

9

第九辑

LEGAL METHODOLOGY AND LEGAL CONGITATION

法律方法与法律思维

葛洪义 主编


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

9

第九辑

LEGAL METHODOLOGY AND LEGAL CONGITATION

法律方法 与法律思维

葛洪义 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律方法与法律思维. 第9辑 / 葛洪义主编. — 北京: 法律出版社, 2016. 12
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0348 - 6

I. ①法… II. ①葛… III. ①法律—文集②法律—思维科学—文集 IV. ①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 304859 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市兴达印务有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/19.5 字数/320 千

版本/2016 年 12 月第 1 版

印次/2016 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0348 - 6

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编

葛洪义

编辑委员会

(以姓氏拼音为序)

陈征楠 冯健鹏 贾海龙 李旭东 余 军

本期执行主编

陈征楠

本期责任编辑

(以姓氏拼音为序)

江秋伟 马慧丹 吴贺霞
薛 锐 俞一之 朱春风



卷首语

葛洪义

我们生活在一个语言的世界里,一定意义上可以说,语言的世界就是我们生活的世界。语言从两个方面规定了我们生活的意义:首先,我们对自身存在意义的理解和把握是在一种特定的语言环境中进行的,不仅精神生活如此,而且,即使是对物质享受的崇拜,也是发生于特定语境之中的。所以,实际上,我们正是通过语言建构的某种特定的宏大叙事支撑着我们内心深处对意义的渴望和追求。其次,我们同时还在通过先于我们而在的语言不断繁殖自己生活的意义,所以,经验、先验、超验的东西才会交替出现在我们的生活中。总之,语言使我们能够交流与沟通,使我们能够认识自己的世界,还使我们能够建构一种有尊严的生活方式。

法律与语言也存在密切的关系,法律是依靠语言表达的,法律的意义也是依靠语言建构的。法律本身就是一种非常典型的凭借话语权威建构的生活和活动准则。法律当然需要依靠强制。但是,法律的强制是以特定的话语为基础的。托洛茨基和韦伯先后表达了一个共同的观点:在任何一个社会中,统治权威都不能仅仅从被统治者角度考察,也即任何统治的权威形式都必须同时是具有合法性的统治,合法性即指获得被统治者的同意。而被统治者之所以能够接受统治者的统治,根本上是因为他们接受了一种统治者与被统治者之间关系的权威话语和叙事语言。从这个意义上说,法治也是一种话语秩序,它并不是为了暴力而诉诸于强制,而是为了建立一个特殊的话语体系。

一切以语言为媒介的社会关系都需要一套语言意义的识

别机制和制度,以达到交往的目的。例如,我们必须通过人们所说的,判断他是否真诚、诚实,他的话是否有道理,他的言行是否一致,等等。作为沟通与交流媒介的语言一般有以下两类:一种是以纯粹的语言表达技巧达致交流、乃至说服人的目的,包括所谓花言巧语,也包括那些诱惑、鼓惑、煽动的语言;另一种则是以关于真理的知识话语达到沟通目的。法律话语是两者的结合,尤其关注后者,其目的是保证人们能够平等、严肃、真诚地交流与交往,以形成稳定的具有一定价值共识的社会关系;它也不完全排斥前者,因为个别的法律活动和法律判断并不以追求绝对的善为目的,不存在判断法律活动,例如法官裁决正确与否的绝对的、永恒的、唯一的标准。法律人的语言是为说服人而构想和设计的,而人之所以能够被说服,是因为他的已有的背景知识和经验使他愿意或者不能不接受法律人的此时此刻的判断以及判断中所包含的叙事话语的权威。所以,法律人具有自己的话语系统,这是他们安身立命的根本。

现代法律人是凭借现代法治话语分化为独立的职业群体的。现代法治作为现代性的一个重要方面和内容,是以形式合理性的价值取向为思想基础的。它不仅是区别于简单暴力的话语权威的产物,而且还是以特定的说理形式为内容的特殊的话语体系。在这个体系中,说理方式具有自己的特殊性,由此产生了一个被称为法律职业共同体的法律人专业集团。因此,形式合理性的现代法治不仅要求规则的治理,而且尤其关注法律职业共同体在规则治理中的核心地位。在它的话语体系中,称职的法律人必须恪守忠于法律的职责,因此,他们是自由的捍卫者,也是民主社会的保证。托克维尔把美国的法律职业者比喻为作为英国自由体制根本保障的贵族,韦伯则把法律职业者作为形式合理性社会的重要标志,原因在于:法律人必须忠于法律,而法律一般具有自己恒定的形式。正因如此,法律人通常被认为是一支社会稳定的重要力量,其忠于法律的能力影响甚至能够决定一个社会的理性化程度。

法律人是否确实忠于法律?是否能够忠于法律?如果他们能够忠于法律,那么,他们是如何通过话语的形式以及对语言氛围的营造表达自己对法律的忠诚的?如果他们实际上不能不折不扣地忠于法律,甚至法治本身就是一个神话,那么,他们又是凭借什么样的方式和技术建立了这样一个神秘的法律帝国?这些就是我们希望创办这份连续出版物加以解决的问题。我们坚信,一个法治的社会,一定是一个说理的社会;道理是在一定的语言环境中成为道理的。语境不仅包括不同文化背景的人思想方式的不同,而且还包括不同职业的人思维形式的差异。所谓法言法语法庭环境,构成了法律人解决各种社会问题,包括把复杂的政治经

济问题转化为法律问题的基础。我们追求法治,就是希望能够建立一个根据法律解决社会问题的话语机制。因此,我们真诚地希望通过我们的努力,为使我们的生活世界真正建立在一个讲道理的话语系统之上做出一份贡献。在我们看来,法律人的思想方法和思维方式恰恰是现代文明社会的有机组成部分。

目 录

卷首语

葛洪义

主题研讨

公法理论与公权实践

- 3 再访部门宪法学
——一个方法与理论的反思 张嘉尹

- 16 原则权衡：“超越宪法计划的未列举权利”
之论证方法 余 军

- 33 改革开放以来人民法院制度自觉的检视
——以十一届三中全会以来最高人民法院
工作报告为文本 刘治斌

- 62 试论我国国家机构组织法的权力规范问题
与对策 王文琦

论文

- 73 法律激励的制度设计 丰 霏

- 83 法律的诠释学构造和价值
——兼论“应然”与“实然”之间界限的消融 陈 辉

- 100 实在论与法律的客观性 黄伟文

- 116 成规理论与法律的规范性难题 陈竞之 郑玉双

- 131 论司法过程中的事实解释与法律解释
——以语言为桥梁 周 林

	150	开放性制度的构建:理由及可能性	蒋余浩
	165	社会契约论的情境重构:可能与限度	傅振中
	183	制度落实的法理:以快递实名制的推行为例 《广州市快递实名制调查及法律对策研究》课题组	
随笔	197	如何建构一个法理论? ——评当代西方法理学的方法论转向	姜孝贤
	214	现代国家政教关系的一般法理	宋尧玺
	224	法理论本质的探讨 ——兼评判哈特的描述性法理论	邱 祥
	236	规训与惩罚:法官权利保障的法治化 ——以法院规章制度治理为基础	骆志鹏
	247	语境与语义:休息权主体之再确定	黄 镇
书评	255	美国法官的理想司法方法 ——德沃金《法律帝国》中的司法建构主义法律观	李旭东
	268	马克思主义与哈特式方法交汇下的 马克思主义法学	余 涛
	273	斯密式的绝对命令、自然法与美好人生 ——读《法律和道德中的实践理性》	张 超
译文	281	纯粹法学的纯粹性	[英]J.拉兹著 李诚予译
	296	编后记	
	299	《法律方法与法律思维》稿约	



主题研讨

——公法理论与公权实践



再访部门宪法学

——一个方法与理论的反思

张嘉尹*

一、前言

本文的初稿作为主题演讲稿,发表于北京航空航天大学法学院所主办的“部门宪法的理论”学术研讨会上,^[1]主要是介绍部门宪法学的台湾经验,并分享我的一些研究心得,基于当天热烈而富有建设性的讨论,本文作了一些修订与补充。

我不敢掠人之美,因此必须先申明,虽然“部门宪法”(或“部分宪法”)的概念与构想并不源于台湾,然而在台湾,部门宪法学作为一门探究宪法规范意义与内容的方法论,以及部门宪法学作为一门取向于特殊观察视角的宪法释义学,首先由政治大学苏永钦教授所提倡。^[2] 我会关心并研究部门宪法学乃是应苏教授所邀请,在2003年由他主持的一系列讲座课程中,针对部门宪法学撰写并发表方法论层面的研究。另一个必须申明的是,基于学术的真诚,虽然我应邀探究部门宪法学方法论,但是基于我自身的研究结果,我对于部门宪法学的基础、方法与理论,与作为提倡者的苏永钦教授并非完全相同,甚至在某些重点上有了不小的差异。这曾经导致苏永钦

* 张嘉尹,台湾世新大学法律学系教授,法学院院长,德国慕尼黑大学法学博士。

[1] “部门宪法的理论”学术研讨会,时间:2015年10月10日,地点:北京航空航天大学如心会议中心。

[2] 参见苏永钦:“部门宪法——宪法释义学的新路径?”,载苏永钦主编:《部门宪法》,台湾元照出版有限公司2006年版,第3—31页;苏永钦:“横看成岭侧成峰——从个别社会部门整合宪法人权体系”,载苏永钦主编:《部门宪法》,台湾元照出版有限公司2006年版,第151—163页。

教授怀疑,是否在部门宪法学有待进一步建构之前,我便宣布了它的不可行,我当时的回应是,我的批判性观点并非属于否定性质,而是类似德国观念论哲学家 Immanuel Kant 的取径,先预设其可能,再探究其可能性条件,因此仍属于建设性质的论述。当然,以下我的论述并非在先验层面,而是立足于法学的经验,并植基于法学与社会科学的理论,除了基于作为狭义法学的法释义学方法论之外,也会援引当代欧陆与英美的法理学暨法社会学知识。

以下的讨论,将针对几个主题:首先是对于当初建立部门宪法学论述的回顾,主要是我与苏永钦教授之间有关方法论的对话与反思;其次则是在这十年间,基于我的法学研究旨趣,以及基于我所做的一些相关议题的研究,进一步针对部门宪法学方法论,做一些论题上的深化与扩展。如此一来,应该可以更清楚的指出,部门宪法学对于宪法学的贡献与可能的局限。

二、相关讨论的回顾

由于部门宪法学的研究曾经在台湾集结成专书发表,^{〔3〕}因此中文法学界应该已经有相当程度的理解与研究,以下仅作一些重点回顾,尤其是苏永钦教授为何会提出部门宪法学,以及他对于部门宪法学的两个命题:^{〔4〕}

(一)部门宪法学被提出的理由

苏教授提出部门宪法学,主要是因为他认为,台湾当时(大约2002年)宪法释义学的恣意性已经高到令人难以忍受的程度,“为了要让宪法释义学恢复其任务,亦即解决法律适用的问题、提高体系精密度、可预见性以及恢复弹性,并同时解决自身宪法学因为继受他种宪法释义学所引起的种种问题,并让宪法释义学得以在宪法变迁过程中发挥稳定作用,甚至成功的促成宪法变迁”,所以他提出部门宪法学来作为解决之道。

(二)部门宪法学的两个命题

1. 宪法文本的第三种结构:在基本权利、政府的组织与权限规范之外,宪法还有所谓的“第三种结构”——基本国策——的存在。

2. “部门”作为宪法释义学的“体系化”载体:由于宪法规范过程是应然面与实然面的诠释循环,因此可以“部门”来承担规范体系内部、规范与现实之间的整合功能。强调“从宪法所规范的领域回过头来决定宪法的解释”,属于一种特殊的

〔3〕 苏永钦主编:《部门宪法》,台湾元照出版有限公司2006年版。

〔4〕 摘录与整理自苏永钦:“部门宪法——宪法释义学的新路径?”与“横看成岭侧成峰——从个别社会部门整合宪法人权体系”两篇文章。

“体系解释”,不但在人权、中央政府体制、中央地方权限、基本国策等规定之间作“横切面”的体系化,更“经由规范领域与规范之间的诠释循环,建立足以反映该规范领域特性的规范体系”。

(三)我的批判性回应^[5]

就建立部门宪法学作为一种宪法释义学的新形态,我不但乐观其成,并认为可以补充既有宪法释义学的不足,克服因继受域外宪法学理而来的问题^[6],甚至促成宪法释义学的本土化与在地化。

我与苏永钦教授针对部门宪法学不同看法,主要是在方法论以及理论面向,其中最大不同之处,在于对宪法中“基本国策”所应扮演的角色有不同的认知。苏教授认为“基本国策”属于宪法的第三种结构,“基本国策”所直接或间接建立的“部门”,可以作为建构宪法释义学的“体系化”载体,不但可以提高宪法不同种类规范间的“体系化”,也可以“整合”宪法规范与社会现实,建立足以反映规范领域特性的规范体系。我则认为,部门宪法学不宜过度重视体系庞杂而且拘束性有别的“基本国策”,而宜以其与基本权利以及宪法原则的关联性来作为引入“基本国策”规定的前提,如此一来,“宪法内部的水平冲突”就没有设想中严重,反而是可以借由既有宪法实务(“大法官人权释义学”)的批判性重建,来拉近宪法规范与社会现实的差距,将部门宪法学的发展重点,置于加强宪法规范与规范领域两个层面之间的相互参照,而非与宪法的“第三种结构”的整合。我认为在苏永钦教授主张中的一个看法:“从实存秩序切入,去认识整理该秩序的根本、最高与结构规范,而不是从规范本身切入,去做体系化的工作。”才是部门宪法学的活水源头。

我猜测,后来苏永钦教授在原则上也接受我对于垂直整合的重视与支持,所以他在《部门宪法》一书的编者序中,只提及“作为一种释义学,它的新在于从社会

[5] 我对于部门宪法学的回应,摘录与整理自张嘉尹:“宪法、宪法变迁与宪法释义学——对‘部门宪法论述’的方法论考察”,载苏永钦主编:《部门宪法》,台湾元照出版有限公司2006年版,第33—61页。该文亦收录于张嘉尹:《宪法学的新视野(一):宪法理论与法学方法》,台北五南图书出版有限公司2012年版。

[6] 继受或移植域外宪法学理,本身不一定会成为问题,事实上,在欠缺本土思想资源与法治传统的情况下,继受有时候反而是必须的,而且在当今全球化的时代,参考域外宪法学理亦有助于全球法治的发展与人权的落实。所以,问题不在于继受,而在于继受的方式,是否考虑了问题的类似性,是否考虑了继受方的制度性脉络与社会条件,是否考虑了继受的理由,以及是否考虑了法秩序本身的融贯性。有关于台湾法学的相关问题,可参见张嘉尹:“台湾法学典范的反思——从德国当代法科学理论的兴起谈起”,载《世新法学》第6卷第1期;张嘉尹:“法释义学与法学的多元化——从《思与言》五十年所反映的台湾法学研究发展谈起”,载《思与言》第51卷第4期。两文亦收录于张嘉尹:《宪法学的新视野(二):宪法科际整合研究的理论与实践》,台北五南图书出版有限公司2015年版。

部门的认知,去探求宪法的规范。从部门的宪法规范,再回头去整合宪法的价值秩序,确认基本权的核心内容。”^[7]而没有再强调以“基本国策”为主轴的水平整合。

有关于部门宪法学的建构方法,我则认为至少必须解决下列两个问题:首先是规范与规范领域如何相互指涉,其次是部门要如何选择、分类与“部门秩序”要如何建构。

针对第一个问题,宪法规范与实存结构之间的紧张关系可以通过下列方式来减轻:首先,以“具体化”的过程来明确化宪法的意义,所以“规范领域分析”就扮演着必要角色,有时则可通过“社会的自我解释”来辅助;其次,如果所涉及的部门是指的是具有自主性的社会领域,则宪法的任务只能是想办法导引它,因此更应尊重实存秩序的逻辑。笔者承认,上述看法虽可缓解两个层面的紧张,但是仍非一般性的处理两者关系的方法,因此建立一个一般性的理论来处理宪法释义学如何纳入有关实存秩序的知识,是部门宪法学更进一步发展时无可回避的任务。

针对第二个问题,部门的划分一方面必须以宪法文本作为参考架构,另一方面则须纳入社会学的既有的研究成果。虽然部门宪法学十分重视宪法“基本国策”的规定,但是涉及部门划分与建构的问题时,基于宪法基本国策规定而来的规范性部门概念与来自实存秩序的事实性部门概念之间可能会产生矛盾,而且实存秩序的部门划分暨该部门的秩序建构,也必须仰赖所预设的社会学理论。苏永钦教授认为发展自 Talcott Parsons 的“结构功能论”是较佳的选项,但是这样的理论抉择会遭遇下列问题:首先是该理论本身的缺点,其次是部门的划分在实际上将会产生疑义,因为不少“部门宪法”的部门并不相应于社会(次)体系,而是更接近宪法对于国家任务的规划,倘若真的采取社会学理论的划分方式,许多可能被归类为部门的领域将会被排除在外,如果这些领域在部门划分时就被排除,那么就无法讨论其“实存秩序”或“结构(规范)”的认识与整理。

三、概念:部分宪法与部门宪法

(一)“部分宪法”与领域释义学

我在前面曾经提及,部门宪法的概念并非创自台湾,所以在概念上必须先说明一下,我所指的其实是所谓的“部分宪法”(Teilverfassung)或“宪法部分秩序”(Verfassungsrechtliche Teilordnung)的概念,^[8]这个概念顾名思义,可以说来自于

[7] 苏永钦:“编者序”,载苏永钦主编:《部门宪法》,台湾元照出版有限公司2006年版。

[8] 例如 Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht*. Bd. 1, 4. Kapitel, 2011。

我的留学地德国,德国人喜欢在宪法名称前冠上一些概念,例如 Arbeitsverfassung, Finanzverfassung, Wirtschaftsverfassung, Sozialverfassung, Kulturverfassung, Kommunikationsverfassung, Militärverfassung, 以中文来称呼就是劳动宪法、财政宪法、经济宪法、社会宪法、文化宪法、传播宪法、军事宪法等概念。这种德国宪法学界在概念上的先行,也是苏永钦教授所不否认的。

“部分宪法”作为一个宪法释义学概念,用来指涉相关宪法规范所规制的特定领域,这个特定领域可以属于国家组织法范围的特定权限、组织与程序,例如经济宪法、财政宪法、军事宪法;也可以是属于特定基本权保障的前提条件、制度性安排、基本权保护领域的行为种类等等,归属于该基本权整体理解的规范丛结。可以说,“部分宪法”就是一种主题宪法,^[9]以特定规制主题为对象来建构一个宪法的次级体系,在宪法释义学的一阶体系内建立一些二阶体系。

这样做的好处是以主题为焦点,将相关的宪法规范作一个体系性的安置,这些相关的宪法规范可能包含各式各样的规范,例如宪法原则、国家组织法性质的权限、组织暨程序规范(既可以是规则也可以是原则)、基本权利规范、甚至效力有所争议的方针规定。对于特定宪法规制对象或主题的体系性处理,一方面可以建置比较融贯的宪法领域释义学(Bereichsdogmatik),另一方面则有利于协助处理未来可能发生的宪法案件,提供一个具有导向性的观点,引导相关宪法规范的解释适用。

然而在建立宪法的领域释义学时,必须注意的是不能将领域释义学绝对化,因为存在一种可能性,亦即一个宪法案件可能涉及一个以上的领域,此时基于宪法的融贯性要求,或是所谓的“实践协和”(praktische Konkordanz)的解释原则,不能够仅仅由一个领域的主导观点来决定案件的结果,而必须先回到一个冲突层面,例如相冲突的规则或是相抵触的原则,来寻求解决之道。

(二) 部门宪法

苏永钦教授在界定部门宪法的概念时,将宪法区分为国家宪法与社会宪法,前者的重心在于落实人权的防御功能与分权的政治功能,后者则课政府予作为义务,以补强社会本身的功能不足,但是后者能产生作用是以前者能发挥功能为前

[9] 即使没有采用“部分宪法”的概念,德国宪法学界还是有类似的分类与讨论,例如 Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., 1994。该书中讨论的主题,实质上已经涵盖传播宪法(媒体宪法)、社会宪法、经济宪法、企业宪法、社会宪法、科技宪法、环境宪法、财政宪法、文化宪法、教育宪法、宗教宪法等议题,虽然它不一定是采用“部分宪法”的概念,但却是以各该主题为主轴,作宪法释义学上体系化的努力,因此我将姑且称其为“主题宪法”。

提。广义的部门宪法概念涵括两者,狭义的部门宪法仅包括属于社会宪法的各个部门宪法,就社会宪法而言,基于不同社会体系有不同的特性与运作原则,可以合理化经由诠释循环会发展出的不同解释态度,部门宪法的分类毋须局限于只能代表制宪当时社会状况的体例,而必须反映社会的变迁。

很显然的,国家宪法就是传统宪法学指涉的对象,包含权力分立的国家组织以及基本权利的保障,对于部门宪法学而言,狭义的部门宪法,亦即社会宪法才是重点所在。这样的观点似乎预设了一部宪法具有三个部分,或三种不同目的与性质的结构:国家组织法、基本权利以及基本国策,而后者对应于社会宪法。这种宪法学与宪法的对应关系是否必要,并非没有疑义,因为即使一部宪法并没有包含基本国策,其社会部门或是社会领域还是可能需要宪法的规制,因此还是可能建立部门宪法学。问题的症结点在于:部门宪法学的任务是什么?以及,如何界定或划分部门?

四、部门宪法学的任务、方法与体系

(一)任务

部门宪法学的提出,原先是为了解决当时台湾宪法释义学的困境,具体而言,即是为了解决继受域外宪法释义学所引发的的问题,主要是因为多元典范(多重来源)的继受所引起的不一致与欠缺体系性。如果对于司法释宪实务而言,宪法释义学扮演一个导引宪法解释、协助宪法具体化,并使其具有稳定性与可预见性的角色,那么当宪法释义学本身不具有某个程度的内在融贯性时,将直接或间接影响司法释宪的稳定性与可预见性。在此意义下,部门宪法学的提出,就是想要为宪法释义学的稳定化发展,提供一个释义学工具。所以部门宪法学一方面是宪法解释与体系建构的方法,另一方面同时是一种新形态的宪法释义学。

当然,在部门宪法学提出时,并没有将自身局限于宪法释义学层面,而有更大的企图心,想要稳定化宪法变迁,并成功地促成宪法变迁。在此意义下,部门宪法学还具有宪法政策学的意义。

(二)方法

一开始部门宪法学似乎自我定位为体系解释的一种形态,体系解释是宪法解释方法中很常被提出来讨论的一种方法,主要就是根据概念与条文所在的上下文(脉络、语境、意义关联)来解释,这个上下文的范围则视具体情况而定,例如有关于总统的副署权到底是虚的还是实的权力,首先就要先确定宪政体制的类型归属,是属于总统制、议会内阁制还是半总统制,如果宪政体制归属后仍有疑义,则