

王磊 著

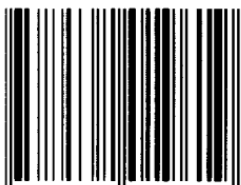
宪法的司法化

constitutional law
applied in courts

中国政法大学出版社

责任编辑 杜 鹃
封面设计 锦绣设计公司

ISBN 7-5620-1961-4



9 787562 019619 >

ISBN 7-5620-1961-4/D · 1921

定价：15.00 元

王磊 著

宪法的司法化

王 磊 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法的司法化/王磊著. - 北京:中国政法大学出版社,
2000.1

ISBN 7-5620-1961-4

I. 宪… II. 王… III. 宪法-研究-中国
IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 01389 号

责任编辑 杜 鹃

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开本 850×1168 1/32 7.125 印张 190 千字

2000 年 2 月第 1 版 2002 年 10 月第 2 次印刷

ISBN 7-5620-1961-4/D·1921

印数: 3 001-6 000 册 定价: 15.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 **电话:**62229563 或 62228801

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

前言

1999年12月一个星期四的清晨，在前往昌平校区的班车上（北大文科一年级新生在昌平校区学习，我每周星期四上午上课），周一见的教授们聊起了青年人追求“酷”服饰这一话题。一位哲学教授说：“服装是一种时间的概念，不同的时代有不同的服装。”我说：“60年代、70年代的军装，80年代初的喇叭裤，90年代末这些眼花缭乱的“酷”服装都是一种标志。没有这些，人们对时间的概念可能要模糊一些。”现在，我想到了我的这本书，对于我来说，我的学生和我写出来的文字是我作为一名大学教师的两大安慰。《宪法的司法化》一书的诞生反映了我9年来在北大教学和科研过程中对我国宪法苦苦探索的过程。能在21世纪之初，将她奉献给读者，我感到由衷地高兴。

这本书的基本观点是宪法的司法化。上一个世纪我国宪法学的研究和实践有一个很大的误区，就在于没有真正把宪法作为一部法并通过法院来实施。

香港发生的居港权案件所引发的基本法的解释等问题，都反映了在宪法观念上的冲突，这种冲突的核心是宪法是否可以司法化。在我们内地法学界和法律工作者的观念中，宪法是不可能由法官解释的，但香港基本法的确由法官解释了。比如，法官解释香港基本法中的“子女”应当既包括“婚生子女”，也包括“非婚生子女”，“婚生子女”与“非婚生子女”应当平等。这种解释是一种宪法上的司法解释。再例如，香港某报纸登载文章漫骂某法官是猪、是

狗，结果引起一场诉讼，诉讼的焦点在于这一行为是否超出了香港基本法所规定的言论自由和新闻自由的范围。经过审理，作者败诉，法官认为这一行为构成藐视法庭罪，它超出了言论自由和新闻自由的范围。尽管法官是公众人物，可以由公众议论，但这个案件中的漫骂行为已经危及到法官的形象，甚至影响到法院的形象，很可能造成社会对法官或法院的不尊重，以至对香港法治不利，因为法官及法院是香港整个法治社会的基础。

还有许多其他法律问题都将要通过宪法的司法化来解决。例如，民商法领域的合同问题，当事人签定了符合《合同法》的一份合同，但后来发生纠纷时，法官以当地政府规章来裁判此案，而这部规章可能违反宪法，但法官并没有行使司法审查权或宪法解释权来否认这一违宪的规章的法律效力。

又例如，一名高中生可能因为相貌原因而不被某大学录取，结果该考生所依靠的是新闻媒体的呼吁，却不能依据宪法的“受教育权”和“平等权”来诉讼该大学。

再例如，大家都熟知的大学生联系出国需要父母单位开具的侨属、台属证明，方才有资格去办理申请出国手续，也就是说，能否出国并不是取决于你的外语水平和专业成绩，而是首先取决于父母甚至祖父祖母或外祖父外祖母是否侨属、台属，哪怕你外语再好、专业成绩再好，也能联系到外国大学，但如果父母单位不能出具侨属或台属证明，那你也只能望洋兴叹！当然，现在已废止了这一规定，但这一规定不是因为公民的诉讼而被宣布无效，而是制定机关自己撤销的。如果能够提供一个宪法司法化的渠道，这一规定早就可能被宣布违宪而无效。因为这一规定在两个方面是违宪的：第一，这一规定违反了宪法的“平等权”。因为没有侨属或台属亲属关系的大学生根本就没有资格来办理出国手续，有侨属或台属关系的大学生和没有侨属或台属关系的大学生完全处于不平等的地位。这种学生出国求学的前提条件并不取决于自身，而首先取决于自己的父辈的不平等性实质上是一种封建的世袭制观念在当今的表

现。第二，这一规定侵犯了公民的“受教育权”。因为公民本既可以在国内念书，也可以在国外念书，但这一规定就将那些想出国读书而没有侨属台属关系的学生拒之于门外，公民所享有的宪法规定的“受教育权”受到了侵犯。这种情况虽已成为历史，但其中的问题却令人深思，我们今天还有没有类似的问题呢？如果有的话，也只能让其自我反省、自生自灭吗？什么时候能够自我反省呢？不得而知！这些都反映了我们传统的宪法观念，这一观念阻碍了宪法的运作，对未来 WTO 的加入所面临的涉及外国人权利的宪法保护问题等，都是到了迫切需要探讨的时候了。

我国要真正实现宪法司法化还有一个相当漫长的过程，也许还会有很多人根本就不愿接受“宪法司法化”这一观点。我感到，如果我们能经常体会宪法的“味道”，我们就不难理解宪法的司法化。每个部门法都有其独特的“味道”，刑法的“味道”是苦的，因为它的主要作用在于“打”和威慑，民法的“味道”是酸的，因为它的主要目的在于恢复原状，而宪法的“味道”却是甜的，因为它的目的主要是保护公民免受违宪的法律、法规、规章或规定的处罚。

正如我国农村经济改革发端于安徽小岗村农民自发实行家庭联产承包制一样，“宪法司法化”不应该仅仅是学者的呐喊，它必须取决于普通公民觉醒的权利意识和用法律保护自身利益的行动。现代社会的很多问题已经亟待宪法来解决，可以预言，新世纪的法学将是宪法学的春天，“依法治国”将是真正的依宪治国。

我应当感谢我的父母王宽泰、张本英，在他们的培养下我得以考入北大。记得我在 1983 年离家来北大上学之前，父母给我讲了许多告戒，现在我只记得其中的一句：“出门在外，与人相处，能忍就忍，多吃点亏没事，自己多累一点没事。”每当我遇到困难的时候，就想起父母的这番话，他们的这番话一直鼓舞着我的工作和学习。

我还应当感谢我的妻子粟晓玲，感谢她对我所从事的工作的理解和支持，感谢她能和我一起对文章中的文字进行推敲和修改，感

谢她总是帮我整理摆放在斗室的杂乱的书籍材料，没有她给予我很多时间上的支持，我是很难写作此书的。

王 磊

2000年1月10日于北京大学畅春园

目 录

前言	(1)
第一章 宪法是法	(1)
第一节 古代中国和欧洲中世纪所使用的宪法的含义	(2)
第二节 近现代以来有关宪法的几类观点	(3)
第三节 宪法是调整公民权利和国家权力之间基本关系的部门法	(6)
第二章 宪法的渊源	(14)
第一节 宪法规范的渊源	(15)
第二节 非宪法规范的渊源	(18)
第三章 宪法的适用、效力和制裁力	(19)
第一节 宪法的适用	(19)
第二节 宪法的效力	(21)
第三节 宪法的制裁力	(28)
第四章 宪法的基本原则	(32)
第一节 宪法至上	(34)
第二节 保障人权和公民基本权利	(40)
第三节 人民代表大会制	(45)
第四节 人民民主专政（宪法的政治原则）	(51)
第五节 单一制	(63)
第五章 宪法之下的权力	(89)
第一节 什么是权力	(89)

第二节	社会主义市场经济体制下的权力转移与配置	(96)
第三节	立法权与行政权的分工	(99)
第四节	立法权与司法权的分工	(114)
第六章	宪法解释	(128)
第一节	美、德宪法解释理论之比较	(128)
第二节	我国的宪法解释机构	(138)
第七章	宪法的司法化	(147)
第一节	我国宪法司法化的探讨	(147)
第二节	选举中的一项司法保护制度	(154)
第三节	宪法的政策化和宪法的修改	(158)
第八章	一国两制与香港基本法	(162)
第一节	理解基本法原意的指导思想	(162)
第二节	我国内地和香港区际法律冲突的特点	(178)
第三节	香港特区终审法院对基本法解释权限的范围	(187)
第九章	20 世纪中国宪法学之回顾	(192)
第一节	第一次创立——新中国成立前的宪法学	(193)
第二节	第二次创立——“全盘苏化”时期的宪法学	(195)
第三节	第一次 10 年挫折	(199)
第四节	第二次 10 年挫折——“文革”时期的宪法学	(202)
第五节	第三次创立	(203)
第六节	反思 (一): 研究方法的误区	(210)
第七节	反思 (二): 研究内容的误区	(212)
后记		(219)

第一章 宪法是法

我国宪法书籍有关宪法的概念比较一致，大都是这样表述的，即宪法规定国家的根本任务和根本制度，即社会制度、国家制度的原则和国家政权的组织以及公民基本权利义务等内容；它反映各种政治力量的实际对比关系；它是根本法，具有最高的法律效力。不难看出，这是从三个方面来说明宪法的，一是从内容上，二是从本质上，三是从特征上。宪法学界的同仁都知道这个定义是不得以而为之的，因为给一个事物下定义应当抓住该事物的种的属性，也就是说，宪法作为法的一种或法的组成部分而应当具有的种的属性。其他部门法在下定义时基本上都符合逻辑上的这一要求，即都是调整同一类社会关系的法律规范的总和，并构成一个独立的法律部门，例如，我国民法是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和；^{〔1〕}行政法是调整行政关系的法律规范的总称。^{〔2〕}但也有例外，例如，刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，^{〔3〕}它不以特定的某一领域的社会关系为调整对象，而是以特定的调整方法使它与其他部门法区别开来。刑法的调整对象不限于某一类社会关系，而是调整各个领域的社会关系，仅以调整对象为标准，无法把刑法与其他部门法

〔1〕《法律硕士专业学位招生考试教程下卷》（修订本）总主编 曾宪义，法律出版社1998年版，第171页。

〔2〕《行政法学》张尚鸾主编，北京大学出版社1990年版，第9页。

〔3〕同注1，第529页。

区别开来。^{〔1〕}下面，作者分三个部分来研究宪法的概念，目的在于摆脱传统的宪法概念的思维定式，并最终将宪法概念定位于调整公民权利和国家权力之间基本关系的部门法。

宪法是部门法与宪法是根本法是不矛盾的。宪法首先是法，并且是部门法，其次才是根本法。离开宪法是部门法来谈宪法是根本法，就必然使宪法成为空中楼阁，远离人们的生活，远离法院的审判工作，不可能使宪法得到司法化。宪法是根本法又是法院在适用宪法时的一个基本理论依据，当法律、法规、规章之间发生冲突或它们与宪法之间发生冲突时，法官责无旁贷地应当适用宪法。

第一节 古代中国和欧洲中世纪 所使用的宪法的含义

一、中国古代“宪”字与“法”字含义相同

“宪法”一词在我国古代就已经使用，“宪”字在我国古代典籍中与“法”字同义，主要是指一般的法度、典章、制度而言。例如，周朝左丘明《国语》中说的“赏善罚奸，国之宪法也”；《左传·襄公》二十八年中所谓“此君之宪令”；《管子·七法》所说的“有一体之法，故能出号令，明宪法矣”；《尚书》中的“监于先王成宪”；《史记·屈原列传》中的“怀王使屈原造为宪令”；《汉书·萧望之传》中的“作宪垂法，为无穷之规。”

也许正因为我国古代“宪”字与“法”字含义相同，所以，虽然今天我们制定了宪法，但我们的头脑中仍没有“宪”的概念，有的仍是祖先留下的“法”的印象，人们在解决法律纠纷时淡忘了宪

〔1〕《法律硕士专业学位招生考试教程下卷》（修订本）总主编 曾宪义，法律出版社1998年版，第530页。

法也就不足为怪了。

二、欧洲中古时期的“宪”与“法”词义不同

在拉丁文 *constitutio* 中，宪法是规定、结构、组织的意思，在不同历史发展阶段，其具体含义不一样。

1. 在古罗马帝国的立法中，它曾被用来表示皇帝的诏书，它和普通法律也有区别。

2. 在封建时代，即欧洲中世纪有时用来表示封建主和教会特权的法令。例如，在英国，12 世纪中叶英王亨利第二（Henry II）规定国王与教士关系的《克拉朗顿宪法》（*The Constitution of Clarendon*）；1215 年英王约翰（King John）颁布的《大宪章》（*Magna Carta*），这是英王与英国的贵族、诸侯及僧侣缔结的限制国王权力，特别是征收租税权力的法律。在法国，14 世纪已有“国法”（即根本法、宪法）和王法（即普通法）的区别，所谓“国法”“根本法”就是未经贵族、僧侣、平民组成的三级会议同意，国王不能自行变更和废止的法律；所谓普通法，即指国王可以自行变更或废止的法律。法国 16 世纪的法学家腊舍（Loyseau）说：“根本法就是因为要严厉限制国王权力而设的。”美国在脱离英国取得独立以前，各州即有一种类似根本法、宪法的“特许状”（*charter*），这是英国给予各殖民地的，其中的 1639 年康涅狄格州根本法令（*Fundamental Order of Connecticut*），是由该州所制定，英王查理二世所核准的。

第二节 近现代以来有关宪法的几类观点

古今尽管使用同一个名词，而其意义并不一致。从宪法的名称看，今日称用宪法这个名词，是借用旧的名词以表达新的意义。同时，近代意义的宪法还有其他不同的名称，如宪章（*charter*）、国

法 (lois, du royaume)、约法 (compact)、信条 (articles)、政府组织法 (instrument of government)、共同纲领 (common program)、宪法大纲 (outline of constitution)。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,近代意义上的宪法才最终形成和确定。那么,近代意义上的宪法是在有了民主事实的基础,指宪法必须规定国家的根本组织、权力的划分,权利的保障。近现代以来的有关宪法的观点可以归纳为以下几类:

一、宪法是法律和习惯的总合,是国家管理和团结的原则

持这种观点的代表人物有:

1. 英国法学家布赖斯 (James Bryce) 说,宪法是“法律和习惯的总合,借此并在此之下,国家的生活乃得进行”。宪法是“表现公众组织、管理、团结原则和规律的各种法律的合成整体”。

2. 法国法学家波若说:“宪法是具以组织国家管理和调整全体个人或法人的关系的一种根本法。”

3. 德国法学家乔治·叶林涅克说:宪法是“规定最高国家机关及其履行职能的程序,规定国家最高机关间的相互关系和职能,以及规定个人在对国家政权的关系上所应采取的原则性的地位等法的原则的综合。”

4. 肯尼思·惠尔认为,“宪法就是用一个文件体现出来的管理一国政府的法律规则的总和。”

5. 美国规范主义法学派代表凯尔逊认为,宪法是各种纯粹的和抽象的规范的综合,这种规范是管理国家和它的公民的。

二、宪法有形式和实质、广义和狭义的概念

有的学者把宪法的概念分为形式上的特性和实质上的特性,即形式的名称和实质的含义。所谓形式上的特性就是指宪法的效力高于普通法律,宪法的修改不同于普通法律;所谓实质上的特点就是指宪法的内容是规范国家的根本组织的法律。

有的学者把宪法分为广义的与狭义的,从广义说,宪法是指一

国政府的整个体系，即建制、规范或管理政府的各种法规、惯例的积累。这些法规惯例一部分是属法律性的，另一部分是不属法律性的。从狭义说，则非指一切法规、惯例的整体，而只指规范政府的规例中表现为法律文书的或者极有关系的一些法律文书。

三、宪法表现为国家权力的授予和限制

方纳（Herman Finer）说：“基本政治制度的体系就是宪法。……它是权力关系的自传。”

史特朗（C·F·Strong）说：“真正的宪法具有下列素质以确切表明：第一，各机关是如何组织的；第二，以什么权力委之于这些机关；第三，依什么方式以行使这些权力。……当国家各机关及它们的职权有确定的安排而不受暴君随心支配者，这个国家就可以说是具有宪法。宪法的目的是限制武断的权力，换言之，宪法是用来保障被统治者的各种权利。总之，宪法是欲确定主权的确实地位。”

米勒（Miller）认为，美国意义的宪法是一部成文宪法，政府的基本权力根据它而成立，并受它限制而被规定。这些权力又根据它而被分配于各部门，使其权力能更安稳、更有效地为人民团体造福。

以上三种观点都各有其优缺点：第一类观点的缺点是使宪法等同于所有的法的规范的相加，使宪法包罗万象，其优点是这些观点反映了宪法的调整对象和范围极其广泛这一特点。第二类观点的缺点是形式意义上的宪法和实质意义上的宪法只是表述了宪法的特征，没有反映宪法的种的属性；广义宪法和狭义宪法的缺点在于都没有指出公民的权利，但指出了规范政府。第三类观点的缺点是看到了国家机关的权力，而忽略了公民的权利，而公民的权利比国家机关的权力更为重要，但这一类观点也有其优点，即他们都试图在限制政府权力。可见，以上三类观点均没有全面准确地阐述宪法这一概念，那么到底什么是宪法呢？

第三节 宪法是调整公民权利和国家权力之间基本关系的部门法

宪法是调整公民权利和国家权力之间基本关系的部门法，是国家的根本大法。公民权利产生国家权力，国家权力为公民权利服务，公民权利制约国家权力。

一、公民权利和国家权力之间的基本关系的内容

第一，公民享有各种权利，其中的一项重要权利是选举权，公民中的选民通过行使选举权而导致产生各级代表机关，代表机关又产生各级人民政府、人民法院和人民检察院，亦即产生了立法权、行政权、司法权（在我国，司法权包括审判权和检察权）。代表机关受选民的监督，立法权受公民权的监督；代表机关监督政府、法院和检察院，立法权监督行政权、司法权。尽管世界各国宪法存在很多差异，但在权利产生权力这一方面却是共同的，例如，实行总统制的国家，总统和议会分别由选民选举产生，不是由议会来产生总统，立法权和行政权只是分别由公民权产生罢了。

第二，权利和权力之间的基本关系首先表现为公民权利和国家权力的关系，即国家的一切权力属于人民；其次，公民权利和国家权力的关系还具体表现为公民权利和国家机关权力的基本关系，它包括公民权利和立法权的关系、公民权利和行政权的关系、公民权利和审判权的关系、公民权利和检察权的关系。

第三，权利和权力的基本关系还包括权利和权利的基本关系、权力和权力的基本关系。因为权利内部间的关系离不开权利和权力的基本关系，权利内部间的关系影响权利和权力的基本关系；同样，权力内部间的关系也离不开权利和权力的基本关系，并影响权利和权力的基本关系。

权利内部间的关系影响权利和权力的关系，这里的“权利内部”既指公民间的同一权利之间的关系，也指公民间的不同权利之间的关系。例如，依照我国选举法的规定，选民在选举中享有平等权，公民中的选民在对选举权这同一权利上是平等的关系，即实行一人一票的原则。选举权的平等行使能够使选举结果符合少数服从多数的原则，并真正反映选民的意志，使选举产生的代表机关的代表真正来自人民和代表人民，使代表机关的权力掌握在人民手中。反之，如果在选举中不实行一人一票的原则，那么，选举权就不是等值的，不能保证选举出的代表机关真正代表选民的意志，不能保证代表机关的权力掌握在人民手中。所以，权利内部间的关系影响权利和权力的基本关系，即影响国家的一切权力属于人民。

公民间的不同权利之间的关系影响权利和权力的基本关系。例如，公民享有言论自由，如果某公民不正确地行使言论自由权，那么他或她就有可能侵犯其他公民的人格尊严，宪法规定人格尊严不受侵犯。在这种情况下，国家行政权或审判权就会发生作用，保护人格尊严受到侵犯的公民。反之，当某公民正确行使言论自由时，就不会发生侵犯其他公民人格尊严的事情，国家行政权或审判权就不存在去保护某公民的人格尊严的前提。某公民的一项权利或自由的不当行使可能侵犯其他公民的另一项权利或自由，从而引发国家行政权或审判权的启动来保护受害的一方。

权力内部之间的关系同样影响权利和权力的基本关系。例如，我国宪法规定各级人大常委会的委员不得担任行政机关、审判机关和检察机关的职务，这一规定涉及到立法权和行政权、审判权、检察权的相互关系，这种权力关系的设计在于确保人大常委会能够有效地监督政府、法院和检察院，而人大常委会是代表民意的机关，这种权力关系有利于国家权力掌握在人民手中。反之，如果人大常委会的委员可以担任行政机关、审判机关、检察机关的职务，那么，人大常委会对政府、法院、检察院的监督就会流于形式，国家