



郑永流 主编

法哲学与法社会学 Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie 论丛

二〇〇九年第一期（总第十四期）

陈弘毅 The Interpretation of the Basic Law

〔美〕弗雷德里克·绍尔 宪法解释之情形

〔日〕高桥和之 我们为什么研究外国宪法？如何研究？

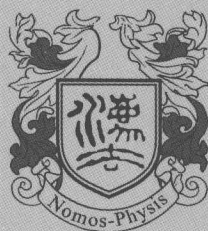
〔德〕贡特尔·托依布纳 自我颠覆的正义

谢立斌 德国宪法解释方法与比较解释的可能性

戴一飞 布赖恩·比克斯答本刊问



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

图书在版编目(CIP)数据

法哲学与法社会学论丛·二〇〇九年第一期(总第十四期)/郑永流主编.
—北京:北京大学出版社,2009.9
ISBN 978-7-301-15783-1
I.法… II.郑… III.①法哲学-文集 ②社会法学-文集 IV.D90-53
中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第167455号

书 名: 法哲学与法社会学论丛·二〇〇九年第一期(总第十四期)

著作责任者: 郑永流 主编

责任编辑: 明 辉 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-15783-1/D·2405

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 19.5印张 340千字

2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷

定 价: 35.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

目 录

专题研讨:宪法方法论

“宪法方法论”研讨会纪要	3
陈弘毅 The Interpretation of the Basic Law ——Common Law and Mainland Chinese Perspectives	37
〔美〕弗雷德里克·绍尔 宪法解释之情形	98
〔德〕莱因霍尔德·齐佩利乌斯 作为正义问题之解决的法	115
〔日〕高桥和之 我们为什么研究外国宪法? 如何研究?	125
张真理 法学中的方法情节及其批判	145
谢立斌 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	167
秦奥蕾 从“个人”到“公民” ——基本权利主体演变	180
余 军 “个人自由”与“人性尊严” ——美国与德国宪法人权保障基础原理的比较	194
姚国建 另辟蹊径还是舍本逐末? ——也论合宪性解释对宪法实施的意义	214

法哲学

〔德〕贡特尔·托依布纳

自我颠覆的正义

——法的或然符咒,或是超验符咒? 233

〔美〕W. 科尔·达勒姆 西方两大法系比较视野下的论题学 262

访谈

戴一飞 布赖恩·比克斯答本刊问 289

〔美〕布赖恩·比克斯

论美国法中的哲学

——分析法哲学 298

本辑作者名录 303

引证体例 305

CONTENTS

Symposium on The Legal Methodology in Constitution

The Conference Abstract of "The Legal Methodology in Constitution"	3
Albert H. Y. Chen The Interpretation of the Basic Law—Common Law and Mailand Chinese Perspectives	37
Frederick Schauer The Occasions of Constitutional Interpretation	98
Reinhold Zippelius The Law as the Solution to the Problem of Justice	115
Kazuyuki Takahashi Why Do We Study Constitutional Laws of Foreign Countries, and How?	125
Zhang Zhenli The Complex of Legal Methodology in Jurisprudence and Its Criticism	145
Xie Libin Constitution Interpretation Methods in Germany and Possibility of Comparative Interpretation—Illustrated by the Example of Freedom of Speech Clauses in China and Germany	167
Qin Aolei From "Individuals" to "Citizens"—An Evolution of Subjects of Basic Right	180
Yu Jun "Individual Freedom" and "Human Dignity" —A Comparison of American and German Fundemantal Theories of Constitutional Safeguard of Human Right	194

Yao Guojian	“Blaze a Trail” or “Dwell on Side Issues”? —A Review of the Significance of Constitutional Interpretation to Constitution Enforcement	214
--------------------	---	-----

Philosophy of Law

Gunther Teubner	Self-subversive Justice—Contingency or Transcendence Formula of Law	233
W. Cole Durham	Topic Viewed from the Comparative Perspective of the Two Main Legal Systems of the West	262

Interview

Dai Yifei	The Interview of Prof. Brian Bix	289
Brian Bix	On Philosophy in American Law—Analytical Legal Philosophy	298

List of the Authors	303
----------------------------------	-----

Citation Rules	305
-----------------------------	-----



Section

1

专题研讨：宪法方法论

“宪法方法论”研讨会纪要

宪法有“众法之母”的美誉,在现代政治生活起着举足轻重的作用,有关宪法的理论议题受到法学与政治科学的广泛关注。近年来,随着法学方法论研究的逐步深入,有关宪法方法论的争论不时发生。为深入研讨宪法方法论的基本理论与具体实践,《法哲学与法社会学论丛》在编辑出版十周年之际,与中国政法大学法学院宪法学研究所、法理学研究所共同举办了“宪法方法论”研讨会。会议分为四个单元:(1)宪法方法的法哲学基础;(2)宪法方法的具体展开;(3)宪法方法和政治理论;(4)宪法方法在各国的实践与比较。来自北京大学、中国人民大学、中国政法大学、山东大学、武汉大学、中国社会科学院、北京航空航天大学等全国各地高校和研究机构的政治学、宪法学、法理学界学者共计 59 位出席了大会。包括东京大学法学教授高桥和之、美国犹他州布里格姆扬大学克拉克法学院的 W. 科尔·达勒姆(W. Cole Durham)教授、香港大学法学院的陈弘毅教授在内的一些国外及港澳台学者亦给大会提交了论文或者译文。现我们择其精要辑成“宪法方法论”专题,刊布于此。大会的发言记录整理虽不具论文形式,却直观地反映了与会学者的所思所想,颇具参考价值,本刊以会议纪要的形式置于刊首,以飨同仁。

“宪法方法论”研讨会开幕发言

廉希圣(中国政法大学法学院教授):

今天我们这次研讨会的主题很有战略意义。我们的宪法已经颁布 26 年了,在这 26 年中,我们的学者发表了很多的论著,运用了很多的方法,比如说马克思主义的方法、比较的方法、实证的方法,等等。无论用什么方法研究,总有几个问题绕不开,或者说我们面临着几个方面的挑战,宪法学要进一步发展,确实需要在方法论上进行反思,寻求突破,而我对这几个问题也比较困惑,我希望能把它们提出来,也希望从这次会议上获得启示和教义。

我想说的第一个问题是,我们研究的是马克思主义的宪法学,那么马克思主义的宪法学使用的是什麼方法?大家都知道一种方法是理论联系实际,但理论怎么联系实际呢?这个问题的另一种表达,就是马克思主义中国化的问题。但怎么转化?要转化些什么?这是一个有待深入思考的巨大挑战。

第二个问题是宪法本土化。前一段时间在中国人民大学开了一个国际性的研讨会,会议的主题是“西洋法在东亚的继受和创造”。在这个会议上,我得到了很多启示。日本的学者说日本的宪法怎样继受了西洋的宪法,韩国的学者说韩国的宪法怎么继受了法国的宪法,有何创造。这些都是宪法的本土化问题。本土化是一个趋势,我们国家也要本土化,但如何本土化?我们宪法的发展不能闭关自守,需要借鉴外国的一些比较好的方法和经验。那么我们要借鉴什么?怎么借鉴?

第三个问题是创新。什么叫创新?模仿人家是不是创新?标新立异是不是创新?恐怕也不是。创新是建立在批判基础上的,没有批判就没有创新,那么当今我们又批判什么呢?又要怎么去创新呢?

第四个问题是思想解放。思想要解放,不解放思想就进步不了。但解放思想不能异想天开。怎么解放?从什么地方解放出来?这也是一个问题。

这就是我的一些困惑,我想能通过方法论的研究能推动我国宪法的发展。

莫纪宏(中国社会科学院法学所研究员,博士):

听了廉老的发言很有感触!我想提几个问题作为讨论的基础。

第一,宪法方法论是指规范层面的还是指研究层面的?是实践层面的还是理论层面的?到底是宪法方法论还是宪法学方法论?这是有很大差异的。我选择从宪法学方法论角度谈谈。

第二,方法论怎么用?最近参加了好几个有关方法论的会议,方法论我们一直提,但一到用的时候就忘了,写东西的时候好像也找不到方法论了。廉老上面也提到了历史的方法、实证的方法,等等。这些方法能不能上升到“论”的层次,有没有必要研究?就我们宪法学的方法来说,要研究什么?研究的作用是什么?创造了方法不好使、解决不了问题,到底有什么用?我们的文章经常是用经验加点材料写出来的,不是先想出个方法再写文章的,当你写出来后别人问你用什么方法写出来的,你也不清楚。

第三,方法什么时候使用?那么多方法是不是可以在同一场合下使用?别人用这种方法写了好多文章,发现了好多问题,而我为什么用同样的方法找不到问题呢?那么多方法能不能用于同一问题?不同时间、场合是否应该用不同的方法?

第四,怎么用这些方法?每个人都知道这些方法,但用起来很困难。有些人整天卖方法论,但就是不好使。

第五,宪法学方法论要解决什么问题?

郑永流(中国政法大学法学院教授,博士):

我主要讲三点,也可以说是提三个问题,然后进行回答。

哲学是什么?哲学就是不停地发问,为什么要不停地发问呢?因为没有什么东西是事先规定好的。宪法方法论这个主题就是一个见仁见智的问题。我对这个主题提出三个问题:

第一个问题,什么是宪法方法论?我没有用宪法学方法论,而用宪法方法论,就表明它不是去研究宪法是什么以及宪法学科怎样去构建,而是指怎样运用宪法的方法,是一种实践的方法。所以,如果定基调的话,我把宪法方法论定为一种实用的方法。

第二,宪法方法论能给中国宪政带来什么?因为无论是立宪、修宪,还是实施宪法,都是为了在中国实现宪政。中国的宪政运动从1908年颁布《钦定宪法大纲》开始已经走过了整整100年,几乎每十年就有一部宪法,但我国是有宪法而没有宪政。但我们不能对方法论期望太高,我们不能寄希望于有了一套好的方法就能在中国实现宪政,因为实现宪政更多地需要一种宪法以外的社会智识,比如说政治体制、大众的法律意识,等等。但也不能说我们的方法论没用。我们通常认为有两种紧张关系,一种是社会事实与规范之间的紧张关系,我们刚才提到的政治体制、大众的法律意识、法律的权威等与法律之间的紧张关系是法律方法解决不了的。但方法可以解决内部之间的紧张关系,即个案事实与

宪法的关系。前几年法学界一直在讨论延安黄碟案,中间所涉及的关键是:住所是私人场所还是公共场所?我们可以通过解释来解决这个问题。这就是法学方法的作用。方法不仅可以解释法律条文与宪法文本,而且可以续造法律。因为各种原因,我们的宪法、法律会出现漏洞,有漏洞就需要填补,我们就可以通过方法来填补,比如类比的方法等,另外方法论可以对司法人员的自由裁量权进行限制,避免司法人员进行任意解释。所以我说方法论不一定能直接给中国带来宪政,但可以创造实现宪政的条件。

第三,我们这次研讨会可能的贡献是什么?我们宪法学界与法理学界联合召开这么大的一个会议,总是想能带来一些贡献。我想,第一点贡献是:要大体建立起一个宪法方法的体系。在这次会议的筹备过程中就有人建议说取名“宪法解释学”研讨会,我认为解释只是方法论中的一种方法,虽然解释是很重要的方法,但它不能代替方法论。第二点贡献是:近几年法学方法论在中国已经成为一门显学,但主要是我们法理学界在研究,这使得我们的法理学者很尴尬,因为没有一种规范需要法理来适用。所以方法论更应该由搞部门法的人来谈,因为他们有规范要适用,需要来填补法律的漏洞,来进行解释。所以我们要打破法理学界的“自作自画”这样一种局面。以后我们不仅会与宪法学界加强交流,而且要和刑法学界、民法学界等其他部门法学界进行交流与沟通。就我所知,近几年刑法学界召开了几次“刑法实证方法会议”,主要是陈兴良教授他们在搞这方面的研究,这和我的看法是一致的,是实证的方法,而不是研究的方法。就我的看法而言,我认为,我们法理学界是“过路人”,真正的主角应该是部门法学者。只有当部门法学者真正地认识到方法论的重要性的时候,我们法理学者注定会退出历史的舞台的,我相信这一天迟早会到来的,我也期待着这一天早一点到来!

如果部门法学界的人说,我对方法论不懂,这可能在一定程度上是谦虚,但在某种程度上可以说是在自贬。说实话,方法是我们每个搞部门法的人的安身立命之处!你不仅仅要关注怎样研究宪法,更重要的是要关注宪法条文如何运用到现实生活中去。这不仅是每一位司法人员的一种责任,也是我们在座每一位宪法同仁的一种义务!所以通过这次研讨会我们能用“两只眼睛”看宪法,以前一直是用一只眼睛在看,向外看;以后要学会用另外一只眼看,向内看。最后我用一句话来总结我的发言:希望我们法理界的同仁与宪法学界的同仁一道用方法使我们的宪法舞动起来!向社会,向大众说尽宪法的千种风情!

宪法方法的法哲学基础

高全喜(北京航空航天大学法学院教授,博士):

我提交的论文是《政治宪政主义与司法宪政主义——基于中国政治社会的一种立宪主义思考》(见会议组编辑的《宪法方法论研讨会文集》,未刊于本书,以下简称《文集》)。这篇文章是对转型时期的中国宪政道路的思考:中国的宪政之路怎么走?应朝向什么地方去?路径是什么?

最近几年一直在探讨宪政的走向,主要面临两种困境:一种是宪法司法化,这是西方国家比较成熟的宪政道路。我感觉很难走通,特别是最近好像有倒退之嫌。一种是政治宪政主义,似乎与我们改革开放的精神相违背,也走不通。我和陈端洪教授都认为,西方的发展道路都不是规范性的,而是一种是历史的进程,在这种历史进程中,是否能生成一种规范性的东西?所以就得出两种模式:政治宪政主义和司法宪政主义。这两种模式之间是什么关系?我和陈端洪教授的观点有本质的不同。我这篇文章主要包括三部分:(1)司法宪政主义与政治宪政主义的分类及划分标准。(2)什么是政治宪政主义?(3)中国立宪道路的思考。由于文章比较长,所以没法展开思考。有人认为美国是司法宪政主义,英国是政治宪政主义,我认为英美都倾向于司法宪政主义,而欧陆国家倾向于政治宪政主义。思考我们当前的中国,我认为应该用政治宪政主义之手来摘取司法宪政主义之果。

在中国近百年来历史中,我们刚开始应致力于走政治宪政主义之路,但政治宪政主义道路是特殊时期的产物,不可能一直走下去的。所以在宪政框架体系基本建立之后,可能要摘取司法宪政主义的果实,走司法宪政主义的道路。所以我既不赞同走纯粹的司法宪政主义之路,也不赞同走纯粹的政治宪政主义的道路,这两种道路都是片面的。我重点考察了西方国家的演变过程,大致分成三块:第一是现代政治的利维坦时期,这里就是现代政治国家以及现代公民的构建时期;第二是在法国卢梭那里表现为一种激进的、不是保护和安定的政治宪政主义;第三是英国的光荣革命及其理论代言人洛克。我比较赞赏第三种,这是真正的完成了的政治宪政主义。我认为,中国应该先走政治宪政主义的道路,在宪政框架体系基本建立之后,走司法宪政主义的道路。

王锴(北京航空航天大学法学院讲师,博士):

我在《宪法释义学的问题与前景》(载《江苏行政学院学报》2008年第4期)

中主要想说明两个问题。一个是宪法释义学在当前宪法推动过程中遇到了几个阻碍,我把这个阻碍归结为四点:

(1) 历史上的误解。由于我们长期以来采用注释宪法的方法来宣传宪法,导致了一些学者往往将宪法释义学等同于这种宪法宣传方法。我认为这两者之间还是有区别的。宪法释义学的形成过程需要复杂、精细的论证,而宪法宣传认为注释的对象是天然的、不证自明的。

(2) 对待宪法文本的态度。一些学者认为宪法文本本身就有问题,而宪法释义学以宪法文本为内容,也是有问题的。我认为它忽略了一个问题,即宪法文本在制定时是获得了民众的支持的。我觉得这种质疑没有充分的论证的、随意的。另外,宪法文本有问题,但代表不了宪法规范有问题。文本只是对规范的陈述,可能只是陈述了不完整的规范。而如何使规范和文本对应起来恰恰是宪法释义学的使命。

(3) 对宪法释义学知识可靠性的质疑。我觉得这是一种有效的质疑。传统的释义学比较封闭,总是从规范到规范,而对规范之外的事实是比较回避的。这种状况是可以改变的,而法理学为我们提供了改变的契机,一方面,法释义学不仅关注法的实效性,而且将规范的效力、规范的正当性和实效性联系了起来。另一方面,法律论证理论不仅重视规范的内部论证,而且增加了规范的外部论证。

(4) 对宪法的司法适用性不足的质疑。法释义学本身是司法导向的,最终是要解决案件。但我也不同意宪法只有完全适用了才有释义学的观点。因为当前的现实不是宪法一点也没适用,只是适用不充分,仍然是有适用的。适用的形式是多样的,并不限于违宪审查与诉讼,比如说合宪性解释也是一种形式。另外,宪法的适用和释义学谁先谁后是一个蛋生鸡、鸡生蛋的问题。我觉得二者是相辅相成的。

我想谈的第二个问题是要解决宪法释义学在发展过程中面对的一些问题。首先,宪法释义学的本土化问题。因为不同国家的宪法释义学是围绕不同国家的宪法文本来展开的,我国的宪法文本与其他国家是有很大差异的,比如说,我国现行宪法中有近四分之一的内容是基本国策条款,所以这是我国宪法释义学需要解决的一个问题。其他国家无法给予我国足够的借鉴。其次,重视对宪法释义学方法的研究。借鉴美国的、德国的方法可以使我们少走弯路。最后,通过宪法释义学的建立来推动宪法的司法适用性。如果我们没有把宪法当作法,不去适用它,就越不会有人把宪法当法,这反而会陷入恶性循环。

最后我想说,当前方法论面对的一个质疑就是空谈方法论。没有一个把方

方法论贯彻下去的成果,所以我们以后不仅要有一个运用方法论的自觉,还要把方法运用下去,将成果展现出来。

郑磊(中国人民大学法学院博士后):

我的发言主要是以《价值是如何进入规范的:宪法学的基本立场》(载《江苏行政学院学报》2008年第4期)为基础的,主要包括三部分:(1)关于法学思考的三个关键词;(2)对待此问题的立场;(3)进入这个问题的途径和方式。

首先,法学在进行方法论问题思考时有三个层面是需要达成共识的:事实、规范、价值。传统实证主义是只注重规范,将规范和价值隔离开来,只是从逻辑层面进行分析。这种路径无论在实践中还是在理论上都遇到了很大的困境。所以反思宪法方法论有两个层面是需要关注的。一个是以法规范学为基础,借鉴法教义学与法解释学。这仍然是基础、核心。另外一个是要保持适度的开放性,有所突破,我这篇文章主要关注后者。

其次,怎样对待这个问题?我认为可以从三个方面来思考。第一,这个问题基本上不重要。重要的是已由立法者纳入了规范内的价值及以价值秩序为导向的思维,至于尚处于规范之外的价值,以及这些价值如何转化为规范之内的价值并不重要。第二,虽然这个问题不重要,但这个问题不能忽视。这个问题对于宪法学尤其重要,无论从空间上讲还是从时间上讲。从法律位阶的空间上说,宪法是位于法律位阶的顶端,其他部门法可以向上追问,而宪法向上追问可能就不是制定法体系内的追问了。从时间上看,宪法发展是一个过程,宪法的稳定性和适用形式是宪法学永恒的东西,也是宪法发展的动力。第三,对待这个问题的关注应当是谨慎的,不应该喧宾夺主。

最后,进入这个问题的路径。我主要区分为两种路径:一种是通过非规范行为的进入方式。就像施密特所列举的宪法变动的方式,比如说宪法的废弃、宪法的废止、宪法的修改、宪法的打破、宪法的临时中止等方式,价值通过这种方式进入规范应该属于涌入式,它打破了既存的宪法秩序。另一种是通过规范行为的进入方式。这种方式是我们宪法学者极为推崇的方式,比如说通过宪法审查、宪法解释方式实现宪法的变动。它的特点是:(1)数量和规模是非常有限的,是细水长流式的。(2)这种方式与已存的价值和价值体系具有较大的契合性,从而避免了较大程度上的震动。两种方式之间的关系是:在没有穷尽后一种方式之前不能使用前一种方式,我们常常思考宪法解释和宪法修改问题,修宪模式是属于前一种模式,释宪模式属于后一种模式。我们实践中有一种重修改轻解释的现象,面对这种现象,我思考了一些权衡因素:其一,需进入规范

之价值的重要性、规模或数量,及其需进入的迫切性;其二,所选取的进入方式对实定宪法秩序及相关社会秩序所带来的震动程度。这是非常重要的。

刘毅(北京大学法学院博士后):

我主要对高老师的文章进行评论。首先我要对高老师一直以来这样高产的创造力表示钦佩,另外我有一个总体的判断,这篇文章对当代中国的自由主义思想和宪政主义是一种拓展和深化。这是一个很重要的贡献。我的评议包括三部分。首先是对本文的简单的解读,其次我会提出几个问题求教于高老师和各位同仁。

高老师的这篇文章主要包括四部分:(1)宪政主义的一般原则及其前提;(2)司法宪政主义与政治宪政主义的比较;(3)什么是政治宪政主义?这是本文的核心,其中,英国的光荣革命与洛克的政治宪政主义又是本文的重中之重;(4)中国立宪主义道路的思考,这是本文的落脚点。第四部分又分两部分:一是中国现代立宪主义的问题意识;二是陈端洪论说之批判。高老师系统地、独创性地提出了激进与反激进、保守与反保守的辩证关系,我觉得这是近几十年以来宪政思想当中一个长时间纠缠的问题。高老师对这两对概念的分析是很独到的。

我也有几个问题。第一个问题是西方理论本身的融贯性与我们中国问题的艰难性之间的矛盾。我们的学者在研究西学的问题时,还是能够比较清楚地做出连贯性的阐释,但是每当把这一理论用到中国问题对接时,总是很难实现容易地对接。这是一个大问题。

第二,高老师在一篇关于现代性断裂的文章中,对现代性的断裂持否定态度,而在这篇文章中已经不再刻意地否定这种断裂了,我不知道这是不是高老师理论上的一种修正?

第三,高老师在整篇文章中提出了好多新概念,比如说,司法宪政主义、政治宪政主义等,但在这些新概念之后的脉络在文章中阐释的不是很清楚,分析的不是很清晰,比如说,何谓政治?何谓宪政?何谓司法?还有文章中提到政治的绝对性和宪政绝对性等概念没有完全展开。

第四,在中国宪政问题上,高老师还有几个问题没有解决:(1)真正的中国宪政发展的动力是什么?(2)宪政当中的高级法与普通法的问题?(3)社会主义与资本主义两分法是一个需要反思的问题,我个人认为这样一个两分在理论上已经站不住脚了。如何评价欧洲等国家的社会主义以及我们国家的社会主义?