

宪法审查的原理与技术丛书

林来梵 主编

消极主义： 宪法审查的一种哲学立场

刘练军 著

Passivism: A Philosophical Position
of Constitutional Review

法律出版社

LAW PRESS · CHINA

新世纪优秀人才支持计划资助
杭州师范大学优秀专著出版基金资助
杭州师范大学法学省重点建设专业专项基金资助

消极主义： 宪法审查的一种哲学立场

刘练军 著

图书在版编目(CIP)数据

消极主义:宪法审查的一种哲学立场 / 刘练军著.
—北京:法律出版社,2010.10
(宪法审查的原理与技术丛书)
ISBN 978-7-5118-1215-5

I. ①消… II. ①刘… 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 183175 号

消极主义:宪法审查的一种哲学立场

刘练军 著

责任编辑 高山 钱小红
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2010 年 10 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 永恒印刷有限公司

印张 10.25 字数 239 千

印次 2010 年 10 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 978-7-5118-1215-5

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)

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,即符合笔者所提倡的“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是“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别: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 1980 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为止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事案的个案分析，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，并反哺于前者方面的研究。至于有关宪法事案的个案分析，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之手,让他们承担某一个环节进行研究,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、材料短缺等情状所带来的困难,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》一书将在法律出版社出版。

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,并透过了答辩,相当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,应该说已就各个相互连接的环节作出了更为专门、更为细致、更为深入,也更系统的阐述,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,就此飨馈并同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
公元 2009 年 3 月

致 谢

本书由笔者在浙江大学的博士学位论文《宪法审查中的消极主义——以美国为中心的考察》修订而成。作为以从教为生、以研究为业的学人，第一部学术著作时至今日才出版，这多少有点姗姗来迟，每念及此就深感惭愧。

然而，回首论文写作的艰苦与寂寞同在的浙大玉泉岁月以及自己堪称跌跌撞撞的求学历程，内心深处又忍不住为本著作的出版感到由衷的喜悦和深深的感恩。经过努力，自己顺利完成了博士学业，又经过努力博士论文终于正式出版。凡此种于我都是很值得恭喜和庆祝的。在这算不上斐然的成绩背后依然充满着太多师友对自己的帮助、支持与关爱，没有他们，这篇博士论文必定难以如期完成，尤其是如果没有导师林来梵教授的支持，几乎不可能这么快就能在法律专业出版社顺利付梓。是故，我不能不在本书的最前面对他们致以最衷心的感谢。

2005年春季入浙江大学法学院攻读宪法与行政法专业博士学位后，我有幸参与导师林来梵教授主持

的国家社科基金项目“违宪审查的原理与技术”，负责其中“两种价值立场——积极主义和消极主义”的撰写工作。在此后的两年时光里，我常常就课题涉及的所有学术问题向以林老师为首的课题组成员深入求教，并在偶有心得时与他们进行平等交流。正是在此过程中，攻读法学博士学位之前未接受过正规法学教育的我从他们身上学到了丰富的法学理论专业知识，受益远不只是匪浅。在林老师的支持和鼓励之下，两种价值立场中的一种即“消极主义”成为我博士学位论文选题。此前，我国学界尚无人对宪法审查中的消极主义作过系统的研究，这一选题在某种程度上填补了汉语法学界在此论题研究上的空白，其价值和意义应该值得肯定。在此，我必须将上述课题组成员名单列举如下，以感谢他们给予我的教益、帮助和鼓励。他们是：

学术指导教授林来梵博士、学姐凌维慈博士、学长何永红博士、学长郑磊博士、学长翟国强博士、学长刘义博士、学长方建中副教授及陈运生、余净植、陈丹、朱玉霞、骆正言、马平、林在明、白斌等现已毕业并获博士学位的学妹学弟。

2006年底曾因一篇译文的版权问题，通过业师林来梵教授，我不无惶恐地找到了北京大学教授张千帆博士。从此以后我就没少给张老师增添麻烦。在博士论文开题之前，笔者曾把论文的写作提纲发给张老师，他审阅论文提纲后提出了许多宝贵的修订意见，论文最终的定稿提纲就吸收了张老师的诸多意见与建议。张老师留美多年，是国内美国宪法研究最权威的学者之一。在后来的论文撰写过程中，我每每碰到难题也首先向张老师求教，对于我的请教，张老师总是有求必应。博士毕业后，每次开会遇见张老师，他都要问博士论文修改得如何，什么时候出版，关爱之情溢于言表。对于张老师多年来的关心和提携，笔者心存感激。

现在耶鲁大学攻读学位的香港中文大学博士田雷，曾先后为我搜

索了二十余篇国内难以下载的英文论文。当年这些英文论文对于本书的雏形——博士论文的炼成所发挥的价值功能是不言而喻的。没有这些宝贵的资料,当年博士论文的写作不会那么顺利。田雷兄不但英文好,而且对美国宪政颇有研究,所以当初在论文写作过程中遇到一些困惑时,我常常通过电子邮件向他求教。如今他当年的解惑已然成为博士论文写作过程中最温馨的记忆。这种温馨还源自他在为我解惑的同时一再给予我鼓励和打气,他始终相信我一定能将“宪法审查中的消极主义”这个论题做好。田雷兄不但诚以待人,而且敬以治事。香港中文大学博士毕业后去美国哥大访学,之后即申请到耶鲁继续深造,他这种一心向学、持之以恒的精神值得我学习再学习。

博士阶段的最后一学期,受台湾中正大学法学院谢哲胜教授的邀请,我有机会去中正大学法学院学习、交流两个月(2007年10月至11月)。在中正期间,那里的留德宪法学教授吴信华博士帮我解答了有关宪法诉讼的诸多疑惑,使博士论文修订过程轻松几许。在此要谢谢吴教授。

在浙大三年的博士学习过程中,导师组的胡建森教授、孙笑侠教授、章剑生教授和朱新力教授,以不同的形式给予我许多法学思维之训练和法学理论知识之传授,他们严谨的治学态度和谦逊的为人作风,是我永远的学习楷模。

在博士论文答辩过程中,答辩委员会主席、著名法学家应松年教授、行政法专家胡建森教授、法理学家孙笑侠教授、法经济学家钱弘道教授以及著名思想文化学者高力克教授,提出了诸多宝贵的有关博士论文修订及完善的意见和建议。在此番修订出版时,笔者充分吸收了他们的意见和建议。毫无疑问,这种吸收为本书增色不少,所以,在此再一次感谢答辩委员会成员的慷慨指点和精诚教导。

博士毕业后,笔者留在杭州,加盟杭州师范大学法学院——一所百

年学府里的年轻学院。博士论文能顺利出版,既要感谢杭师大又要感谢杭师大法学院。没有来自杭师大优秀专著出版基金和杭师大法学院法学省重点建设专业专项基金的资助,由博士论文修订而来的本书几乎不可能顺利出版。获得这两项出版资助主要得益于法学院罗思荣院长和李安、朱炜两位副院长的鼎力支持。在此,我要对他们的信任和支持表示衷心的感谢。

在本书的修订过程中,学生董铮(即将赴香港中文大学法律学院攻读硕士学位)给予了很大的支持。她不但校对了全部书稿,而且花大量时间参与编辑了作为本书附录的“案例索引”和“人名索引”。对于她的辛苦劳动,笔者在此向她说声“谢谢”。

最后,但对本书的出版可谓最重要的是,法律出版社高山先生、钱小红女士以及我不知其名——非常遗憾——的文字审读编辑为本书的出版付出了大量劳动。尤其值得一提的是高山先生。本书最后一章原文有二万余字,但最后审稿时未获通过。现在呈现给读者的这最后一章,其实是高山先生的修订版。对于这样的修订,高先生也很无奈,并致信安慰我说“自由的种子一旦埋在了内心,总有一天会发芽的”。我很理解高先生,非常感谢他的修订和安慰。

对于以上师友,我在此再次致以最真诚的谢意并由衷地祈祷他们平安、健康、快乐到永久。同时,也祈祷自己心态日趋从容和淡定,以专心向学,不辜负恩师林来梵教授的培养、教育及期望。

刘练军

2010年7月21日于杭州爵士风情

目 录

第一章 引论 001

- 一、问题意识 002
- 二、术语解析 010
- 三、目的与方法 022

第二章 消极主义的历史画卷——以美国宪法判决为中心的考察 027

第一节 源头与传统:美国早期宪法审查中的消极主义 029

- 一、宪法审查之思想源流 030
- 二、早期宪法审查中的消极主义 034
- 三、“确定无疑的违宪”(Unconstitutional Beyond Dispute)原则 040

第二节 消极主义的发展:马歇尔与坦尼时期 043

- 一、马歇尔法院对消极主义的阐扬 044
- 二、坦尼法院对消极主义的发展 049
- 三、州法官坚持消极主义的案例 058

第三节 消极主义的挫折:从重建到宪法革命 063

- 一、积极主义高歌猛进的时代 065
- 二、积极主义背景下的消极主义判决与异议 070

第四节 消极主义在现代的曲折发展 083

- 一、1937年的宪法革命 084

- 二、回归消极主义 089
- 三、沃伦和伯格法院对消极主义的冲击 092
- 四、消极主义的当代命运 097

第三章 消极主义的多种面孔 101

- 第一节 程序与实体:消极主义的实践方法 103
 - 一、程序方法 104
 - 二、实体方法 109
- 第二节 有限消极主义:法官的消极主义立场透视 116
 - 一、霍姆斯消极中的积极:言论自由 117
 - 二、布兰代斯消极中的积极:隐私权 124
 - 三、斯通消极中的积极:卡罗琳产品案脚注四 127
 - 四、哈伦消极中的积极:实体性正当程序 129
 - 五、怀特消极中的积极:积极主义的理由 132
 - 六、接近于无限:法兰克福特的消极主义 134
- 第三节 一把“双刃剑”:联邦主义视野中的消极主义 137
 - 一、司法联邦主义 138
 - 二、联邦权力至上的消极主义 143
 - 三、维护州权的消极主义 148
- 第四节 如何解释宪法和法律:消极主义的解释论 152
 - 一、原意主义宪法解释 153
 - 二、法律的合宪性解释 165

第四章 为何消极 190

- 第一节 消极主义的政制基础 192
 - 一、权力分立之制约 193
 - 二、司法权的本质要求 198
 - 三、民意基础与宪法裁判 204
 - 四、文化传统与司法体制——比较法视角 208
- 第二节 消极主义的理论学说 213
 - 一、塞耶的明显错误学说 214

- 二、波斯纳的结构性自制 216
- 三、毕克尔的消极美德 218
- 四、孙斯坦的司法最小主义 220
- 五、归档法学说 222
- 第三节 消极主义的法理学:法律实证主义 223
 - 一、法律实证主义要义 224
 - 二、霍姆斯的法律实证主义 227
 - 三、布兰代斯的法律实证主义 230
 - 四、布莱克的法律实证主义 233
- 第四节 怀疑主义:消极主义的哲学基础 236
 - 一、怀疑主义哲学 237
 - 二、法官的怀疑主义 240

第五章 对积极主义的回应 246

- 第一节 从积极主义的代表作——斯科特案和洛克纳案说起 248
 - 一、颇有政治企图的斯科特判决 249
 - 二、否决立法规制的洛克纳判决 254
- 第二节 积极主义:司法的冒险 260
 - 一、踩踏“政治棘丛” 261
 - 二、创造新的权利 266
 - 三、影响公共政策形成 273
- 第三节 消极主义对积极主义的回应 279
 - 一、司法应该决断政治问题? 280
 - 二、法官有权力创造新的权利? 283
 - 三、法院影响公共政策之形成正当? 288

结语 反观中国:消极主义——一种新价值立场 293

附录: 296

案例索引 296

人名索引 303

有关宪法审查制度的学术探讨,在当下我国可谓炙手可热,相关研究文献颇有汗牛充栋之观。然而,由于此等制度尚未在我国国家政制架构中真正建立起来,是故,所有的研究都难免流于对域外宪法审查制度之评介与反思、对未来我国宪法审查制度建构模式之设想与探索。如此缺乏宪法审查实践底蕴的、过于理论化的学术研究呈现出来的是鲜明的“灰色”特征。这集中表现在此等研究过程中的术语含义混乱不堪以及研究范围相当模糊和研究深度亟待加强。后者充分体现在对宪法审查过程中的价值立场认知的极度陌生以及相关研究付之阙如。本书就是为试图填补此项“阙如”而作。这就是本书的问题意识所在。除交代问题意识外,此开篇引论还对宪法审查中的两种价值立场即消极主义和积极主义作了简要学术回顾,其中重点评介了消极主义的面相、表现形式以及消极与积极两种价值立场的类型化样态。最后,此引论对本书的研究思路与目标以及研究方法等问题作了简要说明。

公民必须体会到宪法是自己的权利，可以落到实处。否则，宪法就只是徒有其表，不具有任何意义和价值。^①

—— G. F. 黑格尔

一、问题意识

总体而言，法学是一门世俗的、形而下的学问，^②在应然上，它以服务于保障权利、限制权力这一人类社会健康进步所必需的俗务为天职。远离其天职俗务、居庙堂之高像佛祖一样被供奉着的法律绝不是真正的法律，而处江湖之远、难以为其天职俗务“尽仁尽义”的法学亦绝非真正的法学。对于宪法和宪法学来说，这样的定性判断同样成立应不存疑问。然而，颇为不幸的是，我国的宪法恰恰在很大程度上落得个居庙堂之高、徒有其形毫无其神的命运——迄今我国宪法的司法适用问题

① 黑格尔的这句话出自《德意志宪法论》(Verfassung Deutschlands)的日文翻译。笔者不谙日文，这里引用的是季卫东先生在“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)题记中的版本。季先生曾通过电子邮件告诉笔者，黑格尔在《法哲学原理》第274节中论述过类似的命题。的确，黑格尔曾在检讨“国家制度的历史制约性”时指出：“一个民族的国家制度必须体现这一民族对自己权利和地位的感情，否则国家制度只能在外部存在着，而没有任何意义和价值。”参见[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第291~292页。对于季先生就此题记所作的解惑，笔者心存感念，特此鸣谢。

② 在这里用“学问”而不是“科学”乃是为了回避“法学是一门科学？”这种几乎永远不可能有“标准”答案的争议问题。如果说有人怀疑法学的科学性，那应该没有人怀疑法学也是一门学问。1847年，德国法学家基尔希曼(Julius Hermann von Kirchmann, 1802~1884)在柏林法学会上作了一篇著名演讲——“作为科学的法学的无价值性”，其中他说道：“实在法把法学家们变成了蛀虫，其赖以生存的不是健康的树木，而是病枯的朽木。既然法学只关注偶然，它自己也就变成了一种‘偶然’，立法者的三个更正词就可以使所有的文献变成废纸。”(参见[法]基尔希曼：“作为科学的法学的无价值性”，赵阳译，载《比较法研究》2004年第1期)1869年，著名法学家耶林(Rudolf von Jhering)作了题为“法学是一门科学吗？”的演讲，回应了基尔希曼的“三字废纸论”。在演讲的最后，他说：“法学就是在法律事物中的科学意识。这种意识，必须往法哲学的面向发展，以便探求现实世界法律之起源与效力所赖以成立之最终基础。”(参见耶林：“法律是一门科学吗？(下)”，李君韬译，载《比较法研究》2008年第2期)从耶林所称的“科学意识”中可知，他不赞同基尔希曼的观点，而认为法学具有它的科学性。国内有学者认为，如果适用于自然科学的严格标准，则法学永远无法进入科学的殿堂，但将科学定位为知识化的体系，则法学可以属于科学的范围(参见胡玉鸿：“法学是一门科学吗？”，载《江苏社会科学》2003年第4期)。笔者颇认同这种“中庸”观点，所以，把法学视为一门学问，以绕开“科学”属性有无之争。