

宪法运作的实证分析

张淑芳 著

gong fa yan jiu

公法研究

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

山东人民出版社

张淑芳 著

宪法运作的实证分析

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法运作的实证分析/张淑芳著. —济南:山东人民出版社,2005.4

(公法研究/谢晖,陈金钊主编)

ISBN 7-209-03666-0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 025657 号

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 14.875 印张 4 插页 340 千字

2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 次印刷

定价:28.00 元

《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

自序

宪法是在规制与运作的过程中实现自身价值的，因此，宪法学理论中便自然而然地包含了规制与运作两个基本概念，遗憾的是这两个概念在以往的宪法学体系中却被遗弃了。笔者正是本着拾遗补阙的主观信念，选择宪法规范的规制与运作两个命题，对其作了理性和实证相结合的探索，侧重点在宪法的实证论方面。说理性分析是因为作者试图构架一个在作者看来是深层次的宪法学理论，此理论放弃了以往宪法教科书中关于宪法规范的割裂性研究及与棋子一样的排列模式。从传统宪法学体系中，人们所看到的仅是宪法条文依数目大小进行的排列过程，条文及各部分之间的逻辑联系并不能通过此种排列反映出来。作者提出了宪法规制与运作的四大概念，即本体、实在、行为与过程。本体是宪法规制与运作的逻辑前提，它是宪法中的基本素材，没有这些素材宪法的运作便是不可能的。笔者所讲的本体并不是一般意义上的宪法主体，它是对宪法主体在哲理层面上的提炼。实在是宪法规制与运作的逻辑起始，之所以将其称为实在是因为它是在宪法规制过程中最具实质意义的东西。宪法的规制与运作是在实在因素形成以后开始的，故此，作者认为其是宪法规制与运作的起始因素。行为是宪法规制与运作过程中的一种逻辑转换，正是通过将框架设计、品级定位等实在因素转换为对本体行为的规制，才使宪法的规制与运作真正成为一种法律现象。过程是宪法规制与运作的逻辑结果，宪法中的各种力量对比关系在运行过程中得到了充分体现。本

体、实在、行为最终都在宪法过程中得到升华，四者之间是宪法规制与运作的四个层层深入的逻辑范畴。曰实证分析是说笔者是从各国的宪法条文中归纳上述逻辑原理的，而不是武断地依上述原理来套各国宪法条文的。笔者在全书中多处引用宪法条文的事实就是一个例证。作者的分析符合实证主义哲学的一般原理，即从现象推演本质，从个别推演一般，作者正是从大量宪法现象中，且是一些微观现象中，推论出宪法规制与运作的一般理论的。

作 者

2005 年 1 月于上海

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | |
|-----------------------------|-----------|
| 1. 法治论 | 王人博 程燎原 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 王人博 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | 谢 晖 著 |
| 4. 价值重建与规范选择
——中国法制现代化沉思 | 谢 晖 著 |
| 5. 权利的法哲学
——黑格尔法权哲学研究 | 林 喆 著 |
| 6. 法律对行政的控制
——现代行政法的法理解释 | 孙笑侠 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | 刘作翔 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | 谢 晖 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | 陈金钊 著 |
| 10. 义务先定论 | 张恒山 著 |
| 11. 基本法律价值 | 谢鹏程 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | 江 山 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | 葛洪义 著 |
| 14. 法律思维学导论 | 林 喆 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | 范忠信 著 |

- | | | |
|----------------------------|-----|---|
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政 | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 | 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 | 著 |
| 27. 权利政治论
——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 | 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 | 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 | 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 | 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 | 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 | 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 | 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 | 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 | 著 |
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 | 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 | 著 |
| 38. 语境与工具
——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 | 著 |

- | | | |
|------------------|----------|---|
| 39. 良宪论 | 汪进元 | 著 |
| 40. 法学研究与方法论 | 李其瑞 | 著 |
| 41. 凯尔森法律效力论研究 | 梁晓俭 | 著 |
| 42. 民权与民治的试验 | | |
| ——晚清地方自治制度的生成与演变 | 汪太贤 | 著 |
| 43. 宪政的理念与机制 | 季金华 | 著 |
| 44. 法律论证与法学方法 | 戚 渊 郑永流等 | 著 |
| 45. 私人之间的监控与惩罚 | | |
| ——一个经济学的进路 | 桑本谦 | 著 |
| 46. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 | 著 |
| 47. 宪政主义与制度转型 | 王 怡 | 著 |

法 学 论 丛

- | | | |
|------------------|---------|----|
| 人权研究(第一、二、三、四卷) | 徐显明 | 主编 |
| 民 间 法(第一、二、三、四卷) | 谢 晖 陈金钊 | 主编 |
| 法律方法(第一、二、三、四卷) | 陈金钊 谢 晖 | 主编 |
| 中国诠释学(第一、二辑) | 洪汉鼎 | 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上下) | 徐显明 刘 瀚 | 主编 |
| 法解释的基本问题 | 刘士国 | 主编 |

公 法 研 究

- | | | |
|-------------------|-----|---|
| 1. 法治与法律方法 | 陈金钊 | 著 |
| 2. 欧洲:从民族国家到法的共同体 | 李道刚 | 著 |

- | | | |
|---------------------|-----|-------|
| 3. 行政法的私权文化与潜能 | 关保英 | 著 |
| 4. 现代行政法的基本理念 | 陈贵民 | 著 |
| 5. 从宪法到宪政 | 谢维雁 | 著 |
| 6. 西方宪政思想史略 | 黄基泉 | 著 |
| 7. 选举及其相关权利研究 | | |
| ——美国选举个案分析 | 王雅琴 | 著 |
| 8. 证券市场监管与司法介入 | 金泽刚 | 著 |
| 9. 中国近代自由主义宪政思潮研究 | 石毕凡 | 著 |
| 10. 探寻宪政之路 | 郭宝平 | 朱国斌 著 |
| 11. 西方立宪主义的历史基础 | 刘守刚 | 著 |
| 12. 各国立法机关委员会制度比较研究 | 周 伟 | 著 |
| 13. 宪法概念在中国的起源 | 王德志 | 著 |
| 14. 制度设计与立法公正 | 汪全胜 | 著 |
| 15. 宪法运作的实证分析 | 张淑芳 | 著 |
| 16. 人民主权论 | 肖君拥 | 著 |
| 17. 和平·秩序·好人政府 | | |
| ——加拿大宪法的精神与实践 | 徐亚文 | 著 |
| 18. 宪政视野中的中国城市化研究 | 秦前红 | 著 |
| 19. 宪法的国家结构问题 | 童之伟 | 著 |
| 20. 财产权与宪法的演进 | 何 真 | 唐清利 著 |

目 录

《公法研究》总序	谢 晖(1)
<u>自 序</u>	(1)

第一篇 本体论

第一章

<u>自然人本体</u>	(3)
一、自然人的自然定在	(3)
二、自然人脱离自然的最高外现	(11)
三、自然人作为宪法的元本体	(16)
四、自然人变量与作为规制规则的宪法选择	(21)

第二章

<u>社会人本体</u>	(27)
一、社会人的物化关系	(27)
二、社会人的认知关系	(36)
三、社会人作为宪法权利的元本体	(41)
四、社会人变量与宪法权利模式选择	(47)

第三章

<u>公民本体</u>	(53)
-------------------	--------

一、公民的概念及公民的人为设计·····	(53)
二、公民作为宪法的本体人格·····	(60)
三、公民作为宪法责任的元本体·····	(65)
四、公民变量与宪法责任规则选择·····	(71)

第四章

自然组合本体 ·····	(76)
一、自然组合的基质条件·····	(76)
二、自然组合本体的稳态性·····	(80)
三、自然组合本体作为宪法资源的元本体·····	(84)
四、自然组合本体变量与宪法资源配置模式选择·····	(92)

第五章

社会组合本体 ·····	(96)
一、社会组合的利益源流·····	(96)
二、社会组合本体的规格·····	(101)
三、社会组合本体作为宪法利益的元本体·····	(106)
四、社会组合本体变量与宪法利益和解模式选择·····	(111)

第六章

规范设计组合本体 ·····	(116)
一、规范设计的政治特性·····	(116)
二、规范设计组合本体形态·····	(124)
三、规范设计组合本体作为宪法制度的元本体·····	(132)
四、规范设计组合本体变量与宪法制度模式选择·····	(135)

第二篇 实在论

第七章

宪法的本土覆盖域 ·····	(141)
一、宪法中的本土范畴以及本土覆盖 作为宪法实在的第一要素·····	(141)

二、本土与宪法关系的认识	(152)
三、刚性宪法与柔性宪法的本土覆盖解释	(158)
第八章	
宪法中的壳体建构	(163)
一、壳体建构作为宪法实在的第二要素	(163)
二、帕森斯的社会结构论及运用	(168)
三、壳体建构的外延	(173)
四、壳体建构的系统律	(183)
第九章	
宪法规制中的品级定位	(186)
一、品级定位作为宪法实在的第三要素	(186)
二、宪法中的角色分配	(192)
三、宪法中品级定位的本质	(196)
四、品级定位的外延	(203)
第十章	
宪法中的资源配置	(208)
一、资源配置作为宪法实在的第四要素	(208)
二、本体的物质动机	(213)
三、宪法中资源配置的理论分析	(217)
四、宪法资源配置的要素构成	(220)
五、宪法资源配置与宪法形态的关系	(225)

第三篇 行为论

第十一章	
宪法中的原行为	(231)
一、本能冲动与原始行为	(231)
二、行为的外化与多重变换	(246)
三、行为作为宪法的内动因	(254)

第十二章	
行为标签化	(260)
一、行为的分类标签	(260)
二、行为的名称标签	(269)
三、行为的程式标签	(271)
四、行为标签与宪法控制原理	(274)
第十三章	
行为同化的宪法精神	(281)
一、行为冲突与宪法整合	(281)
二、行为整体性同化	(285)
三、行为的一致性同化	(291)
四、行为的单向性同化	(296)
第十四章	
行为利己与利他的合宪选择	(299)
一、利他行为与利己行为	(299)
二、本体行为利他与利己的宪法认同	(311)
三、行为利己与利他作为一个宪法变量的意义	(327)
第十五章	
行为限制原则	(335)
一、行为有限作为宪法原则	(335)
二、行为性质的限制	(342)
三、行为程度的限制	(346)

第四篇 过程论

第十六章	
新动态宪法观	(355)
一、传统动态宪法观的片面性	(355)
二、新动态宪法观	(361)