



王德志◎等著

亚洲司法审查研究

山东大学法学文丛

YAZHOU SIFA
SHENCHA YANJIU



中国政法大学出版社

山东大学法学文丛

亚洲司法审查研究



王德志◎等著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

亚洲司法审查研究/王德志等著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 11

ISBN 978-7-5620-3588-6

I. 亚... II. 王... III. 司法监督-研究-亚洲 IV. D930.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 189009 号

-
- | | |
|------|--|
| 书 名 | 亚洲司法审查研究 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cupipress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32 开本 14.125 印张 370 千字 |
| 版 本 | 2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3588-6/D·3548 |
| 定 价 | 36.00 元 |
-

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

秘书 张海燕

桑本谦 徐显明 黄世席 梁慧星 傅礼白

周长军 姜作利 柳忠卫 柳砚涛 秦伟

李道军 李霞 肖金明 范进学 林明

刘保玉 齐延平 孙新强 李永军 李道刚

于改之 毛映红 王丽萍 王德志 冯殿美

委员 (按姓氏笔画排序)

主编 齐延平

主任 徐显明

《山东大学法学文丛》编审委员会

总 序

学术既是探索未知领域之路途，个人品格之表达，也为兴国之利器，在中国现代社会转型的大背景下，恐怕尤为如此。毕竟，一百多年命运多舛的中国近代史，和国人谋求民族振兴、学术昌隆的梦想，是一个让当代学人任其如何潇洒和毅然也走不出的背景。

近代中国遭遇的是“三千年未有之大变局”。先有清廷大举洋务，推行实用科学，苦心孤诣造就“同治中兴”，然而甲午之败，让人不免慨叹国家之积贫积弱不只在器物，也在制度和人心，对“百代尤行秦法制”之弊，认识日深，于是立宪制，开国会，倡共和，修律法。然而以中国之老大帝国，难有小国“船小易调头”之利，沉重的传统，也不易收获一转百转、立竿见影的效果，中国转型之艰，历时之久，似乎是国运使然。

然而我们在奋力前行。中国早已从一个传统的“文化共同体”转变为现代民族国家，她对秩序的需要，也愈来愈依赖于制度的力量。据此视角，新中国的六十年亦可一分为二：前三十年百废待兴、徘徊探索，后三十年踌躇满志、励精图治。其间法制的昌明与否，几乎也成为时代进步与否的风向标，法制兴隆则国泰民安，法制衰微则万马齐喑。下一个三十年将如何？中国恐怕要从谋求经济富强转入以构建现代法治文明为中心的历史阶段。即便以我们最可为之自豪的经济成就而论，当放权让利所能获致的功效愈来愈有限时，其继续维持也需要以坚实的民主法制为保障，否则可能有功亏一篑的危险。

故而，下一个三十年我们将步入以确立、保障我们国家长治久安的宪政和法律体制为使命的时代。这个时代的生命，将以人权为

II 亚洲司法审查研究

灵魂，以法制为肌体，以民主为血脉。我们正处于这样一个历史的关头，它将历练我们的勇气，挑战我们的智慧。千里之行，始于足下，我们每个人都应尽心竭力为这个大背景涂写绚丽的色彩。

山东大学地处齐鲁文化之邦，文博史远，历久弥新，其法学教育也可谓源远流长。二十世纪二十年代的山东高等法律专科学校，是当时山东大学的六所学校之一。改革开放以来的山大法学教育，始于一九八〇年代，先是初建法学专业和法律系，一九九四年后法律系转制为法学院，汇集精英学人，筚路蓝缕，影响日隆，现已跻身中国法学教育重镇之列。近三十年来，山大法学从以中国法律史研究见长，正逐渐展现出多个研究领域均衡发展、齐头并进的发展态势。

呈现在您面前的这本著作，是“山东大学法学文丛”的一种。这套丛书诞生于中国法学教育如火如荼的时代。它是一只眼望蓝天的雏鹰，正伸展着年轻而有力的翅膀；它是一棵茁壮生长的大树，奋力展现的是生命的力量。丛书精选山东大学中青年法律学人力作，以学术创新、理性平和、品质均衡为追求。所谓学术创新，即或对既存法律问题提出独到见解，或开拓前人未涉之领域，或提出新的理论命题；所谓理性平和，即融汇正义的激情于深思熟虑的笔墨之间，允执厥中，力戒以情绪代替判断；所谓品质均衡，即严格选目，宁缺毋滥，以学术价值为唯一遴选标准。我们期冀这套文丛展现山大法学教育和研究的最新成果，不揣浅陋，以求教于学界。

山大法学教育这棵茁壮成长的大树，是以著名法律史学家乔伟先生为代表的诸位创立者、众多在这里学习和工作过的人们的智慧和汗水浇灌出来的。乔老先生性情刚直，学通古今，垂范后学，令人感念有加。今“山东大学法学文丛”付梓之际，距先生驾鹤西去已二十二载，谓稚嫩，谓探索，皆表心怀，也以之告慰先生，并督促后继者自勉。

文丛自去年即已开始筹划，拟每年推出三五种，以期若干年后

有集腋成裘之效，专业领域涵盖民商法、刑事法、宪法与行政法、诉讼法、国际法、中西法律史、法理学等学科门类。中国政法大学出版社关怀学术事业，不计物质得失，欣然惠允文丛出版，在此特致诚挚谢忱。

捷径往往是最长的弯路，善积跬步，方能行千里，学术的成长须从点滴开始，这是我们在编辑这套文丛时始终铭记的。

是为序。

徐显明

二〇〇九年夏于山东大学



总 序 I

第一章 日本违宪审查制度 1

- 第一节 日本违宪审查制度的“附随性” 1
- 第二节 日本违宪审查的历史沿革 5
- 第三节 违宪审查主体 25
- 第四节 违宪审查对象 30
- 第五节 违宪审查的原则 39
- 第六节 违宪审查基准 65
- 第七节 宪法判断的效力 94
- 第八节 日本违宪审查制度的课题及展望 99

第二章 韩国违宪审查制度 109

- 第一节 韩国宪制的沿革 109
- 第二节 韩国违宪审查的发展历程 115
- 第三节 韩国现行违宪审查体制 129
- 第四节 韩国违宪审查的价值及启示 151

第三章 印度违宪审查制度 165

- 第一节 印度宪制沿革 165

2 亚洲司法审查研究

第二节 印度司法审查的产生和发展 177

第三节 印度司法审查的制度框架 197

第四节 对于印度司法能动主义的思考 234

第四章 香港特别行政区司法审查制度 241

第一节 香港回归祖国前的司法审查 241

第二节 香港回归祖国后的司法审查 257

第三节 关于香港特区司法审查的理论探讨 286

第五章 中国台湾地区大法官解释制度 310

第一节 中国台湾地区的“制宪”沿革 310

第二节 大法官解释制度的产生和发展 319

第三节 大法官解释的机构 325

第四节 大法官解释的程序 336

第五节 大法官解释的标准 340

第六节 大法官解释的效力 348

第七节 大法官解释制度存在的问题及改革 351

第六章 中国宪法适用研究 374

第一节 关于宪法适用问题的争论 374

第二节 对宪法适用问题的再思考 380

第三节 宪法在刑事审判中的价值 411

第四节 新闻侵权案件中的宪法问题 425

后 记 444

第一章

日本违宪审查制度

第一节 日本违宪审查制度的“附随性”

日本违宪审查制度属于大家所熟知的“附随性”违宪审查，以具体的诉讼事件为契机，只有在解决纷争是必要的场合，而且也仅限于这种情况下法院才行使违宪审查权，该制度的发源地是美国。也就是说日本违宪审查的主体是各级法院，而且违宪审查是在审理各种案件的过程中开展的。因此，如果要启动违宪审查，所依附的案件必须满足事件性要件，司法权才介入。所以说日本违宪审查的首要特征是“附随性”或“事件性”。

一、关于“事件性”的学说

日本《宪法》第76条第1项规定：“司法权属于最高法院和根据法律规定设置的下级法院”，明确了司法权的主体，但是没有明确论述司法权的本质意义。有的学者主张可以把像西德那样的、非具体事件的抽象性规范管制纳入司法权概念范畴；有的学者主张司法权不仅解决民刑事事件，也解决行政事件，使发端于美国的事件性的要件得以援引。

（一）佐藤幸治教授的观点

佐藤幸治教授认为：“即使说日本宪法的‘司法权’属于美国型的，对美国法的着眼点不同，内容也会变的差异很大，日本宪法并没有明文规定事件、争讼这一司法权的要素，为了把握具体的事

件、争讼性这一司法权的本质要素，必须寻求它的原理性根据。”他批判了“司法概念的理论性概念构成是不可能的，仅有历史性概念的构成”的观点，竭力寻求司法权理论的前提和本质。他认为：“司法权的概念即使随着历史的变迁而展开，它也是不同于立法权的。司法权之所以是独特的国家权力，是因为作为公平的第三者的法官，基于当事人的立证、推论、辩论做出决定，是对比纯理性要求更高的特殊的参加和决定过程”，“具体纷争的当事人围绕自己的权利、义务，寻找理由竭力争辩为前提，公平的法院以此为裁判的依据，做出的决定对当事人双方有拘束力”。这种观点关注司法部门决定程序的特殊性，司法权的这种特殊性，决定了其被赋予“法原理部门”的地位，从本质上将之与作为政府的立法部门得以区分变成可能。

佐藤幸治教授从反映近代立宪主义理念的司法程序中，抓住本质的东西，对“事件性的要件”进行了界定：①一方面，国民通过代表参与立法程序，另一方面，国民自己决定法律上所规定的，自己的具体权利义务关系的现状，即自己决定的原则；②不经过合理的程序，对于国民的具体的权利义务关系的判定是不公平的观念；③法院在现实的具体纷争的基础上进行的判决得有必要的限度，法院是不能胡乱地触及抽象性的纷争的，以此为前提的法院还受先例的约束等理念。

（二）佐藤功教授的观点

佐藤功认为“所谓的近代司法制度上的司法权，是裁判具体争讼的权能，即是说，适用法律于具体争讼，通过宣布法律的适用结果，裁判并解决争讼的国家公权力”，“所谓的‘关于具体的争讼’，是当事人间存在具体的法律关系或者说有是否存在关于权利、义务的纷争（事件），并请求法院裁决该争议时，司法权才能介入。这被称为司法裁判上的‘事件性’或‘争讼性’要件。”“所谓的司法权，是仅限于裁定社会各纷争中具备事件性或争讼性争议的权能，也即仅限于裁决法律上承认的，有关权利、义务是否存在的具体纷

争的权能。并不是对所有纷争都解决的权能。”〔1〕

（三）野中俊彦教授的观点

野中俊彦认为“司法权是对社会上所生的各种纷争进行法的判断、解决的国家权能，这种权能并不能涉及所有的纷争，是具有一定的界限的。某些纷争为了能被司法权所判断、解决，必须具备一定的性质，这种性质就叫做事件性或者争讼性。这个问题简言之就是，纷争的当事人间存在与法律有关的现实的、具体的利害对立，司法权是不能波及不具有以上性质的抽象的、一般的甚至假定的纷争的”，司法权的观念随着历史在变化，日本宪法上没有关于司法权本质观念规定的直接证据，所以其他的解释也有成立的余地。但是，不论参照司法权一般的历史沿革，还是参照给日本宪法以强烈影响的美国的司法观念，都会发现事件性是它的核心。〔2〕

二、判例的支持

根据警察预备队违宪诉讼的最高法院判决，“违宪审查权的行使是以司法权的行使为前提的，这种司法权的行使限于特定的当事人间存在具体的法律纷争的场合”，以“具体的争讼事件”为前提可以说是论述到了事件性的要件了（依据是回避频繁的诉讼、三权分立、民主主义原理）。然而，法院通过对《法院法》第3条第1项“除了日本宪法明文规定的特殊情况外，法院对所有的法律上的争讼进行裁判”中的“法律上的争讼”的解释，界定了司法权的范围。

1. 请求更正违宪行为的事件：昭和23年（1948年）6月19日国会通过了教育敕令，有人认为该敕令违反《宪法》第98条第1项，请求确认国会决议本身违反宪法，并且请求取消议会两院的决议。对该事件，最高法院引用警察预备队违宪诉讼的判决：“我国现行的裁判制度奉行如下宗旨：只有存在有关具体法律关系的纷争的

〔1〕〔日〕佐藤功：《宪法》（下），劲草书房1984年版，第179～189页。

〔2〕〔日〕野中俊彦：《訴訟要件論》，岩波书店1988年版，第165～167页。

情况下,法院才能对之进行裁决。”并且,《法院法》第3条所规定:“所谓法律上的纷争是指在当事人之间存在具体的权利义务或者是有与法律关系的是否存在有关的纷争,并且该纷争必须通过适用法律才能得到最终的解决的争议。”此外还有,请求确认村议会预算决议无效事件(本案的问题点是:请求确认村议会的预算决议的诉讼本身是否适当),最高法院判决也认为,《法院法》第3条的“‘法律上的争讼’是指必须通过适用法律方能解决的当事人间的有关权利义务의 纷争”。

2. 佛坛板事件:为了建立安置佛坛板的佛堂,学会成员向创价学会捐了款,当他们得知佛坛板是赝品时,即请求返还捐款。最高法院的判决中也重复到:“即使具有具体的权利义务或者是具有与法律有关的纷争,如果不适于运用法律加以解决的话,法院是不能对之审判的”,因此在案例上,《法院法》第3条的法律上的争讼的概念包括以下两个要件:其一,“当事人之间存在与权利义务有关的纷争”(将其称为法律上争讼的第一要件);其二,“必须通过适用法律才能解决”(法律上争讼第二要件)。

三、“事件性”的构成要件

因为日本实行“附随性”违宪审查体制,所以有必要首先明确界定与事件性相关的“司法权”的概念。虽然司法权的概念随国家与时代的不同而具有不同的历史性,但日本宪法下的司法权是指“对具体的事件、争讼或者说具有‘事件性’的纷争,通过适用法律,裁定争讼、解决纠纷的国家权能”,^[1]所以司法权不是能解决所有纠纷的。在日本三权分立的体制下,立法权与行政权相对峙,司法权却要保持其独特性。作为结论,这种独特性是指作为公平的第三者的法官,根据当事人的举证与辩论进行的一种纯理性的参加

[1] [日] 江桥崇:“司法権と違憲審査権”,载《法学ゼミナー》增刊(“宪法诉讼”部分),日本评论社1983年版,第144页。

及决定过程。这种构架模式需要两方的互动：一是陷入具体纷争的当事人对自己的权利义务进行争论，这是前提；二是公平的法院根据当事人的争讼，根据法律作出能对当事人产生拘束力的法原理性决定。以上要素就是所谓的“事件性”，在日本就是《法院法》第3条规定的“法律上的争讼”。这也是司法权的本质要素。因为司法权具有天生的被动性，“事件性”是启动司法权的根本前提。

通过以上案例我们可以明确《法院法》第3条所谓的“法律上的争讼”是由以下两个要件构成的：一是当事人间存在与具体权利义务有关的纷争；二是能通过法律的适用得以解决的纷争。只有满足了这两个要件的纷争，才能被称为“法律上的争讼”，才具备“事件性”之要件，法院才能进行违宪审查。

在日本，普通的民事、刑事、行政诉讼，必须满足“案件性”这一司法权的本质特征。所以，日本的违宪审查是以上述三类普通诉讼为基础的，如果上述三类诉讼不能满足案件性要件，司法程序没能被启动的话，违宪审查即无从谈起。又因为日本是附随性违宪审查制度，违宪审查在解决案件所必要的限度内才被启动，也就是说如果不进行宪法判断就不能对案件作出判决时才启动，再作出是否违宪的判决。因此日本的违宪审查可以细分为宪法判断阶段与违宪判断阶段，宪法判断阶段的前提是案件满足事件性，在该阶段主要判断是否需要启动违宪审查；违宪判断阶段主要是就适用于该案件的国会立法或其他公权力行为是否违宪做出判断。

第二节 日本违宪审查的历史沿革

日本的违宪审查制度是通过制定日本新宪法导入日本的。随着1947年日本《宪法》的实施，该制度也开始运行了。该制度运行60

多年来,在日本的司法框架下^{〔1〕}发挥了重要的作用。本来违宪审查制度的运行是以宪法为基准的,通过对国会、行政机关的行为做出是否合宪的评价,达到保障国民基本权利的目的,同时发挥整合国家法秩序的作用。那么,日本违宪审查制度是否很好地发挥了上述功能呢?下面结合日本违宪审查的判例来把握该制度运行的基本现状。

首先,需要声明的是,一谈到违宪审查很容易将重点放在最高法院的层次上,但是最高法院的判决是以一审、二审为基础的,所以有关下级法院违宪审查的功绩,也将被纳入讨论的视野内;其次,因为很难绝对分开宪法诉讼的制度展开和与之相关的理论,所以该节的行文中难免掺杂部分理论知识。

一、最高法院违宪审查的轨迹

虽然从最高法院仅有的、屈指可数的8类9项违宪判决(详见文后附表)不能直接地必然地推导出司法消极主义的结论,因为即使合宪的判决中也有时候也有积极构建宪法判例的做法,也不能否认占绝对优势的合宪性判决中,部分反对意见所渗透的积极主义因子。但是,从日本近60年的违宪审查运行史来看,从最高法院判决层面来看,不得不给世人留下司法消极主义的缺憾。为了全面把握日本违宪审查制度的轨迹,按时间将日本违宪审查制度的运行史分为四个阶段加以探讨,这种划分主要是根据各个阶段违宪审查所表现出来的特征进行的,当然不同学者对下述阶段性的划分的时间段与相应阶段违宪审查所表现出来的特征的论述是不同的,^{〔2〕}笔者所进行

〔1〕 规定违宪审查制度的《宪法》第81条被置于日本《宪法》第六章,该章节是对司法制度的规定。

〔2〕 代表性的划分方法比如以“不介入对宪法诉讼的实体判断的恰当与否”,与判断手法相配合,奥平康弘教授曾发表过“憲法訴訟の軌跡と理論”,载《法学セミナー》增刊《憲法訴訟》,第一时期1947~1959年,第二时期1959~1965年,第三时期1966~1979年,作为现状论述了80年代的判决。户波江二教授将1947~1966年划为第一时期,第二时期划分为1966~1973年,第三时期划分为1973~1980年,第四时期从80年代开始到执笔时期,具体请参见《法律时报》第66卷6号,《司法権・違憲審査制の五十年》等。

的划分主要以日本违宪审查的司法消极主义为主线进行的：因为从1947年制度运行开始到1966年的“全递东京中邮案件判决”作出前，最高法院一直清一色奉行“公共利益论”，全部都是合宪判决。1966~1973年虽然依然没有作出违宪判决，但是，该阶段曾经在违宪审查的方法方面进行过探讨，而从1973年开始，虽然这个时期堪称日本违宪判决的鼎盛期，但是“全农林警职法事件判决”改变了第二阶段在违宪审查程序、审查方法等方面的有益探索，表现出强硬与柔和的双层面孔。1987年开始，一方面，面对新型的诉讼，局部性地进行过一些积极性探索，但仅仅局限于小法庭，当然没有上升到宪法判断层面；另一方面，2005年的“限制外邦人选举权违宪判决”毅然判决立法不作为违宪。根据如上考虑，笔者作如下的划分，也许存在某些不合理的成分，但是基本上客观反映了违宪审查的轨迹与轮廓。

（一）1947~1966年：“公共利益论”泛滥期

1. 以“公共利益”敬让国会。虽然日本明治宪法规定了对人权的保障，但它以“法律保留为条件”，也就是说国民基本权利的保护要以受法律规制为前提。与此相反，作为以民主主义为根基的现行《日本宪法》第11、97条都规定“人权是不容侵犯的永久性权利”。但是，由于不是自己本身固有的，而是移植于美国的违宪审查制度，该制度运行初期，日本并没有独有的审判经验，并且明治宪法的残留思想还影响着当时最高法院的法官，他们几乎都是天皇制绝对主义下“在天皇的名义下”行使审判权的旧体制下的法官，欠缺民主主义司法理念与原则，人权保障的理念也很淡薄。所以这一时期，判断国会立法是否违宪时，总是从极度抽象的“公共利益”着手，也就是说，那时的宪法学说、理论着眼于宪法第12^[1]、13条^[2]的

〔1〕日本《宪法》第12条规定：“为了公共利益，国民负有基本权利被利用的义务。”

〔2〕日本《宪法》第13条规定：“只要不是违反公共利益，公共权力机关必须对国民的基本权利给予最大的敬让。”

所谓人权总则中的“公共利益”，并把它奉为限制所有人权的圭臬，不关注被规制的人权属性的差异，判决中很自然地援引“公共利益”原理。认为宪法规定的所有人权都可以通过“公共利益条款”来加以限制，导致了这一时期“公共利益论的泛滥”。例如：

(1) 表达自由领域：1950 年对“挨家挨户访问禁止案”的判决，最高法院认为“即使是言论自由，为了维护公共利益，它本身也是存在一定的合理性界限的，为了达到选举的公正，即使对言论自由加以限制，也不违反《宪法》第 21 条”；对国民示威游行加以规制的“新潟县公安条例事件”，最高法院在 1954 年的判决中认为，“游行只要是局限在不违反公共利益这样的限度内，是国民本来的权利，是应当予以保障的”。一般性许可制是违反宪法主旨的，但是在“针对特定场所的、合理、明确的基准”下的许可制是合宪的。

(2) 经济自由领域：1955 年的“公共浴场法距离限制案件”中最高法院的判决认为，因为基于“公共利益”所以才设定了距离限制，简单地判决该法合宪。也就是说本来该法所设立的“距离性限制”，是为了保护营业者的既存利益，但是，最高法院在违宪审查时，没有深入论述立法事实，而是抛出为了保障公众健康的立法目的后，没有对该立法目的的必要性、合理性进行是否适当的审查，就支持该立法合宪。

(3) 平等权领域：虽然 1973 年作出了日本违宪审查史上的首次违宪判决，但是 1973 年前与该判决相关的一系列判决都是合宪的，比如，1950 年的“杀害尊亲属重罚规定事件”^{〔1〕}判决，以“支配夫妇、父母子女、兄弟姐妹间关系的道德，事关人伦的根本，是不论国内外都承认的，人类普遍的道德原理，因为该条文在量刑层面上考虑了父母子女关系，不能说的不合理的”为理由，判决《刑

〔1〕 日本最高法院大法庭 1950 年 10 月 25 日判决，载《刑事审判集》第 4 卷 10 号，第 2037 页。