

“十一五”国家重点图书出版规划项目



民权学子文丛
The Library of Civil Rights

邹利琴 著

Resolving the Dispute Between Law and Morality
—Constitutional Rights as Principles

化解法律与道德之争

——以宪法性权利为原则



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



Resolving the Dispute Between Law and Morality
—Constitutional Rights as Principles

化解法律与道德之争

——以宪法性权利为原则

邹利琴 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

化解法律与道德之争：以宪法性权利为原则 /
邹利琴著. —北京：社会科学文献出版社，2013.10

(民权学子文丛)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 5153 - 4

I. ①化… II. ①邹… III. ①宪法 - 研究
IV. ①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 238626 号



著

出版人 / 谢寿光

出版者 / 社会科学文献出版社

地址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

责任编辑 / 赵瑞红 关晶焱

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

责任校对 / 岳中宝

项目统筹 / 刘骁军

责任印制 / 岳阳

经 销 / 社会科学文献出版社营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/20

印 张 / 17

版 次 / 2013 年 10 月第 1 版

字 数 / 225 千字

印 次 / 2013 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 5153 - 4

定 价 / 55.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

版权所有 翻印必究

民权学子文丛总序

编出“民权学子”的书，是藏了许久的心愿。临到付梓，却犹豫起来。连这篇序文，也似乎有些难以着墨。

环顾我们居住的社会，可以说，在这个称作 21 世纪的纪元伊始，中国已悄然步入权利的时代。记得美国有位学者写过一本书，叫《权利的时代》，阐述的大体都是些西方的权利标本，谓之为“时代”，体现了被视为先进文明典范的欧美传统对非欧美传统发出的某种文化召唤。十多年前，我和学友们也出过一本书，叫《走向权利的时代》。那个时候，我们的确蹲下身子，怀抱理想主义的虔诚与苦痛，细心观察中国社会发展过程中的公民权利，但我们脑子里想象的权利时代，却还是西方的模子。这样一来，我们描述中国公民权利生长的学术努力，就成了对西方模子在中国境域里运用、解释或变异的样本的寻觅。我们试图缓解民众权利苦难的政治心愿，也容易被当作对西方某种时代召唤的响应。现在，我们真的步入了一个可以称作“权利时代”的社会。可是，还来不及踌躇满志，便发觉，

中国社会里实际发生的情形远远超出了我们的预想和期望。

我们看到，当代中国，权利话语在涂改文明，也在更新文明；在改写历史，也在创造历史。宪法汇聚的权利能量伴随经济社会发展而快速释放，善恶美丑似乎都期待借助权利来获得力量；人的尊严和价值给权利以道德支撑，但人们对尊严和价值的觉悟、表达和要求，凭借更多的，却是国际国内法律里的权利知识，而不复为欧美历史上的宗教启蒙和哲学宣言；国家和政府积极推动现代法制建设和权利知识普及，但政府及其机构和成员本身又成为与日俱增的权利诉求和法治诉求的对象；市场经济的运行和社会结构的巨变，极大地增进了公民个人和社会组织的实际利益和自由，但安放利益、容许自由的空间有限，保障利益、实现自由的资源匮乏，加上贫富差距拉大，又骤然增加了经济风险和社会紧张。同时，利益需求多元、思想观念多样、社会流动加快和法律知识普及，造就了一批批权利意识浓厚的“新人”。他们埋头苦干，四处活跃，或声名显赫，或富甲一方，既希望用平等权利来装备自己，又热衷于依靠特权来积聚财富和能量；既偏好以司法为最终诉求，并怀抱政治参与的热切愿望，又不惜以违法的、不正当的方式来保护和扩展自己的利益；既少有权利的满足感，又缺乏平等待人的观念和对社会的责任感。还有，民本文化传统因民权思想的阐扬而愈加激越，但在整体上，文化尚在复兴，哲学依然贫困，民权还缺少必要的理论滋养；意识形态和社会制度由于不断注入权利因素和法治理念而孕怀革故鼎新的巨大动力，但时代的婴孩还在疲惫的母体里寂然生长；权利和自由虽然获得法律的认可，却又面临着如何能够在道德体系和政治原

则里找到恰当的位置，如何能够被赋予促进发展、营造和谐的新内涵……

这是一个在中国历史和世界历史上都不曾有过的独特时代。既充满自由与梦想、光明与希望，又充满私欲与罪恶、矛盾与荒诞。不论对于中国，还是对于世界，这个时代都提供了一种新的体验。它需要深刻独到的学术阐释，也需要为民请命的赤诚呐喊；需要融会贯通的理性言说，也需要荒野独行的自由批判。

权利时代是青年的时代。唯有青年，才是新时代最好的阐释者、言说者、呐喊者和批判者。赶上权利时代的青年是幸运的。赶上权利时代的法学青年更是幸运的。他们或许没有八九十年代青年特有的清纯、真挚与苦痛，但他们粗糙里透着大气，平淡中显出从容。他们有权利也有条件更加自由地思想和行动，而且，他们的思想和行动更具备智识和理性，更富有继往开来、激扬文明的深邃蕴涵。因为，公平正义，从来没有像今天这样成为一个最为紧迫也最富魅力的时代课题；实现公平正义，从来没有像今天这样必须诉诸法言法语而非个别关怀乃至暴力革命；研习法学，从来没有像今天这样贴近实践，直面苍生，这样怀抱贫苦农人、下岗职工、民工子女等弱势人群的愿景，这样背负缔造宪政法治、润泽万世太平的使命。

宋儒张载把“为往圣继绝学、为万世开太平”作为士子的使命。对于法科学子来讲，“继绝学”或陈命过高，“开太平”却十分现实。庄子把太平视为“治之至”，古人所谓“太平策”不外乎治国安邦之策。我们担负的时代使命，说到底，不过是把治者的太平转换为天下的太平，把心性的太平转换为制度的太平。在这个转换过程里，

民权乃是一个关键。传统的治道学问也只有走到人权法治宪政这一步，方能真正开出太平。法学是一门实践科学，不宜空谈，也无以空谈。古代罗马人把法学称作“关于正义与非正义的学问”。非正义乃是人类的一种社会疾病，法者如医，当以祛除疾病为职，匡扶正义为命。我们经常说，要维护好、实现好、发展好最广大人民群众的利益，用法律语言讲，就是要维护好、实现好、发展好公民生存、自由、参与和追求幸福的基本权利，就是要保障民权。此乃当世最大的正义。倘若法学不能在维护人的尊严和价值、促进民权上有所担当，也将陷自身于不义。

这套丛书是专为研究民权的青年学子设立的，她受到时代精神的感召，更受到青年精神的感染。中国社会科学院法学研究所素有研习权利的风气，尤其是从1998年开始招收人权研究方向的博士生并设立若干关于权利保护的课题以来，涌现出一个集中关注权利问题的青年学子群体。他们的追求大胆、前卫而不失高洁，他们的作品如同初升的太阳，新鲜、幼稚但富于生命的活力。每当看到学生一批又一批毕业，论文一篇又一篇出笼，我不免喜忧参半。和许多为师者一样，对于学生们发表作品，我总是怀揣几分担忧。这情形，就好比担心自己的孩子过早与社会上各色人等交往。时下的出版物市场里，出书出名的诱惑很大，速出、速名、速朽的进度都加快了。不久前给三联书店提交《中国民权哲学》校样时，我曾不禁跋以“出书何为”来反问自己。所以，我不大愿意看到学生们在学成前就急忙著书立说，在毕业后就急忙罗文出书，总是劝他们把文章多放一放，多磨一磨，除非温饱燃眉。现在看来，学生们大多能守住这

个规矩，尽管其中有的已和我年龄相近。最近，承蒙出版界人士垂注桃李，设坛奖掖，和学生们商议后，决定开始着手编辑这套丛书。

编入该丛书的作品，主要是中国社会科学院的有关博士论文和博士后论文。今后，希望有更广范围的成果能够编入其中。

写至此处，歇笔凝思，我仿佛听到，旧世纪晚钟沉重的鸣唱依旧在寒夜苍茫的大地回荡。蓦然回首，窗外已是新世纪晨曦一片片羞涩的灿烂。是序。

夏 勇 谨识

2005年初春清晨

目 录

引 论/1

第一章 质疑宪法审查的正当性/21

第一节 政治与法律二元对立：戴雪的无涉道德的宪法理论/24

一 确立议会主权原则/25

二 消除政治道德的影响/29

三 受到抑制的司法审查/33

第二节 政治领域中民主原则质疑宪法审查：格里菲思和

沃尔德伦的宪法理论/38

一 格里菲思的“政治宪法”理论/40

二 沃尔德伦的民主程序确立基本权利的理论/47

第三节 法律领域中宪法性权利的不可审查性：排除

政治道德的宪法解释理论/54

2 化解法律与道德之争

- 一 泰耶尔的法院怀疑理论/55
- 二 汉德的权利怀疑理论/58
- 三 中立原则理论/60
- 四 伊利排除实质价值判断的民主程序权利理论/65

第二章 介于法律与道德之间的宪法性权利/75

第一节 政治和法律的划分问题/77

第二节 政治、政治道德和宪法/83

- 一 政治为什么要有道德? /83
- 二 空泛无理性的政治道德? /89
- 三 理性的政治道德与宪法/100

第三节 作为理性政治道德存在的宪法性权利/104

- 一 法律权利和道德权利/104
- 二 宪法性权利不仅仅是法律权利/105
- 三 宪法性权利的道德基础/110

第三章 作为民主程序前提的宪法性权利：

目的性民主和宪法审查/115

第一节 两种民主的概念与宪法性权利/118

- 一 操作性民主概念及其局限性/126
- 二 目的性民主的概念及其基本前提/138

第二节 目的性民主概念中的宪法审查——保护公民

平等的基本权利/149

第三节 确证宪法审查的传统理由——分权理论的失落/159

第四章 可审查的宪法性权利：法官的宪法解释能力/167

第一节 宪法审查的唯一“正确答案”/170

一 法律的内在视角和外在视角/170

二 内在视角中特有的法律观念/172

三 从抽象的宪法性权利到具体的宪法性权利/175

第二节 “无法自圆其说”的宪法文本解释/179

一 宪法文本的“模糊”语言条款/179

二 凯尔森的纯粹法学理论与宪法文本解释/183

三 哈特关于法的空白结构的理论和文本解释/191

四 宪法文本解释不能“自圆其说”/193

第三节 法官道德解释宪法的困惑/195

一 不可调和的宪法性权利分歧？/196

二 描述意义上的相对主义观点/198

三 规范意义上的相对主义观点/200

四 宪法道德解释的整体性要求/204

第四节 两种宪法解释模式：原意主义和阐释主义/206

一 原意主义的宪法解释模式/207

二 阐释主义的宪法解释模式/212

第五章 中国的宪法审查理论评析/217

一 从政治角度论证宪法审查/220

二 从纯粹法律角度论证宪法审查/224

三 从法律到宪法 从事实到价值/227

四 应当受到重视的两个理论问题/236

附录一 法律的道德分析/241

附录二 民主理论的诸问题/279

参考文献/317

引 论

一项具体法律制度的建立可被看作整个法律体系的自然延伸，也就是说，根据法律的内部规范，从逻辑上推导出建立某项制度的合理要求，甚至可将此当成建立该项制度的“正当”理由。不过，这种说法一直在假定现实的法律制度能够完全自治，至少认为通过不断地制定新的法律规范，就可从逻辑上做到这一点。但，设若法律规范出现了逻辑上无法解决的矛盾，这种完全自治的假设就成为不可实现的虚构。建立该项制度的“正当”理由也就不再“正当”，需要重新凭借外部论据来证明其正当性。建立司法性质的宪法审查制度也面临这样的问题。法律体系本身和经验事实都不能为建立宪法审查提供充分必然条件，需要从道德哲学或政治哲学上论证建立宪法审查的正当性，即建立的必然性。只有这样，才能解决现实法律制度本身无法完全自治的问题。在这篇引论里，我打算探求为什么要从道德哲学上论证违宪审查的正当性，或者说，在论证宪法审查正当性中，为何道德哲学始终“在场”，进而阐释研究宪法审查正当性的重要意义。需要说明的是，本文所指的宪法审查是具有司法性质的国家机关根据宪法对立法和其他政府行为进行审查。

一 从宪法文本论证宪法审查的可能性

我们的问题是，对宪法性质的规定能否成为建立宪法审查的充

分条件，也就是说，从“宪法是具有最高效力的法律”这个前提中能否必然推出建立宪法审查的结论。^① 首先假定这个尚待检验的问题是一个真命题，有一个完满的论证过程。这个论证过程可作如下概括：宪法是具有最高效力的法律，即其他法律或者政府行为不能与宪法相冲突，若相冲突或者抵触，其他法律或者政府行为将失去效力；司法机关或者具有司法性质的机关是适用法律的专门机关；宪法既然是法律，无论是否是有最高效力的法律，那么，司法机关只要根据本身职能性质就享有适用法律的职权，因此，司法机关应当根据宪法进行审查，审判立法或者其他政府行为是否符合宪法确立的标准。其实，对这个论证过程的叙述还是显得较为复杂，可进一步简约表述：宪法是法律，司法机关是适用法律的机关，因此，司法机关应当适用宪法。当然，还可添加条件，比如，宪法的最高效力性质等进一步从要求“宪法适用”到要求“违宪审查”。不管采用哪种方式，这种论证在不用探求为何宪法是具有最高效力的法律的前提下，似乎水到渠成地通达到要求建立的结论。

在此，仍需要区分两种表达方式，一是“法官适用宪法”，二是“法官应当适用宪法”。“法官适用宪法”是一个事实描述，“法官应当适用宪法”至少是一个价值判断，或称规范性判断，两者不是一回事。“应当”一词对应的语用情形是，从多种可能的行为中，要求

^① 从纯粹法律角度寻找建立和发展宪法审查的理由，参见强世功《宪法司法化的悖论》，《中国社会科学》2003年第2期，第23页。另见季卫东《合宪性审查与司法权的强化》，《中国社会科学》2002年第2期，他认为“切实保障宪法最高效力的关键是建立司法性质的合宪性审查制度”。

必须选择某种特定的行为方案。我们说“法官应当适用宪法”，还意味着存在“应当”的理由，法官没有选择不适用而是被要求适用。此外，前述论证过程能不能成为“法官应当适用宪法”的理由，还取决于论证的前提是否成立以及论证有无逻辑不当。例如，不能从个人犯罪的事实中要求个人应当犯罪，进而从法官适用宪法的事实中或者宪法是法律中要求法官应当适用宪法，^①“是”不能获得“应当是”的结论。因此，需要进一步设定，“宪法是具有最高效力的法律”以及“司法机关是适用法律的机关”是现存宪法规定的，但宪法没有规定宪法审查制度。因此，依据宪法的文本规定，上述论证过程应准确地表述成：宪法应当是法律，司法机关应当是适用法律的机关，所以司法机关应当适用宪法。这样一来建立宪法审查的论证逻辑才更显缜密。

“应当”的理由是什么？深究其理，这一论证过程的前提还建立在另一个假设前提之上，即法官具有遵守宪法的义务。“应当”对应的理由是法官遵守宪法的义务。即使宪法文本规定了司法机关或者某类司法机关有宪法审查的职权，如果法官没有遵守宪法的义务，宪法的这些规定也仅仅是一厢情愿。正如《圣经》的训诫对不信奉者不产生遵守的义务。因此，相对于“法官具有遵守宪法的义务”，“法官应当适用宪法”便成了假言命题，只有进一步确证“法官具有遵守宪法的义务”，才能断定“法官应当适用宪法”的真与伪。

① 这意味着 2001 年最高人民法院有关批复中援引宪法条款的事实也不能成为建立宪法审查的正当理由。