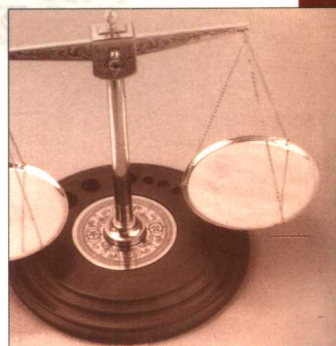




XIANFAXUE SHILUN

宪法学十论

胡建森 / 主编

04

出版社



宪法学十论

王康 著



宪法学十论

主 编:胡建森

副主编:朱新力 范剑虹 章剑生

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法学十论/胡建森主编. - 北京:法律出版社,1999.6
ISBN 7-5036-2841-3

I. 宪… II. 胡… III. 宪法-法的理论-研究-中国
IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 18890 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/张宇东	责任校对/杨昆玲
印刷/北京宏伟胶印厂	
开本/850×1168 毫米 1/32	印张/9.375 字数/230 千

版本/1999 年 9 月第 1 版	1999 年 9 月第 1 次印刷
印数/0,001—3,000	

社址/北京市西三环北路 105 号科原大厦 4 层(100037)
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2841-3/D·2552

定价:19.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

论宪法基本功能的实现	季 涛	1
论宪法修改	李春燕	36
论宪法解释	朱新力	66
论宪法程序	费善诚	95
论完善人民代表大会制度	金承东	137
论行政委任立法及其监控模式	傅国云	166
——宪政与行政权的冲突与融合		
论基层民主政治建设——基层群众自治制度	高 杰	204
论授权立法	金伟峰	229
论检察权	章剑生	252
论德国宪法法院及其借鉴	范剑虹	275
后记		293

论宪法基本功能的实现

○季 涛*

一个国家虽然制定了完备的宪法,但如果宪法理应具备的基本功能因各种原因的阻碍而无法充分实现时,这个国家就等于没有完整的宪法,等于没有真正的宪政;即“无宪法功能则无宪法可言”。^① 因此,研讨宪法的功能障碍以及消解它的机理,寻找实现宪法基本功能的有效方法,对于国家宪政建设而言是意义重大的。

一、宪法的基本功能及其实现方式

宪法的功能^② 是指宪法作为一个特殊的法律部门,其规范体系在实施过程中对其所调整的社会关系产生特定影响的机能及由其形成的结果。宪法规范的基础性决定了宪法功能的具体内容是非常丰富多样且极具层次性的,对于不同的分析者基于不同的需要与视角可以作各种界定与划分。比如,根据宪法功能发挥作用的不同社会领域,可以将其分为政治功能、经济功能、文化功能等;根据宪法功能发挥作用是否符合立法原意,可以将其分为显功能

* 浙江大学法律系讲师。

① 甘雯、许小颖著:《宪法功能分析模式》,载《法律科学》1994年第1期,第14页。

② 在我国法学界,法律的功能与作用基本是同义的,但也有人对此作了区分,认为法律功能一般是指法律自身具备的能够发挥法律作用的机能;而法律作用则是法律功能实现后产生的客观结果。本文对此未作区分。

与潜功能；^① 根据宪法功能发挥作用是否涉外，可以将其分为涉外功能与对内功能；根据宪法功能发挥作用的不同调整对象，可以将其分为规范功能与社会功能等等。本文着重从宪法作为一种法律规范的独特内容及其在整个法律体系中的特殊地位来看其独有的基本功能及其实现方式。

（一）宪法的基本功能

宪法的实质特性，即宪法内容上的特性表现在它规定国家的根本组织。^② 这一特性决定了宪法的内容应包括以下三个方面：（1）公民的基本权利与义务。公民的基本权利，即基本人权的法律界定是宪法存在的最终目的，也是宪法设定的国家机关存在的基础。而公民的义务则是公民为获得其基本人权的国家保护而必须对国家作出的牺牲。公民基本权利与义务的界定其实也界定了国家权力的限度。（2）国家机关基本的权力，义务与相互关系。宪法不仅要设定国家权力的限度，还要确定国家权力在国家机关之间的分配，确定不同国家机关各自必须承担的职责任务，同时还要确定它们彼此之间或制约或协作的关系。宪法对国家机关基本权力的分配进行设计必须围绕一个核心，即保证国家权力的运作不背离保障与促进基本人权这一宪法目的。（3）宪法修改的方式。宪法的前两项内容其实确定了公民与国家之间的基本关系，这种关系的重要性决定了宪法的契约色彩，即在理论上宪法的修改应该由全民一致同意才行，但交易成本使一致同意成为修改宪法的一个不可能的条件。^③ 因此宪法必须在符合一国国情的前提下规定一种最为民主的修宪方式，一般均要求绝对多数甚至超绝对多数的议

① 甘雯，许小颖著：《宪法功能分析模式》，载《法律科学》1994年第1期，第15页。

② 王世杰、钱端升著：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第3页。

③ [美]理查德·A·波斯纳著：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社1997年版，第806页。

员同意。

宪法内容的上述范围决定了宪法是整个法律秩序的基础规范,^①整个法律体系都建立在这一基础规范之上。这又使宪法衍生出其他几个特点,即总体性、原则性与至上性。^②宪法作为基础规范不可能对社会秩序的方方面面都作详细规定,因此其内容的大部分只能是总体性与原则性的;但同时作为基础规范宪法又是“法律的法律”,它具有最高法律效力,是整个法律体系的法源。

基于宪法内容的上述范围与特点,它应具备以下基本功能:

1. 基本人权的保障功能。保障基本人权是宪法最基本,也是最重要的功能,宪法的其他功能都是从这一功能中衍生出来的。宪法对基本人权范围的界定就是为了使这些权利上升为法律权利从而保障它们能受到强有力的国家保护,使其免受来自私人或国家机关的非法侵害。宪法设定与分配国家机关的权力,确定它们彼此之间或制约或协作的关系;一方面是为了建立保障基本人权的公共权力组织,另一方面又是为了阻止该公共权力组织本身可能对基本人权造成的侵害。宪法之所以要规定修改自身的规则,是为了将界定基本人权范围的权力以民主的方式永远掌握在人民或其代理人手中。这对稳定地保障基本人权是很重要的。

2. 国家权力的正当组织功能。组织国家权力可以有各种形式,能否以民主的原则来组织国家权力,是基本人权能否得到真正保障的关键,也是宪法必须具备的实质属性。因此,宪法必须具有确保国家权力依民主原则进行正当组织的功能,当然,这并不是要求每个国家的宪法必须规定统一的政体,它只是要求不管何种政

^① [奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第130页。

^② 程湘清:《关于宪法监督的几个有争议的问题》,载《法学研究》1992年第4期,第9页。

体形式都必须符合一个统一的基本原则,即民主原则,也就是必须以保障基本人权的有效实现为目的。

3. 重大社会利益的政治平衡功能。宪法是一个或一些政治法律文件,^① 在整个法律体系中它具有最明显的政治属性。宪法对公民与国家之间基本关系的总体性,原则性规定,事实上反映了不同利益阶层的政治妥协,这种妥协是在认可彼此共同利益的基础上达成的对利益分歧的互相让步,即宪法以法律的形式保证了不同利益阶层在重大利益上的政治平衡。这种平衡通常表现为国家的基本制度和基本政策,表现为国家和社会的发展方向与目标。^② 它是非常稳定的,宪法的修改方式决定了这一点。因为“一项成文法越难变更,它就不适用于管理经常变化,随时间迁移的社会,政治和经济制度安排”。^③ 当然,宪法对重大利益的政治平衡功能并不是如此僵化的,它可以以宪法惯例及宪法解释等方式在不修改宪法的基础上对重大利益的政治平衡作与社会发展相适应的微调。宪法这一功能保证了社会政治生活的法治化,它的实现有利于保持不同利益阶层之间重大利益的合理平衡,这是保障基本人权与保证国家权力正当运作的基本社会条件。

4. 法律体系构成的法源功能。一个国家法律秩序等级的结构大致如下:由于预定了基础规范,宪法是国内法中的最高一级。这里所讲的宪法是实质意义上的宪法,它由调整一般法律规范的

① [荷兰]亨利·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐合著:《成文宪法的比较研究》,华夏出版社1987年版,第294至第297页。

② 徐进、赵雪纲:《略论宪法的基本功能》,载《山东大学学报》,1998年第2期,第76页。

③ [美]理查德·A·波斯纳著:《法律的经济分析》,中国大百科全书出版社1997年版,第805页。

创造,尤其是创造法律的那些规则所构成。^①可见,立法权本身来源于宪法的规定,法律或一般法律规范本身的法律效力来源于宪法的确认,即使是习惯法也是如此。宪法是整个法律体系的最终来源,它是判断所有现实的“法律或一般法律规范”是否是真正的法律与一般法律规范的唯一与最终的标准,正是宪法的法源功能创建了统一与和谐的法律体系。

(二)宪法基本功能的实现方式

任何法律功能的实现都基于法律的实施,这一点宪法也不例外,但由于宪法与普通法律相比而具有的特殊性使它实施的具体方式比普通法律复杂一些。

法理学一般将法律的实施与法律的创制相分离,认为法律的实施方式包括法律的遵守、法律的执行和法律的适用三个部分,这里法律的执行与适用都是狭义的,前者仅指行政机关的执法,后者仅指司法。^②对法律实施作这种理解对于普通法律而言是合适的,但却不适用于宪法,宪法作为整个法律体系的法源,它的总体性与原则性要求立法机关的立法活动^③是直接实施宪法的一种基本方式;正如凯尔森所说的,立法机关实际上是一个执行机关,每一个立法行为都是执行宪法的行为。^④如果说立法活动都是合宪的,并且已经将宪法的全部内容都作了必要的具体化,那么,通过对普通法律的实施,宪法也就实现了。正是在这种意义上,有人

① [奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第142页。

② 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第339至370页。

③ 本文所指立法活动包括立法的过程与结果。

④ [奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第292页。

认为普通法律的实施是对宪法的间接实施,^① 这一点有助于人们理解宪法的实施与普通法律的实施之间存在着密切联系,但我们不能因此将宪法的实施与普通法律的实施混淆起来。对于宪法的实施而言,立法活动本身才是重要的,立法活动的合宪性才真正是宪法实施的一个重要方面。

事实上,立法活动并没有象我们设想的那么完美,它一般有存在下面两种缺陷的可能,一是立法活动本身违宪,二是立法缺位,即立法活动的结果并没有对宪法的有关内容作必要的具体化。立法缺位使宪法直接裸露在一切法律主体之前,即在没有普通法律作为中间环节的情况下,宪法就与司法机关、行政机关及一般社会主体发生了联系,也就是说司法机关、行政机关及一般社会主体有可能直接遵守、适用宪法,也有可能直接违宪。当然,在立法缺位的情况下,对司法及行政机机关能否直接适用宪法人们尚有不同意见,^② 这的确是个两难选择,如果承认宪法的这种直接适用力,就等于给了司法及行政机关本属于立法机关的立法权,如果不承认,则又使立法缺位带来的法律漏洞无法弥补。目前,一种较为人接受的折中观点是在刑法领域不承认宪法的直接适用力,而在其他法律领域中则予以承认。^③ 如果我们认可这一点,也就是认可了宪法在立法缺位的情况下也可以被司法及行政机关在一定范围内直接实施,这也是宪法实施的一种方式。其实,除了立法机关通过立法活动来直接实施宪法,司法及行政机关在立法缺位的情况

① 费善诚:《论宪法的适用性》,载《法学家》1996年第3期,第22至23页。该文作者在文中提到了将普通法律的适用等同于宪法间接适用的观点,他本人并不赞成这种观点。另外要说明的是,该文中所指的法律适用是广义的,与广义的法律执行含义一致。

② 徐秀义著:《宪法学与政权建设理论综述》,北京理工大学出版社1990年版,第51页。

③ 费善诚:《论宪法的适用性》,载《法学家》1996年第3期,第24页。

下在一定范围内直接实施宪法外,各国家机关还可以在宪法保留的范围内直接实施宪法。宪法作为法源尽管具有总体性与原则性的特点,即绝大部分宪法的内容都需要通过立法这一环节才得以实施,但宪法往往会保留一部分内容规定得比较详尽,这部分内容着重表现为各国家机关之间的权力组织形式、程序及分配,宪法的这部分内容也是由各国家机关直接予以实施的。当然,各国家机关在实施宪法保留的内容时,也可能存在违宪的情形,这通常就表现为国家机关之间的权力冲突。

通过上述分析可知,宪法的直接实施首先包括立法机关的立法活动、司法及行政机关在立法缺位的情况下,在一定范围内直接适用宪法、各国家机关在宪法保留的范围内直接实施宪法、一切社会主体在立法缺位的情况下对宪法的遵守,为了便于与违宪审查相区别,我们将这些宪法的直接实施统称为宪法的一般实施。而正如前文所揭示的,这些一般实施宪法的行为都存在着违宪的可能,因此对这些宪法的实施的监督本身又成为宪法直接实施的另一重要方式,这就是违宪审查。违宪审查的范围一般包括四个方面:(1)法律、法规及法律文件的合宪性;(2)国家机关之间的权限争议;(3)国家机关及其工作人员行为的合宪性;^①(4)其他社会主体行为的合宪性。

这样,我们可以将宪法的实施分为两种基本方式,即宪法的直接实施与间接实施。宪法的直接实施是指国家机关及其他社会主体在没有立法作为中间环节的情况下对宪法的实施,它又可以分为宪法的一般实施和违宪审查这两种实施方式。宪法的间接实施

^① 朱国斌著:《中国宪法与政治制度》,法律出版社1997年版,第48页。朱先生提及的这三项违宪审查范围在学界一般是有共识的,但我国宪法学者一般把其他社会主体行为的合宪性也作为违宪审查的范围,这是由我国国情决定的,比如政党在我国特殊政治地位就要求我们对其行为的合宪性进行法律监督。

是指国家机关及其他社会主体在以立法作为中间环节的情况下对宪法的实施,实际上就是对普通法律的实施。显然,宪法的直接实施与间接实施存在着相辅相成的密切关系,它们共同构成一个没有缝隙的宪政与法治之网。没有宪法的直接实施,整个普通法律体系的运转都不能称之为宪政之下的法治,因为在这种情形下,当公民的宪法权利被国家机关或其他社会主体侵犯时,他们得不到确定的宪法救济;当国家机关的权力发生冲突时,它们不能通过宪法途径来解决问题,问题的解决只得依赖于哪个国家机关掌握了更大的实权,宪法也不会成为社会重大利益的平衡器,谁的利益及哪种利益最重要,将由掌握实权的国家机关、社会团体甚至个人决定。同样,宪法不会在实质上成为普通法律的法源,当违宪的法律与宪法并存时,宪法实际上就只徒具形式了。总之,没有宪法的直接实施,宪法的所有基本功能都不可能实现。当然,没有宪法的间接实施,宪法的直接实施就没有必要存在,甚至是十分可笑的。普通法律体系实际上基本上是相对自治与完整的,绝大部分法律纠纷都能在这一体系中自行解决,只有当普通法律体系的运作本身与宪法相抵触时才需要宪法的直接实施。因此可以说,没有宪法的间接实施,宪法的直接实施就失去了它存在的主要理由。同时,我们必须清楚,宪法是总体性与原则性的基础规范,它所要实现的绝大部分社会价值都必须经过普通法律的具体化才能转化为现实,如果光有宪法的直接实施,那么,宪法基本功能的实现范围将非常狭小,而且事实上,宪法的直接实施将失去发挥作用的主要对象。

尽管宪法的直接实施与间接实施关系如此密切,但从将宪法看作一个可适用之规范的角度而言,宪法的直接实施才对宪法基本功能的实现具有实质性的影响。因为在宪法的间接实施中,亦即普通法律的实施中,直接被适用、遵守的规范是普通法律,而不是宪法;而只有在宪法的直接实施中,宪法才被作为一种规范被适

用、解释和遵守。正是基于此,我们认为宪法基本功能的实现尽管与普通法律的实施有不可割裂的联系,但它真正依赖的是宪法的直接实施这一基本方式。也正是基于此,就宪法的规范功能而言,为了使宪法实施与普通法律的实施相区别,一般所谓的宪法实施应仅指宪法的直接实施。

二、宪法的基本功能障碍

宪法的功能障碍是指宪法某项功能所受到的各种形式的阻力。^①而宪法基本功能的功能障碍^②是指在宪法的直接实施中因受各种形式阻力的影响而使宪法的基本功能不能实现或者不能完全实现,甚至是反而出现了与宪法基本功能原本目的相反的消极功能的情形。由此可知,宪法的基本功能障碍主要表现为两种基本形态:一是宪法的基本功能不能实现或者不能完全实现;二是宪法出现了与其基本功能原本目的相反的消极功能。宪法的这两种基本功能障碍可能出现于宪法实施的全过程。

在我国宪政实务中,存在着一种众所周知的宪法现象,即在违宪现象比较普遍的同时却又至今没有一例通过违宪审查方式解决的宪法纠纷。这是我国宪法存在着基本功能障碍的一个总体表现。宪法基本功能的实现首先要依赖宪法的一般实施,在宪法的一般实施中,只要国家机关与其他社会主体守宪,宪法的基本功能一般也就实现了;而一旦出现违宪现象,就意味着在宪法的一般实施中宪法的基本功能受到损害了,它需要通过违宪审查这一宪法实施方式来使宪法的基本功能得到恢复。而我国宪政实务中的上述现象却只能说明宪法的基本功能在受到违宪损害时并没有通过宪法救济的途径得到恢复。还有一个现象也能说明我国宪法存在

① 甘雯、许小颖:《宪法功能分析模式》,载《法律科学》1994年第1期,第16页。

② 为行文方便起见,下文都简称宪法的基本功能障碍。

着基本功能障碍,那就是不合理的立法缺位问题,即因为立法机关未能及时立法,导致宪法的一些内容不能得以实现,这种现象在我国目前还得不到法律形式的督促。为了使这些问题变得具体一些,我们试就宪法的四个基本功能通过具体事例分析来说明。

(一)关于基本人权保障的功能障碍问题^①

“不自由,勿宁死”,这句流传了数百年的名言,恰如其分地表述了自由权对于人生的价值。我们可以说,生存权、发展权是最基本的人权,但显然,自由权是最重要的人权。我国现行宪法对公民自由权的规定还是比较全面的,宪法第三十五条、第三十六条、第三十七条、第四十条、第四十九条等规定了公民享有言论、出版、结社、集会、游行、示威、宗教信仰、人身、婚姻等自由权利,但在这些宪法规定的自由权利中,有具体法律予以规定的只有集会、游行、示威自由(1989年的集会游行示威法)和婚姻自由(1980年的婚姻法),其他的自由权利,尚缺少具体法律的规定。^② 这说明了一个什么问题呢?首先,这说明我国在自由权方面存在着严重的立法缺位现象,这就使宪法规定的一些自由权利不能得以充分地实现。那么,立法机关对立法缺位现象应负有怎样的责任呢?谁都知道权力与职责是辩证统一的,宪法在赋予立法机关立法权的同时,也等于规定了立法机关有通过立法来实施宪法的职责。由于我国实行人民代表大会制度,也许有人会说,立法机关在立法上享有绝对的自由裁量权,它有权决定什么时候立法,以及立什么样的法。如果真是如此,那么无论何种情形的立法缺位,立法机关都没有任何宪法责任。但是,尽管将人民代表大会制度绝对化,将国家立法机关的权力绝对化在我国似乎是个不能质疑的理论前提,事实上,这个前提还是不成立的,因为它的成立本身需要一个前提,即人民代

^① 本文仅以自由权的宪法保障为例来说明这一问题。

^② 夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社1995年版,第408页。

表等于人民;而在我国的宪政实务中,不要说这一点,真正行使立法权的甚至还不是外行的人民代表,而是立法机关专职的立法人员、专家、学者等所谓精英;^①这就要求立法机关在选择立法的时机、内容等方面负有宪法责任。言论、出版、结社、宗教信仰等自由权利并不是什么新兴的自由权利,它们在西方民主国家早已有数百年的历史,即使在新中国的宪法史上,它也有近半个世纪的历史了。这样的立法缺位,只能说明立法机关在宪法的一般实施中没有尽到其应尽的宪法责任,而立法机关能够长时间不尽这种责任本身又说明了宪法规范在保障自由权上存在着功能障碍。其次,自由权方面的立法缺位导致的直接后果是公民的自由权利过于抽象并且又直接呈现在其他国家机关、社会团体及公民的各种社会关系中,这必然会形成各社会主体之间在公民自由权上的宪法冲突,这本来应该通过违宪审查的宪法实施方式以判例来确定公民自由权在宪法上的合理内容,而我国根本不存在这方面的案例也说明了宪法规范在保障自由权上存在着功能障碍。

另外,我们还必须注意的是,即使在没有立法缺位的情形下,宪法对自由权的保障在违宪审查这一宪法实施方式上也存在着明显的功能障碍。1989年出台的《集会游行示威法》基于当时的政治形势,它对申请集会、游行、示威不予许可的范围是过于模糊与宽泛的,^②而它对集会、游行、示威的地点、时间与方式的限制又

① 陈端洪:《立法的民主合法性与立法至上》,载《中外法学》1998年第6期,第60页。

② 参见《中华人民共和国集会游行示威法》第十二条。请注意,在美国宪法中,法律对言论表达自由作过于模糊和过宽的限制,很容易被认为是违宪的(可参见杰罗姆·巴伦与托马斯·迪恩斯合著的《美国宪法概论》,中国社会科学出版社1995年版,第190页)。

是过于具体、苛刻的。^① 十年快过去了,没有人对其合宪性提出过质疑,相反,集会、游行、示威几乎消失了。同时,各地依据《集会游行示威法》而制定的地方性法规也存在着不符合宪法精神的现象,^② 但这些法规却从未因此而受到违宪审查,这种事实并不能说明中国公民已不再需要这些权利了,只能说明宪法在保障自由权上存在着功能障碍。

(二)关于正当组织国家权力的功能障碍问题^③

首先,让我们来分析一个有关司法权与行政权之间发生冲突的案例。1998年6月26日,河南省夏邑县人民检察院(以下简称检察院)一纸诉状,将商丘市烟草专卖局(以下简称专卖局)推上了被告席,从而引发了一起建国以来罕见的行政诉讼案。^④ 该案的大体经过是这样的:1998年6月3日上午,检察院一辆查扣了赃物2080担烟叶的卡车被专卖局以无准运证为由暂扣,双方为此发生争执。检察院认为:本案涉及的烟叶是刑事司法机关依法扣押在运的赃物,不受《烟草专卖法》调整,专卖局的行为是行政权对司法权的非法干涉。而专卖局则认为:检察院运输的烟叶是无证运输,且不属于《烟草专卖法》及其实施细则规定的例外范围,必须依法查扣。显然,本案的关键问题是《烟草专卖法》能否调整检察机关在办理刑事案件中扣押、运输的烟草专卖品。这是一起因《刑事诉讼法》与《烟草专卖法》的法律冲突而引起的司法权与行政权相

① 参见《中华人民共和国集会游行示威法》第二十二条、第二十三条、第二十四条、第二十五条、第二十七条。

② 陈端洪:《立法的民主合法性与立法至上》,载《中外法学》1998年第6期,第68页。该文中有一实例证明有关集会游行示威的地方性法规中存在着违宪现象。

③ 本文仅以有关司法权与行政权之冲突、权力机关立法权与政府立法权之冲突的两个实例来说明这一问题。

④ 郭术兵:《两“法”相争,难煞法官》,载1998年10月30日《杭州日报》西湖周末版,该文报道了有关此案的较详尽细节。