



中国青年政治学院

CHINA YOUTH UNIVERSITY FOR POLITICAL SCIENCES

法学文库

宪法权力解读

INTERPRETING THE
CONSTITUTIONAL POWERS

马岭◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

本书得到中国青年政治学院出版基金资助

宪法权力解读

INTERPRETING THE
CONSTITUTIONAL POWERS

马岭◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

宪法权力解读 / 马岭著. — 北京: 北京大学出版社, 2013. 11

ISBN 978 - 7 - 301 - 23116 - 6

I. ①宪… II. ①马… III. ①宪法 - 研究 - 中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 207330 号

书 名: 宪法权力解读

著作责任者: 马 岭 著

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23116 - 6/D · 3406

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.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子邮箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 28 印张 418 千字

2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 56.00 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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

新中国的法学研究起步于 20 世纪 50 年代,改革开放以来不断发展,现在达到了空前的繁荣。当前,中国特色社会主义法律体系已经形成,建设社会主义法治国家的历史重任业已摆在了我们的面前,完备的法治需要先进的法律文化,先进的法律文化必然能推动完备法治的形成。当代中国的法律学者任重道远,我们应该有信心、有能力建立起有中国特色的法学理论体系,创造出引领中国法治建设的先进的法律文化。

中国青年政治学院法律系的法学研究人员同样担负着这样的使命和责任,并积极参与其中。中国青年政治学院法律系成立于 1993 年,伴随着我国改革开放的深入和法治建设的进程,不断发展壮大。该系是一个年轻的教学科研单位,广大教师年富力强,绝大多数是改革开放以后在国内外著名大学取得博士学位的青年才俊。他们热爱法学教育事业,关心我国的法治建设,思想活跃,科研能力较强,科研成果丰富,把他们的优秀科研成果汇编成丛书,不仅是对他们的鼓励,也能够极大地促进我校的法律科学研究,并为国家的法治建设作出独特的贡献。

基于这样的目的,我们编辑出版了《中国青年政治学院法学文库》。该文库以反映在中国青年政治学院法律系工作的法律学者的研究成果,促进我国法治建设和法学的繁荣、发展,促进我校科学研究和人才培养,扶植学术新生力量为主要宗旨,由学院学术委员会和法律

2 宪法权力解读

系学术委员会审慎选择我校法律研究人员的优秀学术成果,由中国青年政治学院逐年资助出版。

列入出版计划的相关书籍涵盖法学各个学科,观点新颖,思想丰富,学术规范,论证严密,不失为优秀的法学著作。学术事业是一个薪火传承的事业,今后,本文库将不断推出新人新作,希望中国青年政治学院法律系教师能够继续潜心治学、求真求新、务实严谨,并且凝聚成一个朝气蓬勃、锐意进取的学术团体,创造出更高、更有分量的学术成果,为繁荣我国的法学研究和法学教育事业贡献自己的力量。

王新清

中国青年政治学院常务副院长、教授

自序

在2007年出版了《宪法原理解读》、2010年出版了《宪法权利解读》两本书之后,出版这本《宪法权力解读》似乎是顺理成章的事。作为十年的心血之作,“宪法解读”三部曲的完成应该令我感到欣慰,但在此书统稿的过程中,内心常常没有这种感觉,相反倒不时有些许遗憾和懊恼。

首先是因为宪法权力的内容实在是太丰富了,本书探讨的宪法权力是宪法上规定的权力,而宪法上规定的权力岂是一本书能够写完的?如果说《宪法权利解读》一书虽未涵盖所有宪法权利,但至少大多数宪法权利基本上都涉及了的话,《宪法权力解读》作为研究宪法权力的专著,却远没有深入到各种宪法权力的纵深领域,除了对议会权力的论述有较多视角之外(可能因为这部分写作得较早,还没有太多字数的拘束),其他很多重要的宪法权力都只是略有触及。如宪法中的行政权其内容十分繁杂,本书的论说却十分有限,对于“宪法中的行政权”与“行政法中的行政权”有何区别这一很有意义、我也很感兴趣的问题,并没有来得及梳理。还有司法权也极具法律色彩,是我国长期以来比较忽视、20世纪90年代后却迅速“走红”的热点问题。其中哪些是宪法问题、宪法上的司法权与一般意义上的司法权有何差别,等等,都是很吊人胃口(尤其是吊宪法学者的胃口)的,而本书只选择了司法民主和陪审制这样相对“偏”的视角,并不能代表宪法中的司法权之主要特征;相形之下,“检察权的性质”一节还比较具有宪法特色。至于“地方权力”这一重要的宪法权力领域,原本计划作为一章探讨的,但最后只写了“地方立法权”一节,无法独立成章,只好放在“议会

4 宪法权力解读

权力”中了。比较“抢眼”的可能是军事权,由于国内宪法学界对宪法中的军事权少有探讨,因此这一章应该有“填补空白”的意义,尽管其中关于我国“最高权力机关的军事权”部分还不够深入,有教材罗列之嫌,但关于我国宪法中“总纲”“国务院”“中央军事委员会(以下简称中央军委)”的军事权规范的探讨,还是有一定的分析和学术分量的。不管怎么说,这是对我国现行宪法文本中的军事权作逐条分析的首次尝试。此外,“宪法权力概说”“宪法权利与宪法权力”等章节的论述,自认为还是有些新意的,在理论探讨上也有一定的进展。

除了自己的能力因素外,还有一个重要原因是字数的限制。一本书最好在二十多万字或三十多万字,书太厚往往令读者望而却步,我自己在厚书面前就常有畏难情绪。然而许多宪法权力都还没有深入进去,字数已经超标,只好强行打住。因此难免有草草收笔之感,甚至有虎头蛇尾之感,觉得作为《宪法权力解读》,有点盛名之下,其实难副的遗憾。

但也只能这样了,实在是能力有限,精力有限。对于我这样一个并没有受过太多正规学术训练的人来说,每一章节的写作都很艰苦,都是极富挑战性的工作,能够完成现在这样的作品已经是超水平发挥了。为此,有时在心里替自己开脱:不要太苛求,没有完人,也没有完美的论证,尽力了就好!

本书的内容全部都以论文的形式公开发表过,在此对《上海政法学院学报——法治论丛》及主编杨寅先生、《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)及编辑刘晓荣女士、《河南省政法管理干部学院学报》(现更名为《河南财经政法大学学报》)及其编辑邵东华女士、《比较法在中国》及主编刘兆兴先生、《金陵法律评论》及其副主任季金华先生、《南阳师范学院学报》及其编辑李玉恒先生、《云南大学学报》(法学版)及其编辑江昕女士、《中国延安干部学院学报》(法学版)及其编辑部主任郭彦英先生、《哈尔滨工业大学学报》(法学版)及其编辑张莲英女士、《中国青年政治学院学报》及其执行主编周晓燕女士和编辑刘向宁先生、《海峡法学》杂志及其编辑陈嘉女士、《法治论坛》杂志及其执行主编卢晓珊女士、《学习与探索》及其副主编冯向辉女士和编辑朱磊女士、《中国人民公安大学学报》及其编辑牛连水先生、《国家检察官学院学报》及其主编徐鹤喃女士和编辑赵丹女士、《政法论丛》及

其主编孙培福先生和编辑唐艳秋女士、《甘肃政法学院学报》及其主编史玉成先生、《法治评论》及其编辑张玫瑰女士等表示由衷的感谢。其中许多编辑多年来一直给予我无私的学术支持,我在内心对他们一直心怀感激。

本书得到中国青年政治学院的学术著作出版基金资助,“宪法解读”三部曲都曾在校内申请课题,每一次课题的申报、结项以及出版资助都在校学术委员会上得以顺利通过,在此对每一位委员的支持表示感谢。学校科研处多年来也一直给予我学术研究方面的支持和鼓励,法律系主任林维教授对本书的出版更是给予了直接的支持和帮助,在此一并表示衷心感谢。此外,还要感谢法律系的柳建龙博士,书中许多文章发表时的英文摘要都出自他之手,他的慷慨相助对我来说真是雪中送炭。感谢中国人民大学的王贵松博士、北京大学的田飞龙博士、共识网的左小刀先生、爱思想网的蒋湘陵先生,得益于他们的帮助,书中许多文章已经在中国宪政网、北大公法网、共识网、爱思想网上登载。最后要感谢我的学生们,在课堂上的学术讨论不仅有益于他们,也使我获益良多。

2013年5月

目 录

—— 上 篇 ——

第一章 宪法权力概说

第一节 宪法权力相关概念分析	3
第二节 宪法权力的特点	26

第二章 宪法权力与宪法权利

第一节 权力来自权利人的构建,而不是转让	37
第二节 权力不是来自权利,而是来自权力的转让	43
第三节 宪法权利与宪法权力的“非转让”关系	54

第三章 “党”与“国”的法律关系

第一节 政党法治化:宪法化与法律化	61
第二节 政党法治化中的党政关系	75
第三节 对我国“依法执政”问题的几点思考	102

第四章 宪法中的任免权

第一节 任免权之“任”	115
第二节 任免权之“免”	127
第三节 任免权与监督权的关系	142

—— 下 篇 ——

第五章 议会权力

第一节	议会权力概说	151
第二节	代议制下议员的角色定位	168
第三节	议员的权利与权力	185
第四节	议会预算议决权的性质	194
第五节	议会立法权应是规则之治而非原则之治	210
第六节	中央与地方立法权的分工	221

第六章 政府权力

第一节	政府的执行性与行政性	245
第二节	依法行政的“法”是什么法	259
第三节	总统的元首权与行政权	272

第七章 军事权力

第一节	宪法中关于战争的权力规范	293
第二节	军事权与警察权之区别	310
第三节	新中国建立后几部宪法中的军事权规定	325
第四节	我国现行宪法中的军事权规范	337

第八章 司法权力

第一节	何为司法民主	365
第二节	检察权的性质	394

索引	423
----	-----

附录:2004—2013 年作品目录	425
--------------------	-----

后记	431
----	-----

上 篇

第一章 宪法权力概说

第一节 宪法权力相关概念分析

“从古至今,为患于人类,给人类带来城市破坏、国家人口绝灭以及世界和平被破坏等绝大部分灾祸的最大问题,不在于世界上有没有权力存在,也不在于权力是从什么地方来的,而是谁应当具有权力的问题。”^①国家、法律(包括宪法)都是与权力紧密联系在一起的,有国家必然有国家权力,没有国家权力的国家是不存在的。而法律,在过去漫长的岁月中基本上是对国家权力的确认和保障,近代以后的法律才开始发生一些根本性的变化——尤其是产生了宪法以后,它们不仅仅确认和保障国家权力,而且对其进行分割和制约,以建立有效保障人权的国家权力体制。

一、宪法权力包括国家权力和国家机关的权力

宪法权力是受“宪法”规范的权力,主要表现为国家权力和国家机关的权力,其中主要指向国家机关的权力。

所谓国家权力是指国家的权力,即权力的主体是国家。^②国家权力主要表现为宪法权力,因为国家权力基本上是在宪法中规定的,一般不应存在游离于宪法之外的国家权力。但并非所有国家机关的权

^① [英]洛克:《政府论》(上篇),叶启芳、翟菊农译,商务印书馆1982年版,第89页。

^② 如我国《宪法》第20条规定:“国家发展自然科学和社会科学事业,普及科学和技术知识,奖励科学研究成果和技术发明创造。”第21条规定:“国家发展医疗卫生事业,发展现代医药和我国传统医药,鼓励和支持农村集体经济组织、国家企业事业组织和街道组织举办各种医疗卫生设施,开展群众性的卫生活动,保护人民健康。国家发展体育事业,开展群众性的体育活动,增强人民体质。”等等,都是在规定“国家”(而不是某个国家机关)的权力。

4 宪法权力解读

力都是宪法权力,国家机关的权力主体是某个国家机关,国家机关很多,各国家机关的权力也很多,并非所有国家机关的权力都被规定在宪法中。只有规定在宪法中的国家机关的权力才是宪法权力,如国家议会的权力、中央政府的权力,法院的权力,等等。而规定在组织法、行政法、司法法等法律中的国家机关的权力则是法律权力而不是宪法权力,如中央政府下属部门的权力、议会中各委员会的权力等,一般是由法律而不是宪法直接规定的,可以说宪法权力是国家机关权力中的基本权力。^① 在联邦制下,联邦的权力和地方的权力如何分工往往是由宪法划定的,此时,联邦的权力和地方的权力(一般指州一级的权力)都是宪法权力;在单一制下,地方的有些权力是可以由国家议会通过法律(而不是宪法)的形式决定的,因此这部分地方权力在性质上应该是法律权力而非宪法权力。^② 至于社会团体(包括政党)的权力,笔者认为应该是法律权力,它们是由社团法、政党法等法律调整的,宪法大多只规定个人的结社自由(个人权利),有的国家还规定社团的权利(如社团的独立权、平等权、财产权等)。同时宪法权力意味着它是被宪法规范的国家权力和国家机关的权力,不仅是形式上有成文宪法或不成文宪法的规范,而且在实际上应当符合分权制衡原则的宪政精神。这种被宪法控制的国家权力和国家机关的权力才是宪法权力,而专制体制下,也有国家权力和国家机关的权力,但它们没有经过宪法的“梳理”,不受宪法约束,因而不是宪法权力。

国家权力规范不同于国家机关权力规范,国家权力规范是对国家权力的规范,主要体现在宪法中将国家作为一个整体进行规范的那些

^① 美国宪法以简洁著称,但却明确规定了联邦最高法院的初审管辖权和上诉管辖权(见《美国宪法》第3条第2款)。相形之下,我国各级法院的受案范围是由组织法(而不是宪法)规定的(见我国《人民法院组织法》第二章“人民法院的组织和职权”),宪法只原则规定了法院“是国家的审判机关”(第123条)、“最高人民法院是最高审判机关”(第127条第1款)。这可能和我国是单一制而美国是联邦制有关,也可能和我们长期以来过于强调宪法是政治法,而忽略了宪法所具有的法律上的分权功能以及缺乏法制传统有关。

^② 地方权力由宪法规定还是由法律规定,并不完全取决于单一制或联邦制,实际情况要复杂得多。

条款,如许多国家的宪法中针对国家的原则性条文规定。^① 国家机关权力规范是对各国家机关权力的相对具体的规范,如对立法权的规范、对行政权的规范、对司法权的规范,等等,这些规范首先体现在宪法有关国家机构的章节中,然后可能体现在一系列权力法中,如组织法、立法法、行政法、司法法、诉讼法等。宪法将“国家”的权力按其性质分解为各“国家机关”的权力,其他部门法再分别细化这些国家机关的权力,规定各国家机关行使各自国家权力的程序。所以,法律调整的是国家机关权力规范,而不能直接调整国家权力规范。国家权力作为一个整体,只有宪法才能对其进行规范,才能分解它、制约它,而一般法律制约和规范的只能是宪法分解后的国家机关的权力。

国家权力的对象与国家机关权力的对象也是不同的。国家权力主要是针对本国内的自然人或法人,此时权力具有对内性;而国家机关的权力主要是针对本机关以外的自然人或法人,此时权力具有对外性。国家机关行使的不是自己的权力而是国家的权力,它自己也要受到自己行使的权力的约束,但它行使权力主要不是针对自己而是针对自己以外的其他人,如行政机关对违法公民的行政处罚、法院对社会上各种法律纠纷的裁决等。

国家机关权力规范亦不同于国家机关的权力对象,国家机关权力规范是国家对自己的国家机关进行的规范,这些规范的基本内容来自宪法,如宪法对立法机关、司法机关、行政机关的规范,其中对立法机关的规范主要是由宪法作出的(通常表现为实体性规范),然后是由立法机关作出的(通常表现为程序性规范);对行政机关、司法机关的规

^① 不仅是我国《宪法》在“总纲”中有针对“国家”而言的大量条款,许多国家的宪法中都程度不同地规定了以“国家”为主体的条款,如《法国宪法》第2条规定:“法兰西共和国尊重一切信仰。”“共和国的原则是:民有、民治和民享的政府。”《意大利宪法》第3条规定:“共和国的任务,在于消除经济及社会方面的障碍——实际上限制公民自由与平等、阻碍人格充分发展和全体劳动者真正参加国家政治、经济及社会组织的障碍。”第4条规定:“共和国承认全体公民均享有劳动权,并帮助创造实现此项权利的条件。”《葡萄牙宪法》第3条规定:“国家服从宪法,并以民主化法制为基础。”第6条规定:“国家之组织是单一的,并尊重地方政府的自治原则与公共行政的民主分权。”等等。但我国《宪法》中关于“国家”的条款显然数量太多,这使宪法过于原则而不够具体,更像政治纲领而不像法律,而美国、法国、意大利等国家的宪法中关于“国家”的条款相对少一些(美国宪法中几乎没有),大量的的是关于“国家机关”的条款,这些对具体的国家机关的规则性规定,显然比宪法原则更具有可操作性。

6 宪法权力解读

范则主要由宪法规范其权力主体和大致范围,再由立法机关代表国家作出具体规范,此外也有部分是由这些机关自己作出的规范(如内部规定)。而国家机关权力的对象通常是全社会,是该国家机关以外的人或组织,如国家行政机关权力的行使对象主要是行政机关以外的相对人(外部行政行为),而对行政机关权力的规范针对的是行政系统内部的机关及其人员(内部行政行为);国家军事机关行使的军事权,其权力的对象是外国侵略者,而对军事机关行使军事权的规范是针对军队系统内部的组织、协调、纪律(议会制定的军事法律或军事机关自己制定的军事法规等),等等。国家机关权力规范所规范的是权力人(即这些国家机关),国家机关权力的对象是非权力人(如通常是权利人或法人等)。

在专制国家中,国家权力可能通过暴力、军事政变、恐怖袭击等手段夺取,但在民主国家则是来自人民通过宪法的授权,来自权利人的自愿商议和接受。人民可以用暴力“推翻”一个专制国家,但不能用暴力“建立”一个民主国家,民主国家的建立必须用民主手段,即协商、讨论、投票。历史上国家权力的产生有多种途径,但宪法权力的产生必须经过民主途径。我国有学者认为,创制宪法的途径之一是“通过革命。推翻旧政权,建立新政权,颁布宪法。如美国宪法,我国的1954年宪法”。^①笔者认为,在通过革命创制宪法时,“推翻旧政权”与“建立新政权”应该是两个阶段,它们紧密相连,但仍然有所不同,与制宪权直接相关的是“建立新政权”,而不是“推翻旧政权”。在制定宪法时,旧政权已经被推翻,在推翻旧制度的过程中,给人民以力量的是一种宪政精神,但作为一个法律文本的宪法还没有诞生;只有在“建立新政权”的过程中,宪法的作用才是直接的,它是新国家的出生证明,是新政权的制度构架(各国家机关的权力分配图)和公民的基本权利清单。

二、权力的所有权与使用权之分

当我们说一个人有权作出决定而改变别人命运的时候,这个人往往是掌握权力的人,但他所拥有的是权力的使用权,未必拥有权力的

^① 张庆福:《论宪法制定》,载《宪政论丛》(第3卷),法律出版社2003年版,第241页。

所有权。在这方面,权力主体与权利主体是不同的,权利的主体有个人也有集体,如民族、国家等,但主要是个人。当权利主体是个人时,该权利的所有者和使用者通常都是他本人。^①个人权利的特点是权利的所有权与使用权,两者一般是统一的(无行为能力和相对行为能力人在某些权利方面有适当的分离,如未成年人、精神病患者只拥有财产权等权利的所有权,其使用权由其监护人代为行使)。作为个人,不论在权利关系中还是在权力关系中,他都是一个整体,个人已经是最小单位,不能再分割。正如卢梭所说:“自然人本身自成一个单位,他是整数,是绝对的整体,他只对他自己或他的同类才具有比例关系。”^②而当权利主体是集体(包括国家、法人等)而不是个人时,它既有权利又有权力,它的权利通常是指独立权、财产权、名誉权等,它的权力则是指其内部管理权(如各种服从与管理、协商与决策、奖励与惩罚等错综复杂的权力关系)。国家(包括法人)在权利关系中是一个整体(对外),但在权力关系中,它是一个由无数个体组成的联合体(对内),是可以分割也必然要分割成许多更小单位的。任何集体都是由人组成的,国家也是由许许多多自然人、法人、家庭、家族、社区等构成的。作为既有权利又有权力的国家(包括法人),其权利和权力的所有权主体是合一的(都是该国家或集体),但当它们需要具体运作时,就出现了所有权与使用权的分离。如集体的财产权作为权利,其所有权属于该集体,但行使该权利的总是集体中的某个或某些成员(如法人代表);集体的权力其所有权属于“大家”,但使用权属于该集体内的某些机构或“领导”,这些机构或官员有时行使的是集体的权利,有时行使的是集体的权力。权力主体的所有者往往不是个人(国王或私法人等除外),而是机构、组织、法人或国家等作为整体存在的那个实体,权力的所有者和使用者常常是分离的,权力的使用者是这个实体中的少数人。当我们说权力是外向的、是指向他人的时候,我们所说的是权力的“使用权”的特点,即国家或集体中某个机构或领导成员对该国家或集体内的其他成员拥有管理权、指挥权,或国家机关对本机

① 此时他所拥有的是权利而不是权力,一个人不存在对自己使用权力的问题,个人可能有一定的私权力,但私权力也是指向他人而非指向自己的。

② [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1982年版,第25页。