



论我国宪法的实施制度

翟小波 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

论我国宪法的实施制度



翟小波 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

论我国宪法的实施制度/翟小波著. —北京: 中国法制出版社, 2009. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1044 - 1

I. 论… II. 翟… III. 宪法 - 法的实施 - 研究 - 中国
IV. D921. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 023078 号

论我国宪法的实施制度

LUN WOGUO XIANFA DE SHISHI ZHIDU

著者/翟小波

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 32

版次/2009 年 3 月第 1 版

印张/ 6.125 字数/ 79 千

2009 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1044 - 1

定价: 20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66067024

邮购部电话: 66033288

序：宪法的生命力在于实施

翟小波博士的《论我国宪法的实施制度》就要出版了，作为朋友自然是十分高兴的。但他要我写个序，却让我很犯难和不安。多年来，我虽然一直从事国家法方面的立法工作，与宪法学界也一直有些接触和交流，但却始终只是一个立法“匠”而已，理论上没有多少研究。但翟小波博士执意要我写几句，只能借此谈点读后感，与大家分享。

宪法作为一个国家的根本大法，是一个国家的人民能够和平地共同生活在一起的最低限度的共识，是所有个人和组织的根本行为准则。宪法的生命力在于实施。宪法只有在实践中得到切实有效的实施，只有为人民的权利提供切实有效的保障，才能具有真正的权威和尊严。正如翟小波博士在本书开篇中提出的，“宪法必须实施，否则不如无宪。”

2 论我国宪法的实施制度

为了保障宪法的实施，大凡立宪国家，都相应建立了宪法实施的保障机制，而在这个保障机制中，违宪审查被认为是最不可或缺的一项内容。但由于各国政治制度不同，违宪审查的具体做法也不尽相同。在西方国家，违宪审查权大多是由普通法院或专门的宪法法院或宪法委员会来行使的，这是与他们按照三权分立原则所建立的政治制度以及两党制或多党制的政党制度相适应的。在我国，人民代表大会制度是国家的根本政治制度，这是与我国在争取民族解放和国家独立过程中所形成的共产党领导、多党合作的政党制度相适应的，是由共产党奉为圭臬的民主集中制原则的具体体现。在人民代表大会制度下，各级国家权力都由人民通过直接或者间接选举产生的人民代表大会统一行使，行政机关、审判机关、检察机关都由本级人民代表大会产生，向它负责和报告工作，受它监督。与此相适应，我国的违宪审查制度与西方国家有很大不同。我国既不是由普通法院行使违宪审查权，也不是由专门的宪法法院或宪法委员会行使违宪审查权，而是由全国人民代表大会和它的常务委员会负责

行使违宪审查权。也就是说，我国的全国人民代表大会作为最高国家权力机关，既是制宪修宪机关，也是护宪的最高机关；全国人大常委会作为最高国家权力机关的常设机关，既是宪法解释机关，也是护宪的常设机关。

按照我国宪法确立的违宪审查机制，只有全国人民代表大会有权改变或者撤销全国人大常委会不适当的决定（当然包括违宪的法律）；全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令，有权撤销省级人大及其常委会制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议。根据立法法的规定，如果国务院部门规章和地方政府规章不适当，国务院有权予以改变或者撤销；对地方政府规章，本级人大常委会也有权予以撤销，上级政府有权予以改变或者撤销。我国的各级法院都没有违宪审查权，不能作任何违宪宣告。同时，我国各级法院也没法规、规章的违法宣告权，更没有撤销权。按照立法法规定，我国法院如果认为法规、规章违反上位法，可以直接适用上位法作出裁决，但无权

4 论我国宪法的实施制度

宣告法规、规章违法，更无权撤销法规、规章。这不仅因为宪法、立法法对法规、规章的撤销权限已经作了明确规定，更重要的是，如果让法院宣告法规、规章违法，既与人民代表大会制度不相容，也是法院难以承受之重。

那么，如果全国人民代表大会制定的法律违反宪法怎么办？应当说，从理论上讲全国人民代表大会也有可能违宪，但在实践中不会发生这种情况。因为全国人民代表大会有权修改宪法，如果它所制定的法律与宪法不一致，则会相应修改宪法，使两者保持一致。至于全国人大常委会制定的法律与宪法不一致的处理，虽然依照宪法规定可以由全国人民代表大会予以改变或者撤销，但在实践中也会按如上办法处理。当然，如果法律只是对宪法条文的含义作些扩展或者限定，则大可不必动用修宪权，因为全国人大常委会享有宪法解释权，完全可以视为以立法形式对宪法进行解释。而全国人民代表大会制定的法律都是先经常委会审议通过的，当然也可作如是解。

应当说，我国这样一种违宪审查制度，是有其

内在逻辑和特点的，运用得好完全能够达到异曲同工之效。现在的问题，并不在于制度本身，而在于实施。为了使我国的违宪审查制度得到切实有效的实施，2000年通过的立法法对法规、规章的违宪违法审查机制作了完善，2004年全国人大常委会法制工作委员会又专门设立了法规备案审查室，推动了这项制度的发展。当然，我国违宪审查制度的运作状况还不尽如人意，因此，近年来学者们对如何进一步予以加强和完善进行了热烈讨论，提出了不少真知灼见。但也有些意见是具有革命性的，而轻言革命并不是一种理智的选择。要在我国推行法治，最重要的是要形成这样一条最低限度的共识，即坚持走渐进的改革路线。革命从来是要破坏法治的。反复不断的革命，永远无法建立起真正的法治。所以，革命只有成为推进社会进步的最后的唯一的选择时，才具有正当性。

在近年众多有关完善我国违宪审查制度的讨论中，翟小波博士的《论我国宪法的实施制度》既有理论思考，又有实践关照，是一部调和了理性和激情的

6 论我国宪法的实施制度

力作，读后受益良多，因此写下了上述这些文字，是为感，也为序。

陈斯喜

2009年2月于椿树斗屋

本书的基本观点

1. 宪法必须实施，否则不如无宪。中国现行的宪法实施（包括法规的合宪性与合法性控制）制度的总体框架，从历史和规范的角度来说，是合理的。

2. 因为中国当下的民主缺乏自由平等的实质，因为程序正义的缺失，目前我国的宪法实施制度不完善，法规违宪违法审查制形同具文。

3. 近些年，公民宪法基本权意识勃兴，一股合宪性审查的强大吁求在人民心灵内奔涌，现行的规范违宪违法审查制形同具文，长期以来的美国法教条主义主宰民间宪法学，这三种原因，导致宪法司法化的提法一时兴起。宪法司法化与我国的宪法观不一致，违反中国既定的宪法框架，抵牾初具雏形的政改纲要，在政治原理上也是不正当的。它成功的可能性也极微小，它还会阻碍当下中国对司法独立的急切追求，总

2 论我国宪法的实施制度

之，它对当下的中国是不适宜的。

4. 宪法司法化舆论的背后，是渴望宪法实施的强大的人民意志，机制可以讨论，但人民意志不可忤逆。因此，必须通过虔敬地兑现民主承诺、实践公议民主和强化程序正义的渠道，改革和完善我国宪法实施制度，真正激活纸面上的民主和法治。

目 录

序：宪法的生命力在于实施 陈斯喜

本书的基本观点 1

我的问题 1

一、最简单的政治原则：公议民主和法治 5

二、以宪法学的方式面对八二宪法 13

三、中国式根本法：不高于全国人大的

政治性改革纲领 17

（一）政治性纲领 17

（二）改革作为正当性基础 23

（三）不高于全国人大 27

四、行宪教训：从运动化到法制化 31

五、双轨的宪法适用 36

（一）主要由全国人大直接适用 38

2 论我国宪法的实施制度

(二) 其他机关主要是间接适用	46
六、一元的法规违宪审查	52
(一) 违宪审查的对象只应是法规	55
(二) 法律不受违宪质疑	58
(三) 人民是最终实施者	64
(四) 代表机关至上的人民宪政	67
(五) 框架合理但无实效：宪法司法化与 论兴起	69
七、宪法司法化在我国无宪法根据/是宪法 革命	74
八、宪法司法化的逻辑不适用于八二宪法	84
九、宪法司法化是当前我国法院不能承受 之重/将阻碍司法独立	90
十、宪法司法化会导致民主和人权的双重 赤字	95
(一) 司法化与人权：民主模式之预设 及现实可能的选择	95
(二) 谁更能保障人权：比较方法和 前提	115

(三) 谁更能保障人权：结果理由	123
甲、个案考量：偏颇残缺与普遍综合	123
乙、思维方式：教条式与开放式	127
丙、说理过程：狭隘/匆忙/虚假与广 泛/从容/审慎	134
(四) 谁更能保障人权：过程理由	143
(五) 谁更能保障人权：其他证 成理由之反驳	147
(六) 实践经验的表现	151
十一、对代表机关至上的指责的反驳	156
(一) 多数暴政?	156
(二) 自己做自己案件的法官?	165
十二、改革刻不容缓：提升民主的公议 性/强化程序正义	167
附录：关于中国法治的两个问题	172

我的问题

近些年，宪法司法化的讨论，虽然在制度实践上无甚成效，但确实促进了中国宪法学一时的兴盛。实践上的无成效，更应促使吾人深入反思中国宪法实践的特质，反思宪法司法化和此实践的关系。切莫把此无成效，简单归咎于某个人或某些人的恶意，这是学术上极不负责任的做法：若宪法司法化真的是我国当下急迫而必然的“规范必要”和“现实可能”，则某个人或某些人是绝对无力抵挡它的。实践上的无成效，必有更深层的原因，其中可能恰好潜藏了理论发展和制度变迁的契机。

也不能把宪法司法化的讨论，简单视为关于司法或宪法实施的讨论。这些讨论的背后，其实是关于政体基本原则的分歧：政治正当性的根据是什么？人民意志应该由谁来表达、如何表达？是否存在独立于甚

2 论我国宪法的实施制度

至压倒人民意志的人权？一国的最高立法机关是谁？司法机关和立法机关的关系是什么？当前中国亟待解决的政治难题是什么？不宜超越的政治底线是什么？当然，它也与具体的宪法实施制度直接相关：如何认识、理解和评价我国的宪法实施制度？它的难题是什么？当前最可取、最稳妥的变革方案是什么？等等。

对这些问题，笔者已发表过相关论文。^① 其一，在我的论文发表后，某编辑竟不经笔者本人同意擅自对我的论文做极简单的剪裁组合后，以我的名义发表在某些著名媒体上。这些，一方面，把复杂思考简单化；另一方面，通过片面的拣选，抛弃或删除了我所要表达的更重要的意义。这些“思维快餐”在网络上流传甚广，使我强烈感到有澄清的必要。其二，论文

^① 翟小波：《代议机关至上的人民宪政》，《清华法学》2007年第2期；《代议机关至上，还是司法化》，《中外法学》2006年第4期；《关于中国法治的两个问题》，《中共中央党校学报》2008年第1期（该文作为附录收入本书）。

发表至今，不少学界同人^①也提出强烈质疑，我必须或者作出回应，或者修正原来的观点和论证，否则就是对同人的不尊重。其三，我关于宪法实施制度的思考，是与我政治正当性和民主化的思考^②紧密相连的。我国的论文发表体制，迫使我不得不把本来自成一体、逻辑上不可分割的长文，割裂为若干符合发表篇幅要求的、独立成文的短论，分开发表。这也在很大程度上妨碍读者对我的观点和论证的理解。基于上述三种考虑，在此，我试图把自己关于宪法实施制度

① 赵娟：《对“代议机关至上论”的回应》，《江苏警官学院学报》2007年第4期；王锴兄的批评，见 <http://publiclaw.fyfc.cn/blog/publiclaw/index.aspx?blogid=214543> 及 <http://publiclaw.fyfc.cn/blog/publiclaw/index.aspx?blogid=245381>，我尤其感谢王锴的“公法论衡”博客上网友评论，这是网络上难得的认真严肃的学术批评。另见 <http://www.oao.com.cn/bbs/dispbbs.asp?boardid=13&replyid=24226&id=3973&page=1&skin=0> 上的评论。感谢何海波、汪庆华和王建勋在学术会议上的批评；感谢李洪雷、王锴、杜强强、田飞龙、方明和时飞给我Email长篇质疑。另见李燕萍：《宪法真的不能司法化吗？》http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=37201；苏占军：《宪法司法化未必不是福音》，http://suzhanjun01.blog.hexun.com/18975551_d.html。

② 关于此，笔者将在“走向公议民主”（分为上中下三篇）的专题研究中系统阐述，其中上篇是：《自由主义民主之反思》，《中外法学》2009年第1期。中篇和下篇是以对卢梭的人民主权原则的研究为基础，正面建构公议民主的原则和制度。