

憲法學講義

(第二版)

林來梵 著

法律出版社



新世纪优秀人才支持计划资助  
国家精品课程课堂讲授实录

# 宪法学讲义

(第二版)

林来梵 著

法律出版社



## 图书在版编目(CIP)数据

宪法学讲义 / 林来梵著. —2 版. —北京: 法律出版社, 2015. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7712 - 3

I. ①宪… II. ①林… III. ①宪法学—中国—高等学校—教学参考资料 IV. ①D921.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 060432 号

宪法学讲义(第二版)

林来梵 著

责任编辑 高山  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 4 月第 2 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杨昆玲

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 29 字数 372 千

印次 2015 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

---

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7712 - 3

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



## 林来梵

福建省福州人，法学博士；清华大学法学院教授、博士生导师，清华大学法学院公法研究中心主任，清华大学精品课程《宪法学》课程主持人，并任中国宪法学研究会副会长等职；主要研究宪法学理论、人权规范理论等领域，兼涉法理学、比较法学的部分领域；代表性著作有《从宪法规范到规范宪法》、《宪法学讲义》、《宪法审查的原理与技术》（编）、《剩余的断想》、《文人法学》等。



## 第二版序

对于一部书而言,时光所能给予的最好待遇,就是再版。拙著自2011年8月刊行以来,承蒙诸多读者的垂注和厚爱,迄今已历四刷,但书中亦有不少缺憾。每念及此,多有惶恐。此度,获得责任编辑高山先生的惠允与建议,有机会对它进行全面修订,实为一大幸事。

著作的修订,当如一场思考的翻耕。这一版,除了在各章之中适当增加了一些新的内容之外,主要是调整了原书的体系,将其第二编《国法秩序的纲领》改定为《国家组织》,同时将《国家机构》一章扩展为两章,一并纳入此编,从而大大充实了有关国家组织方面的内容,使体系中各部分的论述趋于合理平衡,由此弥补了第一版的一个缺陷。此外,还补设了第四编《宪法保障》,专门论述宪法的实施与保障,突出了这一内容的重要性。经过修订,全书的内容已有较大的变动,但仍保留了原书的那种“讲义录”的体裁与风格。

修订之际,还维护了原书所追求的两个目标:一是在宪法学之中理直气壮地引入了法学固有的思考方法,即规范法学的方法,而尽力去除那些空洞的政治话语,尤其是大话、套话与假话。但是,从规范宪法学的立场出发,我所做的主要是去政治话语化,并最大限度地避免将任何特定的政治利益或政治信念作为学术思考或学术表达的预设前提而非研究对象上的“去政治化”,相反,本书更加重视对政治现象的规范考量。二是考虑到本书毕竟是面向法科初学者的一部讲义,又兼具宪法启蒙读物的性质,为



此在表述方面尽量做到深入浅出、生动有趣,真正具有可读性。

本书第一版中多次提及的博士生白斌君,如今已成长为一位青年宪法学者了。最近读到他的一本新著,其中的一句话是:“宪法学是有祖国的。”善哉斯言!记得我国法学前辈蔡枢衡先生早在1947年就曾指出:“今日中国法学之总体,直为一幅次殖民地风景图:在法哲学方面,留美学成回国者,例有一套 Pound 学说之转播;出身法国者,必对 Duguit 之学说服膺拳拳;德国回来者,则于新康德派之 Stammler 法哲学五体投地。”其实,在当今中国法学理论中,这副“风景图”又已复现久矣,宪法学界亦然。在课堂上,许多学者谈及外国宪法时便眉飞色舞,一旦回到中国宪法的理论问题,则多黯然失色。

有鉴于此,此书的这次修订还特意重视了第三个目标,即进一步确立中国主体立场,修复中国问题意识,努力推动宪法学理论的中国化。为此,尽管书中不少地方谈到了外国宪法或比较宪法学的知识,但总体上已在有意识地挥别那种“次殖民地风景图”了。

全书修订虽经笔者亲手完成,但也要感谢那些为整理课堂录音、校对书稿文字付出辛勤劳作的数位清华大学的同学,他们是晏翀、马东飞、赵岩和李响。其中,晏翀同学为相关工作的筹划、组织与实际运作付出了尤多的心血。同时,法律出版社及高山先生也为此书的出版颇费神思。并此致铭,以表谢忱!

学问的欢愉与艰辛,如鱼饮水,冷暖自知。此时,乘兴翻出二十多年前的一首诗作,改写其中的两行,用以收束本序:

我将犁向一片冬天的思想里  
它的废墟形形色色

林来梵

2014年12月20日夜

## 第一版序\*

近年来,用心从事本科教学,受益良多。2008年和2009年这两个年度,其时本人尚在浙大(光华)法学院任教,先后皆于当年春季学期承担本科《宪法学》课程的教学任务。承蒙学校为该课程聘任的助教白斌(现执教于中央财经大学法学院)等多位研究生诸君的热心支持,讲授内容得以一一录音下来,并由他们整理成一份书稿。恰逢2008年起该课程被评定为国家精品课程,在同学们的鼓励下,便萌发将此稿校订之后予以出版之意,借以作为国家精品课程建设项目的一项成果,亦俾便与国内同行切磋交流。然此后因本人工作调动之故,原稿的订正未能一气呵成,付梓的计划更被延宕至今。但在断断续续的修订过程中,还进一步吸收了2009年秋季学期本人调到清华大学法学院之后为本科生讲授此课的一些内容,终于形成了本书现在的全貌。

叹中国立宪,迄今已历漫漫百年,却因种种缘由,使作为学问的宪法学之发展,一波三折,备尝艰辛,即使到了如今,仍然可谓是一门最难研究的学科。而且从某种意义而言,中国的宪法学,也是一门最容易使人肤浅的学问。许多在其他研究领域中颇有建树、甚或负有盛名的学者,一旦在涉及中国宪制问题上展开学术言说,便十有八九难逃典型的所谓“法学幼稚病”之嫌。鉴于此,本人从教虽也有一定年头,却踌躇再

\* 原本序即原来的《写在前面》。——作者注



三,一直未敢贸然独立撰写或主编本科的宪法学教材,平时教学,就选用我国老一辈著名宪法学家许崇德先生主编的《宪法》(21世纪法学系列教材),但从国家精品课程建设项目的要求而言,这毕竟属于一种不足。

呈现于读者诸君面前的这本读物,虽然不是严格意义上的一部教材,但它的问世,或许可以聊补上述的缺憾。诚然,它所反映的教学过程,是基于别人主编的教材展开的,但本人原本也参与了这部教材的撰写工作,而且,在独立的教学过程中,针对教材中那些不能苟同的描述或见解,也会作出一些澄清或讨论,并借此引导学生作批判性的学术思考,此外,对于一些本身就存有重大争议的问题,也会尝试提出并初步论证自己的学术见解。为此可以说,本书或多或少地也反映了自己对宪法学所作出的“体系化思考”。也正因如此,将书名定为《宪法学讲义》。此外,作为一部“现场实录讲稿”,本书也以一种活泼的方式,记录了自己在课堂上挥洒的性情。为此诚望通过它,能为莘莘学子以及其他具有知性的读者,就宪法学这样一门似乎是严肃的学科,提供一册轻松的、具有一定“临场感”的启蒙读物。

最终成书之际,还当特别感谢当年为现场录音和文字整理付出了辛勤劳作的诸君;他们的名字是:白斌、吴耀俊、王群、陈诚、廖珍珠、骆正言、朱玉霞、陈运生、姚夏军、董旭峰(按照所负责内容的先后顺序排列)。尤其是白斌君,还为此书的筹划、组织以及全稿的初校,付出了较多心血。

现付梓之际,仍有迟疑。是的,随着近年来研究生教育的大力发展,对于大学教师而言,本科教学已属于低层次的教学工作了,但其实,有经验者均能体悟到,它恰恰要求更高超的授课艺术。更何况,在当今中国各大学的法学院系中,本科《宪法学》的课程大多开设在一年级的第一或第二学期,与几乎同时开课的《法学导读》或《法理学》等课程分担着“基础课”的功能,甚至在一定程度上,也成为法科专业学习的入门津梁。为此,面对嗷嗷待哺的新生,如何以生动活泼、通俗易懂的表达方式,将宪法学的教学内容深入浅出地讲清、讲通、讲透,对授课教师而言,乃是一项极大

的挑战。

自知与上述的要求仍相去甚远,为此不胜惶恐。且由于本书成稿过程的特殊性和复杂性,虽经认真订正,但纰误之处仍在所难免,伏望读者诸君以及其他大方之家予以教正。

林来梵

2011年3月于清华园

# 目 录

第二版序 001

第一版序 001

绪 论 001

## 第一编 宪法总论 031

第一章 宪法的概念与本质 035

第二章 宪法的分类与结构 063

第三章 宪法的制定与修改 095

第四章 宪法的解释与适用 124

## 第二编 国家组织 155

第五章 国家及其正当性 158

第六章 国家类型学:国体与政体 187

第七章 国家机构原理 223

第八章 国家机构体系 251

## 第三编 基本权利 273

第九章 基本权利及其类型 275

第十章 基本权利的保障及其规范效力 317

第十一章 基本权利各论 350

第四编 宪法保障 403

第十二章 宪法实施与违宪审查 405

附录 437

一、法科初学者《宪法学》课程精选推荐书目 439

二、《宪法学》课程进阶学习推荐书目 441



## 目 录

第二版序 001

第一版序 001

绪 论 001

一、学科名称：“宪法”还是“宪法学”？ 013

二、宪法学的研究对象 014

三、宪法学的学科体系 021

四、宪法学的研究方法 027

### 第一编 宪法总论

第一章 宪法的概念与本质 035

一、宪法的多义性 035

二、被戒备的概念：宪政 043

三、宪法的属性：宪法是“公法”吗？ 049

四、宪法的地位：宪法是母法吗？ 051

五、宪法的本质：宪法究竟是什么？ 057

第二章 宪法的分类与结构 063

一、宪法的分类 063

(一)传统的分类学说	064
(二)现代的宪法分类	067
二、宪法的结构	071
(一)宪法存在形式的结构:宪法渊源	071
(二)宪法典的一般结构	082
(三)宪法规范及其结构	087
第三章 宪法的制定与修改	095
一、宪法的制定	095
(一)有关宪法制定的理论:宪法制定权力论	095
(二)宪法制定的历史掠影	104
二、宪法的修改	115
(一)概述	115
(二)宪法修改的界限	117
(三)宪法修改的形式	119
(四)宪法修改的程序	122
第四章 宪法的解释与适用	124
一、宪法解释的含义	125
二、宪法解释的功能	139
三、宪法解释的分类	140
四、宪法解释的原则	144
五、宪法解释与宪法适用	146
(一)何谓宪法适用?	146
(二)宪法解释和宪法适用的关系	147
(三)宪法司法适用的条件	148
六、我国的宪法解释与宪法适用	149
(一)我国的宪法解释	149
(二)我国的宪法适用	150

**第二编 国家组织**

**第五章 国家及其正当性 158**

一、国家究竟是什么? 158

二、几种经典的国家观 159

(一) 政治学的国家观 159

(二) 哲学的国家观 161

(三) 近代政治哲学的国家观 161

(四) 社会学的国家观 164

(五) 政治经济学的国家观 165

(六) 法学的国家观 166

三、中国的国家观 170

(一) 中国古代的国家观 170

(二) 中国现代的国家观 173

(三) 国家观的困境 174

四、国家观之反思: 宪法学的立场 176

(一) 法学国家观极为不足 176

(二) 阶级国家论忽视了正当性要素 176

(三) 国家统合的原理: 国家三要素说的盲点 181

**第六章 国家类型学: 国体与政体 187**

一、国家类型学的源流 187

(一) 政治哲学的经典分类 188

(二) 一般国家学的经典分类 190

(三) 法学的经典分类 191

二、从国体到国家性质 194

(一) 国家性质与国家本质 194

(二) 国体概念的源流	195
(三) 我国现行宪法中的国体条款	196
三、从政体到国家形态	204
(一) 国家权力组织形态	205
(二) 国家结合形态	213
(三) 国家象征形态	222
第七章 国家机构原理	223
一、国家机构的基础理论	224
(一) 国家机构的定义	224
(二) 国家机构的原理	225
二、民主集中制的理论基础	239
(一) 主权原理与代表制原理	239
(二) 党的领导与国家机构的关系	247
第八章 国家机构体系	251
一、国家机构的职能与地位	251
(一) 国家机构的职能	251
(二) 国家机构的宪法地位	253
二、各机关概况	253
(一) 全国人民代表大会	254
(二) 国家主席	258
(三) 国务院	260
(四) 中央军事委员会	260
(五) 地方各级人大和地方各级人民政府	262
(六) 民族自治地方的自治机关	262
(七) 人民法院和人民检察院	262
三、各机关之间的关系:案例分析	264
(一) 黑龙江恢复强制婚检事件	264

- (二) 李慧娟法官事件 267
- (三) 法院工作报告未获人大通过事件 270

### 第三编 基本权利

#### 第九章 基本权利及其类型 275

- 一、宪法与基本权利 275
  - (一) 基本权利的内涵 275
  - (二) 基本权利的(基本)性质 281
  - (三) 基本权利的享有主体 286
- 二、基本权利的类型 293
  - (一) 学理分类 294
  - (二) 解释学意义上的分类 308

#### 第十章 基本权利的保障及其规范效力 317

- 一、基本权利的保障与限制 317
  - (一) 基本权利的保障 317
  - (二) 基本权利的限制 325
- 二、人权规范的效力范围 340
  - (一) 传统上:无效力原理 341
  - (二) 现代宪法下:有效力原理 344
  - (三) 中国的问题 347

#### 第十一章 基本权利各论 350

- 一、平等权 351
  - (一) 如何理解平等权? 356
  - (二) 两种“平等”原理 358
  - (三) 法律适用上的平等与法律内容上的平等 362
  - (四) 平等与合理差别 364



- (五) 案例分析 368
- 二、政治权利 371
- 三、精神·文化活动的自由 373
  - (一) 精神·文化活动自由概述 373
  - (二) 我国精神自由的保护状况 375
  - (三) 案例分析 376
- 四、人身自由与人格尊严 386
  - (一) 人身自由 386
  - (二) 人格尊严 387
- 五、社会经济权利 389
  - (一) 社会经济权利的种类 389
  - (二) 私有财产权 391
  - (三) 生存权 392
  - (四) 受教育权 395
- 六、获得权利救济的权利 397
  - (一) 裁判请求权 398
  - (二) 监督权与权利救济权 399

#### 第四编 宪法保障

- 第十二章 宪法实施与违宪审查 405
  - 一、宪法的实施 406
    - (一) 有关宪法实施 406
    - (二) 中国转型期宪法的实施形态 406
  - 二、宪法的保障 409
    - (一) 宪法保障之概述 409
    - (二) 违宪审查:最重要的宪法保障制度 411
    - (三) 我国的违宪审查制 428

附 录

一、法科初学者《宪法学》课程精选推荐书目 439

二、《宪法学》课程进阶学习推荐书目 441

## 绪 论

昨夜的那场秋雨,洗刷了我们迈向宪法的道路。

今天,我们就要开始一起学习这门学问。

说起学问,大家可能会想起民国时期,清华大学有一位著名的大教授,叫王国维,他曾经说过的这样的话:“古今之成大事业、大学问者,必经过三种之境界。”第一种境界是:“昨夜西风凋碧树。独上高楼,望尽天涯路。”第二种境界是:“衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴。”第三种境界则是:“众里寻他千百度,蓦然回首,那人却在灯火阑珊处。”显然,这三种境界是依次递进的,但前一种境界又是后一种境界的基础。

不过,请大家注意的是,王国维所认定的第一个境界,不是“衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴”,而是“独上高楼,望尽天涯路”。正如有人指出的那样,在这里,王国维是有深意的。也就是说,“你付出很多努力你就会成功”这样的推论只是一般人的推论。这个想法还是太甜美了,跟午后的点心一样甜美,甜美到有害健康。真正的道理是:你得能够先“独上高楼,望尽天涯路”,否则你注定走不远,甚至白忙活。质言之,“衣带渐宽终不悔”是必要的,但仅此也可能不会成功,只会收到减肥的效果而已。

诸君选择法学专业,这是很好的。但环顾整个法学内部的各门学科,宪法学这门学科虽然颇为冷门,不过它为你提供了一个“高楼”,可以让你去攀登,去“望尽天涯路”。而之所以“冷门”,也是因为“西风”给吹的。我不知道昨夜吹的是否正是西风,但是我们肯定昨夜正有秋雨,也可谓昨

夜秋雨凋碧树,今天我们要独上宪法学的高楼,望尽天涯路。

王国维先生所说“独上高楼”的“独”字,内涵也很丰富。在他去世后,清华大学的另一位国学大师陈寅恪先生专门写了纪念碑铭,被刻在一块石碑上,如今还树在清华园里,其中提炼出了“独立之精神、自由之思想”。这一学术精神。有空你们可以去找到它,认真读一读。“独上高楼”的“独”字,可以理解为一种“独立之精神”,至少可以理解为一种孤独。

说到孤独,你们现在在济一堂、兴致勃勃地凑在一块听课,是感觉不到的,但其实你们在面对宪法学这门学问的时候,注定是孤独的。是的,要让一个人喜欢宪法学,尤其是让年轻的孩子们喜欢宪法学,是很不容易的,也是有点残忍的。特别是当你们面对宪法学的法条的时候,让你们喜欢宪法学是非常残忍的。可是,你们必须重视它们。下面要说一句非常俗套的话:你们来到清华,其他学校的学生可以不重视宪法学,清华的学生必须重视宪法学。因为一个国家,总是需要一些大学重视宪法学。比如美国至少就有一个大学是非常重视宪法学的,这个大学就是耶鲁大学。耶鲁大学法学院里面,老师不多,但大部分的教授都声称自己研究宪法学;耶鲁大学法学院也盛产宪法学专业的学生,甚至从事与宪法有关的实务工作,比如当总统。反观当今中国,宪法学往往不被作为如此重要的一个学科。但是,作为一个有担当的大学,我们清华大学应该重视宪法学。为此你们也必须好好学习这门课程,未来才能对国家、对社会有所担当。

好,以上这些闲话我们先按下不表,我们要开始上课了。

说到宪法,大家可能都对它有一些印象。印象往往从宪法的文本开始。这就是宪法的一种表象,或说是宪法的封皮。下图中,第一个是中华人民共和国的宪法,印刷出来的封皮都是红色的。第二个是美国宪法,是1787年在美国费城制定签署的,是写在羊皮纸上的一部非常简要的宪法,只有七个条文。第三个是战后西德制定的基本法。德语叫 Grundgesetz,缩写为 GG。东西德统一之后,这部宪法仍然在适用。世界上大部分国家都有一部宪法。其中一些国家是具有代表性的。这三个国家在我们看来就具有一定的代表性。



图1 宪法的印象

宪法管什么用呢？从国事到民生都可能涉及宪法问题。问题只是在于，你是否从宪法的角度去看这些问题、去解决这些问题而已。既然宪法管的问题这么宽，那我们可以这样说：在法学内部各学科之中，如果你要“齐家”，就要靠民商法。据说在中国，很多学生选择法学这个专业，都是受到了父母或者中学老师的鼓励，说学法学可以挣钱；其路线图就是：学法学、当律师、挣大钱、买大屋、娶美女——或者是嫁帅哥。这就是“齐家”了。确实，民商法专业较为可能给你们带来财富，而且带来相当的财富，如果你能够成功的话。当然，得来这个财富也很不容易。有时候，你想通过当律师获得财富，在某种意义上，你可能要承受多种的考验，经过重重的煎熬，甚至要走过相当屈辱的道路。比如在当今中国，有些情形就是这样的。为什么呢？因为在中国，有一些问题没有解决。比如说司法制度存在一些问题没有解决。而这些问题，就属于宪法问题。学民商法还解决不了这些制度上的问题，或者说无法从根本上解决制度问题。因为制度问题，要靠宪法来解决。所以你要“治国平天下”，最终靠的还是宪法。甚至你要让民商法真的能够齐家而不付出屈辱的代价，也是需要靠宪法的。这就是宪法管什么用的一个抽象的说法。

当然,说宪法学是一门“治国平天下”的学问,多半只是针对个人的志业与使命而言的,属于“劝学篇”中的教喻。而我们中国人究竟是如何看待宪法的呢?也就是说中国人的宪法观是如何的?这就要从近代讲起了。

中国人对宪法真正开始有感觉,应该是在甲午中日战争之后的事了。这个战争刚好过去两个甲子年一百二十年。如今,我们把9月18日定为国耻日。其实在我看来,真正的国耻日是9月17日。120年前的这一天,中国人在鸭绿江口被日本人打了一个败仗,是甲午战争开端的一仗,史称“大东沟之役”。根据清华大学民国时著名的历史学家蒋廷黻的说法,这一仗决定了中日两国此后在亚洲的地位,真正属于一决雌雄的战争。在这场战争过程当中,中国人在军备上本来处于一定优势。当时北洋水师的军事力量超过了日本,大清国的海军力量居世界第七位,日本的海军力量仅居世界第十一位。但这第一仗,中国人打输了。打输的原因是复杂的,2014年有大量的文章、著作、电视节目来分析这一点。打输这一仗之后,中国人才开始有点醒悟,出现了变法维新运动。其实在这之前,中国人已经打输了鸦片战争。在反复和西方的较量当中,我们感到自己缺的是坚船利炮,是军事实力。因此就进入了洋务运动。在洋务运动过程当中,我们中国人一时没有赶上西方的科技,因此当时中国人就向西方人购买先进武器。比如说北洋水师当时很多军舰都是从英国、德国买过来的。但是,洋务运动的成果仍然在甲午海战中不堪一击。原因是什么呢?这个时候,人们开始反应过来,推断是中国的政治制度出了问题,于是出现了维新变法,提出了“开议院、定宪法”这样的口号。大家都知道,“公车上书”解决的就是这个问题。但是这个变法维新运动失败了。

从1904年到1905年,日本人和俄国人在中国土地上打了一仗。结果日本打赢了。当时,日本已经是一个立宪国家了。日本在1889年制定了一部宪法,叫做“大日本帝国宪法”,又叫“明治宪法”。这部宪法是亚洲第一部成文宪法。日本由此进入了一个立宪主义时代。当然这个立宪主义是有限的。现代日本学者把它叫做“外见性立宪主义”,即表面上是



立宪主义,在一定意义上仍然是专制主义。可是日本人在这个宪法之下,确立了天皇的权威。在当时,日本人运气也比较好,刚好碰见一个年轻有为的天皇。此人就是明治天皇。明治天皇早年失父,14岁不得不登基,在周边大臣的辅佐之下成为一个有为的天皇。时代给予他这样一个机遇。当时中国的皇帝是光绪,身体不太好,而且被一个老太太控制住,手中没有足够的权力。

在这里我们可以顺便思考一个问题:一个国家在推动重大的政治体制改革或者经济体制的改革时需不需要一定程度的权力集中?这是一个政治学的问题,也是宪法学的问题,但不要急于回答哟!这个问题要经过深思熟虑。你们现在可以思考。反正有人认为,当经济体制改革和政治体制改革推动到高峰的时候,如果没有一个强大的权力,是不可能的。据说当年日本的伊藤博文来到中国,参见中国的皇帝,光绪非常激动,就跟伊藤博文当场讨论起中国是否可以立宪这样的问题。慈禧太后就坐在后边垂帘听政,当然很不高兴。伊藤博文这个人,在日本是一个很有为的政治家,跟俾斯麦有的一拼,都是铁血宰相,当时中国没有铁血宰相,比较有为的政治家是李鸿章。李鸿章这个人很狡猾。他曾经在访问德国时见到俾斯麦,就跟俾斯麦说:“我今天见到阁下非常荣幸,有人说我就是中国的俾斯麦。”俾斯麦这个人还是有点幽默感的,人家马上回了一句:“呵呵,我倒没听说过有人说我是德国的李鸿章呐。”这句话说得太厉害了,但却是真的。中国当时并没有一个强有力的辅佐大臣帮助光绪,光绪实际上受到很多牵制。这一切,当年的伊藤博文全部看在眼里。所以当光绪问伊藤博文中国是否可以推行宪政的时候,伊藤博文的回答是非常狡猾的。因为他完全知道,中国这个变法维新、宪政运动注定要失败,原因是光绪手中没有足够的权力,而且光绪身边也没有像伊藤博文、俾斯麦这样的大臣辅佐他。果然不出所料,这场变法维新最后又失败了。

当时清廷也付出了一定的努力,于1906年宣布预备仿行立宪,接下去1908年甚至颁布钦定宪法大纲。当时已经叫人在起草宪法。谁在起草呢?主要是两个人:李家驹和汪荣宝。如果你们有兴趣可以去看《汪荣

宝日记》，里面写的汪荣宝当时已经在起草宪法了。但在这个宪法草案即将完成的时候，辛亥革命爆发了。这是一场失败的预备仿行立宪运动。法学界有人推断当时清廷主要是假情假意，不是真的准备实行宪政。但是根据我综合的中国人以及日本人的研究资料，如果说清廷当时只是欺骗，那是不对的。实际上清廷是半推半就，想实行这个宪政，它也想把宪法作为自己的救命稻草。尤其是相当一部分人，包括慈禧太后，意识到亟需制定一部宪法来拢聚民心、改善政局，使满清朝廷能够延命下去。但是，它不想走得太远，不想把权力和利益彻底地交出去。也就是说，当时的中国朝野上下都把宪法作为一种神器来看待，认为只要制定一部宪法，就能解决许多问题。这是他们的一个心思。但是清末预备立宪，仅仅被作为清廷延命之策，这倒是真的，统治阶级首先考虑的不是制定出一部宪法推行宪政，而是考虑通过立宪来延长自己的生命。

到了民国，立宪之路又是非常曲折的。这样一段历史，鲁迅有个诗句说的好：“城头变幻大王旗。”这个大王旗就类似宪法，民国时期中国人起草了许多宪法的草案。但是，大部分都流产了。整个民国时期，真正的宪法只有两部。一部是1923年这部宪法。大家都知道，1923年宪法是中国历史上第一部正式的宪法，叫《中华民国宪法》。可是，因为曹锟贿选，它名声不好，被称为“贿选宪法”，马上被废除了。还有一部比较正式的宪法是1947年的宪法。当它制定的时候，中国共产党，即当时的中国第二大党，就不接受。而且当时的中国共产党是拥有相当军事力量的政党。这不是一件小事，不接受那不得了。国共内战马上开打。因此这部宪法马上也被冻结起来。民国时期的立宪过程也非常曲折。

到了新中国，宪法是被制定出来了。我们制定了几部宪法呢？真正制定出来的宪法只有一部。为什么我们这么说？以后我们会讲到。从这一部宪法我们就可以看出，在新中国，尤其是最初的时候。1954年宪法，在某种意义上可以说，它只是新政权合法性的一个认定书。把宪法作为政权合法性的认定书，这是中国人一种特殊的智慧。迄今这种观念在一定程度上仍然存在。它使宪法学研究对象越来越趋于复杂化。但是它是

当今中国人对于宪法的一种观念。

然而另一方面,随着时代的发展,情形并不像20世纪50年代那样了。现在它也成为人民手中的法宝。或者说在一定意义上,出现了民国时期人们所期待的那种盛况,就是宪法成为人民的甲冑。民国时期有一句话,我觉得最为生动。就是把宪法看成是“人民之甲冑”,是用来保护人民的盔甲。这种情况在当今中国慢慢开始出现。但这时不是作为“甲冑”出现的,而是作为人民的“咒符”出现的。比如2007年重庆发生了一个“钉子户”的案件。我在给大家提供的五十多个宪法教学案例当中就有这个案件。在这个案子当中,就体现了人民把宪法作为保护自己的一种对抗公权力的“咒符”来加以使用这样的一种情形。当事人吴苹女士在政府大规模拆迁当中坚守自己的房屋,并且用宪法跟政府进行交涉,使得政府最后给足了补偿,最后呢,她才同意拆迁。这个案件,在当时的中国引起广泛的关注,确实在某种意义上来说,体现了中国宪法发展的一种新的趋势,这就是:宪法不再仅仅是政权合法性的确认书,宪法也开始慢慢地在被普通民众所使用,用来保护自己合法的权益,也就是保护自己宪法上所规定的基本的权利。这个可能成为中国宪法的一种新的发展方向。在这个意义上来说,宪法在当今中国,已经逐渐走出了自清末以来中国立宪主义的悲情的历史,迈向新的前景。

可是在当今中国,宪法是否真的有用呢?关于这一点,争议还比较大。但从这些争议当中,我们可以体悟到国人的心声,体悟到中国人对于宪法的一种期待。这可能是我们立宪主义进步的动力。

中国宪法发展的趋势是什么?我们可以从学术上作出这样一个判断:它慢慢地从国家政权合法性的认定书逐渐地发展为权利的保障书。一个政府诞生了,确实需要一种东西去确认它是合法的。宪法就是这样一个证书,就好像国家的“营业执照”一样,毛主席就曾把宪法比喻为“国家的总章程”。如果把一个国家看成一个公司,把一个营业执照给你,你这个公司就可以合法经营。一个政权诞生了,一个新中国诞生了,同样也需要一个合法性的认定书,那么这个可以说就是宪法。但是你把这宪

法装裱起来,悬挂在那边,束之高阁,老是不用,仅作为图腾膜拜,这是不好的。这不能满足人民的需求,也不符合时代发展的规律。当今中国有一股力量,随着改革开放,社会主义市场经济的发展,随着社会的不断进步,推动着宪法往一个方向发展,就是使宪法成为人民权利的保障书。中国目前,宪法真的在往这个方向发展。而从学理上说,如果一部宪法真的能够成为人民权利的保障书,那么这部宪法就恰恰可以更有效地证明一个政权的合法性。这是由于,宪法本身就要求国家要最大限度地维护和保障人民的基本权利,为此只有做到了这一点,这个国家和政府的存在才具有正当性。只要这个历史发展进程没有被打断,我们完全有信心看到宪法未来美好的发展前景。

以上我们讲的是有关宪法的初步印象。接下来我们要进入导言课的另一个阶段,就是课程简介。

宪法学这个课程,可能大家已经有所了解。我们学法学,在任何一个大学里,都有教育部认定的16门核心课程。16门核心当中又有核心,我们清华确定了8门这样的核心课程。在清华大学,宪法学这门课,不仅在教育部所确认的16门核心课程之中,它也在8门核心之核心的课程当中。同时,我所教授的宪法学这门课程是清华大学2012年起所认定的精品课程。这归功于大家的努力,包括历届同学的互动与参与,希望大家继续参与这门课程的建设。我们的学时是48学时。我们的讲课方式,是讲授与讨论相结合。但因为课堂中人数如此之多,所以,平时以我讲授为主,辅以一些提问和讨论,包括网络学堂以及其他第二课堂上的研讨。

谈到教师简介,这就比较简单了。今年就我一个人负责讲授。我的名字叫林来梵。这个名字会产生一些误解。乍一听,还以为这是一个佛门中人的名字,或者是迟早要出家的人的名字。其实非也。我还有个别号称作“梵夫俗子”,这是因为办了一个法律博客,名之为“梵夫俗子”,后来大家都索性称呼为“梵夫俗子”,我也欣然接受,而且越来越喜欢这个名字了。这个博客里面有一些和同学们进行交流的小文章以及一些教学资料,大家有兴趣的话可以上去浏览,也可以就感兴趣的问题发言交流。我

的星座是白羊座,据人家评论稍微有些“孤高”,呵呵,只是稍稍清高一点,但自己觉得人还是相当温和的,诸君大可不必害怕。

下面我们来推荐一些教材及参考文献。

我们第一推荐的教材,重点推荐的教材,就是宪法学编写组所写的《宪法学》。它属于马克思主义理论研究和建设工程重点教材,是高等教育出版社和人民出版社2011年出版的。为什么要推荐这个教材呢?原因当然不仅仅是因为我也参与了这部教材的编写,是14位编写者之一。虽然我参与编写的宪法学教材不少,但为何选择这一部呢?很多同学说,林老师估计受到了马克思主义的深刻影响。是的,马克思主义课程我学得很多。在早年留学期间,我仍然师从马克思主义者。但是,我对马克思主义教材也保持一定审慎的态度,不过尽管如此,我仍然要推荐这本教材。因为这本教材有一个好处,即它是错误最少的一本宪法学教材。它虽然写得不够深入,但错误最少。我个人觉得,宪法学教材写得深入不深入,是一件事情。这个事情可以克服。在课堂里面就可以克服。但是最好不要发生错误,存在硬伤。而根据我的判断这本教材是硬伤最少的教材,因此从某种意义上来说它是最正确的教材。当然其中也包括“政治正确”。它是由已故的宪法学家许崇德教授主编的。许崇德先生是一位德高望重的宪法学前辈,我平时尊敬地称他为“许老师”。我们在投影里可以看到他老人家的照片。许老师今年刚刚去世,这个老师非常权威,是新中国最权威的宪法学家之一。他编的书是非常可靠的。一般而言,我们说,爱惜自己名声的学者写的东西都比较可靠。这可以成为大家选择图书的标准。如果某个人不爱惜自己的名声,甚至说自己不喜欢成名,那么一般而言,这种人是非常可怕的——不喜欢名誉,那他喜欢什么呢?吾等也就只能浮想联翩了。

接下来是其他辅助性的参考教材,不如刚才那个重要。第一部是我个人的《宪法学讲义》,2011年法律出版社出版的。这是我过去讲课的一个积累,大家可以买,也可以不买。大家记住啊,这本书可以不买。如果大家觉得以上教材不过瘾,觉得太浅了,那可以读这个:韩大元、林来梵、郑贤君《宪法学专题研究(第2版)》,中国人民大学出版社2008年版。这

个是比较深入的。深入的教材容易找到,但是深入浅出的教材不容易找到。对大家来说,深入浅出的教材比较重要。但你觉得实在不过瘾,可以向你推荐这本书。还可以推荐一本书,芦部信喜《宪法(第3版)》,是我参与翻译的,北京大学出版社2006年版。这部教材在日本是卖得很好的一部教材。芦部信喜是日本已故的著名的宪法学家。在我留学日本期间,他是被誉为日本宪法学的第一人者,后来我学成离开日本了,他就去世了。此后他的弟子们,仍然雄踞了日本宪法学界的重要地位。他最重要的弟子之一就是高桥和之教授,我很熟悉。这几年,他和我们中国宪法学界有三五个人,包括我,有长期合作研究。今年我们的合作研究成果将会在日本的岩波书店结集出版。不久前我刚去东京开会,见到高桥和之教授,我还跟他开玩笑,说这部书拿的版税拿了多少钱,有没有达到一亿日元?高桥教授承认,他的师母真的可能从这部书里拿到一亿多的版税。一亿日元,相当于六、七百万人民币,在日本有些地方,可以买一栋小别墅了。从这一点也可以看出这部教材受欢迎的程度。在此推荐给大家,请好好地去做琢磨。还有,我想给大家推荐清华大学宪法学课程教学案例。



图2 芦部信喜(あしへのぶよし),原日本东京大学法学院教授,现代日本具有代表性的宪法学者

好,以上我们推荐的是几本教材。如果大家想要好好学习,怎么办呢?还要读一些参考文献。这个量就比较大了,有待我们介绍。

要说教材参考文献,这个是非常重要的。如果我们仅停留在刚刚那几本教材的水平上面,你毕业了,也是可以的。但是对于一些同学来说,这些还不够过瘾。那怎么办?就要学习一些参考文献。在此方面,我们两份资料:一份是法科初学者《宪法学》课程精选推荐书目20本。我大致给大家说一下。20本当中前面这两本是希望大家买下来的。一本就是我



们刚才所讲的宪法学教材,第二本就是王培英所编《中国宪法文献通编》,这个主要是宪法本文,从清末到现在的宪法文本,以及一些相关资料,都在里面,大家可以买。接下来是我推荐的其他教材,可以适当地买。第一部是《宪法学讲义》,第二部就是韩大元、林来梵、郑贤君的《宪法学专题研究(第2版)》。这个前面介绍过了,接下来就是北大的张千帆教授的教材,主要是倾向于以美国宪法原理为中心的教材,还有台湾地区学者陈新民博士所写的《德国公法学基础理论》,也是可以参考的。接下来推荐几本很厉害的经典,有关宪法学和政治学的震古烁今的经典。一个是洛克的《政府论》,一个是卢梭的《社会契约论》,一个是孟德斯鸠的《论法的精神》。《论法的精神》完整版是上下两卷,我们仁慈一些,推荐一个精义版。还有密尔的《代议制政府》、汉密尔顿的《联邦党人文集》。这几本,同学们,如果你们想成为真正有思想的人物,哪怕你真正想学好宪法学这门课,都可以买来读,那将终身受用。再接下来,是一些辅助性的。有比较好玩的,比如这本《英美判例百选》,这里面虽然不完全是宪法的内容,但是有相当的宪法学内容。你可以买。后边这3本是闲书,你可以读。其中梁漱溟的《中国文化要义》和钱穆的《中国历代政治得失》都比较薄,还有我推荐自己的随笔集《文人法学》。为什么要再推荐自己的呢?因为它卖得便宜。当然还有一个想法就是,里面搜集了我的一些比较好玩的随笔,包括杂文、随想、散文等等。其实我知道,一般来说,你们未来注定只有相当少的一部分人会从事学术研究,也就是说你们很少人将在未来的职业生涯中需要写大量的学术论文,但是你们每一个人都可能需要写一些文章。那么,跟法学专业有关的文章怎么写,我这本小书可以提供一个未必成功、但很亲切的标本。

以上20本是精选的推荐书目。那么有些同学认为这20本不过瘾,怎么办呢?我们还有一份《宪法学》课程进阶学习推荐书目,推荐50本。这50本书,我就不再一一介绍了,我已挂在网络学堂里了(已经收录为本书的附录二),大家可以去那里下载。

说到这里,同学们不要认为我这个老师挺狠心的。我边琢磨边整理

出这两份书单,其实耗了不少时间。嗯,你们的掌声让我终于得到了一些补偿,但如果你们能善用它们,好好阅读其中所列的那些书籍,我们将会得到更丰沛的补偿。

接下来,我们将进入正式的导言课的内容。

话说在国内,有很多教师在不同的学校讲授宪法,我只是其中的一员。但我也跟一些宪法学教师一样,希望能给这门课带来一些新意,不过,我绝不追求“语不惊人誓不休”的效果,那违背了我的学术立场,对大家学好这门课也是无益的。那我们该追求什么呢?

我认为,应该追求一种贯彻了立宪主义精神、又契合中国国情实际、且能真正有效地认识中国问题、解决中国问题的宪法理论。我曾经把这种理论体系叫做“规范宪法学”。当然,因为要尊重国内已有的主流学说,要尊重指定参考教材中的理论,我们很难在这里一起全面深入地探索“规范宪法学”,但从今天开始,我将尽量从“规范宪法学”的立场出发,跟你们一道,踏上宪法学思考的历程。

这节课要讲的绪论,就是这个历程的起点。我们主要探讨四个问题:第一个问题,学科名称问题。

我们这个学科到底应该叫做“宪法”还是叫“宪法学”?这个问题一下子听起来会很奇怪,但是如果你细心地注意到这样一种情况:有时候人们把这个学科称为“宪法学”,而有时候又干脆称为“宪法”,而且后者还绝不是简称。比如,国内许多教材就是这样,它书名是《宪法》,但里面的内容从绪论开始却讲的是“宪法学”。那么,到底这个学科究竟应该叫“宪法”还是“宪法学”?

其实,类似的现象在其他部门法那里也一样,比如民法学,有的也叫“民法”,刑法学,有时也叫“刑法”,于是,国内的一些法理学的学者,便认为法学这门大的学科内部,只有一门学科才有资格称作“学”——那就是“法理学”,而其他比如宪法、民法、刑法都不能叫“学”,只能直接叫“宪法”“民法”“刑法”等等。

这种说法对不对呢?这是值得研究的。联系到近年中国学术界在讨

论一个话题,叫做“法学幼稚病”,大致是讲中国目前的法学研究太幼稚了云云,那就更值得我们重视了。

话说像宪法学这样的部门法学科,它能不能成为一门学科?能不能成就一种学问?可不可以冠名为“学”?包括不同的部门法的理论体系,能不能分别称作“宪法学”“民法学”“刑法学”等等?这些问题都跟我们今天研究的第一个问题有关:学科名称应当是什么?

解决了这个问题之后,还有一些例行要了解的问题,即:

第二,宪法(学)的研究对象,这门学科到底研究什么;

第三,宪法(学)的研究体系,学科的理论体系;

第四,宪法(学)的研究方法或者学习方法。

下面就一一讲解这四个问题。

## 一、学科名称:“宪法”还是“宪法学”?

首先讲第一个问题:学科名称。到底我们这个学科的名称是该叫做“宪法”还是“宪法学”,抑或二者都可以?我们刚才谈到过,国内许多教材名称叫《宪法》,但是在正文,比如在绪论中却多次使用“宪法学”这一术语,这到底是怎么回事?

类似的情况在日本也有,前面讲到的芦部信喜教授,他的著述中就出现过。在前面我们所推荐的那本教材,就叫做《宪法》。但是,老人家晚年退休以后开始出版另一套体系书,书名却是《宪法学》。这套书是分卷完成的,第一卷:《宪法学 I (宪法总论)》,第二卷:《宪法学 II (人权总论)》,第三卷:《宪法学 III (人权各论 I)》。这到底是为什么呢?这个问题很重要,说起来背后有很深的学问,姑且我们可以作出这样的解答:

宽泛地说,作为学科的“宪法”其实也可以称作“宪法学”,也就是说,我们这个学科既可以叫“宪法”也可以叫“宪法学”。但是,从严格意义上讲,作为学科的名称,宪法和宪法学之间又有着微妙的区别。

这种微妙的区别在哪里呢?要理解这一点,我们就需要先学习下面的内容,也就是我们绪论中要讲的其他三个方面的内容,然后我们才能得

出一个完整的结论。

## 二、宪法学的研究对象

那我们接下来讲第二点：宪法学的研究对象。也就是说，宪法学作为一门学科，究竟研究什么？

大家肯定马上会说：那很简单，宪法学就是研究“宪法”。这个说法很难说是错误的，但我们把宪法典拿过来大声念诵一个晚上，或者琢磨一个晚上，是不是就算学了宪法学呢？如果那样，那太容易了。比如，我国现行宪法，除了序言，总共有 138 条，只有 16000 多字，恰好跟钱穆先生所统计的中国古代的《论语》的总字数差不多。有人可能会说，就这么多字，我脑袋聪明，一个晚上就可以搞定，甚至把它的条文全部背诵下来，又有何难！可是，如果宪法学真的如此简单，我的头发也不会掉得就剩下这么点儿了。

其实，从学术的角度来看，作为宪法学研究之对象的“宪法”，是既具有多样性，又具有复杂性的。

先说它的多样性。

作为宪法学研究对象的宪法具有多样性。大多数的宪法学家主要研究的是自己国家的宪法，而且是自己国家的现行宪法，这确实也是我们以下所说的“宪法教义学”的必然要求。当然，除了自己国家的宪法之外，还可能研究其他国家的宪法，因为其他国家的宪法理论、宪法实践的经验和教训都值得我们借鉴。

大部分国家都有自己的宪法。每一个国家的宪法又都有自己的历史。

中国宪法也有多样性。现在让我们简略地回顾新中国宪法的历史。

图 3 是毛泽东主席的照片，你们一般会亲切地称他为“毛爷爷”。他曾经亲自起草修订我们新中国第一部宪法。新中国迄今为止有几部宪法？大家都知道，共有四部。第一部就是 1954 年宪法，1954 年宪法跟杭州有关。起草的地方就是在杭州，具体地点在刘庄，如今改名为“西湖国

宾馆”。1953年12月,毛泽东乘火车从北京到达杭州,住进了刘庄,准备起草《中华人民共和国宪法》,在这之前,新中国只有作为临时宪法的《共同纲领》。然而开始制定宪法还与斯大林的建议有关。据说,刘少奇当年去苏联参加会议时,斯大林就对他建议说:你们共产党掌握了国家权力,有三个事情非做不可,其中之一就是必须要



图3 毛泽东主席曾主持起草了1954年宪法草案。图为当时的毛泽东主席

有一部正式的宪法,这是因为你们是通过革命获得政权的,如果没有一部宪法,敌人就会攻击说你们的政权是建立在刺刀之上的。刘少奇听了之后,速向毛主席和中共中央汇报,大家觉得很有道理,于是决定制定宪法,毛泽东便抽出时间专门到杭州来主持起草宪法。用他老人家当时的话来说,就是“搞宪法”,并且他老人家自己说:“搞宪法就是搞科学!”“搞”出来的就是54年宪法。后来经过多次的大修改,为此有第二部的75年宪法,第三部的78年宪法,第四部的82年宪法,也就是现行宪法。现行宪法又经过了四次小的修改。凡此种种,都可以,也应该纳入我们的研究范围。

那宪法学首先研究什么呢?大家注意,宪法学应该首先研究本国的现行宪法。重点在这里,其他的都是辅助的。有一个说法非常好,“宪法学是有祖国的”。当我们说宪法学的时候,首先是说自己国家的现行有效的那一部宪法。这是第一点。

其次,作为宪法学研究对象的“宪法”,又具有复杂性。

宪法复杂性表现在它既有动态的一面,又有静态的一面。而且它的结构非常复杂。从静态来看,我们首先会看到宪法文本、文本里面的条文。我为什么会叫大家买一本书,叫《中国宪法文献通编》呢?那个书里面就有宪法的各种文本,包括现行宪法的文本。我们宪法的文本,大家要好好读一下。至少一生总要读上一遍吧。如果能多读几遍,那你就是厉

害,那你真正就可能是“独上高楼”了。读宪法文本的时候,首先遇到宪法的条文,但是这个条文并不那么简单、容易理解,因为条文当中存在规范。一个条文可能推出多种规范。看似一个简单的条文,但是里面可能存在不同的规范。这个道理我们今后会讲到。规范当中又存在内涵,里面有些基本概念、基本原理在起作用。所以呢,这内涵里面就涉及、形成各种概念和理论。所以,对宪法静态的一面,我们就需要深入研究。而不要把静态的宪法现象,看成是简单的、波澜不惊的一种现象。

比如我们说,现行《宪法》第39条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”这句话,只要念完小学,都知道它说的是什么意思。这就是宪法文本其中的一个条文。那好,我问你,你真的知道这个条文当中蕴含着什么规范、规范里面蕴含着什么内涵、内涵里面蕴含着什么概念和基本理论吗?你或许说没问题,那请允许我向你提出一个问题:既然住宅不受侵犯,那么公司所在地、人们下榻的宾馆宿舍呢?比如同学的宿舍可以侵犯吗?可以侵犯的话,老师一脚踹门进去,厉声问道:“你们在干吗?有没有读我推荐的那几本书?”这行吗?宪法这一条,宿舍管不管,下榻的宾馆管不管?据说,九十年代初,北京有一个大学教师去西安出差——来自西安的同学对不起了,这个故事对你们很不利——住进一个宾馆,发现:哟!门上猫眼装反了!里面看不到外面,外面可以看到里面。洗完澡的他,大吃一惊,马上打电话到宾馆的服务台,说你们怎么把门的猫眼装反了?这不是侵害我的隐私权吗?宾馆职工听过之后反而非常生气,反问道:“到底是你来监督我们,还是我们来监督你呢?”这个就是当时情况。因为,在他们看来,下榻的宾馆不是住宅,不需要保护。当然,这个情况在当今中国已经改变。但是我们要问,这一条到底保护不保护下榻的宾馆。类似的问题,都隐含在这个条文当中。需要我们去解释。但是这个解释不是推测。这种解释也不是中学语文老师的那种生词解释,它需要一定的基本概念、基本原理去解释。有关这个问题,第四章将有详论,暂时不讲。

这就是我们对宪法学静态的探究。这已经比较复杂了。如果我们看

动态的宪法现象,那么就涉及到规范的适用。情况可能就更复杂了。我们说,有些宪法被适用,有些宪法不被适用。有些宪法的适用形态特别奇怪。一般来说,被适用的宪法,叫做“活的宪法”(living constitution)。不被适用的宪法,我们可以叫它“死的宪法”,它制定出来之后,只是摆摆样子,可是不用,当然共产党在民国时期还使用一句更加精辟的话,叫“伪宪法”。共产党批评国民党1947年的宪法,就叫“伪宪法”。不怎么被适用的宪法,有些人叫它“闲法”。比如我国1982年宪法,就有人说它是“闲法”。据说,四川人发音,“宪法”和“闲法”都是一样的。“宪法嘛,就是闲法!”这个说法很委婉,因为推动82年宪法修改的,是邓小平,82年宪法甚至被叫做“邓小平宪法”,而邓小平就是四川人。

这种有宪法却不怎么被适用的现象也是我们要研究的课题之一。例如可以研究为什么它不怎么被适用?中国古代有个说法,叫做“半部《论语》治天下”。《论语》,就大约相当于中国古代的治国纲领之类的文件。中国古代是半部《论语》治天下,当今中国约略也是如此,可以说是“半部宪法治天下”。为什么好不容易制定出一本宪法来,却只用半部?这是我们需要追问的,难道这里真的就体现了中国人的特殊“智慧”?那么,只用半部行不行?将来有没有可能全部用?或者即使全部用了还是不够,也就是说,本来只有一部宪法,但由于我们这个国家规模比较大,国情也比较复杂,为此是否得用两部宪法才行?这是一个问题。到底哪两部呢?一部就是我们通常说的那个宪法,就叫“显性宪法”吧,那还有一部应该是“隐性宪法”了。如果真是这样,那么,这“隐性宪法”又有什么内容?如何确定其内容?“隐性宪法”与“显性宪法”之间的关系又是如何?凡此种种,都是关系到每一个公民的幸福甚至是国计民生的大问题,都可以研究。

鄙人曾经写过一篇小文章,标题就是《宪法不能没牙》。“没有牙齿”这个说法来自西方,西方的一个观点:哪一部法律如果没有适用性或者实效性,或者说适用不好,那它就是No Teeth——没有牙齿,为此不会咬人。许多人认为我国宪法不怎么被适用,原因是它没有牙齿,没有办法咬人,



你违反它,不会被咬。不像刑法,嘿,你违反了刑法,就会被刑法惩罚,咬死你都有可能。可是当你违反宪法时,宪法却拿你没办法。这样一种情况的根源就在于目前我国的宪法没有牙齿。外国宪法的情况如何呢?这个问题比较复杂,学说有争议,以后我们会讲到,但至少成熟法治国家,我看宪法是有着牙齿的,谁一旦违反了它,那他甚至可能身败名裂的。这就是宪法拥有牙齿的重要性。类似这个宪法规范的适用问题,也自然属于宪法学的研究对象。

这个问题又会引出其他许多问题。我们可以举个例子:拆迁。在我国,曾几何时,拆迁之风愈演愈烈,几乎可以形容为“像传染病一样蔓延”,其中也引发了许多惨案。有些惨案被人们称作“推土机下的血案”。20世纪90年代末,因为公务员规模过于庞大等原因,我国许多地方政府财政出现严重亏空,有的甚至已经提前预支了未来好几个年度的财政,按照那样发展下去,有些地方都要在财政上“破产”了。但根据宪法规定,城市土地属于国家所有,农村和郊区的土地除了由法律特别规定属于国家所有的之外,一般属于农村集体所有,但国家也可以为了公共利益的需要,依据法律规定将它征收为国家所有。而且1988年修宪时,宪法第10条第4款里加上了土地使用权可以依照法律规定进行转让,即进行买卖的规定,于是各地政府就活用这个条款,经常性地转让国家所有的土地,使政府集聚了大量资金,克服了潜在的财政危机。这样一来一方面可以继续养活庞大的公务员队伍,甚至还能不断扩大这个队伍,另一方面也的确加速了公共设施的建设。但是,这个过程却伴随着拆迁,进而在全国各地形成拆迁风潮。大家看到的这幅图4,就是那个年代出现的:有一座房子,上面画一个圆圈,写个“拆”字,这个房子就被宣布了“死刑”,迟早要拆,但可能是房子的主人吧,却写上了自己的诉求:“坚决不拆”。

这幅图应该说很形象地呈现了宪法权利的内在结构,呈现了公权力与公民基本权利之间相互冲突的图景。由拆迁导致的这种权利冲突,这些年较为普遍,而且未来还可能长期存在,那么如何解决这个问题呢?我们要明白,这终究是一个宪法问题。因为《宪法》第13条中有这样的规



定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

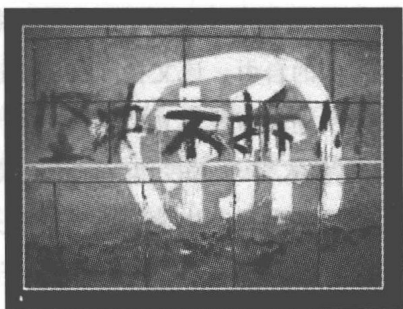


图4 这幅图恰好形象地呈现了宪法权利的内在结构，也反映了在当今中国公民之间，基本权利意识开始觉醒、宪法权利诉求颇为活跃的状况

当然，有些老百姓在他的房子面临拆迁的时候，不是像这样用“坚决不拆”的字样去覆盖“拆”字样的方式进行抵抗，而是把这个宪法的法条抄到小木板上，再把小木板靠到自己的房子前面，这就把宪法当成是一种“护符”一样的东西了，据说有些拆迁人员还真怕这个：“哎哟！宪法第13条真的这么规定，不能乱拆啊！”学法律的人都知道，宪法第13条，共有3款，第3款中的“征收、征用”就可能涉及拆迁，但是根据宪法第13条第3款的规定，你政府要拆迁房屋，要征收、征用，就必须具备三个要件：一是政府必须是基于公共利益的需要才能进行的，二是政府的征收、征用，包括拆迁的行为要依据法律规定实施，三是还要考虑给予正当的补偿。那么到底什么情况下才存在公共利益的需要？这种拆迁是否有法律依据？什么样的补偿才是符合宪法要求的补偿呢？这些都需要研究，而这也是宪法学的研究内容。

我们可以再举一个案例。2008年年初的时候，北京某大学发生了“Y门”事件。有位老教授，我们这里姑且用Y代称——据说他是我国著名的“毛派”经济学家。有一次，他给学生上课，有学生逃课，老人家很生气，情绪失控，把门从里面反锁上，凡在门外的学生就进不去，为此一律被判为期末考试不及格。这位教授并和一个女学生发生肢体冲突——当然是轻微的肢体冲突。这个事件的全过程，有学生用手机录了下来，传到了网络上。Y教授自己也在博客上谈及这件事情，评论说：现在的学生不像话，不尊重老师；什么都可以退让，师道尊严不可以退让。他的同事，一名

叫萧瀚的年轻教师则写了一篇博客文章《逃课是自由的象征》，主张学生有逃课的自由。该文在网络上迅速传播开来，后来引发了一个大讨论，就是学生到底有没有逃课的自由？网络上争论不断。有些人骂那个女学生，有些人骂 Y 教授，众说纷纭，莫衷一是。为什么会这样呢？原因在于，他们没考虑到宪法学。这个问题是可以从宪法学的角度回答的。比如，学生到底有没有逃课的自由？有没有？如果有，是不是可以随便逃课？如果可以随便逃课或者不可以随便逃课，那么又是为什么？这些问题，我们姑且按下不表，留待此后讲到相关原理时再专门分析。

宪法适用，是一个应当期待的常态。宪法适用会引出许多动态的宪法现象。首先，要对宪法进行解释。如果不解释，就适用不了。比如刚才讲的第 39 条。如果适用它的时候，就需要解释。第二，在宪法的适用当中，还会推动宪法的发展。所以宪法的适用，会引出宪法的解释、宪法的发展，形成一系列动态的宪法现象。此外，宪法的适用也会涉及或引申出许多问题，其中还包括：(1) 适用效力，即这个条文有没有效力的问题；(2) 适用方法，“怎么适用？”也是我们要研究的内容；(3) 宪法判例，宪法适用中不断出现案例，案例当中，一些特别经典的案例就会成为宪法判例，一些指导性判例，英文就是 leading case，就会变成一种新的宪法规范；(4) 宪法的发展，因为宪法适用，宪法会得到不断发展，它的发展历程也自然成为我们关注的重点之一。

总之，虽然说宪法学研究的就是宪法，可是刚才我们讲过了，作为宪法学研究对象的宪法本身，既具有多样性，又具有复杂性。如此丰富的内容都是我们宪法学要研究的内容，所以我们说虽然宪法学研究的是宪法，但是这个“宪法”并不简单，许多人认为其难度并不亚于民法学、刑法学、行政法学等其他部门法。那么，总结起来，宪法学要研究的对象到底是什么呢？

我们教材第 1 页是这样说的：“所谓宪法学，是指以宪法及宪法现象为研究对象的一门科学。”这句话总结得不错。我个人觉得，要了解这个对象，我们不妨从另一个角度来说。第一，宪法学是以宪法为研究对象

的;第二,但是这个对象具有多样复杂性的结构。因此,宪法学就形成了一个复杂的学科体系。

以上,我们通过举例说明了宪法研究对象是什么,但是将这些研究对象进行归纳整理,则要进一步考察宪法学的学科体系,因为这个宪法学的学科体系就对应了宪法学研究对象的多样复杂性结构。

### 三、宪法学的学科体系

接下来,我们讲绪论的第三个问题,即宪法学学科体系。

对于这个学科体系,我认同这样一个观点,宪法学的学科体系只有运用二分法才能认识得更加清楚一些。

首先,宪法学可以分为两大部分:

第一部分是理论宪法学,它包括如下内容:一般宪法学,即具有普遍意义的宪法学。但是,当今国际宪法学界,产生一般宪法学非常困难。原因是什么呢?因为各国都有各国的宪法,各国情况不太一样、价值观念也不太一样。所以很难说,迄今为止已经存在一般宪法学。存在的只是一种误解。比如说把美国的宪法学当作是放之四海而皆准的宪法学,或者把德国的宪法学当成是放之四海而皆准的宪法学,可以套用到其他国家中去。这实际上是不可行的,也可能是危险的。还包括宪法史、宪法学说史;比较宪法学,即对不同国家的宪法进行比较的研究;宪法社会学;宪政经济学,像美国的布坎南所开创宪法经济学;等等。

第二部分是实用宪法学,其中主要包含两小类:一个是宪法教义学,另一个叫宪法政策学,也有人把它称作“宪法政策论”。宪法教义学乃是一门主要着力于研究某个特定的宪法(一般是研究者本国的现行宪法)之解释与适用的规范科学。

宪法教义学主要研究解释和适用。同时,它是规范科学,主要是研究“ought to be”的问题,即应该怎么样的问题;而不是研究“to be”的问题,即不是研究事实的问题,不是研究“是什么”的问题。而“应当怎么样”的问题,则涉及人类的实践理性的问题,涉及规范科学。这个大家要注意。

实用宪法学还有第二个类型,叫做宪法政策学。这是一门新兴的宪法学内部小学科。它是为实现宪法上的一定目的,而探究有效的法技术体系的科学。举个小例子,比如说司法独立这个问题,是许多国家的宪法所承认的。在中国,司法独立有没有规定呢?没有明确的规定。我们只规定了审判权、检察权行使的独立。那么这个审判权行使的独立,和西方国家的司法独立是不是一样呢?不一样。而我们的审判权行使的独立,适用得怎么样呢?效果非常差。那么怎么办?要改革。改革要达到什么目标呢?要达到的目标是:不等于西方的司法独立,但是可以吸收西方司法独立的一些做法。这是一些人的观点,而且现在逐渐确立为主流。可是,往这个方向去了之后,党的领导怎么办呢?要不要坚持党的领导?在司法审判的过程中,完全隔离党的领导行不行?所有这些,都是宪法政策学所要研究的问题。

宪法教义学和宪法政策学二者具有共同性,即都具有实用性,属于实用宪法学。但其间也有微妙差别,宪法教义学比较保守,而宪法政策学则具有一定的反思性和批判性,突破既有框架的取向比较明显。宪法教义学则着力于维护某种宪法规范及其精神。

在上述诸种门类中,最基本、也是最重要的当属宪法教义学。请记住,我们这里要讲的“宪法学”,就倾向性地属于这种“宪法教义学”。各国大学法学院里作为主课的本科宪法学,应该说基本上都是如此。

那么,到底应该如何理解宪法教义学呢?我们可以分几个点来讲解。

第一点,我们说:它属于一种法教义学。“法教义学”一词在英文中写作 legal doctrine 或 legal dogmatic。什么是法教义学呢?德国著名的法哲学家、曾经是德国民法学界巨擘的拉伦茨(KaH Larenz),有一本书叫《法学方法论》。这本书向大家隆重推荐,如果你想在法学这个领域中有作为,或者是在法律职业上有所作为,这本书大家可以买来读。一个既是民法学家,又是法理学家的外国学者写了这样一部非常精致的书,你读了以后肯定会功力大增。就在这本书的“引论”部分里,拉伦茨曾经给“法教义学”下过这样的定义:“以某个特定的在历史中形成的法秩序为基

础及界限,借以探求法学问题之答案的学问。”这句话说的是什么意思呢?这个理解起来有点困难,又需要稍微解释一下。

首先,这里的“法秩序”指什么呢?指的就是法律制度。这是德国人的一种学说,认为法或法律制度就是一种“秩序”,凯尔森也曾这样认为,现行的法律制度,因为它是某一国家现行的,所以也自然就是“特定的”,而法教义学要研究的就是这样—个现行的法律制度。其次,以它作为“基础”,也就是说法学研究不能脱离这个根基,而要把现行的法律制度作为思考法律问题的出发点或准据,作为自己研究的对象;同时,现行的法律制度也应该作为法教义学思考的“界限”。“为……界限”是什么意思呢?指的是在思考过程中,要进行思维的强制中断。质言之,法教义学只问这个法律条文里面蕴含着什么意思,而不问这个法律本身是否是合理的;本身是否合理这个问题,不是法教义学考虑的,而要让给其他学科来研究。比如用刚刚所讲的一般的理论法学去研究,甚至要用哲学、伦理学、经济学、政治学的方法去研究。而我们法教义学只能研究法律条文说的是什么意思。这个就是“法教义学”的“教义”“doctrine”这个词的含义。也就是我把法律条文在一定意义上看成是一个“金科玉律”,而不问其合理性之根基,只是信奉它。这里边存在对于法律条文、制度本身的最起码的、应有的“确信”,相信它是正确的、或者假定它是正确的。

那么这个“确信”本身是否是合理的呢?是合理的。因为我们人类的很多学科,都需要一定的假设。如果没有一定的假设,就不可能形成一个学科。当我们无法确信 $1+1=2$ 的时候,数学这个学科可能就无法确立了。法学也是这样,法教义学就需要一个基本假设,就是假设现行的法律是合理的。当然,法学里面也可以研究现行法律为什么是合理的、是否是真的合理的。但这个甚至是其他学科研究的问题,而非纯正的法学的核心问题。比如说有一个人因为贫困,入室抢劫,抢劫的过程中把女主人给杀害了。因为女主人一个人在家,看见一个人用袜子把脸蒙起来,在暗地悄悄摸了进来,就惊叫了起来。这时的惊叫是女性正常的一个反应。这个人起先还说:“求求你求求你,别叫了别叫了。”但是这个女性依然

“啊啊”地叫。这个男人就去掐她的脖子,最后把她掐死了。你要知道,一个男人要掐死一个女人是非常容易的,因为生命太脆弱了。于是案发后,男人被起诉。这是一个真实案件。假如你是这个案件被告人的律师。这个时候,你只能用法教义学的思考方式去看待这个案件被告人的行为。如果你站在法庭上,慷慨激昂地说到:“马克思主义告诉我们,任何犯罪都是由贫困引起的。本案被告人之所以入室抢劫并且不慎杀了人,其根源就在于他贫困,就在于这个社会对他的不公!所以,他的罪行应该由社会来承担!”这个说法正确不正确?在某种意义上来说,许多人确信这种说法是正确的。但是,这个思维就是一种非法教义学的思维。真正的法教义学的思维,不是这样的,而是应该根据现行有效的刑法,对这个行为进行判断。这就是刑法教义学。宪法学也是如此。当我们谈到宪法教义学的时候,也是要假定或者说确信现行宪法是正确、有效、合理的。这就是宪法教义学的起码立场。

那么,法学为什么称作“教义学”呢?这是第二点。

综观人类知识体系的各种学科门类,我们法学跟哪一个学科最为接近?教育学?哲学?抑或是医学?鄙人认为,法学跟神学最为接近。比如基督教神学家研究什么?主要就是研究《圣经》。《圣经》捧在手上,神学家对《圣经》的态度是怎样的?可以说是虔诚!他要研究《圣经》里面某句话是怎么写的,它的内涵是什么,然后借此指引人们的生活。这种虔诚的态度到了如履薄冰的地步,他绝不敢说《圣经》写错了。如果我们内心觉得《圣经》某句话写得有点问题,难以接受,那怎么办呢?比如里面有“你们做妻子的要顺服自己的丈夫”这样的一句话,现代神学家如果秉持男女平等的观念,就自然无法接受这句话里面透露出来的观念。但是作为神学家,他绝对不会说这句话写错了;而是要通过对它进行解释,解释到跟它的文意有点不同,但是又是在它的“意义空间”之内。这样的学问就是教义学。而法学也是属于教义学的一种,它跟神学有很大程度上的相似性。从这点来看,法学和神学一样,可能是最缺少批判精神的一门学问。

请大家注意,你们所学的法学就是如此。它的核心部分就是法教义学。部门法学基本上都是教义学,比如说宪法教义学、民法教义学、刑法教义学,它们都是在维护法律文本的前提下开始工作的。如果没有这个“维护法律”的精神,那你就搞不了法学。如果你有强烈的批判精神,那该怎么办?我告诉你们一个秘诀,那就是:最好不是去批判法律,而是去批判现实,甚至可以依据法律去批判社会现实。有些同学可能会说:我还是要批判法律本身,这个法律制度太荒唐了。那么该怎么批判呢?我觉得也有两条道路。第一条叫“大批之道”,即颠覆性的批判;第二条是“小批之道”,用专业性比较强的语言表述应该叫做“体系内部的批判”。你仍然在法秩序的范围里面,但是却对它进行“小批”,即不对它进行颠覆性的、全盘的批判,而是枝节性的、体系内的批判。例如,根据宪法规范去批判刑法、批判行政法,用某个宪法规范去批判部门法的某个条文;甚至可以根据中国宪法来批评外国宪法,如坚持说美国宪法没有写“坚持马克思主义”是最大的错误;或者借助外国宪法来评价中国宪法,指责中国宪法没有规定三权分立、没有规定迁徙自由等等。这样的批判其实都是属于“小批”,法教义学只能进行这样的“小批”,也就是前面说的只能以法秩序为基础和界限进行批判,而不能进行根本批判。如果你喜欢刺激,喜欢玩大的,对于颠覆性批判特别热衷,比如,说中国宪法制度一塌糊涂、一无是处,那么你要跳到“三界外”,绝不能停留在“法教义学之中”了。你要狠批中国宪法,那就索性跳到哲学里面去,甚至经济学、社会学、政治学里面都没有问题。当年马克思也是学法律出身的,但他为了批判资本主义的社会制度和法律制度,就去搞哲学、政治经济学,反转过来对资本主义的法律制度进行猛烈的批判,认为资产阶级的法律本质上就是资产阶级统治无产阶级的工具,具有高度的欺骗性,因此全世界的无产阶级必须联合起来,推翻万恶的资本主义制度,当然其中也包括资本主义法律制度。这样的批判很有力,可谓“一剑封喉”!当然,他老人家没有想到的是,资本主义的法律制度凭借其敌人的批判进行了自我反思,进行了一些修改,到现在反而生命力更强了。



我们说了,法学最为核心的部分就是法教义学,而法学就是这样的保守。它的主要精神不是在于批判秩序,而是在于维护秩序,为此是保守的。这是必要的保守,甚至是非贬义的保守。就宪法学而言,宪法教义学最为保守,它对待宪法文本的态度可以说几乎类似于神学家对待宗教经典的态度,就像基督教徒对待《圣经》的态度一样,或许虽然没有那么虔诚,但大体也差不多,在保守性方面是比较接近的。而宪法政治学就比较具有批判性了,因为它想实现一定的目标,通过宪法来实现这种目标,为了目标的实现就会允许自己突破既有的宪法规范框架。总之,宪法教义学是最符合法学本性的一门学科,拥有典型的法学精神。

中国现在法制还不完善,法律人不怎么像法律人。如果你到过成熟的法治国家,你看它们的法官、检察官、律师,你看这些人的精神气质,跟一般人完全不一样。尤其是法官,在法治国家里地位很高,都是属于法律世界里面的精英人物,借用德沃金的话来说:法官是法律帝国里面的王侯,法院是法律帝国的首都。这些人的气质,跟音乐家、文学家、经济学家有很大不同,一般都是雍容大度、一本正经、谨言慎行的。他几乎不会说这样的话:这个法律错了!如果中国在未来能成为一个成熟法治国家,那么估计情形也会如此。从这个意义而言,如果你这个人的性格注定具有批判性,你就未必要去搞法律;如果你的批判性很强,那么你未必要去当法官,否则,那就是误入歧途。万一你真的不幸被录取到了法学院的法律专业,那又该怎么办呢?只有一个办法:请跟我来,做学者去。因为那样就会多一条路,就是“学术批判”。比如,我们就会在课堂里展开一定的批判,即学术的批判。但我们的批判主要聚焦于某些社会现实,或者某些宪法学说,而对宪法文本,则至少保持一定量度的尊重。这才符合法学,即法教义学的本质要求。

在宪法教义学精神的引导下,我们所讲宪法学,其内部体系就跟宪法文本有着密切的关系。宪法学的学科体系也高度尊重宪法文本,就连结构上也都保持这种尊重的取向。比如说,我国现行宪法的结构体系比较简单,也就是序言再加 138 条,其中,第一部分是序言,第二部分是总纲,



第三部分是公民的基本权利和义务,第四部分是国家机构,第五部分是国旗、国徽、国歌和首都。这样一个结构,在我们宪法的理论体系中基本得到维持。当然,宪法学毕竟是一门学问,不可能完全按照《宪法》的结构,而是按照学科建设的需要有所改变,但是对它保持了必要的尊重。比如,我们教材里面的学科体系就把宪法文本的内容全部吸纳到宪法学理论框架里面,而宪法学理论框架的排列、次序也大致与它相符合。这个就是宪法教义学的要求。

说到这里,我们就可以回答本节课的第一个问题:作为我们的学科名称,“宪法”与“宪法学”究竟有什么微妙区别呢?它们的关系又是如何呢?基于前面的论述,我们可以得出这样两个结论:(1)宪法学在广义上包括理论宪法学和实用宪法学,尤其可指前者,即理论宪法学;(2)如果我们把学科名称叫做“宪法”,那么这个称呼指的是什么呢?需要说明两点。

第一,它就相当于宪法教义学,主要研究某个特定的宪法,一般来说就是本国的现行宪法。因此我们把它称为“宪法”,但是它不等于宪法文本,不过非常尊重宪法文本。

那么,这样的一种学问能不能也叫做“宪法学”呢?也可以。原因是这样的——

第二,它也是一种教义学,因此在狭义上也可以称为宪法“学”,毕竟是一种学问。只是这种意义上的“宪法学”,乃相当于第一点中所说的“宪法”,可以说只是一种狭义的宪法学,与前面所讲的广义的宪法学不同。

宪法和宪法学的微妙区别就在这里。

#### 四、宪法学的研究方法

最后,让我们来考察一下宪法学的研究方法。

教材第2~5页当中所列举的宪法学研究的方法比较简约,包括这么几个:第一,阶级分析法;第二,历史分析法;第三,比较分析法;第四,规范分析法;第五,理论联系实际的方法。这个列举很简单、很明快,但却存在

一个问题:有点模棱两可。我们单纯看这些研究方法,似乎看不出这是“宪法学的研究方法”,好像民法学、刑法学都可以用,而且更为严重的是:不但法学用这些方法,其他学科像政治经济学、政治学、社会学、伦理学也可以用。总之,它们没有体现宪法学作为法学一个学科的研究方法的特殊性。

法学有没有自己固有的方法,也就是法学有没有自己独有或者接近独有的方法,即一般来说其他学科所不具备的方法呢?不了解这个问题,你就进不了“法律之门”,永远漂浮在法学的“外海”。我们法学院有的学生会跑到其他学院去听课,如去听经济学、文学、哲学等课程,听着听着,把持不住,最后毅然决然地背叛了法学。我发现过去有个学生,经常跑去学习社会学。这个现象外国人就很难理解:你好不容易考入法学院,跑去学社会学干什么?为什么外国人不理解呢?这是有背景的,因为在法治成熟的国家,考入法学院非常不容易,而想学习哲学、社会学、文学、心理学这些学科相对而言比较容易被录取,学费也便宜,而学习法学的学费在那些国家却是比较昂贵的。在美国,法学基础学位叫 J. D., 它的学费一般来说就比其他文科的专业要高,我们知道 J. D. 在美国是第二本科学位,要想学法学、医学这样的有 license(执照)的学科,要先学一个其他专业。美国人比较“马大哈”,他们把这种第二本科学位叫做 J. D., 全称是 Juris Doctor, 中文译为“法律博士”,但实际上是连硕士都没有读就直接读 Doctor 了。美利坚民族就是这样,所以才叫“美国”嘛! 总之,这个法学院的课程费用比较高,说得形象一些,假如听一门宪法学,要花 400 美元;而听一门人文学科的课程,假如文学课,可能 200 美元就够了。不光美国如此,据说有些国家的某些大学的法学专业学费甚至比普通人文社会学科要高出三倍,澳大利亚的法学课程就比其他一般学科也高出两倍;日本人虽然比较讲平等,但法学课程的学费也是要比一般学科高一些。当年我刚从日本毕业,到香港工作的时候,名片上写着 Ph. D., 因为其他有些拥有法学博士学位的教师在名片上也写的是 Ph. D.。但有一次我的日本导师到香港访问,顺便看了我的名片,发现上面的最终学位写的是 Ph. D.,

就笑着说,因为在日本拿到法学博士学位不容易,翻译成 Ph. D. 又怕有点掉价,所以日本法学圈里就参照德国的写法,写为 Dr. Jur.。后来我就这样改写了。不久后,我碰到季卫东教授,他也是留日出身的,在京都大学获得了法学博士学位后,去神户大学任教,那次他去香港大学访问,我便向他要了一张名片。我和他本来就熟悉,为什么要名片呢,呵呵,主要是为了看他是怎么用英文表述自己的法学博士学位的,一看,果然发现他名片上写的也是 Dr. Jur.。

言归正传,法学是这样一门崇高的学问,可是居然有法学院的学生转去学社会学,这估计是外国人难以理解的。学生具有学习的自由,选择专业的自由,这是理所当然的,但为什么会出现这种现象,也值得我们反思。我不知道那位同学的个人原因是什么,但有一点,我是清楚的:如果学法学,没有找到法学固有的方法,你可能就摸不到法学的门道,感觉不到法学的魅力以及它和其他学科的区别。

那么,法学本身所固有的方法是什么呢?最能体现法学特色的方法是什么呢?比如说我们研究宪法学,和宪法学非常相近的一门学科叫政治学,政治学也研究国家制度,也关心人权保障,跟我们宪法学的研究内容几乎没有什么差别。但是为什么我们法学院还要开《宪法学》这样一门课程,而且是法学专业 16 门核心课程之一?政治学也作为一个独立学科,存在于我们学术殿堂之内,这是为什么?它们能否合并呢?当然是不能合并的。为什么?首先就因为方法不同,然后作用也不同!有什么不同?这就涉及法学独有的方法。这独有的方法是什么呢?这是我们要研究的。

教材上所列举的这些方法固然重要,但是我认为,我们方法的应用不能够混乱。一般来说要根据具体的学科类型来定。比如宪法史研究,主要用历史的方法;比较宪法学研究主要用比较方法;宪法社会学主要用社会学的方法,包括“理论联系实际”;宪政经济学,一般来说用的是经济学的方法;而有人所谓的政治宪法学,则主要采用政治学方法;一般宪法学,则可以运用多种方法的综合。那么宪法教义学的方法是什么样的呢?主

要采用的是解释、适用、发展等方法。其中,解释的方法是最重要的。但是,宪法教义学也会开放性地吸收一些其他的方法。

鄙人曾经提出一个概念,叫做“规范宪法学”,主张在方法论方面,要从两个方面来把握宪法学研究的方法:第一,接续规范主义的思考传统,重视以规范作为准据的方法,主要是宪法教义学的方法,尤其是宪法解释学的方法,但可以适当吸收其他方法;第二,秉承立宪主义的核心价值,坚持对规范的内部性反思、修复或重构,以促成规范宪法的形成,在这个过程中,当然也要吸收其他的研究方法。

今天我们讲的内容就是这些,谢谢大家!



从今天开始,我们进入宪法的正题。

在进入正题之前,有必要再具体说明一下宪法的理论体系。关于宪法的学科体系,上次课已经有所涉猎,那是宪法学作为一个学科的理论体系,今天要谈的是我们所要讲授的宪法学,即相当于“宪法教义学”的理论体系。首先看一下我们这个教材的体系。教材的理论体系是什么样的?教材分为这么几章,有导论、第一章《宪法的基本原理》、第二章《宪法的历史发展》、第三章《宪法的指导思想和基本原则》、第四章《国家性质与国家形式》、第五章《国家基本制度》、第六章《公民的基本权利与义务》、第七章《国家机构》、第八章《宪法实施的监督》。这个体系与宪法文本的章节体系大致上具有一致性。这就是法教义学的奥妙所在,它要尽量反映出宪法条文的规范结构,但是又不完全等同于条文的规范结构,否则它就不可能作理论上的升华。

正因如此,关于宪法学理论体系,其实有各种各样的版本。首先,一般来说,不同国家的宪法学,就有不同的学科体系。关于这一点,上次我们已经谈到了,是因为宪法学的主流应当是一种法教义学,它要尊重特定国家的宪法文本,一般都是本国的现行宪法,而不同国家又拥有不同的宪法规范以及体系结构,所以自然会形成不同的宪法理论体系。你去看,美国的宪法学和我们中国的宪法学,在理论体系上就会有很大区别。你去把美国宪法学的所谓“先进”的理论体系直接搬到中国宪法学里面来就定然会出问题。其次,即使在同一个国家里面,不同的宪法学者也可能会提炼出不同的理论体系。

在此,就容许我对教材的体系作一些变更,虽然变更不是很大,但是或许会更合理一些。

我们这学期要讲的理论体系要改为这样:分四编,第一编宪法总论,

总论下面我们会讲四章;第二编国家组织,教材中的第七章提到这一部分中来了;第三编讲基本权利;最后我们来讲第四编宪法保障,其内容比书中所讲的宪法实施这一概念要更大一些。可以说,整个宪法学理论体系,它的内容就包含这些。最主要的部分在哪里呢?在第二编和第三编。一部宪法一般都包含这两部分。

一部分是国家组织法,即把国家作为一个组织,如何将它组织起来,这是宪法学要学习的重要问题。这是一个气势恢宏的事业,是吧!要组织一个国家,那不是一般人能够考虑的问题。但这就是宪法学要思考的。那么,把国家组织起来干吗呢?为了好玩是不是?在美国,据说有一人玩这个游戏。他住在一个小岛上,把这个小岛封闭起来,架上一个桥弄出一个海关,宣布我在这里成立一个国家,他是国王,还有王后、太子、公主,他也制定宪法,实行君主立宪,把组织国家的大事作为“玩家家”那样玩。这个玩法相当于在另立国家,是不合法的,但在美国还好,你不承认它就行了,人家主要是为了成为一个旅游景点。真正的国家组织,是一项大业,没这么简单,它的组织过程需要许多人为之浴血奋战,付出血淋淋的代价,它的运作过程也需要极高的成本,基本上社会中每一个人都可能在为其付出代价,比如纳税。

那么我们组织国家干嘛呢?目的是什么呢?这就涉及宪法中的另一个可以说是更加重要的问题:那就是基本权利的保障。组织国家就是为了保障人类生存的最起码的权利。这个最起码的权利,宪法把它叫做“基本权利”。只要是完整的宪法典,一般都规定了基本权利。那为什么要保护人的最起码的权利呢?这又是为了保护人的尊严,即让人应该拥有像人一样活着的资格、状态、境界。如果人像其他动物、像玩具或者像工具一样活着,完全为国家服务,这个时候人就失去了尊严。康德的一句话体现了这个含义,即:“人是目的本身。”人是最终的目的,所有的一切都必须为这个目的服务。不能把人当成动物、手段、工具一样对待。那么为什么要保护人的尊严呢?问到这里,问题就中止了,答案就是:因为就是要保护人的尊严,人即目的本身。这是宪法的基本价值体系。为此,国家组织

法和人权法,构成了宪法学的主要内容,特别是宪法学当中规范理论的主要内容。

但是要学习这两个内容很不容易,需要基础理论。我们第一编的宪法总论,就是为了解决第二编、第三编的基础理论问题。最后还有第四编,它实际上是说:好的,你这个宪法很重要,要保障很多东西,包括最终要保障人的基本权利,但你自己应该如何去保障自己呢?

我们整个学期要学习的理论体系就是由这四个部分构成的,每个部分下面还有更具体的内容。这四编都非常重要,那么重要当中最重要的在哪里?这个仁者见仁智者见智,我认为就在两个部分:一个是宪法总论,在我看来,这对中国来说非常重要。宪法总论的四章都是重点。还有一个,就是基本权利,尤其是包括它的总论部分。国家组织和宪法保障也非常重要,但是不如以上这两个部分重要。

接下来,我们要开始讲宪法总论了。它包括四章:第一章宪法的概念与本质,第二章宪法的分类与机构,第三章宪法的制定与修改,第四章宪法的解释与适用。



## 第一章 宪法的概念与本质

我们学习宪法学,当然首先要了解宪法是什么,因此理解宪法的概念和本质,便成为必要。上节课我们就提到,宪法学研究的对象就是宪法,而所谓的“宪法”,则具有多样性和复杂性。那么,宪法究竟是什么?这是一个非常初始而又具有终极性的问题,它贯穿于宪法学研究的始终,初学者刚开始学习就要了解这个问题,但其实许多终生研究宪法学的学者到了最后也可能还在追问这个问题。

我们先来看以下这些说法对不对。不要以为“宪法是什么”我们大家都懂,你看完这些说法之后,会发现这个问题值得我们去探究。一个说法是:“中国自古就有宪法。”大家说这个说法对不对?先用你最朴素的法感来说说看。(有学生答:不对。)呵呵,我告诉你,这句话是孙中山说的。第二句话:“宪法是从英美法等国资产阶级革命成功之后才有的。”这句话对不对?这也是伟人说的,毛泽东说的。第三句话:“当今中国没有严格意义上的宪法。”对不对?这句话是一个美国人说的。他说,当今中国没有 constitution,只有“xianfa”!这句话对不对?要弄清这些问题,就需要学习宪法的概念和本质是什么。学完这一章,我们大致就可以思考或参与这些说法的讨论了。

### 一、宪法的多义性

2006年5月,山东大学法学院曾举办了一个学术会议,会议期间的某

一天晚上,下着蒙蒙细雨,与会的一些学者被邀请去同台讲演,即为学生们作一场学术讲座,讲座之前组织者并没有告诉我们讲什么题目,到了现场才知道讲座的标题竟然是“宪法大家谈:宪法是什么?”听众主要也是本科生。作报告的人有好几位,有韩大元、胡锦涛光、童之伟、刘茂林、林峰等我国一线宪法学教授,鄙人也荣幸地忝列其间。可以说,除我之外,其他几位都属于当今我国宪法学界的高手,但从讲座中就会发现,大家所给出的宪法定义不尽相同。有关讲座的具体内容,感兴趣的同学可以去查《六人齐谈:宪法是什么》这篇文章,仔细研究一下他们分别给出了什么答案。

我这里只重点介绍一下人民大学胡锦涛光教授的观点。胡—锦—光—,一听这名字就知道比较“大牌”,好像是“最高级别”的吧。宪法是什么?他说:宪法犹如禅一般。一听这个,我就来了兴趣。毕竟我叫林来梵,面对这个名字很多人都浮想联翩,以为我是迟早要出家的人呢。当时我听说宪法学和佛学有关系,就凝神细听。锦光教授说:“我模拟了两个人的对话:有个教授,学生请教他‘宪法的精神是什么’,我代那个教授解答说,‘宪法的精神犹如禅一般’,也就是说,你能悟到什么是什么,你能悟多深是多深。”你们看,这个胡教授是高人吧,他也不当和尚,却能悟出宪法的精神像“禅”一般。

后来轮到我讲,我就从“麻三斤”谈起。大家知道什么是“麻三斤”吗?(学生答:不知道。)嗯,你们肯定不是和尚。“麻三斤”是佛学里面一个著名的公案。公案是什么呢?简单地讲,就是佛学里面的故事,蕴含着丰富含义的、有哲理性的经典故事。“麻三斤”这个公案出自一部佛学经典,叫《碧岩录》,其中有这样一段记载,很简单:

僧问洞山:“如何是佛?”山云:“麻三斤。”

首先要明白:洞山是什么意思?不要以为是“山洞”,洞山是一个人名,他是唐代著名佛学大师洞山良价,山西曹洞宗开宗祖师。上面这段引文的大意如下:有一次一个和尚问洞山大师:“佛是什么?”洞山回答:“麻

三斤。”同学们要注意，“佛是什么”的问题绝对不是很简单的问题。在佛学里面这是一个佛身论的问题。大家千万不要小看佛学，我上次讲过，神学是跟法学最为相近的一门学科，而神学是有学问的，佛学也是如此。比如说“如何是佛？”这样一个佛身论的问题，就相当于哲学的本体论问题。而洞山大师的答案很简单，只三个字“麻三斤。”所谓的“麻”，就是麻衣的麻，和尚衣服所用的材料就是麻。

面对这样一个公案，后来研究佛学的人就不得不对它进行解释。我上次讲过，法学最像神学，在方法论上也是如此：神学讲究解释，法学也讲究解释，都是面对文本进行解释。在这个公案中，要理解洞山答案的含义，就必须对“麻三斤”进行解释，通过解释才能理解洞山所理解的佛身论究竟是什么，进而帮助理解佛是什么。针对洞山的回答，后世就是这样的，但至少出现了三种解释。一种认为，大师之所以这样回答，是因为他在回答这个问题的时候正在仓库里面称量胡麻，因此顺口回答“麻三斤”；第二种解释认为，洞山其实是在问东答西，而“问东答西”是禅学里面的一种方法，所以这个说法也有一定道理；第三种解释方式认为，“麻三斤”的说法体现了洞山的一种佛学思想，即佛的存在体现在类似于麻三斤这样的具体物象当中。

我之所以引出这个公案来说宪法是什么，主要是被胡锦涛教授启发的，他说宪法的精神犹如禅一般，我就联想起了这段禅宗公案来应和他；前面的那些大牌教授们众说纷纭、莫衷一是，这也促使我谈起了这个公案，以此来说明：人们在面对本体论上既初始又终极的问题之时，往往会产生不同的见解。这些不同的见解之间的冲突如何解决呢？比如说那天晚上，在谈宪法是什么的时候，六个人的答案几乎都不一样，那么，我们应该如何来解决这种定义的困境呢？我认为这个禅宗公案里面就已经隐含了一种方法论上的追求。我比较支持公案中的第三种解释。当时洞山可能就是这样认为，像佛这样的一种存在，就存在于具体的物象中，这本身就与洞山所代表的禅学思想是一致的。洞山通过这个答案试图解决人们对佛身论的各种歧见之间的冲突。

返回到“宪法是什么”的问题。可以说,当今世界各国宪法学人甚至同一个国家内部不同学者之间关于这个问题的答案也各不相同,诚可谓“众说纷纭,莫衷一是”也。那究竟我们该如何理解这个问题呢?鄙人认为,只有跳出传统定义的怪圈才有出路,因为定义本身可能构成一种专断、一种命令。你定义完了之后就等于宣布一个“答案”了。你有可能宣布的是一个假设,也有可能是把一个定义强加给了别人。而人类是复杂的动物,他们形成社会后,形成社会意识和自己发展的规则,他们有时候不接受别人强加的定义,希望自己也参与定义。因此在分析哲学以及维特根斯坦的语言哲学等理论出现之后,人们就开始注意到一点,即定义具有危险性,具有它的功能边界。尤其是跟人类利益密切相关的词汇,它就可能具有多义性。比如说什么叫爱情、正义、善,各人有各人的说法;比如说什么叫自由、民主甚至什么叫宪法,同样也是同人类的关系很大,所以就多样化了。同为宪法概念,在不同场合中含义都不一样。我们该怎么办呢?英国法哲学家哈特就曾为我们指明了一个方向,那就是在不同的语境中去分析语言的含义。

围绕“宪法是什么”的问题,我们完全可以沿着哈特所指明的道路前行,即首先要认识到“宪法”一词在现实中具有多义性,在不同的情境下有不同的指称,因此就有不同的含义,这一点跟洞山所揭示的佛身论的情境是相似的。我们应当区分不同的情境,从而作出分别的界定。我认为,宪法的概念主要出现在两种不同的情境中:

第一种出现在形式意义上,因此所谓的“宪法”,实际上是指形式意义上的宪法。这种“形式意义上的宪法”指的是什么?指的就是以“宪法”这一名称所命名的规范性文件,此种命名与内容无关。打个比方说,《中华人民共和国宪法》,这个文本本身就被称为“宪法”。当人们提到“宪法”这个词汇的时候,可能指的就是这个文本。中国有没有宪法呢?(同学齐答:有!)你们说中国有宪法,但那个美国人却说没有。你们所讲的是形式意义上的宪法,至少我们有一部形式意义上的宪法。这是事实。但美国人说:“不!你这个形式意义上的宪法不是 constitution! 是

‘xianfa’。”那么这个美国人所讲的 constitution 意义上的“宪法”又是什么呢？首先不管他这句话说得对不对，先弄清楚他指的是什么呀？是实质上的宪法。他是从内容上来考虑的，他有内在标准来判断：什么样的形式意义上的宪法才配得上称为真正意义上的宪法。

第二种指的是“实质意义上的宪法”。其区别于“形式意义上的宪法”，并不是指具体的文本，比如说中国宪法、德国宪法、美国宪法，而是具有实质的规定性。此种“实质意义上的宪法”又根据其所运用的不同情境而分别具有如下两种可能的含义。

第一种是固有的含义，即“固有意义上的宪法”。宪法的固有含义便是“规定国家统治之基本的法”，因此有人用“基本法”或者“根本法”来专称之。比如我们所熟悉的国父孙中山先生就认为：“古代也存在宪法。”这一观点曾经引起极大争议，然而若从宪法的固有含义视之，则是可以接受的。再举个例子，《汉谟拉比法典》是人类历史上第一部成文法典，产生于公元前18世纪的古巴比伦王国，刻在石头上面，现存于法国的卢浮宫中，我曾经参观过这块矗立的石头。这部法典就可以被看作是那时的“宪法”，只不过古代的法典是诸法合体，刑法、民法、还有国家组织法等性质的法条都整合在一部法典里面。《汉谟拉比法典》大家有机会可读一下，它一开头就说汉谟拉比国王的权力来自神授，赞颂他统一两河流域的文治武功，是当之无愧的“宇宙四方之王”，制定法典是为了“在世界上发扬正义”，同时对破坏法典的人进行了神的诅咒。法典阐明了汉谟拉比国王统治权力的正当性基础，从这种意义上说，《汉谟拉比法典》的这个部分就是古代“固有意义上的宪法”。而在近代，只要任何涉及国家统治权力的基础和构造的法，我们都可以把它叫做“宪法”。

在所有固有意义上的宪法当中，有一种被广泛认为是特别优异的宪法，就是“立宪主义上的宪法”。这种意义上的宪法专指：通过限制专断权力以广泛保障基本人权的国家之基本法。这种宪法具有一种本质精神，此种精神便是通过限制专断性权力，广泛地保障人民的基本权利。只有符合这种精神层面之规定性的宪法，才有资格被称为“立宪意义上的宪



图5 在今日法国卢浮宫,可以看见《汉谟拉比法典》。图为本书著者访问法国时所摄

法”。假如某一个国家已经制定了一部《宪法》,但是该宪法不具有上述精神,就可能会有学者说它不是“宪法”,而这样的观点便极容易引发争议。我在香港有一次听到一个美国学者说中国没有“宪法”,在座中国学者听了都不愉快,告诉他目前中国不仅有宪法,而且算起来至今都已经有四部啦。但那个美国人说那些都不是 constitution,而只是“xianfa”!显然,这个美国人所讲的“宪法”,即 constitution,是

专门指立宪意义上的宪法,而他认为中国的宪法缺乏立宪主义精神。他的观点是否妥当姑且不论,他当时所说的“宪法”即是立宪主义意义的宪法。反之,中国学者所理解的“宪法”则是形式意义上的宪法,就是那个被称为“宪法”的文本。

那么,立宪意义上的宪法有什么特点呢?一般来讲,它有三个特点:

第一,它最早是在近代西方开始出现的,因此人们又把它叫做“近代意义上的宪法”,这是我们需要特别注意的。你们的毛爷爷曾经说过:“讲到宪法,资产阶级是先行的。英国也好,法国也好,美国也好,资产阶级都有过革命时期,宪法就是他们在那个时候开始搞起来的。”毛主席读书很厉害,有时候他也读宪法,特别是在制定54年宪法之前,他老人家不是要起草宪法吗,所以读了很多宪法书,最后得出这个结论。应该说上面这段话里面用的“宪法”概念,可以指形式意义上的宪法,但也可以指立宪意义上的宪法,并明确地承认是在西方国家首先出现宪法的。当然,他也是基于阶级分析论的方法,不说西方国家,而是说“资产阶级”先搞出宪法来的,但总体上是与立宪主义宪法的第一个特征相吻合的。晚清预备立宪,也是

要建立这种意义上的宪法。在建立这类宪法之前,晚清也有宪法,即也有它固有意义上的宪法,但不成典,其中甚至靠惯例、武力来决定。如皇位继承的规矩,直到康熙年间仍没有解决,铁木真时期就更加血腥。所以近代立宪,确立了固有意义的宪法当中最优异的宪法。我们国家近代也曾经想立这种宪法,但是失败了。

第二,它主要立足于自由主义。前面讲过,立宪意义上的宪法有一个精神,即通过限制专断性权力以广泛保障人的基本权利。那么,这种精神是从哪里来的呢?我认为,它主要来自于自由主义。综观西方各国所谓的立宪主义的宪法,均或多或少地带有此种自由主义精神。自由主义精神跟立宪主义意义上的宪法精神是很一致的,可以说立宪主义意义上的宪法就是将自由主义的精神加以法律化。关于这一点,英国现代最著名的新自由主义旗手哈耶克曾经说过一句非常有意思的话:“剥离一切表层之后自由主义,就是立宪主义。”立宪主义的英语原文是 constitutionalism,中文有时也翻译成“宪政”,我觉得翻译为“立宪主义”或者“宪政”都是可以的。上面这句话,我认为哈耶克说反了,应该改为:“剥离一切表层之后,立宪主义就是自由主义。”你去把西方一些所谓立宪主义的宪法拿过来,再将其中一些表层,比如法律术语等剔除之后,一般来说剩下的精神内核就是自由主义。

有一点需要注意的是:由于立宪主义的宪法主要立足于自由主义之上,所以这种宪法在中国就注定要遭遇比较坎坷的命运。这是为什么呢?这就涉及自由主义本身的问题,这个问题非常复杂。我们首先要承认,自由主义是人类迄今为止最有影响的思想体系之一,也是当今世界最强大的思想潮流之一。马克思主义思想潮流也很强大,但是应该承认,从世界范围来看,它的影响力正在削弱。那么我们是否应该完全接受自由主义呢?这还不能轻下结论。我个人对它并不完全接受。但我们必须认识到它的强大之处以及当中蕴含的真理的颗粒。自由主义与个人主义有关,它把个人看成是最重要的价值核心,是重于国家的最重要价值。国家必须为个人而存在,保护个人应有之尊严和自由。自由主义认为个人自由



重于国家的任何目标。这是关于自由主义最简单的说法。这样的思想注定难以被中国人、东方人所接受,后者倾向于保护集体、至少是倾向于保护家庭,倾向于限制、约束人的自由,而不是保护个人的自由,把节制看成是人的美德。中国的哲学是内敛的、节制的,往往不保护人的自由,尤其是不保护人的过度的欲望。为此自由主义在引进到中国的过程中备受波折,迄今仍然如此。其实马克思主义也是由自由主义分流出去的,因为它最终要解决人类的解放。但马克思主义在中国被慢慢改造成集体主义的思想。关于自由主义的问题存在很多论说,由于时间关系,我们在课堂上不再详论,推荐大家去阅读北京大学李强教授所著的《自由主义》一书。这本书很薄,但写得不错,它把自由主义说得比较清楚。

第三,立宪主义意义上的宪法被广泛地认为体现了宪法最优异的特质。我们讲了三种不同语境下的宪法的含义,可以说,其他各种宪法的优点都集中体现在这种立宪主义意义上的宪法之中。因此这种立宪主义意义上的宪法总是为许多国家所仿效,各国都要学习它、模仿它。有些国家的宪法称不上是立宪主义意义上的宪法,但是他们的学者都通过对文本进行解释,力图把它解释到与立宪主义宪法可以同日而语的那种境界上来。在中国亦是如此。我们有形式意义上的宪法,这个宪法也不绝对排斥立宪主义,但是凭着学术良心说,很难断言这种形式意义上的宪法就已经完全是立宪主义意义上的宪法了。可是,人们也可以适当借鉴其他立宪主义宪法的优异之处,然后通过对我国的宪法文本进行解释,甚至通过不断的修改,将其精神输送到我国的宪法规范之中去。

以上就是宪法的概念,它具有多义性。宪法的概念主要分为形式意义上的宪法和实质意义上的宪法,后者又分为固有意义上的宪法和立宪主义意义上的宪法。总之,我们理解宪法的含义,并不是要给宪法下一个独断性的定义,而是通过分析它在不同的语境下所存在的不同的含义来理解宪法,这是一种新的方法,它背后有深厚的方法论基础。



## 二、被戒备的概念：宪政

说起宪法就会谈到宪政,但是宪政是一个被戒备的概念。2013年,中国爆发了一场反宪政的思潮,由中国人民大学女教授杨晓青的一篇文章触发引起。她提出宪政这个概念隐含了资产阶级的国家观,所以这个概念不能用。这个文章引起一场很大的争论,可谓一石激起千层浪。一整年,意识形态领域出现了广泛的争议。而且党的一些传媒,像《求是》《红旗文稿》《人民日报》等等,都参与了讨论。他们的立场就是:不仅全面反对西方的宪法制度,并且反对使用“宪政”这个概念本身。我们可以简单地把它叫做“反宪政思潮”。这种思潮也受到批评,有人把它叫做“反宪政逆流”。我也不认同这种思潮,但讲课的时候就不这么主观了,我们先尽量公允地梳理一下有关知识点,然后由你们自己来判断。

何为宪政?这个概念很复杂,至少有四重含义。首先主要有两种:一种认为宪政是宪法体制,即立宪政体,晚清即确立此种“宪政”的概念,所谓“宪政”,其实可以理解为就是“立宪政体”的简称;另一种认为是宪政政治,意即依照宪法展开的政治,也就是这个政治不是乱来的,没有规矩的,不受约束的,而是根据宪法展开的。宪政首先是这两种概念,然后形成了四种。我们可以看这个象限图:前者是静态的,分为形式宪法体制和实质性宪法体制;后者是动态的,分为形式宪政政治和实质性宪政政治。所以宪政概念是非常复杂的,大家可以慢慢去体悟。

那么宪政概念是否不可用呢?这就涉及它与宪政观的关系问题。所谓宪政观,指的是人们对宪政的根本看法,主要是对实质意义的宪政的根本看法,它与宪政概念具有密切关系,但又不同于宪政概念。我们给宪政概念下定义的时候,会受到宪政观的影响。所以,宪政观很多样,宪政的概念也



图6 宪政含义的象限图

谓宪政观,指的是人们对宪政的根本看法,主要是对实质意义的宪政的根本看法,它与宪政概念具有密切关系,但又不同于宪政概念。我们给宪政概念下定义的时候,会受到宪政观的影响。所以,宪政观很多样,宪政的概念也

就很多样了。但是宪政概念不等同于宪政观。宪政如何定义与人们怎么看待宪政,不是一回事。特别是不要把宪政的概念等同于某种特定的宪政观,比如说等同于美国人的宪政观,因为世界上的宪政观何止只有这一种!

据我的梳理,当今中国大致就有五种宪政观,而且在反宪政思潮出现之前,本来是有六种宪政观的。2013年,我应邀在浙江工业大学里作讲座时,题目就是“当今中国六种宪政观”。没想到一讲完不到两个星期,杨晓青突然发表一篇文章。这完全是偶然的。其实在这之前一年的春天,我去法国参加一个会议,会上法国人问我:“你们中国人怎么看宪政呢?”我当时临场发挥,梳理了一下,说中国至少有四种宪政观。法国人可能认为中国人思想真活跃,居然有这么多的宪政观,就请我介绍一下。我就介绍了一下,其中说到儒家宪政观和反宪政的宪政观,他们很感兴趣,但听完之后就觉得中国人的宪政观太幼稚了。Too Naive! 回国之后我就总结了六种,刚总结出来,浙工大就邀请我作讲座。刚说出去,杨晓青那篇文章恰好就发表出来。正是话音未落,余音绕梁的时候啊,反宪政的思潮就出现了。而通过这场争议之后,六种宪政观变成五种了。因为,某一种宪政观被另外一个宪政观吸收了。这当然与争论的策略有关。

那么,现在中国的宪政观有哪五种呢?大致是这么五种。请注意,我没有说“就这么五种”,而是说大致有这么五种:第一种是民主宪政观,认为宪政就是民主,这是毛泽东的想法。第二种我把它叫做西方通识型宪政观,指的是在西方国家,大家有广泛共识的一种宪政观。中国有一部分人认为中国应当吸收这种西方通识型的宪政观。这种观点为马克思主义左派所忌讳:“这还了得,那我们不成了美国了吗!”所以出现了反宪政观。第三种是社会主义宪政观,认为社会主义也可以有宪政。这一种宪政观内部各有各的表述,主要是认为宪政包含要民主、要法治、要自由、要人权、要平等、要社会保障等,凡是世界上美好的制度我们都要,组成社会主义宪政。第四种是儒家宪政观,也非常厉害,目前正在冉冉升起。其认为宪政早在儒家学说中就有了,古代中国的一些制度,里面就隐含着宪政的

要素,甚至就是宪政。这个观点,西方人很感兴趣,我所见到的那些法国人就非常感兴趣。这种观点最近开始受到重视。其实中国共产党本来并不重视中国传统文化,但从胡锦涛时代开始,共产党恢复了中国的一些传统节日,开始重视传统。到了习近平时代,则更重视了。最近习近平总书记还出席了一个纪念孔子诞辰的国际学术会议。但中国古代政治哲学是否就是宪政思想,这个争议比较大。不过,儒家宪政观也值得重视。第五种是反宪政观,这也是一种宪政观,认为宪政本身应该予以否定的一种观点。所以我们说,宪政概念,不能和宪政观混为一谈,尤其不能将宪政概念等同于某个特定的宪政观。反宪政观,就错在将宪政概念等同于上述的西方通识型宪政观,所以将婴儿和脏水一起泼掉,并且得罪了一大片。但这也解释了中国目前“宪政”受到戒备的原因。

在这五种宪政观当中,有两种宪政观最重要。一种就是毛泽东的民主宪政观,毛泽东曾在 20 世纪 40 年代《新民主主义的宪政》指出:“宪政是什么呢?就是民主的政治。”这成为我国长期的通说。第二种就是西方通识型宪政观。我们不妨也了解一下:宪政就是 constitutionalism。这个单词往往被翻译成“宪政”,实际上可以翻译成“立宪主义”或者“宪政主义”。它主要指的是要限制公共权力,保障个人权利和自由,这样的宪法政治才是宪政。西方这种思想观念源流,可以追溯到 1789 年法国《人权宣言》,它共 17 条,像是在宣称哲学的命题。其中第 16 条规定:“凡权利无保障和分权未确立的社会,就没有宪法。”这种观念还可以追溯到孟德斯鸠《论法的精神》三权分立的思想,还有卢梭和洛克的主权主义的思想、保护自由的思想。《法国人权宣言》的影响非常大,不断被制度化、具体化,出现了一些国家设计。其中有一种国家设计注重三权分立,用三权分立来限制公共权力。还有一些国家用联邦制限制权力,特别是限制中央的权力。发展到现在,还出现多党制来限制公共权力,一个政党执政了,在野政党可以监督它。大家在选民面前互相角逐、竞选,接受人民的选择和监督。这是一整套限制公共权力的制度。这样的做法,有成功的也有不成功的,真正成功的,为数不多。有人就指出,在当今世界上,真正

稳定的自由民主国家,连冰岛、哥斯达黎加也算进去,一共才22个。但是这套制度反过来影响到西方的宪政观了。人们把这些制度的存在看成认识宪政的标准。这样的观念确实对当今中国有很大影响。有人就认为,宪政就必须要有这些制度,而中国目前没有这些制度,因此中国不是宪政国家。这点被左派人物认为是资本主义的宪政观。

在当今中国,“宪政”为什么被戒备?我们还可以进一步分析其原因。

第一是毛泽东式的宪政观难以兑现。把宪政等同于民主,这是中国共产党当年与国民党斗争的政治策略,如今要推动民主进一步发展,在当今中国这点很难做到。是的,当今中国的社会主义民主处于初级阶段,民主程度仍然有待进一步发展。我们的全国人大代表还不是通过直接选举产生的,它是由多层级的间接选举产生出来的。这在西方各国、乃至全世界范围内是极为少见的。那么现在能不能搞多党制,搞直接选举呢?在这一点上,我们目前仍迈不出这个步子。我们让台湾先走一步,台湾起先就有点乱,现在似乎成功了。但台湾只是一个小地方,我们让香港也先走一步,实行香港特首的普遍选举,结果还没搞起来,就已经出现乱象了。为此,人们难免会想,如果在中国这样一个偌大的多民族国家搞全面的西方式的竞选民主,中国会不会像近年来的伊拉克、利比亚、埃及那样出现不可收拾的乱象?这点疑虑沉淀在观念之中,拂拭不去,也难以验证,为此要痛快地付诸实践,难啊!

第二是西方通识型宪政观也难以被接受,尤其是具体到国家制度设计层面的西方式通行的宪政体制,这在中国也被认为有问题。主流观点认为:当今中国好不容易获得百年不遇的良好的发展机遇,如果像美国那样搞三权分立,甚至搞多党制,互相牵制,互相扯皮,那么在中国这样本来国家规模就很大、各种力量又很难统合的大国,势必会阻碍其迅速的发展,所以要求公共权力高度集中并进行正确领导,让中国在高速路上全速前进。这点疑虑同样也沉淀在观念之中,拂拭不去,又难以验证,为此,宪政的概念不被戒备,是不可能的。

说到这里,也许同学们会问,那你的观点如何?对此,我也不隐瞒。

我的观点有这么六点：

第一，宪法不等于宪政，或者说有宪法不等于有宪政，既不等于有形式意义上的宪政，更不等于有实质意义上的宪政。在中国大家都已经普遍认识到这一点了，我在此只是认同。

第二，宪政观不等于宪政概念，特别是不能因为反对某种特定的宪政观就全面反对宪政概念。人民大学的杨教授可能就犯了这个错误。她反对的是西方通识型的宪政观，尤其是美国式的宪政观。她认为中国接受不了，这一点我也同意。但不能因此就反对宪政的概念。宪政还有其他的宪政观啊！还是那句话：不能将婴儿和脏水一起泼掉。

第三，西方国家的宪政未必适合于中国，但是中国未必要全面排斥西方国家的宪政。西方国家的宪政在中国当下确实不适合，这不等于中国不应该向西方学习宪政制度，尤其是其中合理的真理的颗粒，比如保障人的基本权利、控制公权力的滥用和腐败。再左，我们也必须承认这一点。

第四，宪政不完全等同于民主。它们都解决统治的正当性问题，但民主解决的是“谁”来统治，宪政解决的是“怎样”统治的问题。民主的力量可以限制公共权力，比如文化大革命，发动一些群众去斗争，效果非常好。但过头了，侵犯了许多官员作为人所应享有的最起码的尊严和基本权利。更有甚者，也侵犯了知识分子作为人所应享有的最起码的尊严和基本权利，它使中国出现了严重的混乱和倒退，其负面后果迄今仍未完全消除。要认识到：适当地运用民主的力量和机制去监督公共权力，限制公共权力的滥用和腐败，是必要的，也是颇为有效的。同时，民主的力量本身也可能形成一种难以约束的权力，因为民主本身就具有一种政治上的正当性，进而更难约束。为此，这种力量一旦失控，尤其是形成民粹主义，则不可收拾。而且在这种情形之下，民主的力量也有可能反宪政。因为宪政的理念是，任何的权力都要受到约束，而民主力量发挥到极致的时候，其本身就是难以约束的。当一个国家的民主力量演变为狂野的、桀骜不驯的民粹主义力量时，很难找到一种可以约束这种力量的力量，除非这种力量本身在长期的肆虐之后不得不趋于疲软，并开始自我觉醒。法国历史上

的市民大革命和中国历史上的文化大革命,都验证了这一点。可以说,在这方面,人类有益的经验是首先确立和发展宪政,当然,这个宪政的发展也是需要有一定民主基础的,然后随着宪政的发展,民主程度逐步得到提高,最后成为成熟的民主宪政国家。

第五,立宪主义与中国古代传统政治文化,确实也有一定的契合性。在此方面,儒家宪政观也有一定合理性,只是不能过头,说儒家学说就是宪政学说。我们必须承认,传统儒家学说,尤其是中国古代的道统观念与西方的立宪思想中限权的思想有一定契合性。道统从尧舜禹汤、文武周公传到孔子孟轲,最后一直沿承下来。正如费孝通在《中国士绅》这本书中所指出的那样,它主要是体现了古代知识分子利用其独特身份来约束公共权力的精神。是的,儒家思想一方面养成了知识分子投入政治国家怀抱的情结,所谓“修身齐家治国平天下”,就是一种入世精神、学而优则仕的精神。但另一方面,士有道统观念,所谓“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平”。正统的士大夫也深怀以天下苍生为念、与皇权抗争的精神。这种精神很奇伟,与西方立宪主义多少也具有一定契合性。但并不能说这就是典型的宪政思想。这是当今逐渐“得势”的儒家宪政观所需要注意的一点。

第六,前面几种宪政观打起架来怎么办呢?我认为上述五种宪政观各自都有一些问题。比较厉害的是毛泽东式宪政观和西方通识型宪政观。反宪政的宪政观,去年虽然获得了表面的胜利,但实际上接受的人很少。社会主义宪政观去年受到了致命一击,基本上是负隅顽抗了。我也是社会主义宪政观这个阵营里面的,不得不说我们受到内伤了。反宪政观占领了国家意识形态的高地向我们社会主义宪政观开炮。但是,我觉得这几种宪政观都有问题,包括社会主义宪政观。公正地说,我们应该发展出一个新的宪政观,一种真正的通识型宪政观,即,它既与西方通识型宪政观存在共通之处,又适合中国的国情,能在中国中国各派人士之间达成最低限度共识的宪政观。这种宪政观应该克服过去的那种将通识型宪政观过度具体化和特定化的弊端,比如具体化到三权分立、多党制、联邦

制,特定化到美国等国家的政体;而应提取宪政的最低必要限度的内涵,提取其最大公约数作为宪政的内涵。

那么,这种现状概念的内涵应该是什么呢?通观古今世界的宪政观,我认为:其最大公约数是保护人的尊严和权利,为此要合理规范公共权力,防止其滥用和腐败。将“宪政”理解为这样一种立宪政体或宪法政治,就足够了,至于具体的制度设计应该为何,不同的国家不同的时期各不相同,不应强求统一的版本。这就是我所主张的“最低限度通识型的宪政观”。

传说美国前总统小布什曾经说过这句话:“人类千万年的历史,最为珍贵的不是令人炫目的科技,不是大师们浩瀚的著作,而是实现了对统治者的驯服,实现了把他们关进笼子里的梦想。”除了开头部分以外,这句话说得挺对的,如今我们中国共产党领导人强调要“把权力关进笼子”,其实这就是宪政的真谛,我们又何必讳言呢?罗素在《权力论》中说过:“世界是没有希望的,除非公权力受到了有效的制约。”我觉得这就是伟大的智者的话。我们也可以说:“中国是没有希望的,除非公权力受到限制。”

以上我们讲的是第二大点:宪政。

### 三、宪法的属性:宪法是“公法”吗?

也许诸君都已经知道,不同的法传统上可分为两种属性,一种叫公法,一种叫私法。这种划分在大陆法系国家尤其盛行,英美法系国家也有采用。那么,我们这里要研究的宪法,究竟是公法还是私法呢?

要了解这个问题,首先我们要了解公法和私法是如何划分的。在法学领域里面这也是一个异常复杂的问题,存在诸多不同的学说。根据不同的分类标准,会产生不同的学说,梳理一下,古今中外法学界最主要的有如下五种:

第一种叫法律关系说。它是按照法所调整的法律关系的性质来划分公法和私法的,处理公权力之间的关系,或者公权力与私主体之间关系的法律就是公法,调整私人之间关系的法律便是私法。



第二种是按照权力关系来划分公法和私法。某一部法律的属性取决于它属于权力关系的法还是对等关系的法。如果它属于权力关系的法就是公法,是对等关系的法便是私法。

第三种是利益说。根据法所保障的利益的性质来划分公法和私法。把有关公益的法界定为公法,有关私益的法看作是私法。

第四种是主体说。按照法律主体来划分的,将有关国家的法看成是公法,有关私人的法看作是私法。

第五种是规范性质说。按照规范性质来划分公法还是私法。将行为规范看成是公法,将裁判规范看成是私法。

古今中外大体上有这五种学说,那么宪法到底是属于公法还是私法呢?如果根据法律关系说来看,宪法调整的法律关系主要是两个方面:

一方面主要是国家公权力和个人私权利之间的关系,即国家和个人之间的关系。国家可能侵犯个人的权利。那么侵犯之后根据什么法来解决呢?一般来说,我们会去找行政法,但是最终要找宪法来解决。

另一方面,宪法还处理国家权力内部的关系,主要是处理国家公共权力机关之间的关系。国家设立不同的机关,如立法机关、行政机关、司法机关,它们之间的关系以及各种机关内部的关系也是靠宪法来解决的,也就是说最终要靠宪法来调整。

所以,依据法律关系说来说,很显然宪法是公法。

此外,按照权力关系说、利益说或者主体说,应该都会把宪法认定为公法。可是从规范性质说角度来看,就比较难说。宪法起先被看作是行为规范,但是现在拥有宪法诉讼制度的国家,宪法也同时作为裁判规范,于是就很难说宪法是公法还是私法了。但是按照大多数学说,可以说:宪法是公法。这一点我们要认识到。

然而,值得我们特别注意的是,宪法作为公法乃是非常特别的。特别在哪里呢?要回答这个问题,我们就必须学习第四个问题:宪法的地位。



#### 四、宪法的地位：宪法是母法吗？

宪法到底是“公”的还是“母”的？有些人说宪法是公法，还有些学者却坚持说宪法是“母法”。一些做宪法研究的人经常用这个逗别人。是的，宪法学这门学问是很难做的，尤其在中国。上次说过，可以说中国宪法学是一门很容易使人肤浅的学问。国外许多宪法学家，写起他本国宪法的论文来写得非常好，但是偶尔也会写到中国宪法问题的时候就写不好了，还不如我写得好。我国台湾地区的宪法学者也是这样，写台湾地区的宪法时写得还不错，最后一章写“中共的宪法”或者“大陆的宪法”，唉，这一章肯定就写得比较糟糕，还不如我们博士生写得好。再比方说，你会见到一些学问很好的人，他谈起哲学也好、政治学也好、甚至国学也好，那都是舌灿莲花，或又如滔滔江水连绵不绝。但是一谈到宪法问题就变得很糟糕，所论的观点就显得相当的肤浅。所以我才说：中国宪法是一门让人变得肤浅的学问。

但是，宪法到底是公的还是母的这个问题的确听起来很浮浅，实际上却是一个很复杂的问题。人们说宪法是公法，有时又说宪法是母法，其实是语境不同，是两个问题。讨论宪法是公法还是私法，实际上是研究宪法的属性。而探讨宪法是不是“母法”，却是讲宪法的地位。宪法的属性问题我们前面解决了，要解决这个问题，就需要了解宪法的地位。

我们刚才了解到宪法是公法，但是它又是最为特别的公法，为什么呢？原因在于，它在诸种公法中的地位最高。宪法在一国法律体系中的地位是最高的，学界对此有许多不同表述，有的把宪法称为“国家的根本法”，有的叫“国家的基本法”，还有的称为“最高法”，或者“法律的法律”“法中之法”，还有一个更为形象的称法，那就是“母法”。所谓宪法是“母法”，大约就是说宪法就是作为妈妈的法，也可以简称“妈法”，或者“法妈”。

说宪法是“母法”，未必是没有问题的，但是，应该承认：与行政法、刑法、民法、商法、诉讼法等部门法相比，宪法确实比较特殊，其特殊性便集

中体现在宪法的地位之上。而要了解宪法的地位,就需要把握宪法在地位上的三个特点。

第一个特点,宪法规定了一个国家最具根本性的内容。以我国宪法为例,它规定了国家制度及其基本原则(包括国家发展目标及国策等内容)、公民基本权利和义务(我们面对国家,面对公权力可以享有哪些基本权利,这些基本权利乃是关系到国计民生的重大问题),还规定了国家机关的设置及其相互关系。这些内容都被认为是一个国家最根本性的内容,因此规定这些内容的宪法被称为国家的“根本法”或者“基本法”是有道理的。

当然,有些国家的宪法里也规定了一些并非最根本内容的内容,比如说美国宪法就曾经如此。这里讲一个美国宪法历史上的一个实例给大家听。大家可能都知道,美国宪法的规定很简单,是世界各国宪法中最短的宪法之一,拥有最长宪法的国家应该是印度,据说现行宪法相当于一部书。而美国宪法很简单,除了序言很短之外,正文也只规定了7条,正文之后再追加一些条文,称为“宪法修正案”。一批一批的追加,迄今为止已经追加了27条。所以美国宪法条文的数量就是7加27。其中美国宪法第18条是1919年诞生的,里面规定了一项内容:禁止酒(以饮用为目的的酒精饮料)的酿造、贩卖、运输和进出口。也就是说该条专门禁止美国人在美利坚合众国境内造酒、卖酒,虽然没有禁止喝酒,但谁都知道,这必然导致没酒可喝了。这个禁酒法条款1919年制定,一年之后的1920年生效,生效之后就出现了美国联邦特工人员把威士忌倒到臭水沟里面的情形。

禁了几年之后,美国人就熬不住了,他们清醒地领悟到了一条真理:看来人类没有酒喝是不行的啊。没酒喝不仅受不了,而且更为重要的是,禁酒还会导致一些问题。什么问题呢?首先,酿酒工会会失业,酿酒工厂会倒闭。其次,由于失业导致了大量剩余劳动力,更为严重的问题出现了,即犯罪率急剧提高。为什么会提高?可能是因为没有地方发泄,但更为重要的原因是,出现了地下酿酒业、地下黑市,从事违法酿酒、贩卖、走

私的活动,甚至出现警察和这些地下酒业的控制者们互相勾结的情况,最后犯罪率越滚越高。这种情形非常像当今中国的色情服务业。我国法律明确禁止妇女卖淫,可是你有没有发现,卖淫这种行为,有一部分当然是人类所不能接受的,但是有相当一部分卖淫行为,在人类历史上,不论任何国家任何时代,从来没有完全彻底地被根绝过。禁止也禁止不了,越是禁止反而会出现越多的违法者。当然这个问题比较复杂,你们还小,不懂得。总之,美国人民实在熬不住了,到1933年就通过了第21条修正案,这个修正案规定什么呢?它的内容就是废止第18条修正案。这段历史就被看成是美国宪法史上“最大的笑柄”。可想而知,如果当时美国人不是用宪法修正案来规定禁酒法,也没有必要再用宪法修正案来废止这个禁酒法,那么,就不怎么可笑了。总之,宪法只适宜规定国家最根本的内容。

这是宪法地位的第一个特点。

第二个特点,宪法有着更为严格的制定和修改程序。这点和普通法律不同,我们以后还会专门讲到。这里我们先初步看一下宪法是怎么制定的。

宪法的制定比较复杂,往往首先需要成立一个专门机构,该机构的名称在各国也有不同。历史上,美国是在1787年召开了专门的制宪会议;法国第一部宪法是1791年宪法,为了制定这部宪法,法国专门成立了一个制宪议会,该组织是由法国三级会议中的第三等级代表组成的。我国制定1954年宪法,则没有成立专门的制宪会议或者制宪议会,但是也成立了一个名为“宪法起草委员会”的组织。该委员会的成员全部由中共中央来确定,但包括一些民主党派的领导人,总之能够进入这个专门机构的人都很不简单。接着,通过宪法的程序也比其他法律复杂。一般来说,采用多数通过,而且是采用绝对多数通过。这个绝对多数不仅仅是要求过半数,而是要求过绝对多数,一般是四分之三、五分之四或者三分之二。还有一些联邦国家,要通过宪法,还要求获得州或邦的承认,比如说美国宪法,1787年开始制定,当时规定在北美13个州中至少要有9个州的承

认才能通过,于是一直到了1788年才满足了这个条件。

宪法修改的程序也是异常严格的。首先,只有特定的主体才有权提出合法的提案。美国要修改宪法,要求国会两院三分之二以上议员,或者是三分之二以上州议会的请求,才能够提出修改宪法的议案。这在美国宪法第5条里面有专门的规定。日本宪法第96条规定,首先也要求只有两院各三分之二的议员提议,方才能够提案修改宪法,其次还得通过全体国民公投,过半数通过。如果说在这个世界上评选一部最稳定的宪法,依我之见,应当首推日本的现行宪法,从战后制定以来从来没有修改过。这比美国都稳定,因为美国还有27条修正案,日本宪法则连一个字都没有动过。原因何在呢?就在于日本两院里面,始终没有达到三分之二的议员一起认同宪法的修改。当年我在日本的时候,议会里最大的政党就是日本自民党,但是自民党的议席总数从来没有达到过三分之二。一旦快到三分之二的时候,那么在下一轮选举里,日本国民就往往开始将选票投向少数党,使自民党始终达不到三分之二。因此你不得不承认,日本人民在政治上是比较成熟的。

在我国,谁有资格提出修改宪法的建议呢?理论上,谁都可以提,我可以,你们也可以。但是,提出来之后肯定没有人理。但是有资格提出宪法修改议案的主体,则另当别论。根据宪法规定,全国人大常委会或者是五分之一以上的全国人大代表联名,可以提出宪法修改议案。但是在现实中,一般而言是这样操作的:首先,中共中央提出《关于修改宪法部分内容的建议》,这个文件送到全国人大常委会,全国人大常委会就会出台一份《宪法修正案草案》(但是这个草案一般来说都是党中央为它准备好的,要在全国人大常委会过一下),然后将该草案交由全国人大去表决通过。

大家不要以为这个修改很简单,要知道这是很难的。中共中央给全国人大常委会提出一个建议,全国人大常委会一般就会接受,但如果我们全体师生联合起来给全国人大常委会提建议,它大概不会理我们。所以说,要想修改宪法还是有一定难度的。然而,说难也不难,只要中国共产

党愿意修改宪法,大概是不会遇到任何障碍的,至少迄今为止没有遇过一次障碍。这个程序在我国宪法中没有规定。所以我把它叫做“前置性的加接程序”。那么,这样做是否可以呢?我党可不可以让全国人大常委会接受它的一个建议呢?如果我们凭着学术良心,依据宪法理念,而不是根据政治态度,必须承认:当然可以,这样做也是合法的。在国外也是如此,议会里面最大党,如日本自民党,如果他们的议席能够达到三分之二,这个党的中央自己决定启动修宪程序,目标是修改宪法中的第9条和平主义条款,然后搞出一个修改的建议,交由自己党派在议院里面的代表提出。这当然是合法的。以上讲的是宪法修改的提议。

其次,宪法修改议案的通过也相当严格。美国宪法修正案要经过四分之三州的议会,或者四分之三州的修宪会议的批准,才能通过生效。日本除了这样的程序之外,还要经由国民投票的过半数赞成。我国的宪法修改议案也要经过全国人大代表的三分之二以上多数通过。

最后,在特定内容的修改上有限定。《意大利宪法》第139条规定,宪法当中所规定的共和政体不能成为修改对象。《法国宪法》第89条规定:“任何有损于领土完整之修改,不得着手进行。”《德国基本法》第79条规定得更多:联邦制的有关内容不得修改;基本法当中第1条“保障人的尊严”的原则不得修改;基本法第20条规定的德国是一个民主的、社会的联邦国家,不得修改。以上这些都构成了对宪法修改内容上的一种限定,也就是说对特定内容修改的限定。另外一些国家的宪法没有规定修宪权的界限,似乎任何内容都可以修改,但是在理论上也出现两种情形。一种观点认为,既然宪法没有规定哪些内容不得修改,因此任何内容都可以修改。另外一种观点则认为,虽然宪法没有规定修改的界限,但是从理论上讲,宪法修改还是存在界限的,对某些内容绝对不得予以修改。比如,宪法当中的“根本规范”就不得修改。至于宪法的根本规范具体指什么,则众说纷纭,莫衷一是。我国宪法当中就没有规定修宪权的界限,美国宪法也是如此,日本宪法也没有明确规定哪些内容不得修改。那么在理论上,我们应该支持哪一种观点呢?这有待于我们思考、研究。

宪法的地位的第三个特点,宪法具有最高的法效力。教材中叫“法律效力”,我认为称作“法效力”更好一些。有关这一点,教材在第23页以下指出两点:(1)宪法是普通法律制定的基础和依据;(2)与宪法相抵触的法律无效。

宪法学界有一种重要的学说因此得出结论:宪法和一般法律的关系是“母法”和“子法”的关系,一般法律是由宪法派生出来的。

我认为这一观点需要我们去澄清。宪法当然具有最高的法效力,但是能否由此就可以断定“宪法和一般法律是母法和子法的关系,一般法律是由宪法派生出来的”呢?这就需要具体分析。关于此点,鄙人认为,首先必须认识到,宪法确实处于一国法律体系的顶端,所有其他法律、法规均以其为效力基础,与宪法相抵触的法律、法规是无效的。那么,宪法是否就是“母法”?一般法律是否就是从宪法那里派生(分娩)出来的?那就不一定了。我认为,就法的内容而言,宪法只是部分法律法规,主要是公法的制定依据,未必是所有私法的制定依据。私法有哪些呢?主要有民法和商法,这些法律是不是依据宪法而制定出来的呢?综观世界各国,一般而言,都不是依据宪法。我们甚至可以发现,在许多国家,最早出现的法律恰恰不一定是宪法,而是民法,而且作为私法的民法,它和公法在内容上有着很大差别,一般来说,不会是由宪法派生出来,而是在民间社会自生自发形成的。

当然,这也有例外,我国2007年有一部法律叫《物权法》,它的第1条就规定:“为了维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发挥物的效用,保护物权人的物权,根据宪法,制定本法。”这样的表述有没有理由呢?我认为,就这一部法律而言是有其理由的,因为这部法律当中有着相当数量的公法条款,其中第五章章名就是“国家所有权和集体所有权、私人所有权”,这个部分主要是公法的条款。因此,这里说“根据宪法制定本法”是有一定道理的。但问题就出在:物权法是民法的一个部分,属于私法,那么在私法里能不能规定公法条款呢?这点倒是具有争议的,按照世界各国的通例,是不行的。只不过中国目前处于一个特殊

的转型时代,物权制度的建立会涉及所有权问题。而这是一个非常敏感的问题,所以在物权法制定的过程中就出现了各种各样的争议,甚至有人指出“物权法是违反宪法的”。当初物权法草案出现的时候,就有人提出这样的观点,其中具有代表性的是北大法学院的巩献田教授。他就明确提出“物权法违宪”的论断,在网络上展开了很大的争议。由于存在这些争议,物权法草案在最后修订的时候就特别注意,刻意强调写进了“依据宪法,制定本法”,为此就形成了一个显著的例外。但说到底,这其实也是受到“宪法是母法”这一模糊观念的误导所致。

如果从各国通例来看,情况就不同了。一般而言,私法制定的过程当中是可以不直接依据宪法的,也就是说,私法不会从宪法中派生出来。当然,由于私法的效力低于宪法,因此私法的条款不能抵触宪法,如果抵触了宪法,就可能构成违宪。比如说民法,其中有一个部分是婚姻家庭法,如果婚姻家庭法里面规定了一夫多妻制,这个婚姻法就可能因违反宪法而无效。因为虽然宪法里面没有规定一夫一妻制,但是宪法里存在男女平等的条款,这个条款决定了婚姻法中不能规定一夫多妻制,当然也不能规定一妻多夫制,否则就违反了宪法规范。但这仍然不能证明,婚姻法就是从宪法里面派生出来。

### 五、宪法的本质:宪法究竟是什么?

宪法本质的问题和宪法的概念是呼应的。宪法的概念主要讲宪法的含义是什么。宪法的本质则是在追问:宪法究竟是什么?它本质上是什么?

关于宪法的本质,我国宪法学界长期以来存在这样一种正统观点:(1)宪法是民主制度的法律化;(2)宪法是阶级力量对比关系的反映。这样的观点,同学们可能在高中政治课上就学到过。我们所使用的教材里对两点做了详细表述,详见第24~26页,大家自己阅读。我们要认识到,这种观点是我国宪法学界长期以来的正统观点。不仅我们的教材当中有,过去的教材当中也有。比如,老一辈宪法学家吴家麟教授曾主编了一



部高校教材《宪法学》，于20世纪80年代初出版，是我国宪法学界最早的一本权威的宪法学体系书。这本书最早系统地提出了以上观点，一直被沿承至今，长期作为我国宪法学界在这个问题上的主流观点。

对这个观点，我觉得有必要进行适当的反思。首先，我们要从方法论上进行反思。虽然这种观点是有一定道理的，但是它仅仅是把宪法作为一种实然的社会现象或者政治现象来考察，而忽视了将其作为一种规范现象来加以考察的必要性。它没有解释宪法应该是什么，没有从规范层面来解释宪法。我们所接受的传统马克思主义在方法论上的优异之处就在于很敏锐地洞察“是什么”(to be)的问题，但往往忽略“应该是什么”(ought to be)的问题。它的应然结论时常是从实然描述中直接推导出来的。这可以说是我国迄今为止许多标榜自己是“马克思主义法学”人的通病。在这样的褊狭视角下，他们当然不会去全面地把握宪法的思想基础，特别是没有把握宪法当中应当具有的立宪主义精神。他们对宪法的本质是什么的理解，缺乏规范主义、立宪主义的立场。在反思这一点的基础上，我们寻找新的出路，那就是把宪法看成是一种规范现象。规范主义(normativism)是力图依据有效的、具有价值秩序的规范系统去调控公共权力的立场、精神、方法或理论体系。这种规范主义与立宪主义基本相通。以此视角看待宪法，宪法不是实然的政治现象，而是一种规范现象，尤其是把实质意义上的宪法看成规范现象来把握。如果把宪法看成是一种规范现象，我们对宪法的本质的认识可能会更为深刻，就会认识到宪法本质的另一个方面。这个方面包含如下几点内容。

第一点，宪法是赋予国家的存在以基础的基本法。什么叫国家呢？这个问题很复杂，政治学、哲学、法学都有研究。从社会学、政治学的意义上研究，过去的主流观点认为：国家是由三个要素构成的，即领土、国民和主权。法学上应该如何理解国家？学说也挺多的，根据德国国法学的研究，传统上就至少有四种，包括“权利客体说”（又叫“家产国家说”）、“权利主体说”“法关系说”以及“法秩序说”，这些都是有别于政治学、社会学对国家认识的法学本身特有的学说，其中最具代表性的学说是“国家法人



说”。这个学说的主要内容说的是：从法的层面来看，国家不是多数人的单纯集合体，而是一个统一体。作为统一体，它具有不同于各个人的独立目的。为此，从法的角度来看，也具有一个法人格，可以赋予其权利能力。那作为一个法人，国家是怎么形成“意思”怎么行动的呢？这个学说认为，国家法人构成人员的自然人在国家法人的活动范围内的行为，从法的角度来看，就是国家法人的行为。在这个意义上，这些自然人就称为“机关”，国家元首、议会、行政部门、法院等都是国家这一法人的机关，国家通过这些机关来活动，机关的行为则可视为国家的行为。这就是国家法人说，在近代德国诞生，由德国著名的公法学家耶利内克加以体系化。这个学说后来当然也受到挑战，但迄今仍然具有重大影响，不说别的，就说如今我们中国还在使用“机关”这个概念，就知道它有多大影响了。而从国家法人说当中，我们可以看到，宪法和国家具有密切的联系，“从法的角度”将国家看成一种法人的那种“法”，实际上首先就是宪法，正是宪法规定了国家的目标、国家的根本制度，国家的机构设置等，可以说，宪法是给这种国家、这种法人以基础的一种法律。这是宪法本质的第一点。

第二点，宪法是人的尊严和基本权利的基础法。有关这一点，日本的芦部信喜教授就认为：宪法是自由的基础法。这里的自由其实就包含人的尊严和基本权利。马克思主义经典作家也是承认的，马克思本人就曾说过：宪法是人民自由的宪章。列宁也说：“宪法就是一张写着人民权利的纸。”有人说，列宁说得太对了，宪法只不过是一张纸而已。这或许是因为中国人发明了造纸术，对纸较为不稀罕。其实很多国家，宪法不仅仅是一张纸，那张纸很神圣。美国的宪法就是写在羊皮纸上的。为什么这样说呢？因为宪法主要是用来保障人民的自由权利，是人民“自由的圣经”。这点也是宪法的本质，同时还是国家存在的正当性基础。为什么我们人类需要国家？国家凭什么存在？凭什么我们要给它纳税，支撑它的存在和运作？原因就在于，这个国家应该保障我们每个人的尊严和基本权利。

关于国家的正当性，过去的观点说：国家是由人民统治的，因而是正当的。但人民如果迫害另一部分的人民，这个国家有正当性吗？比如纳

粹德国,一部分人民依照法律、依照总统的紧急命令迫害另一部分人民。国家是否正当,要看国家是如何统治的、是否保护人民基本权利。宪法如果做到这一点,就赋予了国家正当性的基础。

前面我们提到过,有一种理论认为:宪法的修改存在一个界限,即宪法当中的根本规范不能修改。我国当今宪法有138个条文,序言有13段,前7段是叙述性的,后面6段也具有一定规范性。一部宪法有好多条文,一个条文里面可能有好多规范。宪法中有少量规范是所有规范中最根本的规范。什么是宪法当中的根本规范呢?众说纷纭。“根本规范”这个概念来源于奥地利的一个宪法学者,即凯尔森。他本是奥地利人,又是犹太人,后来纳粹迫害他,无奈之下逃到美国。他曾指出,一切法律都有它的效力基础,普通法律的效力基础是宪法,这部宪法的效力基础是上一部宪法,上部宪法的效力基础是再上一部宪法,最终会追溯到一个国家最早的那部宪法,如果再追溯上去,那就是“根本规范”了。后来,凯尔森这个概念被改造了。凯尔森认为宪法当中不存在根本规范,根本规范存在于宪法之外、宪法基础当中。但现代宪法学者主张这个根本规范并非存在于法律世界的外面,而是存在于法律世界的内部。存在于哪里呢?存在于宪法当中。宪法中有许多的规范,其中有一些规范是最为根本的,相当于宪法当中的脊椎,这些“脊椎规范”就是根本规范。

芦部信喜教授就认为:宪法当中的根本规范在哪里呢?首先就是人的尊严。人必须像人一样地有尊严地活着,说透了,就是:人不能被国家或者他人看成是一种手段。这一点来自于德国伟大哲学家康德的“人是目的本身”的原理。由这个“人的尊严”原理又派生出两个原理:一个是主权在民,我们称为“人民主权”原理;第二个是基本权利保障原理。这两个原理再加上它的基础“人的尊严”,三者共同构成宪法当中的根本规范。从这里,我们也可以透视到宪法作为人的尊严与基本权利保障的基础法的本质。

宪法还有没有其他“本质”可以表述呢?如果说有,那么从法的角度来看,尤其是从规范主义的角度来看,宪法的第三点本质就体现在:宪法

既是一种授权规范,又是一种限制性规范,是授权规范和限制性规范的统一。形象地说,宪法就类似于—尊“两面神”。这尊两面神,在古罗马,被称为“雅努斯”(Janus),下面这幅图片是古罗马的两面神的形象。为什么说宪法类似于两面神呢?这是因为,面对国家权力,其实宪法是有点矛盾的,或者说存在双重面孔:一方面,它授予国家权力,另一方面又适当限制国家权力。

宪法作为授权规范的性格,可能会让许多人感兴趣。因为这几年来许多人不是在考虑党作为执政党的合法性、考虑国家的合法性问题吗?人们的论证何必缘木求鱼呢?从宪法这个授权规范中就能找到呀。但是另一方面,我们也需要特别重视宪法作为限制性规范的这一面向。对于这一点,梁启超曾经就指出,宪法又可称为“限法”,指的是宪法就是限权之法。梁任公说的“限权”,主要就是限制公权力。



当然如今也有人加以发挥:这个“限权”之法也包括宪法可以限制公民的基本权利。宪法会不会限制公民的基本权利呢?会的,只不过这一点并不是本质性的,不是宪法的本质特点。

总之,宪法是授权规范和限权规范统一。如果能深刻理解这一点,有效运用这一点,我们的政治就离宪政不远了。你看在成熟的宪政国家,这一点做得比较好,从内容到实质都非常重视宪法的这一本质。比如说美国吧。2005年1月20日,小布什在国会大厦宣誓就任美国总统,按惯例专门请美国联邦最高法院的首席大法官,即当时的伦奎斯特当领誓人。伦奎斯特主持完布什的宣誓仪式之后不久便去世了,老人家年事已高,身体本来就很虚弱,还好那时还能挺得住,没有在领誓时当场倒下去,否则

全世界都轰动了。这点风险,小布什又不是不知道,那为何他还要冒着风险请伦奎斯特来呢?因为伦奎斯特是联邦最高法院首席大法官,而联邦最高法院,在美国被看成是“宪法的守卫者”。为此,这种宣誓也体现了政治权力对于宪法的尊重,连它的誓词都是美国宪法第2条第1款规定好的,全部誓词只有35个英文单词,其中包括“忠实执行合众国总统职务”和“竭尽全力,恪守、维护和捍卫合众国宪法”。由这一誓词可以看出,美国政治服膺于宪法,服膺于宪法对它的限制,主动接受宪法对它的限制。再说,小布什能请到伦奎斯特来主持仪式,他自己也觉得很光荣;我面对你进行宣誓,很光荣地接受你的限制。像这类政治符号,里面的含义都非常深,其中透露出宪法在良好的宪政国家中已经达到了授权规范和限权规范的高度统一。我们必须承认这一点,并诚挚地期望像“雅努斯”这尊两面神那样的宪法,有一天能真正地降临到我们国家的政治生活之中,降临到每一位国人的心里。

以上,我们就把今天的课程讲完了。这一次的课我们再补充两个课外阅读的文献。一个是罗马法学家徐国栋写的《宪法一词的西文起源及其演进考》,载《法学家》2011年第4期。第二个就是我的《宪法的日偏食结构》,为《文人法学》一书所收,清华大学出版社2013年版,第3页以下。

## 第二章 宪法的分类与结构

今天我们来讲新的内容。在讲新的内容之前,我们先思考两个问题:以下两种说法对吗?一种说法,“当今中国有成文的和不成文的两种宪法”,这个说法对不对?还有一个说法,“中国的不成文宪法包括了成文宪法宪章、宪法惯例、宪法学说及宪法性法律”,这对不对?

首先,我告诉你们,以上的论述都来自北大法学院强世功教授的论文。近年来,强世功教授和陈端洪教授等几位学者,在我国法学界形成一个比较显目的研究群落,或者也可以把它看作一个正在发展中的学派,叫做“政治宪法学”,值得我们关注。他们的核心思想之一就是认为在中国存在两种宪法,一种是成文的,一种是不成文的,其中成文宪法就是宪法典,不成文宪法就是上述这些。这些观点已在学术界引起一些争议。那么,他们的说法到底对不对呢?这就需要我们今天来学习这样一个理论问题:宪法的分类与结构。

### 一、宪法的分类

许多学问都与分类有关,分类会形成人类知识和学问的一个最基本的要素。对于宪法学也是如此。世界上有各种各样的宪法,古今中外出现在历史舞台上的宪法不胜枚举,一部一部地认识这些宪法是不可能的,因此就需要类型化的工作。那么,这么多宪法到底可以分为哪些类型呢?在理论上,依据不同的标准,宪法会有不同的分类,从而又形成各种各样

的学说。我们这里主要讲两大类的学说：一类是传统的分类学说，还有一种是现代出现的新的分类学说。这就属于“宪法分类学说之分类”了。但通过了解这些主要学说，我们也就懂得宪法的分类了。这就是本章要讲授的内容。

### （一）传统的分类学说

这种传统分类基本上都是形式性的分类，最著名的一个分类就是根据宪法的形式，把宪法分为成文宪法和不成文宪法。不成文宪法是指什么呢？不成文宪法就是指没有成文宪法典，但它也有宪法，有我们上一节课所讲的实质意义上的宪法，可能是固有意义上的或立宪意义上的宪法，只不过没有成文宪法典而已，甚至它们也有一些法律法规用来规定属于宪法的内容，涉及国家的根本制度以及人民权利的保障，但是这些法律本身不叫做“宪法”，只是属于实质意义上的宪法，这些宪法我们把它叫做不成文宪法。

这种分类主要看其是否拥有成文的宪法典。大家一定注意，它并不是看宪法是否被写成文字，而是看是否有一部宪法典。可以说，世界上大多数国家的宪法都属于成文宪法，如美国的宪法、德国的基本法、我国宪法，都属于成文宪法。当今世界总共有三个西方国家是不成文宪法的代表性国家，一个是英国、一个是以色列、一个是新西兰。当然它们是几个代表性的国家，还有一些神权主义的国家，比如一些阿拉伯国家，它们也没有成文宪法典，但也有实质意义上的宪法，也就是有固有意义上的宪法，因为它们不可能有立宪意义上的宪法。

英国是最典型的不成文宪法国家，但是请注意，这并不意味着英国没有宪法。何海波教授曾写了一篇文章《没有宪法的违宪审查》，说的是英国，但他这里所说的“宪法”显然应该是指成文宪法，即统一的宪法典。这个英国没有，而且一直没有，然而英国也有实质意义上的宪法，主要载体包括三部分：

第一部分是宪法性法律文件，比如说有《权利请愿书》《人身保护令》《王位继承法》《国会法》等，还有1689年通过的《权利法案》。后面这个

很重要,并且现在越来越发挥着重要的作用。这些宪法性法律文件构成了实质意义上的宪法的重要内容。

第二部分是与宪法问题有关的司法判例,即法院对宪法问题的判例。

第三部分就是宪法惯例。英国存在非常丰富的宪法惯例。

英国的宪法惯例实际上就是不成文宪法的典范,它没有写在文字上,但是时时刻刻发挥着作用。举个例子,它有一个非常著名的惯例,女王可以否定国会的立法,但是长期以来女王没有一次否定过国会的立法,这就变成了宪法惯例。英国还有一个著名的惯例,内阁是由众议院当中的最大多数党的领袖来组织的,所以哪个政党赢得了国会当中的选举,这个政党就有权组阁,成为执政党,其他党派就是在野党,从而监督执政党。这些惯例基本上没有被打破,被维持下来。一旦被突然打破,这个国家就可能出现宪政危机。比如说女王几百年来从来没有否定过国会的立法,如果突然行使否决权,那就会出现宪政危机。

英国的不成文宪法就是这样构成的,但是我们可以看到,英语上讲 *unwritten constitution*,它虽然称为“不成文宪法”,但实际上并不是完全没有写出来的,而是有一部分没有写出来,但一部分是写出来的,比如英国的宪法惯例是没有写出来的,但其宪法性文件是写出来的,宪法判例也是写出来的,只不过没有写成一部统一的法典而已。为此,所谓“不成文宪法”,其实应该称为“不成典宪法”。

一般而言,我们可以说一个国家的宪法到底是成文宪法还是不成文宪法,只能做一种选择,不是成文宪法,就是不成文宪法,不能说既是成文宪法,又是不成文宪法,或者说既有成文宪法,又有不成文宪法。所以前面所说的强世功教授的那个说法,就必然引起争议了。我们说世界上的各个国家以是否拥有成文宪法为标准,可以分为成文宪法国家和不成文宪法国家这两类,这种分类就涉及对一个国家的宪法所属类型的一种形式意义上的分类。当然也有一些人,像美国有些人认为成文宪法和不成文宪法是可以并存于一个国家的,但这里所讲的成文宪法是看得见的宪法典,不成文宪法则指的是宪法典以外的宪法性文件、宪法判例、宪法习



惯等。而这个问题就涉及宪法渊源的问题了。这个我们等会儿会讲到。

成文宪法和不成文宪法的划分是英国学者詹姆斯·布赖斯(James Bryce, 1838~1922年)提出来的。此人曾是英国牛津大学民法钦定教授,曾获封贵族头衔、法兰西学院通讯院士。同时,他还提出了刚性宪法和柔性宪法的分类。二者的区别主要在于修改程序。修改程序采用特别多数决通过修宪提案的,是刚性宪法;采用单纯多数决方式(过半数)的是柔性宪法。后者的修改程序和普通法律是一样的。这一分类是布赖斯在1901年出版的《历史与法理学研究》这本书中第一次提出来的,此后遂被学界广泛接受。

我们可以看到,世界上柔性宪法的国家也是少数,典型的国家也是英国,也就是说英国的宪法既是不成文宪法也是柔性宪法。所以,完全可以说,这一分类对英国来说是有用的,而对大多数国家而言是无用的,起码意义不是很大。

第三种分类,根据宪法制定主体之不同,把宪法分为三种类型:钦定宪法、民定宪法和协定宪法。钦定宪法的代表有很多,如1871年德国《俾斯麦宪法》以及之前的《普鲁士宪法》《大日本帝国宪法》(简称“明治宪法”)等,我国的《钦定宪法大纲》也曾企图发展成一部钦定宪法,《十九信条》则是属于正式有效的钦定宪法了。但在当今世界各国,居于多数的宪法则是民定宪法,其中第一部是1787年制定的《美国宪法》。而协定宪法是指君主和臣民共同协商制定出来的宪法,最典型的代表是英国1215年的《大宪章》,由当时的英王和贵族们签订协议,是一部具有重要历史意义的宪法性文件。

以上就是传统分类法。它具有优点也有缺点。首先,它是形式上的分类,具有很强的形式性,比如成文宪法与不成文宪法就直接看是否有宪法典。因为具有很强的形式性,所以这种分类法比较客观,主观性比较少,一般较少有争议。其次,它也有弱点,其中一个弱点是都体现了英国的主体性,从英国人的角度去进行分类的,如果让其他国家去分类,很可能就没有不成文宪法,也没有柔性宪法,因为可以把它忽略不计。而由英



国人来分类,所以不成文宪法、柔性宪法与成文宪法、刚性宪法成为与并驾齐驱的一种类别。再者,它的分析功能到了近代之后,开始渐趋式微,为什么呢?因为这些分类有点过时了,现在大部分国家都是成文宪法国家,不成文宪法国家数量很少,几乎可以忽略不计,柔性宪法也是一样。根据制定主体来分析也是一样,现代基本上没有钦定宪法,也没有协定宪法,大部分都是民定宪法了,所以这些分类的分析功能虽然并没有完全丧失,但是已经开始渐趋式微了。在此情形之下,出现了现代的分类。

## (二) 现代的分类

第一种是盛行于社会主义国家之中的一种分类,即把宪法分为资本主义类型的宪法和社会主义类型的宪法。大家注意,这不是资本主义宪法和社会主义宪法,而是讲资本主义类型的宪法和社会主义类型的宪法。为什么这样呢?这是为中国服务的,因为中国制定 54 宪法的时候,当时还不是社会主义国家,只是新民主主义国家,为此 54 年宪法就不能称为“社会主义宪法”,而只能称为“社会主义类型的宪法”。而从这一点也可以看出,这是一种实质性的分类,当然也存在主观判断的可能性,甚至存在意识形态的纠葛。另一个问题是,经过 20 世纪 80 年代末 90 年代初东欧剧变、苏联解体的大变局,社会主义类型的宪法在当今世界数目已经不多,硕果仅存的是中国、朝鲜、古巴、越南这几个国家的宪法。平心而论,这些社会主义宪法在世界各国民主法制的发展进程中不占主导地位。讲这句话好像很不容易,过去是不敢说的,现在也有不少人为了某种目的或者迫于各种压力,无视现实,没有胆量承认这一点。但我觉得,“岂有文章觉天下,忍将功业误苍生”,事实如此,直说而已。

第二种是实在论的分类,此一分类在西方各国很著名,但在我国以前却不太知名。这几年我一直在很多著述中提到此种分类,希望人们一起重视。提出这一分类学说的是罗文斯坦(Karl Loewenstein, 1891~1971 年),是一位比较政治学和比较宪法理论的研究者,1951 年他在提交给某个国际会议的一篇题为《对当代革命时期宪法价值的思考》论文中提出了这一分类。他所提出的这个分类又叫功能意义上的分类,是把宪法分为

三类。第一类叫“规范宪法”(normative constitution),指的是为政治权力所能适应并服从的立宪主义意义上的宪法。罗文斯坦给出一个比喻:它是“一件合身的衣服,并且经常被穿着的衣服”。罗文斯坦认为这种宪法最典型的是存在于西方成熟的法治国家。第二类是“名义宪法”(nominal constitution),指的是只是在名义上存在,但在现实中不能发挥其规范性的宪法。罗文斯坦也给出一个比喻:这是一件“过于宽大而不合身,需要等待‘国民的身体’成长的衣服”。罗文斯坦认为这样的宪法主要存在于当时的拉美、亚非等新兴国家。最后一类叫“语义宪法”(semantic constitution),指的是即使被使用,也是掌握权力者的宣言手段或点缀品的那种宪法。罗文斯坦的文学修养不错,总是用形象的比喻来说明较为抽象的理论。对语义宪法,他就说:这“绝不是真正的衣服,而只是一种化妆”。用今天的话说,这种宪法就像人体彩绘一般,很好看,但不是真正的衣服。罗文斯坦认为,此种宪法主要出现在专制主义国家或者发展中国家。

说到这里,我们很难回避一个问题:那么,我们新中国的宪法应该属于哪一类呢?这个问题就比较麻烦了,不过我也可以直说:罗文斯坦当年提出这个“三分法”学说的时候,中华人民共和国的第一部宪法尚未诞生呐。但是,罗文斯坦较为明确地暗示:前苏联宪法就是语义宪法。那么,到底中国现行宪法属于哪一类,我觉得很难轻断,因为这涉及高度复杂的价值判断问题,在科学上难以证明。但凭良心说,中国宪法现在肯定不是典型的规范宪法,但也很难说它仍然而且永久的只是语义宪法。依我看来,在当下急剧转型的时代背景之下,中国宪法也在变化发展,上述三类宪法的性质,它都部分地具有,既具有规范宪法的属性,也有语义宪法的属性,又有名义宪法的属性;而且,可以期望的是,中国宪法有可能会慢慢发展成为一部具有典型性的规范宪法,鄙人所主张的“规范宪法学”,最终也正是为了推动这一目标的早日实现。

除去上面这些分类之外,还存在其他分类,教材第26~28页也讲了很多,大家可以自己去阅读。这部教材有个优点,那就是写得比较通俗,

以你们大家的智商,看懂是没有问题的,基本上不需要我来讲解,我只分析一些重点和难点。

就有关宪法的分类而言,在剩余这些分类中,我觉得有一个分类比较重要,那就是近代宪法与现代宪法的分类。这个分类的功能性很强。它是按历史阶段来划分的,但同时也是从内容上来划分的。二者在时间上区分的主要标志是1918年苏俄宪法和1919年魏玛宪法,前者是社会主义宪法,后者是资本主义宪法,但凡这两部宪法之前的宪法,一般都是近代宪法,这两部本身及其以后制定的宪法,大都属于现代宪法。当然,这只是形式意义的区分,从实质意义而言,近代宪法立足传统的自由主义,比较倾向于保护传统的自由,如经济自由。在国家组织方面,它比较注重严格意义的分权,实行权力的分立,这只是横向的分权;此外还有纵向的分权,比如采取联邦制。而现代宪法则在此基础上对此有所修正,具有新的内涵。这些新的内涵比较丰富,简单地说,一般是更加重视平等,重视社会权利的保障,因此出现了一些福利政策,有些国家被称为福利国家,或者也叫做“社会国家”,它吸收了社会主义的一些政策,但没有把这些社会主义政策上升为社会主义制度,或者说没有像我国宪法第2条第2款的规定这样,把社会主义制度作为国家的根本制度。还有,就是出现了现代型的多党制,这是一个非常重要的现代分权方式,不同政党之间相互竞争、相互监督、相互制约,实现新的横向分权。这就是现代宪法。从实质意义上来看,虽然有些宪法是在近代诞生的,但如果随着时代也有所发展,具有了现代内涵,那就相应地演变为现代宪法。美国宪法,是1787年制定的,显然属于近代宪法,但在现代时期,其内涵却在宪法解释当中不断地变迁,通过判例等规范方面的变化,演变为现代宪法了。

以上我们讲的是比较重要的现代分类。它的特点是:第一,功能强大,很好用;第二,实质性分类居多,不同于形式性的传统分类,它主要看内容和实质。这是它的优点。它的缺点也在这一点上,因为涉及内容,涉及实质性判断,就难免带有价值判断,因而就比较容易引起争议。比如社会主义类型宪法好还是资本主义类型宪法好,争议很大。中国的宪法到

底属于规范宪法还是名义宪法,还是属于语义宪法,这个也可能有争议。有些争议甚至是不可调和的,因为涉及了意识形态的斗争。而一旦涉及不可调和的意识形态的斗争,那就超出了学术的范畴,在这个领域,所谓真理主要是靠政治实力决定的,而未必属于真正的真理。

接下来我们还要讲第四点,即现代中国具有本土性质的分类。这完全是从中国角度出发的,而且跟现实有密切关系的分类。有人把宪法分为三种类型,一种叫革命宪法,一种叫改革宪法,一种叫宪政宪法。原中国社科院法学研究所研究员夏勇先生,提出了这种分类。其中革命宪法指革命时期制定的,或者反映革命时期目标的宪法;改革宪法是改革时期制定的,反映了改革时期内容和要求的宪法;宪政宪法那就比较稳定了,就相当于罗文斯坦所说规范宪法。根据他的说法,当今中国的宪法很显然属于改革宪法,它变动不居,且行且修改;它为改革服务,但有时被改革所冲击,甚至所吞没,而这一切又是正当的,因为正是改革赋予了这种宪法的正当性。这是夏勇非常著名的分类,这个分类非常好用。但我不同意他其中的一个观点,就是认为“改革宪法”的合法性基础既是现有法统,又是改革本身。这决定了无论实体方面,还是程序方面,都在一定程度上允许违宪改革、违法改革。在我看来,在当今中国,现行宪法与改革结下不解之缘,的确可谓属于一种“改革宪法”,但与其说是改革赋予现行宪法的“合法性基础”,倒不如说,事实上,正是现行宪法赋予了改革的合法性,现行宪法序言第7段本身就宣明“坚持改革开放”。正因如此,要正确处理改革与宪法的关系改革措施必须于法有据,不能让改革以违法违宪的方式进行。

还有一种分类,我曾试着提出来的,属于二分法,即将宪法分为显性宪法和隐性宪法。当然,我不是通过学术论文、而是通过学术随笔提出这一观点的,因为我对这个问题还没有进行深入的研究。但是我认为任何国家实际上都可能存在显性宪法和隐性宪法。其中所谓显性宪法就是成文宪法;所谓隐性宪法是指不以宪法的名义出现,但是它在显性宪法背后发挥着宪法作用的规范,这里面包括宪法性文件,也可能包括没有文字

记载的规则,甚至包括一些政治上的潜规则。任何国家大致都会有这样的规则。有些国家特别突出,比如说当今中国就比较典型。

至于这种隐性宪法怎么去确认和把握,我认为:要以显性宪法为轴心,质言之,隐性宪法的确认,应该受到显性宪法所确立的原则的约束,而并不是把那些只要涉及国家制度运作的规则都一股脑儿地当作隐性宪法加以确认。在这点上,我与政治宪法的观点截然不同。对于隐性宪法和显性宪法谁更为重要的问题,他们似乎更强调隐性宪法的重要性,认为显性宪法尤其是我国现行宪法的正文部分不重要,只有序言最重要;而序言中其他也不重要,最重要的就是党的领导;所以隐性宪法是什么呢?他们认为最重要的就是中国共产党的党章。在他们看来,只要在国家当中起重要作用的一些规则都可以叫做隐性宪法。其实,他们的这种观点连中国共产党都不敢接受,至少说暂时不敢接受。

我的观点与他们有所不同,认为在显性宪法与隐性宪法之间,必须以显性宪法为核心,而隐性宪法的确认和运用应受到显性宪法的约束与引导,只有这样,中国才能可能真正走向成熟的立宪主义,才可能实现国家治理体系与能力的现代化,才能出现中国共产党所期待的长治久安。这是我个人观点。

以上我们所讲的就是宪法的分类,包括传统的分类和现代出现的分类,内容比较复杂,提纲挈领地梳理起来还算简单,我们就讲到这里为止。接下来我们讲第二大点,宪法的结构。

## 二、宪法的结构

我们接下来会讲三点:一是宪法存在形式的结构——宪法渊源;二是宪法典的一般结构;三是宪法结构中非常重要的一个构成单元——宪法规范及其结构。这样安排比较符合法律逻辑的思维习惯,一步一步地深入下去。

### (一) 宪法存在形式的结构:宪法渊源

所谓宪法渊源,其实指的就是宪法的“法源”(source of law),具体又

指:实质意义上的宪法的存在形式。那么,宪法的存在形式是什么呢?我们首先想到的是宪法典,但是宪法除了宪法典之外它还有其他存在形式,前面我们也都有所论涉。这些存在形式都属于宪法的法源。

“法源”一词是法学领域中很重要的一个概念,比较复杂,至少有如下三种含义:

一是指法哲学上法的终极性的妥当依据。这种意义上的法源有多种:有些人认为神是法源,有些人认为主权者就是法源,或者民意就是法源,等等。

二是指法史上认识过去的法的素材(source of law),其实指的就是法史料。

三是指法的存在形式或者表现形式,即解释与适用时可援引的规范。

本课程所讲的“宪法的法源”,主要指的是第三种含义。因此,相较于“宪法渊源”,我们称为“宪法的法源”更加妥当一些。

综观世界各国,宪法的法源主要包括有六种:

第一种是宪法典。讲到宪法典,我们首推1787年诞生的《美国宪法》,它是人类历史上第一部立宪意义上的宪法典。美国宪法典由几条组成呢?它由简短的序言和7个条款组成,每个条款都很丰富,相当于一节。欧洲大陆第一部完整的宪法典是1791年《法兰西共和国宪法》,我们还要知道,宪法典的一种特殊组成部分,是宪法修正案。有些国家有宪法修正案,有些国家没有,为此是宪法的“或然”的组成部分。美国宪法有27条修正案,仅1791年,也就是其宪法制定后的第四年,美国人就一口气制定了10条修正案,这10条修正案在美国宪法中被称作是《权利法案》(Bill of Rights)。所以大家记住美国宪法典是7加27。我国宪法典由序言和138个条款组成。除此之外还包括四个宪法修正案,总共31条。我国是138加31,当然前面还有序言。

说到宪法典,请诸君注意:学习宪法,大家每个人手里最好要有一部宪法典。有些人说美国人“搞宪法”主要不看宪法条文,主要看宪法判例,但在目前的中国,情况不一样,宪法条文、宪法典是很重要的。即使是美

国也是如此。如耶鲁大学法学院有位非常有水平的教授,也比较著名,名叫阿玛(Akhil Reed Amar),他也教授宪法,而且教得很好,以至于美国有文化的大学的法学院学生都唱一首歌,歌词大意是说:“世界上有两种法律,一种是参加司法考试要考的法律,一种是阿玛给我们讲的法律。”这个阿玛上课时所教的法律是他自己那一套,跟司法考试无关,如果你听完他的课,去参加司法考试,按照他给出的答案去回答司法考试题目,那肯定完蛋了。但是这样一位仁兄现在还在耶鲁大学法学院生存,而且生活得很好。话说阿玛这位宪法学家,他出差时就经常随身携带一本美国宪法典。我有时跟他也差不多,出差时也带着一本中国宪法典,当然,有时也放在枕头旁边,晚上睡不着觉的时候,就拿起来翻一翻,这样就睡着了。

第二种是宪法性法律,指的是除了宪法典之外,其他含有调整宪法关系之内容的法律。具体类型上又有两种。第一种是不成文宪法国家的实质宪法,如英国,它没有宪法典,但是有宪法性法律,比如国会法、人权法、王位继承法、人身保护令等。第二种,按照宪法学界通说观点,指的是成文宪法国家里存在的确认基本权利的法律、政府的组织法、选举法等。但是从严格的意义上说,这些法,基本上都属于普通法律,有的甚至是代议机关内部的议事规则,如我国也有《全国人大议事规则》,它们都不具有与宪法同等的效力,所以如果称为“宪法性法律”,在我们这样的成文宪法国家,就恐怕是不太恰当的。当然,这些法律在内容上的确具有与宪法相关的内容,为此也被称为“宪法相关法”,立法机关的一些公文也是这样称的。但是从学理上说,在法律体系中,很多法律法规都跟宪法相关,像我国这样,甚至连《物权法》都与宪法相关,你能说它也是“宪法相关法”吗?为此,我觉得还是采用“宪法附属法”这个概念比较妥当,日本宪法学者就是这样称谓类似的这些法律法规的。

那么,我国的宪法附属法有多少啊?我告诉你,还真不少,不说不知道,一说吓一跳。根据2008年的白皮书,由全国人大及其常委会所制定的迄今为止229件的法律中,宪法及宪法附属就有39件。现在是38件,原来有39件,其中一部是1954年制定的《街道办事处组织条例》,刚被废



除,所以剩下 38 件。如果哪位同学想迅速掌握中国的宪法,那你就把这 39 件的目录拿来,把它们的标题咕噜咕噜地念诵一通,然后作心满意足状:“啊!终于学完了!”但是,我不得不告诉你,这 38 件之外可能还有,比如上述 229 件中最后那部分“社会法”,即保护公民的社会权的一些法律,也可能属于宪法附属法。总之,我们记住一点:凡是涉及公民基本权利之保护或限制的法律、凡是涉及国家机关建制的法律,都应该被看成是宪法附属法。另外要注意的是,《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》,在港澳地区被称为“小宪法”,实际上从国家法的角度来看,也属于全国性的宪法附属法了。另外,还有《全国人民代表大会组织法》《各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》《国籍法》《集会游行示威法》等等。有人认为不止如此,甚至《物权法》当中都有宪法性的条款。你把这些全部搞定了,能宣称你已经全盘掌握了中国的法律制度吗?我告诉你:不能!因为这仅仅是有效的法律,并不包括法律之下存在的大量的行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章等有效的规范性法律文件,这些加起来,听说数目至少达到两万多件。把这两万多个法文件都搞定了,你这条小命也就差不多了,即便这条小命还在,那你的头发也差不多了。

第三种宪法的法源是宪法判例,指的是在具有宪法诉讼机制或类似体制的国家中,宪法审查机关,或说是“违宪审查机关”,所作出的有关宪法问题的判例。如果没有宪法诉讼机制或类似机制,宪法判例也就不会出现,我国目前就是如此。但是在西方许多成熟法治国家,大都存在宪法判例。该种宪法判例也构成宪法的一种法源,即成为宪法的一个重要组成部分。有一种重要的学说认为:宪法判例只存在于普通法国家。这是一个比较严重的错误,我们需要澄清一下:除了普通法国家之外,许多大陆法国家也存在宪法判例。我们知道,大陆法国家以前是没有判例制度的,但是在现代,也不断地引进判例制度,只不过未必形成典型的判例法制度而已。注意:判例制度与判例法制度是有一些差别的。在宪法方面,情况也是如此,许多大陆法国家都存在宪法判例。像德国,就有宪法判



例,日本也有,连法国现在也慢慢吸收了宪法诉讼机制的一些要素,出现了一些宪法判例性质的文件。这些宪法判例也属于以上各国宪法的存在形式。

那么,宪法判例通常有什么内容?它的载体如何?我们要说明,宪法判例和有关宪法的判决书是不同的概念。判决书,香港人称作“判词”,还不等于判例。判例往往是具有典范意义的、具有拘束力的判决书。而一份判决书按照标准来看,一般由三个部分组成,即判决主文、判决理由和附论。判决主文写判决结论,如是否驳回起诉,某部法律是否违宪,或者判决谁胜诉、谁败诉等;判决理由就比较复杂,它主要是论证判决结论的理由,比如某一个法律法规违宪的理由何在。许多国家经常把宪法判决书写得类似于一篇论文,有的比一般论文还要长,超过一万字是很平常的,好几万字的判决书也是俯拾皆是的。如果我们把判决书看作一篇论文,那么判决主文就是论点,判决理由就相当于支撑论点的论证过程。至于判决书中的附论,那指的是案件所涉及的一些附带推论,也可能阐述一些规则。我们所谓的“判例”,主要就是存在于判决书的判决理由部分当中,有时也存在于附论之中。

宪法判例具有很重要的地位,尤其在成熟的法治国家。要说明这一点,有一个非常恰当的例子。美国的休斯大法官(Charles Evens Hughes, 1910~1916年任大法官,1930~1941年任首席大法官),在最高法院任职前,曾任纽约州州长,1907年在一次演讲中他曾说过一句名言:“我们生活在宪法之下,但这部宪法是什么意思却是法官们说了算。”后来他出任美国联邦最高法院大法官,而且还担任过首席大法官。他这句话说明在美国,宪法判例是何等的重要。正因为他深切地认识到这一点,所以他在做了最高法院大法官之后,据说每逢写作判决书时都会发怵,迟迟不敢动笔,写得很慎重。诸君以后如果有幸成为大法官,要向人家学习两点:第一,判决书必须自己亲自写,写出经典来,看看能否成为判例;第二,写作判决书之前,一定要谨慎,千万不要喝太多酒,以防胆大妄为、胡说乱侃。

还有一个知识点也在这里顺便说说。在美国,只有在联邦最高法院

任职的法官,才可以称为“大法官”,共有9人;日本最高裁判所则有15名大法官;德国联邦宪法法院共有16名大法官。日本、美国都是奇数,唯独德国是偶数,为什么呢?人家也有人家的道理。因为如果奇数的话,有些案件就很容易形成微弱多数,比如5:4,或者8:7,在此基础上作出判决,会让败诉的一方难以接受,甚至引起全国性的争议。而如果是偶数的话,上面这种情况就容易排除了,因为假如出现8:8,就会无效,还要继续讨论。由此可以看出,德国人重视“商谈”,在通过慎重的研究讨论之后往往能形成更为妥当的结论。那么我们中国最高人民法院共有多少名法官?我告诉你:不大清楚。反正很多,因为我们法官助理等司法专业辅助职业还很不发达,也没有被制度化,所以大家都是法官,这就难免多了,多到什么程度呢?我也曾问过最高人民法院的一名法官,这位法官说:不太清楚。

第四种宪法法源是宪法解释。宪法解释本来与宪法判例的关系是很密切的,一般来说,在有宪法判例的国家,宪法解释就存在于宪法判例之中,宪法判例中的判决理由自然会涉及宪法解释,甚至可以说,宪法判例主要也是由宪法解释构成的。但是有些国家没有宪法判例,只好单独发布宪法解释,为此宪法解释自身就可能成为一个法源。我国在制度上便是如此。

那么,在现行制度上,我国的哪个机关可以作出宪法解释呢?根据《宪法》第67条的明文规定,是全国人大常委会。无须讳言,这个做法在当今世界非常少见。当今世界,一般来说是由宪法审查机关(违宪审查机关)来解释的。有些国家是法院来行使宪法解释权的,比如美国;有些国家是由专门设立的宪法法院来行使宪法解释权的,如德国。我国索性由参与宪法制定与修改的机关、即全国人大的常设机关——全国人大常委会来解释的。这个做法有没有历史先例呢?我明确告诉大家,有!其中一个重要的历史先例就是1875年法国第三共和国宪法,但现在已经很少见了,连法国也不是采用这种方式了,而是将宪法解释权交给专门设立的宪法委员会来行使。

迄今为止,我国宪法解释的案例很少,或者说几乎没有。但是全国人大常委会曾经先后对香港基本法作过四次解释,分别是在1999年、2004年、2005年、2011年作出的。从严格意义上说,这只是属于对宪法性文件的解释,而非宪法解释,宪法解释应该是对宪法典作出解释。但有趣的是,在2011年全国人大常委会对香港基本法的那次解释,即在刚果金案的有关解释中,则隐含了宪法解释。这部分的表述是这样说的:依照中华人民共和国宪法典第89条第9项规定,国务院及中央人民政府行使管理国家对外事务的职权,而国家豁免规则和政策属于国家对外事务中的外交事务范畴。通过这种解释,相当于说:中央人民政府有权决定中华人民共和国的豁免规则和政策,在中华人民共和国领域内统一实施。这可以说就是发生在我国的一次极为罕见的宪法解释的实践,其以隐含在对宪法附属法所进行的解释之中的形态,同样也是极其罕见的。有关这一点,我们今后在讲到宪法解释时还将论述。

至于宪法解释的效力,教材第32页中讲:宪法解释和宪法具有同等的效力。这个观点可能是有问题的,我不同意。我的意见可以总结为两点:

第一点,在美国等有宪法判例的国家,这也许是可能的。因为它的宪法解释是在判例当中作出的,往往具有和宪法同等的效力。但就我国而言,从通常由立法主体决定规范性文件的效力位阶这一法理来说,宪法解释最多仅仅与宪法性法律具有同等效力,因为作出宪法解释的主体一般是全国人大常委会,怎么可能与宪法具有同等效力呢?

第二点,基于新法优于旧法的原则,宪法性法律也可变更之。一个宪法解释出台之后,新的宪法性法律可以推翻它。我国法律的效力位阶,主要看制定机关,制定机关决定了其所制定的法文件在宪政框架中的地位。我国的宪法是谁制定的?不要以为是全国人大制定的。应该说是宪法制定者制定的。接着追问:宪法制定者是谁?这个问题就比较复杂了。理论上说,是人民制定的。从政治正确的角度而言,至少也是“中国共产党领导人民制定了宪法”。在这个过程中,最重要的一个机关是宪法起草委

员会,最后由第一届全国人大通过宪法。基于上述情况,虽然宪法赋予了全国人大修改宪法的权力,但是也绝不能把全国人大和宪法制定者的地位相提并论。所以,由全国人大的常设机关全国人大常委会所作出的宪法解释的效力自然也只能等同于宪法性法律。这样理解也就是承认:宪法解释也有可能违反宪法本身,如果违反了宪法,可以通过制定一部宪法性法律来修改或者废止它。

第五种宪法法源是宪法惯例。宪法惯例也是存在于某些国家当中的一种宪法法源,指的是在长期的宪法实践中形成的、被反复沿用并被普遍认可的惯行或先例。也就是说,它的成立有三个要件:一是在长期的宪法实践中形成;二是被反复沿用;三是被普遍认可,仅仅是部分机关、部分民众认可还是不行的。许多国家都有宪法惯例,如英国的宪法惯例(Conventions of the Constitution)、法国的宪法习惯(Coutume Constitutionnelle)等均属此范畴。

关于我国的宪法惯例,争议性比较大。一般来说,认为宪法修改一般均由党中央先向全国人大提出建议,然后依照宪法规定的程序进行修改,这就是一个宪法惯例。确实,迄今为止,宪法修改主要是由中国共产党中央委员会,向全国人大常委会提出。怎样提出呢?一般是中国共产党先广泛征求全国各党派、各地方的意见,甚至组织专家学者研究,形成一个书面材料,叫做宪法修改建议草案,再将这个草案交给全国人大常委会,由全国人大常委会向全国人大正式提出,后者审议之后即予以表决通过。在实践中,全国人大基本上全面接受中共中央的宪法修改建议草案,比如2004年宪法修改时,全国人大经过全面讨论,只是删掉了中共中央有关宪法修改草案中的一个标点符号。

根据学者的观点,还有一个宪法惯例就是所谓的“三位一体”,即中国共产党的总书记、国家主席、中央军委主席都由同一人担任。这个惯例是从江泽民担任中共中央总书记期间形成的。当然,这个“三位一体”的表述不准确,实际上中央军委主席本身就两位一体了,因为我们讲的中央军委主席包括国家的中央军委主席和党内的中央军委主席。这里存在另外

一个惯例,即,国家的中央军委和党的中央军委实际上是“一套人马,两块牌子”,所以中央军委主席已经是“两位一体”了,加上去就是“四位一体”。

宪法惯例的作用是很大的,因此才被看成是宪法的一个重要法源。它一般有三个作用:

第一,它实际上可以改变宪法中的规范。比如,英国的宪政体系中,英王依宪法有权否决议会通过的法案,但是长期以来,英王没有一次否决过议会通过的法案,因此就在这里形成了一个宪法惯例。如果某一天,英王推翻了议会通过的法案,那么在英国这就会被看成是:英王违反了英国的宪法惯例。这就是一件很重大的事情,甚至可能导致宪政危机,导致英王退位。所以说,宪法惯例实际上改变了宪法中的规范。第二,宪法惯例使宪法规定更容易实施,更具有生命力。第三,它还可以弥补宪法规定的不足。

那么,宪法惯例的效力又是如何呢?我们也总结几点:

第一,一般而言,它不具有宪法的形式效力。这是因为宪法惯例并不是立宪机关或立法机关制定的,甚至也不是法院等具有正当权威的机关通过判例确定的,一般都没有法文书的表现形式,所以从理论上说,它就不具有宪法的形式效力,但是却不排除它具有实效性,即事实上得到人们的遵守。

第二,在成文法国家,存在成文法优于习惯法的原则,为此,宪法惯例也是可以为国家立法机关的法律所变更的。宪法惯例是如何变更的呢?主要有两种途径:第一种是被新的政治实践所打破;第二种途径是通过宪法的修改,将宪法惯例变成宪法或法律的规定。有一个例子分别说明了这两点:美国宪法原本对总统连任制没有规定,第一任总统华盛顿连任两届后,人民呼吁他继续连任下去,但华盛顿坚决不干,非要回老家的种植园里去。此后,其他后任总统就都不敢连任超过两届,这样,就形成了一个宪法惯例。但到了20世纪,出现了一个例外,那就是富兰克林·罗斯福总统,他1932年当上总统,当时西方各国陷入历史上最严重的经济危

机,他为此推行新政,很受人民爱戴,1936年获得连任,按惯例到了1940年就不应再连任了,但当时第二次世界大战的形势非常危急,罗斯福又参选总统,虽然这一行为遭到政敌的强烈反对,但高票获得第三次连任,就这样,美国开国一百多年形成的总统连任不超过两届的宪法惯例就开始被打破了。到了1944年,罗斯福甚至又参加总统选举,而且还是当选上了,这是他第四次当上总统,当然只当了73天,到1945年就去世了。罗斯福总统是非常伟大的,他去世后,美国人民悲痛得受不了。但是到了1951年,美国人还是通过了宪法第22条修正案,明确规定总统连任以两次为限,绝不能再让总统连任到最后要驾崩在总统任上。就这样,先前被打破的宪法惯例,终于通过宪法修改,被宪法确定下来了,罗斯福总统也终于成为美国历史上唯一一位蝉联四届的总统,以后的总统即使再伟大也不可能连任三届以上了,所以在这一点上,我们可以给罗斯福总统四个字的评语:空前绝后。



图8 罗斯福总统雕像。本书著者摄于美国华盛顿罗斯福纪念公园

以上说的是宪法惯例。

第六种,即我们要讲的最后一种宪法法源,就是国际条约。国际条约指国际法主体之间所缔结的书面协议,包括宪章、公约、规约等。通常被作为宪法法源的国际条约有《联合国宪章》《经济、社会及文化权利国际公约》《公民权利和政治权利国际公约》,在欧洲有《欧洲人权公约》《欧盟宪法条约》(未生效)等。这些都是可以作为一个国家宪法法源的国际条约。对此,有些国家的宪法就有明确规定,如1787年制定的美国宪法第6条第2款就规定,合众国已经缔结或未来将缔结的条约,与宪法以及以宪法为准据制定的法律一道,也是“国家最高的法”,各州的法官均受其拘束;德国基本法第25条规定,国际法的一般原则,也是联邦法律的组成部分,其地位优于法律,对联邦领域的居民,直接产生权利和义务。我国宪法没有类似的明确规定,但学说认

为国际条约也是我国宪法的渊源之一。我们推荐的这本教材在第32页就是这样认为的。

我国参加的国际条约也比较多了,前面所说的国务院法制办所公布的《中国的法治建设》这份白皮书里,就罗列出我国迄今参加的22项有关人权的国际公约,其中包括《消除一切形式种族歧视国际公约》《消除对妇女一切形式歧视公约》《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》《儿童权利公约》等等。但作为许多国家宪法之法源的国际公约,最重要的是两个:一个是《经济、社会及文化权利国际公约》,我国政府方面在1997年10月签署了这个条约,全国人大常委会于2001年3月27日加以批准,同年6月27日对中国生效。另一个是《公民权利和政治权利国际公约》,这比前一个公约更实在,更难履行,我国政府在1998年签署了该公约,但全国人大常委会至今还没有批准,一旦批准通过,中国的人权保障,除了国内的保障之外,还将同时被比较全面地纳入国际人权保障的框架。也就是说,联合国以及世界各国的政府和人民对中国的人权状况都可以进行一定的监督。兹事体大,所以我国一直迟迟没有迈出这一步。但是,签署之后毕竟十多年都过去了,我们还能等多久,这是一件让国家领导人以及有识之士一想起就着急的事情。

中国有几种宪法渊源呢?根据我们的分析,严格地说只有四种:第一种当然是宪法典,第二种是宪法性法律,第三种是宪法惯例,第四种则是法定有权机关的宪法解释。至于宪法判例,我国是没有的,因为宪法判例是指通过宪法诉讼制度产生的一种判例,我国本来就没有这种制度,为此从严格意义上说没有宪法判例。另外,国际条约也不能作为我国宪法的渊源,因为在我国,国际条约要转化为本国的法律才能予以适用,这就决定了国际条约不是我国的宪法渊源。

但在理论上,有争议的是:以下这些规范是否可以被认为是宪法的渊源?

第一,中国共产党章程是否能够被理解为宪法渊源?基于中国共产党在中国的重要地位,政治宪法学认为这一点完全可以肯定。



第二,其他有关的重大党规、国策是否能够被理解为宪法渊源?目前对这个问题的研究者主要也是政治宪法学旗下的学者,他们的观点往往存在争议,因为他们论证较不成熟。其他学者包括我对此研究不多,所以不敢贸然作出结论,这个问题值得研究,你们可以继续讨论。

## (二) 宪法典的一般结构

以上我们讲的宪法法源,那是属于宪法存在形式的结构,在这个结构中,宪法典应是宪法最重要的法源,尤其是在有成文宪法的国家,情况便是如此。而宪法典本身也有它的内部结构,那么一般来说,它的结构如何呢?这是我们接下去要分析的内容。

我们知道,各国的宪法典不同,所以各国宪法典的结构也不尽相同。但从一般的意义上说,宪法由三个部分组成:序言、正文和附则。这种说法很流行,好像有些司法考试辅导材料也是这么写的,但我倒是认为它也有问题。为什么呢?因为大部分国家的宪法并没有附则。有宪法附则的国家,最典型的是比利时。1831年《比利时宪法》,没有序言,但却有附则。另外,《意大利宪法》也有附则,不过称为“补则”。因此,这个三分说是不妥的,尤其是附则,大部分国家的宪法都没有。

以上的三分法,还有一个问题,就是它属于宪法典的体裁结构,研究这个基本上没有什么意义。更有意义的,应该是探究它的内容结构。在这一点上,一般而言,宪法典主要由两个部分组成的,一部分叫“组织规范”(Plan or Frame of Government),另一部分叫“权利规范”(Bill of Rights)。组织规范就是关于国家机构如何组织的规范,权利规范则是关于人权保障的规范。世界各国的宪法,内容结构各不相同,但举其最大公约数,便是由这两个部分构成。

我国的宪法典大致也是如此,虽然会更为复杂一些。我国的宪法典有序言(由13个自然段组成)、正文部分(分为4章:总纲、基本人权、国家机构、国家象征),但没有附则。这就是我国宪法典的体裁结构,但其中基本人权和国家结构是最重要、最为核心的两个部分,分别相当于前面所说的权利规范和组织规范。



当然,也有人认为其实中国现行宪法最重要的部分倒是序言。这当然是一种典型的法学见解,仅仅着重看到“宪法”作为“政治法”的面向却不打算将它理解为“规范宪法”或者一份可以发展为“规范宪法”的政治文件。

我们的宪法序言是要重视的,我国多数教材都对宪法序言作较多的陈述和分析,可见这个问题是比较重要的,但学术界的争论也比较大。总体而言,宪法序言有以下四个特别问题,需要理解。

一是序言的篇幅。很多人批评我国宪法序言的篇幅,跟国外宪法相比,太长了。美国宪法的序言只有一句话,包括副词在内总共有 52 个单词,我备课期间还专门数了一下。而我国宪法序言包括标点符号在内,共有 1794 个字。与大部分西方国家或成熟的宪政国家的宪法序言相比,我国宪法序言在长度方面是能占据优势的。产生这种优势的原因可能在于,我国宪法来自于社会主义类型宪法的传统。前苏联 1977 年宪法也有 13 段,只不过最后一段采用诗歌的分行形式,比较激昂。虽然有好几行,但因为只是一句话,所以我们只能把它看作是一段话。其具体内容如下:

“苏联人民,  
遵循科学共产主义思想,忠于自己的革命传统,  
依靠社会主义伟大的社会经济成就和政治成就,  
力求进一步发扬社会主义民主,  
考虑到苏联作为世界社会主义体系一个组成部分的国际地位,意识到自己的国际主义责任,  
继承 1918 年第一个苏维埃宪法、1924 年苏联宪法和 1936 年苏联宪法的思想和原则,  
肯定苏联的社会制度基础和政治基础,确定公民的权利、自由和义务及社会主义全民国家的组织原则和宗旨,并在本宪法中予以宣布。”

拥有最长序言的是前南斯拉夫 1974 年宪法,有一万多字,相当于一篇本科毕业论文的长度。

社会主义国家宪法的序言之所以这么长,其中一个目的就在于需要着力确认自己制度及政权的合法性。这一点应该理解。但有一种需要我们警惕的现象是,宪法序言越长的国家,如南斯拉夫,反而寿命不长,而美国宪法序言只有 52 个单词,立国则已经超过 200 年了。

二是序言中的人名。把许多人名写到宪法当中去,这是我国宪法序言的一个特点。我国现行宪法序言中提到具体人名的共计 9 人次,涉及 5 位名人:孙中山(1 次)、毛泽东(3 次)、马克思(2 次)、列宁(2 次)、邓小平(1 次)。2004 年修改宪法的时候,有人主张在序言中再增加一位党和国家的领导人,但后来没有增加,不知道以后会不会形成新的惯例。当然,我国的宪法序言与朝鲜的宪法序言比起来,那实在是小巫见大巫。朝鲜的宪法序言总共 12 段,其中出现“金日成”的名字多达 16 次。社会主义宪法的这种情形是比较特别,如美国人,确实就没有这样做。他们的做法是,在西部南达科他州的一个山崖上雕凿出四尊美国历史上最受尊敬的总统的头像,即华盛顿、杰弗逊、林肯和罗斯福。而其他总统,比如就像小布什那样,不管他多么想把自己的尊容也雕刻上去,但没有人理他,更别提及写到宪法序言里面去了。

三是宪法序言的内容。从世界各国来看,一般来说,宪法序言的内容主要是写明宪法的制定者是谁、制定宪法的目的是什么。美国宪法比较典型,就是一句话:“We, the people of the United States, ... do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”这其中宣明了人民主权的原理,宪法的制定者是“*We, the people of the United States*”,即“我们美国人民”。美国耶鲁大学宪法法学教授阿克曼(Bruce Ackerman)曾写过三部曲,这三部曲的主标题都是“*We the people*”。引文中省略的部分就是美国宪法制定的目的。

我国宪法序言的内容则比较丰富,我将之概括为以下六点,分别为:

1. 简述人民的革命史;

2. 记载了 20 世纪以来的四件历史大事；
3. 规定了今后国家的根本任务；
4. 确定国家的政治意识形态；
5. 指明实现现代化的国内外条件；
6. 确认了宪法的地位与作用。

在上述六点内容当中,其中的第二点隐含了一个历史主义式的推论,那就是 20 世纪四大伟大历史事件,其中有三件都是由中国共产党领导成功的,由此导出了这样的一种结论:中国共产党的领导是历史形成的。

根据有人回忆,我国现行宪法的序言都是由高人写的。五四宪法的序言是由毛主席的第二大秘书胡乔木写的。现行宪法的序言也是胡乔木参与起草的,由全人大常委委员长彭真最终确定的。据资料显示,彭真反复推敲序言,最后写出了这四大历史事件。这四大历史事件是什么意思呢?他想表明隐含的推论就是党的领导是历史的选择,为此是正当的。所以这里隐含了对中国共产党执政正当性的确认。所以有人说中国共产党的领导地位是不可动摇的,因为是历史选择的。这是历史主义的政治正当性观点,有一定合理性。

那么,现行宪法所列举的这四件历史大事是什么呢?都是发生在 20 世纪的“伟大历史变革”事件,其中,第一件就是辛亥革命;第二件是新民主主义革命胜利,建立新中国;第三件是社会主义制度确立,即新民主主义向社会主义过渡,消灭了人剥削人的制度;第四件则是经济建设取得了重大成就。在这四件伟大历史变革事件中,有三件都是在共产党领导下成功的,只有一件是由孙中山的国民党领导下实行,而且最终还没有完成其历史使命。不得不说,彭真确实很聪明,是文字的高人。

当然,无须讳言,这种历史性的叙述也有一些问题,主要问题就是,它是选择性的,而且所选择的历史事件在时间上是有跳跃性的。因为辛亥革命后还有很多事件,比如发生军阀割据,后来又通过北伐战争大致达成国家统一,接着还发生抗日战争,以及国共内战等等这些非常重要的历史事件。但彭真只挑出四件“伟大历史变革”的事件来写,这是有讲究的。

而且我认为这种历史主义的政权正当性观念也是具有一定意义的。一般而言,一个政权的诞生,人们总会从其政权获得的来源来看是否具有正当性。这一点是很重要的,但我们不能把这一个标准加以绝对化,因为它只能说明过去,而不能说明现在和未来。判断一个政权是否具有正当性,不仅要看其过去的来路,更要看其当下表现如何,未来发展的趋势,包括当下它是否切实地保护人民的利益和人民最起码的尊严和基本权利。而对于历史,我们只可参照一半,有些甚至不能过于追究。你去看中国历史上有些伟大的统治者,他的政权来源甚至是不正当的,比如唐太宗李世民曾经发动玄武门之变,杀掉自己的兄弟得到权力,尽管史书中已将这一点包装得十分情有可原,却难免存在正当性的亏缺。但也可能正是这样,李世民虚心纳谏,以文治国,与民休息,开创了百年盛世,成为历史上一代伟大的明君;再看宋太祖赵匡胤,原本出身地位较低的殿前都点检,通过黄袍加身、杯酒释兵权等高明的政治手段,攫取了最高权力,但也可能正因为皇权来源上存在合法性的亏缺,立国之后,他宽仁大度,勤政爱民,同样成为一代伟大的君主,北宋大儒程颐对他有极高的评价,说“太祖之有天下,救五代之乱,不戮一人,自古无之,非汉、唐可比,固知赵氏之祀安于泰山。”

以上讲的是宪法序言的内容;可以说,其内蕴是非常丰富的,而且都是皇皇正论。不得不说,序言这 13 段 1794 个字写下来,文采也是不错的,也比较大气。据说,古希腊的许多学者为了提高辩论演讲能力,往往在嘴里含一块核桃或者小石头,面对大海朗诵优美的诗篇或者滔滔雄文。你们其中如果有希望提高自己口才的同学,也可以在早晨起床之后,口中含一块小石头,抑扬顿挫地大声朗诵我们的宪法序言:“中国是世界上历史最悠久的国家之一……”

四是宪法序言的效力。这个问题在学说上曾有过较大的争议,根据我国学者的归纳,大体上有四种见解:全部无效力说、部分有效力说、强于正文效力说、全部有效说。鄙人赞成是全部有效说,因为宪法序言作为我国宪法的重要组成部分,形成了文字,则至少具有一定的形式效力;但是

其效力作用的性质及形式,则应作具体分析,其中具有规范性的部分(如第13段)应当具有规范效力;而不具有规范性的部分(如事实叙述部分)则不具有法规范的效力。尽管如此,这种事实叙述部分的文字与具有规范性的部分相结合,也具有指导性。比如,序言第5段最后一句写道:“从此,中国人民掌握了国家的权力,成为国家的主人”。这句话就是事实叙述,但可以与宪法第1条第1款“中华人民共和国的一切权力属于人民”相结合,以理解我国宪法的制宪权主体之所在,以及宪法所揭示的“人民主权”原理的含义,包括其确立的历史背景、政治条件等。再如,序言第8段宣明:“在我国,剥削阶级作为阶级已经消灭,但是阶级斗争还将在一定范围内长期存在。”这句话明显是事实叙述,但是这句话也具有指导性的效力,即我们不应再进行大规模的阶级斗争了。

### (三) 宪法规范及其结构

在宪法结构中,可以说其基本单元就是宪法规范。为此分析宪法的结构,最终要剖析一下宪法规范,包括宪法规范的结构。但是,到底何谓宪法规范?则首先需要理解。

#### 1. 宪法规范的多义性

根据我国宪法学界的通说,宪法规范指调整宪法关系并具有最高法律效力的各种规范的总和。按照这种说法的话,宪法规范就相当于实质意义上的宪法。

宪法规范的第二种含义是指,宪法中的某一个条款,或某一个规范,它相当于宪法结构的基本构成单元。当然,宪法中的某一个规范可能通过复数的宪法条文来组成,甚至这些条文在宪法典的结构中的位置并不一定是紧密衔接的,完全可能分别出现在宪法典的不同位置,但在价值关联以及逻辑意义上说,它们共同构成了一个具有完整意义的规范。

宪法规范还有第三种含义。这是国际上比较新的一种学说,即认为存在语义学的“宪法规范”概念。其代表性学者,是德国当今著名的法理学家兼宪法学家阿列克西(Robert Alexy)教授。这种学说认为:宪法规范有别于宪法的规范性语句(即宪法条文),而是指宪法规范性语句的意义,

即宪法条文本本身所蕴涵的含义。这里有一个很重要的概念,“规范性语句”。法律文本一般就是规范性语句,而规范性语句一般又包括两种,即应然语句和直述句。应然语句指含有应然助词的语句,应然助词主要指“应该”“允许”“不得”“禁止”等的词汇。直述句则是不含有应然助词的,比如“中华人民共和国的一切权力属于人民”;但作为规范性语句的直述句在语言形式上也可以转化为应然语句,比如“中华人民共和国的一切权力属于人民”,可表述为“中华人民共和国的一切权力应当属于人民”。

但如前所述,这种见解认为,宪法文本中的规范性语句不等于就是一个宪法规范,而只是宪法规范的载体;真正的宪法规范是指规范性语句的意义,而这意义是隐藏在规范性语句当中的,需要我们去发掘出来,这也就是宪法解释。

我们举一个例子来说明。我国现行宪法第38条前段规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”这句话不包含应然助词,所以明显属于直述句。这个直述句仿佛在描述一个事实,好像是事实性语句,但实际上,这是一个规范性语句。因为这句话的意义中隐含着应该、禁止的含义。这一规范性语句所承载的规范应当是:“国家应该保障公民的人格尊严不受侵犯。”在宪法规范性原理的指导下,上述规范可进一步推演为如下两条具体规范:

(1) 国家不得侵犯公民的人格尊严。这是建立在“防御权理论”基础上的一条规范,以后我们在人权总论中会讲到,它主要是针对公权力的侵害而保护人的基本权利,包括人格尊严。

(2) 国家应该保障公民的人格尊严不受他人的侵犯。当然,能不能演绎出这一条规范,不同学者见解不同。其中认为可以演绎出这一规范的,可能是“国家保护义务理论”。根据传统防御权理论,则不会作出这样的演绎。比如,香港的艳照门事件,当照片流布到网络空间中时,政府是否可以声称:“我是打酱油的,又不是我们放到网络上的?”当然不行,因为国家有义务保护艳照门的受害者的人格尊严不受社会上其他公民的侵犯。传统防御权理论可以接受这一点,但是“国家保护义务理论”则倾向于主

张国家应该更为积极主动地保护公民的基本权利不受其他公民的侵害,这是这个理论有争议的地方,因为它也可能导致国家侵犯了其他公民的基本权利。比如可以想见,艳照门事件之后,有人会整天泡在网上,瞪大眼睛找啊找啊,那么根据国家保护义务理论,国家就可能义务禁止大家浏览相关一切网页,甚至出现了大批的网络警察在互联网上围追堵截,这就涉及许多复杂的宪法学问题,如那些艳照是全部不该看,还是部分不该看?如果我浏览了其中几张,是否就构成违法?在网络上发布有点“颜色”的照片,是否属于宪法所保护的表达自由?这些都是宪法问题,以后我们会慢慢讲到。大家不要急。

以上所讲的宪法规范的三种含义都是可以成立的,但平时最多讲到的宪法规范是第二种和第三种,可是第三种“语义学上的宪法规范”这一个含义也是很重要的,我们需要掌握。

## 2. 宪法规范的逻辑结构

宪法学界的通说认为,每一个法律规范都由三个要素组成:假定、处理、后果(其中包括制裁要素);而宪法规范则具有完整的构成要素,这三个要素都具备。之所以通说持这样一种观点,原因在于,长期以来有许多学者认为,宪法规范缺少制裁要素,或者说不具有后果这一要素;而通说则是反对这种观点的。

从学术上来说,平心而论,法律规范三要素说本身比较古老了,是已然过时的一种理论。如果法律规范都要求具备这三个要素的话,则会有很多规范根本不成其为规范。而根据当今比较权威的说法,法律规范包括宪法规范,主要是由这两个要素构成的,即构成要件和法效果。凡是同时具备这两个要素的,就可以肯定是法律规范。如果只具备一个的,也有可能是法律规范,但称作“不完全法条”。这个理论你可以去阅读德国著名民法学家卡尔·拉伦茨《法学方法论》一书中的《法条的逻辑结构》那一节,其中专门写到这个问题。在拉伦茨那个时代,法条和规范还没有区别开来,因此他所谓的“法条的逻辑结构”,其实就是“规范的逻辑结构”。

我举个例子来说明,如“国家应该保障公民的人格尊严不受侵犯”这



一规范,它的构成要件和法效果体现为什么呢?可以这样分解,构成要件是国家(公共权力)、公民(私主体),二者形成法律关系,法效果就是“应予保障”或“有义务保障”。

问题在于,宪法规范是否含有制裁要素呢?“国家应该保障公民的人格尊严不受侵犯”这句话中就没有包含制裁要素。但是也不能说,宪法规范都不含有制裁要素。一般而言,通常的法规范都由行为规范和强制规范构成。行为规范规定一定的行态,或禁止或允许。强制规范是对违反或背离行为赋予强制效果。这种强制效果表现为对于强制对象的不利益,如民事上的赔偿损失,刑事上监禁、徒刑等。

日本著名宪法学家小林直树就认为:“宪法一般不具有直属性的强制规范。”这位宪法学家虽然姓氏里面比我多一个“小”字,但是却非常厉害,学问做得非常大。当年我在日本读书的时候,他是和芦部信喜齐名的宪法权威,也是东京大学法学部的教授。他就认为,宪法一般不具有直属性的强制规范,有强制性规范也是例外。他举了个例子,西德基本法原第143条:以暴力或暴力威吓变更联邦或邦的宪法秩序的,处以无期徒刑或10年以上有期徒刑。但是这一条在1951年被删除了。在世界各国宪法中,类似这样的规定很少。

鄙人认为,我们应当看宪法的违宪责任是如何追究的。在弄清楚这个问题之后,再推断出我们的结论。一般有两种情形会违反宪法:

第一种是法律文件,立法可能违反宪法,这个占主要部分。立法一旦违宪,强制后果就是该立法无效。许多国家的宪法都规定:违反宪法的法律法规是无效的。

第二种情形是个人违宪。这里的个人不是指普通老百姓,而是特指政府官员。比如,日本原首相、内阁总理大臣小泉纯一郎,经常去参拜靖国神社,这个行为就可能违反了日本宪法的政教分离原则。那么,这种个人行为的违宪,应当怎么承担责任呢?主要承担政治责任,最终委之于人民的政治判断,如通过言论自由、表达来批评他,通过选举让他下台,通过司法程序或民主程序对他进行罢免,等等。这一点也体现出,宪法最终依



赖于民主政治。

那么,宪法中究竟是否存在强制规范呢?这个问题看起来是比较复杂了。

鄙人认为,宪法规范确实没有直接含有明确的制裁要素,但在宪法的总体结构上,还是含有强制规范的,如我国宪法序言第13段,正文第5条、第41条、第62条、第67条等,都属于我国宪法结构中总体适用的强制规范;它们对违宪的现象和行为会产生强制的法效果;不过,这些强制规范的执行,则有赖于违宪审查制度,最终有赖于民主政治的机制。为什么我国的宪法没有实施好,违反了宪法没有问题呢?原因就在于,我们一方面没有具有实效性的违宪审查制度,另一方面,民主政治的机制也处于社会主义初级阶段的水准。

### 3. 宪法规范的基本特点

宪法学界通说认为,宪法规范拥有一系列的基本特点:根本性和最高性,广泛性,原则性,适应性和稳定性。在其中,我们必须特别关注宪法规范的根本性和最高性。我国现行宪法序言第13段中明确指出:“本宪法以法律的形式……规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准绳。”宪法正文第5条第3款也规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”这些都明示了宪法作为根本法规范和最高法规范的旨趣。

然而,需要说明的是,宪法规范之所以具有根本性,虽然有其规定了国家的根本制度和根本任务的原因,但更重要的是其中包含着构成宪法之核心的人权规范,而正是这些人权规范才真正是宪法,乃至我国整体法秩序的“根本规范”或称“基础规范”。也正是因为宪法的内容主要是以保障人的权利不受国家权力任意侵犯的基本权利规范为中心而组成的,即宪法作为“人权保障的根本法”的性质,才使宪法作为最高法规范在一国的现行实在法秩序中具有最高的形式上的法效力,甚至衍生出宪法规范的稳定性(修改程序难于法律、法规等的修改程序等)以及其他特征。

这样的分析也是提醒大家思考:通说中所述的宪法规范的诸种基本特点,其相互之间的关系如何。

#### 4. 宪法规范调整的社会关系的特点

这个问题也相对简单。宪法关系的问题,在国外宪法学教材或者著作中很少出现。这种现象的原因可能有很多,但最主要的一个原因可能是,在国外,尤其是成熟的民主宪政国家,这个问题已经不成为其问题了。但是,在中国宪法学界,这却是一个理论问题,甚至被有些学者认为可能成为我国宪法学理论体系的原理聚集的“焦点”。宪法关系的问题在我国之所以受到学界如此的“宠爱”,也是有其自身的理论背景的。长期以来,我们一直对宪法的属性和宪法的地位等问题没有正确的认识,以至于基于“宪法是母法”的观念,似乎有将全部的社会关系都纳入宪法规范调整范围的“气势”,从而最终导致,对于宪法和其他部门法——尤其是私法,如民法——的关系的把握走入了错误的境地。也正是在对此种背景的反思的基础上,中国宪法学界近年来较为重视宪法关系问题的梳理与讨论,并取得了若干重要的研究成果。

然而,对于本科学生来讲,则不必说得太过复杂,说得复杂了,反而会使你们产生混淆。所以,我会单刀直入,很直接地把知识点告诉你们。

宪法关系主要是指宪法规范所调整的社会关系。一般而言,宪法关系主要包括四个方面的关系:

- (1) 国家与公民之间的关系;
- (2) 国家与各民族、各团体之间的关系;
- (3) 国家机关之间的关系;
- (4) 国家机关内部的关系。

我们迅速扫描这四种关系,会发现一个非常显著的特点,那就是:所有这些关系的主体双方之中,肯定至少有一方是国家。这将成为大家辨识宪法关系的重要标志之一。总之,宪法规范就调整宪法关系,它不调整没有国家参与的社会关系。假如我们之中有一位同学,跑过来跟我说:“老师啊,宪法里面都规定了:公民在法律面前一律平等。为什么,我和另

一个男孩一起追求某个女生,她选他不选我,原因在于我太难看。我认为,这已经严重地侵害了我的平等权,损害了我的人格尊严。”这种恋爱关系是不是宪法关系?肯定不是,因为主体之中没有国家。再如,一家民营企业招聘一名员工,你和我去应聘,最后招了你,没有招我,原因是我个子太高。这其中肯定是有歧视的,那么,这种雇佣关系是否属于宪法关系?应不应该由宪法规范来调整呢?一般不是宪法关系,不应该由宪法规范来调整。再进一步,如果参加某地政府公务员招聘,我通过了笔试,参加了面试,最终没有录用我。我很悲伤,这时一位领导走过来对我说:“为什么我们不录用你呢?因为你在这里没有房子,将来工作起来不方便。”那么,这时,我和该地政府的关系就属于宪法关系,并最终将接受宪法平等权规范的调整。

我们总结一下,宪法关系有以下两个特点:(1)主体的一方是国家;(2)内容具有广泛性。有国家参与的社会领域是如此的宽阔,宪法关系的内容想不广泛都难。而且,随着现代社会行政权的扩张,国家全面地干预社会生活,几乎一个人的生老病死,无处不晃荡着政府的身影,在这种背景下,宪法关系之内容的广泛性,不仅为我们所深刻理解,亦被我们具体地感受到。

在《庄子·知北游》中,庄子和东郭先生有一段有趣的对话,我们录在下面:

“东郭子问于庄子曰:‘所谓道,恶乎在?’”

庄子曰:‘无所不在。’

东郭子曰:‘期而后可。’

庄子曰:‘在蝼蚁。’

曰:‘何其下邪?’

曰:‘在稊稗。’

曰:‘何其愈下邪?’

曰:‘在瓦甃。’”

翻译成白话文,大意是说:东郭先生问庄子,所谓的道,究竟存在于何处呢?庄子说,道无处不在。东郭先生要求庄子说具体一点,别搞得那么抽象。庄子于是说,“道”在小蚂蚁之中。东郭先生急了,怎么“道”如此高尚的东西存在于这般低下的东西里呢?庄子继续说,“道”在杂草丛中。东郭更急了,怎么越来越差劲了呢?为了打击东郭先生对于“道”的高尚性的执著,庄子更进一步,“道”在破砖烂瓦之间。

北京大学的张千帆教授在其《宪法学导论》序言中引用了上述句子,并译成白话文作为题记,以说明宪法内容或者宪法精神的广泛性。大家看,比较形象吧!但是,你们可能不知道,其实《庄子·知北游》里,这段话的原文并没有到此结束,还有更夸张的说法。漏掉的内容是这样的:

“(东郭子)曰:‘何其愈甚邪?’

(庄子)曰:‘在屎溺。’

东郭子不应。”

如此高尚纯洁的“道”最后掉进了“屎溺”里,东郭先生受不了不说,这可能也让我们的张千帆老师觉得,宪法学皇皇正论,用“屎溺”来说明实在有损国家根本大法的形象,于是他只敢翻译到“在瓦甃”为止。但是,我倒觉得,如果宪法规范真正能调整到关乎屎溺的社会关系,那反而才真正地展现了我国宪法的魅力。据说前几年有农民用粪便去对抗政府的滥拆迁,显然这就涉及宪法问题。无疑,在那农民愤怒地高高扬起的粪便之中,深深地浸透着立宪主义宪法的权利保障精神。

好了,今天的课就到讲到这里,有问题我们课后交流。谢谢大家!

### 第三章 宪法的制定与修改

今天我们讲述的内容主要也有两点：第一，宪法的制定；第二，宪法的修改。同时，我会把教材的第一章《宪法学基本原理》的第三节“宪法的制定、解释与修改”、第二章《宪法的历史发展》的主要内容也纳入本次授课之中，对于该章我们未讲授的内容，则需要大家课后自己去阅读。诸君切莫轻视宪法的历史，要知道，这部分的内容是可能做成大学问的。

在进入正题之前，我照例先提出一些问题，作为章前导引：第一，谁有权制定宪法？第二，宪法又是怎么制定的？第三，宪法制定后是否可以修改？如果可以修改，怎么进行修改？第四，修改是否有界限？如果有界限，那界限是什么？诸如此类的问题都值得我们去深思，对这些问题的尝试性解答构成本讲的主要课题。

#### 一、宪法的制定

宪法的制定主要面临两个问题：第一，谁有权制定宪法？第二，宪法是怎么制定的？相应于这两个问题，我们在这一节主要讨论两个问题：

##### （一）有关宪法制定的理论：宪法制定权力论

关于“谁有权制定宪法”的问题，在宪法学上，存在一种理论，此理论被称为“宪法制定权力论”。它是不同时代的许多学者共同提出来的，用以解决有关宪法制定的法学理论问题，是很成熟的一个理论。这一理论

又被简称为“制宪权”理论,在宪法学的学说史上非常重要,但我国国内研究的比较少,教材也是语焉不详,所以在课堂上我们要较为详尽地给大家介绍。

这个理论既涉及宪法制定问题,也涉及宪法修改的问题,理论的覆盖面比较广。它主要阐述制宪权的性质、主体,以及制宪权与修宪权的关系等重大理论问题。为什么要提出这一理论呢?因为人类有时候要面临制定宪法的课题。人类一旦需要制定宪法,那么,到底应该由谁来制定、怎么制定,就成为一个重大问题。乱世出英雄,但英雄也要讲规则。而谁了解制宪权理论,谁就掌握了制定宪法的规则。这种历史曾经出现,而且反复出现过。因此这个理论可以说是给野心家们提供的理论,也是为人类的政治领袖提供的一种理论。

就制宪权理论而言,在学说史上,共有两种思考进路:一种是事实论;另一种是规范论。事实论和规范论是法学领域中的两种思考模式,二者“味道”不同。事实论研究事实是什么,就是研究“to be”的问题。具体到本节,就是,宪法在实际上是谁制定的。规范论研究应该是什么,即“ought to be”的问题。具体到本节,就是在理论上(在真理的意义上),宪法应该由谁来制定。对于这样两个问题,答案肯定是不同的。我一直认为,在法学领域中,事实论当然不可忽视,但规范论则更为重要;而事实论在其他的学科领域——比如政治学、社会学等——中占据主要位置。但在法学的历史中,这两种思考进路都经常出现,人们会自觉或不自觉地采用事实论的立场来分析法律问题。所以,在接下来的分析中,我会同时提及它们在制宪权问题上的观点,并按照历史演变的顺序来展开讲述。

### 1. 理论的提出

首先,这一理论在法国第一次被提出来。在此之前,英国的洛克在《政府论》(下篇)中也提出类似于制宪权的观点,但是他并没有明确提出“制宪权”这个概念。第一位提出“制宪权”概念的人物是法国大革命期间的一位思想领袖、政治家和革命家,名叫 E. J. Sieyès,中文翻译作西耶斯,也有人翻译为西哀士。关于这位仁兄,有一件轶事流传。大家知道,

想当年在法国大革命期间,曾经有一段革命恐怖时期,处于罗伯斯庇尔控制下的革命法庭让断头台在法国各地疯狂地运转,只要被罗伯斯庇尔认为是敌人的人,不论他是普通百姓,还是政治家,都莫名其妙地被送上了断头台。即便是国民公会里的国民代表们,也都是朝不保夕。但是,西耶斯在整个恐怖年代里都一直稳坐在国民公会里,安然无恙。他是如何做到这一点的呢?很简单,那就是基本上不开口说话,既不发言提问、参加辩论,也不进行演说、提出议案,很像是当今中国的一些人大代表。恐怖时期结束之后,有人就调侃他:你老兄在这整个时期内都干了些什么?他非常平静地做了一个天才的回答,他说:“我一直活着”。

但这个西耶斯曾经写过一本小册子,叫《第三等级是什么?》,如今还被列为经典,在其中第一次明确提出了“制宪权”概念。总结起来,他的制宪权理论主要包括以下内容:

(1)制宪权主体是国民,但是国民不可能、也没有必要一个人一个人分别行使制宪权,而是可委托不同于通常立法机关代表的特别代表来行使。但是,国民代表在制定宪法时,是不断听取国民意见,还是相对地独立出来呢?西耶斯认为,这个时候,国民代表



图9 在法国大革命爆发之际,提出了“制宪权”概念的西耶斯

可以相对独立出来,自己表达意志。这个意志就拟制为国民意志,即国民代表的意志也是独立的。这就是一种近代最典型的代表观念。值得注意的是,他所谓的“国民”,主要指第三等级。第三等级又指的是哪些人呢?大家在中学历史课本中应该学过,法国当时有三个等级:第一等级是僧侣,第二等级是贵族,第三等级是市民,包括资产阶级,也包括贫苦的劳动人民。而前两个等级的人都拥有特权,第三等级则是平民。西耶斯认为只有这第三等级才享有制宪权。这



个观点在历史上是石破天惊的。另一个创新之处在于,西耶斯主张国民没有必要分别行使制宪权,这在法国也是具有一定的开拓性意义的。因为,其实卢梭是曾经反对代表制的,他主张直接民主制,即公民必须亲自到场行使国家权力,像古代的雅典城邦那样。但是这种直接民主制在现代国家中是很不现实的,基本属于空想,它只能适用于“小国寡民”的社会里。西耶斯也深切地认识到这一点,他本人也参与过1791年法国宪法的制定过程,制宪实践让他认识到:法国人都来参加,一起制定宪法是很不切实际的。所以他认为国民应该派代表去制宪。

(2)制宪权没有界限。制宪权最高,是至高无上的一种权力。因为宪法是国民意志的体现,而国民意志本身就是一种法,它只服从自然法。自然法在哪里?在我们的心中。所以国民意志没有界限。那些参加制宪会议的国民代表的意志也是独立的,所谓“独立”也就是指不受任何约束,包括来自国民的约束。因此,参加制宪会议的国民代表的意志也是最高的,或者说更高了。这样,他得出结论说,制宪权是没有界限的。这种立场在当今宪政理论看来,其实非常朴素,也非常极端,后来也被推翻了。

(3)宪法制定权力与宪法所制定的权力不同。这是西耶斯思想伟大的地方,他敏锐地区分了“宪法制定权力”和“宪法所制定的权力”。比如说,立法权就属于宪法所制定的权力,是根据宪法产生出来的权力,它不是“制定宪法的权力”,因此,绝不能认为立法机关拥有制定宪法的权力。

(4)宪法修正权是制宪权的作用。也就是说,制宪权在起作用的时候就产生出修宪权,修宪权其实就是制宪权的一个部分。这个观点其实后来也被推翻了。

西耶斯提出的观点,内容非常丰富,可以概括为以上四点主要理论。这个制宪权理论对后世影响甚巨,因此我们可以认为制宪权理论是由法国思想家首先提出来的,是对人类立宪主义的发展作出的重要贡献。





图10 德国近代国法学巨擘  
拉班德



图11 被认为是德国近代  
一般国家学集大成者的耶利内克

## 2. 理论的发展

法国是一个在思想上非常具有原创性的国家,但是往往他们提出的理论被其他国家接受并加以精致化。在欧洲,往往是德国跟在其后发展思想的,其中包括法律思想。制宪权的理论也是如此,在此后的人类宪政思想发展史上发生的变迁,首先出现在近代德国。近代宪法时期,德国在法律实证主义的影响下强烈地排斥“制宪权”概念及理论,而将制宪权等同于宪法修正权,进而等同于立法权。拥有立法权的立法机关就可以制定宪法、修改宪法。这一思想的代表人物是拉班德(Paul Laband, 1838 ~ 1918年)和耶利内克(Georg Jellinek, 1851 ~ 1911年)。这两位都是当年德国国法学的巨擘。图10、图11就是这两位照片,非常珍贵。他们的学说都极力排斥制宪权理论。

可是后来,德国学术界又出现了一个“怪人”,美国人称之为“邪恶的天才”,这个天才的名字叫做施米特(Carl Schmitt, 1888 ~ 1985)。施米特的理论在宪法学说史上被称为“政治宪法学”。他往往只把法律现象看成

是政治现象,并直接承认政治实力的正当性,甚至认为例外状态就是规范现象的总根源,而不太认同政治实力应该受到规范的约束。为此他的理论是极为有害的。他在当今中国也很著名,一些政治学者、法律学者关注他,觉得他的思想实在太有说服力了、太深刻了,于是纷纷拜倒在他的脚下,好像他穿裙子似的。我则一直呼吁要警惕施米特,并且告诫年青学者不要轻易去触碰施米特的思想,尤其是当你们还没有奠定一定基础理论,形成自己在理论上的定力之前。

在制宪权问题上,施米特的观点如下:

首先,他承认,制宪权是存在的,是一种有能力对政治统一体之体制作出全盘“决断”的实力或权威的政治意志。谁有能力对政治统一体的体制做出全盘决断,谁就拥有制宪权。很显然,他的这种全凭实力说话的立场属于事实论。这种立场,和马克思主义的观点是很一致的,马克思也认为,宪法、法律这些东西都是统治阶级意志的体现;谁能够掌握统治权,谁就有权制定法律。这都是事实论的立场,它只关心“实际上怎么样”,而不考虑“应该怎么样”的问题。

我认为施米特是一个非常危险的人物。其在西方也受到激烈的批评。但是,大家要知道,施米特又是一个非常有魅力的学者,长得也好看,他文笔也很好,笔端有波澜,思想体系也异常庞大,所以如今还吸引了一大批中国学者和年轻人。我对此表示非常担忧。这个人实在是有点危险的,美国学者说他“邪恶”是有道理的。他在纳粹时期也曾经担任过第三帝国的“桂冠法学家”,从公法理论上论证纳粹政权的合法性。

其次,施米特认为,这种权力是一种“原生性权力”,总是处于“自然状态”之中,不受任何规范性的约束。在这一点上,他和西耶斯是一致的,都认为制宪权不受任何约束,没有界限。稍有不同的是,西耶斯还认为制宪权还受自然法的约束,起码在理论上是如此;而施米特则根本排除了任何约束,主要靠实力,谁有实力,谁就可以将自己的意志变为宪法。

再次,国民和君主都只是这种权力的担当人而已。也就是说,制宪权的主体并不是君主或者国民,他们只是担当人。这种权力实际上把握于

一种政治实体,这个政治实体有实力全盘决断政治统一体的体制。这种权力完全是一种抽象的实力者的权力,类似于政治国家里面的神。其主要的担当者,在民定宪法下是国民,在钦定宪法下是君主,在协定宪法下二者同时出现。在这里可以看到,施米特将这种制宪权主体的概念抽象化,抽象成一种模糊的神的形象。那么,这种神的能力附着在谁的身上,谁就成为制宪权的主体。

最后,修宪权是制宪权所确定的一种权力,具有界限。在这里,施米特推翻了西耶斯的观点。西耶斯把制宪权和修宪权基本上等同起来。施米特敏锐地看到:二者是不同的,修宪权是宪法所规定的,因此应该是由制宪权创造出来的权力,因此修宪权应该服膺于制宪权,具有界限。在这个问题上,施米特比较厉害,他的这一观点后来被维持了下来。但是其他观点,则绝大部分被推翻,他的帅气无助于其理论遭到否弃的命运。

### 3. 理论的完善

日本在明治时期是受德国影响,主要受拉班德、耶利内克学说的影响。当时,有一位学者虽然年轻,但很厉害,叫美浓部达吉,是日本非常重要的一位宪法学家。大家看看他后来年老时的照片,个子不高,只有一米六多,非常瘦小,体重可能都不到90斤。但是你可不要以貌取人,小看他,他的思想可是极有分量的,出版过一百本书,好像基本上不用睡觉似的。在当年的日本宪法学界,绝对是泰斗。

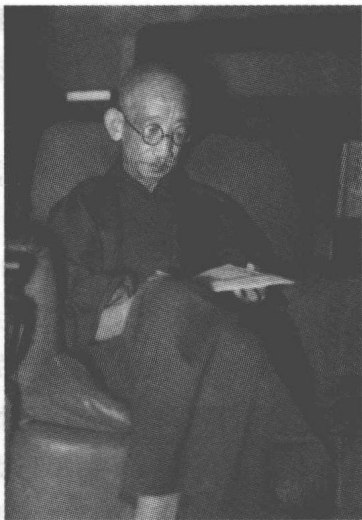


图12 美浓部达吉(みのべたつきち),日本战前立宪派宪法学的代表人之一

美浓部达吉认为,立法权是最高国家权力,其中包含了制宪权。美浓部达吉当年是在德国留学的,这一思想显然是受到德国耶利内克等人的影响。此说在民国初期就曾对中国产生了影响,迄今仍影响着中国,我国到现在都有人主张:制宪权归全国人大所有。而1954年我国制定宪法时,中国共

产党就决定要召开全国人民代表大会第一届会议,其主要任务就是审议通过宪法草案。

美浓部达吉之后,日本出了一个叫芦部信喜的宪法学者,我们第一次上课就曾提及过他。芦部属于美浓部的弟子的弟子,生前也是日本宪法学界的“执牛耳者”,他有一部书,就叫《宪法制定权力》,专门对这个问题进行研究,细致地梳理了前面许多人的思想,最后得出自己的结论。其中的主要观点,可归纳为以下几点:

(1)制宪权是一种超实定法秩序的权力,处于政治与法的交叉点,但并非绝对无限制的权力,其受制宪权自己主张自己存在的前提——“根本规范”的限制。在芦部信喜看来,个人拥有尊严,而不能被当作手段来看待,因此“尊重个人”的原理以及以此为基础的人权体系就是宪法的根本规范。制宪权为什么要存在呢?是为了制定宪法。为什么要制定宪法呢?最终是为了保障人权,保障人作为一个人而被尊重。这一点是制宪权的立身之本,是不应被制宪权自己所推翻的,否则制宪权也就等于自杀了。所以,制宪权是有界限的,它受到自己的前提约束。

(2)制宪权的主体是国民,但是发动方式可通过特别代表,比如国民会议、制宪会议、国民议会等。

(3)修宪权是“制度化了的制宪权”,是制宪权的“卫兵”。制宪权是一种原生性的权力,行使之后产生宪法,同时就会把自身转化为修宪权,并规定到宪法当中。在这个意义上的修宪权,就是制宪权法定化后的样态,因此它必须维护制宪权及其成果的性质。这也同时说明,修宪权也有界限。

以上便是芦部信喜的理论。可以说,“宪法制宪权”理论在他这里得到了完善。平心而论,以上诸种学说中何者最为妥当,应当得到我们的赞成呢?鄙人私见,当推芦部信喜的学说莫属。它实际上是一种权力自我约束理论。是的,我们应该看到:纵然实力者拥有说了算的权力,其他任何力量都无法抗衡,但他的实力还是要受到最起码的道德的约束。如果没有,那么这种权力基本上是野兽的力量,不是人类文明政治社会里的权力。这种思想与东方的道统思想是完全契合的。儒家学说也是如此的,

它虽然支持统治者的权力,甚至投向公共政治的怀抱,但另一方面还是力图向统治者建议,要约束自己的权力以保护老百姓,此即重民、贵民、或曰民本主义的思想。这样的一种思想,实际上也承认公共权力再强大也必须有约束的。因此,中国古代的思想是把“节制”作为政治美德的,这点大家要记住。当你们成为一个政治家的时候,你们一定要记住,你们对手中权力的节制是最大的政治美德。否则,你纵然拥有再强大的政治力量,都会遭受覆灭。这一点,历史上早已不乏先例。谨记!谨记!

不过,在当今中国,虽然有一部分学者正确认识了制宪权理论,但是依然存在一些学者对此的误读,尤其是政治宪法学的学者。对这些误读,我们必须予以认真地澄清。我们举一个具有代表性的例子。北京大学陈端洪教授的观点如下:

(1)制宪权应纳入宪法学,作为理论界碑。我们认为此观点存在的问题是,该理论早已被纳入了宪法学的研究范围,即使在当今中国,韩大元等一些学者也已经对此有着一系列的研究,早在多年前,我在本科的宪法课上就开始讲授制宪权理论了。

(2)制宪权的主体是人民,但人民不能亲自出场,须由代表行使;中共中央即是人民行使制宪权的主权意义上的常在代表。对此观点,我们提出如下问题:第一,人民真的不能出场吗?第二,政治宪法学一方面认为中国共产党是人民行使制宪权的常在代表,但另一方面又强调“中国人民在共产党的领导下”是“第一根本法”,这就等于说制宪权的代表可以“领导”制宪权的主体,其学理逻辑为何?

(3)不仅制宪权不受任何约束,作为制宪权特别代表的执政党,也可“以发布政策的形式”调整宪法规范。此观点存在如下理论上的问题:第一,制宪权无约束论的局限;第二,代表权限的界限。

对陈教授的上述观点,我们精练地总结并予以回应如上几点。同时,我们提出以下几个关键观点:

第一,制宪权是政治与法的界碑,一方面超越实定法,但另一方面也受其自己主张自己存在的前提——“根本规范”的约束。

第二,制宪权的主体应该是人民,特别代表是制宪机关。但与西方以制宪会议、制宪座谈会作为制宪机关不同,在中国,制宪机关为复合型代表,它包括了宪法起草小组、宪法起草委员会以及全国人大等组织。

第三,党领导人民出场(革命),成功后通过制宪确立人民的主人公地位以及党在国家中的领导地位,并承诺受宪法、法律约束。所以,中国的宪法也是一种契约,一经缔造,就有约束力,正如宪法本身所宣明的那样:全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,都必须受宪法的约束。

## (二) 宪法制定的历史掠影

接下来,让我们浏览一番若干重要国家的制宪历史,以便看看实际上宪法是怎样被制定出来的。即便是这里涉及的国家,我们也不是全面地详细介绍,而是选出若干具有代表性的历史镜头,“聚焦”式地展示给大家看。

### 1. 第一部(立宪意义的)成文宪法的制定

人类第一部成文宪法典是美国人制定的,当然,这里所谓的“宪法”是立宪意义的宪法。

这里,我们要简单地回顾一下美国的历史。

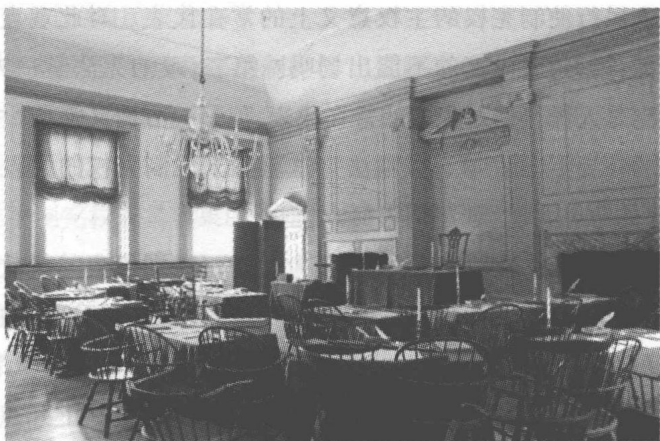


图 13 在今日美国费城旧市政厅的这个不足 50 平方米的房间之内,还保留着 1787 年制宪会议时的空间布局。  
图为本书著者所摄



美国是一个历史非常短暂的国家,有些拥有悠久历史的国家偶尔也会嗤一下美国,部分原因也在此。听说许多欧洲人就嘲笑美国人没文化。但实际上历史越单薄的国家,历史包袱也就越轻,发展也可能越好越快。美国就是典型的例证。

回头看一下:1775年北美发生独立战争,1777年签订《独立宣言》以及《联邦条款》(Articles of Confederation),1783年独立战争胜利了,但是13州内部却出现了矛盾。因为在《邦联条款》之下,13州内部的关系非常松散,缺乏一个有力且有效的中央政府来调整各州之间的关系,并处理对外事务。于是,在华盛顿的倡议下,1787年5月在费城召开了宪法会议(The Constitutional Convention)。这一宪法会议并不是全体美国人都参加,事实上是只有55人代表参加的秘密会议,其中多为种植园主、商人、银行家等,但其中有34人是lawyer(法律人),8人是各州的法官(judge),还有立宪理论专家1人。这个会议的本来目的是要修改《邦联条款》,但大家挤在费城的市政厅的一个不大的小房间里,经过了大约4个月的讨论,最终起草了一部宪法草案,并表决通过了。

当时,会议的主席还是那位独立战争的领导者华盛顿将军。华盛顿是一位种植园主,在理论上并没有什么独到的见解,但因为他成功地领导了美国革命的胜利,所以威望很高,大家都服他,所以他理所当然地成为会议主席。

詹姆斯·威尔逊便是我们前面提到的那位立宪理论专家,当时45岁,被人认为是美国最能干的律师之一,也曾经在独立宣言上签字。他在会议期间表现突出,被华盛顿认为是最为强有力者之一。

参加会议的代表平均年龄44岁,其中年纪最大的是大家都很熟悉的富兰克林,发明避雷针的那个,当时他已经81岁了。你们要明白,在这样的会议上,老人家是很重要的,中国古人所谓“老成谋国”在世界上其实是通用的。那时的富兰克林可谓德高望重,人称“美国的苏格拉底”,威望在国人心中仅次于华盛顿。据记载,老人在制宪会议上发言不算很多,但一般都产生了重要的影响。他往往在年轻人针锋相对、争论不休的时候

出来讲话,讲的话双方都觉得有道理,进而化解矛盾,接受他的观点。这种人很厉害,很希望你们中间将来能出现一两位富兰克林式的人物。

另一位重要人物是风流倜傥的汉密尔顿,当年很年轻,30岁出头,是一名律师,在会议期间异常活跃。他令人印象深刻的地方在于,他是参加会议的所有代表中个子最小的,但同时却是才干最大者之一。他之所以名声很大、受人尊敬,也是因为曾参加过独立战争,并担任过华盛顿将军的军事秘书。他又是一位理论家,有理论修养,酷爱学习,讲起理论来滔滔不绝,据说在这次会议上,有一次他一个人一口气讲了5个小时,其他代表竟然都没有打断他的话,包括反对他的人。不得不说,这样的人确实是人中蛟龙。唯一遗憾的是,他不是我们法学院毕业的。

再介绍一位,也是非常重要的人物,他叫麦迪逊,36岁。很清秀,个子也不高,据说外表不太引人注目,但学问高深,典型的学者型政治家,有口才不说,还是有说服力的口才,这很难得。他在制宪会议上之所以重要,乃是因为他担任会议的书记员。大家记住,会议的书记员是非常重要的。当时本来找了一个人来记录,但那个人干了一段时间发现自己记不下来,这时,麦迪逊主动请缨,要求担任书记员。为什么他要做书记员呢?因为书记员坐的位置比较好,离主席很近,所有其他代表都围着,并不时发表重要讲话。就这样,他把制宪会议的全部过程都详细地忠实地记录下来,后来将会议记录整理出版,书名叫《辩论:美国制宪会议记录》,成为后世美国学者研究制宪会议的主要参考文献。这本书已经有了中文译本,大家可以买来阅读,看看美国历史的重要一页,至少也来看看这些伟大的人物是怎么辩论的。正因为麦迪逊在会议中的重要作用,所以后来的美国人把他称为“美国宪法的制定者”,也就是说,如果在那么多国父中只选一个制定人的话,那就是麦迪逊。受到这么高评价的人,美国人民绝不会忽视他的才能,后来他被选举为美国的第四任总统。

这个宪法会议经过长达4个月的讨论、争议、妥协与让步,最终于1787年9月17日表决通过了宪法草案。但55名代表中,只有39人在宪法上签名,对宪法表示接受和支持,严格地说,这些签名的39人后来都被



美国人亲切地称为“Fathers”(国父们),而那些在关键的时候犹豫踌躇没有签字的其他人也未必错过了成为一个伟大的新国家的“父亲”的机会,在人们看来其实也同样伟大。

宪法草案完成之后,还有待9个以上州的批准才能生效。1788年6月21日,9州(三分之二以上)批准,随后,弗吉尼亚、纽约两大州分别于6月26日、7月27日才给予批准。1789年1月开始总统选举,3月华盛顿当选第一任美国总统。

以上就是美国宪法的大致的制定历史。

## 2. 我国百年立宪史

当我们把目光转回到中国的立宪历史之时,就没那么痛快了。我国的立宪史,可以说是一部无不令人歎为观止的历史。自1908年古老的中国选择立宪政制到今年(2014年)为止,刚好一百多年。这一百多年中所充满的莫名其妙的曲折坎坷,实在让有识之士扼腕叹息。但是,回顾这段历史,一方面有助于大家在一个历史时空的轴线上了解目前我国宪政所处的位置,另一方面则是希望大家在对自己民族历史经验反思的基础上,推陈出新,推进中国的宪政建设。下面,我们以宪法文件为点,按照时间先后,以介绍宪法文件的形式将这段历史连接成一条历史轴线,向大家展现近代中国立宪过程的一路坎坷。

1908年清政府颁布《钦定宪法大纲》,它不是正式的宪法,只是一个大纲。即便如此,这也是中国几千年来第一部具有近代宪法意义上的法律文件。《钦定宪法大纲》是慈禧老太后亲自决定的,内容基本抄袭日本1889年的《明治宪法》,但删去了限制天皇权力的条款。所以大家能够想象到它的内容,基本上是近代宪法的形式、君主专制的实质。整个文件分为两部分:正文规定君上大权,共14条;正文后面附着“臣民权利义务”,计9条。一个时代向另一个时代转变并不容易,就像一个人变成另一个人也是非常痛苦的一样。但不论如何,自由和权利毕竟以“臣民权利”的符号正式进入了中国统治者的视野,中国这艘古老的大船开始掉头,朝着立宪主义的彼岸缓慢地驶出了。这一点意义重大。

然而,《钦定宪法大纲》等一系列立宪举措并没有延缓激进革命的步伐。1911年辛亥革命爆发,清政府在匆忙间颁布《重大信条十九条》,又称“十九信条”。在这份文件里,君主的权力缩小了,吸收了权力制衡原则,国会的地位得到提高。相较于《钦定宪法大纲》,这些都是进步之处。但是,“十九信条”中对于臣民的权利义务只字未提。当然,不管其中是否规定臣民的权利义务,清政府都难逃覆灭的命运。晚清君主立宪运动的背景,其实就是立宪与革命在赛跑,最终,革命跑到了立宪前头。

武昌革命催生了中华民国。但新生的共和国内外交困,于是就出现了南北议和。在袁世凯的压力下,清帝逊位,于是根据许诺,袁世凯被公举为中华民国大总统。而为了从法律上限制袁世凯的权力,南京临时政府于1912年3月制定并公布了《中华民国临时约法》,将原先的总统制改为责任内阁制。将《临时约法》作为保卫民国的宪法武器,孙中山可谓用心良苦,但历史并不是按照一个人的良好意愿运转展开的,即便他是一个伟人。

权力受到严格约束的袁世凯当然不会善罢甘休,他也想做事呢,于是他逐步地走上了撕毁临时约法、实行强权政治的不归之路。1914年在他控制下的制定新约法的会议正式废除了《中华民国临时约法》,通过了《中华民国约法》,史称“袁记约法”。这部约法取消了对大总统权力的许多束缚,总统垄断了立法、行政、司法等各项大权,甚至可以终身连任。但这仍然没有阻止袁世凯的政治雄心,他最终迈向了金銮殿,居然复辟帝制。过了83天的皇帝瘾之后,在众叛亲离、内外交困的境地中,这个在政治上并没有很伟大情怀的一代枭雄一命呜呼了。

袁世凯死之后,梁启超早前警告过革命党的话终于应验了:中国马上陷入了军阀混战,这就是所谓的北洋政府时期。各路军阀势力围绕北京政府统治权进行角逐,政府更迭频繁,正所谓“闹哄哄,你方唱罢我登场”。在这一时期,比较重要的是1923年诞生《中华民国宪法》,即“曹锟宪法”,这是中国第一部正式的有效的宪法。但是它的制定者名声不太好,也是一位军阀头目。这位老兄文化程度不高,但性格非常直率。因为当时,选总统和制定宪法是连在一起的,而曹锟主要是为了当选总统,所以

发给每个议员 5000 块大洋的贿选费,希望他们投票支持。于是,老曹就这样被选上了总统。

但也有议员钱是收了,照样不选他。据说,大选当日,曹锟就亲自到场,走来走去偷偷看别人投自己票没有。有一名姓吕的北京议员没有选曹锟,被老头子发现了,老曹的直率性格又一次展现了,他跑上去趴在人家耳朵上悄悄说:“为什么不选我?”不想这位吕姓议员一点也不买账,反而站起来大声骂道:“你要能做总统,天下人都能做总统了。你要是当了总统,总统也就不是总统了。”说完还拿起桌上的砚台砸向曹锟,弄得老曹很尴尬。还有一件事说明他的直率,就是他当时公然对议员们说:“谁又有名又有钱,谁就可以当总统。”某议员反应很快,立刻站起来高声说:“大帅,梅兰芳既有名又有钱,我看可以当总统。”会场里的人大笑不已。我们知道,曹锟贿选的目的主要是当总统,心思并没有放在宪法上,所以即便这部宪法混了个“贿选宪法”的恶名,但仅从宪法学本身来看,1923 年《中华民国宪法》倒是一部很激进的宪法,其中规定了司法独立、两院制国会、联省自治、多党制约、新闻自由等内容。但是因为有了贿选的事,所以大家唾弃它,于是这部中华民国第一部正式有效的宪法就随着曹锟的落马被丢到故纸堆里了。

《曹锟宪法》之后,中国历史上相继出现了:1925 年《中华民国宪法草案》(段祺瑞宪法)、1931 年《中华民国训政时期约法》以及 1946 年蒋介石制定的《中华民国宪法》。最后这部宪法是在共产党以及一些民主党派没有参加的情况下制定通过的,因此中国共产党一直否认其合法性,并在新中国建立以后废除“六法”的时候一起废除了。但是该部宪法迄今为止在台湾地区一直是有效的。

1949 年新中国成立,所谓“雄鸡一唱天下白”,中国人民在我党的领导下开始了制定新宪法的征程。最先出现的是 1949 年所制定的、起到临时宪法作用的《中国政治协商会议共同纲领》。其后,在 1954 年诞生了新中国第一部正式宪法《中华人民共和国宪法》。后来在“文革”期间产生了“1975 年宪法”(“文革宪法”),“文革”之后出现了“1978 年宪法”,因

为是在华国锋主持下修改产生的,所以又称“华国锋宪法”,改革开放之初的1982年,我们又在邓小平的主持下产生了现行宪法,但这后三部宪法其实都是对前一部宪法的全面修改,而迄今为止,这部现行宪法已经过四次部分修改。可见,新中国的立宪历程也是颇为曲折的。

在这段历史中,1954年宪法是新中国第一部正式宪法,此后1975年、1978年以及1982年宪法,都只是对前部宪法的修改,真正制定宪法则只有1954年。也就是说,从严格意义上说,新中国只制定过一部宪法,后来就不断修改,尽管修改有大修和小修的分别。所以,1954年宪法很重要,可以说,它是中国宪法制定的典范。下面,我们近距离地看看它的制定过程。

制定1954年宪法的目的是什么呢?我个人认为从客观的历史事实来看,主要是为了赋予新生革命政权的合法性。有一段关键的历史秘辛就说明了这一点。那就是,1952年9月,中共中央书记处书记刘少奇率团参加苏共十九大,去信斯大林希望能见一面。后来斯大林接见了,并向中共代表团提出三个建议,这三点建议后来都对我党产生了重要影响。如前所述,三点建议中有一个就是:中国共产党必须马上制定一部宪法出来,因为“如果你们不制订宪法,不进行选举,敌人可以用两种说法向工农群众进行宣传反对你们:一是说你们的政府不是人民选举的;二是说你们国家没有宪法。因政协不是人民经选举产生的,人家可以说你们的政权是建立在刺刀上的,是自封的。此外,共同纲领也不是人民选举的代表大会通过的,而是由一党提出、其他党派同意的东西,人家也可以说你们国家没有法律。”斯大林认为,非常有必要“通过选举和制宪解决自身合法性问题”。

这个观点非常具有策略性。起初刘少奇在写信给斯大林的时候曾流露出一观点:我们已经有了共同纲领,用到将来社会主义改造完成、国家进入社会主义阶段之后,再制定宪法。但斯大林的立马制宪的建议显然触动了刘少奇,他当即写信给毛泽东,中共中央随即开会讨论,决定听从斯大林同志的建议,尽快召开全国人大,并且制定宪法。

制定的过程是怎样的呢?我概括了一下,将整个制定流程归纳为以下几个步骤:①中共中央宪法起草小组提出宪法草案初稿;②中共中央政

政治局讨论并初步通过;③向宪法起草委员会提出草案初稿;④宪草委员会审议和讨论通过;⑤中央人民政府委员会通过并交由全国人民讨论(4个月);⑥第一届全国人民代表大会通过。

以上整个过程历时约一年。最早成立的机构是宪法起草委员会,毛泽东同志亲自做主任,成员包括33位国家领导人及民主党派代表。应该说,这个机构相当于制宪会议,即西耶斯所说作为制宪权主体的人民所委托的“特别代表”,但这个机构长期不开会,基本处于闲置状态。其时,毛主席又另外组织一个专门的、更为精干的组织,叫做“中共中央宪法起草小组”,这个组织则在实际运作,毛泽东亲任组长,组员则是他当时的几个秘书。当时,毛主席有三个秘书参与宪法最早草案的起草。起草完之后再交由中共中央政治局讨论并初步通过,然后才到宪法起草委员会开会讨论,接着就进入后面的流程,最终在1954年9月20日,由第一届全国人大全体代表以无记名投票进行了表决,一致通过了《中华人民共和国宪法》。中国历史上第一部社会主义类型的宪法就此正式诞生。

我们概括一下,现实当中的立宪者有:宪法起草委员会、中共中央宪法起草小组、中共中央政治局、中央人民政府委员会、全国人民、全国人民代表大会。由此看出,制宪权主体是全国人民,但现实中行使制宪权的特别代表则是多样的,并非仅是第一届全国人民代表大会,而是有复数的主体。当然发挥最重要作用的是中国共产党,其中最核心的人物是你们的毛爷爷,因此1954年宪法后来又称为“毛泽东宪法”。据说,当时就有人(国民党的降将傅作义先生)曾提议将这部宪法直接命名为“毛泽东宪法”,但被毛拒绝了,他认为这样写不“科学”。

除毛泽东以外,在起草过程中发挥过重要作用的人物还包括毛泽东的三个秘书和一些专家学者。毛泽东的三大秘书是陈伯达、胡乔木和田家英。陈伯达是我的老乡,文采极佳,才华也到了“横溢”的地步,但据说普通话讲得一塌糊涂,可是毛泽东能听懂。他提出了1954年宪法草案的第一稿,那是来杭州之前就写好了,不过在杭州的讨论会上被否定了,但这第一稿毕竟对重新起草的宪法草案也起到了重大影响。需要额外提一

句的是,这位人物后来在“文革”期间达到权力的顶峰,担任中央文革小组组长。“文革”结束后,作为林彪、江青反革命集团主犯之一,1976年9月被捕,1981年被最高人民法院特别法庭判处有期徒刑18年,不久保外就医,于北京去世。这是后话。

毛泽东的第二个秘书是胡乔木,属于清华大学的校友,自1941年起就担任了毛泽东的秘书,时间长达25年,号称中共党内“四大笔杆子”的头号人物,在文字上的造诣很深。据说毛泽东那篇豪情万丈的《别了,司徒雷登》就出自此人之手。他还写过一首歌的歌词,那就是著名的《律师之歌》,由此可以看出此人的才华和情怀:

“你戴着荆棘的王冠而来,

你握着正义的宝剑而来。

律师,

神圣之门又是地狱之门,

但你视一切险阻诱惑为无物。

你的格言:

在法律面前人人平等,

唯有客观事实,

才是最高的权威。”

我们这里要提到的第三个秘书是田家英。他虽然同样也是毛泽东的秘书,但和前面两个的地位是不能比的。据说,陈伯达骂起田家英来,田一点脾气都没有。但在起草五四宪法的过程中,他起的作用比较大,胡乔木只负责起草宪法序言,田家英则起草正文部分的重要内容。

这位同志为人比较正派,庐山会议上同情彭德怀,后来在1966年“文革”开始那年就自杀了,其原因很复杂。

1953年3月17日,宪法起草小组携带拟好的宪法草案回到北京。之

后,中共中央请周鲠生、钱端升为法律顾问,请叶圣陶、吕叔湘为语文顾问,对宪法草案进行了专门研究。周鲠生是著名国际法专家,17岁就东渡日本,先后拿过日本早稻田大学、英国爱丁堡大学、法国巴黎大学等名校的博士学位,新中国成立以后身居要职。钱端升教授,他是著名的政治学家和宪法学家,民国时期就已经很著名了。据说他在担任中华民国国民参政会的参政员期间,经常在参政会会议上起立质询,成为蒋介石最害怕的参政员之一。他熟悉西方政治法律知识,其和王世杰先生合著的《比较宪法》一书至今还是宪法学研究生的必读书目之一。新中国成立后钱端升教授也受到重用,但1957年被错划为右派,“文革”期间也受到批斗。

经过法律专家和语文专家的研究之后,我们人民开始讨论。“我们人民”这是美国宪法第一句出现的,也是美国当代著名宪法学家阿克曼一套著作丛书的书名。而当时我们人民讨论的规模还是比较大的,首先是政协全体会议、各大行政区、各省市的领导机关和各民主党派、各人民团体等等,开始了对草案初稿的讨论。据统计,总计有8000多人参加了大讨论,共提出5900多条意见。接着,6月16日,中央人民政府委员会向社会公布了宪法草案,开始了宪法草案的全民讨论。自此时到9月11日,经过近三个月的讨论,全国人民对宪法草案共提出了100多万条意见。这么多意见是惊人的,尽管我相信有相当多的意见可能都是不适合写到宪法里的。

1954年9月15日,第一届全国人大第一次会议在北京中南海怀仁堂开幕,当时共有代表1226名参加。



刘少奇作《关于中华人民共和国宪法草案的报告》,然后全体代表投票通过宪法,无一张反对票。公布投票结果后,全体代表起立,热烈鼓掌。

图14 1954年9月15日,第一届全国人大第一次会议全体代表一致通过了新中国宪法。图为在表决通过后,全体代表起立鼓掌的情景



宪法颁布之后,全国人民也都欢呼雀跃,庆祝新中国第一部宪法诞生。

1954年宪法的制定过程如此复杂,其诞生之后的命运也并非一帆风顺。在宪法通过的8个月后,1955年发生了“胡风事件”。胡风是一名学者,因言获罪,这个事件甚至被扩大化,先后共有两千多名学者受到牵连。这是新宪法颁布之后出现的第一起大规模侵犯人权的违宪事件。其后,1956年,中共八大宣布中国提前进入社会主义阶段,这使得作为“过渡时期”宪法的1954年宪法在某种法理意义上失去了时间效力。接着,在1957年,反右斗争开始扩大化,违宪事件接二连三地发生。1958年8月毛泽东在北戴河召开的政治局扩大会议上发言说:“民法、刑法那样的条文谁记得住?宪法是我参加制定的,我也记不得。我们每个决议都是法,开会也是法,治安条例也养成了习惯才能遵守。主要靠决议、开会,不靠民法、刑法来维持秩序。”此言一出,众皆愕然。可见,宪法在毛泽东心里的地位并不高。其后,1966年,“文化大革命”爆发,宪法被全面废置,全国人大会议也基本不再举行,刘少奇本人也被批斗,最终被迫害致死。据说批斗完之后,刘少奇回到他的办公室,举起一本红皮的《中华人民共和国宪法》,对他的机要秘书说:“我是中华人民共和国的主席,你们怎样对待我,这无关紧要,但我要捍卫国家主席的尊严。谁罢免了我的国家主席?要审判,也要通过人民代表大会。你们这样做,是在侮辱我们的国家。我个人也是一个公民,为什么不让我讲话?《宪法》保障每一个公民的人身权利不受侵犯,破坏《宪法》的人是要受到法律的严厉制裁的。”可惜的是,这样的问题他的机要秘书无法回答。

1954年宪法之后,经过全面修改,我国又先后出现了三部宪法,即1975年宪法、1978年宪法和1982年宪法。1975年宪法只有30条,就因为毛主席曾经说1954年宪法太长了,他老人家都记不住,全国人民也肯定记不住,所以以后宪法30条足够了。按照周恩来转述的话说就是:使宪法简明扼要,通俗易懂,工农兵能背诵。这说明毛主席基本上缺乏法律专业人员和专业的概念,他不觉得法律应该由法律家专业人员来运

作。1975年宪法的30条就是这么来的,平心而论,这30条内容也不少,只是把原来很多条文的内容都凑在一起,硬塞在一个条文里,压缩成30条。1978年宪法条文数翻了一番,变成60条。到1982年宪法就成了138条。在学理上,这三部宪法都是对前一部宪法的全面修改。因此,我们有必要在接下来的时间里讨论一番宪法修改的问题。

## 二、宪法的修改

宪法修改的学理内容也是非常丰富的,请大家阅读教材第39~43页。我们在课上只是把要点和难点拎出来,给大家讲解。

关于宪法修改,存在的现实问题主要有:1. 什么叫宪法修改? 2. 要不要宪法修改? 3. 宪法修改受不受限制? 4. 怎么进行宪法修改?

在理论上,我们需要将这些现实当中的问题加以学理化。所谓学理化,就是把政治问题或者现实生活中的问题转化为法律问题时,法学上就会有专门的术语、理论来阐述、处理这些问题。这样,我们把上述问题变成四个如下学理问题:1. 概述(宪法修改的基本理论);2. 宪法修改的界限;3. 宪法修改的方式;4. 宪法修改的程序。

### (一) 概述

#### 1. “宪法修改”的含义

“宪法修改”又称“宪法修正”,教材第39页里给出的解释是:宪法修改指宪法修改机关认为宪法的部分内容不适应社会实际而根据宪法规定的特定修改程序删除、增加、变更宪法部分内容的活动。这个定义姑且可用,但也存在一些问题,比如,“根据宪法规定的特定修改程序”而修改宪法的说法则未必准确。教材自己在40页上也举出例子,承认有些宪法修改是不能按照前一部宪法所规定的修改程序来完成的。前面提到的德国著名宪法学家施米特便是这样认为的,他对宪法修改所进行的分类中,甚至以是否依据前一部宪法规定的修改程序来进行,将宪法修改分为“无视宪法的宪法修改”和“尊重宪法的宪法修改”。

在实质上,宪法修改是宪法变动的一种主要形式。这个教材里没有

讲到。我们说,随着时代的发展、政治形势的变化,宪法也是有可能发生变动的,变动有各种各样形式,修改只是其中一种形式。施米特曾提出宪法变动有五种形式,即宪法的废弃、宪法的废止、宪法的修改、宪法的打破、宪法的临时停止。宪法的废弃是指宪法被废除而且制宪权的主体也被改变。宪法的废止是指宪法被废除但制宪权主体没有改变。这二者都是属于宪法的全盘变动。举个例子,新中国成立之后中国共产党废除了六法全书,其中包括国民党的1946年宪法,这就属于宪法的废弃。宪法的修改、宪法的打破、宪法的临时停止都是宪法的部分变动。宪法修改是对宪法部分内容进行改变。宪法的打破指统治者或者部分的宪法关键主体有意识地违背宪法当中的某些条文,公开违宪。比如我国1955年的胡风事件、1958年反右派斗争扩大化都可以看作宪法的打破。宪法明文规定了言论自由,但有人却因为政治上的言论被公权力剥夺了人身自由,宪法被公然地违反,这就是宪法的打破。宪法的临时停止主要发生在国家处于紧急状态之时,宪法当中的一部分条文被暂时停止。比如,一般情况下公民有人身自由、言论自由,但在紧急状态下面实行夜禁、宵禁,言论也受到控制,这都属于宪法的临时停止。

施米特这五种宪法变动形式有很多是不正常的,或说是非常态的,其中常态的只有一种,就是宪法修改。但在今日的理论上,常态的宪法变动至少包括三种,即宪法修改、宪法解释(有的国家通常是通过宪法判例)、宪法变迁(这是耶利内克提出的观点)。这样我们可以看到,宪法修改属于宪法部分变动的一种形式。当然,也有人说,在目前我国,宪法修改成了宪法变动的“独木桥”。也就是说,在我国宪法要想发展、变化,好像只有一条道路,那就是修改宪法。所以,我国反复地修改宪法,每隔五六年就修改一次。这种说法是否正确呢?这个说法有一定道理,因为除了宪法修改,宪法解释在我国迄今几乎处于不毛状态,但值得注意的是,我国还存在宪法变迁现象。什么是宪法变迁呢?宪法变迁是指宪法条文不变,但宪法条文的内容实际上在发生变化。在学术上,有人认为这其实也是一种宪法修改的特别形式,即“无形修改”。所以我们等下讲到宪法修

改时具体讲这个。这种宪法变迁,在我国也有出现,但作为宪法变动的方式,并不典型,宪法解释更不典型,只有宪法修改是最活跃的。可以说,如果没有宪法修改,我国宪法就可能成为一部静止的宪法,就无法适应在急剧转型的时代变化了的社会实际的需要。从这点意义上讲,说宪法修改是我国宪法变动的“独木桥”也未尝不可。

## 2. 宪法修改的必要性

有一种关于宪法的空想认为,宪法可以是“永久宪法”(也门1970年宪法、苏丹1973年宪法均自我标榜是“永久宪法”)或“万世不磨之大典”(日本1889年《明治宪法》,在“二战”后即被废止),这些都是空想。要知道,时代的变化使得宪法必须跟着变,否则就会束缚时代发展的脚步,因此宪法的修改就十分必要。

宪法修改的必要性表现在:(1)为了使宪法的规定更符合社会实际的发展和变化;(2)弥补宪法规范在实施过程中出现的漏洞,因为有些宪法制定当时没有发现什么问题,但在实践中一用,却发现问题多多。有关这个问题,教材第39~40页有详细论述,大家自己去看。

## (二) 宪法修改的界限

宪法修改有没有界限呢?这是一个重要且理论性很强的问题。为了回答这个问题,我们就必须学习有关限制宪法修改的理论。

### 1. 限制宪法修改的理论

世界上有一些宪法,它自己就规定某些条文不得修改,这就是所谓的“禁止修正规定”。例如,《意大利宪法》第139条规定:“共和政体不能成为修改对象。”又如,法国现行宪法第89条也规定:“任何有损于领土完整之修改,不得着手进行。”再如,《德国基本法》第79条规定禁止修改“联邦制以及人的尊严”(第1条)、“民主的社会的联邦国家”(第20条)等基本原则。为什么会出现这些条文呢?原因就在于:宪法上存在限制宪法修改的理论。

关于宪法修改的界限存在两种学说:

一是修正无界限说。该说认为只要按照宪法修改的程序,任何条款

均可修改,即使有禁止修正規定,但其本身就可修改,最終等於均可修改。理由包括三點:(1)憲法服務於人類的生活;(2)修憲權為最高的法定權力,制憲權只是一種理念,修憲權才是國家最高的法定權力,為此不可能為其之行使設定界限;(3)憲法規範之間地位平等,理論上,同一部憲法中不存在可修改的規範和不可修改的規範的效力差別。

二是修正有界限說。該說的主要理由是:修憲權有別於制憲權,是制憲權所設定的一種權力,為此不能變更制憲權之所在以及作為制憲權之根基的價值原理(憲法的基本原理),否則,就超越了憲法修改,而等於革命或重新制定憲法。該說的主要代表人物是施米特,其後被確定為通說。

## 2. 限制憲法修改的表現

綜觀各國立法例,限制憲法修改的表現主要有:

(1)內容上的限制。前面我們也講到,比如那三個國家意大利、法國和德國憲法中的“禁止修正規定”。

(2)時間上的限制:a. 消極限制,不得修改的時間;b. 積極限制,應當定期修改。

(3)形式上的限制。比如有些國家憲法明文規定要修改憲法必須通過決議的形式或者憲法修正案的形式。

需要思考的是:我國憲法並未規定哪些內容不得修改,那麼,我國憲法是否有不可修改的內容?如有,是什麼?

這倒是一個需要討論的問題。下面我們留五分鐘時間開展課堂討論,請大家踊躍發言。

(引導學生討論略)

幾位同學的發言都非常好,我總結一下。我們說憲法修改是有界限的,有些東西可以改,有些不可以改。所謂不可以改,是指這些東西不能在憲法修改的框架中修改。從根上說,其實任何東西都可以改變,即便是民主制、共和制這樣的東西。假如有一天,美國人民決定把社會主義作為國家性質寫進他們的憲法之中,是否可以呢?當然是可以的,美國的各個政黨必須尊重人民的選擇。但問題在於,這樣的變動還是憲法修改嗎?

有可能不是了,而可能属于施米特所说的宪法的废止了,需要重新制定宪法。而我们讨论的要点是,宪法能改什么,不能改什么。在这个意义上,我们问:我国的宪法修改有没有界限呢?回答是:当然有。首先,我国宪法中的根本规范不能改,如人的尊严、人权保障原理、人民主权原理,这三项内容不能改。一旦改掉,比如宪法规定我们恢复帝制,给劳动人民弄一个皇帝出来,那就不只是革命了,简直就是大革命了。其次,也有人会认为,四项基本原则以及坚持改革开放的原则不能改。也就是说,宪法序言第七段里面的内容不能改变,否则也就不叫宪法修改了,而可能需要重新制定宪法了。

### （三）宪法修改的形式

这个问题比较简单了,教材第41~42页里面介绍得也比较清楚。

宪法修改有三种形式:全面修改、部分修改(决议或宪法修正案)、无形修改,即前面宪法变迁。我国1975年、1978年、1982年三部宪法对于1954年宪法来说都是全面修改。对于1982年宪法来说,1988年、1993年、1999年以及2004年四次修改都属于部分修改。当然,无形修改则不属于正式修改。

我们进一步介绍一下宪法变迁。“宪法变迁”这个词在中国学术界被用滥了,把所有宪法变化都称为“宪法变迁”。我们这里讲的“宪法变迁”,是有特定内涵的,其理论来源于德国,确切的含义是指:由于不符合宪法条文的宪法实例的出现,而导致在没有明文修改的情况下,宪法规范发生变更的情形。在国外,也可能通过宪法解释、宪法惯例出现而产生宪法变迁。那种这种宪法变迁的现象应该怎么看呢?国外学说上有如下几种不同的看法:第一种是事实说,认为宪法变迁现象仅仅是一种事实,它无规范力;第二种是惯例说,认为这种宪法变迁会形成一种惯例,具有一定规范力,但不具有改废宪法的效力;第三种是规范说,认为宪法变迁在一定要件下会引起宪法规范的变更,这些要件主要包括:(1)不违反宪法的根本规范,(2)长期反复出现,(3)为国民法意识所认可。

上述这种宪法变迁的现象,在各国的宪法实践中或多或少都存在,其

中最为典型的、也最令人痛心疾首的例子之一,就是日本宪法第9条和平条款的变迁。这个条款的译文如下:

日本国民诚实地冀求基于正义与秩序的国际和平,永久放弃以国家权力发动的战争以及武力威胁或武力行使作为解决国际纷争的手段。为达到前款目的,不保有陆海空军及其他战争力量,不承认国家的交战权。

可以说,这个条款体现了人类最美好的一个理想,即放弃一切战争的绝对和平主义的理想,而且条文表达得非常明白。现行日本宪法也因此被称为“和平宪法”。日本大多数的人民已经接受了这个条款,日本绝大多数的宪法学家也是拥护这个条款的。可是在现实中,它出现了一种无形修改。简单说,就是在现实中,日本存在着一支拥有极强的战斗力的军队,号称“自卫队”。

在日本现行宪法刚诞生之际,日本政府起先也承认宪法第9条,但是后来为了政治和军事上的需要,则建立了这个军事力量,并不断使之强化。据估计,这个自卫队是目前世界上第三大的军事力量。其历史背景是:在日本1947年制定宪法之后的1949年,朝鲜半岛就出现军事紧张,爆发了朝鲜战争,这威胁了美国在东亚的政治军事利益,尤其是后来中国参加了朝鲜战争,更加让美国感到危机的存在。于是,虽然日本宪法是盟军总司令麦克阿瑟自己组织班子拟定的,写进了第9条这样的绝对和平主义条款,但到了这个时候他也认为日本必须拥有武装力量。可是组织武装力量就违反了宪法,于是日本政府就出面对第9条进行解释,随着形势的发展,历届政府对此条款的解释也有所变化,并促使了宪法第9条的内涵在现实中发生了巨大变迁。这就是典型的宪法变迁。

日本政府的有关第9条的宪法解释,目前已经相当复杂化和技术化了,但其主要内容和逻辑就是:日本宪法第9条是放弃了战争,但其所放



弃的只是第9条第1款中所说的“作为解决国际纷争的手段”的那种战争,而并没有放弃自卫战争,故而并不禁止保有为了自卫战争而应该相应拥有的最低限度的军事实力。那么所谓“最低限度”的军事实力如何确定呢?最初它们就定了一个标准,即国家每年财政收入的1%用于军事开支。但大家知道,日本是个经济大国,这个1%的体量也是一个惊人的数字,使得日本自卫队的力量十分可观。而且,如今日本早就突破了这个1%的限定了。而且如今的日本,还承认了原先自己所不承认的集体自卫权,即:虽然是只保有自卫战争的权利,但如果自己的盟友(如美国)受到了他国的攻击,日本也可以对敌国参与反击。

这就是日本政府的解释。由于这种解释也是公权机关所作的宪法解释,也被称为宪法的公定解释,即属于有权解释,只是并不属于宪法上的终局性的有权解释。根据日本宪法本身的规定,其有关宪法的终局性的有权解释被认为是日本最高裁判所对宪法所作的解释,这是由日本宪法制度内存在由司法机关运作的违宪审查制度所决定的。因此,自卫队的存在究竟是否违反了宪法,最终需要最高裁判所对第9条进行解释并进行判断。但是最高裁判所迄今为止从未对第9条作过直接的、明确的宪法解释。理由是什么呢?理由是第9条目前已经高度政治化了,不适合司法机关去解释,因为司法机关本身就不应该涉及具有高度政治性的问题,卷入政治的纷争。这个理论确实是存在的,此即司法审查中的所谓的回避政治问题的原理。

自卫队的存在与活动,以及日本政府的相关解释,是否违反了宪法第9条呢?这在学说上存在了很大的争议,有良心的日本学者都认为这是明显的违宪行为,只有极个别的学者完全支持日本政府的解释。另一方面,长期以来,日本最大的政党自民党也持有索性将宪法第9条加以修改的政治主张,这样的动向已经存在几十年,但是迄今为止受到大部分日本人民的反对而没有实现。

其实,我国也存在类似这样的宪法变迁的违宪争议,其中以有关土地转让的规定较为典型。82年宪法第10条第4款原来规定:“任何组织或

者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地。”可是，随着80年代初改革开放形势的发展，外资被纷纷引进来了，于是出现了一个问题，外资需要土地来盖工厂，那怎么办？我们领导脑袋一拍，“给地啊，租给它。”当时真的就这样做了，算是很务实了，而没有考虑或讨论先修改宪法第10条第4款，在80年代制定的《中外合资企业法》《土地管理法》等一系列法律，其中就明确规定了土地有偿使用。1987年，国家国土管理局决定在上海、天津、深圳、广州、福州、厦门和海南岛进行国有土地有偿使用的试点。其中深圳、福州当即付诸实施，引起争议。为此到了1988年通过的宪法修正案第2条，将宪法原第10条第4款修改为：“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”

类似的情况另外还有一些，为此，我国学术界就发生了一次争论，其中存在两种具有代表性的观点。一种观点认为，这些违宪现象虽然不是完全正确的，但毕竟是良性的，属于可以接受的“良性违宪”。而与此相反，以童之伟教授为代表，另一种观点认为，良性违宪也是违宪，这就像良性肿瘤也是肿瘤一样。

基于规范宪法学的立场，我们提出的如下认识：第一，“良性违宪”说的争论涉及政治性的价值判断，主观性太强；第二，良性违宪有效说不利于维护宪法秩序；第三，应从宪法变迁理论来分析，其中，我个人认同这样的主张，即，由于我国正处于改革与转型的时期，所以类似的宪法变迁不可避免，但这种宪法变迁现象只有满足一定要件，才能引起宪法规范的变更，即才算相当于有效的、可确认的宪法修改。

#### （四）宪法修改的程序

这个问题教材里面概括得很详细，我们也就简略地介绍一下。

最复杂的宪法修改的程序包括五个步骤：提案、先决表决、公告、议决、公布。具体内容大家可以阅读教材第42~43页。

至于我国宪法修改，我概括为如下三道程序：

首先，中共中央提出《关于修改宪法部分内容的建议》。当然中共中

央提出这个建议的时候,往往先要征求专家学者、民主党派、人民团体等的意见,然后写出这个“修宪建议”,交给全国人大常委会。全国人大常委会审议通过后,进入第二道程序。大家知道,这道程序,宪法和法律都没有规定,所以我把它称为“惯行性的前置加接程序”。

其次,全国人大常委会向全国人大提出《宪法修正案(草案)》。当然,这个草案主要是根据中国共产党中央那个建议的内容来的。事实上,宪法修正案的提案权主体本来还包括五分之一以上全国人大代表,但迄今为止它从来没有行使过修宪提案权。

最后,全国人大通过。我国宪法明文规定,全国人大是修宪权主体,所以最后必须经过全国人大以其全体代表的三分之二以上通过。

好,今天的内容比较多,但我们还是在规定时间讲完了全部内容。请大家课后阅读相关参考资料,以消化课上学到的知识。

今天的课就到这里,谢谢大家。

## 第四章 宪法的解释与适用

课上到现在,我们在内容上可谓渐入佳境,即已经逐步进入宪法学的本体部分了。今天的内容非常重要,涉及宪法学的方法问题,这就是“宪法的解释与适用”。我们会在讲授理论的同时,列举一些相关事例,包括外国的一些著名案例,以助于大家的理解。

另外需要说明的是:在这一章,教材的体系里只涉及宪法的解释,我增加了“宪法的适用”的内容。为什么这么做呢?原因在于:宪法解释和宪法适用密切相关,同时,宪法适用也十分重要,因此将其补充进去。按照原来教材的体系,它主要包括以下要点:第一是“宪法解释的概念”,第二是“宪法解释机关和宪法解释体制”,第三是“宪法解释的种类”,第四是“宪法解释的原则”,第五是“我国的宪法解释”。我们在尊重教材体系的基础上对讲授要点作了一些变动,也列为六点:第一是“宪法解释的含义”,第二是“宪法解释的功能”,第三是“宪法解释的分类”(同时涉及宪法解释的方法),第四是“宪法解释的原则”,第五是“宪法解释与适用”,第六是“我国的宪法解释与宪法适用”。

虽然作了上述变动,而且我们上课时偶尔也会脱离教材,但是大家仍然应该尊重教材的内容,最好能够事先预习,带着问题来听课,这样效果最好。但是“尽信书不如无书”,教材的有些内容还是值得推敲的,我在课堂上会对这些内容进行分析,提出一些替代性观点,供大家参考。

在进入今天的主体内容前,我们提出如下三个问题:第一,2014年10

月底的十八届四中全会提出要“健全宪法解释程序机制”，请问，何者可以  
做宪法解释？第二，如何进行宪法解释？第三，宪法解释与宪法适用有什么  
关系？希望大家带着这些问题，接下去听讲。

### 一、宪法解释的含义

前面我们曾经讲说了，宪法学最重要的方法是法教义学，而法教义学  
最重要的方法则是解释，从这个意义上讲，宪法解释无比重要。法律这门  
学科，无论是民法、刑法抑或是其他部门法，其最重要的方法无疑就是解  
释。这也是宪法学有别于其他学科的最重要的方法，比如宪法学与政治  
学的区别主要就在于：宪法学实际上是一门解释学。

那么，何谓“宪法解释”？教材第35页中是这样定义的：宪法解释是  
指宪法解释机关根据宪法的基本精神和基本原则对宪法规定的含义、界  
限及其相互关系所作的具有法律效力的说明。这个定义鄙人便不太赞  
同。疑问在于以下两点：其一，宪法解释是否仅限于宪法解释机关才能作  
出？其二，是否任何宪法解释均具有法律效力？这两个疑问值得我们认  
真考虑，我认为教材在下这个定义时不太慎重。一般而言，下定义在终极  
意义上是有风险的。哲学上，在维特根斯坦之后，人们就注意不直接给某  
一事物下定义，特别是终极性定义，则更为慎重。法律里面当然要注  
重定义。比如故意杀人，其中的“故意”指什么？过失致人死亡，其中的“过  
失”又指什么？这样的定义当然很重要，而且必须给出一个定义。但是终  
极意义上的定义，带有哲学意味的定义，则必须谨慎小心。像“何谓法律  
解释”的问题，实际上就超越了法教义学的内容，属于哲学问题，或涉及哲  
学问题。在哲学上，有对于解释的研究，一般称为“哲学解释学”，是比宪  
法解释、法律解释更高层次的解释学，更为一般性的解释理论。于是，给  
“宪法解释”这样的概念下定义就必须小心翼翼，否则就容易出现漏洞。  
适才所提到的教材中的定义就存在这样的问题，其无法解答那两点疑问。

那为什么说教材里的这个定义存在问题？原因在于，事实上还可能  
存在另外一种解释，即无权解释。根据教材的说法，无权解释指法学上的

学理解释,或称“非正式解释”,它是宪法解释机关之外的组织和个人对宪法所作的解释,其不具有法律效力。这一说法基本上是正确的。但是,我们却可以由此看出教材的矛盾:一方面说宪法解释是宪法解释机关作出的有法律效力的解释,另一方面又说还存在一种无权解释。

因此,我们必须首先澄清究竟何谓宪法解释,即要对宪法解释再进行解释。当然,此处的解释是一种说明,不下定义,只进行说明,尽管这样做也是有风险的。我们姑且认定,宪法解释属于一种法律解释,或者说法律解释。对法解释的定义过去是存在的,但不同时代有不同的定义。

最传统的一种说法,即近代的定义,认为法解释是立法者原意的再现或者复原。提出该观点的是德国著名民法学家萨维尼,他认为解释者要受法律文本里所蕴涵的立法者的原意的限制。所以,萨维尼才说:法官是法律的嘴巴,是立法者的传声筒。这可能是最传统的对法解释的理解。按照这种说法,宪法解释其实就是立宪者原意的再现或者复原。

到了现代之后,情形就不一样了。同样是德国的法解释理论,到了现代就有了新的发展。因为解释学在德国是非常发达的,比如其中的哲学解释学,德国哲学家开展了精深的研究。在法学领域,法解释学的发展也同样令人瞩目。德国著名民法学家同时也是一位法理学家的拉伦茨,就曾经指出,法解释实际上是一种“媒介行为”,是对法条之意义的阐明与精确化。此处所讲的意义,指的是“内涵”或“含义”,不是“作用”或“好处”的意思。也就是说,我们借助于解释来理解文本,而且解释者还可能参与文本的塑造。这是拉伦茨在其名著《法学方法论》中所谈到的观点。该书中专设一章讲“法律的解释”,其中也谈到宪法的解释。拉伦茨是现代的学者,但他又秉承了传统的许多思想。

后来,又出现了后现代主义的解释学思想。大家知道,在哲学解释学上有一个重要观点,形象地概括为一句话就是“作者死了”,即“文本一诞生,作者就死亡”。文艺作品、艺术作品或者法律等一切应当解释的对象都称为“文本”,这些文本一旦诞生,那么它的作者就死掉了。大家别误解,所谓的“死了”绝不是指作者在肉体上消亡了,而是指对于文本的解释

和理解而言,作者的意志不再重要了。那这下谁的意志重要呢?解释者的意志!解释者可以对文本里的意义进行“随心所欲”的重构。持有这种观点的是巴尔特、福柯等西方理论家。该观点对法学界也产生了影响,导致了后现代法学甚至批判法学的某些分支的出现。它们基本上认同上述解释立场,认为法律文本一诞生,立法者到底是什么意思就不用去考虑了,我们自行按照我们自己的要求或者时代的要求来解释就行了。无疑,这是一种较为激进的学术立场。

面对许多不同观点,我们应该何去何从呢?应该选择哪一种观点呢?确实是值得我们深思的。年轻人讨论问题或者写论文,喜欢引用外国人的观点,看外国人在这个问题上是怎么说的。其实你找的只是某一个外国人所持的观点,或者是外国人的诸多观点中的一种,其他不同的观点多得是,于是你就经常需要回答:为什么选择这一种?鄙人以为,真正的学问或许就在此处:你在众多的观点中选择了何种观点,并且告诉读者,你为什么做出这样的选择。这就要求同时具备梳理资料的能力和论证观点的能力。

回到我们的问题:何谓“宪法解释”?何谓“法解释”?要对它们作出解答,并解决上述的理论选择问题,对我们而言,就必须考虑中国宪法所面临的问题以及中国宪法自身所存在的问题。正是在这样的背景下,鄙人认为,我们应采用现代解释理论为宜,但是又应适当参考近代和后现代法解释学的观点。

由此,我认为,法解释就是法规范的探求,是一种有约束的重构。前面讲过,法规范存在于规范性语句之中。规范性语句是什么呢?简单地说就是法条。也就是说,法规范就在法条里。重构什么呢?重构法规范的内涵。当然这种重构并不是像后现代法解释学所认为的那样是没有约束的,爱怎么折腾就怎么折腾,而是必须受到约束:首先受规范性语句的约束,同时还要受到规范原理的约束。但是必须承认,“重构”的立场实际上受到了后现代法解释学的影响,较为强调法解释针对于立法者意志的独立性,但是它又是有约束的。此种有约束的重构,我曾经在《从宪



法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》里用“戴着规范的镣铐跳舞”来形象地描述,以突出规范宪法学的一个特色。闻一多曾经在他的诗论中主张,中国的新诗仍然应该“戴着镣铐跳舞”。其所谓的“镣铐”实际上指诗歌的韵律。我借用来说明:法解释绝非随意地进行。如果不戴“镣铐”,我相信这个“舞”谁都可以跳。一名舞者的高明之处就在于他能够“戴着镣铐跳舞”,而且跳得好,这就是学问。所以,在规范宪法学的视野中,宪法解释就是“戴着宪法规范的镣铐跳舞”,受到宪法规范的约束:一方面受到宪法中的规范性语句(条文)约束,另一方面受到宪法规范原理约束。这是我对宪法解释的理解,其立场是比较中庸的,接近于采纳现代解释论,但是又吸收了一些后现代法解释学的思考。

为什么采用这样的立场?原因有三:

第一个原因,在我们看来,立法原意是拟制的,是模拟创造出来的,立法者也是如此。比如说宪法,宪法的立宪者在理论上应该是人民,但实际上,综观各国宪法,即使是最成熟的立宪主义国家的宪法,其实都不是人民制定出来的。以美国为例,美国宪法受到许多人的推崇、仰慕,但上次我们讲了,它也主要是由55个精英分子制定出来的,其中34名是律师,8名是法官,其他包括种植园主、将军、银行家,都是有身份的人,制定出来之后再通过各种会议让人民承认它,或者让人民代表承认。美国宪法开头即用“我们人民,为了……制定本宪法”,这种表述实际上也是借用了人民的名义。文辞如此表达,说明在理论上人民是立法者,是立宪者,但事实上这里的人民也是模拟出来的。或者说宪法、法律由一部分人制定出来,而这部分人被视为人民的代表。也可以说,宪法、法律体现了人民的意志,但实际上首先直接体现的还是现实当中立法者的意志,而立法者的意志又被模拟为人民的意志。所以从终极意义上来说,立法者的意志都是拟制的,既然如此,我们又何必要受立法者意志的严格约束呢?因此我们可以“跳舞”,当然是“戴着规范的镣铐跳舞”,适当地尊重立法者的意志。

第二个原因,立法者的意志往往落后于时代。如果我们要尊重立法

原意,严格按立法原意解释宪法,也会出现问题。尤其是在急剧转型的时代,更是如此。而当下中国正处于这样一个急剧转型的时代,在此时代,如果我们严格接受立法者意志的约束,那么我们将无法推动社会向前发展,宪法也是如此。比如,我们现行的1982年宪法,1982年和今天的社会情况,包括政治、经济、文化等社会全方位都发生了难以想象的变化。我20世纪80年代第一次到国外,那种感觉简直就是“刘姥姥进大观园”。到了大街上,电话机怎么随便就挂在外面,弄了一个小亭子罩着,但却不上锁,心里就有疑问:这东西晚上会不会被人抱回家里去?去买东西,随便拿,没有人看着,拿完了到出口一起算钱,于是总是想:这肯定会被人偷偷塞到口袋里不付钱带出去。当时,还真的着实为商店的老板担心。而到了现在,这些新鲜的事物,我们中国都有了,这样的变化是我当年出国时所无法想象的。当时和我一起出去的青年人,有的还捶胸顿足,说我们搞了几十年的社会主义,还不如人家,说不定在我们有生之年,中国都根本没有办法达到这样的程度。可是谁都没有想到,在这短短的二十多年,中国就发生了翻天覆地的变化,像万花筒一般让你眼花缭乱、心惊肉跳。为什么心惊肉跳?因为我们老是担心中国的政治体制、法律体制是否能够承受得住如此巨大的变化。总之,这就是典型的急剧转型的时代。如果在这样的一个时代,我们仍然受80年代初的立宪者原意的严格约束,那自然是不完全妥当的。因此就需要宪法修改。但是宪法修改也受到很多约束,许多东西来不及改,或者根本改不了。因此,我们要尊重宪法文本,可是也要适当地进行宪法规范的意义重构,根据时代发展的要求来解读、解释宪法,这就成为必然的选择了。

第三个原因,我国现行宪法文本本身也可能隐含着一些问题。宪法文本我们当然要重视,因为它是现在中国人民“权利的保障书”,但我们也要看到其本身并不是非常完美的。我这样说,很多热爱宪法文本的人会感到痛心疾首,他们一向主张:宪法文本已经够完美的了。面对这样的主张,我们可以问他们:既然已经够完美了,为什么我们还需要那么多修正案呢?而且将来或许还会出现更多的修正案呢?所以必须承认,我们的

宪法文本本身还是存在一些问题的。在这个意义上,我们又不能完全受宪法文本约束。于是,既受宪法约束,又不完全受宪法的约束,这二者之间就存在一定的矛盾,要拿捏清楚。一方面我们要有意义的重构,另一方面要接受约束,借用马克思主义的术语来说就是,二者要达到辩证的统一。

现在我们回过头来谈谈宪法解释的受限性。刚才的三点理由都是侧重论证我们可以进行意义的重构,可以适当摆脱立法者的原意进行意义重构。可是,我们也要注意,宪法解释必须受到一定的限制。这就使得宪法解释区别于一般意义上的文字解释。让我们先从中国古代一个非常著名的民间故事讲起。

话说大明王朝最后一位皇帝崇祯,这位皇帝还比较努力,但明帝国积重难返,已经无法挽回颓势。而李自成在即将攻打北京之前,欲先攻其心,派了一名手下的高人宋献策扮作测字先生打入京城。这时,山雨欲来风满楼,崇祯帝因感到江山危机,于是便衣出宫,调查民情。不料,恰好遇到扮作算命先生的宋献策,古代人都有点迷信,崇祯也这样,在国家危难之秋,他也想看看天意。于是就走上前去,请算命先生测个字问问吉凶。

算命先生问他想问什么?

崇祯答:问大明江山的命运。

又问:客官想测哪个字?

答:就测“有”字吧。

算命先生装模作样推算了一番,说不妙啊!客官请看,这“有”字,上半部分本来是“大”字,下半部分本来可是明字,现在都剩下一半了。这显示大明江山去一半啊!

崇祯一听,吸了一口冷气,便说:我问的是朋友的“友”字!

那人说:此字更为不妙!“反”字已出头,恐怕江山难保啊!

崇祯更惊奇了,但又不死心,赶紧又说:那就问子午辛酉的“酉”如何?

测字先生表情黯然,淡淡地说:“‘酉’乃‘尊’字截头去尾而成,恐万乘之尊难保全尸。尊驾不必再问,国运到头,不宜多说!”

崇祯闻听此言,无话可说,心下凄凄,返回宫去。因为害怕难保全尸,所以不久就自缢了。

这个故事说的就是中国人经常进行的一种文字解释,民间称为“测字”。其特点是受文字本身的限制,即受文字本身的象形形态的限制,还受到问卦者的身份及其所问事情的限制。除此之外,基本不受限制了,我觉得这特别类似于东北人所说的“忽悠”。

与此不同,法解释,包括宪法解释,有自己的独特性。它受法条文字的约束,但绝非文字游戏。而崇祯测字就有文字游戏的意味,古代的测字都带有这样的意味。可(宪)法解释不同于此,其要重构规范的意义还要受规范原理的约束。关于宪法解释如何在受法条文字的约束的同时又不是文字游戏,在受规范原理拘束的同时还能进行规范意义的重构,我们也通过曾经提过的一个例子来说明。

我国现行《宪法》第39条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯,禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”这个条文放在那里,就需要解释。有的人会说,这有什么可解释的,不是很明白吗?哈哈,这就是外行话,事实上仔细推敲起来这里面需要解释的问题多得很。我梳理几个出来给你们看:

第一,这句话是事实命题还是规范命题?它说出的是一种事实,还是一种应该怎样或者不应该怎么样的规范?

第二,如果是规范性命题,那么谁不能侵犯公民的住宅?是公民不能侵犯公民的住宅,还是指国家不能侵犯公民的住宅?还是二者皆不能侵犯?

第三,中华人民共和国公民的住宅不受侵犯,那么,外国人在中国境内拥有住宅,是不是就可以侵犯呢?外国人的住宅是否也受宪法保护?

第四,住宅是指什么?是否专指买来的房子?自己买不起房子,租借他人的房子是否属于住宅的范畴?你到外地出差,在宾馆下榻的房间是否可以侵犯?有关这点,请同学们回想我们在第一课堂为大家讲述的“装反了的猫眼”的例子。

第五，“侵犯”是什么意思？肆意踢开你家的门闯进去任意妄为，是对你的住宅的侵犯。但如果不这么做，而是在你房子前面用望远镜监视，甚至安装窃听器、摄像头记录屋内动态，这算不算对住宅的侵犯？比如，我们某个男生，为了一刻不停地看到自己心爱的人，他用自制的望远镜24小时全天候观察他所追求的那个女生的宿舍生活，你是否可以基于宪法这个条文制止他？而如果一个警察这样做，也采用这种方法监督某一个公民，又怎么样呢？

第六，“禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅”，这意味着存在合法的搜查或侵入住宅的情形。那么，什么情况下搜查和侵入住宅是合法的？合法与非法的界限在哪里？

这些都是问题，都需要解释，而且都很重要。但是这么多问题今天是不会都讲完的，因为这将是人权部分所主要学习的内容，今天我们会着重选择其中的部分问题进行讲解，以帮助大家理解什么是宪法解释。

第一个问题，“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯”，这是事实命题还是规范命题？事实命题和规范命题的区分，在前面课堂上我们已经讲过，这是学法律的基本功，从这里可以看出法学与其他学科的不同，也可以看到法学的魅力。前面学过，规范性语句包括应然语句和直述句。何谓直述句？比如“国家一切权力属于人民”，这就属于直述句。应然语句，往往含有应然助词，比如“应当”“允许”“禁止”等，这三个词也是最典型的应然助词。含有这三个词或者类似词语的一句话往往就是应然语句。直述句或者应然语句都可能属于规范性语句。应然语句一般都是规范性语句，而直述句中的一部分也属于规范性语句。作为规范性语句的这部分直述句必然可以转换为应然语句，而且也必须转换。比如“中华人民共和国的一切权力属于人民”，这并不是说中华人民共和国的一切权力事实上属于人民，而应被转换为应然语句“中华人民共和国的一切权力应当属于人民”来理解。但新中国成立时，毛泽东主席在天安门城楼上所宣告的“中国人民从此站起来了”，这就是一个事实命题了，它是力图描述中国人民翻身做主人的一个事实。再说“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯”

这个条款,其本身并没有含有应然助词,但这绝不是一个陈述事实的事实命题,而是一个规范命题,只不过是一个直述句,但可以被转换为一个应然语句而已,比如可以转换为“中华人民共和国公民的住宅不应当受到侵犯”,或者“中华人民共和国公民的住宅被禁止受到侵犯”。

第二个问题,到底谁不能侵犯?当我们说“任何人都不得侵犯任何人的住宅”,这可能是民法甚至刑法中的规定。一般而言,宪法不会如此规定。宪法只会规定国家不得侵犯公民的基本权利,也就是说,其主要被用来防御国家对公民权利的侵犯。而公民对公民权利的侵犯可以由民法、刑法等部门法来调整。宪法是近代才产生的,国家在近代以来作为唯一垄断合法暴力的机器异常强大,人民就认识到必须要制定宪法来约束国家,避免国家以强大的力量来侵犯个人。因此宪法所规定的基本人权实质上乃是为了防御国家权力,这一规范原理便是防御权理论,这一规范原理会影响到宪法解释。对于上述条文的解释,就要受到这一规范原理的约束,在解释过程中接受这一规范原理的引导。因此,可以说,上述条文的含义应当是:国家不应当侵犯公民住宅。这种解释的规范原理基础就在于:宪法所规定的“公民住宅不受侵犯”是一种防御国家的权利。近代以来,主流的宪法学对人权的解释就到此为止,也就是说,主流的宪法学均采防御权理论。但是发展到现代,就出现了新的理论,比如在德国就出现了国家保护义务理论。根据该理论,对该条文就会有新的解释方式,规范的内涵也增加了新的内容。按照该理论,除了国家不应当侵犯公民住宅之外,国家还有一种积极的义务,应努力去实现包括去保护公民的住宅不受他人侵犯这类权利;而对于个人来说,公民住宅不受侵犯既是一种防御权,同时也是一种保护请求权,即向国家提出请求予以保护的权力。

由此我们可以认识到,宪法解释绝非一件简单的事情,而是受到规范原理约束的。我们需要学习宪法的理论方可进行解释。而古代测字一般不需要理论支持,不需要学习规范性原理,只要掌握一些技巧,同时具备临场应变的能力即可。当然,必须承认,好的测字先生都很有天分,比如像宋献策这样的人物,特别有想象力,非常适合招收到我们法学院来学

习宪法学。但是这种能力和宪法解释所需要的能力不同。宪法解释需要理论知识,因此它不仅仅是一种技术,而更是一门学问。宪法解释者必须在宪法学理论的背景下,把规范原理融贯到宪法解释当中去,才能提出有说服力的解释方案。在当代中国很多人看不起法解释,根子在于他们误解了宪法解释,以为它就像测字一样,或者只是像中学语文那样,是对法律条文的含义进行语文式的解读。事实上并非如此。法解释不是对条文词句的含义的单纯的解释,而是需要运用法律原理、规范原理来作成。那么,规范原理从何处来呢?从法律理论中来的。因此,学习并把握这些理论显得分外重要,有时还需要在诸多理论中就某具体个案而言何者最为适当进行选择。就像刚才那个条文的解释,许多国家就只承认前面一点,即国家不应当侵犯公民的住宅,而对国家保护义务理论则存在争议,我也持谨慎态度。就这一条文而言,根据我的理解,把它解释到这个程度也是可以的,然而有几点必须注意:

第一点:上述两点中第一点最重要,这是宪法规定的基本权利的最核心的要点。因为任何宪法上的权利主要是针对国家权力,而不是针对私人。

第二点:“国家保护公民的住宅不受他人侵犯”确实也应当是该宪法条文的一部分含义,但应具体化为:国家确实应该保护公民的住宅不受其他私人侵犯,然其保护方式则主要是通过制定和执行法律如民法、刑法来保护。

再说第三个问题:什么是住宅?是否包含下榻的宾馆和入住的宿舍?这些问题涉及价值判断。此时要解释“住宅”,首先就必须理解:为什么宪法要保护公民的住宅不受侵犯?这一规范里面蕴涵着什么样的价值取向?通过仔细的分析,我们会发现,它主要是为了强调:公权力不能肆意地介入私自治的领域。“私自治”有很多含义,有时指私人个人自治,有时指市民社会自治,还有时指私人组织自治,这些自治都需要国家法律的保护,其中的法律原理便是“私法自治”。民法就是体现私法自治精神的最重要的法律,用以保护私人自治。为什么要保护私人自治?因为私人自



治的领域是一个国家兴旺发达的根基,是民主法治的基础。当一个社会中每一个人都能够自立、自理、自律的时候,他才能够自己做主,因此才有可能实现民主,这个社会才能培养出人的独立人格,才可能建立法治。由此,在私自治原理的视野下,我们来分析为什么宪法要保护住宅。原因在于,住宅是个人自治的一个重要空间或者说最后的堡垒,乃为一个人私生活展开的最终基地。住宅也是一个人自我感觉最为安全的存在空间,而且一般来说,对国家社会而言,一个人在其住宅里是最不具有攻击性和最脆弱的,因此国家必须保护。大家通过艳照门事件可以看到,那些当事人在其住宅里解除掉了所有的“盔甲”和“面具”,去除了明星的光环,人性的弱点也会展露无遗,他们的防备心理也降到了最低点,这时人是最脆弱的,这些都建立在对自己的住宅的信赖的基础之上,所以宪法需要格外保护公民的住宅。

在这样的背景下,我们应当如何理解上述条文中的“住宅”概念呢?这涉及解释的技法。解释的技法有很多,其中最典型的有扩大解释和限制解释。如前述,国家保护住宅是为了保护私自治领域,那么宪法中的“住宅”概念就不应该被理解为是建筑学意义上的住宅。在这里,大家要注意,法律上的概念和日常生活中的用语是不同的,法律概念的背后一般都蕴涵着价值观念。于是,这里的“住宅”就不得被理解为是单纯的由建筑材料组合而成的物理空间,而应当扩展为任何终极意义上的私人自治空间,只要形态接近。这里就运用了扩大解释。因此,当我们进一步追问“你所下榻的宾馆和入住的宿舍是否属于宪法上的住宅”的时候,答案就比较明晰了。世界上大多数国家也都作如是解释。

我们费了这么多口舌来讲“什么是住宅”的问题,是因为这个问题在中国真是存在问题。前几年就有一个很轰动的案例:

那就是2002年在陕西省发生的“延安黄碟案”。具体的案情是这样的:本案当事人Z租了一个房子,作为私人医疗诊所,每天都开放,即便是晚上有人敲门就诊,也会开放营业。同时,该诊所又是Z夫妇二人新婚的住所。年轻人小本经营,为了节约成本,一屋二用,既作诊所,又作住所。

这种情况大家将来毕业后就可能遇到。Z将房子隔开,前半间作诊所,后半部作卧室。有一天晚上,两个人爱“学习”,就播放黄色录像来看,也许电视里的声音放得太大了,而两人又比较投入,没有觉察到,被某个邻居听到了,竟然去报案。警方接到报案,非常重视,紧急出动,一口气派出4名民警赶往现场。到了现场之后,也没有表明身份,而是直接破门而入,强行进入该房间后部作为卧室的地带。而本案的当事人Z在不明就里的情况下实施反击,双方发生搏斗,最终寡不敌众,Z被制服,并遭受殴打。之后民警搜出黄碟若干张,并带走了“犯罪”工具——影碟机,并将Z抓走,几天后情况升级了,警方宣布对Z进行刑拘,准备以妨碍执行公务罪为由提起公诉。大家知道,这是典型的法治未发达状态的一种状况,面对这一状况,任何人都没有理由感到轻松,因为每个生活在法治未发达状态中的人都随时有可能遭遇到这种情况。幸运的是,后来陕西的一家媒体报道了此案,全国各地传媒纷纷转载,引起了法学界的广泛关注,后来在大家积极呼吁下,延安警方受到了压力,最后释放了当事人Z。

在此过程中,此案也引发了一些有关学理问题的争议,其中一个问题就是:在该案中,警察是否侵入了公民的住宅?派出所的所长就认为,他们进入的建筑物不是“住宅”,而是当事人开办的诊所,本来就随时开放。法学界也有非常大牌的教授持有类似的观点,认为当事人当时所在的诊所不能看作是“住宅”,比如北大的朱苏力教授在一次演讲中就公开表明了这个看法。但大多数对法解释学有些认识的学者还是认为,警察当时侵犯了当事人受《宪法》第39条所保障的“住宅不受侵犯”的基本权利。

鄙人也认为那属于住宅。当年,为了这个案件,我接受了《法学家》杂志的约稿,就写了一篇文章,题为《卧室里的宪法权利》,其中的核心观点的分析如下:

即使警察所进入的场所是以诊所的功能为主的,而且即使作为诊所具有随时开放的性能,但当他们进入的那一刻,Z夫妇是将其作为私生活的空间加以使用的,更何况警方长驱直入其

中的,是不具有诊所功能的后屋地带,即这对新婚夫妇的卧室。

这篇文章的全文在网络上有,大家可以很容易地搜索到,感兴趣的同学可以找来读一读。顺便说一下,因为标题的缘故,这篇文章的点击率很高,可见不少国人或许跟延安群众一样,都对人家的“卧室”感兴趣。

这是一个发生在中国的真实案件。那下面让我们再看看美国宪法上关于住宅是怎么解释的。

我们在课堂上会经常讲到一些外国的法律制度和案例,虽然外国的法律不一定可以照抄照搬到中国来,但是它们对我们理解和完善中国的法律制度具有一定的启发意义。请大家理解这一点。

接下来让我们看看美国宪法。美国宪法所列举的人权类型比较少,归纳起来大致有五个:一是表达自由,二是信教自由,三是财产权,四是平等保护,五是正当程序(或称正当法律程序)。其他权利宪法并未列举,没有列举怎么办呢?不要紧,美国人不傻,他们在宪法第9修正案中特别规定:“不得以本宪法中列举了特定权利的事实,作出否定或轻视人民所保有的其他各种权利的解释。”也就是说,其他权利虽然未被宪法所列举,但是仍然受到宪法的保护,在理论上这可称为“非完全列举主义条款”。而那些权利在美国则被称为“宪法未列举权利”。那么未列举权利有哪些?这就需要通过宪法解释去推断,当然具有最终效力的推断应当属联邦最高法院。

美国宪法没有直接规定“住宅不受侵犯”,只是规定了“军队不得随便进入平民的住宅”。后来就发生了一个案件,与住宅有关,那就是1965年的“格里斯沃尔德诉康涅狄格州”案(Griswold v. Connecticut)。案情如下:

当时康州有一部反避孕的法律,1879年制定施行,其中明文禁止夫妻使用避孕工具,违者罚金50美元以上或处60天至1年监禁;而提供帮助或建议的,也将作为主犯论处。大家不要对这部法律感到很惊讶,其实这反而反映了当时美国社会主流的意志,因为美国的主流观念是基督教价

价值观。而基督教认为:生命的诞生或死亡都是上帝的意志,不应该由人力加以改变。所以你看西方历史,基督教一直以来反对避孕,也反对自杀。这部法律颁布七八十年之后,一名医生和一名耶鲁大学的医学教授因提供避孕的建议和帮助而被处罚金 100 美元,他们不服上诉,但州上诉法院维持原判,最后本案一直上诉到联邦最高法院,上诉理由是:该部州法侵犯了人民在宪法上的一种权利,即避孕自由,为此违反宪法,应属无效,当事人无罪。但是问题在于,美国宪法没有明文规定避孕自由。

不过,联邦最高法院最后还是判定康州该部法律违宪,理由是:如果执行这部法律,那政府就得去窥视人家夫妻的卧室,这就侵犯了宪法所保障的隐私权。但是问题在于,美国宪法也没有明文规定隐私权。怎么办呢?这也需要解释宪法。联邦最高法院提出这样一个理论,叫“伴影理论”(the Penumbra Theory)。在判决书中,联邦最高法院论述道:宪法中明文规定的权利体系拥有一种“伴影”(penumbra),这种伴影是由那些被保障的部分“放射”(emanate)出来的,而一些重要的但没有被明示规定的权利类型,就处在这个伴影圈之中,为此也必须予以保障。道格拉斯大法官还在判决书中对这个理论作了如下描述,“权利法案所开列的保证书有自己的伴影圈,它的形成来自支撑权利法案存在与主旨的保证条款的放射,而在那种‘伴影’之中,则存在‘隐私环带’(zone of privacy)”。至于所谓的“伴影”和“隐私环带”究竟体现在哪些宪法条款中呢?为了从实证的意义证明这一点,他就列举出了宪法修正案第 9 条以及第 14 条。

那我们将目光转到美国宪法第 14 修正案。这是一条很重要的修正案,包括平等保护条款和正当法律程序条款。正当法律程序的规定是:“任何州,未经正当法律程序(due process of law),不得剥夺任何人的生命、自由或财产(life, liberty, or property)”。这里面涉及三个概念:生命、自由和财产。生命、财产都比较明确,而自由这个概念则比较抽象,解释空间很大。美国人就认为“自由”的概念里面就包含了隐私权,于是推论出:警察如果没有经过正当法律程序,就不能去侵犯夫妻的隐私权,而是

否避孕则明显属于个人隐私的范畴,所以政府不能侵入住宅去检查是否避孕。

在本案之后,对于“自由”的解释还进一步扩大了。除了上述案例中所说的避孕权之外,还被解释为包括堕胎自由、同性恋者的自由(以上并称隐私权),许多人主张,其中还应该包含安乐死和尊严死等宪法上未列举的权利。通过以上分析,我们可以看到宪法解释是怎么样,以及它有多么重要。



图 15 道格拉斯(William O. Douglas),美国历史上著名的大法官之一

## 二、宪法解释的功能

那么究竟宪法解释有哪些作用呢?

我根据书本重新组合成五点:第一,使条文意义更加明确化;第二,补充宪法中的漏洞;第三,是宪法适用的必要条件;第四,可以推动宪法发展,是宪法规范继续形成的重要途径;第五,可以促进宪法解释学的发展。前四点是对宪法制度和实践产生作用,后面一点是对学术、对宪法学发展的重要作用。

那么宪法解释对宪法学的作用应该如何理解?它跟宪法制度的建设和宪法实践有什么关系?情形似乎是这样的。首先看宪法解释与宪法学的关系。宪法学包括理论宪法学和实用宪法学,实用宪法学又包括了宪法教义学(又称宪法解释学)和宪法政策学,而其中最重要的就是宪法教义学。宪法解释实际上会促进宪法解释学的发展,进而促进实用宪法学发展,最终促进宪法学发展。所以宪法解释学(宪法教义学)是最为重要的,也是最实用的。我们解决实际的宪法问题,往往需要宪法教义学的资源。理论宪法学与政治学类似,在宪法实践中有指导意义,但是它不能直接用来解决实践问题。宪法解释与宪法学可以形成了一种良性循环。这种循环的情形可能是这样的:宪法解释的发展推动宪法学发展,宪法学的

发展反过来有助于宪法解释的进一步发展,而宪法解释发展又会推动宪法在社会生活中发挥重要作用。

### 三、宪法解释的分类

宪法解释的分类很重要,教材在第37~38页写得比较明白。

宪法解释有多种分类方法,主要有以下几种:

第一种是以宪法解释的效力为标准分为有权解释和无权解释。教材上说,有权解释指宪法规定的解释机关对宪法所作的具有宪法效力的解释。这个定义存在一定问题,因为在现代大多数国家宪法都没有规定哪个机关可以解释宪法,所以有权解释一般可以理解为是公权机关的对宪法的解释,包括法定宪法解释机关的解释。所谓的公权机关包括立法机关、司法机关和行政机关,它们对宪法的解释理论上都可称为有权解释。比如在实践中,日本政府长期以来都对宪法进行解释,最典型的例子是我们前面所讲到的日本宪法第9条的解释。

无权解释是指公权机关之外的其他组织或个人对宪法所作的解释。比如某老师有一天灵感来了,对宪法的某一条作出解释,或者突然头脑发热,对宪法进行全面解释,这就属于无权解释。教材中说“无权解释又称为学理解释”,这种说法值得商榷,应该说无权解释中最典型、最具影响力的是学理解释,而不应该将二者等同。学理解释往往由学者作出,但一般老百姓也可以作出,当然学理性未必很高。总之,无权解释的特点是没有效力,但是有一定影响力,而且这种解释可以被体系化。有权解释往往是为了解决一个一个的现实问题而一条一条地解释宪法。学者的学理解释则可能体系化地全面解释宪法,消除矛盾,促进解释命题的融贯。

第二种是以宪法解释目的为标准分为合宪解释、违宪解释和补充解释。合宪解释是指宪法监督机关解释宪法用以判断法律等规范性文件符合宪法。这个概念要注意一下。我认为合宪解释、违宪解释这两个概念实际上指的不是对宪法的解释,而主要是对其他法律是否符合宪法的解释。而且合宪解释实际上应该称为“合宪性限定解释”,具体是指:当

普通法律的违宪性发生争议的时候,从狭广两义的解释中选择狭义的解释,从而使法律免于被认定为违宪的一种解释方法。

举个例子来说明。1985年,日本发生了一起案件,被称为“少年淫行案”。这个案件的来龙去脉是这样的:

福岡县的县议会制定了一个法律《福岡县青少年保护培养条例》。请注意,由于日本是实行地方自治的,所以县议会有权制定条例规定罚则,甚至规定刑事罚则,这在中国是不可的。在日本,20岁以上是成年人,受法律保护,但不受法律特别保护,而14岁以下则是幼年,就需要特别保护,比如一旦与14岁以下女性发生性关系,不管对方同意与否,都可能构成强奸幼女罪;而14岁以上20岁以下这个年龄段,虽然属于“青少年”,但不上不下的,也需要一定程度的特别保护,《福岡县青少年保护培养条例》这类立法的立法目的就在这类,其实各地都有。那么,该条例在第10条第1款规定:对14到20岁的青少年实施“淫行”,就构成刑事犯罪,判两年以下有期徒刑,或罚金十万以下。

后来发生了一个案件。有一名被告,男,26岁,跟一个16岁的女孩谈恋爱,两个人进入情人旅馆,做了那种“可爱的”事情。结果案发,警方介入,将男的逮捕,送上法庭,一审判决有罪,罚金5万元。5万日元不是很多,大致相当于现在人民币三四千的样子。有人可能会说:“这么点钱,小菜一碟,我出,我不够就我爸出。”但要注意,在法治国家里,一旦被判有罪,哪怕只交1千块钱,案底留在那里,是终身的,且声誉将受到重大的影响。不像在我国,被关进去几年,在里面还自学法律,出来以后又是一条好汉。为此,那个日本男青年就不服,一级一级上诉,一直上诉到日本的最高裁判所。其上诉理由立足于宪法学上的一个理论,称作“不明确、宽泛理论”,其具体内涵是:如果刑事法则的含义不明确或者宽泛的话,就会违反宪法上的罪刑法定原则,属于违宪无效。据此,上诉方就认为,虽然这个男青年的行为违反了《福岡县青少年保护培养条例》所规定的那一条,但该条例所规定的“淫行”是不明确且宽泛的,因此该条文违宪无效。

最高裁通过审理,最后作出判决。这个判决典型地体现了法律人的



思维,它的语言也是法律人的语言。这个判决中这么写道:

“此‘淫行’,不应被广泛理解为是对青少年所实施的一般性行为,而应该理解为是除了通过诱惑、胁迫、蒙骗等乘其未成熟而为不正当之手段所行的性交或与性交类似的行为之外,将青少年‘单纯作为满足自己性欲望之手段对待’而行之性交或与性交类似的行为。”(最大判昭和60、10、23)

该解释就属于最典型的“合宪性限定解释”。它并不直接认为上述“淫行”是违宪的,而是对“淫行”进行限定解释,认为其不是指所有的性行为,而是仅指两种情况下的性行为。通过该解释,使上述条例合宪。这就是“合宪性限定解释”,是一种非常高明的宪法解释方法,其中也体现了最典型的法律人思维。

第三种是以宪法解释的方法为标准,分为语义解释、逻辑解释、体系解释、历史解释、目的论意义上的解释和社会学意义上的解释。传统的宪法解释方法一般有以下几种:一是语义解释,这是最基本的,是修辞学意义上的解释方式;二是逻辑解释,从逻辑的角度开展解释;三是体系解释,从整个法体系的脉络出发来解释某个规范;四是历史解释,从历史的角度,同时考虑立法的历史材料、立法者的意志等。以上这四种是由德国著名法学家萨维尼总结出来的普遍适用于各种部门法的解释方法。此外目的论意义上的解释和社会学意义上的解释,则是新的解释方法。

但是,上述六种并非宪法解释所独有,其他部门法的解释中也存在,因此,它们作为宪法解释分类的意义并不大,其意义仅在于它们作为宪法解释方法的各种类型。前面四种传统的解释方法我们应该很熟悉,在法理学课堂上都学过。下面我们着重谈谈后面两种新的解释方法。

目的论意义上的解释是由德国著名法学家耶林提出来的,其指的是:解释法律的时候要从法律的目的出发来进行解释。比如我们解释宪法规范时,就需要牢记宪法最重要的价值目标,那就是保障人的尊严和基本权

利。还有一些国家制定宪法的时候,目的就是使自己的政权获得合法性。这时,对宪法规范的解释就会因目的的不同而有区别。

社会学意义上的解释则将社会学的方法引入法律解释当中,重视立法事实和社会效果。举个例子,美国1937年的“西岸宾馆诉帕里什”案(West Coast Hotel Co. v. Parrish)。这在美国是一个具有里程碑意义的判例。案情大致如下:罗斯福新政时期,华盛顿州制定一部《妇女最低工资法》,其中规定:以不足维持生计的低工资雇用妇女从事劳动的行为违法。本案的当事人帕里什(Parrish)是一家名为西岸宾馆(West Coast Hotel)的一名妇女雇员,因为实际所得的工资低于上述法律所规定的有关标准,向法院提起诉讼,要求雇主补回差额。起初法院判决雇主败诉,老板不服,也提起上诉,认为这部法律违反宪法中所规定的“合同自由”,应为无效。于是,这个案件经过层层诉讼,最终打到联邦最高法院。

联邦最高法院在1937年作出判决,判决指出:上述州法合宪,因为美国宪法虽然保护自由,但没有明言是否保护合同自由,即使保护,合同自由也有界限。

那么合同自由怎么会有界限呢?判决书中提供了如下的一种论证:

“从晚近的经验中所明白的另一个无论如何均必须加以考虑的事实是:榨取那些在交涉能力上处于不平等的地位、而且连仅够维持生计的工资也相对无力抗拒其诱惑的劳工阶层,不但有害于他们的健康和福利,而且还因为要扶助他们而对社会造成直接的负担,导致纳税人必须补偿这些劳工在工资上的亏损。”

这段论述,实际上就是对社会事实进行描述,然后用这种事实描述反过来对宪法中的合同自由进行解释,得出“合同自由有界限”的结论。这就是社会学意义上的解释。

我认为,宪法解释除了解释方法之外,还有解释的技法。教材认为,

依宪法解释的尺度,宪法解释又可以分为字面解释、限制解释和扩充解释。字面解释相当于语义解释,而限制解释和扩充解释则实际上相当于宪法解释的技法,是一种更加具体、更具技术性的方法。除此之外,宪法解释的技法还包括类推解释、相反解释、当然解释等。有兴趣者,可去好好学习法理学。

说了这么多,我们给一个小结:

1. 在各种宪法解释的方法中,有权解释和无权解释的分类是最重要的。
2. 合宪解释、违宪解释、补充解释的分类法,难以作为宪法解释的分类。因为它们实际上不是对宪法进行解释,而是对其他法律进行的解释。
3. 宪法的解释方法与普通法律的解释方法,在类型上无多差别,故以解释方法为标准对宪法解释进行分类意义不大。但宪法的解释方法本身倒是具有独立的意义。

#### 四、宪法解释的原则

教材第38~39页归纳了宪法解释的四项基本原则:第一,符合宪法的基本原则和基本精神;第二,宪法规定的国家根本任务和目的(相当于目的论意义上的解释);第三,协调宪法的基本原则和内容(相当于体系解释);第四,协调宪法规范与社会实际的关系(这相当于社会学意义上的解释)。我们可以看到,教材所列举的这几项原则,实际上是对宪法解释方法的另一种表述。这四点作为原则确实是存在的,不过它们之间有可能发生矛盾。

我们为什么要秉持上述原则进行宪法解释呢?原因在于宪法解释具有一定的主观性,具有价值判断的侧面。从上述“西岸宾馆诉帕里什”案件中我们就可以看得出来:宪法解释就有主观性,蕴涵一定的价值观。美国联邦最高法院所秉持的价值观是主张对弱势群体进行特殊保护,这是现代社会福利国家的一种价值观。而西岸宾馆老板的价值观是传统的自由主义的价值观,传统自由主义主张合同自由。两种不同解释的冲突实

实际上体现了不同价值观的冲突。所以宪法解释具有主观性,此种主观性受到人的价值观和情感的影响。日本宪法第9条也是如此,学术界和政府对其的解释全然不同,也是价值观不同引起的。因此我们在解释宪法的时候就必须确立一些基本原则,只有坚持这些基本原则,才能尽可能克服宪法解释的主观性和随意性。

进一步说明一下,为什么宪法解释会具有一定的主观性,会受到价值观的影响呢?主要有几点原因:

第一,宪法条文及其用语往往是高度抽象的,语义空间较大,因此可以填补进一些主观的价值情感等意向。

第二,显著存在哈特所说的语义的“空缺结构”,或拉伦茨所谓的“语义脉络的波段宽度”较大。所谓的“语义的空缺结构”指的是,某个语言的中心部分的含义是明确的,但是边缘部分的含义却是不明确的,这个不明确的部分就是该语言的空缺结构。以“住宅”这个概念为例,其中心部分的含义我们都理解,但是边缘地带则比较模糊,这就要靠价值观来判断。而拉伦茨所谓的“语义脉络的波段宽度”指的是,语言的含义并不是平稳的,而是像波涛一样,其波段宽度越大,说明该语言的含义越不稳定,对其理解会因人而异。宪法条文用语中特别显著地存在这两种情况。

第三,容易受到解释者的价值观、政治意识形态、政治动机以及一国政策的影响。

因此宪法解释会存在主观性的侧面。

同时,我们也要承认宪法解释还具有超科学性的特征。这是由其主观性延伸出来的。宪法解释并非一种完全的科学,起码不像自然科学那样只有一种必然的结论。宪法解释可能有多种结论,这也是由其主观性和受价值观影响所决定的。而人类的价值问题则是无法完全用科学来解决的,科学往往无法判断某个价值观是对是错。比如美国攻打伊拉克,美国发达的科学技术能够支撑它强大的军事力量在数天之内攻占伊拉克,但却无法告诉我们:美国攻打伊拉克的行为到底是不是正义的?持有不同价值观的人对这个问题有不同回答,这种价值观的分歧科学无法解决。

这种状况宪法解释也会遇到,同一个宪法条文存在不同解释,我们无法在终极意义上判断其中何种是绝对正确的,何种是绝对错误的。因此我们说宪法解释不完全是科学的问题,而是具有超科学性。对此,日本著名法社会学家川岛武宜在《作为科学的法律学》中指出:法解释学与神学一样只是一种“学问”(教义学),而非“科学”。

那么,如何解决宪法解释的主观性和超科学性的问题呢?我认为首先要坚持宪法解释的基本原则,除此之外,还必须在理论高度上认识到以下几点:

第一,认识并承认宪法解释的主观性和超科学性,防止以客观性和科学性之名实行解释的专断。

第二,不应当放任这种主观性,而应当力求克服或者超越这种主观性。

第三,要努力追求解释的公正性、合理性和可被接受性。

我也给它小结一下,宪法解释应该怎么做?我认为可以总结为一句话:“改变不能接受的,接受不能改变的。”

## 五、宪法解释与宪法适用

### (一)何谓宪法适用?

宪法适用有广、狭两义。首先我们来看狭义的宪法适用。狭义的宪法适用指的是司法机关将宪法适用于个案之中作出判断,又称宪法判断。简单地说,也就是用宪法断案,有人又将其称为“宪法的司法化”。我对“宪法的司法化”这个概念保持疑虑。为什么呢?从语文角度来讲,就有些不通顺,宪法怎么会“司法化”呢?在语法上有问题。我也同意一些学者的说法,准确的说法应该是“宪法的司法适用”。我们分析一下狭义的宪法适用的特征。首先,在形式上,存在引用宪法条款并解释宪法条款的现象。但这只是形式性特征,而非实质性特征。其实质性特征在于:将争议案件中所适用的下位法规范或争议案件中的事实行为与宪法条款的解释命题相比照,作出是否违宪的判断。就我国的宪法适用,应该承认我国

没有狭义的宪法适用,但广义的宪法适用还是存在的。因此,我们需要向大家介绍一下广义的宪法适用。

广义的宪法适用几乎就等于宪法实施的所有具体形态,除了狭义的宪法适用外,还包括:(1)适用于个人的权利救济,比如公民为了捍卫自己的权利手持宪法去和国家机关交涉、抗衡,就是一种宪法适用;(2)适用于国家机构的组织与运作,比如政府要设立某个机构,就必须研究宪法,看谁有权设立、怎么运作等等;(3)适用于国家和社会基本制度的运作;(4)适用于作为立法和政策制定的依据等等。

## (二) 宪法解释和宪法适用的关系

宪法解释和宪法适用存在密不可分的关系。此种密不可分的关系典型体现在狭义的宪法适用当中。拉伦茨老先生曾经指出:法的适用就是事实与法条之间对向交流、相互穿透的“一种思想过程”,这个过程一方面是通过应照法条,将原始的案件事实加工转化为法律意义上的案件事实;另一方面是通过解释法条,将其转化为具体的、适宜对当下个案的案件事实作出判断的规范形式。这就是“诠释学意义上的循环”。由此可以看到法的适用和法的解释的密切关系。

狭义的宪法适用的方式和结构是什么样的?这个问题如果不说清楚往往会引起认识上的混乱。宪法的司法适用主要是通过对宪法条文的解释,判断适用于个案中的某部立法是否违反了宪法的该项规范。比如在刑事案件中,主要通过对宪法条文的解释,然后去判断适用于这个案件的刑事立法是否违反了宪法。上述“格里斯沃尔德诉康涅狄格州”案,就是通过对宪法第14修正案的解释来判断适用于争议案件的康州反避孕法是否违反宪法。另外在少量案件中,可以解释并引用宪法条文对个案行为进行司法判断,如在部分行政诉讼或者民事案件中,并非判断某部立法是否违宪,而是判断某一个行为是否违宪。比如日本前首相小泉纯一郎曾多次参拜靖国神社,刺激了亚洲各国人民的神经,甚至遭致日本左派人士、进步人士包括我的导师的强烈反对。于是就有日本进步人士对小泉的参拜行为提起控告,控告他的行为违反了日本宪法上的政教分离条款。

小泉作为公职人员明确以公职身份参拜靖国神社,是违宪的。但大家要注意,参拜只是一个行为,不是一部立法,但也可以根据宪法来判断该行为是否违反宪法规范。但在成熟的法治国家,由于大多数公权行为都是于法有据的,为此类似这样的只是少数情况,更为多见的情况则是判断某部立法是否违宪。

### (三) 宪法司法适用的条件

狭义的宪法适用,也就是宪法的司法适用,有两个条件:

第一,相关的宪法规范可以作为裁判规范。所谓“裁判规范”,就是能够在司法审判中作为判决准据的规范。比如,宪法序言开头的“中国是世界上历史最悠久的国家之一”,就很难作为裁判规范,因为它是事实命题。但是,宪法正文第37条第1款“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯”就有这个能力,能够作为裁判规范。这种能力在英文中叫做“justiciability”,很多人把它翻译为宪法的“可诉性”,我觉得这个翻译是失败的,应该翻译为宪法的“司法上的可适用性”,这样似乎更为妥当。应该说,宪法的许多条文太概括、太抽象,而且还具有高度的政治性,所以很难像刑法、民法那样作为裁判规范。但是,经过应用宪法解释,大多数国家的宪法中的大多数规范,还是可以作为裁判规范适用于争议个案。因此,关键就看宪法解释学是否发达,是否有能力完成对宪法条文的解释任务。

第二,还必须存在相应的特定制度,允许司法机关或类似司法机关的机关将宪法规范适用于个案。这种特定的制度在相当部分的国家中是存在的,这就是宪法审查制度。要注意的是,宪法审查并非必然是由法院来进行的,只有一些国家是这样,比如美国、日本。我国当下是由全国人大常委会来审查的。所以,我国不存在宪法诉讼。所谓宪法诉讼,实际上便是宪法审查的司法化。也就是说,在理论上,狭义的宪法适用在我国是不存在的。在现实中曾经出现过一两起,都遭致了失败,批评意见比较多。



## 六、我国的宪法解释与宪法适用

### (一) 我国的宪法解释

在我国,有权解释方面采用了法定解释机关的体制:宪法第67条第1项明确规定全国人大常委会解释宪法。除全国人大常委会之外,其他机关是否有权解释宪法?宪法当中没有规定,不过学术界认为,在逻辑上,全国人大也应属于有权解释机关。我认为这是对的:如果全国人大也有权解释宪法,那么终局性的宪法解释权应该属于全国人大。

那么,除全国人大及其常委会之外,其他的国家机关,比如政府、法院,能不能解释宪法呢?我认为,理论上它们也具有解释权,但它们并非法定解释机关,因此其解释之效力低于全国人大及其常委会之解释。

我国的宪法解释体制在当今世界上是相当少见的,在近代欧陆国家倒存在制度上的先例,例如1875年法国的第三共和国宪法,就采用了这种体制;当今,只有极少数国家规定由立法机关进行宪法解释,据说只有厄瓜多尔等一些国家。

不过,我国采用这样的体制的原因,可能主要有这样几个方面:

1. 我国存在以人民代表的意志来拟制人民的公意的制度预设;
2. 在解释学的观念上,我们秉承的是古老的传统的“立法者意志的再现”的解释观念;

3. 出于实用主义的考虑,规定全国人大常委会享有解释权,连全国人大也没有写进去。因为全国人大一年只开一次会,一般不到10天,而其常委会两个月开一次,这样全国人大常委会启动宪法解释要比全国人大启动起来容易,能够比较有效地行使解释权。但问题在于,虽然全国人大常委会解释宪法的权力,其具体做法却没有得到制度化,表现在解释的方式、程序、效力等迄今为止都没有得到明确规定。更重要的是,在现实中,迄今为止全国人大常委会极少对宪法作出解释,仅存在有关宪法性法律的解释例。前面曾经讲到,到目前为止,全国人大常委会对香港基本法进行了四次解释,分别是:1999年,经香港政府请求,对港人内地所生子女

居港权问题进行解释;2004年,对2007~2008年行政长官及立法会产生办法问题,全国人大常委会自行释法;2005年,经香港政府请求,对行政长官呈辞后继任人任期问题进行解释;2011年,经香港终审法院请求,对香港绝对外交豁免权问题进行解释。产生这些解释的原因在于:香港存在以司法审查为制度框架的基本法诉讼制度,有活泼化的个案在推动基本法解释,而中国大陆则不存在同样的制度及推动力。

在无权解释方面,情况如何呢?也不是很乐观。其中是有一些解说性的学理解释,但倾向于对宪法条文的文字、含义、立法原意的解说,学理性程度不高。总体来看,宪法解释学在我国还不发达,其重要性也未被充分认识。这是目前的情况。当然,晚近有一部分学者开始重视宪法解释学,包括韩大元教授及其弟子都很重视宪法解释。当然,我国学界也存在对宪法解释学的质疑,其中政治宪法学认为当今中国不存在司法违宪审查制度,所以宪法解释学根本无用。对此,规范宪法学持如下态度:(1)承认宪法解释学的重要性及其在方法上的核心地位;(2)在中国宪法问题的思考中,不排斥哲学、政治学、社会学等其他方法的应用。

## (二)我国的宪法适用

前面讲过,我国存在广义上的宪法适用,包括将宪法作为部分立法的依据以及全国人大及其常委会进行违宪审查的依据。也存在少量个别性的狭义的宪法适用的实例,号称“宪法司法化”,但这种做法没有被制度化,而且争议很大。

这里有一个重要的问题,即使反对“宪法司法化”,也不能认为宪法与法院无关。也就是说,我国司法机关与宪法适用,还是有关联的,主要是这样的:

1. 法院是根据宪法进行建制的,也是根据宪法进行运作的,包括根据宪法来组织各级法院、产生法官、独立行使审判权等等;
2. 法院与其他国家机关以及公民的关系,也可以适用宪法加以调整;
3. 那么,法院可否适用或引用宪法对普通案件作出司法判断呢?我觉得这里有两种情况:在目前的制度下,如果在民法、刑法或行政法上有

其他直接依据,而将宪法作为主要直接依据,那制度上是不允许的;如果是将宪法作为辅助性依据,补强其他规范依据,则是允许的。

总体而言,我国司法机关目前不能够直接适用宪法对案件作出判决,尤其不得适用宪法对普通案件中所适用的法律法规作出是否违宪的判断。

在实践中,情况是这样的。1955年,最高人民法院在给新疆维吾尔自治区高级人民法院《关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的答复》中这样写道:

“……中华人民共和国宪法是我国的根本法,也是一切法律的母法……对刑事方面,它并不规定如何论罪科刑的问题,据此……在刑事判决中,宪法不宜引为论罪科刑的依据。”

这种说法对不对呢?当然是对的,宪法当然不宜直接被引用作为论处刑事罪刑的裁判规范。且这个解释也没有排除宪法司法适用的主要方式,即违宪审查的方式。但问题在于,这个解释后来却被广泛理解为宪法不能适用于司法裁判中,这就有偏差了。

1986年,最高人民法院在给江苏省高级人民法院《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》中表明了如下态度:

“人民法院在依法审理民事和经济纠纷案件制作法律文书时,对于全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律,国务院制定的行政法规,均可引用。各省、直辖市人民代表大会及其常务委员会制定的与宪法、法律和行政法规不相抵触的地方性法规,民族自治地方的人民代表大会依照当地政治、经济和文化特点制定的自治条例和单行条例,人民法院在依法审理当事人双方属于本行政区域内的民事和经济纠纷案件制作法律文书时,也可引用。国务院各部委发布的命令、指示和规章,各县、市人

民代表大会通过和发布的决定、决议,地方各级人民政府发布的决定、命令和规章,凡与宪法、法律、行政法规不相抵触的,可在办案时参照执行,但不要引用。最高人民法院提出的贯彻执行各种法律的意见以及批复等,应当贯彻执行,但也不宜直接引用。”

这个批复很重要,因为它的实务性很强。但值得注意的是:它列明了人民法院在制作法律文书时可以引用哪些规范性法律文件作为裁判依据,其中唯独没有列举宪法。这从理论上,也没有完全排除在司法审判中引用宪法的可能性,但在详细列举法院可以直接援引的各种规范性法律文件中,唯独没有宪法,而这一点又被广泛理解为司法实务中不能引用宪法,并进而被理解为不能适用宪法。

这个巧妙的做法进一步被沿袭了下来。2009年,最高院颁布了一项新的有关规定,即《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》,一共8条,其中增加了“可直接引用”的规范性文件,它的范围包括:司法解释、行政法规解释、部门规章。在这里所扩大列举的范围中,照样唯独没有宪法。

当然,该《规定》写到:其他规范性文件“经审查认定为合法有效的,可以作为裁判说理的依据”。这里的“其他规范性文件”是否包含宪法呢?

非也!因为该《规定》第7条就明确规定:“需引用的规范性法律文件之间存在冲突,根据立法法等有关法律规定无法选择适用的,应当依法提请有决定权的机关做出裁决。”这实际上就排除了法院可以独立对规范性法律文件之间的冲突,其中包括下位法与宪法之间的冲突作出独立判断,一句话,它排除了宪法司法审查。

所以,在目前的中国,宪法和司法机关没有缘分。不过,有时也有例外。

在2001年,发生了著名的齐玉苓案。因在该案中开始引用宪法,由

此其被称为“中国宪法(司法化)第一案”。我给大家介绍一下案件情况:

山东省一个女孩子叫齐玉苓,她于17岁时(1990年)通过了中专预选考试,取得了报考统招及委培的资格,但其录取通知书则被一个名叫陈晓琪的人领走。此后,陈晓琪以齐玉苓的名义到一所中专学校山东济宁市商业学校报到就读,而齐玉苓则长期失业在家,靠卖早点、快餐维持生计,而冒用其姓名的陈晓琪毕业后却在中国银行有一份固定的工作。1999年,齐玉苓得知真相后,以自己的姓名权、受教育权受到侵害为由,将陈晓琪、山东济宁市商业学校、山东省滕州市教育委员会及山东省滕州市第八中学等当事人诉至法院,要求被告停止侵害、赔偿经济和精神损失。

由于案情复杂,下级法院经省高级法院于1999年向最高人民法院提出请示,2001年最高人民法院作出了批复(最高院法释[2001]25号),内容如下:

山东省高级人民法院:你院1999鲁民终字第258号《关于齐玉苓与陈晓琪、陈克政、山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东省滕州市教育委员会姓名权纠纷一案的请示》收悉。经研究,我们认为,根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。

我们看到,这个批复引用了宪法,但却不是引用宪法对某部法律是否违宪作出判断,而是适用(引用)宪法作为直接依据,对普通案件作出司法判断,而没有典型的违宪审查之实质。同时,该批复适用宪法来调整公民与公民之间的民事侵权关系,而不主要是审查公权力对公民基本权利的侵犯。进而,在延伸的意义上,涉及法院是否有权解释宪法以及是否可以行使违宪审查权的问题,为此备受争议。

后来,最高人民法院下达文件,告诉下级法院不要再审理类似案件了。2008年12月,最高院发布公告废止27项司法解释,其中就包含了

2001年齐玉苓案的司法解释。由此，“宪法司法化”的路在目前的中国，也就基本上行不通了。

总之，宪法的解释和适用，在我国还有很多值得探讨、值得研究的问题，有待我们今后继续思考，但今天的课就上到这里。

至此为止，我们把宪法总论部分讲完了。其实，宪法总论的内容还有不少，请大家自己学习，但其中最为重要的部分，我觉得主要就是以上内容，请大家好好掌握。

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

第二编

国家组织

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..



今天接下来讲第二编：国家组织。

“国家组织”这个概念，突出了 constitution 这个词的初始原意。大家都知道，我们现在将 constitution 翻译成“宪法”。但是从西语词源来说，它含有“组织、构成、建构”的含义，原先就用来表达“国家是如何建制的”这样一种内涵。国家组织就反映了这种最初的原意。

当今，政治宪法学的学者就抓住这一点，提出 constitution 着重讲的就是“构成”，言下之意，宪法中的人权保障等其他内容不重要。对这点，我也不敢苟同。我们应该看到，如果真的要西文的语源学说事，那么，我们也要看到，constitution 一词虽然其原初含义指构成、建构、组织，但后来在其概念史的发展过程中，则慢慢演变出一种新的内涵，明显含有限制公共权力、保障人的起码的尊严及基本权利这一层含义。这一点，政治宪法学没有看到，知其一而不知其二。只不过我们不否认，国家组织是 constitution 的题中应有之义。

那么，国家组织是什么意思呢？

简单说，它指的是将国家组织成为一个在公法（包括国际法）上可被认定为主体的统一整体。我们组织一个沙龙比较容易，组织一个家庭也不难，大家可能都有这个准备，甚至也有这个期待。但是，组织一个国家，这事可大了，这属于伟大的野心家们的事业，但也属于人民的事业。

宪法学中涉及国家组织的内容很多。以我国现行宪法为例：第一章“总纲”部分中许多条款涉及国家组织；第二章“公民的基本权利与义务”部分直接与国家组织相关的条款较少；第三章“国家机构”部分，这是主要规定国家组织的；第四章“国旗、国歌、国徽、首都”，这也是有关国家组织的。由此看来，在我国现行宪法中，除第二章外，其他章节基本上都与国家组织相关。

我对这一部分的讲授内容有比较大的更新,初步定为讲授如下四章,即:

第五章 国家及其正当性

第六章 国家类型学:国体与政体

第七章 国家机构原理

第八章 国家机构体系

## 第五章 国家及其正当性

在这章中,我们要解决哪些问题呢?我们先举出两个章前导引问题:第一,综观古今中外,所谓国家,究竟是什么?或者说,国家的本质是什么?我们应当如何去认识国家?这个问题涉及国家组织或国家建构的重要前提。第二,我们中国人对国家的认识有什么倾向?这里我们将要分析中国人和外国人的国家观,并反思我们对国家的认识,在此基础上去解决一个问题:什么样的国家治理或统治方式才是具有正当性的?

以上是我们今天需要解决的问题。应当承认,这些问题当中,很多是涉及政治学,尤其是政治哲学的问题,但是,我们宪法学也不可回避这样的思考。这就体现了规范宪法学研究方法的特点,即:我们是以规范分析为核心的,但在研究对象上并不排除政治现象,甚至也并不拒绝其他研究方法,当有必要运用其他研究方法时,我们就应该运用其他研究方法,与规范分析方法结合起来,对宪法现象进行分析与把握。

今天的讲授内容就比较明显体现了规范宪法学的这种研究取向。

### 一、国家究竟是什么?

这个问题,其实就涉及国家观,或者说国家本质观,即对国家的本质到底是什么的思考。然而,在这里,我们与其要直接回答“国家究竟是什么”,倒不如先来看一看到底人类历史上最聪明、最有思想的人是怎么看国家的。看完之后,如果你还能得出自己的结论,那你厉害了。

关于国家观,古今中外有很多学问在研究它,其中包括政治(哲)学、社会学、经济学、法学等。在近代欧洲,德、法等国还兴起一种学问,叫一般国家学。既然有一般国家学,就有特殊国家学,前者研究的是历史上所有国家的本质是什么、形态怎样、国家机构是怎么建立的,是对国家的一种综合性的、一般性的研究;而特殊国家学则具体研究某个国家的本质是什么、形态怎样、国家机构是怎么建立的,由此发展出宪法学,即教义学意义上的宪法学。因此,每个国家的宪法学都研究自己的国家体制,就是从这里来的,这是特殊国家学的使命。但是,特殊国家学又有赖于一般国家学的发展;而国家的本质是什么,恰恰是一般国家学最初研究的问题之一。

有关国家观,在人类思想的历史长河中曾出现过很多思想的洪峰。我们这里只选取其中最为经典的几种学说,提示给大家。

## 二、几种经典的国家观

### (一) 政治学的国家观

政治学的国家学说有很多,具有代表性的理论之一就是近代英国的霍布斯的思想。如果你是学人文社会科学的,这个人的名字一定要记住。千万不要出现这样的情况:当别人和你聊起霍布斯的时候,你想了半天,挠挠头说,我们大学好像没有这个姓霍的教授,甚至反问人家:他是霍元甲的后人吧?

霍布斯生于1588年,是17世纪英国最著名的政治学者,被认为是自由主义的开山鼻祖。他的国家观用一句话概括,就是认为国家是“利维坦”。何谓“利维坦”呢?其英文为“Leviathan”,字意为“裂缝”,是《圣经》中一个力大无比的怪兽。也就是说,在霍布斯看来,国家是一个力大无比的、多少带有邪恶力量的怪兽,即一种巨大的强制力,一种具有震慑力量的绝对权威,否则就不足以有效约束人们的野心、贪婪、易怒和其他类似的激情,不能避免人们由于其恶的本性重返前国家的“战争状态”。在这里我们可以看出,霍布斯所讲的国家和中国人心目中的国家不太一样:中

国人往往是从“人性善”的角度出发来建构国家想象的,为此我们心目中的国家往往比较美好,由此我们产生了对于国家的信赖与期待;而霍布斯的国家观则是建立在人性恶观念的基础之上的,是一种遏制“人性之恶”的“必要的恶”,质言之,是一种“以恶制恶”的装置。这对此后西方人的国家观产生了极大的影响。

西方有关国家形象的古典画像,可见下图。



图 16 早期西方人所描绘的国家形象图,类似于 Leviathan(利维坦)

这幅图展现了西方近代政治哲学家对国家形象的一种想象。从中,我们可以看出许多要素来:首先,我们看到的是一个“巨人”,他手中握有剑与权杖。这些都是国家的要素:这个“巨人”象征着主权者,他是一个自然人的形象,意味着人们最初所认识的国家多为君主制国家;他手中的剑象征暴力,权杖象征权力及其合法性。

这说明,这幅图的作者已经认识到:所谓国家,就是拥有合法性的暴力组织。那么主权者是如何构成的呢?细看就知道,它身上穿的不是毛衣,而是由密密麻麻的人构成其身体,即国家由人构成。国家建立在什么基础之上呢?这幅图展现了,它是建立在一片有山河的领土之上,中国人称为“江山”。所以,正如后面我们将讲到的那样,主权、人民和土地,就是现代社会学所认识的国家三要素。但是,霍布斯在此强调的是国家的巨大威力,而且带有一种恶,后来的政治学认为,这是一种“必要的恶”——这是西方政治学家对国家的一种深刻洞见。

霍布斯的国家观有很深刻的内涵。我们说,人类作为一种有灵性的高级动物,自诞生以来,形成了人与人关系,而人与人构成各种关系,其中最重要的关系是什么呢?那就是支配关系,即人支配人的一种关系。这种支配是具有强制性的,表现在政治上,用马克思的话来说,那就是统治关系、压迫关系。当然,它也可能含有温情的一面,正当的一面,如父母对

子女的关爱、老师对学生的关心,统治者对臣民的保护,但其中无法排除强制性的支配要素。人类贵为万物之灵长,但仍然无法克服人对人的支配,无法扬弃这种强制性的支配关系,正如卢梭在《社会契约论》开篇中所言:“人生而自由,但却无往不在枷锁之中。”而国家就是将这种强制性的支配关系加以制度化和正当化的一种人间组织。

## (二) 哲学的国家观

接下来,我们看看哲学家如何考虑国家的本质问题。在这个领域,也有很多有关国家的学说,从古希腊柏拉图、亚里士多德开始,就不断有人做这样的研究。我们举一个最有代表性的人物,那就是黑格尔。黑格尔作为一个非常晦涩的哲学家,其所提供的国家观却是非常美好的。他认为国家是“道德理念的最高现实体”,认为国家不仅会维护人的权利与生命,还以追求至善和正义为目标。黑格尔倾向于把国家描述为一种理想国,一种善的统一体。这种思想,或多或少反映了他所在时代的德国人对国家统一的渴望,因为当时的德国是分裂,并因此给人们带来了深重的苦难,为此当时的人们都或多或少把国家看成是一个美好的东西,而黑格尔将其升华为一种理论了。他的哲学意义上的国家观,显然与霍布斯的观点相去甚远。

## (三) 近代政治哲学的国家观

到近代后,政治哲学对国家观也有新的认识,而且产生了重要影响。其中一种重要的立场认为,国家是人们之间基于一种契约而产生的政治社会组织体。这就是所谓契约论的国家观。它不仅涉及国家的本质,还涉及国家的起源以及合理依据或正当性的学说,可以说是近代之后西方最有影响力的国家观。

### 1. 发展历程

契约论的国家观有一个漫长的发展过程。有人追溯,它起源于古希腊(伊壁鸠鲁),复兴于15至16世纪部分国家的反专制的贵族思想家之间,盛行于17至18世纪,代表性的思想家有前面的霍布斯,此外还有英国的洛克与法国的卢梭等人;19世纪,实证主义在西方兴起,契约论国家

观受到了批评,曾一度趋于式微;但到 20 世纪它又再度复兴,美国哈佛大学著名政治哲学家罗尔斯在 20 世纪六七十年代重构政治正义理论,推动了契约论国家观的再度复兴,迄今仍在发挥重要影响。

当然,我们在这里着重介绍的是近代三位思想家的契约论国家观,因为他们对近代国家组织、宪法建构产生了重大影响。

## 2. 三个具体概念

近代的契约论国家观一般都包含三个基本概念:

第一,自然状态(state of nature),指国家成立之前人类所生活的一种无政府、无法律的状态。三位思想家都提到这个概念并提出不同的描述。

第二,社会契约(social contract),这种契约的当事人是复数的,很多人参与了签订契约,但对于双方缔约者为准,不同思想家有不同观点。

第三,对国家的授权。为了缔约,并成立国家,人们把自己权利的一部分或者全部授予或出让给国家。但到底是出让一部分还是全部呢?出让的后果如何呢?对此,不同的思想家也有不同的认识,这些也影响到此后近代国家的建构。下面我们具体来看。

## 3. 三位思想家的比较

我制作了一个简明的表格,大家可以通过如下这个表格来看。

思想家	自然状态	缔约者	授权情形
霍布斯	野蛮残酷	人民与人民	出让一切权利
洛克	自由,但不安全	人民与统治者	出让部分权利
卢梭	自由幸福,难为继	人民与人民	出让一切权利

图 17 三位思想家有关社会契约论的不同见解比较图

首先是霍布斯的观点:在他看来,自然状态是野蛮残酷的,他有一句话,有人将其翻译成“人对人是豺狼”,说的就是这种境况。因此人们在这个状态里无法保护自己的自由、生命和财产。人类注定是孤独的、可怜的,没有家人与朋友。所以,最后自然状态中的人民与人民决定签署契约,成立一个国家;所有人把一切权利都出让给国家,由国家统一掌控,但



也正是因为如此,人民须要无条件服从国家,以保护自己的生命和安全。他在这里提出了利维坦的观点,因为国家在获得人民出让的所有的权利后成为强大的统一体,具有至高无上的地位与权威。为了实现这一点,霍布斯所讲的国家采取了君主制的形态,可以对人民进行强权性的支配。这也是由于霍布斯看到人类的弱点,为此倾向于主张实行君主制。当然,霍布斯开启了一种国家正当性的论证模式,即:经过人民的缔约与授权,人对人的支配也被正当化了。

洛克的社会契约论,与霍布斯的有所不同。洛克是近代英国最伟大的思想家之一。他所描述的自然状态是自由、快乐但不安全的,但这比霍布斯的要美好多了。但因为不安全,人民与统治者缔结一个契约。他对契约签订双方的这种想象有可能受到1215年大宪章的影响。人民向统治者出让部分权利,但有一部分仍适度留在人民手中,其中最重要的是三种不可或缺的权利,此即生命、自由和财产,这就成为后来的近代宪法所必须保护的人的最基本的权利。他的思想对后来英国、美国乃至其他国家的政治发展产生了重要影响。

到卢梭的社会契约论,内容又不同了。卢梭看到的自然状态更为阳光,简直就是一副田园牧歌式的情景。他认为自然状态是自由幸福的、快乐的,但问题在于人类繁衍太快,导致幸福状态难以为继,因此,人民与人民不得不签订一个契约,主要内容也是出让一切的权利。但卢梭与霍布斯不同的是,他认为缔约的后果是很好的。霍布斯认为人民出让一切权利之后,只得完全服从国家的支配,而卢梭则认为,出让一切权利之后,国家会更有效地保护人民的权利,会成倍地将权利返还给人民,由此人民成为更大的受益者。质言之,人民出让一切权利给国家后,人民就成为国家的主人;国家则成为为人民服务的主体。人民可以随时出场更换统治者,国家完全为人民所掌控。这种国家观像抹了一点蜜糖似的,很接近我们中国人的以人性善为基础的国家想象,为此很容易被中国人所接受,但在西方,则是一种石破天惊的观念。当然它此后对西方社会也产生了重大影响,并通过影响马克思,进而使我国也深受其影响。

这三个人中,对西方影响最大的,既不是霍布斯,也不是卢梭,而是洛克。洛克的思想被西方学界认为是契约论的正统。卢梭的思想对18世纪的法国产生重大影响,但当法国大革命完成后,人们要建构国家之时,发现卢梭的思想无法为其所用,因为其思想太激进而无法操作。卢梭曾经认为不需要代议制,人民直接出场,而且他认为人民掌握国家一切权力,可以随时出场,随时建构宪法秩序,这就让人受不了,更重要的是,他的人民是一个一个现实的人,是一群大规模的有意志能力和行为能力的人,本身就很难自组织化,也很难安顿在广场之上或国家的架构之内。正是在卢梭思想的影响下,当时的法国动荡不已:1789年大革命开始,一直到1875年第三共和国为止,法国可谓是“伏尸百万,流血漂橹”,人口急剧下降。所以,无论在当时,还是在现代西方,卢梭的思想都受到很大的批

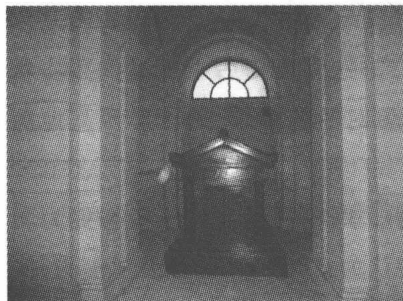


图18 法国先贤祠地宫下的卢梭的灵柩。图为本书著作所摄。

判。但这种思想影响到了马克思主义者,因为要将革命加以正当化,正需要人民出场。而但凡需要马克思主义的国度,都需要深刻改变自己国家的现状,他们不害怕动荡,甚至渴望动荡,把动荡本身看成是必要的,正当的。

当年我了解到西方思想这一动向之后,感慨不已!卢梭对中国影响太大了,其中一些是不利的,特别是不利于长治久安。因此,当我第一次去法国时,就在一天之内两度参拜先贤祠,在地宫下所安置的卢梭的灵柩之前流连忘返,心中默念道:你很伟大,但你也害苦了我们。其实,在卢梭灵柩的正对面,安放的是伏尔泰的灵柩,其规格更高,据说可以说明伏尔泰在法国人民心中的地位更高。

#### (四) 社会学的国家观

社会学的国家观也比较丰富,其中有一个非常具有代表性的经典学说,影响力非常大,那就是前面所提及的国家三要素理论。这个理论的影响不仅在社会学内部,而且对政治学、法学都有深刻的影响,影响大到许

多人都误认为国家三要素论是政治学或法学的理论。这一理论认为,国家由三个要素构成,即:领土、人民和主权。这是社会学做出的贡献。当今,国际法就是按照这三个要素来认定一个国家的。例如,有些地区因为拥有一片土地和一批人民,就声称自己是国家,怎么办呢?就看有多少国家与你建交,承认你的主权。

#### (五) 政治经济学的国家观

经济学的国家观往往出现在政治经济学领域,而在西方思想史中最主要的,而且影响力最大的学说是马克思主义的国家理论。马克思考虑国家的本质问题是和阶级放在一起考虑的,于是就提出了“阶级国家论”。大家注意,经济学一个特点,就是试图把人类社会的一切现象,包括政治现象,都还原为经济现象来认识和把握,追究它的经济原因。为什么男人和女人会谈恋爱、会结婚?经济学家会说:出于经济原因的考虑,因为两个人合作,这样效益最大化。但实际上,我们计算一下,相对于单身,可能恋爱结婚的成本更高,特别是男性。但是,经济学家又敏锐地抓住这一点,来分析都市里面出现的剩女现象。为什么会出现剩女呢?经济学家说,因为在婚姻当中男性付出的成本太高了,所以很多男性不愿意结婚,女性就被剩下来了。这是经济学的一种解释,我对它的可靠程度有点怀疑。

马克思的阶级国家论也采取了经济分析。国家是什么呢?马克思认为,国家就是剥削阶级的暴力工具。这种理论认为,人类社会里面必然出现经济上强大的阶级和经济上弱小的阶级,强大的阶级因为掌握了生产资料,在生产关系中占据了有利地位,成为了剥削阶级,而弱小的阶级成为了被剥削阶级,因为他几乎没有生产资料;进而,掌握了生产资料的剥削阶级往往成为统治阶级,这是因为他们为了维持有利于自己剥削地位的生产关系,就会建立一种强制的暴力机构,这个强制的暴力机构就是国家机器。应该说,这个理论很尖锐,也是很深刻的。但这么尖锐的理论竟然没有被资产阶级国家完全禁止,这似乎也是一件奇怪的事。其实是因为马克思生活的时代已经有了宪法,言论自由多少有了保障,所以他才能

比较自由地发表自己的观点。

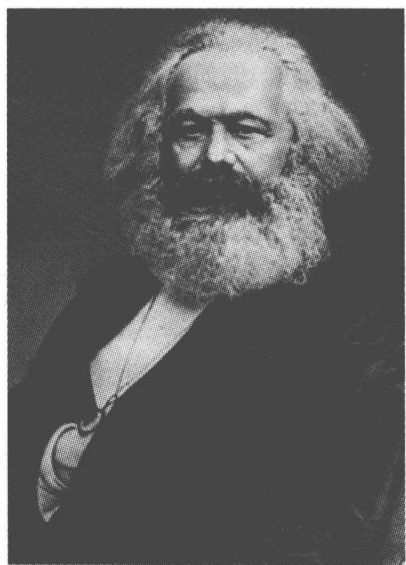


图 19 马克思半身像

这就是卡尔·马克思的半身像，大家都很熟悉。这是一位在世时并不得志的学者。可是他后来没有想到自己的学说对人类社会进程会产生如此重大的影响，被奉为许多国家的精神领袖，这也是他自己始料不及的。

马克思思想的一个难得的地方在于，他同情弱者。这与传统的中国人的思想或士大夫的心灵结构是完全相通的，因此它一下子就为中国人所接受；尤其是近代受到西方国家欺凌的时候，中国人非常快就接受了马克思主义。所以，至少在学说史上，它是一个

伟大的学说，这点是毫无疑问的。但是，此后它被许多国家作为正统的政治意识形态加以固化，在这点上可能出现问题。不去发展它，把它看成是金科玉律，看成是真理的终结，看成是可以统摄统治人们思想的工具，这就会有问题的。然而，作为一个学说、一个经典的理论，那是非常伟大的，在这一点上，我也深受马克思主义学说的影响。

#### (六) 法学的国家观

法学有没有自己独立的国家观呢？肯定有，只不过很多中国知识人不知道而已。独立意义上的法学国家观是近代才产生的，当然是在同其他学科的交流 and 相互借鉴中产生并确立起来的。法学国家观的巨大的独特性是由法学思维的独特性决定的。但是，有关法学的国家观，中国介绍甚少，更没有自主产生，几乎形成了一块不毛之地，因为连法理学家都不关注，所以只好由我们宪法学来填补这个空白。接下来，我们逐一介绍三种经典的法学的国家观。这些理论都盛行于近现代德国等大陆法系国家。

### 1. 国家权利客体说

国家权利客体说与国家权利主体说相对立,但都是从西方近代法学中最基本的概念、即从权利关系概念出发去理解国家的。其中,前者认为国家是一种权利客体,是某种主体所拥有的对象,反之,后者认为国家即是权利主体本身。

国家权利客体说主张,国家是特定权利主体所拥有的对象,即一种权利客体。那谁是国家的权利主体呢?君主、如德国威廉大帝即一种,人民也是一种。所以,这种理论产生的后果是,将管理国家的人(君主或人民)作为权利主体,国家则成为被拥有的对象。而如果君主成为主体,就是君主制国家,它也有可能出现绝对主义,出现马克斯·韦伯所说的家产制国家,即把国家看成是君主个人的私产,并且用支配家庭的方式来支配国家,即国家治理方式是家长式的;而如果人民成为主体,就会产生共和国,排除了个人的专制。

耶利内克对此持批判态度。他认为人民成为国家的主体,在逻辑上是不可能的,因为这样的话,就是权利客体(国家)将权利主体(人民)承认为权利主体。根据他的法律实证主义观点,国家是先于国民存在的,国家本身就是一个实体,有国家才有国民;如果我们说国家是客体、人民是主体,那就反过来,等于说客体承认主体为主体。因此,耶利内克主张的是国家权利主体说。

### 2. 国家权利主体说

国家权利主体说包含了多种学说,其中最具有代表性学说是国家法人说。以耶利内克为代表的众多西方公法学家主张的国家法人说认为,国家就是一个法人。在法学中,法人是法律所认定的具有独立意志的拟制的人。因此,说国家是法人,也就是说国家拥有独立的意志和行为能力;作为一个法人的国家有许多组成部分,设置许多的机关,各机关里面还有许多官员,但作为国家法人的一个组成部分的机构和官员的行为虽然很多,然而他们的每一个行为都视为是这个国家、即作为法人的国家的行为,由国家统一来承担责任。打个比方说,你的右手打了人家,你不能

主张说这是我的右手干的,与我没有关系。为什么不能这么主张呢?因为就打人这个行为而言只有一个意志主体,那就是你,你的右手没有独立的意志,它是受你控制的。国家法人说的奥妙就在于,某行政机关的行为侵犯了你的权利,这时就不应单单看作是这个行政机关侵犯了你的权利,而要看成是国家在侵犯。那么你提起诉讼,好像是针对行政机关提起的,但其实是针对国家提起诉讼,要求它赔偿,所以把这种赔偿称为“国家赔偿”。国家的公务员在履行职务的时候侵犯了你的权利,就是这个国家侵犯了你的权利。国家不能主张:这是公务员个人的行为,与我无关。国家必须承担责任,然后可能再追究这个公务员的内部责任。这就是国家法人说。其核心思想是,国家本身成为一个法人,成为权利的主体。

那么,国家本身属于谁的?在国家权利主体说看来,国家不属于任何人,它属于它自己的。这其实是有深意的。为什么法学上出现这样一个学说呢?因为它便于回避一个问题,即:国家究竟属于具体的谁的问题。人类很聪明,当有些问题解决不了,或没有必要解决时,就可能发明一个理论来回避这个问题。中国人也学会了这点,但我们说得直白了一些,所谓姓“资”姓“社”我们“不争论”,就是一个显例,但凭什么不争论,这本需要说清楚却没有说清楚。国家法人说则不然,它有一个内在的逻辑结构,为此回避了问题的锋芒,即回避了国家到底属于谁的问题,因为有些国家在特定时期是没有能力、也没有必要解决国家属于谁这个重大问题的,即没有能力也没有必要发动一场革命,来解决国家是属于君主的、还是属于人民的。近代德国实际上就是这样,为此这个理论在近代德国产生。由此可见,国家法人说是一个伟大的理论,是一种能够“化干戈为玉帛”的理论。它产生于近代德国,由此“节约”了一场无谓的革命。在这一点上,我国有观点认为德国近代资产阶级革命是不成功的,但实际上,人家是成功回避了一场内战。这种理论将德国近代资产阶级革命包裹起来,发展市民经济,使德国从近代初期西方的一个后进国家迅速成为一个先进国家。当然,在国家法人说中,我们也要认清国民的地位。一般认为,共和国中国民是权利的主体,即国家主权的归属主体,而在国家法人说里,权

利主体、主权主体变成国家自己,国家既不属于君主也不属于国民。那么,君主好说,可以下台,可国民或人民摆在什么位置呢?国家法人说必须给出一个说法。对此,耶利内克很高明地指出,国民具有双重功能(地位),既是国家社团的一个要素,即主体性的国民,又是国家行为的对象,即作为客体、服从国家管理的国民。

### 3. 国家法秩序自同说

国家并不是一个实体,看不见摸不着,而是一种秩序,这个秩序是由不同位阶的法律构成的:最高有宪法,下面有法律,还有行政法规、地方性法规等等,这样就构成了一个整体。质言之,国家作为一种秩序,是法秩序及其统一体的体现而已。提出这种主张的学说被称为“国家法秩序自同说”。

凯尔森是这个学说的代表人。大家都知道,凯尔森是纯粹法学的代表人。他是奥地利人,纳粹时期逃亡到美国。在凯尔森看来,耶利内克是非常伟大的,但还是提出与其不同的国家观。他认为,国家形态是法秩序确定出来的,主要理由有两点:第一,在国家的概念中所成立的特殊的统一体,即所谓国家这个东西,并不存在于自然现象界。第二,国家的存在领域是法的通用,谈不上因果意义上的实效性,而是一种应然关系。



图 20 提出了“国家法秩序自同说”的现代著名公法学家凯尔森

国家法秩序自同说,对于中国人势必很难理解,因为我们首先就习惯于把国家理解成有边界、有实体的地域,比如山河、江山。可在凯尔森看来,国家是由法律来确定的,不是因果关系支配下的自然现象。这是法学里面另外一种著名的国家观。

通过以上介绍,大家可以很明显地看到,法律人考虑问题的时候和其



他学科都很不相同,法学的思考特别抽象,而且显得有些别扭。但是,这对法学本身异常重要。我当年学到这里的时候就感到特别震撼,只不过有一点不及你们幸福:我不是在本科阶段学到的,而是在读硕士期间才看到法学的国家观。看到这个以后感到特别震撼:法学这么有创意,太有创意了!不过说实话,当时有点不理解。为什么不理解?因为在读硕士以前,不谦虚地说,我对马克思主义的理解把握还是有点深刻的,认识到国家就是剥削阶级的暴力工具,这一理论深入骨髓,自己觉得这才是伟大的理论,伟大不说,还深刻!后来,学到法学的国家观,就震撼了,但也冷静了。

言归正传。以上是我们讲述的人类历史上各种经典的国家观。但是,中国的国家观没有登场,这不是因为中国的国家观不经典,而是我们的国家观有特别之处。作为中国宪法学的课程,我们应当专门加以讲授。我们且听下回分解。

### 三、中国的国家观

中国人谈国家观,其实也属不容易,因为很多时候我们并没有认真对待我国的国家观。这个问题是有待于进一步研究的,今天我们在这里只是抛砖引玉而已。

#### (一) 中国古代的国家观

我们首先要谈古代中国的国家观,它对当今仍然有很大影响。古代中国的国家观是什么呢,或曰古代中国人把国家看成什么样子的呢?我们可以说,中国古代实际上没有典型意义上的国家观,而只有天下观。这个观点是值得我们注意的:虽然中国古代没有国家的观念,但是,我们有非常伟大的天下思想。在这一点上,其实中国比欧洲人或西方人更早认识到国家这个东西,称之为“天下”。关于天下的概念,日本人有专门研究,其中一名学者叫渡边信一郎,他通过专门研究指出:中国人所讲的“天下”指“以州、郡、县、乡、里、户、个人为具体结合体,以中国 = 九州 = 禹迹为核心,为天子的实际支配领域,是区别于夷狄未开化社会的文明社会”。

在这里,其实成立了类似于国家的观念。中国人是非常早熟的,当然早熟也会引发身体的异常变化。我们需要认识到,天下思想是西方人还没有形成国家观时就产生的一种伟大思想。可惜当今,我们难以为继,无法再提供这么伟大的思想了!

天下观念中有两个重要观念:天下为公和天下为家。所谓天下为公,《礼记》描述道:“大道之行也,天下为公。选贤与能,讲信修睦”。在天下为公的时代,国家是大家的,当时选择天子采用公推形式,选择贤人担此大任,共同治理天下,尧、舜、禹、汤都是这样来的。然而,“今大道既隐,天下为家”,就是后来出现天下为家的观念,天下变成个人的私产,大位传给自己的儿子,并且按照治理家庭的方式治理国家。所以韦伯讲,中国古代社会就是一种家产制国家,说的就是这种意思。天下为家就产生出“江山、社稷”这样的观念,这相当于天下为家时期中国人的国家形象了,实际上国家是皇帝个人的家国,与老百姓无关。老百姓不认为“江山、社稷”是他们个人的,充其量只认为它与他们个人的生命、财产密切相关而已,也就是一旦“江山、社稷”不保,小民性命也可能不保,可谓是一种城门失火、殃及池鱼的关系。

或许有人会认为,似乎中国在近代早期就已经开始认识国家了,比如林则徐即曾经写到“苟利国家生死以,岂因祸福避趋之”,其中就不仅有“国家”的用语,而且有“国家至上”的观念。中学老师在爱国主义教育时可能就采用了这个说法。其实非也!因为,实际上,这句话只是林则徐的一个对子,在这里很难说林则徐已经有了近代意义上的国家观,他或许只是为了押韵,将当时一般人所言的“家国”改为“国家”,而在林则徐所处的时代,类似于西方近代意义上的国家观并没有在中国确立,还是家产制国家里的“江山、社稷”。有一些例证,比如,早在清初,中国著名思想家顾炎武在《日知录》指出:“有亡国,有亡天下。亡国与亡天下奚以辩?曰:易姓改号,谓之亡国;仁义充塞,而至于率兽食人,人之相食,谓之亡天下”。这就是说,易姓改号,灭亡的只是江山、社稷;但一旦沦落到人像禽兽一样生活着,文明规则一概被推翻,区别于狄夷未开发社会的文明社会

被灭掉了,这就是“亡天下”。即便天下为家,仍然有圣人道德存在,这时人类还是有规则、礼义、纲纪存在,还是文明社会;如果天下为家也被毁灭掉了,那就是亡天下。顾炎武把“亡国”与“亡天下”区别开来,显示明清时期中国最有思想的人物实际上讲的“国”仍然是“江山、社稷”,而“天下”则具有更大的辐射性,是一个文明体系。

这样一种思想观念一直延续到清末,人们都没有树立起类似于西方的国家观。

一个案例是:1907年,62名中国留学生在日本早稻田大学填写《鸿迹帖》,这相当于毕业纪念题名册,在其中的“国籍”一栏中:填“支那”的,有18人,支那来自西语,相当于CHINA,原为中性词,到甲午战争之后,在日本逐渐变成贬义词,为此有人填“清国”,填清国的有12人;填“中华”、“中国”的,有7人;其余25人未填,或许是因为不知国籍为何意,或许不知道自己国家的名称。当时中国人尚未树立国家观,由此可见一斑。

当然,中国人不乏江山、社稷、天下的观念,只是没有西方近代国家观念而已。“而已”一词有轻描淡写之嫌,但确实如此。当时的中国已经需要国家观,世界上许多先进国家都已经开始确立国家观;当大多数国家逐渐确立近代国家观之时,一旦落伍,后果极为严重。英法联军火烧圆明园之时,有个很重要的历史细节:英法联军进入圆明园抢东西时,有些拿不动,就雇圆明园周围的老百姓用牛车运走。老百姓非常高兴提供这种服务。为什么会这样呢?他们不感觉圆明园是我们国家的,觉得是皇家的,你抢皇家的东西,关我什么事,给我钱,就帮你用牛车拉走。

还有一例:甲午战争时期,中国人实际上还未确立国家观。甲午战争时,中国海军力量在国际上排名第七位,而日本排名仅在第十一位,但中国还是战败了。时至今日,120年过去了,现在看来失败还是必然的。当今有人说,最重要的原因是我们当时没有立宪,没有实行宪政。但也有人认为这个说法很扯,相当于宪政万能论。我认为,日本之所以胜利,原因是多样的,但立宪确实是一个关键,正是当时日本成功实行了君主立宪,就将国家有力地统合起来,国家被组织成为一种近代国家,民心归一,民

族精神为之大振。而中国人当时仍然是一盘散沙。甲午战争失败一个重要的直接原因就在于很多人把这场战争理解为李鸿章的北洋军队与日本人之间的一场战争,很多人还等待李鸿章失败、倒台,以腾出许多位子让他们的人马上去,甚至许多人还在等待大清国失败,以便让江山易帜。你说这场战争能不败吗?打败后,南洋军队甚至还对日本说,你们与北洋军打,为什么把我的船也拖去呢?请求你还给我吧。居然有这样的想法!可见当时中国人完全没有现代国家观,而所有先进国家都有了。我们主要就是败在这里!并不在于我们古代没有伟大的思想。中国古代的天下观比同时代的西方国家的类似观念更加伟大,比如我们强调用文明去统合一个组织体,而不是主要靠西方近代的暴力来统合,但这个伟大的思想在近代行不通了,而我们又没有及时形成一个足以对抗西方的国家观,或像日本那样,索性直接及时地吸收西方的国家观。

## (二) 中国现代的国家观

那么,当今中国的国家观如何呢?这很复杂。百年来,随着我们先后建立了民国与中华人民共和国,中国人慢慢形成了国家观,但这一过程非常痛苦。一方面,古代的天下观受到严峻挑战,但它又以各种形式残留下来,影响着当今的中国人;另一方面,又受到西方国家观的影响,逐渐有选择地形成了中国主流意识形态领域的国家观。

在诸多选择中,应该说,上述黑格尔的那种国家观是很动人的,至少对中国人很有吸引力,因为自古以来,中国人就对国家寄托了美好的期望,而自近代以来,中国人更是遍尝了因国家的百年积弱所产生的种种苦难。但中国人最终没有完全接受黑格尔的国家观,而是接受了马克思的国家观。有趣的是,马克思也是德国人,这说明,中国人似乎注定是要接受德国人的国家观的。为什么呢?因为从近代开始,德国人就积极思考国家理论,乃至形成了一般国家学,与此不同,中国人对国家的理论思考很不足,而且还往往受到国家本身的控制,所以最终没有形成完全自主性的近现代国家观念。

那么,当今中国的国家观是什么样的呢?

如前所述,首先,最主流的国家观就是马克思主义的国家观。马克思主义国家观其实就是阶级国家观,它是具有强烈抗议性质的,是我们中国人在对剥削阶级、乃至对西方列强的一种抗议情绪中选择的一种国家观,充满了抗议的性质、甚至斗争的精神。从这种意义上来说,它注定是一种激进的国家观。其次,在当今中国,国家三要素说还处于比较重要的地位,对宪法学有重要影响。可是,我们没有形成中国人独特的国家观,一种类似于天下观、能够与西方的国家观(包括阶级国家论)相抗衡的国家观。

所以,中国人在国家观方面还可谓是菜鸟。我们中国人期待一个强大的国家,而且我们的国家也确实正在崛起,但仍没有自己独立的国家观。

### (三) 国家观的困境

现在的情况是,主流意识形态的国家主义与民族主义倾向,与民间存



在国家观念淡薄倾向构成了两个极端。这成为当今中国有关国家观念领域里的总体倾向或特点。国家主义倾向,将国家看成比个人更重要的价值体,可以正当地压迫个人,可以超越个人的理想;民族主义往往与国家主义相伴而行,是国家主义的一个情绪化的“红颜知己”,对民间也有一定的渗透。可是另一方面,民间也存在国家观念淡薄的倾向。

图 21 2014 年底香港“占中”学生代表

图中所示的是 2014 年底香港“占中”运动中一位学生领袖,还是中学生。他们主张香港独立,而且举英国的旗帜,这个行为注定会深深地伤害大陆人民的感情。但是,这就是真实的事情,即使香港回归到中国,仍然存在这样的“港独”思想,部分香港人居然喊“中国人滚回去”,虽然在当今香港,这种主张及运动的支持者很少很少,但它的存在就是一种标志。

为什么普通民众国家观念淡薄?其原因是复杂的。首先是传统的天下观在起作用。如前所述,我们传统的共同体具有

重文化统合的国家观传统,文化认同被认为是天下的一个精髓;由此组成的共同体是松散的,没有足够的由强制力保障的凝聚力。

其次,现代国民国家的建设课题尚未充分完成,即使当今中国仍然如此。近代开始受到西方列强冲击时,我们面对一个课题,要把古代由文化统合凝聚起来的松散的天下,转变为近代式的国民国家。但是,从严格意义上说,直到当下,国民国家建设的课题仍然并没有完成。比如,我们承认,我们有很多民族,但这些民族还没有形成具有整个意义的“国民”。“国民国家”的英文是 national state,其实也可以翻译成“民族国家”;当翻译成“民族国家”时,主要指的就是由一个民族组成的国家,这体现了西方近代一种国家观念。那么,由多民族组织的国家时怎么办呢?那就把多民族都变成一个民族,即把所有人全部培养成为“国民”,最终转变成为“国民”。为此,national state 也可以翻译成“国民国家”。我们这个过程显然还没有完成。

再次,国家规模巨大,民族众多,离心力强大。在许多思想家看来,国家规模多大为好呢?亚里士多德认为,大致一万人为好;卢梭认为,两到三万人,相当于我国古代所说的小国寡民的状态。相比之下,现今中国有13亿人,这当然也忒大了。

最后,我们甚至还存在农耕社会的“生民”的传统观念。先秦《击壤歌》:“日出而作。日入而息。凿井而饮。耕田而食。帝力于我何有哉?”这种“帝力于我何有哉”的观念与“江山、社稷”的观念是遥相呼应的。许多老百姓感觉,如果国家不來找我,我就高兴了,因为可以不要纳税。这就是一种“生民”的生活状态,在当今中国仍然有很大影响。

这样一种普通民众国家观念淡薄的倾向,也产生了一些反弹性的后果,即刺激了精英与主流意识形态中的国家主义观念的产生与强化,尤其是主流意识形态里就需要建立一种国家主义倾向的国家观。自近代以来一贯如此。如梁启超认识到,建立国民国家必须先造出“新民”,即将人民改造成“新民”。孙中山痛呼中国人是“一盘散沙”,过于“自由”了——那种游离于国家之外的处于生民状态的自由,让如此柔弱的民众对抗西方

是不可能的,因此他提出建立强有力的国家,所以孙中山实际上也是一个集权主义者。到如今,某种意义上仍然如此,我们所秉持的阶级国家论实际上也是具有国家主义倾向的。

以上就是中国的国家观。

接下来我们讲国家观之反思,即如何站在宪法学立场上去看待这些国家观,以便修复与确立我们应有的国家观。

#### 四、国家观之反思:宪法学的立场

首先,我们要批判的是中国人自己的国家观,并以此间接反思西方的国家观。

##### (一) 法学国家观极为不足

我们可以看到,由政治精英所支撑的主流意识形态领域里,法学国家观非常不足。而政治学意义上的国家观,尤其是阶级国家论的国家规则非常发达,它主要把国家看成是政治现象,而把国家看成是法学现象并加以把握的理论却严重匮乏。这也是政治宪法学兴起的原因,他们借助政治学的国家观来确立自己的国家观,甚至直接作为法学的国家观。

法学国家观的严重缺位,也可能是未来中国全面推进依法治国过程中将会遇到的一个重大问题。因为依法治国,本身就内在的需要从法学的角度对国家进行认识与把握,即将治理对象本身法律化、法理化。

##### (二) 阶级国家论忽视了正当性要素

阶级国家论发展到现在,存在的最大问题就在于忽视(但不是无视)国家的正当性的要素。韦伯是继马克思之后德国出现的另一个最有体系性思想的思想家。他曾经说过一个观点,弥补了传统马克思主义国家观的缺陷,这种观点认为:国家是正统的暴力手段所支撑的人对人的支配关系。在他看来,所谓政治,就是人对人的支配关系;但支配要靠两种条件,或者说,国家的成立要靠两个条件:一是具有强制力;二是具有正当性。关于第一点,经典马克思主义者认识得无比透彻,甚至认为国家就是由暴力机构组成的;但是经典马克思主义者没有看到或没有完全看到第二点,



即国家还需要正当性要素。什么是正当性呢？简单说就是获得人们的同意、获得人们的认同。是的，人类无法摆脱人与人之间的支配关系，但是，关键在于，这种支配关系是否得到人们的广泛同意，如果得到了广泛同意，那么这种支配就有正当性；如果没有得到广泛同意，那么这样的支配就是不正当的，就像黑社会收取保护费，我是不同意的，我只是一时没办法，所以只得向你交保护费而已，一旦我有能力把你放倒，那我会伺机放倒你小样的。韦伯认识到，正当性是现代国家成立的两个条件之一。阶级国家论只看到国家暴力性，不重视正当性要求。

### 1. 与契约国家论的比较

我们将阶级国家论与契约论国家观比较，发现契约论国家观的优点就在于意识到“同意”的重大意义，人民签订契约，同意将一部分或全部权利授予国家，从而国家获得了正当性。当然，契约论国家观也受到批判，尤其是19世纪实证主义兴起之后。批判的观点主要有如下几种：第一，契约论国家是虚构的，历史上不存在这样的事实，即人们聚集在一起签订契约。第二，契约论国家观的描述是有问题的，因为出没于“自然状态”的人们毫无政治经验，怎么签订社会契约呢？总之，认为人类历史上不存在契约缔造的场景。

这种批判有一定道理，但不完全有道理。因为它忘记了，契约论国家观并不是提供“to be”的理论，而是提供“ought to be”的理论。如果它是历史学的理论，即提供“to be”的理论，那么它是错的，因为历史上确实少有这样的事实。

这里，我们说“少有这样的事实”，而不是说完全没有。根据研究，人们会发现，卢梭为什么会提出社会契约论呢？原因就是他曾受到一个历史事件的影响，此即1620年，一批避居荷兰的英国清教徒，乘坐“五月花”号木船横渡大西洋来到北美，登陆前，他们在船上经过反复讨论，集体起草并签订了一份公约。这是一个重要的历史事件。有关五月花号公约签订的场景，很多油画进行了描述，下图即是一例。

五月花号公约的内容翻译成中文如下：

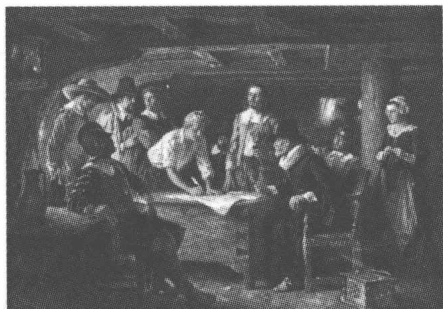


图22 展现五月花号公约历史场景的油画

“为了上帝的荣耀,为了增强基督教信仰,为了提高我们国王和国家的荣誉,我们漂洋过海,在弗吉尼亚北部开发第一个殖民地。我们在上帝面前共同立誓签约,自愿结为一个民众自治团体。为了上述目的能得到更好的实施、维护和发展,将来不时依此制定颁布的被认为是这个殖民地全体人民都最适合、最方便的法律、法规、条令、宪章和公职,我们都保证遵守和服从。”

五月花号公约签完不久,人们就下船了,此后据说这个精神渗透到美国,而且当时其他从欧洲远渡而来的不少民众都曾经签署了类似的公约,从而成为美国建国的精神基础。所以,有人说,契约论国家并不是毫无历史依据的。

当然,契约论国家观主要提供的是一种“ought to be”的理论,即“应当是什么”的理论,具体讲这里就是一种国家何以建立才算是正当的理论。在这一点上,它根据人的理性、理念、精神以及人类道义上的约束力等要素,得出必须得到人民同意才具有正当性的结论,用我们的话来说,只有这样的国家才会得到人民的真心拥护,才可能长治久安。而阶级国家论显然没有认识到这一点,至少是没有深刻认识到这一点,它倾向于只用暴力搞定国家。

## 2. 对阶级国家观的全面审视

当然,阶级国家论也非一无是处,它在一定程度上也含有“同意”的要素。例如,强调人民民主,强调对人民实行民主,实际上就含有对支配的同意。当然,阶级国家论的理解的支配,主要不是指国家对人民的支配,因为这个国家观本身就把人民看成国家主人,无法理解国家对人民的支配,它没有解决这个问题。这个问题变成法的技术,法律上需要解决:为什么人民成为国家主人之时,法律还要管束人民、把人民当成管理对象

呢? 阶级国家论无法提供理论的解说。

更有甚者, 阶级国家论所讲的支配, 主要是用暴力手段处理与敌人的关系。这种暴力手段必然遭到敌人抵抗, 那就越抵抗, 越要镇压你。那么, 这里是否存在正当性观念呢? 我认为, 它也具有一种间接性的正当性观念, 此即一种报应正义观的观念。中国人所接受的马克思主义阶级国家论是没有被升级的, 它体现的是报应正义观。这是什么观念呢? 简单地说, 就是以牙还牙、以眼还眼, 最简单的就是同态复仇, 你打过我, 我也要打你。体现在国家中的支配关系上, 那就是: 因为资产阶级、剥削阶级曾经统治过、压迫过我们, 那好! 等到我们无产阶级掌握政权后, 也要反过来去统治、压迫你资产阶级, 这就是正当的。

这种正义观, 本来应当体现在刑法当中, 而我们竟然将它体现在宪法中, 因为它已渗透到国家观中, 其重要后果就是可能影响国家的建构, 而这是我们立国的基础。它的问题在于, 形成了一种注定无法完全克服动荡性的国家观, 质言之, 这种国家观充满了危机意识, 而且很容易被一些野心家所利用。野心家总是需要敌人的, 他们需要寻找敌人, 甚至树立敌人来确立他们自己的政治地位。也就是说, 在政治上, 敌人或许是存在的, 但其实, 敌人也往往出于人们的需要, 尤其是出于野心家的需要。阶级国家论往往就需要树立敌人, 没有敌人, 其观念秩序就很难维持下去了, 这并不是有一种有利于建立长治久安的国家治理秩序的国家观。它时常让人们提防着敌人, 而在这里, 敌人的定义手段是非常落后的, 往往采用政治上的斗争来定义, 只要在政治斗争中失败的, 都有可能被划入敌人阵营。

以上就是我国阶级国家论所存在的主要问题。

### 3. 中国国家观的转型

中国共产党在 2014 年召开了十八届四中全会, 在历史上第一次将全面推进依法治国作为党的中央全会的议题, 其意义之重大, 可视为中国共产党或中国人在国家观发展史上的一个里程碑。

为何这样说呢? 原因是这样的: 根据阶级国家论确定的国体内涵, 包

括了对人民实行民主和对敌人实行专政。其中的专政指的是什么呢？对此，列宁曾有过明确的界说：专政就是不受一切法律的约束，无论是夺取政权还是维护政权，都是如此。但时至当今，正如有的研究者指出的那样，这个观念实际上已在科学社会主义发展史中被扬弃了，至少在中国的社会主义实践中是被扬弃了的，因为1999年现行宪法修改时，就把“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”写进了宪法第5条第1款。这说明法治与专政可以并立，专政的内涵因宪法上的法治国家条款而发生变化和发展，认识到对敌人实行专政依然要根据法律来进行。而这次中国共产党强调全面推进依法治国，其意义就在于更进一步明确告别了列宁式的传统专政国家理论，更重要的是，这个转变，意味着中国共产党人开始重视国家的正当性要素，意味着其国家观的升级转型。

为何这样说呢？我们也可以从韦伯的一个理论谈起。关于国家支配的正当性，韦伯作过经典分析。在《以政治为业》一书中，他提出人类历史上三种正当性支配模式的理论：第一种是传统支配型，主要是通过习俗不断沿袭来确立国家支配的正当性，比如世袭的王位继承就是如此。第二种是卡里斯马支配型，即统治者靠自己的人格魅力、政治信念等来支配，并且被人民所认可。第三种则是合法性支配型，这是最为完美的支配模式，即“立足于对明定的法律规范之妥当性的信念，以及依据由合理地制定出来的规则而确立的客观性的权限所实行的支配，质言之，那里的服从是以履行法定义务的形式作出的”。简单地说，合法性支配模式就是依法治国、依法执政。

中国共产党现在强调依法治国，实际上就将支配模式提升到第三点了。过去我们不太重视合法性，下次课我们会讲到，过去中国共产党也用到了传统型和卡里斯马型的支配模式，甚至连薄熙来在重庆都曾经演绎了一些卡里斯马型支配模式。但现在，中国共产党力图全面推进依法治国，说明已经高度意识到应该确立执政的正当性，并将其正当性模式升级转型为合法性模式。倘若这一点能够得以落实，无疑将是一个巨大的历史进步。

(三) 国家统合的原理：国家三要素说的盲点

接下来，我们讲第三点，即侧重于反思“国家三要素说”。

“国家三要素说”在当今中国是一种比较重要的国家观，它看到了人民、主权和领土这三要素。但是如何把这三个要素整合起来成为一个国家，它对此语焉不详。也就是说，“国家三要素说”忽视了一个重要的问题，此即国家统合的问题。

1. 国家统合原理的含义

什么叫“国家统合”呢？所谓国家统合，其实就是将国家组织起来，使之作为一个整体。这是人类最为艰辛的事业，有时需要经过残酷的过程才能实现，“伏尸百万、流血漂橹”都不是传说。中华民族在整合成一个国家的历程中也是如此。自盘古开天地一直到近现代，整个历程都非常艰辛，甚至可以说是血腥的。所以，如何将国家有效统合起来，并且最低限度地减少其中的代价，是一个非常重大的课题。

与国家三要素说一样，上面论及的阶级国家论也忽视了国家统合的原理。传统的阶级国家论重视国家的阶级斗争，把国家看成阶级矛盾不可调和的产物。它把不能统合的社会成员看成是敌人，然后对它残酷镇压，而没有准备把“敌人”化为自己的朋友，与“敌人”共享最低限度的共识，然后一起在一个国家里生存发展。这是否可能是传统阶级国家论的一种局限性，值得我们思考。

国家统合的要素虽然被忽视，但其实仍然在国家运行过程中长期存在，并或多或少地体现出来。体现得越完备的，国家统合就做得越好；体现得不完备的、没有抓住要点的，这个国家往往就会出问题。

2. 国家统合原理的体现

国家统合原理体现在哪里呢？我们要看到国家统合原理具有历史性，即在不同的历史时期，国家统合原理体现的方式、要点各不相同。

(1) 传统上的国家统合原理

首先，我们讲君主制。君主制在当今中国名声不好，我们将废除了帝制作为辛亥革命的一项功劳，现行宪法序言就是采用了这种历史叙事方

式的。但为什么当年梁启超的政治立场虽然翻来覆去,却还是要坚持君主立宪呢?其原因很复杂,其中一个原因就是他很睿智地看到了一点:如果推翻了帝制,中国可能分裂,可能陷入“武人政治”。也就是说,君主制至少也具有一定的国家统合的功能。尤其是英明有为的君主,产生的国家统合的力量就非常强大。传统中国,人们期待明君贤相,原因之一就在于它有统合社会、统合国家的功能。所以,各国历史上大都存在君主制。当今英国依然无法废除君主制,部分原因是这个君主制存在国家统合的功能,是国家统合的象征。在日本,天皇制也难以废除,甚至日本宪法明确规定天皇是日本国家和国民的象征,是国家统合的象征。

其次,在西方,基督教也具有国家统合的功能。在中世纪,西方几乎是没国家的。它只有社会,而这个社会是靠基督教统合起来的。西方出现近代国家之后,基督教依然存在,并仍然发挥着国家统合的功能。日本著名的政治学家丸山真男认为,欧洲三千年文化的基轴,就是基督教文明。

有关此点的影响,我们以日本明治立宪为例,予以说明。我上次去参观日本国会的时候,发现国会大厦旁边矗立着日本著名政治家伊藤博文巨型雕像。这个巨型雕像比人高好多倍。说明这个人在日本影响也忒大了!他对日本有非常重要的历史贡献,其中之一就是:他是明治宪法的主要设计者。在这之前,他曾经去欧洲考察宪政。考察期间,他曾经求教于当时德国的公法学权威斯坦因(Lorenz von Stein, 1815 - 1890)。斯坦因写过一本书阐述国家怎么组织起来的理论,叫《国家组织理论》。这是为有雄心或野心的人提供的理论,绝对是皇皇正论。当伊藤博文移樽就教时,斯坦因见其英气逼人,很是欣赏,因此有意倾囊相授。于是,他问伊藤博文:我们西方人推行宪政的时候,首先有一个条件,使得立宪之后不会出现乱象,那就是我们有基督教;请问:你们日本人想要推行宪政,你们有类似的条件吗?据说伊藤博文听罢此言,猛然惊醒,诚所谓“一语惊醒梦中人”。他想了想,能与西方基督教文明相当的,日本基本上没有;如果有的话,那就是天皇的皇统。伊藤博文回到日本后,力主日本的皇统应成

为“国家之基轴”，然后再实行立宪。因此，这个立宪注定是一个君主立宪，而且是比西方君主立宪更加保守的、具有国家主义精神的立宪。在这里，西方式的宪政与传统东方的君主制结合了起来。

以上是国外古代的国家统合原理的体现，那么我们古代中国的情况如何呢？

我们说，其实古代中国也存在国家统合的原理。古代中国靠儒学、文化要素和精神力量来统合国家。我们之前讲过，古代中国有“亡国”和“亡天下”的不同。“天下”就是靠文化力量统合起来的。这个是何等伟大！许多西方国家做不到，它们虽然靠基督教，但更多的时候要靠武力统合。

当然，在这个过程中，中国也采取了“废黜百家，独尊儒术”的方式。这是因为“百家”的存在，虽然思想活跃了，但是对于国家统合不利。所以，在汉代大一统国家秩序稳定之后，董仲舒所提出的“罢黜百家，独尊儒术”的主张就为统治者所接受。当然，我们不得不说“罢黜百家”是不好的，因为它限制了中国人的思考能力，中国的思想此后基本上一落千丈，到了宋代才恢复一次高峰。而历史上百家争鸣时代的思想洪峰，使此后所有时代都无法再次超越，这是中国人精神史上的极大悲哀。但“独尊儒术”确实有助于解决国家统合这个课题。

其次，靠中华文明体系，即一种体系化的文明观念来实现国家统合。最后，士大夫集团与乡绅也有统合国家的力量。中国古代士大夫集团是一个统治阶层。但它不是由一般人组成的统治阶层，而主要是由有一定政治理念的、有道统精神的、有民本主义思想倾向的、以天下为己任的精英组成的阶层。这也是非常独特的。在民间，乡绅也起到统合社会底层的作用。

以上这些要素都在辛亥革命之后受到严峻的挑战，为此国家迅速陷入混乱。到袁世凯称帝失败的时候，中国马上陷入军阀混战，国家统合的各种要素在这里基本上瓦解了。

## (2) 近现代各国的国家统合原理

第一个是宪法本身。纵观世界各国，宪法本身就是国家统合的一种



法宝,或者说是“神器”。所以要建立国家,就要先制定一部宪法。这成为各国的通例。

第二个就是国民国家或者君主制。有些国家通过君主制实现国家统合,如英国、日本。近代许多国家都是如此。中国在晚清也曾努力要成为一个立宪君主国家,但失败了。像我们这样用君主制统合国家却不幸失败了的国家最好应该怎么办呢?那就只能按照国民国家这个原理来统合国家了。可是国民国家的统合是非常艰难的,如前所述,中国迄今为止还没有实现真正意义上的国民国家。

第三个是政党政治和代表制度。用政党制度来实现国家的统合,各国在这个过程中有不同的做法。一些国家因为拥有成熟的市民社会,所以用多党制来全面地吸取国民的意志,促进国家统合;一些国家的统合状态很脆弱,则只能倾向于用一党制、或者用一党领导的多党合作制的方式进行国家统合,比如当今中国就是这样的。在代表制度方面,人民必须感觉到被有人代表了,才有利于国家统合,即有人代表我说话了,这个时候,人民才不必要亲自去首都上访。这是国家统合原理的体现。

第四个是单一制或者联邦制。有些国家用单一制来统合国家,例如英国、日本、中国等国家。因为这些国家可能没有能力用联邦制来统合,用联邦制就可能四分五裂。可是,有些国家只能用联邦制来统合。一旦用单一制,它的人民就感觉非常不舒服。比如,美国人就是如此,德国人也是如此。德国人甚至把联邦制看做是宪法的根本秩序,即使用宪法修改,也不能推翻它。

第五个是国旗、国歌、国徽。这些东西都挺重要的,都是国家统合的象征。千万不要轻易侮辱自己国家的国旗、国歌、国徽或者其他国家的国旗、国歌、国徽。你侮辱了它,就相当于侵害了那个国家的国家统合。

### 3. 中国的国家统合原理及其特点

当今我国国家统合做得怎么样呢?在理论上,国家统合原理的研究极为不足,但在实际操作当中,则做得较为着实。

第一,我们也以宪法作为国家统合的象征。第二,国体制度方面强调

党的领导。这个也成为国家统合原理的重要体现。第三,实行民主集中制,排除三权分立制度。有关这个方面,我们下一次课会专门分析。第四,实行人民代表大会制。第五,实行党领导的军队国家化。你很难说我们军队没有国家化,因为根据我们宪法规定,中央军事委员会作为一个国家机关,统领军事力量。当然,实际上,党的中央军事委员会和国家的中央军事委员会是“两块牌子,一套人马”。但这种体制是否有利于国家统合,无需多言。第六,实行共产党领导的多党合作制。请大家注意,它不是典型的一党制。中国共产党确立的政党政治,既不是西方的多党制,也不是权威国家的一党制。而是“共产党领导的多党合作制”,其他党服膺于中国共产党的领导。这样一个制度确实有利于国家的统合。第七,秉承“大一统”的传统,实行单一制的国家结构。第八,采取主导性的国家意识形态。中国社会从汉代“独尊儒术”以来,基本上就采用这样的做法,即确立一个主流的意识形态体系,目前还专门设置一种意识形态管理机构来建构、维护、推行这样一套意识形态,规制和克服其他对立的意识形态。第九,确立国旗、国歌、国徽。这些都是中国国家统合原理的体现。

以上国家统合原理可以在图 23 当中得到映现。图片反映了全国人大会议前的准备工作情况。我们可以看到,第一,所有服务员的服饰都是统一的;第二,所有代表们用的杯子,其规格也是统一的;第三,更有甚者,杯子摆放的位置,都是由服务员拉线来安置的。我把它叫做“大规模一致性美学”。它之所以能够成立,就在于国家统合原理在起作用。

那么,我国在运用国家统合原理的过程中有什么特点呢?特点如下:

第一,国家统合的优先性。这个非常明显。国家统合在实践当中具有明显的优先性。

第二,以执政党为主导力量实现国家统合。中国共产党起到的重要作用就是国家统合。从某种意义上而言,中国共产党把国家像木桶一样箍住。

第三,强调权力的适度集中。这本身往往被理解为也是大规模国家的一种内在要求。而且由于国家幅员辽阔,疆域极大,难免这里出现问题、那里出现问题,甚至出现灾难,有时甚至是应急性的大规模救灾需求。



图 23 体现了“大规模一致性美学”的细节安排

这都需要权力的适度集中。以上这些国家统合的特点已经在国家的建制当中存在,但缺乏在国家论当中得到有力的阐述和论证。也就是说,实践中有了,但我们的国家论没有跟上,研究国家统合的学说非常少,基本上不存在。这是值得我们反思的地方。

最后想说的是:国家统合是国家组织过程中的一种重要因素,但其作用方式往往是很吊诡的,比如,有些国家通过民主化实现了国家统合,而有些国家则因为引进了西方式的民主制度,导致国家政治的剧烈动荡,即导致国家统合的失败,近年来,伊拉克、利比亚、埃及等国家就是如此。但国家统合原理的作用本身则是必要的,为此也是客观的,生活在国家之中的人们,其命运也很难摆脱其影响,可以说,当今中国的很多问题,均起因于国家统合原理的作用。但国家统合本身也是一把“双刃剑”,最为典型的例子就是像中国这样确立主导性的国家意识形态,这种方式具有悠久的传统,但如果意识形态管理机关主要是旨在控制人民的思想,那么这也有可能

## 第六章 国家类型学：国体与政体

在讲授本章之前，我们照例提出章前导引问题。我们提四个问题。第一，民国时期，有人称共和是国体，但也有“共和政体”一说。请问：共和到底属于“国体”，还是属于“政体”呢？第二，辛亥革命后，孙中山主张采用总统制；但他的战友，即另外一个政治家宋教仁，则主张采用内阁制。如果你当时在场，你认为采用何者更加适合于中国呢？第三，当今中国国体是什么呢？是共和，是人民民主专政，还是社会主义国家？第四，中国共产党执政的合法性已经巧妙地体现在宪法的许多地方。你知道体现在哪里吗？有人认为主要是序言，真是如此吗？如果是，那是序言的哪些部分呢？以上问题，在学习完本次课程之前，不可能得到完满的回答。且听我们下面的讲解。

我们今天讲的第一个内容是“国家类型学的源流”，第二个内容是“从国体到国家性质”，第三个内容则是“从政体到国家形态”。这一章的名称就是“国家类型学：国体与政体”。顾名思义，我们主要就是从国家类型学的视角出发，去探究到底国家有哪些类型，或者说国家政治体制应该是怎么样的。显然，今天我们所讲的内容将大幅度地超越我们的教材。

### 一、国家类型学的源流

我认为，我们要认识国体、政体这些重要概念，必须从国家类型学这个角度去认识。如果不从这个角度去认识，就很难说清楚这些概念。很

多学者差不多也认识到了这一点。比如英国著名政治学家海伍德(Andrew Heywood)就认为,要认识“政体”这个概念,必须进行比较研究。我非常赞同这个观点。因为,从亚里士多德开始,就对政体进行了比较分析,国家类型学就是这样发展起来的。也就是说,对政体的研究自古以来就有了。而“国体”、“政体”正是国家类型学当中的重要概念,或者说,“国体”、“政体”就是国家类型学对国家分类的两个标准。从其发展脉络来看,最早出现的是类似于“政体”这样的一种概念,类似“国体”的概念是后来出现的,是从政体概念中分化并衍生出来的,而这个过程正是在东方人的学说中完成的。

以下,我们来看国家类型学历史上的几种有关国家类型的经典分类学说。

### (一) 政治哲学的经典分类

#### 1. 亚里士多德的分类

首先,不得不说亚里士多德。虽然亚里士多德的老师柏拉图也有国家类型学上的分类,但很多人从亚里士多德的学说讲起,因为后者更为经典。

当我们说亚里士多德有关 constitution 的分类时,其中 constitution 是古代希腊文里面 πολιτεία 的英文翻译,而意译成中文就是“政治体制”,简称“政体”。大家都知道,亚里士多德对当时希腊基本上所有的城邦都进行了分类,其中,有著名的雅典与斯巴达。你知道他分析了多少个城邦吗? 158 个城邦的政治体制! 最后归纳出六种政治体制。至于这是实际上存在的,还是应该存在的六种政体,在亚里士多德那里是混为一谈的,因为在那个时代,应然和实然基本上是没有分开的。对他的归纳,我们借助一个表格来表示:

统治者 统治目的	一人	少数人	多数人
	君主政体	贵族政体	共和政体
为所有人(正体)	君主政体	贵族政体	共和政体
为统治者(变体)	僭主政体	寡头政体	democracy

图 24 亚里士多德对政治体制的分类

亚里士多德根据两个标准对城邦的政治体制进行区分。首先,根据统治者是谁,可以分为三个类型,即:君主政体、贵族政体、共和政体。这三个都是“正体”,其共同点是为大家服务。但是,这三种体制会产生“变体”,用亚里士多德的话来讲就是“堕落形态”,变成统治者本身服务的政体,其中,一个人统治的君主政体变成僭主政体;少数人统治的贵族政体变成寡头政体;多数人统治的共和政体则变成 democracy,其现代英文翻译是“民主政体”,但是由于在当时 democracy 还是贬义词,在这里应该翻译成“暴民政治”或“众愚政治”。

亚里士多德自己喜欢哪种政体呢?他比较推崇共和政体。后面这三种变体肯定不是他所推崇的。而在前面三种中,他认为君主政体和贵族政体基本上不可能稳定存在,因为这两种政体中的统治者太有良心了,就像神一样,居然还能为大家服务,所以他寄希望于共和政体。亚里士多德特别睿智地反对 democracy 政体。Democracy 虽然是多数人统治,但它有很大的弊端。他认为:如果多数人统治是为自己服务的话,大多数人就会嫉恨那些有钱人,因此这个政体注定是不安定的。在亚里士多德看来,国家权力既不能交给最有钱的那部分人,但也不能交给最贫穷的那部分人,否则都注定是不安定的。国家的权力应该交给谁呢?交给中产阶级是最好的,这就是共和政体。我当时看到这一点,非常振奋,感觉亚里士多德确实不愧是人类中的先知!他这个学说至今仍然是振聋发聩的。只要你理解其真髓,就知道这一点。这句话对于当今中国尤其具有重大的启迪意义。诸君请记住,好好去读亚里士多德的《政治学》!

## 2. 马基雅维利的分类

在亚里士多德之后,马基雅维利(Niccolò Machiavelli, 1469 ~ 1527)提出了国家类型学的又一个经典分类学说。他不用 constitution, 而采用 government。当然,这是意大利语翻译过来的。1513年,马基雅维利在《君主论》中提出一个很简明的政体分类,即分为君主制和共和制两种。其中,君主制就是一人统治,共和制就是多人统治。马基雅维利处于意大利分裂的时代,他认为在当时分裂的意大利,共和制不可能实现——因此只能实行君主制,通过君主制实现国家的统一。所以,他用的是“一元二分法”。“一元”,指的就是“统治者是谁”的标准;“二分”就是分为两种形态。按照这个道理,刚才我们所讲的亚里士多德的分类是几元几分法呢?是“二元三分法”。

## 3. 博丹的分类

在马基雅维利之后,法国学者博丹(Jean Bodin, 1530 ~ 1596)提出了有关国家形态的分类。博丹提出了国家形态这一概念,法语是 formes de la République,我们大致可以从英语中推测出其含义,只不过词序与英语有些不同罢了。博丹还同时提出了主权概念。他认为,主权是至高无上的、不可分割的、不受限制的权力。正是根据主权之所在,博丹将国家形态分为三种,即:君主制、贵族制、民主制,而他本人力主君主制,理由是君主制最为稳定。博丹另外根据国家权力来源和行使方式,将国家分为:合法国家、僭主国家和叛乱国家。博丹的分类方法有点类似于亚里士多德,也是属于二元三分法。

### (二)一般国家学的经典分类

应该说,以上都是政治哲学对国家的分类。但如前所述,到了近代,德国出现了一种学问,叫做一般国家学。其实,在法国等其他大陆法国家也都存在。一般国家学当中有一个理论,可叫做“国家形态理论”。国家形态,用德语讲就是 Staatsform。在德国的一般国家学的国家形态理论当中,亚里士多德的 constitution、马基雅维利的 government 和博丹的 formes de la République 一律都翻译成 Staatsform。也就是说,在那个时代,国家



形态的概念确立了。

当时最著名的国家形态论，可举近代德国一般国家学的集大成者耶利内克的分类学说。这个分类你看完之后，会叹为观止。为什么呢？因为它太精细了！耶利内克采用的也是一元二分法，标准就是国家意志构成的种类的可能性。他认为，根据这一标准，国家可以分为君主国和共和国。分到这里还是很粗疏的，但是耶利内克学说的特点在于，接下去是极为细致的下级分类。有关这点，我们后面会讲到，这里姑且先按下不表。

以耶利内克为代表的一般国家学对国家形态的分类，有什么特点呢？它具有高度的形式性，不再进行价值判断，不像亚里士多德那样做类似于“正体”、“变体”的价值判断。总之，它具有高度形式性，也具有可操作性。而这也是法学的特征。

### （三）法学的经典分类

#### 1. 穗积八束的分类

传统的国家类型学中其实曾存在好坏的价值判断，但发展到近代的国家形态论时，就只看国家形态，不看国家实质了。因此，当时 *Staatsform* 这个词被翻译到明治时期的日本的时候，就翻译成“国家之体裁”或“国家形体”，有人索性把它简称为“国体”。宪法学上的国体概念，就是这样来的。

采用这个概念的最有代表性的学者是东京大学的穗积八束。他是中国人所熟悉的日本近代著名法学家穗积陈重的胞弟，“中华法系”这个概念就是穗积陈重提出的，而穗积八束确立了“国体”的概念，他的学说被概括为“国体宪法学”。最近我在《中外法学》上发表了一篇文章，就是专门研究他的“国体宪法学”的。穗积八束可谓是国体宪法学的代表，并为此成为明治时期日本官宪宪法学的权威。他原本是留德出身的，曾师从拉班德。拉班德是当时德国公法学的巨擘。穗积八束跟从他学习，其实也没有好好学习。根据研究，他其实也就学了一些而已。但他发展出了有日本特色的理论体系，形成了国体宪法学。他回日本那年是 1889 年，这年马上就要公布《大日本帝国宪法》了。因此，穗积八束一回到日本，就被

称为是“宪法学王子”。确实,他还比较年轻,当时才28岁,回到东大,他马上就当正教授了。过了几年,他就变成官宪法学的权威了。

穗积八束最早将国体概念作为宪法学基础概念,或者说,他是最早将Staatsform翻译成日文“国体”,并且作了精细论证的人。当一个学者具有他自己的理论体系的时候,他才能够成为一个重要的学者。体系对于一个学者来说是非常重要的,而穗积八束是有理论体系的。穗积八束的国家形态论是什么样的呢?他将Staatsform翻译成了东方式的“国体”,但区分了国体和政体的概念。这就出现了二元的分析方法。什么是国体呢?他认为国体“因主权之所在而异”,这基本上是吸收了博丹的国家形态学说。他把国体分为君主国体和民主(共和)国体,这与德国一般国家学的主流一致。大家注意,我国清末民初许多人把共和看成是国体,就来自于穗积八束的这一分类。那么,政体是什么呢?这是国家分类的另一个标准,即“由统治权行使之形式而分”。穗积八束把它分为专制政体和立宪政体。专制政体,指的就是统治者的权力不受任何法律约束;而立宪政体,就是统治者的权力受到约束。立宪政体简称“宪政”。大家注意,中文“宪政”的概念,其源流就在这里。有人反对“宪政”这个概念,其实是不妥的。因为它最初就是“立宪政体”的简称。这是一个抽象的、形式意义上的说法,就是这个政治体制它并非无法无天、不受任何法律约束。受法律、尤其是宪法约束的政治体制就叫作立宪政体,即宪政。

穗积八束整个体系当中,国体的概念最有特色,且最为重要。国体概念是怎么建构起来的呢?他主要是用二元二分法。也可以说是:用东方的酒瓶,装上西方的酒,再卖给东方。东方的酒瓶是什么呢?就是“国体”的概念。因为从语源学上讲,“国体”这个用语是来自东方的,是日本在古代从中国引进过去的。中国古代许多经典都出现过“国体”的概念,比如《管子》、《汉书》上面都反复出现过“国体”的用语,指的是“构成国家的最重要的要素”、或“国家的体面”这些含义。到了日本之后,“国体”一语起先也是采用这些含义,但慢慢地出现了含义的变迁,尤其是江户时代(1603年到1867年)，“国体”成为国家观念当中的一种核心概念。到了

明治初期,它被看成是某种源自于日本自身无与伦比的历史、传统与习俗的结晶,集中体现在天皇制之上。因为据说延至明治天皇,日本天皇的皇统一共延承了122世。这在世界上是极为罕见的。相比来说,其他国家的一姓之皇统一般都没这么长,比如我国秦王朝,最初还想“万世一系”,但没想到传到二世就亡了。即便一些比较长的朝代,也只是传十几世就亡了。只有日本天皇制度,传到明治天皇时竟然是122世了。所以日本人从中获得一种骄傲。我今年去日本开会时,顺便参观了皇居,仍然感觉到日本对待天皇的一种态度,即他们把它看作是一种文化的结晶。在日本,伦理文化意义上的“国体”概念,指的就是这种结晶。

穗积八束就利用已经在日本形成的那种伦理文化意义上的国体概念,去转译西方的Staatsform,为此把它建构为一种合二而一的概念,既有法政的含义,也有伦理文化的内涵。这样所形成的国体宪法学,我觉得还是有贡献的。首先,国体概念中含有“国家之基轴”,由此确立了一种国家统合原理;其次,穗积八束的学说推动了西方的国家类型学在亚洲话语中的发展。主要表现在:西方国家类型学中只有对政体的分类,到了日本多了一个分类,即根据国体的分类。这种分类也为近代东方国家在面临西方列强冲击的历史处境中安排了君主立宪主义的出路。他把东方国家无法妥协的那些要素打包起来,当作是国体,保留下来,同时,吸收西方的理论,把它放进政体里面去。这样就安排了一种君主立宪主义的出路,而不至于出现全面对抗或者全面妥协,避免了革命与复辟之间的反复动荡。所以说,穗积八束的国体宪法学是有贡献的。可是战后日本法学界很多人看不到他的贡献,把穗积八束批得一无是处。我最近和日本一些宪法学者交流,认为要重新认识穗积八束的重要性,部分日本学者也认同这一点。

## 2. 美浓部达吉的分类

美浓部达吉是与穗积八束差不多同时代的一位新锐学者,也是其最主要的一个论敌,他针对穗积八束的国体学说,提出另外一种学说,可称为“国体概念无用说”。但美浓部达吉承认历史文化意义上的国体以及它

对宪法解释的意义,只是反对把它作为法学概念,理由是从国家法人说看来,无论任何国家,其主权之所在都在国家那边,因此,穗积八束所说的国体概念就没有意义。那么国家形态应该怎么分类呢?美浓部达吉采用一元二分法,即只承认“政体”的概念,政体就分为两种,一种是君主政体,另一种是共和政体。这个学说在民国时期也被引进到中国。所以我们民国时期会出现有人说共和是国体,比如说“拥护共和国体”;有人则说共和是政体。这是因为前者受穗积八束的影响,后者是受美浓部达吉的影响。

穗积八束的国体论,其命运很曲折。它被提出来之后不久,就成为主流学说。但是到了1911年,发生了国体争论,美浓部达吉突然在《宪法学讲义》当中对穗积八束的国体学说提出猛烈批判,主要观点就是上面讲的。这个批判确实非常有力。那些年穗积八束正在生病,老先生也爱面子,没有亲自出场,就叫他的弟子上杉慎吉出场领战,因为上杉慎吉和美浓部达吉是同年龄段的,穗积八束在后边不断写信给他援战。但是,上杉慎吉的理论水平略逊,几个回合就败阵下来了,这使得穗积的国体论受到严重的挫折。此后,明治天皇1912年去世,穗积老先生抱病参加了葬礼,受了风寒,不久之后也去世了。穗积八束去世之后,上杉慎吉就在学术界陷入了孤立,国体宪法学派一度受到重大挫折。在接下去的整个大正时期,美浓部达吉的学说就成为主流学说。但是,从三十年代起,由于日本法西斯主义抬头,国体学说又居于通说地位,因为它被日本法西斯主义所利用,作为国家主义的一个学说,重新雄踞主流地位。然而到了战后,日本新宪法确立了国民主权和象征天皇制,国体概念终成“死语”,穗积的学说遭到了蔑弃。这就是它曲折的命运。

以上是本堂课的第一部分——国家类型学的源流。

## 二、从国体到国家性质

### (一) 国家性质与国家本质

在当今中国,我们把国体概念叫作国家性质,指的是国家的阶级性质,它体现为社会各阶级在国家当中的地位。这里所讲的国家性质与国

家本质又是不同的。上一次课我们讲国家及其正当性,里面讲到国家的本质。对国家本质的不同认识,形成不同的国家观。那里所讲的国家本质指的是什么?指的是古今中外所有国家的性质。而我们这里所讲的国体意义上的国家性质,指的则是特定国家的性质,比如新中国建立之后,它的国家性质是什么。它是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。这是我们国家的性质。当今我国的通说认为,以上我们国家的性质就是国体。

## (二) 国体概念的源流

那么,我国这个通说的源流是怎样的呢?之前我们讲到,国体这个概念在我国古代经典里面就存在了,后来被古代日本引入,最后又从日本传入进来。这个叫作“字侨”或“词侨”现象。在当今中国,法学、社会学、政治学领域大量的词汇都是这么来的。当从古代中国出去又回到中国时,字或词的含义已经发生了变迁。国体概念就非常典型。

### 1. 晚清时期的移植

晚清的高官达寿把国体概念从日本引进来。他是第二批被派到日本考察宪政的大臣,在日本当面听过穗积八束的课,受到穗积氏的影响,把穗积的国体政体二元论这个学说整体引进来了。虽然穗积学说在日本曾居主流,但他培养的弟子很少。上杉慎吉因理论水平有限在学术论争中被批倒,最终郁郁而终,年仅五十多岁。但可以说,中国人达寿延续了穗积学说的坠绪,使得国体概念史在此后的中国得以续写。而达寿是怎么延续的呢?第一,他承认并引进了“国体”这个用词;第二,他吸收了国体、政体二元论。

另外一个源流是由梁启超引领的。梁启超的国体说有一个不断发展变化的过程,但主要是受到美浓部达吉的影响。不过,美浓部达吉在法学的上不采用国体的概念,但梁启超并没有照抄照搬这一点,而是承认国体的概念,只不过他把国体概念理解为美浓部达吉所说的政体,认为国体就是国家最高机关之所在。也就是说,这本来是美浓部达吉对于政体的分类标准,梁启超把它作为国体概念的内涵而保留下来了。还有一些著名的

人物,比如张知本,他更加直接地受到美浓部达吉的影响,比梁启超更甚,曾经不承认国体概念。

## 2. 新中国时期的通说

20世纪40年代,毛泽东对国体、政体提出了一个颠覆性的论断。1940年1月,他在延安发表《新民主主义论》,指出:“这个国体问题,从前清末年起,闹了几十年还没有闹清楚。其实,它只是指的一个问题,就是社会各阶级在国家中的地位”。这是一个非常重要的论断。其意义就在于,国家类型学得到了实质化。过去的国家类型学发展为形式化的,国家类型学变成国家形态论。可是到了毛泽东这里,这个就被颠覆掉了,国体概念被重用,且把国体概念称为国家的性质。国家类型学在这里重新回到实质性的判断。这成为新中国法政学界的通说,后来体现在宪法当中。

### (三)我国现行宪法中的国体条款

当今我国的国家性质是什么呢?根据主流学说,答案很简单,那就是我国现行《宪法》第1条第1款所规定的,即中华人民共和国是工人阶级领导的,以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。

#### 1. 主流学说

根据这个条文,有学者将其具体化地解读为如下五点内容:

第一,人民民主专政。

第二,社会主义制度。我们国家还被确定为是一个社会主义国家,社会主义制度被认定为我们“国家的根本制度”。

第三,相应的政党制度。主流学说认为我国的政党制度既非一党制,也不是多党制,而是中国共产党领导的多党合作和政治协商制度。在这里,我们要注意区分多党制和多党合作制的不同:多党制其实就是多党竞争制,所谓“政党政治”,一般指的主要就是这种制度的运作机制;而我国的多党合作制则是指在中国共产党和各民主党派之间存在领导和被领导的关系。这一点从哪里解读出来呢?主要是从宪法序言中解读出来的。宪法序言第7自然段讲到坚持四项基本原则,其中就有坚持中国共产党的领导;第10自然段规定了政治协商制度,1993年修宪时本段最后增加

了一个表述,即“中国共产党领导的多党合作制和政治协商制度将长期存在和发展”。

第四,经济制度。对经济制度加以规定,这在世界上大多数国家的宪法里是较少见的,但欧盟例外,也就是说,多数成熟的立宪国家的宪法都不太规定经济制度,最多只规定私有财产不受侵犯,而这种规定实也是作为一种基本人权来保障,而不是作为制度来规定的,尽管有些国家的某些宪法学说也将这种私有财产权的保障理解为是一种“制度性保障”。但我国情况不同,因为根据马克思主义的理论,经济基础决定上层建筑,为此它是国家性质的基础,那就必须加以确定了。那我国的经济制度是如何的呢?宪法总纲部分有很多规定,包括从第6条到第18条,一共13条。当然,由于我国这二三十年以来一直处于经济改革和社会转型之中,这部分内容也是现行宪法中变动最频繁的,经历了多次修改,所以可以把这部分称为我国宪法中的“动感地带”!

就目前而言,我国经济制度的内容很丰富,但最重要的是如下内容:(1)生产资料的社会主义公有制是基础。根据马克思主义的看法,过去在剥削阶级社会里面,生产资料都是私人拥有的,因此拥有生产资料的人便成为剥削阶级,而社会主义革命的目标就是要消灭剥削阶级,为此就要消灭生产资料的私有制,建立生产资料的公有制;至于生产资料的社会主义公有制,又有两种形式:一种是全民所有制,另一种是劳动群众集体所有制。(2)非公有制经济,其在理论上被定位为社会主义市场经济的重要组成部分。(3)保护社会主义公有财产和公民合法的私有财产。但根据宪法的明确规定:社会主义公有财产神圣不可侵犯,而公民合法的私有财产只是“不受侵犯”。

第五,主流学说还认为,作为一个人民民主专政的社会主义国家,我们还需要三大文明协调发展。哪三大文明呢?即序言第7自然段里所说的“物质文明、政治文明和精神文明”。

以上是主流学说所认定的我国国家性质的内容。这种说法显然属于一种扩大解释,但也不是空穴来风的,而是有宪法条文依据的,基本上反



映了现行宪法总纲部分的主要内容。然而前面我们也提到了,从比较宪法的角度看,这些宪法条文都很有特色。有什么特色呢?我觉得可以归纳为如下五点:

(1)政治性。它们反映了特定的、对抗性的政治价值观,超常体现了宪法作为政治法的典型特征和核心内容。这里说的“对抗性”,主要是与传统资本主义国家的政治价值观的对抗。我们有些人经常说宪法是“政治法”,这从某种意义上说当然是正确的,因为宪法确实会涉及政治问题,但是这个特征在宪法学当中,往往会被淡化,尤其在人们把宪法学作为一门规范科学来研究的时候,这种宪法学就往往会通过规范分析来消解此种政治性。但我们的宪法不同,它有关国家性质的条文,本身就具有突出的政治性,超乎寻常的政治性,而有些学说不仅没有通过规范分析去消解这一点,相反,直接接受了这一点。

(2)意识形态性。它们是形成正统政治意识形态的基础,并受到意识形态部门的强力保护,甚至用刑法加以保护。刑法过去规定反革命罪,现在不说反革命罪了,改为危害国家安全罪,实际上换汤不换药,其中的主要目的,仍然包括保护我们的国家性质。

(3)纲领性。纲领性一般有两种含义:一个是指抽象性、原则性;另一个是指当前还没有实现,但作为积极追求的目标的性质。这两种纲领性在我国现行宪法总纲中都存在,但这里所说的纲领性主要是指第一种。而因为纲领性条款的内容往往是非常抽象的,缺少具体的明晰的内容,为此自然也很难作为司法机关直接适用的规范依据。

(4)低度规范性。显然,这是由纲领性决定的,这些宪法条文一般由原则、政策之类的语句构成,甚至可以说主要是一种政治宣言,即便是作为核心概念的“社会主义”这个概念的内容,迄今还难以在规范意义上得到确定性的解释,而且似乎越来越难以得到这种解释了。

(5)张力性。这部分的规范被认定为是不可动摇的,因为国家性质不可动摇,国家要竭力保护它,不惜动用国家的刑法也要保护它。过去曾有一位具有一定权威的宪法学家,现在已经去世了,他就曾提出一个主张:

“政体可变,国体不可变!”一听这气势,就让人肃穆。然而如今,我们又不得不承认这部分内容在这二三十年中还是在变的,而且具有多变性,尤其是我们前面说过的经济制度部分,就在反复变化,另外序言当中的第7自然段也是一个多变的地带。这都是现实,表明其不可动摇性与多变性之间存在一种张力性,这是需要我们注意的。

以上我们所讲述的是,我国宪法学迄今为止的主流学说根据现行宪法的规定对我国的国家性质所作的理解。我们承认,这是很重要的,但接下来我们要讨论的是:关于我国的国家性质,在宪法学上是否还可以作出一种新的理解呢?我认为是可以的,而且这种新的理解模式同样也有宪法上的依据。

## 2. 有关国体条款的规范分析

这个国体的条款,我们分析起来,会发现里面隐含着许多政治的密码。

### (1) 国体条款的隐含内涵

第一,共产党的领导。我国国体概念隐含了中国共产党的领导。这从哪里可以分析出来呢?宪法第1条第1款中的“工人阶级领导”与第1、2款中的“社会主义”,这两点都可以推导出共产党的领导。

当然,共产党执政的合法性并不仅仅体现在这个国体的条款当中,也体现在其他方面。在本章导引问题中我们曾经问道,关于中国共产党的领导或执政,宪法上有哪些规范依据呢?正确的答案是:至少有三处。第一处:序言第四到第六自然段。我们讲过,这里记述了20世纪的四件大事。这个历史叙事就隐含了一个推论,中国共产党的领导地位是历史地形成的。第二处:序言第七自然段,其中明确地提出要“坚持中国共产党的领导”这一原则。第三处:就是这里所说的国体条款,即宪法第一条了,其中又暗含了中国共产党领导地位的合法性论证。所以有人说,我国这部宪法,其序言最重要,比如政治宪法学就持这种认识。我认为这个说法还不够准确,因为按照那种逻辑,那么总纲第一条也非常重要。

第二,对敌人的专政。国体概念隐含了对待敌人的原则,即实行专

政。那么何谓专政呢？我认为，从“人民民主专政”这一用语的规范性内涵来看，其中的“专政”，主要指的就是人民对政治权力的排他性的占有，即不让敌人成为主权者的构成部分，分享国家的政治权力。其在法律上配套的技术手段就是剥夺这部分人的政治权利，所以，比如现行宪法第34条在规定了年满18周岁的公民普遍享有选举权与被选举权时，就设了一个但书，明确规定“但是依照法律被剥夺政治权利的人除外”。

当然，如前所述，有关专政的传统定义，列宁曾作过一个论述，这是在1918年的论述，列宁指出：“无产阶级的革命专政是由无产阶级对资产阶级采用暴力手段来获得和维持的政权，是不受任何法律约束的政权。”但是我认为，这里所说的“不受任何法律约束”这一点，充其量也只能说明历史上“专政”体制的一种特点，而不能理解为“专政”体制的内涵，尤其是不能作为中国现行宪法国体条款中有关“专政”的内涵，因为，从国体概念史的角度来看，但凡国体条款，其主要要确定的内容都涉及“主权之所在”这一根本问题，而“不受任何法律约束”不能说明这一点，只有前面所说的“人民对政治权力的排他性的占有”这一点，才能回应“主权之所在”的根本问题，为此才适理解解为“专政”的内涵。

不仅如此，中国的社会主义实践实际上也已经扬弃了人民民主专政可以“不受任何法律约束”这个观念，也就是说，作为“专政”的一种特点，它也已不复存在了。这是因为在这一点上中国有过极为严重的教训，“文化大革命”就是在这种情况下发生的。当时人民对敌人的专政不受法律约束，最后，人民自己的成员也可能被划分为敌人，也就是说有些人曾经批斗过敌人，但最后自己反过来受到了批斗，像刘少奇、邓小平、彭真、罗荣桓等都受到残酷的批斗。所以，文化大革命后，大家认识到这一点，强调必须实行法制，专政观念开始发生变迁，即认为即使对敌人实行专政，也必须纳入到法律的框架当中，其标志性的历史事件就是对林彪、四人帮集团的审判。

其实，专政的英语原文是 Dictatorship，其现代含义即可以理解为是对政治权力的排他性的占有。Dictatorship 翻译成中文则有两种含义：一种

叫独裁,另一种叫专政。近代的时候,“独裁”这个中文用语是中性的,后来才成为贬义的,变为贬义之后,共产党很聪明,就把“独裁”这个词送给国民党了,而“专政”一词则倾向于属于中性词,为此,工人阶级领导的、以工农联盟为基础的这种对国家权力的排他性占有,我们就叫它“专政”。但实际上,在英语中,Dictatorship 没有上述的两义之分,只有一种含义,即相当于“独裁”,具有比较明显的贬义。为此,当今我们将“人民民主专政”翻译成为 the people's democratic dictatorship,西方人就说,你瞧,中国自己也承认自己是一个“独裁国家”。对于这一点,不知道国内的意识形态管理机关是否注意到。当然,不管怎么说,Dictatorship 这个词好歹要比 Autocracy 好一些,后者这个具有更明显的贬义色彩,可直译为“专制”,这个“专制”(Autocracy)概念,与“专政”(Dictatorship)是有微妙不同的,不同之处就包括,“专制”含有不受任何法律约束的含义,而“专政”基本上已没有这一含义了,至少在我国当今是这样的。

从这个角度而言,将专政理解为不受法律约束是不对的,而应理解为对政治权力的排他性的占有。这本身也更符合“人民民主专政”这一概念的规范性内涵。

## (2) 国体条款的特殊性

说起国体,我们也可以看一下我国台湾地区的“宪法”。它是我国历史上的 1947 年宪法延续下去的,其第 1 条里面也有国体条款,规定:“中华民国基于三民主义,为民有民治民享之民主共和国。”这里有个特点,被称之为“以主义冠国体”。这在“五五宪草”时期就曾受过批判。有人指出,你用一党之主义放到国体之前,成何体统啊?针对这种批判,后来它改了,虽然也写入了三民主义,但直接代之以林肯的“民有、民治、民享”去冠“民主共和国”这个国体的表述,这个用心良苦的条款终于得到了接纳。

新中国宪法则做得更巧妙了。新中国宪法中的国体和主义也产生了一种关系,比如现行宪法第 1 条第 1 款规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家”。在这里,采用的句式不再是“以主义冠国体”了,如果说有何特点,那么则可概

括为“以国体冠主义,使主义成国体”了。这本身是因为国体具有了实质性内容,主义也已经被制度化了,即社会主义成为一个根本制度。由此,国体就发展成为“国家性质”。

### 3. “国家性质”新解

这个国家性质到底应该如何理解呢?我们说过,毛泽东的理解非常经典,国体就是“社会各阶级在国家中的地位”。具体而言,在当今中国,工人阶级居于领导地位,农民阶级是同盟军;其他阶级在国家中的地位如何呢?答案是:作为剥削阶级的阶级已经被消灭了,但还存在一些敌人。这是传统的理解。

这个理解当然是毋庸置疑的,但它倾向于是一种政治性的理解,而非规范意义上的理解。如果从规范角度解读国体,即国家性质,我们也可以将其理解为国法秩序的本质特征,其体现于某一国家宪法所确立的国法秩序的根本原理(或曰根本原则)之中,为此构成国法秩序纲领的核心。所以,在我国,这些内容就被写在宪法总纲部分,并以原理或是原则的形式体现出来。而这样一种国家性质的内涵,还是具有历史性的。也就是说,同一个国家的国家性质也可能随着历史的发展而产生微妙的变迁。

如果按照这样一种“国家性质”的概念来理解,并依据我国宪法中的相关条款来分析,就我国的国家性质其实也可以从如下三个方面来理解:

首先是“人民民主”。这个性质体现在现行《宪法》第1条第1款以及第2条之中。诚然,第1条第1款中规定的是“人民民主专政”,但在“民主”和“专政”这两个方面中,民主这一方面无疑是更重要的,也就是说,我国主要实行的是人民民主,而非主要实行专政。这一点在第2条整个条款中也得到了直接的映照和具体化。该条两个条款规定的都是人民民主的制度化。

其次是“社会主义”。这体现在现行宪法的许多条款之中,其中最重要的是第1条第1款,其明确规定我国是一个“社会主义国家”。对此,2014年的十八届四中全会说得非常浅白:中国特色社会主义的最本质特征就是坚持党的领导。该条第2款则规定:“社会主义制度是中华人民共

和国的根本制度。禁止任何组织或个人破坏社会主义制度。”至于上述主流学说所列举的经济制度、政党制度等独特的内容,其实也可纳入这个范畴加以理解。总之,“社会主义”作为我们新中国的国家性质的内容之一,是难以否认的。当然,同样难以否认的是:随着社会的急剧转型和时代的变迁发展,作为宪法所规定的“社会主义”,其具体的规范性内涵在当下正处于一种继续形成状态之中,为此,究竟应如何把握,以及何去何从,则有赖于主权者人民的意志以及历史发展的结局了。

最后则是“法治国家”。这体现在宪法文本第5条,包括1999年修宪时增设的该条的第1款:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”党的十八届四中全会进一步强化了这一条内容的意义。

以上三点共同构成了我们新中国的国家性质。质言之,我们新中国的国家性质体现在三条基本原则之中,也就是人民主权原则、社会主义原则和法治国家原则。这三个原则,也可理解我们国家国法秩序的三大基本原理。而经过这样的界定,我国的国家性质虽然在具体内容上具有中国特色,但在当今世界的立宪主义潮流中也并非是完全孤立的、不可理解的;相反,即使与世界上某些主流的立宪国家也具有一定的可比性,比如较为接近的国家可能是德国,如前所述,根据其《基本法》所规定的国法秩序纲领,德国是一个民主的、社会的法治国家。这是通过德国基本法第20条、第28条体现出来的。首先,这里的“民主”相当于人民民主。其次,这里的“社会”是说这个国家具有一定的社会性,会采纳一些社会主义政策,并将其部分制度化。而我们不仅采纳社会主义政策,更是将社会主义作为“根本制度”。这既有程度的区别,也有性质的区别。再次,德国人强调“法治国”。这个“法治国”,德文称为 Rechtsstaat,与英美的“法治”(rule of law)在发展历程以及具体内涵上也有所不同,我们宪法第5条中所说的“法治国家”,与其说较为接近于英美的“法治”,倒不如说更接近于德国的法治国。

总之,我们的国法秩序的根本原理和西方国家也具有一定的可比性,而且只要我们拥有足够的定力,这种对比也是有益无害的。我们可以强

调中国特色,但不必把“中国特色”诠释为西方人无法理解的内容。这是没有必要的。我们应该在世界上推销自己的国家,不要把自己的国家诠释成是根本无法和对方比较的古怪的国家,从而遭到无谓的排斥。而这个关于国体的新说,就有助于我们在国际社会确立自己国家的形象,说清自己国家的类型。

另外,我们这个国体新说和国体条款的关系是什么样的呢?我们这个国体新说超越了国体条款,但是我们也承认国体条款本身也在发展。它在内涵上具有一种自我演进的机理,这与我们这个学说是一致的。比如,之前我们谈到,这个国体内涵中隐含了共产党的领导。为什么共产党具有领导地位呢?我们可以推断,共产党具有国家统合的重大功能,是国家统合的主导力量,而共产党执政所具有的合法性,就隐含在国体概念之中。但这在逻辑上可以这样理解:因为中国共产党是国家统合的主导力量,所以中国必须坚持中国共产党的领导;而既然中国共产党是国家统合的重要力量,那就必须听从人民的意志,不断改进自己的执政方式,实行依法治国,推动中国民主法治的发展。只有这样,才能提高自己执政的合法性,才能实现国家的长治久安,乃至实现中华民族的伟大复兴。

以上是我们讲的第二个大点。

### 三、从政体到国家形态

前面已提到,政体其实是属于国家形态之一种,国家形态的另一种则是上述的国体,所以说国体与政体是相对称的。但国体概念实质化之后,政体的概念就主要用来指称国家形态了,同时,国体与政体的关系也被理解为是内容和形式的关系了。

但是,政体这个概念有狭广两义之分,尤其是在新中国,狭义的政体概念用得较多,但从国家类型学角度来看,要全面深入地理解政体,不如重新返回“国家形态”这个传统的概念中去,因为这个概念具有丰富的内容,可谓广义的政体,包括三个方面:第一方面是国家权力组织形态,在新中国宪法学称之为“国家政权组织形式”,这就是狭义的政体概念;第二方



面是国家结合形态,新中国宪法学称之为“国家结构形式”,但在传统宪法学中,也是作为政体的一个方面来把握的,美浓部达吉就是这样做的;第三方面是国家象征形态,这也是国家形态的一种。

以下,我们逐一讲这三个方面。

### (一) 国家权力组织形态

如前所述,国家权力组织形态,实际上就是当今我国宪法学界通常所使用的狭义的政体概念,一般被称为“政权组织形态”,其实主要讲的是国家权力的横向分配及其运用。这个我们大家都很熟悉,看课本就可以。

那么,国家权力组织形态、或者说狭义的政体可分为几种呢?

#### 1. 狭义政体的分类

##### (1) 耶利内克的分类

有关狭义政体,比较经典、同时也比较精细的分类可见之于耶利内克的学说。这一点前面曾交代过,说耶利内克把狭义的政体分为君主国和共和国,但他又接着细分,把君主国分为两大类:第一类是选举君主国和世袭君主国,这是历史上都真实存在过的;第二类为限制君主国和无限制君主国。根据通过等族会议或立宪来限制君主的不同,他又将限制君主国又分为等族君主国和立宪君主国。相应地,共和国主要分为四类:第一类,由社团支配的共和国,主要指的是政治团体支配的共和国;第二类,寡头性质的共和国,指的是少数人控制住的共和国;第三类,由特定阶级(如贵族)支配的共和国;第四类,民主共和国。其中,民主共和国又进一步细分为两类:古代民主共和国(古希腊雅典为典型)和近代民主共和国。近代民主共和国又分为三类:拥有咨询性质议会的民主共和国、拥有纯粹代表制的民主共和国、拥有直接选举产生的议会的民主共和国。

这是我迄今所接触的最为精细的政体分类学说了,几乎令人叹为观止。而且请注意,这些都是形式化的分类,没有进行好坏的评判。但琢磨一下这一分类的内容,感觉颇有回味,对思考当今许多国家的政治体制,仍不乏启迪意义。

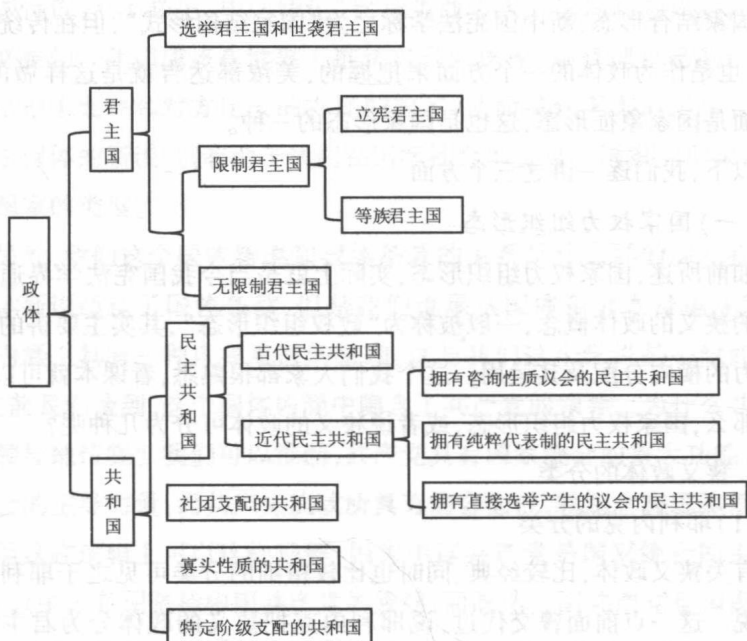


图 25 耶利内克对政体的分类

## (2) 现代学说的分类

现代学说对狭义政体怎么分类的呢？

第一种类型在宪法制度上可以称为君主立宪制。它是以世袭的君主为国家元首，但其权力又根据宪法的规定受到不同程度限制的政体。如果君主的权力不受宪法的限制，那就属于传统的君主专制了，这就根本无法纳入宪政体制来论述。而君主立宪制又有两种不同形式：一种叫二元君主制，另一种叫议会君主制。在二元君主制里，君主的权力很大，他既是行政机关的首长，同时又可能对立法产生重大影响，甚至有时他自身就是立法机关的一部分，也就是说他横跨立法权与行政权，既是国家元首又是政府首脑，所以叫二元君主制。典型的例子就是近代普鲁士宪法、俾斯麦宪法以及日本明治宪法确立的体制。这种体制现在已经比较少了，现代世界上比较常见的君主立宪制是议会君主制。在采用这种议会君主制的国家中，君主和议会实现了分权，其中，君主是国家元首，但只是个象

征,对议会影响力极小,而且也不享有实质意义上的行政权。典型的代表是英国,当今的日本亦然。

在我国近代,以梁启超先生为代表的一些人也曾主张我国建立君主立宪制,但众所周知,这种主张受到以孙中山先生为首的革命派的坚决反对。坚决到什么程度呢?据说,当年梁启超流亡到日本,有一次在早稻田大学演讲时,宣扬他的君主立宪主张,他先讲君主立宪的原理,又讲立宪的性质以及国会的好处,正讲得带劲,突然台下有一个中国留学生站起来,大声喊:“马屁!”“打!”一只草鞋就飞了过来,“啪”的一声打到梁先生的脸上,连他的眼镜都掉到了地上,会场上顿时乱作一团。那个号令喊打的中国留学生名叫张继,后来成为国民党的元老级人物之一。这个故事也恰好说明了君主立宪主义在当年中国的遭遇。其实,君主立宪制本身也是一个理性的宪政制度,只不过在清末,许多中国人已经难以接受了,而且当时即使要想实行君主立宪制,君主的合适人选也很难找到了。

狭义政体的第二种类型称为共和制。共和制主要指的是国家代表机关和国家元首都由选举产生,依据宪法行使职权,并有一定任期的政体。它具体又可分为多种不同的形态,我们主要介绍四种。

第一种叫总统制。总统制的特点就是总统作为国家元首,是一国的行政首长,其一般是由选民直接或间接选举出来的,并独立于国会,代表性的国家就是美国。德国、意大利也有总统,但是它们的总统是由议会选举出来的,属于广义上的总统制的范畴,不属于狭义上的、严格意义的总统制。第二种可称为议会内阁制,也称内阁制,甚至又称议会制,主要特点是内阁是从议会里面产生出来的,并向议会负责;至于内阁的组成方式,一般由议会中的最大党组阁,如果最大党实力不够,那就联合几个政党一起组阁。当今英国、意大利、德国、日本都属于议会内阁制。第三种是法国的半总统制,这种政体比较特殊一点,属于总统制和内阁制的中间形态,其总统也是由独立选举产生出来的,但其权力略低于美国的总统,又略大于内阁制的总理,所以称之为半总统制。当今法国、俄罗斯、韩国都采取半总统制,我国台湾地区也采用类似的体制。第四种则是委员会

制,即由若干位享有大致相等权力的委员组成一个委员会,作为国家的最高权力机关。采用这个体制的比较少,有代表性的国家是瑞士。

政体的选择,关系到建立一个什么样的国家的重大问题,但这个重大问题的选择,往往是由当时的政治情势决定的,而不取决于人们冷静的合理性判断。即使能让人们冷静地合理选择,一个国家究竟适合采用何种政体,也是一个极为具体的问题,必须放在这个国家当时具体的政治社会经济文化背景中去考量,绝不能抽象地一概而论,比如很难一口断言总统制就比议会内阁制好,反之亦然。因为它们实在是各有利弊。比如,一个国家在面临类似这样的政体选择的关头,往往都是处于政局大变动时期,或者说是政治转型期的关键时候,不少国家在这个时候都会受美国的影响采用总统制,但根据以研究政体问题而称著的当代美国学者林茨(Juan J. Linz)的见解,在这种政治转型期,议会内阁制往往优于总统制,因为总统制有许多缺点,比如在总统制之下,行政机关与立法机关之间的冲突难以解决,而且总统选举往往存在“赢者通吃”的倾向,本身就不利于统合各种政治力量以及不同的种族、宗教势力。但林茨说的只是一个方面,其实,议会内阁制也存在很严重的缺点,其中最大的问题就是由于受多党派政治竞争的影响,如果形不成一个有责任的大党,而存在小党林立的“泡沫政党”现象,那么内阁势必很不稳定,政局往往动荡不安。大家都知道,法国大革命之后就曾长期动荡不安,到了1875年建立第三共和国才相对安定下来。即由于当时采用议会内阁制,有人算了一下,自1879年到1940年期间,法国竟然一共更迭了100个内阁;第四共和期间也是如此,1946年到1958年期间,也更迭了25个政府。到了第五共和期间采用半总统制,政局才总算真正安定下来。

如前所述,中国在辛亥革命之后,曾经发生过总统制和内阁制之争。孙中山因为受美国影响,自己也想当总统,为此主张采行总统制,其实当时他所考虑的总统是由议会选举出来的,并非严格意义上的总统制。而宋教仁则主张采用内阁制,因为他认识到当时的中国,皇帝被推翻了之后,政党就变得非常重要,否则,我们所说的国家统合就成大问题。应该

说,宋教仁这个想法也是很有政治敏锐性的。他本人也很有政治才华,甚至传说宋教仁曾经算过命,算命人告诉他可以做太平宰辅,从此之后,他就在日本研究政党政治。政党政治怎么运作呢?应该在议会里面运作,为此他主张要用议会内阁制。但是,大家都知道,武昌起义之后,宋教仁的这个主张没有被采纳,孙中山等革命党人选择了总统制,然而到了孙中山不当临时大总统,要让给袁世凯来担任的时候,大家都主张改采内阁制。《临时约法》就采用了内阁制,因为用内阁制可以限制袁世凯的权力。而且,《临时约法》设计的议会内阁制也很特别:临时参议院有权弹劾临时大总统,但是临时大总统没有权力制约临时参议院。而一般来说,议会内阁制中的权力分配是有制衡机制的,议会有权对内阁提出不信任的决议案,一旦通过,可以倒阁,也可以弹劾行政长官,但行政长官也有权反制它,体现在他有议会解散权。但是,当时的《临时约法》所设定的权力制约是单向性的,临时参议院闹得很过分时,临时大总统也无法通过法定程序解散它,除非用武力解散。袁世凯被逼急了,后来就这样做了。这个事情变成一个历史公案。当时就有人评论:“因人立法,无可讳言。”但近代以来,中国在设定政治制度的时候,往往是因人立法。

那么,如果可以冷静地进行合理性选择,那么,当时中国是适合内阁制还是总统制呢?对于这个问题我琢磨了很久。平心而论,我认为,在当时的总统制与内阁制这两种选择之间,我认为总统制更适合当时中国,当然,这种总统制实际上属于广义上的总统制,即由改会选举出来的总统任国家元首,而且最好是总统权力得到适当加强。因为百年积弱的中国,亟需完成国家统合的课题,组织强有力的政府引领国家的发展,而且几千年的帝制被废除了,突然没有一个人来担任国家元首,并作为政治权力的核心,老百姓确实会感觉到很不踏实,这本身有违国家统合的原理。从这一意义上说,我个人斗胆认为,其实,1914年袁世凯的《中华民国约法》所确立的政体,除了立法机关权限太小了之外,在当时的国势之下还是有可取之处的,可惜后来将总统变成变相的终身制,袁世凯进而称帝,最终落得个历史悲剧。

## 2. 当今我国政体概述

那么,当今我国的政体是什么呢?通说认为是共和制,细类属于人民代表大会制。

这个人民代表大会制,从理论上说,属于议会内阁制的转化形态,是有正统的血统的。只有这样理解,才能在国家类型学当中准确地、合理地描述我们的政体。

那么,此种人民代表制的主要特点是什么呢?主要是采用民主集中制的原理组织起来,并加以运作的。具体而言是这样的:由选举产生的代表机关被定立为国家权力机关,拥有至高无上的地位和权力,尤其是成为行政机关、司法机关等其他国家机关的母体,其他国家机关都由其产生,对其负责,并受监督。这是国家机关的横向结构;而从纵向结构来看,国家权力最后集中在全国人民代表大会及其常务委员会,这是最高国家权力机关。与资本主义国家有所不同,后者往往实行权力分立,各种权力之间相互制约,即使是议会制,议会的权力也不能说是至高无上的;而在采用人民代表制的国家,人民代表机关则是独大的,其他国家机关都从属于它。当然,在实际上,人民代表机关接受共产党的领导,但至少理论上,它被赋予极高的地位以及极高的职权。

以上是宪法规范上所确立的我国政体。但是,从许多国家的经验来看,尤其是从采用议会内阁制的国家的宪法实践来看,由于到了现代,议会中心主义趋于式微,所以议会内阁制往往在实践中会产生一些形态的变迁。我国的人民代表大会制不同于议会内阁制,但如前所述,它与议会内阁制有些渊源,为此也存在这样的一些情况。

那么,我们的政体当下的实践形态是怎么样的呢?清华大学的胡鞍钢教授曾在2013年出版的《中国集体领导体制》一书中提出了一个很受关注的见解,即认为我们当前实际上形成的政体形态是集体领导体制,又被称为“集体总统制”,也就是中国共产党的中央政治局常委这一体制形成的“集体总统制”。这个观点受到了许多批评,有人认为它有点粗糙。我个人倾向于认为,胡鞍钢教授的这一论断颇有启迪意义,当然,与其说

我国在现实中形成了“集体领导体制”,倒不如说当今我国政体的实践形态是属于一种二元复合型的政体,在学术上可以表述为:以类似委员会制为特征的执政党的集体领导体制与人民代表大会制的紧密结合,“四位一体”的国家主席则是居于权力核心地位的象征性国家元首。

以上只是简单的介绍。而要具体了解我国的国家机关组织形态,则应接下来了解——

### 3. 人民代表大会制度的概念和特征

作为社会主义国家,我国的政权组织形式自然也采人民代表制。我国的人民代表制,被具体地称为“人民代表大会制度”,现行《宪法》第2条第2款规定:人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。从解释学上来说,这个条文的意涵非常微妙:我们知道,第2条第1款是规定国家的一切权力都属于人民,那人民范围那么广,该怎么行使国家权力呢?别急,第2款规定:人民可以通过一种机关去行使国家权力,这种机关就是人民代表大会。于是,这种人民代表大会就被称为“国家权力机关”,也就是说:本来就是“人民行使国家权力的机关”,也可以理解为“代表人民行使国家权力的机关”。那么,这个人民代表大会是怎么产生的呢?《宪法》第3条规定了民主集中制原则。根据这个原则,由人民选举出代表,组成全国人民代表大会和地方各级人民代表大会,作为国家权力机关,再由人民代表大会产生和监督其他国家机关,实现人民管理国家权力的制度,就是人民代表大会制度。人民代表大会制度是我国的根本政治制度。这里有一个知识点请大家务必记清楚:宪法上有两个根本制度,一个叫根本制度,是社会主义;另一个就是根本政治制度,是人民代表大会制度。也就是“社会主义”不仅包括政治上的根本制度,还包括经济、社会等各方面的根本制度,而人民代表大会制度,则是根本的政治制度。

另外,同学们也要注意区分此处所讲的人民代表大会制度和作为一个国家机关的人民代表大会。前者指的是将人民代表大会作为我国的国家权力机关,并且在制度框架内把它置于最高的地位上,以产生并监督其



他各种国家机关的制度,为此属于一种政权组织形式。而在整个的人民代表大会制度框架内,存在很多国家机关,作为国家机关的人民代表大会只是其中的一种。

为了方便,我们经常把人民代表大会制度简称为人大制度。主流学说认为,人大制度主要有这么几项特征:第一,以民主集中制为组织与活动的基本原则;第二,由民主选举产生的全国和地方各级人民代表大会构成国家权力机关体系;第三,全国和县以上地方各级人民代表大会设立常务委员会;第四,人民代表大会产生和监督其他国家机关;第五,在人民代表大会统一行使国家权力的基础上,确立权力的分工与监督机制。凡此种种,大家从中学就开始学习了,这里就不多说了。

#### 4. 坚持和完善人民代表大会制度

无论在学术界,还是在实务界,很多人都认为,对于人民代表大会制度,我们应该保持如下态度:一方面应该坚持,另一方面也要看到它的不足,不断加以完善。前面曾经说过,过去曾有一个有一定权威的左派学者认为:政体可变,国体不可变。这种观点其实是源于近代日本帝国宪法时期以及我国满清末期的主导理论,但值得注意的是,时至今日的我国,时常会看到,由政治意识形态控制的理论界有时也会推出许多政论,反复强调要坚持人民代表大会制度,认为人民代表大会制度也不可动摇。这是可以理解的。但如果认为人民代表大会制度也是不能改革的,那这种观点也就是比上述的主张更为强硬,即连政体也不可变了。然而,坚持这个制度是一个方面,进一步完善这个制度也势在必行。

首先来说坚持。我们说了,人民代表大会制度是人民行使国家权力的基本形式。当然,除了这个基本形式之外还可以有其他形式。《宪法》第2条第3款就规定:人民还可以依照法律规定,通过其他的途径和形式,去管理国家事务和社会事务,管理经济和文化事业,开展民主生活。但是其中最基本、最重要的形式还是通过人民代表大会制度去行使国家权力。

至于为什么要坚持这样一个制度呢?根据主流学说,理由主要有

两点:

第一,它是我国历史发展的产物,是在我国的具体历史条件下,从人民革命的实践中产生的,适合我国的国情。

第二,它体现了国家一切权力属于人民的本质要求。人民代表大会是在民主选举的基础上产生的,具有广泛的代表性。而且选民或选举单位拥有对代表的监督权和罢免权。这些都保证了人民能真正地享有国家权力。

## (二) 国家结合形态

### 1. 国家结合形态概述

国家结合形态,国内一般称为“国家结构形式”,它被定义为国家所采取的、按一定原则划分国家内部区域、调整国家整体和组成部分、中央和地方之间相互关系的总体形式。

实际上,这个定义只说明了一个国家内部不同地区之间的结合形式,而不能说明国家外部之间的结合形式,比如很难涵盖邦联制,这也是由于“国家结构形式”这个用语本身是比较狭窄的,而要完整说明这两个方面的内涵,则应改用“国家结合形式”这一概念。我们在这里就大胆采用这个概念。

其实,民国时期的中国宪法学就曾用过这个概念,甚至早在1910年梁启超在《宪政浅说》一文中,就曾经借用了当时日本宪法学界的说法,采用过“国家结合形态”这一用语。当然,由于受到当时日本学说的影响,梁启超将“国家结合形态”也作为一种“国体”,因为当时日本学说就是这样说的,也就是说,当时的“国体”概念,除了指国家主权之所在,还指国家的结合形态。而在美浓部达吉的政体学说中,所谓单一制还是联邦制的问题,同样也属于政体的一个方面。

既然“国家结构形式”只能说明国家内部的组成,无法说明国家之间的结合形式,那么,我们还是采用“国家结合形态”这个传统的概念比较好。而根据传统的理论,它分为“单一国”和“复杂国”两种,用我们现代的话来说,就是单一制和复杂制,其中复杂制中又可分为联邦制和邦

联邦。

所谓单一制,就是统治权集中于中央政府,地方政府的存在与权力均依存于中央政府的国家结合形式,一般而言,典型的单一制国家,是由若干普通行政单位或自治单位组成的单一主权国家;国家内只有一部宪法,由统一的中央立法机关根据宪法制定法律;整个国家只有一个最高立法机关、一个中央政府和一套完整的司法体系;在中央与地方的权力划分方面,地方受中央的统一领导,地方政府的权力由中央政府授予;在对外关系上,国家是一个独立的主体,公民具有统一的国籍。法国、日本等国家就是比较典型的单一制国家。中国也属于单一制,但不太典型。为何这样说?这个等下再专门阐述。

与单一制相比,复杂制就复杂多了,涉及国家与国家外部之间基于共同的政治或经济等方面的利害关系而进行相互的结合,其中,不同的主权国家能完全结合为一个新的主权国家的,称之为“联邦制”,不能完全结合为一个新的主权国家、只是属于不同主权国家之间较为松散的联合的,则是“邦联制”,也就是说,联邦制属于国内法的国家结合形态,邦联制属于国际法上的国家结合形态。

大家都知道,美国这个国家的英文全称叫着 The United States of America,译为中文就是“美利坚合众国”,但 State 被我们中国人译成“州”,它原意为国家,至少应该译为“邦国”的邦,所以 United States 听起来有点像是国家联合,即我们说的“邦联”,实际上,独立战争之后北美 13 州之间最初所建立的,就是一种邦联,而 1787 年美国宪法则将各个 State 完全结合为一个新的主权国家了,所以就不是邦联,而是联邦了。

当今英国由英格兰、苏格兰、威尔士和北爱尔兰组成,四个地区都叫 country,而英国的全称叫“大不列颠及北爱尔兰联合王国”,英语为 The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,简称 United Kingdom 或 UK,中文译为“联合王国”,听上去也像邦联,实际上连联邦都不是,而是一个单一制国家,因为它们之间已经组成一个国内法意义上的主权国家了。当然,自 20 世纪后半叶开始,英国向地方下放权力,比如给苏格兰

特别大的自治权,也有人认为英国的国家结合形态开始转向“非对称联邦制”,但这只是一种说法。

英国除了“联合王国”之外,还有一个“英联邦国家”,这是怎么回事呢?这个“英联邦国家”,英语叫 Commonwealth of Nations,原称 British Commonwealth of Nations,其前身就是大英帝国,但自从一战之后世界各地民族解放运动高涨,作为日不落帝国的英国也开始衰弱了,最后只好形成一个以英国为主导的国家联合体,由 53 个主权国家(含属地)组成,成员大多为前大英帝国的殖民地或附属国。这个国家联合体的元首是英国女王伊丽莎白二世,她同时身兼英联邦王国内的 16 国的国家元首,但联合体本身不再是一个国家,而是一种比较典型的邦联制国家联盟。也就是说,它在中文上号称“英联邦国家”,实际上是邦联。

## 2. 我国的国家结合形态

那么,我国的国家结合形态是什么样的呢?

关于这一点,我们都说中国国家结构是单一制,其实宪法里面没有明文规定。而有些国家把国家结合形态用宪法明确规定下来,而且规定是宪法修改不能触及的对象。但是从宪法解释当中,我们可以分析出来,我国确实是采用单一制。

其实,新中国成立之初,我们很多制度都学苏联。但在国家结合形态上,前苏联采用联邦制,我国却没有采用苏联的这种模式,而是采用了单一制。这里面有很多原因,值得研究。

传统学说认为,这是由我国历史和民族的具体情形来决定的,并具体归纳出四点理由:第一,这是我国历史发展的必然趋势,是全国各族人民长期奋斗的结果;第二,符合我国民族成分和民族分布的具体特点;第三,适应了全国各民族共同发展与繁荣,建设社会主义现代化的需要;第四,反映了维护国家统一和加强各民族团结的客观要求。这些内容教材里面都写到了,而且写得比较详细。

此外,还应该注意的,虽然我们这个国家在历史上存在“分久必合、合久必分”的历史现象,可是我们中国人的观念当中还是存在根深蒂固的

“大一统”观念,而从历史经验来看,的确,国家的分裂往往伴随着战乱,而国家的统一则带来和平。当然,联邦制并不等于分裂,但人们毕竟会担心联邦制是否拥有足够的缓解民族之间的张力、维持国家稳定等方面的能力,而我们的社会心理、民族心理的承受力到底是否可以胜任采用联邦制,也值得考虑。总之,我们采用单一制,同样与国家统合原理的作用有关。

时至今日,我国也有学者,比如说北大的张千帆教授,倾向于认为中国应该采用联邦制。对此我个人还是持谨慎的态度。这是因为,从某种意义上说,中国是否应该采用联邦制并不只属于宪法学研究的问题,而是政治学、社会学等许多学科研究的共同课题,需要通过大量的实证考察和测算,才能够获得一个可靠的结论。

不过,从现行宪法有关的规范加以分析,我们确实会发现,我国所采用的单一制,不是一种简单的单一制,而是复杂的单一制,几乎介于单一制和复杂制之间的形态,因为我们有少数民族聚居区实行的民族区域自治制度,甚至还有港澳地区的高度自治、一国两制。基于此,西方有学者把中国这种形态叫做“非对称联邦制”。

“非对称联邦制”上面提到过,它确切的含义是什么呢?是指在一个国家内部,中央政府单方面向某些地区下放比其他地区更大的自治权,而其他区域和中央政府的关系保持不变的一种新型联邦制。有些国家就属于这种非对称的联邦制,如前所述,英国在20个世纪后半期之后,对苏格兰地区下放了大幅度的自治权,就被认为属于非对称联邦制,它还产生了一些后果,包括2014年苏格兰实行公投决定是否独立。为此有人说,我们当今中国对港澳地区实行特别的高度自治,有点类似“非对称联邦制”,中国政府就坚决否认这一点。2014年一国两制白皮书仍然强调这个。我个人认为,我们当今中国确非“非对称联邦制”,而可谓“非对称单一制”。也就是说,在中央对各个地区授权的关系当中确实存在一种非对称结构。这一点无法否定。我们姑且把它叫做“非对称单一制”。这就是“复杂单一制”。

了解了以上原理之后,我们还可以在这个延长线上思考一个问题:中国解决台湾统一的问题到底存在多大空间。我国现行宪法序言第九自然段宣明:“台湾是中华人民共和国的神圣领土的一部分。完成统一祖国的大业是包括台湾同胞在内的全中国人民的神圣职责”。此外,宪法第31条还准备了特别行政区制度。这似乎显示,现行宪法似乎是期待通过单一制的框架解决台湾统一。但迄今为止,台湾方面坚拒“一国两制”,而我们现行宪法上也没有明文规定我国采用单一制,那怎么办呢?我认为,在这种架构下,要实现台湾统一,采用邦联制的框架可能是不行的,因为那就成了两个主权国家之间的联合了,但采用联邦制倒是存在可以考虑的空间,尤其是采用“非对称联邦制”,是一个较为可行的选择。

### 3. 我国的行政区划

行政区划是指国家按照一定的原则和程序,将其领土划分成若干不同层次的区域,并分级建立相应的地方国家机关,以实现国家职能的法律制度。

那么,行政区划是根据什么样的原则来进行的呢?主流学说认为主要有四项:第一,便于人民群众行使国家权力;第二,有利于各民族之间团结;第三,有利于经济社会发展和国防建设;第四,尊重历史沿革和文化传统。比较简单,很好理解,具体内容大家可以看教材第125页。

接下来,我国现行的行政区域是如何划分的呢?《宪法》第30条和第31条作出了规定。这些规定的主要特点可以概括为四点:第一,行政区划的层次是三级制和四级制并存,主要是三级制;第二,三种不同类型的行政区域同时并存;第三,三级市建制并存;第四,虚实结合制。

当然行政区划也可以变更的。前不久就有学者在讨论中国应该建立五十个省,现在的省太大,最好划分成小省,并撤销市,让省直接管县。这就涉及行政区划的大规模变更了。当然,这只是学者的设想,并不一定会付诸实行。但是如果要实行,那该怎么运作呢?要经过哪些法律程序呢?这就属于是我们宪法学的问题了,但有关规定已经比较明确了,其学理性较弱,我们也就不详细展开了,同学们可以去看全国人大、国务院以及省、

直轄市人民政府分別有權決定什麼樣的變更。

#### 4. 民族區域自治制度

所謂民族區域自治制度是指在國家的統一領導下，少數民族聚居的地方實行區域自治，設立自治機關行使自治權，管理本自治區域內的事務。這是我國解決民族問題的基本制度。前面已經說過，我國是一個統一的多民族國家，國內存在 56 個民族，這些民族在歷史上都共同繁衍生息在中華大地上，從而成為中華民族不可分割的部分，長久的經濟文化交流以及相互通婚，已經使得各民族血脈相融、難以分割。但是民族之間的區別還是存在的，於是如何在國家的結構形式當中解決民族問題呢？這就需要政治智慧。

通過總結歷史上的經驗教訓，新中國採用了這樣一個制度，就是民族區域自治制度。同學們記住，它不叫“民族自治制度”，而是“民族區域自治制度”，是民族自治和區域自治的結合。如果是民族自治，各民族各自搞各自的，就會產生一種離心力。但是，少數民族又要尊重，要給他們一定的自治權，於是就加入區域自治的限制條件，在少數民族聚居的地方實行民族區域自治。

民族區域自治制度的主要特徵有這麼幾個。首先，它是以太少數民族聚居區為基礎建立的。其次，各民族自治地方是國家統一領導下的地方行政區，是不可分離的部分。最後，在自治地方設立自治機關，行使自治權。自治權是指民族自治地方的自治機關依據憲法和法律規定的權限，從本民族地方的實際情況出發，貫徹執行國家的法律和政政策，管理本民族地方內部事務的自主權。應該說這種自治權是相當大的。

按照行政地位劃分，民族區域自治地方有自治區、自治州、自治縣（旗）三級。如果按照自治地方的民族組成，又可分為三種情況。第一種是以一個少數民族聚居區為基礎建立的民族自治地方。第二種是以一個人口較多的少數民族聚居區為基礎，同時又包括一個或幾個人口較少的其他少數民族聚居區所建立的自治地方。第三種是以兩個或兩個以上的少數民族聚居區為基礎聯合建立的自治地方。有關具體內容大家可以去



看教材,没必要全部记下来,教材上都有。

前面我们也讲到了民族区域自治制度的优越性。主流学说是这样表述的:一是它保障了少数民族当家做主,管理本民族地方内部事务的权利;二是它有利于促进民族地方的繁荣和国家的富强;三是加强了民族的团结和国家的统一。

### 5. 我国的特别行政区制度

我国虽然是单一制国家,但前面我也说了,它可以说是属于非典型性的单一制,也就是说这种单一制并不是那么单纯,主要是由于我们存在三种不同的行政区域:第一种是一般的行政区域,第二种就是刚才我们所讲的民族区域自治地方,第三种则是特别行政区。所以也可以说,我国是一个具有复合结构的单一制国家。

大家都知道,目前我们已经有了两个特别行政区:香港和澳门。当国者都期望将来能出现第三个特别行政区,也就是台湾特别行政区。但看现在的情况,情势恐怕不容乐观。

那么究竟什么是特别行政区呢?一般是这样界定的:它是指在中华人民共和国领域内,根据宪法和法律的规定,专门设立的具有特殊法律地位,实行特别的社会、政治和经济制度的行政区域。确立特别行政区制度的理论依据就是邓小平同志所提出的“一国两制”方针。在东西方政治意识形态高度对立的历史背景下,这个“一国两制”的构想应该说是很大胆、很高明的,也非常务实,有效地解决了港澳回归祖国的历史课题。那时香港人比较自得,但许多人也服膺于“一国两制”这个构想;但迄今为止,台湾方面则拒绝接受。

主流学说对于特别行政区制度的理论意义是这样表述的:首先,它开创了在一个社会主义国家里,允许局部地区保留资本主义制度,同时又坚持社会主义道路的先例;其次,它突破了传统的单一制国家结构形式的模式,丰富了国家结构形式的内涵;最后,它有助于形成一种带有某些复合制特征的单一制结构形式。

任何一种政治制度都要有宪法依据。那么,设立特别行政区的宪法

依据在哪里呢？那就是现行《宪法》第31条。它规定：国家在必要时得设立特别行政区，在区内实行的制度按照具体情况由全国人大以法律规定。这个条款是一个特别条款，相当于宪法中“国法秩序纲领”的但书，它确立了特别行政区在所实行的制度上的特殊性；它同时也是一个授权条款，授权全国人大按照具体情况，通过立法规定特别行政区的制度。

特别行政区是实行高度自治的地方行政区域，但也是中华人民共和国不可分离的部分，在国家结构的制度框架内，直辖于中央人民政府。中央对特别行政区的管理体现在以下六个方面：第一，与特别行政区有关的外交事务；第二，特别行政区的防务；第三，依法任命特别行政区行政长官和行政机关主要官员；第四，全国人大负责制定和修改特别行政区基本法；第五，全国人大常委会享有基本法的解释权，也授权特区法院在审理案件时对本法涉及自治范围内的条款自行解释；第六，决定特别行政区进入紧急状态。

但特别行政区在宪法框架内获得了特殊的法律地位。从大的方面说，相对于一般的行政区域，它的特殊性体现在四个方面：第一，依法保持原有的社会、经济制度和生活方式，长期不变；第二，拥有高度自治权，实行高度自治；第三，特别行政区的行政机关和立法机关由当地人组成；第四，特别行政区可以使用区旗、区徽。

在这四方面之中，第二方面即特别行政区享有的高度自治权是具有实质性内容的，具体而言，其中至少包括了以下几项权限：

第一，立法权。特别行政区立法机关有权依据基本法的规定，制定、修改和废止法律。特别行政区立法机关制定的法律，须报全国人大常委会备案，但备案不影响该法律的生效。所以，在特别行政区适用的法律就有四种：基本法、原有法律、少量必要的全国性法律、特别行政区立法机关制定的法律。

第二，行政管理权。特别行政区政府依照基本法的有关规定，自行处理本行政区的行政事务。除外交、防务以及其他基本法规定由中央政府管理的行政事务外，均由其自行管理。特别行政区实行的是行政主导的

体制,行政权非常强大。行政长官既是特区行政机关的首脑,也是特区的首长,是特区的象征。中国官员讲究行政级别,那么从级别上来看,特区行政长官的行政级别也比内地省部级高出半级,大致相当于副总理级别。你以后做了某个省的省长,如果行政长官来访,你别误以为人家和你平级,要知道,人家高出你半头。

第三,独立的司法权和终审权。特别行政区各级法院行使特别行政区的审判权,法院独立进行审判,不受任何干涉。特别行政区的终审法院还享有终审权,有权对诉讼案件作出最终判决。这个权力很大。当年内地立法者在制定香港基本法时,似乎是基于自身的经验,以为司法权最弱小,不重要,所以比较大度地几乎全部授予了特别行政区,司法机关的原班人马也全部留下来继续当法官。然而,根据普通法,司法机关享有司法复核权。所谓司法复核权,包含了法官享有判断立法机关所制定的法律和行政机关所作出的行政行为是否违反基本法,如果认为违反了,就可以加以推翻这项巨大的权限。刚一回归,香港法官就用上了这种权力,其中在居港权案件中也行使了这项权限,甚至宣布香港法院有权判决全国人大常委会的法律是否违背了基本法,这下,连内地许多学者都大吃一惊,这个事件形成了风波,几经折腾,最后还是通过由全国人大常委会解释香港基本法来解决的。

第四,特别行政区享有的高度自治权,还包括自行处理有关对外事务的权力。

总之,从港澳的特区制度来看,特别行政区的自治权是很大的。它有独立的货币、独立的海关、独立的法律体系,独立的立法、行政、司法机关,仅仅没有独立的军队,而这一点也可能在设立台湾特别行政区的时候被突破。凡此种种,都说明,特别行政区所享有的高度自治权连联邦制国家的州或邦都难以望其项背。比如,美国各州也有自己独立的法律体系,但是联邦的法律,尤其是宪法,对各州影响很大,比我国的宪法以及全国性法律对香港、澳门的影响大多了,还有,美国各州也没有自己的货币,更没有自己独立的海关,等等。所以完全可以说,我国特别行政区自治的程度

是当世任何一个联邦制国家或邦联的成员国都无法企及的。

### (三) 国家象征形态

通过一些象征物,把国家形态表达出来,这就是国家的象征形态。它指的是国家以宪法或专门法律所规定的象征国家主权、代表国家尊严的标志物,主要有国旗、国歌、国徽、首都。

国旗是象征一个主权国家的旗帜。它通过一定的式样、色彩和图案反映一个国家政治特色和历史文化传统。根据我国现行《宪法》第136条第1款的规定,我国的国旗是五星红旗。

国歌是代表国家的歌曲,也是国家的象征。我国的国歌在宪法上是2004年修宪时才最终确定的,即旧民主主义革命时期著名歌曲《义勇军进行曲》,它是由田汉作词,聂耳作曲的。国歌往往表现着一个国家或民族的精神,世界上著名的国歌有很多,比如英国的国歌《天佑女王》、法国国歌《马赛曲》、美国国歌《星条旗永不落》,其中大部分国歌的旋律都比较舒缓,而我们的国歌则相当慷慨激昂。

国徽也是国家的象征和标志。它常常表现一国的历史与传统,以及一国的政治体制、民族精神和意识形态。国徽的图案、式样、使用都有特别的严格规定,国徽的图案也具有特殊的象征意义。我国的国徽是现行《宪法》第137条规定的:“中间是五星照耀下的天安门,周围是谷穗和齿轮。”

首都也称首府、国都,它是一个国家中央国家机关和国家首脑所在地,往往也是一个国家的政治、经济和文化中心。我国的首都是北京。首都也是国家象征,我们经常听到外电说“北京”“北京政府”,这里说的“北京”其实就是指中国。由此可见,首都也可以作为国家象征。当然,据说外电把“北京”叫多了,于是就有一些美国人认为:中国才是北京的首都。

## 第七章 国家机构原理

今天我们开始讲第七章：国家机构原理。

我们最近讲的是如何把一个国家组织起来，而国家的组织又体现在各个方面，其中一个重要方面就体现在国家权力应该如何在各个机关之间分配。这个问题所涉及的知识就是国家机构的原理。围绕这个内容，我们先推出一些章前导引问题：

第一，一个国家起码需要设立哪些国家机关？这些机关应该按照什么样的原理组织起来并运行呢？这就是我们要讲的主要内容。要解决这个问题很简单，因为各国有各国的做法，各国有各国的理由。

第二，在历史上三权分立的思想是由谁提出来的？如今的西方国家还施行三权分立吗？这个问题也是一个重要的问题，因为这个问题在中国被高度政治化，而且弄得一塌糊涂，说也说不清楚。今天就让我们重新返回朴素的真理，把这个问题尽量从学术角度予以澄清。

第三，我国民国时期著名外交官顾维钧早年留学美国，就读于哥伦比亚大学，恰好在辛亥革命后不久毕业回国，毕业前参加博士论文答辩。在答辩中，他的老师古德诺教授问：从中华民族的利益和需要看，美国宪法有哪些内容适合于中国？古德诺这个人非常了不起，是哥伦比亚大学大牌教授，而且声望很高，如果后来没有中国害了他，他可能在总统竞选中胜出呢。我想当时古德诺的这个提问是真诚的，与今天我们所说的美国人想搞和平演变很不一样，因为当时中国已经通过辛亥革命从君主制演

变为共和国了。根据顾维钧的回忆,针对古德诺的问题,他回答说:对于一个刚刚踏上民主道路的国家来说,能起好作用的基本原理应该是权力分散,也就是我们今天所说的三权分立原理。顾维钧的博士论文当然通过了,不久后回国,在仕途上发展很好,还推荐古德诺,来中国担任袁世凯的宪法顾问。古德诺来到中国一看,终于明白了中国到底需要不需要三权分立。古德诺的最终观点我们暂且按下不表,我们且问一个问题:顾维钧当时在博士论文答辩时所说出的见解,你们觉得怎么样呢?

有关这些问题,都是我们今天要解决的。好的,接下来我们就进入第一节的学习。

## 一、国家机构的基础理论

### (一) 国家机构的定义

首先我们来讲第一个问题,国家机构的定义。什么叫国家机构呢?“国家机构”是专门写到我们宪法里面的,其中第三章章名就叫“国家机构”。国家机构的概念,和“国家机关”概念一样,都是来源于德国近代国法学当中所出现的“国家法人说”。关于国家法人说,我们前面已经讲到过。这里稍微复习一下:在近代德国的国法学当中,有一种关于国家在法上的性质的理论,其观点简单说就是认为国家也是一种法人,而且属于公法人;作为一个法人,国家只有一个意志,但是国家下面有许多机关,由这些机关组成了国家机构体系;这些国家机关,分别行使国家的各个部分的职能,因此是职权独立的机关,但由于是一个法人,一个意志主体,为此各个机关各自所做出的行为,都被视为是国家这个法人整体的行为,由国家整体来承担责任。

这就是“国家法人说”,是大陆法系国家公法学里面的一种重要学说,迄今仍占有重要的地位,要推翻它,是很不容易的。我当年在日本做硕士论文的时候,不知怎么搞的,同学之间传闻我将挑战国家法人说,院内的一些日本老先生就非常震惊,可能心里在想:一个中国的小萝卜头,竟然要斗胆挑战国家法人说!于是作开题报告时,有老教授就大老远地坐车

专门赶到会场,看我如何出手,结果发现我并没有正面出击,现在想想都有点后怕。由此可见在大陆法系的公法学里面,国家法人说之地位。这是大陆法系国家的情况。那么,在英美法国家情况如何呢?一般来说,英美国家的公法中不太用“国家法人说”这样一个理论,因此,它们的宪法学里也没有“国家机构”“国家机关”这样的概念,而是一般采用 government 这个说法,我们将其翻译为“政府”。

前面说了,正是从国家法人说里,引申出了“国家机关”和“国家机构”的概念。那它们该如何定义呢?我国当下的学说一般都认为:国家机构是指为了实现国家职能而建立起来的国家机关的总称。也就是说,所有的国家机关总称为国家机构,从而形成了一个体系。

那么,国家机构有什么特点呢?教材第 243 页从马克思主义理论出发,总结出了五点特征。这五个特征大家可以自己去看,都非常容易理解。

## (二) 国家机构的原理

国家机构的原理,指的是国家机构的组织原理和组织起来后的运行原理,这两个原理可以是合一的,因此统称为国家机构的原理。

### 1. 我国国家机构的组织活动原则

关于中国国家机构在组织活动上所适用的原理这一点,教材写得比较多:第一个是民主集中制原则,中国一般喜欢把原理叫做原则,大致差不多,英语里都叫 principle;第二个是为人民服务原则;第三个是权责统一原则;第四是精简和效率原则。以上内容在教材的第 246 至 247 页。有些教材对这部分写得更丰富详备,除了上述原则外,还有坚持党的领导、民族平等、法治原则、尊重和保障人权原则以及权力监督和制约原则。

那么这么多原则该何去何从、如何适用呢?我认为大部分原则都可适用,其中最重要的、《宪法》上有明确规定的原则就是民主集中制原则,其他原则可以说是附属性原则。关于民主集中制原则是由《宪法》第三条明确规定的。以上就是中国的国家机构在组织运行上所采取的原则。而西方发达国家或说成熟的法治国家采用的是什么原则呢?是否也采用民



主集中制原则呢?非也!主流观点认为,西方立宪国家多采用三权分立原则,而且在不同的国家,三权分立原则的表现形式也是不同的,最为典型的采用三权分立原则的国家是美国。

## 2. 三权分立原理

### (1) 发展脉络

三权分立学说最早是由法国近代思想家孟德斯鸠在十八世纪上半叶提出来的。孟德斯鸠是贵族出身,生活比较富裕,有时间和精力坐在那里思考这样重大的问题。当然,他主要通过考察英国的宪政,才提出了三权分立理论的。不过,也有学者认为最早提出三权分立的是英国自己的政治思想家洛克。我们说,洛克的权力划分是更早一些,但实际上主要是划分为两权,即立法权和执行权,外加一种外交权。但从今日的角度看,外交权并非独立的,也可以归入执行权。但不管是谁最早提出这一学说,我们都应该承认:到了孟德斯鸠这里,三权分立的思想才比较成熟了。而且,孟德斯鸠的三权分立思想,对后世影响很大,特别是对美国,可谓影响甚巨。

有学者经过研究曾得出这样的结论:对于美国的宪政史,法国人做出了重大贡献。这些法国人主要是谁呢?一般可以认为:与其说是卢梭,倒不如说是孟德斯鸠,即真正影响美国宪政的法国人应当首推孟德斯鸠。那么英国人对美国宪政史有没有影响呢?有,洛克的影响就很大。洛克有关“同意”的政治理论,以及有关“生命、自由和财产”的自然权学说等,都对美国宪法产生了重大影响,而孟德斯鸠对美国产生不朽影响的,则是他的三权分立学说。

### (2) 对我国认识现状的反思

那么我国法学界的主流观点对此问题的认识现状是怎样的呢?总结起来,主要有如下三个方面:第一方面,“三权分立”被认为是西方所有立宪国家之国家机构的组织以及活动的原则;第二方面,“三权分立”被高度政治化,使其变成一个非常敏感的政治问题,被纳入国家意识形态之内;第三方面,近年来,“三权分立”在意识形态领域中被完全否定。

我们需要承认,与孟德斯鸠所提的三权分立原则不同,从前苏联到我们中国,社会主义国家采用的是民主集中制原则。这是一个非常重要的对比,并且在中国已经在意识形态领域稳固化,变成了一种简单的图式。实际上,要想真正完成这个对比是需要进一步分析的。只有对三权分立原则进行深入分析,我们才能明白我们采用的民主集中制原则到底是什么,以及为什么要采用民主集中制原则。

于是,关于三权分立原则,我们在这里有必要作出一点澄清:在西方各国宪法中,其国家机构的基本原理应统称为“权力分立”原理,但未必能说都采用的是“三权分立”原理。因为,从严格的学术角度而言,所谓“三权分立”只是以美国为典型的立宪国家所采用的宪法原理,而这种原理只是“权力分立”模式的一种。

其实,古代中国早已存在权力分立的智慧。最典型的就是唐代。在唐代,相权不是由一个人来担任,而是由中书省、门下省、尚书省三个部门来行使的。中书省负责起草政令,门下省负责审核封驳,尚书省负责执行。可以说中国古代就有了权力分立的思想 and 实践。此外,更重要的权力制约就是皇权受到相权的制约,所以钱穆先生不认为中国古代是一个专制社会,皇帝甚至也不是专制皇帝,因为他受到相权、谏权、封驳权的制约。钱穆先生认为中国古代大部分皇帝不是专制皇帝的,道理就在这里。其所谓的专制,就是所有权力由个人行使,乾坤独断。但是古代中国往往有伟大的制度实践,而没有相应伟大的理论阐述,这是中国古代政治文化的一个特点。

### (3) 权力分立原理的含义

在近代西方,洛克、孟德斯鸠等人形成了权力分立的思想,而且后来被直接表述为一种宪法性的规范原理,1789年法国《人权宣言》第16条即写到:凡权利无保障和分权未确立的社会,就没有宪法。

有关权力分立经典要义,可以归纳为以下两点:

第一,国家权力分为立法权、行政权与司法权,不由一个机关统一行使,而且三权的地位大致平等。

完整提出三权分立思想的法国人孟德斯鸠在那部不朽的著作《论法的精神》中即提到：

当立法权和行政权集中于一人之手，或者归属于同一机关，就失却了自由。

如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力，即制定法律权、执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便都完了。

与此相应，在18世纪下半叶，麦迪逊在《联邦党人文集》里也同样做过光辉的论述：

所有的权力，立法、行政和司法权集聚于同一人之手，无论是一个人、一些人还是许多人，无论是世袭的、自己任命的或是选举的，都可正当地断定这就是暴政。

必须以野心对抗野心。

第二，分权之后，各权之间彼此存在一定的制约关系，并达致大概的平衡。但制衡的方式和程度在各国则不同。

#### (4) 权力分立的典范

权力分立的思想对美国建国产生了重要影响。从实践来看，美国的三权分立制度也是最典型的，体现了经典（近代）的要义，即：一方面，立法、行政与司法的地位大致平等；另一方面，相互存在“制约与平衡”。对此，我们也许耳熟能详了。

但实际上，美国的这一套是比较特别的，很多国家，包括西方国家也未必“消受”得起，因为美国之所以会采用这一原理，是有着独特的社会传统历史背景支撑的。

第一，美国人传统上就表示出“对权力的不信任”，他们总是担忧国家

权力过大,威胁到个人利益或自由,在宪法上就是以“人权”表达出来的内容。所以,为了保障个人的正当利益或自由免遭侵犯,才采用了让三种权力互相制约、斗争和大致平衡的宪政框架设计。

第二,那么我们也可能会这样想:美国人怎么“少根筋”呢?他们与其担心国家权力过大会侵犯他们的权利,倒不如从源头上解决问题,即将国家权力牢牢地控制在人民自己手中,不就行了吗?

这看起来是很好的一种想法,我们中国目前的人民代表大会制,就是基于这样想法建构的。但是,美国人从立国立宪开始,就不相信这一点。麦迪逊在《联邦党人文集》中就曾明确谈到:

如果人都是神,那么政府就没有必要存在了;如果能够以神来统治人,那么无论外部与内部的政府制约也就没有必要存在了。要形成一个以人管理人的政府,其最大的困难在于你首先必须使政府能够控制被统治者;其次必须迫使政府控制自己,对政府的首要控制乃是依赖人民,但经验早已教导人类辅助防御的必要性。

这段话非常经典,而且十分重要,尤其是最后一句。从中我们可以知道:

美国人当时也明白了依靠人民去控制政府的必要,认为这是首要的,但他们已经意识到,这还远远不够,除此之外还需要某种“辅助防御”的制度,这就是孟德斯鸠所倡导的“三权分立”原理了。

麦迪逊当年就认识到民主制度的局限,这是难能可贵的,而且,通过当年美国立宪资料,我们可以看到,不仅麦迪逊,甚至当时很多

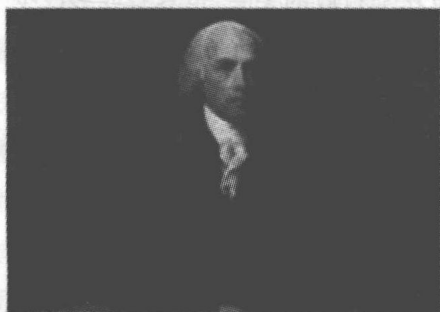


图 26 麦迪逊,美国国父之一,曾睿智地指出:“对政府的首要控制乃是依赖人民,但经验早已教导人类辅助防御的必要性。”

美国建国者,都存在对于民主的不信任或某种戒备的心理。

第三,因为有着深厚的 rule of law 的优良传统。美国人对于法官特别地信任,这一点是与英国相同的,而与欧洲大陆则形成鲜明对照。比如在法国,法官在历史上就曾不怎么被民众信任,原因就在于,在大革命发生前的时期,法国的法官曾经是政治权力中心——封建王权压榨人民的帮凶。但是在英国,譬如以大法官爱德华·柯克为代表,法官则一直相对比较独立,比较有职业精神,在品德上也多有良好的记录,为此受到人民的信赖。正是在这种背景下,司法权在美国才会被赋予那么重要的地位和那么巨大的权力,比如违宪审查权。

与美国不同,欧洲各国的“权力分立”状况则另有一番风景,以至于从严格意义来说,我们很难将其称为“三权分立”。是的,近代以来,欧洲各国也都依据国家权力的不同作用,将其主要区分为立法权、行政权和司法权。但是,这三权被赋予的地位却是不同的,其中最明显的一点就是,各老牌资本主义国家大多存在“议会中心主义”的传统,比如英国和法国。有人说英国议会除了不能把男人变女人、把女人变男人外,其他无所不能。有人半开玩笑说其实那也行,只要议会通过一个立法把男人规定为“女人”,把女人规定为“男人”,事情就办成了。这就是议会中心主义。而且,虽然说三权之间存在权力的分工,但是三者之间互相“制约和平衡”的机制却并不明显。而且在传统上,立法与行政的关系,也具有或多或少的从属性,比如德国的内阁制、法国的半内阁制在权力的配置上都体现了这一点。另外,在司法权方面,除了英国之外,德、法等国家的司法机关的地位也明显不如美国那么高。总之,美国式的那种三权分立,在这些欧洲国家照样难以完全成立。

#### (5) 权力分立关系的现代变迁

到了现代,在西方各国,三权的关系也发生了重大的变迁。

首先,立法机关的权力普遍弱化。关于这一点,还是德国的那个施米特,早在其《现代议会主义的精神史地位》一文中,就做了非常经典的分析论证。

其次,行政权则不断扩大化,甚至可以称为肥大化。行政权中心主义的倾向在事实上逐渐呈现,所谓“行政国家”的时代似乎已经来临。说到这里,要插一句:当今我国香港特别行政区索性就直接采用所谓“以行政权为主导”的体制,这也可作为例证。

再次,在许多国家,传统三权之中的第三权,即司法权,则被不断强化,许多立宪国家都赋予司法机关强大的宪法审查权力。不少学者从司法权的强化中也看到了所谓“司法国家”的微光。而对于美国式三权分立模式而言,司法权的雄起确实也很重要,因为以此可以在一定程度上替补已经趋于弱化的立法机关的功能,去继续牵制不断肥大化了的行政权,以达致整个国家权力架构内部的新平衡。

最后,政党政治的普及和发达,又使得权力分立与制约的形态得以不断发展更新和活泼化,即权力不仅分散于不同机关之间,也分散于不同政党之间,由此出现了权力分立的复合结构。

这就是西方三权关系在现代的变迁内容。因此,可以说孟德斯鸠所勾勒的经典意义上的三权分立形态在当今西方国家基本上已经不复存在了,即使在美国也出现了较大变迁。

#### (6) 三权分立原理与中国实践

总结以上内容,我想提出以下观点:

第一,我们要看到孟德斯鸠时代所提出的三权分立思想确实有利于制约公共权力,但因为存在彼此制衡的机制,所以难免效率较为低下,不完全适合于需要建立强有力政府的国家或时代,也不利于国家统合的需要。比如我国民国初年,袁世凯就任临时大总统后,其实也想做一番事情,但是处处被临时参议院牵制。因此,当古德诺来到中国后,就发现虽然袁世凯能耐很大,但一事无成,连借钱做事情也会受到临时参议院的掣肘,于是感慨中国需要强有力的行政机关。当时袁世凯的另一位外籍宪法顾问,即日本的有贺长雄,以及中国的梁启超,都有类似的见解。从这一点来说,前面我们讲到的顾维钧的博士论文答辩,其答案未必是正确的,估计古德诺后来对此也只能暗自苦笑而已。

第二,由于中国长期面临国家统合的历史课题与压力,并存在复杂的客观国情,三权分立机制——尤其是美国式的三权分立机制——很难引入中国,而且也不必完全引入中国。这是我个人观点。原因很简单,中国国家规模之大、各地区发展之不平衡、各族群之间离心率之强,是无可讳言的,无怪乎三权分立这样低效率的国家机构组织原理难以被引入。更何况自近代以来,中国百年积弱,民间社会一向也很脆弱,迄今一直在寻求快速发展的历史机遇,但却反复被种种的历史变乱事件所阻断,直至20世纪八十年代开始才获得较好的时代机遇,人们倾向于建立一个强有力的政府,引领民间社会向前快速发展。在这样的国家要引入三权分立机制,自然是有阻力的。

第三,中国也将国家权力加以分立,但不存在彼此制衡机制,一般用权力分工来表达。我国的“一府两院”均由人大产生、对人大负责、受人大监督,这种牵制都是单方面的。只有一个例外,我们完整地引入了分立制衡原理,那就是体现在宪法第135条,它规定:人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。

#### (7) 中国式的权力平衡机制

虽然如此,在我国现实的权力结构中其实也存在着一种内部自我调整型的权力平衡机制,表现为:某种权力一旦在某些方面过大了,则会在其他方面受到制约;相反,某种权力一旦在某些方面过弱了,则在其他方面得到补强。比如,人大是宪法规定的国家权力机关,职权极大,接近于西方议会中心主义时代的理想形态,但在现实中,执政党也具有很强的民意收集、整合与表达的功能,以致有人提出了“二元代表制”的说法,说的是在中国一个是法律上的人大代表,另一个是政治上的中国共产党的代表。其实,此外政协亦分享了其部分的咨询性、民意代表的功能。再接下来看国家主席,根据宪法规定,其地位尊荣,实权很小,但现实中则形成了“四位一体”机制,使之趋于强大。再看政府,这是最有实权的国家机关,存在行政权的肥大化现象,但在现实中形成了党政联合运作的体制,各级



政府往往受到了同级执政党组织的直接领导,正如人们所言,拍板的都是市委书记,买单的都是市长县长。

那法院又怎样呢?法院似乎注定在现实中较为弱小,在《联邦党人文集》里被表述为“最不危险的部门”,中国的法院同样是最不危险的部门,它既不管钱袋、也没有枪,但是,在中国,长期以来粗放型的立法体制曾给法院带来了宽泛的自由裁量权。而西方成熟法治国家单是一部民法的条款就可以达到上千条,判例更是不计其数,所以法官每判一个案件其实都落入到由细密的法条和判例所编织而成的牢笼之中。相比之下,中国的法条则颇为粗疏了,判例制度也未确立起来。此外,法院还确立了一种全面的概括性司法解释权,以至于可以将人大立法完全架空,其中包括刑法和民法这样的大法,此为成熟法治国家所鲜见;此外,诸如近年,法院还在大调解、能动司法路线下出现了自由裁量权的自我扩张。最后我们看一下检察院。检察院在宪法上被规定为“法律监督机关”,名义上权力很大,实际上也不小,但是一方面行政部门内部已存在监察机关,另一方面党组织系统也存在强有力的纪律监察机关,均分享了这种权力。曾经有一个来自检察机关的博士生,他在答辩的时候提出了一个最重要的观点就是:检察机关是“最不危险的部门”,听完之后,我微笑了。

但是,不管你采用什么制度,一旦对权力的制约并不到位,权力腐败就在所难免,所谓“权力必然腐败,绝对的权力绝对腐败”,说的就是这个道理。麦迪逊曾说,如果人人都是神,那就不需要政府了,我觉得还可以加上这么一句:如果政府也是神,那我们就不需要宪法了。更何况中国存在根深蒂固的宗族文化,在传统文化的源头上本来就容易生成“民俗学意义上的腐败”。为此,批判性地借鉴欧洲各国宪法中的权力分立原理,也是非常必要的,而且也没什么了不起的。这种借鉴,在我国历史上也曾出现过,孙中山就曾提出“五权宪法”,将国家权力分为五种,但照样设计出一种强政府的体制。

那么,当今我们到底应该如何借鉴“非美国式”的各国宪法中的权力分立原理呢?这是一个复杂的大问题,有待于今后思考研究。就此而言,

你们首先要把握的,当然是我们国家所采用的民主集中制原则。

### 3. 民主集中制原理

民主集中制在法条上具体体现为现行《宪法》第3条,其理论基础同样也是人民主权原理与人民代表制原理,但除此之外,还应该有其他政治理论值得探讨。

#### (1) 民主集中制的内容

关于民主集中制的内容,主流学说是这样陈述的:民主集中制是在民主基础上的集中和在集中指导下的民主相结合的方式和制度,它是社会主义民主制的一种独特运用方式,其实质就是社会主义民主制。这可能是大家中学阶段就学习过的内容。但鄙人还是认为,这样的陈述方式,几乎是一种空洞的、具体内容不明的政治话语。而宪法学,特别是规范宪法学,则要求对民主集中制作出更具有规范性的陈述,也就是说,这种陈述必须是法学性的。

我认为,以我国为典型,在宪法的规范意义上,民主集中制的内容,大致可以作如下概括:

第一,由人民选举产生的代表,组成人民代表机关,作为“人民行使国家权力的机关”,去行使国家权力。

在此,就需要具体理解两点:首先,虽然我们也以“人民主权”原理为宪法原则,现行《宪法》第2条第1款就明确规定“中华人民共和国的一切权力属于人民”,但是,我们跟世界上绝大部分国家,包括西方民主国家一样,也采用间接民主制,即主要采用代议制,我们也可叫“人民代表制”。为此,人民一般不直接行使《宪法》第2条第1款所规定的国家的“一切权力”,而是通过代表机关,间接地去行使这个国家权力。这种代表机关,在我国包括全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。质言之,人民通过全国人民代表大会和地方各级人民代表大会间接行使国家权力。对此,宪法条文的表述很巧妙,第2条第2款就表述为:“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”那为什么要这样表述呢?也就是说,这个《宪法》第2条第2款为什么不直截了当地写上

“人民必须通过全国人民代表大会和地方各级人民代表大会间接行使国家权力”，而是要倒过来写，绕着表述为：“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”呢？有人或许会说：你看，我们宪法也有欺骗性呢！想蒙人呢！其实，这到底算不算欺骗性我不敢说，能说的就是，从规范意义上说，这种表述，实际上也体现了传统代表制的一种理念，即虽然是通过代表机关行使国家权力，但代表机关行使权力的行为，就被直接拟制成人民在行使国家权力。为此才有“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”这样的表述。

那么，这种拟制的正当性，乃至代表机关本身行使国家权力的正当性究竟在哪里呢？这就涉及第二点了，即这种正当性就在于，人民代表大会这种机关，最终是由人民选举产生出来的，因此它认为代表了人民，或者说其意志体现了民意。值得注意的是，这里虽然说是“选举产生”，但在县级以上（不含县级）的人民代表大会代表的选举中，不采用直接选举，而是间接选举，也就是由人民选举产生的代表组成的机关再选举上级代表机关的代表，这样逐级选上去，但其最初的源头，即在乡镇一级和县一级，则是采用直接选举。质言之，在我国，直接选举只到县级和乡级人大，其他各级人大都实行间接选举，直到全国人民代表大会。

以上说的是民主集中制的第一点内容。

第二，以这种国家权力机关，作为所有国家机关，即整个国家机构的“权力母体”，由其自下而上地，再逐级对应性地选举产生其他所有的国家机关，而后者的这类机关，对于其各自产生的母体，均须向其负责，受其监督。也就是说，除国家权力机关之外的这些国家机关，包括行政机关、司法机关等，在全国一级还另外包括国家主席、中央军事委员会，这些机关，其产生的方式，全部也是实行间接的选举制，有的上级机关，则可能采用多层级的间接选举制。

第三，不同的国家机关之间存在一定的权力分工，由此分出各种国家机关，比如立法机关、行政机关和司法机关等。但除了公检法这司法三权内部监督和制约之外，不明显存在彼此交互性的监督和制约机制，而是均

接受上位的国家机关,即国家权力机关的监督和制约。而国家权力机关最终又受到人民的监督和制约。

第四,中央与地方之间,遵循在中央统一领导下,充分发挥地方的主动性和积极性的原则,但边界并不稳定。

#### (2) 对民主集中制度的分析

民主集中制就是这样一种原则,这样一种制度。那么,我们来分析一下,在规范意义上,民主集中制之中所说的民主性和集中性,分别体现在哪里呢?

首先,在民主性方面:一方面,人民有权选举人民代表,而国家权力机关则是由人民代表组成的,体现和代表的是人民的意志和利益;另一方面,作为人民意志和利益的代表的国家权力机关又产生和监督其他国家机关,这样,其他国家机关也就间接地体现了人民的意志。

其次,民主集中制还有“集中”的机制。一方面,人民集中授权给国家权力机关,国家权力最终又集中于最高国家权力机关;另一方面,其他国家机关则由国家权力机关产生,并对其负责、受其监督,于此,“人民民主”又进一步具有了间接性。

但是,能不能讲,在所有的国家机关里,上级都领导下级?这样说的不准确。我们说,上级国家机关和下级国家机关之间存在领导关系的情况主要存在于行政机关、军事机关里。而在国家权力机关和司法机关中,情况则未必是这样的。上级人大的职权一般比下级的大,特别是到了全国人大,其职权在国家权力机关系统中是最大的,比如全国人大常委会就有权撤销省级人大的立法和决议。这倒是宪法上的事实。为什么呢?因为我们采用民主集中制,包括权力往上集中这个机制。但上级人民代表大会则不能领导下级人大,反而因为上级人大代表是由下级人大选举产生出来的,所以上级人大代表要受下级人大监督。而在法院系统里,上级也不能对下级进行领导,只能是业务上的监督与指导,以及审级上的制度分工。

### (3) 民主集中制与权力分立原则

好了,讲到这里,有必要让大家思考一个问题:民主集中制和西方国家的权力分立原则,究竟有什么区别呢?对这一问题的回答也涉及我们对社会主义以及立宪主义精神的理解。如果将来你们成为立宪者,也同样无法回避这个问题。在这里,大家可以原则性地讨论一下二者最大的不同。请同学发言!

(学生发言内容略)

好的,由于时间关系,讨论就暂且进行到这里。回到问题:民主集中制和权力分立在哪些方面上有重大的差别呢?不得不说,这个问题回答起来是很危险的,可能会坠入公说公有理、婆说婆有理的泥淖。但是,有一点我们又必须承认,那就是这个问题无法回避。

我们可以从几个方面来认识这个问题。

首先,对权力集中的认识是不同的。社会主义立宪国家讲民主集中制,它是否重视民主啊?也是重视的。而权力分立也强调民主。但是,我们通过民主最后达到权力的集中,而他们的民主主要体现在权力的产生过程中,比如说立法机关是由民主选举产生出来的,有代表性;行政权,在美国,也存在选举;司法机关的产生则比较复杂,法官选举方式很多,有的是选民投票产生,有的是通过议会产生,还有其他方式。也就是说,在美国,三权的产生都可能存在普通选举和直接选举的民主方式。而正如刚才许多同学指出的那样,我们的民主集中制,则是先以民主的方式产生出代表机关,作为国家权力机关,然后,再由它派生出其他的国家机关。在我国,这个上位的国家权力机关就是人民代表大会,然后再由它产生出行政机关和司法机关。而美国就没有这样的一个集中,而是权力的分立与制衡。

有人认为,这种区别是与各国的社会经济基础或者说历史背景有关系。这肯定是对的。比如说中国社会,就比较容易产生权力集中的制度。封建专制制度几千年的传统一直沉淀下来,即使中国已经通过辛亥革命推翻了封建专制制度,但推翻皇帝之后,我们这个民族还无法一下子就能

适应没有皇帝的的生活,于是中国曾有混乱,各种政治势力、武装力量都想统一中国,把权力集中起来。在历经了半个世纪的因失去皇帝的那种政治权力中心所带来的政治动荡之后,中国共产党最后终于胜出了,建立了新的国制,将其从苏俄那里吸取来,并作为本党自身的组织原则的民主集中制,作为整个国家的政治组织原理。此后,这个国家进入政治统合的稳定时期,尽管初期一度也出现了“文革”那样的动乱,但最终还是得到了反正。西方历史传统就与此不同。在西方各国的历史上,在大部分的历史时期中,权力都是分散的,甚至在很长的一段时间里,教会与世俗政权就分享着权力。而且,除了政治权力之外,宗教信仰也同样具有社会统合的功能。

其次,对权力本性的认识是不同的。从上述分析中,我们可以看到权力分立与民主集中制在权力集中的问题上是有区别的。其实,这还是表层的区别,更为深层的差异则主要存在于对于权力的本性的认识之上。采用权力分立原则的国家,对权力之本性的认识,往往与采用民主集中制的国家不同。前者往往倾向于认为权力是恶的,因此需要制约。不管权力是怎样产生出来的,是不是通过民主途径产生的,都可能是恶的,因此都要制约。而如何制约权力呢?当然,民主是一种制约,但是这种制约还是不够的。前面我们说的麦迪逊,就清醒地认识到这一点。而且,西方的一些政治理论家,比如法国的托克维尔、英国的密尔,还认识到民主也有可能产生弊害,即所谓的“多数者的暴政”,它不但不会制约权力,反而有助于权力肆无忌惮。所以,通过权力之间互相的制约达到权力的平衡,就被认为是制约权力的又一条有效的途径。而采用民主集中制的国家,并不是像许多人所说的那样,对权力的“性恶”认识不够,而是对民主制度存在一种仰赖和期待,甚至达到膜拜的程度,“德先生”的美称就是这样形成的。为此,通过民主产生的权力自身便已经被正当化了,往往被认为就不需要制约了,哪怕这种民主制度是间接的,而且存在多层级的间接因素。在这里,传统的“仁政”和“善治”的政治观念,究竟还是起了作用。因此,采用权力分立原则的国家更加注重各种性质权力的制约和平衡,而民主

集中制的国家则往往允许或者说能够容忍权力的高度集中。

以上主要是鄙人的观点,提出来供大家参考。

## 二、民主集中制的理论基础

前面我们讲到过,民主集中制的理论基础中,也有人民主权原理和人民代表制原理。其彼此的关系是这样的,首先人民主权原理是人民代表制原理的基础,而人民代表大会制(民主集中制)又是人民代表制原理的具体衍生形态。因此,研究民主集中制,有必要顺藤摸瓜,溯本追源,对人民代表制,乃至人民主权原理作一下较为深入的探究。而达到这个目的,首先我们就要来把握一下宪法学上有关主权原理以及代表制原理的理论。有关这一点,目前国内宪法学教材基本上很少涉猎,在此我们要补充讲解一下。

### (一) 主权原理与代表制原理

#### 1. 十种主权观念

首先从“主权”这一用语谈起。

根据我的统计,迄今为止,法学中至少出现过 10 种有关“主权”观念或概念的学说,其中有些已经成为宪法原理,这 10 个分别是:

国家主权

君主主权

人民主权

国民主权

议会主权

法的主权(说)

个人主权(说)

人类主权(说)

主权概念无用(说)

主权概念死灭(说)



接下来,我们一个一个地给大家简单地介绍一下。“国家主权”是博丹在《主权论》中提出的术语,现在已经成为重要的法政概念,它包括国家的“对内主权”和“对外主权”两方面。“君主主权”“人民主权”和“国民主权”,就是国家的对内主权的不同形态,其中君主主权是人类社会大部分国家都经历过的主权形态;“人民主权”则要归功于法国的大思想家卢梭,是他提出来的一种带有浪漫气质的学说;“国民主权”则是与“人民主权”不同的一种主权原理,是法国大革命之后出现的,有关这些,我们等一下再具体分析。“议会主权”的典型代表是英国,主要是说在国家的宪政结构中,议会处于中心地位。而关于“法的主权”,是法哲学上的一种学说,日本现代法哲学家尾高朝雄就曾经主张“法的主权”。尾高朝雄是德国著名法学家凯尔森最为得意的弟子之一。就“法的主权”这个术语,他曾经在战后初期,和当时日本宪法学的权威,也就是芦部信喜教授的老师宫泽俊义教授,进行过一场激烈的学术论战,最后以失败而告终。但是,时隔半个世纪之后,日本法学界的许多学者开始认识到尾高氏理论所具有的深刻内涵。“个人主权”是英国的约翰·密尔所主张的学说,他认为在终极的意义上,只有个人才拥有主权。“人类主权”的说法见于托克维尔的著述中,较为少见。而“主权概念无用”说,在现代国际学术界较为活泼,更为彻底的立场是“主权死灭”说。

上述诸种主权理论,我们只是简单列举一下,引起大家兴趣,其内容则有待大家今后去深入研究,但这里我们还是稍微讲解一下宪法上存在的三种主权原理,即君主主权、国民主权和人民主权三项。

宪法中的主权原理,可谓博大精深。日本有一位著名的宪法学家,名叫杉原泰雄,他一辈子的最主要工作,就是集中研究主权原理,而且主要还只限于研究国民主权和人民主权,研究完了他差不多也就退休了,而其最终的学术成就之高,也令人佩服。但是,当下我们国内宪法学界在这方面,研究是很不够的,有待深入。

## 2. 三大主权原理

接下来,我们详细介绍一下宪法历史上的三大主权原理。

关于这三者的历史,简单说就是这样的:最初当然是“君主主权”,而“人民主权”和“国民主权”则是力图取而代之的主权原理。但作为理论构想,先出现的还是“人民主权”理论,在它搞不下去的时候,“国民主权”才出现,真正取代了“君主主权”。这是前面说的杉原泰雄先生对法国立宪史研究的一个基本结论。为什么要研究法国呢?因为法国在这方面很典型,有“议会制度的试验田”之称,各种主权思想和代表制理论,也是在这里诞生的,而且几乎被轮番试验过。

“君主主权”的含义,大家都知道。我们这里先说“国民主权”。“国民主权”的法文表达形式是 *souveraineté nationale*,其含义是指:国家意志的最高且最终的决定者是国民,其在宪法上的规范表述如“国家的一切权力属于国民(或国民全体)”。那么,什么是“国民”呢?国民指的是一种抽象的、一般的整体,甚至被认为无实际上的意志能力的整体,而“国民全体”则更典型地表达了这种内涵。在这里,大家要知道,在法的世界里面,“意志能力”甚为重要。那么,既然“国民”被认定是一种无意志能力的整体,那它又该如何作为“国家意志的最高且最终的决定者”呢?这就成为一个问题。有关这一点,我们等一下再说。

接下来先说一下“人民主权”。前面说了,“人民主权”是卢梭的理论产物,它在理论上比国民主权更早产生,最初源于卢梭的社会契约论,其法文原文是 *souveraineté populaire*,宪法上的规范性表述一般为:“国家的一切权力属于人民。”那么,何谓“人民”呢?这里的“人民”,是指各自具有意志能力的主体。进而,“人民主权”的具体含义是指:主权由各个的人民分有,并可以直接行使的。这就是卢梭的见解,为此,他曾一度排斥代议制,反对代表制,而主张全面实行直接民主制。

前面说了,这个构想也太浪漫了。要说人类在国家权力运作的方式上是否实行过直接民主制呢?那倒是有的:在古希腊的雅典城邦,一切重要事务就由人民在广场中直接加以表决。据考,“人民”一词源于拉丁语“*populus*”这个词,与希腊文“*pallo*”同义,本义为“沙沙响”,引申义即指在广场上大规模集聚于树荫下的人群。但请大家注意,此种直接民主制的

主权者也是被限定的。奴隶被排斥,自由民中的女性、儿童也被排除出主权者的范围,参加投票的,仅限于成年男性公民,组成所谓的“公民大会”,而且那个时候空调还没有发明出来,到了夏天,大家都挤在广场上,那就成了“臭汗淋漓的民主制”。为此,密尔曾经有力地分析过代议制的必然性,他论述道:

显然能够充分满足社会所有要求的唯一政府是全体人民参加的政府;……但是,既然在面积和人口超过一个小市镇的社会里,除公共事务的某些极次要的部分外,所有的人亲自参加公共事务是不可能的,从而就可以得出结论说,一个完善政府的理想类型一定是代议制政府了。(密尔:《代议制政府》,汪瑄译,商务印书馆1982年版,第55页)

雅典民主的历史经验告诉我们:直接民主制大概只能在小市政里实行,居民最好保持在一两千人,而且讨论的问题其实也不能太重要。如果讨论非常重要的问题的话,也容易引起激烈冲突,那所谓的“广场民主”,也是非常恐怖的。一到了广场,人类的心理就非常容易发生变化。有些人就非常适合广场,在广场上他就变得异乎寻常的冲动、激动,甚至有攻击力、煽动力;而有些人则可能在大规模的人群中很不安,为了克服不安的心理,则会产生随大流的从众心理倾向。这是广场民主,也存在风险。再说,我们现代人怎么能跟古希腊雅典学呢?人家家里都养着奴隶,帮他干活、劳动。我们每一分钱都要自己去挣,你整天积极参加广场民主,挺兴奋的,但到了晚上,回家一看,发现晚饭都还没有着落呢。

总而言之,前面所介绍的密尔的观点,是非常睿智的,并为后世大多数理论家所接受、认可。卢梭后来就认识到了自己理论的局限,开始转变立场,接受了代表制。

### 3. 代表的观念

代表制既然是必要的,那就必然会涉及代表的观念。有什么样的代

表观念,就会有怎样的代表制。中国古代的文人或士大夫中,长期存在一种“使命代表”的观念,其最典型的表述,就是宋儒张载的“四为”说,即“为天地立心、为生民立命、为往圣继绝学、为万世开太平”。可以说,这极为典型地彰显了中国古代士大夫强烈的使命意识,其中就存在“使命代表”的观念,尽管实际上老百姓没有委托他们,他们也认为自己有神圣的职责和使命去代表人民。质言之,这是不存在实际委托关系和程序的代表观念。但这种观念影响了一代又一代的中国读书人,即使现代中国知识分子,多少也有这样的思想,至少也会被这种观念所感染,或所激励。

比如,我曾经一朗诵这几句名言,胡茬都会立起来。因为我胡子比较多,每天都要剃,但国产的剃须刀不行,最好要用德国的剃须刀才好剃掉。后来发现了一个窍门,早上剃须时,一边朗诵张载的这四句名言,一边操刀剃须,就能让胡茬竖立起来,然后很容易就能将它们剃掉。你们现在也许可能还无法理解这种强烈的使命感给历代中国读书人所传达的那种神奇力量,但这种力量在历史上曾经激励了許多人,比如你们耳熟能详的文天祥,以及“为中华之崛起而读书”的周恩来总理,等等。进而甚至可以说,在现时代,中国共产党党员一般来说都具有这种使命代表观,集中体现为“三个代表”理论。

那么,在我们宪法学上,代议制中的代表与这种使命式代表有什么区别呢?下面我们来看一下。

#### 4. 代表制原理

关于代议制,根据法国所形成和发展起来的宪法理论,主要有三种,即纯粹代表制、委任代表制和半代表制。

纯粹代表制是与国民主权原理相结合的一种制度,也可称“国民代表制”。



图 27 宋儒张载(世称“张横渠”)。其有关“为天地立心、为生民立命、为往圣继绝学、为万世开太平”的古训,迄今仍对中国的代表观念具有一定影响

在此制度下,主权由国民代表所组成的议会统一行使,或只有通过后者才能行使,而后者的意志可以不受国民的约束,如前所述,实际上“国民”本身也被认为是没有意志能力的,为此,代议机关所表达出来的意志,在宪法上就被直接拟制为国民的意志。前面所说的“国民主权”原理,就是这样运作的。也就是说,被认定是无意志能力的整体的“国民”,就是这样可以成为“国家意志的最高且最终的决定者”的,因为有专门的代表机关替代它表达意志,作为国家意志。而从中我们也可以分析出“代表”在传统中的典型含义,它指的就是独立于国民并替代国民行使本属于国民的主权的意志主体。

讲到这里,我们还可以读一下宪法上的“代表”与民法上的“代理”之间的关系。可以说,在渊源上,前者极可能来源于后者,或者说受到后者的启发而产生。一般而言,根据通说,民法上的代理是指代理人在代理权限内,以被代理人的名义独立进行民事活动,但由被代理人直接承受其法律后果。典型的例子是律师代理当事人从事民事诉讼活动。而宪法上的代表,最初则是指在法定权限之内,共同以国民的名义独立进行国家意志的表达,而由国民直接承受其法律效果。比较二者,可以看到:其一,代表和代理均以被代表者或被代理人的名义实施行为;二者均存在实际的委托或授权,其中,代理需要被代理人的委托,而代表则是通过选举获得授权的,但代表制中一般不存在类似于法定代理和指定代理的类型。其二,代表行为和代理行为都具有独立性;但由于民法上存在的特别代理,与一般代理相对称,区别在于有没有实质性的处分权,一般代理没有,而特别代表则有实质性处分权,不需经过委托人事前同意,这跟宪法上所说的代表差不多,但民法上的一般代理则不行,没有这么独立,为此在总体上,代表的独立性应该大于代理,尤其是一般代理。其三,代理的类型中存在单独代理,但代表则没有这种类型,而是具有整体性,类似于共同代理;代理还有本代理与再代理之分,在间接选举之下的代表制,类似于再代理。

以上讲的是纯粹代表制。

与此不同,委任代表制又可以称为强制(命令)委任制,在这种代表制

下,代表必须接受委托,而且委托时还有具体的内容,委托人也可以撤回委托。这种代表制,最初源于欧洲历史上的等级会议,比如法国的三级会议,但近代之后曾一度与人民主权原理相结合,为此也可称“人民代表制”,如1871年巴黎公社体制,就属于这种。其特点是各个选民或母体可以对自己所选的代表发出指令,后者的意志受前者的约束,前者甚至可以对后者实行罢免。但在历史上,这种制度只是昙花一现,除了巴黎公社,还曾在前苏联早期采用过,后来就遇到困难了,为此,作为代表制,其本身不具有“代表性”。

半代表制是法国的著名宪法学家狄骥(1859~1928)在19世纪末首倡的。这是一种处于纯粹代表制与强制委任制之间的代表制度,该种代表制理论,认为议会必须在制度上尽可能正确地反映民意,而且并不排除与直接民主制相结合,后来成为许多西方国家采行的理论形态。那为什么叫做“半代表制”呢?意思它只剩下一半的内涵是属于传统的纯粹代表制的,另一半则可以说有点属于直接民主制等其他要素了。

关于代表制就讲到这里,我们现在还得回到宪法中的主权原理。

### 5. 主权原理的历史发展脉络

这里简要地梳理一下主权原理的历史发展脉络。

在西方许多立宪国家的历史上,君主主权被废弃后,并没有普遍地直接过渡到人民主权;在近代许多西方国家,只是过渡到国民主权(甚至在有些国家,像“二战”之前的日本那样,君主主权和国民主权之间还存在“君主机关说”这样的过渡形态的理论),而且迄今仍没有完全过渡到人民主权。当然,到了现代,在许多君主制国家里,实际上也实行国民主权和纯粹代表制,因为君主已经成为“虚君”,典型的有英国和日本;还有部分成熟的立宪国家,在主权原理上不管采用什么样的表述,如果套用法国的概念,基本上大多属于国民主权原理与纯粹代表制相结合,所不同的是:或适当采用直接民主制的要素,或采用半代表制,或在宪法解释学上力图引入“人民主权”原理对“国民主权”条款进行理解和运用。

与资本主义国家不同,以我国为代表的社会主义国家,前面也讲到一

些,一般都比较信赖通过民主制度或非制度化的某种方式去控制公共权力,而不太相信以权力控制权力(如权力分立)的机制。为此,社会主义各国均普遍宣明实行“人民主权”,但其实,在宪法上主要采用的也是间接民主制,即代表制。如果具体分析,在主权原理和代表制原理上,还可能存在某种混沌结构。主要表现在:

第一,像我国这样,由于“人民”的概念具有政治意义上的抽象性和整体性,为此,就不同于卢梭所说的那种“人民”,相反,在一定意义上,与西方传统的“国民”的概念倒是比较接近。当然,这只是规范的实际状况,并不排除我们可以按照“人民主权”原理的规范性内涵,去解释或理解“人民”以及“人民主权”的规范,并加以运用。

第二,存在直接民主制的一些要素,如我国现行《宪法》第2条第3款规定:人民依照法律规定,可以通过各种途径和方式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。但在总体上,主要实行的还是间接民主制,即以代表制为主,而且像我国现行《宪法》第2条第2款那样,宣明“人民行使国家权力的机关”是各级人民代表大会,显示了某种可以说是属于传统的、类似于国民代表制的那种宪法观念。

第三,人民代表被要求反映民意,受人民监督,但在选举制度上,存在多层级的间接选举制,为此选举母体对代表的拘束力相对有限;虽然存在代表罢免制度,但这种制度在现实中的运作并不活泼,一般仅限于对那些有刑事犯罪嫌疑的代表,才实行罢免,这与民意的具体内容也相对脱离。

## 6. 民主集中制运作的关键

在上述这样的情况下,民主集中制运作是否成功的关键是什么呢?

第一,人民是否能有效制约(控制)国家机关?具体包括:首先,是否能有效控制国家权力机关?其次,是否能有效控制其他国家机关?第二,国家权力机关是否能有效制约(控制)其他国家机关?具体包括:首先,是否可控制行政机关等国家机关?其次,是否可有效并妥当控制司法机关?

即使有效控制,也要注意防范出现“多数者暴政”的情形。

“多数者暴政”是托克维尔在《论美国的民主》中提出的概念,在书中



他描写道：

多数的无限权威操纵了民主政治的各个方面。  
 ……舆论是多数制造的……立法机构代表多数，并盲目服  
 从多数……行政首长是由多数选任的！是多数的百依百顺的工  
 具。警察不外是多数掌握的军队……陪审团就是拥有宣判权的  
 多数，而且在某些州，连法官都是由多数选派的。  
 在这样的社会，即是少数受到了不公正的待遇，不管事情如  
 何不正义，少数也得服从多数的意志。

## （二）党的领导与国家机构的关系

接下来我们思考一个问题：党的组织系统与国家机构之间的关系是  
 如何的？在我国，这也是宪法学需要面对的重要问题。

我国现行宪法序言第7自然段中写到要坚持中国共产党的领导。在  
 现实当中，中国共产党跟国家机构的关系也是非常密切的，可以说，几乎  
 所有国家机构最终实际上都要服从党的领导，在体制上，所有国家机构的  
 内部也都设有党的组织。有人甚至说，在中国，所有的“人间组织”里面都  
 有执政党的组织。这一点我是深有体会。记得当年有一次我去参加一个  
 会议，对面坐的一位女政协委员，一听介绍才知道，居然是地方上某县火  
 葬场的党委书记。我心里暗自想到的就是：好家伙！我党现在连火葬场  
 都已经有效领导着了！那么追溯上去看幼儿园、学校里面有没有党组织  
 呢？肯定也有，甚至连妇产科医院里面也设有党支部吧。于是我们可以  
 说，中国人一辈子，几乎“从摇篮到坟墓”，都是我党领导着的。而执政党  
 的领导，在目前首先是组织上的领导，为此，在我国，除了国家有一套国家  
 机构体系之外，执政党的组织也形成一个体系或者说系统，与各种各级  
 的国家机关一一对应，并存在密切关系，几乎呈榫卯咬合结构。

### 1. 当今的实践形态

那么，有关党的领导实践状态如何呢？我分析了一下，主要可以作

如下表述：

第一，中国共产党本身拥有作为“人民代表”的高度政治自觉。这种自觉，类似于前面我们讲到的“使命代表”观念。也就是，从实证意义上说，人民代表本来应该是人民选举出来的，人民代表大会里的代表，包括我们党员代表也是这样的。但是，有一个政治现象很重要，就是：即使非经人民的选举这个程序，中国共产党本身也已经具有了一种高度的政治自觉，认为自己就是人民代表，应当为人民服务，替人民说话，而且真的在很大程度上也是这样做的。这种高度的政治自觉在理论上以“三个代表”重要思想为发展高峰。

也许有人会认为，这种代表没有民主基础，因为不是民主选举产生的，但是平心而论，问题没那么简单。中国共产党有一个重要的活动方式，就是“密切联系群众”，被定位为其“三大法宝”之一。这个是很厉害的。当年国民党那么强大，是怎么被共产党打败的？我认为其中一个主要原因就是输在这里。国民党太有精英意识了，自早就有孙中山所说的“先知先觉”的政治意识。而共产党则不同，能够跟普罗大众打成一片，这就是“密切联系群众”。是的，你可以说，中国共产党自认为可以代表人民，这是没有通过民主选举获得授权的，但如果你理性地分析，你不得不承认，如果这种“密切联系群众”运用得当，而且确实能成为一种无处不在、无时不有的活动方式的话，那么，它不仅在功能上可以替代或者修补并非通过民主选举的授权程序而欠缺的那种民主基础，甚至可以说从中所获得的民主性，至少在一定程度是这样的，有时也有可能是有过之而无不及的。只是，这种“密切联系群众”的活动方式，是一种很独特很具体的交往方式，与选举相比，是很难加以形式化、程序化的，即很难像选举那样可以设计成一套固定的、可以调控的程式，以作为一种法的制度。正因为这样，就只能靠中国共产党时刻自觉地坚持“密切联系群众”的这种活动方式，以此获得必要的民意基础。

第二，从各国的宪政体制看，代议机关是政党政治的重要舞台，各个政党一般都会力图去控制代议机关，将自己的政策变为国家意志，甚至渗

透进法律；此外更重要的是，如果是议院内阁制，政党还可以通过控制代议机关，而获得组阁权，进而控制行政权。为此，代议机关就成为“政党之家”。但我国实行人民代表大会制，按理说，人大比西方的议会在国家机构的体系中更为重要，执政党应该将其作为重要阵地才对。但就目前情况而言，情况不然。我们的执政党即使不通过国家权力机关，也有能力决定国家意志的形成，并掌握行政权，甚至不通过国家权力机关都可以全面、直接、有效地实现对其他一切国家机关的参与、领导和监督。

第三，国家机构的民主集中制原则，最终与执政党内部组织制度的民主集中制原则相连接。同学们记住，民主集中制原则不仅是我们国家机构的组织和活动的原则，也是中国共产党的党章里面所规定的党的组织原则，而且二者最后汇合，并融为一体。因此在中国，国家的一切权力属于人民，而通过民主集中制原则的连接机制，在权力集中的环节场合下，权力一般会集中到各级党组织，直至最终集中到党中央。

在现实当中，国家机关和党组织之间的权力分配格局就和宪法的规定稍微有一点不同。在现实中，执政党的组织拥有最大的权力，第二位的是行政机关，第三位是人大，第四是政协，最后是法院、检察院。这个跟宪法中规范意义上的排法有点不一样。当然，规范上与现实当中的情形不一样，同学们也不要痛心疾首，我告诉你，在世界上许多国家里面实际上都存在这种情况。这的确值得我们去研究。

## 2. 党的组织与国家职能的实现

我们有必要探讨一个可能性的问题。前面讲过，“国家职能”主要包括管理公共事务、维护社会秩序、提供公共服务、抵御外来侵略等，这些职能在现代宪法上主要是由“国家机构”来实现的。但从人类的历史及现实经验来看，除此之外，有能力总揽性地实现这些职能的，是否还有其他组织？

综观人类历史，我们不得不说：有。即使没有国家机构，也有其他组织实现这一点，或者它与其他组织和国家机构一起实现这些职能。有哪些组织呢？比如说，强大的家族，它就可能有能力在一定程度上履行上述国家职能。大家知道，孔子生活的时代，在鲁国，季氏家族最强大，它就实际上控制

着国王,统治着整个鲁国。而在所谓的封建时期,国家其实也可以说就是靠一个大家族来统治的,这就是皇帝或者国王的家族,旁边可能再加上外戚的辅助。孔子在《礼记》里面说的“天下为家”就是这个意思。本来,夏禹之前是“大道之行也,天下为公”,但夏禹之后则是“大道既隐,天下为家”。这下,禅让制搞不下去了,天子之位传子不传贤了,连整个国家都被统治者作为一家的私产,其国家的统治原理也是家族式的。韦伯就曾经指出古代中华帝国乃是一种“家产制国家”。什么叫“家产制国家”呢?家产制国家指的就是将家族统治的规则扩大到整个国家的那种国家。

除家族之外,在西方,教会也曾经履行过现在已归国家履行的某些职能。还有军事集团。在某些特定的时期,军事集团也会控制着国家机构,甚至把国家机构推翻,自己来履行国家职能。这在现代仍然存在一些例子。比如缅甸这个国家,目前就是由军事集团长期控制着的。我国在辛亥革命之后的军阀混战时期,许多地区也是由军事集团来控制的。比如,当时山东就处在韩复榘控制之下,但据说当时山东的经济发展水平和人民生活水准都比较高呢。

总之,类似于当今那样的国家的公共职能,并非只有国家机构能够履行,实际上从历史经验来看,除此之外还有其他一些组织也可以胜任,或者与国家机构相互配合来履行。可以说,我国目前就是由执政党的组织与国家机构相互结合来履行国家公共职能的。

那么,对于这种状况,有些学者也表示忧虑。20世纪末,政界和学术界还曾经热烈讨论过一个问题,产生了“党政分开”论。这一理论大约是在20世纪80年代提出的,其认为党和政府的权力应该分开,不能胶合在一起;执政党应该通过各级人大实现对国家的领导,在机构和职能方面与各级政府分开。这个观点存在一些不足,所以最后的结局就是不了了之。但是,如何改善我们执政党的执政方式的问题,迄今并未过时。我个人认为,这还是一个非常重要的学术课题,有待于许多学科,包括政治学、社会学、公共管理学,当然还有我们法学等学科的努力去研究。

今天就到这里了,谢谢大家!

## 第八章 国家机构体系

上次我们讲到国家机构原理,今天我们接下来讲国家机构的体系。

在进入正题之前,我们照例先问几个章前导引问题:第一,中国的国家机构体系是如何形成的?第二,各机关的性质、地位、任期、职权为何?第三,各机关的运行状况如何?这部分内容很重要,国家机关各国在宪法上都有规定,但是在现实运行中或多或少都会出现变化,乃至现实和规范之间会出现一些微妙的乖离现象。那么,我国呢?第四,现行宪法修订期间,宪法修改委员会秘书长胡乔木等人主张全国人大应将代表人数缩减至一千人,再分为两院,一个是社会院,一个是地方院,以摆脱“橡皮图章”的状况。前面曾经说过,胡乔木曾经是清华校友,早年因搞革命活动被清华开除,后来经闻一多介绍到浙大读书,又因搞革命活动被浙大开除,于是索性成了职业革命家。有人说胡乔木有两种身份,一个是政客,一个是文人。我觉得胡乔木还是有书生情怀的,当时在起草《宪法》的时候,他曾参与撰写序言部分,写得大气磅礴,他提出的人大制度改革方案,也颇有书生情怀,但是此方案最终还是被否决。那么,从学理上看,应如何理解该方案呢?

### 一、国家机构的职能与地位

#### (一) 国家机构的职能

国家机构的职能,本来就是“国家职能”,只是因为这种国家职能主要

是靠国家机构去实现的,因此,也可以说是“国家机构的职能”。

国家职能在传统上主要分两个:一个是对内职能,另一个是对外职能。对内职能主要包括管理社会事务、维护社会秩序、提供公共服务等。这些都很重要。比如说,2008年四川汶川大地震,如果没有国家,那就只能靠自己,最多是靠家族,而个人以及家族的力量毕竟有限,面对自然灾害更是微弱。有了国家之后,国家就能够提供许多个人及家族无法负担的公共服务。再者,国家在维护社会秩序中的职能也是非常重要的。比如有人争斗,如果没有国家,那么人们就相当于处于“自然状态”中,用霍布斯的说法,那就是“人对人是豺狼”了。当然,自然状态究竟是否如此,也有不同看法,洛克和卢梭的描述就好了很多。但如果没有国家,大家肯定有很多不便,被欺负也只能靠私力救济,即使被杀,也告诉无门,只能靠亲人去寻找凶手,然后实施复仇。如果凶手杀人之后去了东海上的桃花岛,那么千里追凶的故事就有可能发生了。但是即使追到了桃花岛,如果发现那凶手是武功盖世的黄药师,那只好干瞪眼了,或者上去打不到一回合,自己就饮恨而死了。而有了国家之后,情况就大为不同了。被害人的亲人可以去报警,然后警察帮忙寻找犯罪嫌疑人,检察院起诉,法院审判,监狱关押罪犯,更重要的是这一套法律制度预先存在,并且很健全,这种法律制度本身就是一种公共资源,一种公共产品,具有强大的社会防御的功能,会省了许多事情,比如连黄药师也不敢随便杀人。

以上讲的是国家的对内职能。而国家的对外职能是什么呢?不言而喻,主要是抵御外来侵略、建立国际合作等等。这是传统国家的职能。

但是到了现代,国家职能不断地扩大,在公共服务、社会保障、社会事务管理各方面都发挥着更为强大的职能,尤其是在基础教育、医疗卫生、社会福利、生存照顾、生态建设、环境保护等方面,国家的职能得到了发展。

但是要记住,毕竟是“羊毛出在羊身上”,从终极意义上而言,国家职能的发挥,对于社会成员来说不是免费的。而如果国家职能过大,也可能侵害社会和个体的生机,甚至压制社会 and 个体的发展。为此,国家职能的

过度膨胀,也很可能使人回想起霍布斯所描绘的“利维坦”的形象,即一个巨大的怪兽的形象。

## （二）国家机构的宪法地位

国家机构的宪法地位当然是非常重要的。各国宪法都会规定到国家机构,而且分量很大。前面讲了:我国现行《宪法》一共 138 条,第一章是总纲,第二章是公民的基本权利和义务,第三章是国家机构。从章节顺序上也可以看出,基本权利比起国家机构更为重要。但是如果看看条文数量的比例,统计一下,你可能会吓了一跳:其中,国家机构部分的条款竟然有 79 条,占整部宪法总条文数的一半以上,达到 57% 以上。可见国家机构这一部分分量是非常重的。甚至有些国家在历史上的某部宪法都没有规定基本权利,只规定国家机构。美国宪法,其正文部分一共七条,每一条规定的也都是国家机构,而没有规定人权,人权条款是后来通过修正案加上去的。可见,“国家机构”的内容,在实证意义上也是很重要的。

但是,你不能由此得出国家机构比基本权利更重要,这是因为国家机构的存在有一个价值目标。在此,我们可以问:为什么人类需要国家、需要国家机构呢?说到底,最终主要是为了保障我们每一个人的基本权利。人不是傻子,人类不会吃饱了没事,纳税养活一些叫“国家机构”的组织,来平白无故地统治自己。人类还是很聪明的,弄出“国家机构”这种东西,主要是为了让它替我们服务,比如说提供公共服务、维护社会秩序、抵御外来侵略等,而说到底,最终主要是为了保障我们每一个人的基本权利。这就是国家机构存在的价值目标,如果没有这个价值目标,那么国家机构在法的意义上就失去了存在的正当性,甚至没有必要存在。

## 二、各机关概况

根据《宪法》规定,我国的国家体系是由七个部分构成的,依次是:全国人大(注意,在宪法第三章国家机构之下的各节中没有包括全国人大常委会)、国家主席、国务院、中央军事委员会、地方各级人大和地方各级人民政府、民族自治地方的自治机关、人民法院和检察院。



该部分主要对应的宪法条文及法律包括《宪法》第 57 ~ 135 条、港澳《基本法》《立法法》《代表法》《国务组织法》《地方各级人民代表大会及地方各级人民政府组织法》《各级人民代表大会常务委员会监督法》《人民法院组织法》《法官法》《人民检察院组织法》《检察官法》等。

应该说,这部分的内容比较简单,我们可以将自学和讲授相结合,自学要点包括各机关的性质和地位、组成和任期、职权或权限、内部的领导体制或机构设置、工作程序或工作原则等。

下面我们就各机关的重点或难点内容进行讲授。

### (一) 全国人民代表大会

全国人民代表大会是最高国家权力机关,全国人大常委会则是其常设机关,是最高国家权力机关的组成部分。

“最高国家权力机关”这一说法源自《宪法》第 2 条第 1 款和第 2 款的规定:中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。

“中华人民共和国的一切权力属于人民”就意味着国家的一切权力属于人民,那么人民该如何行使权力呢?按照卢梭早期的观点,人民应直接行使国家权力。在中国,这在技术上是完全不可能的,因为没有一个广场可以容得下这么多人。为此,《宪法》接下去只好规定,人民行使国家权力的机关是全国人大和地方各级人大,说白了也就是要通过人大行使国家权力。这就属于间接民主制,即必须通过代议制机关而非人民到广场集合直接对有关事项进行讨论决定的制度。当然,《宪法》第 2 条第 3 款也规定了直接民主制的要素,即:人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。然而在权力行使上,我国主要还是间接民主制。但是,“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”这句话还是有深意的,它不仅意味着人民必须通过人大行使国家权力,而且从其规范表述的修辞艺术上而言,也意味着人大在行使国家权力时就意味着人民在行使国家权力。其实,这种规范的表述方式以及背后的逻辑都在一定程度上蕴含了国民

主权原理和纯粹代表制原理,尽管在《宪法》的表述中,更接近采用人民主权原理。

在这里需要注意的是,主流观点认为:作为根本政治制度的人民代表大会制度是应该坚持的。这一点在中国是很难改变,虽然按照传统有关国体与政体关系的理论,国体是不能改变的,要改变那只能革命,但政体可以改变,属于改良派关心的对象。为此梁启超说他一向“只问政体,不问国体”。然而到了新中国,作为政体的人民代表大会制度被不知不觉神圣化了,很难改变。但是我认为,作为国家机关的全国人民代表大会及其常委会,其技术性的制度设计及运行状况,则是可以完善的。否则,真正意义上的政治体制改革就免谈了。也就是说,从学术上而言,全国人大及其常委会的技术性制度设计及运行状况的完善,将可以成为未来政治体制改革突破口。

### 1. 人大的职权

那么人大职权如何呢?《宪法》第62条规定了全国人大15项职权,第67条对全国人大常委的规定更为精细,达到21项。

这些职权有什么特点呢?第62、67条都规定了相应的兜底条款,分别是:“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”、“全国人民代表大会授予的其他职权”。其特点就是在国家机构中“一头独大”,是权力集中的顶点和权力授予的起点。具体而言,其他国家机关都由它产生、受它监督、对它负责,而它则不受任何国家机关内部的反制。这样一种机关,它的职权一旦真的全部行使起来,是非常之大的,从理论上说,在国家机构内部没有一种力量可以约束它。如前所述,在此方面,民初国会早已有过先例和教训。那么,如何保证它正确地按照人民的意志来行使职权呢?只能依靠人民的监督。而人民怎么监督它呢?有一个重要的制度化的途径就是五年一度的定期选举,因此我们必须考察一下人大的选举制度。

### 2. 人大的选举制度

这个制度是由基层两层级(乡、县)直接选举与三层级(较大的市、省、全国)间接选举结合组成的,同时还实行地域代表制与界别代表制相

结合,即代表人数大致按地域进行分配,但也考虑了工人、农民、妇女、少数民族、军队、甚至华侨等各方面的比例。其中,地域代表制采用的原理是人格代表主义,即每一个人在人格上都是平等,为此一人一票,每票价值平等,这种平等是数学意义上的平等;而界别代表制所采用的则是职能代表主义,即追求不同职能之间的平等,这种平等是几何意义上的平等,更多考虑的是社会学意义上的平等。“二战”之前,职能代表主义曾一度受到许多学者的推崇,包括像法国的狄骥这样的著名学者。“二战”之后,人格代表主义则受到人们的尊崇,主流的观点和制度是认同每一票价值都该是平等的,无论是穷人还是富人。这里顺便说一下,2014年底,香港出现了大规模占领运动,其中争执的一个焦点,就是行政长官候选人提名机制中采用了类似于职能代表制的界别代表制。

那么,人大选举制度还有什么特点呢?我认为:它与西方民主竞选不同,带有公共推选制的特点。公共推选制也具有公共性,它毕竟不是公共权力的私相授受。在运作过程中,它的关键环节在于候选人名单的确定,只要候选人确定下来了,并安排好,拿去投票,一般都能如愿获得结果。所以说只要把握了候选人名单就能把握选举结果。那么谁来把握这个名单呢?是一种“看不见的手”预先把握的,是背后各种力量协商、博弈的结果,因此具有很强的推选制的特色,所以中国式的选举就是一种公共推选。它的背后仍有中国古代传统的贤人政治文化传统在起作用。《左传》里有四个字,即所谓“贤均从众”,就是说政治决策首先应听取贤人的意见,只有当贤人意见分歧,均势不决,才由大多数人决定,总之,正如钱穆先生所言,中国政治上的传统观念,对一意见之从违抉择,往往不取决于多数。这与西方民主选举不同。

但是人大选举确实也存在一些容易被批评的弱点。第一个就是票的价值在数学上的不平等。比如根据《选举法》,最初农村与城市选民的票的价值就是8:1,多次修改之后现在是1:1了,但仍然不平等,因为前面所说的界别代表制还在起作用。第二个是自由选举受到高度规制,并且没有确立这种规制的界限。当然话说回来,西方选举的最大好处与最大弊

端就在于竞争性选举。竞争性选举制度必然促使各候选人提出与他人不同的政治纲领,一旦彼此是同质性的话,就无法开展竞争,那想办法也要区别开来,实行差异化竞争,甚至是对抗性竞争。因此,在一些国家统合较为薄弱的国家,尤其是在一个民间社会还不成熟的国家,社会矛盾和冲突纷繁复杂的国家,采取竞争性选举也是具有高度风险的,有可能会在社会中产生一种深层次的对立,导致社会的分裂。港台用了更形象的词,把这叫作“社会撕裂”,比如台湾地区民主化早期,国民党与民进党的竞争打出的就是“统”“独”的旗号,其对社会所产生的负面影响,迄今还未平复;当今香港正在往这方面发展。行政长官普选是件好事,但还在讨论就闹出了占中事件。国际上的伊拉克、利比亚、埃及、柬埔寨等国家,近年来都是因为引入西方式的竞争式民主选举后出现政治动荡的,甚至出现分裂的倾向。但是当今中国的选举又太缺少竞争性了,因此也受到批评。第三是选举结果与民意的乖离,人民大众不感觉自己得到了代表,只觉得不知不觉“被代表”了。这是由多层级间接选举和公共推选机制造成的。

基于以上对选举制度的分析,我们可以认识到人民对国家权力机关的监督是否具有实效。从现实上说,一个人民难以对其实行有效监督的权力机关,确实需要中国共产党的领导。另外,也就靠其自我节制了,为此,在长期的政治生活中,人大采取了一种高度的自我谦抑主义立场。这算是一种明智的选择了。

此外人大还存在使其功能趋于弱化的三项技术性的制度设计。第一个是非专职化代表制。几乎绝大部分代表都是兼职的,也就是说对于他们来说,担任“人大代表”并不是主业,只有在全国人大常委会里有一些为数不多的专职代表。第二个是超级大会化。目前全国人大有 2987 人,虽然常委会制度和专委会制度克服了一些超级大会化所带来的问题,但这样的规模还是不利于讨论问题。所以胡乔木当初也想缩小人数,分成上下两院。国外议会人数一般不超过 500,中国是近 3000 人“济济一堂”,幸好有中国共产党的强有力领导,否则不知会场秩序会将如何。第三个是极短会期制。近年,全国人大一次会一般是开 10 天到 12 天左右,全国人

大常委会好一点,两个月开一次会,但一次会一般也不超过10天,一年只有55天左右,两者相加不过60天,而世界上成熟的法治国家的议会会期一般都在200天以上。以上三项的制度性设计进一步使得人大的功能受到弱化。

此外,还有一些非制度性安排又进一步弱化了人大的功能。第一,人大成为“二线养老”的“清水衙门”;第二,人大代表成为荣誉职务;第三,人数可观的党政官员当选了人大代表,到了2013年才降到了35%。所以政府工作报告在人大一下子就获得了通过,法院工作报告获得的票数则少一些。曾经出现过这样的情况:地方法院因为积极受理行政诉讼,到人大开会作工作报告时,得票就比较低,因为在人大代表中,出自行政机关的官员本来就不少。

基于以上的分析,我们可以知道作为国家机关之一的各级人大的基本运行状况,也就能理解它为什么长期采取一种高度自我谦抑主义的政治立场了。但是,从宪法的规范要求就不用说了,即使从时代发展的趋势来看,人大在很多时候,也太过于自我谦抑了。当今,官员腐败现象如此严重,以致到了人们反复为之震惊、麻木、再震惊的程度,足以说明我们国家权力体制对公共权力的监督和制约在很大程度上出现了失控的情况。在这种情形之下,如何坚持和完善人大制度,尤其是如何进一步加强人大在现实政治生活中的作用和功能,已受到了广泛的期待。

## (二) 国家主席

接下来讲国家主席。有关国家主席的产生和任期、职权等内容,大家可以阅读教材第257~258页。我们这里要简要地梳理一下国家主席这一国家机关的运行简史,包括它的设立与运行所伴随着的一些政治风波。

根据《共同纲领》的规定,新中国建国初设中央人民政府主席,由毛泽东担任。这个中央人民政府接近于实行议行合一,它的主席权力很大。1954年宪法设国家主席,这个国家主席是有实权的,开始也是由毛主席担任,1959~1966年由刘少奇任第二任主席,在这个过程中,毛泽东担任党的主席,刘少奇担任国家主席,中国就出了两个主席,而因为国家主席是有

实权的,刘少奇实际上掌握了整个国家的官僚系统和行政权,有时甚至让毛泽东感觉到在撇开他,比如不让他参加一些会议。这样,双方的私人信赖关系就破裂了,这在人治社会的权力高层是一大禁忌,注定了刘少奇必须下台。但要让他下台很不容易,因为他很有实权。所以,毛泽东就发动了文化大革命,释放出了人民这个巨大的政治动力资源。而由于当时建国已经十多年了,新中国起初的民主理想很高迈,但现实中公共权力的制约体制并不完善,为此十几年下来,早已滋生了官僚主义,积累了各种社会矛盾。于是,人民就变成一股狂野的力量,发动之后往往控制不住,连毛泽东也未必能控制得住。当天安门前红卫兵的人潮涌向他高呼万岁的时候,毛主席也制止不了。十年动荡就是这样产生的。

刘少奇在“文革”时期被打倒后,就一直没有设国家主席。到了1970年庐山会议讨论文革宪法草案时,林彪等人就提议设国家主席。这是因为当时林彪在党内的地位很高,被定为毛主席的接班人,这都写进党章了。但是,他在国家机构中地位比较低,只是担任国务院副总理和国防部部长,排在周恩来总理之后。他身边的人就跟他说,这不利于他接班,劝他当国家副主席,以便将来毛主席去世之后可以名正言顺地接班。那国家主席由谁当呢?当然先由毛主席当,所以他大谈毛主席是天才。林彪的这个小算盘打得应该说并不过分,而且从宪法学上讲,当时设置国家主席、并由毛泽东担任,对于理顺党国一元化体制而言,也是有裨益的。但可能受到当年刘少奇担任国家主席情形的刺激,毛主席很警觉林彪的这个算盘,坚决反对在宪法中继续设置国家主席这个机关,自己也坚持不当国家主席。他老人家在这一点上与林彪就较上劲了,在此期间,两人也没有直接充分沟通,这多半是因为林彪身体不好,平时就深居简出,而毛主席是领袖,又是摩羯座的,心思很深,心气也很高,没有直接找林彪来沟通,两人的私人信赖关系也破裂了,后来70年宪法草案最终流产了,甚至发生了林彪事件。

在这之后,设置国家主席几乎成为政治上的一个禁忌,此后的75、78年宪法修改都不再设置国家主席这一机关。到了82年宪法又恢复了国

家主席的设置,但是鉴于历史教训,赋予国家主席权力很小,没有独立的决定权,实际上只拥有一些形式性的、礼仪性的职权。其时由李先念、杨尚昆先后担任。两人自然当得很低调,甚至连国家主席的印章都放在全国人大那边。到了江泽民时代,确立了“四位一体”的体制,开始行使类似国家元首的权力。目前,“四位一体”体制得到进一步强化,政治安全性进一步得到确保。

### (三) 国务院

国务院是中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。大家都知道,在权力运行体制中,执行权往往容易成为一种实权。所以国务院也是实权最大的机关,它的体系也十分庞大,目前,主要由“三委二部一行署”组成。“三委”是指民族委、计生委、发改委,“二二部”是指22个部,“一行署”即中国人民银行和审计署。

有关国务院的内容,主要以自学为主,请大家阅读教材第258~262页。

### (四) 中央军事委员会

宪法上所设置的中央军事委员会,也是国家机关之一,而且这个机关也很重要,有关法条是《宪法》第93、94条。根据宪法上的规定,其微妙的特点是没有任期限制。负责关系也很有特点,是由中央军事委员会主席而非中央军事委员会向全国人大及其常委会负责;并且只负责,不报告工作,因为军事涉及国家机密不宜提交大会报告。

由于中央军事委员会是宪法所设立的国家机关,由此也可以说,中国已经在宪法规范这一层意义上完成了军队国家化。诚然,在宪法规范的实际运作中,军队是由中国共产党领导的,这一点无疑体现了鲜明的中国特色。具体的方式是:《宪法》所规定的中央军事委员会与中共中央军事委员会有着密切关系,简单来说就是“两块牌子,一套人马”。

而中国共产党之所以可以领导军队,原因很简单:中国共产党是军队的缔造者,也是目前中国唯一拥有足够强大的政治能力控制军队的主体。而军队在政治上得到控制,不是一件简单的事情,一旦控制不了,军队很



可能要参与政治斗争,甚至介入司法判案,乃至横行于市井,许多国家就是如此。在目前的我国,从现实效果来看,虽然军人可以进入国家权力机关当代表,但多半具有荣誉性的意味,除了拥护执政党以外,军队在政治上基本保持中立,并不干预行政与司法。但由于形成了一个相对封闭的体系,一旦爆出些贪腐大案,也足以令人触目惊心了。

此外,从历史上也可以看中央军委具有很重要的地位。这撸一撸历史就知道了。打倒“四人帮”后,华国锋担任中共中央主席、中央军委主席、国务院总理,这个权力很大,等于总揽了党、政、军的大权,比现在的“四位一体”权力更大。到了1980年8月18日,政治高人邓小平突然在中央政治局扩大会议上发表了《党和国家领导制度的改革》一文,论述了“文革”的经验教训,明确提出反对权力过分集中,掀起了20世纪八十年代第一波政治体制改革。同年9月,华国锋辞去总理职务,由赵紫阳接任。1981年6月,华国锋进而辞去另两职,由胡耀邦接任中共中央主席,邓小平接任中央军委主席,“三驾马车”体制一时形成了。“三驾马车”中实权最多的是赵紫阳,地位最高的是胡耀邦,权威最大则是邓小平。这“三驾马车”体制看上去壮观,但运行不易,为此一些事情发生了:1982年十二大召开,当时把“中共中央主席”改为“总书记”,这一转变很重要。因为“主席”的存在是领袖制,“总书记”则相当于是委员会制中的“大管家”。接着,胡耀邦下野,1987年1月,赵紫阳代总书记,同年11月转正,但又于1989年下野。在这个过程中邓小平完全确立了中国第二代“领导核心”的地位。1989年6月,江泽民任总书记,同年11月,邓小平辞去中央军委主席,由江泽民接任。1993年3月,江泽民担任国家主席,人们说“三位一体”体制就此形成了,这更有利于政治安定了。2002年11月,胡锦涛任总书记,两年之后江泽民辞去军委主席,由胡锦涛接任。2012年11月,习近平任总书记,并接任中共中央军委主席,同时任国家中央军委副主席,于2013年3月全国人大召开后提出国家的中央军委主席。

从“中央军委主席”的职务更替也可以看出,这是国家政治权力体系中很关键的一个职务,相当于“定海神针”。

有关中央军事委员会的性质、地位、组成、任期和领导体制等具体内容,请大家阅读教材第262~266页的内容。

#### (五) 地方各级人大和地方各级人民政府

地方人大是地方国家权力机关,在本级国家机构中处于枢要的宪法地位。全国人大和地方人大之间没有隶属关系,这一点大家要牢牢记住。上级人大只是依法监督、指导下级人大的工作而已。地方各级人民政府则是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。其一方面对本级人大(闭会期间对其常委会)负责并报告工作,另一方面又对上一级国家行政机关负责并报告工作,受国务院统一领导。

这些知识比较简单,大家可以阅读教材第266~275页,我们就不多说了。

#### (六) 民族自治地方的自治机关

接下来是民族自治地方的自治机关,教材的相关内容在第275~279页。在这里我们需要特别了解的要点是:

首先,我们的制度是民族区域自治制度,即以少数民族聚居区为基础的区域自治,而非少数民族自治。它并不是让每一个少数民族实行自治,而是让少数民族聚居的区域实行自治,所以叫“民族区域自治制度”。这里面有很深的考虑。当然现在也出现一些问题,对这个问题的研究很不够。根据我们初步的分析,民族区域自治的自治权的配置与运行可能出现了问题。这个还需要进行大量、深入研究才能做结论。我们只能说,这个问题不解决,在国家统合的问题上迟早是要出大乱子的。

其次,民族自治地方也比较特殊,它包括自治区、自治州和自治县(旗),但是民族乡不是民族自治地方。民族自治地方的自治机关则是自治区、自治州和自治县的人民代表大会和人民政府,不包括当地的法院和检察院。这一点也比较特殊,需要注意。

#### (七) 人民法院和人民检察院

接下来就是人民法院和人民检察院,我们的讲述以法院为主。

置身于转型时期的中国司法,一直承受着极大的压力,但它本身的问

题比较多,学术界认为主要有三大顽疾,即:司法腐败、司法不公正、司法无权威。这三大顽疾使得中国司法处于十分尴尬的境地。原因出在哪里呢?许多人认为主要是因为宪法所规定的审判权独立行使没有做好。

### 1. 审判权独立的状况

根据《宪法》第126条规定:人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。这里规定的是审判权行使的独立,而非“司法独立”。而且从规范上看,该条款暗含了例外,即人大和党组织可以影响到司法。

在现实当中,我们可以看到法院受制于六个方面:第一是党组织,不仅是法院之外的党组织,包括法院内部党组对法院人事、政策、纪律的影响;第二是上级法院对下级法院的影响,如《宪法》第127条规定的上级法院对下级法院审判工作的监督,包括最高院的司法路线对下级各级法院的影响;第三是人大,因为各级法院是由本行政区域内同级人大产生的,所以要对它负责、受它监督。第四是同级行政机关对法院的影响,这个影响可大了,因为行政机关拥有财政预算编制权,其中包括了同级法院的财政预算,法官的福利待遇等事关个人切身利益的事情,很大程度上都由同级行政机关掌握;第五是检察机关对法院的干预,因为根据《宪法》规定检察院是法律监督机关;第六是社会舆论对法院的影响,包括具有公共机关性质的各种传媒机关、社会组织、与非公共性质的学者、网民等,都可以影响司法。以上几个方面几乎均是合法的,甚至存在合宪的空间。

此外,作为个人的法官也受制于四个方面。第一,法院内部级别更高的法官对下级法官的影响。庭长、分管副院长、院长让你这样判,你一点脾气也没有。第二,本院的审判委员会,那在本院算是绝对的权威,最终说了算。第三,法院内部的党组及其成员。第四,法院内部的其他同事或上级法院同行。

以上六个方面加四个方面一共十个方面,可谓是“十面埋伏”。所以当今的法院,如果没有一种强有力的政治保障或制度上的保障,司法独立是免谈的,而且在政治上也是有风险的——“司法独立”可能会导致“司

法孤立”。因此法院也不敢提,它最多只敢提审判权行使独立。可是审判权行使的独立也是很难做到的。

## 2. 当今的司法改革

鉴于司法机关存在的顽疾及各种问题,当今中国司法改革势在必行,目前已提出的口号是“依法独立公正行使审判权”,这就是现下司法改革的基本目标。重点做几件事,第一是去行政化,建立司法责任制,主要是谁审理、谁判决、谁负责,还有责任追究制。将来法官的权力会得到加强,同时责任也会加大。这就要求法官的待遇要提高,职业保障要做好,否则就会出现人才流失,也会造成优秀人才不愿到法院工作。再有就是建立领导干部干预个案的记录、通报、责任追究制度,等等。第二是去地方化,十八届三中全会和四中全会提出了一些重要方案,其中包括地方法院实行人财物省级法院统一管理制,最高院设立跨地域的巡回法庭,设立跨行政区划的法院和检察院等。

以上去行政化与去地方化这两方面措施未必能够全部解决法院独立行使审判权的问题,而且即使解决了独立行使审判权的问题也未必能够全部解决法院的所有问题,但是,改革势在必行,也已在前行。

## 三、各机关之间的关系:案例分析

再接下来,我们就本章的内容,集中分析和思考一些真实的事案。我们主要讲三个代表性的案例,它们都非常能说明各机关之间的关系,以及目前我国国家机构运作方面所存在的问题。

### (一)黑龙江恢复强制婚检事件

这个事件的情况是这样的:2005年6月,黑龙江省第十届人大常委会第十五次会议通过了修改的《黑龙江省母婴保健条例》,其中明确规定:“黑龙江省实行婚前医学检查制度”,要求“准备结婚的男女双方,应当接受婚前医学检查和婚前健康教育,凭婚前医学检查证明,到婚姻登记机关办理结婚登记”,否则不予办理结婚登记。

该条例的公布施行,意味着我国自2003年10月1日实行自愿婚检以

来,黑龙江省成为第一个恢复强制婚检制度的省份。也就是说,本来在2003年10月1日之前,我国确实实行这种强制婚检制度,但受到了批评。为此,2003年10月1日,国务院颁布了《婚姻登记条例》,在其中废除了强制婚检,而改为实行自愿婚检制度。但是问题在于,1994年全国人大常委会制定的《母婴保健法》则明确规定:准备结婚的男女双方,应当接受婚前医学检查和婚前健康教育,凭婚前医学检查证明,到婚姻登记机关办理结婚登记。而这个法律没有修改,迄今仍然有效。

按照时间顺序整理一下,我们可能会清楚一些:首先是在1994年全国人大常委会制定的《母婴保健法》规定了强制婚检制度;后来在2003年,国务院颁布的《婚姻登记条例》废除了过去的强制性婚检;现在,即本案发生的2005年,黑龙江省《母婴保健条例》作为地方性法规,又在本省范围内恢复了强制性婚检制度。这样,这三种法律法规的规定就相互冲突起来了。这就出现了令人苦笑不已的问题:这些冲突应该如何解决?黑龙江省这个《母婴保健条例》的那条规定是否有效?

这是中国法治只有在目前这个阶段才可能出现的乱象。

我国现行《宪法》以及《立法法》明确规定:国家立法权属于国家立法机关,即全国人大及其常务委员会;国务院也有制定行政法规的权力;而地方一定级别的人民代表大会及其常务委员会也有制定地方性法规的权限。这样,如果没有加强立法者的事先调适,那么就有可能出现他们各自制定出来的法律规范互相冲突的情形。本案就出现了这种情况,而且非常严重。那该怎么解决呢?

针对本案,我们说,涉及三个立法:第一个是作为地方性法规的黑龙江省的《母婴保健条例》,第二个是作为行政法规的国务院制定的《婚姻登记条例》,第三个是作为法律的全国人大常委会制定的《母婴保健法》。它们之间的位阶关系,即效力等级关系是怎么样的呢?根据《立法法》的规定,是这样的:在三者之中,法律地位最高,效力最强,行政法规次之,地方性法规地位最低。如果仅仅从位阶的角度来分析的话,本案的立法冲突是这样的:黑龙江的《母婴保健条例》抵触了国务院的《婚姻登记条

例》，因此无效；但是国务院的《婚姻登记条例》又抵触了全国人大常委会的《母婴保健法》，因此也无效。于是，似乎就产生了这样一个悖论：黑龙江省条例中的相关规定，因抵触国务院的条例而无效，但却因为抵触了国务院条例中无效的相关规定而有效，或者说因为具有全国人大法律依据而有效。

分析到这里，我们可以做出如下的学理评判：

第一，国务院的条例不应该违背人大立法。也就是说，早在国务院制定《婚姻登记条例》的时候，就应当尊重全国人大常委会制定的《母婴保健法》，不应该明显地抵触它。可是它却抵触了，有问题。尽管国务院的条例废止了强制婚检制度可能是一种进步，但毕竟侵害了宪法所期待的法治秩序以及合法正义。

第二，黑龙江省人大常委会也同样如此，而且，根据《立法法》第64条，其在立法时应该论证执行全国人大常委会《母婴保健法》需要根据的“本行政区域内的实际情况”。从某种意义上说，本来它就未必有必要制定一个《母婴保健条例》，因为已经有全国的《母婴保健法》及其实施细则了，而它偏偏要制定一个条例出来，规定的强制婚检制度和《母婴保健法》也没什么区别。那么，你有什么特殊情况，以至于需要特别制定这个条例，就需要进行说明论证。

第三，全国人大常委会也有责任。首先，它是否应该考虑在国务院《婚姻登记条例》之前及早废止《母婴保健法》中的婚检制度。因为如果强制婚检制度存在弊端，并引起较大争议，乃至国务院不得不把它废除，而作为人民的代议机关，全国人大常委会也应该考虑是否尽早废除，即本来可以通过启动违宪审查机制，赶在国务院《婚姻登记条例》之前废除，这样就会出现比较好的局面，但它没有这样做。其次，更无争议的是，在国务院及黑龙江省人大常委会各自将其《条例》报其备案时，全国人大常委会也应该及时作出审查。因为根据《立法法》的规定，行政法规和地方性法规制定出来之后，都要报全国人大常委会备案审查。这时，全国人大常委会就要作出判断，是否应该宣布它们因违法而无效。但是全国人

大常委会却是不作为,乃至出现这种悖谬的情形。

## ● (二) 李慧娟法官事件

这也是近年来一起非常著名的案例。介绍一下案情:2003年1月,河南省洛阳市中级人民法院审判长李慧娟在一起种子收购纠纷案的判决意见书中写道:“《种子法》实施后,玉米种子的价格已由市场调节,《河南省农作物种子管理条例》作为法律位阶较低的地方性法规,其与《种子法》相冲突的条(原文如此,估计漏掉一个“文”或“款”字)自然无效……”

为什么这么判呢?我们说说认定冲突的理由。本案中的《河南省农作物种子管理条例》第36条中规定:“种子的收购和销售必须严格执行省内统一价格,不得随意提价。”但根据《中华人民共和国种子法》的立法精神,种子的价格应由市场决定。于是二者就发生了矛盾。那么这个矛盾是否可以容忍呢?主要要看河南省这个条例是否有特殊的情形,也就是该区域是否存在特殊情况,需要对《种子法》作出例外规定。如果没有,李慧娟作出的上述判断,其内容本身,在法学理论上就是可以理解的,即下位法与上位法冲突,下位法这个条文自然无效。

但是本案涉及的问题不限于此,因为案情后来进一步展开了。即在该判决宣告约半年后的7月份,洛阳市人大常委会向河南省人大常委会就该案种子经营价格问题发了一份请示。10月,对此,河南省人大常委会法制室发文明确答复:《河南种子条例》第36条关于种子经营价格的规定与《种子法》没有抵触,继续适用。同时,该答复特别强调指出:“(2003)洛民初字第26号民事判决书中宣告地方性法规有关内容无效,这种行为的实质是对省人大常委会通过的地方性法规的违法审查,违背了我国的人民代表大会制度,侵犯了权力机关的职权,是严重违法行为。”该答复还责成洛阳市人大常委会“依法行使监督权,纠正洛阳市中级人民法院的违法行为,对直接负责人员和主管领导依法作出处理……”。

问题就此闹大了!同年10月18日,河南省人大常委会办公厅下发了《关于洛阳市中级人民法院在民事审判中违法宣告省人大常委会通过的地方性法规有关内容无效问题的通报》,要求河南省高院对洛阳市中院



的“严重违法行为作出认真、严肃的处理,对直接责任人和主管领导依法作出处理”。可以看出,人大这边生气了,所以口气非常强硬。但是大家注意:生气的不是人民代表,实际上只是人民代表机关的辅助机关——河南省人大常委会的办公厅。它生气了,发出通告。河南省人大常委会的办公厅虽然属于河南省人大,但是它也有行政级别,而且行政级别很高。办公厅的主任是什么级别?厅级的,算是很高的。

问题越闹越大了。于是,根据省市人大常委会提出的处理要求,洛阳中院党组于2003年11月7日作出书面决定:撤销判决书签发人——民事庭赵广云法官的副庭长职务和李慧娟法官的审判长职务,并免去李慧娟的助理审判员资格。该决定只是尚未履行提请洛阳市人大常委会讨论通过的法定程序。

但此后,在还没有提请讨论的时候,情况又发生了变化。在社会舆论和法学专家、学者以及法律界其他人士的密切关注下,李慧娟事件最后发生了戏剧性的转变。提请洛阳市人大常委会讨论的法定程序一直没有进行,李慧娟也一直没有收到自己所在的洛阳市中级人民法院的任何书面处理意见。次年5月,被迫赋闲在家、饱受长达8个月煎熬之苦的李慧娟,在洛阳中院的电话催告下,终于重返工作岗位。

这个案件涉及地方国家权力机关与司法机关的关系,涉及法律解释权的分配,还涉及违法审查制度的运作,以及涉及党的领导方式等问题。在规范意义上,应该如何看待本案呢?我们也进行若干学理评判:

第一,河南省人大对其所制定的《种子条例》负有责任。如果《种子法》制定在先,它制定在后,它就要注意,不能在《种子条例》中设定明显违背《种子法》的条款,除非本区域存在特殊情况,从而作出例外规定,并报全国人大常委会备案,且没有被撤销。

第二,本案还涉及法律解释体制的问题。在我国宪法体制下面,法律解释权归属于全国人大常委会,司法解释权归于最高人民法院等,而审理案件、适用法律的法官,却被认为没有解释权。在这样一种法律解释体制下,李慧娟法官没有法律解释权,但她运用了 this 解释权,甚至也可以说

是行使了违法审查权,为此被洛阳市人大常委会以及河南省人大常委会等有关部门认为是侵犯了立法权。当然,违法审查也需要以法律解释为基础。但在现行解释体制中,法官没有法律解释权。虽然我们说,实际上,法官在审理案件时必然会涉及法律解释,但是,在现行体制下面,却不能写到判决书中。也就是说法官实际上必然会做,但不能写出来。这就属于法律体制本身的问题了。这个案件在当时之所以引起学界的关注和争议,其焦点也在这里。

第三,还有被学术界忽视的一个问题:河南省人大常委会法制室的答复,以及办公厅的《通报》明显越权。从严格意义上说,它们没有这个权力,因为不是国家权力机关本身,而只是地方国家权力机关的辅助机关,为此不能代表人民意志,去行使国家权力。但随着国家权力机关的辅助机关在近十几年来也出现“行政化”、“衙门化”的趋势,这些机关就不知不觉地替代本身所服务的国家权力机关,直接或变相行使起国家权力来了,这也是要值得注意的。

第四,第三点中的有关机关的行为以及洛阳中院党组的书面决定,也有可能涉嫌违背“审判权独立”的宪法规定。因为我国宪法第126条规定:人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

我们看到,本案牵扯到的责任主体是很多的。国外许多宪法性案件出来之后,责任主体一般就一两个。但是在中国,往往像本案这样,会牵涉很多。为什么会这样?这是因为,在我国,只有等到问题和问题堆积在一起,才爆发成一个公共案件,而不是一个简单问题马上就成为案件,及时得到解决。《种子法》和《种子条例》本身就有冲突,没有解决;然后李慧娟作出的判决,又牵扯出新的问题;接着各级人大有关辅助机关介入,甚至上级法院介入,乃至党组织也介入,乱成一锅粥;最后舆论出来,解决了吗?还是没解决。虽然最终李慧娟法官重返工作岗位,但那是整个事件“拖”出来的结果。而且在实体上,这个案件中的许多问题根本没有解决,里头存在的矛盾照样还是存在的。只不过是迫于舆论的压力,各方面

都沉默了,于是,对于李慧娟而言,不能上班的问题“解决”了。

### (三) 法院工作报告未获人大通过事件

迄今为止,这类事案已有了一些,但较早的也是引起较大关注的一个,是2001年发生在沈阳市人大会议上的。案情是这样的:2001年2月14日,沈阳市第十二届人大四次会议,表决由市中级人民法院副院长所作的《2000年沈阳市中级人民法院工作报告》,结果该报告未获半数代表的赞成票,为此没有通过。此案引起全国轰动,被学者称为“中国民主政治的标志性事件”。

对于此案,专家观点很多。第一种观点认为:这个好,我国宪政体制下,人大有权监督一府两院(政府和两个司法机关),这一事件说明,人大已经慢慢地成为真正的国家权力机关了。第二种观点认为:沈阳人大不通过中级法院的报告案,凸显了我们立法上的漏洞。因为对此,谁该承担责任,承担什么样的责任,目前我国的相关法律还没有明确规定。于是有人呼吁,在这种情况下,法院院长应该受到问责、下台。第三种观点,也有专家认为:人大听取、审查法院、检察院的工作报告,然后通过或否决两院工作报告的监督方式,不符合司法权的性质;应改变这种“整批监督”的模式为事后的个案监督模式。大家看看,哪一个说法更有理?

以鄙人之见,本案应该这样看,分为四点。

第一,人大对行政机关的监督与对司法机关的监督方式,的确有必要作严格区别。对前者可作具体监督(包括询问和质询),但对后者,则应作抽象监督,任何形式(包括事前或事后)的个案监督,均为不当。原因就在于,《宪法》第126条规定了审判权独立,而人大的个案监督,则可能对法院通过独立行使审判权而对具体案件作出法律判断的过程,产生不确定性的强制性影响,为此有可能损害审判权独立。

第二,但是,人大听取法院、检察院的工作报告,然后通过或否决两院工作报告,这种监督方式属于抽象监督方式,不违背司法权的性质。而对司法机关的监督,如属于个案监督,不管事前事后,都是不行的。但是,“一揽子”性质的抽象监督的方式,在人民代表大会体制下应是允许的。

第三,人大代表听取其他国家机关的工作报告,目前只是一种柔性的、无具体法后果的监督方式,如没有通过,则应具体分析原因,总结问题,通过其他途径作出处理。有关立法也可以跟进,作出具体规定。

第四,与此相关,考虑到审判权独立的原理,法院工作报告未获人大通过的法律效果及有关责任,在未有法律规定时,不宜贸然采取具体问责的方式(如罢免法院院长等)。但人大一方应强化审议程序,法院一方则应总结问题,接受人大的抽象监督。双方都应该有所行动,不过,若无其他理由,仅就此罢免法院院长的做法是不当的,即不应该对其追究带有具体的法效果的责任。为什么呢?因为,第一,对法院来说,工作报告往往包括过去工作的总结和今后工作的计划,那么,在人大上没有通过,无法确定究竟是哪一个部分出了问题,这个具体问题。人大代表也许就是对其中的一个问题持反对、怀疑态度,但是就全都投否决票。第二点原因是,上级法院与下级法院只存在指导关系,但在上级法院的报告当中,还可能代下级法院做工作总结,把下级法院的工作情况全部写进去。基于以上两个原因,我认为,不应该对法院采取具体的处理措施。当然,这是我个人的观点。

今天的内容就讲到这里。谢谢大家!



### 第三编

## 基本权利

到上次为止,我们把第二编国家组织讲完了。国家组织虽然不是整门课的重点,但也非常重要。我们在讲授当中还增加许多新的内容,是我们教材所没有的,其他教材也没有,供大家参考。

今天我们进入第三编基本权利。本编的内容主要对应我国现行宪法第二章,该章章名就叫“公民的基本权利和义务”,它包括了从第33条到第56条的规范内容,一共24个条款,涵盖了公民的绝大部分的基本权利和义务。大家注意,我说的是“绝大部分”,而不是“全部”。因为其他的条文也可能涉及公民的基本权利和义务。

本编的内容及其地位很重要,为此,82年宪法修订时,宪法修改委员会秘书长胡乔木等人提议,将“公民的基本权利和义务”这一章放在“国家机构”这一章之前,以示它的重要性。胡乔木在此次修宪期间提出的许多方案都被否决了,只有这个方案被采纳了。我们可以这么说:一部宪法要维护许多重要的价值,比如自由、平等、民主、国家富强、社会进步等,由此,在宪法内部形成一个价值体系,但是对基本权利的确认与保障是整个宪法价值体系的核心之所在。有人说:人权规范相当于宪法中的实体法部分,而组织规范相当于宪法中的程序法部分;程序法是为实体法服务的,为什么宪法组织规范那么设计呢?主要是为了保护人权规范、保护基本人权。

对应本编的内容,教材中的内容为第六章“公民的基本权利与义务”。本部分的内容非常多,教材仅用一章的篇幅不太合理。我们的讲授内容有所改动,分为如下三章:第九章“基本权利及其类型”,第十章“基本权利的保障及其规范效力”,以上两章相当于总论部分,与前面“宪法总论”一起,构成了我们讲述中的两个重点,我们将用两次课来讲;第十一章则是“基本权利各论”,也将用两次课来讲。



## 第九章 基本权利及其类型

在开始本章的讲述之前,向大家提出如下问题:第一,人权与基本权利有区别吗?如有,则有哪些区别?第二,基本权利有哪些类型?第三,我国近代著名思想家严复在翻译密尔的《自由论》时,将“自由”理解为“群己权界”,这正确吗?

本章涉及基本权利基础理论,自然很重要。如果这一块内容没过关,那么接下来在研究一个个个别基本权利的时候,就会很难理解。而如果这一块掌握得好,那么即使下面的个别基本权利没有学好,遇到基本权利问题跟人也能瞎侃几句。在国外,尤其是成熟的立宪法治国家,普通的市民经常会谈到宪法上的问题,并且有些人还能以能讨论宪法问题为荣,也许男孩子在和女朋友谈恋爱的时候,偶尔在基本权利问题上发表一番高论,也能立刻让女生刮目相看。学习了基本权利理论,特别是总论以后,你就会拥有这样的能力。

### 一、宪法与基本权利

这可以说是概论中的概论了,它主要研究宪法与基本权利有什么关系,或者说基本权利在宪法中处于什么样的位置。而要弄明白这些,我们就有必要首先了解:什么是基本权利。

#### (一) 基本权利的内涵

何谓基本权利呢?顾名思义,指的是那种具有重要地位的、并为人们

所必不可少的权利。这样看来,要理解这个概念,关键就是首先要初步理解一下什么是“权利”了。

### 1. 权利

“权利”概念是非常复杂的。许多学者给权利下过定义,包括法理学——法哲学领域的许多名宿巨擘,都试图给权利下个定义,但最终都难以形成定论。有人统计过,理论界针对“权利”至少产生过一百多种定义。此种学说状况,完全可以说是众说纷纭、莫衷一是了。

为了开展进一步的研究,我们也给权利下个简单的定义,但为力图避免不必要的争论,我们选择一个争议性最小的定义,此即:权利指的就是在一定的法律关系中,法律关系的一方对另一方所享有的可以要求对方作出一定的作为或者不作为,并为法律规范所认可的一种资格。这个定义比较传统,但可以说是具有最小争议性的有关权利的定义之一,虽然这不等于没有任何争议。

尽管如此,我们还是要进一步了解这个定义具体指什么。先说说此处“权利”的范围有多大。依刚才这个定义,权利是法律关系一方要求对方作出一定作为或者不作为的资格,作为和不作为这两个方面都包括在里面。因此,这里所讲的权利,实际上是一种广义的权利,既包括要求对方作为,又包括要求对方不作为。于是,这个广义上的权利,又可以分为两个部分:一部分叫做狭义上的权利,另一部分叫做自由。这两个部分又该怎么区分呢?要详细论述起来,这可是个非常复杂的问题,都可以写成博士论文。但在课堂上,我们只做个简单的对比。一般来说,二者是这样来区别的:狭义上的权利,英文一般用“right”表示,也有用“entitlement”;自由,英语中也有两种表述,一个是“freedom”,另一个是“liberty”,“liberty”更加古老、更书面化一些,日常生活中人们多用“freedom”。

我们大致可以总结出广义上的权利具有如下这么一些特征:

第一,权利反映了主体之间的一种对等的法律关系。大家请注意:首先,权利所反映的必然是主体之间的关系。比如,当我说“我对这个杯子拥有所有权”的时候,这里所说的所有权,作为一种权利,它所反映的不是

我与杯子这个客体之间的关系,而是我与除我之外的所有主体之间的关系。而假如这个世界上只有我一个人,就自然没有必要讲权利了,那时讲权利没有意义了。其次,在这个关系中,主体之间一定是对等的。如果不对等,那就不是权利关系,而是权力关系了。

第二,权利由法规范所认可。狭义的权利是这样的,自由也是如此。我们说,自由倾向于不依赖法定就存在,但这是不是说自由就与法规范无关呢?绝不是。在人类追求自身幸福的历史中,法规范所不认可的自由,往往徒具自由之名,难以具有实效性。因此,在这个意义上,权利,我是指广义上的权利,虽然不一定由法律设定,但一定要有法规范所认可。

第三,权利是一种法(律)上的资格。关于权利的性质是什么,法理学——法哲学上有力量说、利益说等,观点很多,其中有一种观点就是资格说。我们可以采纳这个观点。既然有权利,就可以要求对方作为,或者不作为,那凭的是什么呢?凭的就是资格。

在对权利的概念有了初步了解之后,我们再来看“基本权利”。

## 2. 基本权利

初步了解了权利概念的内涵之后,我们就可以理解基本权利的内涵了。如何理解基本权利的内涵呢?可以这样理解:它主要指的是每个人基于其作为人或特定国家的社会成员而应享有的最起码的权利。然而,正如我们曾经说过的那样,任何定义都是有风险的,这个定义就未必是完整的。要理解基本权利,我们需要把握以下几个要点。

第一个要点是要了解:不同国家不同时代用语之间存在一定的差别。在近代,人们一般通用的术语是“自由”,早期英语中多用“rights of man”,即“人的权利”,甚至可以说是“男人的权利”;在德国、日本以及中华民国时期,学说上往往称为“主观性公权”。而到了现代,用语格局为之一变,英美国家多用“人权”(Human Rights)这个概念,在德国则称为“基本权”(Grundrechte),而日本则用“基本人权”的说法。大家要明白,这些在不同的学术语境里出现的术语,尤其是这些现代各国出现的用语,在功能意义上所指大同小异,差别不大,很难说哪个是不适当的。但是需要注意的

是,在不同语言之间转化、运用的过程中,也出现了一些错误的用法,在我看来,最严重的错误可能出现在我国,即有些学者将“公民的基本权利”简称为“公民权”。为什么这是错误的呢?因为这个用语很可能与“rights of citizen”这个意义上的“公民权”概念相混淆,而后者也是一个法律概念,其含义实际上只是指某一个国家中拥有国籍的人所享有的参政权。

第二个要点是:因为基本权利的高度重要性,所以现代各国一般均会把它们规定到一国最根本的法——宪法中去,所以,在国内法上,一般而言,基本权利就等同于那些写在宪法上的权利,为此有人也称为“宪法权利”,但宪法未必将所有该保障的基本权利都写出来,为此基本权利也可以说是“宪法所保障的权利”。其实,大家以后所要学习的国际法,也讲权利保障,那主要讲的是诸种国际人权公约中所列举的各类人权,而那些人权类型从哪里来呢?主要又是从各国宪法中来的。

说基本权利主要是写于宪法上的,那是写在哪个部分呢?一般集中于权利规范部分。美国1787年宪法没有写入基本权利,后来有很多人反对,包括华盛顿的朋友著名的政治家梅森(George Mason, 1725 - 1792)。1787年9月13日,39位代表都在宪法上签字了,有三个代表拒绝签字,梅森就是其中一个,他的理由不少,其中一个就是这个宪法没写上基本权利。但当时的主流意见认为,人权保障是天经地义的,无须写入宪法。此后,宪法在各州的讨论中受到大量的批评,因此于1791年,也就是其宪法制定后的第四年,美国人就一口气制定了10条修正案,添加在宪法后面。这就是权利规范部分。与许多大陆法国家一样,我国宪法专门开辟一章规定基本权利,即第二章。

但是,一些基本权利也可能散见于其他部分,如我国宪法第125条中规定:“被告人有权获得辩护。”在德国,这样的权利,在宪法学术语中被表述为“同等于基本权的权利”。另外,宪法中没有写出的一些基本权利,也可能属于宪法所保障的基本权利。有关此点,美国宪法中的表述为“宪法未列举权利”,在我国宪法中“生命权”“隐私权”即是两例。

理解基本权利,要理解的第三个要点是:基本权利主要是个人等私主

体针对公权力(如国家)所享有的权利。这个私主体,可以分为个人和其他私人(比如说公司、其他组织等)。正因如此,在德国,基本权利一般被表述为“主观性公权”,它指的是个人在公法上所拥有的、可请求救济的权利。为什么会出现这样的概念呢?因为在德国,指称权利的 recht 一词有两层含义,一层指权利,另一层指法律。因为词义的双重性,学术界采用一种方法予以区别,即主观性 recht 指权利,客观性 recht 指法律。主观性权利这一说法就是这样来的,那么,主观性权利强调的是什么呢?主要强调的就是权利主体的个人性和权利的可救济性。而作为基本权利,即作为一种主观性公权,它主要是针对公权力而享有的,如果只是私主体针对其他私主体所享有的权利,即使也很基本,但仍不是宪法上的基本权利,而只是民法上所保障的民事权利。举个例子:你拥有一栋房子,它是你的,任何私主体都不能侵犯它,你在这个房子上针对任何私主体所享有的财产权,就是民法上的财产权;你所拥有的这栋房子,公权力也不能随意侵犯它,你在这栋房子上针对公权力所享有的财产权,则是宪法上的财产权。

当然,基本权利是私主体针对公权力所享有的权利,这主要可以包括两个方面:(1)公权力不得当侵犯,包括通过立法不当侵犯;(2)在延伸的意义上,公权力必须针对其他方面的侵犯而予以保护,包括通过立法予以保护。

### 3. 我国宪法中的人权

新中国成立以来,历部宪法都运用的是“基本权利”这个术语。由于政治意识形态以及外交斗争的需要,我国政府曾经长期排斥“人权”概念及其观念,反对人权的固有性和普遍性,而重点强调人权受到各国特殊的政治、经济、文化等社会情境的制约,主张人权问题属于一国的内政,外国不得以此干涉该国内政,甚至把人权批驳为“资本主义的货色”,等等。但是,随着改革开放的展开,特别是在 20 世纪 80 年代后期,人权概念逐渐得到了“正当化”,我国政府也逐渐接受了这一概念,并相应积极地参加了多项国际人权保障公约。早在 1991 年,我国政府就出台了第一份《人权

白皮书》，全面系统地介绍我国在人权保障方面的经验和成果，后来成为一种常规性的机制。1997年，我国政府还签署了《经济、社会和文化权利国际公约》。1998年，我国政府又签署了《公民权利和政治权利国际公约》。当然，按照《宪法》第67条的规定，这种条约必须经过全国人大常委会的批准才对我国生效，为此，前一个公约于2001年获得了批准，但后一个公约迄今还没获得批准。为什么呢？可能是因为前一个公约规定的条款都是纲领性的，对政府的约束力不大，后一个公约针对政府规定了很多更为实质性的义务，实施起来更加困难，所以至今未获批准。都十年了，还没批准，对此很多学者都很着急，估计政府也会着急的——总不能老不让批准吧！接下来是2004年，第四次修宪将“国家尊重和保障人权”写入宪法，作为第33条第3款。当时有些学者就很兴奋，觉得这下子人权事业有希望了，有人还说宪法学的春天来了。我也挺高兴的，但情绪还算比较稳定，因为我们都知道在当下的中国某种条款写进宪法，不如某种条款写进《刑法》那样管用，但平心而论，有写到宪法中去总比没写到宪法中去好，这还是要承认的。

这里的“人权”可做狭广两义来解释，它与基本权利之间关系如何？能不能相提并论？我们可以这样看这个问题：广义的人权等于基本权利，包括两层含义，第一层是，任何人都享有的狭义的人权（人的权利），即每个人基于其作为人而应享有的权利；第二层是部分人享有的公民权，即每个人基于其作为特定国家的社会成员而应享有的权利。如前面所讲到的，人权基于两个方面的身份，一是作为人而拥有的，二是作为国家的社会成员而拥有的。但是，归根结底，人权是基于人的尊严而拥有的，即人应当被当作人来看待的观念。在我看来，人的基本权利之所以能够确立，是因为人应该拥有人的尊严、拥有人作为人的最起码的待遇。这种待遇一旦被宪法认定，它就被表达为人的基本权利。

#### 4. 基本权利的宪法地位

前面我们说过，基本权利非常重要，所以各国大都将其规定到其根本法——宪法之中去。而宪法作为一国的根本大法，规定的都是对该国而

言最为重要的内容,那么在宪法规定的所有重要内容中,基本权利的地位如何呢?这也是一个重要的问题。

其实我们前面也提及了。这里不妨再说一下,即对基本权利的确认与保障,是整个宪法价值体系的核心之所在。按照芦部信喜教授的看法,这种以保障基本权利为目的的立宪意义的宪法,具有最为优异的特征。相反,如果在现代还仍然仅仅将宪法认定为是“国家公权力的组织法”,那就有局限性了。

话说回来,因为现代立宪意义的宪法是以限制国家权力、保障基本权利为目的的,这就使得基本权利规范在整个现代宪法价值体系中居于核心的位置。一般而言,现代宪法中主要包括两种规范:一种是“人权规范”,另一种是“授权规范”,又叫“组织规范”。而要理解它们各自在宪法体系中的地位,我们不妨将“人权规范”理解为宪法中的“实体法”部分,而将“授权规范”理解为宪法中的“程序法”部分,其存在固然也具有独立的价值,但实则为人权规范服务的。

## (二) 基本权利的(基本)性质

要进一步理解基本权利,就要了解基本权利的性质,尤其是其基本性质。那么,基本权利有哪些基本性质呢?关于这个问题,国际学术界存在诸多争议,我们采纳比较中立的观点,认为基本权利的性质体现了三对矛盾关系,相应地也就有三个特点:

### 1. 固有性与法定性

关于基本权利,各种不同的法律流派有不同的看法。譬如法律实证主义,它倾向于认为:同其他所有的权利一样,基本权利依赖于国家,依赖于国家法律的规定,只有国家法律有规定,基本权利才存在,法律没有规定,基本权利就不存在。但是,另外一种重要的思想流派,即自然法学派,则抱持着自然法思想,主张人权是一种 *natural rights*。*natural rights*,中文可以译为“天赋人权”,这个翻译是怎么来的呢?根据考察,是近代从日本引进的。近代日本学者首次用汉字“天赋人权”(てんぷじんけん)翻译英文 *natural rights*,这四个汉字后来就被直接移入中国。实际上,*natural*



rights 应该翻译成“自然权利”,但权利是由超自然或超人格的存在赋予的观念,在西方的确是存在的。当年美国的《独立宣言》当中就有一句话:“by their Creator with ... rights”,说的就是由造物主,即上帝所赋予的权利。而且这种观念迄今为止在美国依然是存在的。也就是说,美国的人权观念是有宗教基础的。我昨晚没睡好,主要是因为今天要上课,心情特别激动,睡不着就去看电视,看了一部关于美国的民权运动领袖马丁·路德·金的纪录片,其中有一个场景让我心潮澎湃——黑人们唱起一首歌,歌词表达了这样一个信念:虽然我们是黑人,皮肤是黑的,但是,我们跟白人一样都是上帝的孩子,我们拥有相同的权利。你们看,这种宗教信仰的力量非常强大。

话说这个 natural,是指天然的、与生俱来的,你只要是人,你就应该享有,这就体现了一种“固有”的含义。质言之,基本权利的固有性,指的就是这类权利是人既然作为人那么在道德或哲学上就应该享有的,而所谓“天赋”或上帝赋予,其实就是“固有性”的另一种强有力的表述。

基本权利具有这种固有性,这个原理是很重要的。而要进一步理解这种“固有性”,则可以相应理解以下两点:

首先,基本权利的固有性观念与“前国家”“超国家”性质的观念是密切联系的。后者指的是,在国家存在以前,这种权利就存在了,而且它在道德哲学上比国家具有更高的地位,国家即使产生了,也要保护这些权利。譬如,国家要保护你的生命权,不能随意剥夺;国家要保障你的财产权,不得随意侵占,因为国家产生之前,人们就天然地拥有这些权利,而人类之所以要缔结社会、缔造国家,无非就是为了要更好地保护这些权利。

当然,有一点我们要注意:并非宪法中所规定的所有基本权利都具有这种前国家、超国家的性质,必须承认,有些权利是在国家产生之后才出现的。我们经常说到的三代人权,其中第一代人权大部分都被认为具有前国家、超国家性质的。这第一代人权主要包括三大自由,即人身自由、精神自由和经济自由。但第二代、第三代人权是否具有前国家、超国家性质,则存在较大的质疑,一般认为不具有这种性质。

那么某种权利是否具有前国家、超国家性质,这该如何理解呢。我们可以分析一下财产权,因为它比较特别。现在许多人都认为财产权未必是自然权利,为此称为“财产权”,但在近代早期,财产权也被归于前面所说的“三大自由”之内,被认为也是一种天赋人权,具有前国家、超国家的性质。为什么?因为近代早期,人们所认识的财产权不是现在这样的,比如洛克在《政府论》中,对财产权的认识就比较朴素:我独自开发了一块土地,然后日出而耕、日没而息,长期在这块土地上投入了我的劳动,抛洒了我的汗水,那么,这块土地就应该是我的了,我就对于这块土地拥有财产权。在这种田园牧歌式的观念中,财产权当然是天然的,神圣不可侵犯的,谁侵占我的财产我就跟谁急。但是到了现代,人们发现财产权并不具有前国家、超国家的性质,更不用说是与生俱来的。比如,你有一栋房子,但这房子价值有多高,未必完全取决于你的社会平均劳动总量,因为假如政府恰好决定在这所房子前面开辟一条街道,使你的房子成为临街房,或者沃尔玛公司决定在这个房子附近建设一家超市,那这个房子的财产价值也就会发生明显变化。由此,人们发现,现代的财产及其价值其实具有一定的公共性,而不一定具有天然性。

固有性的第二点含义,可以用于说明基本权利的“市民性”、自然性。这个“市民性”实际上就相当于 civil rights 中的 civil,其具体含义就是指这些权利是在自然状态或者市民社会中就产生的。《公民权利和政治权利国际公约》中的“公民权利”,其英文就是 civil rights,为此这个公约也主要就是规定了这部分的 natural rights。但中文将这个公约名称中的 civil rights 翻译为“公民权利”是不妥当的,也看不出来它们的固有性,实际上在英文原文当中可以看出来,这部分权利国家不能任意剥夺,因为它们具有前国家、超国家的性质,是在市民社会或自然状态中产生的,为此属于“市民权利”或“自然权利”。

上述的基本权利的“前国家、超国家”的性质以及市民性、自然性,是西方许多人权学说所着力强调的,而在我们看来,的确可以说,宪法上的大部分基本权利都具有这两点性质,尤其是如前所述,第一代人权中的大

部分就都具有这类性质。但是,值得注意的是,我们所说的基本权利的“固有性”,是否仅仅限于“前国家、超国家”的性质以及市民性、自然性这两点含义呢?非也!如果仅仅是指这两种性质,那么,我们就会发现,比如生存权、受教育权这些基本权利,就很难说具有固有性了,因为一般认为这些权利是“后国家”性质的。然而,我们觉得,即使这样,生存权也好、受教育权也好,同样也是人作为人所应该享有的最起码的权利,在这一点意义上,它们也同样都具有固有性。

另外,我们还应该看到,除了固有性之外,基本权利还具有法定性,具体指的是基本权利一般均是为宪法所确认的,因而为宪法所保障的,而且一旦为宪法所确认,那么,也就更能得到有效的保障。但值得注意的是,这未必是说基本权利完全依赖于宪法,如果宪法不加规定就不存在。相反,我们要承认,某些基本权利,比如生命权,即便宪法未作明确规定,照样也是存在的,或者说照样应该存在。而作为宪法,就必须确认和保障基本权利,如果一部宪法不确认和保障基本权利,不以保障公民的基本权利作为核心的价值目标,那么这部宪法就很难成为马克思所说的“人民权利的保障书”,为此也就很难期待会得到人民的重视和拥护,其本身的正当性都可能受到质疑。

## 2. 不受侵犯性和受制约性

从基本权利的固有性和法定性中,可以推断出一个逻辑结论,即基本权利具有不受侵犯性。具体而言,可以这样理解:既然基本权利是人作为人所固有的,并且是宪法这种具有最高法效力的规范形式所确认和保障的,为此是不受肆意侵犯的。

当然,基本权利不受侵犯,并非说它是不受任何制约的。有些学者往往认识不到这一点,以为宪法有了规定,就不应该再受任何侵犯。这种看法是错误的,实际上基本权利在一定情形下也可以受侵犯,即为了公共利益的需要,并且依据法律,它也是可以合理限制的。质言之,这里的“不受侵犯性”未必等于绝对地不受侵犯,真正绝对不受侵犯的基本权利存在不存在呢?存在,但只有一小部分,我们以后会讲到:这些基本权利被称为

“绝对权利”,比如内心自由、人格尊严等。但这不是典型的情形。总之,在基本权利的问题上,不受侵犯性和受制约性二者是统一的。

### 3. 普遍性和特殊性

这里所讲的普遍性(universality),又是从上面讲的固有性和不受侵犯性共同推导出来的。也就是说,既然基本权利是人本身所固有的、不受侵犯的权利,那么,基本权利之享有,就不应受到民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况的限制。也就是说,任何国家的人,只要是人,都应享有基本权利。

但另外,基本权利又具有一定的特殊性,其被享有的程度以及保障的状态会因为一个国家的社会历史条件的不同而不同。一项宪法权利,这个国家可能会这样保护,那个国家可能会那样保护。

但是,话说回来,我们又不能由此过于强调人权的特殊性,甚至以人权具有特殊性为借口而否定人权的普遍性。其实,在当今世界,人类的很多价值观念体系都产生了争议,有的甚至已经分崩离析,但唯有人权保障这一价值理念仍然获得绝大部分人的承认或者说认同,成为现代社会价值体系的中流砥柱,而其重要原因之一也正在于它的普遍性。反观其他的价值观念,都受到比较强烈的质疑和批评,比如我们国人认为民主很重要,但其实民主在西方早就遭到了强烈的批评,尤其在“二战”之后,对民主的反思就更加深入了;宗教也是一个重要的价值体系,其在西方社会的重要性毋庸置疑,但时至今日,宗教在西方也在式微;那么科学如何呢?科学同样受到质疑,许多人甚至认识到,现代科学的发展在可能给人类带来舒适的生活条件的同时,也有可能将人类带向毁灭。相形之下,唯独人权这一价值体系,虽然也受到一些质疑和批评,但总体上来看这种质疑和批评还是比较少的。尽管对人权的批评,有时反而会陷入自我批评的悖论。也就是说:你既然批评人权,那好,首先你自己可能被要求闭嘴!但在现代人权保障体系中,对人权进行批评,同样也被作为一种权利而受到保障。相反,一个人如果拒绝接受人权保障的价值观念,不管你地位多高,你在国际上都很难融入现代主流社会;同理,一个国家如果拒绝接受

人权保障的价值观念,那么不管有多么强大,也很难融入现代国际社会。

### (三)基本权利的享有主体

谁享有基本权利呢?简单说,是公民,我国现行宪法第二章的标题就是这么写的,其实深究起来,这个问题也比较复杂。我曾经梳理了一下,认为人权的享有主体可以分为三大类:第一类是一般主体,第二类叫特殊主体,第三类称为特定主体。这三类是不同的,接下来我们逐一分析。

#### 1. 一般主体

一般主体可享有宪法所保障的所有一般性的基本权利,比如我国宪法当中的“公民”概念,在我国现行宪法中,就属于基本权利的一般享有主体。

在此值得注意的是,我们所说的作为基本权利一般享有主体这个意义上的“公民”概念,其实只是我国宪法上的一个特殊用语,其他国家宪法上的人权享有主体,一般不用“公民”这个用语。有关这一点,国内的教材一直没有予以澄清,以致给人造成这样的误解,以为“公民”这个用语是一个放之四海而皆准的用语,被普遍用于称呼基本权利的一般享有主体。这是有些问题的。你去看外国的宪法文本或者宪法教材,其实里面很少使用类似于“公民”这样的概念,特别是作为基本权利的一般享有主体。

那么其他国家的宪法对基本权利的一般主体是怎么规定的呢?我们可以举些典型的例子来看看。美国联邦宪法使用的是“人民”一词,即

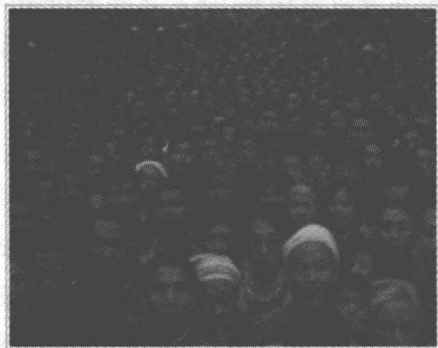


图 28 宪法中人的形象。图为 20 世纪 80 年代重庆街头的人群

people,但个别条文也用“任何人”这个表述。德国基本法也有两个概念:一个是“德意志人”,另一个是“任何人”。日本国宪法也未用“公民”概念,而是主要用“国民”的概念,但在正式的英文文本中也翻译为 people,此外,宪法中的部分人权条款也采用“任何人”,譬如,关于三大自由一般都会规定任

何人都享有。由此我们也可以体会到,“公民”概念是我国公法上的一个特殊的用语。

事实上,就我国而言,用“公民”来表述基本权利的一般享有主体,这一情况也是在新中国成立以后才出现的。在我国中华民国时期,各部宪法性文件大多使用“人民”一词作为基本权利的一般主体。1946年的《中华民国宪法》就是这样,其表述不是“公民的基本权利”,而是“人民的基本权利”,这一情况在目前的台湾地区仍被延续。

那么,“公民”这个用语是怎么来的,又是怎么进入我国现行宪法的呢?

根据考察,作为法学、政治学用语的“公民”这个词,也是我国近代从日本引进来的,原本仅仅限于指称参政权的主体。当然,日本的“公民”这个词,最早还是从中国引进去的,最早出现“公民”一语的古典文献可能是《韩非子·五蠹》,其中有“公民少而私人众矣”这个表述。这里所说的“公民”,指的就是“为公之民”,相当于被纳入公权力管理体系,可为国家纳税或提供劳役的百姓。后来,这个用语就出口到日本,到了近代,日本人用它翻译西文中的 citizen 这类政法用语,然后又从近代日本被引入中国。这就是我们前面提到的在中国文化交流史中所广泛存在的所谓“字侨”现象的又一个典型例子。那么如前所述,近代从日本引进回中国之时,“公民”这个概念主要是指参政权的主体,为此民国时期的宪法文件中,就没有用它来指称基本权利的享有主体,即使到了1953年新中国制定选举法时,还把“公民”这个概念作为选举权和被选举权的享有主体。但是到了1954年,新中国制定第一部宪法时,则采用“公民”这一用语,来广泛地指称基本权利的一般享有主体,并延续至今。

那么在今日我国,要成为公民应该符合什么条件呢?对此,现行《宪法》第33条第1款有明确规定,其资格要件只有一个,那就是拥有中华人民共和国国籍。这里的国籍是指一个人属于某个国家的法律上的身份。一个人取得了某个国家的国籍,就会被认为是该国的国民或人民,而我们叫作“公民”,而一旦如此,那就可以成为宪法上基本权利的一般享有主

体了。

那么,国籍又是怎么取得的呢?在宪法学上,取得国籍的方式一般有两种:一种是出生取得,另一种叫继有取得。所谓出生取得,又有很多类型:一种是出生地主义,英美国家多采用这种方式;另一种是血统主义,大陆法系国家一般倾向于这种方式;还有一种姑且可以称作混合主义,即混合了出生地主义和血统主义的一些内容。而继有取得,在法律上又叫做“归化”(naturalize),主要是因加入或者结婚、领养和收养等形式而获得国籍。

那么我国的国籍取得又是怎样的呢?这就要看我国的《国籍法》了。根据我国国籍法,在出生取得方面,我国《国籍法》在第4条、第5条、第6条作了较为详细的规定。其中,第4条规定,父母双方或一方为中国公民,本人出生在中国的,具有中国国籍。第5条规定,父母双方或一方为中国公民,本人出生在外国,还是具有中国国籍;但父母一方为中国公民并定居在外国,本人出生时即具有外国国籍的,就不具有中国国籍。第6条规定,父母无国籍或国籍不明,而又定居在中国,本人也出生在中国的,那具有中国国籍。

举个例子,你爸妈去美国留学,在美国生下了你,由于美国采出生地主义,于是你一出生就具有美国国籍,这时就不再具有中国国籍。再如,假如你父母无国籍或者国籍不明,那么,只要他们定居在中国并且你出生在中国,那你就具有中国国籍。

也许这时有人会问:如果人家父母无国籍或者国籍不明,而他们又不定居在中国,本人也不出生在咱们中国的,那该怎么办?能拥有中国国籍吗?答案是:通过出生取得的方式是无法拥有中国国籍的,但如果实在稀罕有个国籍,特别是中国国籍,那就通过在继有取得的方式上试一下。在此方面,我国《国籍法》第7条规定:“外国人或无国籍人,愿意遵守中国宪法和法律,并具有下列条件之一的,可以经申请批准加入中国国籍:1. 中国人的近亲属;2. 定居在中国的;3. 有其他正当理由的。”第8条规定:“申请加入中国国籍获得批准的,即取得中国国籍;被批准加入中国国籍的,



“不得再保留外国国籍。”也就是说,我国只承认一个人只有一个国籍,不承认双重国籍。

综上所述,只要你拥有中国国籍,那你就是中华人民共和国公民;而你一旦是中华人民共和国公民,那也就成为我国宪法上基本权利的一般享有主体。也就是说,宪法上所规定的那些一般性的基本权利,你基本上都可以享有。

说到公民的概念,我们还要注意一点,就是公民和人民这两个概念之间的区别。这在很多宪法学教材都谈到,而且不得不谈。通说一般认为,二者区别很大。我个人觉得可以概括为如下四点:

第一,基本属性不同。公民的概念被认为是法的概念,而“人民”则被认为是政治概念。但鄙人对这一点的看法有所不同。公民的概念在我国公法上是具有公法性质的概念,这一点没错,但应该承认,“人民”的概念也可以说是公法上的一个重要概念,只不过它往往被政治化而已,甚至成为政治上的一种美称。也有观点认为,“人民”的概念既然已经写入宪法,它就是一个法的概念。可是,我们还是要承认,即使写入宪法,“人民”的概念还是具有一定的政治性,其原因我们将在第二点讲到。

第二,用语内涵不同。公民概念相对应的是外国人;而人民概念相对应的是敌人,这就体现出了概念中的政治性。当人民的概念被用于对应“敌人”这一概念的情形下,它就被政治化了。而一个概念一旦被政治化,那有什么效果呢?效果就是不再具有确定性的预定内涵,其内涵的确定通常只能是有赖于某种政治意志的决断。而且这种政治决断有可能是发生在法的框架之中,也可能在法的框架之外,即不被法所控制,不受法所约束。在这里,我国的宪法存在一个具有不确定性的、动荡的地带,隐含着一种不安定的意义秩序。当然,“文化大革命”的爆发,就是从54年宪法的有关规范中找到突破口的。

第三,内涵特征不同。公民的概念可以指单个人,即是一个可辨析的个体,而人民的概念在新中国宪法下则往往是个混沌的整体,是不可辨析的单元。这里需要注意的是,虽然英文中的 people 在我们中文上也被翻

译为“人民”，但现代中文语境中的“人民”和英文中的 people 实际上内涵特征也是不同的，特别是作为权利享有主体的时候。英文中的 people 是可以辨析的，因为它只是 person 的复数形态，所以我们在英文中可以看到 two people, three people 或 many people 之类的表述。但是 two people, three people 或 many people 翻译为中文就不能表述成“两个人民”“三个人民”或者“许多人民”。因为在我国，由于诸多原因，“人民”概念的内涵已然发生了变化，它指称的是一种混沌的整体。这个混沌整体的构成元素很模糊，到底谁在里面，就很难说。

我们可以举“文化大革命”期间的一个著名事件。“文革”期间，当王光美女士在清华大学被红卫兵批斗时，她被逼穿上旗袍，挂上由乒乓球串成的项链，接受红卫兵大会批斗。据说这是江青授意清华大学的红卫兵故意这般羞辱她。为什么这么羞辱她呢？因为王光美是当时国家主席刘少奇先生的夫人，曾经陪同刘少奇出访过东南亚很多国家，其间身着旗袍，颈戴珍珠项链，雍容华贵，光彩夺目，吸引了整个世界的眼球。以至于当时国学大师陈寅恪先生都赋诗一首，赞美她的美丽。但这些可能极大地伤害了江青的心。于是在“文革”期间，就发生了这一幕。当时红卫兵就逼迫她穿上旗袍，并戴上乒乓球项链，好当众批斗她。但王光美拒绝了，道理很简单，王光美出身于旧中国的官宦家庭，而在“文革”期间，旗袍这种东西已经被高度政治化了，成为一个具有政治身份象征性意味的道具，穿上它就意味着给你做出了定性：你已经不属于人民的范畴了，而是敌人，是无产阶级专政的对象。所以王光美极力拒绝。根据后来研究者的记载，当时发生过这样一段对话：

红卫兵大声叫道：“你是资产阶级反革命分子，你没有权利讲民主！”

王光美很火，说：“谁说我是反革命分子？”

红卫兵一起大呼：“我——们！”

就这样,王光美被强制穿上了旗袍,挂上了侮辱性的乒乓球项链,这就意味着她被象征性地排除于“人民”的范围之外。由此我们可以看出,“人民”这一概念内涵的混沌结构,导致它在具体适用时,就不像“公民”那样,具有明确的规范性准据——只要你具有中国国籍,那你就是公民。相反,要确定你是否属于人民,则主要需要靠政治决断,而一旦这种决断失去了法治的控制,那就十分可怕。

第四,人民和公民的最后一个区别,就是总体范围不同。其中,公民的范围比人民的大,因为只要拥有国籍即可成为公民,而是否属于人民则还要看你的政治属性,看你是不是敌人。这一点好理解,就不多说了。

## 2. 特殊主体

特殊主体是具有特殊性质的基本权利享有主体,因而不能享有一般主体所享有的所有权利,但可享有其中部分依其性质可以享有的权利。特殊主体主要包含两种,即法人和外国人。

也就是说,法人和外国人也是宪法上基本权利的享有者,只不过他们是特殊享有主体而已,即是说他们并不享有一国宪法上所有的基本权利,但是那些根据其自身之性质可以享有的基本权利,他们都应该享有。

首先,来说法人。所谓法人,指的是法律上除自然人以外被认可为权利义务主体的组织。法人有公法人和私法人,这里当然主要指的是私法人。这种法人可以享有民事权利,这大家都能理解,但在公法上,他们也可享有公法权利,包括宪法上的基本权利。具体而言,对于财产权或其他一些经济的自由权利,法人一般都可以成为享有主体。还有表达自由,法人也可享有;但其他的一些基本权利则要具体情况具体分析。比如说生命权,法人是否享有呢?当然不享有。但姓名权呢?法人也可享有,但一般叫做名称权。

其次,对于一个国家的宪法而言,外国人也是其基本权利的特殊享有主体。这是基本权利普遍性原理的一种体现。我国现行宪法在第32条第1款中就明确规定:中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益。这张照片是我和我的日本导师的合影,他老人家好像一直

不太愿意和我一起照相,因为我个子长得实在是有点过分,其实这感觉也挺痛苦的。比如出差住酒店的时候,如果房间里面的床比较小,那就没办法,只能睡床的对角线。更重要的是,由于大脑距离心脏可能比较远,所以好像智商还受到影响,这样说的依据是:一旦躺在床上,思维就比较活跃,有时还文思泉涌。话扯远了,再说我老师,我到 he 那里留学时,属于他国家的外国人,而他老人家当年来到中国访问浙江大学时,就属于我国宪法上的“外国人”,即基本权利的特殊享有主体了。那么,外国人可享有哪些基本权利呢?一般而言,宪法有关基本权利的保障的规定,原则上都适用于外国人,然而适用的范围则视各种基本权利的性质而定,比如,外国人可以享有人身自由、人格尊严等各种自由权,但不完全享有选举权、被选举权,以及劳动权、生存权、受教育权利等社会权。当然,时至现代,有些成熟的宪政国家或地区对外国人基本权利的保护程度较高,为此外国人也可以享有一定的社会权,甚至享有一定参政权。比如,我国香港地区法律规定,外国人可以当法官和公务员。当然,这也会带来许多复杂的问题。



图 29 本书著者与乃师畑中  
夫先生(左)在中国的合影

### 3. 特定主体

特定主体指的是享有某些或某种具有特定性质或特定内容的基本权利的主体,但一般而言,特定主体往往不是独立的,而是包含在一般主体之中,其主要又包括三类:

第一类是在刑事诉讼程序中处于不利地位上的主体,如犯罪嫌疑人、刑事被告人。他们也是人,也享有基本权利,而且享有一些特定的宪法权利。如犯罪嫌疑人享有不受刑讯逼供的权利、及时知悉被告内容的权利、寻求律师帮助的权利等诉讼权利;而刑事被告人则享有自行辩护或委托他人辩护的权利、提出上诉或申诉的诉讼权利。

第二类处于所谓“少数者”意义上的,或其他某种社会性意义上的弱勢处境的主体,如妇女、老人和儿童、残疾人等,受庇护的外国人以及我国现行宪法第50条所保护的华侨、归侨、侨眷也可纳入这一类别。

第三类则是“集体权利”的主体。这里要特别分析一下集体权利的问题。传统法学原理一般否认“集体权利”这一概念的,特别是在宪法学理论中,传统学说认为,权利主体必须是可辨析且不可再分的个体,比如个人,就是典型的可辨析的意志主体的最小单位。为此,公民就可以成为权利主体。而法人之所以也可以成为主体,是因为法人同样也具有可辨析性和个体性。但值得澄清的是,某些权利的行使形态,像游行、示威这样,离不开集体的权利行使行为,但在本质上也不是集体权利的行使,而是个人通过集体行动来行使他们各自所享有的权利。

但是,时至“二战”之后,特别是20世纪70年代以后,这种人权主体理论也受了一些挑战,第三世界的一些国家提出:整个国家和整个民族,可以作为人权的享有者。这个观念最后被联合国采纳,联合国在1977年通过了一个《关于人权新概念决议案》,其中指出:人权不仅包括个人权利,还包括民族和国家的权利与基本自由。这就等于承认了民族和国家可以作为国际法上人权的主体,国家和民族其实就是集体主体,其所拥有的权利也具有特定性。所以请同学们注意,“集体权利”这个概念主要是国际人权法上的概念,在宪法学上一般尚不被接受。国际上的主流宪法学者仍然坚持认为,基本权利绝大部分都是指个体性的、可辨析的主体所享有的权利。但由于我国宪法上也规定了“少数民族”这样的概念,所以“集体权利”在我国宪法上是否应该被接受,则是一个问题。如果可以接受,那么,则应该纳入上述基本权利的特定主体所享有的权利这个范畴中去。

第一个大问题“宪法与基本权利”终于讲完了。接下来我们要讲——

## 二、基本权利的类型

这也是一项非常基础性的内容。在法律领域里面,权利往往被类型

化,无论民法学上也好,宪法学上也好,都有权利的类型。权利的类型对于法的世界来说是非常重要的,因为我们保护一项权利或者限制某项权利,首先就要判断这项权利是属于哪种类型的,而不同类型的权利则往往需要不同的保障方式,也有不同的限制方式。这就属于法学里面的基础知识。我经常对你们这样的本科生讲:打好基础,终身受益。因为基础知识非常重要,它是大家进一步学习的基础。也许在某方面老师讲得不对,或者这个知识点本身就有争议在里头,但是不要紧,只要你认真对待这些基础知识,在准确地理解它们的基础上,就可以透过审视的目光,再去接触其他的知识、其他的学说,对比琢磨、融会贯通,最终就会形成自己对基础问题的更深层次的认识。人权总论部分的“基本权利的类型”就属于这种具有基础性质的内容。

关于基本权利类型的划分,在宪法学上,可以分为两种不同的划分方法:第一种叫学理分类,就是对基本权利的类型进行偏向于学理方面的划分;第二种是注释宪法学意义上的分类,或者叫宪法解释学意义上的分类,也可以称为宪法教义学意义上的分类。这两种分类相对独立,二者的功能不同,作用也不一样,但都非常重要,所以我们要逐一加以介绍。

### (一) 学理分类

刚才说了,学理分类主要就是对基本权利的类型进行学理上的划分,它的特点就在于可以相对超脱于特定法秩序,简单说就是宪法文本中所规定的有关人权规范的内容。也就是说,它不看重宪法的条文,特别是有关人权的宪法条款,而是侧重于从学理的角度进行分类,此种分类在公法学中可以看到,在法哲学、政治哲学等学科领域也可以看到,甚至可以见之于某些经典的政治宣言或政治口号,譬如法国大革命中所宣扬的“平等、自由、博爱”的政治口号,其实也体现了对基本权利的一种分类。但是,这种分类其实又都是脱离特定宪法文本的,比如法国人最早提出“平等、自由、博爱”的时候,他们的宪法都还没有完全定型呢,所以它只是根据纯粹的理论进行分类,这就是学理分类,它跟宪法解释学意义上的分类有所不同。宪法解释学意义上的分类要看宪法文本的,即要根据某一个

特定国家的宪法文本当中所规定的具体条款规定了哪些基本权利,然后通过分析,进行类型化。

既然这样,那么学理分类有什么用呢?我们说,用处还是很大的。它在一定意义上能够为宪法解释学意义上的分类提供指南和标准,甚至可能进而为宪法中的人权条款或人权规范的设立,以及这些条款之具体含义的确定产生影响。比如说,我们稍后要讲的洛克对基本权利所提出的分类,后来就对美国的宪法文本产生了非常重大的影响。所以,对于学理分类及其作用,我们绝不能小觑。当然,我们也要注意,我们宪法学毕竟不等于思想史学,有关人权的学理分类也未必都有能力对宪法、宪法学产生真正的影响。为此,虽然这方面存在的学说非常多,我们在课堂上只着重介绍以下六个最为经典也是最为基础性的学理分类。

### 1. 洛克的分类

在近现代,如果要推举一位最早对基本权利进行学理分类,并且这个分类还曾产生过重大影响的思想家,那么或许应该首推洛克。洛克是英国17世纪伟大的政治哲学家,洛克有一部经典著作,也是公法必读书,名叫《政府论》,分为上下两篇,上篇主要是批判,下篇更为重要,洛克的许多重要思想都是在下篇中提出的,里面就有对人的基本权利的学理分类,即著名的三分法。洛克认为,人类拥有一些不可剥夺的基本权利,那就是生命、自由和财产;它们都是人的自然权利,是神圣不可侵犯的。但值得一提的是:洛克当时所说的“财产”,英文上不是现在一般使用的 property,而是 estate。这是什么原因呢?因为,在洛克的时代,property 并不是我们现在所说的那种财产,而是很广的一个概念,甚至可以指一切所拥有之对象的集合,包括生命、自由和财产,还包括一个人的名誉、声望,连自己所支配的佣人、奴仆,也都包含在 property 这个用语之中。由此可见,这个 property 就相当于“所有权利”了,但洛克的观点是,在这所有的 property 当中,生命、自由和 estate 最为重要,而其中他所说的 estate,就大致相当于我们当今所说的狭义 property 了。

洛克的这种分类,显然可以看作是一种学理分类,而且当时,人类历



史上的宪法典都还没诞生呢。但这个分类后来对人类历史上的宪法典却产生了极大的影响。大家知道,人类历史上第一部成文宪法典是诞生于美国的,洛克的上述思想就影响了美国的宪法,甚至影响了美国的独立革命以及当时所产生的《独立宣言》,只不过在《独立宣言》中,洛克的三分法被调整为“生命、自由和追求幸福的权利”,即 life, liberty, and pursuit of happiness。也就是说,洛克原来所说的 estate 被改为 pursuit of happiness 了,翻译成中文就是“追求幸福的权利”。据说,这是当年美国《独立宣言》的起草者杰弗逊给改的。

话说 2004 年修宪之前,中国在讨论是否要在宪法里写入私有财产权的保护条款,有位中国的政治学者就认为,当年洛克所说的财产 estate 在美国那里都被替换为 pursuit of happiness,这个改动很重要,可以证明美国宪法制定的当时并不保障财产权。其实,这只能证明他不太熟悉美国宪法。因为《独立宣言》虽然是这样的,但到了此后的美国宪法文本,情况就变了:其第 5 条和第 14 条两个修正案都完整地采纳了洛克的分类,规定非经正当法律程序,不得剥夺任何人的“生命、自由和财产”,只不过这里所说的财产,这下用的是“property”一词,而不是洛克当年所使用的“estate”。也就是说,洛克的三分法完全被美国宪法的这两个修正案条款所吸纳。这就是思想家所发挥的重要作用。我们应该承认,思想家很重要,洛克就影响了整个美国宪法——当中的一两个重要条款,而且通过影响美国宪法,进一步间接地影响到其他国家。

这里还要说一下:《独立宣言》中的 pursuit of happiness,即“追求幸福的权利”这个说法,在人类的宪法观念或幸福规范上并不是就这样“绝迹”了。即使在一百多年后,即在“二战”之后,美国人替日本人起草现行宪法草案的时候,还是把“生命、自由和追求幸福的权利”写到他们的宪法中去,即当今日本宪法的第 13 条。而且,这个“追求幸福权”,在解释学上被理解为是一种概括性的权利,即概括了各个基本权利的基本权利,并且可以作为宪法上没有列举的新人权的依据,其地位十分重要。我国宪法虽然没有写上这个概念,但是,从政治伦理上可以说,人民在宪法上当然

也有追求幸福的权利,而且我们宪法所要保障的,说到底也就是人民的这种幸福追求权。

## 2. 耶利内克的经典分类

耶利内克跟洛克不一样:洛克生活在17世纪的英国,那个时代世界上还没有一部成文宪法,至少可以说还没有出现一部近代意义上的成文宪法典;而耶利内克生活的时代则已经有了成文宪法,他本人又生活在一个拥有成文宪法的国度,那就是19世纪末20世纪初的德国,已经出现了俾斯麦宪法,耶利内克就是俾斯麦宪法时代的一个人物,而且是一位公法学家,但是他对基本权利的分类并没有直接依据俾斯麦宪法的文本,而是从纯粹的学理上进行工作,提出一种高度学理性的分类,在德国一直被尊奉为经典,直至今日。

耶利内克以国家法人说为基础,认为个人处于某种从属于国家的宿命之中。也就是说,我们每个人都有个宿命,就是必须面对一个国家。这个想法挺有意思的,我们也可以借用前面讲到的英国著名政治哲学家霍布斯的话来说,人就是必须面对一个名叫“利维坦”的怪兽。你不想面对中国,就得去面对美国或者其他国家,总之必然要面对一个国家,每个人都是如此,连无国籍人都得选择一个国家安顿自己。而个人处于这种宿命之中的时候,耶利内克认为,那相对于国家就会分别置身于四种不同的地位(status)之上,由此演化出一种义务与三种权利。其中的这三种权利,耶利内克将其叫做“主观性公权”。这怎么理解呢?简单地说,就是个人针对国家所应该享有的,可以向国家主张的权利。具体而言,四种不同的地位及其分别派生出的内容是这样的:

首先,个人对于国家总是处于被动地位上,由此就会派生出“对国家的给付”。

其次,个人对于国家还处在消极地位上。譬如,我不希望国家随时闯到我家里来,随便到卧室里检查,即使是政府官员,也不可以这样做。个人针对国家所拥有的排除国家干预的地位,就是消极地位,由此会派生出“免于国家支配作用的自由”。

再次,是个人针对国家的积极地位,由此派生出“对国家的请求”。积极地位和消极地位是对应的,简单而言,是这样的:消极地位是指主体保护自己的利益不受侵害,积极地位则是主体积极地寻求某种利益。在个人和国家的关系上,也同样如此,当你处于积极地位时,是你对国家提出请求,要求国家为你做事情、带给你利益,为此会派生出“对国家的请求”。

最后,个人对于国家还处于能动地位上,由此派生出“为了国家的给付”。这与第一种地位所引申出的“对国家的给付”不同。“对国家的给付”是被动的,国家要求我给付什么,我给什么,其中最典型的就是纳税。由于国家机器要运作,运作的资源怎么来?主要是向老百姓征税。而个人向国家缴税,这就是对国家的给付,个人是被动的。能动地位所产生的“为了国家的给付”是怎么回事呢?是为了国家能够存在下去、维持下去,个人要做一些事情,比如参加选举,以此产生国家官员。这就是“为了国家的给付”,它表明个人针对国家处于能动的地位上。

这个理论很抽象,但是相当重要,在德国迄今为止的宪法学课上,一讲起基本权利的分类,就会讲到这个经典学说。那么,上述四种不同的内容跟基本权利和基本义务的对应关系又是怎样的呢?是这样的——

第一种“对国家的给付”,我们说了,那就相当于个人对国家所要履行的基本义务,在现代主要包括两项:一个是纳税,另一个是服兵役。

第二种“免于国家支配作用的自由”,相当于自由权。自由权主要有三类:人身自由、精神自由和经济自由。这三个自由构成了个人自治的空间,国家无论如何不能随意侵入,除非有正当的理由。也就是说,个人有权在这三种自由空间里面免受国家的支配和干预。

第三种“对国家的请求”,最典型的就是“国务请求权”,据此可以要求国家为我们做事。国家要替我们做很多很多事情,这是当代中国人的想法,但是在近代西方,国家要为我们做什么事情呢?在法律上可以具体请求的,主要是给我们裁决纠纷,即要求国家对自己涉及的某个案件进行审判,这在公法上就叫“国务请求权”,又叫“裁判请求权”。当然,在现代,我们对国家要求的范围更广泛一些,比如老百姓生活不下去了,国家

应该给予一些物质帮助,这称作“生存照顾”。但是,这一点在近代没有被纳入宪法上的基本权利范畴,耶利内克当时的这个分类学说也是如此。这不得不说是这个分类理论的时代局限。

第四种“为了国家的给付”,引申出参政权,主要包括两个:第一个是选举权和被选举权,第二个是担任国家公职的权利。

这就是非常著名的耶利内克的地位理论。这个理论对后世产生很大影响,在今天仍然被作为理解基本权利分类的一个经典理论。

### 3. 伯林的二分法

英国现代政治哲学家以赛亚·伯林,是20世纪最著名的自由主义知识分子之一,被认为属于狐狸型的思想家。他有一本书非常重要,中文翻译为《自由四论》。在这本代表作当中,伯林提出了一个非常通俗易懂的学说。他将基本权利分为两种:一种叫作积极自由,另一种叫作消极自由。

据伯林自己说,这种分类是受到法国近代著名思想家贡斯当的影响。学政治学的同学可能会知道,贡斯当是法国非常著名的思想家,他在1819年的演讲《古代人的自由与现代人的自由之比较》被视为自由主义的政治宣言,使贡斯当在自由主义发展史上跻身于大师的行列。现在这个演讲也有了中译本,书名是《古代人的自由和现代人的自由》,在其中,贡斯当指出,自由可以分为两种,一种是古代人的自由,另一种是现代人的自由。所谓的古代人,主要是以古希腊、古罗马的公民为原型,贡斯当认为那个时代人们的自由主要是参与国家政治事务的自由。而现代人的自由则恰恰相反,不是参与国家政治事务,而是免于国家干预的自由。

伯林将自由划分为积极自由和消极自由,实际上就是受贡斯当思想的影响。伯林自己也认为,贡斯当的《古代人的自由与现代人的自由之比较》是讨论消极自由与积极自由两种概念最好的文章。

我们知道,20世纪的伯林比起耶利内克的思想来说起码晚了半个世纪。而耶利内克更早地提出了类似的理论,而且比他更为精致,分为四种。但伯林在英国提出这个理论之后,受到英国理论界的高度关注,不断

得奖,最后还获得爵位。于是,有很多学者认为他没什么贡献,观点非常肤浅。我们不能说他没贡献,他的理论起码对英国产生了影响,对宪法学研究也有益处。

后来,人们在宪法学中也引入了伯林的二分法理论,提出了消极权利和积极权利的分类。“消极权利”英文表述为 negative right,“积极权利”是 positive right。记得邓正来教授在他的成名译作——博登海默的《法理学:法哲学及其方法》里面,曾经把这两个英文术语翻译为“负面权利”和“正面权利”,这肯定是错误的。

作为宪法的概念,消极权利和积极权利该怎么定义呢?简单说来是这样:消极权利,乃指个人要求国家权力作出相应不作为的权利,自由权即属于这一类型;而积极权利则指个人要求国家权力作出相应作为的权利,参政权和社会权都属于这个范畴。

#### 4. 其他二分法

二分法有一个优点,那就是简单很多,而且便于理解、容易被人掌握,所以在宪法学中经常出现二分法,不仅有伯林的分法,还存在其他的二分法。我们选其中几个主要的二分法介绍给大家。

##### (1) 自由与(狭义的)权利

第一个分法是将基本权利分为自由和权利。这里所说的“权利”,就是狭义的权利,而非广义的权利。如果说广义的权利,那就复杂了。比如20世纪初美国有一个著名学者叫霍菲尔德,他就曾经把权利分为四种,包括狭义的权利、自由,还包括豁免和权力。那就是广义的“权利”。这个学说在法理学上很著名,以后你们也许会学到,但在目前初学阶段,你们先学会把广义的权利分为狭义的权利和自由这两种,也是够用的。

那么,狭义的权利和自由之间究竟应该如何区别呢?有关这一点,我们前面已有所介绍,但这是一个非常复杂的问题,我们这里还要进一步分析。

什么是自由呢?霍布斯观点非常经典,他认为自由就是外界障碍不存在的一种状态。也就是说,自由就是不受权力控制,或者只根据自己

的意思(意志)决定行动,包含意思自由和行动自由。霍布斯的这个论断出现在其名著《利维坦》之中,迄今为止仍然是有力的学说之一。霍布斯本来在人类政治思想史中的地位就非常显赫,现在一提到自由主义,仍然可以追溯到霍布斯。霍布斯之后,孟德斯鸠、卢梭、洛克都为自由下过定义。到了现代,政治哲学家诺齐克、哈耶克以及比较偏左一点的罗尔斯等也都纷纷定义自由。但我认为,从宪法学角度而言,自由的概念基本上仍然可以根据霍布斯的这个定义来理解。

接下来,我们讲述章前导引的第三个问题,严复所理解的“自由”。严复是我们所看到的近代真正准确理解西方思想的一个中国人。严复翻译密尔、当时称为穆勒的《自由论》时,将书名译为《群己权界论》,因为他认识到:人虽拥有自由,但在社会中生活,“人得自由,而必以他人之自由为界”。他引出柳宗元的诗来描述自由的含义:破额山前碧玉流,骚人遥驻木兰舟。春风无限潇湘意,欲采苹花不自由。他认为,所谓自由,正此义耳。这个认识,应该是很深刻的,也具有中国人的一种别致。

以上讲的自由,接下来我们讲狭义的权利。自由与权利是分开的,尤其是与狭义的权利是分开的,这从一些用语中可以看到:比如言论自由,我们一般会说言论权,当有人将其表述为表达权,我们认为这是一种刻意的扭曲,实际上应当出版、言论等都应当归于自由。而选举权、社会权、财产权,我们不会称之为自由。

那么如何区分自由与狭义的权利的区别呢?一般而言,狭义的权利倾向于要求作为,需要义务主体提供一定的条件,为此是比较积极的,而自由则倾向于要求不作为,它只要求义务主体不干预就行了,为此是比较消极的。这是其一。其二狭义的权利倾向于依赖法律设定才存在,而自由则倾向于不依赖法定形式就存在。其三,在宪法规范上,狭义的权利倾向于后来才出现的,而自由则倾向于近代宪法时就出现的。大家请注意:我在每一个方面都用了“倾向于”,也就是说这些只是二者各自的倾向性,并不绝对如此。

现在我们通过几个具体的实例来说明。比如:第一,在裸露的臀部上

画国旗。现代美国人喜欢做这事,特别是年轻人。那么,这属于一种自由,还是狭义上的权利呢?对照上面的三点,我们可以问,在裸露的臀部上画国旗的行为倾向于要求作为还是不作为?对,要求不作为!我不要国家帮我画,只要求我画国旗你国家不要管。这就是要求国家不干涉、不作为。同时,在臀部上面画国旗也不需要依赖法律设定,没有哪个国家的法律会规定你有权利在臀部上面画国旗。再举个例子:住宅不受侵犯。这也属于自由,因为它也是倾向于要求国家或公权力机关不作为。再如,留长头发、在校园里与恋人接吻等,这都属于自由的范畴。再来一个:领取奖学金,这是自由还是狭义的权利呢?很明显,这属于权利,因为它倾向于要求对方(可能是学校)作为,要求其提供奖学金额、设置公正的竞争制度、公开的选拔程序等,这些都需要设定法律性的规则来保证。又如,参加投票选举,这也属于狭义的权利,具体的原因大家自己琢磨。

我们详细分析一个例子,来说明这种区别。

请问自杀是一种自由还是权利呢?这涉及复杂的伦理问题。但假如某种自杀是合理的,那它应属于一种自由。我在看了一些报道,其中说到目前中国的自杀率达到十万分之二十三,比美国还高出一倍,成为世界上自杀率最高的国家,而且中国的自杀现象非常奇怪,完全推翻了涂尔干的经典结论。涂尔干是法国著名的社会学家,他曾写过经典的《自杀论》,在其中他指出,自杀主要集中在城市里面,主体主要是男性,尤其是中年男性。但中国的情形则相反,据调查,在中国自杀的主体大部分生活在农村,主体多是女性,而且主要是年轻妇女,主要采取喝农药的方式。当然,大学生自杀的案例近几年在数量上也有所突破,据说北京某些大学号称“自杀的集中营”,而且几乎每个大学都有自己为学生所喜爱的自杀地点,采取的方式多是跳楼,其中包括新建的法学楼。正因为这样,人民大学的宪法学老师韩大元教授,就不断被邀请出去讲自杀问题,其中涉及自杀不是一种权利。他做了那么多演讲之后,自己也发现这些大学的自杀率并没有明显下降。

其实,自杀有多种原因,但其中有一种自杀者可能犯了一个认识错



误,就是将自杀之前的我,与自杀而死之后的我混为一谈。比如,我们有些同学感觉自己没受到应有的重视,觉得无论自己多么努力,别人一个眼神也不给我,我死给他看,让他后悔一辈子!但是他没有认识到,要求别人关注自己的那个“此刻的我”,和跳楼之后死亡了的“后我”,不是同一个“我”了,即使别人真的后悔不迭,但你那个“后我”再也无法因为别人后悔一辈子而给你带来解恨等痛快的感觉了。更不用说还有机会享受到别人关注你的幸福感了。

自杀者可能犯的第二种错误,就是误以为自杀是一种没有前提的自由。其实,前面我们讲了,自杀作为自由,是有条件的,它首先必须在伦理上是正当的。自杀的伦理问题的重要性在现代社会好像被淡化了,其实在中世纪以前,它是非常重要的,在当时的西方,自杀本身被看作是一种罪恶,为此自杀者本身也可以受到审判,不管自杀成功还是失败,都要接受审判,即使成功了,也要对尸体进行审判。为什么会这样呢?这是因为,在神学观念的影响下,一个人的生命被理解为是上帝赋予的,你自己没有权利放弃或剥夺,类似于我们中国的身体发肤受之父母。虽然在现代西方,这种制度已经不存在了,但那种生命的观念,仍然对西方法律制度有所影响,为此,自杀虽然是一种自由,但却是被严格限制的。总之,我们要对那些处于自杀边缘的人说:你连自杀的勇气都有,难道没有勇气活下去吗?

与此相类似的,法学上还有一种“死的权利”这个概念,其中所涉及的死亡方式比较特别,主要包括所谓的安乐死和尊严死。举例来说:一个人由于某种特殊的情况处于异常痛苦的状态,而且肯定无法维持自己的生命,在这种情况下,他是否有这样的权利,即基于其本人生前或者有正常意志的时候的愿望,或者家属的请求,为减少其痛苦,在医师或者他人的帮助下结束生命。这就是安乐死。它显然需要提供帮助才能完成,所以一般安乐死不叫做自由而叫做权利。尊严死的道理也是一样。比如像植物人那样,只能依靠机器维持生命,特别是那些重度的植物人,根本不能像人一样活着,没有人格没有尊严,这就产生一个问题,他是否拥有在医

生或其他亲人帮助的情况下结束生命的权利。总之同学们千万记住,这种“死的权利”是具有特定内涵的,更不能滥用。比如某个女生被男朋友骂了,就嚷嚷:我没尊严啦,我要尊严死!那就错了!

以上讲了这么多自杀、死亡的问题,没想到大家还笑声不断,我也就安心了。哲学家说,死亡是哲学的重要问题,其实也是我们宪法学的重要问题。

从以上我们也可以初步看出,自由和权利是很多的,但是宪法所保障的自由和权利是否有这么多呢?不是的,并不是所有的自由和权利都受法律保护,更不可能都受宪法的保护。宪法所保障的自由和权利只是其中的一部分,也就是其中最重要的、最基本的那部分,所以才叫基本权利。那么,宪法所保障的自由和权利,是什么样的呢?一般来说,这些自由或权利,都在宪法规范意义上得到了类型化。比如不让公权力肆意进入人们的住宅,这是一种自由。什么自由呢?它在宪法上就被类型化为“住宅不受侵犯的自由”,受宪法的保护。再比如,与别人签订合同,这也是自由,这个自由被类型化为合同自由或者说契约自由,近代宪法就保护这个自由。再譬如,你要开办公司来赚钱,这种自由也是在近代宪法上就被类型化了,叫做营业自由。在这个意义上说,宪法所保护的自由、权利乃是特别的类型,而不是一般的类型。这是怎么说的呢?是这样的:除了宪法上被类型化了的那些自由权利之外,还有一些没有被类型化了的自由权利,比如前面说的吸烟的自由,还有留长发的自由,在校园里接吻的自由,骑自行车的自由,诸如此类的自由,类型化起来非常琐细,而且也无法彻底完成,你比如说,曾经在网络上被炒得很火的一件事情是:中国人民大学的一些女生,临毕业前,在校门前拍毕业照,但却是掀开裙子露出美丽的大腿来拍的,这也属于一般行为自由的啊。谁能确定今后有生之年还会冒出类似的行为自由来。为此,凡此种种,在宪法学上就都被统称为“一般行为自由”。为什么这些自由都被统称为“一般行为自由”呢?原因在于,与那些已经被类型化了的特别的自由权利不同,它们没有被类型化,而且数量可能更多。宪法上未列举的自由权利,都包含在里面,或者

说都可以从这里推断出来。

那么这里就产生了一个新的问题,即既然一般行为自由之中所包含的那么多自由,在宪法规范上都没有被特别类型化,那它们是否都受到宪法的保护呢?关于这一点,在宪法学上有两种观点,大致是这样:一种观点认为,像吸烟的自由呀,骑车的自由呀,特别是前面所说的自杀的自由呀,这些一般行为自由都不受宪法的保护,受宪法保护的只有那些在宪法规范上已经被特别类型化了的自由权利,因为只有这些自由权利才是最重要的,为此就被特别类型化了;而另一种观点认为,的确,宪法未必保护一般行为自由中所有的自由权利,因为它们未必都是基本权利,但是,一般行为自由之中重要的那部分自由,还是受宪法保护的。那么,哪部分是重要的呢?一般而言,与人格的形成、发展密切相关的那部分自由,就很重要,就应该受到保护,当然,也正因如此,在有些国家,这部分自由也可以被纳入宪法上的人格权中得到保护的。上述两种观点之中,第二种观点是可以接受的。

以上我们讲了这么多有关自由和权利的二分法。但是,值得注意的是:在宪法上,自由和权利的这种区别,也具有相对性。比如,游行示威是意志自由,但它也需要道路等公共场所,而且需要警察维持秩序,否则被另一支可能是跟你唱反调的游行示威队伍堵在路口,那你们就无法行进了,为此,它也含有权利的侧面。再比如,受教育权虽然称为“权利”,但也含有家长与学生一定的选择学校的自由。正因为这样,有些国家也将宪法上的自由称为“自由权”,或者将二者合称为宪法上的“自由权利”,更明显的就是合称为“基本权利”。其实,自近代以来,当人们提起“自然权利”的时候,就已经把自由和权利放在一起考虑了。比如霍布斯在他的经典著作《利维坦》里面谈到自然权利,一般用拉丁语 *jus naturale*,其实主要意指每个人都有的自由。《利维坦》里面也是这么讲的,说自然权利其实就是一些自由。总之,区分自由和权利,固然有利于我们认识基本权利的类型,但把自由和权利连在一起,比如说统称为“自然权利”也好,“基本权利”也好,也是有道理的,因为这体现了自由和权利的区别的相对性。

## (2) 自由权与社会权

自由权与社会权的区别,其实相当于自由和权利的区别,只不过内容更加明确了而已。前面说过,近代宪法主要是保护自由权,包括三大自由权,而现代宪法则开始同时保护社会权。这个社会权的概念是大陆法系国家使用的,法国、德国、日本和我国都在使用,而英美国家和北欧的一些国家一般称为福利权。在大陆法系国家,社会权下面一般又分为若干具体的类型,包括生存权、受教育权、劳工的一些特殊的权利等等。因此,很多人认为宪法主要就是保护两种基本权利:一种是自由权,另一种是社会权。

当然,这个区分也具有相对性。现代宪法虽然保护社会权,但是它仍然在着力保护自由权。现代宪法保护权利的时候,与近代宪法的差别就在于,它补充了社会权,而并不是说,权利的保护以社会权为主了。就西方成熟的立宪国家的情况而论,情况不是这样的,它们的现代宪法仍然在重点保护自由权,只不过对其中的经济自由加诸了一些必要的限制而已。有些学者认为从近代宪法到现代宪法,经历了由“以自由权为主”到“以社会权为主”的发展历程。这个说法实际上是有一些问题的,应该看到,现代宪法只是补充了社会权,但是其保护的焦点仍然在自由权。尤其是在20世纪五六十年代新自由主义重新崛起以后,现代自由权的保护在西方社会更加强盛,乃至其影响不断扩大至全球。可见,在现代宪法上,自由权与社会权虽然有区别,但并非完全对立。另外,除了自由权和社会权以外,宪法还保护政治权利以及国务请求权,由此也可以说明自由权与社会权的区别具有相对性。

## (3) 抽象权利和具体权利

这个比较简单,只要了解就可以。什么叫抽象权利呢?抽象权利指的就是无法根据宪法中相应的权利条款直接提请救济的权利。也就是说,这种权利只能通过普通立法具体化才能得到保障。在国际上的主流学说认为,社会权就属于抽象权利,比如其中的生存权,就是抽象权利,还有环境权,也是抽象权利。它们只能通过下位立法加以具体化,然后才能

得以保护和救济,否则就无法得到有效的救济,因为人们不能直接根据这个条文去找政府要求保障。

具体权利与之相反。这里首先要注意:“具体权利”不等于个别性权利。反之,某一个具体类型的权利,也就是我们说的一个一个个别的权利,最好是叫“个别性权利”,而不能叫“具体权利”。那么,具体权利是指什么呢?与前面说的抽象权利相反,它指的是能够依据宪法上相应的权利条款直接提请救济的权利。在有宪法诉讼的国家,所有的自由权基本上都属于具体权利,包括人身自由、精神自由和经济自由中更为具体的那些类型,都属于具体权利,都可以通过诉讼获得救济。

以上我们讲的是几种二分法。接下来我们来讲——

### 5. 芦部信喜的三分法

日本的芦部信喜教授曾使用过一种三分法,是把基本权利划分为三种类型,而且还是用英语表述的,因为用日文或中文确实有点难以表达,当然,更重要的原因可能是这种三分法在国际学术界上也比较常见,它将基本人权分为 freedom from state、freedom to states 以及 freedom by state 这三种类型。其中的 freedom from state 指什么呢?过去有中国学者将其翻译为“来自于国家的自由”,这就恰恰大错特错了。它的真正含义是“免于国家干涉的自由”,其中当然包括我们所说的三大自由权。那 freedom to state 指的是什么呢?就是“参与国家事务的自由”,比如参政权。而 freedom by state 则是“依赖国家保障的自由”,这里主要指的是社会权。这种三分法与前面所讲的耶利内克的地位理论中有关个人权利部分的三种划分方法,在结构上具有一定的一致性,但更能反映现代人权类型的发展状况。

接下来我们来看另一个三分法——

### 6. “三代人权”说

这个“三代人权”的说法,在现代也非常著名,它是国际人权法中的一种学说,是法国学者瓦萨克(Karel Vasak)最先提出来的,后来被许多国家人权法学者接受,对宪法学也有很大影响。这种分类法把人权按照历史

分为三个世代:第一代人权即近代西方市民革命中所确立的权利,主要包括近代宪法中的人身自由、精神自由和经济自由,即所谓的“三大自由”;第二代人权则指的是在19世纪末20世纪初社会主义运动中所提倡的权利,后来被宪法所采纳,被类型化为各种社会权,包括生存权、受教育权、各种劳工权利等;而第三代人权则是“二战”之后反对殖民主义压迫的民族解放运动中所提倡的各种权利,其中包括各个国家或民族的生存权、发展权和民族自决权等所谓的“集体权利”。这个学说比较准确地反映了人权及其各种不同类别的发展历程,同时也总结出了一个道理:人类所获得的基本权利,无一不是依靠斗争得来的,甚至要通过艰苦卓绝的革命才得来的。有关这一点,耶林所写的《为权利而斗争》这本书很值得一看。

有学者还提出第四代人权。这是我国学者首先提出来的。谁呢?就是原中国政法大学校长徐显明教授。他指出,这种第四代人权,就是“和谐权”。但是,这个观点提出来之后,虽然场面上的争议不大,但私下里的质疑却不少。然而不管如何,假如这个权利类型真的能够成立的话,那么它就是一个唯一不靠斗争而得来的人权,恰恰相反,是人们摒弃“为权利而斗争”的权利。到底这个权利能不能成为第四代人权,同学们可以回去自己研究。

以上我们所讲的是基本权利的学理分类,接下来我们来讲解释学意义上的分类。

## (二) 解释学意义上的分类

应该看到,学理分类具有重要意义,但因为倾向于偏离了实在的法规规范本身所确立的权利体系,即往往不是根据宪法文本中的权利进行分类的,因此就难以作为解决具体个案的规范依据。与此不同,各国宪法学中一般均存在一种与纯粹的学理分类有所不同的分类,此即所谓解释学意义上的分类。它具有实用性,能够在现实生活中作为认识有关具体问题,并解决这类具体问题的标准。

### 1. 解释学分类的实用性

我们举个例子。这是几年前发生在杭州的一个真实的案例,被称为

“普通公民身穿白大褂宣传宪法”案。案件的基本事实是这样的：

本案的当事人,我们将他简称为L,他原是一个学校的校长,退休之后,老人家因住所被拆迁的问题,在一年多的时间里到各级部门上访近百次,均没有得到有效回应。2003年3月,正当杭州某区人大和政协的“两会”召开期间,L约同另外十余名公民,身穿医务人员的白大褂,在白大褂上写着“维护宪法人人有责!”“公民住宅不受侵犯!”“住房所有权不许剥夺!”“强逼签约强制拆迁,严重违宪!”等醒目文字,聚集在区政府大楼门口,甚至还向路人分发宪法宣传资料,据说还造成了一定程度的交通堵塞。

这时,争议发生了。当时区政府大楼门口的保安人员认为他们的行为是上访,因此就想强行将这些人带入该区的信访办公室。是啊,你说这些人穿着白大褂,胸前、背上还写着“公民住宅不受侵犯”等文字,保安就认为这是上访行为,要求他们赶快脱下白大褂,以便建设和谐社会。但是当事人坚称:他们是在宣传宪法,因为他们确实也向路人分发宣传宪法的资料,包括身着白大褂,上面写着各种标语,那目的都是希望以此增加区人大代表、政府官员以及过往群众对宪法的重视。有趣的是,L他们不是把标语写在墙壁上,那样做的话就是“政治不正确”了,因为他们是从“文革”过来的人,又有文化,知道“文革”之后“大鸣、大放、大辩论、大字报”被禁止了。为此就打“擦边球”,把文字写在穿着的白大褂上面,其实那更厉害,相当于流动标语呢。面对这种情况,政府官员肯定着急了,L他们最终还是被强行带入市政府的信访办公室,政法委书记当场指出:你们的行为属于非法游行,因为根据我国法律规定,游行必须经过事先申请,获得许可才能举行,否则就是违法的。

这个案件就是在现实生活中发生的真实事件,其实我们在日常生活中也会随时遇到类似这样的涉及基本权利问题的事情,其间争执的焦点,其实就是对于同一个行为所涉及的人权类型的认定问题,进而涉及相应行为的正当性问题。为什么权利会涉及行为的正当性呢?很简单,因为权利本身就是行为正当的依据,如果你拥有这样做的权利,你当然就可以



行使,你这样做就是正当的了。为此在西方的语言中,用于表达“权利”的各种用语,无论是拉丁语 jus 也好,还是英语 right、德语 recht 也好,都含有“正当的”这层含义。当然,从法学角度来说,这话也不能说得太绝对了,我们下次课会讲到,你拥有这项权利,但是能不能完整行使这个权利呢?这是不一定的,因为大部分权利在一定条件下是可以受到一定程度的限制的,至于如何受限制,此处先按下不表。这里要说的是,考虑一个行为是否具有正当性,在现代社会,我们往往可以首先考虑他是否拥有这样做的权利。比如说像本案这样,当事人 L 等穿着白大褂,上面写着一些标语口号,而且向路人散发宪法宣传读物,这种行为是否是正当的呢?这就要看把它归入哪种权利类型中去考虑了。而要有效地解决类似这样的具体案件,最好的分析框架往往不是前面讲的学理分类,而是解释学意义上的权利分类了。所以,我们姑且将这个案件留待稍后再来分析,而先来学习解释学意义上的分类理论。

## 2. 我国的分类方法

首先请大家注意,解释学意义上的分类,一般都是每个国家的宪法学根据本国的宪法规范中所规定的基本权利所进行的分类。我国宪法学也是如此。依据我国现行宪法,也就是 1982 年宪法中所列举的基本权利,我国学界最早产生的最权威的学说是“十大分类法”。这个分类法是现行宪法实施不久后我国老一辈著名宪法学家吴家麟教授主编的《宪法学》一书中提出来的。吴教授现在还健在,但年纪比较大了,他所主编的这部书是当时中国最权威的一本教材,影响力非常大,其发行量在迄今为止出版的宪法学教材中可能也是最高的。那么,这本书就将基本权利分为十大类,依次是:(1)平等权;(2)政治权利和自由;(3)宗教信仰自由;(4)人身自由;(5)批评、建议、申诉、控告、检举权和取得赔偿权;(6)社会经济权利;(7)文化教育权利和自由;(8)妇女的权利和自由;(9)有关婚姻、家庭、老人、妇女和儿童的权利;(10)华侨、归侨和侨眷的权利。

后来,人们觉得十类太多了,因此就出现了更为概括性的分类,其中主要有“四大分类法”和“五大分类法”。四大分类法就是把基本权利分

为参政权、人身自由和信仰自由、经济和文化教育权以及特定人的权利；五大分类法就是在此之外补上了平等权。

应该说,这些分类在过去都是非常具有代表性的学说,也产生了非常重要的意义,但是也存在一些弱点。比如说十大分类法虽然非常著名,但是类别确实分得太细了,而且分类的标准也不统一,把一般主体所享有的基本权利和特定主体所享有的权利混杂在一起,四大分类法和五大分类法也同样存在这种问题。

3. 我们认同的分类

于是,有人就提出新的分类方法,这其中也包括我本人,所提出应该叫做“林氏分类法”吧。我把基本权利分为如下六大类型:

- 第一,平等权;
- 第二,政治权利;
- 第三,精神自由;
- 第四,人身自由和人格的尊严;
- 第五,社会经济权利;
- 第六,获得权利救济的权利。

其实,这六大类型的分类法也是妥协的结果。真正让我来分的话,应该采用更加具有学理性、引导性的分类方法,我觉得那应该是八分法,那样虽然类型过多了一些,但是更加合理,而且也能跟国际宪法理论接轨,同时还可以根据这个分类模式来引导我国权利类型的完善。这个八分法我现在就传授给你们。

- 第一,人格权;
- 第二,平等权;
- 第三,人身自由权;
- 第四,精神自由权;

第五,经济自由权;

第六,参政权;

第七,社会权;

第八,权利救济权。

说到这里,我们大家要注意了:不管基本权利在大类上如何分类,每一大类下面都可以进一步细化,否则在作具体个案的分析判断时就有难度了。比如,当年人民大学女生的所谓“露腿照”——大家看看,其实也不是非常难以接受的吧?那么好,这种拍露腿毕业照留着纪念的行为,有没有合理性?如果公权力要干涉,那么我们也可以看看它是否属于某种权利,这就涉及权利类型的问题了。在这样的判断过程中,我们的思维顺序往往可能是先考虑各种各样具体的类型,然后再将这具体的类型纳入更大的类型里面去。然而,就分类理论本身而言,你要预先准备好由大到小、细分下去的结构。而事实上,基本权利分类的理论状况也是如此的。比如说政治权利,它下面又可以再进行具体的分类,包括选举权与被选举权、表达自由、监督权等,这可以算是“二级类型”了;而比如说其中的表达自由,则又可以分为言论和出版的自由、集会和结社的自由、游行和示威的自由,这就可以视为“三级类型”了。至于这种类型具体化的作业究竟要达到什么程度呢?我觉得,主要看具体判断的需要,而其极限基本上应该由宪法规范所规定的那些权利条款所确立的基本权利来决定。

现在我们先回过头来看一下,人民大学这些女同学拍露腿照,到底是在行使什么自由权利呢?我们说,应该是属于“一般行为自由”,而在大类上则可以纳入人格权中加以考虑。当然,看具体情况,如果它重点是在向他人婉转地传达或宣明某种思想感情,那就可能属于表达自由了,只不过这种表达自由,与言论出版、游行示威等具体类型不同——你总不能说人家把自己的美腿露了出来就是“出版”,或者说就是在示威吧?这种表达自由是比较特别的,在宪法学的理论上,被称为“象征性表达自由”。

然而,基本权利的解释学意义上的分类,同样也有相对性。首先,不

同的国家或者同一个国家的不同学者,往往就有不同的分类。其次,有一些具体类型可以纳入不同的更大的类型之中。比较典型是表达自由,它就既可以纳入精神自由里面,也可以纳入政治权利之中。这些都说明,分类是相对的。

我们学了这么多分类之后,很多同学心里就有点痒痒。有次我在某个大学作报告的时候,有个学生站起来对我说:林老师,我觉得你的六分法还不够完美,我花了一个学期的时间考虑,运用形式逻辑进行了重新划分。想跟您探讨一下。我听了很感动,但是又觉得如果他真的用了一个学期时间,那也太不珍惜宝贵的学习时间了,可是因为是针对我的学说,所以我也不好说什么。如果是我的学生这么做,我就会对他说:赶快不要再搞这个了,辛辛苦苦一个学期搞个分类出来,多不划算!理由很简单,因为这种分类是具有相对性的,不管怎么划分,看上去总有一些缺憾,尤其是因为解释学上的分类需要依据宪法规范,而宪法规范未必完全跟你讲形式逻辑。也就是说,宪法学上的分类,并不仅仅是形式逻辑意义上的分类,它要考虑到规范文本、规范原理,具有一定的非逻辑性。为此,即使你时间花得再多,也不一定能够形成一个绝对周延的分类体系,并由此成为标准的通说,倒不如把宪法学的基础打好,类似的分类当然可以思考,但也可以先接受别人的重要学说,等到自己将学问积累到了一定阶段,再来重新尝试新的分类也不迟。

#### 4. 对白大褂案的分析

好,现在让我们将目光返回到前面所讲的那个“白大褂案”,分析一下这个案件所涉及的权利类型。具体而言,就是:当事人L等人身穿白大褂,上面写着一些标语口号,集聚于公共机关办公场所前面的道路上,而且向路人散发有关宪法知识和宪法见解的纸面资料,这种行为应该归入哪种权利类型中去考虑呢?如前所述,就这个问题,已经有了三个不同的观点:第一,是保安的观点,他们认为这是上访行为;第二,是L等人他们自己的观点,认为是宣传宪法的行为;第三,是政法委书记的观点,认定这属于游行的行为,但因为沒有预先申请并获得许可,为此是非法的。于是

我们就有必要分别搞清楚如下问题：第一，上访属于什么权利？宣传宪法又是属于什么权利？游行又属于什么权利类型？第二，他们到底是在上访、游行，还是在宣传宪法？这两个问题都要同时解决。

记得当年《南方周末》的一个记者跟我说，就这个案件，他已经采访了許多学者，现在也想跟我谈一谈。这也许是因为那些学者跟他大谈抽象的理论，包括洛克的生命自由和财产呀，卢梭的人民主权啊，海阔天空地谈了一番，但碰到这样的具体问题就有点难说，所以就说：至于这到底是上访、游行还是宣传宪法呢？嗯，这个问题不属于我的研究范围，你还是去问搞宪法的，比如那个林来梵。那个记者后来果真就来问我了，主要就是问这个行为到底是什么性质的。

你还别笑，这个案件确实有点复杂。为什么呢？主要是由于主人公L这个人还是比较有头脑的，他似乎剑走偏锋，想走法律的“边缘地带”，或者说打“擦边球”，以此既利用法律对他有利的方面，又规避法律对他不利的方面。对地方公权机关来说，这样的人啊，绝不是“省油的灯”。据说他老爸就是新中国成立前的共产党员，解放后还当过当地的司法高官，而他恰恰可能继承了他老爸当年不屈不挠的斗争精神以及丰富的斗争经验。不过颇为吊诡的是，当年他老爸针对的是国民党反动政府，而他则针对的是他老爸这一辈人通过斗争所建立的人民政府。

再从案情方面来看，前面所说的三种定性观点，似乎都有一点道理，因为L等人的行为，确实分别都含有那三种类型的一些要素。那么，这该怎么认定呢？一个简单的方法，那就是要看哪一种要素最多最重要，居于主导地位，我们基本上就可以把它归入哪一类型之中加以处理。事实上，现实中的每一个行为都可能会涉及多种权利类型，而我们一般都可以根据其主要的构成因素对其进行归类的。比如说上访，上访主要涉及监督权，但是肯定也涉及表达自由。比如说我去上访，不可能到了某个部门一声不吭，你总要说话嘛。你不说话，人家可能怀疑你是不是哑巴，是哑巴那又是不是被地方官员打成哑巴了。但你即使这样，也可以通过文字，比如把告状材料递交上去的呀。然而，从学理上说，我们就不能把他说话或

者递交状子的行为归入表达自由,而毕竟还是应该归入上访行为,即纳入监督权的范畴加以考虑。你说游行,那也是如此,虽然是特定或不特定的多数人,在道路或露天场所行进,但一般也会有一些表达,来陈诉或宣明一定的政治上或经济上的要求或愿望,否则那可能就真的成为体育锻炼了。但你总不能说因为他们呼了口号,所以属于言论自由的范畴。

那么,这个案子中L等人的行为到底是什么性质呢?面对这样的问题,大家请记住,如果记者问你,你就要慎重回答。我当时就对《南方周末》记者说:关于这个问题,由于我不在现场,也没有看到全部的案件资料,因此很难判断,但可以进行一些假设性的分析,大致分三点来说。第一,如果是上访行为,那么当事人行使的就是监督权,这就没有必要在路面上聚集,保安确实可以要求其直接进入信访局办公室;第二,如果是宣传宪法行为,那么他就是在行使言论自由,保安自然没有权利强行带他们进入信访办公室;第三,如果是游行行为,那游行行为也有几个要素,如果符合这些要素的要求,那么分发资料、背上写标语等,就都可以吸收到游行行为里面去。而且因为他行使的是游行自由,根据我国《集会游行示威法》的规定,确实必须事先向当地公安机关提出申请并获得许可之后才能行使,否则便是违法的。总之,对于这样的案例,主要是分析具体情况、看案卷,不能一概而论。但如果要给出一个结论的话,当事人的行为属于上访或游行的可能性较小,属于宣传宪法或者示威的可能性较大。但不论是宣传宪法也好,示威也好,我们可以用同一个类型的概念来概括,那就是表达自由。因此大致可以说,在这个案件中,当事人L等是在行使表达自由。而表达自由是个较大的权利类型,至于究竟是属于言论自由还是示威自由,要做出明确判断还是需要更进一步的事实材料以及更为详细的理论分析。

最后,我们在这里还可以再分析一个细节问题。前面说过,在本案中,白大褂上面写了很多标语,那么,这些标语是否也有权利类型的认定问题呢?如有,他们有没有写错了?

是的,对于这两个问题,我们都可以做肯定回答。譬如,“住房所有权

不许剥夺”的说法,诉求的其实是私有财产权,因此写“私有财产权不受侵犯”也是可以的,当然,写“住房所有权不许剥夺”,作为一种口号也是大致可以的;但是其中的“公民住宅不受侵犯”的说法,从学理上说,诉诸的应该是住宅不受侵犯的自由。可是,如果当事人L等人仅仅是针对拆迁行为,那么就与住宅不受侵犯的自由没什么关系。也就是说,这个口号是弄错了,错就错在混淆了权利类型。因为住宅不受侵犯主要不是说财产权的问题,而是说公权力不能非法强行侵入我们的住宅,而拆迁是侵犯私有财产权的问题。当然,拆迁的时候也许会有人强行进入你的房子,但一般来说,这个行为也是被侵犯私有财产权这一概念所吸收。

今天的课就讲到这里,谢谢大家!



## 第十章 基本权利的保障及其规范效力

在进入今天的讲授内容之间,我们提出如下章前导引问题:第一,有人说:现实中,宪法上所保障的基本权利,其实都可以通过法律来限制的,为此其本身都是相对的。这个说法对吗?第二,有人说:对基本权利的限制也应该加以限制。你认为呢?如果你认同这个观点,那么,对基本权利的限制应该如何加以限制呢?

### 一、基本权利的保障与限制

这个问题自然非常重要。我们首先讲保障,然后接着谈界限。

#### (一) 基本权利的保障

我曾经说过,无论宪法上所规定的基本权利条款如何详尽、如何完美,一旦不予保障,则可能失却实效的意义,成为水中月、镜中之花。而要让宪法中所规定的基本权利能够成为我们真正所能享有的实实在在的权,就需要在法的制度上加以保障。那到底应该怎么保障呢?我们先来看一下迄今为止世界各国究竟是如何保障的,即了解一下——

#### 1. 基本权利的保障方式

各国在基本权利的保障上主要有哪些保障方式呢?一般而言,迄今为止,主要有三种方式:第一种叫绝对保障方式;第二种是相对保障方式;而第三种则是折中型的保障方式,是兼有前两种方式之属性的保障方式。

何谓绝对保障方式呢？绝对保障方式又叫“依据宪法的保障的方式”，它的属性就是：对于宪法所规定的基本权利，由宪法自己所设立的程度来加以保障，其他下位的法律法规不能加以任意限制，或者规定例外的情形。其典型是美国宪法上的保障方式，尤其是它的第一条修正案中有一条款，该条款被称为“不得立法侵犯条款”，其中规定：“联邦议会不得制定建立国教或禁止宗教自由的法律，以及对言论和出版自由、人们和平集会和向政府请愿诉求冤情救济的权利进行限制的法律。”这段话的含义是非常明确肯定的，即说的是：就算作为全国人民代表机关的国会，也不得通过立法，即通过法律，去限制宪法上所规定的这些基本权利。这就是绝对保障方式。

这种绝对保障方式具有两个特点：第一个特点是，一般的法律不能任意限制人权，只可以合理限制人权，但这种限制又受到宪法上的限制。第二个特点是一般都会设立一种具有实效性的违宪审查制度，即宪法本身拥有违宪审查制度，而且还是有效的，不是虚设的，其功能就是按照一定的程序，审查普通的法律法规是否违反了宪法，特别是有没有规定不当限制宪法上的基本权利的条文。一旦发现存在这样的条款，并对现实中的人们的基本权利构成了不当的限制或侵害，那么就判断它违宪无效。这就有效地避免了一种情况，即宪法虽然规定了很多基本权利，但普通法律则加以随便限制，由此“掏空”了宪法上的权利规范的内容，使那些基本权利的条款大打折扣，甚至形同虚设。这就是绝对保障方式。

那么相对保障方式又怎样呢？相对保障方式的情况有点不同，它又叫做“依据法律的保障”。其特点在于：不是直接根据宪法对基本权利进行保障，而是宪法规定了基本权利，但是基本权利的保障主要是交给下位的法律去实现。也就是说，宪法只是规定一个原则性的权利条款，然后对基本权利的保障就不再具有什么功能了，而是交给下位的法律去加以落实、保障。但问题是，它通过普通法律来具体实现对基本权利的保障，其实也等于允许普通法律对宪法所规定的基本权利加以随意限制，比如在对某个基本权利加以具体化的过程中，对其内容加以大幅度限定，或者里

面规定公权机关可以在一定条件下对这种基本权利采用不必要的、过于严格的限制手段,等等。

那么,在让普通法律来落实保障基本权利的同时,又允许普通法律来限制基本权利,这一对矛盾的方式要实现整合,采用的主要手段是什么呢?这就是我们公法上所说的“法律保留”。“法律保留”本来主要是为了防御行政权的,因为从近代开始,三权中就数行政权最活跃,最难以控制。早在近代,这种苗头就已出现。因此近代公法上所确立的“法治国家”原理的出发点,首先就是防御行政权的滥用,那么,让何者去防御呢?主要让立法权去防御。而其中的一种具体做法,就是实行刚才所说的“法律保留”,其本意就是:为了不让行政权随意地侵害人们在宪法上所享有的基本权利,将基本权利留给立法机关以通过法律的方式去保护。所以,“法律保留”其实可以叫做“法律留保”。日本学者就翻译成“法律留保”的,我觉得这个翻译很确当,但我国还是叫做“法律保留”。然而这里要注意的是:将基本权利留给立法机关去保护,实际上意味着立法机关可以界定基本权利,包括对基本权利进行限制。质言之,它所防御的只是行政机关随意对基本权利进行限制,而不防御立法机关这样做。这个理论应该说在各国的影响是很大的,尤其是大陆法国家,包括我国都是这样的。比如在当今我国,法律界有一种主流的观点认为:一旦涉及基本权利的事项,那么行政机关就不能随便通过行政法规来规定,而应该交由全国人大及其常委会的法律来规定;甚至退而求其次,认为:你要想限制基本权利,那可以,但你用行政立法不行,你必须得让人大制定出法律才能限制。这类观念,实际上就是从“法律保留”原理那里来的。

法律保留的两种具体方式,恰好反映了上述所说的观念。其中,第一种具体方式是确认基本权利的具体内容和保障方式均由普通法律加以规定;而第二种则是在宪法中规定或默示规定,对基本权利的限制必须通过法律。为此,比如说,宪法中在规定某一项基本权利时,规定“其内容由法律规定”“其例外依法律规定”“非依法律不得限制”“在法律的限制之内”或“在法律范围内予以保障”等,就说明这个条款采用了“法律保留”。

前面说了,这种“法律保留”本来是为了防御行政权随意侵害基本权利的,这是它积极的方面,但是它不能排除立法机关对基本权利的限制,一旦立法机关比较软弱,其立法权容易被侵蚀、被架空,那么,法律保留还是不能有效地对基本权利进行保障的。人类的宪政史也说明了这一点,在许多国家的特定时期,比如说“二战”结束之前的德国和日本,原本“只有通过法律,才能对基本权利进行限制”的原理,变成了“只要通过法律,就可以限制基本权利”的现实。

显然,如果某个国家的宪法在基本权利条款中广泛采用上述的“法律保留”方式,那么,一般可以说,其所采用的基本权利保障方式,就属于相对保障方式。而且,这种保障方式还有一个标志性的特征就是,没有建立起相应的、有实效性的违宪审查制度。

这种相对保障方式的宪法也比较多,但多是近代宪法,其中典型代表包括1850年德国的普鲁士宪法、1871年德国的俾斯麦宪法,还有1919年德国的魏玛宪法。此外,1889年日本的明治宪法也属于这种类型。

第三种保障方式是折中型的保障方式。这种保障方式具有如下属性:一方面它存在具有实效性的违宪审查制度,这与绝对保障方式一样;但另一方面宪法本身又将一部分基本权利的保障委之以普通法律去保障,即采用了一定范围的法律保留。据学者分析,其典型的例子就是现行的德国基本法。

那么同学们会想:我国现行宪法的基本权利保障究竟是采用了哪一种方式呢?这就是接下来要分析的问题。

## 2. 我国的保障方式

我国目前对基本权利的保障到底是采用了哪一种方式呢?这的确值得我们分析。首先,是不是绝对保障方式呢?肯定不是。因为我们并没有确立立法机关不能通过立法限制基本权利的原理,另外,虽然很难说我国现在有违宪审查制度,许多人都认为已经有了,但是,我国还不存在具有实效性的违宪审查制度。

那么,到底我国采用了哪一种保障方式呢?教材指出:我国采用了相

对保障方式。

是的,根据前面界定的标准,一旦不存在具有实效性的违宪审查制度,那肯定只能是属于相对保障方式,因为绝对保障方式和折中型保障方式都需要具有实效性的违宪审查制度。

那么,为什么我国的保障方式会是属于相对保障方式呢?这需要我們认真思考。

首先我们应该承认,从文本上看,我国现行宪法大部分的基本权利条款确实没有明文表明基本权利的具体内容和保障方式由普通法律加以规定,也没有明文规定或者默示普通法律可以限制基本权利。也就是说,我国宪法在这个问题的“表面文章”上做得还不错,看上去好像采用了绝对保障方式。

但是,在基本权利的条款中,还是有三个条款就明显采用了“法律保留”方式的。哪三个呢?第一个就是第13条的私有财产权保障条款,其中第一款规定“合法的私有财产不受侵犯”,第二款规定国家“依照法律规定”来保护私有财产权,第三款中又规定国家为了公共利益的需要,“可以依照法律规定”对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。可以说,这三个条款都共同显示了一个原理,我把它叫做“财产权法定主义”,即财产权的性质、内容、范围以及具体的保障方式与限制方式,都可以由法律来界定,法律可以规定哪一部分属于私有财产权,哪一部分不属于私有财产权;法律规定怎么保护就怎么保护,怎么限制就怎么限制。这是典型的法律保留条款了。

第二个条款是第34条,它规定年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住年限,都有选举权和被选举权,然而附加了一个但书,写道:“但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”至于谁可以被剥夺政治权利、什么情况下才能剥夺以及如何剥夺等,宪法没有明文规定,只能交由普通法律甚至政策性考量去把握。这也是所谓的“法律保留”。当然,如果是在“文化大革命”期间,有政策、有政府的行政命令就可以剥夺的话,甚至连“法律保留”都谈

不上。

第三个条款是第40条。这条比较奇怪,因为它虽然是在宪法上规定了通讯自由和通讯秘密的,但是这条文却是这样表述的:“通讯自由和通讯秘密受法律保护”。其实也就是说,通讯自由和通讯秘密不是由宪法来直接保护的,而是由宪法让给普通法律去保护的,当然,普通法律也可以去限制。这明显也是“法律保留”。

这类的法律保留条款,我们现行宪法上只有以上这三条,其他再没有了,应该算是不多的。那按理说,我们基本权利的保障方式有点类似折中型保障方式了,但为什么说仍然是属于相对保障方式呢?原因就在于,从目前有关制度的具体操作方式以及实践来看,我国基本权利保障方式还是明显属于相对保障方式。具体说,有这么几点:

第一,大家知道,大部分国家的宪法条款,都比较简约,人权规范也是如此,大多相当于原则性规定,所以你没理由去责怪我国宪法规定得太抽象、太简单,那是正常的。但正因为太抽象、太简单,所以实施或适用的时候就要具体化,可是在我国,由于法院不能在司法过程中引用宪法的基本权利条款并加以具体解释,所以这些条款只好依赖普通立法加以具体化了。这不同于美国。美国宪法的规定也很简单,但法院可以加以具体化,在判例中加以具体化。我国没有这种可能,只能依赖普通立法去加以具体化。也就是说,即使那些大部分的基本权利条款没有采用“法律保留”,但要想得到实施适用,那实际上还得要通过法律才行。

第二,那么普通法律在保障宪法上的基本权利时,作用有多大呢?我们说:从目前的情况来看,作用不怎么大。这又具体表现在几个小点:

第一小点,虽然宪法上的基本权利条款,有赖于法律去加以具体化,并去加以保障,但法律往往不去这样做,即使有明确的法律保留条款,法律也不去做,可以说在许多基本权利的保障方面,都基本上处于某种“立法不作为”的状态。

最典型的可以再举前面说到的宪法第40条,它规定“通讯自由和通讯秘密受法律保护”,这按理说,就应该有一部甚至几部相关的法律,规定

如何保护公民的通讯自由和通讯秘密,比如说,在何种情况下,公权机关才能够窃听公民的通讯。但是,现在我们还没有这样统一的法律规定。所以,据说不久前我们的一个老师被邀请去某一个地方做一个讲座,住进宾馆之后,就有一个在当地公安部门工作的学生打电话来说:“老师,您今天到我们这里啦?我想请您吃饭。”这个老师大吃一惊,说:“咦?奇怪了,你怎么会知道我在这里呀?”那学生说:“嘿嘿,我当然知道了,您的手机移动到我们这里了。”学生甚至还告诉他,通过他们公安部门内部使用的一个网络系统,还可以查出他何时入住了哪个宾馆。从这里我们也可以看出,我国公安机关的权力是非常大的,比成熟的法治国家的警察大多了。公权机关如果想掌握一个人的个人信息,包括通讯秘密,那基本上没有什么法律障碍的。而之所以会这样,原因就在于宪法规定通讯自由和通讯秘密受法律保护,但现在法律还没有对通讯自由和通讯秘密进行保护性的规定。对于这种“立法不作为”状态,如果我们存在具有实效性的违宪审查制度的话,也是可以作为审查对象的,但又由于我国目前的违宪审查权是全国人大常委会掌握的,它怎么可能去审查自己“立法不作为”呢?于是立法一旦不作为,可以说,所有基本权利的保障,就没办法得到具体化。

第二小点,法律不怎么去将基本权利加以具体化,那涉及基本权利问题时,怎么办呢?目前主要是依据行政法规和行政规章,而这两者也是我国目前整个法律体系之中数量最多、最活跃的立法形式。但因为它们都是行政机关制定的,为此行政法规和行政规章,一般来说都更加倾向于限制基本权利。最典型的例子就是《劳动教养条例》,就是一部涉及限制人身自由的行政法规。因为涉及人身自由这么一个基本权利的保障和限制,所以按照“法律保留”的原理,至少应该由法律来规定,但因为法律不去规定,所以就由行政法规去规定,而行政机关的重要职能之一就是要维护社会秩序,因此,它从本性上就会自然而然地倾向于限制人们的基本权利,以便有效地调控社会。《劳动教养条例》就是如此,为此长期备受争议。2013年12月28日,第十二届全国人大常委会通过了关于废止有关



劳动教养法律规定的决定,劳动教养制度正式废止。

第三小点,应该承认,有少数几部法律,确实将部分基本权利加以具体化了,但是又有争议,比如被认为对基本权利的限制可能过大了。比较典型的,是《中华人民共和国集会游行示威法》。这部法律将公民的集会、游行、示威这三项自由加以了具体化,可是在具体化过程中,也对这三项自由进行了限制,这是自然的,但有些限制又被认为过大了,乃至这部法律被称为“禁止集会游行示威法。”比如,这部法律对集会、游行、示威行为采用申请许可制度,而各国上通行的做法是采用登记制度,到有关机关,比如公安机关登记,登记完了之后就可以去游行示威了,警方也出动人员,上街配合维持秩序。我国目前是否有条件实行这个制度,的确是值得谨慎研究的,但在现行的申请许可制下,要想申请集会游行示威,一般来说是很难得到许可的。

第三,从权利救济方面也可以看出,我国目前基本权利的保障方式,是属于相对保障方式。很多人都说了,现行宪法虽然规定最高国家权力机关有权实施宪法监督,但是并未真正建立起具有实效性的违宪审查制度,为此,也只能依靠普通立法对基本权利加以救济了。

但是,在目前,普通立法也还是不能全面地对所有基本权利加以救济。首先,对基本权利设置了救济机制的普通法律本身就比较少,其中最主要的就靠《行政诉讼法》了。其实,各国都有类似的这种法律,规定行政机关如果侵犯了人们的基本权利,人们可以依据该法通过行政诉讼来进行救济。但是长久以来,我国的《行政诉讼法》里面却规定了两条受案范围的标准,这两条都是限定性的:第一,仅仅限于具体行政行为侵犯了基本权利的时候,法院才受理。根据这一点,如果是抽象行政行为,比如说通过行政法规,或行政规章,甚至带有“统一规定”性质的红头文件,即所谓具有普遍约束力的决定、命令,那么,即使限制了基本权利,你也还是欲告无门的。第二,即使行政机关很不小心,居然以具体行政行为的方式,侵犯了基本权利,但还要看被侵犯的基本权利是什么类型的,可以进入行政诉讼的主要仅限于人身权、财产权和受教育权等几种,如果行政主体侵

犯了这几种类型以外的其他权利,比如说政治权利,或者说言论自由、学术自由、宗教信仰自由等,一般来说,都无法通过行政诉讼来加以救济。

当然,在长期的发展过程中,行政诉讼的受案范围也在不断扩大,比如通过相关的司法解释,增列了受教育权等内容。经过2014年的修改,新《行政诉讼法》更是进一步扩大了受案范围,但不得不说,在实践中,这仍然具有相当的现实局限性。对于涉及政治权利、敏感问题、重大影响的案件,长期以来,公民仍然难以通过诉讼来获得救济。将来如何,我们尚需拭目以待。

通过以上的分析来看,我们可以说,我国基本权利的保障显然是属于相对保障方式的。当然,大家也不要绝望,因为关于基本权利保障方式,需要一个发展的过程。综观各国的这个发展历程,一般来说,前后大致要经历三个阶段,也可以说是“三个层级”。第一层级比较低,就是基本权利单纯依赖法律保护,但未得到全面保护。我国目前就处于这个层级。第二层级是基本权利得到了法律的全面保护。也就是说,这时实现了比较全面的法律保留,达到了这样的水准,即对基本权利的限制只能通过法律。这是许多国家在“二战”结束之前达到的水准。第三层级是发展到了宪法自己保护基本权利,其标志就是有了违宪审查制度,而且是真正具有实效性的,能够救济基本权利的宪法审查制度。

这三个层级,即三个阶段不同之间的演进,需要我们去推动。是的,目前我国尚处于第一阶段,那么我们的目标可以定在将其推向第二阶段。当然,有关这一点,也不是绝对机械的,我们甚至跳过第二阶段,直接跃进到第三阶段,建立良好的基本权利保障方式,那就是绝对保障方式。

## (二) 基本权利的限制

有关基本权利是否可以加以限制?这是一个很值得思考的问题。曾经有学者在这一点上持否定说。他认为,既然基本权利是宪法所规定的而且是人们必不可少的权利,那么就不要再加以限制了。这个说法对不对呢?这就要先理解如下的理论——

### 1. 限制基本权利的正当性

有关基本权利的限制,英国著名的哲学家密尔在其代表作《论自由》中提出“(排除)侵害原理”,即在一个文明社会中,对权利的限制能够正当地违背任何一个人的意志而施行于其身上的唯一目的,就是必须防止对别人的侵害。这种对权利进行限制的观念在现代更是有所发展了,功利主义认为,为了保护或增进公共利益,就可以限制基本权利,比如你拥有一栋房子,你并没有侵害别人什么,但国家为了公共利益的需要,比如要建造公路,需要对你的房屋进行拆迁,只要符合法律程序和法定条件,这也是可以的。当然,基本权利毕竟是基本权利,公权力不能随意限制。美国著名的法学家德沃金就曾提出,并非只要为了保护或增进公共利益,就可以限制基本权利。

### 2. 基本权利所受的两种制约

上面我们讲到的限制基本权利的正当性,说的就是基本权利可不可以受到限制;如果可以受到限制,那么哪些基本权利可以受到限制,哪些基本权利不可以受到限制;而可以受到限制的基本权利又是在何种情况下、因为何种原因而受到限制。值得提醒的是,我们这里所讲的“正当性”,是一个应然范畴。也就是说,它指的是在规范意义上来说,基本权利本身是否可以受到限制。

那么,在规范意义上,也就是在应然意义上,基本权利可不可以受到限制呢?简单地说,答案是:可以的。原因就在于,从规范意义上来说,基本权利本身就具有两种界限:一种叫做内在界限,另一种叫做外在界限。因为存在内在界限,因此它就可以受到内在限制;而因为存在外在界限,因此就相应可以受到外在限制。

首先,我们来看内在界限。内在界限指的就是基本权利在其自身的性质上理所当然所应伴随的、源于基本权利自身之中的界限。理解这一点的关键就是:这是由基本权利本身的性质决定的。也就是说,基本权利自身的性质决定了基本权利的主体在享有基本权利的同时不能侵害其他主体的基本权利或者公共利益。典型的例子就是言论自由,其自身的性

质就决定了它不能侵害他人的隐私权、名誉权,也不能侵害公共利益,比如说泄露国家机密等。

值得指出的是,即使对基本权利采用绝对保障的方式,那也不是说基本权利就不受任何限制,只不过看如何限制而已。关于这一点,我们可以再举美国的例子来说明。之前我们讲到美国宪法第1条修正案,它里面有一个“不得立法侵犯条款”,言论自由就被列入“国会不得立法侵害”的范围里,时至现代,美国联邦最高法院甚至还在宪法判例中赋予言论自由一种优越的地位。也就是说,它比其他权利,比如说与经济自由相比,地位更加优越,受到了更大的保护。应该说,正因为这样,使美国成为当今世界上言论最自由的国家之一。这不仅跟他们的文化,跟他们这个宪法制度也有关系。那么,这是否意味着美国对言论都不加任何限制呢?这是不可能的。美国联邦最高法院20世纪初有一位很伟大的大法官,在历史上很著名,叫霍姆斯,他在1919年的沈克诉合众国案(Schenck v. United States)中曾经就有一句名言:“对言论自由作最严格的保护,也不会容忍一个人在戏院中妄呼起火,引起惊慌。”这句话也很著名,被经常引用,就是用来说明言论自由的内在界限的。

问题是,既然宪法都明确规定了连国会都不能通过制定法律去侵犯言论自由,那该如何根据言论自由的内在界限去合理地限制它呢?美国法律人想出了一种具体方法,比较巧妙,也可以说是体现了法规范的一种技术吧。究竟怎么做呢?做法就是:一方面维持“国会不得立法侵犯”言论自由的原则,国会真的不制定类似的法律去限制;但是,另一方面主要由法院通过了一系列的司法判例,确立了“不受保护的言论”这一个概念,英语叫 unprotected speech,所指的就是不受第1条修正案保护的言论,从而就把一部分确实需要限制也应该加以限制的言论加以类型化,并纳入这个范畴中,使它在法律的世界里受到了应有的限制。那么,这个 unprotected speech 包含哪些类型呢?还挺宽泛的,具体包括猥亵性言论,对个人的诽谤,对少数种族等集团的诽谤,比如说对黑人的诽谤,还有侵犯隐私权的言论,泄露国家机密的言论,甚至还包括部分营利性的言论,

比如说对部分营利性的广告有限制,甚至禁止。这些都不受第1条修正案的保护。通过采用这种法规范技术,对言论就可以进行必要的限制了。为此在现实中,言论在美国也是受到一定限制的,而且,有些场合还限制得还挺厉害的。比如说近年来,美国的一些机场里面往往挂着“请勿开玩笑”这样的警示牌,据说洛杉矶国际机场安检入口处就挂有这样警示牌。如果你在机场安检入口处突然碰到你的一位朋友,他的名字叫杰克,你很兴奋地喊道:“Hi, Jack!”那说不定你就可能当场被航警逮捕起来。这是怎么回事呢?因为“Hi, jack”的发音在英语中跟“劫机”那个意思的“hijack”几乎差不多,你很兴奋地高呼“Hi, Jack!”,那就可能被听成“我劫机啦!”航警还以为你是恐怖分子呢!

总之,基本权利也是有内在界限的,所以是可以加以限制的,即使是被认为言论高度自由的国家,比如刚才所说的美国,对言论的限制也是存在的,这种限制,就是基于基本权利的内在界限所产生的。基本权利的这种内在界限,决定了基本权利的行使,不能侵害其他权利主体的自由权利,不能侵害公共利益。我国现行《宪法》第51条的规定也是可以这样理解的,该条的内容是:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”这就比较准确地体现了基本权利的内在界限原理。

接下来我们再了解基本权利的“外在界限”。

基本权利的外在界限跟内在界限不同,它指的是从权利的外部所加诸的,并为宪法的价值原理所容许的制约。这种界限的特点也与内在界限不同。不同之点在哪里呢?一般来说,这种外在界限不是基于某种权利的行使可能对其他权利构成侵犯才产生的,甚至也不存在明显的权利冲突,而是仅仅基于公共政策,主要是公共福利,而对基本权利所加的一种限制,只不过,这种限制虽然是权利外部加进来的,但宪法本身的价值目标也容许,为此在规范上才得以成立。

值得注意的是,一般来说,这种外在的限制只适用于部分的权利,主要表现为现代宪法根据社会公共福利的需要对经济自由所施加的限制。

为此,这一种外在界限又被称为公共政策上的制约。也就是说,一般是经济自由这一个权利类型,它存在这种外在限制。我们举一个最典型的情形,就是对私有财产权的限制。各国都会对私有财产权进行限制,其中有内在限制,也有外在限制。如果因为私有财产的行使与其他权利或公共利益发生冲突,为此加以限制,那么就属于内在限制;而为了增进公共利益,而对私有财产加以必要的限制,那这种限制就属于外在限制。我国也是如此。我国《宪法》第13条第3款就规定:国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或征用并予以补偿。这里所说的“征收或征用”其实就是一种限制,是对私有财产权的主要限制形态。这就是基本权利的外在限制。当然,这种限制需要三个条件:第一,存在公共利益;第二,有法律依据;第三,给予正当补偿。具体的内容,以后会学习到。

说到这里,我们就可以给出如下暂定的小结:

- (1) 基本权利虽然是宪法所规定的、人们必不可少的权利,但可以加以限制,而限制基本权利的正当性正在于基本权利往往具有界限。
- (2) 基本权利的界限又包括内在界限和外在界限。

以上讲的就是限制基本权利的正当性。那么,是否可以这样认为:基本权利很重要,应该加以保障云云,但既然是可以限制的,那也就是相对的了。

这种认识是否正确呢?要知道这一点,这需要接下来了解——

### 3. 基本权利之界限的特性

基本权利具有界限。那么这些界限有没有什么特点呢?有。有什么特点呢?两个特点:第一个是基本权利的界限具有相对性,第二个是基本权利的界限又具有具体性。接下来我们一个一个分析。

首先是界限的相对性。说到基本权利界限的相对性,我就联想到,曾几何时,法学界有一种观点,认为基本权利本身就是相对的。刚才前面所说的那种认识,就是从这里来的。这个观点其实也未必是完全错误的,但如果笼统地认为基本权利是相对的,因此可以随便限制,那就具有一定的

危险性。从宪法的精神来看,既然保障基本权利是宪法的核心价值目标,为此,即使基本权利可以限制,也不可随便限制,究竟应该如何限制,则需要加以审慎对待。对此,我认为,与其说基本权利是有界限的因而是“相对”的,倒不如说这种界限自身才是相对的。这是我曾经参与一本教材的写作时特地提出的观点,主要就是为了克服传统的那种“笼统相对化”的基本权利观。

那么这种界限的相对性表现在哪里呢?我们可以具体来看看。

第一,有些基本权利是有界限的,但有些基本权利则没有界限。关于这一点,前面也曾经提到过,这些没有界限、因而不受制约的基本权利就属于“绝对权利”。判断标准就是,对某项基本权利行使是否必须或者必然伴随着权利主体采用某种法学意义上的行为。也就是说,在基本权利的所有类型之中,一旦在行使的时候,必须采用法学意义上的行为,那么就这种类型的基本权利可能与他人的其他权利发生冲突,或与公共利益发生冲突,为此就具有界限;而不需要伴随着法学意义上的行为,那么就谈不上会跟他人的权利、公共利益发生什么冲突,为此就没有界限。那么,是否存在行使形态上无须伴随着法学意义上的行为的基本权利呢?答案是:存在的!

我们来看看有哪些。首先,是内心自由。它肯定是不需要伴随法学意义上的行为的,因为它只是一种内心活动的自由,因此这种自由不需要行动,不用采用法学意义上的行为,不会干涉任何人的任何自由和利益。“内心自由”这个概念在现在我国不怎么提,它在宪法学上主要包括思想自由和良心自由。这个权利类型大家不要小看,很重要。在1949年的《共同纲领》中,我们就曾经规定过思想自由。但是,此后历部宪法都删去这个条款。可是这个内心自由,包括良心自由和思想自由,作为基本权利却是存在的,而且我们每一个人其实都不断行使着这种自由。这种自由肯定不会涉及对其他基本权利主体的基本权利的伤害。因此,它就是没有界限的权利,就是绝对权利。

除了内心自由之外,有一部分学者还认为,人的尊严,在作为一种具



体类型的基本权利的时候,也是没有界限的,也是绝对权利。甚至有的学者认为,获得公正审判的权利也是绝对权利。的确,获得公正审判的权利,与裁判请求权不同。裁判请求权的行使是需要行为的,其中关键是需要“请求”,但获得公正审判的权利则不同,它的行使是不需要行为的,需要的只是别人的行为;它也是健全的法治社会里一个人最起码的权利。你总不能说人们只应该获得相对公正的审判就行了吧,获得相对公正的审判,那就不是权利了,甚至可以说就是不公正的。在这些意义上,获得公正的审判的权利,的确也可以理解为是一种没有界限的基本权利。

第二,尽管大部分类型的基本权利都具有界限,都可以加以限制,但是无论如何限制,都不能侵害其最核心的内涵。从这一点上而言,基本权利的界限也是相对的。我们可以总结成这样一个口诀:“界限也具有界限,限制也应受到限制。”“界限也有界限”也就是说,有些基本权利即使有界限,但这种界限也并不是可以不断地扩展下去,或者可以随意设定的,而是总有一个边界。至于边界在哪里,我们稍后要讲。而“限制也应受到限制”,是说:因为基本权利有界限,所以可以限制它,可是这类“限制”本身也要受到限制,这就是“对限制的限制”。而且,在宪法学中,这种“对限制的限制”必须加以制度化,主要是制度化为一种什么制度呢?这就是我们平常所讲的违宪审查制度。它的核心功能,就是对限制基本权利的立法行为进行再限制。以上我讲的是界限的第一个特点,界限的相对性。

接下来我们讲基本权利界限的具体性。基本权利的界限不仅是相对的,也是具体的,其具体性表现在:不同的基本权利,一般而言,其界限各不相同。有些基本权利的界限大一些,有些基本权利的界限小一些。质言之,正如前面所说的那样,即使某些基本权利是有界限的,但其界限也总有个边界,至于边界何在,则因不同的基本权利类型而不同,对其认定也需要在具体个案中进行具体的衡量。而且,与此相应,对不同的基本权利的限制的方法、范围也应该有所不同。还有,对那些限制(如通过立法)的合宪性审查的标准也不同。这些内容,正是各国宪法学人权各论的主

要内容。为此这里就不展开了,但从总论意义上来说,道理就是这样的。这就是界限的具体性原理。

以上讲的是基本权利界限的两个特点,接下来我们来讲——

#### 4. 对基本权利限制的限定

掌握基本权利的界限原理是很重要的。我曾经跟很多人讲过,宪法学研究人权,政治学也研究,社会学、哲学等学科都研究人权。那么,到底我们宪法学的研究和其他学科有什么不同呢?一般来讲,最大的不同就是是否着重于规范。宪法学应该成为一门规范科学。规范科学的特征决定了讲到人权的时候,在内容和方法上与其他学科不一样。其他学科,比如说哲学、政治学、社会学,它往往倾向于重视人权保障方面的主题。宪法学当然也重视人权的保障,但与其他学科不同的是,随着规范性问题的展开,宪法学并不仅仅止于重视保障方面的内容,而且还进一步阐述基本权利的界限方面的问题。因为有界限,就要加以限制,那么又应该如何限制?如何限制才不会过头?而过头之后又该怎么办?如何判断某种限制是否过头?这就引出了一系列相关的规范性原理与技术。这就是宪法的特殊之处。

总之,在把握基本权利问题的时候,我们宪法学依次有三个层次的内容:第一要研究它的保障,第二要研究它的限制,第三还要研究“对限制的限定”。而第一点是所有研究基本人权的学科一般都会考虑到的,但是,第二点和第三点,即限制和对限制的限定,这两部分内容则可能是我们宪法学科作为规范科学与其他学科相比在理论上较为发达的部分,而我们将来在社会实践或法律实务工作中所面临的大部分涉及基本权利的事件或案件,其中主要的、最具有技术性的部分,也可能正在于这后面两点。

我们今天所要继续讲解的,正是属于这方面的内容。

前面说过,有行为就可能有冲突。某一个权利的行使一旦要伴随行为,就有可能对其他人的权利或者公共利益构成冲突乃至侵害。如果没有行为,就不会有冲突。不用伴随着行为的基本权利,宪法学上叫绝对权利。这里要顺便说一下,这个“绝对权利”,同学们不要跟将来你们民法上

所要学习的“绝对权利”混为一谈。民法上的“绝对权利”主要指的是对世权,就是对所有人都可以主张的权利,如所有权。但是宪法学里所讲的“绝对权利”主要是指不受到任何限制,即不应该受到任何限制的基本权利。因为这一部分基本权利不用伴随行为,不会对他人的权利或公共利益构成侵害。比如说,你坐在教室里不好好听课,乱想一气:那个女同学很漂亮,最好娶回去做老婆。啊,第一排的那个女同学更漂亮,也想娶回去。但这违反一夫一妻制呀。唉,最好是能实行一夫多妻制。或者有的女同学也想:“啊,这不行,实行一妻多夫制还差不多。”类似这样的内心活动,是绝对没问题的,只要没有付诸行动,那就应该是绝对自由的,即属于绝对权利。但是一旦伴随了行为,哪怕是仅仅伴随着表达行为,比如说了出来,那么就会可能与他人的基本权利或者公共利益形成冲突了。

因此,说到基本权利,可以说,有行为就有冲突;进而,有冲突就有限制。因为冲突正可能标示出它的界限,说明它需要限制。那么,谁去限制呢?从宪法上而言,主要是国家公权力会去限制基本权利。而公权力会如何限制基本权利呢?一般而言,是通过立法来限制,具体来说就是会订立出一般性的规则,适用于所有的人,既规定保障某种基本权利,但同时也对这种基本权利采取了一定的限制措施。另外一种途径就是通过具体的行为去限制基本权利,尤其是像我们这样的法治还没有成熟的国家,因为法治建设还不到位,法律法规还不够详备,因此对基本权利的限制更需要依靠行政机关的具体行为。

但不管如何,有限制就有对于限制的限制。那么,为什么要对限制进行再限制呢?因为公权力对基本人权的限制可能是不恰当的,因此“对于限制的限制”就要求:限制也许是可以的,但必须是恰当的,这就需要依据一定的标准,进行具体的判断。正因为这样,“对于限制的限制”,在宪法上也需要得到制度化,即需要一种机制来运作,而不是流于空谈。这也是法学整个学科在理论上的倾向性特点。宪法学也是这样,它很重视思想理论,但与政治学等人文社科的学科不同,同时还非常重视具体的、有效性制度。比如说,宪法学也讲民主,但不是抽象地夸夸其谈,而是要深入

考虑如何将民主纳入规范层面上进行制度化、进行运作乃至进行制度上的约束和控制等问题。讲到人权,也是如此。对人权限制的限制也是需要制度化的,我们说过,这个制度就是违宪审查制度。

关于以上所讲的内容,我们可以举个比较典型的例子来说明。

许多人也许会有一个疑问,就是:为什么卷烟厂如今会在烟盒上写上“吸烟有害健康”这样的文字呢?它们既然在生产烟,也想卖烟,为什么还要说吸烟有害身体健康呢?“自卖自夸”这个道理连王婆都懂,难道卷烟厂不懂吗?

我们说,卷烟厂哪会不懂!它们如今是没办法才那样做的。那为什么要这样做呢?说来话长。简略说是这样的:有一个国际条约,叫做《国际烟草控制框架公约》,其中规定:在烟草制品的包装上必须标注“吸烟有害健康”的警示语。而我国政府已经签署了该公约,并于2005年8月28日起生效,于是就应该正式履行该公约的义务。所以现在我国生产的所有的烟草制品包装上面都写这句话。这是表面上的缘由。

如果深入进去分析,我们会问:为什么《国际烟草控制框架公约》会采用这样的具体规定呢?从宪法学角度透视过去,这个具体规定的背后还有更深层次的缘由。从原理角度来说,香烟的生产与销售是一种行为,这里面有没有基本权利呢?如有,那属于哪种基本权利呢?对了,是属于经济自由,具体而言,生产和销售香烟是经济自由里一个更为具体的类型,叫营业自由。对这个权利,我国现行宪法没有明确规定。可以说,我国现行宪法对整个经济自由这一项的规定都是非常薄弱的,因为我国是从社会主义计划经济那里逐渐转型过来的,现在进入社会主义市场经济时代,但是宪法这个基本权利部分却还没跟上去,经济自由的许多类型都没有写入宪法。也许有人会说,没有写入宪法也不要紧呀,这二三十年以来发展得最好的,不就是经济吗?这种观点仅仅看到了表面的成就,殊不知,在这个领域的辉煌成就之中蕴藏了多少数也数不清的严峻问题。

具体到香烟的生产与销售这个方面,情况也不例外。首先,我们说,宪法上面肯定应该存在营业自由。但与其他基本权利一样,经济自由也

可以受到一定的限制。比如香烟的生产与销售虽然属于营业自由,但它所伴随的行为却可能损害人们的健康,而人们的健康则是人的一种重要的人格利益,况且,因为还会损害不特定人的健康,所以还可能涉及公共利益呢。这说明,作为卷烟厂和烟草公司的有关生产香烟并去销售这一意义上的营业权利,就具有前面我们所说的“内在界限”了,为此就需要受到一定的限制了。那么,该怎么限制呢?较为妥善的办法就是通过立法限制。而加入国际公约,即把国际公约引入我们的法律体制中来,这也是一种立法行为。我国政府正是通过加入《国际烟草控制框架公约》,对香烟的生产和销售进行限制的。

然而,通过立法限制,这只是限制基本权利的一般方法,甚至可以说是限制的途径,而不是技术性层面上的具体方法。但实际上,基本权利的限制是具有高度的技术性的,而这种技术性层面上的方法也是有各种各样的,至于具体的情形如何,则主要根据所要限制的基本权利本身的情形而定。比如说,限制香烟的生产与销售与限制言论自由的技术性方法就不一样。我们先看看有多少种方法可供选择来限制香烟的生产与销售。

第一种,最彻底、最严格的限制方法,就是学习林则徐,实行禁烟,即禁止香烟的生产和销售。鸦片在我国历史上就是这样被禁住的。

第二种方法,稍微温和一些,适当限制香烟的销售。怎么限制呢?也有若干办法。比如,实行专营专卖制度。但是专营专卖制度的主要目的之一,往往是保证国家财政收入。综观历史,政府都会把最稀缺的、最能营利的资源控制在自己手中,实行专营专卖制度。历史上,我们有两种东西必然是实行专卖的:盐和铁。政府控制在手里,自己决定价格,如果你私自贩盐,也就是通常所说的贩卖私盐,对付它的刑罚是严厉的,包括死刑。为什么要这样做呢?说是要保护国家利益,其中包括统治者的利益。现在我们有烟酒专卖制度,目的之一也是保证国家财政收入。也正因为这样,虽说是“专卖”,但到处都在卖,也就是说只要获得政府批准,都可以卖。为此,这种制度就对香烟的销售构不成太大的限制。而如果要想进一步限制它,就必须采取更为有效的方法了。那到底该怎么限制呢?对

于专卖物品,国外还有一种比较通行的限制方法就是在销售的时间、对象上进行限制。比如说,规定晚上不能卖,这就属于时间上的限制,但这个方法一般用于限制卖酒,不太用于限制卖烟。不过,比如有些国家规定,禁止将香烟卖给20周岁或一定年龄以下的人,否则,销售行为则构成违法。这是一种比较严格的限制方法。

接下来还有一些比这更宽松的限制方法吗?(有学生插话:“依靠税收!”)依靠税收?这可以是一招,但羊毛出在羊身上,增加了的那部分税收,最终也可能都加到了烟民身上了。不过,当下我国的行政机关的确需要千方百计地考虑增加财政收入,包括看看能不能增加税收。正因为这样,中国的财政收入目前已经非常庞大,但据说其中有30%以上居然用于公务员系统的开支,包括工资、福利,还有办公费用。一个国家财政收入的30%以上用于公务员系统的开支,这在世界上很少见,像美国这样的国家只达到15%左右。为什么有这么大差别呢?因为中国政府的规模太大了,以至于里面负责公务员管理的公务员,其数量都非常庞大,为此这部分的财政开支就很大。相比之下,用于公共福利,比如说修马路、造水库等公共基础设施建设的部分,大约也只是百分之十几,投入到教育中的财政开支,则更少了,只有百分之三点几,也有人说还不到这个数字。

总之,扩大财政收入,政府本身的直接利益是比较大的,为此,他们很愿意这样做,包括增加税收。对香烟的限制同样也可能如此,增加税收或许也是一种限制方法,而且要增加税收,这在中国是非常容易的,几乎政府一测算、一拍板就行,甚至可以一夜之间就拍板搞定。但是,在成熟的宪政国家,要增加税收是相当不容易的,因为征税权控制在代议机关的手上。代议机关里有各种势力存在,他们要互相争斗,而且人民还希望他们争斗,最怕议会里只有一种声音,反复总是全体一致地表达意见,那总有许多部分人民的利益未必能够被完整地表达到了。所以其实人民是鼓励议员去斗的,而如果知道你在讨论或审议是不是要增加税收时不怎么提出反对意见,人民就不一定满意你了。为此,这些国家要想增税,是很麻烦的,所以一般来说,人家不会考虑增加税收这个方法。

那么除了以上那些方法,还有什么限制办法呢?一种更加温和的限制方法,就是禁止香烟广告,甚至强制要求香烟生产者在烟草制品的包装上标注“吸烟有害健康”这样的警示语。

那么,我们中国现在采用了哪几种方法?有没有禁止香烟广告?禁止了。如果谁还在公开做香烟广告的话,那是属于违法行为。当然,现实中还是有的,但那是违法的,有的则采用的是曲折迂回的方式。另外,我国也强制要求在烟草制品的包装上标注“吸烟有害健康”这样的警示语。

但要注意的是,既然吸烟有害健康,为什么我国不采用更加严格的限制措施,比如索性全面禁止香烟的生产和销售呢?而且世界上其他国家为什么基本上也没有呢?这在宪法学基本权利的原理中,是有一定理由的。简单说是这样的,人们目前所认识到的香烟的危害不同于鸦片,为此不被认为需要采用彻底禁止这种最严格的限制方法,而且还有一个具体原因就是:如果全面禁烟,即全面禁止香烟生产销售,那还有可能会侵害经济自由里面的营业自由,还有与此相关的工作自由,当然,还会损害吸烟的自由。德国有个案例,就涉及这个争议。的确,过度限制香烟的生产和销售,还可能限制在烟草公司从事香烟生产销售工作的那些人的工作自由。大家都能理解这样的道理:就业率的提高也是政府非常关心的一件事情,是一种公共利益。它对个人来说,关系到工作自由这样一种权利;而对政府来说,则是需要保护的一种公共利益。此外,如果全面禁止吸烟,那么吸烟的自由也可能被侵犯。根据我们前面所说的原理,吸烟自由属于一般行为自由,有些人认为必须加以保护,有些人认为未必需要宪法加以保护。但不管怎样,吸烟毕竟是个人的选择,别人无权完全替代吸烟者去进行选择戒烟,政府也是如此,因此限制就不能太过分。总之,正因为这些缘由,因此大部分国家目前还不采取全面禁止香烟生产和销售的方法。

以上我们讲到了基本权利的限制及其方法,以及在限制过程中所涉及的不同权利之间界限的调整问题。对此,我们可以再通过分析一个典型的案例来具体说明。



这个案例就是美国的一起堕胎案。在美国历史上,堕胎一直是被法律所严格禁止的,这跟我国有点儿不同。我们中国也有限制堕胎,但实际上限制得并不严格,到了现代更是如此,因为人口压力实在太大了,没办法,所以堕胎现在司空见惯。但是,在国外,堕胎就不那么容易。比如在西方许多国家,堕胎行为会构成刑事犯罪,罪名就叫堕胎罪,如果堕胎不当,甚至可能会构成谋杀罪。同学们如果以后到国外去留学,一定要记住这一点,美国就是这样的。在中国人印象中美国也许很开放,实际上有些领域就不一定了,它不仅严格限制堕胎,在20世纪中叶之前,许多州甚至用法律禁止夫妻避孕呢。为什么呢?其中一个重要原因就是美国有非常深厚的基督教文化传统,主流观念认为生命必须是自然、上帝赐予的,人不能通过人工的方法干预神圣的生命历程。时至如今,堕胎问题在美国都已经成为一个政治问题了。但具体到法律的层面,还必须说明,那凭什么法律依据去禁止堕胎呢?答案是:堕胎行为可能与维护生命这种公共利益相冲突,即可能有损于生命这种神圣的价值,具体到个人权利的角度,生命权是一种很重要的基本权利,我们说过,美国联邦宪法第5条和第14条两个修正案里面都写着要维护人的“生命、自由和财产”。所以法律要严格限制堕胎,严格到几乎全面禁止堕胎的程度。但是,如此过度地限制堕胎,其实又可能侵犯妇女的权利。什么权利呢?主要就是自我决定权。为此,随着时代的发展,尤其是20世纪女权主义运动的发展,争取妇女适当的堕胎自由,就成为相当一部分公民运动的主题。

本案正是在这种背景下发生在20世纪70年代的一宗典型的案例,在美国历史上比较有代表性,案名叫做“罗伊诉韦德案”(Roe v. Wade)。案情是这样的:

一个女孩子声称她的名字叫罗伊,其实她是化名的。她未婚先孕,想堕胎,但是她所居住的州的法律规定禁止堕胎,否则构成刑事犯罪,为此她如果想堕胎,只可能到其他允许堕胎的州去做手术。后来她就起诉自己所居住的州,主张这个州法侵犯了她在宪法上享有的一种隐私权,即堕胎自由。

为什么要说侵害了隐私权呢？因为在当时的美国，通过前面所说的那个“格里斯沃尔德诉康涅狄格州”的案件，即判决规定禁止避孕的州法违宪的案件，宪法上已经推演出了“隐私权”这样一个宪法上没有明文规定的新权利，而它的内涵相当于我们所说的人格权这个概念。因此本案的原告一方，就套用这个概念来起诉。当然，在本案中还采用了一个更为具体的新概念，就是“堕胎自由”，其实就是主张：堕胎自由就包含在隐私权里面。



图 30 1973 年，“罗伊诉韦德”（Roe v. Wade,）一案，成为轰动当年美国的宪法案件。图为该案当事人罗伊（中）

这个案件经过层层诉讼，最后上诉到美国联邦最高法院。最高法院专门委托一位大法官去研究，这个大法官研究了好几个月的时间，翻阅了大量医学资料和证据，最后起草了判决书初稿。联邦最高法院经过讨论，于 1973 年作出了判决。

这个案件就涉及非常重大而且典型的权利冲突。是什么权利之间的冲突呢？主要就是妇女的堕胎自由和胎儿的生命权之间的冲突。这就涉及这样一个问题，即对于州法或者说州政府来说，究竟应该优先保护妇女的堕胎自由，还是应该优先保护胎儿生命。这就引出了一个理论问题，也就是我们要讲的重点问题，即在某个具体的个案中，当两项基本权利之间发生了冲突的时候，应该怎么处理？

本案就是解决上述问题的一个典型案例。法院的判决书也写得非常经典。而如果让你写，你会怎么写呢？中国人一般都学多了辩证法，所以表达都十分类似：一方面，妇女的自我决定权和健康权非常重要；另一方面，生命也非常重要，因此，二者不可偏废，应该并重保护，以建设和谐社会。对于需要解决的具体案件，这种话说了等于没说。而我们可能恰恰习惯于说一些类似的不解决实际问题的套话、空话、大话，甚至假话。这

样的风格其实表现了我们自己思维的空洞。然而,真正的宪法学作为规范科学,它处理问题的方式也是不应该如此的,它应该有自己独特的立场和方法。本案的判决书就体现了这一点,它提出了一个有效地解决问题的方案,而且非常有说服力。但因为解决的问题本身比较重大,所以这份判决书还是引起了很多争议。不过,平心而论,这个判决书所提出的处理权利之间冲突、调整权利之间界限的方案,还是非常精妙的。在判决书里,最高法院这样写道:妇女拥有可以自行决定是否终止妊娠的权利,但政府也可以通过法律限制堕胎;不过,政府对堕胎的限制应根据胎儿存活性的状况而划分为如下三个阶段:(1)在妊娠12周之前,妇女的堕胎自由绝不受政府干预;(2)在12周之后24周之前,政府可以干预堕胎,但干预的目的必须以保障妇女的健康为限;(3)在24周之后,政府则可以为保护潜在的生命而禁止堕胎。

前面说过,起草这份判决书初稿的大法官曾为此研究过医学知识,包括胎儿存活性状况的结构,因此他划分出上述三个阶段。也就是说,这三个阶段的划分是有科学依据的,主要根据胎儿存活性的状况来划。这样的标准非常明确,具有可操作性,而且里面蕴涵着一种平衡术。这种平衡术不是一般意义上讲的政治家的平衡术,而是法学中进行利益衡量所采用的一种权利的平衡技术,就本案而言,它主要是依据胎儿存活性的状况,划分出三个时间段,据此进行不同的权利调整。

通过以上的分析,我们可以得出一个结论:关于基本权利,其内在界限往往表现在权利冲突的情景之中;当不同主体的权利发生冲突时,就需要对彼此进行具体的衡量,并作出合理的解决。

同学们以后要记住:其实我们的法律事务,主要的工作也就是调整不同利益、不同权利之间的冲突,而所用的方法中,最重要的其实也就是利益衡量。天平之所以成为法律工作的象征,道理就在这里。

## 二、人权规范的效力范围

这个问题其实可以这样提出来:宪法中的人权规范或者说人权条款,

是否也可以调整私主体和私主体之间(比如说,公民和公民之间)的关系呢?当然,这里首先可能还要说明:为什么这么问?前面我讲过了,基本权利主要是私主体或说个人针对公权力所拥有的权利,因此,宪法上的那些基本权利条款或者说人权规范,主要都是解决私主体和公权力之间的关系的;要防止公权力侵犯私主体的权利,就要靠基本权利的条款来保护。与此不同,一般来说,私人之间的关系主要则由私法规范,比如民法规范来调整。举例来说,警察随意殴打一位公民,这可能涉及宪法问题吗?当然可能,因为警察作为国家公务人员,这样做可能侵犯了公民的人身权。但是,一位普通公民张三殴打了另一普通公民李四,这可能涉及宪法问题吗?一般来说,这是不可能的,因为它只是民法上的问题,如果打得特别严重,最多也只是刑法上的问题,而不会涉及人权问题。然而,这里我们要特别提出这样一个问题:是不是可以说,宪法中的人权规范完全不可能调整私人之间的关系?这就属于我们这里要具体讨论的内容。

对这个问题,国际学术上主要有两种观点:一种认为,宪法上的人权条款不能适用到私人之间的关系上面去,其在私人领域是无效的,这种观点可以简称为“无效力说”;另一种则认为,可以适用,我们可以称为“有效力说”。当然,这两种观点并不总是同时并存的,而是随着时代发展而有不同。

### (一) 传统上:无效力原理

在近代乃至现代早期,各主流立宪国家一般都认为宪法中的人权规范是不能够适用到私人领域的,当时的宪法学都确立了“无效力原理”。确实,从近代宪法成立的历史背景以及传统立宪主义的基本立场来看,宪法上所确认的基本权利,一般来说,主要就是私主体针对以国家为代表的公权力所享有的自由权利而已。与此相应,宪法中的人权规范的效力,也就主要被限定于个人与国家的关系,而不及于个人与个人或私主体与私主体之间的关系这一场域。

典型的例证可举 1883 年美国联邦最高法院对著名的“民权案件”(The Civil Rights Cases)所作出的判决。这个判决涉及一批同类的案件,

所涉及的宪法规范是美国联邦宪法第 14 条修正案中有关平等保护条款的解释。大家可能知道,第 14 条修正案是 1868 年通过的,诞生于围绕黑奴解放所展开的南北战争结束之后。这个条款中有一句话是这样的:各州,英语上说是 any state,在其管辖区内不得拒绝任何人应享有法律上的同等保护。这就是所谓的平等保护条款。第 14 条修正案中还有一个条款非常重要,我前面讲过了,那就是 due process of law,即正当法律程序条款。所以,第 14 条修正案在美国宪法上非常重要,有些学者毕其一生就专门研究这一条。美国大学法学院的课程也类似这样,宪法第 14 条修正案,这就构成一门课程。大家不要觉得好笑,这一条的内容可复杂了。你现在就遇到一个复杂的问题:怎么解释我们上面引用的那句话,也就是所谓的平等保护条款?

它所涉及的案情还算比较简单,是这样的:1875 年联邦议会制定了一个法律叫《市民权利法》(Civil Right Act),规定在铁路、船舶等运输设施以及宾馆、剧场等公共娱乐设施中禁止种族歧视。因为南北战争结束后,黑奴获得了解放,这个时候国家开始讲进一步平等,尤其是黑人白人一律平等,因此这个法律出现了。该法在禁止种族歧视的同时还设定了刑事处罚则,规定:违者罚金 500 美元以上 1000 美元以下,或者拘禁 30 日以上 1 年以下,受到歧视者享有损害赔偿起诉权。要知道,在 19 世纪,1 美元的价值可能相当于现在的 500 倍,所以这个刑事处罚则在当时还是非常严厉的。但是,由于传统因素的影响,白人对黑人的歧视仍然是相当严重的,比如在酒店、公共汽车等公共场所里,白人都不愿意和黑人待在一起,更不用说让自己的孩子和黑人的小孩一起读书了。这对黑人是相当大的刺激,感觉自己受到了侮辱,于是在社会生活中,白人和黑人不断地爆发冲突。

这个法案实施七年之后,就有五起相关案件最终上诉到联邦最高法院。事实上相关案件的数量肯定是很的,只是其中有五起案件一直打到联邦最高法院。其中一个案件是这样的:一名黑人女性被私营铁路公司所营运的火车拒绝在就餐车厢内用餐。也就是说,铁路公司方面的意

思是这样的:我们可以把吃的卖给你,但你要拿回去吃,拿到你的位子上去吃,别在餐车里吃,因为这里都是高贵的白人。这位黑人女性不服,于是提起诉讼,告私营铁路公司违反了上述《市民权利法》,最终将案件上诉到了联邦最高法院。

这五起案件,因为最终都涉及违反上述《市民权利法》的规定,所以联邦最高法院根据普通法可以接受的做法,加以合并审理,最后统一作出判决。但这个判决可能会让今天的我们大吃一惊:联邦最高法院通过宪法解释,认为,宪法第14条修正案中有关平等保护的条款主要是禁止各州政府的歧视行为,而并不是禁止私主体之间的歧视行为,为此,那个《市民权利法》本身违宪无效。

那么,联邦最高法院是怎么解释宪法第14条修正案的呢?主要是对“各州在其管辖之内不得拒绝任何人应享有法律上的同等保护”中“各州”,即“any state”这两个词的解释。但它当时采用了严格的文意解释,认为这里的“各州”指的是任何州,各个州政府,包括其立法、行政和司法部门,而不包括私主体,私主体之间的相互歧视是没有办法的,国家无权禁止。而《市民权利法》规定在铁路、船舶等运输设施以及宾馆、剧场等公共娱乐设施中禁止种族歧视,但这些铁路、船舶、宾馆、剧场等在资本主义社会里一般来说都是私营的,属于私主体的营业自由的范畴,这就将禁止歧视的范围扩大到了私人之间关系的领域。联邦最高法院认为,这违反了第14条修正案的原义,即《市民权利法》违宪无效。

这个判决在历史上很有名,而它显然就是贯彻了传统立宪主义的精神,并且基于这种精神,对于宪法权利规范的效力范围作了严格的限定。它采用的也主要是字面解释的方法,严格地扣紧“any state”这两个单词的含义,认为它们是指州政府,不包括私人。但是,它对效力范围作严格的理解,与各国传统的宪法理论是一样的,所采用的就是人权规范对于私人领域无效的原理,认为《市民权利法》违反了这个原理,所以判定无效。其实你仔细想想,或许会承认这么判非常有道理。比如从情理上讲,一个人是否可以歧视另一个人?比如说,你有一个同学经常趁你不在的时候,把

他自己的生活垃圾丢到你的床底下,还往里面吐痰,那么你会不会歧视他?从心理上说,肯定会,至少认为:哎呀,这个人怎么这么脏,不仅脏,还这么自私!于是,以后你鄙视他,不愿意和他一起活动、一块儿吃饭,甚至不太愿意和他住在一个宿舍,只要他在的地方,你就躲得远远的,如果可能,你甚至不愿意和他呼吸同一个星球上面的空气!这肯定是歧视。那么请问,你这样做可以吗?当然可以。当年的美国人或许就是这样想的,他们认为,在宪法上,其实是不应禁止私人之间的歧视的,而只能禁止“any state”。这就是宪法的传统原理。

## (二) 现代宪法下:有效力原理

到了现代,宪法学中出现了“有效力原理”的规范理论。这个时期,许多西方宪法开始认同人权规范具有某种放射效力,即承认宪法对私主体规范可在一定条件下适用于调整私主体之间侵害行为。这个效力原理用学术的术语来说,就是所谓“有效力说”,或者称为“宪法权利规范辐射效力说”。这个转变确实需要我们注意。为什么会出现这个转变呢?这个问题很重大,可以说存在很多理由,我们主要谈两点:

第一,随着亚当·斯密式自由经济的长期发展,传统的市民社会内部开始产生了剧烈分化,出现了其实际形态与侵害能力可与国家权力相比肩的庞大的私人组织,诸如大型企业等。大家要理解,私人效益发达到一定阶段之后,通过长足的自由竞争,有一部分私人总会冒出来,掌握巨额的财富,这时,它的实际形态和侵权能力都非常强大。我们可以想到:在市民社会里,政府的权力是受到严格限制的,可是私人空间里的事情,却实行私法自治。也就是说,如果发展到一定程度,这个时候,某些私人的力量虽然比不了整个国家,但甚至就可能比特定的政府官员或部门小不了多少。比如在香港,据说长期以来,最优秀的人不是去当公务员,而是更愿意去当老板,因为香港采用的是近代自由社会的自由经济形态,官员是很受约束的;因为反映的是公共利益,说话就要非常谨慎,行为非常检点,而私企老板,尤其是大型私企老板的地位则很高,力量大得不得了,连政客都可能巴结他。在这种意义上说,这种私主体的侵权能力就很大。



这是第一个原因。

第二,时至现代,公共权力为国家所独占的传统权力结构,也发生了一些变化,出现了公权力相对扩散、辐射的现象,承担着公权力部分功能的所谓“第三部门”开始兴起,而且公权力的运作方式也随之趋于复杂化,甚至一些私人组织的存在或其营运的背后也存在公权力的作用背景。公权力不再完全集中在国家机关手上,而是扩散到民间去。民间有些机构的运作本身就有一定的公共权力的背景。

在这样的社会背景下,“有效力说”这个原理在许多国家就开始出现了,但是各国所用的法理名称各不相同,内容也有微妙区别。比如,在美国被称为“state action 理论”,可以意译为“国家行为视同理论”;在德国称为“第三者效力原理”;在日本则称为“私人间效力原理”。它们各自的内容也比较复杂,我们会在研究生阶段详细讲解,在这里,因为前面讲的是美国,为了便于相互对照和脉络的完整,我们还是继续介绍美国的情况变化。

上述“民权案件”判决之后,美国黑人受到歧视的状况一直难以彻底改变。到20世纪中叶的时候,以著名的马丁·路德·金为领袖,美国社会爆发了如火如荼的市民权利运动,在此运动的影响下,前述状况才慢慢地得到扭转。传统的无效力说观念得到了一定的修正。联邦最高法院在一系列判例中开始承认:在一定条件下,私人的行为也可视同为“state action”,从而可受到宪法效力的拘束。这就是所谓的 state action 理论。

大家注意,这是在“一定条件下”才成立的。什么条件呢?主要是在私人的行为发挥着“公共机能”(public function)的时候,或者在私人行为的背景中存在政府或州的介入、授权或奖励等情形的时候。如果符合这种条件,那么,私人行为侵犯了别人的权利,也可以看作是州政府侵犯了人家的基本权利,此时就会追究此私人行为的宪法责任。因此,我认为,美国的这种“有效力说”其实也就是“有条件的有效力原理”,即这种效力的发生是有条件的,并非所有私人行为都可以判定为是州行为或者国家行为,从而随意适用宪法基本权利条款。

我们也用一个著名的案例来说明：1961年的伯顿案（Burton v. Wilmington Parking Authority），这个案件也是非常典型的，对于说明我们讲解的内容非常适切。简单描述一下案情，是这样的：一家开设在威尔明顿停车场（Wilmington Parking）内的私人餐馆，拒绝为黑人顾客端出餐菜，从而引发了一起涉及宪法平等权的诉讼。和前面那个案件非常相似，但结论却迥然有别。当时，美国联邦最高法院是在沃伦首席大法官的主持下开展工作的，此人属于自由派。他的政治哲学倾向也体现在对于本案的判决中。沃伦法院的这个判决非常重要，其中有一部分这样说：该停车场乃是州政府的机关所拥有和管理的财产，而那家餐馆租借了该停车场的场所从事经营活动，由此，在州与私人餐馆之间就存在一种所谓的共生关系（symbiotic relationship），所以这家餐馆的歧视行为就可视同州行为，进而违反了宪法第14条修正案中有关的平等保护条款。如果不完全理解法学的话，也许会觉得这个判决有点“为赋新词强说愁”的味道，但它却在美国宪法中构成一道先例。不过，沃伦去职之后，美国联邦最高法院的立场又有点儿退回去了一些，上述理论的适用条件就更严格了。

宪法中的人权规范在一定条件下适用于私人之间的领域，这不仅发生在美国，在世界上许多国家都有类似的现象产生。比如在德国和日本就有，但是却更有技术性。他们把有效力说分为直接效力说和间接效力说。二者的区别就在于看宪法上的人权规范是否先通过民法上的某些特别的条款，主要是一些概括性的、具有公共性内容的条款，然后再适用到私人之间的侵权关系中去。如果不需要，那就是直接效力说；如果先要通过民法上的某些特别条款，那就是间接效力说。在德国和日本，间接效力说被主导性判例接受，主张直接效力说的情况较为罕见。而上述美国的那种 state action 理论，则有点儿类似于德、日的“直接有效说”，只不过我们说了，那其实是一种“有条件的有效力说”。

在这方面，我们也举一个日本的著名案件来加以说明。这个案件被称为“三菱树脂案”。案件的基本情况是这样的：本案的最初原告是一位大学毕业生，毕业后入三菱树脂株式会社作为公司管理人员试用，在试用

期过后获得正式雇用,但随后又被拒绝录用。理由是,他在大学就学期间曾参加过具有激进色彩的学生组织,而在参加公司招聘面试时则没有按当时的要求如实汇报。对此,这位大学毕业生认为被告侵害了自己的权利,于是提起诉讼。本案经过了旷日持久的诉讼,最终上诉到日本最高裁判所。这个原告一方的理由是:三菱树脂株式会社解雇他的行为,是违反了民法第90条的公序良俗条款的,而这就相当于违宪无效;为什么呢?因为民法第90条所说的“公序良俗”,之所以能说是“公序良俗”,就应该包含日本现行宪法第19条所规定的国民享有思想、信念的自由这样的内涵,为此,你违反了公序良俗条款,就等于间接违反了宪法,因此解雇也是无效的。到底这个说法在宪法上是否成立,这就成为双方争议的焦点。

日本最高裁判所最后谨慎地作出判决。其判决的要点大致如下:

首先,沿袭传统的观念,指出宪法的有关权利保护规定主要是针对国家的行为而保障个人权利的,并没有预定直接规范私人相互之间的关系,因为私人之间即使存在社会性的支配与服从关系,也是属于作为“一种社会事实的力量的优劣关系”,与前者显然具有性质上的区别,不能直接适用人权的規定;但另外,判决又承认:在私人之间所出现的对基本自由、平等的侵害及其情状的样态、程度在超过了社会可容忍的限度时,可通过对私人自治的一般性限制规定的民法第1条(权利滥用禁止条款)与第90条(公序良俗条款)的正确运用,在尊重私人自治原则的前提下,针对超越社会容许限度的侵害行为而对基本自由和平等利益加以保护。

通过这样论证,本案的判决虽然最终认定被解雇的职员败诉,但还是委婉曲折地表述了“间接效力说”的立场。大家不要觉得没有判决那个小职员胜诉就是不好,其实不是这样。在宪法学上,表明立场是很重要的,表明了立场也就划定了一个有法律效力的基准。而对于宪法来说,这个基准的诞生要比个案的胜负重要得多。无疑,这也体现了宪法学的某种方法和谋略。

### (三) 中国的问题

在宪法权利规范的效力范围问题上,我们中国也有自己独特的情况。

首先,“宪法权利是私人针对国家的权利”的这种传统观念,在我国是不发达的,其直接后果就是,人们以为宪法中的人权规范既可以针对国家,也可以针对私人。我们知道,在学理上,这种看法是明显错误的:别人打了你一下,不会侵犯到你宪法上的人权,仅会侵犯到你民法上的人身权。当然,如果打你的人代表公权力,那就另当别论。但是另外,我们又要承认,在一些场合,私人之间的侵权关系的确也可能存在公权力作用的背景。在国外,这本来是在现代社会里才出现的,但在我们这里,现在就开始有这种现象。所以,现代与前近代的许多现象往往具有类似性,就是这个道理。比如在我们这里,有些情况虽然表现为私人行为,但此种私人行为背后也存在公权力作为靠山。那么,在这种特殊的情况下,我国究竟应该采用无效力说,还是有效力说呢?这就值得我们深思。中国的问题总是特别复杂,得出结论也总是不会特别容易的,不能太草率。

我们也从一个真实的案件讲起。这个案件号称“中国宪法司法化第一案”,即前面我们在第四章讲过的齐玉苓案。本案的判决之所以引起了强烈的争议,其原因概括起来主要包括这样几点:首先涉及宪法制度问题,即法院是否有权适用宪法作为裁判规范?如是肯定的,那么最高法院是否可以通过司法解释这种方式作出判断?如果也可以,那么就进入人权规范效力问题的层面了,也就是涉及本节课我们学习的内容了。但由于前两个原因与本节课关系不大,我们越过去,直接讨论人权规范效力范围的问题,也就是下面四个问题:

第一,本案是采用了有效力说还是无效力说?

第二,如果采用了有效力说,那是直接效力说还是间接效力说?

第三,如果是类似采用了直接效力说,那么,是否类似于像美国那样考量了这种效力原理适用的条件?

第四,在中国当下,我们究竟应该采用何种效力原理?

(学生展开讨论,10分钟)

好,由于时间关系,我们讨论就到这里。我现在来总结一下。

总体而言,这个案件的一个主要倾向,是把纯粹私人与私人之间的关

系,即陈晓琪侵犯齐玉苓的姓名权这个普通民事法律关系当作宪法关系来处理。为此,它成为那几年一度风生水起的“宪法司法化”运动的代表性案件。但对于这种“宪法司法化”,我持保留态度。

联系到本节课我们所讲授的内容,我们强调两点:第一,正确认识基本权利是私主体针对公权力所享有的权利这一原理;第二,只有在一定条件下适用人权规范的辐射原理。从宪法权利规范对私法领域的无效力说到第三者效力或私人之间效力说,再从间接效力说到此后的一些反复的动向,其实客观地反映了立宪主义本身的展开过程。而这个过程,既是一种内在的、相对完整的这个过程,也是一个长期的、曲折的过程;反之,如果一开始就将宪法权利规范所调整的范围加以无限泛化,无限扩大化,那么,则可能导致“个人与国家的二元对峙结构”的相对化或稀释化,从而恰恰没有把握到近代以来传统立宪主义的根本精神。我在此案判决之后不久就曾经表达过如下意见:“一旦法院在所谓‘宪法司法化’的过程中倾向性地只将人权规范适用于私人之间的关系,而非适用于私主体与公权力的关系之上,那么就有‘专拣软的捏’之嫌了。”当然,有些问题还需要具体分析,比如前面我们提出的那些问题,就非常具体,留给大家回去之后继续思考。

## 第十一章 基本权利各论

“人权总论”结束之后,我们马上就进入“人权各论”。请大家注意,这里不叫“人权分论”,而叫“人权各论”,与民法学、刑法学有点不同,它们往往有分论。这是为什么呢?这是因为我们宪法学在这部分要研究一个个个别的权利,为此称为“人权各论”最为恰当。

按照我们的六大分类法,本章依次讲的就是平等权、政治权利、精神·文化活动的自由、人身自由与人格尊严、社会经济权利、获得权利救济的权利,最后是公民的基本义务。其中每节讲一个大类个别性权利,下面还会分小类。这个内容是非常重要的。在社会上发生的某个个案,如果涉及人权,我们就可能需要运用这部分内容加以判断、解决。目前中国还没有具有实效性的宪法审查制度,如果未来有了这样的制度,那么宪法审查机关就需要依据这部分内容来对个案进行判断。那么,在宪法审查制度还没有什么实效性的条件下,这部分内容是否就不重要了呢?那也不是。刚才说了,如果我们要判断、评价和解决某个关涉人权的个案纠纷,人权的理论照样有其用武之地。这种持续性地针对个案解决具体问题,而非笼统地,或者企图一揽子彻底解决所有问题的方式,其实正是宪法上的人权规范,乃至所有法规范运行的基本方式。

那么,这六大类型的基本权利在现实中到底保障得如何呢?我在PPT中用几只小猫来说明。这里面躺着五只小猫,可惜只有五只,一时找不到第六只猫的照片,但五只小猫都在睡觉,这可以用来比喻我们宪法上

的这些类型的权利,基本上都处于睡眠状态。当然,虽然说宪法上的基本权利都在睡觉,但是近年来,公民的权利意识却在萌发,甚至不断高涨,因此也出现了普通老百姓活用宪法上基本权利条款的事案,其中,有几项权利在现实生活中的诉求是比较活跃的,主要包括这么几种具体类型:平等权、人身自由、财产权和受教育权,此外还有监督权。根据我的推断,这几种权利的诉求将来还会继续活跃下去,并且可能将会不断扩大到其他类型。

接下来,我们将一项一项地讲解这些基本权利。但是,由于其内容非常之多,所以不可能全面讲授,希望大家在课余时间自己去阅读我们推荐的教材和其他资料,而在课堂上,我们只讲一些重点和难点,其中,对于那些诉求比较活跃的权利类型,我们将着重加以分析。

在正式进入正题之前,我们照例推出章前导引问题:第一,如何理解这六大类基本权利?第二,这六大类基本权利在我国现实中的保护状况如何?

### 一、平等权

平等权,我们要浓墨重彩地加以讲解,因为它非常重要。我国宪法里的几种个别性权利中,第一个就可以列为平等权,而且长期以来对于平等权的诉求更是非常之多,许多著名案件或事件都涉及它。我们举出几个最具代表性的事案来加以说明。

第一个,就是乙肝就业歧视案件。这种歧视在一定范围内,相当广泛地存在。大家知道,乙肝病毒主要是通过血液传播、母婴传播,还有性传播的,但除此之外,它一般不会对周围人群构成直接危害,而且病毒携带者只要定期复查医治就可以正常工作生活。但是其病毒携带者的数量可谓相当惊人,据说前几年全国就有1.2亿。中国所处的这个时代相当于经济初步发展这样一个时代,其他国家,比如日本,处于经济上崛起的阶段,也是这样的,都会出现大量的乙肝患者。而且再加上我们目前食品卫生中存在巨大问题,生活在这个时代的中国人身体健康方面肯定会出很



多问题。这是必然的,同时也会产生宪法问题。比如对社会保障制度产生强大的需求,还有就业平等之诉求这样的宪法问题。这是因为长期以来,社会中存在对传染病的习惯性禁忌,为此乙肝病毒携带者在求职、工作和生活中屡屡遭受歧视。这种歧视是否合理呢?我们稍后要从法律角度加以说明。

这里要说的是,类似的歧视行为大规模出现,且达到一定程度之后,由于在制度上无法得到妥善解决,最终就出现恶性案件。这是因为虽然大部分乙肝病毒携带者会选择默默忍受,但不能避免有的人会选择走极端道路。2004年浙江大学农学系毕业生周一超就是这样。他报名参加了嘉兴市某区公务员招录考试,并顺利通过了笔试考试,进而在通过面试后,排名第八。因为共招收9名公务员,所以周是相当有希望的。但是,后来体检,周被检查出有乙肝“小三阳”。按当时的《浙江省国家公务员录用体检标准》,周因此未被录取。绝望的周一超首先想到的就是自杀,因为他感觉自己被社会抛弃了,这么多年的书白读了。后来则起了报复之心,于是持刀袭击两名招考干部,其中一人为女性,当场死亡;另一人为男性,被刺7刀,也是血流如注,但经抢救脱离生命危险。这是一起恶性案件,而且据说那名死亡的女性只是属于经办人,属于被冤杀的。可见周当时已经接近于失去理智的状态,基本上是冲进去乱杀一气的。之后,周一超被判死刑。他接到判决书后非常气愤,当庭将其撕烂。二审维持原判。不久,即被注射执行死刑。



图31 2004年,浙大毕业生周一超在就业中因受“乙肝歧视”而杀人,被判死刑。图为周一超接到判决书时愤怒地将其撕烂的情景

大家应该听过这个案件吧!当年,浙大BBS上还出现悼念周一超的文章。其中有些文章认为,他是为平等而斗争的先驱者,并且动情地指出:天堂里没有歧视!

周一超事件给了我们非常大的震撼。当时参与本案审判的一个法

官后来告诉我,周一超被判死刑是必然的,没办法,但是他也承认,周一超的死也被许多人认为是很有价值的。也就是说,他的死具有了另外一层意义,那就是使整个中国的当权者开始重视乙肝就业歧视的现象。以此为契机,乙肝病毒携带者的被歧视状况开始出现了转机,社会上也出现了反乙肝歧视运动,有些人利用法律进行诉讼,引起全国关注。在这种情况下,国家人事部门和卫生部门于周一超事件后不久,即2005年年初,就公布了政府部门录用公务员的全国统一体检标准,其中规定乙肝病毒携带者可以担任公务员,同时还取消了身体、外貌方面的具体限制,妇科病、色盲等多种疾病的限制条款也被删除。所以很多人认为,这种转变可以说是浙大的校友周一超同学用生命的代价换来的。当然,我还是要说,这个事件就是一个悲剧,不管对于社会,对于无辜死难者,还是对于周本人,都是悲剧,只要你作为一个正常的公民,就不要学他,因为杀人肯定是不对的,这是非常极端的办法。但是反过来说,在中国,大量的事实确实表明,权利只有斗争才能获得,不斗争就没有权利。在这一点上,德国伟大的法学家耶林的观点绝对是正确的。你愿意为权利奉献多少,权利就回报你多少,这是基本权利发展史上的一个定律。如果大家都默默忍受基本权利遭受侵犯,那么基本权利就会像猫咪一样在睡懒觉。

除乙肝歧视之外,前几年还出现了多起身高歧视案。有些私人公司人事招聘中大量存在身高歧视现象。一般来说,这些歧视基本上都属于民事关系,宪法无法介入。也就是说,普通私人公司在招聘中对身高进行歧视,民法没办法,宪法也无能为力。我开公司,小本经营,我就需要一个个子高点儿的,法律无法干涉。但是公务员招聘中如果也存在身高歧视,那显然就属于宪法人权规范调整的范畴了。有些不属于国家机关,而是国家的事业单位,比如说大学,它们在招聘过程中也存在身高歧视,比如对于教员设定特殊的身高要求,这该怎么解决呢?这也属于宪法上的问题,可以应用宪法上的理论来解决,包括一些国企都可以如此。当然,如果是私人企业,但却具有公权力背景的,我觉得也可以通过上次我们所讲的宪法权利规范的辐射效应原理来分析。

再有,我国还发生过一个跟受教育权有关,但实际上属于平等权的一个案件,也就是“青岛三考生诉教育部高考分数线划分不公案”(2001年)。案情大致经过是这样的:2001年8月22日,山东青岛三考生会同律师到北京最高人民法院起诉教育部,要求法院判决教育部颁发的《2001年全国普通高校高等教育招生计划》违反了宪法的规定,侵犯了她们的平等受教育权。具体理由是,该招生计划的实施,会导致青岛和北京的分数线差别悬殊,整整相差100多分。于是,三位考生认为,教育部根据不同地域范围对招生人数作不同限定的这种做法,直接侵害了包括三名原告在内的广大考生的平等受教育权。大家知道,这个问题在中国非常严重,乃至推动了所谓“高考移民”现象的出现,把自己的孩子由分数线比较高的地区转移到分数线比较低的地区去,使同样的高考成绩就会考上更好的大学。有意思的是,几年前,一位研究宪法的同行想调到北京去,我遇见他,就问:“怎么想跑到北京去了?”当时他就说:“我小孩要高考了,主要是考虑到他的学业前途,我才这么做的。”这就是高考移民。

那么话说青岛女生的这个案件,它的起诉是不符合诉讼法的。一般来说,最高人民法院不会作为一审法院来管辖案件,而且这肯定打的是行政诉讼,但是它是否属于《行政诉讼法》所规定的受案范围呢?也不属于,因为首先,受到侵害的不是人身权和财产权;其次,争议的行政行为不是教育部的具体行政行为。这个招生计划是具有普遍性的,不是针对某一个人,或者针对某一个具体的事案,所以此案不属于行政诉讼受案范围。但是此案一诉到最高人民法院,据说最高人民法院也吃了一惊,于是马上把情况向教育部作了通告。那么这个案件结果如何呢?大家肯定会很失望:它后来就不了了之了。怎么回事呢?这是因为这个案件在后来突然之间出现了意想不到的转机,三名青岛考生主动撤销诉讼了。那他们为什么撤销诉讼呢?那就不得而知了。

下面一个真实的事案是“男女平等退休案”。2005年1月,中国建设银行平顶山市分行原出纳科副科长、当年55周岁的工女士接到单位通知,根据《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》的规定,让她办理退

休手续。8月23日,工女士以自己足以胜任现任工作,单位让她退休的决定违反了我国宪法、劳动法以及其他有关男女平等的规定为由,提出劳动仲裁,要求与单位男职工一样享有60周岁退休的权利。在工女士提起仲裁后,10月17日平顶山市劳动争议仲裁委员会下达了仲裁结果:因申诉人未提供支持其观点的有效证据和法律依据,故仲裁庭对申诉人的申诉请求不予支持。

这个案件看似简单,其实比较复杂。妇女比男性更早退休制度,本来是用来保护妇女权益的,所以过去大部分女性对55周岁退休的规定很满意,让她60周岁退休,她却不高兴,觉得我是女性,男女有别,就应该提前退休、安享晚年。但随着时代的发展,情况就变了,有些女性,像工女士这样的,让她55周岁退休,她不同意,而是希望和男性一样在60周岁退休,所依据的是宪法上的男女平等权。这有没有道理呢?当然有一定道理。那么遇到这类案件该怎么办?如果你是本案的法官,或者就是单位的领导,你该如何判定?这就属于宪法上的问题,我们主要应该从平等权的规范原理出发来解决。具体的答案暂且按下不表,我们学完本节的基本理论之后再来分析。

了解上面这么多的关于平等权的事案之后,或许大家会想:为什么在当今中国,人们对于平等权的诉求会如此活跃呢?原因我们可以具体分析一下。我觉得,原因肯定比较多,其中,有这么几个原因特别值得重视。

第一,就是农耕社会的深厚的均权传统。我们中国毕竟是由一个农耕社会成长起来的,这种社会具有非常深厚的均权传统。不仅是上流阶层,而且普通老百姓更有均权思想。孔子曰:不患寡,而患不均。老百姓说:分田地,均贫富。这都体现了均权思想。这种思想非常深厚,乃至当今中国人仍然受到其影响。而且在新时代,这种均权思想则同社会主义的平等理念结合,变得更为强大。

第二,公平正义的时代主题。随着改革开放、市场经济的深入发展,过去单纯追求经济效益的时代过去了。但由于过去片面追求效率,造成的社会不公现象则非常突出,其后遗症影响深远,这就导致在当下,人们

对于公平正义的诉求也相应比较广泛活跃。

第三,一些公民还可能对现代平等规范原理存在认识上的误解。有些人可能还不理解:为什么人的工资要分三六九等?都说清华北大是全国人民的清华北大,我也属于中国人民,为什么我考分低了一些就不能进清华北大?这些问题看似很简单,但要从原理上将它说通,则困惑了好多人!我们想想,能不能所有人民的子弟都上清华北大呢?显然不能。但是人不都是平等的吗?为什么不能呢?因为教育资源有限。教育资源有限就应该让他上,不让我上?这是否违反平等原理呢?(有学生答:不违反!)那为什么不违反?你要给出规范的理由,也就是规范原理上的依据。这一点很重要。

好的,那么接下来我们就开始讲授平等权的规范原理。

(一)如何理解平等权?

平等权原理是说:现实中的人具有先天性的差别,但任何人都具有人格的尊严,为此在自由人格的形成和发展上享有平等的权利。

我们知道,现实中,人是有差别的,比如:有的是男性,有的是女性;有些人是白种人,有些人是黑人,还有人是黄皮肤的;有些人智商高,有些人比较笨;有些人胖,有些人瘦;有些人长得漂亮,有些人长得比较普通。人和人之间就是存在这些先天性的差别,不论你是否承认,这都是事实。然而,尽管人与人之间具有这么多的先天性差别,但是在有一点上每个人则是相同的,那就是在宪法上都是人,都具有人格尊严,在自由人格的形成和发展上都应该享有平等的权利。这就是平等权。总之一定要注意,不管一个人是什么人,长得再丑,天分再低,基因再差,那他也是人,作为一个人,那他在人格的形成和发展上和其他人一样具有平等的权利。

这个道理在各国的宪法条文上具有各种各样的表述,或者说表述为各种各样的规范性语句。主要有三种:第一种表述为“平等保护”,美国就是如此,要求政府平等保护所有公民;第二种表述为“法律面前(一律)平等”,德国和我国采纳这种表述法;第三种表述为“法律上(一律)平等”,这个是日本宪法的说法。但是需要补充的是,“法律上平等”这个说法是



图 32 美国联邦最高法院正门拱顶上镌刻的横幅文字:equal justice under law。图为本书著者所摄

中文翻译的产物,其实更准确的表述应该是“法律下平等”。日本国宪法的原文就表述为“法の下に平等”,宪法学界有时也说“法のもとでの平等”,直译的话,就是“法之下的平等”。这与西方也是一样的,因为在英文里就有“equality under the law”的表述。不知道大家注意到没有,美国联邦最高法院

正门的门楣上就镌刻着“equal justice under law”。为什么是 under?这就需要你理解了。这是因为英国从中世纪以来就确立了法治传统,其中一个重要的观念就是认为任何人都在法之下。最为集中的代表就是英国著名法官爱德华·柯克爵士曾对当时的英王詹姆士一世所说的那句名言:“国王在万人之上,但却在上帝和法律之下。”就这样,所有人都应该在上帝和法律之下的观念逐渐深入人心。因此,我们在讲平等的时候会讲 equality under law,即法之下的平等。

那么,平等权的法律关系结构是如何呢?这里大家要记住:民法上的平等和宪法上的平等是不同的。民法上的平等是这样的一个情况:A和B处在一个平面上。而宪法上的平等则是另外一种情况:整体结构像一个等腰三角形,顶点是国家,A和B都处于顶点所面对的两条边的端点上,顶点到A和B的距离是相等的,也就是说,国家应当平等地保护A和B。这是因为,民法所说的平等是指私人之间的平等,即主体之间的平等;而宪法所说的平等主要涉及个人和国家之间的关系,要求国家平等地对待不同的公民。

下面我们来看我国宪法上的平等权的规范结构。在我国宪法里所规定的平等规范,毕竟多样,首先是有一般性规定,也就是宪法第33条第2款,规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”;另外,宪法中还有其他相关的规定,共有6个条款,它们是将上述一般性规定加以具体化,

里面涉及民族平等、男女平等、政治平等等等。

那么这个宪法里的有关平等的规定,它的性质是什么呢?也就是说,它规定的是一项原则还是一种基本权利呢?这是在法规范意义上应该要了解的一个问题。对于这个问题,学术界有三种见解,首先,有些学者主张平等是一项原则,有些学者说平等是个权利,于是就出现了两种学说:第一种是原则说,认为平等的规定是宪法上的一项原则;第二种是权利说,认为平等规定的是宪法所应该保障的个人的基本权利。除这两种学说之外,还有一种见解认为,平等规定具有双重性质,既是原则又是权利,具体而言也就是说:一方面,对国家来说,平等是一项原则,即要求国家必须平等保护不同的公民;另一方面,对个人来说,平等又是一种基本权利,个人可以向国家提出平等的诉求,要求得到平等对待。在上述三种见解中,第三种见解在我国现在基本上已经确定了主导地位,属于通说。

## (二) 两种“平等”原理

所谓两种“平等”的原理,是指形式上的平等原理和实质上的平等原理。我们分别来讲。

形式上的平等是近代宪法所确立的一种平等原理。这个原理又被称为“机会平等”或“机会均等”,它指的是:每个人作为抽象的人是平等的,为此,不管如何,都应该获得平等的机会。值得注意的是,在这里,平等的人不是具体的人,因为一旦人被具体化了,那就肯定是不平等的。因为如前所述,人与人之间存在着许多不同点,具体的人有诸多先天性的差异,甚至也存在很多后天性的差异,因此,在事实上,人必然是不平等的。他比你聪明,个子比你高,长得比你漂亮,家庭背景还比你优越,同样是追求人生的幸福,就人生的平台而言,你和他是平等的吗?很难说是平等的。但是,在宪法上,处于形式上的平等地位的人是指抽象意义上的人,也就是把人的具体的个性全部舍弃掉,只保留了他作为人的这一属性。只要你是人,那么在法上都是平等的,都受到同等对待。这就是形式意义上的平等。

要理解这一点,我们可以看看美国著名摄影家突尼克的作品。他喜



欢拍裸体照片,但不是一个一个拍,而是喜欢拍摄大规模的群裸照片。其实,美国各州法律规定不同,有些州的法律是禁止这种活动的,所以他经常因为违反某州的行政法规而被拘留。于是,他就跑到更加自由、开放的国家去拍,比如北欧国家,那里很多人愿意配合,参与他的艺术创作。据说他在某北欧国家的宪法广场上组织了两万人拍照片,可能是目前最大规模的群裸摄影活动了。可惜我没有那次活动的照片,我给大家看的是他比较早期的作品。是的,他所拍摄的裸体照片我也偶尔看过,看了之后就悟出一些宪法学上的道理来。大家看看,这些人他们各有什么特征?是的,你会发现这些人基本上看不出各有什么特征,他们高度类似。为什么高度类似呢?因为脱掉衣服之后,趴在那里,你就看不出他的身份、地位、相貌、体型、身材、性格特征了,基本上都看不出来,因为人太多了,放眼望去,密密麻麻一片。这里面也许有企业老板,有大学教授,有律师,有学生,也许还有普通电工,甚至流浪汉。但是,当他们趴到这里的时候,所有的这些差别就消失不见了。也就是说,我们只知道他们是一个个人,但其他的诸如各自的个性特征,先天性的差别和后天性的差别基本上都消失了。质言之,他们是高度类似的了,因而是均质化的,因为是均质化的,所以说是“抽象”的;而因为是抽象的,所以才是平等的。而当他们穿上衣服,走向各自的岗位,回到各自生活中去时,那时他们的先天性差别和后天性差别就又都呈现出来。那便是具体的人的形象。而我们这里所说的“形式上的平等”原理,所针对的就是突尼克作品所表达的那种“人”——因为是抽象的,所以人才是平等的人,不问你的出身,不问你的职位,不问你们所存在的先天性的差异和后天性的差异,一律平等对待。

这种规范原理所表达的平等观念,起初是很伟大的,它表达了近代甚至近代以前人们的某种朴素的平等观,类似于我国历史上的“王侯将相,宁有种乎”之类的观念,特别适合于反对前近代的特权。但是,用久了之后,发现它的毛病也来了。这是因为,这种形式意义上的平等还是具有局限性的,如果不问个人差异,一味统一平等对待,那么越是如此,越是有利于现实中具有强势特征的人,而不利于社会上的弱势群体,或因为出身等

情形,被迫处于弱势地位上的人,久而久之,反而进一步导致现实上的不平等,比如贫富悬殊。

有鉴于此,从世界范围的宪法发展情况来看,大致是到了现代社会之后,一种新的原理就随之出现了,这就是“实质上的平等”。也就是说,实质上的平等其实是现代宪法所确立的一个平等原理,它指的是根据不同主体不同的属性,分别采取不同的方式,对各个主体的人格发展所必需的前提条件进行实质意义上的平等保护。实质意义上的平等又称为“条件平等”,区别于前面所说的“机会平等”。但是大家请注意,这种实质意义上的平等,绝不等于“结果平等”。如果是结果的平等,那就等于平均主义了。

为了帮助大家识别形式意义上的平等和实质意义上的平等,我们可以用体育上的赛跑来说明。形式意义上的平等,就相当于所有人都在一个起跑线上赛跑,不管这些人是男人还是女人,也不管这些人是强壮的还是虚弱的,甚至不管是健康的人抑或是残疾人,全部站在同一起跑线上。而实质上的平等,则是按照不同的类别分组赛跑,比如成年人和成年人一组,男性和男性一组,女性和女性一组,残疾人专门举办残奥会等。那么,结果平等是什么呢?那就是不管年龄、性别、身体状况,也不论起跑线是否相同,我们让所有人都同时到达同一条终点线上,这就是结果平等。

这样,运用实质上的平等原理,就需要对人群进行分类,在美国叫做classification,这样,就能做到“相同的人相同对待,不同的人不同对待”。但这又涉及一个规范原理,也就是“合理分类理论”。它指的是:法律或政策可以对不同主体进行合理分类,以便合理地区别对待;而如果这种分类措施(或法律)的目的是正当的,而且分类措施也是实现这一目的所必需的,那么,这种分类就是合理的,即使形成一些差异,也可以认为是符合平等原则的。这里大家可以注意,这其中包括两个要件:首先,分类的目的必须是合理的;其次,分类的手段也是实现分类的目的所必需的。而这种分类是否合理,则是可以审查的;如果不合理的话,那么基于该种分类所产生的差别对待措施,甚至法律,便是不符合宪法上的平等原则的。

关于这种分类问题,美国历史上有一些非常经典的案例,因为美国这个国家本身就在平等权问题上存在很多问题。我们举一组重要的案例来说明。1896年,美国有一个案件,叫 Plessy 案,它的判决提出了著名的“分离且平等”的原理。所谓的“分离且平等”,大意是指:在上学、就餐、乘车、住宿等方面,白人和黑人可以分离,比如,白人孩子有专为白人孩子开设的学校,黑人孩子上黑人孩子的学校,但是这两种学校的政府资助、师资、教育设施、教学条件、课程设置等都应当是平等的。这里面就存在分类,即根据肤色或者说种族所进行的分类,但在当时,人们基本上认为这是合理的,也是进步的。

但是,后来人们发现,Plessy 案所提出的“分离且平等”还是有问题的。为什么呢?因为白人学校和黑人学校在发展过程中,情况却大相径庭,白人学校的私人资助、师资水平、学习环境,甚至就业状况都比黑人学校要好。因此,越是分离,越是导致不平等。也就是说,越是按照这种种族分类去办学,越是导致不合理结果的扩大。经过五六十年之后,美国爆发了民权运动,黑人要求获得真正的平等对待,包括废除这种种族隔离政策。在宪法上,具有重大的历史转折意义的就是 1954 年著名的“布朗诉教育委员会”案。这个案件终于推翻了以 Plessy 案为代表的一大批判例所确立的“分离且平等”的原理,而是提出“隔离即不平等”的理论,认为过去那种分类本身就是不合理的。

接下来,我们还要谈谈这两种平等原理的关系。

前面说过,形式上的平等是近代宪法所确立的原理,而它出现了问题之后,现代宪法就确立了实质上的平等原理。这样听起来,好像是后者取代了前者。其实不然!实质上的平等原理只是一种对形式上的平等原理进行修正和补充的原理,而不存在替代关系。也就是说,现代宪法所确立的实质上的平等原理,并没有推翻或者代替形式意义上的平等原理。它们共同在现代宪法下运行,只不过运用在不同的领域里。

其中,形式上的平等原理仍然适用于对人身自由、精神自由、人格尊严乃至政治权利等宪法权利的保障。比如投票权,肯定是应该平等的,而

且应该是形式上的平等,包括两个层面:第一层面是一人一票,第二层面是每一票的功效或说价值也应该是相等的。而曾经在我国,城市和农村居民所投选票的价值是有区别的,法律明确规定,城乡每一代表所代表的人口基数的比例是1:4,这就意味着,农村每一居民所投选票的价值相当于城市居民选票价值的四分之一,而且实际上可能比这还严重。这就违反形式意义上的平等,有待于改变。最终,随着2010年《选举法》的修改,城乡人口同比例修改为1:1,城乡之间“同票同权”的制度正式确立。

而实质意义上的平等则主要适用于以下两种情形:第一,在权利主体上,男女平等、种族平等和民族平等的实现,就是实质上的平等所期待的客观结果;第二,在权利内容上,主要适用于对经济自由、社会权的保障领域,目的在于使经济强者与经济弱者之间恢复法律内在所期待的那种主体之间的对等关系。也就是说,在市民社会发展到一定程度时,社会往往会出现严重的贫富悬殊现象,如果严重到传统民法解决不了问题的时候,在此情况下,宪法就有必要出场,通过在一定领域实行“实质上的平等”,重新恢复近代市民社会所期待的人与人之间的相对平等地位。这就是实质意义上的平等的由来。

以上我们讲的是第二点。接下来讲——

### (三) 法律适用上的平等与法律内容上的平等

法律适用上的平等和法律内容上的平等是大陆法国家出现的两个概念,分别对应着两种平等学说:一种是法律适用平等说;另一种是法律内容平等说。

所谓法律适用平等说,又可以称为“立法者非拘束说”,其主张:所谓宪法上的平等,是指任何人适用法律都是平等的,即在法律适用上是平等的,但在立法上则不一定是平等的。我国长期以来的主流学说就持这种平等学说。为什么不能在立法上也讲平等呢?这大家都知道,因为我国存在阶级学说下的敌我区分论,说的是:有的人属于人民,有些人属于敌人,敌人不能参与立法,所以,立法上不能搞平等。但在立法上人与人不平等这一点上,国外也有类似的学说,就叫做“立法者非拘束说”,其主张

是：宪法上的平等权规范，不是约束立法者的，也就是说，立法者可以制定出内容上不平等的法律；为此，这种内容上不平等的法律只要人人都加以平等适用，这就符合宪法上的平等权规范的要求了。

而所谓“法律内容平等说”，其主张：所谓宪法上的平等，不仅包括法律适用上的平等，也包括立法上的平等，即在立法内容上就应该是平等的，任何人在立法上都拥有平等权利。该学说在国外大致相当于“立法者拘束说”，指的是：宪法上的平等权规范可以约束立法者，要求立法者不能制定出在内容上就不平等的法律。其理由是：立法的内容如果可以是不平等的话，那么无论如何严格地执行这种法律、平等地适用这种法律，都会产生不平等的结果。

那么，在国际宪法学上，这两种学说在理论上谁更占优势呢？

前面说了，长期以来“法律适用平等说”居于主导地位，有些学者借此对我国宪法第33条第2款进行字面解释，认为宪法没有讲“中华人民共和国公民在法律上一律平等”，而是说“在法律面前一律平等”；而“公民在法律面前”才是“一律平等”的，这就意味着：公民是在法律制定出来之后，站在法律面前，才应该是平等的；至于“在法律上”怎么规定，那是无法讲平等的。

这种解释，可能符合立法原意。但是，从今天的眼光来看，这样的解释显得太牵强了，几乎是把法律解释当成了中学语文课上的字义解释，没有什么法律技术上的含量，可能也是因为这样吧，我们的法律解释一直被人家瞧不起，甚至连法律人自己都瞧不起，认为法解释学是法学发展的低级阶段。其实法律解释没那么简单，要知道，法律解释背后是有原理支撑的，法律解释就是要通过条文，针对现实个案，将背后的规范原理调动出来。

其实，将“法律面前一律平等”，刻板地理解为法律适用上的平等，这在一些国家的历史上也有类似做法，比如说“二战”之前的德国、日本法学界，在理解宪法上的平等权条款时也是持这样的学说，而当时德国宪法上有关平等权条款也就采用“法律面前一律平等”这样的表述。但是，值得

注意的是,在“二战”之后,前西德的基本法在规范上仍然采用“法律面前”的表述,然而在解释学上照样不妨碍被理解为已经包含了法律内容上的平等,即它不仅要求政府平等地执行、适用法律,也要求法律本身对于每个公民就应该予以平等保护。

那么,有人会质问:我国存在人民和敌人区分,你总不能让敌人也有立法权吧?我的观点是,姑且不说将公民划分为“人民”与“敌人”这样的理论是否正确,即使承认“敌人”是存在的,从宪政体制来说,他们也是少数的,为此本身就很难被选举成为代表,有的甚至已经被剥夺了政治权利;即使有人当选代表,也很难在“少数服从多数”的宪政框架下拥有最终决定权。当然,关于敌我区分说本身,在理论上也是有重大争议的。把区分敌我看成是政治的关键,这是纳粹政权的桂冠宪法学家施米特一直强调的观点,在他的理论中,“人民”和“敌人”是两个重要概念,可是,施米特及其学说在国际学术界争议很大。我个人觉得,他的敌我区分说即使在现实的政治领域是可以成立的,在宪法学上也是颇值得怀疑的。

#### (四) 平等与合理差别

这个问题更为重要,而且更具有操作性。要知道,我们所讲的“宪法上的平等”,无论是“平等保护”,还是“法律上一律平等”,或者“法律面前一律平等”,都并不是宽泛无边的,都具有特定的含义,其所反对的就是“不合理的差别”,而并不反对“合理差别”。

那么,何谓“不合理差别”呢?“不合理差别”是大陆法系宪法学上的说法,相当于美国所称的“歧视”,指的就是没有合理依据或超出合理差别程度的差别。比如说百米赛跑,没有特别理由,其他人的起跑线都设在你前面,这还不算,还要给你的双脚绑上铁链,让你跑,这就是不合理差别。

当然,“差别”肯定是根据某些标准设定出来的措施,如果作出差别对待的标准是不合理的,那差别本身就是不合理的。而这些作出差别对待的不合理的标准,在宪法学上,就叫做“禁止性差别事由”,也就是被禁止了的那些差别依据。一般来说,对于这种不合理的差别依据,各国宪法都会加以列举,比如说我国宪法第34条在规定选举权的时候,就规定:不论

民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权。也就是说,如果根据一个人的民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限这九种依据,而对其选举权和被选举权加以差别对待,那就是不合理的。这样,民族、种族等九种依据,就成为宪法所明文列举的选举权与被选举权的不合理的差别依据,或者也可以推断为宪法上更为广泛意义上的“禁止性差别事由”。你可以对人进行分类,然后实行一定的差别对待措施,但是一般来说不能根据民族、种族、性别等加以分类,然后对其中处于弱势地位的群体实行不利的措施。如果要根据民族、种族、性别等加以分类,就要看其目的是否正当,如果此种分类不利于弱势群体,那么这就构成了禁止性差别事由,你就是根据禁止性差别事由来进行不合理分类的。除了上述我国宪法中所列举的禁止性差别事由之外,其他国家的宪法通常还规定了其他事由,比如故乡和语言,也就是说不能根据故乡和语言进行歧视,比如,因为这个人是从乡下来的,我们就歧视他;或者这个人普通话这么滥,我们就歧视他。在缺乏正当理由的时候,这种做法就可能属于不合理的差别。我国几部诉讼法都规定少数民族可以用少数民族的语言进行诉讼,道理也就在这里。当然,如果有合理的理由的话,那情形就另当别论了。比如,某个大学招收学生攻读播音专业,要求报考人必须会说普通话,如果你不会,我就可以限制你。这种差别对待就是合理的,因为它有正当理由。

从这里也可以看出,平等主要反对不合理的差别,这其实就意味着允许合理的差别。那么,什么是“合理的差别”呢?它指的就是具有合理依据及合理程度的差别。判断某种依据是否是合理性的标准,主要可以看这种依据是否属于“禁止性差别事由”。如果不属于,那么一般来说此种差别就是合理的。合理程度也有标准,即差别程度是否超出了目的之所必要。如果超出了合理差异的程度界限,那就会构成逆反差别。比如说在美国,实质上的平等原理倾向于保护黑人,但是这个保护不能超过一定的限度,不能对黑人保护得太离谱了,以致已经构成对白人种族的歧视,



这就是逆反差别。再比如,我们要保护经济上弱势群体,所以在税收方面采用累进计税制,收入高的人纳税比例高,收入低的人纳税也少,这就是合理的差别。但是这种差别有一定的限度,不能太离谱,否则也会构成逆反差别,以后这个社会里的人就都不愿意通过辛勤劳动创造财富,大家都愿意做穷人,坐在家里等着政府救济,而富人或者有能力的人就可能纷纷移民,逃离这个国家。

合理差别具有合理依据,这些合理依据我们也可以进行类型化归纳。首先,形式上的平等所承认的合理差别,其主要依据是什么呢?主要是能力、德行和业绩。我们禁止依据民族、种族、性别等进行差别的对待,但是任何国家一般都不禁止根据能力、德行和业绩对人进行差别对待。也就是说,能力、德行、业绩不被列为禁止性差别事由。老板工资可以比员工多,在员工当中业绩好、能力强的员工,其工资可以比其他人高。根据学术水平和研究能力,有些人做教授,有些人目前只当副教授;不可能所有人都涌入清华北大读书,而是要根据考分来选拔。这些都是根据能力或业绩来对人进行差别对待的例子。这样的差别对待是宪法所允许的。你们不要以为,宪法上所讲的平等就是人人都一样。这点你要是不理解,就会陷入古代农民起义中所主张的平均主义的泥坑。平均主义的社会肯定是存在很多问题的,它解决的是分配财富的问题,把富人的东西全部剥夺过来分给穷人,但却没有看到创造财富的重要性。只关心分配财富,不关心创造财富,甚至不去创造财富的话,社会还是维持不下去的。

接下来我们看实质上的平等方面。实质上的平等所承认的合理差别,其类型更多,而且也更为复杂,其中包括:第一,依据年龄差异的合理差别。比如选举权的行使,各国都设定年龄要件。我国是年满18周岁的公民享有选举权,未满18周岁则不享有选举权。这就属于根据年龄差异而采取的合理的差别对待。第二,依据生理差异的合理差别。比如说对男女劳动者进行分类,作不同的对待,对女性劳动者优厚照顾,为她设定特别的产假,比男性提前退休的工作年限,等等。还有,对健康的人和身体健康状况方面有缺陷的人进行差别对待。第三,依民族差异的合理差

别。现实中,我们对少数民族不加以不利对待,反而对其一些权益要加以优厚保护,如在生育、工作、受教育等各方面予以优厚保护,就属于这个。这是合理的,属于实质上的平等。第四,依经济能力、收入所得进行的合理差别。刚才我所讲的累进计税制就是非常好的例子。第五,对特定主体的权利限制。对有些人权利的保护要强一些,而对有些人权利的保护应该弱一些,特别是某些权利,比如说对公务员的人格权,包括隐私权、名誉权,我们就应当只予以“弱保护”。你是某县的县委书记,有公民去上访告诉你,你就说人家诽谤,断言他侵犯了你的名誉权,反过来到法院起诉这个公民。如果中国的官员动不动就这样做,那么我国现行宪法第41条所规定的公民批评国家机关及其工作人员的权利,甚至申诉、控告和检举国家机关及其工作人员的权利,就可能萎缩,甚至形同虚设。为此,与国家机关及其工作人员,如官员在现实中拥有强势地位相对应,对官员的名誉权等人格利益的保护采取一些特别的限定措施,看似不平等,实则是合理的。这在各个法治国家都是如此,否则,你就很难成为法治国家。中国前几年就出现了多起类似案件,也就是所谓的“官告民”现象。这种现象往往出现在法治相对落后的国家或社会。大家都知道,新加坡的李光耀先生,确实是挺有能力的,但他过去经常把反对派告上法庭,主张人家诽谤,为此侵犯了他的名誉权。你想法庭一般会判谁赢呢?当然是李光耀!与此相反,世界上大多数法治国家里,政治人物、公众人物的名誉权、荣誉权往往无法得到特别优厚的保护,反而还会受到适当的限制,以与普通人的各种权利之保护达到一种对等关系。这就属于合理的差别。

以上我们讲的就是平等权,现在来总结一下。宪法保护平等,这个“平等”应该怎么理解呢?应该这样理解:

第一,宪法上的平等,实际上是规范意义上的平等,即应然意义上的平等,而不是指事实上的平等。在事实上,人与人是有差异的,是不平等的,其中既存在先天的差异,也存在后天的差异,但宪法则规定在规范上应该达到一种平等的状态。

第二,这种状态不是宽泛无边的,而是具有特定的内涵的。它指的就

是得到公权力的平等保护。也就是说,其内涵其实窄到这种地步:它反对不合理的差别,也就是反歧视和反特权。而这也就意味着它允许合理的差别。所以宪法上所讲的平等,在规范意义上,其最重要的内容就是区别什么叫合理的差别,什么叫不合理的差别。而不是像政治学、社会学那样,甚至像普通老百姓,乃至古代农民起义领袖那样,将平等理解为是宽泛无边的,毫无限制的范围。

第三,关于什么是合理差别,什么是不合理差别,法学上有个判断技术。这个技术当然是在规范意义上讲的。怎么判断呢?首先要看是否存在差别对待措施,即某一项立法或者是某一种行政措施是否存在差别对待,比如是否存在一种对人的分类。男性60岁退休,女性55岁退休,这就存在了分类,并存在了一种差别对待。存在差别对待之后,我们就要审查第二点,那就是看这个差别对待是否合理。如何判断差别对待是否合理呢?我们又有一个套路。一般而言,是这样—个顺序:第一要判断,目的是否合理。目的合理指的是基于宪法所容许的目的,而不是基于禁止性差别事由;如果是基于禁止性差别事由,比如说基于性别,那还要求这种差别对待不是对弱者的一方不利。如果是对弱者一方不利,那么就构成了不合理的差别。第二要判断,手段是否合理,包括手段要符合比例原则,程度不过当,不会用高射炮打蚊子,不会太离谱。即所运用的手段要与其所要实现的目的合乎比例。第三要判断,目的与手段之间是否存在内在的关联性。有的存在比较松散的关联性,有的时候关联性比较紧密,这种关联性的程度是否符合合理差别的要求,则要看具体案件。在美国,存在三个层次的违宪审查基准来审查目的与手段之间是否存在内在的关联性:最严格的标准、中度的标准和较为宽松的标准。这是研究生阶段要学习的内容,这里先按下不表。

### (五) 案例分析

讲到这里,现在我们回过头来看看前面的几个案件,考虑—下应该如何解决它们。

首先是乙肝就业歧视案件。其中的歧视措施是否构成了不合理差别

呢?肯定构成。这主要可以从以下几个方面来论述:第一,在就业中,对乙肝病毒携带者所设定的该种限制,其目的是否正当、是否合理?也就是要问,为什么要限制乙肝病毒携带者呢?如果这个目的本身就是不合理的,那么,就构成了不合理的差别。如果是合理的话,那可以继续走到第二,即如果要限制,那么应该用什么样的手段?也就是问,该案件中所运用的限制手段是否是合理的?如果他只是轻微的小三阳,你就禁止录用为公务员,那这个手段就属于过度限制了。第三,这个限制的目的和采取的手段之间是否具有内在的关联性?假定设定这个公务员岗位主要是从事食品卫生工作的,那么就要审查乙肝病毒是否会通过唾液传播等,也就是说,要审查应聘者的身体健康状况是否符合此一特殊工作岗位的特殊要求。但一般来说,以地方性法规的形式全面禁止将乙肝病毒携带者录用为公务员的做法,在宪法规范的层面上,很难获得正当性支持,属于不合理的差别对待。

再看身高歧视案。这也比较复杂。首先我们看到,这个案件中存在分类。那么,这一分类所形成的差别对待措施是否属于不合理的差别对待呢?首先也要看目的。它设定一定的身高限制是基于什么目的呢?公权机关就有义务对这一点进行说明。如果说,仅仅是为了提高公务员的形象,那么这个目的就是不合理的,因为公务员形象的提高,主要不是靠公务员个子高来体现,而是主要依靠其他方面,比如公务员在具体工作中的表现。比如在2008年四川发生地震时,某个公务员身先士卒、奋不顾身,参加营救工作,这个公务员就是合格的公务员,即便个子再矮,我们也觉得他的形象非常高大。其次要看手段,包括限制的程度如何。再次还要看审查目的与手段间是否有关联性。比如说我招的是特警,那么这个时候将身高限制为1.65米以上行不行?在这种情况下就可能是合理的,因为这个职业的特性对身体条件是有一定特殊要求的,体格太矮小无法满足该种岗位的要求,这时设定一定的身高限制是合理的。美国就曾经发生过一个案例,我们称为“警察资格测验案”。在该案中,几个黑人去起诉警察署,认为警察署对他们构成了歧视。原来,这几个黑人想做警察,

于是警察署对他们的身体状况进行测验,但是测验不过关,黑人就告他们搞种族歧视。于是,警方在法庭上做出说明,这个测验的目的是要提高警察的身体素质,而警察身体素质的提高对于其履行警察职能具有必要性。也就是说,这个测验本身与其目的之间存在内在的关联性。所以法院判决,警方没有构成歧视。但是如果是招收一般的公务员,在办公室里抄抄写写,或者即便将来是要担任领导职务,矮一点就矮一点,也没有什么关系,而你进行身高限制,就构成歧视。

在青岛三考生诉教育部这个案子里,考生认为教育部对不同的地区给予不同的招生名额,导致不同地区的高考录取分数线出现悬殊现象。大家想想看,这有没有构成不合理差别对待呢?要分析这个问题,首先分析这里面是否存在差别对待。这肯定是存在的。所以,我们重点要看:这种差别对待是否是合理的?而要判断是否合理,我们说了要看目的是否合理?为什么全国高考录取分数线不划成一条线,而是不同地区不同划线,不同地区有不同的名额?这样做合理不合理呢?我告诉你,从初衷来说,这是合理的。为什么?因为这样做主要目的是为了保护教育不发达地区考生的利益。如果全国一条线,那么,比如说像新疆、西藏等中西部省份由于教育条件比较落后,那里的学生和东南部地区的考生竞争,那几乎没几个学生能考得上。在这种情况下,全国一条线显然是不公平的。中国自古以来,即使在封建社会,科举考试录取名额的分配也都考虑到地区之间的平衡。比如说规定,前三甲,也就是状元、榜眼、探花,不能出在同一个县。有一个真实的案例,说清朝乾隆年间,有一年状元和探花都出在四川省某一个县里,而且是同一个家族。乾隆皇帝很震惊,认为这是不正常的,里面可能存在科场舞弊,于是就派一个很著名的大臣去调查此事,此个大臣就是纪晓岚。纪晓岚怎么处理这个案件呢?当然是秉公处理,重新改卷,将其中一个判为没有录取、名落孙山。这在历史上是很著名的案例。从宪法学上来说,这样做是符合实质意义上的平等原理的。但是大家返回来看我们的案件,高考划线,北京市比青岛等地低了一百多分,这个有没有道理?这个肯定是没有道理的。因为北京市的教育条件

比青岛等地好得多,而上述做法却是对弱者一方(青岛考生)不利的。因此,争议事项构成不合理差别对待。只不过中国目前还没有一个有效的法律制度去纠正这样的做法,所以这样的案子没有告成,但教育部自身的确应该认识到这一点,改正这个做法。

接下来是男女平等退休案。这个案件涉及:规定女性在55岁退休,这是否会构成对女性的歧视?从目的的初衷来看,是没有歧视的,相反,是为了更好地保护女性的。但到了现代,则很难说了,可谓公说公有理,婆说婆有理了。其中,有一部分女性就愿意55岁退休,如果你让她60岁退休,她就认为这不公平,没有实现实质意义上的平等,只是形式意义上的平等,忽视了女性的特殊性。可是相反,规定女性55岁退休也会出现类似于工女士这样的案件。怎么处理呢?我认为是应该只规定参照性的女性退休年龄段,如55岁到60岁,然后赋予女性自我决定权,让她自己根据自己的情况和意愿申报适当的退休年龄,有关部门予以核准。

好,以上就是对几个案件的处理意见。在现实生活中,有关平等权的案件是很多的,以后大家可以自己去琢磨,运用我们所学过的宪法学上的平等权的原理和技术进行分析,或者尝试去解答。

## 二、政治权利

政治权利在我国宪法基本权利序列中的排名是比较靠前的。我国现行《宪法》是从第33条开始规定基本权利的,第33条第1款规定公民的概念,第2款就规定平等权,第3款规定国家尊重与保障人权,而接下来第34条,则规定选举权与被选举权,即开始规定政治权利了。为此在我国宪法上的各种基本权利之中,政治权利一般被排在第二位,仅次于平等权。

政治权利又被称为“政治自由权利”,也有人叫之为“参政权”,指的是人们参与政治活动的一切权利和自由的总称。这类权利之所以在我国宪法上被认为是非常重要的,是因为被看成是人民“当家做主”的权利,同时也是因为,我们国人在宪法上有一个特别的观念,就是将积极权利看成

是比消极权利更为重要的,这与其他有代表性的宪政国家恰好相反。另外,政治权利在现实生活中是否像宪法上规定的那样或者像某些政治学家鼓吹的那样已经得到充分的保障,还值得具体分析。

从宪法学理论上说,有关政治权利,有很多要点需要掌握,大家可以去看我们的推荐教材。我们在此从政治权利的几个具体类型上做一些介绍。在我国,政治权利下面又可以划分为如下四个具体的类型:

第一个是选举权和被选举权,从这个意义上又演绎出罢免权。关于选举权与被选举权,我国现行《宪法》第34条规定:“中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”其中的选举权,在我国首先是人大选举制度下的选举权,如果从广义上说,其次还包括村民选举、居民选举制度中的选举权,乃至选举公职人员的权利,但主要是人大代表的选举。而被选举权也可做相应的理解,至于罢免权,则可以理解为是从选举权中衍生出来的一项权利。本来,罢免权指的是选民或选举单位将已经通过选举产生的代表撤销其代表身份的权利,但作为一项基本权利具体类型的罢免权,主要指的是作为选民对代表的罢免权利,它是选民选举权的展开形态。

政治权利的第二个具体类型叫“表达自由”,也有人称为“表现自由”。根据我国现行《宪法》第35条的规定,这种表达自由就包括言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由,可以简称为“六小自由”,我国学界又称为“政治自由”。关于它们的定义,教材里都有,很详细,我们也就不介绍了。当然,正如过去我们曾经讲过的那样,这种类型的划分也具有相对性,很多人认为这个表达自由,就应该划分到精神自由的类型中去,但是根据我国宪法的规定,表达自由是放在第35条中,仅次于第34条所规定的选举权与被选举权。由此可见,我国宪法似乎是把表达自由纳入政治权利的序列中去的。

政治权利的第三个类型叫监督权。这是我国作为社会主义国家在传统上所特意标识的一种权利形态,被认为是人民当家做主,有权监督国家



机关及其公务员的一项神圣权利。其本身是规定在现行《宪法》第41条第1款,内容比较丰富,可以概括为更为具体的六小方面:第一个就是批评权,第二个是建议权,第三个是检举权,第四个是申诉权,第五个是控告权,第六个则是赔偿请求权。从这里我们可以看出,这里所说的监督权,其部分内容相当于传统宪法学上所讲的请愿权。请愿权在我国民国时期就有,现在国外宪法上还有这个概念,在美国叫“和平请愿权”。但由于我们是社会主义国家,单从政治理念层面上的演绎而言,在一个人民当家做主的政治制度下,人民不可能自己“当家做主”了,还去进行什么请愿,为此早期很多人便不愿采用“请愿权”这个说法,而改为“监督权”。但是,这种语言上的政治技巧,仍然改变不了新瓶装旧酒的事实,“监督权”这个概念里面讲的主要还是请愿权的内容。当然,在前述的这六个部分中,我认为,真正属于政治性权利的只有前面三个:批评权、建议权、检举权。这三项才是监督权的应有内容,但其实也可纳入言论自由之中;而申诉权、控告权、赔偿请求权,则应该属于获得权利救济的权利,这部分权利跟政治制度无关,相当于请愿权,但在任何国家、任何社会里,公民都应该享有这类权利。

政治权利的第四个类型就是“其他的政治权利”,比如担任公职的权利,村民自治中的个人参与权,等等。

### 三、精神·文化活动的自由

精神·文化活动的自由是第三大类型的基本权利。首先我们要了解一下:它实际上就属于我们前面所讲的三大自由中的精神自由。三大自由,即人身自由、精神自由、经济自由,这是近代宪法所确立的最重要的内容,在现代宪法中仍然受到重视,而精神·文化活动的自由就基本上属于精神自由的范畴。

#### (一)精神·文化活动自由概述

精神·文化活动自由这一大类之中又包含着更为具体的类型。有哪些呢?主要有这么多:思想和良心的自由、表达自由、宗教信仰自由、文化

活动自由等。这些都属于精神自由这个范畴。思想和良心的自由在我国现行宪法中没有规定,但是在1949年《共同纲领》中曾经规定过思想自由。表达自由在前面政治权利中已经讲过了,但我们说了,在学理上也可以纳入精神自由,所以这里还要讲一下。

精神自由非常重要,它具有重大意义。重大意义表现在哪里呢?西方学者,特别是美国现代学者爱默森,有特别著名的学说,该学说认为它主要有四点意义。日本学者芦部信喜则将这四点凝练地概括为两点:第一,精神自由有自我实现、认识真理的功能;第二,它又是精神文明的创造力。精神自由,尤其是其中特别典型的表达自由,比如言论自由,就具有自我实现和认识真理的功能。因此,西方人非常重视精神自由。在美国,现代有一种宪法理论,叫做“双重标准理论”,英语叫做“the theory of double standards”。简单说,这种理论主要是认为:对待精神自由,尤其是其中的言论自由的态度,和对待经济自由的态度应当不同;对精神自由应予以优厚的保护,而对经济自由反而不予以优厚的保护,其理由就在于,在现代社会,精神自由有着特别重要的作用,第一点就是实现自我、认识真理。就第二点功能而言,可以说,我们人类社会之所以发展到现在的高度文明状态,人类之所以可以成为地球上所谓的“万物之灵长”,原因之一就是在于我们人类拥有精神自由。其实人类的许多能力比较差,比如预测地震我们不如癞蛤蟆,预测下雨我们不如蚂蚁。另外,我们在身体的自由度上也不如鸟儿,鸟儿长有翅膀,可以自由地在天空飞翔,不像人类,绝大多数情况下都被牢牢地束缚在大地上。很多同学都梦想着自己能够像小鸟一般自由地飞翔。如果梦想成真,你就不必享受宪法上的自由了,因为你一展翅膀就可以享有自由。甚至在有专制统治者压迫你,比如要你缴纳苛捐杂税的时候,你可以不必理会他,张开翅膀扑腾扑腾就飞走了,连一根羽毛都不留给他。但这只是梦。人类的力气也不比虎狼,牙齿也不及它们锋利。据说,有一次医生建议毛主席要记得刷牙,毛主席突然反问道:“老虎刷牙吗?”医生愣在那里傻掉了。是的,老虎根本不必刷牙,但是它的牙齿照样很厉害,比人类的牙齿锋利多了。然而奇怪的是,人类居然

有能力驯服老虎,将作为“百兽之王”的老虎关在笼子里面,供人类自己赏玩。虽然这种行为在人类中的许多动物保护主义者看来又是有问题,但凡此种种,都表明:单项能力这么差的人类居然成了世界上最厉害的物种。那么,这原因到底何在呢?自然有各种各样的原因,但其中一个原因就是:人类社会可以造就精神文明,而造就这种文明的有生力量,那就是精神自由。人类从远古祖先开始就可以思考问题,从事精神文化活动,使人类的大脑愈发发达,甚至社会中出现了专门从事精神文化活动的群体,通过文字的形式记录生产生活经验,创造与传播文明。这是其他动物难以望其项背的。人类在精神文化活动方面发展很快,且受到自身社会的重视,乃至在宪法上都加以保护,从而进一步推进了文明的发展。所以说,精神文化活动的自由是人类社会创造文明(包括精神文明)的最重要的一个途径。

## (二)我国精神自由的保护状况

那么,当下我国精神自由保护的状况如何呢?可以这么说,精神自由中有一个非常突出的类型,就是前面说的表达自由,在我国《宪法》中规定在第35条,我们称为“六小自由”,包括言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由,这在我们中国实际上已经被政治化了,或者说被政治权利化了,即正像上一次所讲的那样,被列入政治权利中了。而在西方许多国家,表达自由则处于精神自由的框架之内。

那么为什么我国把表达自由列入政治权利的范畴里呢?原因是比较复杂的。从近代宪法看起来,表达自由,特别是其中的言论自由,往往被看作是政治自由。因为在特定的历史时期,人类主要的表达,可能就是政治言论的表达。但是我们也要看到,随着社会的发展,市场经济的展开,有一种表达变得越来越重要,这种表达不是政治表达,是什么表达呢?就是商业性的表达。比如广告,就属于商业性的表达,而广告这个表达现在越来越重要了,简直就是铺天盖地,但这种表达却是不能被政治权利化的。然而,在我国由于政治权利在整个基本权利体系中的地位非常突出,一直以来这个表达自由就被政治权利化了,被认为与政治权利具有密切

的联系。你看,我国《宪法》第33条规定了公民的概念、平等权以及国家尊重与保障人权等,第34条规定了选举权与被选举权,而接下去的第35条就规定了表达自由。当然,表达自由被政治权利化,这与我国作为一个社会主义国家的那种理念也不无关系,因为社会主义国家至少在理念上比较强调人民当家做主的观念,而人民当家做主在宪政框架里有许多制度性的保障,其中有一点就是政治权利的保障,这样,政治权利在理念上就被突出了。在现实中它是否也得到充分的保障,姑且不论,至少在理念上它被高高地捧起来了,成为强势的类型。因此,作为古典类型精神自由之一种的表达自由,在我国就被政治权利化了。

除表达自由外,宗教信仰自由也被规定到宪法之中,写在《宪法》第36条。但是这项基本权利的保障比较敏感,目前宪法学界的研究还不充分,不过已经不断受到关注。再接下来,还有一种具体类型,就是通信自由和通信秘密,这个也是一项很重要的权利,过去也有学者将其列入精神自由的范畴,国外也有持这种看法的学者。但是这个权利在我国应该被纳入人身自由范畴中。况且,在宪法文本中,规定这项权利的条文也是被放在规定人身自由的那一项权利里面的。最后,就是文化活动的自由了,它规定在我国现行《宪法》第47条,和社会权放在一起,因此也可以说,它已经被社会权化了。

这样说来,在我国,精神自由最为核心的类型就只剩下了宗教信仰自由了。而其他自由,比如表达自由、通信自由和通信秘密以及文化活动的自由,则横跨多个大的基本权利类型,具有交错性,既可以把它放在精神自由这个大类型里面来理解,也可以放在其他大类型里面去理解。所以,接下来,我们主要讨论宗教信仰自由的问题。

### (三) 案例分析

#### 1. 中国教科书诉讼第一案

我们先从一个真实的案件切入。

这几年我国在宗教信仰问题上发生了许多比较典型的事案,与教育领域最为相关的就是号称“中国教科书诉讼第一案”的丘建东案。这个案

件非常典型地说明了我国精神自由保障的状况。我给大家介绍一下案情：

2004年9月，一位叫丘建东的福建律师向成都武侯区人民法院提起诉讼，主张他在四川大学网络教育学院学习期间，该院的教材《马克思主义哲学原理》第178页关于“宗教在本质上是麻醉劳动人民的精神鸦片”的陈述，违反《宪法》第36条，并侵害了他的宗教信仰自由，请求法院判令四川大学赔偿精神损失费1元，并对教科书内容进行书面更正。

丘建东只要求赔偿一块钱，可能想表明他打这场官司的目的主要是“讨个说法”，类似于一种公益诉讼。我知道“马列毛邓三”，同学们大概都学过，肯定也知道“宗教在本质上是麻醉劳动人民的精神鸦片”这个观点。这句话其实并不是那本教科书作者的话，而是马克思老人家的原话，用以批判宗教的。当然，现在也有人说，这句话其实翻译错了，不应该翻译为“鸦片”，而应该译成“麻醉剂”，其本意并没有完全否定宗教，而是承认宗教也有好处。也就是说可以这样理解：劳动人民太辛苦了，身心疲惫，感到痛心疾首，以至于诅咒社会的不公平，而大家知道，鸦片也好，麻醉剂也好，实际上都有镇静宁神的作用，因此，劳动人民可以借用宗教麻醉一下自己，以免在身心不堪重负的情况下精神崩溃。马克思是否这样想，有待研究，但是丘建东认为：按照传统的理解，这句话实际上是对宗教的一种贬斥，而这种贬斥侵害了有宗教信仰的公民的宗教信仰自由，比如在本案中的他，因此提出了这个诉讼。

这个案件结果如何呢？一审法院裁定，此诉求不在民事诉讼受理范围之内，因此不予受理。丘建东不服提出上诉。2004年年底，二审维持原裁定。丘建东转而寻求向教育部提出行政复议，也未获受理。

大家想想，根据我国现行的法律体制，这个案件有可能通过行政诉讼解决吗？肯定不行。别以为行政诉讼什么都行。曾经有人就笑我说：“你那宪法学没用，宪法不能诉讼的，没什么用。”我就说：“哈哈，你的话说得有一些道理，但别看你们行政法那边可以诉讼，说实话，也用不到哪里去！”我们这是互相攻击、共同提高！那大家看看，行政诉讼会接受这个案

件吗？肯定不会。这个丘建东很清楚，他做律师的，估计更明白这一点，所以他才提起民事诉讼。但看来民事诉讼也不行，法院裁定不予受理。

那么，假定这案件可以进入诉讼程序，那应该怎么判呢？请大家来讨论一下！如果你是法官，撇开程序上的问题不论，仅从实体法上来说，四川大学究竟有没有侵犯丘建东的宗教信仰自由？

（学生参与讨论，内容省略）

好的，我们暂且讨论到这里。大家的发言都很精彩，我来做一下总结发言。关于四川大学是否侵犯了丘建东的宗教信仰自由这一点，可以从几个方面来看。首先，我们要看宗教信仰自由的内涵是什么。一般来说，宗教信仰自由主要包括两个方面、三个要点。这“两个方面”包括：第一方面是信仰的自由；第二方面则是不信仰的自由，即不信仰宗教或某个特定宗教的自由，甚至改变自己的宗教信仰的自由。而“三个要点”的第一点是内心信仰的自由，指的是信仰的内心层面，属于内在的精神自由；第二点是宗教行为的自由，包括做礼拜、传教等；第三点则是宗教结社的自由，不仅涉及一个人，而是有着共同信仰的人结成一个社团，一起开展信仰活动。那么，根据丘建东的主张，四川大学所选用的马哲教材里的那句话是侵犯了上述内涵中的哪一点呢？内心信仰的自由。

但要判断这一点是否真的受到了侵犯，至少还要进一步分析，比如具体地看其他三个方面：侵害主体、侵害行为以及侵害结果。

在本案中，假如侵害主体存在，那到底是谁呢？丘建东告诉的对方是四川大学，但问题是四川大学这个主体是否适合作为侵害宪法基本权利的主体呢？我们说是适合的。因为大学在中国都是公立的，大学里的教授、其他老师也都是公聘的，所以一般来说，大学或其中的老师和你们形成的那些法律关系实际上都属于人权关系。如果老师对你们进行谩骂，甚至体罚，历史上老师都有戒尺，用来惩罚不听话的学生，那打起来是很疼的，如果打了你，你就可以以侵犯了你的人权为由提起诉讼。总之，四川大学作为侵害主体是适格的。

再看侵害行为，我们分析一下。假设在本案中，四川大学侵害了丘建

东的宗教信仰自由,那么侵害行为是怎样的呢?应该这样说,实际上是四川大学所确定的一部教科书里面的一句话,对丘建东的宗教信仰情感构成了伤害。那么就要具体分析:这是不是能够成为对内心的宗教信仰自由的侵害行为?有关这一点,在各国可能有不同的看法。就中国当下的情形而言,可以这样思考:首先要明确四川大学只是为学生推荐了一本教材,或者确定了一本教材,这本教材里面有句话的表述成为争议焦点,而这句话实际上只是原样引述了马克思主义的经典作家,也就是马克思本人,一句带有政治性的学术观点。它只是一种学术观点,在主观上也并没有侵害某一个人的宗教信仰自由的意图。作为一个学术观点,你可以接受它,也可以怀疑或者反对它,甚至你也可以确立或坚持与其相对立的学术观点。只要这句话没有对他人的宗教信仰自由构成强制,或者四川大学没有强制你接受这句话中所承载的观点,或者四川大学没有基于这句话而禁止学生信仰宗教乃至参与宗教活动,那么,一般而言,教材里的那句话就不会构成对学生宗教信仰自由的侵害。当然,曾几何时,我国的一些政府官员也曾经基于马克思的这一观点,将宗教视为麻醉劳动人民的精神鸦片,而在现实中禁止公民信仰宗教、进行宗教活动,并对其他人迫害信教群众、破坏宗教设施的行为听之任之,这样做才构成了对公民宗教信仰自由的侵害。而在本案中,学术观点的表达本身并没有伴随行为。四川大学只是确定了一部教材,要求学生学习,了解它的内容,而并没有强制性地要求你不信仰宗教,所以很难说对丘建东的宗教信仰自由构成了侵害。

就侵害结果来说,也需要仔细分析。如果我们说四川大学所选用的教材里面的一句话或者一个观点,事实上真的对丘建东的宗教信仰自由构成侵害,那么就必须追问:侵害结果是怎么样的呢?因为对于宗教,乃至某个特定的宗教,人世间有不同的意见,包括不同的学术见解。这些见解之间很难说谁对谁错,因为这涉及终极问题,人类目前无法做出明确的真理判断,所以应当允许这些见解同时并存,甚至展开争论。你无法主张,某一个学术见解的存在本身就对我的宗教信仰自由构成侵害。如果



你的主张能够成立的话,那你就是以你自己的宗教观点剥夺了其他宗教观点存在的权利和可能性。

更何況,在像本案這樣的個案中,事實上還存在不同的基本權利之間的衝突,表現在:第一,丘建東有宗教自由,而其他人,包括這本書的作者或者主編,也有表達自由、學術自由。這時,兩種自由之間就可能發生衝突,這種衝突就集中呈現為本案。因此,要對本案進行法律判斷,就有必要對系爭的基本權利進行全面考量,不能單純認為他人的學術觀點或某種表達行為,因違背你的信仰,就斷定其侵害了你的宗教信仰自由,亦不能由此認定其對你構成了精神強制。對於國家而言,不同的人、各種各樣的人都是其國民,他們對各種宗教抱持著不同的看法,故而國家只能對諸種立場、見解保持適度中立態度,並要求持不同宗教信仰者在法的意義上要相互寬容。只要對方的行為沒有對你的宗教信仰構成強制性的壓迫或者干預,就不能看作是侵害了你的宗教自由。當然,我們完全可以理解丘建東在訴訟當中所表現出的公益動機,並且應當予以嘉許,但就本案而言,很難斷定四川大學構成了對其宗教信仰自由的侵害。另外,還應當考慮到教材的功能以及教材應當採用的表達方式。按國際上對於教材的规范要求,任何教材都不應該將作者的理論沒有論證地強加給讀者,因此教材必須對自己的觀點給出論證。這是第一點。第二,最好客觀地描述就所涉問題學術界存在的各種並立的觀點。比如宗教問題,實際上存在不同的觀點,馬克思主義的觀點僅僅是其中之一,應該將非馬克思主義的宗教觀點也予列舉,然後通過對比分析論證,進而得出作者自己對於宗教的態度。這是最為规范的教材寫法。但是,我國目前幾乎所有的教材都僅僅講出自己的觀點,即便是引用其他觀點,也主要引用正面的資料,用以作為旁證,來證明自己觀點的正確性,反對的立場和觀點基本上不引用。這樣做是很成問題的,在某種意義上,這也是一種“強制”。當然這個問題也比較複雜,不是一兩句話能說明白的,我們在這裡就不展開了。

總之,回到本案,我個人的觀點認為,如果不存在強制,那就很難認為四川大學的行為構成了對丘建東的宗教信仰自由的侵害。淺薄陋見,供

大家批评,并在此基础上继续深入思考。

## 2. 大型公祭活动

除丘案外,在宗教信仰方面,与精神自由有关系还有一些案件,其中争议最大的恐怕要属近年来在各地频繁出现的大型公祭活动。所谓“公祭”,是指自古以来由国家公开主持、倡导、参与的对古代圣贤、民族始祖乃至先人神灵的大型祭拜活动。但是,新中国成立以来,我国政府作为由中国共产党领导的、奉行唯物主义的政府,在很长时间内,对于此种宗教类活动的态度比较微妙,但一般最多只是默许民间的祭拜,自己不染指。然而,近年来,部分地方的政府参与主持公祭活动的现象却频繁发生,引起了社会诸多争议,也涉及了宪法上的问题。

我们首先列举一些例子,来看一下这类公祭活动的情形。2007年,陕西黄帝陵公祭大典,当时陕西省政府领导恭读祭文,国家领导人李铁映等亲自参加祭典。这种对黄帝的祭拜活动,不仅发生在陕西,河南也有。因为传说黄帝的故乡在河南新郑,黄帝陵寝在陕西,所以双方都有理由祭拜。河南的祭拜也很活跃,河南新郑多次举行黄帝故里拜祖大典,也有党和国家领导人以及河南省政府领导人参加,他们也鞠躬致敬,虽然没有叩头或者跪拜。2007年在甘肃省还举行了对于伏羲的公祭活动,政府要员以及武警都有参与。除去对黄帝、伏羲的公祭活动外,现实中还存在对于炎帝的祭拜大典。这些都属于对于中华民族的始祖的祭祀活动,另外,从2004年开始,山东省孔府的祭孔大典的规模也越来越大,中央和地方的党和国家领导人也有参与。

这是特别有意思的现象,引发了诸多争议。在宪法学上争议的焦点是:这些公祭的行为是否违背了宪法上的政教分离原则?大家知道,宪法学上有个原理,那就是政教分离原理,它主要讲两点:第一,任何宗教都不应该享有政治特权;第二,政府不得参与任何宗教活动。为什么宪法学上会存在政教分离原则呢?其道理在于,无论从历史经验还是纯粹理论上讲,政治权力的介入,无疑会造成对特定宗教给以优厚保护,而对于其他宗教则施以干预压迫,进而导致宗教之间的冲突纠纷,甚至会出现社会的

混乱。在西方历史中,曾经出现过非常残酷的宗教迫害,其激烈的形态就是宗教战争和教派冲突,前者的代表是十字军东征,后者的例子则更多,比如法国的圣巴托罗缪惨案。这都是大的事案,而小的宗教迫害,比如对异端的屠戮,则不胜枚举。正是基于对于这种历史经验的深刻反思,政教分离原则诞生了,并被许多国家的宪法所接受,尽管各国在实现政教分离原则的具体做法上并不相同。美国是最典型的要求政教分离的国家,美国宪法第1修正案明确规定禁止设立国教。在英国则完全不同,由于历史原因,英国宪法上是允许设立国教的,迄今为止也仍然存在国教。虽然英国存在国教,可是政府一般来说也不轻易干预宗教的活动。可以说,在这个问题上,英美两国构成了两个极端:一个在宪法上明确禁止设立国教,政府绝对不能参与任何宗教活动;另一个明确地将一种宗教(派别)奉立为国教。在这两个极端之外,还存在广泛的中间形态,就是意大利等国家。它们处于英国与美国的中间,也就是世俗权力和宗教势力双方达成合意,签订一些协定,分别负责管理一部分社会事务。

那么,我国近年来所出现的上述公祭活动是否违背了政教分离原则呢?这就成了一个问题。

事实上,类似的问题早在前几年就曾引发过激烈的学术争议,比如2005年“海南三亚建像事件”就引起学术界的争议。当时,海南三亚南山海上观音像的整个建造过程,都有海南省政府以及三亚市政府的参与、支持和积极推动。在观音像建成后,还组织、带领广大佛教徒以及普通民众举行开光大典仪式,政府要员也有出席。另外,该建像活动之所以能取得成功,还是得到了中央有关部门及其领导人的审批和许可的。这一事件发生后,法学界作出了反应。2005年当年,《法学》杂志第6期发表了上海交通大学法学院郭延军《我国处理政教关系应秉持什么原则——从三亚观音圣像的建设和开光说起》一文,其中认定海南相关的党政机关及其领导直接规划、操办和参与观音圣像的建造和开光等行为,违反了政教分离原则等。此后,《法学》杂志的主编童之伟教授还特地召集全国各地的部分宪法学者举行专题研讨会。在研讨会上,大家对“三亚建像事件”是

否违反政教分离原则展开讨论。

现在我们大家也来讨论一下:像这类的政府行为,究竟是否违背了宪法上的政教分离原则?而为了有助于讨论的有效深入展开,我们要确定几个讨论要点:(1)什么叫政教分离及其与宗教信仰自由的关系?(2)中国现行宪法上是否存在政教分离的原则?(3)上述的公祭行为等,是否违背了该原则?

(学生讨论,情况略)

好的,大家讨论得很热烈,这个很好。但是我还是要提醒一下大家,因为同学很多,所以我们在开展讨论的时候要注意规则:第一点,要坚持围绕讨论的焦点展开。第二点,如果与前面发言的同学持有相同的观点和理由,那就不必发言了;当然,如果观点相同,但理由不同或者有新的理由,则可以提供补充意见。第三点,如果观点和理由都不同,那可以发言吗?当然可以,观点和理由都不同,这叫“反对见解”,不仅可以发言,还要得到充分尊重。这也算我们讨论课的程序规则,以后大家要适当注意,发言不要漫无边际、想到哪儿说到哪儿,自己说得挺兴奋的,别人不知道你想表达什么。自觉地注意上面三项规则,这会有助于提高你的发言水平,赢取更多的支持者。

现在我来做一下小结:政教分离原则,我们刚才大略地讲过。那它与宗教信仰自由之间的关系如何呢?我们说:很密切。要知道,政教分离原则,它本身不是一种权利,但是它的存在实际上是为了保护某项权利。什么权利呢?就是宗教信仰自由。也就是说,政教分离原则存在的最终目的是害怕因为公权力的介入,而对特定的宗教形成强行的干预和压迫。因此,我们讲,政教分离原则和宗教信仰自由二者的关系很密切。

返回来看我国。首先,祭祖,或者对民族始祖的祭祀,是否属于宗教活动呢?我认为:是的。有些外国学者认为中国没有宗教,比如美国当代著名学者伯尔曼。确实,从某种角度来说,中国是没有典型意义上的宗教的。但这种认为中国没有宗教的观点往往是立足于某种神学的立场,而且往往是西方基督教神学的见解。而从宪法学角度来说,情形恐怕就不

大一样了。从宪法学的规范意义上分析,这个“宗教”是广义的,它包括对超人格意义上的存在,对神灵、仙灵、祖先的崇拜和祭祀,这些都属于宗教活动的范畴。在美国,时至当代,它的范围就更大了,它甚至可以包括对某种非神学意义的信念的真诚的信仰。也就是说,宪法上的“宗教信仰”概念是极为广义的。因此,对先祖的祭拜肯定属于宪法上的宗教活动。但是另外,这种祭拜在我国,还可能同时属于文化活动,甚至在当下的我国,它还可能属于一种带有经济动机的文化活动。试问:为什么近年各地都兴起祭拜先祖的活动呢?这里面其实承载着各地政府开发本地旅游经济的动机。只是不管如何,这种祭拜先祖的活动,肯定属于一种宪法学规范意义上的宗教活动。

但是,在宗教信仰方面,我国又是一个以无神论为主导思想的国家,主流社会意识形态奉行马克思主义。作为一个以马克思主义为指导思想的社会主义国家,它对宗教应该采取什么态度呢?表面看上去,好像会禁止或者废止各种宗教活动。但实际上,我们也可以看到,我国奉行马克思主义的同时,也在宪法中规定了公民的宗教信仰自由。我国现行宪法虽然规定“四项基本原则”,但它存在于宪法序言第7段的表述之中,是指导性的,而非强制性的,并不具有严格意义上的规范拘束力的,因此在规范上它并不会完全排斥《宪法》正文第36条所规定的公民的宗教信仰自由。

那么,中国宪法上到底是否存在政教分离原则呢?这倒是一个关键的问题。我们说,在《宪法》文本里面的确没有明文规定类似的原则。没有明确规定这个原则,我们该怎么办呢?就需要解释。那么好,我们是否可以在解释学上推断出我国宪法的某一个条款所表达的规范,甚或该规范背后的精神当中蕴涵着政教分离原则呢?许多宪法学者认为可以做到这一点。有学者提出,我国是马克思主义理论指导的国家,因此也更加要求实行政教分离。

我个人认为很难这样说。而且我国宪法在这点上也的确是够模糊了。为什么这么说?因为,政教分离原则的确立,在西方各国来看,都是为了避免宗教冲突和宗教压迫而产生的。我国从古至今在宗教问题上也

有冲突,但总体上还没有出现过像他们那般严重的情形,以至于使我们的立宪者必须考虑这一点。西方则不同,激烈的宗教冲突使他们不得不认真地面对这个问题,比如说美国,回顾其建国史,你会发现早期的开拓者大多都是清教徒,其本身在英国和欧洲大陆受到野蛮的迫害,待不下去了,所以冒险往美洲跑。由此你可以理解他们的宗教斗争是多么的激烈、残酷,完全可以说是你死我活的。而我国的宗教本来就不怎么发达,所以白热化的宗教冲突几乎没有出现过,基于纯粹宗教原因而发生的流血事件也极少,所以我国根本就缺乏政教分离原则产生的土壤。除此之外,还有一个理由可能更复杂。那就是,在部分少数民族聚居区域,历史上曾存在“政教合一”的传统,宗教与政治的关系比较复杂,而为了尊重少数民族的传统宗教生活,我国政府允许、支持甚至参与宗教建设、宗教活动等。以上种种迹象表明,在我国现行宪法之中,未必可以轻易地断言可以推断出“政教分离”的原则。不过,既然我国现行宪法规定了宗教信仰自由,如果前述特定意义上的“政教合一”活动过于频繁,也可能会导致宗教之间的冲突,甚至出现宗教压迫。

由此,我们就要考虑第三个问题,政府参与公祭行为是否违反了政教分离原则?虽然前面我们说了,在我国,真正意义上的政教分离原则未必存在,但在政府和宗教之间保持必要界限的精神,在我看来,还是存在的。那么,公祭行为有没有违反这种精神呢?这就要从以下几个方面来考虑:第一是要考虑公祭行为的目的是什么,第二是考察达到上述目的的手段有哪些。从现有资料中,我们可以推断,在中国,上述公祭行为的目的主要是促进地方旅游经济的开发和发展,手段则是通过宗教文化活动的式来进行。因此,从目的、手段基准而言,公祭行为并不违反前述宪法精神。甚至可以说,即便我国存在政教分离原则,这种公祭行为也未必就一定违反该原则。所以,我目前的结论是:没有什么问题,可以这样做,即公祭行为在宪法规范体系的背景中是应当被允许的。

但这绝不是说,这样做没有任何问题。我认为这样做在事实上也存在一些忧虑:这类公祭活动乃至造像活动如果大规模地由政府来组织、指

导,完全可能会对其他宗教产生压迫感。据研究,在中国当下,基督教的信仰活动就受到某些地方政府的干预。另外,从党的性质及其信仰立场出发考虑,政府大规模地参与该类宗教活动,毕竟也有违党的意识形态。当然,这一点就已经不完全是我们宪法学主要考虑的问题了。

#### 四、人身自由与人格尊严

##### (一)人身自由

说到“人身自由与人格尊严”,我们不禁想起前国家主席刘少奇同志在“文革”期间被揪斗、被迫害的历史悲剧。现行宪法之所以写入了对于人身自由和人格尊严的保护,规定在第37条和第38条,很多人认为其原因就在于,在文化大革命期间,一大批党和国家的领导人和普通公民一样,在人格自由和人格尊严方面受到了严重的侵犯。

在宪法学上,主流学说认为人身自由包括三个方面的内容:第一,人身本身不受肆意侵犯的自由。这是最起码的内涵,但人身不受侵犯作为一种自由也是有内在界限的,在必要的时候,比如存在犯罪嫌疑的时候,人身还是可以受到限制的,问题的关键在于,即使在这种场合,该限制也应受到合法程序之保障。比如,对公民执行逮捕,要依照合法程序进行。这就成为“人身自由”的题中应有之义了。为此,人身自由的第二点含义还包括:人身自由受限制的合法程序保障的权利。也就是说,人身自由首先要求公民的人身不受非法限制、搜查、拘留或者逮捕。这是公民最基本、最起码的权利。而职是之故,对于限制人身自由的公权行为,则必须加以严格限制,这又主要包含两项具体内容:其一,限制公民的人身自由必须由法定机关决定和执行;其二,必须符合法定的程序。此外,有许多学者认为人身自由还包括第三方面的内容,即在进而延长的意义上,人身自由还包括住宅不受侵犯的自由、通信自由和通信秘密不受侵犯的权利。这是有关权利类型划分上的一种观点。总之,可以说人身自由主要就是由上述具体的内容构成的,这些具体内容也可以形成人身自由这个大类下面更为具体的权利形态或者权利类型。



在实践方面,这几年,有关人身自由的事案也比较多。2001年,在齐玉苓案出现的当年,还发生了非常著名的延安黄碟案。案情我们上次讲过了,就是一对新婚夫妇在卧室里面看黄碟,四个警察强行进入了他们的房间,也就是卧室,并将该男性的人身控制起来,带回警局。关于本案的分析,大家如有兴趣的话,可以看我曾写过的那篇《卧室里的宪法权利》,原文发表在《法学家》杂志2003年第3期。

## （二）人格尊严

接下来我们要来了解“人格尊严”。人格尊严的保障,规定在现行《宪法》第38条。根据我的理解,这里的人格尊严,其实可以理解为“人的尊严”。而保障人的尊严,在德国等国家是被作为宪法的一项基础性价值原理来看待的,即作为整个基本权利保护的出发点来认识的,也就是说,我们为什么要保护人的基本权利?那是因为人具有尊严。我觉得,我们对中国宪法的理解,也应该借鉴这种学说。我曾经发表了一篇文章,题目是《人格尊严与人的尊严》,就提出这种观点,认为对我们宪法第38条应作出双重理解:

第一重:第38条所保障的“人格尊严”,如果从比较法上考察,其实可以理解为就是“人的尊严”,而对“人的尊严”的保障,应该被看成是一种基础性的价值原理,即提到很重要、很根本的地位上来认识。而这里的“人的尊严”应该如何理解呢?简单说,指的就是人应该像人一样活着,应该得到人应有的待遇,而不应被作为非人格的对象来对待,比如被当成是手段、工具,甚至被当做畜生禽兽,哪怕某些人自觉愿意如此,那也不行。这其实就是康德所说的“人是目的本身”这个著名的哲学命题的含义。

第二重:那么,在实际内涵上,我国现行《宪法》第38条所规定的“人格尊严”,包括什么具体内容呢?我认为其实相当于宪法上的人格权,即基于人的尊严、为人格的独立、自由和发展所不可缺少的那些权利。这里要注意的是,所谓人格权,我们宪法上有,今后你们要学习的民法上也有,其含义基本上也是差不多的,但是二者又是有区别的,主要的区别就在于针对的主体不同。民法上的人格权是个人针对个人的一种人格权,宪法

上的人格权则是个人针对国家的人格权。人格权概念具有狭、广两义。从狭义上说,人格权是那些与个人的人格价值具有基本关联性的不可侵犯的权利,主要包括名誉权、荣誉权、姓名权、肖像权、隐私权、自我决定权等。而广义上的人格权则不仅涵括了上述狭义人格权的范围,还包括生命、身体、精神以及与个人的生活相关联的权利或利益。我国现行《宪法》第38条规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”这个条文,根据我的理解,如果从后段的“侮辱、诽谤和诬告陷害”所可能侵害的法益这一点加以理解的话,其所包含的内容比前面所说的通常的狭义的人格权更为狭窄,主要包括荣誉权、名誉权、姓名权这几项,但我认为如果从基础性价值原理的角度来看,这还不够,它的内涵至少应相当于通常的狭义的人格权。

这些年,关于人格尊严的事案也比较多。我们讲其中最为典型的一例。首先就是曾经备受争议的“深圳性服务从业者当街示众事件”,其始末大体是这样的:2006年末,当时深圳市福田区警方为了迎接中央某领导人到访深圳,以突击清理的方式开展大扫黄行动,先后抓捕了一百多名“涉黄”人员,并于某日分别在上沙、下沙和沙嘴游街示众,召开公开处理大会,百名所谓的“皮条客”“妈咪”“流莺”(即站街招嫖女)和嫖客等涉黄人员都被迫穿上了象征性的黄色上衣、戴上白口罩,警方一个一个地宣读他们的姓名、年龄和籍贯,然后对他们进行处理,比如宣判行政拘留15天。该行动自然引起大量群众的围观。也就是说,在此过程中,警方强制性地让涉案人员当众暴露了他们的形象,公布了涉案人员已经被特定化了的个人资料,产生了当众羞辱当事人并震慑其他民众的效果。此事件发生后,深圳警方的这一行动就受到了部分媒体的关注和批评,上海市律师协会也做了一件有意义的事情,就是对此做出了公开批评,认为警方侵犯了这些公民的基本权利。什么基本权利呢?就是人身自由和人格尊严。

在我国,对涉嫌从事性服务工作的人员的权利保障,确实也是存在一些问题。一幅网络上的照片显示,我国警方对涉嫌从事性服务工作的人员的抓捕方式是非常特别的,有些粗暴,从中可以看出,在中国,公权机关

对这部分可能是属于弱势群体的尊严和基本权利的某种淡漠。像照片里的这个可怜的女孩,像畜生一样被拧起四肢,强制地抬了出来,都已经“露底”了,而警员的表情却那样的淡定从容,大义凛然,似乎已经到了漠视她作为一个人的程度了。这完全有可能理解为构成了对当事人的人格尊严的侵犯。如前所述,人格尊严保护最重要



图 33 2006 年发生在深圳的“性服务从业者当街示众事件”,被质疑侵犯了众多当事人的人格尊严。图为事件发生当时的视觉情景

的一条标准就是:你不要把人当做非人格的对象来对待,比如当成是手段、工具或者野兽。可以说,当这位“小姐”因公权机关的强制行为而不意暴露了身体上的私密部分,其实同时也暴露了我们在人权保障以及法律制度建设上所可能存在的问题。这是在今后的法治建设中我们务必需要注意的。

## 五、社会经济权利

“社会经济权利”是一个复合概念,它由两项权利,也就是经济自由权和社会权加起来组合而成的。在西方各国,经济自由权和社会权一般是分开的。在我国为什么可以组合起来呢?原因就在于,当下的中国是一个实行社会主义市场经济的国家,经济自由权长期不甚发达,社会权在规范上的地位则比较突出,这二者本来就存在一种密切的关系,为此结合为一个权利形态。

### (一) 社会经济权利的分类

那么社会经济权利的具体内容或者说类别有哪些呢?

首先看经济自由权。从宪法学角度来讲,尤其是从西方人权保障的历史经验来看,经济自由权主要可包括以下内容:第一,财产权;第二,合同自由;第三,营业自由,又叫盈利自由;第四,择业自由,又叫工作自由;

第五,居住和迁徙的自由。这里大家可能会问,为什么居住和迁徙的自由也属于经济自由呢?因为居住和迁徙往往是由经济活动决定的,所以在规范的意义上,往往也被纳入经济自由当中去考量。

再看社会权利。它又简称为社会权,指的是通过国家对整个经济社会的积极介入来保障经济生活和社会生活上的某些权利,主要包括:生存权(美国等国家称为福利权)、受教育权、文化活动自由、环境权、劳动基本权等。劳动基本权主要指的是劳动者的权利,而不是劳动的权利,其具体可以包括:(1)团结权,指劳动者组成工会等劳动团体的权利;(2)团体交涉权,即劳动团体与雇佣方就劳动条件进行谈判交涉的权利;(3)团体行动权,比如罢工的自由权利。从理论上来说,社会经济权利可以包含以上所列举的这些内容。由此我们不难看出,如果从社会学意义上来说,经济自由确实是有利于对经济强者的保护,而社会权则有利于对经济弱者的保护,特别是对劳工阶层的保护,为此,二者既有区别的一面,也有互补的一面。而在我国社会主义市场经济的发展过程中,这两种权利目前其实都还没有完全发达,以至于还不能够实现各自的独立。

那么,在我国宪法规范上,社会经济权利主要有哪些呢?根据我国现行宪法的规定,主要有下面这些:第一,私有财产权,2004年修宪将此规定到宪法里面去的,即规定在总纲部分的第13条;第二,第42条规定的劳动权,相当于择业自由,但在我国,它既被规定为权利,同时也被认为是一种义务;接下来第三,是第43条专门规定的休息权,这主要是针对传统的企事业组织的职工所保障的一项权利,而不针对农民予以保障,国家工作人员也没份,但是第44条规定的退休人员生活保障,则可由职工和国家工作人员均享,只是农民又没份;第四,则是第45条规定的获得物质帮助权,属于特定人的权利,但其内容相当于许多国家宪法上的生存权;第五,是第46条所规定的受教育权,而受教育权同时也被规定为是一种义务。我国宪法上目前关于社会经济权利主要有这么多的规定。

接下来,我们将展开讲述三种需要重点关注的权利。

## (二) 私有财产权

下面我们首先来看一下私有财产权。什么叫私有财产权呢？在宪法上，可以这样定义，即指的是一切具有财产价值的权利，其中包括物权、债权、知识产权、继承权、特定的公用使用权等。这是宪法所保护的私有财产权，跟民法上广义的财产权定义也差不多，所不同的是，宪法上规定的权利是私主体针对公共权力而享有的，民法上的财产权则是私人对抗私人的权利，包括不了个人针对国家的那种财产权。这些年，有些民法学者没有认识到这一点，存在一种所谓的“民法帝国主义”倾向，以为宪法上的财产权可以落实在民法上来保护，为此对《物权法》这样的法律给予过多希望。其实，《物权法》根本抵御不了政府拆迁对公民私有财产所造成的侵犯问题。

话说各国宪法所规定的私有财产权保障，其在规范的内容上比较典型的一般都存在三重条款：第一重是不可侵犯条款，第二重是制约条款，第三重是征收征用补偿条款。我国《宪法》第13条，其实也可以做这样的分解：它一共也有三款，其第1款“公民的合法的私有财产不受侵犯”，以及第2款“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”，即相当于不可侵犯条款；第3款所规定的“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”，则相当于将制约条款和征收征用补偿条款结合起来。据说，2004年修宪的时候，党的修宪建议稿中，写的是：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用，并给予补偿”，即在“实行征收或者征用，并给予补偿”之间有一个逗号，这样，制约条款和征收征用补偿条款之间就有了较为明显的区别，即逗号前是“制约条款”，逗号后相当于“征收征用补偿条款”的内容，但全国人大在审议之后，则将这个逗号去掉了。据说，当年修宪，中国共产党的整个修宪建议稿，在全国人大审议中唯独被改了这一点，恰恰将一个标志给删去了。

这三个条款，都体现了一种原则，我把它称为“私有财产权法定主义”。也就是说，虽然宪法规定了私有财产权的保护，但至于什么是私有

财产,其边界何在,如何保护和制约,包括征收征用时怎么办,最终还是由普通法律,即全国人大及其常委会的立法说了算。因为你看,第1款中就宣明了“公民的合法的私有财产不受侵犯”,也就是说“非法的”私有财产就不在此列了,至于何者为“合法”的呢?第2款所说的“国家依照法律规定保护”,为此也提供了答案。这一款很显然属于法律保留制度。这个法律保留,我们说过,它有两面性,或者说它是一柄“双刃剑”,法律既可以规定如何保护,但实际上也可以涉及限制。也就是说,“国家依照法律规定保护”,实际上可以变为“如果法律没有规定保护的,就可以不予保护”,甚至“国家只要依照法律规定,就可以适当限制”。第3款里面也有规定“依照法律规定”实行征收征用并给予补偿。这样可以说,整个宪法第13条都体现出了私有财产权法定主义的原则;法律既可以对私有财产权予以保护,也可以对它进行限制。而且,私有财产权保护与公共财产权保护还没有达到平等,体现在宪法的条文表述上,就是第12条第1款明确规定“公共财产神圣不可侵犯”,但是私有财产权则没有这样的待遇。

那么,为什么目前我国的私有财产保护制度只是这样的呢?如果一方面从政治学的角度来说,那就是我国市民阶层、市民社会根本不成熟,或者说,我国本来就属于社会主义国家,不可能像典型的资本主义国家那样保护私有财产权。但另一方面,从比较宪法的角度来看,其实,当今不同的资本主义国家对私有财产权的保护程度也各有所不同,如美国式的自由资本主义国家对私有财产权的保护一般比较严格,而所谓的“莱茵式资本主义”国家,即像法国、德国那样经莱茵河流过的资本主义国家,其对私有财产的保护程度,则相对宽松一些。

### (三)生存权

除私有财产权外,在社会经济权利中,另一个需要重点关注的是生存权,也就是我国宪法上所规定的获得物质帮助权。有人将其表述为“物质帮助权”,但这跟“社会保障权”一样,在语文表述上都是有瑕疵的。不过大家要切记,也不要滥用“生存权”这一概念,认为一个人要活着,就是生存权。实际上,它指的是所有人基于人的尊严而应该享有的在物质和精

神上最低限度的营生的权利,尤其是在你生活遇到困难,难以维持生计,这个时候生存权的保障便凸显了出来。前面说了,它在我国宪法上可表述为获得物质帮助的权利,主要指的是公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得必要生活保障或物质帮助的权利。可见,其现实的享有主体是具体的、特定的,内容也是特定的。但是在规范意义上,如前所述,生存权的享有是向所有人开放的,也就是说,即便是曾经腰缠万贯的老板,一旦沦落到需要国家救济的时候,也可以享有这个生存权。

说到获得物质帮助权,就会牵引出一个话题,即所谓的“乞讨权”问题。关于“乞讨权”,近年学术界存在很大的争议。一般而言,其主要研究主体是社会学或者政治学领域的学者,“乞讨权”概念就是他们提出的。社会学、政治学对权利的认识往往与我们法学不同,他们一般不太注重规范意义上的分析,“乞讨权”这个概念也可能就是这样产生的。

那么从规范意义的角度,我们先来看看“乞讨权”这个概念成立不成立?而要理解这一点,首先需要理解:关于“乞讨”这个行为,应该说是自由还是权利呢?通过我们前面的学习,大家应该明白,乞讨主要是一种行为自由,即属于“一般行为自由”之中的,所以应该说是“乞讨行为的自由”,而不属于狭义上的权利。同时也要注意,所谓的“乞讨权”,也不可能是一项宪法上的基本权利。因为我们知道,宪法上的权利都是私主体针对国家而享有的,而“乞讨权”难道是指乞讨者有权针对国家进行乞讨,国家还有给付的义务吗?非也!这样的说法是滑稽的。如果是向国家要求物质帮助,那只能是获得物质帮助权。实际上,乞讨行为的对象不是国家,而是向其他对象,比如向路人乞求帮助,其针对国家所要求的最多也只是:国家不要干预他们向路人做出乞求帮助的行为。这在宪法权利的分类上就属于一般行为自由了。这是一个方面。另一方面,那么“乞讨权”是否指的是乞讨者相对于路人所享有的一种权利呢?如果指的是应该施舍的权利,那在法律上也是说不通的。从法律上而言,我们并没有一碰到乞讨者,就有掏钱给他们的法律义务。对于乞讨者,我们最多也只



有一种义务,就是跟国家一样,不肆意干预他乞讨行为的自由,除非他过分纠缠,或者是有其他非法的嫌疑,比如利用非法手段进行乞讨。

总之,“乞讨权”这个概念,就其可能传达的含义而言,在法学上是不成立的,能够成立的最多只是“乞讨行为的自由”。而后者其实属于一般行为自由,而且可能与其他权利类型存在一定的联系,比如人身自由,甚至表达自由等。

说到乞讨与人身自由的关系,还有第二问题就是:国家机关可以在一定区域内划出“禁讨区”,比如说在政府大楼面前或者在某些公共设施附近(比如车站广场上、公路中央)设立“禁讨区”,禁止乞讨者进入呢?有些社会学者认为不能这样,理由是难道乞讨者就没有资格进入特定的区域吗?但是从法的角度而言,设立“禁讨区”,只是涉及对人身自由的限制,或者对表达自由的地点的限制,如果有理由,而且范围合理的话,应该是可以容许的。比如,现在有些乞讨者,会闯到公路中央,特别是当车辆遇到红灯停下来之后,他就立即过去拍着车窗向人要钱,这种行为就非常危险,所以将公路中间地带划为“禁讨区”,应该说是合理的。是的,划定“禁讨区”,禁止乞讨人员入内乞讨,这个问题涉及乞讨行为自由的界限问题。我们说,乞讨行为自由是存在的,那么这个自由有没有一定的内在限制呢?当然也是有的!所以必须承认,划定“禁讨区”,也可能存在合理性。许多国家也都是如此的,即通过立法规定了一些特定区域作为“禁讨区”,如果在这些区域内行乞,则构成违法,在一些国家里甚至可能构成刑事犯罪。

说了以上的观点,好像我们宪法学对乞讨者很不仁慈似的,其实非也!我们认为,对于真正的乞讨者的保护,最关键的其实涉及生存权的问题。国家确实不能完全禁止乞讨人员的乞讨行为,但是国家对乞讨现象的存在也的确负有自身的责任,那就是切实努力保障人民的生存权。而我国《宪法》第14条第4款本来就明确规定,“国家建立和健全同经济发展水平相适应的社会保障”,同样也有这样的要求。

总的来说,乞讨权的问题非常复杂,我们只能简单地说到这里,大家

可以在课下继续阅读思考。

#### (四) 受教育权

在各项社会经济权利中,还有一项值得特别关注的类型,那就是受教育权。这也是我国近年来诉求最为活泼的基本权利之一。

我国现行《宪法》第46条第1款规定“中华人民共和国公民有受教育的权利与义务。”这个受教育的权利和义务,结构自然非常复杂,我们可以用以下这个图来表示。

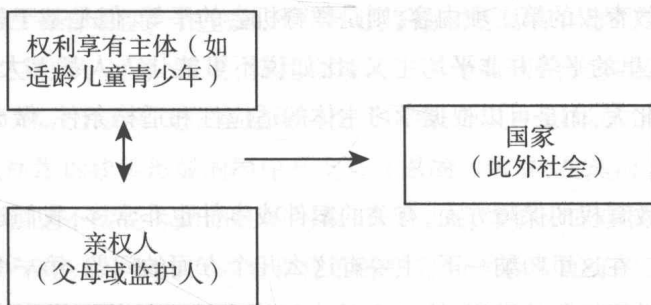


图 34 “受教育的权利和义务”内部涵义结构图

如图所示,首先,受教育权的享有主体,是所有公民,但主要是适龄儿童和青少年。但随着终身教育理念的普及,以及教育事业的发展,中年人乃至老年人在将来也可能作为受教育权的主体,目前我国社会正在向这个方向发展。其次,与受教育权相对应的,首先是受教育的义务。这在笼统的以及道义的意义而言,是所有作为公民的受教育者的义务,但从实证意义而言,则主要涉及亲权人。亲权人指的是这些适龄儿童、少年的父母或监护人,他们在法律上被称作亲权人。亲权人对适龄儿童或少年负有一定的监护权利和义务,一般而言,他们也有义务保护适龄儿童和少年顺利实现受教育权。二者共同针对国家享有宪法学意义上的受教育权。为此,一方面国家有义务保障适龄儿童和青少年接受教育,也就是为他们接受教育提供条件;而另一方面亲权人也有权利要求国家为作为自己子女或受监护人的适龄儿童和少年提供这种条件。

受教育权的具体内容也很重要。如果有人主张自己的受教育权受到

了侵害,那我们就要看:在受教育权的具体内容中,到底是哪一项受到了侵害。受教育权主要包括下列内容:第一项是学习的权利,又叫学习权,其意思容易明白。第二项内容是义务教育的无偿化。因为受教育的权利同时也被规定为一种义务,那么,为了使所有适龄儿童和少年都有可能履行这一义务,现代国家即需要对其中特别重要的教育阶段不征收学费,即在一定阶段的义务教育中实行无偿化。这是现代宪法的一项重要要求。就我国而言,目前是从小学到初中这九年阶段的教育作为无偿化的义务教育。受教育权的第三项内容,则是教育机会的平等,但是基于教育本身的规律,这里的平等并非平均主义,比如说不可能让人人都上大学,而且都上清华北大,而是可以根据学习主体的适应性和适格条件,做出合理的差别对待。

在受教育权的保障方面,有关的案件或事件也非常多,我们过去也已讲过一些。在这里归纳一下,主要有这么几个方面的问题:第一个是公立学校开除学籍权限的滥用;第二个是中国许多地区目前还没有全面实现义务教育的无偿化;第三个则是近年来越来越受到关注的高考划线不均问题。这三个方面都具有很大的普遍性。其中第一个涉及侵犯了受教育权内容当中的学习权,第二个方面涉及侵犯了义务教育无偿化的权利,第三个则侵犯了受教育权内容当中的受教育机会的平等。可以说,受教育权的各项内容在当下中国都存在问题。当然还有一些比较另类的案件,比如说前面讲过的齐玉苓案,也与受教育权有关。

说到这里,有必要再分析一下我们在绪论中讲到的那个“Y门”事件,即发生在北京某大学的那个著名事件,可能大家还记得吧?我们说到,这个事件发生之后,一位叫做萧瀚的年轻教师,便发表意见,主张逃课是学生的一种权利。这个观点自然会受到学生的喝彩,但也引起一些讨论。那么,对于这个问题,我们主要分析以下几个要点:

第一,我们还是要较劲地追问一下:逃课如果说是一种自由权利,那么它到底是权利还是应该叫做自由呢?对了,我认为应该属于自由。

第二,那么,它是否包含在受教育权之中呢?我的意见是,应该说是

包括的,包含在受教育权的三项内容的第一点“学习的权利”之中,具体而言,则涉及选择学习方式的权利,但是这并非其典型的内容或者核心内容。

第三,逃课的自由是否应该受到限制?尽管我在自己的职业生涯中比较尊重一些同学的逃课自由,但在此还是要说:对逃课自由的适当限制是应该的。那么,如何限制才是适当的呢?目前,对学生逃课的限制,在学校里面已经被制度化,主要的制度化手段就是考勤制度。那么,这个考勤制度有没有合理性?在中国,不得不说考勤制度具有合理性,是应该允许存在的,只要不过分、适度,就是合理的。因为我国绝大多数大学都是公立大学,涉及公共开支。虽然你们交了学费,但其中相当部分的开支是由纳税人所缴的税款形成的国库开支来支撑的。所以,在理论上,学生不可能在学校里不接受考勤制度的约束,否则也违背了你的亲权人将你送往大学,并希望大学校方有效管理你们的学习和生活所具有的那种期待。故而,各国在法律上都允许学校对学生进行一定的限制。但是这个限制要适当,如果过度限制或者该种限制与教育的目的没有任何内在的关联性,那么这种限制就是不合理的。比如说学生逃课了,你为了惩罚他的逃课行为,宣布他不及格,或者开除学籍,那么这就可能侵犯了当事人的受教育权,尤其是其中学习权或受教育机会的平等。在上述的“Y门”事件中,Y教授的行为也正是在这一点上引起了争议。

## 六、获得权利救济的权利

获得权利救济权,也可以简称为“权利救济权”,其包括三项具体内容:第一是裁判请求权;第二是我国现行《宪法》第41条所规定的提起申诉和控告的权利,当然其中的一部分的内容已经包含在裁判请求权当中了;第三则是国家赔偿或补偿请求权。

获得权利救济的权利是非常重要的。我们说,任何权利如果无法得到救济,那么就很难说成是一项真正的权利。西方有一句著名的法谚正是这样说的,即所谓“无救济即无权利”。这是很有道理的。宪法上、法律

上规定很多权利,但是如果没有救济的途径提供给权利主体,那么就相当于开的是空头支票,很难兑现,其实也就等于没有权利。所以,权利救济权在宪法学中非常重要。

### (一) 裁判请求权

裁判请求权,在中国被俗称为“诉权”,指的是发生了纠纷,不管是民事上的、刑事上的,还是行政法上的,抑或是宪法上的问题,我都可以请求中立的、独立的、公平的法院对该案件予以解决,即“给个说法”。有些人可能不理解,为什么“裁判”还需要去“请求”呢?我们可以这样理解:你出了问题解决不了,总要找个人或找个什么主体来解决。比如说一对小夫妻吵架,发展到大打出手,两个人都痛苦不堪,解决不了问题,怎么办?可以先找父母解决;如果父母解决不了,就找一位彼此都认识的有威望的长者来解决;如果还不行,就找国家公权机关,而且这个公权机关还必须是公正的、独立的。最符合这一条件的公权机关在西方就是 court,这个词在中国被翻译为“法院”。即使你构成刑事犯罪,你也有请求法院给你解决的心理需求。比如,你被警察拘留或者逮捕了,关押的时间长了,你就产生这样一种愿望:是死是活,法院你给我一个了断。这其实就可以理解为裁判请求权的心理基础。而在现实中,比如当前中国的一些法院,对那些有可能不利于公权机关的案件,比如某些行政诉讼案件等,就比较头痛,有些地方法院动不动就驳回起诉,甚至根本就不予立案。这就可能侵犯了公民的裁判请求权。

在我国现行宪法上,获得权利救济的权利的规范状态如何呢?这一点需要特别说一下。首先,在宪法规范上,从法条设定来看,我们的权利救济权与监督权是混合的,它的内容颇为杂乱,而且其意义也颇为空泛。其次,裁判请求权也没有明确的宪法条款,解释学上的推演也存在一定的难度。裁判请求权主要包括民事裁判请求权、刑事裁判请求权和行政诉讼裁判请求权,而我国宪法条文中基本上只涉及行政诉讼裁判请求权,民事的和刑事的裁判请求权却不太明确。

## (二) 监督权与权利救济权

我们来看看这个条款,即《宪法》第41条。本条共规定了六项小权利,即批评权、建议权、检举权、申诉权、控告权以及取得赔偿或补偿权。这些权利基本上都是公民个人针对国家机关或国家机关公务人员的权利,过去学说一般称为“监督权”。有关这个内容,我们前面在讲到政治权利时就曾讲过了。然而,实际上这六个方面的权利内容,也可以分离为两个部分。其中,对国家机关或国家机关公务人员的批评权、建议权、检举权属于真正的监督权的范畴,属于上次我们讲的政治权利的第三个类型。而控告权、申诉权和获得赔偿或补偿权则应该属于权利救济权才对。当然,从现在中国的实践情形看来,所谓的监督权,其实也可以理解为一种权利救济权,特别是当一项权利难以通过通常的诉讼途径得到救济时,那么,也只有通过批评、检举了。特别是在当今,宪法上的基本权利很难通过诉讼得到救济,而在许多场合,就只能诉诸媒体或网络的言论来救济了,对此,可以说,当下的公权力正在不断领教“网络言论”的巨大威力。

与第41条有关的案件,也是频繁出现的,但其中在宪法学的学理上较为值得讨论的,倒是那些所谓的“官告民”案件。我们知道,行政诉讼法主要是保护“民告官”,第41条的批评、检举、申诉、控告,也主要属于“民告官”的范畴。但曾几何时,中国却出现了“官告民”的逆反现象。举一个颇为典型的案例:2002年,河南省兰考县的时任县委书记兼县长——我们这里用Z替代指称——起诉某上访农民,我们这里也用H替代指称他。这是一个刑事自诉案件,Z在诉状中称:2002年某月某日,H率领村民数十人到省委门口,打出上书“Z率100名干警纵凶杀人”的条幅,要求有关部门以渎职、玩忽职守为名惩处自诉人Z。Z认为H的这一行为“贬低了自诉人形象,污辱了自诉人人格,侵犯了自诉人名誉权”,并“造成极其恶劣的影响”,为此以诽谤罪为由,将H诉至法庭。

的确,《宪法》第41条第1款在规定了上述的六项小权利之后,还附了一个但书,规定到“但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”。就此而言,Z认为H对他构成了诽谤,并将其起诉到法院,似乎也不是完全没

有制度根据的。但是,值得注意的是,如果让这样的官司立案打下去,那么结果会是如何呢?可以想象,在当今我国的公权体制下,作为一个县委书记兼县长的Z,将一个草民H告到本县的法院,如果没有其他意外,哪有不胜诉的道理!这就涉及一个学理问题,那就是公务员的名誉权究竟应如何保护的问题。对此,我们上次在讲到平等权的时候就曾讲到一个原理,即对特定人的权利保障,可以作出区别对待,比如对于公务员的名誉权,在学理上一般只采取宽松的保障。否则,像类似本案这样的“官告民”案件将不断出现,而且几乎都以官胜民败而告终的话,那么,第41条所列举的六小权利,只能是写出来看看的空文罢了。

还有,近年来由于手机的普及,手机短信成为交流信息的重要方式,有趣的是,部分人也会借手机短信嘲讽乃至批评政府及其官员,由此产生了诸多案件,其中最著名、最具典型性的,恐怕要属之前重庆市发生的“彭水诗案”了。在这个案件中,一个普通的年轻公务员,即县教育局的科员,仿照毛泽东的《沁园春·雪》,改编了一个手机短信,内容如下:

马儿跑远,伟哥滋阴,华仔脓胞。看今日彭水,满眼瘴气,官民冲突,不可开交。城建打人,公安辱尸,竟向百姓放空炮。更哪堪,痛移民难移,徒增苦恼。官场月黑风高,抓人权财权有绝招。叹白云中学,空中楼阁,生源痛失,老师外跑。虎口宾馆,竟落虎口,留得沙沱彩虹桥。俱往矣,当痛定思痛,不要骚扰。

这个短信中的“马儿”,被认为指的是原县委书记马某,“伟哥”指的是县委副书记兼县长周某,而“华仔”指的是现任县委书记蓝某,因此作者就被刑事拘留,进而检察院批准逮捕,并面临刑事审判。所幸的是,当时有人在网络上发布了此事,为此媒体纷纷报道,引起全国舆论一片哗然,而迫于舆论压力,当事人被释放,官方作出道歉,县委书记也被调任。但类似案件在全国各地屡有发生,尤其发生在经济不发达、法制观念薄弱的地区,其中甚至可能包括在座部分同学的故乡呢。



讲到这里,“基本权利各论”这个部分也就基本上就讲完了。最后,让我对本编的重要内容做一下总结,内容为以下四点:

第一,在我国现行宪法上,平等权、政治权利被置于重要地位,但自由权,尤其是经济自由不发达。这是因为,现行宪法是在社会主义市场经济概念尚未出现的1982年通过的,所以其权利规范的设定有些滞后,通过历次的修改虽然有所改善,比如私有财产权保护条款终于增设进去,但总体上,经济自由权的保护条款还不完备。此外,权利救济权的条款也极不完备,与此相应,在现实中,当下我国整个权利救济机制,也存在严重阻滞等问题,导致社会矛盾的积累和转化状况极为严峻。

第二,从原理上来说,各项基本权利都有不同的定义、内容或保护范围,各个不同类型的基本权利也大多具有各自的界限。在现实中,公权力的行为(包含立法)可能对某种权利做出限制,但有些限制是合宪的,有些则是违宪的。

第三,从法学上而言,保障基本权利,关键在于“对限制的限制”,其中最有效的途径之一,便是通过宪法审查的救济。但由于我国当下还缺少具有实效性的宪法审查制度,只能借助普通司法上的救济,而后者却很不充分。目前,行政诉讼法在一定条件下能使宪法的权利得到部分的救济,除此之外,我们再没有其他制度化的途径了。从公民角度而言,大多数情况下,只能靠行使言论自由,造成有效的舆论压力,来对公权力进行制约。当然,如果国家一旦严格禁止人的言论自由,那么基本权利的保护状况也就堪忧了。到了那个时候,我们就只剩下一条途径:那就是寄望于当权者的良心发现和怜悯。

第四,基于以上状况,我们只能说六个字:吾人“还需努力”!是的,孙中山先生说:革命尚未成功,同志还需努力。对当下中国而言,基本权利的切实保障,又何尝不需要我们的共同努力呢!

人权各论,乃至整个人权论部分,到此讲完了。



## 第十二章 宪法第三十五条修正案

### 第四编

### 宪法保障



## 第十二章 宪法实施与违宪审查

至此,我们已翻越了许多宪法理论的思想高峰,穿越了许多“知识密度”很高的学说丛林,终于在今天迎来了宪法学理论体系中最后一个景点——宪法保障。

在之前的课程中,我们学习了宪法总论、国家组织和基本权利,想必大家在学习过程中会不断想到:宪法所规定的有关内容都在实施吗?如果宪法保障的基本权利受到侵害,我们该怎么办呢?对于这些问题,在此前的讲述过程中,我们已经有所涉及,但那显然是不够解渴的。因此,在此次课程中,我们将对宪法保障的问题进行一次全面的探索与反思。需要说明的是,我会增加许多教材中不曾讲述的内容,立足于中国当下来考虑我们所面对的问题。

在进入正题之前,我们先提出几个章前导引问题:第一,有人认为,我国现行宪法的大部分条款都没有得到实施,为此,宪法就是一部“闲法”。从我国宪法的实施现状来看,事情果真是这样的吗?第二,在多种可供选择的违宪审查模式中,你认为我国采取何种较为适合?

相应地,我们本章的讲述内容将分为如下两部分:第一部分是“宪法的实施”,尤其着重讲述我国转型时期的宪法实施状态;第二部分讲“宪法的保障”,其中主要讲授违宪审查基本理论以及我国现行违宪审查制度等内容。

## 一、宪法的实施

要了解宪法保障,我们首先要了解宪法的实施。

### (一) 有关宪法实施

“宪法实施”指的是什么呢?这个定义很简单,正如我们教材在第296页里写到:“所谓宪法实施,是指宪法在国家现实生活中的贯彻落实,是使宪法规范的内容转化为具体社会关系中的人的行为”。

不用多说,法的实施具有很重要的意义。美国著名的法学家罗斯科·庞德曾经说,法的生命在于实施,在于将纸面上的法(law in Books)变成行动中的法(law in Action)。在这一点上,作为最高规范的宪法也概莫能外。对此,我们国家领导人也有同样的认识了,在2012年纪念现行宪法颁布30周年的时候,习近平总书记即指出:宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施。

那么,宪法应该如何实施呢?要认识这一点,就需要认识宪法实施的形态了。在这一方面,各国在不同的时期有不同的形态。我们先从中国宪法的实施形态谈起。

### (二) 中国转型期宪法的实施形态

有关我国宪法实施的形态,我们可以从两个不同的角度来加以考察:

#### 1. 静态的宪法实施形态

有关我国有关宪法实施的研究,不少研究者倾向于做笼统判断,其中一个观点就是前面提到的,认为:我国现行宪法的大部分条款都没有得到实施,为此,宪法就是一部“闲法”。我们秉持规范宪法学的立场,将以具体的规范分析来看待这一问题。当然,要对现行宪法进行全面细致的规范分析,是一项浩大的学术工程。于此,我们可以通过对宪法各条款的实效性进行考察,概括性地把握宪法实施的结构形态。

对宪法条文实效性的考察,我们首先需要确定一个标准,以判断各条的实施状况。当然,由于宪法规范本身也具有不同的类型,作为其判断标准的具体内容亦应有所不同,具体而言包括两大类型的标准:第一类,对

于宪法中的那些宣言性、政策性或纲领性的条款(如宪法序言和总纲部分),为此可采用相对宽松的判断标准。第二类,对于那些规范性程度较高的宪法条款,采用相对较为严格的判断标准。

按照这个标准体系,我曾在一篇论文中全面“扫射”了一下我国现行宪法中所有具有规范性的条款,包括序言后7个自然段、总纲32个条款,发现没有真正得到有效实施、或者说得好听一些,称之为“有待得到有效实施的宪法条款”,并不像有些人说的那么多。这可简明图示如下:

宪法序言	第13自然段
第一章 总则	第5条 法治主义
	第13条 私有财产权保障
	第14条 生产、生活、节约与社会保障制度
第二章 公民的基本 权利与义务	第33条~第50条 全部基本权利条款
第三章 国家机构	第62条 全国人大的职权
	第67条 全国人大常委会的职权
	第71条 全国人大及其常委会特别问题调查委员会组织权
	第73条 全国人大及其常委会的职权
	第99条 地方人大的职权
	第104条 地方人大常委会的职权
	第125条 审判公开与被告人获得辩护权
	第126条 审判权独立
	第131条 检察权独立
第四章 国旗、国歌、 国徽、首都	第136条 司法系统内部的分工与制约

图 35 有待得到有效实施的宪法条款一览表

从上图我们可以看到,现行宪法并非完全没有得到实施,相反,其中大部分条款实际上已得到较好的实施,只有少部分条款有待于得到有效实施。具体而言,总共相当于32个条款(宪法序言第13自然段,加上另外31个条文)。如以145个条款(宪法序言7个自然段加上宪法正文138



条)作为分析基数,仅约占宪法文本整体的22%。

然而,如果进一步分析这种结构,就会发现其呈现出一种有规则的倾斜性。具体而言,在宪法文本中,有关国家总体秩序纲领(第一章总纲部分)、国家组织规范(第三章国家机构部分)以及公民基本义务条款,一般均能得到相对较好的实施;而基本权利保障条款、国家权力机关职权条款、司法机关职权独立性条款等,则往往属于“有待得到有效实施的宪法条款”。

以上所讲的,就是我国宪法的静态的实施形态。接下来,我们来讲——

## 2. 动态的宪法实施形态

上述我国宪法实施的这种倾斜性结构形态,属于一种静态的、作为结果意义上的实施形态。此外,还存在一种动态的、作为过程意义上的宪法实施形态,这就是通常所理解的宪法实施的方式或路径。从二者关系上来看,前者即是后者的结果,后者才是前者的成因。

有关宪法实施的具体方式究竟为何,学界则存在颇多不同的观点,主要有以下两类:

第一类是规范论意义上的宪法实施论,其主要有两种观点。我们教材所持的观点认为,根据宪法序言第13自然段的规定,宪法主要应该通过立法机关制定法律得到具体化,并通过法律的实施而得到实施。与此不同,第二种观点则主要倾向于将宪法的实施理解为宪法条款具体适用于个案的活动。广为人知的一种看法是将违宪审查制度的存在作为宪法适用的制度性背景,即认为应该通过建立健全违宪审查制度,通过该制度的运作而适用宪法,从而使宪法得到实施。之前我们讲授过的“宪法司法化”的看法,即是从此分化出来的一种见解而已,但是现在已经挫败。

与上述第一类规范论意义上的宪法实施论不同,第二类是事实论意义上的宪法实施论。有一种观点从事实的角度,提出通过法律的实施使宪法得到实施。而晚近所出现的一种新观点提出了“宪法实施模式”这一概念,认为:我国宪法的实施模式与许多西方国家不同,中国宪法更多依

靠政治化方式实施,体现为执政党主导的政治动员模式,由此可能逐步过渡到政治化实施与法律化实施并存的双轨制格局。

在上述两大类的宪法实施论中,第二类的事实论意义上的各种观点从不同侧面描述了我国现行宪法实施的现状,尤其是其中的“双轨制宪法实施模式”论,为我们观察中国宪法实施的状况提供了颇为剀切的叙述。但另一方面,第一类的规范论意义上的宪法实施论亦不乏启迪意义,因为这种理论有可能在一定程度上总结了比较宪法上的一些结论。

而如果我们立足于比较宪法的视角,尤其是从宪法实施的历史类型学这一角度加以考察,便会发现:主张将宪法实施主要依托于普通法律的具体化,这在事实上则比较接近于以德国、法国为代表的近代欧陆国家的做法;主张将宪法的实施主要理解为宪法具体适用于个案,尤其是将违宪审查制度的运行视为宪法实施的主要保障的观点,则在事实上倾向于接受当代世界各国的主流做法。有关这点,我们接下来将会详细论述。

## 二、宪法的保障

### (一) 宪法保障之概述

宪法虽然被确定为是具有最高效力的法,但在现实中,也可能会因为法律等下位法规范的违反或者违宪性质的权力行使,而受到威胁、扭曲或者形同虚设。为此呢,就需要采取各种措施维护宪法秩序,这就是“宪法保障”。也就是说,宪法保障的目的是维护宪法秩序,而宪法秩序之所以需要维护,是因为宪法在现实中有可能会受到挑战或破坏,威胁主要来自两个方面:一种可能是下位法违反宪法,另一种是违宪的权力行使。因此,宪法保障就是十分必要的了。

然而,宪法保障需要一定的措施,这就是宪法保障措施,此种措施往往要被制度化,即被法的制度所吸收而确立的一种制度化了的保障措施,这就是宪法保障制度。根据研究,宪法保障制度在理论上可认为主要有两种:第一种是宪法本身所确立的制度,也就是宪法自己建立一种制度来保护自己的安定;第二种是宪法本身没有规定,但基于宪法性质的根据而

被肯定的制度。在这两种制度当中,第一种制度是非常重要的,因为除了宪法之外,再没有其他规范性法律文件能够为宪法确立最终的保障制度了。从这个意义上来说,宪法本身所确立的制度就是至关重要的。但是,超出宪法之外,又依据于宪法内部原理的某种制度,也很重要,这又主要包括两种:第一种是抵抗权,即人民抵抗暴政的权利;第二种是国家紧急状态的制度。有关这些观点,大家有兴趣的话,可以去阅读日本芦部信喜教授在其《宪法学》中所讲的一些这部分内容。

我国学者一般强调第一种,即宪法本身所确立的制度。宪法本身所确立的制度有哪些呢?根据我国现行宪法来说明,有如下一些制度:

第一个制度是宪法之最高法规范地位。在宪法序言第13段和正文第5条第3款都有规定。不要以为这仅仅是一种宣言,它实际上也生成了一种制度:宪法居于最高的法规范的地位上,其他一切法律都不能与宪法相抵触,一旦抵触就没有法律效力。这种最高法规范性体现在整个法律体系当中,在整个法律体系中都获得贯彻。这种制度在现实中有没有实效性、实效性有多大姑且不论,在法的当为世界里,无疑,这是一种实实在在的法的制度。

第二个制度体现在宪法规定了维护、遵守宪法的义务。义务的主体有很多,国家权力机关、其他国家机关、社会团体、企事业单位、人民团体以及所有的公民都有维护、遵守宪法的义务。关于这一点,在序言的第13段、正文第5条第4款及第5款都有规定。

第三个制度是宪法修改的刚性程序制度,规定在宪法的第64条第1款中。我们前面讲过,一般来说,大部分国家的宪法修改的程序都比较严格,我国宪法也是这样,从而我国的现行宪法也成为一部刚性宪法。至于宪法修改的程序,我们前面已经学习过了,要知道,这也是维护宪法秩序的一种制度。

更重要的是第四个制度,即所谓的“宪法实施监督制度”,主要规定在现行宪法第62条及第67条之中,根据这些规定,简单地说,全国人大及其常委会有权监督宪法的实施,如果发现下位法规范抵触宪法,有权予以

撤销。

在宪法本身所确立的这四种保障制度当中,第四种制度即宪法实施监督制度是最为重要的,那么现在我们着重来看一下这个制度。

宪法实施监督制度,在我国又被简称为“宪法监督制度”。我觉得这个简称不是特别准确,有时候会使人误解,但这个说法已经很流行了,所以,当人们说“宪法监督制度”,同学们要记住,那指的就是宪法实施监督制度。它具体指全国人大及其常委会均有权监督宪法的实施,其中,全国人大常委会有权撤销同宪法相抵触的行政法规、决定、命令以及地方性法规和决议,该规定体现在现行宪法第67条第7项、第8项;而全国人大则有权改变或者撤销全国人大常委会的不适当的决定,该规定体现在第62条第11项中。这就是宪法实施监督制度,这种制度在宽泛意义上,学术界又称为“违宪审查制度”,即对违反了宪法的法律、法规和公权力行为进行复核、审查的一种制度。

既然这个制度这么重要,那么下面我们就专门予以讲解。

## (二) 违宪审查:最重要的宪法保障制度

关于违宪审查,我们讲四点:第一点违宪与违宪审查,了解违宪审查到底是一种什么样的制度?第二点,我们要了解:违宪审查起源于哪个国家,其后又如何演进成为的不同模式?第三点,我们讲现代多样化的违宪审查体制。第四点,我们了解违宪审查有什么作用,或者说有什么功能?

### 1. 违宪与违宪审查

要了解“违宪审查”,首先要了解“违宪”。什么是违宪呢?简单说,违宪就是违反、违背或者抵触宪法。那么,究竟违反了宪法的什么才算违宪呢?是违反一整部宪法才算违宪,还是违反宪法的某个条文就算违宪?还有,违反宪法的一些原则、基本精神也可以说是违宪吗?这就需要我们研究。

我国学界一种重要的观点认为:违反“宪法的规定、原则和精神”,都构成违宪;就宪法文本而言,包括违反了序言、正文和附则。这个表述,我认为在很大程度上是正确的。当然,我们应该指出,实际上,“违宪”,最终

指的是违反了被解释了的宪法的某个或者某些规定、原则或精神,即不是违反了宪法的条文,实际上指违反了宪法条文中所蕴涵的宪法规范。这个宪法规范被解释出来,而人们判断某一部法律或者某一公权力行为违反了那个被解释出来的宪法规范,这称为“违宪”。

违反或者抵触宪法的原则和精神,也可能构成违宪。我们举一个例子来证明这是可能的。比如说,2008年3月,西安市街上某处悬挂了一个标语:“如果拒绝逮捕,依法当场击毙。”呵呵,我们同学们会笑了,怎么又是陕西,像陕西(延安)黄碟案一样。这会使陕西的同学很尴尬,我们并不是专门为了羞辱陕西的同学,也没有跟陕西同学过不去。其实,其他地方也有,比如说,长沙街头也有,过去就有“拒捕的当场击毙”的标语。这些标语显然都是出自公权机关的。那么,像这样的标语看上去只是个悬挂行为,但是,不仅是悬挂行为,标语的内容是否也会违反宪法?可以说,似乎没有明显违反宪法的哪个条文,但却违反了宪法当中的精神。什么精神?同学们可以想想。拒捕的可以当场击毙,像这个标语我们一看就很不舒服。为什么不舒服呢?是人的正义感在起作用。这里面好像强调了一种东西,即公权力可以非常强大,强大到可以无视人的生命。实际上,警察开枪是受到法律严格限制的。拒捕的可不可以当场击毙?不一定,只有在特定情况下才可以,并且在击毙前后必须符合法定的程序。这才符合宪法所确认的法治国家的精神。类似“拒捕当场击毙”的标语,实际上是对大众的一种恫吓,完全忽视了宪法当中的依法治国,或者说法治国家的那种精神,而根据这样精神,剥夺公民的生命必须符合法定的条件且严格地依照法定程序执行。为此,在宽泛的意义上,也有违宪之虞,至少说没有“宪法意识”或“人权感觉”。明白这一点很重要。将来你们毕业了,可能当了校领导,或者政府法制办公室主任,或者到公检法机关里面,就不能命令人家写这样的标语,或者亲自写这样的标语,比如“乱闯校园的当场击毙”。

### (1) 违宪与违法的区别

接下来了解一下违宪与违法有什么区别。关于这一点,教材在第

299~300 页里面写得很好,我们可以总结为四点:

第一,性质不同。违宪是指违反了宪法规范,违法是指违反了一般的法律规范。

第二,主体不同。任何主体都可以违法,但违宪的主体主要是公权力机关,即国家权力机关及其他国家机关。公权力机关的行为,往往有两种:一种是抽象行为;另一种是具体行为。其中,公权力机关的抽象行为,指公权力机关制定出某部法律、法规。抽象行为与具体行为都可能违反宪法。那么,公民的某些行为有没有可能违反宪法呢?从理论上来说,某个公民也可能违反宪法,但这种情形不是重要的,重要的违宪主体指的是公权力机关。为什么是这样的呢?我们以前说过,宪法的本质或者说宪政的本质其实就是为了约束公权力机关而保护个人的基本权利。所以,公权力机关的违宪行为就被重视。因此我们不能强调公民的违宪,比如有个公民随地吐痰,这当然很不好,但我们就说他违宪,他问我咋就违宪了,你说那宪法第 53 条里规定公民必须“尊重社会公德”呢,你随地吐痰,违反了宪法——其实,问题没那么简单。

第三,审查机关不同。当然,这也是相对的。在某些国家,我们等一会会讲到,审查违宪行为与审查违法行为的机关是一样的,都是普通法院。但在很多国家,又是不一样的,它们往往设立一个专门的机关进行审查,而违法行为往往通过普通的司法机关就可以进行审查。

第四,制裁不同,或者说强制性后果不同,我觉得这后一种表述会更好一些。那么,违法的强制性后果强,还是违宪的强制性后果强呢?好像应该是违宪的更强,但是实际上,宪法往往没有像刑法、民法,甚至行政法那样直接设定强制规范,即没有设定针对违反行为赋予强制效果的那种规定,因而在实施的时候也就可能比较弱了,这至少在当下我国是这样的,所以有人说这是“不怕违宪就怕违法”。即使在成熟的法治国家,违宪有时候不是要靠司法机关进行审判,而是委之于人民的政治选择,比如将违反了宪法的公权力机关及其相关人员进行弹劾、罢免,或者在民主选举中,通过选票让他落选,甚至通过言论进行批判、抨击。对此,日本著名宪

法学家小林直树教授曾指出这是宪法的一种“特异的属性”。此外,违宪一般也不会明确地追究个人的法律责任,尽管有一些违宪行为可以追究,但未必是针对某一个特定的人,而多是针对某一特定的法律法规,当其被判定违宪的时候,宪法审查机关会宣告该部法律法规无效。

## (2) 违宪的主体

我们这里再着重说说违宪主体的问题。

理论上,任何主体,包括公权力机关、政治组织、社会团体及公民,都可以作为违宪的主体。这一点我们要承认,有些教材没有承认这一点,我觉得是不对的。从宽泛的意义上说,任何人、任何组织都可以作为违宪的主体,但是,实际上,违宪主体主要有如下几种:

第一,国家机关。这是没有疑问的。

第二,行使一定公权力或政府职能的主体。在我国,这里面有事业单位、国有企业,还有特定的政治组织、社会团体。目前,我国的“社会团体”又包括人民群众团体,社会公益团体和学术研究团体。其中有一部分,比如说工会、共青团、妇联,就属于人民群众团体,但其具有特殊的政治地位。就连一些社会公益团体、学术研究团体,比如中国残联、中国文联、中国法学会,甚至黄埔军校同学会等等,其作为社会团体的主要任务、机构编制和领导职数,也都是由中央机构编制管理部门直接确定的。它们虽然是非政府性的组织,但在很大程度上行使着部分政府职能,或者说也行使一部分的公权力。那么,这些社会团体,就有资格作为违宪主体,其行为有可能违反宪法。还有一些政党组织也可能具有违宪的资格。在德国历史上,有两个政党,其本身曾被联邦宪法法院判决为违反了宪法。联邦宪法法院通过审查这些政党平常的行为及其政治纲领,最后判决其存在违宪,必须解散。哪两个呢?第一个是国家社会党,是延续纳粹精神的一个政党。第二个就是当时的德国共产党。这个判决可能对我们冲击很大。目前中国很难建立一种违宪审查制度,也许就是因为很多人都误解了,以为违宪审查制度会被用来判决某个政党违宪,或对我党不利。实际上这是不可能的,在中国即使确立了违宪审查制度,也不可能发生这种情



况。你可以说,因为党的领导已经写进了宪法,不让中国共产党领导,这本身就是违宪的。你甚至还可以说,如果中国共产党自己不领导,放弃领导权,那也是违宪的,也就是说,不是中国共产党的存在构成了违宪,而是说中国共产党这种“不作为”的行为违宪。

第三,在特殊情况下,也可能包括强大的私团体,如大型企业,也可能具有违宪的主体资格。一般来说,企业是私主体。私主体一般来说,也是受宪法保护的主体,不可能违宪。但是,在特殊情况下也可能构成违宪。有关这一点,我们在第十章讲述人权规范的效力范围时有详细讲述,请同学们自己对照之前的授课内容进一步学习。于此,我们必须强调,这个问题学理特别强,有一定的难度,但你了解之后,有关宪法与民法之关系的一些原理,或许也就可以了然于胸了。

### (3) 违宪的类型

那么,违宪有哪些类型呢?学习法学,分类很重要。我们概括一下,违宪的类型主要有这些:

第一,立法违宪。这个是最重要的,也是最普遍的类型。它指的是法律、法规以及规章等规范性文件的违宪。根据我国《立法法》的规定,我国的立法包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例,还有就是规章。全国人大及其常委会制定出来的规范性文件我们称为法律。其中,全国人大制定的称为基本法律,常委会制定出来的称为一般法律或普通法律。二者统称为法律。国务院制定出来的规范性法律文件我们称为行政法规,国务院各部委制定出来的规范性法律文件我们称为部门规章。再接下来,有权立法的地方人民代表大会及其常委会制定出来的,我们称为地方性法规。有权立法的地方政府制定出来的规范性文件,我们称为地方政府规章。民族自治地方的人民代表大会制定出来的,我们称为自治条例或者单行条例。所有这些规范性法律文件,统称立法。这些立法违反了宪法规范,在理论上就叫立法违宪。这是违宪当中的主要类型。法律制度越完备,这种违宪的类型就越重要。如果这个国家立法不多,这个类型就不重要了。

第二,具体行为违宪。这是指什么呢?我们又可以进行分类。第一种是指执行某部立法的具体行为违反了宪法。如果是这样的话,我们当然要追究这个具体行为,同时更重要的是要追究该部立法的责任。比如说,为了拆迁,地方政府制定了规章、拆迁条例,要把我们的校园全部拆迁。这时,我们可以讨论,这个条例本身是否违反上位法,如法律或者宪法。在这个时候,我们要追究拆迁行为,但更重要的是要追究这个拆迁条例本身,也就是说要把这个条例给连锅端掉,才能够彻底解决问题。这样看来,这种执行某部立法的具体行为的违宪,就不是具体行为违宪的典型类型。

真正典型的是第二种,它不是执行某一部立法,而是某种没有立法依据的具体行为。这种行为,在法学上也属于事实行为。此种事实行为违反宪法规范,就叫事实行为违宪。比如,日本首相参拜靖国神社。大家看看网上的相关照片,日本首相似乎是气宇轩昂地走进靖国神社,实际上他心里也在打鼓,因为这一走进去,后面就有很多的官司开始跟着他了,很多老百姓就可以告他违反了宪法的政教分离原则。当然,在日本目前的制度下,那是很难告赢他,因此他总是胜诉。这倒不是因为他是首相,所以告不倒,而是因为日本现行的违宪审查制度使然。所以,尽管他心里打鼓,知道进去后案件纷至沓来,很麻烦,但还是坚持潇洒走一回。那么,这个总理大臣参拜靖国神社,就没有法律依据,因此是事实行为,人们可以告它违宪,就属于这种类型的一个典型。但是,我们应该知道,具体行为违宪,尤其是事实行为违宪,在法治非常发达的国家,一般比较少见。因为在法治非常发达的国家,公权力的行使大部分甚至绝大部分都有法律依据,属于执行法律的行为。可是,在法治还不够发达的国家,由于立法不多,法律还没有形成一个完备的网络来制约公权力机关,因此,没有法律依据的公权力行为就比较多,具体行为违宪的现象发生就比较多,比例就相应较大。只是,随着法治的成熟,立法违宪的现象也会越来越重要。因此,违宪审查,之所以很多国家又称为“违宪立法审查”,原因也正在于此,因为它主要审查的就是立法是否违反了宪法。然而,在当下中国,具

体行为违宪,尤其是事实行为违宪,这个类型却值得我们重视。我们许多公权力的行为,往往都属于没有立法依据的行为,一旦违反宪法,就属于事实行为违宪。

#### (4) 违宪审查的用语及其内涵

明白了“违宪”之后,我们来了解“违宪审查”。“违宪审查”这个术语,大家知道,是中国学者从国外引进的。原来,相当于违宪审查的制度,我们称为宪法实施监督制度,简称宪法监督制度。后来人们进口了一个词,就是“违宪审查”。这个词从哪里进口的呢?从日本引进来的。但英语国家一般来说用 *judicial review* 的表述,实际上指的就是 *constitutional judicial review*。这个英文词怎么翻译比较好呢?香港人的翻译我觉得是不错的,叫“宪法上的司法复核”,*judicial* 是司法,*review* 是复核,有点像审查,但其词义不如审查那样强烈而有冲击力。但除了英美的 *judicial review* 制度之外,许多国家不是由普通司法机关来进行 *review* 的,因此,关于违宪审查,便有 *constitutional review* 这个统称。这个 *constitutional review* 的翻译呢,绝不是小问题。我琢磨了很久。几年前,我主持一个国家课题,起初叫做《违宪审查的原理与技术》,但研究下来就发现,如果一直用“违宪审查”,国内的许多人就会误解,会认为违宪审查制度对我们国家的权力机构体系冲击很大,影响稳定,所以持反对态度,而且更重要的是,*constitutional review* 本身就可以翻译为“宪法审查”,而且德国、法国也主要采用类似的用语。所以后来我就不用“违宪审查”这个概念,而选择一个更为柔和的概念,觉得还是用“宪法审查”比较合适,那个国家课题的研究成果出版时,也改名为《宪法审查的原理与技术》了。但因为大家还是比较多地采用“违宪审查”这个概念,所以,这里姑且还是采用“违宪审查”这个用语。

那么,“违宪审查”的具体含义应当如何理解呢?我觉得是这样的:它指的是特定的国家机关,依据一定的程序和特定的方式,对宪法行为是否符合宪法进行判断并作出处理的活动或者制度。

这个内涵我们要进行具体分析。对此,我们教材里面作了详细的说

明,我们在此再做些重点的强调:

第一,审查主体。关于由谁来审查,各国情况各不相同。有关这一点,我们等一下讲到各国制度会详细说明,但一般来说,都有一个法定的机关来进行审查。

第二,审查程序与方式。

第三,审查的对象是宪法行为。实际上就是我们刚刚说过的两种,一种是抽象行为,即立法行为,还有一种是具体行为。

第四,判断。即经过审查,最后作出违宪或者合宪的判断。

第五,处理。违反了宪法的,如果是立法行为,往往是宣告法律无效;如果是具体行为,往往是追究当事人的宪法责任。

关于违宪审查,我们要注意它的用语有很多,存在许多和违宪审查相近的用语,需要进行比较把握。有关这个问题,我们要分别弄清它们之间的区别、联系:第一是违宪审查与宪法保障,第二是违宪审查与宪法监督,第三是违宪审查与司法审查,第四是违宪审查与宪法诉讼。教材里有比较详细、准确的分析,大家可以去阅读。

## 2. 违宪审查的起源及演进

### (1) 违宪审查的起源

违宪审查到底起源于何处呢?学术界有三种说法,分别是起源于英国、法国或者美国,多数说采纳起源于美国的说法。我也承认,具有典范意义的违宪审查制度可以说是起源于美国的。

在美国,最早进行违宪审查的案件,发生在1803年的“马伯里诉麦迪逊案”,此案异常重要。如果在美国学习宪法,大多数教科书开篇就讲“马伯里诉麦迪逊案”。如果不提马伯里诉麦迪逊案,大家可能就觉得这本书有创新;如果法学院哪个学生竟然不知道此案,那绝对是学艺不精,一开始上宪法就逃课。但你即使懂得此案,也不等于美国宪法你全懂了——你也可能在美國只听了几节宪法课,然后就逃课了。

此案可谓人类历史上第一个具有典范性意义的违宪审查案件。大家记住,前提是“具有典范意义的”,仅就违宪审查而言并不是最早的,仅在

美国,此案之前,各州就发生过诸多违宪审查性质的案件。中国现在越来越多的人知道马伯里诉麦迪逊案。为什么呢?因为我们盼星星盼月亮,就盼着类似案件的到来,在自己的制度没有建立起来之前,先研究研究别人的制度也可以过过瘾。很多学者也分析过此案,比较著名的是北大的朱苏力教授,他把此案件写成一个政治故事。人大的胡锦涛教授也写。但我也写,题目是《司法的创举与谬误》。我认为,此案是个创举,但其中也存在诸多谬误,可是人们没有怎么发现谬误,为此它便单单成为创举。这些文章,大家有兴趣的话,都找来看看。你们学完之后也可能文思泉涌,涌得睡不着觉,就深更半夜起床,接着再写。为什么大家都写这个案子,说来本案的故事也是挺有趣的,我把大致案情说给大家听。

1801年3月2日,美国第二位总统亚当斯即将卸任,卸任之前任命威廉·马伯里(William Marbury)为哥伦比亚特区的治安法官。这个治安法官,英文是 Justices of Peace,相当于香港的太平绅士,有一点地位和身份,但却没有多大的权力,处理一些小案件。当时,亚当斯任命了一批人,这中间的一位是马伯里。小马是个倒霉蛋,给他的任命状还没有来得及送出,还待在国务卿的抽屉里,这时,亚当斯就卸任了。而继任的杰弗逊总统于1801年3月4日上任后亦不送出,他的国务卿是麦迪逊,可能将这些任命状弃之如敝屣,丢进了垃圾桶。这个麦迪逊,就是我们前面讲到的那个参加著名的制宪会议,并主动请缨担任书记员的那个哥们,当时在杰弗逊手下做国务卿。那么,马伯里就与其他另外三个具有同样情形的人以1789年的《司法法》第13条的规定为依据,直接诉至联邦最高法院,请求法院对国务卿麦迪逊发出职务执行命令书(writ of mandamus),强制他交付那些任命状。马伯里的理由很充分:上一任总统已经任命我做治安法官,你有义务把任命状送达给我,这是你的职务,你必须执行,你不执行,我告到最高法院,请求法院命令你执行,依据是《司法法》第13条,里面规定:“联邦最高法院在法律的一般原则和惯例所认可的情形下,有权对在合众国的权限下所设置的法院或公职人员发布职务命令书。”

这个案件的案情就这么多,说起来很简单,但其实背后也有很复杂的

政治背景。这一点很多人都分析过。我也给大家介绍一下。

话说当时,1800年11月,自美利坚合众国成立之后,一直处于执政地位的联邦党,在总统和议会的两大选举中连遭挫败。于是,按规定将于第二年3月3日下野的该党领袖亚当斯和他的国务卿马歇尔,便力图在司法机关中调整有利于本党的人事安排,以尽量挽回在两大选举中的败局,同时维护现行宪法秩序的运作。大家知道,美国是三权分立的国家,总统选举失败了,议会选举失败了,就等于说立法、行政两大权力都交出去了,那只能尽量在司法权上下工夫做文章。大家知道,在普通法国家中,司法权力很重要。因此,他们就通过做一些司法权领域的人事安排,以尽量挽回败局。

同年12月,亚当斯还急匆匆地任命尚在任中的国务卿担任最高法院首席大法官。马歇尔这个人,还在国务卿的任期内就当上了联邦最高法院的大法官。这本来就有点违反宪法,但是没办法,因为当时刚刚开国,一切都还比较混乱。1801年3月3日那一天,亚当斯第二天就要下野了,晚上连夜任命该区之内共42名治安法官,但其中17人的任命状来不及送达,包括本案原告马伯里。当时叫谁去送这42份任命书的呢?据说是叫马歇尔的兄弟去送的,连夜送出,但还是没送完。

1801年3月4日,共和党领袖杰弗逊进驻白宫,正式出任美国第三任总统。当他得知,有17份治安法官的任命状仍然滞留在国务院的抽屉时,便授意他的国务卿麦迪逊不要发送这些已经签署并已经封印的任命状,而是将它们“如同办公室的废纸、垃圾一样处理了”。伟人在特定时候,尤其是在政治活动中,也是会做手脚的,这些任命状也就真的被处理掉了。

本案被告,就是“美国宪法之父”麦迪逊。谁是原告呢?当然是马伯里。

本案最后的判决是马歇尔主持下的联邦最高法院作出的。据查,这个案件的判决书是首席大法官马歇尔亲自写的。此人还真有水平,他是个博士。这一点从本案的判决书里面就可以看出。这个判决书写得非常

精美,现代英国自由主义理论家哈耶克对这份判决书,包括对它的文笔,都赞不绝口。

这个判决书,主要讨论三个问题,依次是:第一,马伯里是否有权利得到他所要求的任命状?第二,如果他有这个权利且这一权利受到了侵犯,那么美国的法律能否为他提供法律上的救济?第三,如果法律确实应当为马伯里提供救济,那么是否应由联邦最高法院发出职务执行命令书?这三点是按照逻辑顺序层层推进的。马歇尔对第一点,持肯定态度。对第二点,也持肯定态度。但到了第三点,最关键的一点,却持否定态度。他认为,法律确实应当为马伯里提供救济,但是不应该由联邦最高法院来发出职务执行命令书。判决书的大致结构是这样的,写得很微妙。

那么,否定第三点的理由是什么呢?《司法法》第13条确实赋予联邦最高法院对类似本案这样的纠纷的第一审管辖权。然而,该条款却与联邦宪法第3条第2项的规定相抵触,因而违宪无效。宪法第3条第2项规定,联邦最高法院仅仅对“涉及大使、公使、领事以及一州为当事人的案件”才具有第一审的管辖权。因此,本案所依据的《司法法》第13条,违反了宪法的这一条款。由此,本案驳回马伯里的起诉。

这个案件,就变成了违宪判决的案件。在一个具体的纠纷案件中,最后审查的是案件所要适用的一个法律,即《司法法》,指明该法律因违反了宪法其中的一个条款而无效,案件驳回。

马伯里在这个案件里虽然败诉了,可是马歇尔却趁机写出了两条道理来。这两点都非常有利于联邦最高法院:第一点,违宪的法律自当无效;第二点,法院必然有权对法律是否违宪进行司法审查。这样的论述一旦成立,尤其是第二点,法院就确立起了一种权力,即违宪审查的权力,这样,司法机关就有权对法律法规是否违宪进行审查。

大家知道,马伯里其实就是马歇尔的“老板”亚当斯任命的。所以,按照情理来讲,马歇尔应该同情马伯里。但是,在判决书中,马歇尔却牺牲了马伯里,大马在关键的时刻“抛弃了”小马。但是,马歇尔通过这个案件,却是丢了芝麻,抓到西瓜,为自己的法院,甚至为整个联邦系统的法院



确立了一项很重要的权力,那就是违宪审查权。违宪审查权可以否定议会和总统所制定的法律法规,这样实际上也就给掌握司法权的联邦党和在杰弗逊所领导的党派斗争的天平上增加了砝码。

今天我们要注意的是,违宪审查的案件并不都一定有政治背景。可是,人类历史上第一个具有典范意义的违宪审查案件却具有复杂的政治背景。从这一点上说,这个案件背后的政治故事,对我们具有很大的启发意义。不过,我们还要注意的是,在这个案件中,在判决书当中出现的,不是政治斗争的言辞,而是法律论证的道理。政治上的责难,以及政治斗争的策略,全部都收敛起来,或者只隐存于判决书的“法言法语”背后。这就是美国人的一种政治智慧,把政治的话语转化为法律的话语,甚至转化为法律技术来处理。这也是法治国家的一种策略,判决书中没有大骂:“好啊,杰弗逊,麦迪逊,你们这些卑鄙无耻的家伙啊,居然搞小动作,你看人家马伯里多可怜!”这样的话一个字都没有,全部化为严谨的法律语言来论证,三个步骤的层次,至少看上去也是层层推进,顺理成章的。而且,马歇尔在其雄辩的判决书里面,有进有退,以退为进,展现了其深远的政治谋略。

这里最有趣的是,虽然在本案中马伯里输了,可是他又赚大了,因为这个倒霉蛋从来都没有想到,他个人职业生涯中的一次意外的挫折,让他的名字长留在美国的宪法史上。

如果有一天,你们也有机会拥有这样的不幸,那么,请千万不要拒绝,这也许比做一名下级法院的法官好多了。

## (2) 违宪审查制度的演进

在近代宪法时期,特别是立宪主义原理确立时期,除了美国这一典型的例外,以近代欧陆的法国和德国等国为代表,当时世



图 36 在今日美国联邦最高法院大厅里,可看到马歇尔大法官的大型雕像。图为本书著者访美时在其旁的留影,为林盛也所摄

世界上绝大多数宪政国家,都将公权意义上最终的宪法解释权交给议会,即否定任何机关对代议机关所制定的法律可以进行违宪审查。法国第三共和国宪法(1875年宪法)即是一个典型,其背后存在着议会中心主义的理念,此外还有卢梭思想的影响。总之,在19世纪,大部分国家的宪法实施主要是立法机关通过积极的立法去贯彻宪法中的立宪主义原理,尤其是宪法中有关基本权利的规定,与此同时,司法机关与立法机关则合力限制脱胎于君主权力的行政权,建立起了法律优位和法律保留的机制。

但伴随着近代立宪主义的危机,议会中心主义亦遭遇重大挫折,主要通过立法的具体化来实施宪法的方式自然也受到挑战。尤其是基本权利的保障方面,近代宪法的那种将基本权利交由普通立法去保护的做法,本身就具有重大风险,因为立法机关在将其具体化的过程中,既可以规定赋予其具体内容,也可能对其进行过当的限制,尽管“只有通过法律才能限制基本权利”这一法律保留观念的命题,在逻辑上无法推导出“只要通过法律就能限制基本权利”,但遗憾的是,在近代西方宪法史上,“只有通过法律才能限制基本权利”的理念,确实在很大程度上演变成为“只要通过法律就能限制基本权利”的事实。有鉴于此,对普通法律是否违反了宪法规范进行审核,就成为现代宪法的重要课题之一。从比较宪法的角度来看,各国在现代宪法时期大致均建立了各种宪法保障制度,用以保障宪法的实施,违宪审查制度是其中发挥了最重要功能的一项制度。

### 3. 现代违宪审查体制

有关这一点,教材写得非常详细,在第303页至第308页,我这里简单给大家理一下。许多学者依审查主体和审查方式来分类,认为世界各国一共有四种违宪审查体制:第一种,最高代表机关审查制;第二种,司法审查制;第三种,宪法法院审查制,由一个专门设立的宪法法院来进行违宪审查;第四种,宪法委员会审查制,由一个称为宪法委员会的专门机构来进行审查。

最高代表机关审查制的审查主体是最高立法机关,也就是最高民意机关、代议机关。我个人认为,它具有以下特点:其一,具有低度典型性,

也就是说,这个体制主要见诸社会主义国家,此外,近代早期以及现代的极少数欧洲国家也曾采用这种制度,但很不典型;其二,一般不审查自己制定的法律,主要是审查法律以下的法规范,比如行政法规、地方性法规等。

而“司法审查”制度的审查主体,指的是普通的司法机关,从下级法院到上级法院,一直到最高法院都有权审查。美国就采用这个制度。大家不要以为在美国只有联邦最高法院才有权力进行违宪审查,其实联邦的下级法院也有权进行审查。它的审查方式是具体审查,或者说“附随性审查”。这是什么意思呢?意思就是:要首先存在一个普通案件,这个案件可能是民事案件,也可能是刑事案件,更多的可能是行政诉讼案件,这个案件进入普通法院去审理,但因为里面涉及宪法问题,在一定条件下就可作为一个宪法诉讼,针对宪法问题进行审查。怎么审查呢?一般来说,是审查这个普通案件中所适用的法律是否违反宪法。可见,具体审查或附随审查,是在某一具体个案当中插入宪法审查,或者说,宪法审查是附随着具体的普通个案提起的。在此制度下,宪法诉讼就不是一种独立的诉讼形态,而是附随于其他诉讼形态,包括民事诉讼、刑事诉讼或者行政诉讼。这个体制的代表性国家主要是美国,但据晚近的研究,目前世界上共有 81 个国家采用了这个制度。

美国联邦最高法院第一次开庭,是在 1790 年。现任的美国联邦最高法院大法官,编制是 9 位,其中有两位是女性,有一位黑人;首席大法官现在是罗伯兹,相当于当年的马歇尔地位的,这个人保守派。所谓保守派,简单说来,就是比较重视自由而不太重视平等,在宪法解释方法上趋向于采用“原旨主义”。当然,这只是一种极为简单的说法,实际上可能更复杂。

战后的日本也是采用司法审查制。美国是 9 个大法官,日本则共有 15 位大法官。中间是首席大法官的位置,刚好对准大门,法庭的结构很严谨。

再说宪法法院审查制,它的审查主体是宪法法院,是在普通法院之外

专门设立的一种机关;其审查方式有两种:一种是抽象审查,即根据提请要求,直接对法律文本进行审查,在程序上不依附于某一具体的案件;另一种审查方式是宪法诉愿,即某个公民认为自己宪法上的权利受到侵犯,可以先通过其他法律途径进行诉讼,当其他法律途径全部用完之后还不能得到救济的时候,就可以向宪法法院提起诉讼,要求宪法法院进行违宪审查,保护他宪法上的权利。所以说,宪法诉愿是在穷尽了其他一切法律上救济的途径之后,才将案件提交宪法法院进行审查,以维护自己基本权利的审查方式。宪法法院审查制的代表性国家是德国,但该制度最早起源于1920年奥地利宪法,据不完全统计至少有58个国家采用该种制度。在亚洲,韩国以及我国的台湾地区采用了这种制度。前苏联分裂出来的许多国家,以及欧洲的前社会主义国家,也大多都采用这种制度。

我们来看看德国联邦宪法法院的图片。德国有州的宪法法院和联邦宪法法院两级。这就是德国联邦宪法法院大法官,着红袍,看上去气质都不错,非常成熟有智慧的样子。其实德国联邦宪法法院的法官人数采用偶数制,总共有16位,分两个法庭,每个法庭一般



图 37 德国联邦宪法法院的法官们

8位法官组成。之所以采偶数,是为了促进案件讨论的深入,而不至于出现微弱多数的情形,比如像美国那样时而出现5比4的局面,判决出来之后还是会引起社会激烈争议。而德国采用偶数大法官的制度,就有利于促进法院对案件进行深入的讨论,形成强大的多数。

再说宪法委员会审查制,它的审查主体也是一个专门机关,叫宪法委员会,这个体制的代表性国家是法国。委员会的成员有多少位呢?简单说就是“9加N”:首先是9位委员,再加上不确定的几个人,即N位。这不确定的N位是什么人物呢?主要是还在世的卸任总统。那稳定的9位

的任命制度可叫做“三三分别任命制”，即9个人当中，三个由现任总统任命，三个由上议院议长任命，还有三位是由国民议会议长任命的。长期以来，它的审查方式主要是采用事前性的抽象审查，即在法律文本还没生效时就直接审查。

#### 4. 违宪审查的基本功能

违宪审查的基本功能，也可以说是基本作用。关于违宪审查的重要作用，说法有很多。放眼望去，我觉得德国人的一句话表述得最好：违宪审查实际上是“立宪法治国的拱顶石”。也就是说，如果说法治国家像是一座巍峨的大厦，那么，违宪审查制度就是这座大厦的拱顶石。

但具体而言，违宪审查有如下几项功能（作用），教材的第300页至第301页有详细的论述。

我们强调，违宪审查最重要的功能就在于保护公民的基本权利和自由。虽然，在前面讲的人类历史上第一个具有典范意义的违宪审查案件中，马伯里的基本权利没有得到保障，但是此后，我们可以看到违宪审查发挥的主要功能就在于保护人的基本权利。当你有冤情，你的基本权利受到侵犯，可以通过违宪审查制度来寻求救济。这应该是第一位的功能。第二位功能才是保障统一的法秩序。法律秩序由许多立法组成，有些法律法规可能抵触了上位法，或者它们互相矛盾，或者存在问题，一旦有了违宪审查制度，人们就不必进行空泛的道德批判，只会谩骂这部法律是“恶法”，甚至还冒着巨大风险去“暴力抗法”了，而是通过一个制度来理性地评价确认它是否真的违反了宪法，如果违反宪法，就把那部分或者整部法律从法律体系中清除出去，以便使整个法律体系保持合理、安定、统一的状态。在这个意义上，违宪审查制度具有类似于一种“排毒养颜”的功效。

接下来，我们要思考一个问题：违宪审查主要是审查立法是否违宪，而法律却是民意机关制定的，那么，民意机关是否会制定出侵犯人权从而违宪的法律？

这个问题在中国非常重要。在中国，之所以真正有实效性的违宪审

查制度一直难以建立,原因就在这里。违宪审查要审查法律,可是这个法律是由全国人大及其常委会制定的,所以人们就反问:全国人大及其常委会会制定出违反宪法的法律吗?更何况,人民代表为人民,受人民监督,怎么会制定出侵犯我们人权的法律呢?就这样,这个问题,在理论上一直困扰着思维过于政治化了的中国人。于是,询问“立法机关是否可能制定出侵犯人权从而违宪的法律?”这样的问题,就是非常必要的了。

对于这个问题,我的答案是:有可能的。

从理论上说,第一,民意机关是由人民代表组成的,但不是由全体人民组成的,而且不管选举制度多么发达,民主性程度多么高,人民也不可能完全约束人民代表,因此人民代表有可能制定出侵犯人民利益的法律;第二,人民代表的产生以及法律的表决,往往都采用多数决,为此法律一般来说只体现多数人的意志,有可能过度限制或者侵犯以个体为主体的基本权利,也就是说多数人侵犯少数人的基本权利的情况,在法律上经常出现。即使民意机关是由全体人民组成的,这个问题还是存在。

这两点已经很重要了。而从现实上来说,即使在民主化程度较高的国家,也曾存在侵犯人权而违宪的法律。人类历史上的许多事实都证明这一点,而且各国违宪审查的裁判员也都说明了这一点,即议会或者其他同类的民意机关所制定出来的法律,完全有可能违反宪法,侵犯人民的基本权利。

也许有些人说,我国就不会,因为我国是人民民主专政国家,不同于资本主义国家;我们的人民代表为人民,绝对不会制定出侵犯人民基本权利的违宪的法律。但是,这种说法只是一种通行的政治理论上的修辞,无论从实证意义还是从法学理论上讲,都是讲不通的。从法学理论上来说,不说别的,就说一点:世界上很少有国家像我们这样,最高民意机关即全国人民代表大会及其常务委员会不是通过直接选举产生的,而是通过多层级的间接选举产生出来的。而世界上大多数的民主法治国家,其最高民意机关或立法机关,都是直选产生,全国所有有资格的公民都可以参加它的选举。在这种制度下,它的代表就更容易受到全国人民的约束。

而我们国家的全国人民代表大会,则未必容易受到人民的约束,这一点我们必须承认。

那么,我国的违宪审查制度如何呢?接下来讲——

### (三)我国的违宪审查制

#### 1. 我国违宪审查制的界定

我国宪法学界一种重要的观点认为,我国违宪审查制度,实际上就是“宪法实施监督”制度。它的历史沿革的基本情况是这样的:1954年宪法规定了全国人大及其常委会的宪法实施监督制度,但1975年宪法没有规定,1978年宪法和1982年宪法又恢复了1954年宪法规定的这一制度。因此,可以说我国的违宪审查制度走过了一段非常曲折的历程。如同我们在第六章所说的,“我们应该在世界上推销自己的国家,不要把自己的国家诠释成是根本无法和对方比较的古怪的国家,从而遭到无谓的排斥。”因此,在与世界各国不同的宪法保障制度的比较中,我们该如何界定我国现行的违宪审查制度呢?

如果从宪法实施的动态角度(历史类型学角度)反观我国宪法的实施状况,不难发现,就目前我国宪法的实施形态及其构建的宪法保障制度而言,与其说它已然跻身于现代宪法之列,毋宁说较为接近于欧陆国家的近代宪法。与许多国家的近代宪法一样,我国现行宪法同样也将宪法的解释权交给最高国家权力机关,并否定了由外部的任何机关对国家立法机关所制定的法律进行审查。在这种情形之下,宪法实施的具体方式确实主要是通过国家立法机关制定具体的法律来实施的,行政机关、司法机关等其他国家机关、各政党和社会组织乃至“全国各族人民”虽然根据宪法也“负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”(宪法序言),即同样也应被视为宪法实施的主体,尤其是其他国家机关和各政党(主要是执政党)在国家总体秩序纲领以及国家组织规范等部分的宪法规范的实施中,无疑应直接承担相应的责任与功能,但宪法序言中的这一规范性命题本身也含有一定的政治宣言色彩,而在实定宪法制度中,除了立法机关之外,行政机关和司法机关等国家机关以及各政党,在宪法实施过程中更多是



处于规范意义的消极地位之上,简单说就是不超越宪法,或曰不违反宪法即构成对宪法的实施(此可谓消极意义上的宪法实施)。在此值得一提的是,在现实中,司法机关对宪法实施一般也是采取了消极的态度,尤其是自“宪法司法化”遭受挫败之后,其对宪法规范的适用或宪法问题的判断几乎避之唯恐不及,对司法违宪审查更是视之为畏途。

从以上角度加以考察,我们可以得出结论:我国宪法的实施形态及其构建的宪法保障制度确实较为接近西方国家的近代宪法。当然,有一点明显不同的是,如前所述,西方国家近代宪法的实施,在很大程度上表现为立法机关积极通过制定法律贯彻立宪主义的原理,即一方面力图以法律保护基本权利,另一方面又力图与司法机关共同携手限制行政权。与此不同,就我国目前的情形来看,作为“宪法守护者”的全国人大及其常委会虽然在规范意义上也拥有相当广泛的重要权力,但长期以来在现实政治中,则一向采取了一种可谓自我谦抑主义的政治立场,以致宪法中所规定的一些涉及其重要职权的条款本身,即属于“有待得到有效实施的宪法条款”。

## 2. 现行审查制度的基本内容

当然,自现行宪法颁行之后,尤其是进入21世纪以来,宪法实施监督制度也有所发展。我国现行宪法实施监督制度已经形成了受动审查和主动审查两种方式,以致许多学者将这个制度表述为“违宪审查制度”。(这里所言的“受动审查”,迄今在学界多被称为“被动审查”,但由于“被动”一词在中文语境中含有贬义色彩,故我们改采“受动审查”这一更趋中性的用语。)然而,应该承认的是,与各国现代宪法下的违宪审查制度不同,我国的这一制度不仅在自身的制度构造上尚未完善,而且在现实中亦未充分发挥其在自身的制度框架内所能发挥的应有功能。

现行违宪审查制度的规范依据在哪里呢?根据教材的说法,宪法当中有规定,此外《全国人大组织法》《立法法》《全国人大议事规则》以及《全国人大常委会会议事规则》等也有规定。有关现行审查制度的基本内容,教材有详细的论述。我想在课堂上概括为这几点,方便大家宏观把握。

第一,存在两种审查的目标(功能)。这首先可以从以下条款中得到理解:《宪法》第5条第2款中规定“国家维护社会主义法制的统一和尊严”,这可理解为表述了我国违宪审查的第一个功能,即在学术上可简称为“法的统制”;第33条第3款规定“国家尊重和保障人权”,这一条也可以作为我们违宪审查制度的一个重要功能的说明,即说明我们的这一制度也以尊重和保障人权为目标,可简称为“人权保障”。这两个功能我觉得都与前面我们所讲的世界各国违宪审查的功能大致是一样的。当然,这只是一个解释学上的说法,而不是事实论。我国目前的违宪审查制度事实上能否实现这两个功能,这还很难说,但是从解释学的角度上,我认为它应该发挥这两大功能。

第二,存在两个审查机关。我国违宪审查制度有两个审查机关:第一个是全国人大,关于这一点《宪法》第62条有规定;第二个就是全国人大常委会,这在《宪法》第67条规定。应该指出,违宪审查实际上主要是由全国人大常委会进行的。除这两个机关之外,还有一些辅助机构,主要是全国人大各专门委员会,以及全国人大常委会法制工作委员会、法工委下设的法规审查备案室,这些都是我国违宪审查制度的辅助机构。

第三,两种审查方式。我国的审查方式非常复杂,而且非常凌乱。我总结了一下,主要有两种审查方式:第一种是主动审查,主要是全国人大及其常委会交付各专门委员会审议并提出报告。某一个法律草案出来,由全国人大常委会交给各专门委员会进行审查,看有没有违反上位法,包括宪法。在我国法律制度里还有一个备案制度,由下级立法机关制定的法律需要拿到全国人大常委会进行备案,由备案机关进行事前性的或者事后性的审查。这都是由审查机关主动进行的审查。总之,全国人大常委会对法律法规的主动审查,本来也属于通常所说的立法监督的范畴,是基于备案审查制度的基础上展开的。主动审查的程序也具有一定的内部性,但相较于受动审查方式而言,主动审查方式更具有实效性。第二种是受动审查。这是2000年颁行的《立法法》第90条规定的,第1款引入了复数特定国家机关有权向宪法监督机关提出特定立法审查要求的机制,

同条第2款更进一步引入了其他组织和普通公民有权向宪法监督机关提出特定立法审查建议的机制,而且后者是一种无其他适格条件限制,且无前置性过滤机制的提请机制。前面那五种主体有权提出审查要求,后面那些只能提出审查建议,这是有区别的,大家要注意。

第四,审查对象较为广泛。理论上,全国人大常委会的法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例以及经济特区的法规,可以审查。此外,最高人民法院以及最高人民检察院的司法解释也可以加以审查。两高的司法解释在司法实务中无比重要,我国法律的许多问题就出在这里面,所以非常有必要加以审查。

在整体的法律体系当中,存在两种非审查对象,也就是没有被列入审查对象之列的立法。其一是全国人大本身制定的法律,也就是基本法律。其二是规章,包括部门规章以及地方政府规章。在我国恰恰是规章特别多,数量达到几万个。《立法法》规定国务院有权撤销规章,地方人大常委会也有权改变或者撤销本级政府的规章,另外,省级政府有权改变或撤销下级政府的规章。但是,请注意,这种审查的权限并不属于全国人大及其常委会,因此,如果将我国目前的违宪审查制度理解为只是最高民意机关的审查制,那么从这种意义上来说,它们就不能说是属于我国违宪审查制度的内容,而是在违宪审查之外的制度。

由于该制度在审查主体、审查对象、审查方式以及审查程序等方面仍然存在一些先天的不足,在实际运作过程中也往往采行内部沟通斡旋等相当柔性的、没有应有制约力的审查方式作为前置性程序,而其在性质上又属于脱离具体个案的抽象审查,不存在对诉结构,为此其审查的强度也是颇为有限的,大多只是字面上的作业,即非精细化的“文面审查”,而且主要也只是通过字义解释的方法,发现一些“肉眼”看得出的明显违宪之处,难以期待它从规范原理的角度审查深层次的违宪问题。

### 3. 现行违宪审查制度的运行状态。

#### (1) 怠滞的违宪审查制度

可以说,长期以来,我国的违宪审查制度基本上属于怠滞状态,至少

在表面上看,从无引人注目的绩效。这是我在一篇文章《宪法不能没牙》中所采用的表述。具体可以分为两方面:

第一方面,主动审查方面。2004年,全国人大常委会在法工委之下设立法规审查备案室,专门负责各类立法及司法解释的审查工作。根据内部人员的一项研究成果透露,自2006年《监督法》实施之后,审查机关对依据该法必须向全国人大常委会备案的司法解释实行了逐件审查;自2010年起,审查机关又开始对行政法规(目前共约690多件)实行逐件审查;而对于地方性法规,由于其数量极为庞大,为此采取有重点开展审查的方式。虽然这些内部工作的绩效取得了一定的绩效、应得到学界的关注,但从该项制度实施的时间长度、影响力范围等方面来说,主动审查功能仍然处于相对停滞的状态之中。

第二方面,受动审查方面。众所周知,《立法法》第90条本来属于我国宪法实施监督制度发展史上的一个具有里程碑意义的制度创新,并曾被寄予强烈的期望。但令人大跌眼镜的是,《立法法》实施14年以来,在实践中,却从未出现过特定国家机关向全国人大常委会提出立法审查要求的个案,公民向全国人大常委会提出立法审查建议的件数,也大大低于人们的期待与想象。据内部人员新近的一份研究透露,自2008年到2012年,全国人大常委会共收到各类审查建议只有361件,其中以公民个人名义提出的有335件,占其中92.8%,其间,每年平均仅达数十件。全国人大常委会在十一届全国人大二次会议上所作的工作报告中曾正式公开的一个数据资料,也印证了这一点,即全国人大常委会于2008年度所收到的所有审查建议的件数,仅为86件。更有进者,从未有正式的信息显示,公民审查建议被正式纳入审查程序,或得到有效处理或答复。多次以著名学者带头联名所提出的,并在公众舆论中受到广泛关注的审查建议,同样也面对了这样的命运。而之所以还有类似的后继者出现,乃是提请者出于想借助这一合法途径使得自己的诉求获得公众关注这一策略性的考虑而已,并未真正寄望宪法实施监督机关能够给予有效的回应。

## (2) 孙志刚案：制度活性化理想的挫败

当然,2003年的一个案件,曾打破了这一闷局,这就是孙志刚案件。这个案件大家应该都知道:一个大学毕业生名字叫孙志刚,在广州被收容审查,并且在收容所里被殴打致死。这个就是孙志刚生前的自画像,可以看出这个人还是有一些艺术天分的,但画像看起来比较忧郁,不开心。他大学一毕业,就去广州一家公司工作,有一天在街上,因为没有带身份证,又有点倔,跟城管人员顶嘴,结果被抓到收容审查所里面;在收容期间,因患病在收容所的医院里面被同一病房里的另一些人员殴打致死。案件在非常偶然的情况下被披露出来,引起全国人民的关注。为什么说偶然呢?这是有原因的。收容审查所里有多少人被打死,很难统计,可是孙志刚这个案件能够披露出来,可能因为他是一个大学毕业生。当时,据说报道此事件的报纸的记者还受到当地公权机关的严厉警告。但是纸包不住火,在这个网络时代里,此案迅速被广为传播,舆论一时鼎沸。事件发生后,三位被媒体强调拥有博士学位的普通公民依据《立法法》第90条,直接“上书”全国人大常委会,建议审查《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》是否违宪。当时称为“三博士上书事件”。

最终结果如何呢?这个程序没有在受理机关那里得到完成,受理机关甚至连一纸简单的邮件收取复函也没回复这三位博士。石沉大海一个多月之后,国务院主动宣布废止二十多年前所制定的该《办法》。当时的总理温家宝主动召开国务院常务会议,宣布废止该《办法》。整个过程中,拥有违宪审查权的全国人大常委会一直保持沉默。对于他们来说,沉默是金!

总之,我国现行的宪法实施监督制度虽然也被学者们策略性地称为“违宪审查



图 38 2003年,一件人命案在中国引起广泛的震动,乃至成为一件重大的宪法性案件。据传,这就是案中被害人孙志刚的生前自画像

制度”，但该制度并不具有典型性，更由于其本身所存在的缺陷，因此并不足以充分保障宪法的实施。这几乎可谓是我国现行宪法的“阿喀琉斯之踵”。

#### 4. 深远的背景

我国宪法之所以形成了上述的实施形态，其背景是深远的。如前所述，至少在实定宪法意义上应属于宪法实施的“第一责任者”的全国人大常委会，长期以来在现实的政治生活中则采取了自我谦抑主义的立场。而从宪法实施的动力机制这个角度来看，作为本身就是经过多层级间接选举产生的民意机关，全国人大及其常委会就其目前的制度构造而论，确实很难获得实际推动宪法全面有效实施所需的必要动力，无论是当今中国政治权力的分配格局，还是国家治理的基本模式，则从更为根本的意义上决定了这一点。

鉴于以上的分析，即使从规范性理论的角度而论也可得出这样的判断，在转型期宪法完成其转型之前，全面有效实施宪法是不可能实现的。

所幸的是，作为转型期宪法，我国现行宪法已经逐步开始了这种转型，我曾将其描述为如下三个方面：第一，从宪法的价值原理来看，现行宪法已开始从过去的那种主要秉持“报应正义”的宪法，正在向秉持“互惠正义”的宪法逐步转型；第二，从宪法的规范属性上来看，现行宪法已开始从过去的那种单纯的“政权正当性认定书”，正在向“规范宪法”逐步转型；第三，从宪法的核心内容上看，现行宪法已开始从过去的那种单纯的“国家总章程”正在向“权利保障书”逐步转型。

#### 5. 最终的出路

##### (1) 学界的主张

面对目前违宪审查的制度，学术界提出各种各样的主张。追溯二十多年来学术界的各种主张，我梳理了一下主要有四种：

第一种主张，认为中国要建立宪法委员会制度，学习法国的宪法委员会制度，但又不照搬法国，要把宪法委员会建立在全国人大或者全国人大常委会下面，来专门进行违宪审查。这个意见不是今天才提出来的，而是

在我们 1982 年宪法起草过程当中就有老一辈的宪法学家们提出过。

第二种主张,有些人强烈主张我们要学习美国,实行司法审查制。前几年所谓的“宪法司法化”的浪潮里,就出现了这种强烈呼声。

第三种主张,有些人主张要学习德国,采用宪法法院审查制。

第四种主张,复合制。这种说法野心更大,要将各国制度的优点全部吸收过来,建立我国独特的、最具有优越性的违宪审查制度。

我国政治实践表明,学术界的这些主张在目前来说是难以实现的。

(2) 针对当下的建议

我同意学术界的看法:就违宪审查制度本身来看,其内部不仅存在多种可供选择的具体模式。同时,我还认为,即使在某一个特定模式的具体运作上,也拥有很大的回旋余地,在积极主义与消极主义的路线之间即具有不同的刻度,为此,从现下即开始着手逐步改善和健全我国现行的违宪审查制度,并不是没有可操作性的。

有鉴于此,我坚持认为:在全国人大之下设立与全国人大常委会相并立的宪法委员会,使其专门行使违宪审查权,哪怕在最初阶段采取相对审慎的自我谦抑主义的审查路线,也有利于宪法实施的保障,并为纾解当今我国社会不断积累的、纷繁复杂的社会矛盾,开通一个“法治号”的理性对话和纠纷解决机制。而这本身亦大可裨益于转型期宪法的转型,使其理性有序得以推进。

当然,这估计一时难以到位。但在现下,我们也可以退而求其次,至少可以充分发掘和穷尽现行宪法体制内的一切制度性资源,从其内部尽力开拓出推动宪法有效实施的可行之路。在此方面,我认为,不妨激活《立法法》第 90 条第 1 款有关立法审查请求权机制,疏通法院与全国人大常委会之间的制度通道,逐步形成一种可称为“合宪性审查优先移送”的机制。

其具体内容可作如下描述:下级法院在具体审理普通司法案件时,如遇到所需适用的规范性法律文件之间存在冲突,尤其是发现下位法存在违宪之虞,可中止当前的诉讼程序,通过法院系统内部的案件请示制度,



將系案中所涉及的规范性法律文件是否符合宪法的问题,以书面形式上呈报至最高人民法院;最高人民法院在经过必要的初步审核之后,如认为系案中所适用的规范性法律文件确实涉及合宪性问题,则可根据《立法法》第90条第1款的有关规定,以书面提起审查要求的法定形式转呈全国人大常委会,由后者纳入立法审查的程序;全国人大常委会对系案中所适用的规范性法律文件合宪性问题作出正式的宪法判断之后,将该判断发回法院,由原审法院继续审理原案,但对案件的判决须受全国人大常委会有关宪法判断的约束。这就是我所说的“合宪性审查优先移送”机制。这里顺便值得一提的是:实际上,无论是战后德国还是2008年修宪后的法国,均存在类似这样的制度。

同学们,至此,我们这个学期的宪法学课程全部结束。

在最后,请允许我套用莎士比亚的一个诗句,做最后的总结:

我们历尽了千辛万苦,终于在乱麻中采获了宪法学这朵鲜花。

谢谢大家!

一、法律部法律(法部考) 德意志法律部

## 附 录

（一）法律部法律(法部考) 德意志法律部  
（二）法律部法律(法部考) 德意志法律部  
（三）法律部法律(法部考) 德意志法律部

（四）法律部法律(法部考) 德意志法律部  
（五）法律部法律(法部考) 德意志法律部  
（六）法律部法律(法部考) 德意志法律部

（七）法律部法律(法部考) 德意志法律部  
（八）法律部法律(法部考) 德意志法律部

（九）法律部法律(法部考) 德意志法律部  
（十）法律部法律(法部考) 德意志法律部

（十一）法律部法律(法部考) 德意志法律部  
（十二）法律部法律(法部考) 德意志法律部



## 一、法科初学者《宪法学》课程精选推荐书目

1. 《宪法学》编写组:《宪法学》,高等教育出版社·人民出版社 2011 年版。
2. 王培英编:《中国宪法文献通编》(修订版),民主法制出版社 2007 年版。
3. 林来梵:《宪法学讲义》,法律出版社 2015 年第 2 版。
4. 韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》(第 2 版),中国人民大学出版社 2008 年版。
5. 张千帆:《宪法学导论》(第 2 版),法律出版社 2008 年版。
6. 陈新民:《德国公法学基础理论》(上、下),山东人民出版社 2001 年版。
7. [日]芦部信喜著:《宪法》(第三版),林来梵等译,北京大学出版社 2006 年版。
8. [英]洛克著:《政府论》(第三版)(上、下),翟菊农等译,商务印书馆 1982 年、1984 年版。
9. [法]卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 1980 年版。
10. [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上、下),商务印书馆 2012 年版;或申林译:《论法的精神》(缩译本),北京出版社 2007 年版。
11. [英]密尔著:《代议制政府》,汪渲译,商务印书馆 1982 年版。

12. [美]汉密尔顿等著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1997年版;或尹宣译:《联邦论》,译林出版社2010年版。

13. 季卫东:《宪政新论》,北京大学出版社2002年版。

14. 夏勇:《人权概念起源》(修订版),中国政法大学出版社2001年版。

15. 蔡定剑著:《中国人民代表大会制度》(第四版),法律出版社2003年版。

16. [日]藤仓皓一郎等主编:《英美判例百选》,段匡等译,北京大学出版社2005年版。

17. [美]安东尼·刘易斯著:《批评官员的尺度〈纽约时报〉诉沙利文案》,何帆译,北京大学出版社2011年版。

18. 梁漱溟:《中国文化要义》,上海人民出版社2011年版。

19. 钱穆:《中国历代政治得失》,北京三联书店2005年第2版。

20. 林来梵:《文人法学》,清华大学出版社2013年版。

9. [美] 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》（修订本），北京大学出版社 2006 年出版。

10. [英] 戴平：2001 年牛津法律辞典，法律出版社 2001 年出版。

### 三、有关国家与政府

1. [日] 河部克敏：《宪法》，法律出版社 2001 年出版。

## 二、《宪法学》课程进阶学习推荐书目

2. 熊秉真：《中国宪政史》，法律出版社 2001 年出版。

3. [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店 2003 年出版。

4. [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年出版。

5. [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店 2003 年出版。

### 一、相关学科基础部分

1. [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1997 年版。

2. [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1980 年版。

3. [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版。

4. [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店 2003 年版。

5. [英] 马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书 2002 年版。

6. [美] 乔治·萨拜因著、[美] 托马斯·索尔森修订：《政治学说史》（上下卷），邓正来译，世纪出版集团·上海人民出版社 2010 年版。

7. [美] 斯科特·戈登：《控制国家——西方宪政的历史》，应奇等译，江苏人民出版社 2001 年版。

8. [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆 1997 年版。

9. 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》（修订本），北京大学

出版社 2005 年版。

10. 李强:《自由主义》,中国社会科学出版社 1998 年版。

## 二、有关宪法学基础部分

中国学者:

1. 许崇德:《中华人民共和国宪法史》(上、下),福建人民出版社 2005 年版。

2. 韩大元:《宪法学基础理论》,中国政法大学出版社 2008 年版。

3. 张千帆:《宪法学导论》,法律出版社 2004 年版。

4. 胡锦涛:《中国宪法问题研究》,新华出版社 1998 年版。

5. 季卫东:《宪政新论》,北京大学出版社 2002 年版。

6. 韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》(第 2 版),中国人民大学出版社 2008 年版。

7. 童之伟:《法权与宪政》,山东人民出版社 2001 年版。

8. 陈新民:《德国公法学基础理论》,法律出版社 2010 年版。

9. 林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社 2001 年版。

10. 林来梵编:《宪法审查的原理与技术》,法律出版社 2009 年版。

外国学者:

1. [日]芦部信喜:《宪法》(第 3 版),林来梵等译,北京大学出版社 2006 年版。

2. [法]狄骥:《宪法学教程》,辽海出版社等 1999 年版。

3. [德]黑塞:《联邦德国宪法纲要》,商务印书馆 2007 年版。

4. [英]洛克:《政府论》,翟菊农、叶启芳译,商务印书馆 1982 年版。

5. [英]密尔:《代议制政府》,汪滢译,商务印书馆 1982 年版。

6. [法]托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆 1997 年版。

7. [英]戴雪:《英宪精义》,中国法制出版社 2001 年版。

8. [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店 1997 年版。



9. [美]考克斯:《法院与宪法》,田雷译,北京大学出版社 2006 年版。
10. [英]维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店 1997 年版。

### 三、有关国家组织部分

1. [日]阿部照哉、池田政章等编:《宪法——总论篇、统治机构篇》,周宗宪译,中国政法大学出版社 2006 年版。
2. 蔡定剑:《人民代表大会制度》(第 4 版),法律出版社 2003 年版。
3. [日]山本祐司:《最高裁物语》,孙占坤、祁玫译,北京大学出版社 2005 年版。
4. 施启扬:《西德联邦宪法法院论》,台湾商务印书馆 1971 年版。
5. 胡盛仪等:《中外选举制度比较》,商务印书馆 2000 年版。
6. 周伟:《各国立法机关委员会制度比较研究》,山东人民出版社 2005 年版。
7. [德]克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特:《德国联邦宪法法院——地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版。
8. 马岭:《宪法权力解读》,北京大学出版社 2013 年版。
9. 姜峰:《立宪主义与政治民主:宪法前沿十二讲》,华中科技大学出版社 2013 年版。
10. 张朋园:《中国民主政治的困境:1909 - 1949 晚清以来历届议会选举述论》,上海三联书店 2013 年版。

### 四、有关基本权利部分

1. [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1997 年版。
2. [日]大沼保昭:《人权、国家与文明》,王志安译,三联书店 2003 年版。
3. 陈新民:《宪法基本权利之基本理论》,元照出版公司 1999 年版。

4. 夏勇:《人权概念起源——权利的历史哲学》(修订版),中国政法大学出版社2001年版。

5. [德]列奥·施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,三联书店2003年版。

6. [日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版。

7. [日]阿部照哉、池田政章等编:《宪法——基本人权篇》,周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版。

8. 韩大元、王建学编:《基本权利与宪法判例》,中国人民大学出版社2013年版。

9. 张翔主编:《德国宪法案例选粹(第1辑):基本权利总论》,法律出版社2012年版。

10. [美]安东尼·刘易斯:《批评官员的尺度——〈纽约时报〉诉警察局长沙利文案》,何帆译,北京大学出版社2011年版。

本书原为林来梵教授讲授本科《宪法学》（国家精品课程）的全套课堂讲义录，其第一版即为近年来我国书肆中最为畅销的宪法学读物之一。此度经第二版大幅度修订之后，加入了大量新的内容，尤其是补强了有关《国家组织》方面的规范诠释及制度分析，并进一步回归中国化的思考立场。全书力图基于“规范宪法学”的独特方法，对宪法学的内容进行了体系化的阐述，间中还不时针对国内的主流理论做批判性的学术分析，并就一些具有争议性的问题提出了个人独特的学术见解。该书在语言表述上也保留了作者在课堂讲授中的原有风格，轻松活泼，寓庄于谐，深具“临场感”。

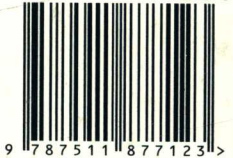


法律出版社官方微信

法律出版社·法学学术与对外合作出版分社

一切为了思想

ISBN 978-7-5118-7712-3



9 787511 877123 >

定价：58.00元

独角兽工作室

平面设计

上架建议 宪法学·教材

封面  
书名  
版权  
前言  
目录  
绪论

一、学科名称：“宪法”还是“宪法学”？

二、宪法学的研究对象

三、宪法学的学科体系

四、宪法学的研究方法

第一编 宪法总论

第一章 宪法的概念与本质

一、宪法的多义性

二、被戒备的概念：宪政

三、宪法的属性：宪法是“公法”吗？

四、宪法的地位：宪法是母法吗？

五、宪法的本质：宪法究竟是什么？

第二章 宪法的分类与结构

一、宪法的分类

（一）传统的分类学说

（二）现代的宪法分类

二、宪法的结构

（一）宪法存在形式的结构：宪法渊源

（二）宪法典的一般结构

（三）宪法规范及其结构

第三章 宪法的制定与修改

一、宪法的制定

（一）有关宪法制定的理论：宪法制定权力论

（二）宪法制定的历史掠影

二、宪法的修改

（一）概述

（二）宪法修改的界限

（三）宪法修改的形式

（四）宪法修改的程序

## 第四章 宪法的解释与适用

### 一、宪法解释的含义

### 二、宪法解释的功能

### 三、宪法解释的分类

### 四、宪法解释的原则

### 五、宪法解释与宪法适用

#### (一) 何谓宪法适用？

#### (二) 宪法解释和宪法适用的关系

#### (三) 宪法司法适用的条件

### 六、我国的宪法解释与宪法适用

#### (一) 我国的宪法解释

#### (二) 我国的宪法适用

## 第二编 国家组织

## 第五章 国家及其正当性

### 一、国家究竟是什么？

### 二、几种经典的国家观

#### (一) 政治学的国家观

#### (二) 哲学的国家观

#### (三) 近代政治哲学的国家观

#### (四) 社会学的国家观

#### (五) 政治经济学的国家观

#### (六) 法学的国家观

### 三、中国的国家观

#### (一) 中国古代的国家观

#### (二) 中国现代的国家观

#### (三) 国家观的困境

### 四、国家观之反思：宪法学的立场

#### (一) 法学国家观极为不足

#### (二) 阶级国家论忽视了正当性要素

#### (三) 国家统合的原理：国家三要素说的盲点

## 第六章 国家类型学：国体与政体

### 一、国家类型学的源流

#### (一) 政治哲学的经典分类

#### (二) 一般国家学的经典分类

- (三) 法学的经典分类
- 二、从国体到国家性质
  - (一) 国家性质与国家本质
  - (二) 国体概念的源流
  - (三) 我国现行宪法中的国体条款
- 三、从政体到国家形态
  - (一) 国家权力组织形态
  - (二) 国家结合形态
  - (三) 国家象征形态
- 第七章 国家机构原理
  - 一、国家机构的基础理论
    - (一) 国家机构的定义
    - (二) 国家机构的原理
  - 二、民主集中制的理论基础
    - (一) 主权原理与代表制原理
    - (二) 党的领导与国家机构的关系
- 第八章 国家机构体系
  - 一、国家机构的职能与地位
    - (一) 国家机构的职能
    - (二) 国家机构的宪法地位
  - 二、各机关概况
    - (一) 全国人民代表大会
    - (二) 国家主席
    - (三) 国务院
    - (四) 中央军事委员会
    - (五) 地方各级人大和地方各级人民政府
    - (六) 民族自治地方的自治机关
    - (七) 人民法院和人民检察院
  - 三、各机关之间的关系：案例分析
    - (一) 黑龙江恢复强制婚检事件
    - (二) 李慧娟法官事件
    - (三) 法院工作报告未获人大通过事件
- 第三编 基本权利
- 第九章 基本权利及其类型

## 一、宪法与基本权利

- (一) 基本权利的内涵
- (二) 基本权利的(基本)性质
- (三) 基本权利的享有主体

## 二、基本权利的类型

- (一) 学理分类
- (二) 解释学意义上的分类

## 第十章 基本权利的保障及其规范效力

### 一、基本权利的保障与限制

- (一) 基本权利的保障
- (二) 基本权利的限制

### 二、人权规范的效力范围

- (一) 传统上：无效力原理
- (二) 现代宪法下：有效力原理
- (三) 中国的问题

## 第十一章 基本权利各论

### 一、平等权

- (一) 如何理解平等权？
- (二) 两种“平等”原理
- (三) 法律适用上的平等与法律内容上的平等
- (四) 平等与合理差别
- (五) 案例分析

### 二、政治权利

### 三、精神·文化活动的自由

- (一) 精神·文化活动自由概述
- (二) 我国精神自由的保护状况
- (三) 案例分析

### 四、人身自由与人格尊严

- (一) 人身自由
- (二) 人格尊严

### 五、社会经济权利

- (一) 社会经济权利类别
- (二) 私有财产权
- (三) 生存权



(四) 受教育权

六、获得权利救济的权利

(一) 裁判请求权

(二) 监督权与权利救济权

第四编 宪法保障

第十二章 宪法实施与违宪审查

一、宪法的实施

(一) 有关宪法实施

(二) 中国转型期宪法的实施形态

二、宪法的保障

(一) 宪法保障之概述

(二) 违宪审查：最重要的宪法保障制度

(三) 我国的违宪审查制

附录

一、法科初学者《宪法学》课程精选推荐书目

二、《宪法学》课程进阶学习推荐书目

封底