

国家。总纲之中经济条款的反复修改,使得以私营经济和私性生活为基础的市民社会得以从国家管制中释放出来,并逐步发育起来。依法治国、私有产权和人权条款一旦进入宪法,就具有了规范力量,不只是空洞的教条。所有这些变化,在实践层面上改变了宪法赖以运作的社会结构,在精神层面改变了宪法的思想基础,为八二宪法正文中的复合结构增加了新的维度。例如,在解释宪法中的“专政”一词时,就必须使得任何解释都能够经得住法治与人权的拷问,“专政”这个概念自然慢慢地从对阶级敌人的随意处理转化为对犯罪分子的依法处罚;对宪法中的其他条文的解释,包括对于主权各要素的结构关系的解释,同样要顾及到法治、私有产权与人权的基本原则,无论是党的领导还是人民当家作主,都要受到法治与人权的节制。宪法之中内化了诸种不同的原则或价值,一旦它们被内化到宪法之中,它们就必须在宪法的整体框架内进行解释,我们应该在其他价值的关照下理解每一种价值,“不是分等级地组织它们而是以立体网络的形式组织它们”,必须将每一种价值或原则视为一个更具包容性的价值结构中的一部分,对任何一个概念的解释,都需要参照这个结构中的其他概念,否则就破坏了宪法的整体性和内部融贯性。<sup>[7]</sup> 八二宪法必须放置在这个多重复合结构中整体性地理解。

(责任编辑:支振锋)

## 政治哲学视角下的八二宪法

郭绍敏\*

进入新世纪以来,学界对八二宪法的研究多将侧重点放到其文本结构、规范条款和制度意涵等方面,以“规范主义”(规范宪法学)为基本方法论。然而,最近两年政治宪法学“异军突起”,制宪权、人民主权、政治决断等概念接踵进入宪法学研究视域,如果说规范宪法学是对教条化、意识形态化的传统政治宪法学的一次“反动”,新近兴起的政治宪法学则是对这一“反动”的“再反动”。政治宪法学虽比规范宪法学表现出更多的哲学维度和文化自觉(主体性)意识,但其分析力度还远远不够,为达固强补弱之目的,笔者提出一种“中道”、“实践”和“通变”的政治哲学观,作为重新审视八二宪法的理论前提。

首先,重归“中道”的政治哲学。“中道”意味着不偏不倚、无过无不及,正所谓“极高明而道中庸”。“中道”意味着“体用不二”,如近代大儒熊十力所言:“体者,对用而得名。但体是举其自身全现为分殊的大用,所以说他是用的本体,绝不是超脱于用之外而独存的东西。因为体就是用底(的)本体,所以不可离用去觅体。”<sup>[1]</sup>既然人民共和国的“道统”、“政统”和“法统”都是由八二宪法来承载的,那么,八二宪法的所有条文——无论是序言、总纲还是基本权利和国家机构条款,无论是政治和历史性较强的陈述性条款还是规范性较强的

[7] 罗纳德·德沃金:《身披法袍的正义》,周林刚、翟志勇译,北京:北京大学出版社,2010年,第184页。

\* 郭绍敏,河南大学法学院副教授。

[1] 熊十力:《论体与用》,载郭齐勇编:《现代新儒学的根基——熊十力新儒学论著辑要》,北京:中国广播电视出版社1996年版,第194页。

条款——均应认真对待。具体而言，“道统”是“体”，“政统”和“法统”是“用”，体用绝不可分，或者说“体用不二”。

↗政统(用)

[八二宪法]体用不二:道统(体)→← ↑

↘法统(用)

道统:天命民本、革命、人民民主主义(人民民主专政)、社会主义、共和主义

政统:中国共产党领导的多党合作和政治协商制度、民主集中制、人民代表大会制度、单一制国家结构(以及民族区域自治制度、特别行政区制度)、以公有制为主体的经济制度

法统:国家权力条款、公民权利条款;各种具体的宪法律

2011年3月10日,吴邦国委员长在全国人大常委会工作报告中宣布,以宪法为中心的中国特色社会主义法律体系已然形成:

从中国国情出发,郑重表明我们不搞多党轮流执政,不搞指导思想多元化,不搞“三权鼎立”和两院制,不搞联邦制,不搞私有化。中国特色社会主义法律体系的形成,夯实了立国兴邦、长治久安的法律根基,从制度上、法律上确保中国共产党始终成为中国特色社会主义事业的领导核心,确保国家一切权力牢牢掌握在人民手中,确保民族独立、国家主权和领土完整,确保国家统一、社会安定和各民族大团结,确保坚持独立自主的和平外交政策、走和平发展道路,确保国家永远沿着中国特色社会主义的正确方向奋勇前进(可形象地简化为“五个不搞”,“六个确保”)。

“五个不搞”是“政统”的要求,“中国特色社会主义法律体系的形成”体现了“法统”的日益完善,“从制度上、法律上确保……”,意味着“政统”和“法统”都服务于以“确保国家一切权力牢牢掌握在人民手中”为核心的“道统”。“道统”(“体”)固然处于核心地位,但只有“即用”方能“显体”。没有相应的制度和法律保障,“一切权力属于人民”的社会主义共和国就有可能变质。近代以来,中国饱受西方法政文化的冲击,八二宪法不得不对源自西方的“体”和“用”进行创造性“收编”,从而表现出极具包容性的一面,这就使得八二宪法的意涵异常丰富,非运用“方法论的综合主义”不能进行全面解读。就此言,规范宪法学(侧重八二宪法中的“法统”)和政治宪法学(侧重八二宪法中的“道统”和“政统”)的方法均不可或缺,仅仅侧重其中一个方面难免偏颇,并不符合理性平和的“中道”精神。

其次,坚持“实践”的政治哲学。“文革”结束后,邓小平高度评价了关于真理标准问题的讨论,强调“实践是检验真理的唯一标准”,必须“解放思想,实事求是”。“实践”的政治哲学要求我们必须关注中国的宪法实践,而不是仅仅围绕“文本”(或“规范”)来展开研究。有不少学者认为“宪政实践的缺失”构成中国宪法学发展的主要障碍,“中国宪法学所需要的不是更多的理论,而是更多的实例——宪政制度在实践中产生的实例。”<sup>[2]</sup>这种观点的局限性在于,它把宪法实践窄化为法律实践(宪法审查),更有甚者,一些学者把宪法实践等同于宪法的司法适用(司法审查)。实际上,中国人民一直在进行着生动的宪法实践,这一方面表现为法律实践,尤其是行政法实践——行政法是“具体化的宪法”,另一方面又表现为“显性”的政治实践和“隐性”的宪法惯例(即所谓“看不见的宪法”)——比如,中国共产党与全国人大相互配合完成的修宪工作、党中央和国务院的“联合发文”、中央与地方的“宪法

[2] 张千帆:《宪法学导论》,北京:法律出版社2004年版,序言第4页。

商谈”(毛泽东所言的“同地方商量办事”<sup>[3]</sup>)等等。

就宪法审查问题而言,2003年“孙志刚案”发生后,三位法学博士上书全国人大常委会,建议对《收容遣送办法》进行违宪审查,但全国人大常委会并没有启动违宪审查机制,而是由国务院主动将其废除并代之以《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》。这种做法从“宪法教义学”的角度来看可能“不正确”甚或“违宪”,但何尝不正是中国特色的违宪审查方式?中国是一个“党治的管理型国家”,具有典型的“强政府”或者说“行政主导”的特点,由国务院行使对《收容遣送办法》的审查权显然更有利于问题的迅速解决。可以说,在中国的宪政实践中,中共中央和国务院都是实质上的违宪审查机构。某些宪法学者“看不见”或者“视而不见”中国的宪法实践,乃是因为研究方法的缺陷导致,但这并不等于其不存在。我们必须超越形式主义和文本主义(规范主义)的研究方法,而引入社会学的、经验主义的功能分析方法,发现中国政治和法律生活中实存的宪法规范。

更重要的是追溯当代中国宪法实践背后的哲学和文化意涵。例如,一般人往往将“一国两制”归功于领导人的理论创造,实际上,这一国策不仅有古典政制传统的历史渊源(古代中国征服王朝的“胡汉双轨制”,尤其是“清帝国的制度和法律多元主义”),<sup>[4]</sup>而且与新民主主义革命时期和新中国建国初期的民族宪制实践(尤其是解决西藏问题的“十七条协议”)有着内在的关联。“一国两制”(实为“一国多制”)的政制实践也蕴含了陆统(大陆的传统和资源)、海统(港澳台的传统和资源)与边统(边疆少数民族的传统和资源)相糅合、具有极强包容性的“混合宪政”模式。<sup>[5]</sup>可以说,疏通上述政治价值(“通三统”)正是中国宪政乃至中国文明的未来发展方向。

最后,走向“通变”的政治哲学。太史公司马迁曰:“究天人之际,通古今之变。”只有超越历史考据、政治教条和法律实证,深入历史语境,贯通古今,才能以具有内向反思和批判性的“通变”哲学建立起解读八二宪法的整体性视野。《周易·系辞》曰:“极数知来之谓占,通变之谓事”,“化而裁之谓之变,推而行之谓之通,举而措之天下之民谓之事业”,“穷则变,变则通,通则久”。完整的“通变”哲学是“变”与“不变”的辩证统一。“变而无制,乱可待也。法制应时,然后乃吉”,“‘文明以说’,履正而行,以斯为革,应天顺民,大亨以正者也”。<sup>[6]</sup>无论是革命还是改革(此谓“变”,包括古典的汤武革命、现代的新民主主义革命,1978年以来的改革开放等等),如果能“应天顺民”、“履正而行”(此谓不变的“道统”,但在当下以“人民民主”、“为人民服务”、“三个代表”等话语来表述),疏通中国文明发展的道路,就具有历史和政治的正当性,即“大亨以正者也”。如果执政者不能“应天顺民”,适时而变,人民就会直接出场。在制宪与修宪、宪法时刻与日常时刻之间,并无绝对界限,一切因情势变化而变化,正所谓“变通者,趣时者也”,“礼,时为大”。<sup>[7]</sup>

“通变”哲学要求我们审视八二宪法时必须具备“大历史”视野。一者,应高度关注1976-1982年间(“立宪时刻”)的思想和政治变迁。鉴于对毛泽东的评价关涉到新民主主义革命

[3] 毛泽东:《论十大关系》,载《毛泽东选集》第五卷,北京:人民出版社1977年版,第276页。

[4] 参见汪晖:《现代中国思想的兴起》,三联书店2004年版,第579-580页;许倬云:《大国霸业的兴废》,上海文化出版社2012年版,第25-63页。

[5] 支振锋:《知识之学与思想之学——近世中国法理学研究省思》,《政法论坛》2009年第1期。

[6] 王弼等注:《周易正义》,北京:中国致公出版社2009年版,第197、201页。

[7] 《礼记·礼器》。

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。