

第一章

中國憲制變遷

從刑法熱到民法熱，再到行政法熱、憲法熱

自建國伊始，到改革開放，再到如今的全面深化改革，出現過許多熱門項目。例如經濟方面的公司熱、房地產熱，法律方面的刑法熱、民（商）法熱，等等。當代中國的法治進程則呈現出從刑法熱轉向民法熱，從民法熱轉向行政法熱的趨勢。刑法熱解決的是秩序問題，民法熱解決的經濟發展問題，行政法熱應對的是權力的限制及法治政府建設方面的問題。在一個經濟水平越來越高、依法治國水準也日益提升的當代中國，憲法也應該熱起來，積極回應社會現實和部門法發展的需要，中國法治才能更上一層樓。所謂「憲法不熱，法治難行。」¹

一、從刑法熱到民法熱再到行政法熱

1. 刑法熱的持續

在長達幾千年的中國文化傳統中，刑法文化一直佔據着中國法制文化的主導地位。這是因為法律屬文化的範疇，與經濟、社會的發展變遷密不可分。在古代，由於人口稀少、文明程度較低等原因，古代社會的經濟發展處於近乎遲鈍的狀態。人們取得物質生活的資源，除了依靠打獵和採集之外，還依賴部落之間的征戰來獲取戰利品。以刑為中心的古代中國法的形成便源於部族之間的征戰。對此，法史學界已有描述：「在中國古代文獻中，法律一般稱之為

1. 蔡定劍：〈讓憲法熱起來〉，《法制日報》2002年12月10日。

刑，戰爭（征戰）則通稱兵……所謂刑始於兵，也即以刑法為中心的法律是在征戰與戰爭相關的環境中形成的。」²

受地緣結構的影響，中華文明作為內陸文明，始終以自給自足的自然經濟為主，而不像西方海洋文明一樣早早發展出商品經濟。因而，「在中國，雖然擁有從古代就相當發達的文明的漫長歷史，卻始終沒有從自己的傳統中生長出私法的體系來，中國所謂的法，一方面就是刑法，另一方面則是官僚統治機構的組織法，由行政的執行規則以及針對違反規則行為的罰則所構成。」³ 因此，從對中國古代法的形成與傳統法律文化的屬性的考察中，不難發現中國古代法律的刑事法特徵。《爾雅·釋詁》：「刑，法也」，「律，法也。」《說文》：「法，刑也。」《唐律疏議·名例》：「法，亦律也。」⁴ 也說明了此點。

1949 年後，雖在大陸實現了統一，但社會治安仍然處於混亂狀態。一方面，受中國傳統法律文化的影響，另一方面由中國當時社會治安秩序的混亂狀態所決定，整個法律體系仍然以刑事法律為中心。在法學理論研究中，受蘇聯法學的影響，「中國法學研究越來越以法的階級性為主線，以強調法的階級鬥爭職能為依歸。」⁵ 在國家運作和治理過程中，法律被視作為穩定社會秩序的工具，法律工具主義盛極一時。⁶ 當時，工具主義一來可以鞏固新生政權，二來可以穩定社會秩序。1951 年《中華人民共和國懲治反革命條例》，1952 年《中華人民共和國反貪污條例》，以及禁毒禁煙、戰犯與罪犯改造等重要單行刑事法規的頒行，使得政權得以有效鞏固、社會得以

2. 張中秋：《中西法律文化比較研究》（南京：南京大學出版社，1999），第 3-4 頁。關於中國古代刑法及刑罰制度的論述，可參見蔡樞樞：《中國刑法史》（南寧：廣西人民出版社，1983）。第 116-174 頁。

3. [日] 茲賀秀三：〈中國法文化的考察〉，《比較法研究》，1998 年第 3 期。

4. 轉引自梁治平：〈「法」辨〉，《中國社會科學》1986 年第 4 期，第 74 頁。

5. 陳景良主編：《當代中國法律思想史》（開封：河南大學出版社，1999），第 12 頁。

6. 法律工具主義的存在與當時的社會現實分不開，而這一價值取向必然會突出刑事法律的地位，而淡化以經濟關係為核心的民商法。反過來，從我們首先搞刑法、刑事訴訟法便可以看出工具主義的影子。參見范忠信：〈法律工具主義批判〉，《法制日報》2003 年 4 月 10 日。

快速穩定，奠定基本的社會主義法治秩序。⁷ 文革之後，新中國的法治事業重新開始，仍舊是從刑法體系的建構和刑事法律的實施開始的。1978年12月召開的十一屆三中全會確立了強化社會主義法制的戰略決策。僅僅半年後，全國人大就出台了新中國第一部刑法典。在此之後，又頒佈了大量的單行刑事法律。如1981年通過的《中華人民共和國懲治軍人違反職責罪暫行條例》和《關於處理逃跑或者重新犯罪的勞改犯和勞教人員的決定》；1982年通過的《關於嚴懲嚴重破壞經濟的罪犯的決定》；1983年通過的《關於嚴懲嚴重危害社會治安的犯罪分子的決定》；1988年通過的《關於懲治走私罪的補充規定》、《關於懲治貪污罪賄賂罪的補充規定》以及《關於懲治泄露國家秘密犯罪的補充規定》。⁸

概括而言，刑法的任務就是保護國家和人民的利益，保護社會主義社會建設事業的順利進行。建國之後，刑法的興盛對於保衛國家安全、保衛社會主義制度、維護公共秩序，以及保護公民的生命財產安全等均意義重大。⁹ 在建國初期，刑法熱的興起源於中國社會的特定現實需要，為建立穩定的社會主義政治制度，推動社會主義經濟、社會的發展提供了有力保障。

2. 民法熱的升溫

事物總是會變化的。事物之間的矛盾也總是處於不斷運動之中。法與社會之間的聯繫也是如此。隨着政局的穩定，經濟的發展，商品交換和貿易的發達，必然需要重新調整各個法律部門之間的輕重關係。如列寧所說，「必須把人的全部實踐——作為真理的標準，也作為事物同人所需要它的那一點的聯繫的實際確定者——包括到事物的完整的『定義』中去。」¹⁰ 如果不以客觀的事實作為事物發

7. 參見曾憲義：〈新中國法治50年論略〉，《中國人民大學學報》1999年第6期。

8. 參見高銘暄、趙秉志、王勇：〈中國刑事立法十年的回顧與展望〉，《中國法學》1989年第2期。

9. 參見高銘暄、馬克昌：《刑法學》（北京：北京大學出版社，2000），第16-17頁。

10. 《列寧選集》第四卷（北京：人民出版社，1995），第419頁。

展的標準，則將違背自然規律，阻礙社會的前行。法律體系中各法律部門之間輕重關係的變化同樣要符合社會現實的客觀變化。¹¹

從中國歷史發展的狀況來看，1950年黨和國家便開始將恢復和發展國民經濟提到了重要位置。隨着政權的穩固、治安的改善和經濟的發展，法治的重心也必須從以穩定治安秩序為中心的刑法轉為以經濟關係為核心的民法上來。據學者統計，「到1952年，國民經濟得到了根本的好轉，基本上解決了6億人口的吃飯問題，在生產發展的形勢下，刑事案件從1950年的51萬件下降到1952年的24萬件，發案率也由萬分之9.25下降到萬分之4.81；隨着社會主義改造的成功和經濟的進一步發展，到1956年，全國居民平均消費指數比1952年提高了百分之12.3，刑事案件的數量也下降到18萬件，發案率進一步下降為百分之3.4。」¹²這裏說明，第一，建國初期中國社會治安狀況好轉，政權漸漸鞏固，經濟得到了發展，這也表明該時期的刑法熱與社會現實的發展是相協調的；第二，隨着經濟發展逐漸成為社會發展的主題，法治結構也應將重心調整到以經濟關係為中心的民法等法律上去。

當然，強調以經濟關係為中心的民法，並不是要完全忽視刑法作用和功能的繼續發揮。無論何時，社會的發展都會出現新的「規範實效」和「控制真空」等社會反常狀態，這同樣要求刑法能及時補充調整，保障經濟秩序的穩定發展。然而，從刑法熱轉向民法熱並不為當時絕大部分人所認同。到1980年代中期，當老一輩法學家徐盼秋說「不應該把法制只是當刀把子」時，仍舊有人指責說這是否定法律的專政作用，是所謂「資產階級自由化」的表現。¹³這顯然是當時思想僵化、刑法熱走向極端的表現。自1957年開始，由於黨內左傾錯誤和個人崇拜等不良因素的影響，民法被打入「冷宮」，

11. 對此，可借鑒童之偉教授關於法本質的論述，即法的本質不是絕對的，而應「從實際出發」、「實事求是」，強調「法的階級本質」等固定本質觀都是片面的。法律熱的變化同樣如此，應根據社會現實的變化而變化。參見童之偉：《法權與憲政》（濟南：山東人民出版社，2001），第7-17頁。

12. 李田夫等：《犯罪統計學》（北京：群眾出版社，1988），第82頁。

13. 參見張傳楨、李然：〈刀把子風波記〉，《法學》1997年第6期。

而刑法由於熱的過度，蛻變為權力專制的工具，失去了法律的基本精神，以至於整個國家最終走上了「反右擴大化」和「文化大革命」的錯誤道路。雖然當時「憲法規定公民的人身自由不受侵犯，非經人民法院決定或人民檢察院批准，不受逮捕，而實際上，在大規模群眾運動中，有的公社、工廠（場）隨便捕人，有的單位還自己搞拘留、勞教。同時公安部提出了《關於十項治安措施的報告》，公民的很多權利成為空文。」¹⁴ 1966年，「文化大革命」爆發，刑法專制同樣是社會的主要形式。1967年，國務院發佈的《公安六條》等，具有濃厚的刑事色彩。刑法在此時期已「熱」得過度，失去了刑法應有的價值和精神，而過度的社會控制，成為一種內部革命或運動的工具。¹⁵ 1973年，毛澤東寫了他生前最後一首詠史詩《七律·讀〈封建論〉呈郭老》：「勸君少罵秦始皇，焚坑事業要商量。祖龍魂死業猶在，孔學名高實秕糠。百代都行秦政法，十批不是好文章。熟讀唐人封建論，莫從子厚返文王。」在此濃烈的刑治氛圍中，批判儒家仁政，強調暴力鎮壓的必要性與合理性，使得刑治思想瀰漫於整個社會，從而壓制了作為經濟發展所必需的民法的發展。在政權穩固之後，本應以經濟發展為中心，以民法為法制發展的重點，但由於錯誤的思想、刑法熱的極端延續等因素，而沒有得到相應的實施。

從以上分析可見，隨着社會的變遷，民法在當時需要熱起來，這樣才能適應經濟發展的現實需要。此時的刑法也需要根據社會現實的變化作出相應的調整，這樣各個法律部門之間的輕重關係才能與社會的現實需求相吻合。正如美國法哲學家博登海默（Bodenheimer）所說的，法律會出現過於保守和過度控制社會等弊端。當時在法律虛無主義等錯誤思想的指導下，刑法熱因過度、極端而變成了權力專制的工具。

14. 曾憲義：〈新中國法治 50 年論略〉，《中國人民大學學報》1999 年第 6 期。

15. 其實，當時國內革命或運動只有採用刑法極端的方式。刑法由其本身的性質所決定，具有懲罰性強的特點，不似民法那種溫柔的方式。懲罰性強一方面在正確利用時，可以有效地穩定社會，鞏固政權；但另一方面當受到錯誤思想指導時，可變成國內革命或運動最有效的手段和工具。

民法之所以未能熱起來，除了受中國傳統刑治文化和當時政治運動的影響外，¹⁶當然也受到了經濟觀念、思想文化等方面的影響。在中國古代，「重農抑商」的經濟觀念根深蒂固，統治者往往實行「以農治國」的基本國策，致使商品交換極為簡單和貧乏，這嚴重抑制了以調整商品經濟關係為對象的民法的發展。再加上，中國古代社會的儒家思想倡導重義輕利，嚴重限制了人們在物質方面的正當要求。人們的權利觀念極為淡薄，對作為權利之法的民法自然表現出冷漠的態度。這些都在一定程度上構成了對民法發展的限制，以致在建國後很長一段時間裏，民法一直處於遇冷狀態。

整體來看，改革開放前 30 年裏，民法發展舉步維艱。一方面是因為這 30 年裏國家治理的觀念和方式仍舊是以政治運動為主，未能充分認識到法制建設的重大意義。另一方面，也因為建立在公有制基礎上的社會主義計劃經濟體制，從根本上否定和排斥商品經濟，使得民法缺乏賴以生存的經濟基礎。¹⁷直至 1978 年實行改革開放之後，經濟建設成為國家重心，隨着商品經濟的發展和市場經濟的逐步建立，民法終於迎來了蓬勃發展的春天。1979 年全國人大常委會法制委員會成立了民法起草小組，隨後，全國人大及其常委會先後頒佈了《婚姻法》、《經濟合同法》、《涉外經濟合同法》、《繼承法》、《礦產資源法》等數十部民事法律，國務院及其部委也頒佈了大量民事法規和條例。尤其是 1986 年《中華人民共和國民法通則》的頒佈，是中國民法發展史上的里程碑，把「民法熱」推向了更高層面，為進一步深入進行經濟體制改革提供了法律依據。從 1999 年的《合同法》到 2007 年的《物權法》，再到 2020 年的《民法典》，民法在中國得到了蓬勃發展。

16. 在此並非否認中國古代無民事法，而是傳統中國沒有嚴格意義上的民法（典），因為所有民事法律均被刑事化。參見張中秋：《中西法律文化比較研究》（南京：南京大學出版社，1999），第 78-92 頁。

17. 參見柳經緯：〈我國民事立法的回顧與展望〉，《廈門大學法律評論》第 5 輯，第 8 頁。

3. 行政法熱的興起

雖然民法的發展使得平等主體之間的諸多權利得到了保障，但在中國這樣一個受封建官本位文化影響深遠的國家，當公民的權利與國家權力發生衝突時，一般是公民權利無條件服從。同時，隨着市場經濟的蓬勃發展，權力腐敗現象日益嚴重。因此，當刑法穩定社會秩序、民法保障經濟繁榮之後，如何規制行政權力成為法治進程中的重要問題。只有有效地規範和控制行政權力，才能促進公平的市場競爭，才能使公民的合法權益得到有效救濟。

中國的行政法研究萌芽於 1950 年代，但當時主要是以介紹蘇聯行政法為主。且由於政治運動加劇，法律虛無主義盛行，行政法一直處於停滯狀態。1982 年憲法的頒佈及國務院組織法和地方組織法的制定，方才為行政法的發展打下基礎。在此時期，也制定了一批關於行政管理方面的法律，但「這一階段，我國的行政立法主要是關於行政組織和行政管理方面的法律，側重於行政機關的重建和對行政權的確認與維護。」¹⁸以「管理論」為基礎的行政法思想雖與當今 21 世紀的行政法理念相偏離，但在當時，被砸爛的各級國家政權組織和被破壞的社會秩序急需恢復，因而「管理論」的思想一定程度上吻合了當時社會現實的需求，為此後的行政法發展奠定了基礎。

真正的行政法熱應該說是自 1989 年《行政訴訟法》的頒行開啟的。1989 年《行政訴訟法》使得行政法不僅僅是以往所說的「確權法」，更是一部「限權法」。它保障公民權利，控制政府權力，是具有民主價值的法律，將行政法的發展引向更深的層次。隨後，《行政覆議法》、《行政處罰法》、《國家賠償法》、《行政許可法》、《行政強制法》等枝幹性的行政法律一一推出，行政法制發展迅猛。隨着行政法制的發展，行政法的理論研究也日益深入，行政法學著作如雨後春筍，相繼問世。行政法也成為社會的熱門話題，上到中央機

18. 陳斯喜、劉南平：〈中國現代行政法的發展對憲法的影響〉，《行政法學研究》1998 年第 1 期。

關，下至基層政府，整個社會都充滿了行政法的氣息。目前，建成法治政府成為中國法治建設的重要目標之一，行政程序法的制定也成為學界關注的熱點。

二、法治時代的憲法熱

1. 憲法熱的前提

中國的法治進程在一定程度上已經歷了刑法熱、民法熱和行政法熱，這些部門法的蓬勃發展為憲法熱的興起奠定了基礎。首先，刑法鞏固了國家政權，穩定了社會秩序，為其他事物的發展創造了必不可少的社會環境，有助於民法、行政法、憲法等法律部門的形成與發展。其次，憲法熱的興起需要民法熱為其提供經濟基礎。對此，法律文化研究者指出，「商品經濟是法治的物質基礎，商品經濟形態所需要並決定的法律規則，無論在量的方面還是在質的方面都不同於自然經濟和產品經濟形態各自所需要和決定的法律規則。量的差別反映出社會生活規則化、法律化的程度，質的規定性的不同使法治與專制涇渭分明。商品經濟孕育的社會契約觀念、政治市場觀念、思想市場觀念、主體意識、權利意識、平等和自由觀念等，是法治的社會文化基礎。以商品經濟關係為內容的民法是法治的法律基礎。民法中的人權、所有權和平等權是近現代公民權利的原型，民法充分體現了法治的價值，民法傳統中的權利神聖和契約自由精神，是憲政和法治的文化源泉。」¹⁹ 因此，民法的興起與發展為憲法的發展提供了基礎性的權利思想、自由觀念等條件。憲法熱的發展離不開民法熱的成熟。再次，行政法熱也為憲法熱的興起創造了基礎性條件。從理論上說，「憲法是行政法的基礎，而行政法是憲法的實施。行政法是憲法的一部分，並且是憲法的動態部分。沒有行政法，憲法每每都是一些空洞、僵死的綱領和一般原則，而至少

19. 張中秋：《中西法律文化比較研究》（南京：南京大學出版社，1999），第314頁。

不能全部地見諸實踐。反之，沒有憲法作為基礎，則行政法無從產生，或至多不過是一大推零亂的細則，而缺乏指導思想。」²⁰ 行政法的發展使得抽象的憲法文本變成了具體的現實憲法，為憲法熱的興起創造了條件。例如，《憲法》第 41 條規定：「由於國家機關和國家工作人員侵犯公民權利而受到損失的人，有依照法律規定取得賠償的權利。」在《國家賠償法》頒行之前，該憲法權利僅是紙面上的權利，唯有在《國家賠償法》頒佈之後才獲得現實意義。

一方面，憲法熱的興起需要以刑法熱、民法熱和行政法熱為前提；另一方面，刑法熱、民法熱和行政法熱也內在地要求憲法熱的興起。這是因為，首先，由民法的基本性質所決定，「民法調整商品經濟關係，必然以確認和保護民事主體的合法權利為基本任務，這就要求民法以民事權利為其中心內容。」²¹ 因此，民法熱將逐步完善公民權利的法律保障。也正因為權利的發展，使得人權成為 21 世紀社會發展的主題之一。2004 年中國憲法修正案將「國家尊重和保障人權」寫入憲法，也在規範層面順應了人權保障的需求。人權是指人作為人應該享有的權力，是一個人社會中應享有的政治、經濟和文化等各項自由平等權利的總稱，既包括超憲法、超國家的非實定法的權利和自由，也包括實定法上的權利和自由，是一種全方位視角下的權利。因此，隨着權利的發展，權利保障也必然要上升到憲法的層面，這樣才符合人權與法治發展的規律。目前，中國憲法所規定的基本權利均是通過民法、刑法等普通法細化的途徑予以保障的。「確認和保障公民的基本權利是憲法的基本精神之一，憲法所確認的公民基本權利，需要通過普通法律加以具化，並且通過普通法律的實施得以實現。然而，普通法律並不能完全替代憲法本身對權利的保障作用。」²² 普通法律對公民權利的細化確實能使憲法規定

20. 龔祥瑞：《比較憲法與行政法》（北京：法律出版社，2003），第 5 頁。

21. 余能斌、馬俊駒：《現代民法學》（武昌：武漢大學出版社，1995），第 8 頁。

22. 費善誠：〈我國公民基本權利的憲法訴訟制度探析〉，《浙江大學學報》（人文社科版）2001 年第 4 期。

的許多基本權利得到保障，但「基本權利的法律化有一個過程，未能法律化的那部分，如何落實？『法律化』的過程是否符合憲法缺乏司法判斷。只要承認立法有失誤，那麼受立法機關失誤侵犯的基本權利將無法落實。」²³ 之前發生的諸多案例，如無因被收容的孫志剛案、乙肝歧視案，均表現出社會對權利保障在憲法層面的強烈呼求。因此，民法熱的升溫，使得權利得到了很好的救濟和保障，順應了特定時期權利發展的要求。但隨着權利的進一步發展，民主化程度的日益提升，必然導致權利保障在憲法層面的要求。

其次，行政法熱的興起也要求憲法熱的出現。「行政法雖然具有對憲法的發展功能，但它畢竟是從屬憲法，受制於憲法，只能在憲法允許的空間內發展。超出這個空間就會因得不到憲法所能給予的最大限度的支持而失去合法性。」²⁴ 在行政法發展的初期階段，行政法律、法規還相對欠缺，但隨着行政法熱的興起，行政法制得到了長足發展。從表面上看，中國行政法制似乎已經相對完備，但行政法治與行政法律、法規和規範性文件數量並無必然聯繫。相反，在行政法律、法規和行政規範性文件快速增加的情況下，它們的內容很多時候容易脫離憲法的視野和框架，與憲法的精神、原則和規範相衝突。一旦行政法的發展脫了憲法的框架，便可能出現行政權的膨脹、異化、濫用，導致行政權脫離法治的軌道。所以說，行政法發展到一定階段，必須要求憲法有與之相適應的牽引和銜接。正如有學者所言，「行政法在發展過程中所遇到的與憲法的適應問題，並不是都可以依靠自身得到解決的，在許多情況下，必須通過憲法的自身發展和完善才能解決。」²⁵ 因此，行政法的發展，推進了法治的進程，但發展到一定程度，則內在地要求憲法熱的興起。

23. 周永坤：〈論憲法基本權利的直接效力〉，《中國法學》1997年第1期。

24. 陳斯喜、劉南平：〈中國現代行政法的發展對憲法的影響〉，《行政法學研究》1998年第1期。

25. 陳斯喜、劉南平：〈中國現代行政法的發展對憲法的影響〉，《行政法學研究》1998年第1期。