

試論大陸確立違憲審查制度的途徑

湯德宗*

拜讀完張千帆教授與莫紀宏教授的大作，思緒澎湃，久久難以自己。兩篇論文在回顧大陸自49年「解放」以來行憲的坎坷歷程之後，不約而同地指出了當前的難題：如何才能建立司法違憲審查制度？台灣比較幸運，威權時代終究還保存了憲政的種子，冬去春來便能萌芽茁壯；一海之隔的大陸，能否掌握經濟高度成長的契機，順勢從「憲法」邁入「憲政」，眼下正是關鍵。個人研習憲法二十年，如此令人震撼的挑戰並不多見。爰不揣簡陋，略陳己見。

「違憲審查」(judicial review of constitutionality, constitutional review) 係指由司法部門 (judicial branch) 或特定機關，解釋憲法意旨，並認定、宣告國家機關之行為是否違憲 (unconstitutional) 的權力活動。從比較憲法的宏觀角度觀察，有效的（司法）違憲審查制度大體須具備四項前提 (premises)：¹

1. 法治原則 (rule of law)，包括：(1) 憲法最高性——憲法是一國之內最高的法 (the constitution is the supreme law of the land)；且 (2) 無人可以凌駕（超越）法律之上 (no man is above the law)。
2. 憲法亦法——憲法可由法院適用並執行 (the constitution can be judicially enforced)。
3. 合憲性之認定乃專屬司法之職能 (solely a judicial function)。

* 中央研究院法律所研究員兼籌備處主任。

1 See David J Danelski, *Documenting the Establishment of Judicial Review: Japan and the United States*, in *COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW AND PUBLIC POLICY* 22 (Donald W. Jackson & C. Neal Tate ed., 1992).

4. 司法獨立 (judicial independence)。

茲就張、莫兩文所敘述的大陸現制，按前述四項前提，分別析論大陸建立違憲審查制度的可行途徑。

一、關於「**憲法最高性**」，1982年中國憲法第五條第二項規定得十分明確：「一切法律、行政法規和地方性法規都不得同憲法相牴觸。」²按 *Marbury v. Madison* 的推理，只要確立了「**憲法最高性**」，即可推導出某種「**違憲審查制度**」（或稱「**憲法監督機制**」），以確保憲法為「具有最高法律效力」的法。又，經過了慘痛的歷史教訓，「**法律之前人人平等**」、「**人人皆受法律之拘束**」、「**無人可以違法享有特權**」想必日益深植大陸人心。準此，大陸殆已大體具備確立違憲審查制度的第一項前提要件。

二、關於「**憲法亦法**，從而得由法院適用」一點，在欠缺憲政傳統的國家，確實並非當然自明之理。但是，1955年7月30日最高人民法院研字第11298號「關於在刑事判決中不宜援引憲法作論罪科刑的依據的批覆」的司法解釋（認為憲法「並不規定如何論罪科刑的問題」，因此，「在刑事判決中，憲法不宜引為論罪科刑的依據」），似乎也沒有否定違憲審查的存在空間。蓋該批覆僅不許法院「直接援引憲法論罪科刑」，並未禁止法院「以判決（擬）據以論罪科刑的法律牴觸憲法為由，而**拒絕適用該違憲的法律論罪科刑**」！

「法官是否有適用憲法的義務」或與憲法「**依法審判**」的規定方式有關。按1954年中國憲法第七十八條規定：「**人民法院獨立進行審判，只服從法律**。」類似規定亦見於中華民國憲法第八十條（「**法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉**」）。相形之下，日本1946年憲法第七十六條的規定就比較高明（「**所有裁**

2 並參見1982年憲法序言最後一段：「本憲法以法律的形式確認了中國各族人民奮鬥的成果，規定了國家的根本制度和根本任務，是國家的根本法，具有最高的法律效力。」

並請對照中華民國憲法第一七一條第一項（「**法律與憲法牴觸者無效**」）及第一七二條（「**命令與憲法或法律牴觸者無效**」）。

判官依其良心，獨立行使職權，僅受**本憲法**及法律之拘束」。雖然，1954年憲法的規定不盡理想，前述疑惑仍可透過「論理解釋」解決。按憲法既是一國之內效力最高的法，法律自不得與之牴觸；因此，所謂「法官須『依法』審判」或「服從『法律』」，當然僅指「合憲」的法律而言！如果法官可以無視於憲法，則前述前提要件1.（憲法為效力最高之法，具有拘束全國各機關及人民之效力）便難以維持。

所謂「憲法亦法，從而得由法院適用」，主要應從「保障人權」的角度理解。按賦予法院違憲審查權原本就是為了維護社會少數（弱勢）個人不可剝奪的人權，防止（對抗）所謂「多數暴力」的侵害——社會多數經由在國會形成之多數，透過法律侵害少數人的憲法權利。憲法賦予人民權利，而人民權利遭受國家公權力（主要為立法行為，但也可能是行政或司法）³侵害時，如不許尋求法院（適用憲法予以）救濟，豈非違背市民自由 (civil liberty) 之真諦——「有權利即有救濟」 (*ubi ius ibi remedium*) 的原則。

所謂「有權利即有救濟」，或「得由法院適用、確保」 (enforceable by judges) 的人民權利，主要係指具有防禦國家侵害（干涉）功能的「自由權」而言，至於經濟、社會及文化方面的請求權（經社文受益權）因為牽涉國家財政資源的分配，一般以為尚不得由法官適用、確保。⁴準此理解，2001年的齊玉苓案最高法院的批示回

3 在台灣因為採取「五權分立」制度，監察與考試的決定也可能侵害人權，而成為違憲審查的對象。

4 英國公共政策研究所 (Institute for Public Policy Research) 在 1991 年所出版的「英國成文憲法草案」 (A Written Constitution for the United Kingdom) 規定最是明白。該草案第二章名為「權利及自由」 (Rights and Freedoms)，分為三節。第一節為「基本權利及自由」 (Fundamental Rights and Freedoms)，第二節為「社會暨經濟權」 (Social and Economic Rights)，第三節為「資訊自由」 (Freedom of Information)。其間所列權利皆「憲法權利」 (constitutional rights)，惟三節規定之權利定性不同。第一節所列皆「基本權」，為「主觀權利」，且第三小節 (Division 3: Remedies) 明定「此等權利受損皆得訴請法院救濟」；第二節所列之「經濟、社會福利權」則一概不得訴請法院強制執行 (not enforceable in any court)，是殆屬「客觀秩序」；第三節將「政府資訊公開」分別規定，顯然有意

覆（「經研究，我們認為，根據本案事實，陳曉琪等以侵犯姓名權的手段，侵犯了齊玉苓依據憲法規定所享有的受教育的基本權利，並造成了具體的損害後果，應承擔相應的民事責任」），不無商榷。本件「受教育權屬於憲法規定的基本社會權利」，而加害人（侵權人）為人民（非國家機關或公務員），各國一般不認為屬於違憲審查（或憲法訴訟）的範疇。⁵我贊成張教授的見解「在憲法意義上，私人不可能是適格的被告」。⁶縱使加害人為國家機關或公務員，如被害人民請求的救濟是「民事賠償」，各國一般亦不認為屬於「違憲審查」（或「憲法訴訟」）的範疇，而多另設「國家賠償」制度來處理。⁷

總此，大陸關於「憲法亦法」的正確認知尚待建立。前揭1955年最高人民法院之「批覆」固然不足以否定違憲審查的存在空間，齊玉苓案最高法院的「批示」又嫌太過。「憲法亦法，法院得予適用」主要是針對國家機關（公務員）侵害人民自由權的情形而言。

三、如何確立「合憲性之認定乃專屬司法之職能」，堪稱大陸建立違憲審查制度最大困難之所在。此處涉及幾個相互牽連的棘手問題。兩位論文發表人都提到違憲審查與人大制度的緊張關係。張 & 黃（p.48）指出：全國人大作為最高權力機關居於權力機構的頂

與第二節相區別，未必否定其為「主觀權利」！參見湯德宗，〈政府資訊公開請求權入憲之研究〉，湯德宗、廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第五輯，頁279-280（2007年3月）。

- 5 按私人間法律關係是否有基本權條款之適用，乃所謂「基本權第三人效力」之問題，目前德國與台灣之通說見解均認為基本權本質上是防衛公權力侵害，無法直接規範私人間之法律關係，應透過民法上概括條款或不確定法律概念，以間接適用方式，實現基本權，可稱為「間接效力說」。參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁151-152（2003年9月修訂版）。
- 6 張千帆，《認真對待憲法——論憲法效力的界定及其對私法的影響》，中國憲法學年會，中南財經政法大學主辦，武漢，2002年10月16-18日。
- 7 參見中華民國憲法第二十四條（「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償」）；國家賠償法第二條第二項（「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同」）。

端，其他各機關對其負責，受其監督。⁸這種制度設計從根本上否認了構成西方憲政基礎的「三權分立」和「權力制衡」的權力分配模式。

所謂「人大制度」，依照我粗淺的理解，主要由1982年中國憲法下列條文所構成。首先，第二條規定：「一切權力屬於人民。人民行使國家權力的機關是全國人民代表大會和地方各級人民代表大會。」第五十七條定位人大為：「最高國家權力機關」；所謂「最高國家權力機關」的職權則見於第六十二條，包含「修憲權」、「立法權」及「監督憲法實施權」（含「改變或者撤銷全國人民代表大會常務委員會不適當決定」）。⁹第六十七條規定，全國人大常委會的職權包括：「立法權」、「解釋憲法權」與「監督憲法實施權」（包括「撤銷國務院制定的同憲法、法律相牴觸的行政法規、決定和命令」、「撤銷省、自治區、直轄市國家權力機關制定的同憲法、法律和行政法規相牴觸的地方性法規和決議」）。

前揭規定對於建立司法違憲審查制度可能產生兩種障礙：首先，人大既為「最高國家權力機關」並有「監督憲法實施權」，還能「容許」司法違憲審查制度存在？其次，人大常委會已有「解釋憲法權」與「監督憲法實施權」，何須再有司法違憲審查制度？

人大制度下，是否容許司法違憲審查制度存在？前揭1982年憲法第二條第一句酷似中華民國憲法第二條（「中華民國之主權屬於國民全體」），用以宣示國家主權之所在，通稱「國民主權」（popular sovereignty）原則；第二句則類似中華民國憲法第二十五條（「國民大會依本憲法之規定，代表全國國民行使政權」），用以宣示

8 參見 1984 年中華人民共和國憲法第三條第三項（「國家行政機關、審判機關、檢察機關都由人民代表大會產生，對它負責，受它監督」）。

9 所謂「不適當決定」包含全國人大常委會之其他法律。人大與人大常委會之立法分工，參見 1982 年憲法第六十二條第三款（「制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律」）與第六十七條第二款（「制定和修改應當由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律」）。

代表國民行使主權的機關。¹⁰姑且不論「代表性」等實質問題，從形式上看，這樣的規定猶如「國會至上」(parliamentary supremacy)或稱「國會主權」(parliamentary sovereignty)之妨礙「司法違憲審查制度」的建構一般。¹¹

如同張&黃文所指出：「人民主權和代表人民行使主權的國家機構是兩個概念；在邏輯上，人民主權的唯一性並不能必然推演出這類國家機構的唯一性。」換句話說，「人民主權」不等於「人大主權」；「國民主權」也不等於「國民大會主權」！¹²在成文憲法國家，人民既是主權之所在，則「人民的決定」（所謂「直接民主」的結果）在效力上應優先於「人民代表的決定」（所謂「間接民主」或「代議民主」的結果）。理論上，人民作為主權者當然可以決定是否要在「人大」之外，創立司法違憲審查制度。

此外，美國耶魯大學教授 Bruce Ackerman 所倡議的「二元民

10 1940年五五憲草所架構之國民大會，可謂為標準的「最高權力機關」，其職權不僅包括所有憲法機關的人事權、修憲權、及創制複決權，所有憲法機關（總統、行政院、立法院）並對國民大會負責；但1946年政治協商會議通過的「政治協商會議憲草修改原則」決定將國民大會無形化，其謂「全國選民行使四權，名之曰國民大會」；嗣1947年中華民國憲法僅賦予國民大會選舉總統、副總統與修改憲法之權。

11 參見張&黃文，p.66（「根據這一規定，全國與地方各級人大是行使國家主權的唯一合憲機構。這種理解在本文被假定正確，而人大行使主權的主要方式就是制定有關法律或地方性法規（『人大立法』）。如果現在允許一個獨立的機構對人大立法進行司法審查，是否表明審查機構『篡奪』了人大所行使的主權？」）。

12 正是因為人民之代表實際上不等於人民，故孫中山先生才說：「政治主權之在人民，或直接以行使之，或間接以行使之。其在間接行使時，為人民之代表者或受人民之委託者，只盡其能，不竊其權。予奪之自由仍在人民。」人民有權，政府有能，政府受人民之委託行使治權，人民用四個權利（選舉、罷免、創制、複決）制約政府的五個治權，這樣一方面保證了政府可以是一個有效率的萬能政府，另一方面保證了這個政府不能夠成為脫離人民的控制，反過來壓迫人民的力量。參見孫中山，《中華民國建設之基礎》（1922年），引自趙現波，〈近代中國憲政制度演進與政體變遷的分析——《論法的精神》的現實思考〉，吉林大學理論法學研究中心，<http://www.legaltheory.com.cn/info.asp?id=7807> (visited on June 1, 2006)。

主」(dualist democracy) 理論¹³亦可供參考。其說以為，美國憲法實際包含兩種民主的決定（決策），分別經由兩個不同的程序軌道作成，且效力有別。質言之，「二元民主」即由「我們人民」(We the People)在所謂「憲法時刻」(constitutional moments)所作的決定——憲法決定 (constitutional decisions)，以及由人民選舉的代議士在日常立法所作的決定——尋常政治決定 (ordinary political decisions)。人民的決定固然罕見，代議士的決定則無日無之。憲法決定須能成功地動員人民，經過繁複的（制憲或修憲）程序，才能作成，可謂是「更高的立法」(higher lawmaking)；尋常政治決定由代議士，依照一般立法程序即可作成，堪稱「普通的立法」(normal law-making)。如何確保憲法政治 (constitutional politics) 下人民辛苦動員，就基本社會秩序，經過深刻思辯所獲致的成果——憲法，不至於在尋常政治 (normal politics) 下，被代議政府與利益團體周旋的結果——法律，所不法腐蝕，即為「違憲審查制度」的任務。亦即，違憲審查乃捍衛憲法（「更高的立法」），對抗代議士之「普通立法」侵害的「憲法守護者」。1982年憲法第六十四條既區分「修憲」與「立法」之程序（不同的可決門檻），自有必要建立司法違憲審查制度，確保「憲法」意旨不被「立法」質變、腐蝕。

至於，人大常委會已「解釋憲法」，何須再有「司法違憲審查」解釋憲法？我贊成莫教授的見解，¹⁴兩者應予區別：人大的憲

13 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE, VOLUME 1: FOUNDATIONS 6-7 (1991).

14 參見莫文 (p.105-106)，「全國人大常委會行使的這種憲法及法律的解釋權，是一種和法律的具體適用相分離的一種抽象性的立法解釋，近似於立法或修改憲法的活動。正因為如此，在普通法國家和地區，立法機關做出這樣的行為，通常被視為是對原有立法的修訂或者補充性立法，而不是憲法或法律的解釋。違憲審查意義上的憲法解釋本質是一種違憲解釋，這種解釋具有明確的針對性、被動性、個案性及司法性，它只有在憲法及法律的具體適用中才可能發生。正因為如此，在普通法國家和地區，『解釋』法律這個概念本身是和法院的『司法』功能緊密相連，渾成一體的，也就是說，由於法院的天職是把法律應用到具體案件之中，從而做出一個具體的判決，……法院的職能便是在聽取訴訟當事人對於這個法律解釋問題的論點後，依據普通法傳統中的法律解釋規則，對有關問題做出裁決，並在判詞中闡明其理由，而在設立專門違憲審查機構的大

法解釋是「立法解釋」，司法違憲審查的解釋是「司法解釋」。兩者性質、功能不同，可以並存，各國實務也多並存。¹⁵接下來的問題是，如果兩者發生衝突，應以何者為優先？按照我的「權力分立動態平衡理論」¹⁶以及各國實務，應以司法機關（法院）的個案解釋（一般僅具個案拘束力）為優先，或可泛稱為「個別優先於一般、具體優先於抽象」的原則。需要特別說明的是，違憲審查只是憲法上各權力部門間持續進行的制衡過程中的一部分，其他憲法機關對司法違憲審查的結果應有變更（修正）的可能（途徑），俾「憲法對話」得以持續進行下去。準此，只要人大繼續握有修改憲法的權力，¹⁷司法違憲審查就不至於變成失控的怪獸。當然，司法違憲審查之必要，主要還是基於下述「司法獨立」前提的要求。¹⁸

總此，如何確立「合憲性之認定乃專屬司法之職能」，為大陸建立司法違憲審查制度最大之障礙。其成敗繫於如何重新認識（界定）「人大制度」，並區分「人大常委會的憲法解釋權」與「司法違憲審查的憲法解釋權」。總體而言，我的評估並不樂觀，而需要在下述（五、具體建議）作些策略性的妥協。

四、「司法獨立」(judicial independence) 一般係指「審判獨立」——法官依據良知，適用憲法與法律，在個案作成裁判，不受任何干涉。為實現「審判獨立」，須提供法官身分保障，使法官無

陸法系國家，其與司法審查的區別，主要在於這些國家將憲法爭議從普通的爭議糾紛中分離出來，由獨立的機構適用憲法去審查和解決，它與司法審查沒有本質的不同和區別。」

15 張&黃文 (p.70) 結論相同 (人大常委並不壟斷「解釋憲法」的權力，也沒有「天然」的解釋憲法的最高權力)。

16 參見湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據——違憲審查正當性理論初探〉，《權力分立新論 卷二：違憲審查與動態平衡》，頁 1 以下 (頁 35-39) (2005 年 4 月增訂 3 版)。

17 參見 1982 年中國憲法第六十四條 (「憲法修改由全國人大常委或五分之一以上的人大代表提議，並由全國人大，以全體代表的三分之二以上多數通過」)。

18 張&黃文以為：「法治原則要求制定立法和審查立法的職能相分離，因而有必要建立一個獨立於人大的具有司法性質的憲法審查機構。」「立法者兼司法者顯然有違『沒有人能做自己案件的法官』的原則。」

後顧之憂，無庸為五斗米折腰。此外，「組織獨立」亦有助於審判獨立。台灣大法官釋字第八十六號解釋釋示「審檢（應）分隸」¹⁹即本此理解而作成。

大陸1982年憲法第一二六條雖有「審判應獨立」的宣示，²⁰但未有法官身分保障之規定。2003年的「洛陽種子案」（也稱李惠娟案）顯示「審判獨立」正遭受嚴厲的威脅。該案河南省人大常委會法制室答覆洛陽市人大常委會：「洛陽市中級人民法院在其民事判決書（【2003】洛民初字第26號）中對省人大常委會通過的地方性法規的違法審查，違背了我國的人民代表大會制度，侵犯了權力機關的職權，是嚴重的違法行為。」²¹並建議洛陽市人大常委會糾正洛陽市中級人民法院的違法行為，對直接責任人員和主管領導作出處理。結果，本案審判長、刑法學碩士李慧娟被洛陽中院撤銷審判長職務並免去助審員資格，民一庭副庭長趙廣雲被撤職。²²

本來，「司法獨立」是違憲審查的必要條件。但「司法獨立」容有不同程度，且須經由實踐，逐漸養成。故我以為，此一前提目前可暫不予深究。

五、關於大陸現階段建立違憲審查制度的具體建議。從權力的觀點出發，「違憲審查」實際上乃是使法院（司法部門）得以與其他國家部門「分享」政策制定權（決策權）(policy-making power)的制度。因此，如何使政治阻力減到最小，便是制度建構初時須審慎考量的事項。就此，我非常贊同張&黃文的見解，先降格

19 參見台灣司法院大法官第八十六號解釋（1960/08/15）（「高等法院以下各級法院及分院，既分掌民事、刑事訴訟之審判，自亦應隸屬於司法院」）。

20 惟第一二八條又規定：「最高人民法院對全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會負責。地方各級人民法院對產生它的國家權力機關負責」，審判如何獨立？

21 《關於洛陽市人大常委會「關於〈河南省農作物種子管理條例〉實施中有關種子經營價格問題的請示」的答覆》，河南省人大常委會法制室文件，豫人常法（2003）18號，2003年10月13日。

22 北大公法網，《人民對代表大會制度與議會至上》，<http://www.publiclaw.cn/article/Details.asp?NewsId=998&Classid=&ClassName=>。

以求：「我們認為當務之急是建立一種以憲法和法律為依據、以司法為主體的法律規範審查制度——法律以下的所有法律規範的合憲性與合法性審查。」並試著補充幾點想法。

首先，關於職司違憲審查的組織，我以為應該由「職能分工」(separation of functions) 開始，先形成司法違憲審查專職的事實，再伺機（視審查成效、輿論反應及政治氛圍等）進一步尋求「權力分立」(separation of powers) ——組織獨立。準此，全國人大的職權應先區分為「立法功能」與「司法功能」，使人大常委會專司立法功能（制定、修改「其他法律」），並在人大之下新設司法機構（如常設的「司法委員會」）²³專司「憲法監督」，包括：改變或撤銷人大常委會不適當的決定（含「其他法律」）、撤銷國務院制定而與憲法、法律相牴觸的行政法規、決定和命令、以及撤銷省、自治區、直轄市國家權力機關制定而與憲法、法律和行政法規相牴觸的地方性法規和決議。為減低衝擊，目前可僅予新設的司法機構（如人大常設的司法委員會）審查「法律以下所有法律規範的合憲性與合法性」的權力。張&黃文之建議應屬可行。²⁴

其次，我建議司法違憲審查機關考慮由迂迴、婉約的「間接審查」(indirect review)，²⁵逐步達成「直接審查」(direct review) 的效果。亦即，以「以子之矛、攻子之盾」的論證方式——譬如說「全國人大（制憲或修憲時）諒不欲見系爭之結果，蓋其與全國人大（或人大常委會）其他清晰可見之用意或法治國之一般法律原則等，顯不相符」等，雖不直接宣告系爭規範「違憲」，實質上達成

23 鑑於 1982 年憲法第七十條之規定，本文建議將新設機構定位為「常設委員會」，而非「專門委員會」。

24 2004 年全國人大常委會在其「法律工作委員會」下新設了「法規備案審查室」，作為處理違憲審查和違法審查的專門機構。法規備案審查應屬抽象的「立法解釋」，與前述建議無違。

25 See E. McWhinney, *Judicial Review in the English-Speaking World* 13 (4th ed., 1969); C. Neal Tate, *Comparative Judicial Review and Public Policy: Concepts and Overview*, in *Comparative Judicial Review and Public Policy* 5-6 (Donald W. Jackson & C. Neal Tate ed., 1992).

規範審查（控制）之作用。

最後，違憲審查有許多類型，為求新制順利上路，建制初期應考慮從阻力最小的類型開始。準此，「事後」且「具體」的違憲審查(a posteriori & concrete review)制，要比「事前」且「抽象」的違憲審查(a priori & abstract review)制可行得多，蓋前者違憲審查機關的政策制定權較為侷限。又，為了在最短期間內，樹立人民對於司法違憲審查的信賴，並考慮到法官素質的提升非朝夕可蹴，宜採取「集權式審查」(centralized judicial review)制，而非使所有法院（法官）皆有違憲審查權的「分權式審查」(decentralized judicial review)制。²⁶

26 關於台灣違憲審查的實踐經驗及其改革，參見湯德宗、吳信華、陳淳文，〈違憲審查制度之改進——由「多元多軌」到「一元單軌」的改進方案〉，載於湯德宗主編，《憲法解釋之理論與實務》第四輯，頁 523-596（2005 年 5 月）；並收於湯德宗著，前揭（註 16）書，頁 175-259。