

宪法审查的原理与技术丛书

林来梵 主编

宪法判断的方法

翟国强 著

The Method of
Constitutional Decision



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

宪法判断的方法

翟国强 著

法律出版社 | LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法判断的方法 / 翟国强著. —北京:法律出版社,
2009. 7

(宪法审查的原理与技术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9689 - 3

I. 宪… II. 翟… III. 宪法—法的理论—研究 IV.
D911. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 107446 号

宪法审查的原理
与技术丛书

宪法判断的方法

翟国强 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 / A5

印张 / 10 字数 / 237 千

版本 / 2009 年 7 月第 1 版

印次 / 2009 年 7 月第 1 次印刷

出版 / 法律出版社

编辑统筹 / 学术·对外出版分社

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司

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

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 - 5036 - 9689 - 3

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,即符合笔者所持倡的“规范宪法学”的学术旨趣,但并非是完全刻意的,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”和美国采用“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),当然,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,还是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。

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以来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”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丛书》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,并通过了答辩,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、更为深入也更为系统的阐述,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,就此飨饕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前行,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

一、国内外研究概况 002

二、研究要点与研究方法 004

(一)研究要点 004

(二)研究方法 005

三、本书研究的意义 006

(一)学术意义 006

(二)实践意义 007

第二章 回避宪法判断的方法 012

一、源流与概观:比较法上的考察 015

二、必要性原则:宪法判断的“奥康剃刀” 017

(一)严格必要性原则 020

(二)相对必要性原则 021

(三)宪法判断的必要性:自限?还是界限? 024

三、适用法律判断回避宪法(违宪)判断的方法 025

(一)法律判断?还是宪法判断? 026

(二)法律判断和宪法判断的竞合:直接违宪和

间接违宪 027

(三)最后救济规则 031

(四)赫克公式 033

(五)适用法律判断回避宪法判断的界限 035

四、通过限定解释回避宪法判断的方法 037

五、小结 039

第三章 合宪限定解释:回避违宪判断的方法 045

一、有关概念的厘定 047

(一)合宪推定与合宪限定解释 050

(二)合宪限定解释与合宪解释 052

(三)合宪限定解释与回避宪法判断的法律解释 053

二、合宪限定解释的具体方法 053

三、几个有关的比较研究 056

(一)不同制度模式下的主体与对象 056

(二)各国的实践与发展 058

1. 美国 058

2. 日本 060

3. 欧陆 062

四、关于合宪限定解释的争议 064

五、合宪限定解释方法的界限 067

(一)文意界限:文意的射程范围 068

(二)宪法审查机关功能分配的界限 070

(三)解释学循环意义上的界限 073

(四)一个特殊的界限——合宪限定解释不适用的
领域? 074

六、合宪性解释与宪法权利的辐射效力 076

(一)事实判断的难题 079

(二)宪法权利的辐射效力 081

(三)基本权利作为防御权 vs 基本权利作为客观价值
秩序 085

七、小结 090

第四章 结合宪法事实的判断方法 092

一、概念的厘定:社会事实、法律事实与宪法事实 094

- 二、宪法事实的类型 096
 - (一)司法事实和立法事实 096
 - (二)认知性事实和预测性事实 098
 - (三)“宪法规则事实”和“宪法审查事实” 098
- 三、作为宪法事实的司法事实 099
 - (一)司法事实的认定标准 099
 - (二)司法事实的重构 0101
- 四、作为宪法事实的立法事实 103
 - (一)内容 104
 - (二)判断方法 106
 - 1.立法事实认知方法 106
 - 2.立法事实与审查基准 108
 - (三)立法事实审查的界限 109
 - 1.权限分工意义上的界限 110
 - 2.审查能力方面的界限 111
- 五、宪法事实的操控技术 112
 - (一)审查基准的强度 113
 - (二)审查基准强度的滑动 114
 - 1.严格审查基准转化为宽松基准 114
 - 2.合理性基准向严格基准的转化:合理性基准如何“咬人” 115
 - (三)宪法事实操控的限度 116
- 六、小结 117

第五章 宪法判断的依据:宪法审查基准 120

- 一、审查基准概述 121
- 二、审查基准的技术性和规范性 124
- 三、在裁判规范和行为规范之间 126
 - (一)行为规范 vs 裁判规范 127
 - (二)在裁判规范和行为规范之间的互动 129
 - (三)宪法审查基准的规范领域 130

四、审查基准对解释命题的保护 132

(一) 宪法审查与宪法解释命题 132

(二) 为何保护解释命题? 134

(三) 如何保护解释命题? 135

五、小结 136

第六章 文面判断的方法 138

一、明确性原则 139

(一) 宪法依据 141

(二) 明确性的判断基准 143

1. 一般理性人的判断标准 143

2. 合理告知 145

3. 约束自由裁量权 146

4. 明确程度的要求 147

(三) 与过度宽泛理论的区分 149

(四) 不明确性的违宪阻却事由 150

1. 使法律明确化的成本过高 151

2. 立法是一个利益妥协的过程 151

(五) 合宪限定解释的转化 152

(六) 我国宪法上的规范依据 157

二、过度宽泛理论 158

(一) 依据 160

1. 畏缩效应 160

2. 选择性适用 162

(二) 对过度宽泛理论的限制 162

1. 实质性过度宽泛 162

2. 无合宪限定解释余地 165

(三) 适用范围 167

(四) 更小限制手段基准与过度宽泛 169

三、小结 170

第七章 法令全部违宪和部分违宪 173

一、法令全部违宪 174

(一) 法令全部违宪的类型 174

(二) 法效果的不同 177

二、法令部分违宪 178

三、可分性问题 180

四、可分性的判断基准 185

(一) 可分离条款问题 185

1. 可分离条款以及不可分离条款 185

2. 宪法审查推翻可分离条款的情形 186

(二) 可分性推定 188

1. 一般的可分性推定 188

2. 依据可分离条款的可分性推定 189

(三) 判断可分性的综合标准 190

1. 坎普林规则 190

2. 立法目的的决定意义 192

五、小结 193

第八章 适用违宪的判断方法 196

一、适用违宪的类型 197

二、适用违宪的特征 198

(一) 适用违宪与法律法规违宪的区分 198

(二) 适用违宪和适用合宪 200

(三) 适用违宪和“适用法律错误”的界限问题 201

(四) 适用违宪和合宪解释 203

(五) 适用违宪与运用违宪 204

三、抽象审查模式下的“适用违宪”以及两种模式的一个比较 205

四、适用违宪与法律法规违宪的优先顺序 208

(一) 适用违宪排除法律法规违宪: 萨勒诺基准 209

(二) 法律法规违宪排除适用违宪: 萨勒诺基准的

适用例外 211

1. 平等原则下的“包含过窄”问题 211

2. 对基本权利的畏缩效应 212

3. 目的违宪 213

(三)排除适用违宪的判断标准 214

五、小结 217

第九章 宪法判决的方法 220

一、违宪无效判决方法 222

(一)违宪自始无效 223

(二)违宪向后失效判决 226

1. 违宪向后失效判决的正当性:“违宪”和“无效”的分离 227

2. 违宪向后失效判决的类型 229

(三)违宪无效判决类型的选择方法 231

二、单纯违宪判决 234

(一)单纯违宪判决的适用条件 236

1. 基于防止法律空缺的考虑 237

2. 对立法不作为的违宪确认 238

3. 尊重立法裁量空间 239

4. 欠缺无效判断的对象 241

(二)单纯违宪判决的“不单纯” 242

1. 附带立法指示 242

2. 附带适用指示 245

三、警告性判决 246

(一)警告性判决的特征 248

1. 合宪抑或是违宪判决? 248

2. 警告性判决和单纯违宪判决的区别 249

(二)警告性判决的具体方法 249

1. 灰色地带理论 249

(1)不明显或情节轻微的违宪 250

- (2) 濒临违宪的行为 251
- 2. 合理期间论 253
- 3. 立法指示 256
- (三) 警告性判决的适用界限 258
- 四、小结 260

第十章 结论 264

参考文献 273

索引 288

后记 301

图表目录

- 图表 1 回避宪法判断方法的结构 013
- 图表 2 法国宪法委员会对于不同类型的法律作出违宪判断的情形 041
- 图表 3 合宪解释与相关概念的关系 052
- 图表 4 法国宪法委员会的合宪限定解释判决统计表 064
- 图表 5 合宪限定解释和合宪性造法的区别 068
- 图表 6 平等权领域审查基准归纳 122
- 图表 7 明确性的程度要求 148
- 图表 8 合宪限定解释与法律法规违宪判断的转化 154
- 图表 9 适用违宪和法律法规违宪的转化 201
- 图表 10 违宪无效判决的类型 231
- 图表 11 违宪无效判决的选择方法 233
- 图表 12 违宪合宪中间地带理论 249
- 图表 13 合理期间的选择方法 255
- 图表 14 选区划分案件判决方法的比较 260
- 图表 15 各国判决方法的比较 262
- 图表 16 宪法判断流程图 266

“宪法判断”这一概念本身可以在多种意义上使用。最广义宪法判断指任何人都可以进行的,关于宪法问题的“判断”。比如:“他没宪法”、“与宪法精神相悖”等。这种意义宪法判断无须方法,只有判断。而宪法判断还可以是指如何对案件事实从宪法学角度做出分析与认定,即“宪法上的判断”或对案件的宪法分析。而真正意义的宪法判断是通过宪法审查程序所做出的具有法效力的判断,由于其目标是着眼于宪法结论的得出,因此可以说宪法判断是“如何得出宪法结论的方法”,即宪法审查得出结论的思考框架和方法。

毋庸讳言,宪法判断固然属于一种法律判断,为此一般法学方法在宪法判断领域不失其有效性。然而由于宪法作为一种相对于一般法规范的根本规范,在作出宪法判断时必须考虑到作为判断依据的宪法规范的特殊性。一方面,由于宪法判断本身所导致的政治后果,^①

^① 当然这仅仅是“对象的政治性”,而非“方法的政治性”。