



中国法治现代化丛书

丛书总主编·徐显明

FAZHI XIANDAIHUA YU
法制现代化

主编·蔡定剑

HENG
政

知识产权出版社



中国法治现代化丛书

丛书总主编·徐显明

知识产权出版社

FAZHI XIANDAIHUA YU XIANZHENG
法制现代化与宪政

主编·蔡定剑

本书受教育部哲学社会科学重大课题攻关项目
「中国法治现代化的理论与实践」资助

内容提要

本书结合宪政、人权保护、全球化等主题,广泛运用、评述中外相关学说、理论,分“从法制到宪政”、“宪政下的法治”、“现代法治与人权保护”、“现代法治与民主”、“全球化与宪政”、“中国宪政之道”等六个专题,全面详尽地论述了法制现代化及其与上述主题的关联,视野宽阔,见解独到。

责任编辑:汤腊冬

责任校对:董志英

特约编辑:卞学琪

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

法制现代化与宪政/蔡定剑主编. —北京:知识产权出版社,
2010.9

(中国法治现代化丛书)

ISBN 978-7-80247-873-2

I. ①法… II. ①蔡… III. ①法制—研究 ②宪法—研究

IV. ①D902 ②D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第026837号

法制现代化与宪政

蔡定剑 主编

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

责编电话:010-82000860 转 8108

印 刷:北京富士印刷厂

开 本:880mm×1230mm 1/32

版 次:2010年9月第1版

字 数:361千字

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82005070/82000893

责编邮箱: tangladong@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:13.125

印 次:2010年9月第1次印刷

定 价:35.00元

ISBN 978-7-80247-873-2/D·933 (2833)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前言

Preface



世界法制现代化历程有二三百年的历史，而宪政制度是“二战”以后才得以建立的。何谓宪政？现代西方宪政理论大多强调以宪法控制政府权力、保障个人权利。宪政包含民主，但与民主不同，宪政不仅关注国家权力掌握在多数人还是少数人手中，更关注个人权利的保障。因此，需要有符合多数人利益的法律。宪政被概括为法制、民主和人权的结合和相互制约。可见，宪政是法制现代化发展的高级阶段。法制现代化是与人类的现代文明，特别是政治制度的文明紧密联系在一起的。这个过程虽然经过血与火、战争与革命、改革与改良的推动，但主要途径还是法律制度自身不断演进完善的过程。法制进入到民主社会才变得文明起来，注入了人权因素才变得人性化；民主有了法制的规范和保障才会有秩序；人权只有在民主制度下才得以发展，有了法制的力量才得以实现；法制也限制民主的暴政和人权的滥用。这就是现代法制与宪政的内在关系。

自从1902年大清帝国为了收回“治外法权”开始修律以来，中国就踏上了法制现代化的旅程。而中国的宪政之门是“戊戌变法”开启的，可见，中国的法制现代化与宪政建设差不多同时启程，这在世界上是罕见的。当宪政缺乏现代法制基础时，它的建设

如同空中楼阁或沙中造塔。因而中国宪政走上了异常艰难曲折的路。中国 20 世纪前半半个世纪不但宪政没有上路，法制现代化也没有成功，最后革命中断了法制现代化和走向宪政的历程。

1949 年，新中国摧毁了一切旧法制，试图建立自己的法制。但是，建设进程“反右”和“文革”等一系列的政治运动又中断了刚建立的民主制度和法制。直到 1978 年结束“文化大革命”，十一届三中全会反思历史和“文革”后，才重新确立民主和法制的价值，当然，当时对法制的理解也不只不过是管理之具、秩序之制。到 1996 年，提出建设社会主义法治国家的目标，把对法制的认识上升到治国之具的高度。在人权方面，在 20 世纪 90 年代中期以前，对人权的概念还是抵制的态度，认为那是西方国家用来干涉国家主权的阴谋；20 世纪 90 年代中期以后，我国政府不仅承认人权，并积极参加国际人权对话，到 2004 年把保障人权写进了宪法。

可见，从法制到法治，从民主到人权，改革开放后中国又开始重新回到人类社会制度文明发展的轨道上来，回到从法制现代化向宪政发展的这个制度文明的历史逻辑进程中来。遗憾的是中国近代走向法制现代化的进程都太曲折了，这个进程也来得太晚了。

本书虽然对何谓法治、民主、人权和宪政作出了阐述，但更重要的是探讨了宪政的各种因素的发展演变，宪政原则下的法治、民主与人权的关系，既揭示它们之间深刻、内在的密切联系，也分析了它们的区别和制约的关系，而这正是宪政的精神实质。如法治与民主并不像人们通常认为的那样都是一致的，有时它们是相互制约的，法制会限制民主的暴政，人权也会抵御法制的滥用。力求探讨法制现代化向宪政发展的因素和条件正是本书的特点，包括全球化条件下对法制现代化和宪政发展的影响。最后特别对中国的宪政之道作出了探索。

本书是徐显明教授主持的国家社科重大攻关研究项目“中国法制现代化”的一个子课题。徐教授委托我来主持这个课题，对我来说是命题作业。所幸的是我邀请到了这个领域里一些权威的、

有造诣的专家，他们放下了手中繁忙的各项工作积极参与这项研究，我要借此机会感谢郭道晖教授、蒋劲松先生、李居迁教授和张守东教授，还有我的两个博士研究生魏建新副教授和黄建军副教授，没有他们的支持和努力，此项研究不可能顺利完成。

蔡定剑

2010 年 4 月

目 录

Contents

第一章 从法制到宪政

蔡定剑 黄建军

- 一、法制现代化与宪政 / 1
- 二、西方宪政现代化的过程 / 36
- 三、中国近代法制与宪政的变革 / 57
- 四、当代中国的法制现代化 / 69

第二章 宪政下的法治

魏建新

- 一、宪政下的法治——良法之治 / 95
- 二、宪政下的法治——行政法治 / 109
- 三、宪政下的法治——司法独立 / 123
- 四、宪政下的法治——违宪审查 / 134
- 五、宪政下的法治实质——秩序与自由 / 146

第三章 现代法治与人权保护

郭道晖

- 一、提高对人权理念的认知 / 162

二、分清人权的价值位阶 / 180

三、基本人权的保护机制 / 189

第四章 现代法治与民主

蒋劲松

一、民主和法治理论的发展 / 214

二、现代法治与代议制 / 238

三、法治与民主的契合——有限政府 / 255

四、法治与民主的契合——分权制衡 / 272

五、现代法治下的社会自治 / 290

六、结 语 / 294

第五章 全球化与宪政

李居迁

一、经济全球化与法律全球化 / 296

二、国际社会与人权保障 / 302

三、全球化对主权的影响 / 316

四、实施 WTO 与宪政 / 330

五、结 语 / 346

第六章 中国宪政之道

张守东

一、中国宪政之道的探寻 / 356

二、宪政改革的问题与对策 / 360

三、限权视野中的宪政之道 / 365

四、维权视野中的宪政之道 / 380

五、结 论 / 397

参考文献

一、著作类 / 399

二、论文类 / 408

从法制到宪政

蔡定剑* 黄建军**

一、法制现代化与宪政

尽管世界各国法制的发展都并非是一条直线，但总体趋势是进化的，是一个从简单到复杂、从低级到高级、从残酷野蛮到人道主义、从等级专制到平等自由、从“身份到契约”的变迁过程。^①作为民主、法治和人权保障的统一载体，宪政即是人类法制文明发展到较高阶段的产物，是法制现代化的标志和归途。尽管在法制现代化的路途上充满了无数的坎坷，但宪政社会的来临终究是不可阻挡的历史趋势。

（一）宪政的涵义和制度形态

1. 当代西方学者的宪政观

宪政是近代从西方传入中国的舶来品。在西方社会，其最初的含义大体上也就是遵照宪法治理国家的意思，即依宪治国。当代西方宪政理论大多强调宪政控制政府权力、保障个人权利的价值，强

* 蔡定剑，中国政法大学教授、宪政研究所所长、博士生导师。

** 黄建军，南京航空航天大学，副教授。

① [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第207～208页。

调以宪法来控制国家权力，而不论国家权力掌握在多数人还是少数人手中。按照这种宪政观，宪政和民主的功能是不同的。如果说民主主要是解决政府权力的归属问题，那么宪政则主要解决政府权力的限度问题。当代西方宪政观受自由主义政治哲学影响较深，其主要原因可能是西方国家民主政治所处的发展阶段所致。对于西方国家而言，其现实任务已经不再是建构、巩固民主，而是规范和制约业已成为政治现实的民主。

即便是福利国家的兴起，也没有明显改变西方宪政浓重的自由主义色彩。美国宪政研究的著名学者墨菲（Walter F. Murphy）认为，宪政主义和有限政府的概念紧密相关：宪政主义是一种规范性政治理论，支持着一种特殊的宪政秩序，其实践性的宗旨包括：政府权力的任何行使，不论是代表一个领导人、一群精英还是绝大多数公民的意志，都应受制于重要的实体限制。简言之，宪政主义要求任何社会的中心价值必须是人格尊严（human dignity）。因此，有些事情是政府不能做的，不论它如何忠实地遵循宪法文本和更广义的宪法秩序所指定的程序，抑或它的行动甚至完美地模仿着一个魅力型（charismatic）暴君、一个乐善好施的政变集团或大多数选民的理智判断。^① 弗瑞德奇（Carl Friedrich）则明确把分权制看成西方宪政的主要内涵。他认为：“权力限制的全部总和构成了特定社团的‘宪法’”；“除非程序限制得以确立并有效运行，真正的立宪政府并不存在”；“分权乃是文明政府之基础，宪政主义之内涵”；“通过分权，宪政主义对政府行动提供了一套有效制衡的体制……它是一套保证公平运作的规则，从而迫使政府对人民‘负责’”。^②

① [美] 华尔特·墨菲：“宪政主义”，张千帆译，载《南京大学法律评论》2000年秋季号。

② 张千帆：《西方宪政体系（上册·美国宪法）》，中国政法大学出版社2000年版，第2~3页。

当代西方的宪政理论大多表现出对民主的审慎态度，在肯定并分享民主价值的同时，主张防御并控制民主权力的滥用；它只承认一个权力有限的政府，民主的政府也不例外。即便是民主的大本营——议会，也不能以民主程序任意侵犯个人的基本权利。观察西方的宪政实践，以民主政治为前提并对民主进行多方面的制衡是西方发达国家宪政的一个普遍特征。其宪政制度对民主政治的制衡不是消灭民主，而是对民主进行必要的和有限的制约，防止民主权力滥用。作为世界上最古老的成文宪法，美国联邦宪法的许多制度设计即充分体现了对民主进行防范制约的思想。当代学者如哈耶克和布坎南等人甚至认为西方传统宪政制度在防范民主权力滥用、制衡民主政治方面做得还相当不够，对传统的宪政制度发表了许多批评意见，提出了一些新的宪法模式。^①

2. 中国语境下的宪政

中国的宪政思想最早来自西方，但在中国特定的语境下，宪政的概念、理论已经发生了部分变异，具有了一些自己的内涵。1949年之前，主要有两种理论。一种强调宪政的民主内涵，这主要是政治活动家的观点。中国近代以来的宪政大多以争民主为潮流。例如，毛泽东曾经在1940年发表的《新民主主义的宪政》一文中指出：“宪政是什么呢？就是民主的政治”，“世界上历来的宪政，不论是英国、法国、美国，或者是苏联，都是在革命成功有了民主事实之后，颁布一个根本大法，去承认它，这就是宪法”。^②在这里，宪政基本上成了民主的同义语。另一种则较为强调宪政的法治或人权内涵，主要是一些学者的观点。例如民国时期

① [英] 哈耶克：《法律、立法与自由（第二、三卷）》，邓正来等译，中国大百科全书出版社2000版，第425～456页。James M. Buchanan, Constitutional Restrictions on the Power of Government, in the Theory of Public Choice II, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1984, pp. 440～441.

② 《毛泽东选集》（一卷本），人民出版社1964年版，第690～693页。

著名学者萧公权认为,“宪政虽与民治有不可分割之关系,而就其根本意义及作用,二者固有区别。民治之精义在以民决政,宪政之精义在以法治国”。“宪,法也;政,治也;宪政者,法治也”;但它又不是普通的法治,而是“民主的法治”。^①而另一位民国时期的著名人物张君勱则明确提出“人权为宪政基本”。^②“宪法乃一张文书,所以规定政府权力如何分配于各机关,以达到保护人民安全与人民自由的目的。……宪法上每件事就是要防止国家的专擅,就是防止国家滥用权力。”^③显然这些学者的观点深受西方宪政理论的影响。

在当代中国,人们对宪政的认识有了新的进展,主要有三类观点。第一类观点受毛泽东的影响比较大,认为宪政主要是一种民主政治,这是一种民主宪政论。例如,许崇德认为,“宪政应是实施宪法的民主政治”;^④《宪法词典》也认为,宪政是“以宪法为中心的民主政治”。^⑤第二类观点主张宪政是“民主+法治+人权”的结合体,它是一种复合宪政论。例如,李步云认为:“宪政是建立在法治基础上的以保障人权为主要宗旨的民主政治。”^⑥郭道晖认为宪政是民主、法治、人权的动态过程。^⑦第三类观点主张宪政主要是一种制约政府权力的法治,这是法治宪政论或限权宪政论。例如张千帆认为宪政“是指一种使政治运作法律化的理念或理想状态,它要求政府所有权力的行使都被纳入宪法的轨道并受宪法的

① 萧公权:《宪政与民主》,清华大学出版社2006年版,第35~51页。同时代的学者章渊若也非常强调宪政的法治性质。参见章渊若:《现代宪政论》,中华书局1934年版,第1~7页。

② 张君勱:《宪政之道》,清华大学出版社2006年版,第154页。

③ 同上书,第140~141页。

④ 许崇德:《学而言宪》,法律出版社2000版,第333页。

⑤ 《宪法词典》,吉林人民出版社1988年版,第351页。

⑥ 李步云主编:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第3页。

⑦ 郭道晖:“宪政简论”,载《法学杂志》1993年第5期。

制约”。“宪政是法治的最高形式。”^① 这种观点与当代西方的宪政观点较为一致。

以上各种观点均有其价值，尤其是法治宪政论更符合宪政概念的本义。但考虑中国还是一个民主尚未完全成功、正在民主化进程中的国家，在现阶段肯定宪政概念中保障民主的内容，可能更符合中国现阶段的实际国情。在民主尚未取得统治地位的时候，便强调控制民主，恐不符合宪政发展的一般规律。当然，也不应只强调民主，而忽视法治和人权。法治、民主、人权保障三者实际上在中国均严重欠缺相应的传统，民众的法治观念、民主观念、人权保障观念普遍比较薄弱，对其重要性的认识较为片面和肤浅。在法制现代化建设过程中，坚持法治、民主、人权保障三者并重，这对中国具有重要意义。

从民主宪政发展的普遍规律和中国的具体国情来分析，应当承认民主、法治、人权三者均是中国宪政建设不可或缺的要素。作为民主的后发展国家，中国宪政的构建应当坚持民主价值和自由价值并重，通过宪法将法治、民主、人权三者有机统一起来，才不致有所偏废。无论是民主还是法治，必须在宪法的保障和规制之下，才能成为良善的民主和法治。宪政概念的界定应当既要考虑到中国民主不发达的实际国情、强调宪政的民主保障功能，又要顺应世界宪政潮流，兼具防范国家权力滥用、保障个人自由价值的限权功能。笔者认为中国的宪政应当是宪法之下的以民主为政治基础、以保障人权为主要宗旨的一种最高形式的法治。

第一，宪政的根本属性仍是一种法治，是宪法的统治。宪法是国家的“基本法”，宪政的最主要功能是通过宪法控制所有的政府权力包括立法权力，防止政府超越权限、滥用权力。宪政也是一种法治，但它不是普通的法治（以普通法律为依据的国家治理），而

① 张千帆：《宪法学导论——原理与应用》，法律出版社2004年版，第11~14页。

是最高形式的法治，是宪法之下的法治。

第二，作为宪政的主要成分，法治、民主、人权三者之间相互依赖，具有连带关系。民主是法治和人权的政治基础；法治是民主和人权的制度保障，而人权则是民主和法治的根本宗旨。没有民主作为政治基础，法治和人权将成为空中楼阁，法治更将沦为法律之下的专制。没有法治作为制度保障，民主将陷入混乱，人权也将成为国家权力滥用的牺牲品。没有人权作为根本宗旨，民主、法治即失去了存在的意义。只有以民主为政治基础、以法治为制度保障、以人权保障为根本宗旨，才能实现真正的宪政。

第三，宪法对于民主、人权以及普通的法治具有超越性的地位。宪法是最高的法。宪法保障并制约民主、人权以及普通的法治。普通的法治和民主必须受到宪法的保障才能保证自身不受侵犯；同时普通的法治和民主必须受到宪法的制约，才能防止法治和民主的滥用。同时，人权也只有在宪法的保障下，才能免受民主和法治的可能的侵害，从而获得最有力的庇护。

3. 宪政的制度形态

宪政的本质是通过政治和法律的制度安排，约束国家权力，保障个人权利。以上述宪政概念为基础，宪政在制度形态上主要由民主、法治和人权三大制度共同组成，是一个具有内在自洽性的制度系统。第一是民主。这是公民通过选举制度、代议制度等民主政治过程来约束国家权力，具有一定的周期性，其作用主要限于选举和议会活动的场域。公众参与制度弥补了选举和代议民主的一些不足。第二是法治。这是在国家机关内部，依据宪法和法律的规定，以权力制约权力，通过不同权力的相互制约，达到约束国家权力、保证国家权力依法行使的目的。第三是人权。人权制度不仅是实现宪政根本宗旨的制度安排，而且其本身还具有约束国家权力的特殊作用。这就是以公民权利来约束国家权力：公民在日常的政治和社会生活中、在各个领域通过行使其言论、结社等自由权利，制约国家的权力活动。与民主制度相比，它对国家权力的制约作用更具有

常态性和普遍性，众多的社会个体成员可以积极主动地行使其公民权利，在更为广泛的时空条件下对国家权力进行连续不断的监督、制约。宪政的三大制度相互支撑、配合，共同发挥作用，具有彼此不可替代的性质。当然，宪政的具体制度形态在不同国家具有多样性，不存在完全相同的模式：

（1）民主。

现代民主制度以代议制为标志，而代议制民主又是以选举为基础；近几十年来，为弥补代议制民主的不足，又发展了由公众直接参与政治决策和执行过程的参与式民主和协商民主。这三个方面构成现代民主的主要内容。民主制度的具体内容有：

第一，选举制度。

选举制度是民主制度的基础。它是民主国家通过法定的程序，由人民以投票的方式选择自己的民意代表和国家领导人的制度安排。曾有学者把选举制度作为民主制度的根本性标志。民主大师约瑟夫·熊彼特（Joseph Alois Schumpeter）的理论就是选举民主理论的代表。他以选举来解释民主，认为民主是“一种形成政治决定的制度安排，在这种安排之下，个人通过竞争性的方式争取人民的选票来获得决策的权力”。^① 根据这一标准，判断一个国家是否民主时，主要看其强有力的决策者是否通过公平、诚实、定期选举产生，而且这种选举是以候选人可以自由竞争选票、每个成年公民都享有平等的投票权为前提。熊彼特给人们提供了从选举的角度理解民主的思维，把选举定义为民主的本质。公平、自由、竞争的选举是判断一个国家民主制最重要的标志，从而使人们能从选举程序的角度衡量一个国家是否是民主国家。不管熊彼特的观点如何，都说明尽管选举不是民主制度的全部内容，但确实是不可或缺、至关重要的内容。

选举是民众赖以控制政府的首要手段。没有选举这种最主要的

① [美] 熊彼特：《资本主义、社会主义与民主》，吴良健译，商务印书馆 1999 年版，第 395～396 页。

控制措施，政府内部的制衡也会因迷失总的方向而失灵。选民们从代表不同利益的候选人中选举统治者来组成政府、管理国家，并根据统治者的实绩来决定他们是否能够留任，从而使政府的行为受到周期性的检查——可以是连选连任、质询或罢免，从而确保政府官员的私人利益与公共利益保持一致：政府官员只有通过正当行使权力，去实现公共利益最大化，才能实现其私人利益的最大化。这就是选举制度的基本职能。

现代选举制度已经发展到相当复杂、完备的阶段。虽然各国具体的选举制度存在种种差异，但一般都规定了四种最基本的制度：普选权制度、平等选举权制度、直接选举制度、自由选举制度。普选权制度规定享有选举权的主体应当是普遍的，除了必须具备本国国籍、已经成年、无精神病外，人民取得选举权别无其他资格限制条件。平等选举权制度则要求所有选民在权利和地位上是平等的，每人在一次选举中只有一个投票权，且分量或价值大致相等，即“一人一票，一票一值”，禁止以财产、教育、性别、居所、职业等不同为由对不同选民选举权的数量、分量进行区别对待。直接选举制度是民意代表机关代表或政府官员由选民直接投票选举产生的选举制度。自由选举制度保证选举过程是选民真实意愿和自身利益的自由表达。它要求：①候选人自由产生；②自由宣传介绍候选人；③选民自由投票选择候选人。选民自由投票选择候选人通常由无记名与秘密投票方式加以保障。

第二，代议制。

代议制是民主制度的根本性标志。与直接民主制不同的是，代议制是一种由民选的代表或官员代表选民去管理国家并为选民服务的制度安排。在这种间接民主制下，选民虽然不直接行使管理国家政务的权力，但基于其选举权的享有和行使，他们仍然能有效地对有关的代表和官员实施政治控制，迫使其响应选民的意愿，实现选民自身的利益。当然，这里的描述只是对代议制的简要概括，代议制的实际运作本身是相当复杂的。

现代社会的庞大规模决定了直接民主因其成本太高而难以成为国家的基本政治制度。在代议制下，国家主要是由一部分民选的代表、官员来进行管理，这就在很大程度上解决了在较大规模的社会中民主运行成本过高的难题。在代议制下，议会由选民定期选举产生的代表组成，选民通过其选出的代表对国家机关的活动行使控制权。作为民主政治的“大本营”，议会通常以少数服从多数的决议方式，从事制定法律、任免国家高级官员、监督其他国家机构运作等重要的国务活动。在选举的压力之下，议员为了获得连任，不得不对选民的利益需求保持足够的敏感并予以积极响应。因此，在代议制的正常运作下，由众多议员组成的议会所产生的法律或决定一般较倾向于维护最大多数人的最大利益。

经常有人批评代议制民主是一种程序化的“票决式民主”，认为“严格程序化的民主只关心意见的表达和聚合，强调通过多数原则形成公共决定，而这将损害民主的理性交流功能，并导致对程序中少数人权利的合法挤压”。^①其实，正如代议制民主离不开选举但我们不能把民主简单等同于选举一样，代议制民主离不开票决，但它绝不是不加充分讨论和协商、不尊重少数人权利的简单票决。各种复杂的议会规则要求议会票决活动必须在充分理性交流的基础上进行；议员和议会的活动更非是闭门造车，任何一个正常的议员都不会拒绝听取选民的声音，且代议制民主在当代早已发展出各种相对成熟的制度来防范民主的冲动和专制。^②

因各国具体情况不同，代议制在有的国家表现为“议会至上”，议会的立法权代表了国家至高无上的权力，几乎不受任何其他权力控制。在这样的国家，立法权是最高统治权，法律则是最高

① 王锡锌：《公众参与和行政过程——一个理念和制度分析的框架》，中国民主法制出版社2007年版，第10页。

② 蔡定剑：“为民主辩护！——对当前反民主理论的回答”，载《中外法学》2007年第3期。