

司法能動的魅與惑

——評《司法能動主義》

● 劉志欣



沃爾夫 (Christopher Wolfe) 著，黃金榮譯：《司法能動主義——自由的保障還是安全的威脅？（修訂版）》（北京：中國政法大學出版社，2004）。

司法審查權經歷了從實質上的解釋性權力到事實上的立法性權力的歷史轉變，是美國憲政史上最令

人感興趣的問題之一。這一轉變標誌着司法功能的擴張，又稱「司法能動主義」(judicial activism)。司法能動主義在美國社會變革中所產生的良好結果，使中國改革者對司法權強化之於中國社會變革的助益充滿信心。但值得關注的是，首先，司法能動主義本身是有美國語境的，它的實現不是一蹴而就的，也不會是一勞永逸的；其次，即使在美國，司法審查權的擴張仍然受到質疑，在理論上也有爭議。因此，作為後來者，中國在借鑒與參考美國司法審查制度時，需要對司法能動主義有一個更加全面的了解。

關於美國背景下司法能動主義與民主的關係以及司法能動主義與善政問題的爭論，美國馬凱特大學 (Marquette University) 政治學教授沃爾夫 (Christopher Wolfe) 在《司法能動主義——自由的保障還是安全的威脅？（修訂版）》(*Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* [rev. ed.]，引用

司法審查權經歷了從實質上的解釋性權力到事實上的立法性權力的歷史轉變，是美國憲政史上最令人感興趣的問題之一。這一轉變標誌着司法功能的擴張，又稱「司法能動主義」。

* 本文為2012年度教育部人文社會科學研究青年基金項目：「風險規制視域下我國政府應急管理回應模式研究」（項目批准號：12YJC820067）的階段性成果。

只註頁碼)一書中進行了全面、系統的闡述。本文在簡略介紹司法能動主義在美國興起的歷史背景之後，對此書的內容進行評述，進而對與司法能動主義有關的「中國問題」進行探討。

一 司法能動主義的美國語境：抉擇與智慧

在1947年「司法能動主義」這一概念正式使用之前，司法能動的思想就已經在美國法院中廣為流行，即司法權使用中包含了大量被後來研究者稱之為「司法能動」的因素，如宣布立法無效、靈活的憲法解釋等^①。大致而言，對「司法能動主義」的界定主要是圍繞兩個關係展開的：一是司法審查與憲法的關係，即摻入法官政治信仰或政策偏好的司法審查(釋憲)被認為是一種司法能動；二是法官的自由裁量問題，即強調法官的正義使命和輕視司法權的限制均屬於司法能動(頁2)。

成文法的局限使得美國憲法需要因應時代發展進行修改和調整，由於制憲者提供的憲法修改程序過於「笨重」而不充分，立法機構無法做到在修憲上與時俱進，這就使得司法機關得以通過歷史變遷攫取了對憲法進行解釋和解讀的重要權力。

在「馬伯里訴麥迪遜案」(Marbury v. Madison, 1803)中，美國聯邦最高法院首席大法官馬歇爾(John Marshall)將司法審查(釋憲)權解釋成了司法機關的任務。此後，在經歷傳統、轉型、現代三個發展階段後，司法機關逐漸使司法審查權遠離憲法意

志，由最弱小的權力變成了獨佔憲法解釋權的、具有至上性的權力，並達致了司法能動的狀態。

在傳統司法審查階段(從建國到十九世紀末)，立法至上和同級審查主張者認為，司法機關解釋憲法的權力是沒有必要的。立法至上者主張，政治權威的來源是人民；如果需要解釋憲法的話，那麼這個權力應當屬於最接近人民的立法機關。同級審查者則認為，從分權制衡的角度看，立法機關與行政機關沒有理由受司法機關的憲法解釋約束。在這一輪爭論中，主張司法機關其實是憲法意志實施者的溫和形式司法審查最終得以勝出，並使司法審查(釋憲)權得到了認可。

到了十九世紀末期，轉型時代的最高法院經常使用正當程序條款來推翻聯邦和州的經濟立法，以保護憲法所支持的經濟自由和契約自由不受立法行為的侵害。這一時期的司法審查權擴張是在法官堅信他們只是在完成憲法意圖的過程中完成的。轉型時代的法官堅持認為：他們執行的是憲法的意志，而非在進行司法性立法。但是，他們為了維護憲法而採取的否定國會立法的手段，最終導向了一種更加具有自我意識的司法能動主義。

1930年代羅斯福(Franklin D. Roosevelt)總統「最高法院重組計劃」的威脅使最高法院改變了自己的立場，進而使司法審查權進入了現代司法審查階段。現代司法審查傾向於通過司法性立法來填充憲法的空隙，使司法權力超越憲法指示和司法權的內在限制以主導社會變革。在這一階段，最高法院將司法審查(釋憲)權直接推演到了「司法至

轉型時代的法官堅持認為：他們執行的是憲法的意志，而非在進行司法性立法。但他們為了維護憲法而採取的否定國會立法的手段，最終導向了一種更加具有自我意識的司法能動主義。

上」，使司法機關不僅獨享了憲法解釋權，而且使「法官所說的憲法」成為了美國的憲法（頁50）。

可以說，司法能動主義的產生既是美國歷史發展的必然，也是歷史發展的偶然。「必然」是因為隨着時代的變遷，要一份十八世紀的憲法文件來應對二百多年後締造者根本無法預料的現代社會問題，難免強人所難。此時，由政府的某個機構來掌握調整憲法以使其適應新環境的權力是勢在必行的。「偶然」則是因為最高法院自馬歇爾以降的大法官用他們的智慧和謙抑行走於政治與法律之間，使司法機關從最小危險的部門變成了最具權威的部門。在歷史的必然與偶然之間，司法權由解釋憲法的權力轉變為修正憲法的權力；而這既是美國歷史的抉擇，也體現了司法機關的智慧。

但是，作者仍然堅信：「司法能動主義是一個不幸的現象。」（〈前言〉，頁4）許多美國人對這個極具擴張性的司法權力感到莫名的恐懼，並堅持認為不受制約的司法權力將控制這個民主國家，進而侵蝕共和政府的基礎、損害人民的權利。理由在於：一方面，司法權是反民主的；另一方面，司法機關並不比立法機關更能實現善政。

二 司法能動主義的爭論

（一）司法能動反民主嗎？

對司法能動主義的最廣泛質疑首先來自於它的反民主特徵。司法機關的任命模式、任職制度和主要任務都決定了它並不代表人民的意

志，而只是根據法律獨立審判案件。因此，無論從哪個角度看，由最不民主的司法機關來對最具民主特徵的憲法行使解釋權都是缺乏正當性的。

對於「不民主」的批評，司法能動主義支持者提出四點理由予以反駁：

首先，司法能動主義始終致力於維護政府的民主目的——即保護自由和擴大平等。一方面，獨立於民主程序之外的法官通過對人民的選舉權或者言論自由等政治權利的保障，有效地避免了公共官員操縱政治程序，使民主程序得以良性運行。另一方面，法院通過受理案件實現了對少數群體的保護，使這部分人不會因為缺乏政治上的代表而失去其基本權利。這都體現了法院的民主價值。

其次，司法權最終是由人民控制的，它並不完全獨立於人民。彈劾、修憲、國會對最高法院規模以及上訴管轄權進行控制、法官任命的權力分配程序、違抗判決權等方式，都可能對法官進行制約。

再次，現代司法權的民主特徵是被美國人民默示同意的。默示同意 (tacit consent) 是民主理論的必要組成部分，它是指：如果上一代人的法律沒有被新一代人所修改，那麼就被視為新一代人默示同意了上一代人的法律。據此，如果現有的制度安排沒有被改變，那麼就應當視為人民對這種制度安排是滿意的，至少是默示同意的。最近幾十年的歷史表明，對司法體系的制度性攻擊從來沒有在爭取民意上獲得成功；並且，最高法院作出的裁決一般會產生政策性效果，如「布朗

司法能動主義的產生是美國歷史發展的必然，因為隨着時代的變遷，要一份十八世紀的憲法文件來應對二百多年後締造者根本無法預料的現代社會問題，難免強人所難。此時，由政府的某個機構來掌握調整憲法的權力是勢在必行的。

很多時候，人們之所以選擇容忍司法能動主義，只是因為要設計一種「只打擊最高法院不適當權力而又不會傷及其合法權力」、既要保持其適當獨立性又要防止其濫用獨立性的制約機制實在太困難了。

訴托皮卡教育委員會案」(Brown v. Board of Education of Topeka, 1954)中否定種族隔離、彰顯種族平等的判決，就獲得了立法機關和民眾的廣泛支持。

最後，民主是具有相對性的，純粹民主是不存在的。細緻考察可以發現，行政、立法、司法三個機關在民主性方面的差異並沒有想像中那麼顯著。其一，立法機構在機構代表性和程序民主性方面都存在着明顯的局限。立法機構能否真正代表人民是值得懷疑的，立法程序也並不總是能準確地反映出大多數人的意志；其二，行政機構的民主性問題也同樣值得質疑。絕大多數選民通常都是在他們「不贊成的候選人與他們更不贊成的候選人之間進行選擇」(頁120)。因此，總統制訂的政策也未必能真正反映大多數人民的意志。

對於司法能動主義支持者的辯解，反對者認為這些論點不具有說服力：

首先，民主並不只主張民享政府，它同時還應當包含民有和民治的政府。的確，民主是崇尚自由和平等的，但自由和平等並不是民主的全部，民主的真諦還在於民主所主張的自由和平等是通過民主的途徑來實現的。因此，司法能動主義有助於實現自由和平等並不等於司法權就是民主的。當現代司法權脫離了憲法對自由和平等進行界定时，它的民主特徵就已經闕如了。

其次，司法能動主義支持者所列舉的對法官的制約方式，在實施成效上並不理想。它們或因程序原因和政治慣例太難啟動，如彈劾；或因有悖於憲法原則和法治精神而

被束之高閣，如違抗判決權。此外，從邏輯上說，即使法院事實上受到制約，也不代表其具有民主性。

再次，默示同意理論的作用在於為人們明示同意的制度的合法性提供一種合理基礎，它並不適用於證明制度變革的合法性。很多時候，人們之所以選擇容忍司法能動主義，只是因為要設計一種「只打擊最高法院不適當權力而又不會傷及其合法權力」、既要保持其適當獨立性又要防止其濫用獨立性的制約機制實在太困難了(頁112)。而這與默示同意並沒有關係。

最後，國會立法與司法立法的民主性存在差異。在國會立法的情形下，受長時間審議、多數群體參與、討價還價等機制制約，立法沒有獲得廣泛的公眾支持是不可能通過的；而在司法立法的情形下，重大的變革不需要獲得多數人支持就可能在全國範圍內得以實現。民主性之差異由此可見一斑。

(二) 司法能動能實現善政嗎？

司法能動主義支持者認為，「一個制度的好壞不可能僅靠抽象的理論來衡量。它是否在實踐中產生了良好結果這一點必須成為我們據以判斷的重要依據。」(頁123)在他們看來，總體而言，司法能動主義是能夠實現善政的：

首先，1937年「國家勞工關係委員會訴瓊斯—拉夫林鋼鐵公司案」(National Labor Relations Board v. Jones-Laughlin Steel Corporation)以來的歷史實踐表明(頁31)，司法機關已經很好地行使了司法權力，

並取得了良好結果。最高法院在種族、言論、宗教、選區代表權等問題上的判決最大限度地實現了對人民權利的保護，並有益地推進了社會變革。其中最具代表性的是最高法院在「布朗訴托皮卡教育委員會案」中對於種族問題的立場。

其次，這些良好結果的出現立基於法官所具有的特殊能力。一方面，法官都受過良好的教育，尤其是良好的法律教育。與其他政治群體相比，最高法院法官在獲任命前一般都具有「出色的法律職業聲望」和「廣泛的政治經驗」（頁128、129）。另一方面，法官具有中立性和獨立性。對政治程序的超然使法官擁有在不受政治壓力影響的情況下解決憲法權利問題的特殊能力。這些特殊能力的具備，使得法官要比其他政治機構的決策者要高明得多。

最後，司法權擴張可能帶來的威脅被過度誇大了。書中指出，「迄今為止對司法機關所進行的制約還是非常成功的」（頁132），如羅斯福總統的「最高法院重組計劃」等。司法能動主義的支持者認為，法官任命權對最高法院的制約也是很有效的，如馬歇爾法院讓位於塔尼法院（the Taney Court），沃倫法院（the Warren Court）讓位於博格法院（the Burger Court），一定程度上都是法官任命權制約的結果。另外，人們的容忍也表明，司法權並沒有被濫用，或者司法權的濫用並不嚴重。當人們對最高法院的所作所為存在普遍敵意時，最高法院還是會受到制約的。

對此，反對者爭辯說，用良好結果來反推司法能動主義可行的觀點是有問題的。此外，以下因素也

說明了司法能動主義並不總是帶來良好結果：

首先，司法能動主義支持者無視司法能動主義所產生的不良結果：其一，最高法院判決帶來了良好結果的同時，也做出過許多不合時宜的判決；其二，一些人看來有益的判決，在另一些人看來可能是有害的，如法院對於淫穢物品以及墮胎問題的態度^②；其三，支持者有意忽略了1937年以前司法能動主義所帶來的結果，而當時奉行司法能動主義的保守主義者所追求的目標是維護經濟自由和契約自由，他們所帶來的結果並不如1937年以後那麼理想。

其次，法官即使具備一些與他們工作性質相關的美德，也並不構成政治程序服從司法的充分理由：其一，民主原則否認包括教育程度在內的特殊素質是享有政治權威的基礎，以及「不經對方的同意而由一些人統治另外一些人」（頁146）；其二，法官所持的中立立場並不必然保證其利益中立。不受制約的自我利益可能使法官採取更具利益傾向性、危險性的行為，從而可能會帶來或者擴大社會罪惡；其三，法官在知識體系上存在着明顯缺陷。如缺乏除法律之外的其他學科知識，傾向於忽略權利成本—收益方面的考量，更難通過對抗性法律訴訟在競爭性利益雙方之間實現妥協等（頁151-55）。

最後，在司法權力極具擴張性的當下，彈劾等制約方式已經不能適應形勢需要了。即使是最為頻繁使用的法官任命權，其制約效果也是很有限的：其一，法官任命的制約要經過很長時間才能發揮作用。

司法能動主義的支持者認為，法官任命權對最高法院的制約是有很有效的，但反對者指出，法官任命的制約要經過很長時間才能發揮作用；法官的任命程序很少撤銷以前的判決。因此，作為一個「巨大的權力」，司法權力已經成為一個最少受控制的權力了。

司法解釋及指導性案例的發布表明，中國最高人民法院已經並將逐漸採取一些具有司法能動主義傾向的行為；而對法官獨立的持續支持，也表明了法學界對司法能動主義的理論呼應。

例如，支持經濟自由、契約自由，反對政府干預經濟的自由市場經濟法院持續了兩代人的時間(1890-1937)才被支持政府規制經濟的羅斯福法院所取代(頁158)；其二，「法官的任命程序很少撤銷以前的判決，在更多的情況下，它只是傾向於防止那些先例的進一步擴張。」(頁159)因此，作為一個「巨大的權力」(頁165)，司法權力已經成為一個最少受控制的權力了。

近年來，美國一些法學家，包括享有盛名的波斯納(Richard A. Posner)，在一些學術作品中將最高法院描述成「政治性法院」，並認為法官已經成為了「穿着法袍的政客」，因為他們在做出某些判決時，已經完全忽視了憲法、先例、下級法院裁判和當事人的請求，徹底把案件當作產生他們想要的規則的工具^③。

誠然，這些爭論是立基於美國的制度、歷史與文化背景的。當我們審視中國的司法審查制度時，由於中美兩國在權力結構、政治傳統和歷史基礎存在着巨大差異，因此全面引介這些觀點可能是沒有必要的。但是，當中國司法機關試圖採取一些具有司法能動主義傾向的行為時，司法權必然要遭遇包括民主和善政在內的一系列具有中國背景的問題的質疑。

三 與司法能動主義有關的「中國問題」

近年來，司法解釋及指導性案例的發布表明，中國最高人民法院

已經並將逐漸採取一些具有司法能動主義傾向的行為；而對法官獨立的持續支持，也表明了法學界對司法能動主義的理論呼應^④。

當非民選的司法機關試圖採取具有立法性傾向的行為時，必然要接受民主性的檢驗。當法官試圖對法律條款進行解讀時，他們必須解決的問題是：為甚麼法官比立法者更了解法律本身？而當他們試圖在法律縫隙中完善法律時，又必須面對如下問題：非民選的少數人對多數人進行統治的正當性何在？儘管這或者僅是一個民主標籤的問題，但是卻涉及到了司法能動主義的整個理論基礎。畢克爾(Alexander M. Bickel)、伊利(John H. Ely)、德沃金(Ronald W. Dworkin)等人都曾經為這種正當性提供過辯護理由^⑤。問題是，這些立足於美國司法體系的理論是否適合用來解說中國的立法與司法關係的現狀？畢竟，中國立法機關和司法機關的歷史沉澱與美國都有相當大的差別。

從馬歇爾以降，美國最高法院大法官的智慧是奠定司法機關權威性的重要基礎，也被認為是司法能動主義能夠實現善政的重要條件。可以說，普通法傳統中法官具備特殊能力的說法，以及美國法官在法律職業聲望和政治經驗上的優越條件，使他們比立法機關與行政機關更容易得到人民的信任。相比之下，中國法官既不具備相關傳統支持，也不具備相應素質條件的狀況，使得司法機關在能否實現善政方面非常缺乏說服力。畢竟，人們沒有理由相信法官能夠比立法機構或者行政機構的官員做得更好。

美國的政治文化雖然對政府「存在根深蒂固的永久懷疑」，但是唯獨對法官「尊重有加、充分信任」，因此很多人相信司法權比立法權更不容易為惡（頁167）。可以說，這種政治文化為司法能動主義的實現奠定了堅實的文化基礎。但在中國，這種條件並不具備。權力機關掌握形式最高權力，以及行政機關一家獨大的事實，使司法機關無論從形式上還是實質上都不具備與它們相抗衡的能力。調查數據也顯示，人民對政府尤其是中央政府的信任，要遠高於對司法機關的信任^⑥。這種狀況決定了司法權難以從政治傳統中獲取其正當性。

司法機關的釋憲權問題是美國傳統司法審查階段所遭遇的問題，也是中國司法能動主義將來可能需要面對的問題。2001年最高人民法院在「齊玉苓案」中的淺嘗輒止所引發的激烈討論，顯見這一問題事實上無可迴避。在該案中，最高人民法院援引了憲法規定對案件審理提

供指導，從而使該案被稱為「憲法司法化第一案」。2001年7月24日，最高人民法院公布了〈關於以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的基本權利是否應承擔民事責任的批覆〉。該批覆稱：「經研究，我們認為，根據本案事實，陳曉琪等以侵犯姓名權的手段，侵犯了齊玉苓依據憲法規定所享有的受教育的基本權利，並造成了具體的損害後果，應承擔相應的民事責任。」^⑦但後來，一度喧囂塵上的合憲性問題討論，也隨着「齊玉苓案」批覆的停止適用而歸於寂靜^⑧。

關於司法機關的釋憲權問題，在中國必然需要解決兩個問題：第一，在憲法明確規定釋憲權歸最高權力機關（即全國人民代表大會）所有的情況下，司法機關行使憲法解釋權是否可能？第二，即使司法機關取得了憲法解釋權，它依然要面對的問題是，《中華人民共和國憲法》是一部具有「根本法」外形而缺少「至上性」的憲法。當前中國憲法

當前中國憲法的修改頻度遠甚於其他法律，且中國的法律都是「等憲法」的法律，這種狀況下司法權是否可能通過沒有至上性的憲法來取得自己對於法律的優越地位呢？



中國人民對中央政府的信任要遠高於對司法機關的信任，這決定了司法權難以從政治傳統中獲取其正當性。

面對中國的語境，當司法機關試圖培育司法能動主義、樹立權威時，必須了解：當民主、憲法、政治傳統都不足以憑恃時，其推動社會變革的正當性理由何在？這一正當性理由將為中國的司法能動主義提供理論基礎。

的修改頻度遠甚於其他法律，且中國的法律都是「等憲法」的法律^⑨，在這種狀況下，司法權是否可能通過沒有至上性的憲法來取得自己對於法律的優越地位呢？從實質意義上看，這個問題在現時或許根本不是問題，因為當前中國的確是「無所謂合不合憲法」^⑩。

司法能動並不必然導致司法至上。如果說「馬伯里訴麥迪遜案」締造了司法機關解釋憲法的司法審查神話的話，那麼司法部門成為憲法唯一權威最終解釋者這一司法至上思想則是在美國的政治傳統中逐漸形成的。法官循序漸進地攫取了這一權力，使司法權在與立法權、行政權的對抗中樹立了自己的權威、形成了相對的優勢，並成功地建立了司法至上的憲政實踐^⑪。但在奉行權力機關至上以及行政權力強大的中國，缺乏多數主義特徵、缺少憲法憑恃，且不具備尊重司法政治傳統的司法權，如何才能使自己的判決得到行政機關，乃至權力機關的認可呢？這顯然是一個令人深思的問題。

必須承認的事實是，司法能動主義的實現對於司法權在中國社會變革中佔據一席之地是十分必要的，否則，司法權將只能是一個看客。

四 結語

儘管美國的主流政治文化認為：在民主社會中，只有多數人的意志才應當具有最終的權威性；基於人性因素的考慮，不能把政治制度的運轉依靠於開明政治家，也不

能依賴於任何特定群體，但是美國最高法院大法官仍然憑藉着對民主、對憲法、對政治傳統的成功解讀，確立了司法審查權的權威性、締造了司法至上的神話。

面對中國的語境，當司法機關試圖培育司法能動主義、樹立權威時，必須了解：當民主、憲法、政治傳統都不足以憑恃時，其推動社會變革的正當性理由何在？這一正當性理由將為中國的司法能動主義提供理論基礎，也可能決定着司法能動的方向及可供利用的本土資源。畢竟，司法能動主義並不具有普適性，中國司法能動主義完全應當扎根於中國的政治資源，並選擇適合自己的進路。一個很典型的事例就是：在與美國1803年通過「馬伯里訴麥迪遜案」確立司法審查權的幾乎同時，歐洲的比利時在「面對着與美國幾乎一模一樣的問題」時，比利時最高法院的裁決認為，「司法審查不在它的職權範圍之內」，將對法律的合憲性審查的最終責任，留給了立法者來承擔^⑫。如果中國司法機關無力提供這一正當性理由，則其司法能動行為將會失去說服力。

與此同時，中國司法機關還必須注意到美國司法能動主義反對者所信奉的政治哲學：第一，任何權力都有可能被濫用；第二，任何特殊群體都不應當完全掌控政治制度的運轉；第三，沒有理由相信司法機關一定會做得更好。這樣的政治文化或者有助於保持司法機關的謙抑。不過，當代中國司法權的弱小決定了在中國的語境下，美國司法能動主義反對者的這些提醒還為時過早。

註釋

① Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'", *California Law Review* 92, no. 5 (2004): 1446.

② 分別參見「羅斯訴美國案」(Samuel Roth v. United States, 354 U.S. 476 [1957])，在該案中，最高法院認為淫穢物品不受憲法第一修正案保護，並提出了衡量「淫穢」的新標準；「羅訴韋德案」(Jane Roe v. Henry Wade, 410 U.S. 113 [1973])，在該案中，最高法院採取了承認婦女墮胎權的立場。

③ 參見 Richard A. Posner, *How Judges Think* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008), 269; Margaret L. Moses, "Beyond Judicial Activism: When the Supreme Court Is No Longer a Court", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 14, no. 1 (2011): 161-63。

④ 相關論文參見劉練軍：〈如何控制法官〉，《東方法學》，2012年第4期，頁108-23。該文認為，控制法官的正道在於保障法官獨立。

⑤ 有關畢克爾、伊利理論的介紹，參見強世功：〈司法審查的迷霧——馬伯里訴麥迪遜案的政治哲學意涵〉，《環球法律評論》，2004年冬季號，頁427-28；有關德沃金理論的介紹，參見季衛東：〈合憲性審查與司法權的強化〉，《中國社會科學》，2002年第2期，頁11。

⑥ 2006年《中國青年報》以及2007年中國社會科學院社會學所的社會調查數據顯示，公眾對於中央政府(行政機關)的信任度是最高的。參見曹林：〈百姓最信任中央權力 隱含對地方濫權的焦慮〉(2007年5月25日)，新華網，http://news.xinhuanet.com/politics/2007-05/25/content_6148838.htm。在學者史天健關於中國政治參與的研究中，也對司法機關救濟的有效性表示懷疑。

參見Tianjian Shi, *Political Participation in Beijing* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997), 83-84。

⑦ 參見最高人民法院：〈最高人民法院關於以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的基本權利是否應承擔民事責任的批覆〉(法釋〔2001〕25號)，法律圖書館，www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=15994。

⑧ 最高人民法院於2008年12月18日公布了〈關於廢止2007年底以前發布的有關司法解釋(第七批)的決定〉，其中包括廢止〈最高人民法院關於以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的基本權利是否應承擔民事責任的批覆〉，其理由是「已停止適用」。參見最高人民法院：〈最高人民法院關於廢止2007年底以前發布的有關司法解釋(第七批)的決定〉(法釋〔2008〕15號)，法律圖書館，www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=272499。

⑨ 所謂「等憲法」的法律，是指「迄今所有全國人大制訂的法律都有三分之二以上支持率的事實。如此高票率通過的法律在某種意義上和憲法具備同等合法性和正當性」。參見洪世宏：〈無所謂合不合憲法——論民主集中制與違憲審查制的矛盾及解決〉，《中外法學》，2000年第5期，頁599。

⑩ 這是由於制憲者提供的憲法修改程序過於「笨重」與不是一蹴而就的，也不會一勞永逸。參見洪世宏：〈無所謂合不合憲法〉，頁596-604。

⑪ 強世功：〈司法審查的迷霧〉，頁424-27。

⑫ 卡內岡(R. C. van Caenegem)著，薛張敏敏譯：《法官、立法者與法學教授：歐洲法律史篇》(北京：北京大學出版社，2006)，頁28。