



BOSHI WENKU

〔法学·宪法〕

宪法权利诉讼研究

XIANFA QUANLI SUSONG YANJIU

陆平辉 著

知识产权出版社



BOSHI WENKE
[法学·宪法]

宪法权利诉讼研究

知识产权出版社

内容提要

本书运用宪法学和诉讼法学的基本理论,对作为一种理论形态和制度形态的宪法权利诉讼进行了全面系统的分析。本书分析了宪法权利诉讼的内涵特征、法理基础、现实依据、结构功能,探讨了宪法权利诉讼的审判实践,归纳出若干具体宪法权利的诉讼程序,阐述了宪法诉权理论、违宪侵权理论、宪法权利审判理论等前沿理论。全书资料翔实,说理透彻,是一本具有较高学术价值和实用价值的法学专著,可供法律研究人员参考使用。

责任编辑:苏媛媛 马岳

装帧设计:sun工作室

图书在版编目(CIP)数据

宪法权利诉讼研究/陆平辉著. — 北京:知识产权出版社,2008.4

ISBN 978-7-80247-061-3

I. 宪… II. 陆… III. 宪法—诉讼—研究—中国 IV. D921.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第059765号

宪法权利诉讼研究

陆平辉 著

出版发行: 知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

邮 编:100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: zscq-bjb@126.com

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

传 真: 010-82000860-8325

印 刷: 北京富生印刷厂印刷

经 销: 新华书店及相关销售网点

责编电话: 010-82000860 转 8325

责编邮箱: mayue119@139.com

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 12.75

版 次: 2008年8月第一版

印 次: 2008年8月第一次印刷

字 数: 291千字

定 价: 28.00元

ISBN 978-7-80247-061-3/D·596 (2115)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。



自序

说实话，我进入法学领域从事宪法学研究的时间并不长。我原来一直学习政治学，研究生毕业后，有相当长的一段时间从事管理学的研究，基本不涉及法律，虽然拿了几个法学学位，但是对法律仍然很不了解，以至于当很多人拿着法律问题来找我咨询时，我却一问三不知。找我的人于是顿生疑惑：你不是学法学的吗？我只能以实情相告才得以脱身。但这些人到最后也总会留下一句意味深长的话：在这年头学政治学有何用？听到这话我无言以对。后来，我经历了一件事，这件事对我影响之大，以致于它促成了我转向对中国法律的研究。记得那是在1997年我客居广州时，一天晚上，几个身着警察和治安联防队员服装的人破门而入，进行搜查，并以我没有办理暂住证为由将我强行带到了派出所，经过搜查和讯问，我在被关押



约2小时后才被放出。我比孙志刚幸运的是没有挨打。这件事让我久久难以释怀。我苦苦思索，为什么在我国的一些地方，公民的人身权利竟然如此脆弱，以致于还经不起一纸暂住证的敲打？如何才能有效杜绝这种侵害公民基本权利事件的发生？对这些问题的思考激发了我对法律特别是对公法的兴趣。由于过去对各国政治制度有一些较为深入的研究，我的学术研究方向便从政治学转到了宪法学。

自1908年清政府颁布《钦定宪法大纲》以来，到21世纪的现在，我国已经颁布了14部宪法（包括草案）。反思中国过去一百年的立宪历程，我们一方面感受到中国宪法的命运多舛，另一方面也认识到：宪法无论是作为一门法律科学，还是作为一种法律制度，均是西方法律文化的产物。它在中国法律文化和法律制度中的存在、发展与成熟，很大程度上是移植和继受西方法律文化和法律传统的结果。由于我国的历史传统、经济发展、政治制度和意识形态与西方各国的迥异，中国并没有采纳西方用以处理宪法问题的途径、方式和方法。这样一来，当我们用西方的宪法思维观察中国的宪法问题时，就会发现中国宪法其实与许多国家的宪法都不一样，以至于在某些方面产生了“橘生淮南则为橘”和“橘生淮北则为枳”这样一种奇怪的感觉。因此，用西方的宪法观念难以解析中国宪法的内涵，而西方的宪政路径也难以成为中国实现宪政的“本土化”的战略和策略。

中国宪法目前存在的最大问题是宪法的有效实施。作如此断言，不仅是因为在理论研究中我们难以解决价值研究和规范研究相分离的问题，更主要的是因为我国宪法在现实生活中存在所谓的“断案之惑”，即宪法既不能成为公民直接主张权利的



起诉依据，也不能成为法院审理案件的判案依据。这个被学界称为“宪法司法化”的难题，在现行宪法颁布实施20多年后的今天仍没有得到解决。学界对这一现象给出的解释是，由于我国仅重视宪法的政治法属性和功能，忽视宪法作为法律规范所具有的司法适用功能，因而没有设置裁决宪法争议的司法程序，加上我国最高法院不具有解释宪法、违宪审查等职权，所以造成了目前我国宪法不能进入诉讼的状况。鉴于我国宪法实施在我国政治生活中的重要性和宪法司法适用的迫切性，理论界和实务界开出了许多“药方”。例如，有人建议在全国人大或全国人大常委会之下设立宪法法院或宪法委员会专事宪法监督，赋予其对行政法规及以下位阶的有普遍约束力的规范性文件的合宪性审查权、审理宪法控诉案件之权和相应的解释宪法之权；有人建议以修宪或解释宪法的形式将解释法律之权完整地交由司法机关行使，让其在司法机关内合理分配，以加强宪法的间接适用，同时可由全国人大常委会行使法律解释监督权……各种各样的方案纷至沓来，但问题在于，目前这些在体制内设计的方案大多是一种权宜之计，仅就这些方案本身来讲，似乎都存在独立性不够或有效性不足的问题。因此，“宪法司法化”仍需从长计议。

在多年来研究政治学的过程中，我一直很关注政治对于经济、社会和法制的影响。一个强烈的感受是，在中国，宪法的实施问题远非一个法律问题，而是一个政治问题。宪法的实施涉及到对政治体制的某些方面进行改革，而这种改革本身对国家的政治发展也将是具有深远影响的。因此，在中国，离开政治体制改革去推动宪法的有效实施极有可能是“竹篮打水一场空”。当然，从中国的经济体制改革不是依据理论预设，而是



诉诸实践和试验的成功经验看，我国的政治体制改革也将从局部开始，最终走一条渐进式改革的道路。既然政治体制改革是渐进式推进，宪法的实施也只能是渐进式的发展。而这种渐进式发展，从现实环境来考虑，极有可能首先出现在宪法的司法适用领域。本着“多研究些问题，少谈些主义”的想法，我于是将宪法权利诉讼作为一个局部的宪法问题进行学术上的实践和试验，主旨是探索在中国目前的环境里，什么样的路径才是实现宪法渐进式发展的操作方案。我是学国际政治出身的，在思考外国的基本政治制度方面受到了西方相关制度和理念的启发，于是形成了本书关于宪法权利诉讼的认识和思考。也许，我的这些认识和思考在一些专业人士看来仍属“舶来品”。不过，在现实的制度框架和理论模型中，已难以找到一个能够涵盖东西方价值观的路径，我认为从国外资源中寻找一些解决中国问题的改良方案仍是一种有益的尝试。因为，法治建设的经验表明，制度的进步依赖知识的累积。

陆平辉

2007年12月18日于清华园



目 录

自序	i
前言	1
一、课题背景	1
二、选题意义	7
三、研究范围	10
四、分析方法和论证逻辑	11
五、本书的主要内容和结构安排	11
第一章 宪法权利的本质、价值与实践	21
一、宪法权利的本质	21
二、宪法权利的价值	29
三、宪法权利的实践	37



第二章 宪法权利司法救济的一般理论	46
一、宪法权利的权利形态与司法效力	46
二、宪法权利司法救济的理念与制度实践	55
第三章 宪法权利诉讼概述	68
一、宪法权利诉讼的概念	69
二、宪法权利诉讼的内涵和基本特征	78
三、宪法权利诉讼的基本形式及其历史演变	87
四、宪法权利诉讼的独特功能与价值	102
第四章 宪法权利诉讼的理论基础及现实依据	121
一、宪法权利的效力及其意义	121
二、宪法诉权的基本原理与作用	134
三、宪法权利保障方式的司法化和宪法监督方式的司法化	148
四、违宪侵权行为及其在宪法上的应对需要	166
第五章 宪法权利诉讼的基本构造	176
一、宪法权利诉讼的参与主体	177
二、宪法权利诉讼的诉讼标的	198
三、宪法权利诉讼的诉讼理由	211
第六章 宪法权利案件的受理与裁判	226
一、宪法权利诉讼的提起	227
二、宪法权利案件的受理	245
三、宪法权利案件的裁判	263



第七章 宪法权利诉讼的类型化分析：以平等权、自由权、 财产权为例	280
一、平等权的宪法诉讼分析	281
二、自由权的宪法诉讼分析	299
三、财产权的宪法诉讼分析	320
第八章 中国建立宪法权利诉讼制度的构想	341
一、中国建立宪法权利诉讼制度的必要性	342
二、中国建立宪法权利诉讼制度的选择	356
三、中国宪法权利诉讼制度的内涵特征	366
四、中国宪法权利诉讼制度的程序设计	371
主要参考文献	386
后记	395



前 言

任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时，有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救。

——联合国《世界人权宣言》第八条（1948年12月10日联大通过）

一、课题背景

中国宪法目前正面临着某种发展机遇：一是市场经济的发展对中国宪法提出了更高要求；二是中国宪法的实施现状和方式与宪法在当前社会政治生活中的作用和当代世界各国宪法发展的趋势发生了强烈反差；三是转型时期各种侵权现象的增多



与公民权利意识特别是维权意识的增强,使社会利益冲突的控制成为重大的法治问题与政治问题,多元化利益格局所需要的一套协调不同利益群体利益关系的政治机制使中国宪法发展获得了一个制度创新的机会。面对机遇,国内学界、政界和执政党内部出现了实现宪政的呼吁,并开始思考中国宪政逐步实现的路径所在。应该说,选择中国宪政实现的路径应从中国的国情出发,在中国特色宪政、中国宪法作用空间、中国宪法实施方式三者之间寻找一个平衡点。笔者认为中国宪政内涵的特殊性、中国宪法作用空间的特殊性、中国宪法实践方式的特殊性决定了中国宪政应走一条从体制外到体制内的发展道路,先从体制外的公民权利的保障再到体制内的权力制衡。因此,维护公民宪法权利应成为21世纪中国宪政实现的基本战略与策略。宪法权利诉讼就是这种基本战略和策略的基点,而探索宪法权利诉讼在经验上的基础和理论上的诱因便成为本课题研究的出发点。

最近20多年,我国宪法学界积累了一批与宪法权利诉讼有关的研究成果^①,这些成果概括起来大致可分为两大类:一类是关于宪法权利及其法律救济的;另一类是关于宪法诉讼、宪法的司法适用(宪法的司法化)和宪法监督的。宪法权利及其法律救济类成果主要分布在两个方面:一个是宪法权利基本原理方面的。这一方面主要涵盖宪法权利的内涵、性质、特征和分类,宪法权利的限制、效力,宪法权利与宪法义务的关系等问题。20世纪80、90年代和近几年出版的宪法学教材与宪法权利

^① 笔者查阅了1993~2003年《法学家》杂志上刊登的“宪法学研究的回顾与展望”与1983~2003年中国人民大学报刊复印资料以及其他相关资料,最后得出了这一结论。



相关的研究成果基本上都讨论到了这方面问题。另一个是各种具体宪法权利的法律保障方面的，所涉及的宪法权利包括20世纪80年代的政治自由、言论自由、人格尊严、宗教信仰自由、选举权、了解权、控告权、检举权、申诉权、不参选权；20世纪90年代的财产权、迁徙自由权、公民改革权、环境权、罢工权、思想自由权、民意代表的言论免责权；2000~2002年的公民人身自由权、平等权、沉默权、受教育权、获得物质保障权、发展权等权利。所讨论的法律保障则涵盖了立法保障和司法保障。在众多的宪法权利法律保障的研究中，对公民财产权、选举权、受教育权、环境权、平等权保障的研究最为深入，已经上升到司法诉讼救济的研究层次。这方面发表的论文和出版的专著也比较多。^①宪法诉讼、宪法的司法适用、宪法的司法化、宪法监督类成果则主要分布在下面四个领域：第一个是宪法监督制度、宪法诉讼制度方面的。这方面成果涵盖美国、德国、法国、俄罗斯、日本、韩国等国的宪法监督制度与宪法诉讼制度，各国的司法审查制度，各种宪法诉讼制度的功能价值作用等。第二个是中国的宪法监督制度、宪法诉讼制度方面的。这方面成果涵盖了中国宪法监督制度的评价、中国建立宪法诉讼制度的必要性、可能性与具体构想等。第三个是宪法司法化方面的。第四个是中国宪法的司法适用方面的。第

① 在众多的宪法权利法律保障类研究成果中，应该提到的是2003年学者周伟出版的专著《宪法基本权利司法救济研究》，中国人民公安大学出版社2003年版。该书不仅探讨了宪法权利的特征、效力、分类，而且对人格尊严、平等权、生存权的立法与司法保障也作了较为细致的分析，最后还对人民法院涉及宪法权利的一些审判活动作了讨论。该书反映了近几年我国宪法学界及作者本人在宪法权利研究方面取得的成绩，书中提供的宪法权利规范司法适用分析框架，为进一步研究违宪侵权诉讼提供了参考。



三、第四两个方面的研究主要由2001年最高人民法院关于山东“齐玉苓案”的批复所引发,宪法学界围绕“齐玉苓案”在宪法司法化、宪法权利的司法救济、宪法的司法适用等问题上展开了广泛的研究,取得了较为丰硕的成果。^①

近些年来,中国台湾学者对宪法权利、人权的司法救济问题进行了较为系统的研究,并取得了可观的研究成果,^②但并不曾发现他们对宪法权利诉讼进行专题性研究。学者陈新民曾以德国基本法为背景对德国的宪法权利进行了较为深入的研究,当中涉及宪法权利对第三者的效力、宪法权利的限制、财产权保障与公益征收、抵抗权的制度与概念、平等权的实现、社会基本权的概念及实践方式等诸多重要理论问题。学者法治斌也对东西方宪法权利作了比较研究,并重点研究了宪法解释体制在人权保障中的作用。此外,学者许宗力用法律位阶理论分

① 在众多的宪法诉讼、宪法的司法适用、宪法的司法化、宪法监督类的研究成果中,应该特别提到的是学者费善诚在《浙江大学学报》2001年第4期上发表的《我国公民基本权利的宪法诉讼制度探析》一文。该文将一般的宪法诉讼与公民基本权利的宪法诉讼相区分,将一般的宪法诉讼界定为宪法的司法适用,而将公民基本权利的宪法诉讼界定为宪法上的权利救济制度,这样就澄清了宪法诉讼问题上的一些糊涂认识。该文同时对宪法诉讼作为公民基本权利终局性救济方式的意义,公民基本权利条款在公法领域和私法领域的直接效力,公民基本权利宪法诉讼的适用范围,我国建立公民基本权利宪法诉讼制度应克服的障碍等重要理论问题作了讨论,已触及到宪法权利诉讼的核心问题,对研究宪法权利诉讼很有启发。

② 这方面的成果参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上、下),山东人民出版社2001年版。陈新民:《宪法基本权利之基本理论》(上、下),中国台湾元照出版公司1999年版。法治斌:《人权保障与释宪法制》,中国台湾月旦出版公司1993年版。法治斌:《人权保障与司法审查》,中国台湾月旦出版公司1994年版。许宗力:《法与国家权力》,中国台湾月旦出版公司1998年版。李震山等:《当代公法理论》,中国台湾月旦出版公司1997年版。施启扬:《西德联邦宪法法院论》,中国台湾商务印书馆1971年版。黄国光编:《中国人的权利游戏》,中国台北图书公司1988年版等。



析了宪法权利规范的特点，并具体分析了宪法权利司法性保障的重要性。而学者苏永钦则详细讨论了宪法权利的民法效力，探讨了宪法权利民法保护的可能性和特殊性。从总体上看，中国台湾学者在研究宪法权利及人权的司法救济时，重点放在了对美国司法审查制度和德国宪法法院制度的介绍以及对某种具体的宪法权利的研究，至于人权的制度化保障如何实现，当中的制度机理是什么则研究的比较少。

西方学者对宪法权利的研究从属于对人权的研究，并在人权的法制保障研究领域取得了丰硕的成果。但并不曾发现有宪法学者以宪法权利诉讼为题进行专门的研究。^①这可能与西方国家的法律学科分类有关。在西方国家，对权利诉讼救济的研究主要归于司法救济法，属侵权行为法、民事诉讼法和行政程序法的学科范畴，是民法学者、诉讼法学者和行政法学者的研究领域，而民法学者和诉讼法学者通常并不专门去研究宪法权利的诉讼救济问题，因为许多西方实体法学者和诉讼法学者并不承认有独立的宪法诉权存在。因此，对宪法权利诉讼有参考价值的研究成果主要来源于宪法学者的贡献。西方宪法学者对宪法权利的研究集中在宪法权利的基本理论与宪法权利的司法救济两个方面。由于西方国家对宪法权利的称谓不同，英美法日学者通常把宪法权利称为“人权”（human rights）或“公民权”（civil rights）；而德国学者一般把宪法权利称为“基本权”或“宪法权利”（grundrechte）。因此，对宪法权利的研究形成了以英国、美国、日本、法国等国学者为代表的“人权学派”和以

① 虽然在 20 世纪 80 年代美国学者对宪法诉讼的研究已有所建树。See Kenneth F. Ripple, *Constitutional litigation*, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, 1984.



德国学者为代表的“基本权学派”。人权学派的学者包括路易斯·亨金、德沃金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔、诺曼·维拉、M. 米尔恩、大须贺明、杰克·唐纳利等人。人权学派一般不单独对宪法中的基本人权加以研究，而是将宪法中的人权纳入普遍人权的研究范围。在研究人权的司法救济时，则主要讨论了两个方面的问题：一是人权法律保障的一般原理。主要在宏观层面上研究了人权的性质、人权与法制的关系、如何对各种具体人权进行司法保障等问题。二是违宪审查制度的人权保障作用。主要从微观角度研究了司法审查制度如何实现其人权保障功能。应该说，人权学派的研究由于广泛采用实证分析的方法，几乎探讨到了各种人权的司法保障问题，因此具有较高的实践参考价值。德国的基本权学派包括耶律耐克、尼伯代、米勒、杜立希、盖格尔等学者。秉承德意志民族的文化特性，德国的基本权学派强于宪法权利基本原理的抽象研究，而弱于宪法权利司法救济的实证研究。这可能与德国早就建立有完整而成熟的宪法诉愿制度有关。因为宪法诉愿制度把对宪法权利的救济看作理所当然的事情，而当中的理论问题早在160多年前权利诉愿制度建立时就已解决了。因此，德国学者把研究的重点放在了宪法权利的基本理论方面，如宪法权利的性质、价值、结构、功能、权利限制等问题，进而形成了研究宪法权利的三大理论，即用于解释宪法权利演变的历史理论；用于解释宪法权利法理基础的法哲学理论；用于解释宪法权利在社会体系中的地位作用的社会学理论。^①而少量的宪法权利司法救济研究则集中在对德国联邦宪法法院制度的功能分析上。这当中的

^① See Robert Alexy, A theory of constitutional rights, Oxford University Press 2002, p. 5.



研究包括：宪法法院的结构功能；宪法审判方式及相关的程序制度；宪法诉愿制度对特定具体权利的救济；宪法审判中比例原则的运用等问题。总体来讲，德国宪法学者宪法权利基础理论方面的研究成果，为各国宪法学者研究宪法权利基本原理提供了极有价值的学术资源。

总结国内外学者在宪法权利诉讼相关问题上的研究成果，我们看到：对研究宪法权利诉讼有参考价值的主要是宪法权利司法救济方面的成果。但是这些成果主要是关于某种具体的宪法权利的司法救济问题，且大多是用定性分析方法在研究宪法监督、宪法诉讼、宪法的司法适用、宪法权利规范的直接效力等问题时取得的。这些成果本身解决的是诸如宪法权利司法救济的必要性与可行性；如何构建宪法诉讼制度救济宪法权利；如何在审判实践中运用宪法权利规范等问题。同时，这些成果也相当分散，尚没有构建起系统的宪法权利诉讼知识体系。而类似于宪法权利诉讼的内涵、特征、基本形式、发展演变、功能价值、理论基础与现实依据、基本构造、诉讼程序、制度实践、中国如何建立宪法权利诉讼制度等问题以及这些问题涉及的宪法权利垂直效力理论、宪法诉权理论、违宪侵权及其矫正理论、宪法权利侵害理论、宪法权利违宪审查理论等，至今尚无专门系统的研究，而这些遗漏则正是本课题所要解决的问题。

二、选题意义

以宪法权利诉讼为题进行研究，具有重要的理论意义和实践意义：

（1）20世纪中国宪法学的不足之处在于对中国宪法的适用