



中国宪法序言研究

Research on the Preamble of China's Constitution

陈玉山 著

3

清华大学出版社



中国宪法序言研究

Research on the Preamble of China's Constitution

陈玉山 著

清华大学出版社
北京

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

中国宪法序言研究/陈玉山著.--北京:清华大学出版社,2016
ISBN 978-7-302-44747-4

I. ①中… II. ①陈… III. ①宪法—序言—研究—中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 185968 号

责任编辑:朱玉霞

封面设计:何凤霞

责任校对:王凤芝

责任印制:沈 露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 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 刷 者:三河市君旺印务有限公司

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:165mm×238mm 印张:14.5 插页:1 字 数:252 千字

版 次:2016 年 8 月第 1 版

印 次:2016 年 8 月第 1 次印刷

定 价:49.00 元

产品编号:063688-01

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金项目主要类别之一,旨在鼓励广大人文社会科学工作者潜心治学,扎实研究,多出优秀成果,进一步发挥国家社科基金在繁荣发展哲学社会科学中的示范引导作用。后期资助项目主要资助已基本完成且尚未出版的人文社会科学基础研究的优秀学术成果,以资助学术专著为主,也资助少量学术价值较高的资料汇编和学术含量较高的工具书。为扩大后期资助项目的学术影响,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

2014年7月

自序

对于一个在中国大学里教授宪法学的教师来说,什么是中国宪法学迄今仍然是一个不能不解答,但是在现有的条件下又很难让人非常自信地给出明确答案的问题。虽然,中国宪法学需要从世界各国,尤其是那些宪政发达国家的宪法实践和宪法理论中汲取经验教训和思想资源,但是它若要有资格成为一门为中国人自己的宪政事业作出贡献的学问,它理应是在研究中国人自己面临的特殊宪法问题的基础上而形成的学问。建构中国宪法学是所有教授和研究中国宪法的学者的共同事业,本书对中国宪法序言所进行的体系化思考算是对这项事业不懈努力的结果。如果学界认同,它就是这项事业的组成部分,那对我来说则是莫大的荣幸。

中国宪法的复杂性在一定程度上源于作为其组成部分的宪法序言的复杂性。只要看一下学界关于中国宪法及其序言的相关争论,我们就能深切地体会到这一点。面对这些争议,也许唯有适切地提问,才能更为有效地推进研究。我国宪法序言具有怎样的构造?宪法序言中的事实性陈述与规范性陈述之间是怎样的关系?历史事实中真的包含着可以毫无争议地推导出规范性结论的规律吗?可以从整部宪法具有法律效力推导出宪法序言在整体上具有法律效力的结论吗?对于宪法序言中的规范性部分,宪法序言中的历史事实部分究竟意味着什么?宪法序言是否包含着宪法的根本性规定?这种规定又在何种意义上可以被视为整部宪法的根本性规定之一?可以将宪法序言中的根本性规定归结为“国家根本任务”吗?“国家根本任务”是我国宪法中抽象程度最高的公共福祉条款吗?其与基本权利规范以及国家机构规范之间存在怎样的关联性?可以将宪法总纲中关于公共福祉的纲领性条款视为是对“国家根本任务”的具体化吗?宪法序言中的意识形态与“国家根本任务”之间是什么关系?宪法序言中的意识形态对我国当前宪法实施具有何种影响?能否对其进行规范主义的重构,从而为突破我国宪法实施理论面临的困境而找到一个可以被广泛接受的路径?宪法序言与作为宪法之重要组成部分的“看不见的宪法”之间是什么关系?可以以宪法序言为切入口探究“看不见的宪法”吗?对凡此

种种问题的解答,都是在试图揭示“不会说话的文本”的意义。在那些经过缜密论证并不断积累起来的意义面前,理性的人们才有可能达成宪法共识。这种共识的确很重要,因为它是我们的宪法能够有效运转起来必须具备的精神条件。

这本书是我从事宪法研究以来的处女作,它是在我的博士论文的基础上修改而成的。虽然我已经为之付出了七年之久的辛劳,但从不认为那完全是我个人的成绩。在这里,我向我的导师林来梵教授致敬,他的悉心指导具有无可替代的方法论意义;在本书的写作过程中,也是在我生活比较窘困的时期,我的母亲焦家林和妻子王燕为家庭付出了太多,这本书是对她们最好的精神回馈;我很幸运,在扬州大学法学院遇到一些善良、宽容而睿智的同事,他们是蔡宝刚教授、钱玉林教授、张清教授、卢彪教授、马荣春教授、高永明副教授、李云波副教授、徐祖澜副教授,本书的顺利写作与他们的鼓励与支持密不可分,在此向他们致以诚挚的谢意;在安排本书出版的过程中,清华大学出版社朱玉霞博士作了很多细致入微的工作,我要向她表示深深的谢忱。另外,本书的出版获得扬州大学出版基金资助,我必须向扬州大学致谢。

陈玉山

于扬州大学扬子津校区笃行楼

2016年3月

目 次

第一章 绪论	1
第一节 论题研究的缘起	1
第二节 论题研究的意义	2
一、理论意义	2
二、实践意义	4
第三节 国内外研究成果概述	5
一、国内研究状况	5
二、国外研究状况	10
第四节 研究方法与基本架构	12
一、研究方法	12
二、基本架构	14
第二章 宪法序言的由来与构造	18
第一节 宪法序言的产生与演变	18
一、宪法序言的概念	18
二、宪法序言的产生	19
三、宪法序言的演变	20
第二节 宪法序言的内容构成及逻辑结构	24
一、宪法序言的内容构成	24
二、宪法序言的逻辑结构	25
第三节 宪法序言的语句构成	30
一、事实性陈述语句	30
二、规范性陈述语句	37
三、两种语句的关系	47
第三章 宪法序言中的根本法	51
第一节 比较法视野下的根本法	51

一、实在法意义上的根本法与超实在法的根本法	51
二、作为宪法的根本法与作为宪法之一部分的“根本法”	52
三、形式意义上的根本法与实质意义上的根本法	56
四、可以司法适用的根本法与不可司法适用的根本法	60
第二节 我国学界的见解及存在的问题	62
第三节 我国宪法序言中的根本性规定	65
一、关于该论题的比较法考察	65
二、我国学界对该论题的探讨	68
第四节 规范宪法学的立场与观点	75
一、立场的重要性及事实论的谬误	75
二、规范主义的立场	78
三、规范主义的论证思路与见解	79
第四章 宪法序言的法效力	81
第一节 宪法序言法效力问题的缘起	81
第二节 宪法序言法效力的比较法分析	82
一、美国宪法序言的法效力	83
二、德国基本法序言的法效力	85
三、法国宪法序言的法效力	86
四、日本宪法前言的法效力	87
五、我国台湾地区的研究与司法实践状况	88
第三节 我国学界的各种观点及其论证结构	89
一、全部无效说	89
二、全部有效说	91
三、部分有效说	92
四、各种学说争论的焦点及本书的论证思路	93
第四节 探究序言法效力的两个前提性问题	95
一、效力乃规范的本质属性	95
二、序言中的“事实”究竟意味着什么	97
第五节 序言法效力的规范主义界说	98
第五章 国家根本任务的法性质	100
第一节 比较法视野下的国家任务	101
一、国家任务在宪政史上的演变	101

二、国家任务的实在法比较分析	105
三、我国宪法关于国家任务的规定	109
第二节 国家根本任务与国家目的	115
一、国家根本任务从属于国家目的	115
二、建构我国国家目的的必要性	117
第三节 国家根本任务与公共利益	121
一、公共利益及其宪法化	121
二、作为公共利益的國家根本任务	124
第四节 国家根本任务的法效力	129
一、国家根本任务与国家权力的关系	130
二、国家根本任务与基本权利的关系	134
第六章 宪法意识形态与宪法实施	139
第一节 宪法实施理论背后的意识形态之争	140
第二节 宪法意识形态的构造与规范属性	144
一、意识形态及其在我国宪法中的表达形式	144
二、宪法意识形态与执政党的相互依存关系	145
三、关于共产党执政地位的规范主义性质	148
四、宪法意识形态的政治法属性	150
第三节 宪法实施的政治与法律双重性质	152
第四节 作为国家统合原理的宪法意识形态	155
第七章 认真对待“阶级斗争条款”	157
第一节 两种对立性解读及存在的问题	157
一、一个已经死亡的条款	158
二、一种分享根本法荣光的规定	160
三、规范主义的思路与方法	161
第二节 规范内涵与立法目的	162
一、规范内涵	162
二、立法目的	164
第三节 宪法界限	166
第四节 效力表现形式	169
第五节 限缩解释的必要性	172

第八章 何谓“根据宪法,制定本法”	174
第一节 “根据宪法,制定法律”仅仅是个修辞吗	174
第二节 全国人大在宪法之上,还是之下	176
第三节 宪法作为立法根据的形式性理由	180
第四节 宪法作为立法根据的实质性理由	183
第五节 “根据宪法,制定本法”是立法者的宪法义务	189
第九章 宪法序言与“看不见的宪法”	191
第一节 宪法序言奠定宪法的政治法基调	191
第二节 宪法文本只是宪法整体的显在部分	194
第三节 却伯的“看不见的宪法”思想及其启示	196
一、为何从文本转向“看不见的宪法”	197
二、“看不见的宪法”为何不同于不成文宪法	198
三、如何才能显现“看不见的宪法”	199
四、“看不见的宪法”对我国宪法学的启示	201
第四节 探视“看不见的宪法”的宪法序言之窗	204
一、政治权力事实与“看不见的宪法”	204
二、政治运行实态与“看不见的宪法”	206
三、把握“看不见的宪法”的规范主义进路	208
四、勿因“看不见的宪法”而轻慢宪法文本	213
第十章 关于所谓“更为妥当”的宪法序言	216
参考文献	218

第一章 绪 论

第一节 论题研究的缘起

从表面上看,我国宪法序言只不过是位于宪法正文之前的一段叙述性文字,但是无论是在制宪时刻,还是在宪法的历次修改时期以及宪法的实施过程中,宪法序言都是政治讨论或争论的焦点问题之一。虽然关于宪法序言的讨论持续了几十年始终没停息,但是众多观点的分歧状况确实表明,关于该论题,目前宪法学界仍然没有形成具有说服力的主流学说。而这种达成学术共识的困难本身也在一定程度上反映了我国宪法的复杂性格。更为重要的是,随着学术论争水准的渐次提高和相关研究的不断展开,宪法序言在整部宪法的意义脉络中的相位亦慢慢地清晰起来。我国宪政实践中的诸多重大问题均直接或间接地与宪法序言有关。比如,我国宪法中的根本性规定有哪些,宪法序言中是否包含着这种根本性规定,它与宪法正文中的根本性规定之间存在着怎样的关联性;宪法序言与宪法正文是否同样具有法律效力,如果有,其效力表现形式是怎样的;宪法序言中的意识形态具有怎样的规范属性,其所包含的政治性条款对我国宪法实施构成怎样的影响;宪法序言所确立的宪法的根本法与最高法地位对于立法,尤其是民事立法究竟有何指导意义;宪法序言对于揭示宪法文本之外的“看不见的宪法”具有怎样的“媒介”作用等,在这些问题的延长线上,我们又能进一步地认识到宪法的政治性与法律性之间的紧张关系以及宪法的司法适用的限度等重要课题与宪法序言的关联性。笔者以为,对上述这些问题的深度探究乃是我国宪法理论迈向成熟的过程中不可小觑、甚至也是不能忽略的环节。正是基于以上问题意识,本书拟主要从法释义学^①

^① 此处所使用的“法释义学”概念,与德国法学界惯常使用的“法教义学”(rechtsdogmatik)概念等同。本文有时在互换意义上同时使用这两个概念。著名法哲学家佩策尼克即认为,拉丁文中的 scientia iuris,以及英文中的 doctrine of law 和 legal dogmatics 都可以视为与德国法上的 rechtsdogmatik 具有同等的含义。参见 Aleksander Peczenik, *A Theory of Legal Doctrine*, Ratio Juris, Vol. 14 No. 1, March 2001, p. 75。

的角度对我国宪法序言展开一个体系化的思考,期望以一种更为建设性的方式富有成效地推动宪法序言的研究。

第二节 论题研究的意义

一、理论意义

宪法序言是我国实定宪法的组成部分,对于以实定宪法作为其工作起点的宪法释义学来说,对该部分进行深入探讨乃是宪法学者不容推卸的责任。在我国当下的宪法学研究中,已经有部分论著涉及宪法序言。但与对宪法正文,尤其是关于基本权利的研究相比,无论是从研究成果的数量上与还是研究内容的深度上看,我国宪法学界对宪法序言的关注还是远远不够的。就已有的研究成果看,尚存在诸多问题:首先,研究缺乏系统性,论域过于狭窄。除了关于宪法序言的立法背景资料的介绍外,主要局限于宪法序言的法律效力问题的研究上;系统性研究的缺失,不仅表现在缺少对宪法序言内部结构的分析,同时亦表现在对宪法序言与宪法其他部分在意义脉络上的关联性缺少深入的考察。其次,观点大于论证的学说状况比较严重。一般而言,涉及宪法序言的法律效力论著都比较明确地表明其学术观点,即认为宪法序言要么是整体有效的、要么是整体无效的、要么是部分有效或部分无效的。然而,对于严肃的学术而言,最为重要的证立过程却相当薄弱,以至于相关论著的说服力与学术价值非常有限,进而导致法学界关于宪法序言研究的主流观点迟迟难以形成。最后,研究方法比较落后。以上提到的研究病状均与研究方法的相对落后之间存在因果关系。从现有的研究成果上看,虽然不能断言全部如此,至少可以说大部分研究者仍未——对将价值命题与事实命题加以区分的——这种体现传统规范主义的根本研究方法^①达致理论上的高度自觉,更遑论具体的研究方法与法学作业之必需的那种精微细致的研究技术或技巧了。针对以上研究状况,本书拟秉持规范主义的立场,对宪法序言进行比较系统的法释义学研究,该项研究在学术上可能具有的意义从一定程度上讲也是相较于上述我国的研究状况而言的。

^① 依卡尔·拉伦兹(尽管他属于新黑格尔主义阵营)之见,这种新康德主义的主张是非常重要的,因为假使少了它,法学就不足以应付其问题。[德]卡尔·拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,12页,北京,商务印书馆,2005。

（一）构建一种体系化的宪法序言理论

如前所述,我国宪法序言的研究由于缺乏体系化,从而导致众多研究者的论点带有极强的主观性、零散性及任意性。萨维尼认为,所谓体系化就是把为数众多的单个的法律概念与法律规则之间的内在联系性揭示出来,从而展现法律体系作为具有意义脉络关联性之规范整体的存在。体系化的研究以对构成系统的组成部分的分析为基础。本文通过对构成宪法序言的各类语句进行分析,区分出事实性陈述语句与规范性陈述语句,进而从规范性语句中析出宪法序言中的规范,再进一步对规范进行类型化的归纳与透析,从而为包括宪法序言的法律效力在内诸多问题的解决奠定了比较可靠的立论基础。同时,这也为宪法序言乃至宪法正文的解释提供了先决条件,因为解释必定是体系化的解释,对法律条文之中的法律规范的解释要受到该规范之意义脉络、上下关系、体系地位以及它对于法律体系所具有的功能的限制。^①

（二）实践法释义学的研究立场与方法

本书是实践法释义学的研究立场与方法的一项具体成果。它区别于其他以自然法、历史哲学以及社会科学为根据对宪法序言进行研究的论著的特点在于,它以现行有效的宪法作为其工作的基础与前提,同时现行有效的实在法也构成了本研究的内在界限。所谓构成法教义学之工作内容的解释与体系化作业都是在这个界限范围内完成的。^②但是这并不等于说本研究不重视不同法秩序的比较研究,恰恰相反,比较法构成法教义学的重要内容。因为对某一实证法法秩序相关问题进行解答,往往会从其他法秩序中对类似问题的解答中获得答案,这是以认肯世界各国法秩序中存在一般性与共同性因素为前提的。当然,在比较中,本书也发现与本国国情相适应的独具特色的表述或规定在宪法序言中表现得尤为突出。如何在一般与特殊之间的张力中不失法教义学的研究品格,无疑也是本研究在论题展开的过程中需要非常慎重地予以拿捏的。

（三）澄清学术问题与增进学术共识

基于以上工作态度与学术旨趣,本书对宪法序言的研究主要是建构性

^① [德]卡尔·拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,316页,北京,商务印书馆,2005。

^② 当然,这并不意味着法教义学对法律规范缺少批判性审视,只是其批判是立足于法律体系的内部论证之上的,不会根本性地质疑现存体制。虽然其存在对法律实践具有极其重要的作用,倘若盲目地排斥法哲学和法学理论等非教义学的具有“纯理论”特征的学科,那么其危险性就会暴露出来。参见[德]阿图尔·考夫曼:《当代法哲学和法学理论导论》,郑永流译,4页,北京,法律出版社,2002。

的而非解构性的、是稳妥推进的而非颠覆性的。笔者并不否认法律社会学、法律经济学、法律政治学等学科的存在价值,甚至认为法教义学(如果不是过于故步自封的话)也会从以上学科中汲取很多有益的学术养分,但是从法治比较成熟国家的经验看,在法学(广义上的法学)诸学科中法教义学实际上占据着主导地位。法教义学注重对细节问题的深入而稳健的探讨(这给人比较保守的感觉),其论证比较扎实、可靠,对于澄清实在法中的学术问题比较有说服力。当然,对法教义学工作态度与立场的认同,势必会对不同的研究者、甚至对理论界与实务界之间就宪法序言问题进行研究并最终达成共识会起到可以预见的推动作用。正是从这个意义上说,本研究也算是为中国法律共同体的构筑所做出的一份努力。

二、实践意义

由于我国目前宪法(主要指宪法文本)在司法实践中仍然无法作为司法机关裁判案件的规范准据,因此,其实效性受到极大的制约。而宪法序言的效力问题之所以成为宪法序言研究的热点话题也与宪法实施问题中凸显的宪法实效性问题有关。但是不可以由宪法在实施方面遇到的困难(即实效性问题)就能够推导出如下结论,即宪法是基本没用的法。从实然意义上看,这种判断是偏颇的,因为我国宪法(尤其是1982年宪法)一直处于实施的过程中,尽管实施效果尚不能让人满意;从规范意义上看,这种判断是错误的,因为宪法的效力表现形式是多样化的,宪法的司法适用只是宪法实施的方式之一或效力表现形式之一,而非全部。从基本权利保障的范围与力度不断拓宽和加强的现实以及国家各公权力之运行逐步规范化的现实来看,宪法作为根本法与最高法的意义在日益呈现出来,尽管往往是以间接的或者非宪法文本确定的方式。必须看到,我国宪法在实效性方面遇到的挑战不仅涉及宪政的整体性架构问题,同时也内在与宪法本身的妥当性之间存在极为紧密的联系。本书对宪法序言的法教义学研究正是面向法的妥当性,而妥当性问题的解决的目的就是为面向实践的具体实施宪法(不管是司法机关的适用还是其他权力部门的适用)的国家机关提供了不可或缺的学术支撑。这也是任何将宪法视为法秩序内的最高实践标准的宪法学说的共同追求。

第三节 国内外研究成果概述

一、国内研究状况

国内(大陆地区)关于宪法序言的研究主要集中在以下几个问题上:

(一) 宪法序言是否是宪法的必要组成部分

以作为实在宪法之组成部分的宪法序言是否必要作为宪法论辩的对象,在其他国家的宪法研究中颇为罕见。这种讨论不仅仅呈现了学者们对本国宪法序言的观点,同时亦反映了他们在研究宪法序言时所遵循的研究立场以及学术进路方面的特色。

蔡定剑教授明确指出,宪法序言是可有可无的,它并非宪法的必要组成部分。^① 翟小波博士认为宪法不应该有序言,理由是:宪法首先是法律,而法律就应该有法律的样子,即每个宪法条文都必须由行为模式和法律后果构成。序言不是法律条文,所以,宪法不该有序言。如果希望宪法被人民尊为法律,希望它被人民尊为最高法律,我们必须将一切非法律规则从宪法中赶走扫尽。^② 张千帆教授没有直接论述宪法序言是否必要这个问题。但是从他的相关论述中可以推断出其关于宪法序言的观点。他认为宪法序言与总纲之中关于基本政策与经济制度的规定等都是无法实施的条款,因为不可能形成可操作的法律标准,以有效界定“社会主义初级阶段”“公有制为主体”“市场经济”“按劳分配”等抽象概念之范围,因而应该从我国宪法中将它们排除掉。^③ 谢维雁教授认为,宪法的关键是将人权保障确立为其核心价值,将人民主权、法治及民主作为基本原则,对权力能够进行有效的约束,并且能够保证宪法本身得到全面实施。而“在一个宪法止于政治宣言的国度,宪法序言无论写得多么美妙动听,多么冠冕堂皇,其与

① 参见蔡定剑:《宪法精解》,123~125页,北京,法律出版社,2006。由于《中国宪法精解》是蔡定剑教授参与编著的,该书与《宪法精解》中的观点完全相同。参见全国人大常委会办公厅研究室政治组编:《中国宪法精解》,59页,北京,中国民主法制出版社,1995。

② 应当注意,翟小波的观点直接蹈袭英国学者 K. C. 惠尔(K. C. Wheare)的《现代宪法》一书中第三章的内容“宪法应当包括什么”。然而,诚如惠尔教授坦言,其所表达的无非是“在英国宪法观念之下接受训练和成长起来的人所秉承的路线而已”。遗憾的是,翟小波博士将其作为普遍的真理予以颂扬了。See K. C. Wheare, *Modern constitutions*, Oxford [Oxfordshire]: Oxford University Press, 1966. pp. 46~74. 参见翟小波:《宪法应该规定什么?》,载“公法评论网”,2009年10月18日访问。

③ 张千帆:《宪法不应该规定什么?——为宪法实施清除几点文本障碍》,载《华东政法学院学报》,2005(3),25~33页。

真正的宪政都没有直接的关联”。但是他又认为宪法序言已为我国人民普遍接受,在我国政治实践中一直发挥着极为重要的作用,因此主张保留宪法序言。这反映其思想的矛盾性,即在学术判断与政治思考之间摇摆不定。^①

对于以一国实定宪法作为其工作前提的法教义学者而言,质疑宪法序言作为本国宪法(已经包含宪法序言部分)之必要组成部分的观点确实是超乎寻常的,但是在我国宪法学界却不乏其人。这也从一个侧面反映了我国宪法学界从法政策学与法社会学角度或立场研究宪法序言与从法教义学的角度研究宪法序言是何等的不同:前者有点像立法者(而且是毫无拘束的立法者)可以解构和颠覆任何成文法的规定,显得极具学术洞见和魄力;而后者对成文法抱着虔诚和敬畏的态度,通过分析和解释成文法规定的内涵,论证不同规范或规定之间的意义脉络关联以致形成关于法的体系化见解。这种研究显得小气巴巴,但它从不放言宏构,只乐于细致入微地建构、稳扎稳打地逐步逼近正义。这并不意味着从事法教义学研究的学者们真的不知道什么是宏大叙事,只是选择用细小来构筑宏大而已。

关于宪法序言是否必要的两种论证方式:(1)严格规则模式。其遵循的逻辑是:每个宪法条文都必须由行为模式和法律后果构成。由于宪法序言不是法律条文,所以,宪法不该有序言。这里既混淆了法律条文与法律规范的区别,也把作为法律规范之一种类型的法律原则排除在法律规范之外,更没有意识到不同的法律规范的效力在表现形式上的多样性。(2)形式推理模式。其遵循的逻辑是:由于宪法序言不是普遍地存在于任何国家的宪法之中而且不能认为没有序言的宪法是不完备的宪法,因而宪法序言不是宪法必要的组成部分。

问题在于:能否一般性地(抽象性地)谈论宪法序言是否必要这个问题?从有些国家宪法没有序言而其宪法仍然不失为完备的宪法的事实中能否推断出这样的结论,即对于已经有序言的宪法而言,宪法序言并非其必要的组成部分?这个问题对中国宪法来说更为重要,因为中国宪法不仅有序言,而且序言很长,内容很多。

法教义学对待该问题的研究进路是:对宪法序言的内容进行实证研究以及比较研究,以揭示宪法序言规定的内容与宪法正文规定的内容之间内在的关联性;考察我国宪法序言规定的具体内容是否在没有序言的宪法中也以不同的形式作出了规定。通过比较研究,倘若我们发现我国宪法序言与他国宪法序言完全不同,或者我国宪法序言规定的内容是如此的特

^① 谢维雁:《论宪法序言》,载《社会科学研究》,2004(5),76~81页。

别以至于在其他没有序言的国家的宪法里无法发现类似的内容,法教义学者也不会因此得出这样的结论:我国宪法序言是多余的。它只能在缜密地分析和论证的基础上谨慎地提出什么样的序言是更好的。

(二) 宪法序言的法律效力

国内论著对宪法序言的研究主要集中在宪法序言的法律效力问题上。蔡定剑教授认为,宪法正文之前的一段文字都是序言。他认为宪法序言是没有法律效力的,不仅宪法序言中宣告性的、记叙的内容没有效力,而且关于国家的指导思想原则和国家任务的规定、甚至连宪法序言最后一个自然段对宪法的根本法与最高法地位的确认也不具有法律效力。理由是:这些规定都不具有规范性、不具有可操作性。而且如果宪法序言有法律效力,会给宪法的适用带来不确定性。^①

李龙教授将宪法序言的内容分为四类,即陈述性的序言,原则性的序言,纲领性的序言及综合性的序言。在此分类的基础上,他进一步分析宪法序言的法律效力问题。他认为第一类即陈述性的序言没有法律效力,比如美国宪法序言、瑞士、希腊等国的宪法序言既是如此。就我跟宪法序言而言,关于历史叙述的部分即没有法律效力。而关于四项基本原则、国家任务、国家的基本政策以及最后一个自然段的规定都具有法律效力。理由是:判断是否有法律效力的标准是看有无实体性或实质性的规定,即是否规定或确认了权利或义务。如果没有行为模式,仅仅规范制宪目的,并不涉及公民或国家机关的权利和义务,这样的序言不存在遵守或违反的问题。但是自相矛盾的是,李龙教授在论述宪法序言作为宪法之必要组成部分的时候提到,凡是不具有权利义务性质的问题,比如国家任务、对内对外的国家政策等难以用宪法规范表达的内容应该借助序言来表达。显然,关于宪法序言的法律效力,李龙教授持部分有效说,即构成宪法序言的内容(部分)是有法律效力的,其余则没有。^② 何华辉教授认为宪法序言所确认的宪法原理或原则具有纲领性,本身难以直接运用,只有与宪法正文的规范结合起来,才能具有强制执行,才能具有法律效力。^③

在宪法序言是否具有法律效力的问题上,许崇德教授反对无效说与部分有效说,认为宪法序言从整体上看其内容是十分重要的,其效力不容怀疑。理由是:宪法在整体上具有最高法律效力,因此作为宪法之不可分割

① 参见蔡定剑:《宪法精解》,123~125页,北京,法律出版社,2006。

② 参见李龙:《宪法基础理论》,162~165页,武汉,武汉大学出版社,1999。

③ 参见何华辉:《比较宪法学》,44页,武汉,武汉大学出版社,1988。