

《瞭望者之歌》文集

公法论衡

王 锴 / 著

人民日报出版社

《瞭望者之歌》文集

公法论衡

王 锴 著

人民日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

《瞭望者之歌》文集/黄丰文主编. —北京: 人民日报出版社, 2003. 12

ISBN 7—80153—779—3

I. 瞭… II. 黄… III. 新闻—作品集—中国—当代
IV. 1253

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 111475 号

书 名:《瞭望者之歌》文集·公法论衡

主 编: 黄丰文

责任编辑: 紫 玉

著 者: 王 锴

装帧设计: 嘉海工作室

出版发行: 人民日报出版社 (北京金台西路 2 号,
邮编: 100733)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京永生印刷技术有限公司

开 本: 850 × 1168 毫米 1/32

印 张: 17

印 次: 2004 年 2 月第 1 版 第一次印刷

书 号: ISBN 7—80153—779—3/G · 432

定 价: 全套 198 元 (本册 19 元)

宪法的精神（代序）

胡锦涛

在一次关于宪法学问题的研讨会上，一名后生反复向一前辈提出这样一个问题：宪法的精神是什么？前辈答曰：宪法的精神尤如禅，靠每个人自己去悟：悟到什么是什么，悟到多深是多深。

宪法的精神是否如这名前辈所言，值得我们深思。但不可否认的是，这名后生提出了一个宪法学上既严肃又需要回答的初步问题：人类社会为什么发展到近代产生了宪法，或者说需要宪法做什么，宪法的基本功能是什么？近代绝大多数国家都制定了宪法，在宪政运动中，争论的不是需要不需要宪法，而是需要什么样的宪法。

近代宪法的概念和理念，对于中国来说无疑是舶来品。毛泽东说：说到宪法，资产阶级是先行者。这就至少说明社会主义国家的宪法是宪法，资本主义国家的宪法也是宪法。世界上绝大多数国家都制定了宪法，宪法学界也成立了世界宪法学协会，那么，“宪法”有没有共同的基本精神？世界宪法学家们在一起有没有共同的学术语言？

在“朕即国家”的时代，“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣。”奴隶们和臣民们处于无权者的地位，或者被作

为财产对待，或者依附于土地之上。在生产水平获得极大提高、人们的物质生活水平获得较大改善的情况下，一部分启蒙思想家率先对君主主权及其君主主权的根据——“君权神授”理论提出质疑和挑战，国家为什么是“家天下”？同样是人，为什么因出身导致社会地位不同，为什么不是生而平等呢？人作为人应当具有何种基本的权利和地位？等等这些问题的提出，受市场经济形态的影响，逐渐为社会成员所普遍认同和接受。

当人类社会的经济形态发展到市场经济时，社会已经具备了这样的基本条件：市场主体具备了一定的自由，包括思想自由、人身自由、迁徙自由、宗教自由、表达自由、营业自由、选择职业的自由、居住自由等；也具备了一定的平等，包括身份平等、机会平等、反对特权、反对歧视、同等保护等。而市场主体，实际上就是所有社会成员，也即意味着所有的社会成员都在一定程度上享有一定的自由和平等地位。反过来，市场经济的展开，又促进了社会成员之间自由、平等的深入。人们经常以“市场经济是什么”为命题作文章，有人说，市场经济是自由经济；有人说，市场经济是权利经济；还有人说，市场经济是平等经济；更有人说，市场经济是法治经济。实际上，市场经济是自由经济、权利经济、平等经济和法治经济的总称。市场经济的展开，市场经济的主体需要有一定的自由、平等、权利和法治。没有这些基本条件，市场经济实际上无法展开。市场经济与自由、平等、权利、法治之间处于相辅相成的关系。

在市场经济的基础上，启蒙思想家在反思、总结关于“人”的问题。而关于人的最基本的问题或者说几乎所有的问题最终都归结到人权问题上。人权是哪里来的，人作为人应当具有哪些最基本的权利？进而，又进一步追问：公共权力包括国家权力是从哪里来的？是尤如人权那样与生俱来的或者说自然就存在的吗？

人权与国家权力的关系是什么？启蒙思想家们提出了最激动人心的口号、观点、思想，也是前所未有的最公平、最彻底的观点。他们认为，人权是与生俱来的，并不是由任何他人赋予的，人人生而平等，不应当因出生而存在身份上的差别；国家权力是由每个人从自己的人权中自愿地让渡出一部分而共同组成的，因此，国家权力是属于组成这个国家的每一个国民的。启蒙思想家们将他们的思想形成著作，并加以宣传，成为深入人心的观点。

人们谈论人权，是在存在社会和国家的前提下进行的。假如每个人都是孤立地生活，并不与他人发生联系，也就没有必要讨论人权问题了。事实上，社会发展到现阶段，国家权力是一种客观存在。人们为什么需要国家权力呢？国家权力存在和运行的目的是什么？人与人进行交往，形成了人类社会，由此产生了诸多社会公共事务。只有很好地处理这些社会公共事务，正常而相对公平的社会秩序才能得以维持。也只有在这种秩序下，每个人的人权才能够得以保障。而处理这些社会公共事务的权力，可以将其称之为“社会公共权力”或者“公权力”，与个人所拥有的“私权利”相对应。拥有社会公共权力的组织可以称之为“社会公共组织”，在社会公共组织中，由于国家组织的系统性、严密性和独特的强制力，决定了其在处理社会公共事务方面的有效性和独特作用。在其他社会组织还不能够处理过多的或者无力处理某些社会公共事务的前提下，国家组织的存在就是必要的，由国家组织去处理一部分社会公共事务也就是必要的了。

在人权观念普遍化的基础上，人民主权观念也就自然产生了。但作为国家主权所有者的人民又不可能事事都直接去行使国家权力，必须选举自己中的优秀分子去代表自己掌握和行使国家权力。但这些优秀分子也是人，基于人性的弱点，以及他们所行使的权力的特性，决定了人民需要对他们以及他们所行使的权力

进行必要和有效的监督，才能达到国家权力存在和运行的目的。否则，他们以及他们所行使的国家权力就极有可能出现异化，以满足国家权力行使者个人的私利，而侵害国家权力所有者的利益。

作为人类共同文明的结晶，发明了以法的形式去监督和控制国家权力及其行使者。人们把这种法称之为“宪法”，人们运用宪法从以下四个基本的方面去监督和控制国家权力：

第一，规定国家权力的范围。在有限政府观念的指导下，宪法去规定国家权力的活动范围，在法理上，规定就意味着限制。国家机关只能在规定的范围内、依据法定的程序行使权力；规定其有某种国家权力，其才具有行使这种国家权力的资格，没有规定其有某种国家权力，其就不具有行使这种国家权力的资格；规定其有多大的国家权力，其才具有行使多大的国家权力的资格。因此，国家权力的享有所采取的是授权规则，其与公民个人所享有权利的规则是不相一致的，个人通常采用“法无禁止即自由”的规则。

第二，将国家权力的作用进行适当的分立或者分离。宪法规定国家权力的范围仍然是无法限制国家权力，使其限定于法定的范围之中。因此，无论是资本主义国家，还是社会主义国家，国家权力的作用都分为立法作用、行政作用和司法作用，而不是把所有的国家权力的作用都交与一个国家机关行使。将国家权力的功能进行分离，即一部分人进行立法活动，一部分人依据所制定的法律进行行政管理，另一部分人依据法律进行裁判纠纷，只是资本主义国家和社会主义国家在国家权力之间的关系和配置上存在差异，但在国家权力分为三种作用上是一致的。这种国家权力作用的适当分离，使这些国家权力不能形成集中甚至专制，在它们之间事实上形成一种相互制约的关系。资本主义国家的国家权

力之间是一种分权关系，而社会主义国家权力之间是一种监督关系。对于国家权力之间的分权的重要性，法国的《人权宣言》甚至说，在没有分权和人权没有保障的社会即没有宪法。而分权和人权保障之间又存在着一种因果关系，认为只有分权，人权才有保障。

第三，关于公民权利的规定。宪法通常规定了一系列公民权利的目录或者清单，而判断或者衡量国家权力行使是否到位的标准，即是宪法规定的公民权利有无真正实现。因为宪法是针对国家权力所作出的规定，公民的基本权利即是国家的基本义务，而公民的基本义务即是国家的基本权力。公民的基本权利和自由在一个国家中没有完全实现，即意味着国家权力的行使没有到位。同时，公民无论是集体行使这些公民权利，还是单个地行使这些公民权利，都是对国家权力的一种有效制约。

第四，社会权利对国家权力的制约。除国家组织以外的社会组织，一方面行使一部分公共权力，另一方面行使由公民权利引申出来的社会权利，如由公民的表达自由而引申出来的新闻自由，也是对国家权力的强有力的制约。当然，其前提是国家组织要与这些社会组织分离，在行使的权力上也要进行分离。如果国家组织控制这些社会组织，并控制这些社会组织的权利，这些社会组织对国家组织的制约也就形同虚设了。

一个国家的宪法对国家权力而言，当然并不只是监督、控制和制约作用，它还要保障和规范国家权力的运行，但当控制、保障和规范三种功能之间产生矛盾和冲突时，其核心仍然是控制国家权力。当宪法不能够达到控制国家权力的效果时，人们去保障和规范国家权力的运行又有什么意义呢？

宪法去控制国家权力的基本价值，即是在控制的前提下，通过保障和规范国家权力的有效运行，去保障人权的实现。因此，

正是在这个意义上，马克思说，宪法是一部人权保障书；列宁说，宪法是一张写着人民权利的纸。

法治的核心在于控权，因此，法治主要是宪治，或者说主体部分是宪治。除宪法外，法律也在一定程度上控制国家权力，但宪法对国家权力的规定或者限制是法对国家权力限制的基础，是总的界限。法律不过是在宪法规定的基础上对国家权力如何限制的具体化。英国人虽然没有一部成文宪法，但英国人仍然存在用限制国家权力的法律，因此，英国存在实质意义上的宪法。英国的宪法学家与成文宪法国家的宪法学家在一起仍然是有着共同语言的。

总而言之，人权观念的普遍化是宪法产生的前提，而宪法又通过控制国家权力以保障人权。宪法是人类发明的奇妙无比的法宝，专克国家权力这个“精灵”。因此，宪法的精神并不深奥，并不是不能触手可及的神秘物。

2003年12月

目 录

宪法的精神（代序）	胡锦涛
-----------------	-----

宪法学

知识话语中的人权	(1)
对话还是较量？	
——兼论宪法与民法的关系	(8)
宪法的正当性	(13)
国家机构研究的新范式	
——制度主义的视野	(19)
制宪技术绪论	(32)
再疑“宪法司法化”	
——由“齐玉苓案件”引发的思考	(47)
马歇尔的反对者	
——解读马伯里诉麦迪逊案的判词	(56)
经济权利的宪法保障	(62)
基本权利的私法效力之比较研究	(100)
中国宪法与私有财产保护的完善	(145)

财产权保障与我国征用补偿体系的建立	(194)
-------------------------	-------

行政法学

我国行政立法性质分析	(245)
给付行政若干原则刍议	(260)
行政法上的人	(273)
英美司法审查制度之比较	(300)
行政诉讼中的事实审查与法律审查	
——以司法审查强度为中心	(319)
SARS 疫情中政府征用措施的法律机制研究	(343)
我国突发事件应急立法与体制研究	(419)
突发事件应急立法模式研究	(470)

书 评

认真对待宪法	
——评胡锦涛教授的《中国宪法问题研究》	(497)

翻 译

美国联邦最高法院“威廉·马伯里诉詹姆斯·麦迪逊” ...	(502)
后 记	(529)

知识话语中的人权

人权的起源是什么？任何一个首次接触人权概念的人都会发出这样的疑问，然而这不仅仅是他们的疑问，当他们向人权专家提出这样的疑问时，这种疑问在人权专家的脑海里早已存在并困惑了他们许久。现在认为，关于人权起源的理论主要经历了三个阶段的演变，从天赋人权说、法律权利说到社会权利说，人们对人权起源的种种争论同时也伴随着人们对人权概念的实际理解。那么，真相是什么呢？“从你跌倒的地方爬起来”，我们不得不首先从“跌倒的地方”看起。

可以说，天赋人权说是人类历史上第一次对人权观念的系统阐述，也是第一次真正使人权成为人类文本上的话语。天赋人权说的主要代表都是资产阶级的启蒙思想家，如洛克、潘恩和卢梭等人，它以自然法学说和人性论作为自己的理论基础。强调人生而平等，强调每个人具有与生俱来的不可转让的权利和自由，以此来反抗封建君主所主张的天赋王权，为资产阶级革命的到来奠定了理论上的坚实基础。

法律权利说的主要代表是边沁、戴雪和密尔等人，实证主义和功利主义是其理论基础。他们强调人权不是生而有之，而是法律所赋予的，他们认为，按照功利主义的逻辑，人权产生与存在的合理性和合法性是完全可以证明的。他们否认人权的伦理性，

而强调人权的利益性。如边沁说：“权利是法之子，自然权利是无父之子”，“在一个多少算得上文明的社会里，一个人所以能够拥有一切权利，他之所以能拥有各种期望来享受各种认为属于他的东西，其唯一的来由是法。”

社会权利说又称福利权利说，它从人是政治动物、社会动物的观点出发，认为人的社会性是人权产生与存在的根据，既然人们彼此之间存在错综复杂的社会关系与利益矛盾，这就需要有以权利与义务为形式的社会规范去调整。人权的产生就是基于这样的需要。

这三种学说的争论一直延续至今，谁是谁非，大家互有指责，谁也不能说服谁，呈现出一种理论上的混乱的状态：“天赋人权说片面强调人的自然属性，否定人的社会属性，因而不全面的。”“法律权利说完全否定人权的伦理性，不承认人权本身的目的性和根本价值，仅仅把人权看作是人类避苦求乐的一种手段，则是片面的和不正确的。”“社会权利说把人权产生和存在的根据仅仅归结为是调整与处理各种社会关系的需要，完全是社会关系的变化在推动人权的发展，也是不全面的。”^①“实际上，这种没有定论的原因并不在于谁的理论不对，或者说谁的理论更正确一点，关键是一种观念的产生绝不是“从天而降的”，它必然是一个历史的反映。它有它独特的历史背景和社会条件，如果说以天赋人权反对天赋神权与等级特权，是资产阶级在革命时期人权领域的主要理论表现，法律权利说反映了资产阶级在巩固了自己统治地位后强调要以法律手段来维护已经建立起来的人权制度，那么社会权利说则反映了在资本主义社会科技与生产力高度发展与社会矛盾进一步激化的新的历史条件下，资产阶级在个人

^① 李步云主编《宪法比较研究》，法律出版社，1998年版，第432页。

与社会、自由与平等的相互关系问题上作出调整以适应与满足广大劳动阶层的权利要求。当然这只是就人权理论发展的历史背景和社会条件而言，如果从功能的角度来看，天赋人权说就是用人权来否定王权，并且假定这种人权是天赋的，也像王权一样带有神圣性，因此王权不能恣意妄为，而要尊重人权、为人权所制约。法律权利说强调人权只有在法律范围内才是可行的，妄图用法律来限制人民利用天赋人权说反对资产阶级财产上特权的行为，从而借口非法将其扼杀掉。社会权利说则是资产阶级用来淡化阶级矛盾，以社会学上的普遍的社会关系来掩盖阶级关系的遮羞布。由此可见，单单从抽象意义上来谈论这三种理论谁是谁非是没有任何意义的，也不可能从中希望得到什么真正的理解。因为作为一种理论来说，它代表的不仅仅是它自身，它还内化了那种导致它产生的独特的历史背景在里面，不管我们是否认识到这一点，我们都无法否认这一点，任何企图将这种背景剥离的辩解到头来都只能演变成概念上的无谓的纷争。

今天，我们所讨论的人权的起源实际上是另一个问题，即在承认人权概念存在的前提下，人权产生的原因是什么，或者说人为什么需要人权，国家和社会为什么要保障人权？这是一个抽象的问题，是一个哲学思辨的问题，是对已提出的人权概念的反思。当然，第一个提出人权概念的思想家，他的反思却是在他提出这个概念之前把其他概念作为对象进行的，而以后的思想家的人权起源的假说确切地讲，都是在他提出的人权概念的基础上所建构的第二次、第三次等等依此类推的反思。他们以他们的或者他们那个时代的对于人权概念的理解来解释过去和现在，来批判过去和现在，建构一个又一个的庞大的人权理论的体系。但是他们忽略了一个最起码的事实问题：人权的概念是否是从来就有的，人权的概念是否是他们自己创造的，他们所用的人权的概念

来自于谁？不搞清楚这些问题，就有可能掩盖真相，就有可能继续在实有的内涵内讨论应有的问题，这样的声音已经不绝于耳，诸如将人权称为应有之权，甚至说古代也存在人权的观念，古代与现代的区别只是人权的程度、多少的不同而已，人类的理性不会创造人权，而只能是发现人权。我们说这种看法只能是学者的一厢情愿而已。这种学说实际并没有摆脱天赋人权说的“窠臼”，或者是它的延续，或者是一个变种。因为，虽然他们可能并不一定承认人权是天赋予的，但是他们仍然相信人权是被赋予的，无论是法律的，还是社会关系的，只不过是一种抽象与实在、先验与后验的区别。然而这种主观解释究竟在多大程度上与历史相符合呢？“参加公共事务，实行血族复仇或为此接受赎罪，究竟是权利还是义务这种问题，对印第安人来说是不存在的，在印第安人看来，这种问题正如吃饭、睡觉、打猎究竟是权利还是义务问题一样荒谬。”^②恩格斯关于古代人权利与义务观念的这段论述或许对我们有些启发。

这里，为了进一步地说明我们想要阐明的的问题，我们想借用一个关于“传统”的概念，来解释为什么误解可以会发生？根据学者对传统的理解，可以知道传统是一种具有承前启后的作用的东西，它是由过去流传下来的，它可以是一种制度、一种思想，或某种行为方式。它也可以是一些具体的物件。但构成传统最重要的东西是它所拥有的一些经典、权威的东西。这些经典性的东西，在研究传统的人的心目中会被视为是该传统的最终极的信念，它所具有的真实性不会被该传统中的人质疑。但是，这些经典性的东西也会在该传统中得到不同的解释，而且提出任何解释的人都会认为他自己的解释是最符合那些经典性的东西的原意

^② 《马克思恩格斯选集》第4卷，第178页。

的。

这样看来，人权的概念完全符合一个传统的要求。历史证明，自从资产阶级启蒙思想家提出人权的概念以后，这一思想的武器就被视为资本主义社会的根本的价值观，而不容任何人的怀疑，但是在资本主义发展的每一个阶段，后一代的思想家又不断地提出对它的不同的解释，正如我们前面所述的三种理论形态那样，他们每个人都确信他们的解释才是最符合人权的内涵，因而是一种终极的解释。但是，麦金太尔指出，任何一个传统都必须要有社会的载体。所谓社会的载体，一方面指的是一个传统必须有一个社会作为实现该传统的场所，否则传统就无法形成。另一方面是指，任何一个企图进行更深层次探求的研究都必须是从一个传统中出发。^③

长期以来，在资产阶级启蒙思想家提出人权这个传统的概念同时，也开始将传统与理性相对立起来，他们认为传统主义者就是反理性的，就是保守的，他们不经过反思就接受前一代所传下来的东西，所以对于传统，我们不可能跟它说理。事实上，很显然，传统在我们无力抗拒它的时候已经在我们身上盖下了烙印，没有一个人是没有传统的，就这个意义而言，人是历史的动物。我们的问题，我们的信仰，以及我们的思考方式都不免在某一个传统中进行，任何理性的探求必须从某些问题出发，必须以某种方式展开，而提供这些问题及思考方式的正是我们所承继的传统，我们不可能完全在真空中进行理性的探求。他们并没有认识到他们已经为后世建立了一个新的传统，相反他们恰恰认为他们是在反传统，他们成功地革命了旧的腐朽的传统，而建立起来

③ 石元康著《从中国文化到现代性：典范转移？》，三联书店，2000年版，第9页。

一个更有生命力的传统。而这种以新的姿态出现的东西总是与未重组前的东西存在着某种连续性。麦金太尔将一个传统的发展分为三个阶段，第一阶段是建立起相关的信仰、经典以及权威，而这个传统中的人对于这些经典、信仰及权威深信不疑。第二个阶段是，在经过了一段时间后，有些问题及缝隙出现，这些问题对于这个传统而言构成一种潜在的威胁。在这个阶段中，传统中的人在想办法如何解决这些问题及弥补这些缝隙，但是，尚未找出解决的办法。第三阶段是，在经过努力后，对于这些问题提出了解决的办法，但问题的解决所随之而来的是对这个传统中有些问题、信仰的重新建构及评价。经过这些重新评价及建构的过程之后，这个传统的内容又变得较为丰富，生命力也变得较为旺盛。用麦金太尔的传统的一个阶段的说法来分析人权理论的发展过程，我们可以发现，资产阶级启蒙思想家所作的工作位于旧的封建专制传统发展的第二和第三个阶段，而后世的思想家所作的又是以新的人权传统发展的第二个阶段出现的，究竟人权传统的第三个阶段有没有到来，现在还没有定论，但是从已有的对于天赋人权说的怀疑和否定可以看出的是，随着社会条件的不断变化以及对人权概念的深入讨论，重新构建这个传统的理论的到来是肯定的，比如说社会主义人权观。

但是问题在于，人们常常由传统与理性的对立而经常抹杀自己仍然处于一种传统中的事实，就像最早的启蒙思想家一样，认为自己是立足于传统之外的，可以找到一个中立的观点或者一个绝对的、客观的标准来评价和解释现有的传统和旧有的传统，从中利用他们的理性推导出符合他们的口味的并且自认为是反一切传统的结论，作为现有传统和旧有传统的起源。这是一种传统的丢失，一种历史的无知，我们必须认识到，古代人和现代人是两个不同的传统，他们对于人权的概念或者类似于人权的概念的理