

LAW & POLITICAL SCIENCE SERIES



法政科学丛书·张千帆主编



论道宪法

On Constitutional Issues

蔡定剑 著



我们现今最缺少的宪法学者，就是能把实践精神与积极理想主义二者完美结合起来的。定剑的宪法研究始终是重实践、重社会、重中国的。

—— 江平

他一方面是个学者，在宪政理论方面有不少见解；而另一方面，他还是一个行动者。

—— 姜明安

他的研究兴趣从来都是经世致用的学问，而不是一堆无病呻吟、矫揉做作的词藻，独特的工作经历决定了他强烈的问题意识和现实关注。

—— 张千帆

法政科学丛书 | 论道宪法



上架建议：法学 政治

ISBN 978-7-5447-1624-6



9 787544 716246 >

凤凰出版传媒网：www.ppm.cn

定价：35.00元

AW & POLITICAL
SCIENCE SERIES

论道宪法

On Constitutional Issues

蔡定剑 著

图书在版编目(CIP)数据

论道宪法/蔡定剑著. —南京:译林出版社, 2011.1

(法政科学丛书)

ISBN 978-7-5447-1624-6

I. ①论… II. ①蔡… III. ①宪法—研究—中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第255151号

书 名 论道宪法

著 者 蔡定剑

责任编辑 陈 锐

出版发行 凤凰出版传媒集团

译林出版社(南京市湖南路1号 210009)

网 址 <http://www.yilin.com>

集团网址 凤凰出版传媒网<http://www.ppm.cn>

印 刷 江苏凤凰扬州鑫华印刷有限公司

开 本 652 mm × 960 mm 1/16

印 张 20.75

字 数 250千

版 次 2011年1月第1版

印 次 2011年1月第1次印刷

标准书号 ISBN 978-7-5447-1624-6

定 价 35.00元

图书如有印装质量问题,可随时向我社出版科调换

主 编 序

张千帆

自新文化运动提出“德先生”与“赛先生”以来,距今已有九十多年。这么多年来,“民主”与“科学”一直是引领中国现代化进程的两面大旗,一直在指引着中国现代化理论与实践的方向。但不得不说的是,虽然中国科学经过不懈努力取得了长足的进步,民主仍然是几代人前赴后继、孜孜以求的目标,而对于一个国家来说,民主甚至比科学更为重要。没有科学,国家是落后的;没有民主,国家也许可以一时强盛起来,但是国家发展迟早会发生严重的方向错误甚至堕入战争的深渊;纳粹德国和军国主义日本就是前车之鉴,中国在改革开放前二十年也走过很长一段弯路。可见“德先生”要带着“赛先生”走,否则“赛先生”要迷路的。今天我们依然倡导科学与民主,而不能不看到两者的纲目之分、体用之别。

其实民主本身就有一套科学,而中国民主之所以长期不完善,恰恰是因为我们忽视了民主政治的常识和规律。近百年来,民主一直是一个政治正确的口号,各种民主思潮和理论相继引入中国,激发了国人的极大兴趣,但是我们对于民主制度在各国实际政治中的运行方式及其经验教训却所知甚少。理念和理论永远是新奇的,但是解决不了

一个国家的实际问题。今天,我们不能停留在民国初年或改革开放初期引介西方思想的水平上,而有必要综合考察各国民主宪政的制度实践。惟其如此,我们才可能用民主的科学推动民主的政治。

《法政科学丛书》的宗旨正是探索各国民主宪政的制度模式,及其在实践运行中的利弊得失。所谓法者,法治也,当首推宪法之治;政者,政治也,非民主政治莫属。我们冀望这套丛书可以帮助中国通过“赛先生”,看到更真实的“德先生”,进而加速民主宪政的进程。

是为序。

目 录

第一篇 宪法要义

关于什么是宪法 3

新中国宪法的制定背景 21

宪法实施的意义、问题和建议 26

我国宪法监督制度探讨 35

宪法权威来自宪法的生活化——接受《法制日报》记者高娣的专访 48

第二篇 宪法司法

宪法实施的概念与宪法施行之道 59

宪法的司法适用是个普遍常识 71

宪法实施途径探索——论中国宪法的私法化之路 76

中国宪法司法化探索 101

宪法如何解释？ 131

美国联邦最高法院与司法审查透视 139

第三篇 政制改革

- 政治体制改革与法制建设 153
- 国家权力界限论 158
- 论地方政府领导人的选举 170
- 关于我国的检察监督制度及其改革 178
- 法院制度改革刍议 189
- 走出司法改革的迷途 209
- 国外有关公职人员的日常行为准则 214
- 民主责任制政府——1997年7月1日后的香港政制 224

第四篇 宪政发展

- 中国宪政百年回眸与脚下的路 243
- 宪政建设与人民代表大会制度 271
- 中国社会转型时期的宪政发展 278
- 中国宪法三十年变革与未来 304

第一篇 宪法要义

关于什么是宪法

在走向法治的今天,普通法律已越来越深入大众生活,为民众所熟悉。如刑法早就为人们所熟知,民法和经济法也广为人们运用来解决自己的纠纷,行政法也在日益走向大众生活,民告官已成为耳熟能详的话语。唯有宪法在现实生活中仍默默无闻,备受冷落。从老百姓到高层领导,知道有一个宪法被称为“国家的根本大法”,但更多的人恐怕不知道宪法是干什么的。宪法与普通老百姓有什么关系?宪法在社会中到底起什么作用?^①许多宪法学者甚至也不真正理解宪法,认为宪法内容比较空洞,研究是没有意思的,或者对宪法丧失了信心,都纷纷“逃离”宪法领域,形成宪法研究及其研究人才几乎荒漠化。

理论上说,依法治国主要是依宪治国,如果宪法仍不为广大人民群众所了解,并深入扎根社会,干预大众生活,又何以能成为我们社会的根本法?法治国家又何以能建立起来?近代社会创造了宪法及其宪政这一人类社会最伟大的制度文明,并在许多国家发挥了巨大的作用。但是,我们中华民族为宪政奋斗了一百年,实施宪法也有五十年,为什么宪法的影响

^① 实际上,宪法在社会中也没有对普通百姓发生什么作用和影响。

仍然不大,作用似乎甚微呢?这是一个非常难以解答的复杂问题,也不是本文的旨趣所在。本文只想指出造成这一状况的一个很小的、但绝对不是不重要的原因。这就是我们长期以来对宪法的基本概念、基本理论的理解是不是有误?我们是不是在一个正确的宪法观念下制定了一部真正的宪法和真正在实施宪法?如果这个问题都没有解决,我们怎么能指望社会中会有宪法呢?这种担心并非是毫无道理的。比如,我们的许多权威法学家(包括宪法学家)经常提出修宪问题,每当党和国家提出新的路线、方针、政策、目标、任务的时候,每当经济体制发生变化,甚至企业和农村经营管理方式发生转变的时候,就有人提出要修改宪法。这种宪法理论和现实,使我这个自称为研究宪法的人对一些幼稚的宪法问题陷入深思,宪法是不是法律?它到底是个什么样的法律?它究竟应该解决什么问题?它又是怎么在社会生活中发挥作用的呢?

当一个美好的理论不能指导现实的时候,可能是有社会和制度性的障碍。当一个理论指导实践产生令人不解结果的时候,我们就不能不反思这种理论。谁都说宪法是国家的根本大法,规定国家的根本制度。可是,新中国建立以来,我国的政治制度没有变,国家制度和社会制度也没有变,可为什么修改宪法如此频繁呢?从1954年制定宪法以后,四十五年中修改宪法已有八次之多。^①这与宪法发展史上最频繁修宪的国家相比,有过之而无不及。我们在初学宪法的时候,教科书上就给我们讲了法国大革命后那段频繁制宪的历史,从1789年到1870年的八十年中,法国制定了八个宪法,这被称为宪法史上宪法不稳定的典型。然而,那是在法国资产阶级革命后动荡的年代,政局不稳定,资产阶级革命派、保守派、封建专制君主、封建贵族等各种政治势力激烈斗争、反复较量,导致政体的

① 1954年宪法后,修改宪法分别是:1975年、1978年、1979年、1980年、1982年、1988年、1993年、1999年。制宪后四十五年中,平均每五年多一次。如果只算1979年后改革开放二十年的时间,则平均每三年多一次。

不断更迭。^①可是我国呢？人民民主的政权和政权组织形式从来没有改变过，而十一届三中全会以后，不但国体、政体没有变，就是国家总的路线、方针、目标和任务都没有变，为什么还要频繁修改宪法呢？这就不得不引起我的好奇：是不是我们的宪法理论和在这种理论指导下制定的宪法本身有问题？宪法到底应该规定什么内容？是不是把不应规定的东西当作宪法内容加以规定了，把不是根本性的东西当作根本写进了宪法。那种对宪法时尚化、政策化的观点恐怕与错误地理解宪法有关，一个可以随便修改的法律还说得上是根本法吗？因此，我们有必要反思，反思到宪法的最基本理论问题上去——究竟什么是宪法？

宪法是政治法吗？

在许多宪法教科书上，解释宪法概念时非常强调宪法的一个重要特点，说宪法是个政治法。宪法是统治阶级意志的体现，反映了阶级力量的对比关系，等等。宪法是个政治性很强的法，这个观点没有错。但是，我们过去对宪法的解释和做法实际上是把宪法定位于政治法，这是很失偏颇的。这种定位的错误容易使我们过分强调和夸大宪法的政治性，这实际上导致人们更多地把宪法当作政治文件、政治纲领对待，而不是把宪法当作法律。^②宪法性质的政治化，就是造成在制定、修改宪法时，容易把许多政治性、政策性的东西装入宪法，使宪法充满时尚化的政治语言。在宪法的作用上，把宪法当成政治工具，当为了某种政治需要时，才会想起“运用”宪法武器。这种情况下，宪法使用最多的部分是序言和总纲的内容，而不是宪法本身那些法律规范性内容。

① 参见萧蔚云主编，《宪法学概论》，第12页，北京大学出版社1982年版。

② 这种宪法的政治化，部分是宪法理论造成的。至今在法学院的课堂上，宪法讲政治内容多，如大讲国家的性质、政治制度的理论和结构等，讲法律内容少，如国家权力的界限、公民权利的保护及其程序等，以致宪法课不像法律课，而更像政治课。

宪法作为一个调节政府与人民关系的法律,不可避免地具有一定的政治性。在西方社会,宪法也被认为是具有政治性的,因为宪法反映了一定国家的政治理念和信仰,但这不会使人们把宪法作为政治文件对待。尽管它们的宪法中有很好的政治宣言,在美国,有文字激昂的《独立宣言》^①;在法国,有荡气回肠、千古流芳的《人权宣言》。但再好的政治宣言也不会等同于宪法规范,代替宪法的实际作用,政治宣言只是宪法所体现的一种精神。在人们的理念中,宪法首先是一种法律规范。宪法,对法律工作者来说,更愿意作规范的解释,而不是作政治的解释;宪法,对老百姓来说,更愿它作为保护权利的手段,而不希望它是一种政治宣传。宪法的政治性不是表现在它的性质上,而是表现在宪法规定了政府的职权和分工、公民的基本权利等政治性内容。尽管这些规定的内容有政治性,但它应被作为法律规范加以实施。作为法律的宪法,和其他法律一样应是刚性的,而不是柔性的,它对政府的权力要起着实际、有效的约束作用。

过去,由于我们对宪法政治性特点的过分强调,使人们忽视宪法本身的特性——法律性。宪法不是一个政治文件,而是一个法律,它应具有法律的一般特性:即具有明确的规范性、可操作性、强制性和可诉性(可以通过诉讼的途径得以实施)。这些规范是政府和掌权者必须遵守的,违反了要引起法律后果,并承担法律责任或政治责任的。对老百姓来说,宪法应像其他法律一样也可以用来诉讼、打官司的。如果对宪法没有这样的理念、这样的解释,宪法就难称得上是一个真正的法律,宪法作为国家最高的行为准则的本质精神和特点,就难为广大公民所了解和接受,就会导致人们把宪法当作政治文件,而不是作为法律规范来对待。

澄清对宪法政治特性的误解,就是要让宪法从政治坐标系回到法律的坐标系上来。

^① 美国的《独立宣言》虽不是宪法的部分,但却是重要的宪法性文件,是美国宪法精神之所在。

宪法是总章程吗？

宪法是国家的总章程，是五十年来我们对宪法概念解释的至理名言。这个解释对广大公民来说非常通俗，特别是对共产党员来说很易懂。它使人们很容易联想到党章，党章一般要规定党的性质、目标、宗旨和任务等。正像我们的政府创自于党一样，我们的宪法观念看来也多少受到党章观念的影响，所以，宪法带有党章的许多痕迹。

但是，国家的宪法与社会团体的章程或政党的章程有根本的不同，社会团体的章程主要是规定该团体的性质、宗旨、目标和任务等，而宪法则不应以此为主要内容。按宪法是总章程的理解，它就要规定国家方方面面的重要事情。几十年来，我国的宪法就是在总章程的理论和观念指导下制定和修改的。所以，宪法有包罗万象的内容：从光荣伟大的历史，到辉煌的现实；从国家的指导思想、基本政策和总任务，到经济体制、企业和农村的生产经营管理方式、分配方式；从基本国策，到教育科技文化体育卫生方针等等，繁不胜举。

按总章程的观念制定、修改宪法，会给宪法的稳定性和权威性带来麻烦。把太多各方面“重要”的东西都写入宪法，使宪法很难适应快速发展的社会变革，宪法的频繁修改就在所难免。当1954年宪法把党实现社会主义改造的过渡时期总路线，以及实现党总路线采取的方法、步骤和措施等都写入宪法时，就意味着宪法的命运系于实现党的总路线上。一旦国家完成了社会主义改造，实现了党的总路线时，这部宪法的历史使命也就差不多终结了。

总章程的观念使宪法一定程度上成为包罗万象的政治宣言。每当党和国家提出重大社会改革目标和出台重大的方针政策时，每当社会生活某方面的情况发生重大变化时，都将触及宪法某方面的内容，这样就常常将宪法置于一种稳定性与现实不适应的矛盾之中，修宪的呼声就此起彼

伏,经常修宪就成为“必然”。很显然,总章程式的宪法容易产生宪法的稳定和权威性问题的。

如果说宪法是个总章程,那么宪法所要调整的社会关系的对象和范围是什么呢?任何法都有特定的调整对象和范围,解决某方面的社会问题和矛盾。如果法律没有特定的调整对象,这个法就没有存在的必要。如果把宪法定位于一个总章程,并且是包罗万象的,就很难确定它的特定调整对象,对某一方面的社会关系加以具体规范。每一方面的重要事情都要在宪法中加以确立,而它不可能去具体调整所有方方面面的社会关系。这样,就把宪法变成了只有宣传性和象征性的东西。

宪法如果真是个法律,就不应是个总章程。法律的特性要求它必须有自己的特定调整对象,去解决特定的社会关系。宪法所调整的特定社会关系,就是人民与政府的关系和政府不同机关之间的关系。它为政府权力设定界限,解决政府的权力分工,保障公民的基本权利。宪法的这种职能就是限制和防止政府滥用权力,使公民对政府权力进行防御和监督成为可能。宪法的主要使命就是解决政府权力的合法行使和保证公民基本权利不受侵害。

如果说宪法只规定一项内容,那就是规定政府权力的范围,国家机关的设立、组织及其职权,以及各国家机关之间的关系。如果宪法要规定两项内容,那就是规定公民享有的基本权利。如果宪法还要规定第三项内容,那就是要规定怎么保障宪法实施,以及宪法实施的途径和程序。我的意思是,从内容上说,宪法的核心内容是界定、规范政府权力,规定它的合法产生程序,它是第一位的。第二位才是规定保障公民基本权利。从宪法精神上说,宪政的目的是保障公民的基本权利,但是保障公民权利要先从规范政府权力入手,规定政府权力的范围就是为了防止政府权力为非,从权力为害根源上保护公民的权利。规范国家权力之所以比宣告公民的基本权利更重要,是因为对公民权利的侵犯主要来自政府权力滥用,不首先规范政府权力,让它依法行使,而仅靠宣告公民权利,这种保障是不可

靠的。制宪的目的是为了给政府授权以管理社会,宣告公民的基本权利是告诉政府行使权力的目的和时刻不要忘了它对公民的责任。

宪法内容的这种主次轻重关系,从宪法发展的历史过程中可以看得十分清楚。英国被称为宪法的发源地,它不成文宪法形成的主要过程是:1215年提出第一个宪法性文件《大宪章》,它的主要内容就是在国王和贵族议会之间分配权力,要求国王把部分权力转移给贵族。而保障公民权利的法案则在1628年的《权利请愿书》、1679年的《人身保护令》中逐步提出,1689年资产阶级革命时的《权利法案》中得以完善。这一点从最早制定成文宪法的美国的制宪过程也可以看出。在1789年通过的宪法只规定了议会、总统和法院的产生和职权,并没有人权保护的内容,到1791年补充前十条修正案才把人权保护的内容写上。1803年又通过最高法院的解释确立了保障宪法实施的司法审查制度。仅有权利宣言的文件并不能称其为宪法,只有对政府权力作出规范和权力分工的文件才称得上宪法。在美国宪法制定之前,有《独立宣言》,它差不多是个殖民地人民的权利宣言。在法国宪法制定之前,则发表了《人权宣言》,因为没有国家机关产生和职权的规定,它就不能称其为一个宪法,而仅仅是一个人权宣言而已。

从宪法产生发展的角度和它内容的主从关系,更能帮助我们理解什么是宪法。不能认为公民权利重要,就以为它在宪法中的地位也是最主要的。近代制宪把公民权利前置于国家机关之前,并不见得是对宪法精髓很了解之举。而二战以来,制宪的国家更多地把社会经济政策和其他内容写进了宪法,有不少还有漂亮的序言,从宪法的有效性看,这也不见得是什么宪法的进步。这些做法虽然使宪法变得更好看、好听了,但却使宪法的规范性和法律性减弱,政策性增强。太多的政策宣言使宪法更虚幻,而不是更真实。我们看到大多数后制宪的国家,宪法更多停留在纸上,而不是运行在现实中。而早期立宪国家的宪法虽然内容比较简单,没有新类型的宪法那么漂亮,但却更为现实。所以,不能认为那种包罗万