

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书
高 等 学 校 法 律 实 务 系 列 教 材

总主编：孟庆瑜

副总主编：何秉群 朱良酷 时清霜



宪 法 案 例 教 程

立足前沿 培养卓越法律人才

主 编：伊士国 黄 振

副主编：李高雅 赵 琳



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

GAODENG XUEXIAO FALÜ SHIWU XILIEJIAOCAI

XIANFA ANLI JIAOCHENG

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书

高|等|学|校|法|律|实|务|系|列|教|材

总主编：孟庆瑜

副总主编：何秉群 朱良酷 时清霜

宪 法 案例教程

主 编：伊士国 黄 振

副主编：李高雅 赵 琳



中国民主法制出版社

全国百佳图书出版单位

2015·北京

图书在版编目(CIP)数据

宪法案例教程/伊士国,黄振主编. —北京:中国民主法制出版社,2015.8

高等学校法律实务系列教材/孟庆瑜主编

ISBN 978-7-5162-0797-0

I. ①宪… II. ①伊… ②黄… III. ①宪法—案例—中国—高等学校—教材 IV. ①D921

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第087205号

图书出品人:刘海涛

文案统筹:陈晗雨

责任编辑:逯卫光

书名/宪法案例教程

XIANFAANLIJIAOCHENG

作者/伊士国 黄振 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区右安门外玉林里7号(100069)

电话/(010)63055259(总编室) 63057714(发行部)

传真/(010)63056975 63056983

http:// www. npepub. com

E-mail: mzfz@ npepub. com

经销/新华书店

开本/16开 787毫米×960毫米

印张/15 字数/227千字

版本/2015年8月第1版 2015年8月第1次印刷

印刷/北京盛源印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-0797-0

定价/32.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

高等学校法律实务系列教材编审委员会

总 主 编 孟庆瑜

副 总 主 编 何秉群 朱良酷 时清霜

编委会成员(按姓氏笔画排序)

王昆江 冯惠敏 伊士国

李国生 陈 佳 陈玉忠

周 觅 尚海龙 范海玉

郑喜兰 柯阳友 赵炳山

殷文胜 曹洪涛 黄 振

戴景月



总

序

为了贯彻落实教育部、中央政法委《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》的文件精神,全面推进法律硕士专业学位研究生教育综合试点改革工作,充分发挥国家大学生校外实践基地的育人功能,持续深化法学专业实践教学改革,不断提高法学专业学生的实践创新能力,我们组织法学专家与法律实务部门专家共同编写了这套高等学校法律实务系列教材。

本套教材以案例研析和实务操作为主题,以高等学校和实务部门的共同开发为特点,以培养学生的法律实践应用能力为目标,以《宪法案例教程》、《行政法案例教程》、《刑法案例教程》、《民法案例教程》、《经济法案例教程》、《刑事诉讼实务教程》、《民事诉讼实务教程》和《法律文书教程》等8部教材为主要内容,以逐步形成适应应用型、复合型法律人才培养需要的法律实务教材体系。

本套教材的编写力求遵循以下原则：一是理论与实践相结合，突出实践性。即教材内容要强化法学理论和原理的综合应用，强调实践和应用环节，侧重实践能力培养，为学生的知识、能力、素质协调发展创造条件。二是立足现实，追踪前沿。即教材内容要最大程度地反映本专业领域的最新学术思想和理论前沿，吸收本专业领域的最新实务经验和研究成果，具有前瞻性。三是全面覆盖，突出重点。即教材既要整体反映本专业知识点，又要彰显案例和实务操作领域的规律和重点，以避免与理论教材之间的内容重复。

本套教材的编写力求满足以下要求：一是立足基础，突出应用。即立足基本知识，不做系统讲解，着重法律应用，突出应用性和实务特色。二是表述准确，言简意明。即基本概念阐释清晰准确，知识要点讲解言简意赅。三是篇幅适中，便于使用。即控制每部教材的篇幅字数，均衡各章之间的权重，不宜畸轻畸重。四是知识案例，融会贯通。即将知识讲授与案例评析有机结合，真正做到以案说法，突出案例与知识的互动。

本套教材的编写是高等院校与法律实务部门之间深入合作和大胆尝试的结果，无论是教材内容，还是编写体例，肯定还存在诸多有待完善提高的地方，使用效果也有待教学实践的评估与检验。我们将及时总结经验，不断修订提高。同时，也期待着法学界和法律实务部门的各位同仁能够提出宝贵的意见和建议。

教材编委会

2015年2月26日

●
目
录

第一章 宪法的概念	1
2012 年叙利亚颁布新宪法	1
2012 年朝鲜修改宪法	3

第二章 宪法的历史发展	4
2009 年英国宪政改革	4
斯大林的三次制宪建议	6

第三章 宪法的制定	8
1954 年宪法制定案	8
日本和平主义宪法的制定	11

第四章 宪法的基本原则	14
重庆打黑案	14
唐慧案	17

第五章 宪法渊源、宪法形式与宪法结构	19
法国“结社法”案	19

韩国迁都特别法被判违宪案	25

第六章 宪法规范	27
德国“西南重组案”	27
埃及军方罢免总统穆尔西案	35

第七章 宪法关系	36
巴伐利亚州药店判决案	36
微博反腐之典型事例：“杨达才案”	40
陈平福发网贴被控煽动颠覆国家政权罪事件	44

第八章 宪法的价值与作用	46
山西煤矿整合事件	46
德国“刑满出狱报道案”	50

第九章 宪法观念与宪法文化	52
异地高考公共政策中的“约辩”事件	52
向国旗致敬两案	54
四川乐山一村民被剥夺村民资格事件	59

第十章 宪法与宪政	60
人大教授红旗刊文事件	60

第十一章 国家性质	63
彭州天价乌木归属案	63
电影《苹果》被禁案	81

第十二章 国家形式(上)	83
河南洛阳中院“种子”案	83
问题村长挑战村民自治法	86
乌坎村村民因土地问题向政府抗议案	89

第十三章 国家形式(下)	91
马卡洛诉马里兰州案	91
吉本斯诉奥格登案	94
吴嘉玲等诉入境事务处案	97
全国人大常委会因“刚果(金)”案解释香港基本法案	101
第十四章 公民的基本权利和义务(上)	102
《纽约时报》诉沙利文案	102
甲型 H1N1 流感疫情中的权利限制与保障	106
深圳警方清出“治安高危人员”案	109
第十五章 公民的基本权利和义务(下)	111
任建宇因网络发帖被劳教事件	111
深圳反日示威游行事件	115
陕西安康市镇平县强制堕胎事件	118
重庆“最牛钉子户”房屋拆迁案	122
第十六章 选举制度	124
布什诉戈尔案	124
梁广镇身兼两地人大代表事件	133
李承鹏在人大代表直接选举中自荐参选案	138
第十七章 国家机构	140
美国诉尼克松案	140
人大代表工作室被撤销案	145
李乐明等 75 人诉重庆某公司案	149
沈阳中院工作报告未获人大通过案	153
人大代表讨薪被通缉案	156
第十八章 政党制度	158
安徽省委免除行政官员案	158
新加坡执政党赢得国会大选案	169

第十九章 宪法实施及其保障	171
纪念现行宪法公布施行 30 周年	171
美国最高法院裁定奥巴马违宪案	180

第二十章 宪法解释	182
艾尔弗斯案	182
吕特案	193

第二十一章 宪法修改	195
我国现行宪法四次修正案	195
日本和平宪法修改案	206

第二十二章 违宪审查制度	208
马伯里诉麦迪逊案	208
孙志刚事件	218

第二十三章 宪法秩序	220
齐玉苓案	220
乌克兰危机	226

后 记	228
------------	------------

DIYIZHANG

第一章

宪法的概念

►【典型案例】>>>

2012年叙利亚颁布新宪法

►【基本案情】^①>>>

叙利亚于2012年2月26日对新宪法草案进行公投,并于该月27日公布结果。叙利亚内政部长沙阿尔宣布,全国有效选民中有837.6万人参与投票,占全体选民的57.4%。其中,89.4%的选民对新宪法草案投了赞成票。沙阿尔表示,尽管叙利亚反对派一再威胁民众不要参加本次公投,但依然有近6成民众参加了投票。“一些媒体试图破坏民主进程,阻止公民行使他们的权利,但大多选民依然到投票站点投下了票。”沙阿尔补充道。叙利亚总统巴沙尔本月15日宣布于26日对新宪法草案举行公投。投票从当地时间上午7时(北京时间下午13时)开始。该草案由巴沙尔指派的29人委员会起草。根据草案内容,国家政治制度以多元化为原则,改一党制为多党制;通过投票实施政权民主,总统由人民直接选举产生,任期为7年,只能连任一届。按此规定,巴沙尔的任期将到2014年结束。

►【宪法知识】>>>

该案例主要涉及了宪法的概念等。

►【主要争点】>>>

宪法的概念是什么?这是我们学习宪法首先必须回答的问题。这个问题主要涉及两个方面:一是宪法内容上的本质属性,二是宪法形式上的本质属性。

^① 案例来源:《叙利亚新宪法草案公投结果公布,获近9成支持率》,http://www.chinanews.com/gj/2012/02-28/3702380.shtml,访问日期:2013年11月4日。

而对这两个问题的不同回答,则决定了人们对宪法概念认识的不同。^①

►【学理分析】>>>

德国学者克纳德认为,对实定宪法的理解是以对宪法概念的理解为前提的,只有以宪法概念的理解为基础,我们才能分析各种宪法问题,并寻求解决问题的方法。故什么是宪法是实定宪法学研究中首先提出的课题。^②因而,中外学者基于不同角度对宪法下了多种定义,既有相同之处,也有很大不同。对此,我们认为,由于概念所反映的是一事物的本质属性,而事物的本质属性包括内容上的本质属性和形式上的本质属性,只有从这两方面出发,我们才能正确认识宪法的概念。^③

一、宪法内容上的本质属性

尽管对于宪法的本质存在神的意志论、全民意志论、阶级意志论等多种学说,但从宪法的产生和发展来看,宪法与民主息息相关,是一国民主事实法律化的基本形式,集中表现了一国统治阶级建立民主制国家的意志和利益,是一国统治阶级在建立民主制国家过程中各种政治力量对比的集中表现。而叙利亚新宪法的产生过程正是叙利亚人民争取和建立民主制国家的过程。为了有效解决叙利亚危机,使叙利亚减少战争灾难,政治民主化成为了叙利亚各派政治力量的普遍共识。但围绕叙利亚国内政治如何民主化问题,叙利亚各派政治力量各抒己见,进行了激烈的斗争,最终各派政治力量进行了妥协,达成了共识,包括国家政治多元化、多党制、总统直选等,大大推进了叙利亚的民主进程,为和平解决叙利亚危机奠定了良好基础。而叙利亚新宪法正是以上述民主事实为内容的,反映了叙利亚各种政治力量的对比关系,集中体现了叙利亚人民建立民主制国家的意志和利益。

二、宪法形式上的本质属性

宪法是国家的根本法,这是宪法在形式上与普通法律最重要的区别。主要表现在三个方面:一是在内容上,宪法规定国家最根本、最重要的问题。诸如国家的性质、国家政权组织形式和国家的结构形式、一国的基本国策、公民的基本权利和义务、国家机构的组织及其职权等最重要的问题,都要在宪法中予以明

^① 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社2011年版,第39~40页。

^② 转引自韩大元、林来梵、郑贤君著:《宪法学专题研究》(第二版),中国人民大学出版社2008年版,第64页。

^③ 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社2011年版,第39~40页。

明确规定。叙利亚新宪法中规定了叙利亚新的政党制度、总统产生的方式及任期等关乎该国命运和前途的最重要问题,体现了叙利亚未来的发展方向。二是在法律效力上,宪法具有最高法律效力。由于宪法规定了国家最根本、最重要的问题,因而在成文宪法国家中,宪法的法律效力高于一般的法律,具有最高法律效力,全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则。叙利亚新宪法一旦颁布实施,就具有最高法律效力,就应得到普遍遵循。三是在制定和修改程序上,宪法比其他法律更加严格。例如,制定和修改宪法的机关往往是依法特别成立的制宪机关或修宪机关,而不是普通的立法机关;制定和修改宪法的程序往往严于普通的立法程序,有的国家还需要全民公投等程序。叙利亚新宪法以全民公投的程序通过,表明了宪法的制定和修改程序比其他法律更加严格,体现了宪法的根本性。

综上所述,我们可以将宪法定义为:宪法是集中表现统治阶级建立民主制国家的意志和利益的国家根本法。^①

►【课堂讨论】>>>

2012年朝鲜修改宪法

►【基本案情】^②>>>

朝鲜于2012年4月13日举行第十二届第五次最高人民会议。在该会议上,对朝鲜宪法进行修改,在修改后的宪法序文中明确自称“核拥有国”。同时,修改后的宪法序文增加了对已故领导人金正日的业绩的论述,写到:“金正日同志使我们的祖国转变成政治思想强国、拥核国和无敌的军事强国。”新宪法还指出:“金正日是绝世的爱国者,社会主义朝鲜的守卫者。金正日将我们的共和国强化、发展成为金日成同志的国家,将民族的尊严和国力提升到了最高境界。”此外,朝鲜宪法不再叫“金日成宪法”,而改称为“金日成——金正日宪法”。

►【重点提示】>>>

根据宪法分类的理论,朝鲜宪法属于哪种类别?

^① 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社2011年版,第32~40页。

^② 案例来源:《朝鲜修改宪法明确自称“核拥有国”,美国不承认》, <http://news.sohu.com/20120601/n344580165.shtml>, 访问日期:2013年11月4日。

DIERZHANG

第二章

宪法的历史发展

►【典型案例】>>>

2009年英国宪政改革

►【基本案情】^①>>>

按照《2005年宪政改革法》(Constitutional reform act 2005)的规定,英国于2009年10月成立联合王国最高法院,同时废止上议院常任上诉法官制度。上议院12位常任上诉法官,改任最高法院法官,且一概保留终身贵族爵位,但他们在上议院的议席,要到他们卸任法官职务后方可恢复。同时,法官员额若有空缺,则根据宪法改革法案,成立遴选委员会,这个特别委员会成员包括最高法院正副院长,苏格兰及威尔士司法任命委员会、北爱尔兰司法任命委员会各派出的一名委员。遴选委员会从英格兰、威尔士、北爱尔兰及苏格兰各地遴选新的最高法院法官。最高法院法官人选之资格,须担任资深法官至少2年,或者担任执业律师至少15年。最终提名的人选名单经由司法大臣送交首相复核,再由首相送呈英女王作正式任命。最高法院任命法官时,新法官不再加入上议院,也不一定受封为终身贵族。除院长及副院长外,这些法官称为最高法院大法官。

2009年开始运作的“联合王国最高法院”虽然并不直接对苏格兰的刑事案件行使审判权,但是只要是涉及“权力下放”而衍生的诉讼,即关于包括苏格兰在内的,北爱尔兰和威尔士地方自治政府,涉及其政府根据中央政府权力下放的法律权力争议而导致的诉讼,以及由这三个地方政府的立法机关因制定法律而导致的诉讼。^②随着《2005年宪政改革法案》的正式实施,上议院已经行使

^① 案例来源:《Constitutional Reform Act 2005》, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>, 访问日期:2013年11月10日。

^② 张颖:《论单一制例外中的权力强度配置》,武汉大学2012级博士论文。

600 多年的最高司法权改由联合王国最高法院行使,英国历史上第一次以制定法的形式明确强调了英国司法的独立性。

►【宪法知识】>>>

该案例主要涉及了英国宪法的历史发展及世界宪法的发展趋势。

►【主要争点】>>>

2009 年英国宪政改革如何反映了当今世界宪法的发展趋势?

►【学理分析】>>>

在普通法体系形成之初,英国法院听命于国王;在君主立宪体制确立之后,国王只是形式上的最高权力掌控者,其终审权转而归属于上议院,但上议院在事实上受下议院的约束。因此,这个历史时期的英国司法总体上依附于议会。它表现为在英国的宪政体制中,并不存在与行政机关、立法机关鼎力而居的“自足”的司法机关体系。

自 1688 年英国君主立宪体制正式确立后,其最大特征就是议会至上。在议会主权体制之下,英国的最高司法裁判权一直依附于上议院,行使最高司法裁判权的 12 名“常任上诉法官”同时担任议员,而上院议长同时兼任大法官一职,并且还兼任内阁成员。^① 但是,在 2009 年 10 月成立联合王国最高法院之后,英国同时废止上议院常任上诉法官制度。上议院 12 位常任上诉法官,改任最高法院法官,且一概保留终身贵族爵位,但他们在上议院的议席,要到他们卸任法官职务后方可恢复。至此,英国通过宪政改革的一系列举措实现对上议院权力的剥夺和司法职权的增强。

2009 年英国宪政改革在很大程度上受到《欧洲人权公约》规定的影响。根据《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款的规定,任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审讯。由于该公约在 1972 年即在英国生效,且通过 1998 年颁行的《人权法》使得该公约完全纳入英国国内法体系。这些无不使英国司法独立的问题显得更为突出和迫切。可见,《欧洲人权公约》的相关规定催发了英国宪政改革的需求,成为英国司法独立的动因之一。

^① 江国华、朱道坤:《世纪之交的英国司法改革研究》,载《东方法学》2010 年第 2 期。

综上所述,2009年英国宪政改革反映了当今世界宪法发展的趋势。一是国家权力配置格局在一定程度上得以改变。英国是传统的“议会至上”国家,议会权力至高无上,不存在美国式的三权分立与制约,特别是英国缺乏绝对独立的司法体系,司法权不能完全独立,因为行使立法职能的上议院和行使行政权的枢密院同时又都是行使最高司法权的机构,但这与法治原则的要求是相冲突的。而2009年英国的宪政改革解决了这一问题,建立了一个最高法院来行使过去上议院和枢密院行使的司法职权,使司法权从机构上与立法权、行政权完全分离,保证了司法独立。这就改变了英国传统的国家权力配置格局,使三权分立与制约的格局初步形成。二是宪法越来越重视公民基本权利的保护。根据《欧洲人权公约》第6条第1款的规定,任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审讯。由于英国已签署《欧洲人权公约》,因而,2009年英国宪政改革在某种程度上就是为了更好地履行《欧洲人权公约》保护公民基本权利的义务,以使英国人民享有更多的诉讼权利。三是宪法发展的国际化趋势进一步扩大。如前所述,2009年英国宪政改革在很大程度上受到《欧洲人权公约》规定的影响,表明了英国宪法国际化趋势的进一步加强。四是宪法渊源的多样化。2009年英国宪政改革表明国际法成为了英国宪法的重要渊源。另外,英国作为典型的不成文宪法国家,成文法如《2005年宪政改革法》等也日益成为英国宪法的重要渊源。

►【课堂讨论】>>>

斯大林的三次制宪建议

►【基本案情】^①>>>

1952年10月,刘少奇率领中共代表团参加苏共第十九次全国代表大会。他受毛泽东的委托,就中国向社会主义过渡的设想,向斯大林征求意见,其中一个问题就是中共中央关于召开全国人民代表大会和制定宪法的设想。斯大林赞成中共关于向社会主义过渡的设想,同时提出,为了驳斥国际上敌对势力对新中国的攻击和便于中国更好地开展建设事业,中国应该将召开全国人民代表大会和制定宪法的时间提前。这是斯大林第三次对这个问题提建议了。

^① 案例来源:《新中国第一部宪法的诞生》,载《南方周末》2003年8月21日。

第一次是在新中国成立前夕。1949年6月至8月,为同苏共直接交换意见,取得斯大林和苏联对即将成立的新中国各项工作的支持,刘少奇秘密访问了苏联。在会谈中,斯大林谈到了宪法问题,建议中国现在可用共同纲领,但应准备宪法。

第二次建议是在1950年年初。毛泽东第一次访问苏联时,斯大林就新中国的建设问题提了三点建议,其中第二点,就是建议召开全国人民代表大会和制定宪法。

可见,斯大林的这个建议,不是一时心血来潮,而是经过深思熟虑的。对这个重要建议,刘少奇及时向毛泽东和中共中央作了汇报。中共中央认真考虑并接受了斯大林的建议,于1952年年底作出决定:尽快召开全国人民代表大会和制定宪法,并按规定向全国政协提议,由全国政协向中央人民政府委员会提出定期召开全国人民代表大会的建议。

►【重点提示】>>>

斯大林三次制宪建议对我国1954年宪法制定的影响?

DISANZHANG

第三章

宪法的制定

►【典型案例】>>>

1954 年宪法制定案

►【基本案情】^①>>>

1953 年 1 月 13 日,中央人民政府委员会第 20 次会议作出决定,成立以毛泽东为首的中华人民共和国宪法起草委员会,负责宪法的起草工作。1953 年 12 月 24 日毛泽东带着当时的中央政治研究室的主任陈伯达,副主任田家英和胡乔木等到杭州,在毛泽东亲自领导和参加下进行工作。1954 年 1 月 7 日到 3 月 9 日,用两个多月的时间,草拟了 110 条条文的《中华人民共和国宪法草案》最初稿。

宪法草案经过了三次规模巨大的群众性讨论。

第一次:1954 年 3 月中共中央提出宪法草案初稿,中国人民政治协商会议全国委员会在北京组织了 17 个讨论单位,朝鲜的中国人民志愿军、中国人民解放军共成立了 18 个讨论单位,共 8 千多人讨论了两个多月,提出意见经过整理后共 6 千多条,经过宪法起草委员会修改补充后,由中央人民政府通过成为《中华人民共和国宪法草案》,这次讨论实际上把中共中央关于宪法草案的建议变为各民主党派、各人民团体、各界人士领导人的共同建议。最后由中央人民政府委员会通过成为正式的宪法草案。中央人民政府委员会第三十次会议决定于 1954 年 6 月 14 日公布,交付全民讨论。

第二次:宪法草案的全民讨论。全民讨论进行了近三个月,参加讨论的人有 1 亿 5 千多万人。提出经过宪法起草委员会整理的意见共 138 万条,其中对宪法序言、总纲部分的意见占 44.89%;国家机构部分占 30.57%;公民基本权利

^① 案例来源:《关于制定 1954 年宪法若干历史情况的回忆——董成美教授访谈录》,载韩大元著:《1954 年宪法与中国宪政》(第二版),武汉大学出版社 2008 年版,第 500~506 页。

义务部分占 19.38%；国旗、首都部分占 1.4%；其他占 3.76%。当时全国 28 个省市（台湾省除外），14 个直辖市，内蒙古的自治县，许多县、市都成立了宪法草案讨论委员会。

第三次是根据全民讨论的意见，宪法起草委员会对原来的草案，再次作了修改，并先后提交中央人民政府委员会在 1954 年 9 月 9 日举行的第 34 次会议和 9 月 14 日举行的临时会议讨论通过，然后送全国人民代表大会讨论审议。1954 年 9 月 15 日，第一届全国人民代表大会第一次会议在北京召开，由刘少奇代表宪法起草委员会向大会作了关于宪法草案的报告。从 9 月 16 日开始，全国人大代表对宪法草案和宪法草案报告进行了讨论，发言的代表共计 89 人。1954 年 9 月 20 日第一届全国人大代表 1197 人以无记名投票方式，一致通过了这部宪法，并由第一届全国人大会议主席团发布公告，向全国人民公布，我国第一部社会主义宪法就这样诞生了。通过的宪法，除序言外，分四章，共 106 条，大约 9500 多字。总之，1954 年宪法的通过是有伟大的意义的，这是中国历史上第一部社会主义宪法，它为我国的 1975 年宪法、1978 年宪法、1982 年宪法树立了一个光辉的典范。

►【宪法知识】>>>

该案例主要涉及了制宪权主体、制宪机关、制宪程序等。

►【主要争点】>>>

如何理解制宪权的主体属于人民？为什么制定宪法的程序十分严格？

►【学理分析】>>>

一、制宪权主体

制宪权即“制定宪法之力，是创造法秩序的权力。换言之，它是确定法秩序的各个原则、确立各种制度的权力——从而也立于政治与法的交汇之处。”^①由于制宪权具有根本性、本源性，是一种原创性的权力，是创造法秩序和国家权力的根本权力，是实定法上一切权力的来源，因而明确制宪权主体是制宪权得以运行的首要因素。虽然在历史上君主等也曾成为过制宪权主体，但是近现代社

① [日]芦部信喜著：《制宪权》，王贵松译，中国政法大学出版社 2012 年版，第 3 页。

会君主主权向人民主权的转变,人民成为了国家的主人,使得制宪权主体是且只能是人民。正如西耶斯指出:“在所有自由国家中——所有的国家均应当自由,结束有关宪法的种种分歧的方法只有一种。那就是要求有助于国民自己,而不是求助于那些显贵。如果我们没有宪法,那就必须制定一部;唯有国民拥有制宪权。”^①这就明确了制宪权的主体。但是,需要明确的是,人民作为制宪权主体,并不意味着全体人民都直接参与制宪过程,具体行使制宪权,而只能由人民选举代表来代为行使。这样,就会发生制宪权享有主体与制宪权具体行使主体的分离。例如,新中国的制宪权属于中国人民,但具体行使制宪权的却是由人民选举代表组成的第一届全国人民代表大会第一次全体会议。

二、制宪程序

制宪程序是指制宪机关制定宪法时所经过的阶段和具体步骤。由于宪法是国家的根本法,规定了国家最根本、最重要的问题,其制定程序自然不同于普通法律,程序十分严格。为了保证制宪工作的权威性和严肃性,制定宪法一般包括设立制宪机关、提出宪法草案、通过宪法草案以及公布四个步骤:^②

首先,设立制宪机关。由于存在制宪权享有主体和制宪权行使主体的分离,为了使制宪权的实现具体化,人民必须选举代表组成制宪机关,来具体行使制宪权。因而,设立制宪机关是制宪程序的首要步骤。制宪机关不同于一般的立法机关,可不受旧法统的约束,具有政治议会的性质。制宪机关一般应由人民选举产生,其成员通常应具有广泛代表性,可以代表各方面利益,以保证制宪的合法性和权威性。我国1954年宪法的制宪机关即第一届全国人民代表大会,由人民普选产生,具有广泛的代表性,保证了1954年制宪的合法性和权威性,同时使1954年制宪产生了良好的社会效果。

其次,提出宪法草案。制宪机关产生后便要进行草案的起草工作。由于宪法草案是未来正式宪法的蓝本,因而起草宪法草案工作十分重要,一般会成立专门的宪法起草机构。宪法草案的起草要遵循一定的指导思想或原则,以保证草案内容的合理性。制宪机构在起草宪法草案之前,在基本宪政模式的选择、公民的宪法地位、基本政治和经济制度框架等方面首先要确立原则,要求具体起草机关在起草工作中加以贯彻。我国在制定1954年宪法时,对宪法起草工作十分重视,成立了以毛泽东为主席的宪法起草委员会,确立了民主集中制、把

① [法]西耶斯著:《论特权 第三等级是什么?》,冯棠译,商务印书馆1991年版,第56页。

② 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社2011年版,第88~89页。

领导意见和群众意见有机结合的原则,组织了对宪法草案广泛而深入的讨论,使宪法草案的内容具有很强的民主性和科学性。

再次,通过宪法草案。宪法草案由制宪机关议决通过。这是制宪的关键环节,因为宪法草案能否通过关系着制宪能否最终成功。为了保证宪法的权威性和稳定性,大多数国家对宪法的通过程序作了严格的规定,一般是制宪机关成员 2/3 或 3/4 以上的多数赞成才能通过。有的国家还需要经过全民公决、公民投票等程序。1954 年 9 月 20 日第一届全国人大代表 1197 人以无记名投票方式,一致通过了 1954 年宪法草案。

最后,公布。公布是制宪的最后一道程序,也是通过的宪法草案生效的必经程序。通过的宪法草案一般由国家元首或代表机关公布。

1954 年宪法制定过程所体现的广泛的民主性,对我国的民主宪政建设至今影响深远。1954 年宪法作为新中国成立以来的第一部宪法,虽然受历史条件限制存在着某些不足与局限性,但其制定程序和具体内容一直被充分肯定,很大程度上因为这部宪法在制定过程中贯彻了民主原则,充分吸收了社会各界的意见和建议,具有民主性和科学性。^①

►【课堂讨论】>>>

日本和平主义宪法的制定

►【基本案情】^②>>>

日本的宪法被称为“和平宪法”,是因为其第 9 条规定:“永远放弃把利用国家权力发动战争、武力威胁或行使武力作为解决国际争端的手段。为达此目的,日本不保持陆军、海军、空军及其他战争力量,不承认国家的交战权。”而这个宪法第 9 条正是修宪和反对修宪者的争论焦点。正是日本宪法第 9 条的规定和日本人民及其历届政府对宪法的恪守,使得第二次世界大战之后的半个多世纪里,日本国被国际社会普遍认定为“世界良民”(布热津斯基语)。那么日本缘何有如此特殊的宪法,又为何要修改呢?

美国人类学学者露丝·本尼迪克特所著的《菊与刀》一书为美国战后对日

^① 韩大元:《有必要设立 1954 年宪法纪念馆》,载《法学》2007 年 4 期。

^② 案例来源:《日本“和平宪法”制定始末》,http://bjyouth.yinet.com/3.1/1305/07/7993439_2.html,访问日期:2013 年 11 月 23 日。

政策指明方向。《菊与刀》一书揭示了日本民族的双重性格及独特的“耻感文化”和“恩情情结”，指出了日本人完全可以从强烈的桀骜不驯转变为高度驯服，不需中间过渡，并着重强调了天皇在日本民众中的中心地位。正是这本书为美国战后的对日政策指明了方向，即只要政策得当，日本人完全可能与美国占领当局配合。事实证明了这一论断，日本人不但没有发动大规模游击战来对付占领军，而且在天皇发布诏书宣布无条件投降后，主动与美军占领当局合作，重建日本社会。

正是在这一历史背景下，影响战后世界秩序半个多世纪的日本《和平宪法》才得以出台。战后宪法的制定中，日本天皇制的去留成为了很大的一个问题。70%的美国人认为天皇应作为战犯受到惩罚。美国为决定天皇的命运踌躇良久，后来这件事移交给占领日本的美军最高统帅麦克阿瑟将军，由他来决定天皇的命运。麦克阿瑟在1946年1月25日发给华盛顿的报告中说道，没有证据显示天皇是一个战犯。麦克阿瑟认为：如果天皇变成战犯，日本将陷入绝境，而整个国家也将陷于可怕的混乱之中，因为天皇是能团结日本人的唯一象征。

麦克阿瑟一开始并没有打算由美国人制定一部宪法强加给日本人，而是让日本成立了以国务大臣松本丞治为委员长的宪法问题调查委员会，希望日本能自我反省，制定出防止军国主义复活的新宪法。但根深蒂固的皇权至上思想禁锢着日本人的头脑，日方极力维护以天皇为核心的旧体制，提交的草案规定，天皇依然是国家最高权力的拥有者，拥有军队最高指挥权。

麦克阿瑟意识到对于日本人头脑中的旧思想不能靠其自觉改变，必须加以强有力的外部干涉。他当即剥夺了日本起草新宪法的权力，命令盟军总司令部民政局的25名青年军官在一周时间内单独起草宪法。这部新宪法草案以美利坚合众国宪法为蓝本，写入了人身保护令和公民权利条款，确保了日本的民主。但是为了防患日本军国主义复活，宪法中仅有民主国家通常具有的民权内容仍是不够的，盟军希望通过新宪法永远解除日本的武装，以防止战争的悲剧重演。

1946年2月2日，麦克阿瑟把一张纸条交给民政局局长惠特尼，上面写了三条意见。第一条规定，天皇仅为国家的象征；第二条是废止日本用国家权力发动战争，还要放弃以战争作为自卫手段；第三条是日本将来也不会被授予拥有海陆空军的权力。这张“麦克阿瑟便笺”也成为日本新宪法的基本原则，并最

终成为《和平宪法》最核心的第9条款。不拘小节的美国人就是以这种传纸条的方式决定了日本的未来。正是在美方的强力干预下,日本的皇权意识被彻底斩断,防止军国主义死灰复燃的《和平宪法》才最终得以面世。

►【重点提示】>>>

通过日本《和平宪法》的制定,来分析制宪权的界限。

DISIZHANG

第四章

宪法的基本原则

►【典型案例】>>>

重庆打黑案

►【基本案情】^①>>>

自2008年7月至2010年,重庆“打黑除恶”专项斗争共抓获“涉黑涉恶”人员4781人,67名黑恶首犯和骨干被抓捕、12名厅官涉黑落马。在针对这些“涉黑人员”的宣判中,多数人被判处死刑或死缓,其他人员也被判处10年—20年的有期徒刑。“涉黑人员”的身份有两类:一是重庆当地官员,二是重庆富豪。此外,在“打黑”过程中,重庆的公权力组织法治观念薄弱,违法任意运用暴力,借重打黑和刑罚追求社会管理效果。因此,那里的打黑从2009年成立200多个专案组、大规模集中抓捕、秘密关押嫌疑人时起,就从总体上开始蜕变为以“打黑”为标识的社会管理方式了。^②

重庆打黑的对象、方式以及持续时间都足以证明其打黑的不合理性及违法性。第一,重庆的打黑情况显示,那里的打黑是以私营企业家及其企业为打击重点的,其以某种“合法”形式将私营企业、私营企业家的财产变相收归国有。第二,重庆打黑设立了数百个其活动贯通和主导侦查、审查起诉和审判各阶段的全权型“专案组”。重庆华龙网2010年6月报道,一年来,“重庆市公安局跨区域调警1万余名,集约329个专案组强力开展‘打黑除恶’,共摧毁14个重大

^① 案例来源:《重庆开展打黑除恶专项斗争》,http://news.ifeng.com/mainland/special/chongqingdahai/,访问日期:2013年11月12日。

^② 打黑型社会管理方式(或社会管理型打黑)是指公权力组织或打黑主事者将刑法第294条(组织、领导、参加黑社会性质组织罪)作极端化的扩大运用,以致追诉组织、领导和积极参加黑社会性质组织罪的活动转化成了其对社会政治的、经济的和社会文化事务进行管理控制的一种基础性方法或策略。社会管理型打黑是对刑法第294条的滥用,其本身即具有“黑打”的性质。参见童之伟:《重庆打黑型社会管理方式研究报告之一》,http://www.21ecom.net/articles/zgjy/ggzhc/article_2012021353482_2.html,访问日期:2013年11月21日。

黑社会性质组织,立案侦办涉黑涉恶团伙 300 余个”。^① 第三,打黑以来,重庆警方肆意抓捕、先抓人后取证、秘密关押、非法限制公民人身自由、严刑逼供、任意追诉的情形相当普遍。在此过程中,重庆对刑辩律师进行了全面打压,对律师刑事辩护制度和刑辩律师群体表现出明显的排拒和敌视态度。这使得公民权利受到来自公权力机关的侵害时,根本无法得到及时合法的救助。^② 综上,重庆打黑的一系列举措使得我国宪法法律确定的法治原则、基本人权原则以及权力分立原则无法贯彻和实施,更是对我国 1982 年宪法颁行以后所取得的法治成果的巨大破坏。

►【宪法知识】>>>

该案例主要涉及了基本人权原则和法治原则等宪法原则。

►【主要争点】>>>

重庆打黑还是黑打? 重庆打黑缘何会严重破坏我国宪法的基本原则?

►【学理分析】>>>

一、基本人权原则

人权是指作为一个人所应该享有的权利,是一个人为满足其生存和发展需要而应当享有的权利。其经典理论是霍布斯、洛克等人提出的“自然权利说”、“社会契约论”和卢梭等人提出的“天赋人权说”和“人民主权论”。^③ 我国在宪法中确立了基本人权原则。因为社会主义国家本质上是人民当家做主的政权,人民在国家生活中处于主导的支配地位,而公民的权利和自由则是人民当家做主的最直接的表现,保障公民的合法权利和自由也是一项重要的国家义务。所以,有必要通过各种途径和形式确保公民能够享受各种权利和自由。因此,我国宪法理所应当成为公民权利的保障书。基本人权原则作为宪法原则的实质是使基本人权成为宪法的出发点和归宿,成为判断宪法是否为“良宪”的重要

^① 童之伟:《重庆打黑型社会管理方式研究报告之二》, <http://www.21ccom.net/articles/zgyj/dfzl/2012/0214/53604.html>, 访问日期:2013年11月12日。

^② 童之伟:《重庆打黑型社会管理方式研究报告之二》, <http://www.21ccom.net/articles/zgyj/dfzl/2012/0214/53604.html>, 访问日期:2013年11月12日。

^③ 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社2011年版,第95-96页。

标准。^①

我国宪法不仅明确规定“国家尊重和保障人权”，还专章规定了公民在政治、经济、文化和社会生活方面的权利。此外，我国还加入《经济、社会及文化权利国际公约》等 25 项国际人权公约，以充分保障我国公民权利。但是，重庆警方在打黑过程中，对公民肆意抓捕、秘密关押、严刑逼供、任意追诉、非法限制人身自由，对犯罪嫌疑人的辩护律师进行全面打压。且以某种“合法”形式将民营企业、民营企业家的财产变相收归国有。这不仅有违我国宪法所确立的基本人权原则，也是对我国宪法所规定的公民人身自由权、财产权等权利的严重侵害。

二、法治原则

法治原则是宪法的基本原则之一。尽管法治是“一个无比重要的、但未被定义的，也不是随便能定义的概念。”^②但人们普遍认为，亚里士多德对法治的定义最为经典，即“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^③一般说来，法治的核心内容是：良法之治、宪法法律至上、权利本位。而法治的基本精神就是：限制国家权力，保障公民权利。正如哈耶克所言：“法治的基本点是很清楚的：即留给执掌强制权力的执行机构的行动自由，应当减少到最低限度。虽则每一条法律，通过变动人们可能用以追求其目的的手段而在一定程度上限制了个人自由，但是在法治之下，却防止了政府采取特别的行动来破坏个人的努力。”^④因而，“法治应当优于一人之治。”^⑤

在我国，随着依法治国，建设社会主义法治国家的不断推进，社会主义法治理论也日益丰富和发展。因为依法治国作为治国之道，不仅是控权与保权的辩证统一，也是主权与人权的辩证统一，而且是坚持党的领导与人民当家做主、依法治国的辩证统一。我国 1999 年宪法修正案明确规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”，从而将法治原则确立为了我国宪法的基本原则，也将法治确立为了我国治国理政的基本方式。除此之外，我国现行宪法中许多条款也反映了法治原则与精神。例如，序言中宣告我国要建设富强、民主、文明的国家，要发展社会主义民主，健全社会主义法制。确认宪法具有最高

① 秦前红著：《宪法原则论》，武汉大学出版社 2012 年版，第 150 页。

② [英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，邓正来等译，光明日报出版社 1988 年版，第 790 页。

③ [古希腊]亚里士多德著：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

④ [英]哈耶克著：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社 1997 年版，第 74 页。

⑤ [古希腊]亚里士多德著：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 167 ~ 168 页。

的法律效力,一切国家机关、政党、团体、组织和个人必须在宪法和法律范围内活动;总纲中也规定:“国家维护社会主义法制的统一和尊严”“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”“任何组织或个人不得有超越宪法和法律的特权”;在国家机构中规定:“人民法院和人民检察院依法独立行使职权,不受社会团体、行政机关和个人的干涉”。然而,重庆的一系列打黑活动,公然践踏法治原则,挑战法治底线。特别是重庆设立的全权型专案组织及其活动方式,直接继承了“文革”的专案组体制。它的活动特点是凭感觉抓人,秘密关押,先抓人后取证,活动全程贯穿于侦查、审查起诉和法院审判的各个阶段,其活动违反宪法、法律规定之处甚多,有些甚至有明显的刑讯逼供犯罪嫌疑。^①实践证明,重庆打黑中冤假错案非常之多,超出人们的想象,其中仅重庆警界中就涉及900多人。^②而其最主要的原因正是在于法治不彰,人治盛行。

►【课堂讨论】>>>

唐慧案

►【基本案情】^③>>>

2006年10月,湖南永州发生一起11岁女孩被逼卖淫案。受害者之母唐慧要求法院判处犯罪嫌疑人死刑,处理渎职民警,获得经济赔偿。2012年6月5日,湖南省高级人民法院终审裁定判处两名被告死刑,四名被告无期徒刑,一名被告有期徒刑15年。唐慧不服该案判决,频繁上访。2012年8月2日,永州市劳教委以唐慧闹访、缠访严重扰乱单位秩序和社会秩序,决定对其劳动教养1年零6个月。5天后,唐慧向湖南省劳动教养管理委员会提出书面复议申请。2012年8月10日,湖南省劳教委决定撤销永州市劳教委对唐慧的劳教决定。^④随后,唐慧就被劳教一事要求国家赔偿,但申请被驳回。2013年1月22日,唐慧向永州市中级人民法院提出起诉,要求永州市劳教委就劳教向自己赔偿侵犯人身自由的赔偿金、支付精神损害抚慰金共2463.85元,并进行书面赔礼道歉。

^① 童之伟:《重庆打黑型社会管理方式研究报告之三》,http://www.21ccom.net/articles/zgyj/dfzl/2012/0215/53687.html,访问日期:2013年11月12日。

^② 《重庆平反冤假错案,近900名警察获平反》,载《大河报》2012年11月30日。

^③ 案例来源:《湖南永州11岁幼女被逼卖淫案续:幼女母亲被劳教》,http://news.ifeng.com/society/1/detail_2012_08/03/16539905_0.shtml,访问日期:2013年11月12日。

^④ 《湖南幼女被逼卖淫案续:其母劳教决定被撤销》,http://news.qq.com/a/20120810/000395.htm,访问日期:2013年11月12日。

2013年4月12日,永州市中级人民法院一审判唐慧败诉。2013年4月30日,败诉的唐慧向湖南省高级人民法院提出上诉,请求撤销永州市中级人民法院的一审判决,要求永州市劳教委对她道歉并赔偿。2013年5月,湖南省高院受理了唐慧的上诉,并于2013年7月2日开庭审理,但未当庭宣判。2013年7月15日,备受舆论关注的湖南“上访妈妈”唐慧诉永州市劳教委行政赔偿一案二审在湖南省高级人民法院公开宣判,唐慧胜诉。^①

►【重点提示】>>>

以宪法的基本原则知识分析唐慧案。

^① 《“唐慧案”今晨二审宣判:唐慧终审胜诉获赔偿》, http://www.ycwb.com/ePaper/ycwb/html/2013-07/15/content_202676.htm?div=-1, 访问日期2013年11月12日。

DIWUZHANG

第五章

宪法渊源、宪法形式与宪法结构

►【经典案例】>>>

法国“结社法”案

►【基本案情】^①>>>

追求个人自由是 1789 年法国大革命的一面旗帜,这其中就包括结社自由。《人权宣言》取消了对开设报社的事前限制。但 1808 年的《法国刑法典》对结社自由作了新的规定,即只有获得政府同意,并在使公共权力机关满意的条件下,才能组成超过 20 人的社团。到 19 世纪末期,议会开始制定法律保护结社自由。1884 年,议会立法承认工会和贸易组织的活动;1898 年承认合作社自由;1901 年制定了专门的《结社契约法》。该法取消了刑法典的事前限制,允许通过递交简单的申请表而组织社团。该法第 2 章规定:个人可自由结社,而无须获得批准或事前通告,但只有使其自身符合第 5 章条款,它们才能享有法律资格。第 5 章规定了结社程序:所有社团都必须通过其创始人的努力使其自身公开。社团应在省政府被通告。第 6 章规定了社团的诉讼资格,每一个作出正常通告的社团,皆无须任何特殊批准,可在法院诉讼并可获得财产。第 3 章规定了对结社自由的限制,即如果结社是基于非法目的、违背法律或良好道德,或其目标是为了削弱国家的领土完整或政府的共和形式,那么这类社团一律无效。在此情形之下,根据任何相关个人的请求或公共检察官的动议,民事审判庭应宣布社团解散。

可以看出在 20 世纪,法国政府对结社的基本立场是禁止事前限制,政府只能在事后进行追惩。但在 30 年代法西斯所制造的紧张社会气氛中,法国议会

^① 案例来源:《法国结社法案——宪法序言的效力》,http://pub.aufe.edu.cn/wwwroot/fxyxf/jxal/263902.shtml,访问日期:2013 年 12 月 29 日;焦洪昌、姚国建著:《宪法学案例教程》,知识产权出版社 2007 年版,第 51~58 页。

采取了一系列的措施以保障社会治安。1936年法国议会制定了《武装集团和私人民兵法》。该法规定,下列社团应予以解散:在街上煽动武装游行;以军事组织形式展示其武装集团或私人民兵之特征,但为军事训练而获得政府批准的协会除外;其目标是削弱国家的领土完整,或武力攻击政府的共和形式;基于祖籍、种族或国籍针对某人或团体而煽动歧视、仇恨或暴力。

以上这些法律的效力直至第五共和国时期仍然有效。1968年,法国因阿尔及利亚问题发生学生暴乱,法国总统戴高乐就援引1936年的《武装集团和私人民兵法》,禁止了16个左派组织。1970年,蓬皮杜内阁根据1936年的《武装集团和私人民兵法》解散了一个发表左派言论的社会团体。作为对右派政府的抗议,法国著名存在主义哲学家萨特等左派知识分子成立了一个新的名为“人民之友”的组织,而该名称恰与以前被解散组织的报纸名称相同。根据1901年《结社契约法》的第5章,新组织向巴黎市警察局发出通告,以获得该组织的法人地位。但巴黎警察局局长认为新组织乃是刚被禁止的旧组织的翻版,因而在内政部长的批示下,拒绝向该组织传递承认通告的收据。新组织的发起人向巴黎的行政法院起诉警察局局长。经审理后,行政法院认为传送收据以承认社会团体的法人地位是警察局局长必须履行的义务,因而立即推翻了局长的决定。内政部长承认巴黎行政法院的决定正确,所以向议会寻求支持。根据内政部的建议,内阁提议以立法的形式修改1901年《结社契约法》,规定结社需要事前获得司法部的批准。对于那些看起来违反1901年《结社契约法》第3章或第8章的结社,修改后的法律规定检察官须把社团的事先通告提交地方普通法院。只有检察官未提交法院或法院未在规定时间内判决该结社违法或是以前组织的翻版,行政机关才能传送通告收据,以承认该组织的法人地位。由于不能保证该法律修改案在参议院获得通过,内阁根据宪法第45条,使众议院对法律具备最终的决定权。1971年参议院议长把这项法律提交给宪法委员会,要求宪法委员会对此作出合宪性判断。这就形成了法国著名的“‘结社法’案”。

宪法委员会经过审理后作出裁决,指出:根据宪法前言、1958年制定的宪法委员会组织法、1901年结社法的修正案以及1936年的《武装集团和私人民兵法》的规定,可以得知,受共和国法律承认和宪法前言肯定的基本原则包括结社自由。据此,结社可以自由形成,并通过简单事先通告而公开化。因此,除了可针对特殊类型的结社所采取的行动,即使他们看起来可能无效或具有非法目标,社团之形成不得受制于事前行政或司法的限制。但被提交到宪法委员会的

法律修正案的立法目的在于规定一种程序,使社团在实质上在公开以前受制于行政或司法的审查,以决定其是否合法。这一法律在本质上影响了社团的创立。所以,该法律必须被宣布违宪。另外,由于从其起草和采纳的有关条文及议会辩论的情况看,都看不出以上所引用的条款与法律的其他部分不可分割,因此,法律的其他部分并不与宪法相抵触。

在宪法委员会作出这一裁决后,内阁重新制定了法律以取消第三部分的提议,并向“人民之友”颁发了通告收据。

►【宪法知识】>>>

本案主要涉及了宪法序言效力、司法体制、违宪审查体制等。

►【主要争点】>>>

本案的主要争点在于:一是作为法国宪法序言的《人权宣言》是否具有法律效力?二是行政法院制度作为法国司法体制特殊性的表现何在?三是法国宪法委员会何以裁决1901年《结社契约法》修正案违宪?

►【学理分析】>>>

“‘结社法’案”的缘起是1968年因法国殖民地阿尔及利亚问题而引发的学生暴乱,这促使总统戴高乐和内阁总理蓬皮杜都援引了1936年《武装集团和私人民兵法》来解散有关左派组织,而正是在这样的情势下“人民之友”组织被认为是刚解散的左派组织的翻版而没有被巴黎行政当局颁发承认其法人地位通告的收据,政府的行为被“人民之友”组织的发起人提起行政诉讼并被行政法院裁定胜诉。政府虽然承认行政法院的裁判,但却基于社会情势的需要,认为要对法律予以修改,目的是要从法律上确认组成社团的结社在事前受到行政的或司法的审查以判定其是否合法,基于这样的目的,内阁发动了修改1901年的《结社契约法》的建议案,但议会把对该法是否应予修改及是否合宪的难题抛给了宪法委员会,由其作出最终的裁判。以宪法委员会的裁判观之,宪法委员会确认了1901年《结社契约法》第3章(对结社自由限制)的违宪,而对其他部分确认为合宪,其裁判的最主要依据之一就是作为法国宪法序言的《人权宣言》,由此表明了宪法序言的适用效力。

一、宪法序言的效力

宪法序言是独立于宪法正文之外的一部分叙述性文字。现代世界各国,有

序言的在 2/3 以上。^①宪法序言的产生有其客观的原因,有制宪者的需要和宪法的规范性特点的原因,也有一国文化传统和立宪技术等方面的原因。^②但无论是基于何种原因在宪法中规定序言部分,都是当今大多数成文宪法国家宪法内容或宪法结构不可或缺的一部分。

至于宪法序言的效力等级,虽然我国宪法学界存在不同意见^③,但宪法序言的法律效力毋庸置疑,而且作为宪法的重要组成部分,从其规定的内容及其地位和作用来看,大部分宪法序言与总则或总纲的内容有重合或交叉之处,因此,宪法序言不仅具有法律效力,而且具有最高法律效力,只不过其效力的作用方式和效果表现不完全相同而已。一般来讲,序言中的基本原则条款、基本任务条款、基本国策条款及关于宪法本身的效力条款,属于规范性条文,具有规范性作用和效果,即具有明确、具体的指引、评价和教育作用,它们的实施能够给国家、社会和公民个人带来相对稳定的利益和影响。而序言中的目的条款、史实条款等则属于非规范性条文,虽然不具有直接的规范性作用和效果,但史实的记载,表明了统治阶级对前人奋斗历程的胜利成果的确认和赞扬,也对后人教育和感化作用,并能使人们振奋精神,发奋图强。我国现行宪法序言,在叙述了中华民族的灿烂文化、光荣传统、民主革命历程、社会主义制度的确立和完善、国家的根本任务、祖国统一、民族平等、团结、互助和平等互利、和平共处的对外政策等问题之后,明确宣布,“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力”。其中,“宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果”就包含了历史事实的记载部分,也就是说,宪法本身就赋予了“历史事实部分”有根本法的法律效力。^④

本案中,法国宪法委员会在裁判“结社自由”案时,直接援引了以《人权宣言》为内容的序言作为其裁判的直接依据,甚至是第一位的依据。在宪法委员会的裁决中指出:根据宪法前言、1958 年制定的宪法委员会组织法、1901 年结社法的修正案的规定,可以得知,受共和国法律承认和宪法前言肯定的基本原则包括结社自由。据此,结社可以自由形成,并通过简单事先通告而公开化。

① 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社 2011 年版,第 115 页。

② 何华辉著:《比较宪法学》,武汉大学出版社 1988 年版,第 40 页;周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社 2011 年版,第 116 页。

③ 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社 2011 年版,第 116 页。

④ 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社 2011 年版,第 116 ~ 117 页。

因此,除了可针对特殊类型的结社所采取的行动,即使它们看起来可能无效或具有非法目标,社团之形成不得受制于事前行政或司法的限制。但被提交到宪法委员会的法律修正案的立法目的在于规定一种程序,使社团在实质上在公开以前受制于行政或司法的审查,以决定其是否合法。这一法律在本质上影响了社团的创立。所以,该法律必须被宣布违宪。根据上述宪法委员会裁决的内容,1901年《结社契约法》关于结社自由的规定以及1936年《武装集团和私人民兵法》关于结社自由的规定,都以宪法序言即《人权宣言》作为最高的准则,不得与其相抵触,否则就是违宪的。而《人权宣言》于法国大革命爆发时期制定伊始便取消了开设报社等结社自由的事前限制。虽然1901年《结社契约法》和1936年《武装集团和私人民兵法》都对结社自由作出了一定程度的限制,但这种限制亦都是着眼于事后的追惩,即要么是一律无效,要么是被解散。所以,这种限制都不违背《人权宣言》即宪法序言所设定的结社自由不受事前限制的规则。但“人民之友”案的发生,促使议会提请宪法委员会审查的1901年结社法修正案却规定结社需要事前获得司法部的批准。对于那些看起来违反1901年《结社契约法》第3章或第8章的结社,修改后的法律规定检察官须把社团的事先通告提交地方普通法院。这显然违背了《人权宣言》即宪法序言所确立的结社自由权的基本原则,与其结社自由权的精神相抵触。正是基于这样的原因,宪法委员会在裁判中指出,除了可针对特殊类型的结社所采取的行动,即使他们看起来可能无效或具有非法目标,社团之形成不得受制于事前行政或司法的限制。这一裁决在法国宪政生活中具有深远的影响,它开创了宪法委员会适用《人权宣言》即宪法序言的先例,使得宪法序言具有了与宪法正文同等的最高法律效力,亦开创了宪法委员会受理关于自由和基本权利诉讼的先例。

二、司法体制

根据我国宪法和人民法院组织法的规定,作为行使国家审判权的审判机关,我国的人民法院在组织机构的设置上采用了普通法院和专门法院并行的体制,普通法院采四级设置体制,由低到高依次是基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院,在各级人民法院内部基本按照民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼的业务类型来划分对应的审判庭。作为法院内部主管行政诉讼业务的行政审判庭对外不具有独立性。另外,普通法院之外的专门法院如铁路法院、军事法院、海事法院等虽具有一定的特殊性,如不按行政区域严格划分、隶属于特殊的职能部门或机关等,但即便如此,我国的专门法院亦都不具有

独立性。同时,作为我国司法体制构成要素的人民检察院在组织机构的设置上亦和人民法院具有同质性。

但在法国,主管行政诉讼业务的行政法院是于普通法院系统而外独立设置的司法机关系统,由此,法国就具有了司法体制二元化的特质,这和我国的司法体制有显著差异。行政法院系统才是真正构成法国司法制度区别于其他国家的最重要标志之一。^①作为行政诉讼一审的主管机构是行政法庭和其他专门行政法庭。法国本土共设有 26 个行政法庭,它们均直接受理任何有关国家行政机关及其公务人员的行政行为的案件。^②对行政法庭和其他专门行政法庭所作判决不服的,可向最高行政法院下设的五个行政上诉法院之一提起上诉。上诉案件主要涉及行政行为的合法性、行政规章的权力范围以及地方选举。^③最高行政法院审理案件时只关注法律的适用,而不审查事实。它直接就行政行为的合法性作出裁判,接受下级行政法院和行政上诉法院的上诉。作为上诉法院,它是终审法院。^④本案中,“人民之友”在向巴黎政府当局要求发出该组织成立通告的收据而未果的情形下向巴黎的行政法院提出行政诉讼,正是法国司法体制独特性的典型事例。

三、违宪审查制

违宪审查制是指享有违宪审查权的国家机关通过法定程序,以特定方式审查和裁决某项立法或某种行为是否合宪的制度。^⑤具体到法国,享有违宪审查权的机构是宪法委员会。宪法委员会是由 1946 年宪法创设的具有政治性和司法特征的一个重要国家机构。^⑥但整个第四共和国期间(1946 年—1958 年)仅进行过一次活动。^⑦这一几乎不发挥作用的机构经过 1958 年宪法的改造,成为法国宪政体制运作和人权保障的维护者。法国现行宪法辟有专章“宪法委员会”(第 7 章),对其组成、职能及运作规则作了规定。^⑧在法国,宪法委员会对基本权利保护的主要途径是对组织法和普通法的合宪性审查,其中,对普通法律可以由总统、政府总理、国民议会议长、参议院院长或 60 名国民议会议员或参议院

① 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 76 页。

② 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 77 页。

③ 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 77 页。

④ 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 77 页。

⑤ 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社 2011 年版,第 386 页。

⑥ 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 79 页。

⑦ 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 80 页。

⑧ 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 80 页。

议员决定提交给宪法法官审查,但其前提是有关法律必须在议会投票通过之后、总统签署之前提交给宪法委员会。^①根据宪法第62条规定,被宣布为违反宪法的条款不得公布,也不得执行。但问题是,如果某一法律只有一个条款被宣布为违宪时,那么是整个法律还是法律中的那个条款不应被公布呢?一般做法是,如果宪法委员会宣布违宪条款与法律的整体是不能分割的,那么该法律就不能被公布,但如果是某条款违宪,且与法律整体可以分割,那么被宣布为违宪的条款不得公布并不影响法律其他部分被公布及其执行。^②

本案中,根据内政部的建议,内阁提议以立法的形式修改1901年议会立法,增加规定结社需要事前获得司法部的批准。对于那些看起来违反1901年《结社契约法》第3章或第8章的结社,修改后的法律规定检察官须把社团的事先通告提交地方普通法院。只有检察官未提交法院或法院未在规定时间内判决该结社违法或是以前组织的翻版,行政机关才能传送通告收据,以承认该组织的法人地位。1971年参议院议长把这项法律提交给宪法委员会,要求宪法委员会对此作出合宪性判断。经宪法委员会最终裁决:该修改1901年《结社契约法》的立法动议被宣布为违宪——受共和国法律承认和宪法前言肯定结社自由意味着结社可以自由形成,并通过简单事先通告而公开化——但被提交到宪法委员会的法律修正案的立法目的在于规定一种程序,使社团在实质上在公开以前受制于行政或司法的审查,以决定其是否合法。这一法律在本质上影响了社团的创立。正是宪法委员会1971年7月16日关于“结社自由”的裁决开创了委员会受理关于自由和基本权利诉讼的先例,并为之提供了宪法基础。^③

►【课堂讨论】>>>

韩国迁都特别法被判违宪案

►【基本案情】^④>>>

韩国宪法法院于2004年10月21日裁决,韩国国会于2003年12月通过的《新行政首都特别法》违反宪法。韩国政府制订的将行政首都从汉城迁往中部

① 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社2009年版,第85页。

② 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社2009年版,第86页。

③ 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社2009年版,第85页。

④ 案例来源:《韩国迁都特别法被判违宪》,http://news.sina.com.cn/w/2004-10-22/11284007181s.shtml,访问日期:2013年11月24日。

地区的计划将因此被迫停止执行。

韩国宪法法院当天开庭审理了由汉城市议会议员等提出的《新行政首都特别法》违宪诉讼。在裁决时,韩国宪法法院的全部9名法官中,有8名法官对此法投了否决票。韩国宪法法院院长尹永哲据此宣布,《新行政首都特别法》违反韩国宪法。

韩国宪法法院通过的裁决书说,决定首都变更是国家的核心大事。尽管韩国宪法没有明文规定汉城为首都,但它是为宪法习惯认可的韩国正统的首都。要废除汉城的首都地位,必须按照宪法规定的程序,对宪法进行修改。韩国政府不经修宪程序就推行迁都计划,属于侵犯宪法规定的国民投票权的违宪行为。

2003年以来,韩国政府计划将行政首都由汉城迁往中部地区。2003年12月,韩国国会通过《新行政首都特别法》后,韩国各界围绕是否应当迁都一事展开激烈争论。反对迁都的169名人士在2004年7月12日向韩国宪法法院提起诉讼,控告《新行政首都特别法》违反宪法。

►【重点提示】>>>

宪法惯例的效力问题。

DILIUZHANG

第六章

宪法规范

►【典型案例】>>>

德国“西南重组案”

►【基本案情】^①>>>

1945年,德国在第二次世界大战中战败,其领土被英国、法国、美国和苏联占领。1949年,在英国、法国和美国占领的德国领土上成立了联邦德国,并制定了基本法,作为在德国完全统一以前过渡时期的宪法。基本法为联邦德国确立的国家结构形式是联邦制由10个州和具有特殊法律地位的柏林区组成。由于当时德国在同盟国占领之下,所以州界的划分主要体现了军事与行政便利,而较少地考虑德国各州的历史延续性。尤其是在西南地区,重要而具有长达150年历史的巴登州和符滕堡两州被分割为巴登、符滕堡—巴登和符滕堡—霍亨索伦三个州。同时,基本法还对各州边界的变动权力及程序作了规定。第29条授权联邦政府在地区多数选民的支持下,通过制定法律来改变州界。任何地区都可以通过多数选民的反对而否决联邦政府对州界的变动;但如果其中一个特定地区以2/3的多数投票赞成联邦政府的决定,那么除非整个受到影响的地区以2/3多数推翻该特定地区的赞成,任何其他地区反对都即告无效。但针对西南地区,德国基本法的临时条款特地改变了第29条的规定:允许被分解的三个州通过互相协商而进行合并,如果三个州之间不能达成协议,那么联邦政府就有权通过立法对它们进行重组。

由于这三个州的形成是二战以后占领军意志的产物,违背了当地人民的意愿,当地居民一直希望对此进行合并重组。但三州之间的合并谈判一直未能达成协议。在此情况下,联邦政府两次制定重组法案,对三个州进行合并。第一

^① 案例来源:韩大元、莫纪宏主编:《外国宪法判例》,中国人民大学出版社2005年版,第16~18页。

重组法案的内容是为了避免州议会的重复选举,把现有州议会的任期延长到重组完成、新州成立以后。第二重组法案则是根据德国基本法第 118 条的规定,具体确定了三个州合并的详细步骤。对联邦政府的这两个重组法案,巴登州政府认为其违反了德国基本法所确立的民主和联邦主义原则,遂向联邦宪法法院提出申诉,要求其审查重组法案的合宪性。这就是德国的“西南重组案”的基本情况。

德国联邦宪法法院经过审查后,裁定联邦政府的第一重组法案因违反联邦宪法的民主原则和州的主权而违宪,应属无效;第二重组法案符合联邦基本法的联邦主义原则和德国基本法第 118 条的具体规定,判定其合宪。

关于第一重组法案,联邦宪法法院指出:一项宪法条款不能被考虑为独立的段落,或受到孤立解释。宪法具有内在统一性,任何部分都与其他部分相联系。作为一个整体,宪法反映了某种控制个别条款的首要原则。第 79 条第 3 款表明了这一点。所以,并不能因为宪法某些条款是宪法的一部分就一定有效。某些宪法原则是如此根本,并表达了超越宪法的法律原理,以至它们也约束宪法的缔造者。其他次级宪法条款,可能因抵触这些原则而无效。对宪法条款的解释必须符合这项规则。根据德国基本法的规定,民主是政府体制的基础。州的宪政秩序必须符合法治下的民主国体。民主不仅要求议会控制政府,而且要求不得以任何形式去消除或破坏选民的选举权。所以要求延长州议会任期就必须经过宪法规定的程序或人民的同意。如果未经州选民的同意即延长了州议会的任期,则公民的选举权就受到了联邦的侵犯。

另一方面,联邦主义也是宪法的基本原则。作为联邦成员,各州具有主权。虽然主权的内容范围是有限的,但其并不是来自联邦,而是受到联邦之承认。各州的专有权力范围包括确定各州的宪法机构、职能和权力之规则。这项权力还包括调节选民表决的时机与场合,以及州议会延期的时间和条件。为了实现州的重组,联邦政府有权缩减州的议会任期,但只要这些州仍然存在,联邦就不能扰乱它们的宪政秩序。联邦政府既然主张自己可通过重组而缩短州议会任期,则也就可以在过渡时期延长其任期,这样的论点在法律上是错误的。州议会的取消是取消这些州的必然结果,这并未构成缩短其任期;但延长任期却会对现存州议会发生作用。这种延长需要通过州的特殊立法,但联邦政府无权通过这类立法。各州也不能放弃这些权力。联邦不能经由州的同意去获得基本法未予授权的权力。德国基本法第 118 条仅授权联邦立法调控三个州的重组,

这是联邦权力的极限。要使联邦立法去延长州议会的任期,就必须证明这一事项属于“一州立法不能有效调节的事务”。但此事项显非基本法该条所指之事项。所以,联邦立法侵犯了州的主权。

关于第二重组法案,联邦宪法法院指出:每当联邦法律成为争论主题时,即使参与者并未提出,联邦宪法法院也必须从所有的法律角度,去审查整个法律和其每项个别条款的有效性。巴登州宣称,如果成员州的人民反对合并,那么该州就不得被取消。但实际上,联邦宪法只保障联邦被分解为州,对现存各州及其州界,基本法并未提供任何保障。相反,基本法允许单个州的边界改变及联邦领土之重组,这类重组可能导致取消一个或现存的几个州。所以联邦政府的立法并不违宪,巴登州的诉求无效。

巴登州政府还主张,德国基本法第20条和第28条规定了民主原则。民主意味着人民自决。但联邦政府的第二重组法案剥夺了巴登人民的这项权利,因为这项法案迫使他们放弃其意志,去成为西南州的一部分。但联邦宪法法院认为,虽然人民在原则上自己决定其基本秩序是民主原则的必然含义,作为联邦成员,巴登州属于该州人民,人民有自决的权利。但同时,巴登州是联邦的一部分,并不是自主的或独立的,而是联邦秩序的一部分,其主权受到联邦秩序的限制。所以在此,民主和联邦主义是相互冲突的,只有两者同时受某些限制才能达成调和。对于联邦各州的重组案件,为了一项更为广泛的整体利益,一州人民的自决权应受到限制。

1951年,西南三州公民举行了全民公决,并以压倒性多数通过了合并议案。三州遂合并成功,组成新的巴登—符滕堡州。

►【宪法知识】>>>

本案主要涉及了德国联邦制的宪政体制架构、宪法“超级规范条款”的效力等。

►【主要争点】>>>

本案主要争点在于:一是德国宪法法院何以有权审查联邦政府制定的法律的合宪性?二是德国基本法规定的原则性的宪法规范条款的效力何以能够超越其他“次级宪法条款”而成为“超级宪法规范条款”?