



INSTITUTIONES NOVAE

宪法学导论

第三版

——原理与应用

张千帆 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014037303

D921.01
08-3



宪法学导论

——原理与应用

| 第三版 |

张千帆 著



北航

C1725548



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

D921.01
08-3

图书在版编目(CIP)数据

宪法学导论:原理与应用 / 张千帆著. —3版.
—北京:法律出版社, 2014.3
ISBN 978-7-5118-6214-3

I. ①宪… II. ①张… III. ①宪法学—中国 IV.
①D921.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第057304号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/720毫米×960毫米 1/16
版本/2014年4月第3版

印张/44.5 字数/790千
印次/2014年4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/010-63939738

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

书号:ISBN 978-7-5118-6214-3

定价:59.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



告,但有关行政部门对法院施加压力,上级法院也下达文件通知,一概拒绝受理任何关于拆迁纠纷的案件。你更觉得政府中的某些腐败分子和私人开发商串通一气剥夺你的权利,于是发表了一些对法官和其他官员不利的愤激言论。结果,不但你没诉成别人,别人反而诉你侵犯了他们的“名誉权”,且一审判决你败诉。你似乎已到了走投无路的地步。

笔者相信,这并不是一个纯粹虚构的故事,它不仅可能会发生,而且已经发生在中国的各个角落。你所学的法律能为你做点什么吗?你肯定知道,这里已经涉及许多法律问题。虽然你对你住的地方没有绝对的“所有权”,但是你至少有“使用权”,因而有权对其征收获得某种公正补偿。如何补偿?国家有《土地管理法》和《城市房地产管理法》,国务院发布过《城镇国有土地使用权出让转让暂行条例》和《城市房屋拆迁管理条例》,而你所在的省或市一般有更具体的规章或规定。就这些规定的适用和补偿数额所发生的争议,主要是经济法问题。你以和平方式争取自己的权利,公安局却无端将你拘留并迫使你做检讨,显然缺乏法律依据。你可以向它或其上级部门要求行政复议,或直接提起行政诉讼,要求撤销这项违法行为并赔偿它给你带来的任何损失。这是一个行政法问题。开发商以政府为后盾强行拆房,你或者可以通过民法诉开发商的侵权行为,或者可以诉政府侵犯了你的合法财产权。法院是否应该受理你提出的拆迁争议?这是一个典型的行政诉讼受案范围问题。至于你是否侵犯了法官及其他官员的“名誉”,那要看你的言论是否构成了民法意义上的“诽谤”。如果你自己或你的代理人足够仔细,你或许还能从这条或那条法律中找到更多的依据来维护你的权利、挽回你的损失或至少帮你“出口气”。

但你可能没有意识到,你其实已经接触到好几个更高层次的问题——宪法问题。怎么,宪法是国家的“根本大法”,难道还管这些鸡毛蒜皮的小事?当然!管不了这些“小事”,它必定也管不了什么“大事”。不是“上纲上线”——虽然你对你住宅的权利是有限的,但你应该可以用“公民的住宅不受侵犯”(宪法第39条)、“公民的合法的私有财产不受侵犯”,“国家依照法律规定保护公民的私有财产权”(第13条),维护宪法为你保障的权利;如果地方政府因不满意你的言论而让公安介入,那么它显然侵犯了宪法第35条赋予你的言论自由;公安局因你的言论而剥夺你的人身自由,当然违反了行政法的行政合法性原则,但它首先违反了宪法第37条的规定:“公民的人身自由不受侵犯……禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由”;你也许还想和遭遇类似的居民一起成立一个专门为被拆迁者申诉的团体,而对你早就相当“感冒”的当地政府当然不会同意,这时你可以用宪法第35条的结社自由争取你的事业——且不论这项权利是否受到有关条例的限制,因为

任何规定都必须符合宪法,过分限制结社自由的规定是“违宪”的,因而(应该)无效;法官和其他政府官员对你的批评提出起诉,不仅侵犯了你的言论自由,而且违反了宪法第41条的规定:“公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利”;法院受到行政部门的压力而曲解法律、拒绝受理拆迁争议,不仅错误适用了行政诉讼法对受案范围的规定,而且也违反了宪法第126条对司法独立的保障。最后,你的人大代表到哪里去了?为什么大家都不知道她?这很可能表明你们当地的人大选举没有落实好,以至大家都不把人大选举当回事;但宪法规定你们区的人大代表“由选民直接选举”(第97条),这并不是一项可有可无的制度——人大代表的职能正是为了解决像你遇到的这类问题,监督地方行政部门的工作方式,反映地方选民的疾苦,疏通“官民”关系。现在,这项职能没有充分发挥出来,表明地方选举没有完全按照宪法规定的那么做。你看,说到最后,“小事”就成了“大事”。是的,你可能还从来没有感受到宪法会这么“有用”,但这些确实是一个宪政国家的宪法应该为你做的。

这就是宪法了!每当我们谈论宪法问题的时候,我们所谈论的并不是什么玄妙高深的理论,而是关系到你我实际生活中的平常事情。如果宪法就是治理社会的“道”,那么它确实就像庄子所说的那样是“无处不在”,弥漫于每个人的思维言行、政府文件的字里行间、普通人家中的每一件财物乃至至于拆迁后的残壁瓦砾之中——总而言之,渗透到社会生活的方方面面。不错,宪法是神圣的——它是国家的“根本大法”,没有比它更高的法了。但要使它真正获得公民的尊重,宪法首先必须从理论家的神坛上走下来,走进普通人的实际社会生活中去。在成为“更高的”甚至是“最高的”法之前,它首先必须是普通的法,并和普通法律一样解决实际生活中的问题;否则,它就配不上“法”的称号,也没有权利获得公民的尊重。宪法不只是一篇意识形态宣言,不是空洞的政治口号;这当然不是说宪法应该远离政治——这是不可能的,因为宪法的作用正是用法律去规范政治运作,而是说它应该更接近法律,因为宪法(应该)是一部具有实际效力的“法”,宪法学和其他法律学科一样(应该)是一门解决实际社会问题的科学。这是本书的基本出发点。

宪法(应该)是一部具有实际效力的“法”,宪法学和其他法律学科一样(应该)是一门解决实际社会问题的科学。

一、指导思想与方法

基于这个出发点,本书的基本“定位”是一本普通的法学教程——就和你看到的民法、刑法或行政诉讼法教程一样。和其他法律文件一样,宪法也包含着道德规范、价值、原则和理念;事实上,宪法尤其如此——没有这些意识形态的成分,就不可能成为一部宪法。宪法规定着国家的最高价值和规范,完全中立的宪法是不存在的。但承认这一点,并不是否认某些价值和原则是基本、普

宪法规定着国家的最高价值和规范,完全中立的宪法是不存在的。

遍与共同的,也不是否认人类的政治和社会行为存在着共同规律,更不是否认宪法学作为一门研究宪法的科学应该超越特定国家的历史局限,去寻求人类的共同本性以及任何宪法都必须保护的基本人权和价值。就和刑法(或其他法律)的价值观并不否定刑法学作为一门科学的客观属性一样,宪法的价值观也不否定宪法学作为一门科学的客观属性。因此,宪法作为一项法律制度涉及甚至充满着意识形态的成分,但宪法学不应该只是站在意识形态的立场上简单地褒贬自己或其他国家的宪法;中国目前的民法、刑法和行政法学已经不是这样了,宪法学也不应该例外。宪法学的作用是客观与中立地总结、梳理、比较、分析,并在此基础上对各国宪法作出严肃与谨慎的评判。这是这本书所力求——尽管不可能完全——达到的目标。

要实现上述目标,笔者认为宪法学者需要做到以下几点:

第一,实事求是,靠实际事例和具体数据而不是空头口号说明问题。实际案例是宪法的生命,是建立中国宪法学体系的素材;没有它们,宪法就成了没有兑现的空想,宪法学也就不可能真正起步,更不用说形成有价值的理论体系。在这个意义上,目前中国宪法学发展的主要障碍在于宪政实践的缺失;中国宪法学所需要不是更多的理论,而是更多的实例——宪政制度在实践过程中产生的实例。

第二,冲破禁区,自由探讨与比较其他国家的经验,并客观肯定其中的有益成分。这并不是说中国宪法没有自己特有的理念和原则,或者说宪法学者作为公民不需要尊重这些原则;但就和刑法学者必须遵守中国刑法,但仍然可以对中国和其他国家的刑法制度自由探讨与比较一样,宪法学者也必须站在一个相对中立和超越的角度来研究本国和其他国家的宪法。也只有这样,中国的宪法理论和实践才能真正在“科学的轨道”上发展进步。宪法学必须打破思想的禁区,因为中国公民的权利不承认“禁区”。和世界其他公民一样,他们有作为人所共有的不取决于具体国家制度而存在的价值和需要,因而要求国家宪法的有效保护;其他国家对本国公民的自由与权利之保障,同样可以为中国宪法所参照甚至吸收。在这个意义上,如果说“抓住老鼠的就是好猫”,那么最能够保障中国公民权利、解决中国社会实际问题的就是一部好的宪法。

第三,客观中立,抛弃主观教条主义的思维方式。要成为一门真正的“法律科学”,宪法学必须从意识形态的泥潭中解脱出来,分清实证与规范、实然与应然、“是”与“应该是”的区别,运用分析哲学的溶剂来清洗意识形态的污垢。作为一门实用科学,宪法学不只是政治工具;宪法学的使命不是盲目肯定自己、否定别人,而是通过尽可能不带成见的自由研究,客观地探索人类的共同需要、人类行为的共同规律以及适应本国特殊社会文化的特殊机制,从而为本国的宪政实践提供有意义的指导。本国的宪法固然为宪法学研究提供了一个

起点,但它绝不是终点。在这个意义上,宪法学必须“通过宪法而超越宪法”。

本书力求做到上述几点,因而比较多地采用了比较的方法,希望其他国家的宪政制度能为中国宪政的发展提供借鉴与启示。中国有过灿烂的文明,且中国文化传统也包含着宪政的形式要素,尽管从现代的眼光看,传统宪政及其所维护的价值观念注定带有严重的缺陷。(参见张千帆,2001b)只是在近代,中国文明衰落了。然而,作为一个自强不息的民族,中国人必须创造新的文明,必须重新为世界文明作出自己特有的贡献。这种文明不是旧体制的重复,而是建立在现代宪政的基础上。但新的宪政文明不可能在和世界隔绝的孤立过程中产生,而必然是在一个充分开放和交流的环境下形成的。就和建立中国的民法体系不可能不参照普通法系或大陆法系的制度,建设市场经济不可能不和世界其他国家进行贸易往来、合作与竞争一样,宪政制度的建设和发展也要求中国把自己融入世界宪政的大家庭之中。作为一个泱泱大国,中国宪政不是例外,而是世界宪政体系中不可缺少的一部分。在经济领域,中国已经加入了WTO,中国经济将日益成为世界经济的一个组成部分,并根据公正、平等的贸易规则和其他国家进行交流与竞争。笔者相信,中国的宪政迟早也会融入世界宪政体系,并以自己悠久的道德传统与深厚的文化底蕴和其他国家进行平等对话。然而,就和中国经济领域仍然是发展中国家一样,中国宪政也处于发展中状态,因而需要虚心学习其他国家的发展经验,勇于并善于吸收发达国家的长处。只有这样,中国宪政才能和经济及其他法律领域一样发展成为世界大家庭中的平等一员。

二、基本结构与特点

作为一本法学教程,本书具有普通法律教科书的特点。由于本书把宪法严格作为一门法律来对待,因此它在风格上和民法、刑法或行政法没有根本区别。全书将宪法学原理与案例分析相结合,介绍与比较中国和其他国家的宪法制度。

在内容上,本书分三大部分,共八章。第一部分是概论,其中包括宪法学的基本概念,宪法的形成、发展及其思想渊源,以及宪法审查机制三章。之所以将审查机制作为概论部分,是因为发达国家的宪政经验普遍表明,宪政审查是宪法效力的必要保障;没有某种形式的宪政审查,宪法就失去了实际效力,宪法学也就成为没有意义的空头理论。因此,和前两章一样,这部分内容具有基本与普遍意义。第二与第三部分是关于宪法学实体理论。第二部分介绍国家机构,包括国家权力结构的划分,政府组织结构以及政府产生的方式三章。第三部分讨论公民权利,包括权利的基本概念和宪法保障两章。之所以把公民权利放在国家机构的后面,部分是出于循序渐进的考虑,因为“宪法”(con-

本书把宪法严格作为一门法律来对待,因此它在风格上和民法、刑法或行政法没有根本区别。

stitution)的原始含义毕竟是指政府的组织法;部分则是因为国家权力的合理分配是保障公民权利的前提——我们所说的宪法保障,实际上是指通过政府有关部门依据宪法对公民权利实施的保障。

在形式上,本书将结合理论叙述和实际案例,并在适当的地方穿插“评注”(对概念或理论的说明)、“探讨”(对某些有争议问题的讨论)、“案例”(各国著名或典型判例)、动态(中外宪政的最新进展)与“思考”(对读者提出的问题)。需要强调的是,本书所注重的是有说服力的推理,而不是“正确答案”;事实上,大多数有价值的法律问题是“不存在”“正确答案”的。政府可以基于对社会影响的考虑而限制你的言论自由吗?官员可以反诉侵犯他名誉的公民吗?最高法院是否应收回对死刑的核准权?(见本书第七章)宪法是否要求私有财产受到征用时获得公正补偿?如何衡量补偿是否“公正”?对这些问题的争议本身表明,正确答案是很难发现甚至不存在的。如果你有志于宪法学,那么你能所做的只是从你对公共利益的理解出发,尽可能为某种答案提供有力论据。当然,别人可能会有不同意见。这是为什么辩论在法律中如此重要,也是为什么我们需要一个法院去评判与解决包括宪法在内的法律争议。

为了便于阅读,本书用脚注表示一般较长的案例名称,一般文献则用“()”夹注的形式,表明作者、年代和页码,并在全书最后附以参考文献。对案例的原文有修改的,一律用“[]”表示。除非特别说明,“美国宪法”是指其联邦宪法,“最高法院”是指联邦最高法院,德国的“宪政法院”一般是指联邦宪政法院。

三、几点说明

本书的标题是“宪法学导论”,副标题是“原理和运用”。之所以为“导论”,是由本书的大学教程性质决定的。因此,它的重点是介绍基本原理,而不是更深入的理论探究。如上所述,宪法学“原理”不是抽象的,而是在宪政实践基础上反思、归纳、总结的产物。事实上,纯粹的宪法学“原理”是不存在的;没有宪政实践作为基础,宪法理论只能建立在沙堆上。这正是为什么本书把司法审查的内容放在前面。

从方法论的个体主义出发(参见第一章),宪法的最终也是唯一目的在于保护公民个人的尊严和权利——尽管这些权利之间可能会发生冲突,而国家权力的设置只是实现这一目的之手段。这解释了本书为什么没有涉及某些传统宪法教科书所涉及的内容,例如公民义务和国家主权。如第一章所述,现代宪法学一般只谈公民“权利”,而不谈公民“义务”;这不是说公民没有义务遵守宪法和法律——他们当然有,而是制定宪法的全部目的在于突显下列基本观念,即国家的最终目的是保障公民权利,而不是施加义务。这是宪法和普通

法律之间的一个基本形式区别。(当然,普通法律的最终目的也是为了保障权利。)换言之,宪法对公民义务的规定是不可被实施的,而只能被理解为对公民权利本身的限制与界定。

本书也没有述及“国家主权”概念。宪法主要是国内法,而主权则是一个国际法概念,因而不是现代宪法学的关注重点,且过分注重国家主权将无疑对公民权利构成威胁。一个政府对外代表着国家的“主权”——尽管即使这个概念也因为一系列国际组织与规则的发展与深化而变得越来越不重要,对内则恰好相反:人民对它具有主权。但即使是“人民主权”这个概念,宪法学也不宜多提——问题不是人民有没有主权,他们当然有,而是这个“主权”究竟意味着什么?如何体现并体现在哪里?它是指大多数人具有直接制定法律的权力?直接选举人民代表的权力?间接选举并监督人民代表的权力?对于这些实际问题,笼统的“主权”并不能给我们带来任何启示。最重要的是,“主权”是一个抽象的整体概念,在实际中操作性不强,且容易被滥用而失去意义。因此,我们更倾向于谈论权利——一个人的具体的可被实施的权利。

最后,本书可能应该对“宪法(学)的意义”之类的题目说得更多一些。但这个题目实际上是不用多说的。事实上,我们以前对宪法(学)意义的肯定不是太少,而是太多了——不是指宪法的意义被抬得太高了,这当然是不可能的,而是指我们说得太多,而做得实在太少了。每个人都听说过宪法是国家的“根本大法”,是整个法律体系的基石,等等。但它的意义最终体现在什么地方呢?这光靠说是不能解决问题的。笔者认为,我们应该少说一点,多学一点,多做一点。宪法或宪法学的意义最终来自中国宪政制度的实践,而这不只是个别宪法学教授的使命,而是全体国民——包括这本书的所有读者——的使命。毕竟,宪法(应该)是他们制定的,也是为了他们而制定的。

目 录

Contents

序言

1

第一部分 概 论

第一章 宪法(学)是什么?

3

第一节 引论——宪法能为你做什么?

4

第二节 基本概念

6

一、法与法治

6

二、宪法与宪政

11

第三节 宪法的结构与特征

15

一、宪法结构

15

二、宪法的主要特征

21

第四节 宪法学是一门“科学”

36

一、宪法与宪法学

36

二、宪法学的三个层面

38

三、宪法学的实证研究方法

42

第五节 现代宪政的基本价值与原则

51

一、法治与分权

52

二、民主

54

三、权利与自由

54

四、联邦? 中央与地方关系	55
五、为了人的尊严——走向宪政价值的统一	56
第二章 宪政制度及其思想渊源的形成与发展	59
第一节 宪法的思想渊源	59
一、“宪法”一词的来历	60
二、契约与宪法——英国《大宪章》及其发展	61
三、社会契约论的发展	66
四、政治多元主义与美国宪政思想的形成	72
第二节 西方宪法的产生与发展	75
一、从章程到宪法:公法的私法起源	75
二、美国宪法	77
三、法国宪法	83
四、联邦德国	86
五、走向一个欧洲联邦?	89
六、第三波民主——转型宪政的前景	91
第三节 中国宪法的产生与发展	94
一、预备立宪(1895—1911)	95
二、尝试立宪(1912—1926)	105
三、国民政府时期(1928—1948)	128
四、人民共和国时期(1949年至今)	145
第四节 宪法的制定与修正	153
一、宪法的制定程序	153
二、宪法修正的可能性	155
三、宪法修正的程序	155
四、法院的作用	157
第三章 宪政审查与宪法效力	160
第一节 司法审查的起源	161
一、“马伯里诉麦迪逊”:案件的起因	163

二、马伯里案的推理	164
三、马伯里的遗产:宪法的“司法化”	168
第二节 宪法效力与“司法化”	169
一、法国宪法的“司法化”	169
二、中国宪法的“司法化”?	179
第三节 宪法审查的模式	183
一、审查机构	183
二、审查程序	190
三、审查范围	190
四、诉讼主体	192
五、中国宪法审查模式之探讨	195
第四节 宪法解释的方法	200
一、文字	200
二、结构	200
三、历史	201
四、目的	203
第五节 法院与民主——司法审查的政治含义、问题及启示	206
一、司法审查的政治含义	206
二、欧洲经验及其对中国的启示	211
第二部分 国家权力的结构与组织	
第四章 国家结构形式——单一制、邦联制与联邦制	217
第一节 联邦制度	218
一、联邦制的思想渊源	219
二、联邦制的基本原则	221
三、联邦制下的中央与地方关系	231
四、中央和地方权限的划分	241

101	第二节 邦联制	“邦联制”的起源,二	246
108	一、欧洲联盟	“邦联制”的起源,三	248
109	二、联合国	“邦联制”的起源,二	254
109	第三节 单一制	“邦联制”的起源,一	255
171	一、法国	“邦联制”的起源,二	256
183	二、中国	“邦联制”的起源,三	256
183		“邦联制”的起源,一	
190	第五章 政府组织形式——立法、执法与司法权力的分配	“邦联制”的起源,二	286
190	第一节 分权的理论基础	“邦联制”的起源,三	287
193	一、议会至上	“邦联制”的起源,四	288
193	二、三权分立	“邦联制”的起源,五	290
200	第二节 立法机构	“邦联制”的起源,四	293
200	一、斗争与妥协——议会制度的起源	“邦联制”的起源,一	293
200	二、议会的结构与组成	“邦联制”的起源,二	295
201	三、议会程序	“邦联制”的起源,三	299
203	四、议会的职权	“邦联制”的起源,四	303
203	五、中国的立法机构	“邦联制”的起源,五	309
203	第三节 国家元首与行政机构	“邦联制”的起源,一	331
113	一、一元首脑制——美国总统	“邦联制”的起源,二	332
	二、双元首脑制——法国模式		337
	三、双元首脑制——德国模式		340
	四、中国		343
	第四节 司法机构		359
	一、普通法体系——以美国为例		362
213	二、欧洲大陆法体系——法国和德国		365
218	三、邦联制下的司法控制——欧洲法院		369
219	四、中国的司法机构		373
133			
133	第六章 政党与选举		392
133	第一节 民主、选举与政党制度		393

