



比较法学文库

高祥◎总主编

宪法解释

INTERPRETATION OF
THE CONSTITUTION

谢立斌◎著



中国政法大学出版社

宪法解释

INTERPRETATION OF
THE CONSTITUTION

谢立斌◎著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

宪法解释/谢立斌著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 8
ISBN 978-7-5620-5541-9

I. ①谢… II. 谢立斌 III. ①宪法—法律解释—德国 IV. ①D951.61

中国版本图书馆CIP数据核字 (2014) 第189562号



- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 7.75
- 字 数 200 千字
- 版 次 2014 年 8 月第 1 版
- 印 次 2014 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价 24.00 元

比较法学文库

高 祥◎总主编

東
浴
尺
際

天
道
歸
一

总 序

高 祥 *

法治是现代社会的标志与基石。良好的法治需要完备的法律制度及其落实的良好氛围。比较法的目的与使命在于通过对不同法域间的法律制度、法律文化和法律体系的比较研究,深化人们对这些法律制度、法律文化和法律体系的认识,了解世界法学发展的动态、法律发展的趋势,进而择善而从,完善已有的法律制度和法律体系,为人类的共同文明与进步服务。

信息化与全球化使得我们所处的世界正在变得越来越小,使得不同法域间的人们的交往越来越频繁、关系越来越密切,彼此间需要了

* 中国政法大学比较法学研究院院长。

解对方的法律制度和法律文化的要求越来越迫切、内容越来越详细，从而使得比较法在现代法治建设与人类文明进步中的功能越来越明显，作用越来越大，任务越来越重。

在中国法制现代化的过程中，比较法发挥了非常重要的作用。通过研究和认知域外法律制度、法律体系与法律文化，使得中国法学界能够迅速和充分地了解这些制度，使得中国的法律体系能够在学习和借鉴域外相关法律制度的基础上很快建立起来。虽然中国的法制建设已经取得很大成就，但离现代法治的要求仍有很大距离。在中国法制建设的进程中，比较法仍然具有无限的发挥空间。

中国政法大学比较法学研究院是在整合原中国政法大学比较法研究所、中德法学院和中美法学院三个教学科研院所的基础上成立的，是目前中国高校和科研机构中惟一以比较法学为中心的专门的教学科研机构，聚集了一批优秀的比较法人才。其成立的目的是为了适应信息化与全球化以及中国法制国际化与现代化的需要，构建以比较和研究中外法律制度为目的的比较法学研究的平台，力争巩固其在国内比较法学研究领先地位的基础上达到世界先进水平，从而更好地为中国的法制建设和社会进步贡献自己的力量。

为了完成其光荣使命，中国政法大学比较法学研究院开展了丰富的教学科研活动。这些活动中形成的各种学术成果均蕴藏着比较法教学与科研的最新成果与思想财富，颇具学术价值，非常值得整理出版。这些成果若以单本出版发行，难见系统，编为文库出版，方能相得益彰，蔚为壮观，既便于研读查考，又利于文化积累。

《比较法学文库》能够顺利出版，需要感谢的人很多。但特别需要感谢的是山西联盛能源集团及其董事局主席邢利斌先生，是其慷慨解囊使得中国政法大学比较法学研究院能够设立联盛比较法基金，并对本文库的出版给予资助。

宪法与道德

(代序)

一、宪法道德化

宪法道德化，是指将一定的道德伦理观念作为宪法文本必须符合的标准。持有这一立场的论者只承认符合这一标准的宪法文本构成宪法，否定不符合这一标准的宪法文本构成真正的宪法。这方面的理论基础主要是自然法学说，根据这一学说，自然法是“法上之法”，所有实证法都应当符合自然法，否则没有正当性。归根到底，自然法无非是自然法学者所主张的道德伦理观念。从一开始，世界立宪运动就受到这一观念的深刻影响。例如，《美国独立宣言》宣称：“我们认为下述真理是不言而喻的：人人生而平等，

造物主赋予他们若干不可让与的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。”在其后制定的《美国宪法》，继承了这一自然法传统。相比之下，法国《人权和公民权利宣言》则更为直接地对宪法设定了伦理性质的要求，这集中体现在第16条：“凡权利无保障和分权未确立的社会，就没有宪法。”这就把权利保障和分权视为宪法必须满足的两个条件，而这两个条件，实质上都是当时新兴资产阶级所持有的政治伦理观念。

在当下的中国学界，宪法道德化的立场，若隐若现地体现在一些学者对宪法概念的特定理解上。一种较为通行的宪法观，是将一切美好的事物都视为宪法，而不论其在中国当前现行宪法文本上有无实证依据。例如，一本具有较大影响力的宪法教材主张，宪法原则包括人民主权原则、基本人权原则、法治原则、权力分立与制衡原则。宪法道德化的另外一种表现，是众多学者基于自己所持有的政治伦理道德观念，轻视甚至无视现行宪法文本，成天醉心于设计一部美好的未来宪法，希望这部宪法能够一劳永逸地解决当下现实中的种种问题。他们认为，在制宪时刻到来之前，自己所做的工作，就是做好理论上的铺垫。他们把自己一生理论研究工作的意义，都寄托在一部并不确定的未来宪法之上。

那么，宪法道德化在理论上是否成立？在实践中将会导致何种后果？在理论上，宪法道德化要求宪法符合一定的伦理道德观念。这方面存在一个不可克服的障碍：在价值多元的现代社会，人们不可能在道德观念问题上达成完全一致。在当下中国，对于未来的宪政体制，新左派和自由主义阵营存在不同的主张，两者之间具有不可逾越的鸿沟。即使在同一阵营内部，

也不可避免地存在诸多分歧。在实践中，宪法道德化也会导致一些负面问题。一部宪法文本，不可能完全符合所有人的道德观念。如果将道德视为检验和评判宪法正当性的标准，则人们势必往往认为宪法不符合自己信奉的道德标准，从而有意无意否认现行宪法的合法性、正当性，进而暗示人们不必遵守现行宪法秩序，这将助长法律虚无主义和无政府主义思潮的抬头。

二、宪法去道德化

与宪法道德化相反，宪法去道德化主张将宪法与道德相分离。在近代，这方面的代表学者为凯尔森（Hans Kelsen）和施米特（Carl Schmitt）。凯尔森提出的纯粹法学，将非法律的道德等因素排除在外。根据其法律层级理论，下级规范只要在形式上符合上级规范，就具有效力。在整个规范体系中，宪法处于最顶端的位置，宪法的效力来自基本规范。至于什么是基本规范，凯尔森语焉不详。但可以确定的是，基本规范并非伦理道德观念，因此，宪法的效力并不取决于是否符合一定的道德标准。施米特则从主权者、政治的概念两个方面，表达了其宪法去道德化的立场。他认为，宪法是主权者作出的决断，宪法的效力来自主权者。主权者是不需要遵守包括道德在内的所有规则的，因此，宪法也就与道德无关了。他主要提出了如下论证：主权者，就是在例外状态中作出决断者。例外状态，就是一个没有任何规则可供适用的状态。道德作为一种行为规则，在例外状态下当然也就不具有可适用性，因此，主权者的制宪行为和其他所有行为，都不需要遵守包括道德伦理在内的任何规则。在这种意义上，宪法与道德并不发生关系。此外，施米特在讨论

政治的概念的时候，认为政治和道德分别属于两个不同的领域，也就是说，在政治领域，讨论其是否符合道德是没有意义的。制定宪法的行为，具有政治的性质，当然也就不适用道德与否的标准来评判。

在我国当前的学术界中，也存在宪法基本上与道德无关的主张，这集中体现在将现实等同于宪法的观点中，这方面的代表性学者为陈端洪教授和强世功教授。在《论宪法作为国家的根本法与高级法》一文中，陈端洪提出，中国宪法上存在五项根本法，即中国人民在中国共产党的领导下、社会主义、民主集中制、现代化建设、基本权利保障。他采取了社会学意义上的实际效力标准，对宪法文本规定的所有内容进行甄别，提炼出了具有实际效力的重大规则，并称其为根本法。陈端洪教授视野中的根本法，其实是一个（法）社会学的概念，并不是一个规范概念，不涉及价值评判。他只是指出，在宪法规定的众多规则中，这些规则是真正被遵守的。在一定意义上，这种思路将现实等同于宪法。在这个过程中，并不对现实进行任何价值评判，即便是不符合通行价值观念的现实，仍然可以被界定为宪法上的根本法，这是一种典型的将道德与宪法相分离的观点。

无独有偶，强世功教授在其《中国宪法中的不成文宪法》一文中表达了类似的观点。面对中国宪法文本与宪政实践之间的背离，他试图寻找在宪法文本上没有依据、但在现实中发挥实际宪法功能和实际运行效果的运行规则，并将这些规则界定为中国宪法上的不成文规则。这种意义上的中国宪法中的不成文宪法，包括规范性宪章（主要包括党章、党的规范性文件、

党内惯例、党和国家领导人提出的理论、党的代表大会报告、决议和决定等)、宪法惯例(主要指党的总书记同时担任国家主席、党和国家军委主席等职务的体制)、宪法学说(例如毛泽东在《论十大关系》中发挥中央和地方两个积极性的思想)和宪法性法律(如《香港特别行政区基本法》)。强教授和陈教授的观点,存在一些异同。两者的主要区别在于,陈端洪教授提出的五个根本法,都能够在现行宪法文本上找到相应依据,而强世功教授则完全脱离了宪法文本,或者说恰恰是在宪法文本之外去寻找所谓的不成文宪法。除了这一区别以外,两位教授实际上都大致遵循了“存在即宪法”的思路,即把现实中真正发挥作用的重大规则视为宪法,而不对现实进行任何道德价值评判。

这种以实际效力为检验一个规则是否构成宪法上的根本法或不成文宪法的思路,具有一定的积极意义。它有利于调和现实和规范之间的张力,追求实践和宪法之间一定程度的一致。然而,这种做法也存在一定的误导性。实然和应然之间的差距,是不可避免的。将政治生活实践等同于宪法,实际上否认了独立于实践之外的规范的存在,将现实和规范混为一谈,也就否认了实然和应然的区分。在实践上,此类主张使现实政治生活实践当然获得合宪性、正当性,从而使实践得不到任何价值的评判和指导,使得实践没有明确的前进方向。

三、普世价值之下的宪法

既然宪法道德化、宪法去道德化,在理论上不可取,在实践中有害,那么宪法和道德之间究竟处于何种关系呢?

宪法的意义，在于确立政治生活的根本规则，对社会生活进行调整。在这种意义上，宪法必须具有实际效力。一部并不具有实际效力的宪法，只是一部没有生命的纸上宪法。按照凯尔森的观点，实际效力是规范的存在方式，没有实际效力的规范，其实是不存在的。在这一点上，宪法道德化论者强调宪法要符合一定的道德观念，但是不考虑一部宪法是否具有实际效力，失之偏颇；而宪法去道德化论者，则直接将实际效力作为宪法概念的一个要素，甚至是核心要素，就此而言，有其可取之处，但其就此得出现实等于宪法的结论，又误入歧途。

真正需要回答的问题是，如何才能确保宪法具有实际效力？换言之，如何保证现实政治生活基本上符合宪法所设定的框架？人们通常认为，军队、警察、监狱等强制手段，是维护宪法所确立的政治秩序的重要工具。然而，正如与凯尔森、施米特同时期的德国法学家黑勒（Hermann Heller）所言，这并不是维护统治秩序的唯一途径，甚至不是主要途径。一个政权能够存续，最终取决于是否得到足够多的民众的拥护。或者说，政权能否经得起攻击，取决于保卫政权的力量是否超过攻击者的力量。如果宪法秩序能够得到占优势的大部分民众的内心认同，那么，反对者在试图推翻政权的时候，必然遭受广泛的抵制，其企图必然无法实现。在最低限度上，如果一般民众在政权受到攻击的时候消极观望，政权就必须保证军警等国家机器能够不遗余力地进行有效抵抗。而军警是否会毫无保留地保卫现有政权，取决于其内心是否真正认同现有体制，并愿意为之付出一切代价。如果其对政权的正当性缺乏内心信仰，而只是现有制度下的既得利益者，那么，他们会进行理性计算，选择是保

卫政权还是反戈一击。无论如何，国家强制机器中根据利益计算结果来履职的人员，不会愿意以生命为代价来保卫政权。因此，政权存续的最低限度的前提，是国家强制机器中普遍存在政权具有正当性的内心信仰。这种信仰，如何可能产生呢？一般而言，如果宪法符合人们持有的基本道德观念，人们就会认为宪法是正义的，将拥护宪法，并在宪法所确立的秩序受到威胁的时候，进行积极斗争。在道德多元、价值多元的现代社会中，普世价值则构成人们持有的基本道德观念。一部总体上符合普世价值的宪法，即便具有种种不足，也能够得到人们的认同和支持，从而具有生命力。因此，为了确保宪法具有实际效力，宪法必须与普世价值相吻合。

就我国现行宪法而言，它或许不是一部完美的宪法，但其无疑承载了普世价值，为实践的进步提供了充分的规范依据。我们应当认真对待这部宪法，并为缩小现实与规范之间的差距而努力。

目 录

| 总 序..... I

| 宪法与道德（代序）IV

第一章	德国宪法解释方法与比较解释的可能性
	——以中德意见自由和言论自由条款为例.....1
	（一、意见自由的保护范围.....2 / 二、意见自由的限制.....8 /
	三、德国意见自由条款解释中运用的解释方法分析.....11 /
	四、中德宪法解释现状的比较.....12 / 五、比较宪法在宪法解释
	中的功能.....14)

第二章	德国法律的宪法化及其对我国的启示.....18
	（引言.....18 / 一、德国融合理论对宪法裁判的影响：吕特案.....19 /
	二、各法律部门的全面宪法化.....20 / 三、德国理论的启示.....27)

宪法上人的形象变迁及其在部门法中的实现.....31

(一、宪法上人的形象.....31 / 二、宪法上人的形象的变迁.....33 / 三、宪法上人的形象变迁在部门法中的实现.....36)

自由权的保护义务.....43

(一、问题的提出：风险社会对宪法的挑战.....43 / 二、宪法自由权防御功能不足以应对风险.....45 / 三、保护义务作为自由权条款对国家设定的义务.....47 / 四、保护义务的实现.....53)

宪法财产权对税收的规范

——中德宪法比较研究.....56

(引言.....56 / 一、中德财产权条款比较分析.....56 / 二、税收应当受财产权条款规范.....59 / 三、财产权条款对税收的要求.....61 / 四、具体税种的合宪性分析：以财产税和利息税为例.....65)

中德比较宪法视野下的人格尊严

——兼与林来梵教授商榷.....70

(一、德国宪法上的人的尊严.....71 / 二、中国宪法上的人格尊严及其与德国法的比较.....85 / 三、结论.....99)

论我国宪法上的劳动权.....102

(前言.....102 / 一、宪法解释的意义.....103 / 二、劳动权与相关概念.....105 / 三、劳动的概念.....108 / 四、劳动权的基本权利主体.....117 / 五、经济体制变迁大背景下的劳动权条款.....121 / 六、劳动权的内涵.....124 / 七、劳动权的限制.....134)

宪法社会权体系化保障

——以中德比较为视角.....137

(一、宪法社会权的体系化：一个被忽视的问题.....137 / 二、德

国宪法社会权体系.....138 / 三、中国宪法社会权体系.....144 /
四、结论.....153)

第九章

论法院对基本权利的保护.....155

(一、法院保护基本权利的义务.....156 / 二、适用作为基本权利条款之具体化的立法.....159 / 三、对抽象立法进行合宪解释.....160 /
四、直接适用基本权利条款.....165 / 结语.....175)

第十章

个人数据的宪法和法律保护.....176

(一、问题的提出：某银行滥用个人账户信息推销保险.....176 /
二、个人数据的滥用及其对公民自由的影响.....178 / 三、个人数据的宪法保护.....182 / 四、个人数据的法律保护.....189 /
五、余论：现实中的数据保护有赖于公民意识的觉醒.....196)

第十一章

地方立法与中央立法相抵触情形的认定.....197

(一、具体化地方立法.....198 / 二、创设性地方立法.....199 /
三、与中央立法存在明显矛盾的地方立法.....205 / 四、结论.....206)

第十二章

公众参与的宪法基础.....207

(一、引言：公众参与的规范基础——一个被忽视的问题.....207 /
二、行政决策民主性、科学性不是公众参与制度的规范依据.....208 /
三、基本权利条款作为公众参与的宪法依据.....214 / 四、结论.....224)

后 记.....226