



国外违宪审查制度丛书



UNITED KINGDOM

英国违宪审查



童建华◎著



中国政法大学出版社



国外违宪审查制度丛书



UNITED KINGDOM

英国违宪审查



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

英国违宪审查 / 童建华著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 2

ISBN 978-7-5620-3821-4

I. 英… II. 童… III. 宪法-司法监督-研究-英国 IV. D956. 11

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第008132号

- 书 名 英国违宪审查 YINGGUO WEIXIAN SHENCHA
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com>(网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230mm 32 开本 14.875 印张 355 千字
- 版 本 2011 年 4 月第 1 版 2011 年 4 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3821-4/D·3781
- 定 价 39.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

《国外违宪审查制度丛书》总序

童之伟 韩大元

这是一套按国别系统介绍和研究国外部分国家违宪审查制度的系列丛书，其所涉及的地理范围包括了北美、欧州、亚州和非洲，其中既有西方发达国家，也有第三世界发展中国家。

在世界宪政史上，违宪审查制度的历史比宪法的历史总体看来要晚近得多。就宪法而言，古希腊、古罗马已经有一些宪法的萌芽，而英国 1215 年的大宪章，已经是近代意义上不成文宪法的先声，至于 1787 年通过、1789 年生效的美国宪法，则是世界上第一部成文宪法。如果人们一定要探幽寻古，也可以在雅典、古希腊、古罗马的历史中发现类似于违宪审查的片断或痕迹。例如，在雅典曾存在过上位规范（*nomos*）与下位规范（*psephismata*）之间的区别。在中世纪我们也可以发现作为“上位规范”的自然法的存在，虽无法找到具体的违宪审查事例，但其作为思想渊源仍然具有重要的学术价值。

违宪审查制度作为宪政制度的构成要素与基本的实现方式，经历了三个发展阶段。第一阶段是 1803 年“马伯里诉麦迪逊案”到第二次世界大战结束。在此阶段，立宪主义是市民革命的产物，而违宪审查制度是立宪主义的方式，具有共同的价值基础。作为制度性的违宪审查产生于 19 世纪初。宪法学界普遍的看法是，宪政史上首次对法律进行违宪审查的判例是 1803 年的美国“马伯里诉麦迪逊案”。在这 140 余年间，制定了宪法的国家很多，但建成了行之有效的违宪审查制度的国家可以说除美国外并没有出现第二个，尽管其间奥地利、挪威等少数国家

也曾做过一些努力，但未能发展为具有实效性的制度。第二阶段是第二次世界大战结束到20世纪70年代。二战后，德国、意大利、日本、法国等重新制定宪法的国家纷纷从基本人权保障、民主体制维护与战争根源的关系方面反省历史，吸取历史教训，在宪法中规定了宪法裁判制度。在20世纪五六十年代，亚洲、非洲等国家也开始建立适合本国实际的违宪审查制度。第三阶段是20世纪70年代以后。随着民主化的发展，西班牙、葡萄牙等国纷纷建立起宪法法院制度。到了80年代末90年代初，前苏联和东欧国家进行宪法改革，普遍建立了宪法法院制度。事实表明，直到第二次世界大战后，尤其是历史进入20世纪90年代后，各立宪国家建置违宪审查制度呈现出显著加快的趋势。特别是进入21世纪后，全球范围内的违宪审查制度的功能得到进一步的强化，审查机构模式越来越多样化。例如，法国在2008年的宪法修改中正式确认公民提起违宪审查的权利，结束了法国宪法不承认公民提起违宪审查权的历史，建立了事后的违宪审查模式。在日本，实行60多年的司法审查制度的效率性受到一些学者的质疑；也有学者提出设立宪法法院等主张。20世纪各国在违宪审查制度发展上所做的各种努力不仅推动了人类文明的发展，也是对历史上宪法制度过多亏欠违宪审查要素情形的一种补偿。

各国的宪法发展史告诉我们，建立行之有效的违宪审查制度是充分、有效地实施宪法的不可或缺的条件。违宪审查制度在宪法实施中发挥的功能是有目共睹的，值得我们深入关注与思考。我们可以把这些功能概括为：维护法制统一与宪法秩序功能；人权保障功能；权力制约功能；社会整合的功能和政治法律化的功能等。特别是在现代政党政治的背景下，以合宪性审查体制为平台，合理地协调政党之间的利益关系，促成政治体制的平衡发展，在许多国家已经成为一种常态。同时，违宪

审查制度可以为解决政治生活中发生的各种宪法争议提供客观的标准与解决机制，使政治矛盾与纠纷通过司法或其他法律途径得到合理解决。

宪法的生命不仅体现为规范内容的科学性，同时也体现为具体实施的机制与效果。在现代法治社会，任何一个成文宪法国家都会遇到不同形式的宪法争议，需要解决各种违宪问题。在有些国家宪法发展的特定阶段，也曾出现虽然没有违宪审查制度但宪法也得到某种程度实施的状况，但它并不是宪政发展的常态，也不能作为普遍性规则得到遵守。在某些极端的情况下，缺乏违宪审查制度，宪法可能完全得不到实施，甚至可能使得宪法实际上形同废纸。在这方面，西方国家和非西方国家都有过惨痛的历史教训。中外许许多多的事实证明，没有行之有效的违宪审查制度的民主是粗放的、靠不住的、无保障的民主；没有违宪审查制度的法治是严重残缺的、没有保护屏障的法治，很难与人治真正区分开来；同样，没有行之有效的违宪审查制度，人权就得不到有效的保护和尊重。

违宪审查制度作为宪法文明的重要标志来到世间，历经二百余年，它本身在功能和结构上已经发生了重大变化。违宪审查制度在其形成的初期，主要作用在于依据宪法裁断和解决国家机关之间的权限争议，这些争议的当事双方往往都是不同的中央国家机关或地方公共机关。但是第二次世界大战后，人权和公民基本权利的有效保障成了各国日益突出的宪法问题。在世界范围内违宪审查制度的主要作用和建设方向亦随之逐步发生了转移，转向了人权保障和基本权利保障为中心的空间。另外，在第二次世界大战前，世界各国虽有宪法无违宪审查制度的情形很普遍，但在此后有宪法就有与之配套并对之提供实施保障的违宪审查制度。这种情形逐步成了全球范围内各国宪法发展的主流。

一个国家制定宪法后，往往需要经历一定历史时期才能产生首次违宪审查例或宪法判例，这可以说是宪政史凸显的一个重要规律。一国是否形成了违宪审查制度，判断的标准并不是宪法作了什么样的规定、法律作了什么样的规定，而是应该看该国有审查权的机关是否真正进行过一次违宪审查、是否产生过一个违宪审查例或宪法判例。从首次制宪到产生首个违宪审查例或宪法判例，两者间的时间落差在不同国家往往很不一样。历史地看，像美国那样在宪法生效 14 年后就产生第一个违宪审查例或宪法判例的国家是很罕见的。像法国那样，在有了第一部正式宪法之后近 170 年才设立职能机关真正开始进行违宪审查的例子也不多见。不过，无论世界各个立宪国家首次制宪与产生首个违宪审查例或宪法判例的时间落差的大小如何、背景多么不一样，我们在考虑这个问题时最关键的还是不要忘记，当代立宪国家中连一个违宪审查例或一个宪法判例都没有产生过的国家已经不多了，并且还正在进一步减少。据统计，世界上 190 多个国家中，绝大多数国家已经建立了违宪审查制度，其中采用普通法院司法审查制的国家有 70 多个，采用专门机关审查制的国家有 80 多个，有些国家还采用了兼具以上两种体制特点的混合性审查体制。

了解国外违宪审查制度发展的历史背景与进程并且反观中国违宪审查制度的现状，我们既不必因在现行宪法体制下还没有产生首个违宪审查例而感到悲观，但也不能对我国现行宪法规定的宪法监督机关还没有进行过首次违宪审查而心如止水、无动于衷。

中国从 1908 年《宪法大纲》公布到现在已过了百年，从第一部临时宪法——《中华民国临时约法》公布到现在也近百年，从第一部正式宪法，即 1923 年《中华民国宪法》公布到现在九十余年。不论怎么算，从上述诸种事件发生到现在的时间区间，

都能够以 1949 年 10 月 1 日为界限，区分为清末和民国时期的立宪行宪与中华人民共和国的立宪行宪两个时期。民国时期的第二部正式宪法即 1947 年宪法，就其文本而言，肯定不算世界上最糟糕的宪法，但这部宪法在“动员戡乱时期临时条款”主导下的实施情况，则无疑是世界上宪法实施最糟糕的情形之一。在那里，所谓“党国”的权力事实上不受宪法的限制任意扩张，而公民的基本权利差不多被剥夺殆尽。但值得人们玩味的是，在这部宪法和它支撑的那个政权行将就木之时，具体来说就是 1949 年 1 月 6 日，司法院大法官会议在同一天内连续公布了《释字第一号解释》和《释字第二号解释》，这两个宪法解释例都具有对有关主体的行为做合宪性审查的形式和内容。^{〔1〕}可以说，这是民国时期大法官会议第一次也是最后一次行使宪法解释权，其中包含着违宪审查的某些内核。

中华人民共和国的立宪和行宪，如果从《中国人民政治协商会议共同纲领》这部临时宪法公布生效算起，到现在也过了一个甲子；如果从中华人民共和国的第一部正式宪法即 1954 年宪法公布生效算起，至今已过了 56 年；如果从 1982 年宪法即现行宪法诞生算起，迄今也已经历了 28 年。过去的 60 年，也可以区分为前 33 年与后 27 年两个阶段。在前 33 年中，虽然 1954 年宪法和 1978 年宪法都规定全国人大有监督宪法实施的职权，1978 年宪法还规定全国人大常委会会有解释宪法的职权。但真实的情况却不尽如人意。法地行使基本权利，依法监督公职人员遵守宪法，也往往被视为罪过。

〔1〕 这里不妨以《释字第一号解释》为例加以说明。这个解释很简短，全文如下：“立法委员依宪法第 75 条之规定不得兼任官吏，如愿就任官吏，应即辞去立法委员，其未经辞职而就任官吏者，显有不继续任立法委员之意思，应予其就任官吏之时，视为辞职。”这实质上就是宣布一个人同时担任立法委员和官吏的情况违反宪法。见《“大法官会议”解释汇编》，三民书局 2006 年版，第 1 页。

在违宪审查即我国通常所说的宪法监督的实施方面,1982年宪法继承了1954年宪法、1978年宪法的有关规定,并在一定程度上扩充了这方面的内容,其中主要是肯定了宪法是国家的根本法,具有最高的法律效力,以及规定全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,一切违反宪法的行为,必须予以追究等。最近十多年,我国又出台了一些与宪法监督实施配套的法律,如《立法法》、《各级人民代表大会常务委员会监督法》等。全国人大法工委也成立了法规备案审查室,进行法规备案审查的工作。但令人感到遗憾的是,27年来人们始终关注、讨论和企盼,希望迎来人民代表大会制度下的第一个违宪审查例,但一直未能如愿。一些虔诚的中国法学界、法律界人士,基于发展违宪审查制度的良好愿望,盲目相信宪法司法适用的幻觉。^[1]现在看来,要迎来中华人民共和国自己的第一个违宪审查例决非易事,我们既需要通过推进法治建设以创造时势,又需要进行系统的学术研究,为这一天的到来做充分的知识储备与学术铺垫。

成功激活我国宪法规定的违宪审查体制,即宪法实施监督体制,推动第一个违宪审查例早日诞生,已经成为我国宪法发展必须面对和优先解决的瓶颈问题。为解决好这个问题,从1982年宪法颁布开始,我国老一代和中年一代宪法学者在过去28年中付出了十分艰苦的学术努力。但今天回首28年,我们感到过去的研究成果虽然数量多,但总体看来还是过于粗糙、零散,缺乏系统性,有些观点有简单化、功利性过强而又脱离中国实际情况的弊病。另外,由于受种种局限性的影响,我国法

[1] 指关于齐玉苓案的最高人民法院司法解释。最高人民法院审判委员会已于2008年12月8日作出决定,自2008年12月24起,废止包括该解释在内的一批司法解释。

学人士对外国违宪审查制度的介绍和研究也存在一些问题：①准确、系统全面地介绍和研究国外违宪审查体制的成果并不多见，有些学者对外国相关领域情况的了解往往限于一鳞半爪、一知半解。②由包括语言优势在内的国家综合实力所决定，英美判例法文化在法学世界享有巨大的传播优势，它的超强影响力不断冲击和干扰着中国学者根据本国实际和本国需要在借鉴吸纳外部经验时做选择或做判断的过程。目前，有关国外违宪审查制度的成果中，介绍和研究西方发达国家的占绝对多数，而介绍和研究非西方国家违宪审查制度的成果却寥寥无几。③在研究外国违宪审查制度时，人们还没有很好地将宪法文本、宪法制度与宪法判例、政党制度和政体结合起来，缺乏动态性的知识体系，缺乏宪政要素协调配合意识。④没有很好地挖掘各国违宪审查制度背后相互之间不同的法律传统与法律文化背景。

针对上述所有问题，为了在改革开放历史新时期完善和激活我国违宪审查体制的新需要，推动建设社会主义法治国家的进程，借鉴国外违宪审查制度的合理经验，在老一代宪法学者的指导和中青年宪法学者的广泛支持下，我们推出这套《国外违宪审查制度丛书》，希望此举能够多少有益于我国宪法发展和宪法学研究事业。

编写本书的基本思路是：力求站在宪法学学科发展的最前沿，系统地概括、提炼各国违宪审查制度发展的最新成果；以违宪审查制度的历史、基本理论、基本程序与宪法判例的分析为基础，突出违宪审查制度的实践性功能；注意借鉴和研究各国如何在违宪审查制度的国际性与本土性之间寻求合理平衡的经验。

作为宪法学者，我们不过是研究宪法现象的一些书生，要影响宪法发展，除一张嘴和一块键盘（过去是一支笔）外别无

长物，但我们仍然不能小看自己。就立宪和行宪的直接的和表面的作用而言，宪法学者的学术理性与智慧是不可忽视的力量。历史证明，知识和思想的力量是巨大的。只要宪法学者依靠学术共同体的力量，说出、写出了当今中国宪法发展的真实需求和未来中国法律发展的客观必然，其语言文字也一样形成推动法治发展的重要力量，逐步完善中国宪法实施和违宪审查制度，提升中国人生存的制度环境，提升中国人的生存质量。如果这套丛书能够或多或少地发挥一点这样的社会功用，那我们这套丛书的作者就算没有虚耗多年投入的光阴了。

目 录

《国外违宪审查制度丛书》总序 / 1

引言 / 1

第一章 英国违宪审查制度相关原理 / 12

第一节 英国宪法的基本内容及其表现形式 / 12

第二节 英国违宪审查如何可能 / 30

第三节 英国违宪审查的形式 / 54

第二章 议会的立法审查 / 68

第一节 议会的立法审查的依据 / 68

第二节 议会立法的一般程序 / 72

第三节 议会的立法前审查 / 75

第四节 人权联合委员会的合宪性审查 / 100

第五节 议会的立法后审查 / 124

第三章 法院对国家机关权限争议的处理 / 135

第一节 法院对王室特权的审查 / 135

第二节 法院对议会特权的审查 / 155

第三节 法院对中央国家机关与权力下放机关 的权限争议的处理 / 172

第四章 法院对公民权利与自由的传统保护 / 188

第一节 法院对公民权利与自由的传统保护的特点 / 189

第二节 法院对公民权利与自由的司法保护的实体审查理由 / 193

第三节 法院对公民权利与自由的司法保护的程序审查理由 / 219

第四节 法院对《欧洲人权公约》的运用 / 244

第五章 法院对议会立法和委任立法的审查 / 250

第一节 法院审查议会立法的宪政基础 / 250

第二节 法院通过法律解释技术对议会立法的变相审查 / 282

第三节 法院对委任立法的审查 / 291

第六章 1998 年《人权法》与违宪审查 / 304

第一节 1998 年《人权法》的背景及相关内容 / 304

第二节 1998 年《人权法》所确立的违宪审查制度 / 313

第三节 法院审查议会立法的实例 / 324

第四节 1998 年《人权法》与法院对人权的保护 / 331

第五节 1998 年《人权法》对人权保护的主要影响 / 401

第七章 结论 / 417

中英文对照判例索引 / 432

主要参考文献 / 453

后记 / 461

引 言

在现代民主国家，宪法是国家根本法，它集中体现了一国的法治精神和宪政秩序。然而，徒法不足以自行，无论宪法的规定多么完善，如果没有保障宪法实施的具体制度，宪法得不到切实的遵守和适用，它就无法发挥其根本作用，宪法规定将成为一纸具文，不仅如此，长此以往，还将损害宪法的权威，破坏法治，对国家和公民造成巨大损害。立宪易、行宪难，这一经验教训早已为历史所证明。

宪法是一国法律制度的根基，为了维护宪法的权威，保证宪法的实施，就必须建立和健全宪法保障制度。宪法实施保障是保证宪法实施的一系列措施、方式和制度的总称。它既包括法律层面的保障，又包括政治保障、经济保障、社会保障、文化保障等，在宪法保障体系中，法律保障尤其是违宪审查无疑是最具制度性的因素。违宪审查是指根据宪法或宪法惯例，对法律或行使公权力的国家机关和人员的行为是否合宪进行审查，并宣布违宪的法律或公权力行使行为无效的活动。由于违宪审查具有专门化、制度化和程序化的特点，因此，它构成了宪法保障制度的核心和主要内容。

从当今宪政国家所采用的违宪审查模式来看，主要有以下几种：①普通法院审查制度。普通法院审查也叫司法审查，是指法院在审理具体案件的过程中，附带性地对案件所适用的法律等规范性文件文件的合宪性进行审查并作出裁判的制度。这种制度的基本特点是：法院在具体案件的审理过程中对所适用的法律条款、行政命令的合宪性进行审查，不对法律或行政命令

的合宪性进行抽象审查；这种审查是事后审查，它只判决有关的法律条款因违宪而无效，并不撤销整部法律，判决本身也没有溯及力。②立法机关审查制度。该制度是指宪法或宪法惯例所规定的立法机关对法律的合宪性进行审查，其特点在于：审查的权威性与直接性比较强，但由于它是一种自我监督，因而实效性、公正性不够理想。③专门机关审查制度。该制度是指由宪法规定的专门机关对法律等规范性文件、合宪性进行审查和裁决的制度。它又可以分为特设司法机关审查制度和专门政治机关审查制度。前者主要采取宪法法院审查模式，其特点在于审查机关权限广泛、程序灵活、审查具有最终效力。后者主要以法国的宪法委员会为代表，其特点是由宪法委员会这样一个专门的政治机关负责进行合宪性审查。④复合审查制度。该制度是指两个或两个以上的国家机关共同行使违宪审查权力，并依据各自的权限、程序和方式对法律、公权力行使行为进行合宪性审查。英国是比较典型的国家，它采用议会审查和法院审查并重的模式。

从我国现行宪法和《立法法》等相关法律的规定来看，我国实行的是以全国人民代表大会及其常务委员会为主体的立法机关违宪审查模式。我国《宪法》序言中原则规定，宪法是国家的根本法，具有最高的法律效力。宪法总纲中确立了宪法的根本法地位，规定一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企事业单位都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。《宪法》第62条中规定，全国人民代表大会监督宪法的实施，有权改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定。《宪法》第67条中规定，全国人民代表大会常务委员会解释宪法，监督宪法的实施，有权撤销国务院制定的

同宪法和法律相抵触的行政法规、决定和命令，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。《立法法》规定：全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律，有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和《立法法》第62条第2款规定的自治条例和单行条例；全国人民代表大会常务委员会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规，有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规，有权撤销省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和《立法法》第62条第2款规定的自治条例和单行条例。国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求，由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进行研究，必要时，送有关的专门委员会进行审查、提出意见。全国人民代表大会专门委员会在审查中认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向制定机关提出书面审查意见，也可以由法律委员会与有关的专门委员会召开联合审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在2个月内研究提出是否修改的意见，并向全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会反馈。全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会审查认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触而制定机

关不予修改的，可以向委员长会议提出书面审查意见和予以撤销的议案，由委员长会议决定是否提请常务委员会会议审议决定。

从我国宪法实施的情况来看，以全国人大及其常委会为主体的违宪审查制度并没有充分发挥其应有的作用，违反宪法的现象往往得不到及时的纠正和处理，这与上述制度本身的不完善密切相关。这一制度的缺陷与不足主要表现在：其一，缺乏常设性的违宪审查专门机构。我国宪法尽管规定全国人大及其常委会是违宪审查机关，但是上述机关工作任务繁重，无法有效地完成审查工作。全国人大每年的会期只有两周左右，这么短的会期根本无法顾及法律的合宪性审查工作。全国人大常委会虽然每两个月召开一次会议，也因工作繁重而无法胜任违宪审查任务。尽管 2004 年 5 月全国人大常委会在法制工作委员会下设立了法规审查备案室，但它只是内部的办事机构，地位较低，起不了很大的作用。其二，缺乏可操作性。现行宪法和《立法法》关于违宪审查制度的规定，实体内容多，程序规范少，造成制度的可操作性较差。而且，在实体和程序方面，现行宪法对违宪审查的规定存在着不完善的地方。例如，何谓违宪；构成违宪的要件有哪些；违宪的主体包括哪些；违宪行为的具体表现是什么；提出违宪审查申请的主体是哪些；审查违宪审查的程序如何；负责具体实施违宪审查的机构有哪些；它们必须有待于违宪案件的发生才可以行使其审查职权还是可以主动实施审查；它们以什么形式作出裁决，其效力又如何？对于以上问题，现行宪法都没有给出答案。再如，《立法法》第 90 条第 2 款规定：“前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议；由常务委员会工作机