

# 理论篇



## 一、宪政主义是在什么情况下提出来的？

第二次世界大战之后，如何处罚那些给人类文明带来巨大灾难的战犯，确实给人类出了一道难题：在外在形式上，希特勒政权的法西斯行径几乎都是在法律名义下进行的。例如，国社党人于 1935 年制定了臭名昭著的纽伦堡法，并得到议会、法院和天主教会的支持。该法律旨在“保护”日尔曼的血统和荣耀，其矛头是针对不纯洁的种族，尤其是犹太人。该法剥夺了这些无辜平民的受教育权和财产权，是其掩饰种族灭绝的法律烟幕。反映纳粹意志的法律无视人的自由、尊严与价值，为种族大屠杀铺平了道路。这是通过法律来胡作非为的最为惨痛的教训。然而苍天有眼，这一没有正义的法律最终被没有法律的正义所纠正。而地点正是纳粹把种族灭绝合法化的地方：纽伦堡，即著名的纽伦堡战犯审判。而且，纽伦堡审判开创了以更高法审判一国制定法的先例。在此之前，不论制定法多么恶劣，历史上也没有审判制定法的先例。如果按照“法无明文规定不为罪”的原则，对德国战犯的审判完全是不可能的。这样，检察官和法官只好依据更高法（higher law）的思想完成纽伦堡审判。

德意志民族在对历史的反思中，也终于认同了与人类主流文明相一致的观点：在制定法以外，有一种正义原则或更高法的观念存在。德国宪法法院和最高法院也一再声称：除《基本法》之外，还有某些必须遵守的一般性原则。这种正义原则和一般性原则，就是宪政主义产生的根源。

## 二、什么是宪政主义？

作为一种能够有效地保证制定法符合正义原则或一般性原则的措施，我们可以将宪政主义定义为：宪政主义是为保障人类基本权利和正义得以实现而建构的权威性制度体系。

## 三、宪政主义的价值基础是什么？

从最简单的意义上看，是人权和公民权构成了宪政的价值基础。宪政主义中的这种价值因素的源头可追溯到古代社会的系统的价值理论——自然法。就一般意义而言，它指全人类所共同维护的一整套权利或正义。

1789 年宣示了上述普世价值的法国《人权与公民权宣言》，是当代法国宪法的精神。作为美国的第一个宪法性文件——1776 年 7 月 4 日通过的《独立宣言》，它不具有司法适用上的直接效力，也没有规定任何法律上的权利和义务，但它宣布了所谓“美国信念”。这些信念构成美国宪法的价值基础：“我们认为下面这些真理是不言而喻的：人人生而平等，造物者赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生命权，自由权和追求幸福的权利。为了保障

这些权利，人类才在他们之间建立政府。政府的正当权力来自被统治者的同意。任何形式的政府，只要危害上述目的，人民就有权利改变或废除它，并建立新的政府。新政府的基本原则和政权组织形式，必须是最便于实现人民的安全和幸福的…… 当一个政府恶贯满盈，倒行逆施，并且一贯实行暴政，显然是企图把人民抑制在绝对君主专制的淫威之下的时候，人民就有权利和义务推翻政府，并为他们未来的安全建立新的保障。”

世界第一部成文宪法（1787年美国《联邦宪法》）就是在《独立宣言》昭示的价值基础上诞生的，它对美国乃至人类的历史产生了巨大影响。

宪政主义的价值要素对当代宪法和国际人权法的产生和发展具有决定性的影响。正是宪政主义的价值要素决定了宪法中人权法的必要性。可以说，宪政主义的价值要素决定了宪法的结构。在当今所有国家的宪法中，人权法一般都是其中的必不可少的部分。

宪政主义价值要素高于制定法的必然推论，是宪政主义价值要素的普遍性。而这正是国际人权法得以建立和发展的前提。

#### 四、宪政主义的制度基础是什么？

##### （一）成文宪法

一般来说，一部包含宪政主义价值和政府制度设计内容的成文宪法，对宪政主义来说是必要的。它是宪政主义的载体，也是宪政主义的外在表现形式。

一部宪法必须至少载明两大基本内容：保障人权的人权法以及关于政府机构运作的政府组织法。

##### （二）系统的制度安排

系统的制度安排就是人类为控制政府而选择的方法。宪政主义包含了一套立宪制度，以使生活在这套制度下的人们免受绝对权力压迫的可能性：立法程序、对最高法的尊重、司法审查、司法独立以及分权制衡等。它们是宪政主义对人类文明的巨大贡献。宪政主义对系统的制度性安排的核心要求是必须建立分权与制衡的政府体制。

当代国际人权法强调法官应当被赋予对公民的生命、自由、权力、义务和财产作出最后判决的权力和责任。因此，在制度安排方面，司法独立具有特殊地位。司法独立必须得到国内法的保障是司法独立的核心。

#### 五、宪政主义的权威性基础是什么？

宪政主义体现和追求的公平正义是人类追求的最高目标，这种价值性构成了宪法的权威基础。正是宪政主义关注的价值的特殊性，使宪法具有不同于任何法律的地位。

### （一）宪法至上

宪法至上首先在于宪法权威高于任何人和机构的权威。包括国家元首、政府首脑、立法机构等，也包括政党领袖。国家的一切权力源于宪法并依宪法行使。在这个意义上，值得强调的是：宪法权威的作用对象是国家机构，而不是公民个人。

法国自由主义思想家贡斯当指出，“只存在有限的、相对的主权；多数的赞同也不能证明人民主权的一贯正确。绝对的人民主权同样会蜕化为一种专制主义。人民的主权必须是负责任的权力，而且必须受到法律的节制和约束。否则，以所有人的名义采取的行动变成了只听从一个人或一个小集团的吩咐摆布”。

### （二）宪法是法中之法

宪法是基本法和根本法。一切法律不得违背宪法的宗旨、原则和内容。宪法最高权威的最早直接表述是1787年的美国宪法。

### （三）宪法是稳定的

在专制政体下，个人、政府高级官员的命运常常取决于独裁者的任性。人们不知道独裁者将通过何种渠道表达他们的意志。在宪政体制之下，权力者意志的表达不仅受制于合宪性和合法性的要求，还受制于表达程序。有的国家规定宪法的某些内容是不得进行修正的，某些内容的修正必须经过比普通法律更加严格的程序。

### （四）建立违宪审查制

为了保障这种宪法的最高性，当代宪政化成功国家在各自的法律历史的基础上建立了各自的违宪审查制度。普通法院型、宪法法院型以及混合型违宪审查制的出现，使当代宪法保障制度呈现出五彩缤纷的景象。

## 六、宪政主义怎样看待人性的善和恶

宪政与对人的认识、理解密切相关：宪政思想的产生与发展不可能脱离人的能力、需要与缺陷。宪政作为一种理念，浸满了历史传统中积累、遗留下来的人文精神。宪政的出现是基于人对自身的新的自我发现，即肯定作为个体的、自主自尊的人。它肯定人性中的善，直面人性中的恶。

宪政主义立足于双重人性预设：对执政者，持性恶的假定，即休谟所谓的无赖假定，人性是不完善的，有自私和滥用权力的倾向。最令宪政主义者放心不下并为之困扰的难题是政治家们掌握权力后腐败的倾向和规律。宪政主义者所孜孜以求的就是用宪法和法律约束住政治家们扩展权力的欲望，以防止统治者作恶；对民众，持性善的假定，自利固然是人性的主要动

力，而且会导致恶。但是，除自利之外，人的确还有更为高尚的动力。所以才要去尊重他们作为人所应有的尊严，去保障他们的自由、财产和权利。人性双重假设理论绝不意味着统治者中没有好人，民众中没有坏人。纯粹民主不太防范人性的潜在恶及专制倾向，于是这一任务便交给了宪政。

## 七、什么是“更高法”？“更高法”的思想基础是什么？

最早将更高法的因素引入政治实践的是亚历山大。在公元前 330 年，亚历山大在规划希腊与波斯组成的帝国时，拒绝了亚里士多德的建议（亚里士多德建议以主子身份对待波斯人）。亚历山大的做法昭示了后来普鲁塔克所说的：“人不应当生活在诸多的城邦共和国中，并为不同的法律体制所隔离，而应该视所有人为与自己一样的公民。应该只有一种生活和一个秩序（宇宙），在一个共同的法律下，人们如同觅食于同一草甸的羊群<sup>[1]</sup>。”

法国研究比较法的学者达维德认为，直到 19 世纪，西方的制定法都不是法律的一个渊源。当时更高法的信念来自于哲学和宗教的信念，是独立于世俗权力之外的。

中世纪，更高法的观念主导性地支配欧洲的法律思想。不公正的法律就不是法律。这是中世纪大思想家托马斯·阿奎那的思想。中世纪的更高法观点是：法律必须根据“神法”，而神法的戒律来自圣经。

在苏格兰，一种更高法——普通法（英国的法官们发展出来的“古老习惯”作为更高法的代表）反映了人们对公平正义的追求。

法律发展历史中的世俗化与民族化出现后（以基督教天命论为背景的更高法的思想被世俗化），更高法的神学基础思想被代替，人类对个人理性的推崇取代了对天意的信仰。

对洛克这样的自由主义大师来说，更高法包括在自然秩序下属于一切人的基本权利。这些权利对于人的生存至为重要，不仅不能让渡，而且自动构成对统治者行为的限制。这一学说为法国的人权宣言，英国权利法案以及美国独立宣言和美国宪法提供理论基础，并因融入美国宪法而获得了空前的法律效力。这种自然法最终被美国联邦最高法院引用来推翻国会和州议会通过的、但被认为与自然法中的自然、正义和天赋权利的某种基本原则相抵触的法律<sup>[2]</sup>。随着现代自由民主政治思想的形成，宪政直接成为专制与无政府的对立物，成为人权正义的体制的象征。

在 19 世纪，法律思想发展中引人注意的变化是对更高法的反动。突出代表是法律实证主义的出现。这种法律思想将国家意志视为法律的最高原则。在德国，人类最终品尝到了法律实证主义带来的灾难及后果。第二次世界大

[1] 转引自〔美〕李普曼：《公共哲学的复兴》，第 32 页，载《市场逻辑与国家观念》，生活、读书、新知三联书店 1995 年版。

[2] 伯恩斯著，曾炳钧译：《当代世界政治理论》第 102 页，商务印书馆 1983 年版。

战后对纳粹战犯的审判及自然法的复兴，就是人类在走过之字形弯路后再次对更高法的渴望。国际人权法的出现就是更高法的发展新阶段。

在当今这个国家成为立法主体的时代，更高法的观念具体化为某些超宪法的原则、人权约法、宪法惯例、公民的基本人权和自由等。1789年的法国《人权与公民权宣言》宣告：一切政治结社的目的都在于保护自然的、不可消灭的人权；这些权力是自由、财产、安全和反抗压迫。

## 八、宪政主义主要有哪些功能？

### （一）保障自由

经典自由主义思想家们心目中的自由都是消极意义上的自由。他们将自由视为不是要求政府作什么，而是要求政府不能作什么。在这一点上，宪法勘定了政府权力的界限，从而为政府行为设定了一道不可逾越的篱笆。宪政使宪法具有绝对的权威和优势以抵抗专横的权力，并且排除专横的权力和特权的存在。宪政从一开始就体现了反对专横的立场，包括反对统治者的专横行为和反对带来专横后果的立法。在中世纪后期，特别是在文艺复兴时期，这种要求更为强烈。

### （二）为公民提供一架测量政府行为的天平

宪政不仅是一种原则，而且是一种方法。它是法律与道德的方法的结合，不是法律实证主义主张的强力或意志的方法。

宪政在近现代的确立表明：宪政的精髓在于宪法是政治权力的唯一的法律来源。政治理论家们宣称：宪法确立制度安排，限制政府的权力，保护个人的自由，宪政与有限政府及个人权利相关。宪政主义者坚信，每个人周围有个不受公共权力干预的自治领域。它划定了个人的隐私和尊严，而且应免于政治权力（政府）的干预。近两个世纪以来，宪政主义的最大目标一直是限制政府的权力，阻止一切专断的政府行为。所以，一切专断的政府行为都是“违宪”的行为。

### （三）建立起具有高度共信的游戏规则

一切政治的共同特点就是其始终伴随着程度与方式各异的冲突。宪政区别于其他政体形式的根本特点是：它为冲突各方提供了得到共同认可的，几乎可以化解、调和一切冲突的游戏规则。若是没有这种规则，没有冲突也会滋生冲突，一般冲突可能会酿成流血冲突。这种共同认可的游戏规则的核心便是宪政制度。落实在宪法中的宪政制度的功能和目的，就是处理和化解包括利益冲突在内的各种社会冲突。这些规则、程序和制度，在解决社会冲突上所具有的有效性和共信度，正是因为它得到了全社会的共同认可。没有宪政的社会往往面临着两种相反的结局，即治与乱的循环。这里的治是假治，是

高度的中央集权乃至专制独裁；而乱则是真乱，是群雄四起，占山为王，乃至全面内战。

#### （四）使超大型国家实行联邦制成为可能

在现代超大型的多元社会，只有联邦制的国家结构才足以在多元的利益和价值冲突的背景下仍能有效维持国家的统一、社会的安定和人民的自由。同样，也只有社会中多元力量的存在才能充当维持宪政民主的社会基石，才能避免权力的过度集中。由此也可以看出，利益与价值的多元由在传统社会中需要被排斥的不稳定力量，变成了现代社会中必不可少的稳定性力量。实现这种转变的关键是宪政。所以从这种意义上讲，有无宪政是区别传统社会与现代社会的基本政治尺度。在人多地广的超大型社会，由于宪政的出现，缺少小共和所特有的同质性，不仅不再是大社会的缺乏，反而为维持民主共和提供了多元化的社会基础，从而更好地服务于共和。现代共和只能是自由、民主、宪政的共和；对实行市场经济的超大型社会来说，还必须是充分纵向分权的复合共和。

### 九、什么是共和？

在人类政治史上，共和是作为君主政体的对立面而产生的。共和既然高于君主制，那它一定具有某种与君主制截然不同的特质。

从经济事务与政治体制的互动关系看，共和政体与人类追求财富的经济活动密不可分。从现象的关联上看，历史上最早的一批共和国都是与发达的商业贸易活动紧密相联。从古希腊雅典城邦到古罗马共和国，从意大利的威尼斯到荷兰的阿姆斯特丹，如果说这些基本上以城邦为基础的小型共和国有什么共同之处的话，那就是它们的共和政体和经济繁荣都靠的是发达的商业贸易。在这些最早形成自由市场经济的国家，共和被看成是带来自由与繁荣的政体。可见，没有商业就没有共和。真正的共和国只能是商业共和国。那么，为什么市场经济的政治架构离不开共和政体呢？为什么对自由与繁荣的向往激发了人们追求共和理想的冲动呢？这必须从共和自身中寻找答案。

共和在本意上是通过制度组织起来的公共事务领域，而不是一种组织形式或政体。共和主义强调政府的公共性、公平性与中立性，即政府必须为所有人的利益服务（公益），而不能只为少数当权者的利益服务。

为什么要“共”与“和”呢？这是由人的本性、人的价值及其在宇宙中的地位决定的。人的生命具有同等的价值，故必须受同等的尊重与对待。故“共”的正当性来自人格的平等，“和”的正当性来自保护人之生命价值的必要性。在共和的国家，政府的权威来自人民的集体力量。人民的幸福是至高无上的法律。而且，政府的权力必须被正当合法地使用。官职是法律的产

物。共和理想的核心是人民对与自身利益攸关的公共事务领域有决定性的发言权。所以，共和国是“民国”，不是“君国”。

## 十、什么是共和的三要素？

1 共和的根本原则是天下为公。公平的制度体现为民主制、限任制、中立国家和权力的分权制衡、法律面前人人平等……。

2 国家权力是公民的共有事物，即统治权须由所有社会成员共同分享，政治权力对全社会平等开放，不排除任何所持意见与己不同的少数一方。这还意味着不得有世袭的、独占的、不可让渡的权力；意味着联合执政、共同执政，而非一人一派大权独揽。这在政体上意味着君主制和变相的专制政体都是与共和制的原则相悖的。

3、共和政体下公共事物是一种和平事物。“和平”意味着整个社会和平共处，统治者对社会和公民施行仁政，治者与被治者共同放弃用武力作为解决政治歧见或取得权力的手段。

## 十一、中国古代有没有共和？

共和的理想与中国传统政治哲学中的德政、仁政、王道有相通之处，验证了共和理想的普世性。据太史公的《史记·周本记》记载，周厉王时，行暴政，民间造反，厉王逃跑，后由召公、周公二相共同执政，故号共和。不论这段史实是否成立，但“共和”被译成 *republic*，则说明太史公的解释流传更广，反映出分享管理公共事务的权利（共）、行仁政（和）是人类最古老的理想之一。

## 十二、古典共和国的特点是什么？

历史上的共和国有两大类型。一种是古代城邦共和国，如雅典、斯巴达、古罗马，以及从中世纪到近代广泛分布于从南欧到北欧的若干城邦共和国，其中有著名的威尼斯、佛罗伦萨、日内瓦等。另一种是现代共和国，它已经作为一种普遍的国家政体形式。古典共和主义认为，只有在小国寡民的地方才能实行共和。

在共和思想上，早期的共和主义常靠弘扬美德、献身祖国来维持共和。古典的共和主义强调社群与国家利益的至上，强调公民的义务，要求人们保持高度的警惕以捍卫其国家。孟德斯鸠通过研究发现，在古代共和国，要求人们不断把公共的利益置于个人利益之上。因此，人们一出生便要限制人对自身利益的追求，个人对国家负了很大的且永远还不清的一笔债。人人除必

需之外，所余财物都须归国家。从自由主义和宪政主义的立场看，这种国家的自由，与个人的自由是格格不入的。

### 十三、现代共和的思想基础是什么？

支撑现代共和政体的思想基础是自由共和主义。自由主义与共和主义的结合来自两者在以下三个方面的相通之处：

(1) 两者的宗旨都是在于为个人能够最有效地追求和把握其幸福的社会政治环境；

(2) 两者都主张任何政府必须尊重个人的自由与独立；

(3) 两者的结合为协调个人自由与政治权威提供了一种有效的方法，以防止和解决个人与秩序之间的冲突，这个方法便是自由的宪政民主。

现代共和的道德哲学基础是：提倡一种个人本位的美德。而其主要内容是：自我控制、自我负责、自我实现、自我反思、尊重不同意见、理性、独立、平和。

根据自由共和主义的看法，没有自利就没有美德，信奉美德不等于信奉至善无私，并且相信多数人在必要的时候能够超越眼前的狭隘的自利。所以，呼唤美德不再是向人们索取其所不能奉献的东西，更不是去磨灭人性。

在现代共和国中，人们的爱国心来自国家保护了他的个人利益。普通民众要实现自利就会自然而然地爱国，而不必靠牺牲自利来建立爱国心。

现代共和对私利的尊重导致现代共和国对每一个人给予同等的尊重，尊重每个人的正当自利和同等的自由，尊重每个人的财产和信仰。法律提供了最大限度的自由。

仅靠美德不足以支持任何政府，不论是共和的、还是君主的。因此，现代共和是基于法律和制度力量的政体。

### 十四、宪政与共和有何异同？

宪政与共和都是旨在解决公共领域的问题，而不在规定和控制私人的行动。任何合乎宪政精神的宪法都必然包括这样两大部分：一部分是对公民作为私人的权利的规定和保护；另一部分是对管理公共事务的政府如何行使权力所作的程序上的规定，表现为用列举的方式规定政府的权限。对权利的保护又分成两个部分。一部分是对公民处理其私人事务的权利的保护，一部分是对公民参与公共事务的权利的保护。共和分离了公域与私域，宪法则勘定了两者间的界限。宪政主义与古典共和对立，并为自由与共和的真正结合提供了制度工具。

## 十五、民主与共和有何异同？

民主有明确的主体，共和则关心的是普遍利益和共同福祉。在某种意义上讲，共和与民主是对立的，因为共和是（所有人的）公权，民主是（多数人的）私权，相比之下，君主制则是（个人的）私制。

民主的权力是多数人的权力，不能代表所有的人。共和则强调权力的公共代表性和公共服务性，即这种权力可能虽非经所有的人同意产生，但却在道义乃至法律上公平地对待所有的人。民主所要建立的是多数人统治的国家，理想的共和要建立的是中立、公平、公共的权力。

在人类的文明史上，共和在相当长的一个历史时段内比民主更受欢迎，它代表了一种更有节制、更为稳健的理想。不过，若把共和理想中“公”的一面过于强调，便导致“至公”的乌托邦，若认真去落实，则导致“灭私”的专制。

在现代国家，全面的直接民主完全不可能实现。因为直接民主是多数人的私权，因而可能是暴政。直接民主可能会导致宗派斗争和对少数反对派的压制。而代议制的间接民主却能避免各方面的剧烈冲突，又能避免绝对权力的压迫。在前者中，人民举行大会由自己作出决定；而在代议民主共和国中，人民通过自己的代表管理公共事务。共和政体的意义在于使各方的利益得到公平的体现和保障。没有代议制度就无法确保各方利益得到公平的体现和保护。没有代议制度的支持，共和就难以持久。

## 十六、自由主义与民主有何悖论？

自由主义与民主之间的关系有某种悖论：一方面，对民主程序的论证多半建立在自由主义的假说之上；另一方面，自由主义的制度安排：如分权与法治，又被看成是对民主的约束。自由主义一方面为把民主视作法律的唯一有效的来源提供了哲学基础，同时又显然诉诸更高的法律来节制民主。

## 十七、宪政与民主有何差异？

宪政与民主之间存在着重大的差异。民主涉及的是权力的归属，宪政涉及的是对权力的限制。

宪政是专制的天敌，民主与共和则未必是。民主强调主权的归属与行使，宪政则规定行使主权的规则，及对主权（政府与人民）的限制。法国自由主义思想家贡斯当认为，宪法应该是针对民主制度的一种批判性法律。宪政主义者尽管承认主权在民的必要性，但却怀疑民主政府保护少数人和异己分子的权利的能力，也不相信民主政府有自我节制的能力。根本的解决办法就是用外在的制度机制来约束民主政府。

权力是否专横，是否绝对，并不取决于谁掌握权力和掌握权力人数的多寡，而是取决于运用权力的方式，即是不是负责任的、受限制的权力。民主规定谁拥有权力，共和规定权力的目的，宪政则规定取得与运用权力的方式。

宪政主义通过降低政治的风险来防止对人之自由与尊严的冒犯，民主理论则主张通过对政治过程的参与来限制自由与尊严所面临的风险。所以，两者之间的分野不是对自由与尊严的重要性的争论上，而是在如何表达与保护这些价值的最佳途径上。

## 十八、共和 + 民主 + 宪政是不是较为理想的政体？

宪政的民主共和，既非纯粹的民主，亦非纯粹的共和。民主制必须是共和的，共和必须是民主的（由人民大众进行代议的选举、参与、监督），而两者都必须是宪政的。而宪政又必须是自由的。宪政的民主可以保证在不使用武力的前提下使政府符合被统治者的意愿。

民主、宪政、共和三者融合而成的新型政体通过机会平等的制度安排，让所有公民、尤其是下层民众，最大限度地把握改进自己生存条件的可能性，通过保护每个个人的自由，带来全社会的繁荣。

# 权利篇



## 十九、什么叫人身自由？

在基本人权体系中，人身自由属于最低限度的人权。如果从中国传统仁学思想出发，以国际人权法为依据，对基本人权体系进行初步分类的话，各项基本人权大致可归为七类：安身立命权、仁爱平等权、良心表现权、生活保障权、参与治平权、和平抵抗权、赔偿补偿权。在这七类基本人权中，人身自由属于安身立命权的范畴<sup>①</sup>。

人类的解放和享有人权首先是从争取人身自由开始的。衡量一国基本人权状况和该国是否已初步挣脱专制主义制度，也是首先要看该国保障人身自由的法律制度是否健全以及人身自由的实际保障状况如何。在一个国家，如果政府可以不根据正当法律程序和法律标准任意拘留、搜查、逮捕、羁押公民，如果公民不经过法院审判就可以被长期关押劳教，如果司法审判程序不能坚持无罪推定和罪法定原则，如果公民被行政机关拘留 48 小时后不能从法院获取人身保护令状或类似制度的保护，如果被告人的辩护人依赖权、证人询问权、默秘权等得不到法律的有效保障，如果对嫌疑者的拘留、拘禁、搜查和逮捕的程序要件在宪法和法律上得不到充分体现的话，如果酷刑禁止原则、溯及处罚原则和一事不再理原则等在宪法和法律上缺乏相应标准可以遵循的话，那么，可以说这个国家公民的人身自由缺乏起码的保障。

人身自由权如同其他基本人权一样，具有开放性和延伸性。狭义的人身自由通常指不受奴隶性拘束和奴役的自由，在成为嫌疑者或刑事被告人时人身不受公权行为任意侵害的自由；住宅不受侵犯。广义的人身自由还包括居住自由、迁徙自由和出入国自由，甚至还包括其他行动自由如集会游行示威的自由等。

## 二十、什么叫无罪推定原则？

无罪推定原则强调被告人在被法院判决有罪以前，必须被当作无罪对待。这是保障刑事嫌疑者和被告人人身自由的非常重要的一项原则。从这一原则可以引申出几项有利于保障被告人人身自由的规则。如在被告人有罪无罪未决时，应从有利于被告人的角度作结论；证明被告人有罪的举证责任应由控诉方承担；被告人应当享有默秘权；被告人保持沉默和拒绝陈述，不应作为有罪的根据；被告人与经判决有罪的人应当隔离；等等。无罪推定原则在国际人权法中有明确体现。《世界人权宣言》第 11 条 1 款规定：凡受刑事控告者，在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而依法证实有罪以前，有权被视为无罪。《公民权利与政治权利国际公约》第 14 条第 2 款规定，凡受刑事控告者，在未依法证实有罪之前，应有权被视为无罪。国际人权法的这

<sup>①</sup> 参见杜钢建《双向法治秩序与基本权利体系——儒家秩序观的新仁学思考》，《法学研究》1995 年第 3 期。

些规定为被告人的人身自由保障提供了一项重要的标准。无罪推定原则作为上宪标准早在法国《人权宣言》中即有明确体现。该宣言第9条规定，任何人在被宣告为犯罪人以前，应当假定为无罪。第二次世界大战后，此项原则迅速被许多国家宪法所承认。意大利1947年宪法第27条规定，被告人在最终定罪以前，不得认为有罪。加拿大1982年宪法第11条4款规定，被指控犯罪的人，在独立的不偏袒的法庭举行公平的公开的审判中，根据法律证明有罪之前，应推定为无罪。马耳他宪法第40节第5条规定，任何刑事诉讼的被告在被证实有罪或本人服罪之前，应推定为无罪。

在中国大陆，1949年以后无罪推定原则一直被作为资产阶级诉讼原则受到批判，50年代公开赞成此项原则的法学者几乎无一例外都被打成右派，此项原则长期成为禁区。此禁区之所以迟迟不能突破，是与法学界人权保障意识的落后分不开的。在刑法上，直至1996年3月修正案出台以前，此项原则一直得不到承认。新的刑法修正案对无罪推定原则的认可是与学界进步人士的努力和斗争分不开的。不过，刑法修正案对此项原则的认可方式是羞羞答答的，仍不够彻底。

无罪推定原则必须作为上宪标准在未来中国宪法中得到反映。不从宪法的高度提出要求，有罪推定的传统思想和做法难以得到克服。中国法学界特别是实际部门要真正接受无罪推定原则，恐怕还有一个漫长的思想观念转变过程。

## 二十一、中国古代有没有无罪推定思想？

无罪推定或无罪假定原则最早产生于中国上古时期。据《尚书》记载，皋陶在与帝舜的对话中已提出“罪疑惟轻”和“与其杀不辜，宁失不经”的思想。皋陶曰：“帝德罔愆。临下以简。御众以宽，罚弗及嗣。赏延于世。宥过无大。刑故无小。罪疑惟轻。功疑惟重。与其杀不辜，宁失不经。好生之德，洽于民心。兹用不犯于有司。”（《尚书·大禹谟》）。

在皋陶提出的这些法律原则中，“罪疑惟轻”和“与其杀不辜，宁失不经”构成世界上最早的无罪推定思想。中国古代无罪推定思想强调对于疑罪疑狱应从有利于被告方出发进行判断，罪疑从轻从赦。《礼记》也说：“疑狱，记与众共之。众疑，赦之。”（《礼记·五制》）。这也是疑罪疑狱从赦的思想。从有利于被告出发断疑案，应当讲求疑罪从轻与疑罪从赦的原则。疑罪从轻是指在罪轻罪重难断时只作罪轻假定。疑罪从赦是指在有罪无罪难断时只作无罪假定。宁失不经，绝不杀无辜思想体现出重视人命的生德精神。《书经》说：“罪已定矣，而于法之中，有疑其可重可轻者，则从轻以罚之。”“谓法可以杀，可以无杀。杀之则恐陷于非辜，不杀之恐失于放纵。二者皆非圣人至公至平之意，而杀不辜者，尤圣人之所不忍也。故与其杀之而害彼之生，宁姑全之而自受失刑之责。此其仁爱忠厚之至，皆所谓好

生之德也。”（《书经·集传》）。根据上述解释，“与其杀不辜，宁失不经”的罪疑从赦思想实际上是一种明确的无罪假定原则。

台湾学者李学灯在考察中国古代无罪假定思想时指出（《书经·集传》），中国古籍《尚书》等译成西文后，对西方产生了影响。先是传入欧洲大陆，后又对英美法系产生影响。英美法系“无罪推定”的用语系传自欧洲大陆。李学灯的提示值得学界重视。但是在“无罪假定原则”问题上，西方究竟在多大程度上受到中国古代罪疑从赦思想的影响，目前还很难断定。尽管我们还不能说西方无罪假定原则来自中国，但却可以说中国古代确实已有无罪假定原则。此原则在时间上在世界范围内当属最早产生。更重要的是，此项原则对于保护人身自由等人权是极为重要的。

## 二十二、什么叫罪行法定主义？

罪行法定主义包含两个基本方面：一是法无明文规定不为罪；二是法无明文规定不处罚。

由于罪行法定主义对于保障人身自由和其他人权具有极为重要的意义，它应当成为一项上宪原则。近代以来，一些法治国家或转型国家的宪法陆续对罪行法定主义进行了确认。法国1789年《人权与公民权宣言》第5条规定：法律仅有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍，而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为。

从各国宪法有关罪行法定主义的规定来看，该原则在宪法上有不同的表述方式。有的表述方式很简单。如挪威宪法第96条规定：非依据法律和法院判决，不得定罪量刑，严禁刑讯逼供。摩纳哥宪法第20条、款规定：非依据法律不得定罪量刑。有的表述方式较为系统，如马耳他宪法第40节第8条规定：任何人的行为或不行为，凡按当时施行的法律未明文规定为犯罪，不得认为该人有罪。对任何犯罪行为的量刑不得在程度或种类上超出该行为发生时施行的法律所规定的标准。罪行法定主义在宪法上的表达方式应当明确化系统化。主要是应当将依法定罪、依法量刑、非依法不为罪、非依法不受罚和明文规定等要件充分体现出来。在宪法上仅要求依法定罪量刑还是不够的。罪行法定主义应落实在不为罪和不受罚上。“非依法”和“无明文规定”仅构成“不为罪”、“不受罚”的前提条件。

1949年以后中国几部宪法和刑法对罪行法定主义的忽视，是与制宪者和立法者对罪行法定主义的错误认识分不开的。在极左思想严重的官方法学者眼中，罪行法定主义或被认为是一项资产阶级法律原则，或者被认为不利于对敌斗争或与犯罪行为作斗争<sup>[2]</sup>。

<sup>[2]</sup> 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，第126页，法律出版社1981年版。