

司法审查与民主——矛盾中的共生体？

张千帆*

内容提要:本文的目的在于消除一个误解:司法审查和民主是相互冲突的。本文通过比较世界各国的宪法文本以及某些国家的制度运作,探讨了司法审查在世界范围的历史、功能和实践,重点是司法审查制度在新兴宪政国家的发展。虽然在司法审查的主体、对象、性质和程序上,不同的审查模式具有显著不同的特征,但都是为了实现保护自由和抗衡专制的共同目的。因此,司法审查和民主都同样履行着反专制职能——如果民主是为了抗衡少数人的专制,那么司法审查是为了抗衡民主体制下的多数人专制。在这个意义上,司法审查和民主之间确实存在一定的矛盾,但在本质上是一对相互依存、相互补充和相互制衡的共生体。

关键词:司法审查 民主 马伯里诉麦迪逊

张千帆,政府学博士,北京大学宪法与行政法研究中心教授。

一 引言

第二次世界大战结束以来,民主和司法审查构成了各国宪政的两大支柱。^[1] 根据笔者对世界上195个国家和地区的最新统计,司法审查制度的覆盖率高达89%,其中有165个国家或地区的宪法(或基本法)文本规定了某种形式的司法审查制度。而美国、以色列、冰岛、北欧三国以及中国港澳地区虽然没有明确规定,但是通过司法实践建立了司法审查制度。^[2] 如果说民主已经成为各国宪法文本不可抗拒的标志,那么司法审查也同样代表了当今世界不可逆转的大趋势。

中国1982年宪法没有规定司法审查制度,但是在2001年齐玉苓案引发关于“宪法司法化”的讨论之后,司法审查制度成为中国宪法学界关注的焦点。^[3] 宪法学者一般认为,尽管

* 在收集资料过程中,笔者曾得到北京大学宪法与行政法研究中心研究生毕雁英和黄岳的帮助,特此感谢。

[1] 见以色列最高法院在1995年的具有里程碑意义的决定:United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village, C. A. 6821/93, 49(4) P. D. 221 (1995)。本文的“司法审查”是指司法性质的机构依据宪法审查法律、法规、规章或其他法律规范的行为。

[2] 和世界上的民主制度一样,除了美国(1803年)、印度尼西亚(2003年)、阿富汗(2004年)、伊拉克(2005年)等极少数国家之外,绝大多数国家或地区的司法审查制度都是在20世纪建立的。参见张千帆:《从宪法到宪政——司法审查制度比较研究》,《比较法研究》2008年第1期。

[3] 最高法院在该案中批复:“根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。”《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》,法释[2001]25号。

宪法没有明确规定,司法审查制度和我国现行宪法体制并不存在根本冲突。^[4]事实上,虽然司法审查制度的建立要求修改个别宪法条款,但它在中国不仅是必要的,而且在现行宪法框架内也是可行的。^[5]然而,少数学者最近试图从理论上论证,司法审查不仅和我国人大制度相抵触,而且也不符合1982年宪法的“原意”。但这些论点并不足以推翻宪法学界业已达成的通论。更何况“司法审查”概念的范围很宽,并不仅限于针对议会立法的审查,因而建立在“人大至上”基础上的反论甚至可以说是完全不相关的。^[6]

至于司法审查制度是否为1982年宪法的起草者和决策者所预见或支持,并非问题的关键所在。当时我国改革刚开始不久。经过近30年的改革开放之后,中国社会发生了翻天覆地的变化,宪法学说和公民的权利意识也取得了长足的进展,而这些进展不可能不影响我们对1982年宪法的解释。如果说美国等发达国家的宪法是一部“活的宪法”,^[7]那么剧变过程中的中国宪法又何尝不是如此?

本文所探讨的是一个更为普遍和实质性的问题——司法审查和民主之间的关系。自从1803年的马伯里诉麦迪逊案判决之后,司法审查就一直面临着“反多数主义难题”。^[8]司法审查就是由不直接对选民负责的少数几位法官审查多数选民选举产生的过半数议员所通过的法律,当然是“不民主”甚至是“反民主”的,而法国等国正是出于这个理由长期有意识地抵制司法审查制度。^[9]事实上,民主传统最悠久的英国至今仍然坚守“议会至上”的阵地,拒绝通过成文宪法,司法审查当然也就无从开始。从表面上看,司法审查和民主之间似乎存在着难以调解的冲突,而这种冲突也正是国内少数学者反对司法审查的理由。然而,冲突只是表面现象,而且只是在民主宪政相对成熟之后才可能发生的表面现象。我们习惯于看到美国等宪政发达国家谈论司法审查的“反多数主义难题”,却往往忽视了一个基本事实:司法审查和民主是高度重叠的——凡是有效施行司法审查的国家都是民主国家,而除了英国、荷兰、新西兰等个别例外,几乎所有民主国家都采取了司法审查制度。^[10]

二 司法审查制度的发展历程

(一) 司法审查制度的滥觞与消沉

自1803年的美国经典判例“马伯里诉麦迪逊”之后,司法审查制度经历了一个相当长的“休眠期”。在此后的一个多世纪里,除了法国的持续和积极抵制之外,这项制度甚至没

[4] 参见王磊:《宪法司法化》,中国政法大学出版社2000年版;周伟:《宪法的监督、实施与解释》,载张千帆、肖泽晟主编:《宪法学》,法律出版社2004年版,第91-92页。

[5] 参见张千帆:《认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性》,《中外法学》2003年第5期,第560-580页。

[6] 反对司法审查的论点一般将此概念局限于针对议会立法的审查。当然,一旦“宪法司法化”之后,法院是可能依据宪法审查乃至撤销国家法律的,但是完全可以设计有限的司法审查制度,专门针对法规(尤其是地方性法规)、规章以及规章以下的规范性文件进行审查,从而避开任何理论上的纷争。参见张千帆:《建立中国的法律规范审查制度——兼对修宪理论的一点探讨》,《战略与管理》2004年第2期,第61-69页。

[7] “living constitution”,参见T. C. Grey, Do We Have An Unwritten Constitution? 27 *Stanford Law Review* 703-717。

[8] “Anti-majoritarian difficulty”,参见A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd Ed.), New Haven (Connecticut): Yale University Press (1962); J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge: Harvard University Press (1980)。

[9] 参见张千帆:《认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性》,《中外法学》2003年第5期,第560-580页。

[10] 对于司法审查和民主的兼容性,参见E. V. Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, 66 *Harvard Law Review* 193-224 (1952)。

有引起大多数国家的关注,以致在整个 19 世纪的绝大部分时期,美国可以说是实行司法审查的“孤家寡人”。在此期间,欧洲少数国家曾试图移植美国模式。1789 年 7 月 11 日,拉法伊特(La Fayette)将美国《权利法案》的草案介绍到法国,开始了欧洲借鉴美国宪法的努力,但获得成功的只有瑞士和三个北欧国家。1814 年的挪威宪法没有规定司法审查,但是从 1890 年代开始,最高法院的判例肯定了司法审查。在 1885 - 1930 年期间,法院判决二三十项法律违宪。^[11] 由于宪法文本没有明确规定衡量法律合宪性的标准,法院只有发展不成文的宪法原则来约束立法。类似的,丹麦宪法没有规定司法审查,但 1921 年的判例审查了要求为公共目的的财产征收必须给予完全补偿的法律,结论是法律并不违宪。1809 年的瑞典宪法没有规定司法审查,但在 1964 年 11 月 13 日的著名判例中,最高法院为了将宪法惯例转化为成文法,打破了宪法沉默并行使了司法审查权。^[12] 虽然 1975 年的宪法文本也没有规定司法审查,但 1978 年议会通过的修正案最终明确规定了这一制度。当然,和美国相比,北欧国家的司法审查仍然是极为温和并极少使用的。在瑞士,除了在联邦审判庭(Federal Tribunal)直接提起诉讼之外,普通人一般也可以在普通法院申请审查。根据联邦法律超越州法的原则,瑞士法官一般有权不适用违反联邦宪法的州法。但在 2000 年修宪之前,瑞士的司法控制仅限于针对各州法律,而不能针对联邦法律的合宪性。

在欧洲其他地域,美国模式可以说是遭遇了“滑铁卢”。20 世纪之初,罗马尼亚和希腊法院都曾拒绝适用违宪法律,1911 年的《葡萄牙宪法》第 63 条明确授权法院不适用这类法律,但是这些制度并没有持续下来。^[13] 在两次大战之间,欧洲各国也曾试图移植美国的司法审查制度。根据《魏玛宪法》第 102 条,1925 年 11 月 4 日帝国法院决定判决普通法院具有司法审查的义务。然而,帝国法院却从来没有依据宪法而决定任何具体案件,除了有关平等权的有限判例之外也没有为个人权利提供任何保护。这种状况即使在战后也没有改观。1948 - 1956 年间,在宪政法院正式运行之前,意大利最高普通法院实验了美国模式,代行司法审查之职,但终究功败垂成。究其原因,首先是在此期间,欧洲国家的宪法并不是最高的法律。在法国第三共和时期,假如议会遇到法院的司法审查障碍,可以通过简单多数再次肯定原先的立法;在德国魏玛共和时期,根据宪法第 76 条规定的 2/3 多数通过的法律可以“实质性偏离”宪法规定并削弱基本权利,相当于在没有明确修宪的情况下改变宪法。更重要的是,欧洲法院在传统上就无权解释宪法:“在美国,宪法是神圣的;在欧洲,‘法律’——立法——是神圣的。”欧洲法官在心理上也不习惯行使司法审查所涉及的价值取向的准政治职能。他们一般是“职业”法官,其职业训练主要在于立法的技术性而非政策性适用,而宪法的实施则比普通立法解释要求更高的司法自由裁量权。^[14] 这也是为什么奥地利宪法之父凯尔森认为司法审查带有立法而非纯粹的司法特征,因而美国模式似乎确实不适合欧洲国家的“胃口”。在凯尔森等人的倡导下,奥地利等少数国家在 20 世纪 20 年代前后实行了新的司法审查制度,从而开拓了目前世界通行的另一大司法审查模式,但是欧洲模式的确立

[11] Louis Favoreu, *Constitutional Review in Europe*, in Louis Henkin and Albert J. Rosenthal (eds.), *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad* (1990), pp. 38 - 59.

[12] Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press (1989), p. 134, n. 65.

[13] Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press (1989), p. 135, n. 67.

[14] Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press (1989), p. 45.

和普及还得等到法西斯统治和战争结束之后。^[15]

司法审查的长期沉寂是完全正常的,因为无论是欧洲还是美国模式,司法审查制度都是建立在政治民主基础上的对多数主义游戏规则的一种“反动”。如果民主制度没有真正建立起来,那么这个国家的司法审查制度不仅存在阻力、缺乏动力,而且几乎完全成了“无的放矢”——司法审查就是为了制约民主而设计的,因而必然会因为民主的缺位而失去存在理由。当然,有些民主国家未必感受到司法审查制度的绝对必要性,或者在权衡利弊之后选择放弃——例如1958年之前的法国和迄今为止的英国。^[16]但可以肯定地说,没有民主,司法审查制度注定建立不起来,即便一时建立起来也不可能稳固,更不可能发挥实质性作用。因此,在威权主义盛行的整个19世纪,大多数国家对司法审查制度的无动于衷是不足为怪的。事实上,即便在欧洲的先行者奥地利,司法审查也是昙花一现,很快为法西斯统治所湮灭。希腊(1975年)、葡萄牙(1976年)和西班牙(1978年)的审查制度都是在军人统治垮台后才建立的,前南斯拉夫的司法审查制度也是在脱离苏联轨道并获得政治上的自治之后,才在1963年宪法规定的基础上建立的。这些事例进一步证明,专制统治和司法审查是不能兼容的,政治民主是司法审查的必要(虽然未必充分)条件;要在世界范围内建立起行之有效的司法审查制度,还有待民主化浪潮的到来。

(二)司法审查制度的复苏

在第二次世界大战推翻纳粹和法西斯统治后,司法审查制度引起了世界各国的普遍兴趣,并在欧亚国家如雨后春笋般建立起来。这些国家的宪政革命之所以发生,是因为他们认识到宪法及其所保障的权利只有在获得司法机制的实施之后才能成为有效的法律,否则就难以遏止专制悲剧的重演。事实上,对于那些原先的非民主国家,建立宪法审查制度是解决社会危机、防止专制复苏的最好办法。因此,欧洲各国首先重建了其宪政体系。^[17]除了英国与荷兰之外,西欧和北欧各国都建立了某种形式的宪政审查制度。其中北欧国家、瑞士和希腊(1968年)采纳了美国模式,奥地利(1945年)、联邦德国(1951年)、意大利(1956年)、法国(1958年)、塞浦路斯(1960年)、土耳其(1961年)、南斯拉夫(1963年)、葡萄牙(1976年和1983年)、西班牙(1978年)、比利时(1984年)和波兰(1985年)等国则选择了欧洲模式。总的来说,这些国家的司法审查是十分活跃的。它们都积极进入政治上敏感领域,例如有关堕胎立法的合宪性、男女平等和社会福利问题,体现了一定程度的司法能动性,并都对维持宪法的生命力做出了贡献。

在欧洲模式的“大同”之下,各国司法审查制度又根据自身情况而存在“小异”。1945

[15] 参见凯尔森:《立法的司法审查》,《南京大学法律评论》2001年春季号,第1-9页。

[16] 英国没有一部集中的成文宪法,只有分散而残缺不全的基本法文件,但是并非没有宪法性法律。事实上,重要的宪法性立法和司法判决都属于宪法的一部分,因而英国宪法在很大程度上是“成文”的,不成文的部分仅限于一些非法律规则的习惯,譬如国王同意议会通过的法案并几乎在所有情形下根据内阁建议而行为的义务。在这个意义上,英国宪法只是没有法典化(uncodified)而已,并带有显著的普通法特色。参见 Dric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law* (1998), pp. 26-34。然而,宪法的缺位至少部分造成了英国没有司法审查的事实;假如英国有一部成文宪法,那么英国法院恐怕早已遇到马歇尔法官在“马伯里诉麦迪逊”中指出的问题:如果法官遇到他认为违宪的法律该怎么办?事实上,1998年的《人权法》已经体验了这种困惑:一旦法律体系中出现了“基本法”,那么某种程度的司法审查就是在所难免的。到目前为止,正如《人权法》的复杂机制所体现的,英国的司法审查仍然被议会至上理论限制着。

[17] 在其他地区,司法审查制度也在摆脱专制的国家迅速建立起来,例如巴西(1946年)、日本(1947年)、缅甸(1947年)、泰国(1949年)、印度(1949年)、叙利亚(1950年)、乌拉圭(1952年)。

年 10 月 12 日,奥地利首先根据宪法恢复了 1929 年宪法及其宪政法院系统。作为欧洲最早的宪政法院,奥地利的高等宪政法院(Austrian High Constitutional Court)初建于 1920 年。1938 年 3 月,德国入侵奥地利,宪政法院的职能亦被终止,“因为没有一个是极权政府会容忍一个有效的司法审查体系”。^[18] 第二次世界大战一结束,这项制度马上在奥地利重新建立起来。重建后的宪法管辖权包括选举争议、法院之间的冲突、联邦和州之间的冲突、议会针对国家元首或部长的弹劾,以及侵犯宪法权利的行政行为。申请司法审查的主体包括州政府、高等法院、联邦议会或州议会的 1/3 以上成员。在某些情形下,个人也可以提出请求,或法院自己可以审查宪法问题。60 年来,法院发展了庞大的案例体系,关于权利的判例系统尤其发达,但大约有 90% 的案件都是处理行政行为的合宪性,因而法院在很大程度上是一个行政法院。尽管法院判决对普通法院并不具有约束力,法院判例对于国家政治和法律体系还是产生了重要影响。

德国和意大利紧随其后。德国《基本法》是在 1949 年占领期结束后才制定的,宪政法院则从 1951 年开始运行。意大利 1947 年宪法建立了过渡体制,宪政法院于 1956 年才开始正式运行。法院由 15 位法官组成,议会、共和国总统和三个最高法院——作为最高行政法院的国政院(Council of State)、最高民事法院(Court of Cassation)与审计法院——各任命 3 人。法院管辖权包括不同国家机构以及地区之间的权力冲突,针对共和国总统、部长会议(Council of Ministers)主席或部长的指控,以及法院的宪法审查。普通民事、行政和商事法院也可以向宪政法院提交它们在判案过程中必须适用的宪法问题,这类提交构成了宪政法院判决的重要组成部分。1983 年,宪政法院共收到提交的 1100 个问题,并产生了 400 项有关法律合宪性的决定。1984 年,宪政法院共收到近 1490 个案件,其中 93% 是普通法院提交的问题。值得注意的是,意大利宪政法院并不是司法系统的一部分。事实上,它不属于任何传统的国家权力,而是代表着一种特别而独立的行宪权。

第二次世界大战并没有结束欧洲的所有专制,欧洲其他国家是等到政治体制的根本转变之后才开始实行司法审查的。西班牙的弗朗科(Franco)革命是欧洲变革的一个先兆。1978 年宪法建立了宪法审判厅(Spanish Constitutional Tribunal),1980 年开始运行。法院由 12 位法官组成,由国王任命,其中国会和参议院各提名 4 人、内阁和司法权力委员会各任命 2 人。宪法审判厅的管辖权包括国家机构之间的权力冲突、针对侵犯基本权利的行政和司法行为的私人诉愿、法律和条约的合宪性。适格提出合宪性审查的主体包括总统、50 位众议院或参议院议员、自治区政府或护民官(defensor del pueblo)。普通法院如果在诉讼过程中遇到宪法问题,也可以向审判厅提出。尤其在国家和自治区的权力平衡问题上,审判厅已经发挥了重要作用。私人诉状制度则可追溯到阿拉贡(Aragon)王国时代,在 19 世纪为拉美各国所采用。西班牙 1931 年宪法也明确规定了这项制度。根据现行宪法,在普通法院未能提供适当保护的情况下,私人可以请求其基本权利不受行政行为或司法判决的侵犯。私人诉愿并不能直接要求审查法律的合宪性,但审查诉状的分庭可以将有关法律的合宪性问题提交给全体法庭。由于当事人不信任普通法院能形成适当的宪法原则,因而私人诉愿的提出相当频繁,构成了全部案件的 90%。

在欧洲宪政复兴之后,司法审查制度——无论是欧洲模式还是美国模式——在世界各

[18] Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, pp. 162 - 163.

国逐步建立起来。首先,一些亚非国家逐步摆脱了殖民统治,并在建立独立民族国家的过程中立宪。其次,到20世纪后期,前苏联和东欧国家通过政治改革完成了和平宪政转型。和以往宪法革命不同的是,中东欧的宪法变革是以修宪形式开始的。例如在1989年,匈牙利修改了1949年宪法,转变为一个多党制议会民主和市场经济国家。在理论上,1949年的匈牙利宪法仍然有效。波兰的宪法改革也同样始于1952年宪法的修正案。1985年,波兰通过修宪建立了宪政法院,并于1989年进一步扩大了其审查范围。1992年,波兰因在立宪的一些根本问题上未能达成共识而通过了一部“小宪法”;只是到1997年才通过后共时代的新宪法。^[19] 在某种意义上,这些国家以最温和的修宪形式包装了最激进的宪法革命。与此同时,南非、韩国和中国台湾地区也发生了根本性的宪法改革。例如从1990年开始,南非白人政府出于内外压力,和曼德拉领导的非洲国民议会谈判,最后同意授予有色人种选举权,从而和平完成了民主宪政转型。^[20] 在所有这些国家或地区,司法审查制度必然是宪政改革的标志性成果。发展到目前阶段,世界上的宪政国家可大致分为三类:以美国为代表的具有连续和稳定宪政传统的“老牌”宪政国家,以法、德为代表的宪政发展史上曾出现过中断的“后起”宪政国家,以及以中东欧的后共产主义国家为代表的“新兴”宪政国家。^[21] 目前世界上绝大多数的司法审查制度来自这些民主宪政的后起或新兴国家。

三 司法审查与民主——模式的选择与比较

比较研究表明,专门审查制为大陆法国家普遍采纳。这个结果部分是由大陆法体系的特质决定的,但更根本的原因是司法审查和民主之间的潜在矛盾。在大陆法国家实行分散制的困难是宪法判决缺乏统一性,进而导致法律的不确定性。大陆法国家之所以选择了专门审查制,^[22] 在很大程度上是因为凯尔森的理论有效解脱了司法审查制度所遭遇的逻辑困境。鉴于欧洲大陆的法院在传统上缺乏足够的独立性,凯尔森建议建立专门的宪政法院系统进行司法审查。宪政法院的作用不仅限于审查具体个案争议,而是限于对法律在逻辑上的合宪性进行纯粹的抽象审查。事实上,尤其是对于抽象审查来说,司法审查并不是严格意义的司法性职能,而带有一定的立法职能——用凯尔森的话说是“消极立法”职能,宪政法院其实是在行使着“消极立法者”的职能。在这个意义上,宪政法院是代议制的补充,立法机构也因而分为两部分:议会作为积极的立法者,以及宪政法院作为“消极”的立法者。^[23] 既然宪政法院不是一个司法机构,立法至上问题在理论上也就无从谈起了。

卡普莱迪教授总结了大陆法国家不采用专门审查制的三大主要原因:大陆国家对分权原

[19] Wiktor Osiatynski, A Brief History of the Constitution, 6 *East European Constitutional Review* 66 (1997).

[20] Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, and Susanne Baer (eds.), *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, St. Paul, MN: West (2003), p. 82.

[21] Ulrich K. Preuss, Patterns of Constitutional Evolution and Change in Eastern Europe, in Joachim J. Hesse and Nevil Johnson (eds.), *Constitutional Policy and Change in Europe* (1995), p. 95.

[22] Allan-Randolph Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, New York: Cambridge University Press (1989), pp. 125 - 177, 183 - 202. 事实上,即使某些普通法国家也采用集中制,例如南非主要是一个英国殖民地国家,但是其1997年宪法却采用了德国模式。

[23] 当然,在解释法律并衡量其合宪性的过程中,宪政法院其实也经常发挥着积极立法的职能,参见 Dorsen et al. (eds.), *Comparative Constitutionalism*, pp. 111 - 112.

则的理解、遵循先例原则在大陆法中的缺失以及大陆法国家的司法特征。^[24] 首先,和普通法国家相比,大陆法国家更严格地遵循分权原则,因为孟德斯鸠和卢梭等思想家都认为具有自利和反民主倾向的司法机构会滥用权力,侵入人民代表行使的立法权力。且撤销违宪立法的权力带有政治性质,因而大陆法国家拒绝将这项权力授予传统的司法机构。对司法审查的政治性质之承认体现于宪政法院的任命方式,这些国家的宪法一般保证宪政法院的成员能代表所有主要党派。既然其本身带有准政治性质,宪政法院也不再像美国最高法院那样回避政治性质的问题,譬如外交行为、立法和修宪程序以及政党违宪等敏感乃至“危险”的问题。

其次,大陆法国家实行普通审查制的一个技术性困难是遵循先例制度之缺失。美国的司法审查的直接效果虽然是撤销立法条款在特定个案中的效力,但是遵循先例制度意味着该立法条款在所有类似情形下失效,且下级法院有义务遵循最高法院的先例判决。然而,欧洲大陆并不接受先例原则,因而如果允许每个法官在原则上都有权独立判断法律的合宪性,势必产生法律体系的冲突和失序。民事法院和行政法院之间、年轻而激进的下级法官和资深而保守的上级法官之间都可能产生宪法判决上的冲突,而这种情况确实在日本和 1948 - 1956 年间的意大利发生过。且由于普通法院的法官无权撤销法律本身,而只能在个案中不适用他们认为违宪的法律,因而其决定只有“个案效力”,受法律影响的其他人必须独立提出宪法诉讼才能免除其法律义务。因此,尽管美国制度曾被引入几个欧洲国家,但并非所有移植都算成功。魏玛时期的德国和战后过渡时期的意大利就证明分散制不适合大陆法国家。挪威、瑞典和丹麦等北欧国家的问题不很突出,但那是因为司法审查的作用在那些国家并不显著,法官在行使权力时极为谨慎而已。^[25] 一个可能的例外是采用混合制的瑞士,但瑞士系统的有限成功似乎并不是因为分散制,而是其独特的联邦审判庭制度,而联邦审判庭关于法律违宪的判决具有普遍约束力。^[26] 由于这些原因,大陆法国家需要寻找一个能像美国最高法院那样发挥作用的替代者,因而建立了特别的宪法审查机构。

最后,大陆法国家的普通法院本身也不适合做出宪法判决。一个曾经出现的问题是欧洲国家为什么不把宪政法院的管辖权交给已经存在的特定法院系统,并使该系统最高法院的宪法判决对下级法院具有约束力。乌拉圭的司法审查可以作为一个先例,因为司法审查的权力完全集中在其普通的最高法院手里,下级法院遇到宪法问题必须中止审查并提交有关问题,但是该系统的效力因最高法院的判决仅具有个案效力而受到限制。大陆法国家的困难是它有多个法院系统,且最高法院一般不具有美国最高法院那样的颁发调案令(*writ of certiorari*)的权力,因而在其原先的管辖范围内就需要处理众多案件,而在附加的宪法问题上所能花费的时间和精力必然极其有限。例如意大利普通最高法院每年要处理 3000 - 4000 个案件,而宪政法院仅处理 100 - 200 个案件。^[27] 更何况大陆法传统的“职业法官”并不具有处理宪政问题的心理素质,其职业技能主要是适用立法而不是判断政策。在魏玛德国和过渡时期的意大利,分散审查制的结果并不理想,普通法院通常不敢放手处理宪法问题并实现宪法理念,从而充分证明其不适合大陆法系。在这个意义上,长期的司法训练对于司法审查来说不仅没有帮助,反而可能是障碍。这也是为什么宪政法院的成员大都不是职业

[24] Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, pp. 136 - 137.

[25] Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, pp. 139 - 141.

[26] G. Coddig, Jr., *The Federal Government of Switzerland (1961)*, pp. 102 - 103, 106.

[27] Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, pp. 142 - 145.

法官,而是通过政治选举或任命产生的。

当然,集中制和分散制的对比夸大了两者之间的差异。正如卡普莱迪教授指出:“20世纪模糊了自然法和实定法、先例取向的法院和成文法取向的法院以及不同分权理论之间的长期存在的差别”;建立特别审查机构的措施本身就是和传统分权模式相妥协的结果,并证明“司法审查不仅可行,而且是一项最具灵活性的制度”。^[28] 尽管普通审查和专门审查两大模式各有不同的特点,但是最后的效果可以说是殊途同归。归根结底,美国和欧洲模式只是实现同样目标的两种不同手段而已。首先,美国和欧洲的司法审查系统都是为了保护基本权利不受政府权力——尤其是立法权——的侵犯。尽管手段不同,但是目标相同且结果类似。其次,两种模式都是为了在国家及其组成部分之间维持平衡。在联邦制国家,无论哪种模式都发挥这种职能。最后,两大司法审查模式都是为了保护国家不同机构之间的分权,不论是立法和行政还是议会两院的分权。由于法律传统的差异,不同的国家可能适合不同的司法审查模式,而一旦开始实施,不同模式的作用终究是相同的,不能将它们拒之门外。

四 结论:司法审查制度的前景

卡普莱迪教授指出,司法审查制度的发展有点像黑格尔的辩证法:^[29]一开始是自然正义(natural justice)阶段,国王和议会的律法都被认为受制于更高的不成文规则;然后是法治正义(legal justice)阶段,议会和成文法的最高地位得到张扬,法院和自然法理论则相对低落,其作用限于维护依法行政原则;最后是宪法正义(constitutional justice)阶段,在某种意义上是法律正义的形式和自然正义的实质相结合。“现代宪政的主旨是在国家实定法中体现自然法原则。”^[30] 宪法正义的含义是用宪法规范来限制政府权力,并设计程序和制度来实施这种限制。法院此时又重新发挥作用,以维护宪法原则和人民的永恒意志而非一时的任性。最后这个阶段是建立在综合三种观念的基础上:某些更高原则具有最高地位,这些原则必须获得成文形式,且司法是针对普通立法实施宪法的必要工具。

综观其发展历史,司法审查制度确实命运多舛。1803年的“马伯里诉麦迪逊”是建立在美国的自然正义理念之上的,也就是“一项与宪法抵触的立法行为是无效的”,因而也不能约束普通法院。^[31] 法国革命之后,代表民主的第三等级打倒了包括司法精英在内的权贵阶层,西方世界的进化路径发生了暂时的分裂。美国接受传统理念,通过司法审查迫使行政和立法机构服从更高的法;欧洲大陆则从自然正义走向法治正义,民选代议机构被认为是对普遍人权的最可靠保障。然而,在历经专制统治之后,人们发现民主、法治和自由是相互依存的,法治正义没有必要和自然正义发生冲突;相反,在抗衡专制方面,它们是天然的盟友。比较研究表明,司法审查是专制的天敌;“任何司法控制的有效体系都和反自由的独裁政权格

[28] Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, pp. 146, 148.

[29] Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, pp. 131 - 132.

[30] Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, p. 148.

[31] 马歇尔法官的判决其实只是延续了1610年的“博纳姆医生案”的逻辑,见 *Dr. Bonham's Case*, 8 Co. Rep. 107a, 77 Eng. Rep. 638 (C.P. 1610)。英国王座法院的库克大法官(Lord Coke)在此宣布,一项违背自然正义(natural justice)的议会法案是无效的。事实上,美国法院的自然正义传统早在“马伯里诉麦迪逊”之前就有相当充分的体现,参见1789年的“重审遗嘱案”, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386。

格不入,因而也不为其所容,不论他们将自己放在政治谱系的左派还是右派”。^[32]

也正因为如此,司法审查制度和民主一样为当今世界各国普遍接受。虽然英国、荷兰等少数发达国家仍游离于宪法正义之外,越来越多的国家已经认识到这项制度存在的必要性,因而纷纷在宪法文本中定义了某种形式的司法审查。如果一个国家的宪法文本缺少了这项制度,那么除非这个国家的法院如同美国、以色列和北欧国家那样独立而有创造性,我们几乎可以肯定这个国家宪法中的其他制度也如同不存在一样,即便规定得很具体也未必得到落实。这就是宪法和宪政的区别,也是萨托利教授所说的保障性(garantiste)宪法、名义性(nominal)宪法和门面性(façade)或欺骗性(fake)宪法之间的根本区别。^[33]司法审查制度——无论是分散制还是集中制——有助于防止宪法落入有名无实的骗局,并将宪法从“名义”或“门面”转变为真实的权利保障。

然而,虽然司法审查制度如此重要,我们还是经常对它敬而远之。究其原因,大概是因为我们缺乏体验因而并不真正理解这种制度将给我们带来什么,而从事审查的机构也因为它在政治上的低调、在技术上的严谨及其在表面上和流行观念的抵触而遭到冷漠乃至拒斥。正如卡普莱迪教授指出:

虽然司法审查几乎是各国的普遍追求,它仍然是一种相当神秘的制度。它主要运行于奉行民主哲学的国家,而它却宣称在某些情况下阻挠多数人意志的权力。它的决定经常是极具政治性的,但它们又是由那些不对选民负责的人做出的。判断合宪性的权力在理论上是可怕的,但归根结底法官既没有利剑也没有钱袋,而必须依靠他人才能使其决定具有意义。^[34]

在这个意义上,司法审查和民主之间虽然存在一定的矛盾,但在本质上是一对相互依存、相互补充和相互制衡的共生体。

[Abstract] This article aims at eliminating a misunderstanding, namely that judicial review conflicts with democracy. The history, function and practice of judicial review show that the two systems have only superficial conflicts but are the same in essence. Through the comparative study of the constitutional texts and the operation of the constitutional system in different countries of the world, this article explores the history, function and practice of judicial review in the world, especially in newly established constitutional states.

(责任编辑:支振锋)

[32] Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, pp. 188 - 189.

[33] Giovanni Sartori, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, 56 *American Political Science Review* 853. 他认为绝大多数当代宪法都是在技术上相当糟糕的宪法,因为它们大都包含了不现实的承诺,一方面是夸夸其谈的崇高信仰,另一方面又是不可胜数的烦琐细节。

[34] Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, p. 149.