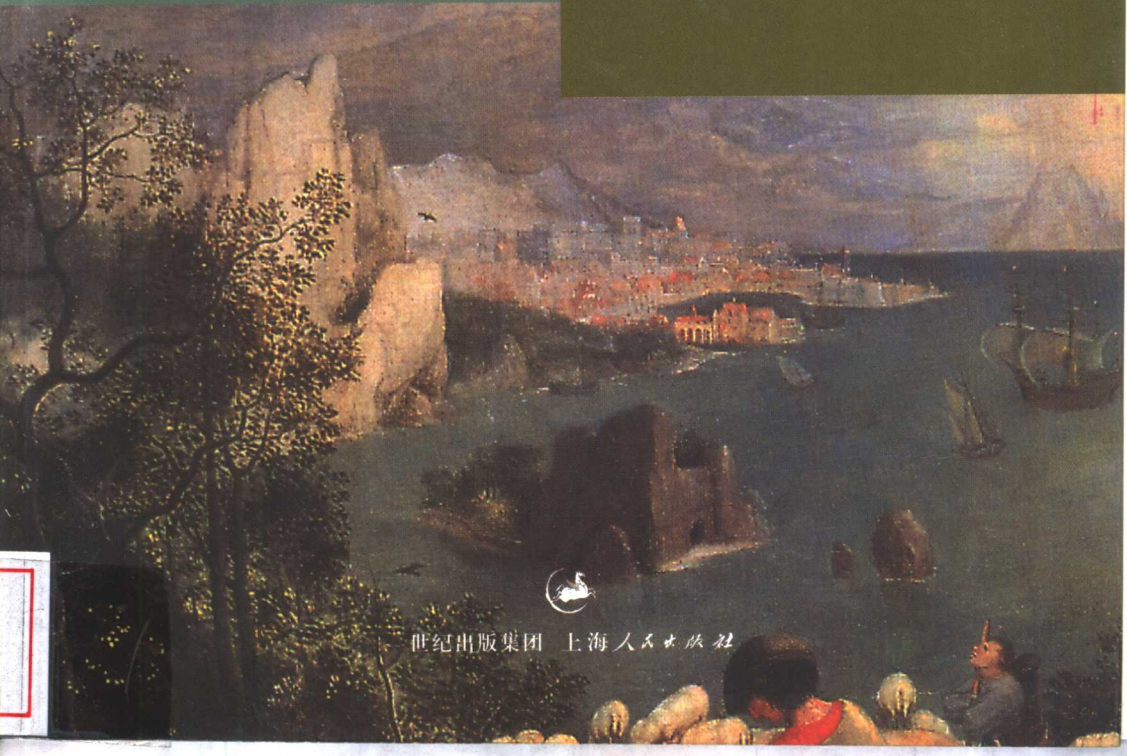


思想
与社会 ICARUS
第四辑

宪法与公民



世纪出版集团 上海人民出版社

思想
与社会 ICARUS
第四辑

宪法与公民

图书在版编目(CIP)数据

宪法与公民 / 赵晓力编. —上海:

上海人民出版社, 2004

(思想与社会: 第4辑)

ISBN 7-208-04966-1

I. 宪... II. 思... III. 宪法—研究 IV. D911

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 124879 号

出品人 施宏俊

责任编辑 姚映然

装帧设计 王小阳



世纪文景

宪法与公民

(思想与社会 第四辑)

出版 世纪出版集团 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)
发行 世纪出版集团发行中心
印刷 山东新华印刷厂临沂厂
开本 635×965 毫米 1/16
印张 34
插页 4
字数 442,000
版次 2004 年 6 月第 1 版
印次 2004 年 6 月第 1 次印刷
ISBN 7-208-04966-1/D·866
定价 43.00 元

美术馆

[英] 奥 登
查良铮 译

关于苦难他们总是很清楚的，
这些古典画家：他们多么深知它在
人心中的地位；深知痛苦会产生，
当别人在吃，在开窗，或正作着无聊的散步的时候；
深知当老年人热烈地、虔敬地等候
神异的降生时，总会有些孩子
并不特别想要他出现，而却在
树林边沿的池塘上溜着冰。
他们从不忘记：
即使悲惨的殉道也终归会完结
在一个角落，乱糟糟的地方，
在那里狗继续过着狗的生涯，而迫害者的马
把无知的臀部在树上摩擦。

在勃鲁盖尔的《伊卡鲁斯》里，比如说；
一切是多么安闲地从那桩灾难转过脸：
农夫或许听到了堕水的声音和那绝望的呼喊，
但对于他，那不是了不得的失败；
太阳依旧照着白腿落进绿波里；
那华贵而精巧的船必曾看见
一件怪事，从天上掉下一个男孩，
但它有某地要去，仍静静地航行。

目录

主题研讨 宪法与公民

基本权利的宪法解释

——以齐玉苓案中的受教育权为例…………… 强世功[001]

人民自决的法理：对一项宪政权利的复眼式观察

…………… 季卫东[073]

社会科学与美国宪法

…… [美]H.C. 小曼斯菲尔德著 汪庆华译 赵晓力校[104]

从奴隶到选民：美国黑人选举权宪法化的历史

…………… 王希[144]

谁才有资格违宪

——美国宪法的“政府行为”理论…………… 彭亚楠[231]

新宪政秩序与消磨的宪法雄心

…………… [美]马克·图施奈著 彭亚楠译[281]

美国宪法的原旨解释

…………… 赵晓力[380]

研究论文

哲学与神学的政治对照：《会饮篇》解…………… 丁耘[408]

埃涅阿斯的幻梦或自由作为帝国的技艺

——施特劳斯“德意志虚无主义”(1941)讲稿简注

…………… 林国华[425]

生的悲剧,死的喜剧…………… 吴飞[442]

书 评

宪法缘何“活着”?

——评王希:《原则与妥协:美国宪法的精神与实践》

…………… 任军锋[491]

社会的神圣性

——读涂尔干:《宗教生活的基本形式》…………… 王利平[517]

基本权利的宪法解释^{*}

——以齐玉苓案中的受教育权为例

□ 强世功^{**}

目录

一、问题与方法

二、“受教育权”的侵权法解释及其限度

(一) 理解权利的司法视角

(二) 受教育权作为财产权与姓名权

(三) 什么是“基本”权利？

三、宪法解释：结构、原旨与文本

(一) 宪法结构的不同理解

(二) 从宪法序言看宪法原旨

(三) 宪法结构的重新理解

(四) 结构、原旨与文本

四、作为基本权利的受教育权

-
- * 本文的初稿是在哥伦比亚大学法学院访问期间(2001—2002年)完成的,感谢 Randle Edwards 教授和 Benjamin Liebman 教授为本文的写作提供的方便。本文的写作和修改得益于与众多师友的反复讨论,感谢所有参加讨论的师友,尤其感谢季卫东、李猛、舒炜、张谷和赵晓力对本文的写作和修改提出的具体意见,没有这些深入反复的讨论,本文不会以这样的面目出现。当然,文中的错误自然要由本人负责。

** 作者单位:北京大学法学院。

- (一) 什么是人民
 - (二) 国家与人民
 - (三) 人民共和国
 - (四) 受教育权作为公民“基本权利”的三层含义
- 五、结论

一、问题与方法

2001年,山东省高级人民法院在“齐玉苓诉陈晓琪等侵害姓名权受教育权”案(以下简称“齐玉苓案”)中根据最高人民法院的“批复”直接援引《中华人民共和国宪法》(1982年)(以下简称《宪法》或宪法)中规定的公民享有受教育的基本权利判决原告胜诉,由此引发了法学界关于“宪法司法化”的讨论。这次倍受公共媒体关注的讨论无疑有助于人们从法理和常识上加深对宪法的认识:宪法不应当被理解为书本上抽象的政治原则或政治宣言,而应当理解为公民在日常生活中通过司法诉讼来具体履行的行为准则。因为无论我们赋予宪法多么神圣的地位,它依然构成法律体系的一部分,自然会具有法律的特征。如果宪法不能进入司法领域,那么意味着宪法被有意无意地排除在法律体系之外。如果说宪法不是法律体系的一部分,这必然会动摇整个法治大厦的基石。因此,宪法司法化与社会主义法制的治国方略有着内在的关联。

在宪法司法化的讨论中,“宪法司法化”被普遍理解为司法过程中将宪法作为“法律渊源”的法律判断(judgement of law)问题。但关于法律渊源的法学说无法回答宪法司法化本身所带来的问题:是不是所有的宪法内容(包括宪法的序言)都可以作为司法判决的依据?是不是所有的人民法院(包括基层派出法庭)都可以以宪法作为司法判

决的依据？宪法司法化本身是不是具有宪法上的依据？这些疑问意味着仅仅将宪法“司法化”是远远不够的，因为单纯的宪法司法化将“宪法”理解为“法”的时候，忽略了其中“宪”的意涵，忽略了宪法作为“根本法”之“根本”意涵。事实上，宪法之所以处于法律体系金字塔的顶端，就在于它规定了国家政治生活的法则，它是将公民社会中的公民个体结合起来形成国家的法则。如果说法律是由国家制定的，那么宪法就是与国家同时存在的。在这个意义上，现代国家就是“宪法国家”：它不是依据自然的聚居形成的部落，也不是依据上天的启示所形成的王朝统治，而是依据公民社会的政治原则来证明其存在合理性的宪法国家。如果不能认识“宪法”中的这个“宪”（“根本”），实际上也就不能认识“宪法”这种“法”，也就不能理解司法化过程中法律本身的限度（limit），更不能理解宪法司法化话语背后潜在的宪政诉求。

所谓宪政就是指一个宪法国家中公民和政治团体以宪法作为行动依据或准则的政治，宪法就是现代国家中政治游戏的规则，它意味着政治是一个有规则可循的、可预期的、公开的、理性的因而也是安全的活动。任何政治主张只要最终不是诉诸宪法，任何个人或政治团体如果其政治行动不遵循宪法，那么这种政治就有可能被恣意的非理性的偶然力量所操纵，要么变成了教条的意识形态政治，要么变成血腥的暴力政治，政治就会处在不确定的风险之中。如果我们仅仅关注宪法作为“根本法”中的这个“根本”的政治意涵，而忽略了这个“根本法”中的“法”的意涵，忽略了法律规则对政治行动本身的限制，那么宪政的讨论就可能变成一种危险的政治。这种没有“法”作为约束或者保障的“根本”政治力量意味着最终可能废弃宪法，因为它假定有比“法”更为“根本”的东西（比如“暴力”或“革命”）。因此，“宪法”作为“根本法”本身就意味着我们要在作为政治质料之“根本”和作为政治形式之“法”之间建立相互支持的辩证关系。

正是在“宪”与“法”的这种内在关联中，我们看到法学界关于

“宪法司法化”的讨论中存在的内在分裂和紧张。

其一，宪法司法化主张宪法的法律化，但是在整个讨论过程中，不是把宪法作为法律文本来理解，而是把它理解为一种抽象的政治意识形态或理念，以至于在涉及宪法基本问题的整个宪法司法化的讨论中，真正的《宪法》缺场了。

其二，宪法司法化主张宪法在司法个案中的运用，但在整个宪法司法化的讨论中，齐玉苓案很大程度上作为一个引发讨论的社会事件，而不是通过具体案件来理解宪法上规定的受教育权的意涵，以至于严肃的民法学家们认为这个案件并不是真正的宪法司法化的案件。

如果我们将宪法司法化的讨论本身理解为推进中国宪政的话语实践，那么，这种宪法的缺场与宪法和案件之间的断裂暴露出宪政进程中存在的一些根本问题。

其一，宪法司法化讨论中宪法的缺场意味着宪法问题变成了意识形态问题。由此，宪法是否可以司法化竟然不是由宪法说了算，宪法司法化不再是如何理解宪法的宪法解释问题，而是正确与错误、法治与人治、开放与保守、学习西方与固步自封的政治正确性问题。正是由于宪法意识的淡薄使得改革中涉及的重大政治经济问题无法放在宪法规则的意义上来讨论，由此各派主张之间缺乏一个沟通和妥协并最终形成共识的规则基础。于是，改革中究竟是效率优先还是坚持社会公正的争论很少被理解为宪法上的公民政治权利和财产权利的关系；改革中围绕财政、税收、立法和人事等问题的争论也很少被理解为宪法中确立的中央与地方不同的权限划分及其相互关系。这种普遍的宪法遗忘症意味着我们还没有学会运用宪法规则来解决政治分歧，还没有学会将政治意识形态问题转化为法律技术问题来处理。

其二，宪法问题意识形态化的“文人政治”与社会变革过程中形成的“变法心态”紧密联系在一起。由此，我们知道如何不断地改革、变法，但是忽略如何尊重已经建立起来的法律秩序和法律权威。我们习惯于修改宪法，而不习惯于解释宪法。我们希望树立宪法的神圣权

威，但是，我们持一种“等待戈多”的消极态度漠视现存的宪法。我们不断地批评“有法律而无法治”、“有宪法而无宪政”的局面，但是，我们不反省这种局面恰恰与我们那种不断批评的态度有着密切的关联。我们总喜欢批评现存宪法的缺陷并希望制定完美无缺的宪法，但是，我们不知道宪法作为人造物总会有缺陷的，完美的宪法基于公众的信仰，尤其是法学家的信仰。

其三，宪法与案件之间的断裂意味着政治原则与法律技艺之间的断裂，从而预示着宪法司法化在法律技术上的艰难。宪法司法化不仅是一种理论主张，更主要的是法律技艺在案件中的运用，从而将宪法中抽象的政治原则通过在具体案件中的解释而变成可以操作的法律规则，成为政治原则伸入到复杂现实处境中的一只精巧而温柔的手。正是由于我们还没有训练出这双精巧温柔的手，法学家力图将宪法的政治原则驱逐出私法领域。于是，我们可以看到医疗事故问题被理解为患者消费医疗服务的消费者权益保护问题，而不是涉及个人生命健康权的宪法问题；媒体报道中涉及的名誉侵权问题不是从言论自由的宪法角度来理解，而是从保护名誉权的民法角度来理解。这种回避宪法的私法主义立场反而将私法置于危险的境地之中，因为没有完善的宪政就不可能保证完善的私法秩序。

无论将宪法问题意识形态化，还是将宪法问题非政治化，都忽略了宪法本身作为建构现实政治秩序之法则的重要意义，忽略了如何依照宪法来理解并建构政治秩序，忽略了如何通过宪法解释的技艺来解决政治问题。这种对作为现实政治秩序的法则的规避和漠视，如果不是导致宪法法律化的政治虚无主义，就是助长文人政治的政治浪漫主义，由此不但给现实的政治秩序带来巨大的风险，而且也无法在宪法内部发展出新的政治秩序和政治权威。

因此，无论何种意识形态主张，只要希望建立稳定的政治秩序就应当指向政治秩序的法则——宪法，并在宪法框架内讨论和解决这些问题。无论是护宪、改宪还是制宪，都必须围绕宪法展开。任何政治

主张如果希望建立一个稳定安全、公正合理的政治秩序，最终要落实到宪法上来，否则政治永远会处在偶然力量操纵的风险之中，无法实现政治稳定。宪法为各种政治意见和政治意识形态提供了一个沟通理性可以凭借的平台，各种政治力量只有以宪法作为共同遵守的基础，才能相互沟通，彼此妥协，形成共识；才能推进政治体制的改革，落实宪法的具体要求。因此，政治稳定的首要任务就是用宪政来纠正宪法法律化的政治虚无主义，并抵制文人政治可能带来的政治浪漫主义，将政治纳入到由宪法建立的理性的、制度化的、可以沟通交涉的框架中来，从而避免将政治堕落为非理性的暴力政治或者街头政治。

在这一点上，法学固有的注释法学传统显示出了自己的优越性。它一方面避免落入缺乏现实基础的抽象政治原则，而将政治原则落实到对宪法文本的理解当中；另一方面由于宪法作为法律规则本身在结构上具有开放性，所以对宪法的注释又可以避免因循守旧的保守主义，而通过宪法本身的演进在改革与稳定之间保持必要的张力和平衡。因此，如果我们希望宪法司法化的讨论能够成为宪政运动的一部分，那么必须突破上述种种问题所带来的困难，必须将政治原则的理解通过宪法落实到对具体案件的理解之中。

正是基于上述考虑，文本从齐玉苓案入手来理解为什么在这个案件中必须援引宪法中规定的受教育权作为该案的判决依据，以及如何从宪法的意义上而不是民法的意义上理解受教育权，由此进一步讨论什么是宪法上所说的“基本权利”？为什么“受教育权”被规定为基本权利？宪法规定“基本权利”的意义何在？这种基本权利的规定和宪法的结构有着怎样的内在关联？只有澄清宪法理论中的这些基本问题，我们才能知晓在一个具体的司法个案中，如何来解释宪法上规定的基本权利。

二、“受教育权”的侵权法解释及其限度

齐玉苓和陈晓琪都是山东省滕州市第八中学初中毕业生。1990年齐玉苓通过了中专预选考试而取得了报考统招及委培的资格，而陈晓琪在中专预选考试中落选。同年齐玉苓被山东省济宁市商业学校录取，但齐玉苓的“录取通知书”被陈晓琪领走，后者以齐玉苓的名义到济宁市商业学校报到就读。1993年毕业后，陈晓琪继续以齐玉苓的名义被分配到中国银行滕州市支行工作。1999年齐玉苓在得知陈晓琪冒用其姓名上学并就业这一情况后，以陈晓琪及有关学校和单位侵害其姓名权和受教育权为由诉至法院，要求被告停止侵害，并赔偿经济损失和精神损失。在审理案件中，法院就本案的法律适用问题请示最高人民法院，最高人民法院于2001年8月13日公布了《关于以侵害姓名权的手段侵害宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》（法释〔2001〕25号）：“陈晓琪等以侵害姓名权的手段，侵害了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任。”根据该“批复”，法院判决原告胜诉并获得有关经济损失和精神损失的赔偿。

（一）理解权利的司法视角

在齐玉苓案中，原告要求被告停止侵害，赔偿其所受的经济损失和精神损失，法院根据原告的请求判决被告赔偿“经济损失”和

“精神损失”。这里的“赔偿”就是对侵害行为造成的损害加以恢复的救济手段，而赔偿“经济损失”意味着被告的侵权行为侵害了原告的某种财产权利，而赔偿“精神损失”意味着被告的侵权行为侵害了原告的某种抽象的非财产的权利。如果我们联系到最高人民法院的“批复”，是不是意味着“精神损失”就是对“姓名权”的侵害，而“经济损失”就是对“受教育的基本权利”的侵害呢？是不是意味着“受教育的基本权利”就可以理解为一种财产权利呢？这仅仅是从司法判决书的表面文字得出的简单判断，这样的判断可能有悖我们的法理，因为我们的法理学从来都是从立法角度来理解法律权利的。那么，这种从司法角度的理解和立法角度的理解在司法判决过程中有没有内在的关联呢？

从司法救济的角度看，法院关心的首要问题是如何解决这件具体的纠纷，而不是讨论一个抽象的理论问题。受教育权究竟是宪法性质的权利还是民事性质的权利也许并不很重要，即使被理解为一项宪法权利，问题依然是如何在司法救济中加以保护。如果在司法救济中不能保护这种权利，那么它是不是具有法律效力的权利呢？

我们必须承认，当某种主张或者行动作为一种权利受到保护的时候，那么首先就意味着这种主张或行动可以通过法律的方式加以保护。在这个意义上，所谓的“权利”只能是可以法律保护的，甚至大体上是可以司法救济来保护的。如果某种主张不能通过法律的方式加以保护的时候，那么这种主张无论多么神圣、多么美好，也只能是一项道德主张，而无法成为一种法律上的权利主张。正是通过这种法律的可保护性，我们将抽象的道德意义上的“人权”（human rights）与实际上可保护的公民权利（civil rights）区分开来，并且进一步将以立法方式体现出来的法律权利与在司法过程中受到保护的具体权益区分开来。因此，不能用法律的方式来保护的，权利就不可能规定在宪法之中，因为公民权利之所以规定在宪法之中，其目的不是用来观赏的，而是希望通过用法律方

式（尤其是法律的强制力）来实施的。宪法中规定公民享有受教育权不仅希望用立法的方式来实施，而且希望用司法救济的方式来加以保护。而作为基本权利的受教育权要通过司法救济加以保护，就必须转化为司法救济中可理解的、可操作的具体权益，而不能是一种抽象的权利。

在这个意义上，法律权利既是法律对权利的保护，也是对这种权利的限制，这种限制来自法律作为一个国家强制力本身具有的限度；同样，司法救济既是对权利的保护，也是对权利的限制，这种限制来自司法救济手段本身所具有的限度。法律权利的内容受到了司法救济这种保护手段本身的制约。因此，无论立法中规定什么样的权利，只要立法者希望这种权利通过司法救济的方法加以保护，那么立法中就不能制定一项司法救济所不能保护的权利，因为法律不能寻求不可能实现的事情。公民权利的法律保护与法律保护所能提供的救济手段紧密地联系在一起，这意味着我们可以通过对权利侵害的司法救济手段本身来认识法律权利的具体意涵。

从司法救济的角度来看，法理学中可以将权利分为两种：一种就是不可恢复的权利，这种权利受到侵害之后，无法通过司法救济的方式来复原受到侵害的具体权益，司法救济只能是采取一种报偿的方式，无论是古代的同态复仇还是现代的刑法惩罚，都意味着受到侵害的权益已经无法复原了，生命权就是这种权利的典型；另一种是可以恢复的权利，这种权利受到侵害之后，司法救济可以完全复原这种受到损害的权益，从而将社会生活恢复到发生侵害之前的状况中，财产权和某些人格权都属于这种权利。从这个角度看，无论立法规定了怎样的权利，无论这些权利的名称是什么，对于权利的保护来说，重要的不是权利的名称是什么，而是保护权利的手段是什么。法律为某种权利的侵害所提供的具体救济措施不是根据权利的抽象名称来决定的，而是根据侵害行为所造成的具体损失的特性来提供最为合适恰当的救济措施。因此，抽象的权利不能决定具

体的救济手段，正如抽象的原则不能解决具体的问题。不是权利的性质决定保护权利的法律救济措施，而是权利受到侵害的具体方式决定了法律的救济措施，具体的救济措施充实了权利的真正意涵。因此，当个人的受教育权受到侵害的时候，从法律救济角度来看，法官所要考虑的首要问题不是受教育权的性质是什么，而是该案中对受教育权的侵害所造成的具体损失是什么。

法官不同于法学家，他们解决的不是理论问题，而是实践操作的问题。因此，他们与其说关心“什么是受教育权”这种抽象的法理问题，不如说更关心齐玉苓在被告的侵害行为中丧失了什么样的具体权益。对于这些权益，法律上是不是予以保护？如果予以保护又提供了怎样的救济手段？因为同样是公民的受教育权受到侵害，在不同的案件中当事人受到侵害的具体权益其实是不一样的。比如说，政府根本就不设立学校，或者说政府规定某种类型的公民不得上学。从立法视角，这两种情形和齐玉苓案一样，受到侵害的都是公民的受教育权，但是，在这三种不同的情形中，当事人的受教育权所受到的具体侵害方式和被具体侵害的权益也是不同的。因此，究竟什么是受教育权，或者说受教育权的性质是什么，不仅是对受教育权的抽象立法规定来认识的，而且是通过在具体案件中所受到的具体侵害来认识的。在司法救济中，也许根本就不存在什么抽象的受教育权，只存在具体案件中受到侵害的具体权益，或者准确地说，这些抽象的受教育权只有在这些具体的侵害中才能获得真实的意涵。在齐玉苓案中，齐玉苓的受教育权所受到的侵害和一个人因为政府不办学校而受到的侵害，同样是受教育权受到了侵害，但却是两种不同的侵害，正是因为具体的侵害不同，法院提供的救济途径也不同。在齐玉苓案中，法院可以要求被告补偿侵害所造成的损失，但是，在政府不办学校的情况下，法院能够判决政府补偿这种侵害所造成的损失吗？或者说法院能够判决政府必须建造一所学校吗？因此，抽象的受教育权不能决定具体的法律救济措施，相

反，只有在这些大大小小的具体的侵害案件中，在具体不同的救济方案中，我们才能具体理解究竟什么是受教育权。

（二）受教育权作为财产权与姓名权

在齐玉苓案中，齐玉苓首先遭受的是一种经济上的具体损失。如果没有这种侵害发生的话，齐玉苓可能正常地到济宁市商业学校就读，毕业之后也可以进入收入比较好的银行工作。正是由于这种侵害的存在，使得齐玉苓丧失这样的工作机会，也因此丧失了由此可能获得的经济收入。对于这种侵害，一种有效的司法救济手段就是恢复这种侵害所造成的损害，要求被告承担因此给原告带来的经济损失。

在现代社会中，教育往往被看作是增加“人力资本”（human capital）的重要手段，但这并不是说，受教育之后一定都能获得经济收益。既然教育是一种资本，资本只有在市场上才是有意义的。教育所追加的人力资本最终要在市场上转化为一项可衡量的经济收益，转化为一种可以管理的财产。假如齐玉苓在商业学校毕业之后，没有能够在银行领域中工作，或者根本就没有找到工作，那就意味着这种教育所追加的人力资本并没有转化为所期望的经济收益。但是，法律在这里并不是计算真实的损失，因为法律不是算命先生，不能测算假定这种权利侵害不发生，齐玉苓究竟能从这种权利中获得多少经济利益。这种真实的利益取决于我们已经无法确定的不同可能性。侵害了齐玉苓的受教育权并不一定就侵害了她实际的经济收益，也许这种侵害反而使得齐玉苓获得了更大的经济利益。比如说存在这样一种可能性：由于被告的侵害使得齐玉苓没有上济宁市商业学校，反而使她考上了名牌大学并获得了更大的经济收益。尽管如此，被告的行为依然侵害了齐玉苓通过教育获得财产的权利。因为权利