

我国宪法司法适用的障碍分析 PDF转换可能丢失图片或格式  
，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_9B\\_BD\\_E5\\_AE\\_AA\\_E6\\_c122\\_483108.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_88_91_E5_9B_BD_E5_AE_AA_E6_c122_483108.htm) 当宪法仅作为理论上的国家的根本大法，宪法的地位就必然由“神化”走向“虚化”。自然，宪法主要是就国家的根本制度与基本国策作出原则性的规定，其内容落实有待于具体法律的细化，然而问题在于，制宪者的意图是否就一定能够转换为立法者的意图，或者说，具体法律规定是否就一定能够契合宪法的精神？再有，当某一问题在具体法律中并无明文规定而宪法又含有相关精神时，能否根据宪法的规定来处理案件呢？这就必然涉及到宪法的司法适用问题。就前一个问题而言，当法院发现法律违背宪法的规定时，应当舍法而护宪；就后一个问题而言，则应以宪法为依据，对案件作出相关裁决。实际上，从世界范围来看，尽管在负责宪法实施的机构上存在不同，但各国都使宪法成为一个可裁判、可实施的概念。宪法的发展史在很大程度上也就是宪法司法适用的发展史。近年来，随着人们对宪法的司法适用在维护宪法权威和实现法治上的重要作用认识的加深，越来越多的学者呼吁应在中国建立宪法的司法适用制度。那么，影响我国宪法司法适用的主要障碍又是什么呢？本文拟就此进行些探讨。

观念偏差：对宪法的政治性、纲领性以及宪法最高效力等的片面理解在我国宪法以外的法律均可在司法中被适用恐无异议，缘何作为根本大法的宪法却是例外呢？原因是多方面的，但对宪法区别于一般法律的特征的理解偏差是主要观念障碍。现代宪法作为国家根本大法，是人民主权原则的体现和最高保障，是一切国家权力

的渊藪，它以保障公民权利、规范国家权力为主要内容，安排着公民与国家的关系。宪法的性质、任务、功能决定了相较其他法律具有最强的政治性，但宪法首先是法律，应当具备法律的所有特征，宪法的法律属性是思考宪法问题的首要出发点。忽视这一大前提，对宪法政治功能的片面强化和不当理解必然削弱其法律属性从而其阻碍司法适用。而这一观念偏差倾向在我国无论是宪法典本身、宪法理论还是宪法实践中均普遍存在着：与宪法序言、有关精神文明建设的条款等大量的政治性内容相比我国宪法的法律“份量”、法律味严重不足，许多本应以法律规则、原则形式规范的内容被政治化；在1975年、1978年宪法中甚至充斥着大量政治口号，缺乏法律的规范性。我国宪法学理论也普遍将宪法定义为现实阶级力量对比关系的体现，宪法学理论与政治学雷同，明显缺乏学科的法律属性。宪法关系被认为就是政治关系，实践中宪法纠纷也大多通过政治途径而非法律手段得以解决等等。与对宪法政治性理解偏差相伴的是注重宪法的纲领性、抽象性、概括性特点，忽视宪法的规范性、明确性，进而影响到宪法的司法适用。我国多数宪法学著作认为宪法具有原则性、概括性、纲领性，其标示的是概括性、总体性、一般性的要求，其本身无法直接适用，它需要部门法规范具体化。有的则以宪法中部分具有抽象性、概括性的条款推演整个宪法，忽视宪法中存在的具有规范性、确定性的内容。进而认为宪法缺乏可操作性，排斥宪法的司法适用。应当指出宪法的特殊地位和作用决定了其内容的纲领性、抽象性、概括性程度要较其他法律强，但不能以此为由排斥司法适用。抽象的宪法原则只要借助成熟的释宪理论可以也应该被司法化

，否则这些原则便无法全面贯彻。此外，尽管宪法中许多原则、规则有部门法进一步具体化，但一般法律不能取代宪法，部门法的司法适用不能取代宪法的司法适用。更何况宪法中的抽象原则等非但是部门法适用的依据评判部门法合宪与否同时还起到弥补部门法空白和缺陷的作用。最后，宪法中还有大量较为确定的法律规则如有关公民基本权利的条款、国家机关权限划分等更直接可以作为司法之依据。作为国家根本大法的宪法具有最高法律效力自不待言，但我们对宪法的最高效力何以表征、怎样理解却是不无偏差的。我们总是习惯于宣示宪法的最高效力并几乎仅仅停留在宣示层面，宪法效力至多被理解为为其他法律的创制提供依据和基础而主要不是通过践行宪法(特别是司法适用)来彰显其最高效力的。甚至有的观点以宪法规范往往缺乏直接的司法强制、宪法规范的制裁要素直接体现在宪法当中的比较少、对违宪行为大多通过政治途径解决等为由认为宪法效力具有弱制裁性，因而宪法不具备司法上的适用性。照这些理解似乎宪法在具体法律制定以后便不再起作用了，似乎宪法的效力要依赖部门法的效力来体现。其实，法律效力主要就体现在司法效力上，只有通过司法活动法律效力才能真正得以显现。宪法的最高效力最终也得通过司法效力来体现，而且主要表现为与法律法规的司法效力位阶上的高低。宪法作为根本大法统摄各种法律法令，通过宪法的实施来清除一般法律中的不良内容维护法律统一，来保障人民的基本权利和自由，维护人民主权。如果宪法不具司法效力则不仅无法凸显其最高效力，甚至其法律性都将存疑。因为可诉性是法律的基本特征，宪法也不例外。正如英美法系学者所言：“宪法是普通法院为

了捍卫个人的权利而作出的各个判决的结果。”“所谓宪法不过是法官奉为宪法的法律。”在我国现行宪法把宪法监督权明确授予全国人民代表大会及其常务委员会行使的背景下，我们将宪法监督与宪法适用概念混同也成为反对宪法司法适用的观念障碍。现行宪法关于宪法监督权的规定事实上又被理解为全国人民代表大会及其常务委员会负责宪法的适用。进而把对宪法的监督权与宪法适用权混同，或认为必须有宪法监督权才有宪法适用权。如有学者指出：“宪法适用是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会及其常委会的专门工作。宪法的司法适用只有当司法机关是宪法监督机关时才存在。”而从法理上讲宪法监督与宪法适用是两个不同的概念。宪法适用有广义、狭义两种理解，狭义的侧重于对违宪案件的裁处，广义的宪法适用就是宪法的贯彻与执行，如全国人大的立法活动；国务院依据宪法制定行政法规，处理行政机关间权限争议、法院在审判中依据宪法确定相互冲突的法律的效力等。宪法监督仅是广义宪法适用的一种，宪法监督权的专属性并不排斥宪法的司法适用(至多只能成为处理违宪案件职权专属性的依据。)正如宪法将法律监督权赋予检察院的规定不能成为排斥法院适用法律裁判案件的理由。若将宪法适用与宪法监督等同必排斥人大以外的社会主体行宪，不利宪法的实施；这显与立宪之目的不符。此外，全社会宪政意识的缺乏也对我国宪法的适用产生消极影响。由于我国立宪史短、民主法治启蒙晚，全社会对宪法地位和作用缺乏全面的认识，宪政意识相对薄弱。人们始终未真正把宪法看成最高大法，看成维护民主保障权利的最终依据。这一方面导致启动宪法诉讼的需求不足；另一方面也导致法院等公

权力机构有意无意地忽视宪法，如把宪法视为政治宣言，法院适用宪法裁判的信心不足等。制度延误：法院释宪权的阙如及人大理想定位的失当。虽然人们认识宪法的观念偏差对宪法司法适用有着重要的影响，但有关制度的缺漏和失当对宪法司法适用的影响不容忽视，甚至这是问题的症结所在，是对观念偏差的强化。因此分析影响宪法适用的制度延误对进行必要的制度革新使宪法真正成为“活的宪法”是不可或缺的。新中国建立以来中国宪法不能为司法机关适用已成“习惯”。这一习惯做法的形成主要源自最高人民法院1955年7月30日的名为《最高人民法院关于在刑事判决中不宜援引宪法作为论罪科刑的依据的复函》的司法解释。这一司法解释明确排除了宪法在刑事审判中的适用，并进而成为整个排斥宪法司法适用的依据。我们姑且不讨论法院这样的解释是否有效、正当，法院何以有权以司法解释的形式来否定最高大法的司法适用的问题。仅就这一司法解释而言，它也仅说明了不能以宪法论罪科刑，从而旨在维护罪刑法定原则，它并不能成为排斥宪法在其他领域的司法适用的依据。但循着既有的司法解释，我国几十年来宪法都无法司法化。这样的实践更形成了人们头脑中的思维定势，在民众、法官甚至许多学者观念中大多认为宪法不能被司法适用，“在我国现行宪政体制下，司法机关不是宪法的适用机关，我国宪法没有司法适用性。”这种制度实践形成的思维定势又进一步成为排斥宪法司法适用的障碍。在现行体制下我国法院释宪权的阙如，法官在无权解释宪法的前提下要适用宪法是几无可能的。众所周知法官正确适用法律裁判案件，必先要揭示法律的真义，寻找法律规则与案件之间的连接点，阐明适用法律的

理由与依据。因之，法官必须对法律加以解释。“在每个案件中法院的事务都是为制定法提供其所省略的东西，但又总是通过一种解释的职能来完成。”法律解释是规则与个案联系的纽带，具有司法性、个案性、被动性等特点，应属司法权的重要内容，甚至可以认为无释法权即无司法裁判权。法律是什么最终得由法官说了算，“法官是活着的法律宣示者”，“一个制定法只有在法院解释之后才成为真正的法律”，法律解释使得纸面上的“死法”变成了行动中的“活法”。宪法作为根本大法其首先是法律，法官要适用之亦当拥有相应的解释权，加之宪法在内容上的概括性、抽象性、原则性等特点，释宪权更是不可或缺。汉密尔顿认为“对宪法以及立法机关制定的任何法律的解释权应属于法院。”正是因此美国宪法常被称为由司法机关来解释和执行的成文宪法。我国现行宪法规定由全国人民代表大会常务会行使宪法解释权，这就排斥了法院的释宪权。而由立法机关行使对宪法、法律的解释权是“谁制定谁解释”原则的体现，这种解释本质上仍是立法行为，他会助长立法机关无限扩大自身权力，不利于对立法行为的监督、不利于宪法的有效施行。释宪作为具有司法性的活动理应由中立的司法机关进行。且从我国释宪实践看，一方面全国人大常委会在享有宪法解释权以来几乎从未行使过这一权力，而另一方面法官则在无宪法解释权的情况下根本无法司宪。这一安排释宪权的制度显得既不合理也不经济，亟待改进。在宪法司法适用的程序保障方面我国也尚未形成相应的专门的程序规范，这使得宪法司法适用难以启动更难以规范操作。宪法是法律，也是实体法，具有实体法的属性，它的实施也需要相应的程序规范来启动和

保障。从国外解决宪法争议的情况看，在大陆法系国家普通法院无权处理宪法争议，如果他们在审理普通案件中发现有宪法争议，只能将其转交宪法法院审理。英美法系国家则将宪法争议与普通争议等视，由普通法院依一般程序加以裁判。我国宪法、法院组织法、诉讼程序法等对于宪法司法适用均无相关程序规定。如何提起宪法诉讼、哪级何种法院有权裁处涉宪案件尤其是违宪纠纷、法院按照什么程序受理案件适用宪法裁判案件?宪法适用的程序与普通诉讼有何区别?缺乏这些起码的程序规范法院也难以适用宪法。我国现行法律制度架构中的法院地位不高、独立性、权威性不足这与宪法的司法适用对法院地位、权威的要求形成鲜明的反差。如前所述，宪法是根本大法，是一切国家权力的渊藪，自然应对所有国家权力进行约束而要能对包括权力机关在内的诸多权力主体进行合宪性监督，法院至少应具有与其他主体平行的地位。我国宪法规定全国人民代表大会和地方各级人民代表大会是国家权力机关，是人民行使当家作主权力的场所。各级法院由各级人民代表大会产生，对它负责，受它监督。这样的制度安排下法院事实上要接受人大的“领导”，他怎么可能公正有效地审查人大立法的合宪性?即便审查也有违自然公正原则。同时，人大代表是由人民选举产生，是民意的代表，法官则是由人民代表大会任命的。从民主性上看，由民意的代表任命、选举的法官和法院来审查由人民选举产生的代表民意的人大行为的合宪性，其民主正当性也似显不足。此外，实践中人大还可通过质询权、监督权来推翻法院的生效判决，不少地方甚至已专门立法规定人大可对司法个案加以监督，全国人大也正在就此立法。而在新近通过的立法法

中首次规定的违宪审查制度却只字未提法院的作用。由此可见，法院的地位、权威性、民主性无论是在宪法中还是在实践中都远较人大要低。这就决定了目前法院要适用宪法来审查人大的立法是不现实的。不仅如此，由于法院在财力、物力、人力上要受制于行政机关，法院的现实地位和权威是极其有限的，要适用宪法裁处国家机关权限争议也显过于理想化。因此没有一个地位超然、高度独立、极具权威的法院的存在，宪法的司法化是困难的。最后，我国宪法法律对人大定位的失当是影响宪法司法适用的十分重要的原因。我国宪法将全国人大定位为最高国家权力机关，其他国家机关由其产生、受其监督、向其负责。宪法相应地赋予了人大几乎不受监督和限制的广泛权力。这种制度设计必然存在着两个假设：一是假设人大是不会错的，从而对人大绝对信任；二是将人大代表与人民等同，人大能够而且事实上完全代表人民。而从宪政法治的视角看，宪法作为人民意志和利益的体现应高于一切权威，这当然包括立法机关在内，宪法应具约束立法者的作用。这就要求不能对包括立法机关在内的任何公权力主体作过于理想化的假设。我国宪法中人大的理想化定位使得对人大立法加以司法审查的必要性乃至正当性不复存在了。既然人大完全且真实地代表民意立法，自然也不会存在违宪；既然人大体现全体人民意志，那么谁又有权审查全体人民意志的合宪性呢？西方违宪审查制度的前提假设就是对议会的不信任，而在中国这恰恰相反。因此有学者认为“在我国设立对法律作违宪审查的制度几乎无异于推翻现行宪法的基本架构。因而，在是否设立违宪审查制度这个问题上，我们面临的不是一个技术性决策，而是要不要以推翻宪法来



维护宪法的政治两难。”同时由于我国立宪机关与立法机关事实上的同一，也使得对立法机关立法的司法审查难以进行。外在环境：历史传统的消极影响、宪法意识的缺乏和宪法研究的相对滞后。除了上述的宪法观念和法律制度障碍外，阻却我国宪法司法适用的因素还有许多，宪法司法适用的外在环境尚不理想。这尤其表现在全社会宪法意识的普遍缺乏和相对滞后的宪法理论研究等方面。我国二千多年封建专制历史，封建君主苛法专政以法治民使人们对法律产生惧怕、远避心理，自身权益受到侵犯、发生纠纷人们也不会寻求法律救济。这种畏法厌讼心理在今天的民众中依然广泛存在，人们自然更缺乏通过宪法排解纠纷、保护自身权益和规范社会关系的意识，这就使得宪法诉讼难以启动。同时我国法律历史传统的消极影响使得人们对法律对司法缺乏信仰。中国古代历来以行政权替代司法权，司法权始终十分弱小且不独立，司法者也未实现专业化。司法者更不是社会纷争的最终裁判者。这样的历史传统大大降低了人们对司法的信任、依赖和司法的权威，也进一步使我们的制度设计习惯性地带有明显弱化司法的倾向。而缺乏权威性、独立性的司法既不能给公民正当权益以充分救济更不具有化解政治问题为法律技术问题能力的 ability，涉宪纠纷只能通过政治途径依靠行政权力、法外手段来解决。正如毛泽东指出的我国二千多年的封建史留给我们封建专制的传统多，民主法治的传统很少。再加上我国立宪史较短，自然导致全民守宪、护宪等宪法意识的薄弱，难以为宪法司法适用提供良好的社会环境。在我国宪法学乃至整个法学理论研究的相对滞后也是妨碍宪法适用的主要原因。宪法的司法适用必然要求较为成熟、独立的宪法学

和其他法学的理论支撑，如发达的宪政法治基础理论、科学的宪法解释理论和法律推理技术等。而在我国尽管改革开放以来，法学包括宪法学理论研究整体上取得了长足的进步，但仍明显落后于社会发展的要求。宪法学理论研究由于受各种因素的影响发展显得更为滞重，总体上仍处在注释法条、政治论说层面，其法律味尚嫌不足难以承担起应有的社会作用。宪法学乃至整个法学理论研究的滞后，使宪法司法适用缺乏足够的理论支持，客观上阻碍了宪法的司法化。此外，宪法的司法适用将使法院、法官取得司宪权，这就赋予了法院法官更大的权力。（如就法律解释而言，对宪法的解释经常比对一般制定法解释有更大的选择自由。）这在一方面有助于司法权威的提高；另一方面也对法官素质要求很高。尤其象法官裁判违宪案件不仅有助于维护宪法，还可能发展宪法，从而对一国政治经济活动施加影响、给以评价或加以指导。这不仅要求法官必须接受过专门的法学教育有较高的业务素质，还要有丰富的社会阅历、实践经验、智识以及敏锐性。我们不能概言法官为民族的精英，但能胜任裁判宪法案件的法官绝对应是民族之精英。而在中国目前法官群体整体素质尚不尽如人意，法官职业化尚未实现，业务能力普遍不高。有的法院甚至连一个大学生都没有。这样的法官群体也束缚着中国宪法的司法化。余论上面分析的三大类障碍在宪法司法适用的不同类型中存在的状况是不尽相同的。对于直接援引宪法裁判案件和裁处国家机关权限争议而言主要不是法律制度的障碍而是观念和外在环境障碍。甚至可以认为观念尤其是能对法律实践施加直接影响的主流观念已成为阻碍这一层面宪法司法适用的瓶颈。因而这两类案件的宪法适用阻力

相对较小，障碍易于排解，我国宪法司法适用也应先由此着手。而法院适用宪法审查人大及其他立法主体的立法的合宪性的障碍则三者兼而有之，尤其是涉及制度的架构，困难是很大的，但这却是违宪审查各种方式中较为有效和经济的，对宪法的全面施行亦至为重要。至于在人大下设专门委员会负责审查各种法律文件违宪与否，由于两者间存在的隶属关系，这种审查无法真正奏效，而且也是违背自然公正原则的。同时必须指出司法对立法的违宪审查在理论上或许可以加以排斥，但在司法实践中却必然会存在。因为法官审理案件必须适用生效的法律，而宪法在法律位阶中是最高的，法官只能适用与宪法不抵触的法律，否则法律统一无法保证、宪法必被架空、人民主权也无法实现，这就必然要对各种法律加以审查。我国宪法第五条第一、二款也规定“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、各政党和社会团体、各企业事业组织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。”法院作为国家机关遵守宪法就必须体现在审判活动中，严格适用宪法，惩处违宪行为。这是法院的宪法义务，更是其神圣职责。法院作为主持社会正义、维护法律实施和法律权威的重要机关，其必然应是护宪机关，以宪法为最高依据，通过裁判一切违法、违宪行为、纷争，维护人民主权保障民主法治，这既是法院政治功能、法律功能和社会功能的重要体现，也是维护法院权威、司法公信力、凸显法院在国家权力架构中的应有地位的要求。因此对待司法的违宪审查要立足于真正有利于实现人民主权、有利于民主法治、有利于行宪。在坚持人民代表大会制的同时进一步完善这一制

度，强化相应的监督机制，把人民代表大会制度与宪法司法化有机地结合起来。 庞凌 | 苏州大学法学院 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)