

安徽大學法律評論

Anhui University Law Review

安徽大學法學院 組編

王先林 主編

Vol.1

2001

第1卷

安徽大學出版社

安徽大学法律评论

2001 第1卷 Vol.1

Anhui University Law Review

安徽大学法学院 组编
王先林 主编

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学法律评论. 2001. 第1卷/王先林主编. 合肥: 安徽大学出版社, 2001. 12
ISBN 7-81052-496-8

I. 安... II. 王... III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 091698 号

安徽大学法律评论 2001·第1卷

王先林 主编

出版发行	安徽大学出版社 (合肥市肥西路3号 邮码 230039)	印刷	中国科学技术大学印刷厂
联系电话	总编室 0551-5107719 发行部 0551-5107784	开本	787×1092 1/16
电子信箱:	ahdxchps@mail.hf.ah.cn	印张	17.25
责任编辑	程中业 朱丽琴	字数	416千
封面设计	孟献辉	版次	2001年12月第1版
		印次	2001年12月第1次印刷

ISBN7-81052-496-8/D·37

定价 25.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

王圣扬 王先林 王继忠 王源扩 史际春 朱 勇
汪汉卿 李明发 李学宽 周少元 张恒山 胡云腾
胡世凯 徐淑萍 袁曙宏 储育明 程雁雷

编辑委员会 史际春 王源扩 李明发 王先林

主 编 王先林

本卷特约审稿人 卢忠兴 刘书锜

编辑部秘书 胡小红 阮 燕

卷首语

自 1979 年改革开放以来,中国法学教育、法学研究和法制建设事业的发展可谓百舸争流,一日千里。在今日百花争艳的法学园地里,《安徽大学法律评论》经过几代学者们的艰苦努力,终于破土面世了。

安徽大学 1928 年创办时就设有法学院,但因战事频仍,几经搬迁,法学院一直未能有一块自己的公开学术园地;20 世纪 80 年代中期,原安徽大学法律系曾创办内刊《当代法学》,连续发行数年,后来虽因种种原因停办,但创办一份属于自己的法学出版物,始终是法学院全体教职员工的企盼。

在发达国家,尤其是英美法系国家,一所大学办一份法律评论几乎是通例。近年来,国内也有不少大学先后创办了自己的法律评论,推动了法学研究的深入和更为广泛的交流,法律评论正在成为法律文献的一种新的重要来源。安徽大学法学院作为国内复办较早的法律院系,愿与国内其他法律院系一起,通过法律评论这块园地,共同为繁荣我国的法学教研和法制建设事业添砖加瓦。我们也真诚地希望这一连续的出版物,能得到法学界和法律界同行们的支持、帮助和指导。

在法学教研和法制建设事业飞速发展的今天,《安徽大学法律评论》这一阵地将首先驱使和激励我们不断提高自身的科研水平。无论是高质量外来稿件的激励,还是自身展示成果的客观需要,都将刺激和鞭策我们在法学研究方面努力前行。这是我们创办安徽大学法律评论的首要宗旨。其次,这样一块学术园地,将为我们与法学界和法律界同行们进行交流,提供一个新渠道。学术智慧犹如燧石,需要碰撞才能产生火花。一块相对稳定的园地,既能使国内外同行们的成果有更多的机会得以公开并使我们首先受教受益,也能使我们的成果有更多的机会得到同行们的批评和指导,从而推动法学研究的不断深入。最后,法律评论这一阵地还将使法学研究成果有更多的机会得以传播,从而更有力地影响法制建设进程和法学教育事业的发展。

办好一份高质量的法学出版物需要多方面的长期努力。作为一份连续性法学类出版物,《安徽大学法律评论》将由安徽大学出版社每年公开出版 1—2 卷,每期 40 万字左右。在稿件的选用上,实行内外兼顾、同等条件下优先采用外稿的原则;在稿件质量控制方面,将逐步实行匿名审稿制度;在用稿范围上,尽量兼顾法学各分支学科的平衡。在法学界和法律界同行们的支持、鼓励之下,我们将努力争取把《安徽大学法律评论》办成一份有特色、有影响的连续性法学类学术出版物。

王源扩

2001 年 11 月 20 日

TABLE OF CONTENTS

SPECIAL CONTRIBUTION

On China's Approach to Constitutionalism

——On Jiang Zemin's Theory Of "Three Representatives" and Development of Chinese Construction **Yang Haikun**

On The "Great Civil Law Approach" in Our Judicial Reform **Shi Jichun and Sun Hong**

SPECIAL STUDIES

On Types of Belief in Law

——Also An Analysis of Formation of The Chinese Belief in Law **Huang Wenyi**

What Does Rule of Law Mean? **Qiang Changwen**

On Strategic Choice of Development Approach of Chinese Legal System **Yin Chunli**

On Joint Rule of Courtesy and Law and "Rule of Law"

——An Analysis on the Pattern of "Rule of Law" in Ancient China **Xia Yang**

Partizing of The Judiciary

——An Initial Research on Judicial Reform of The Republic of China(1925 – 1927)

Han Xiutao

Basis for Judicial Discretion in Criminal Procedure in Perspective of Legal Science

Zhai Zhongdong

The Western View of Function of Criminal Penalty and Its Inspiration for China

——Also on Punitive Function of Penalty in China **Han Yi**

Obstacles for Judicial Enforcement

——Some Thoughts on Possible Solution **Lu bin**

Two Issues on Reorganizing Present Enterprise Law of China **Li Mingfa**

A Review on Obligation under Insurance Contract **Hua Guoqing**

Revisit To Traditional Chinese Theory On Division of Laws and Its Application to Economic Law

Wang Yuankuo

Understanding Administrative Law from the Standpoint of Economic Law **Hu Xiaohong**

A Study on Judicial Review of Anti – dumping **Ji Luohong and Chenghu**

A Study on Administrative Anti – competitive Conduct under the Proposed Anti – monopoly Law of China

Cheng Yanlei and Li Qingwu

A Study on Hearing System of Price of Cities' Public Utilities **Li Shengli**

On the Rights of Consumers to Be Respected **Yang Wenbin**

Embarrassment of Tax Law Facing E – commerce and A Possible Solution

Zhang Yurun and Zhuo Zexue

- On Procedure of Taxation **Shi Zhengwen**
- On Procedure of Criminal Retrial in China **Liu Shaojun**
- A Study on Feasibility of Introducing Western Standard of Proof into China
Wang Shengyang and Sun Shigang
- On the Due Process of Criminal Investigation in Perspective of Economic Analysis
Xu Biao
- On Legal Regulation and Restriction of Criminal Investigation **Chen Jiemiao**
- Judiciary Independence And Improvement of Our Independent Trial System
Zhang Pingze and He Yan

LEGAL DEVELOPMENT OVERSEAS

- On Children Maintenance Obligations under The Russian Law of Conflict of Laws
Wang Jinlan

LECTURES ON CHINESE LEGAL SYSTEM

- Rule of Law and Rule by Ethics in Ancient China
——A Lecture on Law at Standing Committee of People's Congress of Anhui Province **Wang Hanqing**
- Several Issues on Construction of Legal System in Our Socialist Market Economy
——A Lecture on Law at Standing Committee of People's Congress of Anhui Province **Wang Xianlin**

INVESTIGATION REPORTS

- On Social Foundation of Ruling by Law
——A Investigation of Rural Area of Anhui Province According to Law
Chen Hongguang

CASE STUDIES

- Preventing Torture in Criminal Procedure Is A Comprehensive Project
——A Case Study **Li Xuekuan**

安徽大学法律评论

2001 第1卷

目 录

特稿

中国走向宪政之路

- 兼论“三个代表”理论和我国宪法发展…………… 杨海坤(1)
- 论“大民事”…………… 史际春 孙虹(19)

学术专论

论法律信仰的类型

- 兼析中国人的法律信仰如何形成…………… 黄文艺(30)
- 法治意味着什么…………… 强昌文(37)

论中国法制发展的战略选择…………… 尹春丽(41)

礼法合治与“法治”

- 中国传统社会的“法治”形态分析…………… 夏 扬(49)

司法党化:国民政府(1925—1927)司法改革初探…………… 韩秀桃(56)

法学层面上的刑罚裁量根据…………… 翟中东(65)

西方国家的刑罚目的观及其对我国刑罚目的界定的启示

- 兼论惩罚犯罪应界定为我国刑罚目的…………… 韩 轶(73)

执行难的法律思考及解决建议…………… 吕 斌(82)

关于我国现行企业法整合的两个问题…………… 李明发(90)

保险合同当事人义务再探讨…………… 华国庆(95)

法律部门划分理论再探讨

- 兼论经济法的地位问题…………… 王源扩(104)

经济法学视野中的行政法…………… 胡小红(117)

反倾销司法审查制度研究…………… 吉罗洪 程虎(125)

试论我国反垄断立法对行政性限制竞争行为的规制…………… 程雁雷 李青武(143)

城市公用事业价格听证制度研究…………… 李胜利(149)

消费者受尊重权之思考·····	杨文彬(156)
税法面对电子商务的困惑和解脱·····	张宇润 卓泽学(164)
论税收程序·····	施正文(170)
试论我国的刑事再审程序·····	刘少军(181)
西方诉讼证明标准本土化的可行性研究·····	王圣扬 孙世岗(190)
刑事侦查正当程序论 ——兼从效益观的角度进行分析·····	徐 彪(202)
论侦查行为的法治化与侦查权的制衡·····	陈结森(211)
法官独立与我国审判独立制度之完善·····	张品泽 何雁(216)

域外法论

俄罗斯抚养冲突法立法述评·····	汪金兰(222)
-------------------	----------

法制建设论坛

中华古代法制文明史上的法治和德治 ——安徽省人大常委会法制讲座讲稿·····	汪汉卿(230)
社会主义市场经济法制建设中的几个问题 ——安徽省人大常委会法制讲座讲稿·····	王先林(236)

调研报告

依法治国的社会基础 ——安徽省农村普法和依法治理社会调查·····	陈宏光(250)
--------------------------------------	----------

案例研究

遏止刑讯逼供是法治的一个系统工程 ——一起刑讯逼供案引起的法律思考·····	李学宽(256)
---	----------

中国走向宪政之路

——兼论“三个代表”理论和我国宪法发展

杨海坤*

当新千年的钟声叩开了新世纪的大门时,人们回顾过去的20世纪人类所取得的文明成果,那么可以自豪地说,宪政的普及与宪政的进步足以成为其中的一项重要标志。植根于西方文化氛围中的宪政制度广为其文化背景下的人们所接受,而宪政理论本身经历着由旧到新的理论转变,也即从传统的控制国家权力逐步向建立理想政治秩序理论的过渡;^①以罗斯福“新政”为代表的市场经济运作的国家干预模式,则从制度上对所谓“宪政”进行了重新定位。自然,特定场景下的中国问题,似乎在宪政理论与宪政制度方面都无法与发达国家相比,然而,百年来中国不断重复的立宪、修宪过程本身就是宪法观念普及、深入的过程。特别是在党中央提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的战略目标之后,宪政的作用与功能愈益引起人们的重视,“宪法至上”也因此成为法治的基本内容。对于宪法学研究来说,关注中国如何走向宪政之路,应当是不容置疑的重要课题;而在其中,宪法的发展问题又成为最为迫切的任务。

一、宪政:民主与法治的平衡点

或许是宪法本身寄寓着人类太多的幸福憧憬与期望,因而诸如“自由”、“人权”、“平等”、“民主”、“法治”、“宪政”……这一系列名词在宪法学研究论著中频频出现,构成了这一学科特有的价值理念与人文关怀。然而,这些概念本身的定位以及概念与概念之间的关系,同时

杨海坤,苏州大学王健法学院院长、教授、博士生导师。

① 参见[美]斯蒂芬·L·埃尔金、卡棉尔·爱德华·索乌坦编,周叶谦译:《新宪政论——为美好的社会设计政治制度》,3页,三联书店,1997。从某种意义上说,这意味着传统的宪政理论是消极防御性的,即为国家权力划定其不得逾越的界限;而现代的宪政理论则是政治设计性的,它必须为了人民的福祉而构想出更加正义的人类秩序。因此,“当代的宪政思想是有缺陷的。它大体上由古典的宪政论形成,对其他宪政思想传统未给予充分的注意。结果是,当代的宪政论不能充分理解政治制度,而是把这些制度看成是限制滥用权力的基本上实用的手段”。同上书,144页。

也是一个从不同角度进行观察而又众说纷纭的问题。^①在这其中,“民主”、“法治”、“宪政”这三者之间关系更是异乎寻常地密切,区分其概念或辨明其关系,成了一切宪法学研究人员首先必须面对的问题。

美国哈佛大学退休教授、1998年诺贝尔经济学奖获得者阿玛蒂亚·森曾经指出,“若要在二十世纪里发生的诸多进步中选择一项最重要的,那么,我会毫无困难地指出,那就是民主的兴旺”;“到了遥远的将来,当人们回首这个世纪的历程时,他们会发现,民主制度出现后被广泛地接纳为政府的组成形式,恐怕没有比这意义更重大的事了”。的确如此!美国学者亨廷顿由此将现在的民主阶段称为民主长波中的“第三波”:“今天,千百万以前曾在独裁专制统治者下受苦受难的人生活在自由之中。……民主制度在如此短的时间内急速成长,毫无疑问,是人类历史上最壮观的、也是最重要的政治变迁。”^②那么,这一变迁又是如何实现的呢?简单地讲,自由是民主的基础。经济自由化则是政治民主化的先声,以自由为特征的市场经济是政治民主得以确立的前提。从理论上而言,人们一般认为,自由与平等之间存在着深刻的矛盾,自由竞争在一定条件下会妨碍社会平等的实现,而寻求自由与平等的契合点,就有赖于民主得以完成。在笔者看来,民主是兼顾自由与平等并使两者得以融合的机制。现代民主政治的宗旨在于:建立可以容纳各社会阶层、各利益群体代表的政治体制,既实现社会成员之间公开、理性的自由竞争,又满足他们对平等的一般期待,从而在制度方面为长期政治稳定和发展创造基本条件。至于民主制度的建立过程,按照政治学者的说法,这一过程在世界各国通常表现为三个阶段:第一个阶段是准备阶段,主要特点是非民主政权或政治架构在社会政治压力下解体,这种解体可能是迅速的,也可能是缓慢的;第二阶段是民主秩序刚开始成型,很有可能形成威权统治,因而具有过渡性;而第三阶段则是民主政治巩固的时期,其标志并非仅仅是民主制度的建立以及相应的法律统治的确立,更为主要的是使民主和法治成为全社会政治文化的重要组成部分。如果说第一阶段非民主政权的解体意味着旧制度和秩序的瓦解时期的话,那么第二阶段与第三阶段则是法治建设和宪政建设经历从起步到牢固确立的时期。

“法治是什么?”则是一个仁者见仁、智者见智的问题,1959年在印度新德里召开的国际法学家大会上曾经提出过一个著名的定义:“在一个自由的社会里,奉行法治(Rule of Law)的立法机构的职责是要创造和保持那些维护基于个人的人类尊严的条件,这种尊严不仅承认个人之公民权利与政治权利,而且要求促成对于充分发展其人格乃是必要的各种社会的、经济的、教育的和文化的条件。”^③这可以说是一个经典的关于实质性法治的概念。Lon Fuller曾列举出法律的八个特征:即法律具有普遍性和公开性、法律不溯及既往、法律规定清晰明了、法律不自相矛盾、法律不要求不可能之事、法律具有稳定性、官员所为与公布的规则相一致。这八项特征构成了富勒所谓的“法律的内在道德”;Joseph Raz则根据“法治”概念的字面含义去推论法治的基本原则,并提出法治必须达到以下八条:一、所有的法律都应

① 例如最近林广华副教授撰文《论宪政与民主》(载于《法律科学》2001年第3期),强调民主与宪政是两种不同的理论,二者存在着差异,也存在着契合。他甚至认为法治同民主、自由、社会公正并无必然联系。

② [美]亨廷顿著,刘军宁译:《第三波——20世纪后期民主化浪潮》,3页,上海三联书店,1998。

③ 转引自 Joseph Raz, The Authority of Law, Clarendon Press, P210—211, 1983。

公布于众,且应不溯及既往;二、法律应保持相对稳定;三、具体法律的制定应当遵循公开、稳定、清晰和普遍性的原则;四、必须确保司法独立;五、自然公正等原则必须得到遵守;六、法院应对立法及行政活动拥有审查权;七、诉讼应当易行;八、遏止犯罪机构所拥有的自由裁量权不得侵蚀法律。^① 以上所表述的法治概念是偏重于程序性方面的,因此被称为程序性的法律概念。总的来看,法治不仅包括一套原则,以及按照这些原则建立起来的一系列制度,而且应理解为一种特殊的社会组织形式和程序模式以及更深层次的法律文化和法律信仰。

关于民主与法治的关系,学术界有着许多不同的提法。一般认为,民主与法治在本质上是相通的。法治(Rule of Law)意味着理性及法律性的统治方式,而在民主的社会,法律必须提供对所有人平等对待的社会环境与权利安排,所以在这个意义上来说,法治是民主的同义词,两者都追求国家权力与公民权利之间的平衡。实际上,没有民主的法治必然会走向独裁专制;同样,没有法治的民主不仅缺乏制度保障,容易导致涣散、无能、效率低下,而且更可能出现“多数暴政”,以至产生灾难性的后果。最近台湾地区台北市长马英九在接受记者采访时说:“法治跟民主一样重要,民主不能没有法治。台湾近几十年民主发展很快,但是品质很差,就是因为没有法治。”^② 实际上,没有法治的民主是否能称得上是真正的民主,这本身就值得怀疑。因为无论何种形式的政治体制,都是以假定秩序的存在为前提的;没有法治,显然也就不会有真正的秩序,民主的基础则也随之而崩塌。这正如拉德布鲁赫所告诫的:“纵然是社会主义者,应该铭记在心的是,民主主义的民族国家必须以权力分立的原理为基础,以尊重并保障基本人权为义务的法治国。”^③ 也就是说,民主不能失去法治的根基,否则所谓民主就会成为无政府主义的代名词。

梁治平先生则力图区分民主与法治两个概念,他认为这两者所指向的目标并不相同,“民主的要义是公民的政治参与,是自我管理和多数原则,而法治的基本旨趣是限制专断的权力和保障个人自由”;“法治与民主的另一区别是,法治要求国家的直接介入,民主却可以由公民自己去实行。相应地,法治的实施更具有统一性,民主的实行则更具有分散和多元的特点”。他还认为:“法治的目标可以通过渐进的改善而逐步接近,民主制度也可以不同的方式和在不同的范围内推行和发展;而当这两种制度形式在实践中结合在一起时,就会产生积极的和建设性的结果。”^④ 也就是说,依梁先生之见,民主与法治在目标、方式、实现过程三个维度上产生差异,因而两者不可混同。当然,梁先生所言也并非毫无可议之处。例如如果将民主确定为公民的一种政治参与方式,那么它就不可能由公民自己去实行,而同样必须借助相应的政治机构与政治设施;民主的分散性和多元性也并非就与民主的统一性相对立,因为所谓“分散”、“多元”,本身就是以形成统一的意志作为目标的。在这里,梁先生实际上混同了“民主”与“自治”的界限,因而使得这一问题的界定更趋复杂。

我们认为,宪政是民主与法治的统一体,也是两者固有无张力的平衡点:“宪法有两个(相互重叠的)重要功能:一是保护个人权利,一是为如果多数派当政便会实施的某些政治变革

① 转引自 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, P214—218, 1983。

② 《参考消息》, 2001 年 9 月 4 日, 第 12 版。

③ 林文雄:《法实证主义》, 140 页, 台湾三民书局, 增订三版, 1982。

④ 梁治平:《法治:社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化的一个内在观察》。

设置障碍。”^① 从前一个方面的功能而言,宪政以人民主权为基础,是人民权利的宣言书;从后一个方面,宪政则是防范国家权力的制度屏障。因此,宪政本身就是民主与法治的统一体。这正如美国学者莫菲所言道的:“只要一个宪法代表着民主理论,只要它是一部有权威性的宪法,它就必须保护人民参与政府的权利。只要一个宪法体现着宪政理论,只要它是一部有权威的宪法,它就必然限制一切政府权力,甚至人民自由选举出来的代表的权利,而且要以保护个人其他实质性权利的方式。”^② 在宪法或者宪政过程中,人为地强调民主与法治的分离与矛盾,实质上就会降低一个国家根本大法所应有的作用。

首先,在一定意义上来说,宪政与法治是同义语。一个真正实现法治的国家必然同时是一个实现宪政的国家,或者说“现代法治首先是‘宪治’”。^③ 法治国家的基本涵义有两个方面,一是国家受法的约束的情况,二是法律秩序在社会中的实现状况。^④ 而前者更直接与宪政密切联系在一起。具体来说,宪政必须做到以下几条:一、国家权力最终掌握在人民手中,成为宪法的最根本原则,使国家的主权置于预设的宪法控制之下,把国家的任意干预压低到最小化;二、将具体国家权力在分离的部门进行合理的分配,它们之间的关系也由宪法具体加以规定;三、牢固确立宪法保障下的公民权利(特别是通过正当法律程序和法律面前人人平等原则加以保护);四、通过宪法规定的公开、公平的选举程序使国家权力有秩序地平稳地转移。可以说,上述法治内涵的界定,实际上也就是宪政的基本目标,所以说法治与宪政在本质上是一致的。但也必须注意的是:“从历史上看,宪政的产生总是基于这样的理由,即确定国家权力的边界并限制国家的管理者。宪政,是一个比法治或法治国更高的抽象概念,其含义与有限国家相当。在有限国家中,正式的政治权力受到公开的法律的控制,而对这些法律的认可又把政治权力转化成为由法律界定的合法的权威。它表明,在国家和社会之间至少存在一种区别或对立,否则,就无甚理由为国家制定规则。”^⑤

其次,宪政本身也承载着民主的理想。美国政治家潘恩说过:政府本身并无权力,只有义务,因此“宪法是一样先于政府的东西,而政府只是宪法的产物。一国的宪法不是政府的决议,而是建立其政府的人民的决议”。^⑥ 也就是说,宪法坚持的首要原则是人民主权原则,人民是国家的主人。林广华先生则认为:“宪政理论,就其理论主张来看,是比民主理论更为

① [美]埃爾斯特、[挪]斯萊格斯塔德編,潘勤、謝鵬程譯:《憲政與民主——理性與社會變遷研究》,4頁,三聯書店,1997。

② [美]沃爾特·E·莫菲著,信春鷹譯:《憲法、憲政與民主》,載憲法比較研究課題組編譯:《憲法比較研究文集》(3),24頁,山東人民出版社,1993。

③ 莫紀宏:《論憲法原則》,載《中國法學》,2001(4)。

④ 當然,這是從“法治国”最基本的涵義方面來說的,更為詳細的闡述還有很多。例如我國著名法學家李浩培在寫于解放前的“法治實行問題”一文中就談到,所謂法治國家,主要通過五個方面的結果體現出來:第一,統治者只能在國法所定的範圍內活動,並只能依法要求人民行為或不行為;人民亦得在國法所定的範圍內自由活動,且亦得對統治者依法主張其權利;第二,一切大官小吏為國家行為時,必須處處并時時顧及法律,而絕不能使他們的個人意志凌駕於法律之上,致法律失其效力;第三,不但人民受法律的制裁,即一切大官小吏亦受法律的制裁;第四,人民不受法外的責罰;第五,必須有獨立的司法。參見李浩培:《法治實行問題》,載劉智峰主編:《中國政法體制改革問題報告》,434—435頁,中國電影出版社,1999。

⑤ [美]丹尼爾·S·勒夫著,姚建宗譯:《社會運動、憲政與人權》,載憲法比較研究課題組編譯:《憲法比較研究文集》(3),274頁,山東人民出版社,1993。

⑥ 《潘恩選集》,146頁,商務印書館,1982。

‘自由主义’的一种理论主张。她强调个人权利的至上性,主张对政府权力进行严格的限制。”^①所谓宪政,简言之,就是有限政府。它是指一套确立与维持对政治行为与政治活动进行有效控制的技术,旨在保障人的权利与自由。立宪政体就是保障人权的政体,就是控制权力的政体。从这个意义上来说,宪政是法治国家的最高级形态,也是所有法学家所憧憬的法治理想的最高境界;但同时,它也是民主的实现场所,是民主的庇护者与保障者。只有在宪政的背离中,人们才能够真正地当家作主,从而通过手中的投票权、监督权,来实现对国家权力的最终控制。学者认为,即使民主主义的支持者也不得不承认宪政可以达到一定的积极作用,原因是:第一,经历(通常是痛苦的经历)使得民主主义者认识到民主必须予以保护。“更进一步地说,在一个不符合宪法的政治体制中建立民主或许是不可能的。民主政治不仅需要保护,还需要公认的制度;结果,它也需要规则。认为民主不需要‘预先约定’,不仅不符合实际,而且是错误的”。第二,更为重要的是,宪政对民主政治具有更为积极的作用。“它使公民们获得了‘自主’的感觉,只有宪政才能够产生如此效果”。^②

由上述两个方面的分析可见,宪政作为一种制度建构,本身就体现了民主与法治两个基本价值维度。民主是宪政的基础,没有民主的宪政就是空头宪政或者实际上的专制统治;法治则是宪政的目标,它通过动态的权力控制来实行权力之间的均衡,以此来保障人民的权益不至于在权力的集结之下造成危害。所以说,在宪政的过程中,对民主或法治任何一方的偏废,都不可能达到宪政本身所希冀建立的目标。

二、宪法与宪政:乖离与重叠

意大利著名学者萨托利在有关宪法与宪政的关联上,提出了世界各国宪法的三种类型:(1)保障性的宪法(真正的宪法)。这种宪法意味着一个政治社会的框架,“它通过并依据法律组织起来,其目的是为了限制绝对权力”; (2)名义性的宪法,或者说徒有虚名的宪法。严格说来,这种宪法只是组织性的宪法,即仅“组织而不是约束特定政体中政治权力运转之规则的集合”。当然,这种宪法并不是真的假装成“真正的宪法”,“它只是坦率地描述无限的、不受节制的权力的体制。它不是一纸空文。它只是与宪政主义的目的无关”; (3)装饰性宪法,也称为冒牌宪法。“它之所以不真乃是它被置之不理,至少在其基本的保障性的特质方面是如此。它实际上是‘圈套性宪法’。就涉及到的自由技术和掌权者的权利而言,它是一纸空文”。^③由此可见,宪法与宪政之间既存在着乖离的情形,也有重叠的场合,关键就是宪法是否能真正地体现立宪的目标。

在多数情况下,宪法是宪政的形式条件,而宪政则是宪法存在必要性的实质内容。换句话说,颁布和实施宪法是宪政的必要形式条件,而实现宪政才是颁布和实施宪法的真实目的

^① 林广华:《论宪政与民主》,载《法律科学》,2001(3)。

^② [美]让·布隆代尔著:《民主与宪政》,载[日]猪口孝等编,林猛等译:《变动中的民主》,94页,吉林人民出版社,1999。不仅如此,著名政治学家达尔还详细论述了宪政制度对于一个国家民主政治的具体作用,这包括:稳定;根本权利;中立;责任;公平的代表;知情下的共识;有效统治;明智的决策;透明、易懂;弹性;合法性等。参见[美]罗伯特·达尔著,李柏光、林猛译:《论民主》,133—135页,商务印书馆,1999。

^③ [意]G·萨托利著,晓龙译:《“宪政”疏议》,载刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,114—115页,三联书店,1995。

所在。因此,在宪政主义者看来,有成文宪法并不等于实行了宪政;没有成文宪法,也可以建设宪政。在当今世界,虽然有一些国家也有着像模像样的成文宪法,但并没有实现宪政,甚至根本没有宪政秩序的少数专制国家表面上也可以高喊“依法治国”的口号,或打着“依宪治国”的旗号践踏宪政。相反,在资本主义国家中,英国被称为最早的宪政国家,但英国是不成文宪法国家。历史事实一再告诉我们:光有宪法,没有行宪的社会环境,没有护宪的法律机制,是不可能实现真正的宪政的。

在这方面,中国是一个最典型素材。中国封建专制政治体制延续两千多年,没有出现过一部宪法。宪法及宪政理念对中国来说,都是舶来品,所以“吾人行宪政之难,犹在此理念与制度皆出自西域而非生于本土,故中国之宪政理念源于传播,中国之立宪始于模仿”。^① 鸦片战争以后,一部中国近代史可谓是一个悲壮的宪政运动史,其中充满血腥、艰难和曲折。正如周永坤教授的研究结论所示:“20 世纪上半叶中国的宪法变迁史简直不堪回首。它以‘君权宣言’开始,以破坏宪政的‘临时条款’结束,历时 41 年(1908—1949)。其间宪法性文件变动频繁。经立法机关(含宪法起草委员会)通过的各类宪法、临时宪法(约法)、宪法草案共 15 件,……其中胎死腹中的宪草 5 部,真真假假的宪法共 10 部,平均约 4 年出台一部宪法,不到 3 年一部宪法或宪法草案。”按照他的看法,“在全国范围内生效的宪法(哪怕是形式上)一天也没有过”。^② 1908 年 8 月 27 日光绪皇帝颁布的《钦定宪法大纲》“纯然是官僚的产物,毫无人民代表的参预”,“宪法大纲只列君上大权,纯为日本宪法的副本,无一不与之相同”,^③ 即使这样的大纲,清廷也并无诚意兑现;著名的孙中山先生的《临时约法》被称得上近代意义上的中国宪法文件,但由于环境所迫,也没有实施就被束之高阁;1913 年 10 月 31 日的《中华民国宪法草案》虽确立旨在限制总统权力的责任内阁制,但由于缺乏行宪诚意,也缺少护宪机制,不久即被急欲称帝的袁世凯一脚踢开;袁世凯死后,北洋军阀政府几经换马,上演了一幕幕修宪丑剧;蒋介石上台后,依然是“宪政的两面派”,“他们一面说宪政,一面却不给人民以丝毫的自由”。^④ 1947 年蒋介石在临近垮台时通过了《中华民国宪法》,人们用八个字来概括这部宪法:“人民无权,独夫集权。”从以上简要的历史回顾中可以看到:徒有宪法,没有宪政,宪法与宪政实际上完全背离是中国近代宪政史最根本的教训。由此看来,宪政之实现不但依赖一部最好的宪法,而且依赖这部宪法得到切实的实施与遵守。宪法学者莫纪宏先生近来指出:“宪政具有比宪法更广的内涵,它是建立在宪法基础上的民主政治制度。”^⑤ 另有学者提出:“宪政作为宪法的展开……宪政必定是反映民主政治的宪政。宪政是民主政治的一种形式、一种形态或一种过程。”^⑥ 也就是说,衡量一部宪法是不是真正的宪法,宪法是否必然带来宪政,还要看其是否对国家权力有所约束和限制的措施,即是否将法治的目标纳入于宪法的框架之中。这正如美国学者在评述美国宪法时所指出的:“我们宪法的精髓是既授予全国政府以权力,同时又限制全国政府的权力这两个方面。由于担心国

① 《梁治平自选集》,285 页,广西师范大学出版社,1997。

② 周永坤:《中国宪法的变迁——历史与未来》,载《江苏社会科学》,2000(3)。

③ 王世杰、钱端升著:《比较宪法学》,354 页,中国政法大学出版社。

④ 《毛泽东选集》第 2 卷,730 页。

⑤ 莫纪宏:《论宪法原则》,载《中国法学》,2001(4)。

⑥ 林广华:《论宪政与民主》,载《法律科学》,2001(3)。

家衰弱和民众骚乱,制宪者授予政府足够的权力来履行她的基本职责。……另一方面,出于对个人自由原则的珍视,把它看得高于一切,制宪者也希望保护人民不受政府太多的管理。他们希望一个被限制而又能起作用的政府。解决的办法是使政府能响应人民的要求,但又不太过分。”^①

对于宪法与宪政的关系,宪法学者历来有悲观主义和乐观主义两种态度。持乐观主义的宪法学者认为:宪法是由一套法律规范而构成,它为特定政治和社会提供了基本的价值、目标、结构和过程。因此,“纵观人类社会发展的历史过程,还没有哪一项发明、创造能够比得上宪法给人类社会带来的福祉。”^②他们认为,人类可以制定宪法、实现宪政,而实现宪政的最终目的是为了保障公民权益,实现人的解放。他们相信:人类不管经历多少曲折,各国实现宪政的道路多么不平坦,但全球法治与宪政乐园的理想终将实现。另一种态度是悲观主义,持有这一态度的学者则认为,宪法与政治权力靠得太近,与统治者或统治集团的利益关系太过密切,因而要通过宪法来制约权力拥有者永远不过是空想而已。特别是在尖锐的社会对抗和党派抗争的条件下,宪法形式无论如何难以满足各利益集团的利益需要,政治实践决不可能就范于规范模式。他们批评乐观主义宪法者,说他们往往是理想主义者,他们的理想并不能实现,因为“宪法仅仅代表了特定国家学者的博学与才华……即使是最落后的国家,也可能有最进步的宪法”(美国宪法学者席尔斯语)。在他们看来,各国宪法大多是一堆漂亮的口号和辞藻而已。可以说,悲观主义者的可贵之处在于看到了宪法与宪政之间的区别,因此决不满足于形式上有一部词藻华丽、形式完整的宪法,而要求宪法能实际运行。

笔者认为,人类的宪政之路,也就是实现自我解放的必由之路。因为一部好的宪法可以有许多积极的功能:国家权威可因宪法而获得法律与理性层面的肯定;宪法规定政府的具体构成,可使国家权力有条不紊地行使;宪法规定一般人民与政治领导阶层的关系,从而建立起国家与社会的相对平衡;宪法对政治社会的内部冲突提出了解决渠道;宪法为政治社会明白宣示了其政治目标,有利于全社会的团结与合作;宪法界定了政治社会的范围与认同权威等。从这个意义上,宪法是现代国家的出生证,它首先确认现存社会关系中各种政治、经济、文化、社会力量的合法存在,克服人类历史上权力斗争的野蛮性与残酷性,为国家统治和管理的存在提供合宪性基础。一部好的宪法可以成为各类现代社会主体活动的法定许可状,为国家行使权力、公民和市场主体行使权利提供基本规范;同时,宪法可以在国家权力与公民权利之间规定界线,防止权力或权利的滥用。一部好的宪法还是一面旗帜,为国家和人民的行为提供指南,它规定有效率的经济体制和经济组织形式,激发人们的创造性和能动性;一部好的宪法又可以是一份昭示人类前途的宣言书,是一部规范人类行为的教科书。不仅如此,宪法既可以起到团结一国人民、凝聚一国人民力量的作用,而且可以在相邻国家、区域国家乃至世界各国之间起到沟通、融合作用,向实现世界法治目标靠拢。^③

① [美]詹姆斯·M·伯恩斯等著,陆震纶等译:《民治政府》,1236页,中国社会科学出版社,1996。

② 张庆福、李忠:《中国宪法一百年:回顾与展望》,载张庆福主编:《宪法学论丛》(第1卷),13页,法律出版社,1998。

③ 在此可以引用美国著名学者亨金的话作为参照。亨金认为:“对于美国人民,宪法是他们的圣经,是他们引以为骄傲的祖国的象征,是他们美好生活的清晰表述,是他们自由的宪章。同时,它也是一份宣言书,它向全世界宣扬与其他意识形态相比值得自豪的美国人的主张。”见[美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔编,赵戈等译:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,1页,三联书店,1996。

我国1982年宪法就是一部好的宪法,这部宪法总结了建国以来我国社会主义建设的经验教训,以根本大法的形式规定了国家的根本任务,把国家保障公民基本权利放在更重要的地位,规定了人民代表大会的政体形式等。这是一部发扬民主、保障公民权利、重视法治的宪法,特别是通过第三次修宪,把“依法治国,建设社会主义法治国家”作为治国方略的现代法治内容写进了宪法,可以说这部宪法已从实质上把我们引向实现宪政国家的开端。尤其是把“党必须在宪法和法律的范围内活动”的原则用法律语言表达在宪法序言和条款中,有着非常重要的意义。那么,宪政的目标既已确定,宪政实现的条件又是什么呢?这就是我们下面所要讨论的问题。

三、实现宪政的基本条件

(一)宪政实现的一般条件

通观总结已经实现宪政和正在实现宪政的国家的经验,达到法治和宪政的目标显然离不开以下三个基本条件:

1. 自由平等竞争的市场经济制度,这是宪政制度的经济基础。市场经济首先有赖于明晰的产权关系的建立,“无恒产则无恒心”。这正如学者所指出的:“财产权是人类谋求生存、建立和拥有家园的权利,是生命权利的延伸,是人类自由与尊严的保障。”^① 人们没有对财产权的支配,以及由此而产生的合法利益的追求,则不可能具有持久的生产、经营的积极性。同时市场经济要求有公平竞争和非垄断的市场规则,需要政府对经济的必要管理(间接管理为主)。再次,市场经济必然抵制特权,要求企业和经营者作出独立决策,自负责任,排斥政府和任何特权的干预。市场经济需要政府的管理、监督和指导,但市场经济拒绝公共权力的滥用,要求实现法治、要求实现宪政。总之,没有先进生产力,就没有宪政。

2. 自由选择基础上形成的民主的政治制度。无论对“民主”的界定如何不同,但其基本含义则是政治事物中最基本的权力属于人民,民主要求每个公民都成为统治者,但民主的实现有多种途径,而且在历史上,民主制度经常被歪曲和滥用,走向民主的反面,因此正如前文所言,宪政是民主的升华,是民主制度的高级形态,它必须建立在民主政治制度基础之上,没有这个基础不行,但仅有这个基础还不够,宪政的要求比一般民主制度的要求更为严格:“宪政是以宪法(立宪)为起点、民主为内容、法治为原则、人权为目的的政治形态和政治过程。”“民主是宪政的基本内容。”^② 民主的普遍化、制度化只有在宪政秩序中才能实现。总之,没有良好的政治制度,就没有宪政。

3. 公民社会为基础形成的多元文化环境。宪政不仅是一种政治制度文化,而且更重要的它以先进文化作为背景和支撑,它可以说是一种崇高理念指引下的人与人关系以及人们在新的社会文化环境中的生活方式。宪政所需要的文化是多元的健康的文化,是既体现自由竞争,又体现社会公正的人道主义文化。在许多实现宪政过程中的国家,都把“建立公正”(establish justice)作为普遍理念,包括“公平”(Fair)、“关怀”(Care)、“分享”(Share)。“公

^① 刘军宁:《共和·民主·宪政》,39页,上海三联书店,1998。

^② 林广华:《论宪政与民主》,载《法律科学》,2001(3)。