

刑事程序法论丛
Criminal Procedure Series

Constitutional Foundation of Criminal Procedure

刑事诉讼的宪政基础

权力控制、人权保障与法治是宪政的三大要素。

本书从上述三大维度深入剖析了刑事诉讼与宪政的关系以及现代宪政对刑事诉讼的要求，并在此基础上对中国刑事诉讼在权力与权力、权力与权利梁、构方面的缺陷进行了深入检讨。

陈永生 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



- 国家社会科学基金项目
- 中国博士后科学基金项目
- 北京市社会科学理论著作出版基金资助

Constitutional Foundation of Criminal Procedure

刑事诉讼的宪政基础

陈永生 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼的宪政基础/陈永生著. —北京:北京大学出版社,2010.6
(刑事程序法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 17306 - 0

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼 - 研究②宪法 - 研究
IV. ①D915.304②D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 104943 号

书 名: 刑事诉讼的宪政基础

著作责任者: 陈永生 著

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 17306 - 0/D · 2619

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经销者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 20.75 印张 338 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

摘要

本书共分四章:宪法与宪政、权力控制与刑事诉讼、人权保障与刑事诉讼、法治与刑事诉讼。第一章系总论,通过探讨宪法与宪政的基本原理,抽象出宪政的基本要素:权力控制、人权保障与法治。后三章系分论,分别从以上三个维度探讨宪政与刑事诉讼的关系。

第一章,宪法与宪政。本章探讨宪法与宪政的基本原理,包括宪法与宪政的概念与内涵、宪法与宪政的关系、宪法与刑事诉讼法的关系、宪政的基本要素。

宪法与宪政的关系极为紧密,有宪政必须有宪法,但有宪法不一定有宪政。要践行宪政,不仅要制定宪法,而且要求所制定的宪法必须是“良宪”,并且在实践中得到严格的执行。

宪法与刑事诉讼法的关系也非常紧密。从历史上来看,现代宪法与现代刑事诉讼经历了几乎大致相同的产生过程,在这一过程中,两者经常呈现出相互促进的关系。从制度实践来看,宪法与刑事诉讼法互为保障:刑事诉讼的基本框架是建立在宪法设定的国家权力与公民个人权利的基础上的,宪法的许多规定经常必须借助于刑事诉讼的具体制度得到实现。但是在制度设计不当时,两者可能相互抑制。

本章的落脚点在于探讨宪政的基本要素,从而为下文研究宪政与刑事诉讼的关系打下基础。本书认为,宪政包括三大要素:权力控制、人权保障与法治。其中,权力控制是宪政的核心,人权保障是宪政的宗旨,法治是宪政的保障。以下三章分别从以上角度研究刑事诉讼与宪政的关系。

第二章,权力控制与刑事诉讼。本章探讨刑事诉讼中的权力控制,由三部分组成:分权制衡对控权的重要性、刑事诉讼中的权力分立以及刑事



诉讼中的权力制衡。

第一部分通过对以法律制约权力、以责任制约权力、以权利制约权力、以社会制约权力等不同控权方式的优缺点进行对比分析得出结论:对不同的国家权力进行划分并使其相互制约和平衡是控权的最有效方式。

第二部分首先分析我国刑事诉讼中公检法三机关权力定位的混乱:作为司法机关的法院经常被要求承担类似行政机关的职能,而作为行政机关的公安和检察机关却享有许多类似司法机关的权限。在此基础上,论文通过对司法权的本质、范围与特征进行分析,论证只有审判权是司法权,侦查权和检察权本质上都是行政权。为证明侦查权是行政权而非司法权,本书还从价值与功能、体制与人员、权力运作三大方面详细阐述了侦查权有别于行政权的诸多特征。

第三部分首先考察刑事诉讼发展史上裁判与控诉职能分离的过程,指出裁判与控诉职能的分离是现代刑事诉讼建立和逐步走向完善的标志。但仅仅实现裁判与控诉职能的分离是不够的,要防止侦查、起诉权滥用,法院还必须有权对侦查、起诉机关的行为进行审查。从西方国家来看,法院有权对侦查、起诉机关的行为进行全面的审查:不仅有权对侵犯公民实体性权利的行为进行审查,而且有权对侵犯公民程序性权利的行为进行审查;不仅有权对强制性诉讼手段的适用进行审查,而且有权对其他侵犯公民权利的行为进行审查;不仅有权对传统的拘留、逮捕、搜查、扣押等措施的适用进行审查,而且有权对监听、派遣秘密侦查员等新型诉讼手段的适用进行审查。不仅如此,在西方,法官还可对侵犯公民权利的行为进行多层次的审查,包括事先审查、职权复查、上诉复查、申诉复查、人权申诉复查,等等。

第三章,人权保障与刑事诉讼。本章探讨刑事诉讼中公民权利的宪法保障,主要包括以下内容:刑事诉讼中人权保障与宪政的关系、国外刑事诉讼中人权的宪法保障、刑事诉讼中人权宪法保障的理论根据、我国刑事诉讼中人权宪法保障存在的问题及成因。

刑事诉讼中,人权保障与宪政关系极为紧密。自近代以来,几乎每一部以确立宪政为目标的法律文件都将刑事诉讼中公民权利的保障作为一项重要内容,并且宪政越成熟,宪法对刑事诉讼中公民权利的保障越周密。

当代各国宪法也非常重视刑事诉讼中公民权利的保障。这至少表现为以下方面:一是刑事诉讼中公民权利保障的范围非常广泛;二是对国家

权力的行使控制极为严格;三是对公民个人权利遭受国家权力侵犯提供充分的救济。

宪法重视刑事诉讼中公民权利的保障有充分的理论根据:宪法保护刑事诉讼中被追诉人的权利本质上就是保护所有公民的权利;公民在刑事诉讼中比在其他领域更容易遭受国家公权力侵害;刑事诉讼是国家可能对公民个人权利施加最严厉限制或剥夺的领域;强化刑事诉讼中公民权利的保护有利于防止侦控机关滥用权力;将刑事诉讼中的公民权利上升为宪法权利也是宪法的内在要求。

我国《宪法》对刑事诉讼中公民权利的保护存在严重缺陷:对刑事诉讼中许多重要的权利均未作规定;漠视直接以被追诉人为保护对象的权利;对国家权力的行使缺乏严格的控制;权利救济机制不健全;逻辑体系不严密;严重滞后于刑事诉讼理论与立法。

我国《宪法》不太重视刑事诉讼中公民权利的保护既有深刻的历史原因,也有复杂的现实因素。从历史上看,我国古代皇权过分强大,宗法制下对个人权利的漠视,“无讼”、“贱讼”的法律文化,重实体、轻程序的价值取向等都对我国不太重视刑事诉讼中公民权利的保护产生了深刻的影响。就当代而言,苏联法律传统的影响、对犯罪性质的极“左”界定、对控制犯罪的过分强调都是导致我国现行宪法漠视刑事诉讼中公民权利保护的重要原因。

第四章,法治与刑事诉讼。本章主要探讨刑事诉讼中应如何贯彻法治的要求,主要包括以下内容:法治的基本要素、刑事诉讼中程序性制裁机制的建构、刑事诉讼中比例原则的贯彻。

对法治的基本要素,虽然中外学界与政界一直聚讼纷纭,但普遍认为应包含以下要素:一是具备一定内在品质的完整的法律体系,这是法治的前提;二是政府守法与国家责任,这是法治的关键与核心;三是控制国家权力与保障公民人权,这是法治的价值追求;四是权力分立与司法审查,这是法治的保障。

政府守法是法治的关键。在刑事诉讼中,要保证公安司法机关严格遵守法律的规定,必须建立严密的程序性制裁机制。之所以如此,是因为相对于其他制裁方式,程序制裁机制有自己独特的优势:其他制裁方式(刑事制裁、民事制裁、纪律制裁、国家赔偿)都只能对部分违反刑事诉讼程序的行为进行制裁,而程序性制裁能够对几乎所有违反刑事诉讼程序的行为进行制裁;其他制裁方式在对侦控人员进行制裁方面存在着内在



缺陷,而程序性制裁能有效克服这些缺陷;其他制裁方式要么只能对实施违法行为者进行惩罚,要么只能对权利遭受侵害者进行补偿,而程序性制裁既能对实施违法行为者进行惩罚,也能对受害人遭受的侵害进行补偿。此外需要强调的是,程序性制裁本质上是一种国家责任,对刑事诉讼中违反法定程序的行为进行程序性制裁有利于体现现代法治保障公民权利、控制国家权力的基本理念。

控制国家权力以保障公民个人权利是法治的价值追求。在刑事诉讼中,国家权力与公民个人权利尖锐对立,此消彼长,因而如何控制国家权力以保护公民个人权利是各国刑事诉讼面临的重要课题。比例原则为合理划分国家权力与公民个人权利的界限提供了三条可操作性的标准:国家机关实施的任何行为都必须以实现宪法或法律设定的职能为目标;如果为实现某一目标必须对公民权利加以限制或剥夺,应当选择对公民权利损害最小的手段;并且其行为对公民个人权利造成的损害不得大于该行为所能保护的国家和社会公益。

目 录

引言	(1)
第一章 宪法与宪政	(5)
一、宪法:宪政之载体	(5)
二、宪政:现代制度文明的精巧设计	(21)
第二章 权力控制与刑事诉讼	(51)
一、权力控制的关键:分权制衡	(51)
二、刑事诉讼中的权力分立	(57)
三、刑事诉讼中的权力制衡	(137)
第三章 人权保障与刑事诉讼	(160)
一、刑事诉讼中人权保障与宪政的关系	(160)
二、国外刑事诉讼中人权的宪法保障	(169)
三、刑事诉讼中人权宪法保障的理论根据	(195)
四、我国刑事诉讼中人权宪法保障存在的问题	(203)
五、我国刑事诉讼中人权宪法保障问题的成因	(217)



第四章 法治与刑事诉讼	(232)
一、法治的基本要素:实质法治的最小公约数	(232)
二、完备的制裁体系:实现刑事诉讼法治的基本要求	(247)
三、比例原则:国家权力干预公民个人权利的界限	(285)
参考文献	(313)
后记	(320)

引言

1996年《刑事诉讼法》的修正以及此后十多年刑事诉讼法学研究的高歌猛进使我国刑事司法改革逐渐进入“深水区”。1996年修正的《刑事诉讼法》虽然在制度上也进行了重大革新,如确立了抗辩制庭审方式、缩小了检察机关移送案卷的范围、将律师介入刑事诉讼的时间提前到侦查阶段,等等,但所有这些改革无一例外都是在现行体制内进行的,都不触及现行《宪法》设定的刑事诉讼的基本架构。但此后,随着刑事司法改革以及刑事诉讼法学研究的深入,司法体制甚至是宪法的基本结构越来越多地被触及。^①

首先,是检察机关的诉讼地位问题。鉴于对我国刑事诉讼控辩失衡、司法不中立等弊病认识的深入,越来越多的学者主张废除检察机关的诉讼监督权,特别是审判监督权,将检察机关定位为与辩护方地位平等的一方当事人。但反对者针锋相对地指出,检察机关的法律监督地位是由宪法规定的,是我国宪政体制的一个组成部分,在宪法修改之前,刑事诉讼

^① 司法体制与诉讼程序系司法制度一体之两面,两者互为表里。我国自20世纪80年代末启动的司法改革,包括《民事诉讼法》和《刑事诉讼法》的修改,仅着眼于诉讼程序的完善,而未对司法体制做相应调整,以致经过改革的诉讼程序在运作过程中受到了来自未改革的司法体制越来越强烈的桎梏。正因此,我国高层于2003年专门成立了直属中央政治局的司法体制改革领导小组。该小组于2004年12月底以及2008年12月底先后发布了两个司法改革方案:《关于司法体制和工作机制改革的初步意见》以及《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》,这两个文件的主要内容就在于寻求对我国现行司法体制进行改革。



法不得废除检察机关的诉讼监督权,包括审判监督权。^①

其次,是对侦控行为的司法审查问题。在我国现行诉讼体制下,被追诉方认为侦控机关的行为违反法律规定的,只能向侦控机关提出异议。而由于侦控机关与被追诉方是直接冲突的双方,规定由侦控机关对被追诉方提出的异议进行审查无异于“与虎谋皮”。^② 鉴此,越来越多的学者主张法院应有权介入审前阶段,有权对侦控机关的行为是否合法进行审查。但反对者同样针锋相对地指出,一府两院是我国《宪法》确立的权力构造,检察机关与法院地位平等,在性质同属司法机关,中央许多文件(如十五大报告)也确认检察机关与法院一样,都属司法机关,因而侦查机关的行为是否合法由检察机关进行监督即可,法院不应介入。^③

再次,是沉默权问题。由于犯罪嫌疑人在警察讯问时有权保持沉默几乎是各国通例,我国已经签署(虽尚未批准,但批准只是时间问题)的《公民权利和政治权利国际公约》也明确规定犯罪嫌疑人、被告人有不得被迫自证其罪的权利,因而绝大多数学者都认为我国也应赋予被追诉人以沉默权。然而反对确立沉默权的声浪也一直非常高(尤其是在公安系统),理由很简单:犯罪嫌疑人人口供是收集其他犯罪证据的线索,是查清案件事实的重要手段。在未确立沉默权的情况下,我国刑事案件的破案率

① 强化检察机关的法律监督权,尤其是检察机关对法院审判的监督违反了刑事诉讼的基本规律,因而在实践中注定很难实现。在中央司法体制改革领导小组起草 2004 年的司法改革方案过程中,在检察系统的强力坚持下,改革小组采纳了强化检察监督的思路,在第三部分花了大量篇幅规定了大量强化检察监督的措施,但由于这些措施中不少违背了刑事诉讼的基本规律,因而在实践中基本上没有得到落实的。正因此,2008 年的司法改革方案对检察监督的规定大幅度减少。

② 这里借用了陈瑞华教授的经典比喻。

③ 事实上,相对于现行立法的规定,我国最高立法机关对法院可否对侦查、检察机关的行为进行审查,近年在认识上已经出现了松动。2004 年 10 月,全国人大法工委起草的刑事诉讼法再修改征求意见稿《关于完善强制措施,减少超期羁押》第 22 条“向法院起诉”曾规定,被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人,认为人民检察院决定或者批准逮捕不合法,在申请复议后,对复议意见不服的,可以自收到复议决定之日起 5 日内向同级人民法院起诉。

尚且只有 30% 左右^①,如果确立沉默权,公安机关侦查破案更将举步维艰。^②是否赋予被追诉人以沉默权实际上涉及国家权力与公民个人权利的关系问题,也就是说,公民个人的权利是否有独立存在的正当性,是否能被用作实现国家利益的手段。而国家权力与公民个人权利的关系在本质上也是一个宪政问题。

诸如此类的问题还有很多。

由此可见,刑事诉讼法与宪法和宪政有着非常紧密的关系。然而,长期以来,我国刑事诉讼法学界与宪法学界几乎老死不相往来。宪法学界很少关注宪政中的刑事程序问题,刑事诉讼法学界也很少从宪政的高度研究刑事诉讼的制度和程序。这里最明显的表现就是刑事诉讼立法以及刑事诉讼法学研究的相关成果很难在宪法上得到回应。这里姑且不说将检察机关审查批准逮捕的权力划归法院在刑事诉讼法学界已基本达成共识,但在宪法修正上一直未能得到肯认,就是许多刑事诉讼立法已经确认的规则,宪法学界以及修宪机关长期以来也一直“充耳不闻”,拒不对宪法作出相应修改。^③

例如,《宪法》第 125 条。该条规定:“被告人有权获得辩护。”在 1979 年《刑事诉讼法》实施期间,“被告人”、“犯罪嫌疑人”两个称谓混用,都既可以用于指称审前阶段的被追诉人,也可以用于指称审判阶段的被追诉人,因而《宪法》第 125 条的规定是没有问题的。1996 年修正《刑事诉讼

^① 根据公安部官方网站公布的统计数据,近年,我国公安机关破案率一直不到 30%。2005、2004、2003 年,全国公安机关立案侦查的刑事案件总数分别为 374.8 万起、381.0 万起、350.2 万起,破案数分别为 104.2 万起、103.5 万起、98.9 万起,破案率分别为 27.8%、27.2%、28.2%。引自公安部官方网站:http://www.mps.gov.cn/n16/n1282/n3553/index_1.html,最后访问时间:2010 年 2 月 20 日。

^② 由于我国已经签署《公民权利和政治权利国际公约》,批准该《公约》只是时间早晚的问题,而该《公约》明确规定,任何人都有“不被强迫做不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”的权利,因而为将来批准该《公约》,相对于现行立法明确规定犯罪嫌疑人有如实陈述的义务,我国最高立法机关对沉默权的态度已作微调。全国人大法工委于 2001 年、2002 年起草的刑事证据法征求意见稿,以及 2006 年起草的刑事诉讼法再修改征求意见稿都规定,任何人都不得强迫犯罪嫌疑人、被告人自证其罪。尽管征求意见稿的草拟者私下解释,这一规定并不意味着立法承认沉默权,但由于按照其他国家立法以及刑事诉讼的基本理论,不得被迫自证其罪的权利包含沉默权是毫无疑问的,因而只要立法能够确立不得被迫自证其罪的权利,最终必将导致立法对沉默权的承认。

^③ 在全国人大常委会就 2004 年宪法修正案征求学界意见时,陈光中教授曾强烈呼吁对《宪法》滞后于《刑事诉讼法》的相关条款进行修改,但由于我国刑事诉讼法学界此前对这一问题很少进行研究和呼吁,因而陈光中教授的意见未能引起有关部门的重视,以致《宪法》有些条款滞后于《刑事诉讼法》的问题一直延续至今。



法》以后,“被告人”与“犯罪嫌疑人”被作出区分:在提起公诉前称犯罪嫌疑人,在提起公诉后称被告人。不仅如此,《刑事诉讼法》还明确规定,在审前阶段,被追诉人不仅有权自行辩护,而且有权自审查起诉阶段起委托辩护人为其辩护。在这种情况下,宪法继续维持“被告人有权获得辩护”的措词无疑是不妥的。然而令人奇怪的是,在此后两次修宪过程中,这一如此明显的错误竟一直未能引起修宪者的重视。

再如,《宪法》第40条。该条规定:除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。按照该条的规定,有权对通信进行检查,也即享有侦查权的主体只有公安机关和检察机关。在现行《宪法》通过的1982年,这一规定是没有问题的,因为当时享有侦查权的机关只有公安机关和检察机关。但此后,自1983年至1998年,最高立法机关以及有关部门已多次扩大侦查机关的范围。截至目前,我国享有侦查权的机关累计已达六个。^①而有侦查权的机关都有权对通信进行检查,因而《宪法》第40条的规定也已严重滞后于刑事诉讼立法。

诸如此类的问题也还有很多。

刑事诉讼法与宪法的严重脱节可能产生非常严重的后果。轻则,《宪法》的有关条款滞后于刑事诉讼立法,以致《宪法》的有关规定成为具文,如上文提到的辩护权的主体与侦查权的主体问题即是如此;重则,宪法的规定与刑事诉讼法的有关研究成果相冲突,成为阻碍刑事诉讼制度进一步发展的障碍,上文提到的审查批捕的主体问题即属此类。

正是基于以上考虑,笔者对刑事诉讼的宪政基础展开研究。希望拙作能成为引玉之砖,引起我国刑事诉讼法学界以及宪法学界对刑事诉讼与宪法和宪政关系的应有重视。

^① 即公安机关、检察机关、国家安全机关、军队保卫部门、监狱、海关走私犯罪侦查部门。

第一章

宪法与宪政

一、宪法：宪政之载体

(一) 宪法的概念

1. 厘定概念何以必要

日本学者杉原泰雄认为,宪法与宪政的概念是宪法学的前提,从表面上看,两者的含义似乎明确,但实际上,由于两者都包含广泛的内容,容易被误解,因此宪法学中首先应界定两者的概念。^① 由于宪法是宪政的前提,没有宪法,就不可能有宪政,因而要研究宪政,首先必须厘定宪法的概念。

传统上,我国法学界一直认为宪法是“民主的制度化和法律化”,“集中反映阶级力量的对比”,是“国家的总章程”,“规定国家的根本制度和根本任务”^②,是国家的根本大法。近年,随着理论研究的深入以及法学

① [日]杉原泰雄:《宪法》(2),有斐阁1987年版,第54页。转引自徐秀义、韩大元:《宪法学原理》(上),中国人民公安大学出版社1993年版,第27页。

② 自20世纪50年代以来,我国宪法学界对宪法的概念基本上都是这样界定的。如中国人民大学法律系国际法教研室编:《中华人民共和国宪法讲义》,1964年自印,第7页;湖北财经学院法律系国际法教研室编:《中华人民共和国宪法讲义》,1980年自印,第1页;吴家麟主编:《宪法学》,群众出版社1983年版,第46页;魏定仁主编:《宪法学》,北京大学出版社1994年版,第15—16页;许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社1996年版,第27页;周叶中主编:《宪法学》,法律出版社1999年版,第9页;韩大元主编:《宪法学》(全国律师资格考试指定用书),法律出版社2000年版,第4页。



界阶级分析方法的淡化,这一界定受到了全面的挑战。^①

第一,宪法固然与民主有着紧密的关系,但宪法与民主的侧重点是不同的。民主的核心是多数决定原则,也就是说,只要是按照多数人的意见作出决定,该决定就具有无可争议的正当性。因此,按照民主原则,为保护多数人的利益而牺牲少数人的利益是合理的。而宪法的核心是控制国家权力,目标是通过限制政府权力来保护公民个人权利。在宪政视野中,不同公民的权利在价值上是相等的,不能为了一部分人的利益而牺牲另一部分人的利益,也不能为了多数人的利益而牺牲少数人的利益。因此,将宪法归结为民主是对宪法的误读。

第二,宪法固然与阶级力量对比的变化紧密相关,但宪法毕竟不同于政治纲领或政党党纲。宪法首先是一种法律,应当具有规范性、可操作性和稳定性。将宪法界定为阶级力量对比关系的反映,实际上是将宪法等同于政治纲领或政党党纲,必然导致宪法也像政治纲领或政党党纲一样,随着国家政治经济形势的变化而不断调整或修改,这对维护宪法的权威、形成稳定的法治秩序是非常不利的。

第三,宪法虽然是国家的根本大法,是其他部门法立法的依据,但宪法毕竟是一个独立的法律部门,应当有自己独特的调整对象,而不应成为其他各部门法的“缩略本”或“精华版”。正是因为将宪法视为国家的总章程,因而我国《宪法》规定的内容极其庞杂,从光荣伟大的历史到辉煌的现实,从国家的指导思想、基本政策和总任务到经济体制、企业和农村的生产经营管理方式、分配方式,从基本国策到教育科学文化方针等,应有尽有,几乎涵盖我国政治、经济、文化等一切方面,而宪法本应承担的基本职能——控制国家权力,保护公民个人权利——却完全被淹没。

那么,该怎样正确界定宪法的概念呢?由于现代宪法和宪政对我国而言是一个舶来品,因而要正确界定宪法的概念,有必要考察其得以孕育的西方国家的状况。

2. 域外不同界定之分析

宪法的概念在西方国家也一直是一个存在极大争议的问题,迄今为止,尚未形成普遍公认的界定。从外延来看,这些界定大致可以分为两

^① 如蔡定剑:《关于什么是宪法》,载《中外法学》2002年第1期;馨元:《宪法概念的分析》,载《现代法学》2002年第2期;童之伟:《法权与宪政》,山东人民出版社2001年版,第260—269页。

类:一类是广义说,一类是狭义说。

所谓广义说,就是认为一切规定国家最高权力结构以及不同国家机关之间权力划分的法律都是宪法,而不管这些法律所规定的国家机关之间的权力到底是如何配置的,是集权还是分权,是民主还是专制。如德国学者耶林纳克认为,即使是在最专制的国家,宪法也是不可缺少的,没有宪法的国家,就不能算是国家,而是一种无政府状态了。^①日本宪法学者宫泽俊义认为:“宪法的定义,可以认为是规定国家统治体制基本原则的法的总和。国家成立以后,在那里怎样制定法律,怎样执行法律,怎样进行审判,像这样一些事项,没有法是不行的。宪法就是这些法的总和。”^②中国学者尹斯如也表达了相同观点,他认为,宪法“依实质的意义说,任何国家都是具备的,而且只要有国家的组织,宪法也就随之产生,其历史自属很古”^③。

所谓狭义说,是认为宪法除规定国家机关之间的权力划分外,还必须规定公民的权利,并且通过限制国家权力以保护公民权利。换言之,如果一部法律虽然规定了不同国家机关之间的权力划分,但其在价值上并不以保护公民个人权利为取向,那么,这种法律是不能被称为宪法的,至少不能成为称为真正意义上的宪法。^④如黑格尔认为,宪法必须是人民精神的表达,因此,即使是由有学识的人组成的委员会起草制定的宪法,也必须表达这种精神。^⑤英国学者博林布罗克勋爵(Lord Bolingbroke)写道:“用贴切与严谨的话来说,宪法一词,意味着由某些不变的合理原则衍生出来并旨在实现特定公益目标的法律、体制与习惯做法的集合体,它构成一国的基本制度,在此制度下,公众方可同意接受管治。”^⑥路易斯·亨金说得更加明白:“宪法是一部服务于不同政治目的,表达了诸多政治原则的政治性文件。它是一部政府的成文宪章,代表着‘宪政’,其中蕴含

① [美] 迦纳:《政治科学与政府》(第三册)《政府论》,林昌恒译,商务印书馆 1947 年版,第 801—802 页。

② [日] 宫泽俊义:《成文宪法简介》,载吉林大学法律系宪法教研室编:《宪法分类比较》(下),第 445 页。

③ 尹斯如:《宪法学大纲》,北平印书局 1935 年版,第 23 页。

④ 正因为如此,意大利学者萨托利将宪法分为保障性宪法(真正的宪法)、名义性的宪法和装饰性的宪法(或冒牌宪法)。见[意]萨托利:《“宪政”疏议》,晓龙译,载刘军宁编:《市场逻辑与国家观念》,北京三联书店 1996 年版,第 114—115 页。

⑤ [美] 阿兰·S. 罗森鲍姆编:《宪政的哲学之维》,郑戈、刘茂林译,生活·读书·新知三联书店 2001 年版,第 150 页。

⑥ 陈端洪:《宪政初论》,载《比较法研究》1992 年第 4 期。



着对政府的约束和对政治权威的限制。”^①

西方学者对宪法的不同界定与他们对宪法产生时代的不同理解紧密相关。在西方,有关宪法产生的时代也存在两种不同观点:第一种观点认为宪法最早产生于古希腊与古罗马时期,古希腊城邦共和国关于政体的法律就是宪法。如亚里士多德在其《政治学》一书中写道:“政体(宪法)为城邦一切组织的依据,其中尤其着重于政治所由决定的‘最高治权’组织。”^②近世也有许多学者持这一看法。如意大利学者贝特鲁奇认为:“罗马宪法是一种从罗马建城开始,在12—13个世纪的时间跨度内发展的历史现象。这一时间跨度的起点是根据传说,可上溯到公元前745—753年的罗马建城,终点是西罗马帝国确定地停止存在(公元476年)的公元5—6世纪。”^③第二种观点认为,宪法产生于资产阶级革命以后,是资产阶级革命胜利的产物。如德国《梅耶百科全书》认为:“宪法就广义而言,只存于多少有些秩序的社会力量和政治权力机体之中。就这一点来说,18世纪以前并无宪法史可谈,后来由于资产阶级在政治上要求解放,才形成了各阶层之间要在国家共处方面商议订立契约的成文法则(包括社会契约和选举权)。以法典形式出现的法律(宪法),于18世纪末期首先产生在美国(1787年联邦宪法),接着在法国出现(1791年)。”^④

以上宪法涵义的广义与狭义之争以及宪法产生时间的先后之争,形式上是两个问题,本质上是一个问题。因为通常情况下,如果认为宪法就是指规定国家权力结构的法律,那么必然认为宪法自奴隶社会起就已产生。因为任何一个政治国家要进行有效管理,就必须对其统治机器进行一定的划分,也就是说必然涉及权力配置问题,涉及“宪法”。反之,如果认为宪法除规定国家的权力结构外,还必须规定公民个人的权利,并通过控制国家权力来保护公民个人的权利的话,那么必然认为宪法只有到近代社会才产生。因为在古代社会虽然也有局部实行民主的时候,但总体而言都是以专制为特征的。在前资本主义社会,国家权力高度集中,个人权利缺乏有效的保障,因而是不可能出现以保护公民权利为取向的宪法的。

① [美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利》,郑戈等译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第1页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第129页。

③ [意]阿尔多·贝特鲁奇:《罗马宪法与欧洲宪政》,徐国栋译,载《法学》1998年第3期。

④ 上海社会科学院法学研究所编译:《宪法》,知识出版社1982年版,第52—53页。