

论 21 世纪的宪法学构建基础

莫纪宏

内容提要：宪法学作为一门社会科学，在哲学上涵盖宪法道德学、宪法文化学、宪法逻辑学三个层面，而这三个层面的有机结合，要靠宪法实践作为原动力。作者认为“普遍主义”是宪法哲学的理论前提。作者还对 21 世纪中国宪法学研究进行展望。

关键词：宪法学 宪法学理论与实践 普遍主义

宪法学作为一门社会科学，目前在哲学上的表现形态是与道德哲学、文化哲学和逻辑哲学相适应的。宪法道德学或者是宪法伦理学是宪法学中的初始理性，是宪法知识科学性的起点；宪法文化学和宪法社会学则是宪法文明发展到一定程度的产物，宪法文化学和宪法社会学支撑的是迄今为止人类宪法实践的文明成果，使宪法文明的发展具有了认识手段上的稳定性；宪法逻辑学是按照人类的理想与人类的认识能力来设计人类的价值趋向的，具有普遍主义的特征，因此，宪法逻辑学是宪法学最成熟的形态。

一、宪法实践是推动宪法学发展的动力

宪法实践与宪法学之间的互动关系是多元的。在道德哲学的层面上，由于宪法实践中表现出的强烈的主观性和道德要求，因此，宪法的哲学走向也就会不自觉地适应这种道德实践的要求。尤其是在多数人民主理论支持下的宪法实践，宪政运动的基本动力往往来源于民主的推动。在此基础上产生的宪法学理论也就是浓缩了多数人理性的宪法道德学，最重要的表现就是宪法学着重探讨多数人民主的合理性以及宪法的道德选择性。但是，由于宪法实践中对多数人概念理解的分歧，就产生了不同的宪法理性原则，这些宪法理性原则都具有各自的道德支撑力量，并都具有道德普遍化的倾向。在文化哲学的层面上，宪法实践不单纯是道德取舍的产物，还容纳了习惯性的道德和历史文化传统以及固定的思维模式，对宪法实践的合理性的研究不仅要依靠道德评价体系，还需要行为特征理论体系的帮助。宪法学必须注重宪法实践本身所具有的文化特征。在逻辑哲学的层面上，宪法实践是可以离开具体的道德实践和文化继承进行的，它依靠的完全是宪法自身

逻辑的演变规律，宪法学则是试图寻找一条依靠人的认识能力而构建起来的完美的行为规则体系。因此，宪法学在逻辑哲学的层次上是可以先于宪法实践而存在的。因此，宪法逻辑学完全可以在宪法实践本身滞后的情况下而获得自身的理论完善。由此可见，简单地将宪法实践作为宪法理论研究的催化剂是不妥当的，因为那样很容易突出宪法作为道德哲学的随意性和宪法学作为文化哲学的自我封闭性。在宪法学理论研究中，长期以来不能摆脱的理论障碍就是宪法自身的逻辑规律未受到应有的重视，而道德哲学与文化哲学由于其功利价值的显著性而受到一些人的垂青。宪法实践的理想主义色彩不浓。

二、普遍主义是成熟宪法哲学的理论前提

如果说在宪法实践相对滞后的情况下，宪法学无法获得学科建设所需要的有效知识体系，那么，与宪法实践保持一定距离的宪法逻辑学则仍然是可以利用丰富宪法学知识的一条捷径。当然，宪法逻辑学并不是很容易为绝大多数学者所自觉接受的，因为发现宪法现象自身的逻辑规律比迎合宪法实践所依赖的道德基础和文化特性要困难得多。于是，宪法道德学、宪法文化学中的逻辑规律往往就很容易被代替宪法现象自身的逻辑规律。

但是，作为人类组织行为的最高规范，宪法的可能形态必须符合以人类思维方式为依托的基本逻辑规律，因此，符合美学原则要求的逻辑形式必然会导致宪法建立在普遍主义的道德基础之上。以美学原则来缔造宪法存在和发展的轨迹必然会以人类思维的共性获得明证。普遍的美学原则的存在既容纳了人类的理想，又吸收了人类认识世界的文明成果。所以，建立在宪法文化学基础之上的符合美学原则的宪

法逻辑学不仅是存在的，而且，基于逻辑自身的美学规则可以获得独立的发展。从普遍主义的原则出发，宪法逻辑学是可以脱离宪法实践在相对独立的理论框架中成熟起来。因此，宪法学的发展水平在某种程度上可以超越宪法实践的实际状况达到一定的高度。这也是宪法学作为哲学的组成部分对人类实践的指导作用所在。不承认以普遍主义和美学原则为基础的宪法逻辑学的合理性，也就是否定了人类思维所具有的共性，这种过度实用和实证主义态度必然泯灭人类对道德理想的追求。

普遍主义的逻辑既服从美学原则的要求，也是与人类的实践活动相适应的。在传统的民族国家意义上，民族国家本身是人类组织活动的载体，不同的共同体之间缺少思维形式上的沟通和交流，因此，不同的共同体所产生的宪法文化的特殊性就比较突出。只有在全球一体化趋势的推动下，普遍主义才可能真正地从逻辑走向道德实践。离开人类社会交往的实际形式仅仅停留在纯美学意义上的普遍主义往往只能存在于纯粹的逻辑形式的演绎中。只有与实践相结合的为实践而选择的普遍主义才能成为现实的公共道德准则。所以说，在宪法学的研究中，宪法道德学与宪法文化学、宪法社会学始终是宪法逻辑学的合理性依据。在任何逻辑层次上，宪法学的发展都离不开人类社会总体道德价值水平和人类文化形态的影响。对道德和文化的忽视所带来的恶果就是宪法逻辑学的道德化和实证化。

三、中国宪法学的研究目标与任务

中国宪法学研究肇始于 19 世纪末 20 世纪初，并在本世纪 30 年代曾经达到了比较繁荣的阶段。但由于中国宪政实践时间不长，宪法学的研究主要是比较法学层面上的，至多可以说，宪法学在整理宪法知识的过程中注重了宪法文化特性的研究。在新中国建立之前，由于国民党政府时期宪法的实践不过是党派政治理想和主张的表述，宪法的价值是落脚在道德基础上的。与此相适应的就是，宪法学也被传统的善学理论所包围，这样的宪法学必然带有强烈的主观色彩。新中国成立后，由于新中国的宪法建立在社会主义的价值基础上，因此，以阶级性为核心内容的宪法实践成为宪政建设的主要内容，反映在宪法学研究上是全面地学习前苏联的宪法学理论，以无产阶级的道德原

则为逻辑前提来构造社会主义的宪法学体系。由于旧的宪法传统被打破，宪法文化学的研究基本上被割断，宪法社会学的合理性在一定程度上被抑制。宪法学的逻辑体系实质上是对社会主义道德原则的系统表述，宪法现象自身的逻辑规律以及宪法实践的历史传统基本处于被否定状态，所以，宪法学与伦理学、政治学、科学社会主义等哲学构造基本相似，缺少学术研究上的个性。从 80 年代开始，我国宪法学界开始关注对宪法文化学和宪法社会学的研究，或者是移植，或者是嫁接，宪法学的理论研究水平和状态开始与宪法实践的状况相分离，并且产生了一些具有创造性的宪法逻辑学框架。应当说，通过我国宪法学者的努力，我国宪法学的理论层次正在逐渐与国际社会宪法学研究状况接轨。一大批没有文化传统背景的宪法价值和宪法制度成为宪法学者构造宪法学体系时的参照要素，如宪政的价值形态、宪法监督制度、宪法解释制度、宪法与法的关系处理方法等等。上述内容并没有在宪法实践中得到对应性的行为反映，但却成为宪法学界经常争论的学术话题。通过与国外宪法学者的学术交往，宪法逻辑学的思考方法逐渐为宪法学者们认可。传统的以社会主义道德价值为核心的注释宪法学体系开始获得包括宪法文化、宪法逻辑的结合，宪法学研究体系多元化的趋势正在出现。

21 世纪的中国究竟需要什么样的宪法学？这是近年来宪法学界经常提及的一个话题。在宪法实践相对滞后的前提下，宪法学理论研究能否在逻辑上走得更远一些，这个问题正引起宪法学者们的关注。从宪法学的三个不同层次来看，宪法道德学是宪法文化学的基础。宪法文化学在某种意义上可以说是通过历史和人文媒介所造就出来的宪法道德学。相对于宪法道德学而言，宪法文化学如果缺少以道德分析手段作为主要研究工具，宪法文化学将很难把握宪法文化的特征。不过，从宪法逻辑学的角度来看，由于宪法逻辑学是以美学原则来创设宪法制度的，所以，普遍主义的道德观就是无法回避的。宪法学不仅要关心宪法自身的实践，更重要的是要完善自身的逻辑体系，从中国实际出发，借鉴、吸收外来的宪法实践经验。就宪法哲学的三个层次而言，宪法道德学处在最下位的研究阶段，宪法文化学则在宪法哲学中

对徇私枉法罪一些问题的思考

陆中俊

一、徇私枉法罪与枉法裁判罪的区别

现行刑法中徇私枉法罪是由 1979 年原刑法中的枉法裁判罪发展演进而来，研究这个发展过程，是探索徇私枉法罪与枉法裁判罪区别的根本途径。

1979 年颁布的刑法第 188 条规定：“司法工作人员徇私舞弊，对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者故意颠倒黑白作枉法裁判的”，处以刑罚。过去将此条的罪名定为枉法裁判罪。在贯彻执行中出现两个问题：一是，司法工作人员徇私舞弊行为，可以发生在侦查、起诉、审判、执行等诉讼活动的各个阶段，而枉法裁判则仅指审判活动而言，涵盖不了该条的全部内容，将该条归纳为“枉法裁判罪”的罪名，显然有失全面和严谨。二是，司法工作人员徇私舞弊、枉法裁判不仅存在于刑事诉讼活动中而且在民事、行政诉讼活动中同样存在。从该条所提及的“无罪”、“有罪”的内容来看，只是指刑事诉讼，而是否包括民事、行政诉讼则不明确。尽管 1991 年 7 月 17 日最高人民法院作出了《关于审判人员在审理民事、经济纠纷案件中徇私舞弊，枉法裁判构成犯罪的应当依照刑法第 188 条规定追究刑事责任的批复》，弥补了这一缺陷，但这毕竟是超出法条含义以外的扩大司法解释。有鉴于此，1997 年颁布实施的经过修订的刑法第 399 条，将原刑法第 188 条修改为两款，第一款是“司

法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的”，定为徇私枉法罪；第二款是“在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的”，定为枉法裁判罪。这样，分别定为两个罪名，廓清了刑事诉讼同民事、行政诉讼的性质区别，既有利于贯彻罪刑法定的原则，又避免了对法条理解上所产生的歧义，便于实际操作。

以上可见，徇私枉法罪同枉法裁判罪的区别在于：

1. 刑事诉讼同民事、行政诉讼活动的性质不同，是两罪的原则界限。2. 同属枉法裁判，刑事审判活动中的枉法裁判，应定为徇私枉法罪；民事、行政审判活动中的枉法裁判，应定为枉法裁判罪。3. 构成枉法裁判罪，必须是“情节严重的”；而徇私枉法罪，则无“情节严重的”要求。

二、徇私枉法罪如何界定“私”

徇私，是构成徇私枉法罪不可缺少的主观条件，是罪与非罪的原则界限。

何谓“私”？法律上未见专门解释，按词义解释，与“公”相对，“属于个人的或为了个人的，皆谓之私”。依照宪法在经济方面有关条款“国家、集体、个人”的提法，国家、集体应理解为“公”，个人应理解为“私”。按

起道德逻辑和经验逻辑的验证作用。宪法逻辑学作为宪法哲学中最高层次的宪法哲学，它所采取的是一般的逻辑分析手段，因此，在某种意义上可以产生一些高于道德逻辑和经验逻辑的一般逻辑规律。所以，对于宪法学者而言，致力于构建宪法逻辑学体系必将促进宪法实践的发展，同时也可以为宪法文化的合理性提高更可靠、更有效的逻辑证据。

在 1999 年 7 月 12 日 - 16 日荷兰鹿特丹市爱拉摩斯大学举行的第五届国际宪法会上，“普遍主义”与民主和宪政成为大会的主题。参见《中国法学》1999 年第 5 期“第五届世界宪法大会学术观点综述”。

以康德为代表的唯美主义者将美描述为“纯”，因此，美学的原则也就是“纯粹理性”的体现。

以钱端升、王世杰等为代表的留欧美学者回国后在撰文介绍宪法制度方面作出了突出的贡献，很多著作至今仍为宪法学者们的案头书。

(作者单位：中国社科院法学所)