

第一部分

宪法思想与宪法制度

一 联邦制、地方分权与权利

托马斯·弗莱纳-格斯特

美国宪法自从两百年前确立以来，已影响了一些思想和事件。美国宪法所反映的各个主题中，没有哪一个像联邦制这样新颖，它成为后来联邦统一体的原型。

毫无疑问，“大公约”（the Grand Convention）的提议给 1787 年费城《邦联条款》划上了句号，并导致美国宪法的诞生，它深深地改变了联邦思想的发展进程，就像罗马帝国和德意志帝国对它们那个时代及其后的政治思想和政治制度的影响一样深远。[1]

美国宪法很大程度上借鉴了以前的政体模式。共和政体早在古代希腊和罗马就已确立了，并由政治家在以后的世纪里加以发展。总统制部分地基于英国宪制。《人权法案》是从《独立宣言》、弗吉尼亚及其它各州的宪法和英国 1689 年的《权利法案》演化而来的。但是，将自治、民主且具有主权的各州联合为一个联邦统一体，则是美国对宪治（constitutional government）作出的新的、创造性的贡献。

联邦权力有限的联邦概念早已反映在《邦联条款》中，但是美国宪法通过创设具有独立的、直接对个人行使权力的立法、行政、司法机关的联邦政府，开拓出一块全新的领域。将联邦的权力与州的权力结合在一起就产生了双重主权的概念。尽管两院制早已有之，但是美国宪法确立的是一种新的两院式的立法机关：一院代表人民，另一院代表各组成州，即构成联邦统一体的各个成员。这种两院制的新用法极大地影响了世界各地的联邦宪法。

联邦制在美国还有助于实现对个人权利的基本承诺。在美国宪法通过之前，所有邦联国家，如瑞士、荷兰和希腊，都是在以前具有独立主权的各州邦之上形成的，个人的地位都由组成邦联的各州邦来规定。在北美大陆，十三州独立于大英帝国之后也基本是独立的，且拥有最高统治权，与其居民的关系也由它们自己完全负责。但是，美国宪法第四条第四款保证各州在联邦统一体中实行共和政体。这样，联邦制第一次与共和主义结合在一起，这意味着给公民个人提供了政治权利。不同于法国大革命领袖们寻求在严格的集中制的基础上建立新国家，[2]美国的“自由主义者”确立一种民主权力更为分散的联邦制作为新的政体形式。1791 年增添的联邦《人权法案》加强了全国政府和个人权利之间的联系。其结果是保护个人权利不受联邦政府的侵犯，就如依照州宪法保护个人权利不受各州的侵犯一样。后来，南北战争之后通过的宪法修正案，使得美国宪法保护个人权利既不受联邦政府的侵犯，也不受各州政府的侵犯。

在本文中，我将努力展示美国联邦制的主要特征是如何影响上一世纪的欧洲宪法的，以及它们是如何继续影响全世界的宪法发展的。[3]

美国联邦制的影响

美国的新式联邦制从一开始就引起了包括拿破仑、拉斐特在内的欧洲政治家及政治思想家们不小的兴趣。但是，由于和美国革命相比，法国革命的目标更为积极进取，所以大革命之后的法国宪法采用了中央集权的激进民主

制，而不是美国的联邦制模式。在上一个世纪间，法国的中央集权制比美国的联邦制在欧洲的影响更大。只有瑞士努力按美国体制来修改自己的宪法，德国在一定程度上也这么做了。[4]

在二十世纪，美国联邦制的影响更为重大。许多国家，包括澳大利亚、德国、甚至苏联，都谋求在美国宪法中勾勒出的某些原则 基础上实施联邦制。二战结束以来，随着联邦制引入许多截然不同的国家，如奥地利、缅甸、南斯拉夫、阿根廷、印度、[5]马来西亚、[6]尼日利亚、坦桑尼亚、阿拉伯联合酋长国[7]和委内瑞拉，[8]人们对美国的联邦制模式产生了特别的兴趣。

美国宪法的影响完全可能会继续增长，因为诸多问题威胁着古老的中央集权的国家结构模式。尽管联邦制也许不能被视作一个完全“成功的故事”，[9]但是，对许多国家而言，它为将来国家的发展提供了一种现实的政制结构。无论大国还是小国，无论像欧洲经济共同体这样的主权国家的国际集团，还是像西班牙、意大利和英国这样的中央集权国家，美国联邦制一直是有吸引力的。对许多国家而言，中央集权民主制的法国模式无法充分解决少数人的权利问题。某些中央集权国家所面临的困难根源就是那些具有独特文化或语言共性、聚居在特定地区的少数民族，比如西班牙的巴士克人和加泰隆尼亚人，法国的科西嘉岛人、阿尔萨斯人和布瑞顿人，以及英国和意大利各地的各种各样的宗教群体。这些群体有的在历史上就曾享有过一定程度的自治，它们在谋求恢复丧失于中央集权的自治的过程中，可能为将来的联邦宪政体制提供了动力。[10]将民主的理想与少数人的权利保障结合在一起是许多国家正面临的紧要任务，而联邦制可能有助于实现这一结合。[11]

联邦制与共和制

美国邦联各州并没有形成君主制。它们反对任何倾向于主权由上帝的恩典赋予某一个人的主张，而建立了一个基于《独立宣言》中明确阐述的人民主权之上的共和政体。这样，美国就采纳和实施了洛克的“社会契约”的概念。人民既可以任意实施它的主权，也可以任意分配其主权。要在先前独立的实行共和制的各州联合的基础上建立一个主权国家，人民主权比君权神授当然更为可取。

人民主权源于洛克的个人具有基本的且不可转让的权利这一思想。公民的权利包括建立他们自己的政府的政治权利。但是，政府要受到尊重其公民的权利这一义务的限制。一个奉行公民权和政治权的社会，可能倾向于创立一个联邦制的共和政府，这一联邦政府和各州政府共同分享受到限制的主权，如此分散政治权力的目的在于实现个人自由的最大化。

法国大革命中出现的《人和公民的权利宣言》也强调洛克提倡的不可转让的权利。但是，在法国，人们认为由于人类固有的平等，人权要求统一性，而且相信把民主立法机关作为制定和修改法律的唯一机关的集权中央政府最适合于保障民主和人权。

在联邦政府和组成各州之间分割主权的思想是从美国革命而不是从法国革命发展而来的。无论是法国人的民主概念还是拿破仑之后梅特涅确立的君主专制的环境，都不利于实现联邦制。对于已经建立的民主共同体，如瑞士的各州，通过创设新的统一体还有可能实行双重主权制。但是，在一个中央

集权的欧洲国家，无论是君主制的，还是民主制的，联邦国家是不可想象的。将中央统治权归于威斯敏斯特的英国，就不会接受地方当局的主权自治。从中世纪各城市公国联合起来的意大利非常关注统一，以致于不会容忍双重主权的思想。

上一个世纪的德意志帝国是普鲁士和奥地利影响下各诸侯国联合而成的，普、奥两个邦国一直在竞争帝国内的最高统治权。德意志国家在十九世纪的创立最终走向了普鲁士领导的联邦制，但这个联邦制很有限。在这种情况下，各邦平等这一关键的概念得不到实现，也不可能采纳这样的思想，即下议院必须是代表各邦人民而不是代表其君主的民主机构。上个世纪的德意志联邦的下议院仍然是一个公使委员会，他们的投票权反映了他们所代表的各邦的影响力。二战后德国的联邦宪法重新确立了这种下议院观念。由于在帝国建立以前皇帝从来没有拥有过对其臣民的完整权力，加之封建采邑的概念一直影响着德国的法律传统，所以促成有限的联邦主权还是可能的；但是，即使在今天，联邦德国的宪法还没有赋予各邦国像瑞士和美国赋予其成员各州那样多的自治权。

奥地利的情形有所不同。尽管是一个多民族的国家，奥地利几个世纪以来一直实行中央集权。所以，一战以后制定的第一部民主宪法顺理成章地带有某些联邦制的思想，而且二战后，这些思想再度出现。但是，在奥地利的联邦制中，中央集权的倾向仍很严重，而且在由凯尔森起草第一部民主宪法的国家，是不会接受双重主权这一概念的。

看起来，说只有内部结构民主的国家才能发展出真正的联邦政府体制似乎是有道理的。如果人们比较一下不同的联邦国家，可能会发现，那些认可或赋予人民的权力越多的国家，地方分权也就越彻底。瑞士的联邦、各州和基层组织都实行相当大的直接民主，所以它比加拿大甚至德国更多地方分权。

对三权分立的奉行也影响着联邦制。从英联邦中独立出来的各国都有一段殖民地的历史，那时，主权都集中归于威斯敏斯特。但是，帝国政府对这些殖民地的权威在历史上并没有根基，与依附于君主制的议会主权传统没有任何联系。因此，这些殖民地国家很容易在独立问题上放弃完全主权而接受各民族、各部落和各地地区的自治，这就使联邦政府有可能在某些国家发展，如加拿大、澳大利亚、尼日利亚和印度。实行议会民主制的国家，由于立法机关控制着行政机关，比起行政权与立法权相分离的国家（如美国和瑞士）就更难以接受中央与地方分享主权。承认不同的政府机关之间分享主权的国家更容易接受在州政府与联邦政府之间分割主权。

当然，像苏联这样实行独裁体制的国家也制定了“联邦的”宪法。但是，研究一下苏联所谓的联邦宪法就会发现，国家实权属于集权的、独裁的共产党中央。另一方面，南斯拉夫的情形又有所不同。由于其历史和地理的独特性，其联邦体制高度分权。看起来唯一集权的机关只有军队，或许包括秘密警察。尽管人们无法预料它在多少有点独裁的统治下是否能够应付其多样性局面，但是南斯拉夫更为民主这一事实恐怕要归因于它实行了比苏联更真实的联邦制。

美国联邦制的标志及其影响

美国的联邦制并非基于地方分权的政治理论，而是出于建立一个具有共和政体的“更完美的联盟”这一迫切的、实际的需要。[12]美国的开国元勋们独一无二的创造性思想基于这样一个信念，即可以在国家的层次上使各种共和原则结合起来而无损于地方单位的自决与自治。美国宪法的“革命性”特征就在于它将联邦制和共和制结合起来。

新国家的伟大成就既不在于共和制、独立和《人权法案》，也不在于扩大了机会。其独特的成就是联邦制本身。但是，在如此广阔而又未知的领域中将共和制和联邦制结合起来的努力，在十八世纪的欧洲人看来，似乎是走向灾难。[13]

双重主权

将剩余权力留给地方政府，而将中央政府建立在双重主权基础之上，[14]这是一个全新的思路。此前，孟德斯鸠曾发展了有关双重主权概念的基本原则：

在这种政体中，几个政治实体联合组成一个比它们愿意形成的国家更大的国家。这个由许多小社会组成的社会形成了一个新的实体；它可以通过加入新成员而壮大，直到它的权力无法保护加入进来的成员的安全时为止。[15]

但是这种双重主权的思想，无论在瑞士各州的联盟和荷兰联盟，还是在德意志帝国都没有完全实现。这些联盟都是由独立的成员组成的邦联，只有在外交政策上邦联的命令对其成员州邦具有约束力，而几乎所有其它的决定权仍留在各组成州邦内，特别是，邦联不对普通公民行使统治权。

在美国建国以前，人们一直认为共和政府唯一可能的方式就是高度中央集权的模式。这种集权模式，后来由于大革命后对法国的追随而得到支持，极大地影响了在十九、二十世纪寻求建立共和统治的欧洲国家。

欧洲的宪政受到布丹和霍布斯提出的诸原则的强烈影响。尽管他俩在政治观点上的共同之处并不多，但是，关于绝对的、不可分割的主权的思想，两人所见略同，他们都主张只能有一个最高统治权。基于这种信念，欧洲的宪法不大可能采取权力分割和美国的制约平衡体制，而且欧洲的政治理论家们也不大可能支持双重主权这一概念。

依照欧洲的政治思想，尽管政治权力可以分立，但分立了的政治权力不能是平等的。[16]一般而言，必须有一个基本的立法权来控制 and 监督其他权力。法国的政治学说强调权力必须分开但不能用来相互牵制。[17]举例来说，法院就无权制约立法权，也无权控制行政官员是否超越权限。所以，在法国，整个行政监控存在于一个特殊的机构——行政法院，它遵循更新颖的行政法模式。直到本世纪中期，它一直是民法法系国家的行政法组织的唯一模式。

考虑到这种分权观点，欧洲的政治学说不支持双重主权的概念就没有什么可奇怪的。即使在实际的政治中，由于君主作为国家首脑的传统与权力相互分立但又平等的概念是不合拍的，所以也不可能发展出双重主权的机制。但是，只有采纳双重主权这种思想，美国才能发展出总统制，并使其成为替换议会制的主要制度。

通过引进双重主权的概念，美国宪法提供了一种可行的共和政体的替换形式。[18]美国联邦制的重要特征就是三权分立与这种双重主权概念相结

合。这种结合既支持了联邦政府内“制约平衡”制度的发展，又支持了联邦政府和州政府之间的“制约平衡”制度的发展：

在单一共和制中，人民交出的权力都交给了单一政府的行政机关，并通过将政府划分为分立的部门来保障权力免遭僭夺。在美国的复合共和制中，人民交出的权力首先在两个截然不同的政府之间划分，然后，分给每一个政府的那部分权力又进一步在不同且分立的部门之间划分。这样，人民的权利就有了双重保障。不同的政府将会相互制约，同时，每一个政府又受到自身的制约。[19]

美国宪法不仅确立了对中央政府的制约，而且弘扬了“垂直分权”的思想——某些权力授予中央政府，而剩余的权力仍归各州：

宪法授予联邦政府的权力是有限的且明文规定的，而州政府保留的权力则是大量的、不明确的。前者主要是运用于对外，诸如战争、和平、谈判和对外贸易；在大多数情况下，这至少涉及到征税权。而保留于各州的权力将会扩展到在通常情况下所有涉及人民的生命、自由和财产以及本州的治安、进步和繁荣的对象上。[20]

联邦政府和州政府之间权力分割可能是美国联邦制对欧洲国家最有影响的概念。这些国家又将这一原则加以改造使其适合于欧洲大陆的民法法系。[21]

美国联邦制的各种不同特点得到了不同程度的接受。

双重行政体系和双重法院体系

当征服者威廉在其王国内创设了中央法院体系时，他并没有废除英格兰原先就有的地方法院。地方法院仍然发挥作用，并行使其管辖权，国王的法院取得对地方法院的支配地位是一个缓慢的过程。[22]在相当长一段时间里，两套不同的法院体系——古老的盎格鲁—萨克逊法院和诺曼国王的法院——都有其最初的管辖权。所以，英国传统习惯于一个有不同管辖权的体系，习惯于几个法律体系对几种不同类型的裁决行使不同权力。这样似乎就可以理解美国的开国者们何以采用联邦法院和州法院——这两种法院都对公民行使管辖权。“由于对主权的划分使得在某些案件中必然由二者共同行使管辖权”。[23]

这种法律并置的概念对于欧洲大陆的法律观和法理学来说是相当陌生的，特别是由于凯尔森提出的等级阶梯理论（Stufen-theorie）的发展更是如此。[24]依照这一理论，法律是一种单一的因素，它不能被分为互不连接的法律体系。每一个法律体系都是围绕 Grundnorm，即基本规范建立起来的。不同的层次之上有不同的规范，最高层次的规范在宪法之中，依次是成文法、条例等等。基于这种理论，立法机关是唯一的立法者，它根本没有为法院立法或行使特权留有余地。

为了确立以联邦法律和州法律为基础的法律体系，欧洲的国家不得不使双重法律体系适应大陆法中央集权的信条。这意味着法院将要同时适用联邦法律和州法律，这就导致 Vollzugsföderalismus，即行政联邦制的发展。与美国不同，欧洲联邦国家的联邦法是由国家公务员而不是由联邦机构来执行。

美国的法院体系与其它联邦制国家的法院体系也有类似的不同。作为具

有普通法传统的联邦制国家，美国确立了两套管辖权相分离的不同法院体系。[25]宪法赋予国会以创建下级联邦法院的权力，且国会从一开始就创建了这些法院。[26]下级联邦法院行使“合众国的审判权”，适用联邦法，它们只在特殊案件中偶尔适用州的法律，例如根据其“不同管辖权”，在不同州的公民之间的诉讼中就适用州法。尽管要求州法院在涉及美国宪法、联邦法和联邦条约时适用这些法律，但是它们一直主要适用州法。其结果就是一种混合，每个法院体系在某些案件、在某种程度上适用另一个法院体系所适用的法律，但是在原则上它们都主要适用自己的法律。其它联邦国家，即使是澳大利亚或加拿大这些具有普通法传统的国家，也没有以这种方式采用这个原则。[27]

双重法院体系的概念（为了和民法法系相比较，这一概念在此大大地简化了）对于实行民法法系的国家的确很陌生。依照民法法系的理论，法律构成一个统一的整体，由立法机关制定且必须由法院来适用。法律体系被看作是一个不可分割的单元，而且由于联邦法院和州法院都必须同时适用两种法律，那么建立两个相互分离的法院系统就没什么意义了。所以，在民法法系的国家，每个联邦单位只有一个法院、一个执行和管理机关来实施州的法律和联邦的法律。

开始各州的剩余权利

也许历史比理论更能解释各种联邦制度的差异。一些联邦国家，诸如美国和瑞士，源于具有主权的各州的联合。在这些国家，各个州当初皆有主权，它们将某些权力转到联邦政府手里而仍然保留其余权力。与此相对照，从中央集权制演化而来的联邦国家，诸如奥地利、某些英联邦的国家、还有某种程度上的联邦德国，都是通过地方分权而建立联邦制。在这些国家，剩余权力起先属于皇帝、国王、或总督，实行联邦制后仍然归属于中央国家。依照君主制的传统，剩余权力归于君王，它是“正义的源泉”，剩余权力集中于中央机关。但是，在瑞士——如同在美国——这种权力属于各州且建立在地方议会的民主权威的基础上。这样，瑞士的中央政府的权力是从下而上建立起来的，而不是自上而下指挥的。

主权国家联合产生联邦国家必须先确定中央政府有效统治所需要哪些权力，然后决定哪些权力要交给中央政府。由此产生的联邦国家必须考虑到作为其成员的各州的愿望。所以，双重主权可能最适合于——或更有可能产生于——这样一些国家：其成员在组成联邦之前就享有最初的主权。另一方面，通过地方分权的方式形成的联邦制国家中，中央政府对权力的划分行使更大的控制权。地方政府会被赋予一些权力和某种程度的自治，但是不会太多，不会妨碍中央政府对所有公民承担责任。

即使权力划分的结果有时看上去似乎相同，或者无论人们看见杯子里是半空还是半满，分享权力的质量仍然因为联邦国家产生的历史背景的不同而产生不同。联邦的成员在加入联邦之前是一个主权国家，它就有统一的历史基础和已确立的国籍概念、法院体系和政党，即使在它加入联邦后，这些东

一个杯子里有半杯水，这既可以说“半空”，亦可以说“半满”。这里比喻对同一事物所作的不同角度的界定和描述。——译者注

西仍然在本地方具有重要意义。这种历史遗产和社会、政治、文化传统也许是无法由整个联邦社会来分享的。

在美国的历史背景中，剩余权力在原则上仍归地方各州。国会只有那些“在此被授予”的权力（第一条，第一款），那些没有授予联邦政府的权力仍然保留在各州或人民当中（第十修正案）。与此相似，瑞士宪法第三条宣布，联邦仅仅拥有那些宪法赋予的权力，其他所有的保留权力归各州。[28]美国转变为一个经济统一、大陆性的和世界性的强国，其联邦制特征同时也发生了转变。但是，美国在诸多方面仍然反映出联邦制的历史，以及各州当初保留的剩余主权。

各州参与宪法修改

从中央集权国家而来的联邦政府对联邦宪法的特点似乎也有不同看法，制定宪法以及修改宪法的程序也有不同。在美国和瑞士，宪法是一州一州通过的，在美国，宪法要获得各州的批准。各州在宪法修正案的通过中曾经起过、而且一直起着重要的作用。在其他多数联邦国家中，宪法只能由全国性的立法机构来修改，与各成员州是否同意无关。

两院制

两院制并不是美国的发明，也不为美国所独有。两院制立法机关既存在于联邦制国家也存在于单一制国家。目前（二十世纪末），有五十多个国家实行两院制的立法体制，其中十八个国家是联邦制国家，其余的皆可划为中央集权的国家。[29]英国和法国是欧洲的两个中央集权最厉害的国家，都有两个立法院。相反，一些联邦制国家，如阿拉伯联合酋长国，却并没有建立两院制。[30]

但是美国的两院制明显地具有联邦主义的目的和风味，且影响了其他联邦制国家，特别是瑞士。

体现于美国参议院的思想对欧洲的联邦制尤为重要：

尽管应当绝对地服从联邦的总的权力，但是，无论在理论上还是在事实上，这仍然是一种州的联合或一个邦联。宪法根本不是要废除州政府，而是通过让它们在参议院行使直接代表权，使它们成为国家主权的一个组成部分，同时也让它们自己掌握部分排它性的、非常重要的统治权。从这些术语的合理含义来讲，这完全符合联邦政府的思想。[31]

在美国，无论州的大小如何，它们在参议院里有平等的代表权，[32]而且参议院被赋予和众议院几乎相当的立法权，这都是大、小各州之间一些关键性的妥协。它影响了瑞士的联邦制，尽管它并没有影响到奥地利和德国的制度，在那里第二立法院和国家院的权力并不平等，各州的代表权也不完全平等。

汉密尔顿和麦迪逊似乎为参议院作为国家利益的代表和国家主权的象征进行了辩护。[33]依据《联邦党人文集》，两院制也是保护民主的一种手段。“两个截然不同的机构要谋划僭夺民权或背离职守，就必须取得一致的意见，否则只要有一个机构有野心和腐败就足以这么做了，这样一来人民就得到了加倍的保护。”[34]

美国的两院制是一种富有启发性的模式。瑞士并没有两院制的传统，究竟要一个议院还是两个议院是瑞士历史上争论不休的一个问题。在其历史上和在持续不断的争论中，很明显受到美国宪法的影响。1800年，拿破仑曾考虑过按美国模式制定瑞士新宪法。爱伯特·斯丹玻斐，瑞士驻巴黎公使，写信给政府说拿破仑希望瑞士实行地方分权，创设不同的州并由两院制的议会统一起来，其中一个议院就效仿美国的参议院。[35]1837年，詹姆士·法兹，一位来自日内瓦的自由主义政治家，提议制定类似于美国模式的宪法。[36]随着内战的结束，邦联国会于1848年2月21日决定将国家重新统一起来，制定联邦宪法，并提议把美国宪法作为集权主义和地方主义相妥协的典范。

大多数的联邦宪法皆规定两个立法院。但是，除瑞士以外，大多数联邦国家的下议院的组成和结构与美国模式相去甚远。这种区别的主要原因在于政府体制之间的不同。多数联邦国家都受了威斯敏斯特模式的影响，在这种模式里，一个立法院完全控制着政府。由于选举、控制和解散政府是议会的职责，所以，赋予两院以相等的权力就意味着招致严重的冲突。美国的开国元勋们赋予参议院类似于英国枢密院所拥有的权力。这就是为什么众议院在征税议案上有特别责任，而参议院在批准条约和任命法官和高级行政官员方面拥有更大权力的原因之一。由于瑞士没有这种传统，所以就没有打算过给“联邦院”（该院依照各州来设定代表）以比另一个院更大的特权。看来，瑞士是唯一接受一个院内各州代表平等这一思想和两个院的权力平等这一概念的联邦制国家。

联邦制和个人权利

没有人给“共和政体”下过精确的定义。除了其它的一些特征外，它似乎暗含着某种程度的民主，某种程度的个人参与自治；它也可能暗含着对个人权利的实质性尊重。美国对共和政体的保证是针对各州而不是针对公民个人作出的。不过，美国宪法批准后不久就增添了一个人权法案。

《人权法案》适用于联邦政府。它并没有保障个人权利不受各州的侵犯。这种保障留给了各州的宪法。因此，保护个人权利不受州的侵犯在原则上可能一个州与另一个州是不同的，而且在任何州里，保护的标准都可能与联邦的标准不尽相同。只有在南北战争之后，通过宪法修正案才使个人权利的保护大大地“国家化了”。第十四条修正案特别要求各州依照法律的正当程序为个人提供生命、自由和财产方面的保护，依照第五修正案，这同样也适用于联邦政府。通过后来的进一步解释，第十四条修正案被认为是为了使《人权法案》的大部分内容可适用于各州。通过一个不同寻常的宪法解释的逆向进程，第十四条修正案要求各州实行的法律平等保护被认为也同样用来要求联邦政府。美国宪法规定的权利既受到州法院的保护，又受到联邦法院的保护，但是，只有联邦最高法院才最终决定权利保护的范围，以及在具体案件中权利是否受到了侵犯。

在美国，个人权利在很大程度上已被“同质化”了，因此同样的保护适用于所有的州并涉及到州和联邦政府。现在，美国的联邦制对个人权利并没有重大的影响。但是，一个州可以根据其宪法，给个人权利提供比联邦宪法所要求的更大的保护。州法院将依照本州的宪法来保障权利的实现，而这些权利无论州法院还是联邦法院都不认为是受联邦宪法保护的。美国联邦制对

权利的影响很大程度上在于双重主权这个原则，这个原则允许各州在自己的地域内独立地保护人权。总体上讲，在联邦制国家，或者是通过宪法法院对公民自由予以统一保护，如德国，或者是在不同的各州接受“不同种类的自由”，如瑞士。尽管瑞士宪法确保基本的宗教自由，但是这种自由的性质在一个州与另一个州却不一样。

依照美国宪法，联邦政府必须向各成员州保证联邦实行共和政体。瑞士宪法和联邦德国宪法也规定了同样的保证。这些宪法不仅具有类似的民主政体观，而且为民主政体提供了相似的保障。

有时，联邦制与平等、不歧视和少数派权利这些原则有密切的联系。现在，在许多国家，最重要的少数派问题似乎都与语言的、文化的和宗教的自治有关。在加拿大，最高法院认为禁止对其父母不讲英语的魁北克儿童进行英语教育的法律是违宪的；最高法院坚决主张每个公民都有权送其子女在讲法语的学校或讲英语的学校去上学，而不论他们的母语是什么。在这个问题上，瑞士的处理方法就迥然不同。孩子们依照其户籍所在地的官方语言而分别接受德语、法语、意大利语或拉丁系方言的教育。瑞士宪法法院认为学校所采用的语言必须和学校所在地的传统语言相同。这样一来，在不同的联邦国家，与文化上少数派的发展相联系的自由权就会引起不同的宪法问题。

在实行中央计划社会主义经济的联邦国家南斯拉夫，它的宪法赋予其成员共和国相当大的自治权，这些共和国具有不同的民族、语言、文化和宗教的背景。在一个只给公民个人有限自由的政治制度中，赋予各联邦成员发展自己利益的自治权就具有特别重要的意义。

从某种意义上讲，联邦制对人权的意义在总体上是含糊不清的。联邦制能够为宗教上、语言上或政治上的少数派发展其自治领地提供机会；但在另一方面，它无法在整个联邦内保障同等的自由。作为地方自治的结果，某共同体内的少数派次群体的政治权和文化权就得不到充分的保护，特别在没有可以适用的联邦标准，没有联邦司法机关来实施这一标准时更是如此。

在不同的联邦体制中，在教育上适用平等原则也会导致不同的结果。在美国，依照宪法，教育并不是联邦的责任。国会提供了联邦教育基金，并且确立了某些最低标准作为获得该基金的条件。但是，从总体上讲，教育是各个州的责任。美国宪法并没有要求各州提供教育，也没有禁止各州在教育方面采取不同的作法。但是，法律平等保护的要求会禁止任何州在教育方面对个人实行恶意的歧视。

类似的情形也存在于其他联邦体制中。瑞士各州的财政很大程度上独立于联邦，例如各州与联邦都有征税权。其结果，瑞士公民依照他所居住州的不同而交纳不同的税款。相反，在联邦德国，税制集中得多且依据平等原则，即禁止不同的州征不等的税。

联邦制使个人和团体接近决策权的程度提高。例如，如果只有 14000 人决定应如何组建学校，比起 700 万人的政治单位来决定同一事情来说，个人就会对决策过程有更大的影响。但是，在给团体赋予权利方面，联邦制可能引起个人和团体之间的冲突。在这种情况下，联邦当局必须确定哪些权利优先，而且必须估计这种争执对少数派团体间关系的影响。例如，如果瑞士最高法院在语言问题上不考虑地域性原则，那么瑞士各种不同的语言群体之间就会产生严重的冲突。

在多数联邦国家的历史发展中，个人权利不断增长而群体权利不断减

少。瑞士确立男女平等的选举权就是一个极有说服力的例子。只有在许多州赋予妇女平等的政治权利之后，才有可能使瑞士的大多数男性选民确信，在联邦一级也应给妇女以投票权。但是，即使在今天，瑞士的两个“半州”（two half-cantons of Appenzell）并不承认联邦政府在其地域内有权推行平等权。依照它们的观点，它们的政治自治必须优先于国家的个人权利观。在瑞士，政治权利与财产权利紧密相连，特别是在征税问题上。瑞士低税收但高效管理的主要原因之一就是瑞士公民在州一层来决定征税问题。

通过地方公民议会行使政治权利可以防止当局滥用权力。在大陆法系的国家，法院并不是权利的有效保护者，少数服从多数的民主机构对保护个人自由有重大责任。在大陆法系国家实行联邦制可以通过确立更有效的政治控制来保证更好地保护个人权利。

联邦制与福利国家

本世纪早期，美国的联邦制似乎成为社会立法和步入福利国家的绊脚石。尽管各州，后来还有联邦政府，提出了一些公平劳工立法、社会保障法律和其他福利措施，但最高法院裁定其中许多无效，联邦立法被认为超越了授予国会的管理州际贸易的权力范围。而对贸易条款的狭义解释是直到半个世纪之前才被放弃的。

在财政自主的程度方面，联邦制国家和单一制国家以及联邦制国家之间都有很大的不同。美国宪法的第一条第八款赋予国会以一般的征税权以偿付国债、维持国防和提供公共福利；第十六条修正案规定国会有权征收累进税。在瑞士，立法机关没有一般的征税权；瑞士宪法对联邦征税权规定了严格的限制。现行的税制只允许联邦政府征收从量税（specific taxes）和印花税，同时有限地分享州的一般所得税税收。联邦国家中联邦成员财政独立的程度决定着将要出现的福利国家的类型和这个国家总体上的政治构架。

联邦制使得各州能够带头进行进步立法，但是许多重大问题的解决还有赖于中央提供资金和制定共同的发展规划。所以，一个州在与其它州打交道时坚持低标准就不可能获得经济优势。[37]在瑞士，1874年的宪法规定了保障商贸自由的条款，以取消州在经济上的优势。联邦德国宪法的第十二条也规定了类似的内容。这些例子都说明了这样一个观点：增进州经济利益的各州自治可能有损于联邦国家的整体利益；无论是实行自由主义的经济体制，还是实行社会主义的经济体制，几乎所有的联邦制国家都对此深信不疑。

福利国家的发展有时会促进中央集权。联邦政府可以直接地发展福利机构，也可以间接地通过给州或私人福利机构提供财政资助；无论哪一种情况，联邦政府都提高了自己的中央权力。这种现象既可以在瑞士这样的联邦小国里见到，亦可以在美国这样的联邦大国里见到。国会运用它的权力为总体福利花钱，而不考虑州的界线，但是在发展“合作联邦制”这种制度的过程中还是很有想象力的，它将联邦的资金、联邦的标准与地方的管理结合在一起。

福利国家的发展也许还能起到地方分权的效果。福利国家要求高额税收，而对福利机构进一步增长的抗议迫使税金分配的决定过程分散化。

环保问题及各州之间国际和国内合作的必要性使得最近产生了一些新的机构和决策程序。例如，美国的州长会议在欧洲，如德国和瑞士，都能找到相应的机构。在这些会议上，各州政府的代表定期举行会晤来解决联邦干预

引起的问题。这种合作的结果就是通过一些具有联邦法特征的“条约”，但是，可以依照国际法原则对其加以解释。这样的活动在美国见得到，在欧洲的社会主义和非社会主义的联邦制国家也见得到。在地方文化层次上进行进一步国际合作的需要将会得到加强。

总而言之，福利国家的发展，随着宗教的、文化的和历史的共同体而产生的新的文化认同以及处理当代环保问题的必要性，都将导致各种新的联邦机构的诞生。但是，在欧洲，这种机构有可能不会按照美国的独立机构的传统来发展。

几点结论

（1）美国的联邦制是一项具有首创性的独一无二的成就。美国联邦制的首创性在于美国开国元勋们有能力将民主和自然权利的理论概念与允许多样、反对同一的实用主义观点结合在一起。这一点部分地是通过确立双重主权来实现的。

（2）在十九世纪，美国的联邦制影响了瑞士的宪法，在某种程度上也影响了德意志帝国。在那个世纪，它对其它国家的影响并不大，因为，那时，大多数国家要么实行中央集权的君主统治，要么强调国家统一以防止分裂。由于这个原因，法国革命所信奉的激进的统一思想引起了更大的兴趣。

（3）在二十世纪及以后，美国的联邦制作为邦联和国际组织的模式，或者作为中央集权国家为了给居住在特定地区的少数者集团以主权而寻求地方分权的模式，都将会变得越来越重要。美国联邦制的影响可能在将来会更加突出，因为它允许在一个由于社会的、技术的和经济的原因而需要中央集权机构的世界，实行机构上的中央集权，同时它也允许通过促进多样化实现地方社区的民主自治。

（4）美国联邦制之所以产生深远的影响，是因为它没有提供意识形态的国家概念，而是提供了主权可以被不同单位分享这一更为实用主义的观点。比起霍布斯式的社会契约概念，这种实用主义的观点更符合当代国际和国内的现实。

（5）尽管多数联邦制国家并没有完全照搬美国的宪法模式，但是，它们采纳了美国联邦制的一些重要制度，如联邦与州分权，各州参与决策过程，民主政府，以及对州的各种决定进行合宪性审查。

（6）福利国家的发展产生了进一步实行中央集权的需要。在民主的社会里，这种需要在远离中央权力宝座的地方不可能马上被接受。从而，基于社会原因而促进中央集权的运动就与基于政治原因而倡导地方分权的运动产生了对抗。美国的联邦制概念，以及它对主权的实用主义观点，可能有助于现代的宪政制度发展出建立在由不同单位分享的可以分割的主权基础上的模式。

（7）联邦制与民主紧密联系在一起。在地方民主制度高度发达的国家，联邦结构和地方分权力量的影响力比起在由议会而非人民作出地方性决定的国家中的影响力要大得多。

注释

- [1] S. Rufus Davis, *The Federal Principle*(Berkely: University of California EPress , 1978) ,p.75.
- [2] Francois Luchaire, *Le Droit de la Décentralisation* (Paris:Presses Un- iversitaires de France 1983),p.46.
- [3] 由于瑞士是第一个在某些方面采用美国模式的联邦制国家，又因为我研究过瑞士的联邦制，所以，对瑞士宪法我将特别关注。
- [4] Eckhart G.Franz, *Das Amerikabild der deutschen Revolution von 1848/ 49*(Heidelberg: C.Winter,1958);Robert von Mohl , *Das Bundesstaatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*(Stuttgart and Tübingen,1824) ;Ignaz Troxler, *Die Verfassung der Vereinigten Staaten Nordamerika's als Musterbild der Schweizerischen Bundesreform*(Schaffhausen,1848);J.C.Boogman and G.N.van der Plaats, eds. , *Federalism:History and Current Significance of a Form of Government*(The Hague:M.Nijhoff,1980)
- [5] Bharati Ray, *Evolution of Federalism in India* (Calcutta:Progressive Pu-blishers,1967)
- [6] Tan Mohamed Suffian, *The Constitution of Malaysia:its development, 1957 — 1977*(Kuala Lumpur;New York: Oxford University Press, 1978).
- [7] K.G.Fenelon, *The United Arab Emirates:An Economic and Social Survey*(London:Longman,1976).
- [8] Ernst Deuerlein, *Federalismus; die historischen und philosophischen Gr- undlagen des foderativen Prinzips* (Munche: P. List, 1972), p.290.
- [9] Richard B. Morris, "Federalism: US Style," in Boogman and van der Plaats , *Federalism*, p.79.
- [10] Raymond Carr, "The Regional Problem in Spain," in Boogman and van der Plaats, *Federalism*, p.268; Davis, *The Federal Principle*, pp.121ff.
- [11] Max Frenkel , *Federalismus und Bundesstaat*, vol.1(Bern:Peter Lang, 241984).
- [12] Harold Laski, *The Problems of Federalism* (London:1931),p.50.
- [13] Richard D.Lambert, in *The American Revolution Abroad: (1976)428: 15, of The Annals of The American Academy of Political and Social Science* (Philadelphia:American Academy)。在君主制下，构建一弱联邦，差不多是个奇迹，尤其是还有像英国这样的强国反对。它之所以成拿破仑的战争，而把美国革命看作是自卫性的，不像法国革命那样具有 TITLE 性。参见 Carl rich, *The Impact of American Constitutionalism Abroad*(Boston:Boston University Press 1967) , pp43ff。有关新国家拟议中·麦迪逊在《联邦党人文集》(第 39 篇)中写到，“在严格意义上，它既不是国家宪法也不是联邦宪法，而是二者的合成。其基础是联邦性的而不是单一性的；在政府一般权力的来源

方面，它一半是联邦性的，一半是国家性的；在这些权力的运作上，它是国家性的，而非联邦性的；再者，在它们的范围上，它是联邦性的而不是国家性的，最后，在修正宪法的权力方式上，它既不完全不是联邦性的，也不完全是国家性的。”

- [14] Morris, "Federalism," P.88.
- [15] Montesquieu, *Del'Esprit des Loix*(Geneva:Barrillot,1750)卷九，第一 LE 章。
- [16] Michael Bothe, *Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates*(Berlin:New York:Springer Verlag,1977).
- [17] R.Carré de Malberg, *Contributiton à la Théorie generale de l'Etat*(Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920), p.346, Section116.
- [18] 一些法国革命家确实很理所当然地提倡联邦制思想，尽管并没有取得成功。参见 P.H.Proudhon, *Du Principe Federatif et oeuvres diversessur les problèmes politiques européens*, J.L.Puech, and Th.Ruyssen, eds.(Paris:Mrivière 1959)。
- [19] Madison, *Federalist Papers*, 第 50 篇。
- [20] 同上，第 45 篇。
- [21] Kenneth C.Wheare, *Federal Government*, 4th ed.(London, New York: Oxford Univ.Press,1963),p.10. 亦可参见 Bothe, *Die Komp-etenzstruktur*, 137。
- [22] Ronald J.Walker and Michael G.Walker, *The English Legal System*, 5th ed.(London:Burtterworths 1980), p.3.
- [23] Alexander Hamilton, *Federalist Papers*, 第 33 篇和 82 篇。
- [24] H.Kelsen, "Vom Geltungsgrund des Rechts," in K. Zemanek, ed., *Volkerrecht und rechtliches Weltbild* (Wien:Springer,1960), pp. 157ff; H.Kelsen, "Was ist reine Rechtslehre," in *Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria* Giacometti, September 26, 1953(Zurich:Polygraphischer Verlag,1953).
- [25] Henry M.Hart and Herbert Wechsler, *The Federal Courts and the Federal System* (Brooklyn:The Foundation Press,1953).
- [26] “联邦原则若被严格适用的话，人们就可能期望在联邦中建立双重体系，其中一个法院系统适用和解释联邦政府的法律，而另一个则适用和解释各州的法律。” Wheare, *Federal Government*, p.65.
- [27] Zelman Cowen, *Federal Jurisdiction in Australia* (Melbourne: Oxford University Press, 1959); *Rapport de la commission royale d'enquete sur les problemes constitutionnelles*, vol.2(1956), pp.95ff.
- [28] 在美国宪法和瑞士宪法的起草过程中，对规定权力分配的条款是否应该严格表述，是否应该只授予特别列举的权力，产生过相似的争论。有趣的是，美国和瑞士的宪法起草者都反对“应该”的提议。美国和瑞士的宪政主义都接受隐含的、固有的权力的观点；但是，尽管这种信条影响了瑞士的宪法理论，对其议会的实际决定，却没

有多少影响。瑞士议会严格解释宪法，为的是防止联邦的权力变得过于强大。

- [29] Laurent Trivelli, *Le Bicaméralisme: institutions comparées* (Lausanne: Papot, 1974), pp. 63ff.
- [30] Trivelli, *Le Bicaméralisme*, pp. 63ff.
- [31] Hamilton, *Federalist Papers*, 第 9 篇。
- [32] Madison, *Federalist Papers*, 第 62 篇。
- [33] *Federalist Papers*: Hamilton, 第 9 篇; Madison, 第 39 篇。
- [34] Madison, *Federalist Papers*, 第 62 篇。
- [35] Eduard His, "Amerikanische Einflüsse im schweizerischen Verfassungsrecht" (*Bundesstaatsform und Zweikammersystem, Festgabe der Basler Juristenvereins Zum Schweizerischen Juristentag, Basel, 1920*), p. 89; Johann Strickler, *Actensammlung aus der zeit der Helvetischen republik* (Bern: Stampflischebuchdr.; 1886 - 1905) 6 260.
- [36] Henri Fazy, James Fazy, *Sa Vie et Son Oeuvre* (Geneva: Georg, 1887), p. 16. 詹姆士·法兹也提议西班牙宪法采用联邦结构，参见前引书第 95 页。
- [37] U.K. Hicks, F.G. Carnell, W.T. Newlyn, J.R. Hicks, and A.H. Birch, *Federalism and Economic Growth in Underdeveloped Countries* (London: Allen and Unwin, 1961), pp. 156ff; Walter Hartwell Bennett, *American Theories of Federalism* (University: University of Alabama Press, 1964), pp. 197ff.

二 欧洲的违宪审查

路易·法沃勒

欧洲人对美国宪法法理最感兴趣之处，莫过于违宪审查思想及其对基本权利的保护了。欧洲国家一直想要引进一些类似的制度及做法。然而直到最近，特别是在法国，美国式的“宪法司法”仍然具有一种神话般的性质——表面上简单已极，但却是一种理想的不可实现的制度。对美国宪法法理令人迷惑的阐述有时甚至影响了政府的作为和欧洲学者的写作。比如在法国，违宪审查的研究与教学仍然是以对美国模式的理想化理解为参照的，但这种模式实际上却从未写入法国的任何一部宪法中，也从未实施过。意大利和西班牙也建立了与美国通行的大为不同的违宪审查制度。

从历史的观点看，对欧洲各国之宪法发展及人权保护，美国的示范无疑起了决定性的作用。美利坚合众国的制宪元勋所汲取的是欧洲十七、十八世纪期间发展起来的智识背景，但美国却是世界上第一个精心制定现代成文宪法及人权法案的国家。

法国 1789 年《人和公民权利宣言》及 1791 年宪法是发端于美国的宪政主义的第二个实例。1789 年 7 月 11 日，马基斯·德·拉斐特将美国《人权法案》的第一稿呈到法国制宪会议——回忆一下这件事是很有意义的。拉斐特在这些基本文件起草期间曾逗留美国，他在逗留期间形成的对美国观念的激赏是众所周知的。还有，尚皮翁·德·西塞在同年 7 月 27 日向制宪会议报告宪法委员会的工作，以及在拟议中的法兰西宪法前加上一个人权法案的决定时，曾说：

这种高贵的观念是从另一半球传来的，并将在此第一个贯彻实施。

我们参加了使北美获得自由的事件，它向我们表明了，为保持自由，我们应当依靠哪些原则。过去我们奴役过的新世界，今天反过来告诉我们，怎样才能保护我们自己免受奴役。[1]

如此这般地，美国向欧洲输出了它的成文宪法概念和人权法案概念。可以毫不夸张地说，现代意义的宪法概念本身，就来自美国。一位博学的先生说：

美国宪法对法国宪法起草者政治观念的冲击，至今仍是一个见仁见智的问题。革命成果的独特性过于清晰，以致于不能简单地认为那只是波士顿、费城孕育、表述的几个概念的移转的结果。但是，对于宪法概念本身来说，美国革命的回响仍清晰可闻。这时不仅是学术推演，而且有经验为证，一个民族可以自愿单方面决定，赋予自己一部宪法。约翰·亚当斯和本杰明·富兰克林在城镇、俱乐部、门厅甚至宫殿中所受到的欢迎不仅反映了人们对他们奉行的自由主义哲学的喜爱，也显示出他们对“制造”了一部宪法的人是多么仰慕与好奇！美国思想的冲击详见 1789 年的“会议记录”。[2]

贵族和教士仍然对传统观念忠心耿耿，声称法国已有一部基于传统的宪法。但是 Tiers（第三等级）却要求起草一部新式宪法。他们说，一旦同意这一点，人民就将通过意志的主权行为开辟一个崭新的政治纪元。

上面提到的那位先生也强调了美国的早期经验对法国宪法起草的决定性影响：

《关于美国的法语著作批评书目集》所列的美国宪法的法文译本可谓洋洋大观。对新生的美利坚共和国的成就兴趣如此之大——尽管未导致引进它的具体制度——表明这些制度的建立方式的确导致了广泛的注意。[3]

美国对宪法理论的贡献有分权制，即所谓（美国式的）“总统制”，还有违宪审查。关于分权，美国经验引发了学术上的巨大兴趣，至今仍不失为一种理论模型。但它对实践影响甚微，因为很少有哪个欧洲国家采用这种制度。一些模仿的企图失败了，包括发生在法国的几起。[4]大多数欧洲国家宁愿选择英国式的议会制。然而，违宪审查对政治理论和政治实践却都产生了重大影响。实践方面的影响常常被错误领会，须得细细研究。审查立法是否合宪这种思想毫无疑问是美国式的，但其在欧洲的付诸实施却走上了另一条途径。

如上所述，美国对欧洲宪法理论的贡献有：成文宪法和人权法案系人民代表争来的思想，违宪审查的思想，宪法原则至上的思想——这只有存在独立于政治权威的机构的保障，并且政治权威的行为还得接受审查的时候才是真实的。

然而长久以来，违宪审查制度一直没能在欧洲建立起来，或者是因为基本原则方面的原因，比如与议会至上不合，或者是“技术上的原因”，即认为授权法院搞这种审查不可接受。在一次欧洲宪法法院国际研讨会的总结发言里，让·里弗罗说“那时候（二战以前）违宪审查之于公法就像西部片和美国喜剧片之于电影一样，是一种地道的美国货。”[5]

早期建立美式违宪审查的尝试障碍重重，计划被迫搁浅。“美国方式”证明不可行，另一方式就悄然出现，首先于一战后出现在奥地利，二战结束后，好几个西欧国家也有了。这种宪法司法的模式——或者叫做奥地利模式、凯尔森模式——就成为欧洲模式。

美国模式和欧洲模式的根本区别在于组织违宪审查的方式不同。在美国，整个法院系统都实施宪法审查；在欧洲，只有独特的、专门的法院才进行之。其它方面，尤其是违宪审查的功能和影响，有许多相似之处。

下面我将对违宪审查的这两种模式及其在欧洲的实施情况作一番描述，指出两者的差别有什么意义，并对宪政主义在欧洲的运作情况略加评论。

两种违宪审查的模式

欧洲违宪审查的模式与美国模式的主要区别在于审查的组织体系不同。有人将其归纳如下：

我们可以把审查立法合宪性的司法控制分为两大类：(A)“分散型”，把控制权赋予某一法律体系中的所有司法机关，这就是所谓“美国型”的控制制度……(B)“集中型”，审查权只限于单一的司法机关享有。类似地，“集中型”可以叫做“奥地利型”。[6]

按美国制度，违宪审查存在于整个司法体系，它与一般司法管理并无显著分别。一切争议，无论性质如何，都以同样的程序，在基本上差不多的环境下，由同一法院裁夺。任何案件中都可能出现宪法问题，其中并无特殊对待。说到底，美国根本就没有什么特殊的“宪法诉讼”，也没有什么行政诉讼；没有理由把在同一法院提起的案件或争端做一分类。或者，用托克维尔