

# 论宪法的市民性

何真

(四川师范大学法学院,四川成都610068)

**摘要:**宪法的市民性就是自由、平等、经济人理性和社会理性。要树立以权利制约权力、以权力保障权利的人权观念,就必须承认和提倡宪法的市民性。通过对宪法市民性的提倡,有利于达成市民社会和政治国家之间的良性互动与有机整合,从而可以形成对宪法的完整认识,为我国宪政建设提供更科学的理论模式。

**关键词:**宪法;市民社会;市民性

**中图分类号:**D921 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2002)05-0036-08

马克思把市民社会作为理解“整个历史的基础”,同时“从市民社会出发来阐明不同的理论产物和意识形态”,认为“决不是国家制约和决定市民社会,而是市民社会制约和决定国家”[1](第4卷上册,第192页;第1卷上册,第43页)。因而在中国对法治的诉求中,市民社会理论应“成为法学现代化及法治研究的新视角”[2]。遗憾的是,在市民性这个方面进行了较多研究的仅仅局限于民法学。随着理论的深入,许多学者认为,“市民社会=民法”为近代宪法的生成提供了必须的条件[3](311页)。这些成果无疑为我们进行宪法市民性的研究提供了宝贵的借鉴,因此,笔者试图从市民社会的角度挖出隐藏在宪法中的市民性,并通过对宪法市民性的阐释,进一步地增进对宪法的完整认识,从而达成法治建设应该体现对人的关怀的共识。

## 一 对宪法传统理论的反思

传统理论中对宪法本质属性方面的研究大都局限于以政治国家为基点对其公法性进行强调。西方学者们强调的是宪法的法律特征和西方宪政文化的因素,认为宪法是调整国家机关与公民之间的权利义务的关系和国家机关之间相互关系的国家根本

法。典型的如美国学者施华兹提出“宪法是包括治理国家的指导原则的根本法”[4](17页)。《牛津大辞典》也定义为:宪法可被认为是用来论及国家最高权力运行的结构和主要原则[5](202页)。西方学者们对宪法的表述一般具有以下特点:着重从法律特征上揭示宪法的特点;强调宪法在权力运行中的调整功能,突出宪法的公法性的强制功能。我国学者主要是以政治国家为基点对宪法进行审视,往往从宪法的阶级本质和形式特征相结合的角度来定义宪法,认为宪法是规定国家的根本任务和根本制度,以民主形式实行阶级统治的国家根本法。近年来,宪法学者提出了一些新的观点,深化了对宪法的认识。如俞德鹏认为:“对宪法的定义应该围绕国家政权形式的社会关系这个核心,以‘立政’作为表示宪法中心内涵的一个重要概念。所以,宪法就是调整立政关系,即人们在确立国家重要制度和决定国家重大事情的过程中形成的人与人之间关系的法律规范体系。”[6]可以看出,这些观点都是对宪法公法地位的强调,强化了对宪法的工具性认识而未能深入揭示宪法的本质。

若只强调宪法的公法性则是一种狭隘和片面的

收稿日期:2002-06-12

作者简介:何真(1976—),女,四川省峨眉市人,四川师范大学法学院硕士研究生,指导教师傅昭中教授。

观点,至少不能形成对宪法的完整认识。从宪法的源起看,过分强调宪法的公法地位其逻辑结论便是:宪法来源于政治国家,制宪权属于国家,国家高于宪法,从而使宪法沦为政治国家的工具,导致在实践中宪法的真义无法得到真正的实现,而与古代帝王取下之术无异,因而难以树立宪法的至上权威。从宪法的功能看,过分强调宪法的公法地位,我们继续对其推演便会得出“宪法的功能是赋权”[7](216页),而非确权的结论。即市民的权利是政治国家通过宪法赋予的,权利来源于国家,当政治国家与市民社会发生冲突时,国家可以收回、限制或撤消市民的权利。这样一来,导致在行宪过程中出现人权保障的色彩不占主导地位与国家权力过分进入市民社会的倾向。从宪法的价值看,若从政治国家的角度考察宪法,宪法的价值着重于实现秩序[7](653页)。而从市民社会的角度考察宪法,宪法的价值应着重于实现自由。马克思认为,人类是由自在向自为发展,自由是人类的最高理想,人必然能实现从必然王国向自由王国的飞跃。因而,作为国家根本大法的宪法其价值目标不应是普通法律所强调的秩序,而应是实现作为人的本质的自由[7](649页)。即“社会所能合法施用于个人的权力的性质和限度”[8](1页)。

为了全面认识宪法的本质,我们应当从市民社会中寻找答案,并且以此为基点树立和提倡“宪法市民性”。其一,通过认识宪法的市民性,我们可以从新的角度发现宪法的源起。即宪法来源于市民社会,而非政治国家。正如潘恩所说,“宪法是一样先于政府的东西,而政府只是宪法的产物。一国的宪法不是其政府的决议,而是建立其政府的人民的决议”[9](146页)。“宪法的根本课题是保障人的自然权利,这种权利优越于地上的一切世俗政府,人造的法律不能随意的取消或限制”[10](88页)。这在理论上弥补了对宪法认识的缺陷。这种认识的逻辑结论必然是使宪法获得高于国家的至上权威。其二,承认宪法的市民性,就能突破我国法学研究中“以阶级分析为轴心的单一线性理论模式”[2],实现从市民社会的角度考察宪法,达成宪法学研究的理论创新。其三,提倡宪法市民性可以在实践中划定国家权力的界限,并确立人权保障这一最高价值,从而有效的促进法治实践的进程。

## 二 关于市民性的理论认识

市民社会就是自由与平等的社会。黑格尔对此做出过有益的回答,认为“市民社会是处在家庭和国家之间的差别的阶段”[11](197页)。市民社会有三个环节:第一是需要的体系即市场经济;第二是司法系统,通过法律对财产关系和契约关系的规定,来使市民社会中的自由这一最高价值得以实现;第三是警察和同业公会,这是一种预防社会危险和保护生命财产的措施。从黑格尔的观点可以看出:由于市场经济是以商品交换为基础,所以作为交换主体的市民理应具有平等的地位和平等的意识;而司法系统的存在也是为了维护市民之间的平等和自由的契约关系。马克思系统论述了现实的市民社会的发展规律,指出市民社会是“直接从生产和交往中发展起来的社会组织,这种社会组织在一切时代都构成国家的基础以及任何其他的观念的上层建筑的基础。”[12](41页)当生产力发展到一定阶段,社会利益分化成私人利益和公共利益时,市民社会与政治国家作为两种相对独立的社会形态就产生了。可见市民社会的本质是产生于人类物质交换关系基础之上的特殊私人利益关系的总和。市民社会是一个对应于政治国家的“私人自治领域”,在该领域中排除政治国家的非法干预,一切的约束均来自于平等个人的自由意志,且仅依据意思一致来共同生活,遵循法律原则进行自我管理和自我监督。

市民社会中的市民是经济理性人和社会理性人。黑格尔认为:“在市民社会中,每个人都以自身为目的,其他一切在他看来都是虚无。但是,如果他不同别人发生关系,他就不能达到他的全部目的。因此,其他人便成为特殊的人达到目的的手段。但是特殊目的通过同他人的关系就取得了普遍的形式,并且在满足他人福利的同时,满足自己。”[11]在黑格尔看来,市民社会中的每个人都是追求自身利益最大化的“经济人”。而每个人在自觉追求自身利益时,被自身所意识不到的理性指引着去实现公共利益,所以这时的市民又被赋予了社会理性,从而实现了经济人理性和社会理性的一致。因此,只有“经济人”才做出选择和行动,市民社会仅仅是“经济人”作出选择和行动的结果。正如马克思认为政治国家的成员和市民社会的成员是同一个人,“……前一种是政治共同体的生活,在这个共同体中,人把自己看作社会存在物;后一种是市民社会中的生活,在这个社会中,人作为私人进行活动,把别

人看作工具,把自己也降为工具”[13](428页)。而且,“作为市民社会成员的人是本来的人,这是和 citizen(公民)不同的 homme(人),因为他是有感觉的,有个性的,直接存在的人,而政治人只是抽象的,人为的人,寓言的人,法人”[13](443页)。从马克思的观点可以看出,市民是一个独立、自由的人,并有自己的权利和义务。经济人理性和社会理性在市民社会这里找到了对立统一的土壤。

市民性就是市民社会和市民所具有的本质属性,因而市民性的应有之义起码应包括以下四点。

第一,自由。自由的本义是指人 can 不受阻碍地做他愿意做的事情。但在法律社会中“自由仅仅是:一个人能够做他应该做的事情,而不被强迫去做他不应该做的事情……自由是做法律所许可的一切事情的权利,如果一个公民能够做法律所禁止的事情,他就不再自由了,因为其他的人也同样会有这个权利”[14](154页)。但“法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由”[15](36页)。因而自由就是在法律未加规定的一切行为中,人类可以不受阻碍地去做自己的理性认为对自己最有利的东西。自由是人的本性和理性的必然要求和产物,这是人类的最高理性,是人类福祉的首要因素,是市民社会和政治国家的目的和基础。自由是每个人生存的主要手段,而且是人的一切能力中最崇高的能力,是神圣的,是不可侵犯和不可转让的。因而,自由是评价人类状态的基本价值准则。

第二,平等。平等就是人类的一致性。人生而平等,地位平等,权利也平等。平等并不反对差别,它所反对的是特权、专制和奴役,它所追求的是社会整体的利益和最大的人类幸福。它不是指平均主义,而是指承认人类存在个体的自然差别的前提下,以法律平等这种形式平等来代替自然所造成的人与人之间的实质不平等。而人类尽管可以在智慧和能力上不平等,但由于有法律存在使他们的地位平等,权利平等和机会平等、最终使得人类逐渐也趋向于实质平等。因为“在宇宙万物的体系中,人类本来是平等的”[9](9页)。正如卢梭所揭示的,“社会公约在公民之间确立了这样一种平等,以致他们大家都遵守同样的条件并且全都应该享有同样的权利”[16](44页)。“而权力的平等则不仅仅是整个共和国的自由,而且也是每个人的自由”[17](20页)。从某种程度说,平等也为实现自由创造了最基

础的条件。

第三,经济人理性。即在市场经济的环境中人被假定为经济人,并认为他总是能根据自己所处的环境,利用自身的才能、智慧和经验做出行为选择,以尽可能使自身的利益得到最大化满足。因而可以说,“人是其自利的理性最大化者”。但“自利不应与自私相混淆,其他人的幸福(或)痛苦可能是某人的满足的一个部分”[18](4页)。因而为了防止其与生俱来的私欲演变成自私,经济人在追求自我利益最大化时必须具有理性,并且以增进他人利益的方式来实自己的利益,从而有效地增进社会利益。

第四,社会理性。即人作为社会关系的总和,希望在集体、社会和相互关系中生活,通过别人实现自我的社会性。社会理性的存在使得人类对相互竞争中所产生的利益冲突得以协调和整合,以达到“实质性市民认同”[19](17页)。这样,人类在追求自身利益最大化时,一方面竭力主张其自身利益和自由平等的权利,另一方面又在社会理性的指引下做出必要的妥协、让步与合作,以最终获得市民社会的自主自律的理性诉求。

### 三 宪法市民性的理论依据

宪法一经产生就具有了自由、平等、经济人理性与社会理性。

首先,宪法来源于市民社会的生成和壮大。在前资本主义时期,政治国家具有无限的权力,个人毫无独立的权利,市民社会完全屈从于政治国家,“从而形成了国家对市民社会的包容、吞噬和同化”[20]。因而,前资本主义社会具有典型的专制主义色彩,也就难以形成产生宪法的土壤。在资本主义时期,由于市场经济的产生和发展,使市民社会与政治国家得以分离。而在市场经济中,商品交换必须按等价有偿的原则进行,这就需要市场主体具有平等性和自由性,在这里,“私人的物质生产、交换、消费活动摆脱政府的家长式干预,成为在政府领域之外的纯经济活动”[21]。这样,经济关系和政治关系就泾渭分明起来,并获得自我生长的空间,最终使得市民社会脱离国家控制并成为抵御国家非法干预的共同体。但“市民社会又不是万能的,争端的解决、和平的维持、秩序乃至服务的保障非依赖政治国家不可”[32]。为了使市民社会与政治国家的关系得以良性和稳固的确定,宪法便应运而生。

其次,宪法存在的基础在市民社会与政治国家

之间仍存在着深刻的竞争关系。因为它们都以相对稀缺的社会物质财富为存在基础,这就决定了两者在获取资源时存在着此消彼涨的竞争,并容易形成一方对另一方的吞噬和同化。当政治国家的力量足够强大,足以从社会中夺走权利时,就会以权力垄断一切,以身份代替平等,使个人丧失独立性,沦为国家附庸,这时政治国家已吞没市民社会,形成国家中心主义。“这是与专制主义、自然经济和集权型经济体制相适应的”[23]。相反,若是市民社会的力量足够强大,人们的理智能力和自我管理能力的自我管理能力足以得到充分发展,从而能过一种完全的道德生活时,国家只是一种多余,没有存在的必要,这时市民社会已吞没了政治国家。当然这一情况的发生,如果是在物质极大丰富足以满足人类按需分配的条件下,社会就已过渡到共产主义社会,这是人类为之奋斗的理想。但是在社会物质财富还未极大丰富时,那种超越现有的生产力发展水平,认为国家只是一种多余的邪恶,必须废除国家的观点,会导致无政府主义的产生。而“大量的历史证明,缺乏有组织的政府或政府的软弱无力,很容易产生等级森严的僧侣统治或经济从属地位的状况”[24](220页)。因此,为了克服上述两种极端的倾向,市民社会与政治国家在权力的博弈中需要对自身的权力进行必要的收敛与妥协,以求实现彼此间的和平。这便需要一种普遍有效和稳定至上的规则对两者的关系进行界定和调适,以形成市民社会与政治国家的“良性互动关系”[20]。宪法成为了市民社会与政治国家斗争的产物和相互妥协的结果。因此,“宪法就是市民社会与政治国家间订立的契约,它划定了市民社会与政治国家的界限,使市民社会保持免受国家任意干预的自治,由此使市民社会与政治国家间保持一种平衡,兼顾社会的和平和市民社会的自治”[22]。而对政治国家权力的界定实质上是对物质利益和社会资源的分配和确认,在这里,宪法必然会注意到市民中存在着经济人理性,对人们在追求利益最大化鼓励的同时又对其可能导致的权利滥用进行限制。而对市民社会权利范围的界定和维护,宪法则通过对市民的社会理性的权威确认,把市民权利转化为公民权利的方式来对市民社会本身进行保障。

宪法的实质——“有限权力的分立制衡”,也具有自由、平等、经济人理性和社会理性。

首先,有限的权力是经济人理性和社会理性的

题中应有之义,它体现的是对市民社会自由和平等的保障。“权力者乃权衡、确认和保障实现权利之力也”[25]。权力既然是为权利而设的,权利当然就是第一性的,权力来源于权利。“权力作为一种力,它产生和受制于两种因素,即人与物,是人借助于物得以发力”[25]。而市民性中的“经济人理性”使人本能地具有获取最大利益的兴趣,当无外部力量对这种本能加以制约时,人就可能在对有限资源的竞争中突破其内心自省,对他人和社会造成损坏。“正如当人完成人的时候,人才是最好的动物一样,当脱离法律和裁决的时候,人就是最坏的动物”[26]。正是这种人性本身的“恶”决定了权力可能具有无法消除的毒素,即手中握有权力的人有可能突破权限,在追求自身利益最大化的过程中将本用于公共福利的公共权力转化为自己的私人权利,来满足私人利益,形成“权力对权利的超越、背离与异化”[25]。为此英国阿克顿勋爵的政治名言才成为千古警句:“权力是腐败的,绝对的权力绝对腐败”[27](88页)。因而对于具有扩张性和侵略性的权力,有必要用外部力量对其加以限制和有效的约束,以免其被滥用。由于社会理性的存在,人们才认识到权力来源于权利,这样就找到了制约权力的依据。为了防止政治国家对市民社会进行任意干预,市民社会通过宪法这种最高的法律权威授予政治国家行使权力,并为其设置了行使权力的界限和范围,从而使权力成为受限的权力,使政府成为“有限政府”。而“限制的基本准则就是有利于实现个人自由权利”[28](29页)。这样的权力就不能为所欲为,不能任意剥夺和限制市民的权利,有助于防止歧视和专断行为,以保障市民社会的自由。

其次,权力的分立与制衡是自由与平等的市民本性的基本内涵,它体现的是经济人理性和社会理性的整合。在市民社会,其固有的自由与平等的本性要求对权利进行界分,而市民固有的经济人理性决定了一个人在行使权利的时候如果没有理性规则的约束,其私利的膨胀很容易侵犯他人的自由与平等。因为“如果同一批人同时拥有制订和执行法律的权力,就会给人们的弱点以绝大诱惑,使他们动辄要攫取权力,借以使他们免于服从他们所制定的法律,并且在制定和执行法律时,使法律适合于他们自己的私人利益,因而他们就与社会的其余成员有不相同的利益,违反了社会和政府的目的”[15](85

页)。其结果是“一切权力合而为一,虽然没有专制君主的外观,但人们却时时感到君主专制的存在”[14](157页)。既然“一切有权力的人都容易滥用权力……要防止权力的滥用,就必须以权力约束权力”[14](150页)。而“防止把某些权力逐渐集中于同一部门的最可靠方法,就是给予各部门的主管人抵制其他部门侵犯的必要法律手段和个人的主动”[29](263页)。因此,世界上许多国家的宪法都规定了国家机关在职能上的分工,横向分为立法权、行政权、司法权,纵向分为中央权和地方权,形成法律化的权力组织机制,从静态的角度防止国家权力集中在某个机关,从而得以实现市民的政治自由。由于市民的社会理性的存在,在市民社会与政治国家相分离的情况下,市民社会能够以立法权为中介代表市民社会在政治上的诉求来参与政治国家。而政治国家也能够以行政权和司法权这两种具有执行性的权力为中介来行使政治权力,进行国家干预,来参与市民社会。由于宪法赋予各个权力组织的权力既相互联系又各不相同,权力在运行过程中彼此牵引,彼此监督,相互抵消,使得权力在趋向向上只能服务于宪法所设的目的。同时,由于权力中心的分散,使得任何权力组织很难单独获得一种专断而僭越于宪法的权力。这样,宪法通过将权力在不同的国家机关之间进行配置,相互之间进行制约和平衡,形成法律化的权力运行机制,从动态的角度防止了特权和独裁的存在,保障市民社会的自由。

宪法的出发点和归宿——“人权保障”同样具有自由、平等、经济人理性和社会理性[30]。首先,人权来源于市民社会而非政治国家。因为人权是人作为人应该享有的权利,是每一个人从为满足自身的生存和发展需要而具有的生理和心理体验出发提出的一种固有权利,是大自然赋予人类的一种不可转让、不可剥夺的权利。“人权并非来自于国家和宪法的赐予,而且先于国家和宪法存在,因此,它本身就高于宪法和法律。国家和宪法不能创设人权,只能确认人权”[31]。政治国家对人权的确认和保障是通过其根本法来实现的。“宪法是一张写满人民权利的纸”[32](448页),是人权的保障书。对此马克思指出:“Droits de l'homme——人权之作为人权是和 Droits du citoyen——公民权不同的,和 citoyen(公民)不同的这个 homme(人)究竟是什么人呢?不是别人,就是市民社会的成员。为什么市民

社会的成员称做‘人’,只是称做‘人’呢?这个事实应该用什么来解释呢?只有用政治国家和市民社会的关系,政治解放的本质来解释。”[13](437页)正是在市民社会这个真正的私人自律社会中,人的独立性和自主性才得到了极大程度地解放和彰显,人的经济人理性和社会理性也得到了充分地释放和发挥。

其次,人权保障的最终结果必然是对自由与平等的增进和对经济人理性与社会理性的确认。市民的“经济人理性”决定人对利益的追求是无止境的,这一方面是市民社会发展的原动力,但另一方面又可能使社会陷入无休止的争执与冲突。因而人类迫切需要对利益“定分止争”,形成共同利益。在人的“社会理性”的指引、引导、作用和决定下,人类对彼此间的利益冲突进行克制、忍让和妥协,在多元利益博弈中达成利益的协调和契合,形成共同利益。正是人类对共同利益的承认和尊重形成了人作为人应该享有的权利即人权。人权是市民社会中的人对共同利益的肯定和认可,对共同价值观念的宣告和张扬。因而人权是一种自然权利和道德权利,是一种目的性的存在。为了满足和实现人类的共同利益,必然要求建立一个强有力的运行组织实行明确、具体、公开的程序和方法来保障和实现人权。“而对人权的确认和保障则构成政府权力运作的合法来源和伦理基础”[31]。各国宪法一方面通过确立人权原则确定了国家权力的限度和范围,阻止国家权力过分进入市民社会,来体现和实现人作为“自由自觉活动主体”的价值和尊严。另一方面,宪法用国家最高法律权威的形式来宣布社会成员为公民,同时通过规定公民的基本权利,来确认人权的范围和内容。公民权是政治国家对人权这种原权利的具体化、现实化和法律化,是政治国家对市民社会中的人权的承认和尊重。所以“人权是制定公民权的唯一依据,公民权应当以人权为其价值取向,以实现人权为唯一目标”[7](692页)。但受生产力水平制约和各国的历史条件所限,宪法确认的公民权,只是人权中的一部分。“对于宪法没有宣示的权利,作为剩余权利,人民仍然有权保留”[7](573页)。因为“这个社会的最大危险并不在于个人之间没有法律,而是在于政府可能凭借手中的权力而对于个人权利剥夺”[28](252页)。所以宪法中“剩余权利”原则的确立就能以保障个人自由为核心,防止政府权力对

人权的限制和湮没,从而使人权得到真正的保障。

当今世界,大多数民主国家的宪政实践都明确的反映了宪法的自由、平等、经济人理性和社会理性。如美国宪法序言开章明义陈述了制宪的目的是“为着建立一个更完美的合众国,树立正义,保证国内治安,筹建国防,增进全民的福利并谋吾人及子子孙孙永享自由的幸福起见,特制定美利坚合众国宪法”,就明确规定宪法乃是为了保障人民对自由、正义、幸福的追求。而其宪法修正案第9条规定“不得因本宪法列举某种权利,而认为人民所保留之其他权利可以被取消或抹煞”,这样就在宪法中树立了“剩余权利”原则,以保障个人自由,防止国家剥夺本属于人民的权利。而法国宪法则直接规定“共和国的口号是:自由、平等、博爱。共和国的原则是:民有、民治、民享的政府”。日本宪法也明确宣布“国政依赖国民的严肃信托,其权威来自国民,其权力由国民代表行使,其福利由国民享受。这是人类的普遍原理,本宪法即以此原理为根据。凡与此相反的一切宪法、法令及诏敕,我们均予排除”。在此,宪法的市民性得到了淋漓的宣示。我国宪法第2条也明确规定“中华人民共和国的一切权力属于人民”。这是我国宪法独具特色的对人民权利的确认形式。从以上分析可看出,各国的宪政实践实质上就是对宪法市民性的集中认可。

通过上述讨论可得出结论:宪法具有市民性,宪法的市民性就是“自由、平等、经济人理性和社会理性”。一方面,“由于人民是权力的唯一合法来源,政府各部门据以掌权的宪法来自人民”[29](113—114页)。因而宪法是人民管辖政府的根本规则。另一方面,宪法无时无刻体现着对市民的关爱,强烈的彰显着宪法本质的市民性。对此日本学者杉原泰雄更直接地把宪法称为市民宪法。他认为:“作为近代市民革命的结果出现的,以资产阶级为主要领导者的‘近代立宪主义型市民宪法’,是一种以追求资本主义正式展开,以保障自由权为中心的人权、国民主权和权力分立为基本原理的宪法”,并且“一边维持资本主义体制,一边对近代立宪主义型市民宪法进行其修正的宪法,就是现代市民宪法”[33](18、113页)。

#### 四 我们必须承认和提倡宪法的市民性

承认和提倡宪法市民性是对法治实践和理论的回应。如前所论,马克思认为只要存在市场经济和

社会分工,市民社会和政治国家的区分就不可避免。那么,“在民主宪政精神与原则受到广泛播颂的当代世界,国家和市民社会关系则成为共同关注的核心问题”。“这一对分析范畴一旦从现实中升华出来,就因其对特殊利益与普遍利益、个人权利与国家权力、私人领域与公共领域、个体价值与整体价值等等人类历史轴心脉动的深层关怀和广角涵摄,而赋有了超越于东方与西方、传统与现代的历史反思性和整体关怀”[20]。因而我们承认和提倡宪法的市民性,其根本目的就在于用宪法这种代表人类最高理性的最高法律权威对市民社会与政治国家之间的关系进行规范、协调和契合。“建立起市民社会与政治国家的良性互动关系(双向民主互动,分立制衡与合作等),使普遍与特殊、公域与私域、权力与权利等得到有机协调、保证和规制,以制约权力和保障权利为轴心,以普遍规则秩序为目标的法治才能真正确立起来,并形成赋有民主参与性、自主反思性和回应超越性等时代要求的法治秩序”[20]。

这一根本目的能否实现,我们又必须回到宪法的市民性上来,以宪法的市民性为基础,建立起个人相对于政治国家所享有的权利系统。在这个系统中强调的是个人自治和权利自由,国家权力不能任意干预,而国家权力本身也来源于该系统,这样就能以权利制约权力,遏制权力的异化与滥用。在这个系统中,“一方面是国家权力机关行使的职能在性质上的公共职能,另一方面是社会组织所担负的社会职能的发达和越来越多地代行国家的部分职能,两相结合,推进着国家权力的社会化,并促使国家权力向一般社会公共权力转化”[25]。这样权力的社会化就促使了权力向权利回归。

承认和提倡宪法的市民性也并非认为国家权力无存在的必要,而是为了实现市民社会与政治国家在现实中的合理归位。虽然市民社会通过宪法赋予国家的权力是一种有限、分立、制衡的权力,但“国家权力是公共利益的体现,因而也是公民个体利益的一般存在形式和共同实现条件。为了实现社会整体利益,同时也是为了从根本上维护和促进人的个体利益,国家权力的规模和强度必须是以防止公民滥用权利、防止出现无政府状态或严重破坏宪法秩序的情形出现”[34](303页)。因为这“是以简单而普遍的公理作为根据的:手段必须与目的相称,期望通过自己的作用达到任何目的的人,应该具有用以

达到目的的手段”[29](114—115页)。这样通过承认和提倡宪法的市民性就能以权利制约权力,同时以权力保障权利,最终使权利之间、权力之间、权利与权力之间达到平衡,实现社会的协调与发展。

由于市场经济的发展,市民社会问题正在成为宪法不可忽视的基础性问题。在资本主义时代,正是在市场经济的基础上市民社会和政治国家才实现分离,民主制度与宪政制度才得以确立,并有效地增进了社会福利和实现了个人发展。我国1993年宪法修正案第七条规定,国家实行社会主义市场经济。当前我国正在深入“进行市场化改革,着手确立‘小政府、大社会’的政治经济体制,其实质是努力调整和重构国家与社会的关系,以适应全球化时代社会经济发展的需要”[20]。这样在当代社会主义中国“与国家政治生活相对应的‘世俗化’的市民社会生活领域正在形成和扩展。就是说,市民社会与国家正在发生分离并构成了有机互动的二元社会结构,而这一社会结构又为市场经济的进一步发展奠定着必要的基础,也对法律供给提出了强烈需求。……而这一生动的社会生活现实,也要求法学从市民社会与国家的宏观广度,来解决其发展中出现的新的理论和实践课题”[2]。

承认和提倡宪法的市民性,通过宪法确立市民性并大力促进市民社会的发展,在当代中国具有重大意义。首先,通过对宪法市民性的探讨和提倡,能在新形势下完成对传统理论的有益改造。长期以来我国的宪法学研究只停留在政治学层面上,“其突

出表现是把阶级分析法作为研究的理论原点,过分强调国家在政治、经济、社会、生活中的地位和作用,……结果是:在现实社会中,国家与公民的地位和作用常处于变幻莫测的状态中”[35]。从市民社会的角度来考察宪法,能以市民社会与政治国家关系为轴心,建立系统的利益分析法,对现有的宪法学基础理论进行革新和完善。我们也得以从丰富生动的社会现象中理解和研究宪法,为宪法学研究奠定坚实而深厚的理论基石。其次,对宪法市民性的认识有重要的实践意义。第一,有助于我们重新认识市民社会中市民的“自由、平等、经济人理性和社会理性”的人类理性精神,并在新的历史条件下推动理性文化的培养与人文精神的塑造,促进个体关心自己的权利与利益,以形成推动民主宪政的直接动力。第二,有助于改变“长期以来我国在法律生活中最突出的问题‘权力本位’”[34](111页),体现在市场经济条件下,人们要求制约权力、扩展权利以加强人权和公民权保障的要求,最终达到社会主义所要求的实现充分人权的最高目标。第三,有助于我们在市场经济条件下,结合我国的具体国情通过宪法对权力进行配置,使权力得以协调、制约和平衡,从而促进具有中国特色的社会主义法治国家的建设。第四,有助于我们在入世后,在WTO的自由贸易体制框架下,适应自由贸易对政治民主、人权保障和社会公平产生的要求,转换法制思考的视角,以推进国家政治经济体制在经济全球化进程中的创新和发展。

#### 参考文献:

- [1]马克思恩格斯选集:第4卷上册[M].北京:人民出版社,1972.
- [2]马长山.市民社会理论:法学现代化及法治研究的新视角[J].江苏社会科学,2001,(4).
- [3]林来梵.从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言[M].北京:法律出版社,2001.
- [4]转引自:何华辉.比较宪法学[M].武汉:武汉大学出版社,1988.
- [5]牛津法律大辞典.北京:光明日报出版社,1988.
- [6]俞德鹏.立政关系法:宪法概念的新定义[J].政治与法律,1998,(6).
- [7]徐秀义,韩大元.现代宪法学基本原理[M].北京:中国人民公安大学出版社,2001.
- [8][英]约翰·密尔.论自由[M].北京:商务印书馆,1959.
- [9][美]托马斯·潘恩.潘恩选集[M].北京:商务印书馆,1981.
- [10][日]森下敏男.苏联宪法理论的研究[M].东京:创文社,1984.
- [11][德]黑格尔.法哲学原理[M].北京:商务印书馆,1982.
- [12]马克思恩格斯全集:第3卷[M].北京:人民出版社,1972.
- [13]马克思恩格斯全集:第1卷[M].北京:人民出版社,1972.

- [14][法]孟德斯鸠.论法的精神:上册[M].北京:商务印书馆,1982.
- [15][英]洛克.政府论:下篇[M].北京:商务印书馆,1984.
- [16][法]卢梭.社会契约论[M].北京:商务印书馆,1982.
- [17][英]哈林顿.大洋国[M].北京:商务印书馆,1963.
- [18][美]理查德·A.波斯纳.法律的经济分析[M].北京:中国大百科全书出版社,1997.
- [19]希尔斯.市民社会的美德[A].载邓正来,[英]亚历山大编:国家与市民社会[C].北京:中央编译出版社,1999.
- [20]马长山.市民社会与政治国家:法治的基础和界限[J].法学研究,2001,(3).
- [21]俞可平.马克思的市民社会理论及其历史地位[J].中国社会科学,1993,(4).
- [22]徐国栋.市民社会与市民法[J].法学研究,1994,(4).
- [23]梁慧星.必须转变公法优位主义观念[N].法制日报,1993-1-21(3).
- [24][美]博登海默.法理学——法哲学及其方法[M].北京:华夏出版社,1987.
- [25]漆多俊.论权力[J].法学研究,2001,(1).
- [26]转引自:里赞.“人性恶”与法治——一个形而上学的视角[J].现代法学,2001,(3).
- [27]张灏.幽暗意识与民主传统[M].北京:三联书店,1995.
- [28]王人博,程燎原.法治论[M].济南:山东人民出版社,1998.
- [29][美]汉密尔顿.联邦党人文集[M].北京:商务印书馆,1980.
- [30]参:李龙.宪法新论三则[J].法学研究,1994,(3).
- [31]王人博.论民权与人权在近代的转换[J].现代法学,1996,(3).
- [32]列宁全集:第9卷[M].北京:人民出版社,1955.
- [33][日]杉原泰雄.宪法的历史——比较宪法学新论[M].北京:社会科学文献出版社,2000.
- [34]童之伟.法权与宪权[M].济南:山东人民出版社,2001.
- [35]戚渊.市场经济与宪法学研究的深化(上)[J].天津社会科学,1995,(1).

## On Civic Nature of Constitution

HE Zheng

(Law Institute, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610068, China)

**Abstract:** The civic nature of constitution is freedom, equality, rationality of economic man and rationality of society. It must be recognized and encouraged in order to establish human right sense of conditioning power by power and ensuring power by power. Its encouragement is beneficial to a benign interaction between and organic integration of civic society and political state, so as to shape a complete understanding of constitution and provide a scientific theory model for China's constitutional construction.

**Key words:** constitution; civic society; civic nature

[责任编辑:李大明]