

第7卷

原理与方法

“艾尔弗斯”案判决与宪法解释方法的运用

“纽约时报诉苏利文”案与目的论解释方法

公民网络匿名表达权之宪法保护

主题研讨

“成力行为艺术”案

“北京金山安全软件有限公司诉周鸿祎侵犯
名誉权纠纷”案

附录 外国宪法判例

中国宪法 事例研究

韩大元·主编



法律出版社

第7卷

中国宪法 事例研究

韩大元·主 编

杜强强·执行主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国宪法事例研究. 第7卷 / 韩大元主编; 杜强强执行主编. —北京: 法律出版社, 2015. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7611 - 9

I. ①中… II. ①韩… III. ①宪法—研究—中国
IV. ①D921. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 044350 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈妮 刘晓萌

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/8.25 字数/235千

版本/2015年3月第1版

印次/2015年3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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7611 - 9

定价:33.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主任 韩大元
委员 张翔 杜强强 王贵松
柳建龙 于文豪 赵真

主 编 简 介

韩大元 1960年生人,男,法学博士。中国人民大学法学院教授、博士研究生导师。

曾出版《亚洲立宪主义》、《宪法学基本原理》、《生命权的宪法逻辑》、《中国宪法学说史》、《感悟宪法精神》、《1954年宪法制定过程》等专著10余部;在国内外学术刊物发表学术论文180余篇。

主要研究领域:中国宪法、外国宪法、非西方国家宪法发展模式比较、宪法文本与宪法解释学、科技发展与基本权利等。

主要获奖:1999年第二届全国十大杰出中青年法学家、2006年第二届国家级教学名师奖、教育部2011年度“长江学者”特聘教授等。

主要社会兼职:中国宪法学研究会会长、中国法学教育研究会常务副会长、国务院学位委员会学科评议组成员、中宣部马克思主义理论与建设工程《宪法学》首席专家、最高人民检察院专家咨询委员会委员等职。

执行主编简介

杜强强 1972年生人,男,甘肃秦安人。1993年、2002年、2005年分别毕业于西南政法大学(原西南政法学院法律系)、中国人民大学法学院,获法学学士、硕士、博士学位。现为首都师范大学政法学院副教授。出版专著《论宪法修改程序》。

作者简介

(以姓氏拼音为序)

- 杜强强** 首都师范大学政法学院副教授
洪 英 司法部司法研究所研究员
李蕊佚 南开大学法学院讲师
屠振宇 南京师范大学法学院副教授
王建学 厦门大学法学院副教授
王 涛 上海大学法学院讲师
杨福忠 中共河北省党校政法部教授
叶 斌 中国社会科学院欧洲研究所欧盟法研究室副主任
张 翔 中国人民大学法学院教授
张荣红 日本九州大学法学府公法社会法学专攻博士研究生
赵 真 中央财经大学法学院讲师
郑海平 对外经济贸易大学法学院讲师
周 育 德国洪堡大学法学院博士候选人

序

自2005年以来,《中国宪法事例研究》已编辑出版六卷,共编选了122个中国宪法事例,介绍和评析了80多个外国宪法判例。虽然编者在编选宪法事例的过程中致力于透彻的案例分折,但也存在重点不突出、讨论不深入的弊病。从本卷开始,编者尝试对编选方式予以适度革新,以期通过编辑方式的改变而深化对中国宪法事例的研究。以前每卷都要分析讨论10多个中国宪法事例,这样虽然顾及了问题的广度,但没有突出对重点宪法事例的研讨,也没有对宪法事例的分析方法进行理论上的总结。本卷始设“原理与方法”、“主题研讨”、“外国宪法判例”三个栏目。“原理与方法”主要刊载宪法裁判方面的学术论文,以期对各国宪法案例研究的现状、方法和前景予以理论总结,为我国宪法事例的研究提供理论借鉴。“主题研讨”则选择本年度的若干典型宪法事例,从多个角度和层面进行深度探讨,同时选择与主题事例相关的外国宪法判例进行介绍,方便读者能从比较宪法学的视角来审视中国宪法事例的分析解决。“外国宪法判例”主要选刊本年度外国宪法裁判机关作出的重要宪法裁判,为我国宪法事例的研讨提供初步的比较研究素材。

本卷“原理与方法”编选了3篇学术论文,前两篇着重于对宪法裁判方法的讨论,后一篇则侧重于对基本权利理论的阐述。张翔的《“艾尔弗斯”案判决与宪法解释方法的运用》主要介绍了德国联邦宪法法院在“艾尔弗斯”案判决中对宪法解释方法的应用。“艾尔弗斯”案在德国基本权利释义学体系中具有极其重要的地位,通过此案来观察和说明德国联邦宪法法院对诸种宪法解释方法的运用,以及在此基础上形成论证和判决的过程,可以为中国当前的宪法解释学研究提供有益的思路与借鉴。杜

强强的《“纽约时报诉苏利文”案与目的论解释方法》以“纽约时报诉苏利文”案的裁判说明,美国最高法院在宪法裁判中并没有将自己局限于对制宪者原意的追寻,而是致力于对宪法规范的客观目的的论证。这显示了美国最高法院对运用目的论思考方式的高度自觉。杨福忠的《公民网络匿名表达权之宪法保护——兼论网络实名制的正当性》认为,在互联网时代,需要不断探索匿名身份保护的方法以丰富表达权保护理论。对网络匿名表达权的限制,首先要考量该权利所蕴含的民主价值,进行法益衡量;其次要考量限制方法的有效性,注意发挥网络架构的作用。

“主题研讨”选择了本年度的两个宪法事例予以分析讨论:一是“成力行为艺术”案,二是“北京金山安全软件有限公司诉周鸿祎侵犯名誉权纠纷”案。杜强强就“成力行为艺术”案撰写了《艺术自由的宪法保护及其限制》一文,该文结合本案分析讨论了我国宪法第47条艺术自由的规范领域、保护程度和具体限制。从比较宪法学的角度看,国外关于艺术自由的宪法案例并不在少数,本栏因此编选了三个重要的外国宪法判例,即美国的“班尼斯诉格林戏剧有限公司”案判决、日本的“恶德之荣”案以及德国的“梅菲斯特”案判决。“北京金山安全软件有限公司诉周鸿祎侵犯名誉权纠纷”案本是一个民事案件,不过其中也涉及重要的宪法问题。郑海平的论文指出了本案法院对“公众人物”概念的误用。本案是网络媒体上发生的一个名誉权纠纷案,网络媒体有着传统媒体所不具有的优势,但也引发了公民信息保护、名誉权保护、保护儿童免受淫秽信息影响等方面的新问题。编者在此编选了美国最高法院两个有关互联网的判例,以期对我国学界相关问题的讨论提供参考。

“外国宪法判例”主要编选了2011年度五个国家的7个宪法判例,其中有几个案件值得特别关注。在“法兰克福机场集会自由”案中,德国联邦宪法法院对在机场是否可以进行集会进行了具体的讨论,判定在机场禁止集会的判决侵害了当事人的基本权利。这个案件可与1992年美国“伊斯肯诉李”案对照以观。在美国的这个案件中,机场当局禁止人们在机场募捐和发放传单。美国最高法院在判决中以募捐过程繁杂会妨碍机场的有效运行为由维持了在机场禁止募捐的禁令,但却以传单发放迅捷不会影响机场有效运行而推翻了禁止发放传单的禁令。^①德、美两国宪

^① 505 U. S. 672(1992).

法裁判机关的判决思路似乎略有不同。德国联邦宪法法院在本案中首先要确定的是国家控股的合营企业是否直接受基本权利的拘束,而美国最高法院首先判定的问题却是机场是否属于“公共论坛”。裁判的思路不同,但判决结果却大同小异。这是否也是黑克“不同结构的等值体”^①理论的一个例证呢?

另一个案例是日本最高法院对要求公立学校教师在升国旗时起立合唱国歌的合宪性作出的判决。日本最高法院在这个案件中讨论了日本宪法上良心自由的界限问题,判定要求公立学校教师起立唱国歌的职务命令没有侵犯教师的良心自由。这个判决不禁令人想起美国著名的“国旗敬礼”案。美国最高法院在1946年的一个案件中,判决强制学生向国旗敬礼有违于美国宪法第一修正案保护的信教自由。^②日、美两国的判决结果有所不同,这是否源于学生与教师在法律地位上的差异?日本最高法院认为,教师的良心自由虽然也受宪法的保护,但教师具有公务员的身份,因此必须服从教育机关的职务命令;另外,教师负有指导学生向国旗和国歌表达敬意的职责,因此必须对教师的良心自由予以必要的限制。这个判决理由是否会令人想起特别权力关系的理论呢?

本卷《中国宪法事例研究》虽然在编选方式上作出了一定改变,但对具体问题的讨论是否因此而得以深化,还有待观察。这里需要说明的是,因此本卷的编辑过程甚为拖延。虽然组稿的时间较长,但组稿的困难仍超乎想象。虽然编者只选择了两个宪法事例,但对这两个宪法事例的讨论远非充分透彻。一些稿件最终未能编入,已编入的稿件有的仍显得比较粗糙。《中国宪法事例研究》既有待编者的进一步努力,也需要宪法学界的大力支持。

编者谨识

2014年9月20日

① [德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第18页。

② Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 14th edition, The Foundation Press, 2001, p. 1324.

目 录

原理与方法	1
“艾尔弗斯”案判决与宪法解释方法的运用	张翔 1
“纽约时报诉苏利文”案与目的论解释方法	杜强强 19
公民网络匿名表达权之宪法保护——兼论网络实名制的正当性	杨福忠 38
主题研讨	53
[宪法事例1] “成力行为艺术”案	53
艺术自由的宪法保护及其限制	杜强强 54
脱衣舞与表达自由：“班尼斯诉格林戏剧有限公司”案	杜强强 75
猥亵作品的认定标准：日本最高法院“恶德之荣”案译评	王涛 98
德国基本法上的艺术自由：德国联邦宪法法院“梅菲斯特”案之裁判	赵真 118
[宪法事例2] “北京金山安全软件有限公司诉周鸿祎侵犯名誉权纠纷”案	128
公众人物言论自由的限制	郑海平 130
互联网上的表达自由：“里诺诉美国公民自由联盟”案	杜强强 159
过滤软件与表达自由的保护：“合众国诉美国图书馆协会”案	杜强强 166

附录 外国宪法判例	175
德国	175
在机场可以进行集会游行吗:德国联邦宪法法院判决评析 周 育	175
德国宪法法院“援助希腊违宪”案判决及评析	叶 斌 182
美国	186
美国宪法第二修正案与外国人持枪权:“合众国诉波西罗· 穆尼奥斯”案	杜强强 186
美国宪法上的信息隐私权:“美国宇航局诉尼尔森”案 屠振宇	196
日本	215
日本公立学校起立合唱国歌职务命令的合宪性 洪 英 张荣红	215
法国	229
法国宪法法院行政强制医疗措施违宪案评析	王建学 229
英国	235
英国最高法院“AXA”案译评:为纠正不公正立法而对财产权的 干涉	李蕊佚 235
关键词索引	244

原理与方法

“艾尔弗斯”案判决与宪法解释方法的运用

张翔*

近年来,宪法解释成为中国宪法学界研究的一个热点。然而,现有的研究多重宏观的理论建构与法哲学层面之玄思,缺乏在个案中对宪法解释的理解和分析。宪法解释以实践为指向,对宪法解释的研究也应以具体之解释实践为首要素材。本文尝试以德国联邦宪法法院1957年之“艾尔弗斯判决”(Elfes-Urteil)^①为例,来观察和说明德国宪法法院对诸种宪法解释方法的运用,以及在此基础上形成论证和判决的过程,以期有所裨益于中国宪法学界对宪法解释之研究。当然,以一个个案来做如此大题目的文章,难免管窥蠡测之弊。但无论如何,全面深刻之观察分析,却一定要依赖于此种个别研究之积累。

此外,“艾尔弗斯”案在德国基本权利释义学体系中,也具有极其重要的地位。特别是其中对于《德国基本法》第2条第1款规定“一般行为自由”作为“兜底基本权利”的规范内涵的形成,对传统的“法律保留”原则在基本法时代的重新解释,以及对于宪法诉愿范围的扩大,都具有里程碑式的意义。

* 中国人民大学法学院教授,柏林洪堡大学访问学者,法学博士。

① BVerfGE 6,32.

一、案情

诉愿人艾尔弗斯,1933年以前是中央党在国会的代表,并且是普鲁士国家议会的成员,1927年被任命为克雷费尔德(Krefeld)警长。1933年,因为政治原因被解职。1945年他被选为门兴格拉德巴赫市长。1947年他作为基督教民主联盟的成员,被选为北莱茵—威斯特法伦州议员。他作为“德国人联盟”领导人,激烈批评联邦政府的政策。特别是,他认为联邦政府的国防政策阻碍了德国的统一。在联邦德国国内和国外的多次活动和研讨会中,他都公开表达了这些观点。1952年12月12日至19日,艾尔弗斯参加了在维也纳举行的人民代表会议,并宣读了“全体德国人的声明”。此外,他还在巴黎、布达佩斯以及东柏林参加过类似活动。

1953年,艾尔弗斯向门兴格拉德巴赫的护照管理局申请延长他的旅行护照,但是他的申请被拒绝,拒绝的法律根据是1952年3月4日通过的《护照法》第7条第1款a。他的行政申诉在1953年7月4日被驳回。对此他向州行政法院提起行政诉讼,之后又上诉到高等行政法院和联邦行政法院,但都败诉。于是,诉愿人于1956年2月22日向联邦宪法法院提出宪法诉愿。

《护照法》第7条第1款规定:

有以下情形,不得签发护照

a. 持有护照的申请人危害联邦德国的内部或外部的安全,或者联邦德国的特别重大的利益的。

二、联邦宪法法院的宪法解释与论证过程

(一) 出国旅行是否是迁徙自由

针对联邦行政法院的判决,艾尔弗斯提起了宪法诉愿。诉愿人认为,这个判决侵犯了他依据德国基本法享有的以下权利:第2条(一般行为自由、人格权)、第3条(平等权)、第5条(言论自由)、第6条(婚姻、家庭)、第11条(迁徙自由)。这种在一个宪法诉愿中主张多项基本权利被侵害的做法非常常见。这是因为,基本权利条款的措辞大都简洁而原则,各自所覆盖的生活领域非常广及边界模糊。从而,诉愿人主张多项权利,就有可能使自己的主张获得尽可能多的被支持的可能性。但这给宪法裁判带

来了一定困难。

按照德国的基本权利释义学的一般思考框架,对基本权利案件通常使用三阶段的审查模式:分别是“保护范围”(Schutzbereich)、“限制”(Eingriff, Schranke)、“对限制的合宪性论证”(verfassungsrechtliche Rechtfertigung)。^①也就是首先考虑某个行为或利益应受何种基本权利的保护,或者说某个行为或利益落入那个基本权利的保护范围;然后考察公权力行为是否对这项权利构成了干涉或者限制;最后再论证这个干涉或者限制是否具有宪法上的正当性。由此,在基本权利案件中,宪法法院首先要确定的就是该案件应该作为哪个基本权利领域的问题去思考。

在本案中,获得护照是为了出国旅行,对此种“出国旅行自由”(Ausreisefreiheit),首先会被考虑到的当然是迁徙自由,而诉愿人也显然以迁徙自由作为自己的主要诉请依据。为说明问题,这里将规定迁徙自由的《德国基本法》第11条援引如下:

第11条 (1)所有德国人在整个联邦领域内享有迁徙自由的权利。

(2)由于缺乏足够的生活基础,将给社会公共利益带来特别负担时,或联邦或州的生存或自由民主的基本秩序面临危险时,为处理传染病危险、自然灾害和特别重大事故时,或为保护青少年以防堕落或为预防犯罪活动有必要时,可通过法律或依据法律对迁徙自由权予以限制。

针对这一诉请,宪法法院却认为,诉愿人主张《德国基本法》第11条是不对的,因为11条所规定的迁徙自由与“出国旅行的自由”没有关系。为支持这一判断,宪法法院使用了文义解释、历史解释和比较解释等方法,分述如下:

1. 文义解释

宪法法院认为,《德国基本法》第11条保护的是“在整个德国领域内”(in ganzen Bundesgebiet)的迁徙自由,其文字并不包含自由的出国旅行的权利。^②这里宪法法院使用的是文义解释(Wortlautauslegung,与“语法解释”grammatische Auslegung同义,且后者更常用)。

^① Pieroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 25. Aufl, 2009, S. 3.

^② BVerfGE 6,32/34.

我们知道,文义解释是法律解释的起点,对法律条文的含义的确定要从对该条文的语言的通常用法的理解开始。但是,在法学方法论中,一般认为,文义解释所提供的只是一个重要的线索,无法给出最后的确定的规范含义。但是,如果文义非常明确,规范的解释者就必须受此明确文义的解释,其解释就不能溢出此文义所可能包含的范围。^①“语言上的显而易见”为方法设定了边界。

在《德国基本法》第11条中,对于迁徙自由的范围的设定非常明确,也就是“在整个德国领域内”。这种表述具有单义性,从而为宪法解释设定了界限,无论怎样解释,都不能将“在……内”解释为包含外部。所以,出国旅行(ausreisen)无论如何都不属于《德国基本法》第11条规定的迁徙自由。

2. 历史解释

接下来,宪法法院转向《德国基本法》第11条第2款,并通过历史解释来加强论证。《德国基本法》第11条第2款规定的是迁徙自由的限制理由,也就是在哪些条件下可以对迁徙自由进行限制。宪法法院指出:

在许多国家,也包括在自由民主的国家,出于国家安全的考虑,通过拒绝签发护照的方式来限制出国旅行的自由,也是通常的做法。而在德国,同样的规定从第一次世界大战以来一直存在,从未中断。我们无法认为,如果基本法的制定者希望通过基本法第11条来保护出国旅行的自由,他们会忽略历史上长期存在的这种出于国家安全考虑的限制理由。从而更可接受的是,基本法的制定者不想在第11条中保障出国旅行自由。^②

这里,宪法法院是想说明,从历史上来看,出于国家安全的考虑而限制出国旅游是通常的做法,而在《德国基本法》第11条第2款明确列举的多项限制迁徙自由的理由中,却没有“国家安全”这一内容。如果迁徙自由包含出国旅游的自由,那么对迁徙自由的限制理由中就必然会包含“国家安全”这一内容。反推之,《德国基本法》的制定者没有在第11条

^① Joachim Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 102.

^② BVerfGE 6,32/35.

第2款中列出“国家安全”这一理由,就说明这一条根本就是与出国旅行自由无关的。

历史解释可以有两个方向:一个是去研究待解释规范的发生史,也就是这个规范是如何制定出来的;另一个是去研究对于同一个领域的问题,先前的规范是怎样的。在这里,宪法法院实际上在后一个方向上进行了分析,也就是通过考察历史上关于限制出国旅行的规定,得出这样的判断:“国家安全”是限制出国旅行自由的重要理由。通过与《德国基本法》第11条第2款的文字比较,可以看出其中并无“国家安全”的字眼。^①鉴于立法者不会忽略如此明显的历史,可靠的结论只能是:《德国基本法》第11条是与出国旅行自由无关的,《德国基本法》上的迁徙自由仅仅是指在国内的迁徙自由。

(二)一般行为自由作为“兜底基本权利”

既然出国旅行自由不属于迁徙自由的保护范围,那么是否在《德国基本法》下就没有哪个基本权利条款可以对其提供保护呢?宪法法院认为,出国旅行自由可以作为《德国基本法》第2条第1款规定的“一般行为自由”的外延而得到基本权利层次的保护。

为说明问题,将《德国基本法》第2条第1款援引如下:

第2条 (1)人人享有人格自由发展的权利,只要其不侵害他人权利、不违反合宪性秩序与道德法则。

从字面上看,这一条款绝无直接涉及出国旅行自由的文字,从而通过文义解释根本无法得出宪法法院的观点。而这一条款使用的概念极其模糊,其确切含义为何,必须借助文义解释之外的方法来确定。

在这个条款中,第一个核心概念是“人格的自由发展”。在“艾尔弗斯”案之前,关于“人格的自由发展”的范围并不清楚。对这一概念,是应该广泛地理解为“人做各种行为的自由”,还是应该做最低标准的理解,

^① 这里需要说明的是,《德国基本法》第11条第2款中虽然规定了“在联邦和州的生存以及自由民主基本秩序面临危险”这一限制理由,但这一表述所指的是“国内紧急状态”(innerer Notstand)而非一般意义上的国家安全。Maunz - Dürig, Grundgesetz Kommentar, 2009, Art. 11 Abs. 2 Rn. 138.