

中国宪法事例 研究

(二)

主编·韩大元



法律出版社

中国宪法事例 研究

(二)

主编·韩大元



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国宪法事例研究(二)/韩大元主编. —北京:
法律出版社, 2007. 10

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7710 - 6

I. 中… II. 韩… III. 宪法—研究—中国
IV. D921. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 149465 号

©法律出版社·中国

责任编辑/沈小英

装帧设计/胡欣

出版/法律出版社

编辑统筹/期刊出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/14 字数/344 千

版本/2008 年 2 月第 1 版

印次/2008 年 2 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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7710 - 6 定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

宪法学专业化与生活中的宪法问题

(代序)

自《中国宪法事例研究》(一)2005年出版以来,我国社会生活中又出现了许多具有宪法意义或与宪法有关的新事例和新案例。为了反映2005年以来,我国宪法发展的实际进程,特别是以个案推动制度变迁的实际状况,我们继续编辑了这本《中国宪法事例研究》(二)。本书共编辑评述了23个中国相关的事例和案例,同时对2005年以来世界各国宪法实践中出现的宪法判例中选译了具有代表性的案例26个,以便读者在思考中国宪法事例时拓宽研究视野,通过个案了解正在变化中的各国宪法,从中汲取合理的经验。本书所选事例以2005年发生的事例为主,但也选入了《中国宪法事例研究》(一)未能包括的2005年以前的部分事例和2006年的个别事例。尽管本书选入的不是2005年以来发生的所有宪法事例,但这些事例在一定程度上体现了当前人们对宪法问题的看法以及我国宪政实践中彰显的某些问题,有助于读者思考社会变迁中的中国宪法问题。

一、宪法问题与法律问题之间是否存在严格的界限

编写这本书的时候,我们首先考虑的一个问题是,宪法学视野中

宪法问题与法律问题之间是否存在严格的界限？因为在选择宪法事例时就面临其标准的把握问题。面对性质各异、形式多样化的事例或案例，哪些与宪法有关，哪些与法律有关，哪些事例中存在宪法因素，法律权利与基本权利之间关系等问题是容易让人困惑的难题。正如我们在《中国宪法事例研究》(一)导论中所说的，由于我国不实行宪法诉讼制度，宪法不能直接进入诉讼领域，我国也不存在以控制法律为目标的违宪审查制度。因此，从严格的意义上讲，我国并没有所谓的“宪法案件”或“宪法判例”。在这种背景下，合理区分宪法问题与法律问题之间的界限，分析具体的宪法事例的确存在许多观念、知识和认识工具上的困难。虽然人们完全可以根据宪法规范，对社会生活中出现的某种现象进行评述，但这种评述在或大或小的程度上都存在一个规范性问题。针对与宪法相关的法律问题，人们首先需要专业化的宪法学知识体系，用专业性和规范性来判断社会热点问题。

比如说，人们对《娱乐场所管理条例》相关内容是否违宪的争论、对《珠海经济特区道路交通安全管理条例》禁止电动自行车是否违宪的讨论，虽然很有学术上的意义，但其评价与分析难以自然地转化为具有规范性或制度性的实践。《立法法》规定，公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议。按照这一规定，2005年8月1日，北京市东方公益法律援助律师事务所向全国人大常委会提出了《关于请求对〈珠海经济特区道路交通安全管理条例〉进行合法性审查的建议书》，四川省成都市律师邢连超和孙雷亦于2006年3月16日致信全国人大常委会，请求对《娱乐场所管理条例》进行审查，最近广东律师上书全国人大常委会，请求对最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

进行违宪审查等,但至少到目前为止,^①全国人大常委会并没有正式启动相应的违宪审查机制。由于没有相应的制度性实践与程序的安排,我们很难准确地告诉读者哪些是“宪法问题”,哪些是法律问题,为什么需要区分两者界限等问题。因为并不是任何与宪法相关的问题都构成规范意义上的“宪法问题”,可以通过宪法学的知识体系加以讨论和解决。在某种程度上似乎可以这么说,当下为人们所讨论的有些话题,本身并不是一个宪法问题,有可能是一个典型的民事案件、行政案件或者刑事案件,宪法规范本身也不能对该问题的解决提供具体的导引。在这种意义上,一碰到具体问题就搬出宪法的思维定式或遇到权利侵害就“拿宪法说事”的现象,对提高宪法地位有一定的客观作用,也表明法治发展的“进步”,^②但同时必须认识到这种现象背后却隐含着有可能把宪法“庸俗化”的危险性。

那么,为什么在有这种学术“风险”的情况下,编者还要继续编辑第二本《中国宪法事例研究》呢?编者的理论思考和思路是这样的:

(一) 宪法问题的基本理解

首先,宪法问题与法律问题的界限是历史发展过程中形成的。从一般的学术范畴来说,宪法问题存在于宪法调整的社会关系之中,即国家与公民关系之中。存在于宪法关系中的问题自然表现为“宪法问题”,表明其不同于法律问题的性质与特征。以宪法问题为分析基础,我们可以再确定违宪与违法的界限、合宪性审查与合法性审查的界限。判断违宪与合宪的基准是一个国家的具有最高法律效力的宪法;判断违法与合法的基准是一个国家的法律,这里的“法”不包括一个国家的宪法。^③因此,宪法问题与宪法调整方式、宪法关系

^① 据媒体报道,自《立法法》颁布以来,公民个人向全国人大常委会提出的违宪违法审查的建议达20多件。

^② 在特定的历史发展阶段,宪法学还没有专业化的背景下,即使出现“拿宪法说事”的现象,也应该肯定其客观上发挥的积极功能。

^③ 胡锦涛、韩大元著:《中国宪法》,法律出版社,2004年版,第143页。

的特点有着密切联系。

其次,宪法问题的特点与类型。在不同宪法文化的国家里宪法问题呈现出不同形式与类型。在实行司法审查制度的国家,宪法问题首先表现为普通法院所作出的宪法性判断,行使宪法解释权的最高法院判例是标准的宪法问题(当然这些问题多数是从法律问题转化而来的);在实行宪法法院体制的国家,从机制和程序上,宪法问题与法律问题的界限是比较清楚的,只有宪法法院才有权解释和判断宪法问题,普通法院无权对宪法问题进行解释。如在审理案件中发现宪法问题(主要是违宪法律),则通过三种程序提交给宪法法院判断:一是法官依照职权自己发现法律问题中存在的违宪因素;二是法官没有发现法律问题中的违宪问题,但当事人提出可能存在的违宪因素后,提交给宪法法院;三是当事人向法院提出的违宪审查请求被驳回时,直接向宪法法院提出,由宪法法院按照宪法诉愿程序进行的宪法问题判断。在实行宪法委员会制度的国家,哪些主体,通过何种程序,对哪些宪法问题提出审查要求,法律上都有相关的规定。实际上,宪法问题与一个国家的历史发展、文化传统与宪政体制有着密切的关系。日本学者杉原泰雄教授认为,宪法问题包括:宪法条文的解释问题;以法解释技术阐明宪法条文的意义;与宪法条文意义相关的宪法政治问题的评价(违宪、合宪)问题。^①他同时把宪法问题分为作为规则问题的宪法问题与作为生活问题的宪法问题两种。在他看来,宪法问题一方面通过具体的规则(规范)来体现,而另一方面则表现为具体的生活问题。^②所谓生活问题实际上指宪法与公民生活之间的相互联系,宪法成为公民生活的规范。可以说,一般意义上的宪法问题是指以宪法规范为基础的、与公民生活有着密切联系并具有宪法意义的事实。

再次,宪法问题与法律问题是互相转化的。由宪法问题的

① [日]杉原泰雄著:《宪法问题的视角》,弘文堂1999年版,第161页。

② 同上,第167页、第172页。

特点所决定,在不同违宪审查制度的国家中,两者是可以相互转化的。^①在宪法实践中,我们很难发现先验的、“标准”的宪法问题,具有典型意义的宪法问题是从一般法律问题转化而来的。

(二) 宪法学理论研究 with 教学发展的需要

由于我国宪法不能进入诉讼,没有相关的制度性实践,不能形成严格意义上的宪法案例,缺乏宪法理论与实践之间架起的纽带。本来宪法世界是由规范世界和现实世界两个部分组成的,但在缺乏实际案例的国家中,现实世界中的宪法魅力是很难得以体现的。这就需要在现实中寻找可供宪法学教学与研究的素材。宪法事例的发现和分折在某种意义上能够满足这一要求。

在宪法学的初学者看来,我国宪法学框架宏大,与其他部门法相比,内容贫乏,与政治学的区分似乎不大,与社会实践相隔甚远,似乎不能解决具体问题。有的学生认为,宪法学课程内容“一般化”、“重复其他课程多”,“大而杂,什么问题都不深透”,云云。^②这种想法不能说没有道理,但这种情况的出现,在很大的程度上并不是因为宪法学本身,而是与我国宪法没有具体细致的实施机制密切相关。列宁在《黑格尔〈逻辑学〉一书摘要》中至为精当地指出:“实践高于(理论的)认识,因为它不仅具有普遍性的品格,而且还具有直接现实性的品格。”^③实践是理论的先行,人们不能想象,在一个缺乏宪法具体实践的地方能够生长出繁茂的宪法学理论。巧妇难为无米之炊。吴恩裕先生在“文革”期间出版过研究《红楼梦》的著作,成为当时著名的红学家,而他实际上本是一位著名的法学家。^④他的改行在一定意义上说明,如果没有具体的法律实践,任何法学的健康发展都是不

① 具体内容见导论的第二部分。

② 许崇德主编:《中国宪法》(修订本),中国人民大学出版社1996年版,第5页。

③ 《列宁全集》(第55卷),人民出版社1990年版,第183页。

④ 苏力著:《反思法学的特点》,载《读书》1998年第1期,第21页。吴恩裕先生的论文,例如《政法科学工作者研究中国国家起源的问题》,载《政法研究》1957年第4期;《西方法学流派略论》,载《社会科学战线》1978年第2、3期。

可能的。^①

同样的道理,美国和德国的宪法学理论博大精深,其关键因素之一,就是因为它们有着生动活泼的宪法实践。例如经美国国会授权,由国会图书馆“国会研究处”主持完成的《美国宪法逐条释义》被认为是研究美国宪法最权威的巨著。该书虽然对所有的宪法条款和修正案条文进行了阐述,但其论述的中心,却在美国宪法第1—3条,以及第1、4、5、6、8、14条修正案。该书篇幅长达2006页,它关于宪法第1条的论述有371页,关于宪法第14条修正案的论述有242页,而它关于宪法第7条、第3、26条修正案的论述只有1页,关于第2、17、19、22、23、24条修正案的论述只有两页。^②之所以会出现上述情况,就在于“他们对各个条文的解释,但取以往适用经验中所获得的具体知识,而不作空洞抽象的理论探讨”。^③“有些条文的解释,所以连篇累牍占用极大的篇幅,其唯一的理由,就是因为那些条文在过去的适用上,曾发生过太多争议的缘故”。^④因此,美国宪法理论的繁荣和发达,与其具体的宪法实践不可分离。有争议,才会有发展。而宪法争议最容易出现的地方,就是在宪法的具体适用过程之中。我国台湾著名学者翁岳生曾经提出,在允许“司法院大法官会议的大法官”发表“不同意见书”的条件下,还应当允许他们发表“补充意见书”,以便正反两方面的意见可以尽情交锋,这样“才能有助于法学之正确发展”。^⑤

我国相关宪法实践的贫瘠,是宪法学停滞不前的重要原因之一,

① 按照恩格斯在《论住宅问题》中的看法,法学产生的前提:一是立法已经发展到相当复杂和广泛的程度;二是社会上已经出现了一个职业法学家的集团。参见《马克思恩格斯选集》(第2卷),第539页。没有法律的实践,根本就不可能产生法律的理论。

② 荆知仁著:《美国宪法与宪政》,三民书局印行1993年版,第475页。

③ 同上,第476页。

④ 同上。

⑤ 翁岳生著:《法治国家之行政与司法》,中国台湾月旦出版社股份有限公司1997年版,第365页。

但宪法学理论、宪法学教学又不能坐等未来宪法实践的自然发生。实际上,宪法实践是一种动态的过程,在转型时期的中国社会已出现了以宪法问题为背景的宪法事例,尽管它还不具有典型的宪法案件的特征(或者学术界有不同的评价),但在目前的发展阶段上,作为个案仍具有重要的学术与实践价值。这些年,在宪法学课堂上,在有的大学法学院进行的宪法学案例教学,不仅活跃了课堂气氛,而且在一定程度上改变了学生们对宪法的基本看法,即从抽象的宪法原理的认识进入到宪法实践性的认识,丰富了宪法学知识体系。李念祖教授在他编著的《案例宪法(3)上——人权保障的内容》一书的自序中说:“本书透过宪法案例拼集宪法图像,拼集出司法殿堂中由真人真事交织而成的宪法图像,也检验出‘人’对宪法的需要,以及宪法对‘人’的价值。”^①

基于上述考虑,我们编选了若干具有宪法意义的事例或者案例,从宪法学的角度对它们进行分析。我们承认,本书所讨论的有些事件,有的根本还没有形成为一个具有法律意义的争议,有的只是行政案件或者典型的民事案件。虽然如此,我们还是可以从宪法的角度对它们进行理论上的讨论,这种讨论,尽管仍有空泛之嫌,但它对于宪法理论的具体化和实践化、对于学生宪法思维的训练,或许具有一定的启发意义。

二、如何发现和判断宪法问题

就涉及的内容而言,本书所选的23个中国宪法事例26个外国宪法判例可以分为两类:一是有关基本权利的讨论;二是关于国家权力运行过程中出现的问题,主要是司法权运行的讨论。关于基本权利的讨论占有最主要的篇幅,这不仅是因为保障基本权利乃宪法之价值核心,也在于当前人们对于基本权利的观念与关注。换言之,研习宪法的人们纷纷在普通民事、刑事案件或者行政案件中看到了基

^① 李念祖编著:《案例宪法(3)上——人权保障的内容》,三民书店2006年版,自序。

本权利的因素,并在对案件的讨论中加入了关于基本权利的考量。

(一) 法律案件中的基本权利考量

如前所述,宪法问题与法律问题的界限是相对的,在价值与事实关系中两者在一定条件下可以互为转化。因此,发现宪法问题的前提首先是把握好法律问题,在准确地理解该个案的具体事实与价值的前提下,思考法律规范之上还存在充满宪法价值的世界。在法治国家里,任何法律和法规都需要受到宪法的检验,在此之前其价值形态是不确定的。对涉及权利的事实或案件,法官和学者、公众都应该追问其最终的保护形态,力求给予当事人最充分的权利关怀和救济。

比如说所谓的“人殁”案件,本是一个比较典型的刑事案件,法官在审理本案的过程中严格就法论法,他没有(而且按照现行制度也不应当)考虑到宪法关于文学艺术创作自由的问题。因此从案件的判决结果看,这是一个典型的刑事案件,法官的判决似乎并没有什么不妥。但当我们加入基本权利的考量之后,对本案的判决结果可能就会产生另一种看法。胡戈《一个馒头引发的血案》所引发的争议也是这样。如果我们仅仅从民法、著作权法的角度观察,这是一个非常典型的侵犯著作权案件。不过,如果我们加入基本权利的考量,从宪法角度进行分析的话,我们就会发现问题绝非那么简单,因为胡戈的“恶搞”行为,虽然在民法上可能是一种侵权行为,但它也可以看作是一种宪法上保护的艺术创作的活动,从而受到宪法的保护。因此,一旦普通的法律案件加入基本权利的考量,其结论就可能发生某种变动。这充分显示了基本权利的价值,它也表明,如果人们仅仅从普通法律的规范出发而不考虑相关的宪法价值,有的时候对案件的评判都会有失偏颇。

应当说,在普通法律案件的审理过程中加入宪法基本权利的考量,在我国法院审判过程中是比较少见的,就本书所涉及的案件而言,“邵宏升不服厦门市公安局集美分局治安管理处罚决定案”是一个不多见的例外。本案实际上是一个典型的行政案件,邵宏升宣称相关的警察值勤时满嘴酒气,但被证明不是事实。按照惯常的思维,

邵宏升的行为即具有诽谤的嫌疑。但法官在审判过程中引入了基本权利的考量,判定邵宏升的行为为公民监督权的行使,因而受宪法的保护。不过,从制度上来说,在审理普通法律案件过程中纳入宪法基本权利的考量,这并非法官的职责,而且法官似乎也没有权力讨论宪法问题,但基于法官的职责,关注、怀疑甚至判断普通案件中的宪法因素是十分必要的。秦中飞案也涉及公众的监督权、言论自由与公权力之间的关系问题。

思考普通案件中的宪法问题,尽可能纳入宪法性判断对于我国宪法实践的发展产生重要影响,同时也给学术界提供鲜活的事例。本书对有的事例分析采取的方法是,首先假定我国现已存在一个类似司法审查制度或者宪法法院制度的违宪审查制度,然后探讨相关的事件或者案件应当在宪法层面如何处理。这种讨论,当然亦不免有空泛和虚构的嫌疑,但对宪法基本权利理论发展而言是有意义的。毋庸置疑,宪法对基本权利的规定都具有概括和抽象性,因此,宪法基本权利之规范社会的功能,尤其“有赖法律适用者(尤其是法官)彰明其内容,于个案中予以具体化,并逐渐形成案例类型,始足以发挥其规范作用。”^①在这里,我们尤其看到了司法实践之于理论发展的重要意义:没有足够的实践,就不可能产生具有活力的宪法理论。

(二) 宪法诉愿的“补充性功能”:基本权利与法律权利救济

当然,在宪法事例分析中我们也要注意把握基本权利与法律权利救济的不同功能,防止片面地追求法律问题的“宪法化”。哪些法律问题可以转化为宪法问题,需要学理和具体程序上的辨别渠道。比如,在现代宪法诉愿制度的运行过程中,“补充性”原则在一定意义上承当了辨别宪法问题与法律问题的功能,尽可能提高解决宪法问题的门槛,以解决宪法诉愿“大众化”可能带来的社会问题。

所谓宪法诉愿的“补充性”功能,是指宪法诉愿的请求人应穷尽

^① 李建良著:《宪法理论与实践》(一),中国台湾学林文化事业有限公司2003年版,第54页。

其他法律规定的救济程序后才能提起宪法诉愿请求,宪法法院才能受理,也称之为“补充性原则”。从实行宪法诉愿制度国家的经验看,补充性原则的内容一般包括:(1)请求人在正式提起宪法诉愿以前,首先要经过其他法律的权利救济程序,如对行政处分提起宪法诉愿前,要经过行政审判和行政诉讼程序等;(2)宪法诉愿的补充性原则所需要的“依据法律规定的救济程序”具有特定的含义,即合法和正当的程序,并不包括缺乏合法性的权利救济,否则会加剧请求人利益的损害;(3)宪法诉愿意义上的“权利救济程序”指的是直接针对公权力行使或不行使,请求判断其效力的有无的具体程序,并不是指事后的诉讼程序;(4)经过其他权利救济程序是一种实体的判断,不包括因形式要件不具备而不受理等情况;(5)还有一种情况是,同时存在几种权利救济程序时,原则上要求经过法律规定的所有救济程序。

那么,为什么宪法诉愿制度必须遵循补充性原则?这里存在着宪法诉愿制度的本质要求与功能的客观界限。首先,这一原则决定于宪法诉愿的本质属性,即宪法诉愿不是一种选择性的权利救济形式,而是例外的、特殊的权利救济手段,是在当事人的基本权利救济找不到可选择的途径时运用的制度。它既不能代替已有的权利救济程序,也不能超越法律问题的合理界限。在现实生活中,对基本权利的伤害往往是以法律的违宪性为基础的,通过对法律规定的权利救济程序,一般的基本权利侵害问题能够得到救济。但由于法律发展的实际状况和基本权利类型的多样化,在具体当事人的权利受侵害时客观上有可能存在无可依据的法律规定的情况,或通过了相关的救济程序后仍得不到救济时,需要通过一个开放性的权利救济通道来解决“灰色区域”的基本权利侵害现象。其次,补充性原则的确立有助于合理地分配一个国家的司法资源,保证宪法法院集中精力解决重大的宪法问题。如果宪法诉愿来代替一般法律的权利救济功能,其结果必然加大宪法法院的工作负担,既削弱普通权利救济的功能,同时也给宪法诉愿功能的发挥造成各种障碍。在德国,由于法院

的判决也成为宪法诉愿的对象,两者之间功能的合理分配具有特殊的意义。再次,宪法诉愿的补充性原则有助于建立权利救济的统一体系。一国的权利救济体系是有机统一的,每个部分都有自己的功能与特色,需要在不同的救济程序之间建立良性的互动关系,有助于发挥权利救济的整体性功能。在奥地利,宪法诉愿与其他权利救济之间是“相对补充”的关系,原则上要求“穷尽其他救济”原则后才可以提起宪法诉愿。

在宪法诉愿制度的运作中坚持“补充性”原则具有客观必要性,但这一原则的适用并不是绝对的,在价值形态与判断标准上存在着一定范围内的“例外”情况。所谓“例外”情况,是指不受“权利救济穷尽原则”的限制,直接可以获得宪法法院的救济。根据德国、韩国等国家的宪法判例,以下几种情况下可以不受“补充性”原则的约束。(1)对法律直接提起宪法诉愿的情况。依据法律直接产生基本权侵害问题时,对法律本身的效力无法通过普通法院的诉讼而解决时,可直接提起宪法诉愿。如在1994年生计保护标准的违宪确认判决中,韩国宪法法院认为,本案的审判对象并不是行政机关的具体处分,而是根据保健部长官的指示确定的生活费的标准,因在现行的行政诉讼上没有救济途径,可解释为补充性原则的例外。(2)宪法上规定了基本权利,但因议会的“真正立法不作为”,请求人无法依据具体法律寻求救济的情况。(3)虽然客观上存在权利救济的途径,但如事先经过该程序缺乏期待的可能性或法律救济程序不清楚的情况。韩国和德国宪法法院在多数的判例中确立了该“例外”情况。具体包括请求人有正当的理由认为如经过其他救济程序会给他的利益带来无法挽回的损失,即使经过其他权利救济程序几乎没有得到救济的可能性、能否经过权利救济程序客观上不确定时,可以不适用“权利救济穷尽”原则。(4)根据当事人的具体情况。对特定的宪法诉愿中的宪法利益,请求人无法了解客观上的权利救济程序时也可适用“例外”原则。对于宪法法院来说,“例外”情况的认定是十分复杂的问题,需要在进行分类研究的基础上,确定相关的标准。如《德

国宪法法院法》第90条第2款明文规定的适用“补充性”原则的情形包括:宪法诉愿具有“一般重要性”的意义;如先经过权利救济,会给宪法诉愿提起人带来无法挽回的损失时不一定经过事先的权利救济程序。根据德国宪法裁判理论,具有“一般重要性”指诉愿涉及“根本”的宪法问题,通过宪法判断,不仅可以救济当事人的利益,同时为可能为以后出现的多数类似宪法问题的解决提供可期待的依据。韩国宪法法院判例中认定的“例外”情形主要包括:对造成侵害的公权力的行使或不行使无具体的权利救济程序;诉愿请求人有正当的理由认为未经权利救济程序;通过已有的权利救济程序,几乎不能期待权利救济;权利救济程序的可行性存在明显的不确定状态等。

从宪法诉愿的性质看,尊重法律体系中的各种权利救济程序是宪法诉愿制度发挥作用的基本前提。基于“权利救济的特别程序、最后程序和独立程序”的性质,在权利救济中宪法诉愿应保持相互的协调,不能削弱已有的权利救济体系的功能。但权利救济的“穷尽”并不是绝对的,应基于权利保护的原则,具体分析实践中可能出现的问题。如前所述,当客观上出现应该作为“例外”情况对待的情形时,即使它具有法律问题的特征,如转化为宪法问题,要经过一定的法律程序,但基于基本权利保护的价值,也需要采取“特殊的救济程序”,此时如仍坚持“穷尽”原则,其结果必然损害权利救济的本质属性,不利于有效地保护公民基本权利。

三、本书编写的基本思路和特点

(一) 宪法事例的主要类型

本书所讨论的有关基本权利的宪法事例,绝大部分都涉及公民的平等权和受教育权,例如“报考公务员超龄被拒案引发的宪法学思考”、“女职工退休年龄规定所引发的争议”、“对‘河南地域歧视案’的规范分析”、“中考‘加分令’背后的基本权利思考”、“从宪法学角度看‘电动自行车被禁’”、“《娱乐场所管理条例》禁止四类人员从事娱乐业所引发的问题”等。这些事例的出现说明了一个问

题,即人们对平等问题的关注超过了历史上的任何时期,而在平等权问题中,教育平等的问题尤为突出。而之所以会如此,或许就在于,在社会转型时期不平等的现象尤为严重和突出,人们对不平等的感受也分外敏感和警觉。按照2006年12月中国社会科学院发布的《2007年:中国社会形势分析与预测》的分析,“中国的实际收入差距扩大到18倍,而且这种差距在向纵深发展”。“在市场定价情况中,一般制造业和垄断行业的工资水平这几年也在迅速拉开,在国家定价的制度当中,公务员的工资也由于区域之间财政的差距,现在差距越来越大。公务员工资地区差距也达到了十几倍。”而且尤为重要的是,人们的“社会经济地位认同感偏低”。^①收入上的差距造成了经济上的不平等,而经济上的不平等反而又催生了其他各个方面的不平等。因此似乎可以说,中国社会中存在的事实上的不平等正在进一步扩大,而且这种扩大还有加速的倾向。在这种大的背景之下,宪法平等权条款似乎成了宪法的“帝王条款”,几乎所有的宪法问题似都可以归结为平等问题,没有它不能涉及的领域。而上述事例也充分说明,平等问题在我国是一个多么亟待解决的大问题。

在国家权力的运行方面,本书只讨论了两个重点问题,即开发区法院的设立问题和全国人大对经济特区的立法性授权问题。开发区法院的设立只是“司法改革”活动的一部分,作者从学术的角度提出值得思考的问题,即设立开发区法院有没有宪法和法律上的依据,强调“司法改革”活动也只能在合宪性与合法性范围内进行,任何改革都不能违反法律,作为司法机关的法院更不能带头违反法律改革。关于全国人大对经济特区的立法性授权问题,作者指出,这种授权几乎等于“空白授权”,似乎经济特区人大只要援引全国人大的立法授权,就可以对法律、行政法规进行有效的“变通”。实际上,这两个事例的出现绝非偶然现象,它是我国社会转型时期的表征之一。社会转型时期的一个热点宪法问题就在于宪法规范与社会现实的冲突问

^① 参见《新京报》2006年12月26日,A18。

题,而对此问题的抉择,则显露了人们对待宪法的基本观念和态度。具体言之,这个问题就是:人们是将宪法作为其最高的价值理念,还是依然持有宪法工具主义观念。上述两个事例表明,在我国宪法至上的理念还非常薄弱,宪法有时不得不为各种打着“改革”旗号的活动让开大道。

(二) 宪法事例的学术判断

本书作者对上述这些问题几乎都做了“违宪违法”的认定。因此,在每一个事例分析的背后,我们似乎感受到了一个个“司法积极主义者”的面庞。或许这种现象并非正常,因为即便是某一时期为司法积极主义者所控制的美国联邦最高法院,也不会动辄宣告某一项立法为违宪无效。当然,这也不是说本书作者大多是纯粹或者极端的“司法积极主义者”,而是因为我们的宪法实践从来没有提出,宪法理论也没有充分论证过一整套成熟有效、规范细致的违宪审查标准。我们知道,其实违宪审查制度在发展成熟的国家里,违宪判断的作出是十分谨慎和严格的,在违宪与合宪判断之间不好确定其界限时,往往依照“合宪性推定原则”作出合宪或“中间判决”,尽可能避免因违宪而出现的法律秩序的不稳定或空白。但目前中国宪法实践还不成熟的背景下,要求学者在判断宪法问题时采取过于严格的“司法保守主义”立场,不一定有助于发挥宪法事例的社会功能。当然,作为学者,对宪法问题的认识与判断应该遵循学术逻辑与相对中立的立场,要从规范与现实价值的平衡角度客观地判断宪法事例及其背后的事实(价值)。这当然也显示了我国宪法学理论在这个方面的缺陷,但它无疑也表明了我国宪法学应当努力的一个方向。

(三) 介绍外国宪法判例的意义

从《中国宪法事例研究》(二)开始,我们在书后作为附录增加了若干外国宪法案例,其目的是为读者提供思考、比较和拓宽研究视野的平台。考虑到本书主要是对中国宪法事例的研究与介绍,我们在选择外国宪法判例时遵循以下原则:一是判例来源的多样性,判例中既有西方国家的宪法判例,也有非西方国家宪法判例;二是大部分的