

论宪法与国际法的互动

王德志^{*}

内容提要 在全球化和区域一体化的进程中,宪法与国际法的相互作用和相互影响,成为法学发展的显著特征,出现了宪法概念从宪法学向国际法学的移植,宪法为国际法的发展提供了方法论的启发和灵感,形成了国际法宪法化的解释和建构思路,使宪法理念融入国际法制建构,为宪法学参与全球治理的法制建设打开了大门。国际法特别是国际人权法推动了宪法权利法案的制定和权利清单的完善,国际法及其判例成为国内宪法裁判的解释性资源,在宪法判决中得到援引和使用。在欧洲一体化进程中,还形成了基本权利保护的宪法与国际法双层架构,出现“合宪性审查”与“合公约性审查”并存与竞争的局面。

关键词 基本权利保障 合宪性审查 合公约性审查 国际法宪法化

一、宪法理念融入国际法治建构

在全球化和区域一体化的进程中,各国的法律之间以及国内法与国际法之间是相互渗透和相互影响的,其中,宪法与国际法的相互作用和相互影响成为法学学科发展的显著特征。“二战”以来,宪法为《联合国宪章》《世界人权宣言》等重要国际法文件的制定提供了启发和参考,并通过国际法宪法化建构的路径融入国际法制建构。例如,《联合国宪章》的序言开宗明义:“我联合国人民同兹决心,欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸,……议定本联合国宪章,并设立国际组织,定名联合国。”宪章以“人民”的名义立法,这种表述形式与美国宪法的序言如出一辙,《美利坚合众国宪法》序言写到:“我们合众国人民,为了建立一个更完善的联邦,……特制定美利坚合众国宪法。”这并不是一个无缘的巧合,从《联合国宪章》立法史料看,其“序言的第一句‘我联合国人民’是根据美国代表吉特斯立夫的提案通过的,她只是照‘美国宪法’序言略微修改了一下。”^①根据前苏联学者的研究,国内宪法还影响到《联合国宪章》的宗旨、创始会员国地位的确立等问题,他们认为:“斯大林宪法”对《联合国宪章》的第一条所用词汇的

^{*} 山东大学法学院教授,博士生导师。本文系国家社科基金项目“宪法与国际法关系研究”(项目批准号:18BFX034)的阶段性成果。

^① [苏联]C. B. 克里洛夫:《联合国史料》,张瑞祥等译,中国人民大学出版社1955年版,第93页。

影响是很明显的,该条款是以苏联代表团的修正案为基础的。在《联合国宪章》的制定会议上,苏联代表团还以其宪法为依据,论证了乌克兰和白俄罗斯的创始会员国地位。^②同样,宪法也是《世界人权宣言》起草的基础性资料,在《世界人权宣言》的起草过程中,秘书处汇编的“世界各国的宪法”是人权委员会的主要参考文献,许多国家提交了他们的宪法和其他一些国内立法,供起草委员会参考。^③从《世界人权宣言》的起草过程看,其中的社会、经济和文化权利主要来于国内宪法的三个方面:其一是苏联宪法,“在联合国人权委员会第一次会议上,苏联把其 1936 年宪法的主要观点加以阐述,要求《世界人权宣言》应该写入人民的经济社会和文化权利”。^④其二,到 20 世纪 40 年代后期,社会保障在联合国会员国中已经变得很普遍,尤其是北欧国家,“这些国家中超过 60% 的国家提交给秘书处的宪法摘要,提到了秘书处文本专门规定的对失业、事故、残疾、疾病和衰老的保障”。^⑤其三,《世界人权宣言》第 27 条规定的文化权利,是以智利向美洲国家法律委员会提交的建议为基础的,在人权委员会的讨论过程中,还收到沙特阿拉伯、玻利维亚、巴西、乌拉圭、南斯拉夫宪法中有关文化权利的条文文本。^⑥

在国际法发展的历程中,宪法的最显著影响是为国际法的发展提供了方法论的启发和灵感,从而形成了国际法宪法化建构的发展思路,出现了“国际法宪法化”的法律现象。关于国际法解释方法,被广泛运用的“默示权力”或“暗含权力”理论,就是从宪法学理论中移植而来的。所谓国际组织的暗含权力,是指“组织构成文件或类似条约规定的明示权力以外而为实施组织宗旨与职能所必需的权力,也是行使明示权力所必需的或至关重要的权力。”^⑦该理论广泛运用于《联合国宪章》、国际贸易法、WTO 组织法、欧盟法的解释,起到了扩大国际组织权限的作用,使国际法不断适应着复杂变幻的局势。而“默示权力论”发源于美国联邦最高法院的麦卡洛克诉马里兰州案,是目的论方法运用于宪法解释的产物,其在国际法中的初步实践,则是 1949 年国际法院在赔偿案中的咨询意见。国际法学者认为,美国联邦最高法院的麦卡洛克案与国际法院的赔偿案件,对于宪法解释和发展具有相似性,解释方法在宪法建构中从原始意图到非解释主义,在条约法中从严格的文本主义到出现的目的论方法,是一个连续的过程。^⑧

国际法学者还把国际组织的创始条约作为“宪法”来解读,把宪法标准作为这些国际法部门发展和完善的方向,提出了“国际共同体宪法”“世界贸易组织宪法”等新构

② 参见前引①,克里洛夫书,第 78、83、99 页。

③ 提交的宪法有 5 个欧洲国家(法国、冰岛、波兰、苏联、南斯拉夫),13 个拉丁美洲国家(玻利维亚、巴西、哥斯达黎加、古巴、墨西哥、尼加拉瓜、巴拿马、巴拉圭、多米尼加共和国、厄瓜多尔、危地马拉、洪都拉斯、乌拉圭),以及中国。参见[瑞典]格德门德尔·阿尔弗雷德松、阿斯布佐恩·艾德:《〈世界人权宣言〉——努力实现共同标准》,中国人权研究会组织翻译,四川人民出版社 2000 年版,第 471 页。

④ 李世安:《美国与〈世界人权宣言〉》,载《武汉大学学报》(社会科学版)2001 年第 4 期。

⑤ 前引③,格德门德尔·阿尔弗雷德松、阿斯布佐恩·艾德书,第 473 页。

⑥ 参见前引③,格德门德尔·阿尔弗雷德松、阿斯布佐恩·艾德书,第 594 页。

⑦ 饶戈平、蔡文海:《国际组织暗含权力问题初探》,载《中国法学》1993 年第 4 期。

⑧ See Blaine Sloan, *The United Nations Charter as a Constitution*, 1 Pace Y.B. Int'l L., 61-123 (1989).

想,从而在国际法学界掀起了一股“全球宪政”的研究热潮,在国际法下产生了“国际宪法”这一新领域。^⑨国际法的宪法化解读涉及《联合国宪章》、国际贸易法、欧盟法、国际人权公约等诸多领域,首先是《联合国宪章》的宪法化。国际法学者认为,《联合国宪章》具有“宪法品质”,在最近几十年的运行中,其“宪法性倾向”逐渐确立和强化。它作为一个国际组织的“组成条约”,建立了常设机构并规定了他们的运作规则,宣告了国际社会的基本法律原则,提供了当今国际法的宪法框架,这一文件应当被当作“国际共同体的宪法”,以便与其他条约区分开来,彰显其在战后国际法中的重要性。^⑩

其次,WTO 协议宪法化。国际法学者认为,WTO 协议将“立宪主义”的各项基本原则运用到政府的贸易政策上,将传统上属于各国国内问题的对外贸易政策“宪法化”,一方面更好地保护了个人的贸易自由,另一方面规范和控制着国家贸易管制权力,发挥着世界贸易宪法的作用。最具有代表性的是 E.-U.彼德斯曼的观点,他认为:“关贸总协定有时候便被称为多边贸易体系的‘宪法’,因为关贸总协定是在国内贸易壁垒的自由化、各国国内贸易法律和政策的协调、国际贸易争端的和平解决等方面具有可无限期持续的一些一般性规则的唯一一部世界范围的协定。……发挥着重要的‘国内宪法功能’,并且提供了一种途径,用于把各国政府的广泛任意决定性贸易政策权力予以‘宪法化’”。^⑪

再次,欧盟基础条约的宪法化。从欧洲经济共同体到欧洲联盟,欧洲一体化的法治进程呈现出欧盟法宪法化的特点,在宪法化的框架下,不断完善由欧洲议会、欧盟委员会、欧洲法院等机构所构成的欧洲治理架构,以经济一体化为开端,不断融入防务、司法、外交、金融、权利保障等新功能,构建欧洲公民身份并赋予其选举权利,充分展现了宪法在超国家共同体建构中的作用。国际法学者指出,宪法化已成为欧盟研究的热门词汇,在学术文献和政治评论中提到宪法化的情况不断增加,宪法化通常被用来描述欧洲法律一体化的过程,欧盟宪法化深刻地影响了欧盟的法律制度和欧盟各成员国的法律制度,欧盟法优先效力(supremacy)原则和直接效力(direct effect)原则以及司法审查制度的确立在很大程度上国家化了共同体义务,并在共同体层面引入了服从习惯和对法治的尊重。^⑫

最后,国际人权法宪法化,包括国际人权公约的宪法化和区际人权公约的宪法化。国际法学者认为,国际人权体系自身已经成为一种宪法,从而形成了保护基本权利的国内和国际两个宪法体系,人权体系自身可以被描述为一种宪法化的国际法制度。被称为“国际权利法案”的《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会

⑨ 参见王秀梅:《国际宪政思潮的兴起与国际法“宪法化”趋势》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2011年第2期。

⑩ See Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, 36 Colum. J. Transnat'l L. 529-616 (1998).

⑪ [德]E.-U.彼德斯曼:《国际经济法的宪法功能与宪法问题》,何志鹏、孙璐、王彦志译,高等教育出版社2004年版,第295-297页。

⑫ See Berthold Rittberger and Frank Schimmelfennig, *The Constitutionalization of the European Union*, Routledge, 2007, p.2.

及文化权利国际公约》与国内权利法案相比较,从时间上来看,两者都是1945年之后建立的,都是对二战前和二战中人权受到的大规模侵犯作出的及时回应;从整体来看,三大国际人权文件中的人权内容与大多数现代宪法中的权利基本相同。国际人权公约本质和内容上包含固有的宪法属性,其首要功能就是明确政府如何对待其人民的界限,这是一种核心的宪法功能;在至上性方面,人权法的“超实在法的”或者先在的并且独立的规范效力,将人权条约同其他条约区别开来,最重要的人权法中,其核心内容已经具有了强行法的效力和高级法的地位;在稳定性方面,已经获得强行法地位的少数的核心人权实际上是难以修改或废止的。总之,国内权利法案和国际权利法案有着相当多的相似性,这些人权文件至少满足了可以被当做是国际宪法(或类宪法)的某些条件。^⑬

在区际人权公约的宪法化方面,《欧洲人权公约》是走在前列的。国际法学者认为,从定义上来看,成文宪法组成了一个新的法律体系,建立了一个新的权力体系,这一体系受到新的法律体系结构的管理,同时它在这些权力体系内分配权力。如果一项条约建立了一种国际结构和实质标准,以及监控或促进这种标准的程序,那该条约也是宪法意义上的。与宪法的标准相适应,通过第11号议定书,《欧洲人权公约》建立了一种关于宪法司法的体系,这一体系确立了基本权利,同时提供对于这种权利的司法保护,因此《欧洲人权公约》是“宪法性”的,是一个跨欧洲的宪法司法体系,也在各个国家范围内拥有着不同的效力。与此同时,欧洲人权法院也向着一个跨国宪法法院的角色而迈进,它的权力、制定法律的能力以及在法律和政治体系上的影响,都可以同大多数国家的宪法法院相比较。欧洲人权法院拥有“结构上的司法至高性”,这一法院拥有充分的权力去解释公约权利,同时监督《欧洲人权公约》在国家法律体系中的运行情况,实质性地审查所有主要的在缔约国内发生的有关权利的宪法争论,同时也引导国家如何修改它的立法和实践,以此来适应公约的规定。^⑭

国际法学者把宪法作为国际组织法的解释框架和建构方向,从而把宪法的原则和精神如民主原则、公权力制约、基本权利保障、合宪性审查等融入国际法的解释和建构之中,提出了国际法发展的新理念和方案,影响着国际法的理论和实践。在联合国内部治理结构方面,德国著名学者哈贝马斯就主张,为了使《联合国宪章》发挥“世界宪法”的作用,就必须加强其民主性和代表性,“联合国大会的组成,一方面是世界公民的代表,另一方面是来自成员国民主选举之议会的代表;该联合国大会将首先作为立宪会议而召集,随后采用一种永久的形式——在一个致力于专门功能的世界组织之已确定的框架内,作为世界议会,联合国大会将是意见和意志形成之各种过程的场所,这些意见和意志形成过程涉及到全球内政应当参照的跨国正义原则。”^⑮为了监督安理会决议

^⑬ See Stephen Gardbaum, *Human Rights as International Constitutional Rights*, 19(4) EJIL 749-768(2008).

^⑭ See Alec Stone Sweet, *On the Constitutionalisation of the Convention : The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, Faculty Scholarship Series. Paper 71(2009).

^⑮ See Jürgen Habermas, *The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problem of a Constitution for World Society*, 15(4) Constellations. pp.444-455(2008).

和行动的合法性,有学者借鉴宪法学中的违宪审查制度,提出了建立“国际违宪审查制度”的构想,主张由国际法院对安理会决议是否符合《联合国宪章》进行审查,并作出安理会决议合法或者违法以及效力如何的认定。同时主张把宪法学中的违宪审查原则如案件性原则、政治问题不审查原则、安理会决议有效推定原则以及安理会决议合法性解释原则等,移植到安理会的司法审查制度之中。^{①⑥}

国际法宪法化建构的范例则是欧洲联盟的形成与发展,欧洲一体化的推动者把宪法框架作为加强成员国之间深度合作的法律工具,把“欧盟宪法”作为欧盟基础条约的发展方向,运用宪法理念构筑欧盟组织内部的关系,以及欧盟组织与成员国之间的法律关系,使国际组织法的宪法化建构,随着2004年《欧盟宪法条约》的出台而达到一个新高潮。《欧盟宪法条约》(草案)使用了“宪法”的名称,在条文中也使用了“本宪法”(this constitution)的表述方式,把《欧盟基本权利宪章》纳入条约,“这与世界上绝大多数国家的宪法具有极大的相似性”,^{①⑦}被学者们称之为“宪法性条约”和“条约性宪法”。^{①⑧}该条约的起草和批准程序也具有浓郁的宪法特征。从制定程序方面看,宪法条约的起草没有采用国际条约的制定和批准程序,而是采用了类似于国内宪法的“制宪程序”,成立了欧洲未来大会(制宪会议),该制宪会议具有广泛的代表性,并且采用了民主化的工作方式,比如根据不同议题成立工作小组,设立网站刊发大会的辩论意见,搜集成员国公民的建议和评论等。^{①⑨}在宪法条约的批准程序方面,法国、西班牙采用全民公决这种批准宪法生效的方式。《欧盟宪法条约》虽然在2005年法国、荷兰的全民公投中被否决,但是随着2007年的重启谈判,其核心内容被《里斯本条约》所继承。2009年生效的《里斯本条约》与之前的《欧盟宪法条约》保持着相当高的连续性和一致性,被称为“简化版的欧盟宪法条约”。^{②⑩}

二、国际法推动宪法权利保障

国际法对宪法的影响主要体现在对宪法权利保障制度的推动和发展,推动宪法权利法案的制定和权利清单的完善,并且作为一种解释性资源,被运用于宪法解释之中。20世纪80年代以来,各国宪法的制定、修改以及内容框架,越来越多地受到国际因素的影响,国际法在塑造和强化国内宪法的权利规范方面发挥了重要作用,通过接受和吸纳国际人权法来加强国内宪法对于基本权利和自由的保障,成为宪法发展的一个显著特

^{①⑥} 参见熊安邦:《论联合国安理会决议的司法审查》,武汉大学2012年博士学位论文。

^{①⑦} 蔡高强:《欧盟宪法条约对国际法的发展与超越》,载赵海峰主编:《欧盟宪法条约与欧洲法的新发展》,哈尔滨工业大学出版社2008年版,第41页。

^{①⑧} 李济时:《从宪法性条约到条约性宪法——欧盟宪法的进步与局限》,载《当代世界社会主义问题》2005年第4期。

^{①⑨} 参见戴轶:《宪法乎?条约乎?——对〈欧盟宪法条约〉的法理学分析》,载《欧洲研究》2005年第2期。

^{②⑩} 高仰光:《欧盟距离“同一个欧洲”还有多远?德国联邦宪法法院里斯本条约案判决的法律分析》,载《中国人民大学学报》2011年第1期。

征,《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》等国际人权法文件,成为宪法中权利规范创新的重要来源。虽然,将人权公约直接纳入批准国的宪法或法律中并不是履行公约义务的必要方式,但是,许多国家仍然选择了人权法内国化和本地化的路径来履行保障人权的国际义务,把权利保障的国际标准融入到国内中来。具体表现在,许多不成文宪法的国家制定了成文化的“权利法案”,弥补了宪法结构中权利清单的缺失。为了承担《公民权利和政治权利国际公约》的义务,新西兰议会制定了《1990年新西兰权利法案》,完善了新西兰宪法的内容,弥补了《1986年新西兰宪法法案》中权利保障的缺陷。1982年的《加拿大权利与自由宪章》取代了原来法规性质的《人权法案》,成为加拿大宪法的组成部分,使权利法案的规范基础实现了从普通法律到高级法和最高法的转变。该宪章产生的动力虽然不是来自于《公民权利和政治权利国际公约》的履行,但是从宪章草案的提出及其实质性条款来看,显然受到公约的诸多影响,并且,在该宪章的制定过程中,“支持者和批评者的许多论点都是基于该国履行其根据公约承担的国际义务的责任”。^①在英国,为进一步加强《欧洲人权公约》保护的权利和自由之效力,其议会制定了1998年《人权法案》,把公约权利融入到英国宪法之中,成为法定权利的来源,首次在国内法律体系中建立了一个全面的权利法案,而且与其有关的欧洲人权法院判例法必须单独或与其他法律依据一起在国家法院被考虑,对包括法院在内的“公共当局”的行为和决定具有直接适用性,使《欧洲人权公约》在英国具有了“影子宪法”或“代理权利法案”的功能。

通过对人权公约的吸纳和借鉴,丰富宪法的权利条款,成为许多国家基本权利规范发展的立法选择。例如,南美国家的许多现代宪法规定的人权保护条款借鉴自国际上的和区域性的人权条约,主要是《公民权利和政治权利国际公约》和《美洲人权公约》,以试图全面地解决并纠正在南美的军事独裁国家发生的司空见惯且最令人发指的对公民权利和政治权利的侵犯。有学者把南美宪法借鉴人权公约分为两种情况。第一种情况是吸纳了人权条约精神的宪法条款,这些宪法条款是受到了国际人权条约框架的影响,集成了许多核心权利、核心思想,但缺乏实质内容来使其像其他的条款一样充实丰富。第二种情况反映的不仅是公约的精神,同时也包括对于国际人权公约的引用,这些宪法的效仿甚至超过国际条约的范围和广度。国际条约明显渗入国家宪法,作为宪法权利的内容和范围的模型,宪法条款包含大部分的国际公约和美洲公约列举的权利。^②

现代非洲国家宪法中的许多规定,特别是那些承认和保障人权的規定,也受到国际人权法律文件和标准的影响。例如喀麦隆宪法的序言规定“保证忠诚于《世界人权宣言》《联合国宪章》《非洲人权和民族权宪章》以及所有相关的并经正式批准的国际公约中所记载的基本自由”。但是,这并不会使这些法律文件成为国家法律的一部分,它们

^① W.S.Tarnopolsky, *A Comparison Between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the International Covenant on Civil and Political Rights*, 8 Queen's L.J. p.211(1982-1983).

^② See Janet K. Levit, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?* 37 Colum. J. Transnat'l L. 281-355(1998).

也不能在宪法解释中单独使用。与之不同的是,贝宁宪法的序言中引用了这些国际法文件,并且说明这些国际法文件的规定“是本宪法和贝宁法律的一个组成部分”,第40条规定国家有义务向公民讲授宪法、《世界人权宣言》《非洲人权和民族权宪章》和《非洲人权和民族权宪章》附于贝宁宪法的附录部分。

除了宪法制定和修改的路径,国际法还通过宪法解释的方式影响着权利规范的运行,作为一种解释性资源丰富着宪法规范的内涵。许多国家在宪法审判和宪法解释的说理过程中,广泛引用国际公约或者国际法院判例等国际法资料,把这些资料作为“有拘束力的权威”或者“有说服力的权威”,用以形成或者加强判决书的观点。从宪法对国内法院是否有援引授权的角度看,国内宪法判决引用国际法资料可以分为三种类型。

其一,宪法明确要求国内法院在解释宪法基本权利规范或者权利法案时,通常使用国际法,特别情况使用国际人权法。如《葡萄牙共和国宪法》第16条第1款规定:“宪法和法律中有关基本权利的规定,应依照《世界人权宣言》进行解释和理解。”南非共和国宪法第39条规定:“在解释权利法案时,法院、法庭(1)应当促进强调基于人格尊严、平等与自由的开放与民主社会的价值观;(2)应当考虑国际法;并且(3)可以考虑外国法。”

其二,虽然没有明确的宪法授权,还是出现了法官使用国际条约解释宪法条款的情况。许多加拿大最高法院的判决,都有意识地使用国际人权条约来解释加拿大的人权宪章,在解释宪法时,尽可能地符合国家的国际义务,这种国际人权义务,不仅包括宪章保障的权利内容的解释,还包括解释的构成和实质性目标,即可以在这些权利上确定的限制性条件,以此作为协调宪法与国际人权公约关系的解释性规则。^{②③} 有一些宪法对国际合作抱以积极态度,例如战后联邦德国的宪法,要求德国宪法法院坚持“向国际保持开放”的原则,尽管德国法院本身就是极具影响力的,但是它在解释宪法权利时,仍然把《欧洲人权公约》中所规定的原则列入考虑范围之内,至少在不减损对于权利保护的水平的程度。^{②④}

其三,美国、澳大利亚、以色列等国家,对于许可解释宪法时采用国际条约的做法是相当有争议的。例如,在美国,国际人权条约方面只有极少的批准记录,至今仍然拒绝批准核心国际人权公约,联邦地方法院裁定《联合国宪章》的人权条款不是自动执行的,也不授权给任何原告任何可以在法院行使的法律权利,《世界人权宣言》只是一个目标和期望在未来逐步实现的声明,因此不能用来宣布国家法律无效。^{②⑤} 在宪法裁决中,美国联邦最高法院对于国际人权条约的援引,是在微弱的“比较法”分析的框架内进行的,

^{②③} See Yuval Shany, *How Supreme is the Supreme Law of the Land? Comparative Analysis of Influence of International Human Rights Treaties upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts*, 31 Brook. J. Int'l L. 372(2005-2006).

^{②④} See Gerald L. Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55(5) St. L. Rev. 1898(2003).

^{②⑤} See E. H. C., *The Declaration of Human Rights, The United Nations Charter and Their Effect on the Domestic Law of Human Rights*, 36(8) Va. L. Rev. 1059-1084(1950).

而不是出于尊重国际义务的原则。^{②6}以至于有学者担忧:“如果国际人权法不能直接引用,不能间接融入到美国宪法中,美国最终会因这种自我强加的隔离而导致缺陷,并且美国宪法在国外的影响将会减少,可悲的导致美国在迅速发展的国际人权法律中是孤立的”。^{②7}

国内宪法裁判对于国际法及其判例的援引和使用,在20世纪90年代以来呈现出逐渐上升的趋势,成为当代合宪性审查和宪法解释的新特点。在非洲,“青少年诉国家案”中,津巴布韦最高法院援引《欧洲人权公约》以及《非洲人权和民族权利宪章》第5条的规定对津巴布韦宪法进行解释,并最终认为体罚违反了《津巴布韦宪法》第15条第1款的规定。在“伊弗雷姆诉帕斯托利案”中,坦桑尼亚高等法院援引《消除对妇女一切形式歧视公约》《公民权利和政治权利国际公约》和《非洲人权和民族权利宪章》的有关规定,判定禁止妇女出售部族土地的有关习惯法不符合坦桑宪法中所规定的平等权 and 不受歧视权。^{②8}1995年6月6日,在“国家诉T·麦克万亚尼和M·姆楚努案”中,南非宪法法院认为刑事诉讼法第277条第1款第一、三、四、五、六项违宪,普通刑事犯罪死刑得以废除。在本案判决中,南非宪法法院认为不管是有约束力,还是没有约束力的重要国际法,都可以作为解释的根据,并认为:“国际协议和国际习惯法为评价和理解宪法第三章规定提供了参考,例如联合国人权委员会、美洲人权委员会、欧洲人权法院及适当的判例、特别机构(如国际劳工组织)的报告等,都可以为正确解释特殊规定提供指导。”^{②9}

美国联邦最高法院开始在21世纪初的一系列判决中,频繁引用外国法和国际法资料来解释宪法中的规范。在2002年的“阿特金斯诉弗吉尼亚案”中,斯蒂文斯大法官援引“世界共同体”及其普遍废止对于智障人士施以处决的先例,认为对于智障者适用死刑属于美国宪法第八修正案禁止的“残酷且异常”的刑罚;2003年的“格鲁特尔诉博林杰案”和“格拉茨诉博林杰案”,在两起涉及美国大学招生纠偏行动的案件中,金斯伯格大法官引用《消除一切种族歧视的国际公约》中的规定;同年,最高法院裁定德克萨斯州同性恋鸡奸法案违宪的“劳伦斯诉德克萨斯案”中,肯尼迪大法官援引了欧洲人权法院的一项类似判决来反驳“鲍尔斯诉哈德威克案”;2005年的“罗帕诉西蒙斯案”在认定“判处未成年人死刑”是否构成“残酷的刑罚”的问题上,肯尼迪大法官引用了世界“各文明国家”的法律以及联合国的《儿童权利公约》作为依据。^{③0}

在通过宪法修改和宪法解释塑造宪法权利保障制度的同时,国际法特别是国际人权法在宪法中的地位和效力也得到加强。许多国家宪法赋予国际条约以超法律地位或者宪法地位。所谓超法律地位,即低于宪法而高于国内普通法律的地位,如《法国宪法》

^{②6} Yuval Shany, *supra* note 23, 367.

^{②7} Richard B. Lillich, *The United Constitution and International Human Rights Law*, Harv. Hum. Rts. J. Vol3. p.53(1990).

^{②8} 参见朱伟东:《国际法与非洲国家国内法的关系》,载《西亚西非》2005年第5期。

^{②9} 王奎:《南非的死刑废除:历史、根据与特征》,载《西亚西非》2006年第9期。

^{③0} 参见刘晗:《宪法全球化中的逆流:美国司法审查中的外国法问题》,载《清华法学》2014年第2期。

第55条规定:“国际条约或协定经正式批准或认可,自公布之日起其有优于法律的效力,但以条约或协定对其他成员国的适用为限。”《阿尔巴尼亚共和国宪法》第122条中规定:“依法批准的国际条约比与其冲突的法律优先适用。”有的国家宪法区分了普通条约和人权条约,并赋予人权公约以宪法地位,如《阿根廷宪法》第75条第22项规定:“《美洲人的权利和义务宣言》《世界人权宣言》《美洲人权公约》《经济、社会、文化权利国际协定》《公民权利和政治权利国际公约》及其授权协议、《防止及惩治灭绝种族罪公约》《消除一切形式种族歧视国际公约》《消除对妇女一切形式歧视公约》《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》《儿童权利公约》,以上国际条约的条款在充分发挥效力时,具有宪法效力,与本宪法第一部分的任何章节不矛盾,且应被视作对本宪法所明确的权利和保障的补充。”再如,《巴西联邦共和国宪法》第5条第78款第3项规定:“有关人权的国际条约和公约,如经国会两院分别投票,并由两院议员各3/5以上通过,其效力相当于宪法修正案。”《荷兰王国宪法》第94条规定:“王国现行的法律规范如果与具有普遍约束力的条约规定或国际机构的规定相抵触,不予适用。”

国际法地位的提高与加强,又进一步改变着宪法的规范结构。随着国际化进程的加速,国际法、国际组织在全球治理中的作用的日益凸显,完善有关国际法、国际组织和国际法关系的宪法规范成为国家宪法的重要议题,与之相关的规范在国家宪法中的比重不断加大,在许多国家甚至成为继国家组织规范、基本权利规范之后的第三类重要宪法规范。涉及国际法的宪法规范在内涵上更加丰富,在形式方面更加具体。在内容方面,“二战”以来的宪法不但规定国际法的制定机关和程序,以及国际法在国内法中的地位和效力,还规定国际习惯法或者公认的国际法原则与准则在国内法中的地位和效力;不但确认国际法规范的地位和效力,还规定国家与国际组织的关系,国际关系的一般原则,以及为了国际和平与合作,对国家权力的限制和国家权力向国际机构转移等问题。在立法技术方面,一些国家宪法为“国际法”或者“国际关系”设立专章或专节,如《西班牙王国宪法》第三节“国际条约”、《法国宪法》第六章“国际条约与协定”、《比利时宪法》第四编“国际关系”等。欧洲一体化的进程极大地影响着其各成员国的宪法变迁,欧盟基础条约的发展经常引起成员国宪法的修改,以便及时调整和完善国家与欧盟组织的关系,有关国家与欧盟关系的规范成为成员国宪法的重要内容,如《联邦德国基本法》第23条、《法国宪法》第十五章“欧洲联盟”、《奥地利宪法》第二章“欧盟”等。

三、基本权利保护的宪法与国际法司法架构

在欧洲一体化的紧密型法律框架中,宪法与国际法的相互渗透和影响下,形成了基本权利保护的宪法与国际法双层司法架构。随着1998年《欧洲人权公约第11议定书》的生效,欧洲人权法院享有了对于个人申诉的非选择性强制管辖权,缔约国的个人、非政府组织和个人团体在用尽国内救济手段的情况下可以向欧洲人权法院起诉,缔约国不得以任何方式妨碍该项诉权的有效行使,从而在国际法中建立起类似于宪法的基本

权利保护机制,形成了国家层面的宪法保护与国际法层面的公约保护的相互衔接。由于《欧洲人权公约》规定了比许多成员国的宪法更丰富的权利目录,在“公约权利”与“宪法权利”的非重叠部分,可以为案件当事人提供国内宪法所不能提供的权利保障。例如,《欧洲人权公约》第6条规定了在刑事和民事案件中得到公正审判的权利,这种审判必须是由法律确定的独立而公允的裁判机关在合理期间内所进行的公正而公开的听证。透过欧洲人权法院有关“公平审判”特别是“合理期限”的案例,如“萨拉梅克诉奥地利案”“德尔科特诉比利时案”“杜兹马蒂奥诉西班牙案”“博马丁诉法国案”“桑迪利诉意大利案”“麦基诉意大利案”等等,可以看到不同国家的当事人受到欧洲人权法院的权利保护,而“公平审判权”在奥地利、比利时、西班牙、法国、意大利等国家宪法中并没有明确的规定,当事人通过公约的个人申诉程序而享有了超国家的权利保护。

在基本权利保护的双层框架中,由于欧洲人权法院有权对国内法院审理的案件——包括宪法法院审理的案件进行审理,从而使公约保护机制凌驾于宪法保护机制之上,形成了对国内宪法裁决的司法控制。从欧洲人权法院的司法实践看,它也乐于以“公约权利”为基准审查宪法法院的判决是否符合公约的标准。例如,在“杜兹马蒂奥诉西班牙案”中,欧洲人权法院审理了西班牙宪法法院的判决,认为西班牙宪法法院对于案件的审理持续了“七年零九个月”,这无法解释为是在“合理的期限内”,另外,人权法院还认为,由于宪法法院的一名法官卷入了征用法令的制定,这必然会影响到宪法法院对该法令的审查意见,但西班牙宪法法院并未采取适当措施使该名法官回避或者是排除这一不公平的因素,影响了普通法院对该案的公平审判,违反了《人权公约》第6条的规定。^① 在“内米兹诉德国案”中,人权法院否定了把“私人生活”与职业和商务活动、家宅和商务住宅进行绝对区隔的观点,认为对私人生活的尊重必须在一定程度上包括与他人建立和发展关系的权利,而人们正是在他们的工作过程中,才拥有了一种有机会来发展与外部世界的联系。公约第8条要求各国保障对住宅的尊重,而关于什么是一个人的住宅,人权法院采用了一种宽泛的观点,认为“它可以包括一位职业人员的事务所;或者违反了规划批准的被用作住宅的大篷车地点”。^② 在“卡洛琳诉德国案”中,人权法院的判决对于德国法院之后审理类似案件产生了影响,德国联邦法院摒弃区分绝对公众人物与相对公众人物的做法,应用了一个分级保护的概念,以与公众利益的关联性来审查每一个具体案件,以逐案审查的方法分析被公开的个人信息所处的具体情境,考察信息中是否存在客观公共利益。德国联邦宪法法院没有明确适用联邦法院的分级保护概念,却明确提及以信息中的公共利益为平衡相关当事人利益冲突的主要规则。^③

^① 参见万鄂湘主编:《欧洲人权法院判例评述》,湖北人民出版社1999年版,第157页。

^② [英]克莱尔·奥维·罗宾·怀特:《欧洲人权法原则与判例(第3版)》,何志鹏、孙璐译,北京大学出版社2006年版,第307页。

^③ 参见曾丽:《论人权保护对人格权发展的推动作用——以卡洛琳诉德国案中〈欧洲人权公约〉推动德国隐私权发展为例》,载《学术探索》2012年第9期。

不但国际法层面的公约保护机制挑战了国内宪法法院或者宪法委员会的权威,在国内法层面,由国内法院所进行的以《欧洲人权公约》为基准的“合公约性审查”,与宪法法院以宪法为基准的“合宪性审查”,也形成并存和竞争的局面,影响着国内合宪性审查机制的运行。许多《欧洲人权公约》的成员国把该公约纳入国内法之中加以实施,使公约成为国内法院可以直接使用的法律。《欧洲人权公约》被纳入后,在成员国的国内法律体系中拥有不同的地位。根据各国的宪法和判例法,可以分为三种情况,第一种情况为法律地位,即公约的地位低于宪法,与国内法律的地位相同,如联邦德国、意大利等;第二种为超法律地位,即公约的地位低于宪法但高于法律,如法国、瑞士;第三种为宪法地位,即公约的地位与宪法相同,如荷兰、奥地利。

因为《欧洲人权公约》在一些国家具有超法律地位或宪法地位,以公约为基准的“合公约性审查”,成为许多国家法律法规审查的重要形式,使成员国立法、行政权力的运行除了接受国内宪法的约束,还要接受《欧洲人权公约》的规范。“合公约性审查”在有的成员国独立存在,有的则与宪法法院的违宪审查并存,也可以分为三种情况。

其一,有的国家不存在对于法律法规的“合宪性审查”,却存在对于法律法规的“合公约性审查”。如《荷兰王国宪法》第94条为法律法规的“合公约性审查”奠定了基础,同时,在荷兰“法律的神圣不可侵犯观念”依然很强,宪法第120条规定:“法院无权审查议会法令和国际条约的合宪性”。根据这些规范,法院可以审查与宪法中人权规定相冲突的第二性的立法(由低一级的公共机构所颁布的立法),但是不应该以宪法为基准审查由议会所立的相同性质的法律。然而,法院却可以国际公约为基准,审查与具有直接效力的国际人权公约法条相冲突的议会法案,如果国内立法条款与国际人权条约不一致的话,法院不应该在案件中适用违反公约的规定。

其二,“合宪性审查”与“合公约性审查”并存,审查权由宪法法院统一行使。在奥地利,由于《欧洲人权公约》及其附加议定书是奥地利宪法法律的一部分,宪法法院也有权审查联邦或州的法令是否违反斯特拉斯堡法律。^④ 根据《匈牙利宪法》规定,匈牙利宪法法院处理审查立法是否符合宪法,还要审查立法是否符合国际条约。此外,保加利亚、拉脱维亚、阿尔巴尼亚、列支敦士登等国宪法也对宪法法院的“合宪性审查”与“合公约性审查”作出明确规定。^⑤

其三,“合宪性审查”与“合公约性审查”并存,但是“合宪性审查权”由宪法法院行使,而“合公约性审查权”由普通法院行使。在法国,其宪法委员会拥有对于法律法规的合宪性审查权,同时,《法国宪法》第55条为法律的“合公约性审查”提供了宪法依据。但是宪法委员会在1975年1月15日的“终止妊娠案”的裁决中,拒绝行使“合公约性审查权”。从法国的司法实践来看,“合公约性审查权”是由其最高法院和最高行政法院

^④ See Helen Keller & Alec Stone Sweet, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008, p.326.

^⑤ 参见胡建森主编:《世界宪法法院制度研究》,浙江大学出版社2007年版,第290、616、425、604页。

行使的,其最高法院在1975年的判例中确认了条约对于其生效后通过的法律具有优先的效力,最高行政法院则在1978年的判例中承认了条约对于其生效前通过的法律具有优先的效力,在1989年的判例中又进一步确认:不论是在国际条约生效之前还是生效之后通过的任何国内法律都不得与国际承诺相违背。^{③⑥} 在比利时,宪法法院拥有对于法律法令的合宪性审查权,但没有权力审查与“欧洲人权公约”直接冲突的联邦和地区立法的权力,因为这个权力是普通法院和最高行政法院享有的。2004年比利时最高上诉法院在“Vlaams Blok”一案中宣称,诸如《欧洲人权公约》这样有直接适用性的条约优于宪法。^{③⑦} 根据该项裁决,他们有权审查与具有直接适用性的条约相冲突的立法,并且应该防止执行与条约条款相冲突的法律。由于普通法院本身没有审查与宪法相冲突的联邦和地区立法的权力,如果争议一方在开庭前声称一个立法侵犯了宪法,该法院必须将此事提交宪法法院求得一个初始裁决。

“合公约性审查”在一些国家发挥了本国宪法所不能发挥的作用,甚至取代了宪法对于议会立法的控制作用,以至于一些荷兰学者认为,欧盟法和《欧洲人权公约》才是荷兰真正意义上的“宪法”,欧洲人权法院才是荷兰事实上的宪法法院。^{③⑧} 在法国,“合宪性审查”与“合公约性审查”并存,造成了宪法委员会与普通法院的竞争关系,因为每三项行政判决中就有一项实施了合公约性审查,人权公约的条款与宪法的基本权利规范的大部分内容又是重合的,有学者甚至认为:“合条约性审查”似乎已经成为违宪抗辩的替代物,通过违宪抗辩途径进行的合宪性审查在此时就显然多余了。^{③⑨} 在比利时,普通司法管辖权的平行控制体系以公约为基准的审查,与宪法法院以宪法为基准的审查也形成竞争关系,因为《欧洲人权公约》与宪法条款有相当多的重叠,当事人习惯性依赖于宪法条款和条约条款来控诉侵犯人权的行为,这使得最高上诉法院和宪法法院在它们各自的解释国际条约权力上关系紧张。这在“Vlaams Blok”一案中尤为突出。此案援引了《欧洲人权公约》第11条和第10条,以及《比利时宪法》第19条、第26条、第27条,并且因此需要宪法法院作出一个初始裁决。但最高上诉法院拒绝了这个请求,它认为《欧洲人权公约》高于宪法,宪法不能够比《欧洲人权公约》更限制表达自由、集会和结社。因为解释和适用《欧洲人权公约》的权力首先属于普通法官,并且在本案中宪法不能提供比《欧洲人权公约》更多的保护,这就没有理由去要求一个初始裁决。因此,实际上,最高上诉法院利用《欧洲人权公约》高于宪法的这种地位,使自己的地位高于宪法法院,这使得两家法院的关系更加剑拔弩张。^{④①}

^{③⑥} 参见李晓兵:《法国宪法实践中对国际条约的合宪性审查》,载《政法学刊》2008年第2期。

^{③⑦} See Helen Keller & Alec Stone Sweet, *supra* note 34, 246.

^{③⑧} 参见程雪阳:《荷兰为何会拒绝违宪审查——基于历史的考察和反思》,载《环球法律评论》2012年第5期。

^{③⑨} 参见王建学:《从“宪法委员会”到“宪法法院”——法国合宪性先决程序改革述评》,载《浙江社会科学》2010年第8期。

^{④①} See Helen Keller & Alec Stone Sweet, *supra* note 34, 251.

四、宪法概念从宪法学向国际法学的移植

在国际法宪法化的方法论导向下,国际法学者把宪法概念从宪法学移植到国际法学,从国家治理层面移植到国际治理和超国家治理层面,对宪法概念进行了重新解读和建构。据国际法学者考证,英国学者菲德罗斯于1926年首次在国际法意义上使用“宪法”一词。菲德罗斯认为,国际法的“宪法”是那些调整共同体的基本秩序的规范,即共同体的结构、组织以及职能分配。^①这种从公共组织的角度解读宪法概念的逻辑思路,被后来的国际法学者继承并发扬光大,他们在对宪法概念进行比较研究的基础上对宪法概念做了扩大化解读,“以指称那些建立了国际组织(这些国际组织具有它们自己的立法权力和行政管理权力)的多边条约;也用来指称国际组织的或者一般国际公法的实体性、长期性基本规则(例如国际法的创设、改变和执行方面的基本规则,国际法律主体以及国际法律责任方面的基本规则)。”^②然而,这种概念移植却使宪法概念的内涵和外延发生了重大变化,因为宪法学视野中的宪法是一国的人民制定或者同意的、以权利保障和权力制约为价值导向的国家根本法,主要调整国家公权力组织内部的关系,以及国家机构与公民个人之间的权力和权利关系;而国际法学视野中的宪法,则是由国家或者各国政府之间制定或者同意的法律,用以规范国家之间的权利和义务关系,以及成员国与国际组织的关系、国际组织内部的关系。国家宪法与国际宪法在法律形式、制定主体和程序、价值导向等方面均有不同。从法律形式上看,国家宪法一般是通过一个单一法律文件表现出来,至少在成文宪法的国家是如此,即使在不成文宪法的国家,那些被称为宪法性法律的文件,也遵循着统一的法律逻辑,按照规范国家权力和保障基本权利的要求而一体化了宪法的各项职能。而在国际法领域,国际法的碎片化特征导致国际宪法的分裂和分散,难以用单一文书捆绑起宪法的各项职能,使国际法中每一部被称为宪法的文件,“只是有关机制的‘部分宪法’,而非持续行使公权力的全面框架”,“宪法化进程只发生于不同的部门机制中,而没有达至于整个国际社会”。^③

尽管国际组织法的宪法化建构一直以宪法学的要求为标准,但国际法的宪法化进程中仍然面临诸多需要攻克的瓶颈,这些瓶颈同时也构成国际宪法继续前进的方向。首先是人民制宪权理论的要求。在宪法学理论中,宪法本质上是一国的人民制定或者同意的对于政府的授权法,“国民制宪”是宪法正当性的基础性理论,“全民讨论”或者“全民公决”成为多数国家制定宪法或者修改宪法所普遍采用的程序。而国际法的制定或者修改显然难以满足这一程序性和主体性要求。《联合国宪章》虽然以“人民”的名

^① See Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, The Hague: Recueil Des Cours, Vlo.250 (1994), p.21.

^② 前引①, E.-U.彼德斯曼书,第295页。

^③ Christian Walter, *Constitutionalizing International Governance-Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, German Y.B. Int'l L. p.194(2001).

义立法,但其实是国家之间的协议;欧洲基础条约的制定和修改虽然不断扩大个人的直接参与途径,但仍然难以摆脱“民主赤字”的先天缺陷。

其次,国际法学者主要从“组织法”的角度界定宪法的概念,试图解除宪法概念与国家之间的逻辑捆绑,强调宪法概念不是必然的与国家组织联系在一起。在国际法的论述中,国家只是公共权力的一种组织形式,除了“国家层面”的公共组织,还有“超国家层面”的国际组织,以及“亚国家”层面的如联邦制国家的州或者邦的政府机构,因此,除了传统的国家宪法,还可以存在超国家层面的宪法如 WTO 宪法,以及“亚国家”层面的州宪法或邦宪法。但是,上述建构宪法概念的国际法思路与宪法学的逻辑思路还是有距离的。因为人类社会有公权力组织的历史可谓源远流长,从国家层面看,就有从奴隶社会的公共组织到封建社会的公共组织,再到近现代社会的极权主义和法西斯主义的公权力组织,甚至一切专制和暴政的社会都有发达的公共组织和相应的组织法,如果单纯从组织法的角度定义宪法概念,就会把专制和极权的组织法纳入宪法之中,从而淹没宪法的价值内核。

再次,一些国际法学者也认识到人权保障对于国际法宪法化建构的重要性,并且把加强人权保障作为国际法发展的重要方向,试图把人权保障提高到国际法宗旨和基本原则的高度。但是,这种理论上的“拔高”与国际法的现状并不相符。例如,一些国际法学者把《联合国宪章》称为“人类共同体的宪法”,但是《联合国宪章》是否与国内宪法一样,把尊重和保障人权置于基本原则与核心价值的地位呢?显然不是。甚至《联合国宪章》中的人权条款第 55 条和第 56 条是否为成员国创设了法律义务,在国际法学界还是有很大争论的。一派学者以联合国与其成员国采取的共同人权行动,以及国际法院的立场等为论据,认为宪章的人权条款为成员国创设了法律义务。^④但也有学者不同意上述观点,认为宪章的人权条款“不是要现在遵守人权(这种权利无论如何未明确规定或列举),而是为将来履行义务而努力;语言的含混也许给国家留下在履行义务的速度和方法方面以广泛的自由裁量权”。^⑤反对的观点还认为,从宪章的文字结构来看,这种人权义务只是一种国际合作的义务,并且,“促进”对于人权的尊重和“尊重”人权的意义也不相同,前者是把尊重人权作为争取实现的目标,后者则是应立即履行的义务。两者在时间或程度上也是有显著区别的。通观宪章的各个人权条款就可以发现,在谈到尊重人权时都加上了“促进”“激励”“助成”等词语,都是把“尊重人权”作为争取实现的目标。因此,如果说宪章规定了“尊重人权”的义务,是不完全符合宪章文字的。如果说宪章为会员国规定了“保护人权”的义务,那就更缺乏宪章的根基了。^⑥

国际法学者把 WTO 协议称为“世界贸易宪法”,但是,人权保障在世界贸易法中是否具有核心地位呢?答案是否定的。正如国际法学者所言,“从多边贸易体制的基本目

^④ 参见朱晓青:《欧洲人权法律保护机制研究》,法律出版社 2003 年版,第 29 页以下。

^⑤ [英] M. 阿库斯特:《现代国际法概论》,汪暄、余叔通、朱奇武、周仁译,中国社会科学出版社 1983 年版,第 87 页。

^⑥ 参见李鸣:《〈联合国宪章〉人权条款的法律义务问题》,载《中外法学》1993 年第 6 期。

标及其设定的基本原则看来,它关注的是自由贸易及效率价值,人权价值在多边贸易体制中顶多处于一种例外的地位”。^{④7} WTO 协议虽然保障权利和自由,但却是有选择性的与贸易发展有关的自由,主要是贸易自由和经济自由,而被世界贸易法学者所推崇的这些自由特别是贸易自由,却不在国内宪法的权利清单里,或者说在大多数国家,贸易自由不是一项“宪法权利”,而只是一项“法律权利”。美国联邦最高法院在“二战”以后的一些案例中,虽然对国会和政府干预财产权行使的措施,采用过严格审查标准以保护经济自由,但是很快便被宽松审查标准所代替,实际上是赋予了政府干预经济活动更大的自由裁量权。虽然少数国家,如瑞士,其 1874 年宪法第 31 条规定贸易与工业自由,但是却“由于随后的那些宪法修正案而在相当大的程度上失去了其宪法意义:后者授予联邦政府以广泛的任意决定性权力,使其在没有联邦立法司法控制的情况下引入或者维持非关税贸易壁垒”。^{④8} 与此同时,国内宪法所保障的基本权利与自由,如生命权、人身自由、信仰自由、参政权、社会权等,也不在 WTO 协议的考虑范围之内。比较国家宪法与国际贸易法,有一项权利是两者所共同保障的,那就是私有财产权,但是保障的理念和标准却不相同。为了追求经济全球一体化和经济效率的最大化,国际贸易法需要“将公民个人的选择自由和财产权利最大化”,^{④9}但这却是宪法学所不能认同的,因为在国内宪法中,“财产权的内容应与公共福祉相适合”(《日本宪法》第 29 条),“财产权负有义务,其行使应同时有利于公共福祉”(《德意志联邦共和国基本法》第 14 条),个人行使财产权不得损害国家的、集体的和社会的利益,以及其他公民的合法权利与自由,国家为了公共利益的需要,可以依照法定程序和条件对个人财产进行征收或征用。即使在国际人权公约中,财产权也不是一项不可克减的“无条件权利”,而是一项“有条件权利”,国家可以为确保某些利益而限制这一权利。^{⑤0} 所以,以贸易自由为最高价值的 WTO 协议与国内宪法的价值追求还是有差距的。

从内容、结构、功能和价值等方面看,在国际法的分枝中,与宪法的性质最为相似的是国际人权法。但是,国际人权法作为“国际宪法”又会遇到法律效力等方面的问题。首先,享有人类权利大宪章美誉的《世界人权宣言》,被许多学者认为是一部政治性宣言或“一个道德性文件”,^{⑤1}因为其制定程序采用的是联合国大会决议的形式,而联大的决议按照宪章的规定属于建议性的,没有法律效力。^{⑤2} 其次,《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》是对成员国具有法律约束力的国际文件,但是却不能在国际法的体系中具有最高法律效力。如国际法学者所言:“人权价值仅仅是由国际人权体制所追求和实现的一种制度单元价值,相对于其他制度单元价值来说并未

④7 李春林:《国际法上的贸易与人权关系论》,华东政法学院 2004 年博士学位论文,第 26 页。

④8 前引①, E.-U. 彼德斯曼书,第 502 页。

④9 前引①, E.-U. 彼德斯曼书,第 477 页。

⑤0 参见前引②, 克莱尔·奥维·罗宾·怀特书,第 6 页以下。

⑤1 前引③, 格德门德尔·阿尔弗雷德松、阿斯布佐恩·艾德书,“序言”第 6 页。

⑤2 参见前引④, 李鸣文。

取得类似国内社会中的宪法优先性”。^{⑤③} 在国内法中,宪法具有最高法律效力,与宪法相抵触的普通法律无效,宪法中的基本权利规范也是具有最高法律效力的法规范,而在国际法的体系中,却很难说国际人权公约的效力高于国际贸易法或国际海洋法。最后,国内宪法是规范和约束国家权力运行的法律,不但要规范地方权力运行,还要规范中央权力的运行。国际法理论虽然受到宪法的影响,试图按照权力制约原理建构国际组织的权力结构,但是,国际法中的权力制约主要强调的是对于成员国权力行使的制约,如国际贸易法理论主要强调的是对于成员国对外贸易权力的制约,而对于国际组织自身的权力制约问题重视不够。这一现象在国际人权法领域同样存在,正如学者指出的,由于国际法领域国家主体的合意模式仍然占据统治地位,国际人权并不约束国际组织和国际法所构建的国际治理机构。这些组织和机构不是人权条约的缔约方,而通常是该条约的产物。这一点当然是对宪治模式的明显限制,使全球人权体系与国内权利法案相区别——因为权利法案的首要功能是约束所构建的政治机构。^{⑤④}

五、学科互动对中国宪法学发展的启示

宪法与国际法的互动产生了学科交叉的新课题,如宪法理念融入国际法体系后对于国际法发展的影响,国家宪法与国际宪法在概念上的联系与区别,国内权利法案与国际权利法案的关系,国家机构的组织原则对于与国际组织的可借鉴性,“暗含权力论”从宪法解释方法到国际法解释方法的嬗变,国际法中的等级制度与国内法中的效力等级,国家宪法裁决中援引国际法规范的不同模式及其对宪法解释理论的发展,国际法在各国的宪法地位和效力,以公约为基准的“合公约性审查”与以宪法为基准的“合宪性审查”的关系,等等。对于这些交叉学科的课题,目前主要是由国际法学者从国际法角度进行研究,还没有引起宪法学的充分关注。而在国际法使用宪法概念之前,宪法这一范畴主要是在宪法学领域使用的概念。宪法概念从宪法学到国际法学的嬗变,需要引起宪法学者的关注,需要从宪法学的角度研究宪法概念的这种移植和变迁,对宪法内涵和外延的影响,以及对传统的国家主权、民主理论的挑战。

国际法与宪法的相互渗透和影响,极大地改变了国家宪法的运行环境和状态,使宪法从国家疆界下的封闭式运行,渐趋于国际法影响和约束下的开放式运行,宪法运行环境和状态的变化,要求宪法学研究方法的与时俱进,宪法学者在研究一国宪法的过程中,不能再局限于国内法的狭隘视野,而是应该放置于国际大环境下,在比较宪法的研究方法中,从国家宪法之间的比较上升为国家宪法与国际法的比较,才能把握宪法的本质和规律。特别是在欧盟之类的一体化法律框架中,欧盟基础条约的制定和修改成为其成员国宪法变迁的主要动力,欧盟成员国宪法法院的违宪审查对象也由原来的国内

^{⑤③} 前引④,李春林文,第8页。

^{⑤④} See Stephen Gardbaum, *supra* note 13, 767.

立法,加入越来越多的条约审查,欧盟法的直接效力和最高效力原则影响到国家宪法的实施。在Stork、Geitling、Sgarlata等案件中,德国和意大利等国家的当事人认为欧洲共同体的行为侵犯了成员国公民的基本权利,从而引起国家宪法法院与欧洲法院之间的争论。^⑤ 欧盟法与国家宪法的关系如学者所言,“是紧密交织和相互依存的,在不参考另一方的情况下,一方不能被阅读与充分理解”,^⑥因此,只有在宪法与欧盟法的互动关系中,才能把握欧洲国家宪法的时代特征和法律内涵。

在传统的宪法理论中,宪法的作用通常停留在国家治理的层面,通过规定国家的根本制度和任务,规定国家机构的组织原则和体系以及公民的基本权利与自由,从而为国家治理提供合法性依据,保证了国家法制体系的统一。而国际法宪法化的建构思路,则把宪法价值从国家治理提升到超国家治理层面,为宪法参与全球治理的法制建构打开了大门。全球治理包括国家治理、超国家治理和次国家治理等不同层面。宪法在国家法制体系中的作用和价值已经毋庸置疑,宪法理念在区域一体化法制体系形成中的统一与整合功能也初露端倪,为国际组织治理机制的优化提供了崭新的思路。当代中国宪法学应该积极参与到全球治理的法制建构去,深入研究宪法在国家共同体、超国家共同体、次国家共同体形成和发展中的法制整合功能,对于国家公权力、国际公权力的制约功能与合法性功能,对于民族融合、文化融合的促进功能,以及对于不同文化和文明的包容功能,为构建人类命运共同体作出自己的贡献。

为了积极参与全球治理的法制建构,我国宪法需要对国际关系的一般原则、与国际组织的关系、国内法与国际法的关系等问题作出全面、系统的规定。在国际关系原则方面,我国1982年《宪法》在序言中规定了以和平共处五项原则为核心的处理国际关系的一般原则。2018年宪法修正案,又把习近平新时代中国特色社会主义思想写入宪法修正案,即“坚持和平发展道路,坚持互利共赢开放战略”,把“发展同各国的外交关系和经济、文化的交流”,修改为“发展同各国的外交关系和经济、文化交流,推动构建人类命运共同体”,进一步丰富和完善了我国宪法的基本原则。在国际条约与协定的缔结和批准方面,我国宪法在中央国家机关的职权中,规定了相关国家机关的职权和程序:国务院同外国缔结条约和协定;全国人民代表大会常务委员会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除;国家主席根据全国人民代表大会常务委员会的决定,批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。参考当今世界多数国家宪法的做法,我国还应该对国际条约与协定以及国际习惯法在国内法中的地位和效力作出明确规定。在国际法的地位方面,应当明确规定我国批准生效的国际条约与协定以及公认的国际法准则,是我国法律的有效组成部分,把我国同意的国际法规范接受为国内法;在国际法的效力方面,应当总结我国适用国际法方面的一贯立场与做法,并把我国的一贯立场与做法提升到宪法层面予以宪法化,使之具有更高的稳定性和连续性。国际法学者的研究表明,

^⑤ 参见张辉:《论人权对欧盟法优先性的影响》,载《武大国际法评论》2007年第2期。

^⑥ Ingolf Pernice, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, *European Law Review*, 4(2002).

“中国一系列法律、法规、行政决定和司法解释有关适用条约的规定表明,我国在条约与国内法关系问题上采取的是‘优先适用条约规定’的一般立场”。^⑤ 根据我国立法和司法的一贯立场,我国宪法应当赋予国际条约与协定以及公认的国际法准则低于宪法而高于法律的地位,在维护宪法最高法律地位与效力的前提下,赋予国际法在与普通法律、法规冲突的情况下优先适用的效力,可以在《宪法》中规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与协定以及公认的国际法准则,同法律有不同规定的,适用该国际条约、协定、国际准则的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

Abstract: In the process of globalization and regional integration, the interaction and influence between the Constitution and international law has become a remarkable feature of the development of law, and the concept of Constitution has been transplanted from constitutional law to international law. The Constitution provides the methodological enlightenment and inspiration for the development of international law, forms the idea of interpretation and construction for the constitutionalization of international law, integrates the constitutional idea into the construction of international legal system, and opens the door for the constitutional law to participate in the legal construction of global governance. International law, in particular international human rights law, has promoted the enactment of the constitutional bill of rights and the improvement of the list of rights, and international law and its legal precedent have become interpretive resources for the domestic constitution judgment and have been cited and used in constitutional decisions. In the process of European integration, a two-tier framework of Constitution and international law for the protection of fundamental rights has been formed, and the coexistence and competition between constitutionality review and conventionality review has emerged.

(责任编辑:李小明)

^⑤ 古祖雪:《治国之法中的国际法:中国主张和制度实践》,载《中国社会科学》2015年第10期。