



运行的宪法

Constitution in Mobilization

徐祥民 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



运行的宪法

Constitution in Mobilization

徐祥民 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

运行的宪法/徐祥民著. —北京:北京大学出版社, 2015. 9

ISBN 978 - 7 - 301 - 25390 - 8

I. ①运… II. ①徐… III. ①宪法—研究 IV. ①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 016646 号



书 名

著作责任者 徐祥民 著

责任编辑 李 倩

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25390 - 8

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 北京大学印刷厂

经 销 者 新华书店

730 毫米 × 1020 毫米 16 开本 14.75 印张 257 千字

2015 年 9 月第 1 版 2015 年 9 月第 1 次印刷

定 价 33.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

序

本书的写作是从1997年开始的。虽然那时我已开始攻读历史学博士学位,后来接着申请法学博士学位的拼搏,但我没有放弃一个已经耗费了我不少心血但又一时寻不出满意答案的思考——我国的宪法怎样才能真正进入运行状态,并进而造就出那种我们可以毫不含糊地对外宣示的理想的宪政和法治。作为一个法学研究者,中国法学会宪法学研究会常务理事,我无法回避这个问题;作为一个法学教育工作者,十几届宪法学专业研究生的导师,我难以拒绝对这个问题的追问。转眼十年过去了,可手里的稿子仍然“残缺不全”。直到今天,我仍旧只能把自己进行过的和正在继续进行着的工作描述为“一个已经耗费了我不少心血但又一时寻不出满意答案的思考”。

受学术习惯的驱使,我花了一些“刨根问底”的功夫,尽管我已经出版了《中国宪政史》和《政体学说史》两部主要是总结过去、评价历史的书。诸如宪法的基本功能、运行视角下的宪法的特点、宪法运行的效力来源等等,我都认为是无法逾越的学术关隘。不解决这些问题,就无法解开缠绕在心头的那个结。如果说这本小册子或许还有点学术价值的话,那么,对这些“根底”的探问或许对以后的研究具有打通“关隘”的作用。

我虽然自认为是个冷静的学者,但对我国的宪政建设却也难免出现“有病乱投医”的急躁。因为一时没有号准脉,不知什么是让我国宪政“强身健体”的关键,所以才对这个对象做了“全身检查”。不管是宪法的制定、宪法的修改、宪法的解释,还是宪法的司法适用、违宪审查等,总之对宪法运行的那些环节,我都做了系统的考察。这样的努力使我有机会感受我已比较熟悉“运行的宪法”的满足,虽然这些远不是写作本书的全部追求。

毛泽东同志曾经以领袖的特有影响力把“穷则思变”的道理深深地刻印在我们这一代人的头脑中。在生活中我对它深信不疑,并因为笃信此理而有所长进;在学术上受它的影响也不浅。推倒重建的楼房常常都比翻修的旧房子更牢固耐用;既然老药方不能治愈疾病,另配新剂或能成事。既然以往的制度设计并没有达到让人们普遍满意的理想境界,那为什么不可以考虑做一些新的设计;既然旧的分析框架、论说框架不能很好地帮助我们解决面临的

问题,我们就应该去勾画更能满足需求的理论体系。我试图在宪政方案中给宪法审判、违宪审查、宪法的司法适用等以独立的地位,不仅在理论上为它们划清界限,而且在制度上让它们“各显神通”。希望这样的“变”思能发挥积极的作用。

在我国早就遭遇了法律移植的艰难。如果说在那种移植中发生的“水土不服”还可以通过改良水土或等待移植对象适应环境来解决,那么,宪政是断断不能从异域引进的。我们既不可能更换宪政主体,也不可能更换民族固有的文化,无法斩断源远流长的文化传统。这决定了每一个民族都有其特有的宪政。在这个意义上说,宪政不是建设起来的,而是在一定的民族机体上自然发展起来的。我国的宪政是中国文化土壤中的宪政。我把“宪法的奉行”看作是开启我国发达的宪政之门的金钥匙,把公民监督看作是宪法实施监督的同时也是实现我国宪政改善的关键。

我思考的结果更多的可用以回答我国宪政欠发达的原因。至于解决的办法,我认为还不能求之太急。我曾讨论过“演进的法治”这个话题。宪法的运行无疑是法治的重要表现形式,而宪法运行状况的改善似乎也需要经历一个“演进”的过程。我希望使我国宪政升入“发达”水平的办法会随宪政实践的不断前行而慢慢明朗起来。

美国学者约瑟夫·威勒曾这样表达他对自己的著作《欧洲宪政》的期望:“我不指望有人……会阅读本书的所有章节。但是我的确希望,比起同样篇幅的学术著作来,会有更多的人阅读其中的某些章节。”我想借这句话表达对呈献给读者的这本小书的期望,尽管约瑟夫·威勒所追求的境界对我来说可能是奢望。

徐祥民

2015年6月于青岛海滨寓所

前 言

2000 年年初,新世纪刚刚敲响第一通晨钟,我应《法学论坛》编辑部之邀写一篇关于宪法学研究展望的稿子。我没有直接回答新世纪中国宪法学会向哪个方向发展以及会发展得怎样的问题,而是提出了中国宪法学在当时(现在看来也是当下)所面临的两个难题。我沿着一条“面向实践”的思路^①对我国宪法学研究面临的这个展望性问题给出了我的答案。我当时认为,现在也依然这样认为,我国在“宪政的实践”中存在的“最重大、最急迫、最具有根本性的问题”,从而也就是最需要宪法学者用心思考的问题有两个:一个是“先进的宪政理论与落后的公民之间的矛盾”,另一个是“共通的法治理论与具体的国情之间的矛盾”。^②

这是两个什么样的“矛盾”,是两个什么性质的“难题”呢?一句话,是一个使宪法难以运行起来的难题。前一对矛盾的一方,我们姑且把它叫做矛盾的次要方面,是“先进的宪政理论”。既然已经给这个“方面”冠以“先进”,就已经说明它是没有问题的,研究者们也无须在它身上寻找化解矛盾的办法。而这对矛盾的主要方面——“落后的公民”,从宪政实践的要求来看,就大成问题了。笼统地说来,“我国广大公民还没有真正适应宪政,没有成为宪政下的合格公民”。如果我们同意“公民”才是“宪政的土壤”的判断,那么,在我国,由于中国以往“缺少民主启蒙的孕育、分娩过程”,后来的宪政教育也没有真正产生塑造宪政下的合格公民的作用,我国宪政的土壤还缺少必要的“养料、水分”等。如果这一状况不能真正改变,我国的宪法就难以真正运行起来。后一对矛盾的前一个方面,也没有太大问题。基本的“法治理论”是

① 另一条思路是“从对宪法学理论研究本身的回顾安排未来”。其基本做法是:“考虑宪法学理论或某种宪法学说在过去的研究状况和如何进一步完善、发展”。沿着这个思路,研究者们“可以去寻求理论上的突破,把理论上的突破点作为今后面临的任务;也可以去弥补理论论证上的不足,选定理论或学说的欠缺点作为进一步研究的主要课题”。参见徐祥民、任丽莉:《宪法学研究面临的两个难题》,载《法学论坛》2000 年第 5 期。

② 徐祥民、任丽莉:《宪法学研究面临的两个难题》,载《法学论坛》2000 年第 5 期。

全世界共通的,其合理性是可以肯定的。^① 其后一方面,也是矛盾的主要方面,在宪政实践中的表现形式也是使宪法难以有效运行。比如,政治协商制度是我国的一大创造,它构成我国政治制度上的中国“国情”。但这个制度从推动宪法运行的角度来看却存在明显缺陷。比如,它在宪法上没有如何影响立法机关、司法机关和国家行政机关的依据,从而,它的活动,即使十分剧烈,往往并不能依法产生使宪法得到实施的作用。在我国,如果不能让那些“具有历史合理性”的特色制度“取得宪政意义上的合理性”^②,我国宪法的实施就会大受影响,我们就只能接受运转不灵的宪政。

或许我所指出的这两个难题一时还难以彻底解决,我们也不应期待它们会在一朝一夕之间就能彻底解决,但我们不能不为解决它们而努力,不能不为解决这些问题以及其他影响宪政建设的问题而想方设法。本书,名为“运行的宪法”,就是为了解决影响我国宪政建设的问题,为提高我国宪法在国家政治和法制运行中的作用而为的一些思考。

董和平先生曾把“宪政实现”过程描述为“宪法立法—宪法实施—宪法作用—宪政实现”这样一个系统。^③ 本书的研究大致覆盖了董先生所说的作为一个逻辑过程的“系统”。宪法的运行不只是宪法文本形成以后的事,它与宪法本身的特点有关。宪法运行的特点在一定程度上是由宪法自身特点所决定的。所以,讨论宪法的运行不能不涉及对宪法自身的认识问题。本书第一章首先从运行的视角对宪法的特点做了以往未曾有人尝试过的分析。

宪法不同于一般的法。对于这一点,法学学人有一致的看法。宪法的实施与普通法律的实施也不相同。对此,人们也会做出异口同声的回应。但对宪法的实施与普通法的实施究竟有何不同,又为何不同,回答则可能各不相同。宪法的实施为什么与普通法律的实施不同?对这个问题的回答至少需要先解决两个问题:(1) 宪法的功能是什么或者有哪些。(2) 如何理解宪法的效力,包括人们常说的宪法的最高法律效力。本书第二章对宪法的功能提供了“三分法”的答案。正是宪法“三种功能说”中的“确定国家基本制度、基本政策等大政方针”这一功能使得宪法的实施出现了其他一切法律的实施所不具有的特点。也正是这一特点使得宪法的实施变得十分困难。本书的

① 尽管法治理论也有由文化背景等所决定的民族特色,社会主义中国所提倡的法治和宪政与西方资本主义国家所信奉的理论也会有某些差别,甚至存在本质上的差别,但法治作为一种治国方略,宪政作为国家管理的一种方式,它们都远离阶级本质等,所以,不管是实行资本主义制度、社会主义制度还是实行其他制度的国家都可以实行宪政和法治。

② 徐祥民、任丽莉:《宪法学研究面临的两个难题》,载《法学论坛》2000年第5期。

③ 董和平主编:《宪法学》,法律出版社2000年版,第143页。

第三章,除了一般性地分析宪法的效力、宪法的最高效力之外,对宪法的最高法律效力的根据做了深入的挖掘。在理论上说明这个根据可以使我们对宪法怎样才能有效力,怎样才能对国家机关的活动、对政治国家的运行发挥约束力有更清醒的认识。

本书作为以谋求宪法有效运行为实践追求的作品,专章(第五章)对宪法实施的概念、特点、应遵循的原则等做了研究。本书总结出宪法实施的五大特点。这五个特点可以概括为四个字,即“不必然性”。不管是宪法实施主体的广泛性(几乎一个政治国家里的所有主体都是宪法实施的主体)、宪法实施程序的多样性、宪法实施方式的多样性,还是宪法实施的弹性、宪法实施的创造性,都决定了宪法的实施难以出现“水满必溢”的效果。

不少著作把制宪比作立法,把宪法修改比作法律修改。这样的比喻看起来并无不可,但实际上却是大谬。而这种谬误影响了人们对宪法实施特点及其难度的认识。本书第四章和第六章对制宪、修宪做了专门探讨。制宪是一种无先在立法权依据的政治活动。^①同时,由没有法定权力根据的人或组织创制的宪法还是一个容不得排他的执法者的法律。规定了唯一执行主体的法律一定不是宪法。宪法的修改不是立法活动,而是宪法实施的特种形式。^②只要把宪法的修改与宪法对宪法修改所做的限制性规定两者联系起来,人们就会明白宪法修改就是宪法实施,只不过它是一种特殊形式的实施。

与宪法修改相近,宪法的解释也是宪法实施的一种形式。如果说国家立法机关行使立法权是遵守宪法,从而也就是对宪法的实施的话,那么,宪法解释则不只是行使宪法授予的修改权,而是还要受其他宪法规范的约束。宪法解释是一项只能沿着宪法规定的轨道前行的活动。

在我国,宪法实施的实践显然不能让人满意,至少那些接受了“先进的宪政理论”和“共通的法治理论”的人们不会十分满意。几乎同样,宪法实施的理论也不能让人满意,因为至少我们可以说关于宪法实施的理论没有能够帮助中国解决宪法实施所存在的问题。一方面,宪法实施的实践没有向宪法实施的理论研究提供太多研究素材,这使得我国的宪法实施理论难以取得令人满意的成果。另一方面,中国宪法实施遇到的一些问题可能在那些宪政先

① 这是一个与宪法的效力来源有关的问题。参见本书第三章。

② 我们注意到,许多宪法学著作都把宪法修改和宪法的创制看作是具有相同或相近意义的活动。比如,有些著作把宪法的修改与宪法的制定放在同一章中介绍。参见李龙主编:《宪法基础理论》,武汉大学出版社1999年版,第十章。还有的著作干脆把宪法的修改和宪法的制定合起来称“宪法的创制”,并把它们一起视为行使“制宪权”的活动。参见李步云主编:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第五章。

进的国家并不存在,从而使得理论研究难以通过向外的学习借鉴提供解决中国问题的理论帮助。所以,直到今天,面对中国宪政实践的宪法实施依然还存在有待大力开发的理论空间。宪法实施有哪些形式,宪法实施与宪法监督(有时也称为宪法实施监督)是什么关系,等等,都是有待回答的问题。本书自第八章至第十四章,分别讨论了宪法的遵守、宪法的执行、宪法的司法适用、违宪审查、宪法诉讼、宪法的奉行、宪法实施监督等问题。希望这些探讨能对解决我国宪政建设中的问题提供某些参考,对解决我国宪法学研究所面临的“难题”发挥一定的作用。

目 录 | Contents

第一章 宪法的基本特点

——着眼于宪法运行的分析 / 1

- 2 | 第一节 双向约制
- 4 | 第二节 自体启动
- 7 | 第三节 裁判缺位

第二章 宪法的基本功能

——宪法的基本运行领域 / 11

- 11 | 第一节 调整公民与国家机关之间的关系
- 15 | 第二节 调整不同国家机关之间的关系
- 20 | 第三节 确定国家基本制度、基本政策

第三章 宪法的效力

——宪法运行的动力 / 25

- 25 | 第一节 宪法的最高法律效力从哪里来
- 29 | 第二节 怎样实现宪法的最高法律效力
- 30 | 第三节 克服实现宪法最高法律效力的理论障碍

第四章 制宪

——一个孕育宪法的过程 / 36

- 36 | 第一节 关于制宪权
- 39 | 第二节 制宪主体和宪法类型
- 44 | 第三节 影响制宪的几个因素

第五章 宪法实施

——让生效宪法动起来 / 51

- 51 | 第一节 宪法实施的内涵
- 54 | 第二节 宪法实施的特点
- 63 | 第三节 宪法实施的原则

第六章 宪法修改

——宪法运行的特殊方式 / 70

- 70 | 第一节 宪法修改的可能性与修宪的原因
- 75 | 第二节 修宪主体与修宪程序
- 80 | 第三节 修宪的限制
- 82 | 附 录 新中国的修宪实践

第七章 宪法解释

——宪法演进的平缓轨道 / 109

- 110 | 第一节 宪法解释的必要性
- 112 | 第二节 宪法解释主体与宪法解释类型
- 119 | 第三节 宪法解释的原则与模式

第八章 宪法的遵守

——稳定宪法的基本实施方式 / 130

- 131 | 第一节 宪法遵守的概念
- 135 | 第二节 公民守宪与政府守宪
- 137 | 第三节 关于政党守宪问题

第九章 宪法的执行

——源于宪法行政性的实施方式 / 140

140 第一节 宪法的可执行性

147 第二节 执宪主体

150 第三节 执宪的有限性

第十章 宪法司法适用

——“大原则”衡量“小是非” / 152

152 第一节 宪法适用的概念

153 第二节 宪法适用的理论根据和法律根据

155 第三节 司宪与司法的关系

158 第四节 关于我国宪法适用难的“案例分析”

第十一章 违宪审查

——宪法权威的特有体现方式 / 162

163 第一节 违宪审查与相关概念的界限

166 第二节 违宪审查制度的渊源与发展

169 第三节 违宪审查的正当性及审查对象

174 第四节 违宪审查的主体与我国的法院审查

第十二章 宪法诉讼与宪法审判

——“大是非”与“大审判” / 179

179 第一节 对宪法诉讼与宪法审判的理解

183 第二节 宪法诉讼的类型与宪法审判的裁判

187 第三节 宪法诉讼程序

189 第四节 关于宪法法院

第十三章 宪法奉行

——宪法效力的不竭源泉 / 194

194 第一节 “宪法奉行”的概念与奉宪存在的理由

198	第二节 奉宪不是法律问题
200	第三节 我国近年的修宪活动与奉宪

第十四章 宪法实施监督

——宪法实施的“双保险”措施 / 202

202	第一节 什么是宪法实施监督
209	第二节 宪法实施监督的局限性
210	第三节 公民监督是宪法实施监督的关键

主要参考文献 / 218

本书作者已出版(发表)相关作品目录 / 221

后记 / 223

第一章 宪法的基本特点

——着眼于宪法运行的分析

在法学家和法律家的眼里,宪法首先是不同于刑法、民法、行政法等的一个特殊法律部门。作为法律体系中的一个部门的宪法有与其他部门法区别开来的某些特点。了解宪法的这种特点既是认识宪法这一重要法律部门的需要,也是正确对待宪法,发挥宪法作用的需要。不少学者都探究过宪法的特点。比如,王世杰、钱端升先生认为宪法既有形式上的特点,在他们的著作中称特性,也有实质上的特点。他们所说的形式上的特点包括:其一,宪法的效力高于普通法律;其二,宪法的修改异于普通法律。他们认为,现代大多数国家的宪法都具有这两种特点之一,或兼具这两种特点。这两种特点是“现代宪法”的特点,也是“现代宪法观念”的特点。他们所说的实质上的特点是指“宪法的内容”所涉及的主要领域,包括:其一,个人的基本权利与义务;其二,国家最重要机关的组织职权及其相互关系;其三,宪法的修改。^① 这些总结对初了解宪法的人划清宪法与其他法律的界限无疑是有帮助的。再如,张庆福先生认为,“宪法是法,但不是一般的法,而是一种特别法,其特别之处在于它是国家的根本大法”。^② 明确宪法的这一特点,也有助于认清宪法在国家政治生活和整个法律制度中的地位。又如,龚祥瑞先生把宪法的特点归纳为三个方面,即“形式上的特点”“内容上的特点”和“范围上的特点”。他认为:(1) 宪法就其性质而言,是根本法,这是因它所规定的内容来决定的。它是根本法,因为宪法的内容主要是关于公民的基本权利,是国家的根本组织,就是民权与政权。(2) 宪法就其范围而言,是社会的总章程。它对社会的政治、经济、文化、社会等各方面作出规定,什么是国家要保护的,什么是国家要禁止的,在宪法里都作了原则性的规定。因此,我们把宪法称为“治国安邦的总章程”。换言之,宪法是“法中之法”,是一切合法权威的合法来源。(3) 宪法就其效力而言,是最高法。其他法律(包括基本法如刑法、民法、组

① 王世杰、钱端升著:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第1—5页。

② 张庆福著:《宪法学基本理论》,社会科学文献出版社1994年版,第23—26页。

织法等)都是依据宪法,并不得与宪法相抵触——宪法具有最高法律效力。

(4) 宪法就其作用而言,是国家法或称政治法。宪法的作用在于保障人民权利,调整公民与国家的关系,使公民既有一定的权利,又有一定的义务,使国家机关和国家工作人员既有一定职权,又有一定职责。宪法对所有国家机关都作了规定,规定行使职权,各自承担责任。所以,宪法又叫“国家法”。国家法就是关于一国政治制度和国家机构的法律,所以,宪法又可称为“政治法”。^① 龚祥瑞先生的总结可以给人们一个更清晰的宪法概念。

应该说从不同的角度看宪法,会发现宪法的不同特点。着眼于宪法的运行,我们发现,宪法具有三个区别于其他法律部门的显著特征,而这三个特征都表明:宪法不易有效地发挥对社会关系的调整作用。如果说由政府操作的行政管理法可以必然地获得国家强制力的支持,那么,宪法则不必然;如果说由一定职能部门推行的部门法可以是高效的,那么,宪法则是低效的,有时甚至是无效的。法治是人们普遍关心的与宪法有关的话题。如果说法律的统治比掌权者的命令式的统治难操作,那么“宪法的统治”比“法律的统治”更难实现,需要人们有等待法制机械按既定程序运转的更大的耐心和对建设法治国家的急于求成的心情的更坚忍的克制。

下面就让我们来讨论宪法的这三个特征。

第一节 双向约制

各国宪法条款的数量有多有少,所设置的机构也不尽相同,但所有国家宪法所规定的行为主体都可归入两大类:一类是国家机关,另一类是公民。这两类主体是宪法母体中的孪生兄弟,它们互为存在的条件,又互为利益、意志相矛盾的对立方。^② 宪法的基本功能之一就是调整这两类主体之间的关系,即使公民的利益得以实现,又使国家机关有效地履行自己的职责。^③ 这里所说的双向约制是指在宪法共同体中,一方的利益边界就是对方的义务之区,双方为实现自己的利益都有只能由自己来完成的约束对方的任务。在其他法律中也会出现国家机关和公民或法人两类主体,但在其他法律关系中的

① 龚祥瑞著:《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版,第16—29页。

② 这样说并不等于否定社会主义国家的公民与人民政权之间利益的一致性,也不意味着否认“人民政府爱人民”的可能性和历史的、现实的事实,而是指在把国家机关作为类的存在时,它们与公民之间是相互矛盾的。本文的结论不是否定政权的人民性或其他主观特性,恰恰相反,认为“宪法的统治”的实现有赖于掌握国家机关的人们加给这些机关更多的人民性,带给国家机关这些“机械装置”更多的理性。

③ 参见徐祥民:《略论宪法的基本功能》,载《山东大学学报》1998年第2期。

国家机关都是以“权力”的身份命令、指挥甚至处罚另一类主体,而公民或法人则处于服从、接受的地位。在刑事法律关系中,执法机关和司法机关指控、拘禁、处罚刑事被告人;在民事法律关系中,司法机关裁判公民、法人的案件,责令有关当事人做什么或不做什么,这样做或那样做;在行政法律关系中,国家行政机关命令有关公民、法人实施这种或那种行为,履行这种或那种义务。在这些法律关系中,权力运行的方向就是法律的指向,即由国家机关到公民或法人。

单向约制的法容易实施。这是因为国家机关有专业化的执行队伍,有强大的国家力量作后盾,还拥有在传统中形成的并深深扎根于人们观念中的强制力。双向约制的法则不易全面实施。这里之所以用“全面”这一限定,是要说明,并非宪法的所有规定都不易实施,而是在全面考虑“双向”约制的情况下宪法不易实施。更明确地说,政府约制公民的规定容易实施,而公民约制政府的规定不易实施。在非以公民大会为国家立法机关的国家里,由公民选举产生的代议机关与公民相脱离,变成与公民相对的国家机关,而公民则处于无组织的状态。这些分散的公民只有在集会的状态下才有可能给国家机关施加足够大的压力,达到约制国家机关的目的。在非集会的状态下,公民在任何国家机关面前都永远是弱者,永远处于劣势。这些处于弱者、劣势地位的分散的个体,难以让国家机关服从自己的要求。即使国家机关逾越了宪法的授权范围,践踏了宪法划归公民的权利领地,孤立的公民也只能听之任之。^①

法治、宪法的统治之所以难成现实,难就难在它必须启动民间的力量才能达成,而不是只靠政府的强硬执法;难就难在它的根基存在于羸弱的社会成员中,而不在强大的“钢铁长城”;难就难在它必须动员那些最远离政治的普通公民,而不是精于宫廷掌故的政客。

自有宪法以来,不管是为促使某个国家建立宪法而奔走呼号的政治家,还是为确保宪法关于国家权力与公民权利的界定得以兑现而殚精竭虑的思想家,都遇到一个共同的难题:怎样有效地限制权力。我国学者一再呼吁“宪法至上”^②是要解决这一难题,至少是包括要解决这一难题;我国《宪法》明确规定“一切国家机关都必须遵守宪法和法律”^③,也是要限制权力;学界

① 这样说并不是无视司法审判在保护公民权利上的作用,而是要说明,在国家机关与公民各为一方的情况下,公民个体没有能力对抗高度组织化的国家机关。

② 参见吴家麟:《宪法至上是建设法治国家之关键》,载《法商研究》1998年第3期;周叶中著:《宪法至上:中国法治之路的灵魂》,载《法学评论》1995年第6期。

③ 参见我国1982年《宪法》第5条。