违宪判决的形态

翟国强*

内容提要： 宪法审查的一个重要功能就在于保障宪法价值在法律体系中得以贯彻，然而仅仅将法律法规认定为违宪并不足以有效实现对法律体系的合宪性控制。灵活运用违宪判决的形态可以促使合宪状态的进一步达成，同时避免对政治和法律秩序造成过度的冲击。违宪判决的形态大致包括违宪无效判决、单纯违宪判决和警告性判决。违宪判决形态的选择方法和原理是政治智慧和法律技巧相结合的产物，对这些不同模式下的判决形态选择方法加以梳理、比较，并分析其背后的制度因素，可为激活我国的宪法审查制度提供一种可能的推进策略。

关键词： 违宪判决　违宪无效　单纯违宪　警告性判决

建立宪法审查制度一直是我国学界所关注的热点。如果从保障宪法全面实施的角度看，宪法审查机关的功能定位应当是一种超越传统国家权力类型（立法、司法、行政）之外的保障宪法全面实施的独立机构。[1] 设计这样一个独立的机构自然可以根据案件不同自由而超脱地选择不同的判决形态实现合宪性控制的功能，然而，考虑到当下中国的主流意识形态以及现有的价值权威分配格局，在人民代表大会之外设立独立超脱的宪法审查机构的设想是不切合实际的。从宪法本身的规定来看，全国人民代表大会以及其常务委员会并不是一个纯粹立法机关，宪法规定了全国人民代表大会有“监督宪法的实施”的职权，全国人大常委会有“解释宪法，监督宪法的实施”的职权。其权限范围远远超出一般的立法权限范围，从现行宪法中推导出人大常委会具有独立于立法权之外的宪法审查的职权和功能，在制度上并不会遭遇太大的困难和阻力。正因如此，主张我国宪法中已经蕴含了由人大进行宪法审查的观点是学界的一种有力学说。[2]

针对现实中具有违宪嫌疑的法律法规以及据此形成的制度，许多法律人直接上书全国人大常委会请求合宪性审查，而学界也大多主张通过宪法审查对其做出违宪判断。其实，简单地对法律法规做出抽象的违宪或是合宪的判断并不能使违宪的法律直接变为合宪的法律，从而无法实现宪

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

〔1〕 Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajo & Susanne Baer, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, West Group, 2003, p. 120.

〔2〕 程湘清：《关于宪法监督的几个有争议的问题》，《法学研究》1992 年第 4 期；王叔文：《论宪法实施的监督》，《中国法学》1992 年第 6 期。

法审查制度保障合宪法律秩序的功能。因此，审查机关必须对合宪或违宪可能导致的结果进行预测，并对如何消除违宪状态做进一步指示，才能有效实现对法律体系的合宪性控制功能。换言之，宪法审查机关不仅仅要将法律规范判断为合宪或者违宪，在做出这种实体性判断之后，仍然需要考虑如何消除或改变违宪状态的措施，促使合宪状态的实现。这就需要审查机关在做出具体判决时，采取不同的方法和策略来消除法律法规的违宪状态，而作出违宪判决也需根据不同案件选择不同的方法和形态。〔3〕具体而言包括违宪无效判决、单纯违宪判决和警告性判决三大类型。

灵活采取上述不同类型的判决形态可使审查机关在面对高度复杂的宪法问题时，游刃有余于宪法的理想和现实之间，为违宪判断对法律秩序造成的冲击留出一定回旋和迂回的空间，从而避免违宪判断所导致的诸多负面效应。特别是，任何宪法审查机关面对敏感政治问题时，必须谨小慎微，甚至需要一定的“和稀泥”式的技术，而在各国宪法审查程序中广为采纳不同类型的违宪判决可谓一种政治智慧与法律技术结合的产物。无论中国宪法审查制度的模式定位究竟是集中式审查还是附随式审查，只要做出宪法性的判断或决定，宪法审查也必然面临着和其他国家机关对立的局面。因此，这种选择不同违宪判决形态的法律技术同样也可为中国的宪法审查机关提供借鉴，从而为激活现有的宪法审查机制寻找突破口。

一、违宪无效判决

根据法律的效力位阶理论，下位规范的效力源于上位规范，各国宪法也已经普遍确认了此项原理。违宪的法规范不具有宪法上的正当性而不应当具有法效力，为此，宣告法律法规违宪并无效的判决是宪法审查机关做出违宪判断后所普遍采取的一种方法和判决形态。然而，直接宣告法规范自始至终无效，有时影响层面很广，不仅触及特定法规范的既存状态和据此做出的法律判决的正当性，甚而可能牵动整个法律体系之结构及稳定，故各国宪法审查机关在实务上发展出了“轻重缓急”的不同判决形态，宣告法律法规的无效并不一定自始无效，甚至可以是经过一定期间后丧失法效力。具体而言，违宪无效的判决可以分为违宪且自始无效、〔4〕违宪向后失效。我国宪法第67条和立法法第88条规定的“撤销”方式大致可以对应这种违宪无效的判决形态。问题是，这种撤销究竟是从制定时刻起的撤销，还是向后的撤销？如何针对不同的规范性文件作出“撤销”决定？上述各种不同的违宪无效判决形态恰好可以提供一种方法上的借鉴。

（一）违宪自始无效

法律规范体系是一个金字塔式的阶层构造，宪法处于这个规范体系的顶端，其他下位规范依次呈阶梯状分布，比如我国法律体系中的法律位阶为：宪法、法律、行政法规、规章等。如果根据纯粹的规范逻辑，下位规范的效力源于上位规范，一旦下位规范和上位规范抵触，则自然失去法效力。违宪的法规范自然应当无效，且应当自违宪的那一刻起就没有宪法上的依据而无效。据此，对违宪的法律自然应当判决其自始无效。这种直接将法律规范判决为自始无效的判决在德国、意大利等国家被广为采纳。这些国家的宪法审查机关具有强势地位，可以直接将抽象的法律规范判决违宪。而在普通法院职司宪法审查的模式下，却少有直接对法律本身做出违宪自始无效的判决。

〔3〕 对于这种形态的选择，宪法学上称之为“违宪判决的方法”。虽然名为“方法”，但从其具体内容看，也可以说是一种违宪判决的形态。参见［日］中谷实等：《宪法诉讼的基本问题：基础用语解说》，法曹同人1991年版，“宪法判决的方法”词条；胡锦光主编：《违宪审查比较研究》，中国人民大学出版社2006年版，第98页以下。

〔4〕 所谓自始无效，是自构成违宪之日起无效，而非自其产生之日起无效。

上述违宪自始无效的判决形态背后包含的原理主要有以下几点。第一，违宪法律自始无效是一种欠缺上位法依据的无效，自产生之日起就不具规范上的正当性。即使宪法审查机关不做出确认，该法律规范也不具有法律效力。第二，违宪自始无效，即法律规范并非是宪法审查机关可以“撤销”的，而仅仅是“确认”其为违宪无效的法律。[5] 如果法规范是可被宪法审查机关撤销的，则这种废止立法的权限和立法机关废止立法的权力相重叠，有僭越立法权之嫌疑。第三，作为下位规范的法律规范符合宪法是一项法规范生效的必要条件。如果法规范和宪法冲突，则自其产生之日起即无法律效力。

（二）违宪向后失效判决

违宪且自始无效的判决是一种对违宪法律最为严厉的手段，也因其容易导致法律真空状态而倍受争议，且宣告无效对依据该法形成的法律关系会造成一定程度的冲击。[6] 详言之，自始无效使得依据法律调整形成的法律关系丧失正当性，原来依据该法律形成的法律关系以及经其调整后的法律秩序必须加以改变，这种反复无常的改变可能会极大地破坏法秩序的稳定而有悖于法安定性原则。除了客观上破坏法的安定性以外，主观上也将会损害民众因为该违宪法律所产生的合理信赖利益。如果采纳违宪自始无效判决将法律效力认定为自始无效，则一般民众依据该法所产生的合法既得利益即将丧失，如此可能导致依据法律形成的社会秩序频繁地发生变动。然而，基于维护法律体系的统一和保障基本权利的目的，宪法审查机关又不得不对法律法规的合宪性做出认定，考虑到法秩序的稳定，尽量选择能够对既定法律秩序冲击最小的方法就是宪法审查中所必须考虑的因素。

如果从规范体系发展变动的角度看，单纯采取违宪自始无效的判断方法，则法律规范体系通过宪法审查进行自我反思的机制，仅仅是一种简单的非此即彼的刚性机制。如果采用违宪但并非自始无效的判决则可使得这种反思机制成为一种柔性的机制，从而将这种变动对法律规范体系的冲击最小化。为此，单一适用违宪自始无效的判决可能不利于保护一般民众，考虑到信赖法律符合宪法而依据该法所取得的信赖利益，必须在此之外另外寻求其他适宜的判决形态。

1. 违宪向后失效判决的原理：“违宪”和“无效”的分离

依据宪法规范对下位规范进行审查的重要依据是以凯尔森为代表的规范位阶理论，即法律体系本身必须是统一且无矛盾的，下位法的效力直接源于上位规范，如果失去了上位规范（即宪法）的支撑，自然失去其效力。然而，如果坚持上述理论，可得出违宪法律应当自始无效的结论，判决违宪的同时应当确定其自始无效。一旦判断违宪，则依据该法形成的法律关系立即受到质疑和挑战，法秩序的安定性也就荡然无存。对此悖论，凯尔森在其后来的规范理论中进行了补救，认为违宪法律的效力是宪法本身设定的。详言之，宪法规定的宪法审查制度意味着违宪法律本身得以存在是宪法上允许的，也说明违宪法律的效力为宪法本身所认可。合宪法律的效力源于宪法，而违宪法律的效力源于宪法的宪法审查制度，在宪法审查机关废止其效力之前依然有效。[7]

凯尔森将规范的效力无一例外地追溯至宪法规范，是坚持法律的效力必然源于宪法的前设，

---

〔5〕 Hans G. Rupp, *Judicial Review in the Federal Republic of Germany*, 9 Am. J. Comp. L. 29－47 (1960).

〔6〕 然而这样的论断是基于一种普遍的效力，而非个案效力。如果法律自始无效仅仅针对当下案件，那么法律自始无效或立即失效的方法对于法律体系的冲击力大致相当。比如，即使采取违宪自始无效的判决，由于仅仅在个案之中产生效力，对于现有法律体系的冲击并不如德国那般深远。Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, The Bobbs－Merrill Company, Inc., 1971, pp. 85－88.

〔7〕 Hans Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4 J. Pol. 183, 185－186 (1942).

进一步而言，是坚持其一贯主张的价值与事实截然二分的方法二元论。然而，恰恰是这种截然二分的方法论，使得其效力理论无法解决违宪法规范继续有效和规范效力必须源于上位规范之间的悖论。凯尔森不愿意放弃规范效力位阶理论，坚持认为违宪法律规范有效也是宪法所确定的。上述解释虽然巧妙，但是却不免和其所倡导的纯粹规范逻辑相悖。而且，如果特定国家的宪法规范中没有宪法审查的规定，是否意味着违宪法律规范必然自始无效呢？

立法机关制定法律应当符合宪法，违宪法律自始不应当有效，这样的命题是纯粹规范逻辑上的当为，现实中却总会有违宪的“事实”。这种规范和事实之间的矛盾，在此体现为上位规范和下位规范的矛盾。从宪法规范和社会现实之间的关系看，违宪和效力的暂时分离，可谓一种“事实的规范力”或“规范对事实的妥协”，〔8〕即宪法规范对违宪事实的暂时让步。这种妥协在纯粹静态的规范逻辑上自然无法获得其正当性，然而，如果将这种妥协放入动态的规范变动过程中，也可以说是上位规范和下位规范的一种内在互动中的发展。宪法规范的变动恰恰是在对法律规范做出违宪和合宪、有效和无效的判断之中完成的，而整个法律体系也为此获得来自其自身的推动力。〔9〕

2. 违宪向后失效判决的类型

如果将违宪无效判决的类型继续细化，则违宪向后失效的判决可再分为“立即向后失效”和“将来失效”（参见图1）。立即向后失效的判决形态在意大利宪法法院判决中较为常见。意大利宪法第136条第1款直接规定：“宪法法院宣告法律或其他具有法律效力的规范违宪时，该法律或命令自判决公布之日起失效。”不过刑事法律则属例外，如果据以判决被告有罪的法律违宪，则需做出违宪且自始无效的判决，之前据此做出的所有刑罚全部废止，除此之外的其他法律则仅仅是向后的立即失效。〔10〕这种判决形态甚至在奥地利宪法中也有明确规定，奥地利宪法第139条第5项和140条第5项规定：“宪法法院认为法律违宪，原则上自公布之日起该法律无效。但宪法法院可以另行判决法律经过某一特定期限后失效。”

“将来失效”的判决又可分为如下类型：（1）违宪定期失效判决。宪法审查机关对继续适用的期限做出判决，在此期间内如果立法者未做出改正，则自动失去效力。〔11〕比如德国宪法法院的“再社会化命令与刑罚执行中的工作报酬”案件判决：“该法200条第1款违宪，但暂不失效。立法者需要制定新的法律。刑罚执行法第200条第1款最晚可以适用到2000年12月30日止。”〔12〕再如，美国佛罗里达州法院也在宣告堕胎法因欠缺明确性而违宪的同时，判决该违宪法律于60日失效，从而使得州议会有充足的时间来修改立法。〔13〕（2）违宪经合理期间后失效判决。法律违宪但仍然可继续有效，经过一段合理期间后失效。比如，在1990年的“出版品审查委员会组织”案件中，〔14〕德国宪法法院认为危害少年书籍散布防治法第9条第2项关于联邦出版品审查委员会组成成员的规定构成过度广泛，违反法明确性原则，构成对宪法第5条第3项（艺术自由）和法治国原则的抵触。如果判决违宪无效，则将使联邦出版品审查部门完全无法从

〔8〕“事实的规范力”理论是由耶里内克在解释宪法变迁时所提出的理论，认为在宪法上反复出现的特定的事实状态（如宪法惯例）可以具有一定的规范效力，参见李龙主编：《西方宪法思想史》，高等教育出版社2004年版，第250页以下。

〔9〕 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2004, pp. 406－407.

〔10〕 Daniel S. Dengler, *The Italian Constitutional Court: Safeguard of the Constitution*, 19 Dick. J. Int'l L. 363－385 (2001).

〔11〕 实际上，法律定期失效的时点可以因为立法者的修改而提前到达，在此期间内立法者如果修改则违宪法律自然失去效力，而如果在此期间内未作修改则期限到达后即失效。

〔12〕 BverfGE 98, 169－218, 1998年7月1日第二庭判决。

〔13〕 States v. Barquet, Fla. So. 2d, 40 Lw. 2586 (1972).

〔14〕 BverfGE 83, 130ff.

事保护青少年的工作，为此宪法法院并未判决该法无效，而是设定了最长为四年的“过渡期间”，即该规范虽然不合宪，然而为实现宪法保护青少年的立法委托，该规定需要在合理期间内继续适用。

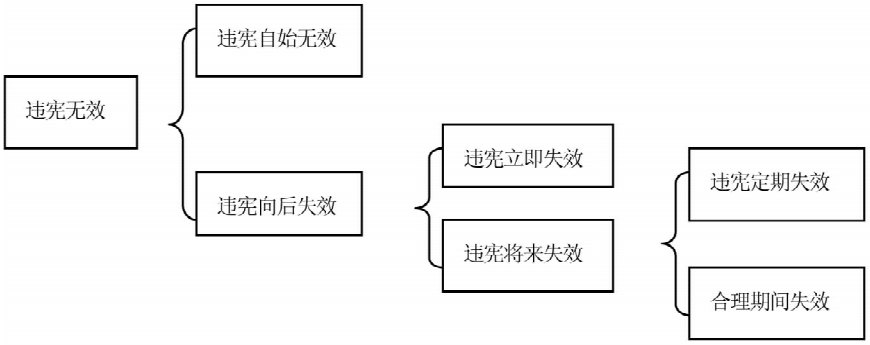

图 1　违宪无效判决的类型

（三）违宪无效判决类型的选择方法

一般而言，法律法规的效力最终源于宪法，违宪的法律应当无效。有些国家宪法中（比如奥地利宪法）直接规定：“法律与宪法抵触者无效。”德国联邦宪法法院法第 78 条第 1 款规定：“联邦宪法法院确信联邦法律或邦法律与宪法抵触时，应当判决确认其无效。”我国规范性文件备案审查的立法也采纳了此项原理：“一切违宪的法律文件，都是无效的。”〔15〕根据我国宪法第 67 条，对待违宪法律可以采取“撤销”的处理方式。如果全国人大常委会要对违宪的规范性文件作出撤销的决定，那么这种“撤销”究竟是向前追溯的撤销还是仅仅向后的撤销？这也是各国宪法审查机关所普遍面临的问题，即宪法判决形态的选择方法。

如前所述，违宪无效判决具体又可以分为若干不同类型，每一种判决都有不同的功能，从而避免了宪法审查制度的规范控制过于僵化。如果做出暂时有效将来无效判决，可能无法为宪法权利提供及时有效的救济，而如果直接判决为无效，则又容易造成法律空缺、无法可依状态。因此，违宪自始无效还是违宪立即失效之间的权衡，主要是具体的宪法权利和法安定性之间的比较和取舍。这也可以说明为何针对刑罚作出的违宪无效决定是违宪自始无效。刑事处罚一般被认为是较为严厉的处罚，其对基本权利的限制强度较大，而行政处罚对行政相对人造成的侵害较之于刑罚属于相对轻微的侵害。因此，依据违宪法律做出的刑事处罚应当被认为自始欠缺正当性，需通过再审予以纠正，此时保障基本权利的价值高于法的安定性价值。而如果是行政处罚所依据的法律违宪，是否判决所依据的法律法规自始无效，则需衡量法律安定性原则（如信赖保护原则）和具体案件之中保护基本权利不受侵害的法益（个案正义）之间以及违宪法律所保护的法益和违宪法律所侵害的法益之间的重要性。如果基本权利受到严重侵害则做出违宪自始无效的判决，牺牲法安定性原则来保障基本权利；如果基本权利所受侵害小于违宪自始无效判决造成的无法可依的损害则判决违宪向后立即失效。

综合上述原理，可初步得出判决违宪自始无效到定期失效的判断方法（图 2）。图解如下：a、b 分别为数轴上表示重要性程度的两点，o 为原点。向左代表案件实质妥当性，即违宪法律所侵害的法益的重要性，向右代表法安定性原则所保护法益。如果 a＞b，即具体案件实质妥当性重于

〔15〕 张春生：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社 2000 年版，第 78 条释义。

法安定性原则和违宪法律所保护的法益，适用违宪自始无效判决，且a、b之差（a－b）越大，则溯及力越强。反之，如果a＜b，即法安定性和违宪法律所保护的法益重于实质妥当性，则判决向后失效判决，且a、b之差（b－a）越大，则向后期限可越长（判决定期失效的期间可以随之而更长）。

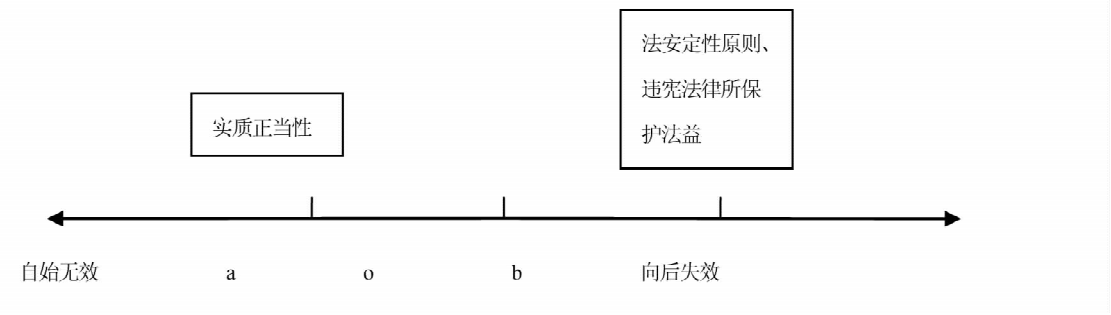

图2 违宪无效判决的选择方法

这种方法是一种典型的利益衡量。如何保障这种利益衡量结果的可被接受性即利益衡量的正当化，是判决形态选择的关键问题。对此，德国法学方法论已经发展出了较为成熟的理论可供参照，比如，这种衡量也可运用法律原则的碰撞规则进行判断，如法安定性原则和作为原则的宪法权利。[16] 然而，这种一般法学方法上的利益衡量运用到宪法判断时需注意宪法问题本身的特殊性，与一般衡量比较而言，宪法上的衡量更需谨慎，即一方面需要谨守宪法审查机关的权限范围，另一方面需根据不同制度下宪法审查机关的知识装备以及预测能力做出判断。

二、单纯违宪判决

如果谨守规范位阶理论，则违宪自然需同时无效。但是法律法规一旦经过有权机关颁布，人民即对此产生合理信赖，国家机关即可据以做出各种行为，进而形成特定的法律状态。一旦该规范被判决违宪无效，则已然形成的法律秩序将遭受破坏，法秩序将处在无序和不安定状态之中。违宪无效的判决虽然严格遵守规范体系的逻辑完整性，却无法解决实际中由于无效判决所产生的诸种问题。违宪但将来失效的判决即是解决这种悖论的一种有效手段。除此之外，回避对法律法规的效力做出判断的单纯违宪判决（Mere Declaration of Unconstitutionality）可谓一种功能类似的方法和策略。根据我国宪法以及立法法、监督法的有关规定，“改变”或“撤销”是针对违宪法律法规采取的主要手段。如果对于违宪的法律法规不是改变就是撤销，必然会导致审查机关和被审查机关之间剑拔弩张，造成国家机关之间的相互对抗抵制。因此，除改变和撤销之外，还可以在协商程序中采取“提出书面意见”的灵活形式，这种形式就可以借鉴单纯违宪判决的形态来缓和直接改变或撤销违宪法律法规造成的紧张局面。

综观世界各国宪法审查机关所采纳的判决类型，德国宪法判决较早采用了这种形态，此后被其他国家宪法审查机关所效仿。其实德国联邦宪法法院法并未明文规定所谓单纯违宪的判决，该方法是宪法法院在宪法审查实践之中所发展出来的。1958年的“父母提供子女色情书刊”案件中宪法法院采纳此种判决。该案宪法诉愿人认为，《危害青少年书籍散布防治法》第6条“父母、

〔16〕 所谓原则之间的碰撞规则是阿列克西关于利益衡量的一种学说，主张通过个案衡量来确定相互竞争的法律原则之间的优先性。See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, 2002, pp. 48－56.

法定代理人或有扶养权的其他人提供包含裸体图片的书刊给青少年的，可免除刑事处罚”的规定，侵犯了宪法所确定的诉愿人的父母亲权。联邦宪法法院认为该规定所规定的免除刑罚尚不足保护父母亲权，父母提供子女色情书刊的行为不仅仅应当免除刑罚，还应当免除其他处罚。故此，判决认定该条款违宪，而对于其是否无效则未做决定。如此判决显然是考虑到如果使这一免除刑罚的例外规定失去效力，则更加不利于宪法诉愿人的父母亲权的保护，而同时宪法法院又无法代替立法者做出修改法律减轻诉愿人负担。1969 年后此类判决日益增加，至 1970 年第四次修改联邦宪法法院法时，此判决被明确规定于宪法法院法第 31 条和第 79 条中。[17]

与抽象审查模式下的德国类似，在具体审查模式的日本亦有该类型的判决实践，这种判决被称为“情况判决”。[18] 典型案例是 1976 年 4 月 14 日众议院议员定数不均衡判决。[19] 该案中，千叶县第一选区的选民以 1972 年举行的众议院选举票额的差距高到 4.99 比 1 违反选举平等原则，主张选举违宪无效的诉求。最高法院虽然认为人口数额与议员名额比率已违反宪法上选举平等的要求，并表示该名额分配规定在整体上带有违宪的瑕疵，然而在选举的效力问题上，为了避免使整个选举归于无效而产生不当后果，法院借鉴了行政诉讼法第 31 条所规定的情事判决的法理，做出仅确认议员名额分配不均衡违宪而不认定选举无效的判决。该判决同时指出：“违宪的法律，原则上自始无效，当然依据该法律做出的行为也无效。但是有些场合这种无效并不利于对违宪结果的防止或更正，且可能有损于宪法上的其他法律关系，反而会与宪法的期待相违背。”

（一）单纯违宪判决适用原理

单纯违宪判决做出后该法律规范在特定条件下仍然存在，一方面可在违宪判断和法律无效的结果之间添加一个缓冲地带，同时也可充分尊重立法者的权限，为此被各国宪法审查机关所广为采纳。依据案件类型的不同，该判决的原理大致可以归结为如下几个方面。

1. 防止法律真空的考虑

法律真空的出现将极大冲击法律秩序的安定性，造成无法可依的局面，和法治基本精神相悖。如果无效判决所造成的法律漏洞较之于违宪法律本身更加不符合权利的保障，则可以做出单纯违宪判决。但前提是，违宪法律所规范的领域不允许法律空缺，而做出违宪无效判断后又没有其他可以替代适用的法律，为了防止法律关系陷入无法可依状态，宪法审查机关暂时不做无效判决，如德国“公务员津贴”案件。[20] 该案涉及联邦法律的规定：在职公务员可以领取一定的物价上涨津贴，而 1945 年 5 月已退休的公务员不在此列。宪法法院认为该法规违反宪法第 33 条第 5 款所规定的职业公务员制度原则，然而如果判决该法无效则相关领域就会产生无法可依状态，与宪法确认的职业公务员制度相悖，为此仅仅将其判决违宪。再如“子女取得国籍”案件中，[21] 宪法法院在单纯违宪判决中指出：“由于国籍对于子女的法律地位相当重要，所以无法容忍有任何的法律空缺状态存在。为此违宪法律需要继续有效存在。”

有些案件中，当事人本来还可依照该法律法规主张一定的利益，如果将该法律法规直接判断

〔17〕 前引〔5〕，Hans G. Rupp 文，第 29 页以下；Wolfgang Zeidler，*The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany*：*Decisions on the Constitutionality of Legal Norms*，62 Notre Dame L. Rev. 504 (1987).

〔18〕 所谓“情况判决”是日本行政诉讼法所确认的一种判决，情况判决原为日本行政诉讼所广为采纳，后被宪法诉讼所借鉴。情况判决顾名思义需要考虑各种具体情况包括：个人权利的有效救济、公共利益的保护、法安定性的维护等。不仅仅需要考虑当前情况，还应当预见将来可能的“情况”。随着时间推移，公共利益和个人利益会产生变化，比如随着各种车辆的增加，交通安全方面的公共利益可能更加重要。参见杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社 1998 年版，第 754 页。

〔19〕 日本最高法院大法庭判决，民集 30 卷 3 号，第 223 页。

〔20〕 BverfGE 8，1 ff.

〔21〕 BverfGE 37，217ff.

无效则造成无法可依，使得原来所享有的利益丧失法律依据，也不符合提起宪法审查程序的初衷，即所造成的法律空缺将更加不符合提起宪法审查的目的。当然，如果将法律法规判决为无效后，仍有其他法规范可据以适用，则违宪无效判决并不会导致无法可依的无序状态。如，判决某些仅仅适用于特殊领域的“特别法”无效，则具普遍性的“一般法”规范可作为依据，这类情形仍可适用违宪无效判决。

2. 对立法不作为的违宪确认

一般而言，宪法中的许多概括条款（比如我国宪法第8条、第9条、第13条、第19－26条所规定的“国家保护……”，“国家实行……制度”）需要立法者加以具体化，即所谓宪法委托。此类宪法规范需要立法者积极履行职权、制定法律实现国家的保护义务。宪法一旦对立法者有一定的宪法委托，其便有实现这一委托的义务，如果立法者在该领域消极不作为进而造成基本权利的保护不足，即构成违宪。然而对于这种不作为，宪法审查机关并不存在判决无效的对象，故此只能做出违宪，而无法判决其无效。而且，立法者虽然需要实现宪法委托，然而究竟以何种方式实现这一委托则并非宪法审查机关所能代替做出决定，为此立法不作为的判断仅仅适用单纯违宪判决。[22] 比如，1979年发生在德国的“酒类产地登记”案件，[23] 联邦酒类管理法第10条第1项规定酒类产地的面积如果小于5公顷，则不得载入酒类产地名单。德国联邦宪法法院认为该规定不符合宪法对财产权的保障，同时认定：“该规定在规范上的漏洞，无法导致其无效的结果，宪法法院只能确认其违宪。而至于如何填补这一立法漏洞才符合宪法保障基本权利的要求则是属于立法者的立法权限。”

3. 尊重立法裁量

这种情形主要包括违反平等权和宪法目的条款的情形。如果判决该法律无效则会限缩在此基础上进一步采取法律手段保护基本权利的立法者的立法空间。为尊重立法者重新制定新法律的权限，仅仅将法律单纯判决违宪而不判决无效使得立法者可以在该法律基础上进一步完善立法。如果将特定规范内容判断无效，则立法者不得在修改立法时再次将该规范内容合法化，然而这样的规范可能是制定符合宪法规范的基础规范。典型的是平等原则的实现方式可有多种途径，究竟采取何种手段乃属立法者的裁量范围之内。一般而言，所谓的某种“分类”（classification）违反宪法上平等原则，其实同时涉及两种构成要件之间的关系，即将同具有某种特征的“事件群”分为a、b两种类型而后给予差别对待。为此依据宪法平等原则的审查涉及两个规范构成要件之间的关系，消除违宪状态手段可有三种：[24]（1）将受到不利对待的属于b构成要件的对象纳入a组中，分享a构成要件的法律效果；（2）删除a构成要件下的法律效果，使得a、b一样不享有权利或义务；（3）采纳其他分类方法。[25]

在分类违反平等权的案件中，这种区别对待可能会产生两个法规范：（1）a构成要件导致法效果A（a→A）；（2）b构成要件导致法效果B（b→B）。宪法审查机关如果判决（a→A）规范无效，则立法机关不得再次制定含有该规范的法律纠正违宪状态，因此（1）途径被排除；而如果判决（b→B）规范违宪，则（2）途径被排除。如果立法机关有选择实现平等原则的上述三种途

〔22〕 在德国模式下，立法不作为可以做出审查对象，然而在另外一些国家的宪法审查制度下，立法不作为并不在宪法审查的范围之内，此时由于欠缺判断权限宪法审查机关就无法适用任何判决的余地。

〔23〕 BverfGE 51，193.

〔24〕 BverfGE 22，349ff.

〔25〕 与上述德国联邦宪法法院的判决类似，美国的Contrasting Orr v. Orr案件最高法院认为，在任何以平等保护为由主张法律违宪的案件中，州可能以下述两种方法来完成宪法要求：扩大受益对象至先前承担不利的一方，或者使双方都不获得利益。See Michael C. Dorf，*Facial Challenges to State and Federal Statutes*，46 Stan. L. Rev. 235 (1994).

径的权限，则无效判决将限缩立法机关的权限，为此单纯判决违宪可谓一种回避侵犯立法机关权限的方法。当然，如果消除违宪状态仅仅只有上述（1）、（2）、（3）之中的一种可能性，则宪法审查机关可以做出违宪无效的判决。

4. 欠缺无效判断的对象

单纯违宪判决自然适用那些欠缺判决无效对象的情形，比如德国的政党违宪判决以及其他具体行为的违宪判断。德国的“确认社会主义帝国党违宪”判决：[26] 该党组织偏离民主原则且表示出敌视民主的态度，违反基本法第 21 条第 2 款。据此判决社会主义帝国党违宪，并责令其解散。再如关于电视公司案的判决，[27] 联邦宪法法院判决该公司的成立和存在违反基本法第 5 条。在针对法律法规的违宪判决中，单纯违宪判决主要适用于那些本来就尚未生效或无效的法律法规。此类情形也是欠缺可做出无效判决的对象，在事前审查制度下的抽象审查中大多属于此类。

对没有生效的法律宣告违宪意义何在？这种判决无论对于基本权利救济，或是法律规范统合都没有实质意义。这也是事前审查制度遭到批判和质疑的主要原因。还有一种情形是，对于那些失效的法律，也无法做出违宪无效判决。比如，在宪法审查程序进行中立法机关修改法律，前法效力自然丧失，此时也可适用单纯违宪判决，对于已经失效的法律仍做出违宪判断。甚至立法者已经修改了法律，宪法审查机关对于修改之前的法律仍然做出违宪判断。在美国的 Massachusetts v. Okes 案中，对于“禁止给 18 岁以下的未成年人拍摄裸照或类似照片”的法律，州最高法院做出违宪判断后，立法者立即修改了该法，增加了“淫秽目的”的要求。然而当案件上诉至最高法院时，最高法院仍然做出了违宪的判决。其理由在于宪法对言论自由的保护不仅是事后的，也是事前的。如果过度限制自由的行为无需负任何责任的话，立法者很可能失去接受宪法约束的动力，而合法的言论就会受到威胁。[28] 立法者修改法律，使得原受审法律规范失去效力，此时如果继续判断违宪无效，则显然与过期的法律本身构成逻辑矛盾，为此宪法审查机关可以做出单纯违宪判决。

（二）单纯违宪判决的“不单纯”

仅仅判决违宪，而对违宪的法律法规如何适用和实施完全不加理会，可能不利于纠纷的彻底解决，而且，如果仅仅是单纯确认违宪，对于权利救济也可能于事无补，反而会导致更加混乱的状态。单纯违宪判决在不以案件性和争议性为前提的抽象审查程序中可以作为一种常见的判决，然而，仅仅将规范确认违宪而不对其事后如何适用做出认定的判决终究无法消除违宪问题。因此一般而言，所谓的单纯违宪判决并非单纯的“宣告违宪”了事，而是大多附带对立法机关赋予特定的改正义务。至于究竟如何做出指示则视宪法审查权限范围不同而不同，如在法国、德国的抽象审查程序中宪法审查机关所做出的责令改正义务可以比较具体，此时宪法审查机关其实是分担了一部分立法机关的权能，宪法审查机关角色甚至已经超越了凯尔森所谓的宪法审查机关作为“消极立法者”（Negative Legislator）的角色，而有积极立法（Positive Legislator）的功能。[29] 单纯做出违宪判决由于不以纠纷最终解决为目的，在美、日具体审查模式下比较少见，如美国一般禁止不以案件为导向的咨询意见，[30] 而抽象审查模式下由于宪法审查机关本身所分担的立法功能，使用该方法解决纠纷则可以有灵活运用的空间。

---

〔26〕 BverfGE 2，1，79.

〔27〕 BerfGE 12，205.

〔28〕 Massachusetts v. Oakes，491 U.S. 576 (1989).

〔29〕 前引〔7〕，Hans Kelsen 文，第 185 页以下。

〔30〕 Hans A. Linde，*Admonitory Functions of Constitutional Courts*，*the United States Experience*，20 Am. J. Comp. L 424 (1972).

1. 附带立法指示

为促成合宪状态的实现，德国联邦宪法法院通常所做出的单纯违宪判决，一般会附带判决立法者应当对此做出修改，科予其消除违宪状态的义务，即附带立法指示。这种立法指示具体而言可分为下属3类：

（1）仅仅判决立法者改正，消除违宪状态，至于具体如何修改以及是否有期限则不作判定。如在儿童津贴补助案件中德国宪法法院判决：[31]“矿工医疗法有关规定违反宪法上的平等原则以及社会国原则，然而立法者消除这一不平等状态可有多种途径，这种形成自由是立法者权限范围之内，为此必须予以尊重。但本案立法者应当迅速消除这样的不平等状态。”

（2）判决立法者在合理期间内消除违宪状态。比如，1949年德国宪法第6条第5款规定，立法应当为非婚生子女提供与婚生子女同等的发展机会和社会地位。但由于该条款并未规定明确的期限，由于社会上没有为非婚生子女利益进行游说的议员，直至1969年立法者也没有制定相关的法律。因此宪法法院在通过判决指出，宪法虽未规定期限，但这并不意味着任由立法者自己决定何时以及如何来实现宪法第6条第5款，更为重要的是这与人性尊严有关，因此立法者应当在合理期间内制定法律履行宪法义务。[32]

（3）明确改正法律法规的期限，判决“立法者至迟需在某年月日之前制定新法”。例如“行政诉讼卷宗资料阅览权”案件中，德国联邦宪法法院同样发出修改法律的指令：[33]“立法者负有义务制定符合基本法第19条第4款（诉讼救济权条款）的规则，且必须至迟于2001年12月31日前完成。”

我国宪法上宪法审查机关对违反上位法的规范性文件作出“改变”决定，即可借鉴这种附带立法指示的手法。考虑到审查机关直接将规范性文件的内容加以改变可能会侵犯法律法规制定机关的职权，影响宪法上国家权力的纵向分工，而且直接重新制定新的规范也可能超出审查机关的能力限度，比如全国人大常务委员会对于地方的情况也不如地方立法机关熟悉，因此，这种“改变”的决定可以采取立法指示的方式，即对原规范性文件作出违宪的同时，指示立法机关如何制定新的规范。

2. 附带适用指示

由于单纯违宪判决与无效判决不同，被宣告违宪的法律仍然具有效力，并未消除法律的违宪状态，因此宪法法院除了向立法者发出应当采纳哪些方案才能使法律与宪法一致的“立法指示”之外，同时也可对法律本身的进一步适用做出指示，即适用指示。指示适用机关（行政机关和司法机关）在适用该规范时候应当以合宪的方式适用或实施。也有在做出立法指示同时，进一步判决如果立法者不做改正，则各级法院在类似案件之中应当自行以合宪的方式做出。如雇佣合同中止期限案件，[34]联邦宪法法院判决民法第622条第2项关于劳工中止合同期限的规定违反宪法上的平等原则，且责令立法者在特定期间内做出改正，同时判决：“如果诉讼停止期限过长，则不符合宪法权利的有效保障原则。立法者如果在适当期间内并未做出改正消除违宪状态，则各级法院可以自行以合宪方式做出判决。”

当然，这种附带适用指示的做法一定程度上已经超出了对抽象的法律规范进行审查的功能定位，因此在各国宪法判决中并不多见。但在我国，这种做法并不缺乏制度依托，全国人民代表大会及其常委会不但有制定法律的职权，同时还有做出法律解释的权力。实践中，法律适用者时常

〔31〕 BverfGE 39，316，332f.

〔32〕 BVerfGE25，167，转引自前引〔17〕，Wolfgang Zeidler文，第504页。

〔33〕 1BvR 385，90，1999年10月27日第一庭。

〔34〕 BverfGE 82，126ff.

以请示的形式向全国人大常委会请求对法律的适用作出解释。比如，全国人大法工委对“《中华人民共和国海域使用管理法》第42条应如何适用”、“《中华人民共和国渔业法》第38条应如何适用”等问题的答复，可以佐证。

三、警告性判决

警告性判决（admonitory decisions），顾名思义，是宪法审查机关对立法者的一种警告，如果不积极改正则可能会导致违宪的结果。在德国此种判决又称为“违宪警告判决”，[35]即法律虽有违宪之嫌，但宪法法院仍然宣告“法律勉强合宪，为此尚可忍受”，同时要求立法者采取合理措施使法律达到完全合宪的法律状态。[36]在与德国模式类似的意大利，宪法法院以“警告”（sentenza di monito）的裁决形式，向立法机关就有关立法问题提出意见和建议以使之合宪。[37]在以个案为前提的具体审查模式下，宪法审查机关并没有德国抽象审查模式那般广泛的权限，为此采纳警告性判决的判例较为少见，然而也并非完全拒绝这种方式，在一些判决之中也可看到这种警告性判决的运用。一般而言，美国警告性判决并没有德国那样的“明目张胆”，而是在所谓的“咨询意见”[38]和法官的判决理由或补充意见中带有警告性内容。[39]日本宪法审查机关所采纳的情况判决的一部分也可归入这种警告性判决的范畴之内。[40]

（一）警告性判决特征

警告性判决又称违宪警告判决，却并未采用违宪的字面表述。那么这种形态究竟是合宪判决还是违宪判决？警告性判决是对于那些并未构成违宪的行为做出的一种特殊的“勉强”或“有瑕疵”的合宪判决，或者也可适用于那些情节轻微的违宪或不明显的违宪行为，这种情形属于“勉强不违宪”或“尚属合宪”。该判决虽然在形式上属于合宪判决，然其内容却并不同于一般合宪判决，而是带有警告性的，同时要求特定国家机关适时改正以达致理想的合宪状态。正是由于警告性判决的这种特殊性，学说上对于其究竟属于合宪判断还是属于违宪判断仍然存在争议。野中俊彦教授认为警告性判决属于违宪判决之中的一种特殊形态，可谓一种“违宪警告判决”。[41]也有学者持不同意见，比如李建良博士就认为，警告性判决是一种合宪判决，为此无需在违宪判决的形态中讨论。[42]如果单纯从字面含义看，警告性判决无疑是一种合宪判决，然而这种字面形式上合宪判决和那种真正意义的合宪判决并不相同，因为宪法审查机关做出合宪判决是为政府行为提供宪法上的正当性依据，而警告性判决却并非如此，因此有必要将其作为一种“准违宪判决”的方法加以研究。

---

〔35〕［日］野中俊彦：《宪法诉讼的原理与技术》，有斐阁1976年版，第278页。

〔36〕前引〔17〕，Wolfgang Zeidler文，第504页。

〔37〕前引〔10〕，Daniel S. Dengler文。

〔38〕由于宪法审查机关的纯粹司法机关的功能定位，在美国咨询意见是一种争议较大的判决方法，一般而言联邦法院很少做出这种咨询意见。See Felix Frankfurter, *A Note on Advisory Opinions*, 37 Hard. L. Rev. 1002 (1924). 中文文献可参见张翔：《功能适当原则与宪法解释模式的选择——从美国“禁止咨询意见”原则开始》，《学习与探索》2007年第1期。

〔39〕和田英夫教授认为德国的警告性判决（admonitory decisions）与美国的咨询性判决（advisory decisions）并不相同。然而根据美国学者Linde教授的研究，即使二者在适用范围以及具体方法上有着较大差异，其实美国的咨询性判决发挥着与德国警告性判决相似的功能。Hideo Wada, *Continental System of Judicial Review*，载《大陆型违宪审查制（增补版）》，有斐阁1994年版；前引〔30〕，Hans A. Linde文，第415页。

〔40〕除此之外，情况判决还包括那些单纯违宪的判决。

〔41〕参见前引〔35〕，野中俊彦书，第278页。

〔42〕李建良：《论法规之司法审查与违宪宣告》，《欧美研究》第27卷第1期。

如果就手段的严厉程度看，警告性判决和单纯违宪判决大致相当，且二者对那些违宪程度较轻的行为或灰色地带行为都可能做出立法指示（Appeals Opinion）。然而，单纯违宪宣告针对的是法律法规违宪的情形，而警告性判决则适用于法律尚属合宪的情形，违宪判决是否定性地确认该行为违宪，而警告性判决虽然判决法律法规不违宪，却指示立法者以适当的方式防止违宪状态的发生或采取积极措施形成理想的合宪状态。为此，这种“合宪判决”可能较单纯违宪的判决更加积极地介入政策形成领域，更需要一个权限广泛的宪法审查者角色。滥用这种判决可能造成的结果是，虽然判决法律法规形式合宪但事实上却比违宪判决对立法权施加的限制更加严厉。

（二）警告性判决的具体适用类型

1. 灰色地带理论

传统宪法审查理论对国家行为的合宪性问题所作的界定是非此即彼的思考框架，即“一种是与宪法法律不相抵触，另一种是与宪法法律相抵触”。[43] 这种平面化的思维可能将宪法问题简化为纯粹的逻辑推理问题，而忽视了宪法问题本身的复杂性。其实，由于宪法问题极富争议性以及宪法规范的不确定性，使得在合宪与违宪之间常常存在着一定的灰色地带。[44] 由此，简单的合宪违宪二分，可能不足应付宪法审查的复杂课题。宪法审查机关在做出判断时，并非仅仅在合宪或违宪之间选择一种。如果构成明显违宪则做出违宪无效判决或单纯违宪判决，而完全符合宪法则判决合宪，处于此二者中间的灰色地带则可做出警告性判决（参见图3）。

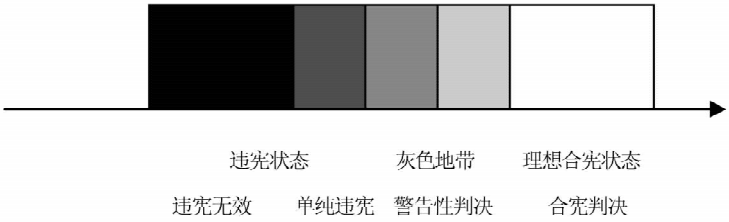

图3 违宪合宪中间地带理论

（1）不明显或情节轻微的违宪

合宪与违宪之间并不存在一个明确清楚的界限，介于理想的合宪状态和违宪状态之间存在着部分“灰色地带”，即尚未达到违宪程度，却并非完全符合宪法，然而如果继续发展下去将构成明显违宪，故此做出警告性判决。比如，在德国的“联邦选举区划”案件中，[45] 联邦众议院选举依据法律所划分的选区，已经造成结果的不平等。然而，联邦宪法法院并未判决联邦选举法违宪无效，也没有判决依据该该法所进行的选举无效，而是判决当联邦众议院选举时，该法律关于选区划分的规定尚未明显的达到违宪状态，故此联邦宪法法院只是警告立法机关在国会立法期间内应当考虑修改选举法有关选区划分的规定。

（2）濒临违宪的行为

从动态的角度看，法规范并非是静止不动的，而是应当随着社会的发展而变化，且随着时间推移，合宪的规范可能演化为违宪的规范。比如，道路交通设施的不断完备，使得对交通安全的某些限制成为不必要，可能侵犯基本权利。为防止这种状态继续发展导致违宪状态发生，需要对立法者做出一定的警告。

〔43〕 张春生：《规范性文件的备案审查》，全国人大官方网站 www.npc.gov.cn，访问时间：2009年2月22日。

〔44〕 所谓“合宪与违宪之间的灰色地带理论”源自德国宪法学说，对此可参见前引〔35〕，野中俊彦书，第278页。

〔45〕 BverfGE 16，130.

如德国的“退休金”案件中，依据社会保险法鳏夫在社会保险法上的地位不如寡妇的地位，[46] 由于观念上的缓慢变迁，导致依据现在的观念判断该规定违反了平等原则，而立法者又不能迅速地将此种观念明定于法律之中。因此，虽然系争规范违反平等原则，但是目前为止仍不构成违宪。当然立法机关有义务在一定期间内修改法律，以符合宪法规定。再如，1984 年联邦宪法法院判决 1983 年制定的国民户口普查法的有关规定，合宪但仅仅是依据“目前的认知和经验”是合宪的，[47] 同时判决立法者在将来进行立法规范国家的资料收集时应当充分考虑个人的资讯自由权。

2. 合理期间论

违宪状态是宪法规范和宪政现实之间的断裂，而这种断裂状态并非单纯的宪法判断可以改变。即使通过审查做出违宪判断也无法立即消除违宪状态，由违宪状态向合宪状态的改变毋宁是需要一定的条件和经过一定时间方可成就。[48] 立法者固然应当制定合宪的法律，以消除原先的违宪状态。然而立法机关进行立法时也受到其他条件限制，可能欠缺及时改正的能力。合理期间是指立法者由违宪状态转化为合宪状态所需要的期间，[49] 比如立法机关履行特定义务所需期间，是一种期待可能性。为此，违反宪法的状态即使存在，也应当考虑立法时所需的各项条件而应当给予立法机关一定的改正期间，对于立法机关而言则是免责期间。[50]

如果违宪判断的当时，仍处在违宪状态向合宪状态转化的合理期间内，则暂时不判断违宪，而是判断在合理期间内仍未消除违宪状态则构成违宪。这种“合理期间”的判决，也可以说是当为的宪法规范和实然宪法秩序之间的调和。当然这种判决终究只是一种暂时状态，因此宪法审查机关一般会在判决中指明其适用的最长期限。[51] 这使规范制定者得以在合理期间内消除违宪状态，而非不考虑立法者实际改变违宪状态的现实条件而仅仅判决违宪无效。如果从合理期间论的角度看，警告性判决可以说是违宪判决的前阶段，如果立法者不积极改正其不妥之处，则可能会被判决违宪。这类判决的适用方法可导致两种结论，如图 4 所示：

（1）a 点为违宪状态产生的时间点，a 与 b 之间为“合理期间”。如果判决时点正处于 a、b 中间，则在合理期间内，虽然有违宪瑕疵，仍然不做出违宪判断，如果到达 b 点时，仍然未加以改正，则构成违宪。典型案例可举日本最高法院关于众议院选举名额不均等案件的判决。1983 年 11 月 7 日判决最高法院虽然认为名额分配 3.94：1 的差距虽然和选举平等原则不符，但也不能就此认定其违法宪法，而是应当考虑人口变动的状态，要求合理期间内改正，如果合理期间内不予改正则应当判断违宪。[52] 到了 1993 年 1 月 20 日法院对 1990 年 2 月众议院议员选举的最大差距达到 3.18 比 1 的合宪性问题，最高法院判决：该差距虽然有悖于宪法上的平等，但并没有超过

〔46〕 BverfGE 39，169.

〔47〕 Wilhelm Karl Geck：《西德联邦宪法法院之无效宣告以及其他宣告方式》，朱武献译，《宪政时代》第 10 卷第 4 期。

〔48〕 这也正是宪法审查无法完成和实施宪法的全部任务的原因所在，为此实现理想的合宪状态，尚需其他国家机关的积极作为，宪法审查机关不过是作为一个监控机关而存在。

〔49〕 当然立法合理期间并非任何立法都需要，对于那些立法不需要合理期间的立法，则无需给予其合理期间，而直接判断违宪。

〔50〕 ［日］野中俊彦：《议员定数裁判的最新动向》，转自［日］户波江二：《立法不作为的违宪确认》，载［日］芦部信喜主编：《讲座宪法诉讼》第 1 卷，有斐阁 1987 年版，第 374 页，注 17。

〔51〕 就指明适用期间这一点上合理期间后违宪和违宪将来失效判决相同，且其结果都是法律暂时可以适用，然而其区别在于：（1）后者是违宪判决，前者是“尚未构成违宪”；（2）将来无效对立法机关有拘束力，而合理期间的警告性判决，则无法律上的拘束力。违宪将来失效判决原则上以违宪无效为前提，法律将来一段时间后失去效力；（3）警告性判决做出后，法律将来可能构成违宪。然而即使之后做出违宪判决时，为避免法律真空状态也可做出违宪但将来失效判决。

〔52〕 日本最高法院大法庭判决，民集 37 卷 9 号第 1243 页。

矫正的合理期间，不能就此断定名额分配规定违宪。[53]

（2）如果判决时点处于b点之后，则判决超出了合理期间故而构成违宪。再以上述议员名额不均等案件的判决为例。日本最高法院1985年7月17日的判决针对1983年12月众议院议员选举的投票价值最大差距达到4.40比1的合宪性问题，判决1980年6月大选时，投票价值的不平等已达到违宪程度，而且在合理期间内未做修正，因而议员名额分配违宪。[54]

图4 合理期间的选择

3．单纯立法指示

在一些宪法案件中，如果直接判决法律法规违宪无效，则可能会导致法律空缺或严重的政治后果，[55]但另一方面，如果宪法法院宣告法律合宪，立法者根本就不会修改法律，因为依该法而受益的利益集团会阻止法律的修改。因此，为避免法律无效导致的政治危机，同时为了尽快消除此种违宪状态，宪法审查机关并不明确判决法律违宪，而是指示立法者尽快修改法律。

在有着立法指示的判决之中，违宪还是合宪的判断已经不那么重要了，重要的是指示立法者修改法律。这种立法指示在德国宪法法院可以是和违宪判断一并做出，也可以警告性判决的形式单独做出。与德国这种普遍采用的手段不同，采取附随制的美国宪法审查中做出的立法指示可能较为少见、暧昧。比较而言，有以下不同：（1）德国宪法法院的警告性判决通常直接指示立法者应当做什么，而在美国由于宪法第3条禁止联邦法院做出正式的咨询意见，而将法院司法权仅限于解决案件或争议，联邦法院很少直接就应当怎么做才能避免联邦法律违宪做出立法指示。[56]（2）在德国只有宪法法院有权做出宪法判决，而美国采取的是附随制，不仅联邦和州的最高法院，下级法院也会提出司法建议，甚至在不涉及宪法争议的案件中法院在适用法律时也会表达其关于法律规则的观点，批评法律，提出应当如何改进。[57]（3）德国的警告性判决以集体的名义即宪法法院的名义做出立法指示，而在美国很多场合是以法官的附带意见或不同意见的形式提出立法建议。[58]

考虑到这种立法指示的方法给立法者施加的压力，如果运用过度可能有侵犯立法权的危险。从不同国家机关的功能分配的角度看，立法指示自然应当避免宪法审查机关成为一个代位立法机关，因此一般司法机关的宪法审查是否可以积极的方式做出立法指示，可能有较大争议。即使在德国宪法法院模式下，这种判决形态如果运用不当也会受到质疑。特别是诸种判决形态的选择并无宪法以及法律的明文规定，实践之中是由宪法审查机关自由裁量选择，这种判决可能会有越权之嫌而受到质疑。而且判决立法机关明确做出特定行为的指示尚需立法机关高度的配合，否则宪

〔53〕 日本最高法院大法庭判决，民集47卷1号第67页。

〔54〕 日本最高法院大法庭判决，民集39卷5号第1100页。

〔55〕 典型的案例当属德国1963年的选区划分案，在该案中受到挑战的选区划分法已经违宪，但如果法院宣布其无效，将造成依据选区划分已经完成选举并已经执行立法职能的当届德国国会因违宪而不复存在，从而导致严重的政治后果。

〔56〕 前引〔38〕，Felix Frankfurter文，第1002页。

〔57〕 Edward Mcwhinney, *Supreme Courts and Judicial Law Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p.15.

〔58〕 前引〔30〕，Hans A. Linde文，第428页以下。

法法院的判决即丧失权威性，如果立法机关不完全遵守立法指示，宪法审查机关并无有效手段保障。为此，任何宪法审查机关在具体做出立法指示时，都必须避免对立法的具体内容做出明确指示，而仅仅对立法做出方针性的指示或否定性指示，至于立法机关选择何种具体方法消除违宪状态属于其立法权限范围，宪法审查机关不得轻易介入。

（三）警告性判决的适用限度

为保障合宪的法律秩序，宪法审查机关需要与其他机构共同合作，仅仅宣告法律无效是不够的，警告性判决促使立法者行动起来，同时又给它一些必要的选择空间，所以这并不是对立法权的干预，而是宪法审查权与立法权之间的一种合作。[59] 而且，做出警告性判决可以避免宪法审查机关和其他国家机关之间的直接对抗，特别是在对一些政策性较强的立法进行合宪性判断时候尤其如此。然而，警告性判决所附带的责令修改义务，如果稍有不慎则有侵犯立法者立法权限和功能的嫌疑。警告性判决也容易演化为宪法审查机关扩张其权限的一种手段，为此其运用需要谨慎限定在辅助立法机关制定合宪法律的范围之内，防止侵犯其他机关的权限。换言之，无论在何种模式下宪法审查机关做出警告性判决必须符合其制度下的功能定位。

再者，警告性判决并非以纠纷解决为目标，而是着眼于促使立法机关在将来达成理想合宪状态，带有立法决策的色彩，可能会导致宪法判断的泛政治化，使得法律和政治之间的界线变得模糊起来。[60] 因此，在适用时需要防止其成为介入政策形成的手段，在做出警告性判决时也需要尊重立法者的裁量范围。

如果警告性判决仅仅抽象地对立法者做出指示，对于当事人、一般法院、行政机关而言究竟如何认定法律的效力、如何适用该法，并未提供较为明确的指示，可能使纠纷仍然处于未决状态。为此需要尽量避免超出具体事件范围之外，抽象地做出立法指示，而置当事人权利的保护和法律纠纷的解决于不顾。因此，不可否认警告性判决是一把“双刃剑”，它既可以是宪法审查机关避免对抗的一种策略，也可能使宪法审查机关陷入政治的漩涡当中，因此在做出警告性判决时必须谨慎小心，并时刻谨守“保护宪法确认的基本人权”为最终的目的。[61]

根据我国现有的宪法审查体制，对于规范性文件，如确有违宪问题，制定机关又拒绝修改或废止，则应报经人大常委会秘书长或主任会议同意，由有关专门委员会或工作委员会或常委会办事机构，向报送机关提出书面审查意见。这种书面意见可以说是一种准宪法决定。怎样提出书面审查意见呢？如果是过于具体化的意见，则有侵犯规范性文件制定机关权限的嫌疑。因此可以参考警告性判决的做法，对规范性文件进行合理适当的监督。值得一提的是，2004 年 6 月 22 日全国人大法工委在“地方性法规设定毒品范围和对娱乐场所经营单位及个人处罚”的答复中，对争议的法律法规合法性使用了“是否合适，尚需研究”的表述，这种形式的答复也可以说是一种带有警告性的宪法决定。当然，运用这种警告性的决定形式需要考虑中央与地方权限的划分以及国家机关之间职权分配。

四、结　　语

根据宪法学说上的分类，宪法审查制度可以分为普通法院的具体审查和专门机构的抽象审查

〔59〕 Wiltraut Rupp－v. Brunneck，*Admonitory Functions of Constitutional Courts*，20 Am. J. Comp. L. 400－403 (1972).

〔60〕 前引〔38〕，Felix Frankfurter 文，第 1002 页。

〔61〕 前引〔39〕，Hideo Wada 文。

两种，前者的典型代表为美国、日本的司法审查模式，后者如德国的宪法审查模式。[62] 比较各国违宪判决的实践，宪法审查机关本身的权限范围是决定判决形态选择的重要原因，在美日普通法院具体审查模式下宪法审查机关脱离案件对立法机关做出警告性指示可能争议较大。然而德国宪法法院在宪法机关中所具有的独立和特殊地位，使得其在做出判决时可以灵活选择采取不同的判决形态。诚然，上述这些门类齐全、功能不同的判决方法和形态必须依托于具体的制度才能发挥作用。我国并不缺乏文本上的宪法监督审查制度，但有实效性保障的宪法审查制度仍有待“激活”，上述针对不同宪法问题所采取的不同判决形态可以为激活法律文本中的宪法审查制度提供必要的法律技术手段。

全国人大常委会在法制工作委员会下设立的“法规审查备案室”，以及委员长会议修订通过《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》被认为是中国宪法审查制度发展完善的重要事件。然而迄今为止，全国人大常委会针对公民提请的书面审查建议尚未公开作出任何宪法性的回应或决定。《法规备案审查工作程序》虽然只是一个内部工作程序，却也为人大常委会开启宪法审查提供了依据。剩下的问题是，只有主动作出具有法效力的宪法决定和判断，才是激活中国宪法审查制度的关键。面对法律法规违反宪法的情形，宪法审查机关需要考虑做出这种决定对实证法体系的影响，同时也要兼顾决定本身对既有政治格局的冲击。如果对法律法规或其他国家行为做出违宪的判断，中国的宪法审查机关自然也需要那种在政治风口浪尖上“手把红旗旗不湿”的策略和技术，而在各国宪法审查判决实践中逐步积累的各种违宪判决的形态和原理正是这种政治智慧和法律技巧结合的产物。就我国当下而言，如果考虑到国家机关对于“违宪”称谓的敏感，则完全可以借鉴对现有法律和政治格局冲击较小的“警告性判决”的做法来激活沉睡的宪法审查制度，待到时机成熟时再针对那些明显且较为严重的违宪法律法规直接作出违宪无效的决定，[63] 甚至进一步作出修改指示，消除和纠正违宪行为，以此来完善中国的宪法审查制度。

Abstract: § 67 of the Constitution of PRC empowers the Standing Committee of the National People's Congress (SCNPC) to exercise the functions and powers “to interpret the Constitution and supervise its enforcement”, and “to annul those administrative rules and regulations, decisions or orders of the State Council that contravene the Constitution or the law”.

In 2004, the SCNPC announced the formation of a new Legislation Review and Filing Office to assist its Legislative Affairs Commission in reviewing regulations that may conflict with the Constitution. But the SCNPC may react to citizens' proposals “when necessary”, and is not required to inform citizens whether or not it will act on a proposal. So how to awaken the constitutional review in the constitutional text is still an urgent task for Chinese lawyers.

Generally speaking, one of the most important functions of constitutional review is to enforce the constitutional value in the whole legal system. But only an unconstitutional judgment can not promote the legal system into constitutional order. Given the special characters of constitutional cases, constitutional adjudicators frequently adopt different modalities of unconstitutional deci-

〔62〕 前引〔6〕，M. Cappelletti 书，第46页。

〔63〕 考虑到在时机不成熟的情况下直接做出违宪的决定对即有政治格局的冲击，我们也就不难理解为什么在“孙志刚事件”中全国人大常委会对三位具有法学博士学位的普通公民依据宪法和立法法对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的合宪性提出的质疑没有作出任何回应。

sions in the procedure of constitutional review to keep balance with the political branch. It is necessary to compare the different constitutional decision modalities in the countries with mature constitutional review system to provide several strategies and projects for our future constitutional review system. In different constitutional review systems, the modalities of unconstitutional decision can be classified into three types: unconstitutional and void decision, mere declaration of unconstitutionality decision, and admonitory decision. Such different modalities which combine legal technique and political wisdom can be the reference to catalyze the effective constitutional review in China.

The National People's Congress system can provide exercising space for the above mentioned legal technique. At the beginning of the constitutional decision in practice, the SCNPC can adopt quasi admonitory decision as a preparatory step, considering the traditional opinions of rejecting criticism base on unconstitutional reason.

Key Words: unconstitutional decision, unconstitutional and void decision, mere declaration of unconstitutionality decision, admonitory decision