

行政院國家科學委員會專題研究計畫 期末報告

中國大陸的社經變遷與法制發展--子計畫一：走向規範憲法：中國違憲審查制度開展之研究(第2年)

計畫類別：整合型
計畫編號：NSC 100-2420-H-004-023-MY2
執行期間：101年01月01日至101年12月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：董保城
共同主持人：陳淳文、劉定基

報告附件：移地研究心得報告

公開資訊：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，1年後可公開查詢

中華民國 102年04月07日

中文摘要：中華人民共和國(中國)雖於1954年即通過公布第一部憲法，但憲法作為國家根本大法的規範性格，並未同時確立。隨著市場經濟的持續發展，如何進一步落實憲法根本大法的規範效力，回應人權保護的要求，建構法律及行政法規牴觸憲法時的違憲審查或監督機制，遂成為一項重點課題。本研究計畫蒐集整理中國憲法規範化及違憲審查制度的重要文獻，計畫主持人並親自前往中國與專家學者、中國大陸法學博士生進行深度討論與訪談，由於違憲審查議題於中國實屬敏感，前述訪談資料相對於既有出版文獻，彌足珍貴。除深入瞭解中國在地觀點外，本計畫另行比較觀察英國、法國違憲審查的制度轉型，以及我國司法院大法官解釋憲法制度的實施經驗，嘗試提出適合中國的違憲審查模式。

我們具體建議，中國應考慮以漸進手段發展其違憲審查制度。初期應先制定憲法解釋機關的內部議事規則，使中國憲法明定的解釋憲法機關——全國人民代表大會常務委員會(全國人大常委會)能夠開始發揮功能。縱然全國人大常委會最初僅能扮演一個有限的疑義解答角色，但隨著大陸司法更獨立、更深獲人民信任後，相信應能進一步朝向歐、美式的違憲審查制度發展。而我國司法院大法官審理案件法的演進過程：由「解答疑義」走向「解決爭議」，由「維護憲政體制」走向「保障人民基本權利」的方向發展，或可供中國參考。本研究計畫之成果，已撰寫成符合學術格式的論文，陸續投稿於國內專業學術期刊，期望藉此帶動具有台灣觀點的中國憲法、違憲審查制度研究，並反思我國憲政體制的發展。

中文關鍵詞：違憲審查、憲法審查、合憲審查、司法審查、憲法解釋、英國、法國、中國、議會至上、人大至上

英文摘要：In 1954, the People's Republic of China promulgated its first constitution; however, at the time, the idea that the constitution is the supreme law of the land was not established. As China's market economy continues to grow, how to carry out the fundamental mandate of the Constitution, respond to the demand for human rights protection, and create an effective system of constitutional review on laws and regulations become an important issue. This research project reviewed important literature on constitutionalization and constitutional review of China. In addition, the authors interviewed many Chinese scholars and doctoral students, obtaining valuable local perspectives and observation, which

may not be included in published materials due to political reasons. Based on these materials, this project further studied and compared the experiences of the transformation of the U.K. and French constitutional review system. Taiwan' s own experience was also included in order to provide a practicable solution for the development of China' s constitutional review system.

We suggest that an incremental approach be adopted when China tries to implement its constitutional review system. A rule governing the deliberation procedure can first be established so that the Standing Committee of the People' s Congress can fulfill its constitutional mandate to interpret the Constitution. At first, the People' s Congress may play only a limited role ; however, as China' s judiciary becomes more independent and trustworthy, the function of judicial review may grow and become more in line with its counterparts in Europe and the United States. We believe the experience of Taiwan' s Grand Justices Council, whose function has evolved from ' answering questions' to ' solving disputes' and from ' maintaining institutional order' to ' protecting fundamental rights,' may provide a valuable lesson.

英文關鍵詞： Constitutional Review, Judicial Review, Interpretation of the Constitution, the United Kingdom, France, China, Supremacy of Parliament, Supremacy of People' s Congress

目錄

前言	1
研究目的.....	3
文獻探討.....	5
研究方法.....	7
結果與討論.....	8
壹、中國大陸憲法實施的應然與實然	8
貳、中國大陸法政學者訪談紀要	12
參、比較法分析：英國法的觀點	24
肆、比較法分析：法國法的觀點	42
伍、結論與建議	55
參考文獻.....	59
附錄.....	64

中英文摘要及關鍵詞

摘要

中華人民共和國(中國)雖於 1954 年即通過公布第一部憲法，但憲法作為國家根本大法的規範性格，並未同時確立。隨著市場經濟的持續發展，如何進一步落實憲法根本大法的規範效力，回應人權保護的要求，建構法律及行政法規抵觸憲法時的違憲審查或監督機制，遂成為一項重點課題。本研究計畫蒐集整理中國憲法規範化及違憲審查制度的重要文獻，計畫主持人並親自前往中國與專家學者、中國大陸法學博士生進行深度討論與訪談，由於違憲審查議題於中國實屬敏感，前述訪談資料相對於既有出版文獻，彌足珍貴。除深入瞭解中國在地觀點外，本計劃另行比較觀察英國、法國違憲審查的制度轉型，以及我國司法院大法官解釋憲法制度的實施經驗，嘗試提出適合中國的違憲審查模式。

我們具體建議，中國應考慮以漸進手段發展其違憲審查制度。初期應先制定憲法解釋機關的內部議事規則，使中國憲法明定的解釋憲法機關—全國人民代表大會常務委員會(全國人大常委會)能夠開始發揮功能。縱然全國人大常委會最初僅能扮演一個有限的疑義解答角色，但隨著大陸司法更獨立、更深獲人民信任後，相信應能進一步朝

向歐、美式的違憲審查制度發展。而我國司法院大法官審理案件法的演進過程：由「解答疑義」走向「解決爭議」，由「維護憲政體制」走向「保障人民基本權利」的方向發展，或可供中國參考。

本研究計畫之成果，已撰寫成符合學術格式的論文，陸續投稿於國內專業學術期刊，期望藉此帶動具有台灣觀點的中國憲法、違憲審查制度研究，並反思我國憲政體制的發展。

關鍵字

違憲審查、憲法審查、合憲審查、司法審查、憲法解釋、英國、法國、中國、議會至上、人大至上

Abstract

In 1954, the People's Republic of China promulgated its first constitution; however, at the time, the idea that the constitution is the supreme law of the land was not established. As China's market economy continues to grow, how to carry out the fundamental mandate of the Constitution, respond to the demand for human rights protection, and create an effective system of constitutional review on laws and regulations become an important issue. This research project reviewed important literature on constitutionalization and constitutional review of China. In addition, the authors interviewed many Chinese scholars and doctoral students, obtaining valuable local perspectives and observation, which may not be included in published materials due to political reasons. Based on these materials, this project further studied and compared the experiences of the transformation of the U.K. and French constitutional review system. Taiwan's own experience was also included in order to provide a practicable solution for the development of China's constitutional review system.

We suggest that an incremental approach be adopted when China tries to implement its constitutional review system. A rule governing the deliberation procedure can first be established so that the Standing Committee of the People's Congress can fulfill its constitutional mandate to interpret the Constitution. At first, the People's Congress may play only a limited role; however, as China's judiciary becomes more independent and trustworthy, the function of judicial review may grow and become more in line with its counterparts in Europe and the United States. We believe the experience of Taiwan's Grand Justices Council, whose function has evolved from "answering questions" to "solving disputes" and from "maintaining institutional order" to "protecting fundamental rights," may provide a valuable lesson.

Keywords

Constitutional Review, Judicial Review, Interpretation of the Constitution, the United Kingdom, France, China, Supremacy of Parliament, Supremacy of People's Congress

前言

中國雖於 1954 年即通過公布第一部憲法，但憲法作為國家根本大法的規範性格，並未同時確立。¹其後，中國社會歷經改革開放，市場經濟迅速發展，憲法也經過重新制定及多次修正，先後將「憲法是國家根本法，具有最高的法律效力」、「²依法治國」與「法治國家」、「³國家尊重和保障人權」⁴...等現代憲政主義強調的基本原則，納入憲法文本。至此，中國憲法成為追求社會穩定發展基礎的地位應告確立，「如何」落實憲法的規範性則成為新一階段的熱門議題。

另一個值得注意的發展即是中國法院進行司法審查的功能，也開始獲得承認與重視。早在 1993 年憲法增修，揭示依法治國、法治國家的原則前，1989 年頒布的行政訴訟法即已明文肯定法院於審理行政案件時，對於具體行政行為的合法性得加以審查，⁵雖然該法迄今仍排除法院對於抽象行政法規的審查權限，⁶但司法機關對於行政權享有一定監督與制衡的權力，至少在規範層次上，已無可動搖。

在這樣的背景下，隨著市場經濟的持續發展，如何進一步落實憲法根本大法的規範效力，回應人權保護的要求，建構(實踐)法律及行政法規抵觸憲法時的違憲審查或監督機制，遂成為新一階段的重點課題。

然而，自中共第十六屆四中全會宣示「建構和諧社會」的目標，並歷經「零八憲章」、「三博士上書」等事件後，有關憲法司法化或違憲審查的議題卻急速冷卻。即便如此，在中國市場經濟迅速發展的情形下，人民對司法的期待，恐怕難以侷限於傳統行政法與民商法的範圍。如何進一步使國家的法律與政策也納入憲法規範架構之下，由司法加以審查，使其具有一定的可預見性，毋寧是中國經濟持續發展所需要面對的問題。但是，在中國大陸現行憲法的架構下，是否仍有

¹ 依據論者的分析，此時的憲法雖規定：「一切國家機關工作人員必須效忠人民民主制度，服從憲法和法律...」，且明定全國人大負責「監督憲法的實施」及有權「撤銷國務院的同憲法、法律和命令相抵觸的決議和命令」，但上述規定的性質「僅屬最高統治者對所屬機關人員的拘束」而已。參見蘇永欽，走向規範憲法—從台灣的經驗看大陸的選擇，載：政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，頁 242，2010 年。不同見解，參見莫紀宏，中國違憲審查制度的歷史演變、存在的問題和發展趨勢，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 年兩岸四地法律發展(上)：違憲審查與行政訴訟，頁 86，2007 年 8 月(該文作者認為：「1954 年憲法...自身的規範性和權威得到了重視」)。

² 中華人民共和國憲法序言(1982 年重新制定憲法)。

³ 中華人民共和國憲法第 5 條第 1 項(1993 年增定)。

⁴ 中華人民共和國憲法第 33 條第 3 項(2004 年增定)。

⁵ 行政訴訟法第 11 條。

⁶ 行政訴訟法第 12 條第 2 款。然而，中國行政訴訟法最近的修正方向即預備將部分的抽象行政行為，納入法院審查的範圍，參見胡錦光，論中國對行政行為司法審查的演進與課題，載：林峰編著，百年憲政與中國憲政的未來，頁 362 以下，2011 年。

司法違憲審查制度的存在空間？如有，又應採取何種設計，在程序上應該如何實施？凡此，均為本文的研究課題。

在進入本文之前，由於本研究計畫主持人董保城教授，計畫期間借調至考選部任職，借調期滿後已於民國101年9月辭去國立政治大學教職。雖然本計畫原訂的研究大部分仍由董教授及兩名協同主持人、三名研究助理持續進行，並如期繳交本期末成果報告，然由於主持人去職後，計畫經費已無法繼續支領，於研究之進行難謂無影響，是以本報告僅屬本擬達成研究結果的階段性呈現，謹此敘明。

研究目的

中國大陸於1954年通過公布第一部憲法，而自從1979年改革開放以來，中國不斷加速社會經濟體制的轉型，尤其在加入WTO以後，市場經濟因為民營企業的驚人成長及外資的湧入，無論規模與活力在所有新興經濟體中都無與倫比。

即使政治體制的改革還無法配套的同步發展，作為市場經濟基礎結構、用以降低交易風險與成本的法律制度，實際上已經一步不停的重新整建。以「中國法律年鑒」的資料為基礎，看看從1979年到2009年8月的法規統計，即可見其端倪：除憲法和4個憲法修正案外，全國人大及其常委會在此期間一共制定了現行有效的法律 229 件，國務院發布的現行有效的行政法規則有 679 件。另外中國31個省、直轄市、自治區和49個較大城市的人大及其常委會制定的地方性法規有 8561 件，行政規章則有 12000 餘件。從這個角度來看，1999年修憲，把「依法治國」寫進憲法，根本不是要或不要的問題，而是走上所謂社會主義市場經濟以後，唯一的選擇。即使這裡談的依法治國仍然不脫馬克思主義的工具主義法治，離開體現人權與正義價值的「法治國家」還非常遙遠，但至少在「入世」後，面向世界的中共政權在法制上展現了相當大的現代化的決心，包括制定民法典的宣示，司法職業化的諸多突破等，為建造一個以民間社會為基底的現代國家提供了有利的條件。

而伴隨中國政治、經濟、社會的變遷，憲法作為國家根本大法的規範性格並未同時確立。首先，1954年憲法固規定「一切國家機關工作人員必須...服從憲法...」，並賦予全國人大得「撤銷國務院同憲法、法律和法令相牴觸的決議和命令」，然上述規定對於憲法規範效力的表述仍嫌迂迴，且似僅為對國家機關人員的誡命。文革時期，階級鬥爭、繼續革命成為憲法修正強調的價值，憲法的規範性因而受到抑制。

直至改革開放初期1982年重新制訂的憲法，首次在序言宣示：「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，全國各族人民、一切國家機關和武裝力量、各政黨和各社會團體、各企業事業組織，都必須以憲法為根本的活動準則，並且負有維護憲法尊嚴、保證憲法實施的職責」，一舉把憲法推到前所未有的規範高度。其後隨著中國經濟體制的蛻變，1993年憲法修正除宣示：「國家實行社會主義市場經濟」外，更將「依法治國」及「法治國家」等市場經濟不可或缺的配套納入憲法文本。

改革開放近三十年後的2004年修憲，更在中國物權法通過公布前，率先反應對於私有財產的保護，於第13條明定「徵收補償」制度，並於第33條宣示：「國

家尊重和保障人權」。至此，中國憲法成為追求社會穩定發展基礎的地位應告確立，「如何」落實憲法的規範性則成為新一階段的重要課題。

尤其，在中國市場經濟迅速發展的情形下，人民（包括市場參與者）對於司法（審查）的期待，恐怕難以侷限於傳統行政法與民商法的範圍。如何進一步使國家統治的行為（法律與政策）也納入憲法規範架構之下，由司法加以審查，使其具有一定的可預見性，毋寧是中國經濟持續發展所需要面對的問題。

然而，在中國大陸憲法明文賦予全國人大常委會解釋憲法、監督憲法實施權限的前提下，是否仍有司法違憲審查制度的存在空間？如有，又應採取何種設計，在程序上應該如何實施？凡此，均值得加以研究。

文獻探討

依照林來梵教授的統計，1979年至2006年間，以違憲審查、合憲性審查、憲法審查或憲政審查為主題的文章數量近達千篇，其中2003年至2006年間約佔七百篇，中國學者針對違憲審查發表專書、論文數量之豐，由此可見一斑。⁷本研究在文獻搜尋上，主要將前述關鍵字略作修正與擴張，採取「違憲審查」、「憲法司法化」、「憲法訴訟」、「憲法監督」四個近年相關研究較常使用的術語，並適當輔以其他關鍵字，在中國期刊全文數據庫(CNKI)上的「核心期刊」之中，搜尋並篩選出較具參考價值的期刊文獻，加以研讀分析。須注意者，「憲法監督」一詞因全國人大的權限及於行政、司法、立法，故不同於一般意義底下的「違憲審查」，而專指「立法監督」。⁸此外，違憲審查相關用語在大陸學者之間，似存有定義、理解與運用上的複雜情形，對於本研究不唯造成學理探討上的進入障礙，也增加系統性文獻蒐集的困難程度。

仔細研究這些既有的討論，有認為應從中國憲法既有規範的落實著手，也就是應該先完善憲法第67條全國人民代表大會常務委員會(下稱「全國人大常委會」)解釋憲法、監督憲法實施的「程序」規定，以備不時之需；⁹甚至在此一基礎上，進一步在全國人大常委會下設置專責的機構(如：憲法委員會、憲法監督委員會、憲法監督工作委員會等)，負責憲法解釋的工作。¹⁰也有認為，中國應仿照外國經驗，建立由司法機關(法院)主導，審查法令是否牴觸憲法的司法違憲審查制度。¹¹就後者而言，相關討論大部分是建立在我們所熟知的美國或德國違憲審查模式上，至於其他國家的經驗，則較少受到關注。¹²

⁷ 參林來梵，中國的違憲審查：特色及生成實態—從三個有關用語的變化策略來看，浙江社會科學，2010年第5期，頁39，2010年5月。專書數量亦極浩大，例如：王磊，憲法的司法化，2000年1月；胡錦光主編，違憲審查比較研究，2006年5月；張千帆、包萬超、王衛明，司法審查制度比較研究，2012年1月。

⁸ 詳後，見本報告註16。

⁹ 例如韓大元，《憲法解釋程序法》的意義、思路與框架，浙江社會科學，2009年第9期，頁15-19，2009年9月；胡錦光，論啟動違憲審查主體資格的理念，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁17-18，2012年5月；焦洪昌，公民違憲違法審查建議處理程序及其完善，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁88-90，2012年5月。

¹⁰ 例如莫紀宏，同註1，頁114-130；童之偉，憲法司法適用研究中的幾個問題，法學，2001年第11期，頁8，2001年11月；范進學，中國大陸憲法監督程式制度之反思與變造，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁48-50，2012年5月；胡錦光，從憲法事例看我國憲法救濟制度的完善，法學家，2003年第3期，頁42-44，2003年6月。亦有論者從社會主義與人民代表大會制的脈絡，證立憲法委員會作為人大下設的專業審查機構的正當性者，參見費善誠，試論我國違憲審查制度的模式選擇，政法論壇，1999年第2期，頁7-11，1999年4月。

¹¹ 例如王磊，同註7，頁42-46；另有論者建議在現行制度下，建立人大外部司法性質的專

然而，不論中國未來違憲審查制度走向為何，司法機關(各級人民法院)在個別制度中應該扮演何種角色？特別是若尊重現行憲法文本，採取以全國人大常委會為中心的違憲審查機制下，各級法院是否仍有參與法規合憲控制的空間？又該如何參與？又，如果中國憲法繼續維持所謂「人民代表大會制」(有稱為「人大至上」原則)，¹³則建立於傳統權力分立、制衡下的美、德違憲審查經驗(在短期內)是否具體可行，實不無疑義；¹⁴反而，有論者指出，採取與「人大至上」相似的「議會至上」原則的英國違憲審查制度發展經驗，亦值借鏡。另一方面，現行由人大及其常委會自行掌理憲法監督的模式，與其後續是否與司法體系建立某程度連動機制的違憲審查的考慮，法國 2008 年修憲的建制或亦有參考價值。¹⁵

責違憲審查機構，並與一般法院分配法律位階以下規範的審查權，參見張千帆、黃嶽，從憲法到憲政——中國大陸憲法審查制度的歷史、現狀與未來，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 年兩岸四地法律發展(上)：違憲審查與行政訴訟，頁 77-79，2007 年 8 月。

¹² 就法國法制而言，在 2008 年修憲以前，中國學者有認為法國憲法委員會與全國人大的審查，有事前與事後之別，參照付子堂，美國、法國和中國憲法監督模式之比較，法學，2000 年第 5 期，頁 17，2000 年 5 月；也有學者認為中國憲法所規定的「監督憲法實施」範圍比法國憲法委員會的合憲性監督更廣，而中國向來的討論總是難以擺脫由人大常委會、專門法院或普通法院三個選項中，由何者監督憲法的矛盾，參見蔡定劍，憲法實施的概念與憲法施行之道，中國法學，2004 年第 1 期，頁 23，2004 年 2 月。

¹³ 中華人民共和國憲法第 2 條、第 3 條及第 57 條參照。論者在學術論著中使用「人大至上」加以指稱與論述者，參見田飛龍，探尋中國憲法的“民主化”實施之路，中國圖書評論，2010 年第 6 期，頁 41，2010 年 6 月；童之偉，順應時勢變遷更新人大制度理念，法學，2009 年第 12 期，頁 3，2009 年 12 月；陳端洪，立法的民主合法性與立法至上——中國立法批評，中外法學，1998 年第 6 期，頁 63-64，1998 年 12 月。

¹⁴ 參何海波，沒有憲法的違憲審查——英國故事，中國社會科學，2005 年第 2 期，頁 109，2005 年 4 月。另參許崇德，論我國的憲法監督，法學，2009 年第 10 期，頁 8-9，2009 年 10 月；翟小波，代議機關至上的人民憲政——我國憲法實施模式的解釋性建構，清華法學，2007 年第 2 期，頁 35，2007 年 4 月；秦前紅、周偉，人民代表大會制度的歷史回顧與憲政思考——寫在人民代表大會制度誕生 50 週年之際，人大研究，2004 年第 10 期，頁 15，2004 年 10 月；童之偉，同註 10，頁 6。

¹⁵ 參汪再祥，英國憲政的歷史性轉折——英國《2004 年憲政性改革法案》述評，法商研究，2005 年第 3 期，頁 154，2005 年 6 月；何海波，同註 14，頁 109；張千帆、包萬超、王衛明，同註 7，頁 78 至 155；蔡定劍，同註 12；付子堂，同註 12。

研究方法

壹、文獻回顧

本研究首先回顧目前有關中國大陸憲法司法化以及違憲審查制度之研究文獻，以了解相關議題的發展軌跡，並掌握現行法制的研究熱點。

貳、比較法分析

本研究不僅從研究團隊成員各自留學國(德、法、美)相關法制發展經驗的角度，就中國大陸憲法司法化及違憲審查制度作比較法的觀察。更重要的，研究團隊也嘗試以台灣憲政與違憲審查制度經歷威權與民主轉型時期，一路走來的過程與經驗，與中國大陸社會發展、法制形塑的過程加以對照研究。另一方面，有鑑於大陸法制上的「人大至上」原則，與英國傳統的「議會至上」原則有其可類比處，本研究亦探究英國法上違憲審查制度的發展，並就此映照中國大陸的未來。

參、深度訪談與焦點座談

本研究遭遇之困難主要為中國大陸目前對於憲法司法化、違憲審查制度的討論受到相當程度的壓抑，對本研究之順利推展造成一定之妨礙。因此，本研究以「非正式」訪談、邀請大陸學者來台參與工作坊、研討會、座談會的方式，尋求突破。

計畫執行期間，計畫主持人利用其與中國大陸公法學者曾有學術合作的經驗，二次親赴大陸，與知名公法學者進行深度訪談，過程的記錄對於隔著海峽的我國學者，料能成為了解彼岸學界意見與實際憲政氛圍的重要來源。

除此之外，本計畫亦在台舉辦小型的焦點座談會議，積極邀請來台訪問的大陸法學教授與碩博士生，就大陸違憲審查的理論發展與實際情形，一方面帶來深入淺出的介紹，另一方面進行兩岸在憲法學理與憲政經驗上的交流與激盪，在在皆帶給本計畫研究上極大的助益。

結果與討論

本部分首先就中國大陸憲法實施的應然與實然面向，作初步觀察，而後與中國學者進行訪談、座談，再總合所蒐集之資訊，以比較法的角度切入分析、討論，最後將研究所得彙整，期能成為我國的中國大陸研究中，結合法律實證研究與規範性理論發展的成功例子，並觸發、增進學界對此議題之深入理解與互動討論。

壹、中國大陸憲法實施的應然與實然

一、憲法規範面的觀察

按照當代憲政主義思潮，國家權力合法性來自憲法之賦予，故法治之檢討，首先當以憲法規範和相關聯的下位規範等形式法制面之考察為最優先，並主要以大陸憲法中基本人權規定及憲法監督機制¹⁶為檢討對象。

(一) 基本人權保障

大陸在 1982 年 12 月 4 日第 5 屆全國人民代表大會中通過制憲，並於同日公布施行，接著在 1988、1993、1999、2004 年分別通過四次修正案¹⁷。當中與本文有關聯者，當數第 2 條第 1 項「主權在民」條款和第 2 章「公民基本權利和義務」為最，尤其第 33 條重申「國家尊重與保障人權」，實與當代憲政主義殊無二致。

細察第 2 章各條條文，暫且不論該部憲法之中，部分憲法義務條款本身在先進國家的觀點來看已有侵害人權嫌疑而違憲之可能，實則對人權保障的規範完備，不僅有平等權及言論、集會、宗教、人身、秘密通信、居住安寧等第一代人權（自由權），乃至勞工就職、休假權益、年長及弱勢扶助、教育、科研等第二代人權（社會權）亦包含在內。

(二) 憲法監督機制

¹⁶ 不論是美國式的司法違憲審查(Judicial Review)或是德奧式的憲法法院進行的合憲性審查，皆不同於全國人民代表大會同時身兼立法者和憲法解釋者的制度設計與背後的理論基礎，故採用大陸學界相關領域的通說用法「憲法監督」一詞。相關制度描述用語流變分析，詳見林來梵，同註 7，頁 33 以下。此外，須附帶一提的是，「憲法監督」一詞因全國人大的權限及於行政司法立法，故不同於一般意義底下的「違憲審查」專指「立法監督」。詳參中華人民共和國各級人民代表大會常務委員會監督法，相關文獻請參王書成，合憲性推定與「合憲性審查」的概念認知—從方法論的視角，浙江社會科學，頁 55 以下。

¹⁷ 資料參考自新華網，為大陸官方的對外網路媒體，

http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/ziliao/2004-09/16/content_1990063.htm (瀏覽日期：20110725)。

儘管有著完備的基本人權規定，惟徒法不足以自行，任何規範的存在都需要透過制度來監控始得以落實和確保。在大陸，人權保障的現狀與規範面的落差正印證了此種監控機制的重要性。

中華人民共和國憲法第 5 條第 3、4、5 項分別規定了憲法有高於法律的效力，隨後又強調國家和人民團體皆有服從憲之義務，以及不具有高於憲法之權威等宣示。大致上得理解為，該部憲法亦採取了「法律位階」理論，亦即下位階規範因其效力來自上位階規範，固不得有所牴觸或違反。然則進一步的問題則是何機關方有權，並經如何之程序，始得認定下位階規範牴觸憲法。

第 67 條第 1 項規定了全國人民代表大會常務委員具有解釋憲法、監督憲法實施之權力，按同條第 7、8 項更得直接撤銷牴觸上位規範的「法規、決定、命令」和「地方性法規、決議」。根據同法第 62 條，全國人民代表大會得行使之職權除包含監督憲法實施之外，尚得修憲，並得變更或撤銷其常務委員之決定（參見第 11 項規定）。從以上規定得歸納出，全國人民代表大會及其常務委員會具有監督憲法實施之權限，具體上得解釋憲法並以撤銷違憲法規為手段，以確保憲法之最高性。

（三）相關法律規定

除憲法本文之規定外，法律位階之《立法法》中，亦有旨在確保憲法受到下位階法規遵守之機制，如第 3 條言明遵循憲法的基本原則，同法第 78 條重申憲法有最高之效力，並進一步在同法 88 條統一規定了法規衝突時撤銷法規的權限分際。該條一二項重申憲法第 67、62 條意旨，全國人民代表大會常務委員會有權撤銷同憲法和法律相牴觸的 1、行政法規；2、地方性法規；3、自治條例和單行條例。全國人民代表大會並得監督其常務委員會之決定，並在認定其不適當時得撤銷之。同條三項以下還有不同主體和權限劃分，但非本文關注，故略而不談。此外值得注意者為第 90 條之規定，其規定了得提起憲法監督機制的當事人，範圍廣泛甚至無所不包，且欠缺程序上限制，包括所有的國家機關、企業與單位、社會團體和人民。但效果上因其聲請係「建議」而非類如「訴訟權」之設計，故不拘束全國人民代表大會¹⁸。

二、憲政運作面的觀察

（一）制度運作曙光

全國人民代表大會憲法監督制度運作結果，截至今年為止，仍未撤銷過法律。然而針對法律以下位階的法規命令和地方規章，不得不得到的是 2003 年的孫志剛案¹⁹，其標誌著大陸公法發展和憲法監督發展的里程碑。案發當年，社會

¹⁸ 參照鄭磊，憲法審查的啟動要件，2009 年。

¹⁹ 2003 年 3 月 17 日，大學生孫志剛未攜帶身份證逛街時，被派出所以沒有暫住證為由予以收容。3 月 18 日，孫被送往收容遣送中轉站，後又被收容站送往廣州收容人員救治站，並

輿情譁然，因為 1982 年開始實施的《收容遣送制度》嚴重侵害居住遷徙自由、人身自由，在資源分配、城鄉差距發展嚴重失衡的大陸，民間對此管制措施的不滿已積累多時²⁰。

學界亦有過熱烈的討論，並於同年 5 月 14 日及 5 月 23 日先後有兩次「上書事件」，許志永、俞江、滕彪三位法學博士依據中華人民共和國立法法第 90 條第 2 項，以普通公民身份向全國人民代表大會常委會提出審查《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》的「建議」，其中主張：「三位公民依法「上書」，行使法律賦予的權利，是公民憲法意識增強的表現，對啟動憲法監督制度有重要意義。從法律邏輯上講，既然賦予公民提出審查建議的權利，該項權利就應當有法定的保障。所以，全國人民代表大會常委會有關機構對該建議進行研究並給予答复，是法律上的當然義務」²¹。

面對強烈的社會與學界衝擊，全國人民代表大會常務委員會依據中華人民共和國立法法第 90 條第 2 項，轉由其下的法律委員會審查，該委員會並依同法第 90 條第一項前段，向「收容遣送辦法」的制定機關國務院提出書面審查意見。該機關於同年 6 月 20 日公布「城市生活無著的流浪乞討人員救助管理辦法」，並按該國務院令第 18 條：「本辦法自 2003 年 8 月 1 日起施行。1982 年 5 月 12 日國務院發布的「城市流浪乞討人員收容遣送辦法」同時廢止」。²²以上顯示，在政治高壓和人權紀錄不良的中共政權，面對高度社會及學術社群壓力，單純的武力陣壓和言論管制已不是政治決策的上算，在不變更既有的「以黨領政」政治框架與現成的憲政機制的條件下，適度滿足人民的訴求毋寧是更明智的選擇。儘

於 3 月 20 日死亡。法醫鑑定中心的鑑定表明：綜合分析顯示，孫志剛是被打死的。

²⁰ 相關報導：紀念改革開放 30 週年：收容遣送制度存廢之間，環球在線，2008 年 11 月 13 日，瀏覽日期：20110725，網址：

http://www.chinadaily.com.cn/hqzg/2008-11/13/content_7202658.htm；劉仁文，收容遣送制度弊端再次暴露孫志剛悲劇不能重演，2003 年，瀏覽日期：20110725，網址：

http://news.xinhuanet.com/legal/2003-06/02/content_899533.htm；特刊：廢除「收容遣送制度」沒有回頭路，新華網言論特刊，2006 年，瀏覽日期：20110725，網址：

http://news.xinhuanet.com/comments/2006-06/26/content_4749411.htm；「孫志剛之死」沖擊收容遣送制度，人民網社會專題報導，瀏覽日期：20110725，網址：

<http://www.people.com.cn/BIG5/shehui/8217/27299/index.html>；「收容遣送辦法」廢止始末，孫志剛事件終結收容遣送歷史，新聞中心，2003 年，瀏覽日期：20110725，網址：

<http://news.sina.com.cn/c/2003-07-02/00081259648.shtml>。

²¹ 參考牛龍雲，從孫志剛事件透視大陸違憲審查制，大陸網新聞，2003 年，瀏覽日期：20110725，網址：<http://www.china.com.cn/chinese/OP-c/341247.htm>。關於第二次上書，報導請參考五位法學家提請人大啟動特別程序調查孫志剛案，新華網，2003 年，瀏覽日期：20110725，網址：

http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/legal/2003-05/28/content_889767.htm。

²² 按該等法條原在「備案審查」章節下，立意或在為事前的法規合憲性審查，但因未規定時間限制，適用上並不以施行前為限，有成為一種獨立審查形態的可能。但制度運行方式，從法律委員會得必須先依 91 條 1 項對法規制定機官提出書面審查意見，在不予修改時再按 2 項由法律委員會會長提請常務委員會撤銷之等模式以觀，似乎只具備抽象法規審查機能，不及於個案中適用或解釋的憲法監督。相關說明請參鄭磊，同註 18。

管此孫志剛案仍未成功使全國人民代表大會撤銷惡法，但仍大致按照立法法的規範，實現了第一次「人民聲請憲法監督」的示範。

蓋依立法法第 90 條第 2 項，純屬「建議」性質的「平民上書」，相較於 1 項的國家機關有對人大的拘束效力，欠缺程序、期限相關具體規定的擔保，全國人民代表大會常委會大可致之不理，使得上書的三博士還「一度深為擔心建議書會因無法啟動審查程序而被無限期擱置」。卻因著法學者的學術良知和民眾密切關注下，引起全國人民代表大會常委會有關部門和領導的高度重视，並在一個月內給出了迅速的回應。結論上可謂為「大陸依法治國進程中的一個重大標誌性事件」²³。

（二）制度運作上困境

雖有上述的突破和進展，但整體而言憲法監督在大陸的發展仍離先進國家有相當距離，以下嘗試分析其成因與制度上的困境。

1. 權力分立考量

依照憲法第 57 條，其代議機關全國人民代表大會為「最高國家權力機關」，即所謂的「集中民主」制。鄧小平曾反復強調：「我們決不能搞三權分立、多黨競選、議會制那一套西方的民主政治制度，因為它不符合我們的國情，不符合我們國家的人民民主性質」²⁴。在社會主義、集體主義和社會紀律的理念下，憲政體制的設計上，與西方憲政主義傳統中的權力觀念分道揚鑣，雖有立法(人大)、司法(最高人民法院)與行政(國務院)的「功能區分」，但依憲法第 67 條第 6 項，其他二權都必須向全國人民代表大會負責。三機關的互動間，沒有互相牽制的權力設計，以美國制憲先賢麥迪遜的說法，就是欠缺「野心來制衡野心」。

官方有說法提到類似權力分立的觀點，其謂「我國的政體是人民代表大會制度，不是『三權鼎立』，在人民代表大會統一行使國家權力的前提下，對行政機關、審判機關、檢察機關的職權又有明確劃分。人大與『一府兩院』的關係，既有監督又有支持，既要依法監督，又不代行行政權、審判權、檢察權」²⁵。

於此等憲政制度下，人大除了監督下級和地方法規以外，也審查自己通過的法律。推翻自己通過的法律等於承認先前立法行為錯誤，在立場上已難期公正，更何況法律案的通過牽連眾多，在多方勢力折衝下通過的法律，同一個機關，相

²³ 參考牛龍雲，同註 21。

²⁴ 參見楊景宇，學習鄧小平民主法制思想 發展社會主義民主政治，人民網，2004 年，瀏覽日期：20110725，網址：<http://www.people.com.cn/BIG5/shizheng/1026/2778429.html>。

²⁵ 參見喬曉陽，人大常委會監督的內容和原則，全國人民代表大會法律委員會網站上研究與報告，2006 年，瀏覽日期：20110725，網址：

http://www.npc.gov.cn/npc/bmzz/falv/2006-11/08/content_1384043.htm。

同的政黨，更是一樣的政治勢力，則勢必沒有制度誘因和現實動機為了守護憲法而撤銷違憲規範。

2. 監督效能考量

(1) 人大欠缺實際上「最高」監督權限

然而憲法規範架構上掌有最多權力的機關，似乎也沒有變成無法控制的「憲政怪獸」。甚至有說法認為，人大是大陸憲法規定的國家權力機關，具有一定的政治重要性，但沒有真正實權。綜合而言，人大具有人事權、立法權、監督權、締約權等重要權力。但人大歷屆委員長劉少奇、朱德、葉劍英、彭真、萬里、喬石、李鵬、吳邦國，都是中共的重要領導人，但卻也都不是最高領導人，地位在黨主席或總書記之下。由此可見，人大雖享有「最高權力」機關的殊榮，但實質上運作並非如此。再者，人大代表的產生欠缺公開選舉的過程，運作過程也掌握在人大內部黨組織手上，再加政治上的壓力，在在都使大陸共產黨凌駕於人大之上，人大也因而被一些大陸民眾視為「橡皮圖章」，完全不能用西方「國會」的概念來理解人大的性質。而唯黨是瞻的人大，當然無法期待有政治高度或決策能力，獨立達成有權撤銷其他國家機關行為的憲法監督。

(2) 欠缺專業化分工

此外，全國人民代表大會一年一次的會期²⁶，以及繁重的事務，欠缺專責機關等職位和機關上的分權以促進監督效能與管理機制等制度上缺點，凸顯憲法監督議題不易被當成重要議題（僅為人大十幾項職權的一項而已），加上法律委員的本身的專業背景從主任委員胡康生（會計）以下，副主任委員八人中只有李適時一人具有法學背景（外交學院外交業務系國際公法博士），其中又未必盡擅長憲法或公法者，專業能力本身值得懷疑²⁷。

綜上所述，中國大陸憲法已有可資運用之實體規範，但就實施而言則可謂有名無實。初步分析可知，相關缺陷實有其制度面的理由，本研究乃希望就此提供意見，供作制度面興革之參考。

貳、中國大陸法政學者訪談紀要

僅從憲法條文及既有文獻觀察，受限於中國目前政治體制，似難深入掌握中國大陸違憲審查之實然運作。因此，本研究三位主持人藉由座談會的方式，與中

²⁶ 會期平均十多天，2009年的十一屆全國人大二次會議更創下八天半就結束的紀錄。相關報導參照：今年兩會無重大人事事項 會期將“精簡”，大陸評論新聞網，2009年，網址：<http://www.chinareviewnews.com/doc/1008/7/9/0/100879075.html?coluid=0&kindid=0&docid=100879075>，瀏覽日期：20110725。

²⁷ 委員會的學歷背景，請參大陸人大網，法律委員會專頁，網址：http://www.npc.gov.cn/npc/bmzz/falv/node_1622.htm，瀏覽日期：20110725。

國大陸法政學者進行訪談，試圖對於此議題有更為深入的理解。為了方便受訪者暢所欲言，本研究計畫承諾採取匿名處理，故以下訪談記錄中，對於受訪學者將以英文字母代號表示，主持人之發言則簡單標示其姓氏。

一、第一次訪談紀要

董：今天要討論大陸的違憲審查制度。

A：這個問題是目前中國發展過程中，很宏觀的一個問題。基本上中國人大內部看法怎樣，作為一個民間人士，只有揣測。從國家領導人的角度來看，是為了維護社會的安定。

董：就是不能一步到位。

A：是，一步到位的話會出現一些社會不安定的情形，人大和國家人民法院其實是處於執行國家政策的角色。所以在有整體的改制之前，他們也不會有太大的改變、承擔不了這麼大的責任。臺灣當年也是一步步的改革。那有了一個新體制之後，我想不管是政府還是人民，都會對新體制也有種期待，那人大、法院也不會例外。但是在這麼做之前，總是要全面評估。

董：所以不管違憲審查要不要做，重點是國家要永續發展？

A：是阿。其實關於這個問題，我覺得中國的法官能力和素質都不是問題，因為一個法官要怎麼判決其實是秉持自己的良知，那學識如何，只要精神正常、有社會經驗，做一個成熟的判斷應該不是問題。

董：所以是政治問題？

A：是。你說中國法官再怎麼差，會比以前英美的法官還差嗎？現在的各級法院，很多法官都是大學畢業生，所以已經不是二三十年前那個狀況。

董：那法官的憲法意識？

A：我想，在美國式的法官審查制度下，法官的憲法意識應該是取決於當事人，因為通常是兩造在辯論，那法官就看採取哪一方的意見。也就是說律師的能力。那中國律師的能力也好，所以我想採取違憲審查制度哪個模式都不是問題。唯一的問題大概就是「由誰來行使」。

董：最高人民法院想行使違憲審查；全國人大也想行使。

A：對。01年那個齊玉苓案就是了，不管領導怎麼想，最高人民法院已經躍躍欲試。中國大陸違憲審查權該由誰來行使呢，學界的觀點我不好評價。中國憲法學會學者的主流意見是，在現行憲法體制下面，合憲性地發展違憲審查制度，而不是說把憲法修改來修改去。那這種觀點我是可以接受的，因為我個人認為哪

種違憲審查制度本身就不是問題，關鍵在於落實，由哪個機關都可以。那臺灣當年是由大法官來行使，大法官不審案的，可不是也行使的很好而有很重大的影響。

董：臺灣的大法官只做抽象性違憲審查，不看具體個案。

A：那就這方面而言，或許作用會更強一些。尤其學者的人數又多些，能夠從比較宏觀的角度來思考，的確對抽象性審查有很大的幫助。

董：那我想請教一下，中國學者目前的主流意見還是在人大之下，設一個常委會？

A：的確這個觀念存在很長一段時間，從八十九十年代甚至現在。但是2009年，中國憲法學會的會長韓老師，發表了一篇關於「憲法解釋程序」的論文，那他提出一個新方案，我想這是較傳統憲法學會的主張還進步。他認為可以在常委會之下設立憲法解釋委員會，且常委會之外還有一個法律委員會。表面上憲法審查是由常委會蓋章決議，但實際上的判斷交給法律解釋委員會。這個想法我認為比較進步，比傳統僅在常委會下設立憲法委員會，他又把權力分到法律委員會了。為什麼要分權呢？因為常委會本身除了基本法：民法、刑法等等之外，其他的法律都是由他們直接通過實行。那全國人大每年只開一次會，所以實際上的作用多交給常設的常委會，如果又要常委會解釋憲法，那幾乎等於自己監督自己。

董：所以法律解釋委員會跟常委會是互相平行？

A：這個在中國現行體制下，很難做到「平行」，但是至少先把權力分開。韓老師這篇論文寫著，由人大常委會底下的法制工作委員會受理，受理後再把請求書交給全國人大的法律委員會，由他們決定是否受理，並提出法律書面意見。常委會審理過書面意見後認為是應該解釋的，再交回法律委員會，由他們寫解釋案。

董：那請問憲法委員會的功用？

A：他是一個形式上、最終的決定。但中間的法律意見還有合憲與否的判斷，都是由法律委員會做成。常委會只是處於接受或不接受的立場。韓老師這裡沒有提到憲法委員會是合理的，因為現行憲法並沒有這個機關。法律委員會在立法法裡面有。

董：所以必須修改立法法？

A：法律委員會在現行憲法上...我想應該要再確認一下，但是我確定現行制度上是有的。韓老師的這個方案是在不用修憲的基礎上，恐怕連立法法也不必修改，他的文章也沒有提到要修改。也就是說，他把常委會現行的解釋權力給分解了。如果是每個法官都有自己的解釋權，恐怕會有些問題。但我想只要是獨立的機構就行了。

董：但似乎也沒有法律規定法律委員會能夠違憲審查？

A：我想這裡韓老師應該只是先提出一些意見，那實際操作方面就再斟酌。臺灣方面的法官也沒有做違憲審查的權限，那中國在這塊恐怕是又更遠了些。我還是認為由甚麼機關來行使這個權力，是見仁見智的問題。我個人覺得，審查制度司法化當然可以，由法官也可以、立法機關也可以，只要是有權力就行。關鍵是不要不行使。

董：像我之前有提到，美國的法院也不是法官要解釋就解釋，這個解釋也要人民服氣才有意義。

A：是，那像臺灣的大法官也是。臺灣的經驗很值得我們汲取。

董：所以大陸現在的情況應該是，維持憲法架構不變，避免產生不穩定性。在以人民代表制的政治架構下，作違憲審查？

A：畢竟憲法的變遷是很費事的。也是希望人民在穩健中穩定發展。

董：那之前我在訪問中被告知，權力分立似乎不太適用中國？

A：這個方面我當前的憲法學者，對於執政黨的路線是一定會敏銳地注意到。我想權力分立這些想法和交由誰進行違憲審查，應該是理論規理論、實踐歸實踐。中央當然會提供各個部門政策決定的參考。我之前在日本報告了一個題目「中國大陸憲法解釋與臺灣憲法解釋制度之比較和展望」，那日本學界也很關切中國大陸憲法的發展狀況。臺灣的整體經濟、社會發展其實比大陸大約早了二三十年，所以不要太急於發展，客觀條件還沒準備好。所以在維持現行憲法架構下，韓老師提出來的方案我認為是目前最可行也比較進步的。那也有學者認為違憲審查沒有甚麼作用或太大的意義，我不這麼認為，從臺灣就可以清楚看出來違憲審查的效力。

董：其實早期人民也不太能感覺到違憲審查的效力。

A：一定是這樣，但是偏偏在某個時點就發揮效力，而且非由大法官來做不可。

二、第二次訪談紀要

(一) 違憲審查與憲法解釋

B：違憲審查這是一個學術問題。中共高層領袖對違憲審查的態度，可以從憲法通過二十周年時，2002年12月5日、胡錦濤的講話中觀察，他承認現在中國大陸有某種程度的違憲現象，應該加緊研究違憲審查制度並做好憲法保障。事實上那時候我們的法學家做了很多努力，幾乎每隔一兩年，國家研究補助都有一個關於違憲審查的重點項目。

董：胡錦濤同志所說的違憲審查，是否為憲法監督、立法法第九十條所說的監督規範，或另有所指？

B：現在的立法法並不是違法問題的審查，這裡只涉及行政法規、地方性法規、自治條例、單行條例違反憲法或法令。但是法律違反憲法的部份，並沒有規定。如果按照胡錦濤「加緊研究」的想法，或許未來會有修法或修憲而探討法律違憲的問題。

董：但是法律違憲目前也可能存在？

B：確實可能存在，但是目前的相關法規都沒涉及這個問題。如果要討論法律違憲的問題，那必須先修憲或立法，否則無法可依則沒辦法審查，這是一個現實的問題。在全國人大方面，關於這個問題也曾經發表意見，考慮是否該修憲，或成立人大憲法委員會、寫進憲法。

董：成立一個憲法委員會。

B：是的。成立憲法委員會不需要修憲，因為這是成立在人大內部。依照現行憲法本來就可以在人大成立許多委員會。

董：有點像法制工作委員會。

B：對，但到現在為止這個想法也還沒有落實。總體來說，吳邦國委員是比較謹慎，估計在這一屆人大任期將滿前，還是不會有甚麼動作。那最高人民法院在2001年在肖揚時期有一個齊玉苓案，這個案子操作得很不專業，它試圖給人一個「解釋憲法」的印象，但其實並沒有解釋憲法，因為這不是針對公權力的案子，只是被操作成為憲法解釋案。事實上以現行的法規也沒辦法操作。這邊有個問題，最高人民法院如果可以解釋憲法的話，我們很清楚、在世界各國都一樣，憲法解釋的效力會高於國會立法。那在我們中國，人民法院的地位是很低的，那如果真的讓他解釋憲法，要把全國常委的地位往哪裡放呢？

董：那是不是說，基本上依照中國人民共和國憲法，人民代表大會是制度的權力核心，位階最高。

B：這是一個原因，但這只是從抽象理論上是如此。從實際面，解釋憲法、立法、司法的操作上，如果運作起來馬上就會有問題。所以可以肯定的是，如果現行的體制沒有根本性的變化，那由人民法院違憲審查的制度不可能延續。回到肖揚時代，以齊玉苓案為代表，他曾經做了解釋憲法的動作，但是在他任期最後兩年就遭受批評了，也可以發現肖揚後來也放棄了這個想法，他在任職晚期發佈了一個文件，說不得解釋憲法，也禁止各級人民法院發表意見。

董：那請問河南種子案？

B：那是肖揚任期中期所做成的案子，這是一個很不專業的裁判。

董：地方違反中央。

B：是，它可以不適用那個法律就好，但是不能說它無效、解釋它的效力。現在最高人民法院，王勝俊任期內曾經發生一個案子，曾經有人寫了一篇文章登在法制雜誌，主要是涉及廣州的一個案子，這涉及到工廠規定工人星期六日才能回家，但是那個工人在一般日回家了且在路上受傷，按照廠房的解釋，如果這個工人服從工廠的安排就不會受傷。這邊我們的憲法有規定一般人有人身自由，所以工廠這個規定和憲法有點抵觸。那中國政法委曾經找了一些人參加會議討論，法院能不能解釋憲法這個事，事實上本意就是要批評法院解釋憲法的問題。但是不能解釋憲法不代表不能援引憲法或理解憲法，所以我的觀點是，法院可以援引憲法去解釋這個判決。

董：我想這個在操作上可能有些困難，援引憲法某程度也是要解釋憲法，感覺上像是一體兩面，不知道您的看法是如何？

B：董老師您的看法之前香港大學的陳老師也有寫文章提到這個。那我覺得援引和解釋可以區分。比方說，不能直接做為裁判案件的依據，不能說依據憲法很多很多條，所以裁定裁判無效等等。所以廣州那個案子，我的意見就是它那個援引沒問題，不構成裁判依據，這只是一個對憲法的理解。董老師您應該知道，中國大陸法官的憲法修養是非常差的。那現在大陸這邊法官其實不太敢援引憲法，因為素養參差不齊一開口就會招來一堆問題，連最高人民法院也是。死刑的案件也只是說「很不利於憲法實施」。

董：可是要求各級法院不能作憲法解釋，最高人民法院也可以嘗試不是？

B：目前最高人民法院沒有要做憲法解釋的意思，所以我們也沒辦法去推動。他們不急我們怎麼急呢？

（二）違憲審查權由何機構行使

A：這個問題有意思，那現在這個問題還是得在現行憲法框架下談，最高人民法院在肖揚時期看起來想要做違憲審查解釋，至少是解釋憲法這個職權，但違憲審查要怎麼做，他也不敢也還沒表現出這個意思。所以在這個問題的想法，憲法監督按照現行憲法的規定，由全國人大或全國人大常委會行使。但事實上全國人大不太可能行使這種職權，除非他認為全國人大常委會通過的立法、決議或決定違反憲法，才有可能行使。

董：至今都沒有行使過？

A：通通沒有。所以憲法監督主要職權是由全國人大常委會來承擔。相當多一部份人還是受到美國的影響，希望由最高人民法院來行使。那我認為，憲法監

督還是可以發揮它的功效，只是說它不是直接的審查或裁判。在適用法律或行政法規的時候，如果有違憲的問題，法院或最高人民法院可以直接向有權機關提出來，比方說全國人大法規委員會。

董：那請問目前實行案例有幾個？

A：目前一個都沒有。其實最高人民法院或最高人民檢察官是可以正式行文提出來的，可惜的是他們那邊懂憲法的也不多。非正式的請示是有的，但像正式的提出截至目前為止是沒有的。那請示這部份不公佈，所以我們也沒辦法拿來做研究。

董：那請示部份只限於行政法規嗎？

A：憲法裡面沒有法律違憲審查的規定，但這個請示是內部請示，還是可以先問問。

董：就是檯面下先問問看，但假如法規委員會聲稱沒問題，似乎就沒有其他辦法可解決？

A：法規會說沒問題，還是可能可以向委員長等等提出，但是這都是我們的推想。

（三）違憲審查程序的立法問題

A：我想這個問題很有意義，如同我前面所說的。全國人大常委是主要的意見來源，那我們現在的希望是在審查程序方面能有立法。無論是憲法也好，或者其他法令，都能規定全國人大或全國人大常委會監督憲法實施，重點是怎麼監督，現在無法可依。

董：意思是說希望監督能夠有一套能操作的完整規範？

A：對，要能操作。比如說所有權審查，透過甚麼樣的程序提起？

董：第九十條不是已有規定？

A：但是立法法仍只審查法令，法律違憲仍沒辦法審查。

董：依照先前的討論，法律違憲審查還是得修憲才能提起？

A：其實重新立法也是可以，看具體情形。我個人以為，不修憲而依據現行憲法即可。

董：比方說叫「憲法監督法」或「憲法監督審查法」，由憲法監督人大常委怎麼樣處理程序以及解釋效力？

A：沒錯，像假設有「憲法監督程序法」最好。可以一併處理法令、法律或地方性法規違憲性的問題；另外還處理憲法解釋問題。解釋憲法也應該要有具體程序。

董：中國目前全國人大或法院都有一套法規及司法解釋之「備案審查程序」，是指這個嗎？

A：全國人大法工委下有一個備案審查機構，這不是一個局級單位，層級很低。所以這個審查通常是對法令以下的、須要備案的地方法規和自治法規等，提出一些意見。那對於法律違憲審查這部份，是沒有辦法的，地位太低。目前的主流觀點可以從「馬克思主義理論研究和建設工程」找，籠統地來說裡面有十幾套教材，又分成中央抓的或教學部抓的。中央抓的法學部分有兩門，一門就是法學理論，一門是憲法學。憲法學的教材中提到的憲法監督，我們叫憲法的實質保障。這本書裡面有八章，憲法的實質保障是其中一章，這也是官方的主流觀點。

董：那全國人大常委是否會自己成立一個憲法委員會？

A：這個沒有具體說明，但是現行可能的辦法應該還是要成立一個憲法的專門委員會。

董：成員來源？

A：恐怕還是來自人大常委會或人大代表自己，是否會吸收一些專家進去、從現在的情形來看，可能性不是太大。當然以專家們來辦效果會很好，不過基本上人大還是會要求一些行政級別比較高的人員擔任委員，目前的體制就是這樣，如果能夠去行政化就比較沒問題了。

（四）違憲審查制度的選擇與展望

A：我個人認為在過去的十幾年來，大概可以分為籠統的肯定或籠統的否定。那肯定的認為，只要是法院、不管是不是最高人民法院都可以做違憲審查，這都是很幼稚的說法，即使要讓法院發揮違憲審查的功能，無論如何都要把最高人民法院單獨拉出來，只有它有權做違憲審查分析。

董：所以您也是主張假設有違憲審查制度的話，應該採取德國或臺灣的集中審理模式？

A：應該說我的理想是，中國的違憲審查不在各級法院作成，但還是可以發揮違憲審查作用。比方說，它可以考慮臺灣經驗，像大法官會議，由最高人民法院組成審判委員會；各級法院侷限於發現問題或提出問題的思考。那這兩個也有一定程序要走，比如說發現問題後層層上報，從高院再到最高人民法院，由最高人民法院決定是否要解釋或審查，提交討論通過後行文到全國人大常委會，交由人大常委審查。

董：由高院審核交到最高人民法院，再由最高人民法院決定是否向人大常委報告？

A：如果是審一級的高院送到最高人民法院，那它可能有兩個作法，第一種，在現行體制下不涉及解釋憲法或審查違憲性，迴避問題在交下面的高院照做。那第二種可能是，爭點繞不過去、不審查不解釋而直接上報。那這種作法其實依照現行的法令、不用另外立法，應該也是可以做的。問題是有沒有做？最高人民法院有沒有想利用這個動作推動憲法實施，迫使全國人大常委對這個有違憲嫌疑的法令做檢討？如果他們沒有這個想法，那也沒辦法。我們現在最高人民法院院長的任命還是政治性的，他不可能有這個魄力，這是有風險的。

董：最高人民法院審判委員會之獨立性？

A：它肯定不能審查法律的違憲性，甚至行政法規等等的也不能，都不能審查。通常它的權限只是解決最高人民法院審判案件中的一些問題，還有司法解釋的討論通過。換句話說，它只能以最高人民法院的名義提出意見，不過實質上是他們討論通過的而已。

董：所以由全國人大常委底下的機構做解釋，應該是現行唯一也不得已的制度？

A：這按照現行的體制，憲法解釋要走向司法制度恐怕不太可能，幾乎可以說完全沒有可能。因為現在不搞三角分立或五權分立，只能搞權力分立才行。那只要不分離，就不可能用司法審查。

三、第三次訪談紀要

劉：報告計畫研究初步成果（詳後，英國制度與大陸比較、台灣法官聲請釋憲與法律合憲法律解釋作為制度建議部分），作為座談會引言。

C：合憲性推定原則，不僅僅涉及法律安定性的問題。一般來講，法院在審判當中，應對於法律的效力盡量予以承認，憲法法院的國家裡，也只有憲法法院才能進行違憲宣告，一般法院也必須尊重法律的權威。

劉：人大常委會？

C：全國人大有沒有憲法解釋權？學理上有爭論，常務委員會的決議可能被全國人大撤銷、變更，但憲法規定上它也是有權機關。英國固有制度特色影響下的違憲審查方式，議會主權下的國家，也可以建立違憲審查。因此，人大雖然至高無上，能否發展出類似英國經驗，還有待觀察。不管如何評價下，現實的憲法秩序仍然是來自中國憲法文本。所以我想，憲法監督和違憲審查的概念問題，都要放在文本脈絡理解。

第二個的就是文本的內涵，如何通過憲法解釋學的角度如何挖掘出來。法律解釋的問題，可以從文本來做分析。

第三個就是，審判制度上，違憲的判斷涉及到憲法解釋，與其他法律解釋—包含行政法規、法律—不同，像法官專職審判，但沒有權力解釋憲法，你可以解釋，但沒有效力。現在解釋憲法和憲法解釋是不一樣的，因為只有人大有解釋權，他做的解釋有拘束力和確定力。法院對憲法做的解釋沒有拘束力。

董：法官解釋有個案效力嗎？

劉：比方說，有個台灣最近的例子，有一號大法官解釋，說狗仔跟拍行為會侵害個人隱私。有些人主張說，這案子不用到大法官那裡，只要法院統一見解說，何謂「正當理由」而不構成侵害隱私。我們有興趣的是，大陸的法院能這樣子做嗎？（689 號解釋）

C：我們也是這樣阿，去年的一個判決裡面，中間人民法院對全國人大通過的行政處罰法和全國人大常委會通過的交通處罰條例，何者在個案中適用引起爭議。法院後來以兩者為同一機關，同一機關先後做成之法律，後法優先於前法。這則判決引起爭議，對於法院能否決定全國人大和常委會是否為同一機關，此一憲法問題，法院應該不能過問。故上訴到高等法院之後，這個案子就被撤銷了。憲法解釋是全國人大做出解釋，法官在判決書中不能做出解釋，在個案中遇到規範衝突時，應該停止審判，往上層遞交由上級決定個案中應適用之法律為何。

劉：解釋憲法在各個法院的檯面上都不能進行？

C：有權解釋和適用兩者間有所不同，地方行政法規與中央法令發生衝突，或是中央法規與憲法發生衝突時，應該由地方人大或是中央人大來決定，否則會有行政權和司法權等權力機關間發生衝突。

C：第一個就是，合法性審查在制度中的地位。原則上，我們行政訴訟法的修改，把規章和規章以下的法律文件也納入審查範圍之中，實際上原本的行政訴訟法並沒有區分這界限，法院原來都有審查權，但現在把審查的啟動賦予申請人等第三人。現在行政訴訟法修改，是修改這一點，與行政覆議法對於紅頭文件發起權利是給予人民兩者不同。但審查權的行使是依職權審查，還是依申請審查，這個有爭議。合法性審查可以對規章以下的法規進行審查，規章以上的是合目的性的審查問題。那為何合憲審查不太容易發動呢？我覺得主要的問題還是出在合法性審查上頭。

如果法官在審理案件時，當然要以憲法和法律制度來從事審判。我們研究要從現行制度是否有所妥當運用，之後再去發揮。如果跳過現行制度，恐怕這研究的說服力不足之前最高人民法院發了個通知，要求所有法院不可以在判決中引用憲法，這例子顯示，法院對於憲法的內容是沒有解釋權的。

法官如何從憲法層面理解法律，這則最高人民法院的通知，可能對於法官學習憲法產生不易影響，因為這則批示裡頭表示，如果法院可以直接引用憲法，則對於具有民主正當性的人民代表立法產生質疑，這樣的法官想說不能看憲法只能看法律。那憲法就沒什麼空間可以實施了，但法律是依據憲法制定的，如果不依據憲法解釋來理解法律的話，那這個法律理解就不夠到位。以前最高法院沒有對於能否使用憲法表示意見，在此之前 1955 年和 1986 年兩次提到解釋方式，條列式羅列了憲法以外的法規作為法官可以解釋的對象，另外一次是直接提到「違法憲法」但未言明哪一條。法官對於推定憲法的實施，一方面透過憲法的角度去理解法律。

第二個是，訴訟中止的時候，必須要有一個理由，提請人大申請解釋的時候也要一個理由。這些理由要怎麼去表述，或者有什麼要求。另外有個技術的問題是，如果基層法院要停止審判往上申請人大解釋時，要不要一層一層往上層報，因為中國大陸的法院體系與行政權不同，現行制度框架下，法院可以提出懷疑，把他懷疑的理由和判斷往上層報。這在立法法沒有明確規定，法院和法院的關係與行政機關的關係不一樣，行政機關有層級關係，法院個個獨立審判，不須受上級審控制。「要求」與「建議」不同，在程序上面有所差異。在現行制度框架下，法院提出質疑，法院是怎麼得出這結論的，這權能的空間有多大，他逐級上報要怎麼處理。法院在審判過程中，時常面臨這樣的問題，就是規範是否符合憲法。法官在應有的權力範圍內，必須去從事審查法規合憲性的審查，適時停止審判，請求人大做解釋。另一方面就是可以去懷疑紅皮文件的效力，可以透過其權能實行來達到限制人民權利受行政權侵害。

而現行制度上，這個部份是值得研究的，看別的国家是怎麼做，我們又該怎麼在現行制度框架下做修改。就是說在行政規範的合法性上頭，法官有權力提出懷疑和解釋。

第三部份，就是狹義的法律的問題。首先就是法律違憲性的可能性是存在的，如果法規不適當的話，全國人大有權可以宣告違憲。但在中國，目前的可能性是不大。法院審理案件時如果遇到有可能違憲的案子，他要怎麼辦？例如參照立法法第 90 條的情況，或是用英國的制度。有一個議會來主動宣告，法院沒有權力，只能透過判決警告，促使國會自行改善，法院沒有權利拒絕適用，或宣告違憲。大陸的法院，通常做法是在審理案件後，如果認為某一個法律或法律文件是不適當的，提具司法建議，而不列在判決書裡面。再判決書之外，有個行文，讓每個單位有機會自行改進。這東西是沒有效力的。

劉：這是制度內還是制度外的？

D：這目前在法律沒有規定。

董：這在我們這就是訴外裁判。

D：這種辦法在法律裡面沒有，但在大陸的法院比較普遍，檢察院也用這種，假如說他們在辦理刑事案件的時候，會另外給相關單位行文，通知他說相關單位應該為如何之改善。在中國大陸這種背景之下，法院如果要像英國這樣，在判決書裡面，對違反憲法的法律，進行道德上或政治道德上的一種譴責，在目前法律下不太可能。因為司法獨立的程度，跟英國比可是差得遠的了。

我覺得可以分成上面這幾個方面去研究，在國家的框架下去解釋，而不是一來就說現在制度不好，要怎麼怎麼改。目前人民大會解釋憲法，是不太可能改變的。怎麼讓現行體制之下，去做釋憲可能的分析，這樣的研究，對我們比較有意義。

現行制度框架內，對公權力行使的審查，合法性、合憲性的，應該有個概括性的描述，因為公權力的審查，主要就是行政訴訟法。在行政訴訟法以前，很難想像弱勢的法院如何去對抗公權力機關。但這問題在今日已經沒有人質疑了，因為有了法律，當然公權力或行政行為可是法院審查、追究的對象。有了這基礎之後，大家眼光往上看，注意到這規章、行政法律文件的效力問題上，地方性法規、經濟特區特別條例是否合法的問題。將來眼光再往上看，如果這法律違憲法，他的效力如何？我想立法法第 90 條、第 91 條的規定就是處理這問題。我想有這樣一個概觀性的描述，對於制度的完善和推進，能有個比較實際的掌握。

E：那我來做總結。

法院現在進行合憲性解釋，這個合憲性解釋，就是說當法官面臨多重解釋的可能性時，法院應該優先選用合於憲法意旨的解釋。我想這當中有個困難就是，現在中國的法律，是以法律為主體，法官在適用法律審理案件的時候，不會想到憲法。我們的法院法官，他們沒有憲法的觀念，去進行合憲性解釋。

再者，現在怎麼讓法官提起違憲審查，讓人大進行審理。你看看台灣違憲審查制度的發展，很明顯一開始有個違憲審查機關，發展後逐步受到矚目和重視。但後來受到立法權限制，變成要三分之二絕對多數決才能通過，功能發展上也受到限制。

我們現在啟動的程序，目前沒有限制，看上去是好像有個制度提供在那，但目前為止都沒有啟動過。

陳：針對抽象、規範的合法性審查，制度上有什麼規範？

D：這制度上有分工，有一些法院可以審查，有一些法院不能審查。

陳：原因是因為沒有規定？

D：一些法律有規定可以審查，有一些是法律沒有規定但法院自己發動。

董：法官的憲法教育很重要。

D：這個法官的憲法教育，最高法院一則通知，就禁止法院對憲法進行解釋。

董：我們台灣的司法考試，現在憲法和行政法加起來佔分兩百分。這個份量一大，憲法就在考試中變得很重要。他們就不得不讀了。

參、比較法分析：英國法的觀點

本小節係摘錄自協同主持人劉定基助理教授基於本計劃的執行結果，發表的「議會至上與人大至上——從英國違憲審查的發展看中國違憲審查的未來」一文，將刊登於政大法學評論第 133 期（預計 2013 年 6 月出刊），並將全文列於本成果報告附錄，茲合先敘明。

受限於篇幅，本小節主要將以「司法機關(法院)」對於法令是否牴觸憲法所進行的「司法違憲審查²⁸」為討論對象。又，本小節討論「司法違憲審查」的概念時，也包括司法機關於適用法律時，為避免法律牴觸憲法疑義所做的合憲性解釋在內，特別是在英國法的討論上，法院進行合憲法律解釋也被認為屬於建構司法違憲審查制度的重要部分，故本小節將其一併納入討論的範圍，應有其意義。

又筆者充分瞭解違憲審查制度的建構須具備一定的社會經濟條件，就中國的情況而言，誠如論者所指出者，尚待克服的問題至少包括一黨專政及審判獨立兩項；²⁹由於上述問題牽涉複雜，遠超出本小節負荷範圍，故本小節並未將其納入考量的範圍，而僅針對相關規範問題進行比較研究，併此敘明。³⁰

一、英國違憲審查制度的發展

英國長久以來並未如美、德及其他大多數民主國家，制定成文憲法，而是世界上少數僅有不成文憲法的民主國家。³¹在歷史上，英國議會雖然於光榮革命的次年(即 1689 年)制定「權利憲章(Bill of Rights)」，但此一文件主要目的是確立議會權力以取代君主特權，與現代憲法意義下權利清單的概念有所差異。³²

²⁸ 參見蘇永欽，同註 1，頁 244-247。又應特別說明者，為了行文簡便，本文後續使用「違憲審查」一詞時，除另有標明外，專指「司法違憲審查」換言之，在本文內，違憲審查與司法審查是可以相互替換的名詞。

²⁹ 參見蘇永欽，同註 1，頁 254。See generally Larry Cata Backer, *A Constitutional Court for China within the Chinese Communist Party: Scientific Development and a Reconsideration of the Institutional Role of the CCP*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 593, 596-97 (2010); Manuel E. Delmestro, *The Communist Party and the Law: An Outline of Formal and Less Formal Linkages between the Ruling Party and other Legal Institutions in the People's Communist Party*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 681, 694 (2010).

³⁰ 參見張千帆，中國憲政的路徑與局限，法學，2011 年第 1 期，頁 78，2011 年 1 月；姜峰，違憲審查：一根救命的稻草？，政法論壇，第 28 卷第 1 期，頁 65-66，2010 年 1 月；湯德宗，試論大陸確立違憲審查制度的途徑，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 兩岸四地法律發展（上）違憲審查與行政訴訟，頁 138-139，2007 年 8 月。

³¹ See PETER LEYLAND, *THE CONSTITUTION OF THE UNITED KINGDOM—A CONTEXTUAL ANALYSIS* 25-26 (2d ed. 2012). 另參陳新民，憲法學釋論，頁 11-13，2011 年 9 月 7 版。

³² See LEYLAND, *supra* note 31, at 17 & 26-27; GERHARD VAN DER SCHYFF, *JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION: A COMPARATIVE STUDY OF THE UNITED KINGDOM, THE NETHERLANDS, AND SOUTH*

既然沒有成文憲法，討論英國違憲審查制度，原即有些矛盾；³³此外，公認為英國不成文憲法基石之一的「議會至上(supremacy of Parliament)」原則，更被認為是英國難以建立美國或德國式違憲審查制度——亦即以法院審查議會通過法律效力，並有權撤銷其認違憲的法律或宣告無效——的主要原因。³⁴然而，近幾十年來，議會至上的概念逐漸受到質疑，特別是英國開始反省是否過度地依賴議會擔負人權保障的責任，進而有強化法院審查議會制定法律權限的呼聲；³⁵最終，藉由歐洲整合這個觸媒，英國開始逐步透過立法，建立自己特有的違憲審查機制，而此一轉變，即為本節研究的對象。

(一) 議會至上與違憲審查：兩個不相容的概念

在英國不成文憲法中，「議會至上」或稱為「議會主權(sov​er​eignty of Parliament)」是其重要特色。關於「議會至上」的傳統內涵，一般認為學者 Dicey 的說明最具代表性，亦即：「英國議會(指君主、上院及下院的結合)...在英國憲法下，³⁶有權制定(make)或廢止(unmake)任何法律；並且依據英國法，沒有任何人或機構有權廢除(override)或廢棄(set aside)議會通過的法律」。³⁷

進一步探究議會至上(議會主權)的概念，可以從積極及消極兩個層面加以分析。就前者而言，強調議會在法律的制定、修正、廢止上不受任何限制；換言之，所有議會通過的法律均具有相同的效力，沒有任何法律具有較高的憲法地位，可以凌駕其他法律，蓋若非如此，國會的立法權即會受到限制；上述觀點又可再延伸出以下兩項原則：所有法律均可以被明示或默示廢止(後法優於前法)，以及議會不能自我設限——限制日後的議會廢止或修正先前的立法。³⁸至於從消極層面而言，議會至上則禁止任何機構(包括法院)廢棄或不適用(disapply)國會通過的法律。³⁹

AFRICA 14 (2010).

³³ 參何海波，同註 14，頁 109。

³⁴ See SCHYFF, *supra* note 32, at 11; Louis E. Wolcher, *A Philosophical Investigation into Methods of Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom*, 13 VA. J. SOC. POL'Y & L. 239, 279-80 (2006). 另參何海波，同前註，頁 109。

³⁵ See SCHYFF, *supra* note 32, at 12. See also Mads Andenas, *A European Perspective on Judicial Independence and Accountability*, 41 INT'L LAW. 1, 2 (2007).

³⁶ 關於議會主權概念的法律基礎，在學理上也引發討論，Dicey 雖提到「英國憲法」，但實際上英國並無成文憲法(written constitution)，故有論者主張，所謂的憲法指「政治權力分配的動態平衡，而被人民及國家各機關所接受者」。See A.W. Bradley, *The Sovereignty of Parliament—Form or Substance*, in THE CHANGING CONSTITUTION 28-29 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000)

³⁷ See SCHYFF, *supra* note 32, at 14 (quoting A.V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 39-40 (10th ed. 1959)). 另參李雪峰、李勇，英、美、法違憲審查制度的憲政理念比較研究，學術研究，2003 年第 10 期，頁 62，2003 年 10 月。

³⁸ See AILEEN KAVANAGH, CONSTITUTIONAL REVIEW UNDER THE UK HUMAN RIGHTS ACT 314-15 (2009); LEYLAND, *supra* note 31, at 47-48.

³⁹ See KAVANAGH, *supra* note 38, at 314-15. See also Bradley, *supra* note 36, at 27; LEYLAND, *supra* note 31, at 49-50.

除了 Dicey 的說明外，論者有從權力分立的角度觀察傳統議會至上的概念，亦即議會的法律制定權(law-creation)是至高無上的，作為法律適用(law-application)機關的司法或行政部門都必須予以尊重。⁴⁰在此意義下，立法、行政及司法三權並非分立且平等關係，而是一種權力混合關係(fusion of powers)—就立法及司法權的混合而言，在 2009 年以前，⁴¹上議院上訴委員會作為英國最高上訴機構，即是最好的例子—⁴²此與一般熟知的三權(五權)平等分立、相互制衡有著明顯的差異。

從上述說明我們可以發現，議會至上的概念與一般熟知的美國或德國式的違憲審查，亦即由普通法院或特設的憲法法院審查立法機關通過的法律是否牴觸憲法，難以相容。早在 1872 年，英國法院即曾明確表示：「在英國，沒有任何司法機關可以質疑議會通過法律的效力」；⁴³論者亦強調：「對於議會通過的法律，英國法院僅能予以適用」。⁴⁴

然而，如果司法機關不能審查議會通過法律的效力，人民的權利如何獲得保障？實則，議會至上概念的基本假設即是議會不至於通過侵害人民權利的法律。在理論上，由於議會成員是由人民選出，議會主權實際上就是人民主權，隨著選舉權的普及，民主化後的英國議會被認為是人權的保障者；⁴⁵在實際上，議會縱不受司法機關監督制衡，但其立法權限仍受道德、社會、政治，以及立法程序的制約，確保其不至演變成一專制機構。⁴⁶

(二) 議會至上的鬆動與保全：英國違憲審查制度的開展

在傳統英國議會至上的原則下，所有議會通過法律的效力是一致的、平等的，不承認有更高位階的法規範(higher law)，也沒有所謂的憲法權利或基本權利(fundamental rights)，司法違憲審查的發展因此受到限制。然而，隨著歐洲的整合，以及區域人權公約的制定、簽署，原本牢不可破、根深蒂固的議會至上原則開始鬆動，⁴⁷英國法院逐漸取得對於議會立法一定的審查權限。但與美國、德國(憲法)法院相比，英國法院迄今仍不能直接廢棄(strike down)違憲法律的效力，而

⁴⁰ See Richard White, *Separation of Powers and Legislative Supremacy*, 127 L.Q. R. 456, 456-57 (2011).

⁴¹ 在英國 2005 年的憲法改革法(The Constitution Reform Act 2005)中，基於對權力分立原則的強調，特別另行設置最高法院，取代上議院原有的司法功能。See LEYLAND, *supra* note 31, at 47-48.

⁴² *Id.* at 75-76.

⁴³ Bradley, *supra* note 36, at 31 (quoting *Ex parte Selwyn* (1872 36 JP 54)).

⁴⁴ D.L. KEIR AND F.H. LAWSON, *CASES IN CONSTITUTIONAL LAW* 1 (5th ed. 1967).

⁴⁵ See SCHYFF, *supra* note 32, at 14-15. 論者另認為，英國法上「剩餘權理論(theory of residual rights)」—凡法律所未限制或禁止的行為或利益，人民均可享有之—使權利成為議會程序的產物，而非一種規範上對議會權力的限制，也有助於維護議會主權。 *Id.* at 15. See also Lord Lester of Herne Hill QC, *Human Rights and the British Constitution*, in *THE CHANGING CONSTITUTION* 90 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000).

⁴⁶ See Bradley, *supra* note 36, at 51.

⁴⁷ 論者另提出司法審查行政裁量，地方分權也是議會主權鬆動的象徵。 *Id.* at 48-50.

僅能採取「不予適用」或「抵觸宣告(declaration of incompatibility)」等較為緩和的方式，以保全議會至上的形式，而形成一種「具有英國特色的」違憲審查機制。

1. 歐盟法與司法審查

議會至上的原則在 1972 年英國加入「歐洲經濟共同體(European Economic Community)」後改為歐洲共同體(European Community)」後開始受到挑戰。長久以來，基於議會主權，簽訂條約的權力與議會立法的權力在英國乃截然二分。⁴⁸詳言之，英國內閣雖有權簽訂國際條約，但相關條約內容在經過議會立法轉化成內國法前，無法影響英國人民的權利；⁴⁹更有甚者，在議會至上的原則下，即便內國法的內容違反國際條約，或適用內國法將使英國違反其基於條約所負有的義務，法院仍必須適用內國法；充其量，英國法院只能透過法律解釋的方式，在可能的範圍內，使法律符合條約的要求而已。⁵⁰

然而，相較於其他超國界組織，歐洲共同體無論在行政、立法或司法上均享有相當大的權利；歐洲共同體相關立法及部長會議通過的命令均對會員國直接發生效力，會員國人民也可以在各內國法院直接主張共同體所承認與保障的權利。⁵¹Dicey 所主張的議會至上原則因此面臨嚴重的考驗，蓋歐洲共同體的決定可以推翻議會所制定的法律。⁵²尤其，英國議會在 1972 年同時通過「歐洲共同體法(the European Communities Act 1972)」，明文承認既存及將來任何共同體法在英國國內的效力，並要求在解釋、適用目前及未來通過的內國法律時，應受共同體法的拘束，⁵³更被論者視為承認在議會立法外有更高位階規範的存在，歐洲共同體法規因而取得優於(superior to)議會立法的地位。⁵⁴針對論者的主張，政府則在上述規定在議會辯論的過程中，力陳因為議會仍保留將來廢止系爭規定的權力，議會至上的原則最終仍得以維持。⁵⁵

有關議會立法與歐洲共同體法規間位階的問題，並未因「歐洲共同體法」的立法而完全解決。如前所述，由於在議會至上的原則下，任何議會通過的法律效力均為一致，通過在後的法律更可以默示地廢止、取代前法，因此倘在 1972 年後，議會通過的法律有抵觸「歐洲共同體法」者，其效力應如何認定(是否代表議會默示廢止應以共同體法規優先的規定)，即成為問題。

針對上述可能爭議，英國法院在大多數的案件中均透過採取符合共同體法精神的法律解釋，迴避了議會立法與共同體法規衝突的問題；然而，在 *R v.*

⁴⁸ *Id.* at 39.

⁴⁹ 當然，因為英國為內閣制，多數黨內閣所簽署的條約多半均能獲得議會通過。 *Id.* at 39. See also Bharat Malkani, *Human rights treaties in the English legal system*, 2011 P.L. 554, 556.

⁵⁰ See Bradley, *supra* note 36, at 39.

⁵¹ *Id.* at 40-41. See also LEYLAND, *supra* note 31, at 52-53.

⁵² See Bradley, *supra* note 36, at 40-41.

⁵³ S. 2(1) & 2 (4) of the European Communities Act 1972.

⁵⁴ See Bradley, *supra* note 36, at 40-41.

⁵⁵ *Id.*

Secretary of State for Transport, ex parte Factortame 一案中，⁵⁶英國為解決西班牙及其他國家漁船船東，在英國成立船公司，藉以分享英國捕魚配額的問題，遂由議會通過法律對於船公司負責人的國籍、住居所予以限制，遭指控違反共同體法。⁵⁷在上述案件中，最主要的爭議並非系爭規定是否確有抵觸共同體法，而是英國法院是否可以在該規定未廢止前拒絕適用，並給予原告船東暫時權利救濟，禁止英國政府將相關船隻的英國籍登記予以註銷。⁵⁸英國上議院上訴委員會(Appellate Committee of the House of Lords)原先採取否定的見解，認為在相關規定被廢止前，該委員會無權給予救濟；但歐洲共同體法院(European Court of Justice)推翻了此一見解，認為任何與共同體法抵觸的內國法規均不應予以適用(inapplicable)；⁵⁹根據上述見解，上訴委員會於是依據原告的聲請，在本案判決確定前，禁止英國政府註銷相關船隻的登記。⁶⁰

Factortame 的意義除在於其確立了共同體法優於英國議會立法的地位外，更重要的，其同時打破英國法院僅能無條件適用議會通過法律的原則，至少在涉及共同體法的案件中，法院得以拒絕適用議會立法。⁶¹固然，上訴委員會的成員 Lord Bridge 以法院的權限仍是源自於議會通過的「歐洲共同體法」，試圖淡化系爭案件對於議會主權的衝擊，⁶²但論者普遍認為此一案件進一步弱化了議會至上的原則(特別是默示廢止)，⁶³甚至有以「憲法革命(constitutional revolution)」稱之者。⁶⁴

2. 歐洲人權公約、人權法與司法審查

從人權保障的角度觀察，英國與美國、德國等民主國家一個明顯不同之處在於其並沒有憲法位階的權利清單。在英國，依據「剩餘權理論(theory of residual

⁵⁶ [1990] 2 AC 85. See also Paul Craig, *Britain in the European Union*, in THE CHANGING CONSTITUTION 72-75 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000); N.W. Barber, *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, 9 I.J.C.L. 144, 149-50 (2011); LEYLAND, *supra* note 31, at 53-54.

⁵⁷ See Craig, *supra* note 56, at 72-73. See Bradley, *supra* note 36, at 44-45.

⁵⁸ See Bradley, *supra* note 36, at 44-45.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ See KAVANAGH, *supra* note 38, at 325; LEYLAND, *supra* note 31, at 54-55.

⁶² [1911] 1 AC 603, 658-9. See also Barber, *supra* note 56, at 151.

⁶³ See Bradley, *supra* note 36, at 44-45 & 78; KAVANAGH *supra* note 38, at 325-26; LEYLAND, *supra* note 31, at 55. 應注意者，由於英國人民對於歐盟逐漸喪失信心，英國新近通過的 The European Union Act 2011，對於英國將權力進一步讓渡給歐盟，設下了一些程序限制(如：需經過公投程序)；此外，上述法律中所謂的「主權條款(Sovereignty Clause)」雖然承認既有歐盟法令的最高效力，但對於將來歐盟新法規與英國內國法的關係，則可能引發不同的解釋(特別是在歐盟法規若經過英國公投否決的情形，制定在公投後的內國法若與歐盟法抵觸，法院是否應優先適用該內國法?)。See LEYLAND, *supra* note 31, at 56-58. But see Michael Dougan & Michael Gordon, *The United Kingdom's European Union Act 2011: "Who Won the Bloody War Anyway?,"* 37 E.L. REV. 3, 6-9 (2012).

⁶⁴ See Bradley, *supra* note 36, at 45 (quoting H.W.R. Wade, What has Happened to the Sovereignty of Parliament?, 107 LQR 1 (1991)). See also Barber, *supra* note 56, at 150.

rights)」，凡法律所未限制或禁止的行為或利益，人民均可享有之。⁶⁵ 值得注意的是，在國際法層次，英國於 1951 年即批准歐洲人權公約(European Convention on Human Rights)，然由於議會遲未透過國內立法將上述公約的內容轉化為國內法，因此英國人民一直無法在內國法院主張公約的權利，而只能於用盡救濟後，向歐洲人權法院提起訴訟。⁶⁶

面對議會至上的原則，英國法律體系對基本人權保障的不足與困難，促使論者提出憲政改革的呼籲，例如 Lord Scarman 在 1974 年即提出英國國內法必須納入(incorporate)基本人權清單，這些權利並須能對抗所有政府權力，甚至是議會權力侵害的主張。⁶⁷ 尤其，在政府權力日益擴張的情形下，傳統上由議會作為人權守護者的角色，逐漸受到質疑；反之，司法審查對於政府權力節制的功能卻日益受到重視。⁶⁸ 然而，上述人權保障的理想，直到 1998 年英國工黨政府主導通過人權法(The Human Rights Act 1998)，才得以部分落實。

觀察人權法的內容，不僅僅是把歐洲人權公約所承認的基本人權內國法化而已，如何在議會至上的傳統下，設計一套實踐上述權利的具體機制，恐怕才是該法最具巧思，也最值得研究之處。詳言之，除了人權法第 6 條明確規定：英國各「公務機關(public authority)」(法院也包括在內，但不包括議會)」，違反公約權利的行為均為違法(unlawful)外，⁶⁹ 最重要的機制即反應在該法第 3 條及第 4 條有關議會立法的解釋與適用上。

首先，人權法第 3 條規定法令的解釋適用。依據本條第 1 項及第 2 項(a)款的規定，議會通過的「法律(primary legislation)」及其相關「附屬立法(subordinate legislation)」，如根據法律所制定的命令，⁷⁰ 不論是於何時制定，在可能的範圍內(so far as it is possible to do so)，必須依據符合公約權利保障意旨的方式加以解釋、適用。⁷¹ 例如，英國上議院上訴委員會在 2004 年的 Ghaidan v. Godin-Mendoza

⁶⁵ Cf. David Seymour, *The Extension of the European Convention on Human Rights to Central and Eastern Europe: Prospects and Risks*, 8 CONN. J. INT'L L. 243, 251 (1993) (quoting S.A. de Smith) ("The rights and freedoms there proclaimed were, to a very large extent, already recognized in English law—not as formal constitutional or statutory guarantees but as residual rights, liberties and immunities of the individual"); LEYLAND, *supra* note 31, at 224.

⁶⁶ See SCHYFF, *supra* note 32, at 17; LEYLAND, *supra* note 31, at 223-24. 然應注意者，即使在這段期間，歐洲人權公約仍間接地對英國產生影響，例如：英國議會曾多次修正遭歐洲人權法院認定違反公約的法律；此外，英國法院遇有法律規定不明確時，也會依據公約及歐洲人權法院判決的意旨，進行法律解釋。 See SCHYFF, *supra* note 32, at 17.

⁶⁷ See L. SCARMAN, ENGLISH LAW: THE NEW DIMENSION 15 (1974).

⁶⁸ See SCHYFF, *supra* note 32, at 18.

⁶⁹ 但應注意本條但書的規定：「但相關行為若是依據議會通過的法律，且別無其他選擇可能者，不在此限。 S. 6(1)-(2) of the Human Rights Act.

⁷⁰ 有關此處所稱「法律(或稱為「主要立法」)」，以及「附屬立法」的意義與範圍，參見 S. 21(1) of the Human Rights Act.

⁷¹ 相關規定的原文為：“(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect to in a way which is compatible with the Convention rights. (2) This section- (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever

一案，⁷²即曾依據人權公約第 8 條(對於家庭的保護)及第 14 條(公約權利的平等保護)規定的意旨，將英國 1977 年租金法(the Rent Act)中「配偶(spouse)」的定義，⁷³擴張解釋包括「同性伴侶(homosexual couple)」，賦予其與異性伴侶相同的權利保障。⁷⁴應說明者，上訴委員會在本案的判決中特別強調：「人權法第 3 條的適用並不以相關條文文義不明確(ambiguity)為前提...即便系爭規定的意義，依照一般法律的解釋原則並無爭議，人權法也可能要求另作解釋。」⁷⁵

承上，人權法第 3 條賦予法院極大的解釋空間，只要不牴觸系爭法規的基本原則(fundamental features)、不僭越立法的權力與功能，⁷⁶公約權利可以透過法令的解釋，得到相當程度的落實。⁷⁷上述規定的要求，與前述歐洲共同體法規定的解釋適用原則大致相同，由於議會仍保有最終廢止上述規定的可能性與權力，一般認為不至動搖議會至上原則。⁷⁸此外，人權法第 3 條第 2 項(b)及(c)款更明文規定，倘議會立法無法透過解釋的方式符合公約權利保障的意旨，該法律的效力與執行並不受影響，甚至連違反公約權利保障意旨「附屬立法」的效力，人權法也明定：如法律禁止排除附屬立法與公約不相容的部分，則該附屬立法的效力與執行，也不受影響，進一步確保議會主權原則的存續。⁷⁹

其次，人權法第 4 條則規範法院對於法規的司法審查權限。在維護議會至上原則的大框架下，本條規定的司法審查權，注定受到相當的侷限，難以與美國、德國的違憲審查制度相提並論。詳言之，依據本條的規定，特定法院(如：最高法院、英格蘭/威爾斯的高等法院...等)⁸⁰如果認定「法律」與公約權利保障的意

enacted.”

⁷² [2004] UKHL 30.

⁷³ 該條原文為：“For the purposes of this paragraph, a person who was living with the original tenant as his or her wife or husband shall be treated as the spouse of the original tenant.”

⁷⁴ *Id.* at [35]. See LEYLAND, *supra* note 31, at 225.

⁷⁵ [2004] UKHL 30, [29]. 例如：在 Ghaidan 案中，租金法中配偶的定義並無爭議，僅限於異性伴侶(夫、妻)，但上訴委員會仍透過人權法第 3 條的操作，以該法保障「生存的同居伴侶(the survivor of couples living together)」的精神，同樣適用於同性伴侶，而將同性伴侶納入保障的範圍。

⁷⁶ *Id.* at [33].

⁷⁷ 當然，論者也指出，如果法院(或其他機關)依據人權法第 3 條所享有的解釋空間越大，那麼「解釋」與「廢棄(strike down)」間的差異，就越模糊，甚至可能壓縮第 4 條「牴觸宣告」的使用需求。See Robert Wintemute, *Lesbian and Gay Inequality 2000: The Potential of the Human Rights Act 1998 and the Need for an Equality Act 2002*, 6 E.H.R. L. R. 603, 612 (2000); Andrew Geddis & Bridget Fenton, “Which is to be Master?”— *Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, 25 ARIZ. J. INT’L & COMP. L. 733, 745-46 (2008).

⁷⁸ See Bradley, *supra* note 36, at 52.

⁷⁹ 相關規定的原文為：“(2) This section- (a)...; (b) does not affect the validity of, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.”

⁸⁰ 這些法院包括：(a) the Supreme Court; (b) the Judicial Committee of the Privy Council; (c) the Court Martial Appeal Court; (d) in Scotland, the High Court of Justiciary sitting otherwise than as

旨不符，其僅得作成「牴觸宣告」。⁸¹至於附屬立法規定若與公約意旨牴觸，則需視上位法律的內容而定，如法律禁止排除附屬立法與公約不相容的部分，則法院也僅得作成牴觸宣告；⁸²相反地，如果法律並未設限，此時法院則可以逕行廢棄(strike down/invalidated)該附屬立法。⁸³

至於牴觸宣告的效果，不但不影響被宣告法律的效力與執行，且對於系爭案件的當事人也不生拘束力，⁸⁴故上述牴觸宣告，充其量僅具有「警示」的功能，亦即提醒政府及議會應「考慮」修正系爭規定而已。⁸⁵換言之，對於牴觸公約權利法律的救濟最終仍繫於政治部門的決定，除議會得主動修正系爭法律外，依據人權法的規定，內閣部長在迫切的情形下，也得逕以命令修正違反公約權利的法律。⁸⁶

觀察人權法上述特殊的安排，不難發現該法在維護議會至上的傳統下，設法給予法院就法律是否侵害人民權利進行司法審查空間的苦心，亦即在保留議會至上形式外觀之餘，給予法院進行有意義的司法審查實權。詳言之，人權法僅授予法院作成牴觸宣告的權利，而不得拒絕適用或宣告無效，並將最終修法與否決定權保留給議會，至少在形式上維繫議會主權不墜；⁸⁷在此同時，法院在此新制度下所取得的牴觸宣告權力，並非僅是空殼而已，蓋內國法院既已宣告系爭法律牴觸公約權利保障的意旨，在面臨歐洲人權法院後續爭訟的威脅下，議會或政府選擇繼續維持系爭法律效力的可能性，恐相當有限，故牴觸宣告的實際效力，不容小覷。⁸⁸

a trial court or the Court of Session; (e) in England and Wales or Northern Ireland, the High Court or the Court of Appeal; (f) the Court of Protection, in any matter being dealt with by the President of the Family Division, the Vice-Chancellor or a puisne judge of the High Court. S. 4(5) of the Human Rights Act.

⁸¹ S. 4 (1) & (2) of the Human Rights Act.

⁸² S. 4 (3) & (4) of the Human Rights Act.

⁸³ 此一權力並無法律明文規定，而是透過 S. 6 of the Human Rights Act 的解釋而來。See Wintemute, *supra* note 77, at 613; Laurence Lustgarten & Ian Leigh, *Making Rights Real: the Courts, Remedies, and the Human Rights Act*, 58 C.L.J. 509, 537 n.150 (1999).

⁸⁴ S. 4(2) & 4(6) of the Human Rights Act. 應說明者，人權法之所以規定牴觸宣告對於當事人不生拘束力，主要是為了使政府在歐洲人權法院訴訟時，仍保留主張系爭規定符合公約的空間。See Lord Lester of Herne Hill QC, *supra* note 45, at 105. 至於就人民權利的救濟而言，因牴觸宣告不影響系爭法律的效力，故人民仍無法在內國法院獲得救濟，但其可以依據歐洲人權公約，繼續向歐洲人權法院提起救濟。See Bradley, *supra* note 36, at 55.

⁸⁵ See Lord Lester of Herne Hill QC, *supra* note 45, at 105; SCHYFF, *supra* note 32, at 20.

⁸⁶ S. 10 of the Human Rights Act. 此一由內閣部長逕以命令修改法律的設計，論者有質疑違反議會至上原則者，see DAWN OLIVER, *CONSTITUTIONAL REFORM IN THE UK* 115 (2003).

⁸⁷ See Bradley, *supra* note 36, at 54-55.

⁸⁸ 根據英國司法部 2011 年 9 月的報告，自人權法實施以來，相關法院共作成 27 件牴觸宣告，其中 8 件被上級法院所廢棄，故共有 19 件確定的案件。在上述 19 個案件中，議會已經或即將修法解決其中 12 個有疑義的法律；內閣部長依據人權法第 10 條的規定修正其中兩項法律；另有四項規定，議會在法院作成牴觸宣告前，即已完成修法；尚餘的一件，目前正由相關部門考慮應採取如何的救濟措施。See MINISTRY OF JUSTICE, *RESPONDING TO HUMAN RIGHTS JUDGMENTS: REPORT TO THE JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS ON THE*

最後應特別說明者，人權法雖然僅是英國議會通過的一部普通法律，且依照議會至上的原則，至少在理論上其可以被議會依照一般程序加以廢止，故其並不具有憲法或基本法的地位。⁸⁹但在實務上，法院卻強調人權法僅能以明示的方式加以廢止或修正，而不適用所謂默示廢止(修正)。⁹⁰就此而言，人權法的「憲法性格」實較其他法律凸顯，並形成對於議會至上原則的進一步制約。⁹¹

(三) 小結：後人權法時期的展望

從傳統議會主權至高無上的原則一路走來，歐洲在經濟、人權保障上的整合運動，迫使英國這個老牌民主國家重新審視議會作為人權最主要保障者的角色，並逐漸開始重視司法審查的意義與功能。在這個過程中，我們看到英國不斷地設法在維護議會至上的原則，以及參與國際社會的義務、強化人權保障的機制等方面求取平衡；而歐洲共同體法、人權法及其相關案例，正是英國立法、司法機關具體的努力結果。

總結而言，不論是 *Factortame* 案或是人權法的立法，實際上都已對議會的立法權限產生了一定的制約，傳統法院僅能忠實地執行法律，而不能挑戰議會立法權威的時代，可能也已一去不復返。在人權法看似保守的改革下，法院對於其自身憲法功能正當性的體認，正逐步強化，使其能更自信、公開地宣示對於議會主權的制衡。⁹²如同 Lord Steyn 在 *Jackson v. Attorney General, Constitutional Review*⁹³一案的旁論中所述：「1998 人權法的通過開啟了英國法治的新頁...在現代英國，由 Dicey 所主張的典型議會至上概念，已沒有存在的空間。誠然，議會至上仍是我國憲法的原則。如果該原則是由法官所創造，那麼在特殊的情形下，法院並非不能基於對憲政主義一個不同的假設(a different hypothesis of constitutionalism)，而對議會至上的原則加以限制。在極端例外的情況下，若議會試圖廢除司法審查或法院就此所扮演的角色，上議院上訴委員會或新成立的最高法院，恐怕必須慎重思考，司法審查是否具有憲法的根本重要性，即便是行使議會主權的下議院也不能予以廢除」。⁹⁴

二、中國違憲審查的未來

如同世界上大多數國家，中國擁有成文憲法，有關憲法的最高性與人民基本權利的保障在憲法中均有明定；然而，中國憲法同時也採取類似英國議會至上的人民代表大會制，全國人民代表大會(下稱「全國人大」)為國家最高權力機關，

GOVERNMENT'S RESPONSE TO HUMAN RIGHTS JUDGMENTS 2010-11, Sept. 2011, available at <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm81/8162/8162.pdf> (last visited Oct. 8, 2011).

⁸⁹ See KAVANAGH, *supra* note 38, at 314.

⁹⁰ *Thoburn v. Sunderland City Council*, [2002] EWHC, 195, [2003] QB 151, at par. 63.

⁹¹ See SCHYFF, *supra* note 32, at 21; KAVANAGH, *supra* note 38, at 317-18.

⁹² KAVANAGH, *supra* note 38, at 328.

⁹³ *R. (Jackson) v. Attorney General* [2006] 1. A.C. 262.

⁹⁴ *Id.* at 102. See also Mark Elliot, *Bicameralism, Sovereignty, and the Unwritten Constitution*, 5 INT'L J. CONST. L. 370, 378-79 (2007).

代替人民行使權力。在憲法至上與人大至上兩個概念的拉扯下，再加上憲法文本明文規定全國人大常委有「解釋憲法，監督憲法的實施」、「撤銷國務院制定的同憲法...抵觸的行政法規...」及「撤銷省、自治區、直轄市國家權力機關制定的同憲法...抵觸的地方性法規...」的職權，卻又對全國人大(全國人大常委會)本身制定的「法律」抵觸憲法的審查機制未做任何規定，因而使中國司法違憲審查制度的建構產生一定的困難。

2001年最高人民法院在齊玉苓所提起的侵權行為案件中，直接援引憲法受教育的權利，作為批示回覆的基礎，引發各界極大的關注，論者有認為此一案件在中國的地位，等同於美國聯邦最高法院的 *Marbury v. Madison* 案。⁹⁵但嚴格來說，齊玉苓案僅是憲法可否作為裁判基礎的問題，與違憲審查實際上並無關係，至於其後相關案件，例如：洛陽種子案⁹⁶、引發三博士上書的孫志剛案⁹⁷，前者涉及地方法規與法律抵觸的問題，後者也僅請求全國人大常委會進行違憲審查，但上述案件卻仍觸發了學界競相嘗試建構中國司法違憲審查制度的熱情。

本節主要將從英國的經驗，分析在人大至上的概念下，司法違憲審查可能遭遇的困難，並藉由人大至上與議會至上的比較分析，試圖找出在美國、德國制度以外，中國違憲審查可能採行的第三條路徑。應說明者，以英國違憲審查制度的發展作為比較對象，除了該國議會至上的傳統與中國人大至上的制度具有一定的相似性外，英國經驗並非單純內國法令是否符合國際條約要求的問題，該國司法機關在人權法此一內國立法的架構下，對於法令是否抵觸該法保障權利進行審查，實已與一般傳統的違憲審查，差異有限，應可供參照。

(一) 人大至上與違憲審查：一條走不通的路？

由齊玉苓、孫志剛等案件所引發的學界針對中國建構違憲審查制度的熱烈討論，一度急速冷卻，撇開敏感的政治因素不論，欲將美國或德國式的違憲審查制度移植到中國，也面臨規範上的難題——中國憲法關於(全國)人民代表大會的規定。

⁹⁵ 蘇永欽，同註1，頁227(引用時任最高人民法院法官黃松有「憲法司法化及其意義——從最高人民法院的一個批復談起」一文，載於「人民法院報」，2001年8月13日)。關於本案的詳細討論，see Shen Kui, *Is it the Beginning of the Era of the Rule of the Constitution? Reinterpreting China's "First Constitutional Case"*, 12 PAC. RIM L. & POL'Y J. 199, 201-14 (2003).

⁹⁶ 洛陽市中級人民法院在個案審判中宣告河南省人大常委會制定通過的「河南省農作物種子管理條例」(性質上屬於地方條例)，抵觸人大常委會制定通過的「種子法」，相衝突的條款「自然無效」。

⁹⁷ 湖北青年孫志剛因未帶身分證遭收容，之後於收容期間遭毒打猝死，因而引發三位法學博士上書全國人大常委會，提請對國務院制定的城市流浪乞討人員收容遣送辦法進行違憲審查。

中國憲法在基本的政治制度設計上採取所謂「人民代表大會制」(人大至上)。⁹⁸依據學者的說明,此一制度指:「擁有國家權力的人民根據民主集中制的原則,通過民主選舉組成全國人民代表大會...並以人民代表大會制度為基礎,建立全部國家機構,對人民負責,受人民監督,以實現人民當家作主的政治制度」;⁹⁹反映在中國憲法文本上,即為第2條第1項:「中華人民共和國一切權力屬於人民」、第2條第2項:「人民行使國家權力的機關是全國人民代表大會...」,以及第3條第3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」。¹⁰⁰

進一步分析上述規定的意涵,由於人民透過人民代表大會行使權力,且中國憲法明定全國人大是「最高國家權力機關」(第57條參照),其他國家機構都必須對全國人大負責、受其監督,因此類似美國、德國憲法規定的權力分立、權力制衡的概念,在中國憲法中並不存在,¹⁰¹論者反而認為人民代表大會制與英國「議會至上」或「議會主權」較為相似;¹⁰²而須對人大負責、受人大監督的法院也因此被認為無權審查全國人大制定通過的法律。¹⁰³

除了上述人民代表大會制對於法院進行違憲審查可能形成的限制外,中國憲法有關全國人大及其常委會職權的規定,也形成建構司法違憲審查的障礙。如前所述,中國憲法第62條規定,全國人大負責修改憲法、監督憲法的實施;同法第67條更規定,全國人大常委會有「解釋憲法、監督憲法的實施」的職權,並得撤銷國務院、省、自治區、直轄市國家權力機關制定的違憲及違法的行政法規、地方性法規等。¹⁰⁴

關於上述規定,應說明者有二。其一,論者有基於「明示其一,排除其他」的解釋,認為在中國現行憲法的規範模式下,憲法解釋及違憲法規的撤銷權均「專

⁹⁸ Guobin Zhu, *Constitutional Review in China: An Unaccomplished Project or a Mirage?*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 625, 626-27 (2010).

⁹⁹ 秦前紅、周偉,同註14,頁11。

¹⁰⁰ See Zhu, *supra* note 98, at 626-27.

¹⁰¹ 秦前紅、周偉,同註14,頁15;許崇德,同註14,頁8-9;熊文釗,在人民代表大會制度框架下適用憲法,法學,2009年第4期,頁22-23,2009年4月;童之偉,同註10,頁6-7。See Zhu, *supra* note 98, at 627.

¹⁰² 田飛龍,同註13,頁42;焦洪昌,論我國憲法司法適用的空間,政法論壇,第21卷第2期,頁19,2003年4月。應注意者,論者有認為人民代表大會與西方國家的議會仍有重要的差異,See Zhu, *supra* note 98, at 627-28.

¹⁰³ 參翟小波,同註14,頁47-49;張千帆、黃嶽,同註11,頁59(然應注意者,本文作者對於此一見解也有所批判);焦洪昌,同前註,頁19。在實務上,在前述「洛陽種子案」中,洛陽市中級人民法院僅僅宣告河南省人大常委會制定的「河南省農作物種子管理條例」,牴觸全國人大常委會制定通過的「種子法」,相衝突的條款「自然無效」,即被河南省人大常委會指為:「違背了我國人民代表大會制度,侵犯了權力機關的職權,是嚴重的違法行為」。見微知著,法院對於地方自治條例牴觸上位規範所進行的司法審查尚被指為違法,司法機關如欲針對全國人大(常委會)制定通過的法律進行違憲審查,可能引發的憲法爭議更是可以預見。

¹⁰⁴ 2000年通過的「立法法」第88條也有相同的規定。

屬」全國人大常委會行使；換言之，除了全國人大常委會，其他機關(包括法院)均不能進行憲法解釋或違憲審查。¹⁰⁵其二，依據中國憲法第 67 條的規定，即便是全國人大常委會違憲法規審查及撤銷的「對象」也不包括「法律」在內，論者有認為這是有意的省略，其理由包括：全國人大及其常委會制定的法律不可能與憲法牴觸；¹⁰⁶縱使法律有可能與憲法牴觸，「但在民主集中制的人民代表大會制度下，...沒有一個機關有資格來判斷並糾正全國人大制定的基本法律是否合憲」；況且，面對與憲法牴觸的法律，「全國人大從其性質出發，完全有自我糾正能力」。¹⁰⁷

綜上，對主張在中國現行憲法下，法院無權就法令是否違憲進行審查的論者而言，人民代表大會制(人大至上)及憲法就全國人大及其常委會權限的特別規定，似乎是中國建構違憲審查制度的最大阻礙。然而，誠如本文第貳部分所述，當向來強調議會至上的英國都已經發展出一套違憲審查的機制，何況擁有成文憲法且明文規定「憲法具有最高的法律效力」的中國，似乎更有理由，也更可能在兼顧人大至上及其他憲法文本的前提下，建構一套具有中國特色的違憲審查機制。

(二) 人大至上、議會至上與憲法至上：中國違憲審查制度規範上的建構條件

中國憲法所規定的人大至上制度與英國議會至上的概念在外觀上雖然有些相似，特別是二者均強調人大(議會)本身就是人民主權的代表，均不強調權力分立、制衡，均強調機關本身自我糾正能力。但本文認為，在成文憲法的環境下，中國建構司法違憲審查的規範條件，其實遠超過英國。

首先，中國不但擁有成文憲法，且其憲法在分類上屬「剛性憲法」，¹⁰⁸換言之，中國憲法與一般法律雖均由全國人大制定，但前者的修改須經全國人大常委會或五分之一以上的全國人大代表提案，並由全國人大全體代表的三分之二通過，後者則依立法法的程序規定，且僅須全國人大或其常委會全體代表過半數通過(憲法第 64 條、立法法第 22 條、第 40 條參照)。因此，在中國憲法與法律的劃分較為明確，不存在如同英國議會至上原則下，所有議會通過的法律均具有相同效力，後法可以默示的修正前法的問題。¹⁰⁹

¹⁰⁵ 童之偉，憲法適用應依循憲法本身規定的路徑，中國法學，2008 年第 6 期，頁 24，2008 年 11 月；莫紀宏，同註 1，頁 100-101；胡錦光，同註 10，頁 41。

¹⁰⁶ 論者分由法理面及實際面考量，認為全國人大或其常委會對其自身所制定的法律或決議宣告其違憲，並不可能。參見林廣華，違憲審查制度比較研究，頁 195，2004 年；莫紀宏，同註 1，頁 121-122；范進學，同註 10，頁 43。當然此一說法其實頗值懷疑，因為中國憲法第 5 條第 2 項就規定：「一切法律...都不得同憲法牴觸」，似乎不排除人大通過的法律與憲法牴觸的可能。

¹⁰⁷ 林廣華，同前註。

¹⁰⁸ 有關剛性憲法的說明，參陳新民，同註 31，頁 15-19。

¹⁰⁹ 論者有從修憲與修法程序不同，主張有建立司法違憲審查制度的必要者，參見湯德宗，同註 30，頁 137。

其次，中國憲法序言即宣示憲法的最高性，亦即「憲法是國家根本法，具有最高的法律效力」；其後在本文第 5 條第 2 項又規定：「一切法律、行政法規和地方性法規都不得同憲法相牴觸」。¹¹⁰除憲法本身的規定外，於 2000 年由全國人大通過施行的「立法法」也重申憲法至上的概念，並明文規定：「一切法律、行政法規...都不得同憲法相牴觸」(第 78 條參照)。準此，在中國規範的位階上，憲法相較於其他法律具有較高的地位，可以作為下位規範(法律)效力的準繩，¹¹¹全國人大並可透過具有根本法性質的憲法，自我設限—限制日後全國人大的立法權，凡此，均與英國議會至上制度明顯不同，而有利於違憲審查制度的建立。¹¹²

最後，相較於英國不成文憲法及議會至上的傳統下，法院眼中只有法律，中國憲法序言則明示：「一切國家機關」(當然包括法院在內)，「都必須以憲法為根本的活動準則，並且負有維護憲法尊嚴、保證憲法實施的職責」。縱然目前中國學界對於法院能否適用憲法、解釋憲法仍存有極大爭議，但與英國相較，中國法院若欲進行某種程度的違憲審查，不至於全無憲法文本的基礎。

(三) 英國法的啟示：中國違憲審查制度建構的可能路徑

相較於英國，中國更具有建構司法違憲審查的條件，已如前述，但究竟中國的違憲審查制度應該如何發展？法院在其中所能扮演的角色又是如何？針對上述問題，本文認為前述英國法有關「法院法律解釋原則的宣示」及「牴觸宣告」的制度，應該能發揮一定指引的作用。

1. 中國法院應該有權進行「合憲性解釋」

在比較法上，英國法院不論是根據「歐洲共同體法」或「人權法」的規定，均有權且有義務在適用法令時，依據歐洲共同體法規或人權公約保障權利的意旨進行解釋。雖然上述規定在制定時曾引發違反議會至上原則的論戰，但實際運作迄今並未發生重大爭議，且有效減少因法令出現牴觸歐盟法規或人權法意旨而必須拒絕適用或作成牴觸宣告的情況。¹¹³

就中國的情形而言，憲法作為最高法規的地位並無疑問，且憲法文本更有一切國家機關應以憲法作為根本活動準則的規定，因此縱然中國法院不採取與英國法院一般積極的態度，在法令規定並無不明確的情形下，仍依據人權法規定作成解釋，其至少在從事審判活動時，可以在法令文義可能範圍內，且不違反立法明示意旨的前提下，對有違憲疑義的法令，進行合憲性解釋(有稱為「合憲法律

¹¹⁰ 參見 Björn Ahl, 憲法至上—德國的憲法發展及中國當前的憲法著述，載：林峰編著，同註 6，頁 344。應注意者，Björn Ahl 教授指出：「儘管憲法在中國具有最高的法律效力已得到明確確認...但是中國卻缺乏保證憲法權威的最有效工具：司法審查機構。此外，憲法至上在實踐中也得不到真正體現...」。

¹¹¹ 參見莫紀宏，中國法律法規合憲性審查的標準，載：林峰編著，同註 6，頁 110-111。

¹¹² 參湯德宗，同註 30，頁 132；王磊，同註 7，頁 34、142。

¹¹³ 參本小節一、(二)部分的討論。

解釋」或「符合憲法的法律解釋」)——亦即「當一項法律條文的解釋，如果有多種結果，只要其中有一種結果可以避免宣告該法律違憲時，便應選擇其作為裁判的結論，而不採納其他可能導致違憲的法律解釋」¹¹⁴——應不至動搖人大至上的憲法制度。¹¹⁵

有疑問者，論者有依據中國憲法第 67 條全國人大常委會有解釋憲法職權規定的反面解釋，排除了全國人大常委會以外機關進行憲法解釋的可能性，而因法院進行合憲法律解釋必然牽涉憲法條文的闡釋，自然也在禁止之列；除此之外，中國憲法第 126 條：「人民法院依照『法律』規定獨立行使審判權」，也被認為是法院適用憲法，進行合憲法律解釋的阻礙。¹¹⁶然而，上述看法恐怕過度凸顯了前述兩個條文的意義與規範射程，有必要予以釐清。

先從中國憲法文本觀察，前述憲法前言有關一切國家機關應以憲法作為活動準則的殷殷指示，在不認同法院可以進行憲法解釋的討論中，往往遭到忽視。試問，如果法院不能解釋憲法，如何確認其活動不至逾越憲法的界線？¹¹⁷至於法院僅依據「法律」審判的規定，在肯認法院也有遵守憲法義務的前提下，選擇適用合於憲法意旨的法律解釋，仍是以「法律」作為審判依據，應不構成憲法第 126 條規定的違反。¹¹⁸

除了憲法文本的依據，在法律層次，由全國人大通過的中國立法法的規定，也明確反映出全國人大常委會以外的機關也有進行憲法解釋的必要與可能性。申言之，依據立法法第 90 條第 1 項的規定，國務院、中央軍事委員會、最高人民法院、最高人民檢察院及各地方人大常委會，認為行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例「同憲法...相牴觸」，可以書面向全國人大常委會提出進行審查

¹¹⁴ 法治斌、董保城，憲法新論，頁 97，2010 年 9 月 4 版；另參吳庚，憲法的解釋與適用，頁 585-596，2004 年 6 月 3 版；王澤鑑大法官釋字第 437 號解釋協同意見。關於合憲解釋的界線，可參見許玉秀大法官釋字第 582 號解釋協同意見及許宗力大法官釋字第 585 號解釋不同意見。另參蘇永欽，合憲法律解釋原則—從功能法上考量其運作界線與效力問題，載：氏著，合憲性控制的理論與實際，頁 79-142，1994 年 5 月。

¹¹⁵ 焦洪昌，同註 102，頁 18-19。

¹¹⁶ 參見童之偉，法院“依照法律”行使審判權釋論—以我國法院與憲法之關係為重點的考察，中國法學，2009 年第 6 期，頁 161，2009 年 12 月；翟小波，同註 14，頁 50-51；強世功，憲法司法化的悖論—兼論法學家在推動憲政中的困境，中國社會科學，2003 年第 2 期，頁 20，2003 年 4 月。另，童之偉教授依是否倚賴憲法條文做為判決的直接依據以及相關憲法條文是否完全明確而無需法院加以解釋，將法院對憲法的援用分為「遵守性」及「適用性」，而認為後者違憲；參童之偉，同註 105，頁 22-26。但論者有質疑前述區分的可行性者，參陳弘毅，齊案批復的廢止與憲法司法化和法院援引憲法問題，法學，2009 年第 3 期，頁 13，2009 年 3 月。

¹¹⁷ 焦洪昌，同註 102，頁 19。同樣的，中國憲法第 100 條規定：「省、直轄市的人民代表大會和它們的常務委員會，在不同憲法...相牴觸的前提下，可以制定地方性法規...」，試問，如果地方人大及其常委會不能進行憲法解釋，如何確定其立法的界線。應注意者，此處由法院或地方人大進行的所謂「憲法解釋」，並非最終有權的解釋，且不能拘束人大常委會，要屬當然。

¹¹⁸ 陳弘毅，同註 106，頁 13-14。

的要求。在上述國家及地方機關形成相關法規是否與憲法發生牴觸的推論過程中，無可避免地將涉及憲法解釋。雖然上述規定僅涉及行政法規以下規範與憲法是否牴觸的認定問題，但已足證論者有關憲法解釋權專屬全國人大常委會的說法，恐怕值得商榷。¹¹⁹

其實，類似中國憲法上述條文的解釋爭議，在台灣也曾發生，因此台灣經驗或許也值得參考。詳言之，台灣憲法第 80 條同樣規定：「法官...依據法律獨立審判...」，憲法第 171 條第 2 項及第 173 條也分別規定：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之」及「憲法之解釋，由司法院為之」，甚至司法院大法官曾於釋字第 371 號解釋，依據上述規定，認定有關法律的違憲審查權由司法院大法官所獨占，一般法院法官不得認定法律違憲而拒絕適用。¹²⁰在此一背景下，台灣一般法官於個案審判中仍得進行合憲性解釋，並不被認為是侵害司法院(大法官)專屬的法律違憲審查權，甚至依照釋字第 572 號解釋，法官停止審判程序聲請司法院解釋憲法的要件之一即必須是系爭法律已無合憲解釋的可能者。¹²¹準此，法官進行合憲法律解釋與由何機關(獨占)違憲審查的權力，應可切割處理，不宜混為一談。

2. 中國法院應該可以成為法律違憲審查機制的發動者與命令違憲審查的共同參與者

在中國現行法制下，針對法律位階以下的法規範(如：行政法規、地方性法規)，是否牴觸憲法，並非沒有審查及效力宣告的機制。首先，中國憲法第 100 條設有所謂「備案制度」，即地方性法規應報人民常委會備案；立法法第 89 條的規定更將需要備案的規範擴大到行政法規、自治條例、單行條例、規章。其次，立法法第 90 條更進一步建立了國家機關(包括最高人民法院)、地方人大常委會、社會團體、企業事業組織，甚至一般公民認為法律以下法規範牴觸憲法時，以書面向全國人大常委會提出進行審查要求或建議的制度。¹²²至於上述備案及審查制度的法律效果，則連結到中國憲法第 67 條及立法法第 87 條、第 88 條及第 91 條，全國人大常委會在徵詢相關法規範制定機關的意見後，得經審議將與憲法牴觸的規範予以撤銷。¹²³

¹¹⁹ 當然，主張全國人大常委會獨占憲法解釋權者，仍可能以立法法第 90 條的規定，牴觸中國憲法第 67 條規定為由，否定其合憲性。

¹²⁰ 另參法治斌、董保城，同註 104，頁 98。

¹²¹ 司法院釋字第 572 號解釋理由書相關部分的原文為：「...如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。」

¹²² 應說明者，孫志剛案即是依據上述立法法第 90 條規定由人民(三位法學博士)提出的審查建議。參見莫紀宏，同註 1，頁 97。上開條文規定的「審查要求」與「審查建議」其差別在於，前者人大常委會專門委員會有進行審查、提出意見的義務，至於後者，人大常委會工作機構僅於研究後認為有必要時，才送專門委員會進行審查。

¹²³ 值得特別說明者，全國人大常委會為了具體落實上述規定，於 2005 年修訂了「行政法

應說明者，上述備案審查制度本質上屬於「立法監督(legislative supervision)」(有稱為「立法解釋¹²⁴」)，與司法違憲審查(司法解釋)仍有相當差異。¹²⁵其次，針對行政法規以下的法規範，原則上並不涉及人大至上原則，司法機關除要求或建議全國人大常委會進行審查外，是否可能有更積極的處置？更有甚者，不論是憲法文本或是立法法的規定，現行審查制度，包括其後全國人大常委會撤銷權行使的範圍，均不包括法律在內；此一省略，如前所述，從中國憲法採取人民代表大會制(人大至上)的角度加以理解，似是採取類似英國議會至上原則下，法律的效力不能由其他機關加以審查、廢棄，僅能由議會(人大)自我糾正(修法)的模式。¹²⁶最後，中國現行制度最大的問題或在於，即便承認全國人大(常委會)擁有專屬的法律違憲審查權(以修法的形式存在)，但立法法僅規定行政法規以下規範的違憲審查啟動機制，就法律本身的違憲審查而言，不論憲法文本或立法法均未規定啟動此一審查(修法)權力的機制，誠如論者所述：「[全國人大]... 僅僅是制定法律，並不直接適用和執行法律，因此，如果沒有其他因素的推動，它自身是無法發現違憲案件的」。¹²⁷

針對上述制度設計的問題，可區分「法律」及「行政法規以下規範」的違憲審查，進一步加以討論。首先，針對行政法規以下規範的違憲審查而言，本文認為在不違反人大至上原則的前提下，現行立法法第 90 條規定(最高人民)法院僅得向全國人大常委會提出違憲審查的要求或建議的規定，似過於保守，是否為憲法必然的要求，也有討論空間。

以國務院制定的行政法規為例，依據胡錦光教授的分析，可能有三種不同性質：(1)根據法律制定，具有實施性質的行政法規，(2)在沒有法律的情形下，針對不屬於法律保留事項，直接根據憲法上關於國務院職權的規定，制定的行政法規，(3)在沒有法律的情形下，經全國人大或其常委會授權而制定的暫時性行政法規。¹²⁸就上述三種類型的行政法規而言，第(2)種類型因非基於法律及人大(常委會)授權，與人大至上原則無涉，至於其他兩種類型的行政法規，除全國人大(常委會)於立法(或授權)時另有明確表示外，也非屬傳統上適用人大至上原則的情

規、地方性法規、自治條例和單行條例、經濟特區法規備案審查工作程序」，並在組織上於全國人大常委會法制工作委員會下增設「法規備案審查室」，作為專責處理法規備案審查的機構。

¹²⁴ 莫紀宏，同註 1，頁 105-106；湯德宗，同註 30，頁 137-38。

¹²⁵ 當然，如前所述，就最高人民法院提出審查的要求一點言，該院實際上已經進行司法解釋(憲法解釋)，僅其並無拒絕適用或宣告無效的權限而已。

¹²⁶ 一般而言，採取此說者，多主張關於違憲審查的機構應設於人大之下，如童之偉教授、莫紀宏教授等；反對此說者，仍主張可以採取法院審查的模式，如張千帆、王磊教授等。參見註 10 及註 11 所引文獻。

¹²⁷ 莫紀宏，同註 1，頁 103。莫教授更指出：「在保障憲法實施的過程中，僅僅靠同一個國家機關來監督自己的行為是否合憲，對於保障憲法實施來說，存在的問題是很多的。可能因為政治性的因素而掩蓋了立法或者法律上的不足，影響法律自身的科學性」。莫紀宏，同註 1，頁 104。

¹²⁸ 胡錦光，同註 6，頁 371-372。

形。準此，在本文前已肯認全國人大常委會以外機關也有解釋憲法權力的前提下，本文認為除非全國人大(常委會)在個別法律中或授權時明文禁止，中國法院應可在審理具體案件時，「附帶的」對行政法規的合憲性作成判斷。¹²⁹

有疑問者，上述見解是否與中國憲法第 67 條有關全國人大常委會撤銷權規定有所牴觸。就此，本文採取否定的看法。從憲法文本觀察，上述條文僅規範行政法規等規範的「撤銷權」(核其性質屬於一種抽象且發生對世效力的廢棄權)，因此一般法院只要在附帶審查行政法規的合憲性時，不宣告撤銷被認為違憲的行政法規，而採取在該個案中不予適用(拒絕適用)的作法，即可避免與憲法第 67 條的規定發生齟齬。¹³⁰況且從中國憲法第 126 條明文規定：「人民法院依照『法律』規定獨立行使審判權」，法院審理案件原不受行政法規以下規範的拘束。¹³¹綜上，針對行政法規以下規範的違憲審查，只要不違反人大至上原則，不涉及違憲行政法規的撤銷，中國法院應可享有較為寬廣的空間，現行立法法第 90 條要求法院向全國人大常委會提出審查要求或建議的規定，似嫌保守，也非憲法必然的要求。

至於法律本身的違憲審查，因直接涉及人大至上原則，司法機關介入的空間恐受到一定限制，然在維持人大至上的原則下，是否即意味法院全無參與的空間？中國現行法制下欠缺法律違憲審查啟動機制的缺失又應如何填補？就此，本文認為英國人權法下「牴觸宣告」的制度，或許可以提供中國一個思考的方向。

詳言之，在英國人權法下，由於牴觸宣告並不影響系爭法律的效力，對於當事人也沒有拘束力，因而被認為至少在名義上保存了英國的議會主權。同理，在中國，若透過制定法(如：立法法)明文規定賦予特定法院作成類似性質牴觸宣告的權力，¹³²應無違反人大至上制度的疑慮；¹³³更重要者，法院的牴觸宣告，正好

¹²⁹ 然胡錦光教授則認為，法院僅得針對第(1)類型的行政法規，進行「合法性」審查，至於行政法規的「合憲性」審查，因胡教授主張憲法解釋權專屬於人大常委會，因此一般法院不得為之。參見胡錦光，同註 6，頁 371-373。

¹³⁰ 同理，即便中國憲法第 67 條規定人大常委會有權「撤銷國務院制定的同...『法律』相牴觸的行政法規...」，學者仍有主張，針對部分類型的行政法規，法院可以依據「法律」，對其合法性直接進行審查判斷，只是僅能於個案中拒絕適用，不能於判決主文中宣告撤銷、廢棄而已。參見胡錦光，同註 6，頁 372 及 376-377；焦洪昌，同註 102，頁 19-20；童之偉，人大制度要進一步增強實用性，法律科學，2004 年第 5 期，頁 19，2004 年。應說明者，台灣有關命令的違憲審查即採取此一作法，亦即司法院大法官可以抽象的宣告命令牴觸憲法並加以廢棄，但一般法院的法官僅得在具體個案中對於認為違憲的命令，拒絕加以適用。參見法治斌、董保城，同註 104，頁 403-406；林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，同註 117，頁 428-431；陳新民，同註 31，頁 693-697。

¹³¹ 就此，中國行政訴訟法第 52 條，法院審理行政案件，要以行政法規為依據的規定，已限制了法院的審判權，不無牴觸憲法的疑義。

¹³² 應說明者，在中國，究竟要允許哪些級別法院可以作成牴觸宣告，可以視現實情況及需要，進一步思考。在初期，如擔心下級法院的裁判品質，而仿照立法法第 90 條的設計，以最高人民法院為限，應無不可。但中長期而言，考量中國幅員遼闊，似應放寬至各省、自治區高級人民法院。

可以充當啟動全國人大違憲審查機制的信號，填補全國人大因不涉入個案法律適用和執行，無法發現違憲法律的問題。最後應特別說明者，即便法院作成抵觸宣告，在尊重人民代表大會制的原則下，全國人大仍保有系爭法律是否違憲，以及是否要發動修法程序的最終決定權。

當然，不可否認者，若完全仿照英國抵觸宣告的制度，在中國個案中當事人，恐怕無法獲得實質救濟，因為法院仍須忠實地依照系爭法律作成裁判，且該當事人勢必無法像英國當事人一般可以再向超國界的區域人權法院尋求救濟。然如為保障當事人權益，採取其他模式，例如仿照立法法第 90 條的模式，賦予法院向全國人大常委會提出審查的要求或建議，或參考台灣司法院大法官釋字第 371 號解釋所創設的「停止訴訟程序，由法官提出釋憲聲請」制度，因其實際上等同允許法官「暫時」不適用有違憲疑義的法律，是否符合人大至上、法官不得拒絕適用法律的原則，反茲疑義。

三、小結

在英國，議會至上的傳統雖已有數百年的歷史，但終究難敵歐洲整合的浪潮與人權保障的呼聲；在過去幾十年裡，透過歐洲共同體法和人權法中精巧的權力安排，英國在兼顧議會主權的形式下，建立了實質的司法違憲審查機制。雖然與美國或德國的違憲審查制度相較，英國現行的抵觸宣告顯得軟弱無力，但嶄新的憲政主義卻在一次次司法審查的過程中萌芽，英國法院、法官對於自身所應扮演的監督、制衡功能也漸有體悟。長此以往，司法違憲審查在英國取得與議會至上平等的憲法地位，並非毫無可能。

在中國，距離 1954 年憲法的制定，僅有不到六十個年頭，所謂人大至上的概念雖不像英國議會至上那樣輪廓清晰、根深蒂固，但要視而不見或在短時間內予以撼動，也絕非易事。在此情形下，要在中國建立司法違憲審查制度，恐怕需要借鏡英國的智慧與巧思。本文認為英國模式雖然迂迴，但卻最能兼顧人民代表大會制。從英國的經驗觀察，看似微不足道的改革(尤其與美、德制度比較)，仍足以對憲法、憲政產生深遠的影響。就中國憲法而言，務實的允許法官在審判中進行合憲性解釋，同時建構以司法機關作為啟動者、全國人大作為最終有權決定者的法令違憲審查機制，促進憲法的實踐、深化憲法的價值，恐怕才是現階段最佳的選擇。

肆、比較法分析：法國法的觀點

法國 1958 年第五共和憲法所建立的違憲審查制度乃是以權力分立原則為其制度核心：作為憲法爭訟機關的憲法委員會，其最主要的任務就是維繫憲法所劃

¹³³ 事實上，此一機制更有助於在「合憲性解釋」外，進一步落實中國憲法前言：一切國家機關都...負有維護憲法尊嚴、保證憲法實施職責的要求。

定的行政權與立法權之界線，並阻止立法權違憲越權地介入行政權領域。換言之，憲法委員會所要維護的就是憲法所規定之權力部門的權限範圍。這樣的制度設置，對法國憲政傳統而言，既是延續也是創新；但它也因之凸顯出法國制度的特色，進而成為被改革的對象。

一直到 2008 年修憲之前，法國制最大的特色就是強調「事前審查」與「抽象審查」，並排除人民介入或參與憲法爭訟事件。法國特立獨行的制度終於在針對第五共和憲法施行半世紀後之全面檢討的修憲行動裏被改變，此項改變是否使法國失去其制度的特殊性？以中華民國及法國的制度經驗為基礎，本文最後將嘗試提出適合中華人民共和國的違憲審查模式。

一、憲政傳統的延續與創新

法國大革命所開啟的憲政傳統包含以下三項特徵：首先是以盧梭學說為基礎的人民主權觀。¹³⁴在此觀點下，國家主權應由全民所共享，而代表人民行使此主權的國會，就應該是國家最高的權力機關。所以立法者就是主權者，從人民主權可以推演出國會至上。而國會所制定的法律，就是人民全體意志的直接展現。法律既然是人民全體意志的展現，也就是主權者意志的展現，因此是國家法體系中的最高規範，沒有任何人或任何機構可以挑戰其權威，更不用說改變或廢棄此最高意志。¹³⁵基此，設置一個以挑戰國會意志為職志之違憲審查機關的想法，與盧梭所宣揚的理念格格不入。

雖然革命份子透過人民主權與國會至上的理念來奪取政權，但並沒有完全忘記專制權力對人民所可能造成的迫害，亦即其之所以發動革命的原因。於此導出孟德斯鳩所提倡的權力分立的想法，此想法成為大革命另一個重要的憲政傳統，它也成為美國與法國等兩部世界上最早之成文憲法的共同基礎與特徵。孟氏強調有權者必會盡可能地用盡權力，惟有透過分權才能減低權力所可能產生的禍害。然而在透過制度或法規範分權之後，如何避免權力又集中到一個主體的手上，則成為提出權力分立原則後所剩下的大問題。面對此問題，有外部控制與內部控制等兩個可能的解決途徑。外部控制者就是先透過法規範（亦即是憲法）劃定各個權力部門的權限範圍，並再建置一個監督制裁機關來對違憲越權者進行制裁，以維護權力分立原則。此想法看似合理，但至少卻有兩個大問題：一是作為分權基礎的法規範無法在立法技術上達到嚴密且窮盡，進而排除任何可能的權限爭議。一旦權限範圍規定不夠明確，則越權行為也可變成因權限規定模糊而留下的行為空間，因而可以找到免除被制裁的藉口。

¹³⁴ 有關「人民主權」更詳細的介紹尚可參閱陳淳文，憲法與主權：由修憲觀點淺談兩個公法學上的基本概念，載：劉孔中、陳新民主編，憲法解釋之理論與實務，第三輯下冊，頁 188 以下，2002 年。

¹³⁵ 法國大革命後的第一部成文憲法，也是世界上第二部成文憲法—法國 1791 年憲法將法王與國會共同視為行使國家主權的主體。在此脈絡下，法王雖不能推翻國會的意志，但能用其否決權暫時延緩法案生效。

二是如何確保所建置的監督制裁機關會認真且公正地扮演其監督制裁角色？它們一樣也有腐化或濫權的可能。在外部控制無法有效建立的情形下，美國的制憲先賢與法國的革命者都傾向於內部控制。「以權力對抗權力，以野心對抗野心」的說法，正是內部控制得以植基的基礎。當時美、法兩國的菁英一致地認為行政權既以執行法律為其權力內容，其在本質上是依附於立法權之下，因為若沒有法律為先導，行政權較難積極作為。反之，立法權可謂是整個國家機器得以運作的動力來源，但亦可能是專制或暴政的根源。針對立法權的內部控制方法，就是在組織上將其分化，使其彼此互相節制。國會兩院制固然是英國的政治事實，但也是孟德斯鳩透過英國體制的理解而提倡的分權方法。兩院由不同社會成員所組成，正好會因不同的階級利益而形成相互牽制的局面。如由貴族所組成的上議院與由資產階級所組成的下議院，或是代表州利益的參議院與代表選民利益的眾議院，皆是利益互相牽制的例子。¹³⁶

除了國會內部兩院的相互節制之外，行政權也享有立法否決權來節制國會，避免國會違憲越權。¹³⁷總之，透過權力分立，以及權力部門間的相互節制，就能達成有限政府的目的。¹³⁸所以 1789 年人權宣言第 16 條宣示：沒有權力分立，就是沒有憲法的社會。憲法應有的主要內容，其實就是權力分立原則的規定，其實就是一系列有關機關權力分配與權力部門間互動關係的具體規定。¹³⁹美國憲法本文並沒有「權力分立」的字眼出現，但憲法結構與其條文內容正是呈現出前述的權力分立原則的精神。法國歷年憲法也常出現此種規範模式，憲法的主體內容就是規範國家機關的權限分配與權力互動關係。

第三個特徵是人權條款或是權利清單在成文憲法中的定位問題。法國歷年憲法中，諸如 1793 年憲法，1795 年憲法，1799 年憲法，1852 年憲法，1875 年憲法，1946 年憲法與 1958 年憲法，都沒有在憲法本文中規範人權條款或是權利清單。這些憲法的人權條款或在與憲法完全分離的權利宣言中，或在憲法前言中，但就是不在憲法本文內。美國憲法一開始也是沒有人權條款，漢米爾頓在聯邦論第 84 篇即說明人權條款乃是為了限制君主權力，保護人民權利而形成的君主與人民之契約。但共和國裡，人民並未讓與任何權利，而是由人民的代表為人民來行使權力，故而無須以憲法內的人權條款作為人民保留其權利的證明。此外，早

¹³⁶ 大革命後對於新制應採一院制國會或兩院制國會曾有激烈爭辯，最後西耶士（Sieyès）的主張勝出，法國 1791 年憲法採一院制國會。

¹³⁷ 如當時的英國國王、美國總統及法國 1791 年憲法下的法國國王都享有否決權。英王的否決權是絕對的，美國總統與法王的否決權則是相對的。法王路易十八被送上斷頭臺的主要理由除了聯絡外國打擊革命之外，就是他一再行使其否決權，阻止革命黨人的改革法案。然而法國 1791 年憲法第 3 章第 3 節第 2 條所規定的否決權，只能暫行延緩法律生效，並不能真正阻止國會改革之意志。

¹³⁸ 除了權力分立原則之外，聯邦主義是美國憲法另一項得以防止權力集中，並能稀釋權力的重要設計。

¹³⁹ Michel Troper, 1789: l'invention de la constitution, in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 184.

期的成文憲法受牛頓力學發展之影響而具有「機械論」之性格，¹⁴⁰當時的制憲者認為就像萬有引力讓星球間的運動保持動態平衡，一部好的憲法設計也可以讓權力部門間的互動保持動態平衡。一旦各個權力部門都宛如星球一般在自己的軌道上運行，人民的權利自然不會受到侵害。所以保護人權固然是制憲的終極目的，但是它也是憲法透過其權力分立設計而使權力部門各在其位並維持動態平衡的結果。換言之，只要權力分立設計得好，人權自然可以獲得保障。

在國會至上與權力分立原則之外，法國也有違憲審查的想法。事實上早在大革命時期，1791年憲法第一章第三段就明定國會不得制定法律侵害憲法所保障的人民權利，但是因為缺乏制裁機制而形同具文。西耶士基於法院曾經是阻止國家改革之保守勢力的歷史經驗，在1795年就提出在法院之外設立一個專門機關(le Jury constitutionnaire)來節制國會違憲行為的想法，但是當時沒有被接受。¹⁴¹不過在法院體系之外，特設違憲審查機關的想法一直存在著，並且分別在1799年憲法(le Sénat conservateur)，1852年憲法(le Sénat)與1946年憲法(le Comité constitutionnel)被實現，只是這些憲法的壽命都很短，其所建立的違憲審查機制也相對含蓄。一直要到1958年第五共和憲法所建立的憲法委員會，才真正落實制裁國會違憲越權行為的想法。

從第五共和憲法內文沒有人權條款，憲法規範的重心乃在權力分立原則的情形來看，它是延續法國一直以來的憲政傳統。而憲法委員會與違憲審查機制的設置，一方面承續1795年以降西耶士的想法，但另一方面也因其真正落實此想法，而使其成為一個創新的憲政體制。

二、法國制度的特色

如何避免行政權遭到立法權的侵蝕？這是法國大革命後因為主張國會至上而一直存在的重要議題，這也是西耶士在1795年提出設置違憲審查機關的主要理由。特別是在飽受立法權獨大所造成之內閣不穩定與施政無效率的不良歷史經驗後，第五共和憲法的制憲者將憲法委員會視為是以對抗立法權為目的之「行政權的捍衛者」的角色，也就不足為奇。加以立法權以制定抽象法規為其最主要的行為內容，所以所建置的違憲審查機制也就完全以國會所制定的法律為對象。在此背景下，法國的違憲審查制度有以下五項特色：

第一，基於對於法院保守與反革命性格的不信任，大革命後所制定的一個重要性法律（1790年8月16至24日的法律）規定了如下原則：首先是法院（或是傳統的司法權）不得直接或間接地行使立法權，亦不得阻礙或中止執行法律之

¹⁴⁰ A.E.Dick Howard, *La conception mécaniste de la constitution*, in M. Troper et L. Jaume, *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 153-173; Michael Kammen, *A Machine that World Go of Itself. The Constitution in American Culture*, New York, Knopf, 1986.

¹⁴¹ 當時制憲者解決國會違憲濫權的方式就是將原本是一院制的國會拆解成權力對等的兩院制國會，宛如美國憲法。期待透過國會兩院彼此牽制的效果來防止國會濫權違憲。

行政命令的效力。¹⁴²其次是法院不得作成判例（arrêts de règlement），因為該行為形同是立法行為。¹⁴³最後則是司法權與行政權應嚴格分離，法院不得干擾行政權之運作，亦不得基於執行職務所衍生的問題而傳喚行政官員。¹⁴⁴在此背景下，針對國會法律所欲建立的違憲審查權，自然不會交由法院來行使，憲法委員會在組織架構上是完全獨立司法體系之外，甚至將其視為是在司法權之外的另一種權力。

第二，並沒有任何法規禁止普通法院或行政法院遵守憲法或適用憲法，只是前述 1790 年的法律禁止法院拒絕適用或廢棄國會所通過的法律。在此原則下，普通法院仍然可能在個案中實踐違憲審查機制，只要所涉爭議事項法律並沒有規定，或並沒有具體明確的規定。例如對於受雇員工的罷工行為是否應視為是雇員拒絕履行其與雇主所簽訂的勞動契約？在法律對此問題沒有明確規範的前提下，法國最高法院直接援引 1946 年憲法前言中有關罷工權的宣示，肯認罷工行為不等同於雇員主動解除勞動契約。¹⁴⁵同樣的道理也適用於行政法院。不論是具體的行政處分，還是抽象的行政命令，行政法院都可以對其進行違憲審查，並進而可以廢棄違憲的行政處分或是行政命令；除非該行政處分或行政命令是以法律的明確規定為其依據。基此，針對行政處分與行政命令的違憲審查權，乃由行政法院所行使；憲法委員會的違憲審查客體僅限於國會所通過的抽象法規範，包括組織法，一般法律與國會內部的議事規則等三大類。¹⁴⁶

第三，法國是典型的「抽象審查」，此「抽象」具有兩層意涵。先就程序面向而言，若引發違憲審查程序的原因並不是基於一個繫屬於法院的具體個案，則此審查即是抽象審查。其之所以抽象的理由在於因為沒有具體個案，所以沒有考量具體事實與情境的必要。此種審查是針對兩個抽象規範（如法律與憲法）彼此是否相容的問題，所以是一種「規範審查」。其次就審查行為的目的而言，因為是要維護法體系內的客觀規範秩序，故並不考量特定個案情境內的權益關係，且個案情境也不能作為審查決定的基礎，所以此種審查具抽象與客觀性質。審查決定的內容只有某特定規範（甲規範）是否符合另一個特定規範（乙規範），是有

¹⁴² 規定於該法第 10 條。

¹⁴³ 規定該法第 12 條，此規定將司法權嚴格限於個案之內，即便是為了適用法律而需要解釋法律，也需要由立法者自己來負責解釋；法院不得透過判例來行使通案或抽象的法律解釋權。

¹⁴⁴ 規定該法第 13 條，這就是普通法院之司法權與行政法院分離的來源。基此規定才形成法國的二元審判體系，行政審判權不僅不隸屬於普通法院之司法權下，甚至被認為是行政權的一部份。

¹⁴⁵ Cass. Civ. 1^{re} ch. 15 janvier 1991, Conseil départemental de l'ordre des médecins c. Layet; *LPA*, n° 67, 5 juin 1991, p. 21, note B. Mathieu.

¹⁴⁶ 依憲法第 54 條規定，對於國際條約的審查不同於法律。其不同之處有二：首先，條約並非是由國會所制定的產物，國會只是批准條約。其次，一旦發現將批准的條約與憲法不相容，則必須要修憲後才能批准條約，此與法律違憲時是法律本身要修改，而非憲法要修改的情形不同。

關客觀秩序的判斷與描述，¹⁴⁷不涉任何特定個體的權利。又由於其不直接涉及任何個體的權利，所以此種爭議程序本身具客觀性質，不存在一般訴訟程序上利益相互對立衝突的兩造當事人，其爭議解決之決定也具客觀性質，因而具有及於通案的對世效力。

第四，法國法律違憲審查的審查時點乃在國會通過法律後，總統公布法律前，因為是在法律生效之前所為的審查，所以是一種「事前審查」。¹⁴⁸由於違憲的法律在生效之前就被憲法委員會阻擋下來，故是一種「預防性審查」。歐陸其他國家常有在國際條約被批准或生效之前所為的事前違憲審查，但針對國內法律設置事前違憲審查制度的國家卻是寥寥無幾。¹⁴⁹

最後，人民在法律的違憲審查程序中完全沒有扮演任何角色是法國法的另一個特色，這是其與其他歐陸國家最大的不同，這也是促成此次修憲改革的重要動因。1958年憲法所設計的違憲審查發動權，原來僅給總統、總理、參議院議長與國民議會議長等四個人，1974年修憲後再加上60名參議員連署或60名國民議會議員連署亦得聲請釋憲。但在前述公職人員之外，人民並沒有發動違憲審查機制的管道。

三、2008年修憲的改革重點

為慶祝第五共和憲法施行五十年，法國政治菁英，特別是在2007年剛當選總統的薩科奇先生的主導下，利用此機會對此部憲法進行全面的檢視與檢討，並提出一個包括改革違憲審查制度在內的龐大修憲計畫。修憲案歷經國會兩院的審查與表決程序後，送入專為修憲而召開的國會兩院聯席大會，最後在2008年7月23日的兩院聯席會中以539票支持，357票反對，僅以兩票之差勉強通過法定修憲門檻而完成修憲程序。¹⁵⁰其中與違憲審查制度相關的改革包括憲法第56條有關憲法委員會之委員的任命程序，憲法第61-1條有關人民發動違憲審查程

¹⁴⁷ 如吳庚氏謂：規範審查可大略分為抽象的規範審查與具體的規範審查，而以裁判是否以法規有無牴觸上位規範為裁判主文作為區別的基準，答案若屬肯定，便是抽象規範審查，答案若屬否定，就是具體規範審查。（參見吳庚，同註114，頁332。）又德國基本法第93條第1項第2款與第100條第1項也分別規定兩種規範審查，前者通常被稱為抽象法規審查，後者則稱為具體法規審查。然則這種抽象與具體的區別，僅以是否因個案而引發審查程序，個案情境或個體權利並不在審查者的考量範圍內，稱其為具體法規審查，實亦滋誤解。有關德國具體法規審查的中文文獻可參見楊子慧，論具體法規審查，輔仁法學，第19期，頁67以下，2000年。

¹⁴⁸ 法國制度也存在兩種例外事後審查的情形，詳見湯德宗、吳信華、陳淳文，違憲審查制度的改進—由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案，載：湯德宗主編，憲法解釋之理論與實務，第四輯，頁548，註78，2005年5月。

¹⁴⁹ 如東歐國家對於國際條約多採事前審查，而設有法律事前審查的國家僅有羅馬尼亞，匈牙利，波蘭，烏克蘭及愛沙尼亞等國。詳見吳志光，東歐民主轉型國家憲法法院對法治國家建構之影響—兼論對我國違憲審查經驗之啟示，載：劉孔中、陳新民主編，同註134，頁434，2002年。

¹⁵⁰ 依照憲法第89條的規定，必須達總投票數5分3以上，修憲案方被視為通過。

序的規定，以及憲法第 62 條有關已生效法律的違憲宣告方式等三個條文。國會並依憲法第 61-1 條的規定修訂有關落實人民發動違憲審查程序的組織法，該組織法（Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution）經憲法委員會審查後¹⁵¹於 2009 年 12 月 10 日公布施行。依據該組織法所留的準備時間，人民得以發動違憲審查程序的規定自 2010 年 3 月 1 日起開始生效，法國的違憲審查制度也自此日起正式邁向一個新的里程碑。法國此次有關違憲審查制度的改革¹⁵²重點可歸納為以下四項：

首先是有關憲法委員會委員的任命方式，舊法規定由總統及國會兩院議長各自任命 3 名委員，沒有其他任何的監督機制；新的憲法第 13 條第 5 項及第 56 條第 1 項增設了國會參與機制。新的任命程序是被提名人必須送交國會兩院的常設委員會審議，若總統所提名的人選遭到兩院常設委員會 5 分之 3 以上的投票委員表示反對，則總統就不得任命該人選。同樣的，參議院議長及國民議會議長所提名的人選，也要經其各自議會之常設委員會的審議，若有 5 分之 3 以上的該會委員表示反對，任命案即不得續行。

其次，依據憲法第 61-1 條規定，人民發動違憲審查程序的原因是一項法律性規定被認為是侵害**憲法所保障的權利與自由**。換言之，僅有在人權領域且針對已生效之抽象法律，人民才能發動違憲審查程序。此規定相已生效之法律的違憲審查納入憲法委員會的職權範圍，使法國違憲審查制度從原來的事前審查制，擴增為同時包含事前審查與事後審查。此外，若與我國現行的制度相比較，我國的用語是「人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」，¹⁵³法國法的說法則是「一項法律性規定被主張為對憲法所保障的權利與自由構成侵害」，我國法似乎比較強調個體的權利，法國法則傾向於抽離個體權利，而是人民發現或見證法律規定與憲法保障的人權發生衝突。除了比較強調主觀性或客觀性之差別外，兩國都將前題限縮在憲法上所保障的人權領域，但是法國法只能針對由國會所過的法規範，我國法則同時涵蓋法律與命令。

再者，憲法第 61-1 條也規定人民在訴訟中雖可發動違憲審查程序，但必須經過最高法院（Cour de cassation）或最高行政法院（Conseil d'Etat）來聲請。¹⁵⁴

¹⁵¹ 憲法委員會在其 2009 年 12 月 3 日的決定中（n° 2009-595 DC），宣告該組織法合憲。

¹⁵² 對於此次改革的背景與詳細內容，中文文獻可參閱吳秦雯，事後違憲審查之潮流？淺析法國違憲審查制度之新變革，憲政時代，第 36 卷第 4 期，頁 375 至 409，2011 年。

¹⁵³ 參見現行司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款。

¹⁵⁴ 在法國的二元司法體系下，幾乎絕大部分的法院都被含蓋在內。例外的情形包括「爭議法庭」（le Tribunal des conflits）與「最高仲裁法院」（la Cour supérieure d'arbitrage），亦即繫屬於此二法庭的案件無法提出合憲性問題。前者的職權主要是解決普通法院與行政法院的權限爭議問題，在組織上係獨立於最高法院與最高行政法院之外。後者則在處理勞資關係中之集體爭議問題。除此之外，審理刑事重罪（最輕本刑為十年以上有期徒刑之罪）的一審法庭，法國法稱為重罪法庭（les cours d'assises），因為該法庭有 9 名陪審員參與，且以刑事事實審不宜被中斷的理由而排除得以提出合憲性問題的可能性。不過刑事重罪案件仍可在前階段中的預審庭與後階段的上訴審或廢棄審中提出合憲性問題。最後，專為審理總

更詳細地說，人民可以在任何審級的訴訟程序中發動違憲審查程序，若案件是在下級法院，下級法院受理後認為的確有違憲問題，則需將此聲請移送至其終審法院，由終審法院決定是否向憲法委員會提出「合憲性問題」。這種制度設計形成了「雙重篩檢機制」，亦即先由受理法院審查人民所提的合憲性問題是否嚴肅認真，符合法定要件，¹⁵⁵接著再由最高法院或最高行政法院審查由下級法院所移轉的合憲性問題是否具「新穎性」與「嚴肅性」。「新穎性」意指是一個新的合憲性問題，包括被質疑的法律條文不曾被憲法委員會宣告為合憲，¹⁵⁶或是所涉及的憲法條文或憲法上的原則還不曾被憲法委員會詮釋過或適用過。¹⁵⁷至於嚴肅性的判斷則相對較為主觀，是立法者留給最高法院及最高行政法院之一定選案裁量空間。在合憲性問題的處理時程上，下級審法院必須即時作出是否移送的決定，兩個終審法院及憲法委員會則皆必須在三個內作出期決定。

最後，人民以訴訟案件當事人之身分發動違憲審查程序，必須透過獨立的書狀，並附詳細理由。獨立書狀的要求，目的即是要與本案訴訟分開，使法律之違憲審查程序保持其抽象性與客觀性。除訴訟當事人自己提出聲請之外，審理案件的法官不得主動提出或代替人民提出合憲性問題。至於「合憲性問題」的性質，具「先決問題」之性質，故一旦提出此問題，原則上必須暫時停止訴訟程序之進行。¹⁵⁸法條用語可翻為「優先之合憲性問題」（la question prioritaire de constitutionnalité，簡稱為QPC），¹⁵⁹於此必須注意法國立法者所關懷的「優先性」，並不是單純因為必須先解決法律的合憲性問題，爾後個案所繫屬之法院才能據以作成個案裁判，這是「先決問題」的概念。法國立法者此處強調合憲性問題之優先性，主要是與歐盟法或歐洲人權法作比較。因為在法國現制下，訴訟當事人也可在訴訟中提出有關歐盟法或歐洲人權法的先決問題。故法國立法者要求在「合憲性問題」與「合條約性問題」兩種先決問題競合時，法院必須優先處理合憲性問題。

統續職而設的「最高法庭」（La Haute cour），以及繫屬於憲法委員會的選舉爭訟案件，都不能提出合憲性問題。

¹⁵⁵ 依照憲法委員會組織法（Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel）第 23-2 條規定，法院必須審查三個要件：第一，所被質疑的法律條文是否在此繫屬個案中被適用？第二，此係爭法律條文是否曾被憲法委員會宣告為合憲？第三，所提合憲性問題是否具嚴肅性（caractère sérieux）？對於第三個要件，法條的用語是：「並非不具嚴肅性」，其目的僅在排除異想天開或為拖延訴訟而提的問題，法院應作寬鬆審查。參見吳秦雯，同註 152，頁 393。

¹⁵⁶ C.C. 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC.

¹⁵⁷ C.E. 10 novembre 2010, Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux, n° 340106.

¹⁵⁸ 例外情形參見憲法委員會組織法第 23 條之相關規定。

¹⁵⁹ 亦有譯為「合憲性之優先問題」（如吳秦雯氏，同註 152 文），或「違憲先決問題」（如李鐸澂氏，其為司法院翻譯之相關法國法，載：司法院編，各國憲法訴訟條文彙編（未出版）。）

總結法國新制最重要的變革是增設事後審查機制，並允許人民也得在個案訴訟中發動違憲審查程序。論者有謂此次修憲改革，使法國制度更接近於歐陸大多數國家的違憲審查制度，似乎可以宣告「法國特例」的終結。

四、法國新制的走向

法國新制將原本僅有事先審查的制度，增列事後審查制，並把本來沒有在規範違憲審查程序中扮演任何角色的人民，賦予其發動違憲審查程序的可能性。單就這兩項變革而言，已使法國違憲審查制與歐陸其他國家的制度更為接近，幾乎是可以宣告「法國特例」的終結。¹⁶⁰不過如果吾人進一步細看改革的內容，法國新制一方面的確與歐陸憲法法院更為接近，但在另一方面卻又因其更堅守克爾生的想法，反而使法國違憲審查制度仍保留自有特色而仍與眾不同。

(一) 憲法委員會不是法院

為了強化其司法性，不少學者以及原始修憲提案都認為應將「憲法委員會」正名為「憲法法院」，該正名提案甚至在參議院通過。前憲法委員會的主席，現為社會黨之參議員 Robert Badinter 即指出：「作為一個主要職能為司法性功能的機構而言，1958 年所取的憲法委員會這個名字，其實是充滿矛盾的。在其司法性因導入人民聲請釋憲而更加強化的同時，應該要追隨其他歐陸國家憲法法院的例子，將名稱正名為法院才是。」¹⁶¹不過這項正名提案在國民議會審查修憲案時未獲通過，因此最後修憲並未更改憲法委員會的名稱。從名稱上看，「憲法委員會」的名稱的確使法國新制仍保留其特殊性，不同於其他歐陸國家。但更重要的是，法國堅持違憲審查機關與其他法院體系保持分離且獨立的關係，其實與克爾生的理念最接近。

事實上早在 1958 年研擬現行第五共和憲法時，就有是否應將憲法委員會命名為憲法法院的討論，但就 1988 年起解密的當時制憲史料來看，¹⁶²制憲者是蓄意不要建立一個類似德國或義大利的憲法法院。既然憲法委員會不是法院，所以其組成成員也不應該全由法官組成。法國憲法委員會的委員組成方式，與其他國家不同之處至少有二：一是其成員的養成背景或職業別之要求。多數國家重視法學養成背景，或甚是必須從事司法實務工作或法學教育者方得出任憲法委員會之委員。然則法國法的要求則是一片空白，任何背景或任何職業都可以出任憲法委員會委員。在過去的經驗中，從企業老闆、記者、醫生、藥劑師、銀行家、外交官、行政官員，到非法學院的教授，以及法學教授及其他司法實務人員等，可謂

¹⁶⁰ 當時的法國總理 Fillon 在 2008 年 5 月 20 日於國民議會提出修憲案時的用語就是：法國特例將因修憲而終結。另參見 G. Tusseau, *La fin d'une exception française ?*, *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 5.

¹⁶¹ 見法國參議院之會議紀錄。

http://ameli.senat.fr/amendements/2007-2008/365/Amdt_321.html, last accessed 23/02/2012.

¹⁶² Voir *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La documentation française, 1988, tome 2, p. 73 et tome 3, p. 164 et 275.

十分多元，且此種多元性也遠非其他國家所可比擬。¹⁶³其二是法定委員的規定。依據憲法第 56 條規定，卸任總統為法定終身委員，此亦為他國所無之設計。有學者主張應修憲廢除此規定，才會使憲法委員會像一個正常的法院。

然則這個過去是為了禮遇卸任總統的制度設計，迄今仍然存在，而且前總統季斯卡現在仍固定出席並參與憲法委員會之運作。這樣多元的組成模式從專業司法化的角度來看，顯然有所不足。但若從抽象規範審查所涉及的公共性與政策性而言，也不是過於離經叛道。事實上，有不少重大的社會爭議，諸如生命刑的存廢、或是人工流產、安樂死、人體幹細胞複製或甚至是吸食毒品的合法化問題，本身並沒有太複雜難解的法律專業技術難題有待解決，而是倫理學與價值選擇的問題。在此背景下，全由法學養成出身的人來解決此問題，反而會使違憲審議過程中失去內部多元對話的可貴契機。除了拒絕正名為法院與組成成員的多元性外，法國新制在提名部分增設國會的參與機制，這點也使法國新制更接近克爾生的設計理念。

（二）堅持抽象審查

法國舊制是與個案具體情境抽離的抽象規範審查，憲法委員會只審查法律本身的合憲性問題，並不考慮法律如何在個案中被適用的問題。¹⁶⁴因為不考慮法律如何被適用，所以法國舊制的另一個特色就是事前審查，亦即在法律還未生效前，還未被具體適用前，即進行違憲審查。基於其事前抽象審查的特性，不同於一般民事訴訟的辯論主義，憲法委員會的審查行為向來不受聲請人主張之拘束，可在聲請人的主張之外，加上其他的違憲理由。而且對於當事人未經聲明為違憲的法條，憲法委員會得依其職權主動宣告該法條違憲，此種明顯為「訴外裁判」的行為，¹⁶⁵卻是事前預防性審查要真正達到預防性效果所不可或缺的一部份。

然而一旦引進事後審查，特別是由人民從具體個案的訴訟程序中來發動違憲審查，憲法委員會勢必要由法律本身的合憲性問題轉而進入法律適用的合憲性問題。換言之，法律如何被解釋或法律如何被適用成為違憲審查的客體。在此情形下，原本與個案具體情境抽離的憲法委員會要如何面對個案？為避免憲法委員會直接介入個案，並進而破壞原本平行分立的法院關係，新制有以下三項措施值得注意：

首先是人民提出優先之合憲性問題，必須要以與本案訴訟分離之獨立書狀為前題，憲法委員會只看抽離本案具體法律關係之違憲聲請書狀，不看本案具體事

¹⁶³ 以現任的委員來說，除法學專業外者，有出身內閣秘書長、國民議會秘書長、參議員與前任部長等，仍是相當多元。

¹⁶⁴ 基於憲法本身的概括性與抽象性，除部分程序規定外，憲法條文的落實通常需要透過下位階規範去實踐。故而憲法委員會不常以「憲法如何被適用」，作為其違憲審查的對象。

¹⁶⁵ 「不作訴外裁判」原則上為各國憲法審判機關遵守的原則。參見吳庚，同註 114，頁 340。

實與法律關係。基此，憲法委員會仍不介入個案，也不因改為事後審查制度而要增設暫時權利保護機制。雖然新制也讓憲法委員會得開調查庭，並舉行言詞辯論，也有有關迴避的明文規定，但這些新機制的設置並不是因為於審查個案化與具體化的結果，它們只是為了強化憲法委員會的公開性，親民性，或更廣泛地說，是為強化其司法性，但它仍一如過往地進行抽象審查。其次，法國新制禁止各級法院法官於個案訴訟審理中主動提出優先之合憲性問題。

最後，為避免破壞憲法委員會與最高行政法院及最高法院的平行關係，新制不僅沒有導入得以針對法院判決提出違憲審查聲請的憲法訴願制度，反而是建立一套由各級法院及兩個終審法院進行選案的雙重篩檢機制。如所前述，人民提出優先之合憲性問題後，先由原審法院審查此項聲請是否法定要件與是否嚴肅認真。原審法院將案件移到最高法院或最高行政法院後，仍要由此二終審法院進行第二次的審查，由其決定是否將案件移送至憲法委員會。例如法國曾在 1990 年制定法律制裁種族歧視、反猶太或排外之行為。¹⁶⁶該法被部分人士認為有侵害言論自由與出版自由，但當時國會的在野黨不願提出事前違憲審查的理由，是不願被認為其與極右派政黨掛勾，為極右派政黨發聲。此案也被認為是足以證明事前審查制度會有所不足的範例，同時在當時也認為若引進事後審查制，則將改變此種情勢。然而在新制運作後，有出版社因出版含有歧視言論之出版品而遭前述法律制裁，在訴訟中提出優先之合憲性問題。最高法院在其裁定中指出：該規定符合法國所簽署並已在國內生效之國際公約，且法律規定清楚明確，沒有移送憲法委員會的必要。¹⁶⁷

對於終審法院認為所提合憲性問題不具新穎性或不具嚴肅性而拒絕移送的決定，沒有任何救濟管道。基此，最高法院與最高行政法院透過此選案權除了可以減輕憲法委員會的案件負擔外，更重要的是得以維持其一定的獨立性，也避免因引入優先之合憲性問題而使憲法委員會直接凌駕於此二終審法院之上，終至破壞克爾生強調憲法法院應與各院維持平行與獨立的理想。以法律解釋或適用為例，最高法院在其 2010 年 5 月 19 日的裁定中表示：若是人民在優先之合憲性問題所質疑的，不是法律條文本身的合憲性問題，而是最高法院對特定法律條文之解釋的合憲性問題時，最高法院將不會移送。¹⁶⁸憲法委員會則在另一個案件中表示：司法實務對於特定法律條文所維持之解釋，可以成為優先之合憲性問題。¹⁶⁹

從事後審查到法律適用與解釋，難免會引發憲法法院與其他法院體系間的競爭關係。法國新制避免衝突的方法就是持續維持抽象審查之特質，使其與一般法院的個案具體審查相區隔。另一方面將選案權交由各終審法院，以維持終審法院與憲法委員會間的和諧與合作關係。

¹⁶⁶ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

¹⁶⁷ C. Cass. 7 mai 2010, N° 09-80774.

¹⁶⁸ C. Cass. 19 mai 2010, N° 09-82582.

¹⁶⁹ C.C. 6 octobre 2010, Décision n° 2010-39QPC, *J.O.* 7 octobre 2010, p. 18154.

五、中國大陸可能的違憲審查模式

不論政治、經濟與社會現實如何發展，也不論執政者抱持何種心態或認知，如何更進一步地落實立憲主義之精神，使憲法成為真正具規範效力的文件，是所有成文憲法國家所無法迴避的發展方向。雖然究竟中國大陸需經歷多少歲月才能實現立憲主義的理想，無法被精確預測；但是應走何種發展路徑？應選擇何種制度模式等議題，卻是應多予思考與想像。而在各種違憲審查制度的模式中，趨近於法國式的抽象違憲審查制度常被學者提及，認為是適合中國現制的一種制度模型。其可能的理由包括：（1）審查機關不是法院，符合人大的組織性格。（2）法國尊重國會至上的傳統，符合人大的憲法地位。（3）齊玉苓案的發展，已使美國式的違憲審查制度在中國沒有發展的空間。不過有不少學者認為：法國的憲法委員會模式應該只是一種過渡的模式，最終應朝德國式的憲法法院發展才是正途。這種想法也與我國部分學者的見解相似，認為更進一步司法化的結果，應該就是憲法法院化。

然而從法國違憲審查制度的最新變革情形來看，法國是在歐陸型憲法訴訟越來越主觀化與具體化的趨勢下，仍然維持克爾生的理念，強調規範審查的抽象性與客觀性。更直接地說，就是承認規範審查的政治性與政策性；它不應純屬司法權之範疇。為維護憲法的最高性必須建置違憲審查機制的想法，法國人對其一點也不陌生。在大革命最激烈熾熱的年代，西耶士在國會中很早就這麼提問：

憲法就是一部具強制性拘束力之法規範的法典，若無規範效力，那憲法就什麼也不是了。但若憲法真的是一部由具規範效力之法條所組成的法典，吾人就必須要問：誰是這部法典的法官？誰是這部法典的維護者？如果在民事法體系下，吾人忘了設置該法的維護者或制裁者，那會是一件不能想像且也十分可笑的事。但在政治法體系下，吾人又怎能忍受這樣一件荒唐的事呢？無論是什麼法，它都有可能被違反，因此有令法律被遵守的真實需要。因此我要請教大家：您們將任命何人來受理違憲爭議的聲請案？¹⁷⁰

而誰應擔任此最高的仲裁者或維護者？戴高樂的名言：「法國唯一的最高法院就是人民。」此看似民粹的話語，其實背後潛藏一些更深沈的問題，那也是從大革命以來一直存在的問題：司法與立法之間，正義與政治之間，以及憲法的維護者與代表性或民主正當性之間的問題。如果嚴肅面對這些問題，就可以更加理解為何克爾生反對將所有問題一股腦兒全部司法權化，為何堅持憲法法院應分離且獨立於其他法院體系之外。

¹⁷⁰ Discours du 18 thermidor an III, *Réimpression de l'ancien Moniteur*, Paris, Plon, 1862, tome XXV, p. 422.

回到十九世紀末二十世紀初的時空下，民主體制在歐陸開始逐步發展，權力分立的構思仍是立憲主義的思想重心。憲法固然可以達到保護人權的目的，但那是有效落實權力分立原則後的自然結果。憲法的內容以國家機關間的權力分配與相互制衡機制為主，所以違憲審查機制的發動者，自然是以行使國家權力的政治行動者為主。就算有人民介入違憲審查機制的設計，在制度上應該也是例外型與補遺型。

法國制度從原本排除人民，到現今加入人民的安排，完全是因歐盟法與歐洲人權法的影響。尤其是歐洲人權公約允許簽約國人民在用盡國內救濟途徑後，得以向歐洲人權法院請求救濟。法國自 1980 年代簽署該公約後，就面臨一個無法逃避的問題：如果法國的某法律違反法國憲法，同時也違反歐洲人權公約，在事前審查制下，法國人民不得向憲法委員會請求救濟，卻可向歐洲人權法院請求救濟。此種異常的制度結果，會使法國人越來越忘記法國憲法的重要性。基此，從 1980 年代起，法國就開始討論增列人民得以發動事後審查的機制。從制度變革的歷程來看，是國際條約，特別是國際人權法，才是影響此次改革的主因。

我國違憲審查的運作經驗也提供另一種制度想像。我國抽象且集中的違憲審查模式固然有其憲法基礎，但憲法本文的規定也並不是那麼明確無疑。而人民聲請釋憲的設計，也是由立法者透過大法官審理案件法加以規範，其制度設計仍是以維護規範秩序為主，所以必須以抽象規範違憲為其聲請要件。不過，在維護客觀規範秩序之餘，仍有保護人民權利的附帶功能，所以必須是憲法上所保障的權利遭受侵害，且用盡審級救濟途徑仍無法維護其權利時，才能發動釋憲程序。若單從人權權利之保障的角度來看我國制度，有不少人批評其不能有效且及時地實現人權保障，不是理想的違憲審查制度。其主要理由包括：（1）用盡審級救濟途徑後才能釋憲，實是緩不濟急。（2）即使釋憲成功，個案結果未必能改變，或就算能改變，也要再經再審程序，實非有效救濟手段。（3）集中審查的結果造成法官與人民皆缺乏憲法意識。（4）司法院不審理個案，實非司法權之正常情況。平心而論，這些批評十分切中我國現制的具體問題，絕非無的放矢。但是在這些批評之外，卻仍有我國現制所不可忽略的特色或優點，值得吾人關注。

首先，我國現代司法體制發展的歷史較為淺短，違憲審查制度的情況亦是如此。簡單地說，清末以降現代西方式司法體制的建制，迄今不過百餘年。且其中大部份的時間又都屬政治動盪，內戰與外患交替不斷的局面，不僅整個司法體系本身一直是處於環境惡劣，難以茁壯發展的時段；更不用說是可能挑戰政治權力部門的違憲審查制度。在此背景下，若直接建制以個案裁判為中心的美國式違憲審查制度，或是德國式的憲法訴願制度，就是將司法權與政治權力部門置於直接互動的情境下。這種情境的發生很容易使尚未茁壯之脆弱的司法權，為各種力量所瓦解。

以個案裁判為中心的制度設計，通常會有以下特徵：（1）司法權具最終性，其權威在個案中凌駕其他任何國家機關之權威。（2）由於個案何時發生無法預測，導致司法裁判常可能與政治議程相衝突；或是裁判精神超越政治部門的施政計劃，或是司法裁判見解阻止政治部門之革新計劃。（3）司法人員之地位尤其重要，不能公正，超然獨立，就不能將司法視為是有效的社會穩定機制。初不論過去的我國或是現在的中國大陸是否擁有公正獨立的司法，單就前兩點而言，就可能讓司法權深陷險境而無法自拔。連美國這樣操作違憲審查制度多年的國家，在 1950 年代的布朗案¹⁷¹中，都還會發生州長率領國民兵拒絕執行聯邦最高法院之裁判的情況。試問其他更資淺的司法權，將依靠何種憑借來對抗政治權利部門？我國的抽象審查制透過發動主體的限制，使得違憲審查權的啟動受到政治性的抑制，這與法國的情形，及克爾生的理念類似。此外，規定個案必須與抽象規範相連結，也容易使違憲審查制度的運作傾向於形式審查。¹⁷²形式審查的好處是不直接挑戰實體問題，給政治權力部門留下下臺階。

其次是過去長期司法與行政不分的傳統，使得司法人員比較不容易對抗政治權力部門之意志。在司法獨立與自主之信念尚未鞏固之前，由一般法院之法官來進行違憲審查制度固然不容易使該制得以蓬勃發展，即便是交由特別選出的憲法法院法官，也很容易受到政治權力部門的壓力或干涉。歐陸型制度的特色，特別是法國及我國的情況，釋憲機關的組成方式比較多元，嘗試納入各方力量。再者，發展初期因啟動釋憲機制的設計較為保守，也使得案件量十分有限。在此背景下，釋憲機關比較有機會沈潛於政治權力部門旁，平時多養望，但可擇機奮起立威。

最後，在人民普遍對於司法體系並不信任的情形下，也不宜將釋憲權交由一般法院來行使。不論是法國人對於法院反對改革的大革命傳統，還是德國人對於納粹法院依法審判的歷史記憶，都使得他們認為違憲審查權必須交由一個新設的獨立機構來行使。而這個新設機構究竟應否屬於司法權的一部分，德法兩國也有不同的作法。但若以前述大陸型之違憲審查制度的建制理念來看，基於其富含政治與司法等雙重性格，畢竟是不同於以個案裁決為中心的歐陸司法傳統。從而，此種機關的名稱也就未必要套上法院或法庭了。我國的大法官雖是憲法上的用語，但在解釋上並不必然要成為一個獨立於法院體系之外的特殊組織。不過，行憲後讓司法院大法官成為一個不同於一般法院的特殊的組織，對於我國釋憲實務的發展可算是有正面的助益。大法官因其組成方式與職位保障設計，比一般法院法官更容易獲得人民的信任。大法官解釋的權威，也遠高過一般法院裁判的權威。尤其是人民在用盡審級救濟途徑之後，尚有大法官作為最後的救濟方式，讓

¹⁷¹ Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁷² 陳淳文，現行行政命令合法性審查之檢討——以不利益處分所引發之司法審查為中心，載：黃舒芃主編，2007 行政管制與行政爭訟，頁 105 以下，2008 年 11 月。

人民覺得訴訟權受到完整地保障。如果將大法官融入最高法院或最高行政法院之內，人民反而可能覺得失去一個更可靠的保護機構。

以此經驗來看中國大陸的情形，中國大陸目前有一個十分龐大的法院體系，共有 33 個高級法院，409 個中級法院及 3117 個基層法院，具有法官職稱的司法人員超過 19 萬 3 千餘人。這些法官的素質可謂良莠不齊，貪瀆之事時有所聞。以 2009 年最高檢察署的工作報告為例，2008 年所查處的貪汙賄賂案件中，涉及司法人員的案件達全部貪瀆案件的五分之一，而其中法官涉貪的人數高達百分之 32，共 838 人被起訴。除了貪瀆問題外，尚有因專業能力或敬業態度不足而導致的錯誤或瑕疵百出的裁判。龐大的信訪案件的存在，在某種程度上也可顯示出人民對司法體系的不信任。在此司法不被人民信任的背景下，將違憲審查權交給一般法院體系來運作，顯然是不會有樂觀的發展展望的。就算是新設一個類似憲法法院的專職機構，只怕在行政權依然獨大的背景下，人民還是會選擇信訪或上訪，而不願走入憲法法院。基此，法國憲法委員會的模式，可能會有比較好的發展空間。

六、小結

中國大陸違憲審查制度的發展，尚處於醞釀期。不論是在組織設計上，啟動機制的安排與解釋效力問題上，各界都有諸多的討論與建議。法國憲法委員會的模式，包括非法院的特殊組織形式與稱謂，以抽象規範之衝突解決與規範秩序的維護為其設立目的。在啟動的機制上，曾嚴格限制在政治權力部門內，人民甚至長期沒有違憲審查發動權。這些制度特色不僅符合克爾生的理念，也使得在長期輕視司法權的法國憲政傳統下，憲法委員會仍能成功地建立其地位。我國的釋憲經驗與法國十分相似，大法官會議多年的運作經驗，也是以抽象規範之審查為其基礎。在思考中國大陸未來發展方向的論述中，固然百花齊放，各種意見都有，但是討論抽象規範審查的文獻較少，本文恰可略作補充。

伍、結論與建議

憲法係以國家政治組織與基本人權為主要架構；司法審查不僅可以解決國家政治組織間彼此運作所生之摩擦，同時保障憲法所列舉之各種基本權利免受政府甚至私人之侵害。尤有進者，透過釋憲者的司法審查，並能於個別解釋創設憲法未列舉、新興的基本權利，而且也不會因為該未列舉、新興的基本權利係由釋憲者所新創，而減損其基本權利功能。以人格權為例，我國憲法第 8 條至第 18 條所規定各項基本權利並沒有包括人格權，然而，司法院大法官透過概括條款即憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序、公共利益者，均受『憲法』之保障」，於釋字第 399 號、603 號明確表示人格權的創設係基於憲法第 22 條，而人格權之所以受憲法保障，仍本諸人性尊嚴及人格自由的理念價值。人格權或人性尊嚴與其他憲法所列舉的基本權相衝突時，不應認為憲法列

舉的基本權利有較高的保護價值，仍應就個案依利益衡量加以審酌¹⁷³。質言之，司法審查不是僅消極地完成人民對國家機關行為的監督，對人民基本權利之積極地、全面地保障更有重要的意義。

現行中國違憲審查制度之困境：

一、球員兼裁判：誰制定規範，誰負責審查。

全國人大常委會作為立法機關，同時負責解釋憲法，全國人大作為立法機關同時負責修改憲法，造成立法權力、解釋憲法和修改憲法的權力高度集中在一起，欠缺安全制衡機制。

按違憲審查的對象不僅是針對行政機關的法規，更是針對立法機關所通過法律是否合憲，全國人大及其常委會作為立法機關對自己制定法律進行解釋並審查，地方人大也有同樣自己立法、自己審查，這種球員兼裁判，必然發生利益衝突，難以達成監督審查之目的。

二、違憲審查欠缺「專責」、「專業」

人大主要職責在立法，違憲審查是兼辦，立法運作與違憲審查機制係不同理論與原則。

三、違憲審查的漏網之魚

立法法第 90 條規定公民可以提起憲法訴訟的標的只限於法規和條例，不包括全國人大及其常委會自己制定的法律，也不包括對人民權益有直接影響而且數量極大的行政規章。立法法限縮人民提起憲法訴訟的標的，把重要的法律和大量規章排除在外，形成違憲審查漏網之魚，使有權利有救濟法治國原則呈現漏洞。

四、違憲審查欠缺正當法律程序

違憲審查程序本質上是一種特殊司法程序，必須遵循公開、公正、民主等正當法律程序，也就是全國人大常委會縱使係以立法者的角色受理了違憲審查，然而，只要在正當法律程序下如審查過程是公開、有雙方辯論、有聽證、允許公民旁聽等，也都能發揮實質違憲審查的功能。惟現行違憲審查過程不公開，沒有雙方辯論，沒有聽證，不允許公民旁聽，甚至連提請憲法訴訟當事人民都無法得知。

五、全國人大常委會難以負荷違憲審查

¹⁷³ 司法院大法官透過釋憲個案，針對人格權相關發展作成解釋，如釋字第 399 號(姓名權)、釋字第 587 號(知悉自己血統來源)、釋字第 664 號(少年人格權)、釋字第 293 號(銀行照顧客戶資料隱私權)、釋字第 535 號(隱私權)、釋字第 585 號(隱私權)、釋字第 603 號(資訊公開)、釋字第 689 號(新聞採訪跟蹤個人)；王澤鑑，人格權法：法釋義學、比較法、案例研究，北京大學出版社，頁 63-83，2013 年。

全國人大常委會本質為立法機關，既為立法機關就有會期，每兩個月才召開一次會議，每次會議大約一周時間，要討論的事情和立法任務已十分繁重，何有閒暇和人力再擔負起整個違憲審查之申請、解釋或審查工作。加上，人大委員大多數是兼職，而人大代表亦皆是兼職，他們很難勝任技術性、政治性或法律性很強的工作，甚至根本也沒有能力擔負起違憲審查的神聖任務。

大陸憲法第 67 條第 2 項賦予全國人大常委會解釋憲法、監督憲法實施的權力。第 62 條第 1 項賦予全國人大有權監督憲法的實施，劃定了全國人大有權解釋憲法的憲定格局。然而，從 1978 年 3 月 5 日第五屆全國人民代表大會第一次會議通過的中華人民共和國憲法第 25 條，首次賦予全國人民代表大會常委會解釋憲法的職權，以及 1982 年憲法把監督憲法實施的職權同時賦與全國人民代表大會常委會，憲法解釋機制造今仍未建立。從憲法本文來看，憲法第 67 條對全國人大常委會解釋憲法職權只作了概括性規定，然而，不論未來中國大陸的憲法解釋為抽象型的解釋或案件型的解釋，大陸公法學者韓大元教授提出制定「憲法解釋程序法」，其立法目的為忠於憲法、保障人權、維護憲法秩序和程序法定原則。於各章中分別規定憲法解釋的主體與事由(第二章)、憲法解釋請求的提起(第三章)、憲法解釋請求的受理(第四章)、憲法解釋的起草與審議(第五章)、憲法解釋的通過與效力(第六章)。¹⁷⁴韓大元教授認為憲法解釋機關應積極履行憲法賦予的憲法解釋權，就大陸目前來看，人大至上的憲法地位，國家最高權力機關，使得全國人大與國家審判機關不是平行的權力制約關係，而是國家審判機關由國家權力機關產生，對國家權力機關負責，受國家權力機關監督，由此來看，中國大陸要把憲法解釋交給司法體系像德國或美國體制，恐緣木求魚，幾不可能。面對大陸憲法人大至上的特殊設計，如何使全國人大常委會願意根據憲法行使憲法解釋權，那只有真正地啟動憲法解釋程序，憲法自身內在含義才能被有效地揭示出來，憲法的規範性也才能很好地表現出來。基於「立法法」以及「法規備案審查工作程序」和「司法解釋備案審查工作程序」等規定而提起憲法審查程序，必然會導致違憲審查機構啟動憲法解釋程序來解決各種因提起違憲審查而提出的憲法問題。

吾人具體建議，不是類似韓大元教授所草擬直接制定一部基本法律「憲法解釋程序法」，而是以漸進手段，先制定一部憲法解釋機關內部議事規則，此一作法可借鏡我國司法院大法官審理案件法，最早的前身乃是民國 37 年 9 月 15 日由大法官會議自己制定通過的「司法院大法官會議規則」，此一規定從民國 37 年 8 月到 47 年 7 月都是由大法官會議通過，從民國 47 年到 82 年 2 月由規則提升為法律，而由立法院訂為「司法院大法官會議法」，最後從民國 82 年變遷至今日「司法院大法官審理案件法」，一共三個時期，這三個時期也是由「解答疑義」走向「解決爭議」，由「維護憲政體制」走向「保障人民基本權利」方向發展，釋憲方式亦由會議決議而兼採審判合議。就民國 37 年大法官會議制定公布的司

¹⁷⁴ 韓大元，同註 9，頁 15 至 22。

法院大法官會議規則第 3 條、第 4 條「中央或地方機關於其職權上適用憲法發生疑義或適用法律命令發生有無抵觸憲法之疑義時，得聲請解釋」，以及統一解釋來看，期待大陸人大常委會初期也只是扮演一個解答疑義的角色，當大陸司法更獨立、更深獲人民信任後，始能期盼歐美的違憲審查之誕生，亦即走入維護憲政體制與保障人民基本權利，屆時水到渠成，再制定一部憲法解釋程序法。

參考文獻

一、中文

1. Björn Ahl, 憲法至上—德國的憲法發展及中國當前的憲法著述, 載: 林峰編著, 百年憲政與中國憲政的未來, 頁 337-348, 2011。
2. 王磊, 憲法的司法化, 2000。
3. 王澤鑑, 人格權法: 法釋義學、比較法、案例研究, 2013。
4. 付子堂, 美國、法國和中國憲法監督模式之比較, 法學, 2000 年第 5 期, 頁 14-17, 2000。
5. 田飛龍, 探尋中國憲法的“民主化”實施之路, 中國圖書評論, 2010 年第 6 期, 頁 41-45, 2010。
6. 何海波, 沒有憲法的違憲審查—英國故事, 中國社會科學, 2005 年第 2 期, 頁 109-122+206, 2005。
7. 吳志光, 東歐民主轉型國家憲法法院對法治國家建構之影響—兼論對我國違憲審查經驗之啟示, 載: 劉孔中、陳新民主編, 憲法解釋之理論與實務 (第三輯下冊), 頁 425-499, 2002。
8. 吳庚, 憲法的解釋與適用, 3 版, 2004。
9. 吳秦雯, 事後違憲審查之潮流? 淺析法國違憲審查制度之新變革, 憲政時代, 第 36 卷第 4 期, 頁 375-409, 2011。
10. 李雪峰、李勇, 英、美、法違憲審查制度的憲政理念比較研究, 學術研究, 2003 年第 10 期, 頁 62-65+79, 2003。
11. 汪再祥, 英國憲政的歷史性轉折—英國《2004 年憲政性改革法案》述評, 法商研究, 2005 年第 3 期, 頁 150-155, 2005。
12. 林來梵, 中國的違憲審查: 特色及生成實態—從三個有關用語的變化策略來看, 浙江社會科學, 2010 年第 5 期, 頁 33-40, 2010。
13. 林廣華, 違憲審查制度比較研究, 2004。
14. 法治斌、董保城, 憲法新論, 4 版, 2010。
15. 姜峰, 違憲審查: 一根救命的稻草?, 政法論壇, 第 28 卷第 1 期, 頁 58-66, 2010。
16. 胡錦光, 從憲法事例看我國憲法救濟制度的完善, 法學家, 2003 年第 3 期, 頁 36-44, 2003。
17. 胡錦光, 論中國對行政行為司法審查的演進與課題, 載: 林峰編著, 百年憲政與中國憲政的未來, 頁 349-378, 2011。
18. 胡錦光, 論啟動違憲審查主體資格的理念, 載: 政治大學公法學中心主編, 第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集, 頁 7-18, 2012。
19. 胡錦光主編, 違憲審查比較研究, 2006。

20. 范進學，中國大陸憲法監督程式制度之反思與變造，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁 37-50，2012。
21. 秦前紅、周偉，人民代表大會制度的歷史回顧與憲政思考—寫在人民代表大會制度誕生 50 週年之際，人大研究，2004 年第 10 期，頁 11-16，2004。
22. 張千帆，中國憲政的路徑與局限，法學，2011 年第 1 期，頁 70-78，2011。
23. 張千帆、包萬超、王衛明，司法審查制度比較研究，2012。
24. 張千帆、黃嶽，從憲法到憲政—中國大陸憲法審查制度的歷史、現狀與未來，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 年兩岸四地法律發展(上)：違憲審查與行政訴訟，頁 45-80，2007。
25. 強世功，憲法司法化的悖論—兼論法學家在推動憲政中的困境，中國社會科學，2003 年第 2 期，頁 18-28+204，2003。
26. 莫紀宏，中國法律法規合憲性審查的標準，載：林峰編著，百年憲政與中國憲政的未來，頁 95-116，2011。
27. 莫紀宏，中國違憲審查制度的歷史演變、存在的問題和發展趨勢，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 年兩岸四地法律發展(上)：違憲審查與行政訴訟，頁 81-130，2007。
28. 許崇德，論我國的憲法監督，法學，2009 年第 10 期，頁 3-9，2009。
29. 陳弘毅，齊案批復的廢止與憲法司法化和法院援引憲法問題，法學，2009 年第 3 期，頁 11-14，2009。
30. 陳淳文，現行行政命令合法性審查之檢討—以不利益處分所引發之司法審查為中心，載：黃舒芄主編，2007 行政管制與行政爭訟，頁 105-169，2008。
31. 陳淳文，憲法與主權：由修憲觀點淺談兩個公法學上的基本概念，載：劉孔中、陳新民主編，憲法解釋之理論與實務（第三輯下冊），台北，頁 155-204，2002。
32. 陳新民，憲法學釋論，7 版，2011。
33. 陳端洪，立法的民主合法性與立法至上—中國立法批評，中外法學，1998 年第 6 期，頁 59-69，1998。
34. 湯德宗，試論大陸確立違憲審查制度的途徑，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 兩岸四地法律發展（上）違憲審查與行政訴訟，頁 131-142，2007。
35. 湯德宗、吳信華、陳淳文，違憲審查制度的改進—由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案，載：湯德宗主編，憲法解釋之理論與實務（第四輯），頁 523-592，2005。
36. 焦洪昌，公民違憲違法審查建議處理程序及其完善，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁 83-90，2012。
37. 焦洪昌，論我國憲法司法適用的空間，政法論壇，第 21 卷第 2 期，頁 18-23，2003。
38. 童之偉，人大制度要進一步增強實用性，法律科學，2004 年第 5 期，頁

- 17-19, 2004。
39. 童之偉，法院“依照法律”行使審判權釋論—以我國法院與憲法之關係為重點的考察，中國法學，2009年第6期，頁148-167，2009。
 40. 童之偉，順應時勢變遷更新人大制度理念，法學，2009年第12期，頁3-13，2009。
 41. 童之偉，憲法司法適用研究中的幾個問題，法學，2001年第11期，頁3-8+51，2001。
 42. 童之偉，憲法適用應依循憲法本身規定的路徑，中國法學，2008年第6期，頁22-48，2008。
 43. 費善誠，試論我國違憲審查制度的模式選擇，政法論壇，1999年第2期，頁2-13，1999。
 44. 楊子慧，論具體法規審查，輔仁法學，第19期，頁67-124，2000。
 45. 熊文釗，在人民代表大會制度框架下適用憲法，法學，2009年第4期，頁21-24，2009。
 46. 翟小波，代議機關至上的人民憲政—我國憲法實施模式的解釋性建構，清華法學，2007年第2期，頁35-53，2007。
 47. 蔡定劍，憲法實施的概念與憲法施行之道，中國法學，2004年第1期，頁21-26，2004。
 48. 鄭磊，憲法審查的啟動要件，2009。
 49. 韓大元，《憲法解釋程序法》的意義、思路與框架，浙江社會科學，2009年第9期，頁15-22，2009。
 50. 蘇永欽，合憲法律解釋原則—從功能法上考量其運作界線與效力問題，載：氏著，合憲性控制的理論與實際，頁79-142，1994。
 51. 蘇永欽，走向規範憲法—從台灣的經驗看大陸的選擇，載：政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，頁227-262，2010。

二、英文

1. Andenas, Mads, *A European Perspective on Judicial Independence and Accountability*, 41 INT'L LAW. 1 (2007).
2. Backer, Larry Cata, *A Constitutional Court for China within the Chinese Communist Party: Scientific Development and a Reconsideration of the Institutional Role of the CCP*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 593 (2010).
3. Barber, N.W., *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, 9 I.J.C.L. 144 (2011).
4. Brdley, A.W., *The Sovereignty of Parliament—Form or Substance*, in 23 THE CHANGING CONSTITUTION 58 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000).
5. Craig, Paul, *Britain in the European Union*, in 61 THE CHANGING

- CONSTITUTION 88 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000).
6. Delmestro, Manuel E., *The Communist Party and the Law: An Outline of Formal and Less Formal Linkages between the Ruling Party and other Legal Institutions in the People's Communist Party*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 681 (2010).
 7. Dougan, Michael & Michael Gordon, *The United Kingdom's European Union Act 2011: "Who Won the Bloody War Anyway?,"* 37 E.L. REV. 3 (2012).
 8. Elliot, Mark, *Bicameralism, Sovereignty, and the Unwritten Constitution*, 5 INT'L J. CONST. L. 370 (2007).
 9. Geddis, Andrew & Bridget Fenton, "Which is to be Master?"—*Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, 25 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 733 (2008).
 10. Hill, Lord Lester of Herne, QC, *Human Rights and the British Constitution*, in 89 THE CHANGING CONSTITUTION 110 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000).
 11. KAVANAGH, AILEEN, CONSTITUTIONAL REVIEW UNDER THE UK HUMAN RIGHTS ACT (2009).
 12. KEIR, D.L. AND F.H. LAWSON, CASES IN CONSTITUTIONAL LAW (5th ed. 1967).
 13. LEYLAND, PETER, THE CONSTITUTION OF THE UNITED KINGDOM—A CONTEXTUAL ANALYSIS (2d ed. 2012).
 14. Lustgarten, Laurence & Ian Leigh, *Making Rights Real: the Courts, Remedies, and the Human Rights Act*, 58 C.L.J. 509 (1999).
 15. Malkani, Bharat, *Human rights treaties in the English legal system*, 2011 P.L. 554.
 16. MINISTRY OF JUSTICE, RESPONDING TO HUMAN RIGHTS JUDGMENTS: REPORT TO THE JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS ON THE GOVERNMENT'S RESPONSE TO HUMAN RIGHTS JUDGMENTS 2010-11, Sept. 2011, *available at* <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm81/8162/8162.pdf> (last visited Oct. 8, 2011).
 17. OLIVER, DAWN, CONSTITUTIONAL REFORM IN THE UK (2003).
 18. SCARMAN, L., ENGLISH LAW: THE NEW DIMENSION (1974).
 19. SCHYFF, GERHARD VAN DER, JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION: A COMPARATIVE STUDY OF THE UNITED KINGDOM, THE NETHERLANDS, AND SOUTH AFRICA (2010).
 20. Seymour, David, *The Extension of the European Convention on Human Rights to Central and Eastern Europe: Prospects and Risks*, 8 CONN. J. INT'L L. 243 (1993).
 21. Shen, Kui, *Is it the Beginning of the Era of the Rule of the Constitution?*

- Reinterpreting China's "First Constitutional Case,"* 12 Pac. Rim L. & Pol'y J. 199 (2003).
22. White, Richard, *Separation of Powers and Legislative Supremacy*, 127 L.Q. R. 456 (2011).
23. Wintemute, Robert, *Lesbian and Gay Inequality 2000: The Potential of the Human Rights Act 1998 and the Need for an Equality Act 2002*, 6 E.H.R. L. R. 603 (2000).
24. Wolcher, Louis E., *A Philosophical Investigation into Methods of Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom*, 13 VA. J. SOC. POL'Y & L. 239 (2006).
25. Zhu, Guobin, *Constitutional Review in China: An Unaccomplished Project or a Mirage?*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 625 (2010).

三、法文

1. A.E.Dick Howard, *La conception mécaniste de la constitution*, in M. Troper et L. Jaume, 1789 et l'invention de la constitution, Paris, L.G.D.J. (1994).
2. Discours du 18 thermidor an III, Réimpression de l'ancien Moniteur, Paris, Plon (1862).
3. Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Paris, La documentation française, (1988).
4. F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica (1980).
5. G. Tusseau, *La fin d'une exception française ?*, Pouvoirs (2011).
6. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, R.D.P. (1928).
7. Michel Troper, *1789: l'invention de la constitution*, in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant (2004).
8. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Editions du CNRS (1985).

附錄

本小節收錄本研究計畫協同主持人劉定基所撰「議會至上與人大至上——從英國違憲審查的發展看中國違憲審查的未來」，該文已確定將刊載於政大法學評論第 133 期，預定 2013 年 6 月出版)。為求呈現的完整性，以下將開始新的頁面、重啟註腳編號，並以原文定稿之格式呈現。在此附帶說明者，本計畫另兩位主持人亦已分別撰文並進行投稿，惟時程以及期刊之審查成果尚不確定，故暫未加以收錄。

議會至上與人大至上 ——從英國違憲審查的發展看中國違憲審查的未來*

劉定基**

中文摘要

中國雖於 1954 年即通過公布第一部憲法，但憲法作為國家根本大法的規範性格，並未同時確立。隨著市場經濟的持續發展，如何進一步落實憲法根本大法的規範效力，回應人權保護的要求，建構法律及行政法規牴觸憲法時的違憲審查或監督機制，遂成為一項重點課題。本文擬借鏡採取與「人大至上」相似的「議會至上」原則的英國違憲審查制度發展經驗，探究中國司法機關在違憲審查制度中可能扮演的角色，特別是若尊重中國憲法文本，採取以人民大會常務委員會為中心的違憲審查機制下，各級法院是否仍有參與法規合憲控制的空間？又該如何參與？凡此，均是本文研究的核心問題。

關鍵字：違憲審查、英國、中國、議會至上、人大至上

* 作者感謝兩位匿名審稿人的寶貴意見，使本文更為周延。本文為執行行政院國家科學委員會「中國大陸的社經變遷與法制發展--子計畫一：走向規範憲法：中國違憲審查制度開展之研究」(計畫編號 NSC 100-2420-H-004-023-MY2)的研究成果。

** 國立政治大學法學院助理教授，美國喬治·華盛頓大學法學博士。政大法學院碩士班公法組研究生謝長江及賴雪梅同學協助本文資料蒐集及校對，認真負責，作者謹此致謝。

議會至上與人大至上 ——從英國違憲審查的發展看中國違憲審查的未來

壹、前言與問題界定

中國雖於 1954 年即通過公布第一部憲法，但憲法作為國家根本大法的規範性格，並未同時確立。¹其後，中國社會歷經改革開放，市場經濟迅速發展，憲法也經過重新制定及多次修正，先後將「憲法是國家根本法，具有最高的法律效力」、²「依法治國」與「法治國家」、³「國家尊重和保障人權⁴」...等現代憲政主義強調的基本原則，納入憲法文本。於此同時，另一個值得注意的發展即是中國法院進行司法審查的功能，也開始獲得承認與重視。早在 1993 年憲法增修，揭示依法治國、法治國家的原則前，1989 年頒布的行政訴訟法即已明文肯定法院於審理行政案件時，對於具體行政行為的合法性得加以審查，⁵雖然該法迄今仍排除法院對於抽象行政法規的審查權限，⁶但司法機關對於行政權享有一定監督與制衡的權力，至少在規範層次上，已無可動搖。

¹ 依據論者的分析，此時的憲法雖規定：「一切國家機關工作人員必須效忠人民民主制度，服從憲法和法律...」，且明定全國人大負責「監督憲法的實施」及有權「撤銷國務院的同憲法、法律和命令相牴觸的決議和命令」，但上述規定的性質「僅屬最高統治者對所屬機關人員的拘束」而已。參見蘇永欽，走向規範憲法——從台灣的經驗看大陸的選擇，載：政治思潮與國家法學——吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，頁 242，2010 年。不同見解，參見莫紀宏，中國違憲審查制度的歷史演變、存在的問題和發展趨勢，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 年兩岸四地法律發展(上)：違憲審查與行政訴訟，頁 86，2007 年 8 月(該文作者認為：「1954 年憲法...自身的規範性和權威得到了重視」)。

² 中華人民共和國憲法序言(1982 年重新制定憲法)。

³ 中華人民共和國憲法第 5 條第 1 項(1993 年增定)。

⁴ 中華人民共和國憲法第 33 條第 3 項(2004 年增定)。

⁵ 行政訴訟法第 11 條。

⁶ 行政訴訟法第 12 條第 2 款。然而，中國行政訴訟法最近的修正方向即預備將部分的抽象行政行為，納入法院審查的範圍，參見胡錦光，論中國對行政行為司法審查的演進與課題，載：林峰編著，百年憲政與中國憲政的未來，頁 362 以下，2011 年。

在這樣的背景下，隨著市場經濟的持續發展，如何進一步落實憲法根本大法的規範效力，回應人權保護的要求，建構(實踐)法律及行政法規抵觸憲法時的違憲審查或監督機制，遂成為新一階段的重點課題，此由中國學者針對違憲審查發表專書、論文數量之豐，即可得到證明。⁷

仔細研究這些既有的討論，有認為應從中國憲法既有規範的落實著手，也就是應該先完善憲法第 67 條全國人民代表大會常務委員會(下稱「全國人大常委會」)解釋憲法、監督憲法實施的「程序」規定，以備不時之需；⁸甚至在此一基礎上，進一步在全國人大常委會下設置專責的機構(如：憲法委員會、憲法監督委員會、憲法監督工作委員會等)，負責憲法解釋的工作。⁹也有認為，中國應仿照外國經驗，建立由司法機關(法院)主導，審查法令是否抵觸憲法的司法違憲審查制度。¹⁰就後者而言，相關討論大部分是建立在我們所熟知的美國或德國違憲審查模式上，至於其他國家的經驗，則較少受到關注。¹¹

⁷ 專書部分，例如：王磊，憲法的司法化，2000年1月；胡錦光主編，違憲審查比較研究，2006年5月。期刊論文部分，依照林來梵教授的統計，1979年至2006年間，以違憲審查、合憲性審查、憲法審查或憲政審查為主題的文章數量近達千篇，其中2003年至2006年間約佔七百篇。參林來梵，中國的違憲審查：特色及生成實態—從三個有關用語的變化策略來看，浙江社會科學，2010年第5期，頁39，2010年5月。

⁸ 例如韓大元，《憲法解釋程序法》的意義、思路與框架，浙江社會科學，2009年第9期，頁15-19，2009年9月；胡錦光，論啟動違憲審查主體資格的理念，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁17-18，2012年5月；焦洪昌，公民違憲違法審查建議處理程序及其完善，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁88-90，2012年5月。

⁹ 例如莫紀宏，同註1，頁114-130；童之偉，憲法司法適用研究中的幾個問題，法學，2001年第11期，頁8，2001年11月；范進學，中國大陸憲法監督程式制度之反思與變造，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁48-50，2012年5月；胡錦光，從憲法事例看我國憲法救濟制度的完善，法學家，2003年第3期，頁42-44，2003年6月。亦有論者從社會主義與人民代表大會制的脈絡，證立憲法委員會作為人大下設的專業審查機構的正當性者，參見費善誠，試論我國違憲審查制度的模式選擇，政法論壇，1999年第2期，頁7-11，1999年4月。

¹⁰ 例如王磊，同註7，頁42-46；另有論者建議在現行制度下，建立人大外部司法性質的專責違憲審查機構，並與一般法院分配法律位階以下規範的審查權，參見張千帆、黃嶽，從憲法到憲政—中國大陸憲法審查制度的歷史、現狀與未來，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006年兩岸四地法律發展(上)：違憲審查與行政訴訟，頁77-79，2007年8月。

¹¹ 就法國法制而言，在2008年修憲以前，中國學者有認為法國憲法委員會與全國人大的審查，有事前與事後之別，參照付子堂，美國、法國和中國憲法監督模式之比較，法學，2000年第5期，頁17，2000年5月；也有學者認為中國憲法所規定的「監督憲

然而，不論中國未來違憲審查制度走向為何，司法機關(各級人民法院)在個別制度中應該扮演何種角色？特別是若尊重現行憲法文本，採取以全國人大常委會為中心的違憲審查機制下，各級法院是否仍有參與法規合憲控制的空間？又該如何參與？又，如果中國憲法繼續維持所謂「人民代表大會制」(有稱為「人大至上」原則)，¹²則建立於傳統權力分立、制衡下的美、德違憲審查經驗(在短期內)是否具體可行，實不無疑義；¹³反而，有論者指出，採取與「人大至上」相似的「議會至上」原則的英國違憲審查制度發展經驗，恐怕更值得借鏡。¹⁴

受限於篇幅，本文主要將以「司法機關(法院)」對於法令是否抵觸憲法所進行的「司法違憲審查¹⁵」為討論對象。又，本文討論「司法違憲審查」的概念時，也包括司法機關於適用法律時，為避免法律抵觸憲法疑義所做的合憲性解釋在內，特別是在英國法的討論上，法院進行合憲法律解釋也被認為屬於建構司法違憲審查制度的重要部分，故本文將其一併納入討論的範圍，應有其意義。

最後，本文充分瞭解違憲審查制度的建構須具備一定的社會經濟條件，就中國的情況而言，誠如論者所指出者，尚待克服的問題至少

法實施」範圍比法國憲法委員會的合憲性監督更廣，而中國向來的討論總是難以擺脫由人大常委會、專門法院或普通法院三個選項中，由何者監督憲法的矛盾，參見蔡定劍，憲法實施的概念與憲法施行之道，中國法學，2004年第1期，頁23，2004年2月。

¹² 中華人民共和國憲法第2條、第3條及第57條參照。論者在學術論著中使用「人大至上」加以指稱與論述者，參見田飛龍，探尋中國憲法的“民主化”實施之路，中國圖書評論，2010年第6期，頁41，2010年6月；童之偉，順應時勢變遷更新人大制度理念，法學，2009年第12期，頁3，2009年12月；陳端洪，立法的民主合法性與立法至上——中國立法批評，中外法學，1998年第6期，頁63-64，1998年12月。

¹³ 參何海波，沒有憲法的違憲審查——英國故事，中國社會科學，2005年第2期，頁109，2005年4月。另參許崇德，論我國的憲法監督，法學，2009年第10期，頁8-9，2009年10月；翟小波，代議機關至上的人民憲政——我國憲法實施模式的解釋性建構，清華法學，2007年第2期，頁35，2007年4月；秦前紅、周偉，人民代表大會制度的歷史回顧與憲政思考——寫在人民代表大會制度誕生50週年之際，人大研究，2004年第10期，頁15，2004年10月；童之偉，同註10，頁6。

¹⁴ 參汪再祥，英國憲政的歷史性轉折——英國《2004年憲政性改革法案》述評，法商研究，2005年第3期，頁154，2005年6月；何海波，同註13，頁109。

¹⁵ 參見蘇永欽，同註1，頁244-247。又應特別說明者，為了行文簡便，本文後續使用「違憲審查」一詞時，除另有標明外，專指「司法違憲審查」換言之，在本文內，違憲審查與司法審查是可以相互替換的名詞。

包括一黨專政及審判獨立兩項；¹⁶由於上述問題牽涉複雜，遠超出本文負荷範圍，故本文並未將其納入考量的範圍，而僅針對相關規範問題進行比較研究，併此敘明。¹⁷

貳、英國違憲審查制度的發展

英國長久以來並未如美、德及其他大多數民主國家，制定成文憲法，而是世界上少數僅有不成文憲法的民主國家。¹⁸在歷史上，英國議會雖然於光榮革命的次年(即 1689 年)制定「權利憲章(Bill of Rights)」，但此一文件主要目的是確立議會權力以取代君主特權，與現代憲法意義下權利清單的概念有所差異。¹⁹

既然沒有成文憲法，討論英國違憲審查制度，原即有些矛盾；²⁰此外，公認為英國不成文憲法基石之一的「議會至上(supremacy of Parliament)」原則，更被認為是英國難以建立美國或德國式違憲審查制度——亦即以法院審查議會通過法律效力，並有權撤銷其認違憲的法律或宣告無效——的主要原因。²¹然而，近幾十年來，議會至上的概念逐漸受到質疑，特別是英國開始反省是否過度地依賴議會擔負人權保障的責任，進而有強化法院審查議會制定法律權限的呼聲；²²最終，

¹⁶ 參見蘇永欽，同註 1，頁 254。 See generally Larry Cata Backer, *A Constitutional Court for China within the Chinese Communist Party: Scientific Development and a Reconsideration of the Institutional Role of the CCP*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 593, 596-97 (2010); Manuel E. Delmestro, *The Communist Party and the Law: An Outline of Formal and Less Formal Linkages between the Ruling Party and other Legal Institutions in the People's Communist Party*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 681, 694 (2010).

¹⁷ 參見張千帆，中國憲政的路徑與局限，法學，2011 年第 1 期，頁 78，2011 年 1 月；姜峰，違憲審查：一根救命的稻草？，政法論壇，第 28 卷第 1 期，頁 65-66，2010 年 1 月；湯德宗，試論大陸確立違憲審查制度的途徑，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 兩岸四地法律發展（上）違憲審查與行政訴訟，頁 138-139，2007 年 8 月。

¹⁸ See PETER LEYLAND, *THE CONSTITUTION OF THE UNITED KINGDOM—A CONTEXTUAL ANALYSIS* 25-26 (2d ed. 2012). 另參陳新民，憲法學釋論，頁 11-13，2011 年 9 月 7 版。

¹⁹ See LEYLAND, *supra* note 18, at 17 & 26-27; GERHARD VAN DER SCHYFF, *JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION: A COMPARATIVE STUDY OF THE UNITED KINGDOM, THE NETHERLANDS, AND SOUTH AFRICA* 14 (2010).

²⁰ 參何海波，同註 13，頁 109。

²¹ See SCHYFF, *supra* note 19, at 11; Louis E. Wolcher, *A Philosophical Investigation into Methods of Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom*, 13 VA. J. SOC. POL'Y & L. 239, 279-80 (2006). 另參何海波，同前註，頁 109。

²² See SCHYFF, *supra* note 19, at 12. See also Mads Andenas, *A European Perspective on Judicial Independence and Accountability*, 41 INT'L LAW. 1, 2 (2007).

藉由歐洲整合這個觸媒，英國開始逐步透過立法，建立自己特有的違憲審查機制，而此一轉變，即為本節研究的對象。

一、 議會至上與違憲審查：兩個不相容的概念

在英國不成文憲法中，「議會至上」或稱為「議會主權(sovereignty of Parliament)」是其主要特色。關於「議會至上」的傳統內涵，一般認為學者 Dicey 的說明最具代表性，亦即：「英國議會(指君主、上院及下院的結合)...在英國憲法下，²³有權制定(make)或廢止(unmake)任何法律；並且依據英國法，沒有任何人或機構有權廢除(override)或廢棄(set aside)議會通過的法律」。²⁴

進一步探究議會至上(議會主權)的概念，可以從積極及消極兩個層面加以分析。就前者而言，強調議會在法律的制定、修正、廢止上不受任何限制；換言之，所有議會通過的法律均具有相同的效力，沒有任何法律具有較高的憲法地位，可以凌駕其他法律，蓋若非如此，國會的立法權即會受到限制；上述觀點又可再延伸出以下兩項原則：所有法律均可以被明示或默示廢止(後法優於前法)，以及議會不能自我設限—限制日後的議會廢止或修正先前的立法。²⁵至於從消極層面而言，議會至上則禁止任何機構(包括法院)廢棄或不適用(disapply)國會通過的法律。²⁶

除了 Dicey 的說明外，論者有從權力分立的角度觀察傳統議會至上的概念，亦即議會的法律制定權(law-creation)是至高無上的，作為

²³ 關於議會主權概念的法律基礎，在學理上也引發討論，Dicey 雖提到「英國憲法」，但實際上英國並無成文憲法(written constitution)，故有論者主張，所謂的憲法指「政治權力分配的動態平衡，而被人民及國家各機關所接受者」。 See A.W. Bradley, *The Sovereignty of Parliament—Form or Substance*, in *THE CHANGING CONSTITUTION* 28-29 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000).

²⁴ See SCHYFF, *supra* note 19, at 14 (quoting A.V. DICEY, *INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION* 39-40 (10th ed. 1959)). 另參李雪峰、李勇，英、美、法違憲審查制度的憲政理念比較研究，學術研究，2003 年第 10 期，頁 62，2003 年 10 月。

²⁵ See AILEEN KAVANAGH, *CONSTITUTIONAL REVIEW UNDER THE UK HUMAN RIGHTS ACT* 314-15 (2009); LEYLAND, *supra* note 18, at 47-48.

²⁶ See KAVANAGH, *supra* note 25, at 314-15. See also Bradley, *supra* note 23, at 27; LEYLAND, *supra* note 18, at 49-50.

法律適用(law-application)機關的司法或行政部門都必須予以尊重。²⁷在此意義下，立法、行政及司法三權並非分立且平等關係，而是一種權力混合關係(fusion of powers)—就立法及司法權的混合而言，在2009年以前，²⁸上議院上訴委員會作為英國最高上訴機構，即是最好的例子—²⁹此與一般熟知的三權(五權)平等分立、相互制衡有著明顯的差異。

從上述說明我們可以發現，議會至上的概念與一般熟知的美國或德國式的違憲審查，亦即由普通法院或特設的憲法法院審查立法機關通過的法律是否牴觸憲法，難以相容。早在1872年，英國法院即曾明確表示：「在英國，沒有任何司法機關可以質疑議會通過法律的效力」；³⁰論者亦強調：「對於議會通過的法律，英國法院僅能予以適用」。³¹

然而，如果司法機關不能審查議會通過法律的效力，人民的權利如何獲得保障？實則，議會至上概念的基本假設即是議會不至於通過侵害人民權利的法律。在理論上，由於議會成員是由人民選出，議會主權實際上就是人民主權，隨著選舉權的普及，民主化後的英國議會被認為是人權的保障者；³²在實際上，議會縱不受司法機關監督制衡，但其立法權限仍受道德、社會、政治，以及立法程序的制約，確保其不至演變成一專制機構。³³

二、 議會至上的鬆動與保全：英國違憲審查制度的開展

²⁷ See Richard White, *Separation of Powers and Legislative Supremacy*, 127 L.Q. R. 456, 456-57 (2011).

²⁸ 在英國2005年的憲法改革法(The Constitution Reform Act 2005)中，基於對權力分立原則的強調，特別另行設置最高法院，取代上議院原有的司法功能。See LEYLAND, *supra* note 18, at 47-48.

²⁹ *Id.* at 75-76.

³⁰ Bradley, *supra* note 23, at 31 (quoting *Ex parte Selwyn* (1872 36 JP 54)).

³¹ D.L. KEIR AND F.H. LAWSON, *CASES IN CONSTITUTIONAL LAW* 1 (5th ed. 1967).

³² See SCHYFF, *supra* note 19, at 14-15. 論者另認為，英國法上「剩餘權理論(theory of residual rights)」—凡法律所未限制或禁止的行為或利益，人民均可享有之—使權利成為議會程序的產物，而非一種規範上對議會權力的限制，也有助於維護議會主權。 *Id.* at 15. See also Lord Lester of Herne Hill QC, *Human Rights and the British Constitution, in THE CHANGING CONSTITUTION* 90 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000).

³³ See Bradley, *supra* note 23, at 51.

在傳統英國議會至上的原則下，所有議會通過法律的效力是一致的、平等的，不承認有更高位階的法規範(higher law)，也沒有所謂的憲法權利或基本權利(fundamental rights)，司法違憲審查的發展因此受到限制。然而，隨著歐洲的整合，以及區域人權公約的制定、簽署，原本牢不可破、根深蒂固的議會至上原則開始鬆動，³⁴英國法院逐漸取得對於議會立法一定的審查權限。但與美國、德國(憲法)法院相比，英國法院迄今仍不能直接認定違憲法律無效，而僅能採取「不予適用」或「牴觸宣告(declaration of incompatibility)」等較為緩和的方式，以保全議會至上的形式，而形成一種「具有英國特色的」違憲審查機制。

1. 歐盟法與司法審查

議會至上的原則在 1972 年英國加入「歐洲經濟共同體(European Economic Community)」後改為歐洲共同體(European Community)後開始受到挑戰。長久以來，基於議會主權，簽訂條約的權力與議會立法的權力在英國乃截然二分。³⁵詳言之，英國內閣雖有權簽訂國際條約，但相關條約內容在經過議會立法轉化成內國法前，無法影響英國人民的權利；³⁶更有甚者，在議會至上的原則下，即便內國法的內容違反國際條約，或適用內國法將使英國違反其基於條約所負有的義務，法院仍必須適用內國法；充其量，英國法院只能透過法律解釋的方式，在可能的範圍內，使法律符合條約的要求而已。³⁷

然而，相較於其他超國界組織，歐洲共同體無論在行政、立法或司法上均享有相當大的權利；歐洲共同體相關立法及部長會議通過的命令均對會員國直接發生效力，會員國人民也可以在各內國法院直接主張共同體所承認與保障的權利。³⁸Dicey 所主張的議會至上原則因此面臨嚴重的考驗，蓋歐洲共同體的決定可以推翻議會所制定的法

³⁴ 論者另提出司法審查行政裁量，地方分權也是議會主權鬆動的象徵。 *Id.* at 48-50.

³⁵ *Id.* at 39.

³⁶ 當然，因為英國為內閣制，多數黨內閣所簽署的條約多半均能獲得議會通過。 *Id.* at 39. See also Bharat Malkani, *Human rights treaties in the English legal system*, 2011 P.L. 554, 556.

³⁷ See Bradley, *supra* note 23, at 39.

³⁸ *Id.* at 40-41. See also LEYLAND, *supra* note 18, at 52-53.

律。³⁹尤其，英國議會在1972年同時通過「歐洲共同體法(the European Communities Act 1972)」，明文承認既存及將來任何共同體法在英國國內的效力，並要求在解釋、適用目前及未來通過的內國法律時，應受共同體法的拘束，⁴⁰更被論者視為承認在議會立法外有更高位階規範的存在，歐洲共同體法規因而取得優於(superior to)議會立法的地位。⁴¹針對論者的主張，政府則在上述規定在議會辯論的過程中，力陳因為議會仍保留將來廢止系爭規定的權力，議會至上的原則最終仍得以維持。⁴²

有關議會立法與歐洲共同體法規間位階的問題，並未因「歐洲共同體法」的立法而完全解決。如前所述，由於在議會至上的原則下，任何議會通過的法律效力均為一致，通過在後的法律更可以默示地廢止、取代前法，因此倘在1972年後，議會通過的法律有牴觸「歐洲共同體法」者，其效力應如何認定(是否代表議會默示廢止應以共同體法規優先的規定)，即成為問題。

針對上述可能爭議，英國法院在大多數的案件中均透過採取符合共同體法精神的法律解釋，迴避了議會立法與共同體法規衝突的問題；然而，在 *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* 一案中，⁴³英國為解決西班牙及其他國家漁船船東，在英國成立船公司，藉以分享英國捕魚配額的問題，遂由議會通過法律對於船公司負責人的國籍、住居所予以限制，遭指控違反共同體法。⁴⁴在上述案件中，最主要的爭議並非系爭規定是否確有牴觸共同體法，而是英國法院是否可以在該規定未廢止前拒絕適用，並給予原告船東暫時權利救濟，禁止英國政府將相關船隻的英國籍登記予以註銷。⁴⁵英國上議院上訴委員會(Appellate Committee of the House of

³⁹ See Bradley, *supra* note 23, at 40-41.

⁴⁰ S. 2(1) & 2 (4) of the European Communities Act 1972.

⁴¹ See Bradley, *supra* note 23, at 40-41.

⁴² *Id.*

⁴³ [1990] 2 AC 85. See also Paul Craig, *Britain in the European Union*, in THE CHANGING CONSTITUTION 72-75 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000); N.W. Barber, *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, 9 I.J.C.L. 144, 149-50 (2011); LEYLAND, *supra* note 18, at 53-54.

⁴⁴ See Craig, *supra* note 43, at 72-73. See Bradley, *supra* note 23, at 44-45.

⁴⁵ See Bradley, *supra* note 23, at 44-45.

Lords)原先採取否定的見解，認為在相關規定被廢止前，該委員會無權給予救濟；但歐洲共同體法院(European Court of Justice)推翻了此一見解，認為任何與共同體法牴觸的內國法規均不應予以適用(inapplicable)；⁴⁶根據上述見解，上訴委員會於是依據原告的聲請，在本案判決確定前，禁止英國政府註銷相關船隻的登記。⁴⁷

Factortame 的意義除在於其確立了共同體法優於英國議會立法的地位外，更重要的，其同時打破英國法院僅能無條件適用議會通過法律的原則，至少在涉及共同體法的案件中，法院得以拒絕適用議會立法。⁴⁸固然，上訴委員會的成員 Lord Bridge 以法院的權限仍是源自於議會通過的「歐洲共同體法」，試圖淡化系爭案件對於議會主權的衝擊，⁴⁹但論者普遍認為此一案件進一步弱化了議會至上的原則(特別是默示廢止)，⁵⁰甚至有以「憲法革命(constitutional revolution)」稱之者。⁵¹

2. 歐洲人權公約、人權法與司法審查

從人權保障的角度觀察，英國與美國、德國等民主國家一個明顯不同之處在於其並沒有憲法位階的權利清單。在英國，依據「剩餘權利理論(theory of residual rights)」，凡法律所未限制或禁止的行為或利益，人民均可享有之。⁵²值得注意者，在國際法層次，英國於 1951

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ See KAVANAGH, *supra* note 25, at 325; LEYLAND, *supra* note 18, at 54-55.

⁴⁹ [1911] 1 AC 603, 658-9. See also Barber, *supra* note 43, at 151.

⁵⁰ See Bradley, *supra* note 23, at 44-45 & 78; KAVANAGH *supra* note 25, at 325-26; LEYLAND, *supra* note 18, at 55. 應注意者，由於英國人民對於歐盟逐漸喪失信心，英國新近通過的 The European Union Act 2011，對於英國將權力進一步讓渡給歐盟，設下了一些程序限制(如：需經過公投程序)；此外，上述法律中所謂的「主權條款(Sovereignty Clause)」雖然承認既有歐盟法令的最高效力，但對於將來歐盟新法規與英國內國法的關係，則可能引發不同的解釋(特別是在歐盟法規若經過英國公投否決的情形，制定在公投後的內國法若與歐盟法牴觸，法院是否應優先適用該內國法?)。See LEYLAND, *supra* note 18, at 56-58. But see Michael Dougan & Michael Gordon, *The United Kingdom's European Union Act 2011: "Who Won the Bloody War Anyway?"*, 37 E.L. REV. 3, 6-9 (2012).

⁵¹ See Bradley, *supra* note 23, at 45 (quoting H.W.R. Wade, *What has Happened to the Sovereignty of Parliament?*, 107 LQR 1 (1991)). See also Barber, *supra* note 43, at 150.

⁵² Cf. David Seymour, *The Extension of the European Convention on Human Rights to Central and Eastern Europe: Prospects and Risks*, 8 CONN. J. INT'L L. 243, 251 (1993) (quoting S.A. de Smith) ("The rights and freedoms there proclaimed were, to a very large extent, already recognized in English law—not as formal constitutional or statutory

年即批准歐洲人權公約(European Convention on Human Rights)，然由於議會遲未透過國內立法將上述公約的內容轉化為國內法，因此英國人民一直無法在內國法院主張公約的權利，而只能於用盡救濟後，向歐洲人權法院提起訴訟。⁵³

面對議會至上的原則，英國法律體系對基本人權保障的不足與困難，促使論者提出憲政改革的呼籲，例如 Lord Scarman 在 1974 年即提出英國國內法必須納入(incorporate)基本人權清單，這些權利並須能對抗所有政府權力，甚至是議會權力侵害的主張。⁵⁴尤其，在政府權力日益擴張的情形下，傳統上由議會作為人權守護者的角色，逐漸受到質疑；反之，司法審查對於政府權力節制的功能卻日益受到重視。⁵⁵然而，上述人權保障的理想，直到 1998 年英國工黨政府主導通過人權法(The Human Rights Act 1998)，才得以部分落實。

觀察人權法的內容，不僅僅是把歐洲人權公約所承認的基本人權內國法化而已，如何在議會至上的傳統下，設計一套實踐上述權利的具體機制，恐怕才是該法最具巧思，也最值得研究之處。詳言之，除了人權法第 6 條明確規定：英國各「公務機關(public authority)」(法院也包括在內，但不包括議會)」，違反公約權利的行為均為違法(unlawful)外，⁵⁶最重要的機制即反應在該法第 3 條及第 4 條有關議會立法的解釋與適用上。

首先，人權法第 3 條規定法令的解釋適用。依據本條第 1 項及第 2 項(a)款的規定，議會通過的「法律(primary legislation)」及其相關「附屬立法(subordinate legislation)」，如根據法律所制定的命令，⁵⁷不論

guarantees but as residual rights, liberties and immunities of the individual”); LEYLAND, *supra* note 18, at 224.

⁵³ See SCHYFF, *supra* note 19, at 17; LEYLAND, *supra* note 18, at 223-24. 然應注意者，即使在這段期間，歐洲人權公約仍間接地對英國產生影響，例如：英國議會曾多次修正遭歐洲人權法院認定違反公約的法律；此外，英國法院遇有法律規定不明確時，也會依據公約及歐洲人權法院判決的意旨，進行法律解釋。 See SCHYFF, *supra* note 19, at 17.

⁵⁴ See L. SCARMAN, ENGLISH LAW: THE NEW DIMENSION 15 (1974).

⁵⁵ See SCHYFF, *supra* note 19, at 18.

⁵⁶ 但應注意本條但書的規定：「但相關行為若是依據議會通過的法律，且別無其他選擇可能者，不在此限。 S. 6(1)-(2) of the Human Rights Act.

⁵⁷ 有關此處所稱「法律(或稱為「主要立法」)」，以及「附屬立法」的意義與範圍，參

是於何時制定，在可能的範圍內(so far as it is possible to do so)，必須依據符合公約權利保障意旨的方式加以解釋、適用。⁵⁸例如，英國上議院上訴委員會在2004年的 *Ghaidan v. Godin-Mendoza* 一案，⁵⁹即曾依據人權公約第8條(對於家庭的保護)及第14條(公約權利的平等保護)規定的意旨，將英國1977年租金法(the Rent Act)中「配偶(spouse)」的定義，⁶⁰擴張解釋包括「同性伴侶(homosexual couple)」，賦予其與異性伴侶相同的權利保障。⁶¹應說明者，上訴委員會在本案的判決中特別強調：「人權法第3條的適用並不以相關條文文義不明確(ambiguity)為前提...即便系爭規定的意義，依照一般法律的解釋原則並無爭議，人權法也可能要求另作解釋。」⁶²

承上，人權法第3條賦予法院極大的解釋空間，只要不抵觸系爭法規的基本原則(fundamental features)、不僭越立法的權力與功能，⁶³公約權利可以透過法令的解釋，得到相當程度的落實。⁶⁴上述規定的要求，與前述歐洲共同體法規定的解釋適用原則大致相同，由於議會仍保有最終廢止上述規定的可能性與權力，一般認為不至動搖議會至上原則。⁶⁵此外，人權法第3條第2項(b)及(c)款更明文規定，倘議會

見 S. 21(1) of the Human Rights Act.

⁵⁸ 相關規定的原文為：“(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect to in a way which is compatible with the Convention rights. (2) This section- (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted.”

⁵⁹ [2004] UKHL 30.

⁶⁰ 該條原文為：“For the purposes of this paragraph, a person who was living with the original tenant as his or her wife or husband shall be treated as the spouse of the original tenant.”

⁶¹ [2004] UKHL 30, [35]. See LEYLAND, *supra* note 18, at 225.

⁶² [2004] UKHL 30, [29]. 例如：在 *Ghaidan* 案中，租金法中配偶的定義並無爭議，僅限於異性伴侶(夫、妻)，但上訴委員會仍透過人權法第3條的操作，以該法保障「生存的同居伴侶(the survivor of couples living together)」的精神，同樣適用於同性伴侶，而將同性伴侶納入保障的範圍。

⁶³ *Id.* at [33].

⁶⁴ 當然，論者也指出，如果法院(或其他機關)依據人權法第3條所享有的解釋空間越大，那麼「解釋」與「宣告無效(strike down)」間的差異，就越模糊，甚至可能壓縮第4條「抵觸宣告」的使用需求。See Robert Wintemute, *Lesbian and Gay Inequality 2000: The Potential of the Human Rights Act 1998 and the Need for an Equality Act 2002*, 6 E.H.R. L. R. 603, 612 (2000); Andrew Geddis & Bridget Fenton, “Which is to be Master?”—*Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, 25 ARIZ. J. INT’L & COMP. L. 733, 745-46 (2008).

⁶⁵ See Bradley, *supra* note 23, at 52.

立法無法透過解釋的方式符合公約權利保障的意旨，該法律的效力與執行並不受影響，甚至連違反公約權利保障意旨「附屬立法」的效力，人權法也明定：如法律禁止排除附屬立法與公約不相容的部分，則該附屬立法的效力與執行，也不受影響，進一步確保議會主權原則的存續。⁶⁶

其次，人權法第4條則規範法院對於法規的司法審查權限。在維護議會至上原則的大框架下，本條規定的司法審查權，注定受到相當的侷限，難以與美國、德國的違憲審查制度相提並論。詳言之，依據本條的規定，特定法院(如：最高法院、英格蘭/威爾斯的高等法院...等)⁶⁷如果認定「法律」與公約權利保障的意旨不符，其僅得作成「抵觸宣告」。⁶⁸至於附屬立法規定若與公約意旨抵觸，則需視上位法律的內容而定，如法律禁止排除附屬立法與公約不相容的部分，則法院也僅得作成抵觸宣告；⁶⁹相反地，如果法律並未設限，此時法院則可以逕行認定該附屬立法無效(strike down/invalidate)。⁷⁰

至於抵觸宣告的效果，不但不影響被宣告法律的效力與執行，且對於系爭案件的當事人也不生拘束力，⁷¹故上述抵觸宣告，充其量僅

⁶⁶ 相關規定的原文為：“(2)This section- (a)...; (b) does not affect the validity of, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.”

⁶⁷ 這些法院包括: (a)the Supreme Court; (b)the Judicial Committee of the Privy Council; (c)the Court Martial Appeal Court; (d)in Scotland, the High Court of Justiciary sitting otherwise than as a trial court or the Court of Session; (e)in England and Wales or Northern Ireland, the High Court or the Court of Appeal; (f)the Court of Protection, in any matter being dealt with by the President of the Family Division, the Vice-Chancellor or a puisne judge of the High Court. S. 4(5) of the Human Rights Act.

⁶⁸ S. 4 (1) & (2) of the Human Rights Act.

⁶⁹ S. 4 (3) & (4) of the Human Rights Act.

⁷⁰ 此一權力並無法律明文規定，而是透過 S. 6 of the Human Rights Act 的解釋而來。See Wintemute, *supra* note 77, at 613; Laurence Lustgarten & Ian Leigh, *Making Rights Real: the Courts, Remedies, and the Human Rights Act*, 58 C.L.J. 509, 537 n.150 (1999).

⁷¹ S. 4(2) & 4(6) of the Human Rights Act. 應說明者，人權法之所以規定抵觸宣告對於當事人不生拘束力，主要是為了使政府在歐洲人權法院訴訟時，仍保留主張系爭規定符合公約的空間。See Lord Lester of Herne Hill QC, *supra* note 32, at 105. 至於就人民權利的救濟而言，因抵觸宣告不影響系爭法律的效力，故人民仍無法在內國法院獲得救濟，但其可以依據歐洲人權公約，繼續向歐洲人權法院提起救濟。See Bradley, *supra* note 23, at 55.

具有「警示」的功能，亦即提醒政府及議會應「考慮」修正系爭規定而已。⁷²換言之，對於抵觸公約權利法律的救濟最終仍繫於政治部門的決定，除議會得主動修正系爭法律外，依據人權法的規定，內閣部長在迫切的情形下，也得逕以命令修正違反公約權利的法律。⁷³

觀察人權法上述特殊的安排，不難發現該法在維護議會至上的傳統下，設法給予法院就法律是否侵害人民權利進行司法審查空間的苦心，亦即在保留議會至上形式外觀之餘，給予法院進行有意義的司法審查實權。詳言之，人權法僅授予法院作成抵觸宣告的權利，而不得拒絕適用或宣告無效，並將最終修法與否決定權保留給議會，至少在形式上維繫議會主權不墜；⁷⁴在此同時，法院在此新制度下所取得的抵觸宣告權力，並非僅是空殼而已，蓋內國法院既已宣告系爭法律抵觸公約權利保障的意旨，在面臨歐洲人權法院後續爭訟的威脅下，議會或政府選擇繼續維持系爭法律效力的可能性，恐相當有限，故抵觸宣告的實際效力，不容小覷。⁷⁵

最後應特別說明者，人權法雖然僅是英國議會通過的一部普通法律，且依照議會至上的原則，至少在理論上其可以被議會依照一般程序加以廢止，故其並不具有憲法或基本法的地位。⁷⁶但在實務上，法院卻強調人權法僅能以明示的方式加以廢止或修正，而不適用所謂默

⁷² See Lord Lester of Herne Hill QC, *supra* note 32, at 105; SCHYFF, *supra* note 19, at 20.

⁷³ S. 10 of the Human Rights Act. 此一由內閣部長逕以命令修改法律的設計，論者有質疑違反議會至上原則者，see DAWN OLIVER, CONSTITUTIONAL REFORM IN THE UK 115 (2003).

⁷⁴ See Bradley, *supra* note 23, at 54-55.

⁷⁵ 根據英國司法部2011年9月的報告，自人權法實施以來，相關法院共作成27件抵觸宣告，其中8件被上級法院所廢棄，故共有19件確定的案件。在上述19個案件中，議會已經或即將修法解決其中12個有疑義的法律；內閣部長依據人權法第10條的規定修正其中兩項法律；另有四項規定，議會在法院作成抵觸宣告前，即已完成修法；尚餘的一件，目前正由相關部門考慮應採取如何的救濟措施。 See MINISTRY OF JUSTICE, RESPONDING TO HUMAN RIGHTS JUDGMENTS: REPORT TO THE JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS ON THE GOVERNMENT'S RESPONSE TO HUMAN RIGHTS JUDGMENTS 2010-11, Sept. 2011, available at <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm81/8162/8162.pdf> (last visited Oct. 8, 2011).

⁷⁶ See KAVANAGH, *supra* note 25, at 314.

示廢止(修正)。⁷⁷就此而言，人權法的「憲法性格」實較其他法律凸顯，並形成對於議會至上原則的進一步制約。⁷⁸

三、 小結：後人權法時期的展望

從傳統議會主權至高無上的原則一路走來，歐洲在經濟、人權保障上的整合運動，迫使英國這個老牌民主國家重新審視議會作為人權最主要保障者的角色，並逐漸開始重視司法審查的意義與功能。在這個過程中，我們看到英國不斷地設法在維護議會至上的原則，以及參與國際社會的義務、強化人權保障的機制等方面求取平衡；而歐洲共同體法、人權法及其相關案例，正是英國立法、司法機關具體的努力結果。

總結而言，不論是 *Factortame* 案或是人權法的立法，實際上都已對議會的立法權限產生了一定的制約，傳統法院僅能忠實地執行法律，而不能挑戰議會立法權威的時代，可能也已一去不復返。在人權法看似保守的改革下，法院對於其自身憲法功能正當性的體認，正逐步強化，使其能更自信、公開地宣示對於議會主權的制衡。⁷⁹如同 Lord Steyn 在 *Jackson v. Attorney General*⁸⁰一案的旁論中所述：「

1998 人權法的通過開啟了英國法治的新頁...在現代英國，由 Dicey 所主張的典型議會至上概念，已沒有存在的空間。誠然，議會至上仍是我國憲法的原則。如果該原則是法官所創造，那麼在特殊的情形下，法院並非不能基於對憲政主義一個不同的假設(a different hypothesis of constitutionalism)，而對議會至上的原則加以限制。在極端例外的情況下，若議會試圖廢除司法審查或法院就此所扮演的角色，上議院上訴委員會或新成立的最高法院，恐怕必須慎重思考，

⁷⁷ *Thoburn v. Sunderland City Council*, [2002] EWHC, 195, [2003] QB 151, at [63].

⁷⁸ See SCHYFF, *supra* note 19, at 21; KAVANAGH, *supra* note 25, at 317-18.

⁷⁹ KAVANAGH, *supra* note 25, at 328.

⁸⁰ [2005] UKHL 56, [2006] 1. A.C. 262.

司法審查是否具有憲法的根本重要性，即便是行使議會主權的下議院也不能予以廢除」。⁸¹

參、中國違憲審查的未來

如同世界上大多數國家，中國擁有成文憲法，有關憲法的最高性與人民基本權利的保障在憲法中均有明定；然而，中國憲法同時也採取類似英國議會至上的人民代表大會制，全國人民代表大會(下稱「全國人大」)為國家最高權力機關，代替人民行使權力。在憲法至上與人大至上兩個概念的拉扯下，再加上憲法文本明文規定全國人大常委有「解釋憲法，監督憲法的實施」、「撤銷國務院制定的同憲法...抵觸的行政法規...」及「撤銷省、自治區、直轄市國家權力機關制定的同憲法...抵觸的地方性法規...」的職權，卻又對全國人大(全國人大常委會)本身制定的「法律」抵觸憲法的審查機制未做任何規定，因而使中國司法違憲審查制度的建構產生一定的困難。

2001年最高人民法院在齊玉苓所提起的侵權行為案件中，直接援引憲法受教育的基本權利，作為批示回覆的基礎，引發各界極大的關注，論者有認為此一案件在中國的地位，等同於美國聯邦最高法院的 *Marbury v. Madison* 案。⁸²但嚴格來說，齊玉苓案僅是憲法可否作為裁判基礎的問題，與違憲審查實際上並無關係，至於其後相關案件，例如：洛陽種子案⁸³、引發三博士上書的孫志剛案⁸⁴，前者涉及地方法規與法律抵觸的問題，後者也僅請求全國人大常委會進行違憲

⁸¹ *Id.* at [102]. See also KAVANAGH, *supra* note 25, at 327-28; Mark Elliot, *Bicameralism, Sovereignty, and the Unwritten Constitution*, 5 INT'L J. CONST. L. 370, 378-79 (2007).

⁸² 蘇永欽，同註1，頁227(引用時任最高人民法院法官黃松有「憲法司法化及其意義——從最高人民法院的一個批復談起」一文，載於「人民法院報」，2001年8月13日)。關於本案的詳細討論，see Shen Kui, *Is it the Beginning of the Era of the Rule of the Constitution? Reinterpreting China's "First Constitutional Case"*, 12 PAC. RIM L. & POL'Y J. 199, 201-14 (2003).

⁸³ 洛陽市中級人民法院在個案審判中宣告河南省人大常委會制定通過的「河南省農作物種子管理條例」(性質上屬於地方條例)，抵觸人大常委會制定通過的「種子法」，相衝突的條款「自然無效」。張千帆、黃嶽，同註10，頁59-63。

⁸⁴ 湖北青年孫志剛因未帶身分證遭收容，之後於收容期間遭毒打猝死，因而引發三位法學博士上書全國人大常委會，提請對國務院制定的城市流浪乞討人員收容遣送辦法進行違憲審查。張千帆、黃嶽，同註10，頁57-58。

審查，但上述案件卻仍觸發了學界競相嘗試建構中國司法違憲審查制度的熱情。

本節主要將從英國的經驗，分析在人大至上的概念下，司法違憲審查可能遭遇的困難，並藉由人大至上與議會至上的比較分析，試圖找出在美國、德國制度以外，中國違憲審查可能採行的第三條路徑。應說明者，以英國違憲審查制度的發展作為比較對象，除了該國議會至上的傳統與中國人大至上的制度具有一定的相似性外，英國經驗並非單純內國法令是否符合國際條約要求的問題，該國司法機關在人權法此一內國立法的架構下，對於法令是否抵觸該法保障權利進行審查，實已與一般傳統的違憲審查，差異有限，應可供參照。

一、人大至上與違憲審查：一條走不通的路？

由齊玉苓、孫志剛等案件所引發的學界針對中國建構違憲審查制度的熱烈討論，一度急速冷卻，撇開敏感的政治因素不論，欲將美國或德國式的違憲審查制度移植到中國，也面臨規範上的難題——中國憲法關於(全國)人民代表大會的規定。

中國憲法在基本的政治制度設計上採取所謂「人民代表大會制」(人大至上)。⁸⁵依據學者的說明，此一制度指：「擁有國家權力的人民根據民主集中制的原則，通過民主選舉組成全國人民代表大會...並以人民代表大會制度為基礎，建立全部國家機構，對人民負責，受人民監督，以實現人民當家作主的政治制度」；⁸⁶反映在中國憲法文本上，即為第2條第1項：「中華人民共和國一切權力屬於人民」、第2條第2項：「人民行使國家權力的機關是全國人民代表大會...」，以及第3條第3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」。⁸⁷

進一步分析上述規定的意涵，由於人民透過人民代表大會行使權力，且中國憲法明定全國人大是「最高國家權力機關」(第57條參照)，

⁸⁵ Guobin Zhu, *Constitutional Review in China: An Unaccomplished Project or a Mirage?*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 625, 626-27 (2010).

⁸⁶ 秦前紅、周偉，同註13，頁11。

⁸⁷ See Zhu, *supra* note 85, at 626-27.

其他國家機構都必須對全國人大負責、受其監督，因此類似美國、德國憲法規定的權力分立、權力制衡的概念，在中國憲法中並不存在，⁸⁸論者反而認為人民代表大會制與英國「議會至上」或「議會主權」較為相似；⁸⁹而須對人大負責、受人大監督的法院也因此被認為無權審查全國人大制定通過的法律。⁹⁰

除了上述人民代表大會制對於法院進行違憲審查可能形成的限制外，中國憲法有關全國人大及其常委會職權的規定，也形成建構司法違憲審查的障礙。如前所述，中國憲法第 62 條規定，全國人大負責修改憲法、監督憲法的實施；同法第 67 條更規定，全國人大常委會有「解釋憲法、監督憲法的實施」的職權，並得撤銷國務院、省、自治區、直轄市國家權力機關制定的違憲及違法的行政法規、地方性法規等。⁹¹

關於上述規定，應說明者有二。其一，論者有基於「明示其一，排除其他」的解釋，認為在中國現行憲法的規範模式下，憲法解釋及違憲法規的撤銷權均「專屬」全國人大常委會行使；換言之，除了全國人大常委會，其他機關(包括法院)均不能進行憲法解釋或違憲審查。⁹²其二，依據中國憲法第 67 條的規定，即便是全國人大常委會違憲法規審查及撤銷的「對象」也不包括「法律」在內，論者有認為這是有意的省略，其理由包括：全國人大及其常委會制定的法律不可能

⁸⁸ 秦前紅、周偉，同註 13，頁 15；許崇德，同註 13，頁 8-9；熊文釗，在人民代表大會制度框架下適用憲法，法學，2009 年第 4 期，頁 22-23，2009 年 4 月；童之偉，同註 10，頁 6-7。See Zhu, *supra* note 85, at 627.

⁸⁹ 田飛龍，同註 12，頁 42；焦洪昌，論我國憲法司法適用的空間，政法論壇，第 21 卷第 2 期，頁 19，2003 年 4 月。應注意者，論者有認為人民代表大會與西方國家的議會仍有重要的差異，See Zhu, *supra* note 85, at 627-28.

⁹⁰ 參翟小波，同註 13，頁 47-49；張千帆、黃嶽，同註 11，頁 59(然應注意者，本文作者對於此一見解也有所批判)；焦洪昌，同前註，頁 19。在實務上，在前述「洛陽種子案」中，洛陽市中級人民法院僅僅宣告河南省人大常委會制定的「河南省農作物種子管理條例」，抵觸全國人大常委會制定通過的「種子法」，相衝突的條款「自然無效」，即被河南省人大常委會指為：「違背了我國人民代表大會制度，侵犯了權力機關的職權，是嚴重的違法行為」。見微知著，法院對於地方自治條例抵觸上位規範所進行的司法審查尚被指為違法，司法機關如欲針對全國人大(常委會)制定通過的法律進行違憲審查，可能引發的憲法爭議更是可以預見。

⁹¹ 2000 年通過的「立法法」第 88 條也有相同的規定。

⁹² 童之偉，憲法適用應依循憲法本身規定的路徑，中國法學，2008 年第 6 期，頁 24，2008 年 11 月；莫紀宏，同註 1，頁 100-101；胡錦光，同註 10，頁 41。

與憲法牴觸；⁹³縱使法律有可能與憲法牴觸，「但在民主集中制的人民代表大會制度下，...沒有一個機關有資格來判斷並糾正全國人大制定的基本法律是否合憲」；況且，面對與憲法牴觸的法律，「全國人大從其性質出發，完全有自我糾正能力」。⁹⁴

綜上，對主張在中國現行憲法下，法院無權就法令是否違憲進行審查的論者而言，人民代表大會制(人大至上)及憲法就全國人大及其常委會權限的特別規定，似乎是中國建構違憲審查制度的最大阻礙。然而，誠如本文第貳部分所述，當向來強調議會至上的英國都已經發展出一套違憲審查的機制，何況擁有成文憲法且明文規定「憲法具有最高的法律效力」的中國，似乎更有理由，也更可能在兼顧人大至上及其他憲法文本的前提下，建構一套具有中國特色的違憲審查機制。

二、 憲法至上：中國違憲審查制度規範上的建構條件

中國憲法所規定的人大至上制度與英國議會至上的概念在外觀上雖然有些相似，特別是二者均強調人大(議會)本身就是人民主權的代表，均不強調權力分立、制衡，均強調機關本身自我糾正能力。但本文認為，在成文憲法的環境下，中國建構司法違憲審查的規範條件，其實遠超過英國。

首先，中國不但擁有成文憲法，且其憲法在分類上屬「剛性憲法」，⁹⁵換言之，中國憲法與一般法律雖均由全國人大制定，但前者的修改須經全國人大常委會或五分之一以上的全國人大代表提案，並由全國人大全體代表的三分之二通過，後者則依立法法的程序規定，且僅須全國人大或其常委會全體代表過半數通過(憲法第 64 條、立法法第 22 條、第 40 條參照)。因此，在中國憲法與法律的劃分較為明

⁹³ 論者分由法理面及實際面考量，認為全國人大或其常委會對其自身所制定的法律或決議宣告其違憲，並不可能。參見林廣華，*違憲審查制度比較研究*，頁 195，2004 年；莫紀宏，同註 1，頁 121-122；范進學，同註 10，頁 43。當然此一說法其實頗值懷疑，因為中國憲法第 5 條第 2 項就規定：「一切法律...都不得同憲法牴觸」，似乎不排除人大通過的法律與憲法牴觸的可能。

⁹⁴ 林廣華，同前註。

⁹⁵ 有關剛性憲法的說明，參陳新民，同註 18，頁 15-19。

確，不存在如同英國議會至上原則下，所有議會通過的法律均具有相同效力，後法可以默示的修正前法的問題。⁹⁶

其次，中國憲法序言即宣示憲法的最高性，亦即「憲法是國家根本法，具有最高的法律效力」；其後在本文第 5 條第 2 項又規定：「一切法律、行政法規和地方性法規都不得同憲法相牴觸」。⁹⁷除憲法本身的規定外，於 2000 年由全國人大通過施行的「立法法」也重申憲法至上的概念，並明文規定：「一切法律、行政法規...都不得同憲法相牴觸」(第 78 條參照)。準此，在中國規範的位階上，憲法相較於其他法律具有較高的地位，可以作為下位規範(法律)效力的準繩，⁹⁸全國人大並可透過具有根本法性質的憲法，自我設限—限制日後全國人大的立法權，凡此，均與英國議會至上制度明顯不同，而有利於違憲審查制度的建立。⁹⁹

最後，相較於英國不成文憲法及議會至上的傳統下，法院眼中只有法律，中國憲法序言則明示：「一切國家機關」(當然包括法院在內)，「都必須以憲法為根本的活動準則，並且負有維護憲法尊嚴、保證憲法實施的職責」。縱然目前中國學界對於法院能否適用憲法、解釋憲法仍存有極大爭議，但與英國相較，中國法院若欲進行某種程度的違憲審查，不至於全無憲法文本的基礎。

三、英國法的啟示：中國違憲審查制度建構的可能路徑

相較於英國，中國更具有建構司法違憲審查的條件，已如前述，但究竟中國的違憲審查制度應該如何發展？法院在其中所能扮演的角色又是如何？針對上述問題，本文認為前述英國法有關「法院法律

⁹⁶ 論者有從修憲與修法程序不同，主張有建立司法違憲審查制度的必要者，參見湯德宗，同註 17，頁 137。

⁹⁷ 參見 Björn Ahl, 憲法至上—德國的憲法發展及中國當前的憲法著述，載：林峰編著，同註 6，頁 344。應注意者，Björn Ahl 教授指出：「儘管憲法在中國具有最高的法律效力已得到明確確認...但是中國卻缺乏保證憲法權威的最有效工具：司法審查機構。此外，憲法至上在實踐中也得不到真正體現...」。

⁹⁸ 參見莫紀宏，中國法律法規合憲性審查的標準，載：林峰編著，同註 6，頁 110-111。

⁹⁹ 參湯德宗，同註 17，頁 132；王磊，同註 7，頁 34、142。

解釋原則的宣示」及「抵觸宣告」的制度，應該能發揮一定指引的作用。

1. 中國法院應該有權進行「合憲性解釋」

在比較法上，英國法院不論是根據「歐洲共同體法」或「人權法」的規定，均有權且有義務在適用法令時，依據歐洲共同體法規或人權公約保障權利的意旨進行解釋。雖然上述規定在制定時曾引發違反議會至上原則的論戰，但實際運作迄今並未發生重大爭議，且有效減少因法令出現抵觸歐盟法規或人權法意旨而必須拒絕適用或作成抵觸宣告的情況。¹⁰⁰

就中國的情形而言，憲法作為最高法規的地位並無疑問，且憲法文本更有一切國家機關應以憲法作為根本活動準則的規定，因此縱然中國法院不採取與英國法院一般積極的態度，在法令規定並無不明確的情形下，仍依據人權法規規定作成解釋，其至少在從事審判活動時，可以在法令文義可能範圍內，且不違反立法明示意旨的前提下，對有違憲疑義的法令，進行合憲性解釋(有稱為「合憲法律解釋」或「符合憲法的法律解釋」)—亦即「當一項法律條文的解釋，如果有多種結果，只要其中有一種結果可以避免宣告該法律違憲時，便應選擇其作為裁判的結論，而不採納其他可能導致違憲的法律解釋」¹⁰¹—應不至動搖人大至上的憲法制度。¹⁰²

有疑問者，論者有依據中國憲法第 67 條全國人大常委會有解釋憲法職權規定的反面解釋，排除了全國人大常委會以外機關進行憲法解釋的可能性，而因法院進行合憲法律解釋必然牽涉憲法條文的闡釋，自然也在禁止之列；除此之外，中國憲法第 126 條：「人民法院依照『法律』規定獨立行使審判權」，也被認為是法院適用憲法，進

¹⁰⁰ 參本文貳、二部分的討論。

¹⁰¹ 法治斌、董保城，憲法新論，頁 97，2010 年 9 月 4 版；另參吳庚，憲法的解釋與適用，頁 585-596，2004 年 6 月 3 版；王澤鑑大法官釋字第 437 號解釋協同意見。關於合憲解釋的界線，可參見許玉秀大法官釋字第 582 號解釋協同意見及許宗力大法官釋字第 585 號解釋不同意見。另參蘇永欽，合憲法律解釋原則—從功能法上考量其運作界線與效力問題，載：氏著，合憲性控制的理論與實際，頁 79-142，1994 年 5 月。

¹⁰² 焦洪昌，同註 89，頁 18-19。

行合憲法律解釋的阻礙。¹⁰³然而，上述看法恐怕過度凸顯了前述兩個條文的意義與規範射程，有必要予以釐清。

先從中國憲法文本觀察，前述憲法前言有關一切國家機關應以憲法作為活動準則的殷殷指示，在不認同法院可以進行憲法解釋的討論中，往往遭到忽視。試問，如果法院不能解釋憲法，如何確認其活動不至逾越憲法的界線？¹⁰⁴至於法院僅依據「法律」審判的規定，在肯認法院也有遵守憲法義務的前提下，選擇適用合於憲法意旨的法律解釋，仍是以「法律」作為審判依據，應不構成憲法第 126 條規定的違反。¹⁰⁵

除了憲法文本的依據，在法律層次，由全國人大通過的中國立法法的規定，也明確反映出全國人大常委會以外的機關也有進行憲法解釋的必要與可能性。申言之，依據立法法第 90 條第 1 項的規定，國務院、中央軍事委員會、最高人民法院、最高人民檢察院及各地方人大常委會，認為行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例「同憲法...相牴觸」，可以書面向全國人大常委會提出進行審查的要求。在上述國家及地方機關形成相關法規是否與憲法發生牴觸的推論過程中，無可避免地將涉及憲法解釋。雖然上述規定僅涉及行政法規以下規範與憲法是否牴觸的認定問題，但已足證論者有關憲法解釋權專屬全國人大常委會的說法，恐怕值得商榷。¹⁰⁶

¹⁰³ 參見童之偉，法院“依照法律”行使審判權釋論—以我國法院與憲法之關係為重點的考察，中國法學，2009 年第 6 期，頁 161，2009 年 12 月；翟小波，同註 13，頁 50-51；強世功，憲法司法化的悖論—兼論法學家在推動憲政中的困境，中國社會科學，2003 年第 2 期，頁 20，2003 年 4 月。另，童之偉教授依是否倚賴憲法條文做為判決的直接依據以及相關憲法條文是否完全明確而無需法院加以解釋，將法院對憲法的援用分為「遵守性」及「適用性」，而認為後者違憲；參童之偉，同註 92，頁 22-26。但論者有質疑前述區分的可行性者，參陳弘毅，齊案批復的廢止與憲法司法化和法院援引憲法問題，法學，2009 年第 3 期，頁 13，2009 年 3 月。

¹⁰⁴ 焦洪昌，同註 89，頁 19。同樣的，中國憲法第 100 條規定：「省、直轄市的人民代表大會和它們的常務委員會，在不同憲法...相牴觸的前提下，可以制定地方性法規...」，試問，如果地方人大及其常委會不能進行憲法解釋，如何確定其立法的界線。更有甚者，誠如匿名審稿人指出者，中國法院認為「人大有『專屬的』憲法解釋權，本身即係自憲法解釋而來」，如果法院不能解釋憲法，如何得出此一結論。應說明者，前述由法院或地方人大依據中國憲法第 100 條獲立法法第 90 條所進行的「憲法解釋」，並非最終有權的解釋，且不能拘束人大常委會，要屬當然。

¹⁰⁵ 陳弘毅，同註 103，頁 13-14。

¹⁰⁶ 當然，主張全國人大常委會獨占憲法解釋權者，仍可能以立法法第 90 條的規定，牴

其實，類似中國憲法上述條文的解釋爭議，在台灣也曾發生，因此台灣經驗或許也值得參考。詳言之，台灣憲法第 80 條同樣規定：「法官...依據法律獨立審判...」，憲法第 171 條第 2 項及第 173 條也分別規定：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之」及「憲法之解釋，由司法院為之」，甚至司法院大法官曾於釋字第 371 號解釋，依據上述規定，認定有關法律的違憲審查權由司法院大法官所獨占，一般法院法官不得認定法律違憲而拒絕適用。¹⁰⁷在此一背景下，台灣一般法官於個案審判中仍得進行合憲性解釋，並不被認為是侵害司法院(大法官)專屬的法律違憲審查權，甚至依照釋字第 572 號解釋，法官停止審判程序聲請司法院解釋憲法的要件之一即必須是系爭法律已無合憲解釋的可能者。¹⁰⁸準此，法官進行合憲法律解釋與由何機關(獨占)違憲審查的權力，應可切割處理，不宜混為一談。

2. 中國法院應該可以成為法律違憲審查機制的發動者與命令違憲審查的共同參與者

如果無法透過合憲解釋的方式，避免法律牴觸憲法的疑義，中國法院又得如何處理？其實，在中國現行法制下，針對法律位階以下的法規範(如：行政法規、地方性法規)，是否牴觸憲法，並非沒有審查及效力宣告的機制。首先，中國憲法第 100 條設有所謂「備案制度」，即地方性法規應報人民常委會備案；立法法第 89 條的規定更將需要備案的規範擴大到行政法規、自治條例、單行條例、規章。其次，立法法第 90 條更進一步建立了國家機關(包括最高人民法院)、地方人大常委會、社會團體、企業事業組織，甚至一般公民認為法律以下法規範牴觸憲法時，以書面向全國人大常委會提出進行審查要求或建議的制度。¹⁰⁹至於上述備案及審查制度的法律效果，則連結到中國憲法

觸中國憲法第 67 條規定為由，否定其合憲性。

¹⁰⁷ 另參法治斌、董保城，同註 101，頁 98。

¹⁰⁸ 司法院釋字第 572 號解釋理由書相關部分的原文為：「...如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」。

¹⁰⁹ 應說明者，孫志剛案即是依據上述立法法第 90 條規定由人民(三位法學博士)提出的審查建議。參見莫紀宏，同註 1，頁 97。上開條文規定的「審查要求」與「審查建議」其差別在於，前者人大常委會專門委員會有進行審查、提出意見的義務，至於後者，人大常委會工作機構僅於研究後認為有必要時，才送專門委員會進行審查。

第 67 條及立法法第 87 條、第 88 條及第 91 條，全國人大常委會在徵詢相關法規制定機關的意見後，得經審議將與憲法抵觸的規範予以撤銷。¹¹⁰

應說明者，上述備案審查制度本質上屬於「立法監督(legislative supervision)」(有稱為「立法解釋¹¹¹」)，與司法違憲審查(司法解釋)仍有相當差異。¹¹²其次，針對行政法規以下的法規範，原則上並不涉及人大至上原則，司法機關除要求或建議全國人大常委會進行審查外，是否可能有更積極的處置？更有甚者，不論是憲法文本或是立法法的規定，現行審查制度，包括其後全國人大常委會撤銷權行使的範圍，均不包括法律在內；此一省略，如前所述，從中國憲法採取人民代表大會制(人大至上)的角度加以理解，似是採取類似英國議會至上原則下，法律的效力不能由其他機關加以審查、廢棄，僅能由議會(人大)自我糾正(修法)的模式。¹¹³最後，中國現行制度最大的問題或在於，即便承認全國人大(常委會)擁有專屬的法律違憲審查權(以修法的形式存在)，但立法法僅規定行政法規以下規範的違憲審查啟動機制，就法律本身的違憲審查而言，不論憲法文本或立法法均未規定啟動此一審查(修法)權力的機制，誠如論者所述：「[全國人大]... 僅僅是制定法律，並不直接適用和執行法律，因此，如果沒有其他因素的推動，它自身是無法發現違憲案件的」。¹¹⁴

針對上述制度設計的問題，可區分「法律」及「行政法規以下規範」的違憲審查，進一步加以討論。首先，針對行政法規以下規範的

¹¹⁰ 值得特別說明者，全國人大常委會為了具體落實上述規定，於 2005 年修訂了「行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、經濟特區法規備案審查工作程序」，並在組織上於全國人大常委會法制工作委員會下增設「法規備案審查室」，作為專責處理法規備案審查的機構。

¹¹¹ 莫紀宏，同註 1，頁 105-106；湯德宗，同註 17，頁 137-38。

¹¹² 當然，如前所述，就最高人民法院提出審查的要求一點言，該院實際上已經進行司法解釋(憲法解釋)，僅其並無拒絕適用或宣告無效的權限而已。

¹¹³ 一般而言，採取此說者，多主張關於違憲審查的機構應設於人大之下，如童之偉教授、莫紀宏教授等；反對此說者，仍主張可以採取法院審查的模式，如張千帆、王磊教授等。參見註 10 及註 11 所引文獻。

¹¹⁴ 莫紀宏，同註 1，頁 103。莫教授更指出：「在保障憲法實施的過程中，僅僅靠同一個國家機關來監督自己的行為是否合憲，對於保障憲法實施來說，存在的問題是很多的。可能因為政治性的因素而掩蓋了立法或者法律上的不足，影響法律自身的科學性」。莫紀宏，同註 1，頁 104。

違憲審查而言，本文認為在不違反人大至上原則的前提下，現行立法法第 90 條規定（最高人民）法院僅得向全國人大常委會提出違憲審查的要求或建議的規定，似過於保守，是否為憲法必然的要求，也有討論空間。

以國務院制定的行政法規為例，依據胡錦光教授的分析，可能有三種不同性質：(1)根據法律制定，具有實施性質的行政法規，(2)在沒有法律的情形下，針對不屬於法律保留事項，直接根據憲法上關於國務院職權的規定，制定的行政法規，(3)在沒有法律的情形下，經全國人大或其常委會授權而制定的暫時性行政法規。¹¹⁵就上述三種類型的行政法規而言，第(2)種類型因非基於法律及人大(常委會)授權，與人大至上原則無涉，至於其他兩種類型的行政法規，除全國人大(常委會)於立法(或授權)時另有明確表示外，應該也非人大至上原則射程所及。準此，在本文前已肯認全國人大常委會以外機關也有解釋憲法權力的前提下，本文認為除非全國人大(常委會)在個別法律中或授權時明文禁止，中國法院應可在審理具體案件時，「附帶的」對行政法規的合憲性作成判斷。¹¹⁶

有疑問者，上述見解是否與中國憲法第 67 條有關全國人大常委會撤銷權規定有所牴觸。就此，本文採取否定的看法。從憲法文本觀察，上述條文僅規範行政法規等規範的「撤銷權」（核其性質屬於一種抽象且發生對世效力的廢棄權），因此一般法院只要在附帶審查行政法規的合憲性時，不宣告撤銷被認定為違憲的行政法規，而採取在該個案中不予適用(拒絕適用)的作法，即可避免與憲法第 67 條的規定發生齟齬。¹¹⁷況且從中國憲法第 126 條明文規定：「人民法院依照

¹¹⁵ 胡錦光，同註 6，頁 371-372。

¹¹⁶ 然胡錦光教授則認為，法院僅得針對第(1)類型的行政法規，進行「合法性」審查，至於行政法規的「合憲性」審查，因胡教授主張憲法解釋權專屬於人大常委會，因此一般法院不得為之。參見胡錦光，同註 6，頁 371-373。

¹¹⁷ 同理，即便中國憲法第 67 條規定人大常委會有權「撤銷國務院制定的同...『法律』相牴觸的行政法規...」，學者仍有主張，針對部分類型的行政法規，法院可以依據「法律」，對其合法性直接進行審查判斷，只是僅能於個案中拒絕適用，不能於判決主文中宣告撤銷、廢棄而已。參見胡錦光，同註 6，頁 372 及 376-377；焦洪昌，同註 89，頁 19-20；童之偉，人大制度要進一步增強實用性，法律科學，2004 年第 5 期，頁 19，2004 年。應說明者，台灣有關命令的違憲審查即採取此一作法，亦即司法院大法官可以抽象的宣告命令牴觸憲法而無效，但一般法院的法官僅得在具體個案中對於認定

『法律』規定獨立行使審判權」，法院審理案件原不受行政法規以下規範的拘束。¹¹⁸綜上，針對行政法規以下規範的違憲審查，只要不違反人大至上原則，不涉及違憲行政法規的撤銷，中國法院應可享有較為寬廣的空間，現行立法法第 90 條要求法院向全國人大常委會提出審查要求或建議的規定，似嫌保守，也非憲法必然的要求。

至於法律本身的違憲審查，因直接涉及人大至上原則，司法機關介入的空間恐受到一定限制，然在維持人大至上的原則下，是否即意味法院全無參與的空間？中國現行法制下欠缺法律違憲審查啟動機制的缺失又應如何填補？就此，本文認為英國人權法下「牴觸宣告」的制度，或許可以提供中國一個思考的方向。

詳言之，在英國人權法下，由於牴觸宣告並不影響系爭法律的效力，對於當事人也沒有拘束力，因而被認為至少在名義上保存了英國的議會主權。同理，在中國，若透過制定法(如：立法法)明文規定賦予特定法院作成類似性質牴觸宣告的權力，¹¹⁹應無違反人大至上制度的疑慮；¹²⁰更重要者，法院的牴觸宣告，正好可以充當啟動全國人大違憲審查機制的信號，填補全國人大因不涉入個案法律適用和執行，無法發現違憲法律的問題。最後應特別說明者，即便法院作成牴觸宣告，在尊重人民代表大會制的原則下，全國人大仍保有系爭法律是否違憲，以及是否要發動修法程序的最終決定權。

當然，不可否認者，若完全仿照英國牴觸宣告的制度，在中國個案中當事人，恐怕無法獲得實質救濟，因為法院仍須忠實地依照系爭法律作成裁判，且該當事人勢必無法像英國當事人一般可以再向超國

為違憲的命令，拒絕加以適用。參見法治斌、董保城，同註 101，頁 403-406；林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法—權力分立，頁 428-431，2008 年 9 月 2 版；陳新民，同註 18，頁 693-697。

¹¹⁸ 就此，中國行政訴訟法第 52 條，法院審理行政案件，要以行政法規為依據的規定，已限制了法院的審判權，不無牴觸憲法的疑義。

¹¹⁹ 應說明者，在中國，究竟要允許哪些級別法院可以作成牴觸宣告，可以視現實情況及需要，進一步思考。在初期，如擔心下級法院的裁判品質，而仿照立法法第 90 條的設計，以最高人民法院為限，應無不可。但中長期而言，考量中國幅員遼闊，似應放寬至各省、自治區高級人民法院。

¹²⁰ 事實上，此一機制更有助於在「合憲性解釋」外，進一步落實中國憲法前言：一切國家機關都...負有維護憲法尊嚴、保證憲法實施職責的要求。

界的區域人權法院尋求救濟。因此，如基於保障當事人權益的考量，不採取牴觸宣告制度，也可考慮由全國人大修改立法法第 90 條，擴大該條第 1 項的範圍，明文將「法律」納入要求全國人大常委會審查的範圍，配合個案停止訴訟程序的制度（就此，台灣司法院大法官釋字第 371 號解釋所創設的「停止訴訟程序，由法官提出釋憲聲請」制度可供參考），即可兼顧個案救濟的需要。然此一設計，使法院不再須無條件適用人大制定的法律，對於人大至上的原則不免有所減損，但因其有全國人大立法作為依據，至少在形式上仍維持人大至上的原則，而法院要求全國人大常委會審查的決定，實質上也等同宣示其認為法律與憲法牴觸（與牴觸宣告異曲同工），並能顧及個案當人事權利的保障。

肆、結論

在英國，議會至上的傳統雖已有數百年的歷史，但終究難敵歐洲整合的浪潮與人權保障的呼聲；在過去幾十年裡，透過歐洲共同體法和人權法中精巧的權力安排，英國在兼顧議會主權的形式下，建立了實質的司法違憲審查機制。雖然與美國或德國的違憲審查制度相較，英國現行的牴觸宣告顯得軟弱無力，但嶄新的憲政主義卻在一次次司法審查的過程中萌芽，英國法院、法官對於自身所應扮演的監督、制衡功能也漸有體悟。長此以往，司法違憲審查在英國取得與議會至上平等的憲法地位，並非毫無可能。

在中國，距離 1954 年憲法的制定，僅有不到六十個年頭，所謂人大至上的概念雖不像英國議會至上那樣輪廓清晰、根深蒂固，但要視而不見或在短時間內予以撼動，也絕非易事。在此情形下，要在中國建立司法違憲審查制度，恐怕需要借鏡英國的智慧與巧思。本文認為英國模式雖然迂迴，但卻最能兼顧人民代表大會制。從英國的經驗觀察，看似微不足道的改革（尤其與美、德制度比較），仍足以對憲法、憲政產生深遠的影響。就中國憲法而言，務實的允許法官在審判中進行合憲性解釋，同時建構以司法機關作為啟動者、全國人大作為最終有權決定者的法令違憲審查機制，促進憲法的實踐、深化憲法的價值，恐怕才是現階段最佳的選擇。

參考文獻

一、中文

1. Björn Ahl, 憲法至上—德國的憲法發展及中國當前的憲法著述, 載: 林峰編著, 百年憲政與中國憲政的未來, 頁 337-348, 2011。
Ahl, Björn, Supremacy of the Constitution: Constitutional Development in Germany and Contemporary Chinese Publications on Constitution Law, in Lin, Feng (eds.), Constitutionalism in China in the Last 100 Years and Its Future, pp. 337-348, 2011.
2. 王磊, 憲法的司法化, 2000。
Wang, Lei, Judicialization of Constitutional Law, 2000.
3. 付子堂, 美國、法國和中國憲法監督模式之比較, 法學, 2000 年第 5 期, 頁 14-17, 2000。
Fu, Zi-Tang, The Comparison of Constitutional Supervision Models among the United States, France, and China, Law Science, no. 5 of 2000, pp. 14-17, 2000.
4. 田飛龍, 探尋中國憲法的“民主化”實施之路, 中國圖書評論, 2010 年第 6 期, 頁 41-45, 2010。
Tian, Fei-Long, In Search of the Road to “Democratize” China’s Constitution, China Book Review, no. 3 of 2010, pp. 41-45, 2010.
5. 何海波, 沒有憲法的違憲審查—英國故事, 中國社會科學, 2005 年第 2 期, 頁 109-122+206, 2005。
He, Hai-Bo, Constitutional Review without a Constitution: The British Story, Social Sciences In China, no. 2 of 2005, pp. 109-122+206, 2005.
6. 吳庚, 憲法的解釋與適用, 3 版, 2004。
Wu, Geng, The Interpretation and Application of the Constitution, 3d ed., 2004.
7. 李雪峰、李勇, 英、美、法違憲審查制度的憲政理念比較研究, 學術研究, 2003 年第 10 期, 頁 62-65+79, 2003。
Li, Xue-Feng & Li, Yong, A Comparative Study on the Constitutional Theories underlying the Judicial Review Systems among the United Kingdom, the United States, and France, Academic Research, no. 10 of 2003, pp. 62-65+79, 2003.
8. 汪再祥, 英國憲政的歷史性轉折—英國《2004 年憲政性改革法案》述評, 法商研究, 2005 年第 3 期, 頁 150-155, 2005。
Wang, Zai-Xiang, The Historical Transition of U.K’s Constitutional Politics: Comments on “Constitutional Reform Act 2004,” Studies In Law and

- Business, no. 3 of 2005, pp. 150-155, 2005.
9. 林來梵，中國的違憲審查：特色及生成實態—從三個有關用語的變化策略來看，浙江社會科學，2010年第5期，頁33-40，2010。
Lin, Laifan, "Constitutional Review" in China: Characteristics and Actuality of Generating—From the Perspective of the Tactics for Change of Three Related Terms, Zhejiang Social Sciences, no. 5 of 2010, pp. 33-40, 2010.
10. 林廣華，違憲審查制度比較研究，2004。
Lin, Guang-Hua, A Comparative Study on the Systems of Constitutional Review, 2004.
11. 法治斌、董保城，憲法新論，4版，2010。
Fa, Zhi-Bin & Dong, Bao-Cheng, Constitutional Law, 4th ed., 2010.
12. 姜峰，違憲審查：一根救命的稻草？，政法論壇，第28卷第1期，頁58-66，2010。
Jiang, Feng, Judicial Review: a Life-saving Straw?, Tribune of Political Science and Law, vol. 28, no. 1, pp. 58-66, 2010.
13. 胡錦光，從憲法事例看我國憲法救濟制度的完善，法學家，2003年第3期，頁36-44，2003。
Hu, Jin-Guang, On the Perfection of Our Constitutional Remedy System: A Perspective from Constitutional Events, Jurists Review, no. 3 of 2003, pp. 36-44, 2003.
14. 胡錦光，論中國對行政行為司法審查的演進與課題，載：林峰編著，百年憲政與中國憲政的未來，頁349-378，2011。
Hu, Jin-Guang, On the Development and Issues of Judicial Review over Administrative Actions in China, in Lin, Feng (eds.), Constitutionalism in China in the Last 100 Years and Its Future, pp. 349-378, 2011.
15. 胡錦光，論啟動違憲審查主體資格的理念，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁7-18，2012。
Hu, Jin-Guang. On the Subject Qualifications for Initiating Constitutional Review, in NCCU Public Law Center (eds.), Papers for the Third Conference of Cross-strait Public Law Forum, pp. 7-18, 2012.
16. 胡錦光主編，違憲審查比較研究，2006。
Hu, Jin-Guang (eds.), A Comparative Study on Constitutional Review, 2006.
17. 范進學，中國大陸憲法監督程式制度之反思與變造，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁37-50，2012。
Fan, Jin-Xue, Introspection and Transformation of China's Constitutional Supervision Procedure, in NCCU Public Law Center (eds.), Papers for the Third Conference of Cross-strait Public Law Forum, pp. 37-50, 2012.
18. 秦前紅、周偉，人民代表大會制度的歷史回顧與憲政思考—寫在人民代

- 表大會制度誕生 50 週年之際，人大研究，2004 年第 10 期，頁 11-16，2004。
- Qin, Qian-Hong & Zhou, Wei, A Historical Review and Constitutional thinking on the institution of people's congress, *People's Congress Studying*, no. 10 of 2004, pp. 11-16, 2004.
19. 張千帆，中國憲政的路徑與局限，法學，2011 年第 1 期，頁 70-78，2011。
- Zhang, Qian-Fan, Paths and Limits of Chinese Constitutional Politics, *Law Science*, no. 1 of 2011, pp. 70-78, 2011.
20. 張千帆、黃嶽，從憲法到憲政—中國大陸憲法審查制度的歷史、現狀與未來，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 年兩岸四地法律發展(上)：違憲審查與行政訴訟，頁 45-80，2007。
- Zhang, Qian-Fan & Huang, Yue, From Constitution to Constitutionalism: the Past, the Present and the Future of the Constitutional Review in Mainland China, in Dennis Te-Chung Tang & Wang, Peng-Hsiang (eds.), *Cross-Strait, Four-Region Law Developments in Taiwan, China, Hong Kong, and Macau (Volume One)*, pp. 45-80, 2007.
21. 強世功，憲法司法化的悖論—兼論法學家在推動憲政中的困境，中國社會科學，2003 年第 2 期，頁 18-28+204，2003。
- Qiang, Shi-Gong, Paradoxes in the Discourse of Constitutional Adjudication, *Social Sciences In China*, no. 2 of 2003, pp. 18-28+204, 2003.
22. 莫紀宏，中國法律法規合憲性審查的標準，載：林峰編著，百年憲政與中國憲政的未來，頁 95-116，2011。
- Mo, Ji-Hong, Standards for Reviewing the Constitutionality of Statutes and Regulations in China, in Lin, Feng (eds.), *Constitutionalism in China in the Last 100 Years and Its Future*, pp. 95-116, 2011.
23. 莫紀宏，中國違憲審查制度的歷史演變、存在的問題和發展趨勢，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006 年兩岸四地法律發展(上)：違憲審查與行政訴訟，頁 81-130，2007。
- Mo, Ji-Hong, Historical Development, Existing Problems and Future Trend of China's Constitutional Review, in Dennis Te-Chung Tang & Wang, Peng-Hsiang (eds.), *Cross-Strait, Four-Region Law Developments in Taiwan, China, Hong Kong, and Macau (Volume One)*, pp. 81-130, 2011.
24. 許崇德，論我國的憲法監督，法學，2009 年第 10 期，頁 3-9，2009。
- Xu, Chong-De, On China's Constitutional Supervision, *Law Science*, no. 10 of 2009, pp. 3-9, 2009.
25. 陳弘毅，齊案批復的廢止與憲法司法化和法院援引憲法問題，法學，2009 年第 3 期，頁 11-14，2009。
- Chen, Hong-Yi, The Abolishment of the Reply of People's Supreme Court on the Qi Case, Judicialization of Constitution, and the Issue over Application of

- Constitutional Provisions by Courts, *Law Science*, no. 3 of 2009, pp. 11-14, 2009.
26. 陳新民，憲法學釋論，7版，2011。
Chen, Shin-Min, *Constitutional Law*, 7th ed., 2011.
27. 陳端洪，立法的民主合法性與立法至上——中國立法批評，*中外法學*，1998年第6期，頁59-69，1998。
Chen, Duan-Hong, The Democratic Legitimacy of Legislation and Legislative Supremacy, *Deiking University Law Journal*, no. 6 of 1998, pp. 59-69, 1998.
28. 湯德宗，試論大陸確立違憲審查制度的途徑，載：湯德宗、王鵬翔主編，2006兩岸四地法律發展（上）違憲審查與行政訴訟，頁131-142，2007。
Dennis Te-Chung Tang, Comment: On the Possible Paths of Establishing Constitutional Review in Mainland China, in Dennis Te-Chung Tang & Wang, Peng-Hsiang (eds.), *Cross-Strait, Four-Region Law Developments in Taiwan, China, Hong Kong, and Macau (Volume One)*, pp. 81-130, 2011.
29. 焦洪昌，公民違憲違法審查建議處理程序及其完善，載：政治大學公法學中心主編，第三屆海峽兩岸公法學論壇會議論文集，頁83-90，2012。
Jiao, Hung-Chang, Procedures for Civil Proposals of Review over Constitutionality and Legality and Its Perfection, in NCCU Public Law Center (eds.), *Papers for the Third Conference of Cross-strait Public Law Forum*, pp. 83-90, 2012.
30. 焦洪昌，論我國憲法司法適用的空間，*政法論壇*，第21卷第2期，頁18-23，2003。
Jiao, Hung-Chang, On the Possibility of Judicial Application of the Constitution in China, *Tribune of Political Science and Law*, vol. 21, no. 2, pp. 18-23, 2003.
31. 童之偉，人大制度要進一步增強實用性，*法律科學*，2004年第5期，頁17-19，2004。
Tong, Zhi-Wei, Toward a more Improved and Practical Institution of People's Congress, *Science of Law*, no. 5 of 2004, pp. 17-19, 2004.
32. 童之偉，法院“依照法律”行使審判權釋論——以我國法院與憲法之關係為重點的考察，*中國法學*，2009年第6期，頁148-167，2009。
Tong, Zhi-Wei, Interpreting the Idea of Exercising the Judicial Authority “in accordance with Law”: Focusing on the Relationship between the Constitution and Courts in China, *China Legal Science*, no. 6 of 2009, pp. 148-167, 2009.
33. 童之偉，順應時勢變遷更新人大制度理念，*法學*，2009年第12期，頁3-13，2009。
Tong, Zhi-Wei, Updating the Institution of People's Congress with the

- Current Trend, Law Science, no. 12 of 2009, pp. 3-13, 2009.
34. 童之偉，憲法司法適用研究中的幾個問題，法學，2001 年第 11 期，頁 3-8+51，2001。
- Tong, Zhi-Wei, Issues regarding the Study on Judicial Application of the Constitution, Law Science, no. 11 of 2001, pp. 3-8+51, 2001.
35. 童之偉，憲法適用應依循憲法本身規定的路徑，中國法學，2008 年第 6 期，頁 22-48，2008。
- Tong, Zhi-Wei, The Application of Constitution Should Follow the Routes Specified in the Constitution Itself, China Legal Science, no. 6 of 2008, pp. 22-48, 2008.
36. 費善誠，試論我國違憲審查制度的模式選擇，政法論壇，1999 年第 2 期，頁 2-13，1999。
- Fei, Shan-Cheng, Study on the Choice of Different Models of Constitutional Review in China, Tribune of Political Science and Law, no. 2 of 1999, pp. 2-13, 1999.
37. 熊文釗，在人民代表大會制度框架下適用憲法，法學，2009 年第 4 期，頁 21-24，2009。
- Xiong, Wen-Zhao, Application of the Constitution under the Framework of People's Congress, Law Science, no. 4 of 2009, pp. 21-24, 2009.
38. 翟小波，代議機關至上的人民憲政—我國憲法實施模式的解釋性建構，清華法學，2007 年第 2 期，頁 35-53，2007。
- Di, Xiao-Bo, People's Constitutional Politics under the Supremacy of Representative Institution: An Interpretative Construction of How to Carry out China's Constitution, Tsinghua Law Review, no. 2 of 2007, pp. 35-53, 2007.
39. 蔡定劍，憲法實施的概念與憲法施行之道，中國法學，2004 年第 1 期，頁 21-26，2004。
- Cai, Ding-Jian, The Concept and Measures of Carrying Out the Constitution, China Legal Science, no. 1 of 2004, pp. 21-26, 2004.
40. 韓大元，《憲法解釋程序法》的意義、思路與框架，浙江社會科學，2009 年第 9 期，頁 15-22，2009。
- Han, Da-Yuan, The Meaning, Thinking, and Framework of the "Code of Constitutional Interpretation Procedure", Zhejiang Social Sciences, no. 9 of 2009, pp. 15-22, 2009.
41. 蘇永欽，合憲法律解釋原則—從功能法上考量其運作界線與效力問題，載：氏著，合憲性控制的理論與實際，頁 79-142，1994。
- Su, Yeong-Chin, The Principal of Interpreting the Law in Line with the Constitution: Its Limits and Validity from the Perspective of Functional Law,

in Su, Yeong-Chin, *Theory and Practice of Constitutional Control*, pp. 79-142, 1994.

42. 蘇永欽，走向規範憲法—從台灣的經驗看大陸的選擇，載：政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，頁 227-262，2010。

Su, Yeong-Chin, *Toward a Normative Constitution: the Choice of Mainland China from the Perspective of Experiences in Taiwan*, in *Political Thoughts and National Jurisprudence, Festschrift in Honor of Prof. Wu Geng's 70th Birthday*, pp. 227-262, 2010.

二、英文

1. Andenas, Mads, *A European Perspective on Judicial Independence and Accountability*, 41 INT'L LAW. 1 (2007).
2. Backer, Larry Cata, *A Constitutional Court for China within the Chinese Communist Party: Scientific Development and a Reconsideration of the Institutional Role of the CCP*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 593 (2010).
3. Barber, N.W., *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, 9 I.J.C.L. 144 (2011).
4. Brdley, A.W., *The Sovereignty of Parliament—Form or Substance*, in 23 THE CHANGING CONSTITUTION 58 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000).
5. Craig, Paul, *Britain in the European Union*, in 61 THE CHANGING CONSTITUTION 88 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000).
6. Delmestro, Manuel E., *The Communist Party and the Law: An Outline of Formal and Less Formal Linkages between the Ruling Party and other Legal Institutions in the People's Communist Party*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 681 (2010).
7. Dougan, Michael & Michael Gordon, *The United Kingdom's European Union Act 2011: "Who Won the Bloody War Anyway?,"* 37 E.L. REV. 3 (2012).
8. Elliot, Mark, *Bicameralism, Sovereignty, and the Unwritten Constitution*, 5 INT'L J. CONST. L. 370 (2007).
9. Geddis, Andrew & Bridget Fenton, *"Which is to be Master?"—Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, 25 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 733 (2008).
10. Hill, Lord Lester of Herne, QC, *Human Rights and the British Constitution*, in 89 THE CHANGING CONSTITUTION 110 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 4th ed. 2000).
11. KAVANAGH, AILEEN, *CONSTITUTIONAL REVIEW UNDER THE UK HUMAN RIGHTS ACT* (2009).
12. KEIR, D.L. AND F.H. LAWSON, *CASES IN CONSTITUTIONAL LAW* (5th ed. 1967).
13. LEYLAND, PETER, *THE CONSTITUTION OF THE UNITED KINGDOM—A CONTEXTUAL*

ANALYSIS (2d ed. 2012).

14. Lustgarten, Laurence & Ian Leigh, *Making Rights Real: the Courts, Remedies, and the Human Rights Act*, 58 C.L.J. 509 (1999).
15. Malkani, Bharat, *Human rights treaties in the English legal system*, 2011 P.L. 554.
16. MINISTRY OF JUSTICE, RESPONDING TO HUMAN RIGHTS JUDGMENTS: REPORT TO THE JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS ON THE GOVERNMENT'S RESPONSE TO HUMAN RIGHTS JUDGMENTS 2010-11, Sept. 2011, *available at* <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm81/8162/8162.pdf> (last visited Oct. 8, 2011).
17. OLIVER, DAWN, CONSTITUTIONAL REFORM IN THE UK (2003).
18. SCARMAN, L., ENGLISH LAW: THE NEW DIMENSION (1974).
19. SCHYFF, GERHARD VAN DER, JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION: A COMPARATIVE STUDY OF THE UNITED KINGDOM, THE NETHERLANDS, AND SOUTH AFRICA (2010).
20. Seymour, David, *The Extension of the European Convention on Human Rights to Central and Eastern Europe: Prospects and Risks*, 8 CONN. J. INT'L L. 243 (1993).
21. Shen, Kui, *Is it the Beginning of the Era of the Rule of the Constitution? Reinterpreting China's "First Constitutional Case,"* 12 Pac. Rim L. & Pol'y J. 199 (2003).
22. White, Richard, *Separation of Powers and Legislative Supremacy*, 127 L.Q. R. 456 (2011).
23. Wintemute, Robert, *Lesbian and Gay Inequality 2000: The Potential of the Human Rights Act 1998 and the Need for an Equality Act 2002*, 6 E.H.R. L. R. 603 (2000).
24. Wolcher, Louis E., *A Philosophical Investigation into Methods of Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom*, 13 VA. J. SOC. POL'Y & L. 239 (2006).
25. Zhu, Guobin, *Constitutional Review in China: An Unaccomplished Project or a Mirage?*, 43 SUFFOLK U. L. REV. 625 (2010).

Supremacy of Parliament and Supremacy of People's Congress What China Can Learn from the Development of Constitutional Review in the United Kingdom

Liu, Ting-Chi*

Abstract

In 1954, the People's Republic of China promulgated its first constitution; however, at the time, the idea that the constitution is the supreme law of the land was not established. As China's market economy continues to grow, how to carry out the fundamental mandate of the Constitution, respond to the demand for human rights protection, and create an effective system of constitutional review on laws and regulations become an important issue.

Based on the development of the constitutional review in the United Kingdom under the doctrine of "supremacy of parliament," which is similar to the Chinese principle of "supremacy of people's parliament," this article will explore the potential roles that Chinese courts can play in China's constitutional review process. As the Chinese Constitution explicitly specifies that the Standing Committee of the People's Congress has the authority to interpret the Constitution and to invalidate subordinate legislations, special attention will be paid to the questions that whether and how the Chinese courts can perform constitutional review on parliamentary legislations and other subordinate regulations.

Keywords : Constitutional Review, Judicial Review, the United Kingdom, China, Supremacy of Parliament, Supremacy of People's Congress

* Assistant Professor, College of Law, National Chengchi University; S.J.D., The George Washington University Law School

國科會補助專題研究計畫項下赴國外(或大陸地區)移地研

究心得報告

日期：102年3月31日

計畫編號	NSC100-2420-H-004-023-MY2		
計畫名稱	走向規範憲法：中國違憲審查制度開展之研究		
出國人員姓名	董保城	服務機構及職稱	國立政治大學法律學系
出國時間	2011年5月、 2011年11月	出國地點	北京、上海、濟南等地

一、 國外(大陸)研究過程

本報告所記錄之移地研究，相關差旅費用係由本計畫所補助以外之經費支應，故並未支領本研究計畫所補助之差旅費用，謹此說明。

計畫執行期間，計畫主持人利用其與中國大陸公法學者曾有學術合作的經驗，二次親赴大陸，與知名公法學者進行深度訪談，藉由座談會、圓桌論壇的方式，與中國大陸法政學者進行訪談，試圖對於此議題有更為深入的理解。為了方便受訪者暢所欲言，本研究計畫承諾採取匿名處理，但將過程錄音做成訪談記錄，其中對於受訪學者將以英文字母代號表示，納入期末成果報告。過程的記錄對於隔著海峽的我國學者，料能成為了解彼岸學界意見與實際憲政氛圍的重要來源。

二、 研究成果

由於違憲審查議題於中國實屬敏感，前述訪談資料相對於既有出版文獻，更有助於深入瞭解中國在地觀點，可謂彌足珍貴，對於隔著海峽的我國學

者，應能成為了解彼岸學界意見與實際憲政氛圍的重要來源；就本畫而言，進行兩岸在憲法學理與憲政經驗上的交流與激盪，帶給本計畫研究極大的助益。

三、建議

倘若能就特定領域和類型之研究計畫，放寬補助項目以便聘用陸籍碩博士生擔任研究助理，對於類似本計畫之研究，應有實質助益。

四、其他

國科會補助專題研究計畫項下赴國外(或大陸地區)移地研

究心得報告

日期：101 年 1 月 1 日

計畫編號	NSC 100-2420-H-004 -023 -MY2		
計畫名稱	走向規範憲法：中國違憲審查制度開展之研究		
出國人員姓名	陳佳鴻	服務機構及職稱	國立政治大學法律學系 碩士班
出國時間	2011 年 11 月 04 日至 2011 年 11 月 08 日	出國地點	中國北京人民大學

一、 國外(大陸)研究過程

赴中國人民大學出席「第二屆海峽兩岸公法學論壇」學術研討會。

日期	行程
11 月 4 日	抵達北京中國人民大學
11 月 5 日	會議議程
11 月 6 日	會議議程
11 月 7 日	文化參訪
11 月 8 日	返回台北

二、 研究成果

「海峽兩岸公法學論壇」係由政治大學法學院、政治大學法學院公法研究

中心（下稱「政大公法中心」）、中國人民大學法學院、中國人民大學憲政與行政法治研究中心和聯合發起，旨在推動兩岸公法學的交流與發展。期望通過廣泛的學術對話與溝通，增進兩岸公法學界的相互瞭解與認識，共同促進兩岸公法制度和公法學理論的發展。

2011年11月5、6日於北京中國人民大學舉行第二屆海峽兩岸公法學論壇，主題為「基本權利的公法救濟」。我國方面共有政治大學法學院公法中心教授、研究生與國立臺北大學、私立東吳大學、私立中國文化大學、中央研究院法律學研究所教授與會，中國方面則有北京大學、清華大學、中國社科院、中國政法大學、中央財經大學、北京航空航太大學、首都師範大學、武漢大學、浙江大學、山東大學、蘇州大學、廈門大學、上海交通大學、華東政法大學、西北政法大學、中國人民大學等院校的五十餘位公法學者參加論壇，藉由參與學者不同專業領域與研究主題，充實論壇議題之內容與交流。同時藉由與會學者之影響力，帶動兩岸公法學之發展，同時對於兩岸公法學之認識與動態有更為深入之了解。

三、 建議

就學術討論部分，因中國對外文文獻翻譯數量極為龐大，學術交流機會亦多，加以有多位年輕學者自國外留學歸國，其論文對外國文獻的掌握能力已有大幅度提升，學者或一般學生對外國學術研究動態也瞭若指掌。

然憲法領域因其性質具高度政治性，且具體法律的發展和社會脈動息息相關，在中國因政治社會風氣保守，憲法少有真正實踐之機會，故本次研討會憲法部分的討論多聚焦於憲法解釋方法及憲法解釋之程序事項，而較少觸及基本權利保障與權力分立。

除此之外，中國學者與學生在學術研究的熱誠與努力是值得我國學習的，本次研討會雖於六、日舉行，但仍座無虛席，學者、學生發言討論踴躍。星期日晚上於北京大學的演講更是有將近兩百位學生出席，若在國內於星期日晚上舉辦研討會恐僅有少數人會主動參與。研討會期間於中國人民大學校園參觀，不但圖書館閱讀室一早就有學生大排長龍，更有英文讀書會於湖畔朗誦英文，實值得我國學生警惕與學習。

本次至中國北京參加研討會，不但增廣視野，更能增加兩國間的學術交流，彼此互相切磋，極具實益，若能建立定期穩定學術交流，對中國的法學發展與民主自由風潮之普及應有極大助益，實為吾輩努力之方向。

國科會補助專題研究計畫項下赴國外(或大陸地區)移地研

究心得報告

日期：102年3月31日

計畫編號	NSC100-2420-H-004-023-MY2		
計畫名稱	走向規範憲法：中國違憲審查制度開展之研究		
出國人員姓名	董保城	服務機構及職稱	國立政治大學法律學系
出國時間	2011年5月、 2011年11月	出國地點	北京、上海、濟南等地

一、 國外(大陸)研究過程

本報告所記錄之移地研究，相關差旅費用係由本計畫所補助以外之經費支應，故並未支領本研究計畫所補助之差旅費用，謹此說明。

計畫執行期間，計畫主持人利用其與中國大陸公法學者曾有學術合作的經驗，二次親赴大陸，與知名公法學者進行深度訪談，藉由座談會、圓桌論壇的方式，與中國大陸法政學者進行訪談，試圖對於此議題有更為深入的理解。為了方便受訪者暢所欲言，本研究計畫承諾採取匿名處理，但將過程錄音做成訪談記錄，其中對於受訪學者將以英文字母代號表示，納入期末成果報告。過程的記錄對於隔著海峽的我國學者，料能成為了解彼岸學界意見與實際憲政氛圍的重要來源。

二、 研究成果

由於違憲審查議題於中國實屬敏感，前述訪談資料相對於既有出版文獻，更有助於深入瞭解中國在地觀點，可謂彌足珍貴，對於隔著海峽的我國學

者，應能成為了解彼岸學界意見與實際憲政氛圍的重要來源；就本畫而言，進行兩岸在憲法學理與憲政經驗上的交流與激盪，帶給本計畫研究極大的助益。

三、建議

倘若能就特定領域和類型之研究計畫，放寬補助項目以便聘用陸籍碩博士生擔任研究助理，對於類似本計畫之研究，應有實質助益。

四、其他

國科會補助專題研究計畫項下赴國外(或大陸地區)移地研

究心得報告

日期：101 年 1 月 1 日

計畫編號	NSC 100-2420-H-004 -023 -MY2		
計畫名稱	走向規範憲法：中國違憲審查制度開展之研究		
出國人員姓名	陳佳鴻	服務機構及職稱	國立政治大學法律學系 碩士班
出國時間	2011 年 11 月 04 日至 2011 年 11 月 08 日	出國地點	中國北京人民大學

一、 國外(大陸)研究過程

赴中國人民大學出席「第二屆海峽兩岸公法學論壇」學術研討會。

日期	行程
11 月 4 日	抵達北京中國人民大學
11 月 5 日	會議議程
11 月 6 日	會議議程
11 月 7 日	文化參訪
11 月 8 日	返回台北

二、 研究成果

「海峽兩岸公法學論壇」係由政治大學法學院、政治大學法學院公法研究

中心（下稱「政大公法中心」）、中國人民大學法學院、中國人民大學憲政與行政法治研究中心和聯合發起，旨在推動兩岸公法學的交流與發展。期望通過廣泛的學術對話與溝通，增進兩岸公法學界的相互瞭解與認識，共同促進兩岸公法制度和公法學理論的發展。

2011年11月5、6日於北京中國人民大學舉行第二屆海峽兩岸公法學論壇，主題為「基本權利的公法救濟」。我國方面共有政治大學法學院公法中心教授、研究生與國立臺北大學、私立東吳大學、私立中國文化大學、中央研究院法律學研究所教授與會，中國方面則有北京大學、清華大學、中國社科院、中國政法大學、中央財經大學、北京航空航太大學、首都師範大學、武漢大學、浙江大學、山東大學、蘇州大學、廈門大學、上海交通大學、華東政法大學、西北政法大學、中國人民大學等院校的五十餘位公法學者參加論壇，藉由參與學者不同專業領域與研究主題，充實論壇議題之內容與交流。同時藉由與會學者之影響力，帶動兩岸公法學之發展，同時對於兩岸公法學之認識與動態有更為深入之了解。

三、 建議

就學術討論部分，因中國對外文文獻翻譯數量極為龐大，學術交流機會亦多，加以有多位年輕學者自國外留學歸國，其論文對外國文獻的掌握能力已有大幅度提升，學者或一般學生對外國學術研究動態也瞭若指掌。

然憲法領域因其性質具高度政治性，且具體法律的發展和社會脈動息息相關，在中國因政治社會風氣保守，憲法少有真正實踐之機會，故本次研討會憲法部分的討論多聚焦於憲法解釋方法及憲法解釋之程序事項，而較少觸及基本權利保障與權力分立。

除此之外，中國學者與學生在學術研究的熱誠與努力是值得我國學習的，本次研討會雖於六、日舉行，但仍座無虛席，學者、學生發言討論踴躍。星期日晚上於北京大學的演講更是有將近兩百位學生出席，若在國內於星期日晚上舉辦研討會恐僅有少數人會主動參與。研討會期間於中國人民大學校園參觀，不但圖書館閱讀室一早就有學生大排長龍，更有英文讀書會於湖畔朗誦英文，實值得我國學生警惕與學習。

本次至中國北京參加研討會，不但增廣視野，更能增加兩國間的學術交流，彼此互相切磋，極具實益，若能建立定期穩定學術交流，對中國的法學發展與民主自由風潮之普及應有極大助益，實為吾輩努力之方向。

國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2013/03/29

國科會補助計畫	計畫名稱: 子計畫一: 走向規範憲法: 中國違憲審查制度開展之研究
	計畫主持人: 董保城
	計畫編號: 100-2420-H-004-023-MY2 學門領域: 當代中國政經社會文化整合型研究
無研發成果推廣資料	

100 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：董保城		計畫編號：100-2420-H-004-023-MY2				計畫名稱：中國大陸的社經變遷與法制發展--子計畫一：走向規範憲法：中國違憲審查制度開展之研究	
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	1	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	1	0	100%		
		專書	0	0	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（本國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		章/本
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（外國籍）	碩士生	3	3	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>本研究已蒐集整理中國憲法規範化及違憲審查制度的相關重要文獻，並且從比較法之角度，觀察英國、法國違憲審查制度之演變，試圖提出中國違憲審查架構之初步建議。研究計畫主持人亦親自前往中國與專家學者、中國大陸法學博士生進行深度討論與訪談，由於違憲審查議題於中國實屬敏感，前述訪談資料相對於相關出版文獻而言，彌足珍貴。</p> <p>從世界各國或我國的角度與經驗，觀察中國大陸的憲政發展，不僅能夠將他國的制度與中國大陸作對照，也可進一步檢視憲法解釋或違憲審查的制度精神，並回頭為我國在日漸整合的世界人權潮流之中，形成理論思考或實務運作的參考。例如目前從英國、法國和中國大陸間所作的比較與連結，就是以本土憲法學為中心的研究一般不會涉及者。但是，其對於我國憲法審判組織、制度與程序，乃至於法官聲請釋憲或是普通法院的解釋憲法義務的啟示，以及拓展人權保障制度光譜的思考，就是別具意義的研究主題。</p> <p>本研究計畫之成果，已撰寫成符合學術格式之論文，陸續投稿於國內專業學術期刊（其中，協同主持人劉定基所撰「議會至上與人大至上一從英國違憲審查的發展看中國違憲審查的未來」一文已確定將刊載於政大法學評論第 133 期，預定 2013 年 6 月出版），期望藉此帶動本土化的法學研究，反思我國憲政體制之成長。</p>
--	---

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科教處計畫加填項目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

本研究已蒐集整理中國憲法規範化及違憲審查制度的相關重要文獻，並且從比較法之角度，觀察英國、法國違憲審查制度之演變，試圖提出中國違憲審查架構之初步建議。研究計畫主持人亦親自前往中國與專家學者、中國大陸法學博士生進行深度討論與訪談，由於違憲審查議題於中國實屬敏感，前述訪談資料相對於相關出版文獻而言，彌足珍貴。

從世界各國或我國的角度與經驗，觀察中國大陸的憲政發展，不僅能夠將他國的制度與中國大陸作對照，也可進一步檢視憲法解釋或違憲審查的制度精神，並回頭為我國在日漸整合的世界人權潮流之中，形成理論思考或實務運作的參考。例如目前從英國、法國和中國大陸間所作的比較與連結，就是以本土憲法學為中心的研究一般不會涉及者。但是，其對於我國憲法審判組織、制度與程序，乃至於法官聲請釋憲或是普通法院的解釋憲法義務的啟示，以及拓展人權保障制度光譜的思考，就是別具意義的研究主題。

本研究計畫之成果，已撰寫成符合學術格式之論文，陸續投稿於國內專業學術期刊（其中，協同主持人劉定基所撰「議會至上與人大至上——從英國違憲審查的發展看中國違憲審查的未來」一文已確定將刊載於政大法學評論第 133 期，預定 2013 年 6 月出版），期望藉此帶動本土化的法學研究，反思我國憲政體制之成長。

