

中国宪法实施的双轨制

翟国强*

内容提要：与许多西方国家的宪法实施模式不同，宪法审查并非中国宪法实施的主要方式。中国司法机关不能根据宪法直接审查立法的合宪性，而作为有权机关的全国人大常委会，也没有做出过宪法解释或宪法判断。这是中国宪法实施的真实状况，但不是中国宪法实施的全部。从比较法角度看，中国宪法更像一个政治纲领式的宣言，更多依靠政治化方式实施。伴随着法治化进程，中国的宪法实施逐渐由单一依靠政治化实施，过渡到政治化实施与法律化实施同步推进、相互影响的双轨制格局。宪法的政治化实施体现为执政党主导的政治动员模式，而宪法的法律化实施则是以积极性实施为主、消极性实施为辅的多元实施机制。在比较法的意义上，政治化实施和法律化实施的双轨制，可以为描述中国宪法实施提供一个理论框架。

关键词：宪法实施机制 政治化实施 法律化实施 积极性实施 消极性实施

一、问题的提出

一般而言，宪法实施是相对于宪法制定而言的，是指宪法文本如何转变为现实的一套理论、制度和机制。^{〔1〕}在中国宪法史上，宪法制定与宪法实施实际上都体现了一种“变法思维”，即通过制定宪法、实施宪法来改变制度运行现状，形成新的宪法秩序。无论是新中国以来的宪法制定活动，还是民国时期的历次制宪，都强调宪法实施的重要性。因而，宪法实施也一直是中国宪法理论研究的一个重要课题。不过，传统宪法学研究在强调宪法实施的重要性时，对于宪法实施过程本身则缺乏深入的研究和思考。^{〔2〕}

中国宪法究竟在何种程度上得到实施？一种比较夸张的观点认为，中国宪法基本没有

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 参见蔡定剑：《宪法实施的概念与宪法施行之道》，《中国法学》2004年第1期。

〔2〕 参见张友渔：《进一步研究新宪法，实施新宪法》，《中国法学》1984年第1期；王叔文：《论宪法实施的保障》，《中国法学》1992年第6期。

得到实施，仅是一部“名义宪法”。〔3〕究其得出结论的方法而言，那种认为中国宪法没有得到实施的理论，往往更多关注司法实践中的宪法，倾向于认为宪法实施主要就是“宪法司法化”，〔4〕并以此为标准对中国宪法实施状况进行评价。由于欠缺司法性的宪法审查制度作为支撑，这些研究很容易得出中国宪法实施程度不高的结论。〔5〕受分析框架的局限，这些学说往往聚焦于法院的判决实践，对与宪法实施密切相关的中国政治系统的运行逻辑关注不够。

司法机关不能直接适用宪法，即使有权机关也未曾根据宪法授权来解释宪法或作出宪法判断，这确是中国宪法实施的真实现状，但并不是中国宪法实施的全部。由于司法中心主义的分析框架和概念体系对中国宪法实施的现状缺乏解释力，不少学者对其进行了批判，认为这种观点是以西方的价值观和宪法理论模式来衡量评价中国的宪法现实。〔6〕与上述司法中心的宪法理论所采取的规范主义立场不同，这类研究更多关注所谓“运行中的宪法”，试图揭示或者发现中国政治运行的真实规则，如中央和地方关系、分税制改革等领域。〔7〕并认为，理解中国宪法的关键不在于理解宪法文本的规定，更重要的是理解宪法文本之外的宪法实践。〔8〕上述研究对于描述和理解中国宪法运行的现状，以及与国外宪法理论界进行对话，具有不可低估的意义和价值。国外学者有关中国宪法实施的研究，是一种认知性研究，其通常不太关注中国宪法是否得到实施，而更多是从外国法研究的视角认识中国政治的真实规则，以期有针对性地作出外交方面的判断和决策。这种绕开宪法规范直接分析实然制度的研究，容易得到西方学者的共鸣。〔9〕

尽管上述研究也注意到中国宪法文本与宪法实践之间的差距，但大多采取政治学和社会学的方法，有意无意地将成文宪法予以虚化，采取一种脱离成文宪法规范的描述和解释。其局限性在于：第一，没有从宪法应当遵守和宪法实施的角度看待中国的宪法实践，忽视了中国宪法在法律实践中发挥的规范功能。第二，将宪法等同于社会学意义上的制度事实，这种事实论的研究如果发展到极致，可能会导致“存在即合理”的结论。第三，脱离规范进行事实描述，无法为中国宪法实践提供相应的理论支撑，弱化了宪法学研究对于中国宪法实施的意义。许多研究者都注意到中国宪法实施过程中政治因素的决定性作用，并通过列举中国政治实践中的实例，来证明中国政治制度的运行逻辑未必是完全依据宪法文本展开。此类事实描述，容易造成实证主义和规范主义两种研究范式之间难以对话，甚至互相攻击。

〔3〕 See Hilfred Ho, *In Search of an Effectual Constitutional Enforcement Mechanism in Mainland China: Law and Politics, Which Is in Command?* 6 (1), *Cambridge Student Law Review* 51, 73 (2010); Janet E. Ainsworth, *Interpreting Sacred Texts: Preliminary Reflections on Constitutional Discourse in China*, 43 *Hastings Law Journal* 273, 297 (1992).

〔4〕 有关宪法司法化的理论综述，参见蔡定剑：《中国宪法司法化路径探索》，《法学研究》2005年第5期。

〔5〕 See Jianfu Chen, *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 135 - 136; 前引〔3〕，Hilfred Ho文。

〔6〕 参见前引〔3〕，Ainsworth文；Donald C. Clarke, *Puzzling Observations in Chinese Law: When Is a Riddle Just a Mistake?* in C. Stephen Hsu (ed.), *Understanding China's Legal System*, New York University Press, 2003, pp. 93 - 121; 欧树军：《“看得见的宪政”：理解中国宪法的财政权力配置视角》，《中外法学》2012年第5期；田雷：《“差序格局”、反定型化与未完全理论化合意》，《中外法学》2012年第5期。

〔7〕 参见上引，欧树军文，田雷文。

〔8〕 参见前引〔5〕，Jianfu Chen书，第144页。

〔9〕 See Kevin J. O'Brien, *How Authoritarian Rule Works*, 36 (1) *Modern China* 79 - 86 (2010).

无论是司法中心主义的宪法理论,还是事实论的宪法理论,都从不同角度、程度不同地涉及中国宪法实施的现状。由于视角不同,它们的结论也有所不同。但是,上述理论都没有提供一种在整体上理解中国宪法实施的视角和分析框架,对于中国宪法在整体上是否发挥作用,以及以何种方式发挥作用等问题,仍未作出有效回答和理论概括。因此,对中国宪法实践进行整理、鉴别和研究,提炼出描述和解释中国现实的宪法理论,就成为中国宪法学理论研究的重要任务。本文尝试提出一种从整体上理解中国宪法实施的分析框架,从而对以下问题作出回答:究竟如何理解中国宪法实施的现状?中国的宪法究竟以一种什么样的方式在发挥作用?中国宪法实施的特殊性何在?

二、理解宪法实施的两种视角

一般而言,宪法具有双重性质,既是一种法律现象,也是一种政治现象。基于此双重性质,宪法实施大致可以分为法律化实施和政治化实施两种类型。^[10]从法律的视角看,作为根本规范的宪法为国家行为设定必要界限和限度,公权力在遵守宪法的过程中获得合法性和正当性。宪法具有最高法律效力,政治并非宪法的目的,而是宪法规范的对象。与此相适应,宪法实施就是以法律的形式来约束和驯化政治。从政治的视角看,宪法规范并非政治的起点,而是确认政治决定的形式和载体。相应地,宪法实施是为了实现某种政治目的,该目的本身是高于宪法规范的。如果借用社会系统理论的概念来说,法律化实施主要是一种“条件程式”,而政治化实施则体现为一种“目的程式”。^[11]简而言之,法律化实施方式的关键在于通过宪法审查来判断是否符合宪法规定的条件(即合宪还是违宪),而政治化实施方式则是指政治部门(比如国会、行政机关等)依据职权实施宪法,实现某种政治目的。

比较宪法的研究表明,大多数西方法治国家都有一个专门的法律化实施机构,只有少数没有法律化实施机制。^[12]西方主流宪法理论强调以法律化方式来实现宪法,认为司法机关在实施宪法方面具有优越地位。^[13]当然,司法也并非宪法实施的唯一途径,政治部门也在实施宪法。^[14]西方国家宪法的政治化实施和法律化实施,可以大体上概括为:法律机构仅处理法律问题,对于政治问题则留给政治部门解决。

作为成文宪法的一种特殊形态,中国宪法同样具有政治和法律双重属性。^[15]但是与西

[10] See Thomas C. Grey, *Constitutionalism: An Analytic Framework*, in Richard N. Bonaugh, Michael A. Eizenga & Stephen B. Sharzer (eds.), *Readings in the Philosophy of Constitutional Law*, Kendall/Hunt Publishing Company, 1992.

[11] 有关“条件程式”与“目的程式”的区别, See Niklas Luhmann, *Law as Social System*, Oxford University Press, 2004, pp. 196 - 203.

[12] 参见前引[10], Grey文。

[13] See Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó, Susanne Baer, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, West Group, 2003, p. 109. 也有学者认为,司法实施可能会导致宪法被过度专业化从而脱离一般民众生活之外。See Stephen M. Griffin, *American Constitutionalism: From Theory to Politics*, Princeton University Press, 1996, pp. 16 - 17.

[14] 参见上引, Griffin书,第207页。

[15] 有学者认为中国宪法包括政治条款和法律条款,两者实施的方式不同。参见张千帆:《论宪法的选择适用》,《中外法学》2012年第5期;薛小健:《中国社会转型的法律基石:1982年宪法的历史地位》,《中国法学》2012年第4期。

方国家宪法实施模式不同，中国宪法实施很难从机构分工的角度来区分宪法的政治化实施和法律化实施。如果从功能主义的视角看，法律机构也可能进行政治化的宪法实施，政治机构也可能以法律化的方式来实施宪法。前者如司法机关对宪法进行政治化的学习贯彻活动，后者如执政党对党内法规系统进行的合宪（法）性审查。^[16]实际上，中国的法律机构往往并非一个纯粹的法律部门，同时也是一个政治部门，承担着一定的政治功能。任何法律部门都必须且实际上“讲政治”。在这种法律系统从属于政治系统的背景下，宪法问题往往被认为是政治问题，政治化实施是中国宪法实施的主要方式。

三、中国宪法的政治化实施机制

作为社会主义宪法的一脉，中国宪法继承了苏联宪法的基本制度模式，并以马克思主义的宪法理论为基础进行制度设计。^[17]这种批判性的宪法理论关注宏大的社会变革，认为法律规范只是社会结构中一个微小的细胞组织。在方法论上，马克思主义的法律理论主要是从法社会学的视角看待宪法，将宪法看作政治的形式。^[18]苏联国家法学说强调宪法是对现实权力关系的反映，相对忽视作为法律的宪法对政治权力的规范功能。在上述理念和制度影响下，中国现行宪法中设计了许多政治目标条款。比如，宪法序言中确认国家的根本任务、基本路线等，宪法总纲中出现各类纲领性和政策性条款。^[19]从比较法的视角看，中国宪法更像一个政治纲领式的宣言，这种宪法更多依靠政治化实施。^[20]在政治化实施过程中，政治目标高于法律规范。这种实施方式并不区分法律效力位阶的高低，而是将宪法和一般法律等同视之，甚至与条例规章一样，只是一种确认目标的载体。正因如此，中国政治话语中的宪法实施，往往伴随着宪法修改出现，这两种运行逻辑完全不同的过程，在政治化实施过程中却实现了“有机统一”，即都是为了实现或贯彻某种政治目标。宪法修改后通过政治方式来推进宪法实施，成为中国宪法发展过程中的一个惯例。

在刚性宪法的制度模式下，政治目标的实现需要依附于宪法，不同政治主体通过对宪法规范的含义进行解释、续造来回应社会变化，实现政治目标。^[21]中国宪法虽然在形式上设定了刚性的修改程序，但实际运行则更接近柔性宪法。从历次宪法修改的事实来看，中国宪法对社会变迁的反映，不是通过宪法解释，而是以宪法修改的方式来实现。在柔性宪法制度模式下，宪法的历次修改更多是对政治目标进行宪法化，实现政治目标与宪法规范

[16] 参见《中国共产党党内法规制定条例》、《中国共产党党内法规和规范性文件备案规定》。

[17] See William C. Jones, *The Constitution of the People's Republic of China*, 63 Wash. U. L. Q. 707 (1985).

[18] 参见[奥]凯尔森：《共产主义的法律理论》，王名扬译，中国法制出版社2004年版，第238页以下。

[19] 一些西方学者认为，受儒家文化传统和社会主义传统的双重影响，中国宪法中许多条款规定了这种目标性条款。参见前引[3]，Ainsworth文；Teemu Ruskola, *Legal Orientalism*, 101 Michigan Law Review 179 (2002)。

[20] 郭丹青甚至认为中国的宪法类似于美国的独立宣言，虽然很重要但事实上并没有法律约束力。See Donald C. Clarke, *Puzzling Observations in Chinese Law: When Is a Riddle Just a Mistake?* in C. Stephen Hsu (ed.), *Understanding China's Legal System*, New York University Press, 2003, p. 106. 陈端洪认为，中国宪法的实施主要依赖共产党和政府积极的“政治化实施”，因而排斥司法的实施。参见陈端洪：《制宪权与根本法》，中国民主法制出版社2010年版，第279页。

[21] See Keith E. Whittington, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Harvard University Press, 1999, p. 207.

的统一,然后推进宪法实施,实现政治目标。在此过程中,执政党一直努力承担发现根本规范、确认根本规范的功能,^[22]即认知社会价值观念的变化——调适政治目标——通过启动修宪程序进行宪法化。这种宪法修改可以称为“确认式修宪”。在此视角下,宪法只是更宏大的政治系统运行的一个环节,实施宪法是实现政治目标的一种手段。

在政治系统中,需要贯彻实施的不仅仅是宪法规范,也包括政治的价值理念和规范,如政治目标、党章党纪等。政治化实施宪法的路径,是将宪法实施置于一个更长的历史维度和更宏观的社会背景下,予以统筹安排。换言之,宪法是以附带在政治目标的实现中来贯彻落实的,为此也可称之为“附属型的宪法实施”。在“附属型的宪法实施”过程中,宪法更多地被视为政治的形式,必须随着政治的发展与时俱进。

在包含宪法实施的政治实践中,实施宪法往往通过执政党主导的广泛政治动员来进行。其主要特征如下:

第一,执政党的组织发挥着主导作用。^[23]从宪法制定的历史来看,这种方式也是制宪者设计的宪法实施方案。根据宪法制定时的政治理念,宪法实施“一是要依靠党的领导,二是依靠广大人民群众”,^[24]即通过中国共产党的组织力量,通过各级党组织机构强大的组织能力,发动政治动员。与一般的政党不同,中国共产党在中国的政治体制中发挥着核心和中枢的功能,其组织遍及各种国家机构、人民团体、企事业单位、群众性组织,甚至非公有制经济组织。从功能主义的角度看,中国共产党是联系中国社会各个不同子系统的一个纽带,在各个不同领域都存在作为其执政机制要素的理论、制度、组织机构和人员。而且,中国共产党拥有调动各种资源的强大动员能力,遍布各个不同系统的党组织为宪法的政治化实施提供了基础。^[25]

第二,在政治动员过程中,宪法实施的主体范围非常广泛。包括法律机构在内的所有国家机关、社会团体、社会组织等,都是宪法实施主体。^[26]在政治动员模式下,保障宪法实施的主体被不断社会化,甚至普通公民也是宪法实施的主体。^[27]在上述动员体制下,各民主党派也是政治动员体系中的重要组成部分。在中国,动员其他政党的主要平台,是各

[22] See Susan L. Shirk, *The Chinese Political System and the Political Strategy of Economic Reform*, in Kenneth G. Lieberthal & David M. Lampton (eds.), *Bureaucracy, Politics, and Decision Making in Post-Mao China*, University Of California Press, 1992. 类似的观点也可参见 Larry Cata Backer, *Party, People, Government and State: On Constitutional Values and the Legitimacy of the Chinese State-Party Rule of Law System*, 331 *Boston University International Law Journal* 30-47 (2012).

[23] “宪法主要依靠国家机关来实施,特别是需要依靠中国共产党的组织。”参见彭真:《进一步实施宪法,严格按照宪法办事》,《中国法学》1984年第1期。

[24] 王汉斌:《王汉斌访谈录——亲历新时期社会主义民主法制建设》,中国民主法制出版社2012年版,第128页。

[25] See Doak A. Barnett, *Cadres, Bureaucracy, and Political Power in Communist China*, New York: Columbia University Press, 1967, pp. 437-438.

[26] 时任中共中央宪法工作小组组长的胡绳曾指出:“依靠整个国家机构,首先是人大、人大常委会,然后是整个司法机关、检察机关、行政机关,再加上全国人民来保证宪法的实施,这才是保护宪法实施的一套完整的体系。”参见刘政:《人民代表大会制度的历史足迹》,中国民主法制出版社2008年版,第236页。

[27] 根据彭真的解释,宪法实施的主体除了一切国家机关外,还包括工会、妇联、共青团等社会组织,居民委员会、村民委员会等基层群众自治组织;报纸、刊物、广播电视等新闻舆论机关,全体人民。这种政治化动员,因为“要依靠人民群众的力量,将宪法和法律交给人民掌握”,因此需要“重视宪法宣传教育,养成维护宪法的观念,与违反宪法的行为进行斗争”。参见彭真:《在第六届全国人民代表大会第一次会议上的讲话》,1983年6月21日。

种不同级别的多党合作和政治协商制度。根据政协章程，人民政协的一个重要职责，是“对宪法的实施进行民主监督”。对宪法实施进行民主监督的方式，是“通过所联系的广大群众，了解宪法实施的情况，提出保证宪法实施的意见，同时，在群众中宣传新宪法，教育群众了解宪法，遵守宪法，捍卫宪法”。〔28〕此外，民主党派的党章也都规定了“本党以中华人民共和国宪法为根本活动准则，负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”。〔29〕

第三，政治化实施的领域也十分广泛。中国宪法中规定了大量目的性条款，范围涵盖政治、经济、社会、文化等各个领域。在宽泛意义上，一般的国家行为都可以纳入实施宪法的范围之内，一般国家权力关系格局的发展变化，也都可以说是宪法上规定的民主集中制的实施，或者中央地方关系条款的实施。甚至根据宪法规定，国家机关所进行的计划生育、植树造林、推广普通话等活动，都可以作为一种实施宪法的行为。

第四，政治化实施的具体形式包括贯彻宪法实施的各种会议、通知、决议等。在中国政治运行过程中，会议是一种实现政治目标的重要形式，通过会议形成决定，然后执行，或者通过会议征求意见、释放信号、表明态度。会议级别越高，表明该会议任务越重要，力图使得各级组织意识到其重要意义，自上而下，层层贯彻会议决定。比如，在宪法修改后，中共中央政治局召开专门会议对实施宪法进行研究部署。此外，为了提高宪法意识，各级国家机构举办宣传贯彻宪法的纪念会议。除了会议形式外，政治化推进宪法实施的方式，还包括通过政治决议、通知或指示、讲话等形式来学习宪法，提高宪法观念。〔30〕比如，中共中央曾发出文件，要求“各部门尤其是政法部门主动地、系统地检查一次工作中有没有同宪法不符合的问题，凡是与宪法不符合的，要抓紧认真纠正”。〔31〕据此，各不同地方、各部门的党组织，进行从上到下的动员，开展学习和贯彻宪法的活动。为了保证动员实施方式的效果，可能会附带考核、检查、评比、奖励等保障机制。

整体而言，中国宪法的政治化实施体现为一种执政党主导的动员模式，即在特定的时间和空间范围内，集中力量，特事特办。这种政治化的宪法实施，是中国社会高度政治化背景下的产物。在改革开放以前，整个国家和社会资源高度集中，所有社会子系统从属于政治系统，或者被政治系统吸纳。〔32〕法律系统的独立性和自足性较弱，其运行特征体现为对政治系统的依附性和从属性，形成了所谓的“党政合一”体制。1982年宪法实施以来的一个重要的改革措施，就是“党政分开”。所谓的“政”，实际上包括正式的法律系统，以及行政机关和司法机关依据法律进行的日常治理。在党政分开的原则下，党组织的职权范围主要限于一些基本的、重要的问题，对于那些相对具体的管理工作，则通过常规化的制度进行管理。谢淑丽称这种治理模式为“例外治理”，〔33〕即执政党着重处理那些通过常规化的治理无法解决的重大问题，一旦已经形成共识，就通过常规化治理完成。政治化的宪

〔28〕 张友渔：《宪政论丛（下）》，群众出版社1986年版，第341页。

〔29〕 如《中国农工民主党章程》规定：本党以中华人民共和国宪法为根本活动准则，负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责，在宪法规定的权利和义务范围内享有政治自由、组织独立和法律地位的平等。其他民主党派党章也都有类似规定。

〔30〕 参见俞可平、李侃如：《中国的政治发展》，社科文献出版社2013年版，第323页以下。

〔31〕 前引〔26〕，刘政书，第149页以下。

〔32〕 参见孙立平等：《改革以来中国社会结构的变迁》，《中国社会科学》1994年第2期。

〔33〕 前引〔22〕，Shirk文。

法实施主要依靠最高政治权威高位推进,体现了一种“例外治理”的方式。这种方式可以在短期内调动各种力量,但是要形成推进宪法实施的长效机制,还需要常规化的实施机制。

四、中国宪法的法律化实施机制

宪法的政治化实施是一种非常规化的“例外治理”模式,而法律化实施则体现为一种常规治理模式。如果说政治化实施强调动态变化,试图通过宪法实施改变某种现状,那么法律化实施则强调稳定,维持既定的宪法秩序。在中国,法律化实施机制的一个重要前提,是法律系统逐渐从政治系统中相对分离,并形成一套不同于政治系统的、相对独立的运行机制。在此背景下,宪法开始发挥法律规范的功能,国家机关开始将宪法视为一种有约束力的法律规范,并在立法、司法和行政过程中贯彻实施宪法。中国宪法实施的方式,逐渐从单一的政治化实施过渡到法律化实施与政治化实施并行的实施方式。^[34]在法律化实施运行机制中,宪法实施大体上可以分为两种类型:“消极性的宪法实施”和“积极性的宪法实施”。前者是将宪法视为一种界限,各国家机关遵守宪法,不得违反宪法,主要通过合宪性控制来实现。后者是国家机关积极主动地以宪法为依据而行为,实现一种合宪的法律秩序,包括依据宪法的程序性规范和实体性规范来实现宪法的规范指示。

(一) 消极性的宪法实施

在消极性的宪法实施机制下,所有国家行为不得超出宪法的界限,并通过一定的程序和制度设计,对法律规范体系和国家行为进行合宪性控制。^[35]

一般而言,消极性的宪法实施的典型是司法性的宪法审查机制。由于受到政治观念和权力分工格局的影响,中国司法机关并未以宪法审查的方式来实施宪法,也从未作出任何合宪或者违宪的宪法判断。^[36]在一般司法观念和司法实践中,也并未将宪法视为一种与审判直接相关的法律规范。^[37]中国的司法机关是以另一种方式来进行合宪性控制。在审判实践中,法院通过选择适用相冲突的法律规范,将违反上位法的法律规范排除在裁判规范体系之外,进而实现对“裁判规范体系”的合宪性控制。^[38]根据现有的司法体制,法院虽然可以对法律规范进行选择适用,但“不得认定相关规范性法律文件的效力”。^[39]因此,合

[34] 有学者用“运动式宪法实施模式”和“法制化宪法实施模式”来描述这种变化。参见翟小波:《代表机关至上的人民宪政》,《清华法学》2007年第2期。

[35] 有学者称之为实体性的实施,即以宪法作为标准对国家行为进行合宪性控制。参见张千帆:《宪法实施的概念与路径》,《清华法学》2012年第6期。

[36] 这种体制也并非中国独有,比利时、荷兰的法院也采取类似体制。See Randall Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002, pp. 260-261.

[37] 有学者对全国十五个省市范围内法官进行抽样调查发现,大多数法官认为宪法与审判业务关系不大。参见邓世豹:《当代中国法官的宪法意识实证分析》,《暨南学报》2011年第1期。

[38] 根据《关于人民法院审理行政案件对地方性法规和规定与法律和行政法规不一致的应当执行法律和行政法规的规定的复函》、《关于人民法院审理行政案件对于缺乏法律和法规依据的规章规定应如何参照问题的答复》、《关于对人民法院审理公路交通行政案件如何适应法律问题的答复》等,法院可以对与上违法冲突的法律规范不予适用。参见孔祥俊:《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》,人民法院出版社2004年版,第212页以下。

[39] 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第7条。不过,抵触上位法是否必然导致的“不予适用”,在不同法律机构之间仍未达成共识。参见全国人大常委会法制工作委员会:《法律询问答复(2000—2005)》,中国民主法制出版社2006年版,第10页。

宪性控制的效力范围仅限于司法审判领域，而且缺乏判例制度做支撑，其实际效果有限。

根据中国宪法，立法机关承担着消极性的合宪性控制功能。不仅全国人大常委会，地方人大常委会也有合宪性控制的职权。^[40]这是法律文本层面规定的合宪性控制机制。但迄今为止，立法机关从未做出具有法律效力的废止或撤销决定，这种正式的合宪性控制机制整体上处于“沉睡状态”。与正式制度实施不同，在各级人民代表大会系统内部，存在一个非正式但相对常规化运行的合宪性控制机制。在内部实施机制中，全国人大常委会对违反宪法和上位法的法规规范的解决方式，主要是“及时与制定机关加强沟通协商、提出意见，督促自行修改或废止”。^[41]在全国人大常委会的法律工作实践中，逐渐形成了一套法律询问答复制度。立法法第55条也对这种制度实践进行了法律确认。根据该条规定，全国人大常委会的工作机构可以对具体的法律问题进行研究并作出答复。在此过程中，出现了很多以宪法为依据的法律推理和决定，许多宪法争议都是在内部沟通协商的过程中解决的。^[42]其中有些法律问题，涉及如何理解宪法文本的含义以及公权力行为的合宪性，全国人大常委会法制工作机构在一些案件中也对宪法条款进行解释。^[43]这种在法律实践中通过询问答复等内部沟通协调机制，对于有争议的公权力行为作出符合或违反宪法的判断，^[44]可以说是一种内部的、非正式的合宪性控制方式。

在中国宪法的消极性实施过程中，行政机关也是合宪性控制的重要机构。作为宪法上规定的“最高国家行政机关”，国务院在一些案件中会主动做出决定，纠正违宪。例如，国务院针对地方买卖租赁集体所有和国家所有土地的情况作出的违宪判断，对地方设置民族镇的做法作出的违宪判断。^[45]此外，与司法性宪法审查模式明显不同，在中国，行政机关甚至可以对司法机关的某些行为作出违宪判断。比如，《邮电部关于人民法院要求邮电部门协助执行若干问题的批复（邮部〔1992〕788号）》中指出，“对人民法院以督促当事人履行义务为由，要求邮电部门停止提供通信服务的做法，与我国宪法第40条的规定相抵触，邮电部门不予协助执行”，司法机关对此并未表示异议，最高人民法院转发了邮电部《关于人民法院要求邮电部门协助执行若干问题的批复》的通知，并要求各级法院参照执行。

（二）积极性的宪法实施

消极性的宪法实施不是宪法实施的唯一方式，所有国家机构都有实施宪法的义务。立

[40] 比如《黑龙江省人民代表大会常务委员会监督工作暂行条例》明确规定，人民代表大会常务委员会可以对“省人民政府、省高级人民法院、省人民检察院在行使职权时的违宪、违法行为”进行监督。

[41] 《全国人大常委会工作报告》，十二届全国人民代表大会一次会议，2013年3月8日。

[42] 参见前引〔39〕，《法律询问答复（2000—2005）》，第168页以下。

[43] 这种内部运行的宪法解释，虽然不具有宪法解释的形式，但实际上也产生法律约束力。比如对宪法第89条规定“行政机构”的范围的解释，对宪法40条“通信自由和秘密”保障范围的解释。参见前引〔24〕，王汉斌书，第323页；前引〔39〕，《法律询问答复（2000—2005）》，第129页以下。

[44] 比如，法工委在答复中认为乡镇人民代表大会设立常委会违反宪法，参见前引〔39〕《法律询问答复（2000—2005）》，第89页。

[45] 1983年11月19日，《国务院关于制止买卖、租赁土地的通知》指出“这是严重违犯宪法的行为，必须坚决制止。1992年7月17日，《国务院关于停止审批民族镇的通知》指出：设置“民族镇”是不符合《中华人民共和国宪法》规定的，必须予以制止，否则将损害《中华人民共和国宪法》作为国家根本大法的尊严，并将造成行政区划体系的混乱，影响国家的行政管理。在行政主导的宪法实施中，乡镇人民政府甚至都有合宪性控制的责任和义务。根据《国务院关于印发中国妇女发展纲要和中国儿童发展纲要的通知（国发〔2011〕24号）》，乡（镇）人民政府对报送其备案的村民自治章程和村规民约，发现有与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，含有歧视妇女或损害妇女合法权益内容的，应及时予以纠正。

法机关在制定法律的时候,需要研究如何通过立法实施宪法,行政机关的行为也需要考虑宪法的规定,特别是在参与立法的过程中,同样都需要认真对待宪法问题。^[46]因此,宪法审查不能限制其他国家机关以更适当的方式来充分实施宪法,将有些宪法规范的进一步实施留给其他国家机关在各自职权范围内进一步充分实施,更加符合宪法要求。^[47]但整体而言,宪法的积极性实施的空间受制于消极性实施所设定的合宪性条件。如果积极性的宪法实施超出了这种界限,则启动消极性的宪法实施来对其进行纠正,维护宪法秩序。比如,立法实施超出宪法许可范围或者没有达到宪法的规范要求,则构成违宪。

与西方宪法实施模式不同,中国宪法消极性实施的空间有限,但积极性实施的空间较大。受苏联宪法观念的影响,中国将宪法视为一种需要普通法律加以具体化的根本法。此观念可以追溯至斯大林有关宪法的论断:“宪法是根本法,而且仅仅是根本法。宪法并不排除将来立法机关的日常立法工作,而且要求有这种工作。宪法给这种机关将来的立法工作以法律基础。”^[48]受其影响,中国宪法规定了大量的指令性规范,需要通过制定一般法律对宪法规范进行演绎和具体化。对于这种指令性规范,尤瑞克给出的解释是,中国宪法侧重于保护积极自由(如社会权),而非消极自由,这些条款更多要求国家机关积极履行宪法义务,所以需要积极性的宪法实施。^[49]在宪法的积极性实施过程中,立法机关以宪法为依据制定法律的实施方式最为典型。行政机关作出决定,也会遵守宪法规定的程序和权限,履行宪法规定的义务。司法机关根据宪法规定的职权范围,通过在司法判决中运用合宪性解释的方法间接实施宪法。^[50]

回顾三十年来中国宪法实施的过程,积极性的宪法实施主要以立法实施为主。对此,主流政治话语的表述是“通过(制定)完备的法律推动宪法实施”。^[51]中国立法机关制定法律时,通常会在总则中作出“依据宪法,制定本法”的规定。这种表述在国外立法中并不多见。从宪法实施以来的立法统计数据来看,大多数立法都是对宪法规定进行具体化的结果。^[52]

通过立法实施宪法的主要方式,包括将宪法确立的制度进一步具体化、体系化,通过立法来具体化宪法的组织规范和权利规范体系,以及确立基本权利的各种保障制度等。具体形式有:(1)通过框架性立法来实施宪法,具体化宪法规定的各种国家权力运行的组织规范和程序规范。从比较法的角度看,中国宪法更偏向于一个原则性的组织程序结构,而不是一个分权制衡结构。^[53]这一特征决定了宪法的组织和程序规范需要立法进行具体化。

[46] See Louis Fisher and Neal Devins, *Political Dynamics of Constitutional Law*, West Pub. Co., 1992, pp. 10-11.

[47] See Lawrence Gene Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 HARV. L. REV. 1212 (1978); Ernest A. Young, *Popular Constitutionalism and the Underenforcement Problem: The Case of the National Healthcare Law*, 75 Law & Contemp. Probs 157-186 (2012).

[48] 转见前引[2],张友渔文。

[49] M. Ulric Killion, *China's Amended Constitution: Quest For Liberty and Independent Judicial Review*, 4 Washington University Global Studies Law Review 43 (2005).

[50] 参见张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,《中国法学》2008年第3期。

[51] 参见习近平:《在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话》(2012年12月4日);张德江:《在全国人大常委会立法工作会议上的讲话》(2013年10月30日)。

[52] 参见全国人大常委会法工委立法规划室编:《中华人民共和国立法统计》,中国民主法制出版社2008年版,第七章。

[53] 参见前引[5],Jianfu Chen书,第78页。

这种框架性立法不同于根据宪法上的立法权限进行的一般立法，甚至被认为具有准宪法性质的法律规范。^[54]（2）将抽象的基本权利具体法定化为不同类型的法律权利，在公法和私法体系中分别设定不同的法律制度：一方面，通过立法设定保障权利并限制权力的公法制度，如行政许可法、行政强制法、行政处罚法等；另一方面，通过立法确认私法制度，界定平等主体之间的权利义务关系。（3）通过立法完善基本权利的积极保障制度。具体而言，通过具体的立法来对基本权利保障所必需的法律制度进行确认，比如司法和诉讼制度、社会保障制度、教育制度等。（4）设定基本权利保障的法律界限。宪法规定的基本权利只是一种原则性的宣示，因此需要立法对各种基本权利的具体行使范围进行法律上的界定。由于缺乏法律的合宪性审查，对于法律上基本权利的限制是否具有正当性，仍缺乏宪法上的判断标准。

五、政治化实施与法律化实施的互动

宪法的政治化实施和法律化实施双轨并行，分别按照不同的运行逻辑展开。在宪法的政治化实施过程中，中国共产党作为政治中枢系统发挥了主导作用；而在法律化实施过程中，则形成了主体多元、内外交错的宪法实施机制。这两种宪法实施方式之间并非完全隔绝，二者之间存在着相互影响、相互协调的互动机制。

首先，宪法的政治化实施往往构成法律化实施的推动力，也为法律化实施提供政治权威保障。在法治成熟国家，法律对政治的规范功能较强，大多数政治问题最终都可以通过法律程序解决，因此宪法实施是一种以法律化实施为主的模式。与上述模式不同，在以政治化实施为主导的宪法实施模式下，法律问题随时可能成为一个政治议题，最终回到政治系统内解决，即通过将某些法律问题上升到政治高度，运用政治力量加以解决。在这种思路下，宪法实施往往借助政治方式来推进。具体的方式有：（1）在历次宪法修改之后，通过政治系统自上而下组织大规模宣传学习活动来提高宪法观念，推进宪法的法律化实施。（2）通过党内组织程序来保障宪法程序的实施。例如，在1982年宪法通过后，中共中央组织部发布《关于任免国家机关和其他行政领导职务必须按照法律程序和有关规定办理的通知》（1983年9月8日），明确要求在组织工作中，根据宪法规定的程序任免国家机关工作人员。此后，中共中央又发出《关于任免国家机关领导人员必须严格依照法律程序办理的通知》（1984年4月26日），再次重申“任免国家机关领导人员必须严格按照宪法和法律规定的程序办理”。（3）对于一些违反宪法的法律行为，通过政治系统的运行进行纠正。比如，全国人大常委会对于某地方人大常委会违反宪法规定的人事任免程序的纠正，通过“由委员长和副委员长进行研究，向中央书记处反映”的方式，获得以“中央书记处书记进行了批评”的形式纠正不当做法的最终处理结果。^[55]（4）在法律论证中，引入政治权威人物对于宪法实施的讲话或观点，来加强说服力。（5）借助政治权威来推进宪法法律化实施的手段和

[54] 参见前引 [13]，Griffin 书，第 54 页。

[55] 参见前引 [24]，王汉斌书，第 132 页。

做法，还有由中共中央文件对法律化实施内容进行确认的文件转发制度和党政联合发文制度。^[56]

此外，还有一些政治化实施的模式，通过制度演变成为法律化实施的形态，许多以“例外治理”模式存在的政治化实施方式逐渐被法律系统所吸纳，通过法律程序演变为常态化实施机制。在新的宪法和法律秩序尚未确立之前，中国社会整体上呈现出一种政治化的治理模式，中国共产党实际上曾发挥着政府管理的作用。随着法律制度的不断完善，这种治理模式逐渐由单纯依靠政策手段过渡到同时依靠政策和法律两种治理手段。随着政治与法律系统的相对分离，中国共产党提出了党必须在宪法范围内活动的自我限制原则。相应地，政治系统内部生成了一系列以“党法党规”为核心的政治性规范。由此形成了两套规范体系，即作为政治系统内核规范的党法党规体系和作为政治系统外围规范的法律体系。从源头上来看，许多宪法性法律的内容，都是从党内组织程序方面的规范演变而来的。这种发展过程整体上体现为以法律化实施方式来确认政治化实施的经验。

在双轨制格局下，两种宪法实施方式通过执政党的组织形成了体制内部的协调机制。中国宪法实施的义务主体是多元的，但不同主体之间缺乏法律上的明确分工，不得不依赖于政治系统的运行来协调宪法实施。这种协调是通过中国共产党的组织和职能实现的。在现有政治体制下，党的基本领导方式是“总揽全局、协调各方”。在中国共产党组织内有各种类型的协调机构，包括党内一些常设性和非常设性的工作（领导）小组。宪法修改前成立的“中央宪法修改小组”就属于临时性的协调机构。根据历次修改宪法的惯例，宪法修改小组组长一般由全国人大常委会委员长（兼党组书记）担任。这种体制安排有助于协调政治系统和法律系统的关系，从而兼顾宪法的政治性和法律性。宪法修改完成后，宪法实施的协调机制主要是通过党的组织机制来实现的。由于中国共产党的组织遍及所有国家机关，各级党组织可以方便运用各种机制进行协调。例如，在一些法律制定过程中，由中国共产党中央组织听取其他政治组织的意见，进行充分协商。再如，为保证中国共产党的人事任免制度与正式宪法程序之间相互衔接，中共中央出台了《关于地方党委向地方国家机关推荐领导干部的若干规定》、《中共中央关于实行党和国家机关领导干部交流制度的决定》等内部决定，来协调政治系统和法律系统的宪法实施。

六、需进一步展开的问题与讨论

现行宪法颁布实施三十多年来，随着整体性社会的不断分化和法律系统的相对独立，宪法实施逐渐由单一依靠政治化实施模式过渡到政治化实施与法律化实施并行的双轨制的运行格局。但整体上，这种双轨制呈现出政治化实施有余而法律化实施不足的特征。由于受政治化思维的影响，宪法的政治化实施和法律化实施出现了相当程度的角色错位，许多应当通过法律机制解决的宪法问题被过度政治化，从而压缩了法律化实施的空间。

在宪法的政治化实施体制下，宪法并非基于法律体系的阶层构造理念来实施，而是依

[56] 有关党政联合发文制度的研究，可参见[德]迪·安·洛伯等：《社会主义国家执政党党章研究》，叶笃初等译编，求实出版社1988年版，第11页。

赖于政治力量推动。相应地，宪法监督不是依靠宪法的最高法律效力，而是依靠更高的政治权威来实现。法律化实施空间若被政治化实施过度压缩，又会导致宪法实施的虚化和泛化。虽然从形式上看，所有国家机关、社会组织等主体都有实施宪法的义务，所有国家行为都是在实施宪法，但实际上，这种实施宪法的义务只是一种泛化的政治道德，无法转化为宪法有效实施的推动力。将宪法实施泛化的思路，无助于宪法规范功能的发挥。如果认为宪法什么都是，那就实际上会导致宪法什么都不是。而且，虚化和泛化的宪法实施，无法确立国家权力的界限，而权力边界的不清晰，又将导致权力主体的宪法责任不明确。如果违反宪法的标准和责任都处于不确定状态，那么这种不确定性对公权力主体可能会产生一种同时存在着放纵和阻吓效应的矛盾现象，即由于无法明确宪法上的标准和界限，公权力主体可能会尽量无视或回避宪法问题，实际上将宪法实施仅仅作为一种口号对待。这种状况又进一步压缩宪法的法律化实施空间，使得法律机构面对宪法问题犹豫不决或者消极回避，也使得有权机关不敢作出具有法律效力的宪法判断。

由于政治化实施对法律化实施空间的失度压缩，两种实施机制之间缺乏双向建构的有效互动。一般而言，通过法律化实施发挥宪法对政治的规范功能的过程，也是赋予政治以法律正当性的过程。在理想的法治状态下，政治系统通过宪法的制定、修改程序以及立法过程向法律系统输出正当性。在完成输出过程后，政治权威受制于根本规范以及其衍生的次级规范的约束，并从这种规范中获取法律正当性，由此形成不同的正当性之间的循环与双向建构，进而维持整个政治系统和法律系统的稳定性。在现有政治体制下，最高政治权威和最高法律权威分属不同的主体。两种权威都需要源源不断地获取正当性支撑，政治权威需要获得宪法上的正当性，而宪法的正当性也需要通过政治系统的运行不断输入。但由于宪法缺乏法律规范力，导致法律系统向政治系统的正当性输出受到阻碍，也使得政治系统的正当性资源被不断透支和耗散。中国改革过程中出现的所谓“良性违宪”现象，就是这种政治化实施与法律化实施之间互动不足而导致合宪性与正当性之间的悖论。因此，两种宪法实施机制之间如何完成双向正当化的循环，盘活政治和法律系统内的正当性资源，是双轨制宪法实施的一个重要课题。

另外，宪法实施双轨制下多元分散的合宪性控制功能有待进一步整合。中国政治机构也承担一定的合宪性控制功能，法律机构也以政治化方式来实施宪法。在现有的宪法实施机制下，除了立法机关主导的内部合宪性控制外，司法机关主要对裁判规范体系进行合宪性控制，行政机关的合宪性控制也仅限于行政体系内部。除此之外，党组织内部也存在一个对党内规范的合宪性控制机制。^[57]这种多元且分散、以内部运行为主的合宪性控制机制，虽然能够在一定程度上实现纠正违宪的功能，但由于合宪性控制机制之间缺乏有效的协调、沟通和转接机制，使得宪法实施机制缺乏对法律体系进行统合优化的功能。如何整合、调适不同系统内的合宪性控制，理顺政治与法律系统之间的关系，是双轨运行的宪法实施未来需要面对的问题。

在社会转型时期，宪法实施的双轨制模式也不是一成不变的，而是处在不断变化的过

[57] 根据《中国共产党党内法规制定条例》，党内法规如果同宪法和法律不一致的，有权机关可以“责令改正或者予以撤销”。《中国共产党党内法规和规范性文件备案规定》明确规定了“建立党内法规和规范性文件备案审查与国家法规、规章和规范性文件备案审查衔接联动机制。”

程中。整体而言,中国宪法的实施不是按照司法审查的逻辑展开,而是呈现出一种政治化实施与法律化实施同步进行的双轨运行格局,即主体多元—分工协调—双轨实施体制。理解中国宪法实施的整体状况需要从政治与法律的双重视角来认识宪法实施的多面性和复杂性。本文分析了宪法实施双轨运行的机制与特征,揭示两种宪法实施方式之间的内在关联,并进一步指出其问题和局限性所在。从比较法的角度看,这种政治法律的双轨制实施可以作为描述中国宪法实施的一个整体框架。但这只是一个宏观上的分析框架,还需要更多的经验支撑和理论提升。比如,对于内部多元的合宪性控制体系,还需要对更多案例进行系统研究;对于不同宪法实施机制之间的关系,仍需更多的实证研究支持。不得不指出的是,双轨制虽然可以在认识论意义上提供一种整体上描述中国宪法实施的分析框架,但这种宏观的理论框架,对于那些微观的、复杂多变的宪法问题所能够提供的解释力,可能会受到一定的限制。

Abstract: Different from western countries, judicial review of constitutionality is not regarded as the basic method of enforcement of the Constitution in China. According to Chinese Constitution, judicial organs in China do not have the authority to directly review the constitutionality of a piece of legislation in accordance with the Constitution whereas the Standing Committee of the National People's Congress has the authority to interpret the Constitution and review the constitutionality of the legal system. From the perspective of comparative law, the Chinese Constitution is more like a declaration of political program enforced by political, rather than legal, method. However, with the construction of the rule of law, the mode of enforcement of the Chinese Constitution has been undergoing a process of gradual transition from a unitary system of political enforcement to a dual-track system of both political and legal enforcement. The political enforcement of the constitution mainly takes the form of political mobilization led by the ruling party whereas the legal enforcement of the constitution is a pluralistic enforcement mechanism that takes positive enforcement as the main body and negative enforcement as the supplement. From the perspective of comparative law, the conception of dual-track system provides a theoretical framework to describe and understand the constitutional enforcement in China.

Key Words: mechanism for the enforcement of the constitution, political enforcement, legal enforcement, positive enforcement, negative enforcement
