

宪法修正案的合宪性审查

以印度为中心

Judicial Review of Constitutional Amendments
India's Experiences



柳建龙 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

宪法修正案的合宪性审查

以印度为中心

Judicial Review of Constitutional Amendments

India's Experiences



柳建龙 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法修正案的合宪性审查:以印度为中心 / 柳建龙
著. —北京:法律出版社,2010.9
ISBN 978-7-5118-0309-2

I. ①宪… II. ①柳… III. ①宪法—修订—研究—印度 IV. ①D935.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 006224 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨红飞

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/财税出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2010 年 8 月第 1 版

印张/11.5 字数/248 千
印次/2010 年 8 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 978-7-5118-0309-2

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



中国青年政治学院

本书获
“中国青年政治学院学术著作出版基金”
资 助

献给我的父、母与妹妹们

序

2009年年末,建龙找到我,请我为他即将出版的论文《宪法修正案的合宪性审查:以印度为中心》作序。作为指导老师,听说自己学生的博士论文要出版,我心里很高兴,所以立即就答应了。

建龙是我指导的博士研究生。他2003年秋考入中国人民大学法学院攻读宪法学与行政法学硕士。当时虽然非我指导的硕士研究生,然而,他勤学好问,经常问我一些专业领域的问题,而且能够在讨论中坚持自己的观点,给我留下了较为深刻的印象。当学术界比较关注西方宪政经验时,他从另一个视角关注发展中国家宪法制度。2005年他又考入中国人民大学法学院,在我的指导下攻读博士学位。我根据他的学术背景、研究兴趣与外语等情况,建议他选取印度宪法作为博士论文研究方向。之后他于2007年11月至2008年3月到印度西孟加拉国立法科大学研习印度宪法,并于2008年3月初完成论文的写作任务,同年5月提交并答辩后获得法学博士学位。获得博士学位后,他根据答辩委员提出的一些建议和新的文献资料,对论文进一步修订,完成了本书的写作任务。

本书以我国学者较少关注的印度宪法作为研究对象,较系统地概括了国内外研究印度宪法的研究成果和基本脉络,系统地梳理了印度最高法院对宪法修正案的合宪性审查的历史,并对印度最高法院对宪法修正案进行合宪性审查的必要性、实定法基础、政治和经济基础,以及审查基准和方法等基本问题进行了较为深入的分析,为证成宪法修正案的司法性提供了新的思路和视角。同时,该书为学术界进一步研

究修宪权限制的有关问题提供了可资借鉴的资料与方法论基础,有助于拓宽我国宪法学研究的领域,丰富比较宪法学体系。

本书的主要特点是:

首先,长期以来,国内法学研究,特别是宪法学研究中形成了一定的“西方中心主义”的学术倾向,忽略了对非西方国家宪政经验的研究。自《亚洲立宪主义》(1996年出版,2008年第二版)一书出版以来,亚非等一些非西方国家的立宪主义理论和实践在一定程度上引起了学术界的兴趣和关注,并不断有相关的论著面世,但从深度和体系性上看,都存在一定的欠缺。而建龙的著作是为数不多的专以印度宪法理论和实践为研究对象的论著,较为系统和深入地分析了印度最高法院对于宪法修正案合宪性审查的理论与实践,为丰富我国宪法学研究的视角提供了可资借鉴的资料,有助于进一步探索立宪主义理论的共性和特性。

其次,该书大量引用了翔实的第一手资料,包括论著和相关判例。作为国家建设高水平大学公派研究生项目的获得者,建龙曾到印度西孟加拉国立法科大学学习,在我和印度著名宪法学家 M. P. Singh 教授的共同指导下开展对印度宪法的研究,较为全面地把握了该领域的相关论著以及最新的研究成果。本书对于我们更好地了解印度宪法学理论的发展现状有很大的助益。

再次,他在写作过程中,采用了规范的法学研究方法,特别是通过文本分析方法对印度宪法的相关规定和制度进行了深入、细致的辩论,具有较强的说服力。在一定程度上,本书也具有宪法学研究方法的示范意义。

最后,作者在研究过程中,还采取了比较分析、历史研究等方法。本书还适度地引入了概率统计方法,力求对学术命题的分析具有实证基础,这对于补充传统法学方法之不足亦有意义。

当然,本书也有一些需要进一步完善或商榷的观点,如对于案例背景和判决书内容的介绍应当更为详细一些,这样更有助于我们对印度宪法这样一个相对陌生制度的把握;在论述印度宪法制度运行中对英美法的理论与实践对印度的影响,也需要作更为详尽的介绍和分析,俾使读者能够进一步了解印度司法审查的基础和原理,把握印度宪法学主体性与文化相对主义的关系;对有关制宪权和修宪权的争议问题也应有更系统的理论探讨,需要揭示围绕宪法修正案进行合宪性审查而发生的文化差异,给读者更多的比较法方面的学术信息等。

作为他的导师,希望他能够继续努力、刻苦研究,以期能够取得新的进步。
是为序。

韩大元

2010年3月15日

Contents

目录

绪论	1
一、问题的提出	1
二、研究现状	6
(一) 中国内地的研究现状	6
(二) 印度本国的研究现状	7
三、本书的结构安排	15
四、基本研究方法	16
 第一章 宪法修正案的合宪性审查的历史	17
一、第一阶段:不予审查阶段	18
(一) <i>Sankari Prasad</i> 案判决	18
(二) <i>Sajjan Singh</i> 案判决	19
二、第二阶段:矫枉过正——宪法修正案 = 一般法律	21
三、第三阶段:基本特征基准的确立	23
(一) <i>Kesavananda Bharati</i> 案判决	23
(二) <i>Indira Nehru Gandhi</i> 案判决	28
四、第四阶段:基本特征基准的巩固与发展	31
(一) <i>Minerva Mills Ltd.</i> 案判决	32
(二) <i>Waman Rao</i> 案判决	34
(三) <i>A. K. Roy</i> 案判决	35
(四) <i>Raghunathrao</i> 案判决	36

(五) <i>P. Sambamurthy</i> 案判决	38
(六) <i>L. Chandra Kumar</i> 案判决	38
(七) <i>Kihoto Hollohan</i> 案判决	40
(八) <i>M. Nagaraj</i> 案判决	42
(九) <i>I. R. Coelho</i> 案判决	43
第二章 宪法修正案的合宪性审查的基础	46
一、审查的必要性	48
(一) 修宪程序可能存在重大明显瑕疵	48
(二) 修宪权的行使可能越权	50
二、审查的实定法基础	52
(一) 宪法是最高法	52
(二) 宪法修正案不是普通法律	56
(三) 宪法的修正存在程序上的限制	61
(四) 宪法的修正存在实体上的限制	69
(五) 最高法院作为宪法“解释者”和“守护者”	80
三、审查的学理和实践基础	92
(一) 学理基础:自然法学的复兴	92
(二) 实践基础之一:“政治问题基准”的淡出	95
(三) 实践基础之二:巴基斯坦的经验	97
四、审查的经济和政治基础	99
(一) 印巴分治导致的历史遗留问题与失败的社会革命	100
(二) 宪法上权力构造的失衡与调整	106
第三章 宪法修正案的合宪性审查的判断标准	113
一、基本特征基准的概念	113
二、基本特征基准的内涵	115
三、基本特征的界定标准	122
(一) 特征基准	122
(二) 宽度基准	124
(三) 运行基准	126
四、基本特征基准的批评及其消解	127
(一) 缺乏文本依据与宪法中潜在的证据	127
(二) 不确定性与宪法解释	128

(三)侵害“基本特征”与分权制衡	141
第四章 宪法修正案的合宪性审查原则	144
一、合宪性推定原则	144
二、限定性合宪解释原则	146
三、可分性原则	148
四、裁定后向适用原则	150
结论	153
参考文献	157
索引	169
后记	171

绪论

一、问题的提出

修宪权的限制是立宪主义实践中一个重大的政治和法律问题,也是宪法学研究中一个基本理论问题。然而,各国对于修宪权的限制普遍采用事前限制的方法,即由宪法本身或者由其特别授权的法律对宪法修正的范围、步骤、方式,以及修正案的效力予以明确的规定;对于事后救济,尤其是司法救济,则鲜有涉及。主流宪法学理论认为宪法的修正乃是一种统治行为,具有高度的政治性,为此,根据政治问题理论(Doctrine of political questions),司法应当保持对修宪机关的充分尊重(deference)并自我克制(self-restrain),避免对宪法修正案的合宪性作出判断。正如印度某些大法官所言,认为修宪权可能被滥用,从而发明某些基准对其合宪性进行审查,这是不可想象的。^①但是,即使在这种见解之下,也并非意味着修宪权的行使以及宪法修正案事实上(de facto)和法律上(de jure)不可能存在瑕疵。从各国的宪法发展史来看,修宪权的行使不仅可能存在程序上的瑕疵,明显地违反宪法关于修宪程序的规定或者修宪机关的内部议事程序,也可能存在实体上的瑕疵,如修宪机关超越宪法赋予其的修宪权限,或者宪法修正案的内容明显地违反宪法的明文规定或者明显不合理。在这些情形下,如果等待修宪机关自行纠正其错误,首先由于宪法的修正通常有较为刚性(rigid)的程序,其启动、起草、审查与批准程序复杂而且需要相当长的时间,而在此期间,存在瑕疵的宪法修正案以及根据该修正案所制

^① Golak Nath v. State of Punjab, (1967) 2 SCR 777.

定的法律仍可能对人民,特别是少数人的基本权利造成持续的、严重的侵害,进而导致社会矛盾的激化,这不仅可能影响社会的安定、有损修宪机关的权威,也可能损害宪法的权威、破坏人民对于宪法的信仰,严重的还可能导致革命,从而造成宪法的破坏。其次,由修宪机关自行纠正错误,虽然能够在一定程度上消除有关宪法修正案所造成的影响,但需要耗费巨大的社会成本,并且在这种情形下,人民基本权利(*grundrecht*)所受的侵害则往往难以得到充分、有效的救济,这也可能损害宪法的权威,减损他们对宪法的信仰。再次,由修宪机关充当自己的法官,其判断难以做到不偏不倚,所作决定亦难以令人信服。最后,尽管修宪机关中的代表可能有法律专业人士,但绝大多数代表为非法律专业人士,他们对于争宪法修正案所存在的问题可能缺乏明确的认识,况且印度宪法十分冗长、具体,其体系性更难把握,加上修宪机关的代表大多乃是基于选举产生,通常情况下,其考量仍以多数人的利益和政策为其核心,不仅可能忽略少数人的权利,而且对于宪法体系之间的协调与关照可能缺乏整体照应,无视宪法体系的内部矛盾,故而,亦不宜对于修宪机关自行纠正其错误期待过高。基于此,在德国^①、印度、南非^②、尼泊尔^③、巴基斯坦^④、阿根廷^⑤、巴西^⑥等一些国家乃采取由违宪审查机关对于宪法修正案的合宪性进行司法审查,以之作为防止修宪的非理性的第二道防线。

特别是在印度,由于宪法规定了相对柔性的修宪程序,第20编“宪法的修正”第

① 德国基本法虽然并未明文规定联邦宪法法院可以对宪法修正案的合宪性问题作出审查,但是由于宪法第79条的规定以及宪法规定位阶的承认,联邦宪法法院乃有权根据宪法中的宪法核心规范对于下位规范的合宪性问题作出审查,就此而言,难谓联邦宪法法院对于宪法修正案的合宪性问题无管辖权。

② 南非宪法法院对于宪法修正案的合宪性审查基本上是采取非常谦抑的态度的,但是其在一些案件中亦有所审查,如 *Premier of KwaZulu-Natal and Others v. President of the Republic of South Africa and Others* 案判决, 1996 (1) SA 769 (CC); 1995 (12) BCLR 1561 (CC)。

③ 此前,尼泊尔的多数律师、法官都是在印度接受的法学教育,故他们也移植了印度最高法院对于宪法修正案的合宪性审查制度。Richard Stith, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Extraordinary Power of Nepal's Supreme Court*, 11 Am. U. J. Int'l L. & Pol'y 47 (1996)。

④ 后文有较为详细的介绍,此处不赘。

⑤ 1998年4月阿根廷一区法院在 *Fyat* 案判决中,以超越权限为由判断制宪会议 (Constitutional Convention) 所制定的一项宪法修正案违宪;1998年11月9日,上诉法院维持了这一判决,指出该宪法修正案部分违反了宪法第99条,故应部分无效。Ileana Gomez, *Declaring Unconstitutional a Constitutional Amendment: The Argentine Judiciary Forges Ahead*, 31 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 93 (2000)。

⑥ 关于巴西最高法院对于宪法修正案的合宪性审查,可以参见 Keith S. Rosenn 的 *Judicial Review in Brazil: Developments under the 1988 Constitution*, 7 Sw. J. L. & Trade Am. 291 (2000) 和 Conrado Hubner Mendes 的 *Constitutions and Institutions: Justice, Identity and Reform: Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court*, 17 Fla. J. Int'l L. 449 (2005)。

368 条“议会修正宪法的权力及其程序”^①规定^②：

(1) 无论本宪法的其他规定如何,议会得根据本条规定的程序行使其修宪权,以添附、修改或者废除的方式对本宪法的规定进行修正。^③

(2)^④对于本宪法的修正得在议会两院之一中仅以旨在修正宪法的法律案而提起之,当该法律案由各该院以其所有议员 2/3 以上多数出席和投票,且以各该院所有议员之多数批准后^⑤,应呈总统批准,总统应批准之,于兹^⑥宪法乃依该法律案的规定修正之。

但其目的在于对于如下规定进行修正者：

- (a) 第 54 条、第 55 条、第 73 条、第 162 条或第 241 条；
- (b) 或第 5 编第 4 章、第 6 编第 5 章或者第 11 编第 1 章；
- (c) 或附录 7 之任一清单；
- (d) 或议会中邦之代表；
- (e) 或本条之规定。

则其所涉此类修正,在送交总统批准之前,亦需由 1/2 以上邦^⑦立法机关以决议之形式予以批准。

① 原标题为“宪法的修正程序(Procedure for Amendment of the Constitution)”,1971 年宪法第 24 修正案第 3 条对此进行了修正。

② 在印度宪法的修正问题上,廖初民先生的“论 1950 年《印度共和国宪法》”,华东政法学院法史学 2003 级硕士学位论文,其论文的某些观点有待商榷,在其论文的第 42 页中,其指出:“就像其他成文宪法一样,印度宪法也规定了其修订程序;但又不像其他联邦宪法,其修订程序并不严格。在印度宪法中,有关修订程序的条文有很多,但主要是宪法第 368 条。根据该条规定,宪法的修订可以在任何一院中提起,如果两院都通过,同时又达到参加表决者的 2/3 多数,并由总统同意,宪法就应修订。只有在宪法的某些规定,主要是中央与各邦的关系及高等司法方面以及就第 368 条修订,要求所有邦的过半数的同意,而有关新成立的邦的承认与形式、现存邦的地域范围、边界以及名称的变换的修订,通常应由联邦立法作出。同样,邦立法委员会的产生与取消以及一般的修订应由议会立法进行。”首先,其混淆了宪法的“修订”(Revision)与“修正”(Amendment),将二者等同起来;其次,其在表述中实际上将“立法”等同于宪法的修正;再次,其颠倒了宪法修正案表决的应出席人数和所需的赞成票数;最后,结合其在该文第 51~52 页对于印度宪法修正程序的批评来看——其认为印度修宪过于频繁的原因之一在于修宪机关的单一性——仅议会享有修宪权,这不仅从逻辑上讲是有疑问的,因为从一定程度上讲修宪机关的多元化,很可能意味着修宪权行使的可能性的增加,另外,其亦未能准确地把握印度宪法中有关修宪权的分配。印度宪法的修正实际上存在两种模式。详见下文,此处不赘。

③ 此款规定为 1971 年宪法第 24 修正案所增修。

④ 1971 年宪法第 24 修正案第 3 款将之改为第 2 款,在此之前,宪法仅有该款规定。

⑤ 此处对宪法该条文的表述作了适当的调整,原文为“... and when the Bill is passed in each House by a majority of the membership of that House and by a majority of not less than two-thirds of that House present and voting...”,若以中文直译,则为“当该法律案由各该院以其所有议员的多数,且以其所有议员的 2/3 以上多数出席并投票批准后”,在逻辑上则未免有颠倒先后顺序之嫌。

⑥ 1971 年宪法第 24 修正案第 3 款对该部分文字进行了修正,原文为:“……应呈总统批准,在总统批准之后,宪法乃依该宪法修正法律案规定修正之。”

⑦ 原来用于界定“邦”的定语,“附录 1 第 1 编和第 2 编所列的”,为 1956 年宪法第 7 修正案第 29 条所删除。

(3) 宪法第 13 条之各规定不适用于本条所指称之修正案。^①

(4) 无论是在 1976 年宪法第 42 修正案第 55 条生效之前或者生效之后,已经制定的或者即将制定的宪法修正案,但凡是根据本条规定而制定的,均不得以任何理由而于法院质疑之。

(5) 为消除疑虑起见,兹宣布议会根据本条规定而行使修宪权,以添附、修改或者废除的方式对本宪法的规定进行修正,其权力并无限制。^②

结合宪法其他条文,则可以发现在印度宪法之下,宪法条文修改存在两种模式,具体如下:

1. 法律修改模式

宪法第 4 条^③、第 169 条、第 239A 条、第 239AA 条、第 243M 条、第 243ZC 条、第 244A 条及第 312 条规定的修改事项,其修改程序同任何普通法律(Ordinary laws)之修改程序一样,由议会之简单多数通过即可。此种情形并不包含在宪法第 368 条所规定的修改范围之内。^④

① 本款规定为 1971 年宪法第 24 修正案第 3 条所增修。

② 第 4 款和第 5 款为 1976 年宪法第 42 修正案第 55 条所增修。虽然最高法院在 *Minerva Mills* 案判决, (1980) 3 SC 625 中判定其违宪无效。但在现今出版的各宪法文本中仍然予以保留。

③ 印度宪法第 4 条规定:

依据宪法第 2 条(新邦的加入或者建立)和第 3 条(新邦的建立和既有邦的区域、边界或者名称的变更)而制定的法律,倘其生效必须对宪法附录 1 和附录 7 相应条款进行修正,这些法律中应当包含对前述附录进行修正的条款;倘议会认为必要,亦得包含补充、附随和相关事项(包括受该项立法影响的议会或邦立法会代表权的条款)的规定。

前述法律,不得视为宪法第 368 条所称之宪法修正案(an amendment of this Constitution)。

④ 杜强强博士在其所撰之“修宪权之‘基本架构限制’——印度最高法院关于宪法修改限制的理论与实践”(《法商研究》2006 年第 3 期第 152 页)一文中,认为印度宪法第 368 条规定三种修改程序,此亦包含其中,笔者认为似有不妥。宪法第 368 条规定实际上对此并未予以规定,只是规定了后两种修宪程序。该程序则由文中所述各条分别予以规定。且根据第 4 条第 2 款、第 169 条第 3 款、第 239A 条第 2 款、第 239AA 条第 6 款第 b 项、第 243M 条第 4 款第 b 项、第 243ZC 条第 3 款、第 244A 条第 4 款、第 312 条第 4 款之规定,该种修改并不属于宪法第 368 条所谓之“修正”,且就规范本身的表达而言,多采用“不得认为此类法律乃本宪法第 368 条所谓之修正案”(no such law... should be deemed to be an amendment of the Constitution for the purpose of Art. 368.)这一规范表达语句,使用“法律”(law)一词以区别于“修正案”(amendment),就此而言,亦不得认为其为宪法第 368 条所谓之“修正”。对于此种批评 Vishnoo Bhagwan 在其所著之 *Indian Constitution: An Appraisal* (Delhi Lucknow, 1999) 一书第 399 页中则主张,制宪者之“不得认为此为宪法修正案”的主张是不能苟同的,因为这些修改具有宪法上之重要性。为此,从实践上来讲,它们就应该是宪法修正案。A. Lakshminath 在其所著 *Basic Structure and Constitutional Amendments: Limitations and Justiciability* (New Delhi, 2002) 第 103~104 页中虽然指出宪法第 368 条并不包含第一种修宪模式,但是也一样认为其乃“修正案”之一种;M. P. Singh 教授在其所修订的 *V. N. Shukla's Constitution of India*, Lucknow: Eastern Book Company, 2001(10) 一书第 887 页亦持相似观点;Paras Diwan 和 Peeyushi Diwan 在二人合著之 *Amending Powers and Constitutional Amendments: From First to the Latest Amendment*, New Delhi: Deep & Deep Publications(1997)(2) 一书第 xv~xvi 页中的观点与本书略同。

2. 宪法修正模式

根据宪法第 368 条第 2 款第 2 段的规定,旨在修正宪法有关如下事项的规定的^①:

- (1) 总统的选举及其方式;
- (2) 联邦行政权的范围;
- (3) 邦行政权的范围;
- (4) 有关最高法院的规定;
- (5) 有关各邦高等法院的规定;
- (6) 有关联邦直辖区 (Union territories) 的高等法院的规定;
- (7) 联邦和邦之间立法权的分配;
- (8) 各邦在议会的代表(议席);
- (9) 宪法第 7 附录;
- (10) 宪法第 368 条本身,修宪权和修正程序的规定。

除应在议会两院之一以旨在修正宪法的法律案方式提起,并由各该院以其所有议员的 2/3 以上多数出席并投票,且以各该院所有议员的多数通过之外,在送交总统批准前,尚需交由各邦立法机关批准;在 1/2 以上邦立法机关以决议形式批准之后,才得送交总统批准,总统并应予以批准。宪法在总统签署之后,并依(宪法修正)法律案的规定而受修正。

除以上规定外,则宪法的修正必须根据第 368 条第 2 款主文的规定,应在议会两院之一,以旨在修正宪法的法律案方式提起,并在其由各该院以其所有议员 2/3 以上多数出席和投票,且以各该院所有议员之多数批准后,送交总统批准。总统并应予以批准。在总统批准之后,宪法即依宪法修正法律案的规定而受修正。^② 一定程度上导致了宪法的频繁修正,截至 2008 年 1 月已经进行了 94 次修正,自其 1950 年生效以来,平均每年大约修正 1.6 次。由于其中的许多修正案的目的乃在于推翻最高法院或者高等法院的相关判决、排除司法审查,以维持某些法律或者行为的有效性。为此,亦导致了最高法院的反弹,在一些判决中,最高法院推翻了一些宪法修正案。这导致了学术界和实务界的激烈争论,其中的许多争论关涉宪法学中一些基本的理论问题:如修宪权的行使除了形式上的限制之外,是否存在实体上的限制;宪法的修正一旦受前述限制,其效果如何;最高法院能否对宪法修正案的合宪性进行审查,或者其是否具有正当性基础,其根据为何,判断的标准为何,所作的

^① M. P. Singh (Re), V. N. Shukla's *Constitution of India*, Lucknow: Eastern Book Company (2007)(10), pp. 881-882.

^② 就此而言,杜强强博士前揭文的介绍也是值得商榷的。

判断效力如何等,这些问题和其他的宪法学的基本问题一样,都是亟待从理论上予以进一步澄清的。

不过,尽管在印度存在着大量的对宪法修正案的合宪性进行司法审查的判例,而且也有大量的理论研究成果,但是,长期以来,大陆学界对于国外法学理论的关注多数围绕着借鉴与批判西方发达国家的理论和经验而展开,忽略了对这些与之具有相似背景的发展中国家的理论和经验的研究,故也未能予以简略的介绍。窃以为,印度法学研究长期以来受到英国的影响,且独立之后建立了美国式的司法审查制度,联邦最高法院享有比美国联邦最高法院更为广泛的权限,每年作出近千个判决,其中不乏大量的宪法性判决,其中的一些判决和原理比发达国家更为大胆、先进,特别是在公益诉讼(Public Interest Litigation, PIL)和宪法修正案的合宪性审查方面,亦为发达国家所援用。德国海德堡大学 Dieter Conrad 教授甚至指出,如果说印度在法律实践和理论上是世界上最大的输入国之一,那么,至少在以上两方面可以说,印度将扮演重要的输出国的重要角色。^① 对其进行研究不仅有助于我们了解印度宪政制度,特别是司法审查制度,也有助于拓宽我们理论研究的视野和思路。故而,本书将对后者进行考察和研究。

二、研究现状

(一) 中国内地的研究现状^②

目前中国内地对于印度宪法的研究甚少,其中仅有寥寥的数篇介绍性的论文。^③ 虽然,就目前的情形而言,有关于印度宪法相关问题的研究的文章,尤其是硕士学位论文^④有所增加。但是,应当注意的是,一方面这些研究多是历史学的而非法学的,而且从研究的深度而言,仍然有所欠缺;另一方面由于语言问题,部分论著甚至是对印度宪法文本存在严重的误读,从某种程度上讲,这不仅未为我们了解印度宪法

① Dieter Conrad, *Basic Structure of the Constitution and Constitutional Principles*, in Soli J. Sorabjee (ed.), *Law & Justices: An Anthology*, Delhi: Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd. (2004), p. 187. 印度最高法院及法学研究对尼泊尔的影响最巨,因为尼泊尔的一大批律师和法官在印度接受法学教育。

② 由于众所周知的原因和笔者个人能力的限制,本书对国内研究现状的考察仅限于中国内地,对港、澳、台关于印度的研究则未能展开系统的考察。

③ 应当注意的是,四川大学南亚研究所主持的南亚研究基地丛书中杨翠柏等著的《印度政治与法律》(巴蜀书社2004年版)一书对于印度宪法亦有介绍,然而该部书所参考者以国内史学研究的二手资料为主,故本文不作专门介绍。

④ 如廖初民先生的“论1950年《印度共和国宪法》”,华东政法学院法史学2003年硕士学位论文,和“法律宗教化和法律的世俗化——印度法律的世俗化变革研究”,华东政法学院法史学2006年博士学位论文;冯晓霞女士的“试论‘一战’后印度的宪政改革”,华中师范大学世界史硕士学位论文;李庆丰先生的“论印度联邦与邦的关系”,郑州大学历史学2006年硕士学位论文。

提供可资借鉴的资料,反而致使谬种流传,成为研究者或者准备进行研究者的障碍。

即使如此,对印度最高法院对宪法修正案的合宪性审查进行研究的仍然是十分鲜见的。就笔者目前掌握的资料而言,就这一问题做过专门论述的,除了杜强强博士发表于《法商研究》2006年第3期的一篇论文“修宪权之‘基本架构限制’——印度最高法院关于宪法修改限制的理论与实践”^①以及其博士学位论文“略论宪法修改程序”中的第4章“宪法修改程序与司法审查”^②之外,豆星星博士的博士学位论文“修宪权研究”在第2章中对于印度最高法院对于宪法修正案的合宪性审查及其影响亦有所涉及。^③然而,这几篇文章虽然对该问题作了一定深入的阐释,但是对印度宪法修正程序仍然存在一定误解,而且,关于宪法修正案的合宪性审查的诘难在上述文章并未得到充分的展开。而这些问题的解决,关涉对于宪法修正案进行审查的合法性和正当性问题,从某种角度上讲是属于前提性的问题;另外,由于文章篇幅的限制,上述文章对于印度最高法院对宪法修正案进行审查的原因的考察并未作深入分析,为此,极有必要深入研究印度的宪政体制及其形成历史、宪法规范本身,以作更为深入的分析。

除此之外,中国社会科学院法学研究所副研究员陈欣新在其所撰写的“印度违宪审查制度”一文中对于最高法院对于宪法修正案的合宪性审查亦有简略的论述,但是该文存在明显的前后矛盾。在印度,就最高法院的司法实践而言承认宪法至上而不承认议会至上,特别是随着基本特征基准的发展,这一点基本上已为人们所接受。而在陈氏一文中仍然强调议会至上,这与最高法院对于宪法修正案的合宪性问题进行审查之间的矛盾根本是无从调和的。^④

(二) 印度本国的研究现状^④

就目前笔者所掌握的资料来看,印度学者对于最高法院对于宪法修正案的合宪性审查已经有大量的研究,并且也取得了丰硕的成果。其理论发展脉络大抵如下:

从某种意义上讲,印度最高法院对于宪法修正案的合宪性审查问题的争论,可以追溯到1950年的 *Sankari Prasad* 案判决,在该案判决中,申请人主张,宪法第1修正案不仅违反宪法第368条规定的修正程序,而且由于宪法修正案乃是宪法第13

① 杜强强著:“论宪法修改程序”,中国人民大学法学院宪法学与行政法学2005年博士学位论文,第218~28页。

② 豆星星著:“修宪权研究”,武汉大学法学院宪法学与行政法学2005年博士学位论文,第65~66页。

③ 陈欣新:“印度违宪审查制度”,载 <http://www.jcrb.com/zyw/n137/ca75579.htm>。

④ 本部分旨在勾勒印度国内对于这一问题的研究现状,为此,只限于部分较有代表性的学者,并不能囊括全部文献;且由于笔者本人智识的限制,难免出现诸多疏漏。尚祈谅解。