

宪法司法化散论从我国宪法司法第一案谈起 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/270/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AE\\_AA\\_E6\\_B3\\_95\\_E5\\_8F\\_B8\\_E6\\_c67\\_270146.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/270/2021_2022__E5_AE_AA_E6_B3_95_E5_8F_B8_E6_c67_270146.htm)

摘要：近来，最高人民法院就一起民事案件作出的司法解释引发宪法司法化问题。宪法司法化起源于美国，现已成为世界各国普遍的做法。宪法司法化的产生并非偶然，它有着重要意义。然而，长期以来，在我国形成了宪法不能作为裁判直接依据的司法惯例。此次批复为我国实行宪法司法化提供了绝佳机会。不过，在我国法制环境还很不成熟的情况下，实行宪法司法化并非一蹴而就，在实践中可能会遇到一些障碍。1999年1月29日，原告齐某以侵犯姓名权和受教育权为由将被告人陈某、陈父以及山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东滕州市教育委员会告上法庭。案件要从1990年说起。当年，原告齐某参加中考，被济宁市商业学校录取为90级财会班的委培生，但是齐某就读的滕州市第八中学在收到录取通知书后直接将它送给了和齐某同级的陈某。于是陈某以齐某的名义在该校财会班就读，陈某毕业后被分配在银行工作。直至1999年初，齐某才得知自己被陈某冒名10年的事情。齐某一纸诉状以侵犯姓名权和受教育权为由将上述被告告上法庭，要求上述被告赔偿经济损失16万元和精神损失40万元。这一则看似简单的民事案件，却给中国司法界出了一个难题。侵犯姓名权在我国的民法通则中有详细的规定，但是侵犯公民的受教育权仅仅是宪法上的权利，除了宪法第四十六条“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务”之外，没有民法和其他基本法律的保障，基本上是一种处于“悬空”状态

的权利。而在我国的审判中也没有直接援用宪法条文进行判决的先例，因此，在法律上这种受教育权虽然有规定但是却无法得到保障。为此，最高人民法院于2001年8月13日颁布司法解释，准许适用宪法条文对原告的宪法权利进行保护[1]。这一批复的出台，开了对公民基本权利的侵害援用宪法进行保护的先例，也是我国宪法司法化的开端。本文拟对宪法司法化问题作初步讨论，以期抛砖引玉。

### 一、宪法司法化的发展脉络

宪法司法化，主要是指宪法可以像其它法律法规一样进入司法程序，直接作为裁判案件的法律依据[1]。在宪法司法化情况下，对于的公民最重要的权利或者基本权利，无论是何种形态的保护消极的抑或是积极的保护都越来越依赖于司法机关的权力。司法机关主要是法院以司法判决、违宪或者合宪审查等方式对公民的宪法权利予以保障。由司法机关对宪法权利进行保障在许多国家已经成为惯例。宪法司法化也不是从来就有的，它是法治与宪政的产物。早在1803年，美国联邦最高法院在审理治安法官马伯里诉麦迪逊一案（*Marbury V Madsion*）时，首席大法官马歇尔（*John Marshall*）在该案的判决中宣布：“立法机关制定的与宪法相抵触的法律无效”。此案奠定了美国司法审查制度（*Judicial Review*），即联邦法院法官可以宪法为依据审查联邦国会的立法和行政部门的命令是否符合宪法。由此开创了宪法司法化的先河。继美国之后，奥地利于1919年创立了宪法法院。法国在1946年建立了宪法委员会，作为宪法的监督和保障机关。1958年，经过一系列的改革，法国建立了宪法会议，这一组织，积极介入公民宪法权利争议案件之中，以有影响力的案例实现了对公民宪法权利的保障。德国在1949年通过基本法，建立了独

立的宪法法院系统专属处理权力机关之间的宪法争议和个人提出的宪法申诉。目前，宪法司法化无论是在英美法系国家还是在大陆法系国家都得到了广泛认同，它已经成为世界各国普遍的做法。

## 二、宪法司法化的生长因素

宪法司法化的产生并非偶然，它之所以倍受世界各国青睐与以下因素有关。

首先，从宪法和普通法律法规的关系来讲，普通法律法规是宪法的具体化和量化。普通法律法规对宪法所规定的内容进行了较为详细的阐述和扩展，使宪法规范的内容更加具体的展现出来；同时在普通法律法规的这种阐述过程中，宪法所规定的有关内容例如国家机关的权限范围、公民的权利限度进行了量化，并对超过法律规定的度的行为进行相应的惩罚。普通法律法规的这种具体化和量化必须以宪法规范的内容为制约和纲要。从总体上，宪法作为根本大法因具有原则性、政策性而无具体惩罚性或者弱制裁性，所以它对公民权利的保护是存在缺陷的。因此，在宪法非司法化的情况下，只有通过具体化和量化的法律才能将这些权利落到实处。但是由于普通法律法规不可能包罗万象、完美无缺，因此，许多权利实际上并未得到具体化与量化。无救济则无权利，为兑现司法最终解决原则，在上述情况下，法官不得不求助于普通法律的源头即宪法予以判案。

其次，从宪法和法官的关系上来看，宪法通常被视为法治国家的生命之树，法官则成为看护这棵树的园丁。由此可见，法官在宪政发展史中处于积极的地位。例如，在美国的Brown V. Board of Education一案中最高法院确立了“隔离不平等”原则推翻了Plessy V. Ferguson一案中确立的“隔离且平等”的原则，[2]宪法成为判断案件的最高准则和价值依据[3]。两案中，最高法院的法官同样是依

据宪法第14修正案却得出了两个不同的结论，这说明英美法系法官本来就被视为造法者，“法律无非是法官所宣读出来的内容”，法院的职责只是“通过对法律原则的不断重述并赋予他们不间断的，新的内容来使他们与道德习俗保持同步”[2].而大陆法系学者则认为，法官只是严格依照法律办事的工匠。在我国法治之下，法官的地位比较尴尬，法官既不是工匠也不是“造法者”，我国司法裁判的地位不高，既没有严格的司法审查制度也没有确立司法最终解决原则。因此，在法律的空隙中，法官也没有太多的自由裁量权，其行为范围也比较狭窄。实行宪法司法化也是我国法官地位逐渐提高的产物和表现，也是树立司法权威的必然要求。应当认为权利不只是靠司法救济才能够实现，但是法律应对权利的保障排除障碍，在任何情况下，法院都不能拒绝权利的救济请求。最后，宪法司法化是公民法律意识、权利意识增强的必然要求。我国法制化的进程就是公民权利意识逐渐觉醒的过程。没有救济就没有权利，没有救济的权利就不是权利。宪法是母法，我国宪法规定的各项基本权利绝大多数已由其他法律具体化和量化，公民对已经被具体化和量化的基本权利的侵犯可以直接寻求司法救济，但是对于没有被具体化和量化的基本权利的侵犯，如果不从其它法律的源头即宪法中寻求司法救济，那么基本权利不再是基本权利，甚至不再是权利。在权利意识逐渐觉醒的时代，这些“沉睡”的权利不再是“无主物”。宪法司法化是司法最终解决或者最终救济原则的必然要求。宪法救济使得公民的某些处于“悬空”状态的基本权利有了法律保障，可以说在一定程度上，宪法司法化是公民基本权利保障的最后一根救命稻草。三、我国宪法司

法化的艰难抉择 长期以来，在我国形成了宪法不能作为裁判直接依据的司法惯例，造成这一现象的原因是多方面的。首先，宪法规范本身具有原则性，其规范模式特别是对公民权利的规范是授权性质的，没有对违反宪法的行为的后果进行相应的规定，常常使得法官认为援引不具有操作性的宪法条文没有必要。其次我国宪法作为高于其他法律的根本大法，具有纲领性、政策性，往往和国家的大政方针联系在一起，因而很久以来，我们一直没有树立宪法为法的观念，让根本大法降格去解决刑法、民法等鸡毛蒜皮的小问题在绝大多数人看来实在是荒唐之举。最后是最高人民法院的司法解释捆住了自己的手脚。其一是1955年最高人民法院在给新疆自治区高级人民法院的批复中认为，在刑事诉讼中不宜援引宪法作论罪科刑的依据。其二是1986年最高人民法院在江苏省高院的批复中对是否引用宪法条文进行裁判采取了回避的态度。对此，有人曾批评道：“正是基于这两个颇具‘暧昧’色彩的司法解释的误导，中国司法机关形成了拒绝适用宪法判案的僵化的思维定势和司法惯例。” [3] 迟来的惊喜往往更让人兴奋异常。此次，最高人民法院的批复可以说是对旧观念的大胆突破，如果以此为契机，能够在我国构建以司法为中心的违宪审查制度，那么称这个批复是中国宪政史上的里程碑绝不为过。首先，宪法司法化有助于保障人权。现实中，宪法规定的公民所享有的基本权利往往因为缺乏普通法律法规的具体化、量化而长期处于休眠状态，无法得到真正实现。由于宪法具有高度的原则性和概括性，一般能够适应社会关系不断发展变化的要求，因此实行宪法司法化能够弥补普通法律法规的缺陷和漏洞，使宪法规范从静态走向动态，将

宪法规定的各项权利落到实处。其次，宪法司法化有助于实现法治。宪法规定了国家政治生活和社会生活等具有全局意义的问题，在整个法律体系中处于母法地位，具有最高的法律效力和权威。因此，实现法治、依法治国首先是依宪治国，树立法律权威首先是树立宪法的权威。而依宪治国、树立宪法的权威不应当停留在纸面上，对于违宪事件或者违宪争议，宪法不应保持沉默，而应将其纳入司法轨道，唯于此，法律才不至于成为摆设，法制观念才能暖人心田。最后，宪法司法化有助于推动宪政。长期以来，我国一直不缺宪法，宪法至少从纸面上获得了非常崇高的地位。但是有一部全面规定公民基本权利和宪制政府权力的宪法不一定有宪政。现实生活中违宪现象可谓司空见惯，而由于我国长期以来形成的宪法不能作裁判依据的司法惯例与思维定势，有关国家机关对此只能束手无策。如果实行宪法司法化，那么就能激活纸面上的宪法，在司法过程中凸显宪法最高法律效力与权威，使宪法确立的公民基本权利再无具体法律法规规定或规定不明确时变成现实，对国家机关、组织或者个人的违宪行为得到有效地追究与纠正。只有这样，徒具口号意义的宪政才能转变为活生生的现实。

#### 四、我国宪法司法化的可能障碍

在我国法制环境还很不成熟的情况下，实行宪法司法化并非一蹴而就，在实践中可能会遇到以下几个方面的障碍。

- 1、宪法规范的本身特点决定了宪法司法化在具体运作中终会遇到困难。宪法规范具有原则性、概括性，其假定、处理、制裁三个方面的区分并不完全，造成其惩罚性、制裁性不强，因此，宪法规范本身缺乏可诉性和可操作性。在这种情况下，宪法条文可能只起到“定性”或者“判断”作用，而无法为

法官提供可行性的“裁量标准”，这不可避免地导致宪法司法化的局限性。为此，要真正实现宪法的司法化，就不能不在充分考虑宪法规范逻辑结构的基础上，进行合理安排。

2、在公民基本权利适用宪法保障的情形下，由于宪法条文缺乏可操作性，因此，不得不赋予法官较大的自由裁量权。例如，在本案中对于原告齐某诉请赔偿的数额，以及诸被告之间的责任性质和具体的承担方式等只能依据法官的自由裁量。因为我国各地法官素质、公民的权利意识、以及各地的法治状况存在较大差异，所以在司法实践中容易滋生地方司法造法的现象，会产生不同的保护措施。这样就会导致在我国统一的司法区域内，对同一权利产生不同的保护措施，对同一权利产生不同的保护力度。这种混乱局面必将影响宪法司法化的运作效果。

3、实行宪法司法化亟待解决一些比较棘手的问题。首先是我国一直没有违宪审查的传统，再加上我国法官的素质普遍偏低，还不能达到自由地运用法律的地步，因此，我国的法官能否适应宪法司法化的需求恐怕值得怀疑。其次，在宪法司法化过程中，法官必然要对宪法进行解释，但是法官是否有权解释宪法？最高人民法院如果就有关的问题做出了司法解释，那么这种司法解释和全国人大对宪法作出的解释如何协调？而两者关系怎样？最后，尽管推行宪法司法化的本意十分明确，但是如果不对宪法司法化的范围进行合理架构，那么就会导致宪法的滥诉现象。果真如此的话，宪法的根本大法地位就会降格。总之，尽管存在诸多争议，我们可能无法准确预见未来的种种不确定性，也难以保证迎对所有的困境，但是，最高人民法院的这个批复毕竟提供了就宪法司法化这一重大课题进行讨论的绝佳机会，我们

所能够做的只能是珍惜这个来之不易的良好开端。希望社会各界对宪法司法化进行广泛关注并在充分论证的基础之上，对如何架构以司法化为中心的危险审查制度提出一个可行的制度安排，到那时，我们离法治与宪政的春天便不远了。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问  
[www.100test.com](http://www.100test.com)