

法学论丛



宪法行政法系列

社会转型与中国宪法 自由权制度的完善

◆ 杜承铭 吴家清 等著

北京大学出版社

法学论丛



宪法行政法系列

社会转型与中国宪法 自由权制度的完善

杜承铭 吴家清 等著

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

社会转型与中国宪法自由权制度的完善/杜承铭、吴家清等著.
—北京:北京大学出版社,2005.2

(法学论丛·宪法行政法系列)

ISBN 7-301-08608-3

I. 社… II. ①杜… ②吴… III. 宪法-研究-中国 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 003765 号

书 名: 社会转型与中国宪法自由权制度的完善

著作责任者: 杜承铭 吴家清 等著

责任编辑: 薛 颖

标准书号: ISBN 7-301-08608-3/D·1075

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

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

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 7.75 印张 223 千字

2005 年 2 月第 1 版 2005 年 9 月第 2 次印刷

定 价: 15.00 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,翻版必究

法学论丛是我社近年推出的大型法学专著系列丛书。该丛书共有以下几个系列：法理学系列、公法系列、比较法系列、宪法行政法系列、民商法系列、刑事法律系列、经济法系列、国际经济法系列、国际金融法系列、法律史系列、国际法系列。该丛书将以开放的形式连续出版下去。每个系列都由该领域的专家学者进行策划、审稿，作者队伍包括法学界老中青几代学者，既有德高望重的学术权威，又有刚刚展露才华的后生晚辈，体现了法学研究的繁荣昌盛、蒸蒸日上。

本丛书本着“人无我有，人有我优”的原则，所选书目基本上反映了该学科最新、最前沿的研究成果，既有重要的理论价值，又具有较强的实践指导意义。希望本丛书的出版能够为法学学术研究的发展增姿添彩，呈现出一道亮丽的风景。

目 录

导言：社会转型与中国宪法理念的重构	(1)
一 宪法理念的内涵及其决定因素	(1)
二 传统宪法理念的反思	(5)
三 社会转型背景下的新宪法理念	(9)
第一章 宪法自由权概念的法理分析	(15)
一 作为法学范畴的自由	(15)
二 宪法自由权的概念及其构成	(23)
第二章 中国宪法自由权制度的演进历程	(36)
一 近代中国自由权思想与宪政思想的启蒙	(36)
二 旧中国的宪法自由权制度的设计与实践尝试	(39)
三 中国宪法自由权制度的确立与曲折发展	(48)
第三章 当代中国自由权制度的转型	(66)
一 计划经济体制下的自由权制度的特征	(66)
二 自由权制度转型的经济与社会基础	(73)
三 权利主体的多元化与自由权利结构的转型	(78)
四 社会转型中完善宪法自由权制度的基本思路	(88)
第四章 人身自由权制度及其完善	(95)
一 人身自由权的概念	(95)
二 收容遣送制度的废止和劳动教养制度的 改革与完善	(99)
三 迅速接受司法裁判的宪法原则与超期羁押 问题的宪法学思考	(114)

第五章 工作自由权与迁徙自由权制度及其完善	(120)
一 工作自由权制度及其完善.....	(120)
二 迁徙自由权制度的改革与完善.....	(134)
第六章 表达自由与结社自由权制度及其完善	(150)
一 表达自由制度及其完善.....	(150)
二 结社自由权制度及其完善.....	(181)
第七章 两个人权公约中的自由权的宪法学思考	(195)
一 两个人权公约与我国自由权法律制度比较.....	(195)
二 两个人权公约实施机制与我国自由权的 宪法保障.....	(216)
结语 宪法权利价值理念的转型与基本权利的宪法变迁	(225)
参考文献	(237)
后记	(243)

导言：社会转型与中国宪法理念的重构^①

以建构社会主义市场经济为根本内容的中国社会的转型必然包括建立在这一社会的经济基础之上的中国法律理念由传统向现代的转型。作为根本法的宪法理念的现代化无疑成为中国法律理念现代化的最为重要的内容。然而，目前宪法学界对社会转型的宪法视角却只停留于对作为表象的宪法规范与社会转型现实的冲突与协调的研究与讨论，而对社会转型中的中国宪法理念的再认识缺乏必要的关注。立足当代中国社会转型（首先是社会经济转型）的现实建构宪法新理念应该是深化宪法学研究的重要课题。

一 宪法理念的内涵及其决定因素

明确宪法理念的一般含义是建构宪法新理念的逻辑前提。

“理念”是西方思想史上十分重要而又十分古老的一个范畴。就“理念”一词的古希腊词源而论，是指见到的东西即形象。柏拉图排除了这个词的感性意义，用它指称理智的对象，进而把理念看作是“离开具体事物而独立存在的精神实体”^②，在此基础上建立起客观唯心主义的理念论。在它之后的历代西方思想家从亚里士多德到阿奎那，从康德到黑格尔都对理念有着不同的哲学见解。尽管如此，如果我们摒弃他们的理念范畴中所包含的各自哲学立场，就其一般意义上说，他们普遍把理念归结为思维中对某一对象的一种理想的、精神性的普遍范型。这对于我们研究宪法理念无疑具有方法论意义。

“理念”总是某一对象的理念，因此，思想家们在借“理念”范畴来

^① 此文发表于《法学评论》2000年第3期。收入本书时根据宪法修正案的内容做了适当的修改。

^② 《中国大百科全书·哲学卷》（上），中国大百科全书出版社1988年版，第465页。

形塑自己的理论的同时,总不免要论及具体事物的理念。无疑,法律理念成了他们视野中的一道独特的风景线。首先涉及这一问题的是康德,康德在其名著《纯粹理性批判》中专门论及了“理念”对“制定宪法及法律”的作用。^①而明确提出法律理念范畴的是另一位德国思想家黑格尔。他不仅把法的理念定义为“法的概念及其现实化”^②,而且认为法的理念的具体内容就是自由。^③此后法的理念越来越成为思想家们关注的问题,以致出现了一些专门论及法律理念的著作。这些论述深化了人们对法律本质的理解。

尽管如此,人们对法律理念的理解仍然是大相径庭,但这并不妨碍我们对法律理念的进一步思考。就学者们认定的法律理念的基本内容而言,一般说来,法律理念是人们对法律的本质及其规律的理性认识与整体的把握。“法律制定运用之最高原理,谓之法律之理念。”^④

法律理念在不同的法律和法律实践领域的表现又是不同的,在所有现代法律理念中,宪法理念无疑是法律理念中最根本的、最高的法之原理。尽管如此,人们对宪法理念的关注远不如像民法理念、刑法理念、商法理念那样热烈而富有思想。这也是当前我国宪法学研究相比其他分支法学落后的主要原因。我们循着制定法律理念概念的方法论思路,似乎可以说,所谓宪法理念是特定时代的主体对作为根本法的宪法的本质及其发展规律的一种宏观的、整体的理性把握与建构,是法律理性的最高表现形态,既是一种方法、一种观念,又是一种知识,是宪法本体论、认识论、方法论与价值论的统一,因而也是宪法的最高原理。

宪法理念就其表现形态而言包括这样两个层次:一是作为本体的宪法中所蕴含的宪法精神(宪政精神)和宪法价值取向,以及特定时代主体对这一宪法精神与宪法价值的解读方式。就宪法所包含的

① [德]康德:《纯粹理性批判》(中译本),商务印书馆1960年版,第257页。

② [德]黑格尔:《法哲学原理》(中译本),商务印书馆1961年版,第1页以下。

③ 同上。

④ 史尚宽:《法律之理念与经验主义法学之综合》,载刁荣华主编:《中西法律思想论集》,台湾汉林出版社1984年版,第259页。

宪政精神而论,宪法学界有许多有益的见解,至于宪法价值及其特定时代主体对宪法精神与价值的解读则很少关注。二是指宪法在实际运作过程中即宪政实践中(顺便一提,广义的宪政应该不仅仅指的是民主政治)特定时代的主体对宪法的普遍心态以及惯常的行为方式。由于宪法在中国的宪政实际运作中存在许多众所周知的问题,因此这从一个侧面表明宪法的实证理念几乎没有引起人们关注与重视。这也是造成我国宪法权威性不高的主要原因。

宪法理念与宪法一样,都是社会实践与法律实践发展到一定历史阶段的产物。宪法理念的形成与变迁深深地植根于特定的社会历史条件之中。决定不同时期宪法理念具体内容的因素有这样几个不可忽视的方面。

首先是商品经济、市场经济发展的实际状况。“宪法是商品经济原则普遍化的产物”^①,“宪法是近代市场经济的产物”^②,这些观点已为宪法学界所普遍接受。宪法理念也是伴随商品经济、市场经济的不断发展而逐渐建构起来的,关于市场经济与宪政精神、宪法理念的内在一致性,许多学者都进行过积极的、颇有见地的探讨。这里我们无须重述,但值得一提的是,宪法理念不仅植根于商品经济与市场经济,而且随着市场经济的发展而在不断地被重新建构。今天的宪法理念不同于近代的宪法理念,其原因之一便是市场经济发生了由近代向现代的转型。这是我们分析宪法理念变迁的一个重要出发点。

其次是由市场经济的发展所带来的政治国家与市民社会分立的实际状况。目前宪法学界在强调市场经济产生宪法制度时,并没有充分地认识到从市场经济到宪法理念与宪法制度的建构过程中有一个更为直接的、必不可少的中介即国家与社会的分离,是市场经济带来国家与社会的分离^③,是国家与社会的分离带来宪法理念与宪法制度的产生。宪法根源于市场经济,但它毕竟不是以规定市场经济活动本身为内容,而是以对国家权力和公民权利的规定为内容。宪

① 张光博:《宪法是商品经济原则普遍化的产物》,载《法学杂志》1988年第3期。

② 李龙:《宪法新论三则》,载《法学研究》1994年第3期。

③ 参见吴家清、杜承铭:《国家与社会的二元化:政府机构改革的宏观参照》,载《广东商学院学报》1999年第1期。

法理念与宪法制度得以建构的前提是政治国家与市民社会的分离,这种分离表现为政治与经济、政府与市场、国家与人民、政府与社会、公权与私权的分离。这种分离使得对国家权力的限制与公民权利的保障这一根本的宪政精神成为必要和可能。值得一提的是,有些学者已经认识到市场经济带来政治与经济的分离,然后才有宪政制度,这一历史的合理逻辑。^①但这一概括还只停留于从现象来描述问题,实际上政治与经济的分离本质上体现的是政治国家与市民社会的分离。这种分离表明市民社会从国家的统治之下独立出来(封建社会以前的社会里政治国家统治一切,社会对国家的依附性十分明显,在有些专制程度很高的国家更是出现所谓社会国家化,这样的条件下根本不可能有宪政理念与制度)。社会的独立与自治是真正意义的宪法得以建立的首要的、直接的前提,这也应当是宪法理念中最为重要的内容。托克维尔曾深刻地指出,一个独立于国家的多元的、自我管理的公民社会是民主社会的必不可少的条件,它可以对权力构成一种“社会的制衡”^②,这种独立的社会组织,“其功能在于使政府的强制最小化、保障政治自由、改善人的生活”^③。

最后是特定历史条件下人性的具体表现。经济关系、社会与国家的关系最终必然通过人的关系表现出来,而人的社会关系的总和构成了人性的根本内容。因此,任何宪法理念与宪法制度必须还要从人的本性上得到具体的解读。实际上宪法理念与宪法制度都是建立在一套关于人性以及由此决定的公共权力本质的假设基础上的。(因为宪法的内容涉及的是组成社会的个人和国家的权力两方面。)当这种假定与特定历史条件下人性的具体表现一致时,这种宪法理念与宪法制度有其生命力,因而也是真实的;反之,这种宪法理念与宪法制度就没有生命力,因而也是虚假的。经典的宪法理论和法治

① 参见李龙主编:《市场经济与社会主义宪政建设》,武汉大学出版社1997年,第33页。

② 转引自刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,生活·读书·新知三联书店1995年版,第159页。

③ 同上书,第164页。

理论的人性论基础无疑是人人都有追求私利的天性,即所谓人性恶,^①这就使人们在资源稀缺的情况下,个人可能追求自身利益,而侵害他人或者社会利益,公共权力产生的目的就在于防止个人受他人或社会的侵害、保障社会秩序与文明状态。人性的缺陷决定了权力拥有者与公共权力的缺陷,因此,他们把公共权力视为应当谨慎对待和加以防范的。如洛克把公共权力视为一种“必要的恶”,孟德斯鸠则更是告诫人们“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不变的一条经验”^②。在这样人性论基础上建构起的宪法理念与宪政制度必然要求把限制权力与保障权利作为宪政的精髓。同样,马克思主义法学则另辟蹊径地从人的社会本性与自然本性的冲突以及社会本性自身所固有的冲突(这种冲突外在地表现为不同主体的利益冲突)的高度肯定了法治的必要与国家权力潜在的危险^③,在此基础上也建构起限制权力、保障权利的宪政理念与宪政精髓。

二 传统宪法理念的反思

我们从构建宪法理念的三个主要因素即经济因素、国家社会因素和人性因素出发来考察中国传统宪政理念,不难发现随着这些因素由传统向现代的转型,传统的宪政理念越来越不能适应中国走向现代宪政与法治的客观要求。实际上宪法理念的转型远比制度的转型更为艰难,因为制度的作用是明显的,也是可以借鉴的,而理念需要不断地、一点一滴地建构起来。如果一个社会没有现代宪政理念,即便有符合现代宪政精神的宪法,也仍然不能说有现代意义的宪政实践。我国现行的宪法内容与宪政实践的差距充分地说明了这一点。

传统宪法理念是建立在传统的单一的计划经济体制基础上的,它适应了当时计划经济体制的客观要求,它的存在也有其历史的合

① 参见杜承铭:《论法治与人的本性》,载《湖湘论坛》1998年第2期。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上)(中译本),商务印书馆1992年版,第154页。

③ 参见杜承铭:《论法治与人的本性》,载《湖湘论坛》1998年第2期。

理性。在计划经济体制基础上建立起来的国家与社会的关系只能是社会国家化、社会缺乏其应有的独立性,这也是在当时条件下宪政与民主为什么能轻易地被践踏的社会根源。在与计划经济体制、社会国家化的现实相应的人性假定和公共权力本质的假定上,把应然当作实然、把价值当作事实,即公共权力的执行者被假定为大公无私的“公仆”,政府被视为人民的政府,进而对政府的缺陷视而不见。

这种建立在计划经济体制、社会国家化和对人性与公共权力本质的不合实际假定基础上的宪法理念已经成为了实现中国宪政现代化的重大障碍。虽然计划经济体制、社会国家化的现实已不复存在,但建构在此基础上的传统宪法理念还远没有远离我们的思维领域,思想的清理远比现实的革新更为痛苦和艰难。因此厘清这些传统宪法理念应是当前宪法学研究的重要课题。现代宪法至少在形式上都包含有两个必不可少的组成部分,即对国家政府权力的规定和对公民权利的保障,简言之权力与权利是宪法内容的两个中心。从权力和权利出发来反思我国传统的宪法理念,它包括以下基本内容:

首先是以国家为本位的权力理念。在计划经济时代在单一的经济基础上建构起来的国家社会关系也是一元化的,即国家对社会的绝对垄断,在此基础上衍生出来的宪法权力理念必然是以国家为本位的。这种国家本位的权力理念其表现是多种多样的。

其一是把宪法仅仅视作国家权力合法化的工具性标志,宪法成了强化国家权力的工具。在宪法的职能研究中我们过分强调宪法的登记、巩固职能。尽管宪法是统治阶级意志与利益的集中表现,但在统治阶级夺取政权后,必然负有建设与维护社会进步与发展的重任,宪法强化国家权力的目的在于使国家权力能有效地促进社会的进步与发展。因此,宪法也决不能仅仅看作是强化国家权力的工具,相反,宪法重心应当是保证这些国家权力在促进社会进步与发展时不至于滥用。宪法不仅具有对统治阶级拥有权力的登记巩固职能,更有促进社会变迁与发展的职能。^①

其二是国家对公共权力资源、法律资源的绝对垄断。传统宪法

^① 参见杜承铭:《论宪法的社会变迁功能》,载《开放时代》1998年第3期。

理念中有一种观念即公共权力就是国家权力。这种观念反映的是计划经济条件下国家对社会绝对垄断的社会现实,在当时历史条件下有一定的合理性。计划经济条件下社会缺乏自治与独立性,当然也就无法享有权力。社会缺乏自治与独立,因此建构社会秩序的法律资源当然地为国家所垄断。

其三是缺乏权力制约理念。既然国家垄断了全部的公共权力,权力制约的社会基础已经不存在了,国家权力失去了外部的制约。就国家权力内部而言,计划经济条件下的集权不仅表现了国家对社会的集权,而且表现在国家权力内部的集权倾向。因此,对国家权力的制约与监督机制很难靠体制与制度来执行,在这种条件下宪法所具有的权力制约理念就失去了现实的基础与意义。有宪法、无宪政成为无法避免的事实。权力的监督靠的是少数人发动起来的政治运动,这样人治就成了一种必要的形式。

其次是以公共利益为核心的利益保障理念。权力与权利的基础都是利益,这是历史唯物主义经济基础决定上层建筑原理的具体体现。因此分析宪法的权力和权利理念必须要集中分析利益保障理念。传统宪法理念中的利益保障理念主要有以下表现:

其一是国家利益绝对至上,对国家利益“公域”的保护成为宪法利益保护的全部内容。在国家替代社会、包办社会的条件下,个人的生、老、病、死都由国家包办,个人利益失去了存在的理由,宪法对利益的保护自然成了对国家公共利益保障的代名词。这种国家利益绝对至上的利益保障理念在今天的社会中也越来越成为社会发展的障碍,人们也开始扬弃这一理念,但从宪法理念中重构公共利益保障与个人利益保障的界线还任重道远。

其二是缺乏对公民私有财产的利益保障理念。与国家利益至上的利益保障理念相适应的是,认为公民对私人利益的追求没有必要从宪法的高度加以确认与规范,私人利益的“私域”处在随时可能被公权力的代表国家以各种并不违法的方式加以剥夺与干涉的危险境地,也使得对私有财产的保障从来没有成为中国传统宪法理念的重要内容。宪法 2004 年修正案对私有财产保护的条款在一定程度上反映了社会转型的要求,弥补了传统宪法私有财产的利益保障理念

的不足,尽管如此,我们今天的宪法仍然没有把私人财产保障提高到与公共财产保障同等重要的位置。

再次是狭隘的公民权利理念。建立在传统计划经济体制、社会国家化基础上的宪法权利、宪法理念也是不全面的,需要认真地厘清。作为这种理念极端表现形式的“七五宪法”将义务置于权利之前的时代虽已过去,但宪法的权利理念上仍有许多应当认真对待的、狭隘的公民权利理念。

其一是与传统宪法中的利益保障理念相适应的是,传统宪法理念中缺乏对公民私人财产权的足够重视与关怀。在现代宪政理念中,私人财产权的保障是权利保障的核心内容,启蒙思想家们早就把它和生命权、自由权并列作为最重要的、基本的权利。在传统计划经济体制下私有制失去存在理由,不仅如此,还要时时刻刻警惕财产的私有所带来的恶果,以致把私产与私权视为道德上的恶。这种观念恰好与中国传统文化中的“君子喻于义,小人喻于利”的价值取向异曲同工,因而更是根深蒂固。因此,从宪法理念中建构起私有财产权利的绝对保护理念远比宪法上规定私人财产权更为艰难,也更为重要。实际上,在现代社会中没有私人财产权作为基础的其他基本权利是不彻底的、不真实的,因而也是片面的、狭隘的。

其二是在权利与义务的关系上,义务是重心,以“义务”为本位的权利理念是传统宪法理念中的重要内容。在这一理念指导下建构起来的“八二宪法”“‘充满’了关于义务的规定”^①。在计划经济体制下,国家与社会、政府与公民是简单的管理与被管理的关系,社会、公民一切须听命于国家、政府。在个人的一切权利甚至是个人吃饭的权利也被国家所垄断的前提下,“义务本位”的权利观当然有其存在的理由与根据。实际上片面地强调公民的义务本位会使公民失却其主体性地位,从而不能很有效地行使其权利,而一个不能正确有效地行使权利的人肯定也不会很好地履行义务。因此,这种“义务本位”的权利理念必然是狭隘的、片面的。

最后是注重宪法的政治价值理念,而忽视宪法的实证理念。价

^① 戚渊:《市场经济与宪法学研究的深化》(中),载《天津社会科学》1995年第3期。

价值与实证是宪法理念中不可分割的两个方面,价值给实证以引导,实证则使价值现实化。传统宪法理念中往往看重宪法的价值引导,而对这些价值能否以及怎样变成现实并不十分关心,以致宪法在许多人心目中成了一个难以实现的“符号”。这种宪法理念带来的直接后果十分明显:

其一是对宪法监督与宪法程序问题并不十分关注。在现代宪法理念中宪法监督理念和程序理念是宪法实证理念中的最核心的内容之一。虽然宪法监督问题早在多年前就引起众多学者的关注,但时至今日它还没有成为我国宪政实践中的重要内容。至于宪法的程序理念即使在学界也还没有成为讨论的中心,它的宪法实践更是没有引起关注。在一般人心中,宪法的程序理念远没有其他部门法律程序如刑法的程序理念、民法的程序理念那么重要,原因在于对宪法的实施与否并不十分关心。目前,程序性条款的规定在我国宪法中所占篇幅很少,而且是十分不完善的,这是我国宪法实施不力、保障不力的主要原因之一。正如季卫东先生所言:“对于宪法精神以及权利的实现和保障来说,程序问题确系致命的所在。”^①

其二是经济体制的设置上,不顾实际地强调社会化大生产的发展规律是有计划按比例的发展。认定国家能够认识到社会总要求与总供给的比例关系,可以认识到每一个消费者的偏好,因而社会经济发展完全可以按计划者所设计的蓝图运转。这种经济制度的设定从宪法理念上讲就是以价值理念取代实证理念、以价值取代事实,其后果是可以想见的。今天尽管在经济体制的宪政实践中对此也进行了扬弃,但在其他方面的宪政实践中这种以价值论证取代实证研究的事例仍然是屡见不鲜的,扬弃这种片面的宪法价值理念无疑是十分重要的。

三 社会转型背景下的新宪法理念

社会转型内在包含着法律理念特别是宪法理念的转型,这是

^① 季卫东:《程序比较论》,载《比较法研究》1993年第1期。

我们研究宪法新理念重构的实在意义所在。而社会转型的首要内容无疑是社会经济的转型,即由传统的计划经济向市场经济的转型,由此带来社会转型的其他内容。这是我们建构宪法新理念的出发点。现代市场经济是滋生现代宪法新理念的最好土壤。而市场经济所带来的国家与社会关系的新变化即社会与国家的二元化,又是建构现代宪政理念的直接基础。社会与国家的二元化使作为社会主体的人在其本性上得到充分的扩展,人性上的政治面纱、阶级面纱都随着社会的独立与自治而被揭去,真正的人性得以舒展,而这又是建构现代宪法新理念的理論前提假定。总之,立足经济、社会与人性的转型现实,建构起有中国特色的宪法新理念是我们分析问题的基本思路。循着这样的思路,我们认为应该建构起以下几方面的宪法新理念:

首先是宪法的权力制约理念。宪法的最初内容是对国家权力的规定。宪法制度建立的目的显然不是为了强化国家权力,相反是对封建集权专制反叛的产物,因此现代宪法与宪政的核心内容之一就是对国家权力的限制。当代中国在建构宪法的权力制约理念时特别应当关注以下几点:

一是实行法治是限制国家权力的首要内容。法治理念是整个法律理念也是宪法理念的核心内容。与现代市场经济、国家社会二元化相适应的法治理念,不只意味着具有被普遍遵从的至上地位,而且意味着这种至上地位的法是以防止公共权力的专横、保障公民民主和私域活动中的权利作为实质内涵的。法治政府是有限政府,权力特别是最高权力的运用不是绝对的,仍然是有限的、受制约的。对我国而言,党和国家的最高权力机关及其他国家机关的权力都须受宪法与法律的制约。不应该也不能提出是党大还是法大、是最高权力机构大还是宪法大等等诸如此类的问题。2004年宪法修正案把建设社会主义政治文明写入宪法,在一定程度上进一步地反映了社会转型的客观要求,也进一步强化了建设法治政府的宪法理念。

二是社会制约国家权力的理念。社会制约国家权力是权力制约的重要途径,也是国家与社会二元化的必然结果。社会制约国家权力通过两种途径来实现:一是用权利制约国家权力,这就需要建立起权利本位的权利理念。这一点也有许多学者作过探讨。其二是用社

会权力制约国家权力。权利对国家权力的制约是十分有限的,“如果否定公民与国家之间的中间社会存在的合理性,而没有了这些分享国家公权的组织,孤立的公民必将在专制政治的寒风中无所逃避”^①。宪法中的自由结社理念的深刻含义正在于此。权力的神圣不在于它为国家所独有、所垄断,恰恰相反,在于它属于人民、属于社会,在于国家权力的合理分配与正当行使。在当代中国国家与社会不断分立的条件下,实现在两者之间的合理的权力分配并确立两类权力行使的疆界是一个十分紧迫的问题。目前最为突出的问题是实现国家权力向社会的转移,这是社会权力与国家权力相互制约的基本前提。在国家与社会分立前提下,国家对权力资源、法律资源的绝对垄断显然是十分错误而且也是不可能的。这种国家社会的分立为宪法的权力制约理念内容的丰富提供了现实的基础。

三是建立起国家权力内部的权力合理分配与制约理念。虽然我们并不主张国家权力的“三权分立”,但这并不意味着资本主义国家在政府机构权力分配和制约上的某些合理因素不值得我们借鉴。在坚持人民代表大会制度这一根本政治制度前提下,国家权力的分工是否科学合理,在此基础上是否建立起有效的、有力的监督制约机制等问题是值得深思的。分权与制衡理念中的合理因素,我们应当加以仔细的分析与借鉴,因为它只涉及政权的组织形式,而不涉及政权的性质问题。这些问题是我们在实现计划经济基础上的国家权力体制向与社会主义市场经济体制相适应的民主政权体制转型的过程中必须认真对待的问题。

其次是宪法的“私域”保障理念。即宪法应为公民私人活动的领域提供保障。实现宪法对“私域”的保障是国家与社会分离、社会独立与自治的必然要求与结果。这一理念包括以下主要内容:

一是在社会与国家分立的基础上,宪法应当确立国家“公域”与社会“私域”的界线,在此基础上建构起社会自治的宪法理念。市民社会是和国家政治生活的“公域”相对应的“私人利益的体系”,包括

^① 慕槐:《私权神圣,公权呢?》,载《法学研究》1996年第3期。