

国家社会科学基金项目

宪政秩序的维护

宪法监督的理论与实践

刘嗣元 著

武汉出版社

国家社会科学基金项目

宪政秩序的维护

宪政监督的理论与实践

刘嗣元 著

武汉出版社

江苏工业学院图书馆
藏书章

2921.01
-2

(鄂)新登字 08 号

书 名:宪政秩序的维护——宪法监督的理论与实践

著 者:刘嗣元

责任编辑:刘国刚 刘棣辉

封面设计:吴 涛

出 版:武汉出版社

社 址:武汉市江汉区新华下路 103 号 邮 编:430015

电 话:(027)85606403 85600625

印 刷:武汉市峰迪印务有限责任公司

开 本:850×1168mm 1/32

印 张:12 字 数:300 千字 插 页:1

版 次:2001 年 10 月第 1 版 2001 年 10 月第 1 次印刷

印 数:0001—5000 册

ISBN 7—5430—2499—3/D·232

定 价:24.00 元

版权所有·翻印必究

如有质量问题,由承印厂负责调换。

(鄂)新登字 08 号

书 名:宪政秩序的维护——宪法监督的理论与实践

著 者:刘嗣元

责任编辑:刘国刚 刘棣辉

封面设计:吴 涛

出 版:武汉出版社

社 址:武汉市江汉区新华下路 103 号 邮 编:430015

电 话:(027)85606403 85600625

印 刷:武汉市峰迪印务有限责任公司

开 本:850×1168mm 1/32

印 张:12 字 数:300 千字 插 页:1

版 次:2001 年 10 月第 1 版 2001 年 10 月第 1 次印刷

印 数:0001—5000 册

ISBN 7—5430—2499—3/D·232

定 价:24.00 元

版权所有·翻印必究

如有质量问题,由承印厂负责调换。

自序

在宪法学中,宪法监督的理论与实践是谈得比较多的问题。特别是在我国现行宪法制定和生效以后,学术界针对我国宪法监督制度的现状,在借鉴其他国家有益经验的基础上,提出了许多进一步完善该项制度的建议,具有一定的理论价值和现实指导意义。然而,在现实中,许多理论研究成果并没有得到很好的应用和推广,究其原因,除了受体制、传统文化、观念等因素影响所致外,还有一个很重要的因素是理论研究与应用研究存在着脱节的现象,即理论研究离开了社会现实,而应用研究又缺乏一定的理论来支撑,因而不能提供一套令人信服的制度设计方案。基于此,笔者试图在方法上将理论研究与应用研究衔接起来,从务实的角度探讨我国的宪法监督制度,提出一套具有前瞻性且富有操作性的设计方案。

多年以来,笔者在教学和科研活动中讲授与研究宪法监督理论的同时,一直在关注着该理论的实际问题,但尚未提出一个相对完整的理论体系。2000年,笔者申报了国家社会科学基金项目《宪法

实施监督的理论与实践》，并获准立项。

此课题的立项为笔者进行系统的研究创造了良好的条件，也为最终成果《宪政秩序的维护——宪法监督的理论与实践》的完成在经费上作了保证。在对本课题进行研究的过程中，课题组成员进行了大量的调研活动，收集和整理了有关资料，学术界的许多同仁提出了很多宝贵的意见。对此，笔者表示衷心的感谢。由于水平有限，书中有许多地方存在着欠妥之处，希望能得到广大读者的批评、指正。

2001年7月18日于南湖畔

目 录

自 序	1
第一章 宪法、宪政与宪政秩序	1
一、宪法	1
二、宪政	8
三、宪政秩序	21
第二章 宪政秩序与宪法监督	43
一、宪法监督的概念	43
二、宪法监督的理论基础	48
三、宪法监督的起源与发展趋势	59
四、宪法监督之原则	66
五、宪法监督的目标、运作行为及功效	71
第三章 宪法监督的障碍与监督的必要性	79
一、宪法监督的障碍	79
二、宪法监督的必要性	101
第四章 宪法监督与宪法发展的冲突与融合	120
一、宪法监督与宪法修改	120
二、宪法监督与宪法变迁	125
三、宪法监督与宪法惯例	132
第五章 宪法监督的主体模式与行为模式	141
一、宪法监督的主体模式	141

二、宪法监督的行为模式	181
第六章 宪法监督的对象和内容	199
一、确定宪法监督对象和内容的原则	199
二、宪法监督的对象	201
三、宪法监督的内容	224
第七章 良性违宪的提出及对其否定	239
一、违宪概念的确定	239
二、良性违宪产生的根源及其社会基础	242
三、对良性违宪的否定	247
四、由良性违宪所引起的思考	256
第八章 宪法监督程序及其正义	265
一、宪法监督程序正义	265
二、宪法监督程序	273
第九章 我国宪法监督模式的重新建构	287
一、历史考察	287
二、现实运作中的困惑	295
三、存在的问题	301
四、宪法监督的司法化	310
五、我国宪法监督模式重新建构中应解决 的几个问题	324
六、我国宪法监督模式的理想选择	343
主要参考文献	371

第一章 宪法、宪政与宪政秩序

一、宪法

宪法一词 (constitution) 源于拉丁文 (constitution), 意为组织、确立、敕令等意思。古罗马时期, 它用来表示皇帝的各种建制和所发布的诏令、谕旨。我国古籍上的“宪法”一词主要指“典章”、“法度”, 如“鉴于先王成宪, 其永无愆”, “赏善罚奸, 国之宪法”等。

近代代议制度的兴起与发展突破了旧有的“宪法”涵义, 宪法的根本法地位日益地显现出来, 并随着社会经济及文化的发展, 被注入了许多新的内容。学术界已赋予了宪法新的解释。日本的美浓部达吉认为, 宪法是“关于国家领土的范围, 国民资格的要件, 国家统治组织的大纲, 尤其是处于国家最高地位的机关如何构成, 享有什么权利, 怎样行使他的权能, 各种机关彼此间有如何的关系等的法则, 以及关于国家与国民之关系的基础法则”。¹ 英国学者肯尼斯·克林顿·惠尔说: “宪法是指那些体现在一个文件或几个密切相关的文件之中规则的总和, 而且, 这种规则几乎不可避免地仅仅是一种法律规则的总和, 因而, 在世界上的大多数国家看来, 宪法是管理一国政府活动的并且是体现在一个

文件中的法律规则的总和。”² 英国法学家詹宁斯认为,宪法主要是政府的主要机构的组成,权力和运作方式的规定以及政府机构与公民之间关系的一般原则的文件。³ 美国学者路易斯·亨金认为宪法就是一种契约,人民通过立宪性契约 (constitutional contract) 接受统治,而政府及其官员同样要受这种契约的限制。⁴ 我国学者吴家麟教授认为:“宪法是国家的根本大法,是民主制度的法律化,是阶级力量对比关系的表现。”⁵ 许崇德教授指出:“宪法是规定国家根本制度和根本任务,集中表现各种政治力量对比关系,保障公民权利的国家根本大法。”⁶ 学者们从学术的角度阐释了宪法的概念,推动了宪法的发展。

政治家们从政治角度解析了宪法的涵义。美国的政治思想家托马斯·潘恩指出:“宪法是一种先于政治的东西,而政府只是宪法的产物,一国的宪法不是其政府的决议,而是建立其政府的人民的决议。”⁷ 斯大林指出:“宪法不是法律汇编。宪法是根本法,而且仅仅是根本法。”毛泽东说过,“一个团体要有一个章程,一个国家也要有一个章程,宪法是一个总章程,是根本大法。”⁸ 据此,有的学者将宪法归结为“治国安邦的总章程”。

尽管学者们和政治思想家们从不同的角度解释了宪法的概念,但都主要局限在主观法的领域

上。需要指出的是,宪法同其他“法”一样,也有一个客观的“宪法”存在于社会关系之中,这种客观的“宪法”(我们称为客观宪法)先于制定的宪法(我们称为主观宪法)而存在,支配着主观宪法的存在和发展。人们通常所讲的宪法(主观宪法)是客观宪法的一种外在表现,体现了特定阶级、阶层、利益集团的意志,具有根本法的特点,用很简洁的语言表达即是制定法。⁹ 客观宪法是以一定的权力和自由为基本内核,体现了国家权力与公民权利关系的客观法制。客观宪法可以先于主观宪法而存在,在与主观宪法融合后又转化为现实中客观的宪法权利和宪法义务关系后,即回到自我的位置上,与主观宪法存在着若即若离的关系。人们通常所讲宪法的精神实质上就是指一种客观存在的宪法。这种宪法在观念中表现为观念宪法,在现实中表现为现实宪法。主观宪法与客观宪法的划分主要是为了区分作为“法律”的宪法和作为“法”的宪法。事实上,马克思很早就阐明了法与法律的关系,提出“法律是事物的法的本质的普通和真正的表达者。因此,事物的法的本质不应该去迁就法律,恰恰相反,法律倒应该去适应事物的法的本质”。¹⁰“法律只是对事实的公认”。¹¹ 马克思的论述,给我们认识客观宪法与主观宪法的关系以启迪,拓宽了认识宪法问题的视野,使我们分析问题的角度不再局限于成文

宪法的本身。在这个意义上,我们划分主观宪法与客观宪法就不是凭空臆想的结果,而是有理论依据和现实依据的。划分主观宪法与客观宪法能产生下列一些正面效应:

第一,在方法论上,克服了注释法学的局限性。我国的宪法学理论于建国以后在注释法学领域中取得了长足的进展,这也是特定的历史条件下的必然结果。注释法学的发展加深了人们对宪法制度的认识 and 了解,但注释法学对宪法制度的分析往往停留在“应然”的领域中。它在方法论上容易造成一种错觉,似乎某一特定的宪法制度在宪法中的确认就等于一种已实现的状态。事实上,宪法制度和现实生活中的宪法状态是不能等同的两种现象,前者是一种静态的规范,后者则是由一系列具体的宪法权利和宪法义务关系形成的秩序。宪法中的规定并不全部都转化为现实中具体的宪法权利和宪法义务关系。宪法权利和宪法义务关系的生成只能是在现实中,从某种意义上讲,缔结宪法权利和宪法义务关系正是主观宪法实现的反映。同时,宪法主体在现实生活中也创造出特定的宪法权利和宪法义务关系,如宪法惯例、法院的判例等,它们不是在主观宪法的制定中体现,而是源于宪政活动。主观宪法与客观宪法总是处于不对等的状态。在学术上,我们将宪法划分为主观宪法与客观宪法能

带动宪法学研究观点的转移,由制度层面上的研究到行为研究,然后由行为研究到结果研究(效率研究),使整个宪法学研究处于一个动态的过程中。

第二,在宪法的价值取向上,能促使宪法的潜在价值转化为显在价值。宪法的价值虽然表现为许多方面,如宪法的国家价值、宪法的社会价值、宪法的法律价值,¹²但都可归结为潜在价值和显在价值。从动态的角度上讲,宪法价值是由潜在价值和显在价值构成的整体。潜在价值存在于规范之中,是具有可能性的一种价值,预示着将来可能达到的或实现的价值量。但潜在价值终归是潜在,当它还没有实现之前,其各项价值难以为人们所感知,即使人们从规范中知道若干价值量,但也只是对将来获得价值的一种推测。显在价值是人们已感知的价值,存在于宪法关系之中。从宪法的价值规律上讲,潜在价值要转化为显在价值,任何宪法都应遵循这一规律,除非这个宪法根本就没有打算实现(转化为宪法权利和宪法义务关系)。研究主观宪法与客观宪法的关系,并揭示其中的潜在价值与显在价值,对推动价值的转化,在观念中突出显在价值的地位具有重要的意义。

第三,在对宪法的评价标准上,强调了现实的客观标准。对宪法依据一种怎样的标准进行评判是宪法学中一个重要的理论问题,从纯技术的角度

上评价宪法只能得出一种形式上的结论,如宪法序言的有无、宪法结构是否严谨、宪法语言是否规范、宪法规范中是否反映特定阶级本质、宪法规定了多少公民的基本权利和基本义务、宪法条文中是否反映民主政治等。在 20 世纪中期以后,各国宪法的一个发展趋势是扩大了民主的范围,增加了对公民基本权利的规定。从宪法条文上很难评判一部宪法的优劣,在某种情况下甚至容易得出相反的结论。因此评价一部宪法不能只从主观法的角度展开,必须将主观宪法与客观现实结合起来,从客观现实中寻找评判的依据。列宁指出,“宪法就是一张写着人民权利的纸”。¹³列宁在此提到的“宪法”实际上就是指主观宪法。列宁还指出:“宪法的实质在于:国家的一切基本法律和关于选举代议机关的选举权以及代议机关的权限等等的法律,都表现为阶级斗争中各种力量的实际对比关系。”¹⁴“当法律同现实脱节的时候,宪法是虚假的;当它们是一致的时候,宪法便不是虚假的。”¹⁵列宁的上述论断实质上是将主观宪法与客观宪法分离开来,并提出了对宪法真伪性评价的标准。在宪法学理论的研究中,关于宪法的评价特别是在涉及本质问题的评价时不能仅依赖于主观宪法,主观宪法虽然也可以提供一些参考标准,但由于其没有经过实践检验,对宪法的真伪性无法证明。马克思主义强调实践作

为检验真理的惟一标准,这对于评价宪法意义重大。在理解宪法的概念时,划分主观宪法和客观宪法在一定程度上能使我们对宪法的评价向着客观、科学方向转化,不再拘泥于主观法的领域中。

第四,在宪法学的研究方向上,带动理论研究与应用研究的衔接。宪法学不同于哲学和法理学,不是一种纯理论的研究;也不同于刑法和诉讼法学,不是一种单纯的应用研究。近几年来,宪法学走出简单的应用性研究所带来的困境以后,在理论性研究和基础性研究方面取得了可喜的成就,推动了本学科的发展。但是,好景不长,宪法学研究现在又陷入新的困境之中,即顾此失彼,在关注理论性研究的同时疏忽了应用性研究,导致研究的成果不能被社会所采用,宪法学与社会实际的距离愈拉愈远,即将走进死胡同。在这个关头,我们划分主观宪法与客观宪法,将学术界的研究方向转移到客观宪法上来,毫无疑问能带动理论研究与应用研究的衔接。如果我们抱定任何研究成果都是为社会实践服务的信念。在社会实践中求生存、求发展,用社会实践来检验自己的研究成果,那么宪法学将会也一定会长盛不衰。

宪法是主观宪法与客观宪法的统一体,是以客观宪法为内在精神,以主观宪法为外在表现的整体。我们并不想否定其他学者对宪法概念在涵义

上的界定,只是站在本质与现实相结合的角度对宪法提出一些新的思考,使宪法思维不再停留在主观法之中。

二、宪政

宪政(constitutionalism)即“民主宪政”。毛泽东在《新民主主义宪政》中指出“宪政是什么呢?就是民主政治”。学术界对宪政也有不同的理解。我国著名的宪法学家张友渔教授认为,宪政就是民主政治,是一种宪法所定的关系在现实中的一种政治形态。¹⁶张庆福教授认为,宪政就是建立在宪法基础上的政治制度。¹⁷郭道晖教授认为,宪政是民主政治的实施和人权的实现,是宪法的实际操作。¹⁸上述对宪政的解释尽管在表述方法上有一定的差异,但都肯定了宪政的实质特征,即“民主政治”、“活的宪法”。

(一)宪政与民主

宪政与民主是相互依存的现象,没有民主就没有宪政,民主是宪政内核和精神,同时,没有宪政以及与之相适应的宪法就谈不上民主。人类社会的长期的发展与演变过程中对民主作了探讨,特别是在民主的渊源上。有的学者认为民主源于古希腊和古罗马,因为古希腊和古罗马存在着一定时期的民主政体,而这种民主政体也有特定的宪法形式,即“不成文宪法”。“不成文宪法”以现实的手法刻画着宪政与民主的关系,将民主体制或者说宪政体

制活灵活现地表现出来。亚里士多德在《雅典政体》中写道：“在梭伦的宪法中，最具有民主特色的大概有以下三点：第一而且最重要的是禁止以人身为担保的借贷，第二是任何人都有自愿替被害人要求赔偿的自由，第三是向陪审法庭申诉的权利，这一点据说便是群众力量的基础，因为人民有了投票的权利，就成为政府的主宰了。”¹⁹意大利的朱赛佩·格罗索在《罗马法史》一书中描绘了罗马共和国的宪制：在宪政体制中存在着元老院、执政官、民众会议等机构。元老院是一个咨询、监督机构；民众会议拥有选举职能、立法职能，是一个权力机构；执政官是行政机构。在执政官当中，最高级别的执政官（如执政官、裁判官、监察官）是由百人团民众会议选举产生，下级执政官是由部落民众会议选举产生，平民执政官是由平民部落会议选举产生。执政官实行限任制，元老院则保持着连续性和稳定性，由许多已离职的执政官组成，是社会中的显贵阶层。²⁰学术界对古代希腊、古代罗马的民主与宪政的探讨实际上涉及民主政治的起源问题，在这个问题上，我们虽然不能妄加评价，但至少可以肯定民主一词源于古代社会。罗伯特·达尔说：“正是希腊人——很可能是雅典人——创造了民主（democracy 或 demokratia）一词，这一词语来源于希腊语 demos（即人民）和 kratos（即统治）这两个词的组合。”“有时，