

和中国共产党执政的合法性,以邓小平为首的“革命老战士”在关键时刻表现出成熟的政治智慧。邓小平在指出毛泽东所犯错误的同时,坚持毛泽东的贡献是主要的——因而应继续享有崇高地位,并把毛泽东和毛泽东思想区分开来(后者是集体智慧的产物)。在坚持“根本法”(四项基本原则)不变的前提下,邓小平做出改革开放的政治决断,迅速恢复、完善被中断的法统。其二,应将八二宪法放到共和国六十年的历史中进行考察。八二宪法与建国宪法(1949年《共同纲领》——新中国的第一部宪法)以及五四、七五、七八等三部宪法之间既存在历史的延续性,又存在诸多变革。前者表现在“中国共产党的领导”、“社会主义”、“人民民主专政”等“根本法”从未改变,后者表现为具体宪法律的增删。其三,应将八二宪法纳入中华文明史的分析视野。在“道统”、“政统”和“法统”三个层面,八二宪法与传统中华政治文明之间既存在延续性,又存在巨大的变革。比如,就法统来说,中国古代当然不存在成文意义上的宪法典,但历代礼制(《周礼·天官冢宰第一》曰:“惟王建国,辨方正位,体国经野,设官分职,以为民极。乃立天官冢宰,使帅其属而掌邦治,以佐王均邦国。”)和史家编撰的制度典籍(如杜佑《通典》、郑樵《通志》、马端临《文献通考》等“三通”)均具有宪法意义,可供当今政治家和立法者借鉴。

(责任编辑:支振锋)

异数与自我:八二宪法的定位

田飞龙*

在亨廷顿的文明冲突论与民主波次论中,中国作为极具规模的文明体日益呈现出大国宪政的“异数”之象,与民主化/司法审查多次擦肩而过。新世纪初借助“齐玉苓案”而发起的“宪法司法化”运动最终成为一次失败的尝试。同样作为后发现代化国家,作为“尾随者的国度”,中国为何成为大国宪政的“异数”?为何一再错过“随波逐流”的历史契机?为何长久停留在“文明冲突”的状态?为何再次成为黑格尔所谓的世界历史的“例外”?为何作为普适价值的“民主”或“司法审查”难以顺利吸收中西比较意义上的“文明冲突”?这些问题构成了探索中国宪政转型之路的根本性设问。

所谓“异数”之谓,实际上只是从一种外部性的司法宪政主义视角得出的结论,缺乏对中国宪政自身演进路径与规律的体验和分析,既缺乏钱穆历史观中的“温情与敬意”,亦缺乏陈寅恪历史观中的“同情的理解”。这种外部视角来自于另外一个获得世界历史阶段性证明的理想规范世界。中国的司法宪政主义作为一种承载过多外部性规范预设与立宪性改革期待的宪法理论进路,似乎不大适合对中国宪政做出真正科学的理解与解释。与之相对的政治宪政主义则将时间性的“转型”意识纳入理论建构之中,将转型政治作为介于非常政治和日常政治之间的一种相对独特而独立的政治阶段予以处理。这种面向具体历史时间与实践的宪政理论来自于中国二十世纪建国精英的思想反思与制度建构,在孙中山与毛泽东

* 田飞龙,北京航空航天大学法学院/高研院助理教授。

的宪政思想中均留有此种宪政阶段论的明确表述。最著名的是孙中山的“军政、训政、宪政”的宪政阶段论,这是政治家与立法者的宪法理论,而不是法官与律师的宪法理论。我们当代最本质化的宪政运作与最具有解释意义的宪法理论大体并未超出“训政”的设定,尽管具体表述与制度安排有所差异。我们的“改革宪法”在时间逻辑上对应于“转型政治”,我们需要一种对应并回应时代的宪法理论,政治宪法学与政治宪政主义的命亦系于此。

既是“异数”,我们就需要完整观察当代的世界宪政地图。国内的比较宪法研究在理念与制度上已经为我们描画出了大体的图景。就原型论而言,以司法审查模式观之,大体只存在美国的普通法院模式和欧陆的专门法院模式。我们需要透过具体的组织模式而认知其背后极具差异性的宪政理念与传统。美国模式的核心特征在于:(1)宪法是国家的根本法与高级法,高于议会法律;(2)美国普通法院具有解释和适用宪法的天然权力,这种权力来自普通法传统而非宪法文本;(3)美国联邦最高法院具有最高的司法审查权,其宪法解释同时拘束议会、政府和下级法院;(4)美国普通法院对涉及宪法的争议具有广泛的管辖权,成为美国的“政治法庭”;(5)缺乏成文宪法的明确授权,司法审查的“普通法理由”经常受到宪法之“民主理由”的挑战;(6)司法审查权属于一种美国普通法上的宪法权力和制度。美国式司法宪政主义的世界性影响伴随着美国作为世界新帝国的崛起而急剧扩展,甚至成为古老的欧洲大陆国家的效法对象。然而,宪法的生命也不在于逻辑,而在于经验,欧陆国家最终也发展出了自身的司法宪政主义,与美国模式有着重要差别。欧陆模式的核心特征在于:(1)审查主体采行机构模式,抛弃了宪法守护者的人格化特征(如贡斯当的“君主”和施米特的“总统”);(2)审查机构符合“中立性权力”的基本特征,是基于特殊功能需求而对分权结构进行的理性修正,相当于宪法中的“第四种权力”,无论是凯尔森的宪法法院模式还是法国的宪法委员会模式;(3)审查机构具有明显的政治性质,不是普通的司法机构;(4)审查机构之权限直接来源于成文宪法之规定;(5)审查权安排上采行集中审查模式,不同于美国式的分散审查;(6)审查对象兼容法案的抽象审查和结合个案的附带审查;(7)审查重点在初期集中于分权监督与政体平衡,后逐渐转向权利保护;(8)以成文宪法和独立机构为基础,违宪审查与民主的规范性冲突相对缓和。从贡斯当的“中立性权力”学说到施米特与凯尔森的“宪法守护者”之争,其间的理论路径与制度推演尽管存在较大分别,但欧陆法政思想家群体却共享着欧陆公法的理性建构主义传统,发展出了更为清晰简明的违宪审查制度。

根据张千帆教授的考察,世界上194个国家与地区中建立司法审查制度的有173个,占89%,其中亚洲比例最低,仅为70%,这未必是个缺陷,而正好证明了亚洲政治体系的多元性、传统性和自主性特征;在模仿原型的转型国家中,对美国模式的典型模仿国有15个,对欧陆模式的典型模仿国有74个,可见欧陆模式的相对优势。然而,制度模仿易,制度践行难。这些转型宪政国家的基本特征可以概括为:(1)转型国家主要通过制宪过程产生一部成文宪法来实现司法宪政主义模式之建构;(2)转型国家在司法宪政主义具体模式的选择上主要受到殖民历史的影响,在欧陆模式和美国模式之间进行组合,自身不具备构成独立模式的可能性;(3)转型国家模式具有多元性和复杂性的特点,相比欧美的典型模式,它们往往具有更加复合的制度体系;(4)转型国家模式中以移植欧陆模式者相对居多,美国模式次之;(5)转型国家中的亚洲国家之文明连续性与政治自主性相对较高,其宪政模式具有未定型的特点,其自身文化传统与历史经验对政体结构的塑造作用明显;(6)转型国家之司法宪政主义从“文本选择”到“成熟实践”之间存在较大距离,参差不齐的司法宪政主义实践对于

自身之种姓政治、部落政治、等级政治、宗教政治、文化政治等传统政治因素的改造效果有限,例如司法审查制度比例高达 98% 的非洲在治理成效和现代化进程上就未必优于亚洲。

回到中国语境,上述世界宪政地图的原型及其扩展面的描画并不能直接得出中国宪政优劣的结论,也不能直接指示中国宪政向何处去。然而,这种世界性的宪政扩展图景还是大大启发并推动了中国的“宪法司法化”运动。这场运动以 2000 年左右的宪法学知识更新为铺垫,以非典型宪法案件“齐玉苓案”为契机,以中国入世为想象灵感,以对美国 1803 年马伯里式的“普通法革命”为历史样本,从而试图在中国宪法文本之外建构一种美国式的宪政模式。这注定是一次失败的尝试,因为它没有正确理解八二宪法的原则与结构,没有理解整个二十世纪中国宪政演进的“政治宪法”逻辑。

中国宪政转型的困境不在于缺乏有效的司法审查制度,而在于中国宪法文本上的“政治宪法结构”,这一结构是人民主权在宪法上的三个肉身:两个代表制肉身,即党的领导代表制和人民代表大会制;一个非代表制肉身,这是社会主义民主的优势传统,是人民有序而生动的直接力量,笔者称之为“非代表制的参与民主制”。这一结构蕴含着中国百年宪政进程的丰厚政治遗产,并构成了形塑中国宪法权力结构并直接决定基本权利之优先顺序与实现程度的“根本法”。中国宪政转型的真实命题是如何促使这一“政治宪法结构”根据人民主权的根本原理而获得理性化与制度化。以这一规范性视窗而非司法审查模式或人权保护指标去观察八二宪法与中国宪政,我们将能够更完整且更合理地理解中国宪政自身的演进路径与规律。而且这一政治宪法学的视野将可能提出更为适当与关键的宪法理论命题:广义的宪政阶段论的理性基础与政治成就如何?制宪权与制宪代表权的关系如何?领导如何成为一种制度化的代表?人民如何既“有序”又“生动”?改革三十年里政治与行政过程的制度建构有何宪政意义?复合代表结构的哲学基础是什么?“政治宪法结构”如何经由共和主义原理而激活与演进?因应转型宪政的立法者的宪法学图景是什么?司法宪政主义在何种观念与制度前提下才有可能?这些围绕在八二宪法周围的根本性的理论问题如果不能获得真正的理论性解决,中国宪政在任何结构意义上的设计或变革都可能再次遭遇重大挫折,而我们民族的宪法心智依然超脱不了“机械模仿”的工匠层次。

(责任编辑:支振锋)

宪法切实实施行的基础性条件

支振锋*

八二宪法颁布实施三十年,学界对这部 1949 年以来“最好的宪法”的研究也日益深入。但从当前的文献看,研究的焦点集中于对其内容及实施的缺陷与完善上。毫无疑问,对完美宪法文本及其实施孜孜以求,对有宪法而无宪政忧心忡忡,这些都是中国宪法理论与实践中的真问题。然而事实上,随着第一次世界大战之后开始的殖民地解放运动,早已开始了亨廷

* 支振锋,中国社会科学院法学研究所副研究员。