



海南大学诉讼法学文丛

ZHONG GUO MIN SHI SU SONG ZHI DU BIAN GE YU CHUANG XIN

中国民事诉讼制度 变革与创新

谭兵 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

海南大学诉讼法学文丛

中国民事诉讼制度 变革与创新

谭兵 主编

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国民事诉讼制度变革与创新 / 谭兵主编. —北京:法律出版社,
2007.3

(海南大学诉讼法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7855 - 4

I. 中… II. 谭… III. 民事诉讼—制度—改革—研究—
中国 IV. D925.110.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 171483 号

©法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/12.5 字数/366 千

版本/2007 年 3 月第 1 版

印次/2007 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

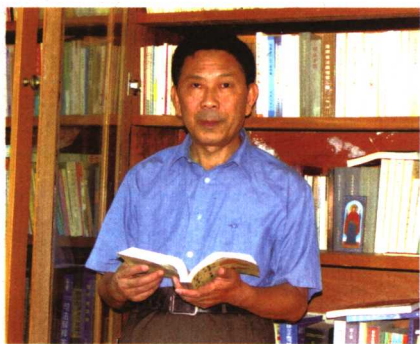
深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7855 - 4

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



谭兵 1942 年出生，重庆市开县人，1967 年毕业于北京大学法律系，海南大学法学院教授、原院长现终身名誉院长，省级重点学科海南大学诉讼法学科学术带头人，兼任中国法学会原诉讼法学研究会现民事诉讼法学研究会副会长、海南省法学会副会长、海南省政协社会和法制委员会副主任等职。



海南大学诉讼法学文丛

- | | |
|----------------------|-----------|
| 谭兵法学文集 | 谭 兵 著 |
| 刑事诉讼与廉政建设 | 谭世贵 著 |
| 依法治国视野下的中国司法改革 | 谭世贵 李荣珍 著 |
| 中国民事诉讼制度变革与创新 | 谭 兵 主编 |
| 司法文明与诉讼变革 | 谭世贵 主编 |
| 行政诉讼原理改革 | 李荣珍 主编 |
| 我国刑事证据规则体系构建研究 | 宋 强 著 |
| 民事诉讼审前程序研究 | 王 琦 主编 |
| 刑事被害人国家补偿制度研究 | 曲 涛 著 |

《海南大学诉讼法学文丛》总序

海南大学诉讼法学科是海南省首批两个省级重点学科之一，也是海南省原省属高校中第一个获得硕士学位授予权的学科，设有刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼、司法制度四个研究方向。学科自1999年开始招收硕士研究生以来，已连续招收硕士研究生九届共134人，到2007年6月将有六届共80名硕士研究生毕业并获得学位。学科还于2004年获准接受高校教师在职攻读硕士学位，现已招收该类硕士研究生四届共38人，其中6人即将毕业并获得学位。

学科拥有一支结构合理、素质良好、教学水平较高、科研能力较强的教师队伍。其中，学科带头人、原法学院院长、现名誉院长谭兵教授和学科骨干、海南大学校长谭世贵教授，系享受国务院特殊津贴专家和海南省有突出贡献优秀专家，现二人分别兼任中国法学会民事诉讼法学研究会和刑事訴訟法学研究会副会长，并同时入选新中国首部专门介绍法学家学术观点和法学理论与实践贡献的大型图书《当代中国法学名家》一书。谭世贵教授还先后获“第四届全国十大青年法学家”、“首批新世纪百万人才工程国家级人选”、“2006年中国十大教育英才”等荣誉称号。

近几年来，学科建设取得了较突出的成绩。不但先后主持完成两项国家级、八项省部级科研项目的工作，在省级以上刊物发表学术论文二百多篇，出版法学著作、教材三十多部，而且受聘主编国家“九五”规划教材两部、“十五”规划教材一部和“十一五”规划教材两部，并有二十多项教学、科研成果获得国家级、省

部级奖励。其中,谭兵教授负责的《民事诉讼法学》课程被教育部评为2004年度国家精品课程,是全国法学院校同类课程中的首门国家精品课程,也是目前海南省唯一的本科国家精品课程。2005年5月,海南省教育厅省级重点学科专家验收组曾对学科五年建设情况给予了高度的评价:“从弱到强,取得了突出的成绩”,“在教学改革、人才培养、科学研究、社会服务和规范管理等方面对其他学科的建设起到了示范作用”,“其学科水平已接近国内领先地位,具备申报博士点的条件”,“考核结果为优秀”。

近几年来,学科成员出版的著作主要有:《中国仲裁制度研究》、《中国仲裁制度的改革和完善》、《外国民事诉讼制度研究》、《中国陪审制度研究》、《司法独立问题研究》、《司法改革的理论探索》、《中国司法改革研究》、《中国司法原理》、《中国司法改革理论与制度创新》、《国际人权公约与中国法制建设》、《刑事诉讼原理与改革》、《司法腐败防治论》、《行政管理法治化问题研究》、《证明标准问题研究》,等等。

此次出版的《海南大学诉讼法学文丛》系列著作,包括专著、个人法学文集和较优秀的硕士学位论文三种类型。其内容涉及民事诉讼制度、刑事诉讼制度、证据制度、司法制度和司法改革等方面,是学科近年来十分关注的问题。本文丛的出版,可以从一个侧面反映海南大学诉讼法学科建设的状况,特别是学术研究情况。当然,由于时间仓促,水平所限,文丛肯定存在着这样或者那样的缺陷和不足之处,诚望各位读者批评指正,提出宝贵意见。

海南大学诉讼法学文丛编委会

2007年1月

前 言

海南大学诉讼法学科作为海南省首批两个省级重点学科之一,自1999年开始招收、培养硕士研究生以来,在加强硕士生的专业理论基础和重视塑造硕士生健全人格的同时,始终把培养、提高硕士生的科研写作能力放在重要位置,严把录取、培养、毕业三个环节,其中重点抓了平时的科研写作训练和学位论文写作的指导,从而保证了硕士生的培养质量。

硕士研究生的科研写作能力是硕士生综合素质的直接体现,它与硕士生平时的知识积累、认知事物的方法和能力以及文字表达的基本功密不可分,直接关系到硕士生今后发展的潜力。而学位论文的质量,自然最直接和最集中地反映了硕士生的综合素质和科研写作能力的强弱。此次出版的《中国民事诉讼制度变革与创新》和《司法文明与诉讼变革》两本书,选自本学科前五届毕业生中比较优秀的硕士论文,它可以使读者从中窥见海南大学诉讼法学专业硕士研究生培养质量之一斑。

由于时间仓促,水平所限,这两本书中不可避免地存在一些缺陷和不足,诚望读者不吝赐教。

海南大学诉讼法学科

2007年3月

目 录

001 / 前言

001 / 论宪法监督的司法化 / 王志胜

029 / 民事诉讼契约化研究 / 万晓霞

057 / 论当事人的民事程序选择权及其实现 / 李 静

085 / 论公民事公益诉讼 / 江湘瑞

117 / 论民事诉讼处分原则 / 饶晓红

145 / 论民事诉讼失权制度 / 熊云辉

——以当事人失权为中心

177 / 行为保全制度研究 / 董文彬

209 / 论自由心证原则及其在我国民事诉讼中的确立 / 邓和军

241 / 民事诉讼非法证据排除规则研究 / 陈凤娇

271 / 我国国内仲裁裁决司法监督制度反思与重构 / 徐钟敏

301 / 中国仲裁发展机制市场化研究 / 白松灵

337 / 民刑交叉案件处理程序研究 / 王 琳

366 / 论人事诉讼程序及其在我国的建立 / 邵毅超

论宪法监督的司法化

王志胜

世纪之交,关于宪法的一切也频繁地冲击着人们的视野:“依法治国”和“私有财产权”入宪、齐玉苓受教育权案^{〔1〕}、“宪法司法化”讨论等等。宪法对人们视野的冲击,昭示了一个革新求变时代的延续。自清末行宪以来,中国宪政之路的艰辛,国人有目共睹。梁治平先生曾写道:“中国自有宪法已将近百年,然中国之宪政建设尚待完成。盖宪政之于宪法,犹如法治之于法制,其盛衰兴废,不独受制于法律制度,更取决于政制之安排、社会之结构、公民之质素与民众之信仰。故修宪法虽易,行宪政实难。”^{〔2〕}此言精辟!宪法的精神不在规范而在实践,由“宪法”而“宪政”是中国无法回避的选择。宪政的实现有其条件:一是要有经济的发

〔1〕 齐玉苓和陈晓琪都是山东滕州八中1990年应届初中毕业生。当年陈晓琪在中专预选考试中被淘汰,齐玉苓则通过并于同年被济宁商校录取。但在陈晓琪父亲陈克政的策划下,陈领取了“齐玉苓”的录取通知并以齐的名义进入济宁商校就读,毕业后又以齐的名义分配到中国银行滕州市支行工作至案发。1999年2月齐玉苓得知真相后,以陈晓琪、陈克政、济宁商校、滕州八中、滕州市教委侵害其姓名权、受教育权为由,起诉至枣庄市中级人民法院,后又上诉至山东省高级人民法院。山东高院二审查明,齐玉苓的受教育权确实被侵犯,但受教育权属于公民的宪法权利而不是民事权利,按照惯例,我国各级法院在审理具体案件时不能直接引用宪法,遂向最高人民法院请示。最高人民法院作出司法解释,明确指出以侵犯姓名权手段侵犯他人依据宪法规定所享有的受教育权并造成了具体损害后果,应承担相应民事责任。根据这一解释,山东省高法作出齐玉苓胜诉的终审判决。此案被认为“引出一项宪法权利司法化解释,开了宪法权利司法化的先河,实现了宪法与公民民事责任的‘对接’”。参见张晓晶、王世心:“全国首例侵犯受教育权案宣判”,新华社济南2001年8月27日电。

〔2〕 [美]卡尔·J.弗里德里希:《超验正义》,周勇、王丽芝译,生活·读书·新知三联书店1997年版,总序(梁治平)。

育和市民社会的形成;二是要有可持续发展的理论探索与制度设计。随着中国改革的推进,条件一已趋于成熟。目前学者们关注的焦点,是如何进行条件二的酝酿,这也恰是分歧最为突出之处。条件二的核心问题,实际上也就是宪法实施的监督问题。本文的粗浅探讨,也正是围绕着这一问题展开的。

一、宪法监督司法化的制度形成脉络

所谓宪法监督的司法化,是指以司法的方式或者说通过司法权力的运行,来监督宪法实施,实现宪政秩序的宪法监督模式。宪法监督的司法化包括两方面的基本内容:一是宪法监督主体的司法化(普通法院或宪法法院),二是监督方式的司法化,即通过司法诉讼程序进行宪法监督。宪法监督的司法化并非一开始就有,其生长与成熟经历了相当长的历史过程。

(一) 宪法监督制度模式的历史沿革

从纵向的角度看,世界宪法监督史中先后产生了议会监督模式、普通法院监督模式(又称司法审查模式)和专门机构监督模式(以宪法法院或宪法委员会为代表)三种具体的宪法监督模式。

议会监督模式是指由立法权力机关行使宪法监督权的一种宪法监督模式,它有直接模式(议会直接监督宪法,如英国)和间接模式(议会下设机构监督宪法,如前苏联1988年的宪法监督委员会)。17世纪完成“光荣革命”的英国,在新兴资本主义力量限制王权的过程中逐渐形成了“议会主权”政治理念,确立了议会的无上地位。“议会主权”理念认为,“只要有政府存在,立法权就应当是最高权力”。〔3〕这一最高权力,根据1911年和1949年的英国《议会法》,包括了制定、修改、废除和监督任何法律文件实施的权力,以及监督政府行政的权力。英国的议会至上原则,构成了议会监督模式牢不可破的基石。因为根据这一原则,议会是民意代表机关,在理解与表达民意上拥有绝对权威,而宪法本身即是全体民意的合成,因此由议会解释和监督宪法的实施,具有“天然的”合理性和权

〔3〕 参见[英]洛克:《政府论》(下篇),商务印书馆1964年版,第92页。

威性。以英国为代表的议会模式,在“一战”以前的世界上有着深远影响,如19世纪的法国、德国、意大利、比利时等,当代的荷兰、新西兰,以及前苏联、东欧各国和中国等,都长期采用这一模式。

普通法院模式是指由普通法院监督宪法实施的宪法监督模式,也多被称为司法审查模式。1803年,以马歇尔为首席大法官的美国联邦最高法院,就马伯利诉麦迪逊一案作出最终判决,宣布“何为法律,其解释权应属于法院”,“法律与联邦宪法抵触者无效,这是无可置疑的,宪法的效力优于任何立法机关制定的法律”〔4〕。这一案件使联邦最高法院获得了对国会法律的合宪性审查权限,由此确立了由普通法院监督宪法实施的制度。在这种模式下,宪法监督主要采用附随性审查和事后审查方式,即法院只能通过具体的案件对所涉及的已生效之法律命令的合宪性进行审查,而不能主动审查国会立法或政府法令的合宪性。由于在权力分立制衡的理念下,法院具有独立、中立和终决地位,而近现代各国宪法又多以保障公民司法救济权为重要原则,因此司法审查制度一经确立便产生了巨大影响,被称为是“美国宪政制度最显著的特征”〔5〕,并对国际社会产生了巨大的冲击。早在20世纪初,法国学界便积极深入地倡导美式的司法审查宪法监督模式。〔6〕魏玛共和国时期的德国,则通过1925年联邦最高法院的一个判决确立了这一监督模式。虽然随着《魏玛宪法》被纳粹政权抛弃,上述尝试也很快归灭,但其影响却十分深远。据统计,目前世界上采用司法审查模式的国家有六十多个,主要是与美国同属普通法系的国家如加拿大、澳大利亚、阿根廷等,此外还包括日本、瑞典等部分大陆法系国家。

专门机构模式指的是由议会和普通司法机关之外的专门机构行使宪法监督权的模式,主要有两种形式:一是宪法委员会,二是宪法法院。前

〔4〕 胡建森主编:《外国行政法规案例评述》,中国法制出版社1998年版,第477页。

〔5〕 李鸿禧:《违宪审查论》,台北元照出版公司1999年版,第37页。

〔6〕 参见李小兵:“法院在违宪审查中的角色分析”,载中国法学会宪法学研究会编:《宪法研究》,法律出版社2002年版,第399~400页;另参见莫纪宏:《宪法审判制度概要》,中国人民公安大学出版社1998年版,第4页。

者的代表国家是法国。当代法国的宪法委员会是1958年法兰西第五共和国的一大创造,被称为是总统、议会、政府之外的“第四部门”(有学者认为其实质上是宪法法院性质的机关,故直译为“宪法法院”)。根据法国宪法,宪法委员会的职能主要包括监督总统和议会的选举,对各项组织法、议会规章、一般法律以及条约等的合宪性进行审查,并作出裁决,裁决不得提出上告,且对于一切权力主体均具有普遍约束力。宪法委员会以事前的抽象审查为监督方式,排除了普通公民个人直接的宪法诉讼权。宪法法院最早出现于1920年的奥地利。^{〔7〕}在当代实行这一模式的国家中,最有代表性的是德国。德国19世纪深受法国影响,采用议会宪法监督模式,法院没有对法律进行合宪性审查的权力。20世纪初的魏玛共和国虽曾尝试建立美式司法审查模式,并也设立了具有宪法法院雏形的国事法院,但由于德国民主传统的缺失和纳粹的上台,这一尝试很快归于失败。当代德国宪法法院是“二战”以后德国在反省纳粹专制的基础上建立的,其实践也相当成功。根据德国《联邦宪法法院法》,宪法法院可以应普通法院的要求判定法律的合宪性,可以应联邦政府、州政府及一定数量议员的提请审查法律的合宪性,也可以裁判公共权限争议,审查选举的合宪性,受理普通公民或法人提起的宪法控诉等。根据这些规定,宪法法院的审查方式既可以是事前的(如针对法律的公布),也可以是事后的(如针对宪法控诉或普通法院审理个案时要求裁决待适用法律合宪性的申请),既可以是抽象的(如根据议员的申请对法律进行普遍性的审查),也可以是附随的(如通过具体的公民宪法控诉审查法律合宪性)。应该说,在专门机构模式中,以德国等为代表的宪法法院模式正日见声势,发展前景蔚为壮观。目前世界上已有包括德国、意大利、俄罗斯和土耳其等在内的四十多个国家建立了这一模式,足见其影响力的日益扩展。

(二) 宪法监督制度模式的选择与优化:司法化

关于宪法监督诸种模式优劣利弊的争议从没有真正停止过。

〔7〕 第一次世界大战后,捷克与西班牙也建立了类似奥地利宪法法院的宪法监督机构,捷克称为宪法法院(Tribunal Constitutionnel),西班牙称为宪法保障法院(Tribunales Garantías Constitucionales)。参见前引莫纪宏:《宪法审判制度概要》,第5页。

就议会模式而言,英国的“议会至上”原则和法国的“主权在民”思想无疑是其理论基石。卢梭在《社会契约论》中指出,“法律乃是公意的行为”,是由人民选举出来的用以表达民意的议会制定的,因此议会作为立法机关“在制定法律时应当仔细检查法律是否与宪法一致……这意味着宪法解释应由议会执行,议会才是审查自己的法律合宪与否的法官”〔8〕。由议会监督宪法的实施似乎有着不证自明的合理性:既然宪法是民意体现,而议会又是民意代表并拥有至高地位,在理解和表达法律意旨上“责无旁贷”。这样不但可以维持“主权在民”政治理念,也能杜绝司法机关“干涉”立法的可能,从而保持三权分立的政治构架。从这一角度看,“权威性”往往被理解为议会模式最显著的优点〔9〕。但是从议会模式运行的历史过程看,其缺陷是显而易见的。

首先,议会模式认为立法机关最有权威,为顺利进行立法必须经常解释宪法,因而具有知宪和护宪能力。这一理论并不稳妥。根据历史经验,制宪是一个国家极其重大的事件,其往往是动员全民族文化智慧和法律思想资源进行的。而宪法制定以后的立法机关不但在组织上不同于最初的制宪主体,其立法活动本身也多局限于具体领域并受制于单一价值取向(如纯为反恐怖而立法),再加上受“院外活动”的影响,立法机关违宪的情形在事实上总是不可避免的。此时若仍由立法机关享有宪法解释权和监督权,在理论上无法自圆其说。其次,议会模式认为,在所有部门里,以“民主选举”和“多数决定”为特征的议会最能“体现民意”,因此也只有议会才能拥有宪法监督权。这同样难以自圆其说。事实上现代社会除了立法机关外,很多国家的行政首脑和司法机关也是选举产生,也是“民意代表”。将立法机关意志等同于民意并非完全符合事实。退一步说,即便议会较之其他机关更能代表民意,将立法权和宪法监督权合二为一仍然是不足取的。因为这样无疑是确立了议会“永远正确”的地位,这与议会应代表民意的真实初衷往往背道而驰。究其根源,主要是因为当代各

〔8〕 [法]路易·法沃勒:“欧洲的违宪审查”,载[美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利》,郑戈、赵晓力、强世功译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第36页。

〔9〕 李忠:《宪法监督论》,社会科学文献出版社1999年版,第32页。

国议会运作的环境是相当复杂的。社会分化和政党制度的存在,使掌握议会选举和表决的往往不是普通民众,而是利益集团或政党。按照卢梭的话,“人民自以为是自由的,(但)他们是大错特错了。他们只有在选举期间才是自由的。议员一旦选出的话,他们就是奴隶,就等于零了”。^[10]卢梭的话虽不免偏执,却道出一个真理:议会只不过是介于民众和宪法之间的一个“间接装置”,议员一经选出便有自身独立的行事原则和利益倾向,因此议会意志未必总是等同于真实民意。而当议会为某一强势集团或政党长期控制时,议会意志就容易嬗变为议会专制或“多数暴政”。这在美国历史上国会通过的限制非白人权利的法令中,以及德国纳粹控制议会推行独裁的事实中,已经得到了最好验证。再次,虽然议会模式源出人民主权原则,但人民主权只是一个抽象理念,其必须落实于具体的制度设计才有意义。权力的分立与制衡便是最主要的制度形式。三权分立的真正价值在于有效的动态平衡,而将立法权和宪法监督权合二为一,除了会进一步加剧立法重于司法和行政这一权力格局外,还会在制度本身造成逻辑矛盾:既然议会即是权威的,那么权威机关的立法又怎能出错?议会立法程序复杂严格,一项法案往往是经过提议、审查、讨论、表决并以多数原则通过的,因此对于引起宪法争议的法律,议会立场往往都是明确而坚定的,即法律的合宪性不容置疑。在此情况下,这种不愿自我否定的监督模式究竟会有多大的实质有效性,议会能否克服这种制度性的心理制约,值得怀疑。最后,随着社会经济日益复杂,方方面面都需要法律干预,议会的立法任务也显得空前繁重。议会本已负重不堪,并已把部分立法权委托给政府行使,在这种情况下再指望其在“日理万机”之余审查法律的合宪性,显然不切实际。

正是因为以上缺陷,古老的议会模式在经历辉煌后,正逐渐失去它的影响力。继德意两国战后抛弃议会模式后,先前奉行人民主权原则的前苏联和东欧诸国,也很早就开始了改革,前苏联1988年设立的宪法监督委员会就是代表。苏东巨变之后,俄罗斯与东欧诸国更是彻底放弃了议会模式而代之以宪法法院模式。这样除了英国等少数国家外,欧洲各主

[10] [法]让·雅克·卢梭:《社会契约论》,红旗出版社1997年版,第169页。

要国家都已采用宪法法院模式,加上采该模式的韩国、泰国和南非等国,再加上美国、加拿大、澳大利亚、印度、日本、巴西及北欧诸国等采用美式司法审查模式的国家,通过司法途径监督宪法的国家总数已经超过了一百个。这一点显示了在世界主要国家范围内,已经形成了宪法监督司法化的历史潮流。甚至在一贯崇尚“议会至上”的英国,人们对议会模式的信心也受到冲击。在欧洲一体化和国际人权运动的背景下,历来排斥法院对议会立法进行审查的英国也在 20 世纪末开始接受司法化的宪法监督模式,尤其是当英国发现自身还要受制于国际人权法院时,要求改变议会模式而代之以司法审查模式的呼吁就更为强烈了。^{〔11〕}

宪法监督的司法化表现为两个层面:一是宪法监督主体的法院化;二是宪法监督方式的诉讼程序化。法院成为宪法监督主体以 1803 年美国确立违宪审查制度为第一阶段的标志,这一制度的推广主要在英美法系和日本等国家。宪法法院的出现是宪法监督主体法院化在第二阶段的标志。不管是美日的普通法院模式,还是德意等国的宪法法院模式,其对法律令的审查一般都是在司法程序轨道中进行的。美日等国的宪法监督附随于具体案件中,其程序也是普通案件审理程序。设宪法法院的国家则专门对宪法诉讼作了规定,如德国、韩国等。从多数国家看,宪法法院兼容了议会模式事前抽象审查方式和普通法院模式附随性审查方式的优势,其既可应申请在法律生效前审查其合宪性,也可以受理普通公众的宪法控诉。合宪性审查尤其是对于宪法诉讼的审查,仍是在“控诉者——法院”的基本构架以及“诉求——审查——裁决”的基本程序范畴内展开的,其制度机制仍是判断和裁决,而非制定抽象规范或执行强制性权力。因此“司宪权”实质上仍是司法权,只不过是传统司法权在宪政民主和人权运动冲击下的发展与升华;宪法法院仍然是司法机关,只不过是仅有的以宪法为准据法的司法机关。宪法法院和普通司法机关的区别主要在于技术上的便利性考虑,即通过组织和人员的特定化使宪法监督在智力资源依赖上和效益负担问题上,不至于因与普通法院共处同一直接系统而

〔11〕 参见前引〔美〕路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利》,第 20 页。

发生冲突。

应该说,在当代宪法监督司法化潮流中,宪法法院模式正在发出最强音。这是因为宪法监督极其重大严肃,非一般人所能胜任,宪法监督者的构成及组织形态必须精心设计。美国最高法院的成功得益于殖民地的司法审查传统和从优秀律师中选法官的纵向职业形成制度。许多大陆国家既没有移民社会传统,也没有从律师中选法官的职业制度,再加上禁止法官造法的演绎性思维习惯,使得其法官只是纯粹执行法律的“专业性事务官”^{〔12〕},在学识、经验及视野方面不能与普通法系律师出身的法官相提并论。而宪法审查不同于一般案件之处就在于其往往涉及重大价值问题,裁判者不但要拥有法律素养,也要具备充分经验、开阔视野及价值判断和政策分析能力。但纯为执行法律而设的职业法官显然不具备这样的能力。因而专设宪法法院并择取少数广获认可的高度精英式的人物充任法官,专司宪法审判职能,便成为一种必然选择。美国最高法院原本是最高上诉法院,但是由于实行许可上诉制度和强化了违宪审查职能,其实际上已变成一个纯粹审理宪法案件的最高法院,普通上诉审职能反而大大弱化,以至于有人主张要在美国另设最高上诉法院,而把目前的最高法院变成纯粹的宪法法院。^{〔13〕}这样一来,美国的最高法院在受理宪法诉讼这一点上,就与欧洲各国宪法法院如出一辙了。在宪法监督司法化这一领域,两大法系正日益接近,耐人寻味。

通过以上分析我们不难看出,由美国初创且由欧洲各国等发展了的宪法监督司法化模式,在世界范围内产生了巨大影响。虽然奉行宪法法院制度的各国在具体设计该制度时无不加入了本国的思考,但其精神实质却没有根本改变。不论美国、日本等国家的普通法院还是欧洲各国的宪法法院,其违宪审查权的行使如在程序设计、实施方式与审查效果等方面,无不透视出司法权的影子,折射出法院在塑造社会和实现法治中的作用,体现着社会对宪政民主体制下司法权角色的尊重。当然,宪法监督模

〔12〕 [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第318页。

〔13〕 参见前引〔美〕路易斯·亨金、阿尔伯特·J.罗森塔尔编:《宪政与权利》,第20页。