

吴敬琏等专家：关于修改宪法的思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_90_B4_E6_95_AC_E7_90_8F_E7_c122_485501.htm 作者：吴敬琏、江平

、梁治平、茅于軾、金立佐、李强、王晨光、蔡定剑、石小敏、秦晖、王振民、王焱、高西庆、杜刚 2003年6月5日下午，上海法律与经济研究所在北京召开了一次小型学术讨论会，围绕宪法修改问题进行了研讨。参加讨论的有研究所学术委员吴敬琏、江平、梁治平、茅于軾、金立佐以及国内著名学术和政府机构的法学、政治学、经济学、历史学等领域的专家学者李强、王晨光、蔡定剑、石小敏、秦晖、王振民、王焱、高西庆、杜刚建、沈岿等二十余人。讨论会由梁治平主持，以下是此次讨论会的纪要。梁治平：自上海法律与经济研究所成立以来，关于宪政、法治的问题举行过多次学术讨论会。这是第一次专门讨论修宪问题，有两个原因促成了这次讨论会。一是我们一直很关注这个问题。围绕宪法文本的修改、修宪的整个历史过程，包括政治过程、法律过程，无疑是宪政、法治问题的核心之一，虽然过去我们没有举行过专门的讨论会，但是在不同的背景下经常涉及到这些问题。另一个原因是吴老师、江老师被邀请参加中共中央修宪小组召开的一次关于修改宪法的座谈会。这是一次契机，我们希望不仅仅是发表一些文章，表达一下观点，而是希望我们的努力能变成一种制度性的东西。所以吴老师提议邀请一些学界一直关注宪政问题的人进行一次集中的讨论，然后把大家长期思考的意见带到这次修宪会议上去，有可能使这些思考对实际的政治过程、法律过程产生一些积极的影响。我想

这与我们的学术追求是一致的，是应有的一个环节和过程。我们这次讨论会没有规定一个特定的题目，而是希望围绕着修宪的问题，就为什么要修宪、如何修宪、应该修改哪些基本内容等问题进行自由的讨论。吴敬琏：这次在研究所召开修宪问题的讨论会是想吸取上次（1999年）的教训。1999年，我突然接到了参加中央修宪座谈会的通知，没有任何事先的商量。我想，如果那次修宪有事先商量的过程，那么现在炒得很热的问题如保护财产权的问题可能就不会出现了，而在那次修宪中完成这个任务。江平：宪法的修改肯定是在朝着进步的方向发展，关键是目前能做到哪些？所以今天我想听到各位现实可行的、可以提的比较具体的意见。我先作个引子，介绍一下曹思源提出的修宪方案，供大家参考。他在序言方面提出，宪法序言是不是应该保留、序言是否科学的问题。我看这个问题目前还不可能有商量的余地。在《总纲》部分，他提出了5条意见。第一条是“国民经济以公有制为主体、以国有经济为主导是否符合现实的需要”；第二是“规定社会主义公共财产神圣不可侵犯是否具有片面性”；第三是“外国宪法对保护财产权有哪些规定可以供我们参考”；第四是“私有财产的保护应该如何如何在宪法中表述为宜”；第五，他提出将“公民有权投资新闻媒体，参与新闻竞争”写入宪法。在公民基本权利方面，他提出了如下意见：一、国籍取得、双重国籍的问题。中华人民共和国国籍的取得是否需要在宪法中加以规定。他认为凡是在中华人民共和国出生或其入籍申请得到批准的人，均具有中华人民共和国国籍，属于中国公民，这应该写入宪法。二、是否应该增加以下的基本人权内容：知情权、隐私权、财产权、经济自由权、

迁徙自由权和接受公正审判的权利。三、他对宪法第36条有关宗教自由的部分提出了修改意见。他认为既然在宪法第51条已经明确了公民在行使自由和权利时，不得损害国家、社会、集体和其他公民的合法利益，那么没有必要特别强调，在公民行使宗教自由权时，不得利用宗教自由从事某些活动的规定，是否可以将第36条改为“中华人民共和国公民有信仰宗教和从事宗教活动的自由”。四、把无罪推定原则写入宪法。在国家机构一章，他提出如下意见。第一个很重要的思想是：把政协制度写入宪法，使它与人民代表大会制度并列，相辅相成，朝中国特色的“两院制”发展。第二，废除等额选举而实行差额选举。第三，人大代表专职化，并将人数从3000人减少为300人左右。第四，地方各级人民代表大会参照上述全国人大改革的思路进行改革。第五，设立全国人大的宪法委员会或者宪法法院。第六，宪法在关于国家机构的规定中应该体现公开性原则。第七，鉴于目前宪法赋予国家主席的全部职权可以概括为“公布权”，使国家元首形同虚设，是否可以赋予国家元首更多的权力，逐步走向总统制。第八，国家军事委员会主席应该由国家元首兼任。第九，为实现两院（法院和检察院）真正独立，应该在“行使职权时不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉”之外加进“不受任何政党”的干涉，或者可以改为“不受任何组织和个人的干涉”。这是曹思源意见的提纲，这里有许多我认为现在根本无法实现的，即使很难做到，但是呼吁呼吁也有好处，我们提的意见可以为中国走向真正的民主政治创造一些舆论。李强：现在围绕修宪的一个热门话题是，认为应该建立一个宪法法院或者宪法委员会行使违宪审查的权力。我认

为值得好好琢磨现行的宪法究竟包含哪些内容，然后来确定这样的修改是否可行。中国的宪法大体上包含三个方面的内容：一个是基本原则的宣示，如陈述中华民族的光荣历史、国家的伟大等；第二个方面是对政治结构的安排，包括人民的权力、国家机构的职权；第三方面是原政策（basic policies）。如规定实行公有制为主、国家鼓励计划生育、鼓励勤俭节约反对浪费等。这些原政策是把我们认为好的事情规定下来。这样一种宪法如果要进行违宪审查就比较困难了，因为原则和原政策都很难具体操作。打个比方，今天我们开完会，大家聚餐一顿，如果花300元就勉强可以了，但是我们吃了3000元，那么我们是不是违宪了？因为我们违反了宪法规定的勤俭节约原则。国家元首出访坐专机也是违宪的，我觉得这是一个很大的问题，我们动不动就可能违宪了。宪法本身具有独特性。参照美国以及西方多数国家的宪法，参照我国自晚清以来立宪的经验教训，可以发现，这些宪法的重点部分是第二个方面的内容，即对政治制度的安排。目前中国的宪法在第二方面太原则性，不可能开展违宪审查。比如说，虽然有人民代表大会可以罢免总理的原则性规定，可是却没有具体的可操作程序，没有规定多少人可以提议罢免，多少人通过可以罢免。没有这些可操作的程序，即使有违宪审查机制，那也是花架子，没有用的。要对目前中国这样的宪法（原则和原政策太多）进行修改，我以为有上、中、下三策。上策是根据目前的实际情况，通过适当的时间，通过宪法讨论形成某种共识，启动宪法大修。我曾经写过一篇《宪法与政治》的短文，意思是说宪法、法律是政治的结果，宪法、法律的目的是固定政治的共识。一般的情况下，不可能

用法律的形式解决政治问题。但是修改法律的讨论过程本身可能成为一种政治努力，形成某种政治共识。恰逢SARS，中国的新闻舆论有所放开，我们又都有很强的国家认同感，我想我们可以抓住这个机会考虑我们学者能作些什么，争取进行大修。如何进行大修？原则和原政策的争议太大，大修是不是可以考虑基本不提原则和原政策，而重点补充制度的安排，包括人民的权利、政治机构的运作程序、中央与地方的关系等等，使之具有可操作性。在目前的情况下，先对我们能达成一致的方面进行大修。中策是看到没有办法进行好的修改，干脆不修。下策是小修，把已经成熟的方面写进去，如保护私有财产权、“三个代表”等。我估计，如果是在若干年之前，这样的小修即使不会有太大的好处，可能也不会有什么坏处。但是在今年SARS之后形成的舆论比较开放的时候，这样的小修反而会损害宪法的尊严和权威，会给老百姓留下很坏的影响。每个新领导人上台都在宪法中写进一些新名词，可以随意地修改，这样的宪法会有什么尊严？老百姓会干脆不理睬了。因此下策是小修，中策是不修，上策是启动一个大修的程序，争取细化宪法中制度的安排。王晨光：我认为现行宪法的许多条文值得认真推敲，应该修改。但我以为，这次修宪还有一个目的，可以利用这次修宪机会实现另外一个目的，即推进我国宪政建设的发展。通过修宪改掉某些条文，补充某些制度，废除某些制度，这是修宪的一个目的。另外一个可能的目的是通过修宪强化宪法在国家政治生活中的地位。如果不能达到后一个目的，那么修宪就变成了一个应景式、工具式的东西，成为一个简单的肯定党代会精神的工具，反而削弱了宪法在国家政治生活的地位。目

前，修宪是不可避免的事情了。既然要修，是不是可以抓住机会推动中国的宪政发展？中国宪法的一个独特性在于，54（1954年）宪法是建国好几年之后的产物。这与许多其他国家的宪法产生是不同的。比如美国宪法，其产生是大家充分讨论的结果，一帮人坐在一起，讨论设计一个什么样的制度比较合适。然后政府按照宪法大纲来组织建立。先有宪法大纲，后有政府的组成，政府严格按照宪法的规定来操作运行。54宪法的实际作用是通过法律肯定已经存在的东西，给这些已经存在的东西披上合法性的外衣。这种情况下出台的宪法先天地造成了宪法在实际政治生活中的弱势地位，也造成“有宪法而无宪政”的状况，政府并不按照宪法的规定来运行。如果现在的修宪还是这样一个思路，利用修宪来事后肯定某些东西，这个效果肯定不好。结合我国修宪的发展历史，这次修宪能不能产生出一个修宪的正当程序，比如不一定必须由中共中央组织修宪小组，修宪是全国的大事，既然要修宪，其他力量也应该参与进来，甚至可以提出他们自己的草案，如果由人大出面组织是不是更好？这样的话，通过修宪这个具体的活动可以加强宪法在实际政治生活中的作用。我觉得这是这次修宪应该考虑的一个目标，即产生一个修改宪法的正当程序，这将对宪政建设的一大推动。另外，这次修宪应该体现“人民政府”的精神，不在乎这个精神如何表述，关键在于具体参政议政的程序。关于违宪审查的问题。设立违宪审查机制已经有一些基础了，人大常委会有了十几位专职委员，我的建议是，能不能在人大内部设立某种机构，能够对法律、政府行为提起违宪审查，这样逐步确立中国的违宪审查制度。蔡定剑：我是一个修宪观点的保守派，

从89年以来一直写文章不赞成修宪。为什么不赞成？先看修宪的历史，从82年以后，每5年就修改一次宪法，每次修宪都是把一些目标、政策、纲领性的东西反映到宪法中去，不是真正制度性的内容。我的基本观点是，当前我国实施宪法比修改宪法更重要。我国现行宪法确实不完善，但宪法没有受到应有的尊重，更没有得到很好的实施。这是我们宪法的主要问题。如何树立宪法的权威、保持宪法的稳定是我们更应该着重考虑的问题。权威与稳定是相一致的，没有稳定就不会有权威。修宪本身就是一个悖论，越把宪法政治化，频繁修改，宪法就越没有权威。现在有的人还停留在把宪法看成是政治法的阶段，把宪法当作政治纲领，是实现政治稳定的工具，而没有把它看成真正的“法”，很多人在考虑修宪时，目的是把政策性的东西写进去，宪法很轻易修改就容易丧失其作为根本大法的法律性质，损害宪法的权威。所以我不赞成轻易修宪，不修比修好。宪法的内容一般是两大块，第一是规范、限制国家权力；第二是保护公民的基本权利。我国的宪法还有第三块，就是在总纲和序言中有大量政治纲领性的东西，这是中国宪法的特点，而每一次修宪主要修改的只是这些政治宣言性的东西。在把宪法看成是一个政治纲领的时代，不断修宪的效果反而不好。我对学界关于私有财产权保护方面的讨论有些个人的看法。首先，我比较了世界各国宪法对财产权的规定，发现中国的宪法在财产权保护方面一点也不比西方国家少。西方国家写得很简单，往往就是一句类似保护私有财产权的话，而中国有七、八条规定。我认为中国财产保护不力的问题不是宪法的问题。宪法的作用是赋予公民或者组织一种权利，为权利的行使提供法律的

依据。中国目前的宪法已经给私有财产权保护赋予了法律依据。那种认为宪法没有保护私有财产的认识是错误的。如果一定要改成“私有财产神圣不可侵犯”反而是不妥的，各国的宪法只有法国大革命时期的宪法写了“私有财产神圣不可侵犯”。二战以后的各国宪法都体现出这样一个原则：私有财产权要受到公共利益的限制。中国的宪法规定了公共财产神圣不可侵犯，这是过去社会主义制度的要求。公共利益高于私人利益，现在这在理论上也没有错误，可以尊重作为历史的这样的规定，毋需修改。其次，我认为当前对公民私有财产侵犯最主要的体现在两个方面：一是城市的房屋拆迁；二是农村的土地征用。（吴敬琏插话：大量城市房屋拆迁损害私有财产的行为就是以“公共利益需要的名义”进行的。）这些大量的对私有财产的侵权行为主要体现了一个宪法实施的问题，一个地方政府的拆迁办就有权力出台房屋拆迁的规定，给不给补偿、补偿标准是什么，完全由政府说了算。拆迁办的一个命令就可以损害宪法规定的对公民房屋所有权，这些大量的地方性法规是直接和宪法相抵触的。如果有一个违宪审查机制，这些侵害公民财产权的问题完全可以在现有的宪法框架内解决。所以我认为，对私有财产权保护的问题可改可不改。我参考了一些外国宪法对财产权保护的规定，一般分为三个部分：首先，宣布财产权受法律保护；其次，私有财产权应该接受社会利益的限制；再次，如果政府出于公共利益征用公民私有财产时，必须给予合理的补偿。（吴敬琏插话：正是通过这个所谓的“适当的补偿标准”，农民被剥夺了大量的财产，只给予了少量的补偿，这些少量的补偿被政府看成是适当的。）中国的宪法已经有了前两个部

分的规定，欠缺的是第三个部分，即如何补偿的部分。因此，如果宪法一定要修改，我认为不必格外强调保护私有产权了，而可以加上“对私有财产的征用和限制必须符合法律的规定”。这样的规定有利于开展违宪审查。目前的宪法中对财产权保护的条文共有七八条，如果一定要突出对私有财产的保护，可能会牵扯到其他各条，反而不好修改，惟独增加“对私有财产的征用和限制必须符合法律的规定”不会牵扯到其他条文，比较省事。[吴敬琏插话：能不能把七八条简化为一条？如果不作大的修改，可能依然难以改变对财产保护分等级的状况。我也不主张将“私有财产神圣不可侵犯”写入宪法。这个说法其实是列宁对资本主义国家的宪法简单绝对化的结果，列宁说，资本主义的宪法归根到底就是一句话：私有财产神圣不可侵犯。这是列宁的一条政治语录。到了中国，就造出了“公共财产神圣不可侵犯”的新词。]蔡定剑：以上是我对财产权问题的个人看法。另外，我觉得应该强烈呼吁在全国人大成立一个宪法委员会，进行违宪审查，这可能是一个可以利用、也值得利用的空间。我反思了过去为什么没有能够建立违宪审查的机制？修订82年宪法的时候就有人提出设立宪法委员会。当时的领导问，搞宪法委员会是什么意思，能起什么作用？提意见的人说是保障国家的长治久安，监督政党违宪，避免文化大革命那样的悲剧重演。领导再问，这个宪法委员会能起这样的作用吗？提建议的专家回答不上来。这就给上面的领导一个看法，既然不能起作用，那当然没有必要设立。87年政治体制改革的时候，又有人提出设立宪法委员会，中央让七届全国人大来研究这个提议的可行性。当时七届全国人大原定准备向中央提出设立三个

委员会的建议：宪法委员会、内务司法委员会和农业委员会。委员长会议研究了是否有必要设立宪法委员会，讨论宪法委员会的职能是什么，研究的结论是全国人大做不了这个事情，因此这个建议没有通过。如果我们转变一下思路，暂时不给宪法委员会太沉重的责任，暂时不赋予宪法委员会审查立法和政党行为是否合宪的权力，而是从实际出发，“柿子先拣软的捏”，把它的职能主要放在审查大量的地方性法规和其它违宪行为上，这样中央就容易接受成立这样一个机构的建议。如果机构成立了，就有了谋求发展的基础。我觉得这样的办法比较适合中国的实际情况，先把这个机构建立起来，做一些小事，再求发展。这个意见是有可能被采纳的。现在已经有了几个优势：首先，历届人大都研究过、考虑过这个想法；其次，这符合《监督法》的要求；三，由于大量地方性法规的违宪问题，违宪审查机构设置的必要已经引起了广泛的讨论，有了舆论压力。如果有比较强烈的专家意见的配合，在中国启动违宪审查机制是很有可能的。我还建议，把国家审计署纳入人大的组织体系。这个问题在当年（82年）起草宪法的时候就有争论，有人主张国家审计署应该设在人大，不应该设在政府内。当时彭真委员长的意思是说，人大刚刚建立，还管不了这么多事情，因此就放弃了。为了防治腐败，加强人大的监督力量，迫切需要加强人大对财政预算的监督力度。现行国家审计署的审计内容包括了财政审计和财务审计两部分。我认为国家审计主要是财政、预算审计，把财务审计交由其他机构承担。把财政审计纳入人大，提高财政审计的地位，这将对制度建设产生实际的推动作用。

石小敏：中国的突出的问题是转型导致的严重的失衡。这

个失衡是指，经济转型很快，政治和社会的发展远远落后于经济发展的需要，如果用时间来衡量，至少落后了15-20年左右。大家都同意，近25年的改革中前17-18年属于自上而下的改革时期，最近的几年是经济转型期，不再是自上而下主导的改革，而是社会的力量发展起来了，形成了合力，自下而上地推动经济转型。后一个阶段，中央被迫与时俱进地接受现实，改变观念。经过十六大和最近的SARS事件，人们感觉到了中国正在由经济转型走向社会转型的新阶段。我觉得应该考虑社会新兴的力量、党和政府内具有现代眼光的新领导者会利用修宪扮演什么样的角色，他们会利用修宪做什么的问题。修宪不是法学家所想象的奠定一个理想的框架。历次的修宪往往是“取一瓢饮”，把符合潮流的新语言拿来，高举高打，淘汰一些老话旧话，其实是一种“需求拉动供给”。每一个文件出台，领导都希望有一些新意的词汇，否则就没有掌声。为了赢得掌声，需要及时添进一些符合潮流的新词汇。这是历次修宪的动力。出现需求拉动供给的局面主要是因为经济发展与政治发展的不同步，两者至少相差15-20年，政治一直处于被动的地位。1982年出台宪法的时候就提出了要搞县直选，实际上就是县自治，但是25年过去了，中国才开始搞村自治，许多地方的村自治还是骗人的。政治转型远远落后于时代，政治宣言不符合实际需要。十五大、十六大仍然在强调公有制为主体，可是事实上公有经济一直在损害国民经济。宪法的不断修改，但是宪法与现实的差距让人越来越难以忍受。我们一直把公有制与社会主义联系起来，但是在西方社会民主党的社会主义观念中，社会主义是与公共福利、与公众参与联系在一起的。这次SARS充分显示了中

国公共服务、公共产品提供的落后与欠缺，再分配体系可以说是一塌糊涂。没有很好的公共服务，怎么能实现“共同富裕”？现在中央起草文件的人还停留在把社会主义与国有经济联系在一起的观念阶段，一直在琢磨怎样变换一点措辞，把“主体”变为“主导”等，这样怎么能适应现实的发展？如果宪法在社会主义的基本理论上有所突破，把社会主义与公共福利、公共产品的提供与更广泛的社会民主、社会参与联系在一起，是不是会给国人的印象要好一些。宪法的形象需要改变，这需要在基本理论方面有所突破。中国社会最积极的力量如学者、专家、新闻媒体、民营企业家和具有现代眼光的政治精英能不能利用修宪的契机在某些方面突破一点？如果能在宪法中加几条管用的东西，通过诉讼能得到保障，就能对社会产生积极的推动作用。茅于軾：最近20年来，中国的人权状况有了很大的改善。现在的问题在于，共产党的合法性一直是与改革开放以前的成就联系在一起的。这是一个大错误，宪法里面的毛病也出在这里。共产党的合法性一直与马列主义、毛泽东思想，打败了国民党、建立了新中国等等联系在一起了。但是三年自然灾害、文化大革命完全消耗了共产党的这些合法性。现在共产党的合法性应该建立在25年改革开放的成就上，因此宪法的修改应该肯定这个成就。如果我们还是无法摆脱过去执政合法性的条件，进一步改革就会非常困难。特别是“无产阶级专政”这样的提法直接与人权相对立。现在公检法系统的官员脑筋中还是有阶级斗争的弦，捕阶级敌人的影子，总把自己当作无产阶级专政的工具，无条件地接受上级的旨意，想对谁专政就抓谁。如果这样的提法不修改，很不利于进一步改革。我不太赞成从实际出

发，过多考虑上面能否接受。我的看法是该提的都提上去，这次接受不了，下次还提，不断地提出来，哪怕提上十次、八次。吴敬琏：对于提建议，我坚决反对首先给自己限定范围，反对先给自己定框框。我认为取法必须其上，即使不能接受，下次再提。当然意见不能太理想化，而是要与国家基本构造、基本制度有关的建议，并不一定要很具体，但是要防止出大错。秦晖：我有一个同感：虽然我国的宪法比较糟糕，但是如果宪法的规定都能落实的话，那也不会是现在这个样子。历次修改的宪法都规定了公民的言论、出版、结社、集会的自由，但是从来没有落实过。如果考虑建议的可接受性，我认为呼吁建立违宪审查机制是可行的。但是要考虑到，如果违宪审查机制建立起来了，就会碰到刚才李强教授提到的困境。有效的违宪审查要求宪法原则更加具有操作性。（吴敬琏插话：宪法不可能规定得太具体，不可能穷尽一切具体的可能性，还只能是原则性的规定。宪法的关键是要把程序规定清楚，但是应该要有这样的规定，如果这些公民权利受到损害，能够有地方提起诉讼并受理。）比如选举制度。随意指定选举候选人的办法是中国选举制度中最糟糕的做法，能不能对选举制度规定得更加明确一些，以防止指定候选人的权力被垄断。第二个建议是，既然党章中规定了党在宪法和法律的范围内活动，是不是可以在宪法中增加对政党的规定，比如要求任何政党应该依法履行登记手续才承认有效。另外，现行宪法中把劳动既视为一种权利又视为一种义务的提法是很糟糕的。劳动义务制的观念来自苏联战时共产主义时期的劳动军的条例，是直接和劳动自由相对立的，义务劳动实际上是强制性的无偿劳动。这样的概念不应该出

现在宪法中。李强：对于违宪审查机制的建立与否，不能是一种权宜之计，不能因为看到了很多违宪的东西产生出来了，就搞一个这样的审查机制。我们的宪法太原则化，很不便于违宪审查。如果真有了违宪审查，很多的改革创新就会被否定。在消灭了我们不喜欢的事物的同时，也会阻止好的事物的出现。因此，在宪法原则性太强、原政策太多的状况不改变的情况下，提出建立违宪审查机制可能只是一种权宜之计。宪法的修改不能这样，而应该考虑得远一点。王晨光：健全的宪政文化能够解决修改宪法的困境。美国的宪法便是这样得到修改的。美国布朗诉教育局的案件中，法官能够对宪法规定的“平等”进行重新解释，把过去的“隔离就是平等”发展为“隔离就是不平等”，从而保护了宪法规定的公民的平等权利。宪法文本上的“平等”表述并没有修改，平等的具体内涵却发生了变化。这样，宪法得到了修改。宪政文化需要一套宪政机制来发展。无论宪法规定有多具体、详细、全面，也不可能穷尽一切可能性，必须通过宪政机制和宪政文化来保障宪法的权威。在讨论修宪的过程中，通过媒体讨论修宪的各种建议、传播学者专家的思考，进行宪政精神的启蒙，这有助于宪政文化的形成。通过对宪法的重新解释来修改宪法，也是一个有价值的思路。通过宪法解释把人们所希望的对宪法的修改内容包容进去，这样也许能逐步形成一种宪政文化，意义也会是相当大的。蔡定剑：违宪审查机制是宪法中最根本的制度。有些违宪审查可能会阻止创新和社会发展，这是需要承认的，比如美国罗斯福“新政”时期，大法官都判定“新政”的措施是违反宪法的。罗斯福为推行“新政”，更换了法官，对最高法院作了调整。但是不

能因为它有负面的效应而不启动。由很智慧和高深法学素养的法官行使违宪审查，一般都能够比较好地处理好稳定与发展的关系，不会一直妨碍好的事物的发展。吴敬琏：我很赞成建立违宪审查机制，但是我对人民代表大会制度有一个怀疑。什么才是我们真正向往的人民代表大会制度？它是不是符合近几百年来人类形成的政治文明的要求？我认为人类政治文明中很重要的一条原则是权力制衡。权力制衡原则要求一个现代社会中不能存在任何至高无上的权力主体。但是中国的宪法中明文规定全国人民代表大会是最高权力机关。那么，对全国人民代表大会的制衡是什么呢？王振民：中国目前的宪法主要存在五大问题。第一，以社会主义高级阶段的假设目标出发制订了宪法，所以脱离了实际，是在一个假设的很高级的社会发展阶段的基础上进行的制度设计。后来才有了社会主义初级阶段的提法，才允许发展私营经济、搞市场经济等等适应初级阶段的政策。但是宪法的修改只是把“社会主义初级阶段”这个提法写进去了，对基本制度设计并没有根据社会主义初级阶段的实行进行修改。第二，政治和经济的运作过分依赖于宪法和法律之外的因素，宪法中对制度的规定发挥很小的作用，甚至有时候不发挥作用。实际起作用的是宪法中没有规定的因素，这样就形成了“两张皮”的状况，不利于国家长治久安。第三，宪法没有随着经济基础的变化而变化，还停留在过去的老观念上。市场经济早已代替了计划经济，但是宪法作为上层建筑并没有把应该修改的地方进行修改。第四，整个宪法框架的设计是以政府为本位的，宪法条文中最多的是国家的字眼，而不是人民。这样的规定反映的观念是人民为国家、政府而存在，而不是相反

。第五，目前的宪法不能适应国家统一的需要，在香港和澳门的统一问题上都显得很勉强，在目前的宪法框架里很难包容两岸统一的特殊情况。这么多大的问题，不可能通过这次修改达到比较理想的状况，但是能改一点就会有一点作用。具体而言，第一，对私有财产的问题，我认为可以修改为“所有合法财产都受同样的保护”；第二，把现行的“公民在法律面前一律平等”恢复到1954宪法的表述，即“公民在法律上一律平等”。这个修改是强调公民在立法上也是平等的，而不只是在执法中受到平等对待。很多的时候是在立法阶段就已经产生了不平等，而我国又没有违宪审查机制来纠正立法不平等。比如非公有制受到不平等待遇，这个源头是来自立法上的歧视。第三，在政府本位的观念下，政府掌握着公民劳动就业的权力，同时政府要承担这个义务。在市场经济条件下，政府已经无法承担这个责任，因此需要对宪法关于劳动就业的规定进行修改。第四，对于违宪审查机制，大家都格外重视宪法委员会或者宪法法院的建立，我认为这是必需的，但是还应该考虑到普通法院能够起到的作用。在一个不完善的宪法和法律制度下，会产生大量的侵犯公民宪法权利的违宪行为，如果都需要在宪法法院解决是不可行的。宪法法院只应该承担那些关系重大，特别是关系到政府权限的分配、法律法规违宪等案件。中国目前的一个问题是普通法院不敢处理涉及保护公民宪法权利的案件。所以，我认为让普通法院能够独立审判涉及公民宪法权利的案件，让普通法院的作用充分发挥起来，这也是很必要的。普通法院和宪法法院的违宪审查功能，二者应该有适当分工，互相配合，这样宪法的权威才能真正树立起来。基于此，宪法应该规定

、保障“司法独立”，包括宪法法院和普通法院的独立。吴敬琏：让普通法院发挥保护公民宪法权利的作用的观点很好，但是如何划分普通法院与宪法法院的业务范围，划分的标准是什么？王振民：可以考虑赋予普通法院部分违宪审查权利，有权受理针对侵犯公民个人的宪法权利的案件。宪法法院可以从这些案件中挑选有重大影响的案件进行审理。全国人大实际上已经行使过两次违宪审查，这就是关于香港、澳门基本法的问题，因为基本法规定这些特别行政区实行资本主义制度，而中国的宪法规定实行的是社会主义，因此有些香港澳门代表提出需要解决基本法是否违宪的问题，否则香港澳门的前途是不明朗的。因此，全国人大在审议通过基本法的同时，通过了一个决议：基本法不违宪。这样解决了基本法的合法性问题，让香港澳门的人民对“一国两制”放心了。第五，建议在全国人大设立国防/军事委员会。全国人大代表3000多人中，如果按比率，军队的代表是最多，有260多人，河南人口最多，代表也只有100多位。宪法规定的人大职权中包括了军权，如决定戒严、决定战争与和平、决定全国总动员等。但是人大里面却没有一个专门的军事委员会。如果设立了这样一个委员会，不仅能够使全国人大履行宪法规定的军事职责，而且有利于开展议会间的军事外交，在国际上更好地维护国家利益。第六，我还建议设立少量的各级人大的常设代表，这些常设代表在自己的选区建立联系选民的办公室，接受选民的投诉、进行民情调查等，由他们负责把人民的意见带到全国人大，这样可以把党和国家的最高决策与基层民意之间架起一座座直接的桥梁，防止民意被层层“克扣”，误导党和国家的决策。常任代表的工资由全国人大

常委会支付，要有一定的级别和待遇，要配备工作人员。茅于軾：能不能把所有的人大代表都专职化，减少代表数量？吴敬琏：学界有另一种观点，全国人大5年开一次会，平时由人大常委会负责，常委都专职，这比较容易，现在就有了基础，这也是一个可以考虑的建议。李强：全国人大是民意代表的议事机构，民意代表的产生应该有一个选举程序。如果把人大代表专职化，不经过选举指定一些优秀的较年轻的人担任，这样的做法不符合程序原则，可能会有很不好的效果。没有经过选举程序而使人大代表专职化就完全从制度上改变了人大的代议性质。法律不完善一点没有太大的问题，只要其中的制度规定是很清楚明白的。比如对人大，如果规定人大代表应该如何产生、人大的职权是什么，这样的一些问题都应该在宪法上有明明白白的规定。只要这些规定是明白的，即使实行议行合一，全国人大是最高权力机关，问题也不大。在一些议会制国家中，议会与行政之间区分的程度远没有美国那样严格，他们议会中的多数党可以组阁。这样的做法并不怕，怕的是出现中国这样的情况，制订宪法的原初想法就不是想要制订一部根本大法，而只是搞个样子，说中国有了宪法，但实际的运作是另一套办法，根本不是宪法上规定的那样。因此关键的问题是，要把实际的做法变到明处，比如组织部如何考察、任命干部，法院的法官如何产生，人大的专职委员如何产生等等，只要把这些实际的办法变到明处就好办了。所以我建议，对宪法的修改，应该在制度的明晰上下工夫。以美国宪法为例，对宪法的目的只有两句话进行描述，下面的第一部分讲国会怎样产生、参议院、众议院如何产生。宪法的主体是规定这些国家机构如何产生、职

权是什么，人民的权利是什么，这样看过去明明白白。宪法（constitution）关键是看如何组成的（constitute）。针对中国的实际情况写的一套，做的是另一套，要想办法把党的权力纳入宪法规定的系统中。我觉得省委书记兼任人大主任的做法也不错，只要把党的决议都拿到人大里面来进行，党的任免也拿到人大里面来讨论，时间长了，人大就逐步会变成实际的议会了。王焱：就中国当下而论，尽管我们不断强调宪法是根本大法，但在实际上还是属于那种“有宪法而无宪政”的国家。最突出的问题有两个。一方面现行宪法的文本抽象、空洞的东西过多，很多是无法落到实处的。而另一方面，现实生活中违宪行为和现象堂而皇之地大量存在。对于宪法的修改，我认为宪法既不当是政治宣言，也不应当是施政纲领，所以首先要淡化宪法的意识形态色彩，使之逐渐成为一部中立性、包容性的宪法，所以，能淡化一些意识形态色彩，就是一个进步。要多提意见，要求要高一点，在中国，提意见一定要多，说重一点，否则就不会引起重视。中国宪法不符合宪政精神的地方还很多。其次要努力消除“法外有法”的状况，要想办法让宪法能够逐渐司法化，可操作性更强一点。中国的机构设置很混乱，各种办公室、领导小组随意地产生。这些于法无据产生的机构却有很大权力，打个电话，发一个红头文件，就能做成别人依法做不了的事情，这本来就是违反宪法的。这使得国家权力结构象一个面团，可以任意揉捏。如果这样的“法外有法”不通过宪法的落实来加以消除，宪法无论怎样修改都没有意义，宪法依然没有权威。要让宪法贴近实际的政治运作，让宪法真正成为“法”，而不是哈耶克批评法国大革命时期的《人权宣言》那样

，把大量的公共政策、社会福利当成法律权利写进去。中国的根本问题可能还不是民主、自由等价值理念，而是在一个占人类五分之一人口的文明大国中真正建立起基本的制度规则体系的问题。新中国成立半个世纪了，如果连基本的制度规则都建立不起来，这样的文明秩序怎么能够求得稳定和扩展？中国最根本的问题是要确立基本的制度规则，所以修宪问题不应被纯粹的实用理性所支配。如果是那样，宪政法治这些基本的制度规则建立不起来，整个国家也不会有出路。

高西庆：至今为止，我们的宪法并不是按照一个宪法的形式来运作的，而是更象一个政治纲领性文件，政策稍有调整就可以随意修改。我觉得值得鼓吹一个理念：要把宪法修改成自己和别人都会尊重，看上去象一部根本大法的样子。现在宪法的实体部分太大，序言和总纲占了很大的篇幅，把凡是能想得到的好的口号和原则都写进去了。美国宪法的序言就一句话，却点明了几条任何人都无法提出反对的大原则。宪法修改应该把实体部分精简，只应该把“最大公约数”的原则表述出来。宪法只应该写入最基本的、绝大多数人、绝大多数党派都不会反对的原则。如果还保留一大堆原则宣示，以后的违宪审查没法开展。宪法的程序部分则不能太简略，虽然我在上次讨论会上提出宪法应该“简短而不明确”，但那主要只适用于实体法。程序部分要把基本的机制写清楚，把机制中的“最大公约数”，大家都能接受的制度写出来。基本的机制不应该常修改，因为语言的弹性很大。美国宪法的一些原则在历史上虽然也被不断修改，但是其基本制度一直没有改动。比如“一人一票制”，沿用至今，只是其内涵发生了变化。只要建立了一个好的机制，即使过去的一些审

判实例是很恶劣的，也能够在宪法审查的框架内得到修改。因此我主张，宪法只应该设定几个基点，就如围棋，其余的点留给后人去填上。杜刚建：要把充满了逻辑混乱、表述不明的一部恶宪修改成一部良宪，而且是在现在这个特定的历史条件下修改，现在又是由我们专家的角度提出修改意见，这确实是一个很大难题。无论是就宪法理念的提升，还是宪法中程序、规则的改善，恐怕两类意见都要写。一类是现在的领导人无法接受的，但是随着历史发展最终会接受的意见，这些该提的还是要提出来。另一类是在现有条件下可能推进的方面也要提出来。中国迟早要树立宪法权威，我认为要强调八个字的精神：“依宪治政”（包括治理政党、政府行为，这决定了宪法是否有权威）和“司宪督政”。怎样“治政”？除了一套规则规范政党、政府的行为，还需要有一套程序对其进行监督。大家都谈的违宪审查，关键是要有违宪司法审查制度。不管这个审查的机构是设立在人大还是在人大之外，机构名称是什么，可以叫法院或者委员会，它应该有司宪的职能，即司宪督政的功能。这是修宪中应该特别强调的。修宪一定要体现这八个字的精神，这是我的第一点看法。第二、理念、理论场层面上可以提升的、也有提升空间的有如下方面。（1）无产阶级专政的理论问题。从十六大精神来看，是可以做些文章的。我觉得可以明确提出用“宪政”这两个字代替“专政”写入宪法，写成“人民民主宪政”。如果第四代领导人想有理论创新，在宪政发展的今天，把“专政”改成“宪政”完全是可以的，应该没有什么忌讳的了。（2）要把恶宪改成良宪，“人权”的表述必须写进去。实际上十五大报告中就已经提出“尊重保护人权”，现

在写进去应该没有什么问题。没有人权原则，宪法操作起来就很困难。（3）现在的宪法在规定基本权利方面很欠缺，写了一些基本权利但没有落实，那是另一个问题。欠缺的还是应该写进去，第一重要的是思想自由。现在以宗教自由取代思想自由的办法，实际上是剥夺了公民政治思想自由和政治信仰的自由。不能以宗教自由取代思想自由。一个大陆法系国家的宪法中没有规定思想自由是很可笑的。（4）关于财产权，我很赞成大家的意见。一定要高度强调私有财产权。如果宪法都不强调，实际操作中的法官、官员就会在对待财产权上有更大的操作空间。保护私有财产权首先要体现在提法上，最少可以考虑把公有财产、私有财产并列在一起加以同等的保护，更好的是不提公有私有，统一为“财产权受法律保护”。私有财产权的保护如果考虑到实际操作中的问题，政府为公共利益的需要征用私有财产时，应该依据《国家补偿法》的规定进行。在涉及行政征收、征用私有财产的行为中一定要有《国家补偿法》的依据。现在有了《国家赔偿法》，而没有《国家补偿法》。当时在制订赔偿法的时候已经在讨论补偿法，行政法学界当时对“补偿法”的理论了解不多，加上政府本来就不想补偿。我觉得现在如果把《国家补偿法》与保护私有财产联系在一起是有意义的。（5）在基本权利自由方面还应该写入“经营自由”，而不是“经济自由”。要写入“择业自由”，这个自由在1995年劳动法中已经突破了宪法的范围规定下来，这与石小敏讲的经济的发展趋势是一致的，应该写入。还要突出强调“罢工自由”，考虑到中国情况的特殊，在已经有的“结社自由”外应该强调组织独立工会的权利。这次国际人权两个公约如果批

准了，在官方工会之外建立工人的独立工会的权利就受到保护了，有了独立工会，就会有独立农会、教育工会等等民间组织就会发展起来，真正的结社自由就能实现了。这在逻辑上有点矛盾，结社自由已经包括以上的权利了，但是考虑到实际可行性，把独立工会突出出来是有用的。第三、在制度规则方面，我曾经对宪法作过统计，至少需要上百处的修改。现在不可能推倒重来，怎么办？结合现在依法行政的要求，至少要做到司法的独立（法院、检察院的独立），要独立必须要有专门的组织法，这个已经差不多实现了。实际上中央政府（国务院）的各个部门应该有专门的组织法来进行规范，也就是十六大报告中提出的“政府机构和编制的法定化”。“法定化”不能拖到15年、20年后再实行。现在的修宪能不能利用这个机会，，要求政府组成部门与法院、检察院同等对待，都有专门的组织法进行规范。一旦有了组织法，政府的编制、岗位、职责等都有了明确规定，就有了对政府的限制。我认为这个意见是可以提的。第四、关于在宪法中解决权力制衡的问题。人大常委的专职化不能改变官僚立法的局面。真正的人大立法应该是代表立法，这如何实现？我认为可以提出“部分人大代表专职化”。如规定五分之一的代表专职化，那么他们是真正的代表了，其他的兼职代表则主要反映群众意见。把人大代表分成两部分，我认为是可以提的，因为“两会”期间媒体有很多这样的讨论并没有受到上面的压制。第五、在对执政党的制约这个问题上，根本上只有依靠“依宪治政”（包括治理政党、政府行为）和“司宪督政”，这个问题不能回避。我看可不可把政协抬上来？决策层考虑问题的方式还是依据“立法法”和“监督法”的

路子，认为应该在人大里面设立一个宪法委员会。我提出：能不能由政协、人大和其他的人员联合成立一个宪法委员会，突破过去的老路，在宪法委员会中加重民主党派的力量，目的是针对执政党，加大对执政党的监督制约。而且还可以进一步提出：既然党承认在宪法和法律范围内活动，是不是可以设定“党组织违宪”的原则，使“党组织”可以成为法院的被告，这可以从地方上做起。没有一个成文的法律规定，法官对于“党组织”违宪的事情没有办法审判。如果有了规定，法官就可以据此受理这类诉讼了。违宪审查包括六大范围，第一个是审查政党活动。拉美国家的违宪审查首先指向了政党活动的审查，而最先审查的是执政党的行为。如果有了党章和宪法的规定，把党组织的活动纳入宪法的轨道，使党组织接受公平审判的权利，这是在宪法的层面制约执政党。

第六、公民人身自由的切实保障问题。我认为这个问题要强调接受公平审判权利和接受司法令状的结合。所有的法治国家，法院必须在72小时，36小时或者48小时之内，下司法令状给警察局，把当事人移送走，移送到法院指定的羁押机构，不能一直关在警察局。要通过在宪法中写入司法令状制度，使其限制警察权利，保护公民人身自由。这是急需解决的现实问题。这里包括行政拘留，15天的行政拘役太长，只要拘留3天就可以把象孙志刚那样的人整死。比如规定为72小时的行政拘役，超过72小时，法院必须下司法令状，当事人律师或者亲属也应该可以申请法院下司法令状。司法令状一到警察局，就必须放人，这样才能真正保护公民的人身自由权利。我觉得这次修宪是为了体现“十六大”精神，为“十七大”作准备。宪法的修改不能停留在讨论的阶段，还应

该建立强制性公决的制度，对一些影响重大的问题比如税收等应该是通过票数来解决，不能光讨论发表意见。在中央与地方关系上，应该朝着“地方自治”的趋势，调整地方政府的人事权、财权、事权。沈岿：在目前的政治经济体制架构下，宪法的大修和小修的意义都是值得怀疑的。大修可能仅仅让宪法在逻辑上更加统一，达到学者们所希望的文字效果，但是它能与现实的政治经济体制达到何种契合的程度，是值得怀疑的。如果想依靠制订一部良宪，然后使整个国家依照这部宪法的要求运转，那这个国家一定会大乱。我也怀疑小修的价值。首先，小修在逻辑上难以统一，难以成就宪法的自治性。其次，小修的实施也很困难。比如，大家都认为小修策略中要启动违宪审查机制。但是，如果大量的违宪争议被提出，中国的法官能否像美国最高法院的法官那样，对宪法不断地进行解释呢？不能那样的话，价值也就值得怀疑了。当然，如果一定要修改，我认为小修比大修好，如果改动很大，给民众的期望很高，而实际效果却达不到，给人民的印象仍然是“轻诺寡信”，反而不好。这是我的第一个看法。第二，我认为要达到较好的修宪价值，一个基本策略是加强法律的适用性，努力把基本原则、价值观和具体的规则结合起来。没有具体规则，原则和价值观都无法在现实中得到体现。我的几点具体的建议是：（1）用“三个代表”精神修改“无产阶级专政”的表述，把宪法第一条改为“中华人民共和国是人民民主的社会主义国家”。因为，不仅我们现在所处的社会现实已经不再具有“以工人阶级为领导、以工农联盟为基础”这一性质，而且，“三个代表”的提法也已在意识形态上予以了否认。这样，第一条就可以顺理成章地

改掉。（2）对财产权的修改，建议不改动宪法原有的表述序列。具体办法是将“社会主义公共财产神圣不可侵犯”改为“国家保护社会主义的公共财产，禁止任何组织、个人用任何非法手段侵占国家和集体的财产”。紧接着的下一条对私有财产的规定也采用同样的表述，“国家保护私有财产，禁止任何组织、个人用任何非法手段侵犯私有财产”。这样的相同的表述可以消除对财产保护分等级的问题。在接着的下一条应该写上：“国家为了公共利益的需要，对私有财产实施征收或征用时，应给予公平的补偿”。这里的国家，不仅是对政府执法的约束，也同时是对国家的立法，也包括全国人大立法的约束。在涉及私有财产的立法时，必须同时有对私有财产进行公平补偿的条款，否则就是违宪。（3）我也赞成建立违宪审查机制。对王振民提出的大量违宪争议需要普通法院的参与的建议，我认为可以在具体制度设计上解决这个问题，对普通法院和宪法委员会的职权范围加以合理划分。这里还存在一个被忽视的问题，建立宪法委员会这样重大的组织，必须同时出台一个详细的《宪法委员会组织法》。这个组织规则不可能在宪法文本中表述出来，因此唯一可以采取的策略是同时启动这个组织法的制订工作，在宪法修改完成重新公布之时，公布宪法委员会的组织法。有人认为宪法委员会对全国人大的立法进行违宪审查，等于自己审查自己立的法，不符合我国的人民代表大会制度，也不符合权力制衡原则，在理论上是难以成立的。我认为这种自我限制是成立的。这种思想已经在《立法法》中体现出来了。《立法法》中规定有些权力是不能授权的，比如全国人大不得授权国务院制订限制人身自由的行政法规，否则便违反了《立法

法》。另外，如果宪法委员会判定某项立法违宪，应该允许全国人大再次立法承认被宪法委员会否定的立法，这正是美国国会和最高法院之间的制衡关系。这种全国人大和宪法委员会之间的关系应该在其组织法中明确详细地表述出来。有了组织法，才是真正把基本价值、原则与具体的规则结合起来，才会有实效。梁治平：今天大家提出了许多很有价值的建议，但是我们的讨论给人的印象是，实际上我们面临很大的困境。我们在讨论中都假定，宪法是一个国家的根本大法，任何组织、个人都必须在宪法的范围内活动。但是，回顾二十几年的改革实践，如果我们真正“认真对待宪法”的话，就有很多改革无法进行，因为很多改革开始时是违宪的。每次修宪都是肯定了突破原有宪法禁忌的那些实践成就。从这个意义上说，如果要认真对待宪法，就变成了改革不可行。前几年法学界有人提出“良性违宪”、“良性违法”的观点，认为如果改革是好的，就可以违宪。我们不可能一下子使宪法变得很完美，如果又要认真对待宪法，那么就无法避免这个困境。又比如，我们都会同意这样的看法，现行的宪法需要作整体的、系统的修改，而不是枝节的调整。但是，李强提出的作为上策的大修现在看来显然不可能。“不修改”的中策也不现实，因为中央已经决定了要修改，我们不得不作出应对。现实逼迫我们选择下策，努力把小修搞好，但是小修明显不能令人满意。面对这样的两难困境，出路何在？我想，走出困境的办法可能只有时间一途。我们需要时间，在时间里有可能找到解决困境的办法。时间能够解决什么问题呢？比如制定一个比较好的宪法文本，而比文本更重要的是一个宪政的机制，最重要的则是所谓宪政文化。有人怀

疑，中国即便设立了宪法委员会，它也未必起到象美国联邦最高法院那样的作用。这种怀疑是有道理的。美国宪法两百年不变，是因为联邦最高法院能够不断对宪法作出新的解释。中国的宪法能否通过解释得到修改？如果可以，会不会出现与宪政原则完全相反的解释，完全按照领导人意思进行的解释？这样追问下去，我们会发现宪政文化的建设不仅涉及司法系统、立法者，还涉及民众、知识界，涉及政治共识。如果没有一种政治共识，没有对基本人权的广泛认同，即使修改了宪法的条款，建立了新的机制，最后可能还是无效，不能发挥应有的作用。所以，我认为在这个由时间支配的过程中，我们要思考如何推进宪政文化的建设，通过各种可行的活动，比如宣传、讨论、研究成果的发表等等，发现走出困境的办法。在这个过程中，有许多我们可以做的事情。比如对宪法文本的讨论：宪法的性质是什么？宪法是一个政治宣言还是一个具有操作性的法律文本？当我们说“宪法”的时候，我们都同意宪法是一个“法律文本”，那我们可以挑出宪法中不符合法律文本标准的东西，如意识形态的语言。但是宪法是一个特殊的法律文本，原则比较多，比较抽象，不能过于具体，需要有能适应很长时间的弹性，否则就会被不断修改。其实享有很高法律声誉的美国宪法也存在这个问题。在美国，一方面宪法被当成法律，是一种可以用普通法解释规则加以适用的法律；另一方面，它是一个政治伦理制度化的东西。一个政治伦理性的东西要通过普通法的解释技巧来实施，这构成了一个明显的困境，产生许多问题。从宪法性质的考量入手，就会遇到范畴的问题，宪法中的范畴需要重新确定，用更中性的范畴取代意识形态的范畴。宪法

的修订是一个重大的法律问题，应该有严格的和公开的程序。如果这样的程序公开化了，法学家就能够进行论证，这是一个对法律发展很有益的机会。另一方面，在宪法修订的重大问题上，要依法成立专门的修宪委员会，委员应该有各方代表，允许社会各界参与讨论，提出意见。宪法的修改过程应该同时也是宪法理念、宪法文化传播的最好时机，应该让每个人来参与，这正是宪政文化的形成过程。（廖齐整理，未经发言人审阅）来源：上海法律与经济研究所”，100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com