

宪法审查的原理与技术丛书

林来梵 主编

宪法判断的效力

陈运生 著

The Validity of Constitutional Judgment



江西财经大学学术文库
新世纪优秀人才支持计划资助

宪法判断的效力

陈运生 著

The Validity of Constitutional Judgment

法律出版社 | LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法判断的效力 / 陈运生著. —北京:法律出版社, 2010. 4

(宪法审查的原理与技术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0636 - 9

I. ①宪… II. ①陈… III. ①宪法—法的理论—研究
IV. ①D911. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 052418 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/高山

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/9.375 字数/227 千

版本/2010 年 4 月第 1 版

印次/2010 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0636 - 9

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

违宪审查,其实又可称之为“宪法审查”。这种用语的转换,尽管符合“去政治意识形态化”的学术要求,即符合笔者所持倡的“规范宪法学”的学术旨趣,但却并非是完全刻意的,而是具有比较宪法学上的依据。盖综观各国,除了日本采用“违宪审查”而美国采用“司法审查”(judicial review)或“合宪性司法审查”(judicial review of constitutionality)之外,具有某种更加广泛代表性的是,德国、法国一般都称之为“宪法审查”(前者为 Verfassungskontrolle,后者为 justice constitutionnelle),即使在英美国家,同样也有“宪法审查”(constitutional review)之谓。

作为一种制度或活动,宪法审查具有殊为重要的作用。有关这一点,中外学人已有诸多论述,实在不胜枚举。笔者本人也曾不揣粗鄙,在《宪法不能没牙》一文中将其喻为宪法的牙齿,甚至还曾疾呼:我国“违宪审查制度的不备”,对于宪法,乃至对于法治而言,就好比是“阿基里斯之踵”。但具有概括力和形象性的说法,还有德国学人宾丁的表述,其从德国现行制度的现实出发,将宪法审查制度称为“立宪法治国的拱顶之石”(Schlußstein des Konstitutionellen Rechtsstaates)。当然,这是中国人的一种译语,其实 Schlußstein 一词在德文中的原意是“最后的一块石头”,这本已非常传神地表达出了宪法审查在具有体系化建制性

质的“法治国家”中的重要地位,而理解为“拱顶石”,自然也是颇为割切的。

基于宪法审查的这种重要作用,当今世界上绝大多数法治国家以及那些努力实现法治蓝图的国家,均已纷纷建立了这一制度,与此相应,有关宪法审查的研究,也有汗牛充栋之观。这种研究大致涉及两大类,第一类是宏观性的理论研究,第二类是微观的个案分析,其中的宏观性理论研究因为乃是个案分析的重要理论基础,为此具有特别切要的意义。而诚如法国当代著名宪法学家路易·法沃勒(Louis Favoreu)所言,宪法审查“这一术语系指确保宪法至上性的机关和技术的总称”,这类研究又相应分为两个部分,第一部分是有关宪法审查机关的研究,第二部分则是有关宪法审查的原理与技术的研究。值得注意的是,其中作为第二部分的有关宪法审查的原理和技术,不仅是宪法审查制度不可或缺的独立构成部分,而且从各国宪法审查的理论和实践来看,还是宪法审查制度中最为核心、也是内容最为丰富的构成部分。

反观当今我国,虽然不少学者认为我们也已拥有了“违宪审查”的制度和实践,但这种制度其实只是传统的“宪法实施监督”制度及其流变形态而已,从比较法的角度而言并不具有典型性,由 Gagik Harutyunyan 和 Arne Macic 等国外专家主持的涉及世界上 179 个国家宪法审查制度的系统比较研究的一份成果,就将我国这种制度列入了另类的“其他制度模式”(other institutional forms)。诚然,不具有典型性并非一种“原罪”,政治正确语境中的“中国特色”亦可能无可厚非;但问题则在于,我国的这一独特的制度在实践中恰恰不具有实效性,至少庶几不具有可视效果的实效性。为此,其不备之现况,遂成为当下我国宏大的法律建制中的一个“阿基里斯之踵”,不得不为人们所深忧。

其实,早自 20 世纪 80 年代始,王叔文、肖蔚云、许崇德等我国老一辈宪法学家,即曾提出完善“我国违宪审查制度”的构想和建议;此后,

随着法治建设的不断推进,有关宪法审查的研究,也以沛然莫之能御之势次第展开,迄今已积累了相当可观的成果。但已被广泛注意到的是,综观主题的分布情形,这类研究长期以来多倾向性地集中于宪法审查机关所在的制度抉择之上,而对有关宪法审查的原理和技术方面,则几乎成为研究的空白。应该说,这种研究主题的偏在格局,在某种意义上也是可以理解的,其问题意识无非乃在于以此力图打开迄今以来以全国人大常委会作为宪法审查机关的现行制度尚不具有实效性的那种闷局;但遗憾的是,由于存在务外遗内、博而寡要等倾向,这类研究本身,也已在总体上自陷于某种“闷局”之中,甚至曾一度走向了“宪法司法化”的迷途。面对这种情形,近年来宪法学界有关宪法审查的研究确实也出现了一些转向,表现在许多学者急转直下地涉及有关宪法性案件的个案分析,其风行之盛,有时竟达到了“为赋新词强说愁”的境地。

然而,无论是完善我国宪法审查的现行制度,还是形成系统精致的宪法审查理论本身,为了实现这两种学术理想,除了在机关建制上提言之外,实际上还有赖于对各种不同的制度模式下所采用的有关宪法审查的原理与技术的具体认识。何况,通过后者的研究,在一定程度上也可裨益于有关机关作用的发挥,并反哺于前者的研究。至于有关宪法案件的个案分析,就更不能离开宪法审查的程序、基准、方法与判断效力等规范法学上的具体问题,即离不开有关宪法审查的固有原理与技术了。

有鉴于此,笔者近年来开始关注宪法审查的原理与技术这一方面的领域,希冀能为宪法审查研究的学术积累与人才培养尽绵薄之力。所幸于2005年底,苦心设计的“违宪审查的原理与技术”的研究计划获得了国家社会科学基金项目的支持,为此便聚集当时就读于笔者门下的浙大博士研究生,一同加入这个课题的研讨。在此过程中,为使研究的内容更加细致和精准,笔者将所设计的研究提纲中的各个部分加以

分解,并具体地分配给每位参加者,让他们承担某一个环节的研究,而其创获的成果,不仅可作为本课题的内容,而且鼓励其在此基础上进一步拓展与细化,发展出各自的博士学位论文。这些环节包括:宪法审查的启动要件、审查程序、审查方法、审查基准、判断方法、判断效力、价值立场,等等。

在研究过程中,诸君们不惧选题精小、材料短缺等情形所带来的困难,穷致比较法资料,精思竭虑于一个个新研究领域的理论架构。经过前后两年多的时间,在笔者的主持下,大家以团队的方式进行了持续定期的讨论,基本上每隔两周就举行一次专题研讨,每次确定一至两位报告人,就最近的积累与思考进行发言,其他人轮流加以点评,最终由笔者总结把关。

经过两年多的相互砥砺和共同努力,我们最终顺利地完成了写作任务,不仅课题顺利得以结题,而且还获得优秀成果的鉴定结果。目前,课题成果《宪法审查的原理与技术》一书已在法律出版社出版。

更令人欣慰的是,诸君以宪法审查的各个环节为选题的七部博士学位论文也先后顺利完成,并通过了答辩,相当一部分论文获得了优秀成绩。加之此后各自的修改、补充与订正,这些论文,应该说已能就各个相互连接的环节作出更为专门、更为细致、更为深入、也更为系统的阐述,颇为完整地阐述并构成了有关宪法审查的原理与技术的一个理论体系。

现汇集这七部论文,以系列丛书形式逐批付梓出版,就此飨饕餮并时就教于学界同仁以及读者诸君。诚然,作为一项国家社科基金项目的延展性成果,并经过旷日持久的砥砺研磨,这些作品中的相当部分,或许已具有一定的完成度,但“文章千古事,得失寸心知”,对此,想必作者诸君亦不免有所体悟。他们同时体悟到的,可能还有各自的一份艰辛和创获之后的欢愉吧!前几年,当他们作为新博士生入学之时,笔者

就曾分别多次在导师始业致辞中援引台湾学者陈爱娥教授在拉伦茨《法学方法论》一书的译序中所引的莎士比亚的一句话,以作励志,如今,请允许我于此再度引之,以代言志——

“我们历尽了千辛万苦,终于在乱麻中采获了这朵鲜花。”

林来梵 谨识

2009年3月

自 序

作为保障宪法具有实效性的一种制度装置,宪法审查制度(国内通常称为“违宪审查制度”)的创设与现实运作对于宪政国家的建设与完善具有非常重要的意义。宪法审查制度的这一“意义”,主要是通过审查并判断特定主体及其行为是否合宪的方式得以实现。因此,宪法审查制度是否具有上述“意义”,关键在于宪法判断的意旨是否真正落实。

宪法判断在保障与实现宪法实效性的同时,其实就可被看作是微妙地处在“规范”与“事实”相交接的锋面上:一方面,宪法判断作为宪法审查程序的终点,标志着宪法审查机关依照宪法规范所为之审查的最终了结;另一方面,为实现宪法审查的功能,宪法判断开始对社会现实产生约束力,迫使有关受约束主体服从并自觉实现宪法判断的内容要求。也正是因为宪法判断处于这一敏感而重要的相位之上,宪法判断应当具有何种效力、各种效力的内容范围为何以及宪法判断的效力如何拘束各国家机关等问题就成为宪法审查制度的关键之所在。

一直以来,我国宪法判断的效力就处于制度上尚付阙如且理论上缺乏精致研讨的境况。我国宪法虽然设置了宪法监督的制度,但是却未有相应的规定明确该项权力所为的宪法判断具有何种性质的效力,更未进一步规定宪法判断的内容与范围。这种效力制度本身的缺失,

在现实中就可能造成“虚置”宪法监督制度的效果：一方面，宪法监督者可能因为担心其所作出的宪法判断会对社会现实产生巨大冲击而不作出宪法判断；另一方面，宪法监督者即使作出宪法判断，该判断也无法对纷繁复杂的社会现实产生规制作用。而这一切的最终结果则是，一直被我们冠以“根本大法”的宪法非但难以形成“规范宪法”的秩序，而且自1955年最高人民法院作出“宪法不宜引为论罪科刑的依据”的复函以来，我们的宪法一直远离法院。

在概念上，宪法判断既可以指宪法判断的行为，也可以指宪法判断的结果。因此，作为对宪法问题之最终且权威的解决，宪法判断自可产生两种面相上的强制效力：一方面，宪法判断作为一种行为，一经作出即可产生程序上的效力——形式性确定力，约束宪法审查者对同一争议为再次审查；另一方面，宪法判断作为一种结果，其最终的文本内容具有实体性的拘束效力。

惟在宪法判断的效力方面，抽象审查与具体审查之间的制度差异极大。在抽象审查制度之下，宪法判断一经作出就可具有形式性确定力。这也就是说，宪法判断一经作出，就具有不可撤回性和不可撤销性，即对于已经确定的判断已无法律救济方法，因此也不得再行争执。当然，与形式性确定力相比，实体性的拘束效力更具有意义。在抽象审查制度中，宪法判断的结果具有实质性确定力，从而得以约束宪法审查者对于相同的审查标的为不同的宪法判断，并在其效力的延长线上得以防止当事人作相反的主张。当然，由于抽象审查的主要价值目标乃在于维护宪法秩序，因此宪法判断的实体内容亦可以超越个案的范围，从而可以产生拘束所有国家机关的效力——羁束力。另外，在针对规范所为的宪法审查中，由于宪法审查并不囿于个案与争议，并且宪法审查所为的判断可直接废除违宪的法律，因此这种宪法判断可产生与立法相类似的效力，即“类法律效力”，从而对所有的国家机关与个人产生

拘束效力。

在具体审查制度中,宪法判断的形式性确定力与实质性确定力的内容也可以被证立。当然,由于具体审查制度以“具体的个案和争议”和“法院随附审查”为其基本要素,因此其宪法判断在约束的对象范围(主观范围)方面就只可具有个别效力,而不可具有与抽象审查判断一样的普遍拘束效力——羁束力和类法律效力。另外,针对规范所随附作出的宪法判断由于只是个案判决,并非对违宪规范的彻底废除(法的废除),因此该判决自不受“法不溯及既往”原则的限制,并可溯及既往而发生效力。

宪法审查主要就是为防止国家公权行为违反宪法而被创设的一种制度,因此宪法判断的效力首先并且主要就是指宪法判断对于国家机关的效力。从理论上说,宪法判断可对国家机关产生普遍的或者个别的效力。然而,由于宪法判断在产生和实现其拘束效力时,将对国家的政治现实产生深远的影响,而宪法审查机关自身并没有直接实现其判断的机构和手段,因此宪法判断对于国家机关的效力就主要依赖于各国家机关的自觉遵守。当然,由于国家机关具有多样性,同时各国之国家机关的具体设置差异较大,因此对于这一内容的研究就不得不局限于最为普遍且最为重要的立法机关、行政机关和司法机关三个方面。从总体上看,在抽象审查制度之下,宪法判断可对立法机关、行政机关和司法机关产生确定力、羁束力和类法律效力;而在具体审查制度之下,宪法判断则具有个案效力的特征。

由于欠缺对宪法判断效力的缜密研究,在宪法学中“似是而非”的观念与理论亦“粉墨登场”,以至于严重影响到人们对于许多重要制度的评判与构想。在这方面,笔者有意识地选取了“违宪法律的效力”、“宪法解释的效力”以及“抽象审查判断的效力”三个与宪法判断效力有关的话题作为切入口并进行批判性的研讨。在此基础上,我们就可恰

当地看到;法律违宪并非一定无效,违宪法律仍可在一定的时间范围内对一定的对象具有效力;宪法解释通常是作为宪法判断的“随附物”而产生效力,并不可具有“与法律同等或者比法律更高”的规范效力;抽象审查判断并非是规范的创制,它应当具有包括确定力、羁束力和类法律效力在内的综合效力。

学理之比较与提炼的主要意义乃在于为我国的制度构建提供参考。为此,本书最后乃另辟一章,以分析并抽象出两类审查制度中宪法判断效力的共同基础。从而,这一基础性结论就可为我国的制度构建提供一般的借鉴意义。具体来说,在我国宪法判断的效力制度构建中,首先应该比较中西方宪法审查的基础与法理,务争“求同存异”。在此基础上,进一步考察宪法判断效力的制度构建中应当考虑的因素,并结合中国国情进行论证。最终,本书水到渠成地认为,我国目前体制下(全国人大及其常委会)的宪法判断应具有一种抽象审查判断的效力。

陈运生

2009年4月

于江西财大蛟桥园

部分关键术语的特别说明

(一) 违宪审查、宪法审查、司法审查

1. 违宪审查与宪法审查

在我国当前的文献中,通常将有权机关对公权行为是否符合宪法的审查称为“违宪审查”。其实,这一说法未必妥当。从词源上看,“违宪审查”之观念乃为一个外来词;在对应的英文使用中,“违宪审查”一般被称为“constitutional review”(而非“unconstitutional review”)。从翻译所要求的忠实性这一角度上看,“constitutional review”显然应译为“宪法审查”或者“合宪性审查”较为妥当。^①

从概念上看,“宪法审查”为一个中性词,该词的运用既不会因出现“违宪”而导致“政治恐慌”,亦无强调“合宪”推定的思想。而从实务上看,西方国家在

^① 张千帆教授就曾指出过:“国内不少学者把宪政审查翻译为‘违宪审查’。虽然这项制度的含义确实是审查立法的‘合宪性’或‘违宪性’,但‘违宪审查’至少不是准确的直译,而且似乎也难以从字面上直接理解这项制度的含义。因此,这个词还是译为‘宪政审查’或‘宪法审查’更为适宜,意指一种依据宪法对政府立法行为的审查制度。”参见张千帆:《宪法学导论:原理与应用》,法律出版社2004年版,第154页。

以消极主义为主流的审查立场下,审查机关通常是以合宪性推定为原则来对国家的公权行为作出偏向于合宪的判定;至于违宪判决作出,在审判实务中则是相当谨慎的。

因此,本书使用的“宪性审查”这一概念,其在意涵上既可兼容“违宪审查”的内容,又显得更为稳重。

2. 宪法审查与司法审查

另外,宪法审查也不同于司法审查(judicial review)。在这方面,我国有不少宪法学者认为,宪法审查等同于司法审查,且两者可以相互置换。比如,龚祥瑞教授就认为,“司法审查(Judicial Review)亦称宪法审查”;^①陈业宏、唐鸣两学者也直陈:“宪法审查制度,也有人称之为司法审查制度。”^②

然而,严格说来,司法审查这一术语只可在美日型宪法审查制度之下自洽,而不可用于描述欧洲大陆国家的宪法审查制度。因为欧洲大陆国家的宪法审查制度虽然可能具有司法的特征,但相比之下更以政治性见称。^③并且,司法审查虽然能体现出美国以普通法院为主体的、对立法和行政进行宪法审查的形式特征,但是我们更应该认识到,美国法院审查国会立法和行政行为的司法审查是以宪法为审查标准的。简言之,司法审查只能体现这种审查的形式特征,惟有宪法审查才能彰显它的实质之所在。因而,与司法审查相比,宪法审查更能体现这种审查的内在属性。

这一区分在德国尤为重要。在德国,学者一直以来就有区分宪法审查(Verfassungsstreitigkeit)与司法审查(richterliches Prüfungsrecht)的

① 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版,第109页。

② 陈业宏、唐鸣:《中外司法制度比较》,商务印书馆2000年版,第355页。

③ 我国李步云教授亦认为:“在我国法学界,有些学者把宪法审查与司法审查相等同……这种说法有欠妥当。”参见李步云主编:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第114页。

传统。一般认为,司法审查乃是法院在一般诉讼过程中,借以决定法律之合宪性(constitutionality of laws)的一项程序。此制度在20世纪时方在德国有所发展。至于宪法审查,则先于司法审查而存在,它至少可以追溯至19世纪各邦的宪法。当时的宪法审查,乃是为解决政府之各单位(units)及层级(levels)之间的争议而设立的一项审理程序(judicial procedure)。以目前宪法法院所掌有的宪法审查权来看,它就包括了司法审查与宪法审查这两种目前所一般熟知形态的宪法审判权(constitutional jurisdiction, Verfassungsgerichtsbarkeit)。^①

因此,与“违宪审查”、“司法审查”等相比,“宪法审查”这一用语既可用以统称所有类型的宪法审查,并且在概念上也更具有妥当性。

(二)抽象审查与具体审查

不可否认的是,“抽象”与“具体”相区分的概念,极易引起误解。这是因为,在具体审查之中亦可能对法律的合宪性进行审查。笔者认为,两者的区分涉及的主要是启动宪法审查之起因以及(合法)申请条件上的差异。例如,在具体审查中,申请人必须以其权益受到损害为前提;而抽象审查则不受上述因素的限制。

依宪法学上的通说,欧洲大陆的宪法审查制度具有抽象性特征,而美、日等国家中则采用具体审查制度。惟须指出的是,在德、奥等国中,对于法律规范的宪法审查权,虽然从总的方面上可以说是由宪法法院和一般法院分别行使,但是它们的审查权及其管辖范围和性质是不相同的:联邦宪法法院以及各州的宪法法院专门审查法律规范是否与上级法律规范相抵触而无效,而一般法院只审查法律规范是否有效和应

^① Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1989, pp. 4-9.

予适用,换言之,一般法院对于某项法律规范的效力具有认定权,但是却没有裁判权。^① 由于本研究的主题为“宪法判断的效力”,因此对于不具有最终判断权的一般法院的具体审查,本书不拟纳入考察视野。

(三)判断与判决

虽然“判断”与“判决”在英语中都可用“judgment”一词来加以表达,但是在中文里两者是有差别的。“判断”作为一种“决定性的行为”,在中文语义中是一个广义词。它既可以表示司法机关在审理案件后所作出的“判决”(judgment),亦可以表示其他机关、社会组织或者个人对某事经过考量后所作出的“决定”(decision)。

在宪法审查制度中,“判断”一般只在德国等大陆国家中使用。日本学者有时亦使用这一概念,如宪法学大家小林直树教授的一部专著就取名为《宪法判断的原理》。^② “判断”虽然可兼指“判决”或“决定”,但更强调了一种“政治性”机关的决断。在美、日等国中,宪法审查权是由法院来行使,故一般只使用“判决”。

在本研究中,我们采用了“判断”一词,这主要是基于我国国情的特别考虑而为的一种选择。众所周知,宪法审查制度其实可被“中国特色化”为宪法监督的制度。而根据我国宪法的规定,“监督宪法的实施”的权力是我国最高国家权力机关众多权力中的一种。因此,我国全国人大及其常委会所为的宪法监督显然非司法性的“判决”所能涵盖。也正是在这个意义上,我们可以说,与“宪法判决”相比,“宪法判断”更具有制度上的兼容性。

在宪法审查中,判断有多种。有些判断是实体性的,而有些判断则

① 刘兆兴:《德国联邦宪法法院总论》,法律出版社1998年版,第211页。

② [日]小林直树:《宪法判断的原理》(上、下卷),日本評論社1977年版。

是程序性的。比如德国是否启动宪法审查时的审查决定以及“意见书”等,以及审判庭之外的合议庭也可作为联邦宪法法院进行裁判。^①因此,在本书中,若非特别说明,“判断”一般是指经宪法审查机关对实体宪法问题进行审查后所作出的最终判断。

(四)效力与实效

在严格的词义学之意义上,古代所谓的“效力”并非可完全等同于今天我们所使用的“效力”。在古罗马法中,法律的效力一般仅指法律具有“妥当性”,而不指法律的“实效性”。然而,在今天,当我们说一条法律具有效力时,其中的“效力”既可能指法律具有正当理由,也可能指法律具有现实的约束力。^②

那么,具有“妥当性”的效力与具有“实效性”的效力之间是否有差别呢?当然有差别。其差别就在于:前者表示规范性的东西,后者表示经验性的东西。对此,德国法学方法论大师拉伦茨就曾指出:“规范性效力系指:‘据以衡量人的行为之行为要求或标准,其所具有的准则性或拘束性’。它与规范的实际效力不同,后者意指规范的效率或其贯彻施行的机会。”^③

效力与实效的区分,渊源悠久。这一历史,至少可以追溯到德国萨维尼的学说中。在历史法学家萨维尼看来,“法律并无什么可得自我圆融自洽的存在,相反,其本质乃为人类生活本身。”^④因此,“法律之有生命力,此为由来;法律之为良法,此为一端;而法律之无效,之失于民众

① [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特:《德国联邦宪法法院——地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社2007年版,第43页、178页、261页。

② 在语言的使用中,“有效”或“效力”可以对应于英文中的 validity(或德语中的 Geltung 和 Gültigkeit),也可以对应于英语的 efficiency 和 effectiveness(或德语的 Effizienz 和 Effektivität)。

③ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第78页。

④ [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第24页。