

新视点法学丛书

2

总主编 王利明 张文显

违宪审查与权力制衡

陈力铭 / 著

人民法院出版社

新视点法学丛书

总主编 王利明 张文显

2

违宪审查与权力制衡

陈力铭 / 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

违宪审查与权力制衡/陈力铭著. —北京:人民法院出版社, 2005. 9

ISBN 7-80217-128-8

I. 违… II. 陈… III. 宪法-司法监督-制度-研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 107718 号

违宪审查与权力制衡

陈力铭 著

责任编辑 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010)85250566 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 188 千字

印 张 7.25

版 次 2005 年 9 月第 1 版 2005 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-128-8

定 价 19.00 元

版权所有 侵权必究

《新视点法学丛书》编委会

编

委：(按姓氏笔划为序)

马怀德	卞建林	王利明	田平安
孙长永	朱 勇	江 平	江 伟
余劲松	吴汉东	吴合振	张文显
张锦同	李汉昌	李献敏	汪建成
沈德咏	陈光中	周叶中	罗玉珍
金海洲	姜建初	姜明安	胡建森
徐显明	贾志鸿	高 委	常 怡
黄 进	童兆洪	潘剑锋	宋随军(执行)

丛书总主编：王利明 张文显

总主编助理：宋随军

总 序

由于众所周知的历史原因，我国的法制建设和法学研究经历了诸多曲折环节，在这段历程中，我们这一辈的人深刻感受到历史的吊诡：我国在解放前基本上实行的是西方资产阶级的法学教育，解放后则全面转向社会主义法律资源，其后是法律虚无主义，再后是法治和法学的复生、发展，直至今日，我们基本上走的是与世界接轨的法律和法学之路。这道弯转得大了，似乎隐含了经典作家所说的“否定之否定”，无论如何，我们看到历史的轨迹转向了正确的方向，与此相应，我国的法治事业和法学研究正呈现出蒸蒸日上的好气象。作为一名年长的法学教育工作者，我对此甚感欣慰。

然而，我在欣慰之余，我也有些失望。我感到，由于传统、历史和文化等原因，也由于一些学者欠缺自主意识和理性自觉意识，尽管近些年有一些振聋发聩之作品的问世，但从整体上看，与法治发达国家和地区相比，我国理论法学的研究大体上还是处于浅层次，没有在深入分析、认识和理解传统并借鉴外学的基础上自觉形成针对我国现实的问题意识，没有在深入挖掘、抽象和总结法学自身规律的同时自觉运用和借鉴其他学科的知识 and 方法，正是因为有这样的缺憾，能清晰阐明我们“应当怎么样”、“为何这么样”和“怎么这么样”的著述比较罕见，这不仅导致我国法学家在国际法学界基本上是集体失语，这种状况与我们泱泱大国的风范极为不符；更重要的是，这还导致实践操作上的人

文式微和无力。

我希望新一代法学研究者在进行研究时，首先要敢于立足法学前沿问题，至少是某一突出的热点问题，敢想人之不敢想，敢言人之不敢言，敢提出有创建性的见解和建构性的思想；其次还要在熟练运用法学自身方法外，尽量运用哲学、社会学、经济学等其他学科的方法和知识，使得法学能从其他学科汲取营养。如是以来，在百花齐放、百家争鸣中，中国的法学和法治事业势将有大的作为和大的突破。

《新视点法学丛书》给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平台，以上寥寥数语算是我给它的寄语，希望它因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究者因他而增辉！套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

江 平

2005年8月

编者的话

(一)

中国法制的近代转型始于清末改制。自清末改制以降，中华法系的传统法制逐步解体，西方的法学概念、法学理论以及法律制度开始在中国落地生根。迄今，中国法制近代转型的历程已逾百年。在这百年间，中国法制尽管有所中断、顿挫，但是，其基本方向却一直未变，即借鉴西方法律文明，推动中国法律制度从传统法制到现代法治。

从历史的纵向发展看，中国法制的近代转型经历了移植、磨合、融合、发展四个阶段。但是，从历史的横断面看，中国法制的近代转型在不同法域却表现出不同的发展状况。其中，在我国台湾地区，在继承清末改制的历史遗产基础上，已经能够较好地融合外来法律文化与中国传统文明，并根据自身的社会现实条件在求进一步的发展。在我国香港，在英国普通法传统的影响下，已经形成了自己较为稳定的法律制度和风格。在我国澳门，法律制度则呈现出较明显的大陆法系传统。在我国大陆地区，新中国成立后，法制建设经历了诸多顿挫与波折。其中，由于人为中断了法律制度、法律文化的历史继承，我国大陆地区现今的法律制度建设、法学发展面临着双重的问題：一方面必须面向过去“继承”、“补课”；另一方面又必须回应现在“创新”。就前者而言，只有将我国法制建设置于中国法制近代转型的历史视野中，才能

清楚地看到我国法制建设的历史使命、发展方向以及自身的真实状况和不足；而就后者而言，通过借鉴我国其他法域的经验和尝试，可以减少不必要的周折和成本。

近年来，随着我国大陆地区社会经济条件的变化，尤其是基于社会主义市场经济的客观需要，法律制度正在经历着一场新的变革：社会生活对法律可预测性的要求越来越高；现代都市化生活对法律制度提出了新的需求。因此，通过对法律制度自身变革应当注意问题研究与探讨、司法实践经验的总结与体认、热点学术问题的争鸣与争锋乃至对其他法域法律制度的研究，不仅有助于我国自身不同法域间的相互了解，为我国大陆地区法律制度的发展完善提供较为可行的借鉴方案，而且，还将在一定程度上推动我国不同法域之间的融合。

(二)

自党的十一届三中全会以来，在伟大的法治实践和时代精神的召唤下，我国法律研究工作者解放思想，推陈出新，在理论法学方面进行了广泛而有益的工作，极大地推动了我国法制实践和理论建设的前进步伐，也颇有成效地丰富和拓展了法学研究的领域和视野。

然而，由于传统及历史的原因，也由于一些学者自主意识和主体意识的匮乏和理性自觉意识的迷失，我国的理论法学研究总体来说始终停留在浅层次中：尽管理论法学的研究已逐渐成为许多人神往和关注的对象，但真正深入地剖析其理论改革和精神旨趣，从而在全面、深刻地分析、认识、理解传统并借鉴外学的基础上而能清晰地阐明我们法制现状及基础条件如何（既若何）、法制改革应当怎么样（应若何）和法制改革怎么才能这样（怎若何）的著述却甚为罕见，至于实践操作上的人文式微和无力也更是不言而喻的了。

这样说，可能有点吹毛求疵，也可能有点急于事成，法制事

业的进展和法学研究的开展，不是一蹴而就的容易事，它需要几代人脚踏实地地辛勤工作。然而，“一万年太久，只争朝夕”，我们必须有正视自己弱项的勇气和视野，并尽快为弥补弱项而努力。新一代法学研究者绝不能只是在前人铺就的轨道进行简单承继和发展，而是要立足于深刻变迁的时代背景，掌握实践需求的动向，凭借理论敏感、社会良知和责任意识，借助古今中外的研究成果，运用多学科的方法技巧，走出属于自己的道路，真正践行自己的应有使命和贡献。当然，这也绝不是说打倒前人、从头再来。

尤应强调指出的是，由于法原本存在于人的社会生活之中及人的观念中，立法者、法官和法学家的任务不是制造法律，而是从现实社会生活中和人的理念中去发现法律，然后运用条文的形式、判例的形式或学说的形式将其表现出来。在这个意义上，我们的历史传统、我们所处的变革时代以及众多在场和不在场的“人民群众”给了我们一个学术的“富矿”，也让我们肩负起历史的重担。因此，法学研究从本土出发，从司法实践中体认并总结其经验教训，不断地从最新、最丰富的实践中汲取营养，丰富自己、修正自己、发展自己，是这门科学发展的必然要求。可喜的是，近些年来，许多年轻学者在各自的研究领域里做出了许多有益的探索，取得了相当的成就。

(三)

有鉴于上述不太成熟的认识，编者以《新视点法学丛书》为平台，按照如下要求选辑出版了这套书目：

论文要注重研究中国问题，能立足于我国法学研究前沿，或至少是部门法学、或是实践中的突出热点问题，有创见性见解。它们要或能显示出有利于学术发展的价值，展拓我们的视野；或能立足于现状，就制度性缺陷提出建构性思路或设想。

论文的研究要是跨学科的，特别注意不要为我们的学科所限

定，应当注意交叉学科的法学研究。根据特定的研究对象，尽量从社会学、人类学、经济学、哲学等学科的不同视角来研究中国法律问题。

论文的研究是运用多种方法进行的。

在我们的设想中，这是一个致力于推动我国法学理论研究的更生与繁荣、法律制度改革与完善的开放性学术文库。

易言之，她的宗旨是：立足于深刻变迁的时代要求和实践需要，凡足以反映某一流派学术观点、某一学科的建树、某一问题新的方法以及其他足资长期参阅的作品，均拟收录之，而结论的对错本身无需立现，只要言之有理，立之有据即可，端赖于在百花齐放、百家争鸣的争辩中展示出材料、方法论乃至思维定式，以此企求能对我们这个时代的学术风气、学术习惯有些许触动，并期望广大读者能够就著述者观点展开激烈争鸣，以有益于法学学术之研讨而取便于我国社会法制改革的进步。

《新视点法学丛书》书稿依照以下方法选定：初步选题首先由各高校知名法学教授参照选辑标准从本校遴选，然后由编委会综合各方面意见，最后根据我国现阶段学术发展及司法实践需要组织相关专业知名专家匿名评审而定。

鉴于各高校知名专家难以全部详耘相关书稿的实际情况，编委会特从北京大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学、中国社会科学院法学研究所、清华大学法学院、华北电力大学等单位邀约了十余位不同学科、具有博士学位的青年学者参与初稿评审，先由他们对初定书稿详阅后就学术价值、市场前景提出审读意见供评审组专家参考。为保证书稿质量，编委会对遴选书稿实行评阅人、推荐人评语负责制，专家推荐意见署名附录相关书稿封后，供市场及广大读者检验。

《新视点法学丛书》从策划、选稿至今已经历时两年多，由于出版的原因一直拖至今日。其间，我们也曾和有关出版社达成出版协议，但由于种种原因，原先选定的部分书稿一直未能面

编者的话

世，致使有的作者另转他处出版，不能不说是我们心中难以忘却的痛。当然编者因此也更加感受到人民法院出版社对我们支持的宝贵，在此，谨对人民法院出版社的领导以及责任编辑陈建德博士表示感谢。

最后，借用江平先生的鼓励作为结束语，与广大法学研究者和爱好者共勉：《新视点法学丛书》是给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平台，希望她因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究者因她而增辉！

编 者

2005年8月18日

序

陈力铭是我近年来所指导的博士生之一。在人民大学攻读博士期间，她一直保持着刻苦的学习精神，在她的博士论文付梓之际，我想就其文章的主题谈一点看法，是为序。

《违宪审查与权力制衡》论述的中心问题是讨论国家权力的制约平衡。对于国家权力制约平衡理论和制度的研究，随着时代的发展有着丰富的理论和实践经验。国家权力是一柄双刃剑，控制得当会给人类带来福祉，缺乏有力制约亦会造成社会的灾难，因此国家权力制衡问题的研究才会历久弥新，学者们从来没有停止过对这一问题的关注。时至近代，宪政观念和宪政制度的建设为国家权力制衡理论和实践的发展注入前所未有的活力，尤其是美国司法审查制度的建设，开辟了以宪法为金字塔顶分配国家权力，依据法律治理国家权力以实现各部门之间制衡关系的有力途径。以美国司法审查制度为初始模式发展起来的违宪审查制度，在现代国家权力的制衡中显示出卓尔不群的优势，所以，违宪审查制度的研究对于权力制衡的理论和实践具有重要意义。

本书作者正是以违宪审查制度的研究为切入点，条分缕析国家权力各职能部门间的关系，沿着历史的脉络，宏观地观察了国家权力制衡中违宪审查制度的发展规律，结合我国依法治国的实际情况，提出中国具体国情下切实可行的违宪审查制度方案，以期实现权力制衡的目的。作者在写作过程中，没有简单停留在过去的传统认识和共识的基础上，而是勇于深入探索一些重要理论

和实践问题。首先表现在分析了纯粹分权理论和混合均衡理论的关系。论证了混合均衡理论是国家权力分支部门间实现职能交叉、互相制约的前提条件，基于混合均衡理论，从国家权力职能与组织结构对应的全新角度探索国家权力职能的交叉行使状态，即从国家权力分支部门所具有的职能出发，分析通过国家权力部门之间的权力分配实现国家权力制约平衡的理论和实践，通过分析国家权力分支部门具有不同的组织结构及不同的价值利益取向，讨论司法权在权力制衡建设中的重要意义。其次作者对于司法审查制度运行的相关理论亦着墨颇多，深入揭示了司法审查模式的运行机制，剖析了司法审查制度与其他形式违宪审查制度的不同特点，为构建我国的违宪审查制度的探讨提供了有益的见解。

国外学者对违宪审查制度的探讨较活跃，20世纪70年代以来，就违宪审查的范围、原则、其宪法功能、程序、违宪审查与民主、违宪审查与人权等问题有广泛的讨论。范围涉猎虽广，但集中讨论通过违宪审查实现权力部门间的平衡的专门论述不多。为了支持本书诸论点，作者收集了大量资料，其中有国内的研究资料，也有国外的研究资料，有法学的研究资料，也有其他社会科学的研究资料，从而能在一个学者们常谈的问题领域推陈出新。我以为作者研究成果的出版，对推动我国法理学和法学研究的深入发展，有重大的意义。我也希望，作者能够沿着这个方向继续研究下去，在权力制衡理论研究中取得更高水平的成果。

中国人民大学法学院教授，博士生导师
孙国华

2005年6月

目 录

总 序	(1)
编者的话	(1)
序	(1)
导 论	(1)
第一章 权力制衡理论的形成及发展	(13)
第一节 国家权力的职能	(14)
一、国家权力职能的含义	(15)
二、国家权力职能的传统认识	(16)
三、新的国家权力职能观	(23)
第二节 纯粹分权学说及其发展	(29)
一、纯粹的分权学说及其要素	(29)
二、当代国家分权模式及其分析	(35)
三、分权学说的意义	(47)
第三节 组织的结构形态与国家权力结构	(48)
一、组织的基本结构形态	(48)
二、不同组织结构与职能的关系	(51)
三、不同国家权力组织的结构与价值模式	(56)
第二章 权力控制理论及其选择	(58)
第一节 国家权力控制的方式研究	(58)

一、国家权力系统的外部控制	(59)
二、国家权力系统的内部控制	(61)
第二节 国家结构中权力中心的转移	(64)
一、立法权向行政权重心的转移	(64)
二、权力格局变化带来的权力制约协调问题	(71)
第三节 司法权的兴起与司法审查制度的作用	(73)
一、司法权在国家权力制衡中的角色	(73)
二、司法权对行政权的制约平衡作用	(75)
三、司法权对立法权的制约平衡作用	(81)
四、司法权是立法、行政权力冲突的调节器	(84)
第三章 权力制衡理念下的美国司法审查制度	(89)
第一节 司法审查制度概述	(89)
第二节 司法审查制度发生作用的前提	(94)
一、司法权独立	(94)
二、司法权与立法权、行政权地位平等	(95)
三、法官独立	(99)
第三节 司法审查制度发生作用的基础	(101)
一、解释宪法的权力对司法机关的必要性	(101)
二、司法机关行使审查权必须在实践中适用宪法	(104)
第四节 司法审查制度发生作用的限制	(106)
一、法定限制	(106)
二、自我限制	(109)
第五节 司法审查制度运作的特点	(114)
一、经济领域的司法审查	(116)
二、民权领域的司法审查	(121)
第四章 违宪审查制度模式的发展及比较研究	(127)
第一节 美国司法审查制度的影响	(127)
一、欧洲移植美国司法审查模式的发展状况	(128)
二、司法审查制度的改良：特设专门机关的	

审查模式·····	(131)
三、欧洲大陆法系国家建立专门机关违宪审查 模式成因·····	(132)
第二节 司法审查制度与专门机关违宪审查制度之 比较研究·····	(135)
一、两种违宪审查模式的不同特点·····	(137)
二、专门机关违宪审查模式存在的弊端·····	(141)
第三节 违宪审查制度的新趋向·····	(145)
一、大陆法系移植美国司法审查模式的新实践·····	(145)
二、两种违宪审查模式的趋同发展·····	(148)
三、违宪审查制度模式发展对中国的启示·····	(150)
第五章 中国的违宪审查制度建设与权力平衡·····	(154)
第一节 中国违宪审查制度与权力体制的失衡·····	(154)
一、现行的违宪审查体制·····	(154)
二、与相关概念的区别联系·····	(158)
三、现行的违宪审查体制的弊端·····	(163)
第二节 建立有限的中国司法审查制度·····	(166)
一、违宪审查范围的完善·····	(167)
二、违宪审查机构的选择：在现有的权力框架内 重新配置权力·····	(169)
三、司法机关之定位·····	(171)
第三节 司法审查制度对国家权力平衡的必要性·····	(174)
一、协调立法权，实现统一法制的需要·····	(178)
二、约束行政权滥用的需要·····	(180)
三、落实司法权独立行使的需要·····	(181)
第四节 有限的司法审查制度建设的可行性·····	(182)
一、司法审查制度发生作用的前提： 司法独立问题·····	(183)
二、司法审查制度发生作用的基础：宪法解释和	

宪法司法问题·····	(189)
三、建立司法审查制度的其他障碍：	
法律传统的差异·····	(197)
参考文献·····	(201)
后 记·····	(212)