

## 宪法实施：谁来进行，如何实施<sup>\*</sup>

葛维宝

耶鲁大学法学院波特·斯图尔特宪法讲席教授，耶鲁大学法学院中国中心主任

在美国，宪法实施作为一个重大命题的历史已经超过两百年了。“二战”以后，随着全球各国制订新宪法并建立宪法实施机制，宪法实施成为了一个世界性的重要命题。在中国，宪法及其实施则是在更为晚近的时候才成为一个重要命题——但当下这的确非常重要。

近年来，中国最高领导人在纪念1982年宪法公布施行三十周年大会、中共十八届三中全会、四中全会以及2015年年底的首个宪法日都多次谈到宪法实施的问题。我认为重温习近平主席在十八届四中全会上的说明中的一些表述很有意义。当然这里还只是纸面上的文字，但这些话语是有力的，而且广为传播，其内容也让学者和社会期待成文宪法及其实施在中国的政治法律生态中获得更为重要的地位。

比如，习近平主席讲中国宪法不仅是“法”，而且是“根本法”。他反复强调宪法的“权威”，并以此回应了有些人认为中国成文宪法有名无实的看法。他要求宪法实施必须“切实下功夫”，而不能只是表面文章。他指出宪法实施与在中国全面推进依法治国这个宏观方略和实现中国认为通过“依法治国”能够获得的许多工具性收益两者之间是不可分割的。他还强调成文宪法的落实不仅有助于保证公职人员忠于宪法，而且有利于“在全社会增强宪法意识”。

这些关于“在全社会增强宪法意识”之重要性的表述尤其值得注意。一部成文宪法蕴涵了一个社会最基本的信念和理想。它同时也是一个国家的自我定位，向整个社会表明其最根本的信念和理想。一部成文宪法能够让一国人民感受到共

<sup>\*</sup> 本文是葛维宝（Paul Gewirtz）教授接受北京大学法学院延聘，成为首任众达全球化与法治讲席教授后，于2015年3月19日在北京大学法学院所做演讲之修改版本。

同的身份和价值，齐心协力，它由此成为一国价值的持续源泉。在美国，宪法确实扮演了这样的角色。今天每个国家都需要有一个价值来源和共享的国民价值。我注意到有人担心当下的中国社会，特别是在其飞速变迁之时，在寻求共享的价值源泉和价值共识上面临挑战。事实上，一国成文宪法的公开落实将极大程度地提供这样一个共享价值的来源。

我注意到，中国燃起了对宪法实施这一命题新的热情。作为一个把绝大部分学术生涯都用在研究美国宪法及其实施和全球各国宪法的学者，我希望通过分享一些外国宪法如何实施的知识，提供一点贡献。

事实上，全球各国的宪法实施机制是多种多样的。总体而言，一个社会当中可能存在三种不同的宪法实施方式：“大众宪政主义”“政治宪政主义”和“司法宪政主义”。

“大众宪政主义”目前在美国法律界是一个流行语。在美国语境下，它反映了这样一种观念，即我们的成文宪法首先属于人民，其含义、生命力，甚至是实施都应该很大程度上由人民做主。这样的观念在美国一直有市场——美国宪法序言开头几个字就是“我们人民”，这凸显了美国宪法本质上是一个人民的“造物”，其整体目的在于给人民和国族带来福祉。

但“大众宪政主义”这一观念最近在美国学术界流行，还有一个更为具体的原因。这主要是一些更为“自由派”的宪法学者对近年来美国最高法院对宪法的“保守”解释不满的意见，他们试图提升最高法院以外的其他人对宪法进行解释的分量和责任，也尝试通过公共辩论、媒体宣传和社会运动去推动政府机构接受他们对宪法的理解才是宪法的真正含义。当然，美国宪法实施的司法机制仍然是强有力的，而且在实践中是具有权威的。所以“大众宪政主义”只是对司法机关实施宪法的一种补充或修正。

第二种宪法实施的形式是“政治宪政主义”。“政治宪政主义”强调由法院以外的政府机构解释和落实宪法。这可以通过多种方式体现。最明显的是当某个法案动议进入美国国会，部分立法者可能以宪法性理由反对该法案——他们主张该动议侵犯了美国宪法保障的言论自由权利，或宪法保护的被告的权利，或宪法规定的美国总统的专权。在此过程中，美国国会有宪法法律专家给议员提供咨询帮助。学者或其他人也可以就该法案的合宪性在国会前作证，提供进一步的指引。最终，国会的相当部分议员可能因为认为该法案违宪而对之投反对票，他们也会公开说明理由并撰写公开报告解释为什么该法案是违宪的。简言之，美国国会可以拒绝通过一部法案如果其认为该法案是违宪的，那么这部法案就搁浅了。

另一方面，假设国会最终通过了这部法案。这时候另一种形式的“政治宪政主义”就成为可能。该法案必须经过美国总统，后者可以签署但也被允许否决该法案。总统可以出于认为该法案违宪而否决，这种情况下总统的否决声明将明确表达这一点。

以上两点无疑都是宪法实施的方式，但它们都不是通过法院而是政治机构来完成的。

第三种宪法实施的方式是“司法宪政主义”。这恐怕是世界上最知名的宪法实施方式了。“司法宪政主义”并不是西方国家独有的机制。韩国、日本、南非和其他非洲国家、很多拉美国家以及绝大多数西方国家都在实行“司法宪政主义”——事实上，全世界绝大多数拥有成文宪法的国家都实行“司法宪政主义”。

“司法宪政主义”的基本逻辑是简单明了的，这也是它为什么被如此广泛采用的原因。其逻辑如下：第一步，宪法是法，而且是高级法，比其他类型法律效力更高的法；第二步，法院的职能就在于适用法律；第三步，基于以上两点，如果案件一方依据某部法律或法规而另一方又主

张该法律或法规同作为高级法的宪法相冲突，那么法院就有义务去适用高级法宪法——即便这意味着判决该法律或法规无效。另一个关于“司法宪政主义”的、更为功能主义的论证理由是我们不能期待政治过程会对其自身形成充分制约。政治过程通常是有一定的偏向某些群体或机构而不利于另一些偏见的，而且政治过程有时候可能扭曲宪法中所作出的机构性安排。正因为宪法的目的是制约日常政治行为，所以必须有一个独立的机构如法院来就宪法问题进行裁判。宪法问题是法律问题这一事实更加彰显了让司法机关在这方面扮演角色之恰当性。当然，在民主国家经常有一种担心认为司法审查权力是不民主的，因为它违背大众意志或者法官有时候过分宽泛地解释宪法。但整体上，“司法宪政主义”被全球大量国家的人民接受为执行一国宪法、维护作为一国核心的政府机构性安排以及保障人民权利的最佳方式。

“司法宪政主义”本身也有不同形式。在美国和日本这样的国家，具有普遍管辖权的法院都具有宪法实施权，最高法院则在层级的最顶端。在德国、韩国和南非，则是由具有特殊功能的宪法法院享有宪法实施权。

司法宪政主义模式下还有许多其他版本。如有些法院只享有所谓“抽象审查”的权力，审查某些法案在一般情形下而非具体个案适用中的合宪性。在另一些国家如美国，情况则是反过来——对法律合宪性的司法审查只有在具体当事人提出具体诉求的个案中才能进行。

我这里要特别介绍两个国家的宪法实施，因为在中国考虑到用哪种方式才能更好实施宪法的过程中，这两种不同寻常的模式可能会有特别的意义。这两个国家是法国和加拿大。

首先看法国。法国在历史上的大部分时期是没有外在于立法机关的宪法实施方式的。到了20世纪50年代，法国建立了“宪法委员会”。它

不是一个法院，其成员大都是退下来的资深政治人物。直到最近，法国宪法委员会只有在总理、参议院议长以及1974年以后至少六十名议员的请求之下才会审查某部法律的合宪性——这是一种非常有限的只能为政府官员自己启动的权力。宪法委员会不审理任何个案，也不采用法庭诉讼式的程序，但它确实有宣布立法违宪的权力。法国的宪法委员会最近变得更像法院，但其在大部分时间或许更接近于政治宪政主义而非司法宪政主义——尽管在独立于立法机关运作这一重要事实上，它又接近司法宪政主义。如果中国把政治宪政主义作为自己的宪法实施方法，那么法国经验是值得学习的，尤其是如何将政治元素和对日常政治的独立性结合起来。

其次看加拿大。很奇怪，加拿大的宪法实施系统不太为人所知，但它是另一个有意思的模式。加拿大最高法院可以根据《加拿大权利与自由宪章》（即其宪法）宣布立法违宪。但就相当部分的宪章载明权利而言，即便最高法院已经判定这些宪章权利会受到立法侵害，加拿大国会仍可以通过超过简单多数的投票，决定在五年之内不适用该司法判决。立法机关因此保留了最终控制。这是一种值得思考的“司法宪政主义”和“政治宪政主义”的混合。

在上述对世界范围内宪法实施情况以及“大众宪政主义”“政治宪政主义”和“司法宪政主义”三种模式的介绍之基础上，我接下来就以上内容对中国的相关性提出八点初步观察，作为总结。

第一，过去十五年间中国在宪法实施方面最为明显的努力体现在“大众宪政主义”上。学者、律师、公民和媒体——他们都没有任何官方的宪法实施权力——都曾提出了广受关注的公开主张认为某些政府行为违反了中国的宪法。孙志刚案及其带来的收容遣送制度之废除只是众多例子中的一个。在就业歧视领域，法院在广为媒体报道的张先著案中，虽然并未判决对乙肝病毒携带者的

就业歧视是否违反中国宪法，但是辩护律师意见和媒体报道引导了新的法律法规禁止此类歧视。在私有财产领域，有关征收征用私有财产程序合宪性的公共讨论、法院案例以及向全国人大常委会法制工作委员会提出的审查建议，都极大影响了财产征收法的设计。简而言之，这些来自社会的意见，特别是被媒体大量报道加强以后，在一些情况下产生了相当大的影响。而这些来自社会的舆论和压力很大程度上正是关于中国宪法的，所以这可以视为“大众宪政主义”——通过大众和媒体压力而非政治机制实施宪法。

第二，尽管“大众宪政主义”不会消失，我理解，按照十八届四中全会的精神从今往后“政治宪政主义”将变得更多。陈端洪教授是中国“政治宪政主义”的主要理论家。王振民教授也提出了如何在现状之下在中国推动一种形式的“宪法政治”。中国宪法规定全国人大常委会作为一个政治机关享有宪法解释权、监督宪法实施权以及撤销违反宪法的国务院和地方政府制定的法规和决议。中国宪法并没有明确禁止法院进行某种形式的宪法解释或违宪审查，但中国法院在当代还从未行使过这样的权力，唯一的例外在于目前已经被废止的最高人民法院对2001年齐玉苓案所作的批复。所以我们可以理解未来许多创意性的思考将集中在全国人大常委会内部可能建立怎样的机制有效实施宪法（全国人大也可以通过其他更加广泛的手段提升宪法的地位，如从2016年1月1日起开始施行的宪法宣誓制度，规定国家工作人员在就职时应当公开宣誓“忠于中华人民共和国宪法，维护宪法权威，履行法定职责……”）。

第三，如果按照习近平主席所言，全国人大及其常委会要加强其宪法实施方面的角色，那么还有很多重要问题需要解决。这首先要求超越最近对《立法法》的修改，这次修改是一个积极的进步，但仍然比较模糊且不全面。全国人大或其常委会内部是否会成立一个常设而且专业化的

机构来进行违宪审查？什么样的机构？它的专业性和独立性能到什么程度？其审查程序会有多公开？关于宪法实施的决定是否会有正式的公开意见解释决定的理由？违宪审查会是“抽象审查”还是“具体审查”，或二者兼具？普通公民是否能够提起宪法申诉并一定会获得实质性的回复？

第四，在与全国人大及其常委会相关联的某种“政治宪政主义”系统下，其他国家的经验表明决策机构必须是充分专业化，而且也必须是独立于它所审查的全国人大和其他政府机关的政治决策者的。缺乏解释法律的专业技能，不独立于日常政治的宪法实施，不是真正的宪法实施。法国宪法委员会的历史经验表明，一个与政府密切联系且相当政治化的机构仍然可以发展出充分的独立性和专业性来实施宪法，但宪法委员会从来就不是设置在立法机关内部。如果中国的领导人真想在全国人大及其常委会结构之下发展“政治宪政主义”，那么就设计机制保证宪法实施者所需的独立性。

第五，其他国家的经验还表明有效的“政治宪政主义”也要求决策机构公开其决定并说明法律理由。这是让社会公众理解宪法确实是国家最高权威和高级法而且宪法实施真正在发生的唯一途径。据我所知，全国人大常委会还从没有给出过正式且公开的意见指出某些政府行为违宪。

第六，“司法宪政主义”仍然需要获得学者和社会的持续思考和辩论。很多中国学者在这方面辩论中已经做出了重要贡献。“司法宪政主义”几成全球性的实践，这有两点原因：首先，法院的职责是宣布法律的含义，因为宪法是法而且是高级法，法院看起来就必然与宪法解释紧密相连；其次，宪法实施要求有独立于日常政治的决策者，而法院则通常是比政治机构更为独立的。然而，类似于其他大多数国家所实行的“司法宪政主义”在可预见的将来将很难在中国建立，但一种考虑了法院特殊性质的混合模式也许并不完全不可

行。中国宪法中没有一个条文禁止法院宣布某项法律或决定之合宪性。法院可以发出这样的“声明”，但不必具有最终决定权。全国人大常委会之后可以批准或否决法院的解释，并迈出宪法实施的实际脚步，所以即便中国宪法上只规定全国人大及其常委会有权撤销法律、法规和规范性文件，在混合模式之下这一点不会被改变。

第七，就一些人主张承认中国共产党的领导和确认宪法最高权威之间存在明显悖论，还需要进一步的理论探讨。有人认为中国的政党政治将必然使任何宪法实施成为不可能，因为宪法永远不会被视为包含了超越执政党某时某刻之意志的真理。但我以上所言的前提假设就是这样的观点未必是正确的。在对十八届四中全会决定的说明中，习近平主席似乎给出了一条可能的道路，突破这种表面上的悖论，达成党的领导和宪法权威的共存。他说：“党领导人民制定宪法和法律，党领导人民执行宪法和法律，党自身必须在宪法和法律范围内活动”。在同一句话中强调把党的领导角色和宪法对党的限制结合起来，以前并不常见，现在提出来恐怕尤其有重要意义。在这方面，习近平主席近年来关于依法治国、党法关系的系列论述值得我们关注。

第八，除了在革命年代，宪政发展通常都是一个渐进的过程。孙中山在一百年前提出了著名的三阶段论。但即便没有一个自觉分期的宪政发展模式，观察现代中国在任何领域的改革，包括法治领域，最为实际的视角是，每一步都在某种意义上是尝试性和过渡性的。所以这也可能适用于中国的宪政发展。有限但更为公开的全国人大常委会的审查可能是目前唯一可行的路径；但正因为这一步正当化了宪法作为高级法制约所有机构这一理念，同时也正当化了违宪审查本身，其他更为有力的违宪审查形式才可能在日后演化成形。今天的有限改革，日后看来很可能只是迈向更深层次改革的“过渡性”步骤。

总之，我们也许正处在一个有“中国特色宪政主义”新时代的开端。中国的国家领导人们似乎已经得出结论认为某种形式的宪法实施是同在中国社会全面推进依法治国分不开的，它能够在中国的政治系统中奠定一些作为高级法和权威的根本原则，也会凸显一套整个国家可以拥抱为国家理想的核心价值——这正是其他国家之成文宪法所成功扮演的角色。

一场极有意义的宪政发展试验可能正在中国展开，世界将怀着极大兴趣关注这场试验。■