

中国缘何有宪法之名而无宪政之实：以《立法法》的七年执行为例

文 / 沈阳

2000年3月15日，第九届全国人民代表大会第三次会议通过了《中华人民共和国立法法》。当年7月1日，这部宪法性文件开始施行。颁布至今，《立法法》一度成为中国公民维权的政治工具。如同中国许多局部政治改革措施一样，《立法法》的象征意义远高于实践意义。本文以《立法法》的立法宗旨，尤其是颁布至今七年来的执行状况为例，分析中国究竟为何难以落实建立法治国家、维护公民权利的立法承诺，进而分析中国缘何有宪法之名而无宪政之实。

一、《立法法》的立法宗旨与内在矛盾

1978年以来，中国全国人大及其常委会审议通过了370多部法律和有关法律问题的决定，国务院制定了700多部行政法规，地方人大及其常委会制定了6000多部地方性法规。立法速度加快，法规数量急剧增加，立法宗旨却不统一，立法技艺又参差不齐，这使得立法出现了诸多混乱现象：一些政府机关越权制定法规、规章，一些法规、规章与法律相抵触。故而，统一立法、规范立法、维护我国法制统一性的呼声日益高涨。为此，根据全国人大常委会的立法规划，全国人大常委会法制工作委员会制定了《中华人民共和国立法法》草案。九届全国人大常委会第12次、13次会议认真审议了这一草案，并修改完善之。2000年7月1日起，《立法法》开始实施。

2000年3月9日，全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然指出：“关于立法活动应当遵循的基本原则”的第一条就是“以经济建设为中心，坚持四项基本原则，坚持改革开放”；因为“这是立法工作坚持正确的政治方向，维护人民利益的根本保证，立法必须坚持和维护宪法的基本原则”。第二条则是“维护社会主义法制的统一和尊严。法制统一，是维护国家统一和建立国内统一市场的重要保证”。第五条才是“立法法对立法活动进行了规范，立法应当依照法定的权限和程序进行”（1）。对比《立法法》正文的“总纲”中的条款规定，顾昂然的说明，内容未变，排序却很不一样：“说明”的第一条在“立法法”总纲中是“第三条”，而“推进依法治国，建设社会主义法治国家”这样深受人们欢迎的文字根本没有出现在“说明”中的五条原则之中。

如以日常语言哲学学派创始人维特根斯坦的观点（即人的语言方式体现他的思维方式，思维方式决定其行为方式）进行分析，《立法法》草案的这一说明明显体现出顾昂然这些立法者的行为模式：《立法法》必然带有强大的意识形态色彩，即必须体现出“以中国共产党的领导为核心的四项基本原则”的立法精神。《立法法》的这种局限性来源于中国现行宪法（1982年）。中国现行宪法的这种局限又与官方政治文化两位一体。这就势必造成《立法法》带有法治特征的同时，也带有反法治特征。

《立法法》的反法治特征体现在其法条之“总则”第三条：“立法应当遵循宪法的基本原则，以经济建设为中心，坚持社会主义道路、坚持人民民主专政、坚

持中国共产党的领导、坚持马克思列宁主义毛泽东思想邓小平理论，坚持改革开放”。举例而言：以经济建设为中心，是否违背了市场经济条件下的政府作为公共生活裁判员之原则；坚持人民民主专政和确立一党的唯一执政地位是否体现了道德乌托邦主义的反法治主义原则；确立官方指导思想是否有违现代国家的信仰自由原则？

尽管如此，宪政民主的支持者仍能从中找到令自己激动的字样。《立法法》第一条是“为了规范立法活动，健全国家立法制度，建立和完善有中国特色社会主义法律体系，保障和发展社会主义民主，推进依法治国，建设社会主义法治国家，根据宪法，制定本法”。《立法法》又标榜“保障和发展社会主义民主，推进依法治国，建设社会主义法治国家，根据宪法，制定本法”。前者让人觉得，《立法法》所宣布的“上位法”高于“下位法”、“根本法”高于“普通法”的立法原则，可以“假戏真做”为法治的原则；后者仿佛意味着《宪法》和《立法法》认为中国从法理上说应该是个法治国家，而在法治主义者看来，“法治”显然是反道德乌托邦主义的，近乎于“宪政”的代名词——虽然当局并不认可“宪政”，但他们的话语中似乎隐含着对“宪政”的不反对。在策略上，如若人们不去计较更多的诸如“社会主义”这样的字眼，中国民主运动也就具备了“假戏真做”的路径可能。

假戏真做的舞台基础仿佛真的在逐渐具备：1999年3月的九届全国人大二次会议上，“依法治国，建设社会主义法治国家”写入宪法修正案；2004年3月十届全国人大二次会议上，“国家尊重和保障人权”写入宪法修正案；2007年3月十届全国人大五次会议上，《物权法》通过。当代中国法制史上人权与政治文明的每一次进入“法治”视野都引起了人们的欢呼雀跃。人们当然清楚地知道，这绝不是意味着中国“政治文明”了，更不意味着中国建成了宪政民主。可是人们开始逐步意识到，因着这些变迁，“无权者”们开始有了维护自己权利的“尚方宝剑”，并有可能通过维权运动来推进国家的宪政民主进程。

文明的进步体现在细节中。维护公民权利也好，追求宪政民主也好，谈的是不同利益之间的竞争与妥协。强势的政府可以制定不法之法以维护一己私利，公民们同样可以利用现有的法律来声张自己的权利。这是公民权利与政府权力之间的拉锯战。正如邵建指出的，“权利是一种利益诉求，权力也是一种利益诉求，在权利与权力的博弈中，争取自己的利益，也需要考虑到对方利益之所在。尽管长期以来是权力剥夺权利，但为了和平转型，权利对权力还需要付出一些过程中的代价和妥协，甚至宽容。换言之，给对方一些空间，也就是给自己空间；如果把对方逼到死角，自己也就没有退路”。（2）因此，在一个革命方式成本过高、革命本身也不具有道德合法性的时代，公民们可以借着《立法法》来维护自己的权利。

二、公民维权运动中失败的违宪审查请愿

1989年4月4日七届全国人大二次会议通过的《行政诉讼法》第2章第12条规定，“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：……（二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”。《行政诉讼法》事实上强化了中国行政主导的政府体制，加深了中国公共政策的制度性运行特点，使得中国公民通过司法维权以决定政府公共政策之存废的近乎完全不可能。换言之，在制度性侵权面前，司法救济只能是个体的，完全不可能如美国那样，经由司法判例来创建一个维权机制。一些恶法无论

多么声名狼籍，由于最高立法机构的不作为，无权者只能默默忍受。《立法法》第 90 条第二款的有关规定（3），为公民免除不法之法的伤害提供了一个小小的渠道，甚至可以说是中国普通公民制度性维权的唯一渠道。如果这个渠道被堵塞，一旦颁布恶法并要“依法治国”，除非指望政治家个人的道德觉悟，公民们的权利保障就很难取得突破。

限制公民人身自由，只能由法律来决定。劳动教养和行政拘留都是限制公民人身自由的惩罚措施。设定劳动教养和行政拘留措施的却不是法律，而是行政法规（如《治安管理处罚条例》第 30 条）。（4）劳动教养不经正当的司法程序，仅由劳动教养委员会审查决定——事实上是由公安机关或党政领导决定——就可限制公民人身自由长达三年，还可延长一年。虽然《全国人民代表大会常务委员会批准国务院关于劳动教养问题的决定的决议》使《国务院关于劳动教养问题的决定》成为有效的行政法规，但无论从制定主体还是从制定程序来看，《国务院关于劳动教养问题的决定》与法律都存在质的不同。全国人大常委会无权去认可一个越权的行政法规并使其上升为法律。甚至还有一些部门规章也参与到对公民人身自由的限制与剥夺之中去。（5）

劳动教养常常成为腐败官员打击报复公民的手段，有时还成为当局打击异议人士的政治工具。如 2005 年 9 月，吉林艺术学院教师卢雪松就被以“扰乱社会秩序”的名义判处劳动教养一年，又如 1996 年 2 月，原河北省省委书记程维高通过劳动教养打击迫害郭光允，郭光允被劳动教养两年。有关劳动教养和行政拘留的规定严重违反了《宪法》和《立法法》，不符合程序正义原则，助长了政府权力的肆意扩张倾向。2003 年 6 月 21 日，北京理工大学教授胡星斗向全国人大常委会提交了“对劳动教养制度进行违宪违法审查的建议书”，要求对 1957 年起实施的劳动教养有关规定明显违背宪法、立法法、行政处罚法的问题进行违宪违法审查。不过，全国人大常委会没有对此作出回复，国务院也没有废除劳教制度的任何迹象。

违反宪法和《立法法》的法律、法规和规章不仅限于劳动教养制度。这些法律、法规和规章，一小部分已被废止，更多的部分还在继续侵犯着公民的权利。

2003 年 5 月，河北省香河县五百户镇香城屯村的村委会主任王淑荣上书全国人大常委会，认为《河北省土地管理条例修正案》第 25 条的规定违反《土地管理法》，要求对前者的合法性进行审查。2005 年 6 月，河北省十届人大常委会第十五次会议删除了《河北省土地管理条例》第 25 条。

2004 年 12 月 19 日，中国政法大学法学硕士生郝劲松上书全国人大常委会。他认为《铁路客运运价规则》有关退票收费的规定侵犯了公民的财产权，违反了《宪法》、《民法通则》和《合同法》，要求对其进行合法性审查。

2005 年 8 月 2 日，江西省赣州市检察院杨涛与其同事王金贵联名上书全国人大常委会，认为作为行政法规的《婚姻登记条例》与作为地方性法规《黑龙江省母婴保健条例》的规定的不一致，违反了作为法律的《母婴保健法》，要求全国人大常委会进行合法性审查。

2005 年 8 月 3 日，北京市东方公益法律援助律师事务所向全国人大常委会递交《关于请求对〈珠海经济特区道路交通安全管理条例〉进行合法性审查的建议书》。建议书认为，《珠海经济特区道路交通安全管理条例》第 7 条及

33 条违反了《道路交通安全法》、《立法法》和《行政许可法》的规定。

2006 年 7 月 30 日，著名思想学术网站“世纪中国”被关闭。关闭的理由是该网站违反了《互联网新闻信息服务管理规定》和《互联网信息服务管理办法》。而这两个规定本身即违反了宪法有关“言论自由”和“出版自由”的规定。独立作家刘晓波、政治学者刘军宁、北京大学教授贺卫方，还有不少新闻记者、网络编辑总计一百零三人联署公开信认为这两个规定违反宪法，呼吁重新开通“世纪中国”网站。

2006 年 9 月 8 日，北京东方公益法律援助律师事务所将一份关于“同命不同价”问题司法解释的审查建议书递交全国人大法制工作委员会，建议全国人大改变最高人民法院关于“同命不同价”的司法解释。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》于 2003 年 12 月 4 日由最高人民法院审判委员会第 1299 次会议通过(法释[2003]20 号)、自 2004 年 5 月 1 日起施行。该司法解释规定：人身损害赔偿，按照“城镇居民人均可支配收入”或“农村居民人均纯收入”(“城镇居民人均消费性支出”或“农村居民人均年生活消费支出”)两个不同的客观标准计算。《解释》第 29 条规定“死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，按二十年计算”，《解释》第 25 条、第 28 条按同样原则规定了残疾赔偿金和被扶养人生活费的赔偿。根据《解释》第 31 条，“死亡赔偿金”的性质被确定为收入损失的赔偿。建议者认为：“《解释》中的‘死亡赔偿金’并非是物质损害赔偿金或财产损失的赔偿金，《解释》误解了‘死亡赔偿金’的性质。‘残疾赔偿金’和‘被扶养人生活费’属于收入损失的赔偿，但《解释》的区别赔偿标准却必然导致违反公民在法律面前一律平等的原则。”

类似案件举不胜举。这些违反宪法和《立法法》的法律、法规和规章出于不同的部门利益，颠三倒四，互相矛盾。强势的政府和权贵可以利用它们兴风作浪，而普通公民若不想忍气吞声，就只能付诸于艰巨的个体维权。随着近年来法治意识日益提高，以律师和法学家为主体的“公民上书”纷纷现于国内。他们希望通过自己的参与，督促政府废除恶法，促进司法公正，维护公民权利，可惜，鲜见成功之例。

近年来的“公民上书”中，2003 年的孙志刚案件影响最为深远，最能体现行政恶法的反文明特征，也最能反映全国人大及其常委会的立法不作为。

2003 年 3 月 17 日晚上，湖北科技学院毕业生、广州达奇服装公司职工孙志刚未携带任何证件出行，被广州市天河区黄村街派出所警察李耀辉带回派出所，以甄别是否“三无”人员。孙志刚被带回后，辩解自己有正当职业、固定住所和身份证，并打电话让同事“带着身份证和钱”去保释他，而同事成先生被警方告知“孙志刚有身份证也不能保释”。李耀辉未将情况向派出所值班人员报告，将孙志刚作为拟收容人员送至天河区公安分局待遣所。3 月 18 日晚孙志刚称有病，被送往市收容人员救治站诊治。3 月 19 日晚至第二天凌晨，孙志刚在该救治站 206 房遭连续殴打致重伤。3 月 20 日，孙志刚死于这家收容人员救治站。医院在护理记录中认为，孙猝死于脑血管意外和心脏病突发。而法医的尸检结果表明：孙志刚死亡的原因是背部大面积的内伤。这起事件中，医院的护理记录不是唯一的谎言：当晚值班护士曾伟林、邹丽萍没有如实将孙志刚被调入 206 房及被殴打的情况报告值班医生和通报接班护士，邹丽萍甚至在值班护理记录上作了孙志

刚“本班睡眠六小时”的虚假记录，导致孙志刚未能得到及时救治。

《宪法》第 37 条规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。”当时即有网民指出：“案件的本质是，一个国家的公民，在自己的国家，在和平的年代，非正常地死于自己国家的制度之下。”孙志刚案件最早经广州《南方都市报》披露，在《南方周末》等平面媒体、“天涯社区”等网络媒体参与报导后，在海内外引起了强烈反响，迅速成为一个公共话题，同时，法学家和律师等法律工作者的纷纷介入，很快就将孙志刚案件从作为刑事案件的个案反思向制度性的反思转变。由于《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》违反了《立法法》的第八条之“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”必须由法律规定的规定，（6）违反了宪法，三名法学博士以“中国公民”的名义，对收容制度提起违宪审查。5 月 14 日，“关于审查《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的建议书”（7），传真至全国人大常委会法制工作委员会。公民建议书创下了中国公民向全国人大常委会提出对有关法规进行违宪审查之先例，以民间形式启动了要求全国人大常委会行使违宪审查权的程序（8）。令人遗憾的是，国务院颁布了《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》，以废除旧规定的形式规避了“违宪审查”这一实质性解决方法。与此相对应，虽然《立法法》第 91 条、第 92 条规定了全国人大法制工作委员会的权利与职能（9），全国人大及其常委会、法制工作委员会至今没有给出答复，这是典型的立法不作为，是对公民立法建议权的变相剥夺。

三、从美国的违宪审查机制看中国的宪政民主转型

20 世纪中国一共诞生了八部成文宪法：《钦定宪法大纲》、《中华民国临时约法》、《中华民国约法》、《中华民国宪法》，1954 年 9 月、1975 年 1 月、1978 年 3 月和 1982 年 12 月四部《中华人民共和国宪法》。前四部宪法都诞生于人民民主运动浪潮中，除了《中华民国宪法》在台湾有幸长期执行并在“解严”后真正执行，由于内外因素，这些宪法几乎都落为一纸空文。至于后四部宪法，由于长期没有司法化实践、没有违宪审查机制，国家法制难以统一，权大于法、党大于法，同样被束之高阁。致使中国一直没有成为一个法治国家和宪政国家。

1949 年后的四部宪法都是阶级斗争的胜利宣言。1792 字的宪法序言，自负地规定了这个国家的历史，高调地宣告了这个国家的宗旨。正文也是标准的口号用语，主体人格缺位司空见惯，如“国家厉行节约，反对浪费”——这个“国家”究竟指派谁来履行职能，一旦违宪谁来承担法律责任，立法一旦违宪将由哪个部门负责审查，并依据何项权力、以哪项程序宣布修改或废除，如此等等，宪法以及承担护宪使命的《立法法》，都没有明确规定。比较而言，美国联邦宪法的序言乃是低调简短的 75 个字（“我们合众国人民，为建立更完善的联邦，树立正义，保障国内安宁，提供共同防务，促进公共福利，并使我们自己和后代得享自由的幸福，特为美利坚合众国制定本宪法”），并在宪法的前三条确认了这个国家以司法独立为主导、以宪法至上为原则和以违宪审查为保障的宪政政权体系。在长期的实践发展中，美国最高法院确认了它在美国违宪审查中的至高无上的地位。相反，在中国，即使依据法理要求具有最高权力的全国人民代表大会，从没见过其依据宪法和《立法法》组织过特定问题调查委员会和违宪审查机构。

民权保障方面，美国联邦宪法第 8 条修正案明确规定：“本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或轻视由人民保留的其他权利”。整部联邦宪法，除了第 13 条修正案基于普世的自然权利原则禁止任何形式的奴隶制、每个美国普通公民必须遵守外，几乎完全是“不得”条款，即美国政府无论在何种条件下都不能侵犯公民的这些权利。（10）中国宪法则走了完全相反的立法思路。譬如，全国人大的职权最后一点是“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”，全国人大常委会的职权最后一点是“全国人民代表大会授予的其他职权”，国务院的职权最后一点是“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权”，相反，谈及公民的基本权利时，宪法第 51 条则规定“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。美国联邦宪法时刻提防政府权力扩张导致的腐败与专制，中国的宪法却时刻限制公民根据自己的意愿决定自己的幸福生活。

伴随着“市场经济”、“依法治国”、“人权”和“政治文明”这些提法的相继入宪，虽然同样也有“三个代表”入宪，可以说，改革开放以来中国宪法的修改历程，就是这个国家的政治文明发展史。然而，宪法的这些变迁，总体上来说象征意义远远大于实践意义：宪法和《立法法》确立了宪法至上的原则，承认了公民的立法审查建议权，但《立法法》没有对公民审查建议之后的政府责任做出详细的规定；这使得中国宪法从来没有过一次像样子的司法化过程，更没有一次可以在历史上正面书写的违宪审查实践。

2001 年的齐玉苓案是中国宪法司法化案例之一。齐玉苓、陈晓琪系山东省滕州市八中 1990 届初中毕业生。济宁市商业学校发出录取齐玉苓为该校财会专业委培生的通知书。通知书被陈晓琪领走，并以齐的名义到就读。1993 年，陈以齐的名义到中国银行滕州市支行工作。1999 年 1 月 29 日，齐玉苓以陈晓琪及陈克政（陈晓琪之父）、滕州八中、济宁商校、滕州市教委为被告，向枣庄市中级人民法院提起民事诉讼。1999 年 5 月，枣庄市中院作出一审判决：陈晓琪冒用齐玉苓姓名上学的行为，构成对齐玉苓姓名权的侵害，判决陈晓琪停止侵害，陈晓琪等被告向齐玉苓赔礼道歉并赔偿精神损失费 35000 元；驳回齐玉苓其他诉讼请求。齐玉苓不满，向山东省高院提起上诉。二审期间，省高院认为该案存在适用法律方面的疑难问题，报请最高人民法院作出司法解释。最高人民法院于 2001 年 8 月 13 日公布了法释[2001]25 号《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》，批复指出：陈晓琪等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任。根据该批复，法院支持原告的主张，判决被告支付原告有关经济损失和精神损失的赔偿。

北京大学法学院教授强世功认为，齐玉苓案标志着宪政的中国正在兑现它在自己的宪法序言中有关人民主权和自由民主的政治承诺。强世功以诗化语言歌颂了“中华人民共和国”这个“政治共同体”，“无论将宪法问题意识形态化，还是将宪法问题非政治化，都忽略了宪法本身作为建构现实政治秩序之法则的重要意义，忽略了如何依照宪法来理解并建构政治秩序，忽略了如何通过宪法解释的技艺来解决政治问题”，并指出这种忽略本身不是充满着导致宪法法律化的政治虚无主义，就是助长了文人政治的政治浪漫主义，是充满着导致政治动荡和政治权威丧失的社会危险的，强世功由此得出，“无论何种意识形态主张，只要希望建立稳定的政治秩序就应当指向政治秩序的法则——宪法，并在宪法框架内讨论和

解决这些问题。无论是护宪、改宪还是制宪，都必须围绕宪法展开”。（11）

结论可能正确，逻辑则未必得当。针对相同事件，耶鲁大学法学院博士在读研究生彭亚楠指出了近乎完全相反的意见。彭亚楠通过研究美国宪法的“政府行为”理论，思考了诸如“公民的宪法权利能否对抗个人”、“陈晓琪和陈克政，作为公民个人，能否成为违宪主体或宪法权利的义务主体”等问题，指出：“实现宪政，必须坚持‘个人没有资格违宪’，‘只有政府才是宪法基本权利的义务主体’”；“推动中国宪政话语的正确建构，让‘宪政要旨在于限政而非限民’的价值深入民间，将是本文的最大愿望”。（12）

“人类千万年的历史，最为珍贵的不是令人眩目的科技，不是浩瀚的大师的经典著作，不是政客们天花乱坠的演讲，而是实现了对统治者的驯服，实现了把他们关在笼子里的梦想，因为只有驯服了他，把他们关起来才不会害人，我现在就是站在笼子里对你们讲话。”（13）中文网络上流传甚广的这句话深刻地揭示了一个真理：宪政的本质在于通过限制政府权力来维护公民权利。齐玉苓案将宪法司法化的结果没有达到强世功所要达到的那个目的，即促使公民的自由民主走向政治化，反而因为对公民自由的限制（虽然限制的目的在于维护公民权利），将宪法从公法降格到普通法和私法地位。此时的宪法，产生了自我否认的悖论。

中国如何结束不是混乱就是专制的局面，如何和平地走向宪政民主？先落实新闻自由、还是先开放结社自由，先实现司法独立、还是先实现宗教自由，先进行公民教育、还是在政治参与中自我启蒙？没有多少人能够准确地描绘出未来的中国走向。可以确认的是，无论是由法院、由全国人大常委会，还是成立一个新的宪法委员会来承担，“违宪审查”都是一个绕不过的槛。可是中国宪政既有的最佳法律资源也只是这样一部全国人大自己也不太当一回事的《立法法》。《立法法》已经走过了七年的历程，这部法律与它所守护的宪法，也一直是象征意义大于其实践意义。

“美国的政治问题最终会变成司法问题，依循法治的渠道来解决。但不可忽略的是，是否能够进入‘法治’之内，却是一个政治问题”。（14）如果说最阻止宪政精神进入北京人民大会堂，最让中国的违宪审查长期缺位，最让中国的《立法法》成为一纸空文的，也许就是那些对孙志刚们的痛苦毫无感觉、对许志永们的热情毫无回应的全国人大常委会委员们。如此下去，中国制定和颁布的法律也只能继续被权贵阶层所利用而成为中国不公正的法律之源。中国正在发育中的公民社会，也只好以法政文明深化启蒙精神，实现个人权利与社会稳定的最佳组合。类似孙志刚案件那样民众、法律人和新闻人互相声援的公民维权运动就显得日益重要。然而若没有当局的积极回应，公民维权却只能起到积蓄更多的愤怒与不满的作用。

引文与注释

（1）、顾昂然，“关于《中华人民共和国立法法（草案）》的说明”，见“法律图书馆”网站

（<http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/20/20050818153731.htm>）

。

（2）、邵建，“无权者的权利和非政治的政治——后极权时代的自由主义策

略”，载《当代中国研究》2005年第2期（总第89期），见<http://www.cgarden.net/StubArticle.asp?issue=050206&total=89>。

(3)、《立法法》第九十条：国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求，由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进行研究，必要时，送有关的专门委员会进行审查、提出意见。

(4)、2005年8月28日，十届全国人大十七次会议才通过了《治安管理处罚法》，于2006年3月1日起施行。1986年9月5日公布、1994年5月12日修订公布的《安管理处罚条例》同时废止。

(5)、如：2005年12月27日经国家海关总署署务会审议通过、自2006年3月1日起施行的《中华人民共和国海关实施人身扣留规定》。

(6)、《立法法》第八条全文如下：“下列事项只能制定法律：（一）国家主权的事项；（二）各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；（三）民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；（四）犯罪和刑罚；（五）对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；（六）对非国有财产的征收；（七）民事基本制度；（八）基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；（九）诉讼和仲裁制度；（十）必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”

(7)、这封建议书内容如下：“全国人民代表大会常务委员会：《中华人民共和国立法法》第88条第2款规定，全国人大常委会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规。第90条第2款规定，公民认为行政法规同宪法或法律相抵触的，可以向全国人大常委会书面提出进行审查的建议。我们作为中华人民共和国公民，认为国务院1982年5月12日颁布的，至今仍在适用的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》，与我国宪法和有关法律相抵触，特向全国人大常委会提出审查《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的建议。”建议人签名为：中华人民共和国公民：俞江，华中科技大学法学院；腾彪，中国政法大学法学院；许志永，北京邮电大学文法学院。

(8)、除此之外，当年5月23日，法学家贺卫方（北京大学法学院教授）联合盛洪（山东大学经济研究中心教授、天则经济研究所所长）、沈岿（北京大学法学院副教授）、萧瀚（天则经济研究所法学研究人员）、何海波（国家行政学院法学教师）四位学者再次上书，提请对收容遣送制度启动特别调查程序。

(9)、《立法法》的第91条和第92条是中国有关违宪审查规定最为具体的一个条款。不过，这个“最为具体”的条款明显过于模糊，缺乏相应的操作规定。当宣布完这两个条款和一个“附则”后，《立法法》的正文就结束了。这两个条款内容如下：第九十一条 全国人民代表大会专门委员会在审查中认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向制定机关提

出书面审查意见；也可以由法律委员会与有关的专门委员会召开联合审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在两个月内研究提出是否修改的意见，并向全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会反馈。全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会审查认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触而制定机关不予修改的，可以向委员长会议提出书面审查意见和予以撤销的议案，由委员长会议决定是否提请常务委员会会议审议决定。

第九十二条 其他接受备案的机关对报送备案的地方性法规、自治条例和单行条例、规章的审查程序，按照维护法制统一的原则，由接受备案的机关规定。

(10)、美国联邦宪法第 13 条修正案[1865 年 1 月 31 日提出，1865 年 12 月 6 日批准]：第一款 在合众国境内受合众国管辖的任何地方，奴隶制和强制劳役都不得存在，但作为对于依法判罪的人的犯罪的惩罚除外。第二款 国会 有权以适当立法实施本条。

(11)、强世功，“基本权利的宪法解释——以齐玉苓案中的受教育权为例”，载“政治与社会”第四辑《宪法与公民》，上海人民出版社，2004 年 6 月，第 5 页。

(12)、彭亚楠，“谁才有资格违宪——美国宪法的‘政府行为’理论”，载“政治与社会”第四辑《宪法与公民》，上海人民出版社，2004 年 6 月，页 233 和 页 235。

(13)、据说是美国总统乔治·布什在一次演讲中所作。但经努力查询，我依然无法确认。仅以此说明中国民主宪政意识的深入人心。

(14)、王希，《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社，2005 年版序言之第 8 页。