

YUELU LAW REVIEW (Vol.4)

湖南大学法学院 主办

SPONSORED BY LAW SCHOOL OF HUNAN UNIVERSITY

湖南大学出版社

岳麓法学评论

YUELU LAW REVIEW SPONSORED BY LAW SCHOOL OF HUNAN UNIVERSITY

主 编 郭道晖 副主编 屈茂辉 温晓莉

第 四 卷 Vol.4

YUELU LAW REVIEW

SPONSORED BY LAW SCHOOL OF HUNAN UNIVERSITY

SPONSORED BY LAW SCHOOL OF HUNAN UNIVERSITY

YUELU LAW REVIEW



岳麓法学评论

YUELUN LAW REVIEW SPONSORED BY LAW SCHOOL OF HUNAN UNIVERSITY

第 四 卷

《岳麓法学评论》编委会

主 任

李步云

副主任

郭道晖 刘定华

委 员

(按姓氏笔画为序)

王全兴 王远明 邓成明 石柏林 孙昌军 刘定华 李步云
李金泽 余松林 单飞跃 郑远民 屈茂辉 胡旭晟
郭道晖 韩赤风 韩 虹 温晓莉

主 编

郭道晖

副主编

屈茂辉 温晓莉

编辑部主任

肖海军

湖南大学出版社

MAH85/06

图书在版编目(CIP)数据

岳麓法学评论(第四卷)/郭道晖主编.

—长沙:湖南大学出版社,2003.5

ISBN 7-81053-641-9

I. 岳… II. 郭… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 030657 号

岳麓法学评论(第四卷)

Yuelu Faxue Pinglun

郭道晖 主编 屈茂辉 温晓莉 副主编

-
- ☐责任编辑 谌鹏飞
☐特邀编辑 贺 军
☐封面设计 吴颖辉
☐出版发行 湖南大学出版社
社址 长沙市岳麓山 邮码 410082
电话 0731-8821691 0731-8821593
☐经 销 湖南省新华书店
☐印 装 长沙环境保护学校印刷厂
-

- ☐开本 787×1092 16 开 ☐印张 18.5 ☐字数 490 千
☐版次 2003 年 5 月第 1 版 ☐2003 年 5 月第 1 次印刷
☐书号 ISBN 7-81053-641-9/D·59
☐定价 33.00 元
-

(湖南大学版图书凡有印装差错,请向承印厂调换)



饶鑫贤先生

饶鑫贤，别号辛咸，1923年2月出生于湖南省沅江市。20世纪40年代毕业于省立第五师范，曾任中学教员三年，其后参加当时国民党政府考试院主持的高等考试教育行政人员考试及格，进入南京国立政治大学高等科学学习，毕业后不久，加入中共南京地下党从事革命活动。南京解放后一度参加市军管机构和市人民法院的筹建等工作。50年代初调入北京大学，相继担任法律系讲师、副教授、教授和硕士研究生导师，现为法律思想史博士点博士生导师，兼任系学术和学位委员会委员及法律史教研室主任。先后被选为中国法律史学会秘书长和副会长，任中国法律思想史研究会会长多年，并受聘担任中国政法大学、南开大学、安徽大学、苏州大学、宁波大学、中山大学等校的兼职教授，先后应邀赴美国华盛顿大学、香港中文大学和树仁学院讲学。90年代初获国务院颁发的“有突出贡献”专家证书，享受政府特殊津贴。

在北京大学近50年的教学工作当中，饶先生曾先后主讲中国刑法、法院组织法、刑事訴訟法学和中国政治法律思想史学等课程。作为北京大学法律系中国法律思想史学科的创立者和开拓者之一，早在1979年的全国法律史学工作会议上，他就提出了将中国法律思想史从中国法律史或中国政治法律思想史学科中分离出来以建立独立学科的创议，获得了与会绝大多数学者的认同。随后国家技术监督局制订颁布的《学科分类与代码表 GB/T13745-92》第一次明确规定“中国法律思想史”为法学的重要分支学科。紧接着国家教委批准在北京大学设立了全国第一个、也是惟一的法律思想史博士点。1984年，他和张国华二人合作主编的《中国法律思想史纲》一书出版。在该书的“绪论”中，他对该学科研究的指导思想、研究的对象和范围、研究的体系和方法、批判继承和古为今用等一系列基本问题，一一作了透彻的阐发。1999年他在《中国法律思想分期问题商兑》一文中进一步理清了中国法律思想的发展脉络。

饶先生的主要著作除《史纲》（上、下册），还有《法学辞典》（编委兼主要撰稿人）、《中国大百科全书·法学卷·中国法律思想史学科》（副主编及修订版主编）、《刑法学全书》（编委兼分科主编）、国家“八五”重点科研项目《中国法律思想通史》（常务编委）兼《明代卷》（主编）、《北京大学法学百科全书·中国法律思想史分卷》（主编）；其已发表的论文之一部分，经其博士研究生汇编为《中国法律史论稿》一书，已于1999年10月出版。

目次

【专题笔谈】

纪念我国 82 宪法颁布 20 周年专辑

- 试论宪法哲学之基本问题 文正邦(1)
- 落实政治人权的立法保障
- 82 宪法颁布 20 周年感言 郭道晖(12)
- 政治文明与宪法 黄子毅(16)
- 论《国际人权宪章》的应对 刘大生(22)
- 对人权的几个理论观点的探索与商榷 肖雪慧(30)

【立法问题探讨】

- 论立法决策与立法起草之间的关系 于兆波(37)
- 判例法制度的优点及其在我国的前途 冯晓青 魏衍亮(47)
- 论我国精神损害赔偿制度的发展
- 兼评有关立法、判例和解释 周念军 郭晓彤(63)

【各科专论】

- 法律效力的实现:一个社会选择的过程
- 来自法社会学田野调查的研究进路 王 旭(73)
- 中国法学理论研究的过去、现在和未来 温晓莉(82)
- 市民社会与法治的理论逻辑 马建兴(88)
- 电信网络规制对通讯自由的影响 韩大元 刘素华(96)
- 应从组织意义上认识腐败
- 兼析腐败的微观机理 寻民利(102)
- 诚实信用原则在行政法上的运用 刘 莘 王 静(112)
- 透视宋代土地所有权 柴 荣(121)
- 论民法撤销权体系中赠与人的撤回权制度 宁红丽 易 军(133)

债权让与的立法模式研究	周友军(145)
论刑事政策的执行	刘仁文(155)
资格刑比较研究	王俊平(169)
绑架罪罪状的建构	
——八国刑法典的比较	刘树德(187)
论新概念国家主权原则	洪必纲(193)

【公司治理结构与股权】

公司股东大会决议瑕疵的法律救济	肖海军(204)
上市公司国有股协议转让的法律问题	刘定华 张 倩(214)
股份回购制度在不同国家的实践与发展	汪华志(218)
国有公司控制权让渡过程中相关担保措施的制度安排	侯廉裕(224)

【司法改革与法律教育】

法律职业共同体与当代中国的法治事业	
——兼论国家统一司法考试的意义	杨海坤 黄竹胜(229)
中日两国司法改革的比较研究	
——兼谈法律职业精英化与法律教育的几个问题	范 愉(238)
论司法的终局性	贺日开(253)
判决理由比较论	童兆洪 范启其(261)
既判力论在中国的困境探析	
——以民事诉讼为视角	刘学在(268)

【法学家与法学】

博观约取,厚积薄发	
——记北京大学饶鑫贤教授	喻 菡(275)

【学术动态】

司法鉴定与法律发展、法理念的转变	
——全国司法鉴定制度研讨会综述	温晓莉 孙昌军 陈锦红(280)
“人权理论与实践研修班”国际合作项目	王演兵(285)

试论宪法哲学之基本问题

文正邦

提 要 宪法哲学是为提升宪法的理论界域而提出的一个新课题，公民权利与国家权力的关系，既是宪法的基本矛盾，也是宪法哲学的基本问题，它不仅有理论和实践根据，而且有多层次、多方面的深刻涵义及重要意义，文章并进一步辨析了它与行政法基本矛盾以及与私法领域基本矛盾的关系。

关键词 公民权利 国家权力 宪法的基本矛盾 宪法哲学的基本问题

权利和权力，是法哲学的一对基本范畴，是认识和理解纷繁复杂的国家和法律现象所必须依缘的两大“网上扭结”，是当我们把国家和法律作为有机联系的整体来进行研究时所不可避免的两大大要素；也就是说，权利和权力的关系，确切而言即公民权利与国家权力的关系，乃是公法领域的最基本的关系，或者说，是公法特别是宪法的基本矛盾关系，是宪法学（以及行政法学）的永恒主题，二者及其相互关系隐含着把握国家和法律现象要义之“纲”之“魂”的丰富内涵和深刻意义（而且权力的总体是主权，权利的最普遍形态是人权，这些都关系到宪法和宪政的要旨）。我们认为，公民权利与国家权力的关系，既是宪法的基本矛盾，也是宪法哲学的基本问题。因此，要对宪法进行更深入的理性思考，要提升宪法的理论界域——即进展到宪法哲学的高度和深度的话，就不能不需要首先对它进行一番深入的剖析。

一、对宪法哲学及其意义的基本认识

宪法哲学是为深化宪法的理论层次，提升宪法的理论高度，扩展宪法的理论视野，以使其能更好地指导我国宪政实践的探讨中提出的新课题，是适应我国法治理论及实践深化发展所十分必要而有益的一个理论领域。

从20世纪90年代到进入21世纪，随着依法治国理论与实践的逐步深入推进，一些有识之士越来越深刻地认识到依法治国首先要依宪治国，实行法治关键要实行宪政；因为依法治国的重点和难点不在于“治民”，而在于“治官”、“治权”、“治政”，在于防止国家权力的滥用和腐败；而且要真正建立和健全社会主义市场经济体制，完善市场经济法治保障体系，优化投资环境、法治环境和整个社会环境，就不能不把规范政府行为，建立和健全国家权力合法、高效、廉洁运行的机制放在特别重要的地位。所以有学者不无根据地认为，随着实行依法治国，建设社会主义法治国家新时期的到来，“中国将在未来的一二十年内完成由民法时代步入宪政时代”^①。

^① 蔡定剑：《法制的进化与中国法制的变革》，载《中国法学》1996年第5期。

宪政者，简而言之即实施宪法的民主政治。笔者认为：法治是宪政之纲，民主是宪政之魂，宪政是民主与法治的结合部、统一体；而实行民主的关键就是要摆正“主义”与“公仆”的关系，坚持好国家权力既属于人民又来自人民的人民主权或主权在民原则，从而通过民众广泛的政治参与（参政、议政、督政等），充分地表达民意，使国家权力服务于人民利益；实行法治的要义就是要坚持法律至上，宪法至尊，民权至重，民主为体，以法制（约）权（力），既注重以（公民）权利制约（国家）权力，又必须使（国家）权力相互制衡，从而有效地控制国家权力的合法行使以保障公民权利；所以宪政还以保障和实现人权为其目的，以更切实、更充分、更广泛地保障和实现公民权利和人民利益。这一切都归结为必须要处理好国家权力与公民权利的关系这一根本问题。因此，宪政是法治的最高层次，是一般民主的升华和超越，是人权保障的有力武器，是国家权力的合法来源与国家权力的合法行使的有机统一；要实现宪法的重要作用、价值和功能，要树立宪法的最高权威，要使宪法真正为老百姓所信仰、所尊崇并为其谋福利，必须致力于建设和健全我国的社会主义民主宪政，这事实上已成为我们时代的一种最强音。再冷静观之，当前我国社会发展中的难点、关节点，诸如推进政治体制改革，根治腐败，强化民主监督，健全人权保障，重塑党和政府形象及牢固树立法制权威等，也都有赖于搞好宪政建设来达到实质性的突破和进展。

然而，在缺乏法治及宪政传统的我国，要真正推进社会主义民主宪政建设确属不易；加之我国科学意义上的宪法学以及政治学的建设和发展起步晚（严格说来开始于改革开放以后的新时期）、起点低，所以欲真正实行近百多年来中国人民前赴后继所不懈追寻的宪政，事实上在理论和实践上都有一个孕育期、转型期、探索期；而且由于宪法、宪政同政治制度、政治形势联系特别紧密，从而使诸多因素不能不影响到其理论的科学性和彻底性。然而，理论只有具有科学性才能揭示和把握必然性和客观规律性，也才具备精确性、逻辑严密性以及理论对自身的扩展、充实和创新能力，法学才能走出注释法学和工具性功能的被动境地。至于理论的彻底性正如马克思所说的那样，理论只有彻底才能掌握群众，而所谓彻底就是触及事物的根本。法学具有理论的彻底性才能增强其独立的学术品格和科学理性功能以及探索真理的能力，也才能揭示事物和问题的根本和实质，深切地关注社会和人生，增强其逻辑力量、理论威力及说服力，从而才能有力地指导实践过程。而增强法学的科学性和理论的彻底性，最有效的一种办法就是从法哲学的视野高度和理论深度提升和深化我们的法学理论，这乃是法学理论深化和发展中的必经之路、应有之义、当然之举，否则各门法学理论都难以有实质性的突破和重大进展。这已越来越被更多的有识之士所深切见识，乃至关于部门法哲学问题不仅像刑法学、民法学这类传统法学学科已提出了开展刑法哲学、民法哲学研究并出现了可喜的探索性成果，而且像宪法、行政法学这类在我国相对落后、晚近才真正受到重视的学科也提出了应开展宪法哲学、行政法哲学（也有了初步成果）研究的郑重呼吁。这是我国法学界在世纪之交和走向 21 世纪中反思和展望中国法学的以往历程和未来发展所取得的重要认识成果之一，也是繁荣中国法学新的希望所在。

宪法哲学是从哲学的角度和运用哲学的观点与方法来思考和研究宪法的理论和实践问题的一门理论宪法学学科，是理论宪法的最高层次，是非常重要的部门法哲学之一。它通过对既有宪法理论成果的再思考、再认识，即进行哲学“反思”，并通过对宪政实践的哲学审视、认知和分析，从其中总结和概括出具有世界观和方法论意义的内容和问题，以揭示宪法和宪政现象最深邃的本质和最普遍的规律，从而为宪法发展和宪政建设提供哲学（世界观和方法论）指导和依据。也就是说，宪法哲学是关于宪法和宪政问题的世界观和方法论的理论体系，是有关宪法和宪政问题的世界观和方法论的理论化系统化的学问，概而言之，也就是关于宪法和宪政问题的法哲学理

论。它既有利于我们高瞻远瞩，把握宪法发展和宪政建设的全局性、宏观性、战略性问题，又便于我们深入认识纷繁复杂的宪法和宪政问题的实质和根本，即赐予我们观察和研究宪法和宪政问题以“望远镜”和“透视镜”。

由此可见，宪法哲学所研究的问题既具有宏观性和战略性意义，又是关于宪法和宪政的一系列深层次的理论问题。所以，宪法哲学所研究的内容既深且广，诸如：首先是应对公民权利与国家权力的关系这一宪法的基本矛盾进行法哲学探析，研究确立公民权利本位以及人民主权作为宪法的理论基础的深刻涵义和重要意义；进而揭示宪法的社会基础、经济基础、道德基础，对宪法进行经济分析、政治分析及伦理分析（以便深入探讨诸如宪法的“高级法”背景和属性，人权的宪法保障的特点和意义，宪政的人性依据等复杂问题）；并对宪法和宪政的各种要素和要件（宪法规范，宪法原则、宪法意识、宪法文化、宪政精神、宪政制度及体制、宪政秩序以及民主、法治、人权等）及其结构进行系统分析；深入剖析和探究宪法的价值和功能的优化整合及其实现方式和途径；对宪法的发展与演进，宪法及宪政的整个运行和运作过程（包括立宪、行宪、司宪、护宪以及以法制权、以权利制约权力、权力相互制衡等）进行哲理分析；尤其还应系统地探讨和研究宪法及宪政理论和实践中的诸多认识论和方法论问题。从而逐步地构建起科学严密的宪法哲学的范畴逻辑体系（包括确定其逻辑起点、逻辑中心、逻辑终端等），以深刻揭示宪法和宪政现象的本质及宪政文明发展的普遍规律性。

宪法哲学与政治哲学有着密切的联系，是对关于国家制度、国家政体、国家权力以及国家与公民、国家与法的关系等重大问题进行哲学思考的结果。宪法哲学的思路和思维方式可以说是早已有之，如亚里士多德对古希腊城邦政体的思考，从中世纪末期到近代源于英国的限权观念和议会制民主主义，从马基雅弗利、博丹到洛克、孟德斯鸠的分权学说和卢梭的社会契约论及人民主权学说，欧美源远流长的立宪主义思潮，还有近代自然法学的高级法理念以及黑格尔的国家主义法哲学等。至于近现代的一些公法学家和宪法学家乃至政治（思想）家，如法国的艾斯曼（Adhemar Esmein）、狄骥（Leon Duguit）、马尔佩（Raymond Carre de Malberg），德国的盖尔伯、拉邦德（P. Laband）、耶利内克（G. Jellinek），英国的密尔（John S. Mill）、戴雪（A. V. Dicey）、詹宁士（Jennings）、梅特兰（F. William Maitland），美国的潘恩（Thomas Paine）、杰斐逊（Thomas Jefferson）、汉密尔顿（Alexander Hamilton）、比尔德（C. A. Beard），日本的伊藤博文、美浓部达吉。他们的理论、学说和思想也不乏有宪法哲学的思绪和内容。更不用说马克思主义的宪法理论和国家学说中所包含的历史唯物主义的宪法哲学的科学内涵了。所以宪法哲学也并不玄奥神秘，只要我们是有心人，就可以努力从宪法理论和宪政实践中去逐步深切地体悟、总结和概括出宪法哲学的精当内容。

当然，我们研究宪法哲学既要着眼于对世界各国体现宪政文明普遍规律的有关制度和机制及其社会文化背景的哲理分析，又要落脚于结合中国社会主义宪政建设的特点和实际来进行创造性的理论探寻和制度建构，完善我国以人民代表大会制度为基础的宪政制度和体制，深化和促进我国宪政理论和实践及其发展。

二、公民权利与国家权力的关系为宪法的基本矛盾及宪法哲学的基本问题

开展宪法哲学的研究，首先必须要解答宪法哲学的基本问题是什么，即确立宪法哲学以及整个宪法的理论基点，也是对宪法和宪政问题进行辩证分析的理论基点，因为它涉及宪法的基本矛盾这一重大问题。可以说，公民权利与国家权力的关系，是贯穿宪法全部内容和整个体系结构的基本矛盾，因此也是对宪法进行哲学思考（即开展宪法哲学研究）所包含的基本问题。之所

以如此，主要有以下原因：

首先，从历史上看，正是出于对公民权利的普遍保障和对政府权力的法律控制才产生了宪法，并进而实现为宪政，宪法的根本功能就是通过对公民权利与国家权力关系的调整和优化配置，来最大限度地保障公民权利以及法人及其他社会组织的合法权益，而且对公民权利的保护从功能上讲也是对国家权力的一种制约和限制。正如有的学者所指出：“近代宪法的内容一般都分为国家统治机构和国民基本权利保障两大部分，欧美学者认为：前者规定了国家统治机构的组织、权限和作用，这当然是对国家权力执行者的一种制约和限制；后者也应看做是对国家权力的一种制约，因为宪法规定的基本权利保障，意味着保护公民免受国家和地方政权机关等公共权力的侵犯。”^①而“权利制约权力是宪法产生的政治动因”^②。

其次，宪法的全部内容和整个体系结构就是公民权利与国家权力两大方面的系统整合和统一。例如宪法的总纲，既是对国家性质和国家基本（经济、政治、文化等）制度的规定，也是对公民权利与国家权力相互联系、相互制约关系及其稳定化形式的原则揭示；宪法的公民基本权利和义务部分，便是对公民权利及人权保障问题的直接确认和最普遍规定；宪法中的国家机构部分，则是对国家权力的配置和运行的规范化构造。总之，界定和规范国家权力，确认和维护公民权利，是任何宪法所不可或缺的基本内涵和主体构造。

再次，宪法的基本矛盾规定了宪法所调整的对象及其特点，即它主要是调整整个国家及国家机关与公民、社会（公民自然人及公民群体）之间的关系以及国家机关相互之间的关系，而其本质就是国家权力（或公共权力）与公民权利之间的关系，这也就是宪法法律关系的主要内容。也就是说，宪法主要是调整以国家及国家机关为一方或双方，这样一种具有政治性、关键性、全局性的社会关系即政治关系（包括规定国家的基本经济、文化制度，发展经济、文化的方针、政策等，都具有政治意义，对国家和社会都具有全局性、战略性意义）。其中，就国家机关与公民之间的关系而言，也具有政治意义。因为国家机关与公民之间关系的实际内容就是国家机关与公民之间的权利义务关系，具体体现为国家机关及其工作人员的职权及职责，同公民的权利义务之间的关系。而公民的权利义务这里是指公法上的公民权利及相关义务，确切而言即公民的基本权利与义务，它既不同于私法上平等主体之间的私权利及相关义务，又不同于行政法上行使相对人的具体权利与义务。它直接来源于人权并体现人权，这种权利是国家权力存在的基础和来源，也是其他部门法设定公民具体权利义务的基础、来源和依据；它产生和存在的非常重要的价值功能就是产生国家权力，赋予国家机关以权力同时又限制国家机关的权力，并由此派生公民的其他具体权利。正因为如此，宪法所调整的社会关系就尤其需要予以规范化、制度化、法律化，宪法就是专门对这一类重大社会关系予以规范化、制度化、法律化的根本大法。

最后，公民权利与国家权力的协调和实现就是民主宪政及其实现，宪政的发展也是公民权利与国家权力相互作用的结果。宪政的实行过程就是通过实行民主政治，发动公民广泛地参与政治，从而在民主的基础上实行法治，来限制（规范和制约）政府权力，既“以法制（约）权（力）”，又以权利制约权力，并使权力相互制衡——而这些都可以归结为权利制约权力，以保障人权。所以宪政的重心和要义也就是“限政”（即以公民权利制约国家权力），而“限政”的根本力量和目的，就是要靠充分发挥人民群众珍惜自身权利而对国家机关及其权力的监督制约作

① 吴桐英：《欧美国关于宪法约束力的理论研究及司法实践》，载《法学论文集》（续集），光明日报出版社1985年版，第158页。

② 周叶中：《宪法学理论体系的重构与反思》，载《法学研究》2001年第4期。

用,以有效地保障公民权利和人民利益的实现。

而公民权利与国家权力的关系的实质就是国家权力与权力源、权力所有者的关系,即是否贯彻人民主权原则(以及法治原则),是否体现主权在民(以及法治的重点在于规制国家权力,以保障公民权利),强调中华人民共和国的一切权力属于人民并来自人民。因为人民既享有权利又拥有权力(是主权者),人民的权利一旦被集中化、强烈化和组织了起来,被社会公共权威机关(如代议机关)所掌握和行使,并被国家宪法和法律所确认和规定,就转化为人民的权力并上升为国家权力。

所以对公民权利与国家权力的关系的研究,不但可以使我们深入认识和把握宪法、宪政及宪政精神的要义,而且可以指导我们认识和了解宪法、宪政的过去、现在及未来发展趋势。宪法的演化和发展就是公民权利与国家权力相互作用的结果。^①

三、宪法哲学的基本问题及宪法的基本矛盾的多层涵义

公民权利与国家权力的关系作为宪法哲学的基本问题,包括以下两层深刻涵义:

1. 公民权利与国家权力二者谁是基础和本源,谁决定谁,谁派生谁,用哲学语言来说,即何者第一性的问题?就国家权力的实质和根源而言,它本质上属于人民的权力(人民主权)并来自人民的权力(在我国就是人民代表大会所代表的人民的权力)即“中华人民共和国的一切权力属于人民”,“人民是一切权力的惟一源泉”和“原始权威”^②具体而言是由公民行使公民权利(通过选举出人民代表组成人民代表大会并履行其职能)转化和集中化来的,通过各级人民代表大会组织和产生各级各类国家机关并依法赋予其权力,从而使人民的权力上升为国家权力。所以国家权力不过是公民权利的集中化、强烈化、权威化以及公共化而已,而它产生和运行的最终目的也就是为了保障和实现公民权利和人民利益,增进公众福利。

2. 国家权力能否以及怎样才能有效地保障和实现公民权利和人民利益?国家权力应受制约性及公民权利须有保障。那就既要坚持人民主权原则,又要坚持法治原则以及权力制衡等宪法基本原则,使国家权力的取得和行使都有严格的宪法和法律依据,都体现人民的意愿,代表人民的利益,并受到严密的监督和制约,而且使整个过程都做到规范化、制度化、法律化,即努力实行法治和宪政。从而使国家权力既能有效地行使和顺利运行,又不致滥用、越权、失职,而是用来为人民谋福利。所以,宪法从本质上说就是用以规范国家权力,使之合法合理地运行,以保障和实现公民权利和人民利益。

由此可见:

第一,公民的基本权利,也即公民的宪法权利或宪法所规定和确认的公民权利,它是国家权力产生及存在的基础和先决条件,公民享有的权利就是国家对公民承担的义务和应尽的责任。由于公民权利与国家权力的关系,是贯穿宪法全部内容和整个体系结构的基本矛盾,也是宪法关系的根本内容,体现着宪法法律关系的实质和根本特征,宪法法律关系的基本精神就是公民权利制约国家权力,主要表现为:(1)国家权力来源于人民主权和公民权利;(2)国家权力的配置和行使既要受到体现人民意志的宪法和法律的制约,又要受到代议制、违宪审查制等民主制度和宪政制度的制约,还要受到广大公众的更广泛的社会制约;(3)国家权力运行的目的也在于维护公共利益、保障公民权利;(4)国家机关及其工作人员的公务行为如果侵犯了公民的人身权和财产权就要依法承担相应

^① 刘惊海:《公民权利与国家权力》,载《吉林大学学报》1990年第6期。

^② 汉密尔顿等:《联邦党人文集》,商务印书馆1982年版,第257页。

的赔偿责任。所以公民的基本权利问题不仅是宪法内容和结构中极为重要的部分，而且作为宪法的基本矛盾的主要矛盾方面，乃体现着宪法的（几乎所有）基本原则和精神，是宪法价值和内容的核心，宪法就是弘扬公民权利本位的法。无怪乎有的学者认为，可以把宪法中有关公民基本权利的规范内容视为宪法整个规范体系中具有“实体法”意义的部分，把宪法中有关国家制度、国家机构等其他部分的规范内容视为具有“程序法”意义的部分，^①是不无道理的。

第二，现代社会（以下论述同此语境），公民权利要得到保障和实现的必要的社会组织方式和社会运作途径，就是必须要组织为有权威的公共权力体系，从而使公民权利升华为国家权力。可见国家权力并不是可有可无的，国家权力也并非都是“恶”的，它是社会体系中的必要而重要的构件，是对公民权利和人民利益实施保障功能和达取实现效能的客体 and 承担者；法离开了国家权力也将是不可思议的，人民的权利离开了国家强制力的保障更难以实现。所以迄今的任何一个社会结构中权力的存在和作用又是必不可少的，权力是社会政治结构的中轴，是政治运行的杠杆，国家政权本身就是社会上层建筑的核心。而且，人们及社会对权力的需求的重要意义就在于，它既来自于权利，又是维护和保障主体权利和利益的锐利武器，同时也是法律之具有强制性和约束力的缘由所在。然而，权力是一把双刃剑，它既可以用来维护人民的利益，又可以侵犯人民的利益，所以权力本身就具有双重性和自我矛盾性。“一方面，国家权力以公共利益为目标，是实现公共利益的手段，作为公共的而非私人的工具而存在，因此具有公益性；另一方面，国家权力又总是以具体的人为权力主体，由个人加以行使和运用，因而又不能不受权力行使者个人意志的影响，因此又具有个人性。国家权力的公益性和个人性构成了国家权力的自我矛盾；公益性要求国家权力主体排除个人意志，不以私人利益为权力运行的目标；个人性则决定了国家权力的实际运行无法与其应然的公共利益目标完全一致，甚至会完全相反”^②。因此国家权力必须受到有效制约和严格规范，以抑制和排除其作为“私人的工具”的“个人性”，确保其作为“实现公共利益的手段”。否则就会出现权力的滥用和权力主体的腐败，以权力侵犯权利，搞以权谋私，权钱交易，并以权代法，以权压法乃至贪赃枉法等。在我国，还应反对封建主义的权力崇拜和权力至上，反对官僚主义、命令主义、家长制、一言堂、专权、擅权以及官贵民贱、臣民思想等等。为此，就必须弘扬人们的权利意识，摆正权利与权力的正确关系，并努力建立和健全权利制约权力的制度体系。这是社会主义民主和法制建设中应当引起广泛注意的一个重要问题。为此，我们当明确树立起如下的理念和观念：“公民的权利是国家权力的源泉，也是国家权力配置和运作的目的和界限，即国家权力的配置和运作，只有为了保障主体权利的实现，协调权利之间的冲突，制止权利之间的相互侵犯，维护和促进权利平衡，才是合法和正当的。”^③因此我们必须充分注意并努力加强对国家权力的取得、分配、行使和运行的整个过程的规范化、制度化、法律化，才能使它成为为人民谋福利的工具。宪法就是专门对国家权力及其运作进行规范化、制度化、法律化的法律；宪法的作用和功能就在于合理配置国家权力，组织国家机构，从而通过控制和制约国家权力，保障人权和公民权利。

第三，公民权利与国家权力的关系中有一个中心点和联结部的问题，这就是宪法和法律所确认的民意机关——在近现代就是指各国的代议机关，在我国就是人民代表大会——所体现的公民

① 许崇德主编：《宪法》，中国人民大学出版社1999年版，第140页。

② 程竹汝：《论权力的工具性问题》，载《政治学研究》1996年第3期。转引自周叶中：《宪法学理论体系的重构与反思》，载《法学研究》2001年第4期。

③ 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第507页。

权利与人民权力以及人民权力与国家权力的双重关系。也就是说,我国的全国人民代表大会代表全国人民行使国家权力,所代表的是全国人民的权力,其产生、存在、职能具体体现了人民享有最高权力,即主权唯民。不过,一方面,人民的这种权力是由他们的权利(选举权和被选举权所体现的人民对维护自身权利的价值选择)通过选举集中和转化而来的;另一方面,人民的这种权力一旦被组成为由宪法和法律所确认、规定的国家权力机关所拥有和行使,并组织成其他国家机关,也就上升为国家权力。所以人民代表大会既是人民权力的集中化和载体,又是国家权力的凝聚处和发动者。

所以宪法和宪政的要义就在于这样两个基本点:保障民权,限制政府(广义);或者说,人民享有最高权力,政府受命于法(政府权力的合法性在于由人民赋予并必须向人民负责);即国家权力从属于人民的最高权力,这乃是法治的基本格局。正是从这个意义上我们可以说,宪法是制(约)权(力)之法,宪法学是以法制(约)权(力)之学。而宪法对国家权力的制约既包括通过规范国家制度、国家机构及其相互间权力的合理配置、行使、运行来以法制(约)权(力)并以权力制约权力;又包括通过对公民及社会组织的权利的规定、赋予、调节和保障来以权利制约权力。即“前者规定了国家统治机构的组织、权限和作用,这当然是对国家权力执行者的一种制约和限制;后者也应看做是对国家权力的一种制约,因为宪法规定的基本权利保障,意味着保护公民免受国家和地方政权机关等公共权力的侵犯”。^①而对国家权力的制约,归根到底是为了保障公民权利和人民利益的实现,这是宪法、法治以及宪政的根本目的,也是宪法学研究的最终价值取向。

国家权力是由公民权利集中和转化而来的道理,资产阶级思想家就猜测到了。卢梭的社会契约论就主张国家权力是公民让渡其全部“自然权利”而造成的,它并回归于保障民众重新获得其所奉献的同样多的社会权利。潘恩也认为国家权力是民众将不能实现的“天赋权利”“存入社会的公股中”集合而成的,其目的也是为在保障公民的权利^②。尽管这些设想带有某种虚构的成分,但也确表述了民主制度下国家权力是公民赋予的基本原理。我国则有学者具体地描述了人民权利决定和产生国家权力的真实过程:“该过程在民主社会的政治法律层面较典型的表现是公民个人以选举的形式将属于自己的那一份参与管理国家事务的权利委托出去,全部个体委托出来的权利集中起来就转化成了一个完整国家权力(行使权),然后由这个权力制定宪法、法律,依宪法组织国家机构,并将这个完整的权力分解并转化为各项职权,分别由中央和地方以及立法、行政、司法等机关掌握和运用。”而“国家机关职权的行使,其中一部分职权在行使时消耗掉了,另一部分职权以提供公共服务的方式转化(还原)成了权利,易言之,即某些权利先是转化成了权力,其中有一部分又从权力还原成了权利,循环了一周”。^③而近代政治思想史上法国资产阶级革命以来,关于立法权与国家制度孰先孰后,谁决定谁,谁从属于谁的争论之所以旷日持久而未得解决,黑格尔也陷入了二律背反的两可难境,究其实质,就是未摆脱权利与权力的二元化认识误区。所以马克思一针见血地指出,立法权与国家制度的矛盾可以通过人民行使革命权(利)来解决,“凡是立法权真正成为统治基础的地方,它就完成了伟大的根本的普遍的革命。正因为立法权当时代表着人民、代表着人类意志,所以它所反对的不是一般的国家制度,而是特殊的老朽的国家制度。”“人民是否有权来为自己建立新的国家制度呢?对这个问题的回答应该

① 吴桐英:《欧美国家关于宪法约束力的理论研究及司法实践》,载《法学论文集》(续集),光明日报出版社1985年版,第158页。

② 潘恩:《人权论》,冯清槐等译,商务印书馆1981年版,第14页。

③ 童之伟:《再论法理学的更新》,载《法学研究》1999年第2期。

是绝对肯定的，因为国家制度如果不再真正表现人民的意志，那它就变成有名无实的东西了。”^①这就深刻地阐明了人民权利决定和产生国家权力的关系。当然，在专制政体下是权力决定、制约、压迫权利，是统治者“恩赐”给被统治者以稀少的权利，即正如恩格斯所说，它几乎把一切权利赋予一个阶级（即统治阶级），另一方面却几乎把一切义务推给另一个阶级（即被统治阶级）。所以正因为如此，就需要“通过人民行使革命权（利）”来推翻它的。

至于公民权利与国家权力的关系作为宪法的基本矛盾，则还有以下两方面内容值得注意：

1. 国家权力（包括立法权、行政权、司法权等）的合理配置与合法运行，即国家机关及其相互之间的权力结构及其运行机制的优化问题，亦即其权力与权限的有机组合和辩证统一，具体体现为其职权与职责的协调统一，从而使各级各类国家权力既能充分行使，又能使其得到有效监督和制约，防止权力的滥用和腐败。必须着重指出，由于权力往往具有侵犯性，权利最容易受到权力的侵害，失控的权力又最难以抵挡和防范，因此在公共权力领域，应坚持“法未授权皆禁止”的原则，并树立“法外无权”、“越权无效”、“政府权力有限（制）”等观念，以使其受到严密的法律规则，最大限度地保障公民权利。

2. 公民（以及法人社会组织）的权利优化配置与有效保障问题。包括权利的享有必须广泛、切实而充分，权利和义务应该协调一致，权利受到损害必须得到补偿和救济等。因此如何加强关于公民权利的立法、执法、司法以及护法，并为创设权利实现的重要条件和权利救济的有效途径而进行制度构建和制度创新，是宪法学以及整个法学研究非常重要的任务之一。应该强调指出，由于公民权利不仅对于国家权力而言具有本源性和目的性意义，而且公民权利本身也具有广泛性、可推定性和不可穷尽性，因此在公民权利的领域，应坚持“法不禁止皆自由”的原则，并强化公民的权利意识、参与意识和护权观念，从而充分调动和发挥公民、法人及其他社会组织为争取、维护和实现自身合法权益的主动性、积极性和创造性。

这两方面的结合和统一就表现为国家的基本经济、政治、文化制度和体制的优化、合理，有利于解放生产力、促进生产力，并使经济和社会协调发展，社会全面进步。从操作层面讲就是在各种制度及体制构建和创新中，必须要做到使人们的权、责、利相统一，才能充分调动和发展各类社会主体参与国家和社会政治生活、经济生活及文化生活的积极性和创造性，并通过自律和他律且使之相结合，有效地规范其行为。

因此理想的宪政（不管采取何种体制和模式）就必须是国家权力能有效地保障公民权利及其实现，国家权力真正与人民权力高度统一；而当公民权利受到侵犯和损害时能得到及时有力的惩处和救助，当国家权力越轨和被滥用时能通过违宪审查机制严肃处治和矫正。这就要在实现民主政治的基础上厉行法治和健全人权保障体系，实乃任重而道远矣！

四、深入理解宪法的基本矛盾及宪法哲学的基本问题需要厘清的两种关系

其一，宪法的基本矛盾与行政法基本矛盾的关系。

二者既有紧密联系又有所区别。宪法的基本矛盾确切而言即所有公民、法人和其他社会组织的权利与国家权力的关系；行政法的基本矛盾即作为行政相对人的公民、法人和其他社会组织的权利及权益与国家行政权的关系。可见它们都属于公法领域的基本矛盾，即权利与权力的矛盾关系之不同层次的表现，即当其各体现在宪法或行政法时，这种矛盾关系的量和质——或其外延和

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第315、316页。

内涵又显然是不同的：

首先，从内涵上看，宪法上所规定的权利义务，乃是公民与国家相互关系中具有首要意义和普遍效力的最基本的权利义务，它们构成其他部门法（包括行政法）所规定的公民具体权利义务的基础，决定公民在国家和社会生活中的政治与法律地位；宪法上所界定的国家权力，也是从总体上规定国家权力的整个结构体系及其运行机制和原则，以作为各级各类国家机构和组织行使、运用其权力的依据，而限于对行政机关及其行政权的规定。因此其他部门法对有关国家机关的权力以及公民权利义务的规定都是对宪法内容的具体化，宪法的作用和效力的全面实现，也需要其他部门法的配合和落实。

再从外延上看，宪法所确认和规定的公民权利及义务具有普遍的全面概括的意义，适用于一切领域，不仅适用于公民个体，而且适用于公民群体（包括如法人、其他社会组织，以至阶级、民族，乃至可以扩展到国际法上的国家的权利与义务等），而限于行政相对人。例如，它通过对国体、政体及国家基本制度等规定阶级的权利（与相应义务），通过国家结构等体现民族的权利（与相应义务），还可认为通过对政体及国家机构等规定国家机关的权利义务（职权与职责），同时宪法还要规定非国家组织的权利与义务等等。宪法所界定和规范的国家权力具有广泛性、完整性、全面性，涉及整个国家主权，显然它大于并包含行政法所界定和规范的行政权，~~即宪法不仅要规范行政权，使政府受命于法，约束政府的行政行为，而且还要规范立法权以及司法权等，防止立法机关恣意立法以及司法机关枉法。~~

总之，从其基本理论或理论基础来看，宪法与行政法也既有密切联系，又有区别。因此我们主张宪法应以公民权利为本位（即认为宪法的理论基础是“民权本位论”），这不过是法理学的权利本位论的宪法学表述而已。而宪法上的公民权利本位体现在行政法上的直接逻辑结论，固然应是行政相对人权利本位，但由于行政法的重点在于规范行政权及行政行为，而且行政法律关系中行政主体与行政相对人双方地位不对等，所以就需要把权利本位的价值原则和精神反射或折射到行政权及其行使者身上，即在其所分解为的行政职权与行政职责这对矛盾关系中坚持以行政职责为本位。即要求行政权力义务化，强化对行政行为的法律规制和责任原则，以有效地规范行政权及行政行为，切实地维护和保障公民、法人及社会组织的合法权益，并有利于对行政法律关系中行政主体与行政相对人双方地位这种不对等性予以弥补和矫正。从而这也就进一步捍卫了公民权利本位的原则和精神。所以关于行政法我们主张应以行政职责为本位——即认为行政法的理论基础是“职责本位论”。

其二，公法领域的基本矛盾与私法领域的基本矛盾的关系。

如上所述，权利和权力的关系是公法领域的最基本的关系，或者说，是公法的基本矛盾关系，在这个领域，国家权力是直接作用于公民（权利）的，是法律关系的直接内容。而权利与义务的关系既贯彻于一切法律关系的始终；又更确切、更明显、更直接地体现为私法领域的基本矛盾关系，即作为平等主体的公民、法人及社会组织之间的权利与义务关系。在这个领域，国家权力是间接起作用的，也不是法律关系的内容。所以，这种权利与义务关系，我们可以把它称之为本来意义的权利义务关系，或原初形式的权利义务关系，即当其未受到国家权力直接干预时的权利义务关系（也可名为市民社会中的权利义务关系）。那么在这样的认识境况下，我们就可以进一步理解权利-权力关系同权利-义务关系的内在联系，以及权利、权力、义务三者之间的渊源及生发关系。因为公法领域的权利-权力关系并不是完全独立于权利-义务关系之外的异在物，它不过是权利-义务关系的衍生和重新组合，而由其组构的三大要素或要件即权利、权力、义务之间，权力及义务从实质上讲都本根于或渊源于权利，是权利的生发物或派生形态而已。

如前所述，权力并非是完全独立于权利之外的东西和力量，它乃是权利在纵向上的衍生形态，即不过是集中化、强烈化、公共权威化了的权利。尤其是在现代民主制国家，公民权利是国家权力的基础和来源，一切公共权力都是由公民权利派生和转化而来的；即在我国一切国家权力都来自人民（通过行使选举权和被选举权产生人民代表大会）的权力并服务于人民（维护人民的各种权利）。而权利之表现为或转化为权力，主要是社会关系中主体的地位的变化所致，即从平等主体之间的平位关系转化为以不对等主体存在为前提的上下位关系，从而形成以自己的意志支配他人的意志和行为并使之服从于自己的能力，这就是权力。而这种关系如果与一种公共职能及职务相联系，那就是政治权力，特别是国家权力和政府权力。所以权力的存在就隐含着（若无制约）容易被滥用导致腐败的危险性，因此必须予以有效制约和规范。

义务也并非是完全独立于权利之外的力量和因素，它是权利在横向上的衍生形态，是对象化了的权利，主体易位了的权利，主体和内容发生转化了的权利。例如，就同一标的物而言，在我为权利，在他人（对象化了的）则就有不得侵犯我这一权利的义务；同时我也有尽其应尽社会责任的义务，才有条件实现我的权利并维护他人的权利。足见义务的实在内容，设定义务的目标和目的仍是一定的权利和利益。义务本身不过是为实现某种利益、享受某种权利而要求主体同时应尽的责任。“权利是统治阶级的国家承认并予以保障的人们在一定范围内进行活动的一种合法手段，义务则是国家要求人们必须完成与权利要求相适应的行为，以保障权利实现的必要手段”^①。从民法的角度看，权利是利益分配的法律技术手段，义务则是使这种利益分配能正常进行而设立的另一技术概念，它是为权利设定的，设定义务的动机、目的、着眼点和落脚点都是围绕权利及其利益分配这根中轴旋转的。总之，相对于义务来说，权利更基本、义务是派生的，义务来源于权利、服务于权利并从属于权利；权利是目的，义务是手段，设定义务的出发点和归结点都是权利。

不仅如此，再进一步，如果我们深入考察权力自身的内在矛盾运动就可以发现，在公权力层面及其运行领域，存在着权力与其权限以及职权和职责等矛盾关系，而它们都只不过是权利与义务关系在公权力领域的一种特定表现；只不过在法治化了的公权力领域，其矛盾关系的侧重点是在于以权限和职责来制约和限制权力和职权，而不同于主要由私法所调整的公民社会中是基于权利本位来调谐权利与义务的关系。这恰好是为了使在公权力及其运行上能更好地保障公民权利。

在现代社会，权力与其权限总是相伴随、相对应而存在的。因为权力一般都具有侵犯性，不受制约的权力必然会被滥用、擅用甚至产生腐败，而极端的权力则将导致极端的腐败。所以在以限制公共权力为主要功能的宪法及行政法领域，从法哲学的角度讲，就丝毫也不能离开权限来孤立地看待权力。也就是说，这二者是紧密联系、相互制约的一对范畴：权力的享有和行使总是需要扩大其作用领域和范围；而权限的作用则是界定和限制这种领域和范围，使之不致越权、滥用和腐败。权力与其权限的这种紧密联系、相互制约的关系，也不过是权利与义务关系在公法领域的一种特定表现，权利与义务在公权力领域即可折射（而不是直接反射）为权力与权限，而权限不过是权力的对象化义务化而已。宪法及行政法的限权功能的法哲学依据即在于此，即在于权力本身的非孤立性、不可任意性，而从根本上讲即在于公民权利和人民利益的不可侵犯性。

更进一步讲，国家权力要实现其保障公民权利和人民利益的目的和根本功能就还必须职能化（并使其具有可操作性），即具体落实到各级各类国家机关并分解为各项具体的职权和职责，组成职权和职责的矛盾关系——它乃是法的最基本矛盾关系即权利与义务关系在公法领域的具体表现：职权（作为一种具体的权力）也可以说就是一种公共权利，即国家机关所依法享有和行使

① 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第500～501页。

的特定权利；职责（包含特定的权限及相关责任）也可以说就是一种公共义务，即国家机关在享有和行使其职权的同时所依法必须忠实履行的特定义务。（行政职权也可以说就是一种行政权利，即行政主体所依法享有和行使的特定权利；行政职责也可以说就是一种行政义务，即行政主体在享有和行使行政职权的同时所依法必须忠实履行的特定义务。）而职权和职责必须相对应和相统一即“权责一致”的原则，就是“法律面前人人平等”和“权利义务对应一致”原则在公法领域的具体表现。所以，国家权力与公民权利的关系的实际内容就是国家机关的权力与权限以及职权与职责同普通公民以及法人、社会组织权利与义务之间的交互关系；例如行政机关与相对方的权利义务关系，就主要表现为行政机关通过依法享有权力与界定权限以及行使职权与履行职责，来促使相对人遵行法定义务以及维护相对方的合法权利。这种关系乃是一种纵向性法律关系，而不同于平等主体之间的关系，即为了维护公民权利并督促其履行法定义务，就必须配置和处理好权力与权限、职权与职责的关系。所以无论是权力与权限的关系还是职权与职责的关系的建立与展开，都是为保障和保证公民权利及其遵行法定义务服务的。只不过权力与权限关系范畴所标示的侧重点是国家权力（包括行政权）应合法取得和合理配置；职权与职责关系范畴所标示的侧重点是国家权力（包括行政权）应合理合法地行使和运行。

由此可见，如果从本来意义或原初意义上看，无论是公法领域还是私法领域，所无例外地贯穿的基本矛盾关系仍然是权利与义务的关系。在公法领域，实际上就存在权力主体的多重权利义务关系：一方面，国家机关及其工作人员之享有权力、明确权限，并行使职权、履行职责，其权力和权限以及职权和职责实际上就是一种权利与义务的关系（的特殊形式）；另一方面，当权力主体分解为一般个人如公务员时，则有其公务员的（工薪福利等）权利义务关系。它们都是对立统一的关系。而统一的基础均在于源自和保障公民的权利。而私法（如民商法）领域的基本矛盾关系即权利与义务的关系，乃是最直接地体现了法律关系的（典型）特征，即法律调整的基本功能就是要把一切社会关系都纳入权利与义务关系的规范框架之内。这主要是由于作为私法的民商法本质上是商品经济的法权表现。如罗马法作为“商品生产者社会的第一个世界性法律”（马克思语），表明私法文化是人类历史上最为悠久的法律文化体系，同时也是现代市场经济中的主体法律文化关系。所以无怪乎有私法优先或优位的理念和原则，并有人说民法是万法之始、万法之源，作为公法的宪法及行政法都是在此基础上产生的。而宪法及行政法的重要价值和意义就在于，它不满足和停留于作为私法的民商法主要在于规制市民社会中普通公民的权利义务关系，进而把国家权力也纳入法律规制的对象和范围，即把国家制度、国家机构及其运转和行为都纳入权利与义务的法律关系体系构架之内，使其得到规范性控制和调整，不致违规、越轨而侵害公民权利和人民利益。

这也就进一步表明宪法和行政法基本矛盾中的双方即国家权力和公民权利二者之间的价值功能并非是并列的：规范国家权力是手段和过程，保障公民权利是基础和目的，而且国家权力归根到底是公民权利转化而来的。所以正如有学者所正确指出的那样：“从法律起源或政治社会起源的角度看，权力最初其所以产生，其所以存在和维持，均是因为原始的本源性权利的不同组成部分间矛盾的不可调和。”因此，“国家权力事实上从其来到世间起，就是从社会个体（首先和主要的是个人）的权利中提取的，应当从属和服务于个体大众的权利”^①。

〔作者系西南政法大学教授〕

① 童之伟：《再论法理学的更新》，载《法学研究》1999年第2期。