



中国宪法的成文性质与司法适用

赵娟 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国宪法的成文性质与司法适用

赵娟 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国宪法的成文性质与司法适用 / 赵娟著. —北京: 法律出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8007 - 9

I. ①中… II. ①赵… III. ①宪法—法律解释—中国
IV. ①D921.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 118280 号

中国宪法的成文性质与司法适用

赵娟著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.25 字数 234 千

版本 2015 年 8 月第 1 版

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

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

责任校对 杨昆玲

责任印制 陶松

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

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 - 8007 - 9

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献给我的学生

过去的,现在的,将来的

前 言

本书的问题意识起于反思和挑战宪法学界的一个成说：中国宪法的司法适用存在宪法文本障碍。

宪法的生命力和权威在于实施，宪法的司法适用是宪法实施的重要途径。在我国，由于学界对宪法文本的误读和理论上的偏执，人民法院适用宪法始终被认为是“名不正、言不顺”的，司法实践一度停滞甚至退步。本书通过论证宪法司法适用的理论进路，尝试为宪法的司法适用化解学术迷思，消解文本障碍。

区别于以往同类研究，本书以成文宪法的性质为切入点，论证与阐述中国宪法司法适用的宪法原理，重构宪法司法适用的理论脉络与法理基础。全书共分七章，分别是绪论、作为成文宪法的中国宪法、宪法的至上性、人民法院的宪法实施职责、宪法与法院审判案件的法律依据、法院解释宪法之权力、结语。本书的核心论点是：成文宪法兼具法律属性与政治属性且两种性质并行不悖，中国宪法也

不例外。不同于新中国成立以来的前三部《宪法》，1982年《宪法》即现行《宪法》将法定性为法律，从而承袭了宪法是法律的成文宪法特质，1999年法治原则入宪，更加强化了1982年《宪法》的法律性质。宪法的司法适用性是宪法之法律属性的基本特征，法院适用宪法的合法性与必然性源自成文宪法本身的法律性质以及法院所负有的宪法职责，不取决于也不需要宪法文本的特别授权性规定。成文宪法体制决定了宪法的至上性权威，实施宪法是人民法院的宪法职责，法院的司法机构性质决定了其实施宪法的方式是在审判活动过程中适用宪法。《宪法》第126条和第67条均不构成对法院适用宪法的文本阻却，法院适用宪法与现行的宪法制度并不冲突。“文本障碍”之说没有文本依据，也不符合宪法原理。

本书主要通过对中国宪法文本的规范解说，辨析、确定其含义和功能，判断作为成文宪法的中国宪法的性质与目标，解决宪法司法适用的文本根据和基本理论问题。其中，着重以中国宪法文本和官方制（修）宪文件为基本材料和研究依据，结合美国、德国等成文宪法国家的相关制度，从理论、规范等多个侧面展开讨论，着力避免已有研究的误区甚至陷阱，试图破解以往研究中的认知瓶颈。作为一种学术探索，本书回应宪法学领域长期受到关注，但又没有得到很好阐明的基础性课题，既以学界已有成果为基础，又是对现有研究的批判性推进和超越，努力提升这一课题研究的宪法理论深度，推动中国宪法学研究的发展。当然，在尝试构建新的理论解说体系的过程中，本书论证上的疏漏和不足在所难免，敬请各位读者批评指正。

目 录

前 言 / 001

第一章 绪论 / 001

一、引子 / 001

二、主题限定 / 003

三、研究思路 / 009

第二章 作为成文宪法的中国宪法 / 012

一、中国宪法的法律性质 / 013

二、“宪法是法律”的源与流 / 020

三、成文宪法的革命性意义 / 029

第三章 宪法的至上性 / 041

一、宪法至上的文本解析 / 042

二、人民主权、成文宪法与代议制机构 / 056

三、全国人大地位的进一步诠释 / 072

第四章 人民法院的宪法实施职责 / 098

一、什么是宪法实施 / 098

二、作为宪法实施主体之一的法院 / 108

三、法院在宪法实施体系中的角色 / 136

第五章 宪法与法院审判案件的法律依据 / 150

一、《宪法》第 126 条的目标定位 / 150

二、审判权独立的宪法空间 / 157

三、宪法作为审判依据与法治原则 / 171

第六章 法院解释宪法之权力 / 188

一、法院有权解释宪法的根据 / 188

二、法院解释宪法与现行宪法体制 / 201

三、宪法解释权的有效配置 / 215

第七章 结语 / 232

一、初步的结论 / 232

二、我们误读了什么 / 239

三、并非多余的话 / 256

参考文献 / 269

后 记 / 285

第一章 绪 论

法治在很大程度上是一种实践技艺和经验,法学的生命力也在于其与生俱来的实践品格:直面和回应法治实践中的问题和需求,是法学的责任和价值之所在。在中国,宪法是否可以为司法所适用,即是一个亟待回应的现实法治问题。

一、引子

中国宪法的司法适用不是一个全新的论题。

十多年前,学者们对这个问题的研究热情之高,堪称“隆盛空前”,^[1]只是绝大多数研究使用了

[1] 代表性的研究成果,可以参见王磊:《宪法的司法化》,中国政法大学出版社2000年版;王磊:“宪法的司法化——21世纪中国宪法学研究的基本思路”,载《法学家》2000年第3期;童之伟:“宪法司法适用研究中的几个问题”,载《法学》2001年第11期;肖蔚云:“宪法是审判工作的根本法律依据”,载《法学杂志》2002年第3期;梁慧星:“少女失学,何须宪法断案——宪法司法化的冷思考”,载《法学天地》2002年第4期;强世功:“宪法司法化的‘悖论’——兼论法学家在推动宪政中的困境”,载《中国社会科学》2003年第2期;蔡定剑:“中国宪法司法化路径探索”,载《法学研究》2005年第5期。

另外一个近似的名词：“宪法司法化”。迄今为止，中国宪法学界，乃至整个中国法学界，似乎已经形成了一种共识：由于中国现行宪法文本的限制，宪法在司法过程中不适用。^{〔1〕} 2001年，最高人民法院关于齐玉苓案的“批复”隐约透出了中国宪法司法适用的曙光。^{〔2〕} 然而，2008年最高人民法院对这个“批复”的废止决定，^{〔3〕}几乎又从初现的黎明退回到了既往的黑暗之中。最高人民法院“始立终弃”的做派，仿佛昭示和佐证了一个为学界共享的成说：中国宪法司法适用之路“走不通”。更有学者进一步加以论证：这条路不仅走不通，而且根本就不符合我国宪法文本本身规定的宪法实施的“路径”，最高人民法院的批复有违宪之嫌。^{〔4〕} 近几年来，这个话题逐渐淡出了学者们的视野。不过，前不久又有学者公开发文，坚持认为，宪法的司法适用是宪法通则，中国宪法也不例外，只是需要注意，并不是所有宪法条款都可以适用于司法过程，宪法的“选择适用”是实施宪法的合理之道。^{〔5〕} 显然，宪法的司法适用问题没有在时间的推移中真正“随风飘逝”。旧话重提并非无端，最大可能是：疑问仍然存在，道理尚待阐明。

本书就是一个尝试解决疑问的努力。本书的基本立场是：“中国宪法的司法适用存在宪法文本障碍”在本质上是一个假问题。但是，

〔1〕 也有少数学者认为可以适用，但似乎并未成为“主流声音”。相关研究可参见胡锦涛：“中国宪法的司法适用性探讨”，载《中国人民大学学报》1997年第5期；王振民：“我国宪法可否进入诉讼”，载《法商研究》1999年第5期；周伟：“法院适用宪法是中国宪法保障制度的重要特点”，载《法学》2009年第4期。

〔2〕 参见“最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复（法释〔2001〕25号）”，载《最高人民法院公报》2001年第5期。

〔3〕 参见“最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定（法释〔2008〕15号）”，载最高人民法院办公厅编：《最高人民法院公报》（2009年卷），人民法院出版社2010年版，第127~129页。

〔4〕 参见童之伟：“宪法适用应依循宪法本身规定的路径”，载《中国法学》2008年第6期。

〔5〕 参见张千帆：“论宪法的选择适用”，载《中外法学》2012年第5期。

对这个假问题的澄清却需要我们真展开——因为这一观点似是而非又貌若“真理”，几近不容置疑的学术定论，且传播之广、影响之大，远不是三言两语所能应付和阐明的，必须认真对待。

二、主题限定

本书的研究主题是宪法的司法适用，不是宪法审查。之所以用一个独立的部分来说明这个看似简单的问题，原因在于已有研究很大程度上没有区别二者或者没有清晰地区别二者，甚至有时混为一谈。事实上，尽管它们是相互关联的存在，但毕竟是两个不同的概念，所对应的是两种不同的制度状态。

与宪法司法化这个容易产生歧义和引起误解的名词不同，^[1]宪法的司法适用是一个相对规范的法学用语，可以从法律的司法适用引申开来。法律的司法适用也可简称为法律适用，是指司法机关运用法律处理案件的活动。具体而言，是指人民法院运用法律规定对具体争议进行审理做出判决的过程。因此，我们可以把宪法的司法适用看作审判机关即法院运用宪法处理案件、解决争议的司法过程，表现为法院在审判过程中将宪法作为司法判断的依据，就像法院将普通法律作为判案依据一样。换言之，宪法与普通法律一样进入司法程序，被法官适用于具体的审判活动中。

宪法审查不同于宪法的司法适用，它是指审判机关或者特定机关对立法是否违反宪法作出判断和决定。从世界范围内的宪政实践来看，宪法审查的模式主要分为以美国为代表的普通法院模式（分散

[1] 学界对此有不少评论，比如认为“宪法司法化”这一概念以及由这一概念引申的含义是不准确和不确定的，容易引起误解。参见胡锦涛：“违宪审查与相关概念辨析”，载《法学杂志》2006年第4期。还有学者认为，对于“宪法司法化”之说，“学术界中自始就一向不乏质疑性或批评性的见解”。参见林来梵主编：《宪法审查的原理与技术》，法律出版社2009年版，第6页。鉴于这个名词的模糊性缺陷，本书不加以采用。

式)和以德国为代表的宪法法院模式(集中式)。宪法的司法适用与宪法审查存在相互关联性。从一般意义上说,宪法的司法适用与宪法审查是落实或者实现宪法效力的两种形式。前者将宪法效力落实在对纷争的裁断和处理过程中,宪法承担了法律的功能或者说是宪法作为法律被适用于司法过程;后者则更进一步,运用宪法去衡量和判断普通法律的合宪性,并且最终给出普通法律是否抵触宪法的决定,体现宪政意义上的宪法功能即宪法必须控制立法。无论是宪法的司法适用,还是宪法审查,都以承认宪法具有实际效力为前提。同时,二者也存在差异,最突出之处在于权力行使上的不同。宪法的司法适用属于审判机关即法院的固有司法权力的范畴,就像适用法律是司法过程不可或缺的步骤或者程序一样,法院对于宪法的适用也因具体纷争的处理需要而发生;宪法审查程序则基于相关“疑似违宪”争议的提交而被启动,审查权力或由宪法明确规定的专门机构(比如《德国基本法》规定的宪法法院)或者普通法院(比如《日本国宪法》规定的普通法院)行使,或由产生于判例法的普通法院(比如美国司法实践中形成的普通法院)来行使。由此可见,宪法的司法适用与宪法审查的权力可能归于同一个机构即普通法院,也可能分属不同的机构即普通法院和特定的宪法审查机构。就权力的“层次”而言,适用的权力层次自然“低于”审查的权力层次,因为不能完全排除这样的情形:宪法的司法适用的结果也可能被提起宪法审查,这时,审查的权力就“超越”了适用的权力。此外,与宪法司法适用的结果是对争诉案件作出具体裁判不同,宪法审查通常以宣布立法是否违宪作为其决定或者决定之一,其后果对立法行为构成直接的约束。不过,需要区别的是,在司法审判过程中,法院也会涉及对法律依据的审查问题,但这种审查与此处所言的宪法审查具有不同性质。本书将在第四章加以详细讨论。在中国,现行《宪法》没有规定人民法院具有宪法审查的权力,而是将这一权力授予了全国人大和全国人大常委会,所以,可以肯定地说,对

于宪法审查,法院无权为之。那么,宪法的司法适用,人民法院有权为之吗?这正是本书的出发点。

这里有必要一并澄清齐玉苓案的性质。可能是受到宪法司法化这个含义模糊之概念的影响和干扰,不少学者认为齐玉苓案是宪法审查案件,并在这个意义上认为齐玉苓案和最高人民法院关于齐玉苓案的“批复”是不适当的甚至是违宪的。^{〔1〕}实际上,只要我们仔细分析就可以发现,该案并不涉及宪法审查,“批复”和一审、二审法院(即山东省枣庄市中级人民法院、山东省高级人民法院)没有审查任何立法的合宪性,甚至也算不上是严格意义上的宪法的司法适用,而是在一个民事案件的审理过程中,通过宪法来确定当事人(被上诉人)的民事责任的承担问题,至多是宪法的间接适用。

因发现被“冒名顶替上学”,原告齐玉苓向一审法院同时提出了姓名权、受教育权侵权之诉,一审法院支持了其姓名权诉求,判决被告陈晓琪、陈克政、济宁商校、滕州八中、滕州教委承担相应的民事责任,同时驳回了原告其他诉讼请求——包括受教育权诉求,理由是:“原告齐玉苓主张的受教育权,属于公民一般人格权范畴。它是公民丰富和发展自身人格的自由权利。本案证据表明,齐玉苓已实际放弃了这一权利,即放弃了上委培的机会。其主张侵犯受教育权的证据不足,不能成立。齐玉苓基于这一主张请求赔偿的各项物质损失,除律师代理费外,均与被告陈晓琪的侵权行为无因果关系,故不予支持。”^{〔2〕}齐玉苓不服,提起上诉。她认为一审法院判决否决其受教育权被侵犯,是错误的,请求二审法院判令各上诉人共同侵犯其受教育的权利而造

〔1〕 比如,秦前红:“废止齐案‘批复’之举值得嘉许”,载《法学》2009年第4期;郑贤君:“‘停止适用’齐案‘批复’之正面解析”,载《法学》2009年第4期;黄正东:“宪法司法化是脱离中国国情的空谈”,载《法学》2009年第4期。

〔2〕 参见“齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯名誉权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案”,载《最高人民法院公报》2001年第5期。

成的经济损失。二审法院查明:有证据显示,上诉人没有放弃上委培的机会,是由于各被上诉人的相关行为造成了上诉人失去了机会,认定后者确有侵害前者受教育权的事实。鉴于受教育权的特殊性,二审法院认为该案存在着“适用法律方面的疑难问题”,遂依法报请最高人民法院进行解释。最高人民法院就此作出批复:“山东省高级人民法院:你院〔1999〕鲁民终字第258号《关于齐玉苓与陈晓琪、陈克政、山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东省滕州市教育委员会姓名权纠纷一案的请示》收悉。经研究,我们认为,根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。”〔1〕二审法院认为:原审判决认定被上诉人陈晓琪等侵权了上诉人齐玉苓的姓名权,判决其承担相应的民事责任,是正确的。但原审判决认定齐玉苓放弃接受委培教育,缺乏事实根据。齐玉苓要求各被上诉人承担侵犯其受教育权的责任,理由正当,应当支持。据此,依照《宪法》第46条、最高人民法院〔2001〕法释25号批复以及《民事诉讼法》第153第1款第3项的规定,做出最终判决,其中判决各被上诉人因侵犯上诉人受教育权而造成的经济损失(直接和间接损失)。〔2〕

在此,我们首先可以判断的是:齐玉苓案是一个民事案件,不是一个宪法审查案件,自始至终,一审法院、二审法院和最高人民法院的“批复”都认定了该案的民事案件性质——民事侵权与民事责任构成本案的核心内容。与宪法之间的关联性表现在“批复”中出现了“依据宪法规定所享有的受教育的基本权利”、二审判决书中出现了“依

〔1〕 参见“最高人民关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复(法释〔2001〕25号)”,载《最高人民法院公报》2001年第5期。

〔2〕 参见“齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯名誉权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案”,载《最高人民法院公报》2001年第5期。

据宪法第四十六条”。那么,应该如何理解该案的“宪法问题”呢?笔者以为,本案的关键点在于受教育权利是不是一项民事权利或者说是对于这项权利的性质认定。如果回答是肯定的,那么,本案就没有任何疑问:民事权利是可诉的,民事权利受到侵犯应该承担相应的民事责任。但是,这显然是一个有争议的问题或者说是有不同看法的问题。一审法院认为受教育权利“属于公民一般人格权范畴,它是公民丰富和发展自身人格的自由权利”,可以看出,一审判法院承认受教育权利的民事权利性质,只是判决原告的这项权利没有被侵犯。二审法院没有判断受教育权是不是民事权利,在查明被上诉人确有侵犯上诉人受教育权的事实后,关于如何适用法律来判决这一侵权行为的后果,采取了向最高人民法院请示的做法。最高人民法院也没有直接就受教育权的民事权利性质做出判断,而是采用了一种“转换”的“司法技术”:不判断受教育权是不是民事权利,因而不存在是不是可诉的疑问,而是将受教育权当作“合法权益”来保护,以“迂回”解决上诉人的诉求。这可以从最高人民法院“批复”之名称的措辞上看起来,“批复”使用的是“最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复”,这一民事责任的承担可以认为是“侵犯姓名权”的“间接结果”——二者之间存在间接因果关系,因而损害的可救济性是成立的,因此,民事责任的承担就不存在问题。宪法在此处的功能或者作用在于说明受教育权是受到法律保护的权利——原告诉求具有“合法性”或者说是“合法”诉求,只是因为受教育权是由宪法规定的基本权利,由此宪法也作为“批复”和二审的法律根据。这或许是在“受教育权是否为民事权利”存在疑问、“基本权利是否可诉”不能确定的情况下,以“解决争诉,化解纠纷”为己任的法院可以选择的甚至是唯一可以选择的做法。

但不可忽视的是,“批复”和二审是有缺陷的。撇开有关将该案误认为是宪法审查案件而据此所作的批评观点不谈——这些批评基

基本上是瞄错了“靶子”，因而不需要回应。有一种看法值得澄清：最高人民法院完全可以依据《教育法》因而没有必要用到《宪法》来答复。这种看法可能也是没有根据的。一来，《教育法》颁行时间晚于该案侵害行为发生的起始时间，直接适用《教育法》有“溯及既往”之嫌；^{〔1〕}二来，即便是可以适用《教育法》，也并不意味着就不可以适用《宪法》，并没有任何审判规则规定说：下位法有根据，则无须引用上位法，或者说，具体法律有根据，就无须用到宪法。在强调权利的重要性和可救济性方面，没有哪个法律可以比宪法更有证明力和判断力。从整体上看，“批复”（和二审判决）最大的缺陷在于没有说明为什么宪法规定的基本权利层次的受教育权可以“成为”民事侵权行为所指对象的对象。就“法定”或“合法”一词的特定意义而言，将受教育权“算作”民事权利毕竟是于现行民事法律规范无据的。因为，要从基本权利“走向”民事权利，从而在民事案件中作为被保护的民事权利或者利益，不能仅仅以无可置疑的语气进行“宣布”式的答复，而含糊其中的“推理”和“论证”过程，这种缺乏说理成分的“批复”是没有说服力的。此处的关键是：从宪法“跳跃”到民法，是需要真正意义上的“转换机制”的。这个转换机制应该是解释——通过宪法对民法进行解释，将宪法文字或者精神体现在民法中，但最终仍然是运用民法规范来处理争议，而不是直接将宪法规范作为“当然的”法律依据——或者说，在这个案件中，当用到宪法规范的时候，其功能应在于用宪法来解释受教育权的民事权利性质。“批复”显然没有做到这一点。二审判决也没有进一步加以阐释，而是直接把“批复”作为依据。至于

〔1〕 关于这一点，胡锦涛教授进行了详细讨论，颇具说服力。参见胡锦涛：“齐案‘批复’并非解释宪法最高人民法院不应废止”，载《法学》2009年第4期。

2008年最高人民法院把废止这个“批复”的“理由”写为“已停止适用”，^[1]可能同样是存在缺陷的。基于“批复”本身说理上的不足，完全可以以“说理不清”或者“解释不清”作为废止理由，这个理由是对“批复”内容的真实描述，应该是可以被法律人士和非法律人士接受的。尽管如此，“批复”的积极意义仍然是值得肯定的，它至少显现了最高人民法院将宪法适用于司法过程的一种尝试性努力，不失为一次宪法实施的司法实践。

三、研究思路

客观地说，在中国整个法学体系中，宪法学的幼稚可谓名副其实。造成这一状况的原因是多重，中国宪政制度不发达是最根本原因，但学者的学术自觉与认知或导向的因素也不容忽视。简单地把学术落后的原因归咎于制度现实，是没有说服力的，也是不负责任的。在很大程度上，是我们自己的误读——包括对宪法理论、宪法规范和相关实践的误读，造成了今天的困局。宪法的司法适用就是至今没有解决好的、被误解或者被误导的基本问题之一。

不仅如此，宪法的司法适用甚至被认为是没有必要再研究的一个宪法问题。自最高人民法院废止齐玉苓案“批复”之后，不少学者不再对这个命题抱有希望或者幻想，而是陷入了一种几乎“一切到此为止”的落寞状态，在夹杂着“失败论”、“盲目论”、“挫折论”等诸种声音中，学者们似乎从学术上判定了这个问题的“死刑”：中国宪法不是美国宪法，也不是世界上任何一个成文宪法国家的宪法，不能够像普通法律那样为司法过程所适用。还有一些学者索性撇开宪法的法律

[1] 参见“最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定(法释[2008]15号)”，载最高人民法院办公厅编：《最高人民法院公报》(2009年卷)，人民法院出版社2010年版，第129页。