



新世纪高等学校教材

法学核心课系列教材

XIANDAI
XIANFA XUE

现代宪法学

陈云生 编 著



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

新世纪高等学校教材

法学核心课系列教材

现代宪法学

XIANDAI XIANFA XUE

陈云生 编 著



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP) 数据

现代宪法学/陈云生编著. —北京: 北京师范大学出版社, 2010.8

ISBN 978-7-303-10832-9

I. ①现… II. ①陈… III. ①宪法—法的理论—中国—教材 IV. ①D921.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 032415 号

营 销 中 心 电 话 010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网 http://gaojiao.bnup.com.cn
电 子 信 箱 beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn
北京新街口外大街 19 号
邮政编码: 100875

印 刷: 北京画中画印刷有限公司
经 销: 全国新华书店
开 本: 170 mm × 230 mm
印 张: 47.5
字 数: 1024 千字
版 次: 2010 年 8 月第 1 版
印 次: 2010 年 8 月第 1 次印刷
定 价: 58.00 元

策划编辑: 马洪立 周彩云 责任编辑: 李洪波
美术编辑: 毛 佳 装帧设计: 毛 佳
责任校对: 李 茵 责任印制: 李 丽

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

前言

在这里，我们首先想到的是应当重重地感谢北京师范大学出版社杨耕社长、叶子副总编以及该出版社的马洪立、李洪波两位编辑，是他们宽广的学术胸怀和书家的胆识接纳了这部约百万字的宪法学教科书。该教科书与同类教科书相比，不仅在体量上堪称是“鸿篇巨作”，而且在形制和内容上也都有特异之处。

在主著看来，下如此大的气力，用如此长的篇幅来完成这部教科书，决不是“贪大求量”的创作观点使然，而是由某种储藏已久的“夙愿”驱使的。酝酿、积淀已久的想法恰似箭在弦上，不得不发。

一、目前正在使用的有几十部之多的各种版本的宪法学教材，除极少数具有较高的学术价值和丰富的资料之外，绝大多数的教材在内容、体例上都大同小异，相当雷同的结果就是给人以呆板和缺乏新意的感觉，决定用哪种版本的教材往往不是由其品质，而是由定价决定的。这种状况早已引起包括本人在内的许多宪法学术界同仁的忧虑，有识之士认为这种状况应当尽快予以改变，但囿于情势，又不想或不能为此做点什么。本人从事宪法学研究和教学 30 多年，自觉有责任应该作出些实际的工作。本教科书的编著就是本人为此作出的实际努力的一部分。

二、从专业的立场上看，在本教科书的编著过程中，确实在刻意作出进取，力求有所创新，主要体现在以下四个方面。

第一，本人认为，现有的同类宪法学教科书基于传统、成型的知识体系，固定化了的学术思维模式，通常将写作的重点放在基本的传统理论方面，鲜有旁及其他相关理论；而在学术思维模式方面，大多数是演绎型的，或者是注释型的，少见实证型的；针对这种状况，本书专门增加了宪法本身的基本知识和宪政的基本知识等相关内容。这些基本知识尽管主要是从几

十年前的宪法文献中借用来的，本身并非是严谨的通过第一手资料研究得来的成果，但本人认为其在学理上具有重大的昭示意义，作为宪法学的全部知识体系，不仅应当包括重大理论体系的生成、演绎和解释，而且也应当包括宪法和宪政内容的本身。作为具有普世价值和共同形制的成文宪法，它究竟应当规定哪些基本内容？它的基本形制是什么？它能否归类于各种模式？一部宪法究竟多长才是适当的？如此等等，都应当成为我们了解、认识和研究宪法，特别是成文宪法不可或缺的内容。本教科书花大力气增加这方面的内容，意在对传统的和现实的宪法知识总体中如此重大的缺失有所补益。

第二，几乎所有的同类教科书只把自己的理论和实践关注点集中在过去，特别是现在，很少关注未来，即使那些号称“面向 21 世纪”的教材也不例外。针对这种状况，本教科书在后三章进行了探讨。主著深知，这并非是严谨的科学成果，尽管有一定的宪法事实为此做支撑，但基本上仍属是基于学术敏感而引发的，本身带有浓厚的主观臆想的性质，或许不足为训。不过主著深信，传统宪法学上认为宪法只是总结过去经验、固定现时格局的观点早已过时。为了使人类过上有组织、有价值的现代社会和国家生活，宪法不仅应当正确地对待过去、调处现在，也应当面对将来。特别是在当今社会和国家飞速发展的情势下，宪法作为人类组织社会生活和处置国家事务的大纲，同样需要与时俱进。由此看来，后三章的写作虽非称得上是严谨的科学知识体系，其昭示的现代宪法随着时代发展和进步的意义，还是应当得到肯定的。

第三，本人认为，本教科书最大的创新之处在于用重笔墨写下了“制度篇”。在宪法学术界有一种强烈的学术倾向，就是认为宪法学应当将研究重点放在宪法理论上，即使研究宪政，也应当限制在国家的根本政治制度或重大的社会结构方面，这一派学术意见认为各种次级的制度不应当由宪政学说来研究，而是那些与基本法律及相关学科或领域研究的对象。在这一派学术意见看来，宪法既然是国家的根本大法，就应当规范国家重大的宪政体制，否则，就会有损于宪法的根本法地位和最大的法律权威。应当说，这种意见并非全无道理，本人也在过去的宪法学术研究中长期坚持这种观点，但现在已经有了新的认识。至于在中国时下的学术界，更有“理论家”们仍在不断地“制造”“宪政有害论”，他们认为在中国不能搞宪政，哪怕是社会主义的宪政，据说一旦搞宪政，就会在政治上引起极其严重的可怕后果，云云。从我们宪法学术内的观点看来，这完全是不可理喻的，也是不能接受的。这好比在一场盛大宴会上，只让众位嘉宾欣赏印刷精美的菜单，而不让上由真材实料做成的佳酿和美味佳肴，担心其中会有不良的物质而对人体的健康造成损害。人们或许并不能完全排除这种极端例外的情势出现，但在一个组织良好的社会和国家，不应当出现良好的宪法和有害的宪政并存的现象。宪法和宪政如影随形，通常都应当是并行不悖、相得益彰的。我们不能将宪法与宪政割裂开来。从宪法学的立场看来，那种主张是某种意识形态的产物，而不是严肃的科学研究结论。我们不能想象，一个国家只允许有宪法，而不允许有宪政

是何景象，更无法接受一个国家能够接纳宪法的形式，同时又将宪政视做与政治是不相容的或是对立的有害机制。

回到科学的宪法学立场上，主著认为，宪政不但是宪法的逻辑结果和形制化的体系，也是宪法唯一有效的运行机制。我们接受和承认的是国家的根本大法和宪政是国家根本政制的观点，在中国的学术界，只有极少数的其他学科的学者不承认和拒绝接受这个观点。但这并不影响宪法和宪政的最高法律权威和最高国家政制的根本地位，与此同时，我们也强烈主张，宪法并非仅是超然于各种部门法之上的规范体系，它与各种部门法息息相关，浑然成为一个整体。这个整体从下位法的层面上说是法制，如果从宪法的层面上说，就是宪制，也可以说是“宪政”，在西方法学学术界，将这种层级关系形象化地比作“以宪法（宪政）为山峰，以法规（法制）为峰谷”。这种宪法和宪政与法律和法制的层级关系在全世界都是得到承认的，只有中国极少数的学者一再地向这种已经得到公认的宪理和法理进行挑战，他们总是试图削平宪法和宪政这个“山峰”，使其变成与其他部门法一样的“峰谷”。我们不赞成并质疑这种做法，原因很简单，因为这是对已经成型的传统宪理和法理进行的颠覆，胜算不大。但与此同时，我们也不赞成并质疑那种将宪法和宪政与法律和法制割裂开来的做法。宪法和宪政终归要融入国家日常的政治活动和民众的社会生活才有实际的价值与功能，也才能表现出应有的活力。我们的宪法和宪政由于太过脱离这种政治活动和社会生活而大大地失去了它们应有的活力。与其将它们放在高高的祭坛上专供人们去顶礼膜拜，倒不如将它们请下祭坛并使其融入国家日常的政治活动和社会生活之中。正是基于这种强烈的宪法和宪政信念的价值和功能体现，本教科书才不惜笔墨，投下重笔撰写了与宪法和宪政密切相连或相关的各种国家制度。尽管主著明白，这种制度性阐释并非要给予学生和其他读者们深层的、系统的各种类别制度自身的知识，只是期望能将这种概括性的阐述与宪法和宪政联系起来，视做宪法和宪政整体的一个有机组成部分，并进而培养起从宪法和宪政的立场和角度来看待国家的各种制度的观念。倘能达到这样的创作目的，主著本人会感到莫大的欣慰。对此本人充满了期待和信心。

第四，本教科书是主著与众多同仁协力进行的一次成功合作。在20世纪80年代末，主著曾有过一次与众多同仁的合作经历，但因其中一位重要牵线人趁本人出国做长期访问学者的机会，背着我暗做手脚，致使那次合作以不愉快的结局收场，自此视大型合作为畏途。而这次却与上次迥然不同。在最初，只用二至三天就得到了各位同仁的慷慨应允。他们中有许多都是宪法学界新近才崭露头角的青年才俊，更有些是已经成了名的学者。他们不嫌主著鄙陋，一请便诺，给了本人十足的面子。在整个写作过程中主著也与诸位同仁进行了很有成效的沟通，使得绝大多数的草稿基本上达到了主编著的要求。面对此情此景，甚至有时主著也情不自禁地惊诧本人竟有如此强的学术号召力、凝聚力和组织力。在以往的学术研究成果中，基本上都是本人独著和独译的，学术界有同仁会误解本人不愿意或

不善于与他人合作，此非实也。只是囿于学术环境和资源的限制而不能也，非不欲为也。此次成功合作，可以证明实情究竟为何了。为尊重各位同仁之正当权益，并永志不忘，现按章节承担者出现的先后顺序，恭列各著述人名字如下：

王广辉：中南财经政法大学法学院，教授；第三章第九节。

焦洪昌：中国政法大学法学院，法学博士、教授；第四章第四节。

齐小力：中国人民公安大学法律系教授；第五章第一节。

王柱国：江西财经大学法学院，法学博士、副教授；第五章第二节。

郭殊：北京师范大学法学院，法学博士；第五章第四节。

黄晓辉：福建师范大学法学院，教授；第五章第五节。

杜力夫：福建师范大学法学院，教授；第五章第五节。

张宝贵：北京联合大学应用文理学院，教授；第五章第七节、第八节。

刘大伟：辽宁大学法学院，法学博士；第十二章第一节二。

翟东堂：中原工学院人文学院，法学博士、副教授；第十二章第一节三、四。

朱应平：华东政法大学法律学院，法学博士、教授；第十二章第二节一。

程建：内蒙古大学法学院，法学博士、副教授；第十二章第二节二。

陈宏光：安徽大学法学院，法学博士、教授；第十二章第二节三。

武建军：内蒙古检察学院法律系，教授；第十三章第三节一。

李自然：宁夏大学政法学院，法学博士、教授；第十三章第三节二。

李宝奇：延边大学法学院，教授；第十三章第三节三。

张文山：广西大学法学院，教授；第十三章第三节四。

吉雅：内蒙古大学科研处，副教授；第十三章第三节五。

黄元姍：湖北民族学院财经政法学院，法学博士、副教授；第十三章第三节六。

王士如：上海财经大学法学院，教授；第十四章。

刘连泰：厦门大学法学院，法学博士、教授；第十五章第一节。

刘静仑：河北经贸大学法学院，副教授；第十五章第二节。

周青凤：中国政法大学法学院，法学博士；第十五章第三节。

崔皓旭：中国社会科学院俄罗斯东欧中亚研究所，法学博士、助理研究员；第十五章第四节。

孔淑慧：河北省石家庄市地税局；第十五章第四节。

张献勇：山东工商学院法学院，法学博士、副教授；第十五章第五节。

张红：北京师范大学法学院，法学博士、副教授；第十六章第一节。

马英娟：上海师范大学法学院，法学博士、副教授；第十六章第二节。

陈春梅：最高人民法院行政审判庭，法学博士；第十六章第三节。

李勇：最高人民检察院检察理论研究所，法学博士、助理研究员；第十六章第四节。

范 毅：南京财经大学法学院，教授；第十八章。

郭春明：天津师范大学法学院，法学博士、副教授；第十九章。

郭曰君：华东理工大学法学院，法学博士；第二十章。

陆幸福：西南政法大学行政法学院，法学博士、副教授；第二十一章。

丛文胜：军事科学院军队建设研究部，法学博士、研究员；第二十二章。

胡肖华：湘潭大学法学院，法学博士、教授；第二十三章。

和育东：北京化工大学文法学院，法学博士、副教授；第二十四章。

其余章节均由主著陈云生撰写。

陈云生

记于北京新源里寓所“半步斋”书房

作者简介

陈云生，男，1942年5月生，北京市平谷区人。

1966年北京政法学院（现中国政法大学）法律系毕业，毕业后在广西靖西县、德保县、百色地区从事过司法、教育、行政等工作；1978年考入中国社会科学院研究生院法学系深造，1981年获得法学硕士学位，1984年师从著名法学家张友渔教授攻读宪法学博士学位，1987年获法学博士学位，是中国本土培养的第一个法学博士。1981年起在中国社会科学院法学研究所从事宪法学、行政法学、法哲学等学科的研究工作。先后出版著作十几部，发表论文、文章数十篇。

代表作有：

《民主宪政新潮——宪法监督的理论与实践》

《权利相对论——权利和义务价值模式的建构》

《反酷刑——当代中国的法治与人权保护》

《宪法监督司法化》

《宪法人类学——基于民族、种族、文化集团的理论建构及实证分析》

《和谐宪政——美好社会的宪法理念与制度》

《成文宪法——通过计算机进行的比较研究》

《宪法学原理》

《违宪审查的原理与体制》

1991年1月至1993年1月先后在美国路易斯·克拉克西北法学院、加州大学伯克利法学院、哈佛法学院和荷兰的鹿特丹伊拉斯谟大学法学院从事进修和讲学等学术交流活动。1998年9月至1999年3月在丹麦首都哥本哈根人权研究中心从事人权专题研究，期间多次在丹麦、瑞典从事讲学和出席学术会议等活动。

现为中国宪法学研究会、北京市宪法学研究会顾问；中国社会科学院研究生院法学系和北京师范大学法学院教授、博士生导师；中国社会科学院法学研究所研究员；博士后流动站导师组成员。

目 录

第一章 引 论	1
第二章 绪 论	8
第一节 宪法学	9
第二节 宪法的理论分类	11
第三节 宪法的讲述对象	14
第四节 宪法的学习目的	15
第五节 宪法的学习方法	15
第三章 立宪原理	19
第一节 一般立宪原理及宪法安排	19
第二节 二元政治原理	20
第三节 政府受宪法控制原理	27
第四节 有限政府原理	29
第五节 分权与制衡原理	30
第六节 法治原理	40
第七节 司法独立原理	44
第八节 个人自由和权利的保障原理	47
第九节 中国立宪原理	51
第四章 宪法基本知识	71
第一节 宪法的概念	71
第二节 宪法的分类	77
第三节 宪法的产生和发展	80
第四节 宪法规范与宪法效力	101
第五章 宪法基本内容	113
第一节 宪法序言	113
第二节 政府组织形式	122
第三节 公民宪法权利、义务及其相互关系	132
第四节 国家结构形式	151
第五节 国家机构	163
第六节 宪法保障	188

第七节	宪法修改	194
第八节	国家象征	203
第六章	宪法职能	211
第一节	外国宪法一般职能概说	211
第二节	中国宪法的职能	218
第七章	宪政基本知识	223
第一节	宪政是最深层次的人类社会和国家结构	224
第二节	宪政是建构清明政治最基本的政治法律工具	225
第三节	宪政是保证司法公正的最根本的体制保障	227
第四节	宪政是社会利益冲突最佳和最有效的调节器	228
第五节	宪政是效率、民主、正义的最佳调整体制	231
第六节	宪政是立宪政治与常规政治（政策）有机整合的最佳机制	234
第八章	宪法监督	237
第一节	一般宪法监督的概说和宪法安排	237
第二节	中国宪法监督体制	275
第九章	现代宪法中新的伦理道德与新的规范内容	283
第一节	新兴的伦理道德概说	283
第二节	新兴的和争议中的伦理道德在宪法和宪政中的现实性和未来的 发展前景	298
第十章	现代科学技术与宪法	301
第一节	现代的电子通讯技术与宪法	301
第二节	现代基因科学、细胞核转移技术与宪法	307
第三节	现代堕胎技术与宪法	310
第四节	现代安乐死技术与宪法	312
第十一章	全球化时代中的宪法和宪政的适应与变迁	314
第一节	全球化对民族、国家、社会的冲击和挑战	314
第二节	全球化对国家主义的冲击与重构	321
第三节	全球化中的宪法适应与宪政变迁	323
第十二章	政治制度	331
第一节	一般政治制度	331
第二节	中国政治制度	360
第十三章	民族、种族、文化集团制度	396
第一节	一般民族、种族、文化集团	396

第二节	关于民族、种族、文化集团的宪政安排	406
第三节	中国民族区域自治制度	421
第十四章	选举制度	469
第一节	一般选举制度	469
第二节	中国选举制度	474
第十五章	经济制度	483
第一节	经济体制	483
第二节	财产所有权制度	493
第三节	公共财政的预算制度	512
第四节	税收制度	530
第五节	审计制度	542
第十六章	法律制度	552
第一节	立法制度	552
第二节	行政法律制度	568
第三节	审判制度	584
第四节	检察制度	599
第十七章	宗教制度	616
第一节	一般宗教制度	616
第二节	中国宪法规定的宗教制度	619
第十八章	行政区划制度	626
第一节	一般行政区划制度	626
第二节	中国行政区划制度	631
第十九章	紧急状态制度	637
第一节	一般紧急状态制度	638
第二节	中国紧急状态制度	652
第二十章	社会福利制度	659
第一节	一般社会福利制度	659
第二节	社会福利制度的宪法安排	665
第三节	中国社会福利制度的宪法安排	669
第二十一章	文化、教育、科学制度	676
第一节	一般文化、教育、科学制度	676
第二节	中国文化、教育、科学制度	678

第二十二章	军事制度	683
第一节	一般军事制度	683
第二节	中国军事制度	688
第二十三章	宪法诉讼制度	694
第一节	一般宪法诉讼制度	694
第二节	一般宪法诉讼的宪法安排	698
第三节	中国宪法诉讼模式考量	709
第二十四章	专利制度	715
第一节	专利制度的概说	715
第二节	中国专利制度	721
第二十五章	宪法责任	725
第一节	一般宪法责任概说	725
第二节	中国宪法责任	744
后 记		747

第一章 引 论

引述：某月某日三位探险家共同到一地下溶洞进行探险。行进间突发地震，洞口被震碎的岩石封堵，三人除了等待救援，别无逃生机会。在等待 25 天后，所带食物及饮用水用完。绝望中，有人提议：三人共同签署一纸“生死契约”，用抽签办法决定一人自愿被其余二人杀死并充作食物，以延缓两人的生存时间等待救援。另两人同意并共同签署了一份“生死契约”。随后进行了抽签。巧的是，正是提议者抽中了死签。接下来的事情就是按照“生死契约”进行了。两人因得到食物而得以活命。待被困 31 天后，封堵的洞口被救援者打通，于是二人得救，重返社会。二人康复后，便被司法机关逮捕，面临杀人指控。

此案看起来虽有些极端，但有广阔和深入分析的空间。

首先，此案例可以引发刑法上的分析。罪与非罪，在认定犯罪的前提下，是重罪还是轻罪？是刑罚还是免罚？这些都是值得考量和深入探讨的问题。

其次，此案又可以引发民法上的分析。传统上的契约理论是否适用本案？三人完全基于意思自治而订立的“生死契约”是否具有法律效力？此等“生死契约”是否可以作为免除刑事和民事责任的依据？这些显然也是值得认真考量和深入探讨的问题。

再次，此案还可以引发法理学或法哲学上的分析，其中的权利与义务、生命伦理则应当成为特别值得考量和深入探讨的问题。

最后，此案更是可以引发宪法学上的分析。表面看来，此案与宪法无涉，只需司法机关以刑法和民法上的裁定就可以结案了。但实际上，此案关系到刑法和民法赖以扎根的宪法和立宪主义方面的一系列深层次问题。即使是法理学或法哲学上的问题，通常也要通过宪法和宪政体现出来，并外见于特定的国家法律效力。宪法不一定甚至根本不可能直接规定这类案件的处理规范，立宪主义必定会在远离这类具体的、个别的事件上展现其原则和精神。然而，此案若要得到刑法和民法上合法、合理的裁处，或在法理上得到科学的解释，最终还要依赖于宪法和立宪主义所确定的一系列原则和精神，尽管这些原则和精神通常不是由宪法规定出来，或者往往是由相关的宪法解释或司法判定呈现出来的。

宪法和立宪主义为此类案件确定的原则和精神，要者有如下一些。

一、关于罪与非罪的最终认定是由宪法和立宪主义担当和完成的

罪与非罪说到底是一个社会认定，确切地说，在近、现代国家，是一个宪法认定。什么是犯罪，什么不是犯罪，在不同的社会和国家，在同一个社会和国家的同时期，从来没有一个固定不变的标准。这个标准只能由社会和国家来认定，而这种社会和国家认定则是通过宪法来体现出来的。以杀人是否就是犯罪来说，就不能一概而论。在一般的社会情境中，从古至今，自中而外，无故杀人都是被视为严重的犯罪行为，要遭到严厉甚至极刑的惩罚。但有很多例外情形的杀人，不被认为是犯罪。在前近、现代社会和国家，长期存在盛行的宗教团体杀死“异端分子”、家

族杀死违反族规的家人或族人等现象，都不被认为是应受到惩罚的犯罪行为，据说有的国家，如古时的日本还有子女将年迈丧失劳动能力的父母背到深山老林抛弃，任其自生自灭的习俗，如果确实存在，自然也不被认为是犯罪。达尔文在去非洲做物种进化的考察中，曾从一古老部落带走一男孩，让其在英国得到良好的教育并成为一个人“文明”的人，待男孩长大成为青年后，又把他带回出生的部落，希望把该部落由“野蛮”人改造成为“文明”人。但若干年后达尔文重返该部落时，不见了该青年，向部落长老询问该青年的下落时，长老平静地回答说：“我们把他杀了吃了”，达尔文吃惊之余，问为什么，长老回答说：“他什么都会，在这里毫无用处。”这一事例说明在那个部落里，把无用之人杀了吃了被认为是极平常和正常的事，不存在任何杀人犯罪的观念和法制。据报道，就在2007年的下半年，南太平洋某岛国的领袖人物公开发表声明，对于19世纪将欧洲来该国的传教士杀了吃了的历史陈案，表示道歉。可见吃人族现象确实存在过。据说十几年前在联合国人权委员会的一次会议期间，美国的人权代表曾向某岛国的人权代表规劝说，能不能让该国的吃人族放弃杀人吃人的习俗，而该国人权代表则反诘道，被我们的吃人族杀了吃了的人能有几多，而你们美国大兵在对外用兵的战争中，杀的人何止成千上万？值得进一步深思的是，以捍卫人权、民主为最高价值观的美国，在东欧、中东地区不断用兵。为了将伊拉克人民从萨达姆专制统治下“解放”出来，为了在中东地区建立美国式民主的试验基地，或许只是为了伊拉克乃至中东地区的石油利益，在2002年发动延续至今的伊拉克战争，美国士兵已死亡近四千人，而无辜的伊拉克平民死亡早已高达数万之众。显然，对于战胜者和占领军来说，这永远不是一个杀人犯罪的问题，构成杀人犯罪并受到惩罚直至被处死的，虽说不是永远，至少在目前以及可以期望的未来，都是战败者。

饶有兴味的是，在2007年12月27日的广播报道中称，美国动物园中的一只老虎，逃出铁笼，在街上咬死一人，咬伤两人，赶来的警察当即将老虎击毙。（此前在中国也有击毙逃出动物园猛兽的报道，曾引发是否应当击毙的议论）从人的立场上看，人类无疑是这个星球上最聪明、有着许多科技辅助的最强大的动物，理所当然地成为这个星球事实上的统治者，再经以所谓的“以人为本”之类的自我张扬和自我利益维护等观点加以固化，人类对地球的主导权虽然未经任何世俗性的“合法”授权（有些宗教如基督教的教义例外），但实际自认为是绝对的统治者，既然人是地球的绝对统治者，就有权更加肆无忌惮地实施自己的“权威”了。但是，在动物们看来，可能完全反对人类的立场和统治地球的行为，可惜它们没有话语权，人类不仅不懂它们的意志（人类没有理由否认动物的意志）表达，甚至根本不愿去考虑它们的意志，人性的狂妄与张扬早已不在意动物的生命、价值。再假如以外星人（人类对外星人是否存在一直争论不休）来审视和决断上述事件，如果他并不存在任何偏见的话，也许不会赞同美国警察的做法，把号称“兽中之王”的老虎关进铁笼子里供人欣赏，这本身就是极不人道的行为。对于老虎来说，也是极不公正的。外国一位动物学家就曾说过，对于老虎来说，与其将其关进铁笼子里，倒不如干脆将它们杀掉。假如这位外星来的法官是主持公道的话，他依据“宇宙法”，很可能首先裁定人类滥杀老虎的行为是犯罪而应该依法治罪。把老虎关进铁笼，人已

犯罪在先，让老虎从紧锁的铁笼中逃脱，至少是人的疏忽、过失所致，以人类手中握有的各种先进工具，如麻醉枪，完全可以避免用子弹射击的手段制服老虎。所以有罪的、该杀的不是老虎，而是人。另据中国新闻报道：有一种人，他们也许就在我们身边，看起来很平常，在和身边人交往的时候，有的显得很怯懦，有的很斯文。可是在另一种场合，我是说，在和动物打交道的时候，他们比野兽还残忍。某些地方的养熊场工人，就是这样。“活熊取胆”制药，从20世纪80年代就开始了。在各地的养熊场里，熊活着的全部意义就是被用于收集胆汁。它们身上都有一个长年不能愈合的洞，有的插着生了锈的金属管或玻璃管，从中流淌出清亮的胆汁。每当养熊场的工人靠近，在笼前伸出铁钩，钩住它们的脖颈，它们就凄厉地哀嚎起来。当墨绿色的胆汁被一股股抽取出来时，它们痛苦得大张着嘴，剧烈地喘息，双眼凸暴，四肢颤抖……在它们的一生中，这样的酷刑，也许一天要有2~4次，抽取的胆汁最少30毫升，最多200毫升。抽完胆汁后，它们往往蜷缩在笼中浑身战栗，亮晶晶的小眼睛上挂着泪。像它们这样的“胆熊”，有些因为无法忍受抽胆的痛苦，疯狂地抓咬笼子，直到满口溃烂，有的还会精神错乱，甚至出现自杀行为，把自己的肝肠内脏拉扯出来，狂嚎着挥舞着。遇到这种时候，养熊场就会“冷静又紧急”地砍下它们的脚掌，剥下它们的皮毛。^① 2001年4月27日，中央电视台新闻节目展示了某地生猪被“注水”的场面：灌注者用大铁钩子生生挂穿活猪的下巴，迫使猪头高高仰起，猪嘴朝上张开，人们就势插入粗管子，加压注入大量脏水废渣以增加猪的重量。在这个过程里，猪受到极其严重的伤害，有相当数量的猪没有等到屠宰就被活活撑死了。如果外星人的法庭判决具有宇宙效力的话，那么从此地球上被关在动物园之类的所有动物，都将被放归自然界（当然，纯粹基于保护濒危动物的研究基地除外），即使不对那些曾经和正在危害动物的各色人等加以治罪的话。

其实，关于生命特别是人的生命伦理的话题，完全可以拉进宪法和宪政的价值观念和价值体系中来。即是说，关于罪与非罪、杀与不杀的社会和国家认定，终究或迟早都要通过宪法和宪政体现出来。仅举中国宪法和宪政为例。在中华人民共和国成立之初及以后的三四十年内，从1954年第一部正式《宪法》到1982年重新修订的现行《宪法》，都有关于“镇压……反革命的活动”的规定。那就是说，基于特定的政治观念和巩固国家政权的现实考虑，中国长期以人民的名义，对于实际或可能危害国家政权的少数被称为“反革命分子”的人实行专政、打击和镇压。在宪政实践中，“反革命罪”被定为刑名而入了刑法，对犯“反革命罪”的人，也规定施以包括处以死刑在内的各种惩罚。在几十年间，特别是在以阶级斗争为纲的年代，在人民民主专政，即无产阶级专政的宪政观念和体制下，肯定有众多数量的人因犯“反革命罪”而受到不同的处罚，甚至被处决。直到1999年对现行《宪法》进行第二次修改时，才正式取消了关于“镇压……反革命的活动”的规定，从而确认了刑法在先前进行的相关修改。正是由于社会的进步和人们的法治、宪治观念的提高而引起

① 《“活熊取胆”，是文明的倒退》，载《中国检察报》，2009-09-17。

的宪法和刑法上有关“反革命罪”的取消，才最终使一部分中国人免除了因获此罪而受到的惩罚，特别是不致为此罪而人头落地。

由此可见，尽管上述案例并不能从宪法中直接找出此类杀人是否应当获罪或是否免除惩罚的直接规定，但这个问题最终还是由社会和国家认定的。确切地说，是人民以国家最高意志的名义，通过《宪法》这个国家根本大法的法律形式确认下来，并在宪政实践中加以贯彻实施的。这就是我们关于此案关涉到宪法问题和立宪主义原理的一个重要理由。

二、关于“生死契约”的合法性认定，最终是由宪法和立宪主义担当和完成的

按照传统的契约法理论，私人之间只要是基于“意思自治”，双方或多方达成“合意”，就可以就约定事项达成任何契约条款，但违背公序良俗的约定除外。依现代人的法治观念看来，私人之间订立的“生死契约”，由于违背公序良俗，自然被视为无效的契约。表面看来，这只是一个民法上的进步和发展问题，但实际上，也还是一个通过宪法和立宪主义体现出来的社会和国家认定问题。进而言之，这最终是人类社会和国家发展到立宪特别是现代宪政阶段才真正从法律上确定了“生死契约”的无效性。在前宪法和宪政阶段，人类社会长期存在着对“生死契约”之类的习惯、风俗或法律予以宽容、默认甚至公开承认的历史。从远古氏族社会对“血亲复仇”习俗的宽容和承认，到欧洲从中世纪到19世纪盛行两千多年的，作为司法矫正补充手段之一的“决斗”制度，再到中国自古一直延续到20世纪上半叶的民间比武打擂中先行签字画押的所谓“打死不论”的“生死文书”，以及在入武堂习武、进戏班子学戏等民事契约中，通常都会有“生死不论”之类的条款。所有这些诸如此类的“生死契约”，不仅在民间得到遵守，而且还得到官方的默认或公开承认。由此可见，如果单纯从民法的法理上看，至少在几千年的漫长时期中，是不能简单地否定基于意思自治而达成的“生死契约”的效力的。近、现代民法之所以引入公序良俗和生命伦理等原则而彻底颠覆了此类“生死契约”的法律效力，不仅仅是民法自身完善的结果，在很大程度上端赖整体人类社会和国家的进步，特别是关于人的生命价值、生命伦理的巨大进步，而这种进步正是通过宪法和宪政逐渐确定下来的，并慢慢地渗透到社会生活各个领域，包括对传统民法学上关于“生死契约”效力的改变。因此，从这个意义上来说，“生死契约”的法律效力问题的认定，归根到底是由近、现代国家的宪法和宪政来担当和完成的。

三、关于此类案件的司法判决必然会涉及“价值衡量”原则的最高层次，这也是应当由宪法和立宪主义担当的

从哲学的意义上来说，一般哲学已经从本体论、认识论阶段，发展到如今的价值论阶段。现代价值哲学基本上是由两个元素构成，一个是“客体”，它可以指物体、事务、自然现象、社会现象、人的行为以及文化现象，等等；另一个是“主体”，具体说来，就是人对客观价值对象产生各种复杂价值感受、价值认定、价值评价以及表现出的价值倾向，等等，无论什么价值感受，都是基于一种人的“需要的满足”，即人在社