

第一章 宪法与宪治

宪法是国家的根本大法，确立了国家的基本制度。宪治，又称宪法治理或宪法政治，^[1] 它是以宪法为前提，以民主政治为核心，以法治为基石，以限制国家权力、保障公民权利为目的的一种政治理念、政治形态、政治过程和治理模式。宪法不仅仅是抽象的文本，更是依照宪法文本治理国家的实践。从这个意义上说，宪法治理，或者宪法政治是国家治理的核心内容和基本路径。学习和研究宪法学，不仅要研究宪法的基本理论，更要研究和探索宪治的理论与实践。

第一节 宪法与宪治的语义分析

一、宪法的概念分析

德国学者克纳德认为，对实定宪法的理解是以宪法概念的理解为前提的，只有以宪法概念的理解为基础，我们才能分析各种宪法问题，并寻求解决问题的方法。因此，什么是宪法是实定宪法学中首先提出的课题。^[2] 但是，要给“宪法”的概念作一个明确的、大家都能认同或者接受的定义，却是一件非常困难的事。尽管今天宪法学界对于宪法的概念已经在很大层面上取得了某些共识，但至今并未形成一致的“通说”。就我国宪法学界而言，我国当代学者关于宪法概念的论述，基本上都是根据马列经典作家的阶级分析的观点、基于宪法是国家的根本法这个命题展开的。在20世纪80年代，最具代表性的，当属由吴家麟主编的统编教材《宪法学》中的定义：“宪法是国家的根本大法，是民主制度的法律化，是阶级力量对比的表现。”^[3] 后来的一些教材和著作关于宪法概念虽然在表述上有所不同，但基本没有脱离这三个方面的要素。应当说，这种从宪法的本质层面对宪法概念进行界定的方法无可厚非，但相对而言，这种界定方法更具有抽象性和理论性，而缺乏具体性和实用性。因此，自20世纪90年代以来，学者们开

[1] 如王振民就认为，所谓宪法政治，就是建立在宪法基础之上的政治，可以简称为“宪治”。见王振民：《宪法政治：开万世太平之路——中国共产党如何走出历史周期率》，《人民论坛·学术前沿》2013年8月。

[2] [德]克纳德：《德国宪法原论》，第3页。转引自韩大元等：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社2004年版，第52页。

[3] 吴家麟主编：《宪法学》，群众出版社1983年版，第46页。

始更多地从宪法的价值和功能的层面，对宪法的概念进行界定。如有学者认为：“宪法是调整国家机关与公民之间权利义务关系和国家机关之间相互关系的国家根本法。”^[1]也有学者指出：“宪法是规范民主施政规则的国家根本法，它是有关国家权力及其民主运行规则、国家基本政策以及公民基本权利义务的法律规范的总称，它是政治力量对比关系及现存社会经济结构要求的集中反映。”^[2]

值得注意的是，近年来我国学者在研究宪法概念问题时，已不再采取简单定义的方式，而是通过比较研究的方法，从不同视角进行分析，来揭示宪法概念的内涵。如莫纪宏教授指出：在宪法学教科书或者学术专著中，当使用“宪法”一词时，经常是在两种意义上来加以使用的：一种是作为一个法学的概念，一种是作为法律形式的宪法。作为法律形式的“宪法”，一般指在一个国家法律体系中具有根本法地位的法律规范的总称；而作为法学概念的宪法，它不仅具体指作为法律形式的宪法，而且还包括宪法创制、宪法监督等具体运作宪法的制度，同时，还包括了与宪法制度相关的宪治思想和各种意识形态。它泛指宪法学所研究的作为独特的社会现象而存在的宪法本质和宪法现象的总和。^[3]韩大元教授则提出从动态的视角，通过对宪法概念成立的基本条件（立宪主义和社会与国家的关系）的分析，来理解和评价宪法概念的意义与功能。^[4]

由于“宪法”一词本身包含了复杂的含义，尽管各个时期大部分宪法都具有一定的共性，但由于它们在时间或者空间上同时也具有各自的特性，因此，在宪法概念的定义问题上，强求一种统一的或是固定的模式和标准，不仅是不可能的，也是没有必要的。^[5]正如荷兰学者亨克·范·马尔赛文和格尔·范·德·唐在他们合著的《成文宪法的比较研究》一书中所指出的那样：“对宪法下一个实质性的定义是不可能的。人们当然可以研究宪法包括些什么，但是人们不能认为，某一部宪法必须包括大多数宪法中所包含的全部规定，才有权称为宪法，并以这种要求把这些发现提高到规范的水平。宪法这个词既不是一种资格，又不是一种估计，它表示一种政治法律现象，或者换句话说，宪法表示一个事实：如果这个术语仅仅这样下定义，它就可能成为进行适当科学研究的对象。”^[6]当然，这并不是说，对于宪法概念的理解是漫无边际的、随意的。宪法作为一种客观的社会存在，必然也有某些共同的、规律性的东西，这些共同的、规律性的东西除了对宪法一词的词义理解外，更重要的应当从宪法在历史的、具体的生活现实中所要完成的任务及其功能等方面来把握。

[1] 朱福惠主编：《宪法学新编》，法律出版社1999年版，第11页。

[2] 董和平、韩大元、李树忠：《宪法学》，法律出版社2000年版，第38—39页。

[3] 莫纪宏主编：《宪法学》（法律硕士专业学位研究生通用教材），社会科学文献出版社2004年版，第92、94页。

[4] 韩大元等：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社2004年版，第55—57页。

[5] 也许正因为如此，我国有的宪法学教材在谈到宪法概念问题时，并没有下一个明确的定义，而是让读者根据宪法概念的基本特征，自己去归纳和总结。从某种意义上看，这倒可能更有利于读者对这个问题的更加深入的思考和研究。

[6] [荷]亨克·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐：《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社1987年版，第294—295页。

(一) 宪法概念的语义分析

汉字中的“宪法”一词，是英语 Constitution 和 Constitutional Law（德文为 Verfassung）的翻译。Constitution 一词源于拉丁文 Constitutio，其基本含义为：（1）创立、设置、安排、整理体制；（2）状态、情况；（3）决定、确立、批准；（4）命令、指示。^[1] Constitution 作为“宪法”一词，大体上经历了从古代宪法向近代宪法演变的过程。

据学者考证，在西方最早谈论宪法问题且影响最大的，是古希腊哲学家亚里士多德。^[2] 亚里士多德曾汇集希腊 158 个城邦国家的法律，按其性质与作用，分为两类，一类为普通法律，另一类为宪法，即关于国家机关的组织与权限的法律。他认为，宪法（政体）原来就是公民（团体和个人）生活规范，^[3] 是城邦一切组织的依据，其中尤其着重于政治所由决定的“最高治权”组织。^[4] 显然，古希腊时期“宪法”一词的基本意义是关于城邦的组织 and 权限的法律，也正是因为如此，Constitution 一词也被后人译为“政体”^[5]。而在古罗马帝国的立法中，宪法一词用来表示皇帝的诏令和谕旨，以区别于市民会议通过的法律文件。如公元 212 年罗马皇帝卡拉卡拉颁布的《安托尼亚那敕令》（Constitutio Antoniniana），公元 535—565 年查士丁尼颁布的《新敕令》（Noveuae Constitutiones Justinian）等。

到了中世纪以后，又用宪法作为有关确认教会、封建主以及城市行会势力的特权，以及它们与国王之间关系的法律，如英国 1164 年颁布的规定国王与教士关系的《克拉伦敦宪法》（The Constitution of Clarendon）以及 1215 年的《大宪章》（The Great Charter）等。欧洲大陆国家也用宪法一词来表示确立国家基本制度的法律。至中世纪末，英国爆发了资产阶级革命，率先建立了代议制，确立了国王没有得到议会同意就不得征税和进行其他立法活动的原则。国家权力逐渐转移到由资产阶级代表组成的议会手中，改变了主权在君的君主制度，君主也要服从并执行体现人民主权的议会所作的决议和制定的法律。英国将这种制度称为 Constitution，即宪法，亦即确认立宪治体和制度的法律。自此，宪法一词就成了正式包含了新的意义的专用名词，成为规定国家政治制度的根本法了。^[6] 至 18 世纪末，美国颁布世界上第一部成文宪法，以根本法的形式确立了联邦政府的权力分立原则和联邦政府与州政府的权力分立原则。不久，法国也颁布了成文宪法，近代意义的宪法才得以普遍确立。

[1] 谢大任主编：《拉丁语辞典》，商务印书馆 1988 年版，第 128 页。

[2] 何华辉：《比较宪法学》，武汉大学出版社 1992 年版，第 9 页。日本学者山下威士在《宪法学和宪法》一书中也认为，亚里士多德是西方宪法概念的创始人。见山下威士：《宪法学和宪法》，转引自徐秀义、韩大元：《宪法学原理》（上），中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 49 页。

[3] [古希腊]亚里士多德：《政治学》（第 4 卷），商务印书馆 1983 年版，第 205 页。

[4] 同上，第 129 页。

[5] 商务印书馆 1983 年版的《政治学》一书中便将 Constitution 一词译为“政体”。

[6] 美国学者斯科特·戈登指出：具有政治意义的名词“宪法”是在导致 1642 年的内战爆发的英国大辩论期间开始使用的。据《牛津英语词典》，具有那种意义的词早在 12 世纪就开始使用了，但只是在内战时期的英国大辩论以及经过 1688 年“光荣革命”之后，才牢固地把“宪法”及其同源词确定为现代政治词汇的要素。（见斯科特·戈登：《控制国家——西方宪治的历史》，应奇等译，江苏人民出版社 2001 年版，第 357 页之注③。）

“宪法”一词在中国古籍中也早已有之。《国语·晋语九》：“赏善罚奸，国之宪法也”；《管子·七法》：“有一体之治，故能明号令，明宪法矣”，但是，其含义与我们现在所说的宪法是完全不同的。用汉字“宪法”翻译英语 Constitution 和德语 Verfassung，显然是受到了日本的影响。日本古代的“宪法”一词，与中国古代“宪法”一词的含义基本相同，最早有圣德太子所制《十七条宪法》，德川时代也有《宪法部类》《宪法类集》等，都属于一般意义上的法令汇编。直到德川时代的后半期，由于西方文化的传入，才开始出现 Constitution 意义上的宪法。1843 年，杉田成卿受幕府之命翻译荷兰宪法时，即将 Konstitutie 一词译为宪法。^[1] 加藤弘之在 1867 年著的《立宪治体略》一书，将德语的 Verfassung 一词也译为宪法。其后 1873 年林正明在翻译《美国宪法》《英国宪法》时，将英语 Constitution 一词译为“宪法”；同年 8 月，箕作麟祥翻译法国六法全书时，又将法语 Constitution 一词译为“宪法”。明治 15 年（1882 年）在为派遣伊藤博文等人去欧洲考察宪法的诏敕《训条》第一款中也正式使用了“宪法”字样。从此，作为现代意义的国家根本法的宪法在日本正式确立。^[2]

中国最早使用近代意义的“宪法”一词的，是清末的思想家王韬。他在同治十年（1871 年）撰写《法国志略（重订）》一书，其中写道：1791 年 9 月 14 日“民会（即议会）逼王颁布其所议定之新法，主张民权，百折千挫，不少屈挠，遂立一定宪法布行国中”。其后改良主义思想家郑观应在《盛世危言》一书中，也使用了近代意义的“宪法”一词。而“宪法”作为一个专门的法律术语，在近代中国的正式确立，是 1908 年颁布的《钦定宪法大纲》。从此，宪法正式成为一个法律部门，“宪法”一词在中国也就成为表示国家根本大法的专用名词了。

（二）宪法概念的功能分析

西方国家宪法学家在探讨宪法的概念时大都是从对宪法功能分析出发的。德国宪法学家黑塞（Konrad Hesse）在谈到宪法的概念时曾指出：“理解与把握宪法这一概念，既不能从一个预设既有的、不受人类行为影响的国家，也不能从一个先验的法之角度出发，而只能从已被阐述过的宪法任务出发。为了能恰当圆满地完成其任务，便需要一种构建性的程序——宪法。”^[3] 因此，宪法的基本功能，就是作为政治共同体（国家）的基本法秩序。从宪法的这一基本功能出发，其内涵大致包括了以下几方面：

首先，作为政治共同体的基本法秩序，宪法确立了国家的基本秩序。德国宪法学家施米特（Carl Schmitt）认为：凡是国家都必须有政治统一性和社会秩序，必须有统一性和社会秩序的某些原则，必须有在某个危险情况下、在遇到利益和权力冲突时作出权威裁决的决断机关。我们可以将政治统一性和社会秩序的这种整体状态称为宪法。^[4] 黑塞也认为：作为政治共同体的基本法秩序，宪法确立了国家应如何构建以及国家任务应

[1] [日] 酒井荣吉：《宪法学讲义》，评论社 1974 年版，第 37—38 页。

[2] 李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社 1998 年版，第 8 页。

[3] [德] 康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆 2007 年版，第 18 页。

[4] [德] 卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 5 页。

如何得以完成的指导原则。它规定了如何解决统一体内部矛盾冲突及其程序。它约束着构成政治统一体与国家行动的机关及程序。它创立了法秩序的基础与根本特征。〔1〕

其次,作为政治共同体的基本法秩序,宪法确立了国家的统治结构和统治组织及其活动原则的法律秩序和法律规则。黑塞指出:“为了获得行使国家权力的行为能力,国家需要通过各种组织机关来行使权力,而为了完成国家任务,它还需要程序性的规则,因此有组织的、合乎程序规范要求的共同行动使得创制一个法秩序成为必要。”〔2〕塞缪尔·E·芬纳(S. E. Finer)认为:“宪法就是在各政府机构及其官员之间分配职能、权力和义务,规定其与公众关系的法典。”〔3〕韦德(E. C. S. Wade)和菲利普斯(G. Godfrey Philips)也认为,狭义的宪法是指一个具有特别尊严的法律文件来规定一国政府机关的体制和基本职能,并宣告这些机关的活动所必须遵循的各种原则。〔4〕《不列颠百科全书》写道:从最广义来说,宪法是一批规则,用以管理一个有组织的团体的事务。国家的议会、教会团体、各种社会团体或工商业同业工会都可以根据称为宪法的一个正式文件的条款来进行活动。……从定义上来看,宪法内所列的一切规则始终可以认为是基本的规则,即是说所有其他规则都必须符合宪法的各项规定。〔5〕《美国百科全书》也认为:宪法是治理国家的根本法和基本原则的总体。宪法规定政府体制,政府及其所属各部门和官员的一般职能和权限,以及如何行使这些职权。对于国内人民与政府的关系,宪法通常规定其实体上和程序上的限制,还规定宪法变更时所应通过的正式修正的特定程序。就广义而言,宪法是整个国家的法律安排,并且既有公认的惯例,也有未经法律制定的习惯。〔6〕

值得注意的是,宪法确立国家的统治结构和统治组织及其活动原则的功能在现实的政治生活中,具体表现为对国家权力的规范与限制方面。日本法学家小林直树认为:“宪法是规定国家统治机构的组织规范。特别是近代宪法规定了以权力的分立为中心的国家重要机关的组织及其运行方法,并以确定国家政权应遵循的基本准则为主要目的。”〔7〕斯特朗(C. F. Strong)认为:“一国真正的宪法一定具有以下几个非常鲜明的内容:第一,各种机构是怎样组成的;第二,对这些机构须赋予什么权力;第三,这些权力应该怎样行使。……当国家各机关及它们的职权有确定的安排而不受暴君随心所欲地支配,这个国家就可以说是具有宪法。宪法的目的是限制武断的权力,换言之,宪法是用来保障被统治者的各种权利。”〔8〕卡尔·娄文斯坦(Karl Loewenstein)也认为,

〔1〕 [德] 康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第18页。

〔2〕 同上,第16页。

〔3〕 转引自龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社1985年版,第21页。

〔4〕 转引自罗豪才、吴瀚英:《资本主义国家的宪法和政治制度》,北京大学出版社1997年版,第3页。

〔5〕 《不列颠百科全书》(第15版第5卷),转引自上海社会科学院法学研究所编译:《宪法》(国外法学知识译丛),知识出版社1982年版,第2—3页。

〔6〕 《美国百科全书》(第7卷),转引自上海社会科学院法学研究所编译:《宪法》(国外法学知识译丛),知识出版社1982年版,第41页。

〔7〕 小林直树:《宪法讲义》(上),东京大学出版会1980年版,第10页。

〔8〕 《现代宪治》,1930年伦敦英文版,第10页。

“宪法是控制权力过程的基本文件，其目的在于提出限制和控制政权的范围，把规定的权力从统治者的绝对控制下解放出来，使他们在活动过程中取得合法的分享。”^[1]

其三，作为政治共同体的基本法秩序，确立了国家法律规范和法律制度的基础。韦德 (E. C. S. Wade) 和菲利普斯 (G. Godfrey Philips) 认为，广义的宪法形式，就是指涉及一国整个政体，涉及建立和规定或治理政府的法律规则的总和。^[2] 纯粹法学派创始人凯尔森 (Hans Kelsen) 认为：“国家的宪法，即通常将它的特征说成为国家的‘根本法’，是国内法律秩序的基础。”“实质宪法，不仅可以决定立法的机关和程序，而且在某种程度上，还可以决定未来法律的内容。宪法可以消极地决定法律必须不要某种内容。……宪法也可以积极地规定未来法律的一定内容。”^[3]

但是，需要指出的是，宪法作为政治共同体的基本法秩序，它的主要目的，是为了实现组成政治共同体（国家）的人类的自身利益。因为国家与国家权力不是被预先设定出来的，只有当人类生活中存在着不同利益、诉求及行为方式的多样性被约束成为统一的行为或行动，并由此构建出政治统一体时，国家与国家权力才能现实地存在。^[4] 因此，从宪法功能的价值目标出发，调整国家权力与公民权利之间的关系，无疑是宪法作为政治共同体的基本法秩序的终极价值目标。近年来我国宪法学界对宪法概念的研究，也大都强调了这一点。^[5]

（三）宪法概念的阶级分析

与西方法学家的观点不同，马列经典作家们是从阶级分析的角度，对宪法的概念及其实质进行剖析。

首先，宪法是国家的根本大法。斯大林指出：“宪法并不是法律汇编。宪法是根本法，而且仅仅是根本法。宪法并不排除将来立法机关的日常立法工作，而要求有这种工作。宪法给这种机关将来的立法工作以法律基础。”^[6] 毛泽东也认为：“世界上历来的宪政，不论是英国、法国、美国，或者是苏联，都是在革命成功有了民主事实之后，颁布一个根本大法，去承认它，这就是宪法。”^[7] “一个团体要有一个章程，一个国家也要有个章程，宪法就是一个总章程，是根本大法。”^[8]

其次，宪法是阶级斗争的产物和总结，反映了阶级力量的对比关系。列宁指出：“什么是宪法？宪法就是一张写着人民权利的纸。真正承认这些权利的保证在哪里呢？在于人民中意识到并且善于争取这些权利的各阶级的力量。”^[9] “宪法的实质在于：国

[1] 《政治权力和政府程序》，1957年芝加哥英文版，第123页。

[2] 转引自罗豪才、吴瀚英：《资本主义国家的宪法和政治制度》，北京大学出版社1997年版，第3页。

[3] [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社1996年版，第287、143页。

[4] [德]康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，第8—9页。

[5] 关于这一点，将在下文“宪法概念的特征分析”中探讨。

[6] 《关于苏联宪法草案》，载《斯大林选集》（下卷），人民出版社1979年版，第409—410页。

[7] 《新民主主义的宪政》，载《毛泽东选集》（第二卷），1991年版，第735页。

[8] 《关于中华人民共和国宪法草案》，载《毛泽东选集》（第五卷），人民出版社1977年版，第129页。

[9] 《列宁全集》（第12卷），人民出版社1987年版，第50页。

家的一切基本法律和关于选举代议机关的选举权以及代议机关的权限等等的法律，都表现了阶级斗争中各种力量的实际对比关系。”^[1] 他针对“宪法不是阶级斗争的新场所、新形式，而是一种像自由派教授们所说的‘法制’、‘法律秩序’、‘共同福利’之类的抽象的福利”的观点，指出：“专制制度也好，君主立宪也好，共和制也好，都不过是阶级斗争的不同形式。”^[2]

其三，宪法是掌握国家政权的统治阶级意志的体现。马克思在谈到不列颠宪法的实质时说过：“不列颠宪法其实只是非正式执政的、但实际上统治着资产阶级社会一切决定性领域的资产阶级和正式执政的土地贵族之间的由来已久的、过时的、陈腐的妥协。”^[3] 列宁指出：“以前所有一切宪法，以至最民主共和的宪法的精神和基本内容都归结在一个私有制上。”“资产阶级的宪法上说：‘拥护私有财产的人和乞丐是平等的。’这就是资产阶级的自由。这种‘平等’把国家统治权交给了资产阶级。”^[4] 因此，“我们的宪法，我们的苏维埃……是揭穿资产阶级民主制的一切骗人把戏的最好的宣传鼓动材料。我们公开宣布了被剥削的劳动人民的统治”。^[5]

（四）宪法概念的特征分析

宪法作为国家根本大法，是宪法所特有的（法律）属性，也是宪法与普通法律的根本区别所在。而宪法作为根本法特征的基本表现，目前宪法学界比较一致的看法，都认为体现在宪法内容的根本性、效力的最高性和修改程序的严格性这三个方面。

较早系统地提出这一观点的，是群众出版社出版的高等学校法学试用教材《宪法学》一书。其中在谈到宪法的根本法特征时，认为这个特征主要表现在以下三个方面：第一，宪法的内容和普通法律不同，宪法规定的是国家的根本制度，规定社会制度和国家制度的基本原则；第二，宪法的效力和普通法律不同，它是制定普通法律依据，普通法律的内容必须符合宪法的规定；第三，宪法的制定、修改程序和普通法律不同。^[6] 此后的一些著作和教材基本上都沿袭了这一观点，只是具体表述有所不同而已。这一观点虽然揭示了某些规律性的方面，但如果深入、仔细地研究，便不难发现，它并没有完全阐明宪法的根本法特征。因为所谓宪法的根本法特征，必然是其他规范所不具有的、而仅仅是宪法所特有的，并且是所有类型的宪法所共有的。但从上述各种观点所阐述的特征来看，首先，内容的根本性固然是宪法与其他法律的主要区别所在，可是我们也应当看到，尤其是在我们国家，除了宪法以外，执政党即中国共产党的纲领性、决策性文件的内容，同样是有关国家的根本制度和根本问题的，甚至是作为宪法内容修改和完善的指导，其根本性效力事实上要高于宪法。显然，内容的根本性并不能完全作为国家根

[1] 《列宁全集》（第17卷），人民出版社1988年版，第320页。

[2] 同上，第321页。

[3] 《马克思恩格斯全集》（第11卷），人民出版社1965年版，第108页。

[4] 《列宁选集》（第4卷），人民出版社1995年版，第122—123页。

[5] 《列宁全集》（第35卷），人民出版社1986年版，第77页。

[6] 吴家麟主编：《宪法学》，群众出版社1983年版，第21—26页。值得指出的是，该书中明确指出宪法的根本法特征表现在三个方面，但在后面的分析中，却又出现了第四个特征，即宪法的解释和监督实施有特别规定。

本法的特征的体现。

其次，上述有关宪法的根本法特征的分析，基本上都是从成文宪法的角度去分析、论证的，这无疑是片面的。因为我们所说的根本法特征，既包括了成文宪法，同样也包括了不成文宪法在内。有学者正是从这一点上，对宪法学界公认的根本法特征提出了质疑，指出：“理论界关于宪法为国家根本法的论证有待修正，原因就在于，从宪法的内容、效力和制定与修改程序三方面进行的论证只适用于成文宪法国家。然而，我们难道能够说，实行不成文宪法的英国没有国家根本法吗？”^[1]另有学者也认为，这种对宪法为根本法的解释具有很大的局限性，尤其是最高的法律效力、严格复杂的制定修改程序仅对成文宪法，特别是宪法典才适用。^[2]他还指出：一个宪法的定义即概念所包括的内容，不仅应当被作为宪法看待的事物所特有，而且还必须为每一部宪法所具备，至少是在已知的宪法中没有相反的情况存在，才算得上是一个科学的概念，不致因有相反的情况存在而使概念所揭示的事物属性发生内部的矛盾。而根本大法说的宪法概念恰恰就是在这一点上存在着逻辑上的错误和缺陷。他还专门以英国宪法为例，指出了这种以成文宪法典的属性来定义包括宪法性法律、宪法惯例在内的宪法，显然是犯了以偏概全的逻辑错误。^[3]因此，传统的分析和论证方法，具有很大的局限性，并不能准确揭示关于宪法的根本法特征的内涵。

其实，早在王世杰、钱端升合著的《比较宪法》一书中，对于宪法的特性问题，就已经作了形式上的特征和实质上的特征区分。^[4]宪法形式上的特征，主要表现在两个方面：第一，宪法的效力高于普通法律；第二，宪法的修改与普通法律不同。这种形式上的特征，是成文宪法所具备的，也就是说，这只是成文宪法在形式上具有的特征，而不是所有宪法（即包括不成文宪法在内）都必须具有的特征。宪法实质上的特征，则是从宪法的内容而言，主要包括两个方面的内容：第一，关于公民个人的基本权利和义务；第二，国家机关的组织、职权及其相互关系。这种实质上的特征，是所有宪法（不论是成文宪法，还是不成文宪法）都具备的。因此，作为严格意义上的宪法的特征，只能是实质上的特征，而不是形式上的特征。也就是说，宪法的根本法特征，只能表现在实质内容上。正确认识这一点，对于准确揭示宪法的根本法特征，是至关重要的。

那么，宪法作为国家的根本法特征，其实质内容究竟是什么？我们认为，要研究这个问题，首先不能脱离“法”这个基本的前提。宪法固然具有与普通法律不同的某些重要特征，如历史性、纲领性等，但有一点是与普通法律相同的，那就是从本质上说，它们都是“法”。研究宪法的根本法特征，自然也就应当从“法”的角度着手。就这个意义上说，宪法首先是法，或者具体说，是部门法，这是我们探讨宪法的根本法特

[1] 李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版，第141页。

[2] 王广辉：《宪法为根本法之演进》，《法学研究》2000年第2期。

[3] 王广辉：《比较宪法学》，武汉水利电力大学出版社1998年版，第18—19页。

[4] 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第2—4页。

征的法理前提,也就是说,宪法首先必须具备一般的法所具有的法理上的特征。

法是一定社会关系的调整者,统治阶级制定法的目的,是通过法来调整各方面的社会关系。而法对于社会关系的调整,是通过规定人们在一定关系中的权利与义务来实现的。例如,行政法规定的是各级行政机关权力的运作过程中的相互关系以及与公民之间的权利义务关系;民法规定的是平等主体之间的人身、财产及其有关的权利和义务关系等。宪法同样不例外,它也是调整一定的社会关系,但与其他普通法律所不同的是,宪法所调整的,是法所调整的各种社会关系中,最重要、最根本的社会关系,即国家权力与公民权利之间的关系,并体现了调整国家权力与公民权利的根本的价值理念和制度安排。在此基础上,形成了特定的法律关系,即宪法关系。正如有学者所指出的那样:宪法关系是宪法规范调整一定范围内的社会关系的结果,是社会生活中最根本的权利义务关系,直接反映着特定社会的基本利益结构和政治结构,并构成其他法律关系的基础。^[1]因此,宪法作为根本法的最主要的和最基本的特征,就在于它所调整的社会关系的根本性方面,即宪法所调整的社会关系,是一个国家中最为根本的社会关系——国家权力与公民权利的关系。^[2]这种根本性的属性,具体表现在以下几个方面:

首先,规定的原则性。原则性是宪法所调整的社会关系的根本性的突出表现。正因为宪法所调整的是一个国家中最根本的社会关系,这就决定了它在较多的情况下,对于特定社会关系的调整,通常只能是比较原则的,如对于国家权力与公民权利关系的相关规定,通常只是一些确认性的规定和制度安排,而不做具体规定。但这种原则性从另一方面来说,又正是其根本性的体现。因为这种原则性的调整是其他普通法律对于该社会关系的具体调整的基本依据和准则。

其次,内容的适用性。宪法对国家根本社会关系的调整虽然具有原则性的特点,但这种原则性与适用性并不矛盾,更不是互相排斥的。如前所述,宪法就其性质而言,同样也是“法”,并且首先是“法”,它与其他调整一定的社会关系的部门法一样,调整着特定的社会关系,即国家权力与公民权利关系。也正因为如此,宪法同样具有其他部门法所具有的一般法律特征,即适用性与制裁性。这也是宪法作为国家根本法的重要的法理前提。

其三,手段的根本性。宪法是对国家根本社会关系的调整,即国家权力的制约与规范以及公民权利保障的最根本的手段。尤其是在一些涉及公民权利的侵权案件中,当普通法律不能起到有效调整和保护的情况下,宪法作为有关公民权利保障的“最高层次”的根本法律,从理论上说,应当是公民权利保障的最终的和最有权威的法律依据,运用

[1] 徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》,中国人民公安大学出版社2001年版,第110页。

[2] 虽然有学者也认识到了宪法所调整的社会关系的根本性问题,但却只是从基本社会关系与一般社会关系的角度来区分的,如将经济关系分为基本经济关系和一般经济关系。宪法和其他法律都可能调整经济关系,所不同的是宪法调整的是基本经济关系,包括所有制关系、分配关系等基本原则;而民法、经济法等法律则是在宪法所调整的基本经济关系的指导下,对发生在生产、分配、交换、消费过程中的一般经济关系进行调整。见蒋碧昆主编:《宪法学》(修订本),中国政法大学出版社2002年版,第5页。但笔者认为,这仅仅看到了宪法所调整的社会关系的根本性的一个方面,并没有真正揭示其主要方面。

宪法手段，援用宪法的有关条文进行司法裁决，从某种意义上说，无疑是法律救济的合适的和最终的手段。这也是宪法的根本法特征的形式属性，是宪法的最高权威的体现，是宪法作为根本法的体现。

宪法之所以是国家根本法，主要因为它所调整的社会关系，即国家权力与公民权利之间的关系，是国家根本的社会关系。（公民）权利制约（国家）权力是宪法的核心，并通过这种制约关系，实现其保障公民权利的终极目标。

二、宪治的含义与特征

20世纪80年代末，我国理论界就提出了整顿宪法秩序、实行宪治的主张。郭道晖认为，宪治就是要“按照宪法的民主精神和原则治理国家；要使公民的宪法权利有法律保障，权利受到侵害时有法律保护，要使宪法授予的政府权力有法律制约，权力滥用时能受到法律追究，要提高全民特别是领导干部的宪法意识，树立宪法至高无上的权威，把国家与社会生活中多种问题提高到宪法原则上认识和对待”。^[1] 宪治概念总体而言具有三个特点，首先，在语义上更具实然性，《说文》曰：“治从水”，因水疏导则为治，它专注的是具体的方法论，它虽然也关注宪制政府应然的状态，但主要着眼点放在实然的宪制体系能否得到有效的实施上。其次，是概念上更具有清晰性，虽然西方语境中立宪主义（Constitutionism）指的只是“这是一种对于政府的法律限制，这是任意性统治的相反面向”，或者“反对以任意的判决或仅由政府官员的行政命令来统治”^[2]，但是中国语境下的立宪主义却常常被视为西方政治制度的特指，它的英文对应词是“ruled by constitution”，虽然在20世纪八九十年代被使用过，但是并没有被当作带有意识形态色彩的政治口号来使用，因此在汉语中使用宪治概念能很好地避免外语翻译概念混淆而导致的不必要的困扰。再次是指向上更具有实践性，它虽然也关心宪法和政治体系的建构，但相比之下更侧重于对宪法所规定的政治制度的实施。

宪治理论不是一种带有意识形态色彩的“主义”，而是对宪法以及宪法精神要求下的国家机制的基本运行规则理论。就其内容而言，主要体现在以下几方面：一是确立宪法的最高权威地位；二是要求国家机关的行为都按照宪法法律的规定程序进行；三是国家各机关的权力运行受到约束；四是公民合法权利受到国家保障。

从宪治的内涵以及基本要求来看，主要具有以下几方面特征：

宪治与宪法是密切联系的。宪法是实行宪治的前提，宪治是制定宪法、实施宪法的目的。因此，宪法及其有效实施是实行宪治的基础和关键。有宪法不一定有宪治，但离开了宪法，便无所谓宪治；反之，离开了宪治，宪法就只是一纸空文。从某种意义上说，实施宪法的过程，也就是宪治的过程。

[1] 郭道晖：《整顿宪法秩序，实行宪治》，《法学》1989年第4期。

[2] 晋振华：《思想史视域下的宪政主义——兼议“constitutionalism”的译法》，《河南工业大学学报（社会科学版）》2014年12月。

宪治的基本精神，是规范公共权力的运行，这也是现代民主政治的基本特征。这一精神具体表现为两项宪法原则：第一，公共权力是人民通过宪法授予的，不得行使宪法没有授予的和禁止行使的权力；第二，公共权力不得侵犯宪法所确认的公民权利，而且有义务保障公民权利的实现。

实行法治是宪治的基石。宪治是一个动态的过程，它不仅需要特定的治国理念为理论支撑，更需要一套完整的治国方略来推进，需要一套具体的制度规范为保障。而法治不仅是一种法律理念和价值精神，更是一种治国的方略，一套制度规范及其运行机制。法治体现了宪治的基本要求。宪治的精神在于规范公共权力的运行，保障公民权利，而这些都是现代法治国家的基本内涵与基本要求，它强调“法律至上”、“法律主治”、“制约权力”、“保障权利”的价值、原则和精神。法治与宪治作为现代政治文明的重要标志，两者相互联系、相互作用、相互渗透、相互补充，构成了一个统一体。

三、宪法与宪治的关系

从对宪法概念的分析中，我们可以看出，它是通过一种特定的法律文本或规范，确立现代民主政治的基本理念和价值，作为国家治理的基本的制度规范。更为重要的是，宪法给我们提供了一套语言，凭借这套语言，我们可以保护那些我们认为重要的权利。^[1]而宪治就是依照这种制度规范进行国家治理，规范公共权力的运行，保障公民权利的实现。两者在总体上是—致的，宪法的基本价值决定了宪治的目标与方向，而宪治的实践推动了宪法的发展与完善。

宪法是宪治的前提，宪治则是宪法的终极目标。宪法是静态的宪治，宪治是动态的宪法。宪法的内容直接决定宪治的内容，立宪的目的就是宪治的目的。因此，宪法与宪治的关系，是密切联系的。

宪治是宪法的内容和实施。宪治是以民主政治为核心的，没有民主的事实，没有民主政治的建立，就不可能有真正的宪法，也就不可能有宪治。而宪法是以民主政治为前提、为内容的，是民主政治的制度化、法律化。一部真正意义上的宪法应当体现现代民主政治的基本理念观念和—基本精神，即尊重人格，保障公民的权利、自由与平等，限制国家权力，同时，它要求宪法是人民行使主权的产物，并且充分体现人民主权。而这些本身就是宪治的基本内涵与要求。同样，宪治的发展，与一个国家民主政治的发展是紧密联系的，这也就意味着宪治构成了真正意义上的宪法的核心内容。同样，对于现代民主政治而言，制定宪法并不是目的，依照宪法进行治理才是其目的所在。而作为宪治的载体，任何宪治都是通过宪法的制定及其在社会生活中的实际实施而实现的，宪法实施的过程，也就是宪法治理的过程。

宪法是宪治的表现和依据。宪治以立宪（宪法）为起点，在形式上，实行宪治必

[1] [美] 桑福德·列文森：《美国不民主的宪法》，时飞译，北京大学出版社2010年版，第4页。

须有一部具有“正当性”的宪法，无宪法即无宪治，宪法是实施宪治的依据。从世界各国立宪的实践看，无不以宪法的形式（成文宪法或不成文宪法），将立宪运动所取得的成果确认下来。因此，宪法是立宪运动成果的记载和集中表现。而宪法一旦颁布实施，就成为国家的根本大法和根本的活动准则，成为实行宪治的依据。而要保证这一点，制定一部具有“正当性”的、符合社会现实的宪法就成为关键问题。

宪法作为民主政治的制度化 and 法律化，是实行宪治的前提和依据。从外在的表现形式看，实行宪治首先是以宪法规范政治行为，同时又依据宪法的规定设立国家机构，确立国家制度和社会制度的基本框架的过程；从内在的规定性来看，实行宪治是在特定的文化背景下通过制定并实施宪法，来体现民主政治的基本价值。因此，宪法的内容直接决定了宪治的内容。而在近代法治条件下，政府权力应当受到法律的限制，这种法律主要或者首先是指宪法。宪法是限权政府的产物，宪法产生的本身就标志着有限政府或限权政府由理论转化为制度。宪法是由人民或者人民选派的代表制定的，是人民主权的具体体现。政府的权力由宪法授予，宪法对政府而言既是授权法，又是控权（或限权）法。作为授权法，政府权力来自宪法的规定，没有宪法的授权，政府就不能有所作为；作为控权法，政府行使权力的范围和方式由宪法予以规定。宪法以根本法的形式确立了宪治的体制与框架，为规范和限制政府权力提供了制度保障和法律保障。

因此，宪法与宪治的关系是形式与内容的关系，是辩证统一的。宪法是宪治的表现，是实施宪治的依据。实行宪治的过程，就是宪法在实施中不断发展、完善的过程。

第二节 宪治的价值

宪治作为现代社会政治体制的一种价值选择，强调了对政府权力（国家权力）的防范、限制与对公民权利的保障，强调了政府权力的有限性、服务性与公共性。它要求在民主的基础上服从多数的同时，又强调尊重少数，保障个体自由不受侵犯；它在要求公民政治参与的同时，又强调政治参与的有序性，防止“多数人的暴政”；它在要求政府机关各司其职的同时又相互制约。因此，现代宪治的价值体系已经超越了传统宪治的范畴，从消极宪治向积极宪治演进，呈现出多元化发展的趋势。对公共权力而言，从传统的有限政府拓展到对有为政府、有能政府与有效政府的追求；对公民权利而言，从排斥公共权力的非法干预到对积极参与公共事务的保障。因此，现代宪治的价值体系的重构，实际上是围绕着共生、共治、共和三个层面展开的。

一、共生：现代宪治的价值起点

共生作为现代宪治价值起点的核心，在于对人的价值的认同、保障与实现。也就是说，认同、保障并实现人在法律面前的平等地位和权利，禁止任何人、任何群体以任何形式侵犯公民个人的正当利益与合法权利，使每一个人在国家中都能够和平共处，享受安宁的生活。从这一要求出发，在进行宪治制度设计的时候，应当首先考虑到以下几方

面的问题：

首先，要符合并促进人类共同的生存法则。平等地善待自己并努力使自己成为完整的人的自我之道、平等地善待一切人并尽力使一切人成为完整的人的仁人之道、平等地善待一切生命并努力使一切生命成为完整的生命之道，构成了人的生存法则的价值原则；全面平等地追求分配的公正和实践的公正，这是人的生存法则的价值规范。而构建这种体现人类共同生存法则的价值规范，更是宪治追求的基本价值目标。在现代社会，人类共同的生存法则不外乎自由、平等、权利与责任。国家与政府的任务，就是实现并保障公民的自由，确保公民在法律面前人人平等，维护和保障公民的权利不受任何人以任何形式的侵犯；同时，公民个人也应当承担对社会以及对他人的责任，确保他人权利不会因自己的不正当行为而受到侵犯。

其次，要追求共同的价值和信仰。共同的价值和信仰是维系一个社会和国家共存和持续的基础。人类社会在长期的发展过程中，形成了一些基本的价值理念，如自由、平等、民主、正义、法治、人权等。这些价值理念已经成为现代社会共同的信仰与追求，而最能够整合与实现这些共同价值的政治模式就是宪治，这些价值只有在现代宪治的框架之下才能够得到真正的实现。因为对共同的价值和信仰的追求不能否认和排斥对特有价值与信仰的认可，相反，正是在对特有价值与信仰认同的基础上，才形成了共同的价值和信仰，对特有价值与信仰的尊重，恰恰是共同的价值和信仰的应有之义。而现代宪治的价值，也正是在于对共同价值和信仰体系的构建，形成国家和民族的凝聚力，构建一种和谐的政治关系。

其三，要实现个人与他人、个人与社会、公民与国家的和谐共处，为实现个人价值提供一个良好的社会生态环境。宪治也是一种生活方式，是国家政治生活的一种共同规则，宪治通过一系列的制度设计，确立一套正式的、规范的行为模式，为国家和公民的行为提供一种权威的指引，为个人与他人、个人与社会、公民与国家的和谐关系确立一套行为准则，为整个社会生活的和谐共处提供制度保障。

其四，要促进社会的公共福利。现代宪法制度设计的终极价值目标是充分实现个人自由，社会正义、民主法治，以及福利社会的建立，都是以个人自由的实现为皈依的；个人的权利和自由得到维护和保障，既是实现社会正义、民主法治、福利社会的动力，更是实现社会正义、民主法治、福利社会的真正目标。也就是说，只有真正实现社会正义、民主法治、福利社会，个人的权利和自由才能真正得到切实的保障和实现。因此，促进社会的公共福利，通过“共富”的途径实现“共生”的目标，是宪治的基本的价值选择。而这一目标的实现，最终有赖于国家和政府的有效作为，更加注重政府在促进经济发展、加强社会管理、保障个人自由等方面的功效，强调政府必须创造条件，确保每一个人享受同等的权利，要求政府在经济上对贫富两极分化的现象进行干预，建立健全社会保障体系，实现财富转移和经济相对平等，以保证民主政府能够既是受到制约的又是能动进取的——也就是说，既能积极促进社会福利，与此同时，又不陷入仅仅在其组织得最好的公民之间分配利益的专制之中。要做到这一点，就需要在进行宪法制度设

计时，不能仅考虑消极地限制国家（政府）权力，而是应当考虑如何在此基础上保障权力的运行，更好地发挥其积极作用，在对权力进行有效控制的同时，采取一种积极的、能动的制度设计，以保障权力能够得到充分、有效的运行，促进社会福利，使公民权利得到切实保障，实现社会正义。

二、共治：现代宪治的价值基础

宪治的制度设计所要解决的问题不外乎以下几个方面，即（1）如何维护和保障社会成员平等的生存权利和其他权利；（2）社会公共权利应该由谁来掌握；（3）如何理性地分配国家权力。而解决上述问题的基本途径，就是通过“共治”，使国家权力服务于公民权利，实现国家利益、社会利益和个人利益的协调。

首先，人民主权是实现共治的理论基础。按照人民主权的要求，国家的一切权力来自人民并且属于人民，国家权力必须依照人民的意志来行使；政府的权力是由人民所赋予的，人民通过宪法和法律规定了政府权力运行的边界，任何超越这个边界的行为都是违法的、无效的；人民是国家的主人，政府受人民的委托行使权力，并且受到人民的监督。在现代民主政治体制下，人民主权的基本要求，就是人民通过制宪行为，确立民主的程序和民主的制度去监督、控制国家权力的行使，协调公民权利、国家权力和社会利益三者之间的关系，从而引导国家政治民主化的发展方向。而这一切的目的，是为了全体人民谋取福利，为人民服务。为了保证国家权力真正掌握在人民手中，要求人民依法享有知情权、参政权、议政权和监督权，对国家机关的活动进行监督，以保证人民赋予的权力不被滥用。当然，这里的人民并不是独立的个体，而是包括了社会各个阶层、各个集团以及公民个人。可见，人民主权集中体现了“共治”的理念，同样，人民主权也只有通过“共治”才能真正实现。

其次，公民参与是实现共治的基本要求。按照人民主权的要求，人民依法享有参政权，这也就意味着各个阶层、各个集团以及公民个人，都有参与治理国家、管理国家事务、公共事务的权利。公民参与是实现“共治”的基本要求和基本内容，也是实现人民主权的重要保证。公民参与也是现代民主政治的重要标志。实行宪治不仅需要完善的制度安排，更需要每个公民的积极参与。公民通过民主程序积极参与国家事务的管理，不仅是民主政治的保障，更是培养公民美德的重要途径。除了通过相应的制度设计，保障人民对国家事务和公共事务的参与之外，构建公民社会无疑是保障公民参与，实现“共治”的一个有效路径。公民社会强调和倡导公民个人或公民社会组织，以多种方式积极参与社会公共生活。目前我国对公民社会的认识在理论与实践方面还存在一些误区，因此全社会要进一步正确认识公民社会，改变一些人对公民社会的误解，转变对公民社会的态度，特别是各级党政官员应当对培育和发展公民社会的战略意义有深刻的认识，从而采取积极鼓励和支持合作的态度。党和政府要进一步完善法规，依法对社会组织进行管理；要加快放松对社会组织的管制，更多地给予培育和扶持。各级政府应当广泛吸收社会组织参与公共政策的制定，特别是积极发挥社会组织在社会管理创新中的重

要作用，鼓励它们承担更多的公共服务，努力营造官民共治的社会治理格局。^[1]

其三，利益协调是实现共治的重要手段。现代社会是一个利益多元的社会，如何通过利益整合，实现利益的和谐，是进行相关制度设计时应当首先考虑的问题。要实现社会的公平正义，就应当在将这种公平正义作为一种基本价值存在的同时，转换为一种政治实践，而实现这一政治实践的途径，就是宪治。因此，在宪治的体制框架内化解矛盾，实现不同阶层、不同利益群体之间的和谐，通过制度性的利益表达途径，协调利益关系，保障不同群体利益和个人利益的实现，以最终实现“共治”的目标。

三、共和：现代宪治的价值目标

作为现代宪治的基本价值追求，共和所要实现的价值目标，就是通过共生、共治，使社会的各个阶层、各个集团、每个个体都有权参与国家事务的管理，并通过法律和程序化的规则解决不同阶层、集团和个体之间的矛盾和利益冲突。现代宪治通过依照一定的原则，对公共权力进行合理的分配，规定国家机构的权限及运作程序，来体现共和精神，同时，设置一系列的政治制度来保障共和目标的实现。其具体表现，就是通过宪法，将公共权力在各国家机关之间及不同层次之间进行划分，并限定权力行使的范围和方式，以保证公共权力的依法行使，防止公共权力对个人及社会的侵害。

如前所述，促进社会的公共福利是国家的基本目标，也是宪法制度设计的基本价值取向。要促进社会的公共福利，就需要政府的积极作为，但政府的积极作为又有可能带来另外一种结果，即政府非常有可能为了追求短期的集体福利，而牺牲个人和少数群体的利益。如何才能防止这种情况的发生呢？最好的办法，就是按照共和主义的精神，对公共权力进行科学、合理的分配，组成一个完整的、体现民主精神的动态运行体制，在这个体制下，所有权力都能够依法行使，所有权力的行使都有严格的程序规则，所有权力的行使都受到有效的监督，以实现民主、自由、平等、秩序、法治、人权等要素的有机统一与完美结合。

“共”所追求的目标，是通过宪治的制度安排，使公共权力得到合理的分配，以保障其在法律范围内依法行使。人民主权标志着人民作为一个整体，享有主权，但是人民的权力又必须通过一定的制度设计将权力分散为不同组织和机构来行使的权力才能获得落实。尽管不同机构和组织的权力是由人民主权推导而来的，但是权力异化的现象却屡见不鲜，由人民的“公仆”变成人民的“主人”的现象极易产生。这实际上是一个悖论：主权要求主体归宿的集中统一，但具体的落实又要求权力的分解。要解决这一问题，就必须理性认识人民主权原则与权力制约原则的关系，通过人民主权指导下的民主制度，产生公共权力机构作为权力载体，又将公共权力机构的职能予以分化，使各权力机构之间形成相互制约、互相平衡的关系。

[1] 俞可平：《营造官民共治的社会治理新格局》，《北京日报》2011年6月13日。

人民主权不是部分阶层或利益集团的主权，而应是由各个阶层、利益集团整合的权力。而以分权制衡为主要手段的权力制约，通过吸纳、协调众多的利益，通过对权力的合理分配，从而整合各种权力，使它们共同服务于人民的利益，不至于偏离人民主权这一根本原则。可以说，尽管权力制约并不能一劳永逸地解决人民主权问题，但至少现阶段是实现人民主权最有效的手段。近现代世界各国的政治实践也充分证明了这一原理的科学性和合理性。权力制约是现阶段人民主权的主要保障措施，是对多元社会权力运行的最佳制度设计，也是实现“共和”的必由之路。

“和”所追求的目标，是政府和人民在制度化的框架之下，以理性和平的方式和手段，参与和处理国家事务和政治纠纷。这个制度化的框架，就是现代的民主制度。共和的精神是和平与宪法，^[1] 宪治保障了不同利益群体或个人的表达的权利，而法治规范了表达的方式。在现代宪治框架下，政治纠纷和社会冲突的解决，是通过“讲理”而不是“武力”来实现的。宪法和法律为政治纠纷和社会冲突的解决提供了规则与保障，有效防止了政治纠纷和社会冲突给国家和社会的正常秩序造成破坏。因此，要实现这一目标，就必须在全社会营造一个“讲理”的氛围，形成“讲理”的习惯，通过法律制度建立起“讲理”的规则，以宽容、理性、平和的心态对待分歧与冲突，并在宪法和法律的秩序范围内解决冲突。正如有学者所指出的那样，共和从字面上看就是共同和平，是大家都讲和平，放弃武力。大家都讲理，矛盾通过说理来解决，这是一个先进社会的基本标志。^[2]

第三节 宪治的文化基础

宪治作为现代社会的一种政治理念和治理模式，从其发展历史来看，虽然有着共同的思想理论基础，但同时又是基于一个国家特定的文化传统，由此也形成了不同形态的宪治模式。

一、宪治的思想基础

宪治的思想基础，源于西方的自由主义传统。从严格意义上说，自由主义作为一种政治主张，是近代启蒙运动的产物。启蒙思想家们强调人的价值即人的尊严、个体自主和自我发展，以及在政治、经济、宗教、科学等方面的个人主义信念，逐渐成了潮流，构成了现代自由主义的大部分内容。由于文化背景的不同，对自由主义的认识也不可避免地产生歧义；而这种歧义极端化发展的结果，又往往使人们对作为一种政治主张的自由主义的理解走向了它本来意义的反面。诚然，西方启蒙思想家们对自由的理解也并不完全相同，但其核心却是一致的，那就是自由是个人权利与自主的具体体现，而权利与

[1] 刘军宁：《共和·民主·宪政》，上海三联书店1998年版，第106页。

[2] 茅于軾：《全社会必须恢复讲理的风气》，《同舟共济》2010年第5期。

自主是以法律认可与保障为前提的。因此，作为启蒙思想家们所倡导的自由主义的核心内容的“自由”，实质上是一种“法律上的自由”，它要求在法律的范围内，排斥外在的强制和干预，保证个人意志的充分实现。对此，法国思想家贡斯当在“古代人的自由与现代人的自由之比较”的演讲中，就作了很好的说明：

自由是只受法律制约、而不因某个人或若干个人的专断意志受到某种方式的逮捕、拘禁、处死或虐待的权利，它是每个人表达意见、选择并从事某一职业、支配甚至滥用财产的权利，是不必经过许可、不必说明动机或事由而迁徙的权利。它是每个人与其他个人结社的权利，结社的目的或许是讨论他们的利益，或许是信奉他们以及结社者偏爱的宗教，甚至或许仅仅是以一种最适合他们本性或幻想的方式消磨几天或几小时。最后，他们每个人通过选举全部或部分官员，或通过当权者或多或少不得不得留意的代议制、申诉、要求等方式，对政府的行政施加某些影响的权利。^[1]

因此，自由是与权利密切联系在一起的，自由的本质在于对权利的认可与保障，而对权利的认可与保障，首先要求对政府权力加以有效的控制和制约，这是宪治的基本要求 and 目标。

自由主义作为一种政治思想，与法治主义是紧密联系在一起，或者说，法治主义本来就是自由主义的一部分，因为西方传统上的自由强调的就是法律之下的自由，也可以称为有法律保障的自由。当然，这种法律必须受自然法（教徒的上帝的公正的法，非教徒的正义的法）的约束，必须是良法。对自然法的尊崇和向往，使人们倾向于制定一部宪法，作为政府和人民之间的契约，在地位上高于所有其他的法律。因此，自由主义运动的结果，直接推动了近代的立宪运动。而正是在不同文化背景下形成的自由主义，产生了英国、法国、美国等不同道路、不同模式的宪治。

（一）英国立宪运动的自由主义传统

身为岛国的英国是幸运的，在当时的历史条件下不需要建立一支常备军来抵御外敌（没有所谓的陆军，但有海军）；没有常备军队的国王，他的统治很大程度上取决于贵族和地方机构的支持。贵族的权力来自诺曼底人征服之后所受封的财产（土地），在传统上，英国贵族与法国贵族不一样，没有税赋豁免权，是主要的纳税人；由于贵族身份实行的是长子继承权，其他儿子不得不从事工商活动以获得收入，这就扩充了贵族家庭的财富来源。贵族们很清楚，自己的权力和自由来自作为土地财产所有者的地位，如果不能对国王征税的权力进行控制，自身所拥有的权力、自由就会削弱乃至丧失。因此，征税需要经过纳税人的同意这一原则，早在1215年的《大宪章》之前一个世纪就形成

[1] [法] 贡斯当：《古代人的自由与现代人的自由》，阎克文等译，商务印书馆1999年版，第26页。

了。而在《大宪章》中，贵族们强迫当时的英国国王接受、并以法律的形式确立了征税需经纳税人同意的原则，建立了以遵循先例为原则的、常驻地方的法院，由此导致独立于国王的特权法院的司法制度的发展。可见，在英国实现和保障自由的一些制度设计，早在近代以前就初具雏形了；人们在以后所需做的，无非是将这些仅仅贵族所享有的特权自由^[1]，作更广泛的解释和向更多的人普及。要实现这一点，需要适当的历史契机和思想家们对自由主义思想的阐释。

对自由主义思想进行阐释，除了有文艺复兴的影响外，更大的贡献是当时颇为盛行的非国教信奉者作出的。正如格莱斯通所说的，非国教教义是英国自由主义的支柱^[2]，这一观点已被普遍接受。在英格兰，虽然多数人信奉官方的国教，但仍有相当数量的人是各种“独立派教徒”。非国教教义尤其是加尔文派的教义，极端强调个人良心自由和自身自由，强调个人能动性；并为捍卫自己的权利，以极大的狂热反对敌意的多数。由于几乎所有的宗教集团都是少数派，宗教宽容对所有各方都是不得不接受的“次优”选择；实行宗教宽容的结果是，宗教集团各方都有宣传、出版和组织的自由，由此个人世俗生活领域中个人自由和自由主义思想也可以得到发展。自由主义思想传播的结果，是越来越多的人（主要是有一定财产的知识阶级如贵族和新兴地主）意识到自身的自由权力和保障这种权力的必要性，这就为后来立宪运动的发展打下了基础。

这一时期，有许多学者宣扬自由主义和为立宪辩护，如爱德华·科克爵士从历史角度倡导英国具有限制王权的“古代宪法”，并包含在普通法之中，法院和议会都是政府中独立的权力中心；亨利·帕克则强调，政府行使强制性权力的合法来源是人民，议会和法院的安排就是保护人民的自由免遭政府专断性权力的侵害。当然，更为后世所熟悉的是约翰·洛克及其《政府论》。《政府论》的观点是，国家的权力来源于自由的人想要组成国家的愿望和自愿地订立契约来创设义务；一旦国家侵犯了个人的权利，那么国家就会瓦解；国家要建立分权机构，以保障个人的权利。以洛克为代表的思想家们，大多持有从培根以来所发展起来的英国式的经验理性传统，强调进步的取得只能在传统的基础上运用理性作局部的（边际的）改造，一切传统的东西只能演进而无法激变。因此他们所主张的后被称为英美式的自由主义思想，更多的是一种“保障性”的自由，是在传统自由的基础上不断地扩大享受自由的人的范围和自由权力的内容，保障已经获得的权利不被君主侵占。由此我们也可以看出，哈耶克等人所推崇的英国式自由主义，很大程度上并不是自主选择的结果，而是由一系列历史条件决定的，这一点是很值得我们思考的。

17世纪的英国正是在自由主义思想的影响下，夹杂着贵族、中产阶级和国王彼此的私利，通过国王与议会之间的冲突和战争的形式，建立起有效的、为后世称道的立宪

[1] 这些特权又称“英国人的权利”，包括要求公正法律程序的权利、不经正当法律程序任何人不得受到法庭的拘捕、法庭审判必须有陪审团、被告有权要求律师辩护、法庭不得使用体罚和酷刑对被告逼供，等等。

[2] [意]拉吉罗：《欧洲自由主义史》，杨军译，吉林人民出版社2001年版，第108页。

制度。而1688年光荣革命则进一步确认了这种立宪制度。在这种体制下，个人的自由，特别是人身和财产的安全，在立宪体制的意义上得到可靠的保证。

（二）法国立宪运动的自由主义传统

法国和英国立宪道路的不同，很重要的一个原因，就在于它们受到不同的自由主义思想的指导。从帕斯卡、笛卡儿以来的法国哲学家，持有一种先验理性的观点，提倡“怀疑一切”，认为除了我思以外一切都是可疑的，任何观点哪怕还有一点理由去怀疑，就应当将它视作完全谬误而加以拒绝和否定（笛卡儿的说法）；唯有经抽象理性推演出来的知识才是唯一可靠的知识，个人理性可以为一切价值判断的制定标准。以卢梭为代表的后人称为法国式或欧陆式的自由主义，往往蔑视现存的社会传统，认为现实存在的种种制度都只是人类理性与自由意志的枷锁，“人生而自由却处处受约束”。他们认为，凭借理性获得的知识，可以将社会一切不合理性的制度及其弊端一举废除，再根据审慎思考和设计，重新签订社会契约，规定每个人的义务和权利，建立能够实现人的完全自由的社会，达到改造一切不合乎理想的状态的目的。正如托克维尔在19世纪对他们的评价所说的：“他们都认为，应该用简单而基本的、从理性与自然法中汲取的法则来取代统治当代社会的复杂的传统习惯。”^[1]

18世纪法国的启蒙运动中，虽然伏尔泰等人也强调了英国的经验哲学，但法国知识分子的主流思想显然是先验理性的，法国式自由主义具有提倡彻底改造现有制度和张扬人民绝对的权利的自由主义思想。这种思想反映在宪法理论上，发展为对后世产生重要影响的“国民主权”说。在1789年的法国《人权宣言》中对这一思想作了具体阐述：“一切主权本源于国民。任何团体、任何个人都不得行使主权所未明确授予的权力。”国民主权说下的自由主义，实质上已成为一种政治自由。这种政治自由的极端化发展，使得公民政治权利的行使同时转化为一种政治义务。从而背离了自由主义的原来意义，形成一种新的不受制约的权力。^[2]正因为如此，法国革命过程中的立宪之路充满着矛盾冲突：既高举人权的旗帜，大大张扬了人性和人的权利，以理性态度重新设计社会制度，又充满了剧烈的变化、不安全和难以控制的多数人暴政行为。

（三）美国立宪运动的自由主义传统

虽然在时间上美国是第一个颁布成文宪法的国家，立宪实践也早于法国，但从自由主义思想的接受与发展来说，却是英国和法国的学生。美国作为英国的殖民地，吸收了英国限制政府权力的思想，又接受法国启蒙思想家的人权观念，在立宪实践方面，走出

[1] [法]托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，商务印书馆1992年版，第175页。

[2] 日本学者杉原泰雄在谈到“国民主权”特征时曾说过：在“国民主权”之下，主权的所有和行使必然分离，决定国家意志不可避免地要由“国民代表”作出。但是，在这里，国籍持有者作为一个整体的“国民”才是主权人，而成年人或市民（政治参与者）作为一个整体的“人民”却不是主权人。因此，即使在“人民”选举“国民代表”的成员（议员）的场合，也只是在为“国民”行使作为主权者“国民”的主权的一部分（任命权），并不是在行使自己的权利，而是在执行公务（“参政权公务说”）。同样地，当“国民代表”代替“国民”决定法律等时，并不需要顺从“人民”的意志，也不需要“人民”的承认，更不需要对人民负责（见杉原泰雄：《宪法的历史——比较宪法学新论》，吕昶等译，社会科学文献出版社2000年版，第31—32页）。

了一条自己的、综合英法自由主义之长的道路。美国独立战争，是在殖民地人民捍卫自己的英国人传统的自由的名义下爆发的，独立战争领袖们并不想彻底切断与以往的联系并重新构造政治社会，这一点是区别于法国革命的。1787年的美国宪法典型地反映了英国自由主义思想中的有限政府是好政府的观念，以三权分立、各州自治和自由选举（选举权基本局限于有财产的白种男人）等制度保证了对政府权力的有效制约。但这部宪法差一点没能通过各州的批准，主要原因是没能体现法国自由主义所强调的人权观念，正如拉法耶特评论华盛顿总统寄给他的《美国宪法》时说的，它缺少人权法案。1789年开始的第一届国会，开始讨论制定《权利法案》并于1791年通过，确保人民尤其是少数人的权利，成为最早融合英法两国自由主义的国家，在限制政府权力和张扬人权方面，进行了一系列的实验。19世纪美国在立宪方面的一个重要成就是，消除了奴隶制，在法律上将人权扩大到不论种族的所有的人。美国立宪实践的结果，反过来对英法等国的立宪运动也提供了宝贵的经验，促进了英法两国自由主义在各自国家的融合。

（四）自由主义与当代立宪运动的发展

对西方自由主义与立宪运动的历史回顾表明，自由主义是一个不断发展的过程，它不断吸收各种思想和养分，甚至是对立面提供的思想，语义也不断丰富。

近代自由主义是在新教改革强调个人自主和良心自由的基础上，吸收了古代相对于奴隶的自由人的自由的概念，并应中产阶级的需要而产生的，在发展过程中英国式的免受干预的自由和法国积极扩张个人权利的自由互相融合，并吸收了社会主义、民族主义的部分内容。

首先，从社会主义因素而言。随着工业的发展和生产性城市的扩大，工人阶级队伍日益壮大。由于农村的土地集中，失去土地的农民纷纷涌向城市，因此城市劳动力资源丰富，劳动力市场竞争激烈。雇主们竞相以可能最低的工资，来雇佣工人，造成在总的经济水平日益提高的同时，一大部分人的生活水平却被压到前所未有的低。从农村到城市的流动，以及为追逐工作机会而不断地流动，这一切给工人们带来严重的不安全感。身处信息丰富、知识普及的城市，工人们逐渐意识到了自己作为人的权利。这一切，无不激起工人对社会的反抗、对自身权利的要求和对更美好社会的向往，并在19世纪掀起一场又一场革命和运动。伴随工人运动而产生的社会主义理论，强调所有人的彻底平等和全面解放，强调在经济上提高工人的地位；特别是马克思主义，号召推翻整个社会制度，重建新的社会来实现人类解放和人的潜能的彻底发展。社会主义运动有益地补充了自由主义的内容，像诸如自由不是部分人的特权，所有人一律平等，并享有同等权利，应该关注和提高普通人的经济生活水平，关注人的全面发展和自我完善等等，逐渐在现代自由主义思想中得到强调。英、法、美等各国立宪也因此得以进一步完善，表现为：（1）议会制度进一步发展，成为各种政治力量和利益要求实现妥协的场所，从19世纪末开始，工人阶级和其他各阶层一样，能够通过政党代表在议会，通过协商和妥协，达到自己的政治要求（部分地）。（2）享受政治权利不再有财产和身份的限制，选举权开始普及每一个符合法定年龄的人，全社会都养成政治参与的意识。（3）通过累进

性税收和转移支付来降低两极分化，并建立和完善针对穷人的社会福利制度。除了日益完善的法律制度外，限制政府权力还依靠组织成政党和社团的公民组织。

其次，自由主义强调个人的自主和独立，这很容易就发展到主张一个民族集体的自主和独立，形成民族主义。美国的独立，实际上就是美洲殖民地民族意识觉醒、要求民族自决的结果。19世纪下半叶的自由主义理论中，开始注入了较多的民族主义的内容，强调独立的民族，有助于自由主义的发展。根据穆勒对自由主义的解释，人民群众参与政治，享受政治权利，承担政治生活责任，只有在同质的社会里才能发挥作用，因为共同的传统、语言等等，有助于政治思想进行交流，鼓励政治责任感的增长。^[1] 希腊的解放、意大利的独立，很大程度上都是包括了民族主义内容的自由主义运动的结果^[2]。一战后的凡尔赛和会上，以世界自由主义代言人自居的和平缔造者们，接受了民族自决的原则。正如沃特金斯所言：“因彻底接受民族主义立场，自由主义终于赢得了明显的稳固地位，而成为现代政治的主导原则。”^[3] 虽然民族主义也有可能损害自由主义，即以民族和国家的利益的名义，破坏个人的权利和社会正义，但总的来说，民族主义补充和丰富了自由主义的内容，支持了自由主义运动的发展。

因此，正是在传统自由主义理论基础上，融合了现代的一些思想主张，发展成为现代的自由主义运动。现代的自由主义包括以下几方面的内容：

对人的尊重。即一般所谓的人本主义，承认单个的人具有至高无上的内在价值或尊严，个人是政府存在的目的而不是相反，所有的人都是值得尊重的。这就要求平等对待每一个人，而不管各人的地位、财产、种族、肤色；同时一个合理的要求是，给予社会中的每一个人以平等的发展机会。因此，平等主义的要求正是从人本主义发展而来的，对每一个民族的平等尊重也是由此发展而来的。

个人自主、自决。即一般所谓的个人主义，承认个人的思想和行为属于自己，个人是自己的主人，不是他人意志的工具或对象，不受制于他不能控制的力量。民族主义提倡的民族自主、自决，也是由此发展而来的。个人的自主行动的范围，终止于其他人自主行动范围的界限上；为了确保所有人的合理自由，由法律进行一定的限制是必要的，但法律必须是良法，必须基于宪法而制定（法治主义）；同时仍然存在着一个不受法律干预的最低限度的私人领域，不能以任何理由对它进行侵犯。宪法是政府和人民之间的契约，政府是建立在公民（个人给予的）同意基础上的，政府的权威或合法性来自公民的这种同意。

自我发展。即个人应该享有通过自己的能力完善自己的个性，发展自我的潜力可

[1] [美] 弗里德里希·沃特金斯：《西方政治传统》，黄辉等译，吉林人民出版社2001年版，第181页。

[2] 希腊的解放，是拜伦这样的自由主义知识分子的道德支持，和英国在军事和外交上的支持的结果；意大利的独立，是马志尼这样的自由主义知识分子不屈不挠的努力结果。

[3] 参见 [美] 弗里德里希·沃特金斯：《西方政治传统》，黄辉等译，吉林人民出版社2001年版，第185页。

能。正如 T. H. 格林所说：“真正自由理想，是人类社会所有成员的潜能最大限度的发挥，是人们对他们自身的充分利用。”^[1] 实现人的全面自我发展，除了个人的努力，还需要有部分外在的帮助，如国家的积极行动，提供必要的政治经济条件，在人不能认识到自己真实的利益和自我本性时，可以采取部分强制措施（如禁毒）。社会主义运动强调改善人的经济地位，发展人的个性，显然是自由主义这一含义的源头之一。

可见，现代的自由主义本身就是一种价值多元的政治理论，它虽然吸收并融合了近代自由主义发展的成就，但并没有抹杀不同文化背景下的不同自由观的区别。也正因为如此，才会出现伯林所强调的两种自由的概念：消极的自由和积极的自由。消极的自由（即在一定的限度内某一个主体可以或应当被容许做他能做的事而不受到别人的干涉的自由）强调了个人自主和自决，反对他人干预；积极自由（有某种东西或个人有权去控制、干涉，从而决定某人应该去做这件事而不应该去做另一件事、应该成为另一种人的自由）则强调了人的自我发展过程中，如果个人没有认识到自身的潜力，外界进行一定程度的干预（说服甚至强制）。消极自由和积极自由都是现代自由主义的组成部分。

自由主义运动的结果，是通过立宪来保障人的自由。而由于所赖以形成和建立的自由主义背景不同，又产生了不同的立宪模式。20 世纪，尤其是二战以后西方立宪运动发展所出现的一个问题是，由于其积极方面强调政府必须创造条件，确保每一个人享受同等的权利，这就要求在经济上对贫富两极分化的现象进行干预，因为穷人和富人很难享受同样的权利。政府因此创造了累进性的税收和大规模的社会保障体系，来实现财富转移和经济相对平等。由于自由市场的自发性运作效果在 1929 年之后的世界经济大萧条中普遍得到怀疑，要求政府积极干预市场、保证经济增长和高就业的呼声越来越高，政府因此开始大规模介入经济过程的管理之中。同时对诸如吸毒等有害于人的自我发展的问题，也要求政府加强社会管理。由此带来的问题是，政府获得了大量税收、超乎寻常的干预经济和个人生活的权力，对政府进行有效的约束变得困难起来，从而形成了对个人自由的严重威胁。在此背景下，哈耶克、弗里德曼、布坎南等学者纷纷对大政府提出批评，要求减少政府实现经济平等、经济管理和社会管理方面的责任，缩小政府规模，加重个人责任，加强个人自由。但无论如何，即便是在市场经济和民主政治高度发展的今天，自由观念的强调，依然是确保立宪目标实现的重要途径；一旦背离了自由的观念，无论它体制如何完备，在一定条件下，依然会蜕变为侵犯自由的暴政。正如美国学者斯科特·戈登所言：

政治权力的多元主义分配和法治虽然对个人自由是必要的，但仍不能充分确保个人自由。在多元主义政体中，拥有立法权和执法权的人会在压制个人自由中相互合作，如果超验的宗教或民族的和社会的目标被广泛地认为要求这样做的话。……

[1] 转引自 [英] 史蒂文·卢克斯：《个人主义》，阎克文译，江苏人民出版社 2001 年版，第 119 页。

正如詹姆斯·麦迪逊意识到的，政治权力的多元分配不能充分地防止那些制定和执行法律的人滥用他们的权威，而当群众激情被唤起时，即使宪法上有保障的《权利法案》也可能只是一种捍卫个人自由的“羊皮纸屏障”（parchment barrier）。^[1]

二、宪治的人性基础

宪治的人性问题，自立宪问题提出以来，就一直是思想家与学者们所关心的问题。这个问题在后来的立宪实践中，直接对立宪制度的设计与安排产生影响。

（一）政治传统中的人性宪法

立宪运动是西方国家的产物。西方国家的宪法理念，是基于对“天赋人权”的确认与保障，而要实现这一目标，首先就必须对政府权力进行有效的监督和制约。因此，限制国家（政府）权力，构成了宪法的基本精神，宪法的核心就是“限政”，规范与制约国家权力是立宪的终极目标。

宪治作为一项制度设计，必然以人性作为其理论基础。这种对人性的考虑是基于以下三个方面的分析：首先，政治权力是与个人利益相联系的，政府是建立在个人利益的需要的基础之上的。因此，在政治制度的设计中，必须以人性作为最基本的考虑单位，即便是政府本身的运作也是如此。其次，人性具有两重性，既有善的一面，也有恶的一面。特别是对掌握政治权力的人而言，恶的一面表现为对权力拥有和行使的欲望，而一旦失去有效的约束，就有可能滥用权力；善的一面则可以表现为对公共道德的遵守和对自我的控制与约束，它是基于一种内在的道德认同而形成的，这种道德认同一旦得到发扬，就有可能形成一种对滥用权力的内在约束。其三，人性具有易变性。人有学习的能力，也有犯错误的可能，掌握政治权力的人同样也不例外。因此，在设计政治制度时，必须充分考虑到这一点，在发挥学习能力的同时，从制度上去加以规范和限制，以减少其犯错误的可能性。

西方学者对宪法的理解和认识，是基于一种预设的对双重人性的假设之上的。对执政者，持性恶的假定，这样才能防止统治者作恶；对民众，则持性善的假定，所以才要去尊重他们作为人所应有的尊严，去保障他们的自由、财产和权利。而人权要得以保障，就必须实现“有限政府”。因此，就作为限制政府权力的制度设计而言，西方的宪法理念的人性基础，就是“性恶论”。作为西方宪法精髓的权力制约思想，就是建立在这样一种假设的前提之上的，即政府是“必要的邪恶”。英国著名的哲学家大卫·休谟精辟地表述了这样一个观点：“政治作家们已经确立了这样一条准则，即在设计任何政府制度和确定几种宪法的制约和控制时，应把每个人都视为无赖——在他的全部行动中，除了谋求一己的私利外，别无其他目的。”^[2] 被称为美国宪法之父的麦迪逊说过：

[1] [美] 斯科特·戈登：《控制国家——西方宪政的历史》，应奇等译，江苏人民出版社2001年版，第88页。

[2] David Hume, "On the Interdependency of parliament", 转引自 [美] 斯蒂芬·L. 埃尔金等编：《新宪政论》，周叶谦译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第27—28页。

“如果人都是天使，就不需要任何政府了；如果是天使统治人，就不需要对政府有外来的或内在的控制了。在组织一个人统治人的政府时，最大的困难在于必须首先使政府能够管理被统治者，然后再使政府管理自身。毫无疑问，依靠人民是对政府的主要控制；但是经验教导人们，必须有辅助性的预防措施。”^[1]

美国《独立宣言》的起草人、著名的民主派人士托马斯·杰弗逊在他起草的《肯塔基州议会决议》中，更是直截了当地指出：“自由的政府，不是以信赖，而是以猜疑为基础建立的。我们用制约性的宪法约束受托于权力的人们，这不是出自信赖，而是来自猜疑。……因此，在权力问题上，不是倾听对人的信赖，而是需要用宪法之锁加以约束，以防止其行为不端。”^[2]也就是说，正因为人性是“恶”的，那些掌握权力的人更是不例外，所以为了防止这种恶性膨胀，就必须通过宪法对权力加以限制和制约。

“性恶论”的最大特点，就在于它发现了人性固有的缺陷，并基于这一点，通过构建以限权为核心的宪法制度，对人性的缺陷予以弥补，以防止政治权力被滥用而使人民权利遭受侵犯。近代的西方国家的宪治理念，正是建立在这种“性恶论”的人性预设之上的。

（二）人性论对当代宪法的影响

近代西方宪法理念对人性的预设是：人性是不完善的，有自私和滥用力量的倾向。这种预设，是源于古希伯来宗教文化中的“幽黯意识”。^[3]这种“幽黯意识”使人的存在构成了一个悖论：人有与生俱来的神性与尊荣，同时又有根深蒂固的罪恶和难以遏制的堕落趋势。因为人性的这种双重性，人变成了一种可上可下的“居间动物”。这种人性观，对西方宪法理念的发展产生了重要影响。

人有欲望，这是人的一种动物的本能；人对权力的欲望，则是作为社会人的一种本能，而这种本能的自由发展，可能导致两种结果：其一，如孟德斯鸠所言：“一切有权力的人都容易滥用力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。说也奇怪，就是品德本身也是需要界限的！”^[4]其二，如阿克顿勋爵所言：“绝对权力会败坏社会道德。”“历史并不是由道德上无辜的一双双手所编织的一张网。在所有使人类腐化堕落和道德败坏的因素中，权力是出现频率最多和最活跃的因素。”因此，“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败。”^[5]对权力的欲望与追求的本能，在中国传统政治文化中的“德治主义”看来，无疑是人性的一种缺陷，所以需要通过弘扬道德教化的途径来弥补；而在西方的“立宪主义”看来，这根本就是人性

[1] [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，商务印书馆1997年版，第264页。

[2] [日] 杉原泰雄：《宪法的历史——比较宪法学新论》，吕昶等译，社会科学文献出版社2000年版，第22—23页。

[3] 关于这个问题，可参见张灏：《幽黯意识与民主传统》，载《市场逻辑与国家观念》（公共论丛），生活·读书·新知三联书店1995年版。

[4] [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1982年版，第154页。

[5] [英] 阿克顿：《自由与权力——阿克顿勋爵论说文集》，侯健、落亚峰译，商务印书馆2001年版，第342页。

“恶”的潜能，当它与现实的权力结合的时候，这种潜能就有可能转变成为现实的恶，并最终导致权力本身的异化。它不可能靠人自身的道德约束来防范，而只能通过制度与法律来防范，将权力被滥用的危险减少到最低限度。也正因为如此，孟德斯鸠才得出了“从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力”的结论。也正是基于这种人性预设，才出现了近代西方国家的限权与法治精神、建立有限政府、实行分权制衡的宪法理念和制度设计。

然而，虽然建立在这种宪法理念之上的制度设计可能是一种合理的设计，但绝不是完美的设计。因为制度设计并不仅仅是防止“恶”，更重要的是追求“善”，这正是建立政治秩序的终极目标。西方宪法理论对人性的双重预设的本来意义，是通过“必要的恶”的限制，达到尊重个人的尊严、保障其生命、自由和财产等权利的目的，这也是社会正义所在。早在古希腊时期，柏拉图就已经指出了这一点。他认为，政治秩序的目的就是为实现正义而建立的道德秩序，立法者在制定法律时，应以整体道德为目的。在他的道德体系中，又以善和正义为核心。善是道德内在的最高标准，是一切事物的根源和处理一切事物的准则。国家的目的，不仅是维持人类共同生活的外部利益，更在于实现人类的道德以达到“善”的境界；正义则是道德的外在要求，善在人类世界中的体现就是正义，唯有正义才能确保国家及其成员的最高的善。正义与善的结合，构成了道德秩序的基本内容。法律是一种外在的权威，是国家维持道德秩序的手段，它的作用是禁止人们放纵欲望，最终目的是维护个人正义的品德。

建立在性恶论的人性预设之上的制度设计，虽然充分实现了对权力的规范与制约，有效地达到了限制公共权力的目的（对于这一点，我们必须予以充分肯定），但这种制度设计的背后所隐含的，正是对人性堕落、道德沦丧的警觉与无奈。这也就决定了西方立宪的理念与制度设计，是建立在预设的人性缺陷的基础上的，因而这种制度设计本身也必然是有缺陷的。令人啼笑皆非的是，这种缺陷的最主要的方面，恰恰就在于它背离了这种制度设计最原始的意义，即通过对权力的限制达到对权利的保护。对此，美国法律哲学家博登海默曾作过精辟的论述，他说：“制定规范的目的就在于反对和防止无序状态，亦即是反对和防止无结构的发展（structureless growth），因为这种发展会把社会变成一个连路都没有的大丛林。由于始终存在着这样一种危险，即人们在运用一些服务于有益目的的制度的时候有可能超越这些制度的法定范围，所以在某些历史条件下可能会发生把管理变成强制、把控制变成压制的现象。如果法律制度为了限制私人权力和政府权力而规定的制衡原则变得过分严厉和僵化，那么一些颇有助益的拓展和尝试也会因此遭到扼杀。”^[1]

[1] [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第403—404页。

三、立宪模式与本土文化

西方各国的宪法理念尽管是相近的，但各国的立宪道路、立宪体制却不尽相同。即便是那些从政治上和法律上被认为是同一血统、同一法系的国家（如英国和美国），其立宪体制、立宪模式也是大相径庭。其间一个主要因素，就是本土文化传统的特异性。这种本土文化传统的特异性，直接决定了立宪运动发生与发展的道路，以及立宪模式的基本特征。

（一）从立宪运动发生与发展的道路看，各国历史与文化背景的不同，决定了它们各自选择了一条不同的道路

英国是世界上最早立宪的国家。它的宪法制度并不是理性的选择，而纯粹是传统经验的产物，“英国的宪政史表明它是一种为满足不断变化的文明的需要而对机构加以发展和修正的持续实验的过程”。^[1]日本的宪法学家佐藤功在谈到英国宪法的发展特点时指出：“在英国，政府是由中世纪封建的制度自然而然地发展起来的。在那里经常在同—个基地上建筑起新的建筑物。就是说一个时代的制度经常是前一个时代制度的延长和延续。”因此，英国宪法完全是历史的产物，是基于许多无意识的因素而形成的。^[2]这种情况的发生，与英国民族所特有的自由主义传统与保守性的特点，在某种意义上有着直接的联系。自由主义传统使英国人敌视君主专制；保守性传统又使英国人对历史经验情有独钟。正是这种自由主义与保守性的民族文化，决定了他们在立宪模式选择方面，走了一条独特的发展道路。

与英国的经验主义不同，美国的宪法在很大程度上是从现实主义的观点出发的，是实践的产物。用亚当斯的话说，“美国宪法本身是一个反抗中的民族在迫切需要的困境中硬给逼出来的。”^[3]美国的政治制度从历史渊源上说，与英国有着紧密的联系。然而，立宪道路的不同，使得美国最终并没有承袭英国的立宪模式，而是开创了一条新的道路。英国在北美的暴政，给北美人民留下了很深的印象，独立战争中发表的《独立宣言》的首要宗旨，就是主张破坏宗主国英国政府的权威，其结果是任何中央集权制政府均被当作专制的同义语而遭到排斥，以至于在北美独立后很长一段时间里，都没有建立一个真正意义上的中央政府。这就给摆脱了英国的束缚、急于进一步繁荣的资本主义工商业在发展道路上设置了障碍。为了改变这种状况，为北美资本主义工商业的发展开拓道路，就要求建立一个强有力的中央政府，但同时又必须保证这个中央政府的权力不至于构成对人民权利的伤害。这也就构成了后来费城制宪会议的中心议题。“所以他们在创立新政府时，谨慎地限制政治权力的运用。殖民地人民相信，所有的人有自治的权

[1] [英] W. Ivor. 詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞、侯健译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第7页。

[2] [日] 佐藤功：《比较政治制度》，刘庆林、张光博译，法律出版社1984年版，第109页。

[3] John Quincy Adams, “The Jubilee Discourse of the Constitution: A Discourse (1839)”, 转引自 [美] 爱德华·S·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第II页。

利，任何政府都不能在未得到被统治者同意的情况下进行统治。”^[1]

相比较而言，法国的立宪道路更具理性的、革命性的色彩。与英国的历史经验积累不同，法国的宪法是从普遍的、理念的、抽象的观点出发的，并通过革命的实践，将这些理念和观点在制度上确立下来。更多的是思想的启蒙和理性的选择。佐藤功在谈到英法两国宪法在发展道路上的不同时这样说过：“简单地说，在法国是政治理论先行于实际的政治变革，而在英国则是政治哲学追随着实际的政治变革。”“在英国人看来，法国的政治运动，太过于充满学理性的热情了，这样看不是没有道理的。”^[2]

耐人寻味的是，除了英国以外，美国、法国不论是从立宪理念还是立宪实践，都有历史的经验可以借鉴，并且从某种意义上说，他们也的确是企图从历史的经验中去寻找可资借鉴的理论（法国启蒙思想家对英国分权学说的继承就是一个例子），但最后却各自走了一条完全不同的道路。其间的原因，就是各国的历史与文化传统上的差异（这种差异在具体的宪法制度上表现得尤为显著）。因此，真正的或者完全的立宪道路，只能是本国历史与实践的产物。

（二）从各国宪法的表现形式看，外在形式的选择，同样取决于本国的具体情况

在这方面，英国宪法与美国宪法的不同，就是一个鲜明的例子。英美两国在文化传统方面有着深厚的历史渊源。美国的法律制度，在很大程度上是继承了英国法的传统。所以从法律体系而言，英美属于同一法系，正是由这种历史渊源所决定的。但在宪法形式上却是一个例外。英国的不成文宪法的形式，是一种建立在本土文化基础之上的历史经验的产物。埃德蒙·伯克认为：英国不需要一部成文宪法，是因为它的历史以在政治理想和伦理价值上一种普遍合意的形式，提供了对自由的唯一的真实的保障。如果没有这种合意，任何一纸条文都根本无法为自由提供保障。因此，没有传统的支持，一部成文宪法不过是一纸空文。^[3]

而美国人则不同。参加制宪会议的代表们都是希望秩序安定的有产者阶层。宪法就是这些人的作品。他们不是从普遍的、理念的、抽象的观点出发，而完全是从现实主义的观点出发来制定这一宪法的。^[4] 在这种情况下，看到了足够的英国历史的美国人所需要的，自然是比历史所能提供的更多的东西，并采取书面的形式确立下来。对他们来说，成文宪法当然是最好的、最稳妥的选择了。这就使美国在宪法上并没有承袭英国的不成文法传统，而是另辟蹊径，采取了成文宪法的模式。

（三）从作为各国立宪制度核心内容的分权制度来看

分权作为一项宪法制度，最早是在英国确立的。但是，促使英国实行这种分权制度

[1] [美] 麦克斯·J. 斯基德摩、马歇尔·卡特·特里普：《美国政府简介》，张帆、林琳译，中国经济出版社1998年版，第5页。

[2] [日] 佐藤功：《比较政治制度》，刘庆林、张光博译，法律出版社1984年版，第55—56页。

[3] [美] 肯尼斯·W. 汤普森编：《宪法的政治理论》，张志铭译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第87页。

[4] [日] 佐藤功：《比较政治制度》，刘庆林、张光博译，法律出版社1984年版，第204—205页。

的“并不是政治理论，而是政治经验、逻辑以及某些偶然事件”。^[1]然而，这种制度经过法国启蒙思想家孟德斯鸠的理论上的发展，成为宪法制度的基本要素之一。孟德斯鸠的分权学说虽然是以英国宪法制度为范例的，但他所规划的三权分立的模式，在英国、美国和法国的具体表现却是各不相同的。

因此，从西方宪法发展的历史，我们可以看出，在宪法发生与发展的道路，以及立宪模式的选择方面，本土文化传统是一个重要的因素。一个国家的宪法制度的建立，借鉴、移植外来的宪法文化和既有的立宪模式，是一个不可缺少的过程，但是，这种借鉴与移植必须建立在本土文化基础上。

第四节 宪治的要素

宪治的内涵是相当丰富的，并且与宪治所追求的价值取向是密切联系的。就宪治的内涵而言，大体上应当包括以下几方面要素：

一、宪治与宪法

我们前面在谈到宪治与宪法的关系时也指出，宪治是以宪法的存在为前提的，是宪法这一法律形式在实际生活中的展开和实现。这里的宪法，既包括成文的宪法典，也包括不成文宪法，但必须是真正的、宪治意义上的宪法。一部反映并且旨在促进宪治精神的具有“正当性”的宪法应当具备以下一些基本要素：（1）必须宣布人民享有统治国家的权力，并在事实上使国家的权威来自人民的意志；（2）应当规范政府的活动，政府只能依法行使权力，任何政府机构，超越宪法和法律规定的权限就是违法。为了做到这一点，国家权力机构的宪法设计必须具有分权和制衡机制；（3）必须明确一个违宪审查机构，并建立相应的制度与程序，使国家机器的运作遵守宪法的规定，而且当宪法原则被破坏时，该机构有权采取措施，宣布违宪行为无效并提出相应的补救措施；（4）必须规定和保障一个独立的司法制度；（5）必须尊重和保障个人权利。^[2]宪法本身的这种正当性体现了宪法所蕴涵的价值取向，它具体表现为体现宪治意义上所需要的宪法观念和宪法精神；而宪治是宪法精神实现的一个动态过程，宪法的内容直接决定了宪治的内容，因此，宪治的前提是宪法内容的科学性和完备性，决定了宪治的价值。如果宪法本身缺乏正当性的基础，那么宪治也就失去了存在的价值与意义。

二、宪治与民主

宪治与民主是密切联系的，是对民主事实的确认和对民主政治的制度保障，没有民主的事实，是不可能真正有真正意义上的宪治的。对此，毛泽东就曾指出：“世界上历

[1] [英] W. Ivor. 詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞、侯健译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第7页。

[2] 参见李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社1998年版，第149—151页。

来的宪政，不论是英国、法国、美国，或者是苏联，都是在革命成功有了民主事实之后，颁布一个根本大法，去承认它，这就是宪法。”^[1] 宪治是以民主政治为核心的，民主、自由、法治都是宪治的基本要素。离开了民主，也就谈不上什么宪治。但是，民主并不等于民主政治，更不等于宪治。

民主强调的是公民的政治参与程度。民主理论是建立在这样一种观念之上，即人应当受到尊重，必须享有较大程度的自治和对政治生活的广泛参与。在现代国家，公民的政治参与的形式，除了完全的自治和直接的参政外（事实上，由于各种客观条件的限制，这种直接民主的形式只能是在有限的地域和范围内行使），更普遍的是间接民主的形式，即通过将权力授予或委托给自由选举出来的代表来行使。于是，定期的、普遍的、自由的、平等的选举，以及为实现这种选举所必需的政治交往、结社和表达自由便成为民主的最高法则。为了保障公民的政治参与，宪法中对公民政治参与的各项民主权利，如选举权与被选举权、言论自由、结社自由等作了明确规定。可以说，民主构成了宪法公民权利的基本内容，宪法则是民主的制度保障和法律保障。

宪治注重的是如何通过对公共权力的限制来达到保障公民个人权利的目的，认为不论什么人掌握国家权力，都要受制于宪法和公民的宪法权利。对于一个政府，宪治所关心的不是它能做什么，而是它不能做什么。民主规定谁拥有并掌握国家权力，宪治则规定的是运行国家权力的方式。宪治的基本价值目标是个人自由和法律秩序，这一目标是通过宪法对公民权利的保障和对国家机关权力的限制来实现的。它关注于最大限度地“保护社会成员彼此不受侵害……同时将政府侵害其公民的机会降至最小程度”，它的目标就是“避免暴政”。

虽然宪治与民主并不是一回事，但从理论上说，两者之间的关系是显而易见的。宪治理论试图通过限制和规范公共权力来减少和防范其侵犯个人权利与尊严的风险；民主理论则试图通过直接或者间接地促进政治程序中的参与来限制这种风险。事实上，一个理想的社会只存有民主不行，只存有宪治也不行。在没有宪法制度化限制的地方，人民的政府很可能堕落成为一小部分人的甚至是独裁的政府；而缺少民主的宪治同样存在着危险：由于宪治过于关注对国家及政府权力的控制，这容易使政府成为无能的傀儡。而解决问题的办法之一，就在于将民主理论与立宪主义结合起来，通过国家权力的内部分工和制约，来实现人民意志和公民权利的实施。它包括了对公民权利的保障、对国家权力的控制和对代议制民主的发展。这种政制一方面给人民提供了广泛的政治参与、公平的政治交流和结合、定期的自由选举的机会，另一方面又对政府设置了规范化、制度化的限制。^[2]

三、宪治与限权

宪治的本质是对政治权力的有效规范和制约，目的在于有效地限制国家权力的行

[1] 《新民主主义的宪政》，载《毛泽东选集》（第二卷），人民出版社1991年版，第735页。

[2] 参见程燎原：《从法制到法治》，法律出版社1999年版，第246页。

使，使政治权力的运行合理化、规范化。规范和限制公共权力是宪治的基本要求和特征，也是现代国家有关权力分配和国家组织的基本原则。资本主义国家普遍采用分权制衡作为权力制约的手段，它有两个基本特点：第一，把国家权力分为立法权、行政权和司法权，并分别由三个不同的国家机关去行使；第二，在不同的国家机关之间建立一种相互平衡、相互制约的关系。尽管在不同国家，分权制衡的表现形式并不完全一致，但分权的精神却始终贯彻于国家权力的划分及统治方式之中。而社会主义国家则以民主集中制作为国家权力运行的基本原则。但无论是何种宪治的模式，终极目标就是要将宪法对国家权力的规范落到实处，通过规定国家权力运作的范围、方式和程序，使国家权力在宪法设定的规范内有效地运行。任何国家权力都必须通过适当的形式才能实现，宪治就是通过规定国家的政权组织形式和国家结构形式等方面的问题，使国家权力的运行和实现规范化，以实现巩固国家权力的需要。同时，任何国家权力都有一定的运行法则。宪治通过规定国家机构的组织活动原则，使国家机关权责分明，运行有序，既能减少、避免冲突和内耗，更能防止国家权力的滥用，保障公民权利和自由的切实实现。

因此，宪治是一种法律化的政治秩序，即限定和钳制政治权力的公共规则和制度。通过确定依法行使权力的主体和行使权力的程序，把行使权力的活动纳入宪法和法律所要求的范围之内，是宪治的基本内容和本质要求。在这一方面，宪治与法治有共同的价值目标，即保障公民权利免受国家权力的非法侵犯，而为了达到这一目的，必须限制政府权力。宪治不仅通过宪法的制定，为规范、有效地限制政府权力规定了一套制约与平衡政治权力的制度设计，而且通过这一套制度设计的规范、有效地运作，来实现限制政府权力的目的。当然，这种对政府权力的限制并不仅仅是消极的“防御”，更表现为一种通过政府权力的能动作用，保障并实现公民权利。就宪治在限权方面的现代意义而言，它不仅仅是关注政府“不能做什么”，更重要的是应当关注政府“不能不做什么”。

四、宪治与法治

如前所述，对权力进行有效制约和限制是宪治的本质要求，其含义是将国家权力的运行有效地控制在法律的范围之内，而要实现这一点，就必须有健全的法治。法治首先意味着政府和公民都要严格依照法律规定办事，以法律作为自己行为的准则，国家和政府权力来自宪法和法律的授权，必须受到宪法和法律的限制。法治的基本要求，就是通过规范和限制政府权力，以保障公民权利。因此，就法治的终极价值目标而言，就在于通过规范、限制政府权力，以保障公民权利。法治在本质上排斥权力的专横，要求通过一系列的制度设计，限制政府权力，规范政府权力的运作。另一方面，法治又是个人自由的重要保障。法治划定了人们行动范围的基本界限，在法律规定的范围内，人们享有充分的自由，法治保护这种自由免遭政府和他人的干预和侵犯。而这一目标，只有通过实行宪治才能真正地、完全地实现。

首先，宪法作为国家的根本大法，具有最高的法律效力，是一切法律制定和修改的

依据和基本准则。法治是建立在公开的、明确的和稳定的法律体现之上的，而宪法是一个国家法律统一和稳定的基础。宪法规定了法律制定与适用的基本原则，任何法律的内容都不得违反宪法，否则就会因为违宪而无效。就法治的制度设计而言，首要目标是宪法至上和法律至上，而宪法至上又是宪治的标志和追求的基本目标，它意味着宪法对所约定的权利、平等、自由的保护及对权力的限制原则不可动摇，宪法具有最高权威，在社会生活中居于至尊的地位。依法治国，首先是依宪治国，即运用宪法所确立的民主原则和法治精神来治理国家。宪法至上是现代法治国家的一个重要标志，也是宪治的首要标志。因此，依法治国的核心与实质就是依宪治国。

其次，宪治的基本目的，就在于规范、限制政府权力，保障公民权利；而法治充分体现了宪治的这一要求。宪治要求对政府的权力加以限制，它还要求权力的相互制衡，要求一切公共事务依据正当的法律和法律程序来处理。而这些都是法治的固有之义。法治要求社会的每一个组织和个人都应当服从法律，并且首先要求政府遵守、服从法律，也就是说，政府的权力必须受到法律的限制和制约。宪治关于限制国家权力的功能，只有在法治条件下，才能真正得到切实有效的发挥。

其三，宪治是实行法治的基本要求和必要条件，同时也是实行法治的重要保障。按《牛津法律大词典》的解释，法治“意指所有的权威机构、立法、行政、司法及其他机构都要服从某些原则。这些原则一般被看作是表达了法律的各种特征，如：正义的基础原则、道德原则、公平和合理的诉讼程序的概念，它含有对个人的至高无上的价值观念的尊严和尊重”。“在任何法律制度中，法治的内容是，对立法权的限制；反对滥用行政权的保护措施；获得法律的忠告、帮助和保护的大量平等的机会；对个人和团体各种权利和自由的正当保护；以及在法律面前人人平等。……它不强调政府要维护和执行法律及秩序，而是说明政府本身要服从法律制度；而不能不顾法律或重新制定适应本身利益的法律。”^[1]显然，只有真正实现宪治，法治的这些原则才能真正得到贯彻。只有宪治条件之下的法治，才是完善的法治；只有宪治保障的法治，才是真正的法治。

五、宪治与人权

一切政治法律制度的设计归根到底应体现为对人的关怀、对人权的尊重和保障。现代国家的宪法对人权保障都作了具体规定，但宪法对人权的保障仅仅是停留在一种静态的条文中，不能真正反映人权保障的现实。而只有通过宪治的实践，通过宪治制度的实际运作，才能真正将宪法所确认并保障的人权落到实处。宪治的基本目标是保障人权，使宪法和法律所确认的公民权利在现实生活中得以实现。宪法是否具有正当性、是否具有民主的事实、国家权力是否得到有效的控制，以及是否具备健全的法治，都只有在人权保障的实际状况中得到证实。因此，保障人权体现了宪治的价值追求，它不仅是宪法

[1] 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第146页。

和宪治的核心内容，也是宪治赖以存在和发展的最高目标。

近代宪治从一开始，就将保障人权作为其价值目标。作为英国宪治确立标志的《人身保护法》(1679年)、《权利法案》(1689年)、《王位继承法》(1701年)等宪法性法律文件，以及更早的《大宪章》(1215年)，其基本精神就是限制王权的专横，保障基本人权。在美国，1776年通过的《独立宣言》，确立了以人权为根本，权力来自权利并受到制约的宪治精神。在法国，1791年制宪会议通过的第一部宪法，即以《人权宣言》作为整个宪法的序言。现代各国宪法，几乎无一例外地载有人权保障的专门章节。因此，保障人权也构成了宪治制度的基本内容。

各国宪治制度主要通过以下形式实现保障人权的价值目标。第一，通过宪法直接规定基本权利与自由来保障基本人权。这一方面体现了人权的根本性地位，另一方面也说明了国家将着重保障这些权利的实现。第二，通过对国家权力进行合理配置，使权力之间相互制衡，从而防止国家权力的滥用对人权的侵害。第三，通过宪法保障制度实现人权保障。第四，通过宪法以外的基本法律法规的执行来保障人权。宪法是国家的根本大法，具有极强的原则性和纲领性。它需要制定一般法律法规予以具体化，这意味着宪法的完全实现至少是部分宪法条款的完全实现必须通过一般法律法规的实施来完成。这些一般法律法规是宪治精神的具体化，是人权保障的具体化。如刑法、民法等是对人权的实体保障，诉讼法是对人权的程序保障。一般法律法规的制定及其实施过程，既是宪法的要求，也是宪治的重要组成部分。^[1]

六、宪治与妥协

宪法的政治实质，在于它作为统治阶级意志和利益的集中表现，客观地反映了各种政治力量的对比关系。列宁曾经指出：“宪法的实质在于：国家的一切基本法律和关于选举代议机关的选举权以及代议机关的权限等等的法律，都表现了阶级斗争中各种力量的实际对比关系。”^[2]这里所说的“各种力量的实际对比关系”，是指各种政治力量，包括阶级力量、各阶级联合力量、同一阶级内部各种政治派别的力量以及社会上各种组织、利益集团的力量等。宪法是统治阶级意志的体现，但当统治阶级意志上升为宪法的时候，并不是一种随心所欲，而是对各种政治力量和社会利益的协调、整合。这种协调、整合的实现，可以通过多元的途径，包括斗争和冲突的途径来实现，但从建立稳定的宪治秩序的目标出发，这种协调与整合，最终应当是通过协商的途径来实现的。近代宪法与宪治制度的建立，就是这种多元政治力量进行斗争、协商与妥协的结果。

(一) 从宪法的产生来看

世界上最早的宪法一般都是在革命的过程中产生的。在整个宪法制定的过程中，充满了矛盾、斗争乃至暴力冲突。但一个值得注意的现象是，无论这种冲突激烈到何种程

[1] 参见谢维雁：《宪治基本价值论》，《社会科学研究》1998年第6期。

[2] 《列宁全集》(第17卷)，人民出版社1988年版，第320页。

度，真正的、宪治意义上的宪法的确立，最终还是协商与妥协的结果。矛盾与冲突的双方就其内部结构而言，同样也是由代表不同利益的阶层或阶级所构成的，它们之间同样也存在着矛盾和利益冲突。因此，在结束冲突、建立宪治秩序的过程中，曾经出现过不同情形：一种是通过政治上的协商，实现新的利益的整合，结束冲突，建立宪治秩序（如英国）；另一种则是在革命中取得胜利的集团内的各个利益阶层为自身利益，重新再以冲突的方式，进行新的利益整合，结果却无非只是延续了冲突而已（如法国），但宪治秩序的建立，最终还是通过协商来实现。^[1] 因此，建立宪治的目的不是继续寻求对立，而是结束冲突，寻求妥协。这显然不能通过冲突来实现，而只能通过协商来实现。

（二）从宪法制定的过程来看

立宪过程就其根本而言，实际上就是一个社会公众根据公认的宪法原则和已达成的共识，对有关问题进行协商的过程。正如有学者所指出的那样：“立宪实际上是一个公众讨论政治的过程，宪法则是这种讨论的结果：公众就国家存在之目的、政府权力的来源、政府组织和运作之程序、公民权利等一系列问题进行讨论，然后将讨论的结果用清楚的法律语言写在纸上，使其成为一种对政府和公民同时具有神圣约束力的政治契约。”^[2] 这种公众的讨论，就是基于特定利益基础之上的协商，它构成了民主社会立宪构成中的特定的程序。

值得注意的是，体现在宪法制定中的协商过程，就其本质而言，是由宪法所赖以存在和建立的经济基础的特性所决定的。现代宪法从本质上说是市场经济的产物，宪法是建立在市场经济基础之上的民主政治的制度化和法律化的表现。在市场经济中，市场的各种活动都是以交易的形式表现出来的，而交易本身就是一个协商与妥协的过程。民主的立宪过程从某种意义上来看，也是建立在市场经济机制上的一种“政治交易”，宪法则是人民与统治者在这种“政治交易”过程中所签订的契约，即通过一种协商，建立平衡的权力机制。因此，作为国家根本大法的宪法，本质上说就是这种协商与妥协的产物。同样，这也是宪法能够得到正常运行的一个重要因素。

[1] 法国自1789年大革命爆发，1791年制定第一部宪法，至1875年宪法的制定，才在各种力量的妥协之下，结束了冲突，建立了相对比较稳固的共和体制。这一过程，前后经历了80余年的时间。有关这一过程的历史，可参见何勤华主编：《法国法律发达史》，法律出版社2001年版，第117页。

[2] 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社2000年版，第6页。

第二章 宪法的创制与发展

宪法是近代资本主义民主发展的产物。欧美各国在 18 世纪末和 19 世纪初普遍发生革命和制定宪法的现象，有着深刻的社会经济、政治背景和思想方面的原因。近代中国的宪法观念与立宪运动，与中国社会的变革有密切关系。新中国建立以后历次制定的宪法，对当时的国家发展进程产生了重大影响。尤其是 1982 年宪法的颁布及其几次修改，已经成为依法治国的坚强保障。

第一节 宪法的出现与演变

一、宪法产生的背景

欧洲中世纪的农村，经济制度主要采取庄园制和农奴制的形式，其特点是土地所有权与人身依附关系的固定不变。从 13 世纪起由于贸易发展而崛起的城市则是自由的，并从中萌生了资本主义生产关系，其经济关系主体之间的地位平等，任何人都可以自由占有私有财产，自由进行生产、交换、竞争和发展，以至可以自由地出卖劳动力。资本主义经济对统一市场的要求，促使君主与市民结成联盟，共同反对教会的统治并实现民族统一。在这个过程中，市民阶级成了一股强大的政治力量。但是，当君权最终统一国家、确立了它对教权的优势地位后，君主们却竭力维护他们自己在政治上的垄断地位，拒绝已经觉醒了了的人民的政治要求，妄图保留或恢复旧有的封建等级制与世袭制。

中世纪欧洲神权与政权的结合，在思想上集中表现在“君权神授”论上。这种理论宣称国王是上帝在人间的代表，所以人们应服从国王的意志和统治。经过中世纪的漫漫长夜，从 13 世纪末开始的文艺复兴开阔了人们的视野，人文主义的影响日益深刻，在思想上表现为对神性的怀疑和人性的复归。随着罗马教廷权威的逐渐衰落，15 世纪以后的欧洲兴起了宗教改革运动，它既反对天主教的精神秩序，也反对封建主义的世俗生活秩序，它从《圣经》关于所有灵魂都有平等价值的观点出发，得出人人权利平等的结论，即人人都有自己形成对上帝意志看法的能力和确定个人生活原则的能力。而从思想上对封建社会秩序的理论基础进行最后一击的，是作为宗教改革副产品的古典自然法学说。

17、18 世纪摆脱了宗教桎梏的启蒙思想家，如英国的霍布斯和洛克、法国的孟德

斯鸠和卢梭等所阐述的古典自然法学说都从人的理性平等和客观正义观出发,假定人类曾生活于没有公共权力的“自然状态”中,那时人们是自由而平等的,人人享有生而就有生命、自由和财产权利;但自然状态下人们的生活十分不方便,人类为了更完美的生活,更好地解决彼此间的纠纷并保障自己的权利,便相互订立契约,组成国家;每个人放弃全部的或部分的权利给社会,从而获得约定的社会权利,由国家保障每个人的生命、自由和财产;如果统治者侵犯了人们的生命、自由和财产等基本权利,人民根据天赋的权利,就有权推翻暴政,重新订立契约,另立新政府来保障自己的权利。

与中世纪的神权法相比,古典自然法主要论证了既然法律是人设立的制度,人就应该有最高的法律统治,即法律或宪法;宪法与其他法律一样,是关于人的生活的,而不是为了某种神的理念;既然所有人在理性上是平等的,则人们在订立“契约”的资格上就都是平等的,即宪法或政府应得到大多数人的同意;宪法主要是为保护个人的权利,而不是保护政府或特权;权力必须受到限制,即政府必须是有限的。在这种思想的影响下,市民阶级以全社会的名义不断掀起争取民主、自由和平等的斗争,并将等级会议逐步改造成由选举产生的议会,从而进入国家的政治生活领域并力图控制政治权力。在反封建革命胜利后,市民阶级就将代表多数人统治的政治制度即议会制,以国家根本法的形式固定了下来。在这种民主的社会秩序中,人们需要一种共同的根本的行为规则,这就是宪法。因此,宪法产生的政治条件就是为反抗不合理的封建专制制度而形成的民主趋势。

二、近代宪法的出现

(一) 英国早期宪法

英国早期宪法是近代宪法的先驱。13世纪初,英国国王约翰肆意践踏法制,引起大规模的武装反抗。走投无路的约翰被迫于1215年6月签署了贵族们早已拟好的《大宪章》。该宪章共63条,用拉丁文写成,多数条款维护贵族与教士的特权以及骑士、市民的某些利益,限制国王的权力。其中规定非经贵族和骑士组成的“王国大议会”决定,不得征收额外税金;保障贵族和骑士的封土继承权;承认教会的独立地位;对任何自由人非经合法判决,不得逮捕、监禁、没收财产或放逐出境;承认伦敦等城市的自由,等等,但农民的地位没有任何改变。《大宪章》在很大程度上是一种契约性质文件,它体现了在中世纪人们企图限制王权、反对专制的努力,为日后英国政治体制的确立和发展奠定了基础,被后世认为是英国宪法起源的标志。

1660年斯图亚特王朝在英国复辟后,詹姆士二世倒行逆施,大力压制反对派,企图恢复国王集权,而且要在英国恢复天主教,导致社会矛盾逐渐激化。辉格党和托利党人发送了一封密信给在荷兰信奉新教的詹姆士二世的女儿玛丽和女婿威廉,邀请他们到英国来保护英国的宗教、自由和财产。威廉接受了邀请,率兵抵达英国,斯图亚特王朝被推翻,詹姆士二世逃亡国外。为了避免旧王朝复辟的前车之鉴,辉格党和托利党决定以法律形式限制国王的权力,在议会上、下两院共同召开的全体会议上提出了一个《权

利宣言》。威廉接受了这些要求后即位为英国国王，玛丽为女王，共同统治英国。1689年10月，议会通过了《权利宣言》并制订为法律，是为《权利法案》，共13条。其中规定未经国会同意，国王不得颁布法律或终止法律的效力，不得征收和支配税收；臣民有向国王请愿的权利，议员有在议会开会期间享有演说、辩论和议事的自由，其言论在国会外不受法院或其他机关的弹劾或质问；议员选举自由，国王不得干涉等。《权利法案》是资产阶级新贵族和部分大土地所有者之间达成政治妥协的产物，它限制了国王权力，标志着君主立宪政体在英国最终确立。

（二）美国近代宪法

18世纪中叶，随着北美殖民地经济的发展和美利坚民族意识的增强，英国与北美殖民地之间的矛盾日益激化。1775年北美爆发了反对英国殖民统治的独立战争。翌年7月，北美十三个殖民地代表在费城召开的第二届大陆会议上，通过了由托马斯·杰斐逊等人起草的著名的《独立宣言》。该宣言全篇贯彻了民主、独立、自由的法律精神，其主要内容有：（1）提出“天赋人权”的思想，宣布“我们认为这些真理是不言而喻的：人人生而平等，他们都将他们的‘造物主’那里被赋予了某些不可转让的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利”；（2）提出了“人民主权”的原理，宣称“如果遇有任何一种形式的政府变成损害这些目的（指保障人民权利），那么，人民就有权利来改变它或废除它，以建立新的政府”。（3）谴责英国对北美殖民地的统治，宣布美国独立，“解除对于英王的一切隶属关系”。《独立宣言》提出一系列近代民主主义的原则，集中表达了资产阶级的政治主张，在一定程度上反映了北美殖民地人民追求自由和幸福的愿望，是号召美国人民反抗殖民统治、争取民族独立的纲领，为欧洲各国的社会革命特别是法国革命提供了思想和政治上的武器。是以马克思称它为“第一个人权宣言”。^[1]

《独立宣言》发表后，美国人民为实现民族独立而与英国殖民者进行了坚决的斗争，并且依据《独立宣言》的主要原则制定了各州宪法。在此基础上，1777年11月，各州代表达成协议，通过了《邦联条约》，以解决各州之间的权力关系。独立战争结束后，13个殖民地地区根据《邦联条约》，首次成立了以大陆会议为形式的松散的中央政府。1786年9月，5个州的行政长官在安那波利斯举行会议，讨论如何修改《邦联条例》以促进各州之间的通商往来。会后他们邀请各州的代表来到费城进一步讨论发展联邦政府的事宜。在1787年5月的会议上，决定重新起草一部宪法。不久，该宪法草案获得会议代表与各州特别会议的批准。

这部《美国宪法》由序言和7条文本组成，其中规定美国成为一个由各个拥有主权的州所组成的联邦国家，同时也有一个联邦政府来为联邦的运作服务。从此联邦体制取代了基于《邦联条例》而存在的较为松散的邦联体制。根据“三权分立”理论，宪法

[1] 《马克思恩格斯全集》（第16卷），人民出版社1964年版，第20页。

规定联邦立法权属于由参议院和众议院组成的国会。众议院由各州选举人每两年选举的议员组成，参议院由各州议会选出议员两人组成，任何法案均须经两院三分之二议员同意始得通过。总统是国家元首、行政首脑和陆海军最高统帅，由选举人选举产生，任期四年，其对国会立法有批准和搁置否决权；联邦的最高司法机关为联邦最高法院，法官由总统提名经参议院同意后任命，如无失职行为得终身任职。宪法还规定了联邦和各州的关系、分权与制衡制、违宪审查制，以及公民权利等。《美国宪法》制定以来已有200多年，是美国的现行宪法，也是当今世界上施行时间最长的一部宪法。它以根本法的形式巩固了独立战争的胜利成果，为美国经济和社会的发展创造了条件；同时标志着立宪民主思想的胜利，并使民主共和的政治追求成为现实。该宪法对各国政治体制影响很大，为日后许多国家成文宪法的制定提供了成功的典范。

（三）法国近代宪法

在近代法国，随着经济的发展，观念的进步，在社会生活中的等级制度逐渐被废弃，旧制度已阻碍了社会的发展，并不可避免地成为大革命的对象。1789年7月，巴黎市民举行武装起义，攻占巴士底狱，法国大革命开始。8月，法国人民制定了《人与公民权利宣言》（简称《人权宣言》），由序言和17条正文组成。其以孟德斯鸠、卢梭等的政治学说为基础，宣布了一系列资产阶级自由、民主的基本原则：称自由、财产、安全和反抗压迫是人们生来就有并且始终平等的“天赋人权”，私有财产不可侵犯；主权在民、三权分立，并规定了法律面前人人平等、罪刑法定、无罪推定和法律不溯既往等法制原则，为近现代法国乃至世界的宪治和法律制度的发展提供了思想启迪。

《人权宣言》颁布以后，国民议会即开始起草宪法。经过近两年的讨论修改，1791年9月，法国在君主立宪体制下颁布了第一部民主宪法，由国王签署批准，称1791年宪法。它以《人权宣言》为序言，正文包括8编。宪法规定法国为三权分立的君主立宪制国家，立法权归一院制的国民议会，议员由间接选举产生，选举权只由具有一定财产的“积极公民”享有，国王是最高行政首脑，司法权由按时选出的法官行使。1791年宪法作为法国大革命的产物，标志着近代法国宪治立法的开端，同时也是欧洲大陆的第一部成文宪法。

次年，法国人民废除君主制，建立了法国历史上的第一共和国。1793年，巴黎人民在雅各宾派领导下举行第三次起义，推翻吉伦特派的统治，建立了以罗伯斯比尔为首的雅各宾派专政的革命政府。同年6月，国民公会通过了共和国新宪法，称共和元年宪法、1793年宪法或雅各宾宪法，由作为序言的新《人权宣言》和124条正文组成。宪法宣布法国是统一的中央集权制的共和国，主权属于人民；规定共和国最高立法机构是普选产生的立法会议，最高执行机构是由立法会议任命的执行会议。宪法保障人民有信仰、出版、集会、请愿乃至武装起义的权利。宪法取消了选举资格的财产限制，凡年满21岁的男子都有选举权和被选举权。对于立法会议的立法，全国人民拥有否决权。任何立法在公布40天内如遭到大多数公民的反对就自动无效。宪法规定了法国对外政策的基本原则：法国不干涉任何国家的内政，也决不允许任何国家干涉法国内政。宪法还

规定私有财产神圣不可侵犯。1793年法国宪法是近代资产阶级革命的成果，其颁布不仅对当时的法国，而且对当时整个欧洲产生了深刻的影响，对于打击封建势力、动员人民的革命积极性都起到了重要的作用。

1795年8月，法国革命期间热月党制定了宪法，由国民公会通过，又称《法兰西共和国三年宪法》，共377条。其规定法国为三权分立的共和国，最高立法机关由500人院和元老院组成，选举权有高额财产限制，最高行政机关为5人组成的督政府，由两院选出，取消了雅各宾宪法规定的各项财产自由，强调私有财产神圣不可侵犯，从而巩固了大资产阶级从革命中得到的利益和统治地位。1799年12月，法国革命期间拿破仑授意制定宪法，共7篇95条，确立了拿破仑（第一执政）的独裁专制。

19世纪，在剧烈的历史动荡中，法国先后于1804、1814、1830、1848、1852和1875年颁布了宪法。1875年宪法又称法兰西第三共和国宪法，由《政权组织法》和《政权关系法》组成，规定立法权由参议院和众议院两院行使，财政权须经众议院表决，众议院享有对总统和内阁阁员的弹劾权，参议院享有最高司法权；法国实行责任内阁制，总统为国家元首，由两院联席会议选出，任期七年，连选连任，总统不对两院负责，总统任命的内阁阁员对两院负连带责任。1875年宪法在法国一直适用至第二次世界大战结束，迄今为止也是法国历史上寿命最长的一部宪法。

（四）德国近代宪法

德意志原来是封建割据的帝国，1815年组成了德意志邦联。1850年，在各邦国中最强大的普鲁士颁布了《普鲁士宪法》。1870年，普鲁士联军打败法国军队，并通过自上而下的三次王朝战争实现了德国的统一。1871年，统一的德国制定了第一部成文宪章，即《德意志帝国宪法》，共14章78条。该宪法是一部反映容克贵族与资产阶级共同意志、混杂着封建因素的资产阶级性质的宪法。其主要内容有：（1）规定德意志帝国为联邦制国家，由22个邦和3个自由城市组成，军队、外交等主要权力集中在帝国中央，各邦实际上已经成为联邦政府的地方自治单位。（2）帝国政权组织形式是君主立宪制。联邦元首由普鲁士国王担任，宪法赋予皇帝和宰相以极大的权力。这反映了当时的宰相俾斯麦的个人意志。（3）立法权由联邦议会和帝国议会两院行使。联邦议会议员由各邦从本邦高级官吏中任命，共58名，各邦代表人数根据各邦大小和实力强弱决定，其中普鲁士占17席。联邦议会职权较广。帝国议会由25岁以上男性公民投票选举产生，共397名，其权力受到限制，在立法机构中处于从属地位。该宪法规定权力完全归于君主，而帝国受控于普鲁士一邦。此外，该宪法不像一般近代宪法那样有关于公民基本权利义务的内容。

1914年，德国发动第一次世界大战。一战以德国的失败而告终，从而加深了德国的政治经济危机。1917年俄国十月社会主义革命的成功，给德国人民很大的鼓舞。1918年11月德国爆发革命，推翻帝国政府，成立了德国历史上第一个共和国——魏玛共和国。1919年7月，德国国民议会通过《德意志联邦宪法》，又称魏玛宪法，共181条。魏玛宪法规定德国实行联邦制，赋予联邦中央很大的权力；立法权由两院即联邦国

会和联邦参政会制的联邦议会行使，国会议员由年满 20 岁的男女公民以普遍、直接、平等、秘密投票选举产生；确立总统制的国家管理形式，总统拥有很大权力。宪法还包括公民基本权利和义务，宣布法律面前人人平等，取消贵族阶级；有关公民权利的规定十分全面而详尽。魏玛宪法是当时资本主义国家最具民主色彩的宪法，但是由于德国社会当时的民主意识比较薄弱，社会动荡不安，该宪法的许多规定并未能得到实现。

（五）日本近代宪法

19 世纪中期，日本处于最后一个幕府——德川幕府时代，国内社会矛盾十分剧烈。1854 年，日本与美国签订了《日美和好条约》，其后又相继与俄、英、法等签订了不平等条约。1868 年，日本实行明治维新，建立了以明治天皇为中心的地主和资产阶级联盟的中央集权制国家，开始创建资产阶级的、同时又保留浓厚封建残余的法律制度。与此同时，一些接受过西方宪政思想的下层武士集团中的知识精英与中小资产阶级代表开始组建各种政党，掀起“自由民权运动”。在此压力下，明治政府准备制定宪法，宣布要召开“民选议会”，并且派人赴欧考察各国“宪”政。1889 年 2 月，由天皇颁布了《大日本帝国宪法》，共 7 章 76 条，它是以 1850 年《普鲁士宪法》为蓝本的钦定宪法。其中主要规定了天皇的地位和权力，规定了军部独立于内阁之外行使军权的“二重内阁”制度；列举了臣民的各种权利义务；规定了国务大臣与枢密院的职责、司法权的归属与审判原则等等。明治宪法是日本历史上第一部宪法，是明治维新和法制西化的产物，基本上是普鲁士宪法的翻版。宪法将维新成果用根本法形式加以确定，对于打破封建制度、创建日本近代法律体系具有重要作用。同时，这部宪法带有封建性和军事性色彩，特别是“二重内阁”制度，为日后日本走上法西斯军国主义道路、对外侵略扩展埋下了隐患。

（六）苏联早期宪法

俄罗斯帝国自 17 世纪末期起，学习西欧经验，进行法律改革，颁布了一些法律，具有俄罗斯法律的特色。1917 年十月革命后，俄国建立了世界上第一个无产阶级专政的社会主义国家，曾经颁布了一些宪法性文件。1918 年 7 月由第五次全俄苏维埃代表大会一致通过《俄罗斯苏维埃社会主义共和国宪法》（“苏俄宪法”），是十月革命后俄国的第一部宪法、世界上第一部社会主义类型的宪法。它以《被剥削劳动人民权利宣言》为篇首，并包括其余 6 篇。其确认十月革命的成果，坚持社会主义原则、无产阶级与贫农专政；规定了劳动者的民主权利、社会主义共有制经济和苏维埃政权在社会主义经济建设方面的措施，以及中央和地方国家政权机关的结构，确定最高国家权力机关为全俄工、农、红军苏维埃代表大会，最高国家管理机关为人民委员会。

1924 年 1 月，苏联苏维埃第二次代表大会通过的《苏维埃社会主义共和国联盟宪法》，是第一部苏联宪法，由《苏维埃社会主义共和国联盟成立宣言》、《苏维埃社会主义共和国联盟成立条约》和 11 章 72 条组成。其规定了苏联的基本原则和管辖权限，扩大了中央执行委员会主席团的权限，并规定中央执行委员会下设立苏联最高法院，在苏联人民委员会之下设立国家政治保卫局。1924 年宪法巩固了苏联的国家制度，推动了