

憲政中國

叢書

朱國斌 主編

# 中國憲制 之維新

童之偉



CITYU HK  
PRESS

# 中國憲制之維新

童之偉

憲政中國叢書



CITYU HK  
PRESS

鳴謝

本叢書名「憲政中國」由王燕民先生題字，謹此致謝。

©2016 香港城市大學

本書版權受香港及國際知識版權法例保護。除獲香港城市大學書面允許外，不得在任何地區，以任何方式，任何媒介或網絡，任何文字翻印、仿製、數碼化或轉載、播送本書文字或圖表。

國際統一書號：978-962-937-254-5

出版

香港城市大學出版社  
香港九龍達之路  
香港城市大學  
網址：[www.cityu.edu.hk/upress](http://www.cityu.edu.hk/upress)  
電郵：[upress@cityu.edu.hk](mailto:upress@cityu.edu.hk)

©2016 City University of Hong Kong

**The Constitutional Reform in Contemporary China**

(in traditional Chinese characters)

ISBN: 978-962-937-254-5

Published by

City University of Hong Kong Press  
Tat Chee Avenue  
Kowloon, Hong Kong  
Website: [www.cityu.edu.hk/upress](http://www.cityu.edu.hk/upress)  
E-mail: [upress@cityu.edu.hk](mailto:upress@cityu.edu.hk)

Printed in Hong Kong

# 憲政中國

王雲五題

# 中國憲制之維新

## 總序

### 一

社會進步、制度發展、歷史演進總是遵循一定規律的。「規律」者，「天下大勢」也。

約在一百年前的1916年9月15日，孫中山先生於浙江海寧「三到亭」（現名「中山亭」）觀潮時題寫：「世界潮流，浩浩蕩蕩，順之則昌，逆之則亡。」（一說於1920年下半年，孫中山在上海應黃文中所請，為其《日本民權發達史》一書譯稿題寫）。

縱觀世界近現代史，我們可以歸結所謂「天下大勢」、「世界潮流」為：社會不斷走向自由、民主、開放、文明，專制政府逐步退場，民權保障不斷提升和完善。故，順勢而為應是發展之不二法門。

論到政治與憲政制度之發展，大勢乃是公權力在膨脹的過程中，同時受到來自憲法與制度之限制與束縛，權力之間既分立又互相制衡；與此同時，公民權利之範圍得以持續拓展，權利保障體系亦得到民主憲法之加持鞏固。此即憲政「大勢」。

### 二

近代中國以降，仁人志士、體制內外有遠大抱負之有識之士，清晰看到國家之落後與衰敗，深切體認發展與進步之必要，屢屢推動改

良、改革，乃至革命，於是乎就有了洋務運動、君主立憲、辛亥革命，進而建立中華民國及中華人民共和國。無論改良與革命，都旨在改造一個落後國家，建立一個新型國家，這都是順應孫中山先生所謂之「潮流」。

### 三

從大勢觀之，中華人民共和國歷史在前進與徘徊、希望與失望、痛苦與歡樂中交替演進。時至今日，她仍然在尋覓一條「中國道路」。重要且令人欣慰的是，歷史仍在持續進步中。共和國歷史的演進既堅守中國本體自有之DNA，又吸納人類文明社會發展之普世經驗與進步要素。

憲政（constitutionalism），無疑就是這樣一種普世經驗與進步要素。

### 四

2012年11月，執政黨中國共產黨召開「中國共產黨第十八次全國代表大會」，不久即提出「中國夢」藍圖。緊接着在12月初，中國總書記習近平在中國憲法30周年紀念大會上突出強調「憲法的生命在於實施，憲法的權威也在於實施」這一論斷。2013年新年伊始，輿論界、思想界漸有將「中國夢」解讀為「憲政夢」之勢。

孰料，好景不長。此後意識形態風向左右搖擺不定，思想界逐步走向撕裂，難以凝聚並達成共識。進入5月下旬，執政黨之一黨刊《紅旗文稿》，刊發首都一法學教授的奇文〈憲政與人民民主制度之比較研究〉，旗幟鮮明地反對憲政。剎那間，該文迅即發力，「攪得

周天寒徹」。各大黨報黨刊跟進造勢，社科各界——特別是法律界、政治學界，還有馬列主義研究學者，甚至是哲學學者——紛紛亮明觀點，排隊站隊，加入這場時約兩年的大論戰。

經過若干波跨界論爭後，基本形成了以下幾種學術觀點與流派：反憲政主義派、自由主義憲政派、社會主義憲政派、國家主義憲政派及儒家憲政派。此外，還有以政治憲法學途徑參與論戰的憲政主義流派。儘管不同學者對以上觀點與學派分類或名稱可能持不同意見，但是在宏觀方面沒有異議。

時至今日，學術論戰的高潮業已退去，因為有關當局似有定論，當然那不是學術性質的定論或大多數知識人的共識，而是某種意識形態的勝利。然而，這場論戰的意義非凡且深遠。

## 五

編輯出版《憲政中國》叢書的初衷是：第一、發表主要學派代表人物之代表作，用以記載這場不久前發生的論戰；第二、保留學術歷史文獻，傳承歷史記憶；第三、積累資訊，為將來繼續論戰有系統地儲備知識。

最後，回應文首：追隨大勢，推進憲政，開啟新局！

朱國斌

香港城市大學法學教授  
2016夏於香港獅子山下



# 自序

準確地說，這是一本文集，它結集了這幾年筆者所寫的關於中國憲制維新的大部分文章，這些文章有的發表在報紙和法學期刊上，有些發表在主流社科網站和筆者本人的實名法律博客、新浪博客或騰訊微博上，在社科圈尤其是政法圈頗受關注。

法學是經驗和世俗的學問，最應該講求經世致用，憲法學作為法學的一個主要分支，自然也不能例外。但是，要經世致用，必須密切結合當今中國實際的法律生活，不能無病呻吟、無的放矢，而這就難免會有風險。所謂風險，含義豐富多樣，首先就包括表現在文章寫了白寫，在學術期刊發表不了或在出版社出版不了。

好在今日之中國，除學術期刊、報紙等傳統傳媒外，又有了日益發展的新媒體、自媒體，包括網站、個人博客和微博（含長微博）。在傳統紙媒上發表不了的文章或言論，多數在網站、博客或微博上可以展示出來，這是中國公民言論出版自由保障方面的一個新進步。

同社科界許多同行一樣，筆者也長期有鉛字崇拜傾向，往往一事當前，只重視傳統紙媒，對新媒體、自媒體等不屑一顧。但是，近些年來出現的很多事實表明，如果文章本身有思想、有證據、有說服力，單靠這些文字本身也可以發揮其應有的社會效用，有時甚至更好，完全可以不必借重那些事實上主要靠行政權力支撐起來的「權威」期刊、「核心」期刊。當然，如果要考慮職稱、獎金、名位，那就是另一回事了，那時只有服從「引導」一途。

做憲法研究的人，職業生涯面對的多是國家制度及社會公共事務，故發表演論遇到的人為禁忌比較多。然而，像從事其他學術活動的人一樣，憲法學者也有自己特定的職業責任，說到底，這種責任就是完善憲法、推動憲法全面有效實施，落實民主法治。換一個角度看，這些其實正好是社會對憲法學者的期待，對後者構成相當大的心理壓力。或許，這類社會壓力的存在，是心性敏感的一部分知識分子總愛頑強地表現自己的根本原因。面對壓力，沒大事做或沒能力做大事者會找點小事做，所寫文章於紙本媒體不能發表，便會於網上發表，他媒體不給發表便於自媒體發表。

本書所收入的文章，不論原本是首發於傳統媒體，還是首發於新媒體、自媒體的，都可以看作是作者這些年來面對外部壓力所作出的回應。

過去幾十年，談憲法必談憲政，但據現在的動向看，似乎已將憲政視為一個含義相對負面的名詞。好在細看官方文獻，被否定的還只是「西方憲政」、「西方民主憲政」，並沒有一般地否定「憲政」，尤其沒有否定「社會主義憲政」。

在此書編輯過程中，有學者對筆者說，現在不讓談憲政，連社會主義憲政也可能不適合談。這是缺乏根據的說法。我們不能照抄照搬「西方憲政」、「西方民主憲政」，但中國還是應該研究它們，因為，官方現在否定的只是照抄照搬西方體制，並不否定參考借鑒。西方憲政也好，西方民主憲政也好，都是人類政治文明的重要組成部分，社會主義不應該、也不可能全盤否定。至於說到社會主義憲政，那就更不用說了，這是一個完全可以用來描述我們民主法治追求及其政法制度形態的概念。

事實上，對於社會主義憲政概念，官方不僅從來沒有否定過，甚至還給予過一定程度的肯定，至少是寬容。在這裏我舉三例來證明：

1. 收入本書的〈社會主義和憲政完全可以並存〉一文，原本是中國新聞社約筆者撰寫並由該社推薦到《僑報》發表的。眾所周知，中國新聞社是中國僅有的官方通訊社之一，另一家是新華社。
2. 收入本書的〈應考慮接納社會主義憲政概念〉一文，原本是中共十八屆四中全會前夕（2014年8月），上海市社科聯負責輿情上報的機構約我作為建議而寫成，並且報送到了北京對口機構。雖然這個建議上面並沒有採納，但也沒有任何人說這個主張有什麼錯。
3. 中共中央機關主辦的《求是》雜誌刊載的〈鞏固黨和人民團結奮鬥的共同思想基礎〉一文，可謂是官方認同或至少能寬容對待社會主義憲政概念的明證。該文在批判了「西方憲政民主」後寫道：「與一些認同『社會主義憲政』的說法，認為這個說法有利於強化憲法權威、推進依法治國的學者不同，有些人主張的『憲政民主』有着確切的政治內涵和指向，就是西方那一套制度模式。」<sup>1</sup> 這就將社會主義憲政明確地排除在批判和否定對象之外了。此文是《求是》雜誌放在同期的首篇文章，而不是刊於該雜誌旗下二級刊物的文章，可以說是直接反映了中共中央的立場。讀到這裏，或許有讀者會說，大家圍繞憲政爭來爭去，不就是爭一個名詞的使用權嗎？不，事情遠非如此簡單。當然，我們並不否認，對一些憲法現象，如限制公權力、保障基本權利或基本人權等等，用「憲政」還是不用「憲政」二字去概括，屬於科學研究或學術自由的範疇。堅持用「憲政」二字而不用別的名詞去概括某幾個具體憲法現象，我們爭取的是科研自由或學術自由。但是，如果我們看到憲政包含了限制公權力和保障基本人權這類核心要素，並且努力把這些核心要素注入中國正在建設和完善的政治法律制度，情況就完全不

---

1. 秋石：〈鞏固黨和人民團結奮鬥的共同思想基礎〉，《求是》，2013年第20期。

一樣了。這時，我們所爭取的就不僅僅是學術自由，而是主要在爭取建成一種更適合國民生存的政治法律環境。

本書分為四部分。

第一部分基於法的一般理論，討論憲制觀念維新，重點講改革開放新階段政法理論的更新。

第二部分討論社會主義憲政派特有的憲制建設主張，其核心內容是：承認或至少不否認中共執政的憲法正當性；用憲法、法律明確黨權範圍或邊界，規範黨權的行使程序。這包括從法律關係主體、財產歸屬、法權分配等方面分開執政黨的機構與國家機構。

第三部分介紹和評論中國憲制何去何從之爭，涉及三派的主張。第一派的主張實際上是反憲政的，從相關論者發表的文章內容來看，他們基本上是主張走史太林、毛澤東那種全面專政的老路，主張中共黨權無限、黨權高於一切，視憲法和其中規定的公民基本權利保障條款為政治裝飾或擺設。第二派主張走歐美式多黨民主、三權分立和制約平衡的路，本文稱之為「泛憲政派」。第三派則是社會主義憲政派，簡稱「社憲派」，他們主張將第一條道路和第二條道路折中調和起來，走一條中間道路或第三條道路，即一方面承認中共執政的憲法正當性，另一方面通過用憲法、法律明確黨權範圍、規範黨權行使程序的方式來限定黨權範圍，保障個人的基本權利或自由。

本書第四部分的內容，主要涉及如何落實社會主義憲政建設目標。這部分討論了重新確認國家性質表述方式、合理看待兩院制、保障言論出版自由等基本人權，以及通過司法政治中立保障審判獨立的必要性和可能性等問題。

作為一個整體，全書所欲證明的核心內容是：應尊重中國現有的政治力量對比格局，承認或不否認中共執政的憲法正當性，努力在這個格局下通過明確黨權範圍（或邊界）和規範黨權行使程序的維新方略，爭取有效保障基本人權或公民基本權利。

或許有人會說，在社會主義條件下推行這樣的憲制維新，歷史上還沒有成功的先例。筆者想說，確實沒有先例，但沒有先例不能作為我們不去努力的理由，先例總是由人創造的，而且，正因為沒有先例，實行憲制維新，建設社會主義憲政才真正是前無古人的偉大事業。

希望本書的出版有助於推進中國的憲制維新進程。

2016年2月29日於上海

總 序 | ix

自 序 | xiii

---

## 第一章、憲制觀念之維新

- 一、政治與法律領域須進一步解放思想 | 002
  - 二、中國法學六十餘年的回顧與展望 | 009
  - 三、空談中國模式會掉進左傾極端主義陷阱 | 021
  - 四、法理新話題須本改革開放精神闡釋 | 029
  - 五、深化改革要求合理解說基本經濟制度 | 078
- 

## 第二章、社憲派的憲制維新理念

- 一、談論憲政需要了解的憲法基本知識 | 102
- 二、社會主義憲政主張的基本內容 | 105
- 三、對社會主義憲政概念的補充闡釋 | 110
- 四、要結合中國實際理解社憲派觀點 | 116
- 五、釐清憲政與社會主義關係的基本線索 | 123
- 六、應考慮接納社會主義憲政概念 | 146
- 七、當下一些重大政法爭議的理論根源 | 152
- 附錄：正本清源說憲政 | 158

---

### 第三章、憲制維新的路徑之爭

- 一、社憲派、反憲派與泛憲派的2008年 | 168
  - 二、且看泛憲派如何自圓其說 | 176
  - 三、近年來的憲政道路之爭 | 179
  - 四、泛憲派須消除對憲法和憲理的誤解 | 203
  - 五、現行憲法修改的若干問題 | 220
- 

### 第四章、推進法治維新的若干現實考量

- 一、建設憲政需要從哪些方面着手 | 242
- 二、司法中立乃改善黨的領導的關鍵 | 246
- 三、網絡言論自由的法律界限 | 269
- 四、如有必要兩院制完全可以實行 | 278
- 五、憲法文本中「專政」的內容及其他 | 291
- 六、就「社會管理體制」向全代會進一言 | 298
- 七、建設法治國家須消除三個弊端 | 307
- 八、政法改良可考慮的十三個具體選項 | 315
- 九、認真對待本國憲法保障的言論自由 | 324

01

CHAPTER  
第一章

# 憲制觀念之維新



## 一、政治與法律領域須進一步解放思想<sup>1</sup>

在政治體制改革方面，法學界像其他以知識分子為主體的職業領域一樣，當中很多人士皆對黨的十七大是有殷切期待的。政治體制改革不宜大步走，但更不宜長期停頓，也不能步子慢到讓人感覺不到它是在往前走。政治體制改革若長期毫無寸進，人們就可能會對黨失去期待，轉而從大多數人不願意看到的方面去尋求和推動變革，這將對社會的長期穩定和持續發展產生不利的影響。

法制改革是政治體制改革的核心內容。本文以法制改革為中心談談政治和法律領域解放思想的問題，以回應中央關於進一步解放思想的號召。筆者認為，今天法學界在討論解放思想方面比較實際，有幾個方面的問題特別值得關注。

### 1. 要真正搞清楚領導與執政的區別

中國今天有必要在理論上，在與其他法治國家接軌的含義上搞清楚黨執政和黨領導的聯繫和區別，尤其是區別。這個問題人們過去幾年討論過很多，但是現在理論界許多人士的說法都讓人感覺很模糊。

某個黨領導和某個黨執政，實質上都是由該黨主導治理國家，這是領導與執政的共同點。但領導與執政在方式方法上是很不相同的。

---

1. 本文是作者於2007年9月7日，在上海社會科學院社調中心與《社會科學報》聯合召集的專家座談會上發言的整理稿。