

这里不打算讨论上述三种可能性中哪一种较为合理。我们的目的是指出:双重代表制并不能恰如其分地对现行宪法上的人民主权结构进行理论化。上述三种可能性中的每一种,都在不同程度上触及这个结构中的某些成分(包括事实的成分和规范性的成分)。第一种可能性实际上与宪法第一条有关,因为第一条对国体的界定(与第二条政体相区分)行使一种功能,就是把政治与法律区分开来,真正的决断发生政治空间,而这个空间(国体)虽然出现在宪法第一条中,但其在宪法上是看不到其具体形象的:宪法上展开的空间是由国家机关及其构成原子——公民填满的。第二种可能性涉及序言中对党的领导的宣告。而第三种可能性则强调了宪法第二条人民主权及其法律载体的意义。的确,“只有将 1982 宪法序言关于共产党的领导权的宣示和宪法第一条、第二条结合起来,才能完整地阐释中国主权的阶级结构及其代表结构”。〔6〕问题只在于:如何将这三者整合成一个统一的结构?我们的观察表明,之所以党的领导未获充分的理论化,其原因可能就在于这种理论整合是困难的。

## 宪法实施的理论反思<sup>\*</sup>

支振锋(中国社会科学院法学研究所副研究员)

在宪法文本及其实施的实践之间,当今中国法学界存在一个有趣的悖论。一方面,一般认为,我国有一部比较好的《宪法》(1982 年),这部《宪法》是百年宪制的重要一步;而另一方面,也有许多学者认为现行《宪法》没有得到很好的实施,甚至没有得到实施,因而未能成为“活的宪法”,所谓“有宪法而无宪政”。因此,中国宪法有无得到实施,实施得如何,以及我们如何看待 1982 年《宪法》公布以来的宪法实践,就成为一个值得研究和讨论的重要问题。

### 一 《宪法》文本及其实施

虽然全国人大经常组织各种相关执法大检查,地方政府和立法部门也普遍推行和实施了地方立法后评估或者法律效果评估,但我们迄今依然缺乏对宪法的立法后评估或实施效果评估。实际上,虽然世界上不同国家对相关法律法规也实行了不同形式的立法效果评估,但对宪法的立法质量或者实施效果进行评估的,的确鲜有所闻。这当然是由于宪法的特殊性,无论是作为治国安邦的“总章程”、国家“根本大法”亦或是政府与人民的“总契约”、公民权利的保障书,宪法作为一部重要的政治性宪法文件,可能也的确是难以对其实施效果进行评估。但大体上讲,如果一个国家政治稳定、社会有序、经济发展、人权得到较好保障,就可以认为这个国家的宪法很可能得到了较好实施;而反之,一个国家政局不稳、社会动荡、经济发展环境与人权保障不佳,则很难说它有好的宪法或宪法实施。

宪法实施的前提是宪法文本的存在以及对其原则与精神的认识。不同的国家、同一国

〔6〕 陈端洪:《制宪权与根本法》,第 24 页。

\* 本文为教育部项目“非常态社会事件与人民法院的社会治理功能:历史、实践与理论(10YJC820173)”的阶段性成果,以及司法部“法治建设与法学理论研究科研项目成果”(项目编号:09SFB2009)。

家的不同历史阶段,宪法不仅在文本上可能会发生变化,其原则精神也会随时代不同而有所损益。回顾历史,在现代宪法的精神故乡英国,至今仍然奉行不成文宪法,王权与议会权力分配在不同的阶段此消彼长,直到21世纪初还在进行宪法改革,重新分配议会与司法机关的权力,组建了独立的最高司法机关。在美国,宪法不仅体现为1787年制宪精英们闭门造车的文本,还体现为其后一系列的修正案,以及最高法院在不同时代的宪法性判决。但为什么它直到1791年才以修正案的形式制定权利法案,为什么直到内战之后黑人才获得纸面上的平等权利并且直到20世纪中期才逐渐在实践中真正获得平等保护?能否说美国宪法在此170多年的时间里都是一部不公不义的宪法?而对于欧陆以及诸多第三世界国家来说,宪法本身更是学习和借鉴的产物,发展历程更是艰辛。法国在大革命之后,迄今已经建立五个共和国和数部宪法,典型的就有1793年、1848年、1875年和1958年宪法,现行的1958年宪法也历经多次修改;这意味着频繁的内战、政变与剧烈的政局动荡。而在第三世界国家,大部分也都曾经历过更为痛苦的长期外侮、内乱,宪法在文本上也往往不止一部。

因此,在宪法实施问题上,我们就不仅要充分认识宪法文本,还要理解文本背后的原则、精神及其历史。我们要认识到,无论是对于宪法“发达”国家还是对于“后发”国家,宪法的实现都是一个艰辛曲折的过程,也因此要充分理解其复杂的内涵。

首先要充分理解一个国家的宪法历史。只有如此我们才能充分认识其制宪背景。无论任何国家,宪法都首先是其社会转型与国家建构的一部分。对于美国而言,1787年宪法建立的是一个新的国家和新的社会;而对于中国,清末、民国以及新中国的历部宪法,共同构成了近代中国的宪法史,记载了近代中国社会转型与国家建构的痛苦与曲折。尽管宪法很难跨越非常政治与日常政治的泥潭,但它只有跨过这个泥潭才能鱼跃成龙;非常政治往往是革命、战争与政变所导致的政治秩序,而将这种政治秩序稳定下来,锻造与固定新的政治关系和社会关系,从而进入日常政治,才是宪法的艰难使命。对于如我国这样的发展中国家而言,这个过程尤其艰难。

认识到一个国家的制宪背景及其历史,我们才能理解,宪法所承载的必须首先是这个国家的国家任务。以我国而言,就是重新确立国家政治秩序与社会秩序,推进改革开放。如果说在宪法“发达”国家,宪法所承载的首先是公民权利保障任务的话,那是因为他们已经完成了确立国家政治与社会秩序的任务,而不是可以无视这些任务。

据此,我们还应认识到具体的宪法任务。于我国而言,它至少包括四个方面:1. 合法化,确立中国共产党领导的人民政府的合法政府地位;2. 确立国体,建立主权在民及相应的根本政治制度,规定政府对保护人民权利的政治承诺;3. 国家形式,规定国家机构及其权力分配,确立相应重要的政治制度;4. 具体任务,包括稳定秩序,发展经济,维护统治,保障权利。

因此,我们可以说,对于后发的第三世界国家来说,其宪法所保障的就不仅有权利,还有权力:一是国权,包括对外的主权独立和对内的统治权;二是民权,包括民生权利、政治或民主权利。只有完整地认识这些,我们才具备以更广阔视野来认识宪法及其实施这一重要问题的前提。

## 二 权利保障与宪法监督

随着改革开放三十年以来的经济社会发展,我们大致可以说,宪法维护国权的任务实施

实施相对较好,对外独立自主,对内政治稳定;民生权利稳步前进,渐次提高;但民主权利实施仍然有待深化和改进。

民生权利保障应层楼更上。改革开放三十年,中国以 13 亿人口的规模,实现了人类历史上史无前例的经济高速增长。与之相应,民营经济得到极大发展,民生状态得到了很大改善,绝大多数人的确分享了经济发展的成果。尤其是近 10 年来社会保障制度的从无到有并逐渐完善,我们也开始逐步建立起了社会的安全阀与民生权利保障的生命线。但由于贪污腐败、贫富分化、血汗工厂、暴力拆迁、土地强征、冤假错案、就业难、上学难、就医难、住房难、社会保障不健全以及大规模的环境、生态破坏等一系列丑恶腐败现象与民生保障不力,也消弭了经济发展所带给人们的幸福感,反而使得他们倍感生活压力。

政治权利保障有待深化。如果不带政治偏见的话,我们必须承认,整体上来讲,改革开放三十年以来,尤其是 1992 年以来的近 20 年,公民基本权利保障虽然还有待深化和提升,但已经是 1840 年以来近代历史上最好的阶段。无论是公民的政治参与和意见表达,还是其他合法权利,都得到了较好的保障。但问题在于,公民政治权利保护即便达到了近代史上最好的阶段,也只是一个历史比较的概念,并未达到公民合理的权利期待,也未达到理想的保障水平。公民选举与被选举权利保障水平依然有待进一步提升,政治参与渠道有待进一步疏通;“跨省追捕”也表明公民思想言论权利保障还时有障碍,需要着力清除;社会组织建设很不健全,公民结社权利保障尚待进一步深化;而宪法规定的集会、游行示威以及劳动、休息等权利,保障水平也有待切实提高——而正是这些公民政治或民主权利未能得到更好实现甚至被践踏的现实,在知识界和社会上酝酿了不满与质疑,不仅妨碍社会稳定,也有损执政党的形象。

公民权利未能得到更好实现,反映了宪法公民权利保障条款未能得到很好实施的现实,也应引起我们对宪法监督的反思。在我国,虽然宪法在文本上规定了较为详细的宪法监督条款,但实践中,宪法监督往往主要集中在维护法律统一、避免法律冲突,保障法律的统一适用上。这些方面固然重要,但权利保障也同样应成为下一步宪法监督工作的重点。

### 三 理论反思

实际上,对我国 1982 年宪法文本、原则与精神、制宪背景以及宪法所承载的国家任务和具体规定的宪法任务,还有公民基本权利保障的成就与不足,学术界虽然可能在认识程度上有差异,但并无太多分歧。但在对这种权利保障不足的经验认识与理论思考上,不同的学者就有了不同的理解。流行的看法是,之所以宪法未能得到很好实施,其中一个重要原因是没有好的宪法监督,这主要体现在没有违宪审查上;而违宪审查主要指的就是司法审查,没有司法审查,就没有对政府权力的有力制约,政府权力就不能被关在笼子里,从而权力无限的政府会不断践踏公民的合法权利。这种认识可以用一个简单的图示来表达:

可接受的宪法文本→宪法实施不佳→宪法监督无力→违宪审查(司法审查)缺位→政府不受限制→公民基本权利受损

很显然,这种认识是以权利保障为导向,以政府权力限制为核心,而视宪法实施为工具,并且在很大程度上认为违宪审查就是宪法实施,并将司法审查等同于违宪审查。它体现的是一种典型的西方政治与法律传统——对政府的不信任以及以司法制衡政府的权力分立与

制衡观念。毫无疑问,这是一种充满历史智慧与现实洞见的认知,因为宪法实施不佳、权利保障不够、缺乏有力的违宪审查,都是我国宪法实施的现实问题;而从西方国家的宪法实践来看,三权分立、权力制衡以及有力的司法审查,对于公民权利保障也的确至关重要。

但问题在于,这种深刻的认识对于中国现实而言,是否有具备有力的解释能力,能否成为解决问题真正的良方,却也不无可以商榷的地方。

首先,这涉及到如何认识宪法对政府权力的限制问题。毫无疑问,权力具有自利性与攻击性,不加约束的权力一定会侵犯公民合法权利,甚至肆虐人间。但问题在于,限制政府权力的前提是有效政府的存在及其所拥有的强大权力。而对于宪法发达国家的建国初期,以及对于广大发展中国家来说,建设一个强大政府,反而是保障政治秩序与宪法秩序,保障公民基本权利的重要前提。与在宪法发展的道路上已经较为成熟的国家相比,发展中国家所面临的困境是一个双重悖论:一方面要建设强大而有效的政府;另一方面也要限制和规范其权力。这两个方面犹如鸟之双翼,实乃一体两面,单方面强调任何一个,可能都是不全面的,也不利于问题的解决。正如当前的阿拉伯之春困局,连最基本的政治秩序、社会秩序与有效政府都不存在了,何谈宪法实施与权利保护呢?事实上,政府既是权利保障的潜在敌人,也是权利保障的坚强后盾。

其次,从西方的历史与实践来看,权力分立与制衡以及司法审查,固然是保障宪法实施与公民权利的重要政治安排与制度框架。但一方面,从司法审查最为杰出的代表美国的实践来看,法院自身违宪审查权的确立实际上也不是想当然的,而是一个长期而复杂的历史过程。在1803年之前,美国最高法院维持自身三权分立下的司法独立地位都成问题,因为在权力结构中的孱弱,1790年最高法院成立时6位被任命的大法官只有4人到任,国父杰伊作为第一任首席大法官先是主动辞职就任纽约州州长,后来即便卸任州长之后,也拒绝约翰·亚当斯总统的任命,不愿再作冯妇。即便后来,违宪审查也不是没有界限的,在最高法院与罗斯福新政爆发激烈冲突之后,认真反思的斯通大法官曾经在1938年的一份判决书中指出,除3种例外情形外,在对经济立法和社会立法进行宪法审查时,最高法院应该遵循司法克制原则。且不说司法审查在美国理论和实务界引起的争议,两个多世纪的美国最高法院违宪审查史,也是司法克制与司法能动相互交织,大多数时候,最高法院往往不过是代表民意成为宪法的宣谕者,“如果最高法院投身于那些旨在阻挡强大政治潮流、不顾一切的纲领性宣示,那只会把大法官们牢牢地限制在自以为是的观念内,只会自找麻烦,尤其是在下面的情况下:最高法院扭曲民意、不合时宜的企图引发了民众不满的浪潮,足以冲垮司法构建的大堤。”<sup>[1]</sup>法院不仅是政府的对手,更是政府的盟友,“最高法院的主要任务是赋予成功的政治联盟所制定的基本政策以正当性。”<sup>[2]</sup>也正是在这个意义上,我们才能理解,为何美国最高法院在面对种族歧视的问题上长达170多年的不作为,甚至助纣为虐。

另一方面,固然违宪行为必须得到追究,宪法实施应该得到监督,司法审查也是违宪审查或者宪法监督的一个重要方面和途径;但它是不是唯一正确途径或者最佳方式,却也并非定论。实际上,这涉及到对宪法实施的不同认识。根据我国宪法的规定,针对不同主体,宪

[1] [美]罗伯特·麦洛斯基:《美国最高法院》,任东来等译,中国政法大学出版社2005年版,第173页。

[2] [美]基斯·威廷顿:《司法至上的政治基础:美国历史上的总统、最高法院及宪政领导权》,牛悦译,北京大学出版社2010年版,第164页。

法实施包括宪法遵守、宪法执行与宪法监督三个大的方面,而且实施的内容也不仅包括宪法文本,还包括其原则与精神。然而,根据上述认识,“宪法的实施是指公权力部门依据宪法作出的国家行为。”〔3〕两者之间显然有很大不同。后者具有典型的国家中心与司法中心倾向;〔4〕宪法实施的主体是国家公权力机关,而实施的主要方式是法院的司法审查。这显然是窄化了宪法实施及对它的理解,对于制定法国家而言,全民守法、政府执法与法院司法在不同程度、不同层面上何尝不也是宪法实施呢?因而,源于英美的司法审查,作为普通法发展的一个重要方面,因其典型的国家中心与司法中心倾向,对其他国家的普适性,可能就存在问题。所以,西方违宪审查理论可以给我们启发,但不应该导致遮蔽。我们应该探索新的可能。

对于中国而言,我们固然承认宪法监督无力是宪法实施不佳的一个重要原因,但问题在于,宪法实施是否一定全是国家公权力的事儿而与公众无关,宪法监督是否一定要建立类似于英美的司法审查制度?最起码就当前的情况而言,其答案并不确定。第一,即便设置专门的违宪审查机构,是赋予现有法院违宪审查权、设置专门的宪法法院,还是在全国人大下设置专门的宪法审查机构,亦或是探寻其他方式,我们都面临着充分开放的各种选择和可能。过早地认定某一个选择并视之为唯一选项,等于堵塞了探索之路,可能并不明智。第二,宪法的专长并不在于革新与变化,而在稳定与保障,那么,在设置各种新的宪法监督机构之前,或者建立新的宪法监督、违宪审查制度之前,现有的宪法监督制度是否被激活了,是否被发挥了其最大的潜力;在发挥了最大潜力之后,它能否解决问题;如果不能解决,是出台升级版还是寻求替代品?也都是我们首先要研究和解决的问题。一言以蔽之,我们有无可能建立中国特色的宪法实施与监督制度?这值得有理想的中国法律学人做出真实的努力。

但无论如何,将一个复杂、动态而多变的法治实践或宪法实践的宪法实施问题,简单化为是否符合一个或几个“权威”的理论教条,美其名曰是否与国际“接轨”或“达标”,然后再以此肯定或批判实践,这种“达标论”究竟是反映了我们心态的开放与虚怀若谷,还是在现实把握与理论思考上的无能为力与缺乏自信呢?真的需要好好思索了。

## 宪法实施的中国问题

王 彬(南开大学法学院讲师)

### 一 宪法实施的“范式迷思”:违宪审查还是宪法诉讼

自齐玉苓案以来,宪法司法化的问题得到宪法学界前所未有的关注,这场大讨论为中国宪法学的发展带来前所未有的知识增量。这一案件不仅仅使人们开始关注宪法权利与民事

〔3〕 张千帆:《宪法实施的概念与路径》,《清华法学》2012年第6期。

〔4〕 国内也有学者以宪法解释为例,将这种现象形象地总结为“机关崇拜”。参见王旭:《我国宪法实施中的商谈机制——去蔽与建构》,《中外法学》2011年第3期。