

评论·专论·争鸣

## 部门宪法释义学刍议

周刚志\*

**内容提要:**当前中国宪法释义学的发展面临“释宪文本匮乏”、“释宪方法缺失”、“释宪功能不明”等多层困境。如果中国宪法学界单纯作引介域外宪法释义学原理之努力,又将可能会遭遇脱离中国具体语境之危机。部门宪法释义学乃是从实存的社会秩序与部门法体系出发,凭借宪法解释与合宪性解释等机制构建中国宪法释义学原理,以此可资为宪法学与其它学科交流、合作的理论“平台”,并为中国的立宪、立法与释宪、释法等活动提供理论参照。

**关键词:**部门宪法 宪法释义学 宪法解释

### 引言:

所谓“法释义学”或者“法教义学”,德国学者阿列克西(Robert Alexy)认为它是一个“多向度的学科”,它至少表现在(1)对实定法的描述;(2)对实定法进行概括性与体系性之演绎;(3)拟定解决疑难法律个案的建议。第一种表现形态是一种描述—经验的向度;第二种是逻辑—分析的向度;最后则是规范—实践的向度。在描述—经验的向度范围内,可以区分对法官审判实务的描述与预测以及对立法者实际意图的调查。逻辑—分析向度则包括对法律概念的分析以及对于各种不同规范与原则间逻辑关联的研究。至于规范—实践向度则是对于规范进行解释、对于某些新的规范与制度提出建议与赋予理由、或者对于法院裁判所发生的实践缺陷进行批判与提出相反的建议。法释义学具有稳定功能、进步功能、减轻负担功能、技术功能、检验功能与启发功能,等等。<sup>①</sup>不论学者对之作何界定,法释义学作为一种发端于古罗马法学的“法解释学”,其基本方法乃需要研究者以“历史素养”与“系统眼光”,<sup>②</sup>将分散于各部法典、判例与习惯、惯例中的法规范连成一个逻辑自治的原理体系。基于此种理解,我国台湾地区学者颜厥安、黄俊杰等人将“宪法释义学”界定为“对特定有效宪法之体系性解释建构”;<sup>③</sup>其主要功能是,在宪法解释上“协助解释者确定条文之文义,避免解释者于面对抽象之宪法概念时,难以具体化”。<sup>④</sup>

近年来,随着“依法治国”方略朝纵深方向发展,宪法权威逐渐得到国家领导与学界精英的推崇。但是,宪法学在传统法学体系中仍然被定位为理论法学而非实用法学(部门法学),难以支撑宪法适用的时代课题。对此,林来梵教授提出:“中国宪法学者首先必须超越以宣传宪法精神、解说(而非解释)宪法内容的那种传统理论,而去探究更为本源的、更为形而上的、真正以宪法现象为研究对象的基础理论,才能超度出形而下世界的那种无常的苦海。”<sup>⑤</sup>“我们的时代呼吁宪法成为‘活法’,即不仅仅是治国安邦的总章程,而且应在维护公民基本权利的实践层面直接得以实现。这要求宪法学内部的调整,以发展出一种功能回应这一需求。”

\* 厦门大学法学院副教授。

① 转引自程明修:《行政法之行为与法律关系理论》台湾新学林出版股份有限公司 2005年版,第10、19页。

② [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001年版,第37页。

③ 颜厥安:《那日渐扩大的矛盾——代序》,载颜厥安:《宪邦异式:宪政法理学论文集》台湾元照出版有限公司 2005年版。

④ 黄俊杰:《税捐基本权》,台湾元照出版有限公司 2006年版,第48页。

⑤ 林来梵:《规范宪法的条件和宪法规范的变动》载《法学研究》1999年第2期。

窃以为,首担此重任者,非宪法解释学莫属。”<sup>⑥</sup>由此而言,中国宪法释义学的理论构建,不仅事关中国社会主义宪政的前景,更是关系到中国宪法学能否回归传统法学,而不再飘零、乞食于政治学、社会学、经济学等其他社会科学学科。然则,中国宪法学真的能够循着宪法释义学的研究路径,走出一条回归传统法学的“康庄大道”吗?本文拟对中国宪法释义学所面临的理论困境作初步分析,并借鉴我国台湾地区学者苏永钦等教授所提出的“部门宪法学”之理论思路,勾画中国部门宪法释义学的“学术愿景”。

### 一、中国宪法释义学的多层困境

宪法规范乃是宪政国家中具有最高效力位阶之法规范,它不像民法、刑法那样深合人类伦理本性而具有普适性特征,可以通过法律移植等方式引入较为成熟的域外法规范及原理,而由司法机关针对法律个体适用,而是涉及一国之内不同机关的权限划分而因各国权力体制不同而极具差异性。进而言之,宪法解释本身的正当性或合法性乃是基于分权体制下释宪主体的宪法权限,权威释宪权的归属对于宪法解释方法或宪法适用技术的选择、进而对于宪法释义学体系的构建影响至深。因此,宪法规范“由谁解释”及“如何解释”的问题,或者说,释宪主体的释宪依据及界限何在等问题,并不能外在于宪法释义学而存在。1999年最高人民法院援引宪法条款作出了“法释(2001)25号”司法解释,所谓“宪法的司法适用”问题随即引起了理论界的广泛争议。虽然本号司法解释已经由2008年《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》所明令废止,但是宪法学界对于宪法解释与宪法适用的理论争议并未就此终结,中国宪法释义学的发展反而因此更加陷入困境。整体而言,中国宪法释义学目前面临的理论困境主要表现在如下三个方面:

#### (一)释宪文本匮乏

我国现行宪法文本第67条第1款明确规定:“全国人大常委会解释宪法,监督宪法的实施。”但是,全国人大常委会有没有真正行使过这个权力?却是一个富有争议性的问题。譬如,徐振东博士认为,我国全国人大及其常委会的宪法解释实践活动至少有十二次:1954年9月26日第一届全国人大第一次会议通过的《关于中华人民共和国现行法律、法令继续有效的决议》、1955年6月23日全国人大常委会通过的《关于解释法律问题的决议》、1955年11月8日全国人大常委会通过的《关于地方各级人民委员会的组成人员是否限于本级人民代表大会代表的决定》、1955年12月28日全国人大常委会通过的《关于在中华人民共和国主席或副主席休假或者外出期间由全国人民代表大会常务委员长或副委员长接受外国使节的决定》、1956年5月8日全国人大常委会通过的《关于自治州人民代表大会和人民委员会每届任期问题的决定》、1979年9月13日全国人大常委会通过的《关于省、自治区、直辖市可以在1979年设立人民代表大会常务委员会和将革命委员会改为人民政府的决议》、1980年9月10日全国人大通过的《关于修改宪法和成立宪法修改委员会的决议》、1981年6月10日全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》、1982年12月3日全国人大通过的《关于本届全国人民代表大会常务委员会职权的决议》、1983年9月2日全国人大常委会通过的《关于国家安全机关行使公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权的决定》、1984年5月23日全国人大通过的《关于海南行政区建置的决定》、1990年4月4日全国人大通过的《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉的决定》等。<sup>⑦</sup>其实,除了1978年宪法和1982年宪法对于全国人大常委会的宪法解释权作了规定之外,1954年宪法、1975年宪法均对此未作规定,仅仅规定了全国人大常委会的法律解释权,故而至少在1978年之前全国人大常委会的各种决议实难被称为“宪法解释”。更何况,全国人大及全国人大常委会所通过的这些“决定”或者“决议”,在行为形式上与一般的决议或决定并无不同,就实质内容而言更是混同于其一般职权行为,难以被确认为极具政治权威性的释宪行为。与徐振东博士的观点截然不同,周伟教授则认为:1954年《宪法》颁布以来全国人大常委会没有宪法解释的案例,除了对于《香港基本法》的解释之外,也没有作出法律解释,但是全国人大常委会的工作机构的法律询问答复中不仅对宪法条文、也对法律条文的含义和界限作出了说明;这些解释实践的案例构成了中国“活的宪法解释”或“现实的宪法解释”案例

<sup>⑥</sup> 林来梵:《所谓“围绕规范”——续谈方法论意义上的“规范宪法学”》载《浙江学刊》2005年第4期。

<sup>⑦</sup> 参见朱福惠主编:《宪法学》,厦门大学出版社2007年版,第410—414页。

的一部分,对于认识和理解中国宪法实施的过程,尤其是宪法解释的发展范式提供了经验的基础。<sup>⑧</sup>然则,全国人大及其常委会的工作机构并无对外行使权力的主体资格,更何况行使极具权威地位的释宪权?周伟教授的研究对于我们了解人大制度的实际运作过程有所裨益,但从学理上赋予全国人大常委会工作机构的“询问答复”以“宪法解释”的地位,则似乎有悖于“职权法定”的公法原理,而在实质上无助于中国宪政的发展进程。总而言之,全国人大常委会并不解释宪法,或者至少可以说,并不经常解释宪法,其释宪权主要是“备而不用”——从行使职权的方式上看,全国人大常委会通常每两个月召开一次会议,其工作的方式、时间等方面均无法胜任经常性的宪法解释工作。在中国当前的宪政体制下,释宪文本之匮乏乃是中国宪法释义学之研究无法回避的“理论前设”;在此前提下,任何有关“合宪”“违宪”的争论都可能会难以找到现实的宪法诉求管道,陷入“纸上谈兵”的实践困境。

## (二) 释宪方法缺失

近年来,在韩大元教授等人的倡导下,中国宪法解释学的学术研究迅速发展,宪法学者们在继受西方宪法解释学的方法(如文义解释、原旨解释、历史解释)的基础上也逐渐形成了一些自己的学术见解。譬如:韩大元教授与张翔博士在比较了实证主义法学的“客观解释论”与自由主义法学的“主观解释论”之后,得出结论:“宪法解释应是主观性与客观性的结合,而以客观性为基础。”<sup>⑨</sup>即宪法解释除了应该考虑条文所表现出来的客观含义以及符合宪政要求与法治理念的客观的社会状态之外,还要受到制宪者意图、宪法基本精神、客观的历史进步方向、解释规则及解释者人格等方面的约束。可以说,就宪法学理论界而言,宪法解释学的方法论研究逐渐兴起,似乎并无释宪方法之缺失的问题。但是,正如德国宪法学者 Christian Sarck 所言:“透过宪法法院审判权开创的宪法的理性化经由学术而增强。由于学术不建造空中阁楼,并且抑制了概念的僵化与吹毛求疵的混乱,因此学术从宪法法院审判权中获利。宪法学之重要任务在于,法释义学式的探讨宪法法院之裁判并且指出可能发生的矛盾。裁判愈多,对于有拘束力的宪法依据合乎科学的论理之思想内容的需求就愈大。”<sup>⑩</sup>由前文所述,不论是徐振东博士所列举的全国人大及全国人大常委会的相关“决议”、“决定”,还是周伟教授所系统整理的全国人大常委会工作机构所制作的法律“询问答复”,都是极为简明扼要,一般而言既无明确的宪法条款之援引,亦无系统、详尽的推理与论证,除了可以略微看出文义解释的基本方法之外,或许还可以发现特定时期政治意识之影响,极具政治决断主义之色彩,似无固定章法可循。而宪法释义学之发展,在客观上需要以理性化的宪法释义方法适用机制为前提条件;如此,则学者不论是对权威释宪机构释宪意见之赞同或反对,均能诉诸于法律上的理性思辨及逻辑推演,而非听诸于权力部门之自由决断。唯其如此,中国宪法释义学之发展方可具有一个较为稳妥的“共识性宪政基础”,而非学者们“相濡以沫”的“自说自话”。换言之,即使我们承认释宪文本之有限存在,在理性化、体系化的释宪方法形成并有望得到充分适用之前,中国宪法释义学的形成似依然是“空中楼阁”。

## (三) 释宪功能不明

恩德斯曾经指出:“社会一旦有了技术上的需要,这种需要就会比十所大学更能把科学推向前进。”<sup>⑪</sup>宪法释义学之发达,释宪机制的存在及其对于宪法解释理论的需求乃是学术研究最为重要的发展动力。在我国,由于拥有宪定宪法解释权的全国人大常委会囿于各种因素之限制,未能进行经常性的权威解释,而以法律适用为主要职能的司法释宪又面临诸多质疑;故而不论是具有实证主义倾向的原旨解释观,还是具有实用主义倾向的主观解释论,似乎均已陷入“无所依凭”的“逻辑困境”,无法以释宪权威机构的释宪行为为基点构建“经世致用”的宪法释义学体系。宪法释义学研究在实践中的功能不明,乃是我国当前宪法释义学或者宪法解释学发展陷入困境的主要原因之所在,我国有青年学者亦将宪法解释学或宪法释义学方法之演练喻

<sup>⑧</sup> 参见周伟:《宪法解释方法与案例研究——法律询问答复的视角》法律出版社 2007年版,第 1—2页。

<sup>⑨</sup> 韩大元、张翔:《试论宪法解释的客观性与主观性》载韩大元:《现代宪法解释基本理论》中国民主法制出版社 2006年版,第 59、60—63页。

<sup>⑩</sup> [德] Christian Sarck《权力分立与宪法法院审判权》杨子慧译,载台湾《辅仁法学》第 33期,辅仁大学法律学院 2007年出版,第 36页。

<sup>⑪</sup> 《马克思恩格斯选集》第 4卷,人民出版社 1995年版,第 732页。

为违宪审查过程中宪法解释实践的“沙盘推演”。但是,中国是否最终将确立美国式、德国式抑或是法国式的违宪审查制度模式?这一宪法决断实非学术研究所能解决。因此,以德国或美国的宪法制度模式为“蓝本”而作宪法解释的“提前预演”,在“模仿”与“假设”中建构中国自身的宪法释义学体系,可以说是依然承载了太多的无奈!也有学者提出要以全国人大常委会的释宪机制为基点重新构造中国本土的宪法解释、宪法适用理论。坦率地说,基于笔者对于全国人大常委会之行使职权的方式、程序、时间等因素的认识,这种努力在多大程度上能够促进或者实现宪法释义学的现实功能,笔者持一种“谨慎的”乐观态度。以此言之,学者任何有关援引中国宪法文本而对基本权利条款或国家权力条款的解释学作业,在现行权力体制下似乎均难以实现其现实的“稳定”、“进步”、“减轻负担”等功能,最终难以逃脱“渐趋无声”的命运。

诚如林来梵先生所言,宪法教义学在当今日本等国成为主流学说,在于其本身恰恰能够满足社会存在的生生不息的宪法规范活性化、宪政理念安定化之需要。“反观当下中国,法教义学意义上的宪法学正处于艰难的哺乳期之中,并且备受作壁上观者的鄙薄,原因自然也是多样的,但就我们法学人的志业而言,在某种意义上也正是缺失了像芦部宪法学这样的学说体系。而至于那种鄙薄,则恰恰无异于是将那种没有深厚的法治传统、同时又远离宪法规范活性化的现况,在茫然等待‘宪法时刻’(constitutional moment)的过程中继续加以正当化的态度。”<sup>⑫</sup>当今中国宪法释义学的发展,在某种程度上说已经陷入多层困境。为了摆脱此种格局,除通过全国人大常委会发挥其释宪职能可以起到有限作用之外,中国宪法学者亦当从另外的方向寻求解答。“部门宪法释义学”之兴起,或可为其中的选择方案之一种。

## 二、部门宪法释义学的法理逻辑

### (一)部门宪法释义学的操作规程

所谓“部门宪法”,乃是与传统“国家宪法”而言,其具体形态有如“经济宪法”、“劳动宪法”、“社会宪法”、“教育宪法”、“文化宪法”、“宗教宪法”、“环境宪法”、“科技宪法”等等。此种宪法的学理研究进路,在我国台湾地区先有葛克昌教授、陈新民教授分别展开财政宪法、军事宪法之研究而开其先声,尔后有苏永钦教授作系统论述、并组织大批教授分别撰写各部门宪法的专题研究论文,遂得呈现方兴未艾之势。苏永钦教授曾经指出:“作为一种释义学,它的新在于从社会部门的认知,去探求宪法的规范。从部门的宪法规范,再回头去整合宪法的价值秩序,确认基本权的核心内容。”<sup>⑬</sup>“部门宪法”之作为宪法释义学的研究对象,乃是研究者立足于特定领域中宪法制度在社会经济生活中的实质内容,依据诸种传统宪法解释方法,而对相关宪法条款作出的“融贯性解释”。故而,“部门宪法”之界定,主要涉及到宪法部门之区分、部门宪法规范之选择等方面。

第一,宪法部门之区分。台湾学者苏永钦先生认为:“部门宪法最困难的部分,就是部门的切割。由于此部分必须基于事实的认知,尤其是社会结构的认知,因此必须和社会科学合作。”“决定部门存在的是客观的体系需求和多数人主观的认知,只要有一个社会或政府部门,承担某种主要功能而被认为是不可缺少,甚至主观认知不存在但客观需求及利益事实存在的情形,有时也可以开始部门宪法的研究因为至少已符合了初步的要求。部门的存在反映社会的需求,社会的需求则反映大环境的变迁,所以部门宪法该有几个,只能在一定阶段去观察分析,随着社会的改变数目是会增减的。”<sup>⑭</sup>笔者认为,不同部门之划分,当然可以以“社会功能之分担”作为最重要之参照,故而帕森斯的“结构功能理论”可作为一种重要的理论参考——“结构表示着系统各成份之间相互联系和作用的方式或顺序,它普遍地存在于一切事物系统的各个层次中,而同时又各具特殊的属性。功能则是结构内部各种成份与外部情景互相作用所表现出来的特性和能力。”<sup>⑮</sup>帕森斯还认为,整个社会趋向于分化为子系统(社会结构),它们分别按专业化分为四个主要功能(系统)。经济是专

<sup>⑫</sup> 林来梵:《芦部宪法学是这样的体系——芦部信喜〈宪法〉译者序》,载[日]芦部 信喜:《宪法》,林来梵等译,北京大学出版社2006年版。

<sup>⑬</sup> 苏永钦主编:《部门宪法》,台湾元照出版有限公司2006年版,序言。

<sup>⑭</sup> 前注<sup>⑬</sup>苏永钦主编书,第161、23—24页。

<sup>⑮</sup> 《译者前言》载[美]塔尔科特·帕森斯、尼尔·斯梅尔瑟:《经济与社会》,刘进、林午、李新、吴予译,华夏出版社1989年版。

门从事于社会适应功能关系的主要子系统,其他三个与经济相互关联的子系统是:目标实现子系统,即“政治子系统”(政体);统一子系统,即“社会控制子系统”;模式维持和紧张处理子系统,即“文化系统”。“每一个子系统构成另一个子系统的情境,从任何一个子系统出发,首要的相互关联的社会情境或环境便由其他三个子系统组成。”<sup>⑩</sup>如果以帕森斯的结构功能理论为参照,则依据宪法规范的功能与作用领域可以分为所谓“经济宪法”、“政治宪法”、“社会宪法”、“文化宪法”等四大部门。当然,对于所谓“事实认知”的研究任务,宪法学者无法真正做到事事亲历亲为;为了部门宪法研究之深化,部门宪法释义学研究可以充分利用当今学科分类体系,在部门界定时实现宪法释义学与其他学科的有效对接,充分吸纳其他学科的研究成果。这样,部门宪法研究领域之界定,首先就可以划分为“财政宪法”、“政治宪法”、“文化宪法”、“社会宪法”、“军事宪法”等各领域。从学科意义上讲,部门宪法释义学其实是介于国家宪法释义学(宏观宪法释义学)与宪法条文释义学(微观宪法释义学)之间的一种中观研究,故而为了研究深入发展的需要,亦可对部门之领域再做扩大或缩小之调整,譬如:财政宪法领域再做扩大可为“经济宪法”,社会宪法再做缩小可为“劳动宪法”,文化宪法又可再分为“教育宪法”、“宗教宪法”、“传播宪法”等等。从用语准确之严格意义而言,苏永钦先生的所谓“部门切割”之说尚不周严——盖“宪法部门”之区分,并非依据某一标准而对宪法文本或宪法制度所作的完全区隔,而是依据某种典型功能而对相应宪法规范及相关下位规范所作的系统整理,并无所谓“切割”可言。

第二,部门宪法规范之选择。我国台湾地区学者葛克昌先生曾经从“狭义”、“广义”以及“实质意义”等几种角度界定“财政宪法”——“财政宪法概念在西德基本法中并无明文,一般承认基本法第五章标题为财政法者属之,此为最狭义之财政宪法。财政宪法概念则在一九四九年后,实为宪法学文献中的一部分,财政宪法就广义而言,凡有关公共财政之宪法规范皆属之,诸如国家之财政权,包括中央与地方权限划分,国家预算及总体经济平衡义务,租税基本体制。至于金融制度,是否包含财政在内,则有争议。但中央银行之职权包括财政事项,如追求整体经济之平衡,则应包含在内。就狭义而言,财政宪法指宪法中有关国家财政权之基本体制(立法权、行政权及司法权),中央与地方权限划分及租税制度。”“就实质意义言,凡对公共财政有重大影响及长期持续性之法规,均属‘财政宪法’范围…惟财政宪法规范所以别于一般法律者,在于确立财政立法之目标、权限与限制,以及作为违宪审查之依据…是以一般而言,财政宪法仍限于宪法法典中有关财政之法规。”<sup>⑪</sup>苏永钦先生也认为:“实质宪法的承认则势将破坏特别修宪机关与程序所要严格区分的法律位阶,这真是实质宪法说的致命缺陷。”故而,“未来探讨部门宪法,应该就以形式意义的宪法规范为其法源,避免实质意义的提法。就‘我国’而言,形式意义的宪法规范,除了宪法条文之外,还可包括前面提到的属于宪法先期理解的少数法律原则。另外具有宪法位阶的大法官解释、宪政惯例,当然也可纳入。但除此之外,都不能当成部门宪法的法源。”<sup>⑫</sup>葛、苏两位先生所言,一者着眼于“违宪审查”之基准,一者执意于法律位阶之区别,可谓用心良苦。但是,在“三权分立”或者“议会至上”等权力体制下,部门宪法规范并不局限于“形式宪法”之范围,甚至也不局限于司宪机关所依循、援引以及诠释之宪法规范,而需扩展至本部门领域内已经“生活化”、“具体化”的一切实质性宪法规范。尤其是,宪法学者欲以实存法律秩序为基础,而以宪法的视角对部门法规作系统整理,则法律、法规等其他法规之考察尤其不可缺少。因此,部门宪法之释义学研究,虽然需要高度重视宪法文本中功能部门之相关条款,却不能仅仅局限于这些宪法条款;宪法惯例之考证、宪法原则之发现及宪法性法律、法规之考察,等等,均不可缺少。

## (二)部门宪法释义学的研究风格

邓正来先生指出:“从1978年至2004年,中国法学在取得很大成就的同时也暴露出了它所存在的一些问题,而它的根本问题就是未能为评价、批判合指引中国法制、法律发展提供作为理论判准和方向的‘中国

<sup>⑩</sup> 前注<sup>⑪</sup> [美] 塔科科特·帕森斯、尼尔·斯梅尔瑟书,第43—47页。

<sup>⑪</sup> 葛克昌:《税法基本问题—财政宪法》台湾元照出版有限公司2005年版,第81—82页。

<sup>⑫</sup> 苏永钦:《部门宪法——宪法释义学的新路径?》载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会:《当代公法新论——翁岳生七秩诞辰祝寿文集》,台湾元照出版社2002年版,第757—759页。

法律理想图景’。这是一个没有中国自己理想图景的法学时代。”<sup>①</sup>如前文所言,所谓中国宪法释义学的“多层困境”,从根本上讲乃是由于中国现阶段尚缺乏宪政传统与健全的宪法实施保障制度所致。但是,中国宪法学者之欠缺“中国宪法释义学自身的理想图景”,或者徒为域外宪法释义学之单纯引入,或者固守政治宣传式样的所谓“政法宪法学”传统,甚至带着“鄙薄”眼光单纯“作壁上观”(林来梵先生语),亦为中国宪法释义学不发达的重要原因。从一定意义上讲,“部门宪法释义学”的研究进路,正是针对此种问题而生。

第一,部门宪法释义学在研究方法上与全然继受西方宪法释义学的所谓“进口宪法释义学”迥然有别。苏永钦教授认为,我国台湾地区宪法释义学在蓬勃发展下的困境主要在于:“直接移植造成的混乱”、“释义学明显脱离文本”、“新旧规范间冲突显现”及“规范与现实落差扩大”。另一位台湾地区学者张嘉伊更是明确指出:“‘我国’宪法释义学虽然在解严后十几年来蓬勃发展,但是政治历史因素在宪法文本与宪法解释之间所造成的脱节,却形成重要条件,使得解严前倾向于宪法理念学的宪法释义学,在解严后却成为外国宪法理论与学说较劲的场所,有时明明是属于‘我国’宪法解释的争议,却仿佛成为外国宪法释义学的‘代理人战争’。目前‘我国’宪法学界对此的认识与反省与日俱增,对于直接移植外国学说的做法也逐渐采取质疑与批判的态度,正面的说,宪法释义学现阶段发展的‘理性化’正是以‘本土化’为目标,‘部门宪法论述’则是在此问题意识下所提出的解决对策之一。”<sup>②</sup>如前文所言,中国大陆地区近年来所发展的宪法释义学,其在寻求理论证立路径上,也逐渐形成了(几乎)完全依赖西方法学资源的现状。然而欧美诸国的宪法解释原理本身也因国别背景,尤其是因为其分权体制的差异而有所不同,其宪法释义学方法及原理是否具有当然的普适性,能否真正对应于中国社会的问题情境,等等,均值得学界同仁慎重对待。如果域外宪法释义学的方法与原理不能被当作“当然的前提”而予以全盘移植,则中国的法学家们又该从何处寻求有效的理论支持?部门宪法释义学的发展,不仅可以提示中国宪法学者在“进口宪法释义学”与“本国宪法文本”两者之间寻求“制度合意”的解释学方法,更可以“实质宪法”观发掘与整理各部门领域内的“宪法规范”、诠释其宪政内涵,提升中国宪法学的“本土意识”、“主体意识”与“使命意识”,使其在整合部门法秩序、调适部门法冲突的过程中真正发挥举足轻重的重要功能,而非徒为域外宪法释义学原理之单纯引介。

第二,重视宪法基本国策条款之研究,乃是部门宪法释义学区别于“进口宪法释义学”的另一大特征。关于基本国策条款的效力,德国于“魏玛宪法”中设有对于立法者单纯作出立法指示的“方针条款”,不具有实质、直接的规范效力;“二战”结束之后,宪法规范普遍存在规范拘束力的见解日趋成熟,原有的“方针条款”遂经由学说演进而变成具有直接拘束国家权力行使的“国家目标规定”。德国学者 Ulrich Scheuner认为,“国家目标规定”不仅作为主观权利而存在,亦具有客观法的性质,它与其它宪法规范的区别在于其具有“动态性特质”,用以指出国家将来必须解决的社会问题,其功能在于为国家之行为指示道路而非设定界限。<sup>③</sup>德国学者对于宪法文本中所谓“国家目标规定”条款的探讨,对于我们重新认识宪法文本大有裨益。由于我国宪法文本中的序言规定了国家根本任务等基本国策条款,不少学者认为宪法规范具有“纲领性”特征。近年来,亦有学者对此提出反对意见。譬如,胡锦光教授认为:“受宪法规范的基本属性即法律性所决定,纲领性不是宪法规范的基本特点,否则,将会弱化宪法规范的法律性,影响宪法规范的现实社会作用。”<sup>④</sup>其实,承认部分宪法规范如基本国策条款的纲领性特征,并非旨在否认或弱化其现实的法律效力;基本国策等纲领性规范的现实功能恰恰在于,在基本权利条款与国家权力条款之解释出现歧义或者纷争时,它可以成为凸显立宪意图、调适规范冲突的重要依据。苏永钦教授即提出:“美国宪法不仅没有基本国策的规定,即使增修的人权规定也相对简约。战后德国基本法同样有意的不设国家目标的规定,保持宪法对公共政策基本的中立性。这使得民主多数决的唯一界限就是人权,因此国家与社会的基本关系,就决定于人权的解释。不了解这个基本构架,即无法了解德国战后人权释义学的主要争议与发展,学者在种种客观效力上的争辩,正反映了不同社会发展阶段意识形态间的拉锯,人权解释往往只是巩固或对抗特定多数决的工具。因此如

① 邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2006年版,第2页。

② 前注①,苏永钦主编书,第59页。

③ 参见林明昕:《公法学的开拓线——理论、实务与体系之建构》,台湾元照出版有限公司2006年版,第10—18页。

④ 胡锦光:《论宪法规范的基本特点》,载《中国人民大学学报》1996年第2期。

果无视‘我国’宪法相当封闭的构架,制宪者对‘国家’与社会各部门的关系已经画好了基本的蓝图,而未尝试把有关‘国家’作为义务的基本国策的规定和有关国家不作为义务的人权规定,作一定程度的整合,即可说违反了诚实的方法论最低限度的要求。直接把德国基本法的人权释义学或美国宪法的判例,套用在‘我国’宪法人权的注释上,越解释越模糊了国家发展的方向。”<sup>②</sup>诚然!西方各国大都具有强势的政治与经济实力,奉行自由主义的政治经济意识形态,人权成为国家权力行使的唯一界限;而在经济、社会相对滞后的发展中国家,其宪法文本大都将社会经济的发展在一定程度上诉诸于国家的干预,包括直接投融资及间接的财税等政策工具的刺激。需注意者,此种国家干预并非如自由主义学者所想象的那样完全听任于公权力部门的恣意专断,而是制宪者经由宪法文本之基本国策条款所设定的国家义务,当然要受到基本权利条款与基本国策条款的双重拘束。故而,在中国宪法释义学发展的过程之中,精准地把握基本国策条款乃是正确诠释基本权利条款与国家权力条款的重要基础。从一定意义上说,中国宪法文本所设立的“国家根本任务”、“国家组织原则”等宪法内容,均是我们诠释部门宪法规范,以此整合部门法规范体系并规制其制度变迁过程的重要依据。唯其如此,隐含于域外宪法释义学中的自由主义意识形态及其决定的基本国策,方可在引入中国宪法释义学时被审慎地加以处理,而不会地在脱离中国宪法文本及其现实语境的条件下,“长驱直入”却又非常突兀地成为中国宪法释义学中徒有其表的“异类风景”。

### 三、部门宪法释义学的学术愿景

部门宪法释义学的基本学术愿景,乃是力图通过宪法释义学之方法探析与体系构建,探索一条熔各国普适宪政法理与本土具体国情、法制于一炉的宪法释义学之研究路径。

#### (一)部门宪法释义学的研究路径

宪法在一国法律体系中乃居于最高之位阶,随着违宪审查制度的发展及宪政理念之形成,法律法规及其他规范性法律文件受到合宪性控制,不仅是“形式法治”之表征,更是“实质法治”之“灵魂”。故而,宪法与其它部门法之间的内在关联,近年来越来越多地引起了法学界的关注。就此意义而言,部门宪法释义学之研究,亦可充当宪法释义学与其他部门法释义学的“桥梁”或“通道”,使宪法条款借助于“宪法解释”与“合宪性解释”等路径,自上而下地灌注于各部门法体系之中,促使其形成严整而合理的规范体系。

第一,部门宪法释义学研究的基本路径,是从实存的部门秩序切入,去认识整理部门领域的根本规范,从而使本部门领域的法规范体系趋于体系化、合理化。诚如苏永钦教授所言:“作为一种结构法,宪法比起民法或刑法那样高度技术性的法律,更需要对应于实存的结构去做解释,而从部门切入进行的宪法释义,即可使整个宪法的规范体系更准确的对应于所规范的社会,更像一幅人体解剖图一样的,让宪法条文之间的关系更如一个有机体的呈现。”“部门宪法正是在宪法针对不同社会部门开始作分殊化解释后,顺势发展的自然结果。部门作为一个承担特定社会功能的次体系,一个实存的可供参照的秩序,可为释义学在整合人权、国策和政府体制的规定,乃至厘清主观权利与其各种客观效力之间的关系时,提供一个较清楚的图像与方向。”<sup>③</sup>为了承接传统法学发展之成果,部门宪法释义学最为直接而简捷的路径,乃是从现存的部门法秩序入手,基于法规范之存在效力位阶体系的基本认识,去揭示部门法体系中的最高位阶之法规范,并以此统合整个部门法规范。这样,宪法与其他部门法之间的传统隔阂将自然被打破,宪法精神将借助于法解释学的技术原理得以自上而下地贯入低位阶的法规范之中,形成部门宪法规范与法律、法规、规章及其它法规范之间协调一致、高度融合的法规范体系。于是,宪法不再是“不食人间烟火”、高高在上的所谓“理念法”,而低位阶的其它部门法规范亦不能再听诸于权力行使者的恣意解释,其复杂的规范体系在宪法规范的整合下趋于有序化、合理化,当然更为重要的是“合宪化”。于是,超越形而上学的意识形态争辩、在实在法体系内部实现正义价值的规范法学理想,正可以由此而达成。

第二,部门宪法释义学研究的基本方法,是以现存的宪法解释和宪法适用机制为依托,去界定宪法规范及其下位法规范的法理内涵,从而使宪法规范走下“神坛”而得以“生活化”、“具体化”。如前文所述,全国人大常委会乃是我国宪法文本所确认的权威释宪机关,虽然其工作方式与时间等因素构成了制约其行使释

<sup>②</sup> 前注<sup>①</sup> 苏永钦主编书,第154—155页。

<sup>③</sup> 前注<sup>①</sup> 苏永钦文。

宪权的客观因素,但是在理论上亦存在全国人大常委会行使释宪权并解决相关宪法争议、保障公民基本权利之可能。除此之外,人民法院亦可在审判活动中,于法律规范之含义存在歧义时,适用“合宪性解释”、“体系解释”等方法,甚至以宪法性法律规范为依据,反向推演、认定释宪机关的宪法意志,从而实现法规规范体系的宪法化与宪法规范的法制化。关于此种方法之运用,笔者已经专门撰文作详细阐明,在此不再赘述。<sup>⑤</sup>

## (二)部门宪法释义学的现实功能

第一,构造宪法学与其它学科交流、合作的理论“平台”。自从19世纪现代学科制度在欧美大学中形成以后,虽然历经了诸如“年鉴学派”等学者的猛烈抨击,各学科专业之间的区隔或藩篱却并未因此而被打破。在知识社会学学者看来,学科的划分其实不过是学术制度运作的结果,沃勒斯坦(又译为“华勒斯坦”)即明确指出:“在19世纪的后半部(约在1850—1914年)有三种主要方法把这些学科制度化:大学以这些学科名称设立学系(或至少设立教授职位)成立国家学者机构(后来更成立国际学者机构)图书馆亦开始以这些学科作为书籍分类的系统。”<sup>⑥</sup>“我们知道自从全世界的大学中有各种学院的系科以来,就存在各种学科、这些学科的毕业学位以及这些学科的全国性和国际性的学者联合会。这就是说我们政治性的知道不同的学科存在。它们建立了拥有界限、结构和人员的组织以保护其共同利益并确保它们的发展。”<sup>⑦</sup>尽管学科划分已经受到强烈质疑,其存在的基础即专业划分却是以社会职业的分工为依据,在当今时代仍然有其存在的必要性。但是,由于各学科在研究范围上交叉融合、研究方法上取长补短乃至研究理念上相互共享,保持各学科之间的交流与对话仍然是具有重要的价值。一国之法律体系乃是该国经济、政治、社会、文化等诸种因素作用之结果,而非仅仅是“纯粹规范”之集合;宪法作为一国法律体系中具有最高位阶之“根本法规范”,自然也不能脱离其社会环境与法制环境而孤立存在。如何在建构具有独立法学品格的宪法释义学体系之同时又使其保持适当的开放性,乃是当前中国宪法释义学研究伊始就应该注意的问题。就此而言,部门宪法之探讨,乃是从实存的社会部门及其法秩序为研究对象,它一方面将宪法释义学研究置于特定的社会环境之中,时刻对各社会部门的内在结构、实际功能保持足够的注意,因而自觉地与社会科学的各分支学科如经济学、政治学、社会学等保持适度的交流与沟通;另一方面,它亦将宪法释义学研究置于特定的法制环境中,随时关注各部门法的运作、发展与变迁,因而得以主动地与各部门法学就法规范的解释与冲突适用、漏洞填补等问题展开互动与合作。因此,部门宪法释义学可以成为宪法学与其它社会学科、其它部门法学交流、合作的理论“平台”。

第二,提供立宪科学与立法科学理论发展之学理“引导”。正如程明修先生所言:“法释义学首先被视为一门由立法者研究探讨的科学,它根据普遍的观点解释、协调被提出的法律、调和冲突、制订规则并藉此合理化法律的适用。但是从这些在法内部活动的法释义学的任务已经可以看出,法释义学是立法之前所应具备的知识,而它并非直到法律适用时,而是在法律制订时便已经对立法者产生作用。”<sup>⑧</sup>诚然!宪法释义学乃是一国在立宪、立法之时就必须具备的前提要件,深刻影响着一国的制宪活动与立法活动。西谚有云:“通往地狱的道路是用良好的意愿铺成的。”一国“善治”之形成,并非制宪者与立法者单纯具有良好的意愿即可。部门宪法释义学在诠释宪法规范时,乃是从社会实存秩序与部门法规范体系中解读其宪政内涵,因此,它以揭示宪法和法律实际运作的客观功能及其发展、演变的历史规律为目标,在一定程度上可以协助制宪者、立法者了解、预知立宪、立法之后所必然面临的现实问题及其解释学应对方案。从这种意义上讲,部门宪法释义学或可为立宪科学与立法科学理论之发展提供必要的学理“引导”。

第三,预为宪法解释与法律解释合理运作之学理“参照”。宪法释义学欲发挥其现实功能,固然需要以健全的释宪机制为依托;但是,宪法释义学研究却并非仅仅充当释宪机关的“应声虫”。毋宁说,宪法释义学的研究进路虽然表现为内在于宪法规范的“理解”、“体悟”,其对于释宪机关的释宪行为、普通司法机关的审

<sup>⑤</sup> 参见周刚志:《财政宪法释义学之理论构建》载《税务研究》2008年第10期;周刚志:《论合宪性解释》载《浙江社会科学》2010年第1期。

<sup>⑥</sup> [美]华勒斯坦等:《学科·知识·权力》,刘健芝等编译,三联书店、牛津大学出版社1999年版,第213—214页。

<sup>⑦</sup> [美]伊曼纽尔·沃勒斯坦:《沃勒斯坦精粹》,黄光耀、洪雷译,南京大学出版社2003年版,第165页。

<sup>⑧</sup> 前注①,程明修书,第13页。



判行为在发挥“减轻负担”功能之同时,亦具有一定程度的“批判”功能。尤其是,部门宪法释义学乃是立足于宪法规范及法律体系之内保持对法规实际社会功能的关注,并促成宪法解释与法律解释方案的内部调整或者发展完善,当可成为宪法解释与法律解释合理运作的重要学理“参照”。

#### 四、结语

在公法学研究中,方法论上的分歧往往是学派形成的真正基础。在英美国家,公法学主要有规范主义和功能主义两种风格——“公法中的规范主义风格的根源在于对分权理想以及使政府服从法律的必要性的信念。这种风格强调法律的裁判和控制功能,并因此而关注法律的规则取向和概念化属性。规范主义基本上反映了一种法律自治的理想。相反,公法中的功能主义风格将法律视为政府机器的一个组成部分。其主要关注点是法律的规制和便利功能,并因此而注重法律的意图和目标,并采取一种工具主义的社会政策路径。功能主义体现着一种进化式变迁的理想。”<sup>②</sup>而在大陆法系,包括德、日、奥诸国,则也存在规范宪法学(如凯尔森)与政治宪法学(如施密特)之间的对立。部门宪法释义学之兴起,究竟属于何种研究风格或学术派别,抑或是否真正具有实质的创新意义?其目前还面临着学者们的诸多质疑。学界对于部门宪法释义学的疑惑,可能会首先体现在宪法部门作适当区分之后其宪法释义学能否成立的问题。盖财政宪法等部门宪法学之探讨,难免给人造成一种错觉,即此种思路只注重研究特定领域之宪法规范,而不免有“肢解”宪法文本之整体,违反现代解释学之“体系解释”方法的嫌疑。其实,部门宪法释义学的此种研究,并非旨在对不同的部门领域作完全“切割”;毋宁说,其真正的目的在于立足于对社会系统及其功能的整体把握,对于某一部门领域的法规范作更为真实、更为全面的“体系解释”——其并不仅仅是着眼于规范体系本身,故而并不完全等同于传统法解释学中的“体系解释”;它也不是仅仅看重社会生活中的事实规范即所谓“活法”,故而也不完全等同于所谓之“社会解释”。苏永钦先生曾言:“部门宪法并非新的‘解释方法’,而毋宁为新的‘体系化’方向(分析面)从而也影响到实务整理(实证面)与批判(规范面)的方向,由于它不是要替代,而只是补充(主流)宪法释义学,希望经由不太一样的规范分析,提出一些新问题,比如国家辅导文化的合理性问题,或提供新的答案,比如从宗教宪法的角度重新思考耶和华见证人拒服兵役的问题。故部门宪法的释义方向,和以‘条文’为对象的解释方法,有关联的并不限于所谓的‘体系解释’观点,实际上它应该全面的影响各种解释方法的操作。”<sup>③</sup>在笔者看来,在方法论意义上,部门宪法释义学所试图构建的,其实是融“体系解释”、“社会解释”与“合宪性解释”为一炉的宪法解释方法体系,其在研究风格上,则是力图将“历史研究法”、“经济分析法”、“社会分析法”、“规范分析法”和“比较分析法”等研究方法进行有效组合,而将“概念分析”与“功能分析”作融汇贯通。因此,或许此种研究进路在方法论上并无所谓“原创性质”的创新意义,但是其在反思传统宪法解释学方法的基础之上,试图构造一种富有实效的宪法释义学研究进路,则仍然有望被视为当今时代宪法学理论创新之尝试。

(责任编辑:秦前红)

<sup>②</sup> [英] 马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆 2002年版,第 85页。

<sup>③</sup> 前注<sup>②</sup> 苏永钦主编书,第 158—159页。