

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



Presumption of Constitutionality:
A Theory towards Constitutional Jurisprudence

合宪性推定论： 一种宪法方法

王书成 著

清华大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



Presumption of Constitutionality:
A Theory towards Constitutional Jurisprudence

合宪性推定论： 一种宪法方法

王书成 著

清华大学出版社
北京

内 容 提 要

合宪性推定是当代宪法学中至关重要的议题,贯穿于宪法的理论与实践。合宪性推定不仅表现为一种宪法方法,而且更映衬了宪法的理论脉象。合宪性推定展现了当代制度发展中立法权与司法审查权之间的关系脉络,表征了立法机关与司法审查机关之间的制度均衡。从比较法的角度来说,合宪性推定对于在人民代表大会制度之下如何规制立法、发挥审查监督等职能,对于法院如何在司法实践中基于中国的制度现实来处理与立法机关及其他国家机关之间的关系,对于各国家权力机关之间如何在制度中和谐并进都具有重要的理论指导意义。同时,合宪性推定对于当下中国宪法的知识走向也提供了重要的风向标。合宪性推定在很大程度上展现了宪法方法的本体性。通过合宪性推定所展现的宪法方法,作为国际前沿法学论题,在很大程度上启示了当下中国宪法的知识任务重点在于从“原理”与“方法”层面构建符合中国制度现实的宪法方法体系,由此不仅为中国的宪法制度,也为全球化背景下的宪法学发展从比较法的角度做出独特的知识贡献。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

合宪性推定论:一种宪法方法 / 王书成著. --北京:清华大学出版社, 2011.8

(中国法学前沿·研究生教学参考书)

“十二五”国家重点图书出版规划项目

ISBN 978-7-302-26386-9

I. ①合… II. ①王… III. ①宪法学—研究生—教学参考资料 IV. ①D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 158277 号

项目策划:李文彬

责任编辑:李文彬

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×240 印 张:15.5 插 页:2 字 数:294 千字

版 次:2011 年 8 月第 1 版 印 次:2011 年 8 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:39.00 元

产品编号:042476-01

前 言

合宪性推定是宪法学中一种重要的宪法方法。从美国等法治国家的经验来看,宪法法理(constitutional jurisprudence)的实践在很大程度上无法绕开合宪性推定方法。合宪性推定作为一种原理性方法,已在德国、日本、澳大利亚、加拿大等法治国家广泛运用。合宪性推定方法在很大程度上淋漓尽致地体现了宪法的本体性特征,对于宪法审查制度及其实践具有重要的推进效用,且对于中国宪法方法论的建构也具有重要的启示作用。

探究合宪性推定方法,一方面在很大程度上可以从知识任务的角度填补目前国内研究合宪性推定方法的理论空白地带,从比较法的角度厘清其内在的原理及方法,从而为制度的完善提供更充足的知识储备;另一方面为中国宪法方法论体系的建构提供一种引论,进而为寻找符合中国制度实际的宪法实践提供一种方向,并为中国宪法学提供一种理论指向。当然,合宪性推定研究对于目前社会上出现的“轻言违宪”现象、备案审查制度的困境等诸多现实性问题,也可以在方法论上提供一剂良方,进而可以使目前的宪法审查在中国制度现实下进一步良性发展。

本书由导论、正文六章及结语等部分组成。

在导论部分,从合宪性推定出发,分析了目前中国宪法方法论贫瘠的状况,并对宪法方法论的理论体系进行了系统性研究。中国宪法学的方法体系在很大程度上还局限于探讨宪法学的研究方法。但如欲使宪法作用于社会,必须具备系统的具有实践性的宪法方法论体系。进而在方法论体系上,从学理上区分了宪法学方法论、宪法学研究方法论、宪法方法论,并对各自的内涵进行了比较分析。同时结合合宪性推定的研究本身,对宪法学研究方法从宏观、中观、微观三个维度进行了学理探索,并进而指出当下中国宪法学的研究应该重视基本原理与方法这一“中观层面”,而不能仍然停留在“宏大叙事”,或者仅仅在微观层面构建缺乏制度支撑的纯粹性“操作技术”,不管这种技术规则是从西方直接拿来的,还是自我“闭门造车”而成的。合宪性推定研究体现了从“原理”及“方法”层面切入的研究思路。

第一章对合宪性推定的范畴进行了研究。合宪性推定起源并发展于美国法,目前已被诸多法治国家所采纳。首先,从经验、事实等角度,对“合宪性”与“推定”这两个概念的法学内涵进行了辨析。然后,通过对合宪性推定源流的探究可以发现,合宪

性推定已经不再仅仅是一种宪法技术，而已成为一种原理性方法，延及至德国、加拿大、澳大利亚、日本、印度等法治国家。进而概括总结了作为宪法方法的合宪性推定所具有的主要特性为：(1)由判例而生；(2)具有可反驳性；(3)产生举证责任倒置；(4)具有一定的裁量空间；(5)具有裁量上的约束性。最后通过考察其他相关的方法可以发现，合宪性推定作为一种原理性方法，其逻辑与“合宪性法律解释”、“回避宪法问题”等方法具有异曲同工之妙，在很大程度上都体现了对立法权的尊重，同时也保持了司法权的相对独立性。

第二章对合宪性推定的权力哲学进行了探究。合宪性推定作为原理性方法，以国家权力为哲学基础，因为其主要表现形态为国家权力之间的尊重。宪法学家塞耶(Thayer)通过对国家权力关系(宪法审查权与立法权)的分析，为合宪性推定提供了有力的权力哲学基础。接着探讨了立法权的有限公定力、从“裁量”到“立法形成余地”等理论，这些都是合宪性推定权力哲学的必要性知识。然后对合宪性推定所根基的权力学说，从历史的维度进行了深入研究。亚里士多德、波里比阿等学者所阐释的古典权力学说虽然在形式上存在国家权力之间的分立，但最终在很大程度上仍然表现为各个利益集团之间的联合，是一种混合政制。以洛克、孟德斯鸠等学者为开创代表的现代权力学说，不再局限于形式上权力的分工，而更强调权力间的制衡及相互促进，形成以民主为基础的制衡机制，进而可以有效地防止各个垄断利益集团之间的利益瓜分，而且在制度上保证国家权力的最终指向是人民的利益，达到一种均衡政制。由合宪性推定的权力哲学基础，也可反思未来宪法方法论的根基不应该仅仅局限于基本权利或国家权力一端，毋宁应该在两者的统领协调中予以体系化。最后，对巴赖特(Randy Barnett)等学者对于合宪性推定方法的反驳进行了剖析，进而证成合宪性推定并不与人权相冲突，同时反驳了自由推定原则(Presumption of Liberty)的虚幻性和不可行性，指出人权保护在本质上具有两种逻辑形态，即直接的权利救济和间接的国家权力制衡。

第三章探寻了合宪性推定的正当性。合宪性推定的存在具有政治上的正当性，这源于宪法的政治性、宪法审查的政治性、判决执行的政治性、宪法法官的政治性等。从规范法学的角度来看，合宪性推定的规范正当性来源于宪法具有最高性等规范特性，并与“穷尽法律救济”、“禁止向一般条款逃逸”等方法具有诸多相通之处。最后从法经济学的角度分析了合宪性推定的正当性，因为它可以减少法官进行宪法审判的政治风险、有效控制宪法案件数量的膨胀等。这些也都使得作为宪法方法的合宪性推定截然区别于一般的法律方法。

第四章研究了合宪性推定在社会经济活动领域中的适用。首先从美国法的经验出发，探讨了代表性的洛克纳时代及其特征，并对洛克纳时代结束的缘由等因素进行

了分析,最后得出合宪性推定对于社会经济活动的立法规制一般予以适用,进而从国家理性与市场逻辑的角度探究了在社会经济活动领域适用合宪性推定的理论基础。

第五章重点分析了合宪性推定的司法方法。合宪性推定首先表现为证明责任的转换,即要求提出违宪的当事人证明制定法明显违反了宪法。如果举证失败,该当事人将要承担合宪性推定所带来的后果。在实践中,法院难免遇到疑难案件,而合宪性推定可以作为消解疑难案件的一种有效方法。进而对普通法院适用宪法及合宪性推定方法的可能性进行了理论探讨,指出遵循合宪性推定逻辑的合宪性法律解释方法必须区分宪法方法与法律方法两个层面。从德国等国家的实践形态来看,遵循合宪性推定逻辑的合宪性解释也可以在特殊的情形下,作为一种判决形式,从而有效调和国家权力之间的法治关系。当然宪法审查的进行离不开宪法事实(Constitutional facts),因而通过分析合宪性推定与宪法事实审查之间的关系,指出了在宪法事实缺位的时候,往往是合宪性推定适用的时机。最后分析了合宪性推定的界限,即基本权利。同时对于未列举权利的诸多疑惑、困境也进行了研究,指出合宪性推定方法在逻辑上并没有忽视对未列举权利的保护。

第六章结合中国实际,从方法论的角度,在概念、实践及制度层面对合宪性推定的本土意义进行了思考。首先以合宪性推定为线索从方法论的角度对目前使用的“宪法审查”、“合宪性审查”、“违宪审查”等概念进行了辨析,并以方法论为线索勾勒了相关概念的逻辑层次,从而在一定程度上纠正了目前存在的诸多相关概念相互混用的情形。同时,对目前生活中发生的诸多宪法事例的分析,不能忽视合宪性推定方法,否则便是一种没有遵循宪法方法的非法治逻辑。对于宪法事例,既要分析违宪的理由,同时也要分析合宪的理由,并从宪法方法论的角度对之进行权衡。最后从制度方法的角度,结合法规审查备案室的职能,对目前我国宪法审查权进行了探讨,指出在学理上应由启动权、审查权、决定权这三种权力维度来发挥合宪性审查权的整体职能。同时分析了合宪性推定对于我国宪法审查工作的理论与实践意义。

在结语部分,沿着合宪性推定方法的研究,对于中国宪法方法论的理论建构进行了展望性探讨。从理论上指出了宪法方法论的理论建构必须根基于宪法区别于其他部门法的本体性特征,并对这些特征进行了研究,如宪法规范的极抽象性、宪法的强政治性、宪法的社会性以及宪法位阶的最高性,等等。宪法方法的本体性决定了宪法解释的前命题与方法截然区别于一般的法律解释方法。同时结合合宪性推定研究,对宪法方法论的模式选择进行了一定的探索,为未来宪法方法论在理论上的进一步发展完善提供了铺垫。

目 录

导论 宪法方法的一种觉醒	1
一、宪法方法论之贫瘠:合宪性推定引出的话题	1
二、一种觉醒:去政治化	3
三、研究方法与实践方法分离之尝试	5
四、宪法方法论之本体	8
五、合宪性推定研究——研究方法上的追寻	12
(一) 研究方法的层次定位	12
(二) 具体研究方法	16
第一章 合宪性推定的范畴	18
一、合宪性推定(Presumption of Constitutionality)的概念	18
(一) 合宪性与违宪性:一种判断	18
(二) “推定”的混乱及其厘清	19
(三) 推定的强弱层次	22
(四) 一种方法:合宪性推定	28
二、合宪性推定的源流	31
(一) 起源与发展:美国法的考察	31
(二) 蔓延:作为宪法方法	34
三、合宪性推定的逻辑延伸	37
(一) “合宪性法律解释”方法(Canon of Constitutional Doubt)	37
(二) “回避宪法问题”方法(Avoid Constitutional Issues)	40
第二章 合宪性推定的权力哲学	42
一、权力分立的宪政架构	42
(一) 分权学说的古典形态	42
(二) 近现代分权形态	46
(三) 塞耶谦抑主义(Thayerian deference)与权力制衡	51
二、立法权的公定力	61

(一) 公定力存在的缘由	61
(二) 有限立法公定力	63
三、立法权及其“形成余地”	66
(一) 从“裁量”概念到“立法形成余地”	66
(二) 立法权的非执行性	67
(三) 违宪审查权的行使界限及基准	68
四、权力哲学与人权逻辑	70
(一) 国家权力范畴下的人权保护	70
(二) 合宪性推定与“必要且恰当条款”(Necessary and Proper Clause)	72
第三章 合宪性推定的正当性	76
一、合宪性推定的政治逻辑	76
(一) 合宪性推定的政治因素	76
(二) 合宪性推定与宪法的政治品性	81
(三) 合宪性推定与“政治问题”(Political Question)	84
(四) 合宪性推定政治考量“度”的面对	87
二、合宪性推定的规范逻辑——来自法实证主义的立场	90
(一) “最高法”：法规范体系中的宪法	90
(二) “禁止向一般条款逃避”：方法论的应用	94
(三) 与“穷尽原则”(Exhaustion Doctrine)之契合	97
三、合宪性推定的经济分析——波斯纳的进路	99
(一) 合宪性推定经济分析的必要	100
(二) 合宪性推定与“效用最大化”	102
(三) 合宪性推定的经济考量	105
(四) 合宪性推定界限的经济分析	108
(五) 结语：经济分析之视域	110
第四章 合宪性推定的适用——以社会经济活动为中心	112
一、两种态度：洛克纳时代(Lochner era)及其终结	112
(一) 洛克纳时代的来临：洛克纳诉纽约州案(Lochner v. New York)	112
(二) 洛克纳时代的终结：西岸宾馆诉帕里什案(West Coast Hotel Co. V. Parrish)	115

二、偶然抑或必然?——第四脚注(Footnote 4)的转折	116
三、理论支点:市场逻辑与国家理性	119
四、迂回:合宪性推定的排除	124
第五章 合宪性推定的司法方法	128
一、推定中的责任分担(Burden of Proof)	128
(一)合宪性推定与责任分担	128
(二)反证义务:一种不利后果	133
二、宪法事实(Constitutional Fact)与推定方法	134
(一)宪法事实及其难题	134
(二)宪法事实审查与推定方法	140
三、疑难宪法案件的消解	142
(一)疑难宪法案件的客观性	142
(二)合宪性推定:作为消解的一种方法	144
四、普通法院的适用方法	147
(一)普通法院可以适用宪法吗?	147
(二)合宪性解释的两个层次:法律方法与宪法方法	153
五、作为“判决”的效果	156
(一)宪法判决类型的多样性	156
(二)合宪性解释:作为一种判决	159
六、合宪性推定的界限	161
(一)基本权利(Fundamental Rights)原则	161
(二)未列举权利(Unenumerated Rights)与巴赖特批判	166
(三)司法裁量与未列举权利保护:修正式第四脚注?	168
第六章 合宪性推定的方法意义	173
一、合宪性推定与“合宪性审查”的概念认知	173
(一)“违宪审查”概念的疑惑:从“Constitutional Review”的语义谈起	173
(二)概念中的方法:“是否违宪”与“是否合宪”辨析	175
(三)“合宪性审查”概念的认知:合宪性推定方法	177
(四)与相关概念的学理区分	179
(五)以方法论为中心的概念体系	183
二、合宪性推定与违宪案事例分析方法	184

(一) 当下宪法事例分析逻辑管窥·····	184
(二) 一种逻辑：合宪性推定的运用·····	188
三、合宪性推定与中国宪法审查制度的完善·····	190
(一) “后立法”时代背景下宪法审查之“忧虑”·····	190
(二) 一种方法：合宪性推定·····	194
(三) “三位”审查权：合宪性推定之运用·····	197
(四) 模式选择：“宽进严出”·····	200
(五) 结语·····	202
结语 宪法方法论的一种展望·····	203
附录：司法谦抑主义与香港违宪审查权·····	207
参考文献·····	220
后记·····	236

导论 宪法方法的一种觉醒

一、宪法方法论之贫瘠：合宪性推定引出的话题

法学研究的水准在一定程度上也可以从方法论研究的成熟度略知一二。虽然目前对于法学方法论已有诸多研究,但是“对于部门法来说,也需要深入研究其法律方法”^①。虽然宪法和法律都属于法规范体系的范畴,但是宪法具有不同于一般普通法律的独特之处。对于宪法的“拿捏”,不能仅仅局限在一般法律的概念、范畴与体系之内,而须寻求宪法之所以为“宪法”的本体性方法,这样才能更深刻地把握宪法。

合宪性推定(presumption of constitutionality)作为一种重要的宪法方法,意旨在合宪性控制过程中,对制定法首先在逻辑上推定其合乎宪法,除非有证据可以证明该行为明显超越了合理的限度而违反了宪法。目前合宪性推定已为各国司法实践中普遍适用的一种方法。^② 该方法在某种程度上很好地体现了宪法的独特性,截然区别于一般法律方法,甚而可以作为宪法方法论的一种引言。从合宪性推定与无罪推定及行政诉讼中的“举证责任倒置”的比较可以看出宪法方法的独特性。刑法中的无罪推定原则,指对于有疑问的案件,作出对被告人有利的判决。无罪推定对于保障人的名誉人格、尊严、权利和自由无疑具有重要的作用。无罪推定与合宪性推定一样都具有可反驳性,一方面,在任何未经法院依法审判确认有罪之前,涉案当事人只能作为“嫌疑人”、“被告人”,而非“罪犯”;另一方面,由控诉被告犯罪的机关或人员来承担证明被告所被指控的犯罪事实的责任。但合宪性推定方法的可反驳性与此截然不同,而是首先推定制定法合乎宪法,要求对制定法提出挑战的当事人来举证证明该制定法明显地违反了宪法,否则宪法审查机关便会“站在”立法机关一边而推定该制定法合乎宪法。由此从形式上可见,合宪性推定方法在很大程度上体现了对作为国家权力的立法权的“偏袒”,而无罪推定明显体现了对人权的“偏爱”。同样,行政诉讼中的举证责任倒置规则,要求在诉讼中主要由行政主体来承担证明行政行为的合法性,否则作为被告的行政主体将要承担败诉的风险。这种“责任倒置”规则也体现了对原告当

^① 参见陈兴良:《刑法教义学方法论》,载梁根林主编:《刑法方法论》,4页,北京,北京大学出版社,2006。

^② See Michael L. Stokes, *Judicial Restraint and The Presumption of Constitutionality*, 35 U. Tol. L. Rev. 347. Winter, 2003.

事人权利的“偏袒”。但合宪性推定相反,要求对制定法提出挑战的当事人来证明该制定法明显违宪,进而免除了作为国家权力方的立法机关的举证责任,无疑也表现了对立法权的“包庇”,而更让人怀疑其内在的人权逻辑。由此可见,作为宪法方法的合宪性推定,已经很难通过一般法律方法来阐释其内在逻辑与原理。^①

从其他法治国家的实践来看,合宪性推定方法被广泛运用于宪法案件之中。^②但反观当下中国,虽然在社会现实中存在着诸多宪法事例,但在分析时鲜有运用合宪性推定方法,相反却是动辄在这些宪法事例中扣上“违宪”的帽子^③,而在很大程度上缺少对合宪性推定方法的认识。其实从合宪性推定原理可知,宪法审查在很大程度上不在于最终违宪判断的结果,而在于违宪判断过程中对于方法的恰当运用。同时,从目前对于合宪性推定方法的研究来看,也非常匮乏。^④因此,合宪性推定作为重要的宪法方法在实践运用和理论研究上的缺位也在一定程度上影射了目前宪法方法论的贫瘠。

当然,宪法方法论在国内的匮乏也有其特定的缘由。从新中国宪法的发展历程来看,虽然“五四宪法”开辟了新中国社会主义法治国家的新历程,但是时隔不久,随着“文化大革命”的爆发,在无法无天的思想引导下,砸烂了公检法;公民的基本权利在“群众专政”的名义下,遭到了任意侵犯。“七五宪法”在体例上将公民的基本权利和义务一章置于国家机构的条文之后,更是体现了对于公民权利的漠视而将宪法作为政治斗争的工具。“七八宪法”则由于“文革”的影响,“两个凡是”的错误方针仍然被坚持,因而极“左”的错误并未有效得以解决。而“八二宪法”颁布之后,虽然在内容上体现了改革开放新时期社会主义法治建设的要求,但在很长一段历史时期,宪法在理论上仍然被作为政治统治的工具。从20世纪80年代的著述可见,一般认为:“宪法是法律的一种。就其实质说,它和其他法律一样,都是掌握国家政权的阶级通过国家制定或认可的,是统治阶级意志的反应,是统治阶级治理国家的工具。”^⑤对于宪法的作用,一般均论述为巩固国家政权、反映阶级斗争的关系等等,认为通过制定宪法,

① 对于合宪性推定正当性的具体分析,可参见本文第三章的相关内容。

② See *Plaintiffs-Appellees/Cross-Appellants, v. The City of Aurora, Colorado*, 896 P. 2d 306, 1995 Colo.; *State of Hawaii, Respondent-Appellee, v. Lloyd Mallan, Petitioner-Appellant*, 86 Haw. 440; 950 P. 2d 178; 1998 Haw.

③ 比如有学者指称《物权法》有“违宪”之嫌。然而在此不论《物权法》事实上是否违宪,从方法论的角度来看,其忽略了合宪性推定方法的分析,而直接依据“宪法条款”断言相关条款违反了宪法,这样便缺少对于违宪判断前“是否合宪”、“如何违宪”等诸多命题的思考。

④ 国内在此方面的研究甚少。相关研究可参见韩大元:《论合宪性推定原则》,载《山西大学学报》(哲学社会科学版),2004(3)。

⑤ 参见张庆福主编:《中国宪法概论》,4页,石家庄,河北教育出版社,1988。

统治阶级把所取得的胜利成果和有利于自己的国家制度、社会制度,用国家根本法的形式确定下来,从而为自己在经济上、政治上的统治地位披上了神圣化、合法化的外衣。^①由此可见,宪法在相当长的时间内具有极强的政治性和工具性,从而在很大程度上失去了宪法作为法的一般特性。同时,由于一直缺乏有效的违宪审查制度,对于宪法的解释与适用一般局限于理论层面的探讨,而未能在方法运用层面予以展开。因此在这样的历史背景下,对于方法论的探讨一般仅仅限于宪法学的研究方法,如比较研究方法、政治分析方法等等。^②随着社会的不断发展,宪法学逐渐开始需要新的方法作为理论支撑。拉伦茨说道:每种学科的方法论都是这个学科对本身进行的情况、思考的方式、所利用的认识手段之反省。每个学科都会发展出一些思考方法,以及用以确定其素材及确证其陈述的程序。法学方法论的特征即在于:以诠释学的眼光对法学作自我反省。“自我反省”指的不是对法律决定过程的心理分析,虽然这种分析亦自有益,但是于此所指的是:发掘出运用在法学中的方法及思考形式,并对之作诠释学上的判断。^③同样,宪法并不是一种“政治宣言”或“政治口号”,从而在知识上也需要宪法运用中的方法和思考形式。

诚然,宪法方法的贫瘠与目前缺乏有效的违宪审查制度具有一定的关系。但也可以想象,如果没有体系化的宪法方法,即使存在违宪审查制度,也很难在实践层面有效运作。如果能够基于中国的制度现实逐步探讨建构出相对成熟的宪法方法论体系,完成应该完成的知识性任务,那么会在很大程度上推进违宪审查制度的实践发展。因此,宪法作为法规范的范畴,如欲与社会现实相互衔接,必须寻求解释与适用的本体性方法。对于合宪性推定方法的探讨便属这样的努力。

二、一种觉醒:去政治化

面对长期以来宪法在很大程度上依附于政治的现状,宪法学需要一种觉醒从而使其具有学科的主体独立性。如有学者指出,“设若宪法学想要在我国成为一门具备独立地位的成熟学科,就必须注重宪法学方法论,以使其与相近的学科区别开来。对于宪法学而言,这一相近的学科主要是指政治学;而具备宪法学独立属性的方法则必须是一种法学方法。要想使宪法学成为具备体现自身学科特点的具有独立属性的学

① 参见廉希胜主编:《宪法概要》,13页,北京,中国政法大学出版社,1989。

② 对于宪法学研究方法,或学习宪法学的方法,一般概括为系统分析方法、历史分析方法、比较分析方法、联系实际方法等等。见周叶中主编:《宪法》,31页,北京,高等教育出版社,2000;许崇德主编:《中国宪法》,17页,北京,中国人民大学出版社,1996;等。

③ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,119、121页,北京,商务印书馆,2003。

科,就必须还原其作为法学的属性,具备法学属性的宪法学方法是一种法学方法”^①。这种论述在一定程度上已经认识到应从方法论角度将宪法予以去政治化,从而还原其法的一般属性。这种觉醒过程体现了由政治宪法向规范宪法的转变趋势。可图示如下:

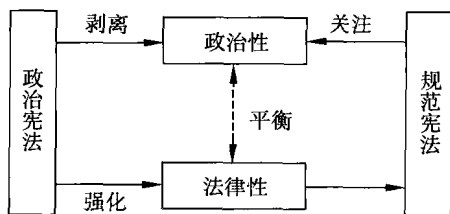


图 0-1 政治宪法与规范宪法的平衡

通过适当地剥离依附于宪法上的“政治镣铐”，并强化宪法的一般法律特性，有利于还原宪法的本来面目，也有利于宪法学方法的进一步成熟。由于宪法也属于法的一般范畴，当然需要从一般法律的角度予以待之，从而使其与政治学在一定范围内划清界限。然而这种去政治化的觉醒，也容易产生一种极端可能，即过度强调宪法的法律性而忽略了应有的政治性。这种极端可能在一定程度上源自基于历史原因而产生的对于政治性的一味排斥，进而可能带来一种后果，即偏执于宪法的法律性。目前存在的一些论断，如“宪法首先是法律”、“宪法首先是法”等等，便属极端伸张法律性的一种表现。^② 从宪法的特性可知，政治性也是宪法的根本特性之一，因此，在从政治宪法向规范宪法过渡的过程中，应当在原则上把握好宪法的政治性与法律性两者之间的适当平衡，而不能因为历史上出现的“政治阴霾”便一味排斥宪法的政治性、极端强调其法律性。在某种程度上，“宪法首先是法”这一论断容易使宪法潜意识地偏执于法律性而有走入“纯粹法学”极端的可能。从合宪性推定方法来看，其并不排斥宪法的政治性，相反通过适当的方法极大地包容了宪法的政治性。^③ 合宪性推定在很大程度上是国家权力之间相互尊重的产物。司法审查权对于立法权的尊重以及在审查中表现的谦抑姿态在一定程度上都体现了其中内含的政治性，否则，司法权完全可以采

^① 参见郑贤君：《宪法学为何需要方法论的自觉？——兼议宪法学方法论是什么》，载《浙江学刊》，2005(2)。

^② 如有学者说道：宪法首先是“法”；其次，它才可能是“更高的法”，或“基本法”或“根本大法”。这在某种程度上也是试图伸张宪法的法律性，而进行一种去政治化的努力。参见张千帆：《宪法学导论》，12页，北京，法律出版社，2004。

^③ See *The Presumption of Constitutionality*, Columbia Law Review, Vol. 31, No. 7. (Nov., 1931), pp. 1136~1148.

取一种积极主义的姿态来进行宪法审查,但是司法权在事实上往往表现为一种消极的美德(passive virtue)。^①

值得提及的是,规范宪法学说在很大程度上强调以“规范”为中心,这也在一定程度上体现了试图摆脱依附于宪法上的“政治镣铐”的一种努力。但是从应然状态来看,这种努力在某种程度上仅仅体现了方法论上的起步,因为现代法治国家毫无疑问都建立在法教义学的基础上。法治离不开规范乃不争事实。规范也当然是方法论应当考量的因素,例如法学方法论离不开规范且以规范为依托,民法方法论、刑法方法论等均是如此。学说之争在很大程度上并不是“是否围绕规范”,而是“如何围绕规范”。当然为何中国宪法学在方法论上会出现这种看似“多余”的对“围绕规范”的强调,其中的原因很大程度上在于新中国宪法在一个相当长的时期内失去了作为法的一般特性,而主要虚置为一种政治工具。在这样特殊的政治情境之下,学者们便较为突出地强调宪法的规范性,以期能使规范与事实相衔接。当然,规范宪法学也特别声明,这种在“规范”上看似多余的强调,并没有退到传统法律实证主义的立场上去,成为一种类似于19世纪德国国法学式的“纯粹的规范科学”,刻意地将一切政治的、历史的、伦理的考量一味地加以排除。^②可以说,将政治性予以适当考量是宪法学绕不开的命题。当然,对于如何把握宪法的法律性与政治性之间的动态关系,则需要在方法论体系中进一步探索,合宪性推定便是通过实践积累不断摸索出来的一种方法。^③

因此,宪法学在去政治化的觉醒过程中,必须把握政治性与法律性之间的关系而不能偏执一端,进而才能实现方法论上的成功转型。这种去政治化的方法觉醒如果过度,则仍将失去平衡而不能很好把握宪法之本。

三、研究方法与实践方法分离之尝试

独立的学科离不开独立的研究方法。法学作为一门独立的应用性社会科学,也有其独特的研究方法。中国宪法学的去政治化觉醒,使得宪法学研究在一定程度上摆脱以往政治学的窠臼,在研究方法上有了一定的突破,而不再是以往在“阶级斗争”等传统单一范式下的研究情形。宪法学研究方法也具有区别于一般法学研究方法的独特性。有的学者指出:确立中国宪法学研究方法首先要对方法本身进行探讨;其次

^① See Michael L. Stokes, *Judicial Restraint and The Presumption of Constitutionality*, 35 U. Tol. L. Rev. 347. Winter, 2003.

^② 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,4页,北京,法律出版社,2001。

^③ See Joseph Eliot Magnet, *Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and The Presumption of Constitutionality*, 11 Man. L. J. No.1 (1980).

要注意区分宪法学研究方法与法的一般研究方法、政治学研究方法、宪法解释方法的差异与联系；同时确立中国宪法学研究方法还要有中国问题意识，要对中国宪法文本持相对“中立”的立场，处理好宪法学研究中的普世性价值与中国特性的关系，正确处理“时差”问题。^① 这便主要是在理论研究的层面来对研究方法进行探索。也有学者指出：中国宪法学没有自觉地探讨关于宪法学研究方法的一般理论——方法论，进而认为中国宪法学必须构建以“辩护”与“发现”为共同目的、以概念与（实际）问题互动为内容、以多元方法之间的有效互补为特征的方法论，并应特别关注系统的方法在宪法学研究中的具体运用。^② 这更是一种对宪法学研究方法进行体系化的尝试。因此可见，中国的宪法学研究确实在逐步走向规范化，研究方法也逐渐多元化而日趋成熟。

伴随着宪法学逐步去政治化的过程，以及宪法学研究方法的去政治化突破，宪法的实践方法也有觉醒之势，即试图探讨宪法解释与适用的方法，如有学者在对规范宪法学进行评论时指出：规范宪法学很大程度上只是学理性宪法解释，从而提倡应当构建司法性宪法解释。这在一定程度上折射出了宪法实践方法的觉醒，即迈向法教义学意义上的宪法方法，从而探讨宪法的实践理性。^③ 同时，目前宪法解释学在一定程度上也属于朝向宪法实践方法的一种努力。因为从德国的方法论体系来看，法学方法论很大程度上便是法解释学。^④ 同时从美国宪法的实践来看，其也主要围绕宪法规范进行解释。^⑤ 另外，国内一些学者对违宪审查基准、宪法判断方法、宪法启动要件等命题的逐步探讨，都是向实践方法努力的表现。^⑥

但是从方法论体系来看，目前并没有在概念范畴上明确区分作为学术研究的方法与作为宪法实践的方法，而往往将宪法解释与适用的方法与宪法学的研究方法糅合在一起。如有学者提出了宪法学的实证研究方法包括：方法论的个体主义、公共选择理论的一元行为假定、哲学上的怀疑主义，等等，从而试图突破传统的方法论。但这里诸如公共选择理论等方法其实既可以作为宪法学研究方法，也可以作为宪法解

① 参见胡锦涛、陈雄：《关于中国宪法学研究方法的思考》，载《浙江学刊》，2005（4）。

② 梁成意：《论中国宪法学方法论的转型》，载《法商研究》，2007（3）。

③ 参见范进学：《对话商谈与方法多元——论中国宪法学研究方法》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2006（6）。

④ 前引拉伦茨，引论部分。

⑤ See Jeffrey M. Shaman, *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Greenwood Press, 2001.

⑥ 从方法论的角度来看，这方面的相关研究成果有：胡锦涛：《违宪审查论》，海口，海南出版社，2007；翟国强：《宪法判断的方法》，浙江大学2007年博士学位论文；郑磊：《宪法审查的启动要件》，浙江大学2007年博士学位论文，等等。

释与适用的方法,如法官在裁判过程中对公共选择理论进行方法上的运用,便是实践性的宪法方法。^①同时,有的学者从三个层面对宪法学的方法进行了分析,分别为:根本方法、普通方法以及具体方法。^②其实从整体上而言,此种论述在很大程度上是对宪法研究方法的探讨,如其在具体方法上指出,我国宪法学者比较重视论证现行宪法制度的合理性,重视直接提出结论等等。^③但是,此种分类也潜在地将实践中解释与适用层面的方法囊括其中,如指出20世纪我国宪法学所存在的一个具有“根本性”的问题,其实也涉及“事实”与“价值”、“宪法之科学”与“宪法之解释”之间的关系问题。^④由此可见,一个方法概念是在两种意义上糅合使用,以规范宪法学方法为例,有时既可以表示在研究中以宪法规范为中心,也可以表示在解释与适用宪法的过程中以宪法规范为中心。

虽然研究方法与实践方法往往融为一体,无法完全割裂。但是从概念体系来看,对研究方法与实践方法进行范畴区分仍有必要。如果不加区分地对这两对范畴予以混合使用,则容易造成方法论体系的混淆。对宪法学研究方法与宪法的解释适用方法进行学理上的区分之后,逻辑关系可图示如下:

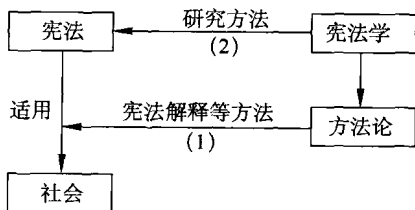


图 0-2 宪法学研究方法与实践性宪法方法的系谱

比如,政治学的研究方法 with 宪法解释中的政治方法便属于不同的范畴。政治学的研究方法是指研究宪法学的一种方法,而作为宪法方法的政治方法则指在适用宪

① 参见张千帆:《宪法学导论》,41页,北京,法律出版社,2004。

② 所谓的根本方法,指的是宪法学应用社会科学之方法论意义上的那种方法,其在终极意义上乃涉及宪法学研究的哲学立场、价值取向等根本问题;而宪法学的普通方法乃指宪法学通常所应用的一般方法,其一方面与宪法的根本方法密切相关,并在最终上取决于宪法的根本方法;另一方面又在一定程度上具有为其他社会学科的方法所难以替代的某种相对特定性;至于宪法学的具体方法,则指的是将宪法的根本方法以及普通方法贯彻到宪法学研究过程中所体现出来的具体技巧或手法,采用不同的具体方法可折射出不同的研究之风格、品位与特色。林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,5页,北京,法律出版社,2001。

③ 前引林来梵,53~55页。

④ 前引林来梵,8页。