

宪说宪道

XIAN
SHUO
XIAN
DAO

秦前红◎著



中国政法大学出版社

宪说宪道

XIAN
SHUO
XIAN
DAO

秦前红◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

宪说宪道/秦前红著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 5
ISBN 978-7-5620-7550-9

I. ①宪… II. ①秦… III. ①宪法学—文集 IV. ①D911.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第128322号

- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 编辑邮箱 | zhengfadch@126.com |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 720mm × 960mm 1/16 |
| 印 张 | 36.5 |
| 字 数 | 600 千字 |
| 版 次 | 2017 年 5 月第 1 版 |
| 印 次 | 2017 年 5 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 108.00 元 |

作者简介

秦前红，出生于湖北仙桃市。1981年就读于武汉大学法律系，1988年获武汉大学法学院法学硕士学位，1997年获武汉大学法学院法学博士学位。现为武汉大学法学院教授、博士生导师、教育部长江学者奖励计划特聘教授、武汉大学校学术委员会委员、武汉大学珞珈特聘教授、《法学评论》主编。

学术兼职：中国宪法研究会副会长，中国港澳基本法研究会副会长，中国法学期刊学会副会长，湖北省立法研究会会长。

社会兼职：湖北省政府第二届、第三届行政复议专家组组长；中共湖北省委法律顾问，湖北省人大常委会立法顾问，广东省珠江学者；广州市政府法律顾问，武汉市人大常委会立法高级顾问，武汉市第十界、第十一届人大常委会委员、法制委员会委员，武汉市第十二届人大常委会立法高级顾问，武汉市第十二届政协常委、社会法制委员会委员。

主要学术研究领域：宪法基本理论、比较宪法、地方制度。代表作性著作：《宪法变迁论》《社会主义宪政研究》《宪法原则论》《地方人大监督权》《法律能为文化发展繁荣做什么》《走出书斋看法》。主编或参与编写教材10余部，在国内外刊物发表学术论文100多篇。

曾主持教育部人文社科重大招标项目、国家社科基金重点项目、教育部人文社科规划项目、司法部重点项目等十多项省部级以上项目。先后获得2007年教育部新世纪优秀人才、2015年教育部人文社会科学优秀成果奖、改革开放三十年法学优秀成果奖、湖北省社会科学优秀成果二等奖、司法部法学优秀成果二等奖等多种奖项。

近两年来，分别受中共中央办公厅、中央政法委、最高人民检察院的多次邀请，参与多项深化改革的专家论证，并参与全国人大及常委会多项立法的专家咨询与论证。有多项咨询报告获得党和国家领导人重要批示。

序 言

吾从习于法学专业到以宪法学的教学研究为职志，至今凡三十余年。其间，吾乡吾土，风雷激荡；法治演进，九曲盘旋。历此三千年之未有之变局，职业抉择，曾多有纠结，可谓进退彷徨，左右顾盼，但最后还是素心面法，终老杏坛。教书育人，喜乐有加。正如古人所云：从事于道者，同于道；德者，同于德……同于道者，道亦乐得之；同于德者，德亦乐德之。

返顾学术人生，虽孜孜以求，不曾懈怠，但囿于天分，格于形势，难言成就。惟精诚坦荡，俯仰无愧吾心而已。

本书所辑录的学术文章，可以部分表征吾之学术历程。其中既有自身冥思苦想之心得，又有与学生相互砥砺之成果。字里行间，殊可以窥察过去中国宪法学发展之端倪。至于成败得失，则率由学界同仁评说。

衷心感谢学生周航为本书整理编录所付出的努力！衷心感谢本书责任编辑丁春晖先生的辛勤劳动！

秦前红

2017年4月

序 言 001

宪法基本理论篇 001

○论宪法变迁 / 003

○法律保留功能的时代变迁

——兼论中国法律保留制度的功能 / 015

○评法权宪法论之法理基础 / 025

○人民主权：卢梭与贡斯当之比较 / 038

○深化司法体制改革需要正确处理的多重关系

——以十八届四中全会《决定》为框架 / 052

○网络公共空间治理的法治原理 / 077

○宪法修改的限制理论与模式选择

——以中国近六十年宪法变迁为语境的检讨 / 096

○中国宪法领域的法比较

——方法与趋势 / 120

○从收容遣送到社会救助制度变迁的法理学分析 / 130

国家制度篇 139

○“五四宪法”草案初稿中国国家主席制度的雏形 / 141

○论最高法院院长的角色及其权力 / 160



○论最高法院院长与全国人大及其常委会的关系

——以司法改革为视角 / 172

○关于建立我国立法助理制度的探讨 / 183

○基层政权建设的若干思考

——基于“下级政府状告上级政府第一案”的分析 / 192

○经济政策与宪法规范 / 204

○政党主治的宪制之维

——基于制度主义立场的研究 / 219

○论宪法上的税 / 228

○中国共产党未来长期执政之基

——宪法共识下的依宪执政、依宪治国 / 248

○城乡选举权平等制度实施之探讨 / 257

○论国有财产的宪法地位及其功能

——以中国政治和经济发展为语境的探讨 / 272

○配额与平等

——评我国的高校招生制度 / 283

○微博问政的规范化保护需求

——基于社会管理体制创新的视角 / 296

宪制研究篇 315

○“八二宪法”与中国宪制的发展 / 317

○关于“宪法司法化第一案”的几点法理思考 / 330

○行政法规的违宪审查研究 / 340

○法院成为刑事诉讼被告引发的思考 / 357

○论地方权力机关监督权的宪制属性 / 365

○人民监督员制度在我国宪制框架下的性质定位 / 377

○寻找建构违宪审查制度的新钥匙 / 389

○“物权法之争”与宪法解释

——兼与童之伟教授商榷 / 405

○法院如何通过判决说理塑造法院的权威

——以美国最高法院为例 / 415

○论我国基础教育中的国学教育与公民教育 / 435

○普通法判决意见规则视阈下的人大释法制度

——从香港“庄丰源案”谈起 / 444

基本权利保障篇 459

○经济、社会、文化权利的可司法性研究

——从比较宪法的视角介入 / 461

○表达自由的理念与限度

——香港特别行政区终审法院国旗案与美国最高法院焚烧国旗案
比较研究 / 482

○对宪法权利规范对第三人效力的再认识

——以对宪法性质的分析为视角 / 501

○公司法人的言论自由

——美国言论自由研究领域中的新课题 / 513

○论立法在人权保障中的地位

——基于“法律保留”的视角 / 526

○论我国宪法关于公民基本权利的限制规定 / 540

○论宪法原则在刑事法制领域的效力

——以人权保障为视角 / 549

○略论中国公民社会经济基本权利的保障 / 558

○宪法“基本权利核心概念”研究

——基于中日比较的视角 / 565



— 宪 说 宪 道 —

宪法基本理论篇



论宪法变迁*

宪法变迁是宪法学研究的一个现代话语,也是解构宪法规范与社会现实关系时必须高度重视的一个问题。近年来我国宪法学理论界间或有人提出或讨论宪法变迁的问题,但能全面地系统地对此加以研究的,却并不多见。因此,笔者认为有必要进一步地在理论和实践上重视和厘清宪法变迁的有关问题。

一、关于宪法变迁概念的界定

从语义学的角度而言,汉语中“变迁”一词指情况或阶段的变化、转移。英文中相对应的词汇可用“changing”来表达。在近代宪法学上,较早关注宪法规范和社会现实的关系,研究宪法变迁问题的学者是德国的费迪南德·拉萨尔(Ferdinand Lassia)。他在1892年4月16日发表的《宪法本质》一文中,提出了“现实的宪法”概念。在《现实的宪法是什么》一文中,他把宪法问题作为权力事实来考虑,提出了宪法学中规范与现实的基本理论问题,但他并未明确提出宪法变迁的概念。

1960年,前联邦德国的公法学者耶林令克(Georg Jellinek)出版了《宪法的修改与宪法的变迁》一书,在此书中他明确地提出了宪法变迁的概念,成为集中、专门研究宪法变迁问题的发轫者。耶林令克认为,宪法修改是通过有意识的行为而形成的宪法条文的一种变更,而宪法变迁则是指条文在形式上没有发生变化而继续保持其原来的存在形态,在没有意图、没有意识的情况下基于事态变化而发生的一种变更。耶林令克系统地提出了宪法变迁的几种情况:其一,基于议会、政府及裁判所的解释而发生的变迁。其二,基于政治上的需要所发生的变化。其三,根据宪法惯例而发生的变化。其四,因国家权力的不

* 本文原载《中国法学》2001年第2期。

行使而发生的变化。其五,根据宪法的根本精神而发生的变化。〔1〕

日本学者穗积陈重在《法律进化论》一书中,提出了“无形法”的概念,认为“无法形之法,谓之无形法”,以此来描述法律包括宪法的进化演变过程。〔2〕

现代西方的产权学派与新制度变迁研究的一个重要领域就是制度变迁问题。宪法是一种重要的制度规范,宪法变迁在其研究视野之内亦属理所当然。该学派将制度变迁界定为制度创新或制度发展。〔3〕

笔者认为宪法变迁的含义一般可从三个层面来理解:其一是指世界各国宪法、某种类型宪法或者某个国家宪法产生、发展的经过。其二是指某国宪法修改的经过。其三是指宪法的自然变更或者说无形修改,具体来说是指宪法条文本身没有发生任何变化,但随着社会生活的变迁,宪法条文的实质内容发生变化并产生一定的社会效果,也就是说,当宪法规范与社会生活发生冲突时,某种宪法规范的含义已消失,在规范形态中出现适应社会生活实际要求的新的含义与内容。〔4〕

宪法变迁和宪法修改都是宪法规范的变动形式,具有同等的宪法效力,但两者的性质是不同的。宪法修改是按照宪法规定的程序,有意识、有目的地对宪法规范进行变更的明示的行为;而宪法变迁是一种基于社会生活的变化所引起的宪法规范实质内容的变更,宪法条文本身则继续保持不变。宪法变迁一般在两种意义上加以使用:〔5〕一种是法社会学意义上的变迁,即把宪法规范内容与现实的宪法状态之间发生的矛盾认定为客观的事实,并赋予其存在的社会意义;另一种是宪法解释学意义上的变迁,即以规范和现实的矛盾为前提,某种成文的宪法规范失去原来的意义而出现具有新内容的宪法规范。宪法学上讨论的宪法变迁主要是宪法解释学意义上的变迁。从宪法变迁概念的产

〔1〕 参见〔德〕耶林令克:《宪法的修改与宪法的变迁》,柳建龙译,法律出版社2012年版,第10~15、80~90页。

〔2〕 参见〔日〕穗积陈重:《法律进化论》,黄遵三等译,中国政法大学出版社1997年版,第8~23页。

〔3〕 参见〔美〕R. 科期、D. 诺斯:《财产权利与制度变迁》,上海人民出版社1994年版,第372~380页。

〔4〕 本文仅讨论第三个层面的宪法变迁。

〔5〕 有的学者认为“变迁”一词的词义太过模糊,易滋生混乱,于是干脆舍弃“变迁”而改用其他概念进行阐释。如我国台湾学者邹文海在其所著《比较宪法》一书中把因宪法文字的自然适应、政治传统的补充、宪法的解释和宪法的修改所引起的宪法含义的变化统摄于宪法的成长之内加以论述。

生和发展的历史过程来看,在社会生活急剧变化时期,宪法变迁存在的可能性相对来说更大一些。由于宪法修改程序的严格性,故当某些规范与现实的冲突时便通常采用宪法变迁的形式解决,在某些国家,宪法变迁是进行宪法修改的必要的准备工作,宪法修改正是在宪法变迁积累的经验上进行的,用以丰富社会规范适应社会生活的形式。

二、宪法变迁和宪法权威、宪法效力

研究宪法变迁势必涉及其与宪法效力和宪法权威的关系。宪法规范应该具有至上权威和最高法律效力,这已成为宪法现象诞生以来的一个政治社会的公理。当然不同国家、不同时代的宪法学者对此有不同论述。17世纪、18世纪的新兴资产阶级启蒙思想家,从古代自然法学中找到了灵感,汲取了营养,并把它改造成了一种表达法的新思想、勾画社会新架构的伟大学说。按照自然法学说,宪法不同于其他法律,它是根本法,它是自然法的化身,因而就是正义所在。不仅国家所有的法律、法令不得违反宪法规定,而且国家以及政府都须受宪法的限制,因而宪法是政府的政治圣经。“宪法是一样先于政府的东西,而政府只是宪法的产物。”“一国的宪法不是其政府的决议,而是建立其政府的人民的决议。”^{〔1〕}政府受宪法这一根本规则的管辖,宪法具有至高性,这是自然法学论和社会契约论持有者的必然逻辑。

现代资产阶级学者大多从实证的立场出发,从各宪政国家的宪法典内容展现、结构构成来阐释宪法的最高法律效力和权威性。比如马尔赛文和范德即从以下五个方面论述了宪法为什么重要和具有最高法律效力。这些原因分别是:①宪法是一个国家最高的和最有权力的政治阶层所作的决策活动的结果。②宪法构成了一个国家公法的核心,即使不是法律规范的顶端。③宪法包括一些全世界都信仰的价值观念和规范。④宪法是一个国际范围内的发展影响到国家范围的渠道。⑤宪法提供了关于国家组织和正式授权的大部分可靠的情报。⑥宪法提供了比较政治制度的方便手段,至少从表面上来说是这样。^{〔2〕}

中国学者多从宪法规定的内容角度和以宪法本身的性质来论证宪法的效

〔1〕 [美] 潘恩:《潘恩选集》,马清槐译,商务印书馆1982年版,第146页。

〔2〕 参见[荷]亨利·范·马尔赛文等:《成文宪法的比较研究》,陈云生译,华夏出版社1987年版,第375~376页。



力问题。已故著名宪法学家何华辉在其所著《比较宪法学》一书中认为,宪法所规定的是涉及国家各个方面的根本问题和规定社会制度和国家制度的基本原则、公民的基本权利和义务以及国家机关的组织和活动原则,因此普通法律要以宪法作为自己的立法依据,它所规定的内容就必须符合宪法的精神原则。如果和宪法相抵触,它便不能产生法律效力,这样宪法便具有了最高法律效力。^{〔1〕}

笔者认为上述各位学者的论述无疑至为重要,但尚有二个层面是宪法权威树立、宪法发生最高法律效力的不可或缺的要件。其一,宪法权威必须靠宪法程序来支撑。宪法的历史实际上也是奉行程序保障的历史。宪法程序作为法律程序的一种,它是对权力恣意的限制,是理性选择的保证和宪法权威凝结的屏障。其二,宪法规范必须发生功效。即宪法所体现的制宪者的根本意志和根本利益,宪法所确立的社会最高行为准则,能在实际生活中得到贯彻和实施,宪法能对社会进步、人类发展起到积极进步作用。宪法能够产生积极功效固然靠它的自身强制力、约束力,但更重要的是靠能够适应社会生产力和社会生产关系发展的需要,要靠其规范能反映广大人民群众的利益与愿望。从此意义上说,宪法权威是宪法变迁的归宿和目标,宪法变迁是促进宪法权威的方法和手段。但宪法变迁毕竟是在宪法规范之外的运行,因此宪法实践中应在多大范围与程序上认可宪法变迁的社会效果以及宪法变迁对宪政政体之运行是否具有直接约束力,这是我们必须认定和研究的宪法变迁性质问题。

围绕这个问题,有关学者曾提出过三种主张:一是违宪事实说。该说认为同成文宪法规定相抵触的宪法状态中不能允许新的规范的产生。宪政实践中存在的与宪法规范相悖的社会现实实际上是一种对宪法权威的侵犯,构成违宪的事实;对宪法变迁概念的认同实际上是默认违宪事实的合法存在,故不能提倡。二是习惯法说。此说认为同成文宪法规范相抵触的宪法状态中所产生的宪法规范实际上已成为一种宪法上的习惯法,由于规范与现实相互矛盾,成文宪法规范实效性的发挥遇到障碍时,新的宪法规范以习惯法的形式出现,进一步充实宪法规范本身的内容。习惯法的合理性与社会规范意识的存在可以在一定程度上缓和规范与现实的矛盾,避免宪政实践中可能出现的规范空白。三是习律说。此说借用英国宪法理论中的习律概念说明宪法变迁的法律性质,认

〔1〕 参见何华辉:《比较宪法学》,武汉大学出版社1988年版,第320页。

为同成文宪法规范相抵触的实效规范不仅是一种违宪的事实,而且不宜从习惯法的角度完全承认其法的性质。宪法变迁作为一种习律,其法律性属于“低层次法”的范畴,从实在法的角度而言,它可视为一种“未完成的变迁”。

笔者认为上述三种学说从不同的侧面反映了学者们对宪法变迁的理论与实践价值判断。一种倾向是站在强调宪法权威的角度,完全否定宪法变迁的价值,认为对违反宪法的国家行为不应在事实上给予承认,解决宪法规范与社会现实相互矛盾的方法只能是通过宪法修改程序来完成修宪任务。如果承认宪法变迁的事实,无疑会影响刚性宪法的性质。在现代成文宪法中,通常都会规定宪法的最高法规性,宪法变迁的事实实际上损害了宪法的地位。另一种倾向是强调宪法规范的社会适应性,肯定了宪法变迁的价值,认为当社会现实符合一定条件时,应肯定宪法变迁在宪政实践中的积极意义。因为宪法必须是发挥实际功效的宪法,不具有实效性的宪法规范是没有生命力的,只是一纸空文。

上述判断实质上是顾此失彼,在逻辑上有所偏颇,犯了片面主义的错误。其实在目前中国这种典型的转型社会,或在现代宪政时期,因科技、资讯的发展而引致社会变动急剧加快的情形下,法治的衡平、效益价值是必须等量齐观的两种价值,宪法权威的树立固然在于保证宪法规范的不受侵损,更在于宪法的社会现实适用性。否则,宪法规范总在桎梏现实发展,落后于现实发展潮流,这样的宪法规范也必然会被人们弃之如敝屣。

三、宪法变迁的界域

如前所述,宪法变迁的事实基础来自于宪法与社会变革之间的不和谐甚至极度紧张。其法哲学依据却是法律天生固有的局限。正如美国法哲学家博登海默所指出的那样,法律主要有以下弊端:其一,法律有保守主义倾向,法律的变革常常跟不上社会变革。其二,法律规范框架中固有着某种僵化性,而这种僵性是法律规则的一般性、普遍性所决定的。其三,法律有可能发展出对社会生活过度控制的倾向。^{〔1〕}而且具体宪法变迁事例的出现也并不是任意性、无条件的,它有着必然的历史逻辑,一般需要具备物的要件和心理的要件。物

〔1〕 参见〔美〕博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,姬敬武、邓正来译,华夏出版社1987年版,第388~392页。

的要件指在一定时期内存在着多次惯行的宪法事例；心理的要件则指普通一般人之内心确信并予以认同。但我国宪法典已把“依法治国，建设社会主义法治国家”庄严地写入文本之中，并且明确规定了其最高法律效力性。法治的最大特征——正如美国法学家昂格尔所指出的那样——在于其普遍性和自治性。普遍性指法律得到普遍一致的适用；自治性体现在实体内容、机构、方法与职业四个方面。其中，作为其核心的实体内容上的自治性是指，政府制定和强制实行的规则不能令人信服地被看作只是重复了任何一套可认定为非法律的信念或标准，而不管后者是经济的、政治的还是宗教的。^{〔1〕}能力的有限性和生活环境的不确定性，决定人需要一种制度安排。宪法规范作为一种制度安排实质上是人们“为共存而形成的妥协的结果”，^{〔2〕}是人们与其环境达成协议的一种节约费用的工具。^{〔3〕}这种“结果”或“工具”在一个社会中被封为“最高的价值”。

因此，在宪政实践中，宪法变迁第一个界域是当我们强调宪法规范适应社会现实并为合法的政治权力运行提供服务时，我们也必须强调现实的变化与现实政治关系的存在应以宪法规范的价值体系为基础，故不能以政治经济的必要性与形势的变化简单地否定宪法规范的价值。

宪法变迁的第二个界域是确立宪法变迁的具体的、明确的标准。从法律和规范意义上确定宪法变迁的内容与具体程序。缺乏界限的宪法变迁是一种会给整体的宪政秩序带来全局性损害的现象，会造成宪法破坏或宪法废止。各国在宪法的运用过程中都在不断地完善宪法以适应社会生活的运行机制与形式，并积累了丰富的经验。如前联邦德国的宪法法院在1971年的判决中对宪法规范的变迁作了如下说明：当一定的社会领域中出现无法预料的新的状况，或因人所共知的事实进入整体发展过程中具有新的意义时，宪法规范的意义便已发生变迁。在这里宪法法院一方面确定了宪法变迁的理论界限，另一方面肯定了宪法变迁的实践意义。而美国宪法较多地采用基本立法、行政措施、宪法惯例、宪法判例或解释等多种宪法变迁形式，从而使得1787年美国联邦宪

〔1〕 参见〔美〕昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社1999年版，第92~94页。

〔2〕 美国1787年宪法曾被称为伟大的妥协。

〔3〕 参见〔美〕R. 科斯、D. 诺斯：《财产权利与制度变迁》，刘守英译，上海人民出版社1994年版，第376~379页。

法这一在四轮马车时代起草的宪法延续到当下，仍在政治生活中起着至关重要的作用。

宪法变迁的第三个界域是确立宪法优位观念。当由于社会发展的特殊性，使得宪法规范的内容来不及通过正规的修宪程序和解释程序得到调整时，虽可采用宪法变迁的方式，但必须加以严格的限制，既不得扩大解释，也不得固定化。在涉及国家政策的制定或调整时，没有长期的观察积累或社会实践证实，不轻易采用宪法变迁方式，否则会导致违宪的社会现实找到借口而得以正当化与合法化，最终导致社会生活秩序的破坏和人们宪政意识的薄弱。

四、宪法变迁和宪法文化

宪法变迁不限于宪法规范内容和宪法规范含义的变迁，文化要素也是宪法变迁的一个构成性方面。传统的观点认为，法律是有意识地设计的产物，代表了政府和统治阶级的意志，而现代法律理论则强调习律、社会风俗、法律理念、法律价值与法律规范的伴生伴随关系，强调法律文化要素对法律规范的生成演变所发挥的重要作用。

第一，根据巴苏（Basu）的核心定理（the core theorem），任何能够通过法律来实施的行为和结果，都可以通过社会规范来实施。换言之，如果任何一个特定的结果都不是纳什均衡（即不能通过社会规范实施），那么没有法律能够得到这个结果。因此没有公民宪政意识和宪政理念的培育与增长，没有随着整个社会的政治经济转型而相应形成的公民法律心理、民族精神和法律气质，仅靠增加成文宪法条文和精进立宪操作技术是不能完全救济成文宪法自身的缺陷的。中国古代圣哲所描绘的“法令滋彰，盗贼多有”的情形，便是一个确证。法国随笔之父蒙田在《论经验》一文中也说到，国家颁布法条案例万千，非为抵人事变化之无穷，实际是让掌权者有随意增减、滥用权力的机会。因此，立法乃治国安民不得已而为之的事情，以简单、稀少、概括为贵。此话针对现代法治国家的常情而言，有过于片面之嫌。但从人类社会最终极的价值期求而言，就立法和司法的最一般关系的矛盾的角度来讲，人的理性和判断力必然存在局限；法律（包括宪法）上的漏洞，是不可能通过增订法律条文和强化法律解释来消除的。漏洞之多和从业者的法治意识成正比。这一观点无疑又有着巨大的启迪意义。观诸人类社会法律秩序的形成，英国普通法的演变是