



“十三五”江苏省高等学校重点教材

宪法学原理

季金华 著

高等教育出版社



“十三五”江苏省高等学校重点教材

宪法学原理

季金华 著

高等教育出版社·北京

内容简介

本书坚持理论与实证相结合,既注重提升宪法学原理的理论水准,又力图从理论的高度解读全球化时代法治和宪政进程中的宪法制度方面的现实问题。着重分析了宪法程序机制的法律价值、政治价值和社会整合价值,为建立和谐社会提供了宪法理论方面的基础。本书包括宪法现象的本体与价值、宪法生成与发展的历史逻辑、宪法的运作与实现机制三大部分,具体包括:导论,宪法的概念意义、价值功能,宪法的类型与治理,宪法的产生发展,公民身份与基本权利,选举程序,政权组织形式与国家结构形式,议会的职权配置与运行程序,行政机关的权力配置与运行制度,司法机关的权力运行与司法功能,宪法修改的动力与机制,宪法监督与司法审查。

本书撰写在强调教材内容的系统完整性的基础上重视叙述形式的生动性,将理论阐发融入宪法案例的生动分析之中,具有很强的可读性,可以作为高等院校法学专业本科生和研究生研习宪法学的教材,同时也可供宪学研究人员作为参考读物。

图书在版编目(CIP)数据

宪法学原理 / 季金华著. --北京:高等教育出版社,2018.11

ISBN 978-7-04-050498-9

I. ①宪… II. ①季… III. ①宪法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D921.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第203275号

策划编辑 帅映清
责任校对 刘莉

责任编辑 帅映清
责任印制 耿轩

封面设计 王鹏

版式设计 于婕

出版发行 高等教育出版社
社址 北京市西城区德外大街4号
邮政编码 100120
印刷 北京市密东印刷有限公司
开本 787mm×1092mm 1/16
印张 19
字数 460千字
购书热线 010-58581118
咨询电话 400-810-0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.hepmall.com.cn>
<http://www.hepmall.com>
<http://www.hepmall.cn>
版 次 2018年11月第1版
印 次 2018年11月第1次印刷
定 价 39.90元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究
物料号 50498-00

目 录

导论 宪法学的意蕴	1
第一节 宪法学的研究对象、问题和范畴	1
第二节 宪法学的研究方法	7
第三节 宪法的价值意义	13
第一章 宪法的概念意义与价值功能	19
第一节 宪法的规定性	19
第二节 宪法的特征与本质	22
第三节 宪法的存在形式	24
第四节 宪法的功能与价值	31
第二章 宪法类型与宪法治理	42
第一节 宪法的分类	42
第二节 实质宪法与宪法治理	45
第三节 形式宪法与宪法治理	50
第四节 整合宪法与宪法治理	55
第三章 宪法的产生和发展	65
第一节 宪法的起源和发展	65
第二节 旧中国宪法的产生和发展	74
第三节 新中国的制宪历程与反思	77
第四章 公民身份与基本权利	91
第一节 公民身份的要素与基本权利的体系结构	91
第二节 公民的市民身份与公民的个人权利	101
第三节 公民的政治身份与公民的政治权利	110
第四节 公民的社会身份与公民的社会权利	118
第五章 选举程序的历史演化与基本框架	126
第一节 选举程序的历史演化	126
第二节 选举程序的基本原则	133
第三节 选举程序的基本架构	137
第六章 政权组织形式与国家结构形式	149
第一节 政权组织形式	149
第二节 罗马共和政体对西方政权组织架构的影响	156
第三节 国家机构产生的宪法程序	161
第四节 国家结构形式	173

第五节 国家标志	178
第七章 议会的职权配置与运行程序	181
第一节 议会的议事规则	181
第二节 财政权及其行使程序	184
第三节 人事任免权及其行使程序	186
第四节 特别行政权及其行使程序	188
第五节 监督权及其行使程序	189
第六节 议会的立法权及其行使程序	193
第八章 行政机关的权力配置与运行制度	201
第一节 行政权概述	201
第二节 控制行政权的宪法程序模式	204
第三节 行政立法的程序架构	211
第四节 行政处理权运作的程序理念	216
第九章 司法机关的权力运行制度与司法功能	220
第一节 审判权运行的宪法程序原则	220
第二节 审判权的配置与运作机制	228
第三节 司法的法律发展功能及其民意基础	235
第四节 权利的司法保护功能及其民意支撑	241
第十章 宪法修改的动力与机制	249
第一节 宪法修改与宪法制定的关系	249
第二节 宪法修改的原则、方式和动力	254
第三节 宪法修改权的制度安排与运行程序	262
第四节 我国宪法修改程序的完善	266
第十一章 宪法监督与司法审查	271
第一节 宪法监督的概念和形式	271
第二节 司法审查的观念与制度渊源	275
第三节 司法审查的价值取向与制度构成要素	280
第四节 司法审查面临的挑战与发展趋势	284
主要参考文献	289

导论 宪法学的意蕴

要科学认识和准确把握宪法现象的本质特征、价值功能和运动规律,就必须通过一定的概念范畴建构宪法学的范畴体系和话语体系,对宪法现象展开认识、分析、判断、推理等活动。因此,宪法学的研究对象、研究范畴、研究方法和价值意义方面的基本理论,是理解宪法学意蕴的前提和基础。

第一节 宪法学的研究对象、问题和范畴

宪法学是研究宪法现象的法律科学,是法学学科中极其重要的部门法学。“宪法学是研究宪法的本质、宪法的发展规律以及宪法与社会关系的一门综合性的学科。”^①这里讲的宪法实质上是宪法现象。宪法学是随着宪法的产生和发展而建立和成长起来的法律科学,宪法现象是宪法学存在的前提和基础。宪法现象乃是宪法在调整社会关系中形成的社会现象,它反映着宪法事实与宪法价值、宪法规范之间的相互关系。宪法现象包括宪法存在和宪法意识两个方面的内容。因此,宪法存在和宪法意识构成了宪法学的基本内容和根本问题,对二者关系的认识和理解是解决一切宪法问题的前提。

一、宪法学的研究对象和问题

宪法现象涵盖了宪法规范体系、宪法实施过程和宪法观念体系。宪法是政治生活的规范化形式,是划分公共领域与私人领域的界限,调整政治国家与市民社会关系的根本准则。这里的宪法包括成文宪法和不成文宪法,有着不同的表现形式和多种渊源。宪法规范体系由宪法典、宪法性法律、宪法惯例和宪法判例等构成,这里的宪法规范既包括历史上在古希腊和古罗马创制并适用的、没有宪法的形式却有着宪法实质的城邦政治组织规范和基本权利规范,也包括近现代资本主义制度建立以后形成的理性高度发达的各种宪法规范,还包括后现代国家和区域联盟创制和适用的反思性、互动性的宪法规范。当然,人们之间具有宪法意义的交往活动是宪法现象的主要内容,人们在创制宪法、修改宪法、执行宪法和适用宪法的活动中遇到的问题是宪法现象值得研究的关键,人们围绕着宪法的创制和实施所产生的心理、观念和意识形态是宪法学主要的思想内容和理论渊源。通过观察、体验、探索宪法现象的运动规律来解决宪法问题是宪法学研究的根本目的。而这里的宪法问题乃是具有宪法意义的有待解决的制度设计、制度运作和相关思想观点方面的难题。因此,宪法问题是通过宪法现象表现出来的,是通过人们的宪法生活体验到的、思索到的难题。

宪法学的研究对象内涵了宪法学的研究问题。人类的宪法治理历史表明,通过宪法和法律

^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389页。

来制约国家权力和保障人权是宪法的基本理念,通过宪法确立解决政治问题的基本原则是宪法治理的基本精神。宪法治理是以宪法为依据,以控制权力为手段,以人权保障为目的的一种立宪主义的民主政治形式,是由规范体系、价值目标体系和实施机制构成的一个政治过程和结果状态。宪法治理作为一种国家和社会的治理模式和秩序安排机制,将价值认识、价值评价和价值选择及其制度建构置于宪法的框架下进行。宪法权威要求将公共利益与个人利益之间的冲突看成是一种发生在立法程序和司法程序中的法律斗争,它要求国家机关依照宪法的程序和权限进行民主立法、严格执法和公正司法,公民依照宪法和法律的要求行使权利和履行义务,从而通过公共领域的自主来实现私人领域的自治。

在公共领域与私人领域高度重合的时代,君主垄断了国家的立法权力、行政权力和司法权力,权利的取得和行使在很大程度上依附于权力主体的意志和愿望,权力和权利在相当程度上是结合在一起的。“极权主义国家的特点,在于试图使所有社会制度都从属于其政治宪法,通过直接的政治控制加以支配。”^①在这样的历史时期产生不了近代意义上的宪法,因此,作为法国宪法序言的《人权宣言》明确指出,凡是权力没有分立、权利没有保障的社会没有宪法。诚然,虽然在公共领域与私人领域高度重合的古代社会没有真正意义上的宪法,但是存在着权力受法律制约的观念,古代宪法并没有有效地保障人的自由和自然权利,但君主并不拥有绝对的权力,权力是受制约的。^②随着市民社会的成长,市民社会要求严格划分公共领域与私人领域的范围,要求用宪法的形式明确公民享有政治权利、个人权利和社会权利,由宪法授予立法机关、行政机关和司法机关分别行使立法权力、行政权力和司法权力,以期通过对国家权力的宪法控制来最大限度地保障公民的基本权利。“基本权利被视为私人的自由空间,私人借助保护性的权利抵御国家干预。”^③在公共领域与私人领域日益分离的历史进程中,政治国家的权力与市民社会的权利、政治地位与经济地位、公法与私法也逐渐分离,市民社会与政治国家的分离互动的关系模式及其基本权利的要求也就成为宪法治理的本体论依据。

现代宪法主要通过国家权力结构和公民权利体系来界定政治国家与市民社会的相互关系,通过宪法原则和宪法规则来进行价值选择和文化评价,在国家权力的程序化运作和宪法权利的制度化保障的基础上协调公共利益与个人权利的关系。由此,政治国家与市民社会的相互关系模式及其价值选择机理就成为我们阐释宪法治理原理的分析基点和逻辑主线。

在宪法治理架构中,立法机关以民主作为立法权运行的制度价值基础,通过民主的程序来界定公共利益;行政机关以效率作为社会管理和社会服务的制度价值基础,依靠行政权能和行政管理优势维护和实现公共利益;司法机关以公正作为司法权运行的价值基础,依据司法理性和司法经验对有关公共利益的分歧作出权威的裁决。宪法的民主价值、效率价值和公正价值需要不同的国家机关通过不同程序来维护和实现,这就决定了国家权力必须分立为立法权力、行政权力和司法权力,并由相应的立法机关、行政机关和司法机关来行使。但是,由于机关是由人组成的,权力实际上是人来行使,人的本性决定了权力具有本能的扩张特性,三种权力必然会发生扩张意义上的冲突,因此,调整权力关系、解决权力冲突也就成为宪法治理原理必须解决的问题。

① 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第25页。

② 参见[英]马丁·洛克林著:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第13页。

③ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第18页。

随着经济区域化和全球化的发展,区域市民社会和全球市民社会成为全球层面上的私人领域,出现了区域公民身份和全球公民身份,他们力图通过在区域公共领域乃至全球公共领域的政治参与权和决策权来保护区域私人领域和全球私人领域的自由选择权利,这就在某种意义上推动了区域宪法治理和全球宪法治理的进程,进而深刻影响全球化时代宪法的价值取向和结构特征。因此,在全球化进程不断加快的时代,宪法现象的核心内容是民族国家政治领域和全球社会的宪法治理问题。在民族国家起源的时代,宪法治理就面临着国家宪法是否应该管理非政治国家的诸多社会领域,国家宪法规制的范围是否包括经济、科学、教育、医疗以及其他社会交往领域的社会行动,宪法是否需要尊重和保障这些社会领域的自治权利的问题。在托依布纳看来,18世纪至19世纪,宪法问题的焦点在于释放民族国家政治权力的力量的同时又能够有效地限制这种能量。早在民族国家时期就存在社会子领域的宪法规范。社会领域内的宪法治理问题不是由全球范围内的功能分化造成的,而是社会分化过程的必然结果。早期民族国家发生的社会片段化和民族国家兴盛时期的各种社会片段的自治化导致了社会宪治问题。面对跨越民族国家疆界的各种社会子宪法规范,这些新宪法范畴显然已经打破了传统宪法范畴仅局限于民族国家的政治领域这一模式,旨在处理政治、法律和自主社会领域构成的场域中如何安排政治作用的功能问题。

在当今世界,宪法问题已经跨越民族国家的边界,出现在跨国的政治过程中,出现在全球社会的私人领域中。^① 随着国家责任日益从民族国家向新的跨国组织、跨国体制和跨国网络的转移,欧盟区域组织已经拥有了独立的宪法结构,其他国际组织、跨国体制及其网络正处在宪法化和法律化的进程中。^② 随着政治权力由国家机关向私人行动者的转移,出现了国际宪法性法律、全球范围的调控政策、立基于商谈的全球公共领域、全球集体行动者之间的跨国协商机制,它们正在逐渐形成全球社会民主宪法治理的新机制和新模式。全球化进程中的政治问题不再是单纯的国家权力的运行问题,私人行动者在参与全球治理的政治过程中建立了制度化政治之外的自治体制。因此,全球社会行动领域内的宪法治理问题,才是全球秩序安排的核心问题。

总而言之,宪法多元主义意味着不仅政治领域存在政治宪法规则,而且社会领域也存在社会宪法规则。在宪法多元主义的视野中,国家应该通过与社会行动者的密切合作控制功能分化的离心倾向,通过协调公共组织与私人组织之间的合作而不是作出有集体约束力的决定来承担整合相互冲突的各种社会子系统的任务。这不仅要求国家具有一定的政治整合能力,也要求组织化的社会行动者应该具有谈判和妥协能力,能够成为展开各种政治协调行动的可信赖的合作者。^③ 社会宪法的自我奠基、国家宪法的合理干预、正式法律的稳定化作用、法院通过司法审查实现国家法律的调整与社会组织自我规制的平衡,这种分工、互动的功能机制构成了新的宪法治理结构。^④

二、宪法学研究的范畴

在亚里士多德看来,范畴是人们对客观事物的不同方面的特征归纳所形成的基本概念。

① 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第2页。

② 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第8—9页。

③ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第47页。

④ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第44页。

在康德那里,范畴表现为一些先天性的原则或概念。而黑格尔认为,范畴是先于自然界和人而客观存在的绝对观念的发展过程环节。马克思将范畴视为反映客观事物本质联系的概念体系。任何学科都通过具有逻辑联系的概念建构自己的范畴体系,并在此基础上构建自己的理论大厦。把丰富多样的中国宪法现象通过宪法学的“概念”和“范畴”提炼出来,旨在阐释宪法学原理,为解释社会生活中的政治现象和宪法现象提供概念分析工具,为解决现实的宪法问题提供科学的理论依据。宪法学原理必须研究政治权力的合法化形式、政治意志表达的正当化机制、政治权力产生的合法途径、政治权力运作的正当化路径、政治权力运作的价值目标、基本权利的保障机制,因而宪法学的基本范畴应该包括政治与法律、政治与民主、政治与选举、政治与程序、政治与公共利益、政治与公民基本权利等关联概念。

(一) 政治的宪法化:政治权力的合法化形式

政治权力的合法化机理是宪法学需要解决的问题,需要通过相关的概念范畴来阐释政治与宪法、法律的内在关系原理。政治的中心问题是权力和价值的权威性分配,因此,政治就是社会各种利益集团围绕着权力的取得和运用制定价值的权威性分配规则的活动,也就是规定什么人在什么时候用什么方式获得什么价值的过程。^①换言之,法律的制定过程实质上是政治主体对价值进行制度化的分配活动,这种规范化、模式化的价值分配方式一定存在着利益的政治衡量,因而必然是一种政治妥协的产物。所以,政治必然和法律紧密地联系在一起,与利益集团之间的斗争形式联系在一起。毋庸置疑,政治权力要合法地使用也必须通过法律来实现,那些具有集体约束力的决定之所以具有集体约束力,其实是来自于这些决定所具有的法律形式,至少政治权力的行使在法治国中必须以法律为前提。因此,法律是政治权力的组织手段,法律可以赋予政治权力以其必需的合法性。然而,法律的这种合法性赋予功能是有条件的,只有在民意基础上产生的法律,才能够凝聚社会正义,建立自己的权威,进而为政治权力提供正义的渊源。因此,法律不能简单地因为政治需要而牺牲正义,实际上法律与政治之间存在着一种构成性关系。这种构成性关系反映在立基于商谈论的权利体系之中。就法律对政治的依赖而言,只有能够作出对共同体有约束力决定的政治组织,才能保证权力体系的生成和实施,正是政治权力借助法律为权利体系的确立和实现提供了可能的途径和基本保障。在这种建构过程中,政治权力一直是作为一种背景和潜在的强制力出现的,法律有了政治权力的支撑才具有了预期行为的功能。

(二) 政治与民主:政治意志表达的正当化机制

政治意志的充分表达和有效集中是政治权力产生和运作的基础,而这种表达和集中的方式和途径决定了政治权力的合法化程度。法律的合法性是通过公民在公共领域与私人领域中的自主性来实现的,法律的合法性证成与政治的民主性确证是同构的。私人自主和公共自主是相辅相成的关系,二者之间的良性互动是保证民主和实现民主的重要机制。

政党是顺应民众组织化的要求,为集中民众的意志和意愿而组织起来的政治集团。政党政治是现代政治的基本形式,而政治民主是政党政治的合法性基础。近代政党组织起源于17世纪的英国,英国开辟了世界政党政治的先河。当今世界有1700多个政党,政党主导了大多数国家的政权运作。政党的产生和执政地位的获得都是有条件的,只有在民众获得经济自由和政治自

^① 参见[美]加里·沃塞曼著:《美国政治基础》,陆震纶等译,中国社会科学出版社1994年版,第4页。

由的前提下走向组织化的时候,政党才能产生;政党只有顺应民众组织化的要求,才能形成有影响力的政治力量,进而有可能获得组织国家政权的地位。

政党执政后仍然要代表民众的利益,执政党一旦失去民众也就失去了政治生命和执行地位。因此,政党紧密联系群众、组织和控制国家权力就成为现代政治制度的本质特征。这就要求政党成为联系民众与政府的桥梁,作为市民社会与政治国家理性互动的中介。“民众、政党和政府之间的良性互动是现代社会的最基本的政治关系。”^①政党取得执政地位后就具有了控制政府的能力,也就有可能扩大权力、滥用权力,日益脱离民众,逐渐走向腐败。为了有效地防止政党滥用权力,既要通过民主政治来控制 and 规范政党政治,借助民众的力量保持对政党的控制;也要通过宪法和法律规范、控制政党的执政行为,确保政党依宪执政、依法执政。^②

政党执政的合法性基础在于人民的支持和认同,这就要求政党必须保持与群众的密切联系,及时有效地汇集人民的意愿和意志,努力通过党内的民主推动人民民主,确保党的意志和人民意志的一致性。而党的主要政策会通过立法程序转变为体现国家意志的法律规范,因此,党内民主也就在一定程度决定了立法建议的科学性和民主性,也就从实质上实现了人民民主。

政党是政府和社会良性互动的中介组织,政党政治的合法性就在于其具有沟通政府和社会并促使二者良性互动的能力,体现为政党联系群众、汇集人民要求和意愿的能力,推动立法、执法和司法发展的能力。政党的政治机制和一切国家制度都是实现人民根本利益的手段,是实现政治国家和市民社会良性互动的中介机制。

政党的政治领导的主要方式是借助于党在国家政治生活中的优势,通过设在立法机关中的党组的努力,经过法定程序将党的主张转化为体现国家意志的法律规范。政党只有通过民主的法律化和立法的民主化这些政治合法行为,才能将人民的根本利益诉求集中起来,并通过宪法和法律程序转变为法律权利,从而使宪法和法律充分反映民意、集中民智。执政的制度化意味着政党的执政理念、执政目标、执政方式、执政过程和执政行为的宪法化、法律化。

总而言之,中国共产党继续执政的合法性在于发展社会主义民主政治,因而要坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一,善于通过政治、思想和组织的领导方式,通过制定大政方针、提出立法建议和推荐重要干部,支持人大依法履行国家权力机关的职能,使党的主张经过法定的立法程序成为国家意志,使之对国家和社会具有普遍的约束力和强制性。

(三) 政治与程序:政治权力运作的正当化路径

私人领域与公共领域的分离关系,私人自主和公共自主的同源性关系,不仅确立了政治与法律之间的构成性关系,而且决定了政治合法性与程序保障的内在联系。现代政治应该是基于程序中心主义的商谈政治,其合法性在于公民的有效参与、政治权力的程序化运作。现代公民都是法律生活的主体,他们借助法律语言在程序框架内进行意见的充分陈述、交流、辩论,在程序性共识的基础上能够实现政治意见与政治意志的有效汇集,从而形成普遍可接受的政治决策,同时为政治决策提供坚实的合法性基础。在这里,选举是现代政治最重要的参与形式,是现代代议制民主的制度基础,选举成为政治权力产生和运作的正当化路径。

首先,选举是实现社会治理和国家治理的政治前提,通过选举活动才能产生国家机关组成人

^① 参见刘宗洪:《执政党建设的新视野》,上海人民出版社2007年版,第4页。

^② 参见刘宗洪:《执政党建设的新视野》,上海人民出版社2007年版,第5页。

员和其他国家公职人员,赋予他们行使国家权力的合法权威,使其成为维护公共利益、保护个人权利、维系社会秩序的公共权威体系。将全体公民的意志转化为行使国家权力的少数人的权威是选举制度的重要功能,这些少数人是全体公民委托的政治代理人,他们的意志被视为全体公民的公意。而罢免机制作为选举制度的自然延伸,构成了监督政治代理人的法律工具。这种主权委托和政治代理的方式有利于解决多数人的民主与少数人的治理之间的矛盾。

其次,选举制度能够保证公民对国家管理和社会治理的有效参与。公民通过选举活动能够实现从市民身份向公民身份的转变,能够实现从私人领域的自治成员向政治共同体的自主成员的身份转化,进而在市民社会与政治国家的沟通和交涉过程中完成自身利益的表达和对政治国家的监督。正是借助于选举机制,公民实现了用间接的方式对国家权力进行最终的控制。

最后,选举活动是政治统治合法化的确证手段。选举是实现政治统治合法化的再生产机制,它的存在和运行有利于维系政治统治的合法性权威。选举制度能够使少数人治理的合法性负担转移到多数人的合法性选择之上。也就是说,通过主权者的政治委托,解决了政治代理的合法性问题,通过委托者的身份转换化解了人权与主权之间的紧张关系,从而实现了公民作为法律的承受者与公民作为法律的创制者的身份统一。

(四) 政治与公共利益:政治权力运作的价值目标

西方学界大都倾向于将政治过程与价值的权威性分配联系在一起。沃塞曼强调政府在价值的分配过程中起到重要作用,政府对什么人获得什么以及怎样实现这种获得拥有最后发言权。同时,福利和税收政策也是政府对社会财富分配进行必要调节和合理限制的重要手段。^①显而易见,实现价值的权威性分配是政治系统的基本功能,政治活动在很大程度上就是政府机关借助权力调解物品和价值分配上的冲突的过程。而公共权力对经济活动和私人交往活动的干预必须以公共利益存在为前提,这就需要政府通过界定公共利益的范围来协调公共利益与私人利益的关系。

在法治国家中,公共利益的性质和范围是由合法的政治活动确定的。立法机关应该通过政治权力的程序化运作,使公共利益获得法律的确证,从而取得普遍的约束力。因此,公共利益的法律界定不仅是实现价值合理分配的一种有效手段,也是处理公共利益与私人利益关系的一项重要的宪法制度安排。宪法对公共权力的控制和对私人利益的保护,其主旨并不只是禁止政府为了公共利益而对私人利益进行限制,而是试图通过公民参与公共利益的维护活动来实现公共利益与私人利益的平衡。宪法确立相关原则和规则的意义不只是为立法机关建构具体的利益衡量机制预设抽象的原理和模式,而是为公民直接依据宪法请求法院保护私人利益提供了法律途径。

宪法学原理的基本旨趣乃是合理划定公民权利和国家权力的界限,建立市民社会与政治国家分离、互动的关系模式,保证公民通过公共领域的政治自主在私人领域享有不受干涉的自治权利。这就为政治权力对公共利益的界定、解释和维护以及正确处理公共利益和个人利益的关系提供了必要的理论基础。

(五) 政治与自治:社会子系统的自治权利与秩序安排

现代社会的本质在很大程度上是由市场和社会组织的内部理性决定的,因而在一定程度上

^① 参见[美]加里·沃塞曼著:《美国政治基础》,陆震纶等译,中国社会科学出版社1994年版,第6—9页。

反映了经济运行和社会交往的法律构成。^①私法通过契约和侵权制度支持私人自治的社会秩序建构。^②在秩序自由主义的框架中,经济宪法不是从政治性的立法决定那里获得正当性的,而是从经济行动的内在逻辑中获得正当性的,财产制度、契约制度、竞争制度、货币制度构成了经济宪法的内容。^③社会宪法既包含着自我规制的构成性规则,又允许私人联合在更广泛的政治过程中作为参与者发挥作用。也就是说,从单纯的院外活动扩展到由私人行动者真正承担公共职能,已经是各种利益集团发挥深远政治影响的重要方式。劳动者参与公司共同决策,经营者通过商业协会的自我规制进行市场控制,从而实现了各种社会利益的制度化表达。^④“在现代化进程中,大量制度都需要利用宪法的双重功能,同时实现自治秩序的奠基及其自我限制。”^⑤

“社会国宪法尊重各种社会子系统的自主性,拒绝通过直接的政治控制措施规定其基本结构。于是,福利国家就自限于施加相对谦抑的宪法结构。”^⑥鉴于市民社会主要由私人行动者之间的横向关系构成,而不是由纵向的公法关系构成,因此,国家宪法并不要求国家应该直接控制社会过程,而是强调国家仅限于督促各种社会体制按照国家政治过程的模式安排自己的内部决策过程。国家宪法应当通过社会领域的基本权利为各个社会部门中实行民主决策程序提供规范基础。^⑦“与国家宪法的情况类似,私人政府必须通过具有明确政治形式的组织规则来建立正当性,同时依靠基本权利的等值物来确保其成员的自由空间。作为补充,议会立法者必须负责通过各种社会权力的宪治化,特别是通过基本权利来限制各种社会权力关系。”^⑧在现代社会治理过程中,“福利国家竭力在运用宪法干预各种社会子秩序与尊重各种社会子秩序的独立宪法之间,取得一种不稳定平衡。”^⑨

第二节 宪法学的研究方法

宪法的基本问题往往具有系统性,要完整科学地阐释宪法学原理,就需要对其进行综合分析,确定其本质和起因,找出各种可行的政治解决方案,为政治决策者在复杂的宪法问题和环境中作出科学抉择。与一般法律规则相比,宪法的性质和特征决定了宪法规则具有更强的抽象性,这就决定了宪法实施离不开宪法解释活动,需要对宪法的有关规定的具体含义作出明确的说明。宪法解释与宪法修改、宪法惯例一起成为宪法发展的重要路径。宪法解释有助于人们准确把握宪法精神,弥补宪法缺漏,维护法制统一,增强宪法适应社会发展的能力,维护宪法在国家治理和社会管理活动中的至上权威。在探究宪法产生、变化的运动规律的过程中,既需要从哲学的高度鸟瞰宪法现象,也需要运用社会学的实证方法分析宪法现象,还需要通过宪法规范对宪法现象进行价值评判。

① 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第40页。

② 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第23页。

③ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第36页。

④ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第43页。

⑤ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第21页。

⑥ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第28页。

⑦ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第31页。

⑧ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第31页。

⑨ 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第29页。

一、本体分析法

交往产生权利和义务,组织产生权力和责任。各种社会交往模式产生各种权利和义务,其中获得道德规范、习惯规范、宗教规范和法律规范评价、认可和保护的权力,就取得了道德权利、习惯权利、宗教权利和法律权利的形式;其中为道德规范、习惯规范、宗教规范和法律规范所支持的义务,就成为道德方面、习惯方面、宗教和法律方面的义务。交往也必然产生各种具有相应管理职能的组织,从而产生各种相应的权力和责任,社会组织产生社会权力和社会责任,国家组织产生法律权力和法律责任。

权利和义务、权力和责任存在于社会关系之中。一方面,具有独立人格的社会主体的交往行为必然是有影响力的社会行为,从而形成相应的权利、义务关系;另一方面,社会交往必须在一定预期结构和秩序结构中进行,而法律规则是规范行为、调整关系、维系秩序的权威工具,法律规则本身构成了社会行为是否具有合法性的判断依据。因此,必须要赋予一定的国家组织相应的权力和责任,以便履行制定规则、执行规则和适用规则的职能。在一体化人格的情形下,主体的行为不具有外部影响性,不会产生社会意义,也不能形成相应的社会关系,也就不存在权利和义务、权力和责任的问题。

权利、权力是一种制度化的价值,权利和义务、权力和责任是一种价值分配模式。价值是主客体之间的效用关系,它表现客体的机能能够满足主体需要的程度。人类世界是一个关系世界,也是一种价值世界,从而是一个意义世界。但不是所有的价值都被社会规范认可和评价,因此获得各种社会规范所给与的正当性支撑的共识性价值才能变成权利和权力的制度化安排,才能成为制度保证的权利和权力。

法律的本体是随着社会分工产生的管理与被管理关系模式所形成的法律权利要求。这种管理关系表现为统治阶级与劳动人民的关系、剥削与被剥削的关系,法律乃是确认人与人之间的人身依附关系和人对物的依赖关系的规范体系。宪法的本体乃是随着公共领域与私人领域的日益分离而形成的政治国家与市民社会的分离、互动的关系模式及其基本权利要求。

从宪法的本体来看,随着资本主义生产方式的确立和发展,劳动力与资本的结合代替了劳动力与土地的结合。这种结合方式冲决了人身依附的社会交往结构,推动了自由、平等、民主等价值观念和文化形式的发展,第三等级商人凭借经济地位提出了更多的政治权利要求;民主政治取代了独裁专制政治,政府开始分立为议会、内阁和法院机关,权力开始分立为立法、行政和司法权力,同时各种规范性文件之间的冲突和矛盾也需要一部更高效力的法律来统一。于是宪法成为政治国家与市民社会关系模式的规范性确认,是国家权力结构和公民权利体系的制度安排。所以,公共领域与私人领域的分离是宪法产生的社会历史条件,市场经济、代议制民主、理性文化和法律的统一需求推动了宪法的产生与发展。随着经济发展和社会进步,公民拥有了超越现有法律规定的新的权利要求,不断发展的权利观念要求行政程序和司法程序不仅要保护宪法和法律明文规定的权利,而且要通过司法推定保护社会交往活动中产生的新的权利主张。

随着国内市场经济发展为区域和全球市场经济,民主政治发展为国内民主、区域民主和全球民主的良性互动,文化发展为多元文化的交融和共存,社会控制发展为国内治理、区域治理和全球治理的有机结合,人权保障发展为国内保护、区域保护和全球保护的有机配合,法律发展为国内法律、区域法律和全球法律的整合,宪法的形式、内容和实现机制也就有了新的变化和新的发

展趋势。

二、价值分析法

价值是主客体之间的效用关系。商品是资本主义社会最典型的价值载体,凡是能够成为商品的一切物质及其精神现象都具有价值属性。因此,除了物质财富外,个人的理想、信念、社会信誉等精神现象也具有价值意义。宪法在实施过程中能够保护和促进的价值要素、宪法本身所具有的价值因素和宪法所包含的价值评价标准都是宪法的价值形式。宪法基本理念、原则和精神是宪法价值的集中体现,它规定着宪法的发展趋向。

从工具价值与目的价值的相互关系出发,配置国家权力不是宪法的根本目的,国家权力对公民权利而言,只具有工具性价值,人民通过宪法确定分权制衡的国家权力结构的目的乃是保障公民在法律秩序中享有最大限度的自由和权利。公民不仅享有宪法明确规定的基本权利,也理所当然地拥有依据宪法原则推定的基本权利,宪法保留原则禁止立法机关制定限制和剥夺宪法权利的法律,法律保留原则禁止行政机关制定限制和剥夺公民法律权利的行政法规,一些国家的宪法条文或宪法惯例、宪法判例赋予司法机关拥有对立法行为和行政行为的司法审查权,可以判决违宪的立法行为和行政行为无效。而公民可以在私人领域享有不受国家机关干涉的自由,可以按照自己的理性判断去设计自己的生活、管理自己的事务。^① 在立宪主义的视野中,政府的职能、权力、规模、行为都有一定的限度,都要受到宪法和法律的明确限制,需要公开接受社会监督与制约,并且有纠偏机制和责任机制。因而有限政府是法治政府、责任政府,它主张政府应该尊重市场主体的自我管理权利,政府只是在法律给定的范围内对经济社会生活进行理性的宏观调控;它要求政府应该对人民承担政治责任、法律责任和道义责任。

在宪法划定了公共领域和私人领域的界限之后,社会主体可以通过契约确定社会交往中的权利义务关系,以契约作为以期满足自己的需要、实现自己合法利益的法律工具。当然,由于社会主体的认识能力、知识基础、社会经验存在着一定的差别,导致了社会地位和社会资源方面的实质上的不平等,国家在一定程度上应该通过合理的干预,平衡当事人的缔约能力,确保所有人都拥有自由选择的实然权利。因此,在消费者权益保护法律的制定及其适用方面,国家应该考虑消费者与生产者、销售者之间存在信息不对称所导致的自由选择能力方面的差距,在解释法律时应该向弱者倾斜。也就是说宪法规定的平等原则要求我们在解释宪法规则、法律规则过程中应该作出合理的价值判断和价值选择决定。

立法程序是汇集各种意见、达成共识的民主过程,各种主张只有经过充分、平等的对话、辩论和竞争才能为人们进行价值认识、价值评价和价值选择提供坚实的合法性基础。只有对各种主张进行必要的抽象才能达成一定程度的共识,因此法律规则注定是抽象的规定,法律规则必须通过解释转化成具体的规定才能得到合理的适用。实际上,无论是法典还是单行法律,其中都存在着许多一般性条款,其具体的含义必须结合法律原则的精神才能获得准确的理解。从某种意义上讲,法律实施过程中必然存在着广泛的自由裁量权。毋庸置疑,自由裁量是一种权利义务的微调过程,自由裁量在本质上与宏观立法一样,是一种进行价值评价和价值选择的制定规则的活

^① 参见[德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》,高家伟译,商务印书馆2002年版,第200页。

动。立法过程和结果的合法性依赖于它的民意基础,那么自由裁量的过程和结果只有体现了法律共同体成员的意见和意志,获得了他们的同意才具有合法性基础。因此,必须对自由裁量权进行必要的程序控制,必须通过保障利害关系人和公众的参与来保证价值选择过程及其结果的公正合理性。^① 所以,为了将行政自由裁量权纳入宪法治理的轨道,就必须在强化民主听证功能的同时加强司法审查的力度,保证利益受到影响的人能够充分、有效地参与行政决定的形成过程,确保行政自由裁量过程中的价值选择符合社会主流价值观念的要求。

宪法确立了人民原则,人民是国家权力的所有者,一切制度的创设和改革都必须尊重人民的宪法主体地位,要以广大人民群众的根本利益作为出发点和落脚点,以人民作为最高的价值评价主体,以人民群众的利益和要求作为最高的价值评价标准。进言之,我们建立的一切制度,只有满足和实现了人民群众的利益和要求,才能说明这些制度是有价值的,才能受到人民群众的拥护。

人民当家作主是民主政治的本质和核心,民主政治建设要着重保障依法实现民主选举、民主决策、民主管理和民主监督,保障人民的知情权、参与权、表达权、监督权。人民主权意味着在立法过程中,切实把体现人民意志、保障人民权利、促进人的自由平等发展、实现社会正义作为法治的灵魂。为了与人民政治参与的积极性的不断提高相适应,我们必须在宪法的框架内推动政治制度改革,要通过民主制度丰富民主形式,扩大公民的有序参与,保证公民依法实行民主选举、民主决策、民主管理和民主监督,确保公民享有最广泛的自由和权利;同时要坚持和完善人民代表大会制度、政治协商制度,保障立法和决策更好地体现人民的意志。

宪法的实施过程是一个不断维护和发展公民权益的过程,是一个在人权保障原则指导下不断扩展公民权利体系的过程。民主法治国家的权利体系应该包括个人自由、作为一个法律共同体成员所应当享有的成员权利、获得法律救济的权利、机会均等地参与意见形成和意志形成过程的法律创制权利和社会保障权利。因为只有做到公共领域的自治才能保证私人领域的自治,所以民主法治国家不仅要保障公民的消极自由和权利,而且要保障公民的积极自由和权利;不仅要保障公民社会经济文化权利,更要保障公民的政治权利和表达自由权利。

三、制度分析法

宪法学应该重视本国的宪法文本,依据宪法文本思考社会现象,用宪法原则和规则评价宪法现象,这是宪法学思维的基本特点。在制度分析的框架内,宪法的规定是判断一个社会行为、一项立法和一个行政决定是否具有正当性的基础,不需要从宪法之外寻找另外的判断标准。制度分析强调从宪法规则的逻辑结构或宪法规则之间的逻辑联系来确定宪法规定的准确含义,而不需要参照宪法之外的价值判断标准。确立宪法至上的权威,利用宪法来实现法律体系内部规则的协调和统一,其基本目的就是力图运用制度分析方法直接解决具有法律意义的问题。

制度分析是一种理性分析方法。在现实的法律世界里,并不存在与客观事实完全对应的法律规则,而且不同的主体对法律规则有着不同的认识,法律规则的供应也远远不能满足社会事实的需要。因此,制度分析只是首选的宪法现象的分析方法,一般只能直接适用于事实简单、关系

^① 参见[美]理查德·B.斯图尔特:《美国行政法重构》,沈岷译,商务印书馆2002年版,第113页。

清晰的宪法纠纷。当然,在现实生活中,有关事实的法律性质争议或宪法性质的争议既有可能属于简单的争议,也有可能属于复杂的争议。对于简单的争议应该直接适用法律规定或宪法规定,而对于复杂的争议也应该力图在法律规定或宪法规定的内部去寻找答案,只有在存在多种选择方案的情况下才应该结合价值分析和本体分析探究最适合的解决方案。

显然,制度分析要求人们从宪法规定中把握政治权力的合法性基础。宪法规定不仅反映了政治权力与宪法规范之间的构成性关系,规定了政治权力产生与运作的制度模式和价值目标,而且体现了政治活动的社会规律和理性需要。宪法为社会利益和价值的制度化分配确立了实体原则和程序原则,议会的立法过程及其结果应该体现平等原则和民主原则,政治权力与责任的设定、权利与义务的配置应该确立人民的主体地位,使之有利于处理公共利益与私人利益的关系,有助于权力的控制和权利的保护,从而确保政治活动沿着民主化、程序化、公益化的轨道运行,保证政治过程和结果能够更好地调整社会利益需求结构,满足不同利益群体的权利诉求。

因此,在政治生活和社会生活领域里全面确立宪法的权威,乃是宪法实施取得良好效果的根本标志。在立法活动、行政执法活动和司法活动中,将宪法规则和原则作为最高的行为标准,乃是立宪主义的内在要求,是制度分析的立足点。任何制度设置、任何的权利义务安排都应该从宪法规定中寻找合法性依据,没有宪法依据的立法决定、行政决定和司法决定都不具有合宪性,都不应该产生直接的约束力。进而言之,任何权力行为都必须有宪法的依据,凡是宪法没有禁止的,公民都拥有自由选择 and 自由作为的权利。

四、宪法学的方法论原则

主权是宪法制度安排的逻辑起点。主权在民是资本主义国家宪法的基本原则。一切权力属于人民是社会主义国家宪法的基本原则,在政治生活中坚持党的领导、依法治国和人民当家作主相统一的原则是人民主权的内在要求。政治权力的产生、政治意志的表达和集中以及政治权力的运作构成了政治法学的基本范畴得以展开的基础,而其逻辑起点则在于政治意志与法律意志的转换,正是经由这一意见表达、意志集中和意志转化的程序,政治权力获得了自身的合法性基础。

人权是宪法的价值依归,尊重和保障人权是宪法实施的基本价值目标。在一定意义上,人类社会的政治实践史就是公共利益和个人利益相互博弈并达到动态均衡的历史:一方面,国家权力必须从对个人权利的维护中获得自身的合法性;而另一方面,国家权力也具有其相对独立性,在国家权力经由权利让渡而产生之后,就获得了相对独立的地位,国家权力需要按照自己的固有逻辑运行。在一定程度上,宪法的逻辑起点和价值基础决定了宪法学的方法论原则,能否合理地解释国家权力与公民权利的相互关系,应该是我们选择宪法研究方法的前提。

首先,应该坚持逻辑与历史相统一的原则。一方面,宪法的理论框架是通过一些概念范畴建构起来的逻辑体系,需要我们采用逻辑推理阐释宪法学的知识体系和制度原理。从逻辑上讲,宪法学的基本范畴必须围绕着宪法现象展开,必须对宪法现象的主体要素、过程要素和内容要素进行抽象概括,形成能够用来判断、推理的概念体系。从逻辑联系上看,宪法主体是享有宪法权利、履行宪法义务、拥有宪法权力和承担宪法责任的法律人格和拟制人格;行使宪法权利和宪法权力的行为必然引起宪法关系的产生和变化,因而宪法关系是宪法主体之间的宪法权利和宪法

义务关系;宪法行为必然产生一定的宪法后果,宪法主体必须对自己的宪法行为负责,因此,宪法责任是构成宪法秩序的前提和基础,宪法秩序是人权的普世性在特殊时空的实现。另一方面,必须坚守宪法学的历史立场。历史分析基于事物发展的过程性和规律性,通过对有关研究对象的历史记载资料进行梳理,说明事物在历史上是怎样发生和怎样发展的。历史分析方法有助于我们分析事物与现状的关系,从历史与现状的一致方面,把握它的本质和特征;从历史与现状的不一致方面,探究文化环境、社会条件的影响作用。其目的乃是为了弄清事物在发生和发展过程中的运动规律,以便认识现状和推断未来。历史分析要求人们注重从政治活动的历史中挖掘宪法学所需要的学术资源,通过对宪法与政治在历史演进中所构成的紧张关系和矛盾运动的考察,把握正确处理宪法与政治关系的方法,归纳出宪法与政治关系发展的历史逻辑,阐明宪法政治和程序政治所应具有的特质,为宪法学原理的创立和发展提供必要的历史和理论支援。因此,宪法学的研究必须对人类社会的政治实践进行深刻的剖析,提炼出人类社会政治实践发展过程中宪法和政治关系的理想类型,从而为现代社会正确处理宪法与政治的关系、正确认识宪法现象提供必要的借鉴。

有必要指出,语源是对具体词语的来源、本义、引申义的考证和分析,应该归结为历史流变的研究。对宪法学的概念范畴进行语源分析,实质上就是试图从历史中寻找它们的思想来源。国家、人权、主权、基本权利、自由、平等都有其深远的思想渊源,从中可以探索人类宪法制度与宪法意识的历史发展规律。从某种意义上讲,制度与观念都是人类活动的历史产物,制度既是人类建构的结果也是自发形成的结果。制度的形成、变革是各种社会变量长期积累的结果,不以人们的意志而转移,有其特定的发展轨迹。对制度的结构与功能做全面的历史分析,有助于我们在制度选择与建构方面做出正确的决定。制度凝结着一定时代某个方面的价值选择,特定的政治人物的思想与社会大众的观念都对制度架构和价值目标有着深刻的影响。在一定程度上,制宪者的价值取向与社会大众的文化取向影响了宪法制度的发展方向。经验是历史的,经验构成理性选择的基础,也是逻辑推理的前提,人们有必要从制宪、行宪和护宪的历史资料中获得对宪法条文的正确理解和合理解释。

其次,应该坚持理论联系实际的原则。一方面,必须从理论上寻求宪法与政治活动之间的内在逻辑关联,探寻立宪政治作为人类社会政治实践模式所具有的历史样态、社会机理和各自的实现机制,揭示宪法制度作为人类社会迄今为止最具合理性的社会治理方式所具有的进步意义,从而为现代社会选择这一社会治理方式做出必要的正当性论证;另一方面,必须坚守宪法学的实践立场。从认识发展的过程来看,这里的实践立场是经过了对现实政治实践进行理论抽象之后再回归到对实践的指导,这种指导反映了人类认识实践发展的一般规律。从实际出发,主要是以中国的政治实践为基础,面向当代中国丰富生动的宪法现象,探究其本质和规律,为当代中国的宪法学原理与宪法制度构建提供经验启示。

再次,应该坚持规范分析与价值分析相结合的原则。一方面,必须坚持宪法学的规范立场。尽管宪法学的研究与现实政治实践有着千丝万缕的联系,但是对宪法现象的研究仍然应当是一种规范性研究,其所确立的基本理论范畴和知识体系不是现实政治实践的“镜像化”反映,而是一种理想意义上的抽象和归纳。这种对现实进行抽象化和理论化的学理解释,能够有效地满足理论研究的需要;另一方面,也不能排斥对宪法现象的价值分析,理论研究的终极目的是为了人的需要,宪法学也必须坚持这一立场。尤其是在现代社会,政治统治的合法性最终来源于人们的