

第一章

憲法、立憲主義與中國

憲法也好，立憲主義也好，對中國來說都是舶來品。我一直認為，憲法、立憲主義對於中國政治法律制度的意義，就像西醫對於傳統中醫之意義。今日中國之中醫，從基礎理論、教學方法，到看病診察化驗、治療用藥，對西醫的優長處，幾乎是來者不拒，照單全收。中國的政治、法律制度，按理也應該可以像中醫對待西醫那樣，對西方政治、法律制度之優長來者不拒，為我所用。但是，政治、法律畢竟不同於行醫治病，它們在常理、邏輯之外還涉及錯綜複雜的利益糾葛，因而對於如何對待憲法、立憲主義，奉不同價值觀的人們之間、尤其是官民之間，極難達成共識。

就憲法而言，早在 19 世紀末，當時中國的志士仁人，就強烈主張立憲，熱烈追求立憲主義，而立憲的目的就是實行立憲主義。中國頒佈第一個憲法性文件《欽定憲法大綱》，迄今已過去了 113 年，中國頒佈第一部臨時憲法《中華民國臨時約法》，迄今已過去了 109 年，中華人民共和國自 1949 年以來，也先後公佈施行了一部臨時憲法和四部正式憲法。但是，有憲法不一定有立憲主義，中國的立憲主義道路，經歷了許多次挫折。由於複雜的歷史原因，中國人民的立憲主義追求，時至今日總體看來尚處於起步階段，前路還極其漫長。具體如何到達實行立憲主義理想，還需要我們這代人乃至下一代人艱難探索。

我們不妨先簡要回顧一下憲法、立憲主義在其故鄉之源起，基本內容和來到中國後的坎坷命運。¹

1 本章以下前四部分原本是一組文章，於 2012 年 5 月初起，每周一次，分四次於上海《東方早報》之「憲政啟蒙」專欄連載，但不幸於 6 月初被叫停。這是內容相互銜接的四篇文章的修訂、整合版。

一、作為立憲主義之規範載體的憲法

作為法律，憲法最突出的外在特徵是其國家根本性，但古希臘、古羅馬已出現了初具根本法特徵的法律文書，以及與之相適應的根本法觀念。古希臘著名學者亞里士多德在其著作中不時談到「雅典憲法」，當時這是指規定國家機構的根本組織和權限的法律。到古羅馬時代，則已有了與行政長官可自行變更的普通法律不同的、須有保民官參與其事才可變更的關於國家的根本組織的法律。可以說，在歐洲上古時期就已經有了憲法的萌芽。

對於中國人來說，憲法是從歐美傳入日本，又從日本傳入中國的新型法律。近現代意義的憲法是歷史上商品貨幣關係普遍化和有民主事實後的結果。歷史上最早出現的不成文憲法當推 1688 年前後基本形成的英國憲法。歷史上最早出現的成文憲法是 1787 年通過、兩年後生效的美國憲法；稍後還有法國大革命過程中先後出現的幾部憲法。自那時以來，兩個多世紀過去了，憲法有了多方面的發展。中國人接觸和逐步接受近現代憲法觀念，是從 19 世紀末開始的。中國古代文獻中雖也能找到「憲」、「憲法」之類的說法，但都只有治國理政的規範或普通法規的意思，無國家根本法的含義。日本明治維新時期，西方根本法觀念傳入日本，日本學者參照中國古代文獻的提法將根本法譯為「憲法」。19 世紀 80 年代，中國改良派、維新派人士提出「立憲法」等主張，其中的憲法二字，就是「出口日本轉內銷」的結果。到 1908 年，清王朝頒佈了《欽定憲法大綱》，這樣，憲法一詞在中國官方文獻上就首次有了根本法的涵義。

2012 年正好是中國憲法歷史滿 100 年。1912 年 3 月公佈的《中華民國臨時約法》是中國第一部憲法，但屬臨時憲法。中國第一部正式憲法是 1923 年公佈的《中華民國憲法》，還有 1947 年元旦公佈的《中華民國憲法》。1949 年 9 月 29 日中國人民政治協商會議第一屆全體會議通過了一個《共同綱領》，這是 1949 建立的中華人民共和國的一部臨時憲法。後來相繼產生了 1954 年憲法、1975 年憲法、1978 年憲法和 1982 年憲法。中國現行憲法是 1982 年通過的，已經過了四次修正。

國外的憲法定義更多，但那些國家的學者往往着眼於憲法功能的發揮方式來給它下定義，其中比較平衡和常見的說法是：憲法是通過限制公共權力來保障公民基本權利的高級法。其中，高級法主要着眼於比普通法律更高的效力而言的，至於通過限制公共權力來保障基本權利的看法，雖然抓住了憲法在法律地位上的根本特點，但畢竟只是對現象進行描述。中國的法學受本質主義影響特別深，而按照這種主義，國外這類界定憲法概念的方式沒有抓住事物的「本質」，因而中國憲法學者往往不願認同。

「憲法是治國安邦的總章程」，這是中國過去對憲法最官方化、政治化的定義。這個說法從掌握和運用國家最高權力者的角度看是有道理的，但缺點是不能平衡地反映普通公民與統治者兩方面的看法。因為，普通公民並無「治國安邦」的機會，這樣看憲法顯得與普通公民關係不大，即使有關係，他們也只是「治」和「安」的被動客體。

在中國學術界，憲法一度被典型化地界定為「集中反映統治階級意志的國家根本法」。從以「階級」為核心概念的法學的觀點看，這種憲法觀可謂簡練精闢，但其缺點是「階級鬥爭」色彩太濃，不太符合社會主義初級階段中國的基本情況和現實需要。鑒於這種情況，後又有學者用「政治力量」為關鍵詞取代「階級」，大體將憲法界定為「集中反映政治力量對比關係的國家根本法」。這樣說，形式上避開了階級這個關鍵詞，但由於政治力量對比歷來被認為主要是階級力量對比，因而此說只是緩和、掩飾了而不是從根本上改變了從階級角度看問題的立足點。

近十多年來，比較多年輕人願意接受或有興趣參考的觀點是，「憲法是分配法權並規範其運用行為的根本法」的觀點。這種新的憲法觀是本人提出、證明並通過編寫教材予以推廣的。這個說法，繼承了前人關於憲法的外延為「根本法」的見解，按照這種見解，憲法之所以是根本法，原因在於它確認公民基本權利、規定國家各項重大制度，經由特別嚴格的程序制定並以特殊多數通過，是其他法律的立法根據，具有最高法律效力。但是，法權憲法觀的新意，在於把憲法的內容改為從「法權」角度來表達。什麼是法權呢？用學術化的語言說，法權是從法學角度認知的，法律承認和保護的全部利益，它以

所有權歸屬已定之全部財產為物質內容，表現為各種形式的法上之「權」。法權不是一個法規範性文件中的用語，而是一個指稱權利和權力的統一體的法學範疇。

理解這種新的憲法觀的關鍵是認識法權。通俗點說，法權就是憲法確認和保護的全部「權」，從法的一般理論的角度看，法權可以理解為「法定之權」的縮寫，可視為一國之法確認和保護的各種「權」的總和，是我們在法律生活中碰到的「權利」、「自由」、「權力」、「職權」、「權限」等正價值現象（相對於義務、職責等負價值而言）的總和，我們完全可以將其理解為一個待分配的大蛋糕。法權也可以從憲法角度理解為憲權，即憲定之全部「權」。從法學的觀點看，法權是一個由權利與權力構成的統一體，它後面的社會內容是法律承認和保護的全部利益，並以一國歸屬已定的全部財產為其物資載體。

憲法「分配法權並規範其運用行為」，基本的做法是把法權分為權利與權力兩部分，並對其享有主體運用權利或權力的行為進行規範或限制。這個過程的社會內容其實無異於將全部利益分為個人利益與國家利益兩部分，並限制得到這兩部分利益的主體支配自己所分得的那些利益的行為。由於法律上的利益歸根結底是財產利益，所以，法權、權利和權力，以及其後隱藏的利益，它們即使不直接表現為財產，至少也必須是能夠間接以貨幣為一般等價物進行計量的價值體。因此，法權分配在終極的意義上說就是物質財富分配或財產分配，同理，規範法權運用行為也就是規範財產的支配行為。

或許，從效用看，需要特別強調憲法應該是官民各方必須一體遵循的效力最高的法律。依法治國首先是依憲法治國。中國與任何國家一樣，法首先指憲法，其次是全國人大及其常委會制定的其他法律，如憲法相關事務、民商、行政、經濟、社會、刑事、訴訟與非訴訟程序等領域的法律，除法律外還有大量與之配套的行政法規、地方性法規和自治條例、單行條例等。

在一國的全部行為準則中，憲法是最高的行為準則，具有最高的法律效力。在現代法治國家，憲法與普通法律一起構成一個統一的法律體系。在這個體系中，採用成文憲法的國家，憲法都是以最嚴格的

程序、通常都是由制憲主體以三分之二以上多數通過的，國民意志最全面、最集中、最權威的反映。毫無疑問，憲法本身的權威高於根據憲法所產生的機構的權威。所以，憲法是一國法律體系中位階最高的法律，制定普通法律必須以憲法為依據，其內容必須符合憲法，與憲法內容抵觸的法律無效。對這一點，實行成文憲法的國家通常都由憲法本身或經由憲法慣例予以確認的，中國憲法也不例外。中國憲法規定：本憲法是國家的根本法，具有最高的法律效力。

作為整體，任何國家的法律體系都必須以憲法為根基，其他所有的法，不論它的名稱是法律、行政法規還是其他的什麼，都不能與憲法的規定和精神相抵觸；一旦抵觸，就應該被認定為無效。或許有人會說，我們公權力機構違憲的情況在不同程度上存在，這是國家領導人都承認的事實，但問題是，憲法被違反了又怎麼樣呢？確實，出現違憲的情況也不一定亡國亡黨，但在中國違憲得不到糾正的危害是多方面的，其中包括：全國人民的根本意志和執政黨的重大主張不能落實或受到扭曲，甚至被特定機構、個人的意志、主張所取代；國家法制失去統一的基礎，各地各領域自行其是；本應統一的法律秩序乃至社會經濟秩序受到破壞，等等。無論如何，如果連違憲都得不到糾正，依法治國，建設社會主義法治國家的目標是不可能實現的。

即使是對於法律之外的各種行為規範，如道德、政策、各政黨和團體的章程、各種組織內部的紀律、習慣等等，憲法也應該發揮相應的規範作用。憲法相對於法外的行為準則體系，也具有不同形式的最高性。只不過，憲法相對於這部分行為準則的最高性的表現形式和約束力往往需要根據具體情況來確定：相對於中國的公權力機構、政黨、其他社會團體和企業事業組織的章程、紀律等，憲法的最高性應該是強行的，即也應該有最高的法律約束力，與之抵觸的應屬無效，儘管這種效力在多數情況下是通過普通的法規範性文件的效力間接體現的。至於道德，它不是法律，但法律規範應該是中等高尚程度的道德的轉化形式，因此，憲法也是一國主流道德的集中表現，因而也應該有最高的道德約束力。

憲法是法律，與普通法律相比，憲法有以下一些特點。

一、憲法與一定的民主事實相聯繫，是民主的表現。美國革命家潘恩（Thomas Paine）說過，「一國的憲法不是政府的決議，而是建立其政府的人民的決議」。² 憲法應當是民主制度的法律化，若沒有基本的民主事實，就不會真正有憲法，即使形式上有一個被稱為憲法的文件，那也是不會真正付諸實施的，是假的。因為，專制統治不需要憲法，最多只需要憲法做擺設，裝璜門面。

二、憲法直接限制着最高統治權的範圍和行使方式。從根本上說，憲法應該是國民自己的協議，國家機關的權力來自國民的委託，公共機構有多少權力，如何行使權力，都必須根據憲法的規定來確定。沒有憲法根據的公共權力是非法無效的。對這方面的道理，潘恩也講得很透徹。他說，「政府如果沒有憲法就成了一種無權的權力」。³ 所謂「無權的權力」，即沒有憲法根據的非法權力。

三、憲法責任不同於其他法律責任。憲法責任即違憲責任。憲法責任主體一般只能是國家機關和其他行使公共職能的機構，普通公民只有違法責任沒有違憲責任，因為憲法對公民行為的規範是通過立法來實現的。與此相聯繫，違憲行為即使涉及個人，也往往是職務行為，因此，違憲責任通常表現為政治責任，承擔責任的形式通常是辭職、被免職、被罷免、被彈劾等。

要正確把握憲法，或許最後還要說一說「憲法」的淵源（即憲法的表現形式）。因憲法產生的歷史條件不同，各國憲法的淵源很不一樣，僅就實行成文憲法的國家而言，有的除憲法典外，還有憲法判例、憲法慣例等。不過，中國憲法的淵源或表現形式很單純，就是《中華人民共和國憲法》這部憲法典，沒有其他憲法淵源。雖曾有學者認為中國除憲法典外也有其他憲法淵源，但那都只是個人學理見解，沒有憲法根據，也沒獲國家權威機構認可。

2 潘恩（Thomas Paine），馬清槐等譯：《潘恩選集》（北京：商務印書館，1981），頁146。

3 同上註，頁250。

二、現代憲法的通常內容

當今法治國家憲法的內容，簡單地說，就是分配法權並規範其運用行為。憲法實際上是一國之內居主導地位的社會政治集團，以全體國民的名義分配全部法權的總方案，它必須或應該確定或規定的內容應該有如下七個方面。

一、確定全部法權的歸屬，即確認有待分配的法權這個大蛋糕在本源上屬誰所有。不論實際上看還是從理論上看，各種事實上的各種「權」作為一個整體客觀上存在是一回事，能否進入憲法保護的範圍則是另一回事，因為，當代任何國家都或多或少有一些憲法不保護或難以保護的權利。憲法不是學術論文，它不會論述這個道理，但它確實會以適當形式確認全部「權」的歸屬主體，被確認的全部「權」從憲法角度看是憲權，從法律和法的一般理論角度看即為本章統一稱謂的法權。

歐美國家成文憲法對法權歸屬主體的確認，通常是以制憲者在價值觀上接受自然法學派的自然權利學說和人民主權說，並將其視為制憲前提的路徑默示地完成的。例如，美國《獨立宣言》概括的以下觀念，事實上就是美國憲法制定者共享的價值觀和制憲指導思想，它源於啟蒙時代的歐洲：「我們認為下述真理是不言而喻的：人人生而平等，造物主賦予他們若干不可轉讓的權利，其中包括生命權、自由權和追求幸福的權利。為了保障這些權利，人們才在他們中間建立政府，而政府的正當權利，則是經被統治者同意授予的。」中國的情況與美國有根本不同，但中國制憲者奉行的憲理和反映在憲法中的價值觀，理所當然也包括全部「權」（不論其在實際生活中表現為哪種具體形態）本源性上都屬於人民（在政治過程中表現為選民）、且國家的權力源於人民的委託的價值觀。中國憲法關於國家的「一切權力屬於人民」的規定，以及執政黨立黨為公、執政為民的宗旨和權為民所賦的論述都能證明這一點。

二、確定權力的範圍或界限，這實際上是確定國民委託給國家機關掌握和運用的那部分法權的範圍，也就是確定憲法分給國家機關的那塊蛋糕的大小。公民把一部分在本源上屬於個人的權利委託給國家

機關行使，這些受委託的權利彙集到國家機關手中就轉化成了國家權力。中國憲法規定的各級各類國家機關（其中首先是各級人大）的職權、權限，都來自選民（人民的具體法律表現）的委託。此即所謂「權為民所賦」。這裏包含兩項重要原則：（1）憲法規定給國家機關的職權就是人民委託的職權，未受委託的機關或組織不能行使國家權力。（2）國家機關的職權以人民委託的為限，即不能享有憲法沒有委託的職權，因此，根據憲法行使職權的政府都是權力受限制的政府，法治國家通常簡稱有限政府。

三、確認公民保留的權利的範圍，尤其是確認公民基本權利的範圍。這也就是確認屬於公民的那部分法權或那塊大蛋糕。在一國的全部法權中，除委託出去的那一部分到了國家機構手中轉化成了國家權力、由國家機關行使外，其餘法權全部由人民保留。憲法對基本權利的列舉，並非表示公民的權利以此為限，而是表示在公民全部權利中，被列舉的那些是基本權利，國家必須承擔起保障這些基本權利的義務。國家保障公民基本權利的方式可以是立法，也可以是行政或司法，具體保障方式視憲法體制而定。談論憲法確認公民保留的權利的範圍時，有幾項原則應予注意：（1）公民的權利不以憲法規定的基本權利為限，公民有權做憲法沒有排他地規定只能由國家機關做的事情，有權做憲法、法律不禁止的任何事情。（2）國家只能基於每個人的權利都能獲得充分、平衡的保障之目的才可以對公民基本權利做限制，對公民基本權利的限制不能違反比例原則。（3）對公民基本權利的限制只能以狹義的法律為之才具有正當性，以法律的下位法規範性文件或其他方式限制公民基本權利違反憲法精神。（4）限制公民基本權利的法律應該符合憲法的規定與精神，否則應屬無效。（5）公民基本權利的範圍不是固定不變的，在條件成熟時有必要通過修憲或解釋憲法的形式擴大基本權利的保障範圍。

四、在國家機構體系內的橫向配置權力。這裏涉及的實際上是憲法對國家分到的那部分法權或那一大塊蛋糕在同一級國家機構內的不同國家機關間做橫向配置的原則。在國家機構橫向配置權力方面，歐美國家和其他地區很多國家的憲法，強調的配置原則一般是權力分立與制約平衡。各國在權力分立與制約平衡的具體形式上往往有很大差別，議會制國家與總統制、半總統制國家不一樣，英美法系國家與大

陸法系國家也不一樣，但共同點都是強調擔負不同職能的國家機關之間要用權力相互制約。制約的主要目的是防止權力過分集中導致腐敗，防止任何機關或個人搞極權專制破壞民主和法治。

在這方面，中國憲法規定的權力配置原則是民主集中制。民主集中制原則在處理權力橫向配置方面的基本要求，是在全國人大和地方各級人大都由選民直接或間接選舉產生的基礎上，國家行政機關、審判機關、檢察機關都由本級人大產生，對它負責，受它監督。在中國憲法的民主集中制下，同一級國家機構的不同機關之間，職權劃分比較明確，但監督是單向度的，即只實行人大對其他國家機關的監督，其他國家機關不能反過來監督人大。另外，中國憲法沒有一般性地規定同一級國家機構的不同機關之間相互制約，但還是有一些相互制約的內容，如法院、檢察院與公安部門辦理刑事案件，憲法就規定了辦案三方「應當分工負責，互相配合，互相制約，以保證準確有效地執行法律」。

五、在國家機構體系內縱向配置權力。在國家機構內縱向配置權力方面，各國憲法往往分別採用單一制或聯邦制中的一種體制來實行。就權力縱向配置的特點而言，單一制推定國家主權屬於代表統一的國家的中央當局，地方的權力由中央授予，全國只有一部憲法。過去的單一制國家多實行中央集權制，各級政府之間做職權劃分，不搞事權劃分，地方行政機關首長由中央任命，各級地方行政機關下級服從上級，各級地方政府接受中央政府領導。當代的單一制多採用地方自治模式，在此模式下，中央與地方之間往往做事權劃分，地方行政首長由本地議會選舉或由選民直接選舉產生，對本地議會或選民負責，中央與地方權限爭議往往通過司法途徑解決。

中國實行的也是單一制，但既非中央集權，亦非地方自治，而是總體上實行民主集中型的單一制。憲法規定，「中央和地方的國家機構職權的劃分，遵循在中央的統一領導下，充分發揮地方的主動性、積極性的原則」。《立法法》對於這種體制的立法權限做了很具體的規定，但其他方面職權的縱向劃分要麼比較模糊，如行政權，要麼因黨法不分、以黨代法的原因而受到扭曲。不過，中國也有港澳兩地實行了地方高度自治的特別行政區制度。