



比较法学文库

高祥◎总主编

# 宪法解释

INTERPRETATION OF  
THE CONSTITUTION

谢立斌◎著



中国政法大学出版社



# 宪法解释

INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION



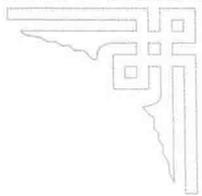
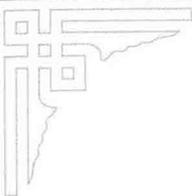
上架建议：宪法

ISBN 978-7-5620-5541-9



9 787562 055419 >

定价：24.00元



# 宪法解释

INTERPRETATION OF  
THE CONSTITUTION

谢立斌◎著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（C I P）数据

宪法解释/谢立斌著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 8  
ISBN 978-7-5620-5541-9

I. ①宪… II. ①谢… III. ①宪法—法律解释—德国 IV. ①D951.61

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第189562号

---

- 出 版 者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮寄地址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 880mm × 1230mm 1/32  
印 张 7.75  
字 数 200千字  
版 次 2014年8月第1版  
印 次 2014年8月第1次印刷  
定 价 24.00元

比较法学文库

高祥◎总主编

更浴尺際

天譚歸一

# 总序

高祥\*

法治是现代社会的标志与基石。良好的法治需要完备的法律制度及其落实的良好氛围。比较法的目的与使命在于通过对不同法域间的法律制度、法律文化和法律体系的比较研究，深化人们对这些法律制度、法律文化和法律体系的认识，了解世界法学发展的动态、法律发展的趋势，进而择善而从，完善已有的法律制度和法律体系，为人类的共同文明与进步服务。

信息化与全球化使得我们所处的世界正在变得越来越小，使得不同法域间的人们的交往越来越频繁、关系越来越密切，彼此间需要了

---

\* 中国政法大学比较法学研究院院长。

解对方的法律制度和法律文化的要求越来越迫切、内容越来越详细，从而使得比较法在现代法治建设与人类文明进步中的功能越来越明显，作用越来越大，任务越来越重。

在中国法制现代化的过程中，比较法发挥了非常重要的作用。通过研究和认知域外法律制度、法律体系与法律文化，使得中国法学界能够迅速和充分地了解这些制度，使得中国的法律体系能够在学习和借鉴域外相关法律制度的基础上很快建立起来。虽然中国的法制建设已经取得很大成就，但离现代法治的要求仍有很大距离。在中国法制建设的进程中，比较法仍然具有无限的发挥空间。

中国政法大学比较法学研究院是在整合原中国政法大学比较法研究所、中德法学院和中美法学院三个教学科研院所的基础上成立的，是目前中国高校和科研机构中惟一以比较法学为中心的专门的教学科研机构，聚集了一批优秀的比较法人才。其成立的目的是为了适应信息化与全球化以及中国法制国际化与现代化的需要，构建以比较和研究中外法律制度为目的的比较法学研究的平台，力争巩固其在国内比较法学研究领先地位的基础上达到世界先进水平，从而更好地为中国的法制建设和社会进步贡献自己的力量。

为了完成其光荣使命，中国政法大学比较法学研究院开展了丰富的教学科研活动。这些活动中形成的各种学术成果均蕴藏着比较法教学与科研的最新成果与思想财富，颇具学术价值，非常值得整理出版。这些成果若以单本出版发行，难见系统，编为文库出版，方能相得益彰，蔚为壮观，既便于研读查考，又利于文化积累。

《比较法学文库》能够顺利出版，需要感谢的人很多。但特别需要感谢的是山西联盛能源集团及其董事局主席邢利斌先生，是其慷慨解囊使得中国政法大学比较法学研究院能够设立联盛比较法基金，并对本文库的出版给予资助。

# 宪法与道德

(代序)

## 一、宪法道德化

宪法道德化，是指将一定的道德伦理观念作为宪法文本必须符合的标准。持有这一立场的论者只承认符合这一标准的宪法文本构成宪法，否定不符合这一标准的宪法文本构成真正的宪法。这方面的理论基础主要是自然法学说，根据这一学说，自然法是“法上之法”，所有实证法都应当符合自然法，否则没有正当性。归根到底，自然法无非是自然法学者所主张的道德伦理观念。从一开始，世界立宪运动就受到这一观念的深刻影响。例如，《美国独立宣言》宣称：“我们认为下述真理是不言而喻的：人人生而平等，

造物主赋予他们若干不可让与的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。”在其后制定的《美国宪法》，继承了这一自然法传统。相比之下，法国《人权和公民权利宣言》则更为直接地对宪法设定了伦理性质的要求，这集中体现在第16条：“凡权利无保障和分权未确立的社会，就没有宪法。”这就把权利保障和分权视为宪法必须满足的两个条件，而这两个条件，实质上都是当时新兴资产阶级所持有的政治伦理观念。

在当下的中国学界，宪法道德化的立场，若隐若现地体现在一些学者对宪法概念的特定理解上。一种较为通行的宪法观，是将一切美好的事物都视为宪法，而不论其在中国当前现行宪法文本上是否有实证依据。例如，一本具有较大影响力的宪法教材主张，宪法原则包括人民主权原则、基本人权原则、法治原则、权力分立与制衡原则。宪法道德化的另外一种表现，是众多学者基于自己所持有的政治伦理道德观念，轻视甚至无视现行宪法文本，成天醉心于设计一部美好的未来宪法，希望这部宪法能够一劳永逸地解决当下现实中的种种问题。他们认为，在制宪时刻到来之前，自己所做的工作，就是做好理论上的铺垫。他们把自己一生理论研究工作的意义，都寄托在一部并不确定的未来宪法之上。

那么，宪法道德化在理论上是否成立？在实践中将会导致何种后果？在理论上，宪法道德化要求宪法符合一定的伦理道德观念。这方面存在一个不可克服的障碍：在价值多元的现代社会，人们不可能在道德观念问题上达成完全一致。在当下中国，对于未来的宪政体制，新左派和自由主义阵营存在不同的主张，两者之间具有不可逾越的鸿沟。即使在同一阵营内部，

也不可避免地存在诸多分歧。在实践中，宪法道德化也会导致一些负面问题。一部宪法文本，不可能完全符合所有人的道德观念。如果将道德视为检验和评判宪法正当性的标准，则人们势必往往认为宪法不符合自己信奉的道德标准，从而有意无意否认现行宪法的合法性、正当性，进而暗示人们不必遵守现行宪法秩序，这将助长法律虚无主义和无政府主义思潮的抬头。

## 二、宪法去道德化

与宪法道德化相反，宪法去道德化主张将宪法与道德相分离。在近代，这方面的代表学者为凯尔森（Hans Kelsen）和施米特（Carl Schmitt）。凯尔森提出的纯粹法学，将非法律的道德等因素排除在外。根据其法律层级理论，下级规范只要在形式上符合上级规范，就具有效力。在整个规范体系中，宪法处于最顶端的位置，宪法的效力来自基本规范。至于什么是基本规范，凯尔森语焉不详。但可以确定的是，基本规范并非伦理道德观念，因此，宪法的效力并不取决于是否符合一定的道德标准。施米特则从主权者、政治的概念两个方面，表达了其宪法去道德化的立场。他认为，宪法是主权者作出的决断，宪法的效力来自主权者。主权者是不需要遵守包括道德在内的所有规则的，因此，宪法也就与道德无关了。他主要提出了如下论证：主权者，就是在例外状态中作出决断者。例外状态，就是一个没有任何规则可供适用的状态。道德作为一种行为规则，在例外状态下当然也就不具有可适用性，因此，主权者的制宪行为和其他所有行为，都不需要遵守包括道德伦理在内的任何规则。在这种意义上，宪法与道德并不发生关系。此外，施米特在讨论

政治的概念的时候，认为政治和道德分别属于两个不同的领域，也就是说，在政治领域，讨论其是否符合道德是没有意义的。制定宪法的行为，具有政治的性质，当然也就不适用道德与否的标准来评判。

在我国当前的学术界中，也存在宪法基本上与道德无关的主张，这集中体现在将现实等同于宪法的观点中，这方面的代表性学者为陈端洪教授和强世功教授。在《论宪法作为国家的根本法与高级法》一文中，陈端洪提出，中国宪法上存在五项根本法，即中国人民在中国共产党的领导下、社会主义、民主集中制、现代化建设、基本权利保障。他采取了社会学意义上的实际效力标准，对宪法文本规定的所有内容进行甄别，提炼出了具有实际效力的重大规则，并称其为根本法。陈端洪教授视野中的根本法，其实是一个（法）社会学的概念，并不是一个规范概念，不涉及价值评判。他只是指出，在宪法规定的众多规则中，这些规则是真正被遵守的。在一定意义上，这种思路将现实等同于宪法。在这个过程中，并不对现实进行任何价值评判，即便是不符合通行价值观念的现实，仍然可以被界定为宪法上的根本法，这是一种典型的将道德与宪法相分离的观点。

无独有偶，强世功教授在其《中国宪法中的不成文宪法》一文中表达了类似的观点。面对中国宪法文本与宪政实践之间的背离，他试图寻找在宪法文本上没有依据、但在现实中发挥实际宪法功能和实际运行效果的运行规则，并将这些规则界定为中国宪法上的不成文规则。这种意义上的中国宪法中的不成文宪法，包括规范性宪章（主要包括党章、党的规范性文件、

党内惯例、党和国家领导人提出的理论、党的代表大会报告、决议和决定等)、宪法惯例(主要指党的总书记同时担任国家主席、党和国家军委主席等职务的体制)、宪法学说(例如毛泽东在《论十大关系》中发挥中央和地方两个积极性的思想)和宪法性法律(如《香港特别行政区基本法》)。强教授和陈教授的观点,存在一些异同。两者的主要区别在于,陈端洪教授提出的五个根本法,都能够在现行宪法文本上找到相应依据,而强世功教授则完全脱离了宪法文本,或者说恰恰是在宪法文本之外去寻找所谓的不成文宪法。除了这一区别以外,两位教授实际上都大致遵循了“存在即宪法”的思路,即把现实中真正发挥作用的重大规则视为宪法,而不对现实进行任何道德价值评判。

这种以实际效力为检验一个规则是否构成宪法上的根本法或不成文宪法的思路,具有一定的积极意义。它有利于调和现实和规范之间的张力,追求实践和宪法之间一定程度的一致。然而,这种做法也存在一定的误导性。实然和应然之间的差距,是不可避免的。将政治生活实践等同于宪法,实际上否认了独立于实践之外的规范的存在,将现实和规范混为一谈,也就否认了实然和应然的区分。在实践上,此类主张使现实政治生活实践当然获得合宪性、正当性,从而使实践得不到任何价值的评判和指导,使得实践没有明确的前进方向。

### 三、普世价值之下的宪法

既然宪法道德化、宪法去道德化,在理论上不可取,在实践中有害,那么宪法和道德之间究竟处于何种关系呢?

宪法的意义，在于确立政治生活的根本规则，对社会生活进行调整。在这种意义上，宪法必须具有实际效力。一部并不具有实际效力的宪法，只是一部没有生命的纸上宪法。按照凯尔森的观点，实际效力是规范的存在方式，没有实际效力的规范，其实是不存在的。在这一点上，宪法道德化论者强调宪法要符合一定的道德观念，但是不考虑一部宪法是否具有实际效力，失之偏颇；而宪法去道德化论者，则直接将实际效力作为宪法概念的一个要素，甚至是核心要素，就此而言，有其可取之处，但其就此得出现实等于宪法的结论，又误入歧途。

真正需要回答的问题是，如何才能确保宪法具有实际效力？换言之，如何保证现实政治生活基本上符合宪法所设定的框架？人们通常认为，军队、警察、监狱等强制手段，是维护宪法所确立的政治秩序的重要工具。然而，正如与凯尔森、施米特同时期的德国法学家黑勒（Hermann Heller）所言，这并不是维护统治秩序的唯一途径，甚至不是主要途径。一个政权能够存续，最终取决于是否得到足够多的民众的拥护。或者说，政权能否经得起攻击，取决于保卫政权的力量是否超过攻击者的力量。如果宪法秩序能够得到占优势的大部分民众的内心认同，那么，反对者在试图推翻政权的时候，必然遭受广泛的抵制，其企图必然无法实现。在最低限度上，如果一般民众在政权受到攻击的时候消极观望，政权就必须保证军警等国家机器能够不遗余力地进行有效抵抗。而军警是否会毫无保留地保卫现有政权，取决于其内心是否真正认同现有体制，并愿意为之付出一切代价。如果其对政权的正当性缺乏内心信仰，而只是现有制度下的既得利益者，那么，他们会进行理性计算，选择是保

卫政权还是反戈一击。无论如何，国家强制机器中根据利益计算结果来履职的人员，不会愿意以生命为代价来保卫政权。因此，政权存续的最低限度的前提，是国家强制机器中普遍存在政权具有正当性的内心信仰。这种信仰，如何可能产生呢？一般而言，如果宪法符合人们持有的基本道德观念，人们就会认为宪法是正义的，将拥护宪法，并在宪法所确立的秩序受到威胁的时候，进行积极斗争。在道德多元、价值多元的现代社会中，普世价值则构成人们持有的基本道德观念。一部总体上符合普世价值的宪法，即便具有种种不足，也能够得到人们的认同和支持，从而具有生命力。因此，为了确保宪法具有实际效力，宪法必须与普世价值相吻合。

就我国现行宪法而言，它或许不是一部完美的宪法，但其无疑承载了普世价值，为实践的进步提供了充分的规范依据。我们应当认真对待这部宪法，并为缩小现实与规范之间的差距而努力。

# 目 录

| 总 序..... I

| 宪法与道德（代序） .....IV

第  
一  
章

| 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.....1

（一、意见自由的保护范围.....2 / 二、意见自由的限制.....8 /  
三、德国意见自由条款解释中运用的解释方法分析.....11 /  
四、中德宪法解释现状的比较.....12 / 五、比较宪法在宪法解释  
中的功能.....14）

第  
二  
章

| 德国法律的宪法化及其对我国的启示.....18

（引言.....18 / 一、德国融合理论对宪法裁判的影响：吕特案.....19 /  
二、各法律部门的全面宪法化.....20 / 三、德国理论的启示.....27）

宪法上人的形象变迁及其在部门法中的实现.....31

(一、宪法上人的形象.....31 / 二、宪法上人的形象的变迁.....33 / 三、宪法上人的形象变迁在部门法中的实现.....36)

自由权的保护义务.....43

(一、问题的提出：风险社会对宪法的挑战.....43 / 二、宪法自由权防御功能不足以应对风险.....45 / 三、保护义务作为自由权条款对国家设定的义务.....47 / 四、保护义务的实现.....53)

宪法财产权对税收的规范

——中德宪法比较研究.....56

(引言.....56 / 一、中德财产权条款比较分析.....56 / 二、税收应当受财产权条款规范.....59 / 三、财产权条款对税收的要求.....61 / 四、具体税种的合宪性分析：以财产税和利息税为例.....65)

中德比较宪法视野下的人格尊严

——兼与林来梵教授商榷.....70

(一、德国宪法上的人的尊严.....71 / 二、中国宪法上的人格尊严及其与德国法的比较.....85 / 三、结论.....99)

论我国宪法上的劳动权.....102

(前言.....102 / 一、宪法解释的意义.....103 / 二、劳动权与相关概念.....105 / 三、劳动的概念.....108 / 四、劳动权的基本权利主体.....117 / 五、经济体制变迁大背景下的劳动权条款.....121 / 六、劳动权的内涵.....124 / 七、劳动权的限制.....134)

宪法社会权体系化保障

——以中德比较为视角.....137

(一、宪法社会权的体系化：一个被忽视的问题.....137 / 二、德

国宪法社会权体系.....138 / 三、中国宪法社会权体系.....144 / 四、结论.....153)
--

## 第九章

## 论法院对基本权利的保护.....155

(一、法院保护基本权利的义务.....156 / 二、适用作为基本权利条款之具体化的立法.....159 / 三、对抽象立法进行合宪解释.....160 / 四、直接适用基本权利条款.....165 / 结语.....175)
---

## 第十章

## 个人数据的宪法和法律保护.....176

(一、问题的提出：某银行滥用个人账户信息推销保险.....176 / 二、个人数据的滥用及其对公民自由的影响.....178 / 三、个人数据的宪法保护.....182 / 四、个人数据的法律保护.....189 / 五、余论：现实中的数据保护有赖于公民意识的觉醒.....196)
---

## 第十一章

## 地方立法与中央立法相抵触情形的认定.....197

(一、具体化地方立法.....198 / 二、创设性地方立法.....199 / 三、与中央立法存在明显矛盾的地方立法.....205 / 四、结论.....206)
---

## 第十二章

## 公众参与的宪法基础.....207

(一、引言：公众参与的规范基础——一个被忽视的问题.....207 / 二、行政决策民主性、科学性不是公众参与制度的规范依据.....208 / 三、基本权利条款作为公众参与的宪法依据.....214 / 四、结论.....224)
--

## | 后 记.....226

## 第一章

# 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

严格意义上的宪法学不同于宪法历史学、宪法社会学、政治学、宪法哲学等其他与宪法有关的学科。这些学科分别从自身独特的学术视角研究宪法，而从根本上来说，宪法学则是对宪法典条款进行解释、系统化的学说。当然，宪法史学等与宪法有关的学科的研究，能够为宪法解释提供辅助作用。例如，立宪史的知识能够明确立宪者的原意，在这种意义上，立宪史对宪法学具有辅助作用，但其对于宪法解释的直接意义也就仅限于此。如果我们暂且将与宪法有关的学科笼统地称为广义宪法学，那么，将进行解释、系统化工作的宪法学称为狭义宪法学。很明显，我国宪法学者倾向于研究广义宪法学，相比之下，狭义宪法学的研究

或多或少被忽视。在这方面，关于宪法解释方法的文献很少，而对中国宪法进行具体解释的著作则更加有限。与中国的情况不同，德国的宪法学者非常关注狭义宪法学，将宪法典的解释视为宪法学者的核心任务。德国宪法学者运用解释方法，对《基本法》条文进行了大量解释。本章的目的，就是分析德国宪法学界对《基本法》意见自由条款的解释，找出所运用的解释方法并对其进行分析，然后探讨通过比较解释借鉴德国宪法解释的可能性。

## 一、意见自由的保护范围

《基本法》第5条第1款第1句的前半句规定，人人有权以语言、文字及图画自由表达及传播其意见。这是一条关于意见自由保护范围的规定。大体上来看，意见自由的主体是人，受保护的行为包括表达和传播两个方面，而受保护的方式则包括语言、文字和图画。然而，还有很多问题需要通过宪法解释予以明确：意见究竟是什么？是否只保护有价值的意见，将没有价值的意见排除在外？事实陈述与意见是什么关系，是否受保护？意见自由条款是否区分政治性表达和非政治性表达？经济言论是否受保护？表达的内容受到保护似乎毫无疑问，但是意见表达的时间地点等是否受保护？下文考察德国宪法学界是采用什么解释方法，通过宪法解释来回答此类问题的。

### （一）意见表达和事实陈述

#### 1. 意见表达

对于意见的概念，德国宪法学界基本上采取了文义解释的路径，从“意见”（Meinungen）的日常含义出发，对其进行界定。联邦宪法法院认为，意见是个人对于事物、事件、观念或者人物所形成的观点，意见具有很强的主观属性<sup>〔1〕</sup>，它总是能够归属于个

---

〔1〕《联邦宪法法院判决集》第33册，第14页；第90册，第247页。

人，而对某一事物的态度和价值判断构成了意见的基本特征<sup>〔1〕</sup>。意见不分真伪，只有理性和感性、有根据和没有根据、周到和片面的区别。<sup>〔2〕</sup>

《基本法》是否限于保护有价值的意见？回答这个问题的时候，主要采取目的和系统解释的方法。如果视意见自由的目的就是促进公共舆论的形成，为民主制度的运行提供保障，那么对政治生活没有价值的意见就的确不值得保护。然而，从系统解释的角度来看，《基本法》第1条明确将人的尊严规定为最高的价值，而人的表达需要的满足，与人的尊严密切相关。因此，在服务于民主生活之外，意见自由的另外一个目的，就是保障人的表达需求得到满足。<sup>〔3〕</sup>无疑，表达没有价值的意见，也能够满足人在这方面的需求，因此，意见自由不限于保护“有价值”的意见，而是对所有意见表达都提供保护，不对意见进行区分<sup>〔4〕</sup>。换言之，只要是意见的表达，都属于意见自由的保护范围，甚至无论这些意见是否损害他人权利或者对公共利益构成威胁。但是，这并不意味着这些意见表达不受限制。相反，下文还将说明，这些消极因素可以成为对意见自由进行限制的理由。<sup>〔5〕</sup>

## 2. 事实陈述

人们的言论除了意见表达之外，还包括事实陈述即对事件、状况的描述。与意见表达不同，事实陈述的主观属性较弱，它强调有关事实的真实性。<sup>〔6〕</sup>无论陈述者的个人真实意图是什么，事实陈述的外在特征都在于描述客观事实。事实陈述有真实与虚假之分，可

---

〔1〕《联邦宪法法院判决集》第61册，第8页。

〔2〕《联邦宪法法院判决集》第33册，第14页；第90册，第247页。

〔3〕 *Herzog*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar* (Stand: 126. Aktualisierung), Art. 5 Abs. 1, II. Rn. 7, 8.

〔4〕《联邦宪法法院判决集》第30册，第347页。

〔5〕《联邦宪法法院判决集》第61册，第8页。

〔6〕《联邦宪法法院判决集》第90册，第247页。

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



以通过证据被证实或者被证伪。<sup>[1]</sup>

从字面上看,《基本法》第5条第1款第1句只保护意见的表达,而不包括事实陈述。对于事实陈述是否受保护的问题,无法采取文义解释。在实践中,联邦宪法法院是这样回答这一问题的:意见作为价值判断,通常与特定事实紧密相关。事实是价值判断的客体,同时也是价值判断的依据。因此,事实陈述在意见形成过程中起到很大作用。正因为其对意见形成的意义,事实陈述也受到《基本法》第5条第1款第1句的保护。<sup>[2]</sup>由此看来,这种解释大体属于目的解释的范畴,即从意见自由的目的,推导出实现这一目的所依赖的条件也受到保护。

由于不真实的事实陈述对于意见的形成没有任何意义,所以不正确的信息似乎不应当受到保护。然而,事实陈述是否真实,并不是从一开始就确定无疑的,而往往是在动态的交流过程中才明朗化。无论人们如何谨慎,仍然难以绝对避免错误。如果只保护真实性没有任何疑问的事实陈述,而任何错误都导致有关事实陈述不受《基本法》保护,那么自由交流的过程将在很大程度上受到不利影响。人们将出于对制裁的恐惧,过分限制自己的言论而不进行真实的事实陈述。因此,在这个问题上不应当采取事后的视角,即使事后证明为不真实的事实陈述,也归属于意见自由的保护范围之内。只有在当事人明知有关事实不真实而有意撒谎的情况下,或者有关事实陈述在作出之时就明显不真实的情况下,它才不受保护。<sup>[3]</sup>在这个问题上,联邦宪法法院论证的落脚点是自由交流的目的,由此推导出对事实陈述的真实性要求不得过高的结论,因此也采取了目的解释方法。

---

[1] Degenhart, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetze (126. Aktualisierung), Abs. 5 Abs. 1, 2 Rn. 117.

[2] 《联邦宪法法院判决集》第61册,第8页。

[3] 《联邦宪法法院判决集》第61册,第8页;第90册,第249、254页。

## (二) 政治性表达和非政治性表达

### 1. 政治性表达

意见自由保障不同意见和观点之间进行交锋，是民主制度得以运行的前提。<sup>〔1〕</sup>考虑到意见自由这一目的，政治性表达毫无疑问属于意见自由的保护范围。

### 2. 非政治性表达

与政治性言论相比，非政治性言论是否属于意见自由的保护范围，还存在一些疑问。如前所述，德国主流宪法学者对于这一问题的回答，从系统解释的角度结合《基本法》第1条关于人的尊严的规定，得出人的表达需求应当得到保护的结论，在解释《基本法》第5条第1款的时候，再将保护人的表达需求作为意见自由的目的，从而对非政治性表达是否受保护的问题给出了答案。具体论证如下：向他人表达自己的意见，是人的一个根本的需要。<sup>〔2〕</sup>在任何社会，人们相互之间进行的思想 and 感情交流都是不可或缺的。然而，人们之间的交流并不限于政治领域。如果只有政治性言论才受保护，而将非政治领域的表达排除在外，则这种做法不尊重人的基本需要<sup>〔3〕</sup>，实质上意味着个人有维护国家机器正常运行的义务<sup>〔4〕</sup>，而这不符合《基本法》第1条关于人的尊严的规定。换言之，人的尊严条款要求将非政治性言论也纳入意见自由的保护范围。

此外，也有学者指出，非政治性和政治性表达之间也不存在绝对的界限。很多情况下，非政治性言论具有潜在的政治因素。很多不直接属于政治领域的信息，对于政治决策过程也可能产生影

〔1〕《联邦宪法法院判决集》第5册，第205页。

〔2〕 Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar (Stand: 126. Aktualisierung), Art. 5 Abs. I, II. Rn. 54.

〔3〕 同上。

〔4〕 Bethge, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz – Kommentar (3. Aufl.), Art. 5 Rn. 19.

响<sup>〔1〕</sup>，因此非政治性言论也属于意见自由的保护范围<sup>〔2〕</sup>。这种论证指出非政治性和政治性表达之间不可绝对分离，其隐含的逻辑，仍然是政治性表达有利于民主制度运行的功能，属于目的解释。

在经济生活中，广告和抵制呼吁是比较常见的非政治性表达。就广告而言，它通过夸耀产品和服务的方式，促使他人购买有关产品和服务。一般而言，发布广告者追求自身的商业利益。从文义解释的角度来看，《基本法》第5条第1款第1句并没有给行使意见自由所追求的目的设定任何限制；就目的解释而言，广告也和通常的意见表达一样，也能够满足表达的需要及促进公众之间的交流，因此广告也受到意见自由的保护<sup>〔3〕</sup>。

在广告之外，抵制呼吁是经济生活中的另外一种表达形式，其目的是动员他人采取或者不采取一定的行为，对某一商品、服务进行抵制。它对被抵制人可能产生不利后果，这一点对其是否受到意见自由的保护提出了疑问。就其手段而言，呼吁人意图说服他人参与抵制某一商品或者厂商，而说服效应受到该基本权利的保护。<sup>〔4〕</sup>物理暴力、经济压力或者其他强迫手段会使得他人不能够完全自由地作出决定，而意见自由的目的是保障人们自由的、不受暴力影响的交流过程，因此使用强迫手段的意见表达行为不受保护。<sup>〔5〕</sup>所以，采用强制手段的抵制呼吁不属于意见自由的保护范围，而只要不采取强制手段，抵制呼吁也作为意见表达而受到《基本法》第5

---

〔1〕 Hoffmann - Riem, in: AK (2. Aufl.), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 10.

〔2〕 参见 Hoffmann - Riem, in: AK (2. Aufl.), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 22.

〔3〕 Degenhart, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetze (126. Aktualisierung), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 134.

〔4〕 Erichsen, in: Jura 1996, 84, 85; Degenhart, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetze (126. Aktualisierung), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 152.

〔5〕 《联邦宪法法院判决集》第25册，第264、265页；第62册，第244、245页；Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., München 2005, S. 241.

条第1款第1句的保护。<sup>[1]</sup>这种论证,仍然属于目的解释的范畴。

### (三) 意见自由保护的行为

在明确意见自由对于上述各种言论本身提供保护之后,德国宪法学者还通过宪法解释,明确意见自由保护什么行为。

#### 1. 受保护的消极行为

从字面来看,自由就意味着从事或者不从事某种行为的可能性。因此,意见自由也是一项消极自由,国家不得强制任何人进行或重复特定的意见和事实。<sup>[2]</sup>

#### 2. 受保护的积极行为

意见自由的目的,是保证人们能够自由表达和传播意见。因此,意见自由作为积极自由,首先保障人们自由地决定表达具有什么内容的意见,且在这方面不受国家的控制和影响。<sup>[3]</sup>此外,表达方式包括语言、文字以及图画。对于语言、文字和图画的概念,一般进行字面解释,认为语言实质包括录音在内的所有口头表达方式,文字是指用各种具有约定俗成的含义的书面语言符号进行的表达方式,而图画则是指通过形象的直观符号的表达方式。<sup>[4]</sup>相比之下,《魏玛宪法》第118条第1款规定了“语言、文字、印刷品、图画或者其他方式”(Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise)。对于这一差异,德国主流宪法学者立足于制宪史,指出制宪会议并不想对表达方式进行限制,采取了目前的措辞,特别是不

[1] 《联邦宪法法院判决集》第25册,第264、265页;第62册,第244、245页; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Grundgesetz - Kommentar, 5. Aufl., Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 33.

[2] Schmidt - Jotzig, Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 2. Aufl., Heidelberg 2001, § 141 Rn. 27.

[3] Vgl. Wendt, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz - Kommentar, Band I, 5. Aufl., München 2000, Art. 5 Rn. 18.

[4] Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz - Kommentar (Stand: 126. Aktualisierung), Art. 5 Abs. I, II., Rn. 70, 71, 72.

再规定“其他方式”，仅仅是为了行文的简练和流畅。<sup>〔1〕</sup>

此外，意见表达目的不在于表达本身，而在于取得理想的效果，例如要引起公众的注意力。为了达到效果，表达风格起到很大的作用。联邦宪法法院多次强调，意见自由保护各种风格的表达行为。不仅稳重、高雅的意见表达受到保护，夸张的、辩论性质的、挑衅的，以及令人不悦的表达也属于意见自由的保护范围。<sup>〔2〕</sup>因此，表达风格的选择也受到意见自由的保护。除了表达风格以外，为了能够达到一定的效果，适宜的时间和地点往往也起到重大作用。因此，意见自由也保护人们选择进行意见表达的有利时间和地点。<sup>〔3〕</sup>

由此可见，对作为积极自由的意见自由的解释，德国宪法学界主要采取目的解释的方法。

## 二、意见自由的限制

按照《基本法》第5条第2款的规定，意见表达及传播自由受一般性法律规定、青少年保护的法律规定及关于个人名誉的法律规定的限制。宪法解释需要澄清很多相关问题，例如这三个限制依据分别具有什么含义，在意见自由和其他法益发生冲突的时候，究竟应该如何处理。下文将考察德国宪法学者通过什么解释方法来回应这些问题。

### （一）限制意见自由的依据

《基本法》第5条第2款分别规定了一般性法律、青少年保护的律及关于个人名誉的法律构成对意见自由的限制。

其中，一般性法律是指并不以限制意见自由为目的却对意见表

---

〔1〕 Scheuner, VeröffVDSrRL Heft 22, S. 63 u. a.; Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz - Kommentar (Stand: 126. Aktualisierung), Art. 5 Abs. I, II., Rn. 73.

〔2〕 《联邦宪法法院判决集》第54册，第138、139页；第61册，第7、8页。

〔3〕 《联邦宪法法院判决集》第93册，第289页。

达具有影响的法律。例如，交通法上的规定，为了保障交通安全，禁止人们以妨碍交通的方式发表演讲。这并不意味着立法者可以随意通过法律来限制意见自由。相反，按照系统解释的路径，必须结合《基本法》第5条第1款和第2款的规定，即解释一般性法律、青少年保护和个人名誉的法律时，又应当以意见自由为指导。在任何情况下，都应当保障所有领域，特别是公共生活领域的言论自由。<sup>〔1〕</sup>

## （二）意见自由和其他法益之间的权衡

### 1. 权衡的必要性

由此可见，意见自由可能和一般性法律所追求的目的（例如交通安全）、青少年保护和个人名誉产生冲突。在出现冲突的情况下，法官在解释和适用有关法律的时候，必须进行系统解释，在意见自由和与其相冲突的法益之间进行权衡。在意见自由的行使损害更重要的、应当被保护的利益的情况下，则意见自由应当让步。在个案中是否存在这种情况，应当在综合考虑所有相关因素之后予以判断。<sup>〔2〕</sup>因此，意见自由并不具有绝对的优先地位。<sup>〔3〕</sup>

### 2. 已经确立的权衡规则

联邦宪法法院在多年的审判实践中，按照系统解释的方法，已经逐步发展出了一些权衡规则。

在进行权衡的时候，价值判断和事实陈述并不受到同等对待。<sup>〔4〕</sup>其原因是它们的危害性不同。听众一般能够认识到，意见表达作为价值判断只是一种个人观点。听众往往进行自己的价值判断，而不直接接受他人的观点。与此相反，事实陈述表面上都主张有关事实是真实的，而听众往往很难加以鉴别。如果听众不能够亲自对其进

〔1〕《联邦宪法法院判决集》第7册，第208页。

〔2〕《联邦宪法法院判决集》第7册，第209、210页。

〔3〕《联邦宪法法院判决集》第7册，第230页。

〔4〕《联邦宪法法院判决集》第61册，第8页。

行考证，则最后只能选择相信或者不相信有关事实陈述。因为这一原因，事实陈述对于与此相冲突的法益通常具有更大的危害性，有必要对其进行较为严格的限制。<sup>[1]</sup>

就事实陈述而言，只有在有关事实陈述真实的情况下，意见自由原则上才优先于与之相冲突的法益。然而，这方面也存在例外。例如，有关他人私生活的事实陈述，即使是真实的，也不值得保护。此外，违反信任关系取得信息之后予以公布的，意见自由也不优先于受侵害的法益。<sup>[2]</sup>

在价值判断即狭义的意见表达方面，联邦宪法法院也进行了一些区分。首先，《基本法》第1条规定的人的尊严具有绝对性，不可以和其他法益相互权衡。因此，如果有关言论触及人的尊严，则意见自由必须让步。<sup>[3]</sup>这就构成了典型的系统解释，这方面有一些具体案例，例如在一个宪法诉愿中，一份杂志讽刺宪法诉愿人与法官相互勾结，并刊登了一幅漫画。在漫画上，一只猪和一些披着法袍的猪在交配。联邦宪法法院认为，这幅漫画侵犯了人的尊严。<sup>[4]</sup>其次，有关价值判断为“侮辱性言论”(Formalbeleidigung oder Schmähung)的，则名誉保护优先于意见自由。但是，联邦宪法法院对侮辱性言论作了一个很窄的定义。贬低他人、夸大、恶意的批评尚不构成侮辱性言论。只有在有关言论不属于客观讨论，而是以贬低他人为首要目的，而且不提供任何依据的时候，有关言论才构成侮辱性言论。<sup>[5]</sup>在有关言论不涉及人的尊严或者不构成侮辱性言论的情况下，则需要考虑个案中的所有相关情况。例如，意见自由受限制的程度与有关法益受影响的程度应当相当，必须区分有关言论是首次挑起争议，还是对有关言论的回应。主动引发争议的人，应当比

---

[1] Grimm, NJW 1995, 1702.

[2] 《联邦宪法法院判决集》第66册，第139页。

[3] 《联邦宪法法院判决集》第75册，第380页。

[4] 《联邦宪法法院判决集》第75册，第369页以下。

[5] 《联邦宪法法院判决集》第61册，第12页；第82册，第283、284页。

被动卷入争议的人承受更大的限制。<sup>[1]</sup>

### 3. 权衡中的推定规则：公共领域中的意见自由

原则上，意见表达可以分为私人领域或者公共领域的意见表达。前者仅仅追求个人的目的或者经济利益，而后者则涉及公共利益。公共领域的意见表达对于民主体制的运行具有重大作用。如果这个领域的自由交流受到限制，则直接对公共生活产生消极影响，损害公共利益。因此，在意见自由和相冲突的法益之间进行权衡的时候，如果有关意见表达属于公共领域，则推定意见自由优先。<sup>[2]</sup>

## 三、德国意见自由条款解释中运用的解释方法分析

上文按照意见自由条款的内在体系，从保护范围和限制两个方面系统地介绍了德国宪法学界对该条款的解释。在此基础之上，我们可以分别分析文义解释、历史解释、系统解释、目的解释的运用情况。

对于《基本法》第5条第1款、第2款涉及的诸多概念，如意见、语言、文字、图画以及一般性法律，德国宪法学者进行了文义解释。然而，文义解释本身并不能够澄清这两款规定所涉及的很多相关问题，文义解释只构成了解答这些问题的必要而不充分的条件。

历史解释方法也运用于意见自由条款的解释，例如通过考察制宪者在“语言、文字和图画”之后省略“或者其他方式”的原因，即为了行文简练流畅，说明并不是不保护其他方式的意见表达。然而，除此以外，这种解释方法较少被运用。

与历史解释相比，德国学者更为经常地采用系统解释方法。例如，通过考察《基本法》第1条关于人的尊严的规定，得出保护人的表达需求是意见自由的目的之一的结论。就意见自由的限制而

[1] 《联邦宪法法院判决集》第12册，第126页以下；第54册，第138页。

[2] 《联邦宪法法院判决集》第7册，第208页。

言，有关论证基本上都是采取系统解释的方法，例如考虑到人的尊严条款，联邦宪法法院得出意见自由的行使不得侵犯人的尊严的结论；而在不涉及人的尊严的时候，应当考虑《基本法》第5条第1款规定的意见自由、第2款规定的一般性法律所保护的法益、青少年保护以及他人名誉，在相互对立的法益之间进行权衡。这种权衡本身，就是典型的系统解释。

在这三种解释方法之外，意见自由条款的解释最为经常地运用目的解释方法。德国主流学者认为，意见自由具有满足人的表达需求、服务于民主制度运行的两个目的。例如，从第一个目的出发，得出了没有价值的意见、非政治性言论都受到保护的结论；而从第二个目的，则得出了在意见自由和其他法益发生冲突的时候公共领域的言论优先的规则。如果不采用目的解释，诸如此类的重要问题都无法通过其他解释方法得到有说服力的解答。由此可见，文义、历史、系统和目的解释并不相互排斥，而是相互补充，但是在这四种方法之中，目的解释具有特别重要的地位。

#### 四、中德宪法解释现状的比较

我国《宪法》第35条规定的言论自由与德国《基本法》第5条第1款规定的意见自由相对应。从宪法规范本身来看，中国宪法中关于言论自由的规定比《基本法》第5条第1款第1句的规定更为简明扼要。此外，言论自由的限制并不规定在同一个条文中，而是和其他基本权利一样，都受第51条的调整，这一点也与德国《基本法》的规范方式不同。然而，除此以外，很难在中国的言论自由和德国的意见自由之间进行具体的进一步比较。一个重要的原因就是中德宪法解释体制方面存在的差异。在德国，联邦宪法法院在宪法案件中必须先解释《基本法》的相关条款，然后才能够作出判决。在长期的审判实践中，数量庞大的案件提出了各种各样的宪法解释问题。身为公法专家的宪法法官就这些问题作出的宪法解释，使得《基本法》条文的含义越来越具体，在解释过程中，宪法

法官也参考其他宪法学者的观点。同时，德国公法学界也在学理上进行宪法解释，对联邦宪法法院的判决进行评论，因此联邦宪法法院的法官和其他宪法学者共同组成了一个宪法解释的共同体。

中国的宪法解释体制与德国体制存在较大差异。根据我国《宪法》第67条规定，全国人大常委会解释宪法。然而，现实中全国人大常委会并不对《宪法》条文进行细致的解释。而在人民法院是否具有宪法解释权的问题尚未澄清的情况下，法院在审判中很少引用宪法条文。因此，在现实中基本上不存在权威的宪法解释。在德国需要通过联邦宪法法院的宪法解释来解决的问题，在中国不是由全国人大常委会（或者人民法院）的权威宪法解释来处理的，制度上似乎并不存在宪法解释的需求。在这一背景之下，也就难怪严格意义上的、系统的宪法解释基本上还没有成为中国公法学者的研究重点了。其后果，就是既不存在权威的宪法解释，也不存在学理上的宪法解释。在德国已经有相应明确答案的下列问题，就我国《宪法》第35条规定的言论自由而言，尚未得到回答：受保护的言论是否仅仅限于政治言论？如果非政治言论也受保护，这两种言论的宪法保护是否有所不同？经济广告是否作为一种非政治言论而受保护？上当受骗的消费者是否可以呼吁公众抵制商品和服务？谎言、谣言是否受保护？言论自由保护什么消极和积极行为？《宪法》第51条给言论自由设定的界限究竟在何处？

对于中国宪法解释的体制，很多学者都持批评态度。改革该体制的方案林林总总，包括由最高人民法院在个案中解释宪法，建立与全国人大常委会平行的宪法委员会，以及设立中国的宪法法院。公法学界的一个任务是对不同方案的优缺点进行深入研究和比较，为政治决策提供参考。另外一个或许更为重要的任务，是在改革现有体制之前，提前在学理上进行宪法解释，促进学术界和社会公众在宪法理解上达成共识。这一任务的重要性，体现在以下两个方面：

首先，有说服力的、成熟的宪法学理解释能够为未来的权威解

释打下基础，否则将来的宪法解释机关仍然只能从零开始，而不能能够在已有共识的基础上进行论证，使其权威解释具有一定的说服力。这不利于学术界和公众认同和接受权威宪法解释，最终可能导致新的宪法解释体制达不到理想效果。

其次，在宪法解释体制改革之前的今天，宪法解释在社会生活中已经具有重要意义。虽然宪法尚不能像法律一样在司法诉讼中发挥能够被切身感受到的效力，但人们还是越来越频繁地以宪法作为评判事物的标尺。在公共话题的讨论中，宪法是政治正确的重要话语。《物权法草案》的反对者搬出《宪法》，指称该草案违宪，在社会上引起了很大争议，这充分说明了宪法在公众心目中的地位。在社会大众总体上逐渐改变对宪法认识的时候，部分群体尤其重视宪法。在经济生活中，有关宪法条款经过历次修改之后，非公有制经济在宪法上的正当性已经确立起来，这就使得宪法在非公有制经济群体中具有崇高的威望。在这种情况下，公共生活中实际上已经产生了对宪法解释的需求。宪法的学理解释正好能够迎合这一需求，同时又有利于增强人们的宪法意识和促进守宪习惯的培养。

## 五、比较宪法在宪法解释中的功能

明确了宪法学解释的重要性之后，马上出现了如何解释宪法的课题。宪法的解释，原则上和法律解释一样，主要采取文义解释、系统解释、历史解释和目的解释四个方法。那么，比较宪法在这方面能够发挥什么作用呢？下面着眼于德国学者对于《基本法》第5条第1款第1句前半句以及第2款的解释，考察比较宪法在我国宪法解释中可能具有的功能。

### （一）比较宪法有助于发现问题

一般而言，宪法解释都是针对具体问题进行的。抽象的、脱离实际生活的宪法解释没有太大的实际意义，也难以操作。然而，如前所述，中国宪法原则上不进入司法诉讼，所以法院没有必要在个案中解释宪法。在这种情况下，我国宪法的解释可以参考国外发生