

童之伟 殷啸虎 主编

宪法学

新
世
纪
法
学
教
材

XianFaXue

上海人民出版社
北京大学出版社

童之伟 殷啸虎 主编

xianfaxue

宪法学

上海人民出版社
北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法学/童之伟,殷啸虎主编. —上海:上海人民出版社,2009

新世纪法学教材

ISBN 978-7-208-08749-1

I. 宪… II. ①童…②殷… III. 宪法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. D921.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 142834 号

责任编辑 王舒娟

封面装帧 王小阳

宪 法 学

童之伟 殷啸虎 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

江苏启东人民印刷有限公司印刷

开本 787×1092 1/16 印张 22.25 插页 4 字数 333,000

2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷

印数 1—4,250

ISBN 978-7-208-08749-1/D·1582

定价 40.00 元

华东政法学院课程与教材建设委员会

主 任：何勤华

副主任：杜志淳 王立民 顾功耘 叶 青 唐 波

委 员：闵 辉 焦雅君 罗培新 岳川夫 金其荣

贺小勇 刘宪权 吴 弘 刘宁元 杨正鸣

宣文俊 王嘉禔 范玉吉 张明军 高富平

何明升 林燕萍 叶 萌 徐永康

秘书长：唐 波(兼)

主 编 童之伟 殷啸虎

副主编 王月明 朱应平

撰稿人 童之伟 殷啸虎 邹平学

沈静怡 朱应平 刁振娇

王月明 姚岳绒

前言

前

言

1

本书主要是为适应全日制普通高等学校法学专业本科生宪法学教学的需要而编写的。本书的编写先后得到了华东政法大学有关部门的支持。本书主要有如下特点:

1. 非常注重吸收宪法学和法学其他学科研究的最新成果,推进理论创新。本书的各个部分和几乎所有章节,都是以宪法学、法理学等学科最近 10 年来的最新研究成果为依托写成的。

2. 章节和篇幅安排,反映了当代世界宪法发展、宪法学发展的基本方向或基本趋势。在当代,法治发达国家比以往任何时候都更加看重基本人权和公民基本权利的保障,比以往任何时候都更加看重宪法的实施和宪法的保障,因而那些国家的宪法学教材在这些领域所占的比重往往也比过去更大。本教材顺应这种世界性趋势,将叙述和探讨公民基本权利保障以及宪法实施保障的篇幅做了较大幅度提升。

3. 立足中国现实,尊重现行宪法文本,遵循法治精神。中国有中国的基本情况,谈论中国的宪法问题不能脱离现行宪法的框架和宪法实施的真实情况。本书是一部教材,本书主编和各位撰稿人十分注重通过自己的工作帮助读者准确深入地理解我国现行宪法,进而思考中国在宪政发展过程中遭遇的种种问题,努力探寻符合法治精神的解决途径。所以,本书既系统地介绍了法学专业本科生需要掌握的宪法学基本知识和宪法学基本理论,又结合我国的宪法事例和当代法治发达国家的一些典型宪法判例,对宪法学各主要研究方向所面对的一些前沿性问题,做了适度探讨。

4. 视角比较统一,知识比较准确,内容连贯,体系完整,适用范围较为广泛。为增强通用性,我们在将本书的主要使用对象定位于法学专业本科生的同时,还安排了不少探讨性、前沿性内容,因而也比较适合作为法律硕士生的宪法课教材和法学硕士生的参考读物。

当然,任何事物都有其两面,本教材也不例外。本书或多或少存在下面这些不足:各章内容深浅有些不同;不同撰稿人撰写的部分在微观层面仍然有不太协调的地

方;有的学术观点可能只是本书主编和相应章节的撰稿人的看法,尚不足以被学界承认为通说。

本教材的编者相互通读了全书各章,两位主编对整部教材做了统一修改。两位副主编在这方面协助主编做了不少工作。

本书撰稿人分工如下:

导论和第一章,童之伟

第二章,殷啸虎

第三章 第一节、第二节二、三目,童之伟;第二节第一目,第三、四节,殷啸虎

第四章 第一至第三节,沈静怡;第四至第七节,朱应平

第五章 第一节、第二节,刁振娇;第三节,王月明

第六章 第一至第三节,朱应平;第四至第七节,姚岳绒

第七章 邹平学

第八章 第一节至第五节,王月明;第六节,刁振娇

第九章 童之伟

本教材成书时间比较紧,书中肯定会有不尽完善甚至谬误处,欢迎读者和使用者不吝批评指正。

本教材主编 童之伟 殷啸虎

2009年6月

目 录

前言	1
导论	1
第一章 宪法学基本理论	6
第一节 宪法的起源、特点和内容	6
第二节 宪法的结构、渊源和分类	16
第三节 宪法的基本原则	22
第四节 宪法的创制与解释	28
第五节 宪法的作用、效力和宪政	31
第二章 宪法的历史发展	38
第一节 宪法的出现和发展	38
第二节 20 世纪上半叶的中国宪法	46
第三节 1949 年以来的中国宪法	54
第三章 宪法关系的常见主体和基本内容	62
第一节 宪法关系	62
第二节 公民、权利和公民基本权利	65
第三节 国家与国家权力	78
第四节 政党及其作用	115
第四章 公民人身权利的保护	124
第一节 人格尊严	124
第二节 人身自由	128

第三节	居住自由·····	134
第四节	迁徙自由·····	140
第五节	隐私权·····	145
第六节	通信自由与通信秘密·····	150
第七节	信息自由·····	155
第五章	公民经济、社会、文化权利的保护 ·····	161
第一节	经济权利·····	161
第二节	社会权利·····	172
第三节	文化权利·····	177
第六章	公民公共参与权利的保护 ·····	185
第一节	言论自由·····	185
第二节	出版自由·····	190
第三节	结社自由·····	194
第四节	集会、游行、示威和请愿的自由·····	196
第五节	提出批评、建议和申诉、控告、检举权·····	199
第六节	选举权、被选举权和创制、复决、公投权·····	201
第七章	中央国家机关 ·····	214
第一节	中央国家机关概述·····	214
第二节	全国人民代表大会及其常委会·····	221
第三节	中华人民共和国国家主席·····	241
第四节	国务院·····	248
第五节	中央军事委员会·····	255
第六节	最高人民法院和最高人民检察院·····	257
第八章	地方国家机关 ·····	269
第一节	地方国家机关概述·····	269
第二节	地方各级人民代表大会和人民政府·····	271
第三节	地方各级人民法院和人民检察院·····	284
第四节	民族区域自治地方的自治机关·····	290
第五节	特别行政区自治机关·····	295

第六节 基层群众性自治·····	302
第九章 我国宪法实施及其制度保障 ·····	314
第一节 我国的宪法实施·····	314
第二节 宪法实施需要制度保障·····	319
第三节 宪法保障的内容和违宪审查·····	325
第四节 中国宪法保障的历史与现实·····	332
第五节 中国宪法保障体制的建设方向·····	337

导 论

本教材是以介绍、解说我国现行宪法和相关法律及其实施状况为中心编写的。

宪法学是法学的一个基础性二级学科。在正式讲述这个学科的核心内容之前,编者先对这个学科和本教材概略地做一番交待。

一、编写本宪法教材遵循的基础性法理

本宪法教材是在一些新基础性法观念指引下形成的,这些新的基础性法观念主要包括如下认识:

1. 在法律现象世界中,最基本的现象是权利和权力,其中权利在其现实性上或在我国宪法文本中表现为各种基本权利和自由,权力则相应地表现为国家机关的各种职权或权限。

2. 权利与权力有种种差别,但它们都是法律承认和保障的利益,都以财产为其物质承担者,因而两者构成一个矛盾统一体,法权(全部法定或合法之“权”的建成)是这个统一体的恰当名称。当然,从宪法学角度看,法权也可以理解、解释为全部宪定或合宪之“权”。

3. 权利与权力的矛盾是社会法律生活中最基本的矛盾,其次是权利—权利矛盾和权力—权力矛盾。权利与权力的矛盾在现实的宪法生活中表现为公民等处于个体地位的宪法关系主体享有运用基本权利与国家、国家机关行使职权、权限之间产生的矛盾。权利与权利矛盾表现为公民等处于个体地位的宪法关系主体在享有运用基本权利的过程中相互之间产生的矛盾。权力与权力矛盾是指各级各类国家机关在行使各种职权或权限的过程中发生的矛盾。

4. 法律,包括宪法在内,其作用归根到底是确认基本权利、保障基本权利和分配国家权力、规范国家权力的运用行为。

在上述基础性法观念中,本教材特别强调对法权的理解或认识。法权是从法学角度认知的,法律承认和保护的全部利益,它以所有权归属已定之全部财产为物质内容,表现为各种形式的权利和权力。法权不是一个规范性法律文件中的用语,而是一个指称权利、权力共同体并记录人们对它们的认识成果的法学范畴。^①这些新的基础性法观念与传统法理学视权利、义务为最基本的法现象并将法学看作权利、义务之学

^① 童之伟:《再论法理学的更新》,载于《法学研究》1999年第2期。

的分析套路有根本的不同。

在宪法学中,法权表现为宪权即宪定之全部“权”,从根本上看是一个由公民基本权利(或宪法权利)与国家权力(或宪法权力)构成的统一体;公民基本权利(或宪法权利)包括由公民和其他自然人组成的私人性质的社会经济组织依法享有的权利和自由;权力体现为公共权力,在我国宪法中主要指国家机关的职权和权限,还包括其他公共性质的组织实际行使的权力

二、本教材介绍和解说的主要对象

人们面对一个学科,学习也好,研究也好,得有对象。宪法的对象,人们大多称之为宪法学的研究对象,但从实际情况看,对于大学法学院本科阶段的学生和与其水平相当的其他学习者来说,或许称之为学习对象更恰当。为避开这方面可能有的争论,或许还是不分研究与学习,将其统称为宪法的介绍和解说对象比较合适。

对于宪法的对象,像任何其他学理问题一样,学者们的看法往往因人而异。但是,从总体上看,不论是哪国的学者,不论他们之间的具体观点差距有多大,基本上都会直接或间接显现出这样一些共同认识:宪法学面对的是宪法现象,其中主要包括公民基本权利的确认和保障;国家权力的横向和纵向配置、国家机关职权的范围和所受限制;公民行使基本权利、国家掌握和运用权力双方之间的互动关系,公民的此种基本权利与彼种基本权利之间的协调实现关系,不同国家机关行使职权、权限的互动关系,等等。不论哪国大学中采用的宪法学教材,实际上都是结合本国的实际情况介绍关于这些方面的原理、知识和情况。

在以判例为法的主要渊源的英美等普通法系国家,虽然有宪法或宪法性法律,但它们在社会生活中的具体含义却往往是由法官在审理具体案件的过程中决定的。所以,这些国家的宪法学特别重视宪法判例,也可以说是以解说宪法性判例为宪法学的主要对象。在以制定法为法的主要渊源的國家,宪法学给人的印象是宪法典、根据宪法的立法和宪法性裁判例或解释例并重。

社会主义国家以往由于历史的原因较长时期忽视宪法实施的保障,所以往往没有宪法判例、案例或宪法解释例可供研究,久而久之一度形成了一种以注释宪法条文为主的宪法学传统。这样搞出来的宪法学存在两个突出的弊病:一是偏重宪法和相应法律的规定而忽视宪法的实施,二是书上讲的内容与本国的实际情形、具体情况脱节,尤其是在公民基本权利保护方面。

早在 20 世纪 50 年代,我国的宪法学教材就反映了上述情况。80 年代改革开放后,我国学者已注意到宪法学不仅要研究宪法文本本身,而且要研究宪法的实施情况。但是,从实际对象确定情况看,当时的宪法学在很大程度上还是没能与 50 年代的状况区分开来。这从当时学者们确定的宪法学的主要内容可以看出来。当时有代

表性的宪法学教材,确定的宪法学主要内容基本上是一块。其中第一块主要是宪法的基本知识和基本理论,如宪法的概念、分类,宪法的起源和本质,宪法的特点、内容和形式,宪法的发展,宪法的具体规范、宪法规范的特点及其在社会生活中的作用,宪法同经济、政权以及其他法的部门之间的关系,等等。第二块基本上是讲国家机构及其职权。在这个体系中,公民基本权利也会讲到,但往往分量很小,通常只会被安排为全书的一章,而且是文字量偏少的一章。

近十多年来,在宪法学对象问题上,较多学者偏重的一种定位是将公民权利、国家权力及其相互关系看作宪法学的主要问题。宪法现象是丰富多样的,公民权利、国家权力是其中最基本、最突出的现象,公民权利与国家权力的矛盾构成法治社会的基本矛盾。从这个意义上说,将公民权利、国家权力及其相互关系确认为宪法学的基本对象是有道理的。但是,“公民权利”、“国家权力”及其“相互关系”并不是同一层次的东西,因为“相互关系”是“公民权利”、“国家权力”派生的、应该是它们的下位概念;另外,“公民权利”只是权利的一部分、“国家权力”只是权力的一部分,尽管它们都是各自所属现象内的主要存在形式。

从最一般的意义上说,将宪法现象作为宪法学的基本对象或许是比较稳妥、比较能说明问题的。因为,宪法文本、宪法规范、宪政、公民权利、国家权力也好,它们之间的复杂关系以及其他经常被论及的宪法因素也好,无不都是宪法现象。但是,“对象”与“基本对象”是不同的,基本对象只是全部对象中最重要、最常见的和作为社会存在展现的部分,基本对象之外的对象大量存在,形式多样,包括人们认识基本对象的理论成果,如前人和当代的宪法学说等等。所以,指出宪法学的基本对象是什么还不足以全面回答宪法学的对象是什么这个问题。本教材倾向于在将宪法现象定位为宪法学对象的前提下,将权利和权力看作宪法学最基本的对象。其中,公民基本权利是权利的主要存在形式,国家权力是权力的主要存在形式。

还有一个宪法的范围问题。宪法的范围取决于人们对宪法现象的认定,宪法现象大体决定宪法的学科边界。凡属宪法现象,都处在宪法的范围内,但宪法的范围却不能局限于宪法现象,它还必须包括宪法现象与其他现象的关系,以及人们认识宪法现象的成果等内容。宪法的边界与法学的其他学科的边界只能相对分开。

三、本教材的体系安排

宪法学需要为学习者准确理解宪法问题做必要的知识铺垫。但是,宪法学教学有自己的规律,所以,宪法学教材不能拘泥于现行宪法的结构,得有自己的体系安排。现对本教材的体系安排略予介绍。

部门法学教材的体系安排和表述方式,或多或少会承接某些基础性法观念并接

受其引领,本教材也不例外。但本教材所承接的基础性法观念,不是传统的以权利和义务为核心范畴的法理学,而是将权利和权力视为最基本的法现象,并以法权(可理解为“法定之权”的简称)为核心范畴的法现象解释体系。

这本宪法学教材内容包括九章:第一章宪法学基本理论;第二章宪法的历史发展;第三章宪法关系的常见主体和基本内容;第四章公民人身权利的保护;第五章公民经济、社会、文化权利的保护;第六章公民公共参与的权的保护;第七章中央国家机关;第八章地方国家机关;第九章我国宪法实施及其制度保障。

四、学好宪法学的意义与方法

宪法学是学好其他部门法学的基础之一。我们可将学习宪法学的意义主要概括为以下几点:把握宪法的基本原理和民主宪政的发展脉络,确立符合时代潮流的宪法观念;了解我国公民的基本权利、熟悉我国的社会制度、国家制度的基本原则;熟悉公民基本权利的保障方式和国家机构体系及其组织、活动原则;模范地遵守宪法、运用宪法、维护宪法。

宪法学是入门容易深入难的学科。要学好宪法学,仅有愿望或仅仅愿意下功夫是不够的,还得讲究学习方法。掌握或熟悉以下方法,对于学好宪法学是非常必要的。

一是历史唯物主义的方法。人们往往将辩证唯物主义和历史唯物主义相提并论,但对于法学和宪法学来说,直接帮助我们理解有关问题的是历史唯物主义的思路和方法,其中对理解宪法现象特别重要的是经济关系决定法、法对经济关系有反作用的思想。

二是联系实际的方法。法学是实践性很强的学科,宪法学也是如此。离开生动的宪法和法律实践,只求知道教科书怎么说,宪法怎么规定,不了解实际情况到底如何,这样学宪法学没有多大意义,也不可能学好。我们不仅要知道宪法怎么规定、宪法教材怎么讲,更要努力了解和体察宪法领域的真实状况。了解和体察的方法很多,参与、观察、阅读、调查、访谈,都是很管用的方法。我们既有必要根据宪法实施的情况来检验宪法理论、评判宪法学教材,又需要按照经实践检验是有益于我们发展进步的宪法学原理来推动宪法修改和宪法实施。

三是使用本教材和阅读宪法学文献相结合的方法。此处所谓宪法学文献资料,是指有关宪法典、宪法这一部门法中的其他法律,以及有关制宪、修宪的资料和宪法性判例、事例的统称。我国是一个典型的实行制定法制度的国家,且缺乏违宪审查例和宪法解释例,因此,我们的宪法学教材主要以宪法、宪法性法律的条文和宪法实施的有限经验为依据来编写。当然,在这个过程中,编者通常都会尽可能结合我国宪法实施的实际情况,参照法治发达国家的有益经验来加以阐释。因此,相对而言,宪法

教材的内容在很大程度上就是解释宪法或宪法性法律,考察宪法实施和与宪法直接相关的法律的实施情况,介绍、转述、概括宪法学已有的成果,等等。在这样的背景下,仅仅靠宪法教科书,不直接阅读一些必要的宪法学文献资料肯定是学不好宪法学的。另外,宪法学是政治性、政策性、实践性都很强的学科,在我国学好宪法学需要熟悉国家和执政党在各个方面的大政方针及其发展变化。

【思考题】

1. 本教材遵循的基础性法观念包括哪些内容?
2. 本教材是如何安排体系结构的?它与其他教材比较有哪些特点?
3. 学习宪法学有什么意义?
4. 怎样才能学好宪法学?

【参考书目】

1. 吴家麟主编:《宪法学》,群众出版社 1983 年版。
2. 许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社 1992 年版。
3. 肖蔚云等著:《宪法学概论》,北京大学出版社 2002 年版。
4. 韩大元主编:《宪法学》,高等教育出版社 2006 年版。
5. 殷啸虎主编:《宪法学教程》,上海人民出版社 2007 年版。
6. 童之伟主编:《宪法学》,清华大学出版社 2008 年版。

第一章

宪法学基本理论

第一节 宪法的起源、特点和内容

一、“宪法”一词的来源

历史地看,宪法是从欧美传入中国的东西。我们先看看宪法这个词在它的故乡的含义。

在西方,宪法的观念可以追溯到古希腊和古罗马。古希腊著名学者亚里士多德著作中不时谈到的“雅典宪法”,所指的已是规定国家机构的组织和权限的法律,从今天的观点看,其中就显然有一些属于宪法的内容。古罗马时代,则已有了与行政长官可自行变更的普通法律不同的、须有保民官参与其事才可变更的关于国家的根本组织的法律。这些情况是与一定民主事实的存在相联系的。

近代西文的宪法一词(如英文中的 constitution 或 constitutional law),源于拉丁文的 constitutio 一词,此词原本为组织、确立、规定的意思,但到了罗马帝国时代,它又被用来指称皇帝的“诏令”、“谕旨”、“敕令”等,以区别于市民会议通过的法律文件。可以说,在历史上的这个时期、这个地域,已出现了初具根本法特征的法律文书,以及与之相适应的根本法观念。到中世纪,欧洲社会的根本法观念继续存在,并出现了早期的代议制。1215年6月,在大贵族的胁迫下,英王约翰颁布了《自由大宪章》,使国王在征税、司法等方面的一些重要权力受到了贵族控制的议会的限制。此后,英国的代议制逐步形成并为其他欧洲国家和美洲国家所仿效。由于当时英国人将代议制称为 constitution,人们便把规定代议制度的法律称为 constitution,即汉语所说的宪法。

在中国古代文献中,偶尔也能找到“宪法”、“宪”之类的说法,如《尚书》中的“监于先王成宪”,《国语》中的“赏善罚恶,国之宪法”,《管子》中的“故能出号令,明宪法矣”,《康熙字典》中的“悬法示人曰宪”,都是例证。不过,这类“宪法”或“宪”,都只有治国的规范或普通法规的意思。19世纪60年代明治维新时期,西方宪法观念传入日本,日本学者最初将 constitution 译为建国法、政规法典或国家法,后来才参照中国古代文献译为宪法。19世纪80年代,中国近代改良派、维新派人士郑观应、康有为先后

提出了“立宪法”、“设议院”、“开国会”等主张。要求改君主专制政体为君主立宪政体。到1908年,清王朝颁布了《钦定宪法大纲》。在这个时期,宪法一词在中国开始有了根本大法的含义,但当时尚未形成宪政制度。

同 constitution 关系密切但又有所不同的一个词组是 constitutional law,汉语一般将其译为宪法性法律或宪法。在不成文宪法的国家,它包括宪法惯例、宪法判例和一切就其内容而言属于宪法范围的制定法(即所谓宪法性法律,如英国的《人身保护律》、《王位继承法》)。在实行成文宪法制度的国家,它包括宪法典、宪法惯例和宪法判例。

当代的人们对宪法的看法,也因国家、因人而不同。在欧美人中,有的认为宪法“是规定政府的主要机构的组成、权力和运作方式的规则以及政府机构与公民之间关系的一般原则的文件”;^①有的将宪法视为“一个国家的根本的和系统的法律,它的作用是确立政府机构和国家统治权的范围,保障权利与自由”。^②还有的对宪法作了广、狭两种意义上的区分,在狭义上将其看作“一种特别神圣的法律文件,该文件规定政府组织的框架和主要职责,并宣告这些机构必须遵守的原则”,在广义上将其看作“整个政府体制,设立、调整 and 治理政府机构的规则的总和”。^③我国政界熟知的说法是:宪法是作治国安邦的总章程;学术界比较有代表性的说法是:宪法是集中表现统治阶级意志的国家根本法。^④

在我国,宪法单纯指《中华人民共和国宪法》,包括历次的修正案。我国有些公共机构或出版机构在对法律进行汇编时,将包括宪法在内的我国全部法律划分为若干个部门,并将宪法与关于国家机构的法律、关于公民基本权利保障的法律放在一起,将它们统称为宪法,将其中除宪法之外的法律称之为“宪法性法律”,这种做法是不甚妥当的。在我国,只有宪法,没有所谓宪法性法律,那些所谓宪法性法律,都只是全国人大或全国人大常委会通过的法律,包括基本的法律和基本的法律之外的法律。有些学者认为我国宪法还包括宪法惯例,但综合地看,这种说法似乎没有足够依据。我国学者对宪法的理解尽管不尽相同,但一般来说大家都承认宪法是国家的根本法,是人民(在不同历史类型的国家有不同的内容)利益和意志最集中、最全面、最权威的体现,因而也是国家整个法律制度的基础和法制统一的基础。

宪法和民主密不可分。民主的本意是人民的权力、人民的统治。就当代民主和宪法的关系而言,人民的统治集中表现为宪法的统治。更准确地说,是人民通过宪法进行统治,宪法是民主的制度化、法律化。

① [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞等译,三联书店1997年版,第24页。

② Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Thomason Group, 2004, p. 330.

③ E. C. S. Wade and G. Godfrey Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, Longman Group Limited, 1977, p. 1.

④ 何华辉:《比较宪法学》,武汉大学出版社1988年版,第17页。