

# 违宪主体论

Research on Unconstitutional Subject

莫纪宏

(中国社会科学院法学研究所 北京 100872)

违宪主体,顾名思义,从法理上来看,一般是指违反宪法所规定的义务和职责,应当承担相应的宪法责任的政治实体、国家机关、社会组织或者是公民个人。但是,与一般违法主体不同的是,违宪主体概念的内涵和外延由于违宪概念本身的复杂性和不确定性而显得更加难以把握和难以界定。关于违宪主体,从法理上系统加以归纳和总结的学说,不论是国外,还是国内,对这一方面的论著都很少见,其中一个重要原因是违宪主体理论的复杂性和不确定性。作为违宪审查理论的一个最重要的课题,违宪主体理论必须加以规范化和系统化。

## 一、我国学术界和法律实践对违宪主体概念的认识

我国宪法学界近年来对违宪主体的概念也作了一些讨论,但是,由于在实践中一直没有产生具体的违宪审查活动,所以,对违宪主体概念的探讨大多停留在理论和应然的层面,最大的特征是违宪主体概念的泛化和违宪主体范围的不确定性。

胡锦涛教授曾经在《论违宪主体》一文中对我国目前宪法学界所认识的违宪主体的概念作了比较好的概括和总结。胡锦涛教授认为,已有宪法学研究和司法实践所提供的答案的多样性和复杂性表明了我们对违宪主体为何及标准的探讨、研究并不成熟,分歧多于共识。首先,学者在定义“违宪”概念时的不同观点表明了其对违宪主体的不同理解。代表性观点有:(1)违宪是指国家的法律、命令、行政措施和法规以及国家机关或者公民的行为与宪法的原则与内容相抵触;(2)违宪通常是指国家机关、社会团体、企业、事业单位及其领导人以及公民的行为,与宪法的原则或内容相抵触;(3)所谓违宪是指一切国家机关和武装力量、各政党和社会团体、各企事业单位所制定的各种行为规范以及他们所实施的公务上的行为和上述机关、团体组织的领导人在履行职务中违反了宪法的规定等。可见,在谁具有违宪主体资格的问题上,学者们通

常认为应在国家机关、武装力量、各政党、社会团体、企业、事业单位及其领导人、公民个人等对象主体中选定,但此范围究竟有多大并无定论。其次,司法界通过审理具体案件,实践性地认定了公民个人的违宪主体资格。对司法界的这一观点与作法,认可与否定者皆有之。除理论的研究与实践的作法外,我国《宪法》文本的规定似乎也可以提供这一问题的答案。我国《宪法》序言、第5条、第53条对下列内容进行了规定,全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企事业单位,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责;任何组织和个人不得有超越宪法和法律的特权;一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究;中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律。因此,依据我国宪法规范,也可以产生一种判定违宪主体的思路:宪法规范中涉及的这些主体违反宪法的原则与规定应构成“违宪”,亦即这些主体应具有违宪主体资格。

应当说,正如胡锦涛教授指出的那样,我国目前宪法学界已有的关于违宪主体概念的定义基本上受制于现行《宪法》相关规定的限制,从宪法解释学的角度来看,现行《宪法》提供的是一种广义上的违宪主体的概念。其核心的宪法依据是现行《宪法》序言、第5条和第53条规定的具有维护宪法实施职责、不得违反宪法规定的一切国家机关、社会团体和公民个人。

在具体的司法实践中,包括最高人民法院在内的各级人民法院,对于违宪主体概念和范围的认定也是倾向于广义上的,一切国家机关、社会团体和公民个人都存在着相应的宪法责任,宪法可以对所有的社会关系主体产生法律上的直接的效力。在沈涯夫、牟春霖诽谤一案中,上海市中级人民法院引用了现行《宪法》第38条和第51条,论证新闻记者与普通公民一样,在行使宪法和法律规定的权利的时候,必须履行宪法和法律规定的义务,即

作者简介:莫纪宏(1965-),男,汉族,江苏靖江人,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。

胡锦涛、秦奥雷:《论违宪主体》,http://www.chinalawedu.com/news/2004\_9/15/1002228140.htm.

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

“不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”(第51条)以及“禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”(第38条)。在张连起、张国莉诉张学珍损害赔偿纠纷一案中,天津市塘沽区人民法院作出的判决认为,在劳动合同中载明“工伤概不负责”这样的条款直接违反了《宪法》第42条关于国家加强劳动保护、保护劳动者合法权利的规定和精神,因此是无效的。在王英发诉刘真及《女子文学》等四家杂志侵害名誉权纠纷一案中,河北省高级人民法院作出判决认为:现行《宪法》第38条规定:中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。根据《宪法》和《民法通则》的规定,公民的名誉权受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民的名誉。在钱某诉屈臣氏日用品有限责任公司侵犯名誉权一案中,上海市第二中级人民法院作出的终审判决认为:依据《中华人民共和国宪法》第38条,《中华人民共和国民事诉讼法》第101条、第120条以及《中华人民共和国民事诉讼法》第153条第1款第(二)项之规定,判决上海屈臣氏日用品有限公司应向钱某赔礼道歉。

关于违宪主体在司法实践中的认定,最值得注意的是2001年6月28日最高人民法院审判委员会第1183次会议通过的《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释〔2001〕25号,因批复2001年8月13日生效,故又有人称为“8·13”批复)。在该批复中,最高人民法院认为,“根据本案事实,陈晓祺等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任”。很显然,在该批复中,最高人民法院将“陈晓祺”个人视为侵犯齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利的“违宪主体”,并由此引发了一场关于宪法权利第三者效力的争论。

在具体的立法实践中,有关违宪主体可以通过《中华人民共和国立法法》所确立的违宪审查程序体现出来。《中华人民共和国立法法》第90条规定:国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为,行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出审查的要求,由常务委员会工作机构分送有关专门委员会审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业

事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出审查的建议,由常务委员会工作机构研究,必要时,送有关的专门委员会审查、提出意见。很显然,相对于受违宪审查的对象的行为主体来说,行政法规的制定主体——国务院,地方性法规的制定主体——省会在市的人民代表大会及其常委会、较大的市的人民代表大会及其常委会,自治条例和单行条例制定主体——自治区、自治州和自治县的人民代表大会及其常委会都有可能成为立法法所确立的违宪审查程序所确认的违宪主体。如果结合现行《宪法》关于各种宪法关系主体有遵守和实施宪法的泛泛的宪法责任规定,《立法法》无疑通过法律的形式缩小了违宪主体的范围,包括全国人大及其常委会、国务院各部委、地方各级人民政府、没有地方性法规制定权的地方人大及其常委会等等都没有明确的宪法上的违宪责任。

从我国对于违宪主体概念的界定的理论探讨和实践作法来看,违宪主体至少包括两个层次,一是广义上的具有维护宪法实施义务的各种社会关系主体;二是狭义上可以通过违宪审查程序来对其行为或者其行为结果是否符合宪法进行违宪审查的特定主体。遗憾的是,在关于违宪主体的概念上,我国宪法学界并没有形成通说,法律实践,不论是立法实践,还是司法实践,在这个问题上的态度也是不明朗和含糊的。解决这个问题的制度途径是很简单的。因为根据现行《宪法》第67条第1项和第4项规定,全国人大常委会会有权解释宪法和法律。现行《宪法》和《立法法》所规定的违宪主体到底是谁,范围有多大,违宪主体的哪些行为受违宪审查机关的审查等等,这些问题只需要全国人大常委会依法行使《宪法》所赋予的解释宪法和法律的职权就可以迎刃而解。当然,在全国人大的立法实践中,也存在着试图解决违宪主体问题的决定。如1990年4月4日由第七届全国人民代表大会第3次会议通过的《全国人民代表大会关于中华人民共和国香港特别行政区基本法的决定》中规定,“香港特别行政区基本法是根据《中华人民共和国宪法》按照香港的具体情况制定的,是符合宪法的”。很显然,在上述决定中,全国人大对自身制定的香港基本法是否违宪作出了正式的法律判断。从宪法理论上来看,全国人大在上述决定中并没有回避自身作为违宪主体的可能性。由此可见,关于违宪主体的界定,我国最高国家权力机关并没有非常明确和肯定的

王振民:《中国违宪审查制度》,中国政法大学出版社2004年2月第1版,第197-205页。

陆永胜、朱中一、莫纪宏:《中国法学会宪法学会2001年年会综述》,载《法学家》2001年第6期。

从严格意义上讲,该决定不应视为宪法解释,而应视为宪法适用中的解释,决定的效力只约束《香港基本法》,而没有涉及到《宪法》条文自身。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

立法态度，这也是导致实践中特别是在司法实践中违宪主体被泛化的重要原因。

因此，要在理论上和在实践中彻底解决违宪主体概念的界定问题，国家最高权力机关，特别是全国人大常委会必须依据宪法对宪法和法律中有关违宪主体的概念、范围作出明确的解释，否则，就无法科学和有效地建立起违宪审查法理和违宪审查制度。

## 二、国外宪法理论和在违宪审查实践中所确立的违宪主体概念

关于违宪主体问题，在国外是随着近代成文宪法制度的产生而逐渐建立起来的。违宪问题是在确立宪法的根本法律地位过程中逐渐产生的，并且形成了违宪的法律和行为无效的法治原则。关于违宪无效的观念，最早可以追溯到中世纪欧洲开始萌芽的自然法观念。既是神学家、又是法学家的阿奎那曾经根据自然法的观念提出，违反人类福利的法律或者是立法机关越权制定的法律，均属于不合正义的法律，根本不能视为法律。在13世纪，随着1215年限制封建王权的近代宪法文件《自由大宪章》的诞生，宪法作为根本法的思想得到了确立。英王爱德华一世曾下令，任何违反《自由大宪章》的判决均无效，表达了以普通法传统为基础的法院作为违宪主体的可能性，在英国传统的普通法理念基础之上引入了宪法至上的法治观念。英王爱德华三世曾连续发布确认《自由大宪章》的宣言达15次。他在最后一次宣言中声称，即使国王制定的法律与《自由大宪章》相抵触，也应当视为无效。在此，英王的声明中已经包含了作为最高国家权力的国王存在违宪的可能，国王也可能会成为违宪主体。17世纪，最高法的思想在英国的司法实践中得到了认可。在这一方面，具有奠基作用的英国王室高等法院法官科克认为，《自由大宪章》包括公平与正义的根本原则，而普通法则是这些根本原则的体现，从而认定《自由大宪章》及普通法均为最高法，其效力均在国王和议会制定的法律之上。科克在著名的博纳姆博士一案判决中指出，英国的普通法（即判例法）和《自由大宪章》是自然法的体现，其地位和效力优越于国王及国会的立法，凡是与两者相违背的立法一律无效。科克的著作后来流传到北美，受到了广泛的推崇。他被称为“司法审查的法律之父”。特别是1761年波士顿的青年律师奥迪斯在他办理的案件中，常常引用科克的主张作为其辩论的法理依据，积极倡导“法律如违反宪法则无效”的思想。奥迪斯在其著作中认为：一切自由国家都设定宪法，最高立法机关的权限乃渊源于宪法，故不能超

过宪法所规定的范围而自毁其权力基础。

宪法作为根本法以及法律不能违宪的思想在北美独立战争期间深深地影响了美国独立战争胜利后制宪者们的建国思想。美国1787年《宪法》产生之初，美国宪法的制定者们就已经认识到了违宪问题的重要性，并且意识到立法机关可能会更容易违宪，是违宪的最重要的主体。1787年美国《宪法》在确立宪法最高法律地位的同时，就确立了违宪的概念。该《宪法》第6条第2款规定：本宪法及依本宪法所制定之合众国法律，以及合众国已经缔结及将要缔结的一切条约，皆为全国之最高法律，每个州的法官应受其约束，任何州的宪法和法律中的任何内容也不得与之相抵触。麦迪逊曾经在1788年2月1日《纽约邮报》上一针见血地指出：行政部门经常违宪也并非无辜。在这个问题上应该提到三种情况：第一，这些事例中大部分不是由于战争需要而直接产生，就是由于国会或总司令的建议。第二，在大多数其他事例中，它们不是迎合立法部门的已经表明意见，就是迎合立法部门的已经周知的意见。很显然，麦迪逊在此把行政部门违宪的更多的原因都归结为立法机关的违宪。正是基于对立法机关更容易违反宪法的担心，1791年通过的美国《宪法修正案》第一条就在宪法文本中明确地限制了联邦国会的立法权力。该条修正案规定：国会不得制定有关下列事项的法律：确立一种宗教或禁止信教自由；剥夺言论自由或出版自由；或剥夺人民和平集会及向政府要求申冤的权利。

在美国宪法及其宪法修正案所确立的违宪理念指导下，违宪主体的概念随着美国最高法院在马伯里诉麦迪逊一案中所确立的司法审查先例而得到正式肯定。在以马歇尔为首的大法官作出的判决中，对立法机关作为违宪主体的正当性作了比较详尽的论述。该判决认为，立法权力应当受到宪法的限制和制约。因为宪法是成文宪法，这些限制不应当被遗忘。假若这些限制可以在任何时刻被其意欲约束的权力所超越，还要以什么目的去限制这些权力？还要以什么目的把这些限制付诸文字？假若那些限制不能约束它们施加的对象，假若法律所允许的和法律所禁止的都有同样的强制效力，那么具备有限与无限权力的政府就失去了区别。无可争辩，如果不是宪法控制任何与之违背的立法法律，就意味着立法机关可以通过寻常的法律来改变宪法。在这两者之间只能选择其一。或者宪法是首要至上的法律，不可被通常手段加以改变；或者是它与普通法律居于同一水准，并和其他法律一样，可以被立法机关在高兴时加以修改。如果前一种选择是正

林广华：《违宪审查制度比较研究》，社会科学文献出版社2004年6月第1版，第119页。

[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著，程逢如等译：《联邦党人文集》，商务印书馆1980年6月第1版，第256页。

确的,那么和宪法矛盾的立法法案就不是法律;如果后者是正确的,那么成文宪章就成为了人民的荒谬企图,去限制那些本质上不可限制的权力。无疑,所有那些设计成文宪章的人们将它设想为形成民族的基本和首要之法律,因而所有这类政府的理论一定是:一项和宪法相抵触的立法行为是无效的。

从美国联邦最高法院关于马伯里诉麦迪逊案件的判决来看,美国联邦最高法院在确立法律违宪的法理时,是从制定法律的主体立法机关必须要服从制定宪法的主体人民的意志角度出发,来论证立法机关作为违宪主体的合法性的。由于立法机关是人民通过选举代表其意志和利益的议员或代表组成的代议机构,所以,作为代议机构的立法机关的意志应当从属于人民的意志,表现在立法上也就是说,立法机关制定的法律应当服从于人民制定的宪法,立法机关存在着违反宪法规定、违背人民意愿的可能性,因此,在制度上就必须建立起对立法机关的立法行为实行违宪审查的制度。当然,以三权分立和权力的制约与平衡原则为基础建立起来的美国宪法制度,由于立法机关、行政机关和司法机关在宪法中享有同等重要的国家权力,彼此互不隶属,因此,他们都可能存在违宪行为,都可能成为违宪主体。如在1974年7月24日美国联邦最高法院就合众国诉尼克松一案所作出的判决中指出:总统的行政特权不能无限制地延伸到阻碍司法审查的正常程序,司法程序的合法需要可以超越总统所享有的行政特权。如果允许总统享有行政特权而扣留与刑事审判相关的证据,则会深深地侵犯法律所规定的正当程序。可见,在美国的违宪审查制度下,联邦总统并不能从违宪主体中加以排除。在美国联邦最高法院两百多年的违宪审查实践中,联邦国会作为制定法律的立法机关一直被视作主要的可能存在违宪行为的违宪主体,随着违宪审查制度的发展,包括联邦总统、州立法机关以及州法院等的行为都进入了违宪审查对象的范围,相应地也就逐步建立起比较稳定的违宪主体制度。自1803年最高法院大法官马歇尔确认最高法院享有违宪审查权之后,美国最高法院的违宪审查权的范围是通过违宪审查活动逐步展开的。如在1810年,联邦最高法院对州法院是否违反宪法享有了违宪审查权,1816年,联邦最高法院对州法院也拥有了管辖权。从1890年至1932年,联邦法律或者是总统令被宣告违宪的有35件。在罗斯福新政期间,总共有12个法律被最高法院宣布为违宪。不过,从总体上来说,一直到

二战结束,美国联邦最高法院行使违宪审查权基本上是采用司法抑制主义态度。直至目前为止,美国最高法院已经对4000件关系到宪法解释的案件进行了审查,总共宣告了美国国会制定的80多部宪法违宪,也宣布了一些州的法律违宪。不过,美国最高法院的违宪审查一直属于附带型的违宪审查制度,对法律的违宪审查是依靠具体的案件涉及到法律的违宪问题而发生的。所以,美国的违宪主体制度也是依靠美国联邦最高法院不断积累的违宪审判判例建立起来的。违宪主体概念的界定缺少成文宪法的规定,违宪主体的范围具有一定的开放性。

在欧洲大陆,关于违宪主体的理论是随着宪法法院的理论建立而发展起来的。在20世纪初期,美国式的违宪审查制度曾经在法、德、意等国家得到青睐。在法国,从1902年开始,比较立法协会(Société de Législation Comparée)会长拉尔诺德先生就倡导并发动了一场旨在建立美国式违宪审查制度的运动,得到了许多学者的支持和响应。该运动甚至涉及到了报社。《时代》杂志曾在1925年第11-12期上刊发了一个相关的民意调查。同年12月,精神科学与政治科学学会(Académie des Sciences Morales et Politiques)举行了一场辩论会,几位与会的公法学家,包括泰勒米、狄骥、欧里乌等教授一致认为,应当鼓励普通法院的法官学习美国。不过,在实践中,法国的行政法院和最高法院却没有在任何一个正式的案件中宣布某项立法案违宪。在诉讼过程中,法官仍然忠实地履行遵守法律的职责,不敢越雷池一步。在德国,1925年11月4日帝国法院的一个判决仿效了美国联邦最高法院的作法,但此后就止步不前。与此同时,在纯粹法学代表人物凯尔森的倡导下,在一般法律不得违背作为根本法的宪法思想指导下,奥地利于1920年成立了有别于美国违宪审查制度的宪法法院制度。此种模式明确地将宪法法院作为宪法的“守卫者”,与立法机关、行政机关和司法机关相对应。由此,立法机关、行政机关和司法机关都成为了违宪审查的对象,立法机关、行政机关和司法机关在制度上也明确地成为了违宪主体。凯尔森认为,社会即意味着秩序,而秩序是由不同规范来组成及限制的;所谓法律秩序就是法律规范的一种等级体系。法律秩序依次是“个别规范”、“一般规范”、“宪法”和“基本规范”所组成的等级制度。这些规范的统一性由下列事实构成:一个规范的产生由另一个规范决定,也就是说,低级规范的产生由高级规范所决定,而后者产生又被更高的规范所决定。这种规

[美]保罗·布莱斯特等著,张千帆等译:《宪法决策的过程:案例与材料》,中国政法大学出版社2002年8月第1版,第88页。

韩大元、莫纪宏主编:《外国宪法判例》,中国人民大学出版社2005年6月第1版,第373页。

胡肖华:《宪法诉讼原论》,法律出版社2002年10月第1版,第85页。

范效力的上溯最终会到一个最高级的规范,即基本规范。基本规范是整个法律秩序的最高效力的原因,是整个法律秩序统一性的依据。凯尔森认为,每个国家都会有某种宪法,它可能是成文的,也可能是不成文的,可能是简单的或详细的,是弹性的或刚性的,但它是一个根本法。因此,依据凯尔森所建立的法律规范效力等级体系,处于宪法之下的低级规范,特别是直接依据宪法产生的法律规范的制定主体,就可能成为违宪主体。由于制定法律规范是立法机关经常性的工作,所以,以监督宪法实施为职责的宪法法院就应当享有对立法机关制定的法律的抽象性审查权力,来保证宪法得到正确和有效的实施。

奥地利的宪法法院模式二战后在欧洲大陆得到了肯定。包括奥地利、德国等在内在二战后都建立了宪法法院制度,宪法法院除了对在普通法院审理中涉及宪法问题的案件进行违宪审查之外,还能够直接受理提请违宪审查的案件。由此,受违宪审查的违宪主体的概念也更加明确,违宪主体的范围也更加广泛。如1949年《联邦德国基本法》第93条规定:联邦宪法法院有权裁决联邦法律或州法律与基本法在形式上和实体上是否一致;任何人如就公务机关损害第20条第4款,第33、38、101、103或104条中规定的基本权利之一或权利之一,向宪法法院提出审查违宪行为的宪法诉愿;镇或联合乡就其根据第28条应享受的自治权受到州法之外的法律的损害,如果具有向州宪法法院进行申诉的条件,可向宪法法院提起审查违宪行为的申诉。依据《联邦德国基本法》成立的于1951年制定的《联邦德国宪法法院法》除了重申了《联邦德国基本法》中关于违宪主体的规定,对违宪主体的范围还作了进一步补充。《联邦德国宪法法院法》第13条规定:联邦宪法法院可以审查政党违宪案件、联邦总统违宪而由联邦议院或者联邦参议院提出的对联邦总统的弹劾案件、对联邦或州法官违宪行为的弹劾案件、州宪法法院作出的关于基本法的解释决定是否与联邦宪法法院作出的决定相一致的案件等。很显然,联邦德国宪法法院所审理的违宪案件涉及到的行为主体,包括了立法、行政和司法机关从联邦权力机构到州权力机构、从机关到公务人员个人非常广泛地依据宪法享有宪法职权的宪法关系主体。值得注意的是,在德国,政党违宪,包括在特殊情况下,公民个人违宪应被剥夺基本权利都被纳入到违宪主体的范围,说明了在联邦德国的违宪审查制度下,违宪主体作为违宪行为或者违宪行为结果的实施者与违宪行为或者违宪行为结果一样,同样受到了联邦宪法法院进行违宪审查活动的重视。违宪审查所产生的判决既有对事的效力,也具有对人的效力。

与德国、奥地利式的宪法法院所面对的可能存在的违宪主体不一样的是,在欧洲大陆,法国通过1958年宪法建立起来的违宪审查制度,其针对的违宪主体范围仅限于最高立法机关,即法国议会。1958年《法国宪法》第61条规定:各个组织法在公布前,议会两院的法案在施行前,都必须提交宪法委员会,宪法委员会应就其是否符合宪法作出裁决。为了同样目的,各个法律在公布前,可以由共和国总统、总理、国民议会议长、参议院议长、60名国民议会议员或者60名参议院议员提交宪法委员会裁决。值得注意的是,法国宪法委员会仅仅有权对议会制定的法律进行违宪审查,也就是说,受宪法委员会审查的违宪主体仅仅涉及到法国议会参众两院,而政府的行为不在宪法委员会审查之列,由国家理事院即最高行政法院通过行政审判来对政府制定的各种规范性文件是否符合宪进行审查。根据法国宪法所确立的违宪主体制度,法国议会作为受宪法委员会违宪审查的违宪主体,并非所有的行为都可以毫无例外地受到违宪审查。主要分为两种情况:第一类是组织法,包括议会的规则。通常都需要提交宪法委员会审查由总理提交的审查案件。迄今为止总共有100多次监督事例。对议会规则的监督是对议会内部规则的监督,议会过去是自己给自己规定权力。成立宪法委员会时就是为了监督议会的权力。对内部规则的监督由议长提交宪法委员会审查。第二类是自由选择的监督,涉及到普通的法律,还有国际条约。到1974年的德斯坦当政时期,对一般法律的违宪提请宪法委员会审查是很少的,因为只有总统、总理、参议院议长、国民议会议长有权利提请审查。1958年到1974年期间,只有9个普通法律被提请宪法委员会审查。1974年对这方面的审查提请程序进行了修改,除了上述四种提请审查的情况外,还增加了60个参议院议员和6个国民议会议员有权利提请对普通法律的违宪审查程序,这就保障了少数派对多数派通过的法律进行违宪审查。实际上,这种对普通法律的违宪审查在政治上直接限制了政府的行动。当时,少数派没有把这些改革看成一回事,但是,正是这些程序,使得少数派不断将议会通过的法律提请宪法委员会讨论。从1974年到2004年整整30年间,共有328个法律被提请宪法委员会审查。在这328个法律中,大部分法律中的部分条款被宣布无效,共有200处。违宪审查是抽象的,在法律被通过之后、实施之前对法律进行审查。从议会通过法律到总统发布共15天时间,在这个时间里,由宪法委员会进行审查。如果宪法委员会介入,总统暂时就不能颁布。宪法委员会可以有一个月的时间来审查。如果一个月没有审查完毕,并没有相关的处罚措施来加以补救。但迄今为止,一个月的

期限,宪法委员会总是遵守的。宪法委员会所进行的违宪审查,随着1958年宪法的逐步改进,审查的范围也逐渐扩大。进行违宪审查,不仅要看是否符合正文的条文,还要看是否符合前言中的条文。《法国宪法》前言中提到1789年的《人权宣言》,1946年《宪法》中的经济、社会和文化权利,都成为现在进行违宪审查的主要依据。对于宪法委员会监督的对象,从形式上看宪法委员会监督的是议会,实际上监督的是政府。就像人们开始认为宪法委员会是对付议会的,实际上现在是既对付议会,又对付政府。因为宪法委员会通过的裁决对所有的公共权力机关都是有效的,不能提起上诉,是最终的决定。所以,宪法委员会在实践中被视为议会的第三院,自己立法,自己做出解释。由此可见,法国式的违宪主体制度,实际上涉及到法国议会两院和法国政府,而不仅仅限于议会自身。

总结国外违宪主体制度的产生和发展历史,对违宪主体的确定,不论是立法上明确规定,还是在司法审判实践中实际加以认定,一个最重要的特征就是表现为违宪审查机构在维护宪法权威、保证宪法实施方面的法律权威的加强。这一点,在以三权分立和权力制约与平衡原则为基础建立起来的宪法制度中,违宪主体制度的确立更有效地限制了依据宪法享有宪法职权的机构和人员行使国家权力的行为,从而较好地保证了有限政府这一宪法原则的实现。此外,对侵犯公民宪法权利的违宪行为的审查也有效地维护了宪法所赖以建立的人权保障原则。通过违宪主体制度的建立,将立法机关、行政机关以及司法机关,中央国家机关与地方国家机关,联邦国家机构与州政府机构,国家机关与国家机关工作人员行使国家权力的行为完全纳入到违宪审查的范围,从而保证了行使国家权力的机构和人员行使国家权力的合宪性。

### 三、建立我国违宪主体制度的若干问题探讨

虽然我国《立法法》确立了违宪审查的基本制度,但是,由于全国人大常委会在实践中从来没有正式进行过一次违宪审查活动,所以,在我国宪法学理论研究和宪政实践中,违宪主体还是一个不确定的概念。由于我国现行宪法同时以违宪主体和违宪审查的对象为基础来确立不得违宪的法治理念,而在制度上又没有明确地将违宪主体与违宪审查的对象之间的价值关系有效地揭示出来,这就导致了在违宪主体问题上不同意见的产生。目前来说,最需要加以解决的有关违宪主体的理论和实践问题主要包括以下几个方面:

#### (一) 违宪主体的界定标准及范围

关于违宪主体的认定,最重要的问题就是违宪主体

的界定标准。我国现行《宪法》第5条第4款规定,一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、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。《宪法》第5条第5款也规定:任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。如果根据上述规定,从法理上可以推定,我国现行《宪法》所确立的违宪主体是最广义上的,几乎涵盖了所有的国家机关、社会组织 and 公民个人。但是,在现行《立法法》第90条中所确立的违宪审查制度,只是规定了可以对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例是否违宪进行审查。《立法法》的规定似乎通过明确违宪审查对象的方式限制了现行《宪法》所确立的违宪主体的范围。由于目前对宪法和法律享有解释权的全国人大常委会并没有对此作出任何正式的解释,所以,在法理上,还无法有效地支持哪一种界定标准。从违宪审查的一般法理来看,现行《宪法》序言以及第5条所规定的违宪主体似乎范围过于宽泛,而《立法法》关于受违宪审查的违宪主体范围又更窄,特别是它回避了全国人大及其常委会自身是否属于违宪主体问题。此外,《立法法》也没有为提请违宪审查提供一个基本的法律标准,因此,包括特别行政区的立法机关、行政机关和司法机关是否可以作为违宪主体,国务院各部委、国家主席、中央军事委员会、地方各级人民政府、各政党和社会团体和公民个人等能否作为违宪主体这些问题都予以回避了。如果从宪法规定需要通过具体法律所规定的程序来保障实施的法理出发,除了《立法法》所明确肯定的违宪主体之外,其他的国家机关、社会组织 and 公民个人,都不能作为违宪主体。但是,《立法法》并没有提供关于行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例作为违宪审查对象的法律理由,却对宪法与法律之间的关系以及法律与行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例之间的关系采取了消极回避的态度,其结果必然使得通过《立法法》第90条建立起来的违宪审查程序缺少必要的合理性支撑。事实上,涉及到“孙志刚案件”,法学界虽然也予以了广泛的关注,但是,就“三博士上书”中提出的违宪审查理由是否具有规范性,是否符合一般违宪审查的基本要件,是否存在宪法和法律所规定的违宪审查对象等等问题,并没有在理论上得到很好的讨论,倒是出现了许多情绪化的观念。

目前,根据《宪法》和《立法法》的规定,可以作为违宪审查对象的仅限于行政法规、地方性法规以及其他规范性文件,全国人大及其常委会自身制定的法律、决议和决定不在违宪审查的对象之列。此外,中央军事委员会依据

有关资料来源于安德雷·鲁教授在2005年1月18日人大法学院召开的“中法违宪审查理论研讨会”上的发言。

《国防法》和《立法法》规定制定的军事法规和军事规章等规范性文件不在违宪审查之列。这种制度设计应当说具有中国特色。在我国,根据《宪法》规定,宪法由全国人大修改,法律由全国人大及其常委会制定,所以,由同一个国家机关修改宪法和制定法律,在法理上就存在着全国人大及其常委会制定的法律、发布的决议和决定不可能出现违宪问题的情形。至少说,在理论上不能排除法律的违宪可能性,但在实际中是永远不可能发生的。因为如果全国人大常委会发现全国人大及其常委会制定的法律,发布的决议和决定与宪法的规定不一致,可以有两种途径来解决。一是修改《宪法》的有关规定;二是修改或者废止有关的法律、决议和决定。全国人大常委会无论是从法理上,还是在实践中,出于保护自身的政治权威和社会公众对其的信赖,是不可能宣布自己制定的法律或者是规范性文件违宪的,而且也没有这样的必要。从法律的实际效力来看,法律与宪法的法律效力是处于一个层面的。但是,从三权分立的原则出发来考察立法机关的立法,就很难排除对立法机关制定的法律进行违宪审查的可能性。当然,对于立法机关制定的具有高度政治性的法律,违宪审查机构也可以以统治行为论来排斥对具有高度政治性的法律进行违宪审查的可能性。在我国,尽管《宪法》和《立法法》考虑到了上述政治因素和我国政治体制的特点,没有将全国人大及其常委会制定的法律纳入违宪审查的范围,但是,从法理上来看,是否能够排除对法律的违宪审查,并没有相关的法律或者是规范性文件加以解释和作出说明,很容易造成不必要的误解<sup>①</sup>。事实上,如果全国人大常委会在进行违宪审查的过程中,通过做出明确的宪法解释来将全国人大及其常委会制定的法律以及发布的决议和决定作为具有高度政治性的统治行为排除在违宪审查对象范围之外,可能在法理上更加有说服力。另外,对于中央军事委员会制定的军事法规和军事规章,也可以在具体进行违宪审查过程中,通过具体的案件来将其作为统治行为排除在违宪审查范围之外。当然,利用统治行为的理论来排除对法律、军事法规和军事规章等规范性文件的违宪审查,并不意味着全国人大常委会完全不能审查上述对象是否存在违宪问题。事实上,全国人大常委会在行使违宪审查权的过程中,可以通过具体的案例来建立一些适用违宪审查的对象的判断规则。对

于那些明显存在违宪问题的法律、军事法规和军事规章,也应当大胆地行使违宪审查权,宣布违宪,并敦促相关国家机关采取相应措施来应对全国人大常委会做出的法律、军事法规和军事规章违宪的判断。

## (二) 全国人大及其常委会能否成为违宪主体

长期以来,我国将宪法的作用局限在为具体的立法提供法律依据方面,它不具有司法上的可适用性,也就是说,宪法没有能够成为解决法律争议的法律依据和法律标准。法院在审理具体的刑事、民事及行政案件中不能直接引用《宪法》条款或运用宪法原则去审查拟将作为裁决依据的规范性文件的合宪性,也不能受理和审理当事人以《宪法》为依据提起的宪法诉讼案件,同时宪法也不能直接运用于审理具体的纠纷案件,因而,法院在适用一般的法律文件审理争议纠纷时是不可能发现这些法律文件与宪法有抵触的。而作为最高权力机关的全国人大及其常委会,尽管在法律上有违宪审查权,但是,由于它仅仅是制定法律,并不直接适用和执行法律,因此,如果没有其他因素的推动,它自身是无法发现违宪案件的。特别是1996年以后,全国人大及其常委会开始注重在制定法律的时候,在法律的第一条立法目的中强调“依据宪法”,更是强化了全国人大及其常委会制定的法律的“合宪性”,合宪性问题似乎已经解决在立法过程中,立法过程之外已经很难或者是根本不用去寻找违宪问题了,否则就会与全国人大及其常委会制定法律时“依据宪法”的政治判断产生矛盾。由此,使得除了全国人大及其常委会自身可以对其通过的法律是否违宪作出判断之外,其他机关根据人民代表大会制度的基本原则和人大对“一府两院”之间的监督关系,根本不可能在制度上对全国人大及其常委会制定的法律是否违宪提出疑义,或者说虽然有疑义,也无法利用宪法和法律赋予的职权来对其是否违宪进行审查<sup>②</sup>。根据《立法法》的规定,甚至连审查法律违宪的要求和意见也不能提,只能对行政法规、地方性法规或者是自治条例和单行条例是否违宪或违法向全国人大常委会提出审查要求或意见。与日本的违宪审查制度相比,尽管日本的法院对国会、内阁的国家行为也表示了高度敬意,特别是在违宪审查实践中发展出“统治行为”的理论,对国会、内阁的自由裁量权表示高度尊重,但是,从保障宪法实施的角度出发,日本法院也先后通过违宪审查宣布

<sup>①</sup> 林广华在《违宪审查制度比较研究》中认为,宪法和立法法对全国人大制定的基本法律的违宪审查主体及程序没有做出规定,可能是出于三种考虑:(1)认为全国人大制定的基本法律不可能与宪法相抵触,因此,不需要设立相应的机关和程序来对其进行违宪审查;(2)全国人大制定的基本法律虽然可能与宪法相抵触,但在民主集中制的人民代表大会制度下,受政治体制、政治理念所决定,没有一个机关有资格来判断并纠正全国人大制定的基本法律是否合宪;(3)全国人大制定的基本法律虽然可能与宪法相抵触,但是,全国人大从其性质出发,完全有自我纠正的能力。社会科学文献出版社2004年6月第1版,第195页。

<sup>②</sup> 王克稳:《我国宪法实施保障的思考》,载《法学天地》1989年第5期。

了国会制定的近10部法律违宪。所以,从日本违宪审查实践来看,立法机关具有高度的政治权威,甚至立法机关在制定法律的时候已经进行了事先的合宪性推定,也不可能避免立法机关制定的法律在事后的实施过程中会出现与宪法相违背或不一致的地方。所以,在保障宪法实施的过程中,仅仅靠同一个国家机关来监督自己的行为是否合宪对于保障宪法实施来说,存在的问题是很多的。可能会因为政治性的因素而掩盖了立法或者法律上的不足,影响法律自身的科学性。

所以,作为世界各国违宪审查实践中所确认的最主要的违宪主体,国家最高立法机关如果其行为或者是其制定的法律不能接受违宪审查,那么,试图在法理上在宪法与法律之间作出价值意义上的区分作用是不大的。就我国目前的宪法制度现状而言,全国人大及其常委会如果被排除在违宪主体的范围之外,在理论上不具有说服力,在实践中也容易引起混乱。从理论上来看,既然根据我国现行《宪法》的规定,制定或修改《宪法》的程序与制定或修改法律的程序不一样,那么,宪法的正当性基础与法律的正当性基础完全可以在法律程序意义上加以区分,因此,也就存在着通过普通立法程序制定或修改的法律违背宪法的问题,事实上,现行《宪法》序言,特别是《宪法》第5条已经明确规定了法律不得违宪的要求。所以,将全国人大及其常委会从违宪主体中排除出去在法理上存在着不可解释的矛盾。从实践上来看,《立法法》所规定的受违宪审查的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例本身也必须与全国人大及其常委会制定的法律保持一致,如果这些受审查的法规和条例是依据全国人大及其常委会制定的法律制定的,由于《立法法》排除了对全国人大及其常委会制定的法律进行违宪审查的制度上的可能性,所以,要真正对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例进行违宪审查也是不可能的。特别值得注意的是,依据宪法和民族区域自治法的规定,自治区的自治条例和单行条例要报全国人大常委会批准后才能生效。对于由全国人大常委会批准后才能生效的自治区制定的自治条例和单行条例来说,要依据《立法法》规定的程序,由全国人大常委会来进行违宪审查在制度上根本是不可能的。所以,应当通过修改《立法法》,将全国人大及其常委会也作为违宪主体写进法律,从而保证违宪主体相互之间价值关系的统一,便于建立完整和科学的违宪主体制度。

### (三) 公民个人能否作为违宪主体

2001年8月13日,最高人民法院就“齐玉苓案”公布了《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育

的基本权利是否应承担民事责任的批复》。该批复从一出台就引起了学界和司法实践部门的关注和争论。虽然从实施宪法的角度很多文章肯定了最高人民法院批复的意义,但是,从宪法学理论上来看,特别是从违宪审查理论来看,最高人民法院的批复明显地是支持宪法权利的第三者效力理论的。而这一作法在世界各国的违宪审查制度实践中并没有得到广泛的支持。在日本的违宪审查实践中,最高法院在三菱树脂案中也是否定了宪法权利在私人之间的效力。而最高人民法院在“齐玉苓一案”的司法批复中,不仅肯定了私人之间可能会侵犯彼此的宪法权利,而且还肯定了民事侵权会导致宪法权利被侵犯的司法判断。这样的司法解释所依据的法理与通行的宪法学理论是有差别的。在传统意义上,宪法上的权利作为公民的基本权利是作为“防御性的权利”存在的,负有保障宪法权利义务的是依据宪法享有国家职权的国家机关,而不是普通公民。普通公民之间的具体法律关系应当由立法机关制定法律来加以规范,而不应当直接引用具有高度抽象性和政治性的宪法条文<sup>⑬</sup>。特别是在我国现行的人民代表大会制度下,国家权力机关与“一府两院”(人民政府、人民法院和人民检察院)之间的关系是监督和被监督的关系,不论是地方法院,还是最高人民法院,在依据宪法行使审判权的过程中,首先应当依据全国人大及其常委会所制定的法律来作出判决,人民法院必须尊重国家权力机关的立法权威,而不应直接地将宪法关于公民权利的规定作为审判案件的依据,否则就存在着一个在理论上轻视或忽视全国人大及其常委会立法权威的可能性。为了严格地遵守人民代表大会制度的基本原则,有关公民个人之间作为平等的民事主体之间的法律关系应当首先服从全国人大及其常委会制定的有关民事方面的各项法律规定。在我国现有的宪法体制下,不宜采用宪法权利的“第三者效力”理论和学说。

总之,在理论上和在制度上确立违宪主体的概念,并进而通过法律确立科学和合理的违宪主体制度,可以有效地推动我国违宪审查制度的建立和发挥其在维护宪法权威、保证宪法实施中的重要作用,特别是可以有效地改变长期以来在我国存在的有违宪审查制度,却没有违宪审查实践的不正常的现象。只有违宪主体明确,违宪审查机构在行使违宪审查权时才能够有的放矢,否则,如果在法理上和制度上对违宪主体的概念和制度继续持暧昧和不明确的态度,就很难真正地推动我国违宪审查制度的发展、健全宪法实施的保障制度。

<sup>⑬</sup> 陈新民:《德国公法学基础理论》(上),山东人民出版社2001年3月第1版,第288页。