



Law Review

天商法律评论

2017年卷

齐恩平 主 编

邹晓玫 副主编

南开大学出版社

天 商 法 律 评 论

(2017 年卷)

主 编 齐恩平

副主编 邹晓玫

南开大学出版社

天 津

图书在版编目(CIP)数据

天商法律评论. 2017 年卷 / 齐恩平主编. —天津:
南开大学出版社, 2017.7

ISBN 978-7-310-05373-5

I. ①天… II. ①齐… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 076364 号

版权所有 侵权必究

南开大学出版社出版发行

出版人:刘立松

地址:天津市南开区卫津路 94 号 邮政编码:300071

营销部电话:(022)23508339 23500755

营销部传真:(022)23508542 邮购部电话:(022)23502200

*

天津市通力彩印有限公司印刷

全国各地新华书店经销

*

2017 年 7 月第 1 版 2017 年 7 月第 1 次印刷

240×170 毫米 16 开 26.75 印张 2 插页 434 千字

定价:82.00 元

如遇图书印装质量问题,请与本社营销部联系调换,电话:(022)23507125

目 录

宪法理论研究

论宪法序言的整体有效性	(3)
孟稳涛	
全面从严治党背景下从严执纪的正当程序	(11)
邱鹏	
1954 年宪法中的历史文化初探	(19)
赵倩倩	
对“立法根据宪法”的反思	(28)
陈林	
区分言论自由与语言暴力	(37)
鲍雨晨	
通过非法证据排除救济公民宪法权利的域外考察	(46)
刘婷婷	
《监督法》中的执法检查程序问题研究	(54)
温茹	

民商法热点探析

夫妻共有房屋的善意取得问题探究	(65)
安昱睿	
论我国农村集体资产量化范围的法律规制	(75)
蔺飞	
论农村集体经济组织独立法律地位的研究	(83)
马凌云	
土地承包经营权期限问题	(93)
宋方元	

人格权侵权中适用惩罚性赔偿初探·····	(101)
宋慧	
劳动者留置权刍议·····	(111)
刘艳璟	
城市住宅小区 ADR 制度的建构·····	(120)
程宇	
居住权在我国“以房养老”中的构建·····	(131)
庞珉心	
股东大会决议不存在制度研究·····	(140)
张艳茹	
论我国自然人破产制度的制度构建·····	(151)
白雪鹏	
责任转质制度研究·····	(160)
陈蕾	

刑事法律制度探微

刑民交叉视角下非法集资行为认定的反思·····	(171)
赵广开	
刑法宽严相济刑事政策化的考察·····	(181)
朱德安	
罪刑法定原则在我国司法实践中的应用及反思·····	(193)
成壮	
推动定罪与量刑相分离的“第九种证据”·····	(203)
丁璐	
弹性刑法的反思与规制·····	(214)
贾琦	
认罪认罚从宽制度构建中的程序整合·····	(225)
王杨灿	
论贪污贿赂犯罪的刑事政策·····	(234)
魏文娜	
贪污贿赂犯罪的罪刑标准考量及条文重难点分析·····	(243)
周亚飞	

未成年犯罪人再社会化问题研究	(254)
邹也	

网络法前沿探索

网络直播的主体及其责任	(265)
桂栗丽	
网络主播类型及直播法律关系探究	(276)
李文广	
私力救济视角下自媒体意见表达的正当性研究	(284)
李然	
微信购物合同主体的特殊义务研究	(292)
赵雪微	
深度链接的定性问题研究	(302)
李月	
论计算机软件的可专利性	(312)
柳富恒	
论互联网金融犯罪及其刑事政策	(323)
穆楠	

法律史问题探讨

略谈《折狱龟鉴》中谳术之运用	(333)
房莹	
ADR 与中国古代传统消极诉讼思想契合性探究	(343)
张勇	
“团体格局”视角下的清代蒙古地区法制研究	(352)
赵珊	
论保辜制度朴素的程序性价值及当下启示	(361)
朱恒	

参赛获奖论文专栏

“垃圾快递”的界定及其规制	(373)
桂栗丽	

软件打车合同订立中的特殊问题·····	(385)
庞珉心	
打车软件运行中的特殊问题探析·····	(395)
郭晓月	
微商买卖合同中卖方不履行义务的探究·····	(403)
李文广	
“五大发展理念”背景下循环经济发展的法治思考·····	(411)
贺静怡	
出版后记·····	(419)

宪法理论研究

论宪法序言的整体有效性

——从序言中的叙事部分切入

孟穗涛

(天津商业大学法学院 天津 300134)

[摘要] 本文通过对宪法序言语言特点的分析,引出学者对其的效力争议。在分析现有各序言效力学说的基础上,针对我国宪法序言的特点,提出宪法序言的整体有效说,以此回应学术界对于序言中占较大比例的叙事部分的质疑。本文以我国宪法文本为依据,着重分析了我国宪法序言中叙事部分所起的作用,以及宪法序言整体有效性的具体表现。

[关键字] 宪法序言;效力;整体有效说;叙事

一、由宪法序言的语句特点所引起的效力争议

一直以来,对于宪法序言的效力,学界争论不断,各种效力学说在学术舞台上尽力展示着自己学说的优越之处。但仔细对各学说进行分析思考后,我们能够发现,对于宪法序言的效力虽然充斥着各种学说,但各学说均存在着理论上的缺憾。而本文将在现有学说的基础上,总结前人观点,提出宪法整体有效说,以弥补现行学说存在的不足,尤其针对序言中诸如历史叙事等非规范性部分的效力解释不充分问题。

宪法序言是伴随着美国 1787 年宪法而产生的,序言以简短的语句宣示了制宪者的制宪意志,表达了制宪目的与期待。之后世界很多国家均于宪法中设立序言用以表达制宪意志。序言通常冠以前言、序文的称谓,但也有国家的宪法序言无标题。由于各国的制宪历程与制宪者对宪法的看法存在着不同,因此,各国宪法序言的内容存在着差异。一般宪法序言包括四项内

容,即“建国原则、历史作用、方针条款、道德或宗教”^①,从该四项内容中可以看出,除了建国原则容易用规范性的法律用语表达出来,其他三项则主要是以非规范性的宣示性语句进行描述。当然,也存在着规范性很强的序言,如1958年法国宪法序言。宪法序言和正文一般是同时产生的,虽然说比较理想的形式是,规范性语句写入正文,非规范性语句写入序言,但何者置于序言、何者置于正文,多取决于制宪者们当时的自由裁量,并不是按照较严密的逻辑进行,存在着较多的偶然性因素,而制宪者多倾向于将不便于在条文中规定的叙事性事项置于序言之中。这也因此出现了以下现象,即相同的内容在不同时期,由于制宪者或修宪者的裁量,可能会置于宪法的不同位置。例如,对于四项基本原则在我国宪法中的位置正是由1975年宪法的正文移至1982年宪法的序言部分。因此单纯根据所处位置的不同来推断文本的效力,显然是种较为武断的行为。根据以上所述可以看出,因宪法序言本身所规定的事项的特点和制宪者的裁量权,导致序言较适合用非规范性的、宣示性、抽象性的语句阐述,而这种语言特点,使得宪法序言自其产生之日起,就隐藏着对其效力争议的伏笔,似乎序言成了宪法的“阿喀琉斯之踵”。

虽然存在部分国家已经明确承认本国宪法序言具有法律意义上的效力,但本文还是本着谨慎的态度,不采用简单的类比推理草率得出我国宪法需要具有效力的结论,而将在下文中结合我国实际情况以及选择性地借鉴国外理论来分析序言的效力。

二、关于我国宪法序言效力的代表性观点

对于宪法序言效力存在的各学说,宪法学界已有很多学者进行了整理论述,由于该部分内容是理解本文的基础性知识点,所以本文将再次简要地论述各学说。序言效力大致包含四类学说:无效力说,部分效力说,有效说以及模糊效力说。首先,无效力说,顾名思义全面否认宪法序言的法律效力,该学说如今已被学界所抛弃,很少还会有学者持这种观点。其次,部分效力说,何华辉教授曾于《比较宪法学》中详细论述过该观点,该观点并没有一下全部否定序言的效力,而是认为对于序言中所叙述的历史事件等客观陈述的部分完全没有效力,其中所揭示的基本原则部分须和宪法正文的规

^① 陈新民. 宪法学释论[M]. 台北:三民书局,2008:48—49.

范性条文结合论述才有法律效力,而序言中用规范性语言阐述的部分具有完全的法律效力^①。而模糊效力说,在肯定部分效力说的基础上认为,“宪法序言原则性内容须与其他条文结合发挥效力,但不能硬性加以分割的特点,认为正因为该部分具有效力的模糊性,才为该部分效力的不确定性做了精确的描述,同时也为该部分与具体条文结合适用提供了条件”^②。最后,有效说,许崇德教授持此观点。他认为宪法序言作为宪法的组成部分应该是有效的,宪法在全国人大通过的时候是作为整体通过的,同时通过李鹏委员长曾公开谈及序言的效力^③,该讲话可认为属于全国人大常委会行使的解释宪法、监督宪法实施的职权,因此了结了宪法序言是否有效的争议。^④

对于上述的几种学说,如今法学界较为赞同的是有效力说与部分效力说,但是这两种学说似乎在面对序言中历史叙事部分的效力的态度时,都难以令人信服。首先,部分效力说彻底否定占序言如此大篇幅的历史叙事,是轻率的。其次,对于有效说在阐释序言效力时,似乎在有意回避历史叙事,顾左右而言他,而不能直视叙事部分的效力。所以下文将对此提出新的效力学说。

三、序言整体有效性——一种新的宪法序言效力说

对于存在宪法序言的各国宪法中,在序言中保有大段叙事部分的序言并不占多数,并且这种存在宏大历史叙事的序言多存在于社会主义国家的宪法中。所以对于我国将大段的叙事放在序言的这种非常态做法,学术界难免会对其具有的效力存在质疑。通常认为,此类叙述多采用非规范性语句,并且存在着大量的纯粹历史事实叙述,如果此时认为存在法学意义,过于牵强。同时这些抽象性、原则性规定,使该部分根本不具有现实可操作性。

(一)序言整体有效性的含义

针对众多学者产生的对序言中叙事部分效力的质疑,本文提出序言的

① 何华辉.比较宪法学[M].武汉:武汉大学出版社,1988:43—44.

② 殷啸虎,李莉.宪法序言的功能与效力研究[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2004(6):15.

③ 李鹏于2001年全国法制宣传日上的讲话:“特别是宪法序言,最集中地体现了党的基本主张和人民的根本意志,是宪法的灵魂,同宪法条文一样,具有最高法律效力。违反宪法序言,就是在最重要的问题上违反了宪法。”

④ 许崇德.中华人民共和国宪法史(下)[M].福州:福建人民出版社,2005:481—482.

整体有效说作为回应。序言的整体有效与已存在的各学说都存有差异,它并不同于全部有效说,更不同于其他效力学说。序言的效力是通过其所表现出的整体理念、核心精神反映出来的,我国宪法序言可以作为整体而体现自身的效力,并且序言又可以分为数个部分,每个部分都反映出一个核心思想,单独作为一个小的整体对外发生效力,这样我们就不至于总纠结于每句话是否有效。全部有效说在叙事部分的效力问题上虽持肯定态度,但难以充分的理由回应对其的质疑。正如张千帆教授所说:“像八二宪法序言的开头一句话,谁也看不出它会有什么样的法律效力。”^①而整体有效说则不会引发此种质疑,在整体有效说中序言的效力并没把有效狭隘理解成一字一句一个标点都有法律效力,它是作为整体而对外展现出效力,“宪法《序言》从总的说来具有规范性和法律效力,但并不意味着其中每一个表述都是这样”^②。序言是作为一个整体、一个系统,不能将各部分孤立起来,应该看到各部分的联系,以及部分与整体的联系。“每一方只有与另一方的联系中,才能获得它自己的本质规定”^③,生活中存在的事物不能孤立看待,而应该用联系的眼光看待,否则将会对该事物产生狭隘的认知,事物应该从属于全体,应作为全体中不可缺少的环节,其所代表的意义只有全体才能将其反映。正如我们对于我国古代诗词的赏析,如果孤立看待其中的字词,而不讲究整体意境,那将索然无味。同时,如果按照以每字每句的效力推断序言整体效力的逻辑来窥探包括我国宪法在内的世界各国宪法,那么世界绝大多数的宪法文本将失去效力。

至于对序言中的语句过于抽象原则、太多宣言式语句的质疑,正如没人能因为我国宪法正文中存在这类语句而否认正文效力一样,当然也不能因此而否认序言的效力。同时仍有人会质疑序言中此类叙述性语句过多,而正文中仅包含一小部分,当然不能将序言与正文的效力相提并论。本文认为,这种主观上判断叙述性语句所占比例多少的认识,不具有可操作的客观标准,并不能因此作为理由否认序言效力。由此可能引出另一个隐患,由于对何者为叙述性语句,本身就存在着不同见解,使得已有效力说存在着巨大的缺憾,可能导致不同人对于序言中的同一部分存有不同的效力观点,出现本应具有法律效力的部分被认为无效的现象,使得序言效力处于岌岌可危

① 张千帆. 宪法序言及其效力争议[J]. 炎黄春秋, 2013(6): 7.

② 王叔文. 宪法[M]. 成都: 四川人民出版社, 1988: 50.

③ [德]黑格尔. 小逻辑[M]. 贺麟, 译. 北京: 商务印书馆, 1980: 254—255.

的状态。并且这种以量化的眼光看待叙述性语句与序言的关系,仍没能突破以往序言效力学说看待问题较为机械僵硬的视角,而忽视了以整体性的视角对待序言效力。

(二)序言法律效力的表现方面

在此需要澄清的另一个问题是,在论及宪法序言具有法律效力时,并不表示可以将其直接作为可引用的规范性条文适用于法院。如果按照是否适用法院来判断法律效力的有无,那么我国宪法将失去法律效力,但这完全有悖于理论与实践。同样对于承认宪法序言具有法律效力的国家,也并不因此认为序言可直接引用来做裁判,而一般主张间接适用。芦部信喜教授认为,虽然宪法序言与正文有着相同的法意义上的性质,但“这并不意味着连宪法前言作为裁判规范的性质也可承认”^①。日本学者佐藤功同样持序言不能作为直接的裁判规范的观点,同时日本最高法院实际上也采用此说。^②对于宪法序言的法规范效力,我国台湾学者陈新民教授总结其规范的可能性有三种:第一,作为释宪的依据;第二,作为界定修宪的底线;第三,作为直接的法规范。对于第三种可能,仅是在宪法序言如《法国第四共和国宪法》序言那样规范得具体、明确的情况下,才予以承认。^③而对于我国宪法序言的效力,王叔文在结合我国宪法序言的基础上认为,“我国宪法序言具有法律效力,主要表现在以下三个方面:第一,序言规定的基本原则,是解释宪法的基础;第二,序言是进行日常立法的基础;第三,序言是一切组织和公民的根本活动准则”^④。

从上述学者的总结,可以看出,宪法序言主要发挥着正确理解宪法文本、掌握宪法精神的指引作用。在亟须完善宪法监督制度的今天,对宪法的解释尤为重要,而宪法序言在此时则处于较为突出的位置。1982年宪法虽然是中华人民共和国成立后制定的相对完备的宪法,但是面对这个急剧变革的时代,仅仅依靠较为僵硬的宪法条文,已很难应对改革洪流下的时代变迁。此时,宪法序言所明确的核心精神或原则为宪法文本找到了僵硬与灵活的平衡点,为宪法解释设定了明确的轨迹。也唯有如此,才能真正做到为进一步深化改革保驾护航。“序言和总纲中所确定的社会制度的根本原则

① [日]芦部信喜.宪法[M].林来梵,译.北京:北京大学出版社,2006:33.

② [日]佐藤功.日本宪法序言的法律效力[J].法学译丛,1983(3):41—42.

③ 陈新民.宪法学释论[M].台北:三民书局,2008:53.

④ 王叔文.宪法[M].成都:四川人民出版社,1988:51.

都是理解宪法其他章节中法律条文规定含义的直接依据”，“序言预想了一部能应付或适应这类变化的宪法”。^①同时这并非是我国所独有的现象，外国也存在类似做法，南斯拉夫宪法序言中就有此规定^②。20世纪70年代被称为法国的“马伯里诉麦迪逊”案中，法国宪法委员会实际上确认了宪法序言中存在着可以用作宪法解释的基本原则。

四、我国序言整体有效性的具体体现

如果“根据整体的特征及于部分的形式逻辑，假如规范文件是有效的，那么作为其组成部分的序言自然也应具有效力”^③，同样，如果序言作为整体是有效力的，那么组成序言的各个部分也将具有效力。我国宪法序言共13个自然段，约1800多字，作为一个整体对外发生效力。同时序言本身又可分为三个部分，每部分作为一个整体对外发生效力。第一至第七自然段作为一个整体，通过总结历史经验，得出坚持四项基本原则以及国家的根本任务；第八至第十二自然段分别阐述了我国重要的内部政策与对外政策；最后一段宣告了宪法的根本法地位和最高法律效力。

对于第一部分的历史叙事来说，它并不是单纯为了叙事而叙事，也不仅是向国人展示近代以来的历史。这部分的历史叙事是作为证明目的的材料、手段，是引出四项基本原则的基础性论据。“从辩证唯物主义和历史唯物主义的基本原理出发，自然地、合乎逻辑地得出坚持四项基本原则的结论。”^④历史叙事与四项基本原则二者是不可分割的一个整体。序言对历史的叙述为坚持四项基本原则提供了事实的支撑，同时赋予了制宪权的合法性，以及由此产生的宪定权的合法性。因此，从第一段到第七段是作为一个整体而不可分割的。如果否认历史的叙事，其实就是否认了四项基本原则存在的基础，否认了制宪权的合法性，也是对于整个宪法文本的否认。而对于四项基本原则的法律效力问题，学界对此虽有争议，但是通常认为其具有效力。“一个时期以来，资产阶级自由化思潮滋长、蔓延，否定四项基本原则

① 莫纪宏. 宪政新论[M]. 北京:中国方正出版社,1997:91,152.

② 南斯拉夫宪法序言规定:“宪法的这一部分表明社会主义自治社会及其发展的基本原则,是解释宪法和法律的基础和依据。”

③ 黄惟勤. 论我国宪法序言的法律效力[J]. 法学杂志,2010(2):105.

④ 肖蔚云. 论新宪法的新发展[M]. 太原:山西人民出版社,1983:49.

是违背宪法,违背全国人民的根本利益和共同意志的,必须坚决反对。”^①

同时,我们应认识到,宪法正文所列举的规范性条文实际上是序言阐释的一系列宪法基本原则和基本精神的延展与阐述,是序言的具体化。“条文中规定的各项制度都是为了实现国家的根本任务;国家的根本任务,又是在四项基本原则指导下制定的,也必须在四项基本原则指导下实现”^②。如果承认宪法条文的效力,却否认源头的效力,无异于本末倒置。在笔者查阅到关于宪法效力的文章中,谢维雁教授曾于《论宪法序言》中提到“我国现行宪法序言的法律效力是一种整体效力。所谓整体效力,是指宪法序言作为一个整体被认为是具有法律效力的”,虽然该文中提到了整体效力的说法,但在对待历史部分时,却持怀疑态度,“从历史中寻求合法性,实在是误入歧途,且会适得其反”^③。本文认为制宪者在制定宪法时,既然愿意用如此大的篇幅比例来叙述历史叙事部分,那么该部分必然是具有重要意义的,制宪者不会也不可能花费如此巨大精力于无意义之事上。正如王广辉教授所说:“特别是对国家斗争和发展历史及所坚持的基本原则规定,在社会主义国家宪法的序言中占突出和重要的地位,这大概是因为社会主义制度同以往各种类型国家所实行的制度从理论基础、指导思想到基本原则、具体内容都有很大不同,需要在序言中进行详细的阐释和说明,以引起人们的重视,促使人们去接受和适应。”^④

宪法序言中的第一部分论述完结后,自然过渡到了为实现国家根本任务所需要的国内外条件上,分别论及了正确认识和处理现在的阶级斗争、祖国统一、多党合作和政治协商制度、民族政策和对外政策等一系列问题。而各部分均指导着现行制度的形成。正确认识和处理阶级斗争成为我国《刑法》中危害国家安全的犯罪、严重经济犯罪和其他严重的刑事犯罪的依据。在全国人大常委会对《反分裂国家法(草案)》的说明中,明确提到序言中关于台湾是我国领土的论述^⑤,该论述是制定《反分裂国家法》的宪法依据。多党合作和政治协商制度指导着我国现行政治生活的正常运行,是我国各

① 1987年1月22日第六届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《关于加强法制教育维护安定团结的决定》中所述。

② 刘庆华,宪法确定的四项基本原则[J],中南政法学院学报,1987(2):2.

③ 谢维雁,论宪法序言[J],社会科学研究,2004(5):78,81.

④ 王广辉,比较宪法学[M],武汉:武汉水利电力大学出版社,2000:144—145.

⑤ 《中华人民共和国宪法》序言第十段为“台湾是中华人民共和国的神圣领土的一部分。完成统一祖国的大业是包括台湾同胞在内的全中国人民的神圣职责。”

党派和谐共存的基础。而序言中民族政策是我国民族区域自治制度的重要渊源,正文中第四条的民族政策条款以及第六节民族自治地方的自治机关也可以看作是该部分的展开,是对该部分精神的具体阐释。和平共处五项原则是制定外交方面法律文件的基本原则,是开展外事活动的基础。每部分均作为一个整体,对外发挥着法律效力。这些部分中,都存在着或多或少的非规范性的叙述性语句,但这些非规范性的语句是作为理解各项制度的重要注脚,而不能用孤立的眼光来简单否定其存在的作用。

宪法序言的结尾^①为序言的整体有效性提供了最有力的证明,这段文字明确提出了宪法具有法律效力。假如否认宪法序言的效力,就等于间接否认了该段文字的效力,那么我国宪法正文的效力就将处于摇摆的状态,这明显与事实相违背。同时该段特别提到了“根本制度与根本任务”,可以看出二者是我国宪法的核心内容,而“根本制度与根本任务”在序言中的体现比正文中更加明显,序言中的历史叙事部分则为顺利引出此二者做足了铺垫。

五、结语

“可发现法治国家宪法的前言亦是一份具有规范力之文件”,^②虽然本文以整体有效性学说力图证明我国宪法序言叙事部分的效力,但是并不代表本文对序言中存在大量的历史叙事等非规范性语句持完全赞成态度。对于一部具有最高法律效力的根本法,要将何种规定写入其中,应持谨慎态度。我国现行宪法序言在当时的历史条件下,写入此类非规范性的语句具有一定的历史原因以及合理性,如这类非规范性语句使得宪法文本更易被普通群众所接受,有利于宪法精神的普及;“文化大革命”刚结束,人民在政治信仰方面存在着动摇,明确写入这些有利于缓和社会上存在的躁动思想。但在全面推进依法治国时期,我们应减少序言中非规范性语句的使用,增加序言的规范性,使一切组织和人民更好地履行宪法义务,享受宪法权利,保障宪法的实施。

参考文献

① 《中华人民共和国宪法》序言结尾为“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”

② 陈新民. 宪法学释论[M]. 台北:三民书局,2008:58.