



研究生教学用书

宪法学专论

Thesis on Constitutional Law

殷啸虎 王月明 朱应平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



研究生教学用书

宪法学专论

Thesis on Constitutional Law

殷啸虎 王月明 朱应平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

宪法学专论/殷啸虎,王月明,朱应平著. —北京:北京大学出版社,2009.11

(研究生教学用书)

ISBN 978-7-301-15826-5

I. 宪… II. ①殷… ②王… ③朱… III. 宪法-法的理论-中国-研究生-教材
IV. D921.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 167385 号

书 名: 宪法学专论

著作责任者: 殷啸虎 王月明 朱应平 著

责任编辑: 张兴群 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-15826-5/D·2420

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京飞达印刷有限责任公司

经销者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 22 印张 411 千字

2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

总 序

这是为研究生专门编写的一套教学用书。

研究生是否需要编写教学用书？研究生教学活动中采取教学用书的做法是否会束缚研究生的思维？是否会影响教师开展更加具有创造性的研究生教学与培养活动？研究生教学用书能够在多大程度上面对并且促进研究生培养质量的提高与研究生教育事业的发展？尽管这些问题尚有争议，但我们仍然选择了启动研究生培养改革项目。我们相信，随着研究生人数的扩张、专业学位的发展、研究生培养单位的增加，随着知识的膨胀与研究成果的不断更新以及因此导致的社会对于人才的需求标准的变化，越来越需要有一种能帮助教师与研究生及时对话、沟通信息渠道，同时为研究生展开思考与深入研究提供必要的指引的工具。

在编写过程中，我们形成了几点想法，希望与同行共享：

一、研究生教学用书依然具有教学用书的特点。

研究生教学用书应当是个什么样子呢？这可能是一个仁者见仁、智者见智的问题。有的学者理解，编写教科书，是一门学科里的学问臻于成熟、教学自成体系的显著标志，在某些时候，也是创建、恢复或移植学科体系的便捷方式。本科教材就给很多人这样的预期：教材是通说或定论的载体，是理论大厦的地基，是知识宝库的钥匙。我们认为，尽管研究生教育的知识深度有所不同，研究生培养仍需承载类似的任务，研究生教学用书仍应具有这种功能。有鉴于此，系列用书将充分正面肯定各个专业领域已有的研究成果，适当阐述该学科的基础理论知识体系。读者通过研读这些著作，有望对相关学科领域的研究成果特别是研究现状形成一个较为便捷、全面、系统、权威的把握。

二、研究生教学用书要充分体现研究生培养的特殊性，凸显研究生教育的特点与规律。

研究生培养不同于本科生，研究生教学用书也不同于本科生教材。通常的教材编写惯例与研究生的培养目标不甚兼容。有的院校坚持“百花齐放”，不统一使用研究生教材，有的慎重出版了具有特色的研究生教材。这些做法都值得我们借鉴。研究生教育素有专题、互动、讨论、指导与学生自主学习相结合等经验，以更加个性化的方式与创新思想、创新知识、创新技能培养目标等为核心介绍相关问题的研究方法和理论成果，强调教学内容的创新价值和启发意义。

我们力图在内容、体例和使用方法等方面拥有自己的特色：更多是专题性

的、启发性的、创新性的,注重反映法学不同学科教学科研的最新成果和发展方向;更多地反映方法论的价值与相关研究专题的核心内容,而不拘泥于体例统一,不强求观点一致,目的是启发或帮助研究生培养学习的方法和研究的激情,培养不懈钻研的精神气质和严谨周详的思维习惯;更多地引导研究生通过教学用书的使用拓展学习、研究与思考的空间,鼓励使用本教学用书的老师和学生及其他有兴趣的同行可以灵活使用此教材的各个章节:教师不必单纯以此教材作为教学的基础,学生也不能仅以此教材作为学习的主要内容。

华东政法大学是新中国创办的第一批高等政法院校,由原圣约翰大学、东吴大学等9所院校的法律系、政治系和社会系等合并组建成立。经过几代华政人的努力,华东政法大学现已发展为一所以法学学科为主,兼有经济、管理、金融、外语等专业的多科性院校,成为享誉海内外的“法学教育的东方明珠”。自1981年起创办研究生教育以来,目前已设有法学博士后科研流动站,拥有法学一级学科博士学位授予权。如果说可以把这套系列研究生教学用书看成是我们在研究生教育培养方面阶段性研究成果的汇总和多年研究经验的结晶,我们愿意与大家共同努力,进一步繁荣我国的法学研究生教育事业。

希望同学们能够踩在我们以本系列教材这种形式提供的这个肩膀上,将兢兢业业、勤勤恳恳,大胆反思、小心求证、竭力超越、求真务实的学术火炬代代相传、越烧越旺。如果把这套系列教材形象地比喻为全体编者虽已殚精竭虑、精挑细选但却仍然忐忑不安地播下的一粒粒种子,我们希望:在祖国法治春风的吹拂下,它们能够慢慢长成一株又一株嫩芽,将来还会茁壮成长、硕果累累……

是为序,并共勉。

何勤华

2007年1月20日

目 录

第一专题 宪法与宪政	(1)
第一节 宪法的基本理论	(1)
第二节 宪政概述	(37)
第三节 宪政的文化基础	(46)
第四节 宪政要素	(63)
第二专题 宪法与公民	(72)
第一节 导论	(72)
第二节 公民与公民权	(83)
第三节 我国宪法关于公民基本权利规定的演进	(100)
第三专题 宪法与平等	(107)
第一节 导论	(107)
第二节 平等对宪法的重要性	(114)
第三节 宪法对平等的调整和保障	(122)
第四专题 宪法与自由	(135)
第一节 精神自由	(136)
第二节 表达自由	(142)
第三节 人身自由	(151)
第四节 经济自由	(156)
第五专题 宪法与国家	(162)
第一节 宪法视野下的国家	(162)
第二节 宪法与国家的经济制度	(168)
第三节 宪法与文明社会建设	(175)
第四节 宪法与国家的政党制度	(182)
第五节 宪法与利益集团	(191)
第六专题 宪法与政府	(206)
第一节 国家与政府	(206)
第二节 宪法与立法机关	(208)
第三节 宪法与国家元首和中央军事委员会	(235)
第四节 宪法与行政机关	(243)
第五节 宪法与司法机关	(253)

第七专题 宪法与社会	(277)
第一节 宪法和社会关系概述	(277)
第二节 社会变迁与宪法	(280)
第三节 宪法对社会的调整 and 保障	(289)
第八专题 宪法与违宪审查	(311)
第一节 违宪审查概述	(311)
第二节 现代国家违宪审查制度	(316)
第三节 我国的违宪审查制度现状分析	(324)
第四节 我国违宪审查制度的路径选择	(331)
 主要参考书目	(343)
 后记	(345)

第一专题 宪法与宪政

第一节 宪法的基本理论

一、宪法的概念

宪法学是研究宪法这一特殊社会现象的法律学科,要了解、学习宪法学,首先必须了解什么是宪法,认识宪法概念的基本内涵,并在此基础上,准确把握宪法产生、发展的基本规律。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。^①

当然,要给“宪法”概念作一个明确的、大家都能认同或者接受的定义,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,但自今并未形成一致的“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。”^②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非议,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。”^③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。”^④

① 参见韩大元等:《宪法学专题研究》,中国人民大学出版社2004年版,第52页。

② 吴家麟主编:《宪法学》,群众出版社1983年版,第46页。

③ 朱福惠主编:《宪法学新编》,法律出版社1999年版,第11页。

④ 董和平、韩大元、李树忠:《宪法学》,法律出版社2000年版,第38—39页。

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,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;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政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。^①韩大元教授则从动态的视角,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,理解和评价宪法概念的意义与功能。^②

由于“宪法”一词本身包含了复杂的含义,尽管各个时期的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。^③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。”^④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把握。

(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

① 参见莫纪宏主编:《宪法学》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 92、94 页。

② 参见韩大元等:《宪法学专题研究》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 55—57 页。

③ 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。

④ [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。

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,宪法又成为有关确认教会、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》等。欧洲大陆国家也用宪法一词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,亦即确认立宪政体和制度的法律。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

① 参见谢大任主编:《拉丁语汉语辞典》,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《宪法学和宪法》1987 年版,第 123 页。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 参见〔古希腊〕亚里士多德:《政治学》第 4 卷第 11 章,商务印书馆 1983 年版,第 205 页。

④ 同上书,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 1640 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。参见斯科特·戈登:《控制国家——西方宪政的历史》,应奇等译,江苏人民出版社 2001 年版,第 357 页之注③。

遍确立。

“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《圣德太子宪法十七条》，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，衫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《立宪政体略》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

① 参见〔日〕酒井荣吉：《宪法学讲义》，评论社，1974 年，第 37—38 页。

② 参见李步云主编：《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。

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。^①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。^②

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。”^③肯尼斯·惠尔(Kenneth Wheare)认为:“在世界上大多数国家,宪法是指治理政府的法律规则的选集,且已被体现在某个文件中。”^④S. 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。”^⑤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。^⑥《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进行活动。……从定义上看,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。^⑦《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。^⑧

① 参见〔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。

② 参见〔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。

③ 同上书,第16页。

④ 《现代各国宪法》(Modern Constitutions),1951牛津英文版,第5页。

⑤ 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。

⑥ 转引自罗豪才、吴贻英:《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。

⑦ 转引自上海社会科学院法学研究所编译:《宪法》,知识出版社1982年版,第2—3页。

⑧ 同上书,第41页。

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,在现实政治生活中具体表现在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。”^①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。”^②卡尔·洛文斯坦(Karl Loewenstein)也认为,“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。”^③

最后,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。^④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。”^⑤

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。^⑥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。^⑦

① [日]小林直树:《宪法讲义》,1980年东京大学日文版上册,第10页。

② [英]斯特朗:《现代宪政》,1930年伦敦英文版,第10页。

③ [美]卡尔·洛文斯坦:《政治权力和政府程序》,1957年芝加哥英文版,第123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 [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第143、287页。

⑥ 参见[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8—9页。

⑦ 关于这一点,将在下文“宪法概念的特征分析”中探讨。

（三）宪法概念的阶级分析

与西方法学家的观点不同,马列主义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。”^①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。”^②“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。”^③

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?在于人民中那些意识到并且善于争取这些权利的各阶级的力量。”^④“宪制的实质在于:国家的一切基本法律和关于选举代表机关的选举权以及代表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。”^⑤他针对“宪制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,立宪君主制也好,共和制也好,都不过是阶级斗争的不同形式。”^⑥

最后,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。”^⑦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。”^⑧因此,“我们的宪法,我们的苏维埃……是揭露资产阶级民主制虚伪骗人的本质的最好的宣传鼓动材料。”^⑨

（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

① 《关于苏联宪法草案》,《斯大林选集》下卷,人民出版社1979年版,第409—410页。

② 《新民主主义宪政》,《毛泽东选集》第2卷,1991年版第735页。

③ 《关于中华人民共和国宪法草案》,《毛泽东选集》第5卷,人民出版社1977年版,第129页。

④ 《列宁全集》第12卷,人民出版社1987年版,第50页。

⑤ 《列宁全集》第17卷,人民出版社1988年版,第320页。

⑥ 同上书,第321页。

⑦ 《马克思恩格斯全集》第11卷,人民出版社1965年版,第108页。

⑧ 《列宁选集》第4卷,人民出版社1995年版,第122—123页。

⑨ 《列宁全集》第35卷,人民出版社1986年版,第77页。

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。^①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,仅仅只是宪法所特有的,并且是所有类型的宪法所共有的。但是,从上述各种观点所阐述的特征看,首先,内容的根本性固然是宪法与其他法律的主要区别,但也应当看到,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本法的特征的体现。

另外,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分析、论证的,这无疑是片面的。因为宪法的根本法特征,既包括了成文宪法,同样也包括了不成文宪法。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?”^②另有学者认为,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。^③并指出: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

① 参见吴家麟主编:《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。

② 李龙:《宪法基础理论》,武汉大学出版社1999年版,第141页。

③ 参见王广辉:《宪法为根本法之演进》,载《法学研究》2000年第2期。

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。^①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的区分。^②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至关重要。

那么,宪法作为国家的根本法特征,其实质内容究竟是什么?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。从这个意义上说,宪法首先是法,或者具体说,是部门法,这是我们探讨宪法根本法特征的法理前提,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: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

① 参见王广辉:《比较宪法学》,武汉水利电力大学出版社1998年版,第18—19页。

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

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,而不作具体规定。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。

最后,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有权威的法律依据,运用宪法手段,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,实现保障公民权利的终极目标。

① 参见徐秀义、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、经济法等部门法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。参见蒋碧昆主编:《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,这仅仅只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。