

合宪性推定的正当性

王书成^{*}

内容提要：合宪性推定是宪法审查中一种重要方法。其最初起源于美国，尔后逐渐被德国、日本、澳大利亚等法治国所采用。国内目前对于合宪性推定方法的认识尚有不足，在一定程度上影响了宪法审查制度的有效运作。对于合宪性推定方法的借鉴，不在于简单移植，重点在于从一般原理的角度来探求其所存在的正当性基础。从人权价值、规范体系、经济理性等多角度对合宪性推定的正当性进行论证，可发现合宪性推定是一种原理性的宪法方法，根基于宪法的最高性、法官的经济理性、人权的目的性、国家权力的手段性等。合宪性推定的正当性论证，在折射出目前宪法方法的贫瘠的同时，也有助于摆脱宪法文本浪漫主义的方法论困境，进而体现出宪法方法兼具政治与法律的特性。

关键词：合宪性推定 宪法审查 宪法方法

宪法审查中对于立法的审查离不开方法论的支撑。由于公法为国家权力缠绕的独特性，也决定了公法方法具有区别于一般法律方法的特殊性。虽然宪法审查权的行使主体在不同的制度下不尽相同，如美国的法院、德国的宪法法院等，但从国家权力的角度来说，宪法审查均是围绕宪法审查权与立法权而展开的，即审查立法机关的立法而使之符合宪法。马丁·洛克林指出，由于公法所调整的对象具有根本的政治性，要求它须采用一种与私法截然不同的独特方法。^{〔1〕} 宪法审查并不仅是一种简单的规范文本逻辑，也是国家权力之间关系的一种巧妙平衡，必须进行相应的政治考量，因为无论哪个国家的宪法，都不是简单地表现为文字的宪法文本，也是活生生的政治经验。^{〔2〕} 合宪性推定作为一种宪法审查方法，指宪法审查机关在对立法机关的立法进行审查的过程中，首先在逻辑上推定立法行为合乎宪法，除非有明显的事实证明其违反了宪法。^{〔3〕} 由此，对于即使违宪但“不明显”的情形，合宪性推定在逻辑上基于对立法机关的尊重，仍将做出合宪

^{*} 北京大学政治学博士后研究人员。

本文在写作过程中得到了迈克尔·佩里（Michael J. Perry）教授、马克·图什内特（Mark Tushnet）教授的指点，在此致谢。

〔1〕 See Martin Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 3.

〔2〕 洛克林在论述公法方法的特殊性时也指出，公法领域内的争论很大程度上都是政治问题的延伸。同上书，第4页。

〔3〕 See Michael L. Stokes, *Judicial Restraint and the Presumption of Constitutionality*, 35 U. Tol. L. Rev. 347 (Winter, 2003).

判断。^{〔4〕}合宪性推定方法最初起源并发展于美国的法治实践,^{〔5〕}后已逐渐被德国、^{〔6〕}日本、^{〔7〕}印度、^{〔8〕}澳大利亚、^{〔9〕}加拿大、^{〔10〕}俄罗斯^{〔11〕}等国家的法治实践所采纳,俨然已成为法治国家一项原理性的宪法方法而在实践中被予以普遍适用。对于这一原理性的方法,目前国内研究尚匮乏,^{〔12〕}也缺乏对其正当性的探究。中国宪法审查制度的发展,必须构建以原理性方法为基础而符合中国制度实际的方法论体系。探究作为原理性方法之合宪性推定的正当性,可以为宪法审查制度的有效运作提供方法论上的宝贵经验。

在目前中国呼吁宪法审查的语境下,^{〔13〕}对人权进行宪法保护的呼吁已经在一定程度上显露了文本浪漫主义的倾向,如通过宪法文本上的权利条款来直接进行“违宪”判断,而很少考虑文本之外的其他合宪性因素。^{〔14〕}这种宪法文本的浪漫主义,一则易于产生一种基于宪法文本的“轻言违宪”现象,^{〔15〕}另则也会诱及宪法审查方法囿于文本上的局限,进而会掩盖宪法审查本来的政治特性及政治哲学基础,不利于方法论的发展。在宪法文本浪漫主义的影响下,便会积极地从宪法文本的角度去寻找立法的违宪理由,进而呼吁违宪审查,试图以此推动中国宪法审查制度的发展。积极寻找违宪理由固然可能对立法提出挑战,但是存在文本上的违宪理由,并不一定能直接得出违宪的结论,因为从合宪性推定逻辑可知,宪法审查机关进行宪法审查并不仅仅根据当事人对立法提出挑战的“违宪性理由”,同样也会接纳甚至自己主动去寻找“合宪性理由”而对立法机关持谦抑态度。^{〔16〕}诚然,从历史来看,制度的推进离不开浪漫主义的贡献,但是宪法审查的实践除了需要文本浪漫主义的热情,更需要一种方法论上的政治理性,^{〔17〕}才能使得宪法审查有效运作。合宪性推定作为一种原理性方法,不仅体现了宪法方法以文本为依托的规范性,

〔4〕 作为合宪性推定逻辑延伸之表现形态的回避宪法方法 (Doctrine of Constitutional Avoidance), 在存在违宪解释和合宪解释的多种可能时, 将采用合宪解释而做出合宪判决。回避宪法方法在逻辑上与合宪性推定一脉相承, 都体现了审查权对被审查的立法权的谦抑姿态。See *Should the Supreme Court Presume That Congress Acts Constitutionally: The Role of the Canon of Avoidance and Reliance on Early Legislative Practice in Constitutional Interpretation*, 116 Harv. L. Rev. 1798 (2003).

〔5〕 早在 1796 年的黑顿诉美国案中, 当事人挑战税法违反了宪法, 而法官便指出, 我可以任意地说, 如果法院拥有这项权力 (宣布立法违宪), 我也不会去行使, 除非它是明显地违反了宪法。See *Hylton v. United States*, 3 Dall. 171 (1796).

〔6〕 参见罗名威:《德国违宪审查权对立法权的控制界限》,《宪政时代》1998年第2期。

〔7〕 1964年的“赠贿背任事件”中,日本最高法院栗山茂法官最先将合宪推定原则运用于司法审查之中。参见日本最高裁判所,昭和三十九年十一月十八日,刑集第十八卷,第九号,第597页。

〔8〕 See *Chiranjit Lal v. Union of India*, 41 AIR SC 45 (1951).

〔9〕 See *Attorney-General of Western Australia ex rel Ansett Transport Industries (Operations) Pty Ltd v. Australian National Airlines Commission*, 138 CLR 492, 528 (1976).

〔10〕 See *Hewson v. Ontario Power Co of Niagara Falls*, 36 SCR 596 (1905).

〔11〕 具体研究可参见尤晓红:《俄罗斯宪法法院研究》,中国人民大学2007年博士学位论文,第100页以下。

〔12〕 目前国内研究甚少,相关成果可参见韩大元:《论合宪性推定原则》,《山西大学学报》(哲学社会科学版)2004年第3期。

〔13〕 国内一直存在呼吁建立并完善“违宪审查制度”的声音,如三位法学博士呼吁对《收容遣送办法》进行违宪审查,茅于軾等学者呼吁对劳动教养制度进行违宪审查,上千名公民联名提起违宪审查建议书呼吁修改国内各省区市公务员招考对于乙肝病毒携带者的禁令,等等。

〔14〕 如法学教授巩献田主要从文本的角度认为物权法(草案)违宪。方法上的具体分析可参见王书成:《宪法方法论之觉醒——由合宪性推定说开》,《浙江学刊》2009年第1期。

〔15〕 对于“轻言违宪”现象的分析,参见郑磊:《宪法审查的启动要件》,法律出版社2009年版,第1页以下。

〔16〕 香港高等法院在对近来发生的“郑家纯、梁志坚诉香港特别行政区立法会案”做出的判决中,主动寻找合宪理由而最终做出合宪判决,颇具典型。See *The LegCo Powers Case*, HCAL 79 (2009).

〔17〕 这其中当然也包括司法的政治理性。See Barry Friedman, *The Politics of Judicial Review*, 84 Tex. L. Rev. 257 (2005).

也展现了宪法所独具的政治技艺。对于合宪性推定正当性的追寻，一方面可以纠正简单的宪法文本浪漫主义的倾向，另一方面也可以回归宪法本来的政治面貌。同样，合宪性推定之正当性论证对于“回避宪法”等方法的本土化也具有重要的启示意义。

一、人权正当性：作为手段之国家权力

合宪性推定的正当性首先面临的挑战是：合宪性推定保护人权吗？除非明显违宪，均推定立法合乎宪法，这和刑法中的“无罪推定”制度、行政法中“举证责任倒置”规则相比，在表面上有倾向于国家立法权、侵犯人权的嫌疑。无罪推定首先在逻辑上推定犯罪嫌疑人没有任何罪过，除非有确凿的证据；行政法中“举证责任倒置”规则要求行政权主体必须举证证明其行为的合法性，否则推定其行为违法。两者都明显体现出人权保护的逻辑。合宪性推定则要求挑战立法的当事人举证立法明显地违反了宪法，否则推定立法合乎宪法，似乎偏离了人权保护的逻辑。那么，合宪性推定方法果真偏袒立法权而侵犯人权吗？

（一）人权保护：宪法范畴下的国家权力

现代社会，人权保护毫无疑问是法治目标之一，但是实现目标的手段却多种多样。宪法基本范畴包括国家权力和公民权利。在现代社会法治中，国家权力与公民权利并不处于完全对立的状态，因为从权利保护的角度来看，国家权力也是保护和实现公民权利的重要手段。因此，对于合宪性推定的人权正当性也必须在作为手段的国家权力与作为目的的人权这对宪法范畴下统筹考虑。

首先，宪法中国家权力的制衡结构，是人权的一种制度性保护。从美国的宪政经验来看，美国宪法在制定当初，并没有将权利法案的内容纳入宪法之中。当初联邦党人认为，保护权利最有效的方法是联邦主义的政治约束以及权力的分立，从而可以防止权力侵犯权利。对权利的保护主要来自议会权力的有限性且权力已经被明确列举出来。当议会超越权限的时候，包括其在“必要和适当条款”（Necessary and Proper Clause）下的立法，将由司法机关来保护宪法。这些结构上和文本上的制度性限制可以防止不讨论权利而直接侵犯权利的可能性，也为最初的宪法提供了正当性基础。美国学者兰迪·巴赖特（Randy E. Barnett）指出，当时联邦党人认为增加权利法案反而是危险的，因为人民的权利和自由是无法列举的。如果增加列举性的权利法案内容，任何被遗漏而未列举的权利就会处于不安全的境地。^[18] 如果宪法文本中的权利条款列举得完美无缺，但国家权力却没有有效的制度性制衡，那么被列举的基本权利仍将是一纸空文，而处于国家权力的蹂躏之中。相反，如果国家权力具有宪政架构下有效的制度性制衡，则可以在很大程度上消除权利侵犯的可能性。国家权力间的制衡主要是通过宪法将各个国家权力的范围、职能予以明确，使得国家权力之间形成一种功能和职权上的分工以及相互之间有效的制约监督，从而在很大程度上既可防止国家权力侵害公民权利的可能性，也可发挥国家权力的积极功能。美国宪法学家马克·图什内特（Mark Tushnet）教授在论及宪法权利保护时也指出，“不是最高法院能够充分地保护我们的宪法权利，而是结构性的政治约束（Structural Political Constraints）可以充分地保

[18] See Randy E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 236.

护我们的宪法权利。”〔19〕可以说，“权力的例举，也是保护未例举的基本权利。”〔20〕总之，对基本权利的保护要置于权力范畴之中一并考虑，而不能将国家权力与公民权利置于对立状态。

合宪性推定在逻辑上推定立法机关的立法合乎宪法，除非其明显违反了宪法，这在很大程度上便是以权力范畴为起点，因为由于立法权与司法权之间的制衡，并不要求司法权总积极地审查所有的立法行为。宪法审查机关在逻辑上推定立法机关的立法合乎宪法，是对国家权力制衡的一种维护。如果违宪审查权对于具有民意基础的立法，在非明显违宪的情况下，均采取积极的违宪推定，则会破坏国家权力间的制衡结构，进而可能导致司法权（违宪审查权）至上的“非均衡”形态。由此，合宪性推定很大程度上是通过维护国家权力的制衡结构，来发挥其独特的人权保障功能，而非简单地采取在形式上对权利予以直接司法救济的方式。

其次，合宪性推定方法表现的对于立法权的尊重，可以有效发挥立法权的积极功能。在现代社会法治背景下，国家权力已经不再局限于消极功能，而已拓展到积极权利的保护领域。虽然学者们对于积极权利的实现有些许争议，但是对积极权利的内容，诸如现代社会中的医疗、健康、保险、教育、最低生活保障等，应该得到保护，确是现代社会的无法避免的议题。〔21〕对于社会权的保护，当然离不开国家权力积极功能的发挥，这已成为现代法治国的应然命题。合宪性推定基于对立法权的尊重，是与立法权积极功能的发挥相辅相成的。如果排斥合宪性推定原则，采行在逻辑上首先推定立法机关的立法违反了宪法，则将在很大程度上削弱立法权的积极功能，导致立法的功能受限，同时也使司法权（违宪审查权）易于介入到不属于自身特殊专业性的立法领域，很大程度上也会影响违宪审查权的独立性、中立性和公正性。〔22〕因此，采行合宪性推定方法对立法权予以“尊重”，对于发挥立法权和违宪审查权的法治功能都具有积极作用。

（二）未列举权利的保护——巴赖特批判

从违宪审查的基准来看，当立法权侵犯到公民基本权利时，则排除适用合宪性推定方法，而采行违宪推定的方法，因为此时已侵犯到公民的宪法权利而明显违反了宪法。从基本权利的类型来看，其包括列举的基本权利（Enumerated Rights）和未列举的基本权利（Un-enumerated Rights）。对于已经在宪法中列举的基本权利，毫无疑问将成为合宪性推定原则的界限。但是对于未列举的基本权利，则由于其“不成文性”，而无法像列举的基本权利那样作为合宪性推定的明确界限。那么，除非“明显违宪”便推定立法行为合乎宪法，是否会在逻辑上忽略了对未列举基本权利的保护呢？

美国学者巴赖特提出，应该废除合宪性推定，因为其与美国宪法第九条修正案相冲突，认为应该以自由推定原则（Presumption of Liberty）取而代之。〔23〕美国宪法第九条修正案规定：本

〔19〕 See Mark Tushnet, *Skepticism About Judicial Review - A Perspective from the United States*, in Tom Campbell, Keith Ewing & Adam Tomkins (eds.), *Skeptical Approaches to Entrenched Human Rights*, Oxford University Press, 2001.

〔20〕 See Randy E. Barnett, *Who's Afraid of Unenumerated Rights?*, 9 U. Pa. J. Const. L. 1 (2006).

〔21〕 虽然有学者认为社会权不具有司法执行性，但是并没有否定社会权应该通过其它的途径得到保护。See Cass Sunstein, *Against Positive Rights*, 2 E. Eur. Const. Rev. 37 (1993).

〔22〕 有学者对“是否合宪”与“是否违宪”进行了区分，从而说明违宪审查机关在裁量范围内对于立法行为的审查度的差别。See Michael J. Perry, *Constitutional Rights, Moral Controversy, and the Supreme Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 1-20.

〔23〕 所谓自由推定（Presumption of Liberty），是指法院发现立法权侵犯了公民的自由后，政府只有证明该立法是“必要且恰当的”才能维持该法律，即限制自由的法律将被认为是违宪的，除非政府提供了充足的理由。参见前引〔18〕，Barnett书，第118页。

宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或忽视由人民保留的其他权利，^[24]即对于未列举基本权利应该和列举的基本权利一样获得同等的宪法地位。巴赖特指出，第九条修正案既然要求未列举权利和已经被列举的权利一样受到平等的对待，而全面性的合宪性推定只满足了形式上的标准，即只满足了保护列举的基本权利，且即使是在新政时期的最高法院也对立法持尊重姿态而仅限于将列举的基本权利作为合宪性推定的例外。这样将会与宪法文本条款所要求的司法审查相冲突，即免除了对未列举权利的审查性保护。除非司法机关所认为的未列举基本权利受到了侵犯，否则合宪性推定并不能在第九条宪法修正案之要求下平等地保护自由，即既保护列举的基本自由，也保护未列举的基本自由。^[25]

首先值得肯定的是，未列举基本权利，作为人权的重要组成部分，当然须与列举的基本权利同样受到保护。但是巴赖特对于合宪性推定人权正当性的批评并不具有合理性，很大程度上忽略了基本权利的谱系特点，而走向了极端。

首先，不管是成文宪法国家还是不成文宪法国家，基本权利大部分都已通过规范、判例或解释等形式予以列举，^[26]因此基本权利规范谱系的主体仍然由列举的基本权利组成。在列举的基本权利构成基本权利规范谱系主体部分的框架下，在符合宪法救济的资格条件而进行基本权利救济时，便主要通过列举的基本权利来进行救济，这属于基本权利救济的常规形态。

其次，即使在通过对列举基本权利的规范诉求而无法保护受到侵犯的权利的情形下，这也不一定就必然诉求于“未列举权利”规范，而可以通过基本权利的“伴影理论”（Penumbra, formed by emanations）等解释途径来对其进行保护。道格拉斯大法官在 *Griswold v. Connecticut* 案中提出“伴影理论”时指出，^[27]作为基本权利的隐私权虽然没有在宪法中明确列举，但是可以从宪法第一、第三、第四、第五、第九条修正案中推演出来。美国宪法上的隐私权便是通过列举基本权利推演出来的。^[28]从解释学的角度来看，美国宪法第九条修正案的未列举权利规范具有不确定性，一般不作为独立性规范予以适用，而主要是与其他基本权利结合适用。巴赖特指出，“由于未列举权利的不确定性，法院也害怕打开这个潘多拉的盒子，从而造成无止境地请求未列举基本权利的现象，而这在原则性的架构下是无法解决的。”^[29]由此，在基本权利救济过程中，即使是遇到了规范形式上未被列举的基本权利被侵犯的情形，也并不直接通过未列举权利规范（如美国第九条修正案）来进行直接救济，而是结合列举基本权利，并通过基本权利的体系解释等方法来予以保护。

再次，如果对于未列举权利的侵犯，直接诉求于未列举权利规范，虽然可以在规范逻辑上完整地保护所有的列举权利与未列举权利，即列举权利通过列举权利规范来保护、未列举权利通过未列举权利规范来保护，但是后半部分根本不具有宪法规范向度，毋宁说是一种人权保护理念，^[30]因而对其直接适用反而将会由于其非宪法规范向度的理念性，而导致基本权利规范体系的混乱甚至虚无，因为这样已列举的框架性的基本权利体系将会受制于未列举权利条款的不确定性而不具有规范体系上的稳定性，进而将在很大程度上打乱以规范为基础的整个基本权利体系。

[24] 宪法第九条修正案颁布于1791年，时间上也晚于美利坚合众国宪法。

[25] 前引 [18]，Barnett 书，第 252 页。

[26] 当然在不成文宪法国家，基本权利的保护很大程度上也是通过对国家权力进行制衡，从而防止国家权力侵犯公民权利的可能性。

[27] See *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 85 S.Ct. 1678, 14 L.Ed. 2d 510 (1965).

[28] See *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[29] 前引 [18]，Barnett 书，第 234 页。

[30] 我国宪法中“国家尊重和保障人权”条款也属于此种规范类型。

因此，虽然列举权利与未列举权利都应该受到同等保护，但是如果过度夸大宪法保护未列举权利的功能，则反而将出现其侵涉其他基本权利规范结构的可能性。

（三）司法裁量与未列举权利保护：修正式第四脚注

合宪性推定成熟于斯通（Stone）大法官在 *United State v. Carolene Co.* 案中著名的第四脚注。在此案中，斯通指出，对于影响商业交易的立法规制并不被推定为违反宪法，除非有明显的事实表明其违宪，或者有一般性的认识可以排除建立在立法者知识与经验的合理性基础上的推定；^{〔31〕} 当立法表面上在宪法所明确禁止的行列时，合宪性推定运用的范围将非常狭窄，比如前十条权利法案，他们在第十四条修正案下被认为是同等特殊。^{〔32〕} 第四脚注对宪法审查的方法产生了历史性影响，也为合宪性推定方法奠定了理论基础。第四脚注的内容对于合宪性推定的排除并没有明确包括未列举权利。不过，在 *Grisword v. Connecticut* 案中，^{〔33〕} 第四脚注已经演变成一种修正补充式的第四脚注（Foot-note Plus），即放弃了原第四脚注在形式上对于未列举基本权利的忽视，而认为对于经过司法确认的未列举基本权利同样可以成为合宪性推定的界限，产生举证责任的转换，从而要求政府机关去证明其对于自由进行限制的正当性。巴赖特认为，不论是卡罗琳案中的第四脚注，还是后来修正补充式的第四脚注，都不具有正当性。巴赖特通过考察第九条修正案指出，“宪法第九条修正案要求对任何限制个人自由行为的权力都进行严格的解释，不管这个自由是列举的，还是未列举的。第四脚注的方法局限于对那些仅仅被列举的权利进行保护，从而违反了宪法第九条修正案。同样，即使是修正的第四脚注方法也违反了宪法第九条修正案，因为它虽然保护未列举的自由，但是仅仅限于法院认为是‘基本权利’的那一部分。”^{〔34〕} 巴赖特担心，如果将未列举的基本权利作为范畴纳入到合宪性推定当中，会出现法院通过未列举权利来决定基本权利的“制宪性”危险。^{〔35〕} 这种逻辑是一种对司法裁量权，即法院对基本权利解释功能的过度担忧。在权力存在功能分工的法治国家，司法权应该具有一定的裁量空间，同样，司法权可以在宪政的架构下对宪法、法律等规范行使一定范围内的解释权也是法治的应然性命题，但是司法权的裁量性并不会必然导致司法“制宪”、“代替立法”或司法“帝国主义”，否则岂不要完全排除司法裁量权这一法治国的基本命题？其实，巴赖特通过夸大司法裁量来反驳合宪性推定，但是在辩护其自由推定时，又承认了司法裁量的客观性，如其指出：“在宪法体系中，依靠法官是不可能避免的。在这个宪法体系中，只有法院才可以在公民个体与通过代议政府运作的多数派及少数派之间作出决定。”^{〔36〕}

其实合宪性推定方法并不排斥司法审查，只是强调司法权在宪政架构下应该具有一种尊重姿态而已。首先，司法尊重只是司法审查中的一种司法哲学，并不等于就排斥司法审查。司法审查与司法尊重姿态并不冲突，而呈互补之势。司法尊重只是表明司法权在审查的时候对其他国家权力的功能行使予以尊重，因为各个国家权力具有不同的功能属性与专业领域。其次，司法尊重也不意味着不保护基本权利，或者无法保护未列举的基本权利。对于侵犯列举基本权利的情形，司法审查均采取严格审查标准。司法尊重对侵犯未列举基本权利的情形同样要进行审查，通过利用“伴影理论”、宪法解释等方法同样可以保护未明确列举的基本权利。

〔31〕 See *United State v. Carolene Co.*, 304 U. S. 144 (1938).

〔32〕 同上。

〔33〕 前引〔27〕，*Griswold v. Connecticut* 案。

〔34〕 前引〔18〕，*Barnett* 书，第 242 页。

〔35〕 同上书，第 232 页。

〔36〕 同上书，第 266 页。

巴赖特虽然给合宪性推定在理论上带来了批评，但是其对于合宪性推定的认识很大程度上忽视了作为手段的国家权力纬度，将其批评的立足点片面于作为目的的权利。宪政是一种权利与权力间的平衡。忽视或偏重于任何一方都会走向极端。对于权力的尊重并不意味着就不保护权利。在现代福利国背景下，权力尊重是基于发挥国家权力在宪政架构下的积极保护功能，最终仍然是为了保护人权，当然也没有排除审查权力的可能性。

二、规范正当性：作为最高法的宪法

现代法治国家，在整个规范体系中，宪法具有最高位阶，虽然有学者对宪法规范为何具有最高性这一命题具有不同的见解。^[37]从法实证主义的角度来看，如规范法学代表人物凯尔森所言：“一个规范之所以具有效力始终是因为另一个规范，而不是因为一个事实。探求一个规范具有效力的理由并非是要回到现实中去，而是要回到由此可以引出这第一个规范的另一个规范。”^[38]不论是成文宪法抑或不成文宪法体系，具有位阶关系的规范体系皆是法治国的规范基础。合宪性推定的正当性也源于宪法在规范体系中作为“最高法”所具有的规范特性。

（一）最高法：法规范体系中的宪法

由于宪法在整个规范体系中位阶最高，从位阶效力的角度看，下位法在规范内容上必须符合上位法，否则便可对其进行审查而宣布其无效。也就是说，宪法规范对于整个规范具有统领效用，即低位阶的规范须以最高位阶的宪法规范为依据。从价值实现来说，低位阶的规范是宪法规范的具体化，进而实现人民在宪法中所宣示的价值。宪法规范的变动，会波及整个规范体系的变动。基于维护法律规范体系的相对稳定性和可预测性，宪法规范为最高法，其规范稳定性相对于其他低位阶的规范，应最强。

法规范必须被适用，否则便形同虚设，这是法治的应然要求。但是宪法规范的适用，由于其规范位阶的最高性则要求其最高程度的规范稳定性，在适用方法上区别于低位阶的规范。合宪性推定方法，在规范上的正当性，很大程度上便是建立在宪法规范的稳定性要求之上。由合宪性推定的内容可知，在对法律等规范进行合宪性审查时，首先在逻辑上推定被审查的法律等规范符合宪法，除非有证据能明显证明被审查的法律等规范违反了宪法。既然推定被审查的规范合乎宪法，当然在很大程度上避开对宪法规范进行解释和直接适用的可能性，从而在规范上保持宪法规范的稳定性，进而利于维护整个法规范体系的稳定性。如果采取违宪推定，从结果取向来看，将降低宪法案件的启动门槛，而宪法审查机关在进行审查的过程中，基于司法权的特性而须对案件进行处理，此将易于导致大量的宪法解释或宪法判例，从而容易导致整个法规范体系的动荡，背离法治的规范要求。^[39]从美国、德国等宪法实践的经验来看，每一次解释性宪法判例或最高

[37] 对于宪法规范位阶的最高性依据，学术界具有不同的观点。日本学者山下威士在探讨决定最高性规范的方法时提出了三个指标，即规范内容的正确性、决定其正确的某种“力”的存在、构成至上性的内容符合上位规范的要求。也有学者认为，至上性是人类在历史发展过程中不断探索与总结的经验的一种升华，是由大量的客观性因素组成的，实际上是一种客观的选择。还有学者认为，宪法优位性的思想基础是自然法的理念，实定法与自然法的价值关系是构成宪法优于普通法的理论依据。自然法的理念经过社会的变迁，逐步变为一种确定法的秩序层次性的理论与现实制度，形成了基本法的内容。参见韩大元：《论宪法规范的至上性》，《法学评论》1999年第3期。

[38] See Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 111.

[39] 以上宪法在规范上独特的稳定性要求，其实也自然衍生出了宪法实践中的“回避宪法”方法。See Lisa A. Kloppenberg, *Does Avoiding Constitutional Questions Promote Judicial Independence?*, 56 Case W. Res. L. Rev. 1031 (2006).

法院（宪法法院）对于宪法规范的解释，都会影响到社会规范的各个方面。从美国宪政的发展史看，其毋宁是一部最高法院宪法判决的历史。

（二）禁止向一般条款逃逸：方法论的应用〔40〕

“禁止向一般条款逃逸”是法学方法论上的一个重要方法，意指关于某一案型法律本有具体规定，而适用该具体规定与法律原则均能获得同一结论时，应适用该具体规定而不适用相对抽象的法律原则。如在民法上，“法院于处理民事案件时，应严谨的遵守如下原则：先以低层次之个别制度作为出发点，须穷尽其解释及类推适用上之能事仍不足解决时，始宜诉诸‘帝王条款’之诚实信用原则。”〔41〕“禁止向一般条款逃逸”原则的意义在于：

首先，如果不适用具体法律规范，将导致法律权威的降低，因为此时的具体法律条文将被虚置，成为没有生命力的“规范摆设”，其效果等同于“无规范可依”。法官直接适用抽象性规范，毋宁是法官在进行“造法”，在很大程度上会侵涉到立法者所扮演的立法角色，将在根本上削弱立法权的立法规制功能。

其次，更重要的是，对适用法律具体规定的情形，法官的价值判断过程比较清楚，依据规则制定者意思探究，容易判定其结论妥当与否，而直接适用抽象程度更高的条款，其价值判断过程暧昧不明，其结论妥当与否不易判断，〔42〕容易使得法官陷入方法争论上的漩涡，无法在根本上平息社会纠纷，很大程度上会影响司法权威。

在法规范的适用上首先应当诉求于具体规范，这也是由司法过程的法律推理所决定的。演绎推理的经典三段论模式为：（A）在任何情况下，如果 p 那么 q；（B）在本案中因为 p；（C）所以在本案中 q。对于演绎推理的一个必要前提是作为大前提的（A）必须明确具体，这样才可能使得演绎推理成为可能。当然这里主要是从规范的角度对大前提进行要求，并不论及大前提的经验真实性等。基于法律推定的逻辑要求，法律显然有必要制定某些规则，告诉在出现法律纠纷时应该如何处理相互之间的关系，以确定一个特殊的法律规则是否会产生“法律后果” q。尼尔·麦考密克说：“所有的法律规则，无论是体现于成文法的还是体现于先例的，都意味着，在确定了特定的事实和情势时总可以找到某个特定的法律后果，通过这种形式，就可以对法律进行重塑，而不必对法律规则直接进行修改。”〔43〕其实，方法论的展开一定程度上都是为了寻求规则的具体适用性，不管是规范自身已经提供了，还是通过解释等其他方法来寻求。当然，“一个显而易见的事实是，并不是所有的法律规则，即使是那些‘用确定的语言表述’的规则，也不可能对于每一个具体问题都能给出精确的结论。涉及一些极富争议或者发人深省的诉讼时，人们还可能发现，几乎任何规则都模棱两可，含混不清。由于法律规范都使用语言来表述，所以它们（如哈特指出的那样）一方面在含义上具有开放性，另一方面当结合上下文考察时又显得模棱两可。”〔44〕在此，麦考密克的语义学分析蕴含了一个方法论命题：优先适用具体清晰的规范，而寻找方法去解决模糊的规范适用问题，进而在规范适用的逻辑顺序上，优先适用相对具体的规范，虽然在开放性上不排除利用其他方法的可能性。

宪法规范在整个规范体系中具有位阶上的最高性，也决定了其在整体上相对于低位阶规范的

〔40〕 参见胡锦涛、王书成：《论穷尽法律救济原则之存在逻辑》，《中州学刊》2008年第1期。

〔41〕 参见王泽鉴：《民法学说与判解研究》第5册，第256页。转引自梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社2000年版，第306页。

〔42〕 参见常鹏翱：《“找法”与“造法”的方法——装修他人房屋案件的法律适用》，《法学与实践》2006年第5期。

〔43〕 参见〔英〕尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，第42页。

〔44〕 同上书，第62页。

抽象性。普通法律，如民法等，其规范向度在整体上具有直接的司法适用性，而宪法规范由于其抽象性在整体上并不具有普通低位阶规范的可以直接司法适用的规范向度，无法如普通法律那样去满足“三段论”适用过程中的规范“大前提”。所以，虽然宪法规范的内容涉及国家、公民和社会的各个方面，但是在适用方法上并不要求宪法规范对所有涉及的社会领域都进行司法上的直接适用。如果频繁地解释、适用宪法反而会违背了宪法规范的功能定位，违背宪法作为最高法的规范本性。

合宪性推定方法，在尊重宪法规范内容的前提下，很大程度上回避了对于宪法规范进行直接的司法适用，这在逻辑上与宪法规范的抽象性向度相一致。对于合宪性推定的排除情形，即明显违反了宪法的情形，此时则已经属于宪法规范向度可以调整的范围，即对于明显违反了宪法的情形，其已可通过宪法规范判断其违宪性。

（三）功能定位：与穷尽原则（Exhaustion Doctrine）之契合

穷尽救济原则存在于公法领域。在行政法领域，所谓穷尽行政救济原则意指只有在利用完行政救济的手段以后，才能诉求于法律手段来寻求救济。该原则主要立足于行政权功能发挥的独立自主性，也即行政权在行使过程中具有自身独立的意思表示能力，并且在此范围内不受其他国家权力的干涉。穷尽行政救济原则很大程度上便是尊重行政权，以使其有效发挥功能并作用于社会。虽然司法权可以通过司法审查在一定程度上制约行政权，防止其腐化，但是司法权在法治架构下也具有一定的界限，而不能侵涉行政权的功能发挥。如果排斥穷尽行政救济原则的适用，则在方法论上便给司法权过渡干涉行政权进而影响行政权功能的有效发挥留下了大片空间。^[45]

宪法上的穷尽法律救济原则与成熟性原则的内在原理与穷尽行政救济的原则相通。^[46] 穷尽法律救济原则要求，欲寻求宪法救济，应先穷尽完法律救济的手段。因为在法规范体系中，作为最高法的宪法与低位阶的普通法律具有不同的法治功能定位。如果排除穷尽法律救济原则，对于个案纠纷直接诉求于宪法，则将使得低位阶的规范至于虚置状态，而使其丧失了其本来应该发挥的纠纷解决功能。因此，在规范体系中，规范位阶的层级是由宪法向下至法律，但在救济的过程中对于规范的司法适用则是由法律规范穷尽上升至宪法。

合宪性推定也是根基于规范体系中宪法与法律规范功能的不同，与穷尽救济原则的逻辑相契合，有助于宪法与法律各自功能的发挥。首先，宪法审查机关在对立法行为是否合乎宪法进行审查时，在逻辑上先推定立法行为合乎宪法，是一种对立法权功能的尊重，有利于立法权功能的充分发挥。从穷尽行政救济原则可知，行政权具有自身的专业知识及特殊技能，立法权也是如此，具有自身的专业性技能及自主裁量性，如果合宪性审查过早介入立法程序，会影响立法权功能的发挥。其次，合宪性推定的逻辑符合规范体系中宪法和法律的功能序列。合宪性推定和穷尽救济原则逻辑相通，在逻辑上先避开适用宪法，体现了优先适用低位阶法律来解决纠纷，并尊重低位

[45] 行政法成熟性原则的逻辑也与此相通，立足于现代法治国内权力在功能上的专业性分工，保障行政权的独立自主性。成熟原则是指行政程序必须发展到适宜由法院处理的阶段，即已经达到成熟的程序，才能允许进行司法审查。成熟原则存在的基本理由有两个方面：第一，避免法院过早地进行裁判，陷入抽象的行政策略争论；第二，保护行政机关在最后决定作出之前，以及行政行为对当事人发生具体影响以前，不受法院干涉。参见王名扬：《美国行政法》下册，中国法制出版社1995年版，第642页以下。

[46] 美国宪法学者却伯（Tribe）指出，“在一些案件中，诸多问题在宪法上的成熟性判断须依靠穷尽完其他的法律救济之后，具体案件争论性仍然存在，而不仅仅是穷尽救济之前一些潜在事实的进展。比如诉讼当事人宣称一个政府行为已经由于没有正当补偿而产生了违宪性争论，诉讼当事人一般情形下必须穷尽所有可能获得补偿的手段之后，才会涉及这个争议被认为是在宪法上成熟的。” See Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3rd ed., Volume one, New York: Foundation Press, 2000, p. 337.

阶规范功能发挥的逻辑。这既符合法律规范功能的定位,也符合宪法规范功能的定位。

三、理性选择正当性:作为经济人的法官

在对法律问题进行分析时,波斯纳指出:“不能把法院系统视为一帮子圣洁的天才加英雄,他们并不神奇,不会不受自我利益的牵引。”^[47]美国法经济学家罗伯特·考特(Robert Cooter)等也指出,法律方法和经济方法虽有差异,但常常会得出相同的结论,不同的是,法学家着重于公正,经济学家强调效率。^[48]

(一) 合宪性推定的经济分析

经济学上的凯罗德·希克斯模型告诉我们,^[49]在进行经济考量时,不可能顾及所有的利益,很多时候都要牺牲一部分利益来达到效用最大化。这在法院进行裁判活动的过程中表现得尤为明显。在存在多方案当事人的情况下,判决的作出往往只能满足部分胜诉当事人的利益诉求,而将使另一部分败诉当事人的利益诉求无法得到满足。合宪性推定也具有经济分析上的合理性。

首先,合宪性推定原则可以节约立法成本。现代法治国家,立法成为规则的主要渊源。然而立法并非一蹴而就,其需要经过严格的程序。从经济学的角度考虑,立法也将耗费大量的成本,其中包括:在立法之前的准备阶段,因规划设计、组织起草、讨论拟订等活动而发生的一切费用,包括由国家支付的和由社会有关主体支付的等费用。从合宪性推定原则的逻辑可以看出,对于立法首先在逻辑上推定其合乎宪法,有利于立法的稳定,也可节约立法成本,因为宣布一项法律违宪将会使得该法律从起草到最后通过的大部分成本付出归于“零收益”。对立法进行违宪判决,很大程度上将导致立法投入成本的巨大耗费。当然这并非意味着一切立法都要进行合宪性判决,因为合宪性推定原则也有其界限。如果立法所带来的效用不符合经济学上的成本效益法则,当然也要通过法律机制来终止该立法行为。

其次,合宪性推定原则符合权力分立的经济逻辑。以权力分立为基础而形成的权力间的制约和制衡是现代法治国家的结构性特点。合宪性推定原则也是建立在权力分立原则的基础之上。从功能主义的角度来看,权力分立只是一种手段,其目的是保证各个国家权力功能的充分发挥,保障人权。波斯纳从经济学的角度指出,“分权可能通过更全面地利用分工来降低而非提高政府成本。如果联邦法官以政治家的兴趣而工作,那就很难吸引有能力的人去谋求联邦法官的职位;法律也不会像现在这样稳定,因为它可能随政治意志而变化;而国会也会发现很难与利益集团达成交易。同样,如果国会授权行使行政权力则会显示其执行政策的无能;而如果行政部门授权进行立法时则会缺乏国会的审议能力和特别强的政治敏感性,这些是非常有价值的立法资源。将其政治偏好包含到法律中去而进行立法的法官,或告诉行政部门的有关机构向何处配置资源而篡夺行政特权的法官,都忘记了其分权的优势。”^[50]从波斯纳的分析可以看出,法治国家的分权原则在本质上符合经济法则,可以节约成本而提高国家权力在社会中的经济效用。

合宪性推定原则所反映的建立在功能分权原则上的司法权对立法权的尊重,也符合经济法则。由于司法权在理论上不能很好地掌握立法权的运作原理,所以推定其合宪而对其予以尊重,

[47] 参见 [美] 理查德·A·波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第128页。

[48] 同上书,译序第3页。

[49] 按照凯罗德·希克斯理论,如果那些从社会资源再分配中获利的人获得的利益足够补偿那些从中亏损的人的利益,那么社会资源的再分配则是有效益的,虽然并没有要求产生实际的补偿。

[50] 参见 [美] 理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第810页以下。

既可保证司法权不会因为介入政治事务而加大成本，也有利于保证立法权的运作效率。否则，如果对于立法在逻辑上推定其违宪，则立法权即使对于自身专业领域的行为，也要证明其合宪性，降低了立法的效能。

再次，合宪性推定原则可以减少政治风险，减低法官自身的负面效益。由于宪法审查涉及国家权力，因此必定会有政治因素缠绕于法官的审查过程之中。法官如果处理不好，将会给自身带来政治上的负面效应，比如因为审判上的政治权重而导致被免职、丧失声誉等等。^[51] 合宪性推定原则在司法实践中，很大程度上也是与法官自身利益的经济考量准则相一致的。如波斯纳所言，“适用宪法的美国联邦最高法院决定的案件一般都要比上诉法院决定的案件（哪怕是同样的案件）更为敏感，更多争议。因此我们可以预料，为了减少工作中的激励争论，大法官们会很善于运用某些回避决策的原则，诸如，不切实际、未成熟、政治问题以及不存在真实案件或争议等，很善于运用因他们实际享有的裁量性管辖而产生的选择权，以此来回避许多疑难或争议案件。当然，活得更轻松一些，这并不是联邦最高法院大法官或其他法官的唯一动机，但是动机之一。”^[52] 当然，并不排除极少数很勇敢的伟大的法官，可以毫无顾忌地审判的情形。但是大多数案件都是由普通法官来进行审理的，而不是由极少数伟大的法官来进行裁判的。对此，波斯纳持相同的论调而把法官当成普通的人来处理。“法官也可以成为经济学分析的对象；因为经济学家没有关于天才的好理论。”^[53] 合宪性推定，很大程度上可以减少政治风险，符合法官作为“理性经济人”的选择法则。

最后，合宪性推定原则可以控制宪法案件的数量、减少诉讼成本。从经济学的角度分析，违宪推定将会导致宪法诉讼案件数量的增加，加重宪法审查机构的受理等成本。美国诉讼案件一度急速增长某种程度上与对宪法进行广泛而直接的适用是分不开的。针对美国 20 世纪 60 年代后诉讼案件曾出现增长上的爆炸趋势，波斯纳认为，其主要原因之一是“联邦最高法院对于宪法权利解释的扩张。此种扩张肇始于 20 世纪 50 年代，1962 年亚瑟·戈德伯格（Arthur Goldberg）取代菲力克斯·弗兰克福特（Felix Frankfurter）成为最高法院大法官之后，此种扩张加速了，尼克松总统任命的最高法院大法官上任之后，此种扩张才轻微放慢，而只有到了里根和布什总统任命的大法官使最高法院的意识形态特性发生了重大改变之后，此种扩张才停止”。^[54] 联邦最高法院通过宽泛地解释权利法案、正当程序条款以及平等保护等方式来对宪法进行扩张性解释，使得公民的宪法诉愿范围增加，提高公民宪法诉愿的积极性，从而导致宪法案件数量的增加。以此为鉴，如果对宪法案件采取违宪推定的逻辑，则将使公民置于有利地位，提高公民宪法诉愿的积极性，使得宪法诉讼的数量增加，加重司法机关的诉讼负担。而数量庞杂的宪法诉讼，并非法治国家的应然状态，因为宪法的实施并非以宪法诉讼的数量为标准，很多时候可能恰恰相反。

从宪法方法的角度来看，合宪性推定原则的逻辑是推定除明显违宪情形下的制定法合乎宪

[51] 如从我国河南发生的李慧娟案件便可窥见审判的政治性可能给法官带来的负面经济效应。2003 年 5 月 27 日，河南省洛阳市中级人民法院法官李慧娟对一起种子纠纷案件进行审理后在判决书中写到：“《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规，其与《种子法》相冲突的条款自然无效……”。此判决一出，便激起了河南省人民代表大会常务委员会的强烈反应。河南省人大常委会认为这样的表述“其实质是对省人大常委会通过的地方性法规的违法审查，违背了我国人民代表大会制度，是严重违法行为”。接着便要求河南省高级人民法院对洛阳市中级人民法院的“严重违法行为作出认真、严肃的处理，对直接责任人和主管领导依法作出处理”。洛阳市中院党组根据要求便作出决定，撤销判决书签发人民事庭赵广云的副庭长职务和李慧娟的审判长职务，免去李慧娟的助理审判员。

[52] 参见前引 [47]，波斯纳书，第 167 页。

[53] 同上书，第 128 页。

[54] 参见 [美] 理查德·A·波斯纳：《联邦法院：挑战与改革》，邓海平译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 106 页。

法。与合宪性推定原则的逻辑相比，违宪推定则要求法院对于违宪案件进行违宪的说理论证，从而使其在论证过程中容易扩大对宪法的解释。因此，合宪性推定原则在降低诉讼案件数量、减少诉讼成本方面符合经济效用法则。

目前合宪性推定原则已经成为美国、日本、德国等司法判例实践中适用的重要方法。在遵循先例的制度约束下，经济学的视角也可以进一步证成其存在的合理性。如波斯纳所言，如果下层法院蔑视先例，就会受到批评，这对任何关心自身声誉的法官来说都是一种成本，尽管对于这位法官来说，这种成本完全可能低于他从按自己心愿向改变政策中所获得的收益。然而，后辈法官再蔑视这个先例时，就会因两个理由而不会受到批评，或受到的批评较少，一是后辈法官蔑视先例有了辩解，是要纠正和惩罚先辈的错误行为，二是因为他们有一个不遵循先例的先例。对受批评者来说，有人批评自己是一种成本，因此，前辈法官蔑视先例会减少对后辈蔑视先例的批评，还会增加前辈法官创造的先例本身被蔑视的可能性。因此，前辈法官本人蔑视先例会带来一种未来的损失；由于他们了解了这一点，因此他们也就比在其他情况下有更大的激励不蔑视先例。^[55]因而，在遵循先例制度下，合宪性推定方法有制度性扩展的效果。

（二）合宪性推定界限的经济分析

虽然合宪性推定原则已经成为诸多法治国遵循的先例，但是遵循先例只是原则，也存在例外。虽然合宪性推定原则自身从经济学的视角可以找到其正当性，以及在遵循先例制度下具有旺盛的生命力，但是如果存在明显的违宪事实，则此时不能再适用合宪性推定原则，而须适用违宪推定。从经济学的角度来看，适用违宪推定而排除合宪性推定是以上所分析的利益权重低于其他利益，比如法官作为一个职业共同体也有着自身的利益底限，当存在明显违宪的事实时如果仍然推定合宪，则可能危及法官个人的声誉甚至法院共同体的利益。如有学者指出的，“由于法官习惯于在两者之间裁决，他可以在两个组织、两种原则和两个法之间进行裁决，所以他可以充任公共选择中未到场的人（外国人、下一代人或大自然）的利益的捍卫者，也自然可以充任宪法的捍卫者；由于他属于一个收入丰厚的产业，并且他在较大利益集团（如本国人、这一代人或全人类）中的利益甚微，他可以在裁决中采取非常超脱的态度；但是这种产业只有以‘公正’为旗帜才能真正生存下来，因而法官们有着看似与自己利益无关的追求正义的传统，这一传统可以补救公共选择过程中多数主义或搭便车的错误。”^[56]

因此，追求公正也是法官职业得以维系的成本付出，如果不能在追求公正上付出，而导致法院的公信力丧失，则法官基于法官职业的根本利益将会受到影响。在美国著名的 *Dred Scott v. Sandford* 案中，^[57] 大法官坦尼判决斯科特败诉，也就是黑人不享有与白人同样的权利。坦尼认为，非洲籍美国人是一个具有隶属性且劣等的种族，他们已经被主导型的白人种族所征服，故而没有权利或特权，除非那些掌权者或政府选择授予他们。由于坦尼的判决明显违背了正义原则，带来了巨大的负面外部效应。此案一方面使得法院的名誉扫地，同时坦尼的自身利益也是受到了巨大损伤。由此可以看出，合宪性推定原则绝对不可以教条地“万能化”。在存在明显违宪事实的情况下，多数法官会基于各种利益的考量而排除适用合宪性推定原则。

“在历史上，亚当·斯密时代的英国，当时的法院可以收取手续费，各法院为招揽更多的‘生意’而努力做到更有效率和更公正。以致亚当·斯密总结说：英国今日的法院制度，是值得

[55] 前引 [47]，波斯纳书，第 140 页。

[56] 参见盛洪：《法官裁决和公共选择》，载盛洪主编：《现代制度经济学》下卷，北京大学出版社 2003 年版，第 185 页。

[57] See *Dred Scott v. Sandford*, 60 U. S. 393 (1857).

赞赏的，但若探其究竟，恐怕在很大程度上归因于往昔各法院法官之间的相互竞争。”^{〔58〕}法官作为理性的人在作出裁判行为时离不开经济上的考量，虽然这种考量可能是在无意识间进行的。

总之，虽然合宪性推定方法看似宪法实践中一“雕虫小技”，但是其在美国起源后，被诸多宪政国家陆续采用并一直沿用至今，其背后蕴含着深厚的正当性基础。我国宪法体制中的诸多权力功能分工等原理，都有与之相通与可借鉴之处。未能有效确立宪法审查制度，很大程度上是与目前没有形成符合本土现实的原理性宪法方法分不开的。因而，当下的重点应该是探究原理性的宪法方法论体系，进而才能构建符合中国本土的宪法审查制度。

Abstract: As a constitutional review method, presumption of constitutionality means that, in the course of constitutional review, legislation is presumed to be constitutional, except that there are obvious facts to prove it unconstitutional. It was originated in US, and then extended to Germany, Japan, Australia and many other countries. It plays a significant role in the rule of law. Chinese lack enough awareness of the method of constitutional presumption, which has negative influence on the effective operation of constitutional review system in some extent. To study the justification of this presumption can provide us with valuable experiences in methodology for our constitutional review system.

Presumption of constitutionality fits in with the requirement of protecting human rights. Constitutionalism is the balance between power and right. The structure of checks and balances among state powers under constitutionalism is an institutional protection of human rights. Presumption of constitutionality gives respect to legislative power, so that it can exert its positive functions effectively. In the background of modern welfare state, the purpose of respect to powers is to exert the protective functions of state powers, and is in end to protect human rights.

The justification of presumption of constitutionality comes also from the supreme position of constitutional law in the norm system. The supreme position requires the constitutional law to be more stable than other lower norms, and presumption of constitutionality contributes to safeguard its stableness. The supreme position also decides that the constitutional law is more abstract than other lower norms. Presumption of constitutionality can avoid the direct application of constitutional law in a great extent, thus conforms to its abstractness. Constitutional law and other norms of law have different functions, and presumption of constitutionality is benefit for them to exert their respective functions.

Presumption of constitutionality also has reasonableness according to economic analysis. It saves legislative costs, conforms to the economic logic of separation of powers, reduces the political risk of judges, and controls the number of constitutional cases to reduce litigant costs. The justification of presumption of constitutionality reflects both political and legal characteristics of constitutional law.

Key Words: presumption of constitutionality, constitutional review, constitutional method

〔58〕 参见盛洪：《法官裁决与公共选择》，载盛洪：《治大国若烹小鲜——关于政府的制度经济学》，上海三联书店2003年版。