

A Comparative Study of
the System of Review of Constitutionality

违宪审查制度 比较研究

林广华◎著

“修宪法虽易，行宪政实难”，
而要行宪政，必须建立起有效的违宪审查机制，
从制度上保证宪法在社会生活的各个方面得到贯彻执行，
对违反宪法的法律、法规、规章以及政府和官员的违宪行为进行纠正。
该书运用比较的研究方法对违宪审查制度的起源及其演变、
违宪审查制度的理论基础、
各国违宪审查制度的模式做了规范性的梳理，
揭示了违宪审查制度赖以存在的条件、必要性及其意义，
从而启迪人们对国家权力配置结构及其监督制约机制进行深层思考。



社会科学文献出版社
social science academic publishing house

违宪审查制度比较研究

A Comparative Study of the System of
Review of Constitutionality

林广华 著

社会科学文献出版社

Social Sciences Documentation Publishing House

违宪审查制度比较研究

著 者 / 林广华

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssdph.com.cn>

责任部门 / 编辑中心

(010)65232637

责任编辑 / 李志强

责任校对 / 成 东

责任印制 / 同 非

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010)65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 客户服务中心 (010)65285539

法律顾问 / 北京建元律师事务所

排 版 / 东远先行彩色图文中心

印 刷 / 三河市艺苑印刷厂

开 本 / 880 × 1230 毫米 1/32 开

印 张 / 9

字 数 / 204 千字

版 次 / 2004 年 6 月第 1 版

印 次 / 2004 年 6 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 7-80190-193-2/D·067

定 价 / 20.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，
请与本社客户服务中心联系更换



版权所有 翻印必究

序

宪政是人类政治发展到一定阶段的产物，也是人类政治文明的共同成果。加强宪政建设，推进宪政化进程已成为不可阻挡的世界性潮流。宪政的主题是维护宪法的最高性，“违宪法律应归无效，法院以及其他政府部门，均应受宪法约束”^①，使社会正义和基本人权的理念在现实的制度安排中得以具体化。一言以蔽之，就是要建立违宪审查制度，切实保障宪法作为根本规范的最高效力。因此，有没有一部合乎正义的宪法就成为能不能推行宪政的前提或关键。

然而，宪法与宪政毕竟不是一回事。如果说宪法是现代政治制度的基础条件的话，那么宪政则是法律化的政治秩序，二者之间的区别是显而易见的。况且由于历史传统、文化背景的不同，宪法具有多样性。著名宪政学者萨托利就把世界各国的宪法划分为三种类型：①保障性的宪法（真正的宪法）。这种宪法所设计的政治体制“通过并依据法律组织起来，其目的是为了限制绝对权力”。②名义性的宪法，或者说是徒具虚名的宪法。这种宪法是“组织而不是约束特定政体中政治权力运转之规则的集合”。它不是真正的宪法，“它只是坦率地描述无限的、不受节制的权力体制。它不是一纸空文，它只是与宪政主义的

① 施文森编《美国联邦最高法院宪法判决选译》第1辑，第43页，台北市司法院，2001。

目的无关”。③装饰性的宪法，也称为冒牌宪法。“它之所以不真乃是它被置之不理，至少在其基本的保障性的特质方面是如此。它实际上是‘圈套性宪法’。就涉及的自由技术和掌权者的权利而言，它是一纸空文”^①。不言而喻，有宪法并不一定有宪政。

宪政的核心价值在于限制国家权力，保障人民权利，从而达到一种权力与权利的平衡。近代资产阶级革命将权利、自由、平等、法治的理念熔铸于宪法之中。宪政取代专制政体不仅是近现代国家政权治理形式演进的客观规律与现实，而且已成为人类孜孜以求的政治理念和价值选择。宪政作为近代民主政治的产物，与自由、民主、法治以及人权有着不可分割的联系，但是宪政与宪法之间并不存在必然的对应关系。世界之大，无奇不有。有的国家的宪法不够完善，该有的条文没有，不该有的条文却连篇累牍；还有些国家的宪法虽然确立了某些民主原则，承认宪法的最高法律地位，但国家权力的运作并不受宪法的约束，形成国家权力的宪法外运作，宪法只具有形式上的意义，而不对政治生活和社会生活的民主化产生实际影响，违反宪法的事时有发生，却长期得不到纠正。一个国家如果未能建立起有效的违宪审查制度，宪法就会变成一纸空文而被束之高阁。因此，建立违宪审查制度对于保证国家机器在宪政的轨道上正常运行，纠正国家机器越出宪政轨道的行为，具有非常重要的意义。

权力的制约，国家权力机关之间的相互制约，是人类政治发展的共同经验。违宪审查就是实现权力对权力的制约。发达国家早就确立了违宪审查制度，发展中国家要实行宪政，要依法治国，就需要健全法律体系，建立以宪法为最高

① 萨托利著，晓龙译《“宪政”疏义》，载于《市场逻辑与国家观念》，第114～115页，三联书店，1995。

标准，对一切规范性文件进行审查的制度。毛泽东曾经说过：“宪政是资产阶级先搞起来的。”由资产阶级宪法加以规制的政治是宪政，由社会主义宪法规制的政治也是宪政。不管二者之间有多少区别，但宪政的基本理论却是共同的。随着中国法治环境的不断改善，在现阶段适时导入违宪审查制度的条件已经日趋成熟。为推动这一制度建设的进程，林广华同志自攻读博士学位时起，就把违宪审查制度作为自己的研究方向，不懈地进行深入而系统的探索。现在呈献在读者面前的《违宪审查制度比较研究》，就是他在博士论文的基础上修改而成的。

该书的独到之处，首先在于运用比较的研究方法对违宪审查制度的起源及其演变、违宪审查制度的理论基础、各国违宪审查制度的模式做了规范性的梳理，揭示了违宪审查制度赖以存在的条件、必要性及其意义，从而启迪人们对国家权力配置结构及其监督制约机制进行深层思考。其次，提出了违宪的主体是行使公职的国家机关、政党、社会团体和企业事业组织及其工作人员，而不包括普通公民的观点，这对于界定违宪行为至关重要。它不仅有利于制度设计时导入监督机制和正当程序，而且也有利于制度安排的具体化并具有合法性。再次，分析了中国建立违宪审查制度的理论障碍、思想障碍和法律障碍，条分缕析，鞭辟入里，寓创新意识于时弊的针砭之中。他所提出的应建立由宪法委员会和人民法院的宪法法庭相结合的违宪审查模式，作为一种制度设计，不落俗套，具有合理性和可操作性。总之，这是一本不为空言而期于有用的学术力作。它是作者为了改变宪法的最高效力无从落实、违宪得不到及时纠正的现状所做的可贵努力。希望它的出版能收到抛砖引玉的效果。

清人顾炎武有句名言：“人之患在好为人序”。所以，在一

般情况下，我是不肯做这类事的。万不得已，则往往用已发表过的短文替代之。但也有例外，除非他（她）是我的学生，他（她）的书稿我看过、改过。本书即属这一类，因此写下了以上的话，权当作序吧！

印鑑

癸未年七月十一日立秋，于京华太阳宫宜雨亭

前 言

违宪审查制度是指享有违宪审查权的国家机关对违反宪法的行为（包括制定违宪的法律、法规和其他违宪行为）进行合宪性审查，以确定其是否违宪的法律制度。违宪审查是一种基本的纠错机制，如同其他任何一种纠错机制一样，是宪法正常运行的必要保障。因此，违宪审查既不神秘，可能也不神圣。这一点从各国违宪审查制度的发展与运行中不难发现。

英国历史上有一部“金马车”，这就是历任国王加冕时的“乘舆”。这辆马车虽然富丽堂皇，庄严气派，但是许多国王都避之惟恐不及。一来坐车的君主在街上游行，接受万众的检阅，十分辛苦；二来行程与时间均由内阁安排，君主万万造次不得。更何况，英国的宪法性法律《王位继承法》明确规定，英国法律是英国人民与生俱来的权利，君主及其大臣必须批准与确认。而此前的《权利请愿书》与《权利法案》更是明确表示，法律由普通法院与衡平法院独立适用。由此看来，英国的违宪审查颇有“螳螂捕蝉、黄雀在后”的意味。坐在马车上抛头露面的是君主，行使君权的是内阁，内阁受议会牵制，而有权解释议会立法的则是法院。法院之后呢？是“英国人民与生俱来的权利”。宪法的本质是权利的保障，而英国人又是最会争取权利的民族。因此，英国虽然没有成文宪法，却成为宪法之母国；虽然没有名义上的违宪审查，却能够成为违宪审查制度的源头。

1803年，美国联邦最高法院法官约翰·马歇尔率先以判例的

形式确立了司法审查制度。19世纪的欧洲也在思考同一问题。从前,欧洲大陆的违宪审查制度不发达,法制非常不统一,所以暴政此起彼伏。伏尔泰在《哲学通讯》中曾经感慨地说:骑马在法国旅行,沿途法律变换之频繁,与更换马匹的速度无异。法制不统一,对权利的保障就不确定,这大大伤害了欧洲大陆的和平与发展。第二次世界大战之后,欧洲大陆借鉴英美的违宪审查制度,并进一步将之专业化,成为广为仿效的违宪审查模式^①。例如,德国有专门的宪法法院,法国有专门的宪法委员会,北欧普遍有议会监察专员,而欧洲区域内则设立了欧洲人权法院。上述各种机构的共同特点就是专业化与独立性:专门审理政府或立法机关侵犯公民权利的案件,独立于普通法院、独立于行政机关。专业而独立的违宪审查机制大大促进了欧洲大陆的权利保障,使得欧洲在二战之后成为许多新兴国家的仿效对象。包括中国周边邻国,多采取这种专门独立的违宪审查制度,如泰国、俄罗斯、日本、韩国,等等。如果以车辆比喻的话,二战后欧洲大陆的宪法与违宪审查制度,就如欧洲的汽车工业与汽车修理工业,良好的性能与售后服务相得益彰,欧洲也成为现代文明的代名词。

历史经验表明:宪法作用发挥的好坏是与违宪审查制度作用发挥的好坏成正比的。要实现宪法的价值和功能,就必须坚持和完善违宪审查制度。据不完全统计,迄今为止,世界上已有64个国家建立了普通法院型违宪审查制度,40个国家建立了宪法法院型违宪审查制度,还有一些国家采取了由议会监督宪法实施的模式。

“文化大革命”的惨痛悲剧使“中国人民和中国共产党都已

^① 关于欧洲建立违宪审查制度的过程,参见路易·法沃勒著《欧洲的违宪审查》,载〔美〕路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔编《宪政与权利》,三联书店,1996。

深知，宪法的权威关系到政治的安定和国家的命运，决不容许对宪法根基的任何损害”^①。而要消除国家制度的弊端，“最重要的是要有专门的机构进行铁面无私的监督检查”^②。我国现行宪法第62条规定：“全国人民代表大会行使下列职权：……（二）监督宪法的实施；……（十一）改变或撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定；……”第67条规定：“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：（一）解释宪法，监督宪法的实施；……（七）撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令；（八）撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议；……”这就是我国违宪审查制度的法律依据，即由最高国家权力机关（立法机关）进行违宪审查，监督宪法的实施。

然而，目前我国尚未真正建立起健全的违宪审查制度。虽然宪法规定由全国人大及其常委会进行违宪审查，但是怎样审查，并没有明确的规定，因而不具有操作性。其次，任何人不能作为自己的法官，这是法治的一条重要原则，让全国人大及其常委会作为严格意义上的宪法解释机构来监督自身制定的法律违宪与否，这种监督未免会流于形式。再次，全国人大及其常委会本身会议时间短，要解决的议案非常多，对于违宪审查这个专门性问题可能无暇顾及。况且，违宪审查是一项专门活动，需要由法学家、政治家来承担。最后，从实践来看，现行宪法生效以来，全国人大及其常委会还从来没有宣布过一项法律、法规违宪，然而，这并不能说明我国就没有违宪的事实。我国现行的违宪审查制度存在明显的缺陷。由于长期以来缺乏有效的违宪审查机制，行政机关和

① 彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》，第89页，人民出版社，1993。

② 《邓小平文选》第2卷，第332页，人民出版社，1983。

司法机关不对法律、法规、规章的合宪性进行判断，以至形成“违宪”就是“违反法律”（全国人大及其常委会制定的法律）这一错误观念，从而架空宪法。因此，建立违宪审查制度不仅是适应现实生活的需要，更是实现“依法治国，建设社会主义法治国家”的应有之义。

在我国，半个世纪以来尚未建立起有效的违宪审查机制，这是导致法治难以在我国彻底实现的重要原因之一。采取一种什么样的制度来保证宪法的至上性是一个法治国家无法回避的问题。

制度建构迫在眉睫，但如何才能建构制度，其实是一个更深层次的问题。法学家梁治平先生在《宪政译丛》总序中说：“中国自有宪法已将近百年，然中国之宪政建设尚待完成。盖宪政之于宪法，犹如法治之于法制，其盛衰兴废，不独受制于法律之制度，更取决于政制之安排、社会之结构、公民之素质与民众之信仰。故修宪法虽易，行宪政实难。”

江泽民同志在党的十五大报告中指出，要深化改革，完善监督机制，建立健全依法行使权力的制约机制，首要的就是要加强对宪法和法律实施的监督。党的十六大也指出，“加强对权力的制约和监督。建立结构合理、配置科学、程序严密、制约有效的权力运行机制，从决策和执行等环节加强对权力的监督，保证把人民赋予的权力真正用来为人民谋利益。”胡锦涛总书记在纪念现行宪法颁布实施 20 周年纪念大会上指出：“全面贯彻实施宪法，必须健全宪法保障制度，确保宪法的实施。要抓紧研究和健全宪法监督机制，进一步明确宪法监督程序，使一切违反宪法的行为都能及时得到纠正。”这说明，党中央对健全和完善我国的违宪审查制度是高度重视的。为了适应社会发展的潮流和迎接时代的挑战，每一个对民族、对国家、对人民富有责任心的公民都有责任、有义务来关注我国的违宪审查制度的

建设，认真研究世界各国违宪审查制度发展的一般规律，采撷其精华，吸取其教训，并立足于我国的历史文化传统，结合我国的具体情况，为建立一套具有中国特色的、适合中国国情的违宪审查制度献计献策。这也是笔者写作此书的目的和初衷。

囿于笔者水平，书中不当或者错误之处，在所难免。恳请各位读者批评指正。

林广华

2003年6月于北京永乐小区

绪 论

宪法是一国的根本大法，它规定了一国的政治、经济、文化和其他各项基本制度，因而宪法的有效实施就显得尤为重要。德国的魏玛宪法实施仅仅 14 年就被希特勒撕毁，我国 1954 年宪法仅实施 8 个多月就处于半瘫痪状态，这些都是因为缺乏卓有成效的宪法保障措施。不论宪法规定得多么完善，缺少有效的保障措施将使其变成一纸空文。违宪审查制度就是保证宪法得以有效实施，裁定并处罚违宪行为的一项根本的宪法制度，是法学特别是宪法学研究的核心问题之一。

美国哈佛大学政府科学教授卡尔·J. 弗里德里希在《超验正义——宪政的宗教之维》一书中写道：“宪政政治秩序的主要功能已经并且仍旧依靠一套加诸执掌政治权力者的规范化约束体系来完成。集中体现在‘制衡’理论上的分权被认为是进行规范化约束的有效方式”^①。1803 年，美国联邦最高法院首席法官约翰·马歇尔率先以判例的形式确立了司法审查制度，迈出了对执掌政治权力者进行规范化约束来实现“宪政政治秩序的重要

^① [美] 卡尔·J. 弗里德里希著，周勇、王丽芝译《超验正义——宪政的宗教之维》，第 15 页，三联书店，1997。

功能”的历史性的第一步。第二次世界大战以后，鉴于德国希特勒法西斯主义对宪政体制的极端破坏和对人权的肆意践踏，人们在付出了沉重的代价后认识到：没有坚固的宪法屏障，就不足以抵挡法西斯主义的铁蹄；没有有效的护宪机制，就无法防止人类血腥大屠杀之类的悲剧的重演。为了避免重蹈历史的覆辙，德国、意大利、日本等国在新颁布的宪法中都突出规定了行之有效的违宪审查制度。在其他各种不同类型的宪政体制中，也相继建立了不同类型的违宪审查制度。通过违宪审查来保证宪法的实施，已成为各国宪法保障的可行措施。迄今为止，世界上已有130多个国家建立了违宪审查制度。据不完全统计，世界上约有64个国家建立了普通法院型违宪审查制度，主要包括美国、日本、菲律宾、埃及、阿根廷、巴西、印度、澳大利亚、加拿大等国家。除日本外，其余均为英美法系国家。约有40个国家建立了宪法法院型违宪审查制度，除一批欧洲国家如联邦德国、意大利、奥地利、西班牙、土耳其等比较早地实行这类违宪审查体制外，原苏联的加盟共和国在苏联解体而独立后，东欧和南欧原来的一些社会主义国家在发生剧变后，其中的一些国家也设立了宪法法院。还有一些国家采取了由代表机关实施违宪审查的模式。代表机关审查制，在资本主义国家表现为立法机关审查制，在社会主义国家表现为最高国家权力机关审查制。目前，在资本主义国家，仅有少数国家仍然实行代表机关审查制，如荷兰、瑞士等。最高国家权力机关监督制主要由一些典型的社会主义国家实行，如中国、朝鲜、古巴、越南等。历史经验表明：宪法作用发挥的好坏是与违宪审查制度作用发挥的好坏成正比的。要实现宪法的价值和功能，就必须建立和完善违宪审查制度。

违宪审查之所以必要，主要是由于宪法的地位和性质，以及法律等规范性文件可能有悖于宪法以及人性的弱点等因素。

首先，违宪审查的必要性决定于宪法的地位和性质。宪法集中表现统治阶级的阶级意志和利益，确认、规定国家制度及其基本原则，是具有最高法律效力的根本法，同时它具有法律性、发展性等特征。在古希腊，亚里士多德曾汇集 158 个国家的法律，按法律的作用和性质，分为两类，一类为普通法律，另一类为宪法，即规定关于国家机关的组织与权限的法律，他还主张普通法律要以宪法为根据。在罗马的法律中，宪法用来表示皇帝的各种建制和他颁布的诏令、谕旨，它和普通法律也有区别。但是，古希腊、罗马的宪法概念和近代宪法的概念并不相同。到 17、18 世纪资产阶级革命时，特别是 18 世纪美国独立和法国资产阶级革命后制定了宪法，近代意义的宪法才最终形成和确定。就近代意义的宪法的法律属性来说，它是国家的根本大法。正如马克思所指出的那样，宪法乃是“法律的法律”。毛泽东同志也指出：“一个团体要有一个章程，一个国家也要有一个章程，宪法就是一个总章程，是根本大法。”

其次，违宪审查的必要性决定于法律等规范性文件可能有悖于宪法。当代民主制度的主要表现形式是代议制。在代议制制度下，法律是作为民意代表机关的议会制定的，因此，法律被看成是民意的表现和反映。然而，实际上，人民的代表机关不能完全代表人民的意志，代表机关制定的法律等规范性文件存在与作为国家根本大法的宪法相抵触的可能。立法机关虽然是民意代表机关，但是，实行司法审查制的国家却对立法机关不抱绝对的信任。美国一些资产阶级思想家认为，作为民意代表机关的议会也有可能因其任性而侵害人民的权益。《联邦党人文集》第 71 篇清楚地表明，在共和政体中，对自由的最大危险来源于立法机关权力的不断扩大。立法机关是由人民直接选举的，就以人民自居，把自己当作其他部门的上司。立法机关之所以有这种危险的优越性，第一

是因为宪法规定的立法机关的权力比其他部门更为广泛，而且不容易受到限制；第二是因为立法机关容易接近人民的钱包，对其他部门的金钱报酬也可以施加影响。总之，《联邦党人文集》关于立法权和司法权的讨论标志着自从立法机关受到绝对信任，行政部门身价一落千丈、受人轻视以来，政治学说发生了显著的变化。现在明显地对立法机关表示怀疑，对它侵权行为的可能范围焦虑不安^①。

在实行司法审查的国家，一般认为议会的意志并不能等同于民意。代表机关的立法如违反委任其行使代议权的根本法自当归于无效乃十分明确的一条原则。因此，违宪的立法自然不能使之生效。如否认此理，则无异于说：代表的地位反高于所代表的主体，仆役反高于主人，人民的代表反高于人民本身。如是，则行使授予的权利的人不仅可以超出其被授予的权力，而且可以违反授予时明确规定禁止的事。如果两者间出现不可调和的分歧，自以效力及作用大之法为准。亦即：宪法与法律相较，以宪法为准；人民与其代表相较，以人民的意志为准^②。

此外，近代以来，由于行政事务日趋复杂，议会已难以胜任社会对立法的要求，因此，委任立法大量出现。由于受部门利益的驱动，行政法规、规章等规范性文件违反宪法和法律的现象也屡有发生。这客观上要求建立违宪审查制度，否则无法保证国家法制的统一和维护法律的尊严。

再次，违宪审查的必要性取决于人性的弱点。违宪审查的目的之一在于维护宪法的权威性。宪法有没有权威，即有没有最高效力，不取决于法律上的文字游戏，也不取决于各不相同

① 参见〔美〕梅里亚姆著《美国政治学说史》，第58、59、61页，商务印书馆，1988。

② 〔美〕汉密尔顿等著《联邦党人文集》，第392～393页，商务印书馆，1980。

甚至各自对立的道德观念，而是取决于力量的对比。政治既可以是人性中善良的一面，也可以是人性中残忍的一面，或者是既善良（口头上）又残酷（行动上）的一种活动、一种生活方式。人类的本性不是尽善尽美的，而是易犯错误的。麦迪逊在《联邦党人文集》第 51 篇中道出了一条宪法原理。他说：“政府本身岂不是充分不过地反映了人性的特色么？如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使统治人，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。最大的问题就在于两方面：首先使政府有能力控制被统治者，其次就要控制政府自身了。控制政府无疑要依靠人民，但经验教导我们：人类必须有其他的防备方法。”这里的所谓“防备方法”，简言之，就是内有分权制衡机制，外有人民团体对政府的控制，特别是司法机关对立法、行政机关的行为在个别案件中进行公正的审查。

二

违宪审查实质是对国家机器运转的审查，是要保证国家机器在宪法的轨道上正常运行，纠正国家机器越出宪政轨道的行为。如果违宪审查不能发挥应有的作用，国家机器就可能越轨，宪政就可能翻车，宪法就会变成一纸空文而被束之高阁。这在中外宪政史上都有着惨痛的教训。二战期间，德国希特勒上台后，一步一步违反宪法，最后干脆把宪法抛在脑后，而没有强有力的违宪审查机关制裁其违宪行为，最终给德国和全人类带来了空前的灾难。二战后，德国人民意识到这一问题，建立起了较有权威的宪法法院，负责违宪审查。我国 1954 年颁布第一部宪法后，国家立法和国家政策措施与宪法相违背的现象不断发生，但是，由于我国没有建立起有效的违宪审查机关，因而未能及时制止违宪现象，这种现象演变到“文革”，则变成了名