



倚宪论道

——在理念与现实之间

张千帆

著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



倚宪论道

——在理念与现实之间

张千帆 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑:罗洁琪

图书在版编目(CIP)数据

倚宪论道/张千帆著. —北京:中国法制出版社,
2007. 2

(法政学思)

ISBN 7 - 80226 - 682 - 3

I. 倚… II. 张… III. 法学 - 文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 163247 号

倚宪论道

YIXIAN LUNDAO

著者/张千帆

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/11.125 字数/192 千

版次/2007 年 9 月第 1 版

2007 年 9 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 682 - 3

定价:25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfs.com>

编辑部电话:66022958

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

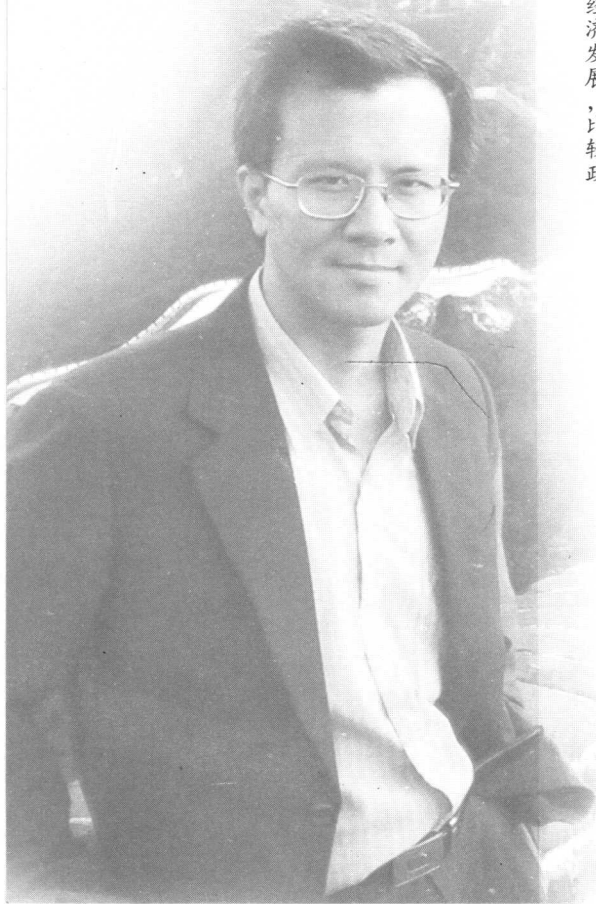
张千帆

美国德克萨斯大学奥斯汀分校政府学博士，1999年回国后

任南京大学法学院教授、博士生导师（2002年起）；2003年至今任北京大学法学院教授，并担任北京大学宪法与行政法研究中心常务副主任。

曾先后出版《市场经济的法律调控》、《自由的魂魄所在——美国宪法与政府体制》、《西方宪政体制》，主编教材《宪法学》，合著《宪政、法治与经济发展》，组织翻译《宪法决策的过程——案例与材料》和《哈佛法律评论·宪法学精粹》，并发表学术论文一百一十余篇。

主要研究兴趣：比较宪法与比较行政法，宪政工程与经济发展，比较政治哲学与公共选择实证分析。



自序

法学一贯是以严谨著称的,至少表面上是如此。美国法律评论的文章动辄就有好几百个注解,这已经成了司空见惯的事情。不过脚注毕竟只是一个形式而已,何况并非所有的注都包含有用的信息。其实,几乎每篇文章的注都混杂着众多的“同上”(Ibid.)等赘语,徒然占了许多空间,造就了“严谨”的虚名。久而久之,我便从一开始的惊愕和敬畏变得多少有点厌倦了,时而怀念起过去那种“粗茶淡饭”的格调。这种格调曾经是(现在有时还是)学术不规范的标记,但现在偶尔也是大家风范的显现。记得美国汉学的开山鼻祖费正清说过,他后来的著作是不用脚注的,不过那是到了他“随心所欲不逾矩”的年代。现在我离那个境界还相差很远,却也终于要写一本没有脚注的书,心里不免惶恐起来。

其实要写好一本没有脚注的“随笔”,远比写一本洋洋大观、引经据典的“大部头”来得困难,因为后者可以大量引述别人(例如法院)的观点,再加上一点个人的评论,便成一篇甚有分量乃至“创见”的论述;前者则得完全来自个人的灵感,而这对于我这个有问题意识但没有什么理论灵性的人来说是相当难的。好在我们的社会存在着太多的问题,这些问题推动你不得不思考,不得不写作。这本书的绝大多数文章

都是这么来的,都是针对具体事件有感而发。这样书是成了,但是这也注定了这本书不可能像费正清的那样一气呵成,而多少会给人一种杂乱零散的感觉。

幸运的是,我所关注的问题面比较窄,所以平时写的东西都或多或少围绕同样的主题。我只关心和宪法相关的问题,几年下来,尽管数量和分量未必均衡,文章倒也覆盖了宪法的各个领域。这样,这本书的安排也就很简单了。我曾经将宪政总结为四条基本原则:民主、自由、法治以及法治化的中央与地方关系。它们是现代宪政国家所共享的基本原则,也是我从中国问题出发反复思考的主题。这本书共分为五篇。除了开头的理论篇和学术篇外,其余各自对应着宪法的一个实体原则。我的主要目的是想用这本书来说明,宪法是可以和我们的实际生活相关的——或许我们现在对它还没有太多“感觉”,但它确实是“可以”引起我们兴趣的。

一方面近几年来,宪法在这个国家越来越“热”了。从2001年的“齐玉苓案”开始,到2003年的收容遣送制度的废除,再到2004年修宪所引入的“人权”、“私有财产”和征地“补偿”等宪法概念,越来越多的人开始关注宪法。另一方面,现实中的宪政问题并没有得到解决。虽然宪法中的受教育权一度被认为获得了“司法化”,但宪法并没有因此而进入诉讼;虽然收容审查制度被废除,但全国人大的宪法监督职能并没有显现出来。既然宪法对解决实际社会问题并没有发挥直接作用,中国民众对宪法也就没有太多的了解和感觉,但中国许许多多没有解决的问题——农民负担、农民工

的合法权益、城市居民的拆迁补偿、妇女和乙肝病毒携带者的就业平等权利等等，归根结底都是宪政问题。我希望我们的宪法能为解决我们的实际问题做更多的事情。经过历次修正之后，宪法条文可以说已经比过去完善得多，现在是让它体现一点实际效力的时候了。也只有到那个时候，普通老百姓才会说：“原来宪法可以为我做这么多事情！”如果这本书可以为此起那么一点点推动作用，我就心满意足了。

最后我要说明的是，虽然许多宪法事件带有戏剧性，理论分析却不可能总是像说书那么有乐趣，因而这本书未必能满足人们一般对“随笔”的预期。毕竟，宪法也是法，而法律是没有笑容的。事实上，法律应该是没有太多情感的；有情感的就不成其为法律，而成了文学了。我不是说法律和文学之间是“不共戴天”的，而只是说法律不是一种专供文人的娱乐；法律未必是枯燥的，但真正的法律总是板着脸说事儿，否则为什么说“包公笑比黄河清”呢。更何况虽然媒体的镜头所展现的都是清一色的笑容，现实中的许多事情却很难让人笑出来。因此，如果读者有足够的耐心读到最后而不曾笑过，作者只有请求谅解了。

我要感谢高全喜和龙卫球教授的支持以及中国法制出版社编辑罗洁琪的辛勤劳动，还要感谢《法制日报》、《南方周末》、《人民法院报》等报刊杂志以及法律出版社、中国政法大学出版社允许我在此使用我以前发表的文章。

这本书是我近几年来一系列“随想”的汇集，但是它们都围绕着同一个问题——宪政是什么？对于这个问题，抽象而

笼统的答案是现成的：宪政是一种生活方式，是我们国家政治生活中最重要的一部分。既然如此，宪政就是具体而非抽象的。因此，宪政究竟是什么——这个问题的答案只有用我们的现实生活来书写。150 多年来，中国几代人一直在探求这个答案，但是宪政却似乎总是离我们那么遥远。这本书只是表露了一个宪法学人在求索过程中的一些颇为杂乱的个人心迹。其中或有不当之处，欢迎读者批评。不论对于个人还是国家来说，这种探索都是没有止境的。

张千帆

于北京西心揽月园

2007 年 8 月

目 录

理论篇

法律是一种理性对话	5
认真对待宪法	12
从宪法到宪政	
——兼论中国司法的使命	18
宪政的本质	22
现代宪政的基本价值与特征	27
从人民主权到人权	
——中国宪法研究模式的变迁	38

学术篇

宪政是什么？	
——《宪法学导论》序言	75
为什么学宪法？	
——《西方宪政体系》序言	87
如何阅读宪法判例？	
——《西方宪政体系》第二版序	103



宪法学应该“学”什么？

——《宪法学》规划教材序言 109

美国宪法指南

——《美国法律精要·宪法学》

前言 124

宪政的希望与困惑

——《哈佛法律评论·宪法学精

粹》译者前言 131

政治篇

法官选总统

——解剖美国总统大选中的宪政问题 149

从美国大选看法治的力量 167

从美国大选看民主与法治的关系 172

论完善人大职能的十项关键制度 178

论人大职能的强化与转变 186

从“农民负担”问题看民主与行政法治
的作用 193

建立中国的弹劾制度 198

法治篇

从五元罚款看中国的行政法治 206

从人治走向法治 212

“先例”与理性

- 为中国的司法判例制度辩护 218

通过法治整顿市场秩序

- 对“上海哈德国际贸易有限公司
诉镇江质量技术监督局案”一审
判决的评价 233

十年民告官,胜诉难执行

- 论“执行难”的制度根源 241

- 法官不宜“亲自出马”执行判决 245

制度篇

法律制度与经济发展

- 《市场经济的法律调控》前言 256

宪政、法治与经济发展

- 走向市场经济的制度保障 265

- 中国宪政时代的开始 272

- 如何节约中央集权的成本 276

- 潮安果脯事件呼唤中国的宪法审查制度 281

权利篇

平等、公正与理性

- 论法院对防止就业歧视的作用 295

- 就业歧视和法律的平等保护 301



在情与法之间

——植物人生死引发的宪政问题 305

“公共利益”与“合理补偿”的宪法解释 313

受教育权和大学管制的限度 321

宪法保护色情网站？

——论言论自由及其界限 334

在理念和现实之间

——《宪法学》基础课结语 340

理 论 篇

我

写的短文几乎都是针对现实问题的评论，因而原本没有什么理论。这里只是将纯粹出于理性的冲动而草成的几篇文章放在一起，自然不成任何体系。不过它们倒也有助于说明这本书的主题：更多地关注我们社会的现实问题，更多地从社会现实去塑造我们的理论，而不是相反。

“法律是一种理性对话”，听上去是一个很理论的题目，全文原来有四万多字，确实也有那么一点理论。但发表在《法制日报》

上的这篇剪辑实际上是关于判例制度的，而这也是全文的主题。简言之，我同意霍姆斯大法官的判断：人类的统治是一种试错过程，而试错是通过自由的对话进行的。对话是法律的过程，也是法律得以成长发展的机制。法律是什么？法律固然是投票的结果——获得议会多数支持的政策自然成了法律，但法律毕竟是为了理性的目的而制定的；议会多数意见固然也代表了社会的理性，但是立法的理性往往隐藏在字里行间，需要法官根据法的精神去品味、搜索、挖掘。通过公开的理性对话，司法判例能揭示法的内在理性，将立法的最合理解释适用于社会。无独有偶，我最近抽校了阿蒂亚（P. S. Atiyah）和萨莫斯（R. S. Summers）两位教授合写的《英美法中的形式与实质》的中译本，其中有这么一段话正好和这篇短文的主题不谋而合：“判例法作为理性先例的特性，意味着其必定要容纳实质性原则之构造，而不能只是纯粹的命令（fiat）。 ”

“认真对待宪法”和上篇的主旨是一致的，也是在为一个更强大、更称职的司法辩护。如果说一般的法律是一种对话，宪法就更是如此了，但围绕宪法的对话之所以在中国还没有开始——至少不是以一种正常的制度化的方式，是因为我们没有司法性质的宪政审查制度。正是因为我们没有这种制度，我们还不能真正地“认真对待宪法”。这篇文章也比较长，而且相当于分为上下两篇，分别处理“不认真”的两种方式——也就是不把宪法当回事和认为宪法是无所不能的“万金油”。在这里的剪辑主要是关于第一个

方面：司法审查的必要性。重读这篇文章，让我感到中国确实是在进步——如果不是在制度上，至少是在理论上。该文于2003年发表于《中外法学》，恰逢《齐玉苓案》发生，当时写的时候，颇有一种紧迫感；而短短几年之间，这种紧迫感似已完全消除了。宪政审查对于宪政是必要的——这在今天已经几乎成了一个不需要论证的命题。如果我没有看错的话，这篇文章反映的主题已经成了宪法学界的共识。

“从宪法到宪政”更直接地点明了司法审查这个主题，并将其升格为“司法的使命”。司法审查未必是宪政在绝对意义上的必要乃至充分条件，我们总是能找到个别例外——譬如英国，但是对于绝大多数国家来说，没有司法审查，确实就意味着不可能完成从纸上的宪法向实践的宪政过渡。既然司法审查和宪政之间的联系被证明是规则，为什么我们要认为中国是“幸运”的例外呢？

“宪政的本质”从实用主义的角度说明了宪法与宪政的本质。在形式上，宪法是普通法律的标尺，宪政就是要保证法律符合宪法标准。虽然宪政在形式上几乎可以包容任何实体价值（譬如以传统儒家学说为导向的国家在理论上也可以实行宪政），现代宪政国家确实分享着一些基本的实体价值和原则。“现代宪政的基本价值与特征”总结出四条基本原则：民主、法治、自由和带有联邦主义特征的地方自治。事实上，这些原则不仅是区别宪政和专制的标准，而且它们各自都对应着一种基本的宪政制度，而任何一种



制度的缺失都将从根本上伤害一个国家的宪政。

最后，“从‘人民主权’到‘人权’”是基于一篇论文的演讲稿。这是一篇关于宪法学方法论的文章，但也是受现实——尤其是宪法和宪法学发展的现实——激发而成。改革开放二十多年来，中国法学是在不断进步的，宪法学进步尤其快。最重要的进步就是它已经从原先的教条主义走向一种功能主义。我在文章中没有明确用这个词，但是所有侧面都是围绕功能主义展开的。近几年来，我们的宪法学（家）更关注社会现实了。我想也只有这样，才能让我们的社会更关心宪法。

法律是一种理性对话

法律向来被认为是一种主权意志的命令。无论从法理学、社会学还是法律在现实社会中的运作来看，这种观点当然都有根据。分析法学创始人奥斯汀（John Austin）曾明确提出：“每一项法律或规则……都是一个命令。”纯粹法学派的开创者凯尔森（Hans Kelsen）虽然不尽同意这种说法，而把法律归结为一种规范秩序，但他认为规范的目的是调整人的行为并规定作为制裁的强制行为，因而又和法律的命令说一脉相承。显然，强