



宪法前沿问题研究

谭红 著



山东人民出版社



宪法前沿问题研究

谭 红 著

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法前沿问题研究/谭红编著. —济南: 山东人民出版社, 2010. 7

ISBN 978-7-209-05440-9

I. ①宪… II. ①谭… III. ①宪法—研究 IV. ①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 138947 号

责任编辑: 李岱岩

封面设计: 武 斌

宪法前沿问题研究

谭 红 编著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规 格 32 开 (148mm×210mm)

印 张 7.375

字 数 180 千字 插页 2

版 次 2010 年 7 月第 1 版

印 次 2010 年 7 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05440-9

定 价 22.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。(0532) 88194567

目 录

第一章 欧盟宪法对传统宪法的挑战	(1)
一、欧盟宪法概说	(1)
二、欧盟宪法对制宪权与宪法含义的冲击	(5)
三、欧盟宪法对国家结构形式的突破	(10)
四、欧盟宪法对国家主权的影响	(14)
第二章 全球化背景下对国家主权的再思考	(19)
一、对全球化的认识	(20)
二、全球化背景下国家主权理论的新思潮	(22)
三、国家主权理论的历史发展	(24)
四、对全球化下国家主权的正确认识	(28)
第三章 我国宪法中公民人身权利的完善	(34)
一、现行宪法保障公民人身权利的成就	(35)





二、现行宪法保障公民人身权利的不足	(38)
三、完善现行宪法对公民人身权利的保障 之思考	(64)
四、结论	(75)
第四章 言论自由与沉默权	(77)
一、从言论自由到沉默权	(77)
二、沉默权入宪之肯定论	(81)
三、沉默权入宪之否定论	(85)
四、沉默权入宪应当缓行	(88)
第五章 我国宪法中财产权的完善	(91)
一、财产权保护的基本法理	(91)
二、我国宪法对财产权保护的不足及其完善	(94)
第六章 普莱西诉弗格森案与平等权的保护	(105)
一、普莱西诉弗格森案与“隔离但平等”原则 的确立	(106)
二、联邦最高法院判决之评析	(109)
三、余论	(115)

第七章 和谐社会与法治社会、人权社会之关系	
——以澳门为例	(122)
一、“一国两制”方针下的澳门和谐社会之 构建	(122)
二、和谐社会是法治社会	(124)
三、和谐社会是人权社会	(127)
四、结论	(128)
第八章 依法施政与澳门居民基本权利的保障	(130)
一、澳门特别行政区政府依法施政之语义分析 ...	(130)
二、澳门基本法对澳门居民基本权利之规定	(133)
三、依法施政是澳门居民基本权利得以保障的 关键	(139)
四、结语	(141)
第九章 港澳基本法对居民人身权利的保障	(143)
一、香港基本法对居民人身权利的保障	(143)
二、澳门基本法对居民人身权利的保障	(150)
第十章 港澳基本法与选择职业自由	(161)
一、选择职业自由的内涵与意义	(161)





- 二、港澳基本法规定选择职业自由之原因 (172)
- 三、选择职业自由与相关权利的关系 (180)
- 四、港澳基本法规定选择职业自由对大陆之
 镜鉴 (187)

第十一章 港澳法律业扩大在内地执业之

- 可行性 (191)
- 一、港澳法律业扩大在内地执业的坚实基础 (191)
- 二、港澳法律业扩大在内地执业的客观要求 (195)
- 三、港澳法律业扩大在内地执业的法律依据 (197)
- 四、港澳法律业扩大在内地执业的政策支持 (202)

第十二章 行政主导制下澳门检察机关的地位

- 与功能 (205)
- 一、行政主导制下澳门检察机关的性质 (205)
- 二、行政主导制下澳门检察机关的地位 (209)
- 三、行政主导制下澳门检察机关的功能 (215)

第十三章 香港政制发展和基本法的监督实施 (220)

- 一、香港政制之发展 (220)
- 二、加强基本法的监督实施 (224)

第一章 欧盟宪法对传统宪法学的挑战

2003年6月，欧盟制宪筹备委员会通过了欧盟第一部宪法草案。欧盟宪法草案的出台，可以说是欧洲一体化的重大飞跃；2004年6月18日，欧盟各国终于在布鲁塞尔一致投票通过了欧盟第一部宪法。对此，时任法国总统的希拉克称赞“这是欧洲重要的一日”，时任德国总理的施罗德也盛赞“这是一个历史性的决定”。欧盟宪法于2006年11月1日生效。不容否认，欧盟宪法将会对欧洲未来发展起到至关重要的作用。

同时，欧盟宪法的出台也引发了热烈的讨论：欧盟为何需要一部宪法？欧盟究竟有没有制宪权抑或制宪能力？其制定的宪法是不是我们通常所指的法学意义上的宪法？其对传统的宪法学理论到底提出了怎样的挑战？诸如此类问题，都是值得我们去认真探讨的。

一、欧盟宪法概说

欧盟需不需要一部宪法？如果是肯定的，那它为什么





需要一部宪法？对此，存在着各种不同的看法。一些学者认为，时下欧盟已达到制度均衡状态，“现有条约配合得相当好，权限能得到很好保护”，制宪不可能改进制度，因此没有必要^①；在欧洲怀疑论者与国家中心论者看来，制宪有损民族国家的行为能力，甚至会对民族国家的主权构成危害，而且欧盟尚不具备形成欧洲范围内同一公民意志的现实前提^②；那些希望终止欧盟权力增长的人把宪法的问世看作划定最后分界线的一种方式；而那些希望欧盟权力得到扩大的联邦主义者之所以推动宪法的制定，是因为他们把制定宪法看作进一步走向 1957 年的《罗马条约》所许诺的“空前紧密的联盟”——《罗马条约》开始了一体化过程^③……不过，对于肯定论来说，概括起来主要有以下几个原因。

第一，欧盟宪法是欧洲各国通过和平手段实现欧洲联合的可能途径。“欧洲作为一种思想，可以追溯到遥远的年代”，“欧洲统一的思想甚至成为人们追求的一种信仰”。^④中世纪的欧洲中心论和欧洲文明优越论便反映出欧洲人在当时共同基督教义下一统欧洲的理想。而且，在欧洲历史上，也的确产生过很多次统一欧洲的尝试，例如，

① 转引自张华：《欧盟制宪的国际组织法角度透视》，载《现代国际关系》2004 年第 8 期。

② 参见曹卫东：《后民族民主与欧洲的未来》，载《读书》2002 年第 5 期。

③ 参见《欧洲宪法》，张达文译，载《国外社会科学文摘》2003 年第 9 期，原载[英]《经济学家》2003 年 6 月 21 日版。

④ [意] 玛丽亚·格拉齐娅·梅吉奥妮：《欧洲统一 贤哲之梦——欧洲统一思想史》，陈宝顺、沈亦缘译，世界知识出版社 2004 年版，第 1 页、第 12 页。

古罗马帝国就曾试图统一欧洲大陆及环地中海地区。不过，两次世界大战使欧洲各国遭受重创，人民亦饱受战争的摧残。于是，吸取了战争惨痛教训的欧洲人，一直在为实现“和平、统一的欧洲”而努力。显然，欧盟宪法的出台无疑最契合欧洲人的这种努力和追求。

第二，由于欧盟不断扩大，已从15国扩至27国，其产生的问题也越来越多，因此需要彻底革新，尤其是在决策表决机制上需要改革。例如，随着成员国数目的增加，欧盟机构的人员组成也不断膨胀，若不对此做出有效的变革，必将导致欧盟机构的工作效率严重下降；特别是，根据欧盟以前的条约和框架协议，其在相当的一些政策领域内实行“一致通过”的决策制度，也即通常所说的“一票否决”制，这极不利于扩大后的欧盟保持行动的一致性和协调性。因此，提高欧盟统一决策的中央集权化乃是当务之急。换言之，欧盟宪法是提高工作效率、保证扩大后的欧盟继续高速、有效运行的客观要求。^①“欧洲一体化的深入将是不以人的意志为转移的，制定欧盟宪法不是一时的冲动，而是一体化进展的必然结果。”^②德国前外长菲舍尔则提出宪法条约乃是欧洲完全一体化的前提条件，“从加强合作走向欧洲宪法条约，实现罗伯特·舒曼的伟大理

① 参见胡建会：《大欧洲时代的来临——评欧盟宪法条约》，载《华东政法学院学报》2005年第1期。

② 张华：《欧盟制宪的国际组织法角度透视》，载《现代国际关系》2004年第8期。





想，建立一个欧洲联邦才是康庄大道”^①。

第三，从1951年《欧洲煤钢共同体条约》签订到现在的近60年里，欧盟各国已经签订了无数的条约和协议，而这些条约和协议纷繁复杂、大量重叠，特别是欧盟扩大后，这种情况更加突出。“欧盟至今受长达8万多页的4部条约和各类协定、法规、指令的规范。汗牛充栋般的法律文件需要整理、精炼，以一个高屋建瓴的、有权威的文件予以取代，以求更好地指导联盟运行，并使欧洲公民更易了解自己的组织，加强联盟的民主基础。”^②因此，有必要把那些庞杂的条文合并成单一的文件。

新通过的欧盟宪法共340条，浓缩了欧盟浩如烟海的法律条文。它包括一个序言和四大部分。其中，序言部分阐述了欧盟的性质，即“建立一个多元合一的、充分尊重个人权利的、保证文明进步和繁荣的欧盟”。第一部分规定了欧盟的界定和目标、公民身份和基本权利、成员国资格、欧盟的权能和机构设置及民主、财政等内容。第二部分是欧盟基本权利宪章，阐明了欧洲公民所应享有的基本权利，对欧洲公民的尊严、自由、平等、团结、公民权利及司法等作出了明确规定。第三部分是欧盟的决策机制及实施各项政策的细则，这是宪法最长的部分，其绝大部分条款都来自以前的条约，是对欧盟过去众多法律的一次极

① 菲舍尔：《从国家联盟到联邦：对欧洲一体化最终形式的思考》，2000年5月12日在汉堡大学的演讲，转引自曹卫东主编：《欧洲为何需要一部宪法》，中国人民大学出版社2004年版，第14页。

② 邢骅：《欧盟一体化蓄势扩大与升级》，载《国际问题研究》2003年第6期。

为必要的集中整理。相对过去洋洋数万页的欧盟法律，宪法只有 317 页，它使欧盟更易为一般大众所理解、更民主也更有效率，并将使欧洲一体化从精英运动逐步走向民众运动。因而，它是欧盟未来发展不可或缺的一幅蓝图。也正因为其意义重大、影响深远，其命运也格外引人关注。^①第四部分规定了欧盟宪法的生效等问题。

二、欧盟宪法对制宪权与宪法含义的冲击

制宪权就是一个国家制定宪法和修改宪法的权力。制宪权属于最高的权力，是国家制定法律、法规的根源，它不受任何规范的约束和限制。由于国家是一个抽象的实体，因此，其首要问题是制宪权最终应当由谁来行使、其主体是谁。18 世纪法国学者西耶斯就曾指出，制宪权属于国民，即国民是制宪权的主体，而且国民不能受制于宪法，国土太大时制宪权的主体还可以是受委托的特别制宪团体。可见，制宪权是主权国家独立意志的体现，它的具体运用过程与制宪内容，体现特定民族意志的自律性，不受除本民族意志之外的其他意志的制约。从某种意义上说，制宪权的自律性是国家权力独立性价值的必然要求。^②欧盟不是一个主权国家，那它哪来的制宪权呢，这不等于

^① 参见张健：《欧盟宪法签署的意义及其命运》，载《现代国际关系》2004 年第 11 期。

^② 参见周叶中主编：《宪法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版，第 87 页。





是“巧妇为无米之炊”吗？抑或传统的制宪权理论已经过时了？笔者认为，由于欧盟还处在一个不断发展和变化的阶段，因此，对于其有无制宪权的问题，目前还暂时不宜简单地作出否定或肯定的回答，还需进一步的观察。

与制宪权紧密相连的另一个问题就是欧盟制定的宪法草案究竟还是不是“宪法”了。众所周知，宪法学是研究宪法的，因此，明确宪法的含义，是学习和研究宪法的基本前提。尽管关于宪法的含义存在着各种不同的观点，但一般认为，宪法集中反映了各种政治力量的实际对比关系，是国家的根本大法，规定了国家制度和社会制度的基本问题、公民的基本权利和义务等内容，宪法是对民主制度的确认和法制化，并最终决定于统治阶级的社会物质生活条件。宪法所调整的社会关系非常广泛，而且社会关系的一方通常总是国家或者国家机关。因为宪法是国家的章程，所以根据宪法而调整的社会关系一般的必然有国家的参与，并根据宪法使国家承担义务或者享有权利。^① 有学者进一步认为，宪法应该定义为调整公民权利和国家权力之间关系的部门法，是国家的根本大法。因为，公民权利产生国家权力，国家权力为公民权利服务，公民权利又反过来制约国家权力。^② 从宪法的这个定义中可以得出，宪法应该主要是调整国家与公民及其他社会主体的相互关系，同时亦调整国家机关相互之间及国家机关内部的关系。一言以蔽之，宪法所规范的主要是一个国家内部的事

① 参见魏定仁主编：《宪法学》，北京大学出版社1994年版，第16页。

② 王磊：《论宪法的概念》，载《法学杂志》1999年第5期。

务，即一方通常总是国家或者国家机关，另一方则是该国的公民或者其他社会主体。显然，对宪法的这种一般理解不免会遇到一个难题：如果主要是调整国家与国家之间的关系，像欧盟宪法那样，将要涉及几十个欧盟国家的权利义务关系，那它还是不是我们通常所说的传统意义上的宪法学所研究的宪法呢？欧盟宪法还能不能称作“宪法”呢？欧盟宪法对传统的宪法学又提出了怎样的挑战呢？

我们先来分析欧盟宪法草案的性质。众所周知，欧盟是主权国家的联合体，每个成员国都拥有一部自己的宪法。和美国的联邦政府不同，欧盟并非是由“欧洲人民”直接创造并直接在各国人民之上行使权力的实体。严格说来，欧盟宪法草案只是由“各成员国”之间达成的一项国际协议，因而其权利与义务仅限于签约的成员国。不过，相对于各成员国的国内法律，欧盟法律不但地位最高，而且其最重要的条款在各成员国具备直接效力。^① 笔者认为，欧盟宪法草案在目前情况下兼具国际条约与宪法的双重性质，而以国际条约为主，理由如下。首先，所谓国际条约，是指两个或者两个以上国家或者国际组织签订的规定它们之间政治、经济、文化、贸易、法律、军事等方面的权利义务的协议。而宪法是一个主权国家经过特定程序制定的实施于本国的根本大法。显然，从这一点来看，欧盟宪法草案本质上应属于国际条约。因此，欧盟宪法草案与在人民制宪基础上制定的国家宪法不同，它是以成员国之

^① 参见张千帆：《西方宪政体系》（下册·欧洲宪法），中国政法大学出版社2001年版，第473页。





间的国际法条约形式形成的。其次，欧盟宪法草案还缺少完整的人权目录方面的内容，它也没有宪法所必须包含的不可修改的内核部分，这些部分是“修宪机关”无论在程序上还是在内容上都不能修改的，更何况欧盟宪法草案的修改不是由专门的“修宪机关”完成，而是主要由成员国并在欧盟机关参与下进行的。因此，欧盟宪法草案无论是在内容上还是在程序上都不是真正意义上的完全的宪法。^①用制宪会议一位最高级成员的话来说：“我们所做的是从条约的轨道转向宪法的轨道，我们现在将沿着宪法的轨道前进。”可是，甚至这名高级人物也承认存在疑虑，因为事实上这是一个“宪法性条约”，与任何其他国际条约一样，必须得到每一个成员国政府的批准。而且，联邦主义者看来输掉了有关未来宪法变化的关键战斗。他们希望所有这种变化由多数国家作出，只要4/5的国家赞同。可是，这种步骤已被封杀。所有未来的宪法变化仍将必须得到欧盟所有成员国的一致同意，但这种变化不再必须得到各国议会的批准。所以，这看上去仍然更像国家之间的一个条约，而不是某个单一国家的一部宪法。^②

然而，欧盟宪法草案又具有宪法的性质（尽管其制宪权的正当性受到怀疑），这可以从三个方面得到说明。一是尽管欧盟宪法草案本质上属于国际条约，但在复杂多变的国际关系面前，一些国家之间之所以能就政治、经济、

① 参见郑春荣：《对欧盟制宪能力的反思》，载《德国研究》2003年第3期。

② 参见《欧洲宪法》，张达文译，载《国外社会科学文摘》2003年第9期，原载[英]《经济学家》2003年6月21日版。

军事等问题达成协议，签订条约，主要取决于这些国家的对外政策和国际关系上力量的对比。正如列宁所说：“任何条约都是由于斗争的暂时停顿和力量对比关系的变化而引起的。”而宪法毫无疑问地体现了“各种政治力量的实际对比关系”，是“政治妥协的产物”；参与立宪的利益（或利益集团）是多元的，立宪的过程必然是一个协商和妥协的过程，由此产生的宪法也必然是一个多元利益相互妥协的产物。^①可见，二者具有某种共同的属性。二是欧盟宪法草案不但地位最高，而且其最重要的条款在各成员国具备直接效力，甚至优先于各成员国的国内法律，这样就对各成员国的权力有一定的限制作用。而宪法亦是“限权法、控权法”，其对一国的政府权力有明显的控权作用，因此，二者都具有限权、控权的作用。三是从欧盟宪法草案规定的内容来看，它规定了诸如欧洲理事会、外交部长、欧盟委员会、欧洲议会、欧洲法院等原本属于宪法应予规定的事项，因此，欧盟宪法草案不仅有其名，而且有其实。

从欧盟宪法草案的性质来看，其确实对我们传统的宪法学的研究对象——宪法的含义提出了很大的挑战。尽管关于宪法的定义有各种不同的观点，但有一点是明确的，即只有国家才有宪法，正如著名学者约瑟夫·伊森塞所说：“没有国家的宪法是无法想象的。国家是宪法的内容，也是它的条件。”宪法上的主体不可能都是国家，宪法是

^① 参见王希：《原则与妥协——美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社2000年版，第7页。





属于国内法，是在一个主权国家范围内具有最高法律效力的根本大法，它处理的问题实际上是一个国家与其臣民的关系问题。宪法是“治国安邦的总章程”——即是一个国家内的统治者如何治理好国家、建设好国家的根本大法；宪法亦是“公民权利的保障书”——意味着一国应当赋予本国公民广泛的权利，并切实保障这些权利得以实现。而欧盟宪法草案调整的是不同国家之间的关系，这样就必然与传统的宪法内涵大异其趣。

三、欧盟宪法对国家结构形式的突破

国家结构是由国家的领土构成的直属于中央或国家整体行政区域单位之有序组合，亦称国家的领土组织，简称为国家的组成。^① 国家结构形式即是指国家领土的组成原则，即特定国家按照一定的原则划分其领土，以调整国家整体与组成部分、中央与地方之间的相互关系。一般来说，国家结构形式主要有两大类：单一制与复合制。其中，复合制又可分为联邦制与邦联制。

欧盟宪法草案对国家结构形式的挑战主要体现在对联邦制与邦联制的挑战。所谓联邦制，是指由两个或更多的成员（共和国、州、邦）组成的国中有国的统一国家，是国际关系的主体。邦联制则是指几个独立的国家为了政治、军事、贸易等特定目的组成的比较松散的国家联合

^① 肖蔚云等：《宪法学概论》，北京大学出版社2002年版，第150页。