

XIANDAI GUOJIA DE XIANZHENG LILUN YANJIU

现代国家的 宪政理论研究

●杨心宇 主编



上海三联书店

XIANDAI GUOJIA DE XIANZHENG LILUN YANJIU

现代国家的 宪政理论研究

●杨心宇 主编



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

现代国家的宪政理论研究 / 杨心宇 主编.

—上海: 上海三联书店, 2004.12

ISBN 7-5426-2029-0

I. 现… II. 杨… III. 宪法—法的理论—理论研究 IV. D911-01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 139272 号

现代国家的宪政理论研究

主 编/ 杨心宇

责任编辑/ 王笑红

装帧设计/ 范峤青

监 制/ 沈 鹰

责任校对/ 张大伟

出版发行/ 上海三联书店

(200031) 中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail/shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷/ 上海师范大学印刷厂

版 次/ 2004 年 12 月第 1 版

印 次/ 2004 年 12 月第 1 次印刷

开 本/ 890×1240 1/32

字 数/ 260 千字

印 张/ 13.625

ISBN7-5426-2029-0

D · 85 定价 27.00 元

内 容 提 要

本书是围绕宪法学理论的基本命题和宪政制度发展的前沿问题而展开的一项基础性研究。本书运用规范分析和实证分析的研究方法，以历史和逻辑相统一的学术路径对宪法的生成、宪法的功能、宪法的实现以及宪法的价值等进行了探讨和研究。本书着眼于宪法发展的最新趋势，深刻地解剖了现代国家与宪法的互动关系，深入地分析了社会权利与国家权力的制约关系，全面地探讨了宪法之于现代社会生活所具有的功能，敏锐地探索了宪法所蕴涵并实现着的权利体系，明确地揭示了宪法在现代社会发展过程中的实现机制。由此，本书对宪法学学术研究中的重要命题提出了独到的见解，从而廓清了宪法学理论的基本框架。

前 言

宪法是国家的根本大法，在国家的法律体系中具有最高权威和最高效力。现代法治国家普遍以宪法为核心建立了民主宪政制度，并广泛开展了宪法学理论研究。西方宪法学理论丰富而完整，伴随着对西方宪政制度发展和西方政治文明的进步过程的解读，形成了以宪法本体、宪法内容、宪法制定与修改、宪法监督与诉讼等为框架的理论体系。但宪法是对一个具体社会的本质描述和一个民族国家的制度设计。西方的宪法学理论可资借鉴但不足提供中国国家建设以及宪政发展的学术资源，更何况西方各国的宪法理论与宪法制度尚存在许多差别，有些基本问题存在重大分歧，有待于进一步厘清。我国自清末修宪以来已有百年立宪历史，但宪政建设是一个历史的过程。党的十六大提出的建设社会主义政治文明的政治发展战略和第十届全国人民代表大会作出的宪法修正案，要求在法理学、宪法学领域开拓创新，深化理论研究。我国传统的宪法学理论受苏联影响很深，具有较大的片面性，在实践中产生了许多问题，致使宪法难以真正贯彻执行。目前学术界关于宪法的研究偏重于性质、效力等根本法层面的研究，囿于传统视野，有些关于修宪的研究较多地吸收西方思想，忽略对

我国社会的真诚思考，更有学者提出了一些貌似重要但实质错误的理论观点。这些都不能给出有说服力的理论解答。因此必须在充分研究、清理历史资料和各种观点的基础上，对宪法是什么作出具有说服力的回答，结合我国社会的实际，得出具有一定说服力的宪法理念并进行科学的制度设计。

宪法解决的是社会与国家的关系、国家自身的结构与权能问题。基于这样一个判断，本书围绕宪法文本和宪法制度的基本范式进行比较和实证研究，开展对宪法制度的理论问题与宪法发展的实践问题的探讨。本书的研究主要从五个方面着手：第一编研究民族国家与宪法的关系；第二编研究宪法所蕴涵着并实现着的权利体系；第三编研究宪法在现代国家中的功能；第四编研究宪法在现代社会中的实现机制。通过研究，本书试图对现代民主宪政国家的根本理念和基本规律进行归纳和总结，从而重新认识我国宪法学的基本理论观点，分析我国社会主义宪政制度建设的基本经验与教训。

本书试图在对宪法学本体论研究的基础上实现对传统宪法学理论的突破，具体表现在：（1）提出民族国家与宪法的互动关系理论；（2）在人民主权理论的基础上深化社会权力对国家的制约关系；（3）在对公民权利的研究中阐发公共权利的内涵；（4）分析宪法的功能，指出宪法除规范国家权力的制度及其运作外还具有促进社会发展、国家强盛的作用；（5）在肯定宪法对法律的根本性作用的同时，指出法律的立法依据主要在于宪法原则和宪法精神，而非具体的宪法规范条文，从而保证了宪法法律体系的完整性和开放性；（6）认为宪法并非包罗万象的百科全书，只需规定最根本的原则、制度，不应涵盖各社会领域；（7）明确宪法保护财产权的根本目的在于树立人格与社会伦理；宪法保护私有财产的绝对地位的观点已经过时，现代国家的宪法主张对各种财产

的同等保护；(8)指出宪法规定公民基本权利的目的在于肯定人的主体性和社会对国家的外在性；公民权利广于法定权利，宪法不应为公民设定义务；(9)违宪审查与宪法诉讼是有效和必然的保障途径，强有力的宪法监督推动着宪法的实施，体现着宪法的权威，保证着宪法的实效。

通过课题研究带动研究生教学和培养历来是复旦大学的学术传统。为了推动复旦大学理论法学的研究，繁荣宪法学的学术研究，回应建设社会主义法治国家和发展政治文明的需要，复旦大学法学院法理学和宪法学两个学科的教师和研究生对宪政理论问题共同进行了研究。本书就是这一共同研究成果的展示。我们知道，学术研究和理论创新必须继承前人的研究成果，付出自己的辛勤努力。为此，我们在广泛吸收学术界的既有成就的基础上，信守学术的规范性，坚持理论创新的方向，打破思想禁锢，努力探索新的学术领域，争取对学术发展作出一点微薄的贡献。目前展示在读者面前的只是我们初步的研究成果，我们还将继续深入、系统地进行后续研究，争取在宪法学领域取得更新的成绩。

我们欢迎读者参与我们的研究，对我们的这一成果提出中肯的批评。

作者

2004年7月于复旦园

目 录

前 言/1

一、主 权 编

第一章 市民社会与法治/3

第一节 市民社会理论/3

第二节 市民社会的特征/8

第三节 市民社会的法治基础/13

第二章 民族国家与宪法/17

第一节 美国/18

第二节 欧洲国家/20

第三节 后发国家/32

第四节 民族国家的立宪启示/39

第三章 主权国家与宪政/47

第一节 国家主权的理论/47

第二节 主权国家的合法性基础/58

第三节 人民主权与宪政/64

二、权 利 编

第四章 宪法权利/75

第一节 公民权利/75

第二节 宪法权利的概念/86

第三节 宪法权利的意义/90

第四节 宪法权利的辨析/95

第五章 宪法权利的保障/103

第一节 公民权利的保障书/103

第二节 宪法权利保障的比较/108

第三节 宪法权利的实现/116

第六章 公共权利/125

第一节 公共权利的概念/125

第二节 公共权利的逻辑基础/138

第三节 公共权利的体系/142

第七章 财产权/153

第一节 宪法与财产权/153

- 第二节 财产权的宪法保障/178
- 第三节 我国宪法对财产权的保障/198

三、功能 编

第八章 宪法的地位/209

- 第一节 宪法的理念/209
- 第二节 宪法与法律体系/231
- 第三节 宪法与法律的和谐/234

第九章 宪法的功能/239

- 第一节 宪法功能的概念/239
- 第二节 宪法的政治功能/244
- 第三节 宪法的经济功能/254
- 第四节 宪法的社会功能/262

第十章 中国宪政建设的价值实现/269

- 第一节 中国宪法的历史发展/269
- 第二节 当代中国的宪政建设/275

四、实现 编

第十一章 违宪审查的理论依据/283

第一节 违宪审查的概念解析/283

第二节 违宪审查的理论基础/291

第十二章 违宪审查的制度架构/299

第一节 违宪审查的主体/299

第二节 违宪审查的对象/302

第三节 违宪审查的程序/309

第四节 违宪审查的效力/314

第五节 违宪审查的基本模式/317

第十三章 违宪审查的制度变迁/337

第一节 违宪审查的发展趋势/337

第二节 中国违宪审查制度建设/340

附录：宪法文本分析/351

一、方法/353

二、结果/361

三、框架/388

四、宪法文本的结构功能差异/395

一·主权编

第一章 市民社会与法治

第一节 市民社会理论

市民社会理论是西方传统政治学对公共权力和个人自由关系的一种哲学思考。在西方政治思想史上，一般认为，市民社会有两种含义，近代含义始于 18 世纪的启蒙时代，表示国家控制之外的社会经济生活。在这种含义中，市民社会和政治国家是一对对立的范畴。另外还有古典含义，表示建立了政府的文明社会。在许多古典文献中，“市民社会”一词可以与当时人们用于表达国家或城邦的各种术语互相交换使用。它们都表示人类的一种文明的、政治的和法律的生活方式。与市民社会相对的不是国家，而是野蛮的部落生活。这古典的含义，可以从古典自然法学说经过西塞罗的市民社会思想，追溯到亚里士多德的政治哲学。在进入 18 世纪后，虽然市民社会的古典含义仍可在许多人的著作中找到，但是在另一些人的著作中，市民社会的含义逐渐发生变化，这种变化最终导致了市民社会和国家在概念上的分离，它们被当

作了不同的实体。

一、启蒙学者的观点

潘恩在其《人权》一文中明确区分了市民社会和国家。他把市民社会看作是一个不具有政治因素的、从属于自然状态的社会，他所说的市民社会包括不分性别和财产差别的所有个人在内。市民社会是个人根据自己和彼此的物质需要自愿结成的社会经济联合。这些基于人的自然本性的联合体现了自由平等和互利的竞争关系。在他看来，市民社会本身无需经过国家就可以实现自决和协调。国家作为所有个人订立的社会契约，是为了防范和惩罚人的邪恶本性，是以恶制恶。因此，国家和市民社会构成了一种逆反关系：市民社会组织得越完善，越能实现自我调节，也就越不需要国家。即使在最民主的制度下，国家至多不过是一种无可避免的恶，因此必须最大限度地限制国家的活动。

黑格尔在《法哲学原理》中则将市民社会的概念及理论发展到了新的高度，提出了国家对社会及个人存在和发展的必要性。他否认市民社会是一个自然状态的社会。他认为以个人私利活动为内容的市民社会实际上是历史的产物，是继狭隘、和谐和利他的自然组织即家长制家庭之后发展起来的人类第二种道德组织形式。市民社会以私利为基础，充满了无休止的冲突。这种缺陷只有通过国家才能克服。国家不是个人订立社会契约的产物，它代表了不同于利己主义的公共利益，同时也保证了个人和其他社会组织的特殊利益。国家是普遍利他的，它没有取消家庭和市民社会，反而克服了它们的局限。黑格尔的国家理念意味着将传统的、个人的、种族的、宗教的、集团的利益整合到国家的利益中，为民主宪政的核心概念之一即国家主权奠定了理论基础。

在黑格尔对市民社会理解的基础上,法国著名思想家托克维尔在承认国家对社会是必要的同时,提出由于国家的存在,现代市民社会面临的威胁不再是各种特殊利益引起的混乱和冲突,而是民主机制所可能造成的集权化的管理国家(多数暴政),即所谓的新专制主义。因为民主国家一方面为社会带来了巨大的公共福利,并把平等扩大到一切阶层和领域,另一方面又剥夺了市民社会的自由,使个人在生活细节上从属于国家权力。他认为,人们不能通过取消国家权力和撤销政治机构来消除这种平等和自由的冲突;为了防范民主国家可能产生的新专制主义,必须扩大社会参政和发展独立于国家的各种社会联合和社会组织。可见,托克维尔相当重视市民社会对政治权力的制约。在他的心目中,一个由各种独立的、自主的社团组成的多元的社会,可以对权力构成一种“社会的制衡”。这一点是保证美国民主制度是自由主义民主制度的重大因素,也是保证民主不致堕落为多数暴政的重要因素。

可见,市民社会理论自近代产生起就具有强烈的反专制主义目的和本质。在启蒙时代,该理论就是作为制约因素与国家崇拜的观念共同发展起来的,它的主要目的就是为国家的活动确定一个适当的界限。在启蒙学者看来,市民社会代表了个性、欲望和自由,是人类永恒的生命源泉。国家则代表了普遍意志、理性和强制。国家的存在虽是必要的,但它是为市民社会而存在的,如果任国家无限制地发展,则会窒息市民社会的活力。西方市民社会理论主要表达了启蒙学者对资本主义的国家与社会的相互关系的理解。他们把全部社会生活按照公与私分为两个领域。公共领域是指国家或政治社会,私人领域则被概括为市民社会。市民社会以个人活动和个人交往为内容,它既包括分工协作和贸易等经济关系,也包括言论、结社、迁徙和安全等社会行为关系。市民

社会被视为个人的天地和自由的王国。在国家面前，这个领域是神圣不可侵犯的，但市民社会的成员当然地参与国家生活。

二、马克思主义的观点

马克思在创立历史唯物主义过程中也广泛使用市民社会这个基本概念。马克思在使用这个概念时，既有对整个人类文明史尤其是近代形成的资产阶级社会的理解与解释，也有对启蒙时期以来一些资产阶级学者所阐述的市民社会理论的批判。按照马克思的观点，市民社会是与一定历史时期的生产力和生产方式相联系的社会交往形式，它包括各个个人在生产力发展的一定阶段上的一切物质交往。这些交往既表现为起初作为市民社会的前提和基础而后来却成为其从属因素的家庭，又表现为整个工商业生活及相应的社会组织。市民社会是全部历史的真正发源地和舞台。在前资本主义时代，市民社会具有直接的政治特征，个人没有独立的私人领域，他们从属于各种宗法的、宗教的和政治的共同体。另一方面，政治或国家也没有独立的公共性质，它表现为世袭和非世袭的特权。资产阶级的政治革命使市民社会摆脱了政治桎梏，“粉碎了束缚市民社会利己主义精神的羁绊”。^①从此，市民社会作为私人利益的王国同作为公共领域的政治国家分离了，市民社会成为政治国家的基础。因此，真正的市民社会“只是随着资产阶级发展起来的”。^②但是政治国家和市民社会的分离却是为了资产阶级在市民社会这个私人自由王国的统治。因此，获得解放的市民社会表现为资产阶级统治的社会，政治国家则是“属于

① 《马克思恩格斯全集》，第1卷，第442页。

② 《马克思恩格斯全集》，第3卷，第41、70页。