

本书由中国社会科学院老年科研基金资助出版

Weixian Shencha De Yuanli Yu Tizhi

违宪审查的原理与体制

陈云生 著



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

本书由中国社会科学院老年科研基金资助出版

Weixian Shencha De Yuanli Yu Tizhi

违宪审查的原理与体制

陈云生 著



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

违宪审查的原理与体制/陈云生著. —北京: 北京师范大学出版社, 2010.6

ISBN 978-7-303-10945-6

I. 违… II. ①陈… III. ①宪法—司法监督—研究—中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 062589 号

营销中心电话	010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网	http://gaojiao.bnup.com.cn
电子信箱	beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn

北京新街口外大街 19 号

邮政编码: 100875

印刷: 北京京师印务有限公司

经销: 全国新华书店

开本: 148 mm × 210 mm

印张: 8.75

字数: 193 千字

版次: 2010 年 6 月第 1 版

印次: 2010 年 6 月第 1 次印刷

定价: 28.00 元

策划编辑: 马洪立 责任编辑: 李洪波

美术编辑: 毛佳 装帧设计: 毛佳

责任校对: 李茵 责任印制: 李丽

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

自序

改革开放三十年间，宪法监督、宪法保障、违宪审查自始至终都是宪法学研究的热门话题。学者和学子们为此出版的专著可能不止十部，而发表有关的文章、专论的数量，恐怕不下上千篇。

从一个方面讲，这是一个极具学术魅力的研究项目，所以能吸引研究者纷至沓来，绵绵不断地呼唤着几代宪法学人费心尽力投入到这个研究领域中来。

从另一方面讲，这又是一个极具难度的研究项目。说它难，难在它是一个极其复杂的宪法现象，关涉到立宪原理和宪政实践，而这种立宪原理和宪政实践又因国别不同，社会制度不同，意识形态不同，历史背景不同，现实国情不同，而呈现多元化的发展态势，文雅一点地说，是仁者见仁，智者见智；粗俗一点地说，即是公说公有理，婆说婆有理罢了。学者们从各个不同的历程、角度和某一个或一些侧面进行研究，最终的结果可能获得全方位的研究效果，从纯科学的意义上说，这正是任何科学研究领域都期待得到的最佳效果。当代宪法监督和违宪审查之类的理论研究之所以兴盛和硕果累累，而且这方面的宪政实践又是如此丰富和蔚然成风，都与它的学术魅力分不开。此项目研究之难在各国都是如此，在中国更是难上加难。造成困难的原因是多方面的，政治观念、意识形态、国家体制等方面，有形无形之中都会造成困难。对这些困难不是学术自身所能克服的。现在的问题是，我们认为这个领域研究的困难局面至少有相当一部分都是由中国宪法学术界自身造成的。由于历史和

现实中各种各样的原因，我们有些宪法学者将自己的学术研究深深地嵌入到主流的政治和社会语境之中，而不愿或难以自拔。当然，这样做的代价是要牺牲宪法学本身所具有的独立科学品格。而另有些宪法学者是在社会物欲横流、过度追求物质享乐而人的“身心”价值遭到摒弃的社会环境中接受教育的。这种社会风气对教育体系的影响的直接后果之一，便是刻苦攻读、追求真理的教育宗旨迷失了，教育的总体质量下降了。在这种教育环境中成长起来的受教育者，出现一些“伪精英”也就不足为奇了。在现实的宪法学研究中，单以宪法监督的研究为例，就经常会遭遇是“由宪法监督”还是“被宪法监督”、“违宪就是违反宪法”之类的入门的和同义反复的话语的尴尬。在文章中将中外的宪法监督制度简单地作一比较，或不经论证和考察就轻率地建议引进某一外国的制度等，更是屡见不鲜。

上述包括宪法监督、违宪审查研究在内的研究现状，已然引起了一些包括笔者在内的宪法学者们的担忧。我们作为宪法学研究的一员，理应为改变这种状况做些什么。笔者从攻读宪法学专业至今已历 30 年，研究不深，却始终未间断。宪法保障、宪法监督、违宪审查一直是我长期热心投入的研究领域，从硕士论文到博士论文，再到 1988 年出版的《民主宪政新潮——宪法监督的理论与实践》和 2004 年出版的《宪法监督司法化》，都是这个主题。长期的研究使笔者深知这个领域研究的艰辛与困难。现在摆在读者面前的这部拙著，可以视为在这类项目研究上的延伸。较之以往的同类著作，着重从四个方面做了研究和论述。

第一，着重考察了违宪概念的历史渊源和“高级法”背景。意在阐明：“违宪”这个我们现代几乎耳熟能详的概念，其实是有着深厚的历史积淀，它从历史上一直走到今天，已经形成了自身固定的、确定的内涵与外延。我们今天在使用和研究这个概念时，不能罔顾其深厚的历史性内涵，从尊重其历史到深察其内涵与外延，或许正是今日宪法学人应当努力去做的事。

第二，着重分析了违宪审查的原理。违宪审查命题之所以挥之不去，历久弥新，正是因为它是建立在某些深厚的理论根基之上的。今人之所以对违宪审查有种种歧见或不以为然，归

根到底是学者或实务界人士对其赖以立身的原理缺乏深刻的体察，不予认同甚至加以拒弃的结果。作为一个宪法学人，有责任通过深研这个理论根基而引导人们走出对其认识和实践上的误区。

第三，宪法学同其他任何学科一样都应当而且必须与时俱进，时代发展和进步了，相应的理论也应当跟着发展和进步。我们宪法学人的眼光不能总往后看，不能只是重复历史上已经发生的事实和理论上早已进行过深入研究的传统理论。当然，从科学的意义上讲，尊重历史事实和传统理论也是必要的和应当的，正如本著在第二章所做的那样。但是，科学也要求有前瞻性，也要引导人们面对未来的新变化、新形势。笔者冒昧地认为，我们的宪法学整体理论太坚守传统了，千百次地重复和传承以往的传统知识体系而失去了对未来的关注与研究，已然成为当代中国宪法学的一大通病。更严重的事态或许是，学术界从总体上对此浑然不觉，以致形成麻木状态，更遑论对未来的敏感性。本著着重以违宪审查为突破口，对势将在未来的违宪和违宪审查的机遇和挑战进行了一些探讨。但须指出，这种探讨不仅是初步的，可能更是粗疏的。笔者个人资历的浅薄和学识范围的有限，决定了不可能在这诸多的领域进行真正符合科学规范的系统研究。我们在这里所做的，充其量也只能算是点到为止，权作引玉之砖罢了，意在引起学术界的进一步关注，期待日后有更多这方面的力作问世。

第四，对中国违宪审查的原理和体制，既从现已成形有制的理论与实践进行了实事求是的分析，更从中国违宪审查观念的建树上进行了多方位的分析和探索。一系列的有关违宪审查的理论与实践问题，都尽可能地纳入我们在本书第三章分析的视野。

第五，从长远的趋势上考察，我们认为在将来条件成熟时，在中国建立宪法法院的违宪审查体制，应当是最佳的体制性选择。

以一己绵薄之力当此大题之写作，勉从其难而已矣！只是力求做到专注用心，倾尽全力罢了。值此出版之际，此情此景尚能聊以自慰。

是为自序。

作者

于北京市新源里寓所“半步斋”书房

作者简介

陈云生，男，1942年5月生，北京市平谷区人。

1966年北京政法学院(现中国政法大学)法律系毕业，毕业后在广西靖西县、德保县、百色地区从事过司法、教育、行政等工作。1978年考入中国社会科学院研究生院法学系深造，1981年获得法学硕士学位；1984年师从著名法学家张友渔教授攻读宪法学博士学位，1987年获法学博士学位，是中国本土培养的第一个法学博士，也是张友渔教授唯一的博士生。1981年起在中国社会科学院法学研究所从事宪法学、行政法学、法哲学等学科的研究工作。先后出版著作十几部，发表论文、文章数十篇。

代表作有：《民主宪政新潮——宪法监督的理论与实践》，人民出版社1988年版；《权利相对论——权利和义务价值模式的建构》，人民出版社1994年版；《反酷刑——当代中国的法治与人权保护》，中国社会科学出版社2000年版；《宪法监督司法化》，北京大学出版社2004年版；《宪法人类学》，北京大学出版社2005年版；《和谐宪政——美好社会的宪法理念与制度》，中国法制出版社2006年11月版；《成文宪法——通过计算机进行的比较研究》(原译《成文宪法比较研究》重译)，北京大学出版社2007年3月版。

1991年1月至1993年1月先后在美国路易斯·克拉克西北法学院、加州大学伯克利法学院、哈佛法学院和荷兰的鹿特丹伊拉斯莫大学法学院从事进修和讲学等学术交流活动。1998年9月至1999年3月在丹麦首都哥本哈根人权研究中心从事人权专题研究，期间多次在丹麦、瑞典从事讲学和出席学术会议等活动。

现为中国宪法学研究会顾问，北京市宪法学研究会顾问，中国社会科学院法学研究所研究员；中国社会科学院研究生院法学系、北京师范大学法学院教授，博士生导师。

目 录

1	第一章 宪法是国家的根本大法
2	一、宪法是近现代社会和民族国家的产物
2	二、宪法集中了社会和国家统治者或管理者的最高意志，代表了社会和国家统治者或管理者的最高利益
4	三、宪法规定的都是有关国家和社会的一系列重大事项
5	四、宪法规定着公民的基本权利和义务
6	五、宪法具有最高的法律地位和法律效力
6	六、宪法是国家立法的基础和依据
7	七、宪法并没有确定的文书形式
8	八、宪法是兼具政治和法律双重性质的文件，即通常学术界所说的政治法律性文件
11	九、宪法实施的手段应当是综合的、多样的

15 第二章 违 宪

15 第一节 关于违宪的概念与意义

17 第二节 “违宪”概念的历史渊源和“高级法”背景

17 一、古希腊、古罗马时期的自然法和“高级法”

20 二、中世纪的神权法和“高级法”

22 三、启蒙时代的英国普通法和“高级法”

37 第三节 小 结

42 第三章 违宪审查体制的建构和现代图景

42 第一节 违宪审查制度建构的历史渊源

42 一、违宪审查制度建构的历史渊源

48 二、司宪审查制度建构的历史直接导源

56 第二节 违宪审查制度的建构和现代图景

56 一、司法审查制的建构和现代图景

63 二、宪法法院制的建构和现代图景

70 三、宪法委员会和宪政院制的建构和现代图景

75 第四章 违宪审查的原理

75 第一节 二元政治原理

84 第二节 分权与制衡原理

103 第三节 法治与宪法至上原理

107 一、古典时期

111 二、中世纪时期

113 三、人文运动和启蒙时期

125	四、立宪初创时期
130	五、立宪普及及现代化发展时期
148	第四节 人权的宪法保障原理
149	一、一般人权、公民权和基本权利之间的区别与联系
155	二、人权保障的宪法进路
177	第五章 现代新兴的宪法伦理道德争议上的违宪审查——困境与趋势
178	第一节 争议中的新兴的宪法伦理道德原则
179	一、由电子通讯技术引发的宪法伦理道德原则争议
187	二、由基因科学、细胞核转移技术引发的伦理道德原则争议
192	三、由机器人技术引发的伦理道德原则争议
197	四、由安乐死技术引发的伦理道德原则争议
200	五、由堕胎技术引发的伦理道德原则争议
202	第二节 相关司法审查的现状与困境分析
202	一、有关人工生殖技术案例介绍与困境分析
208	二、有关安乐死案例介绍与困境分析
211	三、有关堕胎案例介绍与困境分析
219	四、有关同性恋案例介绍与困境分析
220	五、有关高科技测谎、药物检测案例介绍与困境分析
222	六、有关“反恐法”案例介绍与困境分析
226	七、有关环境保护案例介绍与困境分析

230	第六章 中国违宪审查的原理与体制
231	第一节 中国违宪审查体制建立的理论背景和政权基础
231	一、中国现行违宪审查体制建立的理论背景
233	二、中国现行违宪审查体制建立的政权基础
235	第二节 中国违宪审查体制和运作状况的分析
235	一、体制分析
240	二、运作分析
243	第三节 中国违宪审查观念的建树
244	一、如何认识和评价中国现行的违宪审查制度
244	二、是结构性问题还是运作问题
245	三、是观念问题还是制度建构问题
246	四、司法化的违宪审查问题
247	五、体制性的分离与统一问题
248	六、违宪审查的判断标准问题
255	七、违宪审查制度在国家根本政治制度中的地位与影响问题
258	八、是“逐步走”还是“一步到位”问题
260	九、是通过宪法改制还是通过普通立法改制问题
262	第四节 中国现行违宪审查制度的完善与加强
266	参考书目
269	后 记

第一章 宪法是国家的根本大法

前几年曾在美国的洛克菲勒基金会发生过一场关于自然科学和社会科学哪个更有成就的问题的争论。当时有些医学家和生物科学家常常对社会科学家和人文科学家说：“我们不断地在发明东西：新的药物、新的治疗方法、新的各种谷物和麦类，而你们这些社会科学家除了单纯地重复过去，又做过什么呢？”当时有的社会科学家和人文科学家回答说：“你听说过美国宪法吗？”这一回答不仅得体，而且是正当有理的，因为社会科学界一再证明，美国宪法也许是以往两三百年来最伟大的社会发明。因此，为应对自然科学家经常提出的挑战，以美国宪法为武器似乎是再恰当不过了。^① 我们引用上述争论事例作为本研究的开头语，当然不是想专门研究美国宪法，更没有特别推崇美国宪法之意。这里只是想由美国宪法说开去。在我们看来，作为近现代的世界史上逐步产生和发展起来的全部宪法，难道不是迄今为止全部人类史上最伟大的社会发明吗？

我们之所以认为宪法是人类社会最伟大的社会发明，绝不是仅仅基于主观上的对宪法专业研究上的价值偏好或价值判断，而是基于宪法本身的重要性所做的客观价值判断。当然，宪法的客观价值既是源于它们的特殊社会和国家功能，又是宪法极端重要的社会性和国家性的体现。

^① [美]汤普森：《宪法的政治理论》，张志铭译，北京，生活·读书·新知三联书店，1997，3页。

宪法究竟是一种什么样的国家文件呢？它究竟有什么样的魅力吸引全人类的普遍关注，以至自近现代以来，特别是在当代每一个民族国家都需要拥有适合自己社情和国情的宪法，尤其是成文宪法？又为什么宪法与人们的社会生活和国家生活如此息息相关，以至宪法的每一次修改或变动都会引起本国乃至世界各国的普遍关注？至于因为宪法引发社会激烈动荡乃至国家的败亡，更是史不绝书。所有这些都表明，宪法绝非是一个普通的国家文件，应当而且必须是一个特殊的国家文件。宪法之所以对现代社会和国家如此重要，是由其特殊的性质、地位、功能、作用所决定的。

概括地说来，宪法是由以下一系列特质构成的政治、法律实体。

一、宪法是近现代社会和民族国家的产物

尽管中外的古代直到中世纪，都不乏“宪”、“宪章”、“宪法”的记载，但学术界已普遍承认，那些只不过是指普通的典章制度或具有某种法律特质的法律实体，充其量只具有近现代宪法的某个或某些性质或内容。近现代宪法在性质和内容上要广泛和丰富得多。把宪法看成是近现代社会和民族国家的产物，并在性质和内容上与古代、中世纪的“宪”或“宪法”区分开来，是有充分的理由的，可以并且已经得到普遍的接受和承认。

二、宪法集中了社会和国家统治者或管理者的最高意志，代表了社会和国家统治者或管理者的最高利益

不管人们对社会和国家的性质和阶级属性的认识有多么不同，但有一点是肯定的，即社会 and 国家的统治者，不管是某一个人、政党或其他政治势力、阶级、阶层、全体人民，都是把他(它)们最想确立的立国或治国原则、纲领、方略等在宪法中固定下来以昭示人民，并使人民自愿地或被迫地接受和顺从这

些原则、纲领、方略等。据此，社会 and 国家的统治者或管理者便可以有效地组织和实现国家和社会一体化的目标，集中全社会和全国的意志和力量，共同实现社会 and 国家的统治者或管理者预定的国家发展方向和社会理想。

关于宪法集中了社会和国家统治者的最高意志，代表了社会和国家统治者或管理者的最高利益的思想或观念，以及相关的“人民主权”等理论，在学术上是存在重大争议的。法国著名的“社会连带主义法学派”的代表人物狄骥就对国家意志或人民主权的观点和理论持激烈的批判态度，他认为社会和国家根本不存在抽象的、空洞的“意志”或“主权”，有的只能是作为群体社会里的各个人之间出于社会分工的需要和事实，而结成的彼此间不可分离的“社会连带关系”。他主张国家的法律只可为促进人与人之间的“社会连带关系”而设立行为规范，因而人们只可做那些有利于“社会连带关系”的事情，而不能做任何有损于这种关系的事情。即使社会和国家恰巧有机会掌权的人，也要运用他们所掌握的力量来确保完成某些出于维护全体利益的服务。而那些掌握权力的人就因此负有消极的和积极的义务。所谓消极的义务，是指他们不能做任何可能阻碍个人活动的自由进行的事情，只要这种活动与社会的相互依赖是和谐一致的；而所谓积极的义务，则是指他们必须介入那些有利于实现社会连带的个人活动的保护和保障。^①

狄骥否定的只是自然法学派所倡导的超现实的、空洞的、抽象的“意志”和“利益”，而强烈主张和竭力肯定的是现实中的、真实的、具体的各个人的“意志”和“利益”。在他看来，这种“意志”和“利益”之所以真实，是由于是以他所谓的社会的相互依赖的关系为基础而确定的，而不管这种相互依赖性是由于相似性，还是由于劳动分工而形成的。

在宪法史上，无论是基于假定的、先验主义的自然法学派

^① [法]狄骥：《公法的变迁、法律与国家》，郑戈、冷静译，长春，辽海出版社、春风文艺出版社，1999，438页，444～445页。

等的“意志”和“利益”理论，还是基于现实的、直观的实证主义的社会连带主义法学派等的“意志”和“利益”理论，都承认一般的或特定条件下的“意志”和“利益”这种社会现象的存在。事实上，世界上绝大多数智力、生活正常的人，在自己的日常生活中都会自觉、不自觉地意识和感受到自己和与自己相联系的周围的人的个别的、具体的“意志”和“利益”，尽管对于大多数的民众来说，他们往往不甚明了，甚至根本意识不到他们一旦组织起一个完整的、统一的社会和国家，他们将如何协调自己与他人的“意志”和“利益”，以及是否有必要和可能形成以社会和国家名义出现的、带有普遍性或一般性的“共同意志”和“共同利益”；当然，广大的民众也不大可能明了或意识到这种“共同意志”和“共同利益”是否可能，或者就是存在，或者应该就是“最高意志”和“最高利益”，以及是否自己和他人应当自觉地或被迫地服从这种所谓的“最高意志”和“最高利益”。这些问题太深奥，甚至诸多饱学的法学家们迄今为止都没有给出满意的、可以得到公认的答案。诸多的“意志”和“利益”学说要么大同小异，要么针锋相对，聚讼不已。

当今世界上绝大多数国家，在社会的整合和国家一体化的过程中，宪法确实被认为是整合和集中社会和国家“意志”和“利益”的最适当的政治法律性文件。事关社会和国家的根本大计和长远利益，社会和国家的管理者一般不会，也绝不应该对此漫不经心或掉以轻心。普遍重视和精心操作的结果就是：宪法集中了社会和国家统治者或管理者的最高意志，代表了社会和国家统治者或管理者的最高利益。

三、宪法规定的都是有关国家和社会的一系列重大事项

宪法虽是国家的根本大法，但并不是包罗万象的法律全书或法律大全，它是并且只能是国家的根本法，即一般只规定有关国家和社会的一系列重大的和根本性事项（当然也有个别的宪法例外）。这些事项通常包括：国家的政治结构，权力体系

的设置、活动和相互关系原则。一般说来，近代宪法最初主要是为了巩固和组织政权而设计和创立的。所以早期宪法通常具有浓厚的政治色彩，通称政治法。这一特点沿袭至今，现代各国宪法都必然具有这方面的内容，概莫能外。随着宪法地位的不断提和作用的显著发挥，有关国家和社会的一些其他重大事项，如经济制度、文化教育制度，以及一些有关国家和社会的重大国策，便逐步收进宪法的条文中来，成为宪法中重要的和不可缺少的内容。正是在这一点上，宪法的根本法地位和作用充分显现出来了，并与普通法律区别开来。

四、宪法规定着公民的基本权利和义务

在任何国家和社会，都有一个国家和社会与其人民，以及个人与个人之间的关系问题。近现代国家通常把以往国家和社会颇为复杂的相互关系，大大地简化了。它们把社会上的人变成具有特定法律地位的公民，然后在宪法上规定公民应当享有的基本权利，以及必须履行的基本义务。基本权利和基本义务的设置和规定并没有一定之规，但国家和社会生活的共性以及各国制宪时的相互参考，常常造成有关基本权利和义务方面一些相似或相近的内容规定，由此相延逐渐形成惯例，使世界上绝大多数国家的宪法都有关于法律面前人人平等，公民享有集会、结社、表达意见等自由和权利，以及劳动和受教育的权利等。有关基本权利和义务的规定，也不是随意而为的。国家统治者或管理者总是对国家的整体利益与公民个人的利益进行全面和综合的考量以后，再通过权利和义务的宪法和法律形式将其分配给每个公民。因此，在公民的基本权利和义务的背后，体现的是国家、社会和公民各方的利益以及相互间的关系；并且，这种利益的分配通常被认为是限定在某种合理的“度”之内，至少国家的统治者或管理者认为是合理的。

在宪法上着力规定公民的基本权利和义务，是人类宪政法治乃至人类整体文明的一大进步。它留给我们许多的经验、教训、幸福、满足、无奈、痛苦、求索、诉求、企盼、困惑和迷

惘。总之，留给了我们探求不尽的话题。在当代，公民的基本权利和义务部分地又以人权幽灵的姿态在全世界游荡、徘徊，无孔不入，人人受其牵连，有人为之欢乐，有人为之愁苦。这又给人类权利的探索和思考增加了新的难度。本研究将基于社会文化的深层次背景，为当代宪法监督的理论研究和实践活动，多开拓一些思路，多提供一些思考。

五、宪法具有最高的法律地位和法律效力

宪法作为国家的根本法，除了表明它规定的都是有关国家和社会最重要的事项以外，还表明它具有最高的法律地位和法律效力。这种最高性是指：宪法在国家法制体系中的地位最高，宪法因此号称“母法”或“父法”，所有的法律文件及它们相应的规范体系都必须源自宪法、从属于宪法，与宪法的原则和规定相一致，而不允许相背离。这就是宪法学上著名的同时也是聚讼不已的“合宪”和“违宪”问题。这个问题之所以著名和聚讼不已，是因为它在概念界定、性质认定以及判断上难以把握。宪法的最高性也表现在：与其他的社会行为规范，如社会道德规范、政党或社会团体的章程、纲领以及宗教的教义、教规等相比，宪法是最高的。其他的社会行为规范的遵守都不能违背宪法的原则和规定，也不得妨碍宪法的遵守和执行。宪法的最高性还表现在它的规范范围涵盖全国和全社会，概莫能外。不仅一切公民，就是一切政治或社会势力、团体、组织包括政党，都必须在宪法和法律的范围内活动，都必须认真地遵守和执行宪法。

六、宪法是国家立法的基础和依据

宪法是国家的根本法、最高法，而且只能是根本法、最高法，不是也不应该是法律大全。国家宪法只就有关国家和社会的一系列重大事项作出规定，而不是一览无遗地对所有事项作出规定。在国家和社会各方面生活的管理中，只有宪法的根本性规范显然是不够的，还需要国家的立法机关从事经常性的、