

憲政・中國

從現代化及文化轉變
看中國憲政發展

戴耀廷 著



香港大學出版社

HONG KONG UNIVERSITY PRESS

香港大學出版社
香港田灣海旁道七號
興偉中心十四樓
www.hkupress.org

© 香港大學出版社 2012

ISBN 978-988-8083-91-6

版權所有。本書任何部分之文字及圖片，
如未獲香港大學出版社允許，
不得用任何方式抄襲或翻印。

10 9 8 7 6 5 4 3 2 1

康和印刷製作有限公司承印

目錄

引言：中國的憲政之路	1
一、憲政	7
1. 憲政的基本理念	9
二、憲法在中國	17
2. 中國百年的立憲運動	19
3. 當代中國的憲法觀	67
三、中國憲政發展的歷史路徑	83
4. 從政權模式的歷史走向看中國憲制發展的方向	85
5. 從現代化及文化轉變看中國憲政的發展	113
四、推動中國憲政的力量	131
6. 中國何時才有具憲政視野的領袖？	133
7. 互聯網與憲政發展	139
8. 資訊自由、公民社會與政權模式變革	143
9. 憲制發展與人的本質	147
10. 從北非民主浪潮看中國憲政的發展	151

五、中國憲政與法治	157
11. 中國法治建設的四個階段	159
12. 中國的法治評估系統	173
13. 中國法治的晴雨表	179
14. 中國法治的遠景與盼望	183
15. 法治與道理	187
六、中國憲政的現況	189
16. 走出「六四」鬱結、邁向中國憲政	191
17. 中國反貪腐的形態	199
18. 好官、壞官與不好不壞的官	203
19. 反思反貪腐	209
20. 思索奧運後	213
21. 鳥巢·奶粉	217
22. 中國的宗教自由	221
23. 民族區域自治與聯邦	225
24. 為甚麼西藏不可以實行「一國兩制」?	229
25. 馬英九當選對中國憲政的意義	233
26. 中國憲法觀的最新表述	237
27. 中國人民滿意嗎?	241
七、《零八憲章》	245
28. 反思《零八憲章》	247
29. 《零八憲章》與中國憲政	251
30. 從《零八憲章》、劉曉波被囚，到中國憲政	255
31. 劉曉波獲和平獎對中國憲政發展的意義	257
結語：中國憲政發展的前景	263
延伸閱讀	267

引言：中國的憲政之路

憲政

二零一零年諾貝爾和平獎得主劉曉波有份參與草擬的《零八憲章》為中國的未來發展勾畫出了一幅憲政的藍圖。憲政，用最簡單的說法，就是「規限政府的權力以保障公民的基本人權」。源自西方社會的憲政理念，是人類歷史發展至今最成熟和相對最穩定的管治體制。憲政所包含的是一套能符合憲政核心價值的憲政體制。這些核心價值包括法治、分權制衡、民主和人權。

中國的憲法觀

中國從晚清開始，曾多次嘗試立憲，但基於各種原因，這些立憲運動都是以失敗告終。到了中國共產黨取得了中國大陸的管治權後，共產政權依其意識形態下的憲法觀所建立起的管治體制，因與憲政的憲法觀（立憲的目的及實踐這目的之方法）存在很大的差異，故在很多方面都不符合憲政的要求。當然，從中國共產黨的憲法觀出發，現行的憲法才是最適合中國的。

憲制發展的理論框架

憲制的發展其實是有一些客觀的歷史路徑的，由前現代社會演變至現代到後現代社會的歷程中，憲制有著由專制的管治體制逐漸演化至能符合憲政理念的管治體制的徵象。當中人民如何看待一個管治體制的認受性（或正當性）起著關鍵的作用。而人民之所以覺得某一種管治體制是正當的，又受他們的政治文化所影響。雖然文化有著頑固的特性，但文化也不是不可轉變，只是這過程可能會是漫長及跨代的。至於導致文化轉變的原因，就是由現代化所帶動的經濟發展，以及由此而改變的經濟生產關係及個人與群體之間的相互關係。

自一九七九年開始，在鄧小平的領導下，中國共產政權推行改革開放及現代化的政策，使中國的經濟發展在過去三十年取得了驕人的成果，但在管治體制上大體仍是以共產黨專政。隨著經濟發展，經濟結構也在逐步轉化，市場經濟的比重愈益提升，而人民的生活也由貧乏變得較富裕。中國人民的政治文化會否隨著經濟生活的改善，在未來的二、三十年間出現根本的變化，將會影響著中國人民對管治體制的正當性的期望，亦會左右著中國的憲制是否會朝向憲政的方向發展。

促使憲政發展的因素

現代化經濟發展及文化轉變只是憲制轉變的背景因素，而中國憲制能否演化為憲政的管治體制，其中一個關鍵因素，是當代中國能否出現一位具憲政視野的政治領袖去帶動憲制的改變。這方面還有待觀察。此外，互聯網的急速發展令資訊傳播變得更快更廣，同時加速社會文化的改變。公民社會的發展也對憲政發展起著重要的推動作用。這幾方面都是決定憲政能否最終降臨中國的重要因素。

中國的法治發展

雖然中國還未達憲政的水平，但這不是說中國在憲政發展上沒有寸進。就以法治的發展為例，若以「有法可依、有法必依、以法限權、以法達義」四個法治的層次或階段去看中國的法治，在一九七九年後，中國法制進行了大量的立法，大大改善了文革時無法無天的情況。中國憲法亦加進了「依法治國」的條文，表明共產政權立意要以法律為管治的重要工具。現在法治的發展去到了樽頸，中國官員仍有不少有法不依的情況。若要突破，使官員能真的做到「有法必依」，邁向更高階段的法治，那就可能要逐步建立外在的限權機制，達到「以法限權」，甚或「以法達義」的層次。當然現有「一黨專政」的體制必須作出改變。

中國憲政的現況

自改革開放及經濟改革取得成果後，共產政權一直希望的「富強中國」的夢想終於初步實現，在國際間贏回國家的尊嚴，受世界各國的尊重。但共產政權並未在經濟改革的同時，進行政治改革，導致出現制度的落差。

最明顯的就是官員的貪腐問題。貪腐與憲政是不相容的，八九民運及六四事件是共產政權因官員貪腐而受到第一次、也是到現在為止最大的衝擊。當年共產政權為了維持權位，抱著「穩定壓倒一切」的思想，不惜鐵腕鎮壓這場運動。經過這麼多年，要求平反六四之聲，至少在海外，仍是不絕於耳，但共產政權依然不願正面回應六四的訴求，也就是反貪腐。

雖然共產政權不實行憲政法治，但官員的貪腐問題對它也造成極大的困擾，因為這個問題會威脅政權本身的正當性。若老百姓因官員貪腐而對共產政權失去信心，那麼它也難以維持有效的管治，甚至會倒台。不過，由於共產政權不施行憲政，

故其對付貪腐的方法也不會是與憲政相符的。不以憲政之道去對付貪腐，長久能否有效實屬疑問。

另一方面，雖然共產政權能以高度集中的政治權力、經濟力量及社會動員力，成功地建造了「鳥巢」及舉辦了「京奧」，但過去數年，中國社會先後出現多宗因官員貪腐而引發的震撼事件，包括了四川大地震暴露的豆腐渣工程、三鹿集團毒奶粉，以及受毒奶粉影響孩童的家長趙連海因發動追討賠償而入罪。

為了防止這些由官員貪腐所引發的重大社會事件對政權的衝擊，共產政權打擊的焦點，與處理六四的方法同出一轍，都是放在那些受害者及維護自己權益的老百姓身上。

儘管在引入市場經濟改革後公民在經濟領域已有了相當程度的自由度，但是為了防止民間出現挑戰共產政權的有組織力量，共產政權在其他領域如宗教，仍然鉗制得很厲害，雖可能較之前已有所改善，但仍是相當緊的。

另一個對共產政權的衝擊，是來自一些省份少數民族渴求更高度自治的呼聲，因現在仍是以漢民族為主導的制度，並未能充份保障少數民族平等的權益。

不過隨著社會的變化，共產政權也不得不思索如何面對社會在法治、反貪腐、種族平等、公民權利等方面愈益強烈的訴求。台灣同屬中國人社會，近年在憲政方面的發展如政黨輪替執政，都有不少進步，這對共產政權推行政治改革以實現憲政構成壓力。

《零八憲章》

《零八憲章》就是在這背景下由一群中國知識份子發起、在網上供中國人民聯署的一份文件。《零八憲章》勾畫出一幅中國憲政的藍圖，當中雖未明言如何能由現在專制的共產政權轉化為憲政，但它至少給了中國人民一個憲政的遠景。

共產政權處理《零八憲章》的方法，同樣是在其未形成一個強大力量之前，就要把它打壓下去。《零八憲章》的其中一位草擬者劉曉波的拘禁、檢控、判刑及被囚，正是這種手段的例證。但劉曉波卻因長期推動中國憲政，而獲頒具國際榮譽的諾貝爾和平獎，表明了國際社會對中國發展憲政的認同及期望。而這對中國憲政的未來發展，是具有長遠及積極的作用。

中國憲政的前景

從不同的研究顯示，到現在為止，中國人民對現在的共產政權的管治大體還是滿意的，這主要是建基於過去三十多年經濟改革為人民經濟生活帶來改善的結果。但隨著人民的經濟條件因經濟進一步發展而有了更強的保障後，他們是否還會只滿足於經濟上的自由？他們又會否渴求政治上的自由呢？

西非在二零一一年春天所出現的民主浪潮，或因各國所處的內、外環境不同，應不會即時直接影響中國的憲政發展。但從西非的民主浪潮看，即使較看重由上而下的權威的回教社會，也可以產生出強大的民主及憲政訴求，那麼同是講求由上而下的權威的中國社會，是否也會在全球化的浪潮下，有一天也會出現由下而上的憲政運動呢？

這一點，現階段可能沒有人可以給予肯定的答案，但較可以肯定的說，這一天也不會在短期內出現。

《憲政·中國》簡介

本書的題目是《憲政·中國》，收錄了我過去幾年在不同報章發表關於中國憲政的文章；副題是「從現代化及文化轉變看中國憲政發展」，描述了我對中國憲政分析的進路。

第一部先介紹憲政的基本理念作為全書的基礎。第二部檢視中國過去曾進行的立憲運動及現在中國共產政權的憲法觀。

第三部提供理論的分析，探索現代化與管治體制的正當性的關係，及現代化對政治文化的影響，並以此建構一套憲制演變為憲政體制的歷史路徑的理論框架。第四部進一步分析其他推動發展憲政的因素。第五部分分析中國近年的法制建設，看能達到憲政法治的要求有多少。第六部就近年衝擊中國共產政權的社會事件，評析中國憲政發展的現狀。第七部以《零八憲章》及其草擬者劉曉波被囚及獲獎為引，進一步剖析中國憲政的前景。最後以政權模式、管治的正當性、現代化、文化轉變之間的關係作結，看對中國憲政的前景有甚麼啟示。

1

憲政的基本理念

憲政

憲政，用最簡單的說法，就是「規限政府的權力以保障公民的基本人權」。憲政是人類歷史發展至今最成熟和相對最穩定的管治體制。現代實施憲政的社會，除了必須有相配合的憲政體制外，更重要的是操作這些體制的人及受這些體制所管轄的人，都相信憲政的核心價值。這些核心價值包括法治、分權制衡、民主和人權。

法治

法治是憲政的基礎。透過法律，政府享有管治的權力，但政府所能享有的權力（包括權力的內容及行使權力的程序）都受法律所規限。

法治可分為四個層次或階段：第一個層次是「**有法可依**」。要有法治就必須先有法律。高一個層次是「**有法必依**」。不單要有法律，而且法律是執政者的主要管治工具，以法律來達到管治的目標。公眾亦可根據法律的條文清楚知道政府權力的界線和自己的法律權利，並可依據法律規劃自己的行為以避免觸犯法律。

更高的第三個層次是「**以法限權**」。法律已不單是執政者的管治工具，它反過來要規限執政者的權力。基於權力會使人腐化，絕對的權力使人絕對腐化，所以要以法律來限制掌權者，避免出現濫用權力的情況。但要達到「以法限權」，法律條文的意思必須是相對上清晰的，亦不可把任意的權力賦與政府官員。若條文的文字意思是清楚的，那就應當依據條文的文字意思來理解，否則政府官員或公眾都無所適從，也會製造機會讓官員以各種藉口濫權，甚或基於政治的考慮超越法律所定下的界線。此外，若公眾認為政府有違法的情況出現，可以向獨立的司法機構提出申訴，由法院經過公開的聆訊及訴訟雙方陳述論據後，作出公正和不涉及政治利益的裁決。

最高的層次是「**以法達義**」。「義」是指公義，這可再分四個次層次：第一、政府在行使權力時必須符合一些程序公義的要求。這是程序公義。第二、人們的基本人權如言論自由、結社自由、集會自由等自由得到保障。那就是公民權利公義。第三、市民享有選舉代表他們管治社會的政府官員的政治權利。這是政治權利公義。第四、社會中的弱勢社群能享有最起碼的社會資源。這是社會公義。在以法達義下，不同的憲政社會對於要達到的層次會有不同的選擇，但大都起碼能做到程序公義和公民權利公義。

分權制衡

同樣基於上述對人性因權力而腐化的基本假設，故政府的權力亦需要分立，這是為了防止絕對的權力出現。若人性沒有腐化的傾向，權力集中或絕對的權力也不是問題，但從中外幾千年的人類歷史看，卻有多不勝數的例子佐證了人性是軟弱的，即使那些政治領袖在政權開始時的政治理想是如何遠大、品格是如何高尚，但一旦擁有了絕對的權力後，鮮有不墮落的。

這不是說人性沒有善的一面，只是憲政接受了人也有陰暗的一面，尤其是處於權力中心時，那陰暗的一面就有更大可能暴露出來，甚至把善良的一面也吞食掉。

但憲政不是要求政府的管治權力（行政權、立法權和司法權），割裂地由三個不同的憲政體制（行政、立法和司法機關）分別來行使，而是要求各個憲政體制同時行使三方面的政府權力，並由一憲政體制主力負責。一般來說，負責主力行使某項政府權力的憲政體制，在那一項權力上就會擁有最終的決定權。

在憲政之下，管治權力是扣扣相連的，並透過憲政體制相互扣連的安排，以使權力不會絕對化和腐化，來達到制衡的目的。「制」是制約，確保所有政府機構的權力受到規範；「衡」是平衡，使權力分布處於一平衡點，而不會側重於任何一個政府機構。

民主

對民主最基本的理解，是公民以普及和平等的選舉選出政府領袖。民主選舉規定取得管治權的政府只能得到一個特定時期的管治權，要繼續管治，就得經過另一次的選舉，以取得另一段管治期的授權。若在管治期內，現政府出現嚴重失誤或不再得到大多數人民的信任，這政府就有可能在下一次選舉落敗，管治權就要交由另一得到大多數人民認可的政府來行使。

代表著不同利益的人亦可透過選舉，以和平的方式進行競爭，決定由哪一些人來管治。但即使代表著某一種利益的群體取得管治權，並不等於說它可漠視其他的利益群體，因人們對它的支持是會轉變的。若它過份地保障自己群體的利益，那有可能在下一次選舉因得不到大多數人的支持而要交出管治權。這促使由民主選舉產生的憲政政府，必須懂得平衡社會中的不同利益，而憲政體制亦須設計出不同形式的程序，讓不同的利

益群體，即使不是執政的，仍可在不同程度上參與管治。這把我們帶到了民主理念的另一層次，即商議性民主(deliberative democracy)，焦點不單在於有公平的程序去選出代議士，而是在於有公平的程序讓所有人在代議士被選出後，仍可繼續參與管治的過程。

人權

上述的幾個憲政理念，無論是法治、分權制衡或民主，都只是規限政府權力的手段，而規限政府權力的目的，是為了保障公民的基本人權。保障人權就是憲政的終極目標。

要實踐人權保障，憲政需要法治。政府的權力範圍及應用的準則就必須受到規限。雖然一個權力不受限制的政府並不一定會侵犯人權，但同樣也不能保證它會尊重人權。從歷史的經驗看，權力不受限制的政府往往會把權力用以維護一個階層、一個政黨或者是一個個人的利益，而無可避免地犧牲了其他人的利益。當然一個權力有限的政府也並不一定會保障所有人的人權，但要實踐人權的話，這是一個起碼的條件。在一個權力不受限制的政府之下，人們能倚靠的就是權力擁有者的善良與仁慈。

因此，保障人權或確定人權範圍的規定及限制政府權力的規定都是以法律的形式定出，並要置於最高的法律即憲法內。

保障人權的法律必須達到以下的憲政要求：

一、規限人權的法律必須是公開的，好讓公民知道法律的內容；法律條文需要有足夠的準確度，以使公民可合理地預見法律的後果，從而依此去規劃自己的行為。

二、任何限制人權的法律，都必須有充份的理據，如為了維護國家安全或公共安全、公共秩序，保護公共衛生或道德或他人的權利和自由等。

三、限制人權的方法得是在民主社會中是必須的，亦即是限制人權的方法與所要達到的理據得合乎比例。這合乎比例的要求有兩方面：(1)限制的手段與限制的目的是有理性的關連；(2)限制的手段對人權的限制不超過要達到限制的目的所需要的要求。

要實踐人權保障，憲政也需要分權制衡。要確保憲法全然被執行而不只是一紙空文，一套違憲審查的制度是很重要的。簡單來說，這即是指一套能確保政府（無論是行政或是立法機構）不會違反憲法（超出了權力範圍或違反行使權力的準則）的制度。如政府侵犯了憲法內所列的基本人權，這一套違憲審查的制度可對此作出判決並糾正政府的行為。雖然違憲審查的制度可以有不同的形式，但主要仍是透過司法制度對政府進行監察及審查。人民可以向法院提出申訴，要求處理他們與政府之間的衝突。

因此要保障人權就需要有一套違憲審查制度。但要這套制度能發揮保障人權的作用，使政府遵從憲法所定下的規限尊重人權，那麼它就得符合法治的一些基本要求，這包括了司法獨立及法院享有監察行政與立法機構的權力。

至於人權與民主在憲政下的關係可以是雙向的。首先，民主本身就是一項人權。每個公民應有權利和機會：(1)直接或通過自由選擇的代表參與公共事務；(2)在真正的定期的選舉中選舉和被選舉，這種選舉應是普遍的和平等的，並以無記名投票方式進行，以保證選舉人的意志的自由表達；及(3)在一般的平等的條件下，參加公務。

另外，人權雖受限制，但這些限制本身也是受到限制的。其中一個限制條件就是有關的限制得合乎一個「民主社會」的標準。

如上所述，民主不單是一人一票，大多數人的決定，少數人就得依從那麼簡單。的確，民主包含了投票選舉，但每人都有權投票選舉更深層的意義，是每一個人都可以有不同的

意見，而他們的意見都是平等的，並透過投票選舉表達出來。「民主社會」的意思就是社會要包容社會內不同的人的多元取向。一個人的人權不會單單因是多數人的意願就可以被限制。大多數人不能剝奪少數人的基本人權。要限制人權，有關的限制必須符合一個「民主社會」的這種多元的包容性。

總結

法治、分權制衡、民主和人權都是憲政的基本理念。要建立或維持憲政，在政府及社會中建構及推廣這些理念都是非常重要的。

參考書目

- Andrews, William G. "Constitutionalism and Constitutions." In *Constitutions and Constitutionalism*, edited by William G. Andrews. Chapter 1. Princeton, NJ: Van Nostrand, 1963.
- Beer, Lawrence W. "Constitutionalism in Asia and the United States." In *Constitutional Systems in Late Twentieth Century Asia*, edited by Lawrence W. Beer. Seattle and London: University of Washington Press, 1992.
- Gauba, O. P. *Constitutionalism in a Changing Perspective*. Chapter 1. New Delhi: Segment Books, 1996.
- Henkin, Louis. "Elements of Constitutionalism." In *The Evolving African Constitutionalism: Special Issue, ICJ Review*, edited by Adama Dieng. International Commission of Jurists, 1998.
- Loughlin, Martin. "What Is Constitutionalism." In *The Twilight of Constitutionalism?* edited by Petra Dobner and Martin Loughlin. Oxford; New York: Oxford University Press, 2010.
- Murphy, Walter F. "Constitutions, Constitutionalism, and Democracy." In *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, edited by Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Steven C.

Wheatley and Melanie Beth Oliviero. New York: Oxford University Press, 1993.

Nwabueze, Benjamin Obi. *Constitutionalism in the Emergent States*. Chapter 1. London: C. Hurst, 1973.

Sartori, Giovanni. "Constitutionalism: A Preliminary Discussion." *The American Political Science Review*, 56, no. 4 (1962): 853–864.