

## 第5卷

郑州市规划局副局长逯军因雷人语言而去职事件

“政审门”事件

先育后婚考公务员遭拒录事件

新疆阿勒泰地区财产申报事件

地方人大常委会委员在会场殴打人大代表被派出所罚款

四川乐山村民投票剥夺轮换工农民身份事件

山西煤炭资源整合事件

河南省法院推行人民陪审团制度

附录 外国宪法判例

# 中国宪法 事例研究

韩大元·主编



法律出版社

第 5 卷

# 中国宪法 事例研究



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

中国宪法事例研究. 第5卷 / 韩大元主编. —北京: 法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1500 - 2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 224600 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/财税出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/张宇东

开本/A5  
版本/2010年12月第1版

印张/11.375 字数/334千  
印次/2010年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1500 - 2 定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 主 编 简 介

**韩大元** 1960年10月生,男,吉林人。中国人民大学法学院院长,教授、博士生导师。1984年、1987年、1994年分别毕业于吉林大学法律系、中国人民大学法学院,获法学学士、硕士、博士学位。1987年7月至今在中国人民大学法学院任教。1991年以来先后到日本京都大学法学部、美国哈佛大学法学院、法国马塞大学欧亚法研究所等大学做高级访问学者。主要从事中国宪法学、比较宪法学、非西方宪法理论的教学与研究。代表性学术成果:《亚洲立宪主义研究》、《1954年宪法与新中国宪政》、《感悟宪法精神》、《中国宪法》等。在国内外学术刊物上发表学术论文120余篇。

主要获奖:1999年评为全国十大杰出中青年法学家;2003年被评为教育部高校优秀教师;2007年获国家级教学名师奖等。

主要社会兼职:中国法学会宪法学研究会会长、国务院学位委员会学科评议组成员、中宣部马列主义理论工程《宪法学》首席专家、最高人民检察院专家咨询委员会委员、教育部法学教育指导委员会委员等。

## 副主编简介

**杜强强** 1972年生,男,甘肃秦安人。1993年、2002年、2005年分别毕业于西南政法大学(原西南政法学院法律系)、中国人民大学法学院,获法学学士、硕士、博士学位。现为首都师范大学政法学院副教授、硕士生导师。曾出版专著《论宪法修改程序》,在《环球法律评论》、《中外法学》、《法商研究》、《法学家》、《法学》等杂志发表学术论文10余篇。

**王贵松** 1977年生,男,安徽无为。2000年、2004年、2007年分别毕业于中南财经政法大学法学院(原中南政法学院)、中国人民大学法学院、北京大学法学院,获法学学士、硕士、博士学位。现为中国人民大学法学院讲师。曾出版专著《日本食品安全法研究》、《行政信赖保护论》,主编《行政与民事争议交织的难题》。

## 作者简介

(以姓氏笔画为序)

上官丕亮,苏州大学王健法学院副教授,法学博士。

王芳蕾,法国社会科学研究高等学院博士研究生,法学硕士。

王建学,厦门大学法学院助理教授,法学博士。

王贵松,中国人民大学法学院副教授,法学博士。

尤晓红,黑龙江大学法学院副教授,法学博士。

孙汉基,中国人民大学法学院博士研究生。

刘 玥,首都师范大学政法学院硕士研究生。

杨士林,济南大学法学院副教授,法学博士。

张连凯,日本国一桥大学法学院博士研究生。

张步峰,中央民族大学法学院副教授,法学博士。

李修琼,中南财经政法大学法学院讲师,博士研究生。

张 翔,中国人民大学法学院副教授,法学博士。

杜强强,首都师范大学政法学院副教授,法学博士。

李蕊佚,中国人民大学法学院博士研究生。

郑 磊,浙江大学法学院副教授,法学博士。

柳建龙,中国青年政治学院法律系讲师,法学博士。

赵银翠,山西大学法学院副教授,法学博士。

施蔚然,昆明理工大学法学院副教授,法学博士。

屠振宇,南京师范大学法学院副教授,法学博士。

韩大元,中国人民大学法学院教授,法学博士。

额尔敦毕力格,日本国一桥大学法学院博士研究生。

# 中国宪法事例分析与宪法学方法论 (代序)

韩大元 杜强强 王贵松

## 一

韩大元:经过各位作者的共同努力,《中国宪法事例研究》(五)的编撰基本完成。从2005年编撰出版《中国宪法事例研究》(一)以来,我们的工作已经持续了五年。我想,我们有必要总结一下当中的经验和教训,对我们的观察视角和分析方法作学术反思,更进一步做到方法论上的自觉。因为要提高宪法事例的分析水准,就需要摸索出一套符合我们自身实践的分析方法。我们今天就以法学方法论上的自觉作为对话的主题吧。同样的事例,我们可以从社会学、政治学、刑法、民法、行政法的角度去分析,那宪法的分析方法是什么?我们就谈一谈宪法事例的分析方法,讨论一下宪法学方法论的特性。

王贵松:《中国宪法事例研究》(一)的主体,实际上是韩老师为硕士研究生开设“基本权利与宪法事例研究”课程的作业,2001年这门课首次开设,我是在2002年选修的,当时我们硕士班的同学都选修了这门课。我们没有严格意义上的宪法判例,因此这门课程严格来讲应当讲述国外的宪法判例及其裁判方法,但在课程讲授时,韩老师还是有意地把中国宪法问题纳入其中,以宪法原理来审视近年来出现在中国社会上的“宪法个案”,并将之命名为“宪法事例”。经过一个学期的学习,大家都受益匪浅,因为通过对宪法事例的分析和讨论,大家第一次切实感受到宪法就在

我们身边。我国尽管没有违宪审查制度,但这不妨碍我们可以利用宪法理论来审视“宪法事例”,甚至也可以从“宪法事例”中总结宪法原理。我的感受是,这门课程的开设,既是宪法学教学方式的一个改进,也是宪法学研究视角的一种扩展,我们的视角不再是言必称美国和德国了。

韩大元:在选择事例的对象上不再以美国和德国为主,这是对的。但在方法论上,不是说“言必称美国”有多么大的错误,只是我主张研究中国宪法问题需要有中国问题意识。2001年发生的齐玉苓案,在一定程度上可以作为检验中国宪法学水准的试金石。在学界对这个案件讨论中,可以看到我们在宪法方法论上的自觉是多么的不足,德国的“第三人效力”理论、美国的“州行为”理论,还有英国的“水平效力”理论,等等,都被拿来作为论证的依据,而忽略了特定国家宪法的特殊性、宪法方法论的实践品格。这给宪法学带来了非专业化的后果,好像任何人都可以讨论宪法问题似的。近年来,随着宪法学研究的深入,学界的中国问题意识有所加深,宪法学研究中方法论的自觉有所提升,但基本共识远未形成,学者之间各说各话的现象较为普遍,有的还对宪法学的基本立场和方法产生了严重质疑。因此,宪法学方法论上的自觉,是怎样强调都不为过的问题。

杜强强:我没有来得及选修这门课就已硕士毕业了,不过韩老师在开设的宪法课上很久以来就将中国宪法事例纳入讲授的范围。尽管讲述的是宪法学的基本理论,但中国问题的视角很明确;从宪法个案的讨论中阐述宪法原理,我想这是韩老师长久以来的授课方法,我们作为学生也从中有所获益。因此当2004年年底我受韩老师的委托,为《中国宪法事例研究》(一)组稿时,我自己也撰写了几个事例分析。现在来看,我当时的分析还是非常生硬的,拿中国宪法现象硬套外国宪法原理,无论对中国宪法现象的分析,还是对外国宪法理论的阐述都不够。当然,大多数作者当初撰写的分析也都存在类似的问题,随着几年来的不断学习和练习,各个作者的分析能力应该说都有较为明显的进步。

王贵松:从我们工作的内容看,《中国宪法事例研究》(一)分析了2005年以前发生的39个宪法事例,(二)上有2006年的23个宪法事例,(三)上有2007年的17个宪法事例,(四)上有2008年的18个宪法事例,目前已经编辑完成的(五)上有2009年的15个宪法事例。这五年以来总共分析了112个宪法事例,涵盖了当前社会发生的诸多热点问题,从另一



方面看也是我国法治发展的一个记录和反思。我们的编辑出版工作和中国人民大学宪政与行政法治研究中心主办的年度“中国十大宪法事例评选”活动密切相关,宪法事例的概念、研究价值获得了社会广泛的认可。另外从(二)开始我们附录了一些外国宪法判例,几年下来也介绍了70多个最新的外国宪法判例,积累了一定的资料。这是我们工作的基本概况。另外,从这五本书的编撰角度看,编撰工作规范化的水平有所提高,“案例分析”的味道在逐渐加重,经过持续不断的练习,各个作者的分析论证都有所加强,我们都在编撰宪法事例过程中得到了锻炼和提高,这也算是一个积极成果吧。当然,不足之处还是存在的,或许还有不少。

韩大元:五年来的工作自然有成功的地方,我想大概可以归纳为以下几个方面:一是改变了过去宪法学纯理论叙说的局面,让宪法学走入人们的日常生活,促进了宪法学原理和中国现实之间的互动。我想这一点大概是最重要的,宪法规范本来就可以成为人们的生活规则,它不应当是人们敬而远之的对象。强调对宪法事例的研究,就是要让宪法从理论走向现实,从宪法学人的书斋走向普通民众的生活。二是拓展了宪法学的研究领域,宪法学研究开始走向对具体个案的分析,强调法学方法的应用,力求分析的精细化与技术化,改变了我国宪法学传统上的宏大叙事模式。三是促进了宪法学研究方法的发展。宪法学的一个重要方面是对宪法规范的解释,从法学方法论上说,法律解释和具体案件之间具有密切的关联,在讨论规范是否适用于某个案件事实时,规范文字才变得有疑义,也就有了解释的需要。通过对宪法事例的分析,宪法解释学得到了运用和实践。四是推动了宪法学教学的发展。法学是面向实践的学科,宪法学的教学不能离开具体的案例,但我们也不能只讲外国宪法案例,对中国宪法事例的分析和讲述更能吸引学生们的关注,也更能培育他们的宪法理念。五是推动了宪法学教材的发展。教材有了具体生动的宪法事例才更吸引人。现在很多新出版的宪法学教材都开始注重对中国宪法事例的分析,由胡锦涛老师和我编撰的《中国宪法》教材从第2版开始就将部分中国宪法事例纳入教材,并在分析思路给出若干提示,供课堂讨论参考。这是我国宪法学教材走向深入发展的必要一步。当然,以上都是从宏观上谈宪法事例研究的价值,具体到我们编辑的宪法事例研究,不容否认其间还是存在诸多的不足和缺憾。

王贵松:那您觉得中国宪法事例研究中有哪些不足和缺憾呢?

韩大元:简单说来有三个方面:一是现实生活中产生的宪法事例是一个多面相的现象,而我们的分析大都只瞄准其中的一方面,分析不够深入,缺乏方法论知识的储备;二是在强调宪法的政治性等特点的同时,分析方法更多地受到非法学方法的影响,尤其是社会学和政治学方法的影响和左右,宪法分析的专业性不高;三是在事例分析中,没有处理好宪法学方法和部门法方法的关系,更倾向于从部门法方法的角度分析宪法事例,淡化了宪法学方法的独特性。

杜强强:您说的这几点,的确是目前宪法事例分析的一个通病。就我自己的感受而言,如果回过头来看的话,在我们刚开始编撰《中国宪法事例研究》时,各个作者的分析讨论,其观察中国宪法事例的视角还不成熟,总想拿外国宪法理论去解释中国宪法现象。例如,《中国宪法事例研究》(一)上有两篇分析都提出了“商业言论”的概念和理论,一篇用以分析街头小广告的治理问题;另一篇用以分析中央电视台撤换安全套广告的问题。这两篇分析文章的概念和理论,主要来自经我国台湾地区学者介绍的美国宪法有关“商业言论”的理论和实践。并不是说我们不能引述美国宪法的理论和实践说明我国的宪法问题,而在于在我们做这样的论证时,是否意识到它是否合乎我国宪法理论。我以为,就商业言论的概念而言,简单说它是我国宪法第35条意义上的“言论”,可能会引来无穷的困难问题,例如,《反垄断法》上的串通定价、《证券法》上的信息披露,都不能不说是商业上的“言论”,但它们属于我国宪法第35条意义上的言论吗?这很难论证。即便美国也只承认商业广告,而不承认其他所谓的“商业言论”受宪法保护的资格。这说明,贸然拿外国的宪法理论来作为论证我国宪法问题的根据,其妥当性在很多时候是值得怀疑的。这个问题现在还不能说已经得到了全部的解决。

王贵松:商业广告的法律属性是宪法学上的一个重要问题,我认为它主要涉及法人的基本权利主体问题,当然也涉及解释方法问题。中国宪法上能不能为商业广告提供保护的依据,确实需要深入挖掘我国宪法第35条上“言论”的价值和理论,而不能以“商业言论也是言论”这样简单的论断就完成论证过程。

杜强强:从另一个方面说,我们的论证方法有时候也比较青涩。在《中国宪法事例研究》(二)的序言中,韩老师就指出了这一现象。那一辑宪法事例研究的很多事例,各个作者大多给出了“违宪违法”的认定,韩

老师说这令人感到了一个个“司法积极主义者”的面庞,因为每个作者总想作出违宪宣告的判断,而这正是我们的宪法理论的某种缺陷之所在。应该说,我对这个问题的认识和体会,直到编撰《中国宪法事例研究》(三)的过程中才略微有所深化。在那一辑中,有一个宪法事例,说的是北京怀柔区汤河口镇后安岭村以户为基准推选村民代表的事。我首先是在报纸上看到有关报道的,当时心想这可以作为我们的一个分析对象,而且也不难得出结论,因为涉及选举平等问题,主要是“一人一票”的原则。后来张千帆教授也是从这个角度进行分析的。在分析这个事例时,我起初也主要是从“违宪”的角度去考虑的,但经过再三推敲,我觉得这样做未必妥当和有说服力。因为村民代表会议和村民委员会是两个不同的民主机制,法律为它们确定了不同的选举方式,这种“差别待遇”体现了立法机关的基本价值判断,这种价值判断及其立法体现并非不合理。最后我作出了合宪的结论。

最近刚读到一篇美国宪法的文章,其中的一段话非常有意思,可以在这里说一说。作者说到美国宪法学界的一个现象是,当有宪法裁判出现时,宪法学者的举动,不是去在宪法裁判中挖掘宪法理论,而在于竭尽全力去抨击裁判。设想一下,如果一节艺术课上,一开始就是研究马奈所犯的基本错误,然后紧接着就抨击印象主义、后印象主义和表现主义,捅出毕加索、布莱克(Bracque)以及格里斯(Gris)作品的漏洞,并在最后嘲笑和挖苦波拉克(Pollack)和罗斯科(Rothko)等当代的艺术作品中结束。在整个课程中间从来没有对任何画作有一句无保留的赞赏,也从不谈哪一个画作和画家的伟大。如果这一切看起来有些怪异,那么为什么在宪法学领域却恰恰就是这样呢?他的话并不是单就违宪审查而说的,但这个意思也可以拿来作为我们的对照。在我们刚开始编撰宪法事例时,好像非要得出相关法律法规违宪的结论,否则不足以证明宪法的力量似的。这恰恰是我们的分析还很不成熟的表现。实际上,得出法律合宪的结论,未必不能说明相关的宪法理论,只要这个结论建立在充分论证的基础之上。

韩大元:违宪判断有它的意义,合宪判断也有同等的价值。合宪和违宪之间实际上存在中间状态,国外已经有很多类型的中间判决,实践中不能简单地以违宪为唯一结论,而是需要在多种因素中考量权衡。如果只认为违宪判断才有意义,这就容易步入方法论的误区。

王贵松:应该说,至少就已经出版的四辑宪法事例研究而言,后两辑的分析水准从整体上看超过前两辑,目前编辑完成的第五辑也有不少的进步。但其中还有不少的问题,最主要的大概就是论证方法的问题。具体来说,我们已有的分析,很多并不是以宪法事例作为分析的中心,而更像拿具体的宪法事例来阐述一般性的宪法问题。虽然我们在出版第四辑的时候拟定了《〈中国宪法事例研究〉撰稿注意事项》,明确要求“应注意围绕案例,着重分析案例本身的问题及其解决的路径,而不是过多地介绍国内外的理论”,但分析论证的重心还没有大的改观。

韩大元:实际上,一个宪法事例可能包含多层次的宪法原理,需要作者深入地挖掘。在这个方面我们做得还不够,甚至都可以说在有的时候“浪费”了宝贵的事例材料。例如,《中国宪法事例研究》(五)上有一个事例,说在重庆市的KTV点唱低俗违禁歌曲将自动报警,作者仅仅从隐私权的角度进行了分析。实际上这个事例可供分析讨论的话题非常多,隐私权仅仅是其中之一。例如,在KTV唱歌是否可以界定为“言论”,从而在言论自由的角度进行分析?因为唱歌可以是情感的表达,而言论也是一种表达,那唱歌是不是言论,这就需要下工夫论证。我认为我国宪法上的言论自由主要还是在公民与国家之间的关系中来谈的,主要涉及政治性言论的保护问题。你们看《刑法》第54条将言论界定为“政治权利”,所谓剥夺政治权利,其内容之一就是剥夺其言论的自由。这是立法者对宪法第35条“言论”的法律性质的重要界定。从这个角度看,唱歌应当不属于宪法第35条意义上的言论。

杜强强:对于重庆市发生的这个事例,我也是反对用我国宪法第35条言论自由来分析的。这个事例是否还可以从我国宪法第46条规定的文化活动自由的角度进行分析?演唱歌曲是否属于“文化活动”?另外,“低俗”的标准如何界定,它与“淫秽”如何区分?我国相关法规只是禁止“淫秽”作品,“低俗”和“高雅”如何区分?我觉得可以从上述几个方面对这个事例进行分析。

韩大元:低俗能不能成为法律上的用语也是一个问题。国务院的行政法规使用的概念是淫秽。淫秽的内涵是什么?低俗可能广于淫秽,含有很多道德评价的内容。道德评价与法律评价是应当区分的。另外,还要探讨包间的性质是什么?政府的规范性文件能不能对包间内的活动进行限制?公民有没有权利唱低俗或淫秽的歌曲?

王贵松:包间是一个相对封闭的营业场所,在里面做什么,都是无害于他人的。这跟延安黄碟案有一定的相似性。对于这种没有外部性的行为,我认为政府是不应当介入的。

韩大元:最后,我们能否从这个事例再引申讨论一下宪法总纲第24条的精神文明建设条款和公民权利条款的关系问题,而这已经涉及国家权力界限问题的讨论了。这个案例的问题点是很多的。如果我们能从上述各个角度进行综合分析,则从一个宪法事例就能够挖掘出丰盈的宪法理论,这不仅深化我们的认识,也更能推进我国宪法理论的发展。

## 二

王贵松:韩老师您刚才所说的,实际上已经涉及宪法事例分析的基本方法和框架了。我认为这是一个很关键的问题。回顾我们编辑的五辑《中国宪法事例研究》,可以看出各个作者对宪法事例分析方法和框架的应用是有些随意的,颇有些信手拈来为我所用的样子。在分析过程中,社会学的进路、政治学的思考,再加上若干法律概念的解释,这样就草草完成了论证过程,也不管所使用的方法之间是否存在矛盾冲突。这是没有法学方法自觉的一个体现,也说明我们的不少作者对纯粹的法学方法应用不多,反而对社会学的进路颇有青睐。就案例分析这一点来说,民法或者刑法甚至行政法的案例分析,和我们的宪法事例分析的框架就大有不同,你很难见到一个不围绕相关法规范分析刑法、民法、行政法案例的文章。这种现象,也提醒人们,我国目前的宪法学研究和教学过程中,对法学方法论的强调不够,对宪法的规范性强调不够。当然,宪法的规范性和民刑法的规范性存在差别,但这丝毫不影响宪法的规范性质。我觉得,宪法事例分析的基本方法和框架,就是要强调宪法的规范性,强调规范分析,就要仔细琢磨宪法文本的味道。

杜强强:我完全同意贵松的说法。不能动不动就拿社会学、政治学的方法来分析宪法事例,否则何以体现宪法对现实的规范效力?按我目前对宪法学理论的理解,对宪法事例的分析不能离开基本的法学方法。宪法规范,至少是基本权利规范由两个部分组成,一是构成要件;二是法律后果。因此,对基本权利宪法事例的分析,首先要判断该事例是否合乎宪法规范的构成要件。就韩老师刚才所举的KTV点唱低俗违禁歌曲自动报警事例而言,如果想论证在KTV唱歌受我国宪法第35条言论自由的

保护,就先要论证唱歌是否合乎“言论”的构成要件。这是宪法事例论证的关键一步,因为如果唱歌不属于言论,那就没有必要再讨论它是否受我国宪法第35条保护的问题了。这一步的论证,因为宪法规范的高度概括而颇为艰难,要论证唱歌是否属于言论,不能单靠“涵摄”。或许有人会说“唱歌”可能是表达,而言论也是表达,这并没有错,但我觉得如果认为唱歌因为是表达而给予其言论自由的保护,则会产生很多问题。如何界定表达?唱歌当然是表达,但留长发也是表达,穿怪异的衣服也是表达,难道要给它们言论自由的保护吗?因此,构成要件的认定非常复杂,需要深入挖掘宪法第35条规范背后的理论和规范目的。这是第一步。第二步就是确定法效果。依然以我国宪法第35条为例,宪法第35条规定的法效果是“自由”,但这并非意味着一定要给予其保护。最终的保护尚取决于与其他宪法价值之间的衡量,这也为宪法第51条所明定。这是一个法益衡量的过程。以前述事例为例,在这个过程中,既要考虑宪法权利的价值,也要考虑公共利益的维护。在这个过程中,也可以将宪法第24条规定的精神文明纳入衡量的范围。以上所说的是我对宪法事例分析框架和方法的理解,而且也仅限于基本权利事例,国家机构方面的宪法事例如何分析,我还没有很成熟的想法。

王贵松:你说的也是一般的法学方法论。德国宪法法院在基本权利的案件中用的就是三阶段审查法。首先是基本权利保护领域的划定;其次是对基本权利的限制;最后是限制能否正当化的问题。这个框架是可行的。不过我们的分析方法还需要进一步的精细化。就拿法益衡量来说,宽泛的、没有具体标准的法益衡量总是不利于基本权利的保护的。

杜强强:这一点美国宪法学理论也是承认的。因为当面对强大的公共利益,尤其是国家安全的利益时,个人的利益几乎是微不足道的,这个时候衡量的天平自然会倾向公共利益一方。为了克服这个弊端,无论在构成要件还是在法益衡量方面,美国宪法理论和实践都作了进一步类型化的努力。例如,他们对言论进行了具体的区分,区分出煽动性言论、挑衅性言论、诽谤言论、仇恨言论、色情言论、商业言论等,每种言论均适用不同的审查标准。例如,“明显而即刻的危险”就是适用于煽动性言论的审查标准,诽谤言论则适用“实质恶意”原则,而对商业言论的保护程度低于对其他言论的保护,等等。这种审查标准的细致化,其好处是限制了法院的裁量范围,从而有利于法的安定性和基本权利的保护。从这个意

义上说,这种细致化的趋向值得我们重视,也许也值得我们借鉴和学习。

韩大元:你们刚才所说的,实际上都属于宪法案件的裁判方法问题。案件的裁判当然要有一定的程序和方法,无论是德国还是美国实际上都发展出了一整套裁判基本权利案件的规范方法。你看他们的法官实际上都是依照的这个方法来裁判案件的,美国法官的阐述,看起来天马行空,实际上都是非常规范的。当然,我们目前还没有宪法裁判制度,但学术界对基本权利问题——实际上国家机构方面的问题也一样——的讨论也需要有一定的程序和方法。因为在我国对基本权利问题的讨论,类似于国外对基本权利问题的裁判,大家都是要寻得一个正当的解决办法;否则各说各话,看起来争论得激烈,实际上没有任何观点的交锋,因此也不会有理论的发展。从这个意义上说,一般法学方法论的培养和训练非常必要。从理论上说,宪法规范是一种法的规范,由构成要件和法律后果两个部分组成。因此,对宪法事例的分析,不能不从构成要件和法律后果两个角度予以论证。你们前面所说的,实际上也就是这个意思。当然,由于宪法规范所使用的语言非常概括和抽象,因此无论是构成要件还是法律后果的确定,都必须超越宪法规范本身,而深入规范目的甚至它背后的政治考量中去。实际上这已经是宪法解释的基本问题了。我想,通过对宪法事例的探讨,可以深化对宪法解释问题的研究,这也是宪法事例研究的价值之一。

杜强强:这大概是您提倡宪法事例研究的一个初衷吧?

韩大元:可以这样说。因为虽然从社会科学的角度,宪法学有很多方法,但作为法学的宪法学就是宪法解释学,而我们对宪法解释的研究必须超越一般化的探讨,例如,讨论宪法解释的概念、功能、分工、体制等。这些问题当然也很重要,但目前的讨论大都失之于宏大的理路构建,不精细。前几年我们一直在论证我国的宪法解释程序立法问题,而我们将来建立宪法解释机制之后,如果宪法解释机关发现我们提出的宪法理论根本无法应用,那是多么的令人尴尬!因此,如何构建一种精细的宪法解释理论和方法就是宪法学界一个无法回避的问题。从法学方法上说,法解释的问题与具体的案件是不可分离的,这就是所谓法解释对具体案件的关联性。你在《中国宪法事例研究》(三)有一个讨论检察机关提请批准权问题的分析,实际上就是一个很好的例子。“提请”这个概念从通常文义上看是比较精确的,至少给人的感觉如此,但当具体的事例发生之后,

“提请”的概念是否包含否决权在内就是一个有疑义的问题,是一个值得讨论的宪法解释问题了。这个问题先前没有发生过,也没有人讨论过,而正是湖南省郴州市检察院的这个事例提出了这个问题。你在分析中使用了文本解释、体系解释和历史解释等宪法解释方法,得出了具体的结论。不管对这个事例的分析是否到位,但这个事例本身已经说明,宪法解释理论必须对具体事例的分析有所回应,而对宪法事例的分析也能够深化和丰富已有的宪法解释理论。

### 三

王贵松:或许这就是黄茂荣教授所说的,“真正的法律解释问题与其说是从法律条文自身,毋宁说是从应去或拟去处理的案件所引起”。真正的法律解释问题总是与具体的个案相关联,法学具有非常鲜明的实践导向,宪法学亦不例外。我国的宪法学理论必须重视个案和具体问题的分析,必须从宏大的理论叙事走向细致的论证说理。比如我国行政法学的发展,实际上走的就是这样的进路。正是因为行政法学对司法实践的高度关注,才让行政法学逐渐走向成熟。

杜强强:贵松所说的,既是中国宪法学理论发展的一个方向,也是我们宪法事例分析的一个目标,也就是细致的论证说理,而且我觉得我们需要更细致和更规范的宪法事例分析,只有这样,宪法学才能摆脱“一般化”、“大而杂,什么问题都不深透”的外在印象。应该说,我们编辑出版的系列宪法事例研究,实际上正在逐步走向细致和规范,不过我们还需要更多的自觉努力。宪法就是在具体案件的适用中变得复杂化、精致化,变得更为有趣。

王贵松:行政法案例和宪法案例有一定的相似之处,都是在多维关系中分析探讨,既有平等的私人主体之间的关系,也有国家机关与私人之间的关系,还有国家机关相互之间的关系。例如,在常见的行政处罚诉讼案件,当中就有行政机关与被处罚者之间的关系,也有法院和行政机关的关系(因为有一个审查强度的问题),其背后还包含着立法机关与行政机关、司法机关的关系(因为有一个如何兑现立法者意旨的问题)。它们都有多重因素的考量。这是公法案例不同于私法案例的一个特点。当然,宪法案例分析和民法、刑法案例分析的共同之处也是要强调的,它们都要遵循一般的法学分析方法和规则。



韩大元:多数宪法案例应该是从行政法案件中转化过来的,虽然行政诉讼法能在一定程度上填补宪法的功能,保障基本权利的实现,但很显然,其功能也是有限的。强调宪法案例分析的一般法学方法论的特点是没有错的,也正是在这一般的法学方法论中,宪法文本得到了应有的对待,案例分析的宪法性也逐步体现出来。你们刚才也谈到,宪法规范与法律规范是有很大差别的。宪法规范的原则性决定了它不可能像法律规范那样简单地涵摄便可得出法律效果。同时,宪法规范的政治性也要求它不可能像法律规范那样进行利益衡量。如何保证宪法规范适用的规范性、安定性和妥当性,恐怕还需要着力探究。

王贵松:在规范性上,可能主要是通过一般的法学方法论去保证。而类型化则是保证宪法适用安定性的一个重要方法,也是一个值得肯定的发展方向。虽然过度类型化可能会忽视个案的特殊性,不符合宪法权利保障的要求,但这种过度类型化的危险对我们来说还为时尚早。类型化很大程度上是一种经验的产物,在目前宪法实践匮乏的时候,要想进行类型化研究又是十分困难的。一方面要继续总结归纳中国自身的实践;另一方面,借鉴外国宪法的实践经验还是必不可少的。只是在借鉴的时候,要清楚两国之间宪法文本和制度背景的差异,而不能牵强附会。

杜强强:对,换句话说,国外的经验毫无疑问是需要借鉴的,但前提是在如何适用中国宪法的语境下使用。关键在于你怎么用这些材料。从这个意义上说,作为《中国宪法事例研究》附录的外国宪法判例,还是要继续做下去的。

王贵松:类型化的方法无非是两种,一个是逻辑性的;另一个是经验性的。逻辑性的类型化有时无法与现实相对应,甚至是没有意义的。所以说类型化很大程度上是经验的产物。只是在经验的基础上,尚需在规范的层面加以衡量。经验无法取代规范定性的价值。

韩大元:其实,我一开始就是想对这五年来的宪法事例作一个归纳整理,看看有哪些类型的案件出现,在这些类型的案件中又有哪些既定的处理办法。同时还想对中外宪法案例进行比较,看看有哪些相似之处,有哪些共通的经验得失。但这可能是我们这一次对话所无法完成的。规范性和安定性一定程度上是一体两面的问题。它们很可能会与宪法适用的妥当性或者说合目的性相冲突。要想确保宪法规范适用的妥当性,对于其他学科的经验 and 成果的借鉴,也是必不可少的。我这么多年来一直订阅