

清华大学出版社

现代宪法的法律基础

（德） 施密特 著

王 磊 译

现代大学宪法丛书

现代宪法的逻辑基础

◎ 莫纪宏 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

现代宪法的逻辑基础/莫纪宏著. — 北京:法律出版社,
2001.9

(现代大学宪法丛书/莫纪宏主编)

ISBN 7-5036-3519-3

I. 现… II. 莫… III. 宪法-法律逻辑学-研究
IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 058525 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/17.625 字数/461千
版本/2001年12月第1版	印次/2002年11月第2次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法学学术出版中心/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414883	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号:ISBN 7-5036-3519-3/D·3236	定价:36.00元

序 言

对于一个真正的学者而言,如果遇到已经存在的绕不开的问题,那么将会是终身的遗憾;然而,如果对绕不开的问题不能寻找出满意的答案,则不得不面对地地道道的学术上的失败。

——对“朝闻道夕可死”圣言的自析

佛教讲“三惑”,大凡一切有情众生成佛之前必然会陷于“见思惑”、“尘沙惑”和“无明惑”。纵然是等觉菩萨,还有一许的生死,仍有未解脱的无明。

至于吾辈庸人,不要说了知那“尘沙惑”、亲证“无明”之因了,即便是“见思惑”也无法识得透明。愚虽研习宪法 15、16 年,年亦近不惑,然常常有力不从心之感。深感宪法之理高深莫测,不得要旨。前 10 年勃勃雄心,有纳天下之理于一体之宏愿。然而,却忘了革命导师恩格斯之训:“近来在德国,天体演化学、自然哲学、政治学、经济学等等的体系,雨后春笋般地生长起来。最蹩脚的哲学博士,甚至大学生,不动则已,一动至少就要创造一个完整的‘体系’”。(《马克思恩格斯选集》第 3 卷第 46 页,人民出版社 1976 年版)可谓不识“体系之惑”。近 5 年来,广阅中外典籍,慨叹年幼无知之时浪费不少时间,亡羊补牢,开始寻找一些有意义的问题来揣摩揣摩。不过,在感叹前贤聪慧有加时,常常有不安分之心,总想寻找一点属于自己的东西。

早在撰写博士论文时就已经有成此书之意,其时已过 10 余载,经过近 10 余次改正,至今仍然惶恐不安,怕泄露了根本的无知。然丑媳妇总得见公婆,不妨丢人现眼一回,也好受点风雨清凉清凉。在

大无畏的豪言壮语中,宁愿选择“地狱不空,誓不成佛”的箴言,而不愿背着“我不下地狱谁下地狱”的恶名。

本书各处微言之论多有杜撰之嫌,不过,却也是深思熟虑之果。虽然许多环节仍有逻辑、文理勉强之处,好歹可以待日后更正。

愚以为,宪法之学,乃人类最高理性之所在,盖与根本之法性质相关。寻求终极理性是吾辈学人孜孜以求之理想,虽毕一生之力也在所不惜。然观传统宪法之学,弊端之处俯拾即是。众说纷纭处逻辑单薄,不能形成公信的理论平台。以逻辑的方法来观察宪法,其本质是以最有效的方法来研究最复杂的问题,应成理性之“极学”。愚虽不才,不敢枉称已悟真机,不过,至少对宪法逻辑学重要性的认识不至于贻笑大方。从问题入手,在逻辑中探索解题的根本手段,可以不分时间和区域,自成“为学”独特之风。

在无力以逻辑成学之前,只得以逻辑的方法来对宪法之本质“评点感悟”。虽难合吾之本意,然无奈之余对所发言论也不敢有稍许懈怠。以愚见,欲振兴我国宪法之学,必须要有一整套分析宪法的新的工具。盲从西学,只能亦步亦趋,终会落入西人所掘的逻辑陷阱之中;只有另辟蹊径,方能独断独行,有所创造和发现。即便无法奉献一个逻辑的体系,但至少可以获得一些值得回味的问题留于后人研判。本书致力于挖掘那些隐藏在宪法现象背后已经沉睡了很久很久的问题,若读者阅毕此书能对笔者所提出的问题以及提出问题的角度有所回味,也不枉愚 10 年来的良苦用心。

无意哗众取宠,仅以此简要之序明志。

目录

1	序 言
1	第一章 宪法逻辑学的方法论
1	一、宪法的传统研究方法及其缺陷
1	1. 宪法传统研究方法的类型及其特征
3	2. 宪法传统研究方法的逻辑缺陷
6	3. 东方哲学观在宪法研究中的地位
10	二、什么是宪法问题
10	1. 问题是什么?
14	2. 悖论是真实的吗?
16	3. 怎样获得宪法问题?
34	三、宪法的元理论研究
34	1. 元理论的概念与意义
36	2. 宪法学元研究的状况
51	3. 宪法元理论研究中的逻辑缺陷
52	四、宪法逻辑学是人类理性的最高体现
53	1. 正当性的逻辑结构与功能
58	2. 合理性规则的来源
65	3. 确定性在认识论上的求证方法
75	4. 判定有效性的标准
77	5. 宪法逻辑学的协调与发展
79	五、以普遍主义为基础构造面向 21 世纪的宪法学
79	1. 三个层面的宪法哲学及其特征
81	2. 宪法实践是推动宪法学发展的基本动力
82	3. 普遍主义是成熟的宪法哲学的理论前提
83	4. 面向 21 世纪中国宪法学的研究目标与任务

88	第二章 反抗应然性——一种宪法逻辑学的视野
90	一、由“应然性”产生的逻辑困惑
93	二、“应然性”的性质
96	三、“应然性”的证明路径
96	1. “应然性”的本体论证明
98	2. “应然性”的认识论证明
99	3. “应然性”的价值论证明
103	四、“应然”的宪法与宪法的“应然性”
104	1. 前宪法现象的“应然性”基础
107	2. 宪法现象的“应然性”基础
109	3. 宪法逻辑学在分析宪法价值逻辑运动特征中的作用
113	第三章 五种关系的递进理论:宪法逻辑学的历史使命
116	一、具有本体论意义的五种基本关系
117	1. 五种关系的逻辑递进性
119	2. 五种关系的相互独立性
119	3. 五种关系的统一性
120	二、宪法关系与五种基本关系的对应性
121	三、宪法逻辑学的历史使命
123	1. 规范与标准的界限
123	2. 宪法修改的原因
131	第四章 超越主体性
132	一、意志与利益的一般逻辑特征
137	(一)意志特性的逻辑表征
138	(二)利益特性的逻辑表征
140	(三)意志和利益互动关系的逻辑表征
144	二、主体性是意志性与利益性的辩证统一
145	三、主体性的宪法基础

147	四、超越主体性
150	第五章 现代宪法的逻辑起点:对“自由”内涵的重新定位
152	一、自由的特性及其意义
155	二、自由与逻辑的关系
159	三、自由观念对现代宪政的影响
162	四、现代宪政的几个价值尺度
162	1. 人权是一种自由利益
166	2. 权利与自由的关系
167	3. 动物和植物的权利问题
169	4. 利益与自由
174	5. 自由主义与文化
180	6. 文化、文明与自由
182	第六章 从权利到人权的逻辑演进
185	一、人权问题的历史演变
194	二、权利生成的逻辑分析
195	1. 个体需求满足关系
196	(1)需求的性质
196	(2)生产结果的性质
198	(3)生产行为的性质
199	2. 群体需求满足关系
200	(1)个体获取他人劳动成果的方式
202	(2)群体需求满足实现的逻辑条件
203	(3)群体需求满足实现的现实条件
204	三、公共权力和公共规范的逻辑根据
206	四、人权理念的逻辑基础
208	五、甄别人权与权利内涵的意义
211	第七章 论宪法原则
212	一、宪法原则概念的法理考察

214	二、宪法原则的基本属性
216	三、宪法原则概念的表现形式
218	四、宪法原则的概念及其功能
221	五、宪法原则的逻辑体系
225	第八章 制宪权的逻辑力量
226	一、宪法制定权概念的起源
229	二、主权与宪法制定权
230	三、宪法制定权与宪法解释权
231	四、宪法制定权与宪法修改权
232	五、宪法制定权与缔结条约权
233	六、《立法法(草案)》的合宪性研究
234	(一)《立法法(草案)》合宪性的分析方法
239	(二)《立法法(草案)》中立法权的合宪性分析
242	(三)《立法法(草案)》对立法权限划分的 合宪性分析
244	(四)《立法法(草案)》宪法依据的合宪性分析
246	(五)《立法法(草案)》中立法监督权的合宪性研究
253	(六)《立法法(草案)》立法技术的合宪性分析
255	(七)保证《立法法(草案)》合宪的主要法律路径
258	第九章 法律体系构建的非法治化倾向
260	一、法律体系的理性特征
263	二、《立法法》的极端民主化倾向
265	三、宪政及其法治自由理念的基础
269	四、公私法理论在构造法律体系中所造成 的理论误区
275	第十章 宪法权力:法治与人治的分水岭
276	一、宪法权力的性质
279	二、宪法权力的范围
280	三、宪法权力的功能

281	四、宪法权力的来源及其效力
283	五、紧急权的正当性
287	第十一章 宪法权利：一种“法治性”的权利
289	一、宪法中的权利与自由之别
293	二、权利等价物与公权、私权的性质区分
293	1. 权利的通约与通约的权利
297	2. 公权与私权之别
299	三、宪法权利的功能
301	第十二章 诉权是现代法治社会第一制度性人权
302	一、人权的道德应然性与法律应然性
303	二、司法权是市民的权力
304	三、诉权是现代法治社会中第一制度性的人权
305	四、宪法诉讼是人权司法救济的前提
309	五、人权国际保护的司法意义
310	六、保障人权的司法救济最终性的途径
313	第十三章 表达自由：民主合法性的最低保证
314	一、表达自由概念的起源及内涵
320	二、表达自由的性质
322	三、表达自由在保障政治表达中的作用
325	四、表达自由的法律界限
326	五、表达自由与不受种族歧视
331	第十四章 认真地对待宪法程序
332	一、“应然”的宪法是一种程序
334	二、宪法的“应然性”表现为一种程序
337	三、程序危机与价值危机
338	四、宪法程序在建立宪法制度中的功能
340	第十五章 宪法规范的逻辑结构
341	一、宪法规范的构成要素
342	二、宪法规范的逻辑结构

345	三、宪法规范的存在方式
347	四、宪法规范与法律规范的关系
351	第十六章 社会权利主体的逻辑推定：“最终的监督者”
353	一、“社会权利”对“自由”价值属性的支配作用
355	二、“社会权利”是制约国家权力的价值手段
356	三、“公民权利”与“社会权利”的互动关系
357	四、“宪法监督”与“宪法制约”的性质分别
361	第十七章 宪法责任的逻辑构造
363	一、宪法责任的主体
363	1. 参与“宪法契约”主体的“宪法责任”
364	2. 作为“授权委托书”主体的“宪法责任”
364	二、宪法责任的判定标准
366	三、宪法责任的作用
368	四、宪法责任的形式
368	1. 社会监督责任
370	2. 公民责任
370	3. 代表责任
370	4. 宪法职责
373	第十八章 国家主权的逻辑状态
374	一、“国家主权”的理论由来、特征及其功能
374	(一)“国家主权”的理论学说
375	1. 自然法理论
376	2. 实证法理论
377	3. 政策法学派
377	4. 批判法学派
378	(二)国家主权的特征
378	1. 外部独立
379	2. 内部自主

380	(三)国家主权的功能
380	1. 主权平等原则
380	2. 不干涉原则
381	(四)国家主权概念内涵的发展
385	二、国家主权的道德性与法律性
389	三、国家主权是国家利益的所有权
395	第十九章 国际法与国内法关系的理论平台
395	一、国际法与国内法关系的传统法理及其理论缺陷
395	(一)国际法与国内法关系的传统法理
395	1. 关于国际法与国内法关系的理论模型
398	2. 国际法与国内法关系在实践中的表现形式
402	(二)国际法与国内法关系传统法理的理论缺陷
402	1. 缺少逻辑基础
405	2. 缺乏宪政理念
406	二、确立国际法与国内法关系的分析方法
406	(一)“同一性”或“间性”的内涵及其意义
407	(二)国际法与国内法之间的“同一性”或“间性”
408	1. 国际法与国内法制定主体意志的“同一性”
410	2. 国际法与国内法制定主体利益的“同一性”
411	3. 国际法与国内法制定主体的“间性”
412	三、法治原则在建立国际法与国内法关系中的作用
412	(一)民族国家在现代国际秩序中的作用
414	(二)法治原则下现代国际关系秩序的基本结构
415	(三)权力形态的国际化与全球利益一体化
417	第二十章 论国际人权公约与国内宪法的关系
419	一、国际人权公约的效力
419	1. 国际人权公约在国际公法领域中的效力
420	2. 国际人权公约的强制力
421	3. 国际人权公约在国内司法程序中的影响

- 421 4. 怎样处理国际人权公约中不一致的规定
- 422 二、缔约国在国际人权公约下所承担责任的性质
- 422 1. 缔约国在国际人权公约下所承担的
责任的法律依据
- 422 2. 缔约国在国际人权公约下所承担的
责任的性质
- 423 3. 缔约国退出国际人权公约的权利
- 424 4. 基于国际人权公约规定缔约国所承
担责任的形式合理性
- 425 5. 缔约国在国内立法中对应当遵守的
国际人权公约所承担的适当责任
- 425 三、正确理解国际法与国内法的关系
- 427 四、增进实施普遍人权的有效途径
- 429 **第二十一章 论对普遍人权的宪法保护**
- 430 一、应当建立普遍人权与宪法权利之间
逻辑上的一致性推定
- 433 二、宪法与国内普通法律在保障国际人权
公约中所确认的普遍人权中的逻辑联系
- 435 1. 宪法权利不完全是人权意义上的法律权利
- 441 2. 宪法权利与两个人权公约中的普遍
人权之间的逻辑对应关系
- 448 三、我国批准两个人权公约可以选择的应对之策
- 451 **第二十二章 宪政是宪法逻辑运动的状态**
- 453 一、宪政的概念
- 454 二、宪政的起源
- 455 三、宪政的特征
- 456 四、宪政的目标
- 456 1. 宪法发挥作用的基本前提和条件
- 457 2. 宪法在组织国家政权方面的作用

459	3. 宪法在保障公民权利方面的作用
461	4. 宪法在维护国家和社会基本制度方面的作用
461	5. 宪法在实行法制统一方面的作用
463	第二十三章 社会自治与现代宪政
464	一、“法治”理论在逻辑上的不周延
464	二、“主体自治”是人权理论的基石
465	三、“社会自治”是宪政理论的出发点
466	四、“社会自治”下的道德与法律的一元化
468	五、“社会自治”的正当性基础
469	六、“社会自治”的文化基础
471	七、“个人自治”和“集体自治”之间关系的理性模式
472	第二十四章 “自治”与“法治”
473	一、自治的辞源意义
475	二、自治理论的起源
480	1. 民族自决权思想与自治
482	2. 地方自治思想是现代自治理念的核心
487	3. 自己决定权扩大了现代自治思想的内涵
489	三、宪法逻辑学的自治理念
490	四、我国自治制度的法律特征
490	1. 自治在我国法律中的表现形式
494	2. 从宪法逻辑学看我国自治制度的基本特征
494	(1) 自治权应当是一种法律权利
498	(2) 自治权的范围由法律加以规定
500	(3) 自治形式包含了比落实自治权更广的内容
501	3. 我国村民自治的法律特征
502	(1) 我国村民自治的目的
504	(2) 村民自治的实质是村自治
506	(3) 村民自治是法治下的自治
510	第二十五章 宪政、普遍主义与民主——第

五届世界宪法大会学术研讨会综述

510	一、宪法审判的合法性与民主
513	二、民主代表制的宪法框架
515	三、基本权利的普遍性与文化多元主义
518	四、面向变化中的民族国家的宪政
520	五、少数人的宪法权利
521	六、个人与集体平等权
523	七、法治与法治国家
524	八、市场经济与宪政
526	九、人权的国际法与国内法保护
527	十、全球化、私有化与自由主义
529	后 记
533	参考文献
533	主要中文参考文献
542	主要外文参考文献

第一章 宪法逻辑学的方法论

【内容提要】 本章主要介绍了宪法逻辑学方法论的主要内容以及宪法逻辑学方法论对于深化宪法学基础理论研究的意义。笔者认为,传统的宪法学理论研究存在的问题主要涉及到两个方面:一是宪法学理论体系的建立没有以宪法问题为核心,宪法学理论的功能没有得到充分地展开和实现;二是缺少对应然逻辑规律的关注,特别是在宪法学的基本范畴的构建中没有区分事实问题与价值问题,缺少必要的方法论,存在着以简单的经验事实来代替价值问题的倾向。笔者指出,宪法属于价值现象,因此,分析宪法现象的基本方法必须体现价值的基本特性,即应当将宪法置于手段与目的之间的因果链中,通过探讨宪法的正当性(合法性)、合理性、确定性和有效性等基本价值属性来认识宪法现象的基本特征。笔者将上述分析方法贯穿于全书的始终,旨在通过宪法逻辑学的方法论来发现那些长期隐藏在宪法现象背后因为没有恰当的方法论而未被发现的价值规律。在笔者看来,宪法学是历史学与逻辑学的统一,宪法逻辑学是人类理性的最高体现,因为它的方法论是采用最有效的方法来解决最复杂的社会问题。宪法逻辑学的建立对于推进道义逻辑学的逻辑形式和逻辑规律的发展具有非常重要的意义。

一、宪法的传统研究方法及其缺陷

1. 宪法传统研究方法的类型及其特征

应该以何种方法来研究宪法,这个问题是宪法学最基本的理论问题。因为即便宪法在现实生活中早已是一种客观的社会现象,在

对现实存在的宪法仅作客观性描述时,这种描述的结论也不可能摆脱来自描述方法自身属性的影响。所以,宪法方法论是宪法学中最基本的范畴。

不管宪法学者在研究宪法现象、阐述宪法价值时是有意还是无意地使用某种研究方法,对这种研究方法可能带来的后果通常是不自觉的。方法的意义成了毋庸置疑的学术前提,而不同的方法意义之间的联系以及这种联系的性质对研究对象属性和特征的影响几乎可以忽略不计。这种学术上不自觉直接的后果导致了价值层面上的宪法失去了应有的理论平台,不同的宪法理论之间因为表述话语的巨大差异而失去了应有的逻辑上的递进关系。这一现象明显地反映在不同国家的宪法学著作中。

荷兰宪法学家亨利·范·马尔赛文和格尔·范·德·唐在《成文宪法的比较研究》一书中曾将宪法的传统研究方法归纳为以下6类:①历史的研究途径;②制度的研究途径;③意识形态的研究途径;④功能的研究途径;⑤结构—功能的研究途径;⑥体系的研究途径。^①我国宪法学者一般习惯于将宪法的研究方法归纳为:①系统方法;②本质分析方法;③理论联系实际方法;④历史方法;⑤比较分析方法等。^②对宪法传统研究方法的概括,上述两种观点是中外宪法学者比较具有代表性的,反映了中外宪法学者进行宪法研究时所运用的方法上的差异。但是,不论是哪一种观点,对所运用方法的性质、意义以及方法之间的联系、方法与研究结果之间的价值互动关系都很少涉及或者没有加以必要地展开,这就导致了方法在分析宪法现象和宪法价值中的自觉性较为欠缺,方法利用的有效性没有成为学术研究中的显性问题。这样的宪法研究方法对于建立基础性的宪法

① 参见荷兰宪法学家亨利·范·马尔赛文和格尔·范·德·唐著,陈云生译:《成文宪法的比较研究》,华夏出版社1987年10月第1版,第302页。

② 参见许崇德主编:《中国宪法》(修订本),中国人民大学出版社1996年7月第2版,第17—19页。