

【郑贤君/著】

■ *Xianfa Fangfalun*

宪法 方法论



中国民主法制出版社

【郑贤君/著】

■ *Xianfa Fangfalun*

宪法 方法论

 中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法方法论/郑贤君著. —北京: 中国民主法制出版社,
2009. 4

ISBN 978-7-80219-570-7

I. 宪… II. 郑… III. 宪法—研究—中国—文集 IV.
D921.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 055894 号

书名/宪法方法论

XianFaFangFaLun

作者/郑贤君 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)

电话/63292534 (发行部) 63055022 (编辑部)

传真/63056975 63056983

<http://www.npc.gov.cn>

E-mail: MZFZ@263.net

经销/新华书店

开本/32 开 880 毫米 × 1230 毫米

印张/11.375 字数/256 千字

版本/2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

印刷/唐山新苑印务有限公司

书号/ISBN 978-7-80219-570-7

定价/22.00 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)

绪 言

本书是作者近年来有关宪法方法论思考的一点心得,它从一个侧面真实记录了我的学术成长历程与轨迹,与我在所处单位工作与教学中的感受密不可分。

我之对于该问题的思考,始自上个世纪90年代中期。我供职于一个由多学科组成的教学单位,其中有哲学、政治学、社会学、经济学等,各科老师都给学生们上课。有一次,系里征求同学们对各门课程的意见,学生的反映之一是宪法学与政治学的内容有些重叠。当时另有一件事对我造成了不小的冲击。因担任其他学科课程的老师工作量不够,系里意欲安排这些老师担任一些法学课程,虽然并不是宪法学,负责人也许不认为这有什么,但我还是强烈地感觉到作为一门学科的尊严被侵犯了。能够设想让法学专业的老师去教哲学与经济学吗?如果不能,则哲学与经济学老师轻易涉足法学教学同样匪夷所思。

这类事件不断刺激着我的神经,迫使自己思考宪法学内容及与之相关问题。我将宪法学教材与政治学、国际政治等教科书进行了对比,发现的确与政治学内容多有重叠。学生们的感受是直接的,也是没有任何矫饰的,遂感叹:宪法学太缺乏自己的个性了!标举一门学科有两个不可或缺的元素:一曰内容,一曰方法,这是两个密切相关的问题。宪法学涉及政治内容无可厚非,这是由该学科的性质决定的。宪法的政治性决定了其所关注的是国家政治制度与政治生活,法国宪法学著作或者教科书也是如此,问题是切入角度须

与政治学有明显不同。带着这些将信将疑的思索,我陆续阅读了一些书籍,像日本早期的美浓部达吉、英国和德国宪法学的著作,发现这些问题也曾困扰过他们,原来宪法学在这些国家中也走过了从国家学、政治学等相邻学科中摆脱出来的道路,且并非一番风顺。2001年学界对齐玉苓案件的反映更加加深了自己的这一认识,有关方法论的焦虑就这样形成了。

如果说发生在身边的事情激发了我对宪法学研究对象与方法的关注,一些学术活动的参与则直接促成了对该问题的进一步思考。第一件是《宪法学专题研究》一书的写作。2003年,应中国人民大学法学院韩大元老师之邀,我与韩老师、浙江大学的林来梵教授合作撰写这本供研究生使用的宪法学教材,由我承担国家机构与政党制度部分的写作。经过讨论,大家确立了一个基本共识,即试图作一些尝试,使这本书无论在内容与方法上都与传统宪法学教材有所区别。应从何处入手呢?体例(结构)和内容需在服从宪法理论固有逻辑的前提下斟酌取舍,然方法也是一个不小的挑战,特别是对于我承担的这部分而言,情形尤甚。

如何从方法上体现宪法学的特质呢?与哲学、政治学等学科相比,宪法的独特之处在于其法学属性。什么可称为法学属性呢?对于该问题的思考又回到常识上来。所谓法律、法学,不就是目光天天盯着法条和法院吗?宪法学无出其右,它也有文本,有判例呢!一时如当头棒喝,长久困扰自己的迷雾瞬间竟烟消云散。原来宪法学骑驴找驴,抱着金碗讨饭吃,文本与司法不正是开启宪法学专业性的不二法门吗?一方面,这两点最能与其他学科分开了,真正可称为法学的“独门暗器”;另一方面,以此实证材料为基础开展研究无疑属法学之正鹄。说得夸张一些,设若宪法学以文本和司法实践为参照开展研究,即使闭着眼睛也不至于迷路。反省自己过去的教

学或者写作,参考较多的却是学者的学说,且主要是政治哲学等方面的著作。这使我的阅读范围在向宪法文本与司法判例倾斜的同时,又重拾法律实证主义的理论经典。正是在这样的思路与共识之下,遂有了该书三人合撰的前言及眼下的样貌。在我所负责的国家机构这部分,我大胆地进行了一些尝试。传统教材对国家机构部分的处理着重于原理上阐述其优越性,不重视对具体权力运行状态的分析,窃以为这不足以体现宪法的法学特质,尝试通过强调各种国家机构的宪法地位、职权、各种权力与其他机构的交叉、是否违反宪法原则、超越权限等,及原理上可能遭遇的违宪审查。本着这一想法,该书将传统教材中所没有纳入的人大与人大常委会的预算权、紧急权、军事权、条约签署与批准权、外交权等进行了较为深入的分析,对于政党制度也在已有研究的基础上按照法学方法,重点分析了政党的宪法地位、政党法治的原则、党员的权利,以及对政党违宪的司法审查等。现在看来,这样做并不过分。随着我国公众宪法意识的提高和法治程度的深入,像预算权、紧急权、军事权、政党法制、党内民主、党员权利保障等问题益愈显示其实践紧迫性,但在当时,这一尝试委实需要一些勇气。

此后对该问题思考的步伐与学术界持续关注并组织力量集中研讨相伴而行。自2004年始,宪法学研究会率先垂范,连续发起对宪法方法论的研讨。到目前为止,宪法学研究会共倡导组织举办了四次有关宪法学范畴和方法论的学术研讨活动。2004年11月,浙江大学组织举办了第一次学术研讨,2006年5月,山东大学组织了第二次相同主题的研讨,2007年6月,南京大学召开了第三次研讨会,2008年6月,武汉大学举办了第四次宪法学范畴与方法论研讨会。除第二次会议因故未能参加之外,其余会议我都报着热切地心态参与,并提交论文。这对我的方法论研究自然是一个很大帮助。

其他一些小型会议和学术活动对此亦有直接助益。2005年6月30日,中国人民大学法学院举办了“中国宪法文本研究的意义与方法”研讨会。这次会议的成果是产生了两篇论文,一篇是《如何对待宪法文本:法律实证主义与社会实证主义宪法学之争》,2006年发表于《浙江学刊》第3期,一篇是《宪法文本分析:一种解释方法》,2008年发表于《法律科学》第2期。

其他师友的一些活动对我也有直接或间接帮助。范进学教授2005年先后在《浙江学刊》、《山东社会科学》组织开辟专栏开展对方法论的讨论,促成了其他一些论文的问世。中国人民大学的胡锦涛光老师在人大复印资料《宪法学、行政法学》转载了一些文章,在一定范围内产生了一些影响,对宪法方法论的讨论和深入起到了很大的推动作用。特别值得一提的是《浙江学刊》的王莉编辑。她于2005年组织刊发一批宪法范畴与方法论的稿件之后,以其学术敏感,又于2006年刊发了一批有关方法论的稿件。这些师友的倡导、组织、转载、刊发等活动,不仅直接促成了这些论文的写作,也坚定了自己继续探索的勇气与信心。

本书共收录有关宪法方法论的论文17篇,根据内容将其分为三篇,分别为“方法之辩”、“文本与解释”、“宪法法理”。上篇“方法之辩”是对宪法方法论正当性的论证,包括何为宪法方法论,为什么要研究宪法方法论,作为法学的宪法方法论是什么,阐释了作为法学的宪法学的视觉重心应为宪法文本,亦即如何“围绕规范形成思想”(林来梵语),以权利义务关系为内涵的宪法概念之于宪法学任务即宪法体系的意义,以及宪法概念在体系化的宪法释义学中的价值。中篇“文本与解释”探讨了两种宪法学理论,将如何对待宪法文本作为区别法律实证主义与社会实证主义宪法学的理论分野,分析了作为一种解释方法,文本主义是如何形成的,宪法中的文字包括字词

句意,而非仅仅原则是如何得到法官关注,完成宪法经由政治文件转化为由法院实施的法律文件之过程,论证了宪法解释在实现政治法律化中的特殊功能与使命,依照文本方法,具体分析了我国宪法文本中的“政党”与“组织”两个宪法概念。下篇“宪法法理”是关于宪法的法律理论,重点说明宪法学是法学的,论证了作为法学的宪法与政治学等学科的区别,其学科科学性的理论依据,学科构成即宪法法理学包含哪些分支,简约描述了宪法哲学、宪法解释学、规范宪法学、宪法社会学、宪法经济学等宪法方法的基本样态,证成了宪法社会学的存在依据,以法学方法分析我国宪法“总纲”与国家政策的法律属性,权利义务相一致这一普遍法学原理在宪法社会基本权利领域中的体现。

本书选择使用“宪法方法论”而非“宪法学方法论”冠名,个中原因已在《以宪法概念思维:规范是如何发现的》一文中有所提及,这里还想再次强调一下。基本上,两名称反映了两大法系学术传统的差异,即英美法系的实践取向与大陆法系的学理取向。从名称上看,两名词似乎是两个不同的概念,一个有“学”,一个没有“学”。如果细究,其主体也有差异。“宪法方法论”是立法者、法官、律师证立一个宪法规范的方法;“宪法学方法论”是学者阐释宪法命题的过程。但在实际上,二者之间并无严格分野。学者的工作虽然是在书斋中完成的,但它也是论证一个带有规范性质的宪法命题的过程,属于宪法新知的发现,对日后的修宪、释宪、宪法裁判等宪法实践具有指导意义。所以,在强调方法之于宪法实践的意义,“宪法方法论”或许更为贴切。

西儒拉德布鲁赫不屑于方法论的探讨,曾不无鄙薄地斥之为“有病”,谓“就像因自我观察而受折磨的人多数是病人一样,有理由去为本身的方法论费心忙碌的科学,也常常成为病态的科学,健康

的人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”尽管此公对方法论甚是不耐烦,但对于中国宪法学,此言却是歪打正着。诚然,一个健康的人不会醉心于观察和审视自己的身体,亦不会对身体各部位有任何感觉,除非因寒暑而冷暖;一旦感觉到某一部分的存在,一定是身染微恙,或积重难返亦未可知。对于我国宪法学而言,方法论与之同理。正因为有切肤之痛,才知积患之深。中国宪法学真的有病,且病得不轻。

“工欲善其事,必先利其器”。尽管我国士大夫文化传统一直重道轻器,然无器,道何以由成。对于达致目的而言,妥适的方法依然是可欲的。讳疾忌医只能使陈疴日重,方法论自觉亦非一日之功。我国宪法学专业性缺失很大程度上是实践、观念、意识、队伍构成等因素交互作用的结果。宪法实践不尽如人意,人们在现实生活中较少感受宪法的实效性,只能将宪法视为政治文件而非法律文件,宪法意识自然低迷,仰赖于实践推动的法学方法也会力有不逮,因宪法学对知识结构多样性的需求,相当一部分跨专业研究者要么不太注重法学知识营养的汲取,要么无法得到法学方法的锤炼与熏陶。这些互为因果,都在不同程度上影响宪法学的专业化程度,使其在新知生成与输出的法学品质方面难以满足人们的期待。但是,这些不能成为就此止步不前的借口,设若中国宪法学欲成就一门名副其实的 science,须克服重重困难,向着这一方向不懈努力,舍此别无他途。

知行合一诚可羨,然坐而言与起而行非总是并辔而行,在外部条件不甚理想的情况下尤然。宪法方法论属哲理层面的探讨,将此理念与方法贯穿于一切有关宪法问题、争议、思考与写作始终,谈何容易!作者在行文过程也觉笔端凝涩,欲语还休,颇有刚开头又想结尾的冲动。但是,有一点必须承认且面对,那就是,对于中国宪法

学而言,方法论并非一个伪问题。

路漫漫,夜正长。希望不会一语成谶。

郑贤君

2009 年 3 月

目 录

绪言	1
----------	---

上篇：方法之辩

第一章 宪法学为何需要方法论的自觉？ ——兼议宪法学方法论是什么？	3
第二章 在公法之内看公法 ——兼议中国公法学的方法论转向	16
第三章 以宪法概念思维：规范是如何发现的？	31
第四章 再论宪法概念	56
第五章 宪法释义学与宪法体系	75

中篇：文本与解释

第一章 如何对待宪法文本 ——法律实证主义与社会实证主义宪法学之争	109
第二章 宪法文本分析：一种解释方法	128
第三章 宪法解释是政治法律化的基本途径 ——兼议司法释宪的形式化特征	152
第四章 确立“法”上之力：宪法解释学的中国使命	178

第五章 我国宪法文本中的“政党”	197
第六章 我国宪法文本中的“组织”	216

下篇：宪法法理

第一章 作为法学的宪法	235
第二章 宪法学及其学科体系科学性的理论依据	248
第三章 宪法法理学刍议	266
第四章 宪法的社会学观	293
第五章 论宪法总纲与国家政策的法律属性	311
第六章 权利义务相一致原理的宪法释义	330
——以社会基本权为例	
后记	351

上 篇

方法之辯

第一章 宪法学为何需要方法论的自觉?^①

——兼议宪法学方法论是什么

一、引言

随着宪法学逐渐成为法学研究一个新的学术增长点,面对着大量非宪法学专业人士日益参与到宪法学研究队伍中来这一显著事实,宪法学研究者亦喜亦忧,悲喜交集。喜的是,宪法学研究终于可以一改往日“门庭冷落车马稀”的境况,这么多人加盟或可增强研究力量,壮大研究队伍,繁荣宪法学学术;悲的是,宪法学学科的“学术门槛”竟然如此之低,以至于无法将长期从事这一研究的人士与初入者区别开来;忧的是,长此以往,宪法学究竟是否能随着我国宪法政治实践而逐步成长起来?何时宪法学才能成为一门精致的学问,具备独立的学术地位和品性而赢得人们的尊重呢?宪法学研究者因之感受到强烈的困惑与学科危机意识,随之一系列问题纷至沓来。

首先产生的困惑是为什么不管原来是从事历史、政治学,还是哲学、经济学等学科的研究人士都能涉足宪法学?其次是宪法学的专业性何在?再次如果一门学科不具备基本的专业品性其何以成

^① 本文原载于《浙江学刊》,2005年第2期,中国人民大学复印报刊资料《宪法学、行政法学》2005年第6期转载。

为相对独立的学科?等。即使宪法依然仅被视为普通立法的指导,实践中的宪法尚没有获得一般法律司法实施意义上的“法”的地位,也须对学术研究意义上宪法学长期依赖政治学这一事实作出一个深刻的省察。

二、远离政治学

方法论自觉并非纯粹出于张扬学术个性的需要,而毋宁说是宪法政治实践发展和宪法学学科任务的需求。自然,从学术角度而言,一门学科的成熟程度取决于其方法。俄罗斯电影艺术大师安德列·塔克夫斯基说道:“一种艺术的发展不过是它逐渐远离其他艺术形式的过程。”^①这一判断同样适用于对某一学科特征的描述;判断一门学科是否具备独立属性,是否成熟,很大程度上取决于其是否具有相对独立的本质特征,而学科的本质特征或者将某一学科与另外一个学科区别开来的除了其特定的研究对象之外,就是它的方法了。英国学者布赖斯也说道:“鉴于每一门所谓道德科学、社会科学或政治科学之本质特征是它的方法,而正是通过拥有某种方法,其作为一门科学的主张才必须得到检验。”^②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。

将宪法学方法与政治学区别开来,并使其回到法学家族中来这一学术志愿不独作为当今我国宪法学研究者的一种学术自觉,历史

^① 转引自邹波:《沉默的少数》,载《经济观察报》书评增刊,2004年11月15日。

^② [英]詹姆斯·布赖斯:《法学的方法》,载“法律思想网”。

地看,其一直作为一个议题之一而在宪法学科发展史中占有一席之地,并曾一度困扰过其他国家和地区的宪法学家。这是因为,在学科发展史上,宪法学是从国家学与政治学中逐渐脱离并发展起来的这一事实,使宪法学与其母体——国家学和政治学始终有着密切联系的同时,其研究方法也长期依赖于国家学和政治学。昔日德国国法学大师拉班德就曾坚持要将宪法学恢复为法学的研究方法,其着眼之处之一就在于必须把宪法与政治学分离,并说道,“关于论政治上之得失,论述政治上之事实,专归于政治学的任务;而宪法学则离开此等的政治论,专从事于用法律眼光观察现在的制度。”^①无独有偶,二十世纪二十年代,这一话题又重新被日本宪法学家美浓部达吉提起。这说明,起码在这两个国家,宪法学方法问题都曾是被研究者感觉到需要的一个问题。但是,在一个国家已经被解决的问题并不意味着在另一个国家也已得到解决,时至今日,在时空跨度与彼时彼地的德、日两国俱为遥远相隔的中国,宪法学研究方法又被重新提起,^②实非偶然。

说到底,学术发展是为了因应实践的需求。倘若没有在理论上回应实践中问题解决之需要,也许,方法问题就不会成为一种学术

① 参见[日]美浓部达吉:《宪法学原理》,中国政法大学出版社2003年版,第426、427页。

② 参见韩大元:《论社会转型时期的中国宪法学研究》,载《法学家》2002年第6期;《宪法学研究范式与宪法学中国化》,载《法律科学》,2003年第5期;《一九五四年宪法与新中国宪政》,湖南人民出版社2004年版;赵世义:《宪法学的方法论基础》(不过,这篇文章倒不是谈论宪法学方法,而是方法的基础如个人主义等);林来梵:《今日宪法学:方法与机遇》,载“中国宪政网”2004年11月4日;林来梵:《论宪法学的根本方法——兼从法理学方面的追索》,载《法学文稿》,2001年第2期;林来梵、郑磊:《关于法律学方法论》,载《法学》,2004年第2期;《宪法学专题研究》之“导论”,参见韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》,中国人民大学出版社2004年版。