

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 777

## 立法的司法审查

### ——奥地利和美国宪法的比较研究

汉斯·凯尔森\* 张千帆译\*\*

\* 英文原文: Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution, The Journal of Politics, 4 (1942): 183-200.

\*\* 南京大学法学院教授, 政府学博士。每部分原来没有标题, 后为译者所加。

内容简介: 奥地利法学家凯尔森的名字是和他首创的“纯粹法学”紧密联系在一起, 但他同时又当之无愧地被誉为“奥地利宪政之父”。奥地利——乃至后来整个西欧——的宪政模式, 基本上是按照他的理论构想发展起来的(从这个意义上说, 即使称凯氏为“欧洲宪政之父”或许也不过分), 而他本人也一度出任过奥地利宪政法院的大法官。尽管“奥地利模式”生不逢时, 诞生后不久就被法西斯政权所取代, 且凯尔森最终也迫不得已流亡美国, 它毕竟首创了欧洲的宪政审查模式, 并且虽然走过了一大段弯路, 它今天却证明几乎和美国的宪政审查模式具有同样的生命力。这篇名作是凯氏来到美洲后不久对欧洲宪政模式作出的经典阐述。

迄今为止, 宪政审查在世界上无非采用两种模式。第一种是马歇尔大法官(C. J. Marshall)在1803年创建的“分散”审查模式, 其特征是普通法院有权审查立法的合宪性。无论马歇尔大法官的论点如何雄辩有力, 都不能改变一个基本事实, 即对立法的司法审查在美国乃至世界宪政史上是一项开天辟地的创举。在当时, 这种创制行为只有在美国才可能发生, 因为那里不仅有一个在历史上受到高度尊重的司法体系, 而且这一体系的顶端——联邦最高法院——在美国宪法中上升到和立法机构平行的地位(否则就很难解释为什么司法传统更为悠久的英国直到前不久还在争论着到底要不要一部《权利法案》)。美国宪政文化的特殊性注定了司法审查体制不可能不改头换面, 就在欧洲大陆获得“本土化”。欧洲宪政必须具备适合自己体制与文化的独特模式, 它体现在1920年奥地利宪法所建立的“集中”审查模式, 即建立专门的“宪政法院”(Constitutional Courts)来审查立法的合宪性问题。

当然, 建立这种不同模式的努力不仅仅是出于历史的偶然或文化偏见。美国模式无疑是最古老的, 并在修修补补之后一直延续到今天; 且就和大众政治的政党模式一样, 起源于美国的司法审查对于社会与经济发展发挥过巨大作用。但古老的东西总不太可能是完美的。至少在理论上, 美国式司法审查存在着一些令人困惑的问题。这也是凯尔森认为不能照搬美国模式的原因。在本文, 这位严谨的法学家从欧洲视角探讨了这些问题, 并用他对奥地利宪政的切身体验说明了解决这些问题的途径。

宪政被认为是文明世界不可抗拒的历史潮流, 而宪政的“试金石”就是“更高的法”对普通立法的控制——尤其是司法控制; 没有它, 国家至多只能实现普通的法治, 而不可能达到它的最高阶段。就这一点来说, 凯尔森的宪政理论具有相当超前的预见力——直到奥地利宪法制定后半世纪, 法国才迟疑地放弃了对司法审查的敌视态度, 致使它的宪政尝试比德、奥晚了许多年, 且法国对宪政审查的接受仍然是相当不彻底的, 因为第五共和所建立的事前而非事后审查的独特体制带有某些根本的局限性。法国一直接受人民主权至上的理论, 一度对美国的宪法审查模式不屑一顾, 但美国宪政虽有种种不尽如人意的地方, 总的来说还是一帆风顺的。相比之下, 欧洲宪政却历经坎坷。好在第二次大战之后, 欧洲——尤其是联邦德国

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

与奥地利——又回到了凯尔森当年提出的洞见，并经过宪政法院的不懈努力，到今天已发展出一个可以与美洲相媲美的宪政模式。阅读凯尔森从美国对奥地利宪法构想的回顾，后人不得不惊叹它和今天的运作何其相似。

## 一、引言

在此所讨论的奥地利宪法是1920年10月1日的宪法，直到1930年1月1日仍然有效；在那一天，宪法文本被奥地利首相正式公布于《奥地利共和国联邦法规汇编》（负责发表立法的官方杂志）。所有后来的修正案都将不被考虑，因为它们是在一个准法西斯政权下制订的，且具有限制立法合宪性的民主控制之倾向。

1920-30年的奥地利宪法为保证立法（statutes）与法令（ordinances）的合宪性提供了保障。后者是行政机关而非议会所制订的普遍法律规则。在奥地利以及其它欧洲大陆国家，这些法令要比在美国发挥着重要得多的作用。法令有两类：基于立法的法令，即职能是执行立法的法令，以及和立法类似的直接“依据宪法”而被制定的法令，即为取代立法而发布的法令。法令的重要性起源于行政权力在欧洲大陆的法律体系中所占据的特殊位置。在那里，它们在作为法律适用机关的权能和法院具有同样地位。在原则上，行政行为和司法决定具有同样的法律效力。另外，行政机构——尤其是像国家元首和部长等高级机构——有权发布普遍法律规范，且这些普遍法律规范——即行政法令——和立法具有同样的法律效力。因此，行政机构不仅是法律适用而且是法律创制机关，且具有和立法机关特征相同的权能。

“直接依据宪法”发布的法令可能以和立法同样的方式违宪，“依据立法”而发布的法令如和立法不吻合就构成了违法。既然宪法规定，依据立法而发布的法令必须符合这些立法，制订违法的法令也构成违宪。依据立法所制订法令的违法性具有间接的违宪性。

在这样的法律体系中，法令的司法审查比立法的司法审查更重要，因为行政机关超越其权限而创制普遍法律规则之危险，远远超过了违宪立法之危险。

一旦美国行政机关在实际政治与经济演变过程中取得和欧洲大陆行政机关类似的法律地位，法令的合宪性问题将比它今天在这个国家发挥远为重要的作用。

## 二、奥地利宪法中的司法审查

立法（这个词在此采用最广泛的含义，也包括法令的制订）的合宪性能通过两种不同的途径获得保障：制订违宪规范的机关个人责任和违宪规范的不适用（non-application）。奥地利宪法同时规定了两者，在此只对后者有兴趣。违宪规范的不适用可以通过如下途径实现：授权法律适用的机关检验他们在具体案例中所适用的规范的合宪性，并如果他们发现该规范是违宪的，拒绝在该特定案例中适用之。这在原则上是美国的法律状况。

法律适用机关宣布普遍规则违宪并拒绝在特例中适用之的事实表明，这个机关被授权使普遍规则在具体案例中无效；但只是对具体案例而言，因为普遍规则本身——立法与法令——仍保持有效，并因而能被适用于其它的具体案例。

这种解决方法的弊端在于下列事实，即不同的法律适用机关可能对立法的合宪性存在着不同意见，[2] 因而一个机关可能会适用立法，因为它认为立法合宪，而另一个机关却基于其所宣称的违宪性而拒绝适用。对立法是否合宪——即宪法是否受到侵犯——的问题缺乏统一决定，乃是对宪法权威的极大危险。

在1920年宪法生效之前，奥地利法院只是在关于立法的及时发表问题上检验其合宪性。然而，法院审查法令的合法性——因而其合宪性——的权力却并未受到限制。因此，立法的司法审查只是在很狭隘的范围内才是可能的。扩大这一体制正是1920年宪法改革的目标之一。授权每一个法院无限权力以审查立法的合宪性，并不被认为是一件可取的事情。以上所提到的在宪法问题上不统一的危险实在太大了；因为在奥地利及欧洲大陆的其它国家，行政机构无权检验立法的合宪性，因而有义务适用立法，即使法院——例如最高法院（Oberster Gerichtshof）——宣布立法违宪。另外还须指出，在奥地利及欧洲大陆的许多国家，除了普通法院之外，还有其它法院——尤其是行政法院——偶尔必须适用和普通法院同样的立法。因此，完全不能排除行政法院和普通法院之间发生冲突的可能性。然而，最重要的事实是：在奥地利，最高普通法院——所谓的最高法院——关于立法或法令合宪性的决定对下级法院没有约束力。后者并未被禁止适用最高法院先前宣布违宪因而在特定案例中拒绝适用的立法。最高法院本身并不受遵循先例（stare decisis）规则的限制。因此，法院在特定案例中宣布违宪的同样立法，可以被同样的法院宣布为合宪，并在另一个案例中获得适用。由于这些原因，为了宪法的权威，对立法的司法审查的中央化是极为可取的。

通过把立法的司法审查保留给一个特别法院——即所谓的宪政法院（Verfassungsgerichtshof），1920年的奥地利宪法第137-148章实现了这种中央化。同时，宪法授权这一法院以撤消（annul）它发现构成违宪的立法。撤消整个立法并非总是必要的；如果违宪条款可以和立法的其它部分分开，那么法院可以只撤消该条款。法院决定不仅使立法或其特定条款对具体案例无效，而且也使它对所有将来的案件普遍地无效。一旦决定生效，被撤消的立法就停止存在。法院的撤消决定在原则上只是在事后（ex nunc）生效；除了我们以后将要谈到的例外，它没有追溯力。这种追溯力很少具备理由，不仅因为每一种追溯效力都有严重后果，而且特别因为决定涉及到宪法立法者的行为；且立法者也有权解释宪法，即使他在这方面受制于司法控制。只要法院尚未宣布立法违宪，立法者在其立法行为中所表达的意见就必须获得尊重。

但撤销立法的宪法法院决定缺乏追溯力的规则却有一个例外。被法院决定撤销的立法不再被适用到提出司法审查并导致立法被撤销的那个案例。既然这个案例发生于撤销之前，后者针对这个案例而言具有追溯效果。

撤销的判决在其发表之日起开始生效，除非法院规定了延迟。这种延迟不得超过1年（第140条第3段）。它允许立法机构在撤销行为生效前，用一项新的合宪立法取代该项受到非难的立法。如果提出立法的司法审查的案例决定于撤销生效之前，那么被撤销的立法必须适用该案例。在这种情形下，撤销行为针对这一案例也没有追溯力。

宪政法院撤销立法的决定和一项立法废除另一项立法具有同样的特征。它是立法的消极（negative）行为。既然宪法授予宪政法院一项立法职能，即在原则上被保留给议会的职能，1920年的奥地利宪法规定宪政法院的成员必须由议会选举产生，而和被行政机构任命的其它法官不同。根据宪法的联邦特征，奥地利议会由众议院（Nationalrat）和参议院（Bundesrat）组成。结果，正副总统及一半宪政法院成员由众议院选举，而另一半法官则由参议院选举（第147条）。接受这种组成法院的方式，是为了使宪政法院尽可能独立于行政机构。这种独立性是必要的，因为宪政法院对行政的不同行为具有控制，尤其是对国家元首、总理和其他部长们所发布的法令进行司法审查，而发布这些法令的权力在政治上是最为重要的。通过误用这种权力，行政机构能轻而易举地压制议会，从而取消国家的民主基础。[3]

1929年的奥地利宪法改革绝不仅是因为法院和行政之间的冲突而针对宪政法院的。修正案并没有改变法院的管辖权，但规定其成员不再由议会选举，而是由行政机构任命（1929年12月7日的联邦立法第65段）。事实上，旧的宪政法院被解散，并被新的法院所替代，其中几乎所有成员都是行政机构的政党追随者。这是最后不可避免地导致法西斯主义政治演变的开始，并要为纳粹对奥地利的兼并未曾遭遇任何抵抗的事实负责。

### 三、美国司法审查模式及其问题

尽管美国的法院只有在具体案例中拒绝适用它们宣布违宪的立法之权力，法律适用机关在实践中发生冲突的危险在此并不象在宪政法院建立前的奥地利那样大。首先，既然这个国家没有独立于法院的行政机关，行政行为（尤其是命令、法令等）的约束力最终取决于法院决定，而行政行为所涉及的个人可以向法院起诉。其次，那里也没有和普通法院不同的行政法院。第三，最高法院的决定约束着所有其它法院。就美国法院认为它们自己受最高法院的决定约束而言，最高法院拒绝在具体案例中适用违宪立法的决定，在实际上具有和立法的普遍撤销几乎同样的效果。但遵循先例规则完全不是一项绝对原则。在何种程度上它被承认有效，并不十分清楚。最重要的是，它对于宪法解释而言被假定无效。“宪法问题的审查之门长开。”[4]因此，最高法院有可能对完全一样的立法在一个案例中宣布合宪，而在另一个案例中宣布违宪，或反过来。这对其它法院而言也正确。且这类事例在事实上已经发生了。[5]也不能排除下级法院——尤其是州法院——决定立法的合宪性问题，而该案未被带到最高法院，且最高法院在另一个案例中审查同样的立法时以相反的方式决定问题。然后，已决事件（res judicata）原则使得其它法院不可能根据最高法院的决定来调整其先前决定。

最高法院宣布违宪的立法是否必须被认为初始无效（void ab initio），也是有争议的。对最高法院决定的这种解释将意味着这项决定普遍地撤销立法，且具备追溯力，以至立法以前所具有的所有法律效力都被取消。在实证法律体系内，并不存在绝对的无效。要把一项行为定性为先验地无效（null a priori）的法律行为，乃是不可能的；这种行为不是无效，而只是可被判决无效（voidable）。原因是有关行为无效的命题不可能缺少另一个命题，以回答谁有权确定行为无效的问题。既然法律秩序为了避免混乱而授权某些权力机构确定一项行为是否无效，这类确定总是具有创制性（constitutive）而非宣示性特征。一项行为“无效”，只是如果有权能的机构宣告它无效。在这一宣告之前，行为并非无效，因为“无效”意味着在法律上不存在。且行为必须在法律上是存在的，如果它能成为某权力机构判决的对象。撤销行为可能具有追溯效力；且法律秩序可以授权每个人去确定行为的无效性，即以具备追溯力的方式撤销行为。但通常只有法律共同体中某些机关才被授权去决定法律行为的“无效性”。

要认为宪法立法者所制订的立法绝对无效或“初始无效”，尤其不可能。只有法院才有权决定立法是否违宪的问题。如果另一个人因相信立法违宪而拒绝服从宪法立法者所制定的立法，那么他就在冒着风险行动，因为有权能的法院可能因认为立法合宪而判决他的行为违法。从法律的角度看，只有法院的意见才是决定性的。因此，只要未被有权能的法院宣布违宪，立法就必须被认为有效。由于这个原因，这类宣告总是具有创制性而非宣示性特征。但根据宪法，法院宣布立法违宪的行为以具有追溯力的形式取消立法。如我们先前指出，在这种情形下，法院决定具有立法行为的特性。然而，带有追溯力的立法行为难以符合美国宪法的禁止，即不得通过实行事后惩罚（ex post facto）的法律。但这种排除“初始无效理论”的解释并不被普遍接受。

然而，认为立法违宪并为了产生宣布立法违宪的司法决定而发起法律诉讼的私人当事方，经常在决定宣布前就拒绝服从立法。他们这么做是出于对所期望决定的追溯效力之依赖。即便政府也承认这类从法律角度上有问题的态度；政府本身掂量着宣布立法违宪的司法决定的追溯效力。举例来说，这种情形发生于涉及1935年《公共设施控股公司法》的合宪性诉讼，该法的合宪性在大量法律诉讼中受到挑战。在该法生效的一开始——远早于法院决定这个宪法问题的时候，法案条款事实上被当事人忽略了。政府在此期间的态度是什么？1935年10月9日，证券与交易委员会“根据《控股公司法》颁布了第4规则，其效果是控股公

司可以根据该法登记，而同时明确保留它们的所有宪法或法律权利；如果这种保留被判决无效，登记者可选择将其登记被认为无效。1935年11月21日，司法部长指示全国的联邦律师，在其合宪性获得保证之前不要试图去实施法案的刑事条款。同一天，邮政部长通知所有的邮电局，未能登记的控股公司仍继续有权使用邮递服务，直到最高法院最终决定法案的有效性。”[6] 这些措施的理由是政府希望“尽量减少可能支持立法合宪性的最终决定之追溯效力所带来的困苦”。[同上注] 即使对宣布立法合宪的司法决定，也被赋予追溯效力。这意味着如果当事人在法律诉讼中挑战这项立法的合宪性，那么即使诉讼结果是该立法被宣布合宪，任何私人当事方有关宪法立法者所制订的立法的合宪性之意见，也可能对该立法的有效性具有某种法律效力。要准确定义私人当事方在法律诉讼中挑战立法合宪性这一事实的法律后果，即对司法决定之前这段时间内立法有效性的法律后果，几乎是不可能的。原因是法律诉讼本身并不能否定或肯定立法的有效性。我们所能说的只是任何挑战立法合宪性的法律诉讼，都对立法的有效性及其法律后果制造了一段怀疑和不确定。从法律技术的角度看，这完全不能令人满意。

由于缺乏清楚的宪法规定，所有关于违宪立法的效力问题都可能以矛盾的方式获得回答。避免这类不确定是导致奥地利立法的司法审查集中化的理由之一；它把管辖权授予宪政法院，以普遍而不是仅针对个案废除违宪立法。美国的实践具有同样的目的，但它的追求手段在法学上是不完美的。

#### 四、 美国与奥地利模式的比较

美国和奥地利宪法的最大差异体现在立法被有权机关宣布违宪的程序。根据美国宪法，立法的司法审查只是在主要目的不是确定立法违宪性或合宪性的过程中才有可能。只有在当事人坚持立法在具体案例中的适用因立法违宪而构成对其利益的违法侵犯，这个问题才会偶然产生。因此，在原则上，只有对当事人利益的侵犯才启动立法的司法审查程序。然而，立法的合宪性是一项公共利益，而后者不一定和有关当事人的私人利益相重合。正是公共利益才值得通过符合其特殊性质的特殊程序而加以保护。缺乏这种程序的弊端受到美国法学文献的普遍承认。[7] 1937年8月24日的法案“规定了在某些涉及国会法案的合宪性案例中合众国的干预、向合众国最高法院的直接上诉及有关发布禁止令的调控”；它也承认立法的司法审查具有公共利益，但仅涉及到联邦法律。法案授权联邦政府影响公共利益的任何国会法案的合宪性受到质疑时，干预私人当事方之间的任何诉讼，并成为对宪法问题提出证据与论点的当事人。法案授权联邦政府对宣布联邦立法违宪的决定上诉最高法院，并寻求加快最高法院对这类案件的最终决定。最后，1937年的法案寻求排除下列可能性，即一个法官基于所宣称的违宪性就能授权禁止，以限制国会法案的实施。[8] 但1937年法案的所有这些规定只是为了保护国会所制订立法的有效性，使宣布联邦法律违宪的司法决定变得更加困难，而不是促进违宪立法的撤消。

在这个弊端之上，即立法的司法审查只能附带发生——或在主要为其它目的服务的程序中发生，还有另一个和美国联邦特性相联系的弊端。在州的立法合宪性受到挑战的时候，联邦政府可以起诉一个州。但各州尽管可以受到联邦政府的起诉，却不能起诉后者。如果州希望一联邦立法被宣布违宪，它只能通过法律上的一条曲线来达到这一目的，即通过针对联邦官员的诉讼；且州作为诉讼当事人的利益必须超过政治或宪政利益，例如州必须是一个财产所有人或对公共财产（*res communes*）的事务具有利益等。

美国宪政实践的经验尤其影响了奥地利宪法对这个问题的规定。这部宪法开辟了两条途径，都可以导致立法的司法审查；一条是间接的，一条是直接的。第一，私人当事方可以在行政程序中宣称，宪法授予他的一项权利遭到了行政行为的侵犯，因为该行为的依据是一部违宪的立法。只是在这件事经过了行政上诉的所有阶段之后，申诉才能被带到宪政法院。宪政法院只是附带地决定立法合宪性问题。但宪政法院自行动议启动这一程序，且只有在法院自己怀疑立法的合宪性时才这么做。私人当事方只能建议司法审查，但没有法律权利要求审查。

在法院程序上，立法合宪性问题的处理方式不同于法令的处理。当事方可以在任何司法程序中宣称法令的违宪性，但只有法院自己对法令的适用有怀疑，司法审查才会发生。法院必须中断个案程序，并向宪政法院申请法令的撤消。宪政法院的程序完全专用于这类问题。

立法的违宪性只能在最高法院或行政法院（*Verwaltungsgerichtshof*）宣称，因为只有这些法院才能中断这类个案的程序，并在它们怀疑立法合宪性时向宪政法院对撤消立法提出申请。最高法院和行政法院的程序在此依其法定职权（*ex officio*）进行。它们没有义务批准当事人的相应申请。

既然除了立法与法令的合宪性之外，宪政法院还有其它事务需要决定，宪政法院如果对个案中适用的立法或法令的合宪性有疑问，也可以中断这类事务的程序。程序的中断是为了使宪政法院能够用特殊的程序去检验有关立法或法令的合宪性。

在所有通过间接途径来实现司法审查的案例中，法院依据自身职权启动这一程序。当事人只能提请法院注意立法或法令的合宪性问题。他们没有权利启动这类程序。从程序的角度来看，具有决定意义的纯粹是法院所保护的公共利益，而非当事人的私人利益。

如果宪政法院宣布提交它审查的立法违宪，那么申请审查的法院或宪政法院自己就不能再把立法适用于导致撤消立法的个案。正如我们已经指出，在这种情况下，撤消行为带有追溯力。这种例外授予撤消判决的追溯力在技术上是必要的，因为假如没有它，有义务适用法律的官员（即最高法院和行政法院的法官们）就没有直接因而充分的理由去提请宪政法院干预。向宪政法院申请对立法进行司法审查的官员们必须知道，如果他们的申请成功地撤消了立法，它就将对他们自己中断程序以获得撤消判决的个案决定具有直接效力。

下列途径将直接导致立法的司法审查：宪法授权联邦政府向宪政法院提出申请，要求撤销一州的立法或一州行政机构所发布的法令；且州政府同样被授权提出这类申请，撤销联邦立法或联邦行政机构所发布的法令。这种解决问题的方式起因于奥地利共和国的联邦特征。出于政治理由，有必要承认联邦的行政和各州的行政对于立法的司法审查而言地位完全平等。根据奥地利宪法，联邦立法只有在联邦行政机构的合作下才能生效，尤其是总统对立法的颁布，但并不需要各州行政方面的任何干预；类似地，州法只有在相应州的行政机构合作下才能生效，但不需要联邦行政方面的干预。因此，授权联邦行政机构去挑战联邦立法的合宪性，或授权各州行政机构去挑战州法的合宪性，乃是多余的。如果联邦行政机构认为联邦议会所通过的任何法案违宪，那么它必须拒绝颁布这一法案。联邦立法生效的事实表明，联邦行政机构对立法的合宪性接受了完全责任。对于各州行政机构与州法之间的关系，这也同样正确。因此，唯一的可能是授权联邦行政机构去启动仅对州法的司法审查，并授权各州行政机构去启动仅对联邦立法的司法审查。五、其它问题与解决方法

在准备1920年宪法的时候，也讨论了另外两种启动立法的司法审查之方法。第一种是授权每个公民向宪政法院提出申请，且后者有义务考虑立法的有效性。这有点像宪法问题中的大众行动（*actio popularis*）。第二种可能是在宪政法院建立负责保护宪法的总检查官（General Prosecutor）办公室。他的职能是审查所有的联邦和各州立法，并将那些合宪性有疑问的提交宪政法院考虑。这两种方法都没有被采纳。对于少数人的保护，可以提一下第三种可能，即建议通过向宪政法院提出申请，授权在选票上被压倒的少数去挑战多数通过的立法的合宪性。

最后，我想提一下美国法学家可能有些兴趣的两条奥地利宪法规定。当立法在美国被撤销时，相对于被撤销立法先前调控的事务，产生了关于撤销所产生的法律地位问题。我们必须区分两种可能性：第一种是被撤销立法调控了在立法生效之时未受法律调控的事务。例如被撤销的立法禁止某种收音机的生产和销售。在这项立法生效之前，收音机的生产和销售未曾受到任何法律规则的调控。在这方面，个人是完全自由的。第二种可能性是被撤销立法取代了先前的立法或普通法规则，调控同样的事务。例如一项立法并不禁止收音机的生产与销售，但用温和得多的处罚制裁之。在第一种情形，立法的撤销具有恢复在立法制定前存在的法律地位之效果。但在第二种情形下并非如此。在此，存在于被撤销立法制订之前的法律地位，即先前调控某种收音机生产与销售的立法，并不自动恢复。先前的立法或先前有效的普通法规则被后来的规则所废除，而后者又被撤销了。正如我们已经指出，后法并不是初始无效，而只是被最高法院的决定撤销了。通过撤销对某种收音机生产和销售之禁止的后法，这类收音机的生产和销售变成不受任何调控。

撤销[判决]的效力可能变得极不可取，且可能会远远超过维护宪法的目的。在因违宪而被撤销的立法取代了先前的立法或普通法规则的情形中，更好[的办法]是恢复先前的立法或先前有效的普通法规则，而不是让法律状况变成该领域不受任何法律调控。如果宪法中没有明确规定把这种效力归结为法院的撤销判决，先前的立法或普通法规则是不可能复兴的。为了避免这种情况发生，奥地利宪法包含了下列规定：

“如果通过宪政法院的决定，立法或其一部分因违宪而被撤销，那么原来被所提及的立法废除的法律规则和宪政法院的决定同时生效，除非后者另行规定。”

因此，宪政法院的决定不仅撤销了立法，而且恢复了先前的规则，因而不只是消极而且也是积极的立法行为。

就美国实践而言，我希望唤起法学家对下列困难的注意：如果“初试无效理论”不被接受——许多杰出的美国律师都不接受它，[例如休斯首席大法官（C. J. Hughes）在下列案例中的意见：*Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371 (1940)。对这一问题的最好表述可见：

*Wellington et al. Petitioners*, 16 Pick. 87 (Mass., 1834), p. 96: “但立法的正式行为是否在严格的法律意义上可被适当地称为无效(void), 很可能是有疑问的；把它处理为可以判决无效

(*voidable*)，似乎更符合主题的性质和适用于类似案件的原则。”] 那么就不可能坚持下列见解，即宣布立法违宪的司法决定具有恢复先前立法的自动效果。如果美国法院宣布立法违宪并拒绝在具体个案中适用之，那么法院也没有在个案中适用先前立法的法律可能性。只有被法院宣布违宪的立法构成初始无效

（而这意味着撤销立法的行为具有追溯力），先前的立法或先前有效的普通法规则才可能适用。因为假如宣布立法违宪[的行为]带有追溯力，那么这项立法就不可能废除先前的立法，或更准确地说，如果这项立法被宣布违宪，那么它的废除效力就被撤销。但我们已经指出，初始无效理论不符合美国宪法第1条第9节第3段。

另一条美国法学家可能感兴趣的奥地利宪法规定，授权宪政法院对联邦政府或各州政府所提出的申请提供咨询意见（*advisory opinion*）。然而，这一机制只是限于立法或行政的某项行为是属于联邦还是成员州的管辖问题。如果它是有关立法权能问题，向宪政法院提出的申请必须包含相应立法机关所考虑的法案草案。如果它是有关执法权能问题，那么向宪政法院提出的申请必须包含下列事项：

(a) 所提议法令的草案，以及发布法令的权力之标志；

(b) 对于其它执行行为的情形，关于作出受质疑行为的事实认定。[奥地利宪法第138条第2段，1925年12月18日的法律第53-56段，BGBl., No. 454。]

在美国，律师们总是反对授权法院作出咨询意见。[比较Felix Frankfurter, “咨询意见”，载《社会科学百科全书》第1卷，第475-478页（纽约，1927年版）。] 法院的这种权力被认为不符合分权原则。但这一论点所反对的将是整个立法的司法审查体制，后者是一项立法而非纯粹的司法职能。

1 比较J. A. C. Grant, “1920年奥地利宪法下立法的司法审查”, 载《美国政治学评论》, 第28卷(1934年), 第670-676; 以及汉斯·凯尔森, “宪法(宪政正义)的司法保障”, 载《法国与外国政治学及公法评论》, 第35卷(1928年), 第197-259页。

2 立法一词在以下所用的意义也包括法令, 除非在这两个概念之间作出了明确区分。

3 魏玛宪法第48条授权内阁制订法令的误用, 正是共和国的民主特征在德国受到摧毁且国家社会主义政权准备登场的方式。值得注意的是, 1934年的奥地利准法西斯宪法是通过政府法令制定的。

4 O. V. and S. K. R. R. v. Morgan County, 53 Mo. 156 (1873).

5 例如Denney v. State, 144 Ind. 503, 42 N.E. 929 (1896); McCollum v. McConnoughy, 141 Iowa 172, 119 N.W. 539 (1909).

6 Chester T. Lane, “1935年《公共设施控股公司法》涉及合宪性的诉讼”, 美国政治学协会年会论文, 1941年12月30日。

7 参见Oliver P. Field, 《违宪立法的效力》(Minneapolis, 1935年)。

8 Alexander Holzoff, “1937年的司法法案”, 美国政治学协会年会论文, 1941年12月30日。

文章来源: 《南京大学法律评论》2001年第一期

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

 RSS