

贺卫方:影响违宪审查制度的若干因素 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E8\\_B4\\_BA\\_E5\\_8D\\_AB\\_E6\\_96\\_B9\\_\\_c122\\_486018.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9__c122_486018.htm) 说到在中国建立违宪审查制度，我们可以看到政治性的困难与技术性的困难交织在一起的状况，需要更多的智慧才能解决。在司法独立问题上，我们上面所揭示的只不过是冰山的一角，千头万绪，简直是谈不完的。我们看得出，有时候我们面临的是某种价值的冲突，有时候又不过是要求我们在不同的价值之间寻求平衡而已。我们知道世界上存在着三种主要的违宪审查模式，即法国式的委员会制度，德国或者奥地利式的——德国人说那是由奥地利人创造出来的——宪法法院的模式，还有美国式的由普通法院来承担违宪审查的模式。三种模式所面临的问题却是一样的，即如何通过司法的途径解决在过去看起来没有办法触及的政治性问题，如何统一法律，如何解决专业化的法律职业和民主之间的紧张，这方面有许多我们可以借鉴的地方。在过去的半个世纪里，中国是有宪法的，但是基本上没有宪政，我们缺乏宪政的实践和宪政的体验，如何通过司法的诉讼解决宪法上的冲突，宪法权利是什么，当一个人的宪法权利受到侵犯的时候，如何通过合理的途径获得公正的救济？就现状而言，在普遍刑事民事案件的审理方面我们有了很大进展，但是在宪法的层面上现在还没有太大的起步。2001年的时候，最高人民法院曾经就一起案件的审判发布过一个法律解释，规定法院可以在审理一般案件的时候引用宪法条文，当时我们的媒体和法学界都感到这是一个喜讯，但是那个司法解释所针对的案例并不是一个宪法纠纷，那

是公民之间侵犯权利的问题。2003年有两个事件使得宪法违宪审查机制的问题摆到我们面前，一件事是李惠娟事件，河南省洛阳市中级法院的这位法官，直接在她的判决书里面宣布，河南省人大所制定的种子条例违反了《中华人民共和国种子法》，依据《立法法》的规定当然是无效的。这种法官直接宣布一个地方法规无效，简直可以说是石破天惊，自然引起轩然大波。河南省人大怒不可遏，拍案而起，斥责这样的判决完全是违法审查，然后指令洛阳市人大常委会对于相关人员进行处理——这里充满了宪法问题，一个省级的人大是否可以指令市级人大做什么事情，不做什么事情，对于民选机构，我们不可说范围更大者是范围较小者的上级，否则人大之间的关系也就行政化了。河南省人大指令下来，洛阳市人大果然服从命令，结果李惠娟法官的法官职务被解除了，她就只好跑到北京来寻求帮助，最后媒体把这件事报道出来以后，大家讨论的非常热烈。这个事件提出一个问题，在这个国家里面当下位法律和上位法律相冲突的时候，一个法官是否可以在他的判决书里直接审查下位法律合宪性的问题，是否合乎上位法律，河南省人大说我们的立法没有违反全国人民代表大会的立法，我认为这是不合理的说法，因为它不可说我的立法没有违反上位法，这意味着它在解释上位法，它并非上位法律的制定者。这里面涉及到许许多多的问题，值得我们挖掘。现在事情过去了，听说李惠娟法官的职务也恢复了，但是，其中蕴含的法治以及宪政问题却是值得更深入的反思的。另外一个事件是著名的孙志刚事件。国务院在1982年，也就是在中华人民共和国现行宪法颁布的年头，颁布了导致孙志刚先生失去了生命的这部《城市流浪乞

讨人员收容遣送办法》。这个法规出台之后，许多地方立法机构不断地制定各种各样的法规扩大它的适用范围。不仅仅是流浪乞讨人员，后来包括多种多样的人，比如说北京要开“两会”，就开始清退外地人员，流浪乞讨人员收容遣送办法很有效；对于法轮功的练习者，向政府申冤的上访人员，一些来到城市寻找生计的农民，统统可以纳入收容遣送的范围。许多大城市都建起了规模不小的收容站，被收容者在里面失去了人身自由，“牢头狱霸”对他们敲诈勒索，凌辱虐待，非正常死亡者又何止孙志刚一人！一些人的家人来接他们出去，但是，收容站却要收取一笔钱。这种种侵犯人权的情形由于孙志刚之死而受到了全社会的广泛关注，网络上的讨伐声浪此起彼伏，其中，对于法规违宪的问题由于一些法律人的参与而凸现出来。北大毕业的三位法学博士，俞江、腾彪和许志永，勇敢的站出来向全国人大常委会提出要求，希望常务会应该做宪法的守护神，建立违宪审查机制，对于涉嫌违宪的各种法律法规进行审查。宪法中规定中华人民共和国公民的人身自由不受任何非法的侵犯，这是非常明确的宪法权利。但是最后的结果是无论是李惠娟事件也好，孙志刚事件也好，都没有真正的引发宪法意义上的前进，也就是说违宪审查机制并没有确立。前一段时间，全国人大常委会设立了一个法规审查备案室，又一次引发了人们对于违宪审查制度的广泛关注和期盼。不过，那个备案室只是一个事务性的机构，称不上是违宪审查制度的一部分。当然，乐观一点说，这毕竟是迈向违宪审查制度的一步，虽然像是小脚老太的步子一样小。进一步分析，违宪审查制度的建立和运行更需要一种文化的环境，也就是说，需要有与违宪审查

制度相适应的政治文化。在这个方面，我们这里存在着历史传统和引起制度之间的严重冲突。从更远一点的文化因素来讲，我一直觉得要建立宪法诉讼体制必须有一个前提，那就是说老百姓能够经常看到官方机构或人之间互相打架，公开的冲突，经常有位居庙堂之上的人受到公开指责，并且也经常公开承认自己是错的。立法机构举行的听证会也好，宪法诉讼也好，一定是涉及到很重大的问题，而且结果不能总是判决政府胜诉，那就没有宪法诉讼了。法院经常判决人民胜诉，政府在这个时候就显得灰头土脸。这就要求人们能够将当权者犯错误视为平常事的心态，如果政府总是正确的，那么宪政或法治就没有必要存在了。因此，违宪审查制度要求政府以及民众都保持某种低姿态，任何组织任何人都不要以为自己是真理的完全拥有者，都要尊重反对派----之所以有政党竞争，之所以需要言论自由，就是因为真理并不是某个人或某个组织的专利。如果没有这样的开放心态，没有一种对抗同时又有妥协的政治文化，任何公开的批评都是颠覆政府，那么宪政也就不可能实现了。但是，观察我们的历史，最大的问题恰恰在这里。我们从来就不喜欢将官方的冲突形诸表面。尽管孔子喜欢君子和而不同的境界，但是，他本人对于异端似乎就不大容忍。例如，担任鲁国司寇不久，他就把少正卯先生判处死刑了。罪名呢？我记得不过是什么“言伪而辩，记丑而博”之类。也就是说，不过是对于正统观点或政府本身发表了一些批评意见或说了些怪话，而且还很雄辩。从《论语》里观察，我发现孔子好像对于口才好的人一直没有什么好印象。他讲“君子欲讷于言而敏于行”，“刚毅木讷近仁”，“君子耻其言而过其行”，对于所谓“巧言令

色”，他几次直率地表示不屑。中国的历史上，公共演讲以及关于公共事务的辩论是很少的，法庭的辩论也不存在。在这样的环境中，议会政治就不可能产生。我们没有运用公开的言词说理和论辩的方式解决政治争议的传统，相反我们特别喜欢桌下交易，大家什么事情不要摆在表面上，让老百姓看到咱们打架多不好看，脸上挂不住。我们从这个背景观察的时候，觉得中国宪政体制的建立所面临的矛盾不仅仅是当今的某种政治势力，而且可能还有更为久远的文化传统的因素。不仅如此，长久的“帝师一体”的传统赋予世俗权力以神圣色彩，在思想和观念领域中任何有违官方标准的学说都被贬斥为异端邪说，也是造成权力专断的历史原因，也进一步加剧了今天建立违宪审查制度的艰难。涉及到违宪审查的问题，我们还需要关注一种制度建构的可能，那就是，是否可以逐渐地将越来越多的政治纠纷转化为法律纠纷，通过法院或者司法的模式解决政治冲突。这当然是从托克维尔那里得到的启发，同时，所谓司法权的全球化扩张，一个十分重要的表现正是司法权对于政治纷争不断扩大的介入。我们知道，权力分立格局下总需要对于三者权力的界限进行合理的划分，司法权到底能够在多大程度上可以介入到行政和立法权的运行过程中，这里存在着一种最基本的紧张。如果司法除了解决纠纷、处理案件外，还在实际上制定规则，那么就很可能导致权力分立原则的解体。在这里，我们可能有必要提出宪法和法律的解释问题，到底哪个机构有权作解释？比如香港《基本法》的解释问题，在一国两制模式之下，如果法律解释的基本模式发生的变化，实际上就意味着法律本身发生了变化，普通法的模式之下最终解释者是法官，立法者

只管提供法律规范，这是普通法的传统，我们已经许诺香港法律50年不变，但是解释方法发生了变化，我认为它的法律就要发生变化。总之，要建立违宪审查机制，我们就必须面临一种选择，如果没有一个适格的机构在宪法纠纷产生的时候对于有争议的宪法条文的意义作出权威解释，那么，即使是有了一个名义上的违宪审查机构，多半也是形同虚设而已。还有一个问题是民主与司法之间的紧张。我们号称自己是民主国家，叫做中华人民共和国，强调人民民主制度。我们假定在民主体制下，宪法体现的是人民的意志，因此宪法就应当具有至高无上的地位，但是，当涉及到宪法争议的时候，宪法含义的解释权却属于非民选产生的司法阶层，这种情况是否会带来民主政制的困局？尤其是当法律和法律解释越来越走向专业化，甚至有时候神秘化，仿佛是被法律专业人士玩弄于掌股之间，从而导致人民依赖司法，依赖法律人。但是，我的一个疑问是，法律如果没有了专业化的特性，法律人的语言完全混同于大众的日常语言，那么是否会丧失法律表意和交流的精确性，而如果没有了这种精确，司法的确定性也就荡然无存了。如果是这样，那么最终也将无从保障人权和人民的各种合法利益。看来这这也是一个两难格局，我们需要注意不能让钟摆过于偏向一面。 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)