

弱司法审查体制必要性之证成

朱学磊

内容提要:作为一种新型权利保障模式,英联邦国家建立的弱司法审查体制引起了比较宪法学界的广泛关注,该体制的必要性成为一项核心议题,主要内容是如何理解新模式下法院与议会的关系。对话理论问世以后,迅速成为回答该问题的统治性范式。它涵盖了法院和议会互动的各个环节,对司法实践产生了深刻影响。在后续发展中,原本重在描述弱司法审查体制的对话理论逐渐出现了规范性转向,开始针对议会和法院如何行使权力提出指导意见。但是,对话理论没有充分论证弱司法审查体制的独特性,也没有阐释该体制的价值内涵,其规范性转向因而遭到批判,需要予以补充和完善。经过重构的对话理论包括三个层次,分别论证弱司法审查体制何以可能、为何可欲以及如何可行,从而兼具解释性与建构性。尽管如此,新的对话理论仍有发展空间,需要在与实践的互动中进行调整和更新。

关键词:弱司法审查 对话理论 司法至上 议会至上

朱学磊,中国社会科学院法学研究所博士后研究人员。

一 引言:弱司法审查的出现及其必要性疑问

为建立理想的权利保障模式,人类进行了孜孜不倦的探索。在很长时间里,议会和法院都曾被寄予厚望,由此出现了议会至上和司法至上两种体制的对峙。前者以英国为代表,推崇民主的价值,并在殖民扩张过程中拓展到世界各地;后者以美国为典型,强调自由的意义,在“二战”后伴随其强大的国际影响力被多国效仿。经过长期实践,两种体制的缺陷也充分暴露,议会至上体制难以及时回应少数群体的权利保障诉求,^[1]严重时甚至导致“多数人的暴政”,司法至上体制则饱受“反多数难题”质疑。^[2] 如何建立更加科学

[1] See Colm O' Cinneide, "Human Rights and the Constitution", in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution* (8th edition), Oxford University Press, 2015, pp. 73 - 74.

[2] 参见[美]亚历山大·M. 毕克尔著:《最小危险部门——政治法庭上的最高法院》,姚中秋译,北京大学出版社2007年版,第17页。

的权利保障模式考验着各国制度设计者的智慧。

从 20 世纪 80 年代开始,为提高权利保障水平,奉行议会至上体制的英联邦国家陆续制定了权利法案。^[3] 以此为基础,它们分别不同程度地接纳了司法审查权,建立起所谓的“弱司法审查”体制。总体而言,当前主要存在三种类型的弱司法审查体制。第一种是加拿大的“但书条款”类型。加拿大 1982 年《权利与自由宪章》第 24 条授权法院可以为救济权利而选择适当措施,结合第 52 条关于“宪章最高”的表述,加拿大已经接近美国的司法至上模式。但宪章第 33 条又特别规定,除了选举权和被选举权、迁徙权、谋生权和语言权等少数权利,中央或省议会可以在立法中明确宣告,尽管该法可能影响权利的行使,但它可以不接受司法审查。如此一来,议会只需通过普通立法程序便可推翻司法判决,法院的最高地位在一定范围内被取消了。此外,宪章第 1 条规定,权利只受在自由民主社会能被证成的合理限制。据此,法院可以审查立法对权利的限制是否合理,议会可以通过普通立法进一步阐明自己的看法,在不动用第 33 条的条件下实现立法目标。这也是加拿大弱司法审查的重要表现形式。第二种是新西兰的“解释一致”类型。新西兰 1990 年《权利法案法》第 4 条禁止法院撤销、废止立法或宣告其无效;第 5 条借鉴了加拿大宪章第 1 条,规定权利只受合理限制;第 6 条规定法院应当按照与权利相一致的方式解释立法。根据这三条规定,新西兰法院无权评价议会立法的效力,只能对其进行合法性解释(即是否符合《权利法案法》的解释)。第三种是英国的“不一致宣告”类型。英国 1998 年《人权法》调和了加拿大和新西兰的方案,第 3 条规定了和新西兰相同的一致性解释规则,第 4 条允许法院就立法与权利可能存在的的不同作出明确宣告,但此类宣告不会影响争议立法的效力。

与传统议会至上和司法至上体制相比,弱司法审查是一种颇为另类的存在。它的出现在比较宪法学界引起了热烈讨论。作为最早系统研究该体制的学者,加德鲍姆(Stephen Gardbaum)称其为“宪治主义的新英联邦模式”,认为它在避免了政治宪治主义和法律宪治主义两种理论之缺陷的同时,吸收了它们各自的优势。^[4] 贺诗尔(Ran Hirschl)认为,弱司法审查的出现标志着英联邦国家正在走向“司法统治”。^[5] 贝拉米(Richard Bellamy)对此则不以为意,认为弱司法审查并不值得追求,它最终只会导致相关国家逐渐倒向美国的司法至上模式。^[6] 总体来看,学者们对弱司法审查的评价呈现对立态势,支持者有之,批评者亦众。这种两极化评价固然受对新生事物的新奇或警惕等主观因素影响,但在根本上则是因为弱司法审查的必要性始终是悬而未决的问题。

弱司法审查从传统议会至上体制发展而来,但为后者辩护的理论很难继续论证弱司

[3] 事实上,加拿大早在 1960 年就曾制定过一部《加拿大权利法案法》,但这部法律没有发挥太大作用。此时法官仍然从传统议会至上体制出发理解自己的角色和权力,依据已经存在的其他议会立法解释权利,而这些立法都被认为是不会侵犯权利的,《权利法案法》因此沦为一份没有规范效力的文件。See Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2013, p. 99.

[4] See Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2013, p. 61.

[5] See Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2004, pp. 221 - 223.

[6] 参见[英]理查德·贝拉米著:《政治宪政主义》,田飞龙译,法律出版社 2014 年版,第 60 - 62 页。

法审查的必要性。作为议会至上体制的坚定支持者,瓦尔德龙(Jeremy Waldron)构建起以“平等参与权”为核心的理论体系为其辩护。在他看来,任何机构解决权利纠纷的活动,本质上都是在处理关于权利问题的分歧。人们不仅对“我们享有哪些权利”存在分歧,而且对“应当如何解决权利分歧”也存在分歧。要解决这些分歧,最合理的方法是尽可能让每个公民都能平等地发出声音,议会民主程序则是实现这一目标的最佳方案。拥有司法审查权的法官垄断了解决权利分歧的权力,因此在本质上是反民主的。^[7] 那么,既然弱司法审查为议会保留了立法回应权,是否意味着瓦尔德龙的理论可以为其辩护? 他自己给出了部分肯定的答案。瓦尔德龙指出,加拿大议会虽然在理论上可以动用宪章第 33 条推翻司法判决,但该条款在实践中几乎很少用到,因而在效果上和司法至上模式没有本质区别,是他反对的制度类型;英国和新西兰的司法审查不能影响法律的效力,他的理论可以继续为二者辩护。^[8] 但事实上,无论是新西兰法院的一致性解释还是英国法院的不一致宣告,它们都可以对争议立法产生重大影响,以至于在结果上呈现出类似加拿大的“强审查”样态。^[9] 评价标准的内在不一致导致瓦尔德龙的理论难以继续为弱司法审查辩护。

弱司法审查体制为法院的赋权在一定程度上契合了普通法宪治主义理论的要求,但它同样难以充分论证该体制的必要性。普通法宪治主义理论源自英国,其要义在于,主张将普通法作为英国的“高级法”,法院通过司法审查占据宪法秩序的核心地位,即便是议会也要受其约束。^[10] 该理论虽然为法院谋取了更大的作为空间,但在制度形式上却非常接近司法至上模式,在现实中缺少规范依据,与弱司法审查体制不完全贴合。总之,弱司法审查需要一种全新的、具有实践解释力的理论为其提供必要性论证。

在上述背景下,对话理论应运而生。加拿大宪法学者霍格(Peter Hogg)与布歇尔(Allison Bushell)在合作文章中最早尝试用对话理论为弱司法审查辩护。他们认为,“当一份司法判决可能被立法推翻、修改或者回避的时候,把法院和具有此种能力的议会之间的关系视为对话,是有意义的。”^[11] 对话理论迅速获得其他学者的响应,成为理解弱司法审查体制下法院与议会关系的“统治性范式”。^[12] 近年来,对话理论逐渐为国内学者所知悉。有学者把它作为理解弱司法审查的概念工具,^[13] 为司法审查“去蔽”,^[14] 进而指导法院行使司法审查权。^[15] 整体而言,国内既有研究在一定程度上填补了比较宪法学的知识空

[7] See Jeremy Waldron, Participation: The Right of Rights, 98 *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series* 307, 307-337 (1998).

[8] See Jeremy Waldron, The Core of the Case against Judicial Review, 115 *The Yale Law Journal* 1346, 1354-1357 (2006).

[9] See Stephen Gardbaum, Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism, 81 *CON* 167, 175 (2010).

[10] 参见李红海:《当代英国宪政思潮中的普通法宪政主义》,《华东政法大学学报》2015 年第 1 期,第 135-136 页。

[11] See P. W. Hogg & A. A. Bushell, The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75, 79 (1997).

[12] See Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell, 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513, 524 (1999).

[13] 参见张鹏:《加拿大司法审查对话体制的比较优势与运行困境》,《国外社会科学》2018 年第 1 期,第 104-105 页。

[14] 参见李蕊佚:《司法审查制度的优化:民主对话理论》,《法学评论》2013 年第 1 期,第 14-15 页。

[15] 参见程雪阳:《香港基本法第 158 条与司法审查次终性理念——基于基本法实施 20 周年的反思》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 6 期,第 78-81 页;李蕊佚:《对话式司法审查权——香港特别行政区法院的实践及其前景》,《当代法学》2017 年第 6 期,第 57-59 页。

白,并对该理论在我国的转化应用作出了有益尝试,但对该理论发展脉络的梳理还不够系统,对其有效性的反思也有待深化。事实上,对话理论是否以及在何种程度上证成了弱司法审查体制,至今仍是未有定论的问题。有鉴于此,本文将对对话理论进行系统的梳理、反思和重构。

二 对话理论的起源与发展

霍格等人用对话理论来证成弱司法审查体制不是随意而为,而是有其特定的智识资源与时代背景。在对话理论二十多年的发展过程中,其遭遇了争议与质疑,但仍然对司法实践产生了深刻影响。

(一) 对话理论的缘起

从概念起源上看,用“对话”来解释和论证司法审查的必要性,不是英联邦国家原创,它更早出现在司法至上语境下。为了克服司法审查的“反多数难题”,毕克尔(Alexander Bickel)主张法院应当奉行精简主义的司法哲学,恪守“消极的美德”,减少对争议和敏感案件的介入,把决策权更多地留给民选议会,“法院与其他机构互动,共同参与一场持久常新、富有教育意义的对话”。^[16] 费舍尔(Louis Fisher)认为,法院与其他政府分支不仅可以通过本部门的释宪塑造宪法,还会影响议会和政府的认知并受到它们制约,^[17]而这正是一种“宪法对话”。在更广泛的意义上,弗雷德曼(Barry Friedman)还特别强调社会大众作为对话主体的重要性,认为这有助于避免法院的宪法解释过分偏离主流价值观,为更新宪法内涵提供更强大的推动力和民主根基。^[18] 应当看到,司法至上体制下的对话并非易事,议会的普通立法很难撼动司法判决,通常只能诉诸修宪。但众所周知,美国联邦宪法刚性极强,修宪不仅需要参众两院三分之二多数的支持,还要有四分之三的州议会或制宪会议同意,以至于迄今为止联邦宪法只通过了二十七条修正案。在此条件下,对话的实现更多依赖联邦最高法院的“反躬自省”。而无论是修宪还是联邦最高法院的自我调整,往往都经历较长时间,增加对话的成本。

在欧洲大陆,也有学者用“对话”来描述宪法审查机构与其他国家机关之间的关系。斯维特(Alec Stone Sweet)较早提出“协调建构”理念,认为公共政策和宪法是司法与政治持续互动的结果:宪法设定了决策的基本环境,立法又构成对宪法的有力发展。^[19] 后来有学者指出,与美国相似的强司法审查是促进欧洲国家宪法对话的主要动力。具体而言,宪法法院的审查决定会阐明国家的根本原则,各类宪法价值在此基础上被相互权衡,国家机构也据此而产生。忌惮于宪法法院的无效宣告,其他权力分支尤其是议会在制定决策

[16] [美]亚历山大·M. 毕克尔著:《同意的道德性》,徐斌译,中国政法大学2016年版,第110页。

[17] See Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, 1988, pp. 200-230.

[18] See Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 *Michigan Law Review* 577, 671-680 (1993).

[19] See Alec Stone Sweet, *Judging Socialist Reform: The Politics of Coordinate Construction in France and Germany*, 26 *Comparative Political Studies* 443, 443-444 (1994).

之前需要对其进行合宪性评估。通过这种方式,宪法法院成为各机构决策过程中不在场的对话者,对决策发挥着真实的影响。^[20] 总体而言,这种对话同样发生在司法至上的背景下,^[21] 以宪法法院为主导,其他机构的角色是次要的、辅助性的。

在议会至上传统下,英联邦国家虽然没有像美国和欧洲那样发展出系统的对话理论,但在实践中却不乏类似做法。盖林格(Claudia Geiringer)指出,英联邦国家在制定权利法案之前,当社会的根本价值受到威胁时,法院会利用传统的普通法原则解释争议立法,在必要的时候会无视立法意图,赋予其符合字面意思甚至有些牵强的含义。^[22] 议会不满意法院的解释,可以通过立法重新阐明争议条款的含义,这在本质上也是一种对话。^[23] 权利法案的问世为法院在历史上早已存在的做法提供了规范依据,但同时也带来新的问题。传统的议会至上体制被嵌入了司法审查权,使相关国家和过去相比变得不再正统,它们需要找到新的语言来进行自我描述和理解。尤其重要的是,无论是违宪宣告权、不一致宣告权还是一致性解释权,都意味着法院将获得更大作为空间。相比过去,法院可以更深入地评价立法的是非曲直,^[24] 英联邦国家需要为法院角色的这种转变提供论证。

作为制定权利法案的先行者,加拿大最早尝试解决上述问题。韦勒(Paul Weiler)认为,宪章在法院和议会之间建立了一种“与众不同的宪法关系”,有利于保障权利。^[25] 之后,韦勒又进一步将二者的关系描述为“一种特殊形式的对话”,认为这可以避免加拿大走向美国的司法至上模式。^[26] 鲁塞尔(Peter Russell)则提出“共享责任”理念,认为尽管加拿大的制度形式在美国和英国之间呈现出不确定状态,但它认识到法院和议会各自都存在犯错的可能,并通过宪章第 33 条强化议会对法院的控制,避免形成任何一方独大的格局。^[27] 这些讨论在不同程度上触及到新模式的必要性这一根本问题,但过于碎片化的表达使得其影响力有限。

1997 年,霍格与布歇尔在《奥斯古德厅法学杂志》上发表合作文章《法院与立法机关之间的宪章对话》,以此为加拿大权利保障新模式提供论证。前文提到,宪章第 24 条和第 52 条的规定使得加拿大接近美国的司法至上模式。因此,如何克服源自美国宪法体制的“反多数难题”成为文章的出发点。在他们看来,面对司法判决,如果议会能够通过普通立法程序予以推翻、修改或回避,那么此时针对司法审查反民主的诘难便大

[20] See Ming-Sung Kuo, *Discovering Sovereignty in Dialogue: Is Judicial Dialogue the Answer to Constitutional Conflict in the Pluralist Legal Landscape?* 26 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 341, 358-359 (2013).

[21] See Ming-Sung Kuo, *In the Shadow of Judicial Supremacy: Putting the Idea of Judicial Dialogue in Its Place*, 29 *Ratio Juris* 83, 95-99 (2015).

[22] See Claudia Geiringer, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, 6 *New Zealand Journal of Public and International Law* 59, 63 (2008).

[23] See Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 *Supreme Court Law Review (2nd)* 49, 56-57 (2004).

[24] See Madame Justice B. M. McLachin, *The Charter: A New Role for Judiciary?* 29 *Alberta Law Review* 540, 545-546 (1991).

[25] See Paul C. Weiler, *Rights and Judges in A Democracy: A New Canadian Version*, 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 51, 86 (1984).

[26] See Paul C. Weiler, “The Evolution of the Charter: A View from the Outside”, in Weiler and Elliot (eds.) *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Carswell Co. Ltd., 1986, p. 56.

[27] See Peter H. Russell, *Standing Up for Notwithstanding*, 29 *Alberta Law Review* 293, 301-303 (1991).

为减弱,^[28]这正是对话的意义所在。具体而言,对话过程通常由法院开启,如果法院认为议会立法侵犯了权利,便对其作出否定评价,而且通常会在判决中提出可能的改进方向。对于议会而言,这份判决的作用在于帮它指出了此前在立法过程中被忽视的权利保障问题,可以在此后的立法中加以吸收,从而让权利得到更周延的保护。不过,议会未必同意法院的意见,此时可以通过普通立法推翻或修改司法判决,甚至直接动用宪章第 33 条为争议条款排除司法审查。即便如此,新立法还要接受法院的再次审查,^[29]议会也可再次回应,直到其中一方不再有新的行动为止。法院和议会在相互影响中不断优化对权利的保障,但是又“几乎不会对民主机构实现其愿望施加绝对障碍”。^[30]

法院和议会的对话依赖特定条件的支持。霍格和布歇尔认为,宪章的四类条款可以作为对话的催化剂。除了前文提到的宪章第 1 条和第 33 条,还包括“符合条件的宪章权利”和第 15 条规定的平等权。所谓“符合条件的宪章权利”是指宪章第 7 条规定的生命权、自由权、人身权,第 8 条规定的不受不合理的搜查与扣押权,第 9 条规定的不受任意的拘留与监禁权以及第 12 条规定的不受残酷与异常刑罚权等。上述权利条款含有诸如“不合理”“武断”“残酷与异常”等需要进行主观判断的标准,即便它们被认为不能通过宪章第 1 条获得保护,这些富有弹性的语词也可以为法院审查立法创造空间,同样能促成对话。^[31]平等权之所以成为对话的催化剂,是因为议会某些给付性立法有时会被法院认定构成“过少包含”。至于如何以更加平等的方式保障所有受众的权益,涉及到财政支出的合理使用,可以交由议会再行考虑。^[32]相反,在以下三种情形中很难发生对话:其一,某项权利不存在被立法合理限制的空间,也不能适用宪章第 33 条的但书条款,此时完全由法院说了算,议会很难回应。^[33]其二,即便权利可以被合理限制,但如果限制权利的立法之目的被法院判定为不正当,同时又不能适用但书条款予以排除,那么议会也无法回应法院。^[34]

[28] See P. W. Hogg & A. A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75, 80 (1997).

[29] 根据宪章第 33 条第 3 款的规定,如果议会在特定立法中排除了司法审查的适用性,那么法院的再次审查只能在五年之后进行。

[30] See P. W. Hogg & A. A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75, 81 (1997).

[31] See P. W. Hogg & A. A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75, 87-90 (1997).

[32] See P. W. Hogg & A. A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75, 90-91 (1997).

[33] 例如,在“魁北克诉魁北克新教学学校委员会协会”案中,加拿大最高法院判定,魁北克省《法语宪章》剥夺了说英语公民的孩子在魁北克省继续接受英语教育的权利。魁北克省的检察官在为《法语宪章》辩护时主张,禁止这些孩子接受英语教育是为了保护魁北克省的法语文化,构成加拿大宪章第 1 条规定的合理限制。该辩护理由没有被最高法院接受,事实上否定了宪章第 1 条的适用性。与此同时,儿童接受特定语种教育的权利,又不在加拿大宪章第 33 条的适用范围内。因此,议会几乎没有再行回应的空间。See *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al.*, [1984] 2 S. C. R. 66.

[34] 例如,在“萨默维尔诉加拿大”案中,阿尔伯塔上诉法院判定,《加拿大选举法》限制第三方政党的选举开支以及在联邦选举的特定期间内禁止广告投放的规定,侵犯了加拿大宪章保护的表达自由、结社自由和选举自由,从根本上否定了上述规定的目的正当性。由于其中涉及的选举自由不在宪章第 33 条适用范围内,所以议会对此无法再表达异议。See *Somerville v Canada (AG)* (1996), 136 DLR (4th) 205 (Alta CA).

其三,议会还可能因为某些话题过于敏感,为了避免招来民众质疑而拒绝作出回应。^[35]

为了验证对话理论的合理性,霍格和布歇尔分析了加拿大 1982 到 1997 年间的司法案例。他们发现,法院作出的大多数判决都会得到议会回应,而且这些回应是较为及时的。为了摆脱侵权嫌疑,议会在回应司法判决时,还会特别注意运用立法序言或目的性条款澄清立法意图。^[36] 此外,某些敏感和争议立法即便得到了司法判决的认可,议会也有可能在判决生效后采取必要措施予以完善。^[37] 这些都被认为是议会关心权利保障问题并积极参与对话的有力证据。

综上,由于司法审查权力存在差别,与美国和欧洲相比,在弱司法审查体制下的对话有了不同意义。它的难度更低、周期更短,让议会的民主意志可以更及时地得到实现。同时也要看到,霍格与布歇尔的上述诸观点不乏争议,但它在激发学术讨论方面无疑是成功的,英国和新西兰学者陆续加入其中,使得对话理论成为比较宪法学领域的热门话题。

(二) 对话理论的发展

作为一种描述性理论,从法院初次审查立法到议会作出回应再到法院的再次审查,对话理论基本上涵盖了法院和议会互动的各个环节。随着弱司法审查制度的发展,学者之间关于对话理论的争论也逐渐深入。除了“议会可以通过普通立法回应司法判决”这一描述性定义,学者们对对话理论各个环节的理解均存在分歧。

1. 法院初次审查立法时的立场

在司法至上语境下,司法谦抑向来是一个颇有影响力的主张。它要求法院应当尽可能维护议会立法,除非立法存在明显错误,否则不作否定评价。^[38] 在弱司法审查语境下,司法谦抑理念没有获得太多认同,司法能动观念逐渐成为主流意见。罗奇(Kent Roach)认为,鉴于弱司法审查已经给议会留下了立法回应权,法院没有必要进行自我约束。而且,法官增强司法审查民主性的方式不是回避宪法判断或者将其最小化,而是应当对权利作出宽泛定义,然后在具体个案中接受立法的限制。^[39] 佩里(Michael Perry)进一步指出,

[35] 例如,妇女是否享有堕胎权曾是非常有争议的问题。加拿大刑法典一度禁止堕胎,除非堕胎者能够获得由三位医生组成的委员会基于妇女的治疗需求而发布的堕胎许可。在“摩根泰勒案”中,加拿大最高法院以 5:2 的表决结果判定刑法典的上述规定违宪。多数派大法官虽然均认为刑法典违宪,但给出的理由各有不同,他们分别从妇女的安全权、自由权以及堕胎程序是否符合根本正义理念等角度展开论证。少数派的两位大法官则坚定地认为,无论从宪章还是从加拿大的历史、传统抑或社会理念等角度,都无法得出妇女有堕胎权的结论。最高法院的判决作出后不久,加拿大中央政府便尝试制定新的立法,试图继续要求堕胎妇女要获得医生的许可。然而,政府法案虽然在众议院获得通过,在参议院却遭遇失败。据此,加拿大最高法院的上述判决事实上起到决定性作用,无论是中央还是地方议会都没有再作出有效回应。See Robert J. Sharpe, Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, Irwin Law, 2017, pp. 270 - 273.

[36] See P. W. Hogg & A. A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75, 101 (1997).

[37] See P. W. Hogg & A. A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75, 104 - 105 (1997).

[38] See James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harvard Law Review* 129, 144 (1893).

[39] See Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law, 2001, p. 148. 罗奇的观点后来稍有调整,也接受有节制的司法能动立场。See Kent Roach, *Sharpening The Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship*, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 169, 183 (2007).

司法谦抑不利于充分发挥法官在个案中实现正义的能力,不利于法院和议会就特定权利保障问题展开有效对话,不利于培养“具有自我批判意识的政治道德观”。^[40] 在重申对话理论的文章中,霍格也主张,法院应当独立行使司法审查权,无需考虑可能给议会造成的影响。^[41]

值得注意的是,尽管初次审查时的司法能动得到了多数学者支持,但对于法院该如何能动却存在不同观点。这与司法能动含义的丰富性有关。施莱辛格(Arthur Schlesinger Jr.)最初提出“司法能动”概念意在描述法官根据自身的道德认知和生活经验,通过司法权在社会福利、公共政策等问题上积极发挥作用的现象。^[42] 之后,它又被用来描述“法官造法”“法院推翻其他政府分支的立法”以及“以后果为导向的裁判”等行为。^[43] 弱司法审查体制下的司法能动主要表现为两种形式。其一,法官充当“积极立法者”,在解释法律的时候赋予其比字面意思更为丰富的含义。加拿大法院对立法的读入和读出式解读便属于此类型。这会在一定程度上改变立法原意,^[44] 因而遭到霍格反对。他认为此时法院应当直接宣告争议立法违宪,只有这样才能充分唤起议会的注意,进而发生对话。^[45] 其二,法官作为“消极立法者”,积极宣告立法与权利法案存在不一致。新西兰法院曾在判决中通过说理的方式为自己创设了《权利法案法》没有规定的不一致宣告权,^[46] 有学者由此主张通过立法明确赋予法院该项权力,从而更好地促进对话。^[47] 在英国,也有学者认为法院应该更加积极地行使不一致宣告权,以唤起议会的回应。^[48]

2. 议会回应的类型

法院作出判决后,议会哪些回应可以被视为对话? 围绕此问题学术界主要形成了广

[40] See Michael J. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?* 38 *Wake Forest Law Review* 635, 687 (2003).

[41] See Peter W. Hogg & Allison A. Bushnell, *Charter Dialogue Revisited or “Much Ado about Metaphors”*, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 1, 47 (2007).

[42] See Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, 92 *California Law Review* 1441, 1446 – 1447 (2004).

[43] See Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, 92 *California Law Review* 1441, 1463 – 1475 (2004).

[44] See Robert J. Sharpe, Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, Irwin Law, 2017, pp. 447 – 451.

[45] See Peter W. Hogg & Allison A. Bushnell, *Charter Dialogue Revisited or “Much Ado about Metaphors”*, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 1, 10 – 13 (2007). 需要注意的是,霍格在文章中表示他反对的是读出式解读,即法官在面对具有多种解释可能的立法时选择合宪的解释方案。读入式解读则是在立法明显违宪的时候,在解释时为其加入某些语词使其变得符合宪法。事实上,这两种解释方案在本质上并无不同,都是司法能动的体现,区别对待的意义不大。

[46] 在2000年的“穆恩诉电影与文学评论委员会”案中,新西兰上诉法院首先提出,法官有权暗示议会立法与《权利法案法》存在不一致。在2015年的“泰勒诉检察总长”案中,新西兰高等法院更进一步,提出法院可以像英国同行那样,针对议会立法直接、明确地发布不一致宣告。法院认为,虽然不一致宣告权缺少议会立法的授权,但是它内含在新西兰的法治传统中。本案于2017年又被上诉至新西兰上诉法院,上诉法院维持了高等法院的判决,确认了不一致宣告权的合法性。See *Moonen v. Film and Literature Board of Review* [2000] 2NZLR 9(CA); *Taylor v Attorney-General* [2015] NZHC 1706; *The Attorney – General v Taylor & ORS* [2017] NZCA 215.

[47] See Claudia Geiringer, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act*, 40 *Victoria University of Wellington Law Review* 613, 646 – 647 (2009).

[48] See A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, 2009, p. 128; A. Kavanagh, *The Lure and The Limits of Dialogue*, 66 *University of Toronto Law Journal* 83, 102 (2016).

义说与狭义说两种观点。广义说以霍格为代表。他认为,议会废止、推翻、回避以及接受司法判决,都是在开展对话。曼弗雷迪(Christopher Manfredi)反对广义说,认为按照这种定义,几乎所有的议会行为都可以被当成对话。曼弗雷迪进而提出了六个层次、两种类型的议会回应。一种是积极回应,即议会根据司法判决局部修改争议条款;另一种是消极回应,包括废除争议法律或条款、以新法取而代之、在最高法院作出判决之前先行采取措施、接受法院对争议法律所作的修改以及不作任何回应。其中,只有积极回应才是对话,消极回应通常表明议会在迎合司法判决,其作为独立的权利保障主体的能力没有得到充分释放,无法产生有效对话。^[49] 按照狭义说的标准,加拿大只有少数案件存在法院和议会的对话。^[50] 英国也有类似争论,有学者认为,当前议会已经对法院表现出过分的遵从,未来应当增强自身的回应性。^[51] 虽然新西兰法院的不一致宣告权是自我创设的,但由于议会的回应能力不足,只能在多数案件中予以接受。^[52]

广义说与狭义说的争论揭示了对话理论的一个难题:当议会服从司法判决的时候,很难判断议会作出该决定的原因到底是什么。议会既可能真诚地认为司法判决是正确的,也有可能出于其他和权利不直接相关的因素而接受司法判决。^[53] 实践中议会服从司法判决的原因主要有以下几点:第一,如前所述,议会认为司法判决的确是关于系争案件的最佳答案。第二,议会内部就如何回应司法判决存在不同意见,受制于政治力量的分散性以及议会表决规则对特定多数的要求等因素,难以形成必要的多数反对司法判决。^[54] 第三,如果系争案件涉及的保护对象只是社会中的少数,那么除非案件本身极度敏感,否则议会缺少足够的动力思考是否反对司法判决。第四,在某些情形下,议会基于功利计算也会决定服从司法判决。^[55] 如何理解上述诸因素对议会接受司法判决的影响程度,在一定程度上决定了人们对弱司法审查之制度效果的评价。

3. 法院在“再审查案件”中的立场

议会作出立法回应后,争议问题通常能够得到妥当解决,但回应性立法仍有可能被利益相关者诉至法院,从而形成所谓的“再审查案件”。在此类案件中,法院和议会已经进行过一次对话,议会的回应性立法通常表明它对系争问题进行了再次思考和权衡。有鉴于此,对回应性立法保持遵从似乎是法院理所应当的立场,但对话理论者没有接受这一预设。

霍格认为,在再审查案件中,所谓司法遵从只能说明法院意识到,针对特定权利与立

[49] See Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell, 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513, 520-521 (1999).

[50] See Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell, 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513, 521 (1999).

[51] See Danny Nicol, The Human Rights Act and the Politicians, 24 *Legal Studies* 451, 476 (2004).

[52] See Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2013, pp. 144-151.

[53] 图施耐特称之为“同意”(agreement)与“接受”(acceptance)的区别。See Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, p. 48.

[54] See F. L. Morton & Rainer Knopff, *The Charter revolution and the Court Party*, St. Clair Press, 2000, pp. 163-165.

[55] 例如在英国,如果议会不同意法院的判决并作出回应,当事人可能选择将案件上诉至欧洲人权法院,此时英国就有败诉的风险。为了回避这种风险,议会往往会选择接受国内法院的判决。See A. Kavanagh, The Lure and The Limits of Dialogue, 66 *University of Toronto Law Journal* 83, 113-114 (2016).

法的关系,议会结合各种社会科学知识、竞争性的利益关系以及社会资源的分配等因素,重新给出了答案,但议会的证明义务并不因此而削弱。具体而言,如果议会和法院关于立法是否侵犯权利没有根本分歧,只在保障手段上持有不同意见,那么此时司法遵从或许有其必要;但如果两者存在根本分歧,法院仍然认为立法有可能剥夺或者不合理地限制了权利,那么就应当采取和初次审查时相同的能动立场。^[56]

霍格的观点遭到迪克逊(Rosalind Dixon)的反对。迪克逊认为,法院在再次审查中仍然保持能动状态,将会使其和议会在相关问题上一直缠斗下去,鉴于法院在民众心中的崇高地位,议会将不得不向法院屈服,进而导致弱司法审查倒向司法至上模式。事实上,考虑到法院和议会在弱司法审查体制中的相互关系,法院在再审查案件中秉持遵从态度将是明智之选。这是因为,法院在初次审查中已经充分发挥了自身的权利保障能力,在再审查时要为议会留下充分的立法裁量空间。否则,法院可能“激怒”议会,导致其动用但书条款排除司法审查。不过,这种司法遵从也是有条件的。它要求回应性立法与初次判决间的异议是合理的,而且回应性立法应当认真考虑法院在初次判决中提出的意见。^[57]此外,司法遵从也不等于法院可以完全放弃自己在初次审查时的立场。和初次审查相比,法院在再审查案件中的立场不能过分偏移,即便修改了初次审查的结论,它也应当是合理的。^[58]

4. 权利法案解释权的归属问题

在上述问题中,霍格和迪克逊的关键分歧在于,当法院和议会之间的异议持续存在时,应当以谁的意见为准。该问题引起了广泛争论。它之所以重要,是因为这将决定弱司法审查在何种程度上区别于传统议会至上和司法至上体制。

作为“法院中心论”者,霍格一方面认为,在加拿大宪章之下的法院和议会是平等的关系。另一方面,他又主张宪章的最终解释权归法院,议会虽然也可以解释宪章,但在法院设定的权利框架内发挥其在公共决策领域的优势,寻找保障权利的合理方法。^[59]只在两种情况下,议会可以代替法院成为宪章的最终解释者:第一,客观环境发生了变化,议会可以适当调整对宪章的解释而不受此前法院解释的约束;第二,议会动用宪章第33条排除了司法审查,在至少五年的期限内可以优占对宪章的解释。^[60]罗奇基本同意霍格的分析,并进一步给出理由:作为民选机构,议会有动机将不受欢迎群体的权利最小化和碎片化,而法院却可以对立法和权利的关系进行详细的分析,从而为权利提供更周全的保障。^[61]

[56] See Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, Charter Dialogue Revisited or “Much Ado about Metaphors”, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 1, 48 (2007).

[57] See Rosalind Dixon, The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference, 47 *Osgoode Hall Law Journal* 235, 256 (2009).

[58] See Rosalind Dixon, The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference, 47 *Osgoode Hall Law Journal* 235, 269 (2009).

[59] See Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, Charter Dialogue Revisited or “Much Ado about Metaphors”, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 1, 32-33 (2007).

[60] See Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, Charter Dialogue Revisited or “Much Ado about Metaphors”, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 1, 34 (2007).

[61] See Kent Roach, Dialogic Judicial Review and its Critics, 23 *Supreme Court Law Review* (2nd) 49, 95-97 (2004).

有学者指出,按照霍格和罗奇的观点,对话在本质上是一场法院的“独白”,议会和法院的互动最多也只是一种“执行性对话”,这与餐厅服务员按照菜单上菜没太大区别。^[62]反对者借鉴美国批判法律学派的观点,认为以法院为中心的论点不仅是不民主的,而且长此以往还会影响乃至扭曲议会意志的表达,最终导致民主的衰落。^[63]为此,曼弗雷迪提出,只有当议会被认为是正当的宪法解释者并可以通过有效方式宣示此种解释时,才会存在真正的对话。^[64]那么,如何才能让议会在解释权利法案时拥有更大的话语空间?诺普夫和莫顿主张,一方面应当严格限制法院的作用,将其功能定位于解释和适用权利法案上,即便在此过程中会出现模糊地带,司法造法也必须以合理为限;^[65]另一方面,议会应当认真对待立法回应权,增强自身在权利法案解释工作中的作用。^[66]希伯特(Janet Hiebert)则强调从相互关系的视角对法院和议会进行定位,二者既要认识到自己的不足和对方的优势,也要在日常互动中各取所长,在相互促进中寻求对权利法案的最佳理解。^[67]

(三)对话理论对实践的影响

对话理论甫一问世便对司法实践产生了直接影响,这在较早建立弱司法审查体制的加拿大体现得最为明显。从法官在典型案例中的判决说理来看,对话理论对实践的影响主要包括以下四个方面。

首先,对话理论使部分法官认为司法审查权在本质上是符合民主原则的。在“瓦伦德诉阿尔伯塔”案中,对话理论第一次进入司法判决。雅克布其(Frank Iacobucci)法官在说理时指出,司法审查和对话的价值之一是,让每个权力分支都在一定程度上对其他分支负责,议会的工作要接受司法审查,议会也可以通过制定新法来回应司法判决,“各权力分支的责任机制和相互间的对话具有巩固而非否认民主程序的效果”。^[68]一年以后,巴斯塔拉什(Michel Bastarache)法官也提出,法院的任务是和议会开展合作与对话,从而确保在宪章设定的范围内,民主意志得到最清晰的表达。^[69]

其次,对话理论为法官支持或反对特定法律解释方法提供了依据。前述“瓦伦德诉阿尔伯塔”案的核心争议是,阿尔伯塔省《个人权利保护法》没有将性取向列为保护对象是否违反宪章第 15 条关于平等权的规定。加拿大最高法院认可了这一挑战,但没有宣告该法为无效,而是通过读入式解读,将性取向解释为受该法保护。雅克布其法官指出,通

[62] See Rainer Knopff et al., *Dialogue: Clarified and Reconsidered*, 54 *Osgoode Hall Law Journal* 609, 627 (2017).

[63] See Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513, 522 (1999); Andrew Petter, *Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious*, 52 *University of New Brunswick Law Journal* 187, 198 (2003).

[64] See Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513, 524 (1999).

[65] Quoted from Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?* McGill-Queen's University Press, 2002, p. 36.

[66] Quoted from Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?* McGill-Queen's University Press, 2002, p. 48.

[67] See Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?* McGill-Queen's University Press, 2002, p. 51.

[68] See *Vriend v. Canada*, [1998] 1 S. C. R. 493, at 566.

[69] See *M. v. H.*, [1999] 2 S. C. R. 3, at 182.

过读入式解读扩大保护性立法的适用范围并无不妥,它不是最终的解释方案,议会还可以通过新的立法作出回应。^[70]到了“小姐妹书店诉加拿大”案,雅克布其法官又反对通过读出式解读限缩《关税法》规定的淫秽作品范围,其理由是在议会没有明确表态之前,直接推翻立法可以催生出更多的变化,这“符合法院与议会进行对话的理念”。^[71]

再次,对话理论为某些司法判决类型提供了新的理由。为了更好地平衡权利救济与维护法秩序之间的关系,加拿大法院早在1982年就创造出“暂停无效宣告效力的判决”。^[72]法院宣告争议立法因违宪而无效,但判决通常在六个月或者更长一段时间内暂不生效,如果议会能够及时纠正违宪情形则该判决便不再生效。最初,最高法院为此类判决辩护的理由是,无效判决立即生效可能给公众造成危险、威胁法治以及导致公民的合法权益被剥夺。^[73]对话理论出现后,法院开始将其视为作出此类判决的理由。在“科比尔诉加拿大”案中,杜比(L'Heureux-Dubé)法官认为,法院在行使救济裁量权时,需要顾及民主原则,后者可以通过协商和对话实现,延迟无效宣告的生效日期可以为议会留出时间进行协商,更好地协调不同组织的利益与呼声。^[74]

最后,对话理论在再审查案件中还被用来为不同的立场辩护。前文提到,关于再审查案件中法院的立场,学者之间有能动和遵从的争论。事实上,两种立场同时存在于实践中,而且都曾以对话理论为自身辩护。在“女王诉米尔斯”案中,法院认为其自身并没有垄断关于如何保障权利的解释权,议会完全可以在新法中作出和司法判决不一致的规定,对此法院应当予以遵从。^[75]与之相对,在“索韦诉加拿大”系列案中,法院在第一次判决中认定《加拿大选举法》剥夺所有服刑人员投票权的规定违宪。作为回应,议会将剥夺选举权的对象限定在服刑两年及以上的人员。在第二次判决中,法院仍然认定修改后的新法违宪。多数意见认为,法院和议会之间的对话应当有底线,它没有要求法院无原则的接受和服从,法院仍然要对权利是否受到不合理限制独立作出判断。^[76]

三 对话理论存在的问题

通过上文的梳理可以发现,最初作为描述性概念的对话理论,在后续发展中出现了明显的规范性转向,开始就法院和议会如何行使权力提出指导意见。学者对对话理论的理解不同,提出的规范性主张存在差别,从而间接影响了司法实践中法官们对相同问题的不同看法。有鉴于此,描述性与规范性的混同遭到批判。卡瓦纳指出,对话理论最初意在通过比喻手法描述弱司法审查体制下法院与议会的关系,但“它经常把听众引向一个特定

[70] See *Vriend v. Canada*, [1998] 1 S. C. R. 493, at 578.

[71] See *Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada*, [2000] 2 S. C. R. 1120, at 1257.

[72] See *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S. C. R. 721.

[73] See *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S. C. R. 679, at 719.

[74] See *Corbiere v. Canada*, [1999] 2 S. C. R. 203, at 284.

[75] See *R. v. Mills*, [1999] 3 S. C. R. 668, at 670.

[76] See *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S. C. R. 519, at 577.

的评价性或规范性结论”。^[77] 一般而言,描述性理论的目的在于揭示和解释被描述对象的本质和特征;规范性理论旨在设定标准并为行为提供指导。描述性理论告诉人们对话“是什么”,规范性理论则指导法院和议会“怎样做”。区分两者的意义在于,它提示我们不能直接从前者过渡到后者,否则便违背了事实与规范的二分法。对话理论一旦脱离了描述性而进入规范性范畴,很容易引来质疑:对话在本质上只是一种行为,它不足以为法院和议会的其他行为提供依据,否则便是在进行自我论证。

作为一种新理论,对话理论在实践中向规范性的跳跃确实令人感到突兀。其原因或许在于,三个国家各自的权利法案只初步规定了法院和议会在权利保障中的权力和相互关系,至于这些权力具体该如何行使,法律没有也无法作出事无巨细的规定,留下了较大的自主发挥空间。鉴于传统议会至上理论一时无法为司法审查权的嵌入提供充分论证,以美国为代表的司法至上模式又遭到明确排斥,法院和议会都需要在新模式下为本机构的行为找到合适的理论依据。对话理论恰好迎合了法院和议会的此种需求,因而得以快速地成为指导实践的方案。但是,在热闹的表面背后,对话理论仍然是粗糙和单薄的,它没有形成一套逻辑自洽的论证方法,以至于实践中即便有关主体援引了对话理论也更多是在进行自我印证,其说服力有限。

具体而言,对话理论主要存在三方面问题。首先,既有讨论没有充分阐发弱司法审查所承载的价值内容,在“是什么”和“怎样做”之间,没有说明弱司法审查“为什么是好的”。这也正是对话理论的规范性转向饱受质疑的关键原因。事实上,民主曾一度被当作此问题的答案,主要有两种进路。其一,把弱司法审查视为民众的选择,因而具有民主根基。该理由的论证力度有限:在法院和议会的日常运作中,作为整体的民众很难对它们施加影响;而且,该理由也没有再进一步论证弱司法审查究竟在何种意义上可以实现民主价值。其二,认为对话理论可以克服或极大消解法院面临的“反多数难题”,因而是民主的。此种观点把司法审查置于民主的对立面,认为其民主根基的缺失可以通过议会的立法推翻权得到补足。问题在于,这不仅没有改变司法审查的反多数性质,^[78]而且也忽视了法院在弱司法审查体制下的积极作用。此外,该观点也没有说明,如果议会没有行使立法推翻权,是否意味着法院作出的司法判决一定是反民主的。

其次,对话理论对弱司法审查的描述性有余但解释力不足。通过现有理论,人们可以在形式上大致了解弱司法审查与司法至上和传统议会至上体制的区别。然而,一项制度是新的并不意味着它是合理的。在传统议会至上体制的支持者眼中,弱司法审查是对民主的背叛;在司法至上体制的拥趸看来,弱司法审查则是相关国家变革不彻底的产物。针对这一局面,弱司法审查需要为自己正名。要实现此目标,简单的描述显然不够,还应当通过制度背后的理论梳理,说明弱司法审查这种新体制为什么是可能的。

最后,由于弱司法审查的价值没有得到充分揭示,导致其“在规范层面陷入了不可

[77] See A. Kavanagh, *The Lure and The Limits of Dialogue*, 66 *University of Toronto Law Journal* 83, 89 (2016).

[78] See Ewing, “Human Rights”, in Cane and Tushnet (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003, p. 309.

知论”,^[79]没有提出可被普遍适用的具体工作规范。法院和议会都可能根据自身对该问题的理解和认识作出行为,因而会出现取向各异甚至截然相反的司法行为都以对话理论为依据的现象。以上三方面问题共同造成的结果是,对话理论关于弱司法审查制度必要性的论证是非常脆弱的,需要予以补强。

针对对话理论暴露出来的上述问题,本文将从三个维度对其进行完善。第一,在理论维度论证弱司法审查何以成为独立的制度类型。为此将充分利用现有学说资源,说明弱司法审查不是英联邦国家强行标新立异的产物,而是存在相应的理论基础。第二,在价值维度论证弱司法审查所能促进或实现的各种价值,证明它是值得追求的。第三,以弱司法审查承载的特定价值为指导,提出议会和法院在行使权力时应当遵循的基本准则。

四 重构对话理论

(一) 弱司法审查何以成为独立的制度类型

英联邦国家在制定权利法案的过程中,支持者和反对者进行了激烈争论。前者推崇以法院为中心的权利保障模式,后者认为传统议会至上体制可以继续为权利提供保障。在看似对立的两大阵营之间存在若干共识,为弱司法审查这种新的制度类型留下了理论空间。

首先,司法审查并不必然要求司法至上。在反对权利法案的阵营中,法院成为众矢之的,“司法至上”则是重点批判对象。格里菲斯(J. A. G. Griffith)认为,由法官直接裁定权利纠纷不符合“通过斗争获得权利”这一现实逻辑;^[80]瓦尔德龙认为由法官说了算会限制人民自我统治的能力。^[81]此外,贝拉米对于“少数人暴政”的想象,^[82]也以司法至上为前提。然而,权利法案的支持者们并没有鼓吹司法至上,而是更多在为“法官有能力保障权利”这一命题辩护。迪克逊关于司法审查有助于消除“立法盲点”和“立法迟滞”的观点赋予了法院拾遗补缺的角色,并非要直接取代议会的地位。在回应瓦尔德龙的文章中,法伦(Richard Fallon)也指出,从结果意义上看,法院对于提高共同体的权利保障水平是大有裨益的。为此,他区分了“不具有最高地位的权利法案和司法审查”“具有最高地位的权利法案但没有司法审查”以及“具有最高地位的权利法案和司法审查”三种情形并分别为之辩护,^[83]“司法至上”只是其中一种情形而已。

应当看到,“法官有能力保障权利”和“法官应当掌握最终决策权”并非同一命题,由

[79] See Andrew Petter, *Twenty Years of Charter Justification: from Liberal Legalism to Dubious*, 52 *University of New Brunswick Law Journal* 187, 194 (2003).

[80] See J. A. G. Griffith, *The Political Constitution*, 42 *The Modern Law Review* 1, 17-18 (1979).

[81] See Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 18, 28 (1993).

[82] See Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, 2007, pp. 27-49.

[83] See Richard H. Fallon, *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 *Harvard Law Review* 1693, 1720-1728 (2008).

前者未必能推导出后者。那么,反对者能否接受前一命题?本文倾向于肯定的答案。如果不把法院作为解决权利纠纷的最后一环,而将其视为一种建设性的、对最终结果具有影响力的方案提出者,同时降低诉讼成本,适当放宽资格要件,反对者们的批评意见便在很大程度上失去了威力。在实践中,英联邦国家正是按照“法官有能力参与权利保障工作”而非“法官说了算”的逻辑建构司法审查权的,与双方学者的理论主张不存在根本冲突。

其次,重视民主的价值及其实现方式。双方学者不仅认可民主作为权利保障模式的价值基础,而且均重视代议制政体之下民主的实现方式。前已述及,平等参与是瓦尔德龙理论体系的核心,他将民主视为实现平等参与的最佳方法,主张国家应当尽可能为公民提供平等参与政治的机会,只有这种民主才是值得追求的。作为权利法案的坚定支持者,德沃金同样看重公民平等参与政治的价值,他的“合宪性民主”理论把平等参与作为内在要求。^[84]只不过,德沃金从现实出发,认为实际运行中的议会并不能完全实现这一目标,司法诉讼则是应对这一弊端并帮助公民控制政府官员的重要手段。弱司法审查一方面赋予了法院有限度的司法审查权,为公民在选举之外提供了参与公共事务的渠道;另一方面则避免司法审查成为议会民主的障碍,仍然将议会视为最重要的政治参与平台。就此而言,它可以满足双方学者对权利保障模式之民主性的期待。

最后,接受议会应受约束的理念。传统议会至上体制的支持者在批判司法至上的同时没有放弃对议会本身的批判性反思。格里菲斯关于英国“发生的每一件事都合宪”的说法曾被视为议会不可能违宪的代表性观点。然而应当看到,格里菲斯这一说法成立的前提是议会自身符合特定的规范要求。为此他专门提出“政治决定要由可以被替换的人来做”“增强政治家的责任性和应责性”等主张,^[85]还建议英国强化上议院的制衡功能,建设一个更加透明、开放的政府。^[86]作为格里菲斯主张的继承者,汤姆金斯(Adam Tomkins)主张通过健全政治责任制等方法复兴共和主义观念,实现“无支配的自由”;贝拉米则看重完善民主过程对于实现自由的意义。^[87]总而言之,议会不能为所欲为,要接受各种约束和限制。对于权利法案支持者们而言,这是一个被普遍接受的命题。迪克逊之所以支持司法审查,就是因为他看到日常立法过程中存在的各种弊端需要法院予以补足。德沃金在他的早期作品中,曾论及所谓“政治责任原理”,暗示议会有义务正直地、一贯地、负有责任地立法;^[88]后来的“合宪性民主”理论更是从定义上把议会民主理解为应受限制的集体意志,要求平等对待每一个公民,不能单凭多数人的喜好去压制少数人的选择。在弱司法审查体制下,虽然司法审查权是有限的,但它仍然可以通过违宪或者不一致宣告,促使议会重新考虑争议立法。它在更大范围内还能唤起民众的注意,进而制约议会的行为。

[84] 参见[美]罗纳德·德沃金著:《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2013年版,第21-22页。

[85] See J. A. G. Griffith, *The Political Constitution*, 42 *The Modern Law Review* 1, 16 (1979).

[86] See J. A. G. Griffith, *The Political Constitution*, 42 *The Modern Law Review* 1, 18 (1979).

[87] 对格里菲斯、汤姆金斯和贝拉米规范性主张的梳理可参见何永红:《政治宪法论的英国渊源及其误读》,《清华法学》2014年第3期,第38-40页。

[88] 参见[美]罗纳德·德沃金著:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第140-147页。

(二) 弱司法审查能够促进或实现的价值内容

通过上述梳理可知,和传统议会至上和司法至上体制相比,弱司法审查体制的独特性在于,它注重充分发挥法院和议会各自的权利保障能力,避免其中一方居于垄断地位,在机构间的互动交流中得出最为妥当的权利保障方案。就此而言,对该体制之价值的考量不能只着眼于作为个体的法院或议会,而是要从二者相互关系的角度来观察。本文认为它至少包括三个方面。

第一,弱司法审查有助于促进议会和法院优势互补,优化权利保障方案。随着社会关系的复杂化,当前权利发展的趋势之一是传统上消极权利和积极权利的界限日益模糊,权利的实现越发依赖国家通过立法对有限社会资源的合理分配。权利和法律的关系因此更加紧密,立法的目标是否正当、手段是否合理会直接影响权利能否以及在多大程度上得到实现。对此,议会和法院均有自己的判断。一般而言,议会判断程序往往以利益为导向。其优势在于,当权利与立法发生冲突时,更清楚立法的必要性;当不同权利之间发生冲突时,可以制定与之相关的社会资源分配方案以解决争议。司法判断程序通常以权利为导向。其优势在于,对立法目的是否正当进行二次判断,通过法律推理判断解决争端的立法手段是否合理。在传统议会至上体制下,议会对权利和立法的关系享有绝对发言权,法院只能在非常有限的范围内施加影响。^[89]在司法至上体制下,法院的功能可以深度渗入到公共政策领域,但其给出的权利保障方案不一定得到完全兑现。^[90]从初次审查到议会回应再到再次审查,弱司法审查铺平了议会和法院交互影响的道路,提高了议会的说理意识,增强了司法判决的公共政策依据。由此为权利提供的保障在形式上可能不是最大幅度的,但却是更具可接受性和可获得性的。

第二,兼顾民主和自由价值,提高“总体政治正当性”。在为司法至上体制辩护的过程中,法伦提出了“总体政治正当性”的概念,在接受民主原则的同时,强调权利保障的实际效果同样是有价值的:虽然法官可能存在过分实施权利的问题,但这好过权利实施不充分。^[91]此概念同样可以被用来论证弱司法审查在民主和自由两个维度的积极作用。就民主维度而言,平等的公民参与只是一种理想状态,在代议制之下无法完全实现。如前所述,司法审查为其提供了另一种渠道,是对民主的有益补充。此外,为实现平等参与所必需的积极公民观念要求每一位公民都能认真对待权利,^[92]这在现实中也颇具难度。来自法院的违宪或者不一致宣告此时可以发挥倒逼作用,促使议会及其背后的选民妥善解决权利分歧,进而提高民主质量。就自由维度而言,弱司法审查一方面为法院保障权利提供

[89] See Colm O' Cinneide, "Human Rights and the Constitution", in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution (8th edition)*, Oxford University Press, 2015, pp. 69 - 71.

[90] 例如,为了消除教育领域的种族歧视现象,美国联邦最高法院通过“布朗诉教育委员会案”判定校区隔离的做法违宪。为了更好落实这一目标,法院甚至发明了校车接送系统,但随着美国中上阶层离开城市前往郊区居住,上述目标又面临新的挑战。详细讨论可参见张千帆著:《西方宪政体系(上册·美国宪法)》,中国政法大学出版社2004年版,第353-357页。

[91] See Richard H. Fallon, The Core of an Uneasy Case for Judicial Review, *121 Harvard Law Review* 1693, 1709 (2008).

[92] See Jeremy Waldron, A Right-Based Critique of Constitutional Rights, *13 Oxford Journal of Legal Studies* 18, 36 (1993).

了作为空间,另一方面也降低了议会回应司法判决的难度,无论议会是否同意法院的观点,都可以及时作出回应,从而为权利提供高效救济。

第三,凝聚权利共识,推动法律发展。对此同样可以通过与传统议会至上和司法至上体制的比较加以说明。在传统议会至上体制下,如果议会立法程序有意无意地忽视了少数群体的权利,那么少数群体要么等待多数人的自我纠正,要么采取极端措施表达利益诉求。前者是一种低效的方法,后者则容易引发社会动荡。在司法至上体制下,司法判决虽然可以为权利提供及时保障,但同样可能引发争议。由于司法至上本身的民主性成疑,由大法官来裁决公众意见分歧较大的案件会使社会更加分裂,美国历史上的“德雷德·斯科特案”“罗伊诉韦德案”便是例证。^[93] 从弱司法审查的各制度要素来看,它具有较强的实验主义品格。具体而言,它鼓励法院和议会积极主动地表达关于权利问题的见解,当出现分歧时,没有简单地诉诸“少数服从多数”或者“大法官说了算”,而是将其置于法院和议会的互动过程中,不断寻找彼此间的权利共识。倘若议会同意司法判决的观点或者法院没有再次对议会立法作出否定评价,那么由司法判决或议会立法传达出的权利观念便意味着共识的形成,它将构成权利在未来发展的新基础。在此过程中,法律乃至作为“高级法”的权利法案本身的含义也能够得到更新和发展。

(三) 运行良好的弱司法审查制度对议会和法院的要求

上述诸价值的实现要求弱司法审查制度处于良好的运行状态,从而对议会和法院提出了较高要求。应当指出,这些要求根据上述价值推导而来,不具有强制性,只是工作方法上的指导。本文将其概括为共性要求和个性要求两个层面。

共性要求同时针对议会和法院,主要内容有三点。其一,应当认真对待权利。在实践中,“认真对待权利”不是一项空洞的口号,它要求法院和议会把提供更优质的权利保障方案作为行使权力的目标,不能为了争夺对法律的解释权而意气用事,以至于对话沦为无意义的争吵。其二,应当充分行使权力。在保障权利方面,法院和议会各有其优势,这些优势的发挥有赖于二者积极行使权力。尤其在涉及疑难案件时,法院和议会要主动提出本机构的观点,在互相学习中不断丰富争议的解决方案,而不能消极待之、逃避责任。其三,应当对彼此保持尊重。此要求会因弱司法审查的不同类型而分别有所侧重。在加拿大这种司法审查权较大的国家,法院有权宣布议会立法因违宪而无效,此时法院应当认真听取议会提出的权利见解,不能武断地行使权力。在英国和新西兰这种法院无权推翻议会立法的国家,则偏重于强调议会的开放性和反思性,能够吸取法院的合理见解并将其纳入新法之中。

针对法院的个性要求主要指向能动的司法立场,同时也要求法院有界限意识。一方面,司法能动有助于法官把权利法案赋予的权力充分发掘出来并加以利用。另一方面,司法能动也应当是有节制的。虽然从理论上讲,在弱司法审查体制下,无论法院在司法审查中如何能动,议会都可以通过普通立法将其推翻,从而掌握最终决定权,但正如本文所揭示的那样,实践远比理论复杂得多。议会的立法回应权虽然堪称弱司法审查体制的“民

[93] See *Dred Scott v. Sandford*, 60 U. S. 393 (1857); *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

主安全阀”，但这并不意味着法院可以以此为依据肆意地开疆拓土。前文提到，议会不回应司法判决，既可能是因为同意该判决，但也可能因为该问题富有争议而难以回应。此时法院倘若无节制地发挥能动性，深度介入此类问题，很可能非但不能解决争议，反倒加剧了分歧，甚至引发公众对法院本身的质疑。从最早建立弱司法审查体制的加拿大算起，法院获得司法审查权的历史才三十余年，其民主性在英联邦国家至今仍受质疑，更不可能像美国大法官那样可以和国会分庭抗礼。因此，对于法院而言，“小步快进”是比“大步流星”更为明智的选择。落实到具体个案中，法院应当尽可能通过必要的法律解释化解立法与权利法案之间的不一致，但司法权也不能过分干预立法权，法院对立法的解释应当以不超过相关条款的语义射程为限。超出语义射程的解释尽管可以为权利提供保障，但往往会因为过分牵强而被认为背离了议会立法目的，构成对立法权的不当侵入。^[94] 此时法院应当及时作出违宪或者不一致宣告，提醒议会解决相关问题。

针对议会的个性要求主要指向立法回应环节，要求议会在司法判决作出后认真思考是否同意法院的观点以及是否需要采取相应的回应措施。这对议会制度建设提出了更高要求。对照英联邦国家的实践可以更加真切地说明此项要求的重要性。加拿大联邦众议院“正义与人权委员会”和参议院“法律与宪法事务委员会”均有权处理与宪章相关的事宜，但它们都不是专门处理此类事务的机构。而且，议员获得信息的渠道有限，限制了议会审议能力的发挥。^[95] 类似地，新西兰议会内部也没有一个专门负责实施《权利法案法》的委员会。与权利相关的争议被分配给各专门委员会负责，但这些争议未必是专门委员会所擅长的领域。^[96] 相比之下，英国在《人权法》生效后在议会内部设立了由上议院和下议院各六名议员组成的“议会人权联合委员会”，专门负责研究处理与《人权法》相关的问题，这在一定程度上避免了加拿大和新西兰议会审查不力的状况，但也存在审查时间过于仓促、审查结果对议会缺乏约束力等问题。^[97] 因此，在议会内部，为了形成关于权利保障问题的充分辩论，要配之以适当的时间、智力和职权等资源；在议会外部，应当增强各种审议意见的透明度，建立必要的公民参与机制降低议会作出功利或投机行为的可能。总而言之，能否为议会匹配与其地位相适应的审议能力，是影响弱司法审查制度健康运行的重

[94] 例如，在加拿大，读入和读出式解读有时会明显超出议会立法的语义射程并因此引发争议，从而要求法院对相关解释方法的使用要以尊重宪章和议会立法目标为前提。在英国，法官对议会立法的解释需要符合该法的“纹理”，不能违反其根本目标。在新西兰，法院曾在判决中明确表示，通过突破议会立法含义的方式保障公民权利在新西兰行不通。See Robert J. Sharpe, Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, Irwin Law, 2017, pp. 447-451; Re S, Re W [2002] 2 A. C. 291, at 40; R. v. A. (No. 2) [2002] 1 A. C. 45, at 108; Ghaidan v. Mendoza [2004] 3 W. L. R. 113, at 121; R. v. Hansen [2007] 3 NZLR 1 (NZSC), at 158.

[95] See Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?* McGill-Queen's University Press, 2002, pp. 16-17.

[96] 例如，在审议《海岸与河床法案》之前，从专业性角度看，鉴于该法案主要涉及毛利人的财产权问题，所以毛利人事务委员会本应是最佳选择。但是，负责此法案的内阁部长却将其送交渔业委员会审议，但事实上该法案与渔业问题并无太大关联。这是因为在政府看来，渔业委员会比毛利人委员会更有可能支持政府的立场从而使法案更容易获得通过。See Claire Charters, Responding to Waldron's Defence of Legislatures: Why New Zealand's Parliament Does Not Protect Rights in Hard Cases, 4 *New Zealand Law Review* 621, 640-641 (2006).

[97] See Janet L. Hiebert, Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights? 4 *International Journal of Constitutional Law* 1, 23-27 (2006).

要因素。

综上,对话理论不应局限于对弱司法审查体制的简单描述或空洞指导,而是要成为内涵丰富的宪法理论。它告诉人们弱司法从何而来、具有何种价值以及该向何处去,连接着该制度的过去、现在与未来。经过重构的对话理论更具包容性和普遍性,可以在不同程度上被具有相同或类似制度背景的国家参考和借鉴。接下来需要回答的问题是,在证成弱司法审查体制的必要性方面,和其他方案相比,经过重构的对话理论在何种意义上成为一个更优选择?对此可以从两个方面展开。

其一是理论的解释力。就对弱司法审查体制的描述而言,前文提到,瓦尔德龙在阐述其民主理论时只提到不反对英国和新西兰的弱司法审查体制,但没有从正面详细说明为什么有限度的司法审查是可以被接受的。普通法宪治主义理论虽然可以在一定程度上解释法院权力的扩张,但这距离该理论之下的“法官说了算”仍然有不小差距;当然,它更无法解释议会为何能够掌握立法推翻权。就对弱司法审查体制之价值的揭示而言,民主理论和普通法宪治主义理论分别以民主和自由为目标,没有充分注意到兼顾两者的可能。对话理论借鉴了它们的论证思路,在重视议会和法院各自作用的同时,进一步从二者关系的角度阐释弱司法审查体制凝聚共识的功能,以更加稳妥的方式促进民主和自由的协同实现。

其二是理论的建构力。在瓦尔德龙的民主理论之下,每一位公民都应当而且能够主动思考和判断与自身相关的权利分歧,因而预设了一种积极的公民理念。然而,此类公民是否普遍存在于真实世界中是值得追问的。如果据此建构权利保障机制而罔顾现实中公民在权利争议面前的复杂心态,有可能导致民主的名不副实,权利保障效果也会受到不利影响。普通法宪治主义理论则预设了理想的法官角色。它要求法官应当深谙本国法治传统,准确地进行价值权衡,审慎地展开法律论证,从而接近德沃金笔下的“赫拉克勒斯”。在普通法传统的影响下,英联邦国家的法官固然拥有较高的司法裁判能力,但随着社会关系的复杂化,权利的外部性日渐增强,对传统上积极权利和消极权利的保护都可能带来社会政策的变化,法官能否因应此种变化并妥当解决权利分歧则不无疑问。相比之下,对话理论着眼于现实,直面客观世界里法官和议员的真实能力,没有赋予其过高期待,因而更具可操作性。

五 结 语

与传统议会至上及司法至上体制相比,弱司法审查还很年轻,其根基并不稳定。对话理论虽然在一定程度上说明了弱司法审查体制的新颖性,但它关于该体制之必要性的论证并不成功。针对此问题,本文重构了对话理论,搭建起包含三个层次的理论体系,分别论证弱司法审查体制何以可能、为何可欲以及如何可行,提供了兼具解释性与建构性的证成方式。尽管如此,新的对话理论仍然存在较大发展空间。在解释性维度上,法院和议会围绕生效法律的对话固然是弱司法审查体制的突出特征,但同时也要看到,注重在立法过程中对法律草案的合宪性控制同样是该体制的重要内容,而此时的行为主体却变成了政

府和议会。能否将对话理论拓展到立法审议阶段,把该阶段的政府和议会同样视为对话主体,还有待详细论证。在建构性维度上,对话理论提出的对议会和法院的具体要求可以在多大程度上被二者所接受,也需要加以观察。这些都要求对话理论保持开放性和反思性,在与实践的积极互动中适时地进行自我调整和完善。

目前,在我国已经出现了对话理论进行转化应用的尝试。笔者认为,我们在比较和借鉴之前,必须充分认识到,尽管对话理论为弱司法审查体制提供了一种新的证成方式,但它仍然立足于西方国家的政治传统之上,以分权制衡为基本框架,只不过更加强调法院和议会沟通与合作的一面。对于对话理论的这种自由主义底色,我们必须保持充分警惕,不跟风,不盲从。对于该理论的某些合理成分,则可以批判性地加以借鉴。例如,对话理论并没有抛弃议会至上体制,而且还要求加强议会制度建设,提高议会审议能力。在我国正在着力推进的合宪性审查工作中,人大及其常委会无疑居于主导地位,此种地位的实现还需要制度层面的有力支持。在此问题上,英联邦国家采取了一些措施,积累了一些经验和教训,可以为我国相关工作提供一定参考。但无论如何,都应当从我们自己的政治和法律传统出发,在我国宪法确立的权力框架下作出符合国情的制度安排。

[本文为作者主持的2018年度中国博士后科学基金第64批面上资助项目“合宪性审查的权力配置研究”(2018M641584)的研究成果。]

[Abstract] The weak-form judicial review in Commonwealth countries, as a new type of rights protection system, has attracted much attention from scholars and the necessity of this new model, with the relationship between the court and the parliament as its main content, has become a key question in the field of comparative constitutional law. Since its emergence, the dialogue theory has rapidly become a dominate paradigm for answering this question. This new theory covers all links of the interaction between the court and the parliament and has a profound influence on judicial practice. During the follow-up development, the nature of the dialogue theory has gradually changed from a descriptive one to a normative one, which means it began to guide judges and legislators on how to exercise their power. However, the dialogue theory fails to fully demonstrate the peculiarity and values of weak-form judicial review. As a result, its normative transformation has been criticized and some supplements and improvement are needed. After reconstruction, the new dialogue theory is both interpretive and constructive and it has three levels, which demonstrate why weak-form judicial review is possible, why it is valuable and how it should operate. In spite of this, the new dialogue theory is not perfect and still needs to be adjusted and updated in the process of interaction with the practice.

(责任编辑:田 夫)