，公民的言论活动还是公民参与国家政治意志之形成与决定的必要前提，表达自由对于民主政治具有社会意义上的“自我统治的价值”。在“思想的自由市场”中，人们通过自由地表达自己的意见，引发彼此的讨论和竞争，往往可能获得对真理的认识。对精神文化活动的保障是人们创造精神财富、推动精神文明建设和发展，并享受精神财富或文明成果的一个不可或缺的前提条件。

明确地说，对法律进行违宪审查的两种标准是合宪性推定原则与严格审查原则。合宪性推定是指对于并非限制精神文化自由的一般法律的审查采用较为宽松的基准；而严格审查原则是对限制精神文化活动自由的法律

① 张翔：《分权制衡原则与宪法解释》，《法商研究》2002年第6期。

② 韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社2000年版，第134页。

③ 林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社2001年版，第151—152页。

进行相对严格的审查，一般排除合宪性推定，甚至可以采取违宪推定。这就是所谓的“双重标准”原则。实际上，“双重标准”原则是为了法院行使违宪审查权保持必要的限度，不至于破坏权力分立与制衡的原则。合宪性推定的机理是：立法机关由人民选出的代表组成，受选民选票的制约；立法权源自公众的同意和慎重的授权。立法机关应该不会故意地违反民意和宪法，人民应该信任立法机关的智慧和其对宪法的忠诚。立法机关必然会尊重宪法并制定其自认为合宪的法律，除非有“相当可疑”的理由且足以证明法律违宪时，才能由法院行使违宪审查权。合宪性推定原则体现了“司法克制”的理念和对民意代表——立法者的尊重，也体现了对权力分立原则的恪守。而严格审查原则意味着：当法律涉及限制精神文化活动自由时，一般不作合宪性推定而进行更为严格的审查，这既体现了对立法者的制约，更体现了宪法的根本理念——保障人的最基本权利<sup>①</sup>。

只有在这些原则允许的条件下，司法机关才可以行使违宪审查权，不属于原则允许的问题应交由立法权、行政权解决。唯有遵守上述诸项原则，违宪审查才不至于超越其限度，才能避免司法权凌驾于立法权和行政权之上的危险，才能有助于保持民主制的平衡和稳定。

---

<sup>①</sup> 张翔：《分权制衡原则与宪法解释》，《法商研究》2002年第6期。

## 第二章 违宪审查的起源

### 第一节 违宪审查的制度渊源

尽管有少数学者将违宪审查的制度渊源追溯到古希腊时期，但一般学者都认为可以追溯到英国 1601 年的“博纳姆医生案”。这可以被视为违宪审查的先声。在此案中，著名法官柯克宣布国会的一项立法因违背普通法原则而无效。这种审查方式虽然后来被标榜国会至上的英国国会否定，但违宪审查的做法却留给了后人。由于特殊的历史原因，英国所开出的违宪审查之花，却在美国结出了丰硕之果<sup>①</sup>。

北美殖民地时期，英国枢密院对殖民地立法的审查为后来违宪审查制度的正式形成提供了经验。枢密院对殖民地立法的审查分为政治审查和违宪审查两类。政治审查是指枢密院根据所拥有的承认权对殖民地议会的制定法进行的审查；违宪审查是指枢密院根据所拥有的对殖民地法院判决的上诉管辖权，通过上诉案件审查殖民地制定法是否违反英国法律及对殖民地的特许状<sup>②</sup>。据统计，从 1696 年英国加强对殖民地的控制起到北美独立时为止，英国枢密院审查北美殖民地法律多达 8563 件，其中 469 件被英国枢密院宣布无效。<sup>③</sup>但这种违宪审查是基于宗主国的法律高于属地的立法这一原则，进行审查的主体、对象、实质等均不同于后来的司法（违宪）审查。尽管如此，仍可以被看做违宪审查的先例。在北美殖民

---

① 杨联华主编：《外国法制史》，四川大学出版社 1988 年版，第 162 页。

② 许崇德主编：《宪法与民主政治》，中国检察出版社 1994 年版，第 80 页。

③ 罗伯特·卡尔：《最高法院与司法审查》，1942 年，第 43 页。

地，当地的法院也曾在八九个判例中拒绝执行立法机关的法律。

由于受英国枢密院对殖民地立法的审查经验的影响，最早开始违宪审查的现代民主国家美国。从美国宣布独立到 1803 年以前，州法院宣布州法律违反制定法因而无效的案例时有发生。在 1780—1787 年间，至少有 8 个州的判例直接涉及运用违宪审查权的问题，违宪审查开始成为活的法律的一部分。1780 年，新泽西州最高法院宣布州议会 1778 年一项法律违反 1776 年州宪法无效，该项法律曾规定罚没与敌人进行贸易的人的财产；1786 年，罗得岛最高法院宣布该州一项纸币法无效；1787 年，北卡罗来纳最高法院宣布 1785 年州立法机关的一项法律违反州宪法无效，该法律规定初审法院应随时阻止回乡的托利党人索要根据托利党没收法被罚没的财产<sup>①</sup>。1789 年，联邦《司法法》授权联邦法院废止违反联邦宪法和法律的州宪法和州法的权力，这是首次在法律上明确规定联邦法院的违宪审查权；联邦巡回法院曾宣布州法违宪；联邦最高法院也曾审查联邦法律（仅两个案例，其中每一个案例宣布一项法律违宪）。可以说，到 19 世纪初，违宪审查已为多数美国人所熟悉了<sup>②</sup>，但它主要局限于各个州内，州司法机关的违宪判决先例，构成了美国联邦违宪审查制度形成的法律基础。

美国之所以在独立之初（邦联时期）各个州就开始了违宪审查，是因为当时的司法已经开始朝着独立的方向迈进。绝大多数州宪法确立了三权分立的原则，立法机关上院逐渐丧失了司法权，法官任用原则由行政官员的“意志”转变为“行为端正”或“忠于职守”，司法权逐步摆脱行政部门的控制和干预，法官不再实行兼职。但是，由于当时盛行的仍是“立法至上”的原则，司法机关还不是一个完全独立的部门，法官的任期和薪金还受到立法机关的控制，立法机关可以改变法院的判决，反对法院拥有违宪审查权。立法机关控制司法部门是为了保障它们控制公共政策的方向，它们害怕司法部门利用违宪审查权来破坏立法机关制定的政策，特别是有利于中下层人民的经济政策。另外，独立初期，美国人民把立法机

<sup>①</sup> A. H. Kelly, W. A. Harbison and H. Belz, *The American Constitution: It's Origins and Development*, p. 90.

<sup>②</sup> 李道揆：《美国政府和美国政治》，商务印书馆 1999 年版，第 42 页。

关视为真正的和唯一的人民意志的代表，对行政部门持不信任的态度，把法官继续视为行政机构的一部分，在努力限制和控制行政部门的同时，也竭力限制和控制司法部门<sup>①</sup>。

所以，建国初期，美国最高法院的地位软弱不高，远没有如今的显赫声势。在头 50 年里，人们对最高法院的兴趣不大；在头 3 年里，根本没有案件上诉到最高法院。许多领袖人物，如帕特里克·亨利、汉密尔顿拒绝接受最高法官的任命，而且最高法院开庭的地点竟然是地下室<sup>②</sup>。直到 1803 年，马歇尔对“马伯里诉麦迪逊”一案的判决才导致了最高法院违宪审查权的正式确立，扭转了一直以来最高法院处于不利地位的局面。

马伯里上诉联邦最高法院要求最高法院命令国务卿麦迪逊颁发给他由前总统亚当斯签署的公职委任状。马伯里诉讼案不是一件简单的司法案件，它涉及政党之间关于职位之争和一些复杂的政治斗争。1800 年，民主共和党在总统和国会竞选中都获得胜利。1801 年，联邦党人为巩固自己的势力范围，利用交接政权前的最后机会，扩充司法部门。1801 年 2 月，国会通过了一项新的司法条例，将巡回法院增扩为 16 所，并授权总统任命法官。即将卸任的总统亚当斯根据新的司法条例，任命联邦党人国务卿马歇尔为最高法院首席法官，16 名联邦党人为巡回法院法官，42 人为华盛顿特区治安法官。因为时间仓促，亚当斯的任命签字直到 3 月 3 日午夜离职前才告完备（“午夜”任命），又因国务卿马歇尔忙于办理移交手续，有 17 份委任状未能发出，其中包括任命马伯里为治安法官的委任状。新总统上台后，为了制止联邦党人滥用职权，安插党羽，指令新任国务卿麦迪逊将这些委任状扣押。马伯里遂根据 1789 年《司法法》的规定，上诉到联邦最高法院。该条文授权最高法院“依据法律原则和习惯证明有必要时，可对任何法院及根据合众国权力而担任公职的人颁发命令”<sup>③</sup>。

马歇尔很清楚，向麦迪逊颁发命令，必然遭到断然拒绝，而且杰斐逊

① 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社 1998 年版，第 282—284 页。

② 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社 1998 年版，第 291 页。

③ 罗豪才：《资本主义国家宪法和政治制度》，北京大学出版社 1997 年版，第 13 页。



等共和党人控制的国会还可能对他提出弹劾，从而贻笑全国；而驳回马伯里的上诉，又没有适当的理由，还会受到社会的嘲讽，认为他出任总统不敢履行职责，从而丧失权威<sup>①</sup>。更可怕的是，采用任何一种做法都会形成行政和立法两部门不受司法部门牵制的危险局面<sup>②</sup>，完全背离三权分立且制衡的基本原则，甚至会出现宪法危机。直到1803年，马歇尔才考虑出处理该案的策略，摆脱了两难境地。他避实就虚，在最高法院对于此案有无初审管辖权上做文章。马歇尔判决如下：（1）马伯里应得到他的职务，麦迪逊拒绝发出委任状是错误的；最高法院有权发出职务执行令，强迫政府官员履行法律规定的职责。（2）就此案而言，最高法院却无权颁发职务执行令，因为给予最高法院此项权力的法律违宪。（3）《司法法》第十三节说，寻求此种命令的人可以直接而不是通过上诉向最高法院提出其要求。然而《宪法》第三条明确规定，最高法院除对极少数案件有初审管辖权外，只能审理上诉案件，责成最高法院向公职人员颁发执行命令。可见，最高法院具有初审管辖权的案子中并不包括马伯里这类案子。国会1789年的《司法法》改变了宪法关于最高法院初审管辖权是违宪的和无效的，最高法院不能执行违宪的法律<sup>③</sup>。

判决的结果是：最高法院未命令麦迪逊发出委任状，避免了同杰斐逊派摊牌；同时他就联邦国会立法权的界限、宪法的最高法律地位、法院何以有审查法律的权力等问题作了长篇论述，明确宣布“违宪的法律不是法律”，“阐明法律的意义是法院的职权”<sup>④</sup>。从此，法院的违宪审查权开始运行，一切其他政府部门都必须受最高法院裁决的约束。

马歇尔的判决不仅了结了马伯里一案，更重要的是，它深深地触及了美国的民主制度。正如詹姆斯·加菲尔德说过：“马歇尔找出宪法文件，使它成为一种权力；他找到一副骨架，赋予它血和肉。”<sup>⑤</sup> 这一判决扩大

① 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第291—292页。

② 罗豪才：《资本主义国家宪法和政治制度》，北京大学出版社1997年版，第333页。

③ 李道揆：《美国政府和美国政治》，商务印书馆1999年版，第42页。转引自洛克·哈特等《宪法性法律》，1975年英文版，第1—7页。

④ 转引自洛克·哈特等《宪法性法律》，1975年英文版，第1—7页。

⑤ 伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，中国政法大学出版社1989年版，第34页。

了最高法院的司法权限，使它拥有了宪法没有明文赋予的违宪审查权即审查国会立法是否违宪的权力，获得了有效的制衡立法、行政的杀手锏，把最高法院改造成与立法、行政机关完全平行、鼎足而立的机关，彻底扭转了最高法院在建国初期的软弱地位，使其成为捍卫宪法方舟的最高权威。正是这种司法权威使得美国的民主避免了沦为托克维尔所说的形式的民主（或多数的暴政）。

“马伯里诉麦迪逊案”是确认最高法院审查国会立法是否违宪权力的最早判例。它使用了坚定和清晰的措辞来确认这种权力，使这种权力从此以后在法律上从未被怀疑过。以后，马伯里诉讼案的判决成为一项司法先例，各级法院都有权援例审查政府法律和政令是否违宪，凡被法院认定违宪的法律一概宣布无效。其中，对涉及解释联邦宪法的诉讼案，最高法院享有最后发言权。以至于一个多世纪以后，英国工党人士哈罗德·拉斯基说：“联邦法院尤其是联邦最高法院所受到的尊敬，其对美国生活的影响很难有比得上的。”<sup>①</sup> 休斯法官曾断言：“所谓宪法就是最高法院称之为宪法的東西。”<sup>②</sup> 弗兰克福特法官也曾一语道破：“最高法院就是宪法。”可以说，马歇尔判决为美国乃至世界民主国家的违宪审查奠定了实践基础，开创了美国模式，并成为第二次世界大战后 60 多个国家效法的样板。在所有采用美国模式的国家中，美国的违宪审查制度是最稳固的，而且美国的民主制度也无疑是最稳定的制度之一（除南北战争外）。

## 第二节 违宪审查的理论渊源

### 一 违宪审查确立的法文化基础

美国是世界上第一个精心制定现代成文宪法与权利法案的国家，也是第一个就法院的违宪审查权进行公开辩论（辩论的过程见《联邦党人文集》）的国家。但是，美国制宪元勋们所汲取的却是欧洲 17—18 世纪发展起来的智识背景。诚如卡培莱梯所言：“对立法的违宪审查并不是基于

<sup>①</sup> 伯恩斯：《美国式民主》，中国社会科学出版社 1993 年版，第 589 页。

<sup>②</sup> 同上。

马歇尔一人的创造，美国的违宪审查制度的建立应该归结为数世纪来欧洲启蒙思想以及殖民地所体验的必然结果。”<sup>①</sup>

### （一）自然法的正义性

考文在《美国宪法的“高级法”背景》一书中清楚地勾勒了违宪审查制度发展的法文化基础。在他看来，美国宪法奠定了美国社会繁荣的根基，美国社会普遍存在宪法崇拜。美国宪法的合法性源自宪法是美国人民制定的，其至上性源于它体现了一种存在于所有意志之外的、与理性互相浸透融通的、实质性的、永恒不变的正义。美国人对宪法的尊崇基于一个共同的信念：人们深信有一种法高于人间统治者的意志<sup>②</sup>。在考文看来，这种高级法就是自然法，美国违宪审查制度就是在自然法思想的怀抱中逐步成长的。自然法思想在西方经历了漫长的发展历程。早在古希腊时期，亚里士多德就提出了“自然正义”概念，即在每个地方都具有相同的效力，它不依赖于人们这样或那样的想法而存在。依据自然正义具有普遍性的思想，他认为法律应是对自然永恒不变性的模仿和自然正义的体现。他在《政治学》中回答了人治与法治哪一个更可取的问题：“给法律赋予权威就是给上帝和理性赋予权威，而给人赋予权威就等于引进了一个野兽。因为欲望是某种具有兽性的东西，即使是最优秀的人物，一旦大权在握总是倾向于被欲望的激情所腐蚀。法律是摒绝了激情的理性，比任何个人更可取。”<sup>③</sup> 法律的理性与统治者的欲望之间的对立构成了美国分权理论和整个宪法体系的基石。

亚里士多德的“自然正义”强调自然法是一种政治或法律概念，是立法者遵循的规范和指南；而斯多葛学派则强调自然法是一种伦理和道德秩序概念，由此发展出一种既是个体主义又是世界主义的全新的世界观。自然法观念经斯多葛主义的拓展和充实之后，古罗马法学家西塞罗进一步对自然法理论进行了系统阐发。基于人性的普遍特征，他坚信在人的自然禀赋中（尤其是人的社会属性中）将会发现法律和权利的真正源泉，在

<sup>①</sup> 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔：《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第28页。

<sup>②</sup> 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，前言。

<sup>③</sup> 同上书，第3页。

人性不变的因素中可以发现持久的正义。在他看来，自然法是与自然即事物的本质相适应的法，其本质为正确的理性。“真正的法律乃正确的规则，它与自然相吻合，适用于所有的人，是稳定的、恒久的，以命令的方式召唤履行责任，以禁止的方式阻止犯罪。……要求修改或取消这样的法律是亵渎，限制它的某个方面发生作用是不允许的，完全取消它是不可能的。我们无论以元老院的决议或是以人民的决议都不可能摆脱这样的法律。……将不可能在罗马一种法律，而在雅典另一种法律，现在一种法律，将来另一种法律。一种永恒的、不变的法律将适用于所有的民族，适用于各个时代。将会有一个人对所有人共同的神：它是这一法律的创造者、裁判者、倡导者。谁不服从它，谁便是自我逃避，蔑视人的本性，从而将会受到严厉的惩罚。”<sup>①</sup>

在正式法和自然法的关系上，他认为，正式法（尤其是制定法）有的时候可能与“真正的法律”没有任何联系，因此完全丧失了被尊为法的资格。真正的法律是依照自然来区分正确和错误的规则，而其他任何类型的法律不仅不应当看做是法，而且也不应当称之为法<sup>②</sup>。当披着法的外衣的法律与真正的法律相冲突时，如何补救呢？西塞罗提示了罗马人在成文法规中规定保留条款的惯例——颁布法律的目的不是要废除那些神圣不可侵犯的东西即法。西塞罗不止一次地援引保留条款来反对某个制定法。西塞罗对现代意义上的法律审查作了可能最早的明示和判断。另外，西塞罗还指出，古罗马的元老院和占卜官有权审议法律议案、废止那些没有依据法而制定的法律。“国家有重要事情时，占卜官应在场，被任命为至善至尊的尤皮特的意志的解释者和助手。……天空的一块被划分出来托付给他，为的是使他能经常从那里给国家以帮助。”<sup>③</sup>出于对罗马共和政体法治理念忠实的信笃，西塞罗已经近乎完整地勾勒了违宪审查制度的法律形态，并且积极倡导和身体力行。西塞罗的自然法思想无疑对确证违宪审查制度的合法性与合理性提供了雄辩的逻辑。

① 西塞罗：《论共和国论法律》，中国政法大学出版社1997年版，第120页。

② 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第6—7页。

③ 西塞罗：《论共和国论法律》，中国政法大学出版社1997年版，第378页。

## （二）英国普通法传统的浸泡

西塞罗追求的正确理性乃是全人类的正确理性，它成为欧洲大陆的高级法准则所针对的正确理性；作为英国普通法基础的正确理性是法官的正确理性。普通法被看做是依赖于知识或发现的法，依赖于专家们的法，随着遵循先例学说以空前稳固的方式得到确立<sup>①</sup>。“第一次使正在兴起的普通法直接和罗马法的以及中世纪欧洲大陆的高级法思想联系起来”是亨利三世统治时期王座法院的大法官布雷克顿（1216—1268）。他在《论英国的法律和习惯》中表述了对国王的行为提供制度上的控制：“国王本人不应该受制于任何人，但他却应受制于上帝和法，因为法造就了国王。因此，就让国王将法所赐予他的东西——统治和权力——再归还给法，因为在由意志而不是由法行使统治的地方没有国王。”<sup>②</sup>布雷克顿还写道：“国王的权力是正义的权力，而不是非正义的权力。只要他实施正义，他就是上帝的代言人，但是当他转向实施不义时，他就是魔鬼的大总管。……让国王依法来驯化他的权力，法是对权力的约束。同样，对于帝国而言，没有什么比依照法律生活更恰当的了，而使君主统治服从于法比依法维系的帝国要更伟大。”<sup>③</sup>这两段话使我们又一次看到了所有权威源于法而又受制于法这一典型的中世纪思想。布雷克顿还提出了约束国王权力的办法：“如果国王没有约束，就是说如果没有法律来约束，那么这些法官和男爵们应当给国王施以约束。”<sup>④</sup>布雷克顿的办法很容易使人联想到1215年《大宪章》第61条强迫国王履行宪章的规定。布雷克顿明确提出法律是控制王权的措施，但没有明确使这种控制措施正式运作的制度。无论如何，布雷克顿“国王受制于法律”的思想后来被许多法律文件一再确认或者重申，成为英国传统法治观念最重要的部分。

早期的美国人是欧洲（特别是英国）移民的后裔，他们相信其权利是来自11世纪盎格鲁—撒克逊人的古代宪法，“制定美国宪法的这一代

① 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第20页。

② 同上书，第21页。

③ 同上书，第22页。

④ 同上书，第23页。

人总是习惯于将普通法的超验性首先归之于其久远的传统”<sup>①</sup>。美国宪法所昭示的视个人自由为最高价值的理想深受英国法治传统的影响。“现代的个人自由，大体上只能追溯到17世纪的英国。个人自由最初似是权力斗争的副产品，而不是某个刻意设计的目的的直接结果；而且这种情况可能在任何时候任何地方都是如此。但是，个人自由已存续了足够长的时间，其益处已能为我们所认识。在过去两百多年的岁月中，个人自由的维护和完善渐渐成了英国的支配性理想，而且英国的自由制度和传统也已然成了文明世界的示范。”<sup>②</sup>自由是西方社会最古老的传统，具有最崇高的政治价值，因为它为人们展现了满足自我利益或实现自身潜力的希望，是人民幸福和社会安宁的基础。

《大宪章》就是英国人自由权的证明书，其中最重要的第29条规定：“凡自由民，非经其具有同等身份的人依法审判或依照王国的法律规定，不得加以扣留、监禁、没收其财产、剥夺其自由权或自由习俗、褫夺其法律保护权、放逐或施以任何方式的侵害，不仅我们不能这么去做，而且我们也不能派人这么去做。”从这条规定似乎可以隐约地看出对美国《宪法》第十四条修正案中“正当法律程序”的影响。《大宪章》的本质是贵族联合所有阶级对抗国王的契约，它阐明了统治权受制于法的精神。从它面世以来就一直不断地被吸收到普通法的主流之中，而且随着它所保护的阶层和利益的范围的扩大，它作为高级法在某种意义上全面约束政府的品格不得增强，14世纪爱德华三世统治晚期明确指示：任何成文法规的通过如与《大宪章》相悖，必然是无效的。此后，王室的法令和主张都不断地受到普通法律的审查，而这种审查经常由普通法院来执行<sup>③</sup>。

### （三）柯克对共同权利与理性的阐发

16—17世纪时的英国，国王不喜欢与议会合作，斯图亚特王朝重新

<sup>①</sup> 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第19页。

<sup>②</sup> [英]哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第203页。

<sup>③</sup> 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第26—36页。

加强了君主专制统治，但普通法对制定法并没有简单的屈服与盲从。为约束王权，柯克爵士继续祭起法治对于人治的大旗。在著名的博纳姆医生案中，他坚持，尽管博纳姆医生没有取得伦敦医学院颁发的执照，就在伦敦市行医，但医学院没有资格依据它所援引的议会法令而处罚他。因为“学校的学监们不可能同时是法官、大臣和当事人；任何人不得在自己的案件中担任法官，在自己的案件中充当法官是非法的”，而医学院所援引和依据的议会法令正是有悖于这一共同的权利和理性，而由普通法院审查裁决其无效。共同权利和理性就是某种永恒不变的最基本的东西，它就是高级法。这种共同权利和理性在普通法中是通过判例来发现的，表现为这样一些法律信条：“任何人不得在自己的案件里充当法官，在自己的案件中充当法官是非法”，“任何人皆不得因为同一次过错而两次受罚”，“每个人的居室就是他的藏身所”。

考文认为，在博纳姆医生案中，柯克“实施了一项在他看来既可以约束议会又可以约束普通法院的高级法规”<sup>①</sup>，沉睡了几个世纪的《大宪章》被柯克重新唤醒，一切有悖于大宪章的制定法均为无效。柯克明确反对任何不受限制的主权权力。他认为，承认主权权力将会削弱《大宪章》和所有制定法的地位；因为它们是绝对的，并不受制于“主权权力”。如果我们现在给它们附加上“主权权力”，我们就会削弱作为基础的法律，法律的大厦也必将因此而坍塌。《大宪章》是不需要任何主权的<sup>②</sup>。

柯克对美国违宪审查制度起源的贡献主要在两个方面：第一，他提出了以《大宪章》和“共同权利和理性”为核心的基本法学说。这种基本法既约束议会也约束国王，而且这种法在很大程度上体现在一个特定的文件之中，并将确定的内容寓于日常制度的习惯程序之中。第二，他提出了在法律之下的议会至上的思想。这一思想随着立法活动和法院裁定的分离，最终转变为在法律范围内立法至上的观念，而这种法律又需依法院裁

<sup>①</sup> 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第45—48页。

<sup>②</sup> 同上书，第54页。

定过程予以解释<sup>①</sup>。

#### （四）洛克自然权利思想的启迪

西塞罗坚信：人的社会属性决定了从人性中可以发现持久的正义；牛顿认为，演绎绝对优越于观察，他深信：整个宇宙弥漫着同样的理性，它不仅在人身上闪现出来，而且人类通过探索可以理解它的任何部分。以此为基础，人们开始信心百倍地系统地阐述社会和政治关系固有的正义规则与合理规则。整个体系的精心建构旨在从几个公认的前提出发，以欧几里得般的精确性，推演出人类全部的道德义务和法律义务<sup>②</sup>。在此背景下，洛克的《政府论》应运而生。洛克的自然权利思想相继传播到美国，为美国法在高级法的背景下迅速成长提供了直接而丰富的理论养料。洛克对自然法与自然权利思想进行了充分而有力的阐发，从另一个理论途径支持了美国高级法继续发展的需要。他认为，尽管人在自然状态下享有生命、自由和财产等天赋的不可剥夺的权利，但由于自然状态下缺少固定的法律、公正的裁判和正当的执法，因而这种享有是很不稳定的，有时受到外来侵犯的威胁，于是人们被迫加入社会，同其他人联合达成协议，组成一个共同体，以谋求他们彼此间的安全与和平，安稳地享受他们的财产，并且有更大的保障来防御共同体以外任何人的侵犯。这就是政治社会的起源<sup>③</sup>。政治协议（契约）就是人们“共同批准的准则”，是自然法在政治社会中的具体化和成文化。这种政治权力强调基于人民的授意的法的统治（法治），是有限的、分立的和负责任的。

洛克的《政府论》（下篇）为立法权设定界限的思想对美国宪法产生了明显的影响。立法机关是国家的最高机关，但立法至上是法律范围内的至上。洛克明确地将立法权的性质和界限进行了规定：一是立法权源自公众的同意和授予的权威，否则没有人能享有对社会制定法律的权力。立法权尽管是每一个国家的最高权力，但它不享有任意支配他人及自己生命、自由、财产的绝对的专断权力，它所享有的只是自然法所给予它的那种保

<sup>①</sup> 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第58页。

<sup>②</sup> 同上书，第60—61页。

<sup>③</sup> 参见拙文《政府职能厘析》，《中南财经政法大学学报》2007年第2期。



护自己和其余人类的权力；立法者的权力在最大范围内以社会的公众福利为限，绝不能有毁灭、奴役或故意使臣民陷入贫困的权利。人类天生都是自由、平等和独立的，如果不得到本人的同意，不能把任何人置于这种状态之外，使其受制于另一个人的政治权力<sup>①</sup>。二是自然法是所有的人、立法者以及其他人的永恒的典范。立法者所制定的用来规范其他人的行动法则，以及他们自己和其他人的行动，都必须符合自然法即上帝的意志。三是立法机关不能以临时的专断命令和不确定的法律进行统治，而必须依据颁布过的经常有效的法律来统治，由资深的法官来执行司法和判定臣民的权利，否则人们的和平、安宁和财产就会仍像以前在自然状态中那样很不稳定<sup>②</sup>。法律不会因为特殊情况而变更法律，而是不问贫富、不论贵贱，以一法而治。在这一段富有想象力的话中，洛克预见到了美国宪法的一些基本主张：法律必须是一般的；法律必须同等地保护所有的人；必须通过法院来实施——立法权与司法权的分离。四是立法权并非国家的终极权力，“社会始终保留着一种最高权力，以保卫自己不受任何团体（即使是它们的立法者）的攻击和谋算，有时立法者可能竟愚蠢或恶毒到对臣民的自由和财产有所图谋，并实施这些图谋”<sup>③</sup>。一句话，人民拥有抵抗权——抵抗立法暴政的权利。

洛克从具有实质意义的自然权利出发，对政治社会的正义规则进行了逻辑猜想和理论推演。在他看来，从自然状态到政治社会，权利是先于政府而存在的，政府是公民基于权利让渡达成契约、委托和授权来行使权力的，这种契约就是政治社会的法律，而这种法律首先是宪法。立法机关在宪法和法律内活动，不得滥用权力；立法与司法分开，防止立法机关独裁。在洛克自然权利思想和英国“光荣革命”成功的激励下，北美殖民地人民体悟到原来固着于普通法上的权利实质上并不是“君主义会特许的权利，而是原初的权利，是原初契约的条件，我们许多权利是固有的、根本的，是大家作为准则一致同意的，并且是作为政府的开端确立的，这

① 洛克：《政府论》下篇，商务印书馆2003年版，第83页。

② 同上书，第84—85页。

③ 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第69—70页。

些权利甚至在议会出现前就已有了”<sup>①</sup>。美国的开国元勋们在自然法和自然权利思想的启发下，摆脱了普通法既给他们权利又给他们压迫的迷惘和困惑，真正获得了独立发展的内在动力，明确了自己应该走一条不同于普通法的发展道路。在第一次大陆会议上，政治演说家们慷慨激昂地鼓动倡导：解散我们的殖民政府，让我们恢复到自然状态，组成一个基于共同人性而主张共同权利的单一共同体，召开大陆会议，制定一部新大陆的成文宪章，基于这个宪章来组成政府。这个宪章以神法、圣经为依据，是加冕的北美国王<sup>②</sup>。

美国人在这种强烈的追求政治自由的信念驱使下，闯出了一条依靠成文宪法保障公民权利的法治之路，先后制定的《独立宣言》、《邦联条例》、《联邦宪法》和《人权法案》即是明证。美国法的独立发展并不意味着放弃普通法，相反，普通法所固有的形式理性又在这种独立发展中寻找到新的价值内涵。普通法的形式理性和自然法的实质理性交相呼应，形成了强大的历史应力，催生着美国成文宪法的分娩，不断发展着的高级法最终在美国成文宪法中获得了其源自主权人民制定法的形式和效力<sup>③</sup>。以宪法为高级法、根本法缔造权力有限的政府，实行宪法主治的法治模式日益形成，为违宪审查制度的合法性提供了充足的前提与理由。

## 二 违宪审查确立的政治文化基础

违宪审查制度不仅有着深厚的法文化基础，而且还有着独特的政治文化基础。违宪审查制度在美国的确立来自美国民众对美国政治传统、体系结构、意识形态、法理的心理认同。通过宪政实践和政治社会化，违宪审查制度在世界各国逐步扩散，并在发达的民主国家（如美国）赢得了民众的散步性支持（对政治体系的善意情感——广泛的认同、信仰、忠诚和服从，并构成一个支持蓄积，使民众承认或容忍那些与其利益相悖的政策输出）<sup>④</sup>，有力地维护了民主制的稳定，这是与西方独特的政治文化土壤分不开的。

① 亚当斯：《生产与著作》卷三，第448—464页。

② 焦论：《司法审查制度溯源》，《南京社会科学》2002年第1期。

③ 同上。

④ 胡伟：《合法性问题研究：政治学研究的新视野》，《政治学研究》1996年第1期。

政治在本质上是人们公共生活的安排方式，体现着人与人之间的关系。西方人对人及人性的独特理解，必然导致对政治的独特理解。

### （一）人性观、权力观和政府观

西方的人性观以美国联邦党人的人性观为代表。联邦党人接受了霍布斯、苏格兰启蒙学派的人性恶的观点，对人性的看法一般都比较悲观。苏格兰启蒙思想具有浓厚的“幽暗意识”，这种意识表示对上帝地位的尊崇以及对人作为罪恶之来源的警觉<sup>①</sup>。由于假定人是原罪的，在本质上是存在缺陷的；人不是理性的动物，人性是不能自我完善、臻于完美的，那么人人都有犯错误的可能，每个人身上都潜藏着犯罪的“基因”，“人类总是难以抵御他可以立即享受到的各种利益的诱惑，这种缺点是人性所固有的，所以我们知道它总是伴随着一切人的；不论他们的身份和地位怎样；而且我们所选举为统治者的那些人们也并不因为他们有了较高的权力和权威，而在本性方面立刻变得高于其它人。”<sup>②</sup> 所以，人世间不可能有完人，对任何人在人性上都不能完全信任，对于任何人的恶性都要给予高度的警惕<sup>③</sup>。

不仅个体的人性不可信任，而且群体的人性也同样不容乐观。因为人一旦形成群体，会发生某种变异。社会心理学的研究成果表明，群体的感情易冲动、变化、急躁；易受暗示和轻信，容易被人操纵；偏执、专横和保守，而且群体的道德水平低下，易走极端。可见，群体并不具备处理政治事务的判断力<sup>④</sup>。

议会就是一种群体，而且是异质性群体（由各种特点、职业、智力水平的个人组成的）。在议会中，可以看到上述群体的一般特征。然而，由于议会构成的特殊性，它还具有一些不同于一般群体的特点。首先，容易出现意见的简单化。议会中的党派倾向于根据最简单的抽象原则和普遍规律来解决最复杂的社会问题。而原则因党派不同而各有不同，各党派都固守自己的党派原则，导致议会代表着各种极端意见。其次，在一般性问

① 刘军宁：《善恶两种政治观与国家能力》，《读书》1994年第5期，第56页。

② 休谟：《人性论》下册，商务印书馆1980年版，第592—593页。

③ 张星久：《从人的观念看中西法律传统的差异》，《法商研究》1999年第1期。

④ 古斯塔夫·勒庞：《乌合之众——大众心理研究》，中央编译出版社2000年版，第25—43页。

题上容易受来自享有名望的领袖的暗示，常常议而不决；而在地方性问题上，受选民选票的左右，议员们却都持有牢固而无法动摇的意见。可见，对议会也不能予以完全信任<sup>①</sup>。

既然群体的或个体的人性都不可靠，而具有侵犯性和强制性的权力一旦被群体的或个体的人所掌握，就难免要被用来作恶。而政府（议会、总统等）就是恶的人与恶的权力的结合，因此，在所有人类的组织中，政府的作恶能力最强，因为它垄断了强制权及实施这种强制权所需的政治工具。所以，只有政府，才能作出大恶。因而，要防止大恶就要对政府的权力及其运用施加最有效的控制，民主、法治、分权制衡被证明是从制度上防范大恶的最佳手段<sup>②</sup>。最高法院的违宪审查权就是基于对国会、总统等政府机构的不信任和怀疑，对其进行约束和限制的具体制度。

虽然政府最有可能为恶，但政府又是必要的恶。因为“如果人都是天使，就不需要任何政府了；如果是天使统治人，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了”<sup>③</sup>。可见，英美政治观是一种“恶”的政治观，主张防恶政治，在心态上较为收敛、消极，讲究实际，注重设防的艺术<sup>④</sup>。

## （二）民主价值观、运作论和国家能力观

基于西方对人的理解，其价值观也极具特色：以个体为本位，信奉个人主义。个人主义的内涵主要包括：独立的个人是社会的本源；个人是社会的终极价值；个人与他人、社会之间的界限；所有的人都是平等的；个人对自己的行为负责；自治自律的人格、自组织行为、对抽象的公共权威的服从。在政治哲学上，个人主义者将社会视为“许多个人一起运作”以改进他们各自和集体的幸福的架构；而国家则是组织化的社会形式，是借用法律来“保护个人自由”的工具，保护个人能在不侵犯他人同等自由的情况下做任何他想做的事情。因此，个人主义通常倾向于提倡保护或

<sup>①</sup> 古斯塔夫·勒庞：《乌合之众——大众心理研究》，中央编译出版社2000年版，第25—43页。

<sup>②</sup> 刘军宁：《共和民主宪政》，上海三联书店1998年版，第7页。

<sup>③</sup> 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆1994年版，第264页。

<sup>④</sup> 刘军宁：《共和民主宪政》，上海三联书店1998年版，第2页。

保障个人自由的法律，但反对将个人自由置于集体之下的法律<sup>①</sup>。

在政治社会中，个人价值的实现依赖个人自由得到切实的保障，即不能因为“普遍的、公共的善”而牺牲个人自由。强调个人权利对公共利益者优先性，从理论上排除了借用“公意”等整体之名压制个体的托词。面对拥有强制力的国家权力，个人权利的保护必须遵循两条途径：一条是要以法律和制度来制约公共权力；另一条是要维护国家与公民社会之间的界限，防止政治对社会的彻底侵蚀，防止个人生活领域的彻底政治化。公来自每个人的私，公私之间有明确的法律界限。违宪审查权不仅是政府内部的制衡手段，而且是公民从外部控制政府、制约公共权力、保障个人权利的重要手段。

这种个体本位意识倾向于把法治看做民主运作论的有效原则，无论多数还是少数都应受到制约，以保护公民权利和公民自由。多数并不具备处理政治事务的判断能力，少数领导人物和专家等也应被给予明智的怀疑。既然掌权者都可能滥用权力，就必须寻求制度的规范与约束。只有实行法治，才能从真正意义上把人性观、民主价值观（主权在民、有限政府、分权制衡等）落到实处，成为一种制度。

法治首先是防止任意误用权力的宪法保障，宪法是一国政治生活中各方利益代表参与制定的游戏规则。宪政就是宪法政治，它指的是一系列政治价值和期望，反映着人们希望通过建立制约政府权力的内外机制来保护自由的愿望<sup>②</sup>。政府的作用就是执行游戏规则（国家的意志），就像裁判根据周知的规则主持竞赛而自己不得参加一样。政府在执行规则时要受到游戏规则的约束，在影响的范围上也要受到限制。这样民众才能根据自己的意愿进行思考和行动，按照自己的意图选择合适的生活方式，其自由才能得到保障。

个人自由意味着国家的撤退和政治权威的减弱<sup>③</sup>。波普尔认为：“国家尽管是必要的，但却必定是一种始终存在的危险或一种罪恶。因为，如果国家要履行它的职能，那它不管怎样必定拥有比个别国民或公众团体更

① <http://baike.baidu.com/view/56096.htm>, <http://baike.baidu.com/view/56096.htm>.

② 海伍德：《政治学核心概念》，天津人民出版社2008年版，第154页。

③ 同上书，第161页。

大的力量；虽然我们可以设计各种制度，以使这些权力被滥用的危险降低到最低限度，但我们决不可以根绝这种危险。相反，似乎大多数人都将不得不为得到国家的保护而付出代价，不仅以纳税的形式，甚至还以蒙受耻辱的形式。”<sup>①</sup> 所以，如无必要，它的权力不仅不应增加，而且要用“自由主义的剃刀”把多余的权力剃掉。要使国家有所作为的最好办法就是对国家的权力和能力加以必要的限制。没有限制的权力必然要导致对权力的滥用，从而败坏了国家的能力。这种“防恶”的政治观看似眼光极低，没有理想蓝图，但却务实可行<sup>②</sup>。

### 第三节 “违宪审查与民主是否相容”的理论争议

违宪审查与民主是否相容的问题，一直是违宪审查制度建立以来的核心理论问题，也一直是西方违宪审查理论争论的焦点问题。分权制衡、司法独立、法治宪治、违宪审查等原则，都与民主之间存在着紧张、冲突的一面：一方面，代议制共和国的宪法宣称国家权力的最终归属在于全体人民，立法机关与行政机关由人民通过选举代表组成，它们受人民的委托执掌国家权力；另一方面，法院并非由人民选举产生的法官组成，而它却可以通过宪法解释来宣告立法机关通过的法律或行政机关颁布的法令为违宪，进而对政治过程作最终的判断。分权原则的精神应是任何一个机关都不拥有对法案的最终决定权，而法院的违宪审查权是否意味着司法机关掌握了整个国家最终的权力？“政治上无责任的非民选的法官何以能随意否决民选的、最终对选民负政治责任的立法机关与政府首脑的行为？”违宪审查存在深刻的“反民主困境”，也被认为是“违宪审查制度的最大悖论”，这是研究违宪审查不容回避的问题。在这一问题上，有两种针锋相对的主张：认为“非民选的法官宣布民选的国家机关的行为为无效”、法官造法与多数统治的民主原则相一致的，称为相容论；反之，则称为不相容论。

<sup>①</sup> 卡尔·波普：《猜想与反驳》，上海译文出版社1986年版，第489页。

<sup>②</sup> 刘军宁：《善恶两种政治观与国家能力》，《读书》1994年第5期。

### 一 违宪审查与民主相容论

有些学者认为，违宪审查和民主并不矛盾，两者是相容的。实质的民主是提高制度和程序实现多数统治和对少数的保护。法院运用违宪审查既要尽力保护个人权利，又要谨慎地承认多数统治的合法权利，以求得在多数与少数的两难中实现平衡。持这种观点的学者以德沃金（Dworkin）、普斯特（Post）、帕斯奎诺（Pasquino）、布雷尔（Breyer）、侯艾克（Ho-ecke）为代表，他们主张法院主动运用违宪审查权，积极参与政策的制定，进而推动民主的发展。

德沃金认为，法院的违宪审查是少数和弱势群体维护自身权益的制度保障，并对司法克制主义进行了批判。司法克制主义认为，公民在他们所享有的法定权利之外确实还有抵抗和反对国家的道德权利。但是，在决定公民的抵抗权问题上，一个民主产生的机构可能比法院更合理。如果由法院来决定，无疑是让司法权侵占了立法权、行政权的领域<sup>①</sup>。德沃金认为，这些主张都是不成立的。首先，民选的代议机关很容易受到多数政治压力的影响，所以，对那些政治上属于少数的团体的权利保护，立法机构就不是一种最安全的机构。而宪法是少数人反对多数人决定、保护自身自由的工具，所以宪法问题，“从公平的角度来说，是不应该留给大多数人去决定的问题”<sup>②</sup>。宪法问题通过联邦最高法院这个平台，在日常生活中分量最弱的少数的分量得到了显著提高。其次，如果法院不能对宪法问题作出合理的回答，那么民主机构也不能。因为民主的运作比司法的运作要随意得多，“它就像一条河在流向大海的过程中形成自己的河床一样形成制约和妥协”<sup>③</sup>。民主的决定往往是一种妥协的决定，妥协的决定往往不是合理的决定。因此，德沃金认为，宪法赋予公民一种“反对国家的道德权利”，为法官以一种较为自由的方式去解释宪法提供了理论依据；而且宪法的弹性和模糊性也被认为是制宪者故意选择的，其目的也在于借助法官的较为自由的解释去维护个人的自由。他主张实行“司法能动主义”，让法院拥有更大的发挥自由裁量的空间，切实地保护公民

① 汪新胜：《美国司法审查制度研究》，硕士学位论文，武汉大学，2005年5月。

② Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire*. Fontana Paperbacks, 1986, p. 191.

③ *Ibid.*, p. 194.

权利。

普斯特(1998)从宪政与民主的内在张力的角度,阐述了法官在宪政与民主的张力中所扮演的角色。他指出,法官的决定虽然经常不同于大众的观点,但是,其决定在某种程度上却可能是民主的,因为法官作出司法判断是依据我们所认同的宪法和法律。宪法和法律是公意的体现、民主的成果<sup>①</sup>。帕斯奎诺(1998)也认为,违宪审查体现了民主理论。他在考察了美国早期违宪审查出现的一些原因和欧洲国家(主要是意大利和法国)违宪审查的不同形式之后,认为不应当把最高权力赋予违宪审查(或行使宪法控制)的机构,但是,违宪审查能最终保证政治的绝对多数控制立法多数,这也体现了实质的民主而不仅仅是形式的民主<sup>②</sup>。

也有人认为,美国法院是不民主的、主观的和不切实际的。布雷尔(2000)从一位法官法律实践的视角,针对有些学者批评法院是不民主的,提出了意见和范例,对其进行了一一批驳,认为独立的司法有助于帮助公民和立法者养成保护自由的习惯,还有助于保护基于习惯和预期之上的力量——当法院面对法律违反了宪法条款时,法院可以说不。违宪审查是与多数民主相协调的。

布雷尔认为,实质的民主包括许多反多数的制度和程序。所有政府要获得灵活性,应当涉及委托权力的行使来使反民主(其核心问题是为什么民主——基于代议和责任基础上的政治体系应当把最终的、极其重要的决策权委托给非民选的、独立的、不受公众舆论直接影响的几名法官?)变得狭义。权力一旦被委托,制定的法律不必反映具体选民的观点,实施协议、规则和行政裁定也不必反映具体立法机关的观点。民主也赋予法官权威。作为法官,谁想根据大众的投票来宣判一个被指控犯有谋杀罪的人?也没人愿意提倡民法体系经常变动以反映大多数的观点,因为那样,法律会缺少任何政府形式所要求的稳定性。

宪法与民主有很多相容或者相协调之处,它们提供特殊的保护不受大

<sup>①</sup> Robert Post, Democracy, Popular Sovereignty and Judicial Review. *California Law Review*, Vol. 86, 1998. Pasquale Pasquino, Constitutional Adjudication and Democracy Comparative Perspectives: USA, France, Italy, *Ratio Juris*, Vol. 11, No. 1, March 1998 (38-50).

<sup>②</sup> Pasquale Pasquino, Constitutional Adjudication and Democracy Comparative Perspectives: USA, France, Italy, *Ratio Juris*, Vol. 11, No. 1, March 1998 (38-50).



众意愿的影响。无论如何，我们体系不允许立法优越（除非通过宪法修正案）。首先，很多（并非全部）宪法保护的基本权利是成功的民主政府体系的重要的先决条件，保证思想自由，比如通过使公民表达最离奇的观点，来保证选民进行民主选择的机会；诸多“平等保护”的保证意味着政府没有必要不适当地认为一个人的声音比另一个人的声音更重要；另一些人认为，美国宪法把权力配置给不同的政府单元，要求一名仲裁者（如法院）来防止越权（overreaching）；还有些人认为，民主不仅是多数统治，而且还要保护少数权利，就如同防止醉汉挣脱了醒者的意志一样。一旦20世纪的政府不能承受大众对少数的暴政和放弃民主的要求，违宪审查就成为一种制度的压载器，有助于如今许多民族所享受的这种民主的平衡和稳定。

侯艾克（2001）则从协商民主、社会认同的角度探讨了对立法的违宪审查的合法性问题。他认为，违宪审查的合法化不仅是一个道德问题，而且应该更多地看做是社会认同问题。他强调司法裁定的合法化应当适当地从循环的角度检视，这样立法者和法官之间的关系就不能归结为被民主选举的人绝对优越于运用法律的人。相反，法律是经常在法律实践中被制定、调适和发展的，法律决定基本上是通过几个协商的交流过程合法化的。一般来说，这些协商的过程赋予了违宪审查和司法积极主义以合法性。因此，决定法律的含义是一种集体努力，不能认为是哪一方，抑或是最高法院、宪法法院或是议会制定了法律，认为法律的内容完全由立法机关决定或甚至认为由立法机关决定再合适不过的想法无疑是天真的。协商民主的重要性不仅体现在法律的正当性和合法性层面上，而且也体现在决定法律内容的层面上。

协商民主并不只是试图使遭遇某些“民主赤字”的司法权获得某种程度的合法性的问题，法律实践的方式就像持续的协商社区一样，通过建议、讨论、精心制作和最后接受一些新的法律概念、新的规则、新的原则、新的解释和新的理论，与通过委托获得形式合法性的立法相比，显示出它在质上提供了一个附加值。它证实了瑞纳·福斯特（Rainer Forst）对迈克尔·桑德尔（Michael Sandel）的引用是正确的：“当政治运作良好时，我们可以知道我们独自不能知道的共同的善。”不容否认的是，在短期内看，可能会出现一些“错误”的决定，可能会发生一些“事故”，但

从长远来看，这种协商式立法证实会制定出更好的法律。

## 二 违宪审查与民主不相容论

也有学者认为，违宪审查是与多数相反的力量，与民主不相容；是“长在本来应该受到尊敬的民主之树上的不民主的枝丫”<sup>①</sup>，应当被锯掉。他们认为，非民选的、终身任职的法官在政治上是无责任的。法官不受制于选举的控制，人民不能因为法官做了某种不合理的判决而罢免他们。与此相反，议会和总统乃是民选产生的，有固定的任期，人民对其不满可以在下一次选举中拒绝支持他们。与法院相比，议会和总统更能对选民负责。对于宪法实施中产生的各种问题交由法院这一不具政治责任的机关有违民主原则。因此，要么不将宪法的最终解释权给予法官，要么法官在解释宪法时必须遵守极为严格的限制，只作“裁判”，而不作价值“判断”<sup>②</sup>。因此，他们主张，对立法和行政机关的政策决定，法院应表现出最大限度的谦让与敬意，不应当将其观点强加给政府的其他部门。也就是说，法院运用违宪审查权应保持克制。这方面的代表人物有罗伯特·耶茨（Robert Yates）、吉布森（Gibson）、艾尔德（Alder）、马可·图斯奈特（Mark Tushnet）、格雷格里亚（Graglia）等。

罗伯特·耶茨认为，违宪审查是不民主的。首先，最高法院在行使违宪审查权时被授权解释宪法的意义，这种解释不仅依据文字的自然和明显的意义，还要根据宪法的精神和意图来解释。在行使该项权力时，最高法院的法官可以依据他们对宪法的解释，宣布立法机关的法律无效。但是，对于最高法院的宪法解释权，却没有什麼权力能够加以更改和废除。司法权使法官能把政府塑造成他们想要的几乎任何形状<sup>③</sup>。其次，更为可怕的是，最高法院既不对人民负责，又不对人民代表组成的立法机关负责。在三权分立的架构中，法院不是民选机构，不直接对公众负责，司法权如涉及裁判权以外的政治权力显然缺乏民主基础。而且，法院是承担判断任务的，对广泛而复杂的社会问题、政治问题作出裁决，需要法律以外

<sup>①</sup> Albert P. Melone and George Mace, *Judicial Review and American Democracy*. Iowa State University Press, p. 210.

<sup>②</sup> 易倩：《浅议司法审查与民主的关系》，《金卡工程》2010年第10期。

<sup>③</sup> Albert P. Melone and George Mace, *Judicial Review and American Democracy*. Iowa State University Press, p. 190.

的其他专业知识解决，并非法院的专长。根据美国宪法，法官只要行为端正，就有职位和薪水的保障，没有权力可以将他们解职，他们也不受立法机关的法律的控制。总之，他们独立于人民，独立于立法机关，独立于天底下每一种权力。因此，他认为应该把宪法的解释权授予立法机关，这样，如果立法机关对宪法的解释与人民的理解相反，在选举立法者时，人民就可以将他们解职，从而维护自己的权益<sup>①</sup>。

1825年，美国宾夕法尼亚州大法官吉布森在埃金诉劳布（Eakin v. Raab）一案中曾对违宪审查的合法性发表过不同意见。吉布森认为，司法机关能够修改立法、纠正立法机关的错误，无疑是篡夺立法机关的权力，而这是缺乏宪法依据的。他还指出，违宪审查权是由选拔出来的法官行使的，而法律却是人民选举产生的人民代表制定的，由非民选的机构或人员审查民选机关制定的法律，是不符合人民主权原则的<sup>②</sup>。英国的布莱克斯通爵士也认为，主权和立法权是互为转换的事物，司法机关的权限在于解释法律，而不是审查法律授予者的权威，如果不承认法律授予者的权威，就无法理解法律与宪法的冲突。林肯对美国联邦最高法院的违宪审查也表现出了类似的忧虑，他在第一次总统就职典礼上提醒人民：“正直的公民必须承认，如果影响全体人民的政府决策最终要由最高法院来决定，那么一旦他们作出裁决，在普通诉讼中，人民就不再是他们自己的主人。”<sup>③</sup>

吉布森在上面提到的同一案件中还对违宪审查的合理性提出了三点不同意见。第一，如果说可以由司法机关来审查什么是合宪的法律，那么，违宪审查权有无限度，限度在哪里？不能说法官有权下令重新举行大选或审查立法机关组成人员的资格。第二，如果说司法机关有权解释宪法，那么立法机关也有权解释宪法，因为立法机关不解释宪法就不可能立法。当我们认为立法机关存在错误解释宪法的可能性时，就不应该忽视司法机关

<sup>①</sup> Albert P. Melone and George Mace, *Judicial Review and American Democracy*. Iowa State University Press, p. 190.

<sup>②</sup> 李忠：《宪法监督论》，社会科学文献出版社1999年版，第35页。转引自Edward L. Barrett, Jr. and William Cohen, *Constitutional Law, Cases and Materials*. Mineola, New York, The Foundation Press, Inc., p. 34.

<sup>③</sup> *Ibid.*, p. 36.

同样存在错误解释宪法的可能性。如果承认这一点，就不能要求立法机关听从于司法机关的裁决。第三，吉布森指出，马歇尔法官认为法官就任时宣誓效忠宪法，因此法官只能适用宪法，这一理由是不充分的。法官宣誓效忠宪法，仅限于与其职责相关的部分。如果宪法赋予他的职权不包括对立法的审查，那么他对宪法的效忠也就不包括这一内容<sup>①</sup>。日本有的学者也对违宪审查的合理性提出下述看法：法院不适于行使这样强大的权力；法官判决存在党派意识危险；如果法官趋于保守，可能阻碍进步立法；从诉讼的偶然性因素出发推翻国会立法，缺少合理的依据；如果最高法院15人的判断（有时以8:7通过），把几百人的国会立法宣布为无效，不仅不合理，而且有损于立法权力<sup>②</sup>。

另外，违宪审查的作用也值得质疑。传统理论认为，遵循先例原则、历史解释原则以及司法自我约束主义能够有效地约束法官实际拥有的权力，以发挥其维护宪法权威和尊严的作用。事实上，法官在声称依据宪法和法律进行裁决的同时，往往掺杂并固守着那些宪法和法律无法提供的道德、哲学和社会观念，而置发展了的或尚处于变化之中的社会现实于不顾。因此，有的学者把司法专横和阻碍社会进步的标签贴在了违宪审查的头上，正如爱德华·朗贝尔在《法官治理》中所强调的那样<sup>③</sup>。从美国内战前夕的德雷德·斯科特诉桑德福案（*Dred Scott v. Sandford*）<sup>④</sup>、1918年哈默诉达格哈特案（*Hammer v. Dagehart*），即著名的童工案<sup>⑤</sup>、1935年谢克特家禽公司诉合众国案（*Schechter v. United States*）<sup>⑥</sup>和1936年合众国诉巴特勒案（*United States v. Butter*）<sup>⑦</sup>等案中，都可以看到联邦最高法院

① 李忠：《宪法监督论》，社会科学文献出版社1999年版，第36页。

② 参见董璠舆《日本国宪法的司法审查制》，载《宪法与改革》，第500—501页。

③ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats - Unis: L'expérience américaine de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris: Giard, 1921.

④ 在此案中，联邦最高法院维护并扩展了南方的蓄奴制度。它宣布1820年国会通过的密苏里妥协案无效，加速了美国内战的爆发。

⑤ 在此案中，最高法院宣布国会于1916年颁布的旨在禁止雇用童工而不许在州际间对童工制造的产品进行货运的《童工法》违宪，实际上听任雇主对童工的残酷剥削，受到社会舆论的严厉谴责。

⑥ 在此案中，最高法院宣布罗斯福新政的重要法律文件《工业复兴法》违宪无效。

⑦ 在此案中，最高法院宣布罗斯福新政的另一项重要法律文件《农业调整法》违宪无效。

法官的保守专横和阻滞社会进步的影子。

美国当代批判法学派代表人物乔治敦大学的法学教授马可·图斯奈特对违宪审查模式的公正性持有异议。他认为：首先，司法解释不具有决定性。宪法是历史的产物。法官解释宪法必须通过深厚、广博的历史知识，充分发掘立宪意图，以此为据解决问题。也就是说，法官是没有认知能力解释宪法的。但历史即便对历史学家来说也是模糊不清的。另外，法官要研究立宪者的原初意图也是不可能的。立宪者的意图并不仅仅建立在对历史人物思想的个别信念和目标的确认之上，而是建立在对一个历史时期广泛的社会矛盾与冲突的理解之上，这远非法官能力所及。因此，法官的司法解释和裁决缺乏可靠的基础<sup>①</sup>。

其次，司法活动不具有中立性。法官在政治保持中立是符合现代代议制民主的限权精神的，也是美国现实的民主制度的需要——需要它在各种政治势力的争执和冲突中保持中立。中立性原则要求法官判决不偏不倚、前后一致。但翻开最高法院的判例汇编，遵循先例原则已赫然面目全非，对同一个问题的处理往往可以找到截然不同的处理办法。可见，司法活动并不是一个客观、中立的过程，而是一个法官选择与操纵的过程<sup>②</sup>。

最后，司法活动对政府存有依附性。20世纪70年代，美国联邦最高法院出现了一种“结构审查”，即法院并不对争议问题进行实质性审查，判断合宪性的标准只是“结构性”的：谁决策和如何决策。这种制度不但不能阻止政府的某些行为，反而起了使其合法化的保护作用。因为法官们在决定何种程序是正当的时候，常常以来自行政部门的专家意见为依据，这就难以保证审查的公正性<sup>③</sup>。

毕克尔（Bickel）在其名著《最少危险的部门》中写道：违宪审查权是一种在关键时刻违背立法多数的意愿运用和解释宪法的权力，而立法多数则无力影响司法裁定。艾尔德（1997）认为，政治体系的根本性难题在于违宪审查是一种与多数相反的力量，并对毕克尔的观点进行了批驳，

<sup>①</sup> Mark Tushnet, "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles", in *Critical Legal Studies* (Allan C. Hutchinson ed.), Rowman and Littlefield Publishers, Inc., p. 164, 1989.

<sup>②</sup> Ibid. .

<sup>③</sup> Ibid. .

认为在现代行政主导的国家需要司法保持克制，法院应当尽力避免与政府的其他部门发生冲突<sup>①</sup>。

格雷格里亚（2000）也认为，政府是危险的，有必要把政府的危险尽可能地减少。他在《让民主恢复生机》（*Revitalizing Democracy*）一文中写道，司法权（特别是违宪审查权）是政治制度中最不民主和反民主的，应当寻求一些限制司法权的手段，否则就不能言及修复民主（*rivitalizing democracy*）。第一，法院决定社会政策领域最基本的问题、事关我们社会的性质和文明质量的问题，范围过宽，权力过大。因为过去四五十年国内社会政策基本问题的任何改变不是源自州或联邦立法，而是来自最高法院。法院可以决定整个民族的生死问题，如堕胎；性道德问题，如避孕、色情、同性恋；公共秩序问题，如街头集会等。法官担负的权力似乎没有明晰的界线。法官已经有效地利用《宪法》第十四条修正案，使得第十四条修正案成为可以注入任何意思的一条空壳，把它变成无限的制定政策的权力，赋予自己在任何问题上作最终裁决的权力。基于宪法规定也可以作任意解释的违宪审查，简直就是法官政府。一个建立在代议制政府基础上的联邦制国家已经堕落成为由非民选的、终身任职的9名法官委员会的多数票来决定的政府体系，这些法官一般以解释宪法的名义（借口）对整个国家发布指示。

第二，对政府这一奇怪制度的修复办法就是把第十四条修正案恢复到原状，限制其意义或者给出其他确定的意义。更重要的是，可以把对大多数问题的基本决策权交给对民主和联邦主义作出巨大贡献的州立法机关。近五十年的经验表明，非选举的9名不负责任的法官对基于宪法的各州联合所形成的代议制体系来讲，不是一种改进，而是一种分裂。唯一可行的方式是使权力更民主——让权力直接由大众控制。在美国制度中有三种方式可以使这种制度更民主：下放政策制定的权力、采纳直接民主的措施和限制法官制定政策的权力。其中，第三种方式最为重要<sup>②</sup>。

<sup>①</sup> Alder Matthew D, *Judicial Restraint in the Administrative State: Beyond the Countermajoritarian Difficulty*. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 145, Issue 4.

<sup>②</sup> Lino A. Graglia, *Revitalizing Democracy*. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 24, 2001.

第三，司法权过大的根源不在于违宪审查，而在于司法积极主义。司法积极主义的补救措施是任命愿意把自己限制在司法解释的功能之中而不是改写宪法的法官。建议取消违宪审查，在州层面进行实验。如今州对整个福利能作的最大贡献就是废除违宪审查，因此至少可以提供初始的论证：没有不负责任的法官的监督和引导，美国也可能保持一个能自生自发的社会（viable society）。

### 三 司法解释的民主性问题

从某种意义上说，法院进行违宪审查的过程就是解释宪法和法律的过程。法院的职责就是解释宪法和法律文件。如果宪法文本应该适用于个案情形是简单明确的，法院的义务就是给予文本的规定以现实的效力；当宪法文本的效力不确定时（比如，当面对“法律的正当程序”、“法律的平等保护”等宏大语词时），对宪法意图的训练有素的探寻就变得重要起来<sup>①</sup>。

然而，“意图”本身就是一个适用于不可预见之未来情形的模糊概念，而意图的证据也经常面临相互冲突的解释。为了保持司法解释的相对稳定性，维护司法的权威性，遵循先例原则逐渐发展起来。当文本与意图都无法提供答案时，适用英美普通法的方法就变成一种常规。法院应该受到严格的规则与先例的约束，后者在每一个法院面前的个案中可以定义与指示法院的义务。如果未来案件的事实在所有主要方面都与先前案例一致，那么法官必须作出同样的判决。而且，后来的判决都必须与支持先例的推理相协调，或者在逻辑上必须是支持先例的。随着时间的推移，围绕一个特定议题的一组先例逐渐积累，法官们开始有可能通过科学的归纳法推出一个更为广泛的原则，随后即可以通过演绎推理再将这一原则用于新的个案。一个连续的法律体因此得以累积而成，它能够持续的生长以适应新的情形。运用先例原则意味着法律平等地适用于所有个人的一般性的原则，这是与民主的要求一致的。

然而，时代在不断变迁，社会政治经济环境在不断变化，法律要想满足人类的需要，又不可能是一成不变的。20世纪60年代中期，德国出现的“法学解释学”传到美国，到20世纪80年代引起了“解释学转折”。

<sup>①</sup> 考克斯：《法院与宪法》，北京大学出版社2006年版，第69页。

这种思潮更换了现代法律体系中的文本、作者和读者的位置，相对弱化了作者的权威，反过来突出了作为制作和解释的对象——文本——本身。它设定文本与文本之间存在着一种不以作者意志为转移的“客观性结构”。读者可以根据自己的主观价值判断解释文本（读者与文本之间存在着一种生动活泼的相互作用），但是，解释的自由度始终受到目的或者纪律性规则以及“解释的共同体”等框架的限制<sup>①</sup>。加拿大魁北克高级法院首席法官德辛纳斯（Jules Deschenes）认为，法官不可能脱离其生活的环境，他们必须时刻体察社会的脉搏，以便能够通过塑造法律来应对时代的需要<sup>②</sup>。现实生活需要法官因应不断变化的环境对宪法条文的创造性解释，不能“刻舟求剑”似的适用先例和法律。但是，法官的创造性也不是无拘无束的，必须遵守基本原则和价值。美国大法官卡多佐（Cardozo）认为，法官在解释法律时，没有绝对的自由，他说：“法官即便是自由时，也不是完全自由。他不能随意创新，他不是一个人游侠，为追寻自己理想中的美或善而尽情漫游。他应当从神圣的原则中获取灵感。”<sup>③</sup>德沃金把法律解释比喻为艺术解释，艺术解释是把作品与作者区分开，对作品本身的目的而不是作者的目的进行推论或者说建设性解释。他提出了法的统合性观点，即在过去的政治决定的积累和由此推导出来的权利义务之间都保持特殊的一致性的整体结构。德沃金相信，即使在法律文本有欠缺或者不明确的场合，其背后仍然存在着具有整合性的法律秩序<sup>④</sup>。

综合看来，法院根据宪法和法律来决策的义务总是呈现出一种“不变与变”之间的二律背反：一方面，法院必须通过援引一种尊严的连续感来保持其正当性和法治的理想；另一方面，它还必须发现当前时代的主导要求和目标的某些成分。通过审慎地遵守法律推理的纪律，伟大的大法官能够最小化那种把个人价值与偏好写入宪法决策的危险，同时表明：法

① 季卫东：《法律秩序的建构》，中国政法大学出版社2000年版，第99—100页。

② 赵保庆：《行政行为司法审查与民主的相容性》，《中国社会科学院研究生院学报》2002年第3期。转引自Morris Manning, *Rights, Freedom and the Courts. A Practical Analysis of Constitution Law*, 1982.

③ 同上。

④ 季卫东：《法律秩序的建构》，中国政法大学出版社2000年版，第100—103页。



院有时必须制定新法律是与古老的传统基本理想联系在一起的，并因此获得了源自尊严过去的权威<sup>①</sup>。但有时，法官为保护少数自由，解释法律时可能与议会中的多数人的立法目的不合拍，或者在一个阶段违背了社会中的大多数人的意愿，这样就导致对议会权力或人民的意志的限制。但为了少数派的利益或者为了保障个人的自由，对多数的权力加以约束乃是宪政的精髓<sup>②</sup>。宪政的实质就是秉持宪法的原则和精神，通过制约多数权力的内外机制来保护自由。

针对有人对法院裁决违反多数人意见的批评，加拿大学者斯特拉耶（Strayer）认为，违宪审查也许会产生一些暂时不能得到大众支持的结果，但是，经验证明，议会也不能总是顺乎公众的意愿，议员的当选由于各种原因也往往只有少数人选举他们，即便是议会中的多数真正是由多数选民选举的，在他们任职期间，也难以保障他们的决策都会得到多数选民的拥护。因此，民主社会的重要决策并不总能反映多数人的观点。违宪审查长期以来都得到公众的默许，对民主并无害处。法官不应当随政治舆论的日常变化而随波逐流，而应当捍卫宪法和法律中持久的原则。更为重要的是，法院对官员和机关的行为进行审查，以确保他们符合大众和立法机关意欲得到遵守的宪法规则，不仅是对大众的支持，也是对其选举的代表的支持。他认为，如果真正的民主并不是把一切决定都交由多数作出，如果最民主的社会就是个人能最大限度地为自己作决定的社会的话，那么，保障公民的权利自由不受政府侵犯的违宪审查不但不与民主背道而驰，相反是对民主的最大支持<sup>③</sup>。

随着违宪审查制度表现出巨大的制度优越性和对宪政民主的积极作用，赞同违宪审查的观点逐步占了上风。违宪审查是由非民选的法官审查民选的立法和行政机构的行为的合宪性，显然它与民主存在着紧张。但是，在民主体系中引入违宪审查这一似乎反民主的机制，可以使民主与宪政之间保持一定的张力，以防民主滑向多数的暴政，坠入专制的深渊。因

① 考克斯：《法院与宪法》，北京大学出版社2006年版，第71页。

② 赵保庆：《行政行为司法审查与民主的相容性》，《中国社会科学院研究生院学报》2002年第3期。

③ 同上。转引自 Barry L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*. Butterworths, 1983, pp. 52 - 55。

为实质的民主或宪政既要遵循多数统治的原则，又要尽力保护少数的权利。民主需要对立面，实质的民主（宪政）包含许多反多数的制度和程序。因而，西方学者们大多都认为违宪审查是不民主的，或者是反民主的，但却是与民主相容的，是宪政或实质民主不可或缺的组成部分。

#### 第四节 违宪审查与民主的相容性研究 ——以美国为例

在美国，违宪审查是指司法机关审查立法机关制定的法律是否符合宪法，以及行政机关的行为是否符合宪法及法律。现代意义上的民主（即代议制民主）的基本内涵是既要多数统治，又要保护少数。众所周知，1787年美国宪法并未明确授予联邦法院以违宪审查权，违宪审查正式确立于1803年马歇尔大法官在马伯里诉麦迪逊案中的判决。由于违宪审查的诞生缺少宪法的明文依据，显得合法性不足，因此违宪审查与民主是否相容的问题一直是西方违宪审查理论争论的焦点问题。但是争论归争论，现实归现实。违宪审查从1803年正式确立到现在已历经两百多年的沧桑，非但没有被取消，反而在美国的政治、经济和社会生活中发挥出越来越重要的作用，这本身就足以说明违宪审查在美国有其存在的现实合理性，与民主是相容的。否则，我们便无法理解美国民主制下已经运行了两百多年的违宪审查制度了。既然违宪审查与民主是相容的，那么它和民主到底是什么样的关系？两者之间有什么内在的逻辑联系？带着这些问题，本书将从民主的结构、价值、理论和过程四个层面逐一考察，以期找出答案。

##### 一 民主结构的内在规定

从宪法及宪法所框定的民主结构上来看，1787年，“制宪会议为照顾到各个方面的权益，就许多重大问题在不同的阶级、集团和地区之间实现了妥协”<sup>①</sup>。显然，美国宪法是各种相互冲突的政治力量斗争、妥协的结果。开国先父们为了平衡各种相互冲突的权益，防止国家权力被某一方垄断而致专横，在政治结构的设计中注重权力的分立，尤为注重使各种权力

<sup>①</sup> 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第68页。

(政府与公民、联邦与州、联邦政府三部门)之间保持必要的内部张力,互相牵制与平衡,从而使冲突的双方发生良性的互动,以维护民主制的稳定。

虽然1787年宪法对国家(政府)权力与公民权利、联邦政府权力与州政府权力、联邦政府内部三部门之间的权力作了初步的界定和划分,但是,我们首先应该注意到,该宪法对上述权力的界分都只是原则性的,不甚分明。其次,我们还应该注意到,这三对权力是在不断扩大的。因为社会权利总量与生产力发展呈正相关,是不断递增的<sup>①</sup>。作为社会权利总量的主要构成部分——国家权力和公民权利——的总量势必也相应增长。既然国家权力总量在不断增长,那么构成国家(政府)权力的要素——联邦权力与州权、立法权、行政权与司法权也在不断扩大。与此同时,公民权利也在逐渐扩大。

随着时代的发展,社会经济关系的日益复杂,社会权利总量的与日俱增,原先由宪法划定的三大权力界限不断位移,使得原本就不甚明晰的权力界限更显模糊。客观环境是在不断变化的,变化了的客观环境日益滋生出新的问题,而这些问题到底由谁来管辖,要求对三大权力界限不断重新界定和调整。这就是说,权力分立的界限并非一成不变的,它也必须随着社会历史、环境的变化而不断作出新的调整。那么,由谁来不断地重新界定和调整三大权力界限,消解因权限模糊而引发的一系列新的矛盾与冲突,保持权力结构的平衡与宪法的稳定呢?

毫无疑问,要解决不断涌现的矛盾与冲突,平衡权力结构,需要独立的、公正的机构进行仲裁,不断对宪法和宪法条文的意义作出符合时代精神的解释,调整三大权力界限,维护宪法的尊严,保障宪法的实施。而在联邦政府三部门中,唯有联邦法院具有独立性,能堪此重任。非民选的终身法官(美国《宪法》第三条)能够保持中立、超然,免受其他任何人或机构的影响、干预,独立公正地解释宪法,裁决上述三大权限争议,解决和平衡各种政治势力之间的冲突。而联邦法院解释宪法、监督和保障宪法实施就是行使违宪审查权。因此,联邦法院运用违宪审查权解决民主结构中三大权力关系的冲突,发挥政治平衡作用,是宪法及宪政民主内在

<sup>①</sup> 童之伟:《国家结构形式论》,武汉大学出版社1997年版,第45页。

的、必然的要求。

## 二 民主价值的内在要求

就现代民主的价值取向而言，它具有双重性——既要多数统治，又要保护少数。美国宪法的主要理论依据——麦迪逊式民主在其内涵上和现代民主是一致的，既要多数统治，又要保护少数，使个体享有免于多数控制的自由。民主（或麦迪逊式民主）实际上是一对冲突的、互不相容的价值、观念之间的妥协。民主的权威和个体自由的范围既不能由多数也不能仅由少数来决定。如果仅由多数规定，就是多数暴虐；如果单由少数决定，则是少数专制。可见，民主（麦迪逊式民主）寻求在多数统治与保护少数这两种冲突的价值观念之间达成平衡<sup>①</sup>。

而一直以来，美国人认为，解释麦迪逊式民主（多数权力与少数自由）的含义，主要是司法机关的职能。在美国的语境中，自由不是实现更高政治目的的手段，其本身就是最高的政治目的。政府是保障自由不可缺少的力量。政府不仅要保护社会的自由，还要致力于保护少数的自由。诚如麦迪逊所言：“对于共和政体（代议民主制）来说，最为重要的是：不仅要保卫社会不受统治者的压迫，而且要保护社会上的一部分人不受另一部分人的不公正对待。”<sup>②</sup>因为在不同阶级的公民中必然存在着不同的利益，如果多数人由一种共同利益联合起来，少数人的权利和自由就没有保障。“民主政府的独特之处，那就是要保障公民最低限度的自由。”<sup>③</sup>“自由就是做法律所允许的事”<sup>④</sup>，自由意味着安全，意味着少数的正当权利受到法律的保障。而“解释法律乃是法院正当与特有的职责”<sup>⑤</sup>。因此，保护少数或个人的权利和自由是司法机关的当然职责。

司法机关依循麦迪逊式民主的逻辑，不仅必须尽力保护少数的权利和自由，而且也必须谨慎地承认多数统治的合法权利。由于民主过程直接以多数统治（多数是以人民的名义进行统治的）为合法性基础，它天然地

① Ducat, Craig R. and Harold W. Chase, *Constitutional Interpretation, Powers of Government*. New York: West Publishing Company, 1992, p. 15.

② 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆2004年版，第266页。

③ Raphael, D. D., *Problems of Political Philosophy*. London: Pall Mall, 1970, p. 142.

④ 孟德斯鸠：《论法的精神》，商务印书馆2002年版，第154页。

⑤ 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆2004年版，第392—393页。

优于非民主或少民主的司法过程，因此，司法机关应审慎地说明自己和多数统治原则的一致性，而不是直接挑战多数统治。司法机关承认宪法的最高效力就是承认人民意志的至高无上，因为宪法是人民多数深思熟虑的意志的集中体现。从这一意义上说，司法服膺宪法就是在服从人民的意志，承认多数统治的合法性。

试图把多数统治和少数自由这两种相互冲突的价值观统一起来，只有依靠司法机关解释宪法和法律即依靠违宪审查来统一和协调。司法机关运用违宪审查权平衡多数统治和少数自由的冲突，具体体现在解决结构层面（政府权力与公民权利、政府三部门、联邦与州）的冲突上<sup>①</sup>。可以说，民主观念或价值冲突的协调有赖于违宪审查的实施运用，违宪审查是美国民主体制中用以解决价值观念冲突的内在的制度要求。

### 三 民主理论的内在逻辑

如前所述，1787年美国宪法并未明确授予联邦法院以违宪审查权，但是违宪审查权为什么最终由联邦法院来行使？为什么说只有由终身法官组成的独立的法院能堪此重任，其理论依据如何？关于这一问题，汉密尔顿在《联邦党人文集》第78篇中作了经典的论证，其论证的理论逻辑如下：

#### （一）高级法理论

宪法是由人民选出的代表制定并得到人民同意的，其制定和批准程序严于法律、刚性更强，宪法的权威性自然也高于法律。“代议机关的立法如违反委任其行使代议权的根本法自当归于无效乃十分明确的一条原则。因此，违宪的立法自然不能使之生效。如否认此理，则无异于说：代表的地位反高于所代表的主体，仆役的地位反高于主人，人民的代表高于人民本身。如是，则行使授予的权利的人不仅可以越出其被授予的权力，而且可以违反授权时明确规定禁止的事。”<sup>②</sup>然而，宪法高于法律并不能直接推出要由司法机关审查立法。如果说立法机关本身不能作出其自身立法是否符合高级法的裁决（因为任何人都不能做自己的法官），这也未必意味着必然由司法机关来充当这个仲裁者。美国是总统制国家，由类似选民直

<sup>①</sup> 参见拙文《论美国联邦最高法院司法审查权的平衡作用》，《武汉大学学报》2002年第5期。

<sup>②</sup> 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆2004年版，第392页。

选的、更具权威性的总统充当高级法的代言人不是比非民选的司法机关更能代表民意、更合适吗？为了证明司法机关充当高级法的解释者的正当性，汉密尔顿又提出了最小危险部分论为违宪审查辩护。

### （二）最小危险部门论

行政机关不仅具有荣誉、地位的分配权，而且执掌社会的武力。立法机关不仅掌握财权，而且制定公民权利义务的准则。与此相反，司法部门既无军权又无财权，不能支配社会的力量与财富，不能采取任何主动的行动。司法部门既无强制又无意志，而只有判断；而且为实施判断也需截至行政部门的力量<sup>①</sup>。司法机关只是执掌国家的审判权，不能采取任何主动的行动，是三权中实力最弱的、危险最小的部门。赋予司法机关审查立法的权力，可以增强它制衡其他机关力量，有助于维持三权之间的相互制约与平衡。然而，司法机关这个危险最小的部门在获得了审查立法的权力后是否会变成“超级立法者”，进而变成最大危险的部门？而且，如果一定要赋予司法机关这个最弱的分支以制衡其他政府分支的权力，为什么一定要是审查立法的权力？为了支持这一观点，汉密尔顿继而提出了限权宪法论<sup>②</sup>。

### （三）限权宪法论

“所谓限权宪法系指为立法机关规定一定限制的宪法，如规定：立法机关不得制定剥夺公民权利的法案；不得制定有追溯力的法律等。在实际执行中，此类限制须通过法院执行，因而法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。如无此项规定，则一切保留特定权利与特权的条款将形同虚设。”<sup>③</sup> 限权宪法的含义是：在政治实践中，只有法院才能执行宪法对立法机关的限制，法院是对立法进行限制的最佳机构。如果法院没有监督、否定立法的权力并与立法合流，那么立法机关违宪的立法便畅通无阻，宪法对立法的限制将荡然无存。但是，为什么不给行政机关以同样的违宪审查的权力？难道制宪者就不担心立法和行政的合流吗？为什么一定要将违宪审查赋予司法机关？最小危险部门论和限权宪法论本质上都是

① 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆2004年版，第391页。

② 赵晓力：《司法过程与民主过程》，《法学研究》2004年第4期。

③ 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆2004年版，第392页。

分权理论。但是，仅仅从分权出发论证违宪审查仍不充分，因为它无法完整回答为什么非要司法机关对立法进行合宪性审查，这就出现了支持违宪审查的法律解释论<sup>①</sup>。

#### （四）法律解释论

“解释法律乃是法院的正当与特有的职责。”<sup>②</sup> 违宪审查之所以归属司法机关，乃是因为法院在解释宪法和法律方面比起其他机关更有优势——解释法律是一门技艺，只有长时间浸润其中的人才有资格<sup>③</sup>，而司法机关是唯一有这个资格的部门。违宪审查之所以落脚于司法机关：一是基于民主并不是至神至圣不可反抗的，必须有某种抗衡措施，将民主置于道德和宪法的控制之下。人民会犯错误，代表也会犯错误。用权力牵制权力，以野心对抗野心，可以减少错误。倘若议会的意志就是一切，议会便可能成为践踏一切的暴君<sup>④</sup>。二是基于法官和人民在这个问题上的相互承认：法官承认人民意志的至高地位，人民是高级法（宪法）的主人；人民通过宪法也认可了法院享有解释宪法和法律的资格和技能<sup>⑤</sup>。尽管法官解释宪法和法律具有专业技能的优势，但是，凭什么让人相信法官会忠实地解释和适用宪法与法律，而不会屈从于更有民意基础的立法和行政机关的权势？为此，汉密尔顿提出了法官独立论。

#### （五）法官独立论

为保证法官独立，汉密尔顿提出了两种办法，一种是职务固定，另一种是薪俸固定。如果法官任期很短，无论是由立法机关还是由行政部门任命的或是选民选举的，他们将自然地成为任命权力的纯粹附属。只有让法官长期或永久任职，才能保障法官的独立、正直和公正。另外，除了任职的永久以外，似乎再也没有什么比法官报酬固定的规定，更有助于法官的独立了。因为“就人类天性之一般情况而言，对某人的生活有控制权，

① 赵晓力：《司法过程与民主过程》，《法学研究》2004年第4期。

② 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆2004年版，第394页。

③ 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第34页。

④ 天水：《论共和国》，载《宪政主义与现代国家》，生活·读书·新知三联书店2003年版，第202页。

⑤ 赵晓力：《司法过程与民主过程》，《法学研究》2004年第4期。

等于对其意志有控制权”<sup>①</sup>。如果司法部门在财政资源上依赖于立法部门的偶然施舍，司法权与立法权的分立将永远无从实现。这样，法官职务和薪俸的固定从根本上保证了法官人格的独立。

#### （六）法官素质

法官的学识和人格是比人民易被煽动的激情更可靠的维护宪法的力量。这里，人民好像尤利西斯，明知不能抵挡赛壬的歌声，就事先用绳子把自己束缚在司法机关这根桅杆上。人民深知自己的弱点，为防范未来的毁灭性的灾难，对自身行为作出了先期限制。而尤利西斯自缚的“绳子”就是人民同意和批准的宪法。这种以高级法官素质为违宪审查辩护的理论，本质上是一种精英理论，它诉诸一种先于民主过程的因素——法官的素质。但是，如果人民的意志通过高素质法官的解释就能够得到完美的揭示，如果精英已经先于民主存在，那么还要民主，还要选举干什么呢？由此产生了违宪审查内生于民主过程的理论<sup>②</sup>。

#### 四 民主过程的内生决定

托克维尔在 1830 年考察美国乡镇民主自治的时候，发现司法内生于民主之中。违宪审查是解决民主内部各种纠纷、平衡民主内部各种冲突的一种机制。美国是一个把人民主权原则推广到极致的国家：从新英格兰乡镇到各州再到联邦，行政官员大部分都由选举产生，而且这些官员是不能随便被罢免的，这样行政权被分散在许多人手中，避免了行政等级制度的形成。而此时欧洲行政集权盛行。在行政集权制度下，迫使官员遵从法律的办法是上级监督下级；而在广泛的行政分权制度下，对于选举产生的官员来说，他们没有上级。像英格兰乡镇当时有 19 种官员：“一般来说，这 19 种官员彼此之间并无隶属关系。法律为这些官员中的每个人规定了职权服务。在这个范围内他们是完成本职工作的全权主人，只承认乡镇的权威。”

一方面，由于不存在行政等级制度，官员不用对上负责；另一方面，行政官员由选举产生，且任期届满前也无法撤换，那么如何保证官员任职期间对选民负责呢？必须建立某种制裁官员的制度。而制裁首先要有依

<sup>①</sup> 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆 2004 年版，第 396 页。

<sup>②</sup> 赵晓力：《司法过程与民主过程》，《法学研究》2004 年第 4 期。



据，依据什么呢？依据周密的法律。“立法者几乎管到了行政当局的内部。法律规定到事情的细枝末节；同一法律既规定原则，又规定原则的应用方法；上级单位的法律给下属单位及其官员加上了一大堆严格而细密的义务。因此，只要一切下属单位和官员依法行事，社会的各个部分便会步调一致地行动。”但“徒法不足以自行”，有了法律，又如何迫使官员遵从法律呢？在行政集权制度下，上级可以迫使下级服从，并享有罢免下级的独断的权力；但是，在行政分权制度下，当官员由选举产生且任期届满前不能撤换时，“必然要广泛使用司法惩治作为行政措施”<sup>①</sup>。

托克维尔因此发现，民主国家主要靠法院来惩治违法的官员，美国的违宪审查其实是内生于美国的民主——也就是说，民主越广泛，选举产生的官员比例越大，官员与官员之间的行政等级就越不存在，官员与官员之间的纠纷实际上是他们的不同授权人之间的纠纷，只能借助一个非民选产生的机关才能解决，而司法机关正是这样一个解决民主问题的非民主机关。所谓违宪（司法）审查，实际上是解决人民和他们的代表之间（公民与政府）、人民的代表和代表之间（政府之间比如立法机关和行政机关之间），或者人民在不同范围内的代表（如联邦和州）之间的纠纷或冲突的一种设置<sup>②</sup>。

就拿州与联邦之间的纠纷来说，由于州政府和联邦政府都是按人民主权原则产生的，对各自的选民负责，不像单一制国家中的行政等级制那样有隶属关系，州有相当的主权。“对各州，立法者们则采取了各州在本州内享有自由的普遍原则。中央政府不能到各州去指导它们的活动，甚至不能检查它们的活动。”<sup>③</sup> 联邦和州的这种关系使得联邦无法通过行政命令迫使州服从，故由联邦司法机关裁决纠纷必不可少。

司法机关之所以能够成为这样的仲裁者，恰恰因为它不是民主产生的，因为一个民选产生的机构不能成为它和其他民选产生的机构的仲裁者。这是一种违宪审查内生于民主过程的理论：代议制民主越发达，民选议员和官员越广泛，行政的上下级控制越不可能，就越需要非民选的司法

① 托克维尔：《论美国的民主》，商务印书馆2004年版，第80—82页。

② 赵晓力：《司法过程与民主过程》，《法学研究》2004年第4期。

③ 托克维尔：《论美国的民主》，商务印书馆2004年版，第163页。

机关来根据法律厘清这些民选机构的权限，以防止他们对人民造成危害<sup>①</sup>。这一理论充分阐释了违宪审查之所以由非民选的司法机关来行使的内在机理。

综上所述，违宪审查是内生于民主的结构、民主的价值、理论和过程的，有着其发生、发展的必然性，违宪审查是民主体制中内生的一种机制，是民主制的一个重要组成部分，因而与民主是相容的。

### 五 美国经验对中国的启示

通过以上对违宪审查与民主关系的考察，我们可以得到这样一个启示：违宪审查与民主是互为表里、相互支撑、相辅相成的。如果民主没有违宪审查为内核，民主极可能带来多数的暴政；如果违宪审查没有民主为基础，违宪审查很可能虚有其表。没有民主的牵制，国家权力很可能集中在行政机关，立法机关很可能只是一个橡皮图章（立法机关所立之法未必符合人民的普遍意志），违宪审查也就被虚置了。

违宪审查之所以能在美国生根、发芽并壮大起来，原因是多方面的。但就其体制原因而言，主要体现在两个方面：一是开国先父们（麦迪逊、汉密尔顿等）人为的自上而下地设计的结果；二是美国肥沃的民主土壤（乡镇民主自治）自下而上地自生自发的结果。两相比较，后者似乎更重要。因为再宏伟的立宪蓝图，如果没有适宜的民主环境，也难以变成现实。如果没有普遍、公正、有效的民主选举，没有形成一种行政分权的局面，很难想象民众会有违宪审查、司法独立的诉求，也很难想象违宪审查会在美国赢得民众的散步性支持，而不枉费开国先父们的良苦用心。一句话，离开了民主，违宪审查就成了无源之水，无本之木。

美国的经验给了我们一个重要的启迪，这就是要建立违宪审查制度，建设法治国家，必须和民主政治建设同步展开，不可偏废，固执于一端。否则，违宪审查制度难以真正建立起来，法治国家的目标将永远是空中楼阁。由于我国现行的议行合一的政治体制和法理（司法机关无权审查立法机关制定的法律）的原因，在宏观层面建立违宪审查制度还存在相当大的困难，鉴于美国民主法治建设的成功经验，笔者以为，中国要建立违宪审查制度，不妨首先在基层开发和培育民主，使得民主世俗化。比如村

<sup>①</sup> 赵晓力：《司法过程与民主过程》，《法学研究》2004年第4期。

民自治，在小范围的直接民主中引导村民理性地关注民主过程中所涉及的利益问题，在关注自身利益的同时也能了解他人的利益，通过彼此意见的交流，相互习得妥协容忍，寻求共同利益，培养公共精神，传播民主理念，不断提高村民参政议政的民主意识，培育公民政治文化，从而为推进整个民主化进程提供肥沃的土壤。所谓民主的世俗化就是让村民养成民主的习惯，让民主成为村民的一种生活方式。而世俗化正是民主的未来。

然后，在村民自治的基础上，自下而上地逐步推广民主，扩大到乡镇、县市选举等，这样，民选的官员越广泛，就越有可能打破行政等级制度，造成一种行政分权的格局。而要维护这种分权的格局，划清权力的界限，无疑需要完备精细的立法和独立不阿的司法。而司法要独立，又需要违宪审查制度作保障。直到有一天，违宪审查制度真正建立起来了，司法独立了，法治国家的梦想便有望实现了。

## 第三章 违宪审查与民主制的平衡：美国研究

民主是当今世界各国普遍追求的政治理想。但是，民主在其内涵上具有“本质性的冲突”<sup>①</sup>，而冲突都需要平衡，如果一旦失去平衡，民主就不复存在。美国是当今西方式民主的典型，美国式民主同样也蕴涵着内在的冲突，而这些冲突的解决以及美国民主制的稳定在很大程度上有赖于“美国宪政体制中最醒目的特征”<sup>②</sup>——违宪审查权的运用。违宪审查权是美国联邦法院对国会立法和政府行为进行的合宪性审查，是联邦法院用以制衡国会和总统、调整联邦与州的关系、协调政府与公民关系的重要手段。可以说，联邦法院的违宪审查权在维护民主制的稳定中发挥着重要的平衡作用。

### 第一节 违宪审查权平衡作用产生的体制依据

美国宪法并未明确授予联邦法院以违宪审查权，违宪审查权是1803年马歇尔在马伯里诉麦迪逊案中正式确立的。但是，联邦法院的违宪审查权之所以能够通过司法实践逐步确立并在维护美国民主制的稳定中发挥重大的平衡作用，主要是因为美国民主制中存在其产生及发挥平衡作用的依据。

首先，从美国宪法及宪法所框定的结构层面上看，违宪审查权产生并发挥平衡作用的依据。1787年“制宪会议为照顾到各个方面的权益，就

---

① 麻宝斌：《论民主的内在冲突》，《政治学研究》1999年第3期，第30页。

② Corwin, *Judicial Review. Encyclopaedia of Social Sciences*, p. 457.

许多重大问题在不同的阶级、集团和地区之间实现了妥协”<sup>①</sup>。显然，美国宪法是各种相互冲突的政治力量斗争、妥协的结果。开国元勋们为了平衡各种相互冲突的权益，防止国家权力被某一方所垄断而致专横，在宪法及宪政结构的设计中注重权力的分立，尤为注重使各种权力（政府与公民、联邦与州、联邦政府内三部门）之间保持必要的内部张力，互相牵制与平衡，从而使冲突的双方发生良性的互动。

虽然1787年宪法对国家（政府）权力与公民权利、联邦政府权力与州政府权力、联邦政府内部三部门之间的权力作了初步的界定和划分，但都是原则性的，不甚分明。随着时代的发展，社会经济关系的日益复杂，社会权利总量的与日俱增<sup>②</sup>，原先由宪法划定的三大权力界限不断位移，使得原本就不甚明晰的权力界限更显模糊，这样势必引发一系列新的矛盾与冲突，不断出现权力结构的失衡。这些矛盾与冲突的解决、权力结构的失衡需要独立、公正的机构进行仲裁和平衡，不断对宪法和宪法条文的含义作出符合时代精神的解释，调整三大权力界限，维护宪法的尊严，保证宪法的实施。而在联邦政府三部门中，唯有联邦法院具有独立性，能堪此重任。非选举的、终身法官能够保持中立、超然，免受其他任何人或机构的影响、干预，独立公正地解释宪法、裁决上述三大权限争议，解决美国民主实践中各种政治势力的冲突。而联邦法院解释宪法。监督和保障宪法实施就是行使违宪审查权。可见，联邦法院运用违宪审查权解决宪政结构中三大权力关系的冲突，发挥政治平衡作用是美国宪法及宪政结构内在的、必然的要求。

其次，从美国民主理论及价值层面上看，违宪审查权产生并发挥平衡作用的依据。美国宪法的主要理论依据——麦迪逊式民主本身就是一对冲突的、互不相容的原则、观念之间的妥协。麦迪逊式民主既要多数统治，又要保护少数，使个体享有免于多数控制的自由。民主的权威和个体自由的范围既不能由多数也不能仅由少数来决定。如果仅由多数规定，就是多数的暴虐；如果单由少数决定，则是少数专制。可见，麦迪逊式民主寻求在多数统治与保护少数这两种冲突的观念之间达成平衡。而一直以来，美

① 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第68页。

② 童之伟：《国家结构形式论》，武汉大学出版社1997年版，第45页。

国人认为，解释麦迪逊式民主（多数权力与少数自由）的含义，主要是司法部门尤其是联邦法院的职能。联邦法院依循麦迪逊式民主的逻辑，不仅必须尽力保护个人权利，而且也必须谨慎地承认多数统治的合法权利。那么，联邦法院在多数与少数、群体与个体、整体与局部的价值两难中如何求得平衡呢？<sup>①</sup>

事实上，联邦法院的违宪审查权在解决结构层面冲突的同时，也在多数与少数、群体与个体、整体与局部等相互冲突的价值观之间进行选择。可以说，违宪审查权是美国宪政体制中用于解决价值观念冲突的制度要求，美国式民主观念上的冲突有赖于联邦法院违宪审查权的实施运用。以上表明，美国宪政体制（宪法、结构、理论及价值）中蕴涵着违宪审查权产生并发挥平衡作用的必然性，违宪审查权是美国民主制中的政治平衡砝码。

当然，开国元勋们的设计只是一种理想状态，违宪审查权在美国现实政治生活中的运用并非总能达致理想状态，让各种相互冲突的政治力量与观念实现平衡。实际上，最高法院由于违宪审查权的运用，经常在不同时期甚至同一时期招致各种观念（如自由主义与保守主义）的攻击，使得原本就激流汹涌的政治海洋怒吼咆哮起来，最高法院因此而成为美国政治海洋的“风暴中心”，而这正是其力量之所在<sup>②</sup>。

本章通过对联邦法院的违宪审查权的几种争议、历史发展、影响因素及实施对象的考察，探究违宪审查权在解决美国民主实践与观念层面的冲突中所起的平衡作用，从而进一步理解违宪审查权在保障三重分权、维护宪政结构、促进美国民主制的稳定中所起的重大作用。

## 第二节 有关违宪审查权的几种争议

### 一 非民选的终身法官行使违宪审查权的合法性

虽然 1787 年美国宪法没有明确规定最高法院<sup>③</sup>享有违宪审查权，但

<sup>①</sup> Craig R. Ducat and Harold W. Chase, *Constitutional Interpretation, Powers of Government*. West Publishing Company, 1992.

<sup>②</sup> 维尔：《美国政治》，商务印书馆 1988 年版，第 223 页。

<sup>③</sup> 这里，联邦最高法院简称最高法院。

是，关于是否应该赋予最高法院违宪审查权即最高法院违宪审查权的合法性问题，在前一节（违宪审查权的理论渊源）中已引述了汉密尔顿等人的论证。同时，汉密尔顿还提出，以法官行为正当为继续任职的基本条件，并认为这是保证司法稳定性和刚正不阿的最好措施<sup>①</sup>。美国制宪会议采纳了汉密尔顿的建议，如美国《宪法》第二条第三款规定：“总统应提出人选，并在咨询参议院取得其同意后任命最高法院的法官。”《宪法》第三条第一款规定：“合众国的司法权属于最高法院以及国会随时规定设置的下级法院。最高法院的法官如行为良好得以继续任职，并应在规定时间获得服务报酬，此项报酬在他们任职期间不得减少。”最高法院的法官不是由选民直接选举产生的，不对选民负责，而且没有任期限制，是终身制。也就是说，最高法院的法官不能被罢免。最高法院的违宪审查权是由非民选的终身法官对民选的国会、总统的法令、行为进行的合宪性审查。20世纪初，围绕着终身法官是否具有行使违宪审查权的合法性或“人民是否应享有对法官的罢免权？”这一问题，产生了激烈争议，当时舆论沸腾。

一种观点认为，非民选的终身法官对民选的国会、总统的法令、行为进行合宪性审查，是违反民主原则的。如果法官是宪法的保护人，对国会、总统的法令、行为是否符合宪法进行审查，那么总统任命的“终身”法官又由谁来监督呢？他们主张法官应对选民负更密切的政治责任，法官应由人民选举并由人民罢免。

1912年俄亥俄州州长约翰逊在州制宪会议上说：“罢免权不会使能力差的法官变得更差，也不会使能力强的法官变得不那么强。罢免权只对一种法官有威胁，那就是腐败的法官，这种人理应受到威胁。”威尔科克斯否认司法上的罢免权会导致对少数人的压制。他说：“我们决不可把人的多数和钱的多数混淆起来，法官们顽固不化地运用过去时代的陈旧但未废除的不公正条款时，是没有任何合理的要求值得予以保护的。法院必须放弃他们的决定政策的作用，或者像其他政府部门一样服从同一种控制，事实是，司法部门现在被公认为既得利益即所谓财产权的堡垒。”威尔科克斯宣称，新的力量平衡是以财产的势力为一方、民主的势力为另一方的平

<sup>①</sup> 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆1994年版，第396页。

衡，而以司法部门为仲裁。法官的“独立”主要是独立于人民——这个情况由于司法上的无能而更加严重。法院不仅是“特殊利益的堡垒，耍官僚作风，使穷人永远穷下去”，而且还是当时政治保护制的一部分，把破产案产业管理人或托管人的职位当做恩惠来施送。他预言，罢免的主要危险并不是它会误用来使法官丢脸，使法官变傀儡，而是在于这种权力是人民自己行使的，而不是由一个“不可改变的机构”的“硬性限制”强加给他们的。

另一种观点认为，罢免权极其荒谬地歪曲共和制度是过度的民主，违反真正的民主原则。“对立宪者来讲，法院不是民主的这一事实全无紧要。他们是共和者，而不是民主者。因此，他们置共和于民主之上，并使两者均服从于个人权利。他们认为法院是宪政的工具。宪政在他们看来特别是对过度民主的控制，从而法院很早就成为他们对抗民主、限制多数，防止民主侵害个人自由的一种工具。”<sup>①</sup>“从这个角度看，宪政并不是反对民主而恰恰是为了保护民主。宪政对民主的约束强化了民主，而远非体制化地反对民主。要在宪政与民主之间保持一定的张力和不断的平衡，才能确保自由与民主之共存。”<sup>②</sup>

塔夫脱总统和鲁特参议员对罢免权的批评特别激烈。他们认为，对法官实行罢免，将会使庸碌之辈坐上法官席位，将生龙活虎和独立不羁的人物撵走。法官们将会变得胆怯和随波逐流，趋势将是“一个没有骨气、优柔寡断、胆小如鼠、活像一根随风倒的芦苇似的法官，来代替大无畏而独立不羁的法官。”塔夫脱总统在谈到罢免权时毫不犹豫地断言，“罢免权是将一把斧头对准生长得很好的自由之树的根，使生命、自由和财产的保证无可救药地听命于选民中暂时占多数的人的一时冲动。”鲁特参议员认为，“罢免权将会摧毁我们政体的根基。保护个人，防止多数人的民主专制是绝对必要的。如果宪法一定要修改，那就必须按部就班地提出修正案并加以通过。”巴特勒博士认为，“严格地说，法官不是人民的仆人，

<sup>①</sup> 路易斯·亨金：《宪政·民主·对外事物》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第111页。

<sup>②</sup> 刘军宁主编：《直接民主与间接民主》，生活·读书·新知三联书店1999年版，第150页。



而是法律的仆人。”如果实行罢免，暴政和不义肯定会接踵而至。

1911年，费拉尔作为美国律师协会的主席，在其讲话中提到罢免权是使“多头的平民登上正义宝座的新的荷马的修西底斯。罢免意味着绝对的民主，它表示人民中不断转变的多数在对其权力毫无限制或约束的情况下，实行统治（即多数暴政）”。美国律师协会一委员会说：“法院保护人民大众反对少数人的压迫已有二百年之久。当富人和强者受到人民偏见的攻击时，法院给他们以同样的保护，这难道是法院的过错吗？”

反对罢免法官的意见，在1911年塔夫脱总统否决准许亚利桑那作为一个州加入联邦的决议中最有力地反映出来。他宣称，把罢免权将容许多数人压迫少数人，人民政府不是一个为了多数人的利益由多数人统治的多数人的政府，而是一个由全体人民中的多数在能够获得一个明智、公正和仁爱政府的规章制度下为全体人民服务的全体人民的政府。宪法的作用是制止多数人轻举妄动，从而使少数人的否则就没有保障的权利得到尊重。实施这些宪法条款的权力和义务就落在本身就不是人民代表的司法部门身上。法官要称职，就必须独立自主，根据法律和公正原则来解决他们遇到的每一个问题，而不问多数人如何。但是，罢免将会使法官服从人民感情的一时冲动。在这种法律恐怖主义条件下，法官的人格将降低到“骑墙派和随波逐流者”的水平，独立自主的司法行动将成为明日黄花。

伍德罗·威尔逊也反对罢免法官。他争辩说，法官不是立法者而是管理者。他们的责任不是去决定法律应该是什么，而是决定法律是什么。他们的独立、尊严感和自由对国家的稳定有举足轻重的影响。将罢免的原则用在他们身上就等于提倡这样一个主张：在决定法律是什么的时候，必须服从人民的激情而不是听取人民的意见<sup>①</sup>。

在自由与民主之间，美国人宁肯自由优先，民主靠后。民主的发展不能以牺牲个人自由为代价。“如果追求更大的平等这一目标损害了我们得以要求平等的手段（自由），民主政体将会再度灭亡。”<sup>②</sup>迄今为止，反对罢免法官、主张法官终身任职的意见已为美国大众所接受。一般都认为，只有非民选的终身法官，才能够保持真正的独立、自由精神，不受任何人

① 梅里亚姆：《美国政治思想》，商务印书馆1988年版，第111—117页。

② 萨托利：《民主新论》，冯克利等译，东方出版社1993年版，第397页。

或机构的影响和干预，公正地解释、执行法律，裁决政府与公民之间、政府机构之间、联邦政府与州政府之间的争端，限制多数、抑制民主，保护少数、捍卫自由，保证宪法的实施和宪政体制的正常运作。

## 二 最高法院行使违宪审查权的两种模式

最高法院如何使用违宪审查权，发挥其在美国政治生活中的影响力问题，就是指最高法院行使违宪审查权应是积极的，还是有克制的？当最高法院对政策的意见与政府部门不一致时，它在制定政策方面应走多远？对这一问题，争论的双方各有其理由，反映在司法能动主义与司法克制主义两个相互竞争的理论上。

司法克制主义（judicial restraint）是指最高法院应对立法机关、行政机关政策决定者的决断表现出最大限度的“谦让与敬意”，除非这两个机关的决断明显违宪，否则最高法院不应将自己的观点强加给它们。法官在司法解释过程中，应在寻求立法原意的基础上尊重成文法和先例，尽量尊重立法机关和行政机关的决定，尽可能减少自己信仰和价值偏好的注入，并试图通过各种方式对法官的自由裁量权进行必要的限制。司法克制主义要求司法部门扮演被动的角色，即最高法院对政府的其他部门在制定有争议的政治问题的政策上起指导作用，仅在极不得已的情况下干预这些问题。最高法院中较有名的抱有司法克制观点的大法官有弗兰克福特和小霍尔姆斯。弗兰克福特常说，改进社会的工作应由联邦政府中其他更合适的部门去做，而最高法院应尽可能避免与联邦政府的其他部门发生冲突。

司法能动主义（judicial activism）主张最高法院应是立法、行政部门在制定政府政策时的主动创造性的伙伴。在法院获得相对独立的政治地位和权威的国度中，在维护宪政的历史过程中，法官基于人们的信赖，利用自由裁量权通过对具体案件的审理，以公正和保护人的尊严为己任，不拘泥于先例和成文法的字面含义进行创造性和补充性解释，以回应当下的社会现实和社会演变的新趋势，并对各种政治、社会问题给予干预的司法理论和方法。这种观点认为，最高法院不仅是美国政治竞赛中的裁判员，同时也是政治竞赛的积极参与者。厄尔·沃伦领导的最高法院是奉行司法能动主义的代表。沃伦法院通过对重新分配代表，在学校中反种族隔离和咨询权等问题的裁决，广泛而大胆地改变了国家的政策。

但是，司法能动主义与司法克制主义之间的矛盾并不等同于开明与保

守之间的矛盾。因为前者是指违宪审查权运用方式上的差别，而后者则是指政治哲学中保守主义与自由主义的差异。它们相互交叉、排列组合的方式不同产生了不同的司法哲学。现在伦奎斯特领导下的最高法院既克制又保守，它认为法官在政策问题上应听命于被人民选出来的部门。虽然 20 世纪 60 年代以来，大多数持司法能动主义的大法官，如厄尔·沃伦和瑟古德·马歇尔在学校同意和容忍持不同政见者等问题上持开明立场，但也并不总是如此。约翰·马歇尔领导的最高法院既主动（实行违宪审查）又保守（保护私有财产权）。而 30 年代判定富兰克林·罗斯福新政的大部分计划为违宪的就是持司法主动主义的保守的最高法院。另外，弗兰克福特和小霍尔姆斯大法官在政治上是开明派，但他们都认为最高法院深深陷入政治斗争，支持法官们个人赞成的政策是不明智的<sup>①</sup>。

尽管对违宪审查权行使的模式存在激烈争议，司法能动主义在当代却大有发展，在沃伦法院时期达到顶峰，并在伯格法院继续保持很大势头。如最高法院也曾宣布总统行政命令违宪（如 1952 年宣布杜鲁门总统无权接管钢厂），尼克松总统不得以“行政特权”为借口拒绝交出关于水门事件的录音磁带，并受理了关于国会选区的案件。

之所以如此，主要有以下原因：（1）美国存在一种基于个人权利的反向文化，人民对于政府权力持怀疑态度，指望法院保护他们的权利不受政府侵犯。（2）宪法的一些条款含糊不清（如“正当法律程序”、“法律的平等保护”、“公民的特权或豁免权”，等等），许多法律比较原则（如民权法、管制经济的法律等），都需要法院进行解释；政府管制企业的条例和裁定引起大量诉讼。（3）公民取得“诉讼资格”比过去容易<sup>②</sup>。

但是总的来说，法院是尊重总统的权力的，特别是支持总统在外交和国家安全方面的权力的，也是尊重国会的权力的，尽力避免引起对抗。无论采用司法能动主义还是司法克制主义，都无损于美国最高法院所拥有的基本权力，即通过解释宪法和法律来制定政策，从而对美国经济、政治和社会产生重大影响。

① 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社 1994 年版，第 121—122 页。

② 李道揆：《美国政府和美国政治》，商务印书馆 1999 年版，第 42 页。

### 三 最高法院行使违宪审查权的范围

美国《宪法》第三条第二款规定：“司法权所及范围如下：一切基于本宪法、合众国法律以及根据合众国权力所缔结或将缔结的条约而产生的普遍法律的和衡平法的案件；一切涉及大使、其他使节和领事的案件；一切有关海事和海事管辖权的案件；以合众国为当事人的诉讼；两个或数个州之间的诉讼；一州与另一州公民之间的诉讼；各州公民之间的诉讼；同州公民之间对他州让与土地的所有权的诉讼；一州或其公民与外国或外国公民或国民之间的诉讼。涉及大使、其他使节和领事以及以一州为当事人的一切案件，其初审权属于最高法院。对上述的所有其他案件，无论是法律方面还是事实方面，最高法院有上诉审理权，但须遵照国会所规定的例外与规则。”

宪法虽列举了最高法院司法管辖权的范围，但最高法院的上诉审理权实际上控制在国会手中，并一直影响制定司法政策的进程。因此，有关最高法院司法管辖权的范围之争，实际上是最高法院与国会之间的权力斗争。1804年以杰斐逊为首的民主党和共和党人虽然未能通过弹劾来除去联邦党法官（蔡斯弹劾案），却取消了联邦党的国会即将离任之前设立的巡回法院。1869年国会中的激进共和党人改变了最高法院的上诉管辖权，从最高法院手中夺走了法院即将复审的、涉及重建的某些立法的合宪性的一个案件（麦卡德尔单方诉案）<sup>①</sup>。

里根政府初年，国会提出的议案数激增，不是要拿走所有联邦法院处理有关堕胎、学校祈祷和校车接送的案件的管辖权，就是要取消最高法院在这些事情上的上诉管辖权。这些提案触发了一场大辩论：宪法是否给予国会采取这些行动的权力，国会是否应该这样做。然而，国会能够改变法院的司法管辖权，对法官们的行动多少是会有所牵制的。

尽管国会与最高法院在司法管辖权的范围上存有争议，但是，由于司法能动主义的发展，最高法院司法管辖权的范围事实上在不断扩大。近年来，法院已涉足先前由国会解决的问题。长期以来，不管国会选区的划分多么不合理，最高法院坚持按照宪法的规定此类问题应由国会自己解决，一直拒绝受理这类“政治问题”案件。但是，到20世纪60年代，最高

<sup>①</sup> 伯恩斯：《美国式民主》，中国社会科学出版社1993年版，第609页。

法院开始介入传统意义上的“政治问题”，裁决国会选区必须按“一人一票”原则划分（贝克诉卡尔案，1962年；韦斯贝里诉桑德斯案，1964年）。最高法院裁决选举区应在人口相等的基础上划定，这样，每个公民所投的票有同等分量。不仅如此，最高法院在消灭种族歧视方面已成为领导的力量，它在入学、投票、住房和使用公共设施方面取消了种族歧视<sup>①</sup>。

20世纪五六十年代，最高法院违宪审查权的范围不仅在显著扩大，而且关注的重心不断位移。最高法院对财产权的关心日益减少，对公民自由权的兴趣日益增强，沃伦法院关注的重点开始转向公民权利和公民自由，谋求保护个人的权利不受日益增长的政府权力的侵害，如保护刑事被告的权利。最高法院使被州与联邦当局控告的人享受到权利法案的保护。最高法院坚持贫穷的被告应享有由律师为之辩护的基本权利，非法获得的证据不得用于州的刑事审讯中，应告知刑事嫌疑犯按宪法规定，他们有权保持沉默，在审讯前他们应有律师（米兰达诉亚利桑那州案，1966年）。

华伦·伯格领导下的最高法院（1969—1986），虽不如沃伦法院那样活跃，但也不是像有些人所预计的那样保守。伯格法院在许多问题上也表现得比较开明，比如它认为堕胎是合法的（除非在怀孕期的最后十个星期内）；拒绝禁止发表五角大楼文件（被非法泄露给报界的有关政府越南战争计划的官方文件），并大量减少了死刑；认为未经法院同意即对国内人士进行窃听是非法的；拒绝干预旨在使像波士顿和洛杉矶那样的城市的学校不再实行种族歧视而以校车接送学童的做法<sup>②</sup>。

可见，最高法院司法管辖权的范围是随时代的发展和司法能动主义的推动而不断变化的、不断拓展的，这也表明了最高法院的司法权力是不断扩大的。最高法院通过对宪法的解释，塑造和再塑造了宪法，如有关言论、出版、宗教与集会自由的第一条修正案，已由现代的最高法院予以发展和延伸。在发展宪法的同时，最高法院也发展了自身，加深了对美国政治生活的影响。

① 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第530页。

② 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社1994年版，第114—115页。

### 第三节 最高法院违宪审查权的历史发展

19世纪30年代,法国著名政治家和学者托克维尔就预计到了民主国家政治司法化的必然趋势。自由、民主的发展需要法治“保驾护航”。在考察了美国的政治后,托克维尔写道:美国的所有政治问题最后都成为司法问题。这一见解极富洞察力。事实上,政治问题与司法问题并没有绝对的界限。美国各历史时期的重大政治问题无不通过诉讼在法院反映出来了,美国法院的历史发展是同美国各历史时期的主要政治问题密切相关的。可以说,联邦法院尤其是最高法院在司法能动性和影响方面演进到当今的水平,是由美国三大历史时期的政治、经济和意识形态的力量形成的。1789—1865年的主要问题是联邦与州的关系和奴隶制,法院维护了联邦的至上地位,即联邦高于州的地位,兼顾了联邦与州的平衡;1865—1937年是政府同经济的关系,法院限制了联邦政府管制经济的权力,兼顾了公共权力与私人权利的平衡;1938年到现在是个人自由和社会平等,法院扩大了个人自由和公民权利,缩小了经济自由,兼顾了多数统治和少数自由的平衡<sup>①</sup>。本节将按上述三个阶段来考察联邦法院及其违宪审查权的历史发展<sup>②</sup>。

#### 一 从联邦政府成立到内战(1789—1865年)

这一时期,联邦法院致力于确立法院自身在政府中的地位和维护联邦高于州的地位。联邦宪法规定了合众国的司法权属于美国最高法院和由国会设立的美国低级法院,规定了联邦法院的管辖权和最高法院的第一审管辖权。然而,宪法又规定各级法院法官人数和最高法院的上诉管辖权都由国会控制,却没有规定实施法院裁决的保证。正如汉密尔顿所言:“司法部门既无军权,又无财权,不能支配社会力量与财富,不能采取任何主动

<sup>①</sup> 李道揆:《美国政府和美国政治》上册,商务印书馆1999年版,第484页。

<sup>②</sup> 参见拙文《论美国联邦最高法院司法审查权的平衡作用》,《武汉大学学报》2002年第5期。

行动，是分立的三权中最弱的一个。”<sup>①</sup>对于法院来说，确立自身作为三权之一的地位，不受立法和行政部门的辖制，在建国之初便成为一个至关重要的问题。

宪法虽然规定，在这个联邦国家中联邦地位高于州（第六条），但联邦至上的地位却受到州和州权派的挑战。联邦与州之间的权力斗争是这一时期最大的政治问题。而奴隶制又是同州权密切相关的。在州权派看来，保持还是废除奴隶制是州的权力，联邦政府无权干预。在这一时期，奴隶制日益成为美国政治生活中争议激烈的重大问题。联邦和州之间的权力斗争，从本质上说，反映了要求发展资本主义的工业资产阶级同要求保持小农经济和种植园经济的小农和奴隶主之间的斗争。这样，联邦至上问题和奴隶制问题便成为最高法院行使违宪审查权所面临的最重大的政治问题。

#### （一）违宪审查权开始运作

1789年秋，国会根据宪法规定制定了《司法法》。这一法律建立了联邦法院系统——地区法院和巡回法院、最高法院（至今仍是联邦法院系统中最重要法院），并规定了各级法院的管辖权。

建国初期，最高法院是一个无足轻重的机构。这种状况直到约翰·马歇尔出任首席法官后才开始改变。1801年，联邦党人马歇尔被亚当斯总统提名为最高法院首席法官。马歇尔以其卓越的政治智慧，在任期（1801—1835年）内使法院的违宪审查权开始运转，维护了联邦的至上地位，对美国政治制度和社会生活产生了深远的影响，因此成为美国历史上最有影响的首席法官之一。违宪审查权不仅可以宣布任何州与地方政府的法案与法律为违宪，也可以否决联邦政府任何部门提出的法案。联邦至上原则即合众国的法律与宪法是国家的最高法律，凡与联邦法律相抵触的州法律均无效。

1803年的“马伯里诉麦迪逊案”的判决是马歇尔法院作出的，是最高法院历史上的第一个最重要的判例。其重要意义在于使联邦党人在制宪会议上雄辩地论证的“法院拥有违宪审查权”开始正式运行。马歇尔代表最高法院撰写的判决书宣布：所有制定成文宪法的人认为一定是期望将宪法看成是国家的根本的、至高无上的法律。因此，立法机关的法律一旦与

<sup>①</sup> 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆1994年版，第391页。

宪法相冲突，就是无效的。判断法律是什么，显然是司法部门的权限范围和职责，把法律规则应用到具体案件的法官必须阐述和解释该项规则。……所有成文宪法的本质原则就是：“与宪法相抵触的法律无效；法院和其他部门都应该受到宪法的约束。”据此，最高法院在裁决中宣布：1789年司法法第十三节改变了宪法明文规定的最高法院的第一审管辖权，是违反宪法的，因而是无效的<sup>①</sup>。

尽管美国宪法对于宪法解释权的归属并未作任何规定，但早在宪法批准过程中以汉密尔顿为代表的联邦党人就已充分宣传和论证了司法机关拥有宪法解释权的正当性与合理性，违宪审查权属于司法机关是制宪会议的精英们清醒意识和自觉追求的产物。马歇尔在这一案例中的司法实践可以理解为是法院违宪审查权的一种正当理性的逻辑展开。因此，最高法院的裁决便理直气壮地对于所有其他政府部门都具有约束力。这一案例使最高法院的违宪审查权从纸面的、逻辑的权力变成了“鲜活的”权力，增强了法院特别是最高法院的权力和地位，扭转了法院是最弱部门的形象，使司法部门得以真正同立法和行政部门形成三足鼎立的格局。

## （二）维护联邦的至上地位

建国以后，美国资本主义的发展需要广阔的商品市场和自由的劳动力。然而，南方种植园经济仍然以自给自足的农业经济为主，黑人没有自由，被束缚在种植园内，已经成为资本主义发展的桎梏。因此，北方工商资产阶级主张扩大联邦政府的权力，限制州的权力，以便建立统一的国内市场和发展资本主义；南部种植园奴隶主、激进的民主主义者、西南部小农场主、手工业者、边民利益等众多集团则反对扩大联邦政府的权力，主张维护州的权利。两种经济利益（或制度）的矛盾反映到政治层面上，就形成了北方联邦派和南方州权派在联邦和州的分权关系以及奴隶制存废问题上的斗争。

马歇尔作为坚定的联邦党人，顺应时代的需要，主张扩大联邦政府的权力，认为联邦政府是建立在全体人民一致同意的基础之上的，在宪法明确规定的权力范围之内，联邦政府的权力是至高无上的，联邦的地位高于

<sup>①</sup> 转引自李道揆《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第487页；艾菲斯·梅森等《美国宪法法：述评和判例选录》，商务印书馆1983年，第47—50页。



州的地位。他在担任最高法院首席法官的任期内，运用违宪审查权审查州政府的行为，来维护联邦的至上地位。这主要表现在以下三个判例上，三个案件的判决书都是由马歇尔亲自撰写的。

#### 1. 弗莱彻诉佩克案（1810年）

最高法院意见一致的判决书宣布：“无论对州的主权还有多大敬意，也不能掩饰这个事实：宪法定制者曾忧心忡忡地考虑到从当时的情绪中可能滋生出极端行为，而合众国人民在通过这部宪法时，已经显示出保卫自己及自己财产免受人们面临的突发强烈情绪所造成的后果影响的决心。对各州立法权力的限制显然建立在这种看法之上，合众国宪法包含着可以看做是各州人民的权利法案的内容。”<sup>①</sup>然而，佐治亚州的一项法律损害了公民的财产权，违反了联邦宪法“任何一州都不得通过任何公民权利剥夺法案、追溯既往的法律或损害契约的义务的法律”的条款（第一条第十款），因而无效。判决书宣称：“佐治亚州不能被看做一个单一的分离的最高权力。它是美国联邦的一员。联邦有一个宪法，这个宪法的至高无上地位得到所有人的承认，它对各州的立法机关规定了限制，没有一个州有权超越这些限制”<sup>②</sup>。

该案明白清楚地告诉各州：联邦最高法院拥有审查州法律是否违宪的司法权力。如果说马歇尔在马伯里诉麦迪逊案中为美国违宪审查制度奠定了第一块基石的话，那么他在弗莱彻诉佩克案中审查州法律并宣布违宪的州法律无效则为违宪审查制度奠定了第二块基石。此案是违宪审查史上一个具有里程碑意义的案件，从此，司法独立已经从理念转化为可操作的原则与技艺了<sup>③</sup>。

#### 2. 麦卡洛克诉马里兰州案（1819年）

这个案例是马歇尔对于广义的宪法解释、全国政府的权力及其凌驾于各州之上的地位的最持久贡献。1816年，国会建立了美国第二银行，麦卡洛克是该银行在马里兰州巴尔的摩分行的出纳员。马里兰州对该行征税，麦卡洛克拒绝支付，马里兰州于是向马里兰高等法院起诉并赢得了诉

① 斯坦利·库特勒：《最高法院与宪法》，商务印书馆2006年版，第68页。

② 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第489—490页。

③ 范进学：《美国司法审查制度》，中国政法大学出版社2011年版，第69页。

讼，麦卡洛克向最高法院提起了上诉，要求审查州法律的合宪性问题。这一案件涉及的宪法问题是：国会是否有权建立银行，马里兰州是否可以对银行分支机构征税而不违反宪法<sup>①</sup>。

马歇尔针锋相对地批驳了马里兰州的论点：

(1) 联邦宪法是由人民批准的，联邦政府是由人民建立的。联邦政府的权力受到所有人的委代。它代表所有人，并为所有人而行动。尽管联邦政府的权力是有限的，但在其行动范围内却是至高无上的。当联邦和各州政府之间权力相互冲突时，重大的原则是：“（联邦）宪法和依照它制定的合众国法律应是国土的最高法典，且要求各州议会的成员以及各州的执法与司法分支的官员对它给予忠诚宣誓，人民已明文作出决定。”<sup>②</sup>

(2) 在列举的权力中，没有发现设立银行或创办公司的权力。但是，宪法在列举了国会的权力以后，明确规定国会有权“制定为行使上述各项权力……所必要和适当的所有法律”。这一“必要和适当”条款扩大和增加而不是减少和限制已授予的权力。宪法的合理解释必然允许国会授予它的权力赖以行使，使该机关能以对人民最有利的方式履行其崇高职责的手段方面，有自由处置权。“如果目的是合法的，是在宪法范围内的，那么所有合适的手段——只要清楚地适合目的，只要不受禁止而是和宪法的文字和精神相一致，就都是合宪的。”<sup>③</sup> 因此，建立银行的法律是合乎宪法的。

(3) 征税的权力包含破坏的权力。破坏的权力可能挫伤创造的权力，使它变得无用；授予一个政府控制另一个政府符合宪法的措施的权力，而另一个政府在这些措施方面被宣告为高于实行控制的政府，这一做法明显与宪法相悖。当一州对联邦政府的活动征税时，它针对的不再是其组成分子所创设的机构，而是它自己无权控制的全体人民创建的机构，它针对的是由他们自身（本州人民）和他人（他州人民）共同创建的政府基于共同利益而运用的手段。“州无权以征税或其他办法去阻止、妨碍、束缚，

① 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第490页。

② 保罗·布莱斯特等：《宪法决策的过程：案例与材料》，张千帆等译，中国政法大学出版社2002年版，第21页。

③ 同上书，第28页。

或以其他任何方式控制国会为行使授予联邦政府的权力而制定的宪法性法律的实施。”如果各州对联邦政府使用的各州工具征税的权利获得承认，那么，宣告宪法和依宪法制定的法律为全国最高法只不过是空的、无意义的慷慨陈词罢了<sup>①</sup>。因此，马里兰州向美国银行征税的法律是违宪的和无效的。这一判例确立了两条新的极其重要的宪法原则。第一，联邦既拥有明白授予的权力，又拥有从授予权力引申出来的权力，它成为扩大联邦权力的主要法律和理论根据。第二，州不能干预联邦机构的活动。这进一步维护了联邦地位高于州的宪法原则<sup>②</sup>。

### 3. 吉本斯诉奥格登案（1824年）

国际贸易战和竞争是邦联政府软弱无力及最终垮台的原因之一。如果美国要发挥它作为一个巨大共同市场的潜力，各州的规章制度必须服从统一的全国政府。为了这个目的，宪法授权国会管理州与州之间以及合众国与外国的贸易。国会的权力是直接授予的，然而权力的范围却不明确。

这个案子是最高法院审理的关于宪法商业和贸易条款的第一个案子。奥格登拥有在纽约州水域独家经营轮船航运的纽约州的执照。吉本斯则拥有根据1793年内国会法律颁发的在沿海经营航运的联邦执照，经营纽约州和新泽西州之间的轮船航运。奥格登向纽约州法院控告吉本斯侵犯了他在纽约州水域独家经营航运的权利。吉本斯向联邦最高法院上诉。该案提出了有关宪法的商业条款（第一条第八款第三项）的极其重要的问题，诸如：什么是“州际商业”？国会管制州际商业的权限有多大？州对管制州际商业权作狭义解释，并且确认州垄断其水域的轮船航运权，则不仅对于联邦政府是一个打击，而且会鼓励各州之间进行毁灭性的经济竞争，导致经济混乱，不利于美国经济的发展。

马歇尔撰写的判决书内容如下：商业是交易。很难想象，一个国家间商业贸易交往的制度可以排斥与航运有关的法律。如果商业不包括航运，那么合众国政府就无权力直接管理航运，也不能制定规定何为美国船只或只要求这些船只由美国海员驾驶的法律。商业规制权（包括航运）是美国人民建立政府的主要目标之一。《宪法》规定：“各州之间的商业，不

① 斯坦利·库特勒：《最高法院与宪法》，商务印书馆2006年版，第57—58页。

② 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第491页。

能终止于每个州的边界，而是可以进入州的腹地。”国会有关管制州际商业，就可以管制州之间的航运。在管理商业活动的过程中，国会的权力并非止于各州的边界线，如果不能突破，那么国会的权力就名存实亡。各州在行使管理它们纯属内部事务的权力时，不管是贸易权还是治安权，往往会制定法律，其有效性取决于它们是否干扰和违反国会按照宪法通过的法案。纽约州的法律必须服从国会的法律；确认州法律授予的特权、反对合众国法律赋予的权利的裁决，必然是错误的。纽约州授予奥格登垄断州内水域的航运权，侵犯了联邦管制“州际商业”的权力，因而是无效的<sup>①</sup>。这样，最高法院在这一案件中，对联邦管制州际商业条款进行了广义的解释，从而扩大了联邦的权力。此后，最高法院对“商业条款”的解释越来越宽，从商品的生产流通、交通运输、工资、工时、工会到公民权利和犯罪行为，只要影响州际商业，联邦都有权管制<sup>②</sup>。

上述判例从理论上和法律上肯定和维护了联邦高于州的地位，推进了资本主义经济的发展。但是，在当时的经济和政治条件下，这些判例的实际影响是有限的，并不意味着联邦的至上地位已经确立起来。联邦派与州权派的斗争并未结束，州权势力依然顽固。这突出地表现在坦尼法院时期。

### （三）坦尼法院（1836—1864年）：维护州权和奴隶制

马歇尔去世后，安德鲁·杰克逊总统（民主党人）任命罗杰·坦尼为最高法院首席法官。坦尼延续了马歇尔的司法克制哲学，尽量避免法院陷入政治问题。但坦尼这位出身于马里兰州富有的奴隶主家庭的法官，在德雷德·斯科特诉桑福德一案的审理中却未能摆脱出身的局限、坚持司法克制主义，而对当时最敏感的政治和社会问题——奴隶制问题进行了司法干预，使最高法院自马歇尔以来赢得的盛誉急转直下。

1857年的德雷德·斯科特诉桑福德案是关于奴隶制是否合宪的案件，也是美国制宪时悬而未决而迟早需要政府正视并加以解决的一个重大政治问题。遗憾的是，坦尼法院在此案中作出了维护奴隶制，也是维护州权的后果严重的、灾难性的裁决。黑人奴隶斯科特系美国军医爱默生的奴隶。

① 斯坦利·库特勒：《最高法院与宪法》，商务印书馆2006年版，第90页。

② 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第492页。

1834年随主人到自由州伊利诺伊州后获得自由，娶妻生子。1838年回到奴隶州密苏里后重新沦为奴隶。1857年，斯科特向州下级法院起诉要求承认他的自由身份，其理由是“主人把他带到自由州伊利诺伊和自由联邦领地，根据州际之间相互尊重州法律的原则以及密苏里州关于‘一旦自由即永远自由’的法律规定，他已经自动获得了自由人身份”。他在州低级法院胜诉，但被州最高法院驳回，随后又在联邦巡回法院败诉，于是上诉到联邦最高法院<sup>①</sup>。

此案提出了三个重要问题：一是黑人是否为合众国的公民，有无资格在联邦法院诉讼；二是奴隶从蓄奴州到了自由州或自由联邦领地能否得到自由；三是国会是否有权在联邦领地禁止奴隶制，如同它在1820年密苏里妥协法<sup>②</sup>中所作的那样。最高法院以7票对2票作出裁决，坦尼代表法院撰写的冗长的判决书，对于上述三个问题都作出了否定回答：（1）黑人不论是自由人还是奴隶，都不是合众国公民，没有资格在联邦法院起诉<sup>③</sup>。黑人不包括在宪法的“公民”一词范围内，宪法也无意将他们包括在内，因此不能要求享有宪法赋予合众国公民的任何权利和特权。相反，他们当时被认为是一类从属的、低等的人，被掌握统治权的体制制伏，无论解放与否，始终服从统治种族的权威，除那些掌握权力和政府的人愿意给他们的那些权利或特权外，没有其他权利或特权。（2）国会无权在联邦领地禁止奴隶制。唯一授予国会的权力是与捍卫和保护奴隶主权利的义务联系在一起的权力。（3）宪法第五条修正案适用于联邦领地；奴隶是财产，把奴隶身份变成自由人，是不经过法律程序剥夺公民的财产<sup>④</sup>。国会对公民的人身或财产的权力绝对不能单纯是一种随意行使的权力。政府的权力以及公民的权利和特权是由宪法管理和明确规定的。一个国会未经正当法律程序剥夺合众国一个公民的自由或财产，仅仅因为公民自身或携带他的财产进入合众国某一准州，而公民本身并没有任何违法行为，这个

① 何勤华主编：《美国法律发达史》，上海人民出版社1998年版，第77页。

② 1820年，国会中的废奴派同蓄奴派经过激烈斗争达成妥协，通过了密苏里妥协法。其主要内容是：以北纬36°30′为界划分为奴隶州和自由州，密苏里州作为奴隶州加入联邦，缅因州作为自由州加入联邦。

③ 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第494页。

④ 同上。

法令是很难加上正当法律程序这个美称的<sup>①</sup>。

这是一个以维护公民财产权的名义坚定地维护奴隶制进而维护州权、限制联邦权力的裁决。在最高法院历史上，鲜有最高法院的裁决产生过比此案更大的政治影响。它立即使南方扩大奴隶制的原则成为合法，并给予共和党以卡桑德拉（荷马史诗特洛伊国王普赖姆之女，能预知凶事）不祥的预感。坦尼法院在此案中放弃了其一直坚守的司法克制理念而选择了以司法手段解决政治问题，干预了一项本来由人民去决定的政治问题，陷入了“政治泥潭”之中。糟糕的是，它切断了一切限制奴隶制扩张、通过司法途径解决南北争议的经济利益和经济制度问题的途径，对于南北之间在奴隶制问题上已经极其尖锐的矛盾无形中起到了推波助澜的作用。在共和党看来，要最终铲除奴隶制只有冀望于战争，内战已无法避免。

## 二 内战结束到新政初期（1865—1937年）

1861年，内战爆发。1865年，内战以北方的胜利维护了联邦高于州的地位，为美国资本主义发展扫清了道路，解放了黑奴，获得了自由劳动力，建立了统一的国内市场。战后经济迅猛发展，工业化进展神速，到19世纪末，美国已超过英国成为世界第一工业大国。与此同时，财富也日益集中，到19世纪末，自由资本主义逐渐向垄断资本主义过渡。在生存和发展的机会上，工人阶级、小农场主和其他劳动人民与资本家阶级的差距日益扩大，劳资矛盾和社会矛盾日趋激化。在广大人民的压力下，联邦政府和一些州政府被迫通过一些反垄断法律，以遏制自由放任主义政策带来的不良后果；垄断资本主义则反对政府管制经济。内战结束初期，保障黑人的公民权利、赋予黑人与白人同等的政治地位是国家的主要政治问题；从19世纪末到新政初期，处理市场经济发展的问题成为政府（包括最高法院）面临的主要问题。

在这一时期，自由放任主义哲学仍然主导着最高法院的多数法官，最高法院为保守派所控制。最高法院深信：自由的经济能够使美国强大，只要市场能做的，政府就不要插手。因此，它在整体上倾向于维护自由竞争、优胜劣汰的市场秩序，支持财富集中，抵制对契约自由的任何侵蚀，反对政府干预经济，尽管也作出了一些支持联邦政府管制私营企业的裁

<sup>①</sup> 斯坦利·库特勒：《最高法院与宪法》，商务印书馆2006年版，第139—145页。

决。其主要做法是：最高法院利用违宪审查权，将旧的规则服务于新的现实，即将原来旨在保障黑人公民权利免受州侵犯的宪法第十四条修正案，根据新的形势将其解释为保障私有财产和公司免受政府侵犯的内容。这条修正案的关键条款是：任何州“不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。这样，“正当法律程序”条款成为最高法院以捍卫宪法、保障公民私有财产权的名义，制止或削弱政府对经济的干预，维护资本和垄断资本的利益的绝佳工具。各大公司也纷纷以取得的“法人”身份，凭借正当法律程序条款向法院控告政府管制经济的法律违反了“财产权神圣不可侵犯”的原则。

内战后，从美国重建时期的蔡斯法院开始，以司法保守的态度积极干预立法机关的法律，仅在9年内（1864—1873年），国会的10项法案被最高法院推翻。而在联邦政府成立以后的头75年，最高法院却只有两次宣布联邦法律违宪，在第二个75年（1865—1936年）最高法院则71次宣布联邦法律违宪。1870—1919年，最高法院大约300次宣布州法和州宪法（部分条款）违宪。仅在19世纪80年代，就有5个联邦法律和48个州法被推翻。这些裁决显示出最高法院仍然固守传统自由主义的信念，以保护私有财产权不受侵犯来维护个人利益。例如，最高法院限制1887年成立的州际商业委员会规定铁路运费率的权力，大大缩小了1890年《谢尔曼反托拉斯法》的适用范围；支持用法院禁令制止罢工；宣布联邦直接税法违宪；禁止州规定最高工时法；宣布旨在取缔童工的1916年联邦童工法违宪。<sup>①</sup>而在1899—1937年间，最高法院基于正当程序条款和平等保护条款宣布无效的州法律共计184件，其中多数州法是管制经济的。

罗斯福就任总统后，断然摒弃了经济自由放任主义，推行国家干预经济的新政，主张个人权利必须和社会责任相联系。与此同时，最高法院反对国家干预和管制经济也达到无以复加的地步。1935—1936年，最高法院就宣布12项新政立法违宪，其中包括《全国工业复兴法》、《农业调整法》、《证券和交易法》、《城市破产法》、《联邦工资工时法》等，新政的主要立法几乎全被否决和废止。在黑人的公民权利方面，尽管宪法第十四条修正案明确了“在州管辖范围内，不得拒绝给予任何人以平等法律保

<sup>①</sup> 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第496页。

护”，但最高法院却对此作了极其狭义的解释，在一系列的裁决中认可了学校和铁路车厢的种族隔离，容许许多州以文化测验等形式剥夺黑人的政治权利，特别是选举权。

### 三 从新政后期至今（1937年之后）

1936年力主新政的罗斯福再次当选美国总统，而此时最高法院保守的司法哲学已经成为罗斯福推行新政的最大绊脚石。为了排除最高法院对新政的阻挠，他向国会提出了填塞和改组最高法院的计划：把最高法院的成员从9人增加到15人。这样他可以任命支持新政的大法官，使新政的支持者形成法院的多数，以保证新政立法的顺利实施。这个计划激起了轩然大波。在国会表决改组法院议案前，欧文·罗伯茨大法官的决定性投票促成了最高法院司法哲学观的重大转折，使新政的支持者一跃成为法院的多数，使得最高法院在一系列判决中宣布新政的法律和政策是合宪的。罗伯茨的转变挽救了最高法院，也挽救了美国的宪政事业。改组法院遂被叫停。接着几位大法官退休，罗斯福得以任命新政支持者为大法官（他在其四届任期内任命9人），自由派成为最高法院的稳定多数，改变了最高法院的人员构成。从此，自由放任主义的法学开始让位于司法实用主义。1937年的转化反映了整个法律职业共同体的法律意识的转变，大法官的极端个人主义哲学的基础从根本上动摇了<sup>①</sup>。最高法院告别了70年以来一直信奉的司法哲学，迈向了一个完全崭新的未来。这是最高法院的一次自我蜕变和革新的过程，一次重整山河而后生的过程<sup>②</sup>。

从那时起，最高法院的注意力开始从保护私人产权转移到保护公民的政治权利。1937—1979年，最高法院宣布49个联邦法律违宪，其中47个是同宪法保障的个人权利有关的<sup>③</sup>。其中，代表性案例是1943年的西弗吉尼亚教育委员会诉巴尼特案中裁决弗吉尼亚州关于强制学生向国旗敬礼的法律违宪。最高法院在判决中写道：“向国旗敬礼是言论的一种形式。地方政府强迫向国旗致敬和宣誓的行为超越了宪法对他们权力的限制，侵犯了智识和精神的领地，联邦宪法修正案的目的就是保护它们免受

① Benard Schwartz, *A History of Supreme Court*. Oxford University Press, 1993, p. 234.

② 范进学：《美国司法审查制度》，中国政法大学出版社2010年版，第138页。

③ 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第497页。



任何官方的控制。”

第二次世界大战以后，最高法院反对种族歧视，在保护黑人的公民权利方面发生了天翻地覆的变化。厄尔·沃伦首席法官在任期内（1953—1969年），为追赶上20世纪社会急剧发展的步伐，不断发动宪法革命，把自由派司法能动主义发展到史无前例的高度，对于维护和扩大公民自由和公民权利作出了重要贡献，改变了美国法律和社会生活的整个图景。特别是沃伦法院1954年关于布朗案的裁决（公立学校实行种族歧视违宪）具有划时代的意义，被认为开启了美国民权革命的时代，对20世纪60年代黑人民权运动的兴起起到了引领作用。由此，沃伦和马歇尔一样成为美国司法史上最具影响力的首席法官，也使他成为保守势力攻击和指责的对象。1969年6月沃伦退休，伯格被称为首席大法官（1969—1986年）。伯格法院基本上延续了沃伦法院的自由式的司法能动主义，1986年里根总统提升伦奎斯特为首席法官。伦奎斯特法院自1994年起，保守派居多数，保守式的司法能动主义盛行。这一时期被推翻的联邦法律，远远超过了历史上的任何时期。1986—1994年，推翻了7部联邦法律，而1995—2003年却推翻了33部联邦法律，年均推翻3.67部，超过了沃伦法院后期年推翻2.29部的数量<sup>①</sup>。

1937年以来，最高法院的违宪审查表现出三个主要趋势：第一，最高法院宣布无效的联邦法案数比前50年要少得多。1936年以来，只有少数联邦法案被宣布为违宪，而被推翻的法案都不是很重要的。第二，最高法院避免保护私人财产权，对财产权的关心日益减少。一般来说，现在最高法院并不十分关心保护经商利益不受政府决策的影响。第三，最高法院对以违宪审查权保护公民自由权的兴趣日益增强，谋求保护个人权利不受日益增长的政府权力的侵害。有关言论、出版、宗教与集会自由的第一条修正案，已由现代的最高法院予以发展和扩大。最高法院在首席法官厄尔·沃伦的领导下，已将重点转向重新分配名额、种族歧视和刑事案件中被告的权力等问题<sup>②</sup>。

<sup>①</sup> Thomas M. Keck, *The Most Activist Supreme Court in History*. The University of Chicago Press 2004, p. 40.

<sup>②</sup> 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社1994年版，第117—118页。

从美国违宪审查权的历史发展可以看出，美国各个历史时期的重大政治问题无一不在最高法院反映出来。美国最高法院是宪法的守护神，应该是代表和维护人民的意志和利益的。但是，在历史的转折关头，最高法院可能像坦尼法院那样逆时代潮流而动，阻挠社会进步；也可能像马歇尔法院和沃伦法院那样，顺应时代潮流，推动社会前进<sup>①</sup>。最高法院对这些问题作出的不同反应，体现出国内和国际局势、社会潮流特别是大法官本人的政治哲学和法学观点的不同对现实政治所产生的巨大影响。为了理解美国的现实政治，注意到最高法院的这种影响是必要的。

#### 第四节 影响最高法院违宪审查权行使的因素分析

##### 一 内部因素（自律原则）

美国最高法院往往被称为“政府部门中危险最小的部门”。虽然它具有违宪审查这样大的权力，但违宪审查的决定要由其他部门来执行，法院显然是政府三个部门中最弱的部门。它对联邦政府其他部门行为、法规、法令的否决权，实际上很少使用，而且受到很多因素的限制。这些因素既在最高法院内部也在整个政治体制中体现出来。对最高法院行使违宪审查权的限制，绝大部分因素来自司法制度内部和最高法院的传统做法<sup>②</sup>。

##### （一）违宪审查的前提是必须形成实际案件

最高法院运用违宪审查权必须有一个实际案子或争讼待查，才能实施。如美国学者所指出的，“法院有管辖权并面临着立法性问题发生争讼的案件时，法院才附带产生根据法律处理案件的义务，具备亲自来决定合宪性问题的职能”<sup>③</sup>。换言之，具备案件性的争讼必须意味着“法律上的争讼”。而围绕学问上的学说分歧、宗教上的教义当否、政治上的方针与政策的是非等发生纷争的场合，仅停留在当事人之间精神、思想、学问或

① 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第498页。

② 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社1994年版，第117页。

③ H. Nart, Jr., *Book Review: Professor Crosskey and Judicial Review*, 83 Harv. L. Rev. 844, 851 (1970).

政治上见解的对立，对于这样的纷争，法院不应运用法律予以解决。最高法院并不主动审查法律，不能提出咨询性意见。只有当某项法律实施后，影响或侵犯了某人或社团利益，受害人向法院提出诉讼，法院受理后才开始审查该项法律是否违宪（不告不理原则）。这意味着在法律成文以后，要经过多年，最高法院才能作出裁决（如德累德·斯考特裁决是在密苏里妥协通过了7年以后才推翻它的）。

## （二）回避政治问题的传统做法

最高法院不审查政治问题，认为这是总统和国会的责任。所谓“政治问题”，是指宪法或法律明确规定由立法部门和行政部门作出最后决定的问题（比如外交事务），或最高法院感到不能解决的问题（狭义的解释）。例如，内战后，佐治亚州曾向联邦最高法院请求审查国会的“重建方案”是否合宪，最高法院以该“重建方案”没有涉及个人权利而属于政治问题为由予以拒绝。法院也不干预行政问题。它虽然可以宣布某项法律违宪，但并不颁发禁令禁止总统实施已被判为违宪的法律。即使行政或立法部门的咨询，法院也尽量不发表意见。例如，华盛顿总统曾就一项条约问题征询过最高法院的意见，结果被婉辞拒绝<sup>①</sup>。这一举动约定俗成，沿袭为一条不成文的规定。

政治问题经常在对外关系中出现，最高法院的大法官不了解重要的秘密情况，对外交事务不甚熟悉，承认总统对外交事务有决定性影响。法院对政治问题保持司法克制的态度，与政治保持适当的距离，让自己置身于“政治丛林”之外，以免卷入政治漩涡，有利于法院保持独立的司法地位。但是，在不同时期，政治问题的内涵和外延也并非一成不变的。事实上，最高法院对政治问题的定义曾作扩大或缩小的解释。多年来，最高法院以政治问题为由，拒绝考虑州立法机构选区和国会选区的重新划定问题。然而，在1962年最高法院改变了立场，迫使州立法机构划定选区的界线，使选区的人口数大致相等。因此，所谓政治问题可以是最高法院想避免涉及的任何问题<sup>②</sup>。

① 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社1994年版，第117页。

② 同上。

### （三）回避宪法问题

最高法院的职责是实施宪法，除非某一法律明显地违反了宪法，最高法院一般不愿宣布某一法律为违宪，不愿就宪法问题作出裁决。一般来说，最高法院愿意进行合宪性推定，即假定法律是有效的，除非能证明它是无效的。虽然我们强调最高法院在引用宪法时的作用，但它们裁决的大部分案件都是对不太重要的联邦和州法律的解释<sup>①</sup>。

### （四）遵守先例

法院今天审理一个案件，应按照以前对于类似案件的判决来解决。研究司法裁决行为的第一流学者格伦敦·舒伯特考察了法官们在对某一问题的是非曲直的看法同他们所尊重的遵守先例等司法准则之间发生矛盾时所受到的交叉压力，指出：“我们在衡量司法态度时，不仅应该注意外在的价值，而且应该注意内在的价值，前者代表那些提交最高法院判决的反复出现的法律和政策问题，后者代表法官们同最高法院的固有联系、最高法院的习惯和传统以及法官们作为同一个决策小组的成员彼此对待的态度。”<sup>②</sup>

遵循先例原则之所以重要，主要有两个方面的原因：一是使法律的含义具有相对稳定性，而不是不断变化，使人民无所适从。如果法律没有变化，而法官的解释却变化了，那么就会使今朝是合法之事，明朝却成为非法之事。二是公正司法，意味着类似的案件应得到类似的判决。但是，遵守先例不能理解为墨守成规，如果时代变了，那么仍按先例判决、机械地解释法律则与时代精神脱节乃至相悖，就会犯错误。美国最高法院在判案时，虽然一般是遵循先例的，但也并不死守先例，而是时常根据世易时移灵活地解释法律，抛弃过去的先例，作出新的裁决，使自己跟上时代的步伐。这就是我们看到最高法院时常改变态度，推翻和否定其以前判决的原因。据计算，从1810年起，最高法院在140个案件的判决中推翻了过去的判决<sup>③</sup>。

## 二 外部因素（违宪审查权受到的外部制约）

最高法院虽然确实拥有很大的权力，但是，在美国的分权制衡机制

① 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社1994年版，第117页。

② 维尔：《美国政治》，商务印书馆1988年版，第232页。

③ 李道揆：《美国政府和美国政治》，商务印书馆1999年版，第530页。

下，最高法院与立法、行政部门一样，也受到了制约和限制。法官虽非选举产生，但也不能不受政府其他部门的制约和舆论的影响。法院首先受到自身性质的限制。法院有审判权，但却没有贯彻其判决的手段。判决的执行，有赖于各级政府。其次，最高法院判决的执行，还要依赖联邦下级法院和州法院。总之，最高法院的裁决，各级政府是执行的，低级联邦法院和州各级法院也是执行的。不过，关于民权案的判决，却曾一度受到南方各州及地方政府、法院甚至个别位于南方的联邦地区法院的抵制和阻挠。关于公立学校祈祷的裁决，至今很多地方并不执行。关于堕胎和用汽车接送学童以实现公立学校的种族平等的裁决，也引起了很大的争议。下面将通过分析外部因素对最高法院的影响，进而了解最高法院行使违宪审查权所受到的外部影响。

#### （一）国会对最高法院的制约

最高法院有司法权，但司法权并非由它一家独享。美国分权制衡的体制保证了国会参与和分享最高法院的司法权，从而给国会提供了从许多方面监督和制约最高法院的机会。

1. 国会可以对法官的任免和人数施加影响。比如，法官由总统提名，但须经国会参议院批准。国会可以采用不批准法官任命或弹劾它不喜欢的法官的办法来逐渐改变法院的构成。在美国历史上，有9名联邦法官在可能受到弹劾的情况下辞职。10名受到弹劾的法官，5名被宣判无罪，4名被判罪，1名主动辞职。国会参议院运用批准任命权和弹劾权牵制总统的权力是有限的，因为一般小的政策分歧不足以作为反对总统提出的司法任命或对法官进行弹劾的充足理由。除了对法官的任免施加影响外，国会对法官的人数也有权作出改变。它可以大量增加法官的人数，从而给总统机会任命他中意的、与其司法哲学观相同的人为法官。例如，1937年，罗斯福总统提出的改组法院计划，即要求国会把大法官人数从9人增加到15人，以便使最高法院的政治倾向由保守主义转向新自由主义，但罗斯福总统的改组计划由于最高法院的主动转变而未予实施。1978年，由于诉讼案件的急剧增长，国会通过了增设152名联邦地区和上诉法院法官的法律，以减轻法院的工作负荷。

2. 国会可以和各州联合用宪法修正案推翻最高法院的裁决。尽管美国宪法刚性很强，修宪程序烦琐，但仍有9条宪法修正案中可能都是以此

方式产生的：第十一条修正案（制止公民在联邦法院控诉一个州，从而推翻1793年奇泽姆诉佐治亚州案的裁决），第十三、十四、十五条修正案（推翻关于奴隶制的德累德·斯科特案裁决），第十六条修正案（国会课征所得税，无须在各州按人口比例进行分配，从而推翻1895年关于直接税的裁决），第二十六条修正案（年满18岁的公民在联邦和州选举中均享有选举权，从而推翻1970年俄勒冈州诉米切尔案的裁决）。

3. 国会可以稍加修改重新通过被最高法院宣布违宪的法律。这也是国会履行其立法职能的一个侧面，这种事例在美国历史上至少发生过30多次。

4. 国会可以划定最高法院的上诉审管辖权，这也许是国会控制最高法院的最有力的杀手锏。1868年，国会的一项法律撤销了最高法院对一类案件的上诉审管辖权。国会仅仅以要撤销法院对某类案件的管辖权，就常可以收到使法院改变态度的效果。但改变法院的管辖权往往难于达到原来的目的，而且会产生不良的副作用，因此国会并不常采用<sup>①</sup>。

## （二）总统对最高法院的制约

总统对联邦最高法院的制约对法官的提名任命权和赦免权两项。最高法院法官终身任职，并有高薪保障，他们是政府中除总统之外威望最高的官员。因此，法院这些职位是总统可以支配人的最好的美差；总统通过提名任命权，可对法院的政治倾向性施加影响，以利于其计划和政策的推行。总统在其四年的任职期间平均可任命3名最高法院的法官，通过赦免权改变法院的某些判决。

总统任命同自己政治和政策观点相同的法官，往往可改变法院的构成，其影响甚至可以持续到他离职以后很多年。因此，总统都希望能在其任期内多任命一些法官，尤其是最高法院的大法官。富兰克林·罗斯福总统在其第二届任期内任命了5名最高法院大法官，从而改变了最高法院的构成，使支持新政的大法官占多数。保守的艾森豪威尔总统任命了厄尔·沃伦为首席大法官，结果使最高法院出现了一个“司法能动性的自由主义”时期。这虽然完全违反艾森豪威尔的意愿而使他遗憾终身（据说，艾曾说任命沃伦是他犯的最大错误），却同样反映了法官任命的重大影

<sup>①</sup> 李道揆：《美国政府和美国政治》，商务印书馆1999年版，第532—533页。

响。里根总统任命了3名大法官和以保守著称的原大法官威廉·伦奎斯特为首席大法官，使保守的大法官在最高法院占多数，其影响也将是长期的。但是，也不应当过高地估计总统对法院的影响力。终身制赋予了法官独立的地位，使法官在获得总统任命之后绝不是听命于总统的傀儡，独立法官向最高法院提出的判决意见曾经激怒过许多总统。

### （三）党派因素对最高法院的影响

最高法院的法官是由总统任命的，但是，任何一位总统在进行这种任命时都不会忽视自己的党派利益，对党的忠诚是选择法官候选人的一个非常重要的因素。同时，总统还不能不顾及他所提名的人选是否至少足以特别重视执行政策的方法。被任命到最高法院任职的法官中大部分是总统所属政党的支持者。在下级联邦机构中，这种人占的比例甚至还要大些<sup>①</sup>。艾森豪威尔总统任命的联邦地方法官中有95%以上是共和党人，肯尼迪总统在其三年任职期间任命的地方法官中90%以上是民主党人。

历届总统在提名最高法院法官人选时，都要考虑被提名的人对总统所赞成的政策的态度如何<sup>②</sup>。1937年以后，由罗斯福总统任命的法官在很大程度上改变了最高法院的性质。2000年美国总统大选，最高法院以5:4判决佛罗里达州人工计票违宪，布什当选为美国总统。这明显地反映了最高法院的党派背景，5名共和党总统任命的法官投了布什的赞成票，4名民主党总统任命的法官投了戈尔的赞成票。由此可见，党派背景决定了最高法院的政治态度，而最高法院的政治态度又决定了谁当总统，从而在很大程度上影响了美国的政治生活。

### （四）利益集团对最高法院的影响

美国法院通过违宪审查权对国会立法和政府行为的合宪性进行审查，可以否决违宪的法律和政府行为。违宪审查在很大程度上是一种公共政策的反思性机制，法院因而也是极为重要的公共政策制定机关。认识到法院的这一公共政策补救功能，利益集团为维护自身利益，通过向法官陈述其意见以影响法院借助裁决对公共政策重新予以解释。利益集团通常对国会采用“直接游说”的办法，从而影响法院裁决所采取提起诉讼的方式。

<sup>①</sup> 维尔：《美国政治》，商务印书馆1988年版，第228页。

<sup>②</sup> 同上书，第229页。

当一个利益集团未能在国会阻止通过不符合自身利益的立法，或认为政府管制机构的裁定及规章或政府执法行为损害了自己的利益时，它可以以各种理由（包括该法违宪）向法院提出诉讼。例如，罗斯福新政初期，企业集团（公司）向法院提出诉讼，攻击新政重要立法侵犯了其财产权而违宪。当时保守派占优势的最高法院作出裁决，宣布新政主要立法违宪或部分条款违宪，使罗斯福新政几乎陷入瘫痪。这是企业集团利用诉讼影响法律和公共政策的突出事例<sup>①</sup>。

利益集团不仅通过司法诉讼维护经济利益，还借此达到争取公民权利的政治目的。例如，从20世纪30年代起，全国有色人种协进会就控告南方各州的种族隔离法违反宪法，不断地向法院提出诉讼，终于在1954年的“布朗诉教育委员会案”中赢得胜利。在此案中，最高法院裁决种族隔离法违反宪法，推翻了该院过去确立的“隔离但平等”的原则。黑人的胜利鼓舞和推动了其他利益集团通过诉讼维护自己的权利、达到自己的目的，诸如寻求保护堕胎权利的妇女、希望能同样进入公共设施的残疾人、试图限制工业入侵的环境保护者、力图削弱民主党和共和党的主要地位的小党等。提出诉讼的人在诉讼中既为自身利益发言，也为所有相似境遇的人说话，这就使他的诉讼成为集体行动。法院诉讼特别适用于成员人数少，社会地位较低的集团。法院还允许“法院之友”在法庭进行辩护，支持争执双方的任何一方。这样，各种组织和各级政府都能支持卷入案件的个人<sup>②</sup>。

美国是法治国家，诉讼的办法已被各种利益集团广泛采用，成为公民扩大政治参与的一个重要渠道、影响公共政策制定和执行的重要手段。压力集团所施展的场外游说通常都足以代表一部分舆论，使最高法院在判决时不敢加以忽视，也有所考虑各种利益集团的利益。提出诉讼的利益集团希望它提出的案件最终能使最高法院作出具有划时代意义的裁决，即能促使对公民权利与公民自由的定义有重大改变的解釋。这样的裁决会产生新的总规则，由下级联邦和州法院去执行。这些利益集团在最高法院作出具有划时代意义的裁决（如《布朗诉教育委员会案》）后并不会停下来，而

① 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第305页。

② 同上。



是向联邦地方法院多次提出这类案件，以确保最高法院肯定的这些权利得到切实的执行。

#### （五）舆论对最高法院的制约

美国的法官不是由人民选举产生，而且终身任期，他们对于公众舆论的反应自然不像民选的国会议员那样敏感。但是，这并不意味着法官可以完全置公众舆论于不顾，特别是在人民中对某些问题往往已形成较广泛的一致看法。比如，在1935—1936年，最高法院因反对新政立法，结果大失人心，受到公众舆论的很大压力。在这种情况下，法官罗伯茨和休斯改变了态度，使新政的支持者构成了多数，最高法院转而支持新政。压力可能来自多方面（例如总统改组最高法院的计划），但舆论无疑是重要因素之一。到了20世纪五六十年代，美国处于一个民权推进和民主变革的时代，沃伦法院则似乎比较能顺应时代潮流，更重视民心 and 舆论，至少在公民权利和公民自由方面是如此。

然而，最高法院重视公众舆论，但绝不能为了迎合公众舆论而歪曲宪法，因为宪法的意志高于人民代表所立之法的意志。这决定了最高法院的司法裁决并非总是能得到公众舆论的支持。民主政府的目的是要增进全体人民的福利，不仅要尊重多数统治的权力，而且也要保护少数的权利和自由。如果民主以牺牲少数人的权利为代价，那么它就不是真实的民主。多数权力必须受到少数权利的限制，民主的本质是有限的多数统治。最高法院的功能在于运用法律手段约束民主的多数，防止其侵犯少数的自由。最高法院的很多司法裁决恰恰是因为多数人歧视少数人或者因为在政治上不得人心的群体的权利受到了侵犯，才有必要作出。因此，公众（可能是多数）对具有划时代意义的民权判决（如《布朗诉教育委员会案》中确立的种族隔离违宪的裁定）不一定会认同，甚至还有可能会反对政府执行这些新的决定，并试图不遵守这些新的决定。20世纪50年代与80年代进行的民意调查就表明，支持公民自由权立场并反对歧视的人大幅度增加，但同时公众中大部分仍反对肯定行动计划或法院下令进行的用校车接送学童的做法，还支持在学校里作祈祷。

当地方政治领袖不支持法院的判决且社会情绪又反对这判决（如禁止在公立学校作祈祷）时，那么许多地方对法院判决的执行就可能只是零星的，甚至根本不执行。因此，最高法院的一项裁决往往只是争论的开

始，而不是结束。然而，司法行动正确与否，从来不取决于它是否得到公众的欢迎，或是否符合大多数人的想法与做法。司法部门不是选举产生的，不直接对人民负责。它对宪法负责，宪法规定政治权力应有限制，并保证人民有反对国家的道德权利——对政府的行动有抵抗权。司法部门保护少数人有权反对多数人的某些行动。司法部门的判决中，有些公众拥护的程度低，这没有什么可警觉的，而恰恰证明这个制度在像原先设想的那样运转<sup>①</sup>。

时至今日，美国最高法院和联邦司法系统在政治生活中已拥有很大的权力和影响，完全改变了在建国初期无足轻重的地位。然而，由于受到自身司法性质的限制以及立法和行政部门以及舆论等权力的制约，联邦法院在行使违宪审查权时更多地保持司法克制的态度，因而依然是联邦政府三大部门中相对弱小的一个部门。

### 三 自身因素和力量

美国宪法赋予了最高法院的大法官终身职位、优厚的生活保障和崇高的社会威望。这些因素使得最高法院的法官可以不必时时受制于选民的舆论，而且在审理案件时，也往往能自由、充分地表达自己的司法哲学观、价值观、政治观点、法学观点和职业道德等。自由地表达是最高法院公正判决的基础。美国学者把法官的思想归入两大类：司法能动论和司法克制论。从历史上看，持司法克制或者说司法自我约束的法官占有优势，但自厄尔·沃伦担任首席大法官以来，持司法能动主义的法官已占绝对优势了。

主张司法克制的法官认为，法官的唯一职责就是严格按照法律办事。有些事情，即使是与自己思想不一致，即使不公正，也应按照法律去做。他们不愿在法律中掺进自己的观点，不愿就立法机关是否睿智作出评判，不愿破坏民主的决策程序、联邦制和分权原则。持这种观点的著名代表人物有奥利弗·霍尔姆斯大法官（前期）和费利克斯·弗兰克福特大法官等。在美国，引领法学界二百年风骚的霍尔姆斯坚信，只有立足于客观主义的法律，才能实现社会的安定和可预测性。严格区分立法和司法的职能对于维护司法系统的自足性具有重要的意义，立法不妨相对自由地追求国

<sup>①</sup> 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社1994年版，第149—151页。

家的政策目标，但司法只能在严格的法定条件之下进行判断。司法中的法律解释必须尽量排除主观的价值判断，通过逻辑三段论的推理保持法律决定首尾一贯、无懈可击<sup>①</sup>。弗兰克福特大法官有一段话可以作为持这种观点的法官的典型思想。他说：“作为这个法院的一名成员，我无权将个人的政策见解写进宪法，无论我对这些见解多么珍视，也无论我认为它们受忽视是多么不当。当人们处在法官位置上履行职责时，他应当将自己对一项法律是明智还是邪恶的看法完全抛弃，这样做无论怎样强调也不过分。”

与此相反，主张司法能动的法官认为法院的作用不应仅限于司法职能，还应运用司法手段通过新的法——执行立法职能。他们认为，对于社会上种种不正义的现象，法院应能拿出一套司法补救措施来。他们一般更加注重实质正义——结果，只要能实现社会正义的结果，就不必拘泥于法律的条文，而应当对法律做出新的解释。曾任首席大法官的查尔斯·休斯和厄尔·沃伦都是持司法能动观点的代表人物，此外还有大法官霍尔姆斯（后期）和布兰代斯等。休斯有一段话说得非常明白：“我们在宪法下生活，但宪法是什么意思，却是法官们说了算。”1894年后，霍尔姆斯的思想发生了180°的大转弯。他放弃了对于法律的外部客观性的信仰，否定了绝对权利的观念<sup>②</sup>。在1881年的《普通法》一书中，霍尔姆斯指出：“法的生命不在于逻辑，而在于经验。”这里的法并非是指立法机关制定的成文法，而主要是法官创造的判例法。在他看来，在判例法形成的过程中，人们感觉到的时代需要、流行的道德与政治理论、公共政策的体制，甚至是法官与其同伴共有的偏见等公开或无意识的因素较之演绎推理所起的作用更大。诚然，法律推理是判例法的精髓，但是这种推理不是形式逻辑中的三段论式推理，而是法官根据经验的推理。“经验”意指法在遵循先例的前提下，充分考虑变化中的社会现实，赋予先例以活力与生机，这正是普通法在美国的生命力之所在。强调法的生命在于经验而非逻辑，意在要求人们在尊重普通法历史的基础上，适当地修改或补偿旧的法律制

① 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社2000年版，第92—93页。

② 同上书，第94页。

度，以适应时代前进的需要<sup>①</sup>。主张司法能动的法官占多数的法院，往往在各方面介入社会争议、干预政府政策，并成为社会改革的一个中心。

法官个人的思想倾向对案件的审理影响甚大，很多裁决往往取决于法官们的个人价值偏好。同一类案件中，涉及内容大致相同的法律，由于法官思想倾向不同，就可能得出截然相反的结论来。特别是那些争议较大的案子，常常取决于个别法官的态度<sup>②</sup>。这方面最典型的例子发生在新政时期。当时最高法院法官可依其对新政的态度分为三派：（1）反对新政的是大法官麦克雷诺兹、萨瑟兰、范德万特和巴特勒；（2）支持新政的是大法官布兰代斯、斯通和卡多佐；（3）休斯首席大法官和罗伯茨则是所谓的中间派。起初，这后两人特别是罗伯茨，总是站在新政反对派一边的。因此，新政初期的重要法律几乎全部被判为违宪（其中不少案件是以6:3或5:4票判决违宪的）。这些判决成为罗斯福推行新政的极大阻碍，罗斯福遂提出了扩大最高法院的计划。在强大的舆论和政治压力下，罗伯茨大法官出人意料地改变了态度，加入了支持新政的一派，休斯也支持新政，从而使支持新政的大法官反而形成多数。这样，在新政后期，曾经被最高法院所否决的一系列法律在国会稍加修改通过后，又被该院判为合宪。通过这个事例，可以清楚地看出法官个人因素所起的重大作用。

最高法院的主要政治力量来自它的崇高威望、美国宪法的分权性质和美国律师界。

最高法院的法官是美国社会中最有威望、最受尊敬的职位之一<sup>③</sup>。法官受人尊敬不仅源自法官深厚的学养和独立地位造就的不阿品格，而且还来自司法程序本身。最高法院是宪法的守护神，在人民眼里它就等同于宪法本身。最高法院的司法裁决以公正独立为指向，担负着解释宪法、捍卫宪法的重责。宪法守护者的角色赋予了最高法院一切以宪法为依归的权威与合法性，摆脱了政治的纷扰和世事的喧嚣，排除了立法和行政部门的干预。最高法院开庭的程序所呈现的景象是：法官穿着长袍礼服，端坐在高台上，人们正式发言时要称呼法官为“阁下”，使用拉丁词语，手按在圣

① 徐爱国等：《西方法律思想史》，北京大学出版社2005年版，第364—365页。

② 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第516页。

③ 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社1994年版，第119页。

经上宣誓。这些都营造出一种庄严肃穆和高贵的气氛，让人肃然起敬<sup>①</sup>。

最高法院行使违宪审查权的另一个力量在于美国政府体制的分权制衡性质。横向的三权分立体制将每一个部门的权力都分给了联邦政府的几个部门同时共享，而纵向的联邦体制又将权力分给联邦政府和州政府或者由联邦政府与州政府共享。当这些政府或政府部门意见不一致时，权力冲突就无法避免。横向与纵向的分权结构及其引发的权力冲突需要裁判，而法院充当了这个角色。然而，作为裁判，最高法院解释宪法尽可能做到不偏不倚。最高法院在裁判时能独立地依据自己的司法哲学、政治观点和价值取向，但也不能全然不顾国家的主要政治力量的价值观和实践。因为最高法院的决定最终需要执行，而执行这些决定需要得到政治上的支持。

对最高法院的最后支持力量就是美国律师界。据 20 世纪 90 年代的统计，美国一共只有 60 万名律师，但是主要的司法职位均由律师担任，在联邦、州与市政府中任职的人中，律师多于其他职业。美国律师协会的成员占全国律师的半数，它代表律师行业。律师协会对被提名的法官人选进行审查，对候选人是否适合担任法官职务的评价，对该候选人能否得到任命有很大影响。律师界一般均通过美国律师协会支持最高法院。由于他们自己从事法律工作，在教育程度与社会背景上又大致与法官相同，因此，法律人士一般均支持最高法院<sup>②</sup>。

法院本身所具有的力量使最高法院远非一群仅仅执行法律的政治活动家，它也使最高法院有权表明其与政府和立法部门的意见相反的主张。有时，法官们能够不顾公众的吵闹而坚决维护他们所信仰的宪法原则<sup>③</sup>。

## 第五节 违宪审查权实施的三大对象及典型案例分析

### 一 违宪审查权在国会与总统关系上的平衡

美国是典型的三权分立的国家，但是联邦宪法中并没有明确表述三权

① 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社 1994 年版，第 120 页。

② 同上书，第 121 页。

③ 维尔：《美国政治》，商务印书馆 1988 年版，第 228—229 页。

分立原则，而是寄于宪法条文的具体陈述中。《宪法》第一至第三条的首句：“本宪法所授予的全部立法权均属于由参议院和众议院政策的合众国国会。”“行政权属于美利坚合众国总统。”“合众国的司法权属于联邦法院及国会随时规定并设置的下级法院。”联邦政府三部门既相互分立又相互制衡。它们在组织上各自独立，独立行使其职权，同时，为防止一个部门侵犯另一个部门的权力，保障三个部门权力的平衡，宪法又使三个部门的权力互相制约。

然而，三权分立的界限并非静止不变的，它也必须随社会历史、环境的变化而不断作出新的调整。因为社会权利总量与生产力发展呈正相关关系，是不断递增的，作为社会权利总量的主要构成部分——国家权力和公民权利总量势必也相应增长。既然国家权力总量在不断增长，那么构成国家（政府）权力的三要素——立法权、行政权、司法权也在不断扩大。而且在保持三权分立与制衡的框架的前提下，三权之间的界限变得日益模糊，不甚分明。变化了的客观环境不断滋生出新问题，而这些新问题到底由谁来管辖，要求对三种权力不断重新界定和调整，这样就推动着三权分立原则不断演进。

实际上，三权分立原则演变的过程就是三个权力部门相互关系的变化过程。在三者中，法院是最弱的一环，它既无军队又无金钱，无须在这些方面与国会、总统一争高低。即使在司法方面，它也没有主动权，因为在当事人未起诉之前，法院并不主动地直接介入。因此，法院与国会、总统两个部门的关系相对比较简单。关系错综复杂的是国会与总统。因为在国家重大政策的制定与实施上，国会与总统常常发生直接的冲突，双方的矛盾和斗争推动着彼此之间权力与关系的演化。而法院（指联邦最高法院）在国会与总统的权力斗争中，为了防止权力重心的倾斜，维护三权分立的格局，凭借违宪审查权发挥了平衡的作用。

#### （一）1789—1865年，国会与总统权力平衡时期

早期的美国是以种植园经济为主的农业国家，社会政治和经济关系相对简单，政府管理的事物相对较少，行政与立法之间对抗的机会很少。当时，工商业活动基本上还局限于州的范围之内，直接由州政府解决，而容易引发立法部门与行政部门对抗的跨州际的商业和工业还没有发展起来。从建国到19世纪40年代，联邦政府面对的主要历史任务，是在政治上处

理联邦政府与州政府的关系问题，在经济上解决土地问题。这些问题很少涉及立法与行政两个部门的权力划分。

19世纪40年代，资本主义经济的发展需要建立全国统一的市场和大量自由的劳动力，货币、交通、市场等跨州际问题已需要联邦政府着手解决，而这类问题易导致立法与行政部门的冲突。而南方种植园经济分割了市场，束缚了广大的黑奴，奴隶制是保留还是废除的问题日益突出，成为整个美国社会政治经济发展关注的焦点。围绕这一问题，国会内部始终存在着北方资产阶级和南方奴隶主两个对立的集团。他们之间的矛盾和冲突使国会难以团结起来，展开与总统争夺权力的斗争。这就相应地减少了立法部门与行政部门对抗的机会。事实上，奴隶制问题在很大程度上也是联邦与州的关系问题。因为当时的州权派认为保持还是废除奴隶制是州的权力，联邦无权干预<sup>①</sup>。直到1861年内战爆发，1865年最终以北方资产阶级的胜利而捍卫了联邦的统一和完整，宣布废除奴隶制，维护了联邦至上的地位。

因此，这一时期，最高法院面临的主要问题不是国会与总统的关系问题，而是联邦与州的关系和奴隶制。从总体上看，三权分立原则的实施相对稳定，基本上没有超越宪法所规定的结构框架。总统与国会长期保持着合作关系，从而保持了权力的平衡<sup>②</sup>。既然国会与总统权力关系相对平衡，自然也就较少发生争讼。基于当时建国初期州权势力比较强大的现实，为巩固联邦制，最高法院违宪审查权主要用于扩张联邦政府权力，抑制州政府权力，试图在联邦与州之间取得某种权力的平衡，保护私人财产。

#### （二）1865—1900年，国会居权力主导地位时期

19世纪后期，资本主义已逐渐从自由放任阶段过渡到垄断阶段，社会经济关系发生了重大变化，在市场竞争中许多中小企业与大企业处于不平等地位，贫富差距日益扩大，要求联邦政府制定政策进行干预和调整。国会作为政策制定机关，通过了一系列法律如1890年的《谢尔曼反托拉

① 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第123页。

② 同上。

斯法》等，并为执行这些法律，还创立了一些不受总统控制的独立行政管理机构。这些法律和机构将总统排斥于国家工商业管理权限之外，国会通过手中的立法权逐渐掌控了对国家社会经济运行和发展的政策调控权，在政治上赢得了相对于总统的优势地位，从而进一步扩大与巩固了国会的权限和地位，出现了“国会制政府”时期。这一时期，三权分立架构的运行出现不平衡，权力重心向国会倾斜，国会成为三个部门中地位最高的机关。这种权力关系格局一直持续到 19 世纪末。

内战结束后的最初几年，保障黑人的公民权利是国家的主要政治问题；从 1873 年起到 1900 年自由资本主义时期，政府同经济的关系则是压倒一切的问题，也是最高法院面临的主要问题。这一时期，最高法院为信奉古典自由主义的保守派所控制，虽然也作出了一些支持联邦政府（主要是国会）管制私营企业的裁决，但从总体上说，它是倾向于维护资本的利益、支持财富集中、赞成自由放任政策和反对政府（主要是国会）干预经济的。最高法院的主要做法是利用违宪审查权，在维护宪法、保障公民权利的名义下，保护私有财产权，制止或削弱国会对经济的干预，来维护资本和垄断资本的利益（如 1895 年波拉克诉农民贷款和信托公司案）。例如在 1864—1873 年间，国会就有 10 项法案被最高法院推翻；最高法院限制 1887 年成立的州际商业委员会规定铁路运费率的权力；大大缩小了《谢尔曼反托拉斯法》的适用范围。这些都表明最高法院是以保护私有财产权不受侵犯来维护公司和资本利益的。

这一时期，最高法院通过违宪审查权，限制国会管制和干预经济的权力，从某种程度上抑制了国会权力的过分膨胀。但是，最高法院对国会权力的限制（尤其在政治权力上）毕竟是有限的。1867 年，国会将联邦行政官员的免职权控制在自己手中。宪法只规定总统经参议院同意任命联邦官员，没有规定总统是否拥有免职权。1867 年 3 月，国会为防止安德鲁·约翰逊利用总统职权罢免共和党内阁成员，通过了一项《官员任期法》（这一法律 20 年后被废除）。它规定未经参议院同意，不得解除经参议院同意任命的联邦官员。这一法律实际上彻底剥夺了总统按照宪法精神可以行使的权力，将联邦行政官员的免职权控制在国会手中。因为第一届国会曾通过法律规定总统可不经参议院同意独立行使免职权。杰克逊总统



也曾于1833年肯定了总统的免职权并行行使过这一权力<sup>①</sup>。国会控制这一权力直到20世纪的联邦最高法院在裁决“迈尔斯诉美国”一案时宣布《官员任期法》违宪。

国会地位在内战后的不断提高，使总统在政治上屈居于次要地位。对这种权力失衡现象，1885年，伍德罗·威尔逊把美国政府干脆称为“国会政府”。而从1890年起，总统行政任意性权力（实际上是一种变相的立法权）增大，最高法院给予了重要的支持（1892年菲尔德诉克拉克案），总统权力开始上升。

总之，这一时期的最高法院力图寻求一条现实的和具有灵活性的途径，既能限制危害公共利益的托拉斯，又要保护私有财产权为基础的资本主义经济制度。最高法院的主要判决都是围绕财产权进行的，而使用的主要法律武器则是第十四条修正案中正当法律程序的程序原则。通过强调正当程序及程序的合理性，最高法院将原属国会的立法权的一部分转化为司法权，从而限制和控制了立法权的使用，获得了“变相立法”的空间<sup>②</sup>。

### （三）1901年以后，总统居权力主导地位时期

19世纪与20世纪之交，欧美大国相继完成第二次工业革命，资本主义发展到垄断阶段，社会公共事物呈几何级数增长，社会政治经济关系日趋错综复杂，市民社会由于自身的组织结构和机制的限制，无法把社会事务管理起来。社会对公共物品和服务需求的扩展驱动政府扩大相应的职能，以便对社会各个领域进行干预和管理。社会矛盾的复杂化和多样化要求有一个有权威的行政中心，而国会因其特别的代议性质和结构，为党派政治所困扰，意见常常分散，很难成为一个意志统一的领导中心，不可能有效地担负起领导公众的重任；而最高法院的权力也只限于监察、钳制和调整，无法也没有制定政策的能力；唯有总统才具备领导复杂社会的功能，解决现代社会复杂多样的矛盾。再加上20世纪频繁出现的非常时期，助长了总统权力的扩张<sup>③</sup>。在这一时期，三权分立原则的演变呈现了新的趋势，总统的权力不断扩大，国会的权力日趋削弱，到富兰克林·罗斯福

① A. H. Kelly, W. A. Harbison and H. Belz, *The American Constitution*, p. 350.

② 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社2000年版，第367页。

③ 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第129页。

执政时期，形成了以总统为中心的三权关系的新格局。这一格局一直保持下来，至今未见发生根本性的变化。

1901—1933年间，最高法院倾向于支持总统行政权力的扩大。1876年，国会又通过了另一法律，规定邮政局一、二、三级局长任期4年，只有经参议院同意后方可由总统免职。1917年，威尔逊总统任命迈尔斯为俄勒冈州波特兰市邮政局一级局长，于1920年将他免职。迈尔斯向联邦权利申诉法院控告总统违反1876年法律，要求补发薪水。1926年，最高法院在迈尔斯诉美国案中裁决：1876年法律违反宪法，任命权包含免职权，总统有权力任意免除由他任命的官员的职务。这项裁决意味着，除法官外，总统的免职权是无限制的。

但这并不是说，国会失去了制衡的力量，完全处于屈从的地位。实际上，从20世纪30年代开始的半个世纪里，国会一直运用立法否决权制约总统<sup>①</sup>。尽管并非所有立法否决的努力都是成功的<sup>②</sup>，但是立法否决毕竟是国会制约和监督行政的一个重要手段。从胡佛起的历届总统都反对立法否决（里根在竞选中曾支持立法否决，说它有助于克服官僚主义，但上任后改变了态度），认为立法否决违反三权分立原则，侵犯了行政的权力。卡特总统对立法否决的评论反映了行政部门的一般看法，他在1978年时曾说：立法否决是“侵犯行政部门忠实执行法律的宪法责任的一种非法立意”。

1983年6月，在查哈诉移民归化局案中，最高法院裁决立法否决违宪。因为国会的立法否决权允许国会干涉行政的行动，违反了三权分立的宪法原则。最高法院还提出，立法否决是“国会的法律”，根据宪法，应由两院通过，送总统批准或否决。现在国会遵照最高法院的意见，使用联

① 国会使用立法否决始于1932年。所谓立法否决，就是国会在一项法律中写进这样的条款：总统或行政机构根据该法委托的权力为执行该法而采取的行动和制定的条例，必须得到国会的同意方可付诸实施；国会可以在一定的期限内（一般为30—90天）以两院共同决议或一院决议，甚至一个委员会的决议否决该项行动或规章。和法律不同，这项决议无须总统签署。1932—1983年，主要是近些年，有126项法律附有207条立法否决条款。

② 1960—1975年，在国会提出立法否决的决议案共351件，但只有71件获得通过。但是国会使用立法否决却日渐频繁。1932—1975年，国会使用立法否决累计180次，1932—1939年只有5次，1970—1975年则高达80次。

合决议<sup>①</sup>，然后把联合决议送总统批准或否决。不过，两院联合决议的运用要比立法否决困难得多。因此，最高法院的查哈案裁决是有益于总统的。国会在今后授权给总统或行政机构时可能更为谨慎<sup>②</sup>。

1901—1933年间，最高法院虽然支持总统行政权力的扩大，但反对政府（总统、国会）对经济的干预，主张实行自由放任的资本主义经济政策，直到1933年罗斯福总统为推行新政、进行改组法院的斗争后，最高法院才被迫转变态度，支持政府管制经济。总的看来，到富兰克林·罗斯福时期形成的总统居权力主导地位的三权分立新格局，一直没有发生重大的变化。正如美国学者所说，自新政以来，政府三个部门的关系正变成以总统权力为中心的新的统治制度，传统的三权分立已不再适用了<sup>③</sup>。尽管进入20世纪以来，总统成为联邦政府的权力中心，但是，三权分立的格局并没有被打破。一方面是因为国会仍然拥有制约总统的力量，另一方面是因为最高法院在国会与总统的权力斗争中发挥了平衡作用。例如，它在1974年审理“施莱辛格诉后备军人停战委员会”案时，禁止国会两院成员出任其他部门的公职；在1980年审理“合众国诉威尔”案时，反对国会减少总统和法官的薪金；1961年审理“合众国诉约翰逊”案时，认定宪法中的自由言论条款就是保护立法者发言权不受行政和司法部门的损害；它在1979年“合众国诉赫尔斯托斯基”案中进一步指出，宪法的自由言论条款就是“保护宪法结构中政府三个部门的分立、同等和独立的地位”<sup>④</sup>。

## 二 违宪审查权在联邦与州的关系上的平衡

联邦政府与州政府的权力划分原则，联邦宪法未予载明，直到宪法第十条修正案才作出补充规定：“本宪法既未授予合众国，又未禁止各州行使的权力，皆由各州或人民保留之。”两级政府分权，但分权的界限没有

① 当国会反对行政部门的某些政令或法规时，两院联合通过一项否决决议，但这种联合决议须呈交总统批准才能生效。如果总统予以否决，国会可以2/3多数推翻总统的否决，使联合决议生效，否决行政机构的行动。

② 李道揆：《美国政府和美国政治》，商务印书馆1999年版，第376页。

③ R. J. Spitzer, *President and Congress*, p. 77.

④ Louis Fisher, *Constitution Conflicts between Congress and The President*. Princeton University Press, 1985, p. 15.

明确划定，结果造成权限不清。随着社会的发展和政府职能的扩大，双方权力界限更加模糊，因而经常发生侵权行为。

两级政府权力的这一划分原则是根据联邦宪法制定前的政治现实确定的。在联邦成立以前，各州都是保持独立与主权的政治实体。制宪会议所确定的联邦政府的权限，实际上，是各州把自己拥有的一部分权力让与联邦政府。所以联邦政府的权力被视为各州及人民对联邦的授予权，以列举的方式，载明于联邦《宪法》。各州没有让与联邦的权力，由各州保留使用，因此州政府的权力被称为保留权。

根据行使情况，联邦的权力分为三类。第一类为授予权，这些权力列举于《宪法》第一条第八项。第二类为暗含权，指隐含在授予权中的权力。宪法中一项“弹性条款”，即授权国会“制定为行使上述各项权力（授予权）和由本宪法授予合众国政府或其他任何部门或官员的一切其他权力所必要与适当的法律”，使暗含权作为授予权的延伸逐渐合法化。弹性条款是暗含权合法化的宪法基础。暗含权的运用，无形中扩大了联邦政府的权力，使其能够灵活地适应时代环境变化所产生的需要。第三类为派生权，它不是由一种授予权引申出来的权力，而是以两种或多种授予权为基础推绎出来的权力。如国会管理移民的权力是从宪法授予国会管理与外国进行商业贸易的权力，制定同样归化条例的权力中推绎出来<sup>①</sup>。派生权和暗含权一样，也于无形之中扩大了联邦政府的权力。

自联邦《宪法》生效之日起，州丧失了作为主权政府的地位，仅能行使其保留权，既未让与联邦政府又未被禁止行使的各种权力。由于州的权力是与州与生俱来的，所以各州的保留权不像联邦的权力那样，被州宪法详细列述，界限十分明确，甚至使州的保留权与联邦的授予权的界限也模糊不清。概括起来，有如下几项：第一为警察权，指保护和促进公共健康、安全、道德、便利和福利而管理个人权利的权力。第二为管理地方政府的权力：地方政府的权力是由州政府授予的。第三为管理选举的权力。各州政府在不违反联邦宪法的前提下，有权规定选举联邦公职、州公职的投票资格、投票方式及投票时间与地点，但联邦国会有权修改选举联邦公

<sup>①</sup> J. F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism*, p. 34.

职的时间与方式<sup>①</sup>。

1787年联邦宪法重新调整了国家政府与州政府之间的政治关系，加强了国家政府的权力。但是，一次调整并不能一劳永逸地彻底解决这一问题。其原因如伍德罗·威尔逊所分析的：“州政府与联邦政府的关系是我们宪法制度中最重要的问题……实际上，哪一代人都不可能解决，因为这个问题是不断发展的，每一个新时期的政治和经济发展都给它增添了新内容，使它成为一个新问题。”<sup>②</sup>

的确，联邦政府与州政府的政治关系是随着社会历史的发展而变化着的。联邦制的演化，从确立至今，大致可划分为三个阶段。

#### （一）州政府权力强大时期（1789—1860年）

这一时期，联邦制演变的特点是为维护联邦的统一，联邦政府呈现出试图不断扩大权力的倾向，但又遇到州权主义的强有力的抵制，联邦制的变化不大。而且，联邦政府权力的扩大仅限于一定时期、一个方面，没有形成总的趋势。原因在于：（1）联邦政府权力的扩大缺乏强有力的经济基础。内战前，推动联邦政府权力扩大的经济力量仅限于北部和东部沿海一带资本主义经济，而占半壁江山的南部奴隶制经济和西部小农经济是自给自足的、地方性的，不要求统一的国内市场，反对用国家财政改善交通运输，成为阻碍联邦政府权力扩大的经济势力。（2）州权主义和民主主义仍然是联邦政府权力扩大的强大的政治阻力。1789年以杰斐逊和麦迪逊为代表的州权主义者认为，联邦宪法是平等的主权州之间的一项契约，联邦政府在行使授予它的权力时应对州负责，不应行使没有授予它的权力。内战前，民主党长期执政，它主张个人自由和州权，这就把民主主义和州权主义结合起来，从政治上有力地限制了联邦政府权力的扩大。

1793年“切斯霍姆诉佐治亚州案”是当时联邦与州之间发生权限争议的典型案例之一。原告切斯霍姆是南卡罗来纳州公民，代表英国债权人的管理人，向联邦最高法院控告曾没收其被代理人财产的佐治亚州政府。佐治亚州政府拒绝出庭，并对联邦最高法院的管辖权提出书面抗议。本案争执焦点在于，州政府是否得为被告而须向联邦法院应诉。联邦最高法院

① J. H. Ferguson and D. E. McHenry, *Elements of American Government*, p. 403.

② A. Saye, J. Allums and M. Pound, *Principles of American Government*, pp. 74 - 75.

认为，在美国宪法制度下，为了联邦目的，主权属于美国人民；为了内政目的，各州人民有其权限。为巩固联邦宪法，遇有他州公民对其起诉，应承担受指控应诉的义务。而反对派（主要是民主主义者）认为，州应具有主权，非得其同意不得被控，这并不因美国联邦宪法的制定，而损失其效力。最后，联邦最高法院仍判决原告胜诉。此判决直接导致第十一条宪法修正案的产生<sup>①</sup>。

著名的1819年“麦卡洛克诉马里兰州案”关于国家银行的设置与废除集中反映了联邦制演变的态度。汉密尔顿认为：“一个政府被赋予的每项权力，就其性质而言都是主权性的，并据此有权使用一切必要与完全适合的手段达到该项权力的目的，只要这些手段不为宪法特别的限制和规定所禁，或违反这个政治社会的基本目的道德，或与之对立。”<sup>②</sup>

在哲学观点上，马歇尔与汉密尔顿是一脉相承的。马歇尔主张建立强大的中央政府，认为私有制资本主义与一个有效、有权威的中央政府并不矛盾；相反，他认为两者可兼容。在他看来，一个强大的中央政府可建立一个稳定的政治环境，帮助经济发展，而私人经济的发展则可反过来巩固中央政府。在这种观点的影响下，马歇尔法院在一系列判决中十分注意协调政府与私人经济的关系，尤其强调对州法的限制和利用联邦法来防止州法对公民权利（尤其是财产权）的侵犯<sup>③</sup>。在马歇尔担任最高法院首席法官的任期内（1801—1835年），运用由他确立的违宪审查权，通过几个典型判例如“弗莱彻诉佩克案”（1810年）、“麦卡洛克诉马里兰州案”（1819年）、“吉本斯诉奥格登案”（1824年），从理论上和法律上肯定和维护了联邦高于州的地位。

总的来说，这一时期，联邦权力较弱，州权势力强大，最高法院通过运用违宪审查权，不断扩大联邦政府的权力，以达成联邦政府与州政府之间权力的平衡。“违宪审查并不只限于审查联邦行为和法律，它还扩展到对州政府行为的审查。霍姆斯说，如果联邦最高法院失去了对联邦行为的

① 何勤华主编：《美国法律发达史》，上海人民出版社1998年版，第77页。

② Alexander Hamilton, *To George Washington*, Feb. 23, 1791, *Liberty and Justice*, ed., J. Smith and P. Murphy, p. 92.

③ 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社2000年版，第178页。

违宪审查权；联邦不至于陷入危险；而如果对州的行为没有这种权力，则联邦势必处于危险境地。”<sup>①</sup>

### （二）联邦政府权力扩大时期（1861—1932年）

在这一时期，联邦制演变的特点是联邦政府的权力明显呈扩大趋势。原因在于：（1）内战的有力推动进一步强化了联邦政府的权力。（2）19世纪末，垄断资本的发展破坏了资本主义自由竞争的经济秩序，造成大批中小企业破产，贫富鸿沟扩大和自然资源的破坏。社会经济关系的剧烈变化要求联邦政府扩大权限，重新调整社会和经济方面的各种体制结构及其相互关系，以保障社会、经济和政治秩序的稳定。

具体来说，在政治方面，联邦政府拥有干预州的权力。这集中地体现在执行宪法第十四条和第十五条修正案上。例如，宪法第十四条修正案的第一项规定，所有美国人都有双重公民资格，既是居住州的公民，又是合众国的公民。这一规定成为联邦政府对州政府侵犯公民权利进行干预的前提。该项条款还规定，未经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由和财产。根据这一规定，联邦政府就可以合法地干预各州对黑人的歧视和迫害。第十五条修正案不是直接赋予任何人参政权，而是禁止因种族、肤色等原因拒绝给予公民参政权。第十四、第十五条修正案进一步扩大了联邦政府在政治上干预州政府的权限。

1925年“吉特洛诉纽约州案”是联邦政府利用宪法第十四条修正案干预州政府权力的典型案例。第一条宪法修正案规定“国会不得制定限制言论自由的法律”。显然只是针对国会的。在本案中则把它扩大至州。联邦最高法院宣布：“为着现在的目的，我们可以并且确实认为：言论和出版自由——第一条宪法修正案保护它们不受国会剥夺——属于第十四条宪法修正案依正当法律程序条款所保护使不受州的损害的基本个人权利和自由之列。”这意味着，个人权利已被纳入“正当法律程序”之中，推及各州。因此，本案标志着州应用“权利法案”条文的漫长过程的开端<sup>②</sup>。

在经济上，联邦政府干预经济的权力也在不断扩大。这主要体现在联

<sup>①</sup> 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第46页。

<sup>②</sup> 何勤华主编：《美国法律发达史》，上海人民出版社1998年版，第79—80页。

邦政府的商业管理权和征税权方面。如国会通过的 1887 年《州际商务法》、1890 年《谢尔曼反托拉斯法》、1914 年《克莱顿反托拉斯法》。联邦政府在征税权方面的扩大主要表现为宪法第十六条修正案，授权国会征收所得税。它不仅扩大了联邦政府征税权范围，因为它过去的征税权仅限于关税和土地税，而更重要的是它将个人所得税集中到联邦政府手中，加强了联邦政府调节经济发展和对社会财富进行再分配的权力<sup>①</sup>。

但是，最高法院反对联邦政府不断扩大干预经济的权力，维护私有财产，抵制国会的所得税法案<sup>②</sup>。1895 年，最高法院决定审理波拉克诉农民贷款和信托公司一案，对联邦所得税法进行审查。在辩论中，原告律师指出联邦所得税法不合宪，因为它征收的所得税包括地皮税，而地皮税是属于宪法中规定的“直接税”；根据宪法，直接税只能根据各州人口总数按比例征收。其次，他们还指出，将收入在 4000 美元以下的个人和企业排除所得税法之外的做法，既破坏了宪法中规定的联邦税收要统一的原则，又是对私有财产权的打击。最高法院对《波拉克案》进行表决的结果是：五名大法官认为所得税是直接税，联邦税法因而被宣布为违宪。该案的决定反映出最高法院对联邦征收所得税的政治含义的担忧和怀疑，相当一部分大法官害怕国会利用税收向富人宣战，更害怕普通民众利用国会的立法权来要求重新分配社会财富<sup>③</sup>。

这一时期的最高法院在政治上支持联邦政府干预州的权力，主张扩大政治自由；但在经济上仍信奉古典自由主义，反对联邦政府管制州的经济自由。而联邦政府自 20 世纪 30 年代以来，奉行新自由主义，强调政府对经济的干预和控制。这样，最高法院在政府与经济的关系上的主张，显得与政府不合拍、保守和滞后。

### （三）联邦政府集权化时期（1933 年至现在）

在这一时期，联邦制演变的趋势是权力的天平明显向联邦政府倾斜，联邦政府的权力呈显著的集权化倾向，而州政府权力日渐式微。其原因在于：（1）20 世纪 30 年代的经济大萧条迫使联邦政府放弃自由放任的经济

① A. H. Kelly, W. A. Harbison and H. Belz, *The American Constitution*, p. 444.

② 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社 2000 年版，第 365 页。

③ 同上书，第 366 页。



政策，实施新政，即利用联邦立法的商业条款、“正当法律程序”条款（即第十四条修正案）和联邦补助金等，出台了一系列国家经济复兴的法律政策，借以扩大联邦政府的权力，全面干预社会和经济领域的各个方面，大幅度地调整经济社会关系，达到恢复经济发展的目的。（2）联邦最高法院也采取了支持联邦政府扩大权力的立场。联邦最高法院历来被看做联邦政府与州政府之间保持权力平衡的力量。20世纪30年代中期以前，它对国会和州议会的立法未表现出明显的倾向性。但自1937年联邦最高法院人事发生变动之后，它开始公开支持联邦政府扩大权限。新政初期，联邦最高法院在经济管理范围和社会政策领域里，“有效地消除了国会行使权力的障碍”。20世纪五六十年代，在取消种族隔离问题上，“最高法院通过解释宪法第十四条修正案和权利法案的方式，把州政府的行为严密地控制在联邦法院之下”<sup>①</sup>。有学者认为，第二次世界大战以后的几十年里，联邦最高法院在运用违宪审查权限制州权方面达到顶点<sup>②</sup>。

1941年“合众国诉达比案”是联邦最高法院扩大联邦权力的一个典型案例。首席法官斯通代表最高法院裁定，《正当劳工标准法》中的一个条款是合宪的。该条款禁止在州际贸易中装运按照该标准法衡量工资过低或劳动时间过长的工人生产的产品，从而确立一种保护主义原则，即“国会可以根据自己对关于向州际贸易施加适当限制之公共政策的理解，自由地从贸易中排除某些物品，如果它认为这些物品在目的地州内的应用有害于公共卫生、道德或福利，即使该州未采取措施对这些物品的应用进行管理。”简言之，国会可以把商业管理权用于社会福利目的<sup>③</sup>。

这一时期，虽然最高法院支持联邦政府扩大权力，但当联邦政府过度侵犯州政府的权力时，它也出于维护宪法原则和政治平衡的立场，也会限制联邦政府的权力不适当的扩大。例如，1937—1980年，最高法院宣布了国会的35项立法违宪<sup>④</sup>。1972年“全国城市联盟诉尤塞里案”正是最高法院着眼于对联邦权力施以限制的典型案例。最高法院裁定，《正当劳

① A. Saye, J. Allums and M. Pound, *Principles of American Government*, p. 25.

② *Ibid.*, p. 77.

③ 何勤华主编：《美国法律发达史》，上海人民出版社1998年版，第80页。

④ 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第99页。

工标准法》规定各州雇员工资与劳动时间的条款是违宪的，从而重新确立了“州主权是对国会商业管理权的积极限制”的原则。判决中，伦奎斯特大法官代表最高法院宣称：“我们认为，就（联邦条款）直接剥夺各州在传统政府职能领域安排其不可或缺的活动而言，这些条款不是在宪法第一条第八款第三项授予国会的权力范围之内。”持不同意见的大法官布伦南认为，对州主权的保护不能依靠以司法形式实施宪法第十条修正案。他说：“宪法的任何地方都找不到建立在州主权基础上的、要求或允许以司法形式实施的限制；过去一个半世纪作出的判决明确地驳斥了存在着这种对贸易管理权实行限制的主张。”显然，本案的判决是宪法史上一个特殊情况，正如联邦最高法院再三强调那样，它不标志着一种新趋势——州主权限制联邦立法权。但这一判决本身则唤起美国当代人重新思考联邦制宪法理论<sup>①</sup>。

### 三 违宪审查权在政府权力与公民权利关系上的平衡

美国是世界各国宪政民主的楷模。宪政的基本思想：政府权力是人民通过宪法委托和授权的，是公民权利的派生和附属，其目的是保护公民的生命、自由和财产的安全。法治、宪政的精髓乃限制政府权力，离开了宪政、法治，就无从限制政府权力，保障公民权利。“宪政的本质的确是而且必须是限政。在宪政主义者看来，不论一个政府的组织形式如何，都不得存在不受限制的最高权力……近两个世纪以来，宪政的最大目标一直是限制政府的权力，阻止一切专断的政治行为。”<sup>②</sup>“宪政制度是政府和立法机关的权力由宪法界定和限制，宪法享有基本法的地位以及拥有通过不同形式的违宪审查实施这些限制的权威，这种违宪审查可以经由任何感到其受到了法律或行政行为的侵犯的当事人的请求而开始。”<sup>③</sup>可以说宪政的实施是公民权利与政府权力相互协调的产物，宪政的发展是公民权利与政府权力相互作用的结果。

虽然公民权利和公民自由都是美国宪法及其修正案保障的公民个人权

<sup>①</sup> 何勤华主编：《美国法律发达史》，上海人民出版社1998年版，第80—81页。

<sup>②</sup> 刘军宁主编：《市场社会与公共秩序》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第39页。

<sup>③</sup> 雅施·盖伊：《第三世界的国家理论和宪政制度问题》，转引自许崇德主编《宪法与民主政治》，中国检察出版社1994年版，第286页。

利，但两者又有区别。公民权利，是保护公民不受其他群体歧视的权利；公民自由，是保护公民不受政府行动伤害的权利。具体来说，公民权利是指宪法赋予的、承认所有公民必须依法受到同等对待的权利，即公民不分种族、性别和祖籍应享有的权利，如享有选举和被选举权，享有公平就业和平等教育的权利，享有法律平等保护的权利；公民自由指受到宪法和法律保护、政府不得侵犯的公民个人自由和权利，如言论、出版和宗教自由，集会和请愿的权利，不受无理搜查、逮捕和迫害的权利，公民的生命、自由和财产受到正当法律程序的保护，以及遭到被告的公民应受到公正司法程序的待遇等，这些自由权保护公民不受干涉他们参与民主政治制度的政府行动所伤害<sup>①</sup>。

保护公民个人自由和权利的最重要宪法条款是权利法案。权利法案成为宪法的组成部分已经两百多年。权利法案的内容基本上可分为三个部分：（1）实行政教分离原则，国家不能制定法律确立国教。（2）列举了人民所享有的民主权利。（3）明确了人民、州和联邦在宪法上未能明确的法律地位<sup>②</sup>。但是，权利法案最初只是用来限制联邦政府。这是因为，当时人们对于新成立的联邦政府不信任，人民不放心的是强大的联邦政府而不是州政府。当时大多数州宪法都有自己的权利法案。但是，后来美国历史的发展证明，州和地方政府对人民自由和权利的侵犯远比联邦政府为甚。限制各州对人民自由权利的侵犯逐渐引起人们的关注。1868年，各州批准了宪法第十四条修正案。修正案规定：“此任何一州，都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；在州管辖范围内，也不得拒绝给予任何人以平等法律保护。”由此产生了一个问题，即这个“正当法律程序”条款是否意在把权利法案“并入”该条款，从而使权利法案适用于各州。至少宪法第一条修正案保障的言论和出版自由应受到第十四条修正案“正当法律程序”条款的保护。

然而，在半个多世纪里最高法院拒绝作这样的解释，直到1925年“吉特洛诉纽约州案”才改变了态度，最高法院在此案的判决书中宣布：

① 加里·沃塞曼：《美国政治基础》，中国社会科学出版社1994年版，第131页。

② 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第58页。

第一条修正案有关言论和出版自由的条款适用于各州<sup>①</sup>。第一条修正案保护的言论和出版自由是“受第十四条修正案正当法律程序条款保护的基本个人权利，各州不得侵犯”。这是最高法院首次宣布这一原则。到20世纪40年代，最高法院把第一条修正案保障“信教自由”条款和禁止“国教”条款先后扩大到适用于各州。在60年代，更赋予司法能动性的自由派最高法院，根据第十四条修正案的正当法律程序条款，戏剧性地扩大了适用于各州的权利的名单，从而完成了把权利法案保障的个人自由和权利扩大到适用于各州的进程，只有第二、第三和第七条修正案是例外。

权利法案的适用范围由联邦扩大到各州，使联邦、州和地方政府都受到权利法案的约束，从而使人民的自由和权利得到更大的宪法保障。这一扩大过程始于1925年，完成于20世纪60年代，并保持到70年代。在这半个多世纪中，最高法院的态度虽然也出现过反复（如战后冷战时期），但它的总趋势还是扩大宪法保障的公民个人自由和权利的。这是同美国所处的国际环境的变化、国内舆论的变化（重视个人自由甚于其他问题）和多数大法官们的政治哲学及他们对舆论的反应分不开的<sup>②</sup>。

#### （一）公民自由：保护人民不受政府侵犯

制宪者认为，政府的权力应有限制。他们认为，对公民的最大危险就是政府滥用权力。因此，宪法第一条修正案规定：“国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止宗教信仰自由；剥夺言论自由或出版自由；剥夺人民和平集会和向政府请愿申冤的权利。”这些自由通称“第一条修正案自由”，是个人的“基本权利”。

##### 1. 宗教自由

宗教要在真正意义上保有自由，明智的立场是与政治保持适当的距离，避免把自身绑缚在政治的战车上、随着政治（政府）的起伏而进退。在宗教与政治的关系上，美国最高法院的一贯正式立场是美国应实行政教分离，但这种分离又不是绝对的。这是因为美利坚民族是一个“信教的民族”，在这个国度里要实行绝对的政教分离是不可能的<sup>③</sup>。事实上，在

① 李道揆：《美国政府和美国政治》下册，商务印书馆1999年版，第664页。

② 同上书。

③ 同上书，第670页。

美国，政教从未彻底分离过。军队里有牧师，最高法院房间里一壁上有摩西传十戒的画，钞票上印有“我们信仰上帝”的字样。

宪法在要求政教分离的同时，也维护公民的“信教自由”。宪法第一条修正案规定，国会不得制定法律“禁止信教自由”。然而，这种信仰的自由是什么意义上的自由？绝对的还是相对的？教徒根据其宗教教义和信条进行的宗教实践（行动和行为），政府是一律不得干涉还是可以在一定情况下进行干涉？如果可以干涉，政府应遵循什么准则？这些是要由美国最高法院回答的问题。

长期以来，美国最高法院在审理涉及信教自由条款的案件时，区分了“宗教信仰”和“宗教实践”，并确立了宗教信仰的绝对自由和宗教实践可受政府干涉的基本准则。这条原则是1878年“雷诺兹诉美国案”的判决首次提出的。判决书写道：法律“不能干涉宗教信仰和见解，但是可以干涉宗教实践”。摩门教教规允许的多配偶制传统受到谴责。法院裁定，“不可能认为，宗教自由的宪法保障的意图禁止关于社会生活这个最重要方面的立法”，联邦禁止重婚的法律不违反信教自由条款。摩门教徒雷诺兹败诉。1890年，“戴维斯诉比森案”的判决重申了“雷诺兹案”确立的原则，并强调宗教实践必须符合“旨在保障社会安定繁荣的法律和全体人民的道德观”，否则便不能受到宪法保护<sup>①</sup>。

从以上两个案例可以看出，美国最高法院对于信教自由确立的原则是：宗教信仰自由是绝对的，联邦和州都不得用法律加以限制和干预；基于宗教信仰的宗教实践（活动和行为）则不是绝对的，政府在一定条件下可以干涉和限制，条件是如果宗教实践违反传统的社会道德准则，或损害重大的公众利益，或政府的行动是为了“保护社会”，那么政府可用法律加以禁止<sup>②</sup>。但是，对于政府干涉宗教实践，法院的解释是从严的。由于美国最高法院构成经常变化，大法官们的哲学观点、政治观点、法学观点和价值观不同，以及时代不同和舆论的变化等原因，最高法院对于信教自由的解释并不总是前后一致，甚至常常发生先后矛盾。但是，它对这一条款的解释的总趋势是由从严走向从宽的，是适应时代变化的。这样，既

① 李道揆：《美国政府和美国政治》下册，商务印书馆1999年版，第675页。

② 同上书，第675—676页。

保障了个人宗教信仰自由，又可防止宗教实践损害重大公众利益。虽然美国最高法院关于宗教实践的裁决（不论是认可政府限制此种宗教实践的法律，还是宣布其违宪）常常引起广泛的争议和分歧，但是，由于法治的传统已经确立，人们还是通过法律程序（如向法院起诉使法院改变态度，提出宪法修正案，或在国会提出改变最高法院管辖权的议案等）来求得问题的解决，而不诉诸暴力。这也是有利于国家政局的稳定的。

## 2. 言论自由

由于宪法第一条修正案对言论和出版自由的保障，各级政府不得对言论和出版物进行“事先限制”（事先新闻检查），但可进行“事后新闻检查”，追究责任，并根据有关法律禁止已发表的言论和出版物的传播，或以煽动叛乱罪、诽谤罪、诲淫罪等向法院起诉，达到限制言论的目的<sup>①</sup>。事后新闻检查是美国政府限制言论出版自由的主要手段。法院审理的有关案件，主要涉及两方面的言论，即宣传以“非法的暴力”推翻政府或现制度的言论，对政府和政府官员（包括总统）的批评等。现将有关这两类言论的重要案例分述如下：

（1）关于宣传推翻政府的言论。19世纪末到20世纪初，随着美国资本主义从自由竞争向垄断的过渡，贫富差距扩大，中小企业破产，社会阶级矛盾激化，处于社会底层的农民和工人反对剥削和压迫的斗争先后开展起来。1917年俄国十月革命引起了美国统治阶级的赤色恐惧症，接踵而来的30年代蔓延资本主义世界的经济大危机更是引发社会的动荡不安。资本主义制度面临着前所未有的挑战和抉择，其中共产主义的威胁最大。第二次世界大战后的冷战、朝鲜战争和趁机而起的、猖狂一时的麦卡锡主义，使反共歇斯底里地笼罩了美国。在这种背景下，美国各级法院在半个多世纪的时间内，对于宣传以暴力推翻美国政府的报纸、个人言论和出版物都进行惩罚，对社会主义者、无政府主义者、共产党人、反战积极分子、外国侨民、工会人士的反政府言论和出版物判得格外严厉，几乎无例外地判决犯有“反政府罪”、“叛国罪”、“阴谋以暴力推翻美国政府罪”<sup>②</sup>。但是，究竟哪些言论属受宪法保护的自由言论，哪些言论又不受

① 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第130页。

② 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第383页。

宪法保护呢？划定言论与出版自由的限度的标准是什么？在美国司法领域通行着四种标准：一是“明显和现实的危险”准则（1919年“申克诉美国”）；二是“恶劣倾向”准则（1919年“艾布拉姆斯诉美国”）；三是“自由优先”准则（1938年“美国诉卡罗林制造公司”）；四是“明显和可能的危险”原则（1951年“丹尼斯诉美国”）<sup>①</sup>。

1951年奥利塔·耶茨等14名美共低级领导人被控告鼓吹和教唆以暴力推翻美国政府，触犯了1940年的史密斯法。设于加州的联邦地区法院判决耶茨等14人有罪，各判处5年徒刑，罚款1万美元。联邦上诉法院维持原判。耶茨等人乃向最高法院提出上诉。最高法院在1957年对“耶茨诉美国案”进行审理。1951—1957年间，美国的有识之士和广大人民日渐认识到反共歇斯底里症及麦卡锡主义危害了言论和出版自由，损害了美国的声誉。在这种背景下，美国最高法院在1957年审理耶茨案时，态度有了变化。大法官小约翰·哈兰代表法院撰写的判决书，区分了鼓吹以暴力推翻政府的抽象原则和鼓吹采取暴力推翻政府的具体行动。判决书认为，史密斯法是针对鼓吹和教唆采取暴力推翻政府的具体行动的，而不是针对鼓吹与行动分离的抽象原则的。而控告耶茨等人鼓吹与教导采取暴力推翻政府的具体行动的证据明显不足，因此应宣判他们无罪。从此以后，共产党人再未因言论罪被起诉。厄尔·沃伦在审理十多件涉及禁止而后限制据称的共产党人在大学任教、在防务设施任职、在工会任职及工作、申请任律师以及吊销共产党人护照的案件中，基本上都作出了维护他们革命权利的终审裁决<sup>②</sup>。沃伦法院因此遭到保守势力的攻击。

（2）关于批评政府和政府官员的言论。新闻媒介批评政府和政府官员（以及社会人士）的言论，其中包括新闻报道、评论和广告，不受事先限制。在这一点上，美国社会和法院历来无争议。然而报刊发表这类言论应否受到事后惩罚，则历来有争议。1931年美国最高法院审理了一起涉及报刊自由批评政府官员的重要案件——“尼尔诉明尼苏达州案”。尼尔出版的《星期六报》激烈地批评政府官员的腐败和其他错误。县当局根据1925年明尼苏达州议会制定的一项法律规定（凡是发表“恶意、丑

① 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第384页。

② 梅森等：《美国宪法法：述评和判例选录》，商务印书馆1983年版，第476—478页。

闻和诽谤”或“海淫”的文章的任何报纸、杂志或其他定期出版物危害公众，可以由法院发出禁令禁止其继续出版）禁止该报出版，且该州法院认定该州法及法院禁令符合宪法。尼尔不服，向美国最高法院上诉。首席大法官休斯为最高法院写的判决书指出，与本案有关的明尼苏达州法律禁止报刊的出版，是事先限制，“实质上是新闻检查”。一个半世纪以来，“政府工作变得更加复杂，渎职和腐化的机会成倍地增加，犯罪发展到极其严重的程度，不法官员对犯罪的包庇的危险，以及犯罪分子狼狈为奸和官员玩忽职守的危险，凡此种种无不表明特别需要一个有警惕性的和勇敢的报界。出版自由虽然可能被恶意诽谤的无赖所滥用，但这丝毫不减少报界在报道官员渎职行为时所应享有的不受事先限制的自由。对于这项自由的滥用，作为妥当的补救，可以事后进行惩处，这是符合宪法的”。基于上述理由，最高法院裁决明尼苏达州的法律损害第十四条修正案所保障的出版自由，因此违反宪法。这个被称为最高法院里程碑判例的重要意义有两个方面：第一，它第一次宣布一个州的事先限制言论出版自由的法律违宪，从而防止了各州再制定类似的法律。第二，它强调报刊对政府和官员进行批评的必要性，强调报刊对政府的监督作用<sup>①</sup>。

## （二）公民权利：保护公民不受其他群体侵害

除权利法案（宪法前十条修正案）规定外，宪法第十三至第十五条修正案也是保护公民权利的重要手段。

### 1. 隔离而同等

1896年，最高法院在“普莱西诉弗格森案”的判决中，站在白人种族主义者一边，批准了“隔离而同等”的原则。该原则的内容是：各种设施实行种族“隔离”，只要对黑人和白人提供的设施是“平等的”，就不违宪。判决为种种歧视黑人的法律清除了一切障碍。南方各州迅速地建立起剥夺黑人选举权的一整套法律体系和实行种族隔离的法律网。内战后五十多年，美国南方无论在法律上和事实上都存在种族隔离，黑人（尤其是南方）并没有获得平等的公民权。黑人争取平等公民权利的道路漫长而曲折。

<sup>①</sup> 李道揆：《美国政府和美国政治》上册，商务印书馆1999年版，第135—136页。



## 2. 反对学校种族隔离

1950年，堪萨斯州托皮卡市的奥利弗·布朗试图把女儿琳达送进一所全白人学校读书，被校方拒绝。布朗在有色人种协进会的帮助下起诉。联邦地区法院判决，琳达可以进的黑人学校在质量上同白人学校相等，根据普莱西先例，隔离学校制度不违宪。美国最高法院在1954年5月17日全体一致判决，隔离学校制度违宪。厄尔·沃伦首席大法官撰写的判决书宣布，“在公共教育这一领域是没有‘隔离但平等’原则的地位的”，“隔离的教育设施生来就是不平等的”；要求隔离学校的法律，违反第十四条修正案中的平等法律保护条款。这样，“布朗案”的判决就推翻了58年前的“普莱西诉弗格森案”。

“布朗案”的判决被美国宪法学者和各界称为里程碑性的判决，这是毫不夸张的。它在白人种族主义分子筑起的种族隔离大堤上打开了一个缺口，动摇着它的根基，是日后全面取缔种族隔离制度的开端。“布朗案”是民权运动取得的一项重大突破。这一突破增加了黑人的信心，鼓舞了他们争取自由和平等的斗争。它对民权运动和整个国家都有重要影响。

## 3. 支持肯定性行动

肯定性行动政策起源于20世纪60年代的民权运动，指的是一种以种族、民族血统和性别优先来享受和分配来自政府或非政府渠道的社会福利的政府性政策。换言之，凡是以前在美国社会因种族和性别原因遭受歧视的群体（如黑人、印第安人、拉丁语裔人、妇女等）在同等条件下有资格优先享受政府政策的福利。这些社会福利包括就业、入学、获得政府合同、享受政府补贴、争取奖助学金等。显然，肯定性行动政策的目的是通过对过去受到全社会歧视的群体进行补偿性地辅助和支持，以帮助他们有更多的机会参与美国社会的竞争。

最高法院关于肯定性行动政策的早期重要决定是在1971年的“格里格斯诉杜克电力公司案”中作出的。杜克电力公司在《民权法》第七条生效后，建立起一项新的部门晋升制度，要求所有申请原白人部门工作的人（包括希望从黑人部门转入白人部门的人）都必须出具高中学历证书的前提下参加并通过两个能力测验后才算合格。因为大部分黑人工人虽然技术熟练，但却没有文凭，因而无法进入高级部门工作。显然，公司的新政策是一种明显地阻挠黑人工人进入白人部门工作的歧视性措施。但是，

联邦地区法院以杜克电力公司的新政策并非有意刁难黑人、进行种族歧视为由，判定新政策没有违反民权法。

联邦最高法院以 8:0 的表决推翻了地区法院的判决。伯格大法官在判词中肯定了联邦政府废止种族歧视的合理性，并强调了法院不能容忍变相歧视的做法。此案的核心问题不是歧视的动机和目的，而是该公司这项政策所要产生的结果；《民权法》第七条不仅禁止“公开的歧视”，而且也禁止“那些形式上公平但在执行过程中带有歧视性的做法”，一个企业的招聘或就业政策，不管其形式上多么中立，只要其实施会对民权法保护下的各群体的利益带来“不一致的影响”，这些政策就等于违反了民权法。最高法院判格里格斯等黑人工人胜诉<sup>①</sup>。

肯定性行动决定在一定程度上反映出最高法院对政治现实能作较为实际和积极的反应，对于巩固和深化民权运动的影响有重要的作用。但必须提醒的是，这些决定都是具体的，针对某一特定的企业和一件事，对全面改变黑人的生活状况起不了直接的作用，但由于最高法院的特殊地位，其决定是法律决定，而更重要的是政治意见的反映，对公众舆论和政策制定有很大的影响。

## 第六节 对违宪审查权平衡作用的评价

众所周知，宪法是国家与社会、政府与公民间订立的契约，它划定了国家与社会、政府与公民间的界限，使社会、公民保持免受国家、政府任意干预的自治，由此使国家与社会、政府与公民间保持一种必要的张力。当然，开国元勋们的宪法设计只是一种理想状态，违宪审查权在美国现实政治生活中的运用并非总能达致理想状态，让各种相互冲突的政治力量与观念实现平衡，维护民主制的稳定。事实上，纵观美国的历史发展，其宪政结构等也有失去平衡、民主制也有不稳定的时候，依靠政治、法律手段难以奏效，最后不得不诉诸武力解决。比如，南北战争就是联邦的权力受

<sup>①</sup> 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社 2000 年版，第 556—558 页。

到了州权（维护奴隶制）的强有力挑战，通过司法途径得不到解决，终于引发的联邦与州之间的暴力冲突。

关于宪政结构等的失衡，究其原因，一方面是因为美国政治的复杂多元，另一方面是因为宪政结构平衡工具——违宪审查制度本身也存在着十分明显的问题和缺陷。从违宪审查制度行使的过程及后果来看，其问题和缺陷也十分明显，尤以联邦最高法院最为突出。

首先，法官个人的政治倾向对违宪审查权的行使发挥着重要影响。由于联邦法院的大法官享有独立地位，他们可以不必时时受制于选民的舆论和外界的影响，法官们在审理案件时，往往能够更多地显示出自己的哲学思想、政治观点、法学观点、价值观等。而法官们的政治见解、司法哲学各不相同，把握解释宪法的尺度也不一致。例如，1801—1835年，担任首席法官的马歇尔是联邦党人，倾向扩大联邦政府的权力，主张从宽解释宪法，正是在他主持下，法院的违宪审查权开始运作起来。继马歇尔之后，领导最高法院的是崇尚州权的坦尼，他反对扩大联邦政府的权力，主张从严解释宪法。19世纪50年代末，尽管废除奴隶制的问题已经提到议事日程上来，但他站在州权主义的政治立场上顽固地反对联邦政府干涉南方奴隶制度。1857年，他所主持审判的黑奴德累德·斯考特要求获得自由的诉讼案，作出了不利于斯考特的判决，从而堵断了通过法律手段逐步废除奴隶制的道路。在现代，最能说明这一问题的莫过于富兰克林·罗斯福总统时期的最高法院了。1935—1936年，最高法院在保守派法官的控制下，连续判决7项重要新政立法违宪无效。但在罗斯福改组最高法院的斗争中和社会舆论的强大压力下，最高法院保守派作了让步，从1937年4月开始转向支持新政。同一个最高法院在不到一年的时间内，解释宪法的政治立场前后判若云泥<sup>①</sup>。这说明法官如果不能审时度势，敏锐地体察主流政治力量的诉求，而仅仅靠个人政治见解来左右国家重要政策，有时可能不是一种正面的推动而是一种劣性的掣肘。

其次，制度的僵硬使得法官出现了错误判决极难纠正。在美国，立法和行政部门之间的制衡关系使得其错误政策比较易于纠正：国会通过的错误立法可被总统否决，即便成为法律亦可被下届国会废除。总统提出的许

<sup>①</sup> 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第296页。

多行政措施须经过两院或参议院的认可，因而国会可随时否定某些不适当的行政措施。自由的竞争性选举制度使得总统由选民选任，四年一度的总统选举也是选民纠正总统错误政策的契机。两党在大选时互相抨击，使总统的错误政策暴露无遗，成为下届总统避免重蹈覆辙的前车之鉴。相比之下，纠正法院的错误决策的机制缺乏弹性和及时性。法官无重大过失，终身任职，总统不能随意更换法官，国会也不能轻易弹劾法官。要纠正法院错误，主要靠法院自身。法院纠正错误判决的方式有两种。其中之一是用后来的判例推翻先前的判例。美国普通法传统深厚，恪守先例原则盛行。只有在国家政治经济形势发生重大逆转时，才有可能出现后例否定先例的情况。例如，1896年最高法院在“普莱西诉弗格森案”中认为种族隔离政策合宪，直到1954年在“布朗诉托皮卡教育委员会案”中裁定种族隔离政策违宪。前后历时58年意味着错误判决已经执行了58年之久。用这种方式纠正错误的机会非常少，因为只有出现同类诉讼案时才有可能纠正以前的错误。

如果没有同类诉讼案发生，而又要纠正以前的错误判决，那么只有走修改宪法的途径了。例如1857年的斯考特诉讼案导致宪法第十三条修正案（1865年），该修正案彻底废除了黑人奴隶制度。1895年的“波洛克诉农民贷款与信托公司案”导致宪法第十六条修正案（1909年），最高法院在判决该诉讼案时曾判定1894年《威尔逊—戈尔登税法》中的一项条款违宪。该条款规定政府对每年超过4000美元的收入征收所得税，宪法第十六条修正案则授权国会征收所得税。但是，美国宪法的修改程序十分复杂烦琐，通过一条修正案非常困难。前一种方式必须等待有同类诉讼案发生，但是，这种等待可能是几十年的光阴；而后一种修宪程序又十分烦琐复杂<sup>①</sup>。因此，一旦法院判决出现错误，就难以解决和协调政府与公民之间、联邦与州之间、政府各部门之间的各种矛盾、冲突，宪政体制就难免失衡。这样，由于法院纠错机制的不健全，使得联邦法院违宪审查权的平衡作用难以得到有效发挥。

最后，联邦法院实行的简单多数投票制难以体现公正。当社会对国家重大的政治和政策问题存有争议时，往往提交联邦法院解决，因而联邦法

<sup>①</sup> 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第296页。

院的审判维系着国计民生。然而，联邦法院最终的決定却常系于法官一人意見之差，这种情况在违宪审查权应用的历史上俯拾即是，而一票之差就可以将国家的全部事务投入到一种迥异的图景之中。例如，1936年最高法院以5票对4票判决纽约州的《妇女与儿童最低工资法》违宪无效。当时已有17个州通过了类似法律，都因此而喪失效力。1973年最高法院在审理5起互相有关的案件中又以5票对4票裁決：在判決一本书、一部影片、一本杂志或一切舞台演出是否为淫秽作品时，应以各地方的标准取代国家标准，结果，这一裁決实际上为淫秽作品的泛滥大开绿灯。如果这两个案例的投票对比反过来，其判決将是一个相反的结果。这就不能不使人怀疑，联邦法院运用违宪审查权判定合宪与违宪的标准到底是什么？<sup>①</sup>这也正是联邦法院经常引起诟病的地方。问题的症结就在于简单多数投票制本身。最高法院也因此而被批评为“司法寡头”、“国会的第三院——超级立法机关”，更有人批评它为“司法立法”，等等，不一而足。

由此可见，这种制度和机制上的缺陷和问题不能保证联邦法院运用违宪审查权公正地解决政治生活中的各种分歧、争端和冲突，也就不能确保违宪审查权履行政治平衡功能、维护民主制的稳定。实际上，联邦法院由于违宪审查权的运用，“经常在不同时期甚或同一时期招致各种观念（如自由主义与保守主义）的攻击”，使得原本就激流汹涌的政治海洋怒吼咆哮起来，联邦法院因此而成为美国政治海洋的“风暴中心”。但由于法治的传统已获得美国民众的散布性支持，所以每次风暴之后都能平息，并获得治愈的机会，以迎接新的挑战，这正是其力量之所在<sup>②</sup>。联邦法院运用违宪审查权审查立法和行政行为的合宪性，为民众提供了通过法律程序来解决问题、争议或冲突的渠道，避免了诉诸暴力或其他一些极端的手段，有力地维护了国家政局的稳定与多元社会的和谐。

本书写到这里，只能算是一鳞半爪地把美国最高法院二百多年的发展情形描出了一个轮廓，其中挂一漏万乃至取砾遗珠，都势所难免。要想从中整理出一个结论，亦非易事。从违宪审查权的历史演进中可以搜寻出一条主线，围绕资本主义经济发展，呈现出三大课题：一是联邦主义，兼顾

① 张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社1998年版，第297页。

② 维尔：《美国政治》，商务印书馆1988年版，第223页。

联邦政府与州政府权力的平衡；二是政府管制经济，兼顾公共权力与私人权利的平衡；三是社会平等，兼顾多数统治与少数权利的平衡。

最高法院的职能本以诉讼审判为主、违宪审查与宪法解释为辅，但自从 1803 年“马伯里诉麦迪逊案”判决之后，违宪审查与宪法解释喧宾夺主，成为最高法院的主要功能了。而原来居于主要地位的审判工作，反而降为次要了。而且从那时以后，最高法院已由一个清闲的、可有可无的机关变成了一个忙碌的、不可或缺的机关，其地位日益重要，更非当初始料所及。1819 年法国思想家托克维尔曾说：“和平、繁荣以及美国联邦制度之存在等等，皆操在最高法院大法官的手里。没有大法官，美国宪法势必变成具文。行政机关要向他们控诉，以对付立法机关之越权；立法机关要向他们控诉，以对付行政机关之侵犯。联邦机构须要他们保护，以对付各州私人利益之过分扩张；稳定的保守精神须要他们保护，以对付民主的不稳定性。”<sup>①</sup>

第一，最高法院在宪政体系中的卓越地位奠定了其在联邦政府三门门中地位的稳固性。最高法院通过违宪审查或宪法解释，推翻国会或州议会制定的法律和总统或州长所颁布的行政命令。而且，在审查法律或解释宪法时，常以自己的政治立场为依归，其次才谈法理。最高法院可以决策者的身份，与国会、总统分庭抗礼，有时候其声势甚至凌驾于国会、总统之上。

而国会和总统要想抵制最高法院就非常困难，而且不易奏效。国会制衡最高法院只有两个途径：（1）弹劾大法官。但是，由于弹劾案须经国会两院分别通过，而这是很难达到的。美国历史上只有 1805 年弹劾大法官蔡斯一案第一个真正进入参议院的表决，最后还是没有通过。（2）制定宪法修正案来抵消最高法院判决的效力，但这也是不容易的。美国历史上只有 1798 年通过的宪法修正案第十一条抵消了 1793 年“齐索姆对乔治亚州案”判决的效力，此外别无他例。

总统制约最高法院的唯一办法就是对最高法院所作的判决，置之不理，甚至拒绝执行，但实际上这种情形也很少发生。美国历史上比较显著的例子就是杰克逊总统对最高法院关于 1832 年“华塞斯特对乔治亚州

<sup>①</sup> Tocqueville, *Democracy in American*. New York, Knopf, 1948, p. 151.

案”的判决；不愿去执行，并曾明白拒绝承认1819年“麦卡洛克对马里兰州案”的判决对政府机关的约束力。可见，最高法院的地位虽与国会及总统平等，但权力却比较稳固。

第二，最高法院拥有的违宪审查权不断赋予宪法以生机和活力，塑造和再塑造了宪法。如果把美国最高法院跟英国国会作比较，则英国宪法并不因有国会的存在而显得生动一些；而美国宪法却因最高法院的存在而显得生气勃勃，并且还继续不断地推陈出新，无休无止。“如果没有违宪审查制度作后盾，即使制定法的形式也无法保证高级法（宪法）作为个人求助的源泉。既具备制定法的形式，又以违宪审查制度作补充，高级法又恢复了它的青春活力，从而进入了其历史上的一个伟大时代。”<sup>①</sup>

当初制宪代表们所写成的宪法，只不过寥寥可数的几条条文，字数不过七千字，三十分钟就可读完，而且绝大多数人读过之后，都不会有什么印象。无怪乎哈佛大学宪法权威包威尔教授经常提醒他的学生说，要想了解美国宪法，宪法条文可以不读，但最高法院的宪法解释则不可不读，尤其是个案判例更非细读不可。也就是说，如果没有最高法院的解释，宪法不过是写在白纸上的一些黑字罢了。诚如汉密尔顿所说：“法律如无法院之解释，并界定其含义与运作，则法律乃死的文字也。”<sup>②</sup>所以宪法解释很有必要。同时，由于在审判上后案的判决并无遵守先例的义务，因此最高法院能够经常推翻旧案，创立新例；使任何一项陋规或恶法都无永久幸存的可能，而新的思想则随时都有被吸收的机会，使美国法制有如活水长流，清新蓬勃。

第三，最高法院二百多年所作的判决，其内容范围遍及美国社会的每一个角落和各个阶层，促进了美国社会的变迁。条条法律为人生，每一条法律都是用来保护公民权益的。最高法院有权审查法律、解释宪法，并宣告违宪的法律为无效，显示了最高法院制定政策的能力及对美国社会各阶层的巨大影响力。最高法院在美国历史上经常引起政治风暴。正如1922年首席法官塔夫脱所说：“最高法院在我国政治上，是一双会带来风暴的

<sup>①</sup> 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第93页。

<sup>②</sup> William A. McClenagham, *Opcit.*, p. 444.

海燕。”<sup>①</sup> 政治风暴就是社会病情发作的结果。所幸每次发作之后都能获得治愈的机会，并产生一种病愈后的新机，以适应新的情况，迎接新的挑战。综观美国最高法院二百多年所作的判决，差不多都是如此。

最高法院法官由于出身、学养、地位的关系，其政治观点、司法哲学多倾向于保守；再加上最高法院的违宪审查权都是在既定的资本主义政治、经济制度的框架内，在一定的政治气候和意识形态中行使的。因此，从总体上看，违宪审查权仍然是代表资产阶级的利益，维护资产阶级的统治的，对公民权利和自由的保护也必然是相当有限的；最高法院行使违宪审查权也绝不可能是中立的、超然的，不受任何个人、党派或机构的影响和干预的。但是，无论如何，最高法院通过违宪审查权，解释宪法并监督宪法的实施，参与了国家政策的制定，确定了政治活动的范围，引导公民关注紧迫的社会问题，解决并平衡了美国民主制内（价值、规范、结构）的冲突，维护了民主制的稳定。“联邦的安定、繁荣和生存本身，全系于七位联邦法官之手。没有他们，宪法只是一纸空文。行政权也依靠他们去抵制立法机构的侵犯，而立法权则依靠他们使自己不受行政权的进攻。联邦依靠他们使各州服从，而各州依靠他们抵制联邦的过分要求。公共利益依靠他们去抵制私人利益，而私人利益则依靠他们去抵制公共利益。保守派依靠他们去抵制民主派的放纵，而民主派则依靠他们去抵制保守派的顽固。他们的权力是巨大的，但这是受到舆论支持的权力。”<sup>②</sup> 联邦最高法院的违宪审查权不仅具有鲜明的法律意义，保证了司法独立，维护了法制的统一；而且具有重大的政治意义，维护了分权制衡的政治结构，推动并促进了美国政治及政治形态的发展。

<sup>①</sup> Taft Papers, Library of Congress, 1931, p. 56.

<sup>②</sup> 托克维尔：《论美国的民主》，商务印书馆2004年版，第309页。



## 第四章 违宪审查与民主制的平衡：比较研究

### 第一节 德国宪法法院违宪审查权的政治平衡功能

#### 一 违宪审查权的平衡作用

“第二次世界大战结束后，欧洲人民并没有停留于仅仅从纳粹的独裁体制下摆脱出来，而是认真检讨了法律实现主义的虚无主义内容，彻底地从立法机关的教条主义中走出来，于是，对宪法审判给予了足够的关注，注意了宪法中规定对法律的违宪审查。”<sup>①</sup> 战后几十年来，联邦德国在重新构筑宪法法院违宪审查制度的过程中，继承和发展了18—19世纪德国的“法治国”经验，吸取了法西斯专政时期将违宪审查毁于一旦的教训，不断扩展宪法法院违宪审查权的管辖范围，维护民主制的稳定。具体来说，就是以《德意志联邦共和国基本法》（下简称《基本法》）为依据，制定和完善有关联邦宪法法院的法律，同时在不断健全宪法法院组织机构和违宪审查制度的过程中，对相关法律进行立、改、废的工作，使违宪审查制度不断趋于完善。

应该说，德国联邦宪法法院半个世纪取得的成就已得到了广泛的认可。50年来，由它审理的各种案件已有13万之多，累积起来的司法档案已突破100多卷，近4万页篇幅<sup>②</sup>。其成就不仅体现在数量上，更体现在实质意义上：德国联邦宪法法院半个世纪的司法实践已经为20世纪德国

① 李岩：《违宪审查与人权保障》，《外国法译评》1997年第4期，第62页。

② Rupert Scholz, Fuenfzig Jahre Bundesverfassungsgericht, p. 6.

第二次民主制度的发展与巩固作出了决定性贡献，成为民主制度内生的、不可或缺的组成部分；而且，由它开创的宪法法院模式在世界范围独树一帜、影响巨大，屡屡成为别国效仿的榜样，比如对南欧的西班牙、葡萄牙，中东欧国家、南非以及韩国等就已产生显著影响<sup>①</sup>。

德国宪法法院模式有别于美国普通法院模式的最鲜明的地方并不在于其由独立专门的机构来实施违宪审查，而在于其权力范围从各国比较看是独一无二的。它可以对立法、行政、司法三种国家权力行使完全的宪法监督，作出的判决也对这三大权力具有约束力。根据德国《基本法》和《联邦宪法法院法》规定，联邦宪法法院的受理范围有：抽象和具体的规范监督权；宪法机构争讼、联邦与各州争讼、宪法申诉、审理联邦总统弹劾案、审理法官弹劾案、选举审查申诉、宣布剥夺基本权利、宣布取缔违宪政党等。德国宪法法院享有如此广泛的权力，既是为了控制德国的纳粹体制，预防权力的滥用，强化人权保障，打破立法万能的思想，又是为了减少公民对政府权力的依赖度，减少个人对政治的影响力，保持政府权力与公民权利之间的平衡<sup>②</sup>。

事实上，在德国联邦机关之间经常产生争议。在德国，早在 19 世纪时，这种机关争议只是在政府与议会之间发生。近几十年来，特别是现代德国，随着德国的统一和经济、政治等方面在欧洲和世界范围内的影响的增长，以及其国内各联邦机关之间行使职权的范围和程序的复杂性，这种争议案经常产生，并且从实质上看，大多涉及对《联邦基本法》的解释。联邦宪法法院在解决这些争议案的过程中发挥了重要的平衡作用，下面就分别从四个层面对宪法法院是如何通过宪法解释来解决争议案、发挥平衡作用进行论述。

#### （一）在联邦政府与联邦议院关系上的平衡

德国实行议会内阁制，立法和行政机关在人事上的分离程度较小，总理和内阁成员可保留议会成员身份，而议员也可以在行政机构内任职；在三个政府机构中，只有联邦议院由选民直接选举产生，其他机构则通过间接选举产生。联邦参议员由各州政府指派。联邦总统由联邦议院和同样人

① 连玉如：《德国宪法监督冲突述评》，《国际政治研究》2002 年第 1 期。

② 李岩：《违宪审查与人权保障》，《外国法译评》1997 年第 4 期，第 60 页。

数的各州议会代表组成的国民大会选举产生；联邦总理则由联邦议院选举，并对联邦议院负责。内阁人选由总理提名、总统批准，但事实上需要议会支持。

作为内阁负责制体制，联邦议院可以通过不信任表决，来撤换联邦内阁。但为了记取魏玛共和国时期政府动荡的教训，《基本法》第六十七条规定了“建设性不信任表决”，使议会不能随便置换内阁，只有通过多数选出下一任联邦总理之后，联邦议院才能罢免失去信任的现任总理。反之，为了保障在获得议会多数的信任下统治，联邦总理可以主动要求众议院进行信任表决，并根据《基本法》第六十八条，可在未获得多数信任时向联邦总统提议解散议会，提前举行大选。但鉴于魏玛共和国时期，总统可为不同理由而随意解散议会，从而导致议会缺乏稳定性，并易为外部机构所控制，《基本法》并未授予联邦总统以任何解散议会的独立权力，而是授予其独立的裁量权去衡量总理的提议，从而严格限制了行政机构解散议会的权力。

议会的独立性是享有充分保障的。《基本法》第三十八条规定联邦议员“应是全体人民代表，不受任何命令和指示约束，并只服从他们自己的良知”。联邦议院完全自决议事程序，并具有广泛的立法调查权。联邦议院的议员还享有经济独立的保障，到1979年，议员的薪水（6.9万美元）超过了邻国同行的两倍，因而议员成为名副其实的独立职位。但是，议院的权力受到了联邦总理权力的牵制：总理有权用信任表决来提议解散议会，且有时可能成为政客借用宪法权力来增添政治实力的工具。这明显地体现在1984年的“议会解散案”上。

1982年，原来和社会民主党联合的自由民主党，转而和基督教民主党结盟，致使社会民主党总理施密特失去联邦议院的多数信任而下台。事先被议院选出的科尔，领导基督教民主党执掌联邦内阁。时离下届大选还有两年。1984年，为了在议会获得更大的多数赞同，科尔在任职中期试图提前举行大选，因而基督教民主党要求与之结盟的议员先“自我否定”，对科尔提议的信任表决投反对票，以启动《宪法》第六十八条所规定的议会解散程序，然后进行重新选举。尽管科尔成功地实现了预先“安排”，得以提议联邦总统解散议会，但受到了宪政挑战而被社会民主党上诉到联邦宪法法院。

宪法法院的意见认为,《宪法》第六十八条并不授予无限的解散议会权。《基本法》第六十八条的目的是保障议会稳定,因此对解散程序的表面满足是不够的。联邦总理提议解散的政治条件必须是联邦议院不能再合适地保障联邦总理的领导能力。法院特别指出,联邦总统宣布解散议会的权力,和他的某些形式性权力(如任命众议院提名的总理)不同。在宣布解散之前,总统有权独立衡量总理的提议。因此,“《宪法》第六十八条要求,仅当三个最高政府的宪法机构——总理、议会和总统——自行作出独立政治决定时,才允许解散议会”。但法院多数不愿仅因内阁仍受到议会多数的信任,就禁止总理提议解散议会。多数意见认为,要衡量“非常情形”,并认为如果“联邦总理有理由……相信,持久和稳定的议会多数不再存在时”,那就应允许他提议解散。少数法官也发表了不同意见。

总之,宪法法院面临着一项高度政治敏感性的决定。法院多数可能考虑到类似于美国的“政治问题”,并担心法院宣布总理行为违宪的判决,可能会损毁政府最高机构的信誉。同时,法院要确定众多议员在信任表决中的真实意图,也存在诸多实际困难。因此,宪法法院为了顺从非常情况下的政府需要,尊重了立法和行政机构对政治权力的衡量,而没有坚持自身对宪法规定可能具有的不同理解。但反对意见敢于提出激烈批评,多数意见一再重申《基本法》允许行政机构解散议会的原则、目的和条件,也说明对这一领域的立法和行政行为仍然存在着宪法制约<sup>①</sup>。

另外,1978年的“议会调查案”也体现了宪法法院在联邦议院的少数派和联邦政府的多数派之间的平衡作用。对实行内阁责任制的联邦政府,尽管联邦总理由联邦议院选举,联邦内阁向议会负责,但内阁事实上掌握着信息优势和政党影响,因而往往决定着议会政策及其议事日程。总理或其他内阁官员经常是议会多数派的首领,因而不可指望议会多数能对内阁构成有效的控制。《基本法》第六十八条要求内阁获得议会多数信任的规定,也表明议会制政府本身存在着立法和行政的分权难题。因此,对行政机构的真正控制必须来自议会少数的反对党,即议会中的各少数派系。《基本法》为这一关键机制作出了明确规定。不但联邦议院的三分之一议员可在宪法法院启动“抽象规范控制”程序以挑战法案的合宪性,

<sup>①</sup> 张千帆:《西方宪政体系》下册,中国政法大学出版社2001年版,第234—239页。

而且第44节(1)规定：“联邦议院有权——并在四分之一成员提议下有责任——建立调查委员会；后者应在公共听证会上获得必要证据。”这就为议会少数派发动立法调查，从而对行政行为构成有效监督提供了宪法保障。这样，议会制政府三权分立与其说是立法和行政的分权，还不如说是内阁领导的多数派和议会少数派之间的平衡。

1978年的“议会调查案”的具体内容如下：联邦一州（Schleswig—Holstein）的宪法，对州议会的少数派的调查权力作了类似于联邦宪法的规定。根据该州宪，在作为少数党的社会民主党提请下，州议会成立了特别调查委员会来调查州政府的官员行为。多数党（基督教民主党）为了阻碍调查，便控制议会通过决议，在委员会的调查清单上附加问题，其中一个问题特别针对社会民主党议员。议会少数派在宪法法院宣称多数决议违宪，宪法法院在发表的意见中判决多数决议违背了三权分立的宪法原则，认为：“调查被设计来澄清涉嫌滥用权力的政府事件。这类控制对三权分立具有重要意义，并只有在议会和行政机构之间存在政治对立关系时，才能受到保障……而对这种控制的保障，正是少数权利的宪法意义之所在。议会和内阁之间的对立，原来存在于立宪君主时期；现在这种对立状态已发生变化。在议会民主，多数党通常支配着内阁。今天，这种关系的特征体现于两种势力的政治对立：一边是内阁和支持它的议会派系，另一边则是反对党派。因此，对于议会体制的政府，议会多数并不主要监视内阁，这正是反对党的任务，但反对党是少数派。要使议会控制实现其目的，就不得削弱少数建立调查委员会的宪法保障之权利。”<sup>①</sup>

“议会调查案”表明，少数派的调查权利构成了德国分权机制的重要保障，它不能被多数派随意剥夺或限制；而联邦宪法法院的裁决则体现了出于维护三权分立的原则，在内阁领导的多数派和议会少数派之间所发挥的平衡作用。

## （二）在联邦和州关系上的平衡

德国是联邦制国家，《基本法》第三十条规定了联邦与州之间的职权分配，规定“只要基本法没有其他规定或者特许，国家权力的行使和国家任务的履行，是各州的职责”；同时，《基本法》第三十七条规定了联

<sup>①</sup> 张千帆：《西方宪政体系》下册，中国政法大学出版社2001年版，第239页。

邦的强制权，以监督各州履行基本法或联邦其他法律规定的联邦义务。并且，联邦有向各州发布指令的权力。这就是说，在联邦与州之间的关系上，一方面各个州均有行使国家权（国防、外交等权除外）的职责，它与联邦在某种意义上是平等关系，并非“上下级”之间的服从关系，而只是在某些方面服从隶属制度的要求；另一方面，联邦对各个州具有监督和指令权。

这一原则而模糊的宪法规定，使得联邦与各个州在行使职责的过程中不可避免地会产生各种法律方面的争议。从总的方面看，德国联邦与州之间的争议，根据《联邦宪法法院法》第十三条第七款和第八款的规定，指的是对于联邦与州的权利与义务所产生的意见分歧，特别是州在执行联邦法律和联邦在行使联邦监督权时所产生的意见分歧。对于联邦与各州之间、各州相互之间，或者一州之内发生的公法上的争议（即关于宪法或行政法方面的争议案）而又没有其他法律途径的，所有这些争议案均由宪法法院违宪审查<sup>①</sup>。显然，联邦与各州之间的争议主要是有关权利与义务的意见分歧，特别是各州执行联邦法律时和联邦在行使联邦监督时所发生的争议。

在联邦宪法法院的司法实践中，曾经审理和裁决过关于联邦与州之间发生的若干件宪法性争议案。20世纪50年代初，巴伐利亚和黑森州政府分别颁布了在圣诞节之际增加薪俸的规定，联邦政府认为，这两个州政府的该项规定违反了当时联邦议会颁布的关于联邦冻结薪俸的法律。据此理由，联邦政府向联邦宪法法院提起宪法争议案的诉讼。联邦宪法法院确认该案是属于联邦与州之间关于权利与义务，特别是州执行联邦法律方面的争议案。联邦宪法法院最后裁判联邦政府请求以紧急处分的方式阻止这两个州规定的施行的申请，不符合法律规定，也就是说，巴伐利亚和黑森两州的做法并未违反联邦法律。

另外，围绕着州的立法是否与联邦的“原则性立法范围”的规定相抵触，即联邦与州之间的立法权限问题也产生了争议。联邦议会在1951

<sup>①</sup> 刘兆兴：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第281页。一般来说，行政法方面的争议案应由行政法院司法审查，但是有的争议案直接涉及宪法方面的问题而又不能由行政法院司法审查，即所谓“没有其他法律途径的”，则由联邦宪法法院司法审查。

年制定了《俸给法修正及补充规定》，简称为《俸给冻结法》。按照该法第八条和第九条的规定，州的官员和法官的薪俸不得高于同等级的联邦官员和法官的薪俸。此外，联邦议会又制定了某些“原则性立法”，以保持薪俸方面联邦与州的大体一致性。1954年6月，北莱茵—威斯特伐伦州颁布了《北莱茵—威斯特伐伦州薪俸法》。对此，联邦政府认为，该州的此项立法使该州的官员的薪俸高于同等级的联邦官员，与联邦的上述法律和“原则性立法”的规定相抵触，因此，向联邦宪法法院提起该争议案。

联邦宪法法院经审理后，判决北莱茵—威斯特伐伦州有权制定州的法律以调整该州官员和法官的薪俸。该判决的主要理由是：第一，《联邦基本法》第七十五条官员联邦的原则性立法的规定，并非是严格限制各州立法机关的一切意志决定，使其只在已经规定的法律法规之内行事，而是留有相当的余地，使该州的立法机关在实质的法律法规的创设上有其一定的意志决定。这也就是说，即使联邦的原则性立法的规定很详细，也具有由各个州的立法进行补充的余地。因此，北莱茵—威斯特伐伦州的该项立法，并未违反《联邦基本法》第七十五条第一款的规定。第二，联邦立法不应当对于各州的官员的薪俸规定最高数额的限制，也不能确立不可变更的联邦薪俸制度，否则，便超越了《联邦基本法》第七十五条关于联邦原则性立法权的范围。第三，《联邦基本法》第七十五条规定联邦的立法范围和目录，它的立法应当保障是在本条规定的各州所固有的规定领域之内，而且联邦只是具有在该领域内颁布纲领性规定的权力。如果联邦法律违反了这项规定，即使得到联邦议院的同意，也是无效的<sup>①</sup>。

### （三）在政府权力与公民权利上的平衡

宪法法院在政府权力与公民权利关系上的平衡体现在对公民基本权利的既保护又限制上。首先，从对公民权利的保护来看，1951年3月联邦德国制定的《联邦宪法法院法》初步规定了宪法诉愿制度。1969年1月29日，联邦议院通过的第十九条《联邦基本法修正案》中又进一步明确了宪法诉愿制度：“任何人都可以因公权力机关侵犯他的基本权利，提起宪法诉愿。”这些基本权利体现在《联邦基本法》和《联邦宪法法院法》

<sup>①</sup> 刘兆兴：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第292—293页。

之中，主要是指平等的公民权，担任公职的同等机会、选举权、担任法官的权利，以及基本的人权包括人身自由、平等、言论、迁徙等权利。受到侵害的公民向联邦宪法法院提起宪法诉愿，联邦宪法法院具有保护公民个人权利、防止政府任意侵害公民基本权利的功能。可见，宪法诉愿制度是公民的基本权利及其相近基本权利受到侵害后，请求救济的最后方法。把宪法诉愿制度规定在基本法之中，并成为宪法制度的主要部分，这就从根本上保障了公民的宪法诉愿权<sup>①</sup>。

1951—1978年，宪法法院共受理了41127件案件，处理了39920件，还有1207件尚在审理中。在这些案件中，宪法诉愿案件38789件，与规范控制程序相关的1795件，政党违宪的2件，还有其他相关事件541件。可见，对宪法法院提出的案件90%是宪法诉愿案件，这充分反映了公民对宪法法院作为基本权利保护者的信任。基本法颁布后，基本法所保障的基本权利不仅仅表现为主观性的权利，而且逐渐地被予以客观化。20世纪60年代后期，作为基本权利，公民对国家权力的参与作用日益明显。宪法法院顺应民心，通过违宪审查来推动这种趋势。宪法法院在审判中积极地确定基本权利的内容，以此来控制立法部门<sup>②</sup>。

宪法诉愿制度的运行，一方面能够通过联邦宪法法院行使宪法诉愿案的违宪审查权，审查和监督政府行使权力的行为的合法性和合宪性；另一方面，使公民运用这种最后的也是有效的法律救济途径，获得宪法保护，防止政府权力的不法侵害。这一制度是非常必要的，因为如果宪法规定了公民权利的内容而没有规定对政府侵犯公民权利行为的补救措施的话，实际上就等于公民权利无保障，也就等于取消了这些公民权利，宪法就形同虚设。从客观效果上看，这一制度也为公民提供了一种通过法律手段寻求解决问题的途径，避免了公民采取极端的手段，在维护联邦法律秩序的同时，也维护了德国民主制的稳定。德国联邦宪法法院因宪法诉愿制度成为人权的卫士，从而享有与美国联邦最高法院相比肩的地位。

然而，公民的基本权利也不是无限制的，宪法法院对公民权利的限制也同样体现在对政府权力与公民权利关系上的平衡。在享受权利的问题

<sup>①</sup> 韩大元：《外国宪法》，中国人民大学出版社2000年版，第146—147页。

<sup>②</sup> 李岩：《违宪审查与人权保障》，《外国法译评》1997年第4期，第62页。



上，公民与政府行使权力有着一个共同的基础——宪法秩序即自由民主基本秩序<sup>①</sup>。无论是国家还是公民，在任何事情上都不能侵害这一根本的社会秩序。所以，《基本法》用第十八条专门规定了个人享有基本权利的一般范围：“凡以攻击自由民主之基本秩序为目的而滥用自由表达的权利，特别是出版自由、教育自由、集会自由、结社自由、通信、邮政、电讯秘密权、财产权和避难权者，即丧失上述各种基本权利。联邦宪法法院将宣布褫夺此类权利，并确定褫夺的范围。”基本权利的有限性还体现在《基本法》第十九条的规定中。根据第十九条的规定，基本权利可以依法予以限制。

但是，限制基本权利必须有基本法的明确授权，同时通过相应的法律才能进行。在任何情况下，限制基本权利的措施都不得危及基本权利的实质。也就是说，无论限制措施是规定在基本法中的，还是规定在普通法律中的，抑或是来自宪法法院的判决，都不能借限制之名实际剥夺或取消基本权利。如果基本法的修正案在实质上剥夺了基本权利，那么这项宪法修正案本身就可被宣布为违宪<sup>②</sup>。

#### （四）对政党的制衡

德国宪法法院对政党的制衡是德国宪法法院违宪审查的一大特色。对政党的制衡体现在对政党权利既保护又限制两个方面。从对政党的保护方面来看，宪法法院对政党的保护突出地体现在对反对党权利的保护上。德国实行议会内阁制，如前所述（议会调查案），反对党主要承担通过议会监督政府的任务。从分权角度看，议会监督政府不过是宪法分配给议会的职责，是一种宪法分工，不仅意味着政府合法性来自联邦议院选举，而且也意味着监督政府是联邦议院对政府的当然权利。另外，由于议会内阁制政府和议会多数同为一个政党或几个政党联盟，作为整体的议会对政府的监督职能不是强化而是弱化了，对政府的监督权实际上也主要由反对党来承担<sup>③</sup>。

① “自由民主的基本秩序”的含义，按照联邦宪法法院的解释，是指“基于人民自决的原则，依其多数、自由、平等的意志所体现的法治国家的统治规范，并且必须是排除任何暴力或专制统治的一种秩序”。对于这种秩序，不得进行危害或者推翻的行为。

② [德] W. 墨菲：《宪法、宪政与民主》，载《宪法比较研究文集》第三册，中国民主法制出版社 1993 年版。

③ 连玉如：《德国宪法监督冲突述评》，《国际政治研究》2002 年第 1 期，第 81 页。

为保证反对党对政府的监督，基本法克服了“魏玛宪法”没有保护少数条款的弊端，将议会内阁制和强势宪法法院相结合，赋予处于议会少数派地位的反对党向联邦宪法法院提起诉讼的权利。这样，议会反对派可借此而有效地弥补处于议会少数地位的弱点，增强抗衡议会多数的权力，能有效地加强对政府的监督职能，使宪法法院成为一个政治机制上的“投反对票者”和民主的捍卫者。可以说，50年来，德国宪法法院的违宪审查权在很大程度上是靠政治反对派推动为生的；宪法法院最经常发挥作用的情况是在执政党与反对党的斗争中；最重要的“对扩大客观宪法秩序举足轻重”的判决也须常常追溯到反对派的诉案上<sup>①</sup>。

从宪法法院对政党的限制来看，主要体现在对政党违宪的裁决中。《基本法》第二十条第二项明确规定了政党的违宪：“如果政党的宗旨和党员的行为表明是意图破坏自由和民主的基本秩序，或有推翻这个秩序或危害德意志联邦共和国的危险，该政党则为违反宪法。对于违宪的问题，由联邦宪法法院裁决。”衡量某个政党是否违宪，主要就是看政党的目的和该党党员的行为，是否企图侵害或破坏自由民主的基本秩序，或者危害德意志联邦共和国的存在和安全。二者只要具备其中之一，该政党则为违宪。一个政党是否具有这种违宪的意图或行为，主要表现在该党的党纲、党的宣言、通告或集会中，或者从该党党员的实际行为和活动中体现出该党的意图和方针。

依据《联邦宪法法院法》第四十六条关于“政党违宪裁判”的规定，只有证明该申请有理由时，联邦宪法法院应当确认该政党为违宪；确认政党违宪的限定在对于法律上或者组织上是政党的独立部分；确认政党违宪后，与之相连带的是，应当解散政党或者该政党的独立部分，并且禁止建立该政党替代组织。联邦宪法法院还可以宣布没收该政党或其独立组织部分的财产，并且为公益目的而移交给联邦或者州。

1951年阿登纳政府向宪法法院提出“社会帝国党违宪案”，要求予以取缔。1952年宪法法院发表的意见认为：（1）在组织结构上，社会帝国党和希特勒领导的国家社会党相类似。社会帝国党要求其成员保证对政党领袖的绝对服从，以自上而下的专政方式进行统治，违背了民主原则。社

<sup>①</sup> 连玉如：《德国宪法监督冲突述评》，《国际政治研究》2002年第1期，第81页。

会帝国党显然在模仿国家社会党，这些联系说明，就像国家社会党一样，一旦帝国党掌权，它就将把自身的组织结构移植到整个国家，从而消灭自由民主的基本秩序。(2) 在政纲上，社会帝国党及其党员的行为也证明，该党的目标在于推翻自由民主的基本秩序。(3) 在言论上，“这些大量侮辱、怀疑和诽谤，和宪法所保障的言论自由或真诚的政治抗衡毫不相关。相反，它们揭示了一种倾向，以期在根本上动摇公众对联邦德国的政府代表之信心，从而使人民从整体上怀疑自由民主的基本秩序”。(4) 反犹太主义的思想，“所有这些都充分说明了社会帝国党的反犹太主义态度。当凶手被描绘成无辜受害者，而受害者的幸存家属却被描绘成反对人类的罪犯时，令人警觉的道德堕落在此暴露无遗……因此，社会帝国党在《基本法》第二十条第二项意义上违宪，该党必须受到解散”<sup>①</sup>。

联邦宪法法院对政党违宪案的审理体现了对政党进行限制的一些基本原则：(1) 如果一个政党只是不承认自由、民主的基本秩序，则不构成违宪；如果进一步对此种秩序进行攻击性的反抗活动时，则构成违宪。(2) 只要一个政党的政治路线在奋斗目标上体现出不断反对这种秩序时，即为违宪。(3) 政党信仰的政治理论并以此为依据作出政治行为的决定，并非是学术理论问题。(4) 一个政党宣扬的政治见解的目的是为反抗和消灭“自由、民主的基本秩序”时，则为违宪<sup>②</sup>。

## 二 宪法法院违宪审查权的发展趋势

依据《联邦基本法》第九十三条第二项的规定：“联邦宪法法院还审理由联邦法律赋予它的其他案件。”《联邦宪法法院法》依据基本法的规定，也在该法第十三条第十五款中规定，联邦宪法法院还审理“其依联邦法律规定由联邦宪法法院裁判的案件”。这就表明，联邦议会可以通过制定联邦法律扩展联邦宪法法院的违宪审查权。联邦宪法法院依据《联邦基本法》、《联邦宪法法院法》以及联邦议会制定的其他法律赋予的职权，行使其违宪审查权。

除此之外，统一后的德国在经济实力、政治地位等方面不断增强，其在欧洲乃至世界上的意义也日益显著。近几年来，在德国政坛上产生一种

<sup>①</sup> 张千帆：《西方宪政体系》下册，中国政法大学出版社2001年版，第305—307页。

<sup>②</sup> 刘兆兴：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第267—268页。

未曾有过的现象：每当在国内外政策上出现重大分歧时，每当各个党派（无论是联合执政的政党或是反对党）对于某个重大问题争论不休时，而该争论的问题又涉及对《联邦基本法》的规定的适用、理解或实质性的解释时，便将该种争议案提交到联邦宪法法院裁决。这样，无论是联邦总统、总理，还是议会议员、部长等，都在等待联邦宪法法院的裁决。这样，联邦宪法法院的职能无形中又“膨胀”起来，不断扩展，其裁判已涉及国家政治生活中的各个领域，在某个时间内或对于某项重大争议的裁决甚至成为具有“最高权威”的法律，联邦宪法法院成为具有“最高权威”的宪法机构<sup>①</sup>。

自德国实现统一以来，宪法法院的法官们已经受理并裁决了多起本应当由政治家们作出的决定。比如1993年7月1日，德国联邦宪法法院开庭质询“欧洲统一是否符合德国基本法”的问题，这场质询并作出的裁决将直接决定联邦总统能否正式签署已于1992年12月联邦议会通过的批准《马斯特里赫特条约》的决议，更直接关系到21世纪德国以及欧洲政治、经济政策的走向问题。再如，1995年5月23日，联邦宪法法院作出一项裁决，决定在“冷战”期间为原德意志民主共和国（DDR）服务的高级间谍不再因为他们所从事的对抗联邦德国间谍行为而被监禁（这是自1990年德国统一以来首次在有关如何处理原民德遗留问题上所采取的一个具体步骤）。统一后的5年中，原民主德国的间谍大多被判处不等的刑罚，但是，事实的产生并不能说明事实本身的内在合理性和公正性。因为从法律、道义和历史上讲，民主德国曾经是包括联邦德国在内的西方国家正式承认的主权国家，其官员为其主权国家服务是理所当然的，因此，不能以联邦德国的法律为依据判处原民主德国官员为“叛国罪”。德国联邦宪法法院作出的该项裁决表明，原已经被判刑的原民主德国高级间谍能够获得自由，尚未发现或未被捕判刑的将不再予以追究。这项裁决更是强烈地体现出行使违宪审查权的政治性，即司法权的政治性。因此，联邦宪法法院违宪审查权的发展趋势体现出司法政治化和政治司法化的趋势。

司法政治化和政治司法化最早由德国的曼茨（Maunz）提出<sup>②</sup>，它们

① 刘兆兴：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第73页。

② [德] Maunz, “Deutsches Staatsrecht”, 11, Aufl. 1962.

是一枚硬币的两面。司法政治化或政治司法化并非指政治权势干预、左右司法，破坏司法秩序，而是指法院所审理裁判的案件大多涉及重大政治性问题，这种裁判甚至成为国家重大决策的重要依据。在某种程度上，司法机关也在制定公共政策，司法（主要是审判）机关的司法权的行使体现出明显的政治内容。从上述实例中可以看出，宪法法院所裁决的宪法性争议越来越多地直接涉及国家政治生活中的各个领域，甚至有时成为对内和对外的决策是否符合联邦基本法的最高裁判者。宪法法院正是以基本法和相关民事、刑事等法律为实体的和程序的依据，运用其独有的违宪审查权，维护国家政治生活中的秩序。正如德国前联邦宪法法院院长厄恩斯特·本达（Ernst Benda）所阐明的：“一个具有控制力的和正义的法律不能只限于提供竞赛规则，它的作用必须使一视同仁的程序成为可能，并且为政治生活的发展奠定基础；它不只是规定这一发展进程的若干步骤，而是指出发展的方向和目标。宪法法院的主要任务就是阐明这一进程。宪法法院必须运用其司法裁决权来形成和不断形成民族的共同意识，使得多数人与少数人能够在共同的基础上相互融洽地生活。”<sup>①</sup>

由于联邦宪法法院越来越多地受理从政坛上“移送”过来的棘手的问题，使它成为对本应由政治家们决策而无法捶定的事情进行最终裁判，这就使得宪法法院管辖案件范围中的“政治性”案件占有一定的显著位置，政治问题通过司法程序得以解决。对此，有些法学家很早就担心这种政治司法化的法治趋势可能会“违反审判权本质的‘司法国家’制度”。尽管如此，宪法法院审理的“政治性案件”，仍属于宪法性的争议案，依据《基本法》的规定均属宪法法院管辖。当然，非宪法性的“政治性”案件不能由宪法法院管辖。因此，联邦宪法法院受理上述性质的案件，并不会违反其宪法审判权本质，也不会破坏司法国家制度。

一个法治国家不仅首先要完善立法，使各种法律法规辐射到国家和社会的各个领域之中，同时也必须健全其司法制度，从而能够使国家政治生活领域中的争议运用司法手段得以裁决和协调。因此，宪法法院运用其司法裁决权裁决国家生活中的各个领域的宪法争议，特别是当代德国国内政

<sup>①</sup> [德] 厄恩斯特·本达：《德意志共和国的宪法法院裁决权》，《哥伦比亚跨国法杂志》（英文版）1981年第1期。

治生活中的争议，是很有必要的。而且，无论是司法的政治化还是政治的司法化都反映了联邦宪法法院违宪审查权范围在不断扩展的趋势。司法权的扩展是必然的，因为社会权利总量是在不断增长的，立法权和行政权是在不断扩张的。司法权的这种扩展趋势只要是沿着《基本法》及相关法律所限定的“轨迹”发展，就不会破坏德国自20世纪以来就形成的（当然，法西斯专政时期除外）“司法国”或“法治国”的原则。相反，由联邦宪法法院及其他五种法院有机地、严密地构成的联邦司法体系及其功能的发展，对日益膨胀的行政权力是一种有效的控制和监督<sup>①</sup>，对于民主制度是一种有效的维护和平衡。

## 第二节 缺乏违宪审查的民主制——法兰西第三共和国、第四共和国和魏玛共和国

### 一 法兰西第三共和国民主制失败的原因分析（1875—1946年）

1870年9月4日，巴黎人民利用拿破仑三世在色当败北之际，推翻了统治法国达18年之久的第二帝国，建立了法兰西第三共和国，从此法国结束了王朝统治的时代。1875年，法国国民议会先后制定了《参议院组织法》、《国家政权机关组织法》和《国家政权机关相互关系法》，这三个宪法性文件构成了第三共和国宪法。<sup>②</sup> 法国许多史学家认为，第三共和国至此正式诞生。

根据1875年宪法，行政部门由总统和各部部长两部分组成。总统是国家元首，由参议院和众议院组成的国民议会依绝对多数票选举产生。总统在政治上不对任何人负责。除叛国罪外，议会不得强迫总统辞职。总统负责法律的执行，并拥有为此目的颁布法令的权力。总统任命一切文职及军事官员，是军队的最高统帅。在国际事务中，总统代表法国与外国政府谈判，签订条约（有时须经议会批准）。总统还拥有法案的创制权，可以

<sup>①</sup> 刘兆兴：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第73—76页。

<sup>②</sup> 石雷、周小粒：《试论法兰西第三共和国的崩溃》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）1999年第10期，第76页。

向议会表达他对某项法案的意见，可以要求议会再次表决某项已通过的议案，议会不得拒绝。总统负责颁布议会通过的法案，使之成为法律。因此，宪法赋予总统的权力是相当可观的。政府由议会中拥有多数席位的政党或政党联盟组成，对议会负责。内阁部长执行政策应对参众两院负连带责任。

在立法方面，采取了两院制原则，设立了参议院和众议院。众议院与参议院共同行使立法权。如果某一法案首先由众议院表决通过，即被转送到参议院。如果参议院也通过了，就可交总统颁发，成为法律。如果某一法案首先送交到参议院，则它也须执行同样的程序。但财政法案必须首先送到众议院进行表决。众议院和参议院一起享有修宪权：只要两院分别以绝对多数票即可通过修宪动议。该修宪动议须得到由两院联席组成的国民议会的绝对多数票的支持方能通过。

在理论上，议会两院的权力和地位是平等的，如两院拥有创议和制定法律的权力；拥有监督政府的权力；还均有权依绝对多数票分别作出修改宪法的决议。但是，在实践中两院的权力和地位事实上并不完全平等。第三共和国初年，即1877年5月16日危机以前，参议院的权力大于众议院。它有解散众议院的权力，总统解散众议院须征得参议院的同意。1877年5月危机以后，众议院的地位和权力则远非参议院可比（众议院的议员由直接普选产生）。第三共和国时期的绝大多数政府都是因得不到众议院的信任而辞职的。1896—1932年，布尔热瓦、白里安、赫里欧、塔迪埃和赖伐尔政府都是因众议院不信任而被迫辞职。总统和参议院不再行使众议院的权力，总统只能选择一个为众议院多数所接受的政府，政府在得不到众议院信任时应辞职。众议院的权力和地位日益增加，逐渐演变成成为政治中心，被称为“议员们的议院”<sup>①</sup>。

第三共和国立法和行政机关之间的关系，如果仅从宪法条文来看，两者也是分权制衡的，既互相牵制，又互相合作。例如，总统可以与两院议员一样享有法案的创制权；可以要求议会重新讨论某一法案；议会通过的法案只有经总统签署后方能生效；可以在征得参议院同意后解散众议院，

<sup>①</sup> 石雷、周小粒：《试论法兰西第三共和国的崩溃》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学社版）1999年第10期，第76页。

重新选举等。反之，由于部长们须对议会负责，所以，如果议会不同意政府的某项政策，政府也不能自行其是；国家的预算必须经议会批准；总统签了字的国际条约也须得到议会的最后批准。

但是，随着时间的推移，在政治实践中，总统的很多权力逐渐转移到了政府手中，而政府又必须向议会负责。因此，到了中后期，第三共和国就成为了一个议会权力至上的国家，议会的权力远远超过了英国议会。这一点从 1877 年 5 月的政治危机中体现出来。1875 年制定宪法时，总统是两年前就任的麦克马洪。麦克马洪是个坚定的王党分子，认为当总统的目的是为未来的国王看守这个位子。但在 1876 年的国会选举中，由于共和派占了上风，麦克马洪不得不任命著名的左派共和党人西蒙为部长，而二人之间也很快发生了冲突。1877 年 5 月 16 日左派政府辞职，麦克马洪任命了一个保守派政府，但众议院马上宣布对其不信任，迫使它辞职。于是，麦克马洪下令解散了众议院。但是，在新的选举中，共和派再次获得了多数席位。这时，麦克马洪只得承认部长们相对于总统的独立是他们的责任制的必要条件。然而，他的让步并没有结束危机。到 1878 年 1 月 30 日，麦克马洪也被迫辞职。

1877 年 5 月的危机表明，总统实际上无力推行一项与众议院多数派不一致的政策，也没有真正垄断行政权。与得到众议院多数派信任的政府相比，总统其实处于一种劣势地位。自此以后，宪法赋予总统的大部分权力实际上由政府行使。麦克马洪的继任者格雷威上任伊始就正式宣布：“我忠于议会制的准则，我永远也不会与议会表达的国民公意为敌。”<sup>①</sup> 以后的历任总统实际上都接受了此原则，承认自己可以影响国家政治，但不拥有最高权力。

自麦克马洪之后，没有任何一个总统再行使过解散众议院的权力（这一点后来成为了第三、第四共和国政治家的一种共识，即政治问题应在他们内部通过协商解决，而不要轻易诉诸议院。如果违反了这种默契，违反了游戏规则，则可能受到大家的共同抵制或惩罚）。而议会却把宪法授予它对政府的制约、监督权力发挥到了极致。不信任投票已不再是迫使政府辞职的唯一手段，议会质询也可以达到同样的目的。因此，政府逐渐

<sup>①</sup> 转引自拉夫赫夫《第五共和国政治制度》，法国 Dolloz 出版社 1982 年版，第 59 页。



处于议会的影响甚至支配之下，日益依附于议会。第三共和国实行议会民主制，议会权力过大，过度地削弱了行政权，导致行政权软弱无力，无法牵制立法权。这是法兰西第三共和国政治体制上的第一个缺陷。

法国几代共和主义者甚至都认为保障自由和控制行政权，两者完全是一回事。茹尔·费里在1865年说过：“如果我们梦想使祖国享有更崇高的命运，让我们都赞同这个办法：法国需要一个软弱的政府。”麦克马洪在其任内受共和派意图的支配，进一步肯定了这个原则。人们看到，这个原则蕴涵着对个人自由和公共自由的担保，它对反对派也许是极好的东西；但对于政府，即使是共和国政府，则肯定是危险的。“认为一种政治制度的力量在于其行政权力的脆弱，为19世纪末在法国右派中间重新流行的波拿巴性格提供了自由泛滥的经常性机会，以便不让共和主义国家拥有权力和效率，而国家长此以往却要因此而受害。”<sup>①</sup>

对行政权的过度限制使内阁不稳达到了极点。1879—1918年，人们看到相继出现的内阁班子不少于43个，每个班子平均寿命仅10个月。在1932—1940年间，法国先后有12位外交部长、10位空军长，“结果是，部长们很少有时间参与政府的管理，而把大部分精力用于行政和事务工作”。法国没有一届政府有足够的时间制定一项长远的战略政策，即使有哪届政府曾制定过某种战略政策，也由于政府的短命而未能执行。与法国相比，1933年以后，德国一直由希特勒统治。英国在7年间只更换了三届政府。德国显著地加强了自己的政治地位，而法国则由于国内争吵不休，政治地位日益削弱，以及在欧洲丧失了一部分威望和影响<sup>②</sup>。

议会却将宪法赋予的对政府制约、监督权力发挥到了极致，使原本带有总统制和议会制二元色彩的第三共和国到了中后期彻底变成了议会至上的国家，第三共和国议会的权力甚至超过了英国议会。麻烦的是，议会一方面不尊重、不承认政府的独立地位，另一方面又由于自身的内讧或其他原因（工业化时代的技术进步、经济发展等）无法或无力行使其立法职

<sup>①</sup> 让-皮埃尔·阿泽马、米歇尔·维诺克：《法兰西第三共和国》，沈炼之、郑德弟、张忠其译，商务印书馆1994年版，第127页。

<sup>②</sup> 同上书，第128页。

能。所以在1924年以后，议会经常授权政府根据形势需要颁布具有法律效力的行政法规，这意味着议会侵夺了政府的权力，而又忽视了自己的应有任务。

与议会权力不适当的扩展同时存在的、第三共和国政治的另一个体制性缺陷是议会中始终未能形成一个稳定的多数。但与英国稳定的两党制不同，法国多党林立的政治局面是议会制的致命缺陷。议会中各政党派系间相互倾轧，不停地分化组合。这样一来，一方面政府由议会产生，依附于议会；另一方面议会中又没有一个稳定的多数支持政府，从而造成了政府频繁更迭。在这样的情况下，人们也就不可能期望看到一个稳定的、一致的政府。这种多党议会制的政治体制决定政府更换频繁，走马灯似的内阁难以应付各种各样的危机，政局具有不稳定的消极作用，失去了政策的连续性。

1919—1927年，法国先后组成15届政府；从1927年到1940年5月，法国共有28届政府；从1932年6月到1934年2月不到两年的时间内，共有6届政府来去匆匆，平均寿命为3个月。法兰西第三共和国以政治不稳定著称，1870—1940年共更换108届政府，平均每届政府执政时间约为8个月。这种行政权乃至整个公共政治权力的动荡、软弱无力使人民对政治产生了厌恶，对政治家们丧失了信心，更使得法国没有能很好地准备战争，从而直接导致了法国在1940年的失败和第三共和国的最终崩溃<sup>①</sup>。

关于法兰西第三共和国崩溃的原因，戴高乐曾进行了概括：（1）国家元首权力太小，在国家发生紧急情况时无能为力；（2）权力机构不平衡，议会权力过大；（3）行政权软弱无力，导致政局长期不够稳定，政府更迭频繁<sup>②</sup>。雅克·朱利亚尔在剖析第四共和国时也指出，“与其说第三共和国亡于果断坚决的敌人的打击，不如说它亡于缺乏足够数量的坚定的战士；与其说它亡于阴谋，不如说它早已是患有痛苦绝症的垂危病

<sup>①</sup> 石雷、周小粒：《试论法兰西第三共和国的崩溃》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）1999年第10期，第77页。

<sup>②</sup> [法]戴高乐：《战争回忆录》，巴黎，1961年，第454—455页。

人”<sup>①</sup>。本书认为，缺乏司法独立，以至于司法难以对政府和议会构成有效的牵制和平衡构成了法兰西第三共和国最终崩溃的一个重要原因。

在司法方面，1875年宪法未作出规定，存在明显的结构缺陷。人权和公民权也未能在宪法中得到承认。这是法兰西第三共和国政治体制中最大的缺陷。法国人为什么未在宪法中明确规定司法权的内容，会忽视司法独立呢？

首先，在各种民主制中，主张立法权优越的议会制民主最容易忽视司法独立，而且这种忽视有一个堂而皇之的理由——既然民主选举产生的立法机构是民意的表达者，法院又怎么可以制衡立法呢？长期的皇权专制又使得法国人认为要保证自由首先要限制行政权力，而且主要通过议会来限制行政权力，而忽视了独立的司法对行政权力的制衡。因此，事实往往是，民主越被人看重，司法独立就越显得无足轻重。只要在民事和刑事审判中维护“法律面前人人平等”，或者，更进一步，以行政法和行政法院来约束一下容易为非作歹的行政权，不就够了么？<sup>②</sup>

其次，法国注重通过法典限制法官的权力。在封建时代，立法者是君主，路易十六为了解决宫廷的财政危机，把一些重要的司法职位卖给了富有的贵族，这些贵族在法国大革命过程中与国王沆瀣一气，狼狈为奸，阻碍和镇压资产阶级革命运动，成为民主革命所要铲除的重要目标。鉴于革命前司法的腐败，革命后法国资产阶级想方设法对法官权力加以限制，编撰详尽具体、包罗万象的法典即是其措施之一。在革命后的短短7年时间里，拿破仑主持他的法学家们制定了5部法典。并且，似乎立法者也感到法典再完备也难免挂一漏万。为防止法官利用这些法典上的漏洞进行事实上的立法，《拿破仑法典》第五条规定：“法官对其审理的案件，不得以一般规则的处理方法进行判决。”据法国学者的权威解释，该条含义是法官不得援引判例作为判决的依据，即使法典的规定是错误的，也不得以自己的判决加以改正。这样，纵使法官中“勇敢的精灵”[（boldspirits，英

<sup>①</sup> 让-皮埃尔·阿泽马、米歇尔·维诺克：《法兰西第三共和国》，沈炼之、郑德弟、张忠其译，商务印书馆1994年版，第310页。

<sup>②</sup> 根据法国的有关法律规定，普通法院不得干预行政权的行使，行政法院的出现是这一观念和规定的产物。

国大法官丹宁（Alfred Denning）勋爵用语]，也只能望“典”兴叹了<sup>①</sup>。罗伯斯尼尔的话最能体现革命的民主派对“法官政府”的恐惧：“……如果不是立法者的权力才能解释法律，那么别种权力最终会变更法律，并将自己的意志置于立法者的意志之上。”<sup>②</sup>

不同于英美普通法系注重判例法传统，法国是渊源于罗马法的大陆法系国家，强调法律体系的严谨和言辞的精确。在法国的法官看来，法律不是“源自生活的活生生的经验表述”（霍尔姆斯语），而是体系完整、逻辑严密的一部部成文法典。这样，就限制了法官的造法功能，法官的职责仅仅是根据法律的明确规定审理民事和刑事案件，而无须或者没有必要在审理案件过程中另行创造规范。当法官认为需要制定新法时，只能向立法机关提出，而不得在审理案件过程中自行创造规范。法院的判决不具有英美法系国家法院判决所起的判例的作用<sup>③</sup>。正如孟德斯鸠指出的：“国家的法官不过是法律的代言人，不过是些呆板的人物，既不能缓和法律的威力，也不能缓和法律的严峻。”<sup>④</sup>“法官只是条文万能的机器”，法官对法律条文的迷信导致了司法从属于立法。

最后，议会权力过大，使得司法形同虚设。两次世界大战期间，法兰西第三共和国的宪法实际上没有最高效力，对议会也没有约束力。在美国，法院宣布某法违宪，就等于建立起了一道不可逾越的障碍，因为立法机关自身无权修改宪法……法国的情况正好相反。“议会倘若遭遇法院的违宪判决，可以轻而易举地制服后者的抵抗；被司法行为整瘫痪的法律既然是议会的多数采纳的，这次他们重新以简单多数通过原法案，便可使其意志占上风……在这种情况下，若以法律违宪为由而拒绝适用，法院很可能会举棋不定。”<sup>⑤</sup>

而否定司法独立、法院制衡的代价是频繁的政体变动——自 1789 年

① 潘华仿：《英美法论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 37 页。

② 罗伯斯尼尔：《革命法制和审判》，赵涵兴译，商务印书馆 1965 年版，第 25 页。

③ 胡锦涛：《宪法监督与宪法保障研究》，载张庆福主编《宪政论丛》第一卷，法律出版社 1998 年版，第 240 页。

④ 孟德斯鸠：《论法的精神》上册，商务印书馆 1987 年版，第 163 页。

⑤ 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔：《宪政与权利》，生活·读书·深知三联书店 1996 年版，第 37—38 页。

的革命建立君主立宪政体直到 1875 年议会共和制的最后确立，86 年间法国历经了三次君主立宪、两次帝制和三次共和的交替演变，制定了 9 部宪法。至于革命、内战、政变更是法国人的家常便饭。1875 年宪法建立的第三共和国是自大革命以来寿命最长的政权，但在 1889—1940 年的 51 年间，法国有 100 届政府。其中在 1924—1940 年的 16 年间有 36 届政府，而 1939—1940 年的一年间就有 3 届政府。过度频繁政府更迭使得政治家们无从设计、执行一个长期乃至中期的政策，大家都抱着一种看守政府的心态<sup>①</sup>。而第三共和国的行政、立法分权的变化更说明问题。如果单从宪法上看，第三共和国的行政权显然能够对立法权起一定的制衡作用，然而自从保皇派的麦克马洪总统在与议会共和派多数的斗争中（1877 年五月危机）失败辞职之后，没有任何一个总统再行使过解散众议院的权力。

## 二 法兰西第四共和国民主制失败的原因分析

1946 年成立了法兰西第四共和国，其政治体制为多党议会制。在立法权方面，议会由国民议会和参议院两院组成。国民议会议员任期 6 年，由各省市间接选出。国民议会有立法、批准条约、通过预算、授权总理组阁、推翻内阁以及与参议院共同选举总统等权限。议会的权力重心在国民议会，国民议会是一个常设机构，政府没有任何权力干涉国民议会的会议。在行政权方面，总统由议会两院联席会议选举产生，任期 7 年，可以连选连任，是名义上的国家元首。正如戴高乐所说，总统“仅仅限于担任顾问和代表国家”。总统提名总理人选，但须经国民议会以绝对多数通过。总统发布命令需要有政府有关部长的附署，对政府的行为也不承担实际政治责任。总统无权否决议会通过的法案。内阁总理为行政首脑，总理和部长组成国务会议，确保法律的执行。政府实行责任内阁制，对国民议会负责。对于解散议会，宪法作了种种限制，诸如在一届议会任期开始后的 18 个月内不得解散议会，解散议会须由部长会议执行，议会解散后政府也必须进行部分改组并由国民议会议长担任临时政府总理，等等。司法权方面，由最高司法会议行使司法权，法官由最高司法会议提出任命名单，由总统任命，法官为终身制。宪法设立新的宪法委员会，宪法委员会是审查法律违宪的机关。相对于第三共和国而言，宪法至少在结构上作了

<sup>①</sup> 许振洲：《法国议会》，华夏出版社 2002 年版，第 22 页。

改进<sup>①</sup>。

但是，第四共和国宪法规定的国家权力重心既不是政府总理，也不是国家元首总统，而仍然是国民议会。第四共和国在很大程度上恢复了第三共和国的议会制政体，在这种情况下，法国又“不可避免地要回到议会主义的老路”<sup>②</sup>。第四共和国存在的12年中，因为沿袭传统的议会制共和国政体，政府软弱无力，党派纷争不息，内阁更迭频繁，更换过21届内阁，每一届内阁的平均寿命不足半年，比第三共和国每届内阁的平均寿命更短，又开始重蹈第三共和国“半年内阁”的覆辙，甚至出现40天组织不起政府的内阁危机<sup>③</sup>。第四共和国民主制失败的原因同第三共和国很相似，有一点不同的是第四共和国宪法虽然设立了宪法委员会，但宪法委员会并没有发挥监督、制衡议会和政府的作用，建立的宪法监督体制形同虚设。

根据《宪法》第九十一条及第九十二条规定，宪法委员会的职权主要有两项：（1）审查法律是否与宪法相抵触，即审查国民议会所通过的法律是否含有修改宪法的内容；（2）协调国民议会与参议院的意见。但是，由于宪法委员会不具有独立性，其权能非常有限，因此这一宪法监督体制并未发挥应有的制衡立法和行政的作用。

首先，宪法委员会委员的产生方式决定了其难以具有独立的地位。宪法委员会共13名成员：由总统、国民议会及参议院的议长于每年会期之始以党派比例代表方法从议员以外的人士中选出7人，参议院在同样条件下选出3人，总统、国民会议长和参议院议长是当然成员。宪法委员会委员按比例代表方法产生，使得宪法委员会的多数意见与议会两院特别是国民议会的多数意见是完全一致的。可见，宪法委员会的产生方式的基本出发点仍然是为了确保议会的优越地位。宪法委员会没有自己的独立地位，也就不可能作出自己的独立判断。从一定意义上说，宪法委员会不过是议会的翻版和缩影，议会中的多数就是宪法委员会中的多数，因此议会

① 罗会钧：《法兰西第四共和国迅速解体原因浅析》，《湖南师范大学社会科学学报》1995年第5期，第68页。

② 米盖尔：《法国史》，商务印书馆1985年版，第565页。

③ 罗会钧：《法兰西第四共和国迅速解体原因浅析》，《湖南师范大学社会科学学报》1995年第5期，第68页。

的判断也就是宪法委员会的判断，宪法委员会也就不可能作出议会通过的法律违反宪法的判断和裁决<sup>①</sup>。

其次，有权提出违宪审查请求的主体范围非常狭窄。宪法规定只有总统和参议院议长联合一致提出请求，宪法委员会才可以进行审查。总统或者参议院议长无权单独提出审查请求；总统和参议院议长以外的其他国家机关无权提出审查请求；一切公民和社会组织在任何情况下均无权提出审查请求<sup>②</sup>。

再次，有权主体提出违宪审查请求的程序过于严苛。宪法规定总统和参议院议长提出审查请求必须同时满足两个条件：（1）总统和参议院议长必须联合一致提出；（2）在法律公布的期间内提出，法律公布以后就不得提出，宪法委员会也不得进行审查。总统和参议院议长必须联合一致提出，也就意味着总统和参议院议长在法律是否违宪的问题上意见是一致的。这一要求大大减少了向宪法委员会提出请求的可能性。法律公布的期间通常是10天，紧急情况下为5天。在如此短的时间内，总统和参议院议长必须协调出一个方案，其难度是可想而知的。法律公布以后，即使发现问题也不能提出审查请求。这些规定大大限制了宪法委员会违宪审查作用的发挥。

最后，宪法委员会进行违宪审查的范围狭窄。宪法规定宪法委员会只能以宪法第1—10章所规定的内容为基础去审查相应的法律，而不能对有关公民权利和自由的法律（规定在宪法序言中）的合宪性进行审查，这样，就使宪法序言所规定的公民基本权利和自由得不到有效保障<sup>③</sup>。由此可见，第四共和国宪法委员会的基本功能不在于通过审查法律等规范性文件的合宪性，从而保障公民的基本权利和自由，这是宪法委员会在法国的政治、经济、文化及社会生活中作用不大、得不到民众支持的根本原因，也是导致第四共和国内阁频繁更迭、民主制最终失败的一个重要原因。“根据1958年宪法成立的宪法委员会是要求加强对议会权力控制的结果。

① 胡锦涛：《宪法监督与宪法保障研究》，张庆福主编《宪政论丛》第1卷，法律出版社1998年版，第245—247页。

② 同上书，第245页。

③ 同上书，第246页。

事实上，第四共和国期间，议会的权力过大，而当时的宪法委员会对它无法行使控制，这也是导致政府换届频繁、政局动荡的原因之一。”<sup>①</sup>

### 三 魏玛共和国民主制失败的原因分析

魏玛共和国则提供了另一个缺乏司法的制衡功能时，民主制度失败的例子。1919年的魏玛宪法被普遍认为第二次世界大战前最富现代议会制精神和民主色彩的宪法，其制定和实施从形式上标志着德国由半专制的二元制君主立宪制进入了资产阶级的议会民主共和时期。

魏玛共和国的政治制度综合西欧国家的议会制和美国的总统制而成。立法机关实行两院制，由国会和全国会议组成。国会是表达国民意志的最高机构，拥有最高立法权力；其议员按照比例代表制由不记名、直接、普遍投票选出。全国会议代表各邦。总统由全体公民直接投票选举产生，只对宪法和选民负责，不对议会负责，任期7年。总统对外可代表国家缔结条约，宣战媾和；对内可统帅军队、任免总理和文武官员、颁布大赦、行政命令，并有权提前召开或解散国会和下令举行新的选举，还有权在紧急时期要求举行全民投票，而且《宪法》第四十八条还特别授权总统“如某一邦不履行其依照德国宪法或德国法律所规定之义务时，德国总统得使用武力强制之”。“如德国境内之公共安宁和秩序受到严重扰乱和危害时，德国总统为恢复公共安宁和秩序，得采取必要之措施，需要时并得使用武力”。为此目的，总统有权将宪法规定的公民基本权利“全部或部分停止之”。司法上，“法官独立，只服从法律”。还仿照美国最高法院成立了德国最高法院，最高法院解释法律，裁决各种争端<sup>②</sup>。1921年国会通过了《国事法院法》，它规定新设立的国事法院不是一个独立成为系统的法院，只是最高法院的一个部门，主要用以处理联邦制下的宪法争议，并不具备违宪审查权力，其管辖和审理宪法议案的范围十分具体。

魏玛宪法并没有规定国事法院对最高机关之间发生的争议具有管辖权，也没有授予国事法院审查联邦法律法规是否与联邦宪法法律相抵触、

<sup>①</sup> 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，第233页。

<sup>②</sup> 刘兆兴：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第15页。



联邦法律是否与联邦宪法相抵触等争议案的权限；国事法院也不管辖宪法诉愿案，而只是审理一般意义上的请愿（Petition）案件，因此对公民权利的保护、对政府权力的监督也很有限。从司法实践上看，国事法院审理有关联邦与各邦之间的争议案，以及各邦之间发生的非私法性的争议案；还审理在一邦之内发生的无其他法院管辖的宪法性争议案；以及对总统、首相、各部部长提出的弹劾案<sup>①</sup>。

魏玛共和国意图建立一个“自由正义的国家、维护国际国内的和平与安宁”，然而事与愿违，民主的魏玛共和国维持了短短的14年就被纳粹专制取代。这种反差现象不能不引人深思。魏玛宪法虽曾被人们欢呼为世界上最新最民主的宪法，但却在议会制的实践方面遗留了严重的问题。政府的联邦制结构、比例代表制、庞大的普鲁士邦及其影响的存在，德国人民群众缺乏政治经验——所有这些集中起来就不仅使民主的议会制度很难发挥作用，而且也使它得不到人们的信任。国会中有很大部分议员从一开始就敌视共和国及其制度，很容易损害本来就缺乏实行民主制经验的人民对共和国的感情和尊敬<sup>②</sup>。按照汤因比的说法，“魏玛共和国的覆灭不是由于外来武力的攻击，而是由于自杀”<sup>③</sup>。

第一，德国历史上君主专制的历史太长，政党制度不发达，人民不能理解政党而陷入政治上的混乱，当国家的政治发展与人民向往的美好的民主制度不一致时，人民就选择了放弃继续信任政党和议会。魏玛共和国赖以建立的基础是相当薄弱的，德国没有一个比较稳定而强大的资产阶级政党。在共和国的14年中，从来就没有一个政党单独执政过。组成魏玛联盟的各政党从没有一个党在议会中取得绝对多数，为了维持共和制，不得不实行两党或更多政党的联合内阁，甚至于延揽右翼政党入阁。社会民主党是共和国的主要缔造者，但它从来就没有在共和国的政治舞台上发挥过主导作用。共和国建立伊始，为对付来自共产党方面的冲击，社会民主党不得不与旧帝国的军事力量结盟，结果把反动的旧势力保护起来，成了共

① 刘兆兴：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社1998年版，第16页。

② [美]科佩尔·S·平森：《德国近现代史——它的历史与文化》下册，商务印书馆1987年版，第559—560页。

③ 同上书，第635页。

和国的隐患。<sup>①</sup>

第二，对政党发展不加规范，兼以未加限制的比例代表制，造成议会中小党林立，缺乏稳定多数，进而导致政府不稳。比例代表制的选举造成了政治力量的分裂，导致议会中出现了无数大小党派，很难构成多数来组成可靠的、明确的政府。多党制的特点使得魏玛共和国成了一个“没有共和党人的共和国”<sup>②</sup>，共和国始终得不到更多力量的支持。这种状况自然不会产生出长期稳定的议会内阁。于是，政权的频繁更迭又成了共和国的一大特点。1919—1932年一共换了20届内阁，最长的执政636天（1928—1930年的赫尔曼·米勒内阁），最短的执政73天（1920年3—6月的赫尔·米勒内阁），平均每届内阁的寿命只有8个月<sup>③</sup>，仅1932年就进行了5次国会选举。议会民主制的威信也因此而日益降低，对稳定、有力的政府的渴望客观上加速了希特勒篡权。

第三，全民公决的引入不但没有成为平衡立法与行政机构的手段，反而因为没有严格的程序规范，不断被滥用。魏玛宪法引入了全民公决的措施，作为人民主权的体现和对议会权力的约束，但由于缺乏严格程序对操作的必要限制，造成了全民公决的滥用，反而制约了民主制度的发展。就创制权而言，1919—1932年纳粹上台前总共有过7例，但没有一次有实际结果；更有甚者，1926年有关贵族房产和1929年有关司法程序的两次全民公决还引发了政治骚乱<sup>④</sup>。总统更屡屡利用召集全民公决来向议会施压。

第四，没有司法权的约束，总统和议会之间无法保持制衡。魏玛宪法只赋予议会以消极的不信任投票权，却特别赋予总统以总理任命权和紧急状态宣布权。尤其是后者，在短短14年间竟被使用250次之多<sup>⑤</sup>。在刚由君主专制的政体转向民主共和国的德国，受到历史习惯力量的影响，总统的权力在实际上大于只有投票权的议会。而到共和国后期，在政局动荡、政府和议会中出现混乱的时候，政治大权由于实施紧急状态法而落入

① 杨青：《从等级制到代议制》，《德国研究》2003年第1期，第72页。

② 卡尔·略梅尔：《德国实况》，贝尔特尔斯曼辞书馆出版社1987年版，第59页。

③ 朱庭光：《法西斯体制研究》，上海人民出版社1995年版，第64页。

④ 甘超英：《德国议会》，华夏出版社2002年版，第20页。

⑤ 张千帆：《西方宪政体系》，中国政法大学出版社2001年版，第154页。

总统手中，为野心家的谋权篡位提供了条件<sup>①</sup>。

尤其是《宪法》第四十八条的规定，使总统得到了非常的立法权和行政权，整个国家的政治生活完全处于总统的股掌之间，总统的态度成了民主赖以存在的基石，总统若不要民主，他就可以实行个人专制。事实上，在魏玛共和国存在的14年中，紧急状态统治是政府常用的一个法宝。一旦出现紧张的形势，总统立即祭起第四十八条的法宝宣布紧急状态，无须经国会批准，颁布具有法律性质的“紧急条例”来维持统治。共和国最初6年颁布过135个总统政令，到共和国行将就木时，紧急状态法更成了治理国家政治生活的唯一手段，1930年也才5次，1931年就使用了44次，1932年更是增加到了66次<sup>②</sup>。据统计，1919—1933年，总统以各种借口发布的所谓紧急命令达233次之多。

第五，司法政治倾向明显偏右，缺乏独立性。行政机构和司法部门同样原封未动，依然是威严的普鲁士鹰旗下的原班人马。而德国司法人员显现出鲜明的政治态度，其独立性甚至还不如文职人员。在共和国时期，德国法庭判处政治罪行的记载则是那段历史中最可耻的篇章。德国法官对属于民族主义右翼的一伙政治暗杀犯始终表现出特别宽大，可是对左翼所犯案件的判处却非常严厉。司法部门对共和国这种公然的、毫不掩饰的敌意已成为损害民主权威望的一个重大的引人注目的因素。无论社会民主党人还是其资产阶级盟友，都没有进行任何工作来清除司法界的这些不良分子<sup>③</sup>。

司法缺乏独立性突出地体现在1930年的国会选举案中。1930年国会选举的结果，不容许形成一个能够取得国会同意以执掌政权的有效议会多数；不可能形成既有社会民主党参加又有保守派参加的共和派多数；而如果不把民族社会主义党人包括在内，保守派多数也不可能形成。在1932年举行的国会选举中，支持总理冯·巴本的政党所获选票百分比很小，社会民主党和中央党差不多保持了原来的票数，但极左和极右政党的票数却都有明显增长。民族社会主义党所获选票最多，成为国会中最大的

① 杨青：《从等级制到代议制》，《德国研究》2003年第1期，第72页。

② 李巨廉、潘人杰：《第二次世界大战》，华东师范大学出版社1990年版，第33页。

③ [美]科佩尔·平森：《德国近现代史——它的历史与文化》下册，商务印书馆1987年版，第551—552页。

一个政党。冯·巴本想利用民族社会主义党的力量来获得国会的多数，对社会民主党实施了打压，罢免了普鲁士的社会民主党政府。社会民主党把这一案件提交德国最高法院解决。社会民主党人让自己最杰出的法学家赫尔曼·黑勒与保守党的宠儿政治哲学家卡尔·施米特进行较量。然而，事实证明，软弱无力的德国司法机构是忠实于自己的传统的。它发表的意见说明，它精通于在政治和法律之间持骑墙态度。它宣布德国政府的行动在某些方面是不合法的，然而，普鲁士社会民主党政府也无权要求恢复自己的行政权能<sup>①</sup>。

第六，魏玛共和国覆灭的意识形态方面的原因首先是自由主义势力数量不足以及对违宪审查的信念不够坚强。“魏玛共和国时期或更早时候，社会上的主导势力认为，一个安全地代表着他们、由他们分别掌握多数的立法机关保障着他们的权利和利益。后来，社会主义政党羽翼渐丰，几乎控制了议会里的多数席位，他们和其他党派尤其是天主教政党的联合使他們有能力上台组阁。所以，违宪审查权一出现，就被人疑为削弱多数原则的反民主手段。”<sup>②</sup> 排除了违宪审查，就意味着打开了专制主义的大门，不管是行政的专制还是议会的专制，都将得其门而入。

直到1925年，联邦最高法院才从一个判决开始实行违宪审查，最高法院肩负起根据魏玛宪法第一百零二条审查法律合宪性的重任。但是，普通法院不直接根据宪法审理具体案件，不能阻止“议会对宪法的不计其数的事先违反”。特别是，它们不能以此来保护基本权利，尽管在某些方面有若干改进，尤其是平等原则方面。总的来说，在魏玛共和国的政治生活中，违宪审查并未成为主要因素，还没等它大展宏图，共和国已于1933年1月走到了末路<sup>③</sup>。因此，魏玛共和国的例子充分证明，政制不会因为更加民主而变得更加稳定，即便在民选的议会和民主产生的政府之间建立了分权制衡的机制，而如果缺乏司法权对立法和行政的有效制衡，那么政治体制也会在实际运作中趋于失效，最终的结果是民主制度瓦解。

① [美] 科佩尔·平森：《德国近现代史——它的历史与文化》下册，商务印书馆1987年版，第632页。

② 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔：《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第271页。

③ 同上。

## 第五章 违宪审查模式的比较和选择

### 第一节 结构与功能：美国模式和德国模式的比较

美国的普通法院式违宪审查和德国的宪法法院式违宪审查是当今世界违宪审查制度的两大样板，因此，对这两种模式进行比较研究极具现实意义。要理解美国普通法院模式和德国宪法法院模式在结构和功能上的差异，首先要了解两国在政府结构和功能上的不同。

#### 一 政府结构的比较

##### （一）政府分权的形式不同

根据孟德斯鸠的分权理论，1787年的美国宪法明确规定了国会、总统和最高法院三个分立的最高权力机构。尽管国会立法约束着行政和司法机构，并且19世纪的国会发挥过名副其实的统治作用，但是，议会主权理论一开始就受到排斥。而且，在分立的三大权力机构中，没有任何机构被认为高于其他机构。1803年的马伯里诉麦迪逊案，建立了法院对立法的违宪审查权力，使得联邦和各州议会的决定最终受制于最高法院对宪法的解释。因此，在某种意义上，美国的三权分立政府甚至是法院至上。

联邦德国既是议会制民主国家，又承认三权分立的宪政原则。这样，就存在两条可能发生冲突的原则，1949年的《基本法》采取了折中选择。第二十条同时规定了联邦政府的民主国体和三权分立结构：“联邦德国是民主和社会联邦国家”，“所有国家权力来自人民；它应经由人民的投票选举，通过立法、行政和司法的具体机构加以实施”，且“立法机构受制于宪政秩序；行政和司法机构则必须服从法律和正义”。因此，一方面，

由民选代表组成的议会负责考虑、讨论和制定基本政策；另一方面，由行政首脑领导的行政机构负责执行议会制定的法律，而独立的法院则根据宪法或法律，负责判决立法和行政过程所引起的争议<sup>①</sup>。

## （二）政府结构分权的程度不同

德国作为内阁负责制的议会政府，德国的分权模式又和美国“纯粹”的三权分立政府有所不同。尽管德国的议会内阁制也强调分权制衡，但德国注重统一和协调，而美国则偏好制约和监督。考玛斯教授曾经指出：“美国的分权模式基于洛克和霍布斯的社会和人性观念，在这一模式中，三个政府部门彼此独立，相互协调。然而，《基本法》的分权模式根源于德国传统的国家理论。在德国模式中，国家权威（state authority）代表共同体的统一意志（the unified will of the commonwealth）。这种意志表现为政党、选举和政治代表所形成的公共政策。除非议会所采纳的法律触犯了宪法的某项条款，它们就是具有约束力的决定，并要求行政和司法机构予以实施。在美国的分权学说中，布兰代斯法官（Justice Brandeis）发现隐含着‘政府权力在三个部门之间的分配，将不可避免地引起摩擦’的意义。与此不同，德国学说假定所有的政府分支都在和谐的相互依赖状态下运转。”<sup>②</sup>

## （三）立法和行政机构的构成原则不同

作为严格的三权分立国家，美国奉行“不相容原则”，联邦政府的行政和司法机构在选举上缺乏联系。不论是在理论上还是在实践上，美国的三权分立禁止立法和行政机构在人员上有任何交叉重叠。国会和总统都由各自的选民直接选举产生，行政机构受总统全权领导，且总统具有独立的全国性选民基础。

德国则实行“相容原则”，立法和行政机构的人员可以部分重叠（不是高度重叠）。总理和内阁成员仍可保留议会成员身份，但一般议员不得在行政机构内任职。在三个政府机构中，只有联邦议院由选民直选，其他机构都通过间接选举产生。联邦参议员由各州政府指派。鉴于魏玛宪法的

<sup>①</sup> 张千帆：《西方宪政体系》下册，中国政法大学出版社2001年版，第232页。

<sup>②</sup> Kommers, Donald P., 1997, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, pp. 164 - 165, Durham, N. C. : Duke University Press.

失败,《基本法》大大削弱了联邦总统的权力。行政机关实行联邦总统和总理共同负责制。联邦总统由联邦议院和同样人数的各州议会代表组成的国民大会选举产生,国际上代表联邦,但并不掌握行政大权;联邦总理由总统提名,联邦议院议员过半数表决通过任命,对联邦议院负责。总统主管外交,总理专摄内政,两者互相牵制,从而有效地分散了行政权力。

#### (四) 立法和行政机构的作用关系不同

鉴于光荣革命前,英国国王干涉议会政治的教训,美国宪法未曾授予总统以任何解散国会的权力。而且除了启动非同寻常的弹劾程序,国会也不能罢免总统。相反,德国作为内阁负责制体制,联邦议院可以通过不信任表决,来要求内阁辞职。但汲取魏玛共和国时期政府动荡的教训,对议会的倒阁权进行了限制,这就是“建设性不信任案”,使议会不能随便推翻内阁,只有在通过多数选出一位新的联邦总理之后,议院才能罢免失去信任的现任总理。反之,为了保障在获得议会的多数信任下统治,联邦总理也可以主动要求议院进行信任表决,并根据《基本法》第六十八条,可在未获得多数信任时向联邦总统提议解散议会,以期提前举行大选。但魏玛共和国时期,总统可为不同理由而随意解散议会,从而导致议会缺乏稳定性,并易为外部机构所控制,《基本法》对总统解散议会的权力也进行了限制,《基本法》并未授予联邦总统以任何解散议会的独立权力,而是授予他独立的裁量权去衡量总理提议,从而严格限制了行政机构解散议会的权力<sup>①</sup>。

#### (五) 法官产生方式及独立性不同

美国联邦最高法院法官由总统提名,参议院批准,总统任命,“如行为端正,得继续任职”。美国历史上只有一次不成功的弹劾联邦最高法院法官的例子,而有一半的大法官都是死于任上,其余的或高龄退休或因其他原因主动辞职。普通法传统下的美国法官社会地位崇高,独立性强。因此,在美国这种严格的分权体制之下,普通法院就能够行使违宪审查权。

而德国政府结构分权的程度较美国为低,并且分散和专门化的德国法

<sup>①</sup> 张千帆:《西方宪政体系》下册,中国政法大学出版社2001年版,第234—235页。

院体系各自有明确的职能划分，例如对行政行为的合法性审查就由行政法院专司其职。德国立法机构较之美国国会有更大的机会影响法官的任免。而在行政事务上，法院和联邦各部之间存在隶属关系，各部部长在相应范围内可以影响法院的人事。所以，德国的普通法院无法完成违宪审查的任务，必须专门设立与其他四大联邦宪法机构——其实也就是立法、行政两权——分庭抗礼的宪法法院。

1951年，《联邦宪法法院法》第一条第一款就开宗明义：“联邦宪法法院相对于其他宪法机关是一个自主和独立的联邦法院。”联邦宪法法院有自己独立的预算，法官严格独立，甚至连法官薪俸和法院所在地都有专门立法加以保障。所以，尽管宪法法院的16名法官半数由联邦议院选出，半数由联邦参议院选出，且1970《职务任期法》规定了“12年任期，68岁退休，不得连选连任”等诸多限制，但这些措施并没有削弱法官的独立性。宪法法院的法官人选在两院（参议院是全体投票选举，众议院是由12人选举委员会间接选举）要得到通过，都必须获得2/3的多数，而社民党和基民盟任何一家的反对都足以阻止法官任命，因此法官的选择必定是两大党联合努力的结果。通过政治妥协，联合执政的自民党也可以在联邦宪法法院两庭中各获得一席。所以德国的议会多数反而没有美国总统那么大的自由度选择自己中意的法官。并且，宪法法院的判决绝大多数以全体一致判决。从这个意义上讲，德国联邦宪法法院法官甚至比美国联邦最高法院法官更少政治色彩，独立性更强。

## 二 违宪审查的结构功能比较

### （一）违宪审查机构的结构不同

美国模式是“分散型”违宪审查体系，联邦各级法院都有权进行违宪审查。而德国模式是“集中型”违宪审查体系，违宪审查的职能被限定在单一的司法性机关——宪法法院“集中履行”，普通的各级法院以及最高法院均无权过问。在德国，尽管私法主体也可以提起宪法诉讼，但多数场合是由政府部门、国会议员以及受理具体诉讼案件的普通法院等国家机关依照特别程序来提起，因此违宪审查与具体诉讼案件的审理是分别进行的。以违宪审查的政治性为前提，宪法法院的构成以及人事选任方法都



必须反映政治势力的分布状况，审查的内容往往也包括政治问题和统治行为<sup>①</sup>。

### （二）违宪审查的权限不同

从美国宪法对最高法院管辖权的规定和德国基本法对宪法法院管辖权的规定比较来看，德国宪法法院的权限更广。因为德国宪法法院不仅享有美国最高法院所享有的管辖权，而且还享有美国最高法院所没有的对政党违宪案的审查权。相对于其他国家而言，德国宪法法院拥有最广泛的、独一无二的违宪审查权。

### （三）违宪审查的方式不同

美国实行“具体审查”，即法院通过审理具体的案件来确定某个行为或法律是否违反宪法。在美国，只有事件的直接受害人才能提起宪法诉讼，法院不对国会立法进行无争讼的抽象性审查。无论是国会立法还是总统的行政决定、命令，只要没有在具体事件中引起受害人的争讼，其有效性就不会受到任何怀疑，这是美国违宪审查制度一直坚持的原则，即“无争讼个案就无违宪审查”。这样做的目的是要尽量避免由法官来制定法律的事态。德国实行“抽象审查和具体审查并行”的制度，不仅允许一般私法主体就个案提出宪法诉讼，也允许法定组织和官员在法律尚未公布前，就特定法律提请宪法审判机关进行审查。

### （四）法院对议会的制衡程度不同

美国结构和功能的分权都很明晰，而德国由于结构上的分权不足，因此通过功能上的分权来弥补结构分权的不足。许多在美国表现为制度结构的分权安排，在德国议会制民主中被功能上的分权所取代。最突出的例子就是联邦议院中反对党对执政党的制衡，赋予反对党在宪法法院提起宪法诉讼的权力，弥补了责任内阁制在立法与行政之间结构分权的不足。德国赋予宪法法院抽象审查权的初始目的就在于保护联邦议院中反对党（少数）的利益，给反对党一个最终的反对手段以牵制议会多数和议会多数基础上组成的内阁。正是这些功能上的分权补偿，使得德国宪法法院对立法和行政的制衡功能并不亚于美国最高法院。

就法院对议会的制衡力度而言，德国联邦宪法法院的实际行动较之宪

<sup>①</sup> 张千帆：《西方宪政体系》下册，中国政法大学出版社2001年版，第240页。

法文本更能说明问题。在议会制下，政府由议会产生、对议会负责，政府成员往往也是议会成员。因此，对议会的有效制衡是维护立法与行政分权的首要环节。我们发现，德国宪法法院在推翻议会立法上比美国联邦最高法院更为积极有效。200年来，美国最高法院宣布违宪的国会立法不到160件，而德国宪法法院自1951年成立以来的50年间就判决了占总数近5%的法律和法令无效或与宪法矛盾<sup>①</sup>。

#### （五）法院对行政的制衡程度不同

法院对行政的制衡具体表现为法院对行政机构委托立法权的制约。因为行政机构如果滥用委托立法权，就会架空立法机构，最终导致独裁。魏玛共和国后期，由于对委托立法的宪法控制不严，希特勒操纵的行政机构被授予几乎全部的立法大权，纳粹政权堂而皇之地取消了民主，走向独裁。

因此，《基本法》明确限定了行政机构的委托立法权（第八十条第一款）：“联邦政府、联邦部长和州政府可由法律授权颁布法令。对此，法律必须规定授权内容、目的和范围。在颁布的法令中应指明其法律依据。”宪法法院据此对委托立法实行了严格的审查，一方面监督行政机构不滥用委托权限，另一方面也审查议会的委托法律是否疏忽了自己的责任。在1958年的一案中，联邦法律授权行政机构调控“纵向结合”（Vertical Integration）企业。宪法法院判决委托立法权力无效，因为对于何为“纵向结合”，并无合适的定义标准。法院指出，法治国体禁止立法机构授权行政机构，以制定规章为名，行决定法律之实；行政机构只能应用受到精确定义的立法政策<sup>②</sup>。在1958年的“价格紧急控制案”中，宪法法院阐明了委托立法的普遍限制。在1972年的“法官资格案”中，宪法法院重申，只有议会才有民主合法性来作出基本政治决定，把立法权力全盘委托给行政机构，将违反三权分立原则。法院进一步指出：“在联邦体制内，分权原则并不在纯粹的形式中得到实现，权力之间存在着众多的内在联系与平衡。”

我们从《基本法》的宪政设计中发现的并非绝对的三权分立，而是相互控制、制约与调和。宪法法院在1979年的“喀尔卡（Kalkar）核电

<sup>①</sup> Lijphart, Arend, 1999, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*, p. 226, New Haven and London: Yale University Press.

<sup>②</sup> 张千帆：《西方宪政体系》下册，中国政法大学出版社2001年版，第245页。

站第一案”中对限制委托立法建立了“动态保护”理论。考玛斯教授就此指出：“法院对‘喀尔卡案’的处理办法，乃是调和违宪审查与多数统治之间紧张关系的一种手段……在这类案件中，司法详查（judicial scrutiny）的程度取决于议会是否仔细检验了行动调控计划的事实基础（the factual basis of regulatory plan of action）。如果这个过程十分严格，且议会注明了制定法律的事实基础，并悉心保护宪法利益，那么法院将不会仅仅因为立法机构未能准确地预计行动后果，而宣布调控方案无效。然而，在这种情形下，当调控威胁到宪法利益时，法治原则仍要求议会继续保持警惕（Vigilance）。”

当我们把联邦德国与美国战后行政机构委托立法的情况加以比较时，我们能清楚看到：新政后随着联邦政府权力的急剧扩张，联邦最高法院至今尚未宣布一件联邦法律因委托权力过于广泛而违宪，只有某些州法院对州议会的委托立法加以实质性约束，美国法院对联邦行政当局委托立法的限制可谓名存实亡；而德国联邦宪法法院在这一问题上不仅有出色的实践，更形成了一套完整的理论，实在是美国法院所不能比拟的。当然，也不能就此认为德国的违宪审查更为成功，只能说在既定的不同社会条件下，对行政和立法分权的维护需要违宪审查在不同的场合根据不同的需要采取相应的行动。但条条道路通罗马，违宪审查对行政和立法机构制衡的功能是一致的。

## 第二节 选择违宪审查模式的条件

### 一 制度移植的效果

美国实行普通法院违宪审查模式，平衡了立法和行政、联邦与州、政府和公民之间的冲突，实现了民主制的稳定。伴随着美国的强大和对世界影响力的不断增强，以分权制衡、司法独立为核心的美国式民主也对世界产生了日益广泛和深远的影响，违宪审查作为司法独立的一种保障制度也传播到了世界各地。无独有偶，第二次世界大战后德国采用的宪法法院违宪审查模式也同样成功地实现了立法和行政、联邦与州、政府和公民之间的平衡，促进了德国宪政民主的平稳发展。而且，随着第二次世界大战后

德国的重新崛起，德国人将 1920 年奥地利宪法首创的宪法法院违宪审查模式予以发展，形成了堪与美国普通法院违宪审查模式相媲美的德国模式（或称欧陆模式），为其他国家移植违宪审查制度提供了另一种选择。

加拿大、印度等国移植美国式违宪审查制度效果较好；但是，一些新兴民主国家由普通法院进行违宪审查的效果都不理想，比如墨西哥和菲律宾都曾采用了美国普通法院（分散型）违宪审查方式，但两国违宪审查的效果却令人失望；韩国在第三共和国（1962—1971）时期，最高法院曾经行使过违宪审查权，也以法官们对争议法律的拱手让步告终<sup>①</sup>。欧洲大陆一些发达国家也曾尝试借鉴美国式违宪审查制度，但并不成功。例如德国在 1925 年、意大利在 1947 年都试验过由最高法院在司法审判中行使违宪审查权，但争议极大；北欧的挪威、丹麦、瑞典均由最高法院来行使违宪审查权，挪威比较成功，但比起美国，最高法院的职权很窄；丹麦、瑞典最高法院则从来只做合宪裁决，形同虚设<sup>②</sup>。

而仿效德国模式建立了宪法法院（集中型）违宪审查制度的欧洲民主国家中，一部分表现较好，另一部分则仍有待时间检验。例如，意大利宪法法院在意大利的政治和法律生活中起了很大作用；法国宪法委员会的判例法已成为法国法律和政治制度中的重要因素；西班牙宪法法院的作用也变得越来越重要，特别是涉及国家与自治区的平衡问题时更是如此。

那么，为什么这些民主国家对违宪审查制度的移植在形式和效果上会存在如此大的差异？为什么有的国家采用美国模式有利于民主制的平衡与稳定，而采用德国模式却效果欠佳？而有些国家又正好相反？在违宪审查的模式与其平衡民主的效果之间存在什么样的关系？究竟哪些民主国家适宜采取美国普通法院模式，哪些民主国家更适宜选用德国宪法法院模式？选择违宪审查模式的条件是什么？

## 二 移植失败的原因

路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔分析了欧洲大陆一些国家曾尝试移植美国模式没有成功的原因（移植还差哪些条件）。两次世界大战期

<sup>①</sup> 汪卫华：《司法审查与民主制的稳定》，博士学位论文，2002 年。

<sup>②</sup> 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔：《宪政与权利》，生活·读书·深知三联书店 1996 年版，第 38—44 页。

间,欧洲国家移植美国普通法院模式失败,说明宪法“工程”并不是在任何地方都能运转,其技术还要适应当地的政治与法律文化、制度和社会环境。

(一) 当时欧洲信奉“法律至上”(法律具有主权性和神圣性),并由“法律至上”推导出“议会至上”

自1789年法国大革命以来,卢梭的“法律是公意的化身,是普遍意志的体现”被法国和其他欧洲国家奉为金科玉律,因此对立法机关制定的法律不能从外部审查,只有立法机关才能审查和限制自己。“立法机关在制定法律时须得仔细检查该法是否与宪法一致,能否解决那方面的问题……这意味着宪法解释应由议会执行。这属于主权行使问题,故议会才是审查自己法律合宪与否的法官。因此法院不能解释宪法,至少它们不拥有事关立法机关的权力。”这是多数欧洲国家在两次世界大战期间所持的态度,与美国制度正好相反。在欧洲大陆,法律就是制定法,而美国受英国的影响还有大量普通法,立法(至少过去一度)被视为普通法的例外。欧洲法院不能解释宪法,更不能将其解释运用于立法,而美国司法机关可以审查立法机关制定的法律,如果法律与宪法相抵触则无效,这种态度在建国初期马歇尔任大法官时就造就了。在美国,宪法是神圣不可侵犯的;在欧洲,法律即立法是神圣不可侵犯的<sup>①</sup>。

(二) 欧洲普通法院的法官缺乏实施违宪审查的政治素养

卡培雷梯强调指出:欧洲司法机关的大部分在心理上似乎不能胜任违宪审查中价值取向的、准政治的功能。欧洲法官差不多全是“职业”法官,他们通常在完成法学教育、通过国家相应的职业资格考试即可进入法院,成为职业法官。他们进入司法体系的时间较早,法官的管理和晋升完全是官僚化的,即随着时间和资历的积累,逐步从低层级的法院进入高层级的法院。他们的职业训练主要是发展适用成文法律于案件中的技术性的,而非政策取向方面的技能,在对法律与政治的关系的判断方面缺乏经验与技能<sup>②</sup>。对司法机关而言,实施违宪审查与一般的法律适用有很大的

<sup>①</sup> 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔:《宪政与权》,生活·读书·新知三联书店1996年版,第36页。

<sup>②</sup> 同上。

不同。现代的宪法并不仅限于确定法律如何，还包括广泛的有待未来实行的纲领性规定。因此，把宪法付诸实施这个任务常常比解释一般法律需要更高明的斟酌权衡。违宪审查预设有望望的和有经验的司法的存在，以巧妙地维护个人与社会之间、个人与国家机关之间以及国家机关相互之间的平衡关系<sup>①</sup>。这正是凯尔森、卡拉曼德雷伊等人视其为一种立法，而不是纯司法活动的一个原因<sup>②</sup>。另外，美国的法官（至少联邦法官）在任命后终身任职并享受丰厚的待遇，基本上可以免受政治压力而独立地行使违宪审查权；而德国、意大利、法国、西班牙、希腊的法官却不能豁免于整肃或其他强制措施带来的政治压力。

### （三）欧洲大陆没有统一的法院系统

欧洲大陆国家的法院系统都是二元的甚至是多元的，欧陆模式的最大特点也是其最大缺点就是没有哪一个司法机关能够对涉及合宪性审查的某个案件进行全程审理并对所有争议点进行推敲和判断，即宪法法院只管违宪审查但不管事实问题和日常性的法律解释问题，而普通法院只管法律适用但又不管违宪问题，两种法院容易造成脱节现象，不利于移植的成功。美国模式可能只会在最高法院权威之下有一个统一的司法制度的地方（如普通法国家）才能运转良好。因为在这种制度下，宪法问题的最终解决者是最高法院，就使得宪法争端可以在任何法院的任何一个案件中提出，无须区别对待，也没有屈服于基本规定的合宪性方面意见纷纭的风险。违宪审查不能分而行之：要么分散于一个统一的法院系统内——如果整个体系都在某个单一最高法院的终局权威之下的话，要么使其着落于一专门宪法法院<sup>③</sup>。

（四）两次大战期间，欧陆一些国家的宪法实际上没有最高效力，对议会也没有约束力

这种情况在法兰西第三共和国时尤为明显。而在美国，法院宣布某法违宪就等于建立起了一道不可逾越的障碍，因为立法机关单方面无权修改

<sup>①</sup> 王卫明：《东欧国家违宪审查制度比较研究》，中国政法大学出版社2011年版，第148页。

<sup>②</sup> 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔：《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第36页。

<sup>③</sup> 同上。

宪法。法国的情况正好相反。议会如果遭遇法院的违宪判决，可以轻而易举地制服法院的抵抗：被司法行为整瘫痪的法律既然是议会多数采纳的，这次他们重新以简单多数通过原法案，便可使其意志占上风。在这种情况下，如果以法律违宪为由而拒绝适用，法院很可能会举棋不定。与此类似，在德国，根据魏玛《宪法》第七十六条规定的特别多数通过的法律，可以“大大地脱离”宪法而不利于基本人权<sup>①</sup>。

### 三 移植需要的条件

基于上述对欧洲大陆移植美国模式失败的原因分析，可以同时得出选择美国模式和德国（或欧陆）模式所需的条件。据卡培雷梯的分析，采取美国普通法院违宪审查模式至少需要具备三个条件：

第一，存在一部“刚性宪法”。美国宪法是刚性宪法的典型。只有存在刚性宪法才能适宜建立违宪审查制度，反过来，推行违宪审查必然要导致宪法的刚性化<sup>②</sup>。

第二，解释规则必须非常明确。具体来说，法律解释由法官在审理具体案件适用法律的过程中进行，在两项法律发生抵牾时必须选择其中效力等级较高的作为准据，如果互相冲突的法律具有同等效力则按照后法优于前法、特别法优于一般法的传统标准来决定取舍，法官必须受宪法这一根本规范的约束<sup>③</sup>。

第三，最重要的是社会具有司法独立的传统，存在着司法信赖，法官具有崇高的地位和声誉<sup>④</sup>。另外，美国式的违宪审查是以深厚的普通法传统为根基的，强调权力制衡、法官造法和遵循先例原则以及一元的法院系统是这种违宪审查制度得以成功运作的隐含前提。美国式违宪审查制度是高度司法独立发展的逻辑结果，美国和英国都是先有司法独立，后才逐渐实现政治民主化，在次序上不同于其他国家，因此，美国式的违宪审查很难在别国适用。

选择德国宪法法院违宪审查模式的条件则包括：（1）严守三权分立

① 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔：《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第36—38页。

② Cf. M. Cappettetti, *op. cit.*, p. 25ff.

③ *Ibid.*, pp. 52—53.

④ *Ibid.*.

的制度结构、普通法院必须严格依照法律进行审判的原则。如果普通法院也介入立法和政治过程，就会引起法律系统的内在矛盾和混乱。(2) 如果普通法院可以进行合宪性审查，那么很难避免法官与法官之间分别作出不同判断的局面。在采取判例法（普通法）体系的国家，遵循先例原则自然可以解决法律不安定的问题，但成文法体系缺乏这种整合机制。因此，在成文法体系下必须对合宪性审查实行集权，并使审查的结果具有普遍性效力。(3) 大陆法系各国的法官采取终身职业制，初任法官的平均年龄很低（与刚刚开始执业的律师的岁数大致相当），所以年轻的法官往往不具备充分的学识和经验进行合宪性审查。而最高法院按专业分成不同的审判部门，担任的案件数量很大，也往往缺乏余裕的时间和精力来作出价值判断和政策性判断。遴选一批德高望重的法律界人士组成一个专门性的宪法法院则可以使上述问题迎刃而解<sup>①</sup>。

欧陆国家深受卢梭公意至上、人民（议会）主权理论的影响，尽管在推进民主化的过程中逐步建立起法治、分权制衡等宪政机制，但长期以来对议会立法的任何违宪审查行为都看做是与代议制民主的机理相违背的。这样，司法机构对立法和行政机构的制衡力度在很大程度上受到了限制，在人民民主的原则下，司法独立的积极含义往往被取消了。法国在第三共和国时期曾经对是否引进美国制度进行了讨论，但支持狄冀主张的人只占绝对少数，朗贝尔（E. Lambert）在《法官治理》中对美国最高法院保守和阻碍社会进步的批判却成了主导意见<sup>②</sup>。当朗贝尔的思路成为政制设计的基础时，民主体制内在的蜕变因素就会成为破坏政治稳定、进而否定民主自身的定时炸弹。只要遇到风吹草动，政治就会陷于混乱——魏玛共和国的失败就是最好的证明。而一旦立法权和行政权在“民意”的幌子下勾结起来，司法独立就会遭到彻底的破坏，纳粹第三帝国时期“恐怖法官”是为典型。因此，在司法独立不完整的民主体制内，设置独立的宪法法院行使违宪审查权就成为更优的选择<sup>③</sup>。

欧陆国家曾经普遍认为宪法和法律都产生于议会，具有同等的效力。

<sup>①</sup> Cf. M. Cappetetti, *op. cit.*, p. 53ff.

<sup>②</sup> 李忠：《宪法监督论》，社会科学文献出版社1999年版，第38页。

<sup>③</sup> 汪卫华：《司法审查与民主制的稳定》，博士学位论文，中国政法大学，2002年。



奥地利宪法学家率先拉开了宪法和法律的距離，驳斥了这种观点。他认为一个国家的法律规范存在“高级规范”和“低级规范”的差别。对于宪法而言，法律是低级规范，因而当宪法和法律这两种规范发生冲突时，法律应该从属于宪法<sup>①</sup>。而且，凯尔森甚至设想，如果宪法处在位阶上有秩序的法律规范的制度之上，能够被一个类似于法院的机构所保证，那么宪法的最高地位就能够被确保。凯尔森明智地预见到欧洲的政治精英不会接受美国式普通法院违宪审查制度，但是如果设立一个宪法法院并谨慎地赋予它规定的种种权力，可能就不会引起他们的敌视。这样的制度能够提供宪法审查的种种好处却不会变成一种“法官的政府”<sup>②</sup>。第二次世界大战的惨痛经历使欧洲一些国家逐渐认识到妥善处理议会主权和宪法主治关系对于推进宪政民主制度的重要性，也从而使得凯尔森的设想成为可能。而设立独立的宪法法院，就能够在不否定民选议会立法权的基础上维护宪法的至上性，使立法机构在宪法规定的范围内行事。这等于承认了宪法主治对于完善法治、健全民主的意义。另一方面，独立的宪法法院又不同于普通的司法机关，宪法法院的法官有更严格的选任条件，有规定的任期，并且法官选择权分散在民选的议会或总统手中，既尊重了大陆法传统，又尊重了民选机构的权威。另外，宪法法院对法律法规的“抽象审查权”（事前审查）还可以维护法律的尊严，补充具体审查的不足，至少缓解了因议会制定的违宪法律长期适用而带来的尴尬。因此，以德国为代表的宪法法院违宪审查模式的创立标志着欧陆国家基本改变了议会至上的传统看法，转而推崇宪法至上。

由上可知，宪法法院模式和普通法院模式在法理上已大致趋同，都承认宪法的最高权威性以及司法的独立性。但是，由于许多国家（包括欧陆、非洲、亚洲）并不具备仿效美国建立最高法院违宪审查模式的制度条件，因而德国宪法法院违宪审查模式的成功为这些国家提供了另一种样板和选择。1948年意大利宪法规定了宪法法院（1956年实际建立），到今天意大利宪法法院已经在国家政治生活中扮演举足轻重的角色；1980年西班牙在实现民主化之后也设立了宪法法院，大大提高了司法机构在国

① [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版。

② 董建华：《英国司法审查》，中国政法大学出版社2011年版，第417—418页。

家政治阶梯中的地位，成为实现法治的重要因素；1989年后东欧各国也普遍建立了宪法法院制度，其中以波兰和匈牙利的实践最为出色；苏联解体后，所有独联体国家除土库曼斯坦外都建立了宪法法院；1994年实现民主化的南非设立了宪法法院，并在1996年宪法中继续保留；韩国实现民主化之后，于1988年9月建立了宪法法院。截至1998年7月31日，在近十年中，韩国宪法法院宣判了3469件案件，其中251件被宣布违宪（包括182件有关法律违宪的案件）<sup>①</sup>。日本近年来也有部分学者主张改变现有的最高法院违宪审查制度，设立专门的宪法法院<sup>②</sup>。

需要指出的是，现有的关于宪法法院的流行观点认为，宪法法院的功能主要在于保障人权，维护公民权利和基本自由不受侵犯。至于政治上，则强调宪法法院应当保持克制和司法中立，不应过分介入政治事务，甚至对德国联邦宪法法院也有“联邦宪法法院的功能是民主政治制度的寡头统治吗？”之类的质疑，批评宪法法院“应事‘司法’，而非‘立法’”<sup>③</sup>。此类意见存在，恰恰是由于对民主原则和司法独立、违宪审查的关系认识不清。民主制度要稳定，关键在法治和分权制衡。民主是尊重多数统治和保护少数权利的统一，而法治和分权制衡是少数权利的屏障，因而法治和分权制衡是民主的内在要求。法治和分权制衡能否实现，关键在于司法能否独立。而司法独立能否维持，关键在于违宪审查。在这个逻辑下，无论承认与否，专司违宪审查的宪法法院就是履行制衡职能的专门司法机构，而制衡职能无疑是政治性的。尽管司法独立强调司法机构要坚守司法中立性质，尽量避免政治性问题，涉足“政治丛林”；但司法机构在宪政制度中的制衡功能决定了它不可避免地会扮演划分国家机关政治权力界限的政治角色，而且它审理的司法问题本身就有不少是具有某种政治性质的问题。

司法机构的这种政治性质在法国的宪法委员会制度中体现得更清楚。第五共和国的宪法委员会是一个公开的政治机构，其9位成员都是政治人物，由共和国总统、议会两院议长各任命3人。1958年宪法设立宪法委

① 汪卫华：《司法审查与民主制的稳定》，博士学位论文，2002年。

② 张庆福：《宪政论丛》，法律出版社1998年版，第328—345页。

③ 连玉如：《德国宪法监督述评》，《国际政治研究》2002年第1期，第76页。

员会的基本出发点就是为了克服第三、第四共和国“议会至上”的体制缺陷，维护总统和行政机关的权力，因此有学者称为“一门对准议会的大炮”<sup>①</sup>。但后来的司法实践证明，宪法委员会的主要职能是控制宪法第三十四条、第三十七条规定的立法与执法分权<sup>②</sup>。宪法委员会通常必须在政治辩论仍然处于白热化的状态下作出自己的判断，使得宪法委员会的裁决不仅无法回避政治问题，而且本身就具有浓厚的政治色彩。如果说“在美国，几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题”，那么在法国可以说几乎所有的政治问题马上就会变成司法问题。当然，这并不意味着宪法委员会直接取代民意机关制定公共政策，而是以宪法为基准，通过协调法律文本之间价值冲突的方法来发挥作用，否则又难免会陷入“法官政府”的泥沼<sup>③</sup>。

享有法国的“马伯里诉麦迪逊案”美誉的1971年宪法委员会“结社自由”决议<sup>④</sup>，则是因为实现了对公民实体权利的维护，才被视作宪法委员会“准司法机构”的有力证据。另外，为保证议会少数派获得在宪法委员会挑战议会法案合宪性的机会，1974年的宪法修改将提交宪法委员会审查的权利主体扩大到议会两院的60名议员，使议会少数派获得了提诉权，使得绝大部分重要法律在颁布之前都被少数派提交到宪法委员会进行审查，其中的部分和全部条款被宣布撤销，极大地彰显了宪法委员会对抗议会多数派压制少数人权利的制衡特性，并大幅度地提高了其在政治生活中的地位。法国宪法委员会对维护第五共和国政治稳定、均衡的积极意义，证明了关键并不在于执行违宪审查职能的独立机构政治性更强或者司法性更强，而是在于必须有这么一个独立的机构。不过由于违宪审查权是司法独立的积极组成部分，因此由司法机构来行使要比独立的政治机构来行使更有力。

从上文关于选择违宪审查模式的条件分析，可以发现，就民主制的平衡和稳定而言，具有普通法和司法独立传统的英美法系国家，采用美国普

① 张庆福：《宪政论丛》第2卷，法律出版社1999年版，第116页。

② 张千帆：《西方宪政体系》下册，中国政法大学出版社2001年版，第39页。

③ 吴天昊：《法国司法审查制度》，中国政法大学出版社2011年版，第83页。

④ 张千帆：《西方宪政体系》下册，中国政法大学出版社2001年版，第79—80页。

通法院模式比较适宜，如加拿大、印度等国；而对于具有成文法传统、司法独立不完整的大陆法系国家，建立独立的宪法法院违宪审查模式则比较适宜，如德国、意大利、法国、西班牙等国。

### 第三节 两种违宪审查模式的趋同：欧陆模式

违宪审查的根本性功能就是如何限制行政机关和立法机关的权力以及如何减少法官和立法者之间的冲突。美国沿袭普通法的传统，以自己的方式建立了分散型违宪审查制度，划分了立法与行政机关的权限，化解了立法与司法机关之间的冲突。而政治、法律文化土壤迥异的欧洲无法使引进的美国分散型违宪审查制度存活，于是听从凯尔森的意见，创造了一种集中型违宪审查制度。从理论上讲，两种不同的分权观念造就了两种不同的违宪审查制度。美国模式中，通过“危险最少的一支”、第三种势力即司法机关对行政和立法权力进行限制，在建国之初的宪法理论争论中就已辨明，在之后的宪法实践中又被逐渐认可。但这样的宪法辩论和实践在大多数欧洲国家中并不存在。欧陆宪法理论对“司法权”从来就没有多少认可，法官也不享有美国同行那样的权威及合法性，它们只承认行政权和立法权，不允许司法权约制行政权和立法权。正如卢梭所看到的那样，根据“权力分立”和“制定法优越”的法理，欧陆国家是严格忌讳司法机关介入政治领域并对法律政策作价值判断的，其结果就是不将违宪审查权交给普通法院。

因此，没有司法威信的欧陆国家建立了集中型违宪审查制度，即委托一个单独法院（宪法法院），这法院并不构成一种与其他权力平起平坐的第三种权力，而是在其他权力之上，负责监察行政、立法、司法三种主要的国家职能，确保它们在宪法规定的界线内活动。例如，对意大利宪法法院有一种明确的解释：“宪法法院并不是司法序列的一部分，也不是广义上的司法组织的一部分……宪法法院在传统的国家权力分类之外，它是一种独立的力量，其功能在于保证宪法处处得到尊重。”<sup>①</sup>

<sup>①</sup> Vezio Crisafulli, "Le system de controle de constitutionnalite des lois en Italie", R. D. P. (1968), No. 84, p. 130.

欧陆议会制国家政治权力急剧集中的态势在很大程度上驱使这些欧陆国家加快建立宪法法院。宪法法院创建的原动力来自重新“分权”、寻求平衡的必要。大多数议会统治的欧陆国家，政府由议会多数党执掌，行政和立法机关之间的权力平衡已经让位于政府与其在下院的多数席位所组成的集团的集权，这一集团有时候（比如法国和葡萄牙）还包括共和国总统。在这种情况下，人们与其说是寻求政府和议会之间的平衡，不如说是力图在议会多数派（政府和议会）与（议会）反对派之间保持平衡。违宪审查正好可以用来保证多数党和少数党之间的平衡<sup>①</sup>。将违宪审查作为多数派权力的平衡器的要求，体现在这一阐述之中：“在议会制政府中，执政的党派或党派联合，取代了立法和行政的权力，变得无所不能。一般人对违宪审查的信仰，一方面将法院作为民主得以建立的基本共识的守护神；另一方面，又让它承担仲裁的角色，裁决支配着社会、经济、文化生活的法规改革与这种共识到底符合到什么程度——在不违反它的情况下。”<sup>②</sup>

不管两种模式理论上的差别是什么，在实践中，欧美两种违宪审查模式之间的距离逐步缩小，越来越趋同。这表现在以下几个方面：

第一，在法官的选任上，两者相似。法官选任都是政治性的，即由民选的政治权威（议会和行政首脑）考虑法官的政治倾向后作出。违宪审查的民主合法性靠的就是民选权威对法官的任命。法官对民选官员负责，民选官员对人民负责，因而法官间接地对人民负责。美国最高法院法官由总统挑选并取得参议院的同意后任命，在这一点上欧洲各国的做法和美国并无重大不同。美国当政者每次任命挑选的都是那些与自己属于或靠近同一政治意识形态的人员，而该员也不必就是法律专家或知名法学家；但是，欧洲的大部分法官都是大学教授<sup>③</sup>。

第二，在司法技术上，两者也有相似之处。欧洲宪法法院经常效法美国，采用美国最高法院半个世纪以前用过的那些司法技术。比如，美国

<sup>①</sup> Favoreu, *Actualite et legitimité du controle juridictionnel*, p. 1179.

<sup>②</sup> Spiliotopoulos, "Judicial Review of Legislative Acts in Greece", p. 501.

<sup>③</sup> T. Cole, "Three Constitutional Courts: A Comparison" . *American Political Science Review* (1959), p. 968.

20世纪初在解释反托拉斯法的时候发展起来的“情理原则”，德国和意大利的绝大部分法院在20世纪60年代也开始运用。再如，允许法院把法律解释得不至于违反宪法的方法，德国、奥地利、意大利、法国的法院正用得越来越频繁<sup>①</sup>。

第三，在如何处理案件方面，两者也越来越相似了。美国最高法院和欧洲各国宪法法院一样，并不审理提交上来的所有案子，而只是挑选那些重要的、最有宪法争议的宣判。美国最高法院通过运用移送令，在要求审查的案件数目逐年增长的情况下，只限制自己处理那些意义最为重大的——最有宪法根据的——问题。这也正是欧洲宪法法院所能做的，它们对“普通”案件本来就没有管辖权<sup>②</sup>。从发展的态势看，可以说美国最高法院与欧洲宪法法院彼此正向对方靠拢。美国的最高法院只在某些方面是一个普通的最高上诉法院；在其他情况下，它与欧洲宪法法院一样是“违宪审查的一个特殊机构”。而欧洲的有些宪法法院和最初的功能正好相反，正转向普通法院，而变得与美国最高法院作为一个普通的上诉法院一样越来越像。

第四，两者目的相同，都是致力于保护公民的基本权利免受政府机关（尤其是立法机关）的侵犯。虽然手段（技术）不同，但目的相同，且结果也类似。比如，美国最高法院关于个人自由、平等原则、表达意见自由的技术可能会引起更多的兴趣；欧洲各国的宪法法院都积累了一套适合于自身体制和社会环境的法理，但是，美国的法理特别是美国的判例对欧洲还是颇有价值的。

第五，关于法律和政治之间的关系以及违宪审查可能对政治制度造成的影响，确确实实还有很大的趋同余地<sup>③</sup>。

违宪审查制度趋同化最典型的国家是属于大陆法系的日本。日本根据1947年宪法第八十一条的规定，引进了美国式分散型违宪审查的制度。由于社会和制度的背景不同，日本违宪审查的实际做法最终还是表现出明

<sup>①</sup> 转引自路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第52页。

<sup>②</sup> Cappelletti and Cohen, *Comparative Constitutional Law*, p. 84.

<sup>③</sup> 转引自路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔《宪政与权利》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第53页。

显的集中化特点，例如分散型的违宪审查到 1975 年就名存实亡，最高法院实际上一直在发挥宪法法院的作用，但却并没有采取抽象审查的方式，而是通过具体诉讼案件的判决进行部分问题的审查。审查的重点从立法转移到防止行政权力对人权的侵犯方面，在整体上倾向于司法消极主义<sup>①</sup>，日本违宪审查制度似乎介于美国模式和战后德国模式之间。

#### 第四节 对中国建构违宪审查制度的启示

通过对违宪审查与民主关系的理论与经验考察，可以看出，违宪审查能够平衡国家权力机关之间、政府与公民之间、中央与地方之间的矛盾和冲突，维护民主政制的稳定，这对于力图建设和谐社会的中国无疑具有借鉴意义。中国学术界关注的焦点不是要不要建立违宪审查制度，而是建立什么样的违宪审查制度，即违宪审查制度的模式选择问题。在这方面，中国应顺应世界潮流，看到违宪审查制度的发展趋势，同时，着力解决理论和法律、制度等方面存在的障碍，为真正建立起中国的违宪审查制度而不懈努力。

从当今世界违宪审查制度发展的趋势看，欧陆模式与美国模式两者的差距日益缩小，渐趋相同。欧陆模式——设置违宪审查的专门机构，即独立的宪法法院乃大势所趋，这对中国建构违宪审查制度具有重要的启示。但是，就我国而言，建立违宪审查制度的呼声一直不绝于耳，然而，时至今日仍迟迟未能建立起来，其主要原因在于两个方面：一是长期以来囿于“议行合一”论的束缚，使得任何试图对最高权力机关——人民代表大会制定的法律的审查都成为违背法理的行为。二是建立违宪审查制度尚存在法律层面的若干障碍。三是最深层也是最难的原因是公民文化的缺乏。因此，要建构中国的违宪审查制度，不仅要突破“议行合一”的理论障碍，解决尚存的若干法律障碍，更为根本的是继续五四运动未竟的公民文化启蒙。

<sup>①</sup> 佐藤幸治：《现代国家和司法权》，有斐阁 1988 年版，第 209 页。

### 一 突破“议行合一”论的理论障碍

“议行合一”论在我国长期以来是作为社会主义政权的组织原则加以肯定的，被认为是与资本主义国家的“三权分立”相对立的、体现社会主义制度优越性的体制或原则。“议行合一”，根据《中国大百科全书》政治学卷的观点，“议行合一”制的基本特征是：（1）由人民直接或间接选举的代表机关统一行使国家权力；（2）国家行政机关和其他国家机关由人民代表机关产生，各自对国家权力机关负责并受其监督。而“议行合一”，顾名思义，就是代议权、执行权合而为一，或代议机关、执行机关合而为一，立法者与执行者的一身二任。而“议行合一”论，则是指那些赞成或主张实行“议行合一”观点，将其视为社会主义政权组织原则的相应理论观点的统称。

20世纪80年代末90年代初以来，有不少宪法学者对“议行合一”进行了重新审视，明确指出了“议行合一”论的种种弊病，对这一理论或相关说法提出了批评，成为我国突破“议行合一”论障碍的理论依据。其主要观点可归纳如下：

第一，“议行合一”存在理论上的局限。它只是某一特定地区、特定时期（巴黎公社时期）的政权组织形式。“巴黎公社只存在了数十天，其‘议行合一’的政权组织形式未经过足够的实践检验。即使这种体制经过了实践的足够检验，也只能说明其当时当地的效用。”<sup>①</sup>“议行合一”理论有其特定的适用条件和适用范围，并非“放之四海而皆准”的公理，不具有普适性，将“议行合一”上升为组织原则的观点缺乏依据<sup>②</sup>。

第二，“议行合一”作为一种体制不符合科学原理，存在逻辑上的悖反。“行政工作既繁重又复杂，由立法机关来行使行政权力是非常困难的；‘议行合一’有时会成为由执行机关来行使立法权和行政权，这就成了‘行议合一’了，这种体制容易把代表机关架空；不利于实行权力机关对行政机关的监督。让自己监督自己，实际上是取消了监督。”实行“议行合一”实际上是不利于加强人民代表大会自身建设的，更不利于人

<sup>①</sup> 董之伟：《“议行合一”说不宜继续沿用》，《法学研究》2000年第6期。

<sup>②</sup> 同上。



民当家做主的实现<sup>①</sup>。

第三，社会主义市场经济要求政府是民主的、法治的、透明的、高效的、负责任的服务型政府。市场经济对国家权力系统的要求是：服务而非指令的；分权而非合一的；中立而非偏向的；精简而非臃肿的。而“议行合一”对于这种要求方向悖反；只能适应传统的计划经济，而无法适应市场经济的根本要求。因此“议行合一”实际上背离了市场经济的要求<sup>②</sup>。

日益深入的研究和越来越多的证据表明，“议行合一”既不是一种科学合理的学说，也不是一种经得起历史实践检验、合乎社会发展规律的政权组织形式。它既不代表国家权力配置的一般趋势，也不符合当代中国的实际和发展方向。一百多年来的发展实践已经证明，由人民代表机关兼管立法权和行政权是行不通的，局部的试验也是不成功的，因此，我们不当盲目重复“议行合一”的提法，更不应被其束缚<sup>③</sup>。“议行合一”意味着议会至上，即经选举产生的人民代表大会是工人阶级主权的体现，因此通过一个比代表大会缺乏民主正当性的机构对代表大会的行为进行监督是不允许的，也是不需要的<sup>④</sup>。这种思想不仅否定了行政机关对立法机关的制约，也从根本上否定了司法机关作为国家意志的执行机构拥有检查立法机关对国家意志的表达是否合宪的权能，而这无疑是我国建立违宪审查制度的最大的理论障碍。

## 二 克服违宪审查制度建立的若干法律障碍

尽管理论上的障碍廓清了，但目前我国在法律层面上还存在着违宪审查制度建立的障碍。主要体现在以下几个方面：

### （一）违宪审查主体的设置不合法理

在我国，由最高权力机关兼任最高立法机关和宪法监督机关，不符合违宪审查所内涵的分权制衡机理。由最高立法机关直接行使违宪审查权，标志着自己审查自己制定的法律的合宪性，违背了普通法中的自然正义原

① 吴家麟：《“议行”不宜“合一”》，《中国法学》1992年第5期。

② 谢晖：《价值重建与规范选择》，山东人民出版社1998年版，第368—382页。

③ 童之伟：《“议行合一”说不宜继续沿用》，《法学研究》2000年第6期。

④ 王卫明：《东欧国家违宪审查制度比较研究》，中国政法大学出版社2008年版，第52页。

则，即“一个人不能为自己案件的法官”。

### （二）宪法缺少可适用性，违宪审查失去了依据

宪法只有在具体运用和实际执行中，才能发现其他规范性文件或行为与宪法原则、精神及具体内容的不一致。宪法可适用才能真正发现违宪，而违宪审查则是纠正违宪。长期以来，我国将宪法的作用局限在为具体的立法提供法律依据方面，它不具有可适用性：法院不能直接运用宪法审理具体的纠纷案件。而全国人大作为最高权力机关尽管在法律上有违宪审查权，但是，由于它仅仅是制定法律而并不直接适用和执行法律，因此，如果没有其他因素的推动，它自身是无法发现违宪案件的。宪法及法律解释与法律适用相脱离，导致违宪审查权虚置<sup>①</sup>。

（三）违宪审查缺乏具体的程序，审查工作“制而不备、备而不审、审而无果”

2005年12月第十届全国人大常委会第四十次会议修订了《法规备案审查工作程序》，但尚未明确启动要件的内容，受理环节存在多重审查，且缺少回复机制<sup>②</sup>。

上述几方面的法律障碍表明，我国的违宪审查仍停留在宪法和法律的规定中，离真正的制度化、程序化和规范化还有相当的距离，还远未进入实际的运作阶段，违宪审查制度的建立任重而道远。

### 三 中国违宪审查制度的模式选择

关于中国违宪审查制度模式选择的问题，是我国学术界探讨的一个热点问题。世界各国宪法监督的发展历程已经表明，违宪审查机构专门化、违宪审查制度完善化、监督诉讼程序化是一种趋势。中国建立专门机关（集中型）违宪审查模式应该是顺应历史发展趋势的理性选择。笔者认为，季卫东先生的“两步走”观点在中国较为切实可行。他认为，在中国建立违宪审查制度，首先要摆正宪法的最高地位和全国人民代表大会作为最高权力机关在宪法中的最高地位之间的关系。根据我国现行宪法，全国人民代表大会既是制宪机关又是立法机关，全国人民代表大会及其常务委员会也是监督宪法实施、进行合宪性审查的机关。面对全国人民代表大

① 王克稳：《我国司法审查制度建立的主要法律障碍》，《现代法学》2000年第4期。

② 林来梵：《宪法审查的原理与技术》，法律出版社2009年版，第467—469页。

会统摄一切的现状，任何让其他机关对最高国家权力机关制定的法律和决定进行合宪性审查的企图都会面临法理甚至形式逻辑上的巨大障碍。如果全国人大通过的法案、议案能够被其他机构审查和撤销，那就不成其为最高权力；但如果没有其他机构来进行合宪性审查，那么宪法与基本性法律在规范位阶上的差异就无从体现，宪法条文的最高效力也就难以真正落实。

为摆脱这种两难的困境，季卫东先生提出了“两步走”设想：

第一步，在现行体制内建立违宪审查专门机构。全国人民代表大会作为人民主权最高象征的地位不作更改，在全国人大中设立一个宪法委员会，形成与全国人大常委会、全国政协三足鼎立之势。宪法委员会只对宪法和全国人大负责。它虽然无权直接审查和撤销全国人大制定的基本性法律，但有权向全国人大提出修改法律的建议，也可以在一定条件下通过解释宪法和法律以促成宪法变迁。

第二步，在现行体制外建立违宪审查专门机构。以政治体制的根本性改革为前提，或者在宪法委员会积累充分的经验并演化成司法性质较强的机构之后，设立欧洲大陆式的宪法法院<sup>①</sup>。

值得注意的是，南斯拉夫和波兰是前苏东社会主义阵营里早在1989年“宪法革命”之前就引进了违宪审查制度的两个国家。尤其值得重视的是，波兰在1982年3月通过的宪法修正案中追加了关于设置宪法法院的条款宪法第三十三条a款。该规定的主要内容如下：“宪法裁判所应当对法律和其他由主要的中央国家权力机关制定的法规的合宪性进行裁判，应当对法律作出统一有约束力的解释。”“宪法裁判所认定法律违宪的判决必须通过国会审查才能生效”，“宪法裁判所关于其他法律规范违反宪法或法律的判决具有约束力，宪法裁判所得采取必要手段纠正之”。1985年《宪法裁判所法》第一条将宪法赋予的权力具体化：宪法裁判所审查众议院制定和批准的法律的合宪性；宪法裁判所对由国家委员会、最高的中央国家行政机构、其他最高的中央国家机构颁布的法规是否符合宪法或法律进行审查。虽然宪法裁判所可以对议会的立法进行审查，但如果被其判决违宪的立法重新获得议会2/3多数的支持，那么该判决无效。从这些

<sup>①</sup> 季卫东：《合宪性审查制度的“两步走”思路》，《人大研究》2003年第7期。

条款可以发现，波兰最初的宪政改革保留了国会作为最高权力机关的最终判断权，宪法审查在当时政治体制下表现出与权力统一、议会至上的协调性。这些实践经验很适合中国的现状以及体制内改革的要求，可以作为我们构建违宪审查制度第一步的参照模式。而且，波兰在1997年颁布的新宪法中已经改革了政治体制，正式承认分权制衡原理并建立了欧陆式的宪法法院，顺利完成了“两步走”的政治改革过程<sup>①</sup>。

#### 四 中国违宪审查制度建立的文化基础——需要公民文化启蒙

专门机构违宪审查制度在国际学术界已经形成共识，东欧转型国家（除土库曼斯坦外）本国的宪政建设中也纷纷建立了宪法法院模式，中国违宪审查制度的现行模式和发展趋势已经没有多大争议。但是，即便有了宪法法院违宪审查制度，也并不意味着这一制度就能真正发挥作用，宪法法院的权威也并非一蹴而就，俄罗斯等东欧国家宪法法院的运行就是明证。这说明：这些国家有了民主法治的框架和外壳，但却没有民主法治的内涵和灵魂。“盖宪法法院权威的建立，如同民主法治国家理念的真正继受是开始于人民，尤其是公职人员对民主与法治有意识地尊重与维护一般，已非单纯的法律技术的继受，而是整体法治文化的继受。”<sup>②</sup>

这对中国有着重要的警示价值：转型国家如果仅仅从形式上接受了西方国家的宪政体制，而没有从政治文化和国民心理上进行根本的改造和转换，法治国家仍然无法造就。因此，中国要进行政治体制改革，建设民主法治国家，发展市场经济，应该率先从开放公共领域，发展公民社会，加强公民教育，培育公民文化着手。在笔者看来，培育公民文化的途径主要有二：

其一是开放公共领域，发展公民社会。汉娜·阿伦特认为，人只有行动、参与到公共领域之中，以语言为中介，通过与他人辩论，才能与其他人发生关联，才能成为交往共同体的成员。默默无言的行动者不能算是行动者，他简直就是虽生犹死。近代以来，自由民主制度如代议制等都令人失望，原因就在于“经济利益占主导的意识形态导致了私人领域的膨胀，

<sup>①</sup> 季卫东：《再论合宪性审查——权力关系网的拓扑与制度变迁的博弈》，《开放时代》2003年第5期。

<sup>②</sup> 吴志光：《比较违宪审查制度》，神州图书出版有限公司2003年版，第123页。

最终取代吞噬了公共领域”。哈贝马斯在阿伦特的基础上进一步发展了公共领域理论<sup>①</sup>。他认为，公共领域是位于国家与社会之间、向所有公民开放的、某种接近于公众舆论的东西能在其中形成的领域。在公共领域中，公民能对涉及公共利益的事务以不受限制的方式协商，能自由地集会、结社和发表意见，作为一个公共团体而行动。公民能立足公共领域监督、批评和制约政府。大型团体中的交流需要特殊的手段来传递信息并影响信息接受者，报纸、杂志、广播、电视就是公共领域的媒介。但是，现在大众传媒普遍迎合教育水平较低的消费集体的娱乐和消闲需要<sup>②</sup>，几乎完全丧失了公共领域的批判精神。

其二是进行公民教育，培育公民品德。公民教育就是塑造具有独立意志的人——公民，其目的就是为公民共同体造就新的未来成员，使他们将来能在这个共同体中有效地发挥作用，并帮助再生这个共同体。公民教育是客观的、真实的，不容许把谎言搬进课堂；公民教育是科学的、开放的，社会中的蒙昧、迷信和由此造成的非理性压制和控制没有立足之地；公民教育是行动的、实践的，自由、平等、诚实、信用、宽容、理性、关爱这些社会的核心价值观和个人品质的养成是靠公民参与民主实践而不是靠国家权力维持和再生的。历史上许多由国家权力主导的对“幸福”的政治狂躁追求，结果却是灾难性的<sup>③</sup>。当人的活动从邻居之间扩展到国家，从私人延伸扩展到公共，与之相伴的是公民参与意识的增加。卢梭在《爱弥尔》中写道：“一旦你用他人的观点来看问题，你所愿意的也就是他所愿意的。”<sup>④</sup>只有直接的政治参与——明显具有公共性的活动——才是一个民主公民教育完全成功的形式，因为只有参与才能够赋予他们控制自己生活的权利<sup>⑤</sup>。

对中国而言，当下应积极推进以村民自治和居民自治为核心的基层民主，让人民在地方的公共活动和自治实践中训练和提高参政议政的能力，理解对政治参与知识的需求。托克维尔将地方机构和志愿组织视为美国民

① <http://baike.baidu.com/view/3167942.htm>.

② Ibid. .

③ 徐僂：《论好生活与公民教育》，《探索与争鸣》2001年第5期。

④ 转引自本杰明·巴伯《强势民主》，吉林人民出版社2006年版，第276页。

⑤ 同上书，第277页。

主的关键因素：“乡镇却是自由民族的力量所在。乡镇组织之于自由，就犹如小学之于授课。在人们力所能及的范围内，乡镇组织将自由带给人民，教导人民安享自由并学会让自由为他们服务。在没有乡镇组织的条件下，一个国家虽然可以建立自由的政府，但是它却没有自由的精神。片刻的激情、暂时的利益或偶然的时机可以创造出独立的外表，但潜伏于社会机体内部的专制也迟早会重新冒出于表面。”<sup>①</sup> 当地方自治建立在地方居民对本地公共事务的共同意志和共同判断基础上，形成一致同意的规则并愿意按规则共同行动时，他们才成为真正意义上的、尊重规则并按规则行事的公民。

<sup>①</sup> 托克维尔：《论美国的民主》上卷，商务印书馆2004年版，第67页。

# 参 考 文 献

## 一 中文部分

### (一) 著作

曹沛霖主编：《外国政治制度》，高等教育出版社 1992 年版。

陈新民：《德国公法学基础理论》（上、下），山东人民出版社 2001 年版。

陈冬：《宪法监督程序》，中国检察出版社 2011 年版。

董华：《美国立法违宪审查制度探源》，硕士学位论文，北京大学法学院，1999 年。

邓正来主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，中国政法大学出版社 1992 年版。

范进学：《美国司法审查制度》，中国政法大学出版社 2011 年版。

甘超英：《德国议会》，华夏出版社 2002 年版。

公丕祥：《法律文化的冲突与融合》，中国广播电视出版社 1993 年版。

龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 1985 年版。

龚祥瑞、罗豪才、吴撷英：《西方国家的司法制度》，北京大学出版社 1980 年版。

顾俊礼主编：《西欧政治》，经济科学出版社 2001 年版。

韩大元：《外国宪法》，中国人民大学出版社 2000 年版。

何勤华主编：《法的移植与法的本土化》，法律出版社 2001 年版。

胡肖华、肖北庚：《宪法学》，湖南人民出版社 2001 年版。

华东政法学院科研处：《法学论文集》，1984 年。

季卫东：《宪政新论》，北京大学出版社 2002 年版。

李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社 1998 年版。

李道揆：《美国政治和美国政府》，中国社会科学出版社 1990 年版。

李子欣：《美国宪法》，（台北）正中书局 1970 年版。

李忠：《宪法监督论》，社会科学文献出版社 1999 年版。

刘建飞、刘启云、朱艳圣：《英国议会》，华夏出版社 2002 年版。

刘兆兴：《德国联邦宪法法院总论》，法律出版社 1998 年版。

林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社 2001 年版。

林来梵：《宪法审查的原理与技术》，法律出版社 2009 年版。

林尚立：《国内政府间关系》，浙江人民出版社 1998 年版。

刘军宁：《直接民主与间接民主》，生活·读书·新知三联书店 1998 年版。

刘军宁：《共和·民主·宪政》，生活·读书·新知三联书店 1998 年版。

刘嗣元：《宪政秩序的维护》，武汉出版社 2001 年版。

刘义：《宪法审查的程序研究》，法律出版社 2010 年版。

罗豪才、吴撷英：《资本主义国家的宪法和政治制度》，北京大学出版社 1997 年版。

潘华仿：《英美法论》，中国政法大学出版社 1997 年版。

浦兴祖、洪涛：《西方政治学说史》，复旦大学出版社 1999 年版。

丘日庆：《各国法律概论》，知识出版社 1981 年版。

裘索：《日本违宪审查制度》，商务印书馆 2008 年版。

钱端升：《钱端升学术论著选集》，北京师范学院出版社 1991 年版。

世界知识出版社编：《德国统一纵横》，世界知识出版社 1992 年版。

苏力：《制度是如何形成的》，中山大学出版社 1999 年版。

沈宗灵：《比较宪法》，北京大学出版社 2002 年版。

施雪华：《政府权能理论》，浙江人民出版社 1998 年版。

谭君久：《当代各国政治体制——美国》，兰州大学出版社 1998 年版。

童建华：《英国违宪审查》，中国政法大学出版社 2011 年版。

童之伟：《国家结构形式论》，武汉大学出版社 1997 年版。

王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版。

王卫明：《东欧国家违宪审查制度比较研究》，中国政法大学出版社



2011 年版。

王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社 2000 年版。

王名扬：《美国行政法》（下），中国法制出版社 1995 年版。

吴大英等：《西方国家政府制度比较研究》，社会科学文献出版社 1995 年版。

吴国庆：《当代各国政治体制：法国》，兰州大学出版社 1998 年版。

吴天昊：《法国违宪审查制度》，中国政法大学出版社 2011 年版，

许振洲：《法国议会》，华夏出版社 2002 年版。

杨幼炯：《政治科学总论》，（台北）中华书局 1967 年版。

肖北庚：《宪政法律秩序论》，中国人民公安大学出版社 2002 年版。

徐大同主编：《西方政治思想史》，天津人民出版社 1985 年版。

许崇德：《宪法与民主政治》，中国检察出版社、中国人民公安大学出版社 1994 年版。

张定河：《美国政治制度的起源与演变》，中国社会科学出版社 1998 年版。

应克复主编：《西方民主史》，中国社会科学出版社 1997 年版。

张千帆：《西方宪政体系》上册，中国政法大学出版社 2001 年版。

张千帆：《西方宪政体系》下册，中国政法大学出版社 2001 年版。

张庆福主编：《宪政论丛》第 1、2 卷，法律出版社 1998 年版。

张金鉴：《美国政府》，（台北）三民书局 1976 年版。

邹文海：《比较政府》，（台北）三民书局 1977 年版。

朱光磊：《以权力制约权力》，四川人民出版社 1987 年版。

朱庭光：《法西斯体制研究》，上海人民出版社 1995 年版。

[美] 阿尔蒙德：《比较政治学：体系、过程和政策》，上海译文出版社 1987 年版。

[美] 阿尔蒙德、加布里埃尔·西德里·维巴：《公民文化：五国的政治态度和民主》，马殿君等译，浙江人民出版社 1989 年版。

[美] 阿兰·S. 罗森鲍姆编：《宪政的哲学之维》，生活·读书·新知三联书店 2001 年版。

[美] 埃爾斯特、[挪] 斯萊格斯塔德：《宪政与民主》，生活·读

书·新知三联书店 1997 年版。

[法] 埃德蒙·伯克：《法国革命论》，何兆武、许振洲、彭刚译，商务印书馆 1998 年版。

[瑞士] 艾克：《魏玛共和国史》，高年生、高荣生译，商务印书馆 1994 年版。

[美] 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店 1996 年版。

[美] 奥布恩：《风暴中心——美国政治中的最高法院》，诺顿公司 1990 年。

[美] 奥斯特罗姆：《复合共和制的政治理论》，生活·读书·新知三联书店 1999 年版。

[美] 保罗·布莱斯特等：《宪法决策的过程：案例与材料》，张千帆等译，中国政法大学出版社 2002 年版。

[美] 伯纳德·西干：《最高法院的宪法：一项对违宪审查及其对社会的影响的调查》，牛津大学出版社 1987 年版。

[美] 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版。

[美] 伯恩斯等：《美国式民主》，谭君久等译，中国社会科学出版社 1993 年版。

[德] 波普：《猜想与反驳》，上海译文出版社 1986 年版。

[美] 布坎南：《自由、市场和国家》，北京经济学院出版社 1988 年版。

[美] 布卢姆等：《美国的历程》下册第二分册，商务印书馆 1988 年版。

[法] 戴高乐：《战争回忆录》，巴黎，1961 年。

[美] 杜凯特、格雷格和切斯：《政府的宪法解释权》，西方出版公司 1992 年版。

[美] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1988 年版。

[英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上、下），生活·读书·新知三联书店 1997 年版。

[英] 哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社 1997 年版。

[美] 亨廷顿：《变动社会的政治秩序》，上海译文出版社 1989 年版。

[奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版。

[英] 戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社 2001 年版。

[美] 杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥等译，中国社会科学出版社 1996 年版。

[美] 卡尔·J. 弗里德里希：《超验正义》，生活·读书·新知三联书店 1997 年版。

[德] 卡尔·略梅尔：《德国实况》，贝尔特尔斯曼辞书馆出版社 1987 年版。

[美] 卡尔威因·帕尔德森：《美国宪法释义》，徐卫平、吴新平译，华夏出版社 1989 年版。

[美] 霍维茨：《沃伦法院对正义的追求》，信春鹰、张志铭译，中国政法大学出版社 2003 年版。

[美] 考文：《最高法院的没落》，耶鲁大学出版社 1934 年。

[德] 考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版。

[德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版。

[德] 拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2005 年版。

[美] 劳伦斯·特波：《美国宪法》，纽约，基金出版社 1988 年版。

[日] 芦部信喜：《宪法》，林来梵、凌维慈、龙绚丽译，北京大学出版社 2006 年版。

[美] 科佩尔·S. 平森：《德国近现代史——它的历史与文化》下册，商务印书馆 1987 年版。

[美] 肯尼斯·W. 汤普森：《宪法的政治理论》，生活·读书·新知三联书店 1997 年版。

[英] 肯尼斯·米格诺：《政治学》，龚人译，辽宁教育出版社、牛津大学出版社 1998 年版。

[美] 李普赛特：《政治人》，商务印书馆 1993 年版。

[美] 路易斯·亨金：《宪政·民主·对外事物》，生活·读书·新知三联书店 1996 年版。

[美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版。

[美] 罗纳德·德沃金：《自由的法：对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社 2001 年版。

[美] 罗伯特·达尔：《现代政治分析》，王沪宁等译，上海译文出版社 1987 年版。

[美] 罗伯特·达尔：《民主理论的前言》，生活·读书·新知三联书店 1999 年版。

[英] 洛克：《政府论》下篇，叶启芳等译，商务印书馆 1964 年版。

[法] 罗伯斯尼尔：《革命法制和审判》，赵涵兴译，商务印书馆 1965 年版。

[英] 罗素：《权力论》，东方出版社 1988 年版。

[法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1980 年版。

[美] 梅里亚姆：《美国政治思想：1815—1917》，商务印书馆 1984 年版。

[美] 梅里亚姆：《美国政治学说史》，朱曾汶译，商务印书馆 1988 年版。

[法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，商务印书馆 1982 年版。

[英] 密尔：《论自由》，商务印书馆 1979 年版。

[英] 密尔：《代议制政府》，汪暄译，商务印书馆 1982 年版。

[法] 米盖尔：《法国史》，商务印书馆 1985 年版。

[美] 马丁·沙皮罗：《法院：一种比较和政治分析》，芝加哥大学出版社 1981 年版。

[美] 斯蒂芬·布雷尔：《违宪审查：一个法官的实践视角》，《得克萨斯法律评论》2000 年第 78 卷第 4 期。

[美] 斯蒂文斯：《法国政府和政治》，圣马丁出版社 1992 年版。

[法] 让-皮埃尔·阿泽马、米歇尔·维诺克：《法兰西第三共和国》，沈炼之、郑德弟、张忠其译，商务印书馆 1994 年版。

[意] 萨托利：《民主新论》，冯克利等译，东方出版社 1998 年版。

[美] 斯蒂芬·L. 埃尔金、卡罗尔·爱德华·索务坦：《新宪政论》，生活·读书·新知三联书店 1997 年版。

[美] 塞缪尔·亨廷顿：《第三波》，刘军宁译，生活·读书·新知三联书店 1998 年版。

[法] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆 1988 年版。

[英] 维尔：《美国政治》，王合等译，商务印书馆 1988 年版。

[英] 维尔：《宪政与分权》，苏力译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版。

[美] 维尼、马肯杰和奥布恩：《美国政府政治》，圣马丁出版社 1995 年版。

[英] 维尔：《民主》，伦敦：麦克米兰出版有限公司 1999 年版。

[美] 威尔逊：《国会政体》，熊希龄、吕德本译，商务印书馆 1986 年版。

[美] 沃塞曼：《美国政治基础》，陆震伦等译，中国社会科学出版社 1993 年版。

[美] 希尔斯曼：《美国是如何治理的》，曹大鹏译，商务印书馆 1988 年版。

[美] 伊斯顿：《政治生活的系统分析》，华夏出版社 1989 年版。

[美] 约翰·哈特·伊利：《民主与不信任：关于违宪审查的理论》，哈佛大学出版社 1980 年版。

[美] 熊彼特：《资本主义、社会主义和民主主义》，商务印书馆 1979 年版。

[日] 佐滕功：《比较政治制度》，法律出版社 1984 年版。

[英] 詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞等译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版。

[美] 詹姆斯·安修：《美国宪法判例与解释》，黎建飞译，中国政法大学出版社 1999 年版。

## (二) 论文

白雪峰：《论美国司法独立的确立》，《美国研究》2000 年第 3 期。

鲍曼东、陈春梅：《“违宪审查比较研究”国际研讨会综述》，《学术

前沿》2001年第2期。

包万超：《设立宪法委员会和最高法院违宪庭并行的复合审查制——完善我国违宪审查制度的另一种思路》，《法学》1998年第4期。

陈弘毅：《论香港特别行政区法院的违宪审查权》，《中外法学》1998年第5期。

陈欣新：《香港与中央的“违宪审查”协调》，《法学研究》2000年第4期。

邓少岭：《“孙志刚案与违宪审查”学术研讨会综述》，《中国法学》2003年第4期。

高德平：《东欧十二国现行违宪审查制度》，《俄罗斯中亚东欧研究》2003年第2期。

胡伟：《合法性问题研究：政治学研究的新视角》，《政治学研究》1996年第1期。

胡锦涛：《宪法监督与宪法保障研究》，载张庆福主编《宪政论丛》第一卷，法律出版社1998年版。

金太军等：《西方新保守主义民主观述评》，《赣南师范学院学报》1996年第1期。

金太军：《当代西方多元民主论评析》，《中国青年政治学院学报》1996年第3期。

金贻顺：《当代精英民主理论对经典民主理论的挑战》，《政治学研究》1999年第2期。

孔祥俊：《建立与WTO要求相适应的违宪审查制度》，《中国法学》2001年第6期。

李立锋等：《西方新自由主义政治思潮评析》，《内蒙古社会科学》1998年第6期。

李龙：《宪政规律论》，《中国法学》1999年第4期。

李晓兵、王兆鹏：《违宪审查与法院的角色》，《当代法学》2001年第10期。

李雪峰、李勇：《英、美、法违宪审查制度的宪政理念比较研究》，《学术研究》2003年第10期。

李岩：《违宪审查与人权保障》，《外国法译评》1997年第4期。

连玉如：《德国宪法监督处突述评》，《国际政治研究》2002年第1期。

刘军宁：《古代政治与现代政治的分野》，《博览群书》1998年第10期。

刘志刚：《中国宪法诉讼机制的模式设计及其民主性论证》，《武汉大学学报》（社会科学版）2003年第4期。

麻宝斌：《论民主的内在冲突》，《政治学研究》1999年第3期。

马岭：《违宪审查——实现法治的必由之路》，《法学》1997年第12期。

倪星、焦奎：《美、法两国违宪审查制度比较研究》，《法学评论》1998年第1期。

罗会钧：《法兰西第四共和国迅速解体原因浅析》，《湖南师范大学社会科学学报》1995年第5期。

祁建平：《论意大利违宪审查制度》，《甘肃政法学院学报》2003年第4期。

刘军宁：《善恶两种政治观与国家能力》，《读书》1994年第5期。

石雷、周小粒：《试论法兰西第三共和国的崩溃》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）1999年第S6期。

唐贤兴：《财产权与民主政治：西方社会尚未结束的争论》，《东方论坛》1999年第1期。

王克稳：《我国违宪审查制度建立的主要法律障碍》，《现代法学》2000年第2期。

汪卫华：《违宪审查与民主制的稳定：比较研究》，博士学位论文，2003年。

谢姝玮、陈健：《违宪审查模式之比较》，《学习论坛》2003年第3期。

徐家良：《议行合一与三权分立：中美体制比较的意义》，《学术季刊》1995年第2期。

燕继荣：《论民主及其限度》，《社会科学战线》1996年第4期。

杨平：《美国、法国和中国违宪审查模式的政治理念比较》，《西北师大学报》（社会科学版）2003年第1期。

杨青：《从等级制到代议制》，《德国研究》2003年第1期。

杨曦希：《关于完善我国违宪审查制度的思考》，《桂海论丛》2003年第5期。

应克复：《权力制约论探要》，《学海》1995年第3期。

应克复：《西方民主的逻辑发展》，《上海社会科学院学术季刊》1997年第1期。

虞崇胜：《论政治文明的普遍性和特殊性》，《武汉大学学报》（社会科学版）2003年第5期。

乐虹、陈党：《美、法两国违宪审查模式之比较》，《学习论坛》2003年第3期。

张星久：《从人的观念看中西政治法律传统的差异》，《法商研究》1999年第1期。

赵晶、任进：《也谈我国违宪审查制度的模式选择》，《国家行政学院学报》2003年第5期。

正文：《完善我国的违宪审查制度》，《探索》1998年第1期。

周少来：《多重视角下的民主体认方式》，《青海师范大学学报》1996年第1期。

周青风：《宪政制度中违宪审查权的制衡作用》，《中央政法管理干部学院学报》2000年第6期。

## 二 英文部分

[美] 安德鲁·哈尔平：《关于违宪审查的理论争议》，载《现代法律评论》，布莱克维尔公司2001年版。

[美] 艾尔德·马德鲁：《行政国家的违宪审查：超越反多数难题》，《宾夕法尼亚大学法律评论》1997年第4期。

[美] 恩迪科特：《宪法逻辑》，载《多伦多大学法律》，2003年。

[美] 罗伯特·普斯特：《民主、大众主权和违宪审查》，载《加利福尼亚法律评论》，1998年。

[美] 马克·候艾克：《违宪审查与协商民主：一个造法和合法化的循环模式》，《法律比例》2001年第14卷第4期。

[美] 帕斯奎诺·帕斯奇勒：《宪法裁判和民主：美国、法国和意大利比较视角》，《法律比率》1998年第11卷第1期。



## 后 记

本书是在我的博士论文基础上修改而成的。我的博士论文于2005年即已完成，到付诸出版之时已逾近7年。为此，我在原来的基础上又作了较大的改动。在即将出版之际，我要衷心感谢老师的教诲、同学的激励和家人的支持。

首先我要感谢导师谭君久教授，感谢他对我悉心指导和谆谆教诲。谭老师严谨坚毅的治学风格和宽宏达观的处世风范是给予我的最大的精神财富。感谢武汉大学政治与公共管理学院的张星久教授、虞崇胜教授，北京师范大学的施雪华教授，他们渊博丰富的知识开阔了我的政治学视野。同时，还要感谢朱海英、储建国、陈刚等博士，与他们的交流和学习拓宽了我的思路。感谢我的父母，是他们替我照顾小孩，使我得以完成书稿。我还要特别感谢我的丈夫徐水安博士对我的关心和照顾，他的鼓舞和激励是我信心的源泉。最后一并感谢那些在我求学和工作道路上慷慨帮助我的人们，只因纸短笔拙，无法一一言表。

翟桔红

2012年2月于武汉

# 违宪审查与民主制的平衡

——一项比较研究

WEIXIAN SHENCHA YU MINZHUYI DE PINGHENG

ISBN 978-7-5161-1394-3



9 787516 113943 >

定价：35.00元

[General Information]

书名=违宪审查与民主制的平衡 一项比较研究

作者=翟桔红

出版地=北京

出版社=中国社会科学出版社

出版日期=2012.09

ISBN号=978-7-5161-1394-3

页数=197

丛书名=民主与政治文明研究丛书

SS号=13307153

DX号=000010878242

原书定价=35.00

主题词=宪法-司法监督-关系-民主-政治制度-研究

中图法分类号=D082;D911.04

附注=

内容提要=本书研究古代民主与现代民主的区别、多数裁决作为现代民主决策规则的优势与弊端、违宪审查对民主的纠正作用及对民主制平衡的作用，追溯了违宪审查的制度渊源和理论渊源，探讨了违宪审查制度产生时的民主环境、美国违宪审查与民主制平衡之间的关系、对违宪审查与民主制平衡之间的关系进行比较、选择不同违宪审查模式应当具备的条件等，探讨了违宪审查制度的发展趋势对中国的启示。

参考文献格式=翟桔红著.违宪审查与民主制的平衡 一项比较研究.北京：中国社会科学出版社,2012.09.

URL=<http://book.duxiu.com/bookDetail.jsp?dxNumber=000010878242&d=33535C829E2DA7F1C1EA0E5AAF8368C7&fenlei=04011102&sw=%E8%BF%9D%E5%AE%AA%E5%AE%A1%E6%9F%A5%E4%B8%8E%E6%B0%91%E4%B8%BB%E5%88%B6%E7%9A%84%E5%B9%B3%E8%A1%A1+%E4%B8%80%E9%A1%B9%E6%AF%94%E8%BE%83%E7%A0%94%E7%A9%B6>

....封面

....書名

....版權

....書前

《民主與政治文明研究叢書》總序&虞崇勝

《比較政治與政治文化研究叢書》總序&譚君久

Abstract

....目次

引言

一 选题的背景和研究意义

二 国内外研究现状综述

三 总体框架

四 研究方法

第一章 违宪审查：民主的安全阀

第一节 无自由的民主与有自由的民主

一 古代民主：无自由的民主

二 现代民主：有自由的民主

第二节 违宪审查：纠正民主的缺陷

一 违宪审查所体现的法学家精神能够削弱多数暴政、

平衡民主

二 违宪审查是司法有效地制衡立法和行政的制度保障

三 违宪审查是保护公民自由，对抗多数侵犯的手段

第三节 违宪审查的限度

一 审理宪法性争议案原则

二 回避政治问题审查原则

三 尽量避免做抽象审查原则

四 “双重标准”原则

第二章 违宪审查的起源

第一节 违宪审查的制度渊源

第二节 违宪审查的理论渊源

一 违宪审查确立的法文化基础

二 违宪审查确立的政治文化基础

第三节 “违宪审查与民主是否相容”的理论争议

一 违宪审查与民主相容论

二 违宪审查与民主不相容论

三 司法解释的民主性问题

第四节 违宪审查与民主的相容性研究——以美国为例

- 一 民主结构的内在规定
  - 二 民主价值的内在要求
  - 三 民主理论的内在逻辑
  - 四 民主过程的内生决定
  - 五 美国经验对中国的启示
- 第三章 违宪审查与民主制的平衡：美国研究
- 第一节 违宪审查权平衡作用产生的体制依据
  - 第二节 有关违宪审查权的几种争议
    - 一 非民选的终身法官行使违宪审查权的合法性
    - 二 最高法院行使违宪审查权的两种模式
    - 三 最高法院行使违宪审查权的范围
  - 第三节 最高法院违宪审查权的历史发展
    - 一 从联邦政府成立到内战（1789—1865年）
    - 二 内战结束到新政初期（1865—1937年）
    - 三 从新政后期至今（1937年之后）
  - 第四节 影响最高法院违宪审查权行使的因素分析
    - 一 内部因素（自律原则）
    - 二 外部因素（违宪审查权受到的外部制约）
    - 三 自身因素和力量
  - 第五节 违宪审查权实施的三大对象及典型案例分析
    - 一 违宪审查权在国会与总统关系上的平衡
    - 二 违宪审查权在联邦与州的关系上的平衡
    - 三 违宪审查权在政府权力与公民权利关系上的平衡
  - 第六节 对违宪审查权平衡作用的评价
- 第四章 违宪审查与民主制的平衡：比较研究
- 第一节 德国宪法法院违宪审查权的政治平衡功能
    - 一 违宪审查权的平衡作用
    - 二 宪法法院违宪审查权的发展趋势
  - 第二节 缺乏违宪审查的民主制——法兰西第三共和国、第四共和国和魏玛共和国
    - 一 法兰西第三共和国民主制失败的原因分析（1875—1946年）
    - 二 法兰西第四共和国民主制失败的原因分析
    - 三 魏玛共和国民主制失败的原因分析
- 第五章 违宪审查模式的比较和选择
- 第一节 结构与功能：美国模式和德国模式的比较
    - 一 政府结构的比较

- 二 违宪审查的结构功能比较
- 第二节 选择违宪审查模式的条件
  - 一 制度移植的效果
  - 二 移植失败的原因
  - 三 移植需要的条件
- 第三节 两种违宪审查模式的趋同：欧陆模式
- 第四节 对中国建构违宪审查制度的启示
  - 一 突破“议行合一”论的理论障碍
  - 二 克服违宪审查制度建立的若干法律障碍
  - 三 中国违宪审查制度的模式选择
  - 四 中国违宪审查制度建立的文化基础——需要公民文

化启蒙

参考文献

后记

筆記

朱璠AGA

校勘

引用

....封底