



宪法教义学

Constitutional Dogmatics

白斌 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

宪法教义学

Constitutional Dogmatics

白斌 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

宪法教义学/白斌著. —北京:北京大学出版社, 2014. 9

(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978 - 7 - 301 - 24728 - 0

I. ①宪… II. ①白… III. ①宪法—研究 IV. ①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 199140 号



书 名 宪法教义学

著作责任者: 白斌著

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24728 - 0/D · 3657

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 1020 毫米 16 开本 19 印张 311 千字

2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 42.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

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设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,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

谨以此书
纪念
我的母亲杨英女士，
并迎接
一个新生命的诞生！

宪法学必须有自己的祖国。

自序

这是一个渴慕杰作但却注定无法诞生杰作的时代!

笔者深知,个人的学术能力和知识积淀与本书所涉主题之重大性并不匹配。但我深信,方向是没有错误的,而且对于中国目下的宪法学而言,方向可能更为重要。作为一名知识分子,我无法容忍我的祖国和同侪在法制建设和法学研究领域“盲目飞行”,其必须获得妥当的方法论指引。本书包纳了笔者若干年来对于宪法学研究之方向性的一些心得,可谓是对自己学生生涯的一个总结。怀着对这个民族的巨大的责任感,我完成了本书的写作,并认为自己有义务将自己思考所得的“真理”与大家共享。在我看来,这种分享本身便是对于全社会真理认识过程的一种积极参与。这便是本书的印行流布的直接动机。

我总是对自己的作品缺乏自信,进而怀疑其是否可能对社会和国家具有价值;亦焦灼惶恐于自己一不小心成为西方某些学术大家重要思想的“人肉喇叭”,仅仅是原样传播复制,而失去了反思批判乃至创造能力;故而每每顿笔挠头、叹息连连。本书便是在这种忐忑彷徨与自我否定的心理过程中启程、结笔的。而在本书临行付梓之际,这种犹豫反而有增无减,作为学者中以阅读为主要生活方式的一员,我对于自己的文字和思想的不完美经常性地难以容忍,甚至痛苦不堪。幸好,林来梵教授点醒了我,他说:“人不是天使。”人类及其生活的不完美乃是常态,一个不完美的人去死命地追求完美的生活和事业,就注定会是一场悲剧!就本书而言,如果其中的哪些缺陷令读者不快,我只能以如下的方式为它的作者辩护:如果我们的目标是完美,那么我们最终只能无所事事!

本书仅仅是笔者庞大的人生学术规划中的第一部(步),即完成了方法论的交代。此后,我希望能在此方法论的指导下,以现行宪法为核心,陆续完成《国家学》《宪法学总论》《人格尊严》《公共福祉》《人权总论》《人权各论》《国家机构》《宪法保障制度》等作品,以构建自己独特的中国宪法的教义学体系。千里之行,始于足下!此宏伟的学术计划能否变成现实,很大程度上取决于它的开端。故而,作为其创作者,我衷心祝愿:这部小书能够有好的命

运！尽管我接受历史学家列维奇(Levky)的教导：任何思想的进展与传播，不但有赖该思想本身的力量，而且更有赖于特定时代的历史需要以及接受该思想的倾向。对于规范主义思想在中华大地上的扎根而言，我将本书的出版视为培养与塑造上述倾向的一个必备部分。

其中所言，或有可商，亦请学界先进贤达不吝教正！

是为序！

白 斌

2014年5月

前 言

在诸种以宪法现象为研究对象的学问中,最能揭示作为规范现象的宪法现象自身之独特底蕴的部分,当属宪法教义学,即体系性的、教义性的宪法学。

宪法教义学乃是将现行宪法秩序作为其信仰的对象,并以此为前提进行宪法规范的解释、建构与体系化作业的一门法律学。在现代,其研究对象乃是一国现行的宪法规范秩序,其仅关乎对于后者的认知,而不涉及对其作道德性的评价。完成此种认知任务需要三个维度的工作,即描述性—经验性的维度、逻辑性—分析性的维度以及规范性—实践性的维度。但无论如何,其工作之前提仍然是对于现行宪法秩序之合理性的确信,并对任何“信条”采取体制内的立场。相对于其他法律教义学,宪法教义学具有浓烈的价值相关性,其一方面必须接受其对象中蕴含之价值,另一方面肇端于宪法教义的原则性倾向,还须经常性地从事价值衡量。

解释、建构和体系化乃是宪法教义学的基本作业。宪法解释乃是对于蕴含于宪法条文当中的宪法规范之客观有效意义的阐明。而由于宪法规范的特殊性,宪法解释拥有自身特殊的解释方法:价值溯源解释、内涵填充解释和个案衡量性解释。宪法教义学“认识宪法”的命令则不仅要求在规范的个别性上完成认识任务,更要求在整体概观的层面上对由宪法解释所获得的个别性的规范意义作理论的再加工:建构和体系化。在建构与体系化的具体作业中,分别存在着对宪法现象的双重加工:其一是范畴论的处理;其二是目的论的处理。

从宪法教义学之全体的高度重新反思其在整体的法教义学理论框架内的地位和所可能扮演的角色,这是宪法教义学的外部体系问题。宪法规范的特质决定了宪法在整体法秩序中的位置:调整一般法律规范——特别是制定法——的创制。据此,其对于整体法秩序发挥效力根据和价值统合的功能。宪法教义学中所运用的许多基本概念、基本原理和方法也都有赖于法律教义学的创造性工作,而法律教义学自身所具有的局限性,也需要通过宪法教义学的思考加以救济。

宪法教义学虽遭受诸多批评,然其所具有的积极意义不容忽视。但在认识到宪法教义学之力量的同时,也需要把握其界限所在:一方面,其需对非教义性研究立场保持尊重,并在穷尽法律教义学的分析的前提下,尽量回避政治问题,以避免自身判断成为政治意识形态;另一方面,其不得改变宪法之实体内容,否则就背弃了自己的身份。

由于不存在具有实效性的宪法审查制度,在我国,宪法教义学可能会流于“纸上谈兵”。但“纸上谈兵”亦有助于锻炼宪法教义学分析与解决现实问题(不一定是模拟的)之能力。而且,在我国宪法学界过度强调作为社会科学的宪法学的背景下,重视作为规范科学的宪法学,即宪法教义学,便显得尤为重要。

作 者

2014 年 6 月

目 录 | Contents

第一章 引言 / 1

- 1 一、研究的起因
- 3 二、研究的意义
- 7 三、研究方法和研究思路

第二章 一般法教义学的源流与特征 / 11

- 12 一、概念的源流
- 20 二、法教义学的倾向性特征

第三章 宪法教义学的概念及其特征 / 34

- 36 一、宪法教义学的研究对象
- 43 二、宪法教义学的立场:规范主义或权威主义
- 56 三、宪法教义学的工作内容及其作业前提
- 70 四、宪法教义学的价值相关性

第四章 宪法教义学视野中的解释 / 81

- 83 一、宪法解释的教义学目标
- 96 二、宪法解释的一般方法
- 105 三、宪法解释的特殊性

123 | 四、宪法解释的界限

第五章 宪法教义学内部的建构与体系化 / 139

- 141 | 一、宪法教义学中的建构
- 152 | 二、宪法教义学中的体系化
- 169 | 三、稳定性与可辩驳性
- 171 | 四、宪法教义体系的证立
- 178 | 五、中国宪法规范体系的一种思路

第六章 宪法教义学的外部体系 / 194

- 194 | 一、宪法与法律的关系
- 206 | 二、宪法教义学与法律教义学的关系
- 213 | 三、宪法平等权对于刑法的节制:以许霆案为例
- 233 | 四、宪法价值视域中的涉户犯罪:以杨喜利案为例

第七章 宪法教义学的功能与界限 / 255

- 255 | 一、宪法教义学所可能遭遇的批评及其回应
- 263 | 二、宪法教义学的功能
- 268 | 三、宪法教义学的界限

第八章 结语:屠龙术的命运与纸上谈兵的意义 / 272

参考文献 / 276

后记 / 287

第一章 引言

一、研究的起因

宪法教义学的研究,属于对宪法学自身的方法论的探究,因此在某种意义上可以说是一种“宪法学学”^①。除去极少数例外,直至20世纪80年代初期的新中国宪法学,其主体部分可以宽泛地归入所谓“马克思主义宪法学”阵营之内,而后者在学理上又属于通过社会现实力量对比关系来理解宪法现象的“宪法的社会理论”^②。此一理论立场对于既有宪法文本及其内涵的细腻分析解释缺乏必要的耐心和兴趣,而将其简单地视为是现存政治现实的“宪法化”的宣示或者说明,因此其对宪法条文的解读并非一种规范性解释,而仅仅具有某种“解说”^③的性质。与此相对照,自20世纪80年代以来,随着改革开放以及社会主义市场经济的推展,西方各种思潮亦随之涌入国门,拷问着我们自身对于本国政治制度以及法律制度之正当性的信念。其中,在思想上影响最为迅烈者乃是自由主义思想,在宪法的问题上便集中呈现为立宪主义(constitutionalism,或译为“宪政”)。但作为一种思潮,立宪主义在进入中国之后,则迅速地转变为一种脱去所有实在法制度细节的理想化的理

① 这是林来梵教授从日本著名宪法学家内野正幸那里借用来的形象表述,用来指代以宪法学本身为研究对象的理论形态,有关宪法学的方法论,也自然属于此领域。参见林来梵、翟国强:《宪法学思考中的事实与价值——有关宪法学的一个哲学话题》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2007年第3期,第56页注2。

② 最显著的一个证据是主流宪法学对于“宪法的本质”这一问题的说明。按胡锦涛教授的描述,“由于宪法所规定的是国家生活和社会生活中最根本性的问题,因而它是一国各种政治力量对比关系的全面、集中表现。”参见许崇德、胡锦涛、李元起、任进、韩大元编:《宪法》(第3版),中国人民大学出版社2007年版,第13页。

③ 规范宪法学将其总结为“解说性宪法学”,以区别于真正意义上的“宪法解释学”。具体可参见林来梵:《今日宪法学:方法与机遇》,载林来梵:《剩余的断想》,中国法制出版社2007年版,第285页以下。另外可阅读林来梵、郑磊:《所谓“围绕规范”——续谈方法论意义上的规范宪法学》,载《浙江学刊》2005年第4期。

念模型^①,进而具备了在道德上“绝对正确”的超然地位,并最终成为诸多政治学家、法学家用以衡量现行实在法秩序以及现实法律生活的有力判准,甚或是用以批判中国现实的强大武器。由此,对于立宪主义(宪政)的研究,长期以来则不可避免地带有几分宪法哲学的况味。与上述两种趋向相对照,在我国,运用特别的法律学的方法研究宪法规范现象的科学,即宪法教义学的研究在此历史转型时期则长时期受到忽视乃至批判。^②

此种情状与当今世界各国宪法学的状况颇有些不同。^③譬如日本,在第二次世界大战以前,日本宪法学界束囿于绝对主义的天皇制,将大部分精力都倾注于对明治宪法条文的解释,而极少对宪法规范自身进行反思和批判;此种状况在战后大有改观,其时,日本宪法学界开始对作为科学的宪法学的方法论进行反思,进而,宪法社会学、比较宪法学、宪法史学等角度和立场的研究获得了极大的发展,以弥补单纯的宪法教义学的研究所容易产生的缺陷。^④近年来,欧美各国宪法学在理论宪法学领域的发展,也是相同道理,其旨在对单纯的宪法教义学研究的盲目性和狂信加以适度制约,使得宪法学能够真正成为一门独立的学问,而不至于沦为政治权力的婢仆。但即便如此,无论是在日本,还是在欧美各法治文明诸国,宪法教义学的研究仍然是其宪法法学研究中无法撼动的堂皇主流。

反观我国,在宪法学领域,长期以来,以马克思主义法学为代表的“法的批判研究”历来居于正统的主导地位,宪法教义学的力量则颇为薄弱,以至于使得宪法学自身作为一门独立学科存在的必要性受到怀疑,更遑论科学性的建立。自20世纪90年代后期至本世纪初,学界试图脱出法的批判理论的分析框架,开始自觉地思虑宪法学自身之独特的立场与方法,即开始从单纯的“解说性宪法学”向“解释性的宪法学”进行艰难转换,并出现了若干重要的研究成果。虽然如此,但由于缺乏对于狭义或本义上的宪法学,即宪法教

① 近年来,已有论者敏锐地察觉到这一点。参见李忠夏:《宪法学的教义化——德国国家法学方法论的发展》,载《法学家》2009年第5期。事实上,在这个问题上,文中的若干观点笔者亦未必全然赞同。比如其认为“某种程度上宪政的研究完全陷入了政治哲学的巢窠当中”。从规范宪法学的立场而言,从政治哲学——在此处似乎更应该说是宪法哲学——的角度对立宪主义(宪政)加以研究,乃具有分外重要的意义,在一定意义上可以说,其研究成果构成了宪法教义学开展其作业的“目的论的”背景。

② 这种批判往往在法学理论界展开,即对整体的法教义学和各部门法教义学进行笼统的批判。其中代表性的作品可参见邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2006年版,第65—72页。具有强烈寓意的是,在邓正来教授所列举批评的部门法“法条主义”中,并没有宪法“法条主义”。无疑可以说,它被忽视了。

③ 林来梵教授早在2001年便注意到了这样一种差别情况。参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第3页。

④ [日]小林直树:《宪法讲义》(上册),东京大学出版会1980年版,第1章第3节。

义学的自觉、清晰的把握,上述研究成果难免出现方法论上的混乱与杂糅,即产生立场的不彻底的问题。

由林来梵教授所提出并倡导的“规范宪法学”,亦是针对我国上述问题状况所开出的一剂“药方”。^① 2001年,林来梵教授在《从宪法规范到规范宪法》一书中首次提出了“规范宪法学”这一概念,并以35万余字的篇幅为这一宪法学立场提供了“一种前言”。自那以后,规范宪法学一直在以一种卡尔·波普尔所谓的“零星社会工程”(piecemeal social engineering)^②式的工作模式推动着自身的理论构建、锤炼着自己的实践品格。在方法论上,规范宪法学历来主张自身的开放性,但此种开放性不应被理解为是诸种方法混沌的交错杂糅,而毋宁是试图在以宪法教义学为主体的前提下,综合性地吸收宪法哲学、宪法史学、宪法社会学、比较宪法学等理论宪法学的研究方法和研究成果,以期达到各种立场与方法各得其宜、和谐共存的“真理”状态。就此种状态而言,一方面,受日本宪法学界对于概念法学的反思的影响,规范宪法学自觉地祛除了极端的宪法教义学对于“作为教义的现行宪法规范”的盲信,而在必要的层次上引入了教义学以外的研究立场,以保留对其作距离性反思的可能;另一方面,有鉴于我国宪法学长期以来深受法的批判理论的控制而存在的丧失自身作为独立学科之地位的危机,规范宪法学则有志于恢复宪法教义学作为宪法学研究之主流立场的应然地位,使得“中国宪法学”在此意义上成为一门真正的“法科学”。本研究正是在延续上述规范宪法学的方法论脉络中得以展开的,并据此获得其重要的理论意义。

二、研究的意义

本研究着眼于宪法教义学的立场和方法,试图在梳理“法教义学”的概念和倾向性特征之后,较为全面地分析“宪法教义学”的概念、特征、主要工作(宪法解释、建构和体系化)、与其他法律教义学的关系、力量及其界限,尤其将特别论证“宪法教义学应当采取规范主义立场”以及“宪法解释的特殊方法”,并在阐明宪法教义学与现行宪法的紧密关系的基础上讨论构建中国

^① 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,特别是“绪论”部分。

^② 在波普尔笔下,社会零星工程是与“乌托邦工程”相对照而言的更为合理的思考进路,其采用的是寻找特定社会中一个一个的严重且至为紧迫的“恶”并与之斗争的方法,而非追求一种整体社会的终极至善并为此目标的实现而战斗的方法。社会零星工程有的是对于单个制度的蓝图,而非整个理想社会的整体设计。所以,如果一旦出错,危害就不会很大,重新调整也不会很难。See Karl R. Popper, *The Open Society and its Enemies*, Volume I, Princeton University Press, 1971, pp. 158—159.

宪法教义学理论体系的可能性。本选题的意义可以略述如下：

（一）理论意义

1. 推进规范宪法学的方法论研究

规范宪法学目前已经形成一种面对宪法问题的独特的分析立场与方法，其对于“实存”与“当为”之间相对分离的重视、对于法律学方法论的强调，甚至对于规范主义的适度接近等都具有鲜明的身份特色，并对中国宪法学研究水平的推进起到了一定的作用。但是，规范宪法学目前仍然仅仅是一种相对模糊的理论立场，其明确具体的边界亦尚待其主张者通过不懈的理论努力加以廓清，而其中最关键者乃是对作为其方法论之主体的宪法教义学的立场与方法的精确把握。

因此，本书对于宪法教义学之立场和方法较为全面的研究，从宏观上来说有助于规范宪法学完成其主体方法论的构建，主体立场的明确将为规范宪法学的主张者之理论身份的统一奠定基础，并最终推动其作为一个学派的成长和成熟；从微观上来说，本书若干细节部分的研究亦有助于推进规范宪法学的自我认识，比如对于规范主义和权威主义的论述、对于宪法解释的独特方法的论说、对于宪法教义学与诸种法律教义学关系的尝试性探究等，对规范宪法学而言，都有着基础性的理论意义。

2. 有助于本真地“认识”中国宪法规范及其体系

本研究试图推动在宪法教义学的理论框架内来解释我国宪法规范，并在解释的基础上推进我们对中国特色社会主义宪法规范秩序体系的理解，进而实现目光在整体体系与个别规范之间流转往返，最终达到对特定宪法规范较为合理的规范性解释方案，为有识者的进一步研究奠定基础。换言之，这一研究试图将宪法教义学的立场，即将宪法现象首先作为规范现象、将宪法学视为规范科学的立场，及其相应的规范分析的方法确立为中国宪法学的主流立场。

在另一方面，接受宪法教义学作为中国宪法学的主导立场亦有助于捍卫中国宪法学的主体性。宪法教义学备受诟病之处甚多，其中一点便是其强烈的地方性。由其对象的地方性所决定，其所生发的理论的真理性的往往局限于特定的地域范围，并由此呈现出特别的真理价值。换言之，即便是西方法治成熟国家的宪法教义学者所提出的宪法教义，亦只在其有效解决的该国宪政问题的范围内具有真理性，而不必然能普适性地适用于世界上任何国家。我国现行宪法之性质毫无疑问具有社会主义性质，亦具有中国特色，虽然由此并不能推出中国的宪法学也必然只能是社会主义性质的宪法学，但无疑，

中国现行宪法自身的独特性决定了中国宪法学面对的对象和问题不同于西方任何国家的宪法学,因此,为解决中国宪法问题所提出的原理和技术并不能完全从西方既有的理论模式中拷贝而来,而是需要中国宪法学者作独特的努力。在我看来,除去宪法教义学之外没有其他立场更适宜承当这一任务。在这一点上,中国宪法教义学有其意义。

3. 系统地梳理宪法教义学相对于其他以宪法为研究对象的科学的优劣得失

正如笔者接下来将要论及的,关于宪法教义学,特别是一般法教义学的理论和方法,中文学界已有一定的介绍,但是却鲜有学者较为细致的分析:相对于其他以(宪)法为研究对象的科学,(宪)法教义学究竟有何优点和缺陷?其力量之边界在哪里?其与其他立场的宪法学有何关系?

为了回答这一问题,有必要详细地爬梳整理宪法教义学的理论流脉、核心主张以及批评意见、存在的缺陷等,从而在总结其立场之优劣得失的基础上实现理论超越,并在梳理其历史演变与核心主张之后,探讨在此基础之上构建中国宪法教义学理论体系的可能性以及所遭遇的困难等内容。这样的系统整理工作将清晰地呈现各种已有宪法教义学的理论谱系,并在其中为中国宪法教义学寻定一个位置。

4. 推动部门法律教义学的研究的开展

近年来,法学界已有不少学者认识到法教义学研究的重要性,并开展了相应的介绍性的研究,这样的研究也顺带地延展至对于国外相关研究成果的译介。这些成果的出现是令人欣喜的。法学界已经逐渐认识到,对于这一具有基础性意义的法学立场的研究将直接有助于诸多法律问题的分析解决。然而,一般法教义学的方法论研究固然重要,但事实上却不存在“一般”的法问题,而只存在个别的部门法问题。在这个意义上,部门法教义学的方法论研究才是真正具有指导意义的研究。而在后者中,宪法教义学则自然具有分外显赫的理论地位。对宪法教义学的立场和方法的研究,不仅有助于推进中国宪法教义学理论的成长,也有助于推进其他部门法教义学——如刑法教义学、民法教义学等——对于自身方法论的反思和发展。

必须提前表明的是,虽然本书涉及了许多其他部门法学的知识,比如民法和刑法,但是由于语言和学术能力所限,我既不想和专业的其他部门法学研究者一较短长,也不想参与到更为抽象的法哲学论争之中去。我只是希望从宪法教义学的视角出发去观察和分析其他部门法学的问题,并试图从中开掘出一些关于其他部门法问题的有益洞识,藉此有助于相关法律问题的分析和解决。因此,其他部门法学问题的讨论在最终的意义上乃是宪法教义学