

LAW & POLITICAL SCIENCE SERIES



法政科学丛书·张千帆主编

张千帆 包万超 王卫明 著

LAW & POLITICAL
SCIENCE SERIES



法政科学丛书·张千帆主编

司法审查制度比较研究

A Comparative Study on Judicial Review

张千帆 包万超 王卫明 著

图书在版编目(CIP)数据

司法审查制度比较研究/张千帆等著. —南京: 译林出版社, 2012.1

(法政科学丛书)

ISBN 978-7-5447-2463-0

I. ①司… II. ①张… III. ①司法监督—对比研究 IV. ①D916-3

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第238753号

书 名	司法审查制度比较研究
著 者	张千帆 包万超 王卫明
责任编辑	陈 锐
出版发行	凤凰出版传媒集团 凤凰出版传媒股份有限公司 译林出版社
集团地址	南京市湖南路1号A楼, 邮编: 210009
集团网址	http://www.ppm.cn
出版社地址	南京市湖南路1号A楼, 邮编: 210009
电子邮箱	yilin@yilin.com
出版社网址	http://www.yilin.com
经 销	凤凰出版传媒股份有限公司
印 刷	江苏凤凰扬州鑫华印刷有限公司
开 本	652 mm × 960 mm 1/16
印 张	16.75
字 数	197千
版 次	2012年1月第1版 2012年1月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5447-2463-0
定 价	30.00元

图书如有印装质量问题,可随时向我社出版科调换。

主 编 序

张千帆

自新文化运动提出“德先生”与“赛先生”以来,距今已有九十多年。这么多年来,“民主”与“科学”一直是引领中国现代化进程的两面大旗,一直在指引着中国现代化理论与实践的方向。但不得不说的是,虽然中国科学经过不懈努力取得了长足的进步,民主仍然是几代人前赴后继、孜孜以求的目标,而对于一个国家来说,民主甚至比科学更为重要。没有科学,国家是落后的;没有民主,国家也许可以一时强盛起来,但是国家发展迟早会发生严重的方向错误甚至堕入战争的深渊;纳粹德国和军国主义日本就是前车之鉴,中国在改革开放前二十年也走过很长一段弯路。可见“德先生”要带着“赛先生”走,否则“赛先生”要迷路的。今天我们依然倡导科学与民主,而不能不看到两者的纲目之分、体用之别。

其实民主本身就有一套科学,而中国民主之所以长期不完善,恰恰是因为我们忽视了民主政治的常识和规律。近百年来,民主一直是一个政治正确的口号,各种民主思潮和理论相继引入中国,激发了国人的极大兴趣,但是我们对于民主制度在各国实际政治中的运行方式及其经验教训却所知甚少。理念和理论永远是新奇的,但是解决不了

一个国家的实际问题。今天,我们不能停留在民国初年或改革开放初期引介西方思想的水平上,而有必要综合考察各国民主宪政的制度实践。惟其如此,我们才可能用民主的科学推动民主的政治。

《法政科学丛书》的宗旨正是探索各国民主宪政的制度模式,及其在实践运行中的利弊得失。所谓法者,法治也,当首推宪法之治;政者,政治也,非民主政治莫属。我们冀望这套丛书可以帮助中国通过“赛先生”,看到更真实的“德先生”,进而加速民主宪政的进程。

是为序。

目 录

导言 从宪法到宪政	1
宪法与宪政	1
司法审查与宪政	3
基本思路和方法	4
第一章 司法审查的基本理论	7
司法审查与宪政的逻辑关系	8
司法审查在中国的可行性	34
第二章 司法审查制度的历史、现状与未来	78
引言	78
司法审查制度的发展和现状	80
司法审查的模式	103
司法审查与民主——矛盾中的共生体	123
司法审查的功能与实践	138
司法审查制度的前景	152
第三章 宪政转型国家的司法审查制度	156
导论 宪政与宪政转型	156
转型国家的司法审查制度	160

司法审查在转型国家的运行	189
转型国家司法审查发展的趋势	204
第四章 宪政转型与中国司法审查制度	209
中国经验及其创造性转化	212
普世逻辑与地方性知识	223
意识形态与理论基础	232
渐进方案与宪法改革	244
结 语	256

导言 从宪法到宪政

宪法与宪政

“宪法”(constitution)与“宪政”(constitutionalism)是两个紧密相关的概念,但是在两者之间显然不能画等号。^① 根据西方的一般定义,宪政这个词至少有两层不同意义。第一,在规范层次上,宪政代表着现代自由民主国家所共享的一系列基本原则。例如,亨金教授指出,当代宪政主要包含以下基本要素:(1)主权在民原则,也就是国家建立在大众主权基础上,即便在紧急状态期间也不例外;(2)宪法是最高法;(3)政府法治与政治民主;(4)有限政府与分权制衡,司法独立与文官治国原则;(5)人权可以在紧急状态下被中止,但必须由宪法机构决定和受到民主监督,且必须是绝对必要和临时性的;(6)宪法规定监督机构和机制,以限制政府并保障个人权利。^② 在这个意义上,国家是否有宪法,是一个纯粹的事实问

① Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, András Sajó, and Susanne Baer (eds.), *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, St. Paul, MN: West (2003), p. 10.

② Louis Henkin, A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects, in Michel Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Duke University Press (1994), pp. 30—42.

题;但宪法是否符合宪政原则,则掺杂着价值判断。绝大多数国家或政治实体都有宪法,但未必所有的宪法都符合宪政理念。^③

第二,在事实层次上,宪政代表着宪法文本在政治和社会实践中获得贯彻落实的状态。萨托利教授曾经将宪法归为三类:保障性(garantiste)宪法、名义性(nominal)宪法,以及门面性(façade)或欺骗性(fake)宪法。^④其中,只有保障性宪法才蕴涵着第二层意义上的宪政。名义性宪法只是描述了一种无限和不受控制的权力系统,规定但并不限制政治权力的运行,因而并不是真正意义上的宪法。门面性宪法则带有宪法的假象,实际上并不是真正的宪法,宪法文本其实只是不起作用的“尸文”(dead letter)。如果说名义宪法仍然真实地描绘政治系统的运行,那么门面宪法对政府的真实过程并不提供可靠信息;在这个意义上,它们只是一个陷阱而已。因此,即便有了一部宪法,不论其是否符合现代宪政理念,宪法的有关规定也未必在实践中得到落实。可以想见,如果没有贯彻宪法的有效机制,那么就没有什么能保证宪法等于宪政。

为了避免无谓的价值立场纷争,本书主要从第二个意义上理解“宪政”。毕竟,宪法价值或规范是主观的,因而各国的立场难免见仁见智。虽然某些理念是西方国家乃至全人类普遍共享的,或者说是代表了人类文明进步的一种发展趋势,但我们还是难以站在任何一个特定的价值立场上评点是非,因为这在很大程度上成了政治论争而不是学术研究。由于这个缘故,本书满足于就事论事,即无论宪法采取什么价值立场,它都需要得到实施。事实上,也只有获得实施,宪法价值才有意义。如果没有

③ Dorsen et al. (eds.), *Comparative Constitutionalism*, p. 10.

④ Giovanni Sartori, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, 56 *American Political Science Review* 853. 对于萨托利来说,一个问题是如何区分“活的宪法”和门面宪法,因为在前者中有些条文因过时而不再适用,或其意义在后来偏离了原来的设想。在这个意义上,成文宪法也变得部分不成文了。但只要原来那部宪法的精神和目的仍然在新情况下保持不变,那么宪法文意的改变只是揭穿了“固定(fixed)宪法”的神话而已。在本质上,这和宪法规范因执政者不愿意而没有激活的情况是完全不同的。

得到实施,无论什么性质的宪法都是没有意义的,当然也就谈不上“宪政”。我们认为,这是一个更有说服力也是争议最小的立场。

司法审查与宪政

当今世界上绝大多数国家都制定了成文宪法,但显然并非所有国家都真正实现了宪政。究其根本原因,都是在于缺乏实质性的司法审查(judicial review)机制。因此,建立适当的司法审查机制,是从宪法过渡到宪政的关键所在。否则,宪法条文修改得再完美,也得不到贯彻和落实,最后只是一纸空文。反之,如果建立了司法审查机制,那么无论宪法如何不完美,它最后都能在适用过程中不断得到修正完善。有没有司法审查制度,已经成为衡量一个国家宪政发展水平的首要标准。

自从1803年的“马伯里诉麦迪逊案”之后,司法审查制度在世界范围内经历了跌宕起伏的发展。迄今为止,我们大致可以将此发展过程分为三个阶段:18世纪末至19世纪的“经典时期”、20世纪中期的“战后时期”,以及20世纪末的前苏联与东欧“改革时期”。与此对应,各国的宪政也处于不同的发展阶段中。我们经常在经济发展程度上谈论“发达”和“发展中”国家。事实上,这些概念也可以“移植”到宪政领域。在宪政维度上,我们同样可以定义“发达”和“转型”国家。“宪政发达”国家是指那些宪法实施已经比较完善的国家,其突出表现在司法审查制度已经确立并发挥实际作用。主要包括第一波(美国)和第二波中比较成功的宪政国家(例如西欧和以色列)。“宪政转型”国家则是指那些宪法实施机制已经启动但仍有待巩固和完善的国家,其宪法规定了某种形式的司法审查制度,但审查机构的地位和作用仍有待加强,或在目前阶段还不能对此作出成熟的判断。

一般来说,由于国家的政治、经济和法治处于相辅相成的同步发展水平,因而经济发达国家通常实行民主政治和司法审查。但这并不是一条

颠扑不破的铁律,因而一个国家的经济发达程度和宪政发达程度可能存在一定的差距。有些国家的宪政发展超前于经济发展,例如印度和一些美洲或非洲国家;有些国家的宪政发展则滞后于经济发展,例如新加坡。在上述三个发展阶段中,一个显眼的缺憾是少了中国。虽然中国的经济改革比前苏联和东欧开始更早,虽然中国自改革开放以来借鉴了大量的外国法律制度,但是司法审查制度却迟迟没有启动。或许,这只是验证了弗罗因德教授的著名观点:私法比公法更容易并适合移植。^⑤但是,即便公法制度的移植更困难,这种困难也不是中国独有的。从世界上不少经济落后国家的规定和实施的情况来看,司法审查制度和一个国家的经济发展程度并没有必然联系。关键还是在于我们是否充分认识到这项制度的重要性,以及能否在中国现行宪法框架下设计可行而有效的审查机制。

基本思路和方法

虽然司法审查制度近年来是国内宪法学界研究的热点问题之一,但目前中国在这方面只是停留于对一些发达国家的司法审查制度介绍,缺乏全面、系统而深入的专题研究。^⑥本书的目的是通过深入系统的比较研究,探索最符合中国需要的司法审查制度,力求在现行宪法框架内提出可行的制度方案。

本书采用实证主义、功能主义和比较分析的研究方法,系统探讨不同司法审查制度在世界各国的成败得失,并进而分析制度本身的利弊及其在特定国家成败的社会原因。为此,我们首先全面探索各国宪法的最新文本及相关学术文献,总结宪政发达国家在实践过程中对不同司法审查模式的评价,然后进一步探讨司法审查制度在宪政转型国家的制度建设

^⑤ Otto Kahn-Freund, On the Uses and Misuses of Comparative Law, 37 *Modern Law Review* 1 (1974).

^⑥ 例如见林广华,《违宪审查制度比较研究》,社会科学文献出版社2004年版。

中所起的作用。通过这项研究,我们希望不仅能对各种司法审查模式作出抽象的总体性评价,而且能找到影响司法审查机制成败的关键因素,例如民族文化与传统、制度背景、领导人的素质、公民宪法意识等。

在结构上,本书共分四部分来探讨宪政国家和宪政转型国家的司法审查制度。第一部分解释关于司法审查制度的基本概念、理论、方法及其理论与实践遇到的主要问题。通过比较美国和法国的不同宪政经历,我们首先论证司法审查对于宪政的必要性。当然,在理论上,司法审查一开始就面临着所谓的“反多数主义难题”;事实上,这也正是法国长期抵制司法审查的理由。站在宪政的高度,尤其是考虑到防止“多数人暴政”的必要性,这个问题并不是不可以解决的。这个问题确实存在,但是它并不构成司法审查的致命障碍,而只是要求我们认真对待司法职能的性质和定位。在实践中,如果司法职能定位不好,就很可能重蹈俄罗斯宪政法院的覆辙。在此,我们也初步比较了不同国家的成功经验和失败教训,说明司法自律的重要性。因此,理论和实践上的困难,并不表明我们必须放弃司法审查,而是要求我们进一步探索司法审查的方法和标准,使司法审查既能有效防止“多数人暴政”,又不陷入“反多数主义难题”所设定的困境。

第二部分探讨了司法审查制度的历史发展、现实状况和未来趋势,这是自《西方宪政体系》(上、下册)之后最全面的比较研究。^⑦如果说《西方宪政体系》限于研究发达国家,即美国、法国、德国和欧洲联盟的宪政模式,那么这部分研究则面向世界上绝大多数国家,覆盖了一百八十多个国家和地区。当然,在有限的篇幅内,针对这么多国家的研究必然是表面乃至肤浅的,但是从中我们仍然得出重要的初步结论。我们相当惊讶地发现,在这些国家或地区中,超过80%的宪法文本规定了某种形式的司法

^⑦ 参见张千帆,《西方宪政体系(上册·美国宪法)》、《西方宪政体系(下册·欧洲宪法)》,中国政法大学出版社2004年、2005年第二版。

审查制度,其中不乏经济发展相对落后的国家,而普通法和大陆法的两大审查模式基本上平分秋色,但是地区分布很不均衡。当然,文本规定未必得到落实,但是我们发现相当数量的国家实质性地实施了宪法所规定的司法审查制度。这项研究同时也证实,后起和新兴国家的司法审查基本上承袭或融合了美国、德国和法国开创的三大模式。

第三部分主要以东欧和前苏联国家为对象,探讨司法审查制度在宪政转型国家的命运。具体探讨的问题包括:这些国家为什么采取了特定的司法审查制度?它们各自在制度的实施过程中遇到哪些方面的阻力?如何评价司法审查制度在这些国家的成败,以及哪些因素影响司法审查制度的成败?对这些问题的研究显示,司法审查制度在宪政转型国家的试验是有规律可循的。

最后,第四部分总结了比较研究所得出的经验和教训。具体问题包括:比较研究对中国具有什么启示?中国需要什么样的司法审查制度?如何分阶段逐步建构中国的司法审查制度?我们认为,中国司法审查制度的建构应该采取渐进方式,沿着阻力最小的路径逐步完成转变。中国的司法审查经验具有历史和地域的局限性,而中国问题的特殊性也应当被置于普世逻辑的背景下实行创造性的转化。我们相信,在不久的将来,中国将完成对意识形态和理论基础的反思,通过从宪法与人权委员会到宪政法院的分步实施方案建立司法审查制度。

本书是三位作者分工合作的产物,其中,张千帆负责第一章和第二章,王卫明负责第三章,包万超负责第四章,全书最后由张千帆统稿。在本书的写作和修改过程中,罗豪才教授、徐显明教授和韩大元教授对中国的人权和宪法审查体制等问题提出了诸多中肯而深刻的建议;译林出版社对本书出版给予了大力支持,在此一并致以衷心感谢。

第一章 司法审查的基本理论

这一章主要解释司法审查制度的基本概念、理论及其在理论和实践上遇到的主要问题。虽然美国的“司法审查”(judicial review)一般是指“马伯里诉麦迪逊案”所建立的那种制度,它有时在不同的语境下被用来指称不同的意思。在公法领域,“审查”一词涉及到三个问题:实施审查的机构、受到审查的对象,以及审查的法律依据。譬如在行政法领域,“司法审查”一般是指法院依据普通立法针对行政行为的审查。这显然不是这个词在本书中的意义,尽管我们并不排除用它代表法院依据宪法针对某些行政行为的审查。^① 除非我们特别说明或上下文清楚表明,这里的“审查”一概是指合宪性审查——审查的法律依据是宪法,而“司法”则代表了决定审查过程的机构性质。

本书的“司法审查”是一个相对广义的概念,在此是指任何司法性质的机构依据宪法审查法律或法规的制度。“司法性质的机构”不仅包括普通法体系中具有一般管辖权的法院及大陆法体系的宪政法院,而且也

^① 但在这个意义上,“司法审查”可以被分解为纯粹的宪法性审查和纯粹的行政法审查:如果违宪的行政行为缺乏立法授权,那么这是一个典型的行政法问题;如果违宪行为获得了立法授权,那么矛盾应该直接针对授权立法,因而这又成为纯粹的宪法审查。因此,本书所考虑的审查对象一般为议会立法。

包括某些表面上具有政治性质但实际上具备司法性质的审查机构,例如法国的宪政院(Conseil Constitutionnel)。在法国第五共和国宪法初创时期,宪政院原先被认为是一个政治性机构(譬如前总统是宪政院的当然成员),但是宪法文本赋予其相当的独立性,而该机构的司法性质在后来的实践中更加彰显出来(譬如现在没有任何前总统参与宪政院的议事)。^②因而,法国的宪法审查在性质上就是“司法审查”。出于这个原因,本书将所有模仿法国审查模式的国家(主要是非洲国家)也定性为具备司法审查的国家,尽管和有关普通法院或宪政法院司法审查的文本规定未必得到落实一样,这些国家的宪政院或宪法委员会未必都能像法国那样达到高度的“司法化”。

虽然“司法审查”一词可能产生一定的歧义乃至争议,但我们还是在“宪法审查”、“宪法监督”或“违宪审查”等诸多候选词汇中选择了它。因为本书正是要突出审查机构的重要性,而本书的主题也正是要论证:只有司法性质的审查,才能帮助这个国家完成从宪法到宪政的根本转变。其他概念虽然突出了审查依据(宪法),但是并不能清楚说明审查过程和审查主体的性质(例如,以中国的全国人大常委会为主体的审查,也可以进行“宪法监督”乃至“违宪审查”),而本书所要明确传达的是一个更有实质意义的命题:没有上述定义的司法审查,无论如何崇高的宪法理念都不能转化为宪政实践,我们也不可能真正“认真对待”自己的宪法。

司法审查与宪政的逻辑关系

在德沃金的《认真对待权利》^③一书之后,“认真对待”已经成了法学界的常用词汇。“认真对待”有两种相反的含义。通常的意思是,人们应

^② 详见张千帆,《西方宪政体系(下册·欧洲宪法)》,第32—40页,中国政法大学出版社2005年第二版。

^③ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press (1978), p. 198.

该严肃与公正地考虑某些观念,尤其是不那么吸引人的观念,例如“人治”。^④ 德沃金的意思则是,人们应该慎重对待像“权利”这样吸引人的概念,不要像西方 20 世纪 60 年代那样动不动就把它搬出来,以致造成了“权利的爆炸”,而“权利”本身也在“爆炸”后变成了几乎没有意义的概念。我们认为宪法也需要受到“认真对待”,且由于“宪法”一词经常在理论上被滥用,在实践中又普遍受到忽视,这两种含义皆有之。本书主要论述“认真对待”的通常含义,即宪法必须赋予法律直接与实际的效力。我们将在别处讨论对宪法适用范围的适当界定,以防止它被随便“扩大化”。

“认真对待宪法”有这个必要吗?换言之,我们还没有足够“认真”地对待自己的宪法吗?我们一直把宪法奉为统治社会的“基本法”,国家的“根本大法”。事实上,2000 年通过并生效的《中华人民共和国立法法》第 78 条明确规定:“宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”然而,一旦把注意力从书面文字转移到现实生活,答案是令人失望的。而且,我们相信这并不是个别人的主观臆断,而是表达了中国法学界已逐步形成的共识:中国不仅有必要,而且有迫切的需要,更加认真地对待宪法这部基本法律文件。理论与实际的巨大脱节,使人们对宪法的实际效力产生质疑。《中华人民共和国宪法》第 33 条规定,中国“公民在法律面前一律平等”,但在实际生活中,各种规定、文件,甚至法律规章对性别、年龄乃至于各种生理特征的歧视可以说是俯拾皆是,且至今仍“合法”存在着;第 37 条规定“公民的人身自由不受侵犯”,但国家执法人员侵犯公民自由的事件却不时在媒体曝光,且除了法律明文提供的有限保护之外,宪法对此似乎无能为力;第 46 条规定“公民有受教育的权利和义务”,但直到不久以前,宪

^④ 参见苏力,“认真对待人治——韦伯《经济与社会》的一个读书笔记”,载《华东政法学院学报》,1998 年 12 月创刊号。

法的这条规定就如同不存在,且不可否认的是,农村地区的广大学生至今仍然未能充分享受到这一宪法权利。^⑤更为严重的是,对于什么是“在法律面前人人平等”、“公民的人身自由”或“受教育的权利”等基本问题,人们从来没有获得政府的权威答复,因而也就从来不明瞭它们的确切法律含义。每当人的基本权利遭到侵犯而不能受到法律有效保护的时候,人们不禁要问,宪法究竟在哪里?它的法律效力体现在什么地方?最显著的问题是,中国宪法一方面被称为“基本法”、“根本大法”;另一方面,它却不是严格意义上的“法”,不是普通意义上的可被直接实施的“法”。中国宪法陷入了公孙龙的悖论。

对于这种状态,中国的司法部门似乎负有部分责任。在1955年对新疆高级法院的批示中,最高法院明确指出,“宪法是我们国家的根本法,也是一切法律的‘母法’”,但“对刑事方面,它并不规定如何论罪科刑的问题,(因而)在刑事判决中,宪法不宜引为论罪科刑的依据”^⑥。在1986年对江苏省高级法院的批复中,最高法院再次指示,法院在审理民事与经济案件中可以引用法律和行政法规,而没有提及宪法。^⑦事实上,这两个批复本身并没有错,因为:宪法是一部授予公民权利的法,当然不能被作为定罪依据;宪法的作用是规定与限制政府行为,因而一般也不适合在普通民事诉讼中被直接引用。然而,最高法院的这两个批复被普遍(误)认为确立了一项原则,即宪法条款在任何诉讼中都不能作为法律依据而被引用;至少不能作为独一无二的判案依据。只是到了最近,在宪法效力问题引起了人们的充分关注之后,最高法院才明确纠正了这一误解。在2001

⑤ 如果城市的学生享受了较完善的教育,而农村的学生却没有,这是不是还侵犯了“在法律面前人人平等”的宪法原则?另一类公然违背平等原则的普遍做法是,高校录取对本地学生实施优惠,而对外地——尤其是农村——学生实施歧视政策。它使得同一所高等学院的录取分数线按照考生的居住地而划分成差异悬殊的“等级”。

⑥ 《关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函》,研字第11298号。

⑦ 《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》,法(研)[1986]31号。