

基于中国国情的违宪审查模式之选择 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__E5_9F_BA_E4_BA_8E_E4_B8_AD_E5_c122_483745.htm 谢谢给我这个机会

，接到通知后也思考了一些问题，今天大家的发言也给了我很多的启发，有些学者的发言相当深刻，结合我以前想到的和今天即兴想到的我在这里讲一讲。首先我感觉会议开得很好，魏老师的稿子是《一声叹息》，我想我们现在已经不仅仅是叹息了，现在是在呐喊了。在叹息以前曾经有过沉默，公民受教育权蒙受侵害不是一天两天了，但大家好象已经丧失了感受能力，没有感受能力也就没有就反应能力，从叹息又到了呐喊，标志着人们权利观念的又进一步。未来会是什么样子，我想肯定会有变化。宪法权利的司法保护，首先涉及到宪法权利的地位问题。教育部每年要为高考分数划线，这个线也不一定是教育部直接给划的，但是肯定至少出了这么一个指令，你必须划线。结果形成了受教育权在各个地方不平等。现在就出了一个问题，司法部有没有这个权力对基本权利或者说作为基本权利的受教育权，进行重新分配？基本权利是宪法所规定的，原则上不经宪法修改是不允许重新进行分配的，就是全国人大也没有权力通过普通立法程序重新分配基本权利，更不用说教育部及其下属行政部门了。基本权利有一个最基本的特征，那就是它的平等性，作为一个行政部门，国务院的一个部，它再搞这种不平等的分配，我想这个和宪法，和法制精神都是不符合的。而且象受教育权这样一种基本权利，它的不平等分配实际也是一个国家资源、社会资源的一个不平等分配问题，国家资源是公共资源

，是全国人民的公共资源，凭什么有的地方可以低分进重点，有的地方高分没有学上？这实际上也涉及国家法律政策的合法性这一根本问题。刚才有的学者提到宪法司法化问题必须考虑国情，实际上所有的人可能都考虑到了国情。我想首先是国情怎样理解，我们在考虑它的时候有两种态度，有时考虑国情是为了我们要具体地处理好我们的一些事情，达到一个比较理想的目标，有时候国情也可以成为一个挡箭牌，而在我们国家往往官方在用国情这两个字的时候，作为挡箭牌的情况更多一些。国情有不同的方面，我们究竟抓它哪一个方面？国情也有不同的用途，我们应往哪个方向用？我想我们还应该考虑到这一层。宪法司法化的问题也就涉及到如何看待中国国情问题。司法化怎么理解，昨天翻了翻我们交上来的稿子，我看到好多“宪法第一案”，有人说齐玉苓案是宪法第一案，有人说我们青岛这个案子是宪法第一案，还有人说四川那个考银行的是宪法第一案，究竟谁是宪法第一案，可能从不同的角度都可以说是第一，但我认为从实质上看德衡的这个案（青岛案）是真正的宪法第一案，为什么这么说呢，齐玉苓案涉及的是民事主体，是民事主体来侵犯我的受教育权，当然这里面也可以说是有一个宪法适用问题，但是宪法调整的主要是公权力和私权利之间的关系，公民和国家的关系，所以从严格意义上来说齐案不属于宪法问题，另外四川那个，实际上也不是直接针对国家机关。而青岛案针对的是国家高层机关，宪法解释、宪法监督，宪法司法的重点，就应当在国家和公民之间的关系处理方面，就应该主要局限于这样一个领域。对于宪法适用问题有好几个提法，一个是宪法司法化，还有一个是私法化，司法化往往包含着

私法化的意蕴。按宪法司法化的通常讲法，那就要求我们在普通案件审理当中，只要法律没有明确规定，我们就用宪法。我想如果中国真的要化到那个地步而不考虑怎么完善立法，怎么尽量地把宪法权利具体化为一般权利的话，那个司法化是没有前途的。越司法化就越没有法制，一个国家到了全靠宪法来维护人民的权利的时候，这个国家肯定是法治不完善的，那也绝对不是我们追求的目标。宪法司法化的重点应当放到对国家权力的约束上，这既是我国国情的要求，也是宪法制度的目的决定的。从起源上看也应该是这样，宪法怎么就直接适用了呢，就是因为面对国家机关，普通法律无能为力，需要宪法直接出面。它的目的是什么呢，经过相当长的发展，现在可以基本定位，宪法的适用在形式上看它是主要制约国家的权力，在实质上最终目的是保障人权。一般权利可以通过立法将基本权利具体化，通过一般的司法保护就可以，但是国家机关的侵权，或者国家机关滥用权力，或者国家机关之间关系乱了套，都可能引起对公民权利的直接或间接的侵犯，这就由违法审查来解决。我想宪法司法化主要应定位在违宪审查制度的建立这方面。“化”这个词素在语言中和主词结合有两个用途，一是表示某个事情它可以有或者人们希望它有什么样的性质，这是一个用处；另一个是用它表现一种趋势，一个扩展的趋势。我们现在主要应在使某些事物具有某种性质的意义上来界定宪法司法化，即宪法具有或者应当具有可适用性，而不是漫无边际地叫它“化”下去，“化”下去就成了私法化。司法化价值在于对国家权力实行有效约束。如果不抓住这个重点的话，我国公民基本权利的保护必然要走很多的弯路。宪法司法化的关键问题是模

式选择问题，这个问题也和国情密切关联。我们走美国的道路还是走欧洲的道路？欧洲那就是宪法法院，美国模式那就是整个的司法系统都可以来进行违宪审查，目前来讲还有一条道路，即我国这种立法机关进行违宪审查，但实际上是它的效果等于零，这种制度实际不能称其为违宪审查制度。这就是说，要么我们独创另一种，要不我们就在两种里选择一种，那么我们选择哪一种？刚才有学者讲的美国模式，我觉得是肯定不大行。为什么？美国模式是建立在三权分立制衡的基础上，而且特别强调制约平衡，我们国家不讲这个，民主集中制，人大高于其他国家机关，这个模式是不行的。再一个既然它是整个系统的分散审查，哪个法院都有权审查，都有权解释宪法，这就要求法官有极高的水平。美国法官的水平是相当高的，特别是美国的高层法官，他的法律水平不一定很高，但是他的其他的知识水平是非常高的，他们的大法官往往是历史学家、哲学家、经济学家，而且也有很高的政治素养。他们虽然也不可能完全排斥自身的党派性，但是他们有这样的能力，就是在适用、解释宪法的时候把党派性压缩到最低点，在我们这里你想压缩就做不到。党委来找你了，说这样不行，你怎么办？法官的水平从总体上讲也不高，今天在座的也有法官，但到目前为止中国的法官和律师相比，法官的水平实在说是不如律师，而在多数发达国家，法官水平必须高于律师，你必须有多少年从事律师的经验才能当法官，在我们这里正好反过来，我们搞美国模式行吗？前段时间有的人大力鼓吹法官要有司法解释权、法律解释权、自由裁量权，以中国法官的现有状况，你给他那么多权，老百姓还有好日子过吗？这种不行，欧洲模式行不行？欧洲模

式也就是宪法法院模式，也是以三权分立为基础，但是不强调互相平衡。和我们国家比较相近，这些国家也是议会中心。现在虽是行政权扩张，但实际上议会中心这个框架仍没有突破，他们的法官也主要是职业法官，和我们这个地方差的不是很多，不过他们的修养要高深一些，条件要严格一些，当然那个地方是没有转业军人当法官的。看来欧洲模式是较为可取的，但这就又来了一个问题，人大的地位和宪法法院的地位怎么确定，两者的关系怎么确定，这不是最高权力机关之上又来了一个权力吗？实际上这属于一个理念的问题。法治、宪政都必须有一个假设才行。涉及的宪政法治问题，包括很多概念，你象人权，没有假设哪有人权？你天生的权利哪里存在？必须有一定的假定。那么这里假定的是什么？在大陆法系国家，宪法法院并没有被当成一种国家权力，它是一种体制外的权威，而不是权力。所谓体制外的权威是什么意思呢？就是你立法、行政、司法，属于国家权力的体系，这三权，有可能是平衡的，有可能是某个权力高于另一个权力，但是我作为宪法法院所行使的这种特殊的司法权，它只是一种中立的权力。宪法法院的权威来源于什么？它来源于三权的认可，来源于人民的认可；它是中立人，它既是这三机关之间的中立人，它也是国家和社会之间的中立人。由于它是建立在这样一种理念上的，所以在产生时往往各方都推举部分组成人员，总统推一部分，议会推一部分，还有其他再推一部分，组织一个宪法法院。这表明它的中立人地位和超然性。当然事实上是不可能完全超然的，问题在于它有这样一个理念，就是要超越政治。前面提到关于制度的设计，特别是宪政的设计，这里面好多设计都包含着某种假设，

这些假设由人的理性所发现的价值形成。如果你光从事实出发，不考虑理性的指向，那么我们面对种种社会问题特别是政治问题就什么办法都没有。人大它就完全正确吗？叫它当老大就完全正确了？托克维尔早年就提出了一个多数人的暴政问题；贡斯当在一本叫《古代人的自由和现代人的自由》书中，就论述了这样一个问题：议会采取两院制比一院制好。现在国家大多数都采取两院制，为什么呢？这里的基本假定，就是任何一种权力，哪怕是代议制下的一种代议机关的权力都有可能走向暴政，而宪政需要同时保证民主与自由共存。怎么办呢？就是要制约它，怎么制约呢？搞一个上院，搞一个下院。下院太有激情，上院太有理性，让理性来限制一下激情，让激情来突破一下理性，这样可以达到一个中庸之道。英国、日本都有一个君主存在，如果从逻辑上讲确实不对，不民主，如果从事实上讲，恐怕民主也很难站得住脚，在这种情况下就需要一种理念的支持。我们现在就缺少一种适宜的理念，人大的立法你就保证都是正确的了？前段时间还有人呼吁我们必须把违宪审查的权力交给法院，理由就是人大可能搞暴政，人大的权力太大怎么办？可是问题在于中国的人大现在的权力到底是太大了还是太小了，如果人大是个人的话，他是个胖子还是个瘦子，在有些国家是个胖子，需要减减肥，在中国人大是个小瘦子，你还要它吃减肥药吗？须知人大的宪法权威并未在现实中兑现，中国现在的问题不在于过度民主，而是立法权之外的各种权力太大。眼下最适宜的宪政理念应当是以民主促进自由平等，宪法司法化也应当主要定位在对行政权和司法权的控制方面。单从效果上看，美国普通法院司法审查比欧洲宪法法院违宪审查的效

果要好一些。但理想的未必是适宜的，这便是我主张宪法法院模式的理由。正如理想国和法治国柏拉图他都赞成，但是他还是选择了自认为第二等好的法治国，没选择第一等好的理想国一样。有学者讲了中国人不考虑制度的正当性问题，也不是不想讨论，是这个问题永远也说不明白。我想这样一个不可回避的问题我们还是应当把他考虑进去，要搞宪法法院，前提就是我们必须假定这样一个机构它不是某种权力，而是一种中立的权威，而要使这种中立权威得以产生并真正具有权威，就要优先解决执政党和国家机关的关系问题，处理好国家和社会的关系问题。 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