

宪法判断的正当化功能

翟国强^{*}

内容提要：对特定国家行为的合宪性作出具有法律效力的宪法判断，有助于实现基本权利的保障和法律体系的统一。除此之外，对国家行为的正当化也是宪法判断所能实现的一个重要功能。宪法是法律体系的正当性基础，通过对法律规范作出合宪判断，可以直接强化其宪法上的正当性，而即便是违宪判断，通过法律技术的运用和处理，也可以实现对特定法律规范或国家行为的正当化功能。

关键词：宪法判断 合宪性 合宪判断 违宪判断

宪法实施的重要方式之一是对特定国家行为的合宪性作出具有法律效力的宪法判断，实现宪法对所有国家行为的规范效力。一般来说，这种具有法律效力的宪法判断有助于实现基本权利的保障和法律体系的统一。^{〔1〕}在我国，上述两大功能定位已经内化为宪法规范中的人权条款和法制统一条款。而基于这种功能定位，国内法学界对于宪法审查的研究大多从权利保障和法制统合两个角度进行分析，并提出相应的学理主张。^{〔2〕}

不可否认，保障基本权利和维护法制的统一是宪法监督乃至作为根本法的宪法本身所要实现的主要功能。然而，除此之外，对于国家行为的正当化（Legitimizing Function）也是宪法判断所能实现的一个重要功能。从各国宪法判断的实践来看，宪法判断的作用不仅是将法律法规判断为违宪无效，作为一种保障宪法实施机制的内在要求，还在于通过宪法判断赋予特定的国家行为在宪法上的正当性。美国联邦最高法院通过宪法判断确保各州法律与联邦宪法之间的统一性，进而正当化联邦的州际贸易政策，就是一个典型例证。通过对美国最高法院的宪法判断进行实证

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 基于这两大功能定位，有学者将宪法审查分为权利保障模式和宪法保障模式。根据 H. Monaghan 教授的分类，美国的宪法审查在于保障个人权利，可称为私权保障型宪法审查，而欧陆型的宪法审查在价值取向上不同于美国的私权保障，可以称之为特殊功能模式。在此基础上，芦部信喜教授进一步将宪法审查的功能模式区分为古典的私权保障型和现代宪法保障型的宪法审查。Henry Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 *Yale Law Journal* 1365 (1973); [日] 芦部信喜：《宪法诉讼的现代展开》，有斐阁 1982 年版，第 4 页以下。

〔2〕 参见蔡定剑：《中国宪法实施的私法化之路》，《中国社会科学》2004 年第 2 期。

分析, 罗伯特·达尔指出, 宪法判断的一个重要功能是对执政者的某些基本政策进行正当化。^{〔3〕} 与此观点类似, 美国宪法学者布莱克也认为, 宪法判断的重要功能是实现对国家公权力行为的正当化, 而非颠覆性的否定国家行为。^{〔4〕} 日本的芦部信喜教授也注意到, 宪法判断在监督制衡之外, 对国家权力具有正当化功能。^{〔5〕} 比较宪法学的研究则表明, 已经建立并实施宪法审查制度的国家, 都特别重视通过具有法律效力的宪法判断来实现对公权力行为的正当化。^{〔6〕} 我国相关理论研究大多围绕宪法判断保障基本权利和维护法制统一的功能展开, 忽视了对宪法判断正当化功能的研究。而就中国法治的发展现状而言, 以宪法判断的正当化功能为切入点, 或许可以提供研究和思考宪法问题的另一种思路, 从而对现有的宪法理论形成有益的补充。

一、宪法判断正当化的依据

在法治国家, 公权力行为需要符合法律才能获得正当性。在法律体系内部, 不同位阶的法律规范构成一个正当性体系, 这种正当性最终可以归结为宪法。从超越实证法的外部视角来看, 宪法的正当性基础可以追溯到社会的价值共识或根本规范, 而且宪法内在的正当性与外在的社会结构之间也存在密切关联。因此, 宪法判断可以为公权力行为提供道德伦理上的正当性和社会学意义上的可接受性, 实现一种超越实证宪法的正当化。此外, 宪法既是一种政治现象也是一种法律现象, 宪法判断在对国家行为提供内部正当化和外部正当化的同时, 也可以整合法律系统和政治系统的正当性资源, 实现国家法律和政治、道德系统的相互支撑和良性互动。

(一) 宪法正当性的来源

在一个国家的法律规范体系中, 宪法体现了社会最低限度的价值共识, 也是法律体系的价值根基, 宪法之下所有的公权力行为都要直接或间接地从宪法中找到正当性基础。^{〔7〕} 恰如梁启超所言, 宪法是“国家一切法度之根源”、“一国之元气”。^{〔8〕} 在形式上, 国家的法律法规依据宪法所确认的程序制定; 在内容上, 法律对特定事项的规定不得超越宪法许可的范围, 并符合宪法对基本权利保障的要求。根据法规范的效力位阶学说, 下位法与宪法抵触的, 应当不具有规范上的妥当性和正当性。同理, 其他抽象或具体的国家行为如果没有宪法上的依据, 也不具有正当性, 以宪法为依据作出法律判断可以实现对国家公权力行为的正当化。在当前有关国家行为的正当性论证中, 以合宪性来论证正当性的观念已经被理论界和实务界所接受, 我国宪法实践中也不乏以宪法作为正当性依据来增强法律正当性的例子。比如, 《全国人民代表大会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉的决定》指出: “香港特别行政区基本法是根据《中华人民共和国宪法》按照香港的具体情况制定的, 是符合宪法的。”

实证宪法规范可以作为正当化的依据, 在根本上是因为宪法规范承载着超越实证法之上的根本价值。在法哲学意义上, 实证宪法的正当性来源可以追溯至制宪权, 即人民通过制宪权的发动

〔3〕 达尔进一步认为, 这种正当化不仅为占据统治地位的政治联盟具体政策提供正当性, 长远来看也为民主制度所必须的基本行为方式提供正当性。Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 *Journal of Public Law* 279-295 (1957).

〔4〕 Charles L. Black Jr., *The People and the Court*, NJ: Prentice-Hall, 1960, p. 52, pp. 66-67, cited from Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merill Company, Inc., 1962, p. 29.

〔5〕 [日] 芦部信喜: 《宪法诉讼理论》, 有斐阁 1973 年版, 第 15 页。

〔6〕 See F. L. Morton, *Judicial Review in France: A Comparative Analysis*, 36 *The American Journal of Comparative Law* 89-110 (1988).

〔7〕 Frank I. Michelman, *Constitutional Legitimation for Political Acts*, 66 *The Modern Law Review* 1-15 (2003).

〔8〕 梁启超: 《立宪法议》, 载《饮冰室合集 1·饮冰室文集之五》, 中华书局 1988 年版。

和行使创制宪法，此后所有国家公权力都依据宪法来运作，国家行为由此获得正当性。^{〔9〕}最早提出制宪权理论的西耶斯将宪法的正当性归于国民意志，并认为国民意志“仅凭其实际存在便永远合法，是一切合法性的本源”。^{〔10〕}在此基础上，传统制宪权理论的代表施密特进一步认为，制宪权是宪法正当性的唯一终极来源，是不受任何规范约束的决断。^{〔11〕}这种决断主义的宪法理论因潜含着“强权决定公理”的命题而广受批判。规范主义的宪法学说则坚持认为，强权和实力永远无法推导出规范上的正当性，制宪权并非如施密特所言的游离于“法的世界”之外而不受任何规范约束的赤裸裸的实力。^{〔12〕}这种制定宪法的权力，同样也受到某种“根本规范”或“超实定的法原则”的约束。

那么，这种根本规范究竟是什么？规范主义的宪法学说一般将其归结为立基于自然权理念之上的、以人性尊严为核心的基本权利体系。^{〔13〕}现代宪法理念普遍接受了“宪法是对超实证法的价值的实证化”的观点，^{〔14〕}将宪法中的基本权利规范作为汇通自然法与实证法、合宪性与正当性的连接点。当然，作为宪法根本规范的基本权利也随着时代发展而变化，对于宪法规范的理解和解释也必须随着时代变迁而不断丰富和完善。相应地，通过宪法判断实现正当化的过程也要随着社会的变动而补充和强化。在社会转型的背景下，需要通过宪法判断所包含的宪法解释机制来实现宪法规范和社会根本价值的对接，使宪法规范体系能有效回应社会变迁。特定时空下对于宪法规范的理解，实际上是一定阶段社会主流价值和观念的体现，以宪法作为依据的法律判断可以赋予宪法规范以新的价值基础，回应社会的发展变迁，而正是这种“活的宪法”才能使国家行为获得持续的合法性和正当性。

（二）依据宪法的正当化与超宪法的正当化

正当性可以分为法律正当性、道德正当性以及社会正当性。^{〔15〕}基于法律规范的内部视角，只需依据宪法规范作出判断就可以为特定的国家行为提供直接的法律正当性支撑。如果将法律视为一个绝对封闭的规范系统和正当性的唯一来源，那么宪法是国家行为正当性的最终依据，对国家行为的正当化无需诉诸法律体系外的论证资源。这种严格法律实证主义的观点，在方法论上将法律和道德截然二分，同时也切断了法律体系外部的正当性支撑，今天已不是法学的主流。一般法学理论都认为法律内在的正当性与外在的道德伦理和社会结构之间存在密切关联。因此，静态的实证宪法规范不是正当性的唯一来源，国家行为的正当化还应从宪法之外寻求正当性支撑，实现从依据宪法的正当化到超越宪法的正当化，才能够在完整意义上正当化国家行为，使国家的法律系统和政治系统能够建立在社会的基本价值共识之上，得到社会的普遍接受。

宪法所确认的基本权利是以法律规范形式体现的特定社会的根本规范，以基本权利规范作为

〔9〕 在我国，全国人大是最高国家权力机关，有修改宪法的职权。但作为宪法之下的国家机关，其正当性基础源于宪法，主流的政治理论也体现了这种成文宪法观念。如李鹏在2001年法制宣传日的讲话中指出：“全国人大及其常委会是宪法规定的最高国家权力机关，其权力来源于宪法，也必须在宪法范围内活动，必须在宪法规定的范围内行使立法、监督等职权，不得超越宪法。”

〔10〕 [法] 西耶斯：《论特权·第三等级是什么》，冯棠译，商务印书馆1990年版，第57页以下。

〔11〕 [德] 施密特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社2005年版，第87页以下，第98页。See David Dyzenhaus, *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham: Duke University Press, 1998, pp. 32-35.

〔12〕 [日] 芦部信喜：《宪法制定权》，东京大学出版会1983年版，第39页。

〔13〕 参见 [日] 芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社2006年版，第11页。

〔14〕 现代宪法理论认为，宪法所确认的基本权利是以法律规范形式体现的特定社会的根本道德规范，也是宪法体系内的价值核心，尊重和保护一般人所享有的基本权利是统治正当性的最主要条件。参见 [美] 杰弗里·赖曼：《宪法、权利和正当性的条件》，载 [美] 阿兰·S·罗森鲍姆编：《宪政的哲学之维》，郑戈译，三联书店2001年版，第178页。

〔15〕 Richard H. Fallon, *Legitimacy and the Constitution*, 118 *Harvard Law Review* 1787-1853 (2005).

依据对有关国家行为的合宪性作出判断可以为其提供一种道德伦理上的正当性。^[16]特别是在那些贫富差距日益加剧的社会,通过宪法判断来保护那些孤立而分散的少数人的基本权利,可以强化和巩固国家公权力行为的正当性基础。从社会治理的角度看,维持一个动态稳定的社会秩序也需要多种渠道的基本权利救济机制来化解各种社会风险。一般来说,这些权利诉求应当主要由司法机关来处理,并就其权利是否受法律保护作出裁决。但是受一般司法机关解决纠纷的能力和职权范围所限,有许多穷尽法律途径后仍无法得到有效救济的权利保障诉求被搁置在法律程序之外。如果没有一个补充性的救济机制,大量的权利诉求将会流入其他非正式的权利救济渠道,造成不同制度之间的功能紊乱和异化,最终将会对社会稳定构成威胁。而通过对法律的合宪性进行审查并作出判断,可以在对国家法律进行正当化的同时,发挥宪法救济作为社会的“减压阀”的作用,在一定程度上消除和淡化民众的不满心理,减少政治权威的流失,分散社会风险,维持社会的长期稳定。特别是在那些正处于民主法治转型时期的国家,宪法判断的一个重要功能就是在接纳权利诉求、引导民众理性解决纠纷的过程中不断型塑社会的价值共识,使国家的法律以及公权力行为能够获得道德伦理上的正当性和社会学意义上的可接受性。

除了对法律体系进行正当化之外,宪法判断在更宽泛的意义上还可以为政治系统提供正当性支撑。在社会功能日益分化的现代国家,法律系统和政治系统既相对自足又相互影响。^[17]通过宪法中的立法程序规范,法律系统提供了政治过程影响法律秩序形成和发展的渠道。作为组织政治权力的法律形式,宪法是连接法律系统与政治系统的媒介,它在为法律系统提供正当性的同时,也为一些政治争议的解决提供了法律途径,以此来协调法律和政治这两个社会子系统。^[18]具体而言,通过宪法判断既可以确认政治系统的正当性,也可以在法律领域引入道德和政治问题的讨论,通过法律技术来解决政治问题,而且宪法判断也有助于整合两个系统的正当性资源,为国家行为提供更加充分的正当化论证。当政治系统足以维持其正当性时,宪法判断往往需要采取一种消极主义的立场,维持政治系统的独立和自足。当政治系统无法提供有效的正当性论证时,就需要引入宪法审查和判断来补充民主政治运作过程中的正当性不足和缺陷。

在理想的法治状态下,政治系统的正当性需要大量引入宪法和法律的论证,这种正当化过程常常以法律系统为主导。然而在一些法治发展中国家,法律系统仅具有相对的独立性,其权威性往往需要借助于政治系统得以强化。在这种权力格局下,依靠政治权威动员各种社会力量仍可以有效实现社会控制,一旦社会秩序出现局部危机,通过将社会问题纳入政治系统中加以政治化,仍可以及时化解社会危机,实现社会秩序的稳定。不过,过多地诉诸政治化解决的做法,可能会导致政治系统正当性权威不断耗散。在上述背景下,宪法判断的意义在于防止政治系统的权威被过度透支,一方面可以为政治系统提供正当性支撑,以此维护政治系统的权威性,另一方面可以通

[16] 国家制定法律法规或其他规范性文件对某些权利的范围进行限制,这种限制可能会遭到宪法上的正当性质疑。如果通过正当化论证,可以得出该行为符合宪法程序,并未超出宪法所允许的程度,则该国家行为可以获得宪法上的正当性。当然判断这种对基本权利限制的规范是否具有宪法上正当性,在法律技术上有各种不同的标准。See Michael J. Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights*, New Haven: Yale University Press, 1982, pp. 163-165.

[17] 就我国而言,随着依法治国方略的实施,特别是社会主义法律体系的形成和完善,法律系统相对于政治系统的独立性已经逐渐显现,而这种独立性也是我国宪法制度设计的一个理论前提。根据1982年宪法修改档案记载,宪法的起草者特意区分了“写进宪法的政治制度”和“没有写进宪法的政治制度”,认为“写到宪法里,就变成一个法律问题”。在1993年修改宪法时候,针对有常委会组成人员提出将政协作为一项基本政治制度以宪法形式加以确认的提议,宪法修改小组认为,“共产党领导的多党合作和政治协商制度也是一项重要的政治制度,但政治制度并不都要用宪法加以规定”。蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第151页以下。

[18] See Niklas Luhmann, *Law as Social System*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 404-410.

过宪法判断整合法统、政统和道统领域的正当性资源，实现国家法律和政治、道德系统的相互支撑和良性互动。

二、通过合宪判断的正当化

宪法是国家行为正当性的来源，将特定的国家行为认定为“合宪”是确认或增强其正当性的一种重要方法。许多宪法性案件都是公权力机关主动提请宪法审查，试图通过合宪判断来正当化公权力行为。有宪法学者认为，通过宪法审查确认公权力行为合宪从而实现其正当化是宪法审查的重要功能，这种功能与违宪判断的功能同等重要。^{〔19〕}当然，宪法判断不是对既有权力格局的确认和背书，滥用合宪判断对国家权力进行正当化的做法也会遭到法律界的批判和质疑。^{〔20〕}

（一）典型的合宪判断

为了维持法律和政治秩序的稳定，在未经有权机关作出具有法效力的宪法判断之前，国家行为应当被推定具有宪法上的正当性，此即合宪性推定原则。^{〔21〕}该原则是各不同模式下的宪法审查制度普遍接受的一项原则。合宪性推定的对象主要是以抽象的法律法规形式存在的国家行为，与该原则相关的还有一些其他标准和原则，比如明显性原则。^{〔22〕}合宪性推定原则在宪法制度设计上也往往有所体现。比如，俄罗斯宪法法院法第72条规定，在通过有关法律文件、国家权力机关之间的协议以及尚未生效的俄罗斯联邦国际条约是否符合宪法的决定时，如果表决结果同意和反对各半，则表示通过了被审理条款不违反宪法的决定。当然，这种合宪性推定并非意味着既存法律体系绝对合宪，而是一种初步的正当性推定。以合宪性推定为一般原则，宪法审查机关对有争议的国家行为所作出的宪法判断中，合宪判断占据绝对多数。正因如此，在各国宪法审查实践中，很多宪法性争议往往是由政府部门提出，以期获得合宪性确认。

典型的合宪判断是直接对有争议的国家行为做出合宪认定，以此确认其宪法上的正当性，强化其法律权威。比如，在宪法程序法中规定，对法律法规作出合宪判断后，各级法院法官不得拒绝适用。^{〔23〕}具有违宪嫌疑的法律法规或者其他国家行为，在具体实施过程中容易引发正当性危机，被架空或者变通执行，从而削弱其实效性。因此，对于那些具有宪法争议的国家行为作出合宪判断可以强化其法律效力，特别是依据宪法上的基本权利规范作出的合宪判断，可以直接为法律法规提供正当性依据。比如，美国新政时期最高法院在西海岸宾馆诉帕里什案件中，对有关保护劳工权利的法律及时做出合宪判断，^{〔24〕}使一系列保护劳工权利的法律获得正当性，也化解了一场宪法危机，而以合宪判断为契机，对劳工权利的保护作为对契约自由的一种正当限制逐渐被社会普遍接受。

典型的合宪判断也可以用来解决所谓“良性违宪”的悖论。^{〔25〕}在制度变革时期，一些在形式上构成违宪的改革措施可能会遭到违宪的质疑。有学者用宪法变迁理论解释这种宪法规范与社会改革之间的关系，即有些看似与宪法不一致的国家行为，实际上是宪法规范的一种无形修改，并非是

〔19〕 前引〔6〕，Morton文。

〔20〕 参见〔英〕Jan-Erick Lane:《宪法与政治理论》，杨智杰译，台湾韦伯文化国际出版有限公司2003年版，第176页。

〔21〕 James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harvard Law Review* 129-156 (1893).

〔22〕 所谓明显性原则是指除非法律法规明显违反宪法，一般不作违宪判断。同上文。

〔23〕 吴志光：《比较违宪审查制度》，神州出版有限公司2003年版，第29页。

〔24〕 *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937).

〔25〕 参见郝铁川：《论良性违宪》，《法学研究》1996年第4期。

一种违宪现象，宪法学上称之为“宪法变迁”。^[26]从宪法判断方法来看，对于此类问题大多是通过宪法解释赋予规范新的含义，并据此对特定的行为或措施作出合宪判断，解决宪法规范与社会事实之间在形式上的矛盾。通过宪法判断正当化宪法变迁的事实，是一种以法律解释的宪法变迁来取代社会学意义的宪法变迁的方法，^[27]可以跳出“良性违宪”的悖论，为社会变革过程中的“先行先试”提供正当性支撑，同时又有效地维护法律的安定性。对于宪法实施过程中出现的一些不成文的政治或法律惯例，当然也可以通过合宪判断来对其正当性进行确认。

（二）附条件的合宪判断

一般而言，宪法判断是一种法律判断，只需要依据宪法规范作出决定即可，无需考虑各种政治力量的对比。然而这只是一种理想状态，宪法判断无法超脱于特定社会的政治秩序之外。由于宪法性案件本身的政治敏感性，一旦作出违宪判断，对法律秩序的安定性必然会造成较大冲击。为了避免卷入政治纷争和影响既存法秩序的稳定，宪法审查机关面对宪法案件时往往考虑是否可以合宪判断的形式来回避作出违宪判断。然而，单纯采取回避策略无异于放弃对国家行为的合宪性控制，从而违背宪法保障制度的初衷。因此，需要对其做出附条件的合宪判断，在回避违宪判断的同时也对其进行宪法上的正当化，维持法律体系和国家公权秩序的权威。这种判断方法主要针对以抽象法律法规为存在形式的国家行为，通过对其进行合宪化解释实现正当化的目的。一般而言，当具有宪法争议的法律法规可以作出不同种类的理解和解释的情况下，应选择与宪法相一致的解释，排除其构成违宪的可能性，对其正当性和法律效力进行救济和弥补。^[28]通过运用这种解释技术，宪法审查机关对于一些有违宪嫌疑的法律可作出形式上合宪的判断。其解释目的并非确定作为审查对象的法规范的具体含义，而是在法律规范中“嵌入”一个例外规则从而回避违宪判断。^[29]这种合宪判断方法最早出现于在美国最高法院的宪法判断实践，典型判例是1936年的阿什旺案件。^[30]该案中，联邦最高法院较为完整地确立了这一合宪解释的法律方法，并在此后被作为一种“准宪法规则”为司法系统遵守。^[31]目前，这种方法已被世界上许多国家采纳，^[32]甚至直接在宪法条款中加以明确规定。^[33]在采纳抽象审查模式的德国，宪法法院的判决中采用这种合宪解释作出判断的案件占很大比例。据统计，在德国联邦宪法法院成立的34年间，做出违宪判断的案件共计199件（联邦法182件，州法21件），但采纳合宪解释对法律进行合宪化处理的案件共计1080件（其中联邦法845件，州法235件）。^[34]在法国宪法委员会的判决中，大约有

[26] 韩大元：《宪法变迁理论评析》，《法学评论》1997年第4期。

[27] 有关法解释学和社会学意义的宪法变迁的理论，参见[日]川添利幸：《宪法保障的理论》，尚学社1986年版，第26页。

[28] 前引[5]，芦部信喜书，第231页。

[29] 从法律方法的角度看，完整的合宪限定解释可包含以下步骤：（1）嵌入一个例外规则：X法第x条并非意味着……；（2）对该法第x条应当做出如下解释：……；（3）故此，该法第x条与宪法第y条并不违背。参见翟国强：《宪法判断的方法》，法律出版社2009年版，第53页以下。

[30] 本案中，布兰代斯法官在补充意见中总结了最高法院作出宪法判断所采纳的7个规则，美国宪法上称之为“布兰代斯规则”。Ashwander *et al.* v. Tennessee valley authority *et al.*, 297 U. S. 288 (1936).

[31] William N. Eskridge, Jr. and Philip P. Frickey, *Quasi-Constitutional Law: Clear Statement Rules as Constitutional Lawmaking*, 45 Vanderbilt Law Review 599 (1992).

[32] 比如德国、法国、意大利和西班牙等国家的宪法审查机关在宪法判断中常常采用这种方法。See Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, 101 Michigan Law Review 201-237 (2003).

[33] 比如，南非1993年过渡宪法第35条第2款和第232条第3款规定：法律不应当因为其字面上可作违宪解释而违宪，此时如果可以合理做出符合宪法的解释，则对法律必须做出限定解释。

[34] Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham: Duke University Press, 1989, p. 58.

21%的案件运用这种方法。^[35]

运用合宪解释的方法将宪法的价值秩序辐射渗透至整个法律体系，同样也可实现对国家行为进行合宪性控制和正当化的效果。在宪法实践中，上述通过合宪解释进行正当化的方法较多见于对一些规定过于含糊不清的法律法规的处理。法律法规的条文表述不清楚、不确定，以至于根本无法适用或者一旦适用就会导致严重不公，可能构成因模糊而违宪。^[36] 如果对其进行限定性解释，将不确定性缩减到一个可接受的范围之内，就可以将模糊笼统的法律条款转化为明确的法律规范从而作出合宪判断。例如，日本最高法院在宪法判例中对刑法中“淫秽图书”的概念进行限定性的解释，将“具有高度艺术性、思想性的图书”排除在“淫秽图书”的范围之外，通过对法律概念进行限定解释去除其不明确性而维持了该法律的合宪性。^[37] 韩国宪法法院在一起类似的案件中同样对“淫秽”概念进行了限定性解释，^[38] 作出合宪的判断。

（三）合宪化修改

合宪判断作为正当化手段，除了合宪解释之外，还有一种更加积极的方法，即对法律法规的合宪化修改。这种方法是一种超出文意范围之外的法律续造。^[39] 从方法论的角度来看，合宪解释和合宪化修改是法律思维的连续步骤，如拉伦茨所指出，“法律解释与法的续造并非本质截然不同之事，只应视其为同一思考过程的不同阶段”。^[40] 合宪化修改的方法在宪法判断的实践中较为多见。法国宪法委员会经常进行一种所谓的“取代性合宪解释”，即直接以新的法律规范代替违宪法律规范，以此来实现合宪性控制。^[41] 类似方法在意大利、西班牙等国家的宪法判断中也比较常见。^[42] 根据这种合宪化方法，当法律法规的内容已构成违宪时，为尽可能维持法律规范的正当性，可以对其进行合宪化修改。^[43] 对国家行为进行合宪化修改，一方面可以弥补其缺陷或者漏洞，消除法律法规的正当性不足，同时也可以避免因直接对法律法规做出违宪认定造成与其他国家机关的紧张和对立。

（四）合宪判断正当化的界限

合宪判断是正当化国家行为的一种重要手段和方法，但是合宪判断的运用也有一定的限度，因合宪而获得的正当性只是一种最低限度的正当性。换言之，违宪的国家行为肯定不正当，而合宪的国家行为也并非无可挑剔。以宪法作为依据作出法律判断的一个理论前提在于，将宪法看作一种条件规范，如果符合这种条件则作出合宪判断，反之则作出违宪判断。作为条件规范的宪法

[35] Louis Favoreu, *The Constitutional Council and Parliament in France*, in Christine Landfried (ed.), *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 101.

[36] 参见 [日] 藤井俊夫：《过度广泛性理论与明确性理论》，载 [日] 芦部信喜：《宪法诉讼讲座》第 2 卷，有斐阁 1987 年版，第 365 页以下；Gerald Gunther and Kathleen Sullivan, *Constitutional Law*, New York: The Foundation Press, 1997, pp. 1337-1339.

[37] 典型判例是“查泰莱夫人案”和“《恶德之荣》案”对日本刑法第 175 条作出的合宪判断。参见前引 [13]，芦部信喜书，第 162 页以下。

[38] 韩大元、莫纪宏主编：《外国宪法判例》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 219 页以下。

[39] 简要地说，合宪解释和合宪化修改在主体、立场、范围、效果上具有区别，前者是一般宪法审查机关基于消极主义立场，在宪法文本含义范围之内所作的、不产生新法律规范的合宪判断，后者是强势审查机关基于积极主义立场，超越宪法文本含义范围所作的、产生新法律规范的合宪判断。

[40] [德] 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 246 页。

[41] 前引 [35]，Louis Favoreu 文，第 97 页。

[42] 前引 [32]，Alec Stone Sweet 文。

[43] [德] 克劳斯·施莱希、[德] 斯特凡·科里奥特：《德国联邦宪法法院》，刘飞译，法律出版社 2007 年版，第 457 页以下。

并非一种“至善法则”，只是一个最低限度的条件，仅仅构成国家行为的一个框架或界限。把宪法当作绝对至善法则的解释学说，将使得宪法无法应对日益多元化的社会。即使作出合宪判断也并不等于该国家行为的正当性无可挑剔。

从宪法和社会变迁的角度看，合宪判断也不等于国家行为具有超越时空的绝对正当性。宪法并不具备道德上的圆满性和绝对性，而是对特定问题留下进一步协商的余地，以此来保持其稳定性同时使其能够适应社会的变迁而日久弥新。^[44] 随着社会的变迁，这种因合宪而具有的正当性也会发生变化，因此对同一行为可能会作出前后不同的合宪判断与违宪判断。对于某些濒临违宪，但是还不构成违宪的国家行为暂时作出形式上的合宪判断维持其正当性，然而如果放任这种行为，则可能造成违宪的后果而丧失正当性，这时可以通过警告性判决来督促其改正，以达到合宪性控制的效果。

三、违宪判断与正当化

违宪判断意味着有关国家行为丧失宪法上的正当性，容易遭到有关国家机关的抵触，各国宪法审查机关对违宪判断大多采取一种消极谨慎的态度。在宪法实践中，宪法审查机关往往遵循违宪判断的必要性原则，仅仅在无法作出合宪化处理的情形下才作出违宪判断。与合宪判断不同，违宪判断并非宪法判断的常态，在数量上也不占多数。据统计，从1803年到2002年，美国最高法院对联邦法律作出的违宪判断总计不过158次，约占总数的2%，而且有些违宪判例已经被后来新的判例所推翻。^[45] 在采纳美国分散式违宪审查模式的日本，实施宪法审查制度后的五十多年间，最高法院作出违宪判断的案件只有5件。^[46] 在韩国，宪法法院作出的违宪判断仅占总数的0.3%。^[47] 采取集中审查模式的德国，联邦宪法法院的判决也是以合宪判断为主，对国家行为作出违宪判断的案件所占比例极少。德国联邦宪法法院成立后将近四十年间涉及联邦法律合宪性的案件共计约4020件，其中违宪无效判断共计102件，仅仅占案件总数的2.5%；随着宪法判例的累积，违宪判决的比例呈不断降低趋势，到20世纪80年代以后，违宪判决所占比例仅为1.5%。^[48] 同样的趋势也可以在法国、奥地利等国家的宪法判例中得到佐证。^[49] 宪法审查实践中，为数不多的违宪判断并未对法律体系和公权力造成过度冲击，如果运用得当，也会达到正当化国家行为的效果。

（一）违宪的法律效果

违宪是指国家的法律法规或公权力行为与宪法相冲突的现象，我国宪法文本中的表述是“违

[44] 前引 [15]，Richard H. Fallon 文。

[45] Congressional Research Service and Library of Congress (ed.), *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*, New York: U. S. Government Printing Office, 2004, pp. 2117-2384.

[46] 牟宪魁：《日本宪法诉讼制度论的课题与展望》，《法商研究》2006年第1期。

[47] 莫纪宏主编：《违宪审查的理论与实践》，法律出版社2006年版，第319页。

[48] Ralf Rogowski & Thomas Gawron, *Constitutional Courts in Comparison: The U. S. Supreme Court and German Federal Constitutional Court*, New York and Oxford: Berghahn Books, 2002, p. 243.

[49] Christine Landfried (ed.), *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, Baden - Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, pp. 79-80, pp. 94-99. 当然也有例外，如土耳其宪法法院在1980年至2000年间，共收到抽象审查申请案件185件，其中作出违宪判断的有140件。在具体审查案件中，作出违宪判断的占17.7%。其原因主要是宪法法院的抽象审查本身分担了部分上院的宪法功能和高度政治化的运作，这种做法类似于法国宪法委员会早期的宪法判断实践。Said Amir Arjomand, *Constitutional Politics in the Middle East*, Hart Publishing, 2007, p. 108.

反宪法”、“同宪法相抵触”。虽然有权机关尚未作出任何违宪判断，但我国法律实践中并非没有违宪现象，只是有权机关对违宪现象采取了法定程序之外的消极化处理措施。传统的政治理论将违宪判断看作对国家公权力正当性的严重否定和削弱，从而使“违宪”的含义在一定程度上被误解，甚至“妖魔化”。忽略了违宪的法律效果，将违宪等同于政治上不正确，“严厉追究、制裁违宪行为”等观念，无疑将会加剧社会各界对违宪的误解和顾虑。也正是因为违宪被赋予的政治和道德上的否定性评价，其对公权力具有一定的“阻吓效应”。^[50]从法律体系的正当性系谱来看，作为法律体系顶端的宪法主要是判断下位法是否正当、有效的标准。因此，违宪判断与政治决断不同，是适用宪法规范对国家行为作出的法律判断，最后导致的法律效果不过是另一个法律程序的启动。比如，违宪会导致特定的法律规则无效，适用其他合宪的法律规则，或者法律规则在一定期限内修改等。

从各国宪法判断的实践来看，宪法审查机关对于违宪行为并非进行政治意识形态上的否定性评价，而是根据不同情况选择相应的判断方法和形态，对那些与宪法不符的行为加以修正，有则改之、无则加勉，最终通过法律技术的运用赋予法律体系和国家行为在宪法上的正当性。从法律责任承担的形式来看，违宪的法律责任也极少涉及对个人的制裁，而更多是有关国家机关的一种宪法义务。传统宪法理论将宪法仅仅看作各种政治力量对比关系的体现，忽视宪法作为根本法的规范效力，这种将违宪高度意识形态化的倾向导致了公权力机关对违宪的排斥甚至恐惧。

除了对违宪的意识形态化理解之外，忽视宪法的弱制裁性也是导致违宪恐惧的另一个原因。一般而言，宪法不具有制裁性，或者说仅具有弱制裁性。在法律体系中，普通法律以国家强制力为后盾，而宪法以法律和国家权力为规范对象，由此形成的一个悖论是规范的对象同时也是规范的保障者。^[51]一般法规范的效力位阶低于宪法，但因为国家权力作为后盾其制裁性却高于宪法。违反一般法律可能会导致对违法主体的法律制裁，违反宪法并不会直接导致法律制裁，只意味着某个国家行为不具有宪法上的正当性，由此可能会导致其丧失法律效力、停止适用等一系列法律后果。

（二）违宪判断如何维系正当性

违宪判断是对正当性的否定，然而在具体宪法案件处理过程中，如果能够运用违宪判断的不同方法和形态来处理违宪现象，却可以避免造成对法律秩序的冲击，将违宪判断导致的正当性损耗降至最低。这些维持正当性的方法和形态主要有：（1）如果法律法规的部分规范构成违宪，且该部分与其他部分可以分离，则宪法审查机关作出部分违宪的判断，维持法律法规其他部分的正当性。^[52]（2）为了避免对法律法规直接作出违宪判断，宪法审查机关作出适用违宪的判断。^[53]（3）通过对法律法规是否违宪与有效分别作出判断，维持构成违宪的法律法规在一定期间的正当性。根据法律的效力位阶理论，下位规范的效力源于上位规范，违宪的法规范不具有宪法上的

[50] “阻吓效应 (chilling effect)” 在宪法学上一般是指对基本权利主体构成的某种潜在威胁，从而使其不敢轻易行使言论自由，亦译为“畏缩效应”、“萎缩效应”、“禁压效应”、“寒蝉效应”、“激冷效应”、“阻吓效果”等。参见 [日] 时国康夫：《宪法诉讼及其判断方法》，第一法规出版社 1996 年版，第 231 页；[日] 中古实：《宪法诉讼的基本问题》，法曹同人 1989 年版，第 90 页；陈起行：《由 Reno v. ACLU 一案论法院与网络的规范》，《欧美研究》第 33 卷第 3 期。

[51] [德] 迪特儿·格林：《现代宪法的诞生、运作和前景》，刘刚译，法律出版社 2010 年版，第 18 页。

[52] See Wolfgang Zeidler, *The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms*, 62 *Notre Dame Law Review* 504 (1987); 前引 [35], Louis Favoreu 文, 第 97 页。

[53] 参见 [日] 青柳幸一：《法令违宪·适用违宪》，载芦部信喜编：《宪法诉讼讲座》第 3 卷，有斐阁 1987 年版，第 22 页以下。

正当性,因此不应当具有法效力。然而直接宣告法规范自始至终无效,有时影响面很广,不仅触及特定法规范的既存状态和据此作出的法律判决的正当性,甚至可能牵动整个法律体系的结构和宪法秩序的稳定,所以各国宪法审查机关在实务上发展出“轻重缓急”的不同判决形态,宣告法律法规的无效并不一定是溯及既往的无效,甚至可以是经过一定期间后丧失法效力,维持其在一定期间内的正当性。〔54〕(4) 宪法判断是对具体案件作出的,这种判断对于其他类似情形是否适用,具有可以灵活掌握的空间。在美国和日本,对违宪判断的法律效力存在个案效力还是普遍效力的争论。在拉丁美洲国家,违宪判断仅仅对于个案具有拘束力,只有在个案进一步累积达到一定数量后才具有普遍效力。〔55〕

违宪判断可以正当化其他有合宪性争议的国家行为。比如,有关堕胎的罗伊案件是一个违宪判断,将州法有关堕胎的规定判定为违宪,但是本案的判决结果却可以为其他有合宪性争议的州行为提供正当性支持。〔56〕在罗伊案件之后的判决中,美国最高法院指出:“作为违宪判断,罗伊判决的直接效力并不能正当化任何政府行为。因为该违宪判决是直接对德州堕胎法案效力的否定。但是,该违宪判决却为无数效力不确定的国家行为提供了正当性依据。这些国家行为可能是已经发生或将要发生的,比如,法院判决类似法律违宪的行为、州立医院提供适当堕胎措施的行为等等。”〔57〕又如,1964—1965年,美国最高法院对各州立法中的歧视措施作出违宪判断,实现了联邦民权法案的正当化,结束了南方各州对黑人的歧视政策,巩固了联邦法律的权威。

除了正当化其他国家行为之外,违宪判断的示范效应还可以确立某些具体制度的正当性。在法律制度改革过程中许多规则和制度的正当性是通过违宪判断加以确立的,美国刑事诉讼程序中的“米兰达规则”就是通过违宪判断确立一般法律规则正当性的典型例子。这种规则被许多宪法学者称为“宪法普通法”。〔58〕而且,对于在转型时期所采取的改革措施而言,违宪判断还可以为改革扫除法律障碍,正当化改革的措施和成果。美国新政时期司法机关通过判断法律违宪,确立那些虽然违反法律却符合宪法的改革措施的正当性,消除了各项改革措施的法律障碍。

(三) 违宪判断作为纠偏机制的意义

违宪判断是法律体系的一种“否定之否定”的自我矫正机制,正是通过对法律规范作出违宪和合宪、有效和无效的判断,法律体系得以对其自身进行不断完善和发展。〔59〕实现规则治理,首先就是要严格依据法律来进行社会治理,但由于表达机制不畅、民意被不断过滤,法律体系本身的正当性也受到影响,特别是由于部门利益集团化以及立法游说等新生现象也对法律的正当性构成了威胁。因此,需要一种自我矫正机制来对那些违反宪法的法律规则进行合宪化处理,以此来弥补代议制下民意可能被不断过滤扭曲的缺陷,弥补民主过程的正当性不足问题,使国家法律和公权力行为在尊重和保障基本权利过程中获得更加充分有效的正当性。这种正当化在宽泛的意义上也可以称为一种“通过程序的正当化”。〔60〕

〔54〕 翟国强:《违宪判决的形态》,《法学研究》2009年第3期。

〔55〕 See Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceedings*, New York: Cambridge University Press, 2009, pp. 387—393.

〔56〕 前引〔7〕, Frank I. Michelman 文。

〔57〕 Compare *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S. 833, 867 (1992).

〔58〕 有关宪法普通法的研究可参见〔日〕佐藤幸治:《宪法诉讼与司法权》,日本评论社1984年版,第160页。

〔59〕 前引〔18〕, Niklas Luhmann 书,第406页。

〔60〕 宪法判断提供了民主程序本身所必备的条件,即公民参与所必须的基本权利。对此,罗伯特·达尔从政治学的角度指出:“民主政治是一系列作出决定的基本程序,这些程序的运作需要预设一些基本的权利和义务、自由和限制。简言之,需要特定的行为模式。这些行为模式的存在预设了一个对行为有效性和正当性的广泛共识。这种正当化的过程不仅仅是为特定的政策提供正当性,而且为民主程序所必须的行为方式提供正当性。”前引〔3〕, Robert Dahl 文。

法律体系的合宪性缺陷会导致法律体系的正当性流失和法律公信力的降低，因而需要一种及时纠错的常态化处理机制对其进行持续不断的正当化。在法治的权威性有待确立的社会，违宪判断可以对法律体系的缺陷进行弥补，有效防止风险不断累积造成民众对法律的信任危机。通过运用违宪判断的不同方法和形态，对现实中发生的违宪现象作出法律上的认定和处理，将法律体系下的漏洞和缺陷逐个击破，随时发现、随时调整，对法律体系进行不间断的优化。这种在具体案件中纠正违宪的做法，一方面可以维护法律体系的融贯性和法律秩序的稳定，同时也有助于发挥减压阀作用，分散风险，防止法律缺陷和漏洞不断累积而造成整个法律体系的正当性危机。

Abstract: There are different models of constitutional review all over the world, but the two main typical tasks of the institution of constitutional review are as follows. One is to protect the individuals' basic human rights granted in the constitution from the infringement by the governmental organ. The other is to safeguard the constitutionality and unification of the legal system. In addition, to justify certain state action is also one of the most important by-products of constitutional review.

According to the fundamental principle of constitutionalism, state action is justifiable only when it is done in accordance with the constitution. The constitutional decision may enhance the legitimacy of governmental actions, and further more it is a basic factor according to the principle of rule of law. In this regard, Charles L. Black argued that the legitimating function of the judicial review of constitutionality is of immense — perhaps vital — importance to the nation and the government of limited powers. In fact, the decisions in the majority of the constitutional cases were approved. From the perspective of comparative law, even the unconstitutional decision can provide legitimate foundation for some other state actions. As the case in the U. S. has shown, the unconstitutional decision is easily available for use as a seal of legitimacy for countless other controversial political acts.

When it comes to the function of constitutional decision, most of the constitutional scholars attach great importance to the function of check and balance. In this aspect, the theory of legitimating function provides a new perspective. Given the special political and social context in China, research on the legitimating function of constitutional decision is an urgent task for constitutional theory and constitutional jurisprudence.

Key Words: constitutional decision, legitimacy, constitutionality, unconstitutional decision
