

“十三五”国家重点图书出版规划项目



法学精义

*Essentials of Legal Theory*

# 宪法学讲义

(第三版)

林来梵 著

清华大学出版社

法学精义

# 宪法学讲义

(第三版)

林来梵 著

清华大学出版社

北京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

宪法学讲义 / 林来梵著. —3 版. —北京: 清华大学出版社, 2018(2018.10 重印)  
(法学精义)

ISBN 978-7-302-51138-0

I. ①宪… II. ①林… III. ①宪法学-研究 IV. ①D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 197003 号

责任编辑: 朱玉霞

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 王凤芝

责任印制: 宋 林

出版发行: 清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编: 100084

社总机: 010-62770175 邮 购: 010-62786544

投稿与读者服务: 010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质量反馈: 010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者: 三河市铭诚印务有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 170mm × 240mm 印 张: 30 字 数: 445 千字

版 次: 2018 年 9 月第 3 版 印 次: 2018 年 10 月第 2 次印刷

定 价: 79.00 元

---

产品编号: 079096-01

作者



林来梵,法学博士,清华大学法学院教授、博士生导师,清华大学法学院公法研究中心主任,清华大学精品课程《宪法学》课程主持人,并任中国宪法学研究会副会长等职;主要研究宪法学理论、人权规范理论等领域,兼涉法理学、比较法学的部分领域,被认为是我国“规范宪法学”的代表性学者;代表作有《中国的主权、代表与选举》(日文版)、《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》、《宪法学讲义》、《宪法审查的原理与技术》、《剩余的断想》、《文人法学》等。

## 第三版序

本书第二版刊行之后,有幸获得了更多读者的瞩目和支持,作为作者,在深受激励的同时,也对书中的学说和文字平添了责任感,常因其中的谩陋而愧怍。有鉴于此,便留意此书的缺憾与纰误,用心发展其中的理论与表述,以期精进完善。

适逢2018年修宪,本书第二版的修订就成为必要。可以说,这是一次重大的宪法变革,对我国现行《宪法》的规范内容、体例结构等方面均作出了较大幅度的变动,需要我等在体系化思考中加以融贯性的阐释。这也成为本次修订内容的最要者。

本次修订的第二方面内容,就是吸收了笔者在清华大学法学院2016年度与2017年度本科《宪法学》教学中讲授的一些新内容,其中诸如有关国家目的理论、法学国家观中的国家有机体学说、基本权利限制的正当化论证框架或审查框架等等。这些内容丰富了本教材的理论内涵,其中有些部分也是宪法学初学者有必要把握的知识要点。

本次修订的第三方面内容,则是在继续保持本书与马工程《宪法学》教材进行真诚的学术对话的同时,改变自己过去在一定程度上“自甘”成为其辅助教材的自我定位,从而直接补充了许多教学内容,由此获得了相对独立的地位。

通过以上三个方面的修订,本书较之于第二版又增加了约七万字。应该说,这是一次重要的、有实质内容的修订。

“天翻地覆谁得知,如今正南看北斗。”当下中国,无疑仍处于所谓“三千年未有之变局”的历史余脉之中,时代变迁的天光云影,必然映照在宪法这一皇皇大典的规范之间。据闻,近年来,本书越来越受到了校园之外诸多读者的瞩目。诚挚希望通过此度的修订,能为那些关心中国法治前途、未来命运的读者提供一些有益的启迪。

考虑到一些方面的便利,自第三版开始,本书将从法律出版社转由清华大学出版社付梓刊行,对此,法律出版社高山君等同仁给予了可贵的谅解,在此致以

谢意。同时需要感谢的还有这几届清华大学法学院研究生赵岩、王敏、谢琪烽、陈楚风、马东飞、段瑞明、张强等同学,他们为初步整理课堂录音、校对书稿文字付出了辛勤劳作。此外值得一书的是,国内许多热心的读者也为本书的修订提出了不少颇有裨益的意见。并此致铭,深表谢忱!

林来梵

2018年6月28日

## 第二版序

对于一部书而言,时光所能给予的最好待遇,就是再版。拙著自2011年8月刊行以来,承蒙诸多读者的垂注和厚爱,迄今已历四刷,但书中亦有不少缺憾。每念及此,多有惶恐。此度,获得责任编辑高山先生的惠允与建议,有机会对它进行全面修订,实为一大幸事。

著作的修订,当如一场思考的翻耕。这一版,除了在各章之中适当增加了一些新的内容之外,主要是调整了原书的体系,将第二编《国法秩序的纲领》改定为《国家组织》,同时将《国家机构》一章扩展为两章,一并纳入此编,从而大大充实了有关国家组织方面的内容,使体系中各部分的论述趋于合理平衡,弥补了第一版的一个缺陷。此外,还补设了第四编《宪法保障》,专门论述宪法的实施与保障,突出了这一内容的重要性。经过修订,全书的内容已有较大变动,但仍保留了原书“讲义录”的体裁与风格。

修订之际,还维护了原书所追求的两个目标:一是在宪法学之中理直气壮地引入了法学固有的思考方法,即规范法学的方法,尽力去除那些空洞的政治话语,尤其是大话、套话与假话。但是,从规范宪法学的立场出发,我所做的主要是去政治话语化,最大限度地避免将任何特定的政治利益或政治信念作为学术思考或学术表达的预设前提,而非研究对象上的“去政治化”,相反,本书更加重视对政治现象的规范考量。二是考虑到本书毕竟是面向法科初学者的一部讲义,又兼具宪法启蒙读物性质,为此在表述方面尽量做到深入浅出、生动有趣,具有可读性。

本书第一版中多次提及的博士生白斌君,如今已成长为一位青年宪法学者了。最近读到他的一本新著,其中一句话是:“宪法学是有祖国的。”善哉斯言!记得我国法学前辈蔡枢衡先生早在1947年就曾指出:“今日中国法学之总体,直为一幅次殖民地风景图:在法哲学方面,留美学成回国者,例有一套 Pound 学说之转播;出身法国者,必对 Duguit 之学说服膺拳拳;德国归来者,则于新康德派之 Stammler 法哲学五体投地。”其实,在当今中国法学理论中,这幅“风景图”已

复现久矣,宪法学亦然。在课堂上,许多学者谈及外国宪法时便眉飞色舞,一旦回到中国宪法的理论问题,则多黯然失色。

有鉴于此,本书这次修订还特意重视第三个目标,即进一步确立中国主体立场,修复中国问题意识,努力推动宪法学理论的中国化。为此,尽管书中不少地方谈到了外国宪法或比较宪法学的知识,但总体上已有意识地挥别那种“次殖民地风景图”了。

全书修订虽经笔者亲手完成,但也要感谢为整理课堂录音、校对书稿文字付出辛勤劳作的数位清华大学同学,他们是晏肿、马东飞、赵岩和李响。其中,晏肿同学为筹划、组织与实际运作付出了尤多的心血。法律出版社及高山先生也为此书的出版颇费神思。并此致铭,以表谢忱!

学问的欢愉与艰辛如鱼饮水,冷暖自知。此时,乘兴翻出二十多年前的一首诗作,改写其中的两行,用以收束本序:

我将犁向一片冬天的思想里  
它的废墟形形色色

林来梵

2014年12月20日夜



## 第一版序\*

近年来,用心从事本科教学,受益良多。2008年和2009年两个年度,其时本人尚在浙江大学(光华)法学院任教,皆于春季学期承担本科《宪法学》课程的教学任务。承蒙学校为该课程聘任的助教白斌(现执教于中央财经大学法学院)等多位研究生诸君的热心支持,讲授内容得以一一录音下来,并由他们整理成书稿。恰逢2008年起该课程被评定为国家精品课程,在同学们的鼓励下,便萌发将此稿校订之后予以出版之意,借以作为国家精品课程建设项目的一项成果,亦俾便与国内同行切磋交流。然此后因本人工作调动,原稿的订正未能一气呵成,付梓的计划更被延宕至今。但在断断续续的修订过程中,还进一步吸收了2009年秋季学期本人调到清华大学法学院之后为本科生讲授此课的一些内容,终于形成了本书现在的全貌。

叹中国立宪迄今已历漫漫百年,却因种种缘由,使作为学问的宪法学之发展一波三折、备尝艰辛,即使到了如今,仍然可谓一门最难研究的学科。而且从某种意义上而言,中国的宪法学也是一门最容易使人肤浅的学问。许多在其他研究领域中颇有建树,甚或负有盛名的学者,一旦在涉及中国宪制问题上展开学术言说,便十有八九难逃典型的所谓“法学幼稚病”之嫌。鉴于此,本人从教虽有一定年头,却踌躇再三,一直未敢贸然独立撰写或主编本科的宪法学教材,平时教学就选用我国老一辈著名宪法学家许崇德先生主编的《宪法》(21世纪法学系列教材),但就国家精品课程建设项目的要求而言,这毕竟属于一种不足。

呈现于读者诸君面前的这本读物,虽然不是严格意义上的一部教材,但它的问世或许可以聊补上述的缺憾。诚然,它所反映的教学过程是基于别人主编的教材展开的,但本人原本也参与了那部教材的撰写,而且在独立的教学过程中,针对教材中那些不能苟同的描述或见解,也会作出一些澄清或讨论,并借此引导学生作批判性的学术思考。此外,对于一些本身就存有重大争议的问题,也会尝

---

\* 原本序即原来的《写在前面》。——作者注

试提出并初步论证自己的学术见解。为此可以说,本书或多或少地也反映了自己对宪法学所作出的“体系化思考”。也正因如此,将书名定为《宪法学讲义》。此外,作为一部“现场实录讲稿”,本书以一种活泼的方式记录了自己在课堂上挥洒的性情。为此诚望通过它能为莘莘学子以及其他具有知性的读者,就宪法学这样一门似乎是严肃的学科,提供一册轻松的、具有一定“临场感”的启蒙读物。

最终成书之际,还特别感谢当年为现场录音和文字整理付出了辛勤劳作的诸君,他们是:白斌、吴耀俊、王群、陈诚、廖珍珠、骆正言、朱玉霞、陈运生、姚夏军、董旭峰(按照所负责内容的先后顺序排列)。尤其是白斌君,为此书的筹划、组织以及全稿的初校付出了较多心血。

现付梓之际,仍有迟疑。是的,随着近年来研究生教育的大力发展,对于大学教师而言,本科教学已属于低层次的教学工作了,但其实,有经验者均能体悟到它恰恰要求更高超的授课艺术。更何况,在当今中国各大学的法学院系中,本科“宪法学”的课程大多开设在一年级的第一或第二学期,与几乎同时开课的“法学导读”或“法理学”等课程分担着“基础课”的功能,甚至在一定程度上,也成为法科专业学习的入门津梁。为此,面对嗷嗷待哺的新生,如何以生动活泼、通俗易懂的表达方式,将宪法学的教学内容深入浅出地讲清、讲通、讲透,对于授课教师而言,乃是一项极大的挑战。

自知与上述的要求仍相去甚远,为此不胜惶恐。且由于本书成稿过程的特殊性和复杂性,虽经认真订正,但纰误之处仍在所难免,伏望读者诸君以及其他方家教正。

林来梵

2011年3月于清华园

## 目 录

绪论	1
一、学科名称：“宪法”还是“宪法学”？	13
二、宪法学的研究对象	14
三、宪法学的学科体系	20
四、宪法学的研究方法	26
第一编 宪法总论	31
第一章 宪法的概念与本质	35
第二章 宪法的分类与结构	63
第三章 宪法的制定与修改	95
第四章 宪法的解释与运用	127
第二编 国家组织	159
第五章 国家的诸观念	163
第六章 国家类型学：国体与政体	197
第七章 国家机构原理	235
第八章 国家机构体系	265
第三编 基本权利	291
第九章 基本权利及其类型	295

第十章 基本权利的保障及其规范效力	335
第十一章 基本权利各论	369
<b>第四编 宪法保障</b>	425
第十二章 宪法实施与合宪性审查	425
<b>附录</b>	457

## 详 目

绪论	1
一、学科名称：“宪法”还是“宪法学”？	13
二、宪法学的研究对象	14
三、宪法学的学科体系	20
四、宪法学的研究方法	26
第一编 宪法总论	31
第一章 宪法的概念与本质	35
一、宪法的多义性	36
二、一个有争议的概念：宪政	44
三、宪法的属性：宪法是“公法”吗？	50
四、宪法的地位：宪法是母法吗？	51
五、宪法的本质：宪法究竟是什么？	58
第二章 宪法的分类与结构	63
一、宪法的分类	64
（一）传统的分类学说	65
（二）现代的宪法分类	68
二、宪法的结构	71
（一）宪法存在形式的结构：宪法渊源	71
（二）宪法典的一般结构	82
（三）宪法规范及其结构	88

<b>第三章 宪法的制定与修改</b>	95
一、宪法的制定	96
(一) 有关宪法制定的理论: 宪法制定权力论	96
(二) 宪法制定的历史掠影	105
二、宪法的修改	116
(一) 概述	116
(二) 宪法修改的界限	118
(三) 宪法修改的形式	120
(四) 宪法修改的程序	124
<b>第四章 宪法的解释与运用</b>	127
一、宪法解释的含义	128
二、宪法解释的功能	142
三、宪法解释的类型与方法	142
四、宪法解释的原则	147
五、宪法解释与宪法运用	149
(一) 何谓宪法运用?	149
(二) 宪法解释和宪法运用的关系	150
(三) 宪法司法适用的条件	151
六、我国的宪法解释与宪法运用	152
(一) 我国的宪法解释	152
(二) 我国的宪法运用	154
 <b>第二编 国家组织</b>	 159
 <b>第五章 国家的诸观念</b>	 163
一、关于国家的本质	164
二、几种经典的国家观	165
(一) 政治学的国家观	165
(二) 哲学的国家观	167

(三) 近代政治哲学的国家观	167
(四) 社会学的国家观	170
(五) 政治经济学的国家观	171
(六) 法学的国家观	173
三、中国的国家观	177
(一) 中国古代的国家观	177
(二) 中国近代的国家观	180
(三) 当今中国人国家观的窘境	181
四、当今中国人国家观之反思：宪法学的立场	183
(一) 法学国家观极为不足	183
(二) 阶级国家论忽视了正当性要素	184
(三) 国家统合的原理：国家三要素说的盲点	188
五、国家的目的	193
<b>第六章 国家类型学：国体与政体</b>	197
一、国家类型学的源流	198
(一) 政治哲学的经典分类	199
(二) 一般国家学的经典分类	201
(三) 法学的经典分类	202
二、从国体到国家性质	205
(一) 国家性质与国家本质	205
(二) 国体概念的源流	205
(三) 我国现行宪法中的国体条款	206
三、从政体到国家形态	215
(一) 国家权力组织形态	216
(二) 国家结合形态	225
(三) 国家象征形态	233
<b>第七章 国家机构原理</b>	235
一、国家机构的基础理论	237
(一) 国家机构的定义	237

(二) 国家机构的原理	238
二、民主集中制的理论基础：国家组织的基本原理	252
(一) 主权原理与代表制原理	252
(二) 党的领导与国家机构的关系	260
<b>第八章 国家机构体系</b>	265
一、国家机构的宪法地位	266
二、各机关概况	267
(一) 全国人民代表大会	269
(二) 国家主席	273
(三) 国务院	276
(四) 中央军事委员会	277
(五) 地方各级人大和地方各级人民政府	278
(六) 民族自治地方的自治机关	279
(七) 监察委员会	279
(八) 人民法院和人民检察院	282
三、各机关之间的关系：案例分析	283
 <b>第三编 基本权利</b>	 291
 <b>第九章 基本权利及其类型</b>	 295
一、宪法与基本权利	296
(一) 基本权利的内涵	296
(二) 基本权利的(基本)性质	302
(三) 基本权利的享有主体	306
二、基本权利的类型	314
(一) 学理分类	314
(二) 解释学意义上的分类	328
 <b>第十章 基本权利的保障及其规范效力</b>	 335
一、基本权利的保障与限制	336



(一) 基本权利的保障	336
(二) 基本权利的限制	344
二、人权规范的效力范围	360
(一) 传统上：无效力原理	361
(二) 现代宪法下：有效力原理	363
(三) 中国的问题	367
<b>第十一章 基本权利各论</b>	369
一、平等权	371
(一) 如何理解平等权?	376
(二) 两种“平等”原理	379
(三) 法律适用上的平等与法律内容上的平等	383
(四) 平等与合理差别	385
(五) 案例分析	388
二、政治权利	392
三、精神·文化活动的自由	395
(一) 精神·文化活动自由概述	395
(二) 我国精神自由的保护状况	397
(三) 案例分析	399
四、人身自由与人格尊严	407
(一) 人身自由	407
(二) 人格尊严	410
五、社会经济权利	413
(一) 社会经济权利的种类	413
(二) 私有财产权	414
(三) 生存权	415
(四) 受教育权	417
六、获得权利救济的权利	420
(一) 裁判请求权	420
(二) 权利救济型的监督权	421

<b>第四编 宪法保障</b>	425
<b>第十二章 宪法实施与合宪性审查</b>	425
一、宪法的实施	426
(一) 有关宪法实施	427
(二) 中国转型期宪法的实施形态	428
二、宪法的保障	431
(一) 宪法保障之概述	431
(二) 合宪性审查:最重要的宪法保障制度	433
(三) 我国的合宪性审查制度	448
<b>附录</b>	457
一、法科初学者《宪法学》课程精选推荐书目	458
二、《宪法学》课程进阶学习推荐书目	459
(一) 相关学科基础部分	459
(二) 有关宪法学基础部分	460
(三) 有关国家组织部分	461
(四) 有关基本权利部分	461

# 绪 论

昨夜的那场秋雨,洗刷了我们迈向宪法的道路。

今天,我们就要开始一起学习这门学问。

说起学问,大家可能会想起民国时期,清华大学有一位著名的大教授,叫王国维,他说过这样的话:古今之成大事业、大学问者,必经过三种境界。第一种境界是:“昨夜西风凋碧树。独上高楼,望尽天涯路。”第二种境界是:“衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴。”第三种境界则是:“众里寻他千百度,蓦然回首,那人却在灯火阑珊处。”显然,这三种境界是依次递进的,但前一种境界又是后一种境界的基础。

不过,请大家注意的是,王国维所认定的第一种境界不是“衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴”,而是“独上高楼,望尽天涯路”。正如有人指出的那样,在这里,王国维是有深意的。也就是说,“你付出很多努力你就会成功”这样的想法只是一般人的推论。这个推论还是太甜美了,跟午后的点心一样甜美,甜美到有害健康。真正的道理是:你得能够先“独上高楼,望尽天涯路”,否则你注定走不远,甚至白忙活。质言之,“衣带渐宽终不悔”自然是必要的,但仅凭这一点也可能不会成功,只会收到瘦身的效果而已。

诸君选择法学专业,这是很好的。环顾整个法学内部的各门学科,宪法学这门学科虽然颇为冷门,不过它为你提供了一个“高楼”,可以让你去攀登,去“望尽天涯路”。而之所以“冷门”,也是因为“西风”给吹的。我不知道昨夜吹的是否正是西风,但是我们可以肯定昨夜的那场雨正是秋雨,此可谓“昨夜秋雨凋碧树”,那就让我们今天“独上”宪法的“高楼”,“望尽天涯路”吧。

王国维先生所说“独上高楼”的“独”字,内涵也很丰富。在他去世后,清华

大学的另一位国学导师陈寅恪先生专门写了纪念碑铭,被刻在一块石碑上,如今还竖在清华园里,其中提炼出了“独立之精神、自由之思想”这一学术精神。有空你们可以去找到它,认真读一读。“独上高楼”的“独”字,可以理解为一种“独立之精神”,至少可以理解为一种孤独。

说到孤独,你们现在济济一堂、兴致勃勃地凑在一块听课,是感觉不到的,但其实你们在面对宪法学这门学问的时候,注定是孤独的。是的,要让一个人喜欢宪法学,尤其是让年轻的孩子们喜欢宪法学,是很不容易的,特别是当你们面对宪法法条的时候,可你们必须重视它。因为一个国家,总是需要一些大学重视宪法学的。比如美国至少就有一个大学是非常重视宪法学的,这个大学就是耶鲁大学。据说,耶鲁大学法学院里面,老师不多,但大部分的教授都声称自己研究宪法学。耶鲁大学法学院也盛产宪法学专业的学生,甚至从事与宪法有关的实务工作,比如美国前总统奥巴马。我们清华大学应该重视宪法学,为此你们也必须好好学习这门课程,未来才能对国家、对社会有所担当。

好,以上这些闲话我们先按下不表,我们要开始上正课了。但说是正课,其实今天上的是宪法学的绪论。不过,这绪论也很重要。

说到宪法,大家可能都对它有一些印象。这种印象往往从宪法的文本开始,尤其是宪法的封皮,那是一个国家宪法的一种典型的表象。下图中,第一个是中华人民共和国的宪法,印刷出来的封皮都是红色的,我们对她的印象往往从它开始形成。第二个是美国宪法,它是1787年在美国费城制定签署的,是写在羊皮纸上的一部非常简要的宪法,原来只有七个条文。第三个则是“二战”后西德制定的基本法。德语叫 Grundgesetz,缩写为 GG。东西德统一之后,这部宪法仍然在适用。世界上大部分国家都有一部宪法。其中一些国家是具有代表性的。这三个国家在我们看来就各具一定的代表性。

说到这里,大家或许要问:宪法能管什么用呢?

简单的答案是:从国事到民生都可能涉及宪法问题。问题只是在于,你是否从宪法的角度去看这些问题、去解决这些问题而已。既然宪法管的问题这么宽,那我们可以这样说:在法学内部各学科之中,如果你要“齐家”,就要靠民商法。据说在中国,很多学生选择法学这个专业,都是受到了父母或者中学老师的鼓励,说学法学可以挣钱;其路线图就是:学法学、当律师、挣大钱、买大屋、娶美



图1 宪法的印象

女——或者是嫁帅哥。这就是“齐家”了。确实,民商法专业较为可能给你们带来财富,而且带来相当的财富——如果你能够成功的话。当然,在当今中国,当律师赚钱很不容易,可能要在某种意义上承受多种的考验,经过多重的煎熬,有时候甚至感到相当屈辱。为什么呢?因为在当今中国,有一些重要问题没有解决,但这些问题却构成了律师执业的环境。比如说,司法制度存在一些问题。而这些问题,就属于宪法问题。学民商法可以解决民商法上的问题,但解决不了这些制度上的问题,或者说无法从根本上解决制度问题。因为制度问题,最终主要靠宪法来解决。所以你要“治国平天下”,需要靠宪法;你要让民商法真的能够“齐家”而不付出屈辱的代价,最终还可能靠宪法。

当然,说宪法学是一门“治国平天下”的学问,多半只是针对个人的志业与使命而言的,属于“劝学篇”中的一种教谕。而我们中国人究竟是如何看待宪法的呢?也就是说中国人的宪法观是如何的?这就要从近代讲起了。

中国人对宪法真正开始有点感觉,应该是在甲午中日战争之后。这个战争过去两个甲子年了。如今,我们把9月18日定为国耻日。其实在我看来,真正的国耻日是9月17日。1894年9月17日这一天,中国人在鸭绿江口被日本人

打了一个败仗,这是甲午战争开端的一仗,史称“大东沟之役”。根据清华大学民国时期著名历史学家蒋廷黻先生的说法,这一仗决定了中日两国此后在亚洲的地位,真正属于一决雌雄的战役。当时,大清国相对于日本而言,在军备上本来处于一定优势,根据民国时期蒋廷黻的说法是:大清国的海军力量居世界第七位,而日本的海军力量仅居世界第十一位。但这第一仗,中国人却打输了。打输了这一仗之后,中国人才开始有点醒悟,为此出现了变法维新运动。其实在这之前,中国人已经打输了鸦片战争,在反复和西方的较量当中,我们感到自己缺的是坚船利炮,是军事实力。因此就进入了洋务运动。在洋务运动过程当中,中国人一时没有赶上西方的科技,就向西方人购买先进武器。比如说北洋水师当时很多军舰都是从英国、德国买过来的。但是,洋务运动的成果仍然在甲午海战中不堪一击。原因是什么呢?这个时候,人们开始反应过来,推断是中国的政治制度出了问题,于是出现了维新变法。大家都知道,“公车上书”解决的就是这个问题。但是变法维新运动最终还是失败了。也就是说,当时中国的高层政治精英集团还没有全面觉醒,很多人还没有想变革国家制度。

使中国人真正觉醒并开始重视宪法的是此后1904年到1905年的日俄战争。当时有代表性的说法,认为它是“启中国宪政之萌芽者”。这是日本人和俄国人在中国土地上打的一场战争,结果日本打赢了。这是近代东方人对西方人的第一次胜利。作为东方人,中国人也很高兴,但也在想,到底是什么原因日本人打败了俄国人。大家看到:当时的日本已经是一个立宪国家了,1889年,日本就制定了一部宪法,叫作《大日本帝国宪法》,又叫《明治宪法》。这是亚洲第一部成文宪法。日本由此进入了一个立宪主义时代。当然,这个立宪主义是有限的,现代日本学者把它叫作“外见性立宪主义”,即表面上是立宪主义,但在一定程度上仍然是专制主义。可是那时的日本人正是在这部宪法之下,确立了制度的变革,促进了国家的转型,也巩固了天皇的权威,并激活和凝聚了国民的精神。与此相反,俄国却不是一个立宪国家。为此,日俄战争的结果就被我们中国人理解为“非俄之败于日也,乃专制国之败于立宪国也”。

基于这种认识,当时的清廷就于1906年宣布预备仿行立宪,1908年颁布了《钦定宪法大纲》,而且已经命人在起草正式的宪法了。谁在起草呢?主要是两个人:李家驹和汪荣宝。如果你们有兴趣可以去看《汪荣宝日记》,里面写到汪

荣宝当时已经受命在起草宪法的事情。但在这个宪法草案即将完成的时候,辛亥革命爆发了。这是一场失败的立宪运动,因为革命赶在立宪之前,并获得了成功。因此,长期以来,就有不少人推断当时清廷的预备立宪是虚情假意,不是真的准备实行宪政。但是综合中国人以及日本人的研究资料,如果说清廷当时只是欺骗也是不对的。实际上清廷是半推半就,想实行这个宪政,它也想把宪法作为自己的救命稻草。尤其是相当一部分人,包括慈禧太后,意识到亟须制定一部宪法来拢聚民心、改善政局,使朝廷能够延命下去。但是,它又不想走得太远,不想把权力和利益彻底地交出去。也就是说,当时中国朝野上下不少人都把宪法当作一种“神器”来看待,认为只要立宪,就可能实现富国强兵的国家理想。这是中国人的一种宪法观。

中国人的另一种宪法观则是认为,宪法可以赋予政权合法性。正因如此,最后清廷才决定预备立宪的。甚至连革命派在一定程度上也是这样想的,担心清廷真的立了宪,延了命,为此1905年9月当五大臣第一次启程出洋考察时,革命党人吴樾就不惧牺牲自己,混入北京正阳门火车站去截杀过他们。这个行刺活动没有完全成功,但辛亥革命最终倒是真的成功地“截杀”了清末君主立宪。

然而立宪主义在中国并没有因此断了血脉,反而在这个国土里扎下了根基。只不过到了民国,立宪之路又是一波三折。这一段历史,可以用鲁迅的一句诗来印证,那就是“城头变幻大王旗”。是的,整个民国时期,宪法就像是城头不断变幻的“大王旗”,折出来都为了立一个旗号,用以认定自己政权的合法性。

到了新中国,有了新宪法。在某种意义上可以说,新中国宪法也是政权合法性的认定书,同时也寄托了富强的中国梦,因为“富强”即被明确地写进了宪法。现行《宪法》序言第七自然段最后一句即写道:“把我国建设成为富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国。”可以说,把宪法作为政权合法性的认定书,这是中国人一种特殊的智慧;而在宪法中寄托富强的理想,更是具有中国特色。这就使得我们的宪法学研究对象越来越趋于复杂化。

此外,随着时代的发展,中国宪法的功能也在发展。可以说,现在它在一定程度上也成为人民手中的一种法宝。或者说在一定意义上,出现了民国时期人们所期待的那种盛况,就是宪法成为“人民之甲冑”。“人民之甲冑”是民国时期对宪法的一种说法,实际上是对宪法功能的一种期待,我觉得最为生动。它体现



了又一种的宪法观,即把宪法看作“人民之甲冑”,是用来保护人民的盔甲。比如2007年重庆发生了一个“钉子户”的案件,就有了这样的萌芽。我们宪法教学案例当中就有这个案件。在这个案件当中,就体现了人民把宪法作为保护自己的“甲冑”,至少是“护符”来加以运用的一种观念。当事人吴萍女士在政府大规模拆迁当中坚守自己的房屋,并且用宪法跟有关方面进行交涉,使得对方最后给足了补偿,最后呢,她才同意拆迁。这个案件当时在国内引起了广泛的关注,确实在某种意义上来说,体现了中国宪法发展的一种新的趋势,这就是:宪法不再仅仅是政权合法性的确认书,宪法也开始慢慢地在被普通民众所使用,用来保护自己合法的权益,也就是保护自己宪法上所规定的基本权利。这可能成为中国宪法的一种新的发展方向。在这个意义上来说,宪法在当今中国,已经逐渐走出了自清末以来中国立宪主义的悲情的历史,迈向一种新的、值得期待的前景。

可是在当今中国,宪法是否真的有用呢?关于这一点,争议还比较大。但从这些争议当中,我们可以体悟到国人的心声,体悟到中国人对于宪法的一种期待。这可能是我们立宪主义进步的精神动力。

中国宪法发展的趋势是什么?我们可以从学术上作出这样一个判断:它慢慢地从国家政权合法性的认定书逐渐地发展为权利的保障书。一个政府诞生了,确实需要一种东西去确认它是合法的。宪法就是这样一个证书,就好像国家的“营业执照”一样。但是如果你把这宪法装裱起来,悬挂在那边,束之高阁,老是不用,仅作为图腾膜拜,这还是不够的。因为这既不能满足人民的需求,也不符合时代发展的规律。当今中国有一股力量,随着改革开放,随着社会主义市场经济的发展,随着社会的不断进步,推动着宪法往一个方向发展,就是使宪法成为权利的保障书。从学理上说,如果一部宪法真的能够成为权利的保障书,那么这部宪法就恰恰可以更有效地证明一个政权的合法性。这是由于,宪法本身就要求国家要最大限度地维护和保障人民的基本权利,只有做到了这一点,这个国家和政府的存在才具有正当性。只要这个历史发展进程没有被打断,我们完全有信心看到宪法未来美好的发展前景。

以上我们讲的是有关宪法的印象及观念。接下来我们要进入绪论课的另一个阶段,就是课程简介。

宪法学这个课程,可能大家已经有所了解。我们学法学,在任何一个大学

里,都有教育部认定的16门核心课程。16门核心当中又有核心,我们清华大学确定了8门这样的核心课程。在清华大学,宪法学这门课,不仅在教育部所确认的16门核心课程之中,它也在8门核心之核心的课程当中。同时,我所讲授的宪法学这门课程,也是清华大学2012年起所认定的精品课程之一。这自然也归功于大家的努力,包括历届同学与我在教学中的互动,希望大家继续参与这门课程的建设。我们这门课的学时是48学时。我们的讲课方式是讲授与讨论相结合。但因为课堂中人数多,所以,平时以我讲授为主,辅以一些提问和讨论,包括网络学堂以及其他第二课堂上的研讨。

首先是教师简介:我的名字叫林来梵。这个名字会产生一些误解。乍一听,还以为这是一个佛门中人的名字,或者是迟早要出家的人的名字。其实非也。我还有个别号,称作“梵夫俗子”,这是因为曾经开了一个法律博客,名之为“梵夫俗子”,后来大家都索性称呼为“梵夫俗子”,我也欣然接受,而且越来越喜欢这个名字了。这个博客里面有一些和同学们进行交流的小文章以及一些教学资料,大家有兴趣的话可以上去浏览,也可以就感兴趣的问题发言交流。我的星座是白羊座,稍微清高一点点,但人还是相当温和的,诸君大可不必害怕。

下面推荐一些教材及参考文献。

我们第一推荐的教材,或者说重点推荐的教材,就是宪法学编写组所写的《宪法学》。它属于马克思主义理论研究和建设工程重点教材,可简称“马工程《宪法学》”或“马工程教材”,是高等教育出版社和人民出版社2011年出版的。

为什么要推荐这个教材呢?原因不仅仅是因为我个人也参与了这部教材的编写,是14位编写者之一。我参与编写的宪法学教材也有一些了,但为何选择这一部呢?很多同学说,估计林老师是受到了马克思主义的深刻影响。是的,马克思主义课程我学得很多。在早年留学期间,我仍然师从日本的马克思主义法学家,但是,我对马克思主义教材也保持审慎的学术态度。尽管如此,我仍然要推荐这本教材。因为这本教材有一个好处,即:它可能是当今我国教育出版界错误最少的宪法学教材之一。迄今为止,许多宪法学教材都难免有一些硬伤,比如,过去我们称为“象牙海岸”的这个国家,已正式要求我国将它的国名改为音译名科特迪瓦,但我们有的宪法学教材还使用“象牙海岸”这个名称,有的教材更离谱,居然同时使用两个国名。而根据我的判断,像这样的硬伤,这本马工程

教材则很少,因此从某种意义上来说它是最正确的教材,当然其中也包括“政治正确”。

采用这部教材还有第二个原因——它是由已故的宪法学家许崇德教授主编的。许崇德先生是一位德高望重的宪法学前辈,我平时尊敬地称他为“许老师”。我们在投影里可以看到他老人家的照片。这个老师非常权威,是新中国最权威的宪法学家之一。他编的书是非常可靠的。一般而言,我们说,爱惜自己名声的学者写的东西都比较可靠。这可以成为大家选择图书的标准。如果某个人不爱惜自己的名声,甚至说自己不喜欢成名,那么一般而言,这种人是非常可怕的——不喜欢名誉,那他喜欢什么呢?吾等也就只能浮想联翩了。

但需要指出的是,这本教材也有一些问题,其中最重要的问题就是:对于许多同学而言,它内容比较简单。毕竟这是一本全国统编教材,它必然带有统编教材所固有的先天缺陷,就是要考虑到全国所有高校法学院系学生都适合用来学习,因此在知识密度、理论深度、思想高度上只能采用平均值,这导致一个结果是,许多高校法学院的学生读了这本书之后就感觉不“解渴”,而清华大学的学生同样也有这种感觉。

鉴于此,我们还需要推荐一些其他的辅助性参考教材。

其中一部是我的《宪法学讲义》。清华大学是很重视教授给本科生上课的,我多年来坚持参与本科教学工作。这本教材就是根据这几年来我给本科生上课的课堂讲授内容整理出来的,不断修订完善,目前出到了第三版。由于我在教学中采用了上述的马工程《宪法学》,为此这本教材实际上就是围绕马工程教材的内容而展开的,在某种意义上可以说是马工程《宪法学》的一部辅助教材。

这本教材有明显的特色。首先,为了满足同学们对宪法学知识的渴求,这本书在马工程教材的基础上增加了很多内容,知识密度很高,但这些知识并不是随便堆积上去的,而是从我所主张的“规范宪法学”这样一种方法论的角度做了体系化的布局与建构。

其次,这本书很重视学理性。在我看来,学理性与理论性是不同的。如今,讲理论性已经够普遍的了,不仅政治宣传讲理论性,独断性的政治宣示也讲理论性,但追求学理性则殊不容易。学理性也不可多得。那需要从现实生活中或从理论思考中提取出问题,并将这类问题转化为学术上真诚的追问,接着在学术上

加以深入的分析与探究,获得学术上的解答,并从学术上将其说通,而且最好能说得通透。为了尽量做到这一点,本书很重视引导学生进行必要的学术思考,甚至不时地针对以马工程教材中的学说为代表的流宪理论进行反思性的学术分析,并就一些有争议性的问题提出了个人的学术见解。

这本书还有一个特点,就是重视理论知识的趣味性。我已经悟到了:在当今这个世界,企图想把某种理论强加给他人接受,那几乎是很难成功的。要让大家接受宪法学这样的理论,也不是那么容易。为此,本书在语言表述上保留了课堂讲授的原有风格,力求深入浅出、通俗易懂。

但如果大家觉得这本教材还不“解渴”的话,那怎么办呢?

那可以读这本书,即:韩大元、林来梵、郑贤君合著的《宪法学专题研究(第二版)》,中国人民大学出版社2008年出版。这个比较深入,如果你还觉得实在不过瘾,我再向你推荐芦部信喜《宪法(第六版)》,是我主持翻译的,2018年清华大学出版社出版。

这部教材是当今日本最具影响力的宪法学教材,这个说法后面可能不必加上“之一”。作者芦部信喜是日本的一位已故的宪法学家。在我留学日本期间,他被誉为日本宪法学的第一人者,后来我学成离开日本了,他就去世了。此后他的弟子们,仍然雄踞了日本宪法学界的重要地位。他最重要的弟子之一就是高桥和之教授,我很熟悉。这几年,他和我们中国宪法学界有三五个人,包括我,有长期合作研究。2014年我们的合作研究成果在日本的岩波书店结集出版。2016年9月我去东京开会,见到高桥和之教授,我还跟他开玩笑,说这部书拿的版税拿了多少钱,有没有达到一亿日元?高桥教授承认,他的师母真的可能从这部书里拿到了一亿日元的版税,这在日本有些地方,可以买到一栋小别墅了。从这一点也可以看出这部教材受欢迎的程度。在此推荐给大家,请好好地去琢磨。

除了教材之外,我想给大家再推荐一下清华大学宪法学课程教学案例。这是由我和历届的助教们一起编写的,里面的案例都是精选的,并有更新。其中一部分案例,我们在课堂中会分析到,其他的则供大家平时思考。

好,以上我们推荐的主要是教材。但如果大家想要好好学习,怎么办呢?还要读一些参考文献。这个量就比较大了,有待我们介绍。要说参考文献,这是非常重要的。如果我们仅停留在刚刚那几本教材的水平上面,你毕业了,也是可以



图2 芦部信喜(あしべのぶよし),原日本东京大学法学院教授,现代日本具有代表性的宪法学者

的。但是对于一些同学来说,这些还不够过瘾。那怎么办?就要学习一些参考文献。在此方面,我准备了如下两份资料:

一份是《法科初学者〈宪法学〉课程精选推荐书目》,共有20本著作。我大致给大家说一下。第一本就是马工程宪法学教材,第二本是王锴编著的《宪法基础法条整理》,是法条工具书。接下来是我推荐的其他教材,可以适当地买。第一部是《宪法学讲义》,第二部是韩大元、林来梵、郑贤君的《宪法学专题研究(第二版)》。这份书目里还推荐了几本有关宪法学和政治学的震古烁今的经典名著。一本是洛克的《政府论》,一本是卢梭的《社会契约论》,一本是孟德斯鸠的《论法的精神》,还有密尔的《代议制政府》、汉密尔顿等人的《联邦党人文集》。同学们,如果你想成为真正有思想的人物,真正想学好宪法学这门课,可以将这几本买下来读,将终身受用。

再接下来是一些辅助性的读物。有比较好玩的,比如《英美判例百选》,这里面虽然不完全是宪法的内容,但是涉及宪法学内容的也不少。后边3本是闲书,你可以读。其中梁漱溟的《中国文化要义》和钱穆的《中国历代政治得失》都比较薄,还有我推荐自己的随笔集《文人法学》。为什么要再推荐自己的呢?因为里面收集了我的一些比较好玩的随笔,包括杂文、随想、散文,等等。其实我知

道,一般来说,你们未来注定只有相当少的一部分人会从事学术研究,也就是说你们很少人将在未来的职业生涯中需要写大量的学术论文,但是你们每一个人都可能需要写一些文章。那么,跟法学专业有关的文章怎么写,我这本小书可以提供一个未必成功但很亲切的标本。

以上20本书是精选的推荐书目。有些同学认为这20本还不过瘾,怎么办呢?我们还有一份《〈宪法学〉课程进阶学习推荐书目》,其中推荐了50本书。这50本书就不再一一介绍了,我已挂在网络学堂里了,大家可以去那里下载。

说到这里,同学们不要认为我这个老师挺狠心的。我边琢磨边整理出这两份书单,其实耗了不少时间。嗯,你们的掌声让我也得到了一些补偿,但如果你们能善用它们,好好阅读其中所列的那些书籍,那么将会得到更丰厚的补偿。

接下来,我们将进入正式的绪论课的内容。

话说在国内,有很多教师在不同的学校讲授宪法,我只是其中的一员。但我也跟一些宪法学教师一样,希望能给这门课带来一些新意,不过,我绝不刻意追求“语不惊人誓不休”的效果,那违背了我的学术立场,对大家学好这门课也是无益的。那我们该追求什么呢?我认为,应该追求一种贯彻了立宪主义精神、又契合中国国情实际,且能真正有效地认识中国问题、解决中国问题的宪法理论。我曾经把这种理论体系叫作“规范宪法学”。当然,因为要尊重国内已有的主流学说,要尊重指定参考教材中的理论,我们很难在这里一起全面深入地探索“规范宪法学”,但从今天开始,我将尽量从“规范宪法学”的立场出发,跟你们一道,踏上宪法学思考的历程。

这节课要讲的绪论,就是这个历程的起点。我们主要探讨四个问题:

第一个问题,学科名称问题。

我们这个学科到底应该叫作“宪法”还是叫“宪法学”?这个问题一下子听起来会很奇怪,但是如果你细心地注意到这样一种情况:有时候人们把这个学科称为“宪法学”,而有时候又干脆称为“宪法”,而且后者还绝不是简称。比如,国内许多教材就是这样,它书名是《宪法》,但里面的内容从绪论开始却讲的是“宪法学”。那么,到底这个学科究竟应该叫“宪法”还是“宪法学”?

其实,类似的现象在其他部门法那里也一样,比如民法学,有时也叫“民法”;刑法学,有时也叫“刑法”。于是,国内的一些法理学的学者,便认为法学这

门大的学科内部,只有一门学科才有资格称作“学”——那就是“法理学”,而其他比如宪法、民法、刑法都不能叫“学”,只能直接叫“宪法”“民法”“刑法”等等。

这种说法对不对呢?这是值得斟酌的。联系到近年中国学术界在讨论一个话题,叫作“法学幼稚病”,大致是讲中国目前的法学研究太幼稚了云云,那就更值得我们重视了。

话说像宪法学这样的部门法,它能不能成为一门学科?能不能成就一种学问?可不可以冠名为“学”?包括不同的部门法的理论体系,能不能分别称作“宪法学”“民法学”“刑法学”等等?这些问题都跟我们今天研究的第一个问题有关:学科名称应当是什么?

解决了这个问题之后,还有一些例行要了解的问题,即:

第二,宪法(学)的研究对象,这门学科到底研究什么;

第三,宪法(学)的研究体系,学科的理论体系;

第四,宪法(学)的研究方法或者学习方法。

下面就一一讲解这四个问题。

## 一、学科名称:“宪法”还是“宪法学”?

首先讲第一个问题:学科名称。到底我们这个学科的名称是该叫作“宪法”还是“宪法学”,抑或二者都可以?我们刚才谈到,国内许多教材名称叫《宪法》,但是在绪论中却多次使用“宪法学”这一术语,这到底是怎么回事?

类似的情况在日本也有,前面讲到的芦部信喜教授,他的著述中就出现过。在前面我们所推荐的他的那本教材,就叫作《宪法》。但是,老人家晚年退休以后开始出版另一套体系书,书名却是《宪法学》。这套书是分卷完成的,第一卷:《宪法学Ⅰ(宪法总论)》,第二卷:《宪法学Ⅱ(人权总论)》,第三卷:《宪法学Ⅲ(人权各论Ⅰ)》。这到底是为什么呢?这个问题很重要,说起来背后有很深的学问,姑且我们可以作出这样的解答:宽泛地说,作为学科的“宪法”其实也可以称作“宪法学”,也就是说,我们这个学科既可以叫“宪法”也可以叫“宪法学”。但是,从严格意义上讲,作为学科的名称,宪法和宪法学之间又有着微妙的区别。

这种微妙的区别在哪里呢?要理解这一点,就需要先学习下面的内容,也就

是我们绪论中要讲的其他三个方面的内容,然后我们才能得出一个完整的结论。

## 二、宪法学的研究对象

那我们接下来讲第二点:宪法学的研究对象。也就是说,宪法学作为一门学科,究竟研究什么?

大家马上会说:这很简单,宪法学研究的就是“宪法”。这个说法很难说是错误的,但我们把宪法典拿过来琢磨一个晚上,是不是就算研究了宪法呢?如果是那样,那太容易了。比如,我国现行《宪法》,除了序言,还有143条,一共有17000多字,跟钱穆先生所统计的中国古代的《论语》的总字数差不多。有人可能会说,就这么多字,我脑袋聪明,一个晚上就可以搞定,甚至把它的条文全部背诵下来,又有何难!可是,如果研究宪法学真的如此简单,我的头发也不会掉得就剩下这么点儿了。

其实,从学术的角度来看,作为宪法学研究之对象的“宪法”,既具有多样性,又具有复杂性。

先说它的多样性。

作为宪法学研究对象的宪法具有多样性。大多数的宪法学家主要研究的是自己国家的宪法,而且是自己国家的现行宪法,这确实也是我们以下所说的“宪法教义学”的必然要求。当然,除了自己国家的宪法之外,还可能研究其他国家的宪法,因为其他国家的宪法理论、宪法实践的经验教训都值得我们借鉴。

大部分国家都有自己的宪法。每一个国家的宪法又都有自己的历史。

中国宪法也有多样性。现在让我们简略地回顾新中国宪法的历史。

图3是毛泽东的照片。他曾经亲自主持起草修订新中国第一部宪法。新中国迄今为止共有几部宪法?宽泛地说,共有四部,第一部就是1954年《宪法》。这部宪法跟杭州有关,起草的地方就是在杭州,办公地点在北山路84号院,住的地点在刘庄,如今改名为“西湖国宾馆”。1953年12月,毛泽东一行乘火车从北京到达杭州,准备起草《中华人民共和国宪法》,在这之前,新中国只有《中国政治协商会议共同纲领》,起到了临时宪法的作用。最终制定出1954年《宪法》。这部宪法后来经过三次的大修改,先后便有了第二部的1975年《宪法》、第三部



的1978年《宪法》和第四部的1982年《宪法》。而1978年《宪法》曾经历了两次部分修改,现行的1982年《宪法》,迄今为止则经历了五次部分修改。凡此种种,都可以、也应该纳入我们的研究范围。



图3 毛泽东曾主持起草了1954年宪法草案

那宪法学首先研究什么呢?大家注意,宪法学应该首先研究本国的现行宪法。重点在这里,其他的都是辅助的。有一个说法非常好,“宪法学是有祖国的”。当我们说宪法学的时候,首先是说自己国家的现行有效的那一部宪法。这是第一点。

其次,作为宪法学研究对象的“宪法”,又具有复杂性。

宪法复杂性表现在它既有动态的一面,又有静态的一面。而且它的结构非常复杂。从静态来看,我们首先会看到宪法文本、文本里面的条文。我为什么会叫大家买宪法典呢?因为宪法文本是我们研究的基础。我们读宪法文本的时候,首先遇到宪法的条文,但是这种条文并不那么简单,因为条文当中存在着规范。而且,一个条文可能推出多个规范。换言之,看似一个简单的条文,但是里面可能存在不同的规范。这个道理我们今后会讲到。而规范当中又存在内涵,里面有些基本概念、基本原理在起作用。所以呢,这内涵里面就涉及或形成各种概念和理论。正因为这样,对宪法静态的一面,我们就需要深入研究。而不要把静态的宪法现象,看成是简单的、波澜不惊的一种现象。

比如我们说,现行《宪法》第39条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”这个条文,只要念完小学,都

知道它说的是什么意思。但是,你真的知道这个条文当中蕴含着什么规范、规范里面蕴含着什么内涵、内涵里面蕴含着什么概念和基本理论吗?你或许说没问题,那我们来提问。这些提问就是宪法学的问题了。首先,这个条文里面只说“公民的住宅不受侵犯”,而没有直接告诉你谁不能侵犯公民的住宅,那么,根据这个条文,谁不能侵犯公民的住宅呢?是国家不能侵犯公民的住宅,还是普通公民不能侵犯公民的住宅?还是这两者都不能?这就是一个问题,要研究。独此,有不同的观点。再问,公民的住宅不受侵犯,那么在中国的外国人的住宅呢?这也是个大问题。如果说外国人的住宅可以侵犯,那我们到了外国,外国人也侵犯我们的住宅,该怎么办?有的同学说,我们去了外国没住宅啊,只是住在宾馆里面。是的,这里就要再问了:住宅不受侵犯,那么公司所在地、人们下榻的宾馆、宿舍,能不能侵犯呢?比如,班主任去学生宿舍检查同学们有没有在认真学习,一脚踹门就进去了,这算不算侵犯同学们的住宅?有人就说宿舍不是学生的住宅。这个观点说的对不对呢?我们还需要继续问:关于“侵犯”,其含义应该如何理解?踹门进去肯定是一种侵犯,但我不踹门,只在你屋外架设各种监视器,监视你、监听你,这算不算侵犯呢?接下来,“禁止非法搜查或者非法侵入”公民的住宅,那么就有合法的搜查、侵入,那么,什么情形下才是“合法的侵入”呢?再接下来一个比较根本的问题是:为什么要保护公民的住宅呢?宪法干吗要保护公民的住宅不受侵犯呢?是的,公民的住宅很重要,要保护,但是《宪法》第13条已经规定公民合法的私有财产不受侵犯,住宅往往就是公民合法的私有财产,为什么第13条已经规定这一点了,第39条还要规定公民的住宅不受侵犯呢?也就是说,第13条保护的私有财产,保护的是什么呢?而这里第39条保护的公民的住宅又是什么呢?这也需要我们去理解,否则这两条宪法条文解释和运用起来,可能就会有偏差。所以你看,宪法学学起来不容易,看上去这个条文很好懂,但是从宪法学学术的角度问一问,就知道学问有多深了。

以上说的,涉及我们对静态宪法现象的探究。这已经比较复杂了。如果我们看动态的宪法现象,那么就涉及规范的运用,其情况可能就更复杂了。我们说,有些宪法被运用,有些宪法不被运用。有些宪法的运用形态特别奇怪。一般来说,被合理运用的宪法,叫作“活的宪法”(living constitution)。不被运用、尤其是不被合理运用的宪法,我们可以叫它“死的宪法”,它制定出来之后,只是摆摆

样子,可是不用。当然,共产党在民国时期还使用过一个更加精辟的词,叫“伪宪法”。共产党批评国民党1947年的宪法,就叫“伪宪法”。不怎么被运用的宪法,有些人叫它“闲法”。比如我国1982年《宪法》,就有人说它是“闲法”。据说,根据四川人的发音,“宪法”和“闲法”都是一样的,四川人会说:“宪法嘛,就是闲法!”这个说法很委婉,因为1982年《宪法》的修改是邓小平主导的,它甚至被叫作“邓小平宪法”,而邓小平就是四川人。

宪法应该如何运用,这很复杂,需要研究;而有宪法却不怎么被运用的现象,也很复杂,也是我们要研究的课题之一。例如,首先可以研究为什么它不怎么被运用?中国古代有个说法,叫作“半部《论语》治天下”。《论语》,就大约相当于中国古代的治国纲领之类的文件。中国古代是半部《论语》治天下,当今中国约略也是如此,可以说是“半部宪法治天下”。为什么好不容易制定出一本宪法来,却只用半部?难道这里真的就体现了中国人的特殊“智慧”?那么,只用半部行不行?将来有没有可能全部用?或者即使全部用了还是不够,也就是说,本来只有一部宪法,但由于我们这个国家规模比较大,国情也比较复杂,为此是否得用两部宪法才行?这又是一个问题。如果做肯定回答,到底哪两部呢?一部就是我们通常说的那个宪法,就叫“显性宪法”吧,那还有一部应该是“隐性宪法”了。如果真是这样,那么,这“隐性宪法”又有什么内容?如何确定其内容?“隐性宪法”与“显性宪法”之间的关系又是如何?凡此种种,都是关系到每一个公民的幸福甚至是国计民生的大问题,都应该研究。

鄙人曾经写过一篇小文章,标题就是《宪法不能全然没牙》。“没有牙齿”这个说法来自西方。西方的一个观点是:哪一部法律如果没有适用性或者实效性,或者说运用不好,那它就会被说是 No Teeth——没有牙齿,为此不会咬人。许多人认为我国宪法不怎么被适用,原因是它没有牙齿,没有办法咬人,你违反它,不会被咬。不像刑法,嘿,你违反了刑法,就会被刑法惩罚,咬死你都有可能。可是当你违反宪法时,宪法却拿你没办法。这样一种情况的根源就在于目前我国的宪法没有牙齿。外国宪法的情况如何呢?这个问题比较复杂,学说有争议,以后我们会讲到。但至少成熟法治国家,我看宪法是有着牙齿的,一旦违反了它,后果必然不好。这就是宪法拥有牙齿的重要性。类似这个宪法规范的运用问题,也自然属于宪法学的研究对象。

这个问题又会引出其他许多问题。我们可以举个例子：拆迁。在我国，曾几何时，拆迁之风愈演愈烈，几乎可以形容为“像传染病一样蔓延”，其中也引发了许多惨案。有些惨案被人们称作“推土机下的血案”。20世纪90年代末，因为公务员规模过于庞大等原因，我国许多地方政府财政曾经出现严重亏空，有的甚至已经提前预支了未来好几个年度的财政。按照那样情况发展下去，有些地方政府都要在财政上“破产”了。但根据宪法规定，城市土地属于国家所有，农村和郊区的土地除了由法律特别规定属于国家所有的之外，一般属于农村集体所有，但国家也可以为了公共利益的需要，依据法律规定将它征收为国家所有。而且1988年修宪时，《宪法》第10条第4款里加上了土地使用权可以依照法律规定进行转让，即进行买卖的规定。于是各地政府就活用这个条款，经常性地转让国家所有的土地，使政府集聚了大量资金，克服了潜在的财政危机，另外，也推动了地方各项事业的发展。这样一来，一方面可以继续养活庞大的公务员队伍，甚至还能不断扩大这个队伍，另一方面也的确加速了公共事业的建设。但是，这个过程却伴随着拆迁，进而在全国各地形成拆迁风潮。大家看到的这幅图4，就是那个年代出现的：有一座房子，上面画一个圆圈，写个“拆”字，这个房子就被宣布了“死刑”，迟早要拆，但可能是房子的主人吧，却写上了自己的诉求：“坚决不拆!!!”



图4 这幅图恰好形象地呈现了宪法权利的内在结构，也反映了在当今中国公民之间，基本权利意识开始觉醒、宪法权利诉求颇为活跃的状况

这幅图应该说很形象地呈现了宪法权利的内在结构,呈现了公权力与公民基本权利之间相互冲突的图景。由拆迁导致的这种权利冲突,曾几何时相当普遍,现在还可能时有发生。那么如何解决这个问题呢?我们要明白,这终究是一个宪法问题。

当然,有些老百姓在他的房子面临拆迁的时候,不是像这样用“坚决不拆”的字样去覆盖“拆”的字样进行抵抗,而是把这个宪法的法条抄到一块小木板上,再把它立在自己房子前面,这就把宪法当成是一种“护符”一样的东西了。据说有些拆迁人员起初乍一看到这个,还真吓了一跳:“咦!宪法这么规定啊!”的确,现行宪法第13条,共有3款,第3款中的“征收征用”就可能涉及拆迁,但是根据宪法第13条第3款的规定,你政府要拆迁房屋,要征收、征用,就必须具备三个要件:一是政府必须是基于公共利益的需要才能进行的;二是政府的征收、征用,包括拆迁的行为要依据法律规定实施;三是还要考虑给予正当的补偿。那么到底什么情况下才存在公共利益的需要?这种拆迁是否有法律依据?什么样的补偿才是符合宪法要求的补偿呢?这些都需要研究,而这也是宪法学的研究内容。

宪法适用,是一个应当期待的常态。宪法适用会引出许多动态的宪法现象。首先,要对宪法进行解释。如果不解释,就适用不了。比如刚才讲的第39条。如果适用它的时候,就需要解释。其次,在宪法的适用当中,还会推动宪法的发展。所以宪法的适用,会引出宪法的解释、宪法的发展,形成一系列动态的宪法现象。此外,宪法的适用也会涉及或引申出许多问题,其中还包括:(1)适用效力,即这个条文有没有效力的问题;(2)适用方法,“怎么适用?”也是我们要研究的内容;(3)宪法判例,宪法适用中不断出现案例,案例当中,一些特别经典的案例就会成为宪法判例,一些指导性判例,英文就是 leading case,就会变成一种新的宪法规范;(4)宪法的发展,因为宪法适用,宪法会得到不断发展,它的发展历程也自然成为我们关注的重点之一。

总之,虽然说宪法学研究的就是宪法,可是刚才我们讲过了,作为宪法学研究对象的宪法本身,既具有多样性,又具有复杂性。如此丰富的内容都是我们宪法学要研究的内容,所以我们说虽然宪法学研究的是宪法,但是这个“宪法”并不简单,许多人认为其难度并不亚于民法学、刑法学、行政法学等其他部门法。

那么,总结起来,宪法学要研究的对象到底是什么呢?

马工程《宪法学》是这样说的:“所谓宪法学,是指以宪法及宪法现象为研究对象的一门法律科学。”这句话总结得不错。我个人觉得,要了解这个对象,我们不妨从另一个角度来说。第一,宪法学是以宪法为研究对象的;第二,但是这个对象具有多样复杂性的结构。因此,宪法学就形成了一个复杂的学科体系。

以上,我们通过举例说明了宪法研究对象是什么,但是将这些研究对象进行归纳整理,则要进一步考察宪法学的学科体系,因为这个宪法学的学科体系就对应了宪法学研究对象的多样复杂性结构。

### 三、宪法学的学科体系

接下来,我们讲绪论的第三个问题,即宪法学学科体系。

对于这个学科体系,我认同这样一个观点,宪法学的学科体系只有运用二分法才能认识得更加清楚一些。

首先,宪法学可以分为两大部分:

第一部分是理论宪法学,顾名思义,主要研究宪法的基础理论,它是为实用宪法学服务的。它包括宪法学之下更小的几个学科。首先是一般宪法学,即具有普遍意义的宪法学,或者说是各个国家差不多都可以适用的宪法学。这个学科是否成立,存在很大争议。因为各国都有各国的宪法,各国情况不太一样,价值观念也不太一样。但也有人认为,各国宪法在某些问题上总有一些共通的原理吧。但这些共通的原理是否存在?如果存在,其范围多大?具体有哪些?这些就需要研究。有些学者认为,各个国家的宪法,总有一些规范的原理、价值取向是一致的,而且未来人类也可以共享同样的宪法。这个想法对不对呢?主流的看法认为,这个想法有一定道理,但目前很难实现。未来不同国家间是否可以共享一部宪法呢?这个问题争议就更大了。至少目前,不同国家宪法不同。而且我们中国比较强调自己的宪法具有中国特色。但是一般宪法学可以作为学术上一个理想来追求。作为学术,确实存在这个可能的空间。比如历史上,近代德国、法国都存在过“一般国家学”这个学问。一般国家学就是研究一般意义上各个国家都能共享、共用的国家学知识。在一些国家,宪法学还是从一般国家学中

分化出来的,在近代德国、法国就是这样。所以我们说,一般宪法学能不能成立,虽然有争议,但如果有人将一般宪法学作为一个理想,我们也能够理解,只不过不能滥用一般宪法学对其他国家进行强制。在这一点上,强调有中国特色的宪法制度,也是可以理解的。再接下来,理论宪法学还包括宪法史学,主要研究宪法制度及宪法思想的发展史;比较宪法学,即对不同国家的宪法进行比较的研究;宪法社会学,即以社会学方法研究宪法现象;宪政经济学,如美国的布坎南所开创的宪法经济学;等等。

第二部分是实用宪法学,其中主要包含两小类:一类是宪法教义学,另一类叫宪法政策学。

宪法教义学乃是一门主要着力于研究某个特定的宪法(一般是研究者本国的现行宪法)之解释与适用的规范科学。我们前面讲过,本国现行宪法是研究重点,这在宪法教义学中体现得特别明显。宪法教义学是专门研究本国现行宪法是如何解释、适用的一门学问。尤其是研究本国宪法各个条文的解释。所以宪法教义学一般又被称为“宪法解释学”。同时,宪法教义学也是一种规范科学,主要是研究“ought to be”的问题,即应当怎么样的问题;而不是主要研究“to be”的问题的,即不是主要研究事实的问题。而“应当怎么样”的问题,则涉及人类的实践理性,涉及规范科学。这个大家要注意。至于宪法教义学为什么叫“教义学”,我们等下再讲。

实用宪法学还有第二个类型,叫作宪法政策学,也有人称之为“宪法政策论”。这是一门新兴的宪法学内部小学科。它是为实现宪法上的一定目的,而探究有效的法技术体系的科学。通俗地说,可以叫作“宪法制度设计学”。举个小例子,比如说司法独立这个问题,是许多国家的宪法所承认的。在中国,司法独立有没有规定呢?没有明确的规定。我们只规定了审判权、检察权行使的独立。那么这个审判权行使的独立,和西方国家的司法独立是不是一样呢?不一样。而我们的审判权行使的独立,适用得怎么样呢?效果非常差。那么怎么办?要改革。改革要达到什么目标呢?要达到的目标是:不等于西方的司法独立,但是可以吸收西方司法独立的一些做法。这是一些人的观点,而且现在逐渐确立为主流。可是,往这个方向去了之后,党的领导怎么办呢?要不要坚持党的领导?在司法审判的过程中,完全隔离党的领导行不行?这些都是宪法政策学所