

宪政法律秩序论

肖北庚 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

宪政法律秩序论／肖北庚著．—北京：中国人民公安大学出版社，
2002.7

(宪政中国论丛／周叶中主编)

I S B N 7 - 8 1 0 8 7 - 0 4 1 - 6

I . 宪… II . 肖… III . 宪法—法的理论—研究 IV . D911.01
中国版本图书馆CIP数据核字 (2002) 第049361号

宪政法律秩序论

X I A N Z H E N G F A L U Z H I X U L U N

肖北庚 著

出版发行：中国人民公安大学出版社

地 址：北京市西城区木樨地南里

邮政编码：100038

经 销：新华书店

印 刷：北京牛山世兴印刷厂

版 次：2002年7月第1版

印 次：2002年7月第1次

印 张：8

开 本：880毫米×1230毫米 1/32

字 数：221千字

印 数：0001～3000册

I S B N 7 - 8 1 0 8 7 - 0 4 1 - 6 / D · 0 3 8

定 价：24.00元

本社图书出现印装质量问题，由发行部负责调换

联系电话：(010)83905728

版权所有 翻印必究

E-mail:cpep@public.bta.net.cn

总 序

记得梁启超先生在一个世纪前曾饱含深情地在他的《少年中国说》中指出：“故今日之责任，不在他人，而全在我少年。少年智则国智，少年富则国富，少年强则国强，少年独立则国独立，少年自由则国自由，少年进步则国进步，少年胜于欧洲则国胜于欧洲，少年雄于地球则国雄于地球。”“美哉我少年中国，与天不老；壮哉我中国少年，与国无疆！”哲人的话语跨越时空，至今仍激荡在我的耳边，“宪政中国”在用法上就是对“少年中国”的一种借鉴。

组织《宪政中国论丛》，是我长期以来的一个想法，是为了更好地推进中国的法治建设。这样一种感觉，在“依法治国，建设社会主义法治国家”载入宪法之后变得越来越强烈。在我看来，在思考如何实施依法治国、如何建设社会主义法治国家等诸如此类的问题时，“宪政”二字须臾不可或缺。众所周知，宪法不仅是国家的根本法，而且是人权的根本保障书，是依法制权之法，宪政则是以宪法为前提、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。由于依法治国在价值取向上意味着对正义的维护和对人权的保障，在功能上表现为对专制权力的决然否定和对国家权力的有效规范以及对民主政治的完善，在形式上要求一个国家以宪法为基础的所有法律制度实现由静态到动态的转换，因此，依法治国无疑首先是依宪治国，宪政建设无疑是社会主义法治国家建设的主要内容，是检验社会主义法治国家建设的基本标尺。套用梁启超先生的话来说，今日依法治国之进程与成效，主要不在于别的，而在于宪政建设。宪政建设深入人心则依法治国深入人心，宪政建设推进顺利则依法治国推进顺利，宪政建设成效显著则依法治国成效显著。在中国加入WTO之后，在各种各样的依法治

国方案层出不穷之际，在有人主张“无所谓合不合宪”之时，强调这一点，无疑具有极其重要的意义。

虽然中国宪法的历史已近百年，但由于种种原因，中国的宪政建设一直缺乏可行的、强劲的理论支持，因而中国宪政建设尚未成功，甚至可以说，无论是宪政理论还是宪政实践，都还一直停留于初始状态，这不能不说是令我们宪法学人尴尬的不争事实。毫无疑问，我们宪法学人不愿意尴尬，我们试图走出尴尬，为此，我们曾经努力过，并且一直在努力，《宪政中国论丛》的编辑出版，就是这种努力的又一次尝试。与其他尝试不同的是，我们不是一味翻译外国的宪政文献，尽管这样做有利于开阔我们的视野，但这并不能代替我们对“中国”宪政建设面临的各种具体问题的剖析；也不是只研究宪法与宪政的历史，尽管历史是不能忘记的，但我们毕竟生活在现在而不是过去，同时，沉湎于历史而不面对现实似乎不是勇者的选择；也不只是探讨宪政的基本概念和有关原理，尽管探求有关概念和原理也十分重要，但理论总是灰色的，现实在原则面前经常扮演捣蛋者的角色；也不只是分析当今中国的一个个与宪政有关的现实问题，尽管这些问题在我们的研究中必不可少，但这并不能代表我们工作的全部。

概而言之，我们强调以“问题”为中心，强调用“两条腿”走路，既从原理角度探讨中国宪政建设的基本理论，也从操作层面构建中国宪政建设的具体方案。必须明确的是，这里的“问题”是指中国宪政建设中面临的“问题”，包括理论上和实践中的；但不管是理论上的还是实践中的，它们都必须是“真实”的问题而不是“虚假”的问题，是“我们”的问题而不是“别人”的问题，是“现在”的问题而不是“过去”的问题。而强调用“两条腿”走路，一方面在于说明基础性理论研究与重大应用性研究两者不可偏废；另一方面在于强调无论是在基础性理论研究中还是在重大应用性研究中，都必须坚持理论联系实际，因为只有这样，我们才不会被“虚假”的问题所迷惑，从而保证我们研究的是“真实”的问题；也只有这样，我们在解剖问题时，才可能针对问题的症状，不仅开

出“药方”，而且开出好的“药方”，真正做到对症下药，药到病除。当然，这不是说我们的丛书已经达到了这样的要求，或只有我们的丛书才可能达到这样的要求，而只是说我们是在朝此方向与目标努力。也许实际情形恰恰是别的论著而不是我们的丛书达到了这样的要求，但无论如何，我们的宗旨是在于研究理论上和实践中的“真实问题”，并以建设性的心态提出切实可行的解决方案。为此，我们把以下三点确定为研究问题时必须贯彻的基本精神和编辑本丛书的基本原则：

第一，着眼于宪政理想。理想是人们为之不懈奋斗的目标，是人的行为的不竭动力。尽管宪政是一个典型的不确定概念，人们可以说它是一种过程或一种状态，是一套原则体系或制度体系，但它首先是一种理念、一种理想、一种目标。这样一种理想，用孙中山先生的话来说，就是“世界潮流，浩浩荡荡”。而着眼于宪政理想，就要求我们的研究必须立足于三个层面：一是从原理层面研究宪政的理论基础和宪政的基本理论。主要包括宪政的理论源流和宪政的范畴、特征、原则、价值、功能等方面，特别是宪政与人类国家演变的基本规律。二是从静态层面研究宪政。主要包括通过对中外宪法规范、宪政制度的研究，探寻宪政在制度层面上的一般形式。三是从动态层面研究宪政。这既包括宪政自身的实际运行状态，又包括宪政与其外在环境的交互关系。从宪政理想到宪政现实，从不甚理想的宪政现实到比较理想的宪政现实，并非宪政自身即可完成，相反，它在很大程度上受制于诸多外在因素，换言之，宪政制度只有与内外环境相适应，才能在现实政治生活中形成理想的宪政状态。

第二，立足于中国国情。理想如果不能与客观现实相结合就只能是空想、幻想。尽管宪政作为国家管理的理想状态有其必须遵循的普遍规律，但任何普遍规律都不可能超越一国或者一国不同时期的具体历史条件而得以有效运行，这一点对集特定价值追求、具体规范制度和客观现实条件于一体的宪政来说，尤其如此。换言之，作为政治主张、制度体系和运行状态统一体的宪政，一旦离开特定

的国情，就很难说还有什么实际意义。因此，在对中国政治、经济、文化、民族心理、习惯、传统等进行深入研究的基础上，以宪政建设的普遍规律为指导，分析和探讨中国宪政建设的理论和实践问题，不仅具有鲜明的针对性，而且能够切切实实地推进中国宪政建设的发展进程。

第三，服务于宪政建设。中国的社会主义宪政建设虽然取得了很大成就，但实事求是地说并不理想，其中的问题还实在不少。那么，面对理想与现实的反差，面对这种种问题，我们宪法学人该如何应对？历史与时代又需要我们如何应对？是一味指责、怨天尤人吗？不！是麻木不仁、听之任之、束之高阁、文过饰非吗？也不。因为，这样不仅根本于事无补，而且还会产生诸多负面效果。历史一再告诫我们，时代也强烈要求我们：对现实中的问题，我们必须抱着解决问题的、建设性的心态去积极面对，并提供解决问题的种种选择。这既是我们宪法学人的责任，也是实现宪政理想的必然要求。

必须说明的是，《宪政中国论丛》的作者大多是宪法学方面的中青年学者，尽管无论在创新意识、理论基础，还是在研究能力等方面，他（她）们均有一定优势，但他（她）们毕竟仍处于不断成长、进步的时期，因此，恳切地请求各位专家、读者给予关心和支持。同时，本丛书并无固定的数量限制，只要研究主题、基本内容等符合丛书的基本宗旨，就都属于我们选择的对象。

最后，当《宪政中国论丛》第一批书籍出版发行之际，正是我们即将迎来中国1982年《宪法》颁布20周年之时，作为宪法学人，能够有机会为中国宪政建设的理论与实践做一点实实在在的工作，也算是我们对1982年《宪法》的一点纪念吧！

周叶中

2002年5月18日于武昌珞珈山

序

近年来，随着宪法理论研究的深入和繁荣，宪法实施理论为学界普遍关注。肖北庚同志敏锐把握这一前沿动态，以《宪政法律秩序论》为题，写作博士论文，且在论文答辩基础上，吸收答辩中各位专家学者提出的富有价值的合理建议，并查阅大量资料，经过反复推敲、谨慎思考和探究，写就此书。其先锋姿态、探索精神是十分可佳的。

宪政法律秩序是人类政治秩序演进的必然逻辑，是现代社会政治文明的重要标志，因而是宪法理论负有任务要解决的问题。过往，由于法学家们侧重于把秩序作为一个法律价值目标问题，只注重价值视角研究法律秩序；且在研究法律自身问题比较注重法律的内容研究，即只注重法律抽象内容与从抽象意义上说法律是什么等问题的研究，而不太注重法律职能和法律实现研究；加之西方不少法学派把法律等同于法律秩序。这使得法律秩序的理论研究常常局限于应然领域，实然法律秩序的研究几乎是社会科学领域的空白，宪政法律秩序研究更是无人问津的理论盲区。从内容上来看，《宪政法律秩序论》一书，不能不说在一定意义上填补了宪法理论空白。

从研究方法上看，本书舍弃了传统研究秩序的方法，即首先对秩序进行分类，然后分别探讨的方法，而是采取理论分析与实证分析相结合的方法。它从宪政法律秩序的逻辑起点——宪政法律秩序一般理论分析入手，揭示出宪政法律秩序的构成要素：宪法主体、宪法行为和宪法调整机制，并着重论证上述三个构成要素与宪政法律秩序实现的关系。对宪法主体在宪法规制和宪法运作中的作用，作了精细的分析；对宪法行为选择的原动力、决定宪法行为选择性

质和方向的各种要素、宪法行为评价及宪法越轨行为的控制对宪政法律秩序的形成的作用进行了细致探讨；对促使宪政法律秩序形成的宪法调整机制进行了全面、系统地透析。同时，以宪政法律秩序构成要素为红线，使上述内容形成了一个结构严密、逻辑严谨的理论体系。

理论的研究不仅在于对理论抽象的分析，更在于透过一般分析，为相应实践提供指导。作者最后从理论与实际相结合的视角，探讨了中国走向民主、稳定宪政法律秩序的现实条件和实现途径，使本书不仅具有理论价值，更具有实践价值。

任何著作不免有缺失之处，本书也在所难免。如其对宪法调整机制与其他社会调整机制的协调在宪政法律秩序实现中的作用就不够全面和完整，但此类不足在全书中毕竟不多，不过是白璧微瑕而已。同时，北庚一向勤奋好学、孜孜不倦，相信他在日后的学术生涯中会更加严谨和勤奋，将各种理论问题研究得日益透彻与完整。也祝愿他今后为我国法律科学的繁荣和发展，作出卓越的贡献。

李 龙

2002年4月10日

《宪政中国论丛》编委会

总主编 周叶中

秘书长 程 华

编委（按姓氏笔画排序）

王振民 王 磊 任 进

齐小力 朱福惠 吴家清

刘茂林 郑贤君 周 伟

陈武能 苗连营 胡肖华

胡锦涛 贺日开 赵世义

秦前红 莫纪宏 殷啸虎

戚 渊 韩大元 游劝荣

董和平 焦洪昌 甄树青

作者简介

肖北庚：男，1963年10月生，湖南师大法学院副院长、副教授、硕士研究生导师、中国行为法学会常务理事、湖南省行政法学会副会长。已主持完成省级课题两项，目前正主持省级课题一项，参与国家级课题三项，主编或参编国家级教材三部，在《现代法学》、《法学评论》等法学核心期刊发表论文三十余篇，其中一半以上被《新华文摘》、《人大复印资料》等转载、转摘。

目 录

引 言	(1)
第一章 宪政法律秩序的一般理论	(4)
第一节 宪政法律秩序的概念分析	(4)
一、秩序的一般涵义	(4)
二、法律秩序的基本内涵	(8)
三、宪政法律秩序的科学内涵	(12)
第二节 宪政法律秩序规定性的法理分析	(16)
一、政治权力的合法性	(17)
二、政治关系的稳定性	(21)
三、政治行为的规则性	(24)
四、政治发展的可预测性	(26)
第三节 宪政法律秩序的构成	(27)
一、宪政法律秩序构成要素的合理性分析	(28)
二、宪政法律秩序构成要素的具体内容	(30)
第四节 宪政法律秩序理论探讨的历史沿革	(33)
一、探讨宪政法律秩序理论的历史条件	(33)
二、应然宪政法律秩序的理论探讨及历史沿革	(35)
三、实然宪政法律秩序的理论探讨及成因	(39)
第二章 宪政法律秩序的价值基础	(42)
第一节 追求宪政法律秩序是人类政治实践演进的必然逻辑	(42)
一、民主政治秩序及成因	(42)
二、决定人类选择宪政法律秩序的历史条件	(46)
第二节 宪政法律秩序的价值基础	(57)

一、民主是宪政法律秩序价值基础之首要因素·····	(57)
二、法治是宪政法律秩序价值基础之实质·····	(61)
三、人权是宪政法律秩序价值基础的内核·····	(63)
第三节 宪法冲突的解决与宪政法律秩序的平衡·····	(67)
一、宪法冲突及其表现形式·····	(68)
二、宪法冲突的解决与宪政法律秩序的平衡·····	(73)
第三章 宪法主体与宪政法律秩序的实现·····	(77)
第一节 确立宪法主体的前提条件·····	(77)
一、身份平等·····	(77)
二、人的自由·····	(80)
三、公民意识·····	(85)
第二节 宪法主体及其在宪法规制中的作用·····	(88)
一、宪法主体的内涵·····	(88)
二、公民主体在宪法规制中的作用·····	(91)
三、社会组织主体在宪法规制中的作用·····	(96)
四、国家机关主体与宪法的规制·····	(100)
第三节 宪法主体的法律地位和自身因素在宪法运作中 的作用·····	(106)
一、宪法主体权利在宪法运作中的作用·····	(106)
二、宪法主体的宪法积极性在宪法运作中的作用·····	(110)
三、宪法主体的精神文明整体程度对宪法运作的影响 ·····	(113)
第四章 宪法行为与宪政法律秩序的实现·····	(117)
第一节 宪法行为的概念及其分类·····	(117)
一、法律行为的理论分析·····	(117)
二、宪法行为的内涵与种类·····	(123)
第二节 宪法行为的选择及其影响因素·····	(128)
一、利益·····	(128)
二、科技发展状况·····	(132)
三、国家法治程度·····	(135)

第三节	宪法行为评价及其价值·····	(137)
一、	宪法行为评价·····	(137)
二、	宪法行为结果评价·····	(139)
三、	宪法行为评价标准·····	(140)
四、	宪法行为评价价值·····	(144)
第四节	宪法越轨行为的成因及其控制·····	(146)
一、	宪法越轨行为的概念分析·····	(147)
二、	失范性宪法越轨行为的成因及其控制·····	(149)
三、	非遵从性宪法越轨行为的成因及其控制·····	(150)
第五章	宪法调整机制与宪政法律秩序的实现·····	(152)
第一节	宪法调整机制的一般理论·····	(152)
一、	从法律调整到法律调整机制·····	(152)
二、	宪法调整机制是一种特殊的法律调整机制·····	(159)
第二节	宪法自身调整机制·····	(162)
一、	宪法运作制度·····	(163)
二、	宪法监督制度·····	(168)
三、	宪法实施评价机制·····	(171)
第三节	宪法调整机制与其他社会调整机制的协调·····	(173)
一、	宪法调整机制作用的有效发挥，离不开与其他社会调整机制的相互协调·····	(173)
二、	宪法调整机制与道德调整机制的相互协调·····	(176)
三、	宪法调整机制与政策调整机制的相互协调·····	(180)
四、	宪法调整机制与习俗调整机制的相互协调·····	(183)
第六章	中国走向民主、稳定的宪政法律秩序的现实条件和实现途径·····	(186)
第一节	中国走向民主、稳定的宪政法律秩序的现实条件·····	(186)
一、	中国走向民主、稳定的宪政法律秩序的法律基础·····	(187)
二、	社会主义市场经济体系的逐步建立——中国走向	

民主、稳定的宪政法律秩序的经济基础·····	(193)
三、民主政治建设的不断推进，是我国宪政法律秩序实现的政治基础·····	(197)
第二节 中国走向民主、稳定的宪政法律秩序的障碍因素分析·····	(201)
一、中国近代没有宪政·····	(201)
二、当代中国宪法尚未实现司法适用·····	(207)
三、当今中国，宪法的至上权威尚未树立·····	(211)
四、依法行政尚待完善·····	(214)
第三节 中国走向民主、稳定的宪政法律秩序的实现途径·····	(216)
一、发展市场经济，培植契约精神，发展市民社会·····	(216)
二、推进法治方略，建设法治国家·····	(221)
三、充分利用人类宪政实践中的优秀成果，完善我国宪法·····	(225)
四、建立有中国特色的违宪审查制度·····	(229)
主要参考文献·····	(233)
后 记·····	(240)

引 言

过去，理论界通常以“宪政秩序”或“宪法秩序”来概括宪法在现实生活实施过程中所形成的现实状态，本书则抛弃常规，使用“宪政法律秩序”一词。这是宪法理论研究深入展开的必然结果。因为：

首先，从内容上来看，宪法是由国家权力运作规范和公民权利规范两个主体部分构成的规范体系，其内容既涉及政治权力与统治过程、国家统治机构的组织和授权，也涉及公民宪法基本权利及其保障。前者政治因素突出，后者规范特征明显。因此，我们在研究宪法在现实生活中的实施及其状态时，必须充分考虑上述两种因素，使用“宪政法律秩序”一词却能涵纳之。同时，我们如果用“宪政秩序”一词，极容易强调理论研究的政治逻辑，片面注重对宪法实施过程中的宪法事实、发展过程、数字统计、政治理论等问题的研究，甚至把理论的主要注意点放入宪法实施的政治和社会背景中，而忽视宪法规范作用的研究。然而，任何一种秩序离开了对形成这种秩序的规范作用的分析，其理论必然是残缺的；如果用“宪法秩序”一词，理论研究的重点又可能仅仅注重法律方面，像法律规范、合法性、司法实践等，从而忽视法律的、政治的和社会的背景，而对一种秩序的研究，如果不分析其生成的背景和历史条件，而只是片面关注分析行为规范，也很难形成系统的理论。另外，宪法实施过程中所形成的现实状态，本来就非单纯指称“国家政治秩序的基本”，而是超越此种含义，揭示了“保障人的自由权

利的、独特的政治秩序”这一深远的涵义。^①

其次，从研究方法来看，综合性研究方法是理论研究方法自身演进的逻辑必然，这种逻辑历经了否定之否定的历史发展，法律理论研究自然也遵循这一规律。在人类法律思想史上，古代主要是采取简单综合的研究方法开展法学理论研究，到了近代，这种简单综合研究演变为把法学理论进行分解并单独加以研究，现代人们又由分解走向了综合。当今法学理论研究领域中，综合性学科和边缘性学科的兴起就是这种研究方法的外在表现。在今天的宪法学研究中，人们也采取综合性方法，各种不同学科均从自身视角对宪法学进行研究，“如法理学、社会学可侧重于探讨宪法规范及宪法意识与特定的社会条件或背景之间的关系，政治学则可分析宪法规范及宪法意识生成的政治条件或背景。”^②因此，宪法学必须采取综合研究方法。而“宪法特别是法律学和政治学方法的理想汇合点”、“宪法是一种确定政治法律因素的工具，虽然其形式、行文和表述主要是法律的性质。除非用政治的和法律的两种理论，否则，任何宪法都不可能得到满意的说明和解释”。^③由此可见，法学研究方法和政治学研究方法的有机结合是宪法学研究的最佳方法，这就决定了研究宪法实施及其结果也必须采用这种方法。用“宪政法律秩序”来概括宪法实施所形成的现实状态，可以说是对这一研究方法的回应。

再者，从我国宪法学研究历程来看，过去很长一段时间，由于受前苏联教条主义法学观和“左”倾思潮的影响，在学术研究中把宪法学搞成了政治学，宪法问题政治化，以至于今天的学者在概括宪法实施及其结果时，习惯用“宪政秩序”一词。随着宪法理论研究的深化，侧重于政治视角研究宪法现象不仅在理论上行不通，而

① [日] 芦部信喜：《宪法学》（1），有斐阁1992年版，第10页。

② 林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社2001年版，第36页。

③ 陈云生译：《成文宪法的比较研究》，华夏出版社1987年版，第5页。

且在实践上也不利于某些宪法制度的建立，如宪法诉讼制度、违宪审查制度等。^①因此，在宪法实施及其结果的研究中，也必须摆脱过去单纯从政治视角研究宪法现象的传统方法，取而代之以法律与政治相结合的综合方法。同时，从世界范围来看，美国过去习惯于用政治学方法研究宪法现象，而欧洲侧重于从法律视角研究宪法现象。^②今天，这些国家都走向了运用综合方法研究宪法学，从我国最近翻译出版的美国和欧洲宪法学著作中，可以窥见到这一点，当今世界这种新的研究视角，也要求我们必须对宪法现象采用综合性的方法进行研究。

^① 廖中洪：《中国宪法非讼化原因探析》，载《学习与探索》2000年第5期，第86页。廖中洪在此文中认为：因为在中国传统政治生活中，政策性问题和政治性问题的解决，只能通过政治斗争的途径和方式，而不是司法途径。在这种观念中，也就不存在宪法适用的司法化问题。

^② 陈云生译：《成文宪法的比较研究》，华夏出版社1987年版，第5页。