

政治性宪法审查批判

以巴黎高等法院的注册和谏诤为中心

王建学*

摘要 当下的宪法审查发生学较为偏颇,仅以司法审查制为素材,因此无力批判政治性宪法审查及其误区。巴黎高等法院 1392 年至 1788 年的注册和谏诤制度是世界宪法史上最典型的政治性宪法审查。巴黎高等法院审查的兴起,源于其辅助王权并增强君主制的正当性,其衰亡则由于审查所固有的政治性导致政治竞争从而僭越主权。政治性审查所造成的对法官统治的担忧,使得宪法审查在将近两百年的时间里一直遭到抵制。并非强大的主权观念消解宪法审查,而是僭越主权的政治性审查引发主权对审查的敌视,导致审查本身受到排斥。政治性宪法审查导致宪法虚无主义,必然需要向法律性的宪法审查过渡,从而在不取代政治的前提下充当政治正当性的额外源泉。

关键词 宪法审查 巴黎高等法院 主权 政治性审查

《孟子·离娄下》有云：“人有不为也，而后可以有为。”

宪法审查亦如是。——题记

* 厦门大学法学院副教授。本文系 2013 年度司法部国家法治与法学理论研究课题“宪法的政治实施机制研究”(项目编号:13SFB2009)的阶段性成果。学友浙江大学郑磊副教授和武汉大学黄明涛副教授曾对本文初稿提出中肯意见,谨致谢忱,文责自负。

一、问题的提出

宪法审查是“法治国家大厦的拱顶石”，^{〔1〕}其重要性自不待言，因此我国宪法学界历来极度重视对宪法审查理论与制度的研究。早期的研究主要是宏观意义上的模式论，即通过比较司法审查、宪法法院、宪法委员会等不同模式来探讨我国所应作的模式取舍，^{〔2〕}晚近以来的研究则转为微观意义上的技术派，在承认现行全国人大常委会“解释宪法，监督宪法的实施”职权（《宪法》第67条第1项）的前提下，探讨宪法审查与宪法解释的程序、^{〔3〕}技术^{〔4〕}和方法^{〔5〕}等。尽管研究方向发生了变化，但其根本立足点却始终如一，即旨在促进宪法作为法规范的解释、实施和适用，基于这一立场的宪法审查可以称为法律性宪法审查，即审查制度的定位是为宪法的教义性适用提供一种制度框架。然而，随着近年以来“政治话语的强势回溯”，^{〔6〕}传统的法律性宪法审查方案与宪法学的其他领域一样，都受到政治宪法的强烈冲击。^{〔7〕}政治宪法学者强调宪法审查的政治性（一如其强调宪法的政治性那样），并主张按照政治性思路来重新规划我国宪法审查的具体方案。陈端洪教授主张建立以政治机构审查为主的多层次宪法审查模式，具体包括“司法审查、人大审查、共产党中央审查”三个层次。^{〔8〕}白轲(Larry Catá Backer)教授主张借鉴法国宪法委员会制度，在执政党内设立一个特别委员会作为最高机构(a special committee of the highest organ of the CCP)，“维持在‘国家—政党’

〔1〕 林来梵主编：《宪法审查的原理与技术》，法律出版社2009年版，序言第1页。这一比喻的最初起源可参见(德)克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特：《德国联邦宪法法院：地位、程序与裁判》，刘飞译，法律出版社2007年版，第3、561页。

〔2〕 如包万超：“设立宪法委员会和最高法院违宪审查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，第11—15页；苗连营：“关于设立宪法监督专责机构的设想”，《法商研究》1998年第4期，第3—9页；费善诚：“试论我国违宪审查制度的模式选择”，《政法论坛》1999年第2期，第2—12页；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，第435—439页。

〔3〕 如韩大元教授对宪法解释程序的研究以及他主持起草的《宪法解释程序法(专家建议稿)》，参见韩大元：“《宪法解释程序法》的意义、思路与框架”，《浙江社会科学》2009年第9期，第15—22页。再如张翔教授对宪法解释模式与宪法实施路径的讨论，参见张翔：《宪法释义学》，中国人民大学出版社2013年版，第55—91页。

〔4〕 如林来梵，见前注〔1〕；以及林来梵教授主编的“宪法审查的原理与技术丛书”。

〔5〕 如合宪性解释的方法成为近两年中极为热点的问题，参见黄卉：“合宪性解释及其理论检讨”，《中国法学》2014年第1期，第285—301页；黄明涛：“两种‘宪法解释’的概念分野与合宪性解释的可能性”，《中国法学》2014年第6期，第281—298页；王锴：“合宪性解释之反思”，《法学家》2015年第1期，第45—57页；杜强强：“合宪性解释在我国法院的实践”，《法学研究》2016年第6期，第107—125页。

〔6〕 张翔：“宪法教义学初阶”，《中外法学》2013年第5期，第916页。

〔7〕 对各方主要观点的梳理与评析，可参见李忠夏：“中国宪法学方法论反思”，《法学研究》2011年第2期，第160—172页。

〔8〕 陈端洪：“论宪法作为国家的根本法与高级法”，《中外法学》2008年第4期，第511页。

宪政体制中国家权力与政治权力,即全国人大架构与中国共产党的关系”。〔9〕强世功教授则进一步将白轲方案类比于法国宪法委员会模式并予以复述和赞同。〔10〕此类方案偏重宪法审查的政治性及审查机构的政治参与功能,因此可以称为“政治性宪法审查”。然而,法国宪法委员会作为政治性宪法审查的域外素材〔11〕是否得到了准确的历史阐释,政治性宪法审查的理论本身又是否存在误区?一般而言,任何宪法审查机构在特定宪法体制中都会与总统、议会、政府等政治机构位列同侪机关,必然无法置身于政治过程之外,但若据此政治性来规划宪法审查方案,审查机构又有何区别于政治机构的特殊品质?直到目前为止,仍无学者对政治性宪法审查方案进行批判,是因为它不值得批判吗?恰恰相反,这种主张极其危险因此必须批判!只是传统理论无力予以批判罢了。

客观而论,我国宪法学界对各种宪法审查模式及其原理进行着日益深入的研究,这些研究不仅带来了极大的知识增量,而且培养了关于宪法审查的本土话语体系,但它的基本图景仍然存在盲点和误区。一方面,相关研究基于实用主义的考虑致力于为完善本国宪法审查寻找制度借鉴,因此极为偏重现行体制及其运作,忽视宪法审查的发生学;另一方面,由于各种因素的限制,相关研究在国别上集中于美国式的司法审查。由此便产生了最薄弱的研究环节,即美国模式以外的宪法审查发生学。学者们习惯将美国联邦最高法院的1803年马伯里诉麦迪逊案(Marbury v. Madison)视为“世界宪政第一案”,〔12〕即世界宪法史上首次创立对立法的司法审查制度。张千帆教授曾将宪法审查的起点追溯到北美殖民地时期的若干案例(如新泽西最高法院的1780年刑事陪审人数案)乃至英国民事诉讼法院的1610年博纳姆医生案(Dr. Bonham's Case),〔13〕但稍加分析即可发现,其视野仍然局限在司法审查模式内部。当下的宪法审查发生学较为偏颇,仅以司法审查制为素材,依赖于司法审查范式的理论体系当然不足以批判政治性宪法审查及其误区。正如施密特所说,基于盎格鲁萨克逊式司法国框架的司法审查模式远不具有普适性,“原则上,只有在一个将公领域整体(das ganze öffentliche Leben)都置于普通法院(ordentliche Gerichte)控制之下的司法国里,这种司法审查权或者说对诉讼作出裁判之法院,才能在宪法承认这些——由普通法院保障其不受国家(亦即立法权、政府及行政

〔9〕 See Larry Catá Backer, “A Constitutional Court for China within the Chinese Communist Party: Scientific Development and the Institutional Role of the CCP”, November 28, 2008, p.15, <http://ssrn.com/abstract=1308598>, 最后访问日期:2017年3月7日。

〔10〕 参见强世功:“中国宪政模式? 巴克尔对中国‘单一政党宪政国’体制的研究”,《中外法学》2012年第5期,第971页。

〔11〕 我国宪法教材习惯于将宪法审查的模式列举为议会或代议机关审查模式、司法审查模式、宪法法院审查模式和专门机构审查模式等,专门机构审查模式以法国宪法委员会为代表,其政治性往往得到特别的强调。

〔12〕 张千帆:《宪法学导论》,法律出版社2004年版,第12页。

〔13〕 参见张千帆:“宪政审查的世界经验”,《炎黄春秋》2012年第9期,第26页。美国学者施瓦茨亦曾在其名著《美国最高法院史》的前言(司法职责的真正本质)中进行这样的追溯。See Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, 1995, pp.5-11.

权)侵害的——市民法治国中之基本权、人身自由及私有财产的前提下,成为宪法的守护者”。^[14]因此,在超越特定时空的普遍意义上,司法审查的发生是极为偶然和特殊的。从比较宪法的角度,有必要准确且全面地探明政治性宪法审查的产生脉络,尤其是其存在与发展机理,这不仅有助于夯实宪法审查的理论基础,而且对于我国宪法审查制度的完善在认知上具有纠偏作用。笔者不揣浅陋,基于自身的研究兴趣和背景,考察和评析世界宪法史上最典型的政治性宪法审查实践——巴黎高等法院的注册和谏净制度,并探究其宪法审查权兴衰的历史与逻辑,作为对政治性宪法审查的内部批判。

二、高等法院及其宪法审查权的历史由来

(一)作为最高司法者的高等法院

作为旧制度的产物及组成部分,高等法院具有悠久的历史。它在1178年正式定名为“Parlement”,^[15]因常设于巴黎,故亦称为“巴黎高等法院”(Parlement de Paris)。在1250年至1252年间,法王路易九世从御前会议(Curia regis)中正式分出高等法院,使其作为一个独立的司法机构充当全国最高上诉法院,受理大领主领土内的各种申诉。伴随着王权的不断扩张,高等法院的规模、职能与政治影响持续壮大。

由于巴黎高等法院管辖事务日益庞大,渐有难当重荷之势,因此为减轻其负担,从15世纪开始图卢兹等地曾先后建立过13个高等法院。这些外省的高等法院常被视为巴黎高等法院的分支机构。一方面,巴黎高等法院与外省高等法院之间有一定的管辖权分配,前者管辖法国北部为主的大半个法国的案件,另一方面,巴黎高等法院也作为上诉法院受理来自外省的申诉。因此,尽管部分外省高等法院(如波尔多高等法院)也曾发挥重要作用,但都不如巴黎高等法院那样举足轻重。向来研究高等法院者,均以巴黎高等法院为主臬。

巴黎高等法院包含了各种不同的内部机构,择其最主要者而言共有三类法庭:一是诉状审理庭(Chambre des Requetes),负责受理和答复所有诉讼,它最终成为审查下级法院提交的诉案的审判机构;二是调查庭(Chambre des Enquetes),负责调查和整理案件资料,后来也受理来自Baillis、Prevots等下级法院的上诉,巴黎高等法院在案件较多时曾设有5个调查庭;三是大法庭(Grande Chambre),也是最高法庭,除法院的专业成员外,还包括很多贵族,大法庭有权批准其他法庭的判决,负责讨论国家事务以及最高法律问题,在1788年巴黎高等法院解散

[14] (德)卡尔·施密特:《宪法的守护者》,李君韬、苏慧婕译,商务印书馆2008年版,第18页。

[15] 在词源上看,法语的“Parlement”与英语的“Parliament”(议会)类似,其实二者均源于法语动词“Parler”(意为“说话”),因此,“Parlement”引申为名词的“说话”或者“说话的场所”。之所以存在这种构词方法是因为,“Parlement”最早是中古时期议会(Curia regis)的一部分。但从御前会议分离以后,“Parlement”由于各种因素的作用而逐渐发展为一个司法机构。与法国不同,英国的“Parliament”最终却演变为审议机构,为何出现这样的差别?学者Bancroft认为,这是由民族法律性格决定的,前者是高卢或罗马——高卢式思维,而后者则是日耳曼式思维。See Jane Marie Bancroft, *A Study of the Parliament of Paris and the Other Parliaments of France*, John A. Childs, printer, 1884, pp.45-50.

时,其大法庭由 42 名成员组成,其中包括 1 名庭长、4 名资深副庭长和 37 名法官。前述法庭构成和职能分配表明,巴黎高等法院是特殊的司法机关,尤其大法庭具有明显的政治色彩,颇似英国议会的贵族院。

(二)从以国王之名的司法者到国王法令的审查者

高等法院在产生初期以国王之名行使司法权,并无任何宪法审查的职能。但自从在路易九世统治时期脱离王权体系成为独立机构以后,高等法院逐渐反转,演变为某种意义上的王权审查者。在 14 世纪初,国王“建议”高等法院注册他的行为,^[16]1303 年 3 月颁布的一项国王法令在第 21 条规定,“建议执行官不要执行与法律相冲突或者难以执行的国王法令”,^[17]但国王并未认为自己的行为必须注册,也不认为其行为的效力依赖于注册,然而,注册程序很快具有了一种实质性的管控功能,因为法令中的前列表述很容易被理解为关于国王法令之效力的看法,并被高等法院所援用。在将近一个世纪后的 1390 年,终于出现了史料记载的首个拒绝注册与谏诤的案例:高等法院拒绝注册查理六世向圣母院授予特权的行为,理由是这不仅有害于国王而且违反法律。在 1392 年,查理六世以“钦判敕令”(lettre de jussion)命令高等法院予以注册。高等法院继续抵制,在谏诤中提出国王的行没有正常的御前会议上通过,并且也不符合国王的荣誉。最终,国王亲自出席高等法院,强制法院通过了注册决定。在此之后,注册(registre)和谏诤(remonstrance)逐渐发展为宪法惯例,高等法院也相应成为一定程度上的王权审查者。

从以国王之名的司法者到国王法令的审查者,这是一个质的飞跃,其转变如何可能?这一问题激发了无数学者的兴趣,但自始至终没有形成一致的答案。而史籍除了能够帮人们追溯到 1390 年的案例,没有提供任何确凿无疑的原因。比利索教授推测,“可能是基于国王的正式邀请,或者出于法院自身的愿望”。^[18] 弗朗索瓦教授则进一步提出,“国王看到了谏诤的好处,而谏诤的普遍特权则趁机成为习惯法的一部分”。^[19] 除了国王与法院的主观意愿外,长期的注册习惯、法院的职权扩张、法院作为咨询机关的传统以及法院与国王的权力对比变化等,都为这种转化提供了便利。

(三)作为宪法审查的注册和谏诤

根据王国的历史传统,国王所欲颁布的法令必须经高等法院注册,否则便不能产生法律效力。此外,国王若欲修改法律,也会要求高等法院检查草案并呈报意见,正式的修正案也要像法令一样在高等法院进行注册。如果高等法院认为提交注册的法令或修正案违反王国的法律或基本法,则会拒绝予以注册。此时,按照惯例,高等法院就必须以谏诤书(lettre de remon-

[16] 在一个面临书写困难的蒙昧时代,注册具有文档保存的功能。“法国历代国王已经失去他们的公约保存处。他们感觉需要有一个易于查阅文件资料的文件档案保管室。宫廷不知不觉地养成了把敕令和法令保存于高等法院书记室的习惯。”参见(法)伏尔泰:《巴黎高等法院史》,吴模信译,商务印书馆 2015 年版,第 47 页。

[17] Jean Brissaud, *History of French Public Law*, Little Brown and Co., 1915, p.447.

[18] Ibid., at 447.

[19] François Olivier—Martin, *Histoire du Droit Public Français*, Cours de Droit, 1950, p.542.

trance)的形式向国王说明拒绝注册的理由。对于法院的谏诤,国王可以接受,也可以通过钦判敕令要求推翻法院的拒绝注册决定。但即使国王发出钦判敕令,高等法院仍然可能拒不从命并再次谏诤,此时,国王可以采取一种最终性的反制措施——御临法院(lit de justice),即国王亲自出席法院并开庭从而强制注册自己的法令。例如,路易十三在位期间(1610年至1643年)共举行过20次御临法院会议,其中15次要求注册新法令。^[20]除御临法院外,国王还可能在极端条件下签发逮捕密札,逮捕和流放法官从而在肉体上扫除反对者,但这种粗暴的法外手段会引起整个法官团体的极力反抗。

对于注册和谏诤的性质,我国学术界长期囿于阶级斗争论的视角,仅将其视为高等法院对抗国王的政治工具。^[21]这种看法有以偏概全的嫌疑,任何法律权力包括注册和谏诤,在其行使的背后都可能存在政治动机,但这并不否定其法律属性。从法律性质来看,注册和谏诤是法院对国王法令进行的宪法审查,其中拒绝注册是高等法院在结果形式上将国王法令认定为违宪,而谏诤书则是关于违宪理由的实质性阐述。如果考虑到注册和谏诤发生于法令生效之前,是对法令合宪与否的抽象判断和说明,则可以将其定位为普通司法机关所实施的事前审查和抽象审查。在将注册和谏诤理解为宪法审查时,下列两点说明是必要的。其一,在缺少成文宪法典的背景下,如何能够将巴黎高等法院的审查视为“宪法审查”?其实,成文宪法典是大革命前后才形成的近代宪法概念,而在此以前,宪法规则集中体现为历史形成的不成文宪法规则即基本法(lois fondamentales),基本法因其内容的根本性而与普通法律相区别,^[22]也因此具有普通法律所不具备的“限制国家(主要是王权)的效力”。^[23]由此,可以将注册和谏诤理解为关于符合宪法(即基本法)与否的审查。其二,考虑到高等法院陈述违宪理由的对象是国王,学界通常将法语的“remontrance”(意为抗议、告诫、进谏和陈情)译为“谏诤”,不过这种译法极易使人联想到中国古代的谏议和监察制度,并追问后者是否亦可视为中国传统意义上的宪法审查。实际上,中国古代所谓“中书出命、门下审驳、尚书受成颁之有司”的理想模式仅在唐太宗贞观年间存在和运作,^[24]况且门下省的谏议并不具有法的规范意味,尤其不含人权内涵,因此不能视为宪法审查,监察是官僚制背景下的吏治范畴,离宪法审查就相去更远了。

若欲准确理解注册和谏诤的性质,还必须厘清其与王权的关系。国王在旧制度中具有双

[20] 御临法院除作为王权强行立法的工具外,还承担审判大领主、国事论坛和国王即位仪式的功能。参见庞冠群:“法国旧制度下的御临高等法院”,载《中国社会科学报》2013年12月11日,第A05版。

[21] 例如,史彤彪教授描述并分析了巴黎高等法院与王权的政治斗争过程。参见史彤彪:《法国大革命时期的宪政理论与实践研究(1789—1814)》,中国人民大学出版社2004年版,第232—234页。

[22] 基本法的核心内容是:“王权是理性的、慈父般的,它须尊重臣民的财产权、生命和荣誉。甚至在某些理论家看来,整个社会的等级化,三个等级、中间团体、高等法院、省三级会议、地方和职业社团的存在,所有这些都是王国基本法的一部分,它们必须得到君主体制的关注和尊重。”参见(法)乔治·杜比主编:《法国史》(上卷),吕一民、沈坚、黄艳红等译,商务印书馆2010年版,第664页。

[23] 乐启良:“西耶斯的制宪权理论研究”,《法学家》2016年第1期,第48页。

[24] 罗永生:《三省制新探——以隋和唐前期门下省职掌与地位为中心》,中华书局2005年版,第317—318页。

重地位,他既行使立法权等宪定权力,也是超越于宪法之上的主权者。^[25]因此,国王在面对高等法院的注册和谏诤时就具有立法者和主权者的双重身份。由于国王法令作为立法权的行使结果是法院审查的对象,因此可以说立法权受到注册权和谏诤权的制约。但国王的主权则制约法院的注册权和谏诤权,无论在历史还是在逻辑上,高等法院的审查权都由国王的主权所派生,并需要保持对主权的服从。在日常政治中,国王隐藏主权者身份而以立法者接受法院的审查,因此,注册结果和谏诤理由得以产生法律效力;若国王召开御临法院强行注册法令,则表明主权者现身、非常政治启动,国王推翻法院的谏诤理由正是主权者否决审查者的宪法认定。高等法院作为审查者与国王作为立法者和主权者的关系,在现代宪法话语中转化为宪法审查的反多数难题。现代宪法审查制中的宪法判决虽然具有最终效力,但主权者仍然可以通过修改宪法、改组法院等方式推翻法院判决。古今之间岂不是相通的?在当代法国宪法理论中,学者们以高等法院来类比审查者,以国王来类比立法者,而以国王出席的御临法院来比喻主权者现身推翻审查决定的过程,从而协调宪法审查与民主的关系,解决宪法审查的反多数难题。^[26]

三、1788年财政改革违宪案

高等法院的注册权和谏诤权自确立后不断发展和强化,在路易十一统治时期(1461年至1483年)被普遍视为高等法院宪法权力的一部分,在17和18世纪得到了充分运用。在此期间,巴黎高等法院多次在判决中阐明注册和谏诤作为王国宪法惯例的正当性,其中最完整和直接的论述当属1788年财政改革违宪案。众所周知,法国在旧制度时期积累多年的社会、政治、经济尤其是财政问题,到路易十六执政后进入总爆发阶段。路易十六为摆脱困难试图对国家进行全面改革,旨在改善国家财政状况的财政改革成为整个振兴计划的重中之重,同时,为了铲除高等法院对改革的可能阻挠,改革对象也包括了法院本身。当改革法案按照惯例提交注册时,巴黎高等法院在1788年5月3日通过谏诤的方式作出措辞激烈的判决(Arrêt du 3 mai 1788),史称“基本法宣言”(la déclaration des lois fondamentales)。

(一)基本法宣言

法院在判决中认定大臣们反对法律的权威、国王的承诺、公众的信任和关于税收的保证,无论从任何方面都会损害国民的权利和义务,而国王的答复更令人吃惊,表明国王只是在实施毁灭君主政体之原则的有害计划,这使国民只能求助于法院所明确表达的宣言,从而表明法院

[25] 直到大革命以前,君主主权在法国处于统治性地位,路易十四曾有宏论:“朕即国家(L'Etat, c'est moi)。”尽管法国学术界怀疑此短句的真实性,但路易十四亲政后王权的绝对性却是不争的事实。参见郭华榕:《法国政治制度史》,人民出版社2005年版,第42页。

[26] 如沃戴勒教授认为,“法律在宪法中所遭遇到的阻碍可以由主权人民或其代表来移除,即他们求助于最高表达方式:宪法修改。如果说法官并不统治,那是因为,在任何时候,主权者,在以制宪者这种最完全形式出现的条件下,都可以用一种御临法院的形式来推翻法官的判决”。V.Georges Vedel, “Schengen et Maastricht: A propos de la décision no. 91-294 DC du Conseil Constitutionnel du 25 juillet 1991”, in *Revue Française de Droit Administratif*, 1992, N. 8, p.173.

所负责维护的那些准则,以及法院所不能不宣示的那些情感,最终,法院正式宣告:

法兰西是一个由国王根据法律进行统治的君主制国家;

此类法律之多数实乃是基本性的,包括和认可下列内容:

1.王位继承权适用长子继承制的规则,女子及其后代排除之;

2.国民的权利自由托付于定期召集和组成的等级会议;

3.各省之习俗和让步条件;

4.司法官不可撤换;

5.法院有权在各自省份范围内认定国王之意愿,并只有在其符合本省的宪制性法律(*lois constitutives*)及国家之基本法(*lois fondamentales*)时方下令予以注册;

6.任何公民均有权仅在法律指派给他的自然法官面前受审;

7.权利——若缺少权利则其他任何一切均为无用——只毫无延迟地保留在有权法官之手,无论法官之命令具有何种形式;

8.申明本法院反对对以下明示之原则的任何侵害;全体一致同意地宣告法院在任何情况下均不得遭解散,此类同样确定的原则适用于法院的一切成员并包括其誓言;因此,构成法院的一切成员既不得就此批准此方面的任何改革,亦不得在非法院自身的任何团体担任职务,即使此类团体由同类人员或赋予同类权利之人员组成……〔27〕

从总体上看,该判决中阐述的宪法原则可以归纳为五项:第一,法治之下的君主制;第二,个人自由受保障(尤其是司法保障);第三,司法独立;第四,基本法(宪法)至上;第五,国王之行为由高等法院进行审查以便符合基本法。法治、基本人权、司法独立、宪法至上、宪法审查这些原则无一不是近现代立宪主义的核心要素。〔28〕巴黎高等法院的宣告不仅在内容上与当时普遍认同的基本法观念保持一致,而且也在形式上强调了基本法所具有的限制王权的效力。

(二)法国式马伯里案

巴黎高等法院先强调法治原则和人权保障原则作为铺垫,然后提出司法独立原则和基本法理念作为直接理由,从而证明自身的宪法审查权,这种论证逻辑简直与美国联邦最高法院的马伯里案如出一辙。在马伯里案中,马歇尔大法官提出三个相继的问题:第一,原告马伯里是否有权得到委任状;第二,如果原告有此权利并且受到侵害,应否为其提供救济;第三,如果应予救济,是否应当由最高法院提供。在对前两个问题作出肯定回答时,马歇尔强调人权保障和法治的重要性作为铺垫,而在回答第三个问题时,马歇尔认为宪法高于法律,而法院作为司法机关必须保证宪法得到优先适用,因此,结论是法院有权对普通法律进行审查,违宪则拒绝适

〔27〕 Jules Flammermont, *Remontrances du Parlement de Paris*, tome III, Imprimerie Nationale, 1895, pp.745-746.

〔28〕 关于立宪主义的要素存在多种不同观点,亨金教授的如下列举获得较普遍的认同:依宪而治的有限政府,权力的分立,联邦主义,人民主权及民选政府,宪法审查,司法独立,受控的警察力量,军队的文官控制,个人权利,对权利的适当限制,宪法修正等。See Louis Henkin, *Elements of Constitutionalism*, Center for the Study of Human Rights, Columbia University, 1994, pp.1-12.

用。^[29] 暂且不论前述推导能否证成宪法审查的正当性，^[30] 单就论证逻辑而言，这简直是在两个不同时空作出的相同判决。当代学者普遍将宪法委员会的 1971 年结社自由案判决视为“法国式马伯里案”，^[31] 其实该判决的论证逻辑与马伯里案相去甚远，只是在结果意义上激活了法国现行的宪法审查制，也仅在此意义上才能与马伯里案相比。但 1788 年财政改革违宪案不同，基于与马伯里案相同的论证逻辑，二者的相似度是本质性的。

不过细究起来，巴黎高等法院与美国联邦最高法院在论述风格上却也存在若干差异。首先，前者对宪法审查的论证是直截了当的，可谓是宪法审查的宣言书，而后者则将论证隐藏在马伯里的权利救济问题中，可谓是暗度陈仓。这种差别是由审查模式的不同决定的，注册和谏诤作为事前和抽象审查，必须直接判明合宪与否，而司法审查附属于司法个案(case)中事后和具体地进行，宪法论证就可以隐藏在具体案件及其判决中。其次，前者在论证宪法审查时表现出浓厚的近代启蒙色彩，在宣告基本法时历数法治、人权和司法独立等近代启蒙观念并将之作为审查依据，^[32] 而后者则偏向法律实证主义和经验主义，援引既存判例和法条，尤其是(成文)宪法中关于联邦最高法院初审管辖权的内容，作为判决推理的必要素材。最后，前者更像是在“复述”或“陈述”而不是论述宪法审查，因为注册和谏诤作为历史惯例早已是基本法的内容之一(第 5 项基本法)，易言之，宪法审查及其正当性不证自明地写在基本法的历史中，而后者所依据的宪法条文并没有规定司法审查，因此，联邦最高法院需要通过说理进行推导。

(三)巴黎高等法院及其审查权的终结

1788 年财政改革违宪案是巴黎高等法院及其审查权盛极而衰的终点，注册和谏诤制度自 1392 年确立以来，在延续了整整 5 个世纪之后走到了历史尽头，而 1803 年马伯里案则确立了司法审查权，并开启了至今已有两百多年历史的司法审查制度。因此，二者的相似仅限于判决

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

[30] 托贝教授认为，无论是美国联邦最高法院还是巴黎高等法院都从宪法至上中推导出宪法审查，这是一种错误的逻辑，无法证明宪法审查的正当性。See Michel Troper, "The Logic of Justification of Judicial Review", 1 *International Journal of Constitutional Law*, 104(2003).

[31] George D. Haimbaugh, "Was it France's *Marbury v. Madison*?" 35 *Ohio State Law Journal*, 910 (1974); 李晓兵：“法国宪法委员会 1971 年‘结社自由案’评析——法国的‘马伯里诉麦迪逊案’乎？”，载李琦主编：《厦门大学法律评论》(第 18 辑)，厦门大学出版社 2010 年版，第 237 页。

[32] 于此有两点需要补充。一是，在现代宪法审查制度中，宪法认定往往只能依据成文法或实定法，但不同的是，高等法院的谏诤书一直具有超验论色彩，“正义、理性和美德的抽象原则”(the abstract principle of justice, reason and virtue)向来是法院审查法令的标准。See John J. Hurt, *Louis XIV and the Parlements*, Manchester: Manchester University Press, 2002, p.2.二是，在大革命以前的法国社会，启蒙观念远未像人们想象的那样得到广泛传播。根据莫尔内(Daniel Mornet)教授对大量文献的考察，在 1789 年大革命爆发以前，诸如《社会契约论》等启蒙作品“几乎没有引起人们的注意……当然，没有任何证据表明该书不为人所了解，但可以肯定的是，人们很少谈论它……同样可以肯定的是，在 1789 年前的读者中，我们找不出 10 个对该书有强烈印象的人”，而其他启蒙性的政治辩论“都无非是些乌托邦和思想游戏，其传播十分有限，其影响——如果真有的话——也几近于无”。参见(法)达尼埃尔·莫尔内：《法国革命的思想起源(1715—1787)》，黄艳红译，上海三联书店 2011 年版，第 83—84、438 页。可见，高等法院是最先利用启蒙思想的团体，它对启蒙观念的宣告具有必要性。

本身,历史背景和影响则不可同日而语。那么,为什么相似的判决却有完全不同的结果?从根本上说,是因为1788年财政改革违宪案中存在极为特殊的权力结构。

财政改革法案包括终止法院及其审查权的内容,这表明王权对审查机制充满敌意,那么,王权是否可以取缔基本法中的审查机制?这是否违反基本法?吊诡的是,巴黎高等法院不得不对取缔审查机制是否合宪这一问题进行审查。在包括美国联邦最高法院在内的所有宪法审查机构中,恐怕只有巴黎高等法院曾经面对这一终极问题。巴黎高等法院最终在判决中宣告自身“在任何情况下均不得遭解散”,易言之,审查机制是基本法中最为根本的内容,国王即使以主权者身份出现也不能触碰它。但国王对此问题则持有完全不同的看法,在高等法院作出违宪判决之后,国王很快对法院采取了反制性措施,5月5日至6日晚,部分高等法院法官遭到逮捕,5月8日,路易十六召开御临法院并强制注册6项法令,其中包括解散高等法院,建立新的“全能法院”,从而取代高等法院的注册和谏诤职能。由此,下列问题值得进一步追问:国王为何要取缔审查机制?共存了5个世纪之久的王权和审查机制为何在本案中走向彻底决裂?王权在规范意义上能否取缔审查机制?审查机制是否如法院所说构成基本法的根本内容因此不可动摇?这些问题只能在巴黎高等法院与王权的关系中得到回答。

四、高等法院与王权的双重关系

从历史的角度来看,高等法院与王权的关系同时在两个维度上展开。一方面,高等法院不仅强化了王权,而且通过审查增强了王权和君主制的正当性,这可以解释高等法院的兴起。但另一方面,高等法院凭借其政治实力与王权竞争,有僭越主权之举,这可以解释它的衰亡。

(一)高等法院作为王权的“强化者”

高等法院的地位之所以不断上升,是由于它不仅在于事实层面强化王权,更重要的是在法律层面增强王权和君主制的正当性。在事实层面看,高等法院通过以国王之名对各领主辖区行使司法权,促进了中央集权和国家统一,同时也强化了王权本身,陈颐博士将此作用概括为“司法统一国家”“司法总理行政”和“司法整合国家”三个方面,可以说,法院“在司法、行政、警察领域的日常运作,构成了新兴君主国常规治理的核心”。^[33] 此类描述在史学界业已多见,兹不赘言。在法律层面上,审查者的作用原本在于限制王权,它何以能够增强君主制的正当性,这一点值得深入剖析。

王权虽然因为法院的注册和谏诤而受到了限制,但却并不能简单地将审查视为对王权的妨害,相反,它在特定条件下能够增加王权以及整个君主制的正当性,原因在于,王权若使自己服从于基本法的约束,并接受某种形式的被设计来审查其运作合理性的外在控制,则会获得更多的公共信任,此时,宪法审查实际上构成了王权正当性的额外源泉,是君主制作为立宪君主制具有美德的标志。从历史上看,国王法令一旦得到高等法院的审核和公布,“法国人会立即

[33] 陈颐:《立法主权与近代国家的建构:以近代早期法国法律为中心》,法律出版社2008年版,第22页。

心甘情愿地服从于它们”，高等法院“就像是君主的命令与人民的服从之间的纽带”。〔34〕当代法国政治思想家高赛为了说明审查机制的这种作用，将国王区分为永恒、抽象和绝对正确的国王与当下、具体和可能犯错的国王，审查机制的正当性恰在于它能够“确保前者的意志优于后者的意志”。〔35〕法国的历代国王大多都接受法院的审查，其原因诚如勒迈尔分析的那样，“精明的国王将种种限度加于自身……他们强迫自己服从某些法律，因为过度的权威最终将自取毁灭”。〔36〕如若当下和具体的国王不承认自身权力存在界限，那么任何审查机制都不可能真正建立。自路易十四以来随着王权日益强大，法国旧君主制一直在专制君主制与立宪君主制之间徘徊，因此如何限制王权从而防止王权走向自我毁灭成为旧君主制的固有难题，而“神授论”在这种条件下仅能说明王权在来源上是正当的，却不能说明其行使总是正当的，由此，巴黎高等法院的审查便成为解决难题的唯一途径。正是因为审查的存在，国王并非专制国王，而法国的政体也不是绝对意义上的专制君主制。在税收、警察、军队等所有强化王权的因素中，只有高等法院审查这一项才能强化统治的正当性，缺少了正当性的王权仅是强力和实力而已，根本不可能持久。

法院在谏净的过程中不断强化着人权保障、限权政府等对于立宪君主制而言必不可少的原则，并建构着与立宪君主制相伴而生的基本法体系。就此而言，南锡高等法院 1788 年 1 月 12 日的谏净书是最为典型者之一：

我国公法的首要目标，是任何人在得到听取以前不被处刑，在没有经正当认定的事由时亦不受任何人身或财产之损害。自由和财产构成公民的必不可少的和首要的权利。这些权利的维护是社会的最终目标，并且它是君主制的本质，君主制中的公权力行使应当服从于基本法的权威，基本法作为法律中最不可侵害的部分，促进政府的目的，确保同样的权利得到维护，以便维持政府之所以建立的那些目的。〔37〕

谏净书中的内容还与启蒙思想结合到一起，并产生日益广泛的影响。孟德斯鸠在 18 世纪中叶意识到了高等法院的积极作用，并在《论法的精神》中将它作为法律的保卫机构(dépôt de lois)，“一个君主国，只有中间阶级是不够的，还应该有一个法律的保卫机构。担当这个保卫机构的，只能是政治团体。这些团体在法律制定时便颁布法律，在法律被忘掉时，则唤起人们的记忆……不断地把法律从将被掩埋的尘土中发掘出来”。〔38〕孟氏所说的“君主国”是法治君

〔34〕 同上注，第 118 页。

〔35〕 Marcel Gauchet, *La Révolution des Pouvoirs : La Souveraineté, Le Peuple et La Représentation* 1789—1799, Gallimard, 1995, p.45.在高赛的理论体系中，这种关于国王的二元论也适用于民主制中的主权者——人民。我国青年宪法学者杨陈亦在实体化与非实体化两种途径和层次上理解宪法中的人民概念，参见杨陈：“论宪法中的人民概念”，《政法论坛》2013 年第 3 期，第 3—22 页。

〔36〕 André Lemaire, *Les Lois Fondamentales de la Monarchie Française d'après les Théories de l'Ancien Régime*, A. Fontemoing, 1907, p.183.

〔37〕 Parlement de Nancy, *Remontrances du Parlement de Nancy* (arrêtées le 12 janvier 1788, sur les ordres dexil & lettres de cachet), Nancy, 1788, p.3.

〔38〕 (法)孟德斯鸠：《论法的精神》(上册)，张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 17 页。

主国,即“由单独一个人依照基本法律(lois fondamentales)治理国家的那种政体”,〔39〕可见,高等法院作为法律保卫机构是十分必要的,否则,(显然是亚里士多德意义上的)常态君主制就会沦为变态君主制。孟氏的理论无疑可以作为高等法院审查权对君主制之必要性的最好注释。应由高等法院通过注册和谏诤来确保国王受到基本法的约束,这种观点在18世纪后半叶已经广为接受并影响深远,多伊尔教授通过历史的考察说明,“不仅高等法院阶层自身共享这种观点,几乎整个国家也接受”。〔40〕既然是立宪君主制的构成要件,并且受到广泛的承认,高等法院及其审查权必然是基本法中不可动摇的组成部分。

(二) 高等法院作为王权的“竞争者”

高等法院之所以在1788年财政改革违宪案中遭到解散,审查制度也遭到取缔,是因为它在政治上与王权存在竞争关系。这种竞争关系主要源于法院自身具有强大的政治权力和强烈的参政意愿。如前文所述,高等法院在事实层面强化了王权,但它在此过程中也同时强化了自身,将自己发展为一个职能多样、功能庞大的政治机构,涵盖立法、行政与司法各个方面,即使在旧制度后期高等法院的职能与地位遭到削弱,也仍然涵盖部分立法与行政机能,远非任何现代国家的司法机关所能比拟。更为重要的是,高等法院的成员具有参与政治的强烈意愿,作为法官的主体,“贵族阶层本来就有参政的传统和强烈愿望,他们从不认为自己仅仅就是一群专业法官,而高等法院的巨大权力又为他们干涉其他政务提供了良好的制度平台”。〔41〕法院不仅与普通意义上的王权竞争,而且试图成为主权者,比如在投石党运动期间,巴黎高等法院不仅统治巴黎,甚至还想成为整个法国的统治者。在这种背景下,高等法院的审查就由于它本身所具有的法律模糊性而对政治彻底敞开了怀抱。作为事前审查,注册和谏诤是一种决定法案能否生效的程序,意味着直接参与、影响和干预立法进程,审查者在一定程度上由外在监督者变为立法者之一,缺少相对于政治的中立性。〔42〕作为抽象审查,只抽象地讨论法案是否符合王国的基本法,缺少司法审查机制那种就案论事的务实与淡定,易于对审查对象造成模糊的认定。更重要的是,法院审查的实体依据是不成文习惯法乃至自然法,据此作出的审查决定必然具有易被政治所利用的“弹性”,再加上审查者本身具有政治意图并打着基本法的旗号暗中予以实现,于是形成了“挟宪法以令诸侯”的局面。

政治实力和参政意愿与审查的法律模糊性结合在一起,或者说,法律模糊性给政治参与提供的便利,将高等法院的审查转化成对主权者的政治竞争,政治性的审查决定必然僭越主权。

〔39〕 同上注,第15页。

〔40〕 William Doyle, *The Parlement of Bordeaux and The End of The Old Regime 1771-1790*, St. Martin's Press, 1974, p.217.

〔41〕 杜苏:“司法独立的黎明——法国古典司法体制诸问题研究”,《中外法学》2013年第1期,第105页。

〔42〕 高等法院的注册和谏诤本身在实体和程序上都具有随意性,如按照自身喜好对法令进行删减甚至增加其条文,对不喜欢的法令故意拖长注册时间,在谏诤书中使用各种措辞。在路易十四的强势统治以来,高等法院又变得“克制(restrained)、消极(passive)和温和(moderate)”。See John J. Hurt, *Louis XIV and the Parlements*, Manchester University Press, 2002, p.196.

因此,只有从主权的思路出发,才能理解高等法院的地位。极为巧合的是,法国在旧制度后期正处在由君权而民权的政治变革中,政治上危机四伏、暗流涌动,王权在扩张的历史过程中将中间团体扫荡殆尽,各种因素都将高等法院推向政治的中心。高等法院在1788年判决中的措辞即“国民只能求助于本院所明确表达的宣言”,也毫不掩饰自己代表整个国民对抗国王的意图。高等法院试图通过参与政治过程获得一种新身份——国民主权的代表者。在旧制度后期,这种主权代表者的身份甚至得到公法理论的支持,“高等法院是王国的三个等级的象征,是假想的代表。当然,这种看法即使是法院自身也并不总是被接受的。法院有时甚至将自己当成是超越于三个等级之上的,因为法院是裁决者,是包括国王与人民的裁决者”。〔43〕

当涉及与主权的关系到时,高等法院总是展现出这样一种极为矛盾的面貌:一方面,人们普遍认为,高等法院的谏诤书为证成国民主权、推翻君主主权发挥了重要作用,“整个18世纪,高等法院通过谏诤书使阅读的公众渐渐相信国家是高于国王的政治实体,这一功劳比讨论同一主题的任何作家都要大得多”,〔44〕这也为1789年大革命的爆发提供了重要的观念基础;另一方面,证成国民主权的高等法院,却被高举启蒙大旗、缔造国民主权的革命者所永久废止!〔45〕这种状况表面上是矛盾的,但实则是融会贯通的,因为法院在论证国民主权的同时却将自己视为主权的代表者,以至于1789年的革命者亦如国王一样,不能接受这种僭越主权的行。正如吕谢尔教授所言,“尽管高等法院(与国王的矛盾)是引发大革命的重要导火索,但它并未能博得革命者的同情,事实上,如同国王一样,高等法院也被视为主权拥有者而受到攻击,在革命者看来,既然主权属于国民,任何敢于声称自己为主权者的机构都是国民主权的障碍”。〔46〕宪法审查者在试图僭越主权时,会引起主权者的极度反感和敌视,所谓“天无二日,土无二王”,无论是国王还是革命者,都必欲剪除高等法院而后快,不可动摇的审查机制于是便不得不动摇。

五、在政治中覆灭的高等法院:影响与启示

巴黎高等法院是在历史中通过行使审查权而逐渐发展、确立并最终丧失审查权威的,正所谓“辅君而兴,僭君则亡”,由此,审查的权威结构与审查权的行使方式在时间性意义反思中动态地结合在了一起。

(一)历史进程中的审查权威

“罗马不是一天建成的”,巴黎高等法院的审查权威也形成于特定的历史进程中。它最开

〔43〕 Brissaud, *supra* note 17, p.448.

〔44〕 Roger Bickart, *Les Parlements et la Notion de Souveraineté Nationale au XVIIIe Siècle*, F. Alcan, 1932, p.132.

〔45〕 1789年11月3日,拉梅特(Alexander Lameth)动议废止高等法院,有人反对说高等法院已经解散了。米拉博(Mirabeau)则高喊,“这就更好了”,“就让他们解散吧;它们会从睡眠走向死亡,并且再也不会死而复生了。”最终,制宪会议以其多数议员的高兴呼喊,通过了关于高等法院永久解散的法令。See Bancroft, *supra* note 15, p.45.

〔46〕 François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel, tome 1, Organisation et attributions*, Economica, 1997, p.5.

始是个不起眼的“小角色”，13世纪中期从御前会议独立出来，14世纪初开始注册法令，14世纪末首次拒绝注册，16世纪以来才形成足够的权威去充分行使审查权。这在比较法中其实是普遍现象，只是由于现代宪法审查制都没有巴黎高等法院那么长的时间跨度，因此被人们忽视了，比如美国联邦最高法院最初受到极度轻视，^[47]它在历史中逐渐确立了审查权威，而成文宪法直接设置的审查机关如法国宪法委员会^[48]和德国联邦宪法法院^[49]也都经历了由“小角色”到“大人物”的成长历程。相反，高权威机构倒可能在确定审查机构的政治竞争中被排除出局，如法国1958年现行宪法考虑到巴黎高等法院的历史影响而刻意排除普通司法机关承担宪法审查职能的可能性，制宪者也抱着敌视态度在宪法条文中避免了“司法权”(pouvoir judiciaire)的表述，取而代之以“司法机关”(autorité judiciaire)。^[50]或许低权威机构更容易与主权者建立良好关系。因此，我们不能只看到审查机关在当下的权威，而忽视其权威确立的历史过程，往更高权威的机构中寻找审查机关，这本身更可能是个错误的方向。

不过吊诡的是，高等法院在充分行使审查权的整个阶段都不断论证自身的审查权威，直到最终解散前的1788年财政改革违宪案也没有停止。其原因显然在于高等法院没有处理好与主权的的关系，因此二者分歧日深，最后不仅审查制遭到直接取缔，王权和君主制本身也因丧失正当性而在革命的洪流中倾覆。可见，所谓宪法审查的反多数难题在表面上是审查权与主权之间的冲突与张力，但二者实际上也有一损俱损、一荣俱荣的伴生关系，主权通过接受审查来强化自身的正当性，而这必须以审查与政治保持距离为前提，因此，“自我节制”对于主权和审查权而言都构成必不可少的美德。二者如果不能在共同的节制中实现双赢，那就必然会在殊死搏斗中携手走向毁灭。

高等法院宪法审查制的覆灭产生了深远的影响。直到20世纪后期，法国人仍然在以忧虑的心态讨论法官统治(gouvernement des juges,亦可译为“法官政府”)，^[51]并且因为这种忧虑

[47] 施瓦茨教授如此描述“早期最高法院的软弱”：“一个陌生人，在国会大厦黑暗的通道上转上一个星期，恐怕也无法找到这个管理着美利坚合众国司法机构的偏僻角落。”参见(美)伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1990年版，第38页。

[48] “法国宪法委员会也经历了这样一个艰难的自我提升的过程……但是今天，人们都已经意识到宪法委员会的地位已经不再像其建立之初那样可以被忽视”，参见李晓兵：《法国第五共和宪法与宪法委员会》，知识产权出版社2008年版，第221页。

[49] 从历史的视角来看，“联邦宪法法院抓住了机会，赋予宪法以其从来就不曾有过的、其在没有联邦宪法法院的裁判的情况下也不会具有的重要意义——尤其是对于基本权利是如此”，但另一方面，“联邦宪法法院的裁判之所以能够起到如此巨大的作用，原因也在于联邦宪法法院倾向于做出妥协”。参见施莱希等，见前注[1]，第559—560页。

[50] 参见金邦贵主编：《法国司法制度》，法律出版社2008年版，第47页。

[51] 这一概念最早由法国学者朗贝尔(Édouard Lambert)提出，用以描述美国联邦最高法院反对社会立法的司法审查立场(V. Édouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux États-Unis*, Marcel Giard & Cie., 1921),后被广泛用于指代包括巴黎高等法院在内的司法机关以司法裁判对政治决策的干预,它可以等同于司法审查制中的较为极端的“司法能动主义”(Judicial activism)。关于法国宪法理论中的“法官统治”的中文讨论,可参见徐霄飞:“司法在宪制变革中的角色与司法政治的兴起——来自法国的经验与启示”,《甘肃行政学院学报》2013年第4期,第87—101页。

而在长达将近两百年的时间里一直抵制宪法审查。现行宪法委员会在设立后谨小慎微,逐渐打消了主权者的政治担忧,尽管如此,议会仍曾在1990年和1993年两次否决增设宪法委员会事后审查通道的议案。诸如此类的抵制态度,全因旧制度时期高等法院审查制所埋下的伏笔。对于法国宪法审查机制的落后,国内学者往往将原因归结为强大的主权观念及其对宪法审查的消解,也就是“卢梭主义的影响”,“其‘人民主权’思想被革命者奉为圣经……任何对主权的限制,都被视为与人民为敌”。^[52] 本文则以历史的视角说明,审查者自身的定位在逻辑上是更为前提性的重要原因。设置非政治性的宪法审查机关及审查模式,从而与主权保持适当关系,是宪法审查得以确立的必要条件,这一点应当得到但仍未得到理论重视。审查权的行使方式其实与审查权威的确立在历史中是紧密相连的,审查机关既需要积极妥当地行使审查权,从而为政治提供额外的正当性来源,又需要消极地自我克制,从而不对主权构成政治竞争。

(二)政治性审查机关向法律性审查机关过渡

历史已经证明,巴黎高等法院那样的政治性机关不适合承担宪法审查职能。审查机关自身的属性将决定其如何行使审查权。正因为具有政治机关的性质,高等法院不仅始终未能与政治划清界限,反而屡次构成跌宕起伏的政治过程的首要当事方。1788年财政改革违宪案导致法院解散并不是孤例,在1648年至1653年的投石党(Fronde)运动和1771年至1774年的莫普(Maupeou)改革中,高等法院均曾因参与政治而遭到解散。

在大革命之后,西耶斯曾提出颇具专门裁判机构色彩的“宪法审查会”方案,^[53]但宪法审查会的组织构成和基本职能同样引人担忧和敌视,因此西耶斯方案最终遭到否决。在此后的实践中,法国反复尝试过议会、专门机构和普通法院等不同模式,这样的反复转换至少经过了“三个循环”(trois cycles),^[54] 可谓是宪法审查发展的三支华尔兹,但没有任何一个方案能够既使审查机关承担起监督宪法实施的职能,又不至于侵害政治主权,即使在现行宪法委员会设立后的很长时间,这种僵局也没有被打破。直到1971年结社自由案,宪法委员会开始转向解释基本权利条款,逐渐使自己成为一个法律性机关,从而不断开辟了审查的权威结构,正是在此意义上,卢梭教授称该案为“实现了真正的政治革命的伟大判决”。^[55] 2008年宪法改革增加宪法委员会的合宪性先决程序,进一步将宪法审查与普通诉讼连接在一起,使宪法委员会“在本质上成为一个宪法法院”,^[56] 法国真正走出了高等法院的阴霾。

在当今法国以及宪法体制与法国类似的26个法语国家,均设立了法国式的宪法审查制

[52] 方建中:《超越主权理论的宪法审查——以法国为中心的考察》,法律出版社2010年版,第10页。

[53] 相关讨论可参见王建学:“制宪权与人权关系探源——以西耶斯的宪法人生为主线”,《法学家》2014年第1期,第170—171页。

[54] Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 1999, p.273.

[55] Dominique Rousseau, *Droit du Contentieux Constitutionnel*, Montchrestien, 2006, p.67.

[56] 关于此项改革的内容和背景,可参见王建学:“从‘宪法委员会’到‘宪法法院’——法国合宪性先决程序改革述评”,《浙江社会科学》2010年第8期,第115页。

度,但这些国家都在制度设计上刻意排除审查机关的政治性,比如审查机关的名称渐由宪法委员会改为宪法法院,审查机关的成员由参事改为法官并要求其法律职业背景,宪法判断必须基于宪法文本并阐明法律理由,连接普通诉讼程序的合宪性移送程序的增加,等等。事实上,仅马达加斯加曾在1959年设立“国家机构间高级委员会”(le Conseil Supérieur des Institutions),^[57]旋即于1975年转化为最高宪法法院。由此可以认为,法国模式的共同特征并不在于审查机构的政治性,而是普遍包含法国式的事前和抽象审查途径。^[58]

在性质上看,如果将宪法视为一种“规范”,那么其解释、实施和适用必然需要借助一个法律性机关而非政治性机关。施米特曾力主由政治性机关(即帝国总统)担当宪法的“守护者”,^[59]凯尔森随即针锋相对地予以反驳,认为宪法法院才是宪法真正的守护者。^[60]几十年后的宪法实践为这场争论提供了最有力的答案,宪法法院已经成为当代宪法体系中一颗熠熠生辉的明珠,连宪法委员会亦可归入宪法法院的子类型。^[61]历史和逻辑都说明,如果反过来按照政治性方案来规划审查机构,就无法保证宪法作为规范的解释、实施和适用,政治性的审查机关必须向法律性的审查机关过渡。当然,排除政治机关担任宪法审查职能,并不必然倒向司法审查模式。

(三)政治性宪法审查与宪法虚无主义

高等法院及其审查机制的覆灭所提供的启示还在于如何处理宪法审查与宪法本身的关系。如果宪法审查机关具有强烈的政治性,并且按照政治方式予以行使,那么不仅实质性的宪法审查不可能真正确立,宪法也会由于缺少一个忠实的解释者和真正的裁判者而停留在“公说公有理,婆说婆有理”的自然法层面。反过来讲,只有使审查机关中立且忠实地解释宪法,宪法审查才能真正称为宪法审查。在政治性审查的背景下,高等法院作出的违宪判决似乎从来没有客观中立的法律标准,也从来不被理解为法律上的规范评判,而是一种政策主张或政治宣告。人们不关心高等法院的判决提出了何种法律推理,只认定高等法院是在为了实现特定政治目的而编造法律理由。伏尔泰曾不无微辞地描述高等法院反对引入印刷术、指责笛卡尔哲

[57] 该名称并不表明它是一个纯粹的政治协调机关,其组织构成和基本职能类似于法国1958年宪法设置的宪法委员会,具体参见1959年马拉加西宪法即《第一共和宪法》第46至53条。

[58] 参见王建学:“法语国家宪法审查制度设计比较研究——对‘政治机构审查模式’的批判”,《昆明理工大学学报(社会科学版)》2017年第1期,第18页。

[59] 参见施密特,见前注[14],第194页。

[60] (奥)汉斯·凯尔森:“谁应成为宪法的守护者?”,张龔译,载许章润主编:《历史法学》(第一卷),法律出版社2008年版,第241页。此外,关于凯尔森的宪法法院方案设计,以及他作为法官如何教义性地解释宪法,可参见(奥)罗伯特·瓦尔特:《宪法法院的守护者:汉斯·凯尔森法官研究》,王银宏译,人民日报出版社2016年版,第19、152页。

[61] 学者认为法国在2008年改革后亦“回归到凯尔森的宪法司法模式”,See Federico Fabbrini, “Kelsen in Paris: France’s Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation”, *German Law Journal*, 1312(2015).

学、反对黎塞留建立法兰西学院的经过,并称此类判决“怪异奇特、世所罕见”,〔62〕而在1788年,它又反对国家的财政改革。

从现代宪法解释学的角度来看,高等法院的审查实践与现实主义的宪法解释观高度对应,后者的核心思想是,“解释产生着宪法规范,因为解释赋予一项宪法规定以含义,从而决定何种行为应当发生。但是,解释不仅将宪法规定所包含的含义赋予给规定,而且解释本身就是宪法规定的含义,而这独立于宪法文本所规定的内容”。〔63〕但现实主义宪法解释观如同高等法院的审查实践一样,会造成对宪法规则本身的忽视,形成宪法虚无主义,最终导致法的安定性和法治精神受损。即使是成文宪法的条件下,解释的分歧状态也会“与法的安定性、规范明确性以及规范公开性等法的基本价值相抵触”,如果解释结果过于多样与肆意,“法律的一致性和可预见性就不存在了,这会根本性地损害法治的精神”。〔64〕在审查本身丧失客观标准的同时,人们对审查的评价也必然丧失客观性因此大相径庭,同一作者甚至会对高等法院的审查作出截然相反的评价,如狄德罗既支持高等法院的审查,认为注册权是“伟大的、美好的、神圣的”,又反对高等法院的审查,认为法官们“总是反对好的东西,或怀着坏的动机支持好的东西;在政府管理或公众福祉方面他们没有什么好主意”。〔65〕这种自相矛盾的评价是对法院审查政治性的最好注释。高等法院宪法审查制与政治的紧密结合,在人类宪法史上恐怕是前无古人、后无来者的。政治性宪法审查在名义上敬宪法若神明,实则弃宪法如敝履,这是值得深思的。

宪法无疑应当与政治保持一种足以维持自身自足性的距离,这种距离是宪法对政治发挥规范作用却又不取代政治的必要条件。〔66〕据此,既要排除政治机关担任宪法审查职能,也要使审查权的行使遵循政治回避原则。尽管宪法判断本身也会造成影响政治的结果,〔67〕但在逻辑与历史的角度,宪法的教义性适用在先,而影响政治的结果在后。一方面,审查者自身总是刻意保持与政治的距离,至少表明一种处于政治以外的立场,另一方面,影响政治的后果即使存在,也必然只能通过宪法教义性适用这一手段。此种宪法审查模式可以称为法律性的宪法审查,也即宪法得以教义性适用的框架,它可能具有政治色彩但并不因此而颠覆法律性本身。

〔62〕 伏尔泰,见前注〔16〕,第220页。

〔63〕 Michel Troper, “Constitutional Interpretation”, *Israel Law Review*, 48(2006).这一主张也可参见该作者的下列中译著作:(法)米歇尔·托贝:《法律哲学:一种现实主义的理论》,张平、崔文倩译,中国政法大学出版社2012年版,第92页。现实主义解释理论在当代法国一枝独秀并且具有重要影响,并非毫无历史原因。

〔64〕 张翔:“祛魅与自足:政治理论对宪法解释的影响及其限度”,《政法论坛》2007年第4期,第31页。

〔65〕 See Durand Echeverria, *The Maupeou Revolution: A Study in the History of Libertarianism, France, 1770-1774*, Louisiana State University Press, 1985, pp.230, 235.

〔66〕 “宪法的司法化和宪法学的教义化并不会取消政治的功能空间。”参见张翔,见前注〔6〕,第929页。

〔67〕 这在各种宪法审查机制中均客观存在,审查者甚至因此受到批评。如在美国罗斯福新政时期,对于联邦最高法院的宪法立场,罗斯福曾说过,绝不能让成千上万人的命运控制在“九个老家伙手中”,参见王希:《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345页。“九个老家伙的统治”是对审查者影响政治的最形象表达。

六、结 语

巴黎高等法院政治性宪法审查的失败对我们的借鉴意义,恐怕远远大于马伯里案的成功。后者在英美法背景下的成功是不可复制的,但前者在法国的失败却能告诉我们如何躲避宪法审查建构过程中的雷区。我国宪法学者均赞成构建某种有效的宪法审查机制,其中或许掺杂着宪法学者促进宪法实施的朴素情感,然而,这种情感似乎从未得到决策者的理解与赞同。因此,对于学者而言,需要警惕地认识到宪法审查权是一项重要权力并且不可避免地具有政治性,^[68]政治性宪法审查更可能带来政治的瓦解。同样重要的是,决策者需要认识到适当的审查机制能够作为政治正当性的额外源泉。在建立这种共识的基础上,应当按照宪法教义学或释义学的思路,而不是舍本逐末地按照政治性思路来规划宪法审查的具体方案。

宪法审查的制度建构既要考虑审查机构在特定的政体结构中是否具有足够的审查权威,也要考虑审查权行使的适当方式。在表面上看,政治宪法学者首先考虑的是前者,而本文讨论的是后者,其实并不全然如此。结合巴黎高等法院所提供的反思,政治性宪法审查方案存在三个误区并可能产生危险。

首先,政治宪法学者认为党、人大和法院的审查权威依次递减,故而党的审查最值得倚重,因此,政治性宪法审查方案主要是在为宪法审查寻找足够的权威结构,这种主张虽不乏促进宪法实施的意味但却未能看到宪法审查的权威结构是在历史中逐渐形成的,而寻找更高权威的机构来担当审查职能更可能是个误区,在此意义上它是一种缺乏耐心的理论方案。

其次,对政治性宪法审查的批判不能仅停留在第一个层面,否则就忽视了政治宪法学理论的深邃性(当然也包括危险性)。政治宪法学者倾向于由一个政治性的机构来承担宪法审查职能,然而,历史经验表明政治性机构难以担当教义性解释宪法的职能,由此,审查机关要么沦为纯粹的政治协调机构从而没有审查,^[69]要么通过有效审查与主权形成政治竞争。

最后也是最重要的,政治宪法学者之所以主张政治性宪法审查方案,实则是看到了宪法本身及宪法审查权的政治性,在将大量政治事实纳入宪法的概念从而实现了对宪法本身的颠覆性理解^[70]之后,也必然看重宪法审查机关的政治参与功能并进而在政治框架中设置宪法审查机关及其审查权的行使方式,由于对宪法的政治性理解,其宪法审查方案也一定是偏政治性审

[68] 林来梵教授敏锐地察觉到,即使在全国人大内设立宪法委员会也会产生一种担忧,即“冲击或打破迄今在现实中形成的政治权力分配格局”,因此“司法消极主义”“合宪性的推定原则”等必须作为消除政治性的手段,参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第340页。

[69] 如强世功教授所言,如果采取白轲方案,“估计从来不会有什么违宪审查问题”,参见强世功,见前注[10],第971页。

[70] 林来梵教授多次批评政治宪法学将“‘事实命题’与‘规范性命题’混为一谈”,参见林来梵:《文人法学》,清华大学出版社2013年版,第120页。

查,必定打破法律系统与政治系统的功能界分,而规范与政治一旦实现合流则宪法审查亦名存实亡,从而背离通过宪法控制政治这一近代立宪主义的核心价值。这正是政治性宪法审查的危险之处。尤其是考虑到中国宪法实施“呈现出政治化实施有余而法律化实施不足的特征”,“由于受政治化思维的影响,宪法的政治化实施和法律化实施出现了相当程度的角色错位,许多应当通过法律机制解决的宪法问题被过度政治化,从而压缩了法律化实施的空间”,^[71]政治性思路岂不既将宪法审查的建构引向雷区,又与当下中国的现实需求背道而驰?

Abstract: The current phylogeny of constitutional review is so partial because of its sole reliance on judicial review system, that it's unable to criticize political constitutional review and its mistakes. The registration and remonstrance system of Parlement of Paris from 1392 to 1788 is the most typical political constitutional review practice in the world. The rise of Parlement and its review bases on the fact that this review assisted the royal power and strengthened the legitimacy of monarchy, and its decline lies in the fact that the political character of review resulted in political competence with the royal power, thus arrogated the sovereignty. In nearly two hundred years, constitutional review was under continuous resistance because of the fear of gouvernement des juges caused by political review. It isn't that the sovereignty refuses review, but rather it's the political review arrogating the sovereignty which caused the hostility of sovereignty. Political constitutional review necessarily leads to nihilism of the constitution itself, thus inevitably has to transform into legal constitutional review, in order to function as an additional source of political legitimacy on condition of not replacing politics itself.

Key Words: Constitutional Review; Parlement of Paris; Sovereignty; Political Review

(责任编辑:章永乐)

[71] 翟国强:“中国宪法实施的双轨制”,《法学研究》2014年第3期,第92页。