

魏健馨 著

# 和谐与宽容

——宪法学视野下的公民精神



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

和谐与宽容：  
宪法学视野下的公民精神

魏健馨 著

法律出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

和谐与宽容:宪法学视野下的公民精神/魏健馨著.  
北京:法律出版社,2006.10  
ISBN 7-5036-6678-1

I. 和… II. 魏… III. ①公民权—研究—中国  
②宪法—研究—中国 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 112644 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群 刘 辉

装帧设计/张 晨

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/张宇东

开本/A5  
版本/2006年9月第1版

印张/9 字数/220千  
印次/2006年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908  
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456  
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6678-1/D·6395 定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

**谨以此书献给我平凡而伟大的母亲**

## 作者简介

魏健馨,女,1964年2月生,河北文安人。1985年毕业于中国政法大学法律系,获法学学士学位;1999年毕业于南开大学国际经济法研究所,获国际法学硕士学位;2004年起在南开大学周恩来政府管理学院攻读博士学位。现为南开大学法学院副教授,宪法行政法专业硕士研究生导师,主要研究方向为宪法学。代表性学术研究成果包括:《宪政生态主义评说》、《论公民、公民意识与法治国家》以及《规则与宪政》等。

国家的体制愈良好，则在公民的精神里，公共的事情也就愈重于私人的事情。私人的事情甚至于会大大减少的，因为整个的公共幸福就构成了很大一部分个人幸福，所以很少还有什么是要个人费心去寻求的了。在一个政绩良好的城邦里，人人都会奔向大会去的；而在一个坏政府之下，就没有一个人愿意朝着那里迈出一步了，因为没有人对于那里所发生的事情感到兴趣，因为人们预料得到公意在那里是不会占优势的，而且最后也因为家务的操心吸引住了人们的一切。好法律会使人制定出更好的法律，坏法律则会导致更坏的法律。只要有人谈到国家大事时说：这和我有什么相干？我们可以料定国家就算完了。<sup>〔1〕</sup>

——法国思想家卢梭

---

〔1〕 [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第124页。

## 序

在现代宪法学的发展过程中,和谐与宽容是宪法制度存在与进步的道德基础与价值基础,同时也是法治追求的基本价值趋向。随着民主与法治理念的发展,传统的宪法观念发生了深刻变化,如何在宪政与民主价值的相互冲突与融合中实现人权的基本价值已成为宪法学界普遍关注的重要问题。近年来,经过学者们的共同努力,我国的宪法学理论研究有了新的进展,出现了宪法学研究专题化、综合化、国际化等趋势。魏健馨所著的《和谐与宽容:宪法学视野下的公民精神》一书,以现代宪法学的基本理念为出发点,以和谐与宽容的基本价值分析为基本框架,较系统地研究了宪法学视野下的宽容、和谐与公民精神,提出了具有重要学术价值的观点,是一本具有一定创新意义的学术著作。

本书首先对现代宪法学中的基本范畴问题进行了系统的学理分析。作者在导论和第一章中对宪政的基本理论、宪政与宪法的价值界限、宪政与宪政体制、宪政体制的构成要素与类型等问题进行了深度的理论分析。作者认为,宪政体制是指由宪法规范体系确立的国家权力及其相互关系的制度和运行机制所构成的基本范式。按照这种学术判断,宪政体制具有更明显的工具理性,而宪政附着的则是价值理性。用工具理性和价值理性区分宪政与宪政体制存在的意义是作者在本书中采用的重要学术范畴,对于确定本书的基本学术命题具有重要意义。

本书在学术理念的确立和论证过程中努力保持学术的开放性视角,把宪政体制的分析置于人权价值的基本框架之中,突出了作者对现代宪法精神的追求。作者在本书中,坚持宪法学应具有学术理

性,从国家—社会一个体的基本结构出发解释宪法原理,注重宪法理想与社会现实的结合,并以客观的态度对现实制度的缺陷与不足进行检讨和反思。对中国宪法制度发展过程中存在的一些问题,作者保持了客观的学术立场,没有简单的肯定或否定,而始终以学术理性对待社会生活中的各种宪法现象。比如,在对宪法监督制度的分析、选举制度中存在的问题、立法权运行过程中的问题、司法与宪法关系等问题的把握上,作者的分析是客观的,既尊重由宪法文本确定的基本制度框架,同时不回避宪法文本与宪法实践之间可能出现的冲突。

本书将宪法问题置于价值与事实、理念与现实关系之中,较系统地提出了研究宪政体制的基本思路与方法,并以经验与事实为基础,阐明了现代宪政体制所蕴涵的各种价值体系。本书采用专题的研究方法,确定了宪政体制下的公民精神、法理学基础、人性论基础、立法权、行政权、司法权、规则与公民权等基本命题。这些专题的论述,虽然没有刻意保持理论体系的完整性,但相互之间存在着学术逻辑,给读者提供了较完整的现代宪法学理论体系与实践过程,克服了在有限的篇幅内面面俱到而导致的学术分析缺乏深度的局限性。因此,从内容上看,本书论题广泛,思想性、理论性较强,思路清晰,观点鲜明,论证深入具体,能够切中要害问题,紧密联系实际。

一本学术著作的价值表现在多个方面,其中最重要的评价指标是学术创新的程度。创新是学术的生命,没有独立的学术风格和学术的主体性就不能推动学术研究的发展。如何在学术的大众化与专业化之间寻求平衡,突出学术特色,是学者们需要思考的重要问题。本书作者从事宪法学教学与研究工作近20年,积累了理论研究的基本素材,并经过长期的理论思考,对宪法学的基本问题提出了一些富有创新性的学术观点。

在本书中作者提出的学术观点和创新主要表现在:(1)在宪法学研究中突出了本土化的价值与特色,使学术命题建立在本国的宪法历史与实践过程之中。作者在分析中西宪政发展的不同特点时,努力在宪政的普遍性价值与特殊性价值之间寻求合理的平衡,强调



宪政的历史分析。作者认为,细致入微地观察中西宪政的发生与发展,概括性地分析中国宪政实践过程及其结果的特点和存在差异的深层原因是“我们必须要做的基础性工作”,“要立足于中国的现实条件来探讨理性的宪政体制的设计思路”。对于现实宪法实践问题的把握,作者始终把问题置于特定历史环境与过程之中,以历史事实为基础,分析宪政主义的“实用主义”、“被通俗化”、“工具主义化”等缺陷。(2)作者在本书中对传统宪政体制的法理学基础进行深入分析,提出“宪政生态主义”的命题。作者认为,传统宪政体制的法理学基础是自然法和自然权利的理论体系,其核心是人类本位主义,其缺陷在于“忽视了生态环境在人类自身生存和发展中的价值,并且在人类生活中已经形成了一些负面后果”。作者提出的宪政生态主义是一种开放性的概念,是指以人类和生态共同利益为中心,蕴涵着尊重生态自然的思想,也浸透着期待人类社会能够保持持续性发展的良苦用心。宪政生态主义的提出,对于拓展现代宪法学研究领域,更新宪政理念具有重要的学术价值,值得学术界高度关注。(3)提出宪政体制下规则的结构与价值,并从规则的角度分析了社会转型时期出现的各种宪法现象,如煤矿事故、国家赔偿、生命权价值的评价等现实问题。在作者的研究视野中,“规则的效力不是来自于表达规则的那些符号化的文字,而在于规则之外的一种力量”,规则是充满价值的存在形式。另外,作者提出的人权“权利化”问题也是新的学术命题,认为“人权的权利化的法理学基础需要有一个重大的调整,即不再以人类利益为中心,而以所有的生命体单位为中心”。作者所理解的宪法学是充满人性关怀的知识体系,对个体生命的关怀、个人对生活的感悟体现在作者的学术论述过程之中。作者在“理想主义”世界中,“总觉得人性中还蕴涵着许多美好的东西,只不过我们还没有完全发掘”。

本书的另一重要特色是遵循学术规范,学术论述全面,分析有深度,既有重大理论问题的论述,也有对实践问题的高度关注;既有价值体系的探索,也有对制度完善的建设性建议;既有现实问题的理论

分析,也有对未来发展的预测性研究。

当然,作为一本专题性的学术著作,作者在本书中对学术命题的把握上,也有需要进一步商榷或深入研究的课题,各章之间研究深度也存在不平衡。比如,在中西宪政发展的比较中,作者虽注意到宪政发展动力机制与目的性方面的差异,但其论证缺乏历史和实证的基础,有些问题上过于突出差异性,忽略了价值体系上的共性。作者对传统宪政自由主义缺陷的批评是有一定道理的,但完全以“宪政生态主义”来代替宪政自由主义则需要更深入的论证,需要在两种价值体系之间寻求合理平衡,比如在具有开放性的宪政自由主义的框架中可以寻找到宪政生态主义所追求的基本价值。另外,在论述现代宪法学基本问题的著作中,作者在资料来源、学术命题的设定、事例的选择等方面,对来自于非西方社会的宪政经验缺乏必要的关注,某些学术命题的提炼过于依赖西方宪政经验等。这有待于今后收集新的资料作进一步研究来加以修改补充。

中国人民大学法学院教授 博士生导师韩大元

## 导言——中西宪政过程的比较

中国的宪政实践滥觞于 20 世纪初期,虽然其间已经过近百余年的锤炼,但审慎斟酌推敲,发现依然存在着诸多不尽如人意的地方,有关宪政的理论与实践需要进一步的发展与完善。诚然,宪政理念的实现与达成,绝非一朝一夕之事,实在是需要受制于各个方面因素的影响与制约,包括宪政体制的安排、社会的结构、传统的法律文化,乃至公民的宪政意识与修养,这些因素缠绕交织在一起,构成了中国宪政体制与宪政实践的整体环境因素,而只有上述各个方面的融洽协调,才能够生成促进民主宪政的新质状态。显然,就宪政实践的整体环境而言,我们还需要付出更多的努力。在当代中国,宪政体制与宪政实践又面临着新的社会转型的背景,从宪法到宪政的实践过程如何适应社会主义市场经济体制的要求,并朝向法治国家的最终目标迈进,是一个非常现实与重要的课题。但是,众所周知,中国的宪政状况与特点,在一定程度上是由宪法、宪政、宪政文化与传统并不是中国固有的本土文化造成的,宪法与宪政是原生于西方的政治文化,包含着西方的人文精神与民主理念,其发生、发展与存在的社会、思想、人文背景与中国的社会环境存在着很大的差异,对于中国而言,则完全是一种全新的移植和吸纳的过程。因此,中国的宪政实践,就是在中西存在截然不同的政治法律制度和传统的背景下,针对中国的具体政治情势和社会情况,如何让西方的宪政理念在中国的土壤中生根成长,并发挥出它应有的积极效果。这需要我们从理论和实践两个方面做大量的工作,更需要我们的政治睿智,这也是宪法、公法理论工作者和国家共同面临的重要课题。通过采用比较的方法,细致入微的观察中西宪政过程的发生与发展,概括性的分析中国的宪政过程及其结果的特点和所存在差异的深层原因,是我们必

须要做的基础性研究工作。从宪政过程的开端,到宪政理念的实践,以及对我国宪政过程发展规律的观察,最后在认可差异的前提下,立足于我国的现实条件来探讨理性的宪政体制的设计思路。如何在借鉴西方宪政实践成功经验的同时,催化出宪政及宪政体制的本土化效果,使这个原本是西方的概念与我国的政治过程更好地融为一体,实现我国多年来的民主与法治梦想,正是我们对宪政文化孜孜以求的内在驱动力。

### 1. 中西宪政过程的滥觞不同:西方是由内而发;我国则是由外压而内变

我们的观察从最初的起点开始。因为,宪政过程的发生基础更容易昭示出实现宪政的综合社会条件,以及导致差异存在的原始基点。首先我们看到的,就是,中西宪政过程的起点存在着巨大的差异。

西方国家宪政过程的特点是由内而发,建立在对其原先的封建专制国家的深刻的自我反省基础之上,并以此孕育了激烈的民主革命的冲动和活力,充分地体现出资产阶级革命的自觉性和主动性。“讲到宪法,资产阶级是先行的。英国也好,法国也好,美国也好,资产阶级都有过革命时期,宪法就是他们在那个时候开始搞起来的。”在具有代表性的宪政国家,如英国采取《人身保护法》、《权利法案》以及《王位继承法》等一系列宪法性文件对封建王权进行限制;美国的《独立宣言》、美国1787年宪法对民主宪政原则的制度性安排,在一定程度上体现了人类自身对国家权力及其有效配置的全面和科学的认识;法国的《人权宣言》所确立的则是“人民至上”原则。

西方国家宪政过程的开端是基于资产阶级政治、经济、思想与法律以及市民社会的成熟等各个方面的契合,是西方传统的“契约精神”在政治领域中延伸的结果。具体而言,实现宪政的客观基础有赖于商品经济的发达、民主政治的成熟、公民民主与科学素养的全面发展,其内容包括:其一,相对发达的资产阶级商品经济为西方宪政过程的发端奠定了物质基础。在当时的社会条件下,资产阶级商品经济的发展,要求在政治上进一步确立自由竞争的经济模式、平等的

主体地位以及以契约自由为核心的权利体系。因此,资产阶级迫切需要对封建等级社会的土地所有制、政治上的专制压迫与束缚、封建王权和专制独裁进行全面的检讨和积极的抵制。其二,人本主义思想是西方宪政发生的思想基础。正是由于发生在16世纪的欧洲文艺复兴运动、宗教改革以及在“自然法”理论及观念的确立过程中,对封建专制社会的黑暗和弊端有了更加充分的认识,人们开始将观察的重点转向关注人本身,以及与人密切相关的权利、自由和平等,在此基础上进一步认识到人的重要性、人格、人权的意义及价值,由此激发起人们对权利的渴望和珍视。

显然,西方宪政过程的起点是建立在对封建专制国家政治统治形式的深刻反思,并且对其具有实质性的认识和解剖基础之上的。所以,资产阶级宪政制度的设计便具有了彻底的颠覆性和比较坚实的思想根底。至此,西方宪政观念的雏形基本确立,即以民主代替君主、以人权代替神权、以科学代替愚昧,其核心就是实现个人的权利和自由。西方国家通过宪政革命,开宪政之先河,使宪政体制能够在西方率先实现,并且使宪法与宪政不再是西方文明的范畴,而成为人类社会进入文明状态的共同标志。

与西方相对,中国宪政过程则是基于外在压力而不得不进行的尝试。这种外在压力,一方面来自于西方列强的政治经济欺凌;另一方面则迫于国内激进的民主斗士的激情。因此,这种背景决定了中国的宪政过程所追求的宪政模式从一开始就具有模仿性、局限性、被动性和不彻底性,是一种无奈之中的选择,是一个不触动封建专制统治的根基,甚至还能够维护“君上大权”的权宜之计。通过考察中国的那些资产阶级启蒙思想家们的立宪方案可以得知,中国的宪政过程是建立在当时光绪皇帝的无意与无力的政治虚幻的基础之上,注定了其最终结果也就是徒然耗费了改革者的激情。

中国对于宪法与宪政实践的综合背景决定了从一开始中国的宪政过程便会充满艰辛和挫折。从最初的个别启蒙思想家对引进西方文明的认同,其目的是为了“师夷之技以制夷”;到戊戌变法的集体

性宪政呼吁,“外采东西列强,立行宪法,大开国会,以庶政与国民共之,行三权鼎立之制”。但是,中国的宪政过程并不是建立在对封建专制制度的彻底否定的基础之上,“维新派”更多的是想借助于封建皇帝的力量来实行变革。因此,必然保有对封建皇权难以剪断的暧昧、温情和留恋。此外,当时中国的启蒙思想家们并没有从“人权”、“自由”、“平等”等角度来看待宪法与宪政,这也就注定了中国的宪政革命的结果就是宪政理想的幻灭,在中国不可能最终确立民主宪政体制,即使是当时的政治设计也不过是“君主立宪制”而已。1908年仅有的一部立宪文件《钦定宪法大纲》在中国并没有演变成为真正的宪政现实,而仅仅停留在纸面上,成为了一个永远的历史痕迹。由此看来,在中国宪政过程的初始阶段,人们把宪政只是看做国家富强的必经之路,一个工具而已,没有把它作为国家的理想发展目标,没有进入到宪政观念的理性化境界,即如何通过科学的宪政制度设计,实现个人权利和自由的最大化社会效果。

2. 中西宪政过程的文化基础不同:西方基于个人自由主义,注重人权;中国肯定国家主义,希望通过借助于新的政治体制而富国

思想是社会转型和制度创新的先导。美国法学家弗里德曼说过:“法典背后有强大的思想动力。”也就是说,宪政的实现不能仅仅依靠制定宪法和若干法律条文,重要的是在社会结构和思想观念上进行变革。因此,宪政思想的差异,就决定了宪政制度在具体设计方面的区别。

西方宪政实践的成功首先应该归功于宪政理论的启蒙和发展。资产阶级在革命的一开始就提出了一系列理论学说论证资产阶级政治法律制度的合理性,资产阶级启蒙思想家们提出的“天赋人权”、“人民主权”、“三权分立”、“社会契约论”以及“法治主义”等学说是制定宪法和实现宪政的重要理论指导和思想基础。在宪政的具体实践过程中,资产阶级的启蒙思想家们又在不断地发展和完善他们的宪政理论,可以这样说,资产阶级的每一个发展阶段,都伴随着特定的思想进化成果。这些宪政思想不仅在资产阶级革命的过程中

发挥了重要作用,在立宪和宪政过程中也是不可替代的指导思想,并且仍对当今各国的宪政实践保持着强大的吸引力。

西方宪政思想的核心就是在个人主义与自由主义理论的指导下,充分肯定个体的自由、权利与社会正义的价值和意义,并以此为基础确立了个人与个人、个人与社会、个人与政府之间的存在法则,以及彼此之间、权力与权利之间的合法性界限。“人的自由和依照自己的意志来行动的自由,是以他的理性为基础的,理性能教导他了解他用以支配自己行动的法律,并使他知道对自己的自由意志听从到什么程度。”简而言之,西方宪政思想的核心就是人权和自由,就是谋求个人利益的最大化的结果,这是有其历史渊源和文化传统的。西方自文艺复兴以降,就开始意识到从人与自然的关系转向对人类、对人自身的观察和认识的重要性。于是,其始终强调和彰显每一个人的价值和作用,肯定个体的差异和建立在个体差异基础之上的个体的不可替代性,强调人与人之间的平等,人人生而自由,每一个人都有生存自由和追求幸福的权利,这些思想一直是其宪政理论不变的主题。因此,个人主义、自由主义就成为西方现代宪政制度的合法性基础,表明对个人权利的关注和尊重,在这个基础上建立的宪政制度的设计重点就是突出人权和自由的价值。在资产阶级革命的时候,只有坚持这个基本立场,才能够彻底摆脱等级国家的专制性和依附性,才能够实现资产阶级自身的利益要求,促进资本主义工商业生产关系的发展。“人进入社会不是要使自己具有的权利比以前更少,而是要让那些权利得到更好的保障。他的天赋权利是他的一切公民权利的基础。”〔1〕西方的启蒙思想家们的共识就是,个人是权利的原点,是最基本的,国家权力是经个人权利的认可而产生的。国家权力不是凌驾于个人权利之上的,而只是个人权利的守护者。〔2〕

中国由于长期的封建专制统治,在儒家文化的熏陶之下,养就了

〔1〕 [美]潘恩:《潘恩选集》,马清槐译,商务印书馆1981年版,第142页。

〔2〕 潘伟杰:《现代政治的宪法基础》,华东师范大学出版社2001年版,第105页。

一套相对完善的思想体系,即以儒学为主导地位和伦理政治、伦理教化的原则。朕即国家,强调君主主权,与之相对应的就是民众为义务主体、民众的义务本位,而历来缺乏保护个人权利的观念意识和制度传统,这种观念和传统甚至影响到了当代。按照中国的传统法律文化,个人不具有完整的人格,是一个在国家、社会和亲族关系包围之中的、已经丧失了独立人格的个体概念。在中国,人们从来也不习惯于更多地强调个人的价值,个人是要服从集体、社会和国家的。因此,如果个人为国家、社会、家族的利益作出牺牲,这是天经地义的事情。这种文化氛围,就普遍意义而言,不仅使人们的主体意识、权利意识淡漠,而且使正确运用权利的能力也十分有限。这一点恰恰可以证实,为什么当时变法图强的目标,始终也没有把提高公民的权利意识和保护公民的权利放在首位。从1908年的《钦定宪法大纲》对“臣民”权利义务的寥寥9条,而且根本没有任何实际有效保证的制度设计,可见其预备立宪的重心在于维护封建专制皇权,而并不在于对权利的关注。<sup>[3]</sup>

因此,中国的宪政过程从一开始没有把“人权”、“自由”和“平等”放在首要位置上。那些改革家们关注的只是图法自强,认为专制主义是阻碍中国强大的障碍,寄希望于通过君主立宪制和民权的机制走上富国的道路,使满清政府能够和西方列强并驾齐驱。而对应该享有主权的民众充满鄙视,视他们尚处在“民智未开”的状态,在事实上也没有把他们当做是权力和权利的主体来看待。只是在戊戌变法以后,人们才开始将注意力逐渐转移到“兴民权”方面,意识到民族素质与宪政实践之间的关系,单凭几个仁人志士不足以成就宪政的理想。嗣后,经北洋军阀到国民党统治时期的宪政实践与宪政过程,也都表现出漠视公民民主权利的基本态度和偏颇立场。

---

[3] [英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第3页。



3. 中西宪政目标不同:西方的宪政过程具有目的性;中国宪政过程的政治性更为明显

从价值取向上看,宪政是商品经济发展的产物,是民主与法治国家的标志,以限制国家权力、保障公民权利为精髓。宪政是宪法的动态实施过程,是动态政治活动的产物,因此必须具有明确的发展方向和终极目标。基于上述两个方面的差异,中西方在宪政目标上也是存在区别的。

西方国家的宪政实践反映了宪政目标的价值层次,即以规制政府的权力范围、国家机关的设立、组织及其职权以及各个国家机关之间的关系为本位,最终的目的是保障公民的基本权利。而保障公民的权利就要先从规范政府的权力方面着手。因为,在现实的生活中,对公民权利的侵害,主要来自于政府权力的滥用,而其他方面则是次要的。宪政的目的是授予政府行使国家权力的合法性,并告诫政府对公民所应该履行的义务和承担的责任。

西方早期实行宪政的几个国家,其宪法内容相对比较简单,但是更为实际和有效。在它们的宪法中,宪政价值取向的逻辑层次体现得极为简洁明了。例如,1215年英国的《自由大宪章》就是在国王和贵族之间进行权力分配;1628年的《权利请愿书》明确地限制了国王的征税权;1679年的《人身保护法》确立了限制公民人身自由的正当司法程序;1689年的《权利法案》则对王权作了进一步的限制。美国1787年宪法的正文7条,均是对国家政权组织和国家机构活动权限的规定,比较充分地体现了人民主权原则和有限政府原则。法国1791年宪法的序言《人权宣言》更是直接宣称,凡权利没有保障和分权未确立的社会,就没有宪法。所以,宪政思想首先强调的就是对政府的法律控制,以及政府权威、权力与国民权利和自由之间的制衡。

因此,西方的宪政体制设计,始终保持了对国家权力及其行使者的高度警觉。宪政理性时刻在提醒着人们:“当政府的目的在于行善便民时,经验告之我们更应当保有警省以保护自由。生而为了自由的人,对于抵抗藏有恶意的统治者侵犯其自由的行径,自然具有高