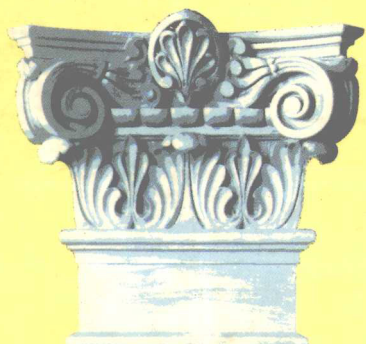




宪政制度的文化分析

xianzheng zhidu de wenhua fenxi

刘小冰 著

黑龙江人民出版社

江苏工业学院图书馆
藏书章

刘小冰 著

宪政制度的文化分析

xianzheng zhidu de wenhua fenxi

黑龙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪政制度的文化分析/刘小冰著:—哈尔滨:

黑龙江人民出版社,2002.8

ISBN 7-207-05666-4

I. 宪… II. 刘… III. 政治制度—历史—研究—世界
IV. D59

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 057452 号

责任编辑:刘海滨 装帧设计:刘亭亭

宪政制度的文化分析

(修订本)

Xian Zheng Zhidu De Wenhua Fenxi

刘小冰著

出版者 黑龙江人民出版社出版

通讯地址 哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼

邮 编 150008

网 址 www.longpress.com. E-mail hljrmcbs@yeah.net

印 刷 南京大学印刷厂

开 本 850 × 1168 毫米 1/32 · 印张:15.5

字 数 360000

印 数 1—1900

版 次 2003 年 8 月第 2 版 2003 年 8 月第 2 次印刷

书 号 ISBN 7-207-05666-4/D · 729

定价:35.00 元

(如发现本书有印制质量问题,印刷厂负责调换)

目 录

序言 法治的基本要求及其制度创新	石泰峰(1)
导论 宪政:一个古老国度的新的守护者	(4)
1. 宪政制度的形式要素	(20)
1.1 宪政制度的外在表现:宪法文本	(21)
1.2 宪政制度的法治基础:依法治国	(52)
1.3 宪政制度的纠正机制:国家紧急权力及其法律 调控	(148)
2. 宪政制度的价值要素	(201)
2.4 宪政制度的内在精神:人权	(202)
2.5 宪政制度的基本原则:平等、财产权保护与分权 制衡	(304)
3. 宪政制度的事实要素	(372)
3.6 宪政制度的物质条件:市场经济、私有经济 及其法律机制	(373)
3.7 宪政制度的社会环境:礼俗社会向法理社会的 转型	(442)
后记	(490)
修订本后记	(493)

序 言

法治的基本要求及其制度创新

——《宪政制度的文化分析》序

石泰峰

刘小冰同志邀我为其所著《宪政制度的文化分析》一书作序。现就法治的基本要求及其制度创新进行一些分析,作为对刘小冰同志开始这一研究过程的肯定。

人类社会自国家产生以后就有法律,如何行使和控制国家权力,如何处理国家权力和法律的关系,一直是人们长期讨论和试图解决的问题。奴隶制国家和封建制国家,或者说在整个农业文明的时代,尽管有法律,但是,国家权力尤其是最高国家权力却不可能严格地依照法律来运作。法律仅仅是维护国家权力的工具,不可能控制和约束国家权力的运作。只有当人类文明由农业文明进入到工业文明的时代,政治制度形态由专制政治转变到民主政治即确立了宪政制度,才为国家权力严格依照法律规范运作创造了前提条件,国家权力的运作方式才由人治形态转向法治形态。

法治国家的法律制度是民主的制度化、法律化,是自由和人权的法律保障。它体现了一种新的法律价值取向。这种新的价值取向要求法律制度构建在尊重人类的人格、尊严、自由、合理愿望、进取精神和财产权利的基础上,从而形成新的法律原则和

精神。这说明,法治国家的法律必须以确认和维护公民的基本人权为出发点,不但要承认和保护公民的民事和政治权利,而且还要建立实现上述权利必需的社会、经济、教育和文化条件。法律还必须并且有效地约束国家权力,防止国家权力滥用。在权力和权利的关系方面,公民、法人、团体的权利是国家权力配置和运作的根本目的和界限。对法律没有明确禁止和强制的情况,公民有权作为或不作为。权利主体在行使权利的过程中,只受法律所规定的限制,而确定这种限制的惟一目的在于保证对其他主体的权利给以应有的同样的承认、尊重和保护。

法治国家要求形成独立的、合理的法律运行机制。法治在实现法律价值取向转变的同时,要求法律制度自身结构体系的进一步完善与合理。马克思主义经典作家揭示了社会物质生活条件尤其是社会经济条件对法律的决定作用,同时指出,法律有其自身的独立性。法律作为一个独立的社会子系统,有其自身的运行规律和方式。但是,在人治国家中,法律的独立性几乎难以表现,法律往往是宗教、道德和政治的附属物,缺乏独立的结构和运行机制。在法治国家中,法律要实现其社会功能,就要首先形成独立合理的运行机制。如果没有独立的法律运行机制,法律运行依然依附于其他社会系统,就根本谈不上法治。建立独立的法律运行机制,要求法律系统必须具有相对独立性,具有自己特定的形式要件和运行目标。法律组织和机构必须是法律运行的真正“载体”,立法、执法、司法必须由专门机关来完成,并且形成高度专门化的法律职业。

法治国家要求确立法律在社会生活、国家生活的一切重要领域处于至高无上的地位。法律的至高无上的权威是法治国家的显著特征。法律的权威性要求任何政党、团体、国家机关和个

人都必须服从法律。法律的权威性要求政府的权力必须以法律为依据,来源于法律,并依法行使。法律权威性还要求保证法律的稳定性和连续性,在必要的时候,国家立法机关可以通过既定的法律程序修改或者废除某些法律,但是,任何政府官员和机构都不能擅自改变法律。树立法律的权威,就是要消除任何不受法律限制的权力,形成法律支配权力的权力运行秩序。

法治的这些基本要求都是在宪政制度中实现的。正是在这种意义上,我们必须肯定刘小冰同志对宪政制度长期的和深入的研究。

是为序。

导论 宪政：一个古老国度的新的守护者

一、宪政的概念及其存在理由

在过去的半个多世纪中，宪政在中国仿佛是一股清泉消失在茫茫沙漠，以至于当我们在 21 世纪重新捡拾起这一概念时，我们甚至无法确切地把握其精确的含义。

望文生义，宪政就是宪法政治，是以一定的形式条件（成文的或不成文的宪法和法律）保护人和公民的基本权利、限制政府权力的理想政治秩序的动态实现过程。

传统的宪政理论将宪政视为政治权力的多元化分配从而控制国家强制力量的政治制度。世界立宪史向人们说明，立宪政体就是控权的政体，自由的政体。宪法不仅是一种权力，而且是一种对政府加以控制的法律。“宪政即有限政府”的古典信条是一种正当的宪法观，也是人们之所以乐于使用“宪法”或“宪政”等类词语的真正原因。现代意义上的“宪法”一词实际上只是在 1776—1789 年间的美国才开始真正获得其确切含义。其后的实践表明，美国的整个传统是把“宪法”理解为实现“有限政府”的一种工具。法国的宪政主义从一开始也是如此。1789 年法国《人权宣言》（全称为《人与公民的权利宣言》）规定：“凡权利无保障和分权未确立的社会，就没有宪法。”宪法学家和政

治学家大多从这一角度来探讨宪法的定义。他们强调：宪法是控制权力过程的基本文件，其目的在于提出限制和控制政治的范围，把规定的权力从统治者的绝对控制下解放出来，使他们在活动过程中取得合法的分享。他们认为，宪法是规定国家统治机构的组织规范。特别是近代宪法规定了以权力分立为中心的国家重要机关的组织及其运行的方法，并以确定国家政权应遵循的基本准则为主要目的。因此，宪法是强调对政府活动进行限制，给予人和公民最大限度自由的强制性规范。^[1]

但是，“限政”的理论只是一种古典的或者说是一种“消极防御性”的宪政理论。随着时间的推移，人们认识到，仅仅限政是不够的。在过去的 20 年间，世界范围内的宪政理论正在发生一个悄然的转向，即从更多地强调冲突和对立转向强调合作的价值，探讨如何将对经济效益的追求与民主的社会选择结合起来，从而超越了古典学派只是在限制政府权力的层面上构建宪政制度的局面。^[2]杨海坤先生将这种现象称之为“从传统的控制国家权力逐步向建立理想政治秩序理论的过渡”。^[3]

中国为什么需要宪政呢？

回答这一问题的前提是剖析现行政治体制的弊端。现行政治体制已不能满足广大人民的根本需要，不能适应市场经济的基本要求，不能顺应世界历史的发展潮流。邓小平对此曾经有过较为清醒的认识。他认为，从党和国家领导制度、干部制度方面来说，我国现行政治体制的主要弊端就是官僚主义现象，权力过分集中的现象，家长制现象，干部领导职务终身制现象和形形色色的特权现象，而总病根是权力过分集中。一是民主化程度偏低。民主化主要包括公正选举制度的推广、大众参与政治程度的提高、政党和政府机关决策程序的民主化、实行真正的代议

制、政治多元化等。而我国现行政治体制的特点是,权力高度集中、以政党控制社会、以领袖控制政党,决策过程基本上没有制约机制和纠正机制。二是权力的软约束机制。健全的政治体制应具有一整套对权力的硬约束机制,以保证权力被用来做好事、防止权力被用来做坏事;即使出现滥用权力的情形,也能及时发现和揭露、并尽快纠正。而现行政治体制恰恰与此相反,在体制内,由于权力集中于党政机关和官员手中,监督与制约机制相当薄弱,司法系统弊端丛生,多数地方的行政监察部门形同虚设、作用甚微。体制外的监督和制约形式,如参政党监督、社团监督等,也无所事事。被封为参政党的各民主党派对权力根本构不成任何有效制约;新闻传媒(实际被纳入体制内)受到严格控制和检查;民众及社会不同利益群体的参与管道十分狭小。三是党治、人治、权治大于法治。法治是现代社会的标志,而人治则是传统社会的特征。在现阶段的中国,人治重于法治,法律还远未具备至高无上的地位,连国家的根本大法——宪法的权威都很成问题,违宪现象时有发生,却从未有过违宪审判的案例;在司法方面,有法不依、执法不严、违法不纠、司法不公的现象普遍存在;民众的法制观念、法治意识也不够强。这种人治重于法治的现状使得社会经济秩序紊乱、交易成本高昂、人际关系复杂,十分不利于社会的稳定及其良性发展。四是出现了体制性腐败这一社会痼疾,贪污受贿、权钱交易已成为社会经济运行机制的组成部分。五是人权与人的自由这些基本价值在现实生活中更多地表现为应有人权和法定人权,它们全部和真正地转化为实有人权的过程还相当漫长。当政治权力与公民利益发生冲突时,公民在绝大多数情况下处在弱势和被侵害的地位。这样的体制容易使公民产生与政府的疏离感、对立情绪,造成社会价值

取向的偏移。^[4]

著名经济学家吴敬琏先生经常借用英国作家狄更斯《双城记》的开篇语来表达他对当前中国改革的看法：我们所处的时代就是这样的时代，是最好的时代，也是最坏的时代，我们很快就要上天堂了，我们也要下地狱了。所谓天堂，就是说中国改革的目标是建立一个市场化、民主化、法治化的国家；所谓地狱，就是说我们现在的改革任务依然任重道远。当前的中国或许就处在这样一个交叉口上。“1978 年我们告别了个人崇拜，1992 年我们告别了计划崇拜，而 2001 年我们告别了所有制崇拜。我们渐行渐远，我们已经回不去了。”^[5]但至今，我们仍没有告别英雄崇拜。也许，在那么多的苦难中，我们不得不景仰英雄。但现在，宪政是我们这个古老国度的新的守护者，我们更需要将宪政作为我们的追求，因为存在着我们需要宪政的十大理由：（1）宪政肯定了自由、平等、人权等等的内心信仰，因而体现了人的自身价值。这些价值为限制政府权力预设了前提。（2）宪政是限制政府权力、保证政府所拥有的权力具有正当性和有效性的主要方法。合法限制政府的权力，有效制约政治权力，特别是国家权力所可能导致的专制和极权，从而保障个人各项权利免遭侵害，维护个人的价值与尊严，这是宪政的精髓。（3）宪政是我们与世界文明同步发展的主要标志和条件。（4）宪政是我们与世界大家庭进行对话的主要工具。（5）宪政是改善我们的民族心理结构并使之具有现代特性的主要方法。（6）宪政是市场经济发展的客观要求。（7）宪政是国家走向统一、富强、长治久安的重要保证。（8）宪政使我们拥有对过度的国家权力的批评权、抵抗权和反抗权。（9）宪政是树立法的权威和信仰的惟一方法，有助于我们从杂乱的、变化多端的意识形态和现代称谓中，

准确地、轻易地将独裁者辨认出来。(10)所有上述理由所形成的合力。

因此,也许我们无法判定宪政的国度是不是天堂,但至少我们能够判定宪政的国度不是地狱。

二、宪政:一个动态的实践过程

有学者指出,如果我们肯定宪政就是对政治权力的限制,那么,我们必须肯定宪政的基本标准是人道政府(关心公民的权利:财产权和人权)、有限政府(关注国家公共权力:通过主权和分权制衡的原理既授予权力又限制、约束权力,以达致权力的正当行使)、法治政府(法治:权利与权力资源的恰当乃至最优化配置)。^[6]这种观点强调了宪政的价值要素,当然有其现实意义,但它对宪政建设的事实要素等有所忽视。实际上,既然强调宪政是以一定的形式条件(成文的或不成文的宪法和法律)保护人和公民的基本权利、限制政府权力的理想政治秩序的动态实现过程,那也就是强调,达成宪政最基本的标准和条件是宪政的形式要素、价值要素和事实要素的有机统一。

(一)宪政制度的形式要素

在多数情况下,宪法是宪政的形式条件,实现宪政是宪法的真正目的。从宪政的角度来看,有宪政未必就有宪法,如英国。但有宪法也未必就有宪政。“在当今世界,虽然有一些国家也有着像模像样的成文宪法,但并没有实现宪政,甚至根本没有宪政秩序的少数专制国家表面上也可以高喊‘依法治国’的口号,或打着‘依法治国’的旗号践踏宪政。”^[7]

在历史上,为政权提供合法性依据的意识形态主要是各种

形式的天命论(君权神授论)、社会契约论和科学真理论。正在流行的威权主义(民间表达其意蕴的经典语言是“无民主、有自由”)的基础则是政绩合法性。亨廷顿在《第三波》中指出,面对政绩合法性的剥落,威权主义领袖们可以而且确实是以下列五种方式中的一种或数种作出反应的。首先,他们可以直接拒绝承认他们的合法性日益受到削弱,同时希望或相信他们能够把权力保持下去。于是,他们便像捞救命稻草那样大肆渲染民主转型的失败案例以及民主政权的种种弊端,企图由此获得某种“负面合法性”。其次,威权政权可以试图通过用强制的服从来取代日益涣散的义务和忠诚而生存下来。如果政权的领导人能够就这一过程达成一致意见,他们也许能够推迟其不断衰落的合法性所造成的后果。第三种选择是挑起外部冲突,并试图通过诉诸民族主义来恢复合法性。但是,挑起一场战争是一项风险很高的策略。第四种选择是为他们的政权涂上一些民主合法性的外表。现存的多数威权政权宣称,他们将在适当的时候实行民主。随着政绩合法性的下降,他们将面临要求兑现上述许诺的越来越重的压力。第五,威权政权的领导人们可以毅然决然、因势利导地主动结束威权统治,引入民主体制。我们希望,中国的前途将是第五种选择。通过宪政体制来重塑政治合法性,这是中国政治改革必须迈过的一道坎。^[8]而中国宪政的第一个形式要件就是需要有一部成文的宪法。在代议制民主之下,权威的基础在于人民,这种权威是通过宪法表达出来的,宪法成为权威最根本的法律来源。宪法划定政府及其不同部门之间的界限,官员由人民直接或间接选举产生,确保这些制度安排并保障各自的独立和完整。

同时,这种众法之法必须高于任何个人和机构,国家的一切

权力源于宪法并依宪法行使。根据法治原则,现代国家无不将宪法置于最高的法律地位,主张任何其他法律、国家机关、法人和个人的行为都必须符合宪法,以此实现宪法和法律的最高权威,以有效地保护人的权利、人的自由和人的尊严,促进人的全面发展。只有真正确立宪法的最高权威,才能有效地限制恶政、坏政、专制、腐败的滋长,促进社会的良性发展,才能建立和维护市场经济的正当秩序,使公民的财产权利得到保障,使公民的生活水平和生活质量不断提高。在不尊重宪法的权威、权力大于法律的社会里,即使有成文宪法,有各种名目的法律条文,也不可能确立真正的宪政,宪法条文会成为形同虚设、有名无实的奢侈品。

宪政的第二个形式要件是相配套的法律制度。宪法并不代表宪政,有了宪法,并不表明就必然会有制度化、具体化的宪法体制。当一个国家的宪法答应给人民以权利,却无法在现实中去寻找,人们就无法把握自己的今天,无法按照常情和常理关注自己切身的的生活,对于未来除了落空的幻想之外,难有准确的估计。^[9]如果大量与宪法相配套的有关保障公民的诸种权利和自由、监督权力行使者遵守宪法的宪法性法律和其他重要法律及诉讼制度久久难以出台,权力行使者就会处在自我矛盾的尴尬之中:既已经肯定了人和公民的权利,又无法按照具体的法律来调整行使其权利的行为。这种宪政建设中的非理性主义局面,只能导致权力行使者对权力相对人的合法行为行使恶的或非法的权力,而权力相对人必然为捍卫其权利和自由进行顽强的反抗,这会使愤怒和仇恨深埋心底,大大增加潜在的社会动乱要素。因此,我们需要一部保障性的宪法(真正的宪法),不需要名义性的宪法或装饰性的宪法(或冒牌宪法)。

需要指出的是，宪政的落实并不总是局限于成文而完整的制度形态，宪政必须包括不成文的重要政治习惯和惯例，关键在于它们不能违背成文宪法的基本精神。真正成熟的法治，不仅需要理性，更需要经验。宪政既需要以理性主义的法律条文作为基础，更需要以法律惯例等作为其重要的组成部分，这些才是国家和社会生活中真正的“活法”（living law）。

美国政治学家罗伯特·达尔指出：一个国家从非民主政府向民主政府转变的时候，一开始的政治“安排”（Arrangements）渐渐成为“惯例”（Practices），到了适当的时候，它就变成了固定的“制度”（Institutions）。^[10] 其实，安排——惯例——制度是任何一项法律制度得以最终形成的正当描述，并非仅在“从非民主政府向民主政府转变的时候”才开始。在中国，良性的不成文的重要政治习惯和惯例近年来也有相当的发展。现在既有许多“安排”，也有许多“安排”正在向“惯例”转变，有些已经成为“制度”。^[11] 其中执政方式方面具有重大影响的“惯例”有：（1）政治协商惯例。所谓政治协商惯例是指执政党在作出重大政策建议和人事建议前，与各民主党派进行的事前政治协商形式。在中国共产党对国家事务拥有固定权限的情况下，各级中共党组织对国家和地方的政治原则、政治方向、社会发展政策等所作的重大决策以及向各级国家政权机关所推荐的重要领导干部人选，在向各级人大提交审议前，要先与各民主党派进行政治协商。（2）“两会”审议惯例。每年三月召开“两会”（人大和政协会议）决定国家的大政方针实际上已经改变了中国宪法关于政协只是民主监督的规定，使其取得了法律监督的实际地位。（3）会期参照惯例。在改革开放之前，民主党派全国代表大会的召开时间比较随意。这种现象在 1982 年中共十二大后有了

改变,民主党派开始与中共的会期保持大体的一致。在中共的每次全国代表大会结束一段时间以后,民主党派便召开各自的大会,学习贯彻中共的新精神。^[12]这些惯例为中国各政党之间的交流提供了相对有效的管道,因而就其价值取向而言是有益的。

与此同时,在中国,非理性的不成文规定和成文规定常常会发生矛盾和冲突,而且占上风的总是非理性的不成文的政治习惯或惯例。自从1924年国民党改组,中国一党专制的意向就一直在制约着中国宪政的发展,“训政”、“党治”在中国形成的“党国”传统,窒息了宪政原已十分微弱的生存空间。“改革开放二十年来,中国共产党作出了许多自律性规定,取得了一定的成绩。但是从总的方面来看,这种要求目前还多是宣言性的,还不是实际可操作的;主要是自律的,还不是他律的;是一种政治性、道德性的要求,而非真正具有法律约束力的规定,特别是缺少政党法、政党监督法以及宪法诉讼机制的条件下,党的一部分具体活动是在法律外适用的(例如纪委的‘双规’明显违背宪法,是对刑事诉讼法的‘规避’)。领导党、执政党在宪法和法律中都没有明确的法律责任,更没有因侵犯其他政党、团体和个人合法权益承担法律责任的规定。”^[13]

在宪政所依赖的法律制度中,国家紧急权力制度是一种特殊的制度安排。当宪政因政治、经济、卫生等严重事件而处于十分险恶的境地、出现异常状态时,国家紧急权力制度是宪政由异常状态恢复为正常状态的最主要的方法。

国家紧急权力制度包括戒严制度、紧急命令制度、战争状态制度、国家动员制度等,戒严制度是最基本的制度。这些制度对人权、平等、财产权保护和分权制衡等宪政制度的基本价值

的恢复具有重要的工具价值。我们主张,应通过借鉴、吸收、移植,形成以宪法为龙头,以《戒严法》、《国防法》、《战争状态法》、《国家动员法》、《紧急命令法》等法律为骨干的完整的国家紧急权力法律体系。

边沁认为,一部好的法典的条件是:完整性(不需要另加注释或判例);普遍性(具有普遍效力);准确性(准确表达内容);逻辑性(结构和布局合理)。以此为标准,从形式上看,中国现行宪法还不能适应宪政的需要。因此,我们主张,集中全民族的智慧对现行宪法进行“大修”,即大幅度减少序言的份量,大幅度增加人权(民权)、党权和政权及其相互制衡的规定。

(二) 宪政制度的价值要素

宪政既需要形式的合理性,更需要价值的合理性。宪法是宪政的静态,宪政则是活的宪法。良好的宪法是宪政的价值之所在,宪政则是一整套政治哲学、政治理念、政治文化和制度安排的集成,而其内在精神就是人权的保护。只有当政府框架提供一个人权法案以及保证人权法案得到遵守的一系列制度设施时,政府规划才能成为宪法和宪政。

由此出发,宪政的价值以以下两个方面作为自己的诉求:

第一,宪政是以人权为本位的一种制度安排。

宪政最根本的原则就是以人权为本位,以人的权利为出发点和归宿,以人为目的。因此,它与任何形式的专制主义、威权主义、法西斯主义格格不入。它不能容忍任何形式的无视和践踏人权、剥夺人的财产和自由的行为。从人权保障原则出发的法律改革将是整个中国宪政制度的创新。普遍人权论为宪政制度的创新提供基本价值和发展方向,法治(宪治)国家论则为宪政制度的创新提供形式框架和具体路径。宪政制度的创新必须