

— 宪 —

法与行政法学专题研究书系

ZHONGGUO ZHUANXING XIANFAXUE
YINLUN

中国转型宪法学 引论

王伟 著

知识产权出版社

宪

法与行政法学专题研究书系

ZHONGGUO ZHUANXING XIANFAXUE
YINLUN

中国转型宪法学 引论

知识产权出版社

内容提要

本书旨在以中国经济社会转型过程中的宪法现象为主要研究对象,通过对转型与宪法基本概念的梳理和对中国宪法事例与实施的解读,尝试以世界范围的宪政发展为视阈,立足于当下国情,为建立和建设一门符合宪法普适价值的、适应国家和社会转型需要的、具有中国特色的宪法学理论框架与实践进路抛砖引玉。

全书共2编5章。第1编“转型宪法概念与理论”为基本理论部分,主要阐明了转型—宪法—转型宪法的一般理论及其在我国的特定含义。第2编“转型宪法判断与实施”通过典型宪法事例,从国家与社会、公民权利及保障、国家权力及规制三个层面解读和剖析了我国转型宪法的核心议题即公民权利与国家权力的关系问题。以此判断为立论基础,从高校治理与宪法司法适用两个样本探究我国宪法在社会和国家两个维度的转型之道。

责任编辑:刘 睿
特约编辑:孟 卿

责任校对:董志英
责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

中国转型宪法学引论/王伟著. —北京:知识产权出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 80247 - 837 - 4

I. 中… II. 王… III. 宪法 - 法的理论 - 中国 IV. D921. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 175691 号

中国转型宪法学引论

王 伟 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

责编电话: 010 - 82000860 转 8113

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

版 次: 2009年9月第1版

字 数: 300千字

ISBN 978 - 7 - 80247 - 837 - 4/D · 865 (2690)

邮 编: 100088

邮 箱: hjb@cnipr.com

传 真: 010 - 82005070/0893

责编邮箱: liurui@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 11

印 次: 2010年2月第2次印刷

定 价: 28.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

题 记

民治主义的根本观念是承认普通民众的常识是根本可信任的。

——胡适

法律与宪法比，宪法是母亲；宪法与实践比，实践是母亲。

——彭真

有下面的重要问题留待我国人民用他们的行为和范例来求得解决：人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府，还是他们永远注定要靠机遇和强力来决定他们的政治组织。

——〔美〕亚历山大·汉密尔顿

常识与实践（代序）*

接一电子书稿，名曰《常识与实践》。打开一看，乃一宪法学著作，略感意外。掩卷沉思，始觉将宪法与常识相勾连不失为一个很好的研究思路。诚如卢梭所言，风俗是最好的宪法，风俗就是一种常识。将常识认作宪法基础的可行性与法律论证方法有关。兴许朋友们都记得所谓“明希豪森困境”。德国法哲学家汉斯·阿尔伯特认为，任何科学的命题都可能会遇到“为什么”的无穷追问，直至无穷地递归，或者在相互支持的论点之间循环论证，或者以某个“教义”或者“信条”终结追问。汉斯·阿尔伯特将之概括为“明希豪森困境”——一个抓住自己的头发试图将自己提出沼泽地的幻想家的困境。

法律论证与科学论证不同，科学论证可以以大家（同行）都观察得到的事实为依据，一锤定音。例如伽利略将大小不同的两球从比萨斜塔上往下一扔，大家都看到两球同时落地，于是亚里士多德、校长、教授们，一下子都被“击倒”。但是法律本身建立在一定的价值认同之上，而价值具有主观性的一面，这就很难达成共识。当人们追问法律的正当性时，人们可以借助宪法，但是宪法的正当性何来？这就不免陷入所谓的“明希豪森困境”。宪法论证摆

* 这是周永坤先生为拙作写的“插话”，此处略有改动。“常识与实践”为原书名，受先生启发，改为直白的现名。因为小著是否符合先生期望，主题能否彰显，宜用事实说话。于此可见宪法学与法理学对话的必要性——就笔者而言则是必要的请益和受教。不过，关于宪法实践，窃以为不妨入乡随俗，因陋就简，这不仅因为世界的多样性与多元化本身也是一种常识，更为实事求是地探索宪法与宪法学的中国特色进路所必需和可能。在这个意义上，笔者认为，中国宪法最缺的是对政治经济社会等制度环境的有机嵌入和互动，对人民群众宪法实践动力、能力及其表现的感知和信心。

脱“明希豪森困境”的办法之一就是“常识”，宪法的正当性就在常识之中。例如，英美宪法的重要原则是正当程序原则，它就源于常识：任何人不得为自己案件的法官，这是常识。当年有的人对自由平等作为宪法原则不以为然，主张阶级不平等。我的诘难就是：先生，您愿意作奴隶吗？您愿意低人一等吗？相信不大有人作出肯定的回答。这就是常识，常识是宪法之母。

但是，话得说回来，困难还是存在的。常识是什么？有的人以“（老婆）三天不打上房揭瓦”为常识，有的人以“天圆地方”为常识，有的人以“船老大多了要翻船”为常识，有的人以种种“大局”为常识，有的人……我考大学的时候则是“阶级斗争为纲”为常识，这一常识至今仍受到部分人的推崇。因此，常识有时又是一个藏污纳垢的处所，要对它作出甄别实在不是一件容易的事，就如同哈耶克笔下的“自生自发秩序”。在哈耶克笔下它是个好东西，是自由的。但是，自生自发有时也可能是猴山上的秩序，自生自发秩序其实背后是一个价值预设。这不又回到了难缠的明希豪森？常言道：“实践出真知。”看来真正的常识应该诉诸实践，宪法常识应该诉诸宪法实践，只有在宪法实践中才能解决宪法的正当性或者逻辑前提问题，并且只有充分和不断的宪法实践才能得出普适的宪法常识，一劳永逸的解决方案是没有的。我们也可以说，没有宪法实践就没有宪法。如果认同这一点，那么，中国宪法缺少什么？宪法实践的缺乏正是当代中国宪法之最痛，这又何尝不是中国宪法学发展的瓶颈？

周永坤

2009年8月

前言

一、缘起

在1988年“两会”上，中国人民大学的戴逸先生关于国内法学提出了一个著名论断：“幼稚”。这在学界影响深远，在法学界也不乏共鸣者——北京大学的苏力教授就认为该评价“看来刻薄其实颇为确当”。^①时至今日，幼稚之说还经常被援引，鲜见有说服力的反对意见。较诸民法学、刑法学等其他法学分支，宪法学的幼稚更是一个不争的事实。之所以如此，“思想的贫乏、理论的缺失、解释的乏力和技术的落后”^②倒在其次，致命的问题在于：我国宪法学高高在上、画地为牢，不仅与实务界形同陌路，而且与其他部门法学老死不相往来。不可否认，这种现象在近年有所改观，特别是“巩献田公开信事件”后，宪法学与其他法学学科的对话骤然升温，同时，以“十大宪法事例”评选为代表，宪法学也开始面向社会公众，个别宪法学者甚至身体力行推动宪法的司法适用。但是，总体而言，宪法学理论与现实严重脱节的问题依旧。

以宪法学著作为例，一个共性问题在于对中国当前正在经历的广泛而深刻的经济社会转型及其基础上的政治体制改革和政府职能转变没有足够程度的理论关注和实证分析。应该说，学界对

① 苏力：“发现中国的知识形态”，见《学术思想评论（第四辑）》，辽宁大学出版社1998年版，第275页。

② 刘茂林：“中国宪法学的困境与出路”，载《法商研究》2005年第1期，第4页。

宪法学体系的探索由来已久，早在1989年龚祥瑞教授就鲜明地提出了“中国需要什么样的宪法理论”的问题，其后较有影响的研究有童之伟教授关于“面临二十一世纪的宪法学”的呼吁（1997年），董和平教授关于21世纪中国宪法学出路的探讨（2000年），周叶中和周佑勇教授对宪法学理论体系的反思与重构（2001年），韩大元教授对社会转型时期中国宪法学的研究（2002年），刘茂林教授对中国宪法学困境与出路的认识（2005年），谢维雁教授对宪法学走向的判断（2006年），韩大元教授对中国宪法学专业化的期待（2007年），王广辉教授对宪法调整对象与宪法学学理体系关系的见解（2007年）以及祝捷先生对转型宪法学的设想（2007年）等。但是，在实践方面，除了吴越教授的《经济宪法学导论》，再无一本以中国转型问题为研究对象的宪法学专著面世。这与经济学、社会学形成了鲜明的对比。

二、问题

据新华网华盛顿10月3日电 美国总统布什11月3日晚签署了总额达7000亿美元的金融救援方案。该方案于当天在美国国会众议院以263票对171票获得通过，该方案与参议院10月1日通过的方案版本相同，与众议院在9月29日否决的方案内容基本一致，但增加了一些内容，其中主要是为企业和中产阶级进一步减税，以及将联邦存款保险的上限从原来的10万美元提高到25万美元。据悉，该项由布什政府9月20日提出的金融救援方案的核心内容是，授权政府购买银行以及其他金融机构的不良资产，以缓解信贷紧缩局面。

据新华网北京11月9日电 国务院总理温家宝11月5日主持召开国务院常务会议，会议通过了两年投资总额达4万亿元人民币的经济刺激方案，用于包括基础设施、公共交通、生态环境、灾后建设、民生工程以及提高城乡居民特别是低收入群体收入水平等在

内的十大措施。

这里选取的是 2008 年在应对全球金融危机中的新闻。一个共同背景是以美国为源头的金融市场失灵和监管失效，但是，其程度、表现在不同国家和地区却大相径庭。美国自然处于漩涡中心，危机直接影响到其在国际金融体系中的主导地位 and 可能的经济全面衰退；而对中国的影响主要体现在对出口导向发展模式的冲击。这些区别根源于各自不同的经济发展阶段和水平。从经济转型角度看，美国是早已定型和成熟的市场高度发达的经济体、国际金融秩序的领导者 and 主要受益对象，确保金融面的稳定对其经济实质面至关重要，所以，其主要措施就是救市，并且与其他主要经济体联合行动。中国正处在经济社会转型的“阵痛期”，一方面必须确保一定速度的经济增长；另一方面经济增长还必须符合其他公共政策要求，4 万亿的经济刺激计划便应运而生。

虽然上述应对方案本身均有其经济合理性和针对性，但是，其出台过程却远非一个经济或技术问题，而是各自公共政策制定和公共管理方式及其相应法律规制状态的生动写照。这些政策和法律模式区别的本质、成因及比较与移植是否必需和可能，就前述新闻材料而言，其问题主要表现为：

(1) 上述救市方案中所谓的“市”及“救”法有哪些异同？如何互动？

(2) 作为应急方案，美国救市措施出台的一波三折如何体现政府效能？

(3) 怎样对上述救市方案进行绩效评价？

(4) 委内瑞拉总统查韦斯 9 月 27 日表示，正是资本主义制度导致了美国的金融危机，美国需要制定一部新宪法。他呼吁美国成立一个免于“精英独裁”的新政府，摆脱大银行和大公司的控制。这种说法成立吗？

(5) 宪法对预防或化解金融危机有何作用？

(6) 上述救市方案分别涉及公民哪些宪法权利？

(7) 上述救市方案决策过程分别反映了什么样的权力结构和运行机制?

(8) 上述救市方案分别体现了什么样的政府经济职能?

(9) 上述救市方案分别折射出什么样的公共财政制度?

(10) 上述救市方案均为全民埋单的同时分别对应什么样的问责体制?

(11) 我国经济刺激方案是否应该民主表决?

(12) 决定4万亿规模的政府投资计划是否属于国务院的职权范围?

(13) 国务院为什么不将方案提请全国人大或其常委会审议?

(14) 我国人大可否仿行“两院制”和人大代表能否“专职化”?

(15) 经济水平与民主程度之间有何规律性联系?

(16) 我国在处理经济体制改革与政治体制改革关系上有何经验教训?

(17) 全球化变量在我国系统转型目标和过程中的影响程度及其表现如何?

如果说前10个问题主要是宪法学特别是比较宪法学方面的问题,侧重不同宪法制度及体制模式的多维比较,那么,后面的问题主要涉及宪法转型问题及其与经济、政治转型的关系。总体而言,我国宪法目前面临两个基本问题,一是宪法本身不规范,与经济、政治和社会生活严重脱节,而且规定内容往往不具操作性;二是社会总体上对宪法权威缺乏认同,无法对权力运行和权利保障进行真正有效的监督、控制和规范。与此同时,我国正处于改革的攻坚阶段,利益格局的调整错综复杂,问题、冲突和挑战层出不穷,特别是各种深层次的体制架构和运行模式积弊亟待变革和规制。简言之,规范的转型与转型的规范化以及二者如何协调并进,这就是我国宪法转型全部问题的核心。

三、立场

吴思先生发明了“潜规则”及其衍生的“元规则”“横规矩”“白规”“血酬”“法酬”“合法伤害权”等概念用以揭露和解释中国历史和现实社会表象下的真实面貌以及隐藏在规则背后的利益博弈。他认为，潜规则无非是人们因为反抗成本太高而不得不听命于各种背离正义观念或正式制度的规矩，因此，解决潜规则的办法非常简单，一是压缩合法伤害权的空间；二是把受害者反抗的成本降下来。为此，他特别提到两点，一是毛泽东对黄炎培的谈话：“我们找到了这条路，让人民当家做主，由人民监督政府。”二是宪法。“如果所有被害者都拥有一种权力影响加害者的命运，问题就解决了。普选是这种权力之一。其他的还有言论自由等宪法承诺的权力”。^①

可以说，潜规则是真正的常识——我们一般称为社会常识，也是真正的规则——我们一般称为实践的规则（或行动中的法）。潜规则概念无疑为我们剖析宪法运行过程和重构符合转型实践需要的宪法制度提供了一把有用的钥匙。

以常识与实践为整体思路。本书第一编“转型宪法概念与理论”通过对不同时代、不同学者宪法概念的分析，得出一个具有跨时代和全球化的常识性宪法概念；通过对经济、政治与宪法转型理论的梳理，对不同国家和地区转型实践的归纳，以使对中国转型宪法的理解回归常识、实践趋于常态。第二编“转型宪法判断与实施”则以实践为标准，通过典型而普遍的宪法现象判断我国宪法转型的现状和趋势；从实践出发，通过正规规则（正式制度）变

① 吴思：《血酬定律：中国历史中的生存游戏》，中国工人出版社2003年版。吴思先生将潜规则与正规规则的关系概括为：其一，潜规则是不合理正规规则的代偿品；其二，以合法伤害权为中介，正规规则是潜规则的仗恃；其三，潜规则与正规规则相互妥协产生了次正规规则和次潜规则（如养廉银和白规）。他的结论是：消除潜规则，关键在于变革正规规则。吴思：“潜规则与正规规则”，载《书屋》2004年第7期，第49～51页。

迁与潜规则（非正式制度）博弈的例解、演绎为我国宪法转型探寻一条可资借鉴的实践进路。

以现实主义为根本态度。理论是联系实践的中介，宪法学产生于宪法实践的理论需求，生长于宪法现象的解释力，创新于与宪法变革的良性互动。而我国宪法理论界与实务界的隔阂和菲薄可谓见惯不惊，症结在于我国宪法学或闭门造车或趋炎附势，因此，就问题着手和从实际出发的现实主义自然应该成为社会转型时期宪法学研究的惟一选择。

以分类比较为主要方法。分类是迄今为止人类对复杂现象作系统化和规律化认识的基本方法，而比较则是全面、深入分析问题和理论联系实际的必由之路。不通过分类，我们无法正确认识我国宪法实践及理论在宪政历史和现实世界中的位置；没有比较，我们对当下既存和将来可能发生的宪法现象就无法辨识，更无从正确理解和提出中国宪法的理想图景。

总之，本书立足于我国现实的宪法制度及其运行实践，从经济、社会、政治转型的规则之治实际需求出发，借鉴已有的转型经验和理论，在全球化特别是世界范围内的转型潮流背景下，以宪法学与中国宪法学、转型宪法学与中国转型宪法学之间的区别与联系为经，以转型社会中国国家权力与公民权利关系为纬，初步探索我国宪法转型的自为之道。

正如书名表明的那样，本书的定位为抛砖引玉。若蒙方家见教，幸甚！同时，对可能的读者，需要提醒两点：

一是本书主要观点采用成说，没有故意标新立异，也应该无突出的政治问题，特点在于对我国宪法学转型性质和中国特色的强调。所以，无论作品还是作者，谈不上精深，更非权威，如果抱着批判的态度，会对拙作失望不已。

二是从本书体例风格可见，其主旨不在于提供一个宪法百科全书的浓缩版，不追求体系的完整和内容的丰富，甚至也不在意形式的统一，而是引介和构筑实用性的知识、路径和方法——知识以普

适性和地方性为主，路径通过参考材料及述评引入兴趣和指示方向，方法则注重多学科、多维度及多层次的理论与实践解析。职是之故，有兴趣的读者各取所好，如果拙作在任一点上能激发您进一步的阅读欲望，不胜荣幸！

作 者

2009 年 7 月

目 录

第一编 转型宪法概念与理论

第一章 转型理论概说	(5)
第一节 转型界说	(5)
一、转型与转轨	(5)
二、转型的界定	(10)
三、宪法学的转型意义	(12)
第二节 经济转型	(14)
一、经济转型概述	(14)
二、经济转型模式及中国特色	(15)
第三节 政治转型	(17)
一、经济转型的政治因素	(17)
二、政治转型的全球化与地方性	(20)
第四节 宪法转型	(23)
一、问题界定	(23)
二、“宪政转轨论”述评	(24)
三、宪法转型纲要	(26)

第二章 转型宪法概念	(32)
第一节 宪法	(32)
一、宪法语义的比较分析	(32)
二、宪法的分类	(41)
三、宪法是什么	(51)
第二节 转型宪法	(69)
一、当代转型国家和地区宪政实践概况	(69)
二、当代转型宪法理论概述	(78)
第三节 中国转型宪法	(89)
一、中国宪法转型的背景与内容	(90)
二、中国宪法转型的基础与动力	(94)
三、中国宪法转型的过程与特点	(101)
第三章 转型宪法概论	(113)
第一节 转型宪法的属性、价值与原则	(113)
一、转型宪法的属性	(113)
二、转型宪法的价值	(118)
三、转型宪法的原则	(123)
第二节 转型宪法规范的形式与效力	(127)
一、转型宪法规范的形式	(127)
二、转型宪法规范的效力	(136)
第三节 转型宪法关系及其运行	(142)
一、转型宪法关系的概念	(142)
二、转型宪法关系的构成	(148)
三、转型宪法关系的运行	(158)

第二编 转型宪法判断与实施

第四章 转型宪法的公民权利与国家权力	(179)
第一节 转型宪法的国家与社会	

——以“黑哨”与中国足协为例·····	(179)
一、事例·····	(179)
二、为什么是足球·····	(182)
三、为什么是足协·····	(184)
四、什么是社会及怎样和谐·····	(189)
第二节 转型宪法的公民权利及保障	
——以选举权与“三农”问题为例·····	(192)
一、事例·····	(192)
二、“三农”问题的宪政属性·····	(195)
三、合法律性、合宪法性与合法性·····	(197)
第三节 转型宪法的国家权力及规制	
——以司法机关的“杂粮”与公共 财政为例·····	(210)
一、事例·····	(210)
二、关于司法·····	(213)
三、关于财政·····	(218)
四、关于廉政·····	(223)
第五章 转型宪法的中国特色实施·····	(228)
第一节 我国宪法的行政规制与社会治理研究	
——以高校安全稳定问题为样本·····	(228)
一、我国高校安全稳定的宪法框架·····	(232)
二、我国学术自由的宪法规范分析·····	(235)
三、我国高校权力结构解析·····	(244)
四、依宪治校：依法治校的困境与出路·····	(252)
第二节 我国宪法的司法适用研究	
——以宪法司法解释为切入点·····	(264)
一、概念辨析·····	(266)
二、实证分析·····	(278)

三、规范解析	(286)
四、体制剖析	(295)
五、机制探析	(302)
六、余论	(309)
● 主要参考文献	(311)
后记	(326)

目 录