

# 宪法诉讼原论

胡肖华 / 著

法 律 出 版 社

# 宪法诉讼原理

增田幸一 著

● 日本宪法学研究会 2006 年度研究大会 大会论文发表



# 宪法诉讼原论

柯亨 著

法 律 出 版 社

## 图书在版编目(CIP)数据

宪法诉讼原论/胡肖华著. —北京:法律出版社,  
2002.9

ISBN 7-5036-3959-8

I. 宪… II. 胡… III. 宪法:诉讼法—研究—中国  
IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 070058 号

©法律出版社·中国

|                                        |                   |
|----------------------------------------|-------------------|
| 出版/法律出版社                               | 编辑/法学学术出版中心       |
| 总发行/中国法律图书公司                           | 经销/新华书店           |
| 印刷/北京北苑印刷厂                             | 责任印制/陶松           |
| 开本/850×1168 1/32                       | 印张/8.5 字数/208千    |
| 版本/2002年10月第1版                         | 印次/2002年10月第1次印刷  |
| 法律出版社/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)    |                   |
| 电子邮件/info@lawpress.com.cn              | 电话/010-88414121   |
| 网址/www.lawpress.com.cn                 | 传真/010-88414115   |
| 法学学术出版中心/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037) |                   |
| 电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn            |                   |
| 读者热线/010-88414883                      | 传真/010-88414115   |
| 中国法律图书公司/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037) |                   |
| 传真/010-88414897                        | 销售热线/010-88414896 |
| 网址/www.Chinalaw-book.com               | 010-88414899      |
| 书号:ISBN 7-5036-3959-8/D·3676           | 定价:20.00元         |

## 我们的意见(代序)<sup>①</sup>

欧爱民 江国华 倪洪涛

“无诉讼即无宪政”。正如美国一位学者所言：“美国宪法为解释所发展，为判例所修饰，为风俗习惯所扩展”。由此可窥宪法诉讼重要性之一斑。然而在中国，这却是一个尚需论证且未得到普遍关注与认同的沉重话题。为中国宪政的最终确立与发展计，作者勇于探索宪法诉讼之于中国的必要性、正当性、可行性，并在此基础上分析了我国宪法诉讼的模式选择、诉讼规则以及诉讼程序等，其举措因“难能”而愈显“可贵”。

该书在以下诸方面展示出作者在某些问题上的深思熟虑与远见卓识。1. 结合域外成功经验和本土法治现状，并基于全面性与有效性、政治性与司法性、抽象性与具体性、预防性与事后性、宪政秩序的维护与公民基本权利的保障等方面的考量，作者“设计”了颇有中国特色的并行集中型宪法诉讼模式，充分体现了“有效且无漏洞”的救济原则，同时，由于充分考虑到了我国在这方面缺乏实践经验的现状，该模式不但科学合理，而且简便易行。与国外的集

---

① 湘潭大学法学院胡肖华教授新作《宪法诉讼原论》脱稿后，我们三人先睹为快，并与其展开了真正意义上的学术讨论，胡教授本着“宽容、和谐的宪政精神与平等、理性对话之理念，将“我们的意见”作为代序，以期在更大范围内就宪法诉讼的议题进行更为严格与更高水准的学术争鸣。

中并行模式相比,这一模式具有如下独特之处:(1)宪法审判机关(全国人大及宪法法院)并不是独立于立法、行政、司法之外的第四宪法机关,而是全国人大本身以及隶属于全国人大的宪法法院;(2)全国人大与宪法法院在职能配置上是以宪法法院为重心的,并且全国人大享有的对基本法律违宪案的最终裁决权须以宪法法院的初步裁决为前提。这一点同奥地利等国宪法法院的程序设计既有相似之处又有质的区别。2. 更为重要的是,作者勾勒了宪法诉讼法学的初步轮廓。一项科学的法律制度须以雄厚的法学理论作指导,在中国这个缺少法治传统的国度里构建宪法诉讼尤其如此。该书为了使宪法诉讼与刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼区别开来,浓墨重彩地对宪法诉讼的受案范围、审判规则、审判程序等进行了详尽的分析,对宪法诉讼之核心概念——违宪行为——作了开创性探讨,并在此基础上厘清了“宪法诉讼”与“违宪审查”、“司法审查”、“行政诉讼”、“宪法监督”等大家耳熟能详但又极易混淆的概念间的界限。3. 本书在破解宪法学难题方面展现了一些与众不同的分析路径与方法。例如运用数学方法对域外宪法诉讼模式进行了比较分析;运用“代议补强理论”、“二元民主理论”、“权力动态平衡理论”试图突破宪法诉讼的原罪难题;运用实证方式不仅验证了民主之反少数,而且还验证了民主之反多数的事实。4. 该书将民主划分为:(1)理论民主:每个人都有表达意愿的自由;(2)实践民主:每个人表达意愿的自由都有被忽视的可能;(3)宪政民主:每一个被忽视的意愿都可以通过宪法诉讼获得补救。民主的内涵在此变得如此深刻、丰富与贴切! 5. 从理论层面上,该书所设计的宪法诉讼审判程序基本上是切实可行的,并且诸种宪法特别审判程序和制度亦有独到之处。例如,基本法律违宪审查初步裁决程序;法律、法规违宪抽象审判申请人参与诉讼程序;法律、法规违宪具体审判移送程序;权限争议案件的行政前置以及假处分程序;宪法诉愿案件的律师垄断代理原则、预审程序、保证金制度;弹劾案

件中的提请程序、审判停止职权程序以及刑事审判先行原则等。

毋庸讳言,《宪法诉讼原论》亦存在诸多无法回避的问题,甚至某些问题带有一定的“致命性”缺陷,如:1. 作者在第二章为“宪法诉讼”作了一个在法学界至今为止最为精致的界定。也许,正因为“精致”,该界定无法囊括作者欲想囊括的内容,但作者为了体现其理论的系统性,只好采取“削足适履”的方式,将一些在一般学者看来不能纳入宪法诉讼制度的违宪审查模式强行纳入其中。基于此,本书名改称为“违宪审查原论”似乎更为合适。但作者似乎坚信“宪法诉讼乃宪法监督体系中最完美的制度设计”,故在体系存在瑕疵时仍不改初衷。此其一。2. 本书在第四章对域外宪法诉讼制度的介绍与分析,可谓精彩纷呈,令人深思,然而作者并未将这种启迪融入第六章中国宪法诉讼模式的构建上。给人的印象似乎是外国的东西就是外国的,中国的东西就是中国的,“两者老死不相往来”。果真如此,作者又为何要用如此广泛的篇幅来介绍域外相关制度呢?这种前后关系上的断裂难道是作者“桔化为枳”困惑的真正所在?此其二。3. 作者称其构建的模式具有中国特色。然而,从其精心构致的中国模式下的六大宪法诉讼规则上看,却难觅中国特色之影子。六大宪法诉讼规则只是在尽述国外相关规则(特别是美国规则,但美国又不是作者借鉴的对象)之后,用惜墨如金之笔极少具有说服力地指出中国亦应借鉴外国经验建立相关诉讼规则。此其三。4. 作者在资料的占用与处理上也存在某些不足,这一点可以从相关篇章的“重复建设”上推知。例如,作者在第二章中已对宪法诉讼正当性之质疑进行了详尽分析,却又在第三章宪法诉讼的“源与流”中再一次提及,给人以“重复着昨天的故事”之感。此其四。

当然,产生上述问题的原因是多方面的:1. 据称该著作从正式构思到脱稿历时两年多,但与“建构”宪法诉讼模式的大手笔相比,时间是何等的短暂与仓促!2. 相关成果的缺乏。虽然在宪法

监督措施方面,我国宪法学界所取得的成果不可谓不多,但真正系统全面地分析各国宪法诉讼制度并对我国宪法诉讼进行制度创新性论述的著作,至今尚付阙如。科学家牛顿曾坦率地承认其成果是在前辈伟人的肩膀上取得的,我们相信,作者亦非圣贤与先知,上述纰漏的出现是可以宽宥的;3. 一门学科的确立与发展需要几代、甚或几十代人的不懈努力与艰苦探索,作者的“急躁”与“冒进”,虽有抛砖引玉之义,但这对于一个具有一定学术地位的学者而言需要更多的是勇气。而这种学术勇气对于我国宪法诉讼制度的最终确立无疑是不可或缺的! 所以从作者身上,透露出了中国宪政民主之希望,也折射出了一代青年学者的历史责任感与紧迫感。基于此,我们坚信——中国宪法诉讼之梦不会太遥远!

2002年初春于湘潭大学松涛山庄



## 前 言

我国法学界对“诉讼”历来抱有“绝对工具主义”价值观,认为诉讼程序不能作为自治、独立的实体存在——即不足以从自身品质上找到其存在的合理性与正当性——而仅仅是被用来实现某种外在目的的手段与工具。马克思曾指出:审判程序和法二者之间的联系,就像植物的外形和植物的联系,动物的外形和动物的血肉一样,……审判程序只是法律的生命形式,因而也是法律内部生命的表现。前述理念与“重实体轻程序”传统价值取向的内在契合给我国法治实践带来了巨大的负面影响。近些年来,两个事实的呈现,促使我们不得不对这一观念进行深层的理论反思。其一,1982年宪法在公民基本权利的确认上,条款有所增加(从1975年宪法的2条,1978年宪法的12条增加到18条),内容也更加充实、具体、明确。从应然层面上看,我国公民所享有的权利与自由决不会比任何宪政发达国家少,然而,不争的事实是我国公民在实践中所实际运用和实现的宪法权利与宪法文本的确认却相去甚远!宪法在很大程度上成为了“闲法”!其二,我国行政法学研究尽管起步较晚,但随着《行政诉讼法》的颁布实施,现已进入到一个空前繁荣与活跃的时期。相形之下,宪法学研究却仍停滞于“注释法学”和“理论移植”层面,许多应给予特别关注的理论与实践问题未曾引起普遍重视。如企事业单位甚至国家机关在招工招干中,往往毫

无理由地排斥女性公民或在录用人员时设定一个最高年龄段(而这个年龄段又大大低于国家规定的退休年龄)等。这些现象由于缺乏必要的专业理论关怀似乎已从“非常”变为了“正常”,但稍加推研,我们不难发现前者构成性别歧视,后者构成年龄歧视,都属于侵犯宪法所保障的公民的平等权的行为。可是,面对诸如此类的问题,人们要么熟视无睹,要么望“宪”兴叹,无可奈何。

反观宪政发达国家,虽然其在宪法中对公民的基本权利并没有许下多少令人怦然心动的承诺,但对人权的保障记录却好于一般国家。此类成就的取得当首先归功于这些国家建立了一套运行良好的宪法诉讼制度。当公民的基本权利受到侵害时,当多数人有意无意地忽略少数人的意愿时,他/他们可以借助这种制度在穷尽其他救济手段后向宪法审判机关提起宪法诉讼,从而使自己的权益得到司法保护。宪法诉讼的繁荣提升了公民的宪政意识,同时也给宪法学的研究带来了无尽的养料,如此形成了良性互动的循环机制。而在我国则恰恰相反,宪法诉讼制度的阙如,使得人们对宪法、宪政的重要性的认识程度远远低于刑法、民法、行政法等部门法,以至于在我国理论界和司法实践中形成这样一种可怕的偏见:只有部门法才具有直接约束力,才是法院审判案件的依据。因此,加强宪法诉讼的理论研究,并在此基础上建构具有中国特色的宪法诉讼制度,无论对确立科学的中国宪法学理论体系,还是对保障和捍卫公民的基本权利与自由都不无积极意义。基于此,在初入宪法学领域时,我就开始侧重于宪法诉讼制度的学习与研究,并于1989年在《比较法研究》杂志中,发表了题为《展望中国的宪法法院》一文,对集中制宪法诉讼模式进行了尝试性的探讨。时隔12年后,最高人民法院发布了《关于以侵犯姓名权的手段侵害宪法所保护的公民受教育的基本权利是否应当承担民事责任的批复》(2001年8月13日)的司法解释,从而又使“宪法诉讼”或“宪法的司法化”问题再度成为学界关注的焦点,尽管这里面隐含着深

层次的理论曲解。面对如此重大而又富有挑战的课题,我国宪法学界进行了大量的研究并取得了较为丰硕的研究成果,在宪法诉讼的比较法研究(特别是对俄罗斯、德国、美国等国的宪法诉讼研究)以及中国宪法诉讼应有模式(专门委员会模式、普通法院模式、宪法法院模式等)研究方面取得了某些突破性进展。但在学术“繁荣”的背后,我们也应清楚地认识到:(1)现有相关成果主要是针对宪法诉讼某一问题且是在宪法监督制度的大背景下进行研究的,如宪法诉讼的必要性、可行性,宪法诉讼模式构建以及宪法之诉讼等。研究成果表现出相当的分散性,无法为我国宪法诉讼的构建提供充分、全面的知识体系;(2)宪法诉讼的某些核心概念,如宪事纠纷、违宪行为,分散制、集中制、混合制等审查模式,抽象型、附随型、并行型等审查方式至今尚未有人对其进行深刻、具体的比较研究。

基于上述考虑,我选择了宪法诉讼这个难度较大却又具重大理论与现实意义的课题。经过两年多的研究与探索,终成这部不太成熟的著作——《宪法诉讼原论》。

宪法诉讼是指宪法审判机关适用司法或准司法程序解决宪事纠纷、制裁违宪行为、维护宪政秩序、保障公民基本权利的一整套程序与制度。可见,宪法诉讼是一个内涵十分丰富的范畴。从“静态”而言,它是一项宪法制度;从“动态”而言,它是一项宪政活动;从规范层面而言,它是一套宪法性程序,是追究违宪责任的机制;而从价值层面而言,它便具多维性:首先,它是宪法与宪政的最可靠的守护神。通过宪法诉讼可以使宪法危机得以化解,宪政秩序得以恢复;其次,它是宪治之精义。通过宪法诉讼可以实现宪法原则与精神的真正深入人心,从而培育和优化出良好的宪政文化;再

次,它是民主之要求。当每个人所拥有的表达意愿的自由在实践中被忽视时,可以通过宪法诉讼实现最公正有效的补救;第四,它是人权保障之基本条件。通过宪法诉讼可以实现对国家权力的有效规制,从而实现人权保障的最大化。

无诉讼即无宪政,换言之,有诉讼才有宪政。正是基于对该命题的深刻领悟,西方许多重视宪政建设的国家,在其立宪时或立宪后无不建立了宪法诉讼制度,但由于具体历史条件、文化背景等方面的差异,各国在该制度的具体设计上又各具特色。如从宪法审判主体的组织安排而言,有以美国为代表的分散制和以奥地利为代表的集中制以及兼具二者之长的混合制。分散制是指宪法审判职能由各级普通法院共同承担的一种制度性安排。目前采用此制的国家除美国外,还有印度、澳大利亚、阿根廷、墨西哥等。集中制是指宪法明文规定由宪法法院或专门机构专司宪法争议的宪法诉讼制度,意大利、法国等国采用这种模式。另外,还有为数不少的国家采用了兼具集中制与分散制特点的混合制模式,即普通法院对一般案件拥有宪法审判权(分散制),而特定种类的案件——权限争议、政党合宪性审查案等——则只能由宪法法院进行处理(集中制),德国、西班牙、挪威、葡萄牙等国采用的是这种模式。此外,按照宪法争议是否可以单独提出,可以将宪法诉讼分为抽象审查制、附随审查制及并行审查制三种模式。抽象审查制是指依法享有起诉权的主体,可以直接就法律或特定政府行为的合宪性问题向宪法审判机关提出请求从而启动诉讼程序的宪法诉讼模式,而附随审查制则要求公民等只有在有关民事、行政等具体权益争端发生且已启动诉讼程序的前提下,于具体案件的审理过程中,才有权提出有关宪法性问题的处理请求或者由法官对涉案法律、命令的合宪性进行审查。由于前两种模式各有利弊,因此,目前许多国家均采用抽象审查和附随审查并行的制度。

就中国而论,我认为已具备了构建宪法诉讼的各种条件。首

先,从经济上而言,宪政是商品社会发展到一定历史阶段的独特现象。据世界银行 1996 年报告,中国的市场化指数为 5.5,大大超过了全部体制转轨国家 4.4 的平均指数。从这个意义上说,建构宪法诉讼已经具备了足够的经济条件;其次,从政治上而言,1999 年 3 月 15 日我国宪法修正案正式确立了“实行依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略。法治实质上就是宪治,而宪治非建立宪法诉讼不足以推行。第三,20 世纪末叶以来,我们的法律文化特别是不断成熟的权利文化、宪政文化、诉讼文化等为我国宪法诉讼的确立提供了智力支持。第四,从宪法监督体制而言,虽然我国宪法与相关组织法存在着明显的缺漏,但随着社会主义法制建设的进一步发展与完善,特别是《立法法》的颁布实施,富有中国特色的宪法监督体制已具雏形。这为我国宪法诉讼的最终确立奠定了制度基础。最后,从司法实践上看,虽然有最高人民法院 1955 年和 1986 年两个批复的存在,但这并未排除宪法“入讼”的可能性。相反,司法实践在不同程度地引用宪法条文作为判决依据。这些事实表明,我国宪法在司法实践中已表现出适法性的一面。1989 年我国颁布了《中华人民共和国行政诉讼法》,确立了“公权力行为”的可诉性,这在目的上是和宪法诉讼暗合的,理念上是相通的。虽然根据现行《行政诉讼法》的规定,法院无权撤销违背宪法的法律、法规,但通过“识别”、“选择”的方式,其可以拒绝适用违背宪法的法律、法规,又在一定程度上实现了对法律、法规的宪法监督效果。特别值得一提的是,我国台湾省已建立了较为完善的宪法诉讼制度,为我国大陆建构宪法诉讼提供了可资借鉴的宝贵经验。所有这些表明,在新世纪之初,我国宪法诉讼之构建已具备了成熟的法制条件。

就审判机构设置与职权而言,我认为应建立具有中国特色的复合式的宪法诉讼机构,亦即由全国人大和宪法法院结合起来行使违宪审判权。全国人大对基本法律违宪案件具有最终裁决权,

即指其享有对宪法法院基本法律违宪案件作出初步性裁决的立法性否决权。宪法法院是全国人民代表大会领导下实施宪法监督和进行宪法诉讼的专门机构。宪法法院行使下列职权:(1)法律、法规违宪抽象审判权;(2)法律、法规违宪具体审判权;(3)宪法诉愿审判权;(4)权限争议审判权;(5)弹劾审判权;(6)社团违宪审查权;(7)选举诉讼审判权。宪法法院对法律、法规的抽象审查方式有事先式与事后式两种。事先式即预防性审查是指国际条约、自治条约和单行条例通过后需交宪法法院审查,以阻止违宪国际条约、自治条例与单行条例生效。事后审查式就是指法律、法规生效后,由宪法法院审查其合宪性。

就诉讼规则而言,宪法法院应遵循:条款辐射规则;有限溯及力规则;法律合宪性推定规则;程序性审查与实体性审查相结合规则;审查例外规则;穷尽其他救济规则等。

就审判程序而言,宪法诉讼审判程序可分为一般审判程序与特别程序。一般审判程序主要是指各种诉讼案件皆应普遍适用的程序;特别程序是指全国人大与宪法法院在行使不同审判权时应分别遵守的程序。

总之,我们所架构的中国宪法诉讼制度表现出如下特色:(1)预防模式与事后模式的珠联;(2)附带性审查模式与专门性审查模式的璧合;(3)具体审查模式与抽象性审查模式的兼顾;(4)主观诉讼模式与客观诉讼模式的嫁接;(5)议会型模式与法院型模式的联结;(6)普通程序与特别程序的交映;(7)宪法诉讼全面性与有效性的统一;(8)机关诉讼与民众诉讼的并行;(9)维护宪政秩序与保障人权的并重;(10)政治性与司法性的结合



## 作 者 简 介

**胡肖华**，1964年1月生，湖南茶陵县人，分别于1985年、1988年、2002年毕业于武汉大学法学院并获得法学学士、法学硕士、法学博士学位。现为湘潭大学法学院教授，硕士生导师，新世纪湖南省首批青年社会科学研究人才“百人工程”研究人员。主要从事宪法学与行政法学教学科研工作。代表性论著有：《宪法学》（主编）、《法治建设论》（合著）、《行政诉讼基本理论问题研究》、《行政法学若干理论问题研究》（合著）、《宪法演进模式论纲》、《民主·宪政民主与宪法诉讼》、《论西方宪政中的弹劾制》、《行政诉讼目的论》、《论预防性行政诉讼》、《论学校纪律处分的司法审查》等。目前正主持《行政责任问题研究》、《教育行政诉讼法律制度研究》。

---

# 目 录

## 我们的意见(代序)

|                   |         |
|-------------------|---------|
| 前 言               | ( 1 )   |
| 第一章 宪法诉讼:宪政的守护神   | ( 1 )   |
| 一、无诉讼即无宪政         | ( 1 )   |
| 二、宪法诉讼:民主之补救      | ( 3 )   |
| 三、宪法诉讼:人权之保障      | ( 13 )  |
| 四、宪法诉讼:宪治之精义      | ( 21 )  |
| 五、宪法诉讼:正当性分析      | ( 27 )  |
| 第二章 宪法诉讼:内涵·价值·功能 | ( 39 )  |
| 一、宪法诉讼的内涵         | ( 39 )  |
| 二、宪法诉讼的特征         | ( 43 )  |
| 三、宪法诉权与宪法审判权      | ( 46 )  |
| 四、违宪行为及其分类        | ( 50 )  |
| 五、宪法诉讼与相关概念辨识     | ( 56 )  |
| 六、宪法诉讼的价值分析       | ( 59 )  |
| 七、宪法诉讼功能:和谐的政治状态  | ( 65 )  |
| 第三章 宪法诉讼:源与流      | ( 71 )  |
| 一、宪法诉讼之缘起         | ( 71 )  |
| 二、宪法诉讼的成长轨迹       | ( 84 )  |
| 三、宪法诉讼的未来走势       | ( 96 )  |
| 第四章 域外宪法诉讼:比较与分析  | ( 103 ) |
| 一、域外宪法诉讼模式分类      | ( 103 ) |



|                                 |              |
|---------------------------------|--------------|
| 二、美国——YA 型宪法诉讼 .....            | (106)        |
| 三、法国——XB 型宪法诉讼 .....            | (113)        |
| 四、奥地利——ZB 型宪法诉讼 .....           | (124)        |
| 五、葡萄牙——ZC 型宪法诉讼 .....           | (128)        |
| <b>第五章 中国宪法诉讼:可能性考量 .....</b>   | <b>(132)</b> |
| 一、经济上的可能性:市场经济体制的确立 .....       | (132)        |
| 二、政治上的可能性:依法治国方略的出台 .....       | (134)        |
| 三、文化上的可能性:多元文化体系的形成 .....       | (138)        |
| 四、法制上的可能性:法律规定与司法实践 .....       | (148)        |
| <b>第六章 中国宪法诉讼:模式选择与架构 .....</b> | <b>(161)</b> |
| 一、中国宪法诉讼模式的可能选择与分析 .....        | (161)        |
| 二、构建我国宪法诉讼模式应考虑的因素 .....        | (169)        |
| 三、中国应选模式:复合模式 .....             | (177)        |
| 四、中国宪法诉讼模式的特色分析 .....           | (184)        |
| <b>第七章 中国宪法诉讼:审查规则 .....</b>    | <b>(194)</b> |
| 一、条款辐射规则 .....                  | (194)        |
| 二、法律合宪性推定规则 .....               | (196)        |
| 三、有限溯及力规则 .....                 | (198)        |
| 四、程序性与实体性相结合规则 .....            | (200)        |
| 五、审查例外规则 .....                  | (205)        |
| 六、穷尽其他救济规则 .....                | (209)        |
| <b>第八章 中国宪法诉讼:审判程序 .....</b>    | <b>(212)</b> |
| 一、宪法诉讼的一般程序与审判原则 .....          | (212)        |
| 二、基本法律违宪审判程序 .....              | (220)        |
| 三、法律、法规违宪抽象审判程序 .....           | (225)        |
| 四、法律、法规违宪具体审判程序 .....           | (228)        |
| 五、机关权限争议审判程序 .....              | (233)        |
| 六、宪法诉愿审判程序 .....                | (235)        |