

周永坤 著

法理文库

宪政与权力

山东人民出版社

周永坤 著

宪政与权力

图书在版编目(CIP)数据

宪政与权力/周永坤著. — 济南: 山东人民出版社,
2008.2

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 978-7-209-04393-9

I. 宪... II. 周... III. 宪法-研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 000180 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

宪政与权力

周永坤 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 17.75

字 数 390 千字 插页 4

版 次 2008 年 2 月第 1 版

印 次 2008 年 2 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04393-9

定 价 35.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0633)8221365



自序

宪政 (constitutionalism) 一词从宪法 (constitution) 一词演化而来, 这告诉我们, 宪政是以宪法的存在为前提的, 是宪法的观念化与实践化。作为观念的宪政是对宪法的崇敬, 作为实践的宪政是权力的规范化。这一判断是与西方宪政史相吻合的: 西方宪政运动以立宪为先导, 它的实质是一个立宪并行宪的过程, 是一个控制国家权力的过程。^① 这也可以在布莱克维尔的《政治学词典》中得到印证。在该书中, 宪政 (constitutionalism) 与宪法 (constitution) 属于同一词条, 亦即宪政在西方本没有超越宪法的含义, 如果直译的话, 就是“宪法主义”, 是遵守宪法甚至崇拜宪法的观念与实践, 是一种宪法高于一切的社会状态。

宪法是什么? 从词义上来说, “Constitution” 源于拉丁

^① 关于这一点, 可参见 [美] 斯科特·格登: 《控制国家——西方宪政的历史》, 应奇等译, 江苏人民出版社 2001 年版。

文“*constitutio*”，这个名词又源于动词“*con-stituere*”，“*con*”是“一起”（*together*）的意思，“*situere*”是“设”、“置”（*set*）的意思。两者合起来，作为动词的意思是用各种部分（部件）或成分组织或组建一个事物；作为名词乃是指事物如何做成的方式、结构、组织、气质。从纯粹的描述意义上说，任何事物，有机体或人造物都有其“*constitution*”，宪法是一个政治共同体的“*constitution*”。可见宪法是宪政的规范载体。

作为宪政的宪法当然是有其特殊的内容的，而不是如我国清末《宪法大纲》之类的“李鬼”，也不是1975年宪法之类的“秘密制造”。宪政本身是启蒙运动引发的，它的目的是建立自由、平等、博爱的社会，简言之即保障人权。所以，宪政本身是手段，人权保障是目的，人权是宪政的精神。何以保障人权？其矛头所向是权力。从国人将 *constitutionalism* 译作“宪政”就可以看出国人当初的宪政运动所追求的首要目标是“政法下的政治”，即政治（国家）权力运作的法律（宪法）化。由此可知，作为一种社会运动，宪政是一种追求人的自由与解放的运动，它以实现政治权力法治化为直接目标。在这两个目标的关系上，人的自由与解放是目标，相对而言，政治权力法治化又是手段。

与此相应，宪法就有两部分组成：人权与权力。世界第一部现代成文宪法——美国1787年宪法——本没有人权的内容，这是当时立宪者对南方奴隶制各州所作出的妥协：为了立国而不得已的妥协。四年之后的1791年宪法修正案就规定了人权。第一部法国宪法（1791年）是以人权宣言作为它的序言的。其后世界各国的宪法大部分都将人权内化到宪法文本中去，形成了宪法文本的“两块模式”：公民权利

和权力结构。制定宪法的哲人们非常清醒，没有人权的宪法不是宪法，人权是人民与政府之间的约定，是统治者对人民的承诺，是政治行为的目标和“元规则”；政治结构是人民之间的约定，是国家组织与国家机关行为的规则，包括国家机关产生的规则，国家机关权力的规则，处理国家机关之间关系的行为的规则等等，它是人民造出来为自己谋福利的工具，具体来说就是保障人权。为了有效地实现这一目标，宪政的权力结构必须达到双重的有效性要求：一是有效地对社会进行管理，服务社会；二是有效地防止权力滥用，特别是能够有效地防止权力行为反客为主，成为压迫性的力量。怎样的权力结构才能达到这一目标？那就是相互制约的权力结构。权力之间要形成有效的相互制约关系，国家机关的权力必须是分享的，人民不能把权力交给一个机关来行使；同时，为了防止不同的国家机关在各自的权力范围内具有“独裁”的力量，国家机关分享的权力又必须有适度的“相互渗透”。由于法律（宪法）是国家机关行为的最高准则，就必须由一个国家机关来对合法性问题进行判断，而这一判断只有独立才可能是公正的，因此，这一“适度渗透”有一个例外：法院必须是独立的，当然，它必须在法律之下。这就是“宪政逻辑”。

与此不同，我国几千年帝制通行的是“王政逻辑”。在这一逻辑下，王权（权力）是人间一切事物的主宰，它的合法性是自足的，所有的权力都来自王权的层层授权；本来作为权力行为正当性最终依据的“上天”，在这一思维结构中所起的主要作用也是为证明现实统治者的合法性而存在的：王权通过垄断与上天沟通的权力（祭天）来使“上天”加入王权的序列。这一思维结构的外化就是高度集权的权力

结构。在“王政逻辑”下，权力的巩固本身就是目标，民众是为统治者谋利的工具。在这一逻辑下，不存在高于王权的规范，相反，王权是规范的“仓库”。在语言中，中国古代没有限制王权的“法律”这一语词，古汉语中的“宪”多义，与规范有关的词义与法同（宪，法也——《尔雅》），它本身是由权力宣示的。“宪法”——限制权力、保障权利的“法律”——这一语词同这一观念一样是舶来品。

宪政的引进意味着政治逻辑的根本转换，意味着权力与规范关系的彻底颠覆。这无疑对几千年的东方政治合法性传统构成了致命的冲击，它必然为权力主体所抗拒。权力在无法抗拒的时候最终采取了“为我所用”的策略，他们转而将宪法作为自己的工具。这造就了中国“预备立宪”的奇观：这一旗号下制定的“宪法性文件”都是宣示王权的文件。民国以后，走马灯似的当权者争相利用宪法为自己披上合法的外衣，宪法成为权力者争夺的“宝器”——连“袁皇帝”的名号都叫“洪宪皇帝”，“洪”则大也，“洪宪”则“大宪”也。可见他也千方百计将帝位与宪法挂钩。当然，与“王政逻辑”相较，这未尝不是一种进步：时代变了，统治者必须将自己放到新的政治逻辑下才能取得正当性。

尽管宪政在当代中国命运多蹇，但是，我们已经看到了宪政的曙光。胡锦涛总书记在纪念宪法颁行20周年时指出，“实施依法治国的基本国策，首先是实施宪法。”“全面贯彻实施宪法，必须健全宪法保障制度，确保宪法实施。”他要求“抓紧研究和健全宪法监督机制，进一步明确宪法监督程序，使一切违反宪法的行为都能得到纠正。”现在，党的十七大报告又提出了“加强宪法和法律实施”的任务。在

2007年中央政治局集体学习时，胡锦涛总书记对全面落实依法治国基本方略提出了四点要求，其中一点就是加强宪法和法律实施。最高人民法院院长肖扬在2007年发文专门论述了宪法实施的重大意义和具体设想。^①“宪法实施”即行宪政也。相信在这一思想的鼓励下，中国的宪政将指日可待。

本书正是依据同“王政逻辑”正相反对的“宪政逻辑”展开。依据这一新的政治逻辑，本书分为五章：宪政——基础与规范；权力——结构与运行；控权——立法与守制；控权——裁量与控制；控权——裁判与正义。前两章论述宪政与权力的一般问题，后三章则侧重对立法、行政、司法三权的研究，致力于在三权间建立相互牵制的合理关系。由于宪政建设的前提性任务就是法律的现代化，因此，本书以法的现代性意识终篇。

由于本书的主要部分是已经发表的论文，有些是对论文的整理而成，对已经发表的论著我作如下处理：尊重历史，文章的基本学术立场不变，但是对用语和表达方式作了一些修饰，以使行文更加畅达与融通；由于文章的时间跨度大，对某些部分作了删节与整理；有些文章的背景今天的读者已经不熟悉，所以增加了一些注；有些著作在发表时有删节，在可能的条件下，恢复原样；为了阅读的方便，对注进行了统一整理。本书是一本理论专著，以抽象论述为主，但是，我的论题都是从中国的现实问题而来，研究是以问题为核心的，且绝大多数问题都是中国当下应当解决的问题，甚至是

① 参见肖扬：《论宪法的实施——纪念宪法颁行25周年》，载《人民法院报》2007年12月4日。

困扰中国多年的老问题，痛问题，相信关心中国宪政问题的人不会感到枯燥。

是为序

周永坤

2007 年 11 月 18 日

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | | | |
|---------------------|-----|-----|---|
| 1. 法治论 | 王人博 | 程燎原 | 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 | 王人博 | 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | | 谢晖 | 著 |
| 4. 价值重建与规范选择 | | 谢晖 | 著 |
| 5. 权利的法哲学 | | 林喆 | 著 |
| 6. 法律对行政的控制 | | 孙笑侠 | 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | | 刘作翔 | 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | | 谢晖 | 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | | 陈金钊 | 著 |
| 10. 义务先定论 | | 张恒山 | 著 |
| 11. 基本法律价值 | | 谢鹏程 | 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | | 江山 | 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | | 葛洪义 | 著 |
| 14. 法律思维学导论 | | 林喆 | 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | | 范忠信 | 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政 | | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然 | | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论 | | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境 | | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治 | | 齐延平 | 著 |

- | | |
|----------------------|------------|
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 著 |
| 27. 权利政治论 | 范进学 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 著 |
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 著 |
| 38. 语境与工具 | 苗金春 著 |
| 39. 良宪论 | 汪进元 著 |
| 40. 法学研究与方法论 | 李其瑞 著 |
| 41. 凯尔森法律效力论研究 | 梁晓俭 著 |
| 42. 宪政的理念与机制 | 季金华 著 |
| 43. 法律论证与法学方法 | 戚 渊 郑永流等 著 |
| 44. 私人之间的监控与惩罚 | 桑本谦 著 |
| 45. 社会学视野下的法律秩序 | 杨 力 著 |
| 46. 自然的权利 | 张 锋 著 |
| 47. 法律论证导论 | 焦宝乾 著 |
| 48. 法律推理论 | 陈 锐 著 |
| 49. 宪政主义:观念与制度的转捩 | 王 怡 著 |
| 50. 法典的理性 | 孙新强 著 |
| 51. 国际人权法:美洲区域的理论与实践 | 谷盛开 著 |
| 52. 契约伦理与权利 | 强昌文 著 |
| 53. 论自由的法律 | 周永坤 著 |
| 54. 消极自由的宪政价值 | 吕廷君 著 |
| 55. 社会权规范研究 | 夏正林 著 |
| 56. 法律事实的解释 | 杨建军 著 |

57. 法律规范理论之重述

李旭东 著

58. 法律方法论

刘治斌 著

59. 权力制约的中国语境

喻 中 著

60. 当代中国宪政研究

秦前红 叶海波 著

61. 宪政与权力

周永坤 著

62. 禁止性法规范的概念

魏治勋 著

63. “应当”一词的法哲学研究

周 赟 著

64. 论授权规则

喻 中 著

65. 当代中国法理念的重构

叶传星 著

66. “个人”的法哲学叙述

胡玉鸿 著

公 法 研 究

1. 法治与法律方法

陈金钊 著

2. 欧洲:从民族国家到法的共同体

李道刚 著

3. 行政法的私权文化与潜能

关保英 著

4. 现代行政法的基本理念

陈贵民 著

5. 从宪法到宪政

谢维雁 著

6. 西方宪政思想史略

黄基泉 著

7. 选举及其相关权利研究

王雅琴 著

8. 证券市场监管与司法介入

金泽刚 著

9. 中国近代自由主义宪政思潮研究

石毕凡 著

10. 探寻宪政之路

郭宝平 朱国斌 著

11. 西方立宪主义的历史基础

刘守刚 著

12. 各国立法机关委员会制度比较研究

周 伟 著

13. 宪法概念在中国的起源

王德志 著

14. 制度设计与立法公正

汪全胜 著

15. 宪法运作的实证分析

张淑芳 著

16. 人民主权论

肖君拥 著

17. 刑事诉讼与基本人权

林劲松 著

18. 财产权与宪法的演进

何 真 唐清利 著

- | | |
|--------------------|---------------|
| 19. 舆论监督权论 | 周甲禄 著 |
| 20. 政府采购国际法律制度比较研究 | 姚艳霞 著 |
| 21. 德国行政法 | [印]M. P. 赛夫 著 |
| 22. 行政给付研究 | 柳砚涛 著 |
| 23. 行政法解释的理论建构 | 黄竹胜 著 |
| 24. 行政信赖保护论 | 王贵松 著 |
| 25. 宪法原理解读 | 马 岭 著 |
| 26. 认真对待宪法解释 | 范进学 著 |
| 27. 宪法基本价值研究 | 陈 雄 著 |
| 28. 立法:理想与变革 | 江国华 著 |
| 29. 修正的刑法解释理论 | 吴丙新 著 |
| 30. 宪法责任论 | 刘广登 著 |
| 31. 论公民的宪法义务 | 李 勇 蒋清华 著 |
| 32. 行政诉讼法前沿问题研究 | 章志远 著 |
| 33. 行政行为研究 | 马生安 著 |
| 34. 法治的路径 | 刘作翔 等著 |
| 35. 和平·秩序·好人政府 | 徐亚文 著 |

法 学 论 丛

- | | |
|-----------------|------------|
| 人权研究(第1~7卷) | 徐显明 主编 |
| 民 间 法(第1~7卷) | 谢 晖 主编 |
| 法律方法(第1~7卷) | 陈金钊 主编 |
| 中国诠释学(第1~5辑) | 洪汉鼎 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上、下) | 徐显明 刘 瀚 主编 |
| 当代中国人权保障法律制度研究 | 林 喆 主编 |
| 法治与社会公平 | 徐显明 主编 |

目 录

自序	(1)
第一章 宪政——基础与规范	(1)
一、宪法基本权利的直接效力	(2)
二、政治文明与中国宪法发展	(19)
三、中国宪法的变迁——历史与未来	(35)
四、世界宪法视野中的 1954 年宪法	(54)
五、修改宪法实行司法独立	(63)
第二章 权力——结构与运行	(73)
一、自由与权力	(74)
二、权力结构模式与宪政	(135)
三、议行合一原则应当彻底抛弃	(168)
四、违宪审查的民主正当性	(195)
五、司法规范审查论	(226)
六、人民代表大会制度与违宪审查	(250)
第三章 控权——立法与守制	(276)
一、立法权与法治	(278)
二、市场经济呼唤立法平等	(329)
三、立法中的非法治因素批判	(346)

四、人民代表大会也应当遵守法律	(389)
第四章 控权——裁量与控制	(402)
一、对行政权必须实行司法控制	(403)
二、对行政行为司法审查的范围	(411)
第五章 控权——裁判与正义	(427)
一、司法权观念与司法	(428)
二、法官管理法治化	(453)
三、人民陪审员不宜精英化	(467)
四、判决是法院的任务	(478)
余论 更新社会主义理念 实现公法现代性	(521)
后记	(550)

第一章

宪政——基础与规范

宪政问题是公法的基本问题之一。宪政 (constitutionalism) 的本义可以译作“宪法主义”，“宪法”而成为“主义”可见宪法地位之崇高，宪政其实就是以宪法为最高社会规范的社会状态，尤其是权力在宪法的规范之下。所以，宪政其实就是“政治法治”、就是民主。所以既然选择了法治国家和民主的道路，任何对宪政的疑虑都是不必要的。既然宪政就是“宪法主义”，宪政的首要条件就是有一部好的宪法，好的宪法不仅是在内容上，而且指它有极高的权威，宪法的权威首要的它是“法律”，就是说它应当具有司法效力。宪政与人权是相辅相成的，宪政的首要目标是保障人权，而人权构成宪政的主要规范性基础。

一、宪法基本权利的直接效力^①

市场经济建设和法治国家建设是我国人民面临的世纪性重任。从法律上看,进入市场的皆为权利,说市场经济是权利经济似不为过;从法治国家的构成要件来讲,无论在观念层面还是在制度层面,它的核心均为法律(当然包含宪法)至上与基本权利的实现。所以,无论是市场经济还是法治国家,都将宪法基本权利推到了历史的前台。宪法是根本法、母法、具有最高法律效力,这已成为公民常识。但是具有最高法律效力的宪法基本权利却不能成为司法判断的依据,则是宪法运行中的一大矛盾,它使宪法在至尊性与规范性之间呈现出巨大落差。因此,消除这一落差,实现宪法基本权利的直接效力,是我国实现上述双重世纪重任的基础性工程。

(一) 宪法基本权利的直接效力已成为当代宪政惯例

二战以后,宪法基本权利具有直接效力即可以直接作为司法判断的依据,这在发达国家已少有例外,许多第三世界国家也群起效法。时至今日,基本权利的直接效力已成为一项世界性的宪政惯例。

① 宪政的规范基础是宪法规范,所有法律规范在适用中才获得真实的存在,宪法而没有司法效力则宪法必被架空。宪法被架空则不但宪政无从谈起,宪法本身的“法性”也大可怀疑,背后的大问题是:中国有没有宪法?因此,宪政的主要制度建构之一当是宪法规范、特别是宪法中的基本权利规范具有直接司法效力。但可惜的是,这一问题至今还没有解决好。本文原载于《中国法学》1997年第1期。