中國大陸的憲政焦點：「憲法司法化」與違憲審查制度的建立

法律與法制

The PRC's"Constitutionalism"Issue: Discussion on "Constitutional Law Applied in Courts" and on Constitutional Review

桂宏誠（Kuei, Hung-Chen）

世新大學通識教育中心兼任助理教授

摘　要

儘管中國大陸無論哪一個機關行使權力時，背後黨組運作才是關鍵，但本文的主要論旨在於引介中國大陸學界當前所關注的重要憲政議題，並將之視為正在孕育滋養的憲政思想，而藉以掌握其未來憲政發展的可能走向。因此，本文以中國大陸提出的「憲法司法化」概念與建立違憲審查制度為討論主題，除了有助於理解中國大陸社會主義的憲法觀外，也能掌握中國大陸當前對於憲政、民主及法治觀念的認知層次，以及預測其未來憲政發展的可能趨勢。本文先從社會主義憲法觀為基本背景，鋪陳「憲法司法化」的涵義及其提出的理由。其次討論「憲法司法化」與建立違憲審查制度等建議，將與社會主義民主體制產生何種理論上的不協調？

關鍵詞：「憲法司法化」、違憲審查、社會主義憲法、民主集中制

壹、前　言

2004年6月下旬，中國大陸有家報紙報導全國人民代表大會常務委員會（以下簡稱全國人大常委會）的法制工作委員會隸屬下，已成立一個專門審查地方法規是否違法或違憲的法規審查備案室。該報紙認為此一局級單位的設立，不僅是全國人大常委會在歷史上的首次，且還視為將違法違憲審查納入啟動程序的創始[1]，語多流

[1] 崔麗，「法規審查備案室成立，違法違憲審查納入啟動」，**中國青年報**，2004年6月20日。見http://www1.people.com.cn/GB/shehui/1060/2585009.html.

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJﾂI.indd　101　2006/11/10　、W、ﾈ 10:55:30

露肯定。事實上，「法規審查備案」原本屬於全國人大常委會下的秘書局之業務，現今只不過是改交由專門成立的機構掌理而已。並且，據熟悉這方面運作的學者指出，中國大陸其實自1982年開始，即有了法規備案審查的制度，而新成立的機構與建立違憲審查制度差距尚遠，甚至還是不相干的事情[2]。儘管如此，報導設立法規審查備案室的新聞卻透露出一個值得思索的有趣現象；即經由新聞媒體挖掘後，大家才發現，原來這個新機構係竟已成立近2個月。然而，為什麼媒體把法規審查備案室設立，視為啟動一個具有重大意義的「新」制度，但相對於中國大陸當局來說，卻又採取「低調」的態度呢？

原來在2003年春夏之際，廣州曾經發生了喧騰一時的孫志剛枉死事件[3]，而在新聞媒體關注地持續報導下，還引起了三位法學博士上書全國人大常委會，主張應該發揮違憲審查的功能[4]。由此可知，報紙媒體所以對設立法規審查備案室給予「誤判性」的關注與評價，其實在這整個事件發展的大環境上，和江澤民於1997年正式標舉「依法治國」的治國方略密切相關。然而，從法規審查備案室的成立是被媒體「挖掘」出來的新聞來看，可知在學者的引介呼籲及媒體輿論的配合倡議下，儘管官方對建立違憲審查制度有意採取「冷處理」的立場，但此制度則已成為社會輿論對實踐「依法治國」的進一步期待，並成為憲政議題中的一項「熱點」。

此外，對於研究中國大陸的憲政與法治者來說，具有比建立違憲審查制度更為基本的課題，但卻與建立違憲審查制度不盡相同的概念與主張，則是所謂的「憲法司法化」。任教於北京大學法學院的副教授王磊，他在2000年2月出版了書名為「憲法的司法化」的著作，故被視為最早提出「憲法司法化」一詞及其概念者。所謂「憲法的司法化」的最基本涵義，若從這本書封面所附的英文書名為Constitutional Law Applied in Courts，以及參照書中所提出的論理主張來看，則應係指「中華人民共

---

2 參見文曄、張意軒，「全國人大法規審查備案室新張：違憲審查還在遠處」，見http://www.sz.chinanews.com.cn/no1_port/2004-06-28/2/93444.html.

3 2003年的春夏之際，當華人社會關注的事務，一件喧騰一時且關乎中國大陸憲政發展走向的案件，在6月9日做成判決。時年27歲，2001年武漢科技學院藝術設計專業結業，任職於廣州達奇服裝公司的青年孫志剛，在3月17日晚上前往網吧的路上，因未攜帶任何證件，被廣州市天河區區黃村街派出所依《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》，而以「三無」人員（未帶身分證、暫住證及工作證）送至廣州市「三無」人員收容遣送中轉站收容。18日晚，孫志剛以有病而被送往市衛生部門負責的收容人員救治站診治，到了20日卻不幸去世。事後驗屍證明，孫志剛係被淩虐毆打致死，且警方也顯然有濫用權力情事，此案不僅造成輿論的嘩然，也觸發「三博士上書」，以及建立違憲審查制度的呼籲。

4 3位均畢業於北京大學法學院的博士，是任教於華中科技大學法學院的俞江、中國政法大學法學院的騰彪及北京郵電大學文法學院的許志永。他們是依據《立法法》第90條第2款有關公民認為行政法規同憲法或法律相牴觸者，可以向全國人大常委會書面提出以進行審查的規定，主張該《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》違反《立法法》及《憲法》之相關規定，而聯名上書全國人大常委會請求審查。

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJﾂI.indd 102 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:30

和國憲法」也應該成為法院判決的依據[5]。然而，姑且不論「憲法司法化」目前在中國大陸仍是個具有爭議的概念與主張，但「憲法司法化」係指將憲法的地位從束之高閣的政策綱領，轉變為可實際適用且具有最高效力之「法律化的憲法」，卻是建立違憲審查制度的前提。

本文研究目的，在於引介當前中國大陸學界與社會輿論所關注的重要憲政課題。其次，藉由瞭解中國大陸對「憲法司法化」與建立違憲審查制度的討論，可從中凸顯中國大陸的社會主義民主觀、憲政觀與法治觀，以及掌握其目前正在發生何種變遷。因此，先簡介中國大陸的社會主義憲法觀，以為說明「憲法司法化」的確切涵義及提出背景做理論上鋪陳。其次，對「憲法司法化」的涵義做進一步的分析與評論外，還要探討在反映「社會主義民主」的民主集中制下，「憲法司法化」及建立違憲審查制度的主張，將在理論上面臨何種的難題。

貳、中國大陸的社會主義憲法觀

本文認為說明「憲法司法化」及違憲審查制度所以被提出，首需對中國大陸對於憲法作用的看法，亦即所持的憲法觀。同時，透過對社會主義法律理論基本的認識，可以掌握提出這項概念與制度的建議，何以成為政治體制改革訴求的緣由。而本文對此題旨的討論，選擇「憲法的政策化」及「『良性違憲論』的產生」兩個主題為切入點；前者係學者提出的評價，後者則為學界曾經引起爭議的理論主張。

一、憲法的政策化

根據社會主義的法律理論認為，法律是社會的上層建築，且尤其為屬於生產資料所有權歸屬之社會下層經濟基礎的反映。依此理論的邏輯，當經濟基礎發生改變時，法律也必須相適應地予以修改，且由於法律還被視為反映統治階級利益與統治的工具，故法律也反映了政治權力的過渡或轉型。所以，由於自中共建政以來不僅為了表彰其政權的正當性，還屢次實驗其社會主義或共產主義的經濟制度，故從迄

5 王磊，**憲法的司法化**（北京：中國政法大學出版社，2002年）。“Constitution”及“constitutional law”翻譯成中文時似乎沒有區別，皆以「憲法」稱之。然而，若稍加留意討論有關美國憲政或司法審查權的英文著作，兩者經常同時出現即表示仍有差別。大體上，“constitution”是指具體的一部成文憲法法典，如《中華人民共和國憲法》即是“constitution”。而“constitutional law”則指涉如美國法院行使司法審查權（judicial review），因該判決涉及瞭解釋憲法，且其司法傳統上又有遵循「判決先例」（stare decisis）之司法傳統，故該項涉及憲法解釋做出判決所揭示的原理原則，即可稱為“constitutional law”。因此，美國由於司法審查權及「判決先例」之司法傳統，涉及憲法解釋的最高法院判決，成為下級法院遇相同案情判決時之依據，而使得“constitutional law applied in courts”自無疑義，但與將憲法法典中之條款直接引為法院判決依據之「憲法的司法化」，則意義上應該尚存在著差距。

11ｴkｵ°2-、、-熙jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJｯI.indd 103 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:30

今所制定的四部憲法及歷次修憲中，就可以看出「多變」為社會主義憲法的一項特徵。

美國研究中國哲學與法律的學者裴文睿（Randall Peerenboom）認為，1954年《憲法》反映中國共產黨的勝利和權力鞏固，1957年《憲法》體現堅持革命和階級鬥爭以保衛社會主義反對國內外敵人的思想，1978年《憲法》標誌向法律秩序和以經濟建設為中心的轉變。而現行1982年的《憲法》則反映鄧小平的改革開放政策，確認經濟發展為國家發展的新重點，並且延續自1978年《憲法》開始的「黨政分離」及將日常管理工作交給國家機關的趨勢[6]。類此「憲法的政策化」之特性，與本文論旨密切相關的具體事例，如1999年的修憲一改以往只能講「法制」，另在《憲法》中揭示「依法治國，建設社會主義法治國家」的治國方略，而「法制」與「法治」提法的不同，實與改採市場經濟的政策改變有關。又如，2004年3月的第四次修憲時，把江澤民提出的「三個代表」思想入憲[7]，意味中共的意識形態面臨場經濟及向世界開放的衝擊，而需要以「三個代表」來調整其意識形態基礎，以容納無產階級工農以外的資產階級與專業人士，並透過納入《憲法》來鞏固其領導地位的正當性及合法性。

武漢大學法學院教授秦前紅即指出，中國大陸過去長時期裡，把憲法作為一個革命建設發展階段的象徵和合法性的表徵，比如將1954年《憲法》稱為「過渡憲法」，將1982年《憲法》稱為「改革憲法」，這種動態性憲法的觀念存在，把憲法視為制度的合法性象徵，會導致重視憲法形式意義的存在超過對憲政的真正追求。他同時認為，毛澤東為什麼投入那麼多精力領導起草1954年《憲法》，但旋即又說我們不靠《憲法》，主要靠決議，靠開會？原因在於革命和建設的路徑依賴問題。因為，革命通常要破除一切常規，顛倒既定秩序，因此臨時性的措施憑藉，因事制宜的政策動員等，必然造成對舊的法律的輕慢。而當這一套行為方式又不斷成功時，更會加劇對政策的遷就與迷信[8]。所以，中國大陸自建政以來頒布四部憲法，再

6 裴文睿（Randall Peerenboom），「百家爭鳴，百花齊放：中國關於法治概念的爭論」，輯於梁治平編，**法治在中國：制度、話語與實踐**（北京：中國政法大學出版社，2002年），頁71。

7 「三個代表」是江澤民在2000年2月考察廣東時首度提出：「我們黨所以贏得人民的擁護，是因為我們黨在革命、建設、改革的各個歷史時期，總是代表著中國先進生產力的發展要求，代表著中國先進文化的前進方向，代表著中國最廣大人民的根本利益」。2001年7月1日，江澤民在「慶祝中國共產黨成立八十週年大會上的講話」中，進一步闡述「三個代表」思想，並對如何貫徹其要求來加強和改進黨的建設作系統論述。參閱孟令偉，「關於慎重對待『三個代表』入憲的建議—向十屆全國人大二次會議的建言」，見http://www.asiatimes -chinese.com/2004/03/0308china5.htm.

8 詳見秦前紅，「事情正向好的方向轉化—評全國人大常委會成立法規審查備案室」，見http://www.calaw.cn/include/shownews.asp?newsid=4629.

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJﾂI.indd 104 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:30

加上數次的修憲，憲法的制定與修正頻率可謂頻繁，為什麼國家根本大法的更動會如此頻繁呢？王磊簡明地指出：「一個很重要的原因就是我國[9]。」

引申來說，中國大陸的社會主義憲法產生了「憲法的政策化」現象，可歸因於採取「全能主義」（totalism）所必然具有的特徵。「全能主義」是旅美政治學者鄒讜（1918-1999）所創，他使用這個名詞與概念，是用來與「極權主義」（totalitarianism）有所區分，認為研究中國大陸使用「全能主義」較為適當。所謂的「全能主義」係指「政治與社會關係的某一種特定的形式，而不涉及該社會中的政治制度或組織形式。」『全能主義』僅指政治機構的權力可以隨時無限制地侵入和控制社會每一個階層和每一個領域的指導思想，『全能主義政治』指的是以這個思想為基礎的政治社會[10]。」基此，在「全能主義」的政治與社會關係下，《憲法》反映出政治掌控社會的幅度與深度，並對社會的改造或發展具有政策指導的標舉作用，依此邏輯而言，《憲法》在本質上就成為指導社會構成、運行與發展方向的「政策綱領」。也因此，當中國大陸隨著社會構成、運行與發展方向需要有所調整時，頒布新憲及修憲就較為頻繁，甚至為符合歷史發展趨勢而已改變了政策，但《憲法》卻還來不及經由正當法律程式予以修正。

然而，在中共高舉「依法治國」的治國方略後，一方面政策仍須肆應新的需要而調整，另一方面又要合乎「依法治國」的原則，但兩者間卻經常發生不一致的情形，並出現許多明顯違憲的重要政策調整。因此，遂有人提出「良性違憲論」的說法，而這也是社會主義憲法觀具有「憲法的政策化」之特性，使得在政治實踐上不得不以此來尋求正當化的基礎。

二、「良性違憲論」的產生

中國大陸憲法學界在1996年和1997年間，曾就「良性違憲論」的課題出現過一番爭論。「良性違憲論」是時任中共上海市委宣傳部副部長郝鐵川教授提出，他舉出兩個「良性」或「惡性」違憲的標準來做說明。第一個標準為是否有利於社會生產力發展？《憲法》做為上層建築的重要組成部分，根本價值要促進社會生產力，社會主義的本質在於解放和發展社會生產力，但國家政策只要有利於發展社會生產力而與社會主義的本質要求相一致，即使如發展私營經濟是與1988年修憲前的《憲

9 王磊，前引書，頁158。

10 鄒讜，「中國二十世紀政治與西方政治學」，載於氏著，**二十世紀中國政治：從宏觀歷史與微觀行動角度看**（香港：牛津大學出版社，1994年），頁3。鄒讜為芝加哥大學政治學博士，任教芝大長達50餘年，對芝大及北美的中國研究具有開創性貢獻。鄒讜為中國國民黨元老鄒魯之子，並係連戰就讀芝大時的博士論文指導教授。

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJｯI.indd 105 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:30

法》相牴觸，但這在當時符合發展社會生產力的要求，所以應算是「良性違憲」。第二個標準為是否有利於維護國家和民族的根本利益？「所謂良性違憲就是指國家機關的一些舉措雖然違背當時憲法的個別條文，但卻有利於發展社會生產力、有利於維護國家和民族的根本利益，是有利於社會的行為[11]。」若依此標準來說，依據1978年《憲法》規定，當時全國人大常委會還沒有法律制定權，但1979年至1982年全國人大常委會自行制定11個法律。深圳等經濟特區則早已突破1982年《憲法》關於土地不得買賣、出租的規定，都是符合人民根本利益之「良性違憲」事例[12]。不僅如此，即使依《憲法》規定的全國人大任期，第一、二、三屆為4年，第五屆開始為5年。但是，第一、二、三屆全國人大的實際任期，卻分別是4年7個月、5年8個月和10年，第四、五、六屆則分別是3年1個月、5年3個月和4年9個月，且直到1988年的第七屆全國人大開始，實際任期才與《憲法》所定任期相符[13]。此種關乎以民主集中制成立最高權力機關的違憲事例，似乎也將在「符合國家與民族根本利益」的標準下而成為「良性」違憲，但此一情形在西方憲政民主國家看來，不僅這個政權已經不具合法性，且更還將遭致嚴重的正當性之質疑。

由上述的討論及例舉中國大陸學者的看法中，不難理解社會主義憲法與西方自由主義憲法之間，對於國家及政府存在的角色具有根本的差異，從而導致對於制憲之目的及其作用，也存在著看法或作用上不同的憲法觀。西方自由主義憲法係以「社會契約論」為理論基礎，認為在國家權力之外尚保有一個社會自主的領域，而政府的設立則應依循「有限政府」（limited government）的原則，以能實現保障人權之目的。相對來說，社會主義憲法係作為國家指導社會發展與反映國家利益的「政策綱領」，故憲法除了用來規定國家構成的形式外，最重要的便是用來「確認」國家如何指導社會發展的政策，以及確立國家的利益所在。故而，此種憲法觀與美國

---

11 詳細內容參閱郝鐵川，「論良性違憲」，**法學研究**（北京：1996年第4期），頁89-91。可參http: www.calaw.cn/include/shownews.asp?newsid=3398。另參閱郝鐵川，**秩序與漸進：中國社會主義初級階段依法治國研究報告**（北京：法律出版社，2004年），頁27-30。對此，童之偉教授則提出反對意見，認為「良性違憲」不宜肯定，它同「惡性違憲」沒有實質區別，甚至比「惡性違憲」更為可怕。參閱童之偉，「良性違憲不宜肯定—對郝鐵川同志有關的不同看法」，**法學研究**（北京：1996年第6期），頁19-22。兩位學者就此有番論辯，可參閱郝鐵川，「社會變革與成文法的局限性—再談良性違憲兼答童之偉同志」，**法學研究**（北京：1996年第6期），頁23-24。以及**法學**（上海）在1997年5期中，分別有童之偉的「憲法實施靈活性的底線—再與郝鐵川先生商榷」，郝鐵川的「溫柔的抵抗—關於“良性違憲”的幾點說明」，頁18；韓大元的「社會變革與憲法的社會適應性—評郝、童兩先生關於“良性違憲”的爭論」，頁19-21；阮露魯的「立憲理念與良性違憲之合理性—評郝、童兩先生關於“良性違憲”的爭論」，頁21-22，共四篇文章。童之偉的這兩篇文章經編纂載成「“良性違憲”與憲法實施靈活性的底線」一文，載於氏著，**法權與憲政**（濟南：山東人民出版社，2003年），頁598-612。

12 郝鐵川，前引書，頁27。

13 陳紅太，**當代中國政府體系**（北京：華文出版社，2001年），頁95。

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJｯI.indd 106 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:31

憲政主義係以「讓政府聽命行事」（to keep a government in order）[14]為制定憲法目的，在認識上有明顯差異。

進一步言之，自由主義憲法是用來避免國家侵犯社會領域自主性的「契約」，也是防衛政府權力可能濫權以致侵犯人民權利的保障書。故即使社會環境改變而使《憲法》條文規定所揭櫫的原則，確有調適或修改之必要，但仍須透過《憲法》所規定的正當法律程式才能變更。理由無非是為了防範掌握國家權力者的恣意與濫權。然而，社會主義憲法即使為了因應社會變遷或是國家的根本利益，還是可以先透過《憲法》所定的修憲程式完成修憲，以符合「依法治國」的治國方略，並為制定憲法以使之具有最高效力的目的所在。是故，依循正當法律程式即表示藉此「確認」社會與政治環境改變，並進而形成符合發展社會生產力，或是利於國家與民族根本利益之「政策綱領」的憲政過程。也因此，「良性違憲論」的提出雖不乏有附和者，但在中國大陸的憲法學界中，仍未能成為主流的見解。「良性違憲論」除凸顯出社會主義憲法的發展路徑外，還可從相關的爭辯當中，看出當前中國大陸的憲政思想尚處於啟蒙階段中。

再者，「良性違憲論」的提出可說明中國大陸雖然制定成文憲法，但卻未必認為必然具有最高之規範效力，故當遇到「良性」或「好」的政策時，有時還可能要讓位於政策。然而，1999年3月的第九屆全國人大二次會議通過修憲案第13條規定，在第5條增加1款：「中華人民共和國實行依法治國，建設社會主義法治國家」內容後，對於《憲法》應高於國家政策且應被遵守等法治觀念的萌興，無疑地已賦予這項要求的「正當性」基礎[15]。於是，「憲法司法化」也隨著「依法治國」首需「依憲治國」的呼籲聲中，而在這個時刻被提出並受到關注。

參、「憲法司法化」的提出及其涵義

2001年8月13日，最高人民法院民一庭庭長黃松有在「人民法院報」發表了一篇題為「憲法司法化及其意義—從最高法院今天的一個『批復』談起」文章[16]，可

---

14 Richard S. Kay, "American Constitutionalism", in Larry Alexander, ed., *Constitutionalism: philosophical Foundations* (New York: Cambridge University Press, 1999), p.17.

15 此處不提「合法性」基礎，是因為憲法並未在1999年修憲後規範效力高於符合國家與民族根本利益的政策，「良性違憲」現象依然存在。例如，1997年及1999年香港與澳門回歸並實施「一國兩制」的特別行政區後，即已產生全國人大代表。然而，2004年3月14日第十屆全國人大第二次會議通過修憲案，才在第25條規定第59條第1款有關全國人大代表產生的單位，增加特別行政區選出代表的規定。

16 黃松有，「憲法司法化及其意義—從最高人民法院今天的一個"批復"談起」，見http://www.gongfa.com/huangsyxianfasifahua.htm.

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJｯI.indd 107 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:31

作為審判實務界主張「憲法司法化」的代表。堪玩味的是，黃松有雖身為司法審判實務人員，但在主張的權威應該受到尊重時，仍然引述江澤民的講話，並進而引申其涵義來強化該主張的正當性。例如，江澤民於1999年1月30日在中共中央召開的徵求黨外人士對修改憲法部分內容的意見之座談會上，曾經提出：「我們要採取更加有力的措施，加強憲法實施的有效保障，包括健全憲法實施的具體制度，開展對憲法實施的經常性檢查監督，及時地糾正違反憲法的現象，切實把憲法的各項規定落到實處。」即被引申為「落實憲法內容的一個重要方面，就是將憲法直接引入司法程式」，並作為主張「憲法司法化」的正當性理由。而江澤民的「三個代表」思想，同樣也被引申為指導著法院的審判工作，從而「憲法司法化」也成了「三個代表」思想在法院審判工作中的體現[17]。我們不難體會黃松用心，畢竟，在《憲法》的最高權威尚未確立前，引據政治領導人的講話，在於提高法官說法論理的合理性與正當性基礎。

一、「憲法司法化」的第一案

黃松有發表文章所評論的那件批復，是最高人民法院審判委員會第1,183次會議通過的《最高人民法院關於以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的基本權利是否應承擔民事責任的批復》。由於直接引據憲法第46條：「中華人民共和國公民有受教育的權利和義務」之規定，並成為原告勝訴的判決依據，遂認為這即是「憲法司法化」的具體案例。此外，「人民日報」一篇報導指出，該案「第一次打開了法院以憲法為直接判決依據的大門，實現了憲法與公民的『直接對話』，被稱做『憲法司法化第一案[18]』。」姑且不論此一案件是否非依據《憲法》即不能做出合法與適當的判決[19]，但卻明瞭學界由王磊教授首度提出的「憲法司法化」概念中，係指法院能夠直接引據《憲法》條文作為判決的依據，則已獲得司法實務界接受而

---

17 黃松有，前引文。

18 吳兢，「憲法與公民“直接對話”」，**人民日報**，2001年9月5日，版11。

19 此一「批復」涉及的案情，係1990年時山東女子齊玉苓通過中專預選考試而取得報考統招及培訓資格，另一位女子陳曉琪則落選。同年齊玉苓獲得山東濟寧市商業學校的錄取，但錄取通知書卻被陳曉琪冒領，陳曉琪並以齊玉苓的身分就讀該校。1993年畢業後，陳曉琪繼續以齊玉苓的身分被分配到中國銀行騰州市支行工作，直到1999年齊玉苓才發現，於是向陳曉琪及有關學校和單位以侵害姓名權和受教育權為由提起告訴。這樣的案情直接引據《憲法》規定，並非沒有爭議。喬新生即認為，本案完全可依據《教育法》做出判決。見喬新生，〈評一則改變中國憲政的司法解釋〉，見http://www.gongfa.com/ qiaoxsxianfasifahua.htm。類似見解，如郭銳，〈受教育權和憲法司法化—評“中國憲法司法化第一案”〉，見http://www.chinalawedu.com/news/2004-4/13/1029365392. htm。李忠及章忱，「司法機關與憲法適用—從最高人民法院關於公民受教育權的司法解釋談起」，載於信春鷹編，**公法**（北京：法律出版社，第三卷，2001年），頁297-323。以及同書中童之偉，「憲法司法適用研究中的幾個問題」，頁324-336。

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJｯI.indd 108 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:31

適用於具體的案件中。

儘管王磊[20]及黃松有[21]皆認為，1803年美國最高法院首席大法官（Chief Justice）馬歇爾（John Marshall）在「馬伯裏控告麥迪遜」（Marbury vs. Madison）一案建立的「司法審查權」（judicial review），開創「憲法司法化」的先河。但是，黃松有除認知馬歇爾首席在前述案件中，宣布立法機關制定與《憲法》相牴觸的法律無效外，並無進一步主張人民法院也應該有此權限。反倒是王磊提出其「憲法司法化」概念時，不僅包括「違憲審查」（constitutional review），而且還是要由法院掌理「違憲審查」的「司法審查」[22]。需要說明者是，「司法審查」與「違憲審查」的概念雖然不儘一致，但兩者相同且最為核心的概念，則皆係指憲政制度中存在著能夠對於法律、行政命令或是一切公權力行為，審查其是否違憲的權限機關及機制。因此，本文對「司法審查」與「違憲審查」指涉涵義的不同處，係取決於掌理該權限的機關，是否具有法院的體質與功能。

二、「憲法司法化」的涵義

根據克爾文（Edward S. Corwin）的分析，美國司法審查制度可分為下列三種類型。第一，州司法審查（state judicial review）：即各州法院審查該州法令有無牴觸各該州的《憲法》。第二，聯邦司法審查（federal judicial review）：是指聯邦法院及各州法院審查州憲法或州法令有無牴觸聯邦《憲法》、聯邦法律或條約。第三，中央司法審查（national judicial review）：是指聯邦法院及各州法院審查聯邦法令或條約有無牴觸聯邦《憲法》[23]。儘管「司法審查」制度可有如上的較為精細的區分，但美國研究司法過程（judicial process）頗負盛名的學者亞伯拉罕（Henry J. Abraham）的指出，美國的「司法審查」制度至少係指在司法審理程式中，任何法院皆擁有權限（ultimate power）來宣告：(1)任何法律，(2)任何基於法律的職務上行為，(3)任何其他公權力行為，因與憲法有所牴觸而法院不能據以執行（unenforceable）[24]。換言之，當提及被中國大陸視為開創「憲法司法化」先河的美國「司法審查」制度時，最足以彰顯該項制度之核心的，應該是法院所具有的「違憲審查」權限。

---

20 王磊，前引書，頁147。

21 黃松有，前引文。

22 王磊，前引書，「前言」部分之頁2-3。另參檢察日報訪問，「北京大學王磊副教授：讓百姓嚐嚐憲法甜滋味」，見http://www.sinolaw.net.cn/fxyj/xswc/03/xs031904.htm.

23 Edward S. Corwin, "Judicial Review", *Encyclopaedia of Social Science*, 1932 Vol. Ⅶ. P.457.轉引自劉慶瑞，**比較憲法**（臺北：自版，1990年，版5），頁14-15。筆者對引文部分另有所修正，將「邦」改為「州」，而「法令」係由「法律」修改而來。

24 Henry J. Abraham, *The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process,* 8th. ed. (I.A.: Wm. C. Brown Publishers, 1991), p.55.

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJｯI.indd 109 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:31

由於1982年中國大陸才首度在《憲法》序言中明定《憲法》是「國家的根本法，具有最高效力」，因而肯定《憲法》也具有「法律」性質，而非僅僅屬於政治上的政策綱領。因此，王磊提出「憲法司法化」概念的首要目的，可謂在《憲法》具有的政治性外，「喚回」《憲法》所應具有的「法律性」。故而強調《憲法》首先是法，其次才意味著是根本法，且認為《憲法》的實現如同其他法律一般都是司法化的過程，而「憲法司法化」之所以最為重要，乃因為「它是當其他法律無能為力時的最有效的手段[25]。」對此，黃松有也相同見解：「因為憲法規定的內容涉及的是對國家社會生活和政治生活具有全局意義的問題，如果憲法不能進入司法程式，直接成為法院審理案件的法律根據，那麼一旦在這些對國家至關重大的問題上產生爭議，就必然會出現無法可依的局面[26]。」然而，這些理由顯示出的意涵是，中國大陸在走向「法治」及「憲政」過程中，所謂「健全社會主義法制」之「法律制度」應該屬於基礎的建設，但這項建設尚處於起步階段。因此，雖然中國大陸強調「依法治國」，但卻仍存在著「其他法律無能為力」或「無法可依」的窘境，而需要直接引據《憲法》中所定「社會基本權利」之「方針條款」[27]，來作為「憲法司法化」的第一項重要立論主張。至於王磊對「憲法司法化」所指涉的第二個涵義，則為人民法院應擁有「違憲審查權」的「司法審查」制度，而這也是在人民法院審理案件時應可直接引據《憲法》的主張下，所難以迴避的推論。

若依據中國大陸《憲法》的規定，雖難謂法院擁有直接援引《憲法》作為判決依據的權力，但基於必須有某個主體有效行使「憲法監督權」，以及因應立法工作還不能到位的情況，法院卻又有不得不直接適用《憲法》某些條款的現實需要。此一情況，童之偉教授以「司法搶灘」的概念來形容，並指出問題的關鍵，在於法院直接適用《憲法》關係到一國的政權組織形式，故認為「涉及到全國人大及其常委會的地位、職權及其與最高法院在內的其他中央機關之間關係的性質。所以憲法司法適用雖只是憲法適用的一部分內容，但仍然會牽一髮而動全身。解決這個問題要靠政治體制改革，要進行通盤規劃[28]。」

由上述的討論與分析可知，僅就「憲法司法化」的第一個意義為法院直接適用

---

25 王磊，前引書，頁151-152。

26 黃松有，前引文。

27 「受教育權」、「生存權」或「工作權」等，皆屬於「社會基本權利」。這些基本權利入憲，意謂給予國家公權力一種日後行為的「方針指示」，所以憲法中這類型的規定稱為「方針條款」（programmsatz）。這些條款雖然樹立國家的價值觀，但沒有「規範拘束力」。相關討論請參閱陳新民，「論『社會基本權利』」，載於氏著，**憲法基本權利之基本理論**，上冊（臺北：自版，1991年，版2），頁95-128。

28 童之偉，「憲法司法適用研究中的幾個問題」，頁332。

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJﾂI.indd 110 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:31

《憲法》而言，便無可避免地牽涉全國人」及其常委會的職權與地位，並進而成為全盤政治體制改革的問題。同時，「違憲審查」無論是否由法院掌理，亦即不論是否為「憲法司法化」第二個意義下的司法審查制度，由於該制度意指審查全國人」及其常委會制定的法律是否違憲，故首先需要面對的重大問題，便是如何能與以全國人大此一國家最高政權機關所建構的政治體制相融合？

肆、建立違憲審查制度的難題

前已提及，建立「違憲審查」制度必須面對的難題，便是如何能與民主集中制的全國人大體制相容。換言之，中國大陸即使有建立「違憲審查」制度以彰顯「依法治國」的決心，但在基於民主集中制原則所建構的政治體制下，卻又產生社會主義憲法理論上的困境。因此，本節先介紹中國大陸類似「違憲審查」制度的「憲法監督」，其次再概略說明民主集中制的理論要旨，最後才分析「違憲審查」制度與民主集中制間難以相容之處。

一、違憲審查與憲法監督

中國大陸從1954年制定的第一部《憲法》開始，就有了「憲法監督」之規定，而1978年《憲法》則進一步規定全國人大有權「監督憲法和法律實施」，及全國人大常委會有權「解釋憲法和法律，制定法令」。1982年現行憲法，又把「憲法監督」的權力擴大到常設機關之全國人大常委會。然而，儘管「憲法監督」這個名詞係指憲法《憲法》中所明定一項機制，但由於「憲法監督」至今缺乏足夠的實踐經驗，故不僅在概念上存在分歧，甚至缺乏具有共識之可操作性的定義[29]。

「憲法監督」仍只是個發展中的概念，依據現行《憲法》的規定，這項權力係由全國人大及其常委會共同行使掌理。並且，「憲法監督權」較為類似「違憲審查權」之處，是分別規定在《憲法》第66、67、100、116條及2000年使制定頒布的《立法法》第63條等相關條文。主要內容包括全國人大有權改變或撤銷其常委會做出的不適當決定和決議；全國人大常委會有權撤銷國務院制定同國家的《憲法》、法律相牴觸的行政法規；全國人大常委會有權撤銷省、自治區、直轄市與省、自治區人民政府所在地的市，及國務院批准的較大的市之人大及其常委會制定同國家憲

[29] 憲法監督及其相關名詞意義與關連的討論，可參閱王廣輝主編，**通向憲政之路—憲法監督的理論和實踐研究**（北京：法律出版社，2002年），頁3-17。陳云生，**憲法監督司法化**（北京：北京大學出版社，2004年），頁29-31。李忠，**憲法監督論**（北京：社會科學文獻出版社，2002年2月，版2），頁1-5。

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJﾂI.indd 111 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:31

法、法律及國務院的行政法規相牴觸的地方性法規；以及不批准自治區人大及其常委會制定同憲法相牴觸的自治條例和單行條例等。然而自頒布《憲法》以來，至今還沒有任何以這些規定來行使「違憲審查」的案例。究其原因，黨組的運作固然是個主因，但政治體制的建構同樣也使得「違憲審查式」的「憲法監督」難以建立。目前許多學者對於難以建立違憲審查制度，大多皆歸因於政治體制採取民主集中制的人民代表大會制度。

中國大陸憲法學者對「憲法監督」的概念雖然仍莫衷一是，但大致上認為其他國家所採用的「違憲審查」制度，亦應屬於「憲法監督」的內涵之一。因此，把建立「違憲審查」視為「憲法監督」的方式之一而加以討論，不僅符合《憲法》設有「憲法監督」機制的目的，也有助於認識憲政發展。並且，由於「憲法司法化」涵義之一的「司法審查」，僅屬於「違憲審查」制度類型之一，故在肯定了應該存在「違憲審查」制度後，方有該權力是否應歸於法院掌理的「憲法司法化」或「司法審查」問題。因此，本文此處逕以建立「違憲審查」面臨的難題作為討論主題，才符合「憲法監督」理論的內涵。

二、「高調民主觀」的民主集中制

根據我中央研究院院士張灝教授的說法，近代西方的民主觀念可分為「高調的」與「低調的」兩種類型。「高調的民主觀」係指如同馬克思和盧梭的思想一般，皆認為人可以實現超乎個人私意與私欲之上的普遍意志，故視民主為實現一種道德理想而產生的制度，而具有強烈集體主義精神與烏托邦主義色彩。「低調的民主觀」則不認為民主是以實現道德理想為目標，而是針對人性的有限所構想出來的制度。所以視民主制度只用來調節與妥協個人或團體間彼此衝突的利益，本身並沒有什麼崇高的目標[30]。此種民主觀，就如同美國憲法之父麥迪森（James Madison）在《聯邦論》第10號及第51號文件中認為，結黨營私、爭權奪利及對權力具有野心等，都是人性上很自然的事情，但我們只能從憲政民主制度上設想得以節制的方法[31]。

就中國大陸採行民主集中制的理論起源來說，就是受到盧梭和馬克思主義之國家理論的影響，故盛行於歐洲大陸之「議會主權」（parliamentary sovereignty）至高無上的政治傳統，相當程度上也為中國大陸這樣的社會主義國家所採行。因此，中國大陸政治體制結構的設計，在採取「議會至上」的一元化政治體制為最高原則下，

---

30 張灝，「中國近代轉型時期的民主觀念」，收錄於氏著，**時代的探索**（臺北：中央研究院、聯經出版公司，2004年），頁62-65。

31 James Madison, Federalist, No. 10 & No.51, in Clinton Rossiter, ed., *The Federalist Papers* (New York: The New American Library of World Literature, Inc.,1961), pp. 77-84, p.322.

11ｴkｵ°2-、、-熙jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJﾂI.indd 112 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:31

全國人民代表大會成為全國最高權力機關，其他行政或司法等機關的權力，理論上都源自於全國人民代表大會所賦予。而這樣的政治體制設計，若追溯到在政治哲學上源頭，則可明瞭「議會主權」係建立在人性本善的道德理想上。例如，盧梭即認為人生而向善，只是在近代的文明社會中墮落而產生惡，且相信在人性本善的基礎上，眾人的意志最終仍可形成一個只考慮公共幸福的公意。在此理論假設為前提下，中國大陸遂推論出充滿烏托邦與集體主義精神的「高調民主觀」，使認為唯有透過民主集中制所產生的全國人民代表大會，才能夠形成超乎個人私意與私欲之上的普遍意志。且全國人大既係代表是具有集體利益與道德意涵的「公意」，其權威自也就不容懷疑。相對於司法及行政等其他機關僅能代表部分人的「眾意」，因而只有「公意」可以制約「眾意」，而「眾意」則不能反向地制約「公意」[32]。

再就制度體現的層面而言，依民主集中制原則所建構的人民代表大會體制，不僅被中國大陸視為能夠實現社會主義民主的權力結構，且社會主義民主還被假設為人類社會迄今為止「最高類型的民主」，同時也是最後一種國家形態的民主。因此，在中國大陸的憲政選擇理論中，既然強調人民在形式上和邏輯上應是一切權力的源泉，故惟有在政治上和組織上採行人民代表大會制度，才能保證全體人民掌握國家權力[33]。所以全國人大被定位為國家根本的政治制度，不僅具有最高國家權力機關的地位，也有權行使認為應當由其行使的任何職權。

然而，由於中國大陸視制定《憲法》和一般法律的屬性為大致相同，亦即認為兩者皆屬於實現國家意志的作用，故全國人大不僅有權制憲與修憲，包括法律的制定及監督《憲法》實施等凡涉及形成國家意志與確保國家意志的作用，自也必然歸屬於得以實現社會主義民主的全國人大掌理。但問題是，當制定法律與「憲法監督」的權力皆歸於同一機關時，全國人大就可能因不承認制定了違憲的法律，而漠視違憲法律存在的事實。就算全國人大發現所制定的法律與《憲法》並不一致，卻仍可自行透過修改法律的方式，而使被認為違憲的法律能夠符合《憲法》的規定。如從這個角度來看，問題意識便可從中國大陸為何難以建立「違憲審查」制度，導引至需不需要建立「違憲審查」制度？

---

32 李晟，「我國憲政改革進程中的矛盾小議—從個案監督到違憲審查」，見http//:www. gonfa.com/lishengxianfasifaua.htm.

33 文曉明、王立新，**社會主義民主政治運行機制研究**（北京：人民出版社，2004年），頁106。

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJﾂI.indd 113 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:32

三、違憲審查制度與民主集中制的矛盾

「違憲審查」制度發軔於美國，而美國憲政體制之建構，則奠基在成文憲法所表彰的社會契約論及分權制衡之原理。所以，美國國會並不是最高主權者，《憲法》也不是由國會所制定，且《憲法》背後所蘊含的政治理論與哲學，則是立於人性本惡的假設上，而相信艾客頓爵士（Lord Acton）所說的「權力導致腐敗，絕對的權力導致絕對的腐敗。」（Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely）[34]故而，制定成文憲法的目的，係基於「用權力對抗權力，用野心對抗野心」的理論[35]，而要建立一套權力分立與制衡的政府體制。相對來說，民主集中制則建立在對人性的樂觀主義上，但「違憲審查」制度作為憲政不可缺少的內容之一，卻是建立在對人性抱持悲觀主義上，且其目的是為了防止民主的流弊，因而在兩者之間便存在著矛盾[36]。更進一步說，美國制定成文憲法之目的，本意在於對民主的多數決定（majority decision），預先給予各種形態的限制[37]。亦即，儘管多數派經由民主程序掌握國家權力，但對這些多數派可能侵犯少數人之權利，仍須要設計一套得以防範約制的制度。相對來說，依據民主集中制原則所建構全國人大制度，既然自詡為真正體現「最高類型民主」之社會主義民主，即表示全國人大制定的《憲法》及法律同為「真實反映」集體利益及國家意志的「公意」。但此一假設若為真實，提出建立「違憲審查」制度的建議，則無異於對依據民主集中制所產生的全國人大之權威，在體現「最高類型民主」的意義上給予了否定。

事實上，「違憲審查」制度的建立，除了反映成文憲法國家之法律位階結構的邏輯性外，更是西方憲政主義或法治傳統中，抑制國家權力的一種方式。因此，人民主權或民主的觀念，理論上還與成文憲法存在著不協調之處；例如，麥克羅斯基（Robert G. McCloskey）認為：「人民主權意謂意志，根本法意謂限制（popular sovereignty suggests will: fundamental law suggests limit）。一者之信念是主動與積極性國家之觀念，而另一者的信念則是強調政治問題的消極約束面[38]。」相對來說，社會主義國家制定成文憲法的目的，並不在於限制國家的權力，而這也是社會主義民主為「高調的民主觀」所到的推論結果。因為，「高調的民主觀」視民主具有道德目的及能夠實現集體的利益，而依據民主集中制所產生的立法者，既能反映出國家的

---

34 Lord Acton, *Essays on Freedom and Power* (Boston: the Beacon Press, 1948), p.364.

35 James Madison, *Federalist,* No.51, p.322.

36 肖澤晟，**憲法學—關於人權保障與權力控制的學說**（北京：科學出版社，2003年），頁433。

37 Jon Elster, "Inrtoduction", in Jon Elster and Rune Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy* (New York: the Press Syndicate of the University of Cambridge, 1993), p.3.

38 Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court* (Chicago: University of Chicago Press, 1960), p.12.

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJｯI.indd 114 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:32

「公意」與集體利益所在，由他們所制定的《憲法》和法律，自當符合國家的「公意」與集體利益。

然當制定成文憲法的目的，缺乏了限制國家權力此一憲政主義的基本精神時，《憲法》的性質就變質為具有「一般法律」化的傾向。例如，王磊即主張《憲法》的性質，應該和《刑法》、《民法》或《訴訟法》等都是「部門法」的一種，並同樣為「由國家制定或認可的具有國家意志性的，規定人們權利和義務的，並由國家強制力保證實施的具有普遍約束力的一種社會規範。」他還做了一個比喻，認為「憲法和其他法一樣都是『法』的『子女』，只不過憲法在這些『子女』中排行老大，比其他法都重要，比其他法的地位都要高[39]。」王磊為了主張應由法院掌理「違憲審查」的「憲法司法化」，雖然強調應該也視為「部門法」的一種，但在理論上仍沒有辦法解決「違憲審查」與民主集中制間不協調的問題。即當憲法與法律皆屬於國家積極目的之意志與集體利益的反映時，若是由全國人大以外的機關來掌理對法律的違憲審查權，將如何說明不至於違背基於「人民主權」的民主集中制原則？

有論者認為，社會主義國家不搞三權分立但應該有分工，而以民主集中制為基礎的人民代表大會制度，也絕對不應該只能是集權制。所以，在民主集中制的基礎上，一樣可以建立分權與制衡的機制，使各個國家機關擁有各自不容遭受干涉的權力。在此前提下，有論者遂主張「憲法監督」機關可從全國人大分離出來，並設立專門機關掌理包括監督全國人大之立法在內的權限。例如，李晟即認為在全國人大之外另設專門掌理違憲審查的機關，並不違反社會主義民主制度。他還強調，對國家權力的合理制約，可充分保障人民的權利，而「公權力的制約越有效，私權利的保障就越可靠。作為人類歷史上最民主、最追求人民利益的制度，社會主義制度決不能走向集權，而應該在權力的制約上做得更好[40]。」

上述以「分工」概念替代「分權與制約」，以及「公權力的制約越有效，私權利的保障就越可靠」的說法，雖可謂是主張建立「違憲審查」制度來有效制約公權力，以保障私權利不受國家侵犯的方式之一。然而，這種幾近於自由主義的憲政觀念，是否能夠與社會主義民主所依循的民主集中制原則，在理論建構上找到相契合的基礎，並進而在未來實現社會主義民主制下的「違憲審查」制度？實不無值得懷疑。即使在美國，「違憲審查」制度民主之間也存在著有待調合問題，如拜科（Alexander M. Bickel）提出司法審查權為反民主多數決的見解，並認為「法治的民主

39 王磊，前引書，頁8-9。
40 李晟，前引文。

11ｴkｵ°2-、、-熙jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJﾂI.indd 115 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:32

政府」就理論上而言，其實是兩條相反方向拉拒下的口號[41]。因此，社會主義民主強調以民主集中制來體現人民主權，但「違憲審查」制度卻強調限制國家權力及對民主的多數予以制約，兩者間該如何調合？恐怕才是能否在中國大陸建立的重要關鍵。

伍、結　論

中國大陸由於歷經了文革10年的浩劫，總結這段時期的經驗，而深切體悟人治所帶來的災害。為了杜絕人治的復辟，改革開放後開始強調「法制」，而此一「法制」的提法，主要還是為了避開已具有西方資產階級民主國家所賦予特定意義的「法治」觀念。但隨著中國大陸向世界開放的程度日漸加深，參與國際組織與國際經貿活動的愈加頻繁，無論係受到外在壓力或是自覺地啟發，「依法治國」所彰顯的「憲政」與「法治」，已然取代「法制」而成為習常使用的話語。但是，中國大陸所講的社會主義法治與社會主義憲政，由於並不包括以限制或控制國家權力為其目的，故與以自由主義思想為基礎的西方法治與憲政主義，在核心概念上則難以相容。因此，「憲法司法化」或建立「違憲審查」制度等主張，就如同「依法治國」或「依憲治國」的口號一般，是僅就「遵守」《憲法》或法律的層次上被而提出，並不具有約制國家權力的意義。

其次，如同王磊的「它是當其他法律無能為力時的最有效的手段」和黃松有的「就必然會出現無法可依的局面」的見解，可說是主張「憲法司法化」者的重要立論依據。而類此見解，則凸顯了中國大陸以往將《憲法》當成政策綱領，已經受到了學術界與實務界對之表達將「憲法法律化」的需求，同時也說明社會主義法治與憲政在這個層次的意義上被強調。然而，當中國大陸普遍將《憲法》視為國家法律體系中的「萬法之母」，或是如同王磊將《憲法》視為部門法中的「老大」時，卻意味在社會主義法律體系中，「公法」與「私法」區分的概念並不明顯。更精確來說，在社會主義係以生產資料公有制為基礎的條件下，原本就不存在私人利益與公共利益的對抗，故社會主義法律取消公、私法的劃分，不是因為公法取代了私法，而是這種劃分失去了存在的基礎[42]。

再者，自中共自建政以來，即深受前蘇聯的法學思想影響，雖然歷經了東歐劇變、蘇聯解體及改採社會主義市場經濟後，卻仍不免在「國家—社會」關係上，尚

41 原文是"Democratic government under law—the slogan pulls in two opposed directions"，見Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. (New York: Josephine Ann Bickel, 1986), p.27.

11ｴkｵ°2-、、-照jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJｯI.indd 116 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:32

存在難以分離的認知。因此，中國大陸法學家除了傾向強調「社會基本權利」外，同時主張作為公法的《憲法》規範應具有普遍性，故往往傾向於認為《憲法》所規定的權利，都可以且應當用來調控私人之間的法律關係。或者，至少可以參考德國憲法法院發展出來的「間接影響」之理論，而認為《憲法》權利價值是間接影響於或者滲透於私法價值之中[43]。然而，自中共十四大確立建立社會主義市場經濟體制的目標後，迄今市場經濟已初具規模，故事實上已經從根本上消解了拒絕公法、私法劃分的邏輯與前提。因此，亦不乏有學者主張，現在已到了需要認真考慮在法的體系和法學研究中，引進和借鑒公、私法劃分的時候了[44]。

另外值得一提的是，如果以王磊只將《憲法》視為部門法中比較重要、效力較高，而且規範內容上可以無所不包的「老大」，除了有礙於西方憲政理念核心中區分公、私領域之觀念建立外，更對其主張建立由法院掌理的違憲審查權制度，恰正凸顯了理論上的不協調之處。這個道理在於，如同英國採取議會主權的不成文憲法一般，其所謂的「憲法」，係除了包括議會所通過的「制定法」（statutory law）外，還包括「政治慣例」及法院據以為審判依據的「普通法」（common law）[45]。然而，英國基於「議會至上」的原則，議會擁有權力修改任何被視為「憲法」的法律或政治慣例，使得無從發生「憲法」為部門法中之「老大」的問題。因此，即使中國大陸的制憲及修憲程序要較普通立法為繁瑣，但由於均由全國人大此一最高權力機關議決通過，故難以在民主集中制所彰顯的議會主權原則下，找到能夠與由法院掌理「違憲審查權」之「憲法司法化」相契合之處。

本文雖然從制度理論與思想的角度，來介紹與探討中國大陸當前的憲政焦點，但所提及的見解、評論或主張，都僅限於學術界或專業人士發為議論的層次，而先排除了實際運作的觀察與現實上的可行性分析。事實上，中國大陸無論哪一個機關行使權力時，背後的黨組運作才是關鍵，但本文著重於介紹中國大陸學界對此相關問題的看法，若將之視為所正在孕育滋養的憲政思想，則本文研究便有些許的價值。

---

42 劉楠，「論公、私法二元結構與中國市場經濟」，載於梁慧星主編，**民商法論叢**，第四卷（北京：法律出版社，1996年），頁54。

43 陳云生，「憲法權利司法化及私法保護」，見http://www.Gongfa.com/chenys xianfasifahua.htm。關於所謂德國憲法法院發展出的憲法「間接影響」適用理論，即為憲法適用上的「對第三者效力理論」。憲法之所以為公法，簡而言之，是因為憲法係規範人民與政府之間，以及政府各部門間關係的法律，而不包括人民與人民之間的「私法關係」，若憲法也能適用於人民與人民間關係，便稱之為「對第三者效力」。另參陳云生，前引書，頁303-352。陳新民，「憲法基本權及『對第三者效力』之理論」，載於氏著，**憲法基本權利之基本理論**，下冊（臺北：自版，1991年，版2），頁57-138。

44 謝維雁，**從憲法到憲政**（濟南：山東人民出版社，2004年），頁149。

45 A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 8th. ed. (London: Macmillan and Co., 1915), pp.22-23.

11ｴkｵ°2-、、-熙jｳｰｴｺｾﾋｬFｵJｯI.indd 117 2006/11/10 、W､ﾈ 10:55:32