

第一章 宪法与宪治

宪法是国家的根本大法，确立了国家的基本制度。宪治，又称宪法治理或宪法政治，^[1] 它是以宪法为前提，以民主政治为核心，以法治为基石，以限制国家权力、保障公民权利为目的的一种政治理念、政治形态、政治过程和治理模式。宪法不仅仅是抽象的文本，更是依照宪法文本治理国家的实践。从这个意义上说，宪法治理，或者宪法政治是国家治理的核心内容和基本路径。学习和研究宪法学，不仅要研究宪法的基本理论，更要研究和探索宪治的理论与实践。

第一节 宪法与宪治的语义分析

一、宪法的概念分析

德国学者克纳德认为，对实定宪法的理解是以宪法概念的理解为前提的，只有以宪法概念的理解为基础，我们才能分析各种宪法问题，并寻求解决问题的方法。因此，什么是宪法是实定宪法学研究中首先提出的课题。^[2] 但是，要给“宪法”的概念作一个明确的、大家都能认同或者接受的定义，却是一件非常困难的事。尽管今天宪法学界对于宪法的概念已经在很大层面上取得了某些共识，但至今并未形成一致的“通说”。就我国宪法学界而言，我国当代学者关于宪法概念的论述，基本上都是根据马列经典作家的阶级分析的观点、基于宪法是国家的根本法这个命题展开的。在 20 世纪 80 年代，最具代表性的，当属由吴家麟主编的统编教材《宪法学》中的定义：“宪法是国家的根本大法，是民主制度的法律化，是阶级力量对比的表现。”^[3] 后来的一些教材和著作关于宪法概念虽然在表述上有所不同，但基本没有脱离这三个方面的要素。应当说，这种从宪法的本质层面对宪法概念进行界定的方法无可厚非，但相对而言，这种界定方法更具有抽象性和理论性，而缺乏具体性和实用性。因此，自 20 世纪 90 年代以来，学者们开

[1] 如王振民就认为，所谓宪法政治，就是建立在宪法基础之上的政治，可以简称为“宪治”。见王振民：《宪政治：开万世太平之路——中国共产党如何走出历史周期率》，《人民论坛·学术前沿》2013 年 8 月。

[2] [德] 克纳德：《德国宪法原论》，第 3 页。转引自韩大元等：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 52 页。

[3] 吴家麟主编：《宪法学》，群众出版社 1983 年版，第 46 页。

始更多地从宪法的价值和功能的层面，对宪法的概念进行界定。如有学者认为：“宪法是调整国家机关与公民之间权利义务关系和国家机关之间相互关系的国家根本法。”^{〔1〕}也有学者指出：“宪法是规范民主施政规则的国家根本法，它是有关国家权力及其民主运行规则、国家基本政策以及公民基本权利义务的法律规范的总称，它是政治力量对比关系及现存社会经济结构要求的集中反映。”^{〔2〕}

值得注意的是，近年来我国学者在研究宪法概念问题时，已不再采取简单定义的方式，而是通过比较研究的方法，从不同视角进行分析，来揭示宪法概念的内涵。如莫纪宏教授指出：在宪法学教科书或者学术专著中，当使用“宪法”一词时，经常是在两种意义上来加以使用的：一种是作为一个法学的概念，一种是作为法律形式的宪法。作为法律形式的“宪法”，一般指在一个国家法律体系中具有根本法地位的法律规范的总称；而作为法学概念的宪法，它不仅具体指作为法律形式的宪法，而且还包括宪法创制、宪法监督等具体运作宪法的制度，同时，还包括了与宪法制度相关的宪治思想和各种意识形态。它泛指宪法学所研究的作为独特的社会现象而存在的宪法本质和宪法现象的总和。^{〔3〕}韩大元教授则提出从动态的视角，通过对宪法概念成立的基本条件（立宪主义和社会与国家的关系）的分析，来理解和评价宪法概念的意义与功能。^{〔4〕}

由于“宪法”一词本身包含了复杂的含义，尽管各个时期大部分宪法都具有一定的共性，但由于它们在时间或者空间上同时也具有各自的特性，因此，在宪法概念的定义问题上，强求一种统一的或是固定的模式和标准，不仅是不可能的，也是没有必要的。^{〔5〕}正如荷兰学者亨克·范·马尔赛文和格尔·范·德·唐在他们合著的《成文宪法的比较研究》一书中所指出的那样：“对宪法下一个实质性的定义是不可能的。人们当然可以研究宪法包括些什么，但是人们不能认为，某一部宪法必须包括大多数宪法中所包含的全部规定，才有权称为宪法，并以这种要求把这些发现提高到规范的水平。宪法这个词既不是一种资格，又不是一种估计，它表示一种政治法律现象，或者换句话说，宪法表示一个事实：如果这个术语仅仅这样下定义，它就可能成为进行适当科学研究的对象。”^{〔6〕}当然，这并不是说，对于宪法概念的理解是漫无边际的、随意的。宪法作为一种客观的社会存在，必然也有某些共同的、规律性的东西，这些共同的、规律性的东西除了对宪法一词的词义理解外，更重要的应当从宪法在历史的、具体的生活现实中所要完成的任务及其功能等方面来把握。

〔1〕 朱福惠主编：《宪法学新编》，法律出版社1999年版，第11页。

〔2〕 董和平、韩大元、李树忠：《宪法学》，法律出版社2000年版，第38—39页。

〔3〕 莫纪宏主编：《宪法学》（法律硕士专业学位研究生通用教材），社会科学文献出版社2004年版，第92、94页。

〔4〕 韩大元等：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社2004年版，第55—57页。

〔5〕 也许正因为如此，我国有的宪法学教材在谈到宪法概念问题时，并没有下一个明确的定义，而是让读者根据宪法概念的基本特征，自己去归纳和总结。从某种意义上看，这倒可能更有利于读者对这个问题的更加深入的思考和研究。

〔6〕 〔荷〕亨克·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐：《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社1987年版，第294—295页。

(一) 宪法概念的语义分析

汉字中的“宪法”一词,是英语 Constitution 和 Constitutional Law (德文为 Verfassung) 的翻译。Constitution 一词源于拉丁文 Constitutio, 其基本含义为:(1) 创立、设置、安排、整理体制;(2) 状态、情况;(3) 决定、确立、批准;(4) 命令、指示。^[1] Constitution 作为“宪法”一词,大体上经历了从古代宪法向近代宪法演变的过程。

据学者考证,在西方最早谈论宪法问题且影响最大的,是古希腊哲学家亚里士多德。^[2] 亚里士多德曾汇集希腊 158 个城邦国家的法律,按其性质与作用,分为两类,一类为普通法律,另一类为宪法,即关于国家机关的组织与权限的法律。他认为,宪法(政体)原来就是公民(团体和个人)生活规范,^[3] 是城邦一切组织的依据,其中尤其着重于政治所由决定的“最高治权”组织。^[4] 显然,古希腊时期“宪法”一词的基本意义是关于城邦的组织 and 权限的法律,也正是因为如此,Constitution 一词也被后人译为“政体”^[5]。而在古罗马帝国的立法中,宪法一词用来表示皇帝的诏令和谕旨,以区别于市民会议通过的法律文件。如公元 212 年罗马皇帝卡拉卡拉颁布的《安托尼亚那敕令》(Constitutio Antoniniana),公元 535—565 年查士丁尼颁布的《新敕令》(Noveuae Constitutiones Justinian) 等。

到了中世纪以后,又用宪法作为有关确认教会、封建主以及城市行会势力的特权,以及它们与国王之间关系的法律,如英国 1164 年颁布的规定国王与教士关系的《克拉伦敦宪法》(The Constitution of Clarendon) 以及 1215 年的《大宪章》(The Great Charter) 等。欧洲大陆国家也用宪法一词来表示确立国家基本制度的法律。至中世纪末,英国爆发了资产阶级革命,率先建立了代议制,确立了国王没有得到议会同意就不得征税和进行其他立法活动的原则。国家权力逐渐转移到由资产阶级代表组成的议会手中,改变了主权在君的君主制度,君主也要服从并执行体现人民主权的议会所作的决议和制定的法律。英国将这种制度称为 Constitution, 即宪法,亦即确认立宪治体和制度的法律。自此,宪法一词就成了正式包含了新的意义的专用名词,成为规定国家政治制度的根本法了。^[6] 至 18 世纪末,美国颁布世界上第一部成文宪法,以根本法的形式确立了联邦政府的权力分立原则和联邦政府与州政府的权力分立原则。不久,法国也颁布了成文宪法,近代意义的宪法才得以普遍确立。

[1] 谢大任主编:《拉丁语辞典》,商务印书馆 1988 年版,第 128 页。

[2] 何华辉:《比较宪法学》,武汉大学出版社 1992 年版,第 9 页。日本学者山下威士在《宪法学和宪法》一书中也认为,亚里士多德是西方宪法概念的创始人。见山下威士:《宪法学和宪法》,转引自徐秀义、韩大元:《宪法学原理》(上),中国人民公安大学出版社 1993 年版,第 49 页。

[3] [古希腊]亚里士多德:《政治学》(第 4 卷),商务印书馆 1983 年版,第 205 页。

[4] 同上,第 129 页。

[5] 商务印书馆 1983 年版的《政治学》一书中便将 Constitution 一词译为“政体”。

[6] 美国学者斯科特·戈登指出:具有政治意义的名词“宪法”是在导致 1642 年的内战爆发的英国大辩论期间开始使用的。据《牛津英语词典》,具有那种意义的词早在 12 世纪就开始使用了,但只是在内战时期的英国大辩论以及经过 1688 年“光荣革命”之后,才牢固地把“宪法”及其同源词确定为现代政治词汇的要素。(见斯科特·戈登:《控制国家——西方宪治的历史》,应奇等译,江苏人民出版社 2001 年版,第 357 页之注③。)

“宪法”一词在中国古籍中也早已有之。《国语·晋语九》：“赏善罚奸，国之宪法也”；《管子·七法》：“有一体之治，故能明号令，明宪法矣”，但是，其含义与我们现在所说的宪法是完全不同的。用汉字“宪法”翻译英语 Constitution 和德语 Verfassung，显然是受到了日本的影响。日本古代的“宪法”一词，与中国古代“宪法”一词的含义基本相同，最早有圣德太子所制《十七条宪法》，德川时代也有《宪法部类》《宪法类集》等，都属于一般意义上的法令汇编。直到德川时代的后半期，由于西方文化的传入，才开始出现 Constitution 意义上的宪法。1843 年，杉田成卿受幕府之命翻译荷兰宪法时，即将 Konstitutie 一词译为宪法。^[1] 加藤弘之在 1867 年著的《立宪治体略》一书，将德语的 Verfassung 一词也译为宪法。其后 1873 年林正明在翻译《美国宪法》《英国宪法》时，将英语 Constitution 一词译为“宪法”；同年 8 月，箕作麟祥翻译法国六法全书时，又将法语 Constitution 一词译为“宪法”。明治 15 年（1882 年）在为派遣伊藤博文等人去欧洲考察宪法的诏敕《训条》第一款中也正式使用了“宪法”字样。从此，作为现代意义的国家根本法的宪法在日本正式确立。^[2]

中国最早使用近代意义的“宪法”一词的，是清末的思想家王韬。他在同治十年（1871 年）撰写《法国志略（重订）》一书，其中写道：1791 年 9 月 14 日“民会（即议会）逼王颁布其所议定之新法，主张民权，百折千挫，不少屈挠，遂立一定宪法布行国中”。其后改良主义思想家郑观应在《盛世危言》一书中，也使用了近代意义的“宪法”一词。而“宪法”作为一个专门的法律术语，在近代中国的正式确立，是 1908 年颁布的《钦定宪法大纲》。从此，宪法正式成为一个法律部门，“宪法”一词在中国也就成为表示国家根本大法的专用名词了。

（二）宪法概念的功能分析

西方国家宪法学家在探讨宪法的概念时大都是从对宪法功能分析出发的。德国宪法学家黑塞（Konrad Hesse）在谈到宪法的概念时曾指出：“理解与把握宪法这一概念，既不能从一个预设既有的、不受人类行为影响的国家，也不能从一个先验的法之角度出发，而只能从已被阐述过的宪法任务出发。为了能恰当圆满地完成其任务，便需要一种构建性的程序——宪法。”^[3] 因此，宪法的基本功能，就是作为政治共同体（国家）的基本法秩序。从宪法的这一基本功能出发，其内涵大致包括了以下几方面：

首先，作为政治共同体的基本法秩序，宪法确立了国家的基本秩序。德国宪法学家施米特（Carl Schmitt）认为：凡是国家都必须有政治统一性和社会秩序，必须有统一性和社会秩序的某些原则，必须有在某个危险情况下、在遇到利益和权力冲突时作出权威裁决的决断机关。我们可以将政治统一性和社会秩序的这种整体状态称为宪法。^[4] 黑塞也认为：作为政治共同体的基本法秩序，宪法确立了国家应如何构建以及国家任务应

[1] [日] 酒井荣吉：《宪法学讲义》，评论社 1974 年版，第 37—38 页。

[2] 李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社 1998 年版，第 8 页。

[3] [德] 康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆 2007 年版，第 18 页。

[4] [德] 卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 5 页。

如何得以完成的指导原则。它规定了如何解决统一体内部矛盾冲突及其程序。它约束着构成政治统一体与国家行动的机关及程序。它创立了法秩序的基础与根本特征。〔1〕

其次,作为政治共同体的基本法秩序,宪法确立了国家的统治结构和统治组织及其活动原则的法律秩序和法律规则。黑塞指出:“为了获得行使国家权力的行为能力,国家需要通过各种组织机关来行使权力,而为了完成国家任务,它还需要程序性的规则,因此有组织的、合乎程序规范要求的共同行动使得创制一个法秩序成为必要。”〔2〕塞缪尔·E. 芬纳(S. E. Finer)认为:“宪法就是在各政府机构及其官员之间分配职能、权力和义务,规定其与公众关系的法典。”〔3〕韦德(E. C. S. Wade)和菲利普斯(G. Godfrey Philips)也认为,狭义的宪法是指一个具有特别尊严的法律文件来规定一国政府机关的体制和基本职能,并宣告这些机关的活动所必须遵循的各种原则。〔4〕《不列颠百科全书》写道:从最广义来说,宪法是一批规则,用以管理一个有组织的团体的事务。国家的议会、教会团体、各种社会团体或工商业同业工会都可以根据称为宪法的一个正式文件的条款来进行活动。……从定义上来看,宪法内所列的一切规则始终可以认为是基本的规则,即是说所有其他规则都必须符合宪法的各项规定。〔5〕《美国百科全书》也认为:宪法是治理国家的根本法和基本原则的总体。宪法规定政府体制,政府及其所属各部门和官员的一般职能和权限,以及如何行使这些职权。对于国内人民与政府的关系,宪法通常规定其实体上和程序上的限制,还规定宪法变更时所应通过的正式修正的特定程序。就广义而言,宪法是整个国家的法律安排,并且既有公认的惯例,也有未经法律制定的习惯。〔6〕

值得注意的是,宪法确立国家的统治结构和统治组织及其活动原则的功能在现实的政治生活中,具体表现为对国家权力的规范与限制方面。日本法学家小林直树认为:“宪法是规定国家统治机构的组织规范。特别是近代宪法规定了以权力的分立为中心的国家重要机关的组织及其运行方法,并以确定国家政权应遵循的基本准则为主要目的。”〔7〕斯特朗(C. F. Strong)认为:“一国真正的宪法一定具有以下几个非常鲜明的内容:第一,各种机构是怎样组成的;第二,对这些机构须赋予什么权力;第三,这些权力应该怎样行使。……当国家各机关及它们的职权有确定的安排而不受暴君随心所欲地支配,这个国家就可以说是具有宪法。宪法的目的是限制武断的权力,换言之,宪法是用来保障被统治者的各种权利。”〔8〕卡尔·娄文斯坦(Karl Loewenstein)也认为,

〔1〕〔德〕康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第18页。

〔2〕同上,第16页。

〔3〕转引自龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社1985年版,第21页。

〔4〕转引自罗豪才、吴瀚英:《资本主义国家的宪法和政治制度》,北京大学出版社1997年版,第3页。

〔5〕《不列颠百科全书》(第15版第5卷),转引自上海社会科学院法学研究所编译:《宪法》(国外法学知识译丛),知识出版社1982年版,第2—3页。

〔6〕《美国百科全书》(第7卷),转引自上海社会科学院法学研究所编译:《宪法》(国外法学知识译丛),知识出版社1982年版,第41页。

〔7〕小林直树:《宪法讲义》(上),东京大学出版会1980年版,第10页。

〔8〕《现代宪治》,1930年伦敦英文版,第10页。

“宪法是控制权力过程的基本文件，其目的在于提出限制和控制政权的范围，把规定的权力从统治者的绝对控制下解放出来，使他们在活动过程中取得合法的分享。”^[1]

其三，作为政治共同体的基本法秩序，确立了国家法律规范和法律制度的基础。韦德（E. C. S. Wade）和菲利普斯（G. Godfrey Philips）认为，广义的宪法形式，就是指涉及一国整个政体，涉及建立和规定或治理政府的法律规则的总和。^[2] 纯粹法学派创始人凯尔森（Hans Kelsen）认为：“国家的宪法，即通常将它的特征说成为国家的‘根本法’，是国内法律秩序的基础。”“实质宪法，不仅可以决定立法的机关和程序，而且在某种程度上，还可以决定未来法律的内容。宪法可以消极地决定法律必须不要某种内容。……宪法也可以积极地规定未来法律的一定内容。”^[3]

但是，需要指出的是，宪法作为政治共同体的基本法秩序，它的主要目的，是为了实现组成政治共同体（国家）的人类的自身利益。因为国家与国家权力不是被预先设定出来的，只有当人类生活中存在着的不同利益、诉求及行为方式的多样性被约束成为统一的行为或行动，并由此构建出政治统一体时，国家与国家权力才能现实地存在。^[4] 因此，从宪法功能的价值目标出发，调整国家权力与公民权利之间的关系，无疑是宪法作为政治共同体的基本法秩序的终极价值目标。近年来我国宪法学界对宪法概念的研究，也大都强调了这一点。^[5]

（三）宪法概念的阶级分析

与西方法学家的观点不同，马列经典作家们是从阶级分析的角度，对宪法的概念及其实质进行剖析。

首先，宪法是国家的根本大法。斯大林指出：“宪法并不是法律汇编。宪法是根本法，而且仅仅是根本法。宪法并不排除将来立法机关的日常立法工作，而要求有这种工作。宪法给这种机关将来的立法工作以法律基础。”^[6] 毛泽东也认为：“世界上历来的宪政，不论是英国、法国、美国，或者是苏联，都是在革命成功有了民主事实之后，颁布一个根本大法，去承认它，这就是宪法。”^[7] “一个团体要有一个章程，一个国家也要有个章程，宪法就是一个总章程，是根本大法。”^[8]

其次，宪法是阶级斗争的产物和总结，反映了阶级力量的对比关系。列宁指出：“什么是宪法？宪法就是一张写着人民权利的纸。真正承认这些权利的保证在哪里呢？在于人民中意识到并且善于争取这些权利的各阶级的力量。”^[9] “宪法的实质在于：国

[1] 《政治权力和政府程序》，1957年芝加哥英文版，第123页。

[2] 转引自罗豪才、吴瀚英：《资本主义国家的宪法和政治制度》，北京大学出版社1997年版，第3页。

[3] [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社1996年版，第287、143页。

[4] [德]康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，第8—9页。

[5] 关于这一点，将在下文“宪法概念的特征分析”中探讨。

[6] 《关于苏联宪法草案》，载《斯大林选集》（下卷），人民出版社1979年版，第409—410页。

[7] 《新民主主义的宪政》，载《毛泽东选集》（第二卷），1991年版，第735页。

[8] 《关于中华人民共和国宪法草案》，载《毛泽东选集》（第五卷），人民出版社1977年版，第129页。

[9] 《列宁全集》（第12卷），人民出版社1987年版，第50页。

家的一切基本法律和关于选举代议机关的选举权以及代议机关的权限等等的法律，都表现了阶级斗争中各种力量的实际对比关系。”^[1] 他针对“宪法不是阶级斗争的新场所、新形式，而是一种像自由派教授们所说的‘法制’、‘法律秩序’、‘共同福利’之类的抽象的福利”的观点，指出：“专制制度也好，君主立宪也好，共和制也好，都不过是阶级斗争的不同形式。”^[2]

其三，宪法是掌握国家政权的统治阶级意志的体现。马克思在谈到不列颠宪法的实质时说过：“不列颠宪法其实只是非正式执政的、但实际上统治着资产阶级社会一切决定性领域的资产阶级和正式执政的土地贵族之间的由来已久的、过时的、陈腐的妥协。”^[3] 列宁指出：“以前所有一切宪法，以至最民主共和的宪法的精神和基本内容都归结在一个私有制上。”“资产阶级的宪法上说：‘拥护私有财产的人和乞丐是平等的。’这就是资产阶级的自由。这种‘平等’把国家统治权交给了资产阶级。”^[4] 因此，“我们的宪法，我们的苏维埃……是揭穿资产阶级民主制的一切骗人把戏的最好的宣传鼓动材料。我们公开宣布了被剥削的劳动人民的统治”。^[5]

（四）宪法概念的特征分析

宪法作为国家根本大法，是宪法所特有的（法律）属性，也是宪法与普通法律的根本区别所在。而宪法作为根本法特征的基本表现，目前宪法学界比较一致的看法，都认为体现在宪法内容的根本性、效力的最高性和修改程序的严格性这三个方面。

较早系统地提出这一观点的，是群众出版社出版的高等学校法学试用教材《宪法学》一书。其中在谈到宪法的根本法特征时，认为这个特征主要表现在以下三个方面：第一，宪法的内容和普通法律不同，宪法规定的是国家的根本制度，规定社会制度和国家制度的基本原则；第二，宪法的效力和普通法律不同，它是制定普通法律的依据，普通法律的内容必须符合宪法的规定；第三，宪法的制定、修改程序和普通法律不同。^[6] 此后的一些著作和教材基本上都沿袭了这一观点，只是具体表述有所不同而已。这一观点虽然揭示了某些规律性的方面，但如果深入、仔细地研究，便不难发现，它并没有完全阐明宪法的根本法特征。因为所谓宪法的根本法特征，必然是其他规范所不具有的、而仅仅是宪法所特有的，并且是所有类型的宪法所共有的。但从上述各种观点所阐述的特征来看，首先，内容的根本性固然是宪法与其他法律的主要区别所在，可是我们也应当看到，尤其是在我们国家，除了宪法以外，执政党即中国共产党的纲领性、决策性文件的内容，同样是有关国家的根本制度和根本问题的，甚至是作为宪法内容修改和完善的指导，其根本性效力事实上要高于宪法。显然，内容的根本性并不能完全作为国家根

[1] 《列宁全集》（第17卷），人民出版社1988年版，第320页。

[2] 同上，第321页。

[3] 《马克思恩格斯全集》（第11卷），人民出版社1965年版，第108页。

[4] 《列宁选集》（第4卷），人民出版社1995年版，第122—123页。

[5] 《列宁全集》（第35卷），人民出版社1986年版，第77页。

[6] 吴家麟主编：《宪法学》，群众出版社1983年版，第21—26页。值得指出的是，该书中明确指出宪法的根本法特征表现在三个方面，但在后面的分析中，却又出现了第四个特征，即宪法的解释和监督实施有特别规定。

本法的特征的体现。

其次，上述有关宪法的根本法特征的分析，基本上都是从成文宪法的角度去分析、论证的，这无疑是片面的。因为我们所说的根本法特征，既包括了成文宪法，同样也包括了不成文宪法在内。有学者正是从这一点上，对宪法学界公认的根本法特征提出了质疑，指出：“理论界关于宪法为国家根本法的论证有待修正，原因就在于，从宪法的内容、效力和制定与修改程序三方面进行的论证只适用于成文宪法国家。然而，我们难道能够说，实行不成文宪法的英国没有国家根本法吗？”^{〔1〕}另有学者也认为，这种对宪法为根本法的解释具有很大的局限性，尤其是最高的法律效力、严格复杂的制定修改程序仅对成文宪法，特别是宪法典才适用。^{〔2〕}他还指出：一个宪法的定义即概念所包括的内容，不仅应当被作为宪法看待的事物所特有，而且还必须为每一部宪法所具备，至少是在已知的宪法中没有相反的情况存在，才算得上是一个科学的概念，不致因有相反的情况存在而使概念所揭示的事物属性发生内部的矛盾。而根本大法说的宪法概念恰恰就是在这一点上存在着逻辑上的错误和缺陷。他还专门以英国宪法为例，指出了这种以成文宪法典的属性来定义包括宪法性法律、宪法惯例在内的宪法，显然是犯了以偏概全的逻辑错误。^{〔3〕}因此，传统的分析和论证方法，具有很大的局限性，并不能准确揭示关于宪法的根本法特征的内涵。

其实，早在王世杰、钱端升合著的《比较宪法》一书中，对于宪法的特性问题，就已经作了形式上的特征和实质上的特征区分。^{〔4〕}宪法形式上的特征，主要表现在两个方面：第一，宪法的效力高于普通法律；第二，宪法的修改与普通法律不同。这种形式上的特征，是成文宪法所具备的，也就是说，这只是成文宪法在形式上具有的特征，而不是所有宪法（即包括不成文宪法在内）都必须具有的特征。宪法实质上的特征，则是从宪法的内容而言，主要包括两个方面的内容：第一，关于公民个人的基本权利和义务；第二，国家机关的组织、职权及其相互关系。这种实质上的特征，是所有宪法（不论是成文宪法，还是不成文宪法）都具备的。因此，作为严格意义上的宪法的特征，只能是实质上的特征，而不是形式上的特征。也就是说，宪法的根本法特征，只能表现在实质内容上。正确认识这一点，对于准确揭示宪法的根本法特征，是至关重要的。

那么，宪法作为国家的根本法特征，其实质内容究竟是什么呢？我们认为，要研究这个问题，首先不能脱离“法”这个基本的前提。宪法固然具有与普通法律不同的某些重要特征，如历史性、纲领性等，但有一点是与普通法律相同的，那就是从本质上说，它们都是“法”。研究宪法的根本法特征，自然也就应当从“法”的角度着手。就这个意义上说，宪法首先是法，或者具体说，是部门法，这是我们探讨宪法的根本法特

〔1〕 李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版，第141页。

〔2〕 王广辉：《宪法为根本法之演进》，《法学研究》2000年第2期。

〔3〕 王广辉：《比较宪法学》，武汉水利电力大学出版社1998年版，第18—19页。

〔4〕 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第2—4页。

征的法理前提,也就是说,宪法首先必须具备一般的法所具有的法理上的特征。

法是一定社会关系的调整者,统治阶级制定法的目的,是通过法来调整各方面的社会关系。而法对于社会关系的调整,是通过规定人们在一定关系中的权利与义务来实现的。例如,行政法规定的是各级行政机关权力的运作过程中的相互关系以及与公民之间的权利义务关系;民法规定的是平等主体之间的人身、财产及其有关的权利和义务关系等。宪法同样不例外,它也是调整一定的社会关系,但与其他普通法律所不同的是,宪法所调整的,是法所调整的各种社会关系中,最重要、最根本的社会关系,即国家权力与公民权利之间的关系,并体现了调整国家权力与公民权利的根本的价值理念和制度安排。在此基础上,形成了特定的法律关系,即宪法关系。正如有学者所指出的那样:宪法关系是宪法规范调整一定范围内的社会关系的结果,是社会生活中最根本的权利义务关系,直接反映着特定社会的基本利益结构和政治结构,并构成其他法律关系的基础。^[1]因此,宪法作为根本法的最主要的和最基本的特征,就在于它所调整的社会关系的根本性方面,即宪法所调整的社会关系,是一个国家中最为根本的社会关系——国家权力与公民权利的关系。^[2]这种根本性的属性,具体表现在以下几个方面:

首先,规定的原则性。原则性是宪法所调整的社会关系的根本性的突出表现。正因为宪法所调整的是一个国家中最根本的社会关系,这就决定了它在较多的情况下,对于特定社会关系的调整,通常只能是比较原则的,如对于国家权力与公民权利关系的相关规定,通常只是一些确认性的规定和制度安排,而不做具体规定。但这种原则性从另一方面来说,又正是其根本性的体现。因为这种原则性的调整是其他普通法律对于该社会关系的具体调整的基本依据和准则。

其次,内容的适用性。宪法对国家根本社会关系的调整虽然具有原则性的特点,但这种原则性与适用性并不矛盾,更不是互相排斥的。如前所述,宪法就其性质而言,同样也是“法”,并且首先是“法”,它与其他调整一定的社会关系的部门法一样,调整着特定的社会关系,即国家权力与公民权利关系。也正因为如此,宪法同样具有其他部门法所具有的一般法律特征,即适用性与制裁性。这也是宪法作为国家根本法的重要的法理前提。

其三,手段的根本性。宪法是对国家根本社会关系的调整,即国家权力的制约与规范以及公民权利保障的最根本的手段。尤其是在一些涉及公民权利的侵权案件中,当普通法律不能起到有效调整和保护的情况下,宪法作为有关公民权利保障的“最高层次”的根本法律,从理论上说,应当是公民权利保障的最终的和最权威的法律依据,运用

[1] 徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》,中国人民公安大学出版社2001年版,第110页。

[2] 虽然有学者也认识到了宪法所调整的社会关系的根本性问题,但却只是从基本社会关系与一般社会关系的角度来区分的,如将经济关系分为基本经济关系和一般经济关系。宪法和其他法律都可能调整经济关系,所不同的是宪法调整的是基本经济关系,包括所有制关系、分配关系等基本原则;而民法、经济法等法律则是在宪法所调整的基本经济关系的指导下,对发生在生产、分配、交换、消费过程中的一般经济关系进行调整。见蒋碧昆主编:《宪法学》(修订本),中国政法大学出版社2002年版,第5页。但笔者认为,这仅仅看到了宪法所调整的社会关系的根本性的一个方面,并没有真正揭示其主要方面。

宪法手段，援用宪法的有关条文进行司法裁决，从某种意义上说，无疑是法律救济的合适的和最终的手段。这也是宪法的根本法特征的形式属性，是宪法的最高权威的体现，是宪法作为根本法的体现。

宪法之所以是国家根本法，主要因为它所调整的社会关系，即国家权力与公民权利之间的关系，是国家根本的社会关系。（公民）权利制约（国家）权力是宪法的核心，并通过这种制约关系，实现其保障公民权利的终极目标。

二、宪治的含义与特征

20 世纪 80 年代末，我国理论界就提出了整顿宪法秩序、实行宪治的主张。郭道晖认为，宪治就是要“按照宪法的民主精神和原则治理国家；要使公民的宪法权利有法律保障，权利受到侵害时有法律保护，要使宪法授予的政府权力有法律制约，权力滥用时能受到法律追究，要提高全民特别是领导干部的宪法意识，树立宪法至高无上的权威，把国家与社会生活中多种问题提高到宪法原则上来认识和对待”。^{〔1〕} 宪治概念总体而言具有三个特点，首先，在语义上更具实然性，《说文》曰：“治从水”，因水疏导则为治，它专注的是具体的方法论，它虽然也关注宪制政府应然的状态，但主要着眼点放在实然的宪制体系能否得到有效的实施上。其次，是概念上更具有清晰性，虽然西方语境中立宪主义（Constitutionism）指的只是“这是一种对于政府的法律限制，这是任意性统治的相反面向”，或者“反对以任意的判决或仅由政府官员的行政命令来统治”^{〔2〕}，但是中国语境下的立宪主义却常常被视为西方政治制度的特指，它的英文对应词是“ruled by constitution”，虽然在 20 世纪八九十年代被使用过，但是并没有被当作带有意识形态色彩的政治口号来使用，因此在汉语中使用宪治概念能很好地避免外语翻译概念混淆而导致的不必要的困扰。再次是指向上更具有实践性，它虽然也关心宪法和政治体系的建构，但相比之下更侧重于对宪法所规定的政治制度的实施。

宪治理论不是一种带有意识形态色彩的“主义”，而是对宪法以及宪法精神要求下的国家机制的基本运行规则理论。就其内容而言，主要体现在以下几方面：一是确立宪法的最高权威地位；二是要求国家机关的行为都按照宪法法律的规定程序进行；三是国家各机关的权力运行受到约束；四是公民合法权利受到国家保障。

从宪治的内涵以及基本要求来看，主要具有以下几方面特征：

宪治与宪法是密切联系的。宪法是实行宪治的前提，宪治是制定宪法、实施宪法的目的。因此，宪法及其有效实施是实行宪治的基础和关键。有宪法不一定有宪治，但离开了宪法，便无所谓宪治；反之，离开了宪治，宪法就只是一纸空文。从某种意义上说，实施宪法的过程，也就是宪治的过程。

〔1〕 郭道晖：《整顿宪法秩序，实行宪治》，《法学》1989 年第 4 期。

〔2〕 晋振华：《思想史视域下的宪政主义——兼议“constitutionalism”的译法》，《河南工业大学学报（社会科学版）》2014 年 12 月。

宪治的基本精神,是规范公共权力的运行,这也是现代民主政治的基本特征。这一精神具体表现为两项宪法原则:第一,公共权力是人民通过宪法授予的,不得行使宪法没有授予的和禁止行使的权力;第二,公共权力不得侵犯宪法所确认的公民权利,而且有义务保障公民权利的实现。

实行法治是宪治的基石。宪治是一个动态的过程,它不仅需要特定的治国理念为理论支撑,更需要一套完整的治国方略来推进,需要一套具体的制度规范为保障。而法治不仅是一种法律理念和价值精神,更是一种治国的方略,一套制度规范及其运行机制。法治体现了宪治的基本要求。宪治的精神在于规范公共权力的运行,保障公民权利,而这些都是现代法治国家的基本内涵与基本要求,它强调“法律至上”、“法律主治”、“制约权力”、“保障权利”的价值、原则和精神。法治与宪治作为现代政治文明的重要标志,两者相互联系、相互作用、相互渗透、相互补充,构成了一个统一体。

三、宪法与宪治的关系

从对宪法概念的分析中,我们可以看出,它是通过一种特定的法律文本或规范,确立现代民主政治的基本理念和价值,作为国家治理的基本的制度规范。更为重要的是,宪法给我们提供了一套语言,凭借这套语言,我们可以保护那些我们认为重要的权利。^[1]而宪治就是依照这种制度规范进行国家治理,规范公共权力的运行,保障公民权利的实现。两者在总体上是-致的,宪法的基本价值决定了宪治的目标与方向,而宪治的实践推动了宪法的发展与完善。

宪法是宪治的前提,宪治则是宪法的终极目标。宪法是静态的宪治,宪治是动态的宪法。宪法的内容直接决定宪治的内容,立宪的目的就是宪治的目的。因此,宪法与宪治的关系,是密切联系的。

宪治是宪法的内容和实施。宪治是以民主政治为核心的,没有民主的事实,没有民主政治的建立,就不可能有真正的宪法,也就不可能有宪治。而宪法是以民主政治为前提、为内容的,是民主政治的制度化、法律化。一部真正意义上的宪法应当体现现代民主政治的基本理念观念和基本精神,即尊重人格,保障公民的权利、自由与平等,限制国家权力,同时,它要求宪法是人民行使主权的产物,并且充分体现人民主权。而这些都是宪治的基本内涵与要求。同样,宪治的发展,与一个国家民主政治的发展是紧密联系的,这也就意味着宪治构成了真正意义上的宪法的核心内容。同样,对于现代民主政治而言,制定宪法并不是目的,依照宪法进行治理才是其目的所在。而作为宪治的载体,任何宪治都是通过宪法的制定及其在社会生活中的实际实施而实现的,宪法实施的过程,也就是宪法治理的过程。

宪法是宪治的表现和依据。宪治以立宪(宪法)为起点,在形式上,实行宪治必

[1] [美]桑福德·列文森:《美国不民主的宪法》,时飞译,北京大学出版社2010年版,第4页。

须有一部具有“正当性”的宪法，无宪法即无宪治，宪法是实施宪治的依据。从世界各国立宪的实践看，无不以宪法的形式（成文宪法或不成文宪法），将立宪运动所取得的成果确认下来。因此，宪法是立宪运动成果的记载和集中表现。而宪法一旦颁布实施，就成为国家的根本大法和根本的活动准则，成为实行宪治的依据。而要保证这一点，制定一部具有“正当性”的、符合社会现实的宪法就成为关键问题。

宪法作为民主政治的制度化 and 法律化，是实行宪治的前提和依据。从外在的表现形式看，实行宪治首先是以宪法规范政治行为，同时又依据宪法的规定设立国家机构，确立国家制度和社会制度的基本框架的过程；从内在的规定性来看，实行宪治是在特定的文化背景下通过制定并实施宪法，来体现民主政治的基本价值。因此，宪法的内容直接决定了宪治的内容。而在近代法治条件下，政府权力应当受到法律的限制，这种法律主要或者首先是指宪法。宪法是限权政府的产物，宪法产生的本身就标志着有限政府或限权政府由理论转化为制度。宪法是由人民或者人民选派的代表制定的，是人民主权的具体体现。政府的权力由宪法授予，宪法对政府而言既是授权法，又是控权（或限权）法。作为授权法，政府权力来自宪法的规定，没有宪法的授权，政府就不能有所作为；作为控权法，政府行使权力的范围和方式由宪法予以规定。宪法以根本法的形式确立了宪治的体制与框架，为规范和限制政府权力提供了制度保障和法律保障。

因此，宪法与宪治的关系是形式与内容的关系，是辩证统一的。宪法是宪治的表现，是实施宪治的依据。实行宪治的过程，就是宪法在实施中不断发展、完善的过程。

第二节 宪治的价值

宪治作为现代社会政治体制的一种价值选择，强调了对政府权力（国家权力）的防范、限制与对公民权利的保障，强调了政府权力的有限性、服务性与公共性。它要求在民主的基础上服从多数的同时，又强调尊重少数，保障个体自由不受侵犯；它在要求公民政治参与的同时，又强调政治参与的有序性，防止“多数人的暴政”；它在要求政府机关各司其职的同时又相互制约。因此，现代宪治的价值体系已经超越了传统宪治的范畴，从消极宪治向积极宪治演进，呈现出多元化发展的趋势。对公共权力而言，从传统的有限政府拓展到对有为政府、有能政府与有效政府的追求；对公民权利而言，从排斥公共权力的非法干预到对积极参与公共事务的保障。因此，现代宪治的价值体系的重构，实际上是围绕着共生、共治、共和三个层面展开的。

一、共生：现代宪治的价值起点

共生作为现代宪治价值起点的核心，在于对人的价值的认同、保障与实现。也就是说，认同、保障并实现人在法律面前的平等地位和权利，禁止任何人、任何群体以任何形式侵犯公民个人的正当利益与合法权利，使每一个人在国家中都能够和平共处，享受安宁的生活。从这一要求出发，在进行宪治制度设计的时候，应当首先考虑到以下几方

面的问题:

首先,要符合并促进人类共同的生存法则。平等地善待自己并努力使自己成为完整的人的自我之道、平等地善待一切人并尽力使一切人成为完整的人的仁人之道、平等地善待一切生命并努力使一切生命成为完整的生命之道,构成了人的生存法则的价值原则;全面平等地追求分配的公正和实践的公正,这是人的生存法则的价值规范。而构建这种体现人类共同生存法则的价值规范,更是宪治追求的基本价值目标。在现代社会,人类共同的生存法则不外乎自由、平等、权利与责任。国家与政府的任务,就是实现并保障公民的自由,确保公民在法律面前人人平等,维护和保障公民的权利不受任何人以任何形式的侵犯;同时,公民个人也应当承担对社会以及对他人的责任,确保他人权利不会因自己的不正当行为而受到侵犯。

其次,要追求共同的价值和信仰。共同的价值和信仰是维系一个社会和国家共存和持续的基础。人类社会在长期的发展过程中,形成了一些基本的价值理念,如自由、平等、民主、正义、法治、人权等。这些价值理念已经成为现代社会共同的信仰与追求,而最能够整合与实现这些共同价值的政治模式就是宪治,这些价值只有在现代宪治的框架之下才能够得到真正的实现。因为对共同的价值和信仰的追求不能否认和排斥对特有价值与信仰的认可,相反,正是在对特有价值与信仰认同的基础上,才形成了共同的价值和信仰,对特有价值与信仰的尊重,恰恰是共同的价值和信仰的应有之义。而现代宪治的价值,也正是在于对共同价值和信仰体系的构建,形成国家和民族的凝聚力,构建一种和谐的政治关系。

其三,要实现个人与他人、个人与社会、公民与国家的和谐共处,为实现个人价值提供一个良好的社会生态环境。宪治也是一种生活方式,是国家政治生活的一种共同规则,宪治通过一系列的制度设计,确立一套正式的、规范的行为模式,为国家和公民的行为提供一种权威的指引,为个人与他人、个人与社会、公民与国家的和谐关系确立一套行为准则,为整个社会生活的和谐共处提供制度保障。

其四,要促进社会的公共福利。现代宪法制度设计的终极价值目标是充分实现个人自由,社会正义、民主法治,以及福利社会的建立,都是以个人自由的实现为皈依的;个人的权利和自由得到维护和保障,既是实现社会正义、民主法治、福利社会的动力,更是实现社会正义、民主法治、福利社会的真正目标。也就是说,只有真正实现社会正义、民主法治、福利社会,个人的权利和自由才能真正得到切实的保障和实现。因此,促进社会的公共福利,通过“共富”的途径实现“共生”的目标,是宪治的基本的价值选择。而这一目标的实现,最终有赖于国家和政府的有效作为,更加注重政府在促进经济发展、加强社会管理、保障个人自由等方面的功效,强调政府必须创造条件,确保每一个人享受同等的权利,要求政府在经济上对贫富两极分化的现象进行干预,建立健全社会保障体系,实现财富转移和经济相对平等,以保证民主政府能够既是受到制约的又是能动进取的——也就是说,既能积极促进社会福利,与此同时,又不陷入仅仅在其组织得最好的公民之间分配利益的专制之中。要做到这一点,就需要在进行宪法制度设

计时，不能仅考虑消极地限制国家（政府）权力，而是应当考虑如何在此基础上保障权力的运行，更好地发挥其积极作用，在对权力进行有效控制的同时，采取一种积极的、能动的制度设计，以保障权力能够得到充分、有效的运行，促进社会福利，使公民权利得到切实保障，实现社会正义。

二、共治：现代宪治的价值基础

宪治的制度设计所要解决的问题不外乎以下几个方面，即（1）如何维护和保障社会成员平等的生存权利和其他权利；（2）社会公共权利应该由谁来掌握；（3）如何理性地分配国家权力。而解决上述问题的基本途径，就是通过“共治”，使国家权力服务于公民权利，实现国家利益、社会利益和个人利益的协调。

首先，人民主权是实现共治的理论基础。按照人民主权的要求，国家的一切权力来自人民并且属于人民，国家权力必须依照人民的意志来行使；政府的权力是由人民所赋予的，人民通过宪法和法律规定了政府权力运行的边界，任何超越这个边界的行为都是违法的、无效的；人民是国家的主人，政府受人民的委托行使权力，并且受到人民的监督。在现代民主政治体制下，人民主权的基本要求，就是人民通过制宪行为，确立民主的程序和民主的制度去监督、控制国家权力的行使，协调公民权利、国家权力和社会利益三者之间的关系，从而引导国家政治民主化的发展方向。而这一切的目的，是为了全体人民谋取福利，为人民服务。为了保证国家权力真正掌握在人民手中，要求人民依法享有知情权、参政权、议政权和监督权，对国家机关的活动进行监督，以保证人民赋予的权力不被滥用。当然，这里的人民并不是独立的个体，而是包括了社会各个阶层、各个集团以及公民个人。可见，人民主权集中体现了“共治”的理念，同样，人民主权也只有通过“共治”才能真正实现。

其次，公民参与是实现共治的基本要求。按照人民主权的要求，人民依法享有参政权，这也就意味着各个阶层、各个集团以及公民个人，都有参与治理国家、管理国家事务、公共事务的权利。公民参与是实现“共治”的基本要求和基本内容，也是实现人民主权的重要保证。公民参与也是现代民主政治的重要标志。实行宪治不仅需要完善的制度安排，更需要每个公民的积极参与。公民通过民主程序积极参与国家事务的管理，不仅是民主政治的保障，更是培养公民美德的重要途径。除了通过相应的制度设计，保障人民对国家事务和公共事务的参与之外，构建公民社会无疑是保障公民参与，实现“共治”的一个有效路径。公民社会强调和倡导公民个人或公民社会组织，以多种方式积极参与社会公共生活。目前我国对公民社会的认识在理论与实践方面还存在一些误区，因此全社会要进一步正确认识公民社会，改变一些人对公民社会的误解，转变对公民社会的态度，特别是各级党政官员应当对培育和发展公民社会的战略意义有深刻的认识，从而采取积极鼓励和支持合作的态度。党和政府要进一步完善法规，依法对社会组织进行管理；要加快放松对社会组织的管制，更多地给予培育和扶持。各级政府应当广泛吸收社会组织参与公共政策的制定，特别是积极发挥社会组织在社会管理创新中的重

要作用,鼓励它们承担更多的公共服务,努力营造官民共治的社会治理格局。^[1]

其三,利益协调是实现共治的重要手段。现代社会是一个利益多元的社会,如何通过利益整合,实现利益的和谐,是进行相关制度设计时应当首先考虑的问题。要实现社会的公平正义,就应当在将这种公平正义作为一种基本价值存在的同时,转换为一种政治实践,而实现这一政治实践的途径,就是宪治。因此,在宪治的体制框架内化解矛盾,实现不同阶层、不同利益群体之间的和谐,通过制度性的利益表达途径,协调利益关系,保障不同群体利益和个人利益的实现,以最终实现“共治”的目标。

三、共和:现代宪治的价值目标

作为现代宪治的基本价值追求,共和所要实现的价值目标,就是通过共生、共治,使社会的各个阶层、各个集团、每个个体都有权参与国家事务的管理,并通过法律和程序化的规则解决不同阶层、集团和个体之间的矛盾和利益冲突。现代宪治通过依照一定的原则,对公共权力进行合理的分配,规定国家机构的权限及运作程序,来体现共和精神,同时,设置一系列的政治制度来保障共和目标的实现。其具体表现,就是通过宪法,将公共权力在各国家机关之间及不同层次之间进行划分,并限定权力行使的范围和方式,以保证公共权力的依法行使,防止公共权力对个人及社会的侵害。

如前所述,促进社会的公共福利是国家的基本目标,也是宪法制度设计的基本价值取向。要促进社会的公共福利,就需要政府的积极作为,但政府的积极作为又有可能带来另外一种结果,即政府非常有可能为了追求短期的集体福利,而牺牲个人和少数群体的利益。如何才能防止这种情况的发生呢?最好的办法,就是按照共和主义的精神,对公共权力进行科学、合理的分配,组成一个完整的、体现民主精神的动态运行体制,在这个体制下,所有权力都能够依法行使,所有权力的行使都有严格的程序规则,所有权力的行使都受到有效的监督,以实现民主、自由、平等、秩序、法治、人权等要素的有机统一与完美结合。

“共”所追求的目标,是通过宪治的制度安排,使公共权力得到合理的分配,以保障其在法律范围内依法行使。人民主权标志着人民作为一个整体,享有主权,但是人民的权力又必须通过一定的制度设计将权力分散为不同组织和机构来行使的权力才能获得落实。尽管不同机构和组织的权力是由人民主权推导而来的,但是权力异化的现象却屡见不鲜,由人民的“公仆”变成人民的“主人”的现象极易产生。这实际上是一个悖论:主权要求主体归宿的集中统一,但具体的落实又要求权力的分解。要解决这一问题,就必须理性认识人民主权原则与权力制约原则的关系,通过人民主权指导下的民主制度,产生公共权力机构作为权力载体,又将公共权力机构的职能予以分化,使各权力机构之间形成相互制约、互相平衡的关系。

[1] 俞可平:《营造官民共治的社会治理新格局》,《北京日报》2011年6月13日。

人民主权不是部分阶层或利益集团的主权，而应是由各个阶层、利益集团整合的权力。而以分权制衡为主要手段的权力制约，通过吸纳、协调众多的利益，通过对权力的合理分配，从而整合各种权力，使它们共同服务于人民的利益，不至于偏离人民主权这一根本原则。可以说，尽管权力制约并不能一劳永逸地解决人民主权问题，但至少在现阶段是实现人民主权最有效的手段。近现代世界各国的政治实践也充分证明了这一原理的科学性和合理性。权力制约是现阶段人民主权的主要保障措施，是对多元社会权力运行的最佳制度设计，也是实现“共和”的必由之路。

“和”所追求的目标，是政府和人民在制度化的框架之下，以理性和平的方式和手段，参与和处理国家事务和政治纠纷。这个制度化的框架，就是现代的民主制度。共和的精神是和平与宪法，^[1] 宪治保障了不同利益群体或个人的表达的权利，而法治规范了表达的方式。在现代宪治框架下，政治纠纷和社会冲突的解决，是通过“讲理”而不是“武力”来实现的。宪法和法律为政治纠纷和社会冲突的解决提供了规则与保障，有效防止了政治纠纷和社会冲突给国家和社会的正常秩序造成破坏。因此，要实现这一目标，就必须在全社会营造一个“讲理”的氛围，形成“讲理”的习惯，通过法律制度建立起“讲理”的规则，以宽容、理性、平和的心态对待分歧与冲突，并在宪法和法律的秩序范围内解决冲突。正如有学者所指出的那样，共和从字面上看就是共同和平，是大家都讲和平，放弃武力。大家都讲理，矛盾通过说理来解决，这是一个先进社会的基本标志。^[2]

第三节 宪治的文化基础

宪治作为现代社会的一种政治理念和治理模式，从其发展历史来看，虽然有着共同的思想理论基础，但同时又是基于一个国家特定的文化传统，由此也形成了不同形态的宪治模式。

一、宪治的思想基础

宪治的思想基础，源于西方的自由主义传统。从严格意义上说，自由主义作为一种政治主张，是近代启蒙运动的产物。启蒙思想家们强调人的价值即人的尊严、个体自主和自我发展，以及在政治、经济、宗教、科学等方面的个人主义信念，逐渐成了潮流，构成了现代自由主义的大部分内容。由于文化背景的不同，对自由主义的认识也不可避免地产生歧义；而这种歧义极端化发展的结果，又往往使人们对作为一种政治主张的自由主义的理解走向了它本来意义的反面。诚然，西方启蒙思想家们对自由的理解也并不完全相同，但其核心却是一致的，那就是自由是个人权利与自主的具体体现，而权利与

[1] 刘军宁：《共和·民主·宪政》，上海三联书店1998年版，第106页。

[2] 茅于軾：《全社会必须恢复讲理的风气》，《同舟共济》2010年第5期。

自主是以法律认可与保障为前提的。因此，作为启蒙思想家们所倡导的自由主义的核心内容的“自由”，实质上是一种“法律上的自由”，它要求在法律的范围内，排斥外在的强制和干预，保证个人意志的充分实现。对此，法国思想家贡斯当在“古代人的自由与现代人的自由之比较”的演讲中，就作了很好的说明：

自由是只受法律制约、而不因某个人或若干个人的专断意志受到某种方式的逮捕、拘禁、处死或虐待的权利，它是每个人表达意见、选择并从事某一职业、支配甚至滥用财产的权利，是不必经过许可、不必说明动机或事由而迁徙的权利。它是每个人与其他个人结社的权利，结社的目的或许是讨论他们的利益，或许是信奉他们以及结社者偏爱的宗教，甚至或许仅仅是以一种最适合他们本性或幻想的方式消磨几天或几小时。最后，他们每个人通过选举全部或部分官员，或通过当权者或多或少不得不得留意的代议制、申诉、要求等方式，对政府的行政施加某些影响的权利。^[1]

因此，自由是与权利密切联系在一起的，自由的本质在于对权利的认可与保障，而对权利的认可与保障，首先要求对政府权力加以有效的控制和制约，这是宪治的基本要求和目标。

自由主义作为一种政治思想，与法治主义是紧密联系在一起的，或者说，法治主义本来就是自由主义的一部分，因为西方传统上的自由强调的就是法律之下的自由，也可以称为有法律保障的自由。当然，这种法律必须受自然法（教徒的上帝的公正的法，非教徒的正义的法）的约束，必须是良法。对自然法的尊崇和向往，使人们倾向于制定一部宪法，作为政府和人民之间的契约，在地位上高于所有其他的法律。因此，自由主义运动的结果，直接推动了近代的立宪运动。而正是在不同文化背景下形成的自由主义，产生了英国、法国、美国等不同道路、不同模式的宪治。

（一）英国立宪运动的自由主义传统

身为岛国的英国是幸运的，在当时的历史条件下不需要建立一支常备军来抵御外敌（没有所谓的陆军，但有海军）；没有常备军队的国王，他的统治很大程度上取决于贵族和地方机构的支持。贵族的权力来自诺曼底人征服之后所受封的财产（土地），在传统上，英国贵族与法国贵族不一样，没有税赋豁免权，是主要的纳税人；由于贵族身份实行的是长子继承权，其他儿子不得不从事工商活动以获得收入，这就扩充了贵族家庭的财富来源。贵族们很清楚，自己的权力和自由来自作为土地财产所有者的地位，如果不能对国王征税的权力进行控制，自身所拥有的权力、自由就会削弱乃至丧失。因此，征税需要经过纳税人的同意这一原则，早在1215年的《大宪章》之前一个世纪就形成

[1] [法]贡斯当：《古代人的自由与现代人的自由》，阎克文等译，商务印书馆1999年版，第26页。