



# 中国宪法事例分析 的类型化研究

欧爱民 著

湘潭大学 出版社

湖南省教育厅重点项目 (09A098)



# 中国宪法事例分析 的类型化研究

欧爱民 著

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国宪法事例分析的类型化研究 / 欧爱民著. —湘潭:  
湘潭大学出版社, 2016.11

ISBN 978-7-5687-0038-2

I. ①中… II. ①欧… III. ①宪法—案例—中国  
IV. ①D921.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 274861 号

## 中国宪法事例分析的类型化研究

ZHONGGUO XIANFA SHILI FENXI DE

LEIXINGHUA YANJIU

欧爱民 著

责任编辑: 黄琼

装帧设计: 胡鸿雁

出版发行: 湘潭大学出版社

社址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0731-58298966 邮编: 411105

网 址: <http://press.xtu.edu.cn>

印刷: 长沙鸿和印务有限公司

经销: 湖南省新华书店

开本: 787×1092 1/16

印张: 14.5

字数: 258千字

版次: 2016年11月第1版

印次: 2016年11月第1次印刷

书号: ISBN 978-7-5687-0038-2

定 价: 35.00元

(版权所有 严禁翻印)

# 目 录

绪论——打造中国宪法走向实践的利器 .....	1
第一章 中国宪法事例的一般理论 .....	12
第一节 宪法实施的两条路径 .....	12
第二节 中国宪法事例的类型化 .....	24
第三节 宪法事例的法学意义 .....	30
第四节 中国宪法事例的法治功能 .....	36
第二章 宪法事例分析的类型化模型 .....	49
第一节 宪法事例分析类型化的基本结构 .....	50
第二节 宪法事例分析法概述 .....	52
第三章 “大前提探寻法”的基本框架与实证分析 .....	59
第一节 “大前提探寻法”的必要性和基本步骤 .....	59
第二节 “大前提探寻法”的实证分析 .....	62
第四章 “目的—手段分析法”的基本框架与实证分析 .....	72
第一节 “目的—手段分析法”的基本框架 .....	72
第二节 “目的—手段分析法”的实证分析 .....	82

<b>第五章</b>	<b>“文面判断法”的基本框架与实证分析</b>	86
第一节	“文面判断法”的基本框架	86
第二节	“文面判断法”的实证分析	90
<b>第六章</b>	<b>“制度性保障分析法”基本框架与实证分析</b>	97
第一节	何谓“制度性保障分析法”	97
第二节	“制度性保障分析法”的实证分析	107
<b>第七章</b>	<b>“宪法原则逐一分析法”的基本框架</b>	117
第一节	法律不溯及既往原则	118
第二节	法律明确性原则	121
第三节	法律保留原则	122
第四节	正当法律程序原则	128
第五节	平等保护原则	131
第六节	比例原则	135
<b>第八章</b>	<b>“宪法原则逐一分析法”的实证分析</b>	138
第一节	行政限制自由措施的宪法学分析	138
第二节	“出租车罢运事件”的宪法学透视	147
第三节	“黑社会性质组织罪”的宪法学分析	158
第四节	试点征收房产税的宪法分析	171
<b>第九章</b>	<b>“数理分析法”的理论框架与实证分析</b>	183
第一节	传统定性分析法的阐述与评述	183
第二节	“数理分析法”的基本框架	190
第三节	“数理分析法”的技术方案	205
第四节	“数理分析法”的实证分析	211
<b>参考文献</b>		219

# 绪论——打造中国宪法走向实践的利器

宪法是根本大法，是法律上的法律，但长期以来，我们习惯从政治的层面看待宪法，忽视对公民权利的保障，对于普通老百姓而言，宪法离他们的生活越来越远，成为没有作用的“闲法”，正如舒密特所言：“所谓基本权利者，不过是宪法上装饰的罗列，实证法上毫无意义的好意的宣言、政治的格言、热切的愿望、立法者的自言自语、烦琐缛多的名堂而已。”<sup>①</sup> 为了树立宪法权威，提升公民的宪法意识，培育政府官员的宪法思维，就必须突破“宪法是政治法”的藩篱，构建市民宪法的理念。所谓市民宪法是指从普通民众生活的角度所理解的宪法。从市民的角度而言，宪法就是生活之法，它和我们的衣食住行、生老病死等日常生活息息相关。<sup>②</sup> 虽然宪法和我们的生活联系如此紧密，但要想熟练运用宪法分析现实问题，化解宪法纠纷，并非一件很容易的事情，如果没有掌握一套科学可行、操作性强的分析方法，即使面对事实清楚、适用宪法条文明确的宪法事例，也往往容易陷入“无从下手”的境地。

## 一、两个宪法事例引发的思考

### 1. “讲小话”的禁令侵犯学生的言论自由吗？

在中国一所风景宜人的著名高校里，一位老教授正在给法学院的博士生们讲授政治课，因为教学内容老化，讲课形式僵化，大家兴趣索然，部分学生就在下面“讲小话”，课堂秩序有点失控。老教授严厉斥责道：“课堂上不允许讲小话，你们要遵守纪律！”课堂上突然变得安静了，但不知是哪位学生冒出一句话：“老师，根据《宪法》第31条的规定，公民享有言论自由，你

<sup>①</sup> 李鸿禧：《违宪审查论》，元照出版有限公司1999年版，第295页。

<sup>②</sup> 欧爱民：《论市民宪法的品格》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2008年第2期，第56页。

禁止我们在课堂上讲话，侵犯了我们受宪法保护的权利。”突然冒出来的一句抢白，导致老教授不知所措。其实，每个人都明白，在课堂上“讲小话”是不对的，但从法律的角度，特别是从宪法的角度来论证学校禁止学生在课堂上“讲小话”的正当性，许多专攻宪法学的研究生也会不知所措。

从专业的角度而言，宪法问题不像普通法律问题，可以按照“三段论”的方法加以解决。<sup>①</sup>具体到“禁止课堂上讲小话”的宪法问题，如果想顺利解决之，就必须掌握一套独特的分析方法，例如比较常用的宪法分析法——“目的一手段分析法”。该分析方法的具体操作流程分为三个步骤：一是审查政府限制权利的目的是否正当，如果限制目的不正当，那么限制权利的行为违宪；二是如果限制目的具有正当性，就要看所采取的措施是否具有正当性，如果限制措施不正当，则限制权利的行为违宪；三是如果限制措施具有正当性，就要看采取的措施能否在一定程度上实现限制目的，如果答案是肯定的，则合宪，否则违宪。下面就利用“目的一手段分析法”分析“禁止在课堂上讲小话”的禁令是否合宪。

首先，审查学校限制学生在课堂上讲小话的目的是否具有正当性。学校之所以如此规定，主要目的是维持良好的教学秩序与科研秩序，此目的无可挑剔，显然具有正当性。

其次，审查学校所采取的措施是否具有正当性。我国《宪法》第51条规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”因此，任何权利都是相对性的，言论自由也不例外，“禁止讲小话”只是对言论自由的一种限制，并非一定违宪。

最后，审查学校采取的措施能否在一定程度上达到目的。如果不采取“禁止学生讲小话”的禁令，正常的教学、科研秩序就无法实现，因此学校采取的措施能一定程度上实现学校的目的。

此外，该禁令只是禁止“在课堂上讲小话”，学生可以利用课间和课后的时间进行交流，该禁止并非对学生的言论自由造成明显的阻碍，没有超过必要的限度，没有违背比例原则。

---

<sup>①</sup> 当然在普通的法律纠纷中，也存在一定数量的疑难案件。这些疑难案件也难以通过“规范+事实=判决”的三段论式的方法加以解决，而需要运用“利益衡量”等分析法，探寻解决之道。

基于上述几点，可以得出结论：学校“禁止学生在课堂上讲小话”的措施完全能经得起宪法的检验，无疑是合宪有效的。

## 2. 大型超市“距离限制”的规定侵犯了公民的劳动权吗？

2006年8月10日《中华工商日报》报道，商务部将出台《零售业同业损害评估方法》（以下简称《评估办法》）。根据该《评估办法》，大型超市的商圈半径为两千米。也就是说，在两千米范围内不允许存在两家大型超市。从宪法的角度而言，政府的上述限制措施属于“距离限制”的范畴，它涉及公民的职业自由，亦即我国宪法所规定的劳动权。“距离限制”措施是否合宪应当具体分析，关键还得选定一个合适的分析方法。根据宪法的基本理论，基本权利的位阶不同，涉及事物的重要性不同，宪法对法律的要求也是不同的，这就是所谓“权利的等级保护原则”，该原则要求对不同的宪法案例适用不同的审查标准。经过两百多年的宪法实践，世界各国宪法学逐步形成了一个“层级分析法”。此分析法将所有的宪法案例分为三大类型，并针对不同的案件建立不同的审查标准，即三重审查基准，分别为合理审查标准、中度审查标准、严格审查标准。

上述距离限制是新店申请人无法改变的客观事实，无疑属于客观要件的限制措施的范畴，对之应当适用严格审查标准。按照严格审查标准，首先要审查政府如此立法的目的是否为保护重大且迫切的公共利益。根据相关资料，该《评估办法》主要目的就是避免业内恶性竞争，兼顾保护中小企业的利益。因为没有掌握详细的资料，就假设我国大型超市之间的竞争已经到了非控制不可的地步，否则就会导致商品经济崩溃的恶果，在如此情况下，立法目的正当性审查就能通过。其次，进入审查的第二步骤，就是审查该《评估办法》所采取的法律措施是否有效。因为缺乏有效的立法评估资料，是否有效还不能得出结论。但是从日本经验来看，其有效性值得怀疑。<sup>①</sup>假如立法措施具

---

<sup>①</sup> 在日本，自1974年《关于调整大规模零售店铺的零售业业务活动的法律》实施以来，大型店的销售面积的增长迅速降低，百货店和超市的销售额的增长也减少了很多，基本上实现了限制大店的目的。但是，中小零售商在大店法的保护下，不思进取，其经营效率日益恶化；相反，大型零售店在没有竞争的压力下，强化了其在该地区的经营优势，使其有精力将大量的顾客从传统的零售商吸引过来。因此，日本大店法保护中小零售商之立法目的落空了。参见欧爱民：《破译宪法的实践密码——基本理论·分析方法·个案考量》，法律出版社2006年版，第221-222页。



、有有效性，但其采取的乃是客观要件措施，严格审查标准要求相关法律措施必须符合 LRA 基准，也就是说，政府立法必须在所有能够实现立法目的之法律措施中，选择一个对公民权利限制最小的措施。如果有，政府没有采取，那就存在着违宪的嫌疑。在本案件中，为了达成立法目的，存在许多立法措施的选项，而这些选项对公民的职业自由的限制程度较为轻微，例如通过法律将大型超市的营业时间限定在 9 点至 17 点之间，或强制其每个星期须歇业一天等，而非采取完全剥夺公民职业选择自由的措施。<sup>①</sup> 根据上述分析，该《评估办法》即使通过了目的性审查、有效性审查，但仍不能通过 LRA 基准的审查，其合宪性值得商榷。<sup>②</sup>

## 二、宪法实践呼唤独特的宪法分析法

在宪法实践中，上述两个宪法事例所涉及的宪法问题相对简单，但解决难度也非一般法律问题所能比拟。个中原因是，作为根本大法的宪法，其实践途径确实有独到之处，法律人所熟知的传统分析法根本派不上用场，要想解决宪法问题，必须另辟蹊径。

传统法律分析法采取“三段论”解决法律问题，其具体操作步骤有三：一是寻找大前提，亦即探索出与案件有关的法律条文；二是缕析小前提，亦即检视相关法律条文和特定案件事实是否相匹配，如果答案是肯定的，就进行第三步的操作，否则，就应再寻找大前提；三是运用所选择的法律条文，得出答案，解决法律问题。上述“三段论”式的法律分析法，将普通的法律适用简化为“自动售货机”的操作程序，只要在上面输入“法律事实”“法律条文”，就可以在下面自动获取结果。但是对于宪法问题，上述分析法就有点“黔驴技穷”，原因有三：

---

① 在韩国，为了保障小零售商的生存空间，对大型超市作出了严格的限制：一是营业时间的限制。法律规定大型超市必须在 7 点半之前歇业。二是强制休息制度。法律规定大超市每月第二周和第四周的周日强制休息。参见周茂川：《韩国保护中小企业出怪招：总裁女儿开面包店遭禁》，<http://money.163.com/12/0620/05/84DU94T600253BOH.html>，最后访问时间：2012-10-14。

② 参见欧爱民：《宪法实践的技术路径研究——以违宪审查为中心》，法律出版社 2007 年版，第 17 页。

## 1. 宪法条文原则、抽象，传统法律分析法失去效用

为了充分发挥法律的指引、评价、预测、教育、强制等功能，法律条文必须做到明确、具体，为此，宪法确立了一个基本原则，亦即法律明确性原则，根据此项宪法原则，法律在明确性上必须满足三个条件：一是可理解性，法律内容必须能让具备一般认知能力的普通民众理解；二是可预测性，普通民众能从具体法律条文中知晓自己行为的法律性质及其法律后果；三是司法解释的可能性。如果仅凭法律条文不能达到“可理解性”“可预测性”，但通过司法机关的司法解释，能满足上述两项条件的，也算遵循了法律明确性原则。<sup>①</sup>在法律明确性原则的要求下，普通法律的内容相当具体、详尽，如同一个个明晰的标杆，即使不具备较高法律素养的普通民众，凭借自己的常识也能运用法律来评价自己或他人的行为。例如，我国现行《刑法》第232条规定：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”如果你的邻居杀害了一个小孩，根据此《刑法》条文，你会准确预测到其可能承担的法律后果——死刑或无期徒刑。如果有其他从轻、减轻处罚的情形，也有可能处以十年以上的有期徒刑。

宪法条文与普通法律条文不同，虽然个别条文的内容也较为明确、具体。例如，我国现行《宪法》第79条将国家主席、副主席的年龄规定为年满四十五周岁，没有任何歧义可言，但大多数宪法条文规定得相当抽象、概括。这是因为宪法是根本大法，制定、修改程序相当严格，如果规定得过于具体，就会阻断后代人的创新能力，造成“代际难题”，为了能让后代人主宰自己的命运，充分尊重他们的主动性、积极性，宪法应当为今后法律制度的创新预留必要的空间，为此，宪法条文一般会“去具体化”。例如我国《宪法》第35条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”如此抽象的法律条文，与其说是规定了一项法律规范，不如说是确立了一项法律原则，它仅宣示了立宪者保障言论自由的价值追求。至于言论自由的内涵、言论的基本类型、言论自由的保障范围和保障力度，均无法从宪法条文中得出具体答案。因此，宪法条文显然不具有普通

---

<sup>①</sup> 欧爱民：《法律明确性原则宪法适用的技术方案》，载《法制与社会发展》2008年第1期。

法律的可操作性，运用一般的法律分析法，就是面对最为简单、最基本的宪法问题，也必定会陷入“无所措其手足”的困境。

## 2. 宪法面临的是重大问题，传统法律分析法难以应对

宪法是法律上的法律，其面对的问题独具特色：一是法律是否具有正当性的问题。而普通法律实践所面临的问题是如何依法行政、依法判决、依法办事，因此，成长于普通法律实践的传统分析方法，主要探讨如何运用法律解决具体的法律纠纷，而不涉及法律本身的正当性问题，对宪法问题的解决无法提供指导，因此，必须寻找一种全新的法律分析法，方能堪当解决宪法问题的大任。二是宪法所面对的是涉及全局性的重大问题，有些宪法问题的解决会在很大程度上影响一个国家的发展进程。而普通法律问题，不管是民事纠纷、刑事纠纷，抑或行政纠纷，其涉及的利益仅仅局限于当事人，一个案件的胜负，不会对其他人的权利和义务造成直接的影响力。在宪法实践中，一部法律被提交违宪审查机关进行合宪性审查之前，就已经得到贯彻实施，相关法律制度得以建立，据此形成的法律关系错综复杂，如果判决现行法律违宪，就会颠覆已经行之有年的法律制度与国家权力的配置方案，公民权利的保障制度就会发生革命性的转变，其对社会的冲击力绝非一般法律诉讼所能比拟；如果判决现行法律合宪，虽然对现行法律制度的冲击较小，但是对社会的影响同样不可小觑。因为宪法争论的本质就是相关利益集团利用宪法搭建的平台进行利益博弈，与违宪判决一样，合宪判决也只是采纳一方观点，而否定另外一方的利益主张。如果被否决的一方代表着一种新生事物，那么合宪判决就会在很大程度上阻碍社会进步的进程。有时候，违宪审查机关面对自己没有把握、没有信心解决的宪法问题，抑或还未到解决时刻的宪法问题，往往会祭出所谓“政治问题不审查原则”等宪法技巧拒绝介入相关利益纠纷，但即便是这种消极的不作为也会对全社会的利益格局产生重大影响。因为违宪审查机关没有对相关宪法纠纷表态，相关宪法问题就没有得到解决，相关利益方就会继续积蓄力量，力争扩大自己观点的影响力，争取在下一次宪法博弈中脱颖而出。

综上所述，宪法实践所涉及的问题事关重大，不论是作出合宪判决、违宪判决，抑或不出判决，对社会的影响力绝非普通法律问题可同日而语的。宪法问题的解决关涉国家发展的大局，相关争论充满价值歧义，而习惯于大前提相当确定的传统法律分析法，显然毫无用武之地，因此必须发展出

独特的宪法分析法。

### 3. 宪法问题类型繁多，传统法律分析法捉襟见肘

宪法是国家的根本大法，其所面临的问题也各不相同，重要性也存在较大差异，不可能不分轻重缓急，对所有宪法问题一视同仁，采取相同的评判标准，而应分门别类，依据宪法问题的重要性和紧迫性，建立起不同的评判标准。纵观人类两百多年的宪法实践，三重审查基准逐渐被大多数国家宪法所采用。根据此宪法实践的基本思路，首先将宪法问题分为三大类型，然后对之适用不同的审查基准：一是对宪法严格保护的事项适用严格审查基准。基于本国的历史经验和特定的价值追求，每个国家均有一些需要给予特别保障的权利与制度，虽然国家有权对相关权利进行干预，但所采取的干预或重构措施必须能经得起最为严格的标准的审查，否则就会有违宪的嫌疑。在美国，有关种族歧视、政治权利保障等事项属于宪法严加保障的领域，对此法院一般适用严格审查基准，在这种审查标准下，系争法律一般难逃违宪的命运。二是在一些较为次要的法律领域适用宽松的合理性审查基准。这些法律领域主要涉及有关经济规制方面的立法措施，因为经济事务专业复杂、瞬息万变，需要政府及时采取回应措施，宪法不能动辄进行干预，捆住政府的手脚。因此，只要政府所采取的法律措施具备基本理性，就能通过宪法的审查。另外，在经济决策过程中，需要充分发挥政府的主动性和积极性，在这种情形下，宪法更要为政府创新管理模式预留足够的制度空间，否则政府行为会处处受到宪法的掣肘，其欲竭尽所能“为人民服务”也会缺乏足够的手段，而只能望“宪法”兴叹。因此，在经济领域，宪法一般会“悄悄蒙上自己的眼睛”，让政府大胆地向前走，充分施展自己的聪明才智，将“为人民服务”的理念发挥到极致。当然，宪法也有一个基本底线，就是要求政府采取的措施必须符合基本的理性，绝不能肆意妄为。例如为了刺激经济发展，政府有权推出适度的量化宽松政策，对此宪法不容置喙。但如果政府采取极不负责任的态度，货币的发放量超越了必要的限度，甚至远远超过GDP的总量，对如此严重侵犯公民财产权的金融政策，宪法必须快刀斩乱麻，采取有效措施，及时制止政府行为，绝不能听之任之。三是在一些较为重要的法律领域适用中度审查基准。此法律领域涉及的事项不属于需要宪法特别加以保护的领域，对其采用严格审查基准，对政府的要求显得过于严厉，但采取合理审查基准，对政府的要求又过于宽松。例如，在社会保障领

域，由于政府的财力有限，化解贫富差距也非一朝一夕所能达成，需要给政府以广泛的裁量空间，但社会保障也涉及公民的生存权和人格尊严的保障问题，也不能对政府的所作所为采取听之任之的放任态度，故世界各国与地区的违宪审查机关一般采取中度审查基准。

由此可见，宪法问题纷繁复杂，其不但涉及国家权力与公民权利之间的关系问题、宪法与民主的合理界限问题，而且涉及司法权与立法权的动态平衡问题、行政效率与价值追求的妥协问题。上述种种宪法问题，是普通法律诉讼从未接触过的新课题。因此，面对如此复杂的宪法问题，习惯于解决具体法律纠纷的传统法律分析法就显得捉襟见肘，难以应付，唯有进行方法论上的创新，从宪法实践中梳理出一套独特的分析方法，才能化解与普通法律问题完全不同的宪法纠纷。

### 三、打造宪法分析法的“三化工程”

宪法规范抽象、原则，大前提不是很明确，传统的“自动售货机”的操作流程自然失去了用武之地。宪法问题所涉及的是有关国家发展的一些重大事项，从一般法律纠纷环境中成长起来的传统法律分析法确实难以堪当重任；宪法问题种类繁多，解决途径各异，传统法律分析法难以应付。因此，要想解决宪法问题，必须超越传统法律分析法，探索出宪法实践特有的“独门暗器”。梳理世界各国与地区的宪法实践，结合宪法学界的一些理论研究，本文提出了打造宪法分析法的基本思维，亦即“三化工程”，亦即将宪法条文具体化、宪法问题类型化、分析方法体系化。

#### 1. 宪法条文的具体化

许多宪法条文宏观、概括，仅就条文本身而言，宪法所规定的与其说是规范，还不如说是原则，但通过宪法性法律、宪法判例、宪法惯例、宪法解释，宪法条文呈现出丰富多彩的内涵，对国家权力行为的行使不但设定了相当明确的实体标准，而且明确了相当具体的正当程序。从这个角度而言，宪法确实是精细之法，具备鲜明的规范特征。因此，打造宪法分析法的基础前提就是要总结宪法实践的基本经验，运用宪法理论，将抽象、原则的宪法条文具体化，充分挖掘出宪法条文所蕴藏的丰富内涵。归结世界各国与地区的宪法实践经验，违宪审查机关一般运用权利的双重理论、权利的层级理论挖掘基本权利的丰富内涵。

根据权利的双重理论，任何宪法权利均具有双重性——主观性与客观性。作为一项主观权利，宪法权利的功能在于抵御国家对之进行的不合理干涉。从这个角度而言，宪法权利具有可诉性，权利人凭借其向法院提起诉讼，要求法院确保其所享有的宪法权利免受国家的侵犯；作为客观法所体现的价值追求，宪法权利对所有的权力拥有者构成约束，后者负有宪法义务以完善相关的法律制度，确实保障公民的宪法权利。以宗教自由为例，按照双重性理论，宗教自由的内涵分为两个层面：其一，主观法层面的涵义。该层面的宗教自由是指抵抗国家侵害公民信仰自由的的主观权利。其二，客观法层面的涵义。该层面上的宗教自由是经由宗教自由的基本精神向国家、社会等渗透而逐渐形成的一套客观价值秩序和制度性保障，具体包括宗教中立原则、宽容原则、政教分离制度等。<sup>①</sup>

根据权利的层级理论，任何一项宪法权利均是一个复杂的系统，应该再进一步将之类型化。例如，宗教信仰自由就包括内在的信仰自由、表达信仰的自由与从事宗教活动的自由。再如，按照修正的思想市场理论，言论分为公言论与私言论；按照权利的层级理论，言论可以分为高价值言论与低价值言论。其中，高价值言论包括政治性言论、煽动性言论；低价值言论包括挑衅性言论、冒犯性言论、仇恨性言论、诽谤性言论、淫秽性言论等。<sup>②</sup>当然，从细分的角度，还可以存在中度价值的言论类型，包括商业性言论、象征性言论等。

由此可见，利用权利的双重理论和权利的层级理论，寥寥数语的宪法条文的内涵变得如此丰富多彩。

## 2. 宪法问题的类型化

宪法条文的内涵纷繁复杂，不同宪法问题的解决路径也各不相同，需要对应不同的分析方法，因此，将宪法问题类型化，是解决宪法问题、分析宪法事例的必要前提。以广为适用的“宪法原则逐一分析法”为例，其基本步骤为三个操作流程：一是将宪法问题分为形式问题与实质问题。所谓形式

---

<sup>①</sup> 欧爱民：《破译宪法的实践密码——基本理论·分析方法·个案考量》，法律出版社2006年版，第161页。

<sup>②</sup> 欧爱民：《言论类型及其法律保护——以美国法为视角》，载《甘肃政法学院学报》2005年第6期。

、问题是指不直接关涉基本权利的限制或剥夺的宪法问题，主要包括权力配置的宪法问题、法律程序是否具有正当性问题、法律是否具有形式上的正当性等。所谓实质问题是指直接关涉基本权利的限制或剥夺的宪法问题。二是针对不同类型的宪法问题，分别适用不同的宪法原则。对于形式问题，依次适用“法律不溯及既往原则”“法律明确性原则”“法律保留原则”“正当法律程序原则”等进行合宪性检验；对于实质问题，依次适用“比例原则”“平等保护原则”等进行合宪性检验。三是选择合适的审查标准。因为上述解决形式问题与实质问题的宪法原则，其内涵仍然处于不确定的状态，违宪审查机关在具体案件中所持态度在很大程度上能左右案件的判决结果。也正因为如此，在同一案件中，即使采取同一宪法原则进行检验，不同大法官的审查结论也会存在较大的差异，违宪审查的主观性被人为地放大。例如，比例原则中的“最小侵害”原则对法律的控制力度是很严格的，但是，如果法官想让系争法律通过比例原则的检验，其会将“最小侵害”降低为“较小侵害”，并将举证责任配置给“申请人”，从而让系争法律轻骑过关。为了增强宪法实践的客观性，上述宪法原则必须辅助所谓的审查基准，将其内涵进一步细致化。在此，各国与地区的违宪审查进行了大量卓有成效的探索，形成了一套完备的审查基准体系。例如，通过几十年的探索，美国最终构建了一个所谓的三重审查基准，也就是被世界各国与地区的违宪审查机关所广泛援用的合理审查基准、中度审查基准、严格审查基准。自20世纪60年代以来，德国宪法法院陆续发展出“明显性审查标准”“可支持性审查标准”“强烈内容审查标准”三种宽严程度不同的违宪审查标准。

### 3. 分析方法的体系化

宪法分析法种类较多，但它们绝非是一盘散沙，彼此毫无关联，而是一个有机体，共同组成了一个分析宪法问题的方法论体系。该体系的基本内容有二：一是将宪法问题分为涉及国家权力和涉及基本权利的类型；二是针对不同的宪法问题选择不同的分析方法。如果是涉及国家权力的宪法问题，应选择“功能结构取向分析法”“本质分析法”。因为该宪法问题涉及国家权力的配置问题，从积极的角度而言，宪法要求“门当户对”，将权力配置给最适合的国家机关，而“功能结构取向分析法”“本质分析法”则可以为科学评价现行权力配置方案提供方法论上的支撑。

“功能结构取向分析法”的主要思路是，不同层级、不同性质的国家机

关在组织体制、民意基础、程序保障、对立面的参与等方面存在较大的差异，其所管辖的事务范围也应各不相同。根据“工作效率原则”“人权保障原则”，功能结构取向分析法要求将国家事务配置给最适合的机关。

“本质分析法”的主要思路是，国家权力、地方制度均有自身的本质属性与核心内容，对之不容侵犯。就国家权力而言，其具有不容其他国家机关侵害的核心部分，否则，权力制约的宪政基石就会瓦解。例如，立法机关可以对行政人事权进行监督，但如果法律将行政机关的人事提名权配置给立法机关，则有可能损害行政权的核心部分，具有违宪的重大嫌疑。

如果是涉及公民基本权利的保障问题，则应选择“法律原则逐一分析法”“目的—手段分析法”“制度性保障分析法”“数理分析法”等。

所谓“法律原则逐一分析法”是指利用宪法原则对系争的法律，从形式和实质两个方面进行全面的检验，如果系争法律通不过任何一项宪法原则的检验，那么就会被判决违宪。

所谓“目的—手段分析法”是指从法律目的、法律手段是否具有正当性，及其目的与手段之间是否具有关联性等方面检验系争法律、国家行为是否合宪。其具体操作流程包括如下三个步骤：一是检验国家限制公民基本权利的目的是否正当；二是检验国家所采取的措施是否能够实现国家所追求的目的；三是检验国家所采取的措施是否超越了必要的限度。在运用此分析法时，还必须结合“审查基准”或“审查密度”的具体展开，共同形塑一个多层级的分析样态。

“制度性保障分析法”的基本思维是，某些法律制度是人类制度文明建设所取得的核心成就，不能随意废弃。为此，宪法将某些极为重要的法律制度纳入保障范围，使之具有对抗立法机关的效用，如果系争法律损及受宪法保障的法律制度的核心内容，就会面临违宪的命运。

“数理分析法”是在梳理现行宪法实践的两大分析公式，亦即德国公式、美国公式的缺陷基础上，提出的一种新型分析法。该宪法分析法的基本思路是，理论界与实务界在处理宪法问题时，侧重于定性分析，“主观性过大、确定性不够”的流弊在所难免，容易陷入“仁者见仁，智者见智”的困境。为了增加宪法分析的确定性与预测性，采用定量分析法，运用数学思维建构一个基本权利保障的技术方案。



# 第一章 中国宪法事例的一般理论

## 第一节 宪法实施的两条路径

作为根本大法，宪法必须要得到贯彻实施，否则一个国家的法律秩序就难以得到维持，公民的基本权利也难以得到保障。但也应看到，由于在历史传统、政治体制、民主程度、法治水平、司法机关的权威等方面存在鲜明的差异，不同国家的宪法实施路径会各不相同、各具特色。梳理世界各国与地区的宪法实施现状，可以将宪法实施路径分为两大类型：一是司法化路径；二是事例化路径。

### 一、宪法实施的司法化路径

所谓宪法实施的司法化路径是指掌握违宪审查权的机关，通过司法或准司法程序解决宪法争议、制裁违宪行为、维护宪法秩序和保障公民基本权利。此宪法实施路径的基本思路是，重大问题宪法化→宪法问题案例化→宪法案例司法化→司法问题技术化。

#### 1. 重大问题宪法化

在宪法秩序尚未确立的时代，一般的民事问题、刑事问题基本上可以通过民事诉讼程序和刑事诉讼程序加以解决，但对涉及国家发展方向、关涉很多人利益的全局性问题，却没有法律程序加以解决。在现实中，重大问题往往集中体现为政治问题，通过残酷的政治斗争加以解决，所遵循的只能是充满高度不确定性的丛林规则，其结果是“赢者通吃”，失败者可能会面临被“赶尽杀绝”的绝境。失败者会被逼上梁山，极力将政治问题激化为革命问