

# 宪法中非权利条款人权保障功能研究

朱应平 著



上海法学文库



法律出版社  
LAW PRESS CHINA



上海法学文库

# 宪法中非权利条款人权保障功能研究

朱应平 著



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法中非权利条款人权保障功能研究/朱应平著. —北京:法律出版社,2009.3  
(上海法学文库)  
ISBN 978-7-5036-9223-9

I. 宪… II. 朱… III. 宪法—研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 009121 号

©法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律出版社上海出版中心  
经销/新华书店  
责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16  
版本/2009 年 3 月第 1 版

印张/19.75 字数/317 千  
印次/2009 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9223-9

定价:43.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

---

## 总 序

---

编辑出版《上海法学文库》是一项很有意义的工作,它有助于推动上海的法学研究和培育法学新人。近两年,上海市法学会发布了几十项课题,通过招投标的形式让会员承接,在已完成的项目中,有的产生了较好的社会影响,有的还得到了较高层次的奖项。法学会每年还组织一些规模不等的研讨会、报告会,为会员更好地从事教学、科研和法律事务工作搭建交流的平台。上述服务会员、凝聚会员的努力,得到了广大会员的肯定。在2005年年初的理事会和常务理事会上,大家对法学会工作提出了新的要求,希望采取一些措施,有利于多出成果、出好成果;多出人才,尤其是扶植一批有潜质的法学新人。法学会采纳了大家的建议,经酝酿筹备后,《上海法学文库》(以下简称《文库》)正式起步了。

在起步之际,我想就《文库》的编辑理念向大家作以下说明。

作为《文库》,它应当具有包容性。法学学科所有专业的论著,包括论及法律实务中理论问题的专著,都可以纳入《文库》之中;只要坚持宪法确立的各项原则,凡言之有物、言之有据的学术著作,都可以纳入《文库》之中。

作为《文库》,它应当具有学术性。我们希望列入《文库》的著作,理论上应有所创新,即使是实务类的著作也是如此,当然,实务类的著作还应当具有很强的应用价值。为了保证《文库》的质量,我们借鉴了国内已有的做法,采用较严格的评审制度对书稿加以筛选。

作为《文库》,它应当具有连续性。独木不成林,几本书则免称《文库》。我们将着眼于长远,以记录我国法治进程、民主政治建设的轨迹为己任,不断推出能够反映上海法学研究新水平的作品,不断推出上海的作者,特别是青年作者。这项工作如果能够得以持续,若干年后,我们一定会为《文库》积厚流广而感到万般欣慰。法学会是“铁打的营盘流水的兵”,但愿今天我们

所作的决策,因为它的正确,而为后人所沿用。

最近几年,社会科学迎来了又一个春天。国家高度重视社会科学的发展,对社会科学的投入大大加强,文化体制改革给出版、发行领域也带来了深刻的变化,学术著作出版难的情况明显缓解,精品学术书稿更是“抢手货”。在这样的背景下,编辑出版《文库》,没有质量意识、市场意识是不行的。我们要为精品学术著作的出版提供方便,也要为有光彩但还略嫌稚嫩又出版无门的作品提供出路,更要防止降低要求,让不符合《文库》标准的作品滥竽充数、“出外快”,那样,最终砸的是《文库》的牌子。

《文库》已经起步了,所有的作者、评审者、编辑、编务和发行人员,以及法学会的同人如果能够齐心协力将它做好,那可是功德无量啊!

沈国明

2005年10月1日

# 目 录

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 导论 .....                      | 1   |
| 第一章 宪法基本原则条款的人权保障功能 .....     | 5   |
| 第一节 概述 .....                  | 5   |
| 第二节 人民主权原则的人权保障功能 .....       | 7   |
| 第三节 法治原则的人权保障功能 .....         | 42  |
| 第四节 抽象的人权保障原则对具体人权的保障功能 ..... | 67  |
| 第五节 分权制衡原则的人权保障功能 .....       | 86  |
| 第六节 宪法基本原则人权保障功能的总结 .....     | 131 |
| 第二章 宪法政策条款的人权保障功能 .....       | 136 |
| 第一节 宪法政策概述 .....              | 136 |
| 第二节 政策条款保障人权的技术规范 .....       | 140 |
| 第三节 宪法政策人权保障功能总结 .....        | 167 |
| 第三章 宪法权力条款的人权保障功能 .....       | 181 |
| 第一节 宪法权力条款概述 .....            | 181 |
| 第二节 国家机关组织类条款的人权保障功能路径 .....  | 184 |
| 第三节 权限类条款的人权保障功能 .....        | 197 |
| 第四节 程序类条款的人权保障功能 .....        | 225 |
| 第五节 宪法权力条款人权保障功能小结 .....      | 233 |
| 第四章 宪法义务条款的人权保障功能 .....       | 251 |
| 第一节 对宪法义务功能两种不同的观点 .....      | 251 |
| 第二节 宪法义务定义和规范结构 .....         | 257 |
| 第三节 宪法纳税义务条款的人权保障功能 .....     | 264 |
| 第四节 宪法服兵役义务的人权保障功能 .....      | 272 |

## 2 宪法中非权利条款人权保障功能研究

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 第五节 受教育宪法义务的人权保障功能 ..... | 278 |
| 第六节 其他宪法义务的人权保障功能 .....  | 286 |
| 第七节 宪法义务条款人权保障功能小结 ..... | 288 |
| 结束语 .....                | 294 |
| 参考文献 .....               | 299 |

---

# 导 论

---

## 一、研究的目的和意义

### (一)研究目的

#### 1. 阐明宪法中非权利条文保障人权功能的必要性

宪法是保障人权的最高法律规范,基于种种原因,到目前为止,宪法中被用来保障人权的主要是宪法权利条文。但是宪法的权利条文毕竟有限,满足不了新的社会关系的需要。而宪法又具有较大的稳定性,修改比较困难。这就决定了通过不断修宪,增加宪法中的权利条文并非易事。因此,保障人权的宪法宗旨遇到了宪法文本上的障碍。尽管一些国家在宪法中写了剩余权利条文,如美国宪法修正案第9条规定:“于本宪法中,虽对一定的权利加以列举,但不得据此,解释成轻视或否定其他人民所保有的权利。”<sup>①</sup>其他国家或地区的宪法也有类似的情况,但并不能因此克服具体权利规则不足的弊端。学者也深刻地认识到:“只将人权的保障,完全系于宪法明文的规定,以为判断,而非从原理原则上来探究,则将造成人权保障上的遗漏,实也未妥。而且,若以宪法精神而言,自由原本是国民所拥有的,而宪法典只是列举较容易被国家权利所侵害的自由而加以保障。对其未列者,不宜解释为放弃保障之意。”<sup>②</sup>尽管司宪机关不断引申出新的默示性权利,但其试图通过此类剩余权利条款拓展新的权利规则并非易事。如美国最高法院引申

---

<sup>①</sup> 高光义:“论日本宪法上之隐私权”,载《现代国家与宪法》,月旦出版社股份有限公司1997年版,第828页。

<sup>②</sup> 高光义:“论日本宪法上之隐私权”,载《现代国家与宪法》,月旦出版社股份有限公司1997年版,第828页。



## 2 宪法中非权利条款人权保障功能研究

的默示性权利主要局限于隐私权、<sup>①</sup>迁徙自由、<sup>②</sup>默示性受审判权<sup>③</sup>等少数权利。可见,从剩余权利条文扩展引申出新的权利规则毕竟不容易。这种情况对宪法保障人权的根本宗旨产生了限制。正因为如此,司宪机关有必要充分挖掘宪法中非权利条文的人权保障功能。

### 2. 归纳和阐述宪法中非权利条文保障人权功能的技术规范和机理

宪政国家和地区的实践表明,宪法中的非权利条文有保障人权的功能,但需要司宪机关的解释和适用。由于过去我们对宪法内容的局限性认识,通常只注重宪法的权利和权力两大部分,“自从18世纪下半叶成文宪法形成发展以来,宪法类多由二大构成要素来组成:其一为有关基本人权之规定,另一则为有关统治组织之规定;前者规定个人之基本自由与人权不受侵犯之意志,后者则主要的是就统治权之所在以及权力分立与制衡而规定”。<sup>④</sup>受到这种二要素论的影响,学者们对非权利条文关注不够,或者即使研究,但并非从人权保障角度予以重视。学术这种偏向不利于全面发挥宪法对人权的保障功能,制约了司宪实践的发展。要充分发挥宪法的人权保障功能,必须加强非权利条文的解释和适用。

经过学者们的艰辛努力,关于宪法权利的司法适用研究工作取得了丰硕的成果。与此形成鲜明对照的是,学术界对司宪机关解释和适用宪法中的非权利条款的研究成果较少。研究这一问题,既有助于宪法理论的丰富和发展,又有利于推动宪法保障人权的实践。本书正是基于这种考虑,研究宪法中的非权利条款,如宪法原则、宪法政策、宪法权力、宪法义务条文等,在司法适用中是如何保障人权的,研究这些宪法条文保障人权的具体案例、深刻的机理、总结适用的技术规范、对其相关问题进行评析,以推进此项工作的进一步开展。

### (二) 研究意义

#### 1. 丰富和深化宪法学理论特别是权利保障理论的意义

在宪法学理论上,关于保障人权功能的研究,过去关注宪法权利条文的研究,对于非宪法权利条文的人权保障功能重视不够。研究这一问题,将会

---

① 朱应平:“作为默示性宪法权利的隐私权”,载《贵州民族学院学报》(哲学社会科学版)2007年第4期。

② 朱应平:“默示性迁徙自由的宪法学解析”,载《求是学刊》2008年第2期。

③ 朱应平:“默示性受审判权研究”,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2007年第5期。

④ 李鸿禧等:《台湾“宪法”之纵剖横切》,元照出版有限公司2002年版,第29页。

大大丰富和深化宪法学权利保障理论的研究成果。特别是考查司宪机关解释和适用非权利条文保障人权的技术规范、方法、局限性,及今后发展的趋势等。

## 2. 重大的实践意义

研究这一问题,不仅可以弥补宪法权利条文在保障人权方面的不足,为全面发挥宪法文本的人权保障功能,实现宪法的人权保障功能的宗旨提供新的路径。具体说,它为拘束和引导宪法关系主体按照宪法精神要求作出行为提供了更多的技术化的路径和方法,也为公民提出宪法权利救济主张提供了更多的选择方法和路径。

## 二、宪法中的非权利条款界定

顾名思义,宪法中的非权利条款是指宪法文本中宪法权利、自由以外的其他条文。宪法中的非权利条文多种多样,本书基于种种原因,无法把所有这些非权利条文都纳入研究范围,重点探讨宪法权力、宪法原则、宪法政策、宪法义务等非权利条文。还要说明的是,这里所说的宪法文本也要作稍微广义的解释。研究表明,这些方面的内容并非全部明示地规定在宪法中,有的是默示地包含在宪法文本之中。本书所指的四类非宪法权利条文也包括那些默示性的基本原则、权力、义务及政策等内容。

## 三、人权保障功能的含义

这里的“人权”不是特指严格的自然法意义上的作为一个人应当享有的权利,而是泛指一般的“权利”。不以“宪法权利”称之,是因为,“宪法权利”是基于宪法规定的权利,而本书讨论的是宪法文本中那些“非权利条文”,所以不属于成文法上的“宪法权利”。不以“公民权利”称之,是因为,宪法中非权利条文对“权利”的保护不限于“公民”,也有非公民,如外国人、法人或其他组织等。本书“人权的保障功能”是指,宪法中非权利条文主要包括宪法基本原则、宪法政策、权力条文和义务条文等对个人或社会组织的权利的保护。至于受保护的权利既有宪法已经规定的权利,也有宪法未规定的权利。如第一章关于分权制衡原则对“受审判”权利的保护,此种权利并非宪法明文规定的,而是由司宪机关从宪法引申出来的权利。换言之,凡是被纳入成文宪法中非权利条文调整的权利自由都是本书研究的范围,都属于本书所说的人权保障。

完整的人权保障不仅包括静态的保障也包括动态的保障,不仅包括立法机关通过立法、行政机关通过执行来落实宪法的人权保障行为,也包括法

院依据宪法规定执行法律法规的司法审判。本书的人权保障主要是动态的司宪保障,是指通过直接解释和适用宪法中的非权利条文处理具体争议、保障人权的行为。对于静态的宪法文本规定,本书着墨较少,因为学术界对这一部分的研究成果较多。立法行为和行政行为虽然也是适用宪法的行为,但由于不是直接解释宪法条文和适用宪法条文处理争议,只能将之视为间接适用行为。

#### 四、宪法中的非权利条款保障人权的路径说明

由于非权利条文类型多样,其人权保障的方法和路径各有特点,加上这些条文的司宪经验远没有宪法权利适用经验成熟,学者对此进行专项研究较少,所以本书的研究还有不足,得出的结论未必正确。但是,由于宪法非权利条文对人权保障极其重要,即使对此探讨有困难,也不能成为回避的理由。

#### 五、研究参考资料

本书研究的资料主要取自宪政发达国家和地区的司宪实践,包括我国台湾地区的“宪法”解释以及宪政国家和地区案例的国内外研究成果。本书比较多地引用了我国台湾地区的学术研究成果,主要是基于我国台湾地区在“司宪”方面积累了丰富的经验;它不仅借鉴其他国家的经验,而且也关注自身的经验总结和积累。撇开阶级斗争意识形态的狭隘理念,放眼于宪政发展的趋势,这些经验可以为我们将来从事非权利条文的解释和适用工作提供有益的参考价值。

#### 六、研究方法说明

本书研究采用了法学常用的研究方法,即案例分析和比较分析的方法,对于宪法文本的规范研究关注不多。案例分析主要是通过介绍司宪解释和判决的情况加以讨论,而比较的方法主要是对一些国家和地区的实践做法加以介绍和评价。

---

# 第一章 宪法基本原则条款的人权保障功能

---

## 第一节 概 述

### 一、宪法基本原则界说

宪法基本原则是宪法中最高层次的、最抽象的原则。对宪法基本原则概念的解释以及宪法有哪些基本原则这些问题,学术界有多种不同的看法。<sup>①</sup>一般认为,宪法基本原则是指人们在制定和实施宪法过程中必须遵循的准则,是贯穿立宪和行宪的基本精神。它一般具有普遍性、特殊性、最高性和抽象性等基本特征。<sup>②</sup>我国台湾地区学者认为:“宪法的基本原则简单的界说,就是宪法所含蕴的具有本质意义之原理或法则。宪法基本原则有时直接表现于宪法条文之中,更多的情形是从宪法法典的精神或文本的诠释中予以发现。”<sup>③</sup>可见,宪法基本原则并非都明示地规定在成文宪法之中,有的可能是默示性包含在宪法之中。

探讨宪法基本原则极为重要。由于宪法基本原则反映宪法深层次的本质内容,只有把握宪法的基本原则,才能真正把握宪法的本质和精髓,从而准确理解宪法规则和概念。笔者曾认为,研究宪法基本原则的必要性至少有四个方面理由。<sup>④</sup>我国台湾地区吴庚大法官从其他角度阐述了宪法基本原则的功能。他说:“宪法基本原则之于宪法法规,首先提供的就是正当化功

---

① 杨海坤主编:《跨入新世纪的中国宪法学》(上),中国人事出版社2001年版,第92~126页。

② 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社2000年版,第128页。

③ 吴庚:《宪法的解释与适用》,三民书局2004年版,第17页。

④ 何勤华主编:《西方宪法史》,北京大学出版社2006年版,第469~470页。

能。其次,宪法基本原则具有引导宪法解释的功能……宪法与宪法基本原则区别最大效应,就是建立不得以通常修宪程序更改的宪法核心领域。”<sup>①</sup>蕴涵宪法基本原则在内的实证宪法,实系以诸宪法基本原则的存在,作为其所以被称做自由民主之宪政秩序的正当性来源,<sup>②</sup>且也唯有服膺并遂行此等理念的宪法,方配称做符于今日所称立宪主义的宪法。<sup>③</sup>可见,宪法基本原则对于宪法十分重要。没有宪法基本原则作为其精髓的实证宪法不成其为正当的宪法。由于宪法及其解释的根本宗旨是保障人权,因此,宪法基本原则的根本功能也是保障人权。研究这一问题就要揭示其保障人权的规律,从而更好地发挥基本原则的作用。

## 二、确立宪法基本原则的标准

笔者曾比较研究过一些国家特别是宪政国家的宪法规定、宪法判例和宪法理论,得出的基本结论是:宪法主要有四个基本原则,即人民主权原则、法治原则、分权制衡原则和人权保障原则。<sup>④</sup>需要指出的是,宪法基本原则并非固定不变,它具有开放性。一般的法律原则也有可能上升为宪法基本原则。一个法律原则能否晋升为宪法原则,汉斯·胡柏教授以信赖保护原则为例时,提出四个可能性:(1)宪法以其特征,可得到此原则者,如权力分立原则;(2)由法律原则转换而来也可能,例如由行政法原则转换成宪法原则的比例原则,但必须此原则已发展成具有人权的概念时为限;(3)透过释宪机关的判决宣示,可导出国家追求的原则,例如德国联邦宪法法院对于法治国及社会国家原则的宣示;(4)能提起宪法诉讼的依据。胡柏教授便认为信赖保护原则不能满足上述四个要件之一。<sup>⑤</sup>在他看来,法律原则可以上升为宪法基本原则。某一阶段所概括的宪法基本原则并非表明它是宪法基本原则的全部。我国台湾地区学者认为,释字第499号解释所列举的“宪法”基本原则只是例示性质,并非列举穷尽。<sup>⑥</sup>这也说明,宪法基本原则是一个开放

① 吴庚:《宪法的解释与适用》,三民书局2004年版,第17页、24页、25页、32页、35~36页。

② 陈慈阳:《宪法学》,元照出版有限公司2004年版,第143页。

③ 李宗惠:《宪法要义》,元照出版有限公司2002年版,第14页。

④ 何勤华主编:《西方宪法史》,北京大学出版社2006年版,第470~475页。

⑤ H. Huber (R. Zippelius, *Einführung in das Recht*, in 25 Jahre Bundesverwaltungsgerichtshof, 1974), S. 320. 转引自陈新民:《法治国公法学原理与实践》(中),中国政法大学出版社2007年版,第153页下注释65。

⑥ 吴庚:《宪法的解释与适用》,三民书局2004年版,第17页、24页、25页、32页、35~36页。

的体系。但是,与其他规范相比,宪法基本原则更具有稳定性。

### 三、宪法基本原则人权保障功能的讨论范围

宪法基本原则既可能表现在制度条文和政策条文上,也可能通过权利义务、职权职责条文表现出来。毕竟宪法是一个有机统一的整体,脱离宪法规则和其他条文的基本原则是无法存在的。笔者曾经对体现宪法基本原则的宪法制度、宪法规则的情况作过详细的列举。<sup>①</sup>在此不再重复。需要指出的是,本章并不泛泛地探讨宪法中体现基本原则的那些具体规则、制度等条文对人权的静态保障作用,研究重点在于探讨作为抽象的宪法基本原则所发挥的人权保障功能。具体说,可能包括下列几种情况:在宪法没有规定某种具体权利或权力规则时,司宪机关是如何解释和适用基本原则来保障人权的;在涉及宪法争议时,司宪机关是如何把基本原则和具体宪法规则结合起来保障人权的;在特殊情况下,宪法机关是如何把宪法规则上升到基本原则的高度来处理问题,以保障人权的。总之,本部分侧重于研究宪法基本原则的司宪适用技术规范内容。

宪法基本原则具有人权保障功能,是因为宪法的根本宗旨是为了保障人权。而宪法基本原则是宪法中最高层次的规范,对宪法一般规范具有正当性的功能,它可以在更高层次、更抽象的角度上为人权保障提供更广阔的依据。以下分别讨论不同的宪法基本原则是如何通过解释和适用以达到保障人权的目的的。

## 第二节 人民主权原则的人权保障功能

人民主权原则又称国民主权或主权在民原则。不同学者对此有不同的解释。关于此项基本原则的发展史以及在主要宪政国家宪法规范中的体现,笔者曾有详细的列举。<sup>②</sup>本部分重点考查该原则的司宪适用情况。人民主权原则与民主原则有时被作为一个概念使用。如我国台湾地区吴庚大法官指出,像民主国原则与国民主权原则便是重叠的概念。<sup>③</sup>从实践来看,司宪机关要想适用此原则保障人权,必须把抽象的人民主权原则具体化,从中引

① 何勤华主编:《西方宪法史》,北京大学出版社2006年版,第475~575页。

② 何勤华主编:《西方宪法史》,北京大学出版社2006年版,第475~497页。

③ 吴庚:《宪法的解释与适用》,三民书局2004年版,第36页、38~70页。

申出具体的适用规则或次一级原则,以便处理问题。适用此原则保障人权主要涉及以下几方面内容。

### 一、人民主权原则适用涉及的主要问题类型

人民主权原则的具体适用内容丰富,以下列举一些司宪适用的主要技术规范,并考查其对人权的保障。

#### (一)处理宪法与国家权力之间的关系

人民主权原则强调国家权力是人民授予的,宪法是人民主权的规范载体,宪法高于国家权力、宪法效力高于法律效力,违宪审查是确保宪法至上效力的制度。

##### 1. 人民主权原则支持宪法至上

由于国家机关是依据宪法产生,国家机关的组织及其职权必须符合人民主权的原則,不得有摆脱人民监督控制的情况。这在马伯里诉麦迪逊案判决中得到法院的确认。“联邦宪法之至上命题是主权在民,联邦宪法之内容与人民主权之理念,应能吻合。人民为了保障天赋的自由与权利,才在他们之间建立政府,而政府之正当权力,是从人民的同意中产生出来的。本案判决引申此义而强调人民有组织政府使其服膺民意、以谋求人民最大幸福之固有权能。基于人民具有此固有权能之事实,整个美国国家政府组织方始能够肇建。……联邦宪法之最高指导原理是人民主权之理念,联邦宪法之内容特别是国家机关之组织及职权,也必须符合主权在民之精神。”<sup>①</sup>这说明,宪法至上源于人民主权原则,这就决定了公权主体必须依据宪法行使权力,受制于宪法,因而具有保障人权的作用。

##### 2. 人民主权原则具有制衡立法权、防范议会通过制定法律实行暴政的作用

宪法被视为人民意志的体现,议会只是人民行使人民主权原则的一种机制。如果立法者没有按照宪法的意旨立法,就违反了宪法的人民主权原则,要受到违宪审查。对此,美国最高法院法官萨缪尔·蔡斯(Samuel Chase)在1798年考尔德诉布尔案中阐明了宪法作为高级法律秩序,先于和优于立法机关权力的地位。<sup>②</sup>蔡斯法官说:“我不能支持州立法机关的全能

① 李鸿禧:《违宪审查论》,元照出版有限公司1999年版,第133~134页。

② Calder v. Bull 3 U. S. (3 Dall.) 386 (1798).

性,或者支持它是绝对不受控制的。”<sup>①</sup>这说明法院坚持宪法至上,这恰恰是人民主权原则的派生物。<sup>②</sup>在马伯里诉麦迪逊案判决中,最高法院认为,联邦宪法至上的命题是主权在民,联邦宪法的内容与人民主权的理念应能吻合。<sup>③</sup>马歇尔法官在1821年明确指出:“人民制定了宪法,人民也能废除它。宪法是人民意志的创造物,只能根据人民的意愿而存在。”<sup>④</sup>总之,人民主权原则支持宪法的至上地位,这为违宪审查提供了最深厚的理论基础,而违宪审查是保障人权的最有力的机制。

在澳大利亚,人民主权原则被用来支持宪法具有最高地位。在1986年的一篇文章中,杰福里·林代尔(Geoffrey Lindell)主张:宪法现在具有最高法的特征,这是因为它源于人民的意志和权力。这样一种解释可以确保对宪法具有约束力的法律解释与人民的理解相符合。<sup>⑤</sup>在法国,理论和实践将人民主权和国民主权加以区分。<sup>⑥</sup>人民主权长期被理解为议会主权至上。1958年宪法制宪者对立法权进行了分解,由议会和行政机关共同行使。宪法委员会之所以能对立法机关的立法进行审查,就是基于其有维护人民主权载体的宪法的职责,实际上宪法委员会是以人民的化身出现的,当它维护了宪法尊严时,就意味着它维护了人民主权。

总之,人民主权原则为宪法至上提供了依据,从而为违宪审查提供了依据,由此使违宪审查能够充分发挥保障人权的作用。

### 3. 人民主权原则有限制修宪机关权力的功能

宪法代表全体人民的意志,是人民主权的载体。修宪机关不得违反宪法的人民主权原则。司宪机关可以依据宪法的人民主权原则,对修宪机关修宪权进行制衡,防止修宪机关侵夺人民的制宪权,具有保障人权的功能。

印度宪法没有规定宪法基本原则,但最高法院认为,宪法包含了一系列

① *Calder v. Bull* 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798). at 387-388.

② 宪法至上只是人民主权的一种可能的派生物,这种说法参见 Lord Irvine of Lairg, *Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America*, New York University Law Review, volume, 76, April 2001, Number 1, p. 9.

③ 李鸿禧:《违宪审查论》,元照出版有限公司1999年版,第134页。

④ *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 389 (1821).

⑤ G. Lindell, *Why is Australia's Constitution Binding?: The Reasons in 1900 and Now, and the Effect of Independence*, in 16 Federal Law Review 29, 1986, at 37. 转引自 George Williams, *Human rights under the Australian Constitution*, Oxford University Press, 2002, pp. 92-93.

⑥ 许志雄:“主权论的历史轨迹”,载《月旦法学杂志》1997年第1期。



基本原则,这些基本原则是修宪机关不得违反的,最高法院适用这些被“发现”的默示性原则对修宪条文进行审查。在1967年的格拉克纳斯案<sup>①</sup>中,萨布哈·罗首席大法官认为,包含关于宪法修正案条款的宪法第368条<sup>②</sup>仅仅确立了宪法的修正程序,它并未赋予议会修改宪法的权力。“基本原则”这一词组首次产生于格拉克纳斯案的辩护词中。1973年该概念才出现在最高法院对克塞瓦南达·布哈拉案<sup>③</sup>的正式判决中。该案最重要的意义在于:参加审判的13位法官中的7位均认为议会的修宪权存在固有的限制。这种限制就是,议会不能利用宪法第368条的修宪权去“损害”、“削弱”、“破坏”、“废止”、“改动”或者“变更”宪法的“基本原则”或框架。多数意见代表海格德法官和穆科何金法官认为,宪法基本原则包括:印度主权;政体的民主特色;国家的统一;保障公民个体自由的基本特征;建设福利国家的主张。贾格默汉·雷迪法官认为,宪法基本原则的因素可以在宪法序言以及与之相关的阐述中发现。<sup>④</sup>此处“印度主权”、“政体的民主特色”实际上就是人民主权原则。

印度最高法院这种做法突出反映了其司法能动主义特点。在法院有司法审查权的地方,司法能动主义就有比较大的施展范围,而这一范围随着司法审查权的扩大而增长,它不仅像在英国那样对行政行为进行司法审查,而且像在美国那样也可对立法机关行为进行司法审查,而且甚至像在印度那样对宪法修正案进行司法审查。把司法审查权扩大到审查宪法修正案,这

① I. C. Golaknath v. State of Punjab, AIR 1967 SC 845.

② 该条标题为“议会修改宪法的权力和程序”。第1款规定:无论本宪法作何规定,议会可以行使宪法赋予它的权力,按本条规定,可以增补、变更、撤销等方式修改本宪法的任何条款。第2款:在议会两院中之任何一院提出议案都可以作为修正宪法过程的起点。该议案在议会各院审议时,如有议员总数的2/3多数出席并参加表决,并获得议员总数半数以上投票通过,即应送总统。总统同意后,宪法即应根据该议案进行修正。但如对上述各条款进行修正,修正案送总统前还须由不少于半数的邦的邦议会通过决议表示赞同:第54条、55条、73条、162条、241条;第5篇第4章、第6篇第5章、第11篇第1章;第7表的各“职权划分表”;各邦在议会中的代表权;本条各条款。第3款:第13条规定不适用于根据本条规定进行的任何修正。第4款:任何法院不得依据任何理由对1976年第42次修宪法令第55节实施前后根据本条规定对本宪法(包括第3篇的各条款)进行的任何修正,提出质疑。第5款:为消除疑问起见,特兹宣布:宪法赋予议会的根据本条规定通过增补、变更和撤销等方式修正宪法的权力不受任何限制。

③ H is Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalavaru v. State of Kerala and Another 1973 (4) SCC 225 ff.

④ 吴展:“印度宪法基本原则的理论研究”,载《南亚研究季刊》2006年第1期。