

宪法基本价值研究

陈 雄 著

主编 谢 晖
陈金钊

g o n g f a
y a n j i u
公法研究

山东人民出版社

陈 雄 著

宪法基本价值研究

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法基本价值研究/陈雄著. — 济南: 山东人民出版社, 2007.2

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 978-7-209-04203-1

I. 宪... II. 陈... III. 宪法-研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 018175 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

宪法基本价值研究

陈雄 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 13.875

字 数 320 千字 插页 4

版 次 2007 年 2 月第 1 版

印 次 2007 年 2 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04203-1

定 价 28.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。(0633)8221365

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致

公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄冰，但相继成长之公法，使扩张之政府权力尚不致滥用。

权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学家,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持之“刑事法评论”;杨春洗主持之“北京大学刑法学博士

文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

目 录

目 录

《公法研究》总序·····	谢 晖(1)
---------------	--------

<u>引 言(代)</u> ·····	(1)
---------------------	-----

<u>第一章</u> 问题、方法与观点 ·····	(3)
---------------------------	-----

一、研究目的和意义 ·····	(3)
-----------------	-----

二、文献综述和研究状况 ·····	(9)
-------------------	-----

三、研究方法与主要内容 ·····	(13)
-------------------	------

四、几个前提性概念 ·····	(24)
-----------------	------

五、本章小结 ·····	(45)
--------------	------

<u>第二章</u> 个人自由秩序作为宪法基本价值 ·····	(46)
---------------------------------	------

一、宪法基本价值与人性基本需求 ·····	(46)
-----------------------	------

二、个人自由秩序作为宪法基本价值·····	(52)
三、宪法基本价值与秩序·····	(64)
四、与秩序相关的概念束:对秩序的多维理解·····	(72)
五、宪法基本价值与自由·····	(80)
六、与自由相关的概念束:对自由的多维理解·····	(94)
七、规范宪法学维度个人自由之特性·····	(124)
八、本章小结·····	(135)

第三章 **宪法基本价值之观念来源**····· (137)

一、自由与秩序宪法规制思想在西方的发展·····	(138)
二、西方之国家、社会、个人三元分立理论与 宪法基本价值·····	(182)
三、本章小结·····	(196)

第四章 **宪法基本价值之文本展开**····· (200)

一、美国宪法基本价值文本分析·····	(202)
二、德国宪法基本价值文本分析·····	(220)
三、法国宪法基本价值文本分析·····	(227)
四、俄罗斯联邦宪法基本价值文本分析·····	(231)
五、日本宪法基本价值文本分析·····	(235)
六、阿富汗、伊拉克宪法:明确规定宪法价值·····	(243)
七、欧盟宪法条约草案基本价值分析·····	(249)
八、本章小结·····	(252)

第五章 宪法基本价值之司法适用…………… (256)

- 一、宪法基本价值司法适用概况…………… (257)
- 二、美国宪法基本价值案例略考…………… (258)
- 三、德、法、韩等国家宪法基本价值案例略考…………… (278)
- 四、个人自由秩序的司法审查基准…………… (285)
- 五、本章小结…………… (293)

第六章 宪法基本价值之中国表达…………… (295)

- 一、儒家自由与秩序思想的历史演进…………… (296)
- 二、道家思想与现代宪法基本价值…………… (311)
- 三、近代以来中国宪法基本价值思想
 来源的多面性…………… (320)
- 四、中国宪法基本价值文本分析…………… (328)
- 五、中国宪法文本“个人”基本权利主体
 地位之偏离…………… (336)
- 六、中国宪法事例体现的基本价值略考…………… (348)
- 七、本章小结…………… (361)

第七章 宪法基本价值之中国选择…………… (363)

- 一、宪法基本价值在中国之偏离…………… (364)
- 二、宪法基本价值在中国之趋同…………… (377)
- 三、宪法基本价值之中国选择…………… (385)
- 四、本文之不足…………… (402)

五、本章小结	(405)
结 语	(406)
参考文献	(408)
后 记	(430)

引言(代)

价值问题虽然是一个困难的问题,它是法律科学所不能回避的。即使是最粗糙的、最草率的或最反复无常的关系调整或行为安排,在其背后总有对各种相互冲突和相互重叠的利益进行评价的某种准则。这种准则可能仅仅是保持和平。它可能是保持社会现状,它可能是促进最大限度的自由的个人的自我肯定。它可能是一个占统治地位的社会或经济阶级或是争取成为占统治地位的阶级的自我利益的实施。它可能是维护和加强一个已经确立的政治组织的权力。如果在有些时候和有些地方,这些价值准则是或多或少无意地被树立起来的话,那么由于立法者和法律工作者们的出现,这些准则就日益获得了系统的发展和制定,并日益与文明社会中的各种生活假说发生关系。在法律史的各个经典时期,无论在古代和近代世界里,对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用,都曾是法学家们的主要活动。

——罗斯科·庞德

这样一个联合体,在那里,每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件。

——马克思

在所有政府内部,始终存在着权威与自由之间的斗争,有时是公开的,有时是隐蔽的。两者之中,从无一方能在斗

争中占据绝对上风。在每个政府中,自由都必须作出重大牺牲,然而那限制自由的权威决不能,而且或许也不应在任何政制中成为全面专制,不受控制……必须承认自由乃文明社会的尽善化,但仍必须承认权威乃其生存之必需。^①

——大卫·休谟

我们必须维护秩序和稳定,但也不能扼杀探索、试验和表达意见的自由。^②

——科菲·安南

我们为什么要关心今天的政治人,明天的政治人物?因为他们掌有权力,他将决定一个社会的走向,所以我们这些可能被他决定大半命运的人,最殷切的期望就是,你这个权力在手的人,拜托,请务必培养价值判断的能力。你必须知道什么叫做“价值”,你必须知道如何做“判断”。^③

——龙应台

自由社会之宪政秩序原则,只要我们伸手就可以掌握。它存在于有良好宪法保障的个人表现自由、宗教自由、结社自由、选举自由、人身自由、私人财产权保障、权力分工和制约之中,而宪法基本价值就在于保障上述个人自由之秩序。

——作者

① [英]大卫·休谟:《休谟政治论文选》,张若衡译,商务印书馆1993年版,第26页。

② 斯人编译:《世界总统安南》,中国国际广播出版社2005年版,第230页。

③ 龙应台女士1999年5月15日在台湾大学法学院的演讲, <http://law-thinker.com/show.asp?id=2983>。

第一章 问题、方法与观点

是什么不说是什么,不是什么说是什么,这是假的,是什么说是什么,不是什么说不是什么,这是真的。^①

——亚里士多德

我们不能指望一部由品德优良的人士制订的宪法必定是一部好宪法,反之,因为有了一部好的宪法,我们才能指望出现一个由品德良好的人士组成的社会。^②

——伊曼纽尔·康德

一、研究目的和意义

(一)缘起

宪法无疑是重要的,在跨入 21 世纪后,中国宪法受到了更多的重视和关注。^③ 我们为生活在这样一个时代而骄傲和自

① 转引自[英]苏珊·哈克:《逻辑哲学》,罗毅译,商务印书馆 2003 年版,第 109 页。

② 转引自[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 176 页。

③ 人们对宪法的关注与期盼自 2001 年 8 月 13 日最高人民法院关于齐玉苓诉陈晓琪等一案的“批复”施行后达到前所未有的高度。

豪,但是,在兴奋的同时,我们必须冷静面对当下中国的宪法和宪法学。宪法的地位和社会关注度上升后,一方面出现了宪法“热”这股风,学者到处宣讲宪法,普通公民也拿起宪法来保护自己的权利,甚至用宪法抵制政府的强制拆迁,这在一定程度上体现了人们对宪法开始重视起来。但也容易出现误解,夸大宪法的作用,以为宪法能解决一切问题,普通老百姓用宪法保护自己的权益,实则是无奈之举,当然无可厚非。可是如果作为宪法学者也盲目跟风,社会上每出现一个事件,就要硬往宪法上套,以为拿出宪法来就万事大吉了,每出现一个事件都要宪法“司法化”一番才肯罢休,这种现象笔者称之为非理性的“宪法热”或者是宪法神话化现象。宪法被赋予太多的期盼、厚望甚至“神圣”地位,具有无可厚非的不容置疑性。但是在现实生活中,宪法在地位上升的同时也有很多“尴尬”甚至无奈,宪法规范与社会现实出现了较严重的脱节,宪法在一定意义上成为“闲法”,其根源则在于“宪法”自身在很大程度上还没有被认识清楚,学界甚至对宪法“自身”正当性的追问处于失语状态。现在到了给“宪法热”浇些冷水的时候了,到了思考宪法“自身”的时刻了。我们该冷静地思考宪法究竟能做什么,我们所论的“宪法”究竟有哪些可为和哪些不可为,宪法的功能和意义是什么,宪法有哪些基本的“好处”和“基本善”(罗尔斯语)等诸如此类“幼稚”的问题。这些问题在宪法基础理论中实质就是宪法价值问题。而“宪法的价值是宪法学研究中的核心问题,也是宪法学研究的实质内容”。^①

自1999年,“稳定压倒一切”的观点开始引起我的学术思

^① 胡锦涛、韩大元主编:《中国宪法发展研究报告》,法律出版社2004年版,第5页。

考,什么样的秩序才会是“稳定”的秩序这个问题朦胧地进入我的学术视野,其后多年我便一直在思考宪法的价值是什么,宪法有哪些基本价值,宪法有哪些基本的功能与作用等等问题。本文的目的即是研究宪法对人、社会与国家有哪些基本价值,宪法中应该被植入什么样的基本价值,宪法有哪些作为,有哪些是宪法不能承受之重等基本问题。在实践中,社会大众甚至有部分宪法学者对于宪法有哪些基本的社会作用,并没有认识清楚。对于宪法有所为,也有所不为的问题没有一个清醒的认识。对这些问题的思考是本文写作的缘起。

(二) 本研究所要解决的问题

如果把宪法研究分为应然与实然的话,则本文对宪法基本价值的研究更多地属于应然研究,是一种规范意义而非描述意义上的研究,是一种立宪意义而非解释意义的研究。当然,由于应然与实然、规范与现实事实上的难以分离性,笔者将采用实证研究的方法来证明规范之“应当”。对宪法基本价值进行研究的目的是从总体上确立什么样的宪法才是应然、良好、“善”的宪法,这种对宪法之“善”的研究本质上是一种规范研究,通过对规范宪法之基本价值的阐释为宪政研究做一份理论贡献。

本文主要想从规范的角度思考和评价中国宪法文本,其手段是对宪法基本价值之规范和现实的考察与研究。本文论述的视野是全球的,立足点和面对的问题主要是当代中国的,话语系统也主要是针对当代中国而言说的。中国宪政视域中的宪法基本价值与西方如美国、德国等国家宪政视域中的宪法基本价值是否相同,如果不同,中西方宪法基本价值取向的差异是什么?在宪法价值差异性存在的同时,宪法基本价值是否有通约性,其通约性的具体内涵是什么?这些都是本文所要尝试解答的问

题。全文通过对宪法基本价值的相关概念、历史、比较、文本、案例的考察来认识和评价中国宪法文本之“序言”、“公民基本权利和义务”部分,进而提出相关的修改建议。

具体说来,研究宪法基本价值要回答如下几个问题,解决问题正是本文的目的所在:

其一,宪法的价值有诸如人性尊严、自由、秩序、平等、民主、人权等多种,但是,对于到底什么是宪法的基本价值,理论上极少有论述,实践中更是纠缠不清。本文要从理论上分析研究宪法的基本价值是什么,有哪些。本文认为宪法价值有自由、秩序、正义等多种,而宪法的基本价值则是个人自由秩序,宪法就是在个人自由和社会秩序之间寻求平衡的一种制度形态的表征。

其二,宪法基本价值的研究有利于宪法的修改完善从而为宪法秩序的正当性奠定理论基础。事实上,绝大多数国家都有宪法文本,但是,却不是每一个国家的宪法都是良好的宪法。宪法的良好与否,根源在于宪法基本价值的正确定位。本研究的目的在于为宪法的良性基础提供一种学术模型,这个模型就是以个人自由秩序为基本价值取向的宪法。因此,本文主要是立法(宪)维度而非解释维度的,主要是对宪法制定和修改的基础规范进行研究,宪法实施中的具体解释技术不是本文的中心。当然解释也离不开或者主要是对宪法基本价值的解释,但是毕竟有区别。上述看法来源于对当下中国宪法文本之认识,当下中国宪法文本本质上是描述性而非规范性的,也正是基于这样的认识,本文认为当下的主要任务是宪法变迁和转型而不是“宪法”实施。

其三,本研究所涉及的宪法基本价值是个人自由秩序,其中的“个人”就是一种人本主义的视角,坚持人本主义的宪法学研