

论我国违宪审查模式的选择

侯宇

(浙江大学法学院, 浙江杭州, 310028)

摘要: 违宪审查制度在人权保障中发挥着无可替代的作用。违宪审查有着其自身的理论基础和逻辑前提, 结合各国传统, 违宪审查模式衍生出司法机关审查、宪法法院审查、宪法委员会审查等三种模式。由于对人性的漠视和对权力的崇拜以及由此而来的忽略宪法控权功能的立宪观念, 使我国违宪审查机制迟迟没有启动。只有选择了适合国情的违宪审查制度并使之真正运转起来, 中国的人权保障才会有一个稳固可靠的制度基础。

关键词: 违宪审查制度; 人权保障; 普通法院审查模式; 宪法法院审查模式; 专门机关审查模式

中图分类号: D912.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2007)03-0280-06

要使“人权入宪”具有象征性意义的同时更具有实质性的制度内容, 需要从理念与实践角度建立人权保障的宪法化机制, 而违宪审查制度在人权保障中发挥着无可替代的作用。然而, 如何选择适合国情的违宪审查模式, 是当下不可回避的问题。

一、违宪审查的价值意蕴

违宪审查 (constitutional review 或 judicial review of constitutionality), 是指特定的国家机关根据宪法规则与宪法精神, 对立法、行政及其他特定国家机关行为和政党行为, 依循一定模式、规则和程序对其是否符合宪进行审查并做出判断的活动。^①违宪审查制度就是制裁违宪行为、保证宪法得以实施的一项根本性宪法制度, 对于保障人权、实现宪法体现的立宪主义价值发挥着重要的作用。

人权保障是违宪审查的原动力和制度构造的主题。违宪审查制度的起源与北美人民在宗主国不平等的议会立法形式下基本人权遭受任意剥夺的背景息息相关, 美国宪法修正案第1条规定“联邦议会不得制定法律规定宗教国立, 禁止宗教信仰自由, 也不得剥夺言论出版的自由, 人民和平集会以及为救济疾苦而向政府请愿的权利”。二战后德国和日本等纷纷创制违宪审查, 其关键动力也是基于二战中德国纳粹政党愚弄民意、日本军部操纵国会对人权践踏造成的惨痛教训, 人民转而寻求宪法的人权保障。以宪法正义

为准绳, 以违宪审查为操作途径的制度安排被认为是现实可行的最佳选择。事实上, 违宪审查要解决的问题最主要的就是人权救济。例如, 美国最高法院违宪审查裁决的大多数案件涉及人权保障问题; 二战后, 欧洲各国重建政治制度, 尤为重视尊重基本人权, 宪法法院的一个个判决催生了人们对宪法和基本人权的尊重, 这种尊重和二战以前的情形相比, 是一个根本性的变化。

受古典自然法学派的影响, 各典型民主宪政国家的宪法都将天赋人权理念作为起源于人类本性的超越历史的价值追求而加以强调。这种价值体现在违宪审查方面, 就是人民对不公平、不合理、反自然、反人道的立法及其他国家权力行为有不服从甚至抗拒的权利, 这是长久以来人类为之努力奋斗不息的恒久性问题。在民主宪政架构之下, 国家权力行为的“宪政界限”是根据合宪性来衡量的。违宪审查权, 不管是为属于司法权范畴的司法机关所享有, 还是为独立自治的宪法法院所行使, 其目标皆在于矫正违宪的权力行为, 防止权力专制与腐败, 确保权力行为的宪政维度。在违宪审查制度初创者那里, 基于保障人权和捍卫宪政的价值寄托, 违宪审查权力被先天性地赋予了民主、正义、理性等价值蕴涵, 因而具有一种天然的优越性。违宪审查权力配置的初衷便是通过此种权力的理性运作, 确保其他权力行为的合宪性, 其权力运作的终极也在于落实蕴含民主人权与权力理性价值预设的宪法和宪政精神, 实现对宪政真义的追求。

收稿日期: 2007-01-08

作者简介: 侯宇(1971-), 男, 河南清丰人, 浙江大学法学院博士研究生, 郑州大学法学院讲师, 主要研究方向: 宪法与行政法学。

二、违宪审查的理论基础及其逻辑前提

(一) 宪法的高级法观念

宪法是近现代民主法治成果的重要载体,立宪主义将民主权利、国家权力登载于宪法,确立了民主主义、权力分立和人权保障的核心理念,并赋予自然正义以高级法形式和实定效力。而只有通过违宪审查机制保障宪法得以真正实施,才能体现出宪法自身的内在价值取向。同时,宪法作为对基本权利的最高确认和公共秩序的至上保障,蕴含着一个必然的理论前提,即宪法是居于整个法律体系最高位阶的高级法,是具有最高规范效力的根本法,是体现“自然正义”的“真正的法”。而违宪审查的主旨便是让国家权力特别是立法活动受到某种约束,一项国家权力行为之所以有效力的惟一理由就是它是依据宪法并符合宪法规定的内容和精神,从而使自然法以及基本人权的正义理念能在现实的制度安排中得以具体化。由此,保障合宪性的违宪审查便获得了坚实的理论支撑。

支撑宪法高级法观念及违宪审查的现实基础,在于宪法自身的正当性;根据一部正义的宪法对国家权力尤其是立法活动进行合宪性审查,是违宪审查制度生存的前提条件及其核心环节,也是违宪审查制度具有广泛的社会认同的前提条件。一部宪法如若缺乏此种品质,违宪审查理念将难以形成。这就首先要求一部合乎正义的宪法,然后以它作为对国家各种活动的合宪性进行审查和监督的标杆。在强调宪法的高级法背景时,从技术层面上讲,要进行违宪审查就要求宪法须为成文的刚性宪法。因为违宪审查需要依据宪法文本对宪法进行对照性解释,而不成文宪法则会失去文本的制约,有最终走向司法专横的危险倾向;同时,只有当宪法经过特别严格复杂的程序才能加以更改时,才不致于被掌握权力者随心所欲地变来变去,宪法才能在本质上具有一种位阶上的优越性,一切与宪法抵触的权力行为也才能被宣告无效。

(二) 分权原理

违宪审查的目的在于通过合宪性审查来保障公民权利免受国家权力的侵淫,而分权理念则是进行违宪审查的必不可少的理论根据。按照分权原理,分权能够优化国家权力配置,增进国家权力的运作理性,分权被当做政治生活中的“永恒规律”来谈论,其中便包括以司法权或者专门的违宪审查权制约立法权等国家权力的思想。狄骥就强调,“宣示权力分立制度本身即可以说已蕴含违宪审查制度的认诺”^②。发端于美国

的司法审查制度正是运用司法权制衡立法权,以司法权的优势矫正立法权的缺陷;首创于奥地利的宪法法院审查制度则是通过宪法法院行使专门的违宪审查权来制约违宪的国家权力。总的来说,分权原理体现了违宪审查制度设计中的权力逻辑。在违宪审查制度的权力结构中,特别强调司法权的独立性。只有司法独立,违宪审查方能成为现实;如果司法权依附于立法权、行政权或其他权力,则司法权对其他国家权力的制约便无从谈起。

(三) 矫正民主机制的偏颇(失灵)

民主政治的基本意义在于通过民主选举产生人民代表,由民选代表秉承民意制定法律,以规范国民生活和国家运作,而后达成人民意志在国家统治中的主体性,从而实现人民主权的理想。然而,民选代表与人民、立法机关的意志与国民意志、法律与民意不能简单等同,民选机制本身及其实际运作都蕴含着使议会民主主义发生质变和民选代表意志与公意之间产生偏差的因素。这样,立法民主受到合理的质疑,并由此演化出通过宪法对立法民主进行审查矫正的理念。违宪审查这一宪政理念的实践机制,认为宪法是高级规范,决定着低级规范即普通法律规范的创造,当民意代表机关制定的普通法律同高级规范相抵触时,必须废除或者改变违宪的立法,以避免使法律变成少数人统治的工具和法律实证主义的弊端。

特别是19世纪末到20世纪上半叶,民主政治表现出一定程度的倒退,诸如拿破仑操纵民意、俾斯麦驾驭议会、日本军部操纵国会、纳粹政党和法西斯愚弄民意机构等惨痛教训,使人民对立法机关绝对信赖的传统认识发生了巨大动摇。加之,选举权的普及与议会人数不能无限增加的客观事实,民意代表难以充分地代表民意,选民利益无法在立法机关那里得到完整的表达。这样,通过议会立法实现民主的传统理念发生嬗变,普遍转而寻求对立法民主的宪法保障,并积极地谋求基于对法律规范的合宪性进行严格审查的人权保障模式。欧洲国家违宪审查制度的建立很能说明这个问题。虽然有美国的先例和较为系统的违宪审查理论(如凯尔森的理论和建议),但是,欧洲大陆长期没有对议会进行控制的迫切要求,使之迟迟没有建立起违宪审查制度。到了二战之后,情形却发生了很大变化。狄杰教授(Dietzo.G)指出:“对大部分欧洲人而言,法律已丧失其作为维护个人权利之大宪章的资格。而在法实证主义下,法律不仅逐渐变成只用以宣示国家威权之物,而且,在独裁制度下辄不免堕落成仅用以抑压个人权利之手段。由于此种乖违议会立法本旨之思想史之变迁,使民众深感:与其信任经由

法律保护权利,勿宁有请示保护权利免受法律侵害之必要性。因而,审查法律合宪性之理念,乃逐渐被广泛接受。^{[1](97)}可以说,违宪审查正是在现代民主宪政理念与背景下针对现实中“议会民主”机制运作的诸多困境而展开的。

三、违宪审查制度的主要模式及其成因

违宪审查的模式主要表现为违宪审查主体以及违宪审查权力的分配与运作之间的区别,模式分化体现了违宪审查进路的差异。综观各国宪政制度,违宪审查模式主要有司法机关审查、宪法法院审查、宪法委员会审查三种情况。

(一) 普通法院审查模式

司法机关审查模式又叫普通法院审查模式,是指司法审查权由普通法院(主要是最高法院)来行使,普通法院在审查具体案件的过程中,对该案件所适用的法律的合宪性进行审查和判断^①。其特征是由以最高法院为首的司法机关在普通司法程序中,采取附带审查和事后审查的方式,审查和裁决立法、行政是否违宪。这种模式首创于19世纪初的美国,也称“美国模式”“分权型违宪审查”。两个世纪以来,该模式已为加拿大、澳大利亚、挪威、丹麦、瑞典、日本、印度、智利、洪都拉斯、玻利维亚、哥伦比亚等60多个国家所采纳。

美国司法审查模式的产生并非来源于美国宪法的明文规定,而是1803年联邦最高法院首席大法官马歇尔通过对“马伯里诉麦迪逊”一案的判决确立的。马歇尔在该案中建立了三条原则:宪法是国家的最高法律;解释与实施这部最高法典的实体是司法机构;法院解释对政府其他机构产生约束力。该案标志着司法审查制度的正式确立,对以后违宪审查理论和实践的发展产生了重大影响。从表面上看,美国普通法院审查模式的确立完全出于偶然因素,是马歇尔法官运用高超的智慧解决联邦党人和共和党党派纷争不经意间产生的意想不到的效果^{[2](38-49)}。但实际上却有深远的思想和制度渊源,是水到渠成的产物。殖民地时期,美国深受英国普通法优先思想浸染,依据对英国及美国法影响深远的柯克的见解,国王和国会都必须受到普通法的制约,国会制定的法律是否违反普通法,应由普通法法院来判定。于是,殖民地时期形成了“有些根本法(fundamental law)优于殖民地议会制定法(Ordinary act of the colonial assemblies)的理念”^{[1](98)}。

而且,在有些州已经发生过州议会所制定之州法规因违反州宪法之规定而被宣告无效的实例。这些实践,为日后司法审查制度的确立提供了经验。同时,当时美国深受分权理论的影响,认为司法权是三权中最弱的,既无强制又无意志,因此,应加强司法权。而对议会可能走向专横则深为忧虑,强调立法权应当受到限制。这样,司法审查便成为一种现实的制度选择,甚至认为宪法之所以没有规定司法审查,是因为制宪代表把这项权力置于普遍原则的地位,因而没有特别规定的必要^{[3](310)}。

在美国的联邦制国家结构中,存在三个层次的司法审查制度:各州最高法院审查州议会制定的法律是否违反州宪法;联邦法院审查州议会制定的法律是否违反联邦宪法;联邦最高法院审查联邦国会制定的联邦法律是否违反联邦宪法。迄今为止,美国联邦最高法院对大约4000件关系到宪法解释的案件进行了审查,宣告了国会制定的80余部法律违宪,州法律被宣告违宪的有几万项。联邦最高法院虽然对宣布为违宪的法律或行政法规并不撤销,但是由于美国实行判例法,最高法院的判例对下级法院具有约束力,各级法院都不能再援用该法,从而使其失去了法律效力。美国的经验表明:赋予法官否决立法的权力很容易激发他们由形式主义法哲学向实用主义法哲学靠拢^{[4](13)}。这对于推动法律解释学由书斋走向实践以及促进司法独立大有裨益。虽然对司法审查制度存在着诸多理论上的争议甚至诘难,但在200多年的司法实践中,美国最高法院确实通过司法审查对维护宪法权威、保障宪法实施发挥了重要作用。

(二) 宪法法院审查模式

宪法法院审查模式也称“欧洲模式”或“集权型违宪审查”,即由独立于普通法院的宪法法院行使违宪审查权的一种模式。其主要特征是由专设的宪法法院通过专门的审查程序并采取主动审查和抽象审查的方式展开违宪审查。因为首先系统地理论上阐明设立宪法法院来监督宪法实施的是奥地利实证主义法学家凯尔森,故该模式又称“凯尔森”模式。凯尔森反对“三权分立”的传统学说,认为国家的基本职能不是立法、行政和司法三者,而只有两种,即创立法律和适用法律。他认为应由一个特殊机关——宪法法院对法律的合宪性进行审查^{[5](177,298)}。在凯尔森的学说影响下,1920年的奥地利宪法首先确认设立宪法法院(凯尔森本人参加了1920年奥地利共和国宪法的起草工作),明确规定立法机关所立之法是否违宪的审查权不属于普通法院,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,则应

中止诉讼,将争议呈请宪法法院裁决。宪法法院对于一切有违宪嫌疑的法律、法令都有审查权。宪法法院的决定不仅使立法或其特定条款对具体案件无效,而且也使它对所有将来的案件无效。

由宪法法院行使违宪审查权既能受理宪法控诉以保护公民权利,又能行使抽象审查权,兼具有议会审查和普通法院审查的优点,保障了违宪审查权的统一。它被越来越多的国家所采用,尤其流行于引进美国违宪审查制度失败后的欧洲大陆国家,其基本理念是:随着政治实践的发展,需要打破国家权力的传统分类,去寻找一种凌驾于行政权、立法权和司法权之上的新的制衡力量即第四种权力,负责监督前三种权力,以确保它们在宪法的范围内运行。同时,将违宪审查这一关乎宪政命运的重担赋予一个相对独立且较为专业的宪法法院,可以避免普通法院不愿积极介入政治纷争而采取的司法审查消极主义态度,其管辖事项的特定性与专业性,也是普通法院无法比拟的。“宪法法院一个个判决,催生了人们对宪法和基本人权的尊重,这种尊重以前根本就没存在。就是现在,缺乏一种有效的违宪审查制度的国家(比如斯堪的纳维亚各国),这种尊重仍付阙如,尽管它们也口口声声宣布宪法至上。……现代民主国家的宪法,必须得有宪法至上和违宪审查的内容。”^{[6](54)}现在由宪法法院行使违宪审查权的主要有奥地利、德国、意大利、挪威、希腊、西班牙、俄罗斯等40多个国家,其中德国的宪法法院制度颇具特色。

德国联邦宪法法院是根据基本法建立的国家司法机关,独立于其他国家机关和法院,其职权比较广泛,除拥有“法律违宪司法审查权”或“权限裁决权”或“弹劾审判权”之外,还拥有裁决联邦大选中有关选举诉讼案,以及确定某政党或某政党的一个独立组成部门是否违宪的权力。普通法院在诉讼中若发现某项法律违宪,必须中止诉讼,并将该合宪性问题提交联邦宪法法院裁断。州宪法法院扮演着同联邦宪法法院类似的角色,负责审理本州公共机构之间的争议和本州法律的合宪性问题。由于德国违宪审查理论和实践发展较快,逐步成为宪法法院审查模式的典型。

(三) 专门机关审查模式

专门机关审查模式是指违宪审查权由法院之外的专门机关来行使的宪法监督模式。法国1799年通过的《共和国八年宪法》设立护法元老院,并赋予其撤销违宪法律的权力,这可看做是这种模式的开端。但由于当时拿破仑实行专制独裁统治,护法元老院并没有发挥什么作用。1958年法国宪法规定设立一个完全独立的宪法委员会负责违宪审查权的行使。宪法委员会

由总统及两院议长各指定的3名共9名委员及卸任共和国总统(终身委员)构成;总统任命委员中的一名为宪法委员会主席,在表决时若赞成和反对的票数相等,该主席拥有最后决定权。宪法委员会审查组织法、议会内部规章和普通法律是否违宪,一经宣布违宪即不得公布生效。这是一种典型的事先审查。宪法委员会的违宪裁决是终审的,不得上诉,对公共权力机构、一切行政机关和司法机关都有拘束力。

法国这种模式的理论基础是西耶士(Sieyès)和凯尔森(Hans Kelson)的学说。西耶士是法国资产阶级革命时期的著名政治活动家,他认为:“政府只有合于宪法,才能行使实际的权力;只有忠实于它必须实施的法律,它才是合法的。”^{[7](53-54)}“必须按照一个不允许议会养成集团意识并蜕化为贵族的计划,建立代议制议会本身。”^{[7](61)}西耶士分析了司法审查制度的弊端,认为由普通法院行使违宪审查权,就必须是法律在实施过程中造成侵害后果,由直接利害关系人向法院提起诉讼以后才有权进行审查;而且,立法、行政、司法三权互相牵连,若在这三机关之外设立一个专门行使审查权的机构,就可以避免种种弊端。为此,他建议成立“宪法委员会”(jurie constitutionnaire)以监督宪法的执行,提出修宪草案,并根据自然公平原则组织审判委员会,以裁判法官因良心而不能审理的案件^{[7](78-79)}。

法国采取这种模式有其历史的合理性。在法国专制王权时期,法院作为专政工具,实施严刑并有权通过登记程序来审查议会立法。大革命时期,法院又积极充当专制的帮凶。所以,法国历来对司法权就没有太多的好感,这也是法国行政法院独立发展的一个重要原因。在大革命时期,由于受卢梭人民主权思想的影响,人们没有防范立法权的概念,而是特别强调立法权和行政权同司法权分离,对司法权进行制约以防止法院专横。所以,法国不存在由司法权审查立法权的理论背景。法国1790年8月制定的一项法律和法国1791年宪法都明确将司法的作用仅限于单纯地适用法律,而将法律解释、法律是否合宪的审查确定为立法权作用的范畴,以防止法官造法、司法权干预立法权的危险。

法国宪法委员会的政治性极强,在某种意义上,它只是立法机关的一个特定的监督部门,而不是司法机关。首先,在组织上,它独立于司法机关,其组成成员的政治色彩远大于专业背景。其次,在职权行使上,它不是通过具体案件进行违宪审查,而是进行“抽象的原则审查”或预防性审查。各项法律在颁布以前都要提交宪法委员会审查,以裁决其是否符合宪法。宪

法委员会的审查是立法中的一道必经程序,这种违宪审查权实质上属于立法权而非司法权。再者,从程序上看,宪法委员会主要进行内部审查,只有各个委员才有权参加;最终不作判决而作政治决议,也不给个人、团体或公众提供正式的解决具体问题的任何途径。所以,有的学者认为,法国宪法委员会从性质上是政治代表机构,“简直就不是一个正宗的法院”^[8]。然而,宪法委员会审查毕竟是一种适合法国的违宪审查模式,自其成立以来,宪法委员会通过解释宪法进行违宪审查,维护了议会和政府的权力平衡,保障了公民的权利和自由。

任何一种制度的建立绝非空中楼阁,都需要有与之相适应的思想和社会基础,违宪审查制度也不例外。“企图对所有可能的宪法提出统一的解决方式……是不可能的:违宪审查必须根据每一种宪法各自的特点来组织。”^{[9](20)}不同国家之所以选择不同的违宪审查模式,端赖于每个国家有其自身的传统与文化使然。20世纪后期以来,以世界范围的宪政改革为契机,不同的违宪审查模式之间呈现出相互借鉴和相互融合的态度,特别是在制度运作的终极价值目标上日益显示出了同质性,即通过对违宪行为的纠正与制裁以实现对人权的尊重与保障。

四、我国违宪审查模式的选择

在我国,全国人大及其常委会有权监督宪法的实施,因此我国的违宪审查权属于最高国家权力机关,学者们一般称这种体制为“立法机关监督制”。这一体制与我国主导性的政治理念完全吻合。然而,不管这一体制在理论上多么优越,其在实践中的效果却不理想。到目前为止,全国人大及其常委会尚未有过撤销违宪的立法或其他权力行为的实例,便足以说明这一问题的存在。同时,这一制度设计在逻辑上也存在值得推敲之处。因为,我国的宪法解释权归属于全国人大常委会,而宪法解释是进行违宪审查的前提,没有宪法解释权就无法审查规范性文件的合宪性,因而,这些规定不仅使我国的违宪审查权的归属变得模糊,而且在实践中难以操作。另外,违宪审查的专业性、技术性、经常性、司法性等特点,与最高权力机关的职能及活动方式相去甚远,因此,由最高权力机关进行违宪审查是否可行是值得考虑的。由孙志刚案件而设立的法规备案机制同样也不能视为违宪审查的雏形^④。因为备案当属事先审查机制,其组成成员的中立地位与资格都有疑问,而且该机制既无严格的程序要

求(启动、审查、制裁等),又无相应的权利义务等实体内容。这注定其在现实中的效果也只能是形式意义上的登记。

为了启动我国的宪法监督制度,学者们进行了大量的理论探索和制度设计,但每一种方案似乎又都不那么完美。设立隶属于全国人大及其常委会的宪法委员会,其监督的独立性和外在性令人置疑,同时这样的委员会因其极强的政治性而可能使监督纯粹。建立宪法法院或由普通法院进行违宪审查,在现行体制内又没有可行性。由此,宪法监督制度好像成为制约我国宪政建设和人权事业的一个瓶颈,这一问题得以解决之后,似乎其他问题都将迎刃而解。其实,制度的建构固然重要,但制度背后的观念更具有决定性。

作为“秉承了卢梭‘法律是公益体现’信条的社会主义国家,如同法国和其他欧洲国家那样将其奉为金科玉律,因此法律就不能从外部审查,只有立法机关才能审查和限制自己:立法机关在制定法律时必须仔细检查该法是否与宪法一致,能否解决那方面的问题……这意味着宪法解释应由议会执行。这属于主权行使问题,故议会才是审查自己法律合宪与否的法官。因此法院不能解释宪法,至少它们不拥有事关立法机关的权力。”^{[6](36)}但是,立法机关本身能否当然作为其自身权力的宪法裁决人值得思考。另一方面,西方人笃信人性恶,尤其对国家权力极不信任,他们制定宪法,旨在控制国家权力的恣意妄为,使公民私权利不受国家公权力的侵犯。因此,宪法是一种控权法。而在中国的法律观念中,更强调宪法对国家权力确认和巩固的一面,宪法是人们对国家权力信任、拥戴的产物,是对获得的胜利成果的确认,其政治宣示功能远大于具体保障的意义。可以说,我国违宪审查机制之所以迟迟没有启动,与对人性 and 权力的态度以及由此而来忽略宪法控权功能的立宪观念,有着千丝万缕的关系。

人权条款发挥功能的前提是宪法解释技术在违宪审查制度中的积极运用。在我国违宪审查机制尚未启动,或者说宪法尚未进入诉讼领域的情况下,释宪及人权条款发挥功能的空间必将受到一定限制。人权条款对宪法未列举权利的保护只能起到一定的补充功能;当出现宪法和法律上没有规定的新的权利要求时,人权条款很难成为发现或提炼新权利的依据。为此,必须摒弃宪法上的基本人权只有通过普通法律的具体化才能得以实现的狭隘思路,当侵犯人权的行为同时涉及违法和违宪问题时,不能简单地认为依靠普通的违法审查即可予以充分救济。如果只是停留于“有法律就依法律”而不启动宪法适用,那就会忽视宪法对

普通法律违宪性的检验,人权的法律保障也终将旁落。因此,违宪审查制度在人权保障方面有着无可替代的作用。只有当违宪审查制度或者说宪法的监督与实施制度真正运转起来的时候,人权之保障才会有一个稳固可靠的制度基础。

注释:

- ① 违宪审查与司法审查、宪法诉讼及宪法监督等概念是有区别的。司法审查(judicial review),是指司法机关通过司法程序来审查和裁决立法和行政是否违宪或违法的一种基本制度。宪法学意义上的司法审查,即违宪审查;行政法意义上的司法审查则属于违法审查。宪法诉讼,是指通过诉讼方式由法院解决宪法争议的制度。违宪审查与宪法诉讼的区别在于:宪法诉讼是一种通过法院进行的专门诉讼;而违宪审查可能由专门法院进行,也可能由普通法院进行,或由专门机关进行,其审查的原则、程序、方式和效力也不尽相同。宪法监督则还可以涵盖舆论监督、社会监督等无法律效力的监督方式,因此它不必然是一种具有法律意义的制度。
- ② 参见 L. Duguit. *Trait de droit constitutionnel*[M]. Paris, 1930, 6877 页。
- ③ 美国的司法审查制度包含两项内容:第一,违宪审查,即由司法机关审查国会立法及各州立法是否合宪;第二,对行政行为审查,其一,审查行政行为是否越权,越权行政是违反宪法的。这种意义上的审查仍属于违宪审查范围。其二,行政行为并不直接违宪而是违法,即不符合国会制定的法律。司法机关仍有权对违法的行政行为进行司法审查,宣布违法的行政行为为无

效。这属于行政法意义上的司法审查。本文主要讨论的是违宪审查问题。

- ④ 《立法法》在第五章《适用与备案》部分,对法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章向全国人大常委会的备案和在适用中产生的冲突,作了具体规定。但没有规定审查的期限和审查后可能产生的法律责任,而且这些规定至今仍停留于规定。

参考文献:

- [1] 李鸿禧. 违宪审查论[M]. 台北:元照出版公司,1999.
- [2] 张千帆. 西方宪政体系(上册)[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004.
- [3] 何华辉. 比较宪法学[M]. 武汉:武汉大学出版社,1988.
- [4] Thomas C Grey. Judicial review and legal pragmatism[EB/OL]. <http://ssrn.com.2003-03-28>.
- [5] 凯尔森. 法与国家的一般理论[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [6] 路易斯·亨金. 宪政与权利[M]. 北京:三联书店,1996.
- [7] 西耶士. 第三等级是什么?[M]. 北京:商务印书馆,1991.
- [8] Michael H Davis. The law politics distinction, the french counsel constitutional and the US. Supreme Court[J]. *The American Journal of comparative Law*, 1986, 34(1): 45-92.
- [9] Hans Kelsen, La garantie juridictionnelle de la Constitution[J]. *Revue du droit public et de science politique*, 1928, (45): 197-257.

Road to constitutional review

HOU Yu

(College of Law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

Abstract: Constitutional review functions as an institution to protect human rights, in which its own theory and cultural bases is found. There are three models of constitutional review, and each of which has its legitimate. Chinese having looked down upon humanity and genuflecting crazily toward power, there is no institution to control powers. Human rights protection in China could be realized, if there runs suitable constitutional review smoothly.

Key words: constitutional review; human rights protection; review by ordinary court; review by constitutional court; review by special organ

[编辑: 苏慧]