

宪法学与公法学的关系

——从立法政策学看公法学的制度价值

莫纪宏

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100720)

摘要:以传统意义上的公法作为法学的研究对象,仅仅在立法政策学的意义上是可行的。对公法问题的研究可以帮助立法机关进行科学的立法规划和建立起系统化的立法体系,但前提是必须以宪法作为立法机关享有立法职权的法律依据,因此,宪法作为根本法,本身是公法的理论和制度前提,它既包括了公法的正当性,又涉及到私法的正当性。基于宪法与公法的不同法律特性,宪法学应当尽量地以解决实际生活中出现的宪法问题为主线,尽量减少宪法学自身的抽象性,避免使宪法学的范畴与公法学的范畴相混淆。

关键词:宪法 宪法学;公法;公法学;私法;根本法

中图分类号:D911.01 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-639X(2008)01-0062-04

近年来,在我国宪法学理论不断发展,宪法学学科体系得到不断完善的过程中,出现了与宪法学学科并行发展、并且具有包含宪法学学科价值的“公法学”学科崛起的倾向,甚至还出现了试图从理论上建构“公法学”原理的专门学术著作。面对公法学在法理上咄咄逼人的攻势,尽管宪法学的学科基础价值尚未受到实质性的挑战,但是,宪法学要不断地向前发展,特别是要建立一套科学的宪法学理论体系,对于公法学在法理上提出的挑战是无法回避的,必须要运用宪法学的语言来给予公法学的崛起以法理上的合理定位,否则,宪法学的法理体系很容易受到公法学学科发展的干扰,甚至对宪法制度的发展产生诸多负面的影响。

一、公法学目前的存在状况 及学术上的缺陷

考察任何一门法学学科,首先必须确立其学科的基本性质。而学科的性质是与该学科的特殊问题领域以及该学科所提供的特殊的知识体系密切相关的。公法学是近年来法学界许多学者致力于建立的总括现有关于公法理论研究成果的一门独立的法学学科。但是,由于这种学术尝试没有认真地界定公法学的性质,特别是将宪法不恰当地作为传统意义上的公法内涵的一部分,导致公法学的学科体系很

难建立在科学的理论基础之上。目前,不论是在国际学术界,还是在我国法学界,从学科的角度来谈论“公法学”的性质的著作并不多见,一般情况下都是立足于作为“前科学”的“公法研究”等学术研究专题。例如,从国际社会来看,已有的常见的公法学相关文献包括:狄骥的《公法的变迁》,讨论的主要是宪法、行政法的基础理论问题;马丁·洛克林的《公法与政治理论》主要涉及的是宪法、行政法的学术传统;美浓部达吉的《公法与私法》探讨的是宪法、行政法与民商法的区别。我国台湾地区学者所撰写的公法学论著也没有提出统一的公法学基础理论,而是概括地介绍了与公法相关的法律知识和背景,例如,李元簇主编的《现代公法学》主要是一本宪法、行政法、刑法、国际公法等部门法的论文汇编;由元照出版社新近出版的《当代公法新论——翁岳生七秩诞辰祝寿论文集》仍然是一本讨论宪法、行政法的学术论文集,内容涉及到宪法与基本保障、民主与宪政体制、司法与宪法解释、法治与现代行政、正当程序与行政程序法、管制革新与新兴管制议题、权利救济与国家责任、社会与财经法秩序、国际法与欧洲法等九个专题。内地近年来公开的出版物以公法研究为题的,例如,夏勇主编的《公法》、浙江大学公法与比较法研究所编的《公法学研究》,也都是以宪法、行政法、刑法为主的部门法的研究文集,基本上

收稿日期:2007-07-10

作者简介:莫纪宏(1965-),男,江苏靖江人,中国社会科学院研究员,博士生导师,中国法学会宪法学研究会常务副会长,主要研究方向:宪法学。

未涉及公法学的性质以及一般理论框架。近期袁曙宏、宋功德著《统一公法学原论》立志于要将各个“部门公法学”的法理统一起来,建立统一的公法学法理,使公法学真正地成为一门科学,这种学术上的勇气和首创精神是值得充分肯定的,但也毋庸讳言,该著作在公法学的研究对象、问题领域、学科性质以及学科知识体系的构建方面并没有特别的建树,说理太多,揭示问题之间的逻辑联系的内容相对薄弱。连刘志刚出版的《立宪主义视野下的公法问题》一书,以专门讨论“公法”问题为主题的学术著作,其中的主要内容也还是在讨论宪法诉讼、违宪审查和宪法权利等宪法问题,似乎是宪法学的研究内容冠以了“公法学”的名称。这样的学术案例还有一些,都具有类似的特征。

总之,关于公法学的现有文献对于明确公法学的学科性质是很困难的,有关公法学主题的确立,基本上是在没有严格的学术考量的背景下使用简单的知识组合技术嫁接起来的,在公法学的法理构建上并没有多少说服力。这就给人以无法挥去的印象,似乎致力于公法学研究的学者已经发现了什么,但是,又无法通过常规的学术语言表达出来,大有“茶壶里煮饺子,有口倒不出”的窘迫之状。

二、公法学不能得到有效发展的原因分析

我个人认为,之所以许多学者在学术感觉上认为公法学有存在的必要和可能性,但在具体的学术操作上却很难有效地准确表达公法学的学科体系和基本范畴,其中一个重要原因是没有完全能够认识清楚所谓“公法学”的学科性质,公法学的研究思路完全受制于传统公法、私法划分的学术理由,特别是被泛化了公法的思想所左右,缺少必要的学科问题领域和独特的学科研究方法。

毫无疑问,目前学界都公认公法的概念是公元3世纪左右古罗马法学家乌尔比安首创的。乌尔比安在人类法学史上首先对公私法的概念和划分作了以下经典描述:“公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益”^[1]。公法发轫于罗马法,但罗马法却以私法为核心。近代意义上的公法形成于18世纪、19世纪的大陆法系国家,而在英美法系国家直到20世纪才开始关注公法。目前,在法学理论上采用公法概念的有德国、法国、瑞士、意大利等国,但德国、法国的公法理论基本上属于宪法、行政法的汇总,而且没有宪法学、行政法学学科研究得那样成

熟;意大利的公法研究包括了宪法、行政法、财政法、刑法、程序法和国际公法等内容,但是,也没有能够在法理上代替这些学科自身的研究体系。在英美法系国家,有将宪法和行政法并列在一起来研究的学术著作^[2],但很少有以公法命名的公法学专门理论著作。可以说,公法学的理论研究主要还是简单地汇集了宪法学、行政法学的研究成果,没有形成区别于宪法学、行政法学等学科的具有自身特色的研究体系。这里主要的原因是因为传统的公法概念,没有能够很好地适应宪政理论的要求,只是通过对法律所调整的对象特征进行划分,而简单地将法律规范的性质作了公法、私法的区分,没有涉及到法律规范和法律制度本身的正当性。所以,传统的公、私法划分理论在认识法律自身的功能方面是不健全的,通常只能站在法律之中看问题,而没有对立法者自身的正当性和立法依据进行研究。因此,一方面导致了公私法划分的理论受到了“公”、“私”观念的影响,出现了在公法与私法之间的“混合法”;另一方面,公、私法划分的理论只看到了法律,而没有关注法律与其他社会现象之间的关系,特别是没有区分法律与政治之间的关系,所以,公私法的理论实际上并没有涉及到现代宪法的一些主要价值问题,如主权问题、自由问题、人权问题、社会自治问题,而是对国家权力与公民权利作了绝对意义上的划分,忽视了个人之间的平等法律关系的正当性基础,即现代政治国家对个人自由和基本人权的承诺和尊重。因此,如果以传统意义上的公法作为公法学的研究对象,其结果必然只能关注到法律自身的问题,而无法关注到法律与其他社会现象的关系,这样的公法学在学科性质上是无法概括现代宪法学的重要范畴的。

三、将公法问题纳入立法政策学的范围加以系统研究具有较高的学术价值和实际意义

那么,对传统意义上的公法进行专门的研究,究竟在法理上和制度建设上有没有价值呢?我个人认为,对传统意义上的公法进行专门的学术研究是有一定的学术价值的,但其前提是,应当将传统意义上的“公法”限定在立法政策学的范围内进行探讨,在以宪法学理论为指导的前提下,探讨立法机关如何根据宪法所赋予的立法职权,来进行体系化和系统化的立法,并且构建相对合理的立法规划布局 and 立

法体系。

在目前的公法学学科体系建设中,大多毫无例外地将宪法也作为公法的一项内容,这种归纳方法是不正确的,在逻辑上犯了“包含不当”的错误。宪法不能简单地被划入到传统意义上的公法范围之内,宪法存在的正当性,不完全是从法律规范所调整的对象的社会属性中产生的,更重要的是宪法是作为与一般法律规范相对应的根本法律规范而存在的,正因为宪法具有了根本法的特征,所以,传统意义上的公法概念无法有效地整合宪法概念的内涵。宪法作为根本法,在其调整的社会关系的性质上,既可以属于公法的范围,也可以属于私法的范围,没有宪法对个人自由的保障,也不可能产生以保护平等主体之间的法律关系为目的的“私法”。

在现代宪政体制下,宪法所调整的社会关系在法理上应当涵盖一切社会关系领域,而由于宪法本身的根本法特性,宪法可以通过授权的方式来赋予立法机关制定法律的权力,由立法机关在制定法律的过程中将宪法的各项原则规定予以具体化。对于立法机关来说,在依据宪法规定的立法职权制定相应的法律时,首先面临着应当制定什么样的法律,制定哪些法律,哪些法律应当优先制定,哪些法律应当暂缓制定,应当如何避免重复制定法律,应当如何来弥补法律制定的漏洞和空白等等问题。立法机关在依据宪法行使立法职权时,不仅仅面临着制定一个个具体法律的任务,同时也面临着作为立法机关如何从整体上把握一个国家的立法的总体方向和立法进程。这些都属于立法政策的范畴,是立法机关实行科学立法必须加以重视和在理论上加以研究的内容。立法机关可以对需要进行的立法作出总体规划,依据一定的标准对立法规划中的立法事项进行分类,其中,传统意义上的公私法划分方法对于立法机关科学立法具有一定的参考价值,但是,也必须根据时代发展的需要,对公私法二元对立的分类思路作一定的调整,通过引进介于公法与私法之间的“混合法”的概念,来进一步丰富和完善立法机关所制定的立法的调整对象的性质和范围。

目前我国的立法政策学本身科学建设尚处于起始阶段,要求立法政策学包含传统公法理论研究所涉及的各种法律问题,还需要一定时间的学术积累。所以,在立法政策学的框架内,以进一步完善立法机关的科学化和系统化立法为目的,对公法问题作出理论上的探讨,可以为立法机关提供比较合理的立

法规划和立法布局,特别是可以有效地建立立法机关的立法体系。当然,在法理上也存在将对公法问题研究成果予以系统化,相对于“私法学”或者“公私法混合学”的“公法学”学科构建的可能性,但是,这样的“公法学”应当紧紧以“国家权力”关系为核心,而不是以宪法为核心,应当将“公法学”中的“国家权力”立足于宪法的各项授权规定,而不是将宪法权力关系不恰当地纳入到“公法学”研究体系中,那样,就可能混淆宪法作为根本法区别于传统意义上的公法的法律特征,给宪法学和公法学的学科发展都造成巨大的法理障碍。

四、宪法学应当更多地关注宪法问题

宪法学之所以在法理上可以作为一个独立的学科存在,它是由宪法学的研究对象的特性以及由宪法学研究对象所决定的问题域决定的。宪法学首先不是“公法学”,它的问题领域包含了大量的政治问题、哲学问题和伦理问题,特别是对于法律规范正当性的理论构建以及立法秩序的理论构建,这些理论问题都已经超越了传统公法理论的范畴,属于“价值法学”的内容,需要结合法学知识以外的学科知识来加以研究。其次,宪法学也不是“国家法学”。宪法学研究国家问题,特别是研究国家权力之间的相互关系,但是,宪法学所研究的对象——宪法,从近代一产生开始,就具有了超越国家法的法律特征,宪法在规范国家机关的职能时必须基于宪法的基本价值理念,所以,国家法自古有之,但宪法作为一种法现象却是近代资产阶级反封建的产物。从学科建设的角度来看,国家法学的研究对象可以涉及到宪法产生之前的各种关于国家职能和国家机关职权的法律规范,可以说,有调整国家行为的法律规范的存在,在法理上就可能存在以国家法为研究对象的国家法学,但宪法学必须以宪法作为自身的研究对象,尽管宪法与国家法之间在法律特征和内容上存在着密切关系,但二者的法律性质完全不同。最后,宪法学的法理应当更多地关注对实际生活中出现的宪法问题的解决,并且形成宪法学解决宪法问题独特的话语体系。宪法学的法理要尽量避免抽象化,要强化问题意识,这样才能使宪法学自身的学科特色更加明显。在科学的宪法学学科研究体系中,应当严格地区分宪法学的研究对象——宪法自身的调整对象与宪法自身的存在形式之间的问题领域,将事实与规范问题予以彻底的分离。宪法学应当更多地关

注宪法规范的规范和社会功能,为其他法学学科提供关于法律规范正当性的法理依据。

总之,面对正在崛起的公法学,宪法学必须认真对待。宪法学作为法学学科,只有具有一整套独特的基本概念和范畴,才能真正地形成宪法学自身的知识体系,也才能有效地对抗各种可能威胁宪法学学科地位的学说和观点的挑战。

注释:

袁曙宏发表在2003年第5期《中国法学》杂志上的论文“论建立统一的公法学”,在反思部门公法学“诸侯割据”式研究弊端的基础上,首次明确提出了应当建立统一的公法学的理论主张,以试图填补世界各国有公法而无公法学这一最大的法学学科空白。

Scuole superiori, Diritto Pubblico, E. U. BIGNAMI srl, 2006.

有的学者称之为“社会法学”,强调的是作为法律调整对象的与“个人”和“国家”相对应的“社会”。有的学者对此提出了“公法私法化”和“私法公法化”的概念和分析模式。参见袁曙宏、宋功德著《统一公法学原论》,中国人民大学出版社2005年9月版,第72-73页。

参考文献:

- [1] 查士丁尼. 法学总论——法学阶梯 [M]. 张企泰,译. 北京:商务印书馆,1997:5-6.
- [2] BRADLEY A W, EWING K D. “Constitutional and Administrative Law” [M]. 12th edition. Addition: Wesley Longman Limited, 1997.

(责任编辑:施业家)

(Email: shiyejia678@sina.com)

The Relationship between Chinese Constitutional Law and the Public Law

MO Jihong

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: As the investigation object of the law science, the traditional public law is only feasible in the legislative policy study. The investigation of the public law can help the legislative body to formulate scientific legislative regulations and systematically to establish the legislative system, but the premise should be taking the constitution as the lawful basis of the legislative authority for the legislative organization. Thus, as an essential law, the constitution itself is the premise of the theory and system of the public law, which both includes the validity of the public law and involves the validity of the private law. Owing to the different law characteristics between the constitution and the public law, the constitutional science should at first take as the main line the settlement of the constitutional problems in the real life, and reduce to the greatest extent the abstractness of the constitution itself in order to avoid the confusion between the category of the constitutional science and that of the public law science.

Key words: constitution; constitutional science; the science of the public law; the science of the private law; the essential law