

DF120/125

II 汕头大学法学丛书 II

法治、宪政与人权保障

FAZHI XIANZHENG YU RENQUAN BAOZHANG

邓剑光 著

4



知识产权出版社

法治、宪政与人权保障

邓剑光 著

知识产权出版社

内容提要:

本书结合实际内容,从理论层面对法治、宪政和人权保障进行了系统的梳理。本书分为上中下三篇,分别为法治与行政法治、宪法与宪政发展、人权与法律保障。

责任编辑:张宏强

封面设计:张 昊

图书在版编目(CIP)数据

法治、宪政与人权保障/邓剑光著. —北京:知识产权出版社, 2009.7

ISBN 978-7-80247-738-4

I. 法… II. 邓… III. 社会主义法制-研究-中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 102590 号

法治、宪政与人权保障

邓剑光 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000893

责编电话:010-82000860 转 8127

责编邮箱:zhqthx@126.com

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880 mm × 1230 mm 1/32

印 张:11.75

版 次:2009 年 8 月第 1 版

印 次:2009 年 8 月第 1 次印刷

字 数:300 千字

定 价:32.00 元

ISBN 978-7-80247-738-4/D · 827(2589)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

目 录

上篇 法治与行政法治

关于“法律解释整体论”与“超越论”的思辨	3
对我国法治进路中法律规则效能的检讨与反思	17
保辜制度及其法治文化	26
政府信息公开的真实性原则	35
政府信息公开真实性争议的解决机制及其完善	47
我国社会救助法律的检讨与完善	62
秘密搜查与秘密拘捕的法治思考	81
劳动教养制度的法治反思	85
行政不作为的司法问题之探究	100
地方规章制定的听证与立法民主	118
土地征收中的公共利益及其保护	128
法治下的土地征用费用之确定	143
我国行政立法的问题与对策	159

中篇 宪法与宪政发展

违宪审查的政治功能之反思	185
国家与社会视野下的政治文明	201
儒家性善论与宪政精神的疏离	210

宪法主治的两个基本问题	217
障碍及进路:我国宪法司法化	226

下篇 人权与法律保障

关于平等权的若干思考	241
平等教育权的法律思考	254
迁徙自由的法律保护	270
论财产权的基本人权属性	282
劳动权的宪法保护	296
论我国网络隐私权的法律保护	313
知情权的法律保护	326
突发事件应对法治中公民权利的底限及其调整	339
世界史上的外国人权利保护	352
对国际人权保护的基本考量	361

上篇 法治与行政法治





关于“法律解释整体论”与 “超越论”的思辨

如果予以理性分析的话,法官适用法律的过程就是一个动态的直面个案将法律向判决转化,并宣示法律应有正义的过程。在这个流程中,法官对法律的理解、解释及评判三要素相互影响,相互作用,进而形成最终的判决。客观而言,在这个过程中既充满法官自身的主动或被动式的思维,同时也有对相应法律文本的客观认识。因此,有学者认为法官适用法律的过程本身就是一个发现法律或创造法律的过程。那么,在法律适用过程中,法官对法律文本之解释究竟是重构式的“法律整体论”,还是“超越解释论”呢?对于法治进程中的中国,法官法律适用中的角色应如何定位呢?是“法律整体论”,还是“超越解释论”?笔者的定论是:其既不能是什么“法律整体论”,亦应不是“超越解释论”;相反,必须是“规则效忠论”。

一、法律解释中的重构:法律整体论与超越解释论

(一) 法律解释中的法之重构

法律适用的过程不仅为一个法律理解与解释的过程,同时亦是一个对法律重构的过程,这是因为法律解释是在现有法律文本的范围内将法律没有明文规定或含糊不清的内容明晰化,解释的视野被限定在法律上,对解释结果的合理性、合法性不允许解释者任意发挥。结果的正义性、合目的性充其量可以在模棱两可的情



况下起作用。然而,在这种情况下经由法律解释所获得的规则不是认识,而是法的续造。其实,之所以需要通过解释进行重构其原因不仅源于法律文本自身的局限,同时亦是由于法律文本产出的时间与案件发生的时间存在一个时距。具体分析如下:

法律是一种抽象概括的规定,法律文本本身是对事物共性和普遍性的一种概括,事物本身发展的无限性和复杂性,使得成文法律不可能涵盖所有事物和行为的特性。因此法律文本与个案之间总存在距离,对法律适用者来说,他要不断面对新的案件,而正是面对不同的案件时,法律的字义才经常呈现出模糊性,使规范文字也变得有疑义;^①同时,法律文体作为立法者立法意图的载体,也同样不限于它的语言。文字表达既可能无法准确地传达立法者的意图,也可能溢出立法者的旨意。同时更为重要的是,法律秩序固有的,但尚未在成文法律文本上得到表述或不完整表述的立场,也应视为法律的一部分。德国联邦宪法法院有这样的阐述:法……并不完全等同于成文法律的整体。司法判决的任务有时就可能特别要求宪法秩序所固有的,但尚未在成文法律文本上得到表述或只有不完整表述的价值立场,应当通过某种评价行为得到澄清,并在实际的判决中得以实现。^②另外,作为解释者的法官一方面自身要处在一个特定的历史时刻。另一方面,被解释的对象有它形成的历史时间,除了传统、历史文化、经典等这样一些解释对象,本身的历史时间与解释的时间不会同时地处在同一时代,即使一部当代的著述作品,它的时间也与解释的时间相区别。这两个历史

① 谢晖、陈金钊:《法律:诠释与应用——法律诠释学》,上海译文出版社2002年版,第58页。

② [德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论面临的问题和进路——〈法律论证理论〉导言》,舒国滢译,载郑永流:《法哲学与法社会学论丛(四)》,中国政法大学出版社2001年版,第106页。



的时间之间,存在着一个距离。^①

此外,客观而言,这种对立的矛盾不仅表现于时空等方面,同时也体现于语言和经验上,因为语言对使用环境的依赖性,语言脱离语言使用环境,便会出现意义不全,甚至失去意义的现象。^② 这种距离造成了解释者对作品的疏离和陌生感。法律文本与法律适用者之间也存在这种距离感。法律文本总是代表着历史和传统,而法官面对的却始终是新发生的事件和行为。法官站在现时角度阅读法律文本,想要发现适用于当前案件的法律规范,是需要跨越时空距离、语言和经验上的障碍的。在越过障碍之前,法律文本的意义一直处于未决状态。但对法律文本解释者虽然应去作合乎时代的理解,但也必须尽量地置身于历史环境之中努力去实现与文本作者的视域重合。^③ 这就说明法律适用的过程本就是一个矛盾重生的过程,因为它不仅要求作为适用者的法官必须克服法律文本所附加的时距问题,同时要求其在理解、解释与评判的三段论中恰到好处地寻找到可能潜藏在规则文本后面的隐性法律。这正所谓:“法律解释的过程就是一个在成文法的基础上重新构造意义的过程,立法者在创造完其作品——成文法后,他便已死去,成文法的意义只能寄附在文本中,由解释者去阐释。”^④ 因此,可以断言,每一次法律规则的适用就已经是一种法之解释,一种法规范的新发现,而绝非机械地对法律规则的工具式使用,对其所作的解释已经是一种法的续造,每次解释都是一种成文法律与非成文法的结合,藉此真正实证的规范才有可能从司法实践中破土而出。结果是,法律的解释实质上导致了对法律的重构。

① 殷鼎:《理解的命运》,生活·读书·新知三联书店1988年版,第92页。

② [英]维特根斯坦:《哲学研究》,陈嘉映译,上海人民出版社2001年版,第202页。

③ 李道刚:《解释的“历史性”》,载郑永流:《法哲学与法社会学论丛(四)》,中国政法大学出版社2001年版,第204页。

④ 陈金钊:《法律解释的意义及其对法治理论的影响》,载《法律科学》1999年第2期。



(二) 重构中的法律整体论与超越解释论

如何定位法律解释中的重构呢?德沃金的“法律整体论”比较具有特色,其认为,法律是一种“阐释性概念”,即法官审理案件的过程就是对法律进行阐释的过程。而什么是法律呢?他认为法律并非仅仅是指规则系统,法律还包含原则与政策,^①这两者都是法律适用中法官据以进行法律解释的根据。从德沃金的论著考证,其并不认为法官凭借解释超越了规则文本,创造了法律。相反,他认为法律是整体性的,即法律除了规则之外,还有隐藏在规则背后的原则和政策,所以法官的判决和解释只是对“整体性的法”的适用,而非法官的“造法行为”。因此,在他那里,无论某一案件的疑难程度如何,其总可以找到唯一正确的答案,而不存在所谓的法律漏洞问题,因为法律本身就是一个封闭的首尾相一致的体系,能够达到自给自足的效果。这就要求法官能发挥创造性阐释,在创制新的法律判决时,应秉承既“向前看”又“向后看”的态度;应在把握法律的精神时,法律适用者进行换位式的思维,即立于立法者的角度进行思考,从而挖掘出隐藏在规则文本背后的真正之法律。为了保证法律的整体性,其主张法官追求法律的整体性就像多名作者创作一部系列小说一样,每一位作者都力图做到使作品如一位作者所著。

那么,对于德沃金的“法律整体论”,我们应如何进行客观的认知呢?笔者认为,其整体论是一种纯美的解构论,为一种实在的道德观,代表了作为法治社会中的个体对美好事物的理想与追求。客观而言,这种首尾一致的自我完美的封闭体系是一种乌托邦式的法律帝国,是一种对现实中的法官过高估计与苛求的结果。这种思维的定式亦是与普通法系允许法官在具体个案中适度造法性

^① [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社1998年版,第40页。



的传统一脉相承的,因为实然的造法必须许可法官在法律直面现实案件无语或语焉不详时进行重构,以解决现实问题。尽管根据德沃金的理论法官在解读法律的整体性时,并不能率性而为,其重构必须以法律的确定性、规定性及其自身良好的业务素质为基础,但是我们必须注意到,面对瞬息万变的社会生活,法律永远并非确定的,永远处于一个变动或等待创新的状态中。对此,博登海默也曾言:“在法律的各个领域,我们都发现了棘手的,难以确定的两可情况,其中心含义的模糊不清之处也会产生解释上的困难。”^①正因为德沃金的整体论的理想性及将法律表述成一个近似自给自足的完善系统的欠现实性,其法律解释的重构观几乎遭到了崇尚经济分析法与实用主义思维的波斯纳“超越解释论”的毁灭与颠覆。

波斯纳认为,德沃金的“法律整体论”为一种实在的道德论,因为他主张对所有的或大多数的道德问题都有正确之答案。相反,波斯纳认为探寻法律解释的客观性是徒劳的,因为法律是对法律面临一个具体案件时将会做出什么样的评判,解释者是不可能与立法者处于同一立场来理解法律的。而且,在解释中还有许许多多的诸如时间、地域、文化、信仰及价值观念等变量控制着解释者,这诸多变量的存在也决定了法律解释的非客观性,这种状况无疑会使所谓的“法律整体性”支离破碎。这说明这种想像性的重构可能是失败的。既然如此,那么如何看待法律解释中的重构呢?在这一问题上,波斯纳的实用主义思维发生了作用,其关注的不是最先看到的事物、规则与原则、范畴与假定之类的东西,而是法律使用后的结果、收获与效果。因此,波斯纳的观点是“超越解释论”。他认为,解释本身就是一个含义广泛甚至不确定的词,我们可以把它当成是对交流的译解,也可以是理解、翻译、扩展、补

^① [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1987年版,第466页。



充、变形及甚至转换等。同时,解释也是一个含糊的、全盘的,甚至没有界限的概念,所以应该完全抛弃“解释”这个词,没有这个概念也许我们会更好一些。^① 实质上,解释的问题并不是人们不懂得如何细心阅读并保持恰当的文化距离,问题在于没有任何人找到对疑难文本进行客观解释的技术,阐释学提出了这个问题,但并没有提出一个解决办法。基于此,波斯纳立于较客观的立场上,不但阐述了法律诠释的客观性,而且还从实用主义的角度说明了法律解释本身的有用性与必要性。波斯纳的工具主义法律观,是以一种不确定性的法律观来代替和瓦解了德沃金的“整体法律观”,“整体法律观”在他眼中成了一种浪漫的理想主义,法律仅仅意味着对话者们在特定的语境下通过交流所获得的共识。^②

那么,这是否表明波斯纳的“超越解释论”无懈可击呢?事实表明也并非如此。其实,从波斯纳的理论我们可以洞察到这一点,即其附加有实用主义的超越解释论是基于成本与效益的分析说,即以极小的成本为最大多数的人获取最大的利益。对于他来说,这就是法官在法律无语或语焉不详等状态时对案件结果评判的一种态度。他认为法官要发挥双方面的作用:一是解释立法中体现出来的利益集团的交易,并提供权威性的解决纠纷的公共服务;二是依据先前的规范,并且系统地阐述这些规则。法官应期望采用一些会使财富最大化的规则、程序、条件与结果。从其这些基本理论,我们不难发现,波斯纳的超越论是存在矛盾的:如何谓最小的成本,何谓最大多数人及最大的利益都是一个比较抽象模糊的概念,以及在社会中的少数人拥有社会绝大部分财富时,维护其利益亦可否美其名曰最大多数人的利益等。若法官作出这样的超越解

① [美]参见波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第345页。

② 刘星:《法律是什么》,中国政法大学出版社1998年版,第291页。



释,其结果无疑与法律扶弱抑强的主旨、公平与正义的基本价值观念相悖。因此,当波斯纳立于实用主义的角度动用成本效益分析法来超越对法律文本的解释时,其已经步入了一个不能自圆其说的矛盾怪圈,因为他的这种法律文本解释论缺乏一个与公平正义的价值进行对接的桥梁,即超越亦必须具有正当性。“超越解释论”的这一内在缺陷无疑为德沃金的反击树立了一个醒目的靶子。那么,何谓正当性呢?德沃金又不失时机地运用他的整体论进行回击,他说法律的正当性来源于法的整体性,即尽可能把社会的公共标准和理解看作是以正确的叙述去表达一个正义与公平首尾一致的体系。^①

那么应如何看待德沃金的“法律整体论”与波斯纳的“超越解释论”呢?笔者认为,其实这两种理论并非一种水火不容的,或者说南辕北辙式的关系。相反,这两者都存在某些共性,如都要求法官不要拘泥于形式,正视静态之法律文本与动态之社会关系的关联,这两种理论最佳的试验场即在于判例法系的国家。此外,德沃金强调法官应通过确定的法律文本去搜寻隐藏于其后的原则与政策,从而使法律构成一个首尾相一致的整体。客观分析,这种整体论又何尝不是对法律文本的一种超越呢?因此,从这一点来说,德沃金的理论与波斯纳的理论是殊途同归的,其差别在于分析问题的方法不同而已。曾有学者对德沃金这样评说:他高举理想主义的旗帜,但其立论的基础却是实用主义的。

二、规则效忠论:现今中国法官法律适用中的角色定位

客观分析,法律解释的整体论与超越论都具有各自的魅力,都

① Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press (1991), p. 225.



向作为社会正义使者的法官揭示了这样一个主题,即司法实践不能拘泥于形式,法律并非法律文本。确实,这种定调对于法官而言不仅仅意味着责任的加重,同时更蕴藏着其职业权力的扩张。在一个法治的社会里,这对于法官而言与其说是一种福音,还不如说是一种超额的责任与对自身能力的拷问与挑战。那么,面对法律解释的重构,在法律适用中现代中国法官的角色应如何定位呢?笔者认为,在目前司法实践中,中国法官角色的定位既不应是“法律整体论”,亦能不是“超越解释论”,而必须是“规则效忠论”。这不仅源于中国目前的社会是一个法制,而非法治的社会,且更源于笔者认为规则之治是法治之源头。具体分析如下:

(一) 整体论与超越论层面的反思考

整体论要求法官在直面个案时具有透过法律文本捕捉到背后原则与政策的穿透能力,从而构建一个自给自足的一致性的法律体系。要达到这一效果,必须具有两个基本的前提:一是确定性的法律,即法律文本;二是法官的执业素质。超越论则要求结果决定形式,源头并非最重要的,关键是目的,其出发点是成本与效益的经济观,其终极目的亦是成本与效益的对比观。

此外,这两种理论都具有一个基本的共性——当案法官角色的双重性,即在法律重构时,法官不仅应处于法律适用者的地位,同时也必须处于立法者的地位。因此,这两种“超越式”的理论都要求法官必须具有换位思维的能力,必须立于立法者出台该法律文本时的社会背景、公众的预期、当时立法价值取向及目前社会关系的动态发展对旧法所提出的新时代要求等,这就意味着在超越时法官不仅要看到现在,而且还要“向后看与向前看”。这种推理说明,法官必须超越立法者,必须达到“青出于蓝而胜于蓝”之效果。

借助上述分析,我们可以毫不犹豫地否定将法官适用法律的角色定位于整体论与超越论。确实,中华民族正在从事一场“前无



古人、后待来者”的变法运动,这场运动的核心即在于构建和谐性的法治社会。然而,中国法治进程的事实告诉我们,我们并不具备确定性的法律,亦不配备有非我性的高素质之法官。现今中国“部门规章为主、法律规范为辅”的规则供给体系的错位告诉我们:我们的规则是运动爆发式的,同时又是缺乏远见的应急式与一事一法式。表现于法治进路上,我们则有幸可以目睹法治化一日千里的大好景象,同时亦可以痛苦地品尝到这种进程中的各种匪夷所思的滋味。因此,目前我们还欠缺“超越”的两个基本前提——法律的确定性及高素质的法官。公正而言,在目前的中国,我们欠缺的不是规则,欠缺的是符合立法法治的系统化的规则,欠缺的是有法不依与执法不严。事实是,许多有形的规则常常被人为地束之于高阁,或别有用心地被某些司法者进行曲解与拿捏,中国大地上所发生的“知假买假者是否为消费者问题”的纠缠就是中国司法者进行法律解构的“一朵奇葩”,以及对司法者自身能力与执业良知的拷问。在这种情形下,要求还没有完全达到法治执业要求的法官依从德沃金所描绘的“连锁小说”式的“整体论”去捕捉潜伏于文本背后的原则与政策,这无疑是一种不现实的奢求。波斯纳曾刻薄地将德沃金的解释论说成是一种玄乎论,他说:“从这玄之又玄的东西中,我什么也没有得到。”^①

那么,可否为波斯纳式的超越论呢?答案同样是否定的,因为超越论是成本与效益分析法,这样我们就面临一个问题:如何界定最大多数人的利益?在目前的状况下,是社会中的极少数人控制了社会的绝大多数财富,所以从这一点来看波斯纳的超越理论在现代的中国就是一个悖论。与上文所述一样,超越并非无条件的超越,亦以法官的知识水平及执业操守为基础。这对我们来说是一个瓶颈。总而言之,从目前看,要求现代中国的法官从法律整体

^① 波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第462页。



的角度来把握法律或从实用主义的视角来进行波斯纳式的超越是勉为其难的。若果真如此,则无异于“强赶鸭子上架”。

(二) 传统文化上的思考

中国的社会并非一个法治的社会,传统儒家思想的礼法文化已与我们血脉相连,已在实质程度上对我们的思维进行了置换,并形成了定式的思维。这种礼法文化最大的杰作就是在中国的社会织就一张张以个体为中心的巨大社会关系网。从法社会学的观点来考察,礼的本质无非是特殊的持续型人际关系的制度化形态,是在互惠原则与礼乐教化的基础上形成的“关系秩序”,是相互作用的法。^① 在日常生活当中,礼通过拉关系的相互作用、讨价还价的试错过程以及“建构关系的社会工程”,人与人之间的网络结构势必会呈几何级数不断增长,因而关系秩序势必会迅速扩张或者稠密化,演变得非常复杂。^② 与欧美社会不同,在中国关系秩序不仅仅是国家制度之外生活世界的一部分,而且是其核心。为此,中国被认为是“关系本位”的,^③是一种“关系主义”社会的典型。在这样的格局里,关系网络无所不在,个人甚至可以借助“关系学”的技术来为自己或者为他人作出角色定义,改变自己与社会的边际,从而部分地塑造和修改社会的结构。^④ 正是基于中国关系社会的这种本土性,国人流行着所谓“打官司即打关系”的说法。这说明人们对司法的公正性是质疑的。

法官亦是社会中的人,亦属于社会关系网中的一个网结,因此若在现时的情况下贸然地采用超越式的法律重构论无疑会使中国

① 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第84页。

② 季卫东:《法治中国的可能性——也谈对文化传统的解读与反思》,载《战略与管理》2001年第5期。

③ 梁漱溟:《中国文化要义》,香港三联书店有限公司1987年版,第93页。

④ 金耀基:《中国社会与文化》,牛津大学出版社1992年版,第1-15页。