

厦门大学法学院公法系列

总主编：朱福惠



# 走向宪政： 中国社会主义宪政基本问题研究

朱福惠 等著



厦门大学出版社 国家一级出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

厦门大学法学院公法系列

总主编：朱福惠

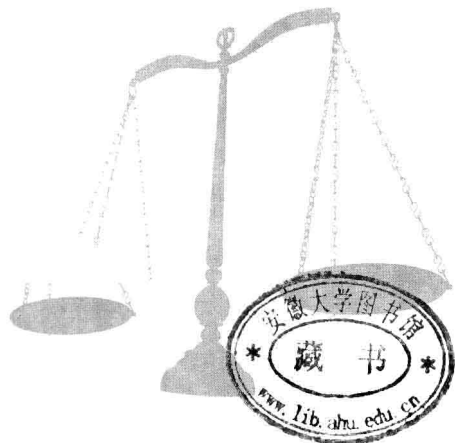
# 走向宪政： 中国社会主义宪政基本问题研究

朱福惠◎等著

撰稿人：

朱福惠 徐振东 王建学 邵自红

陈泽荣 陈文 李燕



## 图书在版编目(CIP)数据

走向宪政:中国社会主义宪政基本问题研究/朱福惠等著. —厦门:厦门大学出版社,2011

(厦门大学法学院公法系列)

ISBN 978-7-5615-3902-6

I. ①走… II. ①朱… III. ①中华人民共和国宪法-研究 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 078054 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@public.xm.fj.cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

三明市华光印务有限公司印刷

2011 年 7 月第 1 版 2011 年 7 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:13.5 插页:2

字数:236 千字 印数:1~2000 册

定价:26.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

# 总序

将法区分为公法与私法被认为是大陆法系国家的传统,是区别于普通法系的主要标志之一。学术界对法是否应当被区分为公法与私法存在争议,虽然有法学者认为公、私法的区分是没有必要的,但多数学者对公、私法的区分持肯定态度,如日本学者美浓部达吉曾极力主张公、私法区分,他认为:“现代的国法,是以区别其全部为公法或私法为当然前提的,对于国家的一切制定法规,若不究明该规定属于公法或私法,而即若明瞭其所生的效果和内容,盖不可能。”将法区分为公法与私法的必要性及区分的标准已经得到国际著名法学家的论证,无需赘述。事实上,从实在法的角度来观察,公法与私法的区分是可行的;从法治与宪政建设的角度来观察,区分公法与私法具有积极作用。

宪法与行政法被认为是狭义上的公法,以调整公权力与公民之间的关系并规范、约束政府权力为基本目标,充分体现公法原则在建构宪政体制方面的必要性。改革开放以来,随着法治建设的深入,我国的宪法与行政法得到前所未有的发展。宪法的四次修改,有力地推动了我国宪政与人权保障事业发展;《行政处罚法》、《国家赔偿法》、《行政复议法》、《行政许可法》等法律的制定与实施,在依法行政、建设法治政府的过程中也起到了至关重要的作用。可以说,我国社会的进步在很大程度上也是公法发展的结果。

与公法的发展相适应,公法研究也成为显学。越来越多的学者致力于从事宪法与行政法的研究,围绕我国法治与宪政建设的基本理论与实践问题进行了长期而深入的探讨,产生了大量的学术成果,受到理论界和政府部门的高度重视。这些研究成果或者在宪法学与行政法学基础理论方面有新的突破,或者在我国立法、行政和



司法实务方面提出了建设性的建议和方案,具有重要的学术价值和应用价值。

厦门大学出版社近年来致力于法学研究成果的出版,尤其对宪法与行政法领域的研究成果表现出浓厚的兴趣,希望国际、国内的宪法与行政法学者慷慨赐稿,他们将以严谨求实的态度做好编辑工作,期望此举能够为宪法与行政法学研究尽其微薄之力。

厦门大学法学院的宪法与行政法学研究起步较晚,迫切需要国内外同行的关心与支持。这套丛书既有宪法与行政法学界一流学者的著作,更多的则是中青年学者的著述,期待这些著作的出版能够促进我国宪法学与行政法学的进一步繁荣,加强宪法学与行政法学同行的交流和学术争鸣,促进厦门大学宪法学与行政法学的研究的发展。

朱福惠

2010年5月12日

# 序

宪政是指近代以来的民主政治和宪法制度。学界同仁对“宪政”一词有不同理解，有学者认为宪政即是民主政治，另有学者则认为宪政即指宪法政治，还有学者则认为宪政即是指限制政府权力并保障人权的政治体制。对宪政含义的争论彰显中国当代法学者观察视角的多维度以及法学方法的革新，将法律问题更多地从法律自身发展的规律来探讨，而不再局限于政治和意识形态的需要。

中国是传统的农业文明国家，中华民族以稳定的定居生活和发达的农业生产成为文明古国，宗族观念和儒家思想是这种农业文明的产物并成为维系农耕世界政治稳定的制度基础。因此，古代中国的政治文明也深受农耕时代的影响，虽然有限制君主权力和关注民众生活的思想，但限制君主权力并没有成为法律和法律传统，而是依据祖宗定制或者先帝遗言。君主的权力是否受到限制取决于君主个人的喜好，而不取决于君主应当遵守法律，因为祖宗定制是可以改变的。当然，中国古代的国家机关中虽然有辅佐君主行使权力的议事机构，但其组成人员均为官僚，而不是与君主权力相抗衡的地方贵族，因此这种议事机构并没有立法职能，不能成为限制君主权力的权威机构，在政治制度上没有限制君主权力的可能性。儒家学说主张君主权力不能滥用，主要基于皇朝统治的稳定性和防止人民造反两个角度来考虑的，并没有将君主权力的有限性与统治的合法性结合起来。所以，古代中国没有限制国家权力的制度构造和文化基因。

农业文明形成的政治传统和文化特质表现在通过强大的政治权威和特权化的官僚体系以及与之相适应的意识形态来维持国家的稳定和繁荣，为此必须强化官僚所有制并阻止民智的进步。而推动社会变革和经济增长的力量均来自官僚及官僚机构。国家通过赋予官僚以荣誉、地位、特权和经济利益来刺激社会变更和经济发展。所以，古代中国没有西方国家那种强大的与王权抗衡的市民社会，更没有通过法律来确立人民与君主的权利与义务关系的实践，人民和政府均缺乏民主意识和法律意识。

新中国成立以来，我国的经济和社会发展取得了长足的进步，社会结构发生了明显的变化，公民的民主意识和参与国家管理的积极性得到提高。改革开放以来，通过修改宪法，我国确立了完善社会主义民主政治和建设社会主义法治国家的目标。经过三十多年的努力，我国已经基本上形成了社会主义法律体系，国家政治生活、社会生活的各个方面都有法可依，中国的宪政建设已经走上了健康发展的轨道。但是，由于传统法律文化的影响，我国的社会主义法治和宪政仍然面临诸多问题，如中国的社会主义宪政与西方国家的宪政存在哪些区别？中国社会主义宪政的基本特征是什么？中国社会主义宪政建设的进路与西方国家的宪政是否相同？当下中国如何通过社会主义民主政治、行政与司法体制改革来推动宪政建设？等等。这些基本问题是我国社会主义宪政建设过程中不可避免的现实问题。本书从中国国情出发，通过研究我国宪政建设的历史进程以及社会主义宪政的基本特征，提出我国社会主义宪政是政府指导下的宪政，而不是西方国家那种自下而上的宪政。概括地讲，中国社会主义宪政建设主要通过政府指导公民进行民主选举来提升公民的民主意识，然而通过政治体制和司法体制改革建立现代政府制度，使政治合法性与社会主义民主有机地结合起来。

本书是司法部法治理论建设重点研究项目的最后成果，在项目的论证和鉴定过程中，得到厦门大学法学院廖益新教授、朱炎生教授、福建师范大学法学院黄晓辉教授和厦门市司法局副局长蒋先立等的大力支持和帮助，司法部任永安处长亲自主持项目鉴定会并提出宝贵的修改意见，在此谨向他们表示衷心的感谢！本项目写作提纲和调研计划由课题组全体成员提出意见，由项目主持人确定。项目组各成员根据分工撰写各章，最后由项目主持人进行全面修改后定稿。参加本项目研究的成员有：

- 厦门大学法学院教授朱福惠博士（项目主持人，撰写第一章、第三章）；
- 厦门大学法学院副教授徐振东博士（撰写第八章）；
- 厦门大学法学院助理教授王建学博士（撰写第五章、第六章）；
- 厦门大学公共事务学院助理教授邵自红博士（撰写第四章、第三章）；
- 厦门大学法学院博士生陈泽荣（撰写第七章）；
- 厦门大学法学院博士生陈文（撰写第二章）；
- 厦门大学法学院博士生李燕（撰写第八章）。

# 目 录

<b>第一章 宪政与社会主义宪政</b> .....	(1)
一、宪政的含义 .....	(1)
二、宪法与宪政、民主的关系 .....	(3)
三、中国社会主义宪政及其基本特征 .....	(9)
<b>第二章 中国宪政发展的历史考察</b> .....	(16)
一、宪法成为近代专制政治的装饰物 .....	(16)
二、社会主义宪政的曲折发展 .....	(28)
三、中国近代宪政建设的启示 .....	(33)
<b>第三章 中国社会主义宪政建设的路径选择</b> .....	(39)
一、中国社会主义宪政的社会、文化和法制基础的特殊性 .....	(39)
二、政府指导下的宪政 .....	(41)
<b>第四章 中国社会主义宪政与民主建设</b> .....	(50)
一、代议制民主——中国民主的主要形式 .....	(50)
二、中国选举制度的改革与成效 .....	(58)
三、扩大直接选举范围 .....	(61)
四、选民对代表的监督程序之完善 .....	(67)
<b>第五章 中国社会主义宪政与政府体制改革</b> .....	(70)
一、政府与政府体制改革的含义 .....	(70)
二、政府体制改革目标论 .....	(76)
三、政府体制改革过程论 .....	(83)
<b>第六章 中国社会主义宪政与地方制度改革</b> .....	(97)
一、地方自治的普遍化与全球化 .....	(98)

二、地方自治：宪法的基本原则·····	(106)
三、中央集权：当下地方制度的实践面·····	(114)
四、地方自治：现行宪法的初衷·····	(117)
五、地方制度自治化的具体方略·····	(123)
六、政府指导下的地方自治建设·····	(129)
<b>第七章 中国社会主义宪政与司法改革·····</b>	<b>(135)</b>
一、司法的宪政功能·····	(135)
二、中国司法改革之必要性·····	(141)
三、中国司法改革的宏观构思·····	(154)
四、司法改革的几点建议·····	(159)
<b>第八章 中国社会主义宪政与公民基本权利的保障·····</b>	<b>(174)</b>
一、公民基本概念·····	(174)
二、公民基本权利的性质与价值·····	(176)
三、公民基本权利的功能·····	(181)
四、公民基本权利的保障模式·····	(185)
五、中国公民基本权利保障机制的完善·····	(186)

# 第一章 宪政与社会主义宪政

## 一、宪政的含义

宪政一词是从英文 Constitutionalism 翻译过来的,原意为立宪主义,汉语中的宪政一词具有特定的含义。我国学者最先使用宪政这一概念的是梁启超,他在 1899 年的《各国宪法异同论》中认为:“宪政(立宪君主国政体之省称)之始祖者,英国是也。”<sup>①</sup>可见,梁启超将英国的立宪政体称之为宪政。孙中山先生也使用宪政这一概念,他在 1906 年《中国同盟会革命方略》中把中国政治的建设道路归纳为军法之治、约法时期、宪法之治三个阶段,所谓宪法之治是指“制定宪法,军政府解兵权、行政权,国民公举大总统及公举议员以组织国会。一国之政治,依于宪法以行之”。<sup>②</sup> 1924 年,他又在《建国方略》中将政治建设三阶段理论发展为军政时期、训政时期和宪政时期的理论,认为宪政时期是指:“宪法颁布之日,即为宪政告成之时,而全体国民,则依宪政行全国大选举。国民政府则于选举完毕之后三个月解职,而授权于民选政府,是为建国之大功告成。”孙中山先生语境下的宪政,显然是指以民主的方式制定宪法并进行选举,依照宪法组成民选政府管理国家事务这样一种政治原理和政治体制,它与民主政治和依宪治国是同义语。1940 年 2 月,毛泽东主席在《新民主主义宪政》的演讲中认为,宪政就是民主政治,结合当时的政治和经济形势,毛泽东主席所讲的宪政就是各阶级以及社会各界通过民主方式组成国家政权的政治体制,他的这一观点在新中国成立后相当长一段时间里成为占支配地位的学说,并为许多学者所接受,形成了民主政治即宪政的主流学说。

新中国成立以来,我国学者对宪政的含义存在不同的看法,但倾向于将宪政与宪法联系起来,认为宪政与宪法制度具有逻辑上的内在一致性,张友渔教授即是这种学说的代表人物,他认为,宪政“就是拿宪法规定国家体制,政权组

① 《梁启超全集》,北京大学出版社 1997 年版,第 318 页。

② 《孙中山全集》第一卷,中华书局 1981 年版,第 298 页。

织以及政府与人民相互之间权利义务关系而使政府与人民都在这些规定之下,享受应享受的权利,负担应负担的义务,无论谁都不许违反和超越这些规定而自由行动的这样一种政治形态”。<sup>①</sup>可见,张友渔教授对宪政含义的看法不是以抽象的民主政治来概括,而是从政治与宪法的形态来分析,认定宪政是以宪法至上为原理并受这一原理支配的政治形态。晚近的中国宪法学者对宪政的定义体现出两个特点,一是重视宪法的实施,认为宪政是宪法实施的结果;二是重视民主,强调宪法是民主政治形态。如有学者认为“宪政就是民主政治、立宪政治或者说宪法政治”。<sup>②</sup>有学者认为,宪政是以实行民主政治和法治原则,以保障人民的权力和公民的权利为目的,是立宪、行宪、护宪和修宪的政治行为的运作过程。<sup>③</sup>有学者从词汇学意义上来考察宪政的含义,由于与宪政对应的英文为 Constitutionalism,在日语中将其译成宪政主义、立宪主义、立宪政治或者宪政,从该词的原意来看,译成宪政主义是比较确切的,因为“立宪主义是依宪法监督国家权力并保障人权的政治原理”<sup>④</sup>,按照这种认识,宪政不是一种政治形态,而是建构政治形态的一般原理,它是制宪和行宪等不同环节的指导思想和基本理念。

英语中指代宪政的词汇是 Constitutionalism 或者 Constitutional government,从词义来看,前者指立宪主义,而后者指宪法政治或者立宪政体。<sup>⑤</sup>与我国学者所指称的宪政一词在含义上更加接近的应当是宪法政治或者立宪政体。而国外学者对其含义的揭示则更多地倾向于组织和限制政府权力,如美国学者丹·莱夫认为:“宪政意指法律化的政治秩序,即限制和钳制政治权力的公共规则和制度。”<sup>⑥</sup>另有学者认为宪政是“政府和立法机关的权力由宪法界定和限制,宪法享有基本的地位以及拥有通过不同形式的司法审查实施这些限制的权威。”<sup>⑦</sup>路易斯·亨金以美国的宪政为例,提出“宪政意味着政府应受制于宪法。它意味着一种有限政府,即政府只享有人民同意授予它的权力

① 张友渔著:《宪政论丛》(上),群众出版社1986年版,第100页。

② 张庆福:《宪法学基本理论》,社会科学文献出版社1994年版,第33页。

③ 郭道晖:《宪政简论》,载《法学杂志》1993年第5期。

④ 韩大元:《亚洲立宪主义研究》,中国人民公安大学出版社1996年版,第2页。

⑤ 陈永鸿:《宪政概念新探》,载《法学评论》2004年第2期。

⑥ 张文显、信春鹰:《民主十宪政=理想的政制》,载《比较法研究》1990年第1期。

⑦ 雅施·盖伊:《第三世界的国家理论和宪政制度问题》,载许崇德主编:《宪法与民主政治》,中国检察出版社1994年版,第286页。

并只为人民同意的目的,而这一切又受制于法治”。<sup>①</sup>从西方学者的论述来看,宪政实际上是指实现宪法价值目标的政治制度,体现了近代西方宪法限制国家权力并保障公民个人权利的基本原理,它主要是一个政治学上的概念,而非一个纯粹的法律概念。

由此可见,宪政是我国学者和政治家对通过宪法规定国家政治的这一法律现象以及受宪法影响的政治制度的一种学理概括,可以说这种学理概括主要是指近代宪法所确认的民主政治原理及其制度形态,具有普遍的制度理念及民主主义倾向。所以,宪政的内涵与近代民主政治的制度形态和价值体系发生必然的联系。近代宪法是在反对封建专制制度的基础上形成的,它确立了人权、法治、民主、权力制约等基本原则,成为约束政治权力的制度基础,在宪法能够有效约束公权力的国家,民主政治是政府合法存在的基本标志,国家权力的构造与运行必须符合宪法的规定,这样的政治形态即可以称之为宪政。因此,宪政是指实质意义上的宪法,即宪政在宪法文本和政治制度上的“应然”,所以,要准确理解宪政的精神,必须探讨两个问题:一是宪法与宪政的关系,二是宪政与民主的关系。

## 二、宪法与宪政、民主的关系

### (一) 宪法是宪政的前提

宪政与宪法之间存在一种必然的联系,宪政是实施宪法的结果,因此,宪政在某种意义上讲就是宪法政治或者宪治。既然宪法的实施产生宪政,那么从逻辑上来讲宪法与宪政之间在价值上应当具有统一性。学术界对宪政含义的不同认识并没有在宪政的价值认识上存在分歧,无论是将宪政视为法治化的制度还是将宪政视为建构政治形态的一般原理,都认定宪政是指受制于宪法并具有有限政府特征的政治制度。它至少应当具备一些基本的标准,宪法学者认为宪政必备的最低限度标准有:第一,宪法的实施是宪政形成的必要条件,没有宪法的实施和宪法至上就不可能有宪政,而且宪法必须有限制政府权力和保障人权的内容和必不可少的权力制约机制;第二,宪政以民主为基础,但又要将民主法治化,以避免多数人的专制;第三,宪政的主要功能是限权和法治,如果在实际政治生活中没有限制和制约政府权力的制度设置,宪法设置的权力制约机制没有成为现实的政治实践,就不可能建成宪政;第四,宪政

<sup>①</sup> [美]路易斯·亨金:《宪政·民主·对外事务》,邓正来译,三联书店1996年版,第11页。



的目的在于保障人权，宪政是近代政治制度和政府体制，重视并实现人的价值是制度形成和运作的主要目标，无论是权力制约还是法治其终极目的都是保障人权。

从一般意义上来理解，宪法是宪政的前提和基础，而宪政实践又推动宪法的发展。但是宪法是静态的，主要表现在规范层面，而宪政是动态的，主要表现在制度层面。宪法的规定不一定能够在政治的实际运行中发生规范作用，从而导致政治形态不符合宪政的最低限度标准，出现宪法与宪政之间的对应与非对应现象。

宪法与宪政的对应和非对应是宪法发展过程中的必然现象，宪法仅仅是一种规范，是关于规范和限制政府权力并保障公民基本权利的法律规则及其外部表现形式；而宪政是实施这种宪法并取得现实效果的政治形态。两者之间不仅必须具有内在价值的统一性，而且还要通过宪法的实施这一关键环节。如果宪法不具有建成宪政的内在价值或者虽然具有宪政的内在价值但没有实现这些价值的社会条件，就会出现有宪法而无宪政的现状。

宪法注重其规范内容的正当性，如果一部按正当程序制定的宪法，具有限制政府权力并保障人权的内容，且能够为现实政治提供一套制约权力的制度设置，那么这样的宪法才能称之为“宪法”。<sup>①</sup>而宪政是一种依照宪法原理而建构的一种政治形态，从这种政治形态中体现出立宪主义的价值目标，或者说宪政是宪法价值逐步实现的政治体系。既然宪法与宪政之间存在价值上的统一，那么宪法与宪政之间不应当出现矛盾，但这仅仅是一种理论上的应然分析，在实践中，即宪法的实施可能形成了符合宪政原理的政治形态，也可能形成不符合宪政原理的政治形态，我们可以将前者称之为宪法与宪政之间的对应形态，而将后者称之为宪法与宪政之间的非对应形态。

宪法与宪政之间的对应形态。这一形态的典型形式是“有宪法也有宪政”，宪政的形成是宪法实施的结果。它至少应当具备四个条件：第一，宪法符合正当性要求，宪法的制定以及宪法的内容能够体现宪法的价值，因而宪法也能够得到公众的普遍认同。第二，宪法必须得到充分的实施。政治资源和公

---

<sup>①</sup> 宪法的正当性需要三个条件：一是宪法制定的民主性，人民制定或者批准宪法是人民主权的体现，同时也表明政府权力来自人民的同意，形成政府权力的合法性；二是宪法的制定和修改符合正当程序，宪法必须经过人民选举产生的制宪机关起草或者批准，或者经过人民直接批准；三是宪法必须具有保障民主、限制政府权力以及保障人权的内容及相关的制度设置，这些内容和制度被视为宪法不可缺少的价值基础。

权力通过宪法的规定及相关的程序来配置,宪法的实施有较为完善的制度保障,建立了相应的违宪审查机制。第三,宪法的实施直接导致政治实践的改变,建构了符合宪法价值和宪政原理的政治体制。人民能够自由地支配自己的意志来选择政治领导人;政府的权力受到宪法和法律的限制,政府不能超越宪法和法律,宪法至上和法治得以实现;公民权利具有对抗政府权力的属性,在法律制度的框架内存在公民对政府规制的诉讼权利,因此个人自由能够得到宪法的有效保护。第四,实施宪法后的政治形态符合最低限度的标准,真正实现了宪法的统治。如果宪法与政治实践符合上述四个条件,宪法的实施导致了宪政的发生并支持宪政的发展。在宪法与宪政的一致性关系中,我们注重的是通过实施具有正当性的宪法而产生的政治事实,它是宪法与宪政的价值统一和符合宪政原理的政治体制。因此,民主事实与宪政之间没有必然的联系,宪政需要宽容和多元主义政治哲学的支持,宪政不能将多数人的统治绝对化,而只能确认有限度的民主,法治和人权保障是宪政能否形成的决定因素。只有限制政府权力并充分保障个人自由的政治社会才能称之为宪政。20世纪初的普选制以及逐步发展的全民公决制不是宪政形成的标志,而是宪政发展的结果。所以,如果宪法文本与宪法实践之间存在价值上的统一,宪法与宪政之间便存在对应关系。

宪法与宪政之间的非对应形态。这一形态的典型形式是“有宪法而无宪政”,这一结果没有产生宪法与宪政之间的对应,即没有产生符合宪政基本原理的政治体制和政治实践,出现这种现象的原因有二:一是社会公众有民主的理念而缺乏自由的理念,法治和人权保障没有成为公民的诉求,因此,宪法的制定和宪法的内容不符合正当性要求;二是宪法实施的结果是个人专制或者是多数人对少数人的专政,政府的权力不受限制,公民权利不具有对抗政府权力的属性,个人自由受到强大公权力的规制而缺乏制度性保障。在这种一致性下,存在高度的民主理念,宪法文本对民主的实现形式也作出了规定,不过这种宪法不是以建构法治和保障个人自由的宪法,因此宪法的实施不能形成法治秩序和人权保障机制。有宪法而无宪政又有两种情况:一种是宪法具有实现宪政的价值要求,从宪法规范本身及其建构的政治体制来看,它有通过实施而实现宪政的可能性,但是由于宪法没有实施的社会条件或者没有实施的政治条件而不能在政治实践中发挥作用,导致先进的宪法与落后的政治现实之间的矛盾。另一种情况是宪法不具有实现宪政的价值要求,从宪法规范本身及其建构的政治体制来分析,它根本没有实现宪政的可能性,这种宪法虽然实施也不可能建构具有最低限度标准的政治体制,因为从根本上来讲,这种宪

法本身并不具有宪法价值和功能，它是否实施都不可能产生宪政事实。第二次世界大战后形成的宪法有相当一部分属于这一类型，究其原因是这些国家的宪政观念尚未形成，缺乏宪政成长的社会文化基础；民主革命不是以追求法治和人权保障为价值目标，因此宪法不是规范政治权力的根本法，而是确立政治统治合法性和权力至上的根本法，而不是真正意义上的宪法。

## （二）民主是宪政的基础

宪政与民主之间的张力不是一个新问题，国内外学者对此均有深入的研究。但是，就宪政实践而言，宪政与民主之间的关系仍然有一些需要探讨的问题，这些问题涉及宪政的价值追求以及宪政与民主、法治和人权保障的互动。

宪法的产生与民主有密切的联系，而且多数宪政国家宪法的产生都经历了一个民主革命的过程，这是历史事实。但是，民主革命与宪法的产生有时也没有必然的关联，因为革命以夺取政权为主要目标，制定宪法是取得政权后执政方式和理念的具体体现，如果民主革命是以制定宪法、建构近代宪政体制为目标的革命，则此种民主革命可能转化为宪政革命，近代市民社会的宪法如英国宪法、美国宪法和法国宪法都是以制定宪法和建立宪政为目标的政治变革的产物，从洛克、西耶斯、潘恩、汉密尔顿和卢梭等思想家的论述中可以得到证实，也可以从这些国家宪法产生的历史中得到证实。如果民主革命不是以制定宪法和建构宪政体制为目标的革命，而是以夺取政权和依靠个人权威取得利益分配权为目标的革命，则政权的建立不会产生限制政府权力和个人权威的宪法，也不可能在职制框架内实施限权宪法，第二次世界大战前后通过民主革命形成的政权有相当一部分属于这种情况；虽然这些革命成功之后都制定了宪法，但立宪是对国家和政权合法性的确认，而不是对权力的限制，因此这些国家的宪法或者不能实施，或者实施后的政治形态是不符合宪政原理的政治形态，这种革命以民主为起点，以专制而终结。

我们可以按照民主就是人民当家作主来广泛地定义，因此，民主是由人民来决定政府制度和国家的重大问题。然而，人民如何作出决定、以什么样的方式作出决定必须制度化和程序化，否则民主决定不仅不会形成秩序，而且会导致政治混乱。当然对人民如何行使权力可以由宪法作出规定，也可以由政治权威以政策的方式作出规定，但由宪法作出规定是符合宪政原理的，宪法是建立其政府的人民的决议，人民夺取政权后以民主的方式制定宪法，这是民主的直接体现。近代宪法对民主的确认，多数采纳人民主权原则，将主权的所有者和主权的行使者分离；对人民行使权力的方式采用间接民主制与直接民主制相结合，而多数采用间接民主制。在间接民主制下，民主体现为制度化和程序

化的选举权、监督权等。由此可见,宪政意义上的民主至少包含两层含义:第一,人民主权及由此产生的人民制宪权;第二,人民在自己同意的制度建构内行使决定权和选择权。从这一意义上讲,宪政以民主为基础,没有一定的民主基础,就不可能制定宪法并实施宪政。

在间接民主制下,人民的代表来制定法律并决定重大问题,但是人民选择权的行使可能使社会各种利益集团在政府部门中的比例出现严重的不平衡,有些较小的利益团体可能没有代表。这必然会导致代议机关中的多数派任意作出决定,甚至制定恶法来剥夺少数人的权利,从而出现多数人对少数人的反人道的专政,虽然从简单多数决定制来看,它是民主的,但从政治正义来看,这种民主与人权保障的价值背离,历史的经验表明:多数人的专制比个人专制更具破坏力。为了体现法律制度的正义,对多数决定制必须施加必要的限制,宪法对政府行使权力的范围和行使权力的方式进行限制,虽然以建构限权政府为目标,但在一定程度上有防止民主滥用的功能;在美国,普通法院可以审查国会制定的法律的合宪性,以非民选的法官对抗民选的国会,在制度化的条件下,体现出对民主在一定程度上的限制。

由此可见,宪政虽然以民主为基础,但宪政并不是对民主无限制的扩大,相反宪政对民主具有法律上的限制,即将民主的范围和方式以法律规定,不主张将国家的一切重大事务都由多数人直接决定。宪法对民主的确认表现在:第一,在人民主权的观念支配下,由人民以民主决定的方式制定并通过宪法,显示宪法的正当性;第二,代议机关的代表必须由有选举权的公民选举产生,确立代议制民主。当然,通过修改宪法可以扩大民主的空间,但不论怎样,宪政关注的首要目标在于维持社会正常的政治秩序和生活秩序,因此它对法治和人权保障更加重视,为了避免民主的弊端,必须对民主决策可能产生的个人专制和集体专制进行预防。从宪政的实践来看,西方国家的宪法多数是以确认共和制为主,按照路易斯·亨金的观点,美国宪政一开始主要不是民主的而是共和政治,美国的立宪者们认为,“共和意味着最高权力掌握在人民手中、权力的渊源是人民,以及政府是由人民建立的并且是向人民负责的”。麦迪逊认为:“最为关键的是,这个政府应从整个社会而不是从这个社会中它所认同的极少部分人中产生。”<sup>①</sup>可见,宪政的民主基础保证了政府权力的合法性和宪法的正当性。但宪政特别需要关注的问题是根据人民意志产生的政府如何才

<sup>①</sup> [美]路易斯·亨金:《宪政·民主·对外事务》,邓正来译,三联书店1996年版,第12、13页。

能不违背人民设立政府的目的,历史经验表明,大范围的民主包括以选举方式表达的民主都不能有效地防止个人野心的发展,因此民主并不能阻止个人专制和践踏人权。因此,宪政除尊重并保护真正的民主外,限制政府权力并最大限度地保障个人自由是其基本的目标。

综上所述,宪政至少包括以下三个基本条件,第一,宪法的存在是宪政不可少的形式条件。不论是成文宪法还是不成文宪法,只要有规范国家政治生活和确认公民基本权利的宪法存在,宪政才能成为可能。第二,宪法应当具有规范和限制公权力并保障公民基本权利的原则和规范,这是宪政形成的实质条件。如果依照宪法组织公权力,但公权力并不能受到宪法的规范和制约,那么人权的保障即不可能实现,宪政即丧失其价值目标。第三,宪法能够得到有效的实施和保障。如果具有宪法的形式而宪法不能在实际政治生活中发生规范作用,那么宪法作为法律即变成无生命力的“死法”,必然导致公权力的滥用与失控。

### (三)自由是宪政的精神

宪政虽然以宪法为前提,以民主为基础。但是宪法、民主均是宪政的制度载体而非宪政的目的。实行宪政的根本目的在于保障公民的自由与权利。

自由一词在我国已经被误读,毛泽东在《反对自由主义》一文中对自由的定义与理解,是从中国文化意义上来解释自由,认为自由就是散漫与无纪律,是一种错误的思潮。由于我国是农耕文明历史悠久的国度,在创造了灿烂的农业文明的同时,也养成了一种散漫和规避法纪的心理,加上大一统的政治格局,中央政府自然难以有效约束地方绅士,形成具有中国传统的漠视法律、以私利为核心价值理念的政治法律文化。这种法律文化的致命弱点是:法律信仰缺失,不尊重他人的权利,公共利益观念淡漠。所以,自由一词在中国的语境中是对这种文化传统的诠释。

法律意义上的自由(freedom),以尊重他人的自由权利、维护法律秩序为基石。英国学者洛克在《政府论》中论述了自由,认为自由有两种含义:一是指法律没有禁止的行为,二是指无损他人的行为。洛克对自由的理解符合英国法律传统,从根本上界分了国家权力与公民自由之间的关系,被近代以来的宪法文本广泛采用,并作为建构宪政体制的精神支柱。多数人的民主可能侵犯或者漠视少数人的权利就是基于自由精神而产生的忧虑,对此种忧虑的制度回应就是对立法权的限制并形成宪政体制中的非民主专业机构对民主机构的权力制约。同时,对个人自由的法律限制以及公民个体基于公共利益的保护而应当履行的法律义务也有明确的法律规定。在自由宪政的理念下,法律因