

普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

宪法学

CONSTITUTIONAL LAW

| 第二版 |

张千帆 主编
肖泽晟 副主编



普通高等教育国家级规划教材



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

宪法学

Constitutional Law

| 第二版 |

主 编 | 张千帆

副主编 | 肖泽晟

撰稿人 | 陈弘毅 强世功 林来梵

以姓氏拼音字母为序 苗连营 肖泽晟 熊文钊

张千帆 赵 娟 周 伟



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

宪法学/张千帆主编. —2版. —北京:法律出版社,
2008.7

(普通高等教育国家级规划教材系列)
普通高等教育“十一五”国家级规划教材
ISBN 978-7-5036-8618-4

I. 宪… II. 张… III. 宪法—法的理论—中国—高等学
校—教材 IV. D921.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 095911 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16
版本/2008年7月第1版

印张/35 字数/681千
印次/2008年7月第1次印刷

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8618-4

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

法律出版社是中国历史最悠久的法律专业出版社,与国际出版同仁论剑,本社之专业出版品牌亦广受肯定。

本社素来注重法学教材出版。从20世纪50年代中国法学教材建设的起步,到20世纪70年代末中国法学教材的复兴,法律出版社均走在前列。1949年以来,中国第一部法理学、宪法、中国法律思想史、外国法制史、刑法、民法、民事诉讼法、国际法、国际私法、国际经济法教材,均出自法律出版社。

从20世纪80年代到90年代,再到21世纪,本社对于法学教材的出版更投入移山心力。而本社与权威法学家合作,渊源有自。作者中有法学宿耄,有中年英士,有青年才俊,均来自杰出法学学府与研究机构。本社教材,正旨在秉承法学先辈之思想财富,与新一代法律人分享。

自中国建设国家级教材以来,本社延揽名家,于此多有收获。从更早的国家级规划教材,到“九五”、“十五”,再到2006年评定的“十一五”国家级规划教材,法律出版社之法学类国家级教材,积累已多,忝居诸社首列。为整体性展现这批品质教材,本社乃以“普通高等教育国家级规划教材系列”为题,统一推出。

“好书,同好老师和好学生分享”,本社愿与法律共同体诸同仁,与中国法学与法律实践的学习者和建设者一起,分享好书,分享智识,分享法治进程中的点点滴滴。

法律出版社

作者简介

陈弘毅 香港大学法学学士(1980年),美国哈佛大学法学硕士(1982年),1982年获香港律师资格,并开始任教于香港大学法律系。1993年起任香港大学法律系教授,并曾任香港大学法律系主任(1993—1996年)及香港大学法律学院院长(1996—2002年)。现兼任全国人大常委会香港特别行政区基本法委员会委员、香港太平绅士、香港法律改革委员会委员、中国人民大学、清华大学、吉林大学、中山大学客座教授。著有《香港法制与基本法》、《香港法律与香港政治》、《中华人民共和国法制导论》(英文版)、《法治、启蒙与现代法的精神》、《法理学的世界》等书及中英文论文百余篇。

强世功 陕西横山人,中国人民大学法学学士(1990年),北京大学法学硕士(1996年)和法学博士(1999年),现为北京大学法学院副教授。曾担任《北大法律评论》主编(1998—1999年),美国哥伦比亚大学法学院访问学者(2001—2002年)。目前的主要研究领域为:法学理论和宪法学。出版《法制与治理》(中国政法大学出版社,2003年)和《法律人的城邦》(上海三联书店,2003年)等。

林来梵 法学博士(日)、现任浙江大学法学院教授、博士生导师、亚洲法律研究中心主任;主要研究领域为宪法学和比较法学;主要学术专著有《中国的主权、代表和选举》(日文版)、《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》和《中国的人权与法》(日文版合著);曾以中、日、英三种文字在国内外重要学术刊物以及学术论文集上发表学术论文三十余篇。

苗连营 河南延津人,1999年毕业于中国人民大学,获法学博士学位;1989年毕业于中国政法大学,获法学硕士学位;1986年毕业于郑州大学,获法学学士学位。现为郑州大学法学院教授,郑州大学学位委员会委员,中国宪法学研究会理事,中国法理学研究会理事。主要研究方向为:宪法学、行政法学、立法学。代表性科研成果主要有:《立法程序论》,中国检察出版社2001年版;“中国宪法解释体制反思”,载《中国法学》2002年第6期;“从传统的家园意识看近代中国的宪政建设”,载《华东政法学院学报》2002年第6期;“民主市场的交易规则”,载《法制与社会发展》2002年第5期;“关于制宪权的形而下思考”,载《上海交通大学学报》2003年第2期;“民意代表的言论免责权之研究”,载《法律科学》1999年第5期;

“论对行政权的法律控制”,载《法学家》1999年第5期;“论政务公开在反腐败中的作用及其实现机制”,载《政治学研究》1999年第3期等。

肖泽晟 湖南隆回人,1992年毕业于湘潭师范学院,获理学学士学位。1999年7月毕业于中国政法大学研究生院获法学硕士学位。现为南京大学法学院宪法与行政法教师,江苏钟山明镜律师事务所律师,经济法在职博士研究生。出版专著《宪法学——关于人权保障与权力控制的学说》、合著《行政法学》,在《政法论坛》、《行政法学研究》、《南京大学学报》等刊物上发表论文二十余篇,参与国家课题三个,参与撰写《新中国行政法》、《行政许可研究》、《行政诉讼法学》、《行政许可法的理论与制度解读》、《法律》、《中国土地立法研究》、《行政法典型案例评析》等著作十余部。主要研究兴趣:人权法、宪法、行政法、行政诉讼法。

熊文钊 湖北黄冈人,1974年11月在湖北黄冈中学就读期间被选入一专业艺术团体从事过近七年的音乐工作。1981年考入北京政法学院法律专业学习。1987年毕业于中国政法大学研究生院宪法与行政法专业,获硕士学位。同年到中央民族大学法律系任教,主讲宪法、行政法、行政诉讼法等专业课程,1995年被评聘为法学副教授。1996年被评为北京市优秀青年骨干教师。2000年被评聘为法学教授。2000年考入苏州大学攻读宪法与行政法专业博士研究生,2003年6月获得法学博士学位。系宪法与行政法专业学科带头人,研究生导师组组长,中国宪法研究会理事、中国行政法研究会常务理事,北京大学公法研究中心客座研究员,国家行政学院行政法研究中心兼职研究员。自1984年以来,先后发表“宪法是什么?”、“宪法观念的形成与发展”、“行政公署的性质与法律地位”、“县级直接选举”、“中国行政区划建置的结构问题”等学术论文近百篇,并出版《行政法通论》、《现代行政法原理》、《中国行政区划通览》、《税务行政法》、《行政诉讼法学》等学术著作十余部。

张千帆 美国得克萨斯大学奥斯汀分校政府学博士,1999年回国后任南京大学法学院教授、博士生导师(2002年起)、《南京大学法律评论》主编(2000年至今),2003年至今任北京大学法学院和政府管理学院双聘教授。曾先后出版《市场经济的法律调控》、《自由的魂魄所在——美国宪法与政府体制》、《西方宪政体系》(上下册)、《宪法学导论——原理与应用》,并发表了一系列论文。主要研究兴趣:比较宪法与比较行政法,宪政工程与经济发展,比较政治理论与公共选择实证分析。

赵娟 南京大学法学博士,南京大学法学院宪法学与行政法学专业教授、硕士研究生导师、宪法学与行政法学教研室主任,中国宪法学研究会理事,江苏省法理学与宪法学研究会副秘书长。先后出版合著《行政违法行为判解》、《宪政、法治与经济发展》,参编教材《行政法学》、《宪法学》,并在《中国法学》、《法学评论》等刊物上发表学术论文多篇。

周伟 四川省中江县人,1988年获法理学硕士学位(西南政法大学)、1998年获宪法学博士学位(武汉大学),曾任四川省人大常委会法制工作委员会综合处副处长,四川大学法学院教授,上海交通大学法学院教授、博士生导师。主要代表作:译著《德国行政法》(台湾五南图书出版公司),著作《宪法基本权利司法救济研究》、《完善民族区域自治法问题研究》(合作)、《体制改革过程中民族区域自治制度法制发展保障问题研究》(合作)等。先后到德国 MAX-PLANK 比较公法与国际法研究所、2002年美国富布莱特基金会美国宪法暑期讨论班、美国耶鲁大学法学院中国法中心作访问学者,并应邀在美国外交关系委员会(Council on Foreign Relationship Committees)、耶鲁大学法学院亚洲法论坛、哥伦比亚大学法学院中国法研究所作学术报告。主要法律实践有:成都市家家粗粮王对公务员与非公务员消费者区别收费身份歧视案、中国人民银行成都分行招录行员身体高度歧视案、峨眉山风景名胜对消费者不同地域区别收费地域歧视案、安徽省芜湖市人事局招录公务员拒绝乙肝病毒携带者身体健康歧视案等宪法平等权、反歧视案件。在《中国法学》、《政治学研究》、《比较法研究》以及中国台湾地区、香港地区《法律评论》、《司法周刊》、《法学研究》和《比较法与中国法》和德国《德中法律评论》等刊物上发表学术论文70多篇。承担中华社会科学基金项目《完善公民权利法律救济机制理论与实务研究》、挪威奥斯陆大学法学院合作项目《中国西部地区劳动就业反歧视法律制度研究》、教育部《从宪法基本权利论受教育者与教育机构关系及其法律制度的完善》、《欧盟国家违宪审查制度及其对中国的借鉴作用比较研究》等课题。

序 言

一、本书的定位与形成

2002年,教育部和法律出版社委托我主编一本宪法学教材。这当然是一个和各位同行合作的难得机会,但也是对我的一项挑战。早先我刚组织翻译了200万字的《宪法决策的过程》一书,深知协调多人合作的不易。更重要的一个问题是,目前宪法学教科书已经有很多了,观点和内容似乎都大同小异。这本书有什么与众不同的价值?如何保证它至少不是一本“多余”的书?2003年春夏之交,“非典”余波尚未平息,我联络了宪法学界一些志同道合的朋友,通过电子邮件就宪法学应该是什么这个基本问题展开讨论,取得了一定的共识。本书就是在这些共识的基础上形成的。

我们的基本共识是从比较实用的角度出发去谈论宪法学。这不是说我们就不谈理论,但和其他部门法一样,宪法学的最终目的在于为我们的社会服务。因此,宪法理论的最终意义在于解决社会现实问题;事实上,理论本身的意义往往是含糊和空洞的,也只有在实际适用过程当中才能得到澄清和确定。我们可以看看美国公法学者的论著,可以说几乎每一篇文章都是针对实际问题来写的,即使理论性文章也是如此;在这个意义上,纯粹的“宪法理论”是不存在的。^[1]当然,中国目前在宪政实践方面还没有太多建树,因而我们不得不多借用一些国外的制度来昭示宪政原理,同时尽可能多地关注国内的相关事例(我们毕竟还没有什么“宪法案例”),但这并不改变本书的实用主义基本取向。这倒不是说我们必须用某种统一的观点去反对别的什么观点——事实上,这本书所强调的正是不同观点的交流和交锋。然而,一种坦诚、务实、超越政治的基本态度对宪法学的发展是重要的。我们认为,中国宪法学发展的一个最大障碍是它过分从属于现实政治。当然,宪法必然是和政治紧密联系在一起,但我们作为宪法学者只有尽量超越一些,才可能做一点有意义的学术。有这个共识作为我们的合作基础,应当是令人欣慰的。

这也决定了我们这本书的基本特点。以往的教科书理论谈得太多,和实际结合得不够紧密,而且有些教材即使在理论上也显得过于陈旧,政治口号占了太大的

[1] 事实上,不仅公法是如此,民、刑等传统法律学科更是如此。在这个意义上,我不认为存在任何脱离具体案例或事例的抽象“理论”、“方法”或“体系”。

比例。在这本书里,我们将力图改变这种现状。作为一本国家规划教材,这本书的写作必须符合教育部教学大纲的要求,但这并不表明我们只能千篇一律地重复;否则,多一本内容、形式、观点乃至文字都大同小异的教材又能给中国的宪法研究和教学带来什么?因此,我们都认为应该以一种比较严肃的态度对待自己的文字,去掉大话、空话、假话、套话,代之以一种比较诚实和成熟的宪法学,让读者真正看到宪法究竟能为我们做些什么。

当然,确定了这个基本定位,并不表明我们之间就不存在分歧。事实上,对于这本书在方法、内容和风格上的取向,各位作者的意见并不完全一致。例如,有些作者主张全面创新,但林来梵和苗连营教授都提出,作为一本大学教材,这本书必须考虑到宪法学基础教育的目的和需要,不能一味强调创新。林来梵教授主张兼收并蓄、广采博纳,不拘于一国、一家之学说,因而可在体系、学说及写法上突破目前其他国内教科书,但应遵循学术活动及本科生教科书写作的规范,不必刻意追求没有学术传承意识的创新。苗连营教授尤其指出,本书首先是一本教材,而不是法学前沿问题的探索。目前多数法律院校的宪法学课程是安排在大学第一学期,刚入校的学生还缺乏基本的法学思维方式和理论功底。这就要求宪法作为法学入门课必须能满足他们的需求,适当协调学生的需要和我们作为宪法学者对他们的希望。本书副主编肖泽晟还为此专门对学生意见做了网上调查,初步了解到学生对教材的要求出现两极化倾向。一类学生希望完全突破现行教材的窠臼,能够围绕宪政来介绍基本权利与国家机构的内容,并以典型实例或案例来说明,而且还强烈希望看到学者们在教材中不愿意说的学术观点;另一类学生则希望沿袭中国宪法教材的现有思路,按照教育部的教学大纲的要求结合案例介绍宪法的基本内容。

众所周知,现在的教材基本上都是以中国现行宪法为主线而展开的。这本书究竟是仍然以现行宪法为依托,还是“脱胎换骨”另起炉灶?如果采取后一种方案,又如何把中国现行宪政制度和宪法文本的全貌展示给宪法的初学者?尤其是我们还没有什么“宪法案例”,而相关的宪法事例又缺乏正式的法律评价,也没有任何学术上的定论。如何实现理论与实际、规范与现实的结合,将是一个十分棘手的问题。苗连营教授建议加大宪法学基础理论的分量,因为宪法的一些基本问题还没有完全搞清楚,需要对此在理论上正本清源,而立法和司法制度这些传统上属于宪法学的重要内容现在也已经引起法理学家的关注和思考。为了协调这些不同意见,本书在定位上采取了以下几个方面的“平衡”。

首先,我们要把握一个基础和前沿之间的平衡。这本书当然是教材,一本面向研究生和本科生的教材,所以首先应该把基本问题说清楚。但在适当的地方,如果不是太枯燥或技术性太强的话,也应该简要介绍一点法学“前沿”问题或社会普遍关注的“热点”问题。譬如司法审查也可以算是中国宪法学目前的一个“前沿问

题”，但这个问题必须对学生有所交代。当然，介绍的方式必然和专著或论文有所区别，但只要方式掌握得当，前沿和基础之间并不应该有什么矛盾。

事实上，我们没有必要低估学生的水平，即使大一的学生也不例外。在智力要求上，法学不是广义相对论，不是精密的火箭科学，并没有什么特别高深奥秘、难以理解的地方。如果低年级学生有什么地方不适应的话，并不是因为他们理解不了法学理论本身，而更可能是因为他们不具备足够的社会阅历，以看清法律问题的社会本质并对它们产生兴趣。尤其在宪法观念上，刚从中学毕业的大一学生必然面临着一个根本的思维转变，因而要求有适当的教材和教师引导他们“登堂入室”，而且我认为起点完全可以高一些。根据我个人对法学院本科生和研究生的不完全了解，至少就本书各位作者所在的各大院校而言（除了港澳台地区，因为我不了解那里的情况），能进入法学院的学生天资都很聪明，但目前的毕业生却远没有达到他们所能达到的水准，而其中的重要原因是教材本身的水平太低、学校的教学标准和要求太低，以至差不多的学生都可以打发考试并顺利毕业，至少文科学生是这样。^{〔2〕}当然，我不是说文科学学生都不努力——他们中肯定有很努力的，我的意思是如果他们没有必要那么努力就可以获得学位和文凭的话，那么大多数人又何乐而不为呢？这已经形成了一种积重难返的风气，学校和教师确实可以因此而敷衍省事，但显然对学生和社会都不利——对社会显然不利，是因为即使在大学教育逐步开放的今天，社会和国家仍然对于高等教育有很大投入，却没有获得本来可以获得的产出，没有产生足够多的高素质领导型人才；对学生显然不利，不仅因为他们自己没有“人尽其才”，学到他们可以毕生受益的知识，而且还因为大学是他们世界观和方法论的形成阶段，因而大学教育的松懈必然会影响他们一生的发展。这就和大学以前主要是身体的成长阶段一样，青少年必须获得充足和适当的养分，否则一定会身体发育不全、精神萎靡不振。如果我们不能为学生的思维提供适当的养分，他们到毕业的时候同样会“营养不良”，但这究竟是谁的责任呢？如果是我们教师的责任，那么我们到时候是否还有权利根据自己的毕业生的素质，主张学生不具备理解宪法学的条件呢？我认为我们有责任为学生提供实实在在的“精神食粮”，让学生自己去消化，且现在的主要问题不是学生是否有能力接受，而是我们自己能不能以深入浅出的方式阐述实实在在的宪法学知识。

其次，是创新与继承的平衡。在形式和体例上，我们必然会参照现有教材的做法，但并不拘泥于传统框架，而将采取我们认为对概念和问题的阐述最有效的方

〔2〕 根据我的个人经验，中国对理科学生的要求似乎比国外更严格，但对文科学生的要求却更宽松。任何在美国法学院学习过的人都知道，J. D. 项目的前两年是相当紧张的，课程知识量非常大，也很实用。期末考试的风格类似于理科，一般是闭卷，而且题量比较大，因而要求学生掌握各个知识点的细节。

式。在观点上,我们总的态度是“实事求是”,将宪法作为“法”来看待,该说什么就说什么,既不刻意求新,也不拘泥于现行宪法的框架。我们要求学生将宪法视为“法”,自己首先得这么看。宪法学只谈法,不谈和法无关的东西。这当然不是说不接触实际,而是从法的角度而不是政治或别的角度来考察实际。在这个基础上,我们作为学者应该保持一定的中立性,严格区分政治、法律和学术。宪法学不是宪法,就和政治学不是政治一样;学术本身必须超越所研究的对象,否则就不成其为研究了。所以,我们可以介绍中国和美国的主流意识形态是什么,但我们没有必要表达自己的价值倾向;事实上,这种学者个人的倾向对宪法学而言是不相关的。当然,每个人都有政治倾向,我的意思是我们必须意识到这个问题,并尽可能避免把某种政治观点强加在这本书及其读者身上。我们既没有权力也没有义务这么做。事实上,这种超然的态度可以解决许多所谓的“政治问题”。作为学者,我们的任务只是尽可能“客观”地把宪法事实呈现在读者面前。至于如何评价中国和西方的宪法,这是读者自己的选择,也是他们的权利。

再次,是立足点在于本国还是外国的平衡。中国宪法无疑是全书的重点,但我们希望从比较的角度来看中国宪法,努力将世界宪政的一般原理同中国宪法的具体实践相结合。值得强调的是,我们的书名是“宪法学”,而不是“中国宪法学”,因而其考察的对象不应仅局限于中国。一方面,由于中国宪法的实施机制尚不完善,尤其有必要参考一些外国的宪政实践和经验。另一方面,现行宪法本身还处于不断完善的过程当中,因而在内容上我们必须根据自己作为宪法学者的经验有所取舍,譬如我们不会花太多时间重复它的前言。但我们将根据宪法作为“法”的本质和中国宪法的精神及其最新发展趋势,尽可能全面系统地阐述所有我们认为具有法律意义的宪法问题。我认为这是我们作为宪法学者应该做的事情。在这个意义上,这本书也许是新的;但求新并不是我们的本意,我们只是要写一本合格的宪法学教材,既能使学生掌握世界宪政的基本知识,又能帮助他们认识、探讨并尝试解决中国自己的实际宪法问题。

最后,是理论和实例之间的平衡。尽管很困难,但这本书还是要尝试理论和实际相结合;不是说不能多谈理论,而是我们之所以谈理论,是因为理论本身有实际价值,而不是因为我们没有实例可谈,所以只能谈理论。只是谈理论也不容易谈清楚。如果有实例的帮助,理论的阐释会容易得多。否则,这本书会在许多读者看来很深奥难懂,也不实用。当然,中国宪法还没有获得司法实施,因而没有真正的“宪法案例”。然而,“宪法事例”还是有的,因而我们不仅要谈论国外的“宪法案例”,而且也要谈国内的“宪法事例”,尽可能让读者看到宪法应该如何处理这些问题。我们当然希望中国今后宪政制度的发展能开拓出更多的具有权威性和约束力的“判例”,不仅为宪法学研究提供更丰富的素材,也为宪法的教学增添一些色彩。但即使在目前的条件下,我们还是要尝试一下;这种尝试现在注定不会完美,但这

些只有在以后的教学过程中逐渐成熟与完善。

二、本书的结构、内容与分工

在上述定位的基础上,确定本书的内容是相对容易的。它无非是宪法学通常涉及的一个方面,大致包括总论(概念、历史、方法等)、国家机构(中央与地方关系,立法、行政和司法机构,政党制度)和基本权利(理论和实施)。经过讨论和协商,本书大体上分四个部分,共12章。第一部分为概论,共三章,主要包括宪法的基本概念与方法、宪法的制定与修改以及宪法的实施与解释。第二部分为基本权利,分为两章,分别论述权利的基本理论和各国权利保障的宪法实践。第三部分是政府组织形式,在简要探讨国家性质问题后分四章介绍了政党、议会、行政和法院。第四部分是中央与地方关系,分为三章,包括中央和地方关系的一般理论、中国1949年以后的中央和地方关系实践以及特别行政区的基本法。根据各位作者的兴趣和专长,各部分大致分工如下:

第一章:基本概念	张千帆
第二章:宪法的制定与修改	苗连营
第三章:宪法的实施与解释	周伟
第四章:人权总论	林来梵
第五章:人权分论	周伟(第三节)、肖泽晟(其余)
第六章:选举和政党	赵娟
第七章:立法机构	苗连营
第八章:行政机构	肖泽晟
第九章:司法机构	强世功
第十、十一章:中央与地方关系	熊文钊
第十二章:特别行政区基本法	陈弘毅

这个结构当然不是不可改变,但之所以这么安排考虑了如下理由:美国宪法教科书一般把司法审查作为第一章,喜欢开天辟地就把马伯里诉麦迪逊案放上去,因为他们认为这是宪政的起点。中国宪法的教科书不能不考虑一些“国情”因素,没有必要完全照搬。加上如苗连营教授所说,不少读者可能缺乏法学功底,所以基本概念和方法的介绍还是必要的,但第三章关于宪法实施的部分就探讨了这个问题。把基本权利紧接着放在第二部分,突显了权利的重要性,因为宪法的最终目的还是为了保障自由和权利。这也是和1982年宪法的做法一致的。第五章对权利保障的具体阐述主要包括非政治性权利,因为组党和选举方面的权利将专门由第六章介绍。第七章接着介绍代议机构,也保证了内容上的连续性。本书对国家机构的论述方法体现了分权思想。从职能上说,这样的分类是合理的。但以往教科书似乎都为了强调中国宪法的特殊性,把中国的国家机构当作一个不可分割的整体来

处理。我们认为立法、行政、司法还是可以分开论述的,这样也有利于和其它国家的类似机构比较。

按通常的看法,中央和地方关系应该放在国家机构之前,因为只有先划分中央和地方权限,才能进而划分中央和地方政府机构内部的权限。但基于几点考虑,一是要保证全书在内容体系上的连贯,二是尽量和国内目前的宪法教科书安排相一致(这只是一个次要的考虑),这本书还是采取了这个顺序。最后,对基本法可以有两种处理方式:一种是将基本法的有关内容分别加在每一章的最后,但这样合作起来比较困难,因而还是采用第二种方式,单独成一章。《基本法》相当于一部“小宪法”,因而放在最后也可以起到一种总结性的作用。

在以上结构中,一个显著的忽略是宪法史。这部分内容也很重要,尽管宪法教科书通常只是一带而过。本书的处理是在关于宪法制定和修改(第二章)的章节简单介绍了中外宪政的宏观发展,具体制度的发展过程则在有关章节内加以介绍,例如在法院和宪法实施的章节中介绍司法审查制度的建立过程,在基本权利的章节内介绍权利概念和宪法实践的发展等。

尽管主编对于大体内容、结构和体例的产生发挥主要的作用,主编的观点并不能代替作者的观点。事实上,各部分的内容主要仍由作者自己决定。主编只是对各章提出十来个问题,通过问题的方式提供一些建议,希望各位作者在写作过程中能在适当的地方讨论并回答这些问题,因为它们也正是我们希望学生在读完本书后能够回答的问题。作者并不就局限于这些问题,当然也可涉及更多的他认为有意义的问题,且其他参与人也可以提出值得讨论的问题。总的来说,各位作者对各自的内容和观点负责,主编和其他参与人对其观点不加干预,但别人可以对其所要阐述的问题是否适当以及对问题的阐述是否全面与平衡提出意见。

也正因为如此,我们希望学生或学者在引用本书的时候能更多地体现作者本人的贡献。虽然这本书总体上是在相互讨论过程中形成的,因而任何部分在某种意义上都是团体合作的产物,但在目前阶段,各位作者无疑发挥了主要作用。因此,我建议对本书的引用采取类似于论丛的形式,例如陈弘毅,“单一与多元——“一国两制”下的特别行政区基本法”,载《宪法学》,加上页码与其它信息。

三、本书的形式与体例

本书的体例多少借鉴了最近出版的《宪法学导论》,因而两者在形式上的相似之处是显然的。某些次要的相同点是出于主编的个人爱好,例如引文分脚注和夹注两种。为了行文简洁,一般的著作和文章都采用夹注的形式,即(作者,年代:页码),然后按照英文和中文姓名的汉语拼音为序列汇编一个统一的参考文献。例如(林来梵,2001:45—48),(Ackerman, 1999: 102);如果同一书名下有多卷,则在

页码前标明卷数,如(孙中山,1985;5卷42)。但对于不太长的文章,有时也可忽略页码,如(凯尔森,2001)。万一同一个人在同一年有一篇以上文献被引用,可用2001a、1999b等方式加以区分。这样引用学术论著的好处是短小精悍,省得用冗长的脚注重复引用同样的文献,而要简化这种脚注又有许多不同方式,容易引起不统一。惟一的弊端是读者当时未必知道这篇东西到底是什么,但他只要翻到后面查一下参考文献就行了,似乎也不是那么不方便。判例案名一般比较长,这样引用将给人以累赘的感觉,因而还是采用脚注,例如 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 1。中国法院的判决书和最高人民法院司法解释的全称也是这么处理。成文立法如人大或行政部门的文件则直接在文中写明,形式尽量做到准确而简要。本书的注释和文献引用方式虽然在国内用得不多,但因为其简洁明了而为国际各主要学术期刊(如《美国政治学评论》)所采用,且越来越多的专著和期刊都以此取代了传统的注释体例。

更重要的是,体例必须给教材带来一定的活力。我认为平铺直叙的传统结构是不够的,因为它比较死板,不够活跃,学生比较容易失去兴趣,而某些有意思的内容也难以放进去。所以本书也在正文中插入一些专门的栏目,譬如“案例评析”:在谈论一个重要判例时,插入这个栏目,给一个比较吸引人的题目,然后用脚注标明案例的全名和出处等,再加以叙述、引用、评判。中国目前还没有诉讼意义上的宪法“案例”,但我们还是通过“实例分析”栏目介绍了中国和宪政有关的典型事例。

另一个比较有意义的栏目是“经典导读”:如果我们引用了来自某一本或一篇经典的观点和概念,可以插入这个栏目,顺势介绍一下这本重要的宪法学经典,包括作者背景、主要观点和社会反响等,启发学生进一步阅读。关于经典的范围,主要由各作者自己决定,但总的方针是宁缺毋滥,且主要局限于国内外公认的经典论著。中国宪政制度的实践一直不发达,从根本上制约了宪法学的发展,导致中国对近现代宪政理论没有做出有价值的独特贡献,因而除了古典的或近代的极个别和宪政相关的出色论著之外,现当代国内论著一般不作为“经典”。

第三个栏目是“法理探索”,主要用于处理一些热点问题和比较敏感的问题,尤其是一些争议比较多和引起重大反响的问题,例如宪法的“司法化”,或“非典”时期发生的侵权事件,或国务院的收容遣送条例等等。有些问题作者可以全面分析,有些问题则可以提出问题让读者自己去思考并得出结论。

第四个栏目是“百家争鸣”,主要用来阐述学术界对某个问题的不同观点。阐述对各方应该还是比较平衡和全面的。但我们作者自己有时就有偏向,所以在我们之间也可能会产生不同意见。设立这个栏目的原意也包括用来记载作者之间发生的分歧。作为一本由不同作者参与并编辑而成的教材,这本书和其它书一个可能不一样的地方是,既然它是我们合作产生的一本书,它的每一部分都应该反映所有

作者的观点——不是说我写第一章就变成第一章只反映我的观点,而是其他任何人如果不同意都可以挑战我的论点并公开发表自己的论点。对于所有作者都是如此,所有人都有权对其他任何人的论点公开提出质疑。我认为这样才能使这本书有代表性,因为这样它才能在每一个地方都反映九位作者的观点。虽然我们这九个人相对于整个宪法学界必然还是有偏向的,但这总比这本书成为各章反映一个人观点的简单叠加的情况要好。当然,在一般情况下,我们期望通过讨论和协商解决分歧。如果有人对某个论点提出异议,那么最简单的办法就是由作者自己把这种不同观点加到他原来的论点上,说明不同观点是存在的。但如果原作者因种种原因认为这么做是不可接受的,那么我们得有一种“救济”,也就是异议者应有权在有关部分开一个栏目说明自己的观点,然后用脚注标明栏目的作者和同意其观点的其他参与人,而原作者在正文和脚注里就可对栏目所表达的观点加以辩驳。通过这种方式,主编也没有必要去“控制”各位作者的观点——不仅因为他必须信任自己所选择的团体,而且因为即使出现分歧,他也还是可以和别人一样通过“百家争鸣”表达并澄清自己的观点。我认为这是一种不错的争议处理方式,也会引起读者的兴趣。但在实际操作过程中,主要由于时间限制,作者之间的讨论和争论很不充分,因而除了第五章的一个例外——即使这个例外也是“非对抗”性的,目前这个栏目还没有发挥这个功能。出于“关系”或“面子”等文化因素,也许这个栏目以后也不会这么用。但我还是希望将来能有所突破,因为它可以作为一个标志,表明即使在同一本书里,我们也不一定非得有一个非常统一的声音,人为地消弭不同声音。内部分歧可以公开,并通过体面的规则加以解决。如果学者可以做到这一点,政府——至少法院——也许也应该能做到。事实上,不论是对于这本书的写作还是政府决策,我相信这种交流方式对于提高质量而言都是很有帮助的。

最后,其他作者还建议增设一些其它栏目。例如周伟教授增设了“法律前沿”栏目,专门用于探讨宪法学中的一些前沿问题;强世功博士增设了“焦点事件”栏目,用于报道国内外引人注目的重要宪政事件;熊文钊教授增设了“背景资料”栏目,用于介绍宪法学的一些背景知识。这些栏目都很必要,且我希望其他作者以后也越来越多地利用它们。当然,我们还可以设置许多其它栏目,使它们尽可能准确地反映各种材料的性质,但这种需要又不得不和体例统一的需要相平衡,否则读者可能会在各式各样的栏目面前感到眼花缭乱。作为“平衡”,本书目前暂且设置了上述几个栏目。

总之,本书体例的设计尽可能体现在团队合作的环境下“求同存异”之需要。目前,各部分交流还不足够多,有些材料的取舍和阐述有待进一步斟酌,因而这本书在这个阶段注定存在着许多缺陷。但我相信,这本书的形式和风格包含着自我完善的潜力。各位老师在今后的教学过程中必然还会有更多的体会甚至“顿悟”,不断改善我们各自分工负责的内容。更重要的是,我们今后将有更多的时间交

流——我们作者之间的交流,和其他同事的交流,和众多学生们乃至一般读者的交流,等等。交流将产生更多的意见、评论和争执,这本书也将随着变得更为丰富、生动、成熟。宪政是在实践中成长起来的,关于宪政的学说也必然是如此。

出版四年以来,本书得到了许多同行和学生的关爱。四年时间不算长,但是中国和世界宪政都闪现出很多新的亮点,而我们也力图跟上宪政发展的步伐,及时更新这本书的话题和资料,从而产生了现在的第二版。第二版维持了原来的体系结构,修改了不同章节的细节并纠正了个别文字错误。尽管如此,作为一个作者群体的产物,本书必然还有诸多地方需要在不断的交流过程中继续“磨合”、改进。我们也希望读者继续关注这本书的成长,用你们的疑问、批评和建议促使它不断到达新的高度。

张千帆

2008年6月于北大

目 录

第一编 概 论

第一章 宪法的概念、理论与方法	(3)
引论——宪法能为你做什么?	(4)
第一节 基本概念	(7)
一、法与法治	(7)
二、宪法与宪政	(11)
第二节 宪法的结构与特征	(15)
一、宪法结构	(15)
二、宪法的主要特征	(17)
第三节 宪法学是一门“科学”	(26)
一、宪法与宪法学	(26)
二、宪法学的三个层面	(28)
三、宪法学的实证研究方法	(31)
第四节 现代宪政的基本价值与原则	(35)
一、法治与分权	(35)
二、民主	(36)
三、权利与自由	(37)
四、联邦? 中央与地方关系	(37)
第二章 宪法的制定、修改与发展	(40)
第一节 宪政思想及宪法的起源	(40)
一、西方宪政思想探源	(40)
二、近代宪法的产生和发展	(44)
三、近代中国的宪政历程	(53)
四、新中国宪法的产生与发展	(57)
第二节 宪法的制定	(61)
一、制宪权的性质	(62)
二、行使制宪权的社会基础	(63)
三、宪法制定与宪法修改、宪法解释	(64)