

宪法审查的原理与技术丛书

林来梵 主编

基本权利限制的 宪法审查

以审查基准及其类型化为焦点

何永红 著

Constitutional Review of
the Limitation Of Constitutional Rights

Focusely Research on the Standards of Scrutiny and its Categorization



浙江省哲学社会科学规划重点课题成果（07CGFX002ZG）
浙江省社会科学界联合会2006年研究课题成果（06M63）

基本权利限制的 宪法审查

以审查基准及其类型化为焦点

何永红 著

图书在版编目(CIP)数据

基本权利限制的宪法审查:以审查基准及其类型化为
焦点/何永红著. —北京:法律出版社,2009. 6

(宪法审查原理与技术研究系列丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9658 - 9

I. 基… II. 何… III. 宪法—研究—中国 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 093454 号

基本权利限制的宪法审查——以审
查基准及其类型化为焦点

何永红 著

责任编辑 高 山

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 7 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 7.5 字数 222 千

印次 2009 年 7 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 - 9658 - 9

定价:26.00 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,中外学者已有诸多论述,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”,自然也是颇为贴切的。

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: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。

返观当今我国,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 20 世纪 80 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之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力图以此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，也已在总体上自陷入某种“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有关机关作用的发挥，并反哺前者方面的研

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》一书已在法律出版社出版。

更令人欣慰的是,诸君以宪法审查的各个环节为选题的7部博

士论文也先后顺利完成,并通过了答辩,相当部分的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,应该说已能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7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

目 录

第一章 引论 001

第一节 研究背景及相关交代 001

第二节 国内外研究现状 004

一、国内的研究概况 004

二、国外的研究概况 007

第三节 研究的基本思路与拟解决的问题 007

一、研究的基本思路 007

二、拟解决的问题 008

第四节 研究的主要内容及创新之处 009

一、研究的主要内容 009

二、创新之处 012

第二章 德国式的单一基准 014

第一节 作为单一审查基准的比例原则之概述 015

一、比例原则 (Verhältnismässigkeitsprinzip) 的三层结构
及适用范围 016

(一) 比例原则的三层结构 016

(二) 比例原则适用的范例 019

二、比例原则作为“空洞的公式”的状态与审查论证的
价值立场 021

第二节 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 026

一、明显性审查 (Evidenzkontrolle) 027

二、可支持性审查 (Vertretbarkeitskontrolle)	030
三、强力的审查 (intensive Inhaltstrollekon)	034
四、小结	036
第三节 审查密度的法理透析:学说与实务	039
一、有关学说	039
(一) 实体价值论	040
(二) 客观规范论	041
(三) 功能法的观点	043
(四) 基本权利理论视角的评价观点	044
二、审判实务的见解	045
(一) 实体法的观点	045
(二) 功能法的观点	049
三、各家观点的交融互补性	051
第四节 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	057
一、职业自由与三阶理论	057
二、一般人格权:“私密领域”(Intimsphäre)、“私人领域” (Privatsphäre)和“社会领域”(Sozialsphäre)	062
三、艺术自由的两个领域:创作领域与散布领域	064
四、基本权利的受侵领域与审查基准的强度	066
第五节 类型化基准的流动性:在规范与事实之间	067
一、类型化构建的非固定性	068
二、围绕规范证立价值:各种事实因素的关系脉络	074

第三章 美国式的三重基准 078

第一节 三重基准的内容构成	079
一、“严格审查基准”(the strict scrutiny test)	079
二、“中度审查基准”(the intermediate scrutiny test)	081
三、“合理性审查基准”(the rational relationship test)	082
四、各审查基准的构成	084

第二节 三重基准的原型:双重基准 085

一、双重基准的缘起及其发展 085

(一) Carolene Products 判决及注解四 085

(二) 双重基准在审判实务中的确立与发展 090

(三) 双重基准的结构变迁 093

二、在历史脉络中的背景之分析 098

(一) 双重基准:社会经验需求的必然产物 098

(二) 双重基准的外在动因:纳粹政权对人权迫害的国际形势 102

三、法理分析:实体法、程序论与功能法观点 103

(一) 实体法的观点:是否权利优位 103

(二) 程序论的观点:法院的民主程序补充功能 107

(三) 功能法的观点:法院的适当判断能力 109

四、双重基准:传统法理的反思与创新 111

(一) 实体正当程序保护领域 112

(二) 平等保护领域 114

第三节 由双重基准到三重基准:中度基准的登场 115

一、Craig v. Boren 案判决与中度基准的形成 116

二、背景及意义 118

三、中度基准的法理分析 119

第四节 类型化的扩展:个别性权利审查基准的再精细化 120

一、基础性权利领域:“限制较小的可选择手段基准”(less restrictive alternative test) 120

二、言论自由:领域的划分与审查基准的具体化 122

(一) 从“双轨理论”(the two-track theory)到“双阶理论”(the two-level theory) 122

(二) 言论自由:审查基准具体化 128

三、宗教自由:审查基准的分类与细化 139

(一) 政教分离案件与“三个要件”基准 139

(二) 宗教自由限制的两种审查基准 141

四、小结 141

第四章 比较与反思:宪法审查基准框架的构想 144

第一节 审查基准的框架基础:比例原则与三重基准 144

一、内容空洞的公式还是实质的价值基准 145

二、“套餐式”与“单点式”适用的利弊 147

三、适用的普遍性与局限性 150

第二节 审查基准的要件结构:三层密度的审查基准与三重基准 151

一、手段审查:方法的差异性与效果的同构性 151

二、目的审查上的差异性与趋同倾向 153

第三节 两种模式的审查基准:操作的抽象性还是具体性 154

一、德国模式的审查基准:操作的抽象性 154

二、美国模式的审查基准:操作的具体性 155

第四节 我国宪法审查基准的框架基础 156

第五章 反观中国:审查基准类型化体系的初步设想 157

第一节 审查标准类型化体系构成的法理探索 157

一、德、美两种模式的法理:共通性与特殊性 157

(一)共通的法理 157

(二)特别的法理 158

二、两种模式的法理构成特征及其原因 160

(一)德国模式 160

(二)美国模式 161

三、两种模式的法理构成要素融合互补 163

第二节 两种模式的类型化体系之借鉴:宏观层次的构想 164

一、以我国宪法规范为媒介的双重基准之导入 164

二、以人格权核心法理为镜的类型化基准之扩展 166

三、回应基本权利时代课题的类型化基准之调适 169

四、美国式个别权利的具体审查基准之合理利用 171

第三节 我国审查标准类型化体系的具体方案 172

一、“双线构建”与“三层审查” 172

二、自由权限制:审查基准的类型化 173

(一)严格审查 173

(二)中度审查 174

(三)合理性审查 175

三、平等权限制:审查基准类型化 176

(一)严格审查 176

(二)中间审查 176

(三)合理性审查 177

第六章 代结论:以我国若干宪法事案为例的应用分析 178

第一节 合宪抑或违宪?——中国乙肝歧视第一案简析 179

一、本案中的宪法权利 181

二、合宪性判断的基准选择 183

三、本案中的宪法权利是否受到侵犯 185

第二节 《娱乐场所管理条例》禁业条款的合宪性思考 187

一、争议焦点及问题所在 190

二、职业自由权限制的审查基准比较 192

三、反观本案:分析与判断 199

第三节 性别平等还是男女有别——女性优惠待遇的合宪性探析 201

一、以实质平等为核心的保障领域 203

二、优惠性差别审查基准的适用 205

三、本事例女性优惠待遇的合宪性探析 207

(一)妇女参政的优惠待遇是否合宪 207

(二)男子离婚禁止期规定是否合宪 208

(三)适龄女童受教育权的特殊保护是否合宪 210

参考文献 212

后记 224

第一章

引 论

第一节 研究背景及相关交代

本书是关于一个“古老”话题下的新课题。“违宪审查”是一个为学界和社会各界呐喊多年并曾一度升温的话题,这早已为吾人所熟知,今天仍在此探讨同一个话题。唯值得提出的是,笔者在本文中使用“宪法审查”的用语,其在意涵上与当前通常所称的“违宪审查”并无二致,只是这里涉及一个概念的语义考究。“违宪审查”一语其实来源于英文“constitutional review”,从字面上看,似乎译成“宪法审查”更为妥当;况且,从意义脉络的考察而言,西方国家在以消极主义为主流的审查立场下,审查机关通常是以合宪性推定原则对立法、行政行为作出偏向于合宪的判定,至于违宪判决,在审判实务是相当谨慎而非随意作出的。正是基于这种考虑,本文使用“宪法审查”。同时,在我国还

不具有实效性的宪法审查制度的特定语境下,为顺应当下宪法解释和判断的需求,本文亦交互地使用了“合宪性判断”的用语。

本研究选择对“违宪审查”这个“古老”话题下的新课题——“审查基准”展开研究。这是个一直来未受到我国宪法学界充分关注但又不失具有重要现实意义的崭新课题。宪政发达的国家业已发展了一套较为成熟的审查基准,这些国家以德国和美国最为典型,它们分别代表了法治先进国家的两种模式。其后推行违宪审查的国家或地区多从德、美两种模式的审查基准中提取技术或直接引介,如日本基本上师从美国式的三重基准;而我国台湾地区早期侧重于借鉴德国式的比例原则,但近期的主流是对德国式比例原则进行反思并向美国式审查基准靠拢。从德、美两种模式的审查基准之发展动态来看,审查基准是不断走向类型化的过程,并在这个过程中形成其内容体系的,因而审查基准是和其类型化过程和方法紧密相连、不可分割的。因上述缘故,本研究以审查基准及其类型化为考察视点,并以德、美两种模式作为比较对象;同时,以我国宪法规范和社会需要为问题中心。

从根本上来说,本书是我国亟待发展的宪法人权保障事业所提出的研究任务。一个国家宪政事业要取得充分发展,宪法上的人权规定必须能够获得具有实效性的宪法审查制度之保障,因而又理所当然地要求有宪法审查的技术支持和保障,宪法审查基准即是其中最关键和重要的技术。虽然宪法审查制度在中国的建立由于种种原因,至今仍是一个具有复杂性和长期性的课业,但对其审查基准和技术的先行性探索和研究,是尚待时日的具有实效性的宪法审查制度在我国建立的一种知识准备。就目前最直接的意义而言,它可为全国人大常委会法工委已设立的“法规审查备案室”进行操作

提供具体的技术支持。

德国和美国法院在宪法审判实务中,将个案中适用的宪法审查基准通过基本权利性质、基本权利侵害程度或手段进行归类,抽象出一般化的案型,从而使审查基准与一般化的案型相对应,克服了纯粹依赖个案利益衡量所固有的随意性、不可预见性的流弊。审查基准的这种类型化发展便于提高法律适用的经济性、可预见性和减少审判者权力的恣意性,故类型化基准的建立是法律适用技术发展和成熟的标志。

我国当下大量宪法问题亟待解决的现实需要,直接促使了本课程的问题意识形成。随着我国社会的转型和利益多元化时代的出现,社会生活中的许多深层次矛盾开始显现,各种形式的利益冲突日趋表面化,由公权力滥用造成的侵害(限制)基本权利的现象不断增加。同时,随着公民在利益驱动下权利意识的逐渐增长,社会各界对这种侵害(限制)基本权利的宪法事案予以广泛的关注。宪法学界对基本权利限制的事案例也颇多研究,但研究的主流方法尚停滞于从法理学、法社会学或政治学层面来探讨宪法问题与特定社会条件或背景间的关系。由于没有适切可遵循的合宪性判断(也即宪法审查)基准,众多的研究也就有难以击中要害之虞。本研究适应了当前大量宪法事案迫切需要作出理性的判断和解释的要求,进行宪法审查(或曰合宪性判断)基准的构建并运用这种基准解释我国现实中的宪法事案。

审查基准及其类型化研究也是我国宪法学学科自身发展的一项重大课题,是对宪法学研究领域的拓展。就审查基准在宪法学中的定位而言,它是宪法规范体系的一部分;它直接介入宪法中人权规范的内容形成,对于基本权利的保障具有重要意义。众所周知,宪法是一张“写满人权的纸”,或是一本“人权保障书”。然而,宪法

上的人权规定通常具有简洁性和抽象性,唯有通过类型化的审查基准,才能使宪法上的人权规定在具体案型中得到进一步的界定,最终人权保障才能走向具体化和现实化。概言之,审查基准是独立于宪法实体规范之外,并具有形成宪法实体规范的内容之功能的另一种规范形态。从某种意义上来说,审查基准的类型化构建对于宪法学发展,正如民法从单一的“违约”概念进一步发展出“给付不能”、“给付迟延”及“不完全给付”等不同类型的债务不履行体系,或从抽象的“债的发生原因”进而发展出“契约”、“侵害行为”、“不当得利”、“无因管理”等具体类型;^①其是推动宪法学学科向精深发展,并最终促成宪法解释实务运作和宪法解释论述精确化的必要环节。

第二节 国内外研究现状

一、国内的研究概况

随着近年来我国涉及宪法事案例大量涌现,宪法权利问题已引起部分学者的关注并出现了一些专门性的重要成果,他们有的从我国的某一具体问题状况切入;^②有的从比较法的视野系统分析某一宪法权利的规范、法理及司宪技术;^③也有专门引介别国在宪法权利保护方面的历史演进之宪政历程及重要司法判决中的背景资料。^④

① 黄昭元:“立法裁量与司法审查——以审查基准为中心”,载《宪政时代》2000年第2期。

② 如俞德鹏:《城乡社会:从隔离走向开放——中国户籍制度与户籍法研究》,山东人民出版社2002年版。

③ 如邱小平:《法律的平等保护——美国宪法第十四修正案第一款研究》,北京大学出版社2005年版。

④ 这方面成果参见莫纪宏:《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1999年版;胡肖华:《宪法诉讼原论》,法律出版社2002年版;陈云生:《宪法监督司法化》,北京大学出版社2004年版;林广华:《违宪审查比较研究》,社会科学文献出版社2004年版;陆平辉:“宪法基本权利诉讼研究”,中国人民大学博士学位论文,2004年4月;胡锦涛主编:《违宪审查制度比较研究》,中国人民大学出版社2006年版。