

党的领导与人民主权的结构

周林刚(清华大学法学院博士生)

尽管有不少尝试,但“党的领导”问题尚未在宪法学中获得充分的理论化。当然,从一开始我们就应当强调,法学上的理论化一方面是对事实的观察与结构化,另一方面则受制于所观察对象牵涉的各种规范性条件。在此意义上,法学上的理论化总是带有批判或辩护的意味,也就是说,它总是某种特定方向的解释。因为在最低的限度上,它都应当澄清研究对象的规范状况,而对这种规范状况的认识本身所表现的,不是规范上无矛盾的,就是规范上冲突的;如果是冲突的,则还可能进一步表明,这种规范上冲突的状况是可调和的或者不可调和的。强调这一点对法学、尤其宪法学研究来说,至关重要。如果忽视这一基本的方法前提,那么,在考察中国宪法的时候就可能会犯范畴错误。

执政党的政策突破既定宪法框架这一现象曾引起宪法学的极度不安,在特定政策的实质正当性与宪法规范的形式正当性之间宪法学者左右为难,悖论性地发明了“良性违宪”的概念。然而,“良性违宪”似乎只是对于“违宪”现象的某种分类,而不是某种解释。相反,它本身倒需要得到解释。对此,有论者指出,应当引入“制宪权”的概念来对我国宪法的主权结构进行理论化,从而给出一种能够自圆其说的解释。这种“人民主权的双重代表制”^[1]学说认为,只有在认识到中国人民的制宪权有其双重代表的存在,才能解释这个悖论性的难题:“作为主权者的中国人民有两个代表机关,一个是中国共产党,具体落实为中共中央,一个是全国人大。两个代表机关不是简单并列关系,全国人大在中国共产党的领导之下。”^[2]“在常态下,执政党在宪法和法律下活动,如同宪定权。当宪法和国情严重冲突时,执政党便行使制宪权代表机构的权力,以发布政策的形式对民族的生存方式作出总决断。等待条件成熟时,再建议全国人大修宪或者制定新宪法。由于在两个代表机构作出决断之间存在一个时间差,所以出现了新政策和原有宪法规范不一致,而新政策有效的局面。宪法学把这个现象叫做良性违宪。”^[3]

上述论断实际上把党的领导观念具体化为党在制宪权上的特殊代表地位。这一论断值得重视,但也存在若干可疑之处,这里将只把注意力集中在其中一个问题上。它没有具体地说明,执政党行使制宪权发布突破宪法框架的政策和此后建议全国人大修宪这两个行为之间的关系。可以这样来表述这个问题,即执政党的决断是否必须伴随着“时机成熟之后”的正式修宪行为?这个问题似乎还悬而未决。如果民族的生存既经“常在代表”作出了总决断,并且作为该种决断之表现的政策已经独立于既有宪法规范生效,那么,还存在随后的另

[1] 陈端洪:《制宪权与根本法》,中国法制出版社2010年版,第26页。

[2] 陈端洪:《制宪权与根本法》,第25页。注意:这里关于具体化为中共中央的限定是非常重要的。下文谈论“执政党”的地方,都是在“中共中央”的意义上说的。

[3] 陈端洪:《制宪权与根本法》,第26页。

一个代表对这一总决断的再决断吗？这后一个“决断”在此是什么意思？反之，如果后一个决断真的是一种决断，那么此前的那个所谓“总决断”又是什么意思？究竟应该如何理解这个所谓的“时间差”？

让我们把问题简化，分别从不同的可能性来加以思考。首先一种可能是执政党突破性的政策确实是“总决断”。在执政党的这个决断作出之时，宪法实质上已经被修正了。此时，随后的宪法修正并不是真正的宪法修正，而仅仅是一个文本变更行为。这种现象在普通的法律实践中并非罕见。例如，我们可以举最近一次最高人民法院废止部分司法解释的决定为例。这个文号为法释[2013]7号的司法解释中，^[4]有81个司法解释或司法解释性文件被“废止”，而其中部分文件“废止”的理由是“已过时效”或者“情况已变化，实际已失效”。对于这部分文件来说，在法释[2013]7号“废止”它们之前，已经失效了。这意味着某些法律上不存在的东西被“废止”了。或者换句话说，“废止”对这部分文件来说，只是对既有事实的某种揭示和宣告：由于废止的法律效果“失效”已经在废止行为发生之前存在，废止行为也就不是一个构成性的法律行为，因此这一“宣告”也不同于作为立法生效条件之一的“公布”。与之相对，如果执政党的突破性政策已经是生效了的实质宪法之修正，那么随后的修正案也就只是采取了法律形式的事实宣告行为。若称之为另一个“决断”，则不免像所举例子中的“废止”一样，仅仅是个技术性措辞。这样一来，双重代表制的概念就不确切了。这里将只存在制宪权代表和普通代表。修宪时刻全国人大行使的将不是作为制宪权的权力，而是名为修宪、实为普通立法权（或者更具体地说，是要求特定多数的普通立法权）。作为普通立法权，其本不具有以修宪形式表现的制宪权，而仅仅是赋予了既有的“总决断”以法律的形式，是将制宪权的至高行为“下降为”普通法律形式（在我们的政法话语中则被称作“上升为”法律的形式。但似乎恰好与制宪权与普通立法权的对比相颠倒）。而且，照着这种可能性解释，随后的那个修宪行为，并非是必需的。这又与既有政法话语中包含的规范性意涵不符。

第二种可能性是，全国人大随后的那个宪法修正行为是真正意义上的宪法决断，而执政党的政策制定不能被理解为与之相当的“总决断”。由于全国人大的决断在时间上晚于执政党的修正性政策制定，因此，这之前的时间差就变得很特别：它是一种特殊的宪法状况，或许称之为宪法修正方案的试验阶段较能表达这一特殊性。并且全国人大本身的这个决断也不是决断的全部，而是一个决断过程的结论部分。因此，宪法时刻不是一个时间点，而是一个时期，一个由执政党发起动议，等到“时机成熟”然后动议被真正采纳的时期。这种解释与执政党传统中的“实践论”传统一致：决断时刻之前是一个获得和检验正确方案的认识过程；与此同时，它也和“群众路线”的传统相符：动议及其付诸试验的过程，也是动员人民使其有时间和经验来认识并接受新政策的过程。宪法序言中关于党的领导的宣告包含的或许就是这个结构。序言中的这一宣告表达的是这样的一个历史事实：执政党党内关于其治国方略等的重大决定，能够对全体人民获得一种表面效力（*prima facie*），这种表面效力能够暂时悬置（而非废止）既有的、与之冲突的宪法规范。为应对特定的例外状态，宪法可能赋予特定机关以决定是否悬置某些宪法基本权利之实施的权力。差别在于：这种例外状态下的

[4] 《最高人民法院关于废止1997年7月1日至2011年12月31日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第十批）的决定》（2013年2月26日法释[2013]7号）。

悬置在规范上是必然要被恢复的,而作为一种宪法修正或制宪权行使模式的效力悬置,则仅仅包含可能性——实际上,其目的倒是为了能够证明,这种被悬置的规范将被更合理的规范所取代。照此理解,那么上文提到的把党的政策“上升”为法律的说法就是有着落的。然而如此一来,双重代表制就又不成立了:执政党与全国人大应该被看作同一个权力行使过程中的两个环节,两者之间的关系并不符合如下描述——作为制宪权常在代表的执政党与宪定的全国人大并存并高于后者。如果非要将两者都称为人民的代表,那么代表这个概念的含义对于两者是不同的:在全国人大,其作为代表的意义即其决定对全体人民发生法律效力,其决定被视为人民自己的决定;而执政党作为代表实为新动议的发起者,其过程恰好是为了在该事项上证明自己的代表能力(就此而言,这种“代表”不具有自行对被代表者作出有效决定的权能——因此,无论事实如何,执政党的决定首先还是党内的决断,而不是对民族的总决断,就如费城制宪会议实际上并非制宪,而只是向其人民提出一个有待决断的方案一样),这一点与全国人大的行为已经是其被授予的代表权能的运用不同。

根据第二种可能性,全国人大的修宪行为对于完成一次有效的宪法变革是必需的。而第三种可能性是,两者都是决断,意义相当。无论常在代表与只是在例外而罕见时刻显现的代表相比具有何种优势,当全国人大作为制宪权代表而作为的时候,执政党不可能同时也是这个意义上的代表。于是,双重代表在空间上并立,时间上却必须是前后相续、而不能是同时的。只要全国人大不作为制宪权行使者而作为,执政党就持续地作为这种代表常在。在此,全国人大的修宪行为需要放到一个与上述两种可能性不同的结构之中,来考虑其是否必需的问题。就实质的宪法内容来讲,全国人大的修宪行为不是必需的,因为已经有代表机构作出决断了;但全国人大既然也掌握着同样的、尽管是间断的时间点上、数量上很少的决断之权,那么它被激活之时,就是人民在制度上显现之时,也就能够真正作出某种决断——这意味着这个代表在权限上可以否决之前的那个“总决断”(第二种可能性中与此类似,而第一种则否)。与第二种可能性中的情况不同之处在于:执政党在这个第三种可能性中,仍然有权否决全国人大的决断——且不论它作为日常代表的巨大优势。虽然这一点不是经验事实的描述,但作为理论上的可能性仍然值得一提:这一态势突出了两者的竞争关系(竞争关系是合作关系的另一种表现)。乍看之下,这种竞争关系中的双方优劣差别明显:只是例外时刻显现的代表作出的决断,在该代表行为结束而褪去其资格之后,常在代表完全可以无视其决断。不过,这种结构并没有表面看起来的那种匪夷所思的性质。这种并立——如果存在的话——是有意义的,只要存在这种并立,作为人民之主权的两个代表,其中一个代表就不可能真的可以无视另一个代表而不损伤自己的代表性。而且,更为重要的是,两个代表的存在实际上提示出一个极端重大的信息:代表不是人民本身,它们只是“代表”。这一点是竞争性的基础:只要一个代表不只是“代表”而是强行吸纳了人民本身,另一个代表就将低它一等。这一点可称之为代表制的问题化。^[5] 不过,这种真正可称得上双重代表制的情形,几乎彻底改变了我们对我国宪法的理解。在一部表面上刚性的形式宪法一旁,存在灵活机动的制宪权——这意味着不存在区别于普通立法的宪法,也就是说,我们的“宪法”应当被理解为英国式的柔性宪法模式。

[5] 关于代表制的问题化,参见[美]布鲁斯·阿克曼:《我们人民:奠基》,汪庆华译,中国政法大学出版社2013年版,第196-202页。

这里不打算讨论上述三种可能性中哪一种较为合理。我们的目的是指出:双重代表制并不能恰如其分地对现行宪法上的人民主权结构进行理论化。上述三种可能性中的每一种,都在不同程度上触及这个结构中的某些成分(包括事实的成分和规范性的成分)。第一种可能性实际上与宪法第一条有关,因为第一条对国体的界定(与第二条政体相区分)行使一种功能,就是把政治与法律区分开来,真正的决断发生政治空间,而这个空间(国体)虽然出现在宪法第一条中,但其在宪法上是看不到其具体形象的:宪法上展开的空间是由国家机关及其构成原子——公民填满的。第二种可能性涉及序言中对党的领导的宣告。而第三种可能性则强调了宪法第二条人民主权及其法律载体的意义。的确,“只有将 1982 宪法序言关于共产党的领导权的宣示和宪法第一条、第二条结合起来,才能完整地阐释中国主权的阶级结构及其代表结构”。〔6〕问题只在于:如何将这三者整合成一个统一的结构?我们的观察表明,之所以党的领导未获充分的理论化,其原因可能就在于这种理论整合是困难的。

宪法实施的理论反思^{*}

支振锋(中国社会科学院法学研究所副研究员)

在宪法文本及其实施的实践之间,当今中国法学界存在一个有趣的悖论。一方面,一般认为,我国有一部比较好的《宪法》(1982 年),这部《宪法》是百年宪制的重要一步;而另一方面,也有许多学者认为现行《宪法》没有得到很好的实施,甚至没有得到实施,因而未能成为“活的宪法”,所谓“有宪法而无宪政”。因此,中国宪法有无得到实施,实施得如何,以及我们如何看待 1982 年《宪法》公布以来的宪法实践,就成为一个值得研究和讨论的重要问题。

一 《宪法》文本及其实施

虽然全国人大经常组织各种相关执法大检查,地方政府和立法部门也普遍推行和实施了地方立法后评估或者法律效果评估,但我们迄今依然缺乏对宪法的立法后评估或实施效果评估。实际上,虽然世界上不同国家对相关法律法规也实行了不同形式的立法效果评估,但对宪法的立法质量或者实施效果进行评估的,的确鲜有所闻。这当然是由于宪法的特殊性,无论是作为治国安邦的“总章程”、国家“根本大法”亦或是政府与人民的“总契约”、公民权利的保障书,宪法作为一部重要的政治性宪法文件,可能也的确是难以对其实施效果进行评估。但大体上讲,如果一个国家政治稳定、社会有序、经济发展、人权得到较好保障,就可以认为这个国家的宪法很可能得到了较好实施;而反之,一个国家政局不稳、社会动荡、经济发展环境与人权保障不佳,则很难说它有好的宪法或宪法实施。

宪法实施的前提是宪法文本的存在以及对其原则与精神的认识。不同的国家、同一国

〔6〕 陈端洪:《制宪权与根本法》,第 24 页。

* 本文为教育部项目“非常态社会事件与人民法院的社会治理功能:历史、实践与理论(10YJC820173)”的阶段性成果,以及司法部“法治建设与法学理论研究科研项目成果”(项目编号:09SFB2009)。