



学术教科书



宪法学讲义

张千帆 著

Lectures on
Constitutional Law

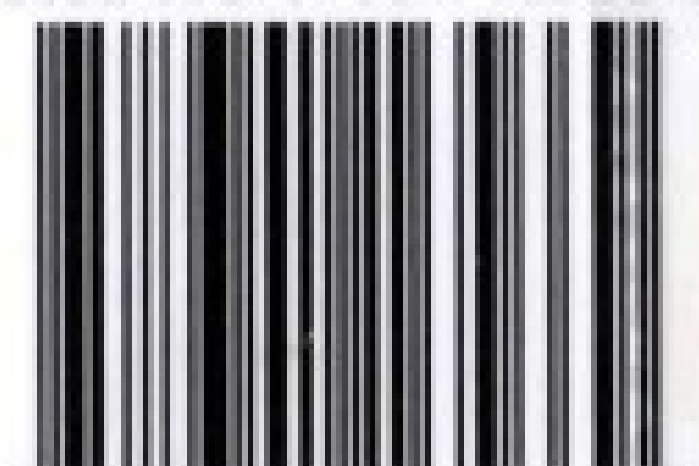


北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



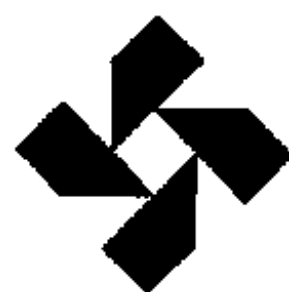
Lectures on
Constitutional Law

ISBN 978-7-301-16566-9



9 787301 165669 >

定价：56.00元



学术教科书

Lectures on
Constitutional Law

宪法学讲义

张千帆 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

宪法学讲义/张千帆著. —北京:北京大学出版社,2011.9

(学术教科书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 16566 - 9

I. ①宪… II. ①张… III. ①宪法学 - 中国 - 高等学校 - 教材 IV. ①D921.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 175701 号

书 名: 宪法学讲义

著作责任者: 张千帆 著

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16566 - 9/D · 2927

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市富华印装厂

经 销 者 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 37.75 印张 716 千字

2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 56.00 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,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

内 容 简 介

本书尝试将世界宪政的普遍原理和中国宪政的具体实践相结合,以中国和西方宪政国家的重要宪法判例为主线,系统讲解宪法学原理。全书共 24 讲,涉及宪法学的基本理论和方法、宪法的制定与修改、宪法的实施与解释、基本人权的宪法保障、选举和政党制度、政府组织结构、中央和地方关系等内容。在方法上,本书奉行“问题中心主义”——以实在和具体的宪法问题为中心,通过个案阐述宪法学的基本原理和知识。在形式上,本书以各国经典判例为主线,采取叙述、议论和实例相结合的多样化方式,力求做到生动而不失准确。全书内容翔实、体例新颖、深入浅出、博采众长,适合作为大学生宪法学教材或教学参考书。

作者简介

张千帆 美国得克萨斯大学奥斯汀分校政府学博士,曾任南京大学法学院教授、博士生导师、《南京大学法律评论》主编,现任北京大学法学院教授、博士生导师、中国宪法学会副会长、北京大学宪法与行政法研究中心常务副主任以及法学院人大与议会研究中心主任。主要研究中外宪政,并在相关领域出版专著和主编教材二十余部,发表论文一百一十余篇、评论二百四十余篇。

个人法律博客:<http://const123.fydz.cn/blog/const123/>, 邮箱地址:qfz@pku.edu.cn。

序 言

本书是我多年教授北京大学法学院本科生基础主干课宪法学的讲义汇编而成。全书共 24 讲,正好对应一学期 24 次课,每次一讲、两小时。其中第一讲以中国当前的宪法问题开场,让学生们看到宪法在现实生活中的用处,借以激发同学对学习宪法的兴趣。以后的讲座围绕八个单元的内容,大致每三讲为一单元。第一单元是宪法基本理论,三讲分别解释了宪法与宪法学的基本特点以及各国共享的宪法原则。第二单元是历史,三讲梳理了中外宪政的发展脉络。

第三单元是司法审查制度,分为两讲。之所以将司法审查放在前面,不仅因为它是重要的,而且因为它是宪政的起点。没有司法审查,宪法就失去了实际的法律效力。这一单元通过案例讨论了司法审查的起源、司法审查的制度发展、宪法解释的规则与技艺、获得司法审查的权利及其界限、宪法解释的效力及其限制。

第四单元是中央和地方关系,实际上包含好几层意思。首先,在针对事项的调控方面,存在着中央和地方的权限划分问题,包括中央(联邦)政府的权限、地方(州)政府的权限以及两者之间的可能冲突。其次,中央和地方政府有时采取直接影响对方治理能力的措施。最后,单一制国家的中央和地方还存在着人事上的任免关系。在此三讲中,我们分别考察这几个层次的中央与地方关系,并通过具体案例讨论和评析中央权力的宪法限制、中央至上原则及其界限、地方保护主义的司法控制、地方自治及其限度等问题。

第五单元是政府结构和权力分配。在讨论司法与立法之间的关系之后,本书接下来讨论分权的其他方面:司法和行政以及行政和立法的关系。由于一般的行政和立法或司法的权力关系主要是行政法问题,我们在此限于讨论行政首脑或国家元首和其他宪法机构之间的关系,只有元首或行政首脑才享有宪法地位并构成宪法问题。最后,本书通过具体案例讨论和评析行政权的司法控制、行政权力的立

法控制、行政权的制约和分享等问题。

第六单元是政党与选举。在考察了政府结构以及不同部门之间的权力关系之后,下一个问题就是如何产生政府部门的人选。这对于任何体制的政府都是一个关键问题,因为无论政府结构设计多么合理,如果掌握实际权力的政府官员不对人民负责,那么这样的政府最终还是不能代表“最广大人民的根本利益”。民主是连接个体和集体理性的纽带:没有它,两者就会发生断裂,社会就会出现很多问题。人类历史的经验和教训充分表明,要保证政府代表民意,就必须对政府最重要的职位实行民主选举,而选举则离不开政党的重要作用。这一单元的三讲探讨民主选举的基本原则、政党在组织选举过程中所具有的宪法权利和义务,以及关于政党与国家、政党与选举、民主选举的宪法原则。

剩下两个单元都是关于个人基本权利。第七单元分为平等权和自由权两讲。作为现代国家的一项普遍宪法价值,平等在各国宪法都有所体现。一般来说,一部宪法既可规定普遍平等,也可强调某些重要价值的特殊平等。在具体操作层面上,平等原则禁止政府通过法律或法律规范剥夺某些人受宪法保护的权利。当然,有时法律规范看上去是为了某个历史上遭受歧视的人群保障更多的权利,但是这类规定仍然存在权利或利益冲突,也就是法律在给予他们更多权利的同时,必将损害其他人的类似权利或利益,从而构成“反向歧视”。这个单元通过案例讨论平等的基本概念、不同歧视对象的审查标准、纠偏行动、基本权利的平等保护等问题,并通过具体案例讨论和评析宪法权利的渊源与适用范围、生命权及相关问题、经济权利和人身权利。由于人的权利是多种多样的,这一单元的内容最丰富,司法判例也最有创造性。我们主要通过各个实体领域的经典判例或事例,展示法院如何创造、解释和限定权利。

最后一个单元是言论与新闻自由以及宗教信仰自由。民主社会普遍认为,政治言论对于自由民主的基本制度是至关重要的,因而不到万不得已的时候不得受到任何限制。其他类型的言论——例如有关色情、商业广告或煽动种族仇恨的言论——则不具备这种重要价值,因而其受保护程度较小,在有些国家甚至可以受到立法的自由规制。另外,针对私人的诽谤从来不受法律保护,但是为了允许公民没有后顾之忧地自由批评政府,政府官员可能至少得“牺牲”一部分名誉权。这一单元的前三讲主要讨论在宪法意义上最重要的政治言论自由,以及言论自由的进一

步扩展——新闻、集会与结社自由。最后一讲探讨宗教信仰自由。和言论相比,宗教信仰是人的更为内在的心灵活动,因而受到几乎绝对的宪法保护。宗教信仰自由包含两个方面。宗教信仰自由不但禁止政府通过压制和惩罚干涉宗教活动,而且还禁止政府在这个领域有选择地为某些宗教提供援助或其他形式的“方便”。这一讲通过具体案例讨论和评析宗教信仰自由的理论基础、宗教活动自由以及政教分离和立教条款等问题。

本来每次讲课还配备了我平时收集的许多资料图片,学生兴趣盎然,可惜由于数量太多、占用空间太大等原因,最后成书时不得不忍痛割爱。采用此书授课的教师,可以来邮件索取最新版本的授课演示文件,内含全部图片,权且作为一种弥补。

本书是我在北大常年教授大一学生宪法的心得体会,我首先要感谢在我课堂上切磋学艺、“指点江山”的全体同学。同学们刚从高中毕业,个个朝气蓬勃、热情洋溢、思维敏捷,每次下课都踊跃围着我提问,让我感觉自己也年轻不少。他们的兴趣和掌声激励我不断更新教学体例,他们的问题和质疑则促发我重新思考某些看上去已成定论的立场。本书的出版得益于北京大学出版社的大力支持,尤其是法律事业部邹记东主任的热情帮助,责任编辑谢海燕认真校读了全书并提出诸多中肯意见,在此一并表示衷心感谢。

是为序。

张千帆

2011年8月于北大法学院陈明楼

- 第一讲 什么是宪政? /1**
 - 一、“三农问题”:中国宪政的中心问题 /3
 - 二、平等权 /5
 - 三、生命、自由与财产 /9
 - 四、政治权利 /12
 - 五、宪法权力关系 /15

- 第二讲 宪法能为我们做什么? /19**
 - 一、宪法的功能主义视角 /20
 - 二、法治是什么? /24
 - 三、宪法的理论基础 /33

- 第三讲 宪法是什么? 概念与特征 /39**
 - 一、“宪法”含义的变迁 /40
 - 二、宪法的基本结构 /46
 - 三、宪法的基本价值与原则 /49
 - 四、宪法的基本特征 /54

- 第四讲 宪法学是什么 /69**
 - 一、宪法与宪法学 /70
 - 二、宪法学的三个层次 /73
 - 三、实证宪法学的基本理论 /77

第五讲 西方宪政史概要 /88

- 一、从章程到宪法：公法的私法起源 /89
- 二、美国宪法 /91
- 三、法国宪法 /98
- 四、联邦德国 /100
- 五、走向一个欧洲联邦？ /102
- 六、第三波民主——“橙色革命”的前景 /104

第六讲 中国宪政史——改良时代 /107

- 一、预备立宪(1895—1911) /109
- 二、尝试立宪(1912—1926) /117

第七讲 中国宪政史——革命时代 /132

- 一、国民政府时期(1928—1948) /133
- 二、人民共和国时期(1949年至今) /142
- 三、宪法的制定与修正 /148

第八讲 从宪法到宪政——司法审查与宪法效力 /153

- 一、基本概念 /154
- 二、司法审查的起源 /157
- 三、宪法效力与司法审查 /165
- 四、中国宪法的司法适用 /172

第九讲 司法审查的模式与方法 /176

- 一、司法审查制度的发展与现状 /177
- 二、审查机构 /183
- 三、审查要件 /189
- 四、中国宪法审查模式之探讨 /192
- 五、宪法解释的方法 /196
- 六、法院与民主——司法审查的政治含义、问题及启示 /200

第十讲 中央与地方关系的基本理论 /208

一、中央与地方分权的基本理论 /209

二、中央与地方分权的基本原则 /216

第十一讲 中央权力及其宪法边界 /233

一、联邦制国家的中央与地方立法分权 /234

二、单一制国家的中央与地方立法分权 /240

三、中央—地方权限的划分标准：影响范围还是重要程度？ /245

四、中央与地方财政分权 /249

第十二讲 地方自治及其宪法界限 /257

一、中央与地方的行政关系 /258

二、中国的中央和地方行政关系 /262

三、自上而下的局限性 /275

四、中央和地方分权的法治化 /281

第十三讲 立法机构 /286

一、分权的理论基础 /287

二、斗争与妥协——议会制度的起源 /293

三、议会的结构与组成 /295

四、议会程序 /298

五、议会的职权 /300

六、中国的立法机构 /304

第十四讲 行政机构 /319

一、行政权概述 /320

二、一元首脑制——美国总统 /325

三、双元首脑制——法国模式 /329

四、双元首脑制——德国模式 /332

五、中国 /334

六、地方法治的宪法原则 /344

第十五讲 司法机构 /353

- 一、司法职能的特殊性 /354
- 二、普通法体系——英美司法结构 /356
- 三、欧洲大陆法体系——法国和德国 /358
- 四、中国法院结构 /360
- 五、中国检察院结构 /367

第十六讲 民主的理论基础 /371

- 一、民主是什么? /372
- 二、为什么需要民主——自上而下体制的诸多后果 /375
- 三、民主的制度保障 /381

第十七讲 政党与宪法 /385

- 一、民主的政治条件 /386
- 二、政党发展历程 /392
- 三、政党的宪法地位 /395
- 四、政党宪法义务 /397
- 五、中国政党制度 /404

第十八讲 宪法与选举 /411

- 一、普遍选举 /412
- 二、直接选举 /415
- 三、自由与秘密选举 /420
- 四、平等选举 /423
- 五、中国选举制度改革 /432

第十九讲 基本权利——平等权 /438

- 一、权利是什么? /440
- 二、权利的属性 /442
- 三、平等的构成 /452
- 四、如何鉴别歧视? 差别对待的审查标准 /456

- 第二十讲 基本权利——自由权 /466**
- 一、“生命” /468
 - 二、“自由”——非经济权利 /472
 - 三、经济活动自由 /481
 - 四、“财产” /488
 - 五、代结论——方兴未艾的中国权利运动 /495
- 第二十一讲 表达自由的思想基础 /496**
- 一、引论——言论自由的意义 /498
 - 二、限制言论的理由及其反驳 /501
 - 三、言论自由的理论基础 /508
 - 四、言论自由的司法适用 /511
 - 五、代结论——还是有点悲剧好 /519
- 第二十二讲 言论自由的宪法保护 /521**
- 一、言论自由的宪法边界 /522
 - 二、“象征性言论” /528
 - 三、言论自由与名誉权 /532
 - 四、言论自由与社会宽容 /536
- 第二十三讲 新闻、出版、集会与结社自由 /542**
- 一、新闻与出版自由 /543
 - 二、集会自由及其限度 /557
 - 三、结社自由及其限度 /561
- 第二十四讲 宗教信仰自由 /566**
- 一、宗教信仰自由的社会功能 /568
 - 二、宗教信仰的自由活动 /569
 - 三、宗教自由与法治 /576
 - 四、政教分离 /581
 - 五、代结语——历史的警示 /584

第一讲

什么是宪政？



在进入宪法课程之前,我们有必要通过实例来说明什么是宪法和宪政,以便读者对宪法和宪政产生初步的感性认识。改革开放三十多年来,中国的经济取得了飞速进步;尤其是在《行政诉讼法》实施后,法治也取得了一定的进步,但是宪政的理念和现实仍然存在很大差距。作为国家的“根本大法”,宪法应该是国家法律体系中最重要、研究宪法的学科——宪法学——也应该是法学领域中最重要、最重要的科学。例如在美国,由于联邦宪法涉及最重要的个人权利和国家政策,而且最高法院通过裁决在实际生活中发生的宪法争议,对所有重要的宪法规定都赋予符合社会需要的权威性解释,使宪法成为对于每一个人来说最重要的法。宪法诉讼产生学术争论,司法解释受到学术质疑和社会挑战,研究宪法的学术也就成为一门社会影响最大的学问。

相比之下,部分因为中国宪法不能直接进入司法程序,宪法的有关规定不能通过个案和人民的具体生活直接联系起来,并在实践中获得权威机构的解释,政府机构的违宪行为也得不到及时有效的纠正,以至宪法和社会生活渐行渐远,宪法沦为—部在现实中最不重要的法。宪法学理论也成了不切实际的空谈和政治口号,因而长期以来在部门法学中“含金量”最低。然而,中国社会却存在着大量的宪政问题。事实上,正是由于我们目前缺乏解决问题的有效机制,宪法问题日积月累、越来越多。和一般法律一样,宪法并非一堆抽象的原则和规定;只有落实到政治实践之中,才能真正实现宪法政治,也就是宪政。

在第一讲,让我们首先看看哪些是我们应该关注的宪政问题。其实只要你稍稍留意,无论在中国还是外国,宪政问题都是无所不在的。不过虽然宪政问题五花八门,几乎覆盖了人类生活的所有领域,但是大致可以归为个人权利和政府权力结构两大类。个人权利进一步分为自由权和平等权,政府权力结构则分为政党与选举体制、中央与地方权力分配以及政府内部分权结构。由于中国农村问题涵盖了几乎所有方面的宪政问题,我们在进入各分支之前,先看看中国农村涉及哪些宪政问题。

一、“三农问题”：中国宪政的中心问题

毛泽东曾经说过：“农民问题乃国民革命的中心问题。”^①农民问题也同样是中
国宪政的中心问题，因为宪法和法律显然应该是为国家的所有人——至少多数
人——服务的，而中国仍然是一个以农民为主体的发展中国家，农民占人口的 2/3
多数，因而宪法首先应该为农民服务，宪政首先应关注中国农民问题。事实上，也
只有宪政才能从根本上解决中国农民问题。由于革命不等于宪政，也不能替代宪
政，因而革命并不能彻底解决宪政问题。半个世纪之后，中国“三农问题”重新引起
人们注意。这一事实本身表明，不实行宪政，就不可能从根本上解决“三农”问题。

近年来，“三农”问题已经引起了全国的普遍关注。以连续几个“一号文件”为
标志，中央开始提倡“反哺农业”，取消了两千多年一以贯之的农业税，并对农村基
础建设不断增加财政投入。这些固然都是十分可喜的变化。然而，虽然“三农”问
题谈得很多，论者大都是从经济学和社会学的视角，但是农村宪政与法治的落后不
仅是经济与社会落后的结果，更是经济与社会落后的重要原因。长期以来，中国农
村一直是一个被宪政和法治“遗忘的角落”。不仅农民的宪法权利没有受到应有
的重视，而且制度性歧视加剧了农村的贫困，导致了难以解决的“三农”问题。可以
肯定的是，没有宪政和行政法治的实质性改善，那么无论如何重视农村的经济和社
会建设，都不可能从根本上解决“三农”问题。归根结底，中国的新农村建设离不开
宪政与行政法治的制度保障。^②

中国农村究竟涉及哪些宪政问题？第一，土地制度问题，包括农村土地所有权
与使用权、农村土地征收与补偿等问题。土地制度可能是新农村制度建设的首要
问题，征地补偿也一直是近年来引发社会冲突的首要因素。用周其仁教授的话说，
农村集体土地是农民剩下的最重要（如果不是唯一）的财产，因而完善土地制度是
农民致富的最直接和最重要的手段。^③

第二，农民的自由权和平等权，包括迁徙自由、户籍制度、计划生育、集会自由

① 毛泽东：《国民革命与农民运动》，载《毛泽东选集》第1卷，人民出版社1991年版，第175—179页。

② 参见张千帆主编：《新农村建设的制度保障》，法律出版社2007年版。

③ 周其仁：《产权与制度变迁——中国改革的经验研究》（增订本），北京大学出版社2004年版，第54页。

与结社自由、受教育权、医疗与社会保障、公共资源的分配等一系列问题。现在,户籍制度对人身自由的束缚以及城乡二元结构所带来的巨大不平等已经引起社会广泛重视,也是宪法经常谈论的话题,更何况自由和平等本身就是现代宪法所要全力保障的终极目标。这里尤其需要突出农民的结社自由以及基础教育的重要性,因为我们关注农村的制度建设,最终目的就是让农民通过有效的制度来维护自己的权利,而不用事事都依赖自上而下的中央保护。这是为什么我们强调农民选举自己中意的官员来管理自己,农民组建自己的团体来争取和维护自己的利益。和基层选举一样,结社自由也是村民自治的一个组成部分,或至少是其必然的延伸。只有充分保障农民的政治权利,农民才能彻底摆脱自己的“弱势”地位,才能有效地利用政治和社会过程保护自己。这才是新农村建设的长远之计。当然,许多农村资源相当匮乏,农民自治未必能解决所有问题。诸如基础教育等关系农民和农村命运的事情,中央该管的还得管起来。

第三,村民自治和农村选举,涉及村民选举、村党委和村民委员会的关系、村委会行使权力的法律保障、村民监督、宗族等传统因素与村民自治的关系等一系列问题。都说“人多力量大”,但是为什么人数最多中国农民反而成了最弱势群体?这个问题值得深思。在根本上,它说明民主机制不完善,因为民主程序是一种多数主义规则,多数选民通过选举代表自己利益的议员通过对自己有利的法律统治国家,因而多数人在民主国家应该是强势而非弱势群体。近年来,村民自治和农村的基层选举确实出现了许多问题。诸如村委会“贿选”的界定、村民自治与村庄层次上的“多数人暴政”之间的关系,都已经引起宪法学研究的关注。相对来说,以农民工为主的流动人口的选举也开始突显颇具“中国特色”的问题,但还没有引起充分注意。在中国目前多达一两亿的农民工当中,有些长期居留城市,有的则和当地保持不同程度的联系。如何对待这个群体的选举权?他们究竟应该在实际工作和居住的城市投票,还是通过某种方式在户籍所在地投票?要求农民工回到户籍所在地投票显然是不现实的,而目前所采用的委托投票制度又是基层选举不规范的一个重要因素。

第四,农村治理模式之改善。选举虽然重要,但是一次选举显然不能解决农村的全部问题。更重要的是,农民在选举后必须对村干部和基层官员保持有效监督,否则就会像卢梭所说的,他们只能在选举的那一天做一次主人,其余的时候仍然是奴仆。在这方面,一些地方的制度创新的成功经验值得关注。我们之所以主张农村民主自治,无非是因为中央的资源和能力是有限的,不可能每时每刻都盯着全国各级地方官员;如果农村宪政和法治有缺陷,那么无论中央的法令如何完善,农民的权利必然遭到侵犯。因此,宪法学需要关注的一个问题是:如何完善中央和地方关系,以利农村的地方自治?

二、平等权

1. 为什么各地人均收入差距巨大？

接着“三农”话题，城乡差别首先体现在经济和生活水平的差别。图 1.1 中的柱子代表中国各省的人均 GDP，其中上海、北京、天津等省市遥遥领先，贵州、广西、安徽等地则远远落后，两极相差好几倍。造成地区收入差异的主要原因是农村比例，那些乡村人口比例更高的省份注定平均收入更低，因而图中显示的各省差异其实只是折射了城乡差异。事实上，如果直接比较城乡，那么差异将比图示更为显著。根据陈志武教授的计算，以 2002 年为例，北京的人均固定资产投资最高，为 15905 元，各省会城市人均 9223 元，地级市的人均固定资产投资为 5137 元；相比之下，县级最低，人均才 590 元。省会城市人均 GDP 是 22565 元，到地区级市是 13660 元，到县一级才 5674 元。^①

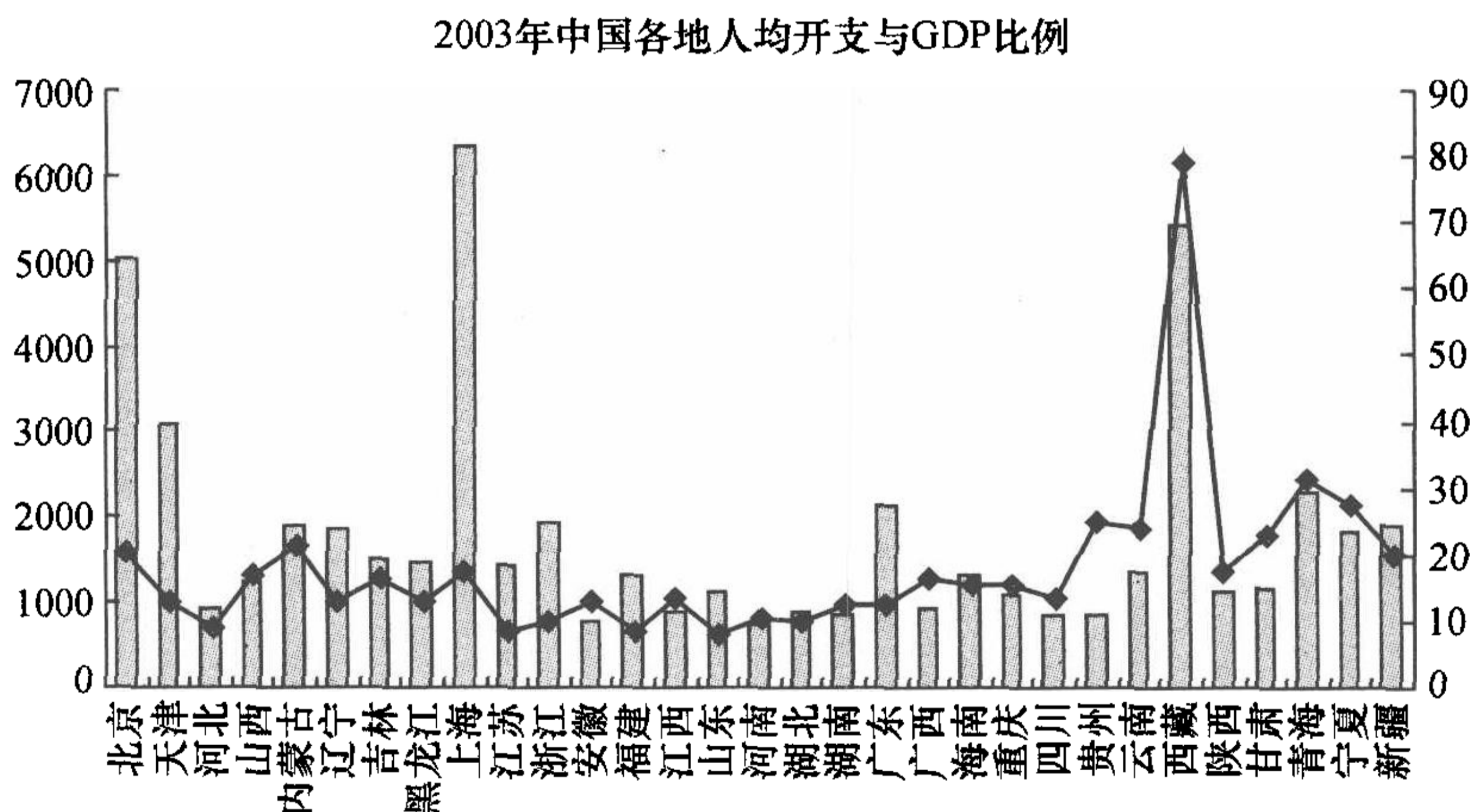


图 1.1 中国各地人均开支(元)及其与地方 GDP 的比例

我们可以比较一下美国各地的人均收入水平。虽然各地收入水平不等，但是除了阿拉斯加州之外，各地收入差异远不如中国那么大。要知道，美国各州的分工

^① 陈志武：《中国为什么需要民主？》，<http://www.tecn.cn/data/detail.php?id=14686>。

也是迥异的；如果加州和纽约州属于商业（“第三产业”）州（当然州内肯定存在农业成分），田纳西、阿拉巴马、内布拉斯加等州显然属于农业（“第一产业”）州。然而，这些州的平均收入却相差不大。经济原因当然是美国农业人口比例少，因而农业人口仍然可以维持体面的平均收入，但是制度原因则是美国既没有城乡二元体制，也不能在宪法上禁止个人迁徙自由。如果农业州的人口太多、收入太低，你享有宪法上的迁徙自由，可以到一个相对发达而人口尚未饱和（也就是人均收入较高）的州定居。在这个意义上，迁徙自由才是保证各地人均生活水平相对均衡的制度因素。

2. 人均开支地区差异说明什么？

和人均收入类似，中国地方政府的人均开支也呈现出很大的地区差别，上海、北京、天津等大城市的人均开支远超过贵州、安徽、四川、广西等不发达地区（西藏得到大量中央转移支付，因而只能算特例）。和人均收入相比，人均开支带有更明显的公权力性质。如果人均开支可以衡量地方财政为当地公民提供的公共服务，那么人均开支差异表明公民从一个地方迁移到另一个地方所享受的公共服务存在显著差别，城市居民所享受的公共服务远比农民更多。按理说，单一制国家应在地方均衡上发挥更大的作用，中国的中央政府在这方面发挥的作用尚不理想。

相比之下，美国等传统的联邦国家并不承认财政均等的中央角色，因而地方人均开支水平存在一定差异，但是除了阿拉斯加州和哥伦比亚特区之外，各州和地方政府开支总体上差异程度远小于中国。换言之，一个人从商业州迁徙到农业州，其所享受的公共服务和福利待遇并不因此而显著减少。地区开支平等是建立在地方收入平等及其制度基础——迁徙自由——之上的，并进一步促进了迁徙自由。德国等现代联邦国家更是通过立法强制实现地区财政均衡，中央政府在财政均衡化过程中发挥重要作用，结果是各地财政开支几乎绝对平均，地区差异不超过开支总量的0.5%。公民从一个地方迁徙到另一个地方不仅没有制度上的障碍，而且几乎感受不到任何公共福利差别。想一想，这种制度反过来对于公民的迁徙自由意味着什么？

3. 为什么中国农村全方位落后？

接着“三农”话题，制度障碍造成了当前农村的全方位的贫困——不仅是经济收入上的贫困，而且是文化和社会保障的贫困，更是法治建设的贫困。甘肃省渭源县代课教师王政明每天护送小学生回家，显现了某些贫困地区义务教育难以为继

的状况。^①所谓“代课教师”，实际上就是教育部已经取消的“民办教师”，也就是没有纳入正式编制、收入比正规教师低得多且很可能没有接受过正规教育和训练的老师。据报道，王政明所在地区的代课教师的月工资常年只有40—80元，至多勉强养家糊口。代课教师薪水微薄却不辞劳苦、尽职尽责，固然体现出难能可贵的个人美德，但是我们却不得不反思地方为什么不能雇用收入更高的正式教师。原因无非是两个：地方财政拮据、无力支付，或地方因为过分落后而留不住人，知识结构好的、“有能耐的”都跑到条件更好的城市去了。无论哪种原因，都直接映射出制度造成的城乡二元体制的全方位后果，而基础教育的落后更使得农村失去了复兴的希望，不能不让人担忧农村的前途。

农村的法治状况更不容乐观。据调查，全国有200多个县没有一个律师。^②中国的县可是一个不小的单位，总共才有2000多个县级单位，平均每个县的人口高达几十万甚至上百万，而这么大的群体中竟然没有一位律师，其法治状况显然堪忧。之所以如此，无非是因为贫困地区的经济不发达，经济法律纠纷不够多，因而不能创造足够的利润吸引或留住当地律师。由制度产生的地域不平等不仅造成经济和物质生活水平差异，而且也造成教育、文化与法治状况的巨大差异。由此可见，宪法平等原则是一个不能不认真对待的问题。

4. 农民工的不平等待遇

城乡二元体制不仅影响仍然生活在农村的农民，而且也对脱离农村、来到城市的农民——农民工——产生了不利影响。在某种意义上，这个为数1—2亿之多的人群确实构成了一个庞大“二等公民”群体。他们为城市干着城市居民不愿意干的苦、脏、累的活，拿的工资却远低于城市平均水平，而且自己的基本利益未必得到法律的有效保障。几年前，拖欠农民工年薪一度是相当普遍的现象，某些农民工在无奈之下采取极端行为，以至温家宝总理曾不得不亲自出面为农民工讨工资。某些貌似极端的行爲可能只是为了吸引公众注意，但是从中仍然折射出农民工的弱势和法律对于保护弱势群体的无力。

5. “高考移民”的独特现象

在高等教育领域，偏离平等原则的一个特异现象是“高考移民”，也就是考生家庭从高考招生的高标准省份转移到低标准省份的独特现象。几十年来，中国高

^① 《代课教师艰辛执著震人心》，载《南方周末》2005年11月3日。

^② 张有义：《中国：206县无律师——律师与基层渐行渐远的困惑》，载《法制日报》周末版，2006年12月24日。

校在各省的招生标准并不平等,考生户籍成为决定考生可以跨越什么高校门槛的重要因素。对于理性自私的考生来说,趋利避害、“高考移民”是高等教育机会最大化的自然选择。近年来,“高考移民”现象愈演愈烈,“移民”阶段也不断提前,大有从高中移民向初中乃至小学移民的倾向。“高考移民”现象凸显了高等教育机会地域不平等的制度现实,不仅浪费了考生家庭的经济资源,而且加剧了不同地区的贫富不均,有时甚至可能因为移民目的地省份的政策突变而剥夺移民考生的受教育权。^①

值得注意的是,任何高校的招生政策中既有地方保护主义(照顾本地考生)成分,也有纠偏行动(照顾少数民族或边远地区)的成分。虽然高考地方保护主义是赤裸裸的地域歧视,高考纠偏行动却具备一定的合理性与必要性,因而两者必须区别对待。问题在于,建立在考生户籍基础上的高考纠偏行动同样会导致“高考移民”,而在海南等某些“移民大省”,“高考移民”一度占了当地招生指标的一半以上,致使当地考生反而没有得到纠偏行动的实质性照顾。

6. 形形色色的政策歧视

歧视当然并不局限于地域歧视,而是可能发生于任何领域、基于任何因素,例如美国的种族歧视曾经极为严重,中国的性别歧视则仍然相当普遍。除此之外,在就业平等领域,用人单位更是可以基于年龄、身高等生理特征及健康状况进行形形色色的歧视。2003年6月,张先著报名参加了安徽省国家公务员考试,报考芜湖县委办公室经济管理岗位。他经过了笔试和面试,成绩均合格,并进入被告规定的体检程序。但在体检中,他被诊断为“乙肝小三阳”,并在复检中确诊为一、五阳(HB-sAg、HbcAb 阳性)。虽然这种病毒并不传染,但是他仍然因为“两对半”不符合公务员身体健康标准而不被录取,从而引发了全国首例乙肝歧视案。^②

目前,虽然乙肝歧视基本上从制度上解决了,五花八门的其他歧视依然存在。性别歧视、年龄歧视、生理歧视、政治歧视……不一而足;有的歧视是明文的,有的却是隐藏在地下的。目前,由于宪法没有进入诉讼,宪法平等原则并没有发挥应有的法律效力,而我们目前还没有一部禁止一般歧视的基本法,也没有一个专门打击歧视的平等委员会。在中国今后相当长时间内,反歧视仍然任重道远。

^① 例如参见张千帆:《“高考移民”谁之过》,载《新京报》2008年5月17日。

^② 《国内首审乙肝歧视案,法庭择日再判》,载《重庆晨报》2003年12月20日。

三、生命、自由与财产

1. 生命换来的自由

2003年，“非典”风波尚未完全平息，广州便发生了一起震撼全国的事件。武汉毕业生孙志刚初来广州工作，因外出上网未带身份证件而被广州警方错误收容，结果在收容所里被其他收治人员殴打致死。这一事件引起了全国上下的强烈反响，几位法学博士上书全国人大常委会，要求废除国务院的《收容遣送条例》。虽然人大常委会没有采取任何行动，国务院迅速自行废除《条例》，并以自愿救助站取代了原来的收容所。当然，国务院的及时措施并没有消除一个普遍疑问——为什么全国人大常委会再次对宪法解释保持沉默？1982年《宪法》颁布至今从来没有出台过任何宪法解释的事实，究竟说明了什么问题？



图 1.2 孙志刚用生命换来收容遣送条例的废除

国务院的《收容遣送条例》在没有全国人大授权的情况下采取限制人身自由的强制措施，显然侵犯了所有公民的基本人身自由。实际上，这一体制对城乡居民并非一视同仁。收容遣送的目的是为了落实户籍制度，强制遣返流浪到城市的农村人口，因而户籍制度才是收容遣送和孙志刚悲剧的始作俑者。户籍制度不仅造成了全方位的城乡差别，而且也剥夺了广大农民的人身自由。目前，公安部和各地政府正在酝酿户籍制度改革措施，尝试逐步取消城乡二元体制。

2. 自由与秩序

收容遣送条例的废止并不是流浪乞讨问题的终结,因为流浪乞讨现象继续存在,甚至可能因为强制措施的废除而变本加厉。毕竟,即便是宪法上的自由也不是绝对的。流浪乞讨的权利应该受到保护,但是流浪乞讨人员中也有犯罪团伙,也有欺骗、盗窃、敲诈甚至胁迫未成年乞讨等违法行为。如果地方政府不能对违法乞讨采取适当的制裁,势必对地方秩序与治安产生不良影响;当然,如果地方政府的权力不受控制,又可能侵犯流浪乞讨的合法权利。这样就产生了诸多的宪法问题:如何平衡流浪者的权利和城市的秩序与安全?地方政府是否有权设置禁讨区?既然全国各地情况有别,中央统一规定或废止的“一刀切”措施是否明智?在流浪乞讨的管制上,地方政府应在多大程度上享受自主权?如何限制地方权力?

3. 刑事正当程序

和美国《宪法》不同,中国《宪法》没有明确规定刑事正当程序,而只是笼统规定了“人身自由”。但是如果犯罪嫌疑人的正当程序得不到保障,那么就很容易纵容刑讯逼供和超期羁押,进而产生冤假错案。在名噪一时的“杀妻案”中,余祥林被指控谋杀了自己的精神病妻子。在多次刑讯逼供之后,余祥林按照当地公安人员的“提示”招认了谋杀罪名,但是口供和证据之间存在诸多不合的疑点,因而根据当时“疑罪从轻”的原则,终审判决15年有期徒刑。在服刑11年后,“被谋杀”的妻子突然出现,判决错误不证自明。事实上,余祥林案绝非孤立事件,刑讯逼供和超期羁押必然产生大量冤假错案,有的犯罪嫌疑人甚至被错误执行死刑。例如和被错误执行死刑的聂树斌相比,活着平反昭雪的余祥林显然要幸运得多。^①

既然余祥林、聂树斌等案都涉及死刑判决,而死刑是对生命权的剥夺,更何况错误的死刑判决将酿成杀害无辜生命的严重后果,这些案件也引发了针对死刑本身的存废问题。目前,世界上超过半数国家都已废除死刑,《欧洲人权公约》更是明确要求所有公约国废除死刑。但是包括中国、美国、日本在内的国家还没有跨出这一步,因而仍然面临死刑和生命权之间的冲突。

和孙志刚案一样,余祥林案也推动了中国的法律进步。事件报道后,最高法院和检察院采取了禁止刑讯逼供和超期羁押的一系列措施。虽然这类现象仍未完全杜绝,但是已经大为减少,犯罪嫌疑人的“沉默权”获得更有效的保障。同时,司法实践正在逐步从传统的“疑罪从轻”转向“疑罪从无”原则。2008年6月,《律师法》

^① 《“聂树斌冤杀案”悬而未决》,载《南方周末》2005年3月24日;《余祥林蒙冤11载,有罪推定是祸首?》,载《新京报》2005年4月14日。

修改生效。新修改的律师法治理了中国刑事正当程序的另一个顽疾：限制辩护律师和犯罪嫌疑人的会面和交流，致使犯罪嫌疑人的辩护权有名无实。目前，新法刚刚开始实施，因而在实践中还存在诸多阻力。

4. 如何防止地方政府不作为？

如果余祥林案是有关部门主动侵犯公民权利的结果，那么政府被动不作为同样也会导致公民权利得不到保障。2007年6月，一场发生在山西的人道主义灾难震动了全国的良知。洪洞县的“黑砖窑”雇用大量奴工，其中包括为数众多的童工和智障者，完全剥夺了他们的基本尊严和人身自由。问题在于，山西黑砖窑不只是一次私人犯罪，当地政府和村委会一直知道黑砖窑的存在。事实上，当地警察曾多次上门罚款，但就是不取缔黑砖窑的存在。由于当地政府的故意不作为，山西黑砖窑得以多年长期存在。值得注意的是，这种现象并不仅限于山西一地。

宪法学不仅要研究宪法规定的制度，更需要研究制度的落实。中国1982年《宪法》第37条第1款规定：“公民的人身自由不受侵犯。”为什么这一条在山西洪洞县及某些其他地方得不到落实？我们期望地方政府为保护当地公共利益有什么作为？如何保证地方在保护公共利益上作为，在滥用权力、贪污腐败上不作为？

5. 卧室里的自由？

2002年8月，延安市宝塔区民警闯进一对被举报看黄碟的新婚夫妇家中，径直揭开被子并抱走电视机和影碟机。中国1982年《宪法》第39条第1款规定：“公民的住宅不受侵犯”，但是没有规定一般的隐私权。警察行为是否应被认为侵犯了住宅权？这是宪法解释需要解决的问题。当然，无论是隐私权还是住宅权都不是绝对的；如果住宅内发生刑事案件，警察显然应该进入。但是如果政府可以为了鸡毛蒜皮的事情随便闯入私人住宅，又确实涉嫌侵犯公民的住宅权。

另一个问题是《宪法》第35条规定了言论自由，而这不仅意味着公民有说话的自由，而且也有“听话”的自由——读报、看电视、看电影、看录像等接受信息的自由。宪政国家一般信任成年公民的自由选择，甚至接触色情信息的自由，但是显然有义务保护未成年人的身心健康不受伤害。当然，色情言论一般被认为是“低价值”言论，因而可以受到法律限制甚至禁止。即便如此，法律一般也不会把针对言论的限制延伸到卧室内。

6. 财产权与社会和谐

随着中国社会的迅速发展和城市化进程的不断深入，城市拆迁和农村土地征

用成为各地普遍现象。在这个过程中,如果人民的财产权得不到有效保障,必然会损害社会和谐。近年来,农村征地和城市拆迁产生了大量社会矛盾和群体事件。事实上,征地和拆迁引发的上访数量一直高踞所有上访事由之首。

中国1982年《宪法》第13条第3款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”然而,如何保证征收符合“公共利益的需要”?如果补偿低于市场价格,政府可以低价征收、高价卖地,将会产生什么现象?

6. “最牛钉子户”是如何产生的?

征地补偿争议自然会产生大量不愿搬迁的“钉子户”。由于一直不能和政府与开发商达成补偿协议,重庆一家“最牛钉子户”长期拒绝搬迁,其坚守的屋子也成为周围唯一没有被拆迁的“孤岛”。^①当然,在网络及各方关注下,有关部门最终做出让步,与“最牛钉子户”达成补偿协议,但是显然并非所有“钉子户”都能获得如此皆大欢喜的结局。对于重庆以及全国各地发生的“钉子户”现象,赞成者认为当事人是在为了正当的私有财产而斗争,反对者则认为他们是在漫天要价。学习宪法的目的正是对这类问题形成独立而理智的判断。

四、政治权利

政治权利包括选举权、被选举权以及表达自由。中国1982年《宪法》第34条规定了选举权和被选举权,第35条规定:“公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”这些权利对于社会和谐而言是至关重要的。

1. 言论自由的功能

言论自由对于任何国家都发挥着重要作用,压制言论对于任何国家都将产生巨大的危险,即便受压制言论当时被普遍认为错误、有害甚至是恶毒的。1958年,原北大校长马寅初发表了《新人口论》,结果遭到猛烈批判。在次年的“庐山会议”

^① 参见《最牛钉子户坚守孤岛屋》,载《新京报》2007年3月23日。

上,原国防部长彭德怀元帅批评“大跃进”运动,结果遭到打击迫害。事后不幸证明,彭德怀和马寅初是对的,之后,“大跃进”、浮夸风愈演愈烈,最终造成全国 3000 万人非正常死亡;一味提倡“人多、热气高、干劲大”,结果中国平添了 3 亿人口。^①

2. 唐山地震的警示

1976 年发生的唐山地震显然是一场自然灾害,但是地震造成 24 万人死亡却和宪法制度相关,因为当时已经有不少预报,但是这些至关重要的信息却被国家地震局的某些官员出于政治原因扣压下来了,最后致使唐山市民在毫无防备的情况下遭遇惨重伤亡。^②由此可见,《宪法》第 35 条所保障的言论自由和知情权对于人民的生命安全是至关重要的。如果允许表达自由,如果有关部门有宪法义务披露相关信息,如果老百姓的知情权获得宪法保护,那么虽然唐山仍然会发生地震,但是唐山地震的人员重大伤亡则可以避免或减少。

3. 如何规范网络言论?

近年来,网络日益成为信息交流的新型媒体,“网民”数量越来越多,网络信息也越来越丰富。当然,和传统媒体一样,网络媒体也包含不同类型的信息。某些信息可能是有害的——至少对思维不成熟的未成年人是如此,譬如色情、血腥、煽动仇恨或教唆犯罪的言论,因而网络言论也有必要加以规范乃至控制。问题是如何为了保护未成年人等正当目的规范言论,而又避免不必要地限制言论自由。如果不小心,那么法律规范很容易侵越言论自由的宪法底线。2007 年 9 月,北京市推出“首都网络 110 虚拟警察”。网络虚拟警察的管辖范围不仅包括网罗色情、网络盗窃、网络诈骗、网络赌博、网络洗钱等犯罪行为,而且也包括“网络迷信”和“网络谣言”等难以界定的罪名。由于这些罪名相当宽泛和模糊,其具体适用必须慎之又慎;否则,难免重蹈剥夺言论自由的覆辙。

4. 市民“散步”的作用

2007 年 6 月 1 日,众多厦门市民不约而同来到市政府门前“散步”,反对计划兴建的 PX 化工项目。面对广大市民的普遍质疑,厦门市政府最后重新评估了化工项目对环境的影响并决定工程迁址。厦门市民通过自由表达,成功阻止了一项带有严重环境风险的化工项目;如果压制不同意见,那么一颗生态“炸弹”将在厦门

^① 《错批一人,误增三亿》,载《光明日报》1979 年 8 月 5 日。

^② 参见张庆洲:《唐山警示录——七二八大地震漏报始末》,上海人民出版社 2006 年版。

市区破土动工。虽然项目的环境影响仍有争议,表达自由的作用正是在不同意见的基础上让公民自己衡量风险并作出抉择。



图 1.3 2007 年 6 月 1 日,厦门反对 PX 项目的游行队伍现场

5. 如何让弱势群体保护自己的权利?

即便面对不平等待遇,农民工也没有必要诉诸极端方式伸张自己的诉求。下图中的农民工就通过别开生面的方式吸引社会的注意,从而更理性地维护自己的权利。实际上,表达不仅包括言论与新闻,而且也包括结社。如果农民工可以组建自己的工会,由农民工自己选举产生的工会必然会争取农民工的合法权益,那么农民工个体就不用那么艰难讨薪了,更用不着总理亲自出面为他们讨工资。

6. 公民或媒体是否可以“诽谤”官员?

自从 2007 年 1 月报道的重庆“彭水诗案”开始,国内出现了一连串通过手机短信或上网等方式“诽谤”地方干部的事件。这些事件的始作俑者大都立即受到地方政府的全力调查和严厉惩罚。2008 年 5 月,西丰县赵俊莘因不满其加油站被征收并遭遇法律迫害,编了一首攻击西丰县委书记的打油诗,通过短信发给部分西丰领导干部,结果以“偷税、诽谤”的名义受到通缉,并在北京举报期间被抓回西丰。《法制日报》的《法人》杂志详细报道了此事经过,西丰县派遣大批警察来到北京的杂志社,声称负责报道的记者也犯了“诽谤罪”。然而,如果公民或媒体动辄得咎,一说话就被扣上“诽谤罪”的帽子,谁还敢批评政府? 政府权力如何受到制约? 宪法言论自由又如何落到实处?

7. 民主的力量

对政府官员的最根本制约,还是来自民主政治过程。通过周期性选举的压力,人民产生他们的代表并迫使后者代表他们的利益。人民代表制定代表人民利益的法律,进而监督行政,保证立法获得实施。因此,只有民主才能保证法律和政府对

人民负责。近年来,中国村委会选举出现了贿选、舞弊、上级干预等种种需要认真对待的问题。如果民主选举打了折扣,政府责任就必然出现各种问题。当然,如果选举有瑕疵,那么依法罢免未尝不是“亡羊补牢”。

五、宪法权力关系

在一个宪政国家,权利不只是不受限制的自由,而且需要国家权力的保障。但是因为国家权力可能成为侵犯权利的主体,因而权力需要受到制约,从而产生了复杂的制约机制:政府权力需要受到人民制约,中央权力需要受到地方制约,地方权力需要受到中央制约,立法权力需要受到司法制约,行政权力同时需要立法和司法制约。

1. 如何保证政府对人民负责?

在所有权力关系中,官民关系是首要关系。只有保证人民的中心地位,才能保证政府以民为本。民本的制度基础是民主,民主的首要形式是选举。现代国家宪法一般都以人民主权为基本原则,譬如中国1982年《宪法》第2条第1款规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民”,但是只有落实选举,才能实现民主。没有周期性选举,政府自我生成,因而必然感觉不到人民的压力,也就无法保证政府对人民负责。中国宪法规定全国和地方各级人大是代表人民行使权力的机构,但是如果人大选举不能依法进行,那么人大代表参政议政的能力必然大打折扣。

2007年1月,辽宁省举行实况第十届人大第五次会议,某些与会代表心不在焉、昏昏欲睡,有的甚至睡意正酣,即便会议结束时的热烈掌声也没有将他们惊醒。这样的人大代表如何代表人民的利益参政议事?而他们之所以对于自己的宪法职责如此不尽心,无非是因为他们并没有感受到选举的政治压力。

2. 民主与民生

如果民主得不到落实,那么民生就得不到保障;如果人民不能通过选举保证政府对他们负责,那么就不能防止地方政府滥用职权与民争利,进而引发普遍不满乃至群体性事件。2008年6月28日,贵州瓮安县公安局对该县女学生李树芬的死因

鉴定结果引起不满,当地群众聚集到县政府和县公安局并发生冲突,县委、政府和公安局遭到焚烧打砸,百余民警受伤。事实上,地方群众的普遍不满并不是这一次孤立事件造成的,而是地方官民矛盾长期积压的结果。正如贵州省委书记所总结的:这次事件表面的、直接的导火索是李树芬的死因,背后深层次原因却是瓮安县在矿产资源开发、移民安置、建筑拆迁等工作中侵犯群众利益的事情屡屡发生,而在处置这些矛盾纠纷和群体事件过程中,一些干部作风粗暴、工作方法简单,甚至随意动用警力。他们工作不作为、不到位,一出事就把公安机关推上第一线,群众意见很大,不但导致干群关系紧张,而且促使警民关系紧张。地方政府之所以如此作风,无非是因为他们在制度上不对当地老百姓负责。如果他们是由老百姓选举产生的,或地方民意对他们发挥很大作用,试问他们可能这么多年来一贯如此吗?为什么地方人大在这次事件的解决过程中没有发挥任何作用,甚至没有任何人期望他们发挥任何作用?

3. 豪华办公楼不仅是道德问题

如果不能保证政府对人民负责,那么就无法防止地方政府侵吞纳税人的钱财。近年来,不少地方政府的豪华办公楼纷纷曝光,其奢华程度令人吃惊。更有甚者,某些政府办公楼在兴建过程中直接侵犯了地方人民的基本利益。显然,人民建立并供养政府的目的是让政府为人民服务,而非让政府自利,但是如果不能通过民主程序控制政府权力,那么各种政府自利就是不可避免的结果。之所以出现那么多豪华办公楼,不仅仅是因为地方官员“思想觉悟不高”;更为根本的是,许多地方还没有建立起控制豪华办公楼的民主机制。

4. 如何保证“取之于民、用之于民”?

任何国家、任何地方的资源都是有限的,如何分配有限的资源就成为一个重要宪政问题。在民主体制,公共资源应被用于对公共利益至关重要的事项上,譬如保证儿童的基本安全。因此,同样是用纳税人的钱建造两座大楼,一座小学校舍、一座政府大楼,民主决策程序的政府预算将向前者倾斜,至少维持小学校舍的安全性能。在民主决策体制不完善的地方,政府预算不可避免地向相反方向倾斜,甚至连小学生的基本安全都得不到保证。在2008年5月12日的汶川大地震中,大批中小学教学楼倒塌,造成大量正在上课的学生和老师伤亡,就显示了校舍“豆腐渣”工程的严重后果。如果地方民主不完善、公共预算没有公众参与,就不能保证纳税人的钱“取之于民、用之于民”,而非用之于官。

5. 如何防止贫困地区铺张浪费？

宪政国家经验表明，人民对财政预算的知情权和控制权是民主宪政的起步。如果政府预算不公开，人民无法监督、控制，那么即便一个地方再贫困，也不能避免政府花钱大手大脚、铺张浪费。2005年7月，西部一贫困县教育局曾拿出高档洋酒“人头马”招待大学生志愿者，而教育局长却称费用“未超标”。为此，国务院扶贫开发领导小组专门发布“反对贫困地区铺张浪费”的通知，指出“一些贫困地区超标准兴建办公楼、用公款吃喝、超能力举办大型节庆活动等铺张浪费问题突出”，并规定贫困地区“一律不准新建、购买机关办公楼”。为什么贫困地区会发生铺张浪费现象？如何决定政府开支是否构成“铺张浪费”？究竟应该由谁决定纳税人的钱花在什么地方？

6. 如何杜绝贪污腐败？

如果民主监督不到位，不仅无法防止地方政府铺张浪费，而且也难以杜绝官员个人的贪污腐败。民主的特征是官员自下而上由选举产生，而一旦自下而上的渠道不畅通，官员任免成为自上而下的过程，那么任免权必然掌握在少数人手中，官职就难免成为权钱交易的对象了。近年来，买官卖官成为相当普遍的地方现象。卖官者可以通过交易得到一笔黑色收入，买官者钱从何来？当然是向“下游市场”伸手，最后是全社会为官场腐败买单。有的贪腐官员甚至将大批资金转移海外，一旦在位期间捞足了便一走了之。

7. 自上而下的局限性

如果自下而上的机制不发达，自上而下的监督当然也可以发挥一定作用，但是由于中央和地方、上级和下级信息不对称，上级监督成效有限，而且成本巨大。在中国的单一制体系，作为基层政府的乡镇不仅承载着繁重的执法职能，而且需要应付来自各个层次的上级监督，各种名目的达标、检查、评比活动层出不穷，令乡镇政府应接不暇。对于某些贫困地区，上级监督甚至成为财政上不能承受之重，因而只有靠“打白条”欠账招待上级检查人员，有的餐馆甚至因此而资金欠缺、关门倒闭。即便地方政府有足够的财力还账，这笔吃喝费用最后还是由当地人民买单。

8. “上访”——中国“国情”？

由于自下而上渠道不畅通，地方问题不能在当地得到解决，不少地方的老百姓只有走“上层路线”，通过“上访”向上级领导反映地方冤屈。2005年5—7月，全国

三千多县、市、区公安局长接待群众上访近 15 万起之多。然而,中央和上级政府的人手和资源是有限的,无法一一处理如此大量的上访,因而大量地方问题只得不了了之。要真正解决“上访”问题,只有依靠自下而上的地方民主政治过程,使地方政府真正对当地选民负责。

9. 自下而上的作用

近年来,中国台湾地区的政制不断发展,其中某些经验值得研究。正是通过保障自下而上的地方选举和言论自由等政治权利,政府官员的贪腐得到一定程度的遏制。前“总统”陈水扁的女婿因涉嫌内部交易而遭到刑讯,最后被判处 8 年有期徒刑。作为“第一家庭”的陈水扁夫妇涉嫌贪污“国务机要费”,而受到司法机关传讯。令人刮目相看的是,所有这一切都是在陈水扁当局当权的时候发生的。当然,不要以为台湾地区的司法机构很“牛”;如果没有新闻媒体自由揭露“第一家庭”的贪腐、没有成千上万民众的游行集会、没有国民党等“反对党”的有组织抗议,这类弊案是不可能公布于众,更不用说得到公正审判。最后,台湾民众通过选举过程撤换了不得人心的领导人。在 2008 年 3 月 22 日的选举中,国民党候选人马英九成功当选台湾地区领导人,完成了所谓的“二次政党轮替”。

由此可见,宪法确实和每个人的生活息息相关,因而值得每个人关注;如果宪政问题得不到妥善解决,那么政权就不可能稳固,社会就不可能安定,老百姓的基本权利乃至基本生存就得不到保障。因此,要真正关心中国,首先就应该关心中国的宪政,认真对待中国的宪政问题。我们同时看到,宪法是丰富多彩的,宪政问题是形形色色的,宪法学就像是一本故事书,但我们要告诫读者的是,学宪法并不等于听故事;故事、事件或案件只是一个体现宪法原理的问题,就像物理题是体现物理学原理的问题一样,关键是要弄清背后的原则和推理。

当然,宪法并不是什么神秘的东西。宪法不是抽象的原则,不是空洞的理论,更不是不可兑现的政治口号;恰好相反,它是一门关系具体生活的实实在在的学问。我们希望读者以平常心学宪法,像对待普通法律一样对待宪法。宪法是“基本法”、“根本大法”、“更高的法”,但宪法首先是法。只有明确宪法的基本法律定位,宪法才可能发挥实际法律效力。惟其如此,大家所学的宪法才是一门法,而不是一种另类的政治宣言。

第二讲

宪法能为我们做什么？



这一讲主要是解释宪法和宪法学究竟是“干什么”的,或者更直截了当地说,宪法究竟能为我们做些什么,因为贯穿这门课程的一个基本思路就是所谓的“法律功能主义”:大多数来学法律的人不只是对法学理论感兴趣,而是更关心法律能为自己或社会做什么。公民研究法律,更多的是出于如何用法律更好地保护自己的权益;立法者研究法律,是因为适合特定社会的法律能给那个社会带来最好的秩序;即便是罪犯研究法律,也是为了逃避法律的责罚,或将法律给自己带来的成本降低到最小。在这个意义上,确实如霍姆斯所说,法律是为“坏人”设计的,或者说我们得用“坏人”的眼光来看待和设计法律^①;在法律面前,圣人和罪犯是“平等”的:我们大家都是以一种实用主义的态度看待法律,我们所关心的主要是法律给我们带来的现实效果,而不是法律本身,因为归根结底,法律是为了你我普通人服务的;脱离了现实中的人,纯粹的“法律”本身是没有意义的。

宪法是最高的法律,但是就和一般法律一样,宪法也只能从它对现代社会的现实功能找到自己的意义。再崇高的宪法也不是“自在”“自为”的,而是为人服务的。因此,只有从功能主义视角入手,才能弄清楚宪法或宪法学究竟是什么。

一、宪法的功能主义视角

1. 法律是公民头上的“紧箍咒”

要问宪法能为我们做什么,首先必须回答我们为什么需要法律。我们不妨从《西游记》中的经典故事开始。对于普通公民来说,法律就好比孙悟空头上的紧箍咒;一旦悟空做错了事,师父唐僧就要念几句,让愚顽成性的他痛苦不堪,以致不得不痛改前非。当然,这个比喻引出的问题可能比解决的更多。其实唐僧并非神仙,他也只有一双凡人的肉眼,还不如孙悟空的火眼金睛,常常识别不出妖魔鬼怪,因而经常错怪、冤枉了悟空。既然如此,凭什么唐僧有念紧箍咒的权力?如何保证唐僧不念错经,或不在不该念的时候念紧箍咒?我们甚至还可以问,唐僧念的这部“经”到底是什么呢?这部“经”本身会不会错呢,譬如惩罚了不该惩罚的行为?

^① [美]霍姆斯(Oliver Wendle Holmes):《法律的道路》,张千帆等译,载《南京大学法律评论》2000年秋季号,第6—19页。

《西游记》不存在这个问题，因为咒语是全知、全能、至善的如来佛定的，他老人家从不会犯错。问题是在我们现实社会中，确实“从来就没有救世主，也不靠神仙皇帝”，从来没有如来佛为我们立法；立法者也是会犯错误的凡夫俗子，这样如何保证他们规定的“经”不出错呢？这些问题对于宪政来说都是至关重要的，下面再进一步探讨。

对于我们现实生活来说，“紧箍咒”还是有必要的，因为人非圣贤，因而不能指望依靠每个人的道德觉悟约束自己的行为；作为常人，我们不仅会犯错误，而且可能犯“罪”——也就是做出“伤天害理”、严重侵害他人利益的事情。没有法律约束，没有国家强制实施法律约束，至少某些人就会像孙悟空那样无法无天，而这不能为任何良好的社会所容忍。人类建立国家的目的，就是为了让所有人生活得更好。为此，法律不得不限定人的自由，为每个人“画地为牢”；超越法律设定的“雷池”一步，我们就侵占了邻居的自由空间。

或者，我们也可以用法定的“鸟笼模型”来表达同样的意思：法律之于人类，犹如鸟笼对于笼中的小鸟一样；法律就是一张约束言行的无形之网，笼罩在每一位公民身上，任何超越法定界限的行为都应受到国家制裁。当然，这个比喻也同样引出了更多的问题，譬如究竟由谁决定“鸟笼”的大小？如何避免发生“鸟笼”被制定得太小的情况？如果小鸟大小不一，鸟笼是否应大小一律平等，还是应该按照个体特征有所差异？如何防止小鸟类似但鸟笼大小不一，甚至小鸟大笼子、大鸟小笼子的不合理状况？

不论如何，以上两个比喻已经足以说明法律的社会功能。不错，生活在孤岛上的鲁滨逊是不需要法律的；无论他如何行为，除了他自己以外不可能伤及他人。然而，一旦他有同伴，他们之间的关系就多少需要道德规则约束；生活在一起的人越多，个人平均活动空间越小，个人自由越是需要规则约束。一旦社会达到一定规模，个人自觉遵行的道德规则不再可靠，至少个人规则的协调将产生巨大成本；社会需要统治，而统治无非是指接受一套统一的法律规则之治。

概言之，法律对于任何一个社会主要有三个方面的功能。一是维持社会秩序，保证个人安全，惩罚犯罪行为，维护基本的公共利益。二是协调社会行为，为人类社会活动提供基本的规则框架，譬如规定“红灯停、绿灯行”或“靠右行驶”的交通规则。对于第二类功能，法律规则本身的内涵是不那么重要的。事实上，我们也完全可以规定相反的交通规则，譬如香港就沿袭了英国“靠左行驶”的交通规则；我们需要的只是一套在特定区域内一致实施、没有矛盾的规则，从而避免个人之间的约定产生的巨大成本（让行车者自己约定究竟靠左还是靠右行驶显然是极为繁琐甚至危险的）。

第三，与此相关的是，一套确定的法律规则体系将给我们在社会活动中产生理

性预期,而这种理性预期对于任何有目的、有计划的社会活动是必不可少的。^① 老板之所以在某个地方开工厂,一个重要原因就是在那个地方能找到足够数量的相对稳定的工人;工人之所以到那个工厂打工,是因为他们相信老板不会在一夜之间不付报酬就消失,而老板之所以信任工人,是因为他知道工人对他的理性预期是可信的,反之亦然。双方的选择都是基于自己和对方的理性预期,而这种预期是需要法律支撑的。我们之所以对彼此的行为选择存在相对稳定的预期乃至信任,在很大程度上是因为我们都生活在同一个法律框架之下。在这个意义上,所谓的“市场经济”并非没有计划,而只是将计划的权力从政府转移到是个体而已。法治的作用正是保证个人行为的可预见性,进而促进社会理性。

即便对于刑法,人们对实施效果的预期也是重要的。如果一个国家制度漏洞多多,刑法对众多贪官污吏形同虚设,那么不仅社会上贪污腐败盛行,而且刑法的偶尔实施也会让个别“倒霉”的贪官大跌眼镜、连呼“失算”。本来不论是为官为民,人们对社会回报都有一个正当预期,但是由于法制废弛,贪欲诱使权力不受控制的官员肆无忌惮地进行“权钱”、“权色”等各种交易,及至遭遇“不幸”查获的小概率事件,只能自叹“早知如此,何必当初”,可惜为时已晚。由此可见,一个可以形成理性预期的法律制度即便对于贪官也是有好处的。

2. 宪法是支撑法网的权利框架

在明确了法律的基本功能之后,现在可以看看宪法的功能了。法律功能主义的基本前提是具体法律是“良法”而非“恶法”,但是如何保证法律是“良法”?这就是宪法学需要考虑的问题。这个问题尤其重要,因为法律其实并非如来佛为孙悟空量身定做的“紧箍咒”,因而未必总是适合其所适用的对象。法律是人类为了统治自己而制定的,而人是不完美、有缺陷的;正是因为人有缺陷,所以才需要法律的统治,但这也表明由人制定的法律本身必然是有缺陷、不完美的。《国际歌》唱得好:“从来就没有什么救世主,也不靠神仙皇帝;要创造人类幸福,全靠我们自己。”既然我们不可能把任何意义的“如来”请来人世,人间的法律从来就是我们为自己打造的一副“紧箍咒”,而这副“紧箍咒”可能太紧。或用“鸟笼模式”来说,笼子的空间过分狭小,不必要地限制了笼中鸟的自由。

宪法的功能正是在于保证“紧箍咒”不至于太紧,“鸟笼”不至于过分狭小,笼罩在每个人身上的法网不至于过分限制人类自由。法律为了公共利益而限制人的自由,宪法则为了人的自由而限制法律的限制;法律衡量人的行为是否危害公共利

^① [美]霍姆斯(Oliver Wendle Holmes):《法律的道路》,张千帆等译,载《南京大学法律评论》2000年秋季号,第6—19页。

益,宪法则衡量法律是否侵犯个人权利。在这个意义上,宪法是法律的法律,是衡量法律的标准,也是支撑法网的权利框架;一旦法网收得过紧,宪法的权利支架即发挥显现作用。从功能主义视角来看,宪法不同于普通法律的独特作用在于保障公民权利。在这一点上,宪法和普通法律的作用力正好相反:虽然宪法和普通法律都是为了使所有人都更好地享受自由,但是普通法律为此目的而限制人的部分自由,宪法则要求普通法律回归其原初目的。

值得注意的是,法律存在制定和执行两个环节,而宪法学主要涉及前者,后者一般是行政法学的事情。如果如来佛的紧箍咒做得大小正适合孙悟空,而唐僧错念了紧箍咒,那么问题不在紧箍咒本身,而在于控制紧箍咒的人;如果“鸟笼”的规格设计得平整,而在制作过程中走样变形,最后大小不一,也并非“鸟笼”的原初设计不对,而是制造者偏离设计方案的结果。这些问题发生在执行过程,因而属于行政法治问题;不服者可以将实际制成的“鸟笼”和原初的设计模型相对照,并要求撤换不合规格的“鸟笼”。然而,即便行政法问题也和宪法制度有关。为什么行政不按立法执行?事实上,如果行政不受立法和民意监督,那么就很难实现依法行政;如果唐僧的权力不受约束,念错经其实是挺正常的事情。如果不能指望如来佛或观世音的约束,那么只有迫使唐僧在某种意义上对孙悟空负责,才能控制唐僧念经的随意性。

如果“紧箍咒”或“鸟笼”本身的尺寸不合适,那就更不是行政法治所能解决的问题了。如果没有如来佛,如何保证“紧箍咒”尺寸合适呢?谁才有资格规定“鸟笼”的大小?立法过程在本质上是人类为自己制定“鸟笼”的过程,究竟谁是立法者?这是一个首要的宪政问题。在宪政落后国家,人民就是被动的“笼中鸟”,等候他们之外的某种力量为他们规定并制作限制自由的笼子。在这种状况下,是无法保证“鸟笼”设计合适或制作过程符合设计方案的。没有民主宪政,既无法保证立法是“良法”,更无法实现“良法”之治。

因此,从功能主义的角度看来,社会是需要法律限制的,但法律限制必须是有必要、合目的的,也就是保护每个人的基本自由和生存空间,而非过度或任意的。那又如何保证法律的合目的性呢?这就是宪法的主要功能。宪法禁止法律没有必要地限制个人自由,或以任意的方式区分人的权利和义务。在这个意义上,宪法是限制的限制,是衡量法律限制是否适当的标准。如果标准规定本身没有问题,而政府没有按规定执行,那么这是一个行政诉讼问题;但是如果政府严格按照规定执行,问题在于规定的标准本身太低,那么行政诉讼就无能为力了。在这种情况下,只有通过宪法要求征地这道加在老百姓头上的“紧箍咒”达到公正补偿的幅度。

二、法治是什么？

在进一步解释宪法和宪政之前，有必要解释法治的含义。由于宪法也是“法”，因而宪法和一般法律之间存在共同性。当然，宪法和普通法律之间也存在差异性；宪法不是一般的法，而是“更高的法”，是衡量一般法律的标尺，一般法律相对于宪法来说是被衡量的对象。但是不论出于共性还是差异，都有必要首先理解法与法治的基本特征。

改革开放三十多年来，至少从 1999 年修宪开始，“法治”成为全国上下一致追求的目标。毫无疑问，相对无法无天的人治，法治是巨大的社会进步。然而，法治的大力推行也造成神化法治的泛道德化倾向，而一旦泛道德化，不但许多法治问题说不清楚，而且也会模糊视线、误导方向。假如法治等同于人权，我们似乎就不需要再追求自由了；假如法治等同于民主，我们似乎就不再需要民主了。但实际上，法治就是“法治”，也就是依“法”治国，而不是“民主”、“人权”的代名词。严格来说，即便一个独裁和专制社会也有法。看看高度极权“大一统”的秦朝，严刑峻法还尤其之多；如果官吏严格执法，也未尝不能使这些“恶法”落到实处，而这样的社会也未必不能被称之为“法治社会”。在这个意义上，20 世纪 80 年代的“刀制”、“水治”之争非但没有击中问题的要害，反而模糊了法治本身的局限性。^①

由此可见，“法”和“法治”本身是道德中性的概念。就和法未必是“良法”而非“恶法”一样，法治未必能保证良治、遏制恶治；法治既可以和大众民主联手压迫少数人，也可以由少数僭主篡权压迫多数人。秦朝之所以走向暴政，不在于其是否有“法治”，而是因为它欠缺法治本身所不能提供的东西。专制体制下制定的法也是“法”。虽然这样的法可能是侵犯基本人权的“恶法”，但是“恶法”至少在形式上仍不失为“法”，而一部法在实体上究竟是“良法”还是“恶法”，往往是见仁见智的问题，不可能在法治框架内得到答案。要保证法是“良法”、保证政府依“良法”而治，必须解决法治之外的一系列制度问题：“法”由谁制定，由谁执行？为谁服务？在这

^① 参见《法治与人治问题讨论集》编辑组：《法治与人治问题讨论集》，社会科学文献出版社 2003 年版。但参见其中于光远先生的论文：《对人治与法治问题讨论的一点看法》（第 7—11 页）。他在当时就清楚看到法治的局限性，例如“法治也不一定倾向于民主”（第 9 页）。

个意义上,马克思的法律工具主义理论并没有错:法确实是为“统治阶级”服务的,关键在于谁是控制法律公器的“统治阶级”。

1. 法律是一种强制性义务

作为公民头上的“紧箍咒”或限制言行自由的“鸟笼”,法律首先是一种强制义务。法律的通常表现形式是禁止加惩罚,例如中国《刑法》第102条第1款规定:“勾结外国,危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全的,处无期徒刑或者10年以上有期徒刑。”因此,纯粹法学派创始人凯尔森(Hans Kelsen)指出:“法是一种强制秩序”,是“规定制裁的初级规范”。

法律的义务观虽然看上去很严格,但实际上是以自由主义为出发点,因为它承认人生来自由,只不过人生活在现代文明社会,行为必须接受限制,因而法律不得不给他套上锁链;在法律限制之外,人是自由的,政府不得随便干预。因此,法国《人权宣言》第5条规定:“任何未被法律禁止的事都不得受到阻碍,且任何人不得被强迫去做法律并未命令的事情。”换言之,法律义务不仅限制公民自由,而且也排除了政府的非法限制或干预。

作为自由主义的一个面向,法律义务一般是消极的:法律一般只禁止对社会有害的行为,而不要求对社会有益的积极行为。当然,少数法律可能规定积极义务,例如法国的法律惩罚见死不救的不作为。另外,少数法律是受益性的,譬如社会福利法的主体是授予一种利益,但这些毕竟只是少数例外。无论是刑法、行政法还是环境法或侵权法,绝大多数法律都是以规定义务的形式出现的。即便是强调权利和义务对等的合同法或公司法,也还是通过规定对方的义务来保障自己的权利,只不过民法义务不是针对国家的义务,而是针对私人的义务,但即便是民法义务也同样是通过国家强制实施的。

2. 法律是普遍适用的

法律是普遍适用的强制性规范,而不是针对特定个人的规范。^①然而,普遍适用并不等于平等适用。我们通常认为,现代西方法治和传统中国“礼治”的最大区别是法是“平等”适用的,礼则按照人的身份和地位而有差等^②,但是这其实误解了法和礼的本质。礼法在本质上是相同的,都是统治社会的规范。两者的主要区别在于礼是一种社会道德规范,而法是国家强制实施的法律规范,但是在礼的法定化

^① 当然,某些国家的议会可以就特定人或事通过决议乃至“法案”(private bills),但是这类“私人法案”并非通常意义的法律。

^② 例如“君君,臣臣,父父,子子”,参见《论语·颜渊》。