

欧洲一体化进程中成员国“宪法特质”教义及其历史制度意涵^{*}

翟 晗

内容提要:欧洲一体化曲折进程的表现之一在于成员国宪法秩序对于欧盟法优越地位的排斥。迄今为止,它仍是国内研究讨论欧洲一体化所包含的公法结构时容易被忽略的议题。德国联邦宪法法院于2009年做出的里斯本判决证立了“宪法特质”教义,获得其他成员国宪法法院在判决中的追随。凭借对国内宪法秩序的守护,成员国宪法裁判得以审查欧盟法律,并实际限制了欧盟法在成员国层面的优先地位。在宪法现实主义立场之上,以“宪法特质”教义为线索,通过“历史—制度”视角可揭示欧盟层面立法及裁判权威、成员国宪法秩序及其宪法裁判之间的紧张结构,而这一结构指向的则是欧洲一体化现实带来的关于共同体本质的追问。

关键词:“宪法特质” 欧盟公法 成员国主权 比较宪法 宪法现实主义

一 导论

(一)“欧盟公法”:新近事例与研究现状

21世纪初欧洲宪法的失败并没有阻止欧洲一体化进程,其现实结果是经由《里斯本条约》这一“简化版”基础条约,保留了《欧盟宪法条约》关于欧盟权能的相关规定,使其界定更加清晰,并通过欧盟公法框架来继续完成联盟的宪法整合。欧洲一体化过程中一种显著的张力是成员国法院与欧洲共同体法院之间的冲突,最典型的表现是成

^{*} 本文较早的一个版本曾提交2017年全国比较法学会年会并收录于会议论文集。关于欧盟“宪法化”的历史过程以及欧洲法院在其中的关键作用,霍斯利(Thomas Horsley)教授曾做过相关报告,作者有幸参与讨论。过去三年来,余盛峰、翟志勇、张翔、任喜荣、范继增等师友先后提供过关于“Constitutional Identity”中文译名的意见;张小丹、朱明哲、张新刚与田伟在文献资料上提供了帮助;黄晨与作者数次进行了相关学术发展的探讨;武汉大学法学院国际法所第三期珞珈国际法青年学术沙龙为作者定稿提供了报告机会,在此一并感谢。文责自负。

国宪法法院在关键案件中根据本国宪法挑战欧洲共同体层面的立法或政策,甚至审查事关欧洲未来政治蓝图的基础条约本身。最近的一个事例是2020年5月德国联邦宪法法院判决欧洲法院在授权欧洲央行采取量化宽松措施时“部分违反”《德意志联邦共和国基本法》(以下简称《基本法》),并且直接指出欧洲法院对这一措施的批准超出了其权限,后受到欧盟委员会通过声明反击。^①不仅如此,欧洲法院罕见地就德国联邦宪法法院的判决发表了声明,声明强调,为了保证欧盟法制统一,欧洲法院是有权审查欧盟机构的行为是否符合欧盟法的唯一法院,这也是当时欧洲共同体为成员国法院创设欧洲法院的初衷。^②如是“宪法不谐”(Constitutional Disharmony)的现实事例也吸引宪法学与政治学的研究者们探寻其出现的制度原因,以更好地理解重要宪法争议中核心教义的现实功用。在未来欧洲一体化过程中出现新领域如数据治理的争议时,这一充满张力的分析框架依然有效。

上述基本议题嵌入的制度情境——欧盟公法框架以及正在生成的欧盟宪法秩序——无法扁平地从一个权威等级分明、统一适用于欧盟的法律体系中来理解。“仅仅关注宪法规范无法充分理解欧盟宪法,后者的规范性与欧盟的宪政进程以及宪法文化紧密相关。同时,欧盟宪法除了规范性,也可以被视为结构。”^③迄今为止,欧洲公法议题在国内研究中相对深入的讨论,依然散见于历史学、政治学与国际法学,法学中零星的现有研究亦未触及整体性和框架性的分析。^④这样分散的研究现状不仅客观上容易割裂研究视角,而且可能遮蔽关键议题上的意识,不利于域外公法学术资源的积累与我国比较宪法研究的推进。此外,欧盟公法作为独立的法学学科,在欧洲的发展已经持续了近30年,这一学科关注的制度现实最早发端于20世纪中叶,诞生于欧洲共

^① European Commission, “Commission Statement on Judgment of German Constitutional Court,” 22 June 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_16_2266.

^② 受到德国联邦宪法法院审查的欧盟量化宽松措施全名为“Public Sector Purchase Programme”(PSPP),于2015年启动。对德国联邦宪法法院这一判决的分析,参见石佳友:《德国违宪审查机制考验下的欧盟法优先效力原则——以德国宪法法院关于欧洲中央银行公共债券购买计划的最新判决为例》,载《欧洲研究》,2020年第5期,第90-115页。

^③ [法]弗朗西斯·斯奈德:《未竟的欧盟宪法:原则、进程和文化》,詹福满、吴倩岚译,载《欧洲研究》,2004年第6期,第53页。

^④ 国际关系史方面的典型研究,参见黄正柏:《欧洲一体化进程中的国家主权问题研究》,湖北人民出版社2011年版;国际法领域对欧盟法系统性的研究,参见曾令良:《欧洲联盟法总论》,武汉大学出版社2007年版。在国际公法的意义上使用“欧洲公法”概念的,参见何渊、邓念国:《论公法在欧洲一体化中的作用》,载《甘肃政法学院学报》,2008年第2期,第39-42页;刘晗:《逝去的“欧洲公法”》,载《读书》,2018年第7期,第11-18页;郑琪:《施米特、敌人和国际秩序》,载《政治思想史》,2017年第4期,第135-163页、第200页。引介欧洲一体化过程中重要公法结构的文章,参见陆伟明、李蕊佚:《欧盟法在成员国法律体系中的地位——以直接效力和至高效力两大宪法性原则为中心》,载《法论坛(上海政法学院学报)》,2008年第4期,第44-49页;程雪阳:《欧洲法院、司法审查与欧洲一体化》,载《北大法律评论》,2010年第2期,第372-392页;姚高贤:《通过判决塑造认同——欧盟法院与欧洲认同》,载《中山大学法律评论》,2013年第1期,第79-103页。

同体法与国际公法的解耦(Decoupling),进而实现了《罗马条约》的宪法化(Constitutionalisation)。^①

时至今日,国内研究的“欧洲公法”依然没有成为一个独立的研究领域,以至于长期以来,我们的宪法与行政法学研究对于欧洲一体化进程中极为重要的基本议题的关注仍显不足——尤其是那些在比较法意义上可对“统一大疆域内在多元治理”这一根本命题提供丰富经验的具体主题,如超大地理范围内法律适用的一致性、最高司法权威及其有效管辖、统一市场形成中经济法的宪法面向等等。^②而其中“宪法特质”教义的内涵及其指向的欧盟层面公法权威与成员国宪法之间的紧张结构,无疑是诸多被忽视的基本议题中尤为重要的一个。

(二) 研究问题与本文结构

德国联邦宪法法院做出里斯本判决已逾十年,“宪法特质”教义在这一划时代判决中的证立也经历了第一个十周年。关于里斯本判决,高仰光于2011年发表过全面的法律分析。^③高文考察了联邦宪法法院判决的三大核心争议:民主原则、国家主权与联邦议院权能,并且介绍了当时德国宪法学界对于这一判决的批评,作者本人也倾向于认为这一判决阻碍了欧盟一体化的进程。此外,目前研究对《里斯本条约》的宪法面向也有所探讨。程卫东认为,《里斯本条约》虽然更明确地突出授权原则(Principle of Conferral),但并没有从根本上解决欧盟的权能问题;同时亦注意到里斯本判决中关于欧盟不具有自裁权能和欧盟基于民主赤字而合法性不足的关键要点。^④

现有研究对里斯本判决的侧重点是对欧洲政治一体化的影响以及通过这一判决评价《里斯本条约》本身,没有涉及判决所体现的“宪法特质”教义本身可以成为理解欧洲一体化的重要线索,也没有引发对产生这一教义的现实权力机制的讨论。尤其值

^① 就欧洲公法的学科历史而言,国际期刊《欧洲公法》(*European Public Law*)于1995年创立于英国赫尔大学,而非欧洲大陆。“欧洲公法组织”(European Public Law Organisation, EPL)这一学术机构,创立于2004年,三年后开始实际运作。它下设包括“欧洲公法学会”(Academy of European Public Law)在内的11个实体研究机构,还创立了欧洲公法研究书系,旨在建立欧洲公法这一独立学科和研究领域。欧洲公法的第一本研究手册则由马克斯·普朗克研究所发起编纂(*The Max Planck Handbook in European Public Law*),自2017年至今,共出版了三卷本。目前,有关欧盟公法的英文专业期刊还包括《德国法期刊》(*German Law Journal*,创刊于1999年)和《欧洲宪法评论》(*European Constitutional Review*,创刊于2005年)。

^② 中国法学会宪法学研究会、中国法学会经济法学研究会与武汉大学法学院曾于2019年5月11日在武汉举办“宪法学与经济法学的对话:经济宪法的当代使命”学术会议。在继承了宪法学与部门法高水平对谈的传统下,本次会议对“经济宪法”的讨论并未涉及欧盟法发展历史中共同体经济政策成为共同体公法基础这一独特现象。正如我们在下文看到的,在20世纪60年代,促使共同体法与国际法秩序生成的奠基案例实际上都是经济案件的判决。

^③ 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,第117-125页。

^④ 程卫东:《〈里斯本条约〉:欧盟改革与宪政化》,载《欧洲研究》,2010年第3期,第14-15页。

得注意的是,里斯本判决在现实中引起了其他欧盟成员国法院的效仿,后者纷纷在判决中阐明本国宪法秩序的“特质”。这一现象体现了欧洲一体化进程中,成员国法院对于欧盟法优先地位的排斥,实质为20世纪60年代《罗马条约》宪法化诞生欧洲共同体法律秩序以来,欧洲一体化法律整合过程不那么一帆风顺的“另一面”。^①在现有的英文研究中,近十年来,不断将里斯本判决作为重要研究对象的欧洲公法,其发展日趋完备,并主要关注欧洲一体化过程中的宪制结构发展问题,包括宪法性条约在成员国的实践。

尤须交代的是,作为本文线索的核心概念,“Constitutional Identity”在域外讨论中出现了多重的理论来源,并且这些来源之间的脉络无法简单地类型化。首先,“Constitutional Identity”此前已经译介为“宪法同一性”,并作为宪法修正的对立概念。^②“宪法同一性”有强烈的规范意涵,目前只在德国宪法理论和教义上有成熟的发展,现实中典型的裁判活动就是通过不可修正条款(Unamendable Articles)来审查宪法修正案。然而,国内研究对这一比较宪法研究中近十年最重要的前沿主题之一仍缺乏进一步的具体讨论。^③其次,比较宪法研究中对“Constitutional Identity”现有讨论的母题在于“一部宪法如何成为自身”,以在第二次世界大战后内容高度趋同的世界成文宪法之林中找到自己的位置。^④再次,在更早的时间线上,相关的讨论还出现过对“宪法主体之身份的讨论”。^⑤基于如是理论情境,本文尝试推进这一概念上的讨论。首先,在欧盟法的论域中揭示“宪法特质”教义的规范功能与现实意涵,希冀引发争鸣或者形成共识。本文主张,未来研究在不同的研究进路中容纳“Constitutional Identity”的双重中译:在诉诸德国公法相关理论资源和规范意义上,可使用“同一性”这一译法;在中文表述中可以采纳“宪法特质”的译法,尤其是通过“宪法表达”(Constitutional Expressions)而非规范分析的路径考察一国宪法自身定义性的特征。为全面展现欧盟和成

^① 新近对于中国司法权运行现实的经验研究,参见程金华、柯振兴:《中国法律权力的联邦制实践——以劳动合同法领域为例》,载《法学家》,2018年第1期,第1-17页。

^② [德]迪特·格林:《德国宪法60周年》,喻文光译,载许崇德、韩大元主编:《中国宪法年刊2010》,法律出版社2011年版,第236-245页。

^③ 最新一份从宪法教义学的角度涉及“Constitutional Identity”的专著,参见黄舒芃:《什么是法释义学?以二战后德国宪法释义学的发展为借镜》,台大出版中心2020年版。本书中有专章回溯与分析德国宪法解释学对欧洲整合趋势的回应,并认为德国宪法释义学以及宪法裁判以捍卫“宪法同一性”为己任。

^④ 迄今为止最典型也最全面的同主题研究,参见Gary Jeffery Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Harvard University Press, 2010。

^⑤ Micheal Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject*, Taylor and Francis, 2009.相较于前述两个将宪法本身作为分析对象的文献脉络,该书作者关于“Constitutional Identity”的研究更多关注什么群体或者政治组织构成宪法上的主体,更多体现了概念回溯时无法避免的早期研究意识,而非研究“宪法同一性”或者“宪法特质”的核心文献。

员国之间复杂而相对广泛的互动,即使本文部分内容涉及德国宪法判决,但在保持论域一致的意义上依然采取“宪法特质”这一译法。

本文旨在回答的问题是:若将欧盟的公法制度发展视为一种演进中的宪法秩序,在欧洲一体化的历史语境下,“宪法特质”教义的出现对欧盟公法的现实处境意味着什么?同样在现实中,以“宪法特质”教义为线索,欧盟公法框架在“历史—制度”的视角中呈现了何种权力结构及其内在张力?本文意在证明欧洲一体化过程中,成员国法院持续表现出对一体化进程中国家主权部分丧失的警惕;而“宪法特质”教义在2009年里斯本判决中出现是在当时欧洲一体化的新情势下,成员国国内宪法秩序对抗共同体法律权威的典型司法表现。2009年德国联邦宪法法院“宪法特质”教义看似是《里斯本条约》关于“谁有权审查欧盟机构的行为以及欧盟法律”这一问题上、欧盟内部不同层级法院之间的直接冲突,但在现实中,这一教义的功能和意涵依然契合欧洲一体化自始以来关于欧洲共同体本质的张力结构,同时极有可能在未来一体化中出现的新议题上再度出现。

本文的写作以里斯本判决为线索,首先,回溯里斯本判决本身及其规范与现实影响;其次,回溯二战后欧洲一体化构想中关于成员国主权的制度设计,梳理20世纪60年代起共同体条约宪法化历史的关键事件,在“历史—制度”的视野里,这些关键事件构成了“宪法特质”教义出现的制度缘由;最后,在前两部分内容的基础上,继续阐释成员国早期典型的审查欧洲共同体法进而尝试限制共同体权能的宪法判决,以揭示生成“宪法特质”教义的在先典型判例。结论部分为对研究问题的回答与研究方法层面的检讨。

二 欧洲一体化背景下的成员国“宪法特质”

(一)“宪法特质”教义:重返里斯本判决

德国联邦宪法法院于2009年做出的里斯本判决,是“宪法特质”教义拒绝欧盟法优先地位的第一案。^①本案的背景是:德国联邦议院和联邦参议院2008年先后批准旨在取代《欧盟宪法条约》的《里斯本条约》。在议会通过《里斯本条约》后,部分议员向德国联邦宪法法院起诉,指控《里斯本条约》违背德国宪法,损害德国议员的权利。作为一份限制欧洲宪法秩序一体化的判决,里斯本判决使得德国联邦议会当时无法批准

^① BVerfGE 123,267 Lisbon Decision [2009] 2 BvE 2/08 (Eng).

《里斯本条约》。

带着强烈的疑欧主义,“宪法特质”这一教义被德国联邦宪法法院用来审查《基本法》中“不可违反的核心内容”(Inviolable Core Content)是否在适用欧盟层级的法律机制中得到了尊重,尤其是考虑到后者必须以欧盟法上的授权原则为前提——欧盟的权力来源是成员国以条约为基础的主权让渡,其行动能力也受制于此。在这份判决中,《基本法》的“宪法特质”站在了欧盟成员国的权能和欧盟权能之间,联邦宪法法院得以在国内宪法秩序中的审查二者权威。德国联邦宪法法院认为,必须将任何欧盟一体化机制所需要的建设性力量置于《基本法》权威之下。^①换言之,德国作为欧盟成员国意味着,欧洲一体化进程可以受到《基本法》的限制。而这一审查的实质,并不是德国联邦宪法法院试图审查欧盟机构的行动是否超越了其应有的权能,而是在权力限制的前提下,确认欧盟机构行为不会导致成员国宪法的否定;而联邦宪法法院进行“宪法特质”审查的权力根植于基本法,并没有授权德国国家机关牺牲这个国家的“同一性”(Identity)。^②

面对一部届时正等待生效的欧洲实质性宪法,联邦宪法法院拒绝了欧盟在未来发展成为联邦制结构的可能,这个判断同样基于授权原则。德国联邦宪法法院认为,一部实质意义上的欧盟宪法可能使得欧盟机构获得超出各成员国授权的权力,《里斯本条约》一旦通过,这部“宪法”本身的权力将超越来自各成员国的授权,成为欧盟实质意义上的宪法基础。此情况如若发生,欧盟超出成员国授权的那部分权能实际上是无根之木、无源之水。对于未来欧盟权能借由统一欧盟宪法得到扩张这一可能,德国联邦宪法法院则用“宪法极限”(Constitutional Saturation)来形容,并进一步判断如果允许欧盟宪法的权威扩张到德国《基本法》,无异于承认在德意志联邦共和国的国家主权之上还有一个超国家的权威。简言之,如果联邦制是德国“宪法特质”的重要构成,那么一个逻辑上的结果则是:德意志联邦不可能置于另一个联邦之下。^③

德国联邦宪法法院诉诸经典的制宪权理论。在经典的人民主权进路中,制宪权成为该判决击败欧盟政治合法性的武器:德国主权属于它的人民,任何要更改《基本法》核心的宪法变迁必须得到德国人民批准而不是联邦议会,因为前者拥有高于《基本法》的原始权力;相较之下,“欧洲人民”在欧盟层面的缺场却导致了民主赤字。所以,欧盟的权能只得由成员国授予,并以获得授予的权能范围为限。如果该授权独立于德

^① BVerfGE 123,267 Lisbon Decision [2009] 2 BvE 2/08 (Eng), para.238.

^② Ditter Grimme, *The Constitution of European Democracy*, Oxford University Press, 2017, p.188.

^③ BVerfGE 123,267 Lisbon Decision [2009] 2 BvE 2/08 (Eng), para.230.

国人民之外,《基本法》则不得允许如是授权。^①在德国,“宪法特质/同一性”可追溯到魏玛共和国时期限制宪法修正的传统。^②这是德国公法脉络里“宪法同一性”译名之所在,而制宪权理论作为里斯本判决依赖的重要理论来源,也被用作对宪法变迁的实质限制。^③

值得注意的是,该份判决并没有直接否认《里斯本条约》本身不符合《基本法》,而是认定德国议会在重要的欧盟事务上的权力无法满足真正的民主要求,即在一国领土范围内,制宪权仅属于该国全体人民并由其行使。在欧盟成员国国家主权已经被稀释的现实中,这一论证进路被认为是回归传统的国家主权,并可能将欧盟一体化进程推至终结。^④同时,它也体现了德国联邦宪法法院高度警惕《里斯本条约》可能使得欧盟拥有整体性的国家权能。

自2009年德国联邦宪法法院的里斯本判决开始,“宪法特质”迅速成为欧盟成员国裁判本国宪法秩序优先于欧盟法的典型教义,而且对欧陆的比较宪法研究产生显著的影响。实际上在里斯本判决之前,意大利、西班牙、波兰、法国和捷克的宪法法院都相继做出过阐明本国宪法秩序之特质的判决,只是并未选择“宪法特质”这样的称谓。^⑤2014年正在酝酿脱欧的英国,其最高法院加入“宪法特质”教义适用的阵营,用本国宪法秩序限制了欧盟法的最高效力。^⑥2016年,一贯亲欧的比利时宪法法院亦做出类似判决,把自己纳入适用“宪法特质”教义的法院阵营中。^⑦甚至在有违宪审查

^① 德国联邦宪法法院概括为“Competence - Competence”(Kompetenz-Kompetenz)原则。BVerfGE 123, 267 Lisbon Decision [2009] 2 BvE 2/08 (Eng), para.233.

^② Monika Polzin, “Constitutional Identity, Unconstitutional Amendments and the Idea of Constituent Power: The Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law,” *The International Journal of Comparative Constitutional Law*, Vol.14, Issue 2, 2016, p.411. 这篇文献也是目前英文研究中对于德国公法脉络中“宪法同一性”理论最为系统的一篇。

^③ Ibid., p.416.

^④ Christian Tomuschat, “Lisbon—Terminal of the European Integration Process?” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Heidelberg Journal of International Law*, Vol.70, 2010, p.251.

^⑤ 作者将系列判决整理如下:意大利宪法法院判决:183/73 *Frontini*, 27 December 1973;170/84 *Granital*, 8 June 1984。这两份判决较早确立了意大利本国宪法秩序中基本原则和人权保护应限制欧共同体法律在本国适用的教义,因此也被称为“反限”(counter-limit, controlimit)教义。西班牙宪法裁判庭:Declaration 1/2004, 12 December 2004, para.II.2,此判决使用的字面表述是西班牙宪法最“基本价值与原则”。波兰宪法裁判庭:SK 18/04, 11 May 2005, para.4.1, 10.2; SK 32/09, para.2.1。法国宪法委员会裁判:No.2006-540 DC, 27 July 2006, para.19。捷克共和国宪法法院:PI US 19/08, 26 Nov. 2008, para.120, 这一判决对本国宪法秩序之特质的表述为“法治统治民主国之关键要素”。而里斯本判决中的“宪法特质”教义,在不同历史时期回应欧洲一体的德国宪法裁判中也有清晰的发展脉络,下文会相应交代这一部分内容。

^⑥ R. (HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport [2014] UKSC 3, para.111. 一年后,英国最高法院在另一案件中再次确认了这一原则,参见 *Pham v. Secretary of State for the Home Department*, para.58, 82, 90-91. 后一判决中,英国最高法院阐明的的问题是:作为英国“宪法特质”的一部分,关于决定英国公民身份的根本权力(fundamental powers),是否可以让渡给欧盟。法院对此持否定意见,参见 para.48.

^⑦ CC no. 62/2016, 28 April 2016.

的荷兰,也出现了对待本国“宪法特质”比其他成员国更为“温和”(Modest)的讨论。^①虽然各国的宪法裁判对于本国“宪法特质”的具体阐述各异,但这些宪法判决均表明应通过“宪法特质”教义来保护本国宪法原则的核心部分,以此对抗欧盟法在国内宪法秩序中越来越强势的优先地位。里斯本判决使得“宪法特质”成为欧洲公法研究至今的一个热点问题,并且不断向比较宪法业界迁移。^②

“宪法特质”教义还能动地进入了现实政治。时至今日,我们看到《里斯本条约》之后的欧盟已经历了显著而重要的变化,面临着诸如难民潮、共同安全和英国脱欧的严峻考验,而这些政治现实或隐或显,在未来一体化可预见的变动中,依然可能在成员国宪法裁判中重新唤起特质审查(Identity Review)以影响欧盟一体化的发展。

(二) 欧盟层面的关联理论

“宪法特质”教义出现在超国家层面,早期讨论的母题主要是对欧盟宪法的学术展望。^③如前所述,早在1994年,“宪法对象之特质”就用来尝试解释欧盟的“宪法特质”及其宪制基础。^④彼时欧洲单一市场正式形成,在丹麦、法国和英国经历勉强的公投或批准后,《马斯特里赫特条约》才开始生效。而后1995年《申根协议》生效,奥地利、芬兰和瑞典加入欧盟,实现南扩。^⑤而讨论欧盟自身“宪法特质”的前提,是将现代宪法的制度安排视为一个在普遍身份和多元之间互动的过程,这一宪法现实主义的宪法观念本身即是二战后现代立宪主义的新发展。^⑥在一份回应欧洲集体身份的文章中,罗森福尔德(Michel Rosenfeld)相信,未来欧洲宪法的成败,关键在于欧洲是否可以造就一个管用的“宪法特质”。^⑦基于欧洲的集体身份,这一个“欧洲宪法特质”流动且易变,可契合超国家的宪法结构,从而达到多元族裔的共存及其对这一宪法结构的

^① 这一结论参见 Gerhard van der Schyff, “EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites,” *Heidelberg Journal of International Law/ZaöRV*, Vol.76, 2016, p.167.

^② 欧洲宪法领域内对于“宪法特质”集中探讨的第一本文集,参见 Alejandro Saiz Arnaiz and Carina Alcobero Llivina, eds., *National Constitutional Identity and European Integration*, Intensia Publishing, 2013。新近一本,参见 Christian Calliess and Gerhard van der Schyff, eds., *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2019。

^③ 这也是本文没有将“Constitutional Identity”直接译为“宪法同一性”的原因之一。

^④ Michel Rosenfeld, “The Identity of the Constitutional Subject,” *Cardozo Law Review*, Vol.16, 1994, pp.1049-1110.

^⑤ 1993年11月1日生效的《马斯特里赫特条约》即成立欧盟的条约,在先的“欧洲经济共同体”也更名为“欧洲共同体”,后者一直到2009年12月才被《里斯本条约》以“欧洲联盟”的正式称谓代替。

^⑥ Michel Rosenfeld, “Modern Constitutionalism as Interplay between Identity and Diversity: An Introduction,” *Cardozo Law Review*, Vol.14, 1993, p.497.

^⑦ *Ibid.*

共享,同时又可避免过度强调民族性(*Ethno*)。^①值得注意的是,关于“欧洲宪法特质”的讨论还诉诸了特定的法律传统。桑德斯基(Wojciech Sadurski)认为,“欧洲宪法特质”根植于欧洲的法律传统,并非仅仅是一个在宪法演进或者改革中可以被应用、实施或者倡导的工具性法律概念。^②但是出于审慎,“欧洲宪法特质”不应在欧盟政治一体化进程中被滥用。^③

在欧盟宪法架构下,成员国的“宪法特质”体现在《欧洲联盟条约》第4条第2款,并且与成员国宪法裁判中阐明的“宪法特质”存在隐含牵连。这一条款涉及成员国的“国家特质”(National Identities),并蕴含在成员国的宪法安排与政治结构中,尤其是各层级政府之间的关系。^④虽然成员国宪法裁判机构解释的成员国“宪法特质”并没有诉诸《欧洲联盟条约》第4条第2款,但成员国作为主权国家的“宪法特质”与欧盟框架下成员国身份保持着隐含的牵连。实际上,德国联邦宪法法院在里斯本判决中正是诉诸了作为德国国家根本结构的联邦制,这一点其实暗合《欧洲联盟条约》第4条第2款,但判决行文并未言及于此。有研究认为,《欧洲联盟条约》第4条第2款直接确认了各国宪法法院在面对本国“宪法特质”和欧盟法产生冲突时的管辖权,并支持后者优先适用于前者。^⑤出于同样对成员国家宪法秩序和根本安排的尊重,欧盟法上蕴含对成员国“国家特质”保护的内容还应包括《欧洲联盟条约》第3条第3款和《欧洲人权公约》的第22条。^⑥在这样的宪法架构下,欧盟自身可能的“宪法特质”也需要定义,并且一旦经由欧盟层面的司法裁判定义,其自身的“宪法特质”也需要免遭欧盟层面政治妥协的影响。^⑦在宪法而非政治的意义上,欧盟不仅仅是成员国的集群(Constellation),而更是一种存在和发展中的宪法秩序;欧盟的“宪法特质”应当根据其自身的宪法秩序得到保护,而并非拘泥于条约中的字句。^⑧

① Michel Rosenfeld, “The European Treaty—constitution and Constitutional Identity: A Review from America,” *International Journal of Constitutional Law*, Vol.3, 2005, p.317.

② Wojciech Sadurski, “European Constitutional Identity?” Sydney Law School Research Paper, No.06/37, 2016, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.939674>.

③ Ibid., p.22.

④ “The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State.”

⑤ Gerhard van der Schyff, “Exploring Member State and European Union Constitutional Identity,” *European Public Law*, Vol.22, 2016, p.230.

⑥ Ibid., p.233.

⑦ Ibid., p.236.

⑧ Ibid., p.237.

三 超国家共同体的整合机制:从政治进程到公法框架

(一) 欧洲一体化的历史背景:政治议题与发展阶段

二战后,欧洲一体化设想发端于特定背景。政治思想层面的原因是对两次世界大战的反省。19世纪民族国家(Nation-state)学说在当时被认为使绝对化的国家主权成为不受控制的权力,为国家对外扩张的暴力行为提供合法性辩护,从而成为欧洲诸国征战的理论动因。民族国家理论在两次世界大战之间使欧洲进入民族主义的高峰,而二战后政界与思想界的讨论中,“欧洲联邦”则被视为克服国家主权绝对化和极端化后果的一剂良方。^①作为反省民族国家理论的结果与解决欧洲近代以来战乱的方案,欧洲政治思想家们关于“欧洲联邦”的设想实际上贯穿了两次世界大战,在二战后形成了对“欧洲联邦”更为强烈的意愿。^②在现实政治中,二战后的欧洲政治家们意欲通过一个超越民族国家的“欧洲联邦”,在削弱德国主权的的同时,将德国整合进设想中的“欧洲联邦”,从而避免重复《凡尔赛条约》孤立德国的错误。^③不仅如此,在美苏争霸的背景下,关于“欧洲联邦”的政治主张也暗含在战后欧洲驱逐美苏两个超级大国阴影的意愿。^④那么,在“欧洲联邦”思潮与关联运动的影响下,共同体从初生起就包含了基于成员国主权限制以及让渡的蓝图设计,也自然埋下了日后根植于成员国主权让渡与共同体政治秩序之间张力的种子。

二战后关于欧洲未来一体化设想自始包括参与国向共同体转移一部分主权这一重要设计,这一理念体现在各主要参与国战后宪法文本的表达中。1946年,法国第四共和国宪法的序言阐明:“互惠的条件下,如果是建立国际组织或维护和平所必需,法国愿意接受对本国主权施加限制。”^⑤1948年《意大利共和国宪法》也表达了为和平目的而限制主权:“在同其他国家地位均等的条件下,同意为了需要建立一个能保障国际和平与正义的制度而限制其主权。”1949年联邦德国《基本法》第24条:“联邦可以通过法律将主权权利让予国际机构”“联邦将同意对自己的主权权利做某些限制,以

^① “欧洲联邦”主义者们的设想已经包含欧洲主权国家出让主权的一部分要素,并且有着明确的政治组织。

^② 这一认知也与当时国际共运领袖的想法存在暗合之处。例如,列宁在《论欧洲联邦口号》一文中就认为,“欧洲联邦”必须通过无产阶级革命来完成。

^③ 黄正柏:《欧洲一体化进程中的国家主权问题研究》,第77页。

^④ 这也是1946年丘吉尔在苏黎世发表《欧洲的悲剧》号召建立欧洲合众国的现实背景之一。

^⑤ “On condition of reciprocal terms, France shall accept the limitations of sovereignty necessary to the organization and defense of peace.”

便建立和确保欧洲和世界各国人民之间有一个和平和稳定的秩序”。

自欧洲一体化正式启动之后,各主要参与国关于一体化的路线一直存在“欧洲联邦”和政府间主义两种明显分歧,分歧的关键在于欧洲共同体的机构是否拥有独立于成员国的自身权能。^① 20世纪50年代,《欧洲煤钢共同体条约》(又称《巴黎条约》)在欧洲一体化历史上第一次建立了超国家的“高级机构”(High Authority)作为共同体的执行机构。《煤钢共同体条约》要求这一执行机构遵从欧洲共同体的一般利益,在执行任务时完全独立;为了避免与其超国家性质相抵触,无须请求也无须接受任何政府或任何组织的指示。这一高级机构本身,与同时成立的六国共同议会以及条约开辟的共同体独立税源一起,使煤钢共同体成为人类历史上第一个超国家权力机构。然而到了1965年合并欧洲原子能共同体、欧洲煤钢共同体和欧洲经济共同体的条约中,关于这一高级机构的条文取消了“超国家性质”的表述。^② 1953年通过的《建立欧洲防务共同体的条约草案》意欲在联邦主义的基础上,将欧洲煤钢共同体和欧洲防务共同体一起构成单一法律实体,而后一年又被政府间主义的新草案推翻,强调欧洲是主权国家的共同体,也放弃了将共同体立法权赋予一个欧洲议会。^③ 值得注意的是,欧共体初创时期,防务共同体和政治共同体计划的受挫,已经表明成员国能接受的权力“共同体化”有限,时至今日,欧盟依然没有一个统一的防务体系。此后,欧洲一体化进程中的政治合作一直是政府间合作而非超国家机制;一直到1992年的《欧洲联盟条约》对三大支柱之一的“共同外交与安全政策”的表述,说明其制度基础只能是政府间合作。

以“日益紧密的联盟”为目标,1958年生效的《罗马条约》宣告了欧洲经济共同体的诞生,为未来的欧洲法律一体化提供了初步明确的制度框架。但政府间主义并没有退场,《罗马条约》使得成员国组成的部长理事会成为共同体的立法和决策者,任何立法倡议,未经部长理事会通过就不能成为欧洲共同体的决定或立法,尤其在重要问题上须获得部长理事会一致同意,从而使这些立法决策仍属于“政府间协商”。相较之下,有着超国家机构外表的共同体议会(Common Assembly),更像是一个咨询和监督的机构。^④除了建立原子能共同体和共同关税市场,《罗马条约》为1952年成立의共同体法院机构提供了更为清晰的制度安排与功能定位:欧洲共同体法院由7名法官组

^① 在联邦主义和政府间主义之间,早期欧洲一体化的政治理论中较为流行的其实是功能主义学说。国内学者较早对欧洲一体化进程中联邦主义和功能主义进行的研究,参见郁庆治、胡瑾:《联邦主义与功能主义之争:欧洲早期政治一体化理论》,载《欧洲》,1999年第6期,第4-12页。

^② 黄正柏:《欧洲一体化进程中的国家主权问题研究》,第149页。

^③ 王绳祖:《国际关系史(1949-1959)》,世界知识出版社1995年版,第387页。

^④ 也就是欧洲议会(European Parliament)的前身,共同体议会自1962年改名为“欧洲议会”。

成,其职责是解释条约,保证在解释和执行条约时法律得到遵守,并受理共同体委员会与成员国之间,以及成员国之间涉及条约执行的争论。而成员国应服从共同体法院的裁决。^①该法院还拥有审议理事会和委员会等机构制定的法规是否合法等权力。按照《罗马条约》的规定,共同体法院对正确行使集体权力的任务进行监管,是新生经济共同体的根基。欧洲共同体法院后来通过其有关裁决,推动共同体一体化向超国家方向发展。

然而《罗马条约》在生效之初,甚少有人能预见到,它起先作为国际条约为欧洲经济一体化提供的制度设计,在自身演化中经历了《罗马条约》的宪法化,即国际法上约束签约主体的条约,在成员国法律体系内获得了直接效力与最高效力,于是依据条约组成的国际组织也开始发展成为拥有独立公法秩序的共同体。这一与国际法解耦并形成欧盟公法的历史过程,恰恰是通过欧洲共同体法院对《罗马条约》的解释得以完成的。

(二) 共同体法院(欧洲法院)与共同体法的“宪法化”:机制与过程

欧洲法院(European Court of Justice)的建立与发展与战后欧洲一体化进程几乎同步。1952年,根据《巴黎条约》,欧洲法院作为组成欧洲煤铁共同体的正式机构得以成立。1967年,欧洲煤钢共同体和欧洲经济共同体、欧洲原子能共同体合并时,欧洲法院成为欧洲共同体的一部分。1993年《马斯特里赫特条约》生效,欧洲联盟正式成立,保留了欧洲法院的官方名称“欧洲共同体法院”,欧洲法院的直接司法管辖遂仅限于第一支柱“欧洲共同体”,涉及经济、社会和环境等政策。^②1997年,《阿姆斯特丹条约》的签订使得欧洲法院权力获得扩张,原本属于第三支柱的“刑事领域警务与司法合作”被转移至欧洲法院来处理。随着《里斯本条约》于2009年12月1日生效,欧洲法院的官方名称也从“欧洲共同体法院”正式变更为“欧洲法院”。简言之,在2009年《里斯本条约》之前,欧洲法院的官方名称为“欧洲共同体法院”(Court of Justice of the European Communities, CJCE)。为了行文简洁,下文将统称为欧洲法院。

1958年《罗马条约》生效后,欧洲法院就开始发挥它确立共同体法效力的作用。早在20世纪60年代,欧洲法院首先通过Van Gend en Loos一案确立直接效力原则,即共同体法的效力对缔约国国民直接适用。^③在特定情形与条件下,共同体条约直接

^① Rome Treaty (1957), Chapter 1 Section 2, The Court of Justice, arts 164-188.

^② 第二支柱为共同外交与安全政策,第三支柱为刑事领域警务与司法合作。第三支柱的前身是司法与内政事务部门。

^③ Case 26/62 *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963], 01.

赋予个体权利,应在成员国法庭被唤起(Waken),并且成员国有确认和执行的义务。本案的起因是一家私营公司起诉荷兰税收当局违反《罗马条约》第12条关于禁止成员国增设进出口税的规定。^①作为欧洲法院“自我就位”(Self-positioning)式的裁判结果,这一原则并没有出现在任何一个条约的文字表述中。欧洲法院此举一个重要的现实原因在于,当时欧洲法院核心人物的取向还是把法院理解成联邦法院,同时基于强烈的欧洲中心主义的心态,甚至认为不需要向典型联邦制国家借鉴任何制度。^②

共同体条约的法律地位与效力,经欧洲法院解释,远非一项在缔约各国之间造成相互义务的协定,而是“构建了一种新的法律秩序,使各国限制了主权——虽然是在有限的领域内,这个法律秩序的对象既包括各成员国,也包括其国民……”“共同体法……不仅将立法施加于个人,也将权利赋予他们”。^③不仅如此,判决还确认了当共同体法与成员国国内法冲突时,成员国法院应当优先适用共同体法,哪怕前者晚于后者颁布。^④

一年后,在Costa v. E.N.E.L.一案中,欧洲法院进而证立了共同体法律优先效力原则。^⑤Costa先生在一个私人企业中拥有股份,但这个私企被国有电力公司E.N.E.L.收购,故Costa先生拒缴电费,以此抗议,后被E.N.E.L.在意大利本国告上法庭。于是Costa先生声辩,国有化侵犯了共同体法,因为国家扭曲了共同市场。当时意大利政府甚至不认为这一争议可以成为一个由私主体提起的诉讼事由,因为依据国内法完全可以裁判。当时的欧洲法院却不同意意大利政府的看法,它在判决中认为,当Costa先生宣称意大利国内法与欧盟法之间的冲突时,共同体法实际上就已经生效。法院还详细阐述了之所以共同体条约作为独立的法律渊源,是因为共同体法的特质及其法律基础,成员国国内的法律条款无法凌驾共同体法。同样,欧洲法院论证了共同体法的独立性与优先性,认为共同体条约构成的法律体系在条约生效之时即成为成员国法律体系的组成部分,各国的法院需要执行。^⑥基于成员国限制了自己的主权,向共同体转移

① 《罗马条约》第12条英文表述为:“Member States shall refrain from introducing between themselves any new customs duties on imports or exports or any charges having equivalent effect, and from increasing those which they already apply in their trade with each other”。

② Antonio Cohen, “Constitutionalism without Constitution: Transnational Elites Between Political Mobilisation and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe (1940s-1960s),” *Law and Social Inquiry*, Vol.32, Issue 1, 2007, p.127. 本文也不准备将此案称为“欧洲一体化进程中的马伯里诉麦迪逊案”。这一点实际上也是欧洲公法研究群体中很少出现如此类比的文化心理原因。

③ Case 26/62 *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963), 12.

④ Case 26/62 *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963), 07.

⑤ Case 6/64 *Flaminio Costa vs E.N.E.L.* (1964).

⑥ Case 6/64 *Flaminio Costa vs E.N.E.L.* (1964), 587.

权力而来的真实权力,建立了一个对其国民及其自身都有约束力的法律实体。

《罗马条约》的宪法化自此而始。欧洲法院通过前述两案证立了共同体法的“直接效力”和“优先效力”的两个奠基性原则,这两个案件至今也都是欧洲公法研究宣称的开山案件。共同体法的直接效力与优先效力在现实中建立了一个独立的法律秩序以约束成员国的权力机关,意在使后者与成员国法律秩序相平行。如此司法现实自诞生起就一直在挑战一元法律权威的观念和理论。^①然而在这两个奠基性的案件之后,共同体法律秩序的发展却并不乐观。欧洲法院想要继续发挥作用,需要依赖成员国法院向卢森堡的欧洲法院寻求初判意见的程序,这也是前述两案欧洲法院做出裁判的程序基础。但是,初判程序有效运作的前提仅仅是成员国法院尊重欧洲法院的判例法,无论是寻求初判还是对共同体判例法保有尊重,欧洲法院与成员国法院的摩擦从20世纪60年代早期开始持续到现在,并且有不断深化的迹象。不仅如此,根据前述两案建立起来的欧洲共同体法实施机制依然较为薄弱,也需要欧洲法院进一步将直接效力原则扩张。^②换句话说,前述两案的既判只是给共同体独立公法秩序的发展开了个头,远非能够夯实其根基。

整个20世纪70年代,欧洲法院都在致力于将直接效力原则从条约扩展到同为共同体次级立法(Secondary Law)的指令(Directive)。和规定(Regulation)一样,指令也是经共同体立法程序制定的成文法;然而和具备直接效力的规章不同,指令要求欧洲联盟成员国达成订明的目标,但并不限制成员国达成目标的方法。^③换言之,指令通常对成员国执行条约义务留有酌情权,故而一开始被认为没有强制约束力。但从20世纪60年代中期开始,伴随着共同体经济一体化的发展,指令被广泛使用,这一现实将指令是否具有直接效力原则推到了欧洲法院的面前。同时期的主流观点对规章具有直接效力并无异议,但对于直接效力原则是否能扩张到指令则保持相当的谨慎,理由是:《罗马条约》第189条区别设立了规章和指令,规章从规范本质上说蕴含了直接适

^① Neil MacCormick, “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now,” *European Law Journal*, Vol.1, Issue 3, 1995, p.261.

^② Morten Rasmussen, “How to Enforce European Law? A New History of the Battle Over the Direct Effect of Directives, 1958–1987,” *European Law Journal*, Vol.23, Issue 3–4, 2017, p.293.

^③ 规章制定后则立即成为每个成员国的法律的一部分,各国必须照其内容执行。对规定和指令的共同规定参见《罗马条约》第189条。

用的特质,然而指令仅仅是依赖成员国政府来执行条约的其他内容。^①

指令具有直接效力也是通过欧洲法院的判决得以逐步建立的。欧洲法院面对的第一个案件是 Franz Frad v. Finanzamt Traunstein 案,^②由德国慕尼黑的财税法庭(Finanzgericht)呈递给欧洲法院以求初判。原告主张的法律基础是欧洲理事会发布的欧洲经济共同体第 65/271 决议(1965 年 5 月 13 日)和欧洲经济共同体第 67/227 号指令(1967 年 4 月 11 日),涉诉指令在欧洲共同体范围内设定了一项增值税,并由前述决议将这项增值税适用于货物运输。1970 年 10 月欧洲法院出具的初判意见中,就《罗马条约》第 189 条区分了规章和指令,欧洲法院采取了保守解释,仅认为直接效力原则适用于规章,并非排除其他形式的共同体法渊源,虽然指令对成员国有约束力,但将指令约束力实现的形式和方式留给成员国判断。^③

然而仅仅两个月过后,1970 年 12 月欧洲法院在 SACE v Finance Minister of the Italian Republic 一案的判决中转而证立:即使一项指令没有转化为成员国国内立法,也对成员国具有直接效力,并且一步到位地同时证立了指令的水平效力。^④欧洲法院的理由是:成员国对《罗马条约》第 13 条第 2 款关于逐步消除进口关税的内容以及相关指令有实际义务,不仅指令在成员国之间具有直接效力,成员国法院也必须保护公民个人据此主张的权利。^⑤四年后,在 Yvonne van Duyn v. Home Office 一案中,欧洲法院自己也放弃了此前对于《罗马条约》第 189 条的狭义解释,将指令的直接效力来源诉诸条约实效(Effet Utile)。^⑥

进入 20 世纪 80 年代,伴随着欧洲一体化政治框架的逐渐成形,欧洲法院开始发挥横向的政治功能:审查并判断理事会与欧洲议会之间的争议,并由此确认了欧洲议

^① 当时大部分指令的主要内容是规定某项共同体立法或者政策在某一成员国实施的最后期限。1968 年,共同体委员会的法学部第一次讨论指令是否具有直接效力,结论是:即使在某些类型的指令上有存在适用直接效力的可能,但将直接效力做此扩张,依然非常有争议。在 Van Gen den Loss 案之后,共同体委员会的法学部实际上一直致力于推动将直接效力原则扩张到《罗马条约》的其他条款,从而为成员国设定消极甚至积极的条约义务。相关的欧盟法历史考察,参见 Morten Rasmussen, "How to Enforce European Law? A New History of the Battle Over the Direct Effect of Directives, 1958-1987," *European Law Journal*, Vol.23, 2017, p.295.

^② Case 9/70 Franz Frad v. Finanzamt Traunstein [1970] European Court Report 826-42.

^③ Case 9/70 Franz Frad v. Finanzamt Traunstein [1970] European Court Report 836-37.

^④ Case 33/70 SACE v Finance Minister of the Italian Republic [1970] European Court Report 1217, para (a) (Part 2 Observations of the German Government). 值得说明的是,本案中欧洲法院的这一点判断,针对的是第 9 条与第 13 条第 2 款规定的各成员国消除关税的最后期限。

^⑤ Case 33/70 SACE v Finance Minister of the Italian Republic [1970] European Court Report 1213-1225.

^⑥ Case 41/74 Yvonne van Duyn v Home Office [1974] European Court Report 1338-1352. 本案涉及英国政府在是否应该给予原告进入英国的工作许可,就判决结果而言,欧洲法院尊重了英国政府的自由裁量。

会在共同体立法上的权威地位。^①1979年3月共同体委员会将一项关于“Isoglucose”的糖类法规修改案提交部长理事会,根据法定的咨询程序,理事会征求欧洲议会的意见。当时欧洲议会认为,若这份修改案要在当年7月生效,那么欧洲议会需要在当年4月给出咨询意见。然而理事会下属的农业委员会直到5月才向欧洲议会出具书面报告,导致欧洲议会在当月拒绝并退回了有关报告。^②但由于1979年6月欧洲议会经历了共同体历史上的第一次直选,一直到7月欧洲议会才重新开会,届时理事会已通过了这份法规修改案。此事被欧洲议会起诉到欧洲法院,指出理事会的决定违反了重要的程序要求,即《欧洲经济共同体条约》第43条第2款规定的咨询程序。1980年,欧洲法院做出判决,否定了理事会通过的相关立法,并判定:基于欧共体的条约规定而向欧洲议会咨询的程序本身,就是为共同体的法律手段提供合法性。^③所以,在程序上需要征求欧洲议会咨询意见的领域,理事会不得在尚未获得欧洲议会意见的情形下擅自通过相关法案。^④六年后,欧洲法院甚至直接在判决中阐明:“条约即宪章(Constitutional Charter)”。^⑤

四 共同体宪法秩序的内在冲突

在共同体法至上原则确立后,伴随着欧洲一体化的发展,成员国法院如何接受共同体公法秩序中国家主权的让渡是一个复杂而附带条件的过程,集中体现在成员国宪法裁判关于欧共体/欧盟性质的判断。而这些在先的判断,在成员国层面构成了“宪法特质”教义出现前的判例环境。

意大利宪法法院在1973年Frontini案件中证立了对限制主权的反限教义(Doctrine of Counter-limits to Limitations of Sovereignty)。^⑥判决指出:即使战后《意大利共和国宪法》第11条允许为了加入国际组织而对意大利的主权进行限制,相关国际条约也不得侵犯意大利宪法的根本原则或者基本人权,并且意大利宪法法院对国内立法是

^① Case 138/79 SA Roquette Frères v Council [1980] European Court Report 3334-3362. 欧洲理事会成立于1974年,标志着欧洲一体化早期进程中首脑会议的定期化和制度化。值得一提的是,这一机构建立时在共同体中没有法律基础,也没有条约来明确它与共同体机构的关系以及在共同体中的作用。一直到1986年的《单一欧洲法令》,才正式明确了欧洲理事会与共同体的关系及其法律地位。

^② Isoglucose Case, in Anthony Teasdale and Timothy Bainbridge, eds., *The Penguin Companion to European Union*, 1 October 2012, https://penguincompaniontoeu.com/additional_entries/isoglucose-case.

^③ Case 138/79 SA Roquette Frères v Council [1980] European Court Report 1330, para. 1.

^④ Ibid., para. 2.

^⑤ Case 294/83, Les Verts v. European Parliament [1986] European Court Report 1339, para. 23.

^⑥ Frontini v. Ministero delle Finanze, Case No.183/73.

否与共同体条约保持一致具有管辖权。

1974年的Solange I案中,德国联邦宪法法院限制了欧洲共同体法的优先效力,理由是当时的欧共体没有一部可以和《基本法》上基本权利保护相匹配的权利法案,欧洲法院在基本权利保护上的能力不足(Insufficient),所以联邦宪法法院基于基本权利保护的义务,有权审查共同体法是否与《基本法》适配(Compatibility)。^①而在1986年的Solange II案中,德国联邦宪法法院对共同体法的态度又有所软化,认为在Solange I案之后,共同体内部已经出现了对基本权利的保护机制,体现在1977年欧洲理事会、欧盟委员会和欧洲议会关于人权的联合声明以及1978年欧洲理事会的后续声明。所以法院转而判断此案中将不再判断或者审查共同体次级立法在基本权利保护事项上与德国《基本法》的适配性。^②

Solange II案中德国联邦宪法法院对欧洲共同体法审查突然的软化态度在进入20世纪90年代后发生扭转,一直保持至2009年里斯本判决。1993年德国联邦宪法法院在审查《马斯特里赫特条约》是否符合《基本法》时,重新判断了欧洲共同体法与国内法效力的高下。^③这一案件被称为Solange III或者马斯特里赫特判决。德国联邦宪法法院对于欧盟本质的法律判断体现了对国际法的回归,认为欧盟依然是主权国家组成的实体,即使《马斯特里赫特条约》在成员国基础上建立了一个使得欧洲各民族更为紧密的实体,各民族的政治组织依然存在于成员国层面,而并非存在一个基于欧洲民族的欧洲国家。^④同时,出于《基本法》对基本权利保障的义务,德国联邦宪法法院认为自己不仅有权审查德国国家机构的作为,还在与欧洲法院的“合作关系”(Co-operative Relationship)里有权审查共同体衍生法在德国的效力,在《马斯特里赫特条约》并未包括基本权利条款时由自己来进行如是审查尤有必要。联邦宪法法院在判决中坚持自己对共同体法的审查权,认为国家主权让渡给欧盟违背了《基本法》原则,法院有权否决国家向欧盟的权利让渡。从马斯特里赫特判决开始,德国联邦宪法法院审查共同体法的核心理由包括:持续存在于德意志人民手中的国家主权,对于欧盟机构有着不言而喻的约束,所以审查欧盟机构的权能必须留给成员国宪法机构;如果对欧盟权能采取扩张解释的观点,则非常危险。^⑤十余年后在里斯本判决中,我们看到德国联邦

① BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I (Eng), part II.

② BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II (Eng), part II (g).

③ Cases 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 (Eng).

④ Cases 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 (Eng), Para 8, Headnotes.

⑤ 比利时宪法法院也做出过类似的论证,参见 Neil Walker, ed., *Sovereignty in Transition*. Hart Publishing, Oxford Portland Oregon, 2003, pp.354-357.

宪法法院诉诸传统而经典的制宪权理论,论证《里斯本条约》之后作为欧盟成员国的德国依然是一个主权国家。

德国联邦宪法法院对欧洲法院的立场在2000年“香蕉案”(Banana Case)中进行微妙的修正:德国联邦宪法法院重申了Solange II判决对欧洲法院“亦有能力”保护德国公民基本权利的判断,同时指出在认为欧洲法院无法维持基本权利保护的标准时,德国联邦宪法法院对基本权利保护的管辖依旧可被唤起。^①不仅如此,对欧洲共同体公法体系下基本权利保护实际上是欧洲法院和德国联邦宪法法院共同参与的“连锁结构”(Interlock)。^②

比德国“马斯特里赫特判决”更早一年的是,1992年,法国宪法委员会依法国总统提请,在1958年法国宪法第45条下对《马斯特里赫特条约》进行了审查并做出裁决。^③自1958年成立以来,法国宪法委员会历史上只有三次裁判涉及国际条约,分别是1970年关于欧共体预算、1976年欧洲议会直选以及1985年关于《欧洲人权公约》废除死刑的第六号议定书,并且三次裁决的结果均未涉及条约违宪问题。^④而在1992年对《马斯特里赫特条约》的审查判决中,法国宪法委员会做出了违宪判决。其论证立足于国家主权、国家的本质和国际合作的现实所组成的逻辑三角,置于这个逻辑三角核心的是《马斯特里赫特条约》与1958年宪法秩序的紧张关系:人权与国家主权是1958年宪法的核心关切,而法国人民才是主权主体;但与此同时,1958年宪法授权法国可以签署条约加入国际组织。^⑤为在这一紧张关系中获得平衡,法国宪法委员会认为,1958年宪法并没有阻止法国在限制主权的互惠前提下加入国际组织,但在共同体的公民身份、单一货币政策以及自然人的自由流动三项安排里,《马斯特里赫特条约》因有可能侵犯法国行使国民主权而被判违宪,主要原因是前述三项安排皆与1958年宪法对于法国公民选举权的规定以及国民主权的不可分割性产生了冲突。^⑥

① BVerfG, 2 BvL 1/97 *Banana* (Eng), para.31, para.36-37.

② BVerfG, 2 BvL 1/97 *Banana* (Eng), para.44.

③ Decision 92-308 DC of 9 April 1992 (Eng). 该裁判的官方英文翻译参见法国宪法委员会网站, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/1992/92308DC.htm>. 1958年宪法第45条规定了一切法律草案或者议案应相继在议会两院进行审议以及审议的程序。

④ Decision 70-39 DC of 19 June 1970; Decision 76-71 DC of 30 December 1976; Decision 85-188 DC of 22 May 1985.而在同样的时间线上,法国宪法委员会对国家立法做出了192次违宪判决。参见 Susan Wright, “The Constitutional Implications in France of the Maastricht Treaty,” *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol.9, 1994, p. 40.

⑤ 具体授权条款为法国1958年宪法第53条:和约、贸易条约、关于国际组织的条约或协定、涉及国家财政的条约或协定、修改属于立法性质的条款的条约或协定、关于个人身份的条约或协定,以及有关领土割让、交换或归并的条约或协定,非根据法律不得批准或通过。

⑥ Decision 92-308 DC of 9 April 1992 (Eng), para. 27, 45, 50.

英国对共同体法优先效力的司法审查始于20世纪90年代的Factortame案。本案的主要争议是英国1988年议会《商事船舶法案》(Merchant Shipping Act 1988,简称“商船法”)规定在英国注册的船只,英国籍所有人必须达到75%多数。一批西班牙船主认为,英国“商船法”这一要求将他们的商船排除在英国水域之外,以违反了有关建立自由和反歧视的欧共体法为由,于1989年向英国法院提起诉讼,所以本案也被称为“渔业案”(the Fishing Case)。本案的实际审理过程冗长,包含了英国上院和欧洲法院之间的互动。其中,英国上院在Factortame案中认为英国议会立法配合《马斯特里赫特条约》,会限制议会主权。但上院的判决并没有像德国或者法国那样严格限制共同体机构的权能,而是认定1988年“商船法”与欧洲共同体法不适配(Incompatibility),从而确立了一项审查原则:在欧共体已经获得权能的范围内,英国上院承认共同体法具有优先效力。值得注意的是,因为有退出欧盟的法律机制,英国上院对欧盟法主权利限制的担忧不是绝对的,为了履行国内法与欧盟法的协调一致的成员国义务,议会也因此不再拥有单方废除与欧盟法相关的立法权。^①此案判决回避了审查授权原则,遗留了诸如在涉及成员国法院和共同体法冲突时欧洲法院管辖权的范围到底是什么等问题。

作为本部分必要的交代,时至今日,在欧盟公法框架下准确理解成员国之间法律关系的关键是授权原则,这也在里斯本判决中被德国联邦宪法法院援引并审查。授权原则亦诞生于《罗马条约》,内涵是欧洲共同体各机构在本条约所授予的职权范围内采取行动。^②而在欧洲一体化进程中诞生的诸多条约中,首次字面阐述授权原则的恰恰是夭折的《欧洲宪法条约》,后来这一原则被《欧洲联盟条约》(TEU)继受,体现在第4条和第5条上,涉及前述TEU第4条第2款欧盟对于成员国“宪法特质”的尊重。^③《欧洲联盟条约》第5条第2款看上去像是在暗示成员国是条约的主人(Masters of the Treaty),但欧洲法院采取的解释路径却恰恰相反:确定欧盟权能的边界成为欧洲法院的职责。在欧洲法院的理解中,成员国法院无法审查欧盟措施的合法性,否则会危及

^① Neil MacCormick, “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now,” p.260.

^② 及至20世纪90年代,《马斯特里赫特条约》纳入“辅助性原则”,目的是为了限制超国家层面的立法权。辅助性原则意味着,在不是共同体专有权能的领域,只有在某一行动不能有效地由成员国实现,并且基于该行动的规模 and 影响的考虑,只有由共同体行动才能更好实现的前提下,共同体才能采取行动。出于本文的论证目的,授权原则以及辅助性原则仅仅作为背景信息提供。就此二者之间的理论意义及其与政治现实关联,可另文讨论。

^③ TEU4(2): “The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State.”

欧盟作为欧盟法这一自治法律制度之权威的来源,所以授权的界限必须由欧盟层面的司法机关来判断。有研究将欧洲法院这种现实定位称为“欧盟权能秩序的守护者”。^①所以也不难理解更有甚者将欧洲法院的法官们称为“欧洲法的实际主宰”。^②但成员国作为独立主权国家,也能争辩让渡给欧盟的权力内容上具有最终权威。不仅如此,早在《里斯本条约》诞生之前,在2006年的The MOX Plant案中,欧洲法院就已经拓展了其作为欧盟机构的权能;它不仅在欧盟的专有权能争议上具有排他管辖,还有权审查欧盟与成员国共享的权能。^③

五 结论:政治现实中的宪法教义

在欧盟公法的论域里,成员国宪法裁判中出现“宪法特质”教义,是各成员国主权让渡后在授权原则基础上国内宪法秩序对抗欧洲共同体单一公法权威的司法表现。成员国“宪法特质”教义的兴起不仅是单纯的法律现象,还展现了欧洲一体化中法律整合(Legal Integration)的复杂性与欧盟治理中如何安置主权国家宪法秩序的现实政治难题。“宪法特质”教义出现的前提是欧盟成员国国家主权在现实中的稀释,从而这一教义本身成为抵挡欧洲政治一体化的剑与盾。这一现象一直为重新审视现代国家理论的根本议题提供了契机,如主权理论在当代演变的形态、理想化的治理工程与现实的政治结构、人民意志之间不甚适配时,通过法律机制释放制度张力的重要性。

“宪法特质”教义及其栖身的历史制度环境清晰地展现了欧洲法院建立统一欧盟公法秩序的努力与成效,以及来自成员国宪法法院维护成员国宪法秩序与民主基础的挑战;这也是欧洲法律整合过程的根本结构及其内在张力之所在。在欧洲一体化持续受到新挑战的当下,以及在不远的未来,维护统一的欧盟法秩序可能更加依赖政治机构对于欧盟法优先地位的推崇与强调,成员国宪法裁判与欧洲法院在此的司法对话乃至裁判博弈将牵涉成员国与欧盟层面更多的权力机构,司法教义由此具备了政治意涵。实际上,本文开头所言的德国联邦宪法法院裁判欧洲央行政策违宪案,其在欧盟

^① Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, “The Federal Order of Competences,” in Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, eds., *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing/CH Beck, 2010, pp.297-298.

^② Mario P. Chiti, “Judicial and Political Power: Where is the Dividing Line? A Praise for Judicialization and for Judicial Restraint,” *European Public Law*, Vol.21, Issue 4, 2015, p.71.

^③ Judgment of 30 May 2006, *Commission v Ireland (MOX Plant)*, C-459/03, EU:C: 2006: 345, para. 63, 121, 132.

层面引发的连锁反应就已体现了这一点。^①另一个值得研究和观察的动向是,新兴领域如网络治理,同样可能出现成员国宪法裁判对于欧盟法及其相关执行机构的审查。如2019年德国联邦宪法法院在推翻一份国内下级法院依照欧盟《一般数据保护条例》(GDPR)做出的裁判时,附带审查了其第82条,认为该条款对数据隐私侵权没有提供明确的损害赔偿标准,并且要求欧洲法院对于这一条款进行解释。2021年4月,比利时宪法法院经历了四年审查之后,采纳欧洲法院对于案件所涉欧盟立法的解释,宣布国内《数据保留法案》(Data Retention Act)因无法满足欧盟“电子隐私指令”(e-Privacy Directive)要求的个人数据处理程序和隐私保护要求而违宪。^②虽然目前这一领域内成员国宪法裁判与欧盟立法本身没有特别激烈的裁判对话,但伴随着欧盟近年部分放弃数据权利至上立场转而开始强调数字主权、刺激数字经济,未来可能在个案里出现成员国宪法秩序的基本权利保护基准和欧盟层面新兴数据立法在隐私保护、数据流通标准上的冲突。

持续进行的欧盟宪法整合过程同样提供了一种变动中演进的宪法观念。所以就宪法理论与研究方法而言,本文意在揭示:因教义学天然追求内在的体系化与理论自洽,宪法理论研究往往会丧失对宪法秩序在现实中变动和演进的细腻体察。即使将后者分置于作为不同系统的认知中,如是保守的理论化尝试往往也只能做到描述现实中的宪法变迁而并非给予价值判断。而在中文研究的具体情境中,无论将“Constitutional Identity”在中文研究中固定为“宪法特质”还是“宪法同一性”——抑或在不同议题上区分对待——这一依然处于发展中的宪法理论恰如其分地昭示着:宪法学的天职是守护一部宪法内在的、决定自身存在的价值秩序。在欧盟公法与国别法之外,这一概念还包含着怎样的理论潜力,需要在未来继续用新的研究来探明。

(作者简介:翟晗,武汉大学法学院特聘副研究员;责任编辑:蔡雅洁)

^① 如果回到本文开头所述2020年德国联邦宪法法院裁判欧洲央行政策的违宪这一事件,它最新的进展是:欧洲委员会在2021年6月正式发送了一份告知书给德国政府,要求其两个月之内予以回复;如果德国政府回复后,欧盟委员会判定德国没有履行欧盟法下的成员国义务,那么这将成为一个独立的案件呈送给欧洲法院。

^② 所涉欧盟“电子隐私指令”为 Directive 2002/58/EG。