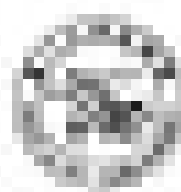


厦门大学法学学术文库



宪法解释的哲学

徐振东 著



宪法解释的若干问题

王 磊



徐振东 著

The Philosophy of Constitutional Interpretation

宪法解释的哲学

School of Law

Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法解释的哲学/徐振东著. —北京:法律出版社, 2006. 9

(厦门大学法学学术文库)

ISBN 7-5036-6630-7

I. 宪... II. 徐... III. 宪法—法哲学—研究 IV. D911

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 104711 号

© 法律出版社·中国

**厦门大学法学
学术文库**

宪法解释的哲学

徐振东 著

责任编辑 刘文科
刘 辉
装帧设计 孙 杨

开本 A5

版本 2006 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 10.125 字数 280 千

印次 2006 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6630-7/D·6347

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



徐振东, 1975
年生, 云南曲靖
人, 2001年毕业于
中国人民大学人文
学院, 获学士、硕

士学位, 2004年毕业于中国人民大学
法学院宪法与行政法学专业, 获博士
学位, 现为厦门大学法学院博士后、
教师。先后在《中国社会科学文
摘》、《法律科学》、《法商研
究》、《法学家》、《法学》、《法
制与社会发展》等法学类核心期刊上
发表文章多篇。参与编写了《行政行
为典型案例》(21世纪经济管理类法
律应用简明教材·行政法系列, 中国
人民出版社2003年版)、《法律
基础(五年制高等职业教育德育教
材)》(中国人民大学出版社2002年
版)等多本教材。

厦门大学法学学术文库编委会

编委会主任

廖益新

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

卢炯星 齐树洁 朱福惠 宋方青 陈晓明
李兰英 徐国栋 徐崇利 曾华群 蒋 月

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商

学院合并为法商学院。1937年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。

或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎立推动文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

前 言

宪法解释哲学是一个颇具理论性和现实性的课题,说它具有理论性,主要在于它不是对某个或某类具体案件性问题的直接解答,而是对宪法解释这一现象整体上的哲学式思辨,或者说它着重于理论层面的分析,而不是将它引入特定的案件情景中;说它具有现实性,主要在于它是宪政实践中必然会面临的课题,它能为宪法解释的实践提供某种价值尺度和理论引导。如何认识和处理理论性和现实性之间的关系,是本课题必须加以认真思索的重要问题。因此,本文力图防止和克服一种倾向,即将理论性的命题纯粹形而上学化,完全脱离具体的宪法问题的分析,而仅仅停留于对概念、范畴的界定和逻辑推导上,尽量做到理论与现实的契合。宪法解释哲学涉及相当广泛的宪法学领域,它不是以法论法,对它的研究实际上已经超过了宪法自身的范围,需要动用哲学、法哲学、法史学、语言学、经济学和社会学等诸多门类学科的知识作为支撑,在方法上也不可避免地要借助于这些学科的研究手

段和方法,如比较方法、抽象方法、历史方法、社会方法和辩证批判法也是宪法解释哲学常用的研究路径。本文的旨趣在于通过对宪法解释学的发展脉络的历史考察以及对活跃于当代法学领域的各种解释学思想和主张的研究和梳理,结合宪法规范自身的结构特征的理论分析,对一些宪法解释学的重要问题作较为深入的论证和探讨,力图开创能够在宪法解释哲学研究领域中起到抛砖引玉功效的思路和思想来。尽管这些问题的研究固然不足以认识和解决当前存在于我国的宪法解释难题,但却是我们进行理论思考的重要前提。同时,本文希冀通过多层次多方面的引述论证,能让人们领略宪法乃至整个法学所包含的深邃思想。虽然由于本人法哲学、哲学、社会学涵养的不足,兴趣并不等于深厚的学术修养,我个人期望达到的深刻与写就出来的文字效果之间还存在着相当的距离,但我相信,探讨这个对于我来说极为艰深和复杂的课题,本身就是对自身法学素养的一种历练,写作的过程就是一个对宪法解释及其相关问题认识不断深化和表达严谨化、缜密化的艰难过程,纵使力有所不逮,也必须鼓足勇气予以完成。

一、问题在国内外的研究现状

有关宪法解释哲学的著述,在当代英美法学界拥有较大影响的有 H. L. A. 哈特的《法律的概念》(The Concept of Law)、《法律、自由和道德》(Law, Liberty and Morality)、《通过英国的眼光看待美国法理学:恶梦抑或高贵的梦想》(American jurisprudence through English eyes: the Nightmare and the Noble dream)、德沃金的《法律帝国》(Law's Empire)、《认真对待权利》(Taking rights seriously)、《原则问题》(A Matter of Principle)、《生命的主权》(Life's Dominion)、麦考密克的《法律推理和法律理论》(Legal Reasoning and Legal Theory)、费什(S. Fish)的《法律和哲学》(Law and Philosophy)、布雷斯特(P. Brest)的《解释法律和文学——

一种解释学解读》(Interpreting law and literature: A Hermeneutic Reader)、弗里曼(Samuel Freeman)的《原意、民主的解释和宪法》(Original meaning, democratic interpretation and the constitution)、约翰·哈特·伊利的《民主与不信任》(Democracy and distrust)、波斯纳的《法理学问题》(The Problems of Jurisprudence)、《法律、实用主义和民主》(Law, Pragmatism and Democracy)、比克尔(Bickel)的《危险最小的部门》(the least Dangerous Branch)、伯克的《美国的诱惑:政治诱引法律》(The Tempting of America: The Political Seduction of the Law),等等。而德国法学界有关法解释学的著作更多地是围绕着私法解释来展开的,其中较有影响的著作有拉德布鲁赫的《法学导论》、拉伦茨的《法学方法论》、里绍尔(P. Ricoeur)的《法律逻辑解释学》(Rechts Logique Hermeneutique)、考夫曼(Arthur Kaufmann)的《法哲学》(Rechtsphilosophie)、费肯茨尔(W. Fikentsher)的《法律方法的比较阐释》(Methoden de Rechts in Vergleichender Darstellung),等等。

在国内,对法解释学的研究自20世纪90年代末开始兴盛起来,相关的论文不断见诸于重要的学术刊物,有关的法学著作也相继面世,但有关专门论述宪法解释学的文章和论文却寥寥无几。张庆福的《宪法解释之比较》是较早论述宪法解释技术的文章。由李步云主编的《宪法比较研究》辟一专章“宪法解释”(莫纪宏执笔),该章节主要关注于宪法解释的方法、原则和技术层面,是比较系统论述宪法解释方法论的有关著述。美国学者詹姆斯·安修所著的《美国宪法判例与解释》也把着重点放置于美国宪法的具体技术操作问题,对研究美国联邦最高法院的司法解释实践具有相当的借鉴意义。在论文方面,韩大元、张翔的《试论宪法解释的客观性与主观性》、《论宪法解释的界限》是两篇少数研究宪法解释性质的重要论文,弥补了宪法解释学本体论研究的不足,跳出了宪法解释学研究仅仅重视方法和技术的狭隘圈子,引入了宪法解释学的概念,从而为构建一个能够包容方法论和本体论并使两者得到结合的完整的宪法解释学理论体系提供了可能的思路。胡锦涛、王丛虎的《论我国

宪法解释的实践》、郑贤君的《我国宪法解释技术的发展》则从规范与事实的角度对我国宪法解释体制作了实证性分析,为宪法解释学理论体系的构建提供了不少有价值的资料。此外,法学其他领域的有关著作和成果所阐述的法解释学一般原理也可以为我们宪法解释学理论研究所吸纳。例如,梁慧星的《民法解释学》。在这本以私法为基轴的法解释学著作中,本身渗透了相当多的日本宪法学界对宪法解释学的各种理论阐述,显示了宪法与私法在法解释学的一般原理上的某种契合。梁治平主编的《法律解释问题》会聚了当代我国法解释学的理论前沿,在一定程度上也代表了我国法解释学研究的最高水平,拓宽了法解释学领域的研究视角,提高了学界对法解释学的认识水平,对宪法解释学研究也颇具价值。

二、问题的提起

现在我们重新回到本文的相关命题上来。就宪法解释学这一概念而言,存在着两种不同的理解,或者说一个构架下的两个层面:一是应用层次的宪法解释学,即以法官或宪法解释者在宪法解释活动过程中所选择的方法、原则和规则为直接研讨议题的解释学,也被称为宪法解释方法论。二是理论层次的宪法解释学,也就是对宪法解释现象所作的基于本体论立场上的论述体系。前者主要关注宪法解释的具体操作技术和规则,其中包括原意理论、文义理论、社会学理论、利益衡量理论等;而后者则主要关注宪法解释的本身,是对宪法解释的性质以及内涵、外延所作的法理学思辨。从理论层次的宪法解释学的历史发展脉络来看,主要存在着概念主义或形式主义、自由法学、社会法学、利益法学、现实主义法学等在解释学立场和态度上的争论,而在当代宪法解释学领域,影响较大的有哈特的分析实证主义法学观点、德沃金的建构式解释和原则宪法解释理论、哈贝马斯的对话式阐释理论,此外继承了现实主义法学思

想精粹的波斯纳的实用主义法学以及将后工业社会中出现的解构主义思潮作为法学思考方式的后现代法学观点也颇为流行。以上诸观点从不同的时代特点和理论背景出发对存在于宪法解释学领域中的严格法治主义和规则怀疑主义进行了侧重点不同的阐述,揭示了司法中的宪法客观性、稳定性要求和宪法解释主体相对活跃的自我意识、不断流变的社会现实需要之间存在的内在紧张。理论层次的宪法解释学受社会科学中的普遍解释学理论影响较深,是普遍解释学原理与宪法学之间的统一。

对宪法解释学的研究和探讨无法离开对整个西方宪法解释理论的追求,或者可以这样说,所有关于宪法解释学的理论争论只有建立在西方宪法解释理论基础之上才具有可能性。这是我们不得不面对的现实。确实,西方社会几百年以来的宪政发展和宪法解释实践不仅造就了西方法学的繁荣,而且为我们研讨宪法解释现象提供了丰富的实证资源,同时,西方法学界长期的理论争论,产生了一套较为成熟的宪法解释理论体系,其合理成分也对我国宪法解释学理论的深入以及未来的宪法解释体制的构建具有不可忽视的借鉴性作用。这也是本书立足于西方解释学理论展开写作思路,形成论述框架的根本原因所在。在西方法学界,对于法解释学的阐述相当深入,其中有相当部分是以宪法解释作为直接研讨对象的,特别在英美法系学界,其理论著作中所表述的法解释学概念在内涵上基本与宪法解释学相同。而大陆法系国家如德国等国,其法解释学则以私法解释学为主轴,宪法解释学是较为偏狭的门类,但其以私法为重点展开的法解释学原理、思考路径在很大程度上是与宪法解释学触类旁通的。

三、用语的商榷

在这里需要提及的是,在我国法解释学研究中存在着“诠释”和“解

释”的误用,甚至将“诠释”与“解释”混为一谈、以“诠释”取代“解释”的现象。其实,在西方解释学研究中,虽然两者都包含着“说明”和“阐释”之义,但两者在含义上还是存在相当的差别。宪法或法律“诠释”是基于社会政治领域而对宪法或法律文本的含义进行阐述的方式。在“诠释”范式下,文本的含义可能仅仅在部分上由相对技术的东西和传统的解释性工具(如文本文字、结构、制宪者意图和先例等)所决定。制宪者意图、宪法或法律文本所体现的规则只能说明宪法含义的部分,而不是全部。其他部分的宪法含义不能仅仅通过法律工具的运用在文本中获得,只能将宪法或法律文本摆放在相对宽阔的社会政治环境和历史文化背景下,结合一些宪法或法律文本外部的利益和原则才能获得。作为一种本质上创造性的工作,“诠释”并不意味着宪法或法律文本设计上的失败,它仅仅展示了宪法本身是一个活着的、不断运转着的制度体系。宽泛意义上的“解释”则是“诠释”和狭义上的“解释”的总和,狭义上的“解释”则是通过纯粹法律上的技术和工具去展现宪法或法律文本的含义。在“解释”范式下,宪法文本的含义只需通过对文本语言及其内在结构、制宪者或立法者的意图就可以获得,不必去寻求文本以外的内容。“诠释”和“解释”在范围和具体操作原则上都存在着鲜明的区别。在法解释学研究领域中,用“诠释”代替“解释”(宽泛意义上的“解释”)本身就包含了一种法解释学立场(即完全否认通过寻求制宪者或立法者原意和诉诸宪法或法律文本本身并以此获得宪法含义的可能性,从而将原意解释和文义解释从方法论体系中排除了),犯了用部分(诠释)代替整体(宽泛意义上的“解释”)的谬误。

这种误用主要源于对解释学与诠释学两个概念在内涵上的混淆。诠释学从广义来说,主要指伽达默尔实现了本体论转向以后的所有解释学状况;从狭义来说,则专指伽达默尔所倡导的哲学诠释学理论,其并不涵盖所有的解释学问题,与其争鸣的解释学流派还包括利科尔等人的方法论解释学、哈贝马斯的批判解释学等。事实上,法律诠释学与法律解释学并不等同。在西方法学研究领域,法律诠释学(Legal hermeneu-

tics)专指以伽达默尔的哲学诠释学为理论基础的法律解释思维。法律解释学在广义上包含法律诠释学,是关于法律解释和理解活动的学科综合。而在狭义上,法律解释学属于认识论范畴,其核心内涵是,为了实现解释目的,需要透过某些技术性工具(文本结构、制宪者原意等)来获得法律文本的意义。而法律诠释学寻求的是一种有自我、有境遇的理解,认为法律的意义并非来自外在于解释者的解释对象,而是来自于解释者与法律文本之间的对话,或者来自于解释者自身的体验和认知。法律解释学和法律诠释学是相互联系而又相互区别的法律思考方式。

四、内容概要

全文共分五个章节。

第一章着重于介绍宪法解释学的法哲学内涵以及哲学解释学对宪法解释学的影响。解释学是一种关于社会现象的理解和解释的学问,是整个社会科学的哲学基础,并为之提供基本方法。而宪法解释学则是有关宪法解释这一社会政治现象的科学,是解释学原理在法学领域中的具体运用。在传统解释学的影响下,近代宪法解释学是一种方法论解释学,认为宪法解释就在于通过寻找一种可靠的方法以达致寄托于宪法文本之中的制宪者原意,仅寓于方法和技术操作上的争论。20世纪初,解释学实现了本体论的转向,解释学过渡到哲学诠释学,诠释学把解释看作是一种创造性的行为,而不是一种机械的复制活动,将解释学的重心转移到了文本在当下语境中的具体意义上来。这一解释学观念上的转变也反映了近现代之交宪法解释学发展的基本取向。现代宪法解释学携带着一种强烈的现实主义和实用主义的气息,反映着一种向前看的观念和取向,强调解释者的主体意识和社会责任,强调宪法规范在社会现实关系中的实践意义。本章实际上为后来论述和观点的展开提供了一个基本的指示或导向。

第二章主要论述后现代语境下法学方法论的转向以及对宪法解释的影响。后现代法学发展了哲学诠释学的相对主义和虚无主义观点,与科学主义法学、自由主义法学形成了尖锐的对立,动摇了现代法学和法治主义的认识论基础。后现代法学将法律看作是政治权力角力后的结果,而法律的阐释者正是政治权力的代表。因此,法官在法律解释中实际上并非遵守法律的形式逻辑,而是更多地依赖公共政策的需要、社会民众的意志来进行。在后现代法学中,存在着反基础主义、解构主义、新实用主义等几种主要的法学思维形式。反基础主义否认法律可以从某些超越一切的道德价值中推导出来,它强调判决应该面向社会利益以及判决可能带来的不利影响。反基础主义反对任何先验的“真理”和“客观性”存在,认为所有的法学知识实际都是社会建构起来的概念,这些概念虽然被人们看作是应该遵循的理性原则,但它们只不过是一种社会的假定,这种假定会因为不同时期、不同社会而不同。解构主义对于人们从文本中能获得客观有效的知识持怀疑的态度,否认法律体系中存在所谓的正统原则和普遍性标准。解构主义的基本命题是法律规则和法律教义的运用最终将走向冲突、矛盾和不确定性。根据解构主义观点,法律文本没有内在的、确定的意义,无论是存在于文本的作者意图还是读者阅读之后形成的理解都不能决定法律文本的意义。解构主义法学主张,每一种对法律文本的解释都是赋予其中一种意义以特权而压倒其他可能的意义,法律文本的解释也就是对社会上居特权地位的观念的选择,最终将法律化为政治或权力现实。新实用主义否认可以从某些最高原则或原则体系中推导出正确答案,排斥必须寻求某种基础的形而上学理论。在新实用主义看来,司法判决的理由是多元的,是随着法律实践和法官的行为而不断变化的,并不存在一成不变的“基础”。新实用主义建议人们应当放弃那种尝试寻找所谓的内在法律知识基础和力求“客观性”的法律解释正统模式,取而代之以实用主义的知识观。新实用主义认为,法律知识正确性的判断标准,不是来自于所谓的客观性基础,而是来自于共同体成员之间“对话”的制约和日常的法律实践,由此用所谓的