

第七卷

珞珈法学论坛



LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院

本刊顾问：韩德培 马克昌 李龙

Wuhan University Press

武汉大学出版社

珞珈法学论坛

第七卷

LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院主办



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

珞珈法学论坛. 第7卷/武汉大学法学院;本刊顾问:韩德培,马克昌,李龙. —武汉:武汉大学出版社,2008.12

ISBN 978-7-307-06652-6

I. 珞… II. ①武… ②韩… ③马… ④李… III. 法学—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第167247号

责任编辑:张欣 责任校对:黄添生 版式设计:支笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北金海印务公司

开本:787×1092 1/16 印张:19 字数:455千字

版次:2008年12月第1版 2008年12月第1次印刷

ISBN 978-7-307-06652-6/D·850 定价:27.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

本刊顾问

韩德培

马克昌

李 龙

主 编

肖永平

副 主 编

陈本寒

编 委

(排名不分先后)

徐亚文 许发民 陈本寒

杨泽伟 柯 坚 赵 刚



目 录

· 法学专论 ·

论宪法规则	马 岭(1)
论受教育权的国家保护义务	魏 迪(14)
行政法中的公营造物研究	余 睿(23)
财产支配权演进论	温世扬 李晓春(35)
住宅小区停车位权属研究	陈本寒 陈 英(60)
债的起源及本质	张素华(67)
论试用买卖的法律问题	吴志忠(80)
劳务派遣行为的性质	张荣芳(88)
保险代位权若干问题研究	杨 巍(108)
论船员的法律保护	喻术红(126)
论罪责刑相适应原则	许发民(137)
当代中国刑法文化的大趋同表征	叶小琴(154)
防扩散安全倡议对国际法的挑战与影响	杨泽伟(172)
论国际扶养问题及其请求合作的发展趋势	杜焕芳(182)
论欧佩克的属性以及欧佩克石油政策行为的合法性	石 磊 段 希(207)
构建我国能源安全预警与应急法律机制的宏观思考	秦天宝(231)

· 外国法评译 ·

日本环境保护法律思想演变的历史分析	柯 坚(242)
论《建立欧洲宪法条约》对欧盟宪政改革的影响	雷益丹(251)

· 法学随笔 ·

国际金融法研究的新思考	刘丰名(266)
法国法学教育特色解析	崔晓静 肖永平(274)
和谐研究生教育关系之法治化构建	楚龙强(285)

法学专论

论宪法规则

论宪法规则

■ 马 岭*

目 录

一、宪法规则的特点:具有原则性

二、宪法规则与宪法原则的关系

三、宪法规则的作用

一般法律主要由规则构成,“如果我们把法律看作一条链环的话,法律规则就是这条链环中的一个一个环节。可以说,法律就是由法律规则构成的一个规则体系。”^① 宪法是根本法,根本法的特征之一就是其原则的数量远多于一般法律,但也并非没有规则。宪法中原则性规范较多,但并没有多到超过规则的地步,宪法中仍然充满了规则,只是这些宪法规则与一般的法律规则有所不同罢了。

如前所述,我国宪法中的“总纲”部分几乎都是原则,但“公民权利”和“国家权力”这两个宪法最重要的部分却多是规则,例如我国宪法“公民的基本权利和义务”一章的23个条文中,只有第33条和第51条是原则性条款,其余条文多是规则;“国家机构”一章有78个条文,确认原则的条款也是少数,大量条文还是规则。因此宪法和其他法律相比,其原则的数量较多;但宪法规则和宪法原则相比,仍然是规则多于原则。^②

* 中国青年政治学院法律系教授。

① 张恒山:《法理要论》,北京大学出版社2002年版,第41页。

② 有学者认为:“宪法是由宪法的指导思想、宪法的原则和宪法规范三个不同层次的要素构成的结构体系。”(刘茂林:《论宪法结构的涵义与宪法规范的结构特点》,载《法商研究》1995年第4期,第6页)。笔者认为,宪法的指导思想也是宪法的原则,是宪法原则中的基本原则,而宪法规范则包括宪法原则和宪法规则。

一、宪法规则的特点:具有原则性

法律通常由法律原则、法律规则、法律概念三要素组成,^①“法律规则是国家以语言、文字等方式表述的、对人的行为提出约束性要求的信息”,^②“是指具体规定权利和义务以及具体法律后果的准则,或者说是对于一个事实状态赋予一种确定的具体后果的各种指示和规定”。^③而宪法规则却带有一定的原则性,之所以说它是宪法“规则”,是因为它与宪法原则相比具有规则的色彩,但与法律规则相比,它就不是标准的规则,而是带有原则性的规则。“‘权衡’是原则的特定属性,这一属性允许我们在互相冲突的原则中协调。”^④宪法规则恰好具有这样的属性,它们给立法机关的立法工作留下了明显的“权衡”余地。

这一结构中既有“行为模式”,也有“法律后果”,还有“条件假设”。^⑤一般法律规则中的行为模式、法律后果、条件假设都是相对明确具体的,而宪法规则中的条件假设部分是不完整的,其行为模式是不具体的,其法律后果是特殊的,从某种意义上来说,宪法规则具有一定的原则性。一条法律规则的全部要素可能体现在一个法律条文中,也可能通过数个法律条文来表达,但通常都集中在一部法律里,法律规则的诸要素散见于不同的法律文件、甚至跨越两个以上法律部门的情况不是没有,但较为少见;而宪法规则的诸要素却经常分散在各部门法中,要掌握一个完整的宪法规则,通常要结合相关部门法中的法律规则才能对其有较为全面的认识。^⑥宪法规则看上去似乎“残缺不全”,宪法规则作为法律规则是不完整、不正规的,这也是宪法看上去不太像法的一个重要原因。

1. 宪法规则的原则性表现之一,其“条件假设”部分是不完整的。“‘假定’是法律规则中关于适用该规则的条件的规定。……任何规则,无论是法律规则,还是其他行为规则,都只能在一定的范围内被适用,也就是说,只有当一定的情况具备时该规则才能够对人的行为产生约束力。这里所说的‘一定范围’、‘一定情况’就是由法律规则中的假定部分来明确的。”^⑦“假定条件是法律规则得以明确化的一个基本因素:既是义务权利产生的条件,也是后面责任产生的条件。……没有明确的假定条件法律规则就显得模糊不清。在立法中,明确地规定假定条件是使法律在社会生活中发挥对人们的行为的指导作用

① 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第63~76页。

② 张恒山:《法理要论》,北京大学出版社2002年版,第38页。

③ 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第49页。

④ [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言第19页。

⑤ 李步云主编:《法理学》,经济科学出版社2000年版,第31~32页。

⑥ 韩大元教授认为宪法规范逻辑结构与宪法条文的关系有四种形式:第一种形式是宪法规范的三要素在宪法条文中得到完整的体现,这类规范所占的比重不大,但具有一定的典型意义。第二种形式是宪法规范中的假定与制裁要素隐含在处理部分并不具体表现在宪法条文之中。第三种形式是宪法规范三要素各自以独立或分散的形式表现。第四种形式是具体的宪法规范中只表现处理部分,假定与制裁部分在规范中没有具体表现。见徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》,中国人民公安大学出版社2001年版,第146~148页。

⑦ 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第65页。

的关键;在司法中,具有明确的假定条件的法律规则是其能够被适用的最起码要素。”^①“在没有条件限制的情况下,一条义务规则很可能在特定的情况下不能被适用。如果不作任何限制地适用一条义务规则,在特定情况下会导致行为的荒谬。……正由于法律规则中假定部分的存在,才使法律规则的义务规定的适用具有精确性。”^②在宪法中有的规则也有“假定”部分,如我国宪法第45条规定的“物质帮助权”,^③获得这一权利的“假定条件”是“年老、疾病、丧失劳动能力”,具备这些条件之一才能享受这种权利。但这种“假定”是不完整的,还需要部门法作补充:“年老”是指60岁还是70岁?哪些疾病以及病到何种程度可以享受这一权利?丧失劳动能力的具体标准是什么?等等。还有一些宪法规则其假定条件完全由部门法规定,如宪法规定公民有纳税的义务,但并非所有公民都有此义务,而是必须具备某些条件:成年人,收入达到一定标准、有纳税能力,等等,这些条件都写在《税法》里。有时候宪法只规定了基本的假定条件——往往是形式要件,这种形式要件是必不可少的,但远不是全部要件,其实质要件需由有关国家机关自由裁量。如我国宪法第67条规定全国人民代表大会常务委员会有权补充和修改全国人民代表大会制定的法律,^④前提是“在全国人民代表大会闭会期间”,“在闭会期间”即是一个假定条件,但并非只要有这个“条件”就可以“补充和修改”基本法律,基本法律是否需要补充和修改,关键还要看全国人民代表大会常务委员会认为是否必要,因此,在行使这一权力时,全国人民代表大会常务委员会有很大的自由裁量权——它认为必要就可以修改,它认为不必要就可以不修改,只要符合“在闭会期间”这一形式要件即可。至于“不得同该法律的基本原则相抵触”只是对修改内容的限制,而不是对要不要修改、何时修改的限制。又如我国宪法第63条规定了全国人民代表大会的罢免权,^⑤但宪法第63条用的是“有权罢免”,既不是“应该”罢免,更不是“必须”罢免,“有权罢免”是有罢免的权力,但何时行使这一权力,具备什么条件就应该行使这一权力,则没有明确。我们可以认为宪法中对国家主席、国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院的有关规定就是全国人民代表大会行使罢免权的依据,即如果国家主席、国务院组成人员、中央军委组成人员、最高人民法院院长、最高人民检察院检察长没有按照宪法的这些规定行使职权,全国人民代表大会就可以对其进行罢免,但宪法中关于国家主席、国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院的规定(包括对其职权的规定),虽然是规则性规定,但这些规则仍然是带有原则性的,是不具体的。如宪法第89条规定的国务院的职权中,其职权包括“向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案”,

① 张恒山:《法理要论》,北京大学出版社2002年版,第47页。

② 张恒山:《法理要论》,北京大学出版社2002年版,第45页。

③ 我国宪法第45条第1款规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利”。

④ 我国宪法第67条第3项规定:全国人民代表大会常务委员会有权“在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会制定的法律进行补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触”。

⑤ 我国宪法第63条规定:“全国人民代表大会有权罢免下列人员:(一)中华人民共和国主席、副主席;(二)国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长;(三)中央军事委员会主席和中央军事委员会其他组成人员;(四)最高人民法院院长;(五)最高人民检察院检察长。”

“规定各部和各委员会的任务和职责,统一领导各部和各委员会的工作,并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作”;“领导和管理经济工作和城乡建设”;“领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作”;“领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作”;“管理对外事务,同外国缔结条约和协定”;“领导和管理国防建设事业”等,如果国务院应该提出议案而没有提出,应该领导各部和各委员会的工作而没有领导或没有领导好,应当领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作而没有领导和管理或没有有效地进行领导和管理,或有的方面管理得好,有的方面管理得不好,是否就可以对总理或部长进行罢免呢?宪法只规定了国务院“应该做”什么,但没有规定它应当做到什么程度,应当怎么做,如果做得不好,“不好”到什么程度应该启动罢免程序,这些在宪法中都是很含糊的。宪法的其他权力性规则都有大体相同的特征,如决定权、撤销权的行使都是有假定条件的,这些条件宪法并非没有规定,但规定的不完整、不具体,通常由有关法律作出具体规定,这使立法机关拥有极大的自由裁量权。因此宪法的这些规则与法律规则明显不同,法律规则中的假定条件是具体的,可操作的,^①而宪法规则中的假定条件恰恰不够具体,不够明确,弹性较大,从而增加了其实施的复杂程度。

2. 宪法规则的原则性表现之二,其“行为模式”是不具体的。宪法规则中的“行为模式”有别于一般法律规则中的“行为模式”,一般法律规则的“行为模式”是具体的、明确的、可直接操作的,而宪法规则中的“行为模式”多是模糊的、原则的,其“行为”有较大的发挥空间,内容丰富,伸缩性较强。

从公民权利义务规则来看,其中的“行为模式”具有一定的抽象性。“由于宪法权利规范的表述非常简约、抽象,且不具有直接可据以追究侵权行为法律责任并予以相应处罚的那种强制性规范的构成要素,为此,要保障各种宪法权利,该权利本身的内容就首先有待于具体的界定。”^②因此要使宪法权利真正实施,就必须将宪法权利义务中的“行为模式”分解为若干法律上的“行为模式”,使抽象的行为变成具体的行为,然后针对这些具体的行为再规定与其相对应的法律后果。如宪法规定公民有选举权,选举是一个行为,但这个行为是由一系列具体行为组成的,在《选举法》中,公民的选举权这一宪法权利往往被分解成登记权、申诉权、竞选权、提名权、知情权、投票权等具体的权利,公民直接行使的是这些具体的法律权利。也就是说,宪法的抽象权利必须经过立法机关具体化之后,才能被公民行使,宪法权利义务规则中的抽象行为模式必须转化为法律上具体的行为模式后才能找到其对应的“法律”后果,宪法权利义务也才能真正实现。

从国家权力规则来看,其中的“行为模式”也是不具体的,也具有一定的原则性。如我国宪法第67条规定了全国人民代表大会常务委员会的21项职权,这是全国人民代表大会常务委员会能够做、应该做的行为,宪法中的这种权力行为规定是相当原则的,每一项权力都需要分解成一系列具体行为才能真正实现,如“解释宪法”的解释行为,就需要做一连串的行为才能完成“解释宪法”的工作:首先要“提出”解释(谁有权提出?

^① 我国法律规则的弊端之一就是过于原则,缺少可操作性。有关论述可参见马岭:《规则之治,还是原则之治?》,载《学习与探索》2004年第3期。

^② 林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第96页。

以什么形式提出?),然后常委会要开会“讨论”应该怎么解释?讨论的结果应当进行“表决”,最后要对解释的结果予以“宣布”。同样“监督宪法实施”的行为也需要一套复杂的程序,这些程序就是一系列的具体行为;其他如“立法权”、“撤销权”、“任免权”、“决定权”的行使都是由一系列具体行为构成的复合行为,是一个行为系统,而不是一个具体的单一行为,这是宪法行为与法律行为的重要区别之一。法律行为多是具体的、单一的,而宪法权力行为是原则的,是可以也应该分解成一系列法律行为的。

3. 宪法规则的原则性表现之三,其“后果”部分是特殊的。法律规则中的“法律后果”部分是法之所以成其为法的重要特征之一,^①如果法律中没有“法律后果”的规定,它就只是一个宣言、政策、纲领,而恰恰在宪法中,我们看不到这种明显的法律特征。宪法中有许多原则,原则没有“条件假设”、“行为模式”和“法律后果”这样的结构要求;即便是在宪法规则中,我们也往往找不到明确的“宪法后果”或找到了“宪法后果”也难以直接追究这种后果。法律规则的诸要素在一部法律中相对完整,也比较清晰,而宪法规则中的“后果”有时有,有时无,有时是宪法后果,有时转化为法律后果,有时宪法后果与法律后果交错并存。法律后果在部门法中,由法律规则加以确认;宪法后果在宪法中,却较为含糊。此外,由于“宪法后果”通常是以“授权性规范”而不是以“义务性规范”的面目出现的,^②所以人们通常将这种宪法规则当做是有关国家监督机关的一种权力(行为模式),而忽略了这些规则也是在确认被监督机关所要承担的宪法后果,宪法规则对“宪法后果”的这种非正面表达使得“宪法后果”变得不那么清晰和明确。

在宪法的权利义务规则中,与宪法行为相对应的“宪法后果”是立法机关所要承担的立法后果。如果说法律规则中的“行为模式”和“法律后果”散见于不同的法律文件较为少见的话,那么对于宪法中的权利义务规则来说,这种情况却似乎普遍存在。表面上看宪法中的权利义务规则通常只有“行为模式”,其“后果”几乎全在其他法律中,宪法权利义务规则自身往往不对其“后果”作出规定,而是将“后果”部分交由立法机关通过法律予以规范。但立法机关所规定的只是“法律后果”,而与“宪法行为”相对应的应是“宪法后果”,“宪法行为”是否没有后果或只有“法律后果”而没有“宪法后果”呢?^③笔者认为,立法机关所立之法就是其宪法后果,公民的宪法权利义务行为产生立法

① 有学者指出,法律规则中对违反义务的处理规定,是对违反义务行为所要施加的制裁。“法律规则中的制裁规定,应当是由违反义务行为派生而来。没有义务规定,就没有违反义务的行为,没有违反义务的行为,就没有法律规定的制裁。这样的逻辑应当是一目了然的。”见张恒山:《法理要论》,北京大学出版社2002年版,第40、50页。

② 如意大利宪法第134条规定:“宪法法庭得审理下述各种案件:国家与省之法律及具有法律效力的法令与宪法合法性相抵触的案件;国家各机关间、国家与各省间以及各省相互间权限的争执与疑问案件;国家宪法规范对共和国总统和各部部长所提出的控告案件。”俄罗斯宪法第125条规定了其宪法法院审理权限的范围;德国基本法第93条规定了其宪法法院有权裁决的对象;我国宪法第62、63、65、67、89条等也是以授权条款的形式对撤销权、罢免权进行规定的。

③ 有学者认为,“宪法规则往往只设立行为模式,而不由它直接规定法律后果。即使个别国家的宪法规则规定了法律后果,如对被弹劾对象的处理,也限于撤职的行政处理,不直接涉及刑罚”。(李龙:《论宪法规范》,《法学评论》1994年第6期)。笔者认为,“宪法后果”与“法律后果”是不应混同的;弹劾不是“行政处理”而是一种“宪法后果”,“刑罚”只是刑法中犯罪行为的“法律后果”,而不是宪法的“法律后果”。

机关立法的宪法后果，这似乎不对称，但这恰好暗合了“宪法是调整公民与国家机关之间关系的法律”这一命题，公民欲履行宪法上的权利义务的行为，就必然导致立法机关就这些权利义务规则立法的后果。宪法中规定的公民权利义务的条款一方面是告知公民有哪些权利义务，另一方面也是要求立法者就如何保障公民这些权利义务制定相应的法律，宪法中的这些条款不仅是对公民说的——告知公民有这些权利义务，也是对立法者说的——告知立法者必须就这些问题立法。

因此，公民宪法权利义务规则的“后果”应该有三种：一是立法机关必须就宪法规定的权利义务进行立法，必须产生这样一个“立法后果”，这个后果将导致立法机关的责任，这种责任是一种宪法责任，这种后果是一种宪法后果，如果立法机关没有履行或没有履行好这一宪法责任，其后果可能是违宪审查机构对其立法的审查和撤销，也可能导致立法机关的成员被罢免。二是由其他国家机关、组织或公民个人承担的法律后果，公民的一种权利将产生国家及其他组织或其他公民不得侵犯该公民权利的义务，“权利规定的真正作用是对权利主体之外的其他人提出行为约束要求”，“权利规定的本质不在于使权利人获得自由——尽管从客观的角度来看，权利人是自由的，但，法律的这种规定的要求在于要求相对的行为人履行义务”。^①如公民的选举权、结社权是一种宪法权利，选举、结社是一种行为，公民可以做这样的行为，与此相对应的法律后果是国家应当保护公民的这种行为，任何团体组织不得侵犯公民的这种行为，其他公民也不能对其进行干扰，对此《选举法》、《结社法》应当作出具体而详尽的规定。^②这种宪法权利行为导致的对他人的后果是通过立法机关制定法律才能实现的，它们是一种“法律后果”而不是“宪法后果”，与此相对应的是“法律责任”而不是“宪法责任”。三是宪法权利义务行使者本人要承担的后果，这种后果也是通过法律才能实现的。如宪法规定公民有纳税的义务，如果一个公民该纳税而不纳税，应当承担什么后果？这显然应由法律而不应由宪法规定，也就是说，公民纳税的宪法义务对公民所产生的后果表现为法律上的后果，主要体现在税法 and 刑法中。而公民权利的行使是否存在“法律后果”的问题呢？^③笔者认为，虽然权利是可以放弃的，但权利如果不放弃而要行使的话，通常就有一个界限问题，超越界限就要承担法律后果，而这个界限及其法律后果也往往由法律而不是宪法来规范。宪法只能提供一个权利行使界限的原则（如我国宪法第51条），每一个权利行使时的具体界限还是要由部门法来规范，即便我国宪法第36条肯定公民有宗教信仰自由的同时也规定了“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配”，第41条规定公民有申诉、控告、检举权的同时又规定了“不得捏造或歪曲事实进行诬告陷害”，但这些界定也还是带有原则性，还是需要

① 张恒山：《法理要论》，北京大学出版社2002年版，第51、56页。

② 如我国《选举法》第十章规定了“对破坏选举的制裁”，其中第52条规定对“用暴力、威胁、欺骗、贿赂等非法手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权的”，“对于控告、检举选举中违法行为的人，或者对于提出要求罢免代表的人进行压制、报复的”，“应当依法给予行政处分或者刑事处罚”。

③ 有学者认为，“在法律规则中不存在作为法律后果的规定的所谓对符合法律规则的行为的肯定性规定。……能够被视为‘法律后果’的规定的，只能是对关于违反法律义务的行为的否定性规定”。见张恒山：《法理要论》，北京大学出版社2002年版，第43页。

部门法再细化。何况这些规定只是对权利界限的界定,而不是对超越权利界限所要承担什么样的“法律后果”的规定。宪法规定公民有选举权、结社权,但公民在行使选举权、结社权时必须遵守一定的法律规则,不能逾越某些界限,否则就要承担相应的法律后果,这些法律后果一般都规定在部门法中。^①由此我们看到,真正与宪法权利义务规则中的“行为模式”相对应的、能够称之为“宪法后果”的,主要是立法机关所要承担的后果,而其他国家机关、社会组织、公民个人承担的只是“法律后果”,这种“法律后果”与“宪法行为”并不相匹配,而只与“法律行为”相对应。“法律后果”一般是相对具体的,与具体的“法律后果”相对应的应当是具体的“行为模式”,宪法权利义务规则中的抽象行为模式必须转化为法律上具体的行为模式后才能找到其对应的“法律”后果,宪法也才能真正得到贯彻实施。一个宪法权利义务规则的行为模式除了会产生相应的“宪法后果”(立法机关立法)外,还会产生一系列的“法律后果”。凯尔森认为,“根据宪法,一般法律规范只能经由以一定方式选举产生的议会的决议才能创造”,使偷窃成为应受惩罚的规范是一个法律规范,而产生这个规范的宪法规范“就不是独立的、完全的规范”,它们是“全部法律规范的内在的组成部分。根据这一理由,宪法不能被引为未规定任何制裁的那种法律规范的例子。实质宪法的规范只有在和那些以它们为基础所创造的规定制裁的规范发生有机联系时,才算法律。”从动态观点来看,由宪法所决定的一般规范所创造的事物,在法律的静态提法中,就变成了在一般法律规范中作为后果而赋予制裁的条件之一。在法律的静态提法中,宪法的高级规范仿佛已作为组成部分而被投入低级规范中。^②在这里凯尔森强调宪法规范本身“不是独立的、完整的规范”,应该把宪法规范看作是“全部法律规范的内在的组成部分”,宪法规范的“后果”投入在低级规范(法律规范)中。

宪法权力规则虽然直接确认一定的“宪法后果”,但往往难以直接追究这种后果。这种“宪法后果”通常又可分为三种情况:一是有的宪法权力行为既有“法律后果”,也有“宪法后果”,法律后果是明确的,而“宪法后果”是含糊的,只是事实上存在。如我国宪法第74条规定“全国人民代表大会代表,未经全国人民代表大会会议主席团许可,在全国人民代表大会闭会期间未经全国人民代表大会常务委员会许可,不受逮捕或者刑事审判”。如果有关公检法机关未经宪法规定的程序,对全国人民代表大会代表进行了“逮捕或者刑事审判”,相关工作人员就要接受相应的纪律、行政方面的处分,这种“后果”是法律后果;而与此同时,其“逮捕或者刑事审判”行为应当被视为无效,这是一种宪法后果,这种宪法后果在宪法规范中并没有明确规定出来,甚至在部门法中也没有涉及,但却是不言而喻、不证自明的。二是有的宪法权力行为既没有宪法后果,也没有法律后果。如对立法机关行使任免权的行为,宪法和法律就都没有规定相应的后果,如果立法机关违

^① 如我国《选举法》第52条规定,对于“伪造选举文件、虚报选举票数或者有其他违法行为的”,“应当依法给予行政处分或者刑事处罚”。

^② 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第162页。

错了人,或免错了人,通常宪法和法律都难以追究立法机关的直接责任。^① 三是有的宪法权力规则明确规定了“宪法后果”,但要追究这种后果,还必须依赖相关部门法。如世界各国宪法都规定了立法机关的职权,如果立法机关没有行使好这些职权,在一定情况下应当承担相应的后果:在有些国家,宪法规定由司法机关通过宪法诉讼来追究立法机关立法行为的后果,宣布违宪的法律无效;有的国家通过内阁解散议会的途径让立法机关承担其“监督罢免”行为带来的后果;有的国家通过公民复决让立法机关承担其立法或决定无效的后果。我国宪法第67条规定了全国人民代表大会常务委员会的职权,但如果全国人民代表大会常务委员会没有很好地行使这些职权,根据宪法第62条的规定,全国人民代表大会有权“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”,这就是常委会行使职权所要承担的“宪法后果”。其他国家机关,如行政机关、司法机关等,在宪法中也都规定了其行为所要承担的后果——或被撤销文件,或被罢免人员。许多国家的宪法都规定了违宪的法律性文件将被撤销,违宪的国家领导人可被罢免,我国宪法第62、63、67、80条也规定了全国人民代表大会常务委员会、国务院、国家主席等国家机构如果没有依照宪法行使职权,就可能导致被全国人民代表大会或其常务委员会撤销其文件或罢免其成员的后果,这些后果是“宪法后果”而不是“法律后果”,但这种“宪法后果”仅仅靠宪法是难以追究的,还必须依赖其他法律。如全国人民代表大会常务委员会要撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令,怎么撤?启动的程序是什么?审查的方式是什么?宣布无效的形式是什么?这些问题都有赖于《监督法》等相关法律来规范;又如全国人民代表大会要罢免国家主席的话,谁有权提出罢免案?罢免案以什么方式进行讨论?表决和通过的程序是什么?这些问题需由相关法律加以具体规定。^② 由于国家权力的复杂性,在宪法中只能对国家权力规则的“宪法后果”作粗线条的规范,细致的操作程序还需要相关部门法去规定,通常这些法律被称为宪法性法律,宪法中的权力规则必须和这些宪法性法律中的规则相结合才能真正发挥作用,宪法权力规则中的“宪法后果”必须依赖这些宪法性法律中的程序性规定才能追究。宪法规则规定宪法后果,宪法性法律规定追究宪法后果的具体程序。就如刑法、民法、行政法是实体法,而刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法是相关程序法一样,“调整民事、刑事或行政程序的程序法

^① 至于立法机关行使任免权时违反有关任免程序,则是另一个问题,在这种情况下,立法机关的任免行为将被宣布无效,但由于任免的具体程序是由相关法律(而不是宪法)规定的,依程序任免的行为本身已不是宪法行为,而是一种法律行为,所以这种后果是一种法律后果而非宪法后果。当然立法机关如果自己发现选错了人或免错了人,可以自己纠正(选错了可以罢免,免错了可以再任命),但这很难说是一种法律意义上的“后果”。

^② 如我国《全国人民代表大会会议事规则》第39条规定:“主席团、三个以上的代表团或者十分之一以上的代表,可以提出对于全国人民代表大会常务委员会的组成人员,中华人民共和国主席、副主席,国务院的组成人员,中央军事委员会的组成人员,最高人民法院院长和最高人民检察院检察长的罢免案,由主席团交各代表团审议后,提请大会全体会议表决;或者依照本规则第六章的规定,由主席团提议,经大会全体会议决定,组织调查委员会,由全国人民代表大会下次会议根据调查委员会的报告审议决定。罢免案应当宣明罢免理由,并提供有关的材料。罢免案提请大会全体会议表决前,被提出罢免的人员有权在主席团会议和大会全体会议上提出申辩意见,或者书面提出申辩意见,由主席团印发会议。”

如果不同时适用,那么,实体的民法、刑法或行政法也就不能适用于具体案件中。这两类规范实在是不可分割的。它们只有在有机的结合中才组成法律”。^①同样地,宪法是实体法,宪法性法律在很多时候是宪法的程序法,它们的有机结合才能使宪法真正实施。与其他法律不同的是,刑法、民法、行政法作为实体法,其程序法往往只是一部法律——刑事诉讼法或者民事诉讼法或者行政诉讼法,而宪法的权力规则却需要众多的程序法,它需要一个法律群,即一系列宪法性法律的帮助,才能使宪法权力规则中的“宪法后果”落到实处。

宪法规则的这种原则性似乎很令人担忧,权利规则的原则性使人担心这样“空洞”的规则是否会被架空?权力规则的原则性让人担心如此“弹性”的规则是否能够有效地约束权力?这种担忧不是没有道理的,要使宪法规则真正发挥作用,就需要建立相关法律使宪法规则细化、具体化。宪法权利规则的细化有赖于一系列人权法,宪法权力规则的细化则有赖于一群权力法——立法法、监督法、组织法、宪法诉讼法、相关的司法法、行政法等。而我国长期以来围绕在宪法身边的只有有限的几部组织法,这20年来虽陆续制定了一些宪法性法律,但迄今为止也是很很不完整的,其规范也多是简陋的。由于缺少一个庞大而周密的宪法性法律群对宪法的环绕,使得带有原则性的宪法规则曲高和寡,与地面脱离,被架空了,被虚化了。宪法规则,尤其是那些权力规则,如果没有相应的权力法加以规范、调整、细化,就不可能真正操作起来,或只能是按照权力者的意志自由操作;而权利规则若没有相应的人权法使之具体化,就只能停留在“宣言”的位置上。宪法权力规则的特点在于授权,而不是对授权后怎么具体行使权力进行规范,宪法强调限权,但并不对限权的具体程序作出规范;宪法权利规则重在“宣告”权利,而不可能推出详细的权利操作规范。因此,没有其他法律对宪法的补充(主要是对宪法规则的补充),宪法就是空的,就不可能真正贯彻落实。

宪法规则的原则性、不确定性,并非宪法的忽略,而是宪法有意为之。宪法有意具有某种含糊性,以给立法机关行使立法权留有余地,这恰是宪法的特征,如果宪法是具体的、详细的,则宪法就不成其为宪法,而混同于一般法律了,我们必须认识到这一点才能“理解”宪法而不是“抱怨”宪法。宪法的这种原则性与代议制密切相关,应当由民选的代表通过讨论、协商,决定在什么情况下应当行使罢免权、撤销权等,对宪法规则进行二次加工——通过立法使宪法规则中的假定条件、行为模式、法律后果具体化。比较我国宪法与外国宪法就会发现,仅就中国宪法与外国宪法而言其差别并不太大,但中国的权利法和权力法不论在数量上还是在质量上都与发达国家差得很远,而这些法律的健全与实施才是宪法实施的关键,宪法未得到有效贯彻并不是因为宪法太原则(宪法应当也必须原则),而是因为权利法和权力法太原则或根本没有相应的权利法和权力法。

二、宪法规则与宪法原则的关系

德沃金认为“一个规则和一个原则的差别在于,一个规则对于一个预定的事件作出一个固定的反应;而一个原则则指导我们在决定如何对一个特定的事件作出反应时,指导

^① [奥] 凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第146页。

我们对特定因素的思考”。^①“每一个法律规则都是由一系列的政策和原则所支持,并假定由这些政策和原则来证明其正当理由的,而法律规则则应当推进这些政策,尊重这些原则。”^②我国也有学者认为,法律规则是“对某种事实状态的法律意义作出明确规定”,而原则是“法律行为和法律推理的指南”。^③“规则是法律的骨架,原则是法律的灵魂。原则是法律的精神表达和价值凸现,是法律体系的理论基石和根本出发点。法律原则直接承载着法律目的,凸现着法律本质,同时又涵盖着众多形形色色的法律规则。”^④“法律原则为规则框定伸展的范围,规定了发展的方向,不论是在精神上还是在价值上均对其有根本性的指导作用。这样,原则就可以防止在规则的运作中出现的公正现象。”“原则是规则之规则,是一群规则束,因此,它一方面可以弥补规则之网上的漏洞,另一方面又可以有效地防止规则的无限繁殖和衍生。”^⑤同理,宪法原则是宪法的灵魂,尤其是宪法的基本原则直接体现了宪法的基本性质,是宪法的精神表达和价值凸现,它涵盖了众多形形色色的宪法规则,对宪法规则有一种指导的作用;而宪法规则是宪法原则的具体体现,是宪法原则所内含的宪法精神的表达。宪法规则与宪法原则应当是和谐统一的(当然在现实生活中它们之间也存在着紧张和冲突)。

在制定宪法时,宪法规则要符合宪法原则,不仅要符合宪法基本原则,而且要符合宪法基本原则的派生性原则。宪法派生性原则来源于宪法的基本原则,宪法规则又来源于宪法派生性原则,它们之间应该是依次递进、环环相扣的关系,以形成一套和谐统一的宪法规范。立宪者首先确定宪法基本原则,再根据宪法基本原则确立其派生性原则,最后制定宪法规则。宪法规则与宪法原则应当保持统一性,宪法规则与宪法原则之间若出现矛盾,应根据宪法原则加以裁决;宪法规则与宪法原则之间发生矛盾,应当使宪法规则适应宪法原则,宪法原则与宪法原则之间发生矛盾,应当运用宪法基本原则加以判断和裁决。原则之间的冲突在本质上“是一种价值冲突”,由于“一些原则在分量上比另一些原则为多”,因此对原则之间的冲突应由更重要的原则来加以解决。^⑥

在宪法实施过程中,如果发现宪法规则之间或宪法规则与宪法原则之间有矛盾,一般宜用宪法修改的方式加以解决,而不宜进行违宪审查。因为在违宪审查中审查的是法律而不是宪法,宪法是违宪审查中审查的依据,而不是被审查的对象。违宪审查权是以司法权制约立法权,但司法权并不能制约立宪权。司法权、立法权等一切国家权力都在立宪权之下,都出自宪法的授予,都只能受立宪权的约束而不能约束立宪权。因此,如果发现宪法规则之间、宪法原则之间、宪法规则与宪法原则之间有矛盾,应该依据宪法的相关规定修

① [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言第18页。

② [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第286页。

③ 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第64页。

④ 李可:《原则和规则的若干问题》,载《法学研究》2001年第5期,第70页。

⑤ 李可:《原则和规则的若干问题》,载《法学研究》2001年第5期,第69、71页。

⑥ 李可:《原则和规则的若干问题》,载《法学研究》2001年第5期,第74~75页。

改宪法。修改宪法的程序应当比一般的立法程序严格,这不仅表现在修改宪法与修改法律在表决上有差异(如修改宪法由最高立法机关全体成员的2/3通过,修改法律由最高立法机关全体成员的1/2通过),而且还应该表现在对宪法的修改不能只局限在立法机关内。如果修改宪法仅仅在立法机关内部进行,不论其程序多么严格,都属于立法机关行使职权的行為,因此都可以而且应该受到司法审查。而修改宪法的权力应当是一项高于立法机关职权的权力,修宪权更接近于立宪权而不是更接近于立法权。“有时,宪法中的任何变更都是在由宪法所设立的正规立法机关的权限之外的,它被保留给这样一个制宪会议,一个唯一有权从事宪法修正的专门机关。”^①修改宪法除了有最高立法机关的参与外,还应当有其他力量的介入,如美国宪法修正案要经过各州议会表决,法国、日本、意大利等国修宪在一定条件下要举行全民公决,^②我国在事实上形成的宪法习惯——修宪要经过全民讨论,等等。

除了宪法修改外,宪法解释在一定程度上也可以作为保证宪法和谐统一的一种方式,但宪法解释一般只在违宪审查中使用,而违宪审查主要是为了保证法律与宪法的一致,而不是保证宪法内部自身的一致。因此宪法解释对化解宪法规则与宪法原则之间的矛盾,其作用是有限的。在违宪审查中法官在判断某部法律是否违宪时,这个“宪”既可以是宪法规则,也可以是宪法原则,但有宪法规则作依据时应当尽量用宪法规则。

三、宪法规则的作用

作为国家根本法的宪法对于保障国家法制的统一有极其重要的作用,而要保证法制的统一,首先要保障宪法自身的统一,宪法不能自相矛盾;在此基础上,宪法才能发挥使整个国家法律体系内部和谐、结构严谨、规范有序的作用,宪法规则在宪法原则和一般法律之间起着一种桥梁和纽带的作用。

首先,宪法规则有贯彻宪法原则的作用。宪法原则虽然是比宪法规则更重要的宪法规范,但宪法原则若没有宪法规则的具体化就只能是空中楼阁,是宪法规则将宪法原则抽象的精神转化成了相对具体的内容。“由于原则是法律价值的集中载现,而规则的适用就是为了实现法律所载定的价值目标,那么,从这个意义上讲,原则实为规则运作的直接目标。”^③在一般情况下,细化宪法原则的任务是由宪法规则、而不是由法律来承担的,宪法规则把宪法原则相对具体化,从而为进一步的立法奠定了基础。宪法基本原则的对象主要是其派生性原则和宪法规则,基本原则是管这些派生性原则和规则的。因此,对宪法的细化有不同的层次:首先是对宪法基本原则的细化,这主要由宪法的派生性原则和宪法规则来完成;其次是对宪法派生性原则的细化,这主要由宪法规则来完成;最后才是对宪法规则的细化,这由立法机关制定的法律来完成。当然这些细化的层次在实践中并不是截然

① [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第288页。

② 李步云主编:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第237页。

③ 李可:《原则和规则的若干问题》,载《法学研究》2001年第5期,第71页。

分开的。

其次,宪法规则对立法有直接的指导作用。立法者立法时的法律基础是宪法,其中主要是宪法规则,“规则会减少不确定性并因此带来收益”,^①“规则表述的抽象程度与规则调整的普遍程度是成正比的”。^②作为宪法规则虽然比法律规则抽象,但比宪法原则要具体、明确,如果没有宪法规则的规定,立法者直接以宪法原则为立法基础,就无疑给了立法者太大的自由发挥空间。宪法规则的存在表明立宪者对立法者的一种制约,宪法规则越细致、越详尽,立法者在立法时发挥的余地就越小,反之宪法规则越含糊、越简约,立法者立法时的回旋余地就越大。当然这并不意味着宪法规则越详尽越好,宪法规则必须给立法者留出空间,它不应该代替立法,也不可能代替立法。立宪者与立法者之间是有分工的,这种分工是人民与人民代表之间的分工,分工的界限由人民确定(而不是由人民代表确定),在大多数情况下,人民通过宪法(而不是人民代表通过法律)对这种分工及其界限加以确认,人民确认的宪法规则既是对作为人民代表的立法者的授权,也是对他们的约束,立法者不仅“在违反宪法对其权力的限制时会危害法治”,而且“立法机关制定一项含糊不清、支离破碎的法律也同样会危害法治”。^③立宪者通过宪法告知立法者的立法活动其自由裁量的合理范围有多大,宪法规则既不应概括性太强,否则它对立法者就“不再是充分可靠的指南,另一方面,它又需有足够的概括性,以针对一定类型的情况”,^④宪法规则这种概括性的“度”体现了一国人民对国家管理的科学性、民主性、管理成本及其效益等方面的认知水平。

再次,宪法规则是违宪审查的直接依据。在违宪审查中审查者审查的依据可能是宪法原则,如宪法中的“权利平等”原则在美国、德国等国家的违宪审查中就多次被引用,^⑤也可能是宪法规则,还可能既有宪法原则,又有宪法规则。如果说宪法规则的作用主要是为立法提供宪法基础的话,那么,在违宪审查中被适用则是它相对次要的作用,宪法规则的作用以指导立法为主,司法适用为辅,这种司法适用虽然不是经常的、大量的,但却是必不可少的、补救性和终极性的。与宪法原则相比,宪法规则在违宪审查中被更多地引

① [美] 理查德·A. 波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第57页。

② 夏勇:《法律是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国法理学精粹(1978—1999年卷)》,机械工业出版社2004年版,第194页。

③ 富勒语。转引自夏勇:《法律是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国法理学精粹(1978—1999年卷)》,机械工业出版社2004年版,第196页。

④ [法] 勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第88页。

⑤ 如“德国基本法第117条规定,凡法院认为违反男女平等原则的法律一律失效,其结果是:有一段时间,在夫妻财产制方面是由法院对法进行改革。最近宪法法院给立法者规定了一定期限,期限一过,法院即调整法以便使婚生子女与非婚生子女间的平等原则生效”。见[法] 勒内·达维德著:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第142页。