



Lectures on Jurisprudence:

Knowledge and Wisdom
about the Law

Volume II

法理讲义

关于法律的道理与学问

(下)

夏 勇 主 编

胡水君 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D90
389
72

法理讲义

关于法律的道理与学问

(下)

夏 勇 主 编
胡水君 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

第三编

制度和机理



本编引言

由法律规范组成的法律制度体系,是法学的基本研究对象。现代法理学的一个主要研究任务,即是采用一种相对纯粹的内在视角,专门分析法、权利、义务、法律制裁、法律效力、法律责任等概念以及法律规范及其相互关系。基于专门的分析而形成包括法律语言、法律思维、法律解释、法律推理等在内的专门法律知识体系,是现代法学的基本历史特征。与此相应,从社会体系中日益分化出相对独立的法律体系和法律职业,也成为现代法治实践中的明显历史现象。其实,所谓法治,除了有依法治国的意思外,也蕴涵着以法言法语来表述社会行为、以法律思维来构造社会关系、以法律方式来解决社会问题。现代法学和法治实践所表现出的这种专门而独立的特性具有重要历史意义。在很大程度上,现代法学的崛起与法律和法治在现代社会越来越受重视有着历史联系,而这种重视又是以关于法律与政治权力之间关系的一种现代理解为前提的。亦即,一方面,法律由政治权力产生;另一方面,政治权力必须依法行使,受到法律的规范和制约。因此,立法权、司法权、行政权及其与宪法、法律之间的关系都成为现代法理学不能不关注的重要对象。如果说,前两编较多地涉及实在法之外的一些方面,那么,“制度与机理”这一编则旨在回到“法”本身来专门阐释“法理”,探求法律产生和运行的一般过程和规律。

第三编 制度和机理

本编引言	469
第二十一章 宪法制度 夏勇	471
第一节 宪法之上有没有法	473
第二节 宪法是不是法	477
第三节 何谓违宪及如何认定违宪	481
第四节 宪法的核心是什么	484
第二十二章 立法制度 李林	489
第一节 立法与立法权	489
第二节 立法的历史:希腊法和罗马法	497
第三节 立法要义	512
第二十三章 司法制度 夏勇	527
第一节 司法机构设置的一般规律和模式	528
第二节 司法机构职权划分及其相互关系	533
第三节 司法原则及程序模式	537
第四节 司法人员与司法保障及监督机制	544
第五节 近期司法改革动向	552

目录

contents

第二十四章 法律移植 高鸿钧	556
第一节 法律是否可以移植	557
第二节 全球化与法律移植	562
第三节 法律移植的范式	568
第二十五章 法律体系 刘作翔	574
第一节 法律体系和法律部门	575
第二节 当代中国的法律体系	579
第三节 “一国两制”下的法律体系	583
第二十六章 法律程序 熊秋红	586
第一节 法律程序概述	587
第二节 法律程序的基本理论	592
第三节 法律程序的主要类型	595
第四节 法律的正当程序	600
第二十七章 法律效力 张根大	607
第一节 法律效力的概念和本原	607
第二节 法律效力的结构	615
第三节 法律效力的维度	624
第二十八章 法律关系 张志铭	630
第一节 法律关系的概念	630

目录

contents

第二节	法律关系的分类	634
第三节	法律关系的主体	637
第四节	法律关系的客体	640
第五节	法律关系的内容:权利和义务	642
第六节	法律关系的运行:法律事实	644
第二十九章	法律事实 邹利琴	648
第一节	法律事实的理论前设	648
第二节	证据规则	657
第三节	证明理性	662
第三十章	法律责任 吴玉章	666
第一节	法律责任的概念	666
第二节	法律责任的要素	673
第三节	法律责任与免责	676
第三十一章	法律制裁 邓子滨	680
第一节	法律制裁的源起和变迁	681
第二节	法律制裁的属性、功能和根据	685
第三节	法律制裁的原则、方式和替代	691
第三十二章	法律救济 贺海仁	700
第一节	法律救济概述	700

目录

contents

第二节	法律救济与救济权	704
第三节	法律救济机制	708
第三十三章	法律监督 余少祥	713
第一节	法律监督概述	713
第二节	法律监督的理论和历史	716
第三节	法律监督制度比较分析	725
第三十四章	法律解释 张志铭	733
第一节	法律解释的概念	733
第二节	法律解释的方法	742
第三节	中国的法律解释体制	750
第三十五章	法律推理 赵承寿	756
第一节	法律推理的概念和性质	757
第二节	法律推理的主要形式	763
第三节	法律推理的功能及其局限	770
第三十六章	纠纷解决 冉井富	774
第一节	纠纷解决的主要方式	774
第二节	纠纷解决方式的选择	781
第三十七章	法律职业 吴玉章	797
第一节	定义和分析框架	797

目录

contents

第二节	法律职业的兴起	798
第三节	法律职业的制度形式	801
第四节	法律职业伦理	804

第四编 历史和脉络

本编引言	807
第三十八章 西方法律思想简述 信春鹰	809
第一节 西方古代和中世纪法律思想	809
第二节 西方近代法律思想	817
第三节 现代西方法理学	822
第三十九章 中国法律思想简述 苏亦工	835
第一节 古代天命、天罚观	835
第二节 先秦法律思想源流	838
第三节 纲常名理之变迁	848
第四十章 中国的民本思想 夏勇	860
第一节 中国古代的民本思想与民权观念	860
第二节 现代中国的民权诉求与理论建树	870
第三节 政治浪漫主义与文化怀疑主义	876
第四节 新民本说要义	881

目录

contents

第四十一章 中国的法治思想 夏勇	885
第一节 关于法治的历史观和文化观	885
第二节 中国古代有无自然法思想	889
第三节 儒家的“德治”和“人治”	892
第四节 法家的“法治”	896
第五节 中国古人关于法治的规诫	899
第四十二章 中国近代变法思想与法治 夏勇	910
第一节 华夷之辨与本末之辨:法治的进路问题	911
第二节 专制主义与自由主义:法治的价值问题	914
第三节 欧美中心与本土主体:法治的文化问题	921
第四节 张扬理想与建设制度:法治的实践问题	926
参考文献	935
人名索引	956
主题索引	971

第二十一章

宪法制度

1982年中国宪法修改颁布之时,思想解放方兴未艾,经济改革起步未久,市场经济体制和依法治国方略皆未确立,要制定一部能行之久远的宪法,何其难也。尽管我们不能说,修宪者们对许多基本理论问题都有明确而且正确的答案^①,但是,他们就一些重大而又困难的问题所作的决断,可谓果敢无畏,意义深远。例如,和平时期修宪之通例乃是以被修改的宪法为基础,1982年修宪却决定不以1978年《宪法》而以1954年《宪法》为基础^②;两院制问题提出后^③,经过自由讨论,决定坚持人民代表大会制度^④;1975年《宪法》和1978年《宪法》把公民权利和义务一章放在国家机构

① 例如,1978年12月,中国共产党十一届三中全会公报指出,“大规模的急风暴雨式的群众阶级斗争已经基本结束,对于社会主义社会的阶级斗争,应该按照严格区分和正确处理两类不同性质的矛盾的方针去解决,按照宪法和法律规定的程序去解决”;“宪法规定的公民权利,必须坚决保障”。(参见《中共中央文件选编》,中共中央党校出版社1994年版,第86、92页。)但是,究竟什么是“社会主义社会的阶级斗争”?宪法如何规定解决阶级斗争的“程序”?“公民权利”是否只能限于宪法而且限于1978年《宪法》?这类问题,还没有明确的答案。

② 彭真在1981年7月给中央的报告中提出,1978年《宪法》失之过于简单,不如以1954年《宪法》为基础好。应按中央的《关于建国以来党的若干历史问题的决议》的精神修改宪法。张友渔解释说,“1978年《宪法》虽然对1975年《宪法》有所修改,但由于当时历史条件的限制,来不及全面总结建国以来的经验,也来不及彻底肃清‘左’的思想的影响,所以还保留了不少不恰当乃至错误的规定。……1954年《宪法》的内容基本上是正确的,有许多规定,现在仍然适用”。参见张友渔:《学习新宪法》,天津人民出版社1983年版,第21—22页。

③ 例如,许崇德:《修改宪法十议》,载《民主与法制》1981年第3期。

④ 反对两院制的理由,参见潘念之:《有关修改宪法的几点意见》,载《民主与法制》1981年第4期;董成美:《试论现行宪法如何修改的几个问题》,载《民主与法制》1982年第2期。反对将政协设为两院之一的理由,参见肖蔚云:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社1986年版,第34—36页。不采纳两院制的理由,参见张友渔:《宪政论丛》(下册),群众出版社1986年版,第118—119页;张友渔:《关于修改宪法的几个问题》,载《法学研究》1982年第3期。

一章之后,修宪者决意将这一章提前。^①这类政治决断,吸收了中国宪政建设的历史经验和教训,获得了广泛的社会支持^②,算得上重大的宪法改革。

20年来的行宪史,也是宪法的变迁史。宪法且行且改,可以说,是一部“改革宪法”。它为认可和推动改革而制定,又因改革而屡屡修改。现在应考虑的问题是,宪法不单要跟着改革的步伐走,不断确认和巩固改革的成果,还要更多地引导改革、指导改革,为改革留出必要的空间,为中国社会的发展和中华文明的弘扬提供宏大而坚固的理论和制度框架,并在必要时能够限制改革、约束改革。从世界宪法史看,大致说来,有三种类型的宪法,一是“革命宪法”,一是“改革宪法”,一是“宪政宪法”。^③“革命宪法”创制于夺取政权的革命时期,旨在从法律上确认和巩固革命成果。它的合法性基础不是过去的法统,而是革命本身。“改革宪法”出现于因国家的形势和任务发生很大变化而必须在经济、政治、文化和社会的广泛领域推行大幅度改革的时期,旨在确认和巩固改革成果,维护改革所需的秩序。它在把改革成果合法化的同时,也不得不改革自身。由于改革既不同于革命又具有某种革命的意义,既依托原有体制又在很大程度上改造原有体制,所以,“改革宪法”的合法性基础既是现有法统,又是改革本身。这决定了无论实体方面,还是程序方面,都在一定程度上允许违宪改革、违法改革。倘若“革命宪法”已然成功了却合法化问题,“改革宪法”这一过渡时期或许并不必要。“宪政宪法”出现于革命或改革已基本完成并确立宪政体制和法治原则之后。这个时候,不仅有宪法,而且有宪政;不仅有法律,而且有法治。宪法真正享有最高的法律权威,国家和社会管理的一切活动,包括各方面的改革,都纳入宪法和法律的轨道。一切权力危机,皆为宪法危机。一切重大改革,皆为合宪改革。“宪政宪法”既是改革的,又是守成的;既是发展的,又是稳定的;而且,守成和稳定的成分占据主导。唯其如此,宪法方可为安邦定国、长治久安之基石。

抛弃以阶级斗争为纲,确立以经济建设为中心、改革开放的基本国策,并强调发扬民主,加强法制,意味着中国宪法在经历了1975年《宪法》和1978年《宪法》的曲折后开始从“革命宪法”向“改革宪法”转变。现在,我们又到了一个新的历史关口,应高瞻远瞩,继续推进宪法改革,逐步完成从“改革宪法”向“宪政宪法”的历史性

① “主张放在前面的是突出国家权利属于人民,先有公民的权利,才有国家的权利。”参见全国人大常委会办公厅研究室政治组编:《中国宪法精释》,中国民主法制出版社1996年版,第51页。

② 学界关于人治与法治、法律本质、民主与法制、法律面前人人平等问题的讨论,提供了重要理论支持。参见《法治与人治问题讨论集》编辑组编:《法治与人治问题讨论集》,群众出版社1980年版;中国社会科学院法学研究所资料室编:《论法律面前人人平等》,法律出版社1981年版;张友渔等:《宪法论文集》、《宪法论文集》(续编),群众出版社1982年版。

③ 作为一种分析方法,“革命宪法”、“改革宪法”和“宪政宪法”的类型划分对于非西方宪法,尤其是对所谓转型中的社会政治秩序,有较强的解释力。相关研究参见宪法比较研究课题组编译:《宪法比较研究文集》,山东人民出版社1993年版;韩大元:《亚洲立宪主义研究》,中国人民公安大学出版社1996年版;马岭:《当代大学生宪政观念管窥》,载《法商研究》2002年第2期;陈瑞洪:《由富强到自由:中国宪法的价值取向与司法化的可能性》,载《法制日报》2002年12月5日。

转变。

作为根本法,宪法乃世之经纬,国之重器,百法之首,法治之要,既不可僵化不变,也不可轻言变易。应当从实际出发,调整和改变“改革宪法”的思维定式,对宪政的理论和制度洞幽察微,对各类修宪建议慎之又慎。

第一节 宪法之上有没有法

宪法是国家的根本法,是国家一切法律所由产生的“母法”。在此意义上,国家的一切法律须以宪法为据,居于宪法之下,不得与宪法相违,宪法之上不该再有任何法律。不过,这只是从实在法体系的意义上来讲的。宪法非凭空而来,也非永久不变。立法者能运用法定权力、通过法定程序来制定规则,也能同样合法地改变规则。显然,论证制宪、修宪的正当性、合法性,不能仅仅诉诸包括宪法在内的国家法律本身。宪法既不以任何一部现行法律为母体,也不以任何一个组织或个人为母体,那么,宪法所由产生和变化的根据是什么呢?

通常认为,社会变化了,如经济体制和社会关系发生了变化,法律就要变化。其实,不是所有的社会变化都能够并且应当导致法律的变化。法律究竟应当怎样回应社会变化,又应当对什么样的社会变化置之不理甚至加以遏制,是值得认真思考的。古人说,法随势转,与时俱变;又说,法为万世不易之则,行之久远,不随时改变。^①这两种看似矛盾的主张都包含了关于立法根据的预设。问题在于,法律要与时俱进,这要因应的“时”是什么?法律要行之久远,这支配“久远”的要素又是什么呢?有人会说,社会变化是通过多数人的意志反映到立法中的,只要通过民主程序集中多数人的意见,制定和修改法律就有了权威的根据。可是,多数人拥护,并不能证明多数人意见必然是正确、明智的;多数人参与,并不能自动保证立法顺应时代,精邃隽永。如何保证多数人不犯错误呢?

因此,我们要认真研究法之为法、宪法之为宪法的根据。这个根据,便是古人所说的“道”。答案不应仅从关于法律效力的技术角度来获得^②,还应更多地从关于价值原则的哲学角度来找寻。宪法之为根本法,乃是因为它体现一种能够作为最高权威来源的根本法则。根本法则之有最高权威,乃是因为它体现基本价值。这种基本价值的核心,不仅是人本的,即一切为了人,为了一切人,而且是自由的,即维护人的

^① 例如,“夫权衡规矩,一定而不易,不为秦、楚变节,不为胡、越改容,常一而不邪,方行而不流,一日刑(型)之,万世传之,而以为为之”。参见《淮南子·主术训》。

^② 凯尔森把宪法看做高级规范,但他的解释是“纯粹法学”式的:每个层级规范的效力来自较高级别的规范,所有规范的效力来自于一个基本规范,即宪法;宪法之有效,因为它是“最后的预定”、“最终的假设”;“只有依靠这一假定,被宪法授予创造规范权力的那些人的宣告才是有拘束力的规范”。参见〔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130—131、141—143页。

尊严和福祉。这一基本价值也是普遍道德。根本法则是普遍道德的抽象形式,并因此成为普遍规范。^①正是由于在如此深邃而又宽泛的意义上体现人本和自由这一基本的道德价值,根本法则才获得广泛认同,普遍适用,且历久弥新,指引总是有时效的可变的实在法。作为一种旨在解决政治秩序问题的基本制度,宪法是在人类不断认识和运用根本法则的过程中,历史地产生和发展起来的。只是为了在人类政治生活中更好地体现和捍卫人本和自由,遏制和杜绝不平等、不公正和其他不合理现象,尤其是防范对人的尊严和自由的肆意侵犯,才以宪法的名义,建立对政治权力的规范化约束体系,并宣布人人皆享有若干不可侵犯、尤其是不可为政治权力所侵犯的权利。于是,宪法被看做立国之基,政治之本,人道之要;共和、民主、平等和自由,被宣布为宪法原则;与国家权力相对应的公民权利,被宣布为宪法权利;基于宪法的政治秩序,被称为宪政。

由是,可以说,蕴涵基本价值的根本法则,才是宪法所产生的逻辑根据,并奠定宪法和宪政的道德根基。^②只有这样的法则,才能高于宪法,并以根本不变之道赋予宪法根本法特性,使宪法享有最高权威。这样的法则涵蕴于人类生活的日常规则,与其说要靠我们来制造或发明,不如说要靠我们来发现或叙述。^③这样的法则如何论证和阐发,表现着特定国家和文化的理论能力和哲学风格。这样的法则如何识别和实施,取决于特定国家和文化的法律传统和制度安排。这样的法则叫什么,在

① 这里的根本法则类似于哈贝马斯说的基于原则即“元规范”的道德,它是一种只承认普遍规范的系统。“所谓普遍规范,就是没有例外和特权的规范,有效性领域也没有限制。”参见[德]哈贝马斯:《合法性危机》,刘北成等译,上海人民出版社2000年版,第112页。

② 弗里德里希认为,宪法和宪政的核心目标是保护政治社会中具有尊严和价值的自我,这种自我优先的观念最终引发了自然权利观念,宪法的功能因此也可以被阐释为规定和保护人权的。对宪政的探求,乃是“对个人自我的神圣性深刻体认的一种表现”。参见[美]弗里德里希:《超验正义——宪政的宗教之维》,周勇、王丽芝译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第14—17页。莫非认为,宪政主义在把人类尊严确定为核心价值时,采取了一种道德客观主义或道德现实主义的形式。这种理论假设人类尊严的本质是客观存在的,可以发现的。参见宪法比较研究课题组编译:《宪法比较研究文集》(3),山东人民出版社1993年版,第10页。关于伦理始终是合法化的基础以及合法化与真理的关系,参见[德]哈贝马斯:《合法性危机》,刘北成等译,上海人民出版社2000年版,第7章及第三部分前言。关于宪政的人文价值及其与中国传统伦理之关系,参见陈端洪:《宪政初论》,载龚祥瑞主编:《宪政的理想与现实》,中国人事出版社1995年版。

③ “立法者应该把自己看做一个自然科学家。他不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律。”参见《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第183页。

很大程度上,是个修辞策略问题。^①我们可以称之为“客观法”、“自然法”、“最高法”、“天法”,也可以称之为“共识”、“基本原则”、“宪政观念”、“道统”、“天道”等^②,但是,它的性质和地位却是我们应当牢牢把握的。

根本法则的功能特征,在于解决宪法本身的合法性问题,并在价值来源和逻辑方法上完成对宪政的证成。其主要途径是把以人本和自由为核心的价值法则转换为政治法则和程序法则。现代的政治法则即人民主权,它解决政治动力和政治正当性问题。现代的程序法则即程序理性,它解决程序设置和程序正当性问题。政治法则和程序法则通过在公共领域里解决价值法则的有效性问题,构成宪法制度的主要内容。价值法则、政治法则和程序法则分别体现人本与自由、人民主权和程序正义,用中国传统的术语来表述,就是分别代表道统、政统和法统。这三个法则乃根本法之根本,是宪法本身合法化的基本要素。它们既是宪法的根本法地位的凭借和最高法律效力的源泉,又是立宪、修宪、行宪的制约和指导,是宪法之上的法。遵循这样的法则,便是古人所谓“法法”。^③法律之上若没有法,就像权力之上没有法那样,也是会走向专横和任意的。法律要确实居于权力之上,法律之上还必须要有法。

价值法则与政治法则、程序法则的关系,是道统与政统、法统的关系,用儒学的话讲,是内圣与外王的关系,不宜混同于西方思想传统里自然法与实在法的二元模式。人民主权和程序理性在许多场境里都可能作为法律合法性、至上性的论据,如前文所述,法律反映人民意志、符合正当程序等,但是,归根结底,政治法则和程序法

① 在美国人看来,倘若一个法律是坏的,它必定不合宪法。当从成文宪法里找不到把坏法律解释成违宪的规定时,法律家们往往从古老的非成文的“高级法”传统里寻求支持。有两种不成文的“高级法”传统,一是自然法,它由古代斯多葛学派构建,在中世纪与神学结合,后来又由启蒙时期的自然权利论者用世俗的、个人主义的话语重述;二是来自习俗和不受质疑的价值和惯例的基本法则,它们既不必永恒不变,也不必为理性命令,但被社会成员认可为基本不变。在法律论证实践中,自然法与基本规则往往交互为用,主辅相替。人们可以说,某原则有法律拘束力,乃是因为它符合正当理性,亦为社会接受;又可倒过来讲,某原则乃是由惯例和传统确立,亦为理性证立。19世纪中叶前,美国的法律家们总是交替使用这两种修辞策略。

② 这样的法则是一种代表更高的权威来源的正义,它在不同的法律传统里有不同的识别、论证、叙述和适用。在西方,“自然法”是一种广为人知的概念,但在英国、法国和美国,情形又很不相同。参见 Charles Grove Haines, *The Revival of Natural Law Concept*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1930, pp. 43—45, 52—65。一般说来,这样的法则被看做客观存在、永久不变、普遍适用且至高无上的,无论是作为国家统治者的国王还是作为立法机关的议会,都必须遵守。例如,在英国,“关于高级法观念的演进是与法律至上观念的出现同步的。从中世纪的思想者们关于法律应当至上并且高于国家本身的流行观点出发,英国的法官们发展出一种英国式的法律至上原理,这就是法律约束国王”。后来,柯克有力地主张并捍卫了这样一种原理:“存在某些关于公道和正义的高级原则,议会立法不得与之相违背。”参见 *ibid.*, pp. 32—33。不过,自然法也不是近代立宪主义诉诸的唯一渊源。关于立宪主义对罗马法渊源的利用,参见[英]昆廷·斯金纳:《近代政治思想的基础》下卷,莫瑞森、亚方译,商务印书馆2002年版,第175—189页。关于中国的自然法、天法、仁法观念,参见夏勇:《论和女士及其与德、赛先生之关系》,载《公法》第1卷,法律出版社1999年版,第49—52页。

③ 如,“不法法则事母常,法不法则令不行”。参见《管子·法法》。

则是由价值法则推衍出来,并由价值法则决定和统摄。唯有价值法则才是根本法则的核心,决定和表现宪法和宪政的真正本质,为宪政奠定最终的合法性基础。如果把握不了人本和自由这个核心,便会只有宪法秩序,没有宪政秩序。^① 宪政主义的实质,不是简单地要求合宪性,也不是简单地要求人民主权和程序理性,而是要求包括宪法在内的一切制度和法律都具有终极意义上的合法性和正当性。这也是宪政文化与民主文化的区别所在。^②

现行宪法的成功之处,在于它确认并规定了一些既反映时代要求和社会变迁,又行之久远、历久弥新的重要观念和原则。当初以 1954 年《宪法》而不以 1978 年《宪法》为修宪基础,说到底,是因为 1954 年《宪法》要比 1978 年《宪法》较好地反映了人民主权的要求,体现了现代宪法的一般特征。^③ 认识到这一点,要归功于当时的思想解放、实事求是,归功于以邓小平为代表的历经劫难的领导人对建设社会主义民主与法制的特别重视。

不过,现行《宪法》在体现和表述根本法则方面还是有所不足的。尤其在使用严谨、精致的法律语言和技术制作高度概括性、原则性的抽象规范方面,还存在某些缺憾。抽象表达之优长,在于有比具象表达更强的对具象变化的包容能力和适应能力。1982 年修宪时,有人问过“宪法是根本法,为什么老是改?”可是,若保持宪法的稳定性,就意味着要长期保留和适用 1978 年《宪法》的许多不恰当的规定。^④ 现行《宪法》也未能免却这样的尴尬。试举一例。现行《宪法》颁布二十多年来有 3 次共 17 处修改,这些修改大多数是关于序言和总纲的。这个简单的事实,一方面,表明随着改革开放和现代化建设的进展,尤其是社会主义市场经济体制的建立和社会结构、思想观念的变化,我们对宪法基本原则的认识在不断调整和深化;另一方面,也

① 弗里德里希在谈到梭伦的雅典宪法时说道,“他的‘宪法’所寻求达到的各阶级之间的平衡,是为获得稳定的程序而实施的,并不是现代意义上的宪政秩序,安定、和平与秩序是一切政府的目标,并且,人们有很好的理由(当然,也已经有人提出这类理由)支持这样的论点,即传统的君主制而不是宪政制度,能够提供最大限度的安定、和平和秩序”。参见[美]弗里德里希:《超越正义——宪政的宗教之维》,周勇、王丽芝译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版,第 17 页。

② 一般说来,民主主义强调一个制度如何选择决策者以及决策者在决策时必须遵循的程序。宪政有高于实在程序和法律之上的价值来作为衡量合法性的标准。一项法律,即使是由一个经自由选举和公开辩论而产生的立法机关按严格程序一致通过的,而且在通过后由一个执行机关按相关程序规则严格实施,倘若侵犯了人类尊严,也仍然不具有合法性。参见宪法比较研究课题组编译:《宪法比较研究文集》(3),山东人民出版社 1993 年版,第 10—13 页。

③ 例如,张友渔认为,以 1954 年《宪法》为基础修宪,是因为“它的原则、方法都比较好。原则就是社会主义原则和民主原则。……如关于党对国家、对人民的领导,规定在《序言》中,而不像 1975 年《宪法》那样,在《国家机构》一章中规定‘全国人民代表大会是在中国共产党领导下的最高国家权力机关,’也不像 1978 年《宪法》那样,在《公民的基本权利和义务》中,规定‘公民必须拥护中国共产党的领导’,因此,这次修改宪法只能以 1954 年《宪法》为基础,而不能以 1978 年《宪法》本身为基础”。参见张友渔:《学习新宪法》,天津人民出版社 1983 年版,第 21—22 页。

④ 张友渔:《学习新宪法》,天津人民出版社 1983 年版,第 5—6 页。

表明宪法规范的制作技术在表述共通性、一般性、根本性的抽象原则方面是有欠缺的^①,对宪法之法的认识和表述水平在整体上还有待提高。

只有正确认识和把握客观规律,明了宪法之法,才能确定哪些是必须写进宪法的,哪些是不能写进宪法的;哪些是必须改的,哪些是不能改的,从而明确方向,分清纲目,既定元固本,又开拓创新。在改革和创新成为时尚的时候,应特别注意处理好既定元固本与开拓创新的关系,用古人的话说,就是既要“观时俗”,又要“察国本”。^②从某种意义上讲,改革与其说是要改什么,不如说是要最终明确什么是不能改的,而且还要加固的。此乃辩证的改革哲学。^③

第二节 宪法是不是法

在中国有了近百年立宪史的今天提出这样的问题,不是没有意义的。尤其是最近几年来,现实生活已屡屡向我们发问。我们都熟知,宪法是国家的根本法,是“母法”,但是,一旦我们需要就某个纠纷是不是宪法纠纷、某个问题是不是宪法问题、某个诉讼是不是宪法诉讼作出判断的时候,那些耳熟能详的定义似乎又不大管用了。2001年,最高人民法院就教育权问题作出解释^④,时称中国宪法“第一案”。^⑤为什么现行宪法施行近20年才有所谓“第一案”呢?宪法是不是法,是一个令人惊讶并感觉危险的问题。它冒渎了宪法的法律权威,但又提得实实在在。的确,如果宪法只能作为立法的根据,不能作为司法裁判的根据;如果在要求立法以宪法为根据时,又无适当程序和机构来审查立法是否违宪并予以纠正或救济,那么,质问宪法是不是法,便不足为怪了。

宪法是什么?宪法首先是法,其次才是根本法,即规定国家带有根本性的原则和事项的法律。和其他法律相比,宪法带有很强的政治性,但它仍然是法。那么,法是什么呢?

法是一种若有违反就必须依靠国家强制力通过一定程序予以追究和救济的社

① 参见张志铭:《什么是宪政要求的宪法?》,载《人民法院报》2002年12月16日。

② “故圣人之为国也,观俗立法则治,察国事本则宜。不观时俗,不察国本,则其法立而民乱,事剧而功寡。”参见《商君书·算地》。

③ 西学东渐以来,吾国许多优良传统乃至某些根本法则因一味图新而被淡化乃至丢弃。张之洞曾提醒说:“法者所以适变也,不必尽同。道者所以立本也,不可不一。”参见张之洞:《劝学篇·变法》。1978年改革开放初期被视为僵化、保守、落后的事物,未尝不是前一时期改革的结果。这是值得深思的。宪法改革尤须把握根本之道,不能轻言创新,以致伤元害本。1981年7月,彭真在给中央关于修宪的报告中曾提出,宪法是根本法,主要在纲不在目,不搞不必要的创新,不引起不必要的争论。参见许崇德:《现行宪法产生过程的特点》,载《法学研究》2003年第1期。

④ 《关于以侵犯姓名权的手段侵害宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》,最高人民法院法释[2001]25号。

⑤ 参见《冒名上学事件引发宪法司法化第一案》,载《南方周末》2001年8月16日。

会规则。人有群,群有则,法律乃社会规则之一种。人类自有规则便有一个违反规则后怎么办的问題。规则之为规则在于具备拘束力,正是为了使某些规则不仅具备道义的约束力而且具备强制的拘束力,法律才成为必要。法律之本质,在强制拘束力,不在劝导力;法律之核心,在违反规则后的处罚与救济,不在确认或宣示规则。作为根本法,宪法区别于党和国家的基本纲领、总路线等重要规范和原则,在于它的拘束力,换言之,在于它能够而且必须通过法律程序来解决违反后的处罚和救济问题。法律的拘束力即法律的效力^①,它是法律实效和法律效益的基础。如果仅仅宣布一个法律生效但没有任何机构和程序来处理任何对该法的违犯,这个法律就不能说具备完全的法律效力,它的实效和效益也会谬之千里,乃至与无法同。当然,宪法与其他法律发生效力的方式有所不同,立法、行政和司法活动都可以使宪法生效,但如果不能解决违宪问题,宪法便不具备完全的法律效力。

实际上,现行宪法对宪法的根本法性质和相应的法律效力已作了明确规定,党和国家领导人曾多次强调宪法的最高法律权威并把违宪视为“最严重的违法”,法律界及社会各界也对树立和强化宪法权威有着广泛的共识。问题在于,如何使效力要求成为制度的、程序的要求。宪法的最高法律权威和最高法律效力,既是人民主权的政治法则的要求,也是程序理性的程序法则的要求。至于究竟由何种机构、以何种方式、按何种程序来纠正违宪、追究违宪并给予相应的救济,取决于一个国家的政治理念和制度安排。一般说来,主要有两个相互关联的途径,一是宪法审查,二是宪法诉讼。只有存在对立法的合宪性审查,宪法才会真正成为立法的依据并因此成为真正的根本法;只有存在宪法诉讼,宪法才会获得完全的实际法律效力并因此成为活生生的法律。可以说,宪法审查和宪法诉讼是切实而有效地纠正和追究违宪行为、实施宪法的两种基本方式。^②它们不仅是宪法之为法的标志,也是宪法之实际存在并发挥作用的保障。如果说法律效力是宪法之为法的决定因素,那么,宪法审查和宪法诉讼就是宪法之具有法律效力的具体标志。^③

① “我们所说的‘效力’,意思就是指规范的特殊存在,或者说,我们假定它对那些其行为由它所调整的人具有‘约束力’。”参见[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32页。

② 汉密尔顿认为,由法院行使监督宪法实施的权力对社会造成的危害最小,因为它“既无强制,又无意志,只有判断”。参见[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1982年版,第391页。哈特认为,“断言一个规则的效力就是预言它将由法院或某一官方的行为强制实施”。参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第105页。关于我国宪法应当进入诉讼的理由,参见王振民:《试论中国宪法可否进入诉讼》,载《公法》第2卷,法律出版社2000年版,第235—239页。

③ 有学者认为,“宪法效力”分“弱形式”和“强形式”。前者指立法未能对宪法权利提供具体保护时,法院或宪法审查机构根据宪法条文对权利提供独立的宪法保护;后者指某个独立于议会的机构依据宪法来审查立法的合宪性。参见张千帆:《认真对待宪法——论宪政审查的必要性和可行性》,载《中外法学》2003年第5期。