

革命、改革与宪制：“八二宪法”及其演进逻辑

一种政治宪法学的解读

高全喜*

摘要 本文基于政治宪法学立场,在百年中国宪政历史的脉络中,阐释了“八二宪法”的复调结构、改革属性以及演进逻辑。“八二宪法”的颁行既在于拨乱反正,又在于为改革开放提供宪政结构,因此内含着多重逻辑,特别展现为革命与去革命的二重奏以及主权的三重肉身,正因为如此,“八二宪法”实际上是去革命的改革宪法,四个修正案充分展现了改革宪法的属性以及内在演进逻辑,并旧瓶装新酒地内化出一种新的宪政设计。

关键词 “八二宪法” 革命 去革命 改革 新的宪政设计

今年是“八二宪法”颁布三十周年,“八二宪法”是中国改革史中的一件大事,标志着以经济先行的常态国家建构具有了正式的宪法基础,同时也正式开启了改革时代法制建设的大幕,设定了法制建设的合法性基础和边界。然而,这又不是一次孤立的、与传统彻底断裂的创新事件,而是在政治决断和根本法意义上对“五四宪法”甚至《共同纲领》的一种结构性的回归。正是在具有回归内涵的改革进程中,新中国的法统才具有了宪法上的连续性和正当性,改革才始终在相对保守的改良主义轨道上前进,而没有演变成再一次的激进主义革命。自“八二宪法”始,中国赢得了三十年的改革建设稳定时期,迅速在经济、社会、民生、法治等诸多层面形成了某种“中国经验”,且颇具规模化和结构性意义。

* 北京航空航天大学法学院教授。

然而,这毕竟是一部“改革宪法”,〔1〕一部在执政党领导权体制下的宪法。“八二宪法”在序言和总纲中写下了内涵极其丰富的宪政民主制度要素,但其条理化、程序化和制度化进程并不显著。〔2〕“改革宪法”已然确立了“宪法出场,革命退场”〔3〕的理性逻辑,并且承诺了对法治国家与人权保护的追求,但其政治理想和权利蓝图依然离我们的实际生活很远,群体性事件与维稳体制的相互刺激与恶性互动时时提醒着我们关于中国宪政的制度现实。百年共和的宪政转型还有待时日,历史三峡之关键隘口横亘国人面前。〔4〕

一、宪法序言与历史叙事

中华人民共和国之建立是百年中国近现代史乃至千年中国历史的一大制度创举。〔5〕因此,伴随着这一崭新的现代政制的构建,立国者们必然要通过一部宪法来予以政治性的证成,尤其是用一个宪法序言来申明或宣示其制宪建国的法理基础。这一宪制举措,不仅中国如此,西方一些现代国家也是如此;不仅中国共产党人如此,中国国民党人也是如此。例如,美国宪法序言虽然不足百字,但却高屋建瓴地为美利坚合众国奠定了宪法的根基;〔6〕至于法兰西第五共和国宪法序言更是将法国宪法与人权宣言相连接,奠定了法国宪法的精神基础;〔7〕而苏联1977年宪法序言则洋洋洒洒数百字,从诸多方面为其塑造的国家宣示了一种宪法的法理学理据。〔8〕关于现代中国的宪法,首先是第一个宪法文本,即《中华民国临时约法》,虽然序言非常短,但如果我们把《清帝逊位诏书》视为中国的另外一个宪法文件,则可以把握其宪法的序言性质以及制宪建国的古今之变的意义。〔9〕我们再看国民党的宪法,从1931年《训政时期约法》到“五五宪草”再到1947年《中华民国宪法》,这些宪法也都有序言,其内涵无疑是将孙中山三民主义作为国民党制宪建国的总纲。至于蒋介石如何背叛了孙中山的三民主义革命,则

〔1〕关于改革宪法的较为准确的解释与论述,参见夏勇:“中国宪法改革的几个基本理论问题”,《中国社会科学》2003年第2期。

〔2〕田飞龙博士将这里的“条理化、程序化和制度化”设定为政治宪法学的基本理论任务,参见田飞龙:“政治宪政主义——中国宪政转型的另一种进路”,北京大学法学院2012届博士学位论文。

〔3〕这就是我近年来屡屡强调的“革命的反革命”逻辑,具体参见高全喜:“宪法与革命及中国宪制问题”,《北大法律评论》第11卷第2辑,北京大学出版社2010年版。

〔4〕“历史三峡说”来自唐德刚,其历史解释方案颇具规范性指向,参见唐德刚:《晚清七十年》,岳麓书店1999年版。

〔5〕政治领袖毛泽东谓之开天辟地,诗人胡风慨然撰写政治抒情诗《时间开始了》。这些认知鲜明体现了1949年革命建国的现代性内涵,跳脱了古典的循环革命观。关于革命与秩序的古今之变,参见(美)汉娜·阿伦特:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2007年版,页31-46、49-54。

〔6〕比如美国的宪法学者阿克曼教授就是从序言之“我们人民”出发重新理解美国宪政史的,并明确认为这是美国宪政的根基所在,参见Bruce Ackerman, *We The People: Foundations*, Harvard University Press, 1999.

〔7〕关于法国宪法序言,参见百度百科“法国宪法”词条, <http://baike.baidu.com/view/142976.htm>。

〔8〕参见百度文库 <http://wenku.baidu.com/view/9c70d913f18583d04964594c.html>。

〔9〕参见高全喜:《立宪时刻——论〈清帝逊位诏书〉》,广西师范大学出版社2011年版。

是另外一个问题,这涉及毛泽东的从旧民主主义到新民主主义的革命演变。^{〔10〕}但就国民党法统来说,它的宪法也有一个极其重要的宪法序言,其担负的使命也属于现代宪制的政治性证成与宣示的范畴。

因此,就宪法形式来看,对于任何一个曾经经历着一场伟大的巨变才建立起现代国家的后发国家来说,宣示一种何以建国的宪法序言,无疑是十分重要的,据说现代宪法学亦有一个独特的研究领域:宪法序言学,即专门以宪法序言为研究对象。^{〔11〕}本文虽然无意涉足宪法序言学,但我认为,研究“八二宪法”离不开对其序言的解读,或者说,任何一种对于中国现代宪法的研究或解读,都不能脱离序言而孤立地言说其宪法内涵。^{〔12〕}那么,究竟如何看待“八二宪法”序言呢?关于这一点,似乎宪法学界已经形成了一种主导性的通说,即认为这个序言以历史叙事的方式总结了中华人民共和国的革命建国历史,构成了一个有关中国共产党领导中国人民的革命建国的宪法法理学。对此,张友渔、王叔文、许崇德等老一辈宪法学家有过相关的论述,延续着他们的理路并进一步予以西方学理化加工的学者,是陈端洪与强世功。^{〔13〕}

对于上述观点,我是大有质疑的,虽然我主张政治宪法学,并且认为宪法序言是中国宪法的一个核心内容,其与宪法其他部分构成一个有机性的宪法结构,但我并不认同他们对于宪法序言的革命激进主义的阐释。关于政治宪法学,我一直强调存在着一个左和右的重要分野。^{〔14〕}在我看来,包含着四个修正案的“八二宪法”,其序言的核心理念并非单纯的革命主义以及革命至上的历史叙事,而是隐含着—个复调的革命理念,即革命与去革命化的双重内涵。因此,对于改革开放以来的中国宪制,就不能仅仅从宪法序言的革命逻辑或激进主义的革命宪法来理解,而是应该从作为国家领导者的共产党由革命党到执政党的演变,以及包含在宪法序言中的革命与去革命化的复调结构来理解,进而对于这个“八二宪法”序言的历史叙事,也同样

〔10〕 参见毛泽东:“新民主主义论”,载《毛泽东选集》,人民出版社1964年版。

〔11〕 关于宪法序言的规范性研究,参见陈玉山:“宪法序言的法教义学研究”,浙江大学2010届博士学位论文。

〔12〕 目前宪法学界对于中国宪法,尤其是“八二宪法”的代表性看法,主要有两大类:一类是排斥宪法序言的观点,另一类是肯定宪法序言的观点。对于前者,虽然有各种不把序言视为宪法构成性要素的观点之不同,但他们共同的结论是宪法序言与宪法是隔离的,因此没有必要把序言视为有效的宪法内容,只能将其视为一种外在性的宣示性标签,代表人物是蔡定剑、张千帆,一些规范宪法学也有类似的看法。对于这一类主张,我在如何看待宪法序言问题上与他们的观点之不同,是另外一个理论层面的问题,本文在此存而不论。在此我要指出的是主流的官方宪法学,即认为宪法序言是宪法有机部分甚至构成了中国宪法之根本精神的观点。在我看来,这一具有意识形态蕴含的宪法学看法,大致有两种表述方式:一种是直接的政治话语,另一种是学术性的宪法话语。前者诸如毛泽东,说的就很直白,其他的立宪者,如刘少奇、董必武以及张友渔等,不过是从宪法上解释毛泽东以及共产党人的建国政治理论而已。至于作为宪法教科书的宪法解释学,则是从宪法学上对于上述政治话语给予某种学术性的解释或论证,这个中国宪法学的传统一直延续到改革开放,或者说直到今天。

〔13〕 陈端洪的“五大根本法”就是对中国宪法序言的规范性解释,参见陈端洪:“论宪法作为国家的根本法与高级法”,《中外法学》2008年第4期;强世功的“不成文宪法说”也对序言高度重视,参见强世功:“中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角”,《开放时代》2009年第12期。

〔14〕 参见高全喜:“政治宪法学的兴起与嬗变”,《交大法学》2012年第1期(创刊号)。

不能仅仅从革命正义的视角来理解,而是应该从革命建国到法治国家的转型正义来理解。总之,“八二宪法”序言以及历史叙事,蕴含着中国宪法的双重政治宪法之结构,是一个复调结构,其中有关制宪建国与历史正义的革命与去革命之宪法理念,是中国现行宪法的枢纽,是一个行进中的宪制机体。

上述复调结构其实是中国近现代政治变革的历史遗产,置入历史的场景加以审视,也并非稀罕之物,百年中国立宪史多次重复了这个政治宪法的逻辑结构。例如,辛亥革命以及《中华民国临时约法》就是一种激进主义的革命建国宪法,而随后的《清帝逊位诏书》则是对冲了这个革命宪法,致使中华民国有了一个共和立宪的十年历程。^[15]此后伴随着共和立宪的失败,中国大地又产生了新一轮的革命潮流,五四新文化运动、国共两党的国民革命以及北伐战争,继而加上蒋介石的叛变革命,国民党的立宪建国也是在革命主义的热潮中大显身手。只是到了抗战胜利之后的《中华民国宪法》(1947年)才规划出三民主义的宪政路线图,试图用宪政安顿革命以及军政、训政之党制国家,^[16]但显然为时已晚,最后败走台湾一隅。中国共产党1949年的建国开始了新一轮革命主义的宪制构建,其发凡依然是更进一步接纛无产阶级革命的大旗,尤其是“五四宪法”,把中国建制立国之法统与苏联的社会主义革命相交接,纳入世界社会主义的革命历史运动之中。^[17]

显然,“五四宪法”序言具有非常强烈的革命宪法的精神底蕴。与这个革命理念相关联的显然是革命主义的历史叙事,所谓革命建国、战争、牺牲以及革命成果、江山重整等。有关上述革命建国的历史叙事,作为胜利者无疑是要大书特书的,因为这个革命有着其枪杆子的武力之“力”以及革命之“理”,即用枪杆子推翻反动的旧制度的法理,但这个法之理从哪里来呢?对于建国者来说,无疑是一个攸关的正义问题。好在贯穿着这个“五四宪法”序言的历史叙事,通过革命、牺牲以及未来憧憬,通过一个叙事结构,很巧妙地置换了法之理的问题,即通过革命叙事的陶醉,来证成一个基于武力(枪杆子与战争)的国家正义。对此,我们要回到毛泽东的建国论述,即新民主主义革命论,他这样写道:“世界上历来的宪政,不论是英国、法国、美国,或者是苏联,都是在革命成功有了民主事实之后,颁布一个根本大法,去承认它,这就是宪法。”^[18]由此可见,按照这套逻辑,革命本身就是道理,革命有理,革命有功,革命付出了先锋队以及人民的牺牲,寄托着对未来的美好憧憬,指向一个共产主义的社会。这样,作为革命成果的国家,其需要一个章程加以规范,就是宪法,这样的宪法,其革命性是首要的和核心性的。

但是应该指出,如果一味强调革命主义,那么其实是不需要宪法乃至国家制度的。革命论就其主旨是反国家的,也是反宪制的,革命成功之后经由无产阶级专政阶段,最终进入到无国

[15] 参见高全喜,见前注[9];高全喜、张伟、田飞龙:《现代中国的法治之路》,社会科学文献出版社2012年版。

[16] 高全喜等,同上注;高全喜、田飞龙:“辛亥革命与现代中国”,《南方论丛》2011年第4期。

[17] “五四宪法”的制宪背景与斯大林要求新中国为其进行政治背书有着重要关联。有关历史过程之较为详尽的考察,参见韩大元编著:《1954年宪法与新中国宪政》,湖南人民出版社2004年版。

[18] 毛泽东:“新民主主义的宪政”,载《毛泽东选集》,人民出版社1964年版,页693。

家的共产主义,这是《共产党宣言》的明确宣示,但马克思后来还是写了《法兰西内战》,列宁写了《国家与革命》,尤其是斯大林还强调社会主义宪法。所以,革命主义在共产党掌握政权之后,也要进行国家建设,需要社会主义法制与国家宪法。毛泽东说需要一个章程,这个作为章程的宪法势必要有所规范,即对于革命政权进行权力配置,对于人民进行统治。所以,即便是“五四宪法”序言,其革命性也不是绝对的,而是蕴含着一种规范革命的宪法意义。因此,在“五四宪法”序言及其结构中,在革命主义的大旗下,依然有些许安顿革命成果的宪制内容及其规范指向。

考察中国共产党的宪制史,如果说起革命主义的狂飙时代,应该是文化大革命。这个时代创制了两部宪法(以宪法修改的形式),即“七五宪法”和“七八宪法”。说起来,这两部宪法才是毛泽东思想的一个结构性体现,是无产阶级文化大革命的宪法表述,其中的核心精神就是无产阶级专政下的继续革命。不断革命论、永远革命论,在两部宪法的序言中均有明确体现。作为宪法序言的政治思想渊源,则来自毛泽东的相关激进革命理论。^[19]

毋庸置疑,中国的文化大革命及其宪法表述,是现代历史中的革命激进主义之极端化与经典型的体现,按照这套不断革命乃至永久革命的逻辑,革命建国是不可能完成的,因为敌人是不断被制造出来的:过去是蒋介石反动派以及三座大山,1949年之后则是资本主义的当权派以及牛鬼蛇神,还有新老帝国主义。因此,要不断斗争下去,要开展政治、经济、社会、文化乃至心灵的革命斗争,要搞阶级斗争,要创建一个红彤彤的新世界。无产阶级的革命激进主义的逻辑就是如此。至于宪法,最好是没有,有了也要打破砸烂,像毛泽东所说的那样“无法无天”,像红卫兵小将那样勇往直前,或者是制定一个宣示不断革命的宪法——以“七五宪法”为典型。

从历史主义的视角来看,中国的“八二宪法”就是在上述这样一个革命激进主义的背景下开始构建的。因此,要理解“八二宪法”序言的去革命或终结革命的宪法理念及其政治结构,必须置入这个结束文革的政治大背景。具体一点说,要置入共产党的十一届三中全会以及当时的时代精神氛围之中。我们知道,早在“八二宪法”制定之前,共产党召开了十一届三中全会,随后作出了以毛泽东问题为重点的历史决议,即《关于建国以来党的若干历史问题的决议》。这个全会以及历史决议的中心思想就是结束文革,恢复法制,重建社会与政治秩序,其中的要点是清除文化大革命的思想根源,即极端的政治革命论与阶级斗争论。为此,中共中央决定重新修改宪法,“七八宪法”没有完成这一新的历史任务,所以才有“八二宪法”的出炉。^[20]

秉承上述中国政治变革大势,我们来审视这个宪法序言,就会发现,虽然其依然保持大量的革命主义的历史叙事,但其骨子里却是去革命化的。即修宪者们试图通过这部宪法来终结革命,至少是终结毛泽东发动的无产阶级文化大革命,终结阶级斗争为纲和无休止的政治运动,重新恢复社会秩序,从事国民经济建设和日常政治秩序建构,因为文化大革命已经严重破

[19] 对作为文革宪法的“七五宪法”的一个较为学术化的研究与评述,参见王人博:“被创造的公共仪式——对‘七五宪法’的阅读与解释”,《比较法研究》2005年第3期。

[20] 彭真关于“八二宪法”草案的报告中有所说明,具体细节参见许崇德:《中华人民共和国宪法史》(下册),福建人民出版社2005年版。

坏了社会,致使“国民经济到了濒于崩溃的边缘”。

为什么在有了党的决议之后还需要制定一部宪法来终结文革的革命激进主义呢?这里就涉及一个现代国家的组织架构问题。虽然共产党作为领导者领导人民创建了现代的人民共和国,并且实质上起着国家组织者的体制功能,但是,现代国家毕竟是一个人民的共和国,人民是国家的主人,因此,这个国家必须创制自己的人民宪法,使人民成为主权者,而党最终只能是人民的代表者,是代表人民利益的先锋队,其宗旨是为人民服务,为人民的国家恪守奉献之责。因此,党的文件和决议乃至党章,从形式上说只对党员具有约束力,体现着党的意志与决断,而与国家无关。要终结革命,必须完成一个从党的决议到国家意志和决断的转换,其表现方式就是付诸于宪法,尤其是宪法序言。当一部国家宪法在它的序言中宣示其终结革命,进而确立其作为根本法的地位时,就不仅仅是一种党的意志的转达或表述,而是转变为人民的意志和决断,成为人民的公意,因此对于全体公民便具有了约束力,即它体现着人民的共同意志和抉择。^[21]这就是为什么每次重大的党的代表大会形成决议性文件之后,都要启动修宪的程序,进而修改宪法,把党的意志转化为人民的意志。我们看到,“八二宪法”的历次修宪,在共产党领导的中国立宪史中具有前所未有的意义,其实质就在于它以宪法的形式,通过宪法序言和结构,完成了一次宪法变革,即终结革命主义的狂潮,开始从非常政治转向日常政治。^[22]

当然,作为一个中国化的马克思列宁主义政党,以及通过艰苦卓绝的武装起义、阶级斗争、战争和暴力而建立起的共和国,其终结革命的宪法性质并不可能一下子立马完成,尤其是这个共和国还经历了从“五四宪法”到文化大革命的政治动荡和关于革命与去革命的反反覆覆之转变。所以,即便是“八二宪法”序言,依然笼罩着一种革命的话语和历史叙事,这是共产党国家的合法性根源。但是,我要指出的是,我们不能只是看到这一个方面,而要洞察另外一个方面,即其诉求终结革命的一面。这种革命与终结革命的双重逻辑,构成了“八二宪法”序言以及宪法结构的复调性质,即“八二宪法”是一个复合的宪法结构,既包含着内在的张力,又具有某种统一,由此也就构成了改革宪法的新的合法性与动力。如果仅仅是革命一种法源,那么就不可能进行改革开放,^[23]甚至要回复到文化大革命的宪法体制。

如果说革命与终结革命及其张力关系是贯穿“八二宪法”序言的两种宪法理念及逻辑,那么,从“八二宪法”的制定到现行的包含着四个修正案的宪法序言及其作为政治宪法的结构,大致可以梳理出一条运动的变革轨迹,这个变化又可以视为我所谓的从非常政治到日常政治的转型。也就是说,中国宪法在三十年的宪制实践中,实际上不是僵硬不动的,而是充满着变化运动的;不是没有效力的空洞摆设或意识形态的虚假说辞,而是有着重大的政治宪法的效力的,是决定着这个国家的宪制结构以及国家性质的。只不过它还不是以司法化的形式发挥宪

[21] 参见任剑涛:“国家形态与宪法解释”,《战略与管理》2012年第3/4期合编本。

[22] 参见高全喜:《从非常政治到日常政治——论现时代的政法及其他》,中国法制出版社2009年版。

[23] 邓小平说,“改革也是一场革命”,这里的革命,其实就是一种新的法源,与毛泽东的革命是南辕北辙的,虽然同是一个词语,由此我们可以解读革命的双重蕴含了,即作为建国手段的暴力革命和作为守护成果的宪法之终结革命。

法效力,而是以政治化的形式发挥宪法效力,而这恰恰是转型时期的突出特征。〔24〕我认为,从总的趋向来看,宪法序言及其历史叙事,三十年来经历四次修宪,可以说是呈现了三个阶段性的结构性变迁。

首先,在革命建国的已有宪制下,注入了终结革命的法制本性,通过法制化的宪制来维系和守护革命的成果,并防范极端革命的政治动荡。例如,关于党的领导、社会主义制度、民主集中制等,这些本来就是《共同纲领》乃至“五四宪法”的既有部分,陈端洪将其概括为所谓的五大根本法的中心内容,这些宪法制度是序言中的历史叙事所承认的。“八二宪法”序言的真正意义在我看来并不在此,其并不在于重申这些根本法,而是在于其实质内涵的修正。所以,序言中强调的是去除不断革命论,不搞阶级斗争绝对化,改无产阶级专政为人民民主专政,强调人民当家作主,实行民主集中制度,并且首次宣示宪法作为根本大法,任何个人、组织均不得凌驾于宪法之上。〔25〕简而言之,去除革命激进主义(文化大革命),确立宪法权威,恢复民主集中制,组建国家政府以及公检法体制,确立人民代表大会的国家最高权力体制,用宪法体制终结革命委员会体制,作为根本大法构建社会与政治、经济秩序,这是序言的第一个阶段性成果。其次,沿着上述序言的终结革命的逻辑,在四个修正案中,宪法序言逐渐加入社会主义市场经济、三个代表、社会主义法治国家等,这表明革命宪法的色彩逐渐褪变,一个法治主义与人民代表的国家宪制开始作为宪法的目标。〔26〕最后,在宪法序言进一步加入了和谐社会与中国文明复兴以及中华革命传统等内容,这表明现代中国的主体性开始与传统相联系,具有了文明的法统传统的蕴含。〔27〕据此,关于革命叙事以及革命建国的合法性开始寻求一种转变,即改变革命主义历来的反传统立场,虽然还是羞羞答答的,但文明道义的承载需要正视传统,由此引出了另外一个有关革命的深层问题,如何看待古今之变的革命建国,如何守护这个国家的文明道义。

总之,通过审视宪法序言以及历史叙事的三个阶段性的变迁,我们可以从三十年的历史演进中发现,这里实际上是一个在革命的红色旗帜下,一种终结革命或去革命的宪法理念在逐渐增长起来。如果说红色革命可以建立一个国家,但它不足以守护一个国家,任何一个现代国家的制度构建,所遵循的逻辑无一例外的是“宪法出场,革命退场”。通过宪法守护革命的成果,这才是革命建国的正果。例如,英国、美国均是如此,乃至国民党的党国也是如此。否则,就会出现无休止的政治动荡,革命不断,直至革命导致其国家体制的覆灭,于是从头再来,反反覆覆,血流成河。法国大革命、中国的文化大革命,就是革命极端主义的现实写照。〔28〕“八二宪法”序言以及历史叙事,显然是为了免除悲剧的重演,通过历次修宪制定出来的宪法,其最核心的不是陈端洪所谓的五大根本法,而是确立宪法之为根本法用来终结革命。当然,作为革命

〔24〕 高全喜,见前注〔14〕。

〔25〕 这些论述直接来自于“八二宪法”序言。

〔26〕 参见翟志勇:“‘八二宪法’修正案与新的宪政设计”,《战略与管理》2012年第3/4期合编本。

〔27〕 参见姚中秋:“略论宪法与道统”,《战略与管理》2012年第3/4期合编本以及高全喜,见前注〔9〕。

〔28〕 高全喜,见前注〔3〕。

党,其自我的宪法否定不可能一步完成,所以要不断修宪,不断用制度坐实去革命的力量和结构,所以才有三个阶段性的宪制举措。在我看来,这也是一种诉求旧瓶装新酒的宪法拟制,是一种去革命的“复辟”。问题在于,这样一种静悄悄的“复辟”或“革命”(这里所谓的革命是对于革命的革命),或改良主义的“改革宪法”,对于一个革命党来说,究竟是否可能呢?

二、“八二宪法”作为“改革宪法”:结构、演进与困难

本文在此所说的“八二宪法”,包含着四个修正案。或者说,今天我们纪念“八二宪法”三十年,其实隐含着它作为现行宪法的基本架构,是作为现行宪法来看待的。我们知道,中国的改革开放不是在没有宪法基础上的改革开放,而是一直在宪法的框架之下进行的,这就从宪制上有别于文革十年,乃至“五四宪法”后的十年。但是,当我们审视中国改革三十年的进程时,会发现一个很大的宪制吊诡,即一方面,就实质来说,三十年改革开放所依据的法理是通过“八二宪法”才确立下来的去革命化的宪法精神,其中的保守性成分与建制依然浓重;但另一方面,就内容来说,改革开放又呈现出一步步的突破“八二宪法”的具体条款乃至框架结构,逐渐建立起一个新的宪制结构,这可以从涉及31个条款的四个修正案展示出来。^{〔29〕}可以说,“八二宪法”确立了改良主义的宪法定位,但这个改良主义又是对于自我的修正,是逐渐突破自己的改革,先立后破,而不是先破后立,立字当头,破在其中,这便是“八二宪法”被视为“改革宪法”的基本特征。

(一) 改革宪法的复调性:革命与去革命

为什么把“八二宪法”视为“改革宪法”呢?我认为这不仅是由于这部宪法一直伴随着改革的进程,内在地纠缠于改革开放的意识形态的宪法话语,而是通过一种把党的意志与决断转化为宪法的机制,从而成为国家与人民的意志与决断,并且通过一套作为“政治宪法”的结构,致使改革开放具有了宪法意义上的合法性与正当性。所谓宪法为改革开放保驾护航,依据的并不是枪杆子与笔杆子,而是宪法结构以及这个结构所蕴含的力量。但是,问题也正是由此产生,即这个宪法结构以及力量又不是简单地基于宪法的实施,而是恰恰表现为不断对于现行宪法的某种突破或违背宪法的某些具体条款,并不断通过实际上的违宪以及程序上的修宪来予以完成的。“八二宪法”之制定从本质上就是为了能够使其得到不断的改变,是作为改革宪法,而不是作为稳固宪法而制定出来的。但是,三十年不断突破宪法或某种意义上的不断违宪,却因为“八二宪法”的去革命化的政治特性而并没有产生剧烈的政治、社会或宪法上的革命,并且有效地防止了文革式的革命宪法的回潮。这种既能够容忍改革乃至违宪又能够抵御革命回潮的政治宪法结构,才是“八二宪法”的最值得关注的本性,也才是它作为改革宪法的本性。

从正常的宪法运行机制来看,所谓改革宪法是一种荒唐之事,所谓既制定了宪法又是为了改变宪法,这就不是宪法,因为宪法制定就是为了实施,而且是不折不扣的实施,并尽可能予以

〔29〕 翟志勇,见前注〔26〕。

稳固下来,并且通过司法审查,制止任何意义上的尤其是基于公权力的违宪行为,如果需要修改宪法,可以通过修宪程序,启动修宪等。上述宪法学观点,对于一个常态宪政主义的国家来说,无可置疑是应该如此的,但是对于中国的“八二宪法”体制,却不可能如此,因为它有一个历史的前提,那就是去革命化。它的任务是完成宪政转型,而这个转型又不能通过革命,而是一种改良主义,是改革,是一步步完成从非常政治到日常政治的宪制转型。因此,这样一个转型宪法必然包含着内在的吊诡或张力,惟其如此,才能够达到其指向的宪政主义目标。从这个意义上说,它也可以被解释为一部“临时宪法”,一部类似于国民党宪制图景中的训政宪法。^[30]如果说,革命宪法遵循的逻辑是毛泽东的大破大立,破在当头,立在其中,一张白纸好画最新最美的图画,那么改革宪法则是小立小破,立字当头,破在其中,而且它认为大破不可能有大立。所谓疾风骤雨、摧枯拉朽式的革命宪法不是宪法,而仅仅是革命,是造反。宪法是确立,是巩固,是终结革命的制度建设。但是,对于一个执政党来说,建设比革命更为不易,因为它需要审慎的改革,是革自己的命,而且是改良主义的静悄悄的革命。所以,邓小平一再指出,改革也是一场革命。当然,他所谓的改良主义的革命与毛泽东的革命具有本质性的区别。

正是基于上述从非常政治到日常政治转变的背景,“八二宪法”才不仅在序言中宣示了去革命化的蕴含,而且还通过构建一个宪法结构来实现这个“革命—去革命”的宪法精神。这个结构也使得我们把“八二宪法”视为一种政治宪法的结构。为什么称之为“政治宪法”而不是“法律宪法”呢?这是由这部宪法所具有的政治性决定的。在我看来,革命宪法和改革宪法都属于政治宪法,这也是其不同于一般宪法或宪政宪法的地方。一般宪法虽然也具有政治性,最终也是一种政治意志和决断的产物,是人民制宪的结果,但这个政治性随着宪法之产生而退场,政治性退居幕后,宪法律成为宪法的主要内容,宪法律构建的宪制结构塑造了一个日常的规范主义的政治法治状态。^[31]政治宪法与此迥然有别,它依据的是非常时期的政治状态,诉求的是人民的制宪权与立宪建国的政治意志和决断,付诸的是与宪法律不同的宪法或根本法,在此政治性压倒宪法性或法律性,具有绝对的优势地位。对此,施米特给予了清晰的论述,指出宪法创制的政治基础与人民制宪权的根本属性,据此可以从理论上追溯到法国思想家卢梭和西耶斯。^[32]

但是,在我看来,施米特的宪法理论的二分法虽然具有深刻的洞察力,但仍然是十分片面的,甚至是独断的。因为施米特强制性地区分了两种宪法体系,并且把宪法和宪法律以及相关的非常政治与日常政治对立起来,而且过度张扬了政治宪法之政治决断、人民公意和敌我斗争的地位与意义,严重忽视了日常法治状态的规范性与司法性的价值与意义,而且还具有另外一个弊端,那就是机械地把两种宪法制度对立起来,忽视了从非常政治到日常政治的转型,从宪法的意志决断到宪法律的规范形式的转变,不懂得一个成熟的宪制体都需要经历这样一个转型,即从革命宪法到规范宪法的宪政主义演进与转变。宪法的精神

[30] 参见许章润:“过渡政体下的临时宪法”,《战略与管理》2012年第3/4期合编本。

[31] 参见(德)施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第二章“相对的宪法概念”。

[32] 同上注,第八章“制宪权”;陈端洪:《制宪权与根本法》,中国法制出版社2010年版。

不是敌友无休止的对立和斗争,不是革命与战争的政治上的你死我活,而是化敌为友,是一个从革命到反革命,从“力”到“理”的历史主义转变。^[33]从革命有功到规范有理的宪制变迁,而这恰恰是改革宪法的使命。我认为要理解“八二宪法”,没有施米特的二分法的视野是不行的,因为没有这个视野就没有办法理解革命、战争、暴力与人民意志的政治性蕴含,没有办法理解中国革命建国以及共产党领导人民用枪杆子打天下的成果。但是,如果仅仅是套用施米特的二分法也是不行的,是不可能理解“八二宪法”的。因为马上打天下之后还要坐天下,还要治理天下,从事国家宪制的常态化建构。而这个宪制就不能还是一味革命有功造反有理,不能像毛泽东的文革宪法那样坚持不断革命论,极端地搞无产阶级专政下的继续革命,而是要建设一个日常法制状态,搞民主宪政,搞权利保障,反对官僚主义和权力专制,搞司法审查、人民监督,构建社会主义的法治国家与和谐社会,以及文化遗产,接续传统,复兴中华文明。这样就必须进行改革宪法的续造,或进行宪法改革,要去除革命的暴力,要讲理,讲宪法之理,塑造一个宪法结构,让宪法的政治性退居幕后,催生宪法的规范性。通过一种宪法结构,真正做到宪法出场,革命退场。所谓改革宪法就是这样一个改良主义过程中的宪法,因此其具有“革命—去革命”的复合性或复调性。革命者要主动革自己的命,革命的反革命。^[34]这对于权力的拥有者来说,无疑是极其困难的事情。所以,改革才称得上是另外一种意义上的“革命”。

(二)改革宪法的结构:政治宪法的视角

下面我们来具体分析一下这个改革宪法作为政治宪法的结构。“八二宪法”乃至包含四个修正案的现行宪法,作为改革宪法,也是一种政治宪法,这个宪法的结构是什么呢?关于这个结构,青年宪法学者田飞龙博士提出了一个很有洞见的观点,他认为中国宪法(“八二宪法”及现行宪法)是一个三种主权代表叠合的复合架构:“何谓‘政治宪法结构’?我将之界定为人民主权(宪法之‘道’)在‘八二宪法’上的三个‘肉身’:基于真理的党的领导代表制+基于程序的人民代表大会制+非代表制的参与民主制。”^[35]这里,关于党的领导,曾经被陈端洪视为第一根本法,宪法序言将之作为“四项基本原则”之一予以明确表述;^[36]关于人民代表大会及其常委会,一直被视为形式上的最高国家权力机关,宪法总纲中有明确的表述;^[37]关于非代表制的参与民主制,这里有着一个重大的变迁,首先是政治协商会议制度,以及当今的各种民主参与机制。不过,我这里要提出的是,政治协商会议制度曾经在中国制宪史中发挥过极其重大的作用,国民党时代的“旧”政治协商会议,转变为制定《共同纲领》的“新”政治协商会议制度,具

[33] 参见高全喜、田飞龙:“‘八二宪法’与现代中国宪政的演进”,《二十一世纪》(香港)2012年6月号。

[34] 高全喜,见前注[3]。

[35] 更为详尽的理论分析,参见田飞龙,见前注[2]。

[36] 关于党的领导以及宪法学的意义的有力分析,参见陈端洪,见前注[13]。

[37] 关于人民代表大会制度,中国的宪法学者历来极为重视,典型的如蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,法律出版社1992年版。

有准人民代表大会的性质。我们的国体之所以是共和国，与政治协商会议制度作为制宪建国的主体机制有着根本性的联系。^{〔38〕}

问题在于，田飞龙博士很好地客观描述了这个主权在民的三个“肉身”机制，但它们各自的原则，以及三者之间的结构性关系，尤其是如何在宪法中体现出一种基于历史主义的演进路径及其内在的合理性与合法性（正当性）等，并没有予以明确而系统的揭示和论述。而在我看来，这些问题更为根本，与政治宪法学所关注的政治宪法之结构性问题更为密切，也是我们理解和阐释中国宪法最为困难的问题。

1. 作为领导代表制的“党的领导”

先来看党的领导。中国共产党作为一个政治团体，自己有党章，而且与时俱进，每次共产党的代表大会都会修改党章。但是，作为宪法中的“党的领导”，其宪法学意义是什么呢？“leadership”的宪法含义是什么？显然不是单纯的“代表”（representation），但也不是单纯的统治（governance）。而且，我们审视中华人民共和国建国以来的几部宪法之序言，关于党的领导，并不是一成不变的，也是经历着巨大的变化，从共同纲领序言的党的领导，到“五四宪法”的党的领导，到“七五宪法”和“七八宪法”的党的领导，乃至到“八二宪法”的党的领导，直到修正案中的作为“三个代表”的党的领导，其宪法意义上的领导内涵以及原则和制度，究竟是什么？这是中国宪法学最为重大的第一个问题，即如何处理党与国家的关系，这是宪法的纲领性问题。具体的几部宪法序言的表述，有些是修辞性的，有些是实质性的，但其核心表述并没有根本性的变化。

在我看来，陈端洪那种基于实证主义的、把“党的领导”视为第一根本法的说法是没有多少意义的，^{〔39〕}关键是这里的党的领导原则的规范性宪法价值是什么？其历史的演变是什么？我解读中国宪法，更为关心这些问题。就“八二宪法”来说，我认为，党的领导宪法学意义，已经从过去的个人独裁性意志专断，逐渐恢复到民主原则，恢复到具有规范性意义的宪法原则的象征性领导的地位，而不再是直接统治，用政治代替宪法。这里涉及一个从革命党到执政党的领导原则以及价值的转变。所谓“改革宪法”也正是由此发端，而后才可能有党政分开，依法治国、法治国家、宪法至上等。否则，不可能启动改革开放的进程。就党章自身来说，这里有一个恢复实事求是的精神指向，有一个去革命化的治国原则的转变。就“八二宪法”来说，党的领导，不再是革命建国时代的政治化、军事化之类的领导。作为先锋队，其代表着人民的利益和意志，要把这个人民主权的领导转化为宪法原则，交由人民代表大会真正实施，党的领导是在

〔38〕 政治协商会议之旧、新形态以及相关职权的演变，是一个重大的宪法学问题，政治宪法学尤其关注这个问题，比如陈端洪，见前注〔32〕，第四篇“第三种形式的共和国的人民制宪权——论1949年《共同纲领》作为新中国建国宪法的正当性”。但该项研究也只是关于1949年新政协的研究，而将政协作为完整的宪法事物的系统化研究还很薄弱。

〔39〕 陈端洪，见前注〔13〕；与此相对的，任剑涛有另外一种说法，即共产党党章是中国宪法的高级法，参见任剑涛，见前注〔21〕，这一类说法也没有多少宪法学意义，它们只是外部性的描述，无论是肯定还是否定，都缺乏规范主义的内在理路的分析。

领导人民革命建国之下所创制的宪法原则的象征性领导,因为宪法本身就体现了党的领导意志与人民意志的统一,所以才具有合法性。那么,在这个宪法之外,就没有必要再搞出一个高于宪法的党的领导了,党的领导就是宪法原则。所以,党就要遵守宪法,因为宪法就是你的最高意志。通过宪法来治理国家,是党的领导最高保障和实现。这样党就在宪法之中,正如人民就在宪法之中一样。这个宪法逻辑非常类似于英国的国王在议会中(the King in the Parliament)。这就是中国宪法的宪政主义,就像英国的君主制的宪政主义一样。如果说党是一种力量,宪法就是规范,这个规范是党领导人民制定的,当然党要模范遵守了——它是你自己的规范。中国政治宪法学的规范主义实际上是从这里开启的。“八二宪法”的党的领导,从宪法学的意义上,应该这样理解,应该这样建立自己的宪制。当然,我这里仅仅是说,“八二宪法”只是搞出了一个开端,搞出了一个政治体制与经济体制乃至内政外交之改革开放的初步格局,并不是说已经彻底搞好了,搞出了一个优良政体。我们知道,直到今天,几经起伏,风风雨雨,这个结构还没有真正架构起来,党的领导与宪法以及人民主权的关系,并没有从宪法制度上予以解决,依(宪)法治国并没有制度化,但这个开端的结构,我认为在“八二宪法”中已然包含并获得了逐渐的展示。

从三十年改革历史的宪法视角来看,关于党的领导表述,也经历着一系列的重大变革。就现行宪法来看,这里凸显出一个“领导代表制”的宪法结构。何谓领导代表制呢?这里是把领导与代表结合在一起,从绝对的革命专政意义上的领导到人民代表的转变。这个代表不是代议制意义上的代表,而是“三个代表”意义上的代表,是一种象征代表,即代表先进性。这样一个领导代表制,实质上就把党的领导宪法意义的合法性,从革命建国转变为改革开放的变革意义上的执政党的合法性上来。我们知道,关于代表制,从历史上看,也有一个从象征代表到实质代表的转变,例如中世纪封建时代的教会的代表性。早期君主政权的象征代表制,近代以来才转换为代议民主基础上的代表制。就中国宪法来说,“三个代表”的理论写进宪法序言,就完成了这个领导代表制的结构性转变,今后则是如何实施和完善这个“领导代表制”的问题。从这个领导代表制与上述关于党的领导的历史演变,我们就会发现,陈端洪所谓的第一根本法,其原则性的变迁指向是宪法的规范意义日益凸显,象征性日益突出,而宪法的人民大会制度则是逐渐坐实,直到两者合为一体,完成从革命宪法经过改革宪法到宪政宪法的转变。“八二宪法”作为改革宪法的结构,其中党的领导原则最终要规范于宪法的人民主权原则、人民民主原则和宪法法治原则。^[40]我所谓的从非常政治到日常政治的转变,其实质就其宪法意义

[40] 关于象征代表制,参见翟小波、刘刚:“什么是代表制”,载公法评论网 <http://www.gongfa.com/zhaixbdaijbiao.htm>,最后访问日期:2012年9月1日。关于类似的制度,还是英国的君主立宪制最为典型,其宪法结构为“国王在议会中”,犹如共产党在人民代表大会中,上个世纪80年代中期以来的“党立宪论”尽管相对粗糙,但确实触及了该层面的真实问题并进行了一定的理论探索,具体参见刘大生:“党立宪:是什么?不是什么?”,《江苏警官学院学报》2008年第1期;田飞龙:“中国宪法根本原则与党立宪的阅读与比较”,《江苏警官学院学报》2008年第1期。

来说,便是这个领导代表制的完善与制度性的象征化或拟制性。〔41〕

2. 作为规范代表制的人民代表大会制度

我们再看人民代表大会制度。关于人民主权,就其根本性的体现,在现代国家,就是人民代表大会制度,或曰代议制,或议会制度。关于议会与人民主权的的关系,尤其是代表性关系,这是政治学与宪法学的基本理论,各派思想家和理论家均有大量论述,例如有卢梭的人民主权论,以及西耶斯一路下来的法国激进主义的代表理论,此外还有英美契约论的代表理论,乃至保守主义的代表理论,以洛克为代表。此外,还有马克思主义,尤其是列宁主义的苏联之议会制的代表理论。上述三种路径,即法国(加上德国)、英美、苏联,是关于国家宪法学的三种典型的代表制理论。〔42〕

针对上述理论,关于中国的人民代表大会制度,这个宪法学的代表制度及其理论依据是什么呢?“八二宪法”作为改革宪法,在总纲中以及整个宪法的制度架构中,集中树立起了一个人民代表大会制度的宪法机制,总纲第2条第2款规定“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”;国家机构章首条(第57条)规定“中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关。它的常设机关是全国人民代表大会常务委员会”。由此看来,恢复乃至重树人民代表大会制度作为人民主权的担当者以及国家权力的最高机关地位,确定常委会的合法职权,是“八二宪法”的主要成就。

围绕着全国人民代表大会及其作为国家最高权力机关之地位,有如下几个问题需要澄清。首先,为什么要重新确立全国人民代表大会及其常委会的最高国家权力机关之地位呢?因为,这部“八二宪法”是以扭转文革国家权力职能失效的状况为目的而制定的。文革时代,一切权力集中于毛泽东以及少数人之手,这些权力没有宪法地位,社会失序、政治溃败、最高权力者个人专断,无法无天。所以,文革后的政治领导者需要恢复社会秩序,创建常态政治,便以“五四宪法”为参考蓝本重新修订,恢复宪法的规范功能。从无序到有序,作为一个现代国家,只能依靠宪法,而其正当性与合法性,只能来自人民主权以及主权代表。所以重新确立全国人民代表大会作为国家最高权力机关之地位,是“八二宪法”的一个核心内容。其实这也是拨乱反正,从国家层面上抵制文化大革命。下面的另外一个问题便是为什么说这个确立人民代表大会地位的“八二宪法”,是一部改革宪法呢?虽然,“八二宪法”修改者提出的基调是恢复“五四宪法”,但其实历史不可能回去,返回只是一种蕴含着新意的演进,即以复辟为说辞的改革或改良主义。因为如果“五四宪法”卓有成效的话,就不会发生文化大革命的无法无天,就可以抵御破坏宪法的行为了。所以,“八二宪法”实质上是改革宪法,它包含着双重宪法意义:第一是拨乱反正之构建,即从实际上的无法无天状态下重新创制一部国家之宪法,为当时的国家构建一个秩序;第二,就这个秩序遵循着共产党领导人民立国的法统来说,不是从头开始,而是接续“五四

〔41〕 高全喜,见前注〔22〕;高全喜:“社会主义法治国家:基于宪法学的视角”,《中共中央党校学报》2008年第1期。

〔42〕 具体内容,参见北航高研院2012年度的多期学术沙龙,翟志勇编辑:《代议制的基本原理》(未刊稿)。

宪法”。但这个恢复实际上是一种改革,即冀望这部“八二宪法”能够抵御未来可能出现的文化大革命之类的破坏法制的个人权力或组织权力的侵袭,为此必须改革“五四宪法”之类的原有法制衣钵,为改革开放奠定宪法基础。正是基于这种认识,邓小平等人一再指出,改革也是一场“革命”,显然,这里所谓的革命不是激进主义的革命,而是保守主义的革命。

我们看到,这场改良主义的革命,从党的角度来说,就是把党的领导机制纳入宪法之中,作为领导代表制的宪法机制,而不是高高在上,凌驾于宪法。从国家的角度来说,就是通过确立人民代表大会制度,把主权在民落实为人民代议制的宪法制度。“八二宪法”把全国人民代表大会规定为最高国家权力机关,人民通过参与选举,通过人大代表,参与管理国家事务,成为国家的主人。“八二宪法”实施三十年来,遵循着这个人民代表大会制度,进一步修改了四次,其间颁布了一系列相关的具有宪法意义的宪法性法律,例如选举法、组织法、立法法等。这一系列法律都是为了坐实这个基于代议制的人民代表大会的宪法制度。就主权在民的现代国家理路来看,“八二宪法”所确立的人民代表大会制度是具有现代法治意义的,其关涉公民权利与国家权力两个维度。而人民的代表被规定为实质性的代表,已经具有人民当家作主的意义,由代表组成的全国人民代表大会是国家的最高权力机关,宪法保障人民作为公民的各项基本权利。我们看到,“八二宪法”及现行宪法开列了一个不亚于任何现代宪政民主国家宪法的公民权利清单。就文本来说,“八二宪法”及现行宪法完全可以称得上是一本人民的宪章。问题在于宪法的实施,即从改革宪法的角度看,中国宪制的问题不在创制而在实施,即这部宪法中的各项条款,尤其是基于人民代表大会制度的国家权力与公民各项基本权利如何得以实施。这样就引发了中国近十年来宪法学中备受关注的宪法的司法化问题,即法院的宪法地位以及司法审查的问题。^[43]

不过,在我看来,“八二宪法”及现行宪法的问题,就目前来说,并不是通过宪法的司法化议题所能够解决的,因为它们还不是一个单纯的法律问题,不是日常政治下的法治问题,而是政治问题,是转型时代或改革宪法中的法治问题,即宪法政治问题。^[44]也就是说,中国的人民代表大会制度的宪法地位虽然被规定了,但其发挥作用尚待党的领导的宪法化予以保障,而不是直接来自人民,来自公民的政治契约。至于作为司法功能的法院以及法官,显然就更加不可能作为“八二宪法”即现行宪法的守护神。改革宪法的内容,最为关键的便是改革党的领导,使其纳入宪法框架之中。党在宪法下的象征领导作为改革的目标在尚未达成之时,人民代表大会制度乃至司法独立就不可能真正实施。为什么党要纳入宪法之下而不是凌驾于宪法之上呢?为什么党的领导要转变为宪法中的领导代表制呢?因为要避免文化大革命之类的灾难再次发生,要通过宪法获得执政党治理国家的合法性,而不是依靠枪杆子,要维护国家秩序,避免国家濒于崩溃,要兑现党的为人民服务的承诺,要实现党章确立的党的宗旨等。从这个意义上

[43] 典型文献参见黄松有:“宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个《批复》谈起”,《人民法院报》2001年8月13日;王磊:《宪法的司法化》,中国政法大学出版社2000年版。反对宪法司法化的主张,如翟小波:《论我国宪法的实施制度》,中国法制出版社2009年版。

[44] 高全喜,见前注[22];陈端洪,见前注[13]。

看，“党政分开”实质上要处理的是宪法框架中的党与国家的关系，这一关系是改革宪法的重中之重。其中，党的领导权力与人民代表大会制度的关系是最集中的体现，其理论模式与制度架构之研究仍有巨大空间。

3. 非代表制的参与民主制与政治协商会议

下面，我们再看第三个方面，即田飞龙博士所谓的非代表制的参与民主制，〔45〕其与国家“主权”的关系，是另外一重道成肉身关系。在我看来，这个表述是不准确的，就中国立宪史来看，更为准确的表述是政治协商会议的地位与国家主权的的关系，当然也涉及与党的领导的关系。因为，其他形式的民主参与，大多可以纳入人民代表大会的机制之中。在中国立宪史中，包括1949年所谓新中国的立宪史中，政治协商会议或政协制度，就具有独特的宪法意义。中国作为共和国，无论是中华民国还是中华人民共和国之创制，政治协商制度都曾经发挥过重大的作用。所谓共和，其含义是有别于民主的。共和制有别于民主制，它不是一种基于公民个体的选举代表制，而是一种混合体制，是一种政治合作制。且不说西方的各种共和制，以及民主共和制，〔46〕就现代中国来看，中华民国作为亚洲第一个共和国，其创制建国，就不是完全遵循民主选举，而是一种经历革命之后的共和体制。至于国民党时期的旧政治协商会议，其1946—1947年之际的制宪谈判，也是以党派联合为基础的，而不是建立在公民选举的基础之上。更为值得关注的是，中华人民共和国所赖以创设的《共同纲领》，就是政治协商会议制定的，具有宪法的意义，是开国之基。这里的新政协，则是这部准宪法的创制者。只是到了“五四宪法”的制定，才由全国人民代表大会作为制宪者，为什么从《共同纲领》到“五四宪法”经由不同的制定主体来操作，它们之间是什么关系等等，这一直是中国政治中的一个重大的宪法性问题，至于作为现行宪法的“八二宪法”所规定的那个政协制度及其作用，究竟与原先的政协是什么关系？如果是一体之传统关系，为什么其作用会发生如此重大的变化，法理何在？如果完全是两个机制，只是共同使用了同一个名称，那么原先的政协究竟伊于胡底等等。这些宪法性问题需要中国的宪法学予以解释。

应该指出，中华人民共和国不是单纯的民主国，而是共和国。就《共同纲领》来看，这个共和国是名实相符的，政治协商制度在国家的宪法制度中具有中枢地位。但“五四宪法”之后，政治协商会议不再具有正式的宪法地位了，完全由人民代表大会制度取而代之，但这个宪法以降至今的关于人民代表大会取代政治协商会议的宪法法理是什么呢？共和国之共和性的含义是什么呢？现行宪法在序言中明确提及“中国人民政治协商会议是有广泛代表性的统一战线组织，过去发挥了重要的历史作用，今后在国家政治生活、社会生活和对外友好活动中，在进行社

〔45〕 田飞龙博士在其博士论文中从行政民主与社会自治的角度进一步展开了“非代表制的参与民主制”的制度性面向，参见田飞龙，见前注〔2〕。田飞龙博士近期对于这一形式的参与民主制的理论基础又有进一步的思考与论证，参见田飞龙：“新参与式民主的理论建构”，《国家检察官学院学报》2012年第3期。

〔46〕 参见高全喜：“论共和政体”，《中国政法大学学报》2008年第4期；也可参见天成：“论共和国——重申一个古老而伟大的传统”，载王焱主编：《宪政主义与现代国家》（公共论丛第七辑），三联书店2003年版。

会主义现代化建设、维护国家的统一和团结的斗争中,将进一步发挥它的重要作用”。但这个政治协商会议与人民代表大会是什么关系呢?是否具有宪法性意义呢?政治协商会议是否还构成中国之“政治宪法结构”的一种要素呢?共和国是名符其实还是只是一个说辞呢?它与党的关系是什么呢?是否具有宪法意义呢?这些重要的问题都有待在改革宪法的中国宪制转型中得到澄清和重新确定。总的来说,我认为关于中国的政治协商会议制度,其前世今生、新老两个机制的命运与百年共和国的沉浮变迁有关,是一个重大的宪法性议题,也是中国的政治宪法学需要予以处理的结构性命题之一。

综上所述,本文从党的领导代表制、人民代表大会制度和政治协商会议制度三个方面论述了“八二宪法”及现行宪法作为“改革宪法”所分享的人民主权的内在结构,以及它们各自的问题。如此看来,中国宪法代表制结构就其性质来看,显然还不是融贯的,而是一个充满张力的复合结构,相互之间既相互配合但又相互碰撞,甚至相互对峙。正是这种不和谐的结构注定了改革宪法的变革是困难的,其演进的理路是多变的,甚至是跌跌撞撞的,时而显示出进步,时而又呈现出倒退。有时一个方面压倒了另外两个方面,有时又是充满活力的齐头并进。我们看到,即便是进步也并非轻而易举,往往以所谓良性违宪的方式进行,而倒退也不是完全绝望,而是孕育着某种跳跃。^[47] 这些林林总总的特性,最集中地表现在三十年来的四个修正案的宪法变革之中。

三、四个修正案的宪制新设计与“八二宪法”的前景展望

关于“八二宪法”及现行宪法的特征,曾经有很多论述。如果从外部视角来看,“八二宪法”及现行宪法,尤其是其序言,充斥着多种理论上的并存,是各种观点和力量的妥协的产物,^[48]很难从中理出一种清晰明确的宪法理念。也正是因为如此,很多宪法学者认为序言不过是多种意识形态的修辞,具有粉饰性,或者是没有宪法效力的,因此要把它们排除在严格意义上的宪法之外。^[49] 不过,依据前述有关政治宪法学的宪法观(部分吸收了卢梭与施米特的观点),应该指出,宪法序言虽然不具有规范主义的宪法律的含义,却具有优位于宪法律的宪法意义,或者说,具有决定宪法本质结构的制宪权的政治决断与人民意志的宪法化的意义。

但是,正像我一直指出的,中国的政治宪法学并不是观点一致的,存在着一个左和右的理论路线的分野。^[50] 因此,虽然我主张政治宪法学,但我并不赞同陈端洪那种对于中国宪法

[47] 例如宪法修正案在整体上体现了“八二宪法”的自由元素。

[48] 许章润,见前注[30]。

[49] 甚至还有学者对中国宪法的其他部分进行了学理性的批判与消解,参见张千帆:“宪法不应该规定什么”,《华东政法学院学报》2005年第3期。

[50] 高全喜,见前注[14]。

(主要是基于“八二宪法”及四个修正案)的理论观点。〔51〕在我看来,固然轻视或排斥宪法序言的宪法学观点是肤浅的,不切实际的,但陈端洪那种现实主义的宪法学也是要不得的,因为他没有把握中国宪法作为改革宪法的规范性力量。陈端洪的错误在于他的政治现实主义,他不但无视“八二宪法”的去革命化的宪法结构,且更加漠视“八二宪法”及现行宪法中的四个修正案(贯穿三十年的改革开放之转型社会)所蕴含的重大的宪法性意义,因此总结出一个颇具争议的五大根本法的中国宪法原则排序。陈端洪的五大根本法是一种机械性的宪法现实主义,既缺乏规范主义的实质内容,又局限于宪法结构的时空架构,没有历史主义的视角和时间演进论的蕴含,至少是向后看的,而不是朝前看的。〔52〕

我认为要理解中国宪法(“八二宪法”及四个修正案)的精神,既不能从外部视角分析宪法序言,更不能单纯基于政治现实主义,而是要采取一种历史主义的规范主义,即把宪法的规范性从宪法制度的历史主义生成中提取出来,此种政治宪法学就不再是现实主义的或实证主义的,也不是权力政治的,而是朝前看的历史主义的政治宪法学,即规范生成于从现实主义到历史主义的转型。这恰恰是“八二宪法”尤其是演进到现行宪法作为改革宪法的最为重要的内容,也是中国宪法精神的内涵所在,它们恰好集中体现在四个宪法修正案的制定与颁布实施之中。因此,要解读中国宪法,必须从“八二宪法”开启之去革命的复合结构开始,把四个修正案包含其中。这四个修正案具有重大的宪法性价值,它们与“八二宪法”序言结合在一起,并且经过修正之实施,从某种意义上说,形成了一种不同于“五四宪法”乃至最初的“八二宪法”的新的宪法精神或宪法设计。〔53〕四个修正案进一步巩固和完善了“八二宪法”针对文化大革命之宪法的否定性路径,属于改革宪法的一种具有里程碑的意义,部分地坐实了改革宪法之作为政治宪法的核心内容。当然,这样说并不意味着这四个宪法修正案业已完成了改革宪法的历史使命,可以奠定宪政宪法,也不意味着宪法尤其是四个修正案得到了卓有成效的实施,现实的情况是,如同“八二宪法”一样,很多修正案的内容或条款并没有得以全面实施,更没有催生出宪法修正案之司法化的具体突破。但毕竟它们深化了改革宪法的规范性的指向,为今后的进一步演进以及宪法司法化提供了可能性。下面我们便具体分析一下四个修正案的宪法原则性之内蕴。

现行宪法是“八二宪法”加上四个修正案,这四个修正案分别在1988年、1993年、1999年

〔51〕 在陈端洪提出政治宪法学之初我就进行了及时的批评与重构,高全喜,见前注〔22〕;高全喜、田飞龙:“政治宪法学的问题、定位与方法”,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2011年第3期。

〔52〕 其实陈端洪的这篇代表作品是有着历史主义维度的,例如他提出了从生存的法则到自由的法则的演进等。但是,历史主义并不能直接衍生出规范主义,这里有着一个宪法价值的历史性生成的问题,而在这个方面,陈端洪显然缺乏自觉意识,所以才搞出如此排列的五大根本法,这不符合中国宪法精神的演进路径。

〔53〕 翟志勇,见前注〔26〕;田飞龙:“如何理解‘八二宪法’的实质正当性基础”,《战略与管理》2012年第3/4期合编本;毕竟悦:“改革背景下的宪法修正案”,《战略与管理》2012年第3/4期合编本;还可参见陈玉山,见前注〔11〕。

和2004年由中国共产党综合社会各界意见后向全国人民代表大会常务委员会提出修宪建议,并经过多方酝酿、修改,最终由全国人民代表大会通过并实施。这四个修正案涉及31个条款,改动的内容非常巨大,从某种意义上说,涉及了新的宪政设计,构成了修正案版的“新的宪法精神”。^[54]具体一点说,四个修正案共31条,其中涉及序言的5条,涉及总纲的16条,涉及公民基本权利和义务的2条,涉及国家机构的7条,涉及国歌的1条。这31条修正案从内容上看,涉及下面三个问题:第一是对“人民共和国”的重新理解和定位;第二是将社会从国家中释放出来,实现国家与社会的初步分离;第三是依法治国、私产保护和人权条款入宪,确立了新宪政设计的指导原则和精神基础。例如,修正案中有5条涉及宪法序言,其中3条反复修改序言第七段,2条修改序言第十段。第十段是有关统一战线的规定,与第七段紧密相关。序言第七段的内容是人民共和国的自我定位、指导思想、任务和目标。在自我定位上,修正案先是增加了“我国正处于社会主义初级阶段”,接下来修改为“我国将长期处于社会主义初级阶段”,正式确立社会主义初级阶段论。在指导思想上,修正案先后在“马克思列宁主义和毛泽东思想”之外,增加“有中国特色社会主义理论”、“邓小平理论”和“三个代表”。在任务上,增加了“坚持改革开放”和“发展社会主义市场经济”。在目标上,将“高度文明、高等民主”降格为“富强、民主、文明”,并增加推动“政治文明”发展。由此我们发现,四次修改实际上已经部分完成了对人民共和国的重新理解和定位,社会主义初级阶段论的提出,以及在这个基础上对指导思想、任务和目标的新确立,将人民共和国由原来共产主义乌托邦中的那个必要环节,重新定位为现世理性主义的世俗国家。与新中国制宪史三阶段对应的,实际上是对“人民共和国”三种不同的理解和定位。再如,新宪政设计的指导原则在1999年和2004年进入宪法中,即依法治国、私产保护和人权条款入宪。如果说经济体制改革造就国家与社会的分离,使得市民社会得以发育;那么依法治国、私产保护和人权条款入宪,则进一步为公民社会的发育创造了思想条件和宪政基础。总而言之,修正案中所展现出来的人民共和国的重新理解和定位、国家与社会的分离以及市民社会和公民社会的发育,再加上依法治国、私产保护和人权条款入宪所确立的新的宪政观,构成了一部新的宪政设计。^[55]

从规范主义的政治宪法学的视角来看,新的宪政设计改变了“八二宪法”原有的结构,从而使得“八二宪法”本已复杂的内部结构更加复杂化,形成了多元复合的宪法体系,其官方表述集中表现为胡锦涛《在纪念宪法施行二十周年会议上的讲话》中提出的“三统一”,即“坚持党的领导、人民当家作主和依法治国有机统一”。在这个“三统一”的复合结构中,可以进一步理解“八二宪法”四个修正案所具有的意义和地位,它们构成了一部新的宪政设计。这个新的宪政设计寄生在旧的宪政结构中,在受到旧的宪政秩序挤压的同时,又从中汲取生命的动力,这几乎是

[54] 关于这一判断,参见高全喜等,见前注[33];高全喜:“演化中的‘八二宪法’”,《战略与管理》2012年第3/4期合编本。

[55] 这里的部分统计和观点主要来自于翟志勇,见前注[26]。

所有新生事物在诞生之际普遍具有的现象,即所谓的破蛹成蝶。“八二宪法”在指导思想上的变迁,为这个问题提供了一个小注脚。前面的分析已经指出,修正案在“马克思列宁主义和毛泽东思想”之外,先后增加了“中国特色社会主义理论”、“邓小平理论”和“三个代表”,解释上当然可以说这是“马克思列宁主义和毛泽东思想”的新发展,但发展意味着变革,变革意味着新的开端。现实生活对此已经做出反应,如今官方媒体在讲到指导思想时,往往只提“邓小平理论”和“三个代表”,变化是悄无声息的,变化是永不停息的。新的宪政设计今天仍是一种寄生性的存在,但悖论的是,这反而是其生命力之所在。比起那些所谓的开天辟地的全新之举,这种寄生性的存在往往具有更持久的生命力,唯有寄生,才能存活并成长。“八二宪法”修正案已经内生出一种变革的动力和规范基础,为渐进式改革提供了宪政原则。宪法学应关注这种过渡时期的特殊变革机理,这种变革无法用主流的宪法理论来解释,亦有别于建国之初的宪政构想。在非常政治与日常政治之间,存在着这样一个需要理论化处理的转型宪政,这里没有完美,只有通向较为优良的改革宪法之道。

如果我们的视野进入百年中国的立宪史,就会发现大致有三种形态或版本的中国宪制模式:第一个版本是民国肇始的共和国模式,最初的中华民国属于这个共和国形态;第二个版本就是政党国家,又分两种:一个是国民党的政党国家,另一个是共产党的政党国家,它们从法统来讲一直绵延至今,尽管宪政转型的现实形态已有结构性差异。一个是台湾地区,是国民党法统的延续,在1980年代经历了重要的民主转型;再一个就是大陆中国,大陆中国是1949年共产党领导中国人民建立的国家,在宪政上也经历了重大、复杂而深刻的变化。现在有“一国两制”、“一国两区”的提法,其历史根据来自于国共两党分别通过党制国家模式建构现代中国的长时段的政治竞争与宪制演化。第三个版本的中国政体模式就是一种回归百年共和宪政主脉的现代共和国模式,某种意义上是对国共两党分而治之的20世纪中国立宪史的一种综合。台湾地区已经先行转型,而“八二宪法”也在三十年改革史中通过具体制度实践和正式的宪法修正案的形式开始接纳现代宪法的基本价值与原则。在这样更加开阔的百年中国共和立宪脉络之中,我们就可以清晰地看到,“八二宪法”并非是对“五四宪法”的简单回归,从其整体结构与修正案取向来看,已经渐然超脱了单纯的社会主义宪法的教义性设定,而有着回归百年中国共和宪政主脉的强烈价值指向与制度协同。只有在这种“大回归论”的历史解释框架之下,百年中国共和法统的连续性才能真正获得理论上相对圆满的证成,海峡两岸的最终和平统一才能获得坚实的历史基础和共和宪政法理的支撑,以大陆中国为主体的现代中国的宪政转型才能够具有真正明确的价值基础和制度取向。〔56〕

研究现代中国的宪制宪法,要求我们的宪法学认真面对党与国家的政治宪法关系。不对这一根本性的中国宪法之法权关系做出真正科学有效的理论处理,中国的宪法学就既不是“科

〔56〕 田飞龙,见前注〔53〕。这里我与任剑涛的看法有些分歧,参见任剑涛,见前注〔21〕。

学的”，也不是“中国的”。当然，我们的各种宪法学进路都有其存在的合理性，而且也都提供了针对中国宪法的某些有效的理论解释，且作为纯粹的知识形态的打造，对于提升中国宪法学的学术认知水平显然是有价值的。更重要的是，它们提供了一个在学理上相互竞争、激发、互动与成熟的多元化理路。基于改革宪法的视角，考察“八二宪法”及四个宪法修正案，我试图去寻找这个从“革命宪法”到“改革宪法”再到“宪政宪法”的逻辑演变机理。在此意义上，我认为“八二宪法”的开放精神值得高度重视。尤其是四个修正案，既是对改革成果的宪法性认可，也是对中国不断参与世界历史秩序的基础性条件的渐次储备。

从百年中国立宪史上看，“八二宪法”的历史地位是非凡的。首先，“八二宪法”是新中国以来最为稳定的一部宪法，甚至可以说是百年来中国大陆最稳定的一部宪法，是三十年改革开放的根本制度基础，没有这一宪法提供的基本政治前提和开放的改革空间，三十年的成就和中国今日的世界性地位是无法想象的。其次，“八二宪法”具有改革宪法的属性，不保守、有创新，尤其是四个修正案体现了中国宪政演化的民主共和主脉和整体走向。这种“修正案精神”及其实体原则正是改革的本质，需要加以坚强捍卫，确保“八二宪法”的演化节奏合理，方向正确，成效可观。再次，从“大回归论”的角度来看“八二宪法”，即使当初的制宪者未明确意识到，但“八二宪法”诞生之后的独立生命经验表明，其所回归的绝不仅仅是“五四宪法”，而是现代中国百年共和宪政主脉。所以，通过三十年的充分的制度实践和价值创造，“八二宪法”及其内蕴的改革精神已经初步将现代宪政的基本价值纳入其中，为长期化的社会主义初级阶段的国家理论与宪政体制的结构性成熟定型提供了一定的制度基础，甚至为包括大陆、港澳台在内的完整中国的政治统一和宪制成熟提供了较为坚实的实践基础。当然，我们也要看到，这个转型之际的改革宪法并没有彻底完成，改革宪法之路还很漫长与艰巨。^[57]

(责任编辑:章永乐)

[57] 高全喜,见前注[54]。