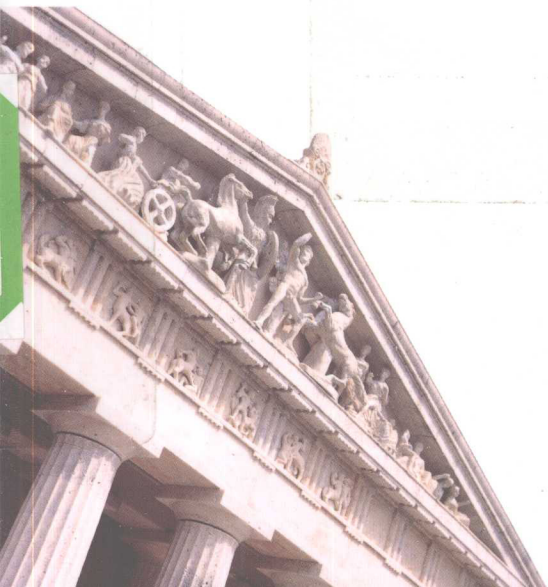


司法改革的科学观

——与德赛勒先生的法政漫谈

刘树德 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

司法改革的科学观

——与德赛勒先生的法政漫谈

刘树德 著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To
LAW

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

司法改革的科学观:与德赛勒先生的法政漫谈 / 刘树德著. —北京:法律出版社, 2010. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0762 - 5

I. ①司… II. ①刘… III. ①司法制度—体制改革—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 076765 号

司法改革的科学观
——与德赛勒先生的法政漫谈
刘树德 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 何海刚
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印刷厂
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 10.875
字数 266千
版本 2010年6月第1版
印次 2010年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0762 - 5

定价:29.80 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

宪政·法治·民主漫谈（代序）

“五四运动”留给后人一个可反复沉思的话题。“五四”精神的重新开掘和申说弘扬永无止境，此文系与德赛勒先生（Democracy, Science, Legitimacy）就民主、法治、宪政及改革等漫谈而成，以祭“五四运动”90周年和清末开启宪政100周年。

（一）立足普适的价值推进中国式民主建设

“民主”是“五四运动”的一面旗帜，^①不过，经历了90年的话说，“民主”仍以多维脸谱示人。“各种文明都有它特殊的成就，民主是西方的发明，中国传统思想中没有这个概念，这一点我们必须承认。”^②在西方政治思想史上，“民主”在亚里士多德那里指最高权力掌握在多数人手中的国家形态。^③自从法国大革命开始，“民主”的含义大大扩展，成为一种以众人意志为基础的法治思想，成为一个政治发展趋势和历史运动的概念。中文“民主”一词可以追溯到两千多年前，《尚书》、《左传》等经籍中就已多次出现，如“简代夏作民

① 据香港《二十一世纪》（1999年12月号）刊载的“《新青年》民主观念的演变”一文统计，在五四新文化运动的三大核心刊物《新青年》、《新潮》、《每周评论》上，“科学”一词共出现3275次，是“民主”出现次数（805次）的4倍有余。参见于淑娟：“向何时何地出发？”，载《读书》2008年第11期。

② 查雯：“回归传统能解决现实问题吗”，载《环球时报》2008年9月12日。

③ 在雅典时代，民主制——“多数人统治”同时意味着“穷人的统治”，即一个社会中占多数的穷人对少数有产者的暴政，亚里士多德、托马斯·阿奎那、洛克、康德、基佐等政治思想家始终警惕着民主的这一消极面。

主”、“天惟时求民主”。此“民主”的意思基本上是“民之主”，既与西方“民主”的含义不同，也不具有现代意义上“民主”的含义。西方“民主”是在近代翻译西人著作过程中进入中文词汇的，如1864年由丁韪良翻译的《万国公法》就多次使用“民主”一词。不过，此时的“民主”表述的是政体即西方“republic”一词的含义，而非西方民主“democracy”的解释。也就是说，中国的“民主”概念突破了传统的“民之主”含义，没有完全吸纳西方“民主”的含义却包含了西方“共和”的因素，这样的“民主”常常身兼二职：既有西方 democracy 的本来含义，又指 republic。^①

此种不同文明和语境的术语表达和词义嬗变，既给整个世界的存在现实增加了多样化，也给不同国别的交流带来了阻隔和纷争。我们开始处在追赶西方并向西方学习（包括制度、技术、理论）的征途之中。“面对纷然杂陈的西方理论魔界，中国知识界常呈现出一种手足无措惘然无恃的感觉，似乎只有一波波地被动接受新一轮轮洗脑，才能不为时潮所弃。”^②中国对于西方文化的了解从一开始就处在特殊的历史语境下，基于明确的目的性和强烈的功利性（第一要务是学习西方先进的科学技术，寻找强国富民之路）之故，未能以系统的眼光来关注整全的西方文化（尤其是那些与现实利益相去甚远的西方思想文化古典）和连续的西方（以片断的、不完整的、断章取义的西方即现代及后现代构成的西方来代替），进而使得中国西学存在与西方汉学（习惯于从中国传统经典出发来解读中国历史、文化以至现实社会的种种，漠视当代中国文化和活生生的中华文明）不同向的问题，即对西方现当代的非常关注和对西方传统经典的片段了解。^③ 国人对西方整个文明的理解如此，对具体的民主、自由、法治、宪政、人权的理解也未尝不是如此。因此，如何克服片面性

① 夏路、陈金英：“近代中国‘民主’中的‘共和’因素”，载《读书》2008年第10期。

② 杨念群：“‘道统’的坍塌”，载《读书》2008年第11期。

③ 于淑娟：“向何时何地出发？”，载《读书》2008年第11期。

认识，^①全面准确把握各自文明的生成机理、孕育土壤、配套制度、结构属性、弊端不足等，以资更好地学习、扬弃与借鉴，无疑成为一个重要的现实课题。^②就“民主”而言，我们既要关注民主价值的普适性，民主已是现代社会普遍认同的核心政治目标和政治价值，也不能忽略西式民主模式存在的不足，更不能忘记本国传统文化中有助于民主催生的成分和因子。正如清华大学伦理学和政治哲学教授贝淡宁（Daniel A. Bell）所言，西方的制度也有一些问题，例如，“一人一票”中，经验不够的年轻人的判断可能就不如智慧相对较高的老年人；信奉自由主义者所强调的平等在现实中并不是事实；同时西方也要承认，不是所有的国家都一定要按西方的模式来发展自己和解决自己的问题。西方不应认为中国的全部传统都是封建价值，并要破坏这些东西，这样的思想完全是错误的。中国肯定会与西方有不一样的地方，关键要看这些不同是不是道德的、正当的。如果一些儒家价值观与西方的自由主义不同，但这些价值观同样是道德的，那么西方人就不应该，也没有必要将这些价值观视作一种威胁。^③我国学者赵汀阳也认为，今天西方流行的民主模式存在很大缺点，还有待改进，而中国传统思想中有一些原则也许能够用来改进民主，这才是今天需要的创新，才是中国思想在新条件下的发展，虽然和传统观念长得可能不太像，但又密切联系，像儿子和父亲的血缘关系一样。^④只有做到如此，我们才能顺利地推进中国式的民主建设。举例来说，其

① 片面性是高度分化的现代社会科学自身的问题。一个突出的例子就是，经济学主流仅关注如何刺激经济增长却几乎不可能考虑经济政策在社会正义、道德风气尤其是国家安全上带来的问题。参见丁耘：“启蒙主体性与三十年思想史——以李泽厚为中心”，载《读书》2008年第11期。

② 正如华裔剧作家黄哲伦所指出的，“无论是人还是国家，都是有数个层面的，无论是之前的衰颓还是现在的强大，中国均远远比西方人眼中单线条的画像更深邃、更多元”。参见荣筱簪：“李小龙对话美猴王？”，载《南方周末》2008年9月18日。中国如此，西方又何尝不是如此深邃和多元呢？

③ 查雯：“回归传统能解决现实问题吗”，载《环球时报》2008年9月12日。

④ 查雯：“回归传统能解决现实问题吗”，载《环球时报》2008年9月12日。

一,民主的本意乃“多数人的统治”,为了防止“多数人暴政”和保障少数人的合法权益,西式民主国家就通过实行三权分立体制、实行定期选举、^①建立违宪审查制度等来加以保障。“所有发达的社会都会建立分权制衡的系统。从某种角度看,民主只不过是适应治理国家的一系列根本挑战的一种办法。”^②我国实行有别于西方三权分立制度的人民代表大会制度,在不同利益集团已经形成的当今(《劳动合同法》的制定和实施过程中不同声音和立场的表达就是很好的例证),如何完善人民代表大会制度建设(包括权力的合理分工和配置)以确保各阶层的利益的合理平衡特别是保护弱势群体的合法权益,就应及时加以解决。其二,民主的运行往往需要各种成本,美国总统选举所花费的日益巨大的费用,已使普通民众离白宫越来越遥远,此无疑显露出西式民主的某种弊端,也无疑能映衬出我国社会主义民主的真实性(我国的选举经费由国家财政保障),“我们的人民民主,首先是注意民主的实质,即真正代表人民、为了人民和依靠人民的民主集中制的实质,然后才是由此而来的适合当前情况的民主形式,而民主形式又必须是便于最大多数人民集中并实现其意志的组织形式。”^③其三,民主“大厦”的建成离不开公民社会的支撑。西方民主的良性运行和有效实现,与公民强烈的民主意识和熟练的民主表达技能紧密相关。我国学者指出,北洋政府时期,当政的军人对民主代议制度也有过期待,只是那个时代的制度中人,都操练不好民主,不单是军阀不行,政客不行,议员不行,连媒体记者和参与选举的老百姓也不行。在民主这个纬度上,民国政治也是沿着下降线在行进。^④ 就当下现实而言,随着社会主义市场经济的逐步深入和法

① 即使有选举制度,如果缺乏举贤任能的规范、任期的原则以及官与职的区分,我们现在所熟悉的“民主”仍不可能落实。参见[美]包华石:“让我们设想”,载《读书》2008年第10期。

② [美]包华石:“让我们设想”,载《读书》2008年第10期。

③ 彭真:《论新中国的政法工作》,中央文献出版社1992年版,第90页。

④ 张鸣:“民国的三个面相”,载《读书》2008年第10期。

治建设的逐步推进,我国公民的主体意识、权利意识和法治意识明显增强(汶川大地震中的志愿团队、百姓依法诉讼和信访、网络诉求就是明证),但无疑也因各种主客观原因的影响尚存在值得改善和提升的地方,如不服司法最终裁判的闹访、缠访与反复申诉、群体性暴力诉求等。其四,民主共识的形成离不开宽容和妥协。英式民主和法式民主的发展史呈现出不同的特点,前者更多地呈现出妥协和宽容(如1688年的光荣革命),后者更多地呈现出偏激和斗争(如1789年法国大革命)。从建构和谐社会的目标来说,民主的推进过程中要建立健全各种机制来保障民意的通畅表达和公民个人的表达自由,特别是合法范围内的个人异议权利。“异议的价值在于‘求是’的独立思索与探求是一种知识生产上的创新努力,而不是对主流话语的一味附会。异议不仅是作为态度上的简单反对,还是对高蹈的理论的修正,是对流行概念和话语的祛魅。对一个社会来说,异议的存在不仅是补充了一种对社会现实的解释力,还意味着社会演进多了一个选择方向上的维度和多了一套社会偏离健康轨道行驶时的刹车装置。”^①历史其实也有无数例子证明,真理有时掌握在少数人甚至个别人那里,例如,伽利略、哥白尼、安徽凤岗村的9个农民。

（二）恪守科学的精神推进中国式法治建设

按照世界体系论的重要代表人物伊曼纽尔·沃勒斯坦的观点,“如果20世纪有一个上帝的话,那就是科学”。^②“科学”(science)即赛先生是“五四运动”的又一面旗帜。李约瑟怀着一颗中国心和对中华的挚爱,倾注五十余年的卓拔努力,成就了巨著《中国的科学和文明》,使古代中国人(16世纪前)的技术发明和科学发现等许多创造性活动重见天日,同时以此石破天惊的贡献迫使西方世界对中

① 程国:“知识生产应是公民权利”,载《南风窗》2008年第22期。

② [美]伊曼纽尔·沃勒斯坦:《转型中的世界体系——沃勒斯坦评论集》,路爱国译,社会科学出版社2006年版,第3页。

国人的成见逐渐消隐。在多卷本《中国科学技术史》里,李约瑟和合作者们更是发掘、证实、重新确认中华民族的伟大创造力,16世纪前,中国人平均每100年就有15项重大发明和创造,同时代其他任何文明均无可比拟。这些无疑是值得我们骄傲的,但是,我们一方面也要承认现阶段无论是科学(包括自然科学、人文科学、社会科学等)还是技术相比于西方的诸多落后与不足,另一方面更有必要倡导国民崇尚科学的精神^①和坚持科学的态度。

“法”(英语的 law, 德语的 recht)在词源上就含有规律之义,就此而言,以科学的精神来推进法治建设乃更显自然。所谓法治^②,按照亚里士多德的最早说法,就是包括以下两点:一是制定科学的法律;二是制定的法律得到切实的实施。而中国特色的表达就是“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”16个字。经过自改革开放以来三十多年的艰苦努力和不断探索,社会主义法治建设同样取得了伟大的成绩,这也是不容辩驳的客观事实。此处仅就未来进一步推进中国式法治建设过程中贯彻科学观谈点看法:

其一,立法环节方面。经过多年的努力,社会主义法律体系框架已基本完成。下阶段的立法工作会呈现出不同于以往的特点:一是立法的领域会向民生倾斜;二是立法工作的重心从以立为主向以修改为主转变。无论是立法的制定还是修改,在科学性方面均有提升的空间。无论是法律制定过程中的立法技术和方法,还是法律文本

① 何谓科学精神,不同学者会有不同的界定,例如,德国法学经典作家冯·萨维尼将“历史素养”和“系统眼光”称为“科学精神”,即“法学家必须具备两种不可或缺之素养,此即历史素养,以确凿把握每一世代与每一法律形式的特性;系统眼光,在与事物整体的紧密联系与合作中,即是说,仅在其真实而自然的关系中,省察每一概念和规则”。参见[德]冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第37页。此处的科学精神是指涉多方面的,包括坚持理性、遵循事物规律、尊重历史事实、凭史实下结论和作判断、依循逻辑推理规律,等等。

② 何谓法治,古今中外存在不同的界定。例如,美国联邦最高法院大法官道格拉斯说,“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。转引自王琳:“行政法之路要从程序法治破题”,载《法制日报》2008年10月15日。

的逻辑结构安排,抑或法律规范的设置和权利义务的配置,从法的实施环节均可发现一些方方面面的不足,就是提升空间的明证。从前阶段的立法实践来看,坚持立法工作的科学化原则,要处理好“人民立法”与“专家立法”(具体指参与法律文本的起草)的关系问题。“人民立法”更多地体现在法律的立场如何、法律被谁掌握和法律为谁服务等方面,卢梭曾指出,“确切说来,法律只不过是社会结合的条件。服从法律的人民就应当是法律的创造者”。^① 托克维尔曾指出,“民主的法制一般趋向于照顾大多数人的利益,因为它是来自公民之中的多数……因此,一般可以认为民主立法的目的比贵族立法的目的更有利于人类”。^② 马克思曾说,“在民主制中,国家制度、法律、国家本身,就国家是政治制度来说,都只是人民的自我规定和人民的特定内容”。^③ 这些论述均强调了立法的人民性和人民的立场。就社会主义国家立法而言,立法的主导者始终是人民,^④ 人民立法更不容置疑。我国《立法法》第6条也明确规定,立法应当体现人民的意志,发扬社会主义民主,保障人民通过多种途径参与立法活动。问题的关键是,如何建立健全各种立法体制和工作机制来保障立法的人民性,既体现在立法程序中又体现在立法文本中,例如,随着不同阶层和利益集团的出现,立法机构应有倾听各种意见和平衡相关利益的机制和渠道;随着贫富差距拉大和诸多弱势群体的出现,立法机构应有保障少数人和弱势群体的机制,等等。遵循立法的人民性,还会遇到如何对待民意的问题。民意既有理性的一面,又有非理性的一面;民意既有“人多势众”决定舆情和舆论的一面,又有间或偏离

① [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1982年版,第52页。

② [法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1988年版,第264页。

③ 《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社2002年版,第39页。

④ 在代议制下是“人民的受托人和被授权对法律进行技术处理的社会精神的代表”,参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1987年版,第84页。

真理认识的一面。^① 人民群众不可能也没有必要接受专业的法律训练,任何机构和个人均不能以不懂法为由拒绝人民群众对法律或者法律草案发表意见。各级人民代表大会相比于具有浓厚职业色彩的行政机关和司法机关来说不会经常且容易扰乱、曲解、违背人民的意志,但也始终存在如何正确集中和反映人民意志的问题,始终需要警惕“少数人”冒充“人民”名义行事的危险。“专家立法”具体是指如何看待专家在立法工作中的参与作用问题。立法科学的一个关键标志就在于:每一个法律文件,都需要以一定的法学理论作为基础,不仅需要法学提供一定的专业术语、体系、逻辑,而且需要法学对法律的正当性和有效性予以证明、阐述和设计。一方面,法学的支撑,有助于立法的理性科学而不至于专横武断,法学的解释有助于探明法律的真实含义和实践途径,法学的批判有助于推动法律的更新和与时俱进。^② 近些年来,法学专家通过向立法机关提交专家建议稿和应邀参与立法机关对立法专题或法律草案研讨的方式,对许多法律(如《物权法》、《劳动合同法》,等等)的出台发挥了积极的建设性作用。另一方面,主宰法学的专家不时依赖日趋专业的话语垄断地位而表现出强烈的取代人民立法的倾向。^③ 在笔者看来,实有必要理性对待专家及其专业知识:(1)因专业分工和学识有限,专家只能

① 有学者指出,“就整体而言,民意一定比专家的判断更为准确,因为人民距离社会生活比专家更近,对社会生活的体验也比专家更为广泛。就个别而言,即便民意发生偏差,只要完成了少数服从多数的程序,也只能首先尊重民意,然后引导、期望和等待民意在事实面前发生转变”。参见孟勤国:“专家不能代替人民立法”,载《法学评论》2008年第5期。从事后看,民意未必比专家判断准确,这既有希特勒上台提供的反面经验,也有美国确立联邦最高法院九位精英制衡代表民意国会体制提供的正面例子。立足于此,通过程序来回应民意,应是可行之道,参见本文中“合理倾听民意——刑事司法中回应民意的程序之维”部分之论述。

② 孟勤国:“专家不能代替人民立法”,载《法学评论》2008年第5期。

③ 例如,有学者指出,我国立法忽视专家在民事法律起草工作中的主导作用,而且将其列为必须克服的问题。参见屈茂辉、李龙:“论中国民事立法现代化的两个关键问题”,载《文史博览》2006年第1期。

“专”而不能“全”，专业视角、专业立场能做到“片面的深刻”，而做不到“全面的正确”；(2) 专家所持的政治态度不同（信奉私有制还是公有制）、意识形态不同（信仰权贵资本主义还是法治市场主义），等等，均会影响专家对具体事务的判断；(3) 专家同样并非“圣人”而是“理性人”和“经济人”，照样受利益驱动的影响而服务于不同的利益集团或者代表不同的阶层说话（主流经济学家如此，法学专家也不例外）；(4) 专家的学术历程不同（海归派还是本土派，受德日熏染还是润英美和风）、寄居之地不同（京派、海派还是“内地派”）、门第出身不同（学术“霸主”之后、主动依附或靠近学术权威之辈还是“孤家寡人”式的居士），是否隶属同一学术共同体，^①均会影响专家对问题的话语表达。“专家没有权利要求自己扮演主导立法的角色”，专家意见只能通过政治装置——议会或者代表大会发挥引导作用而不能替代“人民立法”，同时，“专家有责任以理性和专业知识来引导民意向正确的方向转变”。^②

其二，法的实施方面。“徒法不足以自行”，制定得再好的法律不经实施也发挥不了真正实际的效能和作用。民主法治不只是代表某种观念的词，同时是一种生活方式，一种有技术含量的社会运行模式。我们固然需要有形的制度建设来规范，更需要相应的公民教育使我们主观上愿意遵循，客观上懂得怎么实行。^③“现代治理体制在发达国家有效，不是因为它的完美无缺，无懈可击，而主要是基于全

① 北京大学法学院巩献田教授（法理学）在互联网上发布了一封有关物权法草案的公开信，指责物权法草案中的某些条款“违宪”，众多民法学家以一种前所未有的专业精神和团队意识，发起了潮水般的反击，甚至部分专家声称其专业不是民商法，不懂物权法，无权对物权法草案说三道四。参见孟勤国：“专家不能代替人民立法”，载《法学评论》2008年第5期。北大法学院朱苏力教授（法理学）针对最高人民法院有关奸淫幼女的司法解释撰写的长文，同样引发了刑法学界的“全面出击”，包括撰文反驳、召开研讨会争鸣、出版专著表明立场。参见赵秉志主编：《主客观相统一：刑法现代化的坐标：以奸淫幼女强奸罪为视角》，中国人民公安大学出版社2004年版。

② 孟勤国：“专家不能代替人民立法”，载《法学评论》2008年第5期。

③ 刘宝：“推进民主法治靠制度也靠教育”，载《南方周末》2008年9月25日。

民尤其是立法者和执法者自身对于规则的敬畏,对于制度的尊重”,“若立法者和执法者均不对之敬畏和尊重,经常便宜行事,经常选择性立法和选择性执法,体制就不免千疮百孔,体制的尊严就不免荡然无存”。^①为了不使本来制定得很好的法律和制度被故意地规避和扭曲适用成为普遍的常态,理想、信仰、理念方面的教育实有必要。在法的实施过程中,应坚持“法治”与“德治”并重,一方面,重视“法治”,加强制度建设,最大限度地减少法的实施和制度运行过程中“寻租”的空间和腐败机会;另一方面,重视“德治”,加强思想道德建设,“体制不可能傲然独存,体制的背后是价值,体制的背后是人心。没有价值上的人心上的坚实支撑,再先进的体制也不会有生命力,易橘为枳的悲剧就会反复发生”。^②

(三) 秉持求真的立场推进中国式宪政建设

在我国,政治家和学者往往从两个方面来界定宪政:一是强调宪政的民主政治基础,例如,毛泽东曾说,“宪政是什么呢?就是民主政治”;^③许崇德认为,“宪政应是实施宪法的民主政治”;^④张庆福认为,“宪政就是民主政治、立宪政治或者说宪法政治”。^⑤二是突出宪政的民主、法治、人权三要素的要求,例如,郭道晖认为,“宪政是以实行民主政治和法治为原则,以保障人民的权力和公民的权利为目的的,创制宪法(立宪)、实施宪法(行宪)和维护宪法(护宪)、发展宪法(修宪)的政治行为的运作过程”;^⑥李步云认为,“宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理,以实现一系列民主原则与制度为主要内容,以厉行法治为基本保证,以充分实现最广泛的

① 笑蜀:“永绝三鹿恶之花有待人心改造”,载《南方周末》2008年9月25日。

② 笑蜀:“永绝三鹿恶之花有待人心改造”,载《南方周末》2008年9月25日。

③ 《毛泽东选集》(第3卷),人民出版社1991年版,第735页。

④ 许崇德:《学而言宪》,法律出版社2000年版,第333页。

⑤ 张庆福:《宪法学基本理论》(上卷),社会科学文献出版社1999年版,第56页。

⑥ 郭道晖:《法的时代精神》,湖南人民出版社1997年版,第377页。

人权为目的的一种政治制度”；^①李龙认为，“宪政是以宪法为前提，以民主政治为核心，以法治为基石，以保障人权为目的的政治形态或政治过程”。^② 宪政 (constitution government) 与纸面上的宪法 (constitutional law) 是有区别的。前者是实际政治受宪法的抽象原则支配的结果，或宪法的抽象原则在实际政治上的具体化，可谓“在实际政治上已发生作用的宪法” (constitutional law in action)；后者只是一些与实际政治尚未发生关系的抽象原则的总和，可谓“书本上的宪法” (constitutional law in books)。前者是“活宪法” (living constitutional law)，后者是“死宪法” (dead constitutional law)。“宪法的重心，不在宪法的本身，而在使宪法原则发生实际作用的方法。”^③ 基于如下的认识，“从一国法律体系的效力位阶而言，宪法位阶最高、效力最强，是所有法律的立法依据和基础，因而依法执政首先是依宪执政；从宪法蕴涵的民主、人权、法治等价值而言，民主是执政的基础，人权是执政的目的，法治是执政的保障，因而依法执政必须是依宪执政。依宪执政是依法执政的前提、基础和核心”，^④ 依法治国和建设社会主义法治国家最终生成的目标就是宪政。

西方宪政是“西方社会、文化自然演进的结果”，是传统发展不期而至的产物，^⑤ 宪政是中国传统的“软肋”，中国宪政是近代学习西方的产物，是“舶来品”。尽管从清末预备立宪到民国约法，特别是经过“五四”新文化运动，宪政、民主、科学和人权诸项，均已成为一般知识界人士和青年学生不言而喻的公理和宗教，被认为系中国所

① 李步云、张文显主编：《法理学论丛》（第1卷），法律出版社1999年版，第589页。

② 李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版，第144页。

③ 杨兆龙：《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，中国政法大学出版社2000年版，第43～44页。

④ 林燕：“从民主法制到依宪执政：流变与反思”，载《检察日报》2008年10月30日。中共中央《关于进一步学习和贯彻实施〈中华人民共和国宪法〉的通知》也专门指出：“依法治国，最根本的是依宪治国；依法执政，最根本的是依宪执政”。

⑤ 王人博：《宪政文化与近代中国》，法律出版社1997年版，第61页。

应掌握并可解决“中国问题”的神圣法宝。^①“追寻难以企及的宪政一直是政治运作的兴奋点”，^②但是，自1908年清朝政府颁行的《钦定宪法大纲》开创中国立宪之路并开启中国的宪政之路起就不顺利和平坦，而是充满艰辛和曲折。“没有一个国家的宪政像我国的宪政这么多灾多难。那就是，在国难重重中酝酿和准备宪政，在炮火下制定和实行宪法”，^③清末日益面临的国破家亡之危机，使得开启宪政之际就无法从容地反思传统，面临寻找中国传统与西方宪政的契合点和两种文化之间的融合嫁接、交汇、相通、反思、创造性转换等任务多少有点不知手措，多少显露出盲崇西制自损中统的态度，使得自身传统日益矮化或者流失，同时，“西方宪政作为一种文化在近代从未被系统研究过”，“有些人对西方宪政文化的观察主要来自法国，如陈独秀；而一些人主要依据的是英国，如严复；有的主要来自日本，如康有为、梁启超；而一些人则是来自美国，如胡适……同是要求宪政，康有为极力攻讦法国大革命，而孙中山和陈独秀则热切地歌颂法国大革命；同是学习西方，康梁主张应学习与中国国是民情相近的，如日本，而孙中山则力主‘取法乎上’，如美国”。^④当时对西方宪政文化真义也未能有全面、准确和整体的把握。民国至北洋政府时期，中国传统和信念进一步被突破，宪政理念也难以形成，频繁的政权更迭只是将宪法更多地作为权力合法性的工具和装饰品。新民主主义时期更多地处在战争状态，当权的国民党政府也无意推进宪政。针对当时宪政为何难行或者以失败告终，各方作了不同的分析，例如，梁漱溟认为，中国几千来之所以没有产生宪政，中国近数十年宪政运动之所以失败，就是因为中国既没有各种相互抗衡的“外力”，又没

① 许章润：“宪法与账单”，载《读书》1998年第3期。

② 文正邦：“再论中国特色社会主义宪政建设”，载《法学》2008年第10期。

③ 马起华：《宪法论》，文明文化事业公司1983年版，第279页。

④ 王人博：《宪政的中国之道》，山东人民出版社2003年版，第10～11页。

有精神力量即“内力”。^① 杨兆龙认为,中国过去几十年宪政实际发展的进度何以如此慢,主要原因是:我们一向太偏重抽象的宪法原则,即“死宪法”,而没有把精力集中到“活宪法”的培养工作方面去。^② 新中国成立后,宪政建设也因内忧(自然灾害、反右运动、“文化大革命”等)外患(朝鲜战争、前苏联施压等)而长久停滞,甚至整个国家和社会陷入疯狂的无序状态(国家主席的人身和人格均得不到宪法的保护),直至改革开放时期随着党和国家的工作重点真正转移到社会主义现代化建设上来后社会主义法制建设的加强方走上正轨。经过30年的不懈努力,我国的宪政建设已经取得了长足的进步和举世瞩目的成就,例如,“依法治国、建设社会主义法治国家”、“国家尊重和保障人权”、“公民的合法的私有财产不受侵犯”等的先后入宪;伴随《行政诉讼法》、《行政处罚法》、《行政许可法》等逐步成型的有限政府的面世;伴随《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》的修订、《司法解释备案审查工作程序》的制定及法规审查备案室的成立而向中国式违宪审查机制迈出的步伐;党内民主、基层民主和社会民主建设的进步和推进,等等,这些均不容置疑。但是,基于各种原因的影响和各种因素的制约,例如,主政者尚未从宪政实践和操作层面来组织和加强科学规划和细心求证,宪政学界对宪政理论的研究存在诸多不足^③,等

① 中国文化书院学术委员会编:《梁漱溟全集》(第6卷),山东人民出版社1993年版,第463-468页。

② 杨兆龙:《杨兆龙法学文选》,郝铁川、陆锦碧编,中国政法大学出版社2000年版,第45页。

③ 我国宪法学者总结指出,自1978年改革开放以来的30年中国宪法学研究存在“十大问题”:具有中国特色的宪法学体系不完善;宪政理念还不够成熟;研究者对研究课题的选择没有形成合力;从宪法角度和法律角度研究问题的界限不够清晰;宪法学者对违宪审查的推进比较消极;从宪法角度研究立法和司法改革的积极性不够;对公民基本权利的制度性保障的研究不足;对国家和公民基本关系的研究不够;缺少从宪法角度对司法改革的研究;对国家权力及其运行研究不够。林燕:“从民主法制到依宪执政:流变与反思”,载《检察日报》2008年10月30日。

等,我国宪政建设尚存在许多不尽如人意的地方,宪法体现的民族性不够就是明显的表现,这既包括宪法对传统法律文化的良性遗产体现得不够^①,也包括宪法联系中国实际、解决中国实际问题不够。宪法固然有其世界性的“通律”,若不和本国的传统文化和实际联系在一起,仅靠“舶来”一些基本语词,是无法实现真正的社会主义宪政国家建设的。^② 庞德强调中国需要的是一种具有中国性格、合乎中国国情的宪法,而不必抄袭外国,“立宪政治并非可于短期内全凭理想创造之物。立宪政府必须出一国之人们原有之文物及传统之理想中逐步形成发展,绝非一种成长后可任意由一国移诸他国之物”。^③ 一些实行过民族民主革命的国家政治实践表明,不结合本国的特点生搬硬套其他国家的宪政模式,往往使民主、法治和宪政建设陷入困境和僵局,前苏联剧变后的俄罗斯在社会转型期从全盘西化进而到重视本国民族特点的经验和教训更是好的例证。当然,按照马克思主义哲学的观点,普遍性寓于特殊性之中,并通过特殊性来加以表现,人类宪政文明具有共同的属性和普适的要求,例如,坚持人民主权原则、法治原则、人权原则、权力制衡原则;实行代议制度、普选制度、其组织和活动法制化的政党制度、体现责任政治和依法行政的政府制度、支付系统内外普遍严密的监督制度、政治任命与择优相结合的官吏制度、体现司法独立和司法最终解决原则的司法制度,等等。^④ 各国宪政建设必须普遍遵循而不得违背。

① 宪法学者认为,中国近代宪政的真正不幸在于:宪法思想自西而来之际,正值中华民族生死存亡之时,被动甚至是被迫的接纳与仿效,不仅破坏了中国文化巨大的融合力,而且破坏了中国文化的创造力,传统在宪政思想发展中的式微,使得宪政无法获得广泛的社会基础。参见马小红:“试论‘传统’中国宪政发展中的失落”,载《法学家》2008年第4期。

② 林燕:“从民主法制到依宪执政:流变与反思”,载《检察日报》2008年10月30日。

③ 王健:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第130页。

④ 文正邦:“再论中国特色社会主义宪政建设”,载《法学》2008年第10期。