

中国宪政模式？

巴克尔对中国“单一政党宪政国”体制的研究

强世功*

摘要 目前世界上的宪政体制,大体分为三种模式:其一是超国家宪政,其二是神权宪政模式,其三是“国家一政党”宪政模式。本文集中介绍了巴克尔对中国“国家一政党”宪政体制的研究。“国家一政党”宪政体制来源于马克思列宁主义和苏联的实践,新中国成立后所确立的宪政模式也在这种传统之下。但是,这种“国家一政党”宪政体制在1982年以来进行了一场根本性的改革,开始迈向“单一政党宪政体制”,即在党和国家分权的基础上,增加了法治的要素,确立了宪法最高地位,从而在党的领导与依法治国之间形成了一种动态的平衡。一方面,党作为社会价值规范的提供者,为宪法和法治提供了规范价值基础;另一方面,宪法和法治约束了党的行为方式,使其服从于宪法和法律。在此基础上,巴克尔提出了完善“单一政党宪政体制”的有关构想。

关键词 “国家一政党”体制 “单一政党宪政国” 党和国家的分权

一、问题的提出

如何理解当下中国的宪政体制?当下中国是否存在着宪政?这些问题已成为中国学者在过去几十年来或明显或潜在的辩论话题,而这样的辩论同样具有西方思想的背景。

18世纪以来,现代国家开始用宪法组织起来时,宪政(constitutionalism)这个概念就用来表

* 北京大学法学院教授。本文的写作获得香港新范式基金会的课题支持,特此致谢。一如既往,本文可能存在的错误由作者承担责任。

达用宪法组织国家且政治运作按照宪法规定进行的政治形态，而宪法作为一个国家最高的法律，无疑反映这个国家最高的价值追求。二战以来，基于自由主义与法西斯主义及随后冷战以来自由主义与社会主义等不同价值之间的意识形态对立，自由主义为了战胜其他价值，开始强调宪法所体现的价值要素，导致“宪政”概念逐步脱离“宪法”概念，变成某种价值的体现。若从价值角度来讨论宪政，至少有五种宪政形态：传统国家主义宪政(traditional nationalist constitutionalism)、超国家宪政(transnational constitutionalism)、自然法宪政(natural law constitutionalism)、神权宪政(theocratic constitutionalism)和理性主义宪政(rationalist constitutionalism)。^{〔1〕}

在众多的宪政价值中，自由主义宪政所体现的价值随着二战和冷战的胜利而获得了某种普遍性，由此成为评判其他宪政体制的理想标准。不仅自由、人权成为宪政的核心价值，而且有限政府、三权分立、司法独立和违宪审查之类的制度安排，甚至民主选举、多党轮流执政之类的政治制度都成为理想宪政的标准。^{〔2〕}按照这个宪政标准，体现其他价值的宪政可能就不是宪政，甚至乃是反宪政(anti-constitutionalism)。于是，“宪政”概念就逐渐变成了操控意识形态正当性话语的手段。^{〔3〕}而在冷战意识形态的背景下，西方学术界在否定苏联的宪政体制的同时，也将中国宪政制度置于苏联社会主义宪政体系的背景之下，认为中国宪法与苏联宪法一样属于专制政体或极权政体的一部分。由此，20世纪基于苏联极权主义传统对中国的批判，与19世纪以来基于东方专制主义传统对中国的批判一脉相传，构成了西方中心主义的重要组成部分。^{〔4〕}

如果从漫长的历史来看，否定新中国以来的宪政制度不过是现代西方在其现代性思想形成过程中“罢黜百家”，否定其内部的共产主义体系和其外部的中国文明传统以及伊斯兰文明传统，从而“独尊”基督教—自由主义传统的意识形态建构的一部分。这场从17世纪开始的漫长历史努力，直至后冷战时期美国主导的西方世界的“大一统”格局的形成，标志着西方正统意识形态建构的完成。所谓“历史的终结”，就是在这种“大一统”背景下宣布所有精神层面的价值努力以及相关的制度创新已经终结。^{〔5〕}西方自由宪政代表了人类未来唯一的价值规范，

〔1〕 Larry Catá Backer, “From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems”, 113 *Penn State Law Review*, 101(2009).

〔2〕 Louis Henkin, “A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects”, 14 *Cardozo L. Rev.* 533 (1993). (美)亨金：《宪政与权利：美国宪法的域外影响》，郑戈译，三联书店1996年版。

〔3〕 Larry Catá Backer, 见前注〔1〕, p. 112.

〔4〕 阿伦特的《极权主义的起源》将苏联政体归结为极权主义政体。在这个概念的影响下，“极权主义”这个概念也被广泛地运用于对中国的研究中。对中国古典专制主义的批评构成了启蒙思想家确立西方自我认同的重要组成部分。冷战以来，魏夫特的《东方专制主义》一书强化了西方对中国政体传统的认知，由此中国古典的东方专制主义传统与现代的极权主义传统构成了西方主流学术界对中国的文化想象。

〔5〕 “历史的终结”概念来源于黑格尔，主张人类在迈向普遍历史的进程中，不同文明、不同价值在精神层面展开搏斗，历史的终结就意味着“绝对知识”和普遍价值的实现。这样的观念被后来包括马克思在内的西方思想家所接受。比如科耶夫认为“历史的终结”就在于普遍的同质化国家的实现；而福山针对冷战的胜利，认为自由民主乃是人类普遍的价值，因此冷战的胜利意味着历史已经终结，人类不可能在精神层面探索新的价值。关于“历史的终结”相关问题的讨论，参见刘小枫：“历史的终结：在四川大学哲学系的演讲”(<http://wenku.baidu.com/view/84f048244b35eefdc8d33326.html>)。

由此构成所谓规范宪法学的基础。

在这种背景下,后冷战西方世界面临的主要任务就是如何将中国文明和伊斯兰文明“化到”美国主导的“大一统”格局中,这构成了美国在后冷战时期提出的“全球化”意识形态的主旨。西方学术界总结了美国取得冷战胜利的成功经验,即动员苏联和东欧的“社会力量”来反对社会主义的国家机器。由此,“国家与市民社会或公民社会”就成为后冷战以来西方学术界主导性的理论范式,“市场经济”和“公民社会”(civil society)成为对抗、瓦解“国家”的理论工具。自由、人权、公共领域、市民社会、公民运动、法治、宪政和民主等都是在这种意识形态背景下的理论关键词。^{〔6〕}这些概念与“软实力”、“和平演变”、“颜色革命”和“新战争”等概念交织在一起,构成了后冷战时期以来的文化思想景观。

然而,西方学术界倡导以“社会”对抗“国家”,却没有料到全球化背景下本·拉登这样的社会力量以最极端的方式来对抗全球化国家机器。9·11事件影响了西方学术走向,西方的问题不在于市民社会如何对抗国家的问题,而是在一个世俗化的时代如何认真对待宗教的问题,全球范围内的宗教复兴运动开始被关注。“国家与社会”范式很快淡出了西方学术界。“文明冲突论”差不多取代了“历史终结论”,^{〔7〕}西方学术界以更深远的历史眼光看待中国文明和伊斯兰文明,甚至西方文明本身,严肃的政治哲学思想重新获得更广泛的认同。^{〔8〕}

与此同时,中国并没有随着东欧和苏联崩溃,反而伴随着市场改革、全球化而强劲崛起。

〔6〕 在市民社会与民主化研究领域,后来被广泛引用的学者当数 John Keane。他早在东欧事变之前就撰写了一系列关于市民社会与民主化的著作,他在该领域的著作可参见:*Democracy and Civil Society: On the Predicaments of European Socialism, the Prospects for Democracy, and the Problem of Controlling Social and Political Power*, Verso, 1988; *Civil Society and the State: New European Perspectives*, Verso, 1988; *Civil Society: Old Images, New Visions*, Polity Press, 1998; *Global Civil Society?* Cambridge University Press, 2003。国家与社会理论范式被引入中国之后,成为1990年代社会科学研究中主导性的理论范式。而无论是引入该范式,还是反思该范式,最有影响的莫过邓正来教授,参见其相关著作:《国家与社会:中国市民社会研究》,四川人民出版社1997年版;《研究与反思:中国社会科学自主性的思考》,辽宁大学出版社1998年版;《谁之全球化? 何种法哲学? 开放性的全球化观与中国法律哲学建构论纲》,商务印书馆2009年版。关于市民社会理论的外国经典文献、海外汉学和中国学者运用该理论范式的代表性研究,参见邓正来、亚历山大(编):《国家与市民社会:一种社会理论的研究路径》,世纪出版集团2006年版。

〔7〕 (美)亨廷顿:《文明的冲突与历史的重建》,周琪等译,新华出版社2002年版。

〔8〕 比如斯特劳斯派不仅影响了美国保守派的政治取向,更重要是复兴了古典世界的视野,从而使古典政治哲学对现代自由主义的意识形态构成了强劲的挑战。参见甘阳:《政治哲人斯特劳斯》,香港牛津大学出版社2002版。而美国发动的“反恐战争”重新激活了政治领域关于敌人和朋友的讨论,从而导致施米特学说以及政治神学在美国的复兴。用施米特的学说来解读美国宪法,参见 Paul Kahn, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, Columbia University Press, 2011。最具有学院派气质的剑桥学派,其独特的语境解读方法,解构了某些自由主义的神话,以至于曾经作为极权主义理论起源的霍布斯成为共和主义的盟友,而自由主义的鼻祖洛克反而变成了伪装的激进革命分子。参见(英)斯金纳:《霍布斯与共和主义的自由》,管可稼译,上海三联2011年版;(英)拉斯莱特:《洛克〈政府论〉导读》,冯克利译,三联书店2007年版。

这也迫使西方学术界开始重新认真对待中国，“中国模式”的讨论也在西方学术界孕育而生。^{〔9〕}其中，对中国宪政体制的讨论也不再把中国归入苏联共产主义传统中加以讨论，反而关注中国独特的宪政体制。一方面，中国古代思想不再是中国实现宪政的障碍，反而成为中国形成独特宪政传统的有利资源；另一方面，中国共产党的统治不再是专制主义或极权主义的象征，反而成为“国家一政党”体制的有机组成部分，^{〔10〕}以至于“重新把中国共产党带回来”成为西方学术界研究中国问题的理论倾向。^{〔11〕}甚至连提出“历史终结”的福山也加入到对中国模式的讨论中，^{〔12〕}并把中国政治体制视为对人类具有普遍意义的政治秩序。^{〔13〕}

无论是讨论中国模式，还是讨论当代中国政治秩序，独特之处首先就在于中国共产党的领导。在美国学者巴克爾(Larry Catá Backer)看来，中国共产党构成了中国宪政制度的核心，中国由此形成不同于西方自由宪政模式的“‘国家一政党’宪政模式”，即“单一政党宪政国”(a single party constitutionalist state)。^{〔14〕}巴克爾出生于古巴，后来移居美国，目前是宾夕法尼亚州立大学法学教授，同时担任华盛顿和平与伦理联盟(Coalition for Peace & Ethics, Washington, D. C.)的主任。尽管巴克爾教授在法学院讲授宪法、公司法、欧盟法和比较法等传统法律课程，但他自己的研究并不是循规蹈矩的学科专业研究，而是围绕自己的学术兴趣进行跨学科研究。他关心的主要问题是人类是通过怎样的机制和权力关系组织起来的，这种将人类组织起来的机制就是他所关心的“法”。由此，不仅美国联邦宪法是法，《圣经》、微软公司的章程是法，而且结婚宣誓、入会的仪式也属于法。也许正是这种社会科学的理论立场，使得他在研究权力与法律之间的秩序安排中，特别关注权力/法律的运行过程，包括规则制定、执行和解释的机制，也特别关注权力/法律中所体现的道德伦理观念。也许是受到了这种保持价值中立的社会科学研究立场的影响，他参与组织的华盛顿和平与伦理联盟也是一个试图保持意识形态中立、不受党派意见影响的独立研究机构。^{〔15〕}

巴克爾教授并非汉学家，也不是中国问题专家，他对中国的政治社会生活和中国文化并不熟悉，相关的文献掌握也不全面，以至于他对中国当代宪政体制的研究总体上显得有些简单。

〔9〕 有关外国学者对中国模式的讨论，参见王新颖(编)：《奇迹的建构：海外学者论中国模式》，中央编译出版社2011年版。

〔10〕 关于外国学者对中国的“国家一政党”体制的讨论，参见吕增奎(编)：《执政的转型：海外学者论中国共产党的建设》，中央编译出版社2011年版；沈大伟：《中国共产党：收缩与调适》，吕增奎、王新颖译，中央编译出版社2012年版。

〔11〕 Kjeld Erik Brodsgaard (Editor), Zheng Yongnian (Editor), *Bringing the Party Back in: How China is Governed*, Eastern University Press, 2004.

〔12〕 参见福山和张伟为关于“中国模式”的对话(<http://www.21ccom.net/articles/zgjy/hwkzg/2011/0809/42809.html>)。

〔13〕 Francis Fukuyama, *The Origins of Political Order*, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

〔14〕 Larry Catá Backer, “The Party as Polity, The Communist Party, and the Chinese Constitutional State: A Theory of State—Party Constitutionalism”, 102 *Journal of Chinese and Comparative Law* [Vol. 16:1] 101—168.

〔15〕 关于巴克爾的介绍，http://www.personal.psu.edu/lcb11/about_me.htm。

但是,巴克爾对中国宪法的关注基于他对人类组织中权力/法律机制的兴趣,由此能够将中国宪政、美国宪政和伊朗宪政放在一起比较其运行机制和价值的不同。这种非意识形态化和非党派化的学术眼光,使得他能够有效地避开西方中心主义背景下对中国宪政和法治的流行看法,提出一些富有创见性的洞见。

在他看来,目前全球具有三种宪政模式,其一就是二战之后美国主导下建立的“超国家宪政”(transnational constitutionalism)。这种“超国家宪政”首先表现在二战后德国和日本的宪法重建。按照美国主导的国际社会所共同认可的自由、人权价值以及自由宪政的模式来建构的德国宪法与日本宪法,其核心就在于用国际人权规范来约束国家主权,使国家主权服从于自由宪政体制所建构的国际法律秩序。其次表现在东欧和苏联同样按照自由宪政模式加以重建。其二就是以伊朗1979年宪法为代表的“神权宪政”(theological constitutionalism)。这种宪法模式确立了西方式的国家机器,甚至建立人权保护、权力制衡等宪政制度,但其宪法中明确规定国家最根本的、最高的实质性价值规范并非自由和人权之类的世俗价值,而是伊斯兰教确立的价值规范。尤其是美国在阿富汗战争和伊拉克战争之后制定的阿富汗宪法和伊拉克宪法,完全不同于二战后的德国宪法和日本宪法。尽管它们在形式上具备了“超国家宪政”的基本要求,但在实质内容上都采取了伊朗的“神权宪政模式”,两部宪法中毫无例外地将伊斯兰教确立为国家最高的价值规范,使得国际人权规范在这两个国家必须服从伊斯兰的宗教规范。其三就是中国的“国家一政党”宪政体制。这种宪政体制来源于马克思列宁主义,巴克爾将这种马克思主义的政体归入“理性主义宪政”。不过,在巴克爾的具体论述中,中国宪政模式一方面与伊朗的神权宪政模式有相似的地方,即中国共产党代表最高的社会规范价值超越于宪法之上;另一方面又类似于“超国家的宪政”模式,因为中国共产党承担的价值规范权威的基础在于“学说/教义”(doctrine),而这些学说本身是普遍的、超国家的。不过,他最终认为中国宪政类似于美国宪政,属于古老的国家主义宪政,主张国家主权至上,超越于国际法律规范之上。由此,在他看来,宪政的未来究竟采取国家主义宪政,还是世俗的超国家宪政,还是宗教的超国家宪政模式,依然处在不确定的变化之中。^[16]

本文不准备全面评述巴克爾对宪政的独特看法,也不打算讨论中国宪政体制究竟属于哪一种宪政模式,而是初步介绍巴克爾教授关于中国宪政模式的论述,以期引发对中国宪政模式的讨论,深化对中国宪政问题的研究。

二、“国家一政党”体制的起源及其发展

现代国家建构是经由对传统的革命而确立起来的。从光荣革命、美国革命、法国大革命、俄国革命和中国革命,构成了全球范围内现代国家建构的浪潮。俄国十月革命继续了法国大

[16] Larry Catá Backer, “God(s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century”, 27 *Mississippi College Law Review*, 11 (2008); Larry Catá Backer, 见前注[1]。

革命的精神，从而将自由权利从资产阶级推进到无产阶级阶段。因此，社会主义国家与资本主义国家固然存在着意识形态上的区分，但二者都共同分享了现代性的基本命题。由此，社会主义国家建构与资本主义国家建构无疑要分享一些共同的基础，比如都将公民权利义务和国家机构的权力运用宪法规定下来。尽管如此，由于社会主义国家都存在着共产党的领导，由此构成独特的“国家—政党”治理模式”(the State—Party model of governance)。

(一)“国家—政党”体制的起源及其困境

“‘国家—政党’治理模式”的理论基础是列宁的《国家与革命》。在这部经典著作中，列宁集中讨论了无产阶级革命与国家的关系。在经典的马克思主义理论中，国家是社会关系的外在表象，是由于社会分化导致阶级矛盾不可调和的产物，是一个阶级为了镇压和统治另一个阶级才建立并使用的暴力机器。如果说国家乃是工具和机器，是一种政治的形式，那么无产阶级是否可以利用国家来实现自己的目标呢？比如说无产阶级利用议会中的合法斗争来改善自己的福利。这其实是欧洲共产主义运动中持续存在的主张。这种主张被恩格斯和列宁批评为“修正主义”，因为这种主张假定国家机器及其相应制度(比如法权、议会制度等)的正当性，并且认为这些制度都是永恒的，而无产阶级可以利用这些机器来实现自己的利益。这些思想被看作是庸俗的马克思主义，背离了马克思主义的共产主义的基本学说。

《国家与革命》就是列宁与修正主义思想论战的产物。列宁重申了马克思主义的国家法律观，即国家绝不是简单的、似乎谁都可以平等加以利用的“价值中立”的机器(这恰恰是资产阶级法权和资产阶级宪政国家的虚伪性所在)。国家的本质乃是阶级统治的暴力工具，是少数剥削阶级镇压多数劳苦大众的工具。由此，国家乃是暴政和不义的象征，它不仅维持着少数人对多数人的统治，而且少数人基于不义(比如剥削)而积累了针对多数人的优势，国家非但没有矫正这种不义，反而用暴力维持了这种不义，并试图将这些不义合法化(整个资产阶级法权制度)，这无疑强化了这种不义，促进了这种阶级的不平等。

在马克思主义的理论脉络中，“国家”虽然是社会关系的外在“形式”，是一种工具，但这种工具在根本上是一种统治的工具，因此，正如“统治”概念意味着不义一样，国家这种形式就像手铐一样意味着不义。由此，一个由自由人组织起来的社会不存在阶级，也不会存在统治，自然不需要国家。因此，无产阶级革命要实现普遍、永恒的社会正义，就必须把废除阶级进而消灭国家作为自己的最终目标。因为一个普遍正义的社会关系乃是自由人的自由联合，是一种相互合作奉献的社会，不需要国家这样的暴力机器。无产阶级在废除国家的同时，需要探索一种集体生活的不同形式。

由此，在马克思列宁主义的思想中，党与国家始终处在永恒的对立和冲突之中。一方面，在阶级对立消亡和共产主义实现之前，无产阶级必须利用国家来实现自己的政治目的，即马克思在总结巴黎公社失败教训时所提出的无产阶级必须砸碎旧的国家机器并建立新的国家机器。但是，另一方面，国家机器本身包含了腐败的因子，因为国家机器会导致革命运动的停滞，尤其可能出现少数掌握国家机器的人将国家作为保护自己利益的工具，进而在革命之后形成“新阶级”。

鉴于共产主义乃是一个遥远的目标，社会主义不过是共产主义的初级阶段，且社会主义必

须在全球范围内实现,无产阶级革命不得不借助国家机器。为了将党与国家的潜在张力降到最低限度,无产阶级必须建立新的国家机器,即不同于资本主义国家的社会主义国家,比如说要削弱国家的暴力职能,增加国家的社会管理职能等。在列宁看来,无产阶级掌握政权建立国家之后,就需要利用国家力量来消除阶级对立,从而为实现共产主义积极创造条件。而从社会主义国家建立到最终废除国家之间这个漫长的过渡期间,无产阶级政党始终是火炬手,是先锋队,照亮未来的发展道路,因而共产党必须始终处于领导地位。

由此,“党既要作为先锋队的理想,又要党卷入到国家治理中,是这个过渡期的治理中最核心的两个问题”。〔17〕在巴克尔看来,党在社会主义国家宪政结构中的核心地位乃是列宁对马克思主义学说的重要贡献,其核心就在于,在党与国家的关系中,先锋队政党必须临时性地利用国家来消灭国家本身,并且最终消灭自身,将国家与政党融入到人民之中。然而,这个“国家—政党”体制面临着巨大的难题,即这个先锋队政党(vanguard party)有可能蜕变为它所取代的阶级政党(class party),从策略性地利用国家机器转向完全依赖国家暴力机器,从而使得临时性的无产阶级专政变成一种持久的统治模式,甚至压制性的无产阶级民主。

不幸的是,斯大林在苏联证实了列宁在构想社会主义宪政模式过程中的担忧。一方面,苏联共产党放弃了革命理想,从先锋队政党蜕变为脱离人民大众的利益集团,从而陷入日益严重的腐败之中。党内民主受到了遏制,党内的民主集中制原则变得只有集中而没有民主,最后变成了个人专断。另一方面,苏联共产党完全陷入国家机器中,国家的暴力职能非但没有削弱,反而得到了进一步的强化。国家暴力不受法律的约束,缺乏法治约束的权力变成了恣意的、赤裸裸的暴力。尤其是苏联共产党不是利用先锋队政党在群众的感召力来推动社会主义改造,而是完全利用国家暴力来实现社会主义改造,并采取残酷的肉体消灭的暴力方式来消除党内外的一切异己力量。由此,苏联的“国家—政党”体制强调“专政、官僚制、服从和一元化的国家结构”,党内缺乏民主,国家缺乏法治,最终堕入“极权主义国家”。〔18〕

在巴克尔看来,苏联失败的重要原因在于这种体制未能容纳宪政的基本理念,其中最关键的要素是法治。因为在巴克尔看来,宪政的前提或者根本乃是法治,即法律具有稳定的权威,而在法律体系中,具有最高效力地位的就是宪法。法治的重要意义在于法律本身的治理特性:一方面,法律能够稳定地、有效地反映了现实的社会关系和社会秩序,从而为现存秩序提供正当性。另一方面,法律又是可以修改的,可以准确地反映人民意志或先锋队政党的政治理念。由此,社会主义宪法完全可以利用法治来调节党与国家关系,从而使得未来理念与现实条件之间形成动态平衡。

(二)“国家—政党”体制的新发展:“单一政党宪政国”

正是基于对苏联宪政经验和教训的总结,巴克尔特别关注1978年改革开放之后中国宪政的发展。尽管巴克尔并没有集中讨论“八二宪法”之前新中国宪政的奠基和发展,但他敏锐地

〔17〕 Larry Catá Backer, 见前注〔14〕,p. 118。

〔18〕 Larry Catá Backer, 见前注〔14〕,p. 120—122。

注意到新中国建立以来在处理党与国家关系上与苏联的根本区别，即新中国始终保持“国家机器的尝试性，并强调国家机器作为工具而非机构的特征”。〔19〕他借用美国汉学家陆思礼的研究，强调新中国如何有弹性地使用法律工具来实现自己的政治目的。〔20〕

事实上，强调新中国与苏联的区别已成为学术界的共识。然而巴克尔并没有充分意识到这种区别，尤其从列宁创设的“国家一政党”宪政体制看，苏联模式与中国模式之间存在根本性差异。

首先，中国共产党始终保持自己的先锋队政党的特征，从来没有放弃革命的政治理想，尽管可能一段时期曾策略性地调整革命的目标。当赫鲁晓夫批判斯大林路线并主张与资本主义展开和平竞赛时，中国共产党就将赫鲁晓夫看作是修正主义。在当年导致中苏政治分裂的中苏论战中，分歧之一就是如何看待社会主义与资本主义、革命与和平的关系问题。当苏联共产党在赫鲁晓夫时期从先锋队政党变成阶级政党，哪怕是“全民党”，也意味着背离了先锋队政党的政治理念，从而加速了苏联共产党的腐败和堕落。正是由于中国共产党在改革开放前不断的运动和革命，保持了党的先锋队特征，从而成功地避免了苏联面临的先锋队官僚化危机，为改革开放之后法治重建过程中有效地处理党和国家的关系奠定了基础。

其次，中国共产党虽然进入国家机器之中，但并没有像苏联那样完全堕入国家机器中。党时刻警惕面临着官僚化的危险，并始终将密切联系群众、深入群众、帮助群众和教育群众作为自己的首要任务。这样就使得党与国家之间始终处于一种动态的张力之中：党进入国家之中，但又超越于国家之上，始终扎根于人民群众之中。当苏联共产党完全官僚化，彻底脱离了人民群众并最终导致苏联解体之后，中国共产党在总结苏联失败的经验教训中，特别强调中国共产党扎根于人民群众之中，始终获得广大人民群众的支持。

最后，中国共产党虽然超越于国家之上，并没有从根本上否定法治。除了文革时期短暂的中断，中国共产党始终意识到宪法和法治对于党和国家的重要性，即党在政治上超越于宪法和法治，但党组织和党员个人在行动上又服从于宪法和法律，这无疑容纳了法治的要素。改革开放之后的修宪及社会主义民主和法制的重建，无疑是恢复并重建“五四宪法”奠定的“国家一政党”宪政体制。而这种恢复和重建，意味着开创了一种新的“国家一政党治理模式”，一种既不同于苏联的“国家一政党”体制，也不同于之前新中国的宪政体制。因为随着“八二宪法”的通过，中国宪政发展出现了根本性的概念转型，“理解这种概念转型有助于理解后毛泽东时代出现的国家、党和政府关系的新观念以及在法治的框架中将这些关系组织起来”。〔21〕这种根本性的概念转型不仅在于出现了法治和宪政观念，而且在于党也发生了相应的转化：

这项事业的关键不仅在于容纳法治和宪政主义的世界观(Weltanschauung)。从“党”所主导的革命群众运动转向同样由“党”主导的位于国家核心地位的统治机器用了半个多

〔19〕 Larry Catá Backer, 见前注〔14〕, p. 124.

〔20〕 Stanley Lubman, “Bird in a Cage: Chinese Law Reform After Twenty Years”, 20 *NW. J. INT’L L. & BUS.* 383 (2000).

〔21〕 Larry Catá Backer, 见前注〔14〕, p. 126.

世纪。尽管如此,变化的轮廓已经变得越来越清晰。目前,中国共产党将自己理解为外在于任何合法权力的革命纽带的观念,与其努力保持作为政治权威的最高体现、从而推动监督国家机器的巨大政治运动之间,鸿沟越来越大。因为从党的观念出发所推动的政治运动发生在国家之内,而非国家之外,这并不具有苏联模式的个人主义转向,似乎意味着中国共产党在其一个多世纪之前接受的马克思列宁主义理论中,选择了一条不同的、但看起来更加可信的道路。1979年还有点反宪政的因素,但在2008年,就会发现理论框架有点不同,即提出了“单一政党宪政国”(a single party constitutionalist state)。正是从“有点不同”开始,会萌生出一种以独特的方式发展起来的治理理论(a uniquely developing theory of governance)。^[22]

为了阐述“单一政党宪政国”这种“国家—政党”宪政体制的新模式,巴克尔勾画出从毛泽东奠基、经过邓小平、江泽民和胡锦涛的不断巩固和深化的“国家—政党”宪政体制,使得其中一些关键性要素获得了充分的发展。

巴克尔认为,毛泽东的政治思想深刻地塑造了中国的宪政体制。其中最重要的就是关于党的思想,即中国共产党处于外在者的位置上。“中国共产党不仅是一个先锋队政党,而且在很长时间里是革命党。即使在国共内战结束之后,中国共产党继续认为自己外在于国家机器。”^[23]因此,在处理党和国家的关系上,就出现了党从国家之外转向国家之内的漫长过程,其中的政治动荡就与这种转型有关。党在国家之外就意味着强调无产阶级专政,强调群众路线,强调去制度化,从而将关注点集中在政治问题和意识形态问题上,而非关注国家机器和制度建设。这种趋向在文化大革命中达到了高潮。

在文革结束之后,邓小平将全党的工作重心转向了制度建设,国家机器随着“八二宪法”的通过逐步完善。随着江泽民时代“三个代表”思想的提出,中国共产党也从革命党转向了执政党,这就意味着党与国家机器的高度融合,党成为国家机器运作中的关键组成部分。因此,无论是理解中国的宪政体制,还是理解中国的法治,都必须从中国共产党入手,认真对待中国共产党的理论主张和制度运作。

(三) 认真对待中国共产党:价值规范与政治公民

政党是现代政治运作中最重要的力量,不理解政党就无法理解现代政治。^[24]现代政治中演化出两种类型的政党:其一,作为利益集团而形成的政党。这种政党就演化成目前西方政治中的选举型政党,从而形成多元政治的格局。“选举型政党在法律上讲就相当于一个公司,先有成员,然后组织公司,公司目标就是韦伯说的攫取利润,政党的目标就是获得权力,与公司攫取利润是一模一样的。”^[25]这种利益集团或者宗派意义上的政党就是联邦党人在美国建国

[22] Larry Catá Backer, 见前注[14], p. 126。

[23] Larry Catá Backer, 见前注[14], p. 127。

[24] 参见韦伯关于政治权力运作的历史社会学分析,即政治权力如何从传统的政治家类型发展到现代的政党制度,韦伯:“以政治为业”,载《学术与政治》(韦伯作品集D,广西师范大学出版社2004年版)。

[25] 王绍光(主编):《理想政治秩序:中西古今的探索》,北京三联书店2012年版,页314。

过程中反复批判的“宗派”(faction)。毛泽东在延安整风运动中也批判了类似的“宗派”，以及由此产生的“宗派主义”。因为构建统一的国家需要的不是“宗派”之间的“党争”，而是统一的人民意志的形成。其二，从马克思的无产阶级政党发展起来的列宁主义政党。这种政党是基于终极价值以及实现这种价值的使命而产生的。“不是先有党员，然后大家组织在一起形成共产党，然后要夺取政权。相反，整个逻辑是颠倒过来的，先有一个政道在，有‘天命’在，有领悟到这种天命的先知或者导师，然后在精英群体中培养门徒，从而形成一个先锋队组织，这就是党员组织，再去动员整个社会大众。”〔26〕这种政党组织具有某种救赎主义的宗教色彩，但其目标不是单纯的心灵或精神救赎，而是夺取国家机器，实现共产主义社会，从而最终废除国家和政党本身。

巴克尔充分认识到中国共产党与西方政党的区别，即中国共产党的合法性不是基于西方政党的选举程序，而在于它所承担的终极价值规范。这些价值本身是超越于政府的，连同国家机器都没有权力去改变这些价值。正因为如此，巴克尔比较了中国与伊朗的宪法，发现二者有类似的地方。比如在伊朗宪法中，国家机器本身必须服从于最高宗教领袖设定的终极限制，而在中国宪法中，国家机器也必须服从中国共产党的领导和民主集中制的原则；伊朗的最高宗教权威必须服从神学上的严格限制，即什叶派伊斯兰教(Shia Islam)，中国共产党必须服从马列主义、毛泽东思想、邓小平理论、三个代表重要思想和科学发展观；“这两个超级结构高于国家机器，尽管国家机器负责直接治理人民，但国家机器的权力又要服从于更高的政制权威，在伊朗就是‘护宪委员会’(Guardian Counsel)，一种政治上建立起来的宗教团体，而在中国就是中国共产党的政治局。”〔27〕当然，伊朗宪法和中国宪法一样包含了法治和宪政的发展要素。

尽管巴克尔将伊朗宪法和中国宪法做比较，从而试图找到二者在功能上的一致性，但巴克尔更关注这几种不同宪政模式之间的区别。在他看来，

这些宪政模式很关键的不同，就是建构治理边界的规范和这些规范运作机制的渊源不同。世俗的超国家宪法要服从国际社会共同认可的一套具有约束力的普遍治理规范；神权宪法要服从某种普遍化的宗教中的命令和规则。不同于这两种宪政模式，中国的宪政国家将马列主义理论的普遍化规范适用于具体的相关情景之中，而这种马列主义理论关注共产党由政治公民构成，而且通过共产党的过滤，公共善(common good)被人们所理解并被适用。〔28〕

由此可见，中国宪政模式中的价值规范是开放的，符合中国具体实际的，对其“学说/教义”的理解甚至是实用主义的。这在中国的语境中就表述为“马克思主义中国化”、“中国特色”、“解放思想”和“理论创新”等。不同于超国家宪政模式和神权宪政模式中对规范价值的普遍性和不变性的强调，中国宪政模式对规范价值的开放态度和实用主义态度恰恰反映了对“公共善”的高度关注，而这些“公共善”的形成需要经过由政治公民构成的中国共产党对分散、甚至

〔26〕 同上注，页 315。

〔27〕 Larry Catá Backer，见前注〔14〕，p. 146。

〔28〕 Larry Catá Backer，见前注〔14〕，p. 144—5。

相互矛盾的社会利益的整合和过滤。而在这个过程中,就需要关注由“政治公民”(political citizenship)所构成的中国共产党与作为“经济和社会公民”(economic and social citizenship)的社会大众的关系。正是“政治公民”与“经济和社会公民”区分,才使得“国家—政党”体制中需要区分党和国家,进而理顺党和国家的关系。

三、党和国家的分权

“八二宪法”之所以是“单一政党宪政国家”的开端,就在于理顺了党与国家的关系。“其一就是党的机器与国家机器相分离。其二是将党的机器与国家机器的关系法律化。”^[29]这就使得党和国家都开始服从法律规则的治理,从而把党的机器、党与国家的关系纳入法治宪政的框架结构中。

(一)事实与规范的分离:党与国的分权

党的机器与国家机器的分离必然意味着需要重新界定党与国家的职能和职权,由此导致治理权力的划分。巴克尔充分意识到邓小平在一系列讲话中包含的党政分离的思想。比如党不宜管案件的审批;党负责处理党内的纪律问题,而把法律问题交给国家的司法机关来处理;党不宜管的太多太细,应当把权力下放,将权力交给各级政府去管,从而为国家机器的有效运作留下足够的空间等。

在处理党与国家的权力划分方面,巴克尔并非着眼于邓小平提出的这些具体的职权划分,而是紧紧抓住邓小平提出的“国家制度建设”这个关键来考察党与国家的关系,并认为这种制度建设最终要确立这样一种制度运行模式:

中国共产党要成为社会的模范,努力最终实现马克思主义原初构想的无国家制度,同时承担起为社会提供政治价值的任务。正是借助这些政治价值,国家的行为才能被理解和适用,国家权力也才能被解释。在这种背景下,邓小平既强调四项基本原则又强调党与国家的分离,就变得可以理解了。国家在日常生活方面服务于人民,而党则通过为国家提供价值体系而服务于国家。国家的运作需要通过法律规则来进行,而法律规则的恰当运用则需要依赖这套政治价值。^[30]

由此可见,巴克尔紧紧抓住了现代性政治面临的基本难题,即事实与规范分离导致价值规范领域中的“诸神之争”与事实领域中权力运作的理性化。^[31]正是从现代性政治的根本难题出发,巴克尔试图把中国共产党理解为政治价值的提供者,而把国家看作是理性化的权力运作机器。由此,党与国家的关系被他理解为“意识形态”与“国家机构”之间的复杂关系:

[29] Larry Catá Backer, 见前注[14], p. 128.

[30] Larry Catá Backer, 见前注[14], p. 130.

[31] 参见苏国勋:《理性化及其限制》,上海人民出版社1988年版;(德)施路赫特:《理性化与官僚化》,顾忠华译,广西师范大学出版社2004年版;(德)哈贝马斯:《事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版。

如果我们认为中国共产党在国家统治中发挥着关键性的作用，那么我们对国家的理解就变得更加复杂。在国家与党之间，国家机器被一分为二：一半在很大程度上遵循西方的制度化的统治模式，而另一半则符合对政府和政治进行融合的理解。从1949年以来，中国的社会主义建设就一直进行这种融合。国家机器的这种分裂非常重要，因为它表明很难建立这样的机构建制(institutions)，它既能够促进与其他国家交流，同时又能够成为国家的社会政治秩序的实质性基础。国家权力的机构建制采取一些形式化的正式组织(formal organization)，无疑是一种西方模式，即一个政治实体用国际社会(the community of nations)所能理解的方式来展示其国家的机构建制。这是公共组织的外表，也是其他世界所期望看到的。正是在这些地方，它们适用一些恰当的行为标准。但是，国家机器的内在展示，也就是它的实质价值，则借助中国共产党的正式机构建制得以表现出来。^[32]

巴克尔认为，党与国家的这种分权模式其实类似于西方宪政中的分权，即“行政权力赋予国家及其确立的机构，所有这些机构都必须受到法律限制，并按照法律来运行。而整治权力以及保护内在与宪法框架的价值和国家得以组织起来的价值，则赋予了中国国民党。中国共产党并不直接行使行政权力，现在这属于全国人大的职能，这个权力依照法律来行使。但是，对宪法及其价值的解释和保存则属于中国共产党及其机构”。^[33]

需要注意的是，巴克尔这里所说的“行政权力”(administrative power)并非西方宪政分权学说中与立法权和司法权并列的执行权(executive power)，而是在政治科学意义上对“政治”(politics)与“行政”(administration)的重新划分。现代政治科学对三权分立学说提出批评，认为所有的政治活动都包括“政治”或“决策”的要素与“行政”或“执行”的要素。尤其是在现代西方政党政治下，政党承担了政治或决策的职能，而国家机器包括立法机关、执行机关和司法机关，都在承担行政职能。^[34]正是把握住现代性政治的基本难题，巴克尔准确地领悟了党与国家关系中最核心的问题，即党如何发展作为政治价值的提供者来支撑国家制度的理性化运作。

事实上，中国共产党今天面临的难题之一就在于如何在一个日益多元化的社会中提供一套行之有效的政治价值。这也是今天中国共产党在理论意识形态领域面临的难题。一旦丧失了政治价值的凝聚力，先锋队政党就很容易蜕变为阶级政党，不可避免地走向腐败。尤其是在“三个代表”理论宣布中国共产党从革命党转向执政党之后，中国共产党就时时面临着执政正当性的考验。正是基于此，中国共产党始终抓住意识形态的理论创新，不仅对“三个代表”理论

[32] Larry Catá Backer, "The Rule Of Law, The Chinese Communist Party, and Ideological Campaigns: SangeDaibiao (The 'Three Represents'), Socialist Rule Of Law, and Modern Chinese Constitutionalism", 16 *Journal of Transnational Law & Contemporary Problems* (2006), p. 130. 该文初稿是提交给一个会议的论文，后被翻译为中文。本文援引的内容来自正式发表的英文论文。参见巴克尔：“中国的宪政、‘三个代表’和法治”，载吕增奎(主编)，见前注[10]。

[33] Larry Catá Backer, 见前注[14], p. 131—132.

[34] (美)古德诺：《政治与行政》，王元译，复旦大学出版社2011年版；(美)维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版。

进行重新解释,突出作为先锋队政党或革命党特征的“先进性”,而且对“三个代表”作出了平民主义的解释。^[35]

(二)党和国家的分权机制:“党的间接柔性治理”

虽然邓小平看到了这种“国家—政党”高度整合体制的弊端,从而提出党与国家制度的分离,但这并不意味着邓小平会按照事实与价值分离的二元论政治逻辑,把党仅仅作为政治价值的提供者,而国家则运用权力来实现政治价值。如果说党和国家制度的分离体现在“八二宪法”中,那么邓小平在1980年所作的关于“党和国家制度的改革”的讲话,实际上就是“八二宪法”的政治序言。在这篇关于中国宪政体制的经典文献中,邓小平根据全党将工作重心转移到经济建设上来,从而提出改革国家宪政体制,其中一个重要思想就是分权,以至于“八二宪法”变成了一部“分权宪法”。^[36]

在“国家—政党”宪政体制中,分权问题一直是一个敏感的话题,因为这个问题涉及党与国家关系这个根本问题。在党的领导下,“分权”往往是中央与地方的纵向分权问题,比如毛泽东在“论十大关系”中就专门提出了中央与地方的分权问题。而改革开放之后,中央与地方分权甚至形成了所谓的财政等领域的联邦主义论述。^[37]但在邓小平这次提出的宪政体制改革中,就触及到了党与国家职能的划分问题:

过去在中央和地方之间,分过几次权,但每次都没有涉及到党同政府、经济组织、群众团体等等之间如何划分职权范围的问题。我不是说不要强调党的集中统一,不是说任何情况下强调集中统一都不对,也不是说不要反对分散主义、闹独立性,问题都在于“过分”,而且对什么是分散主义、闹独立性也没有搞得很清楚。党成为全国的执政党,特别是生产资料私有制的社会主义改造基本完成以后,党的中心任务已经不同于过去,社会主义建设的任务极为繁重复杂,权力过分集中,越来越不能适应社会主义事业的发展。^[38]

那么,党与国家如何划分权力?邓小平提出要“解决党政不分、以党代政的问题”,具体而言,邓小平构想的党与国家制度的分离包括两个方面:其一,党逐步退出微观的经济和社会的权力运作。在这个领域中,党主要作为政治价值的提供者,通过自己的组织动员来促进经济社会的有效运作;其二,在国家层面的宏观权力运作上,党不再承担政府的职能。党与国家的分权实际上是由原来的党委直接管理国家事务转向了党委透过确定路线、方针、政策和党委进行人事任免这两个渠道来间接地管理国家事务。

如果我们把文革期间“党的一元化领导”(一段时期为“革委会一元化领导”)称之为“党的

[35] 霍尔比格:“当代中国的意识形态重构:决定因素、进展和局限”,载吕增奎(编),见前注[10]。

[36] 邓小平在讲话中特别指出:“关于不允许权力过分集中的原则,也将在宪法上表现出来。”《邓小平文选》(第二卷),人民出版社1994年版,页339。关于“八二宪法”作为“分权宪法”及其引发的弊端,参见强世功:“中国宪法中的不成文宪法”,《开放时代》2009年第6期。

[37] 苏力:《道路通向城市》,法律出版社2004年版,第五章;吴国光、郑永年:《论中央地方关系:中国制度转型的轴心问题》,牛津大学出版社1995年版。

[38] 见前注[36],页329。

直接刚性治理”，即党委直接管理国家和社会的一切治理事务；那么邓小平重新调整的党与国家的分权实际上确立了一种“党的间接柔性治理”，即党赋予国家机器和社会领域的相对自主性和独立性，从而进行一种柔性的、隐蔽的、间接的引导和控制方式。^{〔39〕}这意味着对党、国家和社会的关系进行了调整和配置，从而形成了动态的权力制约机制。这种新型的“国家—政党”宪政模式在权力配置方面具有三个基本特征：

其一，由党作出重大的政治决策，由国家和社会来负责具体落实这些决策的执行，这就确立了整个国家和社会相应的执行权力领域中的独立性和自主性，使得国家与社会必须按照国家宪政体制进行运作，这就强化了宪法在国家社会中的重要地位。这样，在党与各种国家权力之间（比如党与人大、党与政府、党与司法等）就形成了决策权与执行权之间的相互制衡。由于现代行政法治国中行政权力的巨大膨胀，行政权包含了大量的决策权和立法权，实际上导致两种决策权之间的相互制衡。比如党中央与国务院在经济决策问题上经常存在着竞争。这种分权模式有点类似于中国古典的君相分权制衡模式，但比古典的分权制衡模式要复杂得多。

其二，国家权力按照宪法和法律的规定自行运作，而党通过组织原则培养、考察、选拔和任命领导干部进入国家机器，从而领导和驾驭国家机器的运作。这样，党的组织权力与宪法和法律赋予国家机关的权力之间就形成了有效的分权和制衡。比如党的组织原则要求各级领导干部由组织考察任命，而宪法和法律要求国家机构的各级领导人由各级人大常委会选举产生。这样，宪法和法律规定的选举制度就对党的人事任命权力构成了有效的制约，迫使党组织考察推荐的干部能够获得人民代表的认可，否则就会出现党组织考察的干部无法通过人大选举任命的局面。领导干部一旦进入国家机器之后，就拥有了宪法和法律赋予的合法权力。国家机器要服从党的领导，必须依赖这些进入国家机器担任各级领导干部的党员忠诚于党、服从党的领导。正如邓小平在讲话中所言：“我们选干部，要注意德才兼备。所谓德，最主要的，就是坚持社会主义道路和党的领导。在这个前提下，干部队伍要年轻化、知识化、专业化，并且要把对于这种干部的提拔使用制度化。”^{〔40〕}这样，尽管在表面上国家机器按照宪法和法律的规定在运作，但这种权力运作的实质依然是服从或服务于党的领导，使得党的权力运作成为一种隐蔽而迂回的运作。

其三，党不再直接管理微观经济与社会事务，但党的组织却渗透到整个社会领域。这样，经济与社会领域的利益取向、价值观念的分殊化、多样化就与党的组织体系和价值观念的集中化之间形成了有效的平衡。党放手对微观经济社会领域的控制，使得这些领域自然根据经济、社会属性而形成利益和观念之间的多元化格局，贫富之间、性别之间、族群之间、地域之间、城乡之间、家族之间、信仰之间、精英和大众之间都会出现不同的利益和价值分歧。而要在这种多元化的利益和信仰之间达成共识，就需要党组织这个协商和整合力量。由此，党组织深入到微观经济和社会领域中，一方面可以将他们的不同利益和价值诉求反映到党的组织体系以利

〔39〕 关于“党的间接柔性治理”策略在法治领域的体现，参见强世功：《惩罚与法治》，法律出版社 2010 年版。

〔40〕 见前注〔36〕，页 326。

于形成整合;另一方面也可以将党的政策和价值诉求带到社会领域。

可见,巴克尔在理解党与国家的分权过程中,试图把党组织仅仅理解为政治价值的提供者,显然忽略了“国家—政党”体制中上述复杂的分权机制。邓小平虽然提出在党与国家之间分权,但这种分权绝非非此即彼的权力划分,而是基于权力行使“过分”而做出“程度”上的划分,而且这种程度的划分是基于党的任务发生了改变。因此,这种“程度”划分永远是基于现实的考虑而作出策略划分,而不是原则性的权力分割。在后来的“严打”运动以及应付重大灾难和重大建设事项中,展现出党对国家和社会的统合能力,这种临时性的“国家—政党”高度整合被称之为“举国体制”。

(三)“国家—政党”关系的法律化:宪政法治国的建构

宪政最基本的含义就是用宪法来约束政治权威,从而使得政治权力在宪法和法律的框架中进行运作。因此,宪政的关键就是法治,即在国家的政治生活中,宪法高于政治权力,政治权力必须按照宪法和法律的规定来运行,从而避免政治权力的恣意,使得政治权力在理性的、可预期的轨道上运行。由此,对于“国家—政党”体制来说,宪政法治国的要义就在于将党和国家的关系用宪法规定下来,并确立宪法的权威地位,以法治来取代人治。

(四)党与国家关系的法律化:两个宪法文本

“国家—政党”宪政体制之所以往往被看作是反宪政的,就在于党作为先锋队政党时刻处于国家之外,从而超越于宪法和法律之上,或者用先锋队政党所动员的政治理论来摧毁宪法和法治。巴克尔之所以把1979年之前中国的宪政实践与苏联模式放在一起,把1979年之后中国宪政发展看作代表了“国家—政党”宪政体制的新模式,即形成了“单一政党宪政国”的模式,就在于党与国家的权力进行了划分而且用宪法将这种权力划分固定下来,从而形成了党与国家关系的法律化。这就意味着中国开始迈向了法治,宪法获得了最高的法律地位,政治权力的运行必须在宪法之下运作,从而奠定宪政国家的基础。

党与国家关系的法律化首先体现在宪法中。“八二宪法”序言明确规定,国家权力的运作必须“在中国共产党领导下”,但同时明确规定,宪法是“国家的根本法,具有最高的法律效力”。在巴克尔看来,仅仅从成文宪法角度来理解“国家—政党”体制无疑是从西方中心主义视角来看待宪法问题,这种视角坚持了意识形态与国家建制相分离,完全忽略了中国共产党在中国宪政结构中的核心地位,由此忽略了党与国家的关系,自然也就不会关注中国共产党党章的宪政意义。巴克尔虽然没有从不成文宪法的角度来看待中国的宪法文本结构,但他无疑把中国共产党党章看作建构中国宪政体制的重要宪法文本。^[41]在中文中,“宪法”与“党章”是两个不同的概念,似乎有着完全不同的含义,但在英文中,这两个单词都是“constitution”。因此,巴克尔在讨论中国宪法问题时,可以毫不困难地把宪法与党章统统放在宪法的概念下加以讨论。正是从党章与宪法这两个相互补充的宪法性文本出发,巴克尔认为:

在中国,宪法化的原则最好被理解为分叉的,这种分叉反映了整个社会是如何通过政

[41] 关于从不成文宪法的角度来将党章作为宪法文本来看待,参见强世功,见前注〔36〕。

治组织起来的。由此，重要的是理解宪法由两个文件组成：1982年中国宪法和掌握权力的党的宪法，即中国共产党党章。前者规定了国家组织机构以及国家机器与拥有最高公共政治权威的执政党之间的关系。这部宪法意味着要提供一个框架从而将构成更高政治权威的次级宪法(inferior constitution)置于中国共产党的机器中。后者将国家政治权威的宣言加以组织化和制度化；即党的权力是公共的、团体性的，并受到明文规则和规范的约束，正是这种规则和规范构成了“国家一政党”政体的特征。真正使这两部宪法与1979年之前先锋队政党的治理区别开来，就在于把法律看作政治权力制度化和官僚化的机制。但是，从宪政的角度看，这种区别是关键性的，从不受法律约束的政治迈向法律约束的治理架构，表明迈出关键性的一步来采纳以法治作为组织政治权力的基础性框架。毫无疑问，这是宪政国家的根本前提。^[42]

正是从上述事实与规范二分法来处理党与国家的关系，巴克尔认为，中国宪法的关键在于让确立“国家的形式化正式机构”的宪法与明确“党在价值/治理方面的监督角色”的党章实现了重合。“党章的宪政角色在于提供政治价值的渊源，并保证这些价值适用于宪法规定的国家机构中。”^[43]而对于党与国家的关系，最关键的就在于党章中不仅明确规定党的任务之一在于“依法治国，建设社会主义法治国家”，而且明确宣布：“党必须在宪法和法律的范围内活动。”这就意味着党与国的关系被宪法和党章这两个宪法文本明确规定下来，而这种党和国关系的法律化构成了宪政法治国的重要内容。

(五) 法治国：形式法治与实质法治的互动

宪政概念必须依赖于法治才能成立，因为只有“法的统治”才能确立宪法至高无上的权威地位。因此，要理解中国的宪政模式，必然要讨论中国的法治。

“法治”包含了两方面的含义：其一乃是程序意义上的法治，即法律规则对权力构成了刚性约束，权力必须按照法律的规定来运作，这是区分合法与非法的标志。由此，三权分立、有限政府、司法独立和程序正义等都属于程序意义上的法治范畴。其二乃是实质意义上的法治，即法律的程序运作必须符合相应的价值规范，国家必须捍卫一系列共同信奉的最基本价值规范。由此，不同的文化传统、不同的国家就具有不同的实质性法治。比如美国法治最基本的价值规范就是“公平”，而德国法治最基本的价值乃是“人的尊严”；而在伊斯兰世界，法治最基本的价值规范无疑与伊斯兰教的信仰有关。^[44]

如果从这个角度来看待中国的法治建设，一方面，无疑要关注程序意义上的法治建设，这其实也是中国近年来法治建设努力的基本方向，尤其是众所周知的司法改革运动更是将程序改革置于整个改革的核心内容。但另一方面，中国的法治发展无疑也要关注实质意义上的法治建设，即中国的法治发展如何体现中国的基本价值规范，国家如何保障这些基本的价值规范能够体现在法治之下权力的运作过程中。过去几十年的中国法治建设之所以引发争议，就在

[42] Larry Catá Backer, 见前注[14], p. 130—131.

[43] Larry Catá Backer, 见前注[14], p. 131.

[44] Larry Catá Backer, 见前注[32].

于这种程序意义上的法治与实质意义上的法治的背离或紧张。具体而言,程序意义上的法治建设最终背离了实质法治要求的基本价值规范。中国过去几十年社会主义建设中形成了追求实质平等以及关心并辅助弱者等最基本的社会价值规范,这些规范必须作为实质法治的内在要求。然而,当程序法治建设有利于有金钱、权势和地位的特权阶层或精英阶层,而不利于基层普罗大众的利益时,这种阶层的利益矛盾就通过程序法治与实质法治的张力体现出来。

由于中国共产党是社会基本价值规范的承担者,因此实质意义上的法治必须由中国共产党来承担。中国共产党必然是中国法治建设中积极的有机组成部分。这就意味着党必须调整法治建设方向,使得程序法治的建设符合实质法治的内在要求。这恰恰构成了从“肖扬法院”到“王胜俊法院”转型的内在政治逻辑。由此,“王胜俊法院”提出了“三个至上”,即“党的事业至上、人民的利益至上和宪法和法律至上”,无疑是试图重新整合程序法治与实质法治的分裂,使得程序法治建设与实质法治建设相协调。

然而,这恰恰是诸多中国法治的批评者所不能接受的地方。在他们看来,中国法治建设的最大障碍就在于党,也因为党超越于宪法之上、党反对三权分立、党妨碍了司法独立、党介入司法改革等,党在中国法治的建设的过程中往往扮演着局外人或者破坏者的角色。由此,法治建设必须反对党的领导。^[45] 在巴克爾看来,这无疑是西方中心主义在作怪。

这些主张尽管使用了中立的语言,但实际上表达了一种特定的意识形态。在二战之后,这种意识形态在中国之外成为一种普遍的理想。具体而言,这种流行的法治分析口吻植根于一种特殊的宪政理念之中,……这种从1945年以来发展起来的关于宪政深层理念(deep constitutionalism)的国际规范,已经充当了评判中国制度的理想标准。……这些对中国及其宪政发展进行分析的路径所揭示的,与其说是关于中国本身的情况,不如说是这些批判者的文化视角。^[46]

这种研究方法被中国法专家郭丹青称之为“按照理想对不完美现实的批判分析法”(IRI, imperfect realization of an ideal),当然这种完美的理想状态总是西方的法治模式,因此从西方法治模式出发无助于理解中国法治的发展进程。^[47] 巴克爾援引了郭丹青的这种观点,并进一步批评了西方中心主义背景下产生的这种分析路径的局限性。

首先,这种分析路径忽略了将党所提倡的政治理念写入宪法中的重要意义,以至于把中国宪政的各种努力贬低为意识形态。巴克爾甚至抱怨地指出:“如果是在西方国家,这些思想意识形态方面的进展则可能被视为实质性的或深层的宪政理念(substantive or deep constitutionalism)的发展。具有讽刺意味的是,美国总统将其推动民主、负责和社会责任的意识形态

[45] 巴克爾不熟悉中文文献,他引述了诸多我们所熟悉的中国法专家的文献,相关文献参见 Larry Catá Backer, 见前注[32]。

[46] Larry Catá Backer, 见前注[32], p. 103.

[47] Donald Clarke, “Alternative Approaches to Chinese Law: Beyond the ‘Rule of Law’ Paradigm”, 2 *Waseda Proceedings of Comp. L.* 49, 49-62 (1999).

运动看作关于美国宪政价值的重要话语的一部分；然而，在中国就公民、政府和政党的角色展开的重要对话，却被贬斥为‘纯粹的’意识形态。”〔48〕在巴克尔看来，党提出的政治理念，从马列主义毛泽东思想，到邓小平理论和三个代表重要思想，乃至科学发展观，实际上都为法治提供了规范性基础，从而构成实质法治的重要组成部分。就像美国的宪政和法治发展是在“麦迪逊思想”和“杰斐逊思想”的指导下——他们的思想指导着美国最高法院关于宪法的解释，中国的宪政和法治发展也采取传统的意识形态运动的方法，将中国共产党所提倡的政治规范价值引入法律话语当中加以贯彻落实。

其次，这种分析路径不仅误解了中国共产党提出的理论主张，而且忽略了中国共产党的制度作用。换句话说，要正确理解中国的宪政和法治，就必须认真对待中国共产党。不能把党的理论主张看作意识形态宣传，而必须理解其作为国家规范性价值的意义，同样也不能把党看作宪政和法治运作的障碍。“如果不考虑中国共产党在国家机器内外所发挥的制度作用，那么就不可能对中国的法治进行分析。这需要认真对待中国共产党作为宪政意义上的‘执政党’地位的表现形式，也需要对中国共产党加以考察：它不是西方式的政党——像麦迪逊分析的宗派一样，而是国家权力建构中的实质性要素。”〔49〕而在国家权力的运作中，“中国共产党作为人民的建制化代表(the institutional representative)服务于重要的国家目的，即将国家权力的形式化正式机构与政治权力行使的规范性基础融合起来”。〔50〕

由此可见，要理解中国的法治，必须理解党在法治中的作用，由此形成党与法治相结合的“混合的法治概念”(hybrid concept)：“依法治国，就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理国家事务、管理经济文化事业、管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主的制度化、法律化，使这种制度和法律不因个人意志而改变。”〔51〕这个概念一方面将社会各项事业纳入法律规则的治理之下，从而用法律的意志来取代个人意志，用法治来取代人治，这无疑符合西方法治模式的基本要求，但这个概念同时融合了党的领导，使得法治要在党的领导下进行。这无疑是一个具有中国特色的法治概念，但这个概念本身包含了法治内部程序法治与实质法治的张力。而且，更为重要的是，党提供的不仅仅是实质法治的基本价值规范，而且直接渗透到国家司法机器的运作过程中，完全有可能是程序法治的破坏者。

由此，将党的领导纳入法治中，就意味着党的领导也必须服从法治的基本要求。为了实现这个目标，巴克尔比较了两种解决思路：其一，“缩党扩政”(less party more state)，即按照党政分离的思路，让党退出国家机器的运行，变成一个纯粹的政党。这无疑是按照西方的宪政法治模式来改造中国的宪政体制。其二，“扩党缩政”(more party less state)，即按照现在的思路，

〔48〕 Larry Catá Backer, 见前注〔32〕, p. 125—126。

〔49〕 Larry Catá Backer, 见前注〔32〕, p. 130。

〔50〕 Larry Catá Backer, 见前注〔32〕, p. 130。

〔51〕 江泽民：《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪：在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》，1997年9月12日。

进一步加大党与国家的融合,强化党在国家机器中发挥的主导作用,但同时用治理国家的法律规则来约束和要求党。巴克尔倾向于后一种思路,由此他特别看重“三个代表”理论,认为这个理论“可以被解读为为党和国家的官员创设和施加一种重大的信托责任提供了基础,从而使他们有义务完全为了人民的最大利益而行动”。〔52〕而依法治国,建设社会主义法治国家也属于这种信托责任的一部分,从而使得党服从于宪法和法律。因此,巴克尔认为可以用“三个代表”理论中包含的西方民主和法治思想来驯服党。

为了驯服党,使得党履行这种依法治国的信托责任,首先,要在党内培养一种“法治伦理”,使得党同时成为“法治建设的先锋队”,从而用执政党的法治意识来取代革命党的革命意识,而党员的伦理责任意识是党承担这种信托责任的关键。由此巴克尔讨论了三个代表理论提出之后的各种党内伦理建设的运动,比如“两个务必”,“八荣八耻”等。其次,将法治的要求贯彻于党内。“党嵌入正式国家机制之中,同时国家权力的法治要素也嵌入中国共产党本身,二者可以有多种方式相互推进。”〔53〕这就意味着要依法治党,党必须遵守宪法和法律,而且首先必须遵守党章和党内的规范,从而强化党的纪律。最后,为了推进依法治党,就必须约束党内的个人主义要素。这一方面要求扩大党内民主,而另一方面就是要扩大党的群众基础,让更多的社会阶层进入党。由此,“三个代表”对于依法治党具有重要的意义。

(六)违宪审查:中国式的宪法法院

宪政意味着宪法具有最高的法律效力,因此违宪审查就是保障宪政的必要制度安排。目前,世界上的宪政国家主要采取四种违宪审查模式:其一是英美普通法传统的司法审查模式;其二是法国宪法委员会的政治审查模式;其三是两种模式相混合的宪法法院审查模式;其四是中国的全国人大审查模式。

在这四种违宪审查模式中,比较有争议的是全国人大审查模式。从宪法上看,全国人大作为最高权力机关无疑可以行使违宪审查权,但全国人大同时是立法机关,由自己来审查自己的立法是否违宪,在法理上是矛盾的,在现实上是不可行的。这就引发了关于中国违宪审查制度的争论。由于宪法上规定了这种全国人大审查模式,不少学者主张在全国人大之下设立宪法委员会,而相当多的学者倾向于英美的司法审查模式,主张实行“宪法司法化”。

无论是全国人大的审查模式,还是宪法司法化模式,都是从成文宪法所规定的国家机构来思考违宪审查问题。在巴克尔看来,这种关于中国违宪审查的争论犯了方向性错误,因为这些不同的主张都忽略了在中国宪法中的主权权力或政治权力,而违宪审查行使的权力乃是政治权力,而不是行政权力。在中国“国家一政党”宪政体制中,无论是全国人大还是最高人民法院,宪法所确立的这些国家机关行使的权力都属于行政权力,而政治权力属于中国共产党。这就意味着在中国宪政体制中,无论是全国人大还是最高人民法院,都无法真正行使违宪审查权。因此,“在中国,按照中国的方式来实现违宪审查是可能的,但只有按照中国宪政体制中规

〔52〕 Larry Catá Backer, 见前注〔32〕, p. 140。

〔53〕 Larry Catá Backer, 见前注〔32〕, p. 165。

定的最高权力机构来实施才是可能的。而这些最高权力机构并不位于国家机器中，而是由中国宪法将其赋予中国共产党。”〔54〕“中国共产党是而且应当被看作是对宪法的权威解释者，宪法秩序是由中国共产党所主持创设的，且中国共产党受到宪法秩序的约束。”〔55〕

具体而言，巴克尔认为，可以在中国共产党内部设立一个特别委员会作为最高的机构。这个委员会也可以被看作是一个宪法法院，但其目的与其说是为了解决司法纠纷，不如说是为了“维持在‘国家—政党’宪政体制中国家权力与政治权力，即全国人大架构与中国共产党的关系”。〔56〕因此，这个委员会仅仅接受全国人大常委会多数成员提出的审查议题，而不接受个人提出的审查诉求。这种宪法法院既不需要采取普通法法院的司法审查形式，也不需要采取西方模式的将政治与司法混合在一起的宪法法院模式，而类似于法国的宪法委员会模式。然而，可能巴克尔没有想到的是，如果采取这种违宪审查模式，估计从来不会有什么违宪审查问题，就像目前似乎从来没有发生什么违宪问题需要审查一样。

四、简单的结论

巴克尔从现代性政治面临价值与事实相分离这个根本问题出发，以比较的视野来讨论全球宪政问题，特别是比较美国主导下的西方世俗的超国家宪政、伊斯兰世界的神权宪政和中国的“国家—政党”宪政或“单一政党宪政”，从而指出这些不同的宪政模式在根本价值规范与国家机器程序化运作之间的内在张力。尽管巴克尔对这些问题的研究不够深入，但任何不带有意识形态偏见的严肃学者不能不认真对待他所提出的问题，以及给出的一些尝试性解答。

从这种秉持“价值中立”的社会科学研究方法看，二战以来西方宪政所体现的普遍价值规范原本是“历史的”和“政治的”。普遍规范不是理论自我主张的结果，而是历史上政治斗争的产物。普遍规范价值的宣扬者喜欢谈论“历史终结”，因为这意味着一劳永逸地确立了其价值规范的普遍正当性。然而他们喜欢的其实是“终结”这个后果，但从来不准备严肃认真地对待“历史”。因此，他们在内心中不喜欢真正严肃对待“历史终结”的思想家，无论是黑格尔、马克思、科耶夫还是福山。因为只有严肃对待“历史”的思想家才能真正理解“普遍性规范”所包含的政治意涵，而规范主义者总是试图用法律程序技术过滤掉“普遍性规范”中的历史和政治意涵。这种事后的“消毒”工作就像给私生子领取合法出身证明一样，乃是为了掩盖其卑贱或非法的起源，这其实颇有些皇帝新装的嘲讽意味。因此，规范主义者与政治宪法学的分歧不仅意味着我们在学术工具箱中顺手拿起哪件工具——这些工具迫使我们追问能否对“历史”和“政治”持一种诚实的态度，而且考验我们的心智是否足够健康：到底是如自由的雄鹰那样以超越

〔54〕 Larry Catá Backer, *A Constitutional Court for China within the Chinese Communist Party: Scientific Development and the Institutional Role of the CCP* (November 28, 2008), p. 3 (Available at SSRN; <http://ssrn.com/abstract=1308598> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1308598>).

〔55〕 Larry Catá Backer, 同上注, p. 15。

〔56〕 Larry Catá Backer, 同上注, p. 16—7。

的眼光、怀着平常心看待古今历史上不同文明、不同生活方式、不同宪政体制；还是如同愚蠢的鸵鸟那样，一头扎到某个沙堆中，以对外面世界的无知来消除自己内心的恐惧。在这个意义上，巴克尔的研究虽然简单，但那是一个雄鹰视角下的简单；而他批评的那些规范主义者，就像那只一头扎在西方宪政中的鸵鸟，试图躲避他们所不理解的世界，无论是神秘的伊斯兰世界，还是拥有古老文明传统的中国。

如果我们能够像巴克尔那样看世界，那么我们就需要怀着平常心和平等心来看待美国宪政、伊朗宪政和中国宪政，既不准备特别去巴结谁、赞美谁，也不需要特别去鄙视谁、仇恨谁。“家家都有本难念的经”，大家都生活在这个地球上，都希望过上自己的好日子。我们需要持一种同情理解的态度，体会不同制度面临的困境。“人不是天使”，因此人类制度的优劣是相对的，不同的工具解决不同的问题，根本就没有万能的灵丹妙药。正如美国的宪政体制面临着“反多数难题”的困扰，对美国最高法院堕落实为“政治法院”的批评不绝于耳，“人民宪政”的主张也此起彼伏，而神权宪政和“国家一政党”宪政就不存在这样的困惑。神权宪政和“国家一政党”宪政都存在宪法之上的最高价值规范，会压制自由、人权的价值，也会出现破坏法治的状况，但这些宪政体制可以有效地实现政治整合和社会整合，避免多元主义加速的政治分裂和社会文化分量，而今天美国正在经受这种社会文化的分裂所导致的政治分裂的困扰，民主国家也都在经受着民主带来的痛苦。

因此，历史不会终结，就像人不可能变成天使，人间不可能变成天堂一样。二战以来，人类历史正面临着前所未有的变革时期，不仅二战和后冷战以来形成的国际政治经济秩序经历着急速的变化，全球化也使人类生活的前景面临着前所未有的挑战。而崛起中的中国无疑是推动这个世界变化的重要动力，也是未来应对人类生活挑战的重要力量之一。因此，我们要继续怀着平常心来对待中国，真正认识这个我们每个人都自以为熟悉、而实际上依然陌生的国家、人民和文明。事实上，我们今天对中国的认识往往要借助于西方的研究，正如海外汉学对中国的研究每每让我们对自己的国度和文明产生陌生感一样，巴克尔对当下“国家一政党”体制的研究相信也会给我们带来思考上的刺激。

“国家一政党”体制在中国有漫长的历史，且不说这种体制与古典天下体系有某种连续性，民国以来形成的“国家一政党”体制及其演变，足以体现出中国人应对现代政治生活的独特方式。“国家一政党”体制在中国，而目前对“国家一政党”体制的研究却在海外。我们身处其中，却日用而不察。因此，真正关心中国宪政法治建设者，不能不认识“国家一政党”体制、研究“国家一政党”体制，从而改革“国家一政党”体制、完善“国家一政党”体制。也许，就像美国宪法中的反多数难题一样，“国家一政党”的权力划分难题可能会带给中国学者持久的困惑。

(责任编辑:章永乐)