

宪法学的几个理论问题

李步云

[编者按] 本文是作者在中国社会科学院法学研究所一次学术报告会上的讲演,附有评论人的评论及作者对与会者提问的回答。作者就“法律至上”、“依法治国主要治官”、“宪法监督”、“人权的本源”和“主权是否绝对高于人权”等五个问题谈了自己的见解,批评了在这些问题上存在的种种不正确认识。

曾经有学者认为宪法学已经没有什么可研究的了,我不这样认为。其实要研究的问题很多:一是从理论上深入,因为宪法涉及到的问题很多——不仅有法律理论,还包括政治学理论、行政学理论的一些原理问题;二是对规则的研究,研究要深入,要很细,研究一个宪法规范可以写几本书;三是进行比较研究。今天要谈的几个问题都比较热门,涉及到一些重大的法的一般理论和宪法理论。我想就这些谈谈个人的想法。

一、法律至上

1979年9月我和其他两位同志在《论依法治国》一文中最早提出了法律至上的观点,当时就有人反对,在正式稿子中把它删掉了。1989年,我在《中国法制改革学术研讨会》的发言中又主张“必须响亮地提出法律至上的口号,保证法律具有至高无上的权威。”^① 1989年王家福、刘海年和我发表的《论法制改革》中提出的五个原则中包括了法律至上原则。^② 夏勇在《中国人权百科全书》中关于“法治”的解释也提出了法律至上。^③ 此外李光灿、王礼明、程燎原、倪正茂等同志都持这种主张。我在1999年4月6日《人民日报》发表的《依法治国的里程碑》一文中的十个法律原则中也包括了法律至上。所以在法学界对法律至上的观点提出质疑的不多,但也不是没有。1982年《宪法》起草过程中,胡乔木主持起草小组的预备会议时,王叔文曾经问过胡乔木:“现在有人提出法律至上,你认为对不对?”胡乔木回

答:“法律不能至上,国家也不能至上。”顺便说一下,我个人认为国家不能至上是对的,我们过去吃过这方面的亏,其表现有三个:一表现为国家利益至上。在国家利益、个人利益和社会群体利益之间,国家利益高于一切,因此忽略了地方、单位、企业和劳动者个人的利益,这是我们长期以来政治经济制度高度集中的结果,改革开放以后一直在调整这种利益关系;二表现为国家职能至上,国家把一切都包了,现在国家职能要进行转变,实现“小国家,大社会”,扩大社会中介组织的作用;三表现为国家权力至上。在权利(right)和权力(power)之间的关系问题上认为是国家的权力产生了公民的权利,而不是相反;不重视维护公民的权利。实际上,自五十年代以来这三个问题在我们的现实生活中就存在了,这也是我们现在正在改革的东西,也是涉及到根本制度的东西,因此从理论上说国家至上是不对的。现在再回到法律至上这个问题。张光博教授认为“法律作为国家权力的实现形式,可以体现国家主权的至高无上性,但它本身并非至高无上的”。^④ 其论点主要有两个:一个是国家主权具有至高性,因此不能提法律至上;另一个是法律是随时可以修改的,

①② 《法学研究》1989年第2期。

③ 《中国人权百科全书》,中国大百科全书出版社,第120页。

④ 见张光博《关于宪法学的几个理论问题》,载《人民之友》2000年第12期。以下引用张光博教授的话,都出自他的这篇文章。

所以法律不能至上。还有一个观点是人民意志至上,因此法律不能至上。法律可以修改因此法律不能至上的观点是错误的,因为从古至今那些主张法律至上的学者从没有说过法律至上法律就不能修改,这二者之间有什么逻辑联系呢?国家主权至上的含义是对外的独立性和对内的最高性,但不能说主权具有至高性,法律就不应该有至高性,二者之间并没有逻辑联系。说人民意志至上也对,但在现代法治社会里,没有法律至上,人民意志至上就是一句空话。现代宪法的产生是基于人民主权原则而来的。人民要当家作主,但又不可能都去直接管理国家。这就要选举产生议会和政府,同时又要防止国家权力无限和滥用,因此提出了有限政府的理论,从而就产生了宪法。宪法有两个核心问题:一是约束国家权力,规定其权限和程序;二是规定公民的权利。这样,人民意志通过宪法和法律来体现,而政府又严格按照宪法和法律办事,法律具有至高无上性,才能保证人民意志的实现,否则就是空的。所以没有法律至上,难以保障人民意志至上。法律至上和人民意志至上,这是相通的,并不矛盾。一个概念的使用,当然要考虑名实相符的问题,但有些概念的内涵是约定俗成的,不能随便在上面附加东西。如法律至上,从亚里斯多德到戴西一直到现在,其基本含义就是的权威具有至高无上性,一般人不会错误理解。法律具有至高无上的权威,是在权威这个问题上说的,这和1978年党的十一届三中全会的公报是一样的:“法律要具有极大的权威。”“极大”在中文已是最高级的,不就是至上了吗?所以这里涉及到一个问题——对于概念的理解要准确,既不能把人家没有的东西硬加在上面,也不能望文生义。我们理论界吃这样的亏太多了。例如,我们所在“文革”前出的一本小册子说,所谓“法治”是资产阶级骗人的东西,因为法律是死的,怎么治理国家?哪一个国家不是人在治?后来在争论“法治”“人治”的时候,某大学一位教授也认为这个概念不科学(法律统治的主体是人,不是法律)。^①有的领导人不同意司法独立这个词,说“司法独立”不是向党、人大闹独立吗?因此在这个问题上发生了一系列的事件。包括1979年刑事诉讼法起草稿中本来有“人民法院独立审判,不受任何国家机关、社会团体和个人的干涉”的规定,当时连起草小组中的公安局长都同意这条规定,但后来还是改成“不受行政机关的干涉”。还有一个例子是无罪推定,因为有人反对,认为有罪推定不对,无罪

推定也不对,我们主张事实求是。因此一直回避这个词。在西方,无罪推定究竟是什么意思?它设计的合理性是什么?不从大家约定俗成的含义去理解,而是望文生义。

二、依法治国主要治官

依法治国主要治官是我在去年的《中国经济时报》发表的一篇答记者问中提出的,^②很多报纸曾予以转载,我也收到不少来信。有些人同意,也有些人提出质疑。我到各个省去讲课的时候,在随后的座谈会上,有不少同志提出必须明确这个问题,解决这个问题。因为长期以来我们把法律仅仅看作是治理老百姓的工具,而且不是主要工具,还要靠人治。义务本位以及古代的政治体制、法律制度的特点决定了这种思维方法。人民主权否定君主主权后,产生了宪法,需要选举、代议制,对政府权力进行限制……近代法治的任务就是要用法律的功能约束老百姓和官吏,但主要是官吏。这是由人民主权原则且又必须实行代议制的情况所决定,是现代宪法产生的根本目的之一。而且,老百姓手中无权,直接治理国家的不是民而是官;要依照法律治国的也不是民而是官。张光博教授认为依法治国“不能解释为依法治吏或依法治权,法和国家都掌握在统治阶级手里,通过官吏实行对被统治阶级的统治,而不是首先对付自己的工作人员,应对付被统治阶级”。这里涉及到一些词的用法。依法治国中的治不是对付,是治理、约束、管理之意。如果是对付被统治阶级,依法治国的意义究竟还有多大?这涉及到法理学界依然在争论的法的本质问题。现在还有少数学者坚持认为,法是统治阶级意志的体现。最先对此提出质疑的不是法学界,而是胡乔木同志。“现在还有没有被统治阶级?从1956年以后没有一个被统治阶级,哪里还有统治阶级?因此是不对的”。无论从立法、司法实践,还是从社会现实来看,我们并没有在立法、司法的时候考虑怎样对付被统治阶级,没有人在立法过程中讨论过这个问题,而是讨论利益关系,用一定的伦理道德、一整套的价值准则来分配社会上的各种利益,处理各种利益关系,这才是法律的本质问题。因此法律的本质应是利益问题、道德问题,即统治者用一定

^① 见《法治与人治问题讨论集》,群众出版社1981年版,第294页。

^② 《依法治国首先要依法治官》一文载《中国经济时报》1999年3月8日第一版。

的伦理道德、价值准则来分配社会的各种利益。法律关系的核心是利益关系,权利的核心是利益问题,义务是一种负担(利益的负担),权利是一种享有(利益的享有)。

三、宪法监督

张光博教授认为“如果其他中央国家机关或者法律发生违宪,在全国人民代表大会日常行使职权过程中即可解决,可以说关于违宪问题在我国制度设计过程中就已经消化了”。也就是说关于违宪理论的探讨、违宪审查制度的设计实际上是没有必要的,宪法已经解决了这个问题。在宪法理论界还没有人提出过这种令人吃惊的看法。1982年《宪法》通过时有3票弃权,这在我们立宪史是开天辟地的一件事。当时这三个人都公开了自己的身份,弃权的主要理由是82年《宪法》没有能建立违宪审查制度。当时宪法学界对此的呼声很高,一直到开会表决之前,意见大都集中在这点上。胡绳在写82年《宪法》讲话稿时,内部有一个报告,其中提到“我们现在条件还不太成熟,经验还不够”。此后18年来,宪法学界一直在呼吁设立违宪审查制度,这是比较一致的看法。这次许崇德在全国人大讲课时,除讲了一些基本知识以外,提出了两个问题:一是《宪法》如何实施?如何保障其实施?二是违宪审查的问题。^①在理论界,有一系列概念的解释还没有达成共识,还无法得出具有权威性的解释。如违宪的主体是谁?(是国家领导人?国家主要干部?高级干部?老百姓有没有违宪问题?)违什么东西是违宪?《宪法》规定公开审判制度,我们长期以来很多案件都不公开,是不是违宪?违反宪法的哪一条哪一个原则是违宪?违宪有没有时效?违宪如何处理?处理的程序如何?……另外,《宪法》规定全国人大监督宪法的实施,但没有规定具体的机制和程序,也没有这方面的理论。过去是由领导人布置检查任务,现在大家考虑需要设置一种固定的检查机制。有学者主张建立一个超出人大常委会,直属全国人大的机构(我认为在我国目前很难,行不通);有学者主张建立完全独立的宪法委员会……比较可行的(也为大多数学者所主张)是在九个专门委员会之外再设立一个委员会。起草《“立法法”专家建议稿》的时候,有人建议是不是不写了,在我的坚持下还是在建议稿中写下来了(王叔文在法律委员会里也支持搞宪法委员会)。

四、人权的本原

张光博教授认为“人民掌握了国家主权,才能

获得人权,人权是经过革命、经过夺取政权争来的。不是天赋人权,也不是商赋人权,而是国赋人权”。我从未听过国赋人权的说法,恐怕是该学者的独创。我想谈谈自己对人权本源问题的看法。人权本源问题是人权理论中第一个重要的理论问题,这个问题不解决的话,其它问题就不好说了。人权是如何产生的?其根源是什么?合理性在什么地方?为什么需要人权?为什么政府要保障人权?……对此,有不同的理论模式。在西方有三大流派。第一种是天赋人权论(natural right)。天赋人权这个记号是从日本翻译过来的,最近徐显明教授在其博士论文中对我国第一个翻译这个词的人进行了考证。有人认为天赋人权翻译得不够准确。好象人权是天给的,至多是自然神给的。徐显明认为天人合一,中国的所谓天是指自然规律,人权是自然规律产生的,天赋人权翻译的不错。第二种观点是以边沁为代表的法赋人权论,认为天赋人权是胡说八道,自然权利是根本不存在的,权利是法律给予的。第三种观点是社会学派的想法,社会之间各种矛盾、利益关系的存在需要进行调整,因此产生了权利。在我国,最早的一个观点是斗争得来说,源于解放初到五十年代以后的一些宪法教科书(“中华人民共和国公民的基本权利是斗争得来的”),这种观点不对。斗争是人权实现的一种形式,不是全部的、绝对的形式,只是其中的一种形式。如果这个权利不属于我,通过斗争得来就是不合理的、不合法的。斗争得来只是一种实现方式,并没有回答人权的本源问题。第二种是法律权利说(即本段开头提到的国赋人权),这种观点在一些小册子和文章中都曾经出现过,影响并不大,但在某些人的观点中有相当的普遍性。国赋人权和法赋人权实际上是一个意思。第三种是在八十年代中期相当流行的商赋人权说,即人权是资本主义商品经济的产物。这种商赋人权观有对的地方,近代严格意义的人权观(以平等、自由、人道、福利和安全做支柱)和资本主义商品经济有密切联系(马克思曾经多次提到过),其中包括国际贸易。国际贸易的出现使人权上升为一个普遍观念。但人权不能归结为商品经济的产物。原因有两个:第一,资本主义商品经济出现以前有没有人权?人应不应当享有他的权利?尽管人权这个概念在资产阶级以后才出现,以

^① 见《全国人大常委会法制讲座汇编》(第一辑),中国民主法制出版社1999年版,第22页。

前只有朦胧的概念,但不能说人权是资本主义以后才有的。资本主义之前老百姓的生命权、财产权、人身安全权还是有的,原始社会还有包括姓名权、继承权在内的十几种权利呢!参加氏族大会、发言、表决的权利,是不是也是一种人权?人生下来就应该有至少六种最基本的权利:生命权、人身自由权、人身安全权、思想自由权、人格尊严权和最低生活保障权。我国92年以后才搞市场经济,以前没搞,能否就因此说我们没有人权?91年那个会议以后,我们人权中心十几个人就人权定义专门讨论了三天,后来给中央写了一篇报告——人权是人依照其自然属性和社会本质所应当享有的权利。当时少数同志还有顾虑,加了一个尾巴:这个权利受经济文化条件的制约。我觉得这是多余的,因为这是另外一个问题。权利受制约这不是给权利本身下定义,是说明其与经济文化有密切联系的外在关系。人权的根源不能从人之外去找,而应从人自身去寻找,这是国际上目前通行的观点。《世界人权宣言》和《维也纳宣言和行动纲领》达成共识:人权是基于人格和人的尊严。但我又看到一些文章说,人权是来源于人的本质(或本性、天性)。这几个词,我个人觉得不太好分。这种意见大体趋于一致了,但分歧在于:一种观点主张所谓人的本质(或本性)有两种属性,即社会属性和自然属性。前者是亚里士多德和马克思说的,人不是政治动物的话,起码也是一个社会动物。另外一种观点只强调人的社会属性,不承认人的自然属性。只承认人的社会属性的根据是马克思1842年《哲学经济学手稿》中的一句话——人的本质是社会关系的总和。提到人的本质我们哲学界一直引用这句话。我个人认为人的社会属性是人权存在的一个外因。第一,如果只是一个人生活在世界里,不存在社会生活中的各种关系的话,也就不存在人权问题,这是人权产生的一个客观条件。第二,人权在从无到有、从少到多、从低级到高级的演化过程中都受经济发展的制约,也都受到制度的影响。在所有制约人权发展的制度中,政治文化制度都制约人权的发展,但经济制度是最根本的因素。经济文化条件和制度的好坏,对人权产生消极或积极的作用,不过这两种因素都是人权产生和存在的外因。内因就是人权的自然属性。在马克思著作中,有不少类似人类历史就是人的历史的观点。人是一个能认识世界、改造世界并具有主观能动性的高级动物,不仅有生的欲望,而且有过好的物质生活、道德生活的欲望,是

个高级的动物、道德的动物、理性的动物。这些都是人的自然需要,是人的天性,所有人权问题毫无例外地都是满足人的这种自然需要和人的天性。而人的社会属性则只是制约着这种需要。如果不承认人的自然属性,人权就失去了目的。而人的这种需要永远不会满足。也正是这种需要推动着人权永远向前发展。这是一个永不枯竭的根本动力;人权的根本目的就在于此。否则的话,把人看作是没有感情、没有追求的木头疙瘩,只看见人和人之间的关系,否定人的自然属性和各种需求,怎么说得通呢?人活着还有什么意义?所以人权是人应当享有的一项权利,不是以法律是否规定为转移的。产生法定人权的情况比较复杂,有的是法律不规定、甚至剥夺这种权利;有的是立法者还没有认识到,有的是条件还不具备等等原因,法律尚没对人权作出规定。所以人权有应有权利、实有权利和法律权利的三种划分。

五、主权是否绝对高于人权

张光博教授认为,“历来主权高于人权,从来不存在什么人权高于主权。鼓吹人权高于主权是强权政治,借口别国有人权问题,对别国动手动脚……”。这个问题非常敏感,在91年就讨论过这个问题,当时西方有些学者鼓吹“人权没有国界”,我国有些领导则说“人权有国界”,我认为都不全面。比较全面的看法,应当用三句话,这就是——“人权是没有国界的、人权又是有国界的、但归根结底是有国界的”。有国界的人权绝大多数是一国的内政问题,其他国家不应干涉;但在特殊情况下,人权是没有国界的,一国不能以国家主权为名抵制国际社会或其它国家对其干预和批评。这种特殊情况是:奴隶制、奴隶买卖、种族歧视、种族隔离、种族灭绝、非法侵占它国领土、发动侵略战争、国际劫机、国际贩毒、国际恐怖等国际犯罪。其中还有两种情况有争议(文件上是有的),即大规模污染空气和海洋,但现在还没有案例。还有一种是酷刑。典型的例子是,南非、伊拉克就不能以主权高于人权为借口抵制国际社会的干预。另外一种情况是自愿放弃某些主权,其中包括参加国际人权公约,自愿承担义务,如果严重违背了自己的承诺,缔约国可以以各种形式进行干预。因此不能说在任何时间、任何条件下主权都高于人权。这是从人权管辖的意义上来说谁高谁低的问题,不是另外的意义。这方面的争论一直存在。问题还在于,这是两个不同的概念,一个是上面提到的管辖问题,而另外一个问题

从本质的意义上讲,又是人权高于主权。原因有三:第一,主权概念本质上是一个权力概念(power),是国家最高权力的表现,但是就国家的权力和公民的权利(right)的相互关系来讲,是公民的权利产生了国家权力;第二,right是目的。组成政府,给你权力是手段,国家是拿power这个手段为人民服务,保障人民的权利和利益;第三,公民权利在个别情况下可以滥用,但一般不会产生腐败;国家权力就不同了,除了人民主权外还有君主主权,即使没有君主主权还有独裁者呢,他掌握了主权,控制了主权,以主权者身份出现的时候(即国家主权掌握在独裁者手中)怎么办?这样相互关联的三条理由说明了人权高于主权。至于北约轰炸南斯拉夫,我认为有三个理由可以说明北约的行为严重违背了国际法准则,侵犯了其国家主权。第一,造谣——以种族清洗为理由(种族清洗到一定程度就是国际犯罪,国际社会可以进行干预)。实际上,到轰炸前虽然最多有20万难民逃离南斯拉夫,但没有证据证明米洛舍维奇和塞族政府有意识地实行大规模种族清洗的政策,事实不构成清洗,基本上是一种内部种族冲突。第二,谁来认定是不是种族清洗?撇开联合国、安理会擅自自动武违反了国际法基本准则——对威胁国际安全、和平的行为进行干预,要取得联合国、安理会的同意和支持。第三,干涉的形式多种多样,也不至于这样大动干戈,为什么一定要用贫铀弹?轰炸民用设施?所以从这三个角度来说应是主权高于人权,但不能把它作为例子反过来说明所有情况下主权均高于人权。

评论

张庆福教授:

李步云教授讲了五个问题,研究得比较深刻,比较细。我同意你在开始提到的宪法学领域确实有许多问题有待进一步深入研究,在我国当前情况下从理论上深入研究是对的,但一般情况下在国外实践比较多,主要搞宪法判例的研究。当然我国目前还没有司法审查,只能从理论上去搞。

莫纪宏教授:

从1978年关于法治问题的讨论以来,李老师总是走在法学界的前沿,其思想对20年来的法治建设起了很重要的影响。李老师在讲这五个问题时,运用的分析方法是很清晰的,而且逻辑上是很严谨的,使我们受益匪浅,给我们带来许多思路。李老师分析问题,不像有些学者那样强词夺理或者不讲逻辑、不讲道理,在娓娓道来的时候,对不同观点

没有简单地全盘否定,而是详细地指出其合理之处、存在的缺陷以及应该持有的观点。这种严谨的学术作风确实值得我们年轻人学习:研究问题起码要实事求是、踏踏实实。任何问题都要分析它为什么会提出来?它有什么合理性?还有什么不足?提出什么观点比较合适。我不想具体评论这些具体观点,只想就李老师分析这些观点过程中提出的方法,谈点个人看法。

宪法学在其他国家是一门显学。在美国,一般法理学是选修课,宪法学是必修课,而且是一门重要的学科。在日本,宪法和法理是合在一起的,大的法理学家基本上都是宪法学家。大陆法系国家法理学和宪法学还是分开的。宪法学和法理学理论上的问题应该是一致的,在现代法哲学的这个层次上应该是结合在一起的。法哲学肯定还有比宪法学更广的内容,它还要对法律背后构成的人文精神予以关注。所以法哲学在探讨问题时要远远超过宪法,因为二百年来中外宪法理论总是注重制度层面,价值层面的东西还不是很多,所以宪法学理论和法哲学理论还不是结合得那么好。最近我看了一些德国哲学家、后现代法哲学家如阿佩尔、哈贝马斯关于主体鉴定研究的书,因为西方社会尝试不用价值理论,而是用关系理论解释法律现象,提出主体的鉴定(即指合法性)。如果把这些分析方法引用到法学理论研究领域,会推动宪法学的研究。如人权问题,阿佩尔在谈到人类的精神从根本上来说能否程序化、格式化的问题,提出一些著名的问题,如情感问题等。这些问题并不是没有意义的,以往我们都把它们忽视了。后来发现在整个西方文化背后都忽视了情感的作用,现在发现法律体系在情感中间有作用。如果要证明人权是正确的,就要证明人权和情感的关系,要证明不管怎样构建人权这样一种价值,其价值形成以后确实能够增进人的身心协调、给人带来幸福,即能否在人权和人的幸福之间建造一个有利的桥梁?如果构建不起来,人权理论就不可能得到人的自然属性的支撑。他提出了问题,但没有找到解决问题的方法。情感不是不重要,理性不能完全决定一切。他的方法在哈贝马斯理论中也得到了印证。他们后来搞的合思想——所有的价值都要经过充分论辩。这些思想也遭到包括美国学者在内的一些人反对,认为自由论辩是胡说。德国学者强调后现代不是一种学问,描述的是一种状态——目前现代西方法学界处于一种状态,试图把近代拉尔夫以来建立的自然

法学说中,不管是自然人这样一种合法性给解构掉,寻找一个新的构造以重新解释整个人类文明现象。涉及到法学理论的无非就是规则,规则的合法性哪来的?规则的确定性在哪?实际上人类就要解决两个问题,要寻找新的方法,以往解决的方法不是那么合适。至于法律至上,从制度层面考虑,问题不大,完全可以提,但从价值层面考虑,必然又会产生诸如其在价值上有什么后果?本身合法性在哪里?如何寻找?合法性本身又要有确定性之类的问题。价值全部要互动了,这个理论就不好深入了。所以我觉得他们走的远一些,我们也没有达到那个境界。关键是我们如何来研究宪法问题。

目前我国宪法还不能实施,还谈不到用价值来引导制度。在我们构建宪法价值体系的时候,价值观念必须跟宪法(包括宪法审判制度等)相符合,这些制度怎么搞?是否如西方的宪法法院?这些都需要我们再进一步考虑。目前我们搞宪法学的人到底把中心放在哪?是让宪法进一步生活化、社会化?还是让宪法进一步阳春白雪化?让宪法本身成立很完善的体系,这也是我们宪法学界长期以来在研究而又处于矛盾状态之中的难题。要是搞纯理论(整个一套西方化的理论体系),我们根本就不是人家的对手,人家老是走在我们前面,他们对那种思维方式已经是习以为常了,但作为现实我们又走不通。所以我们处于一种无奈和无用的状态,这就是我们的悲哀了。真要搞一点宪法学的研究,就是彷徨,思想的流浪者,不知道哪些东西可靠,尤其是我们年轻一代宪法学者感到非常困惑。

今天李老师所讲的五个问题,经过多年思考,通过自成逻辑体系的分析方法,对许多问题作出了明确的解答,显示了其深厚的学识功力。我个人觉得虽然道德哲学的色彩稍微浓了一点,但至少有利于宪法价值的社会化。不然的话,空中楼阁,恐怕没有什么出路。尤其是李老师主张的人权高于主权,不完全取决于一种价值观念或学术执着,而是以事实来支撑,通过人权高于主权观念的形成、作用来支撑这一观点,所以我觉得李老师在分析问题、提出观点方面有独到的地方。而这独到的地方也是西方学者不具备的,他们也讲不出如此透彻的东西来。

讨论:

问:最近一段时间电视播映了不少清官戏,我认为适当有限度地演是没有问题的,但如果过分渲染,和我们强调的依法治国、建设社会主义法治国

家的法治精神是不符合的,特别是在我们这样一个有长期封建传统、强调人治的国家。

答:我觉得认识事物应一分为二。我个人认为应该多搞一些清官戏,因为第一,我们尽管要法治,但也要有清官;第二,清官戏里有一个基调,清官之所以清,基本上是严格按法律办事(当然古代没有现代意义的法治)。

问:李老师反对资产阶级之前没有人权的观点,我觉得这是很有意义的,可以扭转许多人的错误观念。

答:古代没有人权概念的原因,大家说法不一。我认为第一,必须把人权和人权理论(人权意识)区别开来。因为过去有一篇很有影响的论文把它们混在一起,是不对的。人权实际上是一种权利追求或权利享有,是社会关系中现实存在的。人权思想、人权理论概念是人权这种社会现象在人们头脑中的反映,所以不能把这两个概念混为一谈。当然这里涉及到一个应有权利的问题,也涉及到道德权利的问题。道德是头脑中的观念问题,每个人的道德不一样,这也容易造成这样一种印象,好象人权是主观的东西。所以我主张用应有权利这个词即人应当有的权利而不用道德权利的提法。人权本身是一种权利追求,是社会关系中所存在的某种利益关系。第二,人权和民主、法治这些概念一样,都可以用广义和狭义这个词来处理问题。如果主张古代没有法治,法治完全是现代意义的东西,这不符合现实。因为无论是古代西方还是中国,相对来说法治总要比人治好,要进步,这是客观存在的,尽管有很多争论。人权和民主也是这样,如雅典的民主制。当然古代的民主不是现代意义上的民主。所以人权必须有广义和狭义两个概念。广义的概念人权以前就有(不是指人权概念),但近代意义上的人权是近代以后才有的。人权有五大支柱——自由、平等、福利、人道和安全。其中自由和平等是现代人权概念的两大支柱,古代没有。那时已有朦胧的人权意识,但没有形成现代意义的人权理论(没有自由和平等观念),因此狭义的人权概念是资产阶级以后才有的。先有人权现象,后才形成人权概念。

问:主权的概念,与民族国家的概念联系在一起。在上次的讲座中,我曾经说什么是民族国家,更确切地表达,民族国家的概念就是主权国家的概念。而民族国家是一个历史的概念,我们可以追溯到文艺复兴之后。所以主权的概念在近代民族国

家产生以前是否存在?我印象中在这之前有王权、君权……同样是一种国家形态,但不用主权这个概念。君主也有主权,这是什么意义上的主权?

答:我同意你的看法,民族国家产生以后才有主权这个概念,道理和人权是一样的。实际上以前主权是存在的,是一种最高的权力。但不能说主权和民族国家是一个东西。它们是联在一起的两个概念,没有民族国家,就没有现代意义上的主权概念。在主权概念中,相对于君主主权又引申出人民主权的概念。人民主权是相对于君主主权而言。否则人民主权或主权在民原则就没有了意义。

问:原来讲人民主权,现在怎么都讲国家主权,这两个概念是怎么自动过渡的?主权是国家的一种属性,没有主权就不成为国家了。在近代,不单讲国家主权,很多启蒙时期的思想家如卢梭讲人民主权,所以主权化为国家是一种治权。主权概念就出现两种形态,孙中山时又将主权和治权分开了,治权也可以以一种主权的形态出现。主权还有一种自己原初的形态,而主体又不发生这样的变化,如人民主权变成国家主权,就发生变异了。我们现在强调的主权都是国家主权,而人民主权大家慢慢就忘记了。今天来看这两个概念实际上有质的不同,但最初它们是统一的。

答:国家主权这个概念是国际法的一个基本概念,人民主权则带有一定政治性,不完全是一个法律概念,当然和法律有密切关系,和现代宪政理论是分不开的。没有人民主权概念,就没有宪政理念。但其产生和出现又不完全是一个东西。国际法、理论界对主权问题(包括和人权的关系)搞得并不十分清楚,是个值得研究的问题。

问:我想作一个关于宪法的评论。今天特别有意义的是法理专家(当然李老师绝不仅仅是一个法理专家,而是国内最高搞宪政的法学家,写了三本有关宪政的书,还有那篇《宪政与中国》的影响非常大。所以在这个意义上又不能将李老师界定为法理学家)来讲宪法。在美国,宪法是主课,法理是选修课(哲学系开法理课)。现在引申出一个问题,他们的宪法与我们这里讲的宪法是不是一回事?中国的宪法是一个彻底边缘化的东西。宪法能否发育得好,关键是有没有宪法实践。在美国,一个不能诉之于法庭的法律是没有人关心的。而中国宪法的问题恰好在这。宪法边缘化,大家可能觉得还比较生疏,如果在现在这种状况下让宪法成为一种显学,真正成为核心我觉得你们宪法学者会

觉得比较为难,反而不从容了。中国宪法发展到现在,可能作为一门选修课内容还不够充实(主要讲外国宪法,中国宪法没什么可讲的)。我觉得宪法应该具有这样一种显学的地位。

答:实践中有不少问题还是可以作文章的。如抓住一两个案例,大作文,推动宪法的可诉性。

问:以前李老师在一篇论文《论人权的三种存在形态》,其中提到有一个应然权利、实然权利和法定权利。今天提到人权是以其自然属性和社会属性所应当享有的权利,这又好象回到应然权利的界定上。我想请教李老师关于这三种人权存在形态的划分有没有新的思考(即关于人权的三个形态的理论界定上)。

答:没有什么新的看法。人权的三种形态,过去有学者说是四种,还包括习惯。习惯也是一种形态,但可以包括在习惯法或法律范畴里。至于怎么划分,不一定就是三种,都可以研究。但应有权利概念和实有权利概念都是很重要的。有学者反对这种划分,不承认应有权利的科学性。他们说宪法规定了公民的基本权利,因此没有必要再讲什么人权。但公民的权利并不等于人的权利,还有外国人、无国籍人、难民呢。他们在一个国家里也应当享有人所应当享有的权利。

问:宪法监督一般理解为三种模式的监督:宪法委员会、宪法法院和普通法院。在美国,宪法监督也不只是法院的事,媒体在其中起什么作用?宪法监督有没有广义、狭义两个含义?如果只是把它限制在三个模式里,是不是有所遗漏?

答:宪法监督模式有双重的广义和狭义。宪法监督和违宪审查有时通用,有时又是有区别的,违宪审查有时有特定的含义,宪法监督比这个概念广,有时又互相通用。我们现在研究的宪法监督是专门的宪法监督,广义的宪法监督就广得多了(包括很多方面,其中就包括媒体的监督)。所以在处理问题时可以用广义和狭义的概念和方法来解决矛盾。因为实际情况千差万别,纷纭复杂;你中有我,我中有你。因此对事物不能简单地一概否定或肯定,或是就是是,非就是非,这样就争论不休了。

作者是中国社会科学院研究生院法学系教授、博士生导师,湖南大学法学院教授、名誉院长
本文责任编辑:栾贵川

ABSTRACTS

How to Underst and the New Changes of Developed Capitalism:

This is an exposition of the new changes taking place under government intervention and regulation in eight respects of the developed capitalist world grounded on history, theory and the present state of development, explaining how these changes ease the social contradictions of capitalism and promote development of its productivity at the same time, yet leaving its basic contradictions and economic crises unsoived, its historical destination to be finally replaced by socialism unchanged. This article also stresses three points to correctly understand and handle the relationships between socialism and capitalism.

Economic Globalization and the Problem of International Value:

This is an elaborate exposition of a whole series of theoretical problems concerning comparison and exchange of commodities produced in all countries amidst the rising worldwide waves of economic globalization, based on the international value of the commodities, the essential characteristics of international value and the realization of it.

Theoretical Questions in the Studies of Constitution:

Editor's note: This is a speech the author delivered at the symposium held at the Law Institute, CASS, commentaries on the speech and answers to questions raised by participants included.

The author expresses his views on questions such as "supremacy of the constitution", "the focus of (ruling the state by law) is on the administering of the government officials", "supervision by the constitution", "the origin of human rights", and "whether sovereignty is always higher than human rights".

He, at the same time, criticizes certain erroneous views on these questions.

Traditional Views on Confucianism, Buddhism, and Taoism:

Historically in China, the struggle against one another among Confucianism, Buddhism and Taoism has never been that to decide which is right or wrong, or superior or inferior. None of them regard the others as enemies. Han Yu's stand against Buddhism is no other than dispute between different religious beliefs, not in deed a worldly fight against religion. Buddhist scholars regard Confucians not only as their fellow beings but as their comrades as well. Ever since the Song dynasty, Confucians have been discussing the differences and similarities of the three beliefs while criticizing Buddhism and Taoism. During the Ming and Qing periods, Both Buddhist and Taoist scholars endeavor to get close to Confucianism rather than consider it incompatible. They accept Confucianism as the main stream in status and try hard to draw on the Confucian doctrine to adorn themselves.

From Orally Handed Down Legends to Compiled History—the Question about the Origin of Chinese Historiography (3)

Beginning with "written records of events", and "putting orally handed down legends in order", then "compiled history", it is a long journey for Chinese historiography to eventually take form. (1). "Written records of events" appeared in Shang dynasty. Oracle inscriptions on tortoiseshells or animal bones already contain the essential elements of written record of events; (2). By the end of Western Zhou, poems contributed by high ranking of-