

扬泰
文库

社会文化系列

宪政的法理言说

张清等◇著

CONSTITUTIONAL
JURISPRUDENCE
EXPLANATION



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS(CHINA)

扬泰
文库

社会文化系列

宪政的法理言说

张清等◇著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS(CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

宪政的法理言说 / 张清等著. — 北京: 社会科学文献出版社, 2008. 2

(扬泰文库·社会文化系列)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 0045 - 7

I. 宪… II. 张… III. 宪法 - 研究 - 中国 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 010835 号

《扬泰文库》总序

在历史上，扬州、泰州地区曾是蜚声遐迩的东南重镇，具有襟带淮泗、控引江南的地理优势，利尽四海、民生所系的经济地位，磅礴郁积、精光勃发的文化积淀。以扬州、泰州为中心的苏中、江淮地区，也是全国的经济、文化发展的要津。山川形胜，人文氤氲，孕育了灿烂的古代文化，在商业文化、政治文化、管理文化、伦理文化、宗教文化、法制文化、学术文化、审美文化、语言文化、科技文化等方面都有辉煌的建树，对于当地及周边的经济活动和社会生活产生了深刻的影响，这种影响力赓续至今而经久不衰。

今天，在全面建设小康社会和基本实现现代化的伟大进程中，江苏省肩负着“两个率先”的神圣使命。在2003年全国“两会”期间，胡锦涛总书记和江泽民同志先后到江苏代表团作了重要讲话，要求江苏“率先全面建成小康社会，率先基本实现现代化”，为全国的发展做出更大的贡献。“两个率先”，这是党中央从贯彻“三个代表”重要思想和十六大战略部署的高度对江苏作出的明确要求，也是根据科学发展观和建立和谐社会的构想对江苏提出的殷切希望。而扬州、泰州地区的经济建设、社会发展在江苏全省实现“两个率先”的整体目标中起着纽带和传导的关键作用。

经济建设、社会发展终究需要上升到文化的层面，同时也必

须得到文化的凝聚和引领，才能进入良性循环；需要在开发物质资源、经济资源之外开发本地区的文化资源，借助文化的巨大凝聚力和吸引力来获得经济社会发展的后劲和潜力。经济强省最终必须建成文化强省，经济发达地区最终势必成为文化发达地区。在这一点上，正如江泽民同志题词：“把扬州建设成为古代文化与现代文明交相辉映的名城”，扬州、泰州地区的优秀传统文化得以发扬光大，无疑是促进本地区经济社会发展的强大动力，也是提升本地区文化品位必不可少的前提和背景，这种促进和提升的作用和意义甚至超出了本区域的范围而具有更为广阔的辐射空间，从而成为江苏省实现“两个率先”这一宏伟目标的重要方面。

扬州大学作为扬州、泰州地区惟一的省属重点综合性大学，借全国高校体制改革之东风，逐步形成了学科门类齐全、多学科交叉融合的显著特点，深感有责任也有义务集中人文社科多学科的精干力量，发挥融通互补、协同作战的优势，对底蕴深厚、内涵丰富的扬、泰文化进行综合研究，挖掘、整理其丰厚资源并赋予新的时代精神，阐扬其独特蕴涵并寻找与当前经济建设、社会发展、文化变革相结合的生长点，对于地方乃至全省的经济社会发展做出积极的贡献。

江苏省人民政府在“九五”对扬州大学进行重点投资建设的基础上，于“十五”期间继续予以重点资助，主要培植能够充分体现学科交融、具有明显生长性且预期产生良好经济、社会效益的五大重点学科，其中从人文社科诸学科中凝练而成的就是酝酿已久的《扬、泰文化与“两个率先”》重点学科。这一重点学科的凝成体现了将扬、泰地区优秀的古代文化与灿烂的现代文明有机交融，相得益彰，交相辉映，发扬光大的理念，也符合扬州大学人文社科诸学科以往的专业背景、研究基础和今后的学术追求、学科发展。该重点学科包括了扬州、泰州地区审美文化研

究，扬州学派研究，扬、泰及苏中区域经济社会文化的协调发展研究，扬、泰社会文化形态研究等4个研究方向。

《扬、泰文化与“两个率先”》重点学科建设的一个标志性成果就是形成一套《扬泰文库》，其中包括4个系列80种学术专著，共计2000万字。这是一项规模宏大、影响深远，功在当代、利在千秋的大型文化工程，它汇集了众多学者的智慧和学识，体现了社会各方面的关心和支持。可以期待，这套文库的出版，将对当前物质文明、精神文明、政治文明“三个文明”建设以及和谐社会的构建起到积极有力的推动作用。

在《扬泰文库》出版之际，我们要向始终支持和关心《扬、泰文化与“两个率先”》重点学科建设的各位领导和专家表示衷心的感谢，要向负责审定书稿的中国社会科学院各位专家学者致以崇高的敬意，向筹划编辑出版的社会科学文献出版社的领导和编辑表示诚挚的谢意！他们所给予的指导和帮助，付出的智虑和辛劳，是这套文库得以问世不可或缺的前提和保证。

《扬泰文库》编辑委员会

2005年4月18日

在法律门前，站着一个门卫。一个农村来的男人走上去请求进入法律之门。但是门卫说，现在还不能允许他进去。那男人想了想，问是否以后可以进去。门卫说：“那倒有可能，但现在不行。”看到法律之门像往常一样敞开着，而且门卫也走到一边去了，于是那男人弯下腰，想看看门内的世界。这一切被门卫看见了，就笑着说：“如果它那么吸引你，那你倒是试试冲破我的禁锢进去呀，但是请记住，我很强大，而且我只是最小的一个门卫。每道门都有门卫，而且一个比一个强大，那第三个门卫就连我也不敢看他一眼。”困难如此之大是那农村男人始料未及的，他以为法律之门对任何人在任何时候都是敞开的，但是现在当他仔细观察了那穿着皮大衣的门卫，看见他那尖尖的鼻子、黑而稀疏的鞑靼式的长胡子，就决定还是等下去为好，直到获准进去为止。那门卫递给他一只小板凳，让他在门旁边坐下。他坐在那里日复一日，年复一年，做了很多尝试想进去，并不厌其烦地请求门卫放行。门卫只是漫不经心地听着，又问他家乡的情况以及许多事情。他这样不痛不痒地提问着，俨然一个大人物似的，而最后却总是说还不能允许他进去。那男人为这次旅行做了充分的准备，现在他用一切值钱的东西来贿赂门卫。门卫虽然接受了所有贿赂，但却说：“我接受礼物只是为了使你不致产生失去了什么的错觉。”多年过去了，这期间，那男人几乎是目不转睛地观察着门卫，他忘记了其他门卫的存在，似乎这第一个门卫是他进入法律之门的唯一障碍。他咒骂这倒霉的遭遇。开始几年，他的举止还无所顾忌，说话嗓门高大，后来日渐衰老，就只有咕咕哝哝、自言自语了。他变得很幼稚，由于长年观察门卫，所以连他皮衣领子上的跳蚤也熟识了，于是他也请求它们帮忙，以改变门卫的态度。最后他目光黯淡，搞不清楚是四周真的一片黑暗呢，还是他的眼睛出了毛病。不过他现在在黑暗中发现了一丝亮光，它顽强地透过法律之门照射出来。现在他命在旦夕，临死之前，

过去的所有经历在他的脑海里聚成了一个问題，这个问题他至今还没有向门卫提出。他示意门卫过来，因为他身体僵硬，已经不能站起来。两个人身高的变化使那男人相形见绌，矮了一截，所以门卫必须深深地弯下腰，然后问道：“现在你究竟还想知道什么？”又说：“你太贪得无厌。”那男人说，“大家不是都想了解法律是什么吗？为什么多年以来除了我再无别人要求进入法律之门？”门卫发现那男人已行将就木，为了能触动他失灵的听觉器官，就吼叫着对他说，“其实其他任何人都不允许从这里进去，因为此门只为你一人所开。现在我要关门走人了。”

——F. 卡夫卡：《审判》

前 言

宪法之于宪政，犹如法制之于法治，正如黑格尔在其《德意志宪法论》文末写到的：被时代驱赶入内心世界的人们有两个选择，或者是驻留于彼处而成为永恒的死亡，或者以自然活力来寻觅发现与享受，让自己能够活下去。宪法是国家的法权表彰，而国家是现代人无可回避的存有样态之要素环节。你可以不喜欢他，厌恶他，想要消灭他，但是，你不能不先“面对”他，不论这个他是个暴力机器、伦理实体，还是父权象征秩序。^①把颜厥安先生的表达稍做改变：即使“有”了宪法，生与死的存在主义话题还是不会告终，因为“能够活下去”也意味着“能死”。^②然宪政则不是这样。近来国人将实现法治国列为目标，蔚为壮观，其中对于宪政之认识和思考尤引人注目，或从历史，或从逻辑；或引西学，或析儒我；或法理，或社会，抑或经济政治。颜厥安教授宪政法理学（constitutional jurisprudence）引起我足够的注意，在他看来，宪政法理学是个有待说明的概念，它与宪法释义学（constitutional dogmatics）以及宪法理论（constitutional theory）都不同，但最广义的宪政法理学包括后两者。宪

① 颜厥安：《宪邦异式——宪政法理学论文集》，台湾，元照出版公司，2005，①第5页。

② 颜厥安先生认为这是一种存在主义的陈述，但用来言说宪政问题也不无价值。

法释义学是对特定有效宪法之体系性解释建构，而宪法理论则致力于探讨宪法释义学得以成立的国家学或政治学理论，这两者都是以“特定有效”（valid specifically）之宪法文本或宪法秩序的存在为前提。可惜的是，特定有效宪法文本或宪法秩序的存在，从来就不是那么当然的事，甚至宪法秩序的出现于人类文明史中是个特殊状态，即使在现代性的历程里，也是个充满争议的意识形态建构。而宪政法理学，就是在意识到“宪法秩序存在”的非必然性、高争议性甚至反常性后，所展开的批判性法学研究。^① 我喜欢这种反思性的批判研究。

本书正是受颜启发，思考当下中国法治之路、宪政之道的产物（本书的书名也深受颜公的影响），亦是江苏省“211”工程和重点高校建设项目“小康社会宪政文化建设研究”之成果，更是我最近几年对宪政问题思考的一个初步总结。如果说颜公的研究侧重于从宪法文本出发分析“邦国”的发展，那么本书则是从社会生活出发来言说宪政之可行。

真正促使我对宪政问题思考的是在五年前，也就是我获得博士学位回来工作之后，最先的起因是我国加入WTO与山东受教育权被侵害的案件（由此而来的两篇论文收录于拙著《法律发展片论》中），尔后的片想更受法律社会学思潮的影响，从关注宏大叙事到关注具体事项，因为，在我看来，来自日常生活的话语才更有意义和价值。

现今的社会已由“法治”、“小康”而“和谐”，抑或兼而

^① 宪政法理学，是德国慕尼黑大学法学博士、台湾大学法律系颜厥安教授提出的概念，也是他在分析台湾“宪法依旧在，邦国早逝远”的思维标尺。对此概念的相关解释参见颜厥安《宪邦异式——宪政法理学论文集》，台湾，元照出版公司，2005，“代序”，第1~2页。在此要特别感谢的是未曾谋面而慷慨无私的台湾淡江大学欧洲研究所的林立教授，是他从台湾赠寄来了颜厥安教授的这本大作和其他相关资料，让我有先睹之幸。

并进，然许多理论与现实问题还有待我们深入的思考和分析，本书的上篇首先对与宪政相关的自由、民主及其多数的暴政、中央地方分权做一个概要的思考，并以此分析“公民社会”、“和谐社会”以至“社会资本”与宪政之理论关联及法理之意义。下篇则是从日常生活和社会生活出发来拷问我们的宪政之路如何可能，急剧转型社会的分层不可避免，不同社会阶层的宪政生存状态和未来是各异的，而社会的最底层也是中国最大多数的农村及其农民对于我们要建设的“和谐”无疑是最为关键的，因此，我们没有理由不认真对待。

荣幸的是，在过去的五年中，我能够得到为数众多的师友的指点、关心和帮助，我有太多的无法列举的歉意和无法完全表达的感谢。刘诚教授是我首先要感谢的，她对我一直以来的提携和关心，让我常常感佩到“无私”的伟大，她的勤奋和智慧是我不断前进的榜样。感谢给予本书部分成果发表的《中国法学》、《法商研究》、《政法论坛》、《吉林大学社会科学学报》等权威期刊的李小明、汪再祥、晨晖、李佳欣等编辑老师的不弃与抬爱。感谢法学系/院的同道们（我更愿意称他们为同道，如果他们无异议的话。当然这里的同道还包括曾经的）给予我诸多的关心和支持，更为重要的是，在与他们的交流中获得的学术启迪是令我难忘的。我要感谢我曾经的学生而今的朋友们，本书的部分章节就凝聚了杨兵、刘娟、陆薇、王琳、刘勇、徐艳、汪梦、胡其平等诸君的辛劳和智慧。还有不能忘记的是，给予本书认真细致校对工作的柏娟娟君，她的积极向学的态度让我有理由相信她的未来会非常的美好。最后要感谢的是我的爱人和儿子，他们的支持是无法用言语表达的。

还要感谢社会科学文献出版社谢寿光先生和刘骁军编辑的不辞辛苦，他（她）们热情的帮助、认真而细致的校对与润色，使本书增色并得以顺利付梓。

4 宪政的法理言说

时间过得真快，毕业已经整整五年了，在这个炎热非常的夏季，感慨颇多。我自以为我仍然是“宪政”的边缘学者，对此的思考一定是非常的粗浅，惟有不懈的努力才能补拙，更希望得到各位方家的批评与指正。

7/31/2007 12:24:28 于新城花园

目 录

上篇 理论阐释

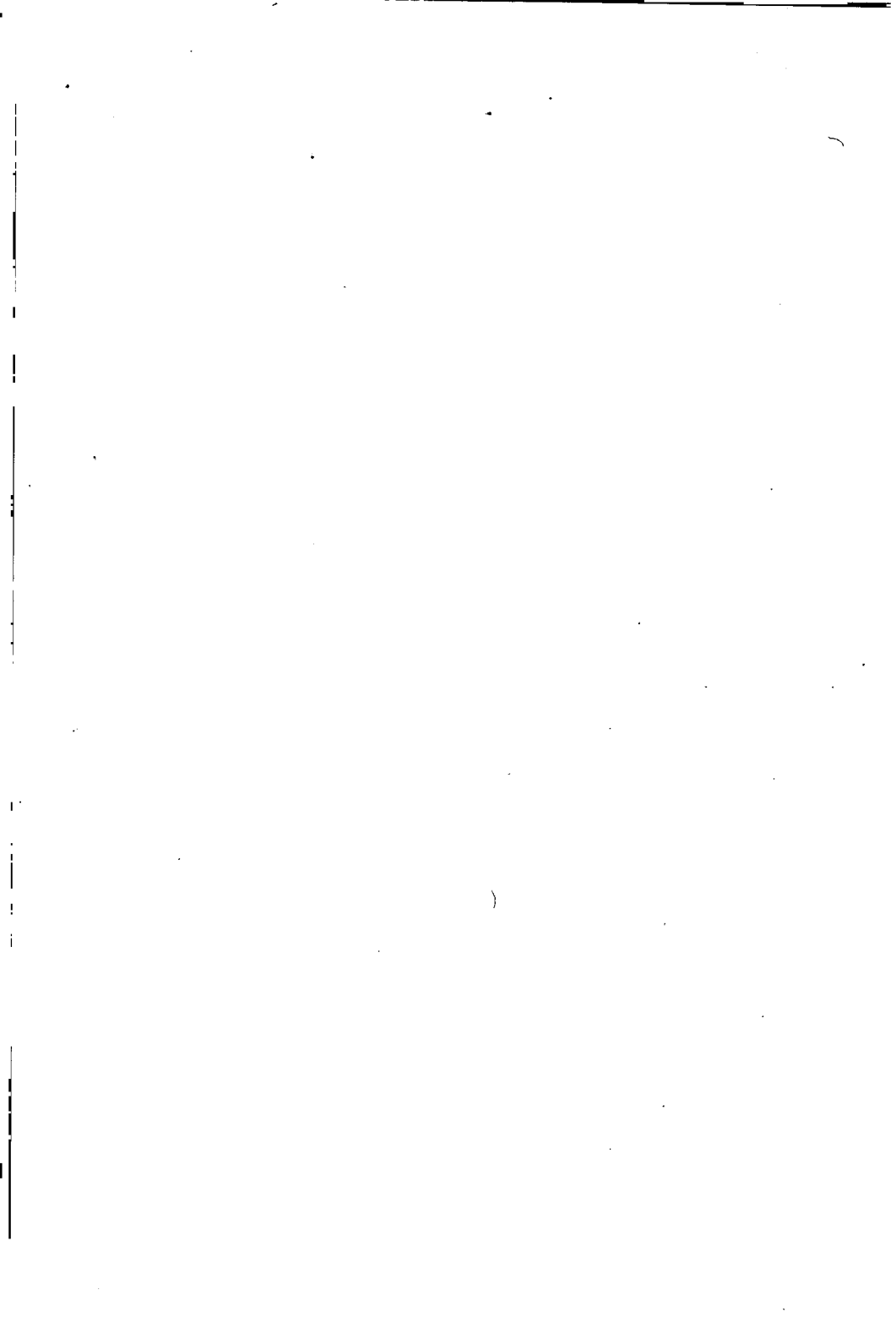
第一章	自由与宪政	/ 3
第二章	民主、多数暴政与宪政	/ 25
第三章	中央与地方分权之模式选择	/ 47
第四章	法治化公民社会的长成	/ 66
第五章	和谐社会的宪政建构	/ 86
第六章	社会资本与宪政法治	/ 103

下篇 宪政分析

第七章	中产阶层及其民主化	/ 121
第八章	中产阶层的宪政分析	/ 134
第九章	农民阶层的宪政分析	/ 151
第十章	村民自治的宪政分析	/ 173
第十一章	乡村社会的法律治理	/ 193
第十二章	后 SARS 时代的宪政拷问	/ 219

上
篇

理
论
阐
释



第一章 自由与宪政

一切法律之中最重要的法律，既不是刻在大理石上，也不是刻在铜表上，而是铭刻在公民的内心里，它形成了国家的真正宪法。^①

——法国大革命之先驱 卢梭

2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国宪法修正案》，此后不久的2004年4月1日，北京63岁老人黄振芸，当强制搬迁人员来到他那座挺立在一片拆迁废墟中的房子前时，他拿着《宪法》进行抵制，而且这位老人将《宪法》中的一页特意折起一角，并用蓝色圆珠笔划出这样一些字句：“第十三条 公民的合法的私有财产不受侵犯。”最终使得这座建于清朝的院落得以保留下来，这使人们看到了宪政的曙光。

人们要能够过上自由而幸福的生活，必须自己懂得从来就没有救世主，要“为权利而斗争”。这种信仰法律/宪法并以积极方式争取自由、维护自己权利的人，不是多了，而是少了，尤其在我们当下的社会。维护公民的权利、实现其自由，不仅是公民

^① [法] 卢梭：《社会契约论》第2卷，何兆武译，商务印书馆，1980，第70页。

个人的事，而且是国家/政府的责任和义务，而这正是宪政精髓之所在。宪政国家优越于非宪政国家的标志不仅在于权力来源与权力运行的正当化，更在于其对人的尊严的关注，在于其保障公民基本权利与自由的承诺。宪政的根本意图不止于限制及监控权力，而在于通过限制和监控权力，促进宪政所追求的价值目标的实现。^①

一 法 与 自 由

“在英格兰，‘宪法’一词意味着不列颠的自由制度，欧洲人则称之为‘宪政体制’，即保卫个人自由的体制。”^② 马克思在总结自由与法律的关系时也指出：法典，尤其是宪法典，是“人民自由的圣经”，自由是宪政的基本限定，它既是宪政之所以存在的合理性证明，又是宪政之所以产生的基础和根源。无论是宪政观念的演绎，还是宪政体制的架构，自由都是一个不可超越的范畴，现代宪政从根本上讲就是人类追求自由所取得的成果。作为宪政的核心价值内涵，自由在各个方面对宪政的构成都具有根源性意义。^③

自由是自由主义的核心范畴；保障个人自由，是宪政民主制度的基本目标。自由主义强调，“财产是自由的基本要素”，“如果剥夺了人的财产权，人的自由实际上就失去了依托，就不得不依附于他人或某种权力关系”；“因为财产权是现代市场经济和公民社会的基础，也是人的自由和公共秩序的基础；因而完全可

① 占美柏：《略论宪政的自由之维》，《法学评论》2002年第2期。

② 〔意〕萨托利：《“宪政”疏议》，刘军宁等编《市场逻辑与国家观念》，三联书店，1995，第103页。

③ 占美柏：《略论宪政的自由之维》，《法学评论》2002年第2期。