

市场经济建设中我国违宪审查制度比较研究

——兼谈对建立我国违宪审查制度的启示

文/刘玲 蒋立杰 杨莉英

一、违宪审查制度在我国的缺位

违宪审查(unconstitutional·review),泛指根据宪法和惯例,对特定法律或特定机关或官员(在德国还包括政党)的行为是否违反成文宪法的审查。

违宪审查一般分为内容(实体)和形式(程序)两方面,某一行为或法律可能仅在内容上违宪,也可能仅在程序上违宪,也可能在内容和程序上都违宪。违宪审查的目的是保障宪法的实施(简称宪法监督),就这一意义上讲,违宪审查与宪法监督存在内在关系。但作为一种制度而言,违宪审查显然不同宪法监督。法国宪法规定,总统有权监督宪法实施,但具体执行违宪审查的机关是宪法委员会。根据当代中国宪法,全国人民代表大会及其常委会都有权“监督宪法的实施”,但中国并无由司法机关进行违宪审查的制度。所以,在中国宪法上,仅有宪法监督而无西方国家意义上的违宪审查。

二、当代违宪审查的三种模式

古往今来,新制度都是在批判和继承的基础上建立起的。要构建中国的违宪审查制度,就对世界范围内现行的违宪审查制度进行全面的研究和考察,即要研究其建立的历史原因,以及其优点,更要重点研究其存在的不足。以违宪审查的主体为分类标准,当代先行的违宪审查的模式主要分为三种:普通法院违宪审查;宪法法院违宪审查;议会或权力机构违宪审查。

(一)、普通法院审查制

违宪审查制度源于美国1803年“马伯里诉麦迪逊(Marbury v. Madison)”的判例。该案虽然与党派之争有关,但它开创了美国法院对国会法律或命令进行违宪审查的先河。在该案的判决书中,当美国联邦最高法院的首席大法官马歇尔宣布:“根据《1789年司法法》第13条的规定,法院有权对任何行政官员发出强制令。按照马伯里的请求,最高法院也就应发强制令。如果按照这一规定向麦迪逊发出强制令,则违反了美国宪法的规定。美国宪法第三条,最高法院对极少数案件有第一审管辖权外,只能审理上诉案件。最高法院对马伯里诉麦迪逊只有上诉管辖权,没有初审管辖权。由最高法院直接下达强制令,命令国务卿送达委任状给马伯里,等于行使了初审权。”“显然,制定宪法的人们都意在使宪法成为国家的根本法、最高的法,因此,任何政府理论都必然是,立法机关制定的法律若与宪法相违背就是无效的。“应强调的是,司法部门的职权和职责在于确定法律是什么。将规则适用于特定案件的人必须要阐明和解释该规则。如果两项法律相互抵触,法院必须决定两者的效力”。所以,1789年国会制定的《司法法》第13条要求最高法院对公职人员颁发执行命令,这是同宪法相违背而无效。由于美国是实行判例法的,联邦最高法院的判决对其下各级法院有约束力。之后,逐步形成了定制。即联邦法院得审查联邦法律或行政命令是否违宪;联邦法院或州法院得审查州宪法或州法律是否违反联邦宪法和联邦法律;州法院得审查州法律或州行政命令是否违反州宪法。

日本违宪审查制度是“二战”后建立的。战败后的日本,迫于占领军和国内进步力量的压力,其新宪法接受了违宪审查制度,并规定最高法院是决定一切法律、法令、规则或处分是否违宪的终审法院。根据日本民事诉讼法、刑事诉讼法规定,当事人若认为下级法院判决作出的宪解释有错误,将上诉于最高法院。该规定意味着法令合宪性的最终决定权在最高法院,同时也承认下级法院可以行使法令之合宪性审查权。日本最高法院在昭和二十五年就通过大法庭判决宣示下级法院有违宪审查权。该判决指出:“法官在具体诉讼案件中适用法令作出的裁判中,对该法令是否合宪的判断力,原是宪法赋予法官的职务和职权,而该法官是最高法官亦或是下级法院法官都在所不问。宪法第八十一条虽明确规定最高法院是有违宪审查权的终审法院,但没有否认下级法院有违宪审查权的内涵”。

(二)宪法法院违宪审查

本世纪,奥地利规范法学派人物凯尔森提出了设立宪法法院专门负责宪法监督,裁决违宪案件的理论。奥地利宪法明确规定,立法机关所立法是否合宪的审查权不属于法院,而属于专设的宪法法院。如果普通法院在审理案件的过程中认为某项立法与宪法相抵触即应中止诉讼,将争议呈请宪法法院裁决。

奥地利宪法法院与普通法院一样,是专业性很强的机构,须由精通宪法和政治的专家担任。同时,宪法规定,宪法法院不是政治机构,独立于党派之外。它还规定,奥地利联邦政府或州政府

成员、国民议会、联邦法院的成员均不得任命为宪法法院的成员或替补成员。这表明宪法法院独立于行政与立法之外，本身是个司法机构，但它不是普通意义上的法院，它是专设的特法院，具有浓厚的政治色彩，专门处理宪法争端、政治争端。可以说它是裁决政治问题的司法机关地理式的违宪审查制度独树一帜，并且第一次从成文宪法上规定了违宪审查制度，备受各国重视。德国的违宪审查制度源于最初的法官审查权，即为一种司法审查权。从实质上看，是司法机关（主要是指审判机关）有权审查立法机关（议会）制定的法律和行政机关（政府）制定的法规和行政命令，是否与“上级规范”相抵触，并且有权宣布与其上级规范相抵触的法律法规无效的权限。具体地说，就是审查法律是否与宪法相抵触，法规和命令是否与宪法和法律相抵触，并且有权宣告与宪法相抵触的法律和与宪法、法律相抵触的法规、命令无效。在这里，最重要的审查权，就是违宪审查权。

现代意义上的法院具有审查法律是否违宪的权利，在联邦最高法院第五民事审判庭于1925年11月4日的判决之中正式确立的。该判决的主要内容是：《联邦宪法》（即魏玛宪法）第102条已确认了《法院组织法》第1条规定的法官独立并且服从法律的原则，但是，当法官所适用的联邦法律与《联邦宪法》相抵触，或州法律与联邦法律相抵触时，服从法律的原则并不排除法官对该项法律效力不承认和对其不适用的职权。这是因为，《联邦宪法》并未规定法院不得裁判联邦法律的效力，并未规定将该项裁判权赋予其他机关，因此，应当认为法院具有审查联邦法律是否合宪的职权。可以说，该项判决正式确立了德国联邦法院（帝国法院或国事法院，以及现行的联邦宪法法院）的违宪审查权。

二次世界大战后，德意志联邦共和国（原西德）在其《联邦基本法》（宪法）第93条明确规定，对审查联邦法律是否违宪、州法律是否与联邦法律相抵触，以及法规或命令是否违反宪法或法律的权限，分别赋予联邦宪法法院和州宪法法院。

（三）议会或权力机关的违宪审查

英国的宪法是不成文宪法，它是由1215年《大宪章》、1628年《权利请愿书》、1676年《人身保护法》、1689年《权利法案》、1700年《王位继承法》、1911年的《国会法》、1918年的《国民参政法》、1969年的《人民代表法》等宪法性文件组成；英国从未召开过制宪会议，从未有过系统的制宪活动，从未有过任何一部法律文件对英国宪法作出过说明或规定，很自然，也就从未有过任何法律规定违宪审查的问题。

英国是议会至上的宪法体制。议会行使立法权，它可以制定、修改、废止任何法律。宪法性法律的立法与任何一部普通法律一样由议会简单多数制定、修改或废止。英国的法院也是直接由议会决定其组成与职能，法院直接对议会负责。在英国，法院的判例以报告形式作成，形式上也就是向议会的报告。因此，法院不能审查议会立法的合宪性，不能宣布任何一部议会立法违宪。英国的任何一部法律如有违宪，只能通过议会自己来修正或废止。英国宪政体制的特殊性是长期的资产阶级特权的特殊演变过程形成的，几乎不可能作为他国模仿的榜样。

由国家权力机关执行违宪审查职能的另一个典型国家是前苏联。前苏联1917年宪法第32条、1924年宪法第1条、1936年宪法第14条都规定了国家权力机关为违宪审查机关。由权力机关负责违宪审查的理论基础是社会主义国家的议行合一制度。根据这一理论，苏维埃是人民的代表机关。是最高权力机关，它不仅行使立法权，还负责法律的执行。行政机关、司法机关皆由权力机关产生，并对权力机关负责，向权力机关报告工作。因此，司法机关只能忠实地执行权力机关的立法，不能宣布权力机关制定的法律违宪。在议行合一的理论指导下，也很难在权力机关之外成立一个专门的违宪审查机关，去审查权力机关的立法是否合宪。

三、三种违宪审查制度的特点分析

（一）普通法院违宪审查制度的特点

以美国为代表的普通法院违宪审查制度的特点在于整个司法系统，与普通的司法管辖无本质区别。法院有权对一切争议案件中适用的法律、法令进行违宪审查，如果违宪，该法律、法令不得适用。由于日本在二战后受美国的制约，所以，其违宪审查制度也借鉴了美国的违宪审查制度。但美国的法律制度不同于日本，它属于英美法系，是判例法国家，美国在诉讼方面，不分“宪法诉讼”、“民事诉讼”、“行政诉讼”等。法院的判决原则上只对本案有效，不过联邦法院的判决对下级法院享有广泛的权威。而日本是典型的大陆法系的国家，是制定法国家，其在诉讼方面分类很细。即使是最高法院作出的法令违宪的判决也仅能对该案件的当事人排除该法令的适用，即违宪的判决只对本案有效。

普通法院违宪审查制度的最大优点：公民的基本权利在遭受侵害后可以在各级法院得到及时有效的救济，法院的独立性在一定程度上可以保证裁决的中立性、超然性、公正性，并成为制衡立法和行政机关的重要砝码。尤其是美国的违宪审查制度，虽然法院的裁决只是排除违宪法律、法令的适用，无意修改法律、法令本身，但法院的判决应遵循先例，因而已实际起到修改法律、法令的作用。

普通法院违宪审查的缺陷主要有：缺乏合法性，进而其合理性和公正性也遭到质疑。1982年，美国宾夕法尼亚州大法官吉布森在埃金诉劳布（Eakin v. Ruab）一案中提出的：如果司法机

关能否修改立法，纠正立法机关的错误，无疑是篡夺立法机关的权力，这显然缺乏宪法依据。

（二）宪法法院违宪审查制度的特点

以德国、奥地利等国家为代表的宪法法院违宪审查制度的特点在于当不同类型的诉讼中出现宪法问题时，宪法诉讼就同其他诉讼分离开来，单独由专门的宪法法院管辖。宪法法院对法律的合宪性审查，一般以抽象的方式进行，不考虑每个案件的具体因素。故判决的效力绝对地适用于每个人。当宪法法院的法官宣布某一法律违宪时，就等于废除了该项法律，有时候违宪判决还具有溯及力。这是它与普通法院违宪审查的一个重要区别。

宪法法院违宪审查制度兼具普通法院和议会或权力机关违宪审查制度的优点。即能行使抽象审查权，还能受理宪法控诉；违宪审查权由一个机关行使，保证了违宪审查权的统一；涉及公民宪法权利受侵害的案件由专门机构审查，强调了基本人权的保障问题，有利于增强公民和政府机关的权利意识和宪法意识。这种违宪审查制度和普通法院违宪审查制度一样都存在缺乏合法性、合理性和公正性，另外其作用有限。

（三）议会违宪审查制度的特点

以英国为代表的议会违宪审查制度的特点在于最高国家权力机关——议会议会或立法机关通过日常的立法和修改法律的活动来维护宪法的各项基本原则不受普通法律的侵犯，并通过积极的法律调节活动，保持宪法各项基本原则的连续性和一致性。由此排除了法院依据宪法审查法律、法令的权力。前苏联等国家为保证宪法的至高性和权威性，均借鉴了这种审查制度。英国和美国一样，都是判例法国家，虽然法院无权审查议会制定的法律，但由于法院的判案须遵循先例，所以先前的判例对以后的审判具有指导意义。法院的法官在先例的指导下的判案是一个造法的过程。而法官所造的判例法不会违背宪法。所以，长久以来在英国没有出现违宪的法律问题。这一点，哪个国家都学习不来。前苏联多年的实践表明，最高国家权力机关——立法机关由于立法任务繁重、违宪审查任务繁重等原因未能有效地保障宪法的遵守、执行和适用。虽然，前苏联增设了专门的宪法监督委员会负责违宪法律的审查，但它仍然不能满足苏联人对它的期望。以至于在前苏联解体后，俄罗斯抛弃了这种违宪审查制度，转而建立了宪法法院违宪审查制度。

议会或立法机关违宪审查制度的最大的优点是它的权威性。立法机关作为国家权力机关，享有立法权力，在国家机关系统中具有极高的地位，可以采取各种必要的法律措施，利用其影响力和制约作用来保障宪法的贯彻实施。缺点主要有：

1、缺乏有效性。由于在通过法案时，议会一般都在立法程序中对法案的合宪性进行了专门的审查。所以，对实践中引起宪法争议的法律，议会的立场都是明确的，即法律的合宪性不容质疑。因此，由立法机关审查法律的合宪性就失去了宪法监督的意义。即使议会或立法机关事后发现自己颁布的法律确实违宪，从心理上讲，其也不愿承认自己的错误，以免有失自己的权威和尊严。

2、理论依据不足。一种观点认为，立法者从事立法活动，必须经常对宪法进行解释，因而最了解制宪者的意图，所以应由立法机关监督宪法的实施。这种理论理由不充分。因为人民代表制定的法律和人民制定的宪法不是同一概念。人民代表不能违反人民的意志，因而法律不能违反宪法；如果法律违反宪法，那么，法律就必须撤销或改变。

四、对建立我国违宪审查制度的启示

上面从三种典型的违宪审查制度的产生、发展及特点论述了他们各自存在的优、缺点。我们发现：我国虽然没有建立违宪审查制度，但我国宪法明确规定了宪法监督制度，这种监督制度源自前苏联，其存在的缺陷是显而易见的。作为国家权力机关多年来未能有效地行使自己法定的监督职能，即使是轰动全国的孙志刚事件及三位博士的上书都不能让权力机关猛醒，这让人民对坐在权力上睡大觉的权力机关很失望，同时也对由国家权力机关行使宪法监督的作用看的更清楚。

鉴于自身制度的缺陷，以及议会或权力机关违宪审查制度存在的缺点。所以，我国在建立违宪审查制度时，应借鉴普通法院违宪审查和宪法法院违宪审查制度的长处，即建立一个专门的机关行使违宪审查的职权，并建立并逐步完善其运行的程序，力求有效地保证宪法的实施，保障公民的基本人权不受违宪的法律、法规的侵害。另一方面，这个专门的违宪审查机关的权力来源应合法。在现代法治社会，合法性是整合和评判社会活动的标准，每个机关的权力必须要有合法的来源。根据立宪主义理论，一切国家机关的权力都来源宪法。所以，在建立专门行使违宪审查机关时，一定要赋予其宪法上的合法权。

宪法的权威来自于人民，因为它是确认民主事实的法律文件。因此，实际操作可以：首先，就是否建立一个专门机关来行使违宪审查的职能及违宪审查程序运行的问题作为宪法修正案的一部分上交全国人大会议并在全国范围内交全民讨论，征求人民的意见。如果人民不同意则使用第二种方法；如果人民同意则进入第二步，修改现行宪法，赋予违宪审查的专门机关一个合法地位和合法的权力。最后，把对违宪审查机关工作的监督权保留给立法机关，并制定出有效的方法。形成一个全封闭的链环，一环扣一环，每一个环节即被赋予法定职权，同时拥有对上一环节的监督和审查。

第二种方法是借鉴美国的做法，将违宪审查的职权赋予普通法院，最高法院有最终的违宪审查权。这同样也要通过修宪使其职权合法化。法院有权在审理个案中审查涉及到的法律、行政法规

等违宪的问题，如果适用的法律、行政法规等违宪，只对该案不适用。但法院无权宣布违宪的法律、行政法规等无效。而立法机关——即全国人大开会时，均应将法院司法审查个案涉及到的违宪的法律、法规的条款提交大会讨论，并及时给予必要的修正。使之符合人民的心愿和利益，使立法机关的立法成为人民拥护的和自愿遵守的“良法”。

随着法制、法治建设工作的深入，建立违宪审查制度应作为一个重要的工作提到议事日程，这也是人民民主的呼声（作者单位：河北科技大学文法学院）

相关链接

农业水费征收存在的问题及改革思考
对“准失地”农民的思考
高科技中小企业最优资本结构的影响因素分析
市场经济建设中我国违宪审查制度比较研究
加强思想政治工作，构建和谐企业
新企业所得税法的几大特点及其对我国经济发展的影响
由农村税费改革引发的对我国农村土地制度变迁的思考
我国人事制度改革中如何深化事业单位人才职务聘任制的思考

本网站为集团经济研究杂志社唯一网站，所刊登的集团经济研究各种新闻、信息和各种专题专栏资料，均为集团经济研究版权所有。

地址：北京市朝阳区关东店甲1号106室 邮编：100020 电话/传真：（010）65015547/ 65015546

制作单位：集团经济研究网络中心