

我国宪法规范在审判中 直接适用的实证分析与评述

刘连泰*

宪法规范的适用已为许多学者关注。学者们在论述宪法规范的适用时,多与宪法诉讼相提并论。这就给人形成一种错觉,似乎宪法规范只有在宪法诉讼中才能被适用。宪法诉讼制度的建立,在我国恐怕无法一蹴而就,因此,学者们的论述就难免有纸上谈兵之嫌。怎样立足中国国情,着眼于中国司法现状,脚踏实地地探索出一条可行的宪法规范适用的途径,是我们目前迫在眉睫的工作。本文力图用实证的方法,对我国宪法规范在审判中的直接适用^[1]做些探讨,以做引玉之砖。

一、解 释 例^[2]

例一:最高人民法院“关于在刑事判决中不宜引用宪法作论罪科刑依据的批复”(1955年7月30日)。

新疆省高级人民法院:

你院(55)刑二字第330号报告收悉。中华人民共和国宪法是我们国家的根本法,也是一切法律的“母法”。刘少奇委员长在关于中华人民共和国宪法草案的报告中指出:“它在我们国家生活的最重要的问题上,规定了什么样的事是合法的,或者是法定必须执行的,又规定了什么样的事是非法的,必须禁止的。”在刑事方面,它并不规定如何论罪科刑的问题。因此,我们同意你院的意见,在刑事判决中,宪法不宜引为论罪科刑的依据。此复。

例二:最高人民法院“关于人民法院制作法律文书应如何引用法律、规范性文件的批复”(1986年)。

“……对于全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、国务院制定的行政法规,均可引用。……地方性法规、自治条例也可引用。……行政规章可在办案时参照执行,但不要引用。”

分析:

1. 例一、例二都直接或间接地规定了宪法规范不能在判决中引用,问题是:宪法规范在审判中能否被适用?也就是说,审判人员能否在审判中适用宪法规范而不引用?

弄清这个问题的关键在于理清“适用”和“引用”的关系。关于法律适用,法解释学上所使用的基本概念为 *subsumtion*。所谓 *subsumtion* 通常译为归摄或涵摄,指将待决案件事实置诸于法

* 中国人民大学宪法学硕士研究生。

[1] 直接适用是与间接适用对应的概念。直接适用在这里指人民法院直接将宪法规范用于审判活动,间接适用指通过部门法的适用以达到适用宪法的目的。在正常情况下,部门法在其调整的领域体现宪法精神。

[2] 最高人民法院是审判机关,司法解释活动只能认为是审判活动的一部分。

律规范构成要件之下,以获得特定结论的一种逻辑思维过程。法律规定是大前提,待决案件事实是小前提,特定法律后果之发生是其结论。法律适用的逻辑思维结构可表示如下:

符合此构成要件者,应适用此法律后果;符合彼构成要件者,应适用彼法律后果(即相应的案件事实应适用相应的法律后果);

待决案件事实符合此构成要件;

该待决案件事实应适用此法律后果。

人民法院的判决不过是这一思维过程的表述,引用法律是这一思维过程的第一阶段。因此,有适用必然有引用,有引用必然有适用。如果允许审判人员适用法律而不引用,那就意味着默许人民法院不宣示理由而为判决,最终必然导致法律神秘主义。法律适用过程的公开是司法公开的应有之义。最高人民法院的两个批复排除了宪法规范在判决中的引用,也就意味着排除了宪法规范在判决中的适用。

仔细地分析例二,我们也可以得出宪法规范在审判中既不能引用也不能适用的结论——例二已对适用但不引用的情形作为一种例外做了规定:“行政规章可在办案时参照执行,但不要引用”。可见,能够适用但不能够引用的情形只有一种:合法行政规章的适用。从法律解释的技术方面考虑,如果最高人民法院认为宪法规范可予适用,仅仅是不能引用的话,肯定也会作为一种例外情形规定下来。

2. 例一是就刑事审判而言,它的适用范围有多大?能否扩及民事(含经济,下同)和行政审判?

例一采用的基本理论是“关系调整说”,认为宪法调整的社会关系有特殊性,它不规定论罪科刑问题,因此,宪法规范不能在刑事判决中适用。按照这种思路,我们可以把例一的适用范围扩及至民事、行政审判领域,从而得出宪法规范不能在所有审判中适用的结论。因为宪法与民法、经济法、行政法调整的社会关系都不一样,因此,宪法规范也不能在民事、行政审判中适用。

3. 宪法性法律能否在审判中适用?例一指的宪法包括宪法性法律吗?例二中的法律范围有多大?是否排除宪法性法律?

从语义学的角度去思考将永远扯不清这个问题,因为宪法性法律究竟属于宪法还是属于法律不是语义学方法能解决的问题。解开这个结的关键在于区分形式意义的宪法和实质意义的宪法。形式意义的宪法仅指宪法典,实质意义的宪法除宪法典外,还包括宪法性法律和其它宪法性文件。例一中的宪法是实质意义的还是形式意义的呢?

例一采用的基本理论是“关系调整说”,从这个理论出发,例一中的宪法应指实质意义上的宪法。因为无论是宪法还是宪法性法律,所调整的社会关系都是一致的。

例二不采关系调整说,且仅指狭义法律。从法律解释的一般规则出发,首先应假设法律与法律之间的意蕴是一致的。这个规则同样应该适用于对司法解释的理解。例二中的法律应排除宪法性法律。

通过上述三个问题的分析,我们可以得出结论:最高人民法院的意思是——宪法典以及宪法性法律不能在法律文书中引用,也不能在民事、刑事、行政审判中适用。

评述:

1. 能用“关系调整说”区分宪法与部门法吗?——解释例科学性的质疑。

如果宪法与其他部门法调整着迥然不同的社会关系,宪法与其他部门法的内容毫不相关,那么,宪法规范不能在司法审判中适用就顺理成章了。但是,宪法与其他部门法的区别并不在

于调整的社会关系不同,而在于其效力层级的悬殊;刑法之所以成为独立的部门法,在于其调整方法的独特。

翻开任何一部法理学教科书,我们都会发现一个有趣的现象:行政法、劳动法、民法、诉讼法等都可以用它们调整的社会关系来分类,唯独宪法和刑法例外。“宪法是根本大法”几成通说,刑法是规定犯罪与刑罚的法律也得到一致首肯,这两个命题道出了宪法与刑法的独特品格。如果仅就调整的社会关系而言,宪法与部门法是相通的。

每一部门法在开篇部分都无一例外地说明:“根据宪法制定本法”,这本身就说明宪法与部门法在内容上的相关性。我们翻开宪法典,可以找到各个部门法的相关内容。宪法第37条第3款规定,“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体”,这显然是刑法规范的内容。宪法第42条,“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务”,这是劳动法的内容。正如奥地利学者凯尔森所言:“实质宪法,不仅可以决定立法的机关和程序,而且在某种程度上,还可以决定未来法律的内容。宪法可以消极地决定法律必须不要某种内容,也可以积极地规定未来法律的一定内容。”〔3〕

由于解释例采用了不科学的“关系调整说”,这就决定了其结论注定是错误的。

2. 法院能拒绝适用宪法吗?法院能对宪法进行抽象解释吗?——解释例合宪性的质疑。

宪法规定:“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关”;“最高人民法院是最高审判机关”;“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”。宪法的最高性和人民法院的职能决定了人民法院无权拒绝适用宪法,立法机关通过的宪法和法律,人民法院都应适用。人民法院拒绝适用宪法是一种公然的司法越权。

宪法规范能否在审判中运用的问题,涉及到宪法规范的界限,因而是一个宪法解释问题。在我国,对宪法有抽象解释权的机关只有全国人大及其常委会。〔4〕例一的解释实际上是一种越权解释。根据《全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议》第2条:“凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释”,最高人民法院的司法解释权仅限于法律、法令的适用,不包括宪法规范的适用。当然,1954年宪法没有对宪法的解释权问题做出明文规定,最高人民法院的1955年批复就当时的情况而言,不能说直接违反了宪法哪一条。但对于国家机关而言,没有法律的明确授权而行为就意味着违法。〔5〕近年来有的学者主张将宪法解释权由最高人民法院行使,但还只是学术上的主张,没有被我国立法所肯定。

二、判 例

例三:王玉伦、李尔嫻诉蔬菜村非法扣留土地转让费案。

四川省新津县人民法院(1995)新民初字第118号案:原告王玉伦(女)及其女儿李尔嫻,均系新津县五津镇蔬菜村村民。1995年初,蔬菜村转让其部分土地后,其他村民都分得了土地转让费,而王玉伦、李尔嫻却分文未得,因为该村村规民约有一条规定:“凡本地出嫁女子,除特殊情况外,必须迁走户口,拒绝迁走户口的,连同婚后所生子女,虽准予上户口,但不得享受一切

〔3〕〔奥〕凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第143页。

〔4〕做出具有普遍约束力解释性文件的权利。——作者注

〔5〕参见蔡定剑:《国家权力界限论》,《中国法学》1991年第2期。

待遇”。王玉伦与一外村村民结婚后,未迁走户口到男方所在地,所以,王玉伦及其女儿李尔娴未能分得土地转让费。为此,王玉伦、李尔娴以蔬菜村村民委员会为被告向新津县人民法院提起诉讼。审理此案的合议庭认为,村规民约在性质上属民事协议,而民事协议亦必须符合宪法。涉讼条款要求妇女结婚后就必须迁走户口,系对妇女的歧视性对待,有悖于男女平等的宪法原则,因而无效;原告分得土地转让费的诉讼请求应予支持。鉴于合议庭明确而坚决的态度,被告蔬菜村村委会很快分给了二原告土地转让费各5000元。^[6]

例四:倪培路、王颖诉中国国际贸易中心侵害名誉权案。

案情简介:1991年12月23日,倪培路、王颖(以下简称原告)在中国国际贸易中心(以下简称被告)下属超级市场购物时,被告的服务员迫使原告解开衣扣、打开手提包让其检查(被告服务员怀疑原告偷拿市场东西)。市场门口贴有公告:“收银员受公司指示,对贵客带入铺内之袋(包括胶袋)作必须查看,请将袋打开给收银员过目”。倪、王为此提起诉讼。原告认为被告的行为侵犯了原告的名誉权。被告则称:原告进入市场购物,视为接受被告张贴的公告;被告未对原告公开实施侵害行为,不构成侵犯名誉权。

法院认为:“权利是指法律赋予公民或法人可以行使的一定行为和可以享受的一定利益。公民或法人行使某一行为,如果没有法律依据或者不符合法律规定,都不能自认为有权利行使这样的行为。法律从未赋予市场工作人员有盘问顾客和检查顾客财物的权利,因而被告无权张贴要求顾客将自己的提包打开供被告工作人员查看的公告。尽管此公告张贴在市场门口,但由于它没有法律依据,因而是无效的,顾客有权不执行公告的规定。”^[7]

分析:

例三、例四都属于民事案件,但仅仅适用民法无法处理。两个案件都涉及到契约(尽管在形式上是不典型的、不规范的),要处理这两个案件,必须对契约的合法性进行判断。例三直接援引宪法规范而否定契约的效力,较为简单,例四的情形则较为复杂。

例四中的涉讼公告有无法律效力?在涉讼公告的效力来源上,国贸中心和人民法院采用了两种不同的思路:

国贸中心的论证思路为:顾客能看到张贴的公告,自愿进入商场,应视为接受商场要约,因而契约成立。服务员搜查顾客是行使契约规定的权利,所以是合法的。

人民法院的论证思路为:服务员搜查顾客没有法律的授权,因此公告没有法律依据,所以服务员搜查顾客是非法的。

国贸中心的论证中有一个假定作为前提:契约权利都是合法的;人民法院的论证中也有一个假定作为前提:法律权利=法律授权,没有法律授权的行为就没有法律依据。

评述:

在两个民事案件的处理中都碰到了适用法律的尴尬:民事案件却不能仅仅适用民法规范。如何走出尴尬?例三援引了宪法规范,虽与最高人民法院的司法解释相悖,但判决理由的科学性却是不折不扣的;例四将法律权利缩小解释为法律授权,避免了宪法规范的援引,与最高人民法院司法解释精神一致,但处理理由的科学性却大打折扣。

做为权力行使者的国家机关与做为权利行使者的公民、法人和其他组织,其行为的界限是

[6] 转引自喻敏:《论男女平等的宪法原则在民事领域内的直接效力》,《中国法学》1995年第6期。

[7] 参见《最高人民法院公报》1993年第1期,第31页以下。

不一样的。对于国家机关而言,没有法律的允许就视为禁止;对于公民、法人和其他组织而言,没有法律的禁止就视为允许。由此引申出两个不同的违法概念:对国家机关来说,违法是指做了法律没有明确授权给它做的事;而对公民、法人和其他组织来说,违法是指做了法律明文禁止做的事。^{〔8〕}例(三)中人民法院通过援引宪法规范而否定了契约的效力,而在例(四)中,人民法院没有援引宪法规范,而是将找法作业推向当事人:你找不到法律授权,所以你违法。实际上没有正面回答国贸中心的答辩理由,而是绕开了。

例(四)涉讼公告做为契约的内容之所以无效,不在于没有法律的肯定授权,而在于违反了宪法中的基本人权条款。涉讼公告的确已成为国贸中心和顾客之间的契约条款之一,但这种契约是违宪的。宪法第37条第3款规定:“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。”这就从正面回答了国贸中心的答辩理由,而例(四)中人民法院说明的理由则很容易遭到反驳:法律赋予了当事人契约自由,服务员搜查顾客虽没有法律的授权,但有契约的规定。

三、结论:宪法规范在审判中适用的实践价值

(一)法律解释中的价值:一个实例

我国民法通则第42条规定:“企业法人应当在核准登记的经营范围內从事经营。”修改前的经济合同法第7条:“下列经济合同为无效:一、违反法律和国家政策、计划的合同……。”如果企业超越经营范围与其他企业法人签订了经济合同,有无效力?这涉及到对经济合同法第7条“法律”范围的界定问题。

1993年修宪以前,《最高人民法院关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用〈经济合同法〉的若干问题的解答》(1987年7月21日)第4条:“工商企业、个体工商户及其他经济组织应当在工商行政管理部门依法核准登记或者主管机关批准的经营范围內从事正当的经营活动。超越经营范围或者违反经营方式所签订的合同,应认定为无效合同”。在这里,法律显然是广义的,包括一般行政管理性规定。

1993年修宪以后,《全国经济审判工作座谈会纪要》(1993年5月6日最高人民法院印发)第二部分第三点:“合同约定仅一般违反行政管理性规定的,例如一般地超越范围经营、违反经营方式等,而不是违反专营、专卖及法律禁止性规定,合同标的物也不属于限制流通的物品的,可按照违反有关行政管理规定进行处理,而不因此确认合同无效。”^{〔9〕}在这里,法律显然又做了狭义的界定:不包括一般行政管理性规定。

1993年修宪前后,最高人民法院对同样的法条做出了完全相反的解释,原因何在?在于宪法适用的结果。修宪将经济体制定位于市场经济。在这里,合同的纽带作用更加重要,私法自治的价值更为明显。与计划经济体制相比,它要求我们以较为宽容的态度看待合同的效力。

(二)个案审判中的价值

民事审判中的宪法适用在第二部分已谈到,这里仅谈谈刑事审判和行政审判。

〔8〕 参见蔡定剑:《国家权力界限论》,《中国法学》1991年第2期。

〔9〕 最高人民法院民事审判庭、人民法院出版社编:《人民法庭实用手册》,人民法院出版社1993年11月版,第494页以下。

1. 刑事审判。现行刑法中规定了“反革命罪”。该罪以推翻人民民主专政政权和社会主义制度为目的,而人民民主专政的政权和社会主义制度都是在宪法里规定的。如不适用宪法规范,将很难阐明被告人的行为何以被确定为反革命罪。此外,刑法第142条规定了“破坏选举罪”。我们无法想象,如不引用选举法的有关规定,怎么能够认定被告人的行为构成了“破坏选举罪”。——刑法第142条本来就是一白地条款。

2. 行政审判。行政诉讼法第53条规定,人民法院审理行政案件可以参照行政规章。“参照”隐含“审查”之意,合法则用,不合法则不用。为什么行政规章不合法则不用?这实际上是宪法规范适用的结果,因为这涉及到行政权与立法权的冲突。设若一行政机关依据一行政规章对一公民做出行政处罚,公民认为行政规章与法律相悖,对事实部分没有任何争议,公民起诉到人民法院,人民法院如何判决?如果人民法院不对行政规章作任何评价,那就意味着允许人民法院不说明任何理由而判决。这是法治国家所不允许的。行政规章与法律,谁的效力优先,这是一个宪法问题。

如果我们囿于旧说,不在审判中直接适用宪法规范,我们就无法走出这一个又一个的怪圈。当然,也许有的学者会指出:最高人民法院仅仅规定不能引用宪法,我们可以在个案审判中适用宪法规范,但在法律文书中不引用。我们不禁要问:既然宪法规范已被适用,为什么不在法律文书中引用呢?其它的规范可以在法律文书中堂而皇之地出现,具有最高法律效力的宪法规范为什么要“犹抱琵琶半遮面”呢?而且,适用宪法规范而不予引用同样违背前述最高人民法院两个批复的精神,其理由已在前文谈到,不再赘述。

出路何在?

从山重水复走到柳暗花明的捷径是:在审判中直接适用宪法规范,在法律文书中大胆引用宪法规范。只有这样,我们才能摆脱法律解释和个案审判中适用法律的尴尬——这正是在审判中直接适用宪法规范的实际价值。

1
2
3
4
5
6
7
8
9
1
1
2
3
4
5
6
7
8
9
1