

认真对待宪法解释

范进学 著

gong fa yan jiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊

山东人民出版社

山东省哲学社会科学规划青年研究项目

范进学 著

认真对待宪法解释

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

认真对待宪法解释/范进学著. — 济南: 山东人民出版社, 2007. 2

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 978-7-209-04195-9

I. 认... II. 范... III. 宪法-研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 014687 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

认真对待宪法解释

范进学 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 10.625

字 数 220 千字 插页 4

版 次 2007 年 2 月第 1 版

印 次 2007 年 2 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04195-9

定 价 22.00 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人,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

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

导 言	(1)
-----------	-----

第一章 中国宪法解释制度与文本规范分析	(9)
----------------------------------	-----

一、“解释宪法”权:全国人民代表大会常 委员会的职权	(9)
-------------------------------------	-----

二、全国人民代表大会常务委员会“解 释宪法”权的性质	(16)
-------------------------------------	------

三、全国人民代表大会常务委员会“解 释宪法”的对象	(23)
------------------------------------	------

四、全国人民代表大会常务委员会“解 释宪法”的程序与效力	(28)
---------------------------------------	------

五、全国人民代表大会常务委员会“解 释宪法”与“监督宪法的实施”的关系	(31)
--	------

六、全国人民代表大会常务委员会“解 释宪法”与全国人民代表大会“修改宪法”的关系	(39)
---	------

七、我国“解释宪法”的实践与解释主体的 多元化评述	(48)
------------------------------------	------

第二章 谁最终有权解释宪法?	(76)
-----------------------------	------

一、司法性宪法解释与立法性宪法解释之并存 ..	(76)
-------------------------	------

二、西方立法性法律解释理论的兴起与失败	(79)
三、人民法院的“审判权”是否蕴涵着宪法解释权?	(92)
四、作为解释的宪法:一个不断解释的概念	(110)
五、司法性宪法解释在我国的遭遇与选择	(119)
六、宪法解释之林中路的选择	(153)

第三章 宪法解释模式比较与选择

(161)

一、宪法解释模式比较与选择	(161)
二、宪法法院制度设计:一个世界性宪法文本视阈观	(207)
三、中国宪法法院的建构与制度设计	(227)

第四章 宪法解释方法之研究

(234)

一、方法之于宪法解释之意义	(234)
二、宪法解释方法的特点与内容	(255)

第五章 中国宪法学研究:问题与方法

(292)

一、中国宪法学研究问题片论	(292)
二、宪政与方法:走向宪法文本自身的解释	(305)
三、中国宪法学研究方法:对话商谈与方法多元	(312)

后 记

(326)

导 言

当下中国社会正处于一个特定历史转型时期，其基本特点是经济市场化与全球化、政治法治化、文化多元化、价值宽容化。在这样一种历史背景下，中国法学需要对基于“现代化范式”支配下所建构的知识与理论体系进行反思与批判，并在此基础上建设中国本土化法学。在外来法学知识资源与本土资源重新整合的过程中，中国宪法学不仅承载着法治合法性评判之历史重任，而且自身尚需完成与其地位相适应的品格自足与知识理论体系建构的历史使命。所以，当下中国宪法学研究当以使宪法学自身品格具有自足独立以及以宪法学研究的文本回归为其首先要务。

判断一门学科是否独立，主要基于它是否依赖于某一或某些学科的发展或影响而发展变化。近代法学之所以能够独立，是因为它摆脱了政治学与哲学对它的制约与影响，中世纪之所以阙失学科的划分，是由于一切学科皆沦为神学之奴婢而失去其应有的独立品格。1978年之前的中国法学始终是阶级斗争学或政治学，因为它自新中国以来一直是政治性工具。迄今中国宪法学，几经宪法学人的不懈努力，虽赢得了一定的独立性，但其应有的独立品格尚未完全确立起来，其表现大致有三：

其一，宪法学自身的基本范畴尚未确立。学科的基本范

畴之所以重要，就在于它对于学科的知识体系与理论体系的建构起到一个框架的作用。也就是说，成熟的学科皆有其特有的框架结构，而特有的知识理论框架又决定了学科所独有的话语权。什么山上唱什么歌，什么样的学科表达着什么样的话语。中国宪法学既是世界宪法学的一部分，更是中国法学的重要部分，它解决的不是世界性或普适性宪法问题，而是地方性中国问题，因此中国宪法学需有自己的基本范畴。宪法学界为此正在有意识地努力建构自己的宪法学基本范畴理论，其具体体现就是2004年11月在浙江大学召开的新中国成立以来第一次专门研究中国宪法学的方法与基本范畴的学术研讨会和2006年5月在山东大学召开的“中国宪法学基本范畴与方法”第二次学术研讨会。第一次讨论会主要关注的是为什么我们要研究中国宪法学基本范畴，以及中国宪法学基本范畴应该由哪几个要素来组成。虽然第一次讨论会没有取得一个具体的成果，但大致达成了一个基本共识，即中国宪法学特别是中国宪法学的学者们应该从过去单纯的研究西方的宪法学范畴转到研究中国的宪法学基本范畴，要从中国宪法学这样一个逻辑概念出发总结出我们自己的一种实践的经验。韩大元教授为第二次讨论会提出的基本思路有二：一是从历史和宪法社会学角度对1949年以前的中国宪法学的基本范畴、方法是如何形成的以及建国以后50年代到现在这50年我们中国宪法学发展是如何变迁的，对这100年的范畴基本发展脉络做一个总体的把握；二是研究国外境外对宪法学基本范畴是如何研究的、国外的发展趋势是怎么样的。韩大元教授认为，中国宪法学基本范畴和方法讨论会至少要开5届，当开第五届的时候，学术界对中国宪法

基本范畴的一些基本内容就应该能达成几个共识了。

其二，宪法学流派尚未形成。学术流派是一个学科成熟的重要标志，没有学术流派的争鸣，就没有学术的繁荣与学术共同体的多元。学术流派的形成需要具备两大要件：第一，具有显明、独特的方法论。如果说学科的成熟是以其特有的基本范畴为标志的话，那么，流派成熟的标志则是其具有特有的方法及其理论。西方法学自 19 世纪以来所形成的流派无不是以方法论为特征的，萨维尼的历史法学派所采用的方法是历史进化与分析；奥斯丁、凯尔森和哈特等的分析实证法学是以经验的、逻辑的、数学的实证分析方法为其主要标志；无论是古代的或古典的或复兴的自然法学流派则皆以价值分析为其标志；无论法国狄骥还是美国庞德的社会学法学，均采社会学之分析方法；当代波斯纳的法经济学则是以经济学分析为立足之本。美国宪法学界之流派即是以解释主义与非解释主义，抑或原意主义与非原意主义为其各自的方法论为界分标准的。第二，具有共同之研究“范式”。根据“范式”理论的创立者库恩对“范式”的界定，能够成为“范式”的命题必须具有两个基本特征：“它们的成就空前地吸引一批坚定的拥护者，使他们脱离科学活动的其他竞争模式；同时，这些成就又为重新组成的一批实践者留下了解决各种问题的开放性空间。”^① 邓正来认为：“在人文社会科学领域中，‘范式’主要是指一种在某个时代处于主导或支配地位的规范性信念。”^② 一个学术流派必须具有自己的

^① Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962 by The University of Chicago Press, at 10.

^② 邓正来：《中国法学向何处去》，商务印书馆 2006 年版，第 45 页。

研究“范式”，而且该范式所取得的成就是巨大的或者空前的，它能够为该流派的研究学者提供与其他流派进行学术观点竞争的模式，同时为后来该流派的承传者留下研究的开放性空间，并使之发展与发扬光大。这种“范式”为该流派学术共同体所接受并以此为研究的“主导或支配的规范性信念”。除了具有上述两大特征外，一般还存在以核心人物为代表的学术共同体，以及具有鲜明的流派学术观点，其流派地位与观点在该学术界被获得普遍承认，并对其他学科界具有一定影响。笔者曾把我国宪法学研究分层划分为价值宪法学、分析规范宪法学与宪法解释学，它们各自皆具有自己的方法论，这应当是中国宪法学能够形成流派的前提条件，但是说它们已经形成了宪法学流派还为时尚早，因为虽然方法论有所差别，但仍然还不具备流派产生的其他要件，譬如研究范式的阙失，无论是研究宪法学哪一层面的学者，其研究“范式”普遍欠缺，或同一个学者可能受到数个“范式”的支配，由此所形成的研究结论带有“重叠”性或交叉性，不易作流派之分类。由于整个宪法学研究的成果虽然对其他学科产生一定影响，但尚未赢得法学学术界的普遍承认，那么宪法学之流派在学术界之影响即不得而知。

其三，宪法学尚未从政策学中走出来，宪法思维尚未成熟。中国宪法学长期以来一直依附于政治学或政策学，宪法学的成长被认为是政治学与政策学的延伸。伴随着“依法治国，建设社会主义法治国家”入宪与“依法治国首先要

依宪治国”之宪政理念逐步确立,^①宪法的地位与价值得以提升,宪法学学科自足性与自主性有所增强,但由于在我国阙失将宪法付诸具体实施的机构,从而使宪法学依然未完全获得学科的自主性地位,它往往成了诠释政治学和政策学的手段。其主要表现有二:一是我国现行宪法所规定的内容,其中一大部分是经济政策与经济制度,1988年、1993年、1999年和2004年的四次宪法修正,共有31条修正案,其中第1条、第2条、第5条、第6条、第7条、第8条、第9条、第12条、第14条、第15条、第16条、第18条、第21条等共计13条,都是直接关于经济制度和政策的修正。二是对执政党的政策予以确认。1987年党的第十三次全国代表大会确立了社会主义初级阶段的理论,1988年第七届全国人大第一次会议通过了《宪法修正案》;1992年党的第十四次全国代表大会确立了社会主义经济体制的目标是建立社会主义市场经济,1993年第八届全国人大第一次会议就通过了《宪法修正案》,将实行计划经济体制修改为“实行社会主义市场经济”;1997年党的第十五次全国代表大会提出了党在社会主义初级阶段的基本纲领;强调依法治国,建

^① “依宪治国”最早的概念表述无疑是胡锦涛在2004年纪念全国人民代表大会制度50周年的讲话中提出来的,但对其内涵最早表达的则是江泽民。江泽民1999年1月在中共中央征求党外人士对修宪意见的座谈会上指出,“我们讲依法治国,建设社会主义法治国家,首先是依据宪法治理国家、建设国家。”随后李鹏在1999年3月15日第九届全国人大二次会议通过宪法修正案之后的闭幕会上也总结说:“依法治国,归根到底就是依照宪治国。”2004年胡锦涛在纪念全国人民代表大会制度50周年的讲话中进一步概括为:“依法治国首先要依宪治国,依法执政首先要依宪执政。”由此,“依宪治国”的概念被正式提出。

设社会主义法治国家，是党领导人民治理国家的基本方略；而且还指出，公有制实现形式可以而且应当多样化，非公有制经济是我国社会主义市场经济的重要组成部分，允许和鼓励资本、技术等生产要素参与收益分配。1999年第九届全国人大第二次会议通过了《宪法修正案》，把党的十五大政治报告中所确立的纲领、政策写入宪法。由此可见，2002年党的第十六次全国代表大会提出了“三个代表”的理论，2004年第十届全国人大第二次会议通过了《宪法修正案》即把“三个代表”重要思想写入宪法。宪法学仍然未能彻底摆脱对政策学注释之角色地位。

为此，中国宪法学研究必须回归中国宪法典文本之规范分析。宪法学研究是以宪法典文本规范分析为起点的，没有对宪法文本的规范分析，就不知自己国家的宪法为何物。宪法学研究回归宪法文本，是建立中国宪法学之前提与基础，也是与整个法学研究范式的转向联系在一起的。正如邓正来对中国法学所批评的那样，中国法学过去的发展是一种不加反思与批判地移植现代西方法律知识与理论的过程，是一种阙失主体性意识而径直把西方法学知识体系作为正当性评判准则来批评自我历史文化传统的过程，是一种把带有西方地方性知识作为普适性知识接受、推进的过程。邓正来基于这种中国知识分子不反思与不批判的状况给予了尖锐地批判，他说：“在中国论者思想深层之中，这种‘现代化范式’往往被视作当然而不被追究”，从而“在整体上讲，中国学术在当下的中国发展过程中对某种未加反思和批判的‘移植’入中国的社会秩序或政治秩序施加了一种人们所忽略的扭曲性的或固化性的支配力量。”其因即在于中国学者受到了被

邓先生所概括的“现代化范式”支配影响而“不加质疑地把西方社会的制度性安排转化成‘法律理想图景’予以引进和信奉、进而遮蔽甚或扭曲中国现实社会结构或中国现实问题”，从而导致了“未能为评价、批判和指引中国法制/法律发展提供周围理论判准和方向的‘中国法律理想图景’”。中国法学这种集体性不反思与不批判的思维定式的形成，作为每一个中国法学者皆有不可推卸的历史责任。其实，这种不反思不批判之状况由来已久，人们对此似乎熟视无睹了，很少学者对此进行文化自觉性反思与批判。这种现状是否意味着中国论者已经失去了对舶来事物进行反思与批判的能力呢？中国论者的这种集体性批判力缺席原因何在？在“现代化范式”的支配下，中国论者所思所想的问题几乎皆是由西方地方性知识所构筑起来的“理想图景”，而独独阙失了中国的“理想图景”。人们可以想见，倘若这种“范式”的支配力继续在中国学术界存在下去的话，会是怎样的一幅局面？！其中一个重要的问题即是中国人失去了对整个世界知识增量的应有贡献，失去了中国法学对世界法学的应有贡献，从而丧失了中国法学在世界法学中的一席之地，剥夺了中国人对世界事务独立话语的发言权。问题之关键还不在此，要紧的是没有多少学者对这种“范式”的影响力抱有一种自觉地警惕性认知，这是“最终导致了法学总体性的‘范式’危机”之根由所在。危机的出现绝非是一种坏事，危机可能会使人失去信心，但危机又孕育着机遇、希望与挑战。表现在中国法学上就是法学研究的“范式”危机，而且是一种“总体性的‘范式’危机”。这种范式危机造成了“一个没有中国自己理想图景的法学时

代”。存在危机不可怕，可怕的是身处危机而不觉不察。因此，这种总体性范式危机所引发的深刻思考自然就是：“中国法学向何处去”或曰“中国向何处去”。如果我们把这一问题置换为：中国宪法学向何处去？那么我的回答就是：首先要回归到对中国自己宪法典文本的规范分析与研究上。宪法文本是认知中国宪法价值与意义的起点，它的规范语言与字句决定了中国宪法学发展之框。宪法文本皆是一国人民之于宪法价值、宪法文化、宪法传统的记载，虽然各国宪法价值具有世界性意义，但宪法文本的文字表达与语言结构，却具有民族性与地方性，一国宪法学研究无法脱离本国的宪法典文本，一个连本国宪法文本意义都不知为何物的人，根本谈不上对宪法学的研究。因为无论是法学家还是法律家，都应当以对本国宪法文本的理解与解释为己任。所以，要建构中国化的宪法学，就必须回归到对中国宪法典的文本分析与规范解释之路上。

宪法解释理论与方法的研究，最终目的是为解释本国宪法服务的，解释的终点必然落脚于本国宪法文本。所以，无论是美国的宪法解释，还是欧陆国家的宪法解释，都取代不了本国的宪法解释，只有本国的宪法解释，才能解决本国的宪法问题或宪政问题。各国宪法解释的模式与理论之所以有所差异，就是因为各国的政治架构与宪政文化传统不尽相同。因此，宪法解释就是对本国的宪法典文本进行意义阐释的方法论。中国的宪法解释理论与制度研究当然必须以中国宪法典为研究的起点与终点，这是建设中国化宪法学研究必由之路。