

宪法审查的原理与技术丛书

林来梵 主编

宪法审查的启动要件

郑 磊 著

Threshold Doctrines
of Constitutional Review



法律出版社 | LAW PRESS · CHINA

宪法审查的原理与技术丛书

林来梵 主编

宪法审查的启动要件

郑 磊 著

法律出版社 | LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法审查的启动要件 / 郑磊著. —北京: 法律出版社,
2009.3

(宪法审查的原理与技术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9387 - 8

I. 宪… II. 郑… III. 宪法—研究—中国 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 038553 号

宪法审查的原理与技术丛书

宪法审查的启动要件

郑磊著

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9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 11.5 字数 269 千

印次 2009年9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 - 9387 - 8

定价:32.00 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案例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已拥有了“违宪审查”的制度 and 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,每次确定一位至两位报告人,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、也更加系统的阐述,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

前 言

在宪法审查制度运行的初始阶段,有一项程序设置对于宪法案件的筛选具有重要作用,这就是启动要件(threshold doctrines)。笔者对启动要件的关注,主要源于以下两个方面的问题意识:其一,近年来,我国学界的相关论述或媒体的相关报道,常常动辄运用宪法规范或宪法审查的原理评价社会中发生的某个个案,并有“轻言违宪”的倾向,而忽视了实行这种评价所需的要件性前提,也使得尚待开掘的宪法审查的制度性资源承受着“不能承受之重”;其二,我国学界的宪法审查研究,在模式、正当性等宏观问题的研究上已有较大量的积累,而其中的具体机制、相关原理与技术的研究,则几近空白,这恰恰是一个亟待拓入的课题,否则宪法审查的研究乃至制度建构与审查实践,均将踟躅不前。

启动要件是宪法审查活动进行过程中所面临的第一个关键环节。基于宪法审查的内在原理,只有满足了各项启动要件的宪法案件,才可进入或继续实质性审查,进而得出合宪抑或违宪的实体结论;而一般

意义上的法律问题或宪法事件,则被阻却在实质性审查的门槛之外。这道门槛的高低,既是对宪法审查供给问题的国家判断,又直接影响着宪法审查申请者的相关权益能否获得宪法审查制度的保障。由于启动要件的审查仅是形式性审查,旨在筛选宪法案件,并不具体而微地涉及实体问题,由此而论,也可以说宪法审查活动乃是“启动要件审查—实质性审查”并联而成的“二元结构”。

《宪法》第67条赋予全国人大常委会“解释宪法,监督宪法的实施”的权限,由此确立其宪法审查主体的资格。然而,近三十年来的行宪实践表明,这项宪法审查制度的实效性尚付阙如,更遑论存在有效的宪法审查启动要件,上述“轻言违宪”的现象正由此产生。有鉴于此,笔者所提取的启动要件主要源自于各国较为成熟的宪法审查制度中的功能等价物。尽管各国宪法审查的模式与制度架构有所不同,各自的启动要件机制亦呈现出不同的形态;但启动要件机制所蕴含的原理与技术却具有穿越模式的独立参考价值。而且,随着各国宪法审查制度的相互趋同的倾向日益显现,具体审查与抽象审查两类审查方式本身也在不同审查模式中得以兼容并蓄。因此,笔者虽以具体审查与抽象审查为论述框架,使各项启动要件的阐述得以系统化;但是,两类审查方式及其相关的启动要件,均可独立于其原本的审查模式,而为全国人大常委会切实行使其宪法审查职权所充分运用。

在以具体案件为前提、以司法机关为审查主体的具体审查中,启动要件机制较为复杂,但其所要解决的核心问题是:申请诉诸司法审查的宪法事件本身是否具有“可裁判性”,为此便形成了“案件性”的要件,构成具体审查的本质性要件。此外,还存在其他各项要件,但其审查具有不同的侧重点:原告适格要件主要着眼于当事人与审查标的之间是否存在利害关系;成熟性要件考察宪法事件是否已充分发展,以避免早到的宪法审查;而诉由消失理论则相反,侧重于关注宪法案件的现实性是

否仍然存在,以排除迟来的宪法审查;而即使具备了成熟性的宪法事件,在诸多的法定救济途径面前,宪法审查也应是最后的选择,这则是穷尽法律救济原则的意旨。作为以上这些具体审查启动要件的渊源,制定法(包括宪法与相关法律)规范通常仅就其基本内涵进行概括性规定,更多的则是在判例中逐步类型化而形成。因而,一方面,上述诸种要件,尚未穷尽具体审查的所有启动问题,而只是具有定型化的规范内涵而已,仍不排除新型要件的形成的可能;另一方面,各项要件并非出于系统的制度建构,相互之间的分工也并非泾渭分明,而是互有重叠之处。

与此不同,抽象审查的启动要件较为简约,作为相对较为典型的要件形态,其主要包括两项形式性要求,其中,争议性要件是被动审查的一个基础性要件;是否属于法律设定的审查提请主体,也是抽象审查的实质性审查的一个前提问题。此外,普通法院将与具体诉讼案件相关且存在违宪嫌疑的法律法规移送抽象审查主体审查,作为抽象审查较为重要的一个启动途径,此中涉及的启动要件可统称为移送要件。在这些要件中,审查主体依据制定法中的启动要件规范进行演绎推理,通常足以解决所涉的启动问题,其对此的裁量空间亦相对有限。

此外,无论在何种审查方式中,宪法案件除了需要满足上述相应的启动要件之外,如果其本身涉及不适合由审查机关作出实体判决的内容,则仍然无法获得实体判决,于此就形成了另外一类相关的启动要件,被统称为“特定阻却原理”,其中较为典型的,就是“政治问题”理论与“部分社会”法理。根据前者的要求,不同的国家权力存在不同的属性与分工,宪法审查机关不是民意机关,为此不应成为像政治部门那样的公共政策形成机关;而根据后者的要求,宪法审查权作为一项国家权力,不应介入不同于一般市民社会的“特殊的部分社会”,以维系其内部的自治或自律性。

学理的萃取需与实际运用相结合,俾能相得益彰。通过上述三个方面对启动要件所进行的系统性胪列,笔者试图贯穿着两层意义上的中国问题意识:其一是围绕中国宪法文本及相关的现行制度,以避免因单纯地服膺于比较法素材,而陷入缺乏中国宪法之特定意识的宪法审查研究之中;其二,中国转型时期所涌现的丰富的宪法事案,既可作为检验各项要件及其规范内涵的“试金石”,又为启动要件机制的整備提供了天然的“磨刀石”。

目 录

第一章 引论:宪法审查的“不能承受之重” 001

- 一、“轻言违宪”现象的危害及成因 001
- 二、“轻言违宪”现象的类型与启动要件机制 005
- 三、研究方法上的几点交代 010

第二章 启动要件的相位——一个导引式的研究 019

第一节 启动要件的功能 020

- 一、直接功能:筛选宪法案件 020
- 二、间接功能 022

第二节 不同类型审查活动中的启动要件 025

- 一、具体审查与抽象审查 025
- 二、两类审查方式中的启动要件 031

第三节 启动要件与受案范围的分殊 035

- 一、受案范围的违宪嫌疑与启动要件的优势 036
- 二、两者共存的立法例 042
- 三、启动要件与管辖权 044

第四节 启动要件的属性 045

- 一、起诉条件审查的虚化与诉讼条件审查的内置化:
以民事诉讼为例 046
- 二、启动实质性审查的形式性要件 048
- 三、宪法审查的二元结构:启动要件审查—实质性
审查 051

- 四、启动要件审查的职权主义特色 056

第五节 启动要件的分类 057

- 一、具体审查的启动要件与抽象审查的启动要件 057
- 二、一般阻却原理和特定阻却原理 058
- 三、基于要件内容的分类 059

第三章 具体审查的启动要件 061

第一节 概述 061

- 一、具体审查的标的与主体 061
 - 二、具体审查启动要件的核心问题：“可裁判性” 062
 - 三、具体审查启动要件的审查目的 065
 - 四、具体审查启动要件的裁量空间 066
- #### 第二节 案件性要件 072
- 一、案件性的规范依据与地位 073
 - 二、案件性要件的构成要素 078
 - 三、案件性要件的例外：宪法审查的低阶化趋势 081
 - 四、案件性要件在我国的规范性依据与学理性依据 083

第三节 原告适格要件 085

- 一、原告适格要件的不同外延 086
- 二、原告适格要件分析的框架 093
- 三、回望中国的宪法事案：原告适格审查中应关注的因素 118

第四节 成熟性要件 123

- 一、成熟性要件的形成 125
- 二、成熟性要件分析的框架 128
- 三、相关概念辨析 135
- 四、回望中国的宪法事案 143

第五节 诉由消失理论 148

- 一、诉由消失理论的要素结构 149
- 二、避免诉由消失的例外情形 155
- 三、诉由消失理论的特征 164
- 四、我国诉讼法理论中的相关问题 167

第六节 穷尽法律救济原则 169

- 一、穷尽法律救济原则的两类规范形态 169
- 二、常规情形的规范内涵:穷尽法律救济 176
- 三、例外情形的规范内涵:宪法救济提前 181
- 四、对穷尽原则分析步骤的质疑与回应 186
- 五、穷尽法律救济原则的启示:宪法审查的备位性 189
- 第七节 补论:具体审查各项启动要件之间的关系构图 191
 - 一、各有侧重 191
 - 二、互有重叠 193
 - 三、尚未穷尽 195

第四章 抽象审查的启动要件 197

- 第一节 概述 197
 - 一、抽象审查的审查主体 198
 - 二、抽象审查的审查标的 202
 - 三、抽象审查启动要件的特征 207
- 第二节 争议性要件 212
 - 一、争议性要件的规范依据与学理依据 212
 - 二、争议性要件的规范结构:与案件性比较 214
 - 三、回望中国:强化宪法审查的被动性 216
- 第三节 提请主体要件 217
 - 一、规范依据比较研究 218
 - 二、提请主体要件与原告适格要件的关系 224
 - 三、回望中国:各类提请主体之提请权的激活 227
- 第四节 移送要件 230
 - 一、抽象审查的间接启动方式 230
 - 二、间接启动的移送要件 234
 - 三、回望中国:人民法院在法律冲突解决机制中的角色 245
- 第五节 补论:法规备案审查中的启动要件问题 249
 - 一、法规审查备案机制的沿革 250
 - 二、《法规备案审查工作程序》中的启动要件问题 252

第五章 特定阻却原理 258

第一节 概述 258

一、特定阻却原理与一般阻却原理的关联 258

二、特定阻却原理的特征与要件类型 260

第二节 “政治问题”理论 265

一、“政治问题”理论在各国的体现 265

二、为什么回避 271

三、回避什么 277

四、如何回避 283

五、回望中国：审查方法的去政治化——走出法律问题政治化的困境 294

第三节 “部分社会”法理 296

一、“部分社会”法理的理论内涵 297

二、“部分社会”的具体领域与相关判例 300

三、与特别权力关系理论的分殊 303

四、“部分社会”法理的分析结构 308

五、回望中国：以高校为例 311

第六章 结语：兼论宪法审查研究的技术化转向 313

文献索引 318

后记 346

图表目录

图 1-1	宪法案件与相关概念关系图	009
表 2-1	具体审查与抽象审查的区别	031
表 2-2	两类审查方式的启动要件的区别	034
图 2-1	受案范围与启动要件的分工	042
图 3-1	多元价值立场的分布形态	070
表 3-1	宪法审查价值立场的回旋余地	071
图 3-2	案件性要件的要素结构	080
表 3-2	《行政诉讼法》原告适格要件相关条款的规范结构	088
图 3-3	原告适格要件的要素结构	105
图 3-4	成熟性要件的双管结构图	134
图 3-5	诉由消失理论的要素结构	155
图 3-6	相关法律途径是否被穷尽的各种体现	180
图 3-7	穷尽原则的分析步骤与规范内涵	185
图 3-8	重构后的穷尽原则分析步骤	188
图 3-9	宪法审查时机问题上的启动要件分工	192
表 4-1	宪法审查提请主体的各类情形	226
表 4-2	《法规备案审查工作程序》关于被动审查的两类启动程序	254
图 5-1	特定阻却事由与相关概念关系图	259
图 5-2	特定阻却原理分析的一般性结构	260
图 5-3	特定阻却原理和一般启动要件的审查顺序关系图 A: 先后说	262
图 5-4	特定阻却原理和一般启动要件的审查顺序关系图 B: 并列说	262
表 5-1	中谷实教授关于统治行为之外延的学说的整理	284
图 5-5	部门社会与国家、市民社会的领域分布图	298
图 5-6	“部分社会”法理的分析步骤	311