

宪法监督的理论与 违宪审查制度的建构

陈云生 著



方志出版社

宪法监督的理论 与 违宪审查制度的建构

周文彰 著

中国政法大学出版社

本书获中国社会科学院出版基金资助

宪法监督的理论与 违宪审查制度的建构

陈云生 著



方志出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法监督的理论与违宪审查制度的建构/陈云生著. —北京:
方志出版社, 2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5144 - 0302 - 2

I. ①宪… 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(2011)第 218488 号

宪法监督的理论与违宪审查制度的建构

著 者: 陈云生

责任编辑: 冯 松 罗 滔

出 版 者: 方 志 出 版 社

(北京市建国门内大街 5 号中国社会科学院科研大楼 12 层)

邮 编 100732

网址: <http://www.fzph.org>

发 行: 方志出版社发行部

(010) 85195814 85196281

经 销: 新华书店

法律顾问: 北京市大禹律师事务所

排 版: 北京高升伟业文化发展有限公司

印 刷: 北京佳艺恒彩印刷有限公司

开 本: 700 × 1000 1/16

印 张: 29

字 数: 518 千

版 次: 2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5144 - 0302 - 2/D · 10

定价: 42.00 元

· 版权所有 翻印必究 ·

自序

首先将这本书的由来作个交代。现在奉献给读者面前的这本拙著，是由本人承担的国家社科基金一般项目（项目号为04BFX015），名为宪法监督制度研究——违宪审查制度构建，于2004年5月立项，2007年7月完成，2010年1月结项（证书号为20100016）。结项后，经中国社会科学院法学研究所学术委员会大力推荐，被收入《中国社会科学院重点研究课题文库》。为此，笔者自然应当感谢国家社会科学基金、中国社会科学院法学研究所学术委员会、中国社会科学院重点研究课题文库的大力支持和接纳。对于一名普通的法学、宪法学研究人员来说，得到如此高层次的社科研究机构的支持和肯定，不待说，是一个莫大的荣幸和难得的机遇。与此同时，高品级的学术待遇也给笔者平添了更大的压力。对于一向自视治学勤勉、笃学、严谨、刻苦的笔者来说，为此项目的完成和最终修定出版稿，付出了更多的辛劳、智识、精力和时间。即使说在这漫漫的长达7年的岁月内，本人为此项研究和出版已达到殚精竭虑的程度，恐怕一点都不为过。然而，面对即将实现公开出版的愿景，欣喜之情油然而生。为此，付出的再多都是值得的。

着手这项研究伊始，第一个急需解决的现实问题是如何在学术上挑战和超越自我的问题。笔者在1978年考入中国社会科学院研究生院法学系攻读法学硕士学位时起，通过如饥如渴般地阅读大量中外宪法学和法学著述，便被“宪法保障”、“宪法监督”这样的研究方向和论题所深深地吸引。先是以“论宪法保障”为题于1981年完成了硕士学位论文，接着又以“宪法监督的理论与实践”完成了博士论文。硕士论文于2004年在《中国社会科学》杂志上以“论宪法实施的组织保障”为题得以概要发表，而博士论文则由人民出版社以《民主宪政新潮——宪法监督的理论与实践》的书名于1987年

发表。这在当时刚刚起步的包括宪法学在内的法学研究来说，是以专论和专著的形式率先发表和出版的这个领域的专门著述，具有一定的学术影响，为此本人在这个研究领域在学界和坊间尝有“宪法监督第一人”之说。不当那个“第一”也罢，但对于我个人来说，对这个领域的研究差不多已达到“痴迷”的程度，倒也不是妄言。在几经苦思之后，决定从理论和体例上着手实现自己在这个领域研究的新突破。

在宪法监督理论上，经过广泛、大量研读中外相关文献和著述，以及经过良久地深思苦想、探幽钩玄，终于有所顿悟，发现自己有能力登在更高一级的理论平台。特别是关于哲学上颇具学术魅力的重点论题的理性与非理性因素的吸收和引进，笔者认为是一个值得尝试的理论分析范式拓展和理论深度挖掘。关于吸收和引进哲学元素加强宪法学的研究，笔者在《宪法监督司法化》一书的序言中曾有过阐述，并在《权利相对论——权利和义务价值模式的建构》中曾尝试吸收和引进哲学上的价值论贯穿对该问题的探讨之中。如果说，那时的基本学术进路仍然停留将哲学作为宪法和法律研究的工具性价值及学术背景的体认上，那么，在本书研究之中，似乎有明确的意向，就是直接将哲学上的理性与非理性体系和分析范式直接吸收和引进到本题的研究中来。这种意向之所以如此强烈和明确，是与笔者一向从事的学术研究的进路是一致的，并且与笔者当下进行的另一项重大体量的研究也是吻合的。

在本著的体例上，也尝试有所超越。在《宪法监督司法化》一书中，曾尝试做些案例分析，但所选择的中国宪法案例，严格说起来是笔者自己一厢情愿地认定的“案例”，并非实际上是有确断力的司法性宪法案例，因而感到说服力不强。而在本书中都是从同行的著述中精选出来的，全部是外国的宪法性司法判例。笔者之所以这样做，其实也是出于无奈之举，因为在中国还没有宪法性司法案例，无从可选。而在这类具有很强实证性研究题材中，光是在理论层面上的演绎早已在学术界失去了关注的兴趣，而那些千篇一律、了无新意的理论推演更使人感到乏味和厌倦。有鉴于此，本著在力求拓展广度和深挖理论深度之余，也尝试引进一些哪怕是并非那么典型的外国的案例进行分析。一是聊胜于无，二是可以从中得到启示和借鉴。笔者坚信，待中国的宪法和宪政发展到相当高的程度之时，中国必有自己的宪法案例出现。而别人的经验可以作为日后中国自己宪法判例的智识和技术的储备和参考。

末了，还想说明一下，作为国家社科基金项目，是命题作文，无可选择或变动的余地。而今是作为《文库》出版，故将原课题名称改为现在的书名。笔者认为这样做更适合专著的命名范式，也显得更简洁和明确。

是为自序。

作者于北京新源里寓所半步斋

2011年6月26日

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 宪法是人类社会最伟大的社会发明	(1)
第二节 宪政是人类社会最伟大的社会工程	(9)
第二章 宪法监督、宪法解释、宪法保障	(35)
第一节 本章绪论	(35)
第二节 宪法监督	(37)
一 引言	(37)
二 宪法监督的概念	(39)
三 宪法监督的地位	(41)
四 宪法监督的主体和客体	(43)
五 宪法监督的范围	(51)
六 宪法监督的本质和内涵	(54)
七 违宪审查制度与宪法监督制度的内在关联	(58)
第三节 宪法解释	(58)
一 引言	(58)
二 宪法解释的概念	(59)
三 宪法解释的类型	(61)
四 司法解释的方式	(64)
第四节 宪法保障	(84)
一 引言	(84)
二 宪法规定上由宪法自身给予的保障	(84)

三 宪法学理上对宪法实施的保障	(89)
第三章 违宪	(93)
第一节 关于违宪的概念与意义的个人见解	(93)
第二节 违宪概念的历史渊源和“高级法”背景	(95)
一 引言	(95)
二 古希腊、罗马时期的自然法和“高级法”	(96)
三 中世纪的神权法和“高级法”	(98)
四 启蒙时代的英国普通法和“高级法”	(100)
第三节 小结	(112)
第四章 违宪审查制度建构的历史渊源、现代图景和未来发展势 ..	(117)
第一节 违宪审查制度建构的历史渊源和直接导源	(117)
一 违宪审查制度建构的历史渊源	(118)
二 违宪审查制度建构的历史直接导源	(123)
第二节 司法审查制度的建构及现代图景	(130)
一 司法审查制的建构及现代图景	(130)
二 宪法法院制的建构及现代图景	(136)
三 宪法委员会和宪政院制的建构及现代图景	(142)
第三节 违宪审查制度建构的未来发展趋势	(152)
第五章 违宪审查制度的立宪主义原理	(155)
第一节 二元政治原理	(155)
第二节 分权与制衡原理	(165)
第三节 法治和宪法至上原理	(182)
一 古典时期	(185)
二 中世纪	(189)
三 人文运动和启蒙时期	(191)
四 立宪初创时期	(202)
五 立宪普及及现代化发展时期	(206)
第四节 人权的宪法保障原理	(222)
一 一般人权、公民权和基本权利之间的区别与联系问题	(223)

二 人权保障的宪法进路	(229)
三 当代宪法人权的司法化保护	(246)
第六章 宪法责任	(248)
第一节 一般法律责任的概念及其意义	(248)
第二节 关于政府责任的一般理论	(249)
第三节 宪法责任	(254)
一 宪法责任的概念	(255)
二 宪法责任的性质	(255)
三 宪法责任的特点	(257)
四 宪法责任的分类	(258)
五 宪法责任的一般追究制度	(262)
六 高级公务人员违宪责任的弹劾追究制度	(268)
第七章 违宪审查中的理性与非理性因素及其分析	(275)
第一节 一般哲学中理性与非理性概念和体系及其相互关系	(275)
一 理性概念和体系及其历史导读	(276)
二 非理性概念和体系及其历史导读	(313)
第二节 理性对于司法审查的意义	(328)
一 理性对于司法审查的积极意义	(331)
二 理性对于司法审查的消极意义	(331)
第三节 非理性对于司法审查的意义	(332)
一 非理性对于司法审查的积极意义	(332)
二 非理性对于司法审查的消极意义	(333)
第四节 “反宪法规范决定的法律效力”问题	(335)
一 关于“反宪法规范决定的法律效力问题”的宪法和 宪政命题	(335)
二 理性与非理性在“反宪法规范决定的法律效力” 命题中的促成和决定作用	(338)
三 在司法审查中如何面对和审慎对待“反宪法规范 决定的法律效力”问题	(341)

第八章 现代新兴的宪法伦理道德争议下的司法审查

——困境与趋势…………… (345)

第一节 争议中的新兴的宪法伦理道德原则…………… (346)

- 一 由基因科学、细胞核转移技术引发的伦理道德原则争议 …… (347)
- 二 由机器人技术引发的伦理道德原则争议…………… (356)
- 三 由安乐死引发的伦理道德原则争议…………… (359)
- 四 由电子通信技术引发的伦理道德原则争议…………… (362)
- 五 由堕胎技术引发的伦理道德原则争议…………… (367)
- 六 未来发展前景…………… (368)

第二节 司法审查的困境与趋势…………… (370)

- 一 引言…………… (370)
- 二 司法审查的困境与趋势的具体分析…………… (372)
- 三 司法审查的困境与趋势的一般分析…………… (404)

第九章 中国宪法监督体制的建构与现状分析…………… (407)

第一节 中国现行宪法监督体制建立的理论背景和政权基础…………… (408)

- 一 中国现行宪法监督体制建立的理论背景…………… (408)
- 二 中国现行宪法监督体制建立的政权基础…………… (410)

第二节 中国宪法监督体制和运作状况的分析…………… (411)

- 一 体制分析…………… (411)
- 二 运作分析…………… (416)

第十章 中国现行违宪审查观念的建树和违宪审查制度的

完善与加强…………… (419)

第一节 中国现行违宪审查观念的建树…………… (420)

- 一 如何认识和评价中国现行的违宪审查制度…………… (420)
- 二 是结构性问题还是运作问题…………… (421)
- 三 是观念问题还是制度建构问题…………… (421)
- 四 司法化的违宪审查问题…………… (423)
- 五 体制性的分离与统一问题…………… (425)
- 六 违宪审查的判断标准问题…………… (425)

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	(431)
八 是“逐步走”还是“一步到位”问题	(434)
九 是通过宪法改制还是通过普通立法改制问题	(436)
第二节 中国现行违宪审查制度的完善与加强	(437)
参考书目	(440)
后记	(446)

第一章 导 论

第一节 宪法是人类社会最伟大的社会发明

在正式进入本主题的研究之前，有必要对宪法、宪政在国家政治和社会生活中的地位和作用以及相关的几个概念进行分析和辨析。

关于自然科学和社会科学哪个更有成就，前几年曾在美国的洛克菲勒基金会发生过一场重要的争论。当时有些医学家和生物学家常常对社会科学家和人文学家说：“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？”当时有的社会学家和人文学家回答说：“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二三百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。其实，在我们看来，岂止美国宪法，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作出的客观价值判断。当然，宪法的客观价值既是源于它们的特殊社会和

^① 资料来源：[美] 汤普森编：《宪法的政治理论》，张志铭译，生活·读书·新知三联书店，1997年8月版，第3页。

国家功能，又是宪法极端重要的社会性和国家性的体现。

那么，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，以致自近、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，以致宪法的每一次修改或变动都是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。

宪法究竟是一种什么样的国家文件呢？遗憾的是，学术界至今还没有得出一个为大家所普遍赞同的统一说法。源于宪法的多样性、复杂性以及囿于观察者个人的眼界及其所在国宪法情势的局限，他所给出的宪法定义或说明，只能反映其本国的宪法或同类宪法的情形，一旦用另一部宪法或另一类宪法来对照，就可能不适用了。此外，西方学者的一些武断的命题，又给试图下一个普遍定义的努力增添了困难。例如，早期在法国，曾流行没有三权分立，就没有宪法的断言。按此标准，后世的宪法中就有相当多的一部分被排除在宪法行列之外了，因为这类宪法既没有确立三权分立的原则，又没有三权分立的实际规定。尽管如此，现代的宪法学者还是在宪法的政治性质、主要的法律规范的内容、法律效力以及法律功能等方面，取得了相当普遍的共识。如果说给宪法下一个普遍接受的实质性的统一定义目前还不大可能的话，那么，对宪法的概貌给予比较科学的、准确的说明和描述，是完全可以做到的。概括地说，宪法是由下列的一系列特质构成的政治、法律实体：

（1）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。

（2）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，即社会和国家的统治者，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，社会和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，共同实现社会和国家的统治者或管理者预定的国家发展方向和社会理想。

在宪法史上，无论是基于假定的、先验主义的自然法学派等的“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与和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。

不过，值得庆幸的是，人们并没有在这些困难面前裹足不前。除了在理论上、法哲学乃至政治哲学上仍然吸引众多的学者孜孜不倦地进行探索以外，在实践上也在进行大胆的尝试和努力。其中最显著的成就，就是已经和正在建构一项伟大的社会工程，这就是宪法。作为多价值的宪法功能之一，就在于致力于或试图致力于以国家根本大法的形式集中全社会、全国家民众的“意志”和“利益”，使之成为集中的、统一的“意志”和“利益”。这种“意志”和“利益”就被社会和国家的统治者或管理者认定或者宣称为社会和国家的“最高意志”和“最高利益”；而广大民众自身也主动地或被动地承认这种“最高意志”和“最高利益”。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 and 国家的统治者和管理者一般不会、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。

(3) 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提高和作用的显著发挥，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。

(4) 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。

(5) 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的难以把握。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。

(6) 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、大量的日常立法工作，使国家和社会的各方面生活都能够有章可循、有法可依，从而保证国家和社会得到稳定的、模式化的和有秩序的管理。立法机关的日常立法活动及其制定出来的所有法律、法规、规章等等，都必须以宪法为基础和依据，而不能相违背。否则就构成所谓的“违宪”，而违宪的法律、法规等是无效的。法律、法规等之所以必须与宪法相一致而不能相违背，其根本原因首先是如前面所说的，宪法是国家的根本大法，是国家的统治者或管理者的根本意志和国家与社会的最高利益的体现。法律、法规等与宪法相一致，就是服从这种最高意志和最高利益的法律形式上的体现。其次，也是维护国家宪治和法治统一的需要。一个国家和社会的有效治理，其基本条件之一就是要建立和维护宪治和法治的统一。法出多门，必然引起各方面的利益冲突，从而给国家和社会有序、协调地运行和管理造成障碍。因此，法律、法规等必须与宪法的精神、原则和规定相一致，不能相违背，这是宪治和法治的必然要求。