

宪法审查的原理与技术

林来梵 主编

The Doctrines and Techniques
of Constitutional Review

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

2005年度国家社会科学基金项目成果

批准号：05BFX012

宪法审查的原理与技术

林来梵 主编

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法审查的原理与技术 / 林来梵主编. — 北京: 法律出版社, 2009. 3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9324 - 3

I. 宪… II. 林… III. 宪法—研究—中国 IV. D921.04
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 028621 号

宪法审查的原理与技术

林来梵 主编

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本/ 787 × 960 毫米 1/16

版本/ 2009 年 6 月第 1 版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 32.75 字数/ 592 千

印次/ 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹/ 学术·对外出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶松

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

网址/ www.lawpress.com.cn

销售热线/ 010 - 63939792/9779

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

重庆公司/ 023 - 65382816/2908

北京分公司/ 010 - 62534456

西安分公司/ 029 - 85388843

上海公司/ 021 - 62071010/1636

深圳公司/ 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9324 - 3

定价: 65.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

——为了雕琢“法治国家大厦的拱顶石”

作为“法治国家大厦的拱顶石”，宪法审查制度究竟应选择哪块“石头”作为“原料”固然是重要的，但更为重要的是，有一块“石头”成为名副其实的“法治国家大厦的拱顶石”；而要进入这样的佳境，借鉴“他山之石”的雕琢工艺，描绘一幅可靠的具象构图，就并非像雕虫小技那样可以轻慢。

——题记

一、为什么“宪法审查”

本书所采用的“宪法审查”一语，相当于现下国内学术界日渐通用的“违宪审查”之谓，指的就是宪法上被授权或认可的特定机关，按照所定的法律程序，根据相关的宪法规范（即通过宪法解释，就相关的宪法条文的内在意涵进行进一步的阐明所形成的解释命题），而对已然形成又或即将形成、特别是某项因为存在争执而被提到该种程序之中的公权力的特定行为（包括普通立法）是否违背了上位法尤其是宪法而进行复核审查，并作出相应判断的制度或活动。

作为一种制度或活动，宪法审查在法律世界中无疑具有殊为重要的作用。对此，国内外学界的论述不胜枚举，本书亦有专门研讨，故在此不赘。但要言之，它应是有效清理一国法律体制内部的冲突与矛盾，维护一国法律体制内部的统合与和谐，尤其是防止或遏制特殊情形之下公权力所可能作出的不当行为，维护或保障公民的基本权利的一个重要的制度性装置。也正是在此等意义上，德国

学人曾誉之为“法治国家大厦的拱顶石”。^①

基于宪法审查的这种重要作用,目前世界上大部分国家,庶几均已确立了该种制度。根据国际上一份颇为系统的专题比较研究成果显示,在其所统计和研究的179个国家和地区之中,已经建立了具有典型性的宪法审查制度的国家,至少已高达152个,另外以其他方式实行宪法审查的国家和地区则有22个,合计174个,而未拥有该种制度的仅有5个。^②

然而值得注意的是,有关这一制度的名称,各国之间则不尽相同。我们知道,由于宪法审查的目的主要就是为了核查特定的公权力行为是否构成违宪,并就此作出有针对性的裁断和处理,为此在学理上的确亦可称为“违宪审查”,但真正使用“违宪审查”这一用语的,只有日本以及受日本不同程度影响的少数国家和地区(如韩国、我国台湾地区);^③而众所周知,美国因为采用了以普通法院来承担附随性违宪审查功能的制度模式,故在该国,这个制度一般被称为“司法审查”(judicial review),有时也被具体地称为“合宪性司法审查”(judicial review of constitutionality);与此不同,根据我们的考察,在采用了由专门的宪法法院实行宪法审查的德国,与“违宪审查”相对应的用语则是Verfassungskontrolle,但根据其文义,其实亦可译为“宪法审查”;而由于受到传统主权观念的负面影响,在建立宪法审查制度的道路上经历了艰辛历程的法国,其宪法学中更是难以找到与中文的“违宪审查”完全相对应的术语,该国学者曾长期使用“法律的合宪性

① 德国法学家宾丁语;作为德国学人的论述,原文乃指德国的宪法法院是其“立宪法治国的拱顶之石”,本文取其要义,但又基于中国语境对原文的表述有所修改和引申。原文转引自[德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院》(中译版),刘飞译,法律出版社2007年版,第3页。

② See Gagik Harutyunyan, Arne Macic, *The Constitutional Review and its Development in the Modern World: a comparative constitutional analysis*. Ljubljana; Yerevan; Hayagitak, 1999. 444 str., graf. Prikazi. 具体参见 <http://www.concourts.net/tab/tab1.php?lng=en&stat=0&pri=0&srt=0>; 与该书相关的网络链接为 <http://www.concourt.am/Books/harutyunyan/monogr3/> (作者在写作过程中的最终上网确认的时间均为2009年1月25日)。另外值得交代的是,据统计目前世界上共有224个国家和地区(其中有193个国家和31个地区),其中在拥有典型性宪法审查制度的152个国家中,采用美国式普通法院审查制的有81个,德国式宪法法院制的有58个,法国式宪法委员会式的有12个,另还有新英联邦式的1个;而被作者列入没有宪法审查制度的5个国家分别为:荷兰、大不列颠联合王国、莱索托(南非国家)、利比里亚(西非国家)、利比亚(北非国家)。

③ 在日本也有“宪法裁判”、“宪法诉讼”等称谓,但“违宪审查”这一用语则颇为广泛,可参见日本《新法律学词典》(第三版)中的专门词条“违宪审查制”,有斐阁1989年版,第20页;另外,还有一种更为严格化的称谓是“违宪立法审查”,可参见[日]户松秀典:“违宪立法审查制度”,载[日]杉原泰雄编:《宪法学的基础概念》(I),劲草书房1983年版,第203页以下。

审查”(contrôle de constitutionnalité des lois)一语,但自20世纪90年代以后,则开始广泛使用“宪法审查”这一概念。^④

返观我国,指称该制度的用语则呈多歧化状态,^⑤但举其荦荦大端者,迄今为止大略有如下三种:第一种出现在早期,学者们多根据我国现行宪法的相关条文直接称之为“宪法实施监督”,甚至简称为“宪法监督”;^⑥第二种是此后流行的,即由于受到外国(尤其是日本)宪法理论和实践的影响,并基于一种微妙的话语策略,许多学者称之为“违宪审查”,此语被广为接受,以致在宪法学界中大有取代传统的“宪法(实施)监督”说之势;^⑦第三种则是在晚近数年部分学者更加巧妙地加以使用的“合宪性审查”一语。^⑧

但凡一种法律制度的学理称谓,不仅关乎该制度的法上定性,而且还涉及语用学意义上的可被接受性问题。以此观之,以上三种称谓,自然各有其可以理解的缘由,但公允地说,“宪法实施监督”这一用语,则已然不能概括我国现行这一制度的演化内容以及发展趋势,“宪法监督”一说更可能不得要领,以致令人茫然不知所云;而“违宪审查”之谓,固然在一定程度上得其精义,但似乎含有宪法审查价值立场中的积极主义之单纯偏向或过当期待,未必完全符合宪法审查的

④ 顺便值得一提的是,这一术语在法国的出现,甚至可以追溯到1928年夏尔·艾森曼(Charles Eisenmann)在将汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)的一篇论文翻译成法文并在法国发表之时。在该文中,凯尔森曾指出:“宪法审查就是宪法的司法保障,是旨在保障国家职能合法行使的技术性措施体系的一个组成部分。”Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution* (la justice constitutionnelle), R. D. P., No. 17, 1928, p. 198.

⑤ 正因如此,近年来还出现了不少“违宪审查”与相关概念的辨析之论文,如可参见胡锦涛:“违宪审查与相关概念辨析”,载《法学》2006年第4期;马岭:“‘违宪审查’相关概念之分析”,载《法学》2006年第3期;李娜:“对于‘违宪审查’的概念分析”,载《中国青年政治学院学报》2005年第5期。

⑥ 国内迄今有关“宪法监督”一语的采用及其制度性内容的梳理和探究,可谓不胜枚举,但早期有代表性的著述,可参见胡锦涛:《中国宪法问题研究》,新华出版社1998年版,第173~234页。此后的力作,可推李忠:《宪法监督论》,社会科学文献出版社2002年版。

⑦ 国内最早使用“违宪审查”这一用语的,如今已难以考证;据笔者有限的涉猎,较早的有崔卓兰:“西方国家违宪审查模式的选择”,载《现代法学》1982年第3期;此后的研究不计其数,其中有代表性的专题论著可举:王振民:《中国违宪审查制度》,中国政法大学出版社2004年版;林广华:《违宪审查制度比较研究》,社会科学文献出版社2004年版;胡锦涛编:《违宪审查比较研究》,中国人民大学出版社2006年版;等等。

⑧ 较有代表性的如季卫东:“合宪性审查与司法权的强化”,载《中国社会科学》2002年第2期;季卫东:“合宪性审查制度的‘两步走’思路”,载《人大研究》2003年第7期;季卫东:“再论合宪性审查——权力关系网的拓扑与制度变迁的博弈”,载《开放时代》2003年第5期;胡锦涛:“婚检规定宜引入合宪性审查”,载《法学》2005年第9期。

基本原理和各国实践的实际情形,乃至使现实中的政治权力体制对其“谈虎色变”,望而生畏,而且各国也鲜有采用;至于“合宪性审查”之说,虽然相对于政治权力体制而言具有较高的可被接受性,但“特洛伊木马计”式的学术策略是否总是有效,本身就是一个值得吟味的问题,更重要的是从纯然的学理上而言,其在语义上则又偏颇于与积极主义相反的消极主义之一端,同样未能概括出该种制度的全部内容,正像前文所提及的那样,长期以来,法国学者虽然也曾习惯于使用“法律的合宪性审查”(contrôle de constitutionnalité des lois)一语,然而自20世纪90年代以后,宪法学界普遍认为,“法律的合宪性审查”只是“宪法审查”(justice constitutionnelle)或“合宪性审查”(contrôle de constitutionnalité)的重要内容之一,但并不能准确反映其全部内涵,因此学界就开始转而广泛使用“宪法审查”这一概念。

而从比较法的角度来看,尽管各国所言各异,但较为通行、得当的用语,应推“宪法审查”(constitutional review)一语。上述的那份由 Gagik Harutyunyan 和 Arne Macic 主持的颇为系统地考察了国际上179个国家和地区的专题比较研究成果,就统一采用了这个概念;^⑨法国当代著名的宪法学家路易·法沃勒(Lois Favoreu)在其主编的《宪法学词典》中所设置的该当专门词条同样也采用了“宪法审查”(justice constitutionnelle)这一术语。^⑩

本书作为一项国家哲学社会科学研究基金项目的成果,在课题申报过程中也曾采用了“违宪审查”这一用语,但随着研究的不断拓入,并且基于上述的各种考量,最后也决定:除了个别叙述上的必要情形之外,全书统一改用“宪法审查”一语。尽管我们也承认,对照其英语的 constitutional review 这一表述,此称谓或许也可使用“宪法性审查”、“宪法(性)复核”、^⑪“宪法(性)核查”等,但采用“宪法审查”之谓,无论是从现今世界各国情况的“最大公约数”来看,还是从我国长期沿用“宪法(实施)监督”这一用语的语用学意义或习惯性效应来看,都是相对较为割切的。

^⑨ See Gagik Harutyunyan, Arne Macic, *The Constitutional Review and its Development in the Modern World: a comparative constitutional analysis*. Ljubljana; Yerevan: Hayagitak, 1999. 444 str., graf. Prikaz. 具体可参见 <http://www.concourts.net/tab/tab1.php?lng=en&stat=0&pri=0&srt=0>; 与该书相关的网络链接为 <http://www.concourt.am/Books/harutunyan/monogr3/> (作者在写作过程中的最终上网确认的时间均为2009年1月25日)。

^⑩ Louis Favoreu, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 556 - 557.

^⑪ 我国香港特区法律学界及实务界,就将英语世界中的“司法审查”(judicial review)译为“司法复核”。

二、从已然泛滥的研究领域中转向

如所周知,当下我国也存在着一种由国家立法机关内部自我进行部分法规审查的制度,其中就含有宽泛意义上的宪法审查机制。但毋庸置疑的事实是,较之于世界各国的情形,我国的这种现行制度乃是一种独特的、非典型性的制度,以致在前述的 Gagik Harutyunyan 和 Arne Macic 的那份有关各国宪法审查制度系统性比较研究的成果之中,就被列入了另类的“其他”类型;^⑫而且更为重要的是,这个原本曾被称为“宪法(实施)监督”的制度,在长期的宪法实践中,庶几不具有可期许的实效性。诚然,随着全国人大常委会法工委之下一个小型的“法规审查备案室”的成立,近年来这种情势似乎已有所改观,宪法审查的活动也在一定范围之内潜启而行,但由于其运行规程、受案情况、对处理方式以及处理结果一概采取了不公开的方式,存在着程序上的“秘密主义”倾向,为此其所可能产生的有限的工作绩效,又不具有显在性和可监督性。凡此这些制度上的弱点,应被视为我国现行宪法有待改进的方面。^⑬

这种困窘,激发了学术界长期以来对有关制度改革的持续性的急切吁求,与此相应,有关宪法审查制度研究也随之繁兴,其间所展现的成果数不胜数,颇有“乱花渐欲迷人眼”的景象。^⑭

然而,值得注意的是,在迄今为止的这类研究成果之中,压倒多数的著述均是涉及对各国宪法审查模式的比较分析以及对我国宪法审查模式的建构设计,

^⑫ See Gagik Harutyunyan, Arne Macic, *The Constitutional Review and its Development in the Modern World: a comparative constitutional analysis*. Ljubljana; Yerevan: Hayagitak, 1999. 444 str., graf. Prikaz. 具体可参见 <http://www.concourts.net/tab/tab1.php?lng=en&stat=0&pri=0&srt=0>; 与该书相关的网络链接为 <http://www.concourt.am/Books/harutyunyan/monogr3/> (作者在写作过程中的最终上网确认的时间均为 2009 年 1 月 25 日)。

^⑬ 可参见林来梵:“违宪审查:嘴矢与正的——就法规审查备案室的设立访谈林来梵教授”,载《青年时报》2004 年 6 月 25 日第 2 版;另可参见林来梵:“宪法不能没牙”,载《法学》2005 年第 6 期。

^⑭ 有关的标志性研究主要自 20 世纪 80 年代初开始出现,仅从中国期刊网显示的 1979—2006 年之间的论文数据来看,以“违宪审查”、“合宪性审查”、“宪法审查”或“宪政审查”为主题的文章就近达千篇,其中,孙志刚事件后的 2003—2006 年间,所发表的论文数量就达 700 篇左右。此外,有关此类主题的专著也有可观的数量,有代表性的可举:莫纪宏:《宪法审判制度概要》,中国人民公安大学出版社 1998 年版;李忠:《宪法监督论》,社会科学文献出版社 2002 年版;胡肖华:《宪法诉讼原论》,法律出版社 2002 年版;王振民:《中国违宪审查制度》,中国政法大学出版社 2004 年版;林广华:《违宪审查制度比较研究》,社会科学文献出版社 2004 年版;陈力铭:《违宪审查与权力制衡》,人民法院出版社 2005 年版;胡锦涛主编:《违宪审查比较研究》,中国人民大学出版社 2006 年版;等等。

包括可由何种机关来施行宪法审查的大胆建言。^⑮然而,在特定的语境之下,这类涉及体制改革研究的相当一大部分,最终在理论上也走上了同样的困窘,甚至反而深化了体制改革的困境,其间,部分学者和实务界人士也正是在这种情形之下曾一度走上了所谓“宪法司法化”之迷途,^⑯并招致实践上的一次败挫。

另一方面,与上述的那种宏观性的研究不同,作为一种值得关注的新动向,近年来有关宪法性事案的个案分析也沛然兴起,在有权机关“不在场”以及宪法判断的应有程序和固有技术均基本处于阙失的语境之下广为风行,有时甚至达到了“为赋新词强说愁”的境地。

应该承认,有关宪法审查模式建构的研究,对于促进我国现行宪法审查制度的完善和发展,俾便最终有效打开当下实践中的闷局,当然不乏重要的学术意义;而有关宪法性事案的个案分析,对于推动“具体法治”意义上的宪法实践,增强为政者和普通公民的宪法观念和意识,乃至对于促使高等法学教育中宪法学教学的活泼化,也均具有不可小觑的作用。但综观二十多年来我国学界有关宪法审查的研究,上述两种研究的成果已有盈阁充栋之观,而唯独对宪法审查自身的原理及技术进行专门探究的研究,虽不至于完全处于真空状态,却颇为鲜见。^⑰

然而,值得注意的是,诚如前述的法国当代著名宪法学家路易·法沃勒所言,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”,^⑱其中有关宪法审查的固有原理和技术,应是宪法审查制度不可或缺的构成部分;如果从各国宪法审查的理论和实践来看,甚至可以断言,该部分乃是宪法审查制度中最为核心也最为丰富的构成部分。从这种意义而言,虽然我国迄今为止的有关宪法

^⑮ 我国宪法学者胡锦光教授在1998年出版的《中国宪法问题研究》一书中,曾专辟“违宪的概念”及“中国宪法监督制度”两章,以相当的纸幅对历时的有关中国违宪审查问题的研究状况进行了颇为系统的梳理和细致的分析,并指出在当时,“增设作为全国人大专门委员会性质的‘宪法监督委员会’在理论上准备已经基本就绪,是否增设,关键在于决策者是否意识到增设该宪法监督机构的必要性”。胡锦光:《中国宪法问题研究》,新华出版社1998年版,第173~234页,尤其是第215页。

^⑯ 对于“宪法司法化”的问题,学术界中自始就一向不乏质疑性或批评性的见解,就本书作者的有关观点,亦可参见林来梵、朱玉霞:“错位与暗合——试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向”,载《浙江社会科学》2007年第1期。

^⑰ 比如作为本书的编者以及作者之一,林来梵也曾在其《从宪法规范到规范宪法》一书中,设“违宪审查制度”一章,并专置“违宪判断的方法”一节,但总体上仍属于一种尝试性的研究,涉论不多。参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第324页以下,尤其是第328~337页。

^⑱ Louis Favoreu, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 556-557.

审查制度的研究成果已呈“乱花渐欲迷人眼”的盛况,但实际上诚可谓仍处于某种“浅草才能没马蹄”的状态。

有鉴于此,本书虽然没有完全撇开有关宪法审查制度的基础性研究的内容,而是在第一章中就专门对此方面的若干宏观问题做出导引性的研究概述,但总体而言,则是有意地从已然泛滥的上述那些领域中开始转向,将考察的焦点集中性地投入宪法审查的原理和技术这一方面,并作出体系化的研究,以期能填补我国宪法学界有关宏观的模式研究与微观的个案分析之间所留下的巨大空缺。

当然,基于我国目前的状况,或许会有人认为,这仍然是一种“望梅止渴”式的研究。然而殊不知,原理性和技术性问题,乃是不同模式的建制构想提出之后均无法绕过的内容。一旦确立和完善特定的制度模式,形成具有实效性的宪法审查制度,就需落实到具体原理的运用和技术的操作之上,而如果在这方面没有系统、厚实的理论准备,难免在“千呼万唤始出来”之后又落入“巧妇难为无米之炊”的尴尬境地,更何况我们难以断言,在现下的我国并不存在这一制度上的任何实践,只是如前所述,目前我国的宪法审查制度持续处于一种闷局之中,至于这种闷局何时会被打破,则非我等学人所能预测,但可以想定,此种闷局一旦被打破,我们宪法学人在有关宪法审查的原理和技术层面上是否做足了理论上的准备,则是我们当下就应该预先面对的课题。退一步说,即使随着各种宪法性事案渐次涌现,并不断受到关注,运用宪法审查的原理与技术对其作出学理性的宪法判断的需求也已日益提高。

另一方面,由于宪法审查的原理与技术具有相对独立于一般宪法规范理论体系以及宪法审查模式的内容,为此,适度地跳出的正当性基础、审查模式等基础性的问题,转而切入这一领域的研究,不仅是必要的,而且也是更为有效的。当代美国宪法审查领域的比较法专家金斯伯格(Tom Ginsburg)在分析宪法法院设计问题时,就曾在此意义上感言:宏观问题过于宽泛,微观问题才是可把握的。^①

总之,我们真诚地相信,通过这种研究,或许在目下即可为我国现行的宪法审查实践提供一个学理上的参考资料。另一方面,也可能促使人们进一步认识宪法审查制度的堂奥,反而对制度模式的建构和完善不无助益,至少也可为了我国宪法审查制度活性化之后所可能出现的有关需求做好理论上的准备,甚或可以为雕凿我国“法治国家大厦的拱顶石”,提供一幅学术上的具象构图。

^① See Tom Ginsburg, *Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts*, 3 *Theoretical Inq. L.* 49, 58 (2002).

三、有关本书的一些必要交代

如前文也曾有所提及的那样,本书源自一项国家社会科学研究基金项目的主干成果。在课题设计之初,我们就认识到,不仅宪法审查的原理与技术理论上具有相对独立性,而且其内在的规范性内容也可分解为几个不同的相对独立的要素。有鉴于此,我们在总体性的研究布局之下,除了头尾两章分别确定为导引式研究和反思性研究之外,其中作为核心部分的各章,乃将宪法审查的原理和技术依次分解为宪法审查的启动要件、审查程序、审查方法、审查基准,以及宪法判断的方法和效力6个环节,以此形成一个相对完整的有关宪法审查原理和技术的理论体系。

值得一提的是,如前所述,我国现行的宪法审查制度长期不具有实效性,近年的一些活动又具有程序上的秘密主义倾向,而一度受到高度关注的“宪法司法化”活动则徒有不足为取的教训,为此在研究过程中,不仅没有自身已有的理论可以借镜,同时也难以将我国的有关实践经验纳入核心的考察范围,为此只能将研究的射程投向美国、日本、德国和法国等几个在宪法审查制度上具有代表性的国家,通过对它们相关的理论和实践的细密爬梳和甄别,并力图以提纲挈领、条分缕析的方式,提取出不同模式的宪法审查制度之间的“最大公约数”,最终汇成体系化的论述;至于中国的相关问题,则只好在逻辑延长线的意义上,以最后一章的反思性研究来加以返观,并做最终的收束。而通过这样的研究,我们其实也恰恰发现:作为“法治国家大厦的拱顶石”,宪法审查制度究竟应选择哪块“石头”作为“原料”固然是重要的,但更为重要的是,有一块“石头”成为名副其实的“法治国家大厦的拱顶石”;而要进入这样的佳境,借鉴“他山之石”的雕凿工艺,描绘一幅可靠的具象构图,就并非像雕虫小技那样可以轻慢。

作为一项国家社科基金项目,本课题的研究真正贯彻了团队合作的精神。课题的具体设计,包括研究大纲、研究思路、研究方法以及主要立场和核心观点的确定,由项目主持人林来梵负责,然后通过小型专门研讨会的形式(内部亦称“林门沙龙”,每月一般至少举行两次),以集中讲解、共同讨论、分头写作、轮流报告、逐一点评、分别修改、汇总把关的方式,对所有专章展开了一共三轮的巡回研讨,并且发挥不同参与者之间拥有多种外国研究文献收集和阅读能力的团队优势,不仅在资料上互通有无,在观点上也交向砥砺,历时两年余,最终形成了这份成果,乃至最终面对全部书稿之时,虽然可以判明各部分确定的执笔者,但在

一定程度上却难以泾渭分明地分辨各人的劳作成果。^②

在研究计划实施之初,厦门大学法学院李琦教授、浙江大学光华法学院费善诚副教授参与了本项目,此后,浙江大学公共管理学院阮云星副教授、光华法学院朱晔副教授以及陈林林副教授也参与了研究计划的推进;项目主持人林来梵在主持本课题研究的具体工作过程中,还得到了许多参与者尤其是郑磊博士的大力协助;而作为主要的成员,除了浙江大学光华法学院博士生朱玉霞、骆正言、林在明、马平、白斌等同学也参与了课题的研讨和研究之外,以下数位更是承担了全书各部分的执笔任务,其具体分工如下:

序言:林来梵(法学博士、浙江大学光华法学院教授、博士生导师)

第一章 导引式研究:陈丹(法学博士、宁波万里学院讲师)、方建中(法学博士、杭州电子工业大学法律系副教授)、刘练军(法学博士、杭州师范大学法学院讲师)

第二章 宪法审查的启动要件:郑磊(法学博士、中国人民大学讲师、博士后研究人员)

第三章 宪法审查的程序:刘义(法学博士、中国计量学院法学院讲师)

第四章 宪法审查的方法:凌维慈(法学博士、华东师范大学法律系讲师)、余净植(法学博士、中国浦东干部学院副教授)

第五章 宪法审查的基准:何永红(法学博士、宁波大学法学院副教授)

第六章 宪法判断的方法:翟国强(法学博士、中国社会科学院法学研究所助理研究员)

第七章 宪法判断的效力:陈运生(法学博士、江西财经大学法学院讲师)

第八章 反思性研究:林来梵

最后值得交代的是,本书作为国家社科基金项目的主干成果,在结题之际,承蒙全国各地匿名评审专家的好评,得以被鉴定为优秀成果;同时也承蒙法律出版社肯予俯拾,包括学术分社朱宁社长以及编辑高山先生等同人的鼎力推荐,使本书在纯学术著作的出版不得不面临严峻情势的状况之下,得以付梓刊行。于此一并谨志,以表由衷谢忱。此外,因为本书仅仅是有关宪法审查的原理与技术

^② 比如课题主持人林来梵除了负责设计全部研究计划以及研究内容之外,亲自主持了每次的专门研讨会,并在各位参与者轮流报告、分别点评之后汇总各方面意见,做出最终点评,不断确定、修改和纠偏了各位执笔者的写作提纲以及具体观点等,但其所负责执笔的部分,在写作的文献资料以及部分文字资料等方面,也曾得益于郑磊、方建中、陈丹、骆正言等其他参与者的协助。

目 录

第一章 导引式研究

第一节 两种审查机制 1

一、宪法审查机制概述 1

二、两大审查机制间的交错兼容 7

第二节 两种价值目标 14

一、宪法审查的价值目标 14

二、两种价值目标的结构整合 20

第三节 两种价值立场 24

一、“积极主义”概述 24

二、有关积极主义的根基与理论 26

三、“消极主义”概述 29

四、有关消极主义的根基与理论 30

五、宪法审查中的价值立场类型化分类 34

六、反观中国：关于价值立场的立场 37

【本章主要参考文献】 37

第二章 宪法审查的启动要件

第一节 概述 41

一、启动要件的功能 42

- 二、启动要件的类型与属性 43
- 三、受案范围与启动要件的分殊 45
- 第二节 抽象审查的启动要件 49
 - 一、概述 49
 - 二、争议性要件 51
 - 三、提请主体要件 52
 - 四、移送要件 57
- 第三节 具体审查的启动要件 59
 - 一、概述 59
 - 二、案件性要件 61
 - 三、原告适格要件 65
 - 四、成熟性要件 72
 - 五、诉由消失理论 76
 - 六、穷尽法律救济原则 81
 - 七、具体审查各项启动要件之间的关系 85
- 第四节 特定阻却原理 86
 - 一、概述 86
 - 二、“政治问题”理论 88
 - 三、“部分社会”法理 92
- 【本章主要参考文献】 96

第三章 宪法审查的程序

- 第一节 引论:从孙志刚案看我国程序理性之阙如 100
- 第二节 抽象审查的程序 102
 - 一、基本界说 102
 - 二、法律法规抽象审查的发展轨迹 103
 - 三、作为机关运作的特定程序:以德国为例的考察 106
 - 四、从法的商谈论看抽象审查程序:一种批判性的检省 117
- 第三节 具体审查的程序:以美国和德国为重点 124
 - 一、美国附随型具体审查程序 124
 - 二、最低抽象性的具体审查:宪法诉愿 129
- 第四节 两种审查程序的比较 136

- 一、德国内部的两种审查程序之比较 137
- 二、德国式具体审查与美国附随型具体审查之比较 139
- 三、德国抽象审查与美国附随型具体审查之比较 142
- 第五节 一个初步的总结:宪法审查的程序准则 146
 - 一、要件主义准则 146
 - 二、最低成本准则:贝勒斯的启迪 147
 - 三、程序支配准则 151
 - 四、普遍商谈准则:基于商谈伦理学的构想 153
- 第六节 反观中国:基于程序转接技术的展望 158
 - 一、问题现况的分析 158
 - 二、可能的突破口 163
- 【本章主要参考文献】 169

第四章 宪法审查的方法

- 第一节 立法事实审查 173
 - 一、立法事实及其审查 173
 - 二、立法事实审查与合宪性推定原则 175
 - 三、立法事实的审查方法 178
 - 四、对立法事实审查局限性的反思 183
- 第二节 立法不作为审查 185
 - 一、何为立法不作为 186
 - 二、立法不作为为违宪的要件 187
 - 三、立法不作为的判决形式 190
 - 四、立法不作为与国家赔偿诉讼 194
 - 五、立法不作为审查的正当性问题 195
- 第三节 利益衡量 196
 - 一、宪法审查中的“利益衡量”之界说 197
 - 二、宪法审查中的利益衡量之实践——以美国、德国为中心的考察 210
 - 三、对宪法审查中利益衡量的各种质疑 219
 - 四、利益衡量于宪法审查领域的一种可能的重构 222
- 【本章主要参考文献】 230

第五章 宪法审查的基准

第一节 引论 234

第二节 德国式的单一基准 235

- 一、作为单一审查基准的比例原则之概述 235
- 二、比例原则适用中的不同审查密度：三层次理论的形成及其内容 242
- 三、审查密度的法理透析：学说与实务 251
- 四、类型化的基本方法：以人格权核心理论为据的基本权利受侵领域之划分 262
- 五、类型化基准的流动性：在规范与事实之间 269

第三节 美国式的三重基准 275

- 一、三重基准的内容构成 275
- 二、三重基准的原型：双重基准 280
- 三、由双重基准到三重基准：中度基准的登场 299
- 四、类型化的扩展：个别性权利审查基准的再精细化 301

第四节 反观中国：宪法审查基准框架的构想 317

- 一、比较与选择：德、美两种审查基准的结构—功能 318
- 二、审查基准类型化构建的法理探索 325
- 三、我国审查基准构建的初步设想 329

【本章主要参考文献】 337

第六章 宪法判断的方法

第一节 回避宪法判断的方法 341

- 一、源流与概观：比较法上的考察 342
- 二、必要性原则：宪法判断的“奥康剃刀” 343
- 三、适用法律判断回避宪法（违宪）判断的方法 348
- 四、通过限定解释回避宪法判断的方法 354

第二节 合宪限定解释 356

- 一、有关概念的厘定 356
- 二、合宪限定解释的逻辑结构 359
- 三、几个有关的比较研究 361
- 四、合宪限定解释方法的界限 366

第三节 法令违宪 371