

“差序格局”、反定型化 与未完全理论化合意

中国宪政模式的一种叙述纲要

田 雷*

摘 要 在重新发现中国宪法的理论自觉下,本文以中国宪政模式为题,以“差序格局”、反定型化和未完全理论化合意为关键词,层层递进发现了中国宪政的一种结构性面向。“差序格局”是中国宪政模式的物质基础,是中国宪法实践和理论思考的立足点。反定型化是“八二宪法”时代的改革策略。中国改革在相当长的时间内包含并且包含着参差多态的地方模式,这种地方试验主义的宪法允许由下而上、因地制宜的制度创新和政策试验。在此基础上,中国宪政作为一种政治整合机制,必须自觉地保持共识的未完全理论化,这不仅是建设一个各得其所的自由社会的要求,还是由“差序格局”政治空间及其内部差异性与反定型化作为特定时期的宪法策略所共同决定的。

关键词 差序格局 反定型化 未完全理论化合意 中国宪政模式

我辽阔博大,我包罗万象!

——沃尔特·惠特曼:《自我之歌》

秉国之钧,四方是维。

——《诗经·小雅·节南山》

* 重庆大学人文社会科学高等研究院副教授。作者感谢凌斌、欧树军、田飞龙、翟志勇、张龔、章永乐等友人对本文初稿的建议,这些建议有一些已经吸收进本文的定稿,还有更多的有待于在后续的研究、思考和写作中加以回应。一如既往,文责自负。

中国宪法学长期以来不断自我重复着一种迷思,中国有宪法却无宪政。这一迷思之所以具有学术市场,主要原因在于我们并未确立一套行之有效的宪法审查制度,我们的“八二宪法”未能像美国或德国宪法那样被“司法化”,因此不是一部“活”宪法,未能“动”起来,是“没有牙”的花瓶宪法。这让宪法学者自我想象为难为无米之炊的巧妇,一边时刻准备着构建一种一般将来时态的宪法学,一边等待戈多式地憧憬着一种据说终会降临的“宪法时刻”。本文的出发点是反其道而行之的。在我看来,中国与其说是没有宪政,不如说是没有自己的宪法理论。假如宪法学者带着外国宪法的理论西洋镜观察中国的宪政实践,那么他们注定是“看不见”中国宪政的。但在纪念“八二宪法”颁行三十周年之际,我们的宪法理论却沦为欧风美雨的智识半殖民地甚或殖民地,我们作为中国宪法的研究者难道不应该反思吗?

“一个民族的生活创造它的法制,而法学家创造的仅仅是关于法制的理论”,〔1〕但中国宪法学者近年的工作却是角色错位的,他们更愿意把自己想象为现状的批判者、法制的革命者或灵魂深处的工程师。但在这个大众民主的时代,知识可以改变命运,但却不能带来权力,也不意味着德性。宪法学者只是宪法的研究者,他们能讲述马伯里诉麦迪逊的故事,研读过德沃金、波斯纳或阿列克西的著作,或发表过宪法如何解释的论文,但仅此并不能赋予学者进行宪法决策的权力或做出宪法判断的能力。在此意义上,中国宪法学者所要做的与其说是要改造我们的宪法,不如说是反求诸己——改造自己的宪法观,思考如何将中国的宪政实践理论化。本文即是在“重新发现中国宪法”〔2〕的理论自觉下所进行的一次学术探索,它旨在总体性地、结构性地把握中国宪政实践的模式。借用苏力教授数年前在司法化风潮时期所提出的一个论断,“每个相对长期存在的国家,不论其结构组合和治理是否为你我所欲,都必定有其内在结构和相应权力配置,都有其制度逻辑,这就是我要研究的实在宪法”,〔3〕那么本文所要做的就是研究中国政制的内在结构组合和制度逻辑。

在文章标题内依次出现的“差序格局”、反定型化、未完全理论化合意是本文的三个关键词。这三个概念均非此时此地的原创,而是分别取自于费孝通的《乡土中国》、诺齐克的《无政府、国家与乌托邦》和桑斯坦的《法律推理与政治冲突》。〔4〕就原初出处而言,这三个概念是风马牛不相及的,但在我看来共享着极丰富的空间结构感,只要进行简单的“创造性转换”,就可以非常直观地组织起我们在中国宪法问题上所具有的一些常识性认知,从而建构起本文副标题内所示的“中国宪政模式”。需要特别指出的是,我在这里借用的只是这三个概念本身的论证结构,而不是进行近年来常见于宪法学论述的“美国宪法及其对中国的启示”的作

〔1〕 苏力:《法治及其本土资源》(修订版),中国政法大学出版社2004年版,页304。

〔2〕 关于“重新发现中国宪法”的必要性和可行性的一个论证,可参见田雷:“重新发现宪法”,载强世功主编:《政治与法律评论》(2010年卷),北京大学出版社2010年版,页253—269。

〔3〕 苏力:“当代中国的中央与地方分权——重读毛泽东《论十大关系》第五节”,《中国社会科学》2004年第2期,页53。

〔4〕 费孝通先生的《乡土中国》市面上流行着多种版本,我所用的是费孝通:《乡土中国·生育制度·乡土重建》,商务印书馆2011年版。另外两本书则为Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, 1977; Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, 1996。

文。在此意义上,本文要求一种基于政治空间的思维和想象,因此要求宪法研究者暂时放松他们作为“文字脑”的左脑,启动作为“图像脑”的右脑,以进入由这三个概念所塑造的更感性也更直观的空间性意涵和构造。〔5〕

本文有自己的理论追求,在写作过程中反复追问的是“什么是你的贡献”,但一篇文章不可能解决所有问题,它只能解决它所提出的问题。正如本文副标题所示,本文充其量是中国宪政模式的一种论纲。首先要强调“一种”,因为中国作为一个共同体是“辽阔博大”和“包罗万象”的,也因为任何理论化的工作都必然是对现实世界的“去粗取精”和“去伪存真”。我并不认为本文的三个关键概念所建构起来的中国宪政结构可以覆盖中国宪政的方方面面,但重要的是,这个三合一的概念组合至少指向了我所感知的中国宪政的主要矛盾。其次应强调本文只是一种“论纲”,它的主要努力只是在于给出一种开放性的结构,展示出一种至少在我看来仍需努力的学术路径,提供一种可想象的学术讨论空间。事实上,我从未奢望本文的论证可以说服每一位读者,在一个健康的学术市场内,宪法学的研究者有时不得不面对“道不同,不相为谋”的立场和方法选择问题;更戏谑地说一句,那就是“至于你们信不信,反正我信了”。

一、中国政治空间的“差序格局”

中国是一个超大型的政治文化共同体。作为一个大国,中国有着全世界最多的人口,14亿的总数已经超过了欧洲、中北美洲、非洲和大洋洲的人口总和;就疆域而论,中国有960万平方公里的国土,仅次于俄罗斯和加拿大,与美国大致持平;在民族问题上,中国有汉族与55个少数民族,各民族的分布呈现出“大杂居、小聚居”的格局;就社会经济发展程度而论,各个地区之间的发展很不平衡。以上不仅是国情教育的最基本事实,也是“八二宪法”所面对的现实格局。

法学理论的思考与法制建设的探索不可能脱离一个国家的基本国情,因此,中国是一个复杂多元的超大型政治共同体,这一命题应当像孙悟空的紧箍咒一样时刻规定着学者的思考。但我们的现状却并非如此,法学者看起来在中西古今之间自由穿梭,早已忘记了此命题对中国论述所具有的无处不在的约束力。苏力教授曾为这一病态现状归纳出两点原因:首先是此命题“不是法言法语”,其次是“柏拉图或霍姆斯从来没说过”。〔6〕我在这里再加上第三点,即宪法学者还未能将这一国家学说或国情论述转变为一种宪法学理的表述。相应地,本节希望完成三重任务:首先是用宪法的语言来阐释本命题,将其法言法语化;其次是从经典以及当代的中国论述中重新发现本命题;最后也最重要的是,借用费孝通先生的“差序格局”概念,概括中国政治空间所具有的复杂、多元、差异的结构特征。

〔5〕 这里所说的“右脑”的宪法学,可参见劳伦斯·却伯的一个说明:“我所特有的用‘右脑’思考法律材料的方法”,“运用可视的视觉材料来描述在美国宪法内看不见的物质。”参见(美)劳伦斯·却伯:《看不见的宪法》,田雷译,法律出版社2011年版,页143。

〔6〕 参见苏力:“崇山峻岭中的中国法治——从电影《马背上的法庭》透视”,《清华法学》2008年第3期。

(一)“差序格局”命题的提出:法言法语的表述

“差序格局”如要得以提出,宪法理论首先应当走出在国家结构形式上由单一制和联邦制所设置的认识论误区。首先,中国宪法学的通说认定中华人民共和国是一个单一制的国家,主张单一制乃是中国宪法的一项基本原则。^[7]但问题在于,“八二宪法”并未在文本内规定单一制的基本原则,而学者们所给出的教科书体例的论证实际上理论化程度并不高,宪法序言中出现“统一的多民族国家”并不能成为中国实行单一制的直接理据。近年来,宪法学以及相关学科在中央与地方关系上的论述开始挑战中国作为单一制国家的通说。在对单一制学说进行修正之时,学者的常见策略就是为单一制或联邦制加上前置的修饰词。例如,经济学家钱颖一和其美国合作者在1995年就提出了“中国风格的联邦制”这一概念,认为它是中国经济改革成功的政治基础;^[8]政治学家郑永年近年来提出了“事实联邦制”或“行为联邦制”的概念;^[9]而宪法学界更是有丰富多彩的创新,近年来有不少论者在单一制前加上了“中国特色”这个一劳永逸的形容词。这些论述一方面确实丰富了我们对中国国家结构形式的认识;但另一方面,这种修正论述的策略也在表明,单一制和联邦制只能是我们认识的起点,我们的理论探索应当突破这种在理想型概念中植入修饰词的方法,而中国政治空间结构的“差序格局”就是在这一理论自觉之下所提出的。^[10]

“中国”本身就是一个在空间上得以定义的政治概念,而在“八二宪法”的结构内,中国由34个省级行政区所构成,包括4个直辖市、23个省、5个自治区与2个特别行政区。在省以下,地方建制还包括15个副省级城市、333个地级行政区划单位、2856个县级行政区划单位、40906个乡级行政区划单位。但本文的讨论并不是要一竿子插到底,而是选择在中央与省级地方之间的“条块”关系处进行纵剖横切。^[11]应当指出,本文将“差序格局”的适用范围限定在北京与省级地方之间的空间关系,^[12]并不是要否认它在现实中并不适用于省级地方内部。

[7] 一种具有权威性和代表性的论述,可参见胡锦涛、韩大元:《中国宪法》(第二版),法律出版社2007年版,页80。

[8] Gabriella Montinola, Yingyi Qian, and Barry Weingast, “Federalism, Chinese Style: The Political Basis for Economic Success in China”, 48 *World Politics*, 50—81, (1995).

[9] Zheng Yongnian, *De Facto Federalism in China: Reforms and Dynamics of Central—Local Relations*, World Scientific Publishing, 2007.

[10] 费孝通先生在《乡土中国》中有对“差序格局”比较严格的界定,本文在这里脱离了此概念的原初语境,而用来概括中国多元复杂的、具有差异性的政治空间。严格说来,本节所阐释的政治空间的“差序格局”与此概念的原初意图并不能呈现为结构性的完全吻合。但在我看来,拿来主义在这里是一个论证成本较低的可行选择。而且,本文对“差序格局”的使用并未完全偏离费孝通先生的原意。欧树军、徐斌博士曾提醒我注意“差序格局”概念的理论原意,王绍光教授曾在这一基础上建议微调为“差异格局”,在此一并致谢。还要说明,我最终的选择是为这个概念加上引号,以示概念的调适。

[11] 在中央与地方关系以至中国宪制的叙述中,条块关系也应是突破单一制和联邦制之二元对立的一个方向。关于条块关系的一次理论化努力,可参见刘忠:“条条与块块关系下的法院院长产生”,《环球法律评论》2012年第1期,页107—125。

[12] 应当指出,本文所说的“北京”并不是作为省级地方的北京市,而是指中国的政治中枢。

事实上,我们知道,无论就规模还是内部复杂性而言,中国的大省都超出了世界上大多数民族国家,“差序格局”在此意义上应当是可以继续“下沉”的。但本文的论述视角限定在北京与省级地方的组合结构上,一方面是为了节约本文的论述成本,另一方面则是要再次显现出中国宪制内所蕴含的“跨省结构”,这构成了本文作者重新发现中国宪法的一种切入视角。^{〔13〕}而在这一跨省视角内,中国政治空间的“差序格局”表现为下述三个方面:

首先,在国家结构形式上,“八二宪法”设定的是“一国多制”的基本格局。根据宪法第30条,“全国分为省、自治区、直辖市”,紧接着的第31条则规定“国家在必要时得设立特别行政区”。因此,第30条中的“省”是作为常规的省级地方而存在的,相比之下,自治区、直辖市以及第31条进行专项处理的特别行政区都展示出了程度大小不等的“例外性”。就此而言,北京与香港、西藏或山东不会是均质性的关系,它们之间的宪制关系必定呈现出不同的结构性逻辑。因此,“一国多制”所指向的就是这种由常规到例外或“特别”的有等差的宪制格局,由于这一判断有着坚实的文本基础,因此应当不具有理论上的争议性。事实上,一国多制的提法现已散见在不少宪法学者的论述中。最近,香港宪法学者朱国斌就将中国国家结构形式界定为“一国多制”的“复合制国家”,其所指向的就是在北京与不同省级地方之间多元的、有等差的宪制关系。^{〔14〕}

其次,在一国多制的基本格局内,宪法名义上的同类项实际上会展示出不同的问题,由此呈现出不同的宪制关系。假如对比中国和美国的行政区划地图,最显而易见的区别即在于中国省区划分的“犬牙交错”和美国的“横平竖直”,这或许就是“差序格局”的一种形象化的再现。例如,同为狭义的常规省,北京与云南之间的关系必定不同于其与河北之间的关系;同为民族区域自治下的自治区,广西和西藏在北京眼里必定呈现出不同的宪制结构;同为直辖市,重庆和上海也各有自己的“差序格局”;而香港和澳门之间唯一的宪制性同构或许就在于它们都是一国两制格局下的特别行政区,而未来在一国两制的宪政原则下实现海峡两岸的和平统一,那么台湾必定也会实现对港澳模式的一种突破或修正。^{〔15〕}因此,形式宪法上的同种类不应掩盖在现实政治运转中所展示出的差异性,这里面包含着一种行为上的、事实意义上的“一国多制”意味。美国政治学者白霖在《中国宪法的现状》中有过一段精彩的论述:

中国的一般省份不是全都以相同的方式与中央政体对接。例如,黑龙江或甘肃自然比安徽和河北与石油部或国防部的关系更密切。天津和重庆都是省级“直辖市”,但天津毗邻北京,而重庆远离北京,在中国试图监控它们时,就产生了差异。它也不涉及像广州、

〔13〕 跨省作为方法,不仅可以适用于宪法学体系内的国家结构问题,也可适用于基本权利的论述,因此可以说是一种总体性的视角。关于跨省结构与言论自由,可参见田雷:“跨省监督:中国宪法体制内的表达自由”,《北大法律评论》第13卷第1辑,北京大学出版社2012年版,页200—220。

〔14〕 Guobin Zhu, “The Composite State of China under One Country, Multiple Systems”: Theoretical Construction and Methodological Considerations, 10 *International Journal of Constitutional Law*, 272 (2012).

〔15〕 例如台湾地区领导人近期内所抛出的“一国两区”的概念。

厦门或温州这些城市——这些城市在地理上远离中国政治体制的核心,被认为是合乎情理地与某些政策习惯上分开的。那里的人们能够说中国北方人听不懂的语言。为少数民族设立的省级“自治”区只有涉及并不危害它们与中国其他地区的融合政策时才是自主的。如果中国是一个清一色的单一制国家,将会很难治理。^[16]

最后,应当也是最为复杂的在于,中国政治空间的“差序格局”并不完全体现在行政区划的标尺上。宪法学者还应当可以想象超越既定行政区划的新“差序格局”,而且,在前述的基于行政区划的格局和超越区划逻辑的复杂网络之间产生了最接近费孝通先生原意的交迭局面。在汪晖的“区域作为方法”的相关论述中,我们就可以发现多种超越既定区划的空间想象路径。^[17]例如,由于省内差异性所形成的地缘性的局部跨省合作,在面对中央政策时跨省合作的行为性的大区联盟,由地区经济中心所催生的跨省的经济整合,全国市场形成后所产生的横向的省际交流和互动。而在更为制度化和结构性的意义上,建国以来在军区设置上有别于地方行政建制的另一种犬牙交错,朱镕基主政时期对国家金融权力所进行的跨省区的重新配置;以及法学者经常提出的司法权区划与行政权区划的相互交叉,这些体制或行动上的宪制格局实际上展示出了另一种“差序格局”,它既超越既定的行政区划逻辑,又与在既定逻辑下的宪制格局形成了复杂的新差序网络。

美国政治学者许慧文在解释中国的政治身体(body politic)时曾提出过“蜂巢政体”的概念。^[18]“蜂巢政体”这一富有空间感的概念的提出无疑是一次进步。但如果中国是一个“蜂巢体”政治组织,那么这个“蜂巢”并不是模制化的,首先蜂巢内部的各个单位是各不相同的,由此也塑造了中枢与地方之间极具差异性的关系结构。本文借用费孝通先生的“差序格局”概念,正是为了描述这种在空间上有等差,在关系上有着复杂交迭的政治组织体。

(二)中国叙述中的“差序格局”:简要的回顾

中国之所以形成以上所述的“差序格局”的政治空间,其物质基础还是要回溯至中国是一个超大型的、区域之间差异极大的共同体。众所周知,这是一个可见于有关中国叙述的各种理论传统中的判断。毛泽东作为新中国的缔造者,早在大革命转入低潮的1928年,就曾提出了中国的红色政权为什么能够存在的问题。在本文看来,毛泽东对此问题的表述极具宪法空间感:“一国之内,在四围白色政权的包围中,有一小块或若干小块红色政权的区域长期存在。”这种格局如何可能形成,更进一步,红色区域的星星之火如何可以燎原?^[19]在全面抗战前夕的1936年写成的“中国革命战争的战略问题”一文中,毛泽东给出了在中国现代史上留下举足轻重地位的著名论断:“中国是一个政治经济发展不平衡的半殖民地的大国”,而毛泽东在该文中

[16] Lynn White III:“中国宪法的现状”,《开放时代》2009年第12期,页73。

[17] 汪晖:“跨体系社会与区域作为方法”,载汪晖:《东西之间的“西藏问题”(外二篇)》,生活·读书·新知三联书店2011年版,页147—204。

[18] Vivienne Shue, *The Reach of the State: Sketches of the Chinese Body Politic*, Stanford University Press, 1988.

[19] 《毛泽东选集》(第一卷),人民出版社1991年版,页48。

也写下了对此判断的经典阐释：

微弱的资本主义经济和严重的半封建经济同时存在，近代式的若干工商业都市和停滞的广大农村同时存在，几百万产业工人和几万万旧制度统治下的农民和手工业工人同时存在，管理中央政府的大军阀和管理各省的小军阀同时存在，反对军队中隶属蒋介石的所谓中央军和隶属各省军阀的所谓杂牌军这样两部分军队同时存在，若干的铁路航空汽车路和普遍的独轮车路、只能用脚走的路和用脚还不好走的路同时存在。^{〔20〕}

也正是因此，毛泽东指出：“中国是一个大国——‘东方不亮西方亮，黑了南方有北方’，不愁没有回旋的余地。”^{〔21〕}如果观察中国革命和社会主义建设的总体历史进程，我们其实不难发现这一“回旋”策略是自始至终贯穿其间的。这就是说，唯有深刻理解了毛泽东的这一判断以及由此所塑造的宪法性策略，我们才能真正理解中国社会主义革命和建设所展示出来的独特性。即便是在中共建政后，毛泽东大量的理论论述以及政治决断，特别是那些走中国道路的自觉思考和探索，在一定程度上还是要回到这一判断。无论是历史证明为正确的如《论十大关系》，还是错误的如大跃进和文化大革命，均是如此。直至中国的经济改革之所以走上一条不同于苏联的道路，具体地说，邓小平及其政治盟友之所以可以通过向省级地方放权让利来绕开保守的中央官僚，找到了经济改革在既定体制内的动力，还是根源于中国改革者所继承的一个由毛泽东所塑造的具有回旋余地的宪制格局。^{〔22〕}

在经典的政治论述之外，中国学术界也留下了大量关于“差序格局”及其物质性基础的论述。其中最重要的当数费孝通先生 1989 年在香港中文大学泰纳讲座上提出的中华民族“多元一体格局”命题。费孝通先生认为，中华民族的主流“是由许许多多分散存在的民族单位，经过接触、混杂、联结和融合，同时也有分散和消亡，形成一个你来我去、我来你去，我中有你、你中有我，而又各具个性的多元统一体”。^{〔23〕}而近年来，在文化自觉和体制自信的感召下所出现的中国叙述，实际上从不同方面阐发了这一经典命题。例如，甘阳近年来不断指出，中国的叙述要走出民族国家的逻辑，而重建一个文明国家的格局：“21 世纪的中国能开创多大的格局，很大程度上将取决于当代中国人是否能自觉地把中国的‘现代国家’置于中国源远流长的‘历史文明’之源头活水中。”^{〔24〕}在此意义上，他著名的通三统命题乃是在创制中国历史的连续性，因此具有宪法性意义。归根到底，当代中国基本维持了前帝国格局时期的人口和疆域，民族国家的叙述范式在此意义上应当加以修正，否则就会制造理论和实践上的扭曲。汪晖近期的写作自觉接续了费孝通的多元一体论。在民族区域自治这一传统宪法问题的论述中，汪晖

〔20〕 同上注，页 188。

〔21〕 同上注，页 189。

〔22〕 Susan Shirk, *The Political Logic of Economic Reform in China*, University of California Press, 1993.

〔23〕 费孝通：“中华民族的多元一体格局”，载费孝通：《论人类学与文化自觉》，华夏出版社 2004 年版，页 121—151。

〔24〕 甘阳：《文明·国家·大学》，生活·读书·新知三联书店 2012 年版，页 1。

的新意就在于他展示出宪法学者普遍缺失的政治空间感,他所提出的“跨体系社会”以及“区域作为方法”,实际上再次指向了民族国家范式与中国区域间时空结构差异性之间的紧张。^{〔25〕}在《中国香港》这本文集内,强世功实际上已经提到政治“差序格局”的问题,他在定义中国政制结构时曾有“一国多制下的政制‘差序格局’”的表述,只是未能继续加以专门的定义和阐释:“费孝通先生将儒家传统的伦理原则概括为‘差序格局’,而这种‘差序格局’与中心和边缘之间从郡县向封建不断过渡的‘一国多制’格局形成了重叠和同构。”^{〔26〕}由此看来,强世功正是在空间结构的维度上来理解中国,“中国要把一个帝国的内容纳入到一个现代民族国家之中”,这在本文看来已经构成了一个宪法学的命题。

回到法学界,苏力是在思考中国法律问题最具政治空间感的学者。他在题为“崇山峻岭中的中国法治”一文中曾经写道:“中国的法学人和法律人必须面对和理解中国。要把中国这个高度抽象的概念转化为具体的山山水水和在上面生活的具体的人,要冷峻直面这块土地上的城市乡村、平原水乡、重峦叠嶂、雪域高原,要使所有这些没有体温的词和词组都在某种程度上与法治的想象和实践相勾连。”从文章标题中的“崇山峻岭”,再到苏力所说的“这块土地上的城市乡村、平原水乡、重峦叠嶂、雪域高原”,实际上最具象地表达出了中国政治空间的“差序格局”以及内含的时空差异性,这也正如本文题记内所引的惠特曼在《自我之歌》中的那句话:“我辽阔博大,我包罗万象!”

(三)“差序格局”的成本与收益

在近期刚出版的《邓小平时代》这本巨著内,傅高义在全书开篇就讲了一个小故事。1979年3月,港督麦理浩访问北京,在人民大会堂得到邓小平的接见。会见结束后,邓小平起身向麦理浩招手示意,告诉这位身高超过六英尺的港督先生:“你如果觉得统治香港不容易,那就来统治中国试试。”^{〔27〕}如要理解邓小平的这句话,还是要回到香港和中国之间存在的主要变量,即中国在“差序格局”内所包含的内部差异性与复杂性,远非香港这一“岛屿”所能比拟。因此,在严肃讨论中国问题时,我们不能忘记这一基本的“中国性”,即中国是一个超大型并且极复杂的政治体。离开了这一判断,我们事实上无法充分解释中国的历史、现实和未来,包括中国在改革时代所形成的独特的宪政模式。本节在此简要概述大国治理所具有的成本和收益。

大国治理有其成本。世界各国都会面临一些共同的治理问题,但相同的社会治理问题在大国内要经历一种量的倍增,由此导致了质的突变。例如,中国和瑞士都要解决药品安全的问题,但瑞士在全国范围内只有两家大型的制药企业。假若我们可以设想中国只有两家或一家制药厂,那么药品安全治理就不再是一道难题,至少不会是目前的面貌。事实上,我们可以以此类推下去,假若中国只有一家或两家食用油或奶制品的生产企业……但问题在于,中国是一

〔25〕 汪晖,见前注〔17〕,页179—188。

〔26〕 强世功:《中国香港:政治与文化的视野》,生活·读书·新知三联书店2010年版,页221。

〔27〕 (美)傅高义:《邓小平时代》,冯克利译,香港中文大学出版社2012年版,页1。

个大国,因此不具有只有一家“____”的条件。

而对于本文的论述而言,更重要的还在于,超大型并且内部差异多元的共同体还要面对同质性较高的小共同体无需面对的整合难题。事实上,这不仅是如何治理中国的公共政策问题,还涉及中国如何可能的存在性危机和结构性挑战。面对“中国只是一个伪装成国家的文明”,有着“世纪之久的身份危机”的西方学者论述,^[28]整合问题无论在理论还是现实中都是一个最急迫的宪法问题。由是观之,“治大国若烹小鲜”作为一种策略最多只可能具有有限的合理性,无为而治或放任自由只可能适用于鸡犬相闻、老死不相往来的简单共同体。在这一问题上,我们可以参考西方经典政治理论中关于治理、政体和疆域的论述。宪法学者也都知道,麦迪逊所写的《联邦党人文集》第十篇之所以具有里程碑式的地位,就在于它在理论和实践上驳斥了孟德斯鸠所代表的小国共和论。

但我们也应看到“硬币的另一面”,即大国在生存和发展问题上所独具的优越性。自中国这个老大帝国与欧洲现代民族国家遭遇以来,中国之所以没有“亡国灭种”,只是沦为“半殖民地”,而后竟奇迹般地保持了前帝国时代的基本格局,正是因为大国特有的回旋余地让我们“东方不亮西方亮,黑了南方有北方”。同样道理的还有抗日战争以空间换取时间的“持久战”战略。在中国共产党的军事史中,“分兵以发动群众,集中以应付敌人”,“打得赢就打,打不赢就走”,“农村包围城市”,这些斗争策略都需要大国的版图才能得以成功实践。中国共产党建立新政权后,“一方有难、八方支援”的危机应对方针,“由点到线,由线到面”的制度扩散过程,“五湖四海”的干部选拔政策,“南水北调”和“西气东输”的跨省资源“再分配”工程,以及近年成为舆论焦点的四纵四横的高铁布局,凡此种种,它们得以施行不仅是单一制国家“全国一盘棋”的要求,也不仅是社会主义国家有集中力量办大事的国家能力,还要得益于中国“差序格局”所具有的纵深空间。因此可以说,在中国所走过的每步路上,一方面承担着大国所规定的成本,另一方面也享受着大国所具有的收益,这种一体两面或许正是中国作为一个超大型政治共同体的“天定命运”吧。

二、中国改革的反定型化策略:重读邓小平“南巡讲话”

“反定型化”是一个应予简单交代的概念,它取自于诺齐克的政治哲学名著《无政府、国家与乌托邦》。^[29]应当指出,诺齐克的政治理论与中国的社会主义宪法是完全不同的两个东西:首先,政治理论探讨的是众人应当如何更好地生活在一起,在此意义上,宪法理论可以参考政治理论,但不应以政治理论马首是瞻。美国宪法学曾有言:“宪法应该跟着国旗转,而不能跟

[28] See, e. g., Pamela Kyle Crossley, “China’s Century—Long Identity Crisis”, *The Wall Street Journal*, Oct. 9, 2011.

[29] Robert Nozick, *supra* note 4. 关于定型化(patterning)的问题,可参见页 155—160。

着《纽约书评》转。”〔30〕其次,诺齐克主张一种最小国家,根据他的理论,只有治安和契约执行的守夜人国家才能得到正当性的证成;而“八二宪法”第1条就宣布中国是一个社会主义国家,而社会主义要求“共同富裕”,因此必定要求一种跨省区、跨阶层、跨越城乡二元结构的再分配。〔31〕

但本文所借用的“反定型化”概念并不涉及诺齐克本人或其理论的实体偏好,而是诺齐克进行理论批判的论证结构和手法。诺齐克认为,以罗尔斯的正义论为代表的分配正义理论都存在一种“定型化”(patterned)的范式,即理想的分配状态必定表达为一种基于(——)的分配,这道填空题的答案可以是劳动、智力、也可以是罗尔斯的两个正义原则。但问题在于,只要存在(市场)交易,任何定型化的理想分配状态都只能呈现为一种转瞬即逝的格局,事实上会出现诺齐克所说的“自由颠覆定型”的难题。若要保持定型化的理想现状,则需要一种(来自于国家)的干预之手,从不间断地将自由所颠覆的定型化状态进行拨乱反正,但这是任何一种分配正义理论都不可能允许的。而作为本文的关键概念,反定型化主要借用了诺齐克原初概念的形式结构以及所可能表现的宪法意涵。

(一)为什么要读邓小平?

在纪念“八二宪法”颁行三十周年之际,宪法学者应当意识到这部宪法是共和国历史乃至中国宪法史上最成功的一部宪法。而伟大的宪法从来都不只是一种文本(text),其制定过程必定也隐藏着史诗性的政治作为(deed)。〔32〕假如未能理解制宪舞台后的政治作为,也就难以真正把握宪法文本的时代精神。在此意义上,“八二宪法”实际上诞生于1978年乃至更早:设若没有党的十一届三中全会这一“历史大转折”,未发生作为其思想基础的真理标准问题的大讨论,也就不可能制定出作为“改革宪法”的“八二宪法”。因此,既然我们说中国自1978年开始的是一个邓小平的时代,那么“八二宪法”实际上就是一部邓小平宪法。由是观之,中国宪法的研究者与其“言必称希腊”,满篇尽是卢梭、康德或罗尔斯,不如重新回到邓小平以及他的同事们,重读邓小平在中国改革时代的相关重大论述。

诚然,邓小平的大部分论述既没有做到“法言法语”,又未直接涉及形式上的法律或宪法议题;而且,即便是邓小平在就法制问题谈话时所给出的“法言法语”,在今天也很有可能被形式

〔30〕 参见 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 58. 因此, Ely 认为宪法解释绝不能是“我们喜欢罗尔斯,你们喜欢诺齐克。6比3,我们赢了,立法撤销”,参见页 58. 而本文作者认为,中国宪法理论的一个最大误区就在于未能区分宪法理论和政治理论。

〔31〕 “社会主义的本质,是解放生产力,发展生产力,消灭剥削,消除两极分化,最终达到共同富裕。就是要对大家讲这个道理”,参见《邓小平文选》(第三卷),人民出版社 1993 年版,页 373.

〔32〕 “每一部宪法都有一部史诗”,参见 Robert Cover, “Nomos and Narrative”, 97 *Harvard Law Review*, 4-68 (1983); “建国者的‘宪法’不只是一种文本,也是一种作为——一种构成(constituting)”,参见 Akhil Reed Amar, *America's Constitution: A Biography*, Random House, 2005, p. 5.

主义者或法条主义者归为“错误”或“违宪”的。^[33]但这些论述既是解释“八二宪法”文本时必须参考的“外部资料”，也是中国宪法研究的第一手文献材料。《邓小平文选》所收入的几篇长文，包括1980年的“党和国家领导制度的改革”、邓小平在上个世纪八十年代关于香港问题的一系列谈话，以及1984年“在中央顾问委员会第三次全体会议上的讲话”，都可以说是中国宪法研究者应予认真对待的学术富矿。在此意义上，中国宪法学的困境绝不是巧妇难为无米之炊，突破点在于要以重新发现中国宪法的自觉去打破宪法学作为概念、学说和理论殖民地的现状。本节就选择了邓小平在1992年初的南方谈话，^[34]这一在今年迎来二十周年纪念的谈话有着丰富的、但尚待发掘的宪法意涵，我们可以说，它构成了一种对“八二宪法”的不成文更新，其影响力要远远超过任何正式的文本修改。

南方谈话的表现形式是文本，但“南巡”本身则是一种政治作为。^[35]它一方面是邓小平这一位88岁的老人带有高度历史使命感和责任感的自觉行为，另一方面也镶嵌在中国“差序格局”的政治空间之内。也就是说，“南巡”本身非但不是中国宪制中的“例外”，反而是由既定的宪制结构所决定的合理行为选择。在北京的政治动力不足或者难以启动之时，共和国的最高领导人通常都会选择到地方寻找变革的原动力，这种在共和国历史上反复出现的行为方式有着内嵌于“差序格局”之政治空间的合理逻辑。由是观之，无论是历史证明错误的宪法性决策，诸如毛泽东时代的大跃进或文化大革命；还是正确的宪法性决策，诸如邓小平时代的经济体制改革以及在“南巡讲话”后启动的市场化改革，中国宪法的研究者应当发现它们在实体差别掩盖下的高度同构的决策结构形式。毛泽东需要下到上海才能发动文化大革命，邓小平则通过“南巡”找到了继续市场化改革的政治动力。这两段历史在实体政策的意义上有着不可能再大的差别，但在宪法结构意义上却有着基于政制“差序格局”的隐蔽暗合，这也正指向了共和国前三十年与后三十年之间的宪法连续性，邓小平在宪法决策结构的意义上是毛泽东的继承人。^[36]

[33] 例如，在1983年7月19日，邓小平在谈到“严厉打击刑事犯罪活动”时曾指出：“现在是非常状态，必须依法从重从快集中打击，严才能治住……要讲人道主义，我们保护最大多数人的安全，这就是最大的人道主义！严厉打击刑事犯罪活动是一件大快人心的事。先从北京开始，然后上海、天津，以至其他城市。”邓小平这段不长的谈话，显然有着多处不符合自由主义、形式主义法治理论的表述，但宪法学者必须学会认真对待这些文字，既不能视而不见，也不应因“食洋不化”而“今是昨非”。参见邓小平，见前注[31]，页33—34。

[34] 《在武昌、深圳、珠海、上海等地的谈话要点（一九九二年一月十八日—二月二十一日）》，载邓小平，见前注[31]，页370—383。南方谈话实际上是三卷本《邓小平文选》所收入的最后一篇文章，在研习中国宪法时，我们有必要像美国宪法学者对待华盛顿的告别演说或林肯的葛底斯堡演讲一样来对待邓小平的“南方谈话”。

[35] 关于邓小平“南巡”的过程及其在中国现代史上的地位，可参见傅高义，见前注[27]，第二十三章“邓小平时代的终曲——南巡：1992”，页593—615。

[36] 宪法学应当建构历史的连续性，美国宪法学者在此方面的经典努力可参见（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2012年即出。而关于共和国历史在前三十年和后三十年之间的连续性，一个政治理论的论纲可参考甘阳：“中国道路：三十年与六十年”，《读书》2007年第6期，页3—13。

在进入“南巡讲话”的具体分析前,本文还要指出,反定型化非常贴近我们对邓小平改革的常识性认知。例如,中国改革时代的序曲是关于真理标准问题的大讨论。在这场讨论中,“两个凡是”作为一种国家学说就预设了诺齐克意义上的定型化范式,这表现在它为理想的宪制和公共政策提供了一种实体性的判准,即“凡是毛主席作出的决策,我们都坚决维护;凡是毛主席的指示,我们都始终不渝地遵循”。相比之下,邓小平支持的实践论认为“实践是检验真理的唯一标准”,虽然从表面上看来,这一学说仍将“实践”设定为标准,但由于中国改革时代的实践有其自发性、非计划性、多中心性,随处可见实践的“非预期效果”,因此将实践论的主张作为中国改革的基本认识论前提,实际上已经具有了反定型化结构的味道。我们知道,邓小平的改革从一开始就未设定一个标准化的蓝图,我们常说邓小平是一个务实主义者,中国改革是“摸着石头过河”,所表达的就是这种开放式的改革路线图。中国民众妇孺皆知的“猫论”,不管黑猫还是黄猫,抓住老鼠的就是好猫,实际上就是一种“反定型化”的表述。

在《邓小平文选》第三卷内,我们随处可见邓小平对地方由下而上的创造性改革的鼓励,诸如我们所熟知的“大胆地试,大胆地闯”,而“闯将”或“试验”一定会是反定型化的。如果借用法理学中所区分的“标准”(standard)和“规则”(rule),^[37]我们或许可以认为,在经济改革的最初十多年,北京很少为“差序格局”内的各个省级地方设定行为规范,许可、禁止或指令地方从事规范指向的行为。相应地,北京在“与省博弈”(playing to the provinces)的过程中经常沿用了一种“包干制”的逻辑,即只要求地方可以完成北京所设定的指标任务,至于地方是如何完成的,则不在北京的考虑范围内。由此我们才能理解广东省当时所提出并且流传全国的“遇到红灯绕着走,遇到黄灯闯着走,遇到绿灯抢着走”,这一地方政府的逻辑还是根源于北京在这一时期的反定型化策略以及由此包容的巨大政策空间。因此,我们才能解释,为何在一个形式单一制的国家一政党政体内包容着“地方政府公司制”、“地域竞争”、“良性违宪”或“宪法变通”的空间。

(二)“大胆试”和“允许看”的再阐释

2012年不仅是“八二宪法”颁行三十周年,同时也是邓小平发表“南巡讲话”的二十周年。在年初的一系列纪念活动中,曾有论者将邓小平“南巡讲话”概括为“允许看、大胆试、不争论”,这是本文可以认同的一个归纳。但问题在于,相当一部分对“允许看、大胆试、不争论”的阐释实际上已经泛化了邓小平的原意。例如,“允许看,是对怀疑或反对者的宽容;大胆试,是对改革者的鼓励;不争论,是避开‘姓社姓资’的责难”,^[38]这样的解读不能说是错误,但如此笼统泛化的阐释却失于抓住问题的根本。在这些解读中,邓小平实际上被想象为或打扮成“自由主义者”。但应看到,“南巡讲话”共有六节,第二节虽然讲到“不争论”,即不进行姓资姓社的理论争论,但并不是说中国改革道路无所谓姓资或姓社,不争论只是“为了争取时间干”,^[39]这里

[37] 关于法学理论中的“标准”与“规则”的论述,可参见 Kathleen Sullivan, “The Justices of Rules and Standards”, 106 *Harvard Law Review*, 22-123 (1992)。

[38] “允许看,大胆试,可讨论”,《炎黄春秋》2012年第1期,页1。

[39] 邓小平,见前注[31],页374。

“干”的还是社会主义。而邓小平在接下来的第四节谈到“始终注意坚持四项基本原则”，在第五节内谈到“党的基本路线要管一百年”。因此，邓小平是一位社会主义者，这是盖棺论定的判断。^{〔40〕}

至于将“允许看”泛化为“知情权和监督权”，“大胆试”泛化为“参与权”，“不争论”演绎为“可讨论”并进一步泛化为“表达权”，^{〔41〕}这种断章取义、各取所需的解读首先是没有必要。因为“八二宪法”早在文本内就写入了相应的基本权利，而且2004年的修宪也已将“国家尊重和保障人权”写入宪法，更重要的是极易遮蔽了南方谈话的真正历史经验。宪法解释者最应避免的就是将解释者本人的价值偏好混入文本之内。因此，既然邓小平的“南巡”是向地方寻找中国改革的进一步动力，那么“大胆试”和“允许看”都是对政制“差序格局”内的（省级）地方所言的。换言之，在邓小平理论的体系内，它关系着中央与地方的纵向分权问题，而不是国家与社会的边界界定问题。

关于“大胆试”，邓小平在深圳时曾指出：“改革开放胆子要大一些，敢于试验，不能像小脚女人一样。看准了的，就大胆地试，大胆地闯。深圳的重要经验就是敢闯。没有一点闯的精神，没有一点‘冒’的精神，没有一股气呀、劲呀，就走不出一条好路，走不出一条新路，就干不出新的事业。”^{〔42〕}因此，只要回到“大胆试”的语境，我们即可看到，“大胆试”是邓小平向中央统一领导下的地方政府所发出的一个信号。对于同时期反复强调“稳定”、“中国不能乱”、“反和平演变”的邓小平来说，“大胆试”是确有所指的，既非一窝蜂似的“大干快上”，也不是什么“参与权”。而且，在讲话的同一段落内，邓小平实际上已经给出了为什么试、闯、冒的说明：

恐怕再有三十年时间，我们才会在各方面形成一整套更加成熟、更加定型的制度。在这个制度下的方针、政策，也将更加定型化。现在建设中国式的社会主义，经验一天比一天丰富。经验很多，从各省的报刊材料看，都有自己的特色。这样好嘛，就是要有创造性。^{〔43〕}

这在本文的论证中是一段非常关键的宪法性论述，综合邓小平的这段谈话与他在上个世纪八十年代的相关论述，我们至少可以认定，在邓小平这位改革开放的总设计师的设想中，自1978年到大约2022年（即从“南方谈话”向后推三十年）的这一时间段，是中国社会主义建设的“制度”、“方针”和“政策”的不完全定型化时期。为什么不可能在短期内将社会主义建设的制度、方针和政策加以定型化，这还是要回到邓小平对这场改革的基本认知。在《邓小平文选》第三卷内，我们可以读到邓小平就这一问题在不同场合下进行的不厌其烦的论述，“现在我们干的是中国几千年来从未干过的事。这场改革不仅影响中国，而且会影响世界”；改革是“中国的第二次革命”，是“革命性的变革”；改革“搞的是天翻地覆的事业，是伟大的实验，是一场革

〔40〕 邓小平，见前注〔31〕，页380。

〔41〕 见前注〔38〕，页1。

〔42〕 邓小平，见前注〔31〕，页372。

〔43〕 邓小平，见前注〔31〕，页372。

命”；“我们现在所干的事业是一项新事业，马克思没有讲过，我们的前人没有做过，其他社会主义国家也没有干过”。〔44〕

更重要的还在于，邓小平作为党和国家实际上的最高领导人，他所面对的问题自始至终都是“怎么办”，而不是“怎么说”。在中国这个大国内，“改革涉及人民的切身利益问题，每一步都会影响到成亿的人”。在最高决策者眼中，每一步改革都是在闯关，并不存在学者们在事后根据某种理论判准所区分出的浅水区和深水区。摸着石头过河并不是只在浅水区漫步或“只摸石头不过河”，〔45〕它更多地体现了政治家在面对历史和人民时的高度责任感以及所要求的审慎。《邓小平文选》的最后一段话，也即“南巡讲话”的最后一段话，就最大程度地传达出邓小平的历史责任感：

我们要在建设有中国特色的社会主义道路上继续前进。资本主义发展几百年了，我们干社会主义才多长时间！何况我们自己还耽误了二十年。如果从建国起，用一百年时间把我国建设成中等水平的发达国家，那就很了不起！从现在起到下世纪中叶，将是很要紧的时期，我们要埋头苦干。我们肩膀上的担子重，责任大啊！〔46〕

既然改革是一项全新的事业，不可能从马克思、前人与其他国家那里找到现成的答案，而是要“在于中学”，那么就不可能在短期内进行定型化，而是要进行“试验”。在此意义上，中国政治空间的“差序格局”一方面要求一定阶段内的反定型化，另一方面也为走向定型化提供了最佳试验场所。“大胆试”实际上就是在鼓励省级地方作为“试点”或“特区”可以先行一步。早在1985年6月，邓小平就谈到：“深圳经济特区是个试验，路子走得是否对，还要看一看。它是社会主义的新生事物。搞成功是我们的愿望，不成功是一个经验嘛……这是个很大的试验，是书本上没有的。”〔47〕但既然是试验，也就要求地方只能先行“一步”，进行一种理论上“浅”和幅度上“窄”的地方性创新，〔48〕换言之，“大胆试”并不是任由地方政府信马由缰，而是邓小平反复指出的“胆子要大，步子要稳，走一步，看一步”。在《邓小平文选》第三卷中，我们可以读到多处相关的论述：“有不妥当的地方，改过来就是了”；“重要的是走一段就要总结经验”；“步子要稳，就是发现问题赶快改……我们不靠上帝，而靠自己努力，靠不断总结经验，坚定地前进”；“我们现在做的事都是一个试验。对我们来说，都是新事物，所以要摸索前进。既然是新事物，难免要犯错误。我们的办法是不断总结经验，有错误就赶快改，小错误不要变成大错误”；归纳

〔44〕 本段五处引述分别出自邓小平，见前注〔31〕，页118、113、135、156、258—59。

〔45〕 王绍光教授曾对此有过一段很精彩的描述：“这个过程好比穿行在一条没有航标的河道上，水流湍急、暗礁密布、险象环生。如果缺乏适应能力，随时都会有翻船的危险。”参见王绍光：“学习机制、适应能力与中国模式”，《开放时代》2009年第7期，页37。

〔46〕 邓小平，见前注〔31〕，页383。我将邓小平的这一段话理解为对全党、全国人民的政治告诫，一种宪法性的交代。

〔47〕 邓小平，见前注〔31〕，页130。

〔48〕 我在这里的浅(shallow)和窄(narrow)借用了桑斯坦关于美国最高法院司法最小主义的模型，参见Cass Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999。

起来就是，“我们只能在于中学，在实践中摸索。”〔49〕

还要看到，在邓小平的论述中，“胆子要大”和“步子要稳”之间从来都是一种具体的、动态的平衡。在改革欠缺动力时，他会更强调胆子大，鼓动地方的“闯”和“冒”；在改革热情高涨时，他会更强调步子稳，摸索前进。例如，在进行物价闯关改革时，邓小平就不失时机地指出：

改革没有万无一失的方案，问题是要搞得比较稳妥一些，选择的方式和时机要恰当。不犯错误不可能，要争取犯得小一点，遇到问题及时调整。这是有风险的事情，但我看可以实现，可以完成。这个乐观的预言，不是没有根据的。同时，我们要把工作的基点放在出现较大的风险上，准备好对策。这样，即使出现了大的风险，天也不会塌下来。〔50〕

这就再一次限定了“大胆试”，这种在“差序格局”内因地制宜的走一步看一步的试验，就是要尽可能地降低错误代价。〔51〕

既然改革是一种试验，在“差序格局”的时空差异性中，“允许看”和“大胆试”可以说是相辅相成的。即便从“控制变量”这一试验最基本的要求出发，有“大胆试”的省级地方，自然就要有“允许看”的省级地方，两者之间以及在“允许看”的地方内部均有着一种时空序列上的差异。

允许看，但要坚决地试。看对了，搞一两年对了，放开；错了，纠正，关了就是了。关，也可以快关，也可以慢关，也可以留一点尾巴。怕什么，坚持这种态度就不要紧，就不会犯大错误。

……

搞农村家庭联产承包，废除人民公社制度。开始的时候只有三分之一的省干起来，第二年超过三分之二，第三年才差不多全部跟上，这是就全国范围讲的。开始搞并不踊跃呀，好多人在看。我们的政策就是允许看。允许看，比强制好得多。我们推行三中全会以来的路线、方针、政策，不搞强迫，不搞运动，愿意干就干，干多少是多少，这样慢慢就跟上来了。〔52〕

由此可见，“允许看”并不是泛泛而论的“对怀疑和反对者的宽容”，它的主体主要是政制“差序格局”内的省级地方。早在1986年6月，邓小平其实就基于农村改革的现实进程提出了“允许看”的说法：农村改革“开始的时候，并不是所有的人都赞成改革。有两个省带头，一个是四川省，那是我的家乡；一个是安徽省，那时候是万里同志主持。我们就是根据这两个省积累

〔49〕 以上五处引文分别出自邓小平，见前注〔31〕，页78、113、118、174、258—259。

〔50〕 邓小平，见前注〔31〕，页267。

〔51〕 除了错误代价，决策成本的问题也是本文未及展开、但在现实政治中同样重要的考虑。邓小平虽然是党的第二代领导的核心，但他在整个二十世纪八十年代都无法脱离党内的保守派领导人以及中央技术官僚的制约。

〔52〕 邓小平，见前注〔31〕，页373—374。还应指出，邓小平是这么说的，也是这么做的。韩国学者郑在浩就在其研究改革时代中国农村去集体化的专著中记录下这一过程。他将省级单位在这一过程中的行为分为三种类型：第一种是改革先锋，以安徽省为代表；第二种是改革的顺应者，以山东省为代表，第三种就是改革的抵制者，以黑龙江省为代表。参见 Jae Ho Chung, *Central Control and Local Discretion in China: Leadership and Implementation during Post-Mao Decollectivization*, Oxford University Press, 2000。

的经验,制定了关于改革的方针政策。还有一些省犹疑徘徊,有的观望了一年才跟上,有的观望了两年才跟上。中央的方针是等待他们,让事实教育他们。”^[53]我们知道,农村改革,即由人民公社向家庭承包责任制的大变革,乃是中国改革最重大的标志,但它也不是“一夜之间”的江山易色或美国左翼作家韩丁所称的“大逆转”,^[54]而是一个让事实教育、让实践检验,最终慢慢跟上来的“允许看”的过程。

因此,无论“大胆试”,还是“允许看”,都是北京最高决策人向省级地方给出的信号,但必须指出,在这一“试”和“看”的过程中,中央政府一方面不是操办一切的家长,地方政府也并不仅仅是中央在地方的“行在”;但另一方面,中央政府也不是袖手旁观者,因此并不存在地方制度竞争的“自由市场”。假如真是由一支神秘莫测的“看不见的手”来指挥着制度的优胜劣汰,这既不可行,也不可欲。中央在关键时候要现身,要表态。就这一问题,邓小平在1988年物价闯关时期有一篇专论中央权威的谈话,即收入于《邓小平文选》第三卷的“中央要有权威”:

我的中心意思是,中央要有权威。改革要成功,就必须有领导有秩序地进行。没有这一条,就是乱哄哄,各行其是,怎么行呢?不能搞“你有政策我有对策”,不能搞违背中央政策的“对策”

……

这一切,如果没有中央的权威,就办不到。各顾各,相互打架,相互拆台,统一不起来。谁能统一?中央!中央就是党中央、国务院。

……

这几年我们走的路子是对的,现在是总结经验的时候。如果不放,经济发展能搞出今天这样一个规模来吗?我们讲中央权威,宏观控制,深化综合改革,都是在这样的新的条件下提出来的……现在中央说话,中央行使权力,是在大的问题上,在方向问题上。^[55]

表面上看起来,“中央说话”必然会与“大胆试”和“允许看”之间存在张力,但改革不只是一部机器,更是一曲乐章,李侃如就曾将邓小平比作伟大的指挥家,而不只是设计师。^[56]因此,改革何时应该放和闯,何时应该控和收,邓小平从来没有给出一种四海皆准的判准,有的只是具体的、动态的平衡。

更重要的还在于,改革本身就意味着对既定法制的变动,是一种“新起点”,因此在改革之初,中国的法制空间内存在大量介于守法和违法之间的广泛“灰色”地带。换言之,中央在这时很少给出含义明确的红灯和绿灯信号,大多数时间都是暧昧不明的黄灯信号,这也赋予了地方

[53] 邓小平,见前注[31],页238。

[54] William Hinton, *The Great Reversal: The Privatization of China, 1978-1989*, Monthly Review Press, 1990.

[55] 邓小平,见前注[31],页277-278。

[56] “虽然邓对于国家的发展方向有一个总体概念,但在他头脑里并没有一个具体的计划。他进行的改革往往需要做出大幅调整,以应对先前的计划措施所产生的交互压力。实际上,邓的天赋与其说在于他对必要的措施的预见能力,不如说在于他非凡的政治技巧。”参见(美)李侃如:《治理中国:从革命到改革》,胡国成、赵梅译,中国社会科学出版社2010年版,页143。

政府进行试点式试验的政策空间。中国宪法学界在上个世纪九十年代关于“良性违宪”的争议，实际上所讨论的就是大变革时代严守法条和变通试验之间的问题。^{〔57〕}而且，即便是在强调中央权威时，邓小平还是指出：“现在中央说话，中央行使权力，是在大的问题上，在方向问题上。”这也就意味着中央不是家长主义的中央，它有所为也有所不为，管得少是为了管得更好。

（三）反定型化在实践中的展开

在论述抗日战争的战略反攻形态时，毛泽东曾写道：“根据中国政治和经济不平衡的状态，第三阶段的战略反攻，在其前一时期将不是全国整齐划一的姿态，而是带地域性的和此起彼伏的姿态。”^{〔58〕}如果回到邓小平的反定型化，我们也可以认为，在中国改革时代的大约五十年时间内，即由1978年到“南巡”之后三十年，地方的制度、政策和方针的“反定型化”或不完全定型化是五十年不变的（宪制策略）。前文的论述已经表明，这一反定型化的策略是由政治空间的“差序格局”、改革本身的试验性、实践认识论以及改革的政治动力所共同决定的。而毛泽东和邓小平作为中国共产党两代领导核心，在此问题上再次展示出了结构性的一致。无论是毛泽东所预设的抗战之反攻，还是邓小平的改革闯关，反定型化都意味着“不是全国整齐划一的姿态，而是带地域性的和此起彼伏的姿态”。中国的社会主义体制也许确实可以做到“全国一盘棋”，但这盘大棋局并不是“铁板一块”的整齐划一，而是基于地域性差异的“犬牙交错”和“此起彼伏”。

在全国大棋局内，此起彼伏就意味着既定的时空差异性会转化为“以空间换时间”的问题。回顾三十多年的改革历程，我们可以看到，在改革初期，广东因为其特有的地缘优势（或劣势）^{〔59〕}成功地“先行一步”，^{〔60〕}成为了改革的排头兵，而深圳“特区”在“杀开一条血路”后也承担着改革开放的“窗口”功能。一旦政治气候允许，经济改革开放的试验就在1984年由广东和福建扩展至十四个沿海开放城市。邓小平曾在当年的一个高级干部会议上指出，他在这一年办了两桩大事，一是用“一国两制”的办法解决香港问题，另一桩就是开放了十四个沿海城市。^{〔61〕}但改革的前沿不可能总是停留在（东南）沿海，邓小平在“南巡讲话”的第二节也对地区差异的问题以及对应进行了阐释。可以说，不理解这种全国一盘棋内的“此起彼伏”的战略构想，就无法理解为何邓小平会在“南巡”前后多次表示“上海是我们的王牌”，“1979年开放四个经济特区时没有开放上海，是他犯的一个错误”。^{〔62〕}更进一步，2000年开始的西部大开发战略部署即是一个富含空间感的宪法纵深，改革前沿和开放高地由此开始了从沿海向内陆的转移。^{〔63〕}而这一空间的位移和扩展实际上也完成了时间上的接续。

〔57〕 张千帆：“宪法变通与地方试验”，《法学研究》2007年第1期，页63—73。

〔58〕 《毛泽东选集》（第二卷），人民出版社1991年版，页469。

〔59〕 例如参见陈秉安：《大逃港》，广东人民出版社2010年版。

〔60〕 参见（美）傅高义：《先行一步：改革中的广东》，凌可丰、丁安华译，广东人民出版社2008年版。

〔61〕 傅高义，见前注〔27〕，页366。

〔62〕 傅高义，见前注〔27〕，页596。

〔63〕 关于西部大开发这一宪法性决策的过程，参见曾培炎：《西部大开发决策回顾》，中央党史出版社、新华出版社2010年版。

同时,改革在时空上的纵深并不意味着第一波改革排头兵所形成的模式应当套用于后来者。深圳有着自己行之有效的模式,但这并不能否定西部省份基于自身条件所进行的探索。由是观之,反定型化的宪法策略是植根于中国内部的多元性和差异性之上的,正是基于此,地方制度的参差多态才成为一种合理的选择。在此意义上,有关中国模式的讨论,如要落实在宪法理论的建构上,就表现为中国本身就是反模式的,即中国内部包容、允许并且鼓励了地方政治基于自身条件的探索,而不预设一种可在不同地区加以不断复制的实体模式。如果用任何一种可定型化的实体政策取向来归纳中国模式,那么它必定有英文中所说的“太大了,以至于相互矛盾”(big enough to be inconsistent)^[64]的问题,而反定型化这一概念也正因其所具有的结构性、动态性以及内容中立性而成为中国宪政模式的一个关键词。可以说,中国因其包罗万象的差异性而生长出了参差多态的诸模式,而这种因地制宜式的创造、竞争和学习正是通过反定型化的过程得以完成的。由此看来,在我们经常转述的“一抓就死,一放就乱”并不是中国故事的全部,在中国的政制“差序格局”中,反定型化的宪法策略实际上在一定程度上解决了法制统一和多元竞争之间的关系,正如下一节所示,这是中国崛起的宪法机制。

本节所运用的反定型化是一个新概念,也是本文所可能做出理论贡献的地方。但反定型化并不是孤立存在的,而是与许多学者在相关问题上的理论建构有着或多或少的重叠。例如,王绍光有关“学习机制”和“适应能力”的论述;甘阳关于“同中有异,异中有同”的亚洲模式的设想;张千帆由“良性违宪”出发所提出的“宪法变通”和“地方试验”;德国学者韩博天在论述中国决策机制时指出的“反复试验,不断学习,持续调整”;在经济学中,张五常最早提出的“县际竞争”以及近期学者加以阐释的“地方政府竞争”,姚洋所叙述的由地方分权到地区间竞争再到地方创新和制度试验的逻辑。^[65]所有这些研究都以不同的理论路径和资源确认了本文所提出的“反定型化”。或许更准确的表述应该是相反,本文之所以可能提出反定型化,正是将理论探索建立在前人研究的基础之上。

三、未完全理论化合意:政治整合问题

(一)两种共识策略

政治是众人之事,在星期五到来之前,鲁滨逊所在的荒岛是没有政治的。由于物质资源的稀缺以及众人之间的分歧,政治成为一种必需。与此同时,因为众人之间存在共识,政治才得

[64] 美国历史学家乔治·弗里德里克森就曾这样来形容过林肯,参见 George Fredrickson, *Big Enough to Be Inconsistent: Abraham Lincoln Confronts Slavery and Race*, Harvard University Press, 2008。

[65] 正文中所述学者的观点,可分别参见潘维、玛雅主编:《人民共和国六十年与中国模式》,生活·读书·新知三联书店,页 278—283、273—278;张千帆,见前注〔57〕;(德)韩博天:“中国经济腾飞中的分级制政策试验”,《开放时代》2008年第5期;“通过试验制定政策:中国独具特色的经验”,《当代中国史研究》2010年第3期;张五常:《中国的经济制度》,中信出版社2009年版;冯兴元:《地方政府竞争》,译林出版社2010年版;姚洋:《作为制度创新过程的经济改革》,格致出版社、上海人民出版社2008年版。

以成为可能。以上都是政治学的最基本道理。夫妻之间假若无法达成一丁点共识,家庭就会破裂。推而广之,假如国家作为一个政治共同体无法取得最基本的共识,那么国家就会瓦解或者分裂,这通常表现为地域性的少数群体脱离原本的共同体,往往伴随着残酷的内部战争。但另一方面,多元社会不可能实现全体成员的绝对共识,因此共识也只能是相对而言的,它有范围上的宽和窄、程度上的深与浅、时间上的长远与短期。在此意义上,现代政治往往就是一种“求同存异”的过程,更准确地说,如何在多元的差异中寻求可合并的同类项。

正是因为共识在现代政治中的重要性,共识作为一个学理概念也就成为当代西方政治理论的一个关键词。而在理论界对共识的讨论中,罗尔斯的“交迭共识”(overlapping consensus)无疑是最具影响力的。本文在此无需进入罗尔斯设定的理论语境,而只需指出,合理多元主义的现代社会格局之所以能够形成“交迭共识”,策略就是让共识尽可能地抽象化甚至空洞化,由此政治各方都能基于自己的整全立场形成对抽象原则的想象以及认同。^[66] 中国政治语言中经常提到的“宜粗不宜细”,就是对这种求同存异策略的一种表述。邓小平本人即是此中高手。在起草《关于建国以来党的若干历史问题的决议》这份宪法性文件时,邓小平就指出:“这个总结宜粗不宜细,总结过去是为了引导大家团结一致向前看。”^[67] 1987年,邓小平在会见香港基本法起草委员会时也曾指出,基本法的起草“不宜太细”,^[68] 这是让香港同胞形成对基本法认同的一种政治策略。

而“未完全理论化合意”(incompletely theorized agreements)作为本节的核心概念,最初来自美国法学家桑斯坦对罗尔斯的一个批判。^[69] 罗尔斯认为,抽象性越高,就越容易形成共识。未完全理论化合意却是反其道而行之的,桑斯坦认为,根本的方向性问题经常会撕裂社会,但下一步向何处去却可以形成合意。因此,为了节约决策成本和错误代价,政治社会有时有必要形成“窄”和“浅”的共识。虽然两种共识策略在理论上是相反的,但它们在实践中却不是彼此排斥的。事实上,邓小平同样是未完全理论化的策略大师,他在“南巡讲话”中所发明的“不争论”就是未完全理论化的经典范例。之所以不争论,既不是不能争论,也不是不许争论,而是避免在姓社还是姓资这一根本的方向性问题上制造不必要的冲突和分裂,从而失去了发展的机遇,因此不争论就要求“埋头苦干”,于是才有了在深圳蛇口广告牌上那句国人皆知的标语:“空谈误国,实干兴邦。”

(二)中国宪法中的未完全理论化合意

中国是一个超大型的政治共同体,由此所塑造的政治空间的“差序格局”也为宪法性共识

[66] See John Rawls, *Political Liberalism, Expanded Edition*, Columbia University Press, 2005.

[67] “这个总结宜粗不宜细,总结过去是为了引导大家团结一致向前看。争取在决议通过以后,党内、人民中间思想得到明确,认识得到一致,历史上重大问题的议论到此基本结束。”参见《邓小平文选》(第二卷),人民出版社1994年版,页292。

[68] 邓小平,见前注[31],页220。

[69] Sunstein, *supra* note 4; also see Cass Sunstein, “Incompletely Theorized Agreements”, 108 *Harvard Law Review*, 1733—1772 (1995).

的形成提出了最大的挑战。在现实政治中,求同存异就要求政治整合,寻求各种立场的最大公约数。但现代社会可能沿着阶级、种族、宗教、性别产生不同的分裂;相应地,政治整合因此也存在不同的维度。^[70] 本文不拟探讨最吸引眼球的精英和大众之间的“阶级”分歧,^[71]而主要关注政治空间内的地域间区分。这种区分或“分裂”是平展在一张中国政区图之上的,这就决定了它不可能完全对应当代中国的阶级分布,因为最简单地讲,香港也会有赤贫者,西藏也会有大富翁,我们经常提到的贫富、城乡、种族乃至性别差异在政区图上都不可能是平均分布的。另一方面,本文就其论述目的而言也没有必要将地域区分的逻辑再向前推进,将之抽象为中国的南北问题、中国本部和外中国或中心与边缘之间的问题。

先看一般意义上的宪法理论,宪法是一种将共同体各个地域部分连在一起的纽带。而宪法之所以可以承担起这一庄严功能,是因为宪法代表着一种历史时刻发生的高级法政治所形成的共识。美国大法官霍姆斯在洛克纳案的反对意见中曾指出,宪法是为具备根本不同政治理念的人所制定的,这实际上就要求宪法应当是高度抽象的,唯有如此才能具备基本的包容性,才能承担起比普通法律更加广泛的团结功能。而对于那些在制宪时刻无法解决、但又不能回避的分歧,只能在宪法文本中做抽象化和空洞化的处理。^[72] 由是观之,中国宪法要真正担当起政治整合的功能,^[73]宪法文本就要进行去理论化或去政治化的处理,任何厚重的意识形态在宪法文本内的确认都会产生排斥效应,让那些无法对此产生最起码认同的人选择出走。^[74] 至少在理论上,宪法承诺的深度与宪法整合的广度存在着一种相反相成的关系,正因此,中国宪法如要真的承担起更重的整合功能,那么其内容也要做相应程度的去理论化处理。

更重要的是,在反定型化作为一种宪法策略尚未完成其历史使命之前,我们在宪法框架内所追求的共识必定只能是未完全理论化的,在此意义上,任何一种政治共同体不可能总是处于

[70] 现代宪法学往往只设定国家统一和国家分裂两种结果性状态,这种非此即彼的对比实际上是在预设:一个政治共同体要么是处于分裂、内战或生存危机的“例外状态”,要么就是国家统一的常规政治,而基本上忽略了政治整合这样一个过程性的概念。本文作者认为,宪法学者其实无需自问自答地讨论我们到底处于一个什么样的宪法时代。政治整合和国家建设乃是一个永无止境的过程,宪法历史不可能终结在任何一处。

[71] 当然,这并不意味着这种分歧在现实政治中不重要,也不是说它在宪法理论中不重要,只是说在本文的论证中不构成关键问题。

[72] 在此意义上,我们或许可以从理论上区分四种政治议题:第一种是在制宪时即已取得高度共识的议题;第二种是在制宪时无法形成共识,但又不可能回避,因此只有在宪法文本内进行模糊化的表述;第三种是可以留待时间和未来解决的议题;第四种则是不需进入宪法决策过程的常规政治问题。一个富有启发性的分类,即宪法审议的层次(levels of constitutional deliberation),可以参见 Keith Whittington, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Harvard University Press, 1999, p. 5。

[73] 我在本文中基本上没有处理中国宪法中的政党和国家结构问题,但应指出,中国共产党目前实际上承担着基本的政治整合功能。

[74] 关于 voice, exit 和 loyalty 三者之间的关系的经典论述,可参见 Albert Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, 1970。

“政治化的政治”状态,大多数时期反而需要“去政治化的政治”。〔75〕从宪法理论的立场出发,本文认为这种未完全理论化的共识模式是一种合宜的政治整合策略,至少在反定型化尚未退出历史舞台前是如此。换言之,在中国内部各地域的时空差异性尚未抹平之前,〔76〕任何追求完全理论化或重新政治化的冲动都有自身的危险。这一方面体现在完全理论化有可能造成共同体在根本政治议题上的分歧乃至分裂,由此让宪法失去了政治整合的基本功能;另一方面就在于它可能危及邓小平在改革之初就设定的宪法策略,因此不适当地压制了由下至上的制度空间试验。在此意义上,未完全理论化合意拒绝任何一种意识形态的暴政,它实际上还是在告诉中国的决策者以及学者:在相当长的一段时间内,唯一要加以定型化的就是反定型化本身,地方试验主义的宪法反对任何以一种实体模型进行整齐划一的整合。如果回归宪法的实质性定义,即那些常规政治过程所不能改变的规范或命令,那么反定型化及其所要求的未完全理论化共识乃是中国在改革时代的结构性宪法。

(三)中国做对了什么?——基于宪法理论的一种简答

近年来,尤其是在纪念改革开放三十周年前后,海内外学界在讨论中国崛起和中国模式时经常会提出一个问题,中国到底做对了什么?〔77〕既然本文定位为中国宪制模式的一种论述纲要,在即将结束主体部分的论述时,我有必要从宪法理论的立场和方法来简要回答这一问题,即中国的宪政实践到底做对了什么。

至少在本文的论述脉络中,问题的答案可以归结为中国在改革时代所运转的一种反定型化的宪制系统。正如相关论述中所阐释的地方试验、宪法变通、区域竞争、学习和适应能力,反定型化在一定程度上解决了同一性和差异性、中央控制和地方试验之间的矛盾,两个积极性作为宪法策略摆脱了时间维度内的“一放就乱、一抓就死”,而充分有效地利用了空间维度内的“辽阔博大”和“包罗万象”,由此实现了各得其所的调适。贝淡宁近期有一篇题为“中国可以教给欧洲什么?”的评论文章,在比较了重庆和成都两地解决城乡差距的不同探索后,贝淡宁指出:“最终,中央政府将决定何者走得通,而何者走不通。而这并不是一件坏事;它鼓励了地方性的变通和内部间的竞争。欧洲的领导人应该记录下这一点。中央权威不仅应该有权惩罚‘失败者’,如欧洲在希腊问题上所做的那样;还应该有权奖励那些为欧盟其余国家设定一种良

〔75〕关于“去政治化的政治”,可参见汪晖:《去政治化的政治:短20世纪的终结与90年代》,生活·读书·新知三联书店2008年版,页1—57。

〔76〕新物质技术的出现可以推平时空的差异性。例如,高铁一方面让社会时间得以提速,另一方面也使得空间在缩小。互联网的普及实际上也推平了原有的以省为单元的政治信息传播和沟通结构,可参见田雷,见前注〔13〕。

〔77〕例如参见周其仁:“邓小平做对了什么?——在芝加哥大学‘中国改革三十年讨论会’上的发言”,载《经济观察报》2008年7月28日。关于这一类问题的正当性与理论挑战,张五常在《中国的经济制度》中有一段精彩的说明:“一个跳高的人,专家认为不懂得跳。他走得蹒跚,姿势拙劣。但他能跳八英尺高,是世界纪录。这个人一定是做了些很对的事,比所有以前跳高的做得更对。那是什么?在不同的内容上,这就是中国的问题。”“不要告诉我什么不对。我可以在一个星期内写一本厚厚的批评中国的书。然而,在有那么多的不利的困境下,中国的高速增长持续了那么久,历史上从来没有出现过……中国一定是做了非常对的事才产生了我们见到的经济奇迹。那是什么呢?这才是真正的问题。”张五常,见前注〔65〕,页117。

好示范的‘成功者’。”〔78〕首先应该指出,贝淡宁对“地方性变通”和“内部竞争”的概括并不具有太多新意。〔79〕本文之所以选出贝淡宁的这篇报纸评论文章,原因在于他自觉或不自觉地点准了宪法比较的参照系。具体地说,他不是在中国和欧洲任何一个民族国家之间做比较,而是在比较中国和欧洲。本文认为,这一参照系可以让我们更好地理解中国宪政模式及其实践。

众所周知,中西方在十九世纪的重遇,让中国被动地纳入了欧洲人所定义的国际政治秩序。为了摆脱落后就要挨打的局面,更为了避免中华文明的“亡国灭种”的危机,中国在二十世纪的根历史任务就是要将自己建设成一个现代民族国家。无论共产党还是国民党,也包括一切进步的政治力量,此任务均构成它们为之努力奋斗的政治目标。追根溯源,现代民族国家起源于欧洲,原因即在于欧洲的多元割据局面及其所内生的战争、国家建设和制度扩散。〔80〕反过来说,中国之所以在近代陷入落后就要挨打的境地,原因之一就在于中国在长期大一统的政治格局内失去了区域间竞争的压力和制度创新的动力。因此,中国早在公元前就建立起一种准现代意义上的国家,〔81〕这种政治早熟一方面护卫着中国古代灿烂夺目的文明,但另一方面也导致中国政治无法内生性地完成向民族国家体制的转型。

综合地看,无论是中国式“四海一家”的大一统,还是欧洲式“分疆裂土”的列国或战国状态,都各有其宪政意义上的利弊。简单地说,大一统可以保证一种最低限度的政治秩序:既然内部不会发生战争,也就能团结一致对外以维护国家安全。但其弊病在于,大一统格局下的政治发展很可能进入“超稳定”的停滞状态。反过来说,列国或战国格局必定会催生国家间的制度竞争,但列国体制不仅会造成内部战争,更重要的是,列国体制本身就意味着最基本的政治秩序的失败。因此,宪法学者切勿做简单的反向推理:既然多元格局可以允许精英“用脚投票”或制造“竞争机制”,就因此应该人为制造出群雄逐鹿中原的分裂格局。尤其是现代中国不再是“位于中央的王国”,而是世界民族之林中的一员。换言之,竞争性的格局早已不只是中国的内部问题,而是中国作为一个国家所必然面对的世界格局,因此断然没有分裂中国以求得制度竞争空间的道理。〔82〕

由是观之,中国宪政模式最大的成功就在于,自1978年开始的改革开放时代以来,中国的宪法决策者因应中国政治空间的“差序格局”,以自觉的反定型化的策略作为一种实在的宪法规范,在中央控制的前提下允许并且鼓励地方因地制宜的试点和试验,并且允许地方之间的制

〔78〕 Daniel Bell, “What China Can Teach Europe”, in *The New York Times: Sunday Review*, Jan. 7, 2012.

〔79〕 例如,汪晖近期也提出了“中央的整合能力”与“地方的适应能力”,参见汪晖:“革命、妥协与连续性的创制”,《社会观察》2012年第1期,页15。

〔80〕 See, e. g., Charles Tilly, *Coercion, Capital, and European States, AD 990 – 1992*, Wiley-Blackwell, 1992.

〔81〕 See Francis Fukuyama, *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Farrar, Straus & Giroux, 2011.

〔82〕 相关的精彩论述,可参见张翔:“列国竞争、乡邑自治与中央集权——康有为海外游记中的‘封建一郡县’问题”,《开放时代》2011年第11期,页55—78。

度竞争和学习,接下来才在宪法框架内审慎地进行未完全理论化的合意。这既构成了本文对中国宪政模式的一种概括,又是本文所认定的中国模式或中国奇迹的宪法基础。

四、宪法理论的一点检讨

总结本文的讨论:本文以中国宪政模式为题,以“差序格局”、反定型化和未完全理论化合意为关键词,层层递进发现了中国宪政的一个结构性面向。具体地说,“差序格局”是中国宪政模式的物质基础,是中国宪法实践以及理论思考的立足点。有关“差序格局”的讨论要求中国宪法的研究者必须自觉地面对中国,也就是说,中国宪法学在建构面向未来的理想图景之时,首先必须“脚踏实地”回到中国的国情。反定型化是由“差序格局”所决定的中国改革的宪法性策略。至少根据邓小平的论述以及我们当下的实践,中国改革在相当长的时间内包含并且包容着参差多态的地方模式,我将此概括为一种基于地方试验主义的宪法。^{〔83〕}它允许由下至上、因地制宜的制度创新和政策试验,中央政府的角色在常规时期则表现为“大胆试”和“允许看”。在此基础上,中国宪政作为一种整合机制,一方面要尽可能地形成可以团结最大多数人的共识,另一方面也要自觉地保持共识的未完全理论化。之所以反对完全理论化的宪法共识,不仅是建设一个各得其所的自由社会的要求,还是由“差序格局”政治空间及其内部差异性与反定型化作为特定时期的宪法策略所共同决定的。在本文的论述过程中,这三个概念在理论逻辑上是层层递进的,它们所共同建构的宪法实践模型,构成了本文理解中国宪政的一个重要维度。同时也应指出,我在论述时力求回到妇孺皆知的国情通识和可见于学界的一些中国论述,这是因为理论必须来自于实践,并回到实践,为实践所检验。

正如我在文章一开始就批评中国宪法学未能看见中国宪政,在本文的主体论证完成后,我在此有必要回应一种可预期的批评,即本文对中国宪政模式的讨论也未能看到《宪法》。应当承认,在纪念“八二宪法”作为一部法典诞生三十周年之际,本文既未解释“八二宪法”的单个或多项条款或者文本结构,也没有探索宪法作为一种文本的解释方法或实施机制。之所以选择这么做,原因还是在于我对宪法特别是中国宪法所特有的一种理解:我从不否认宪法是并且首先是一种文本,但更希望探讨宪政作为一种积极的政治作为是如何实践的。而在本文的论述中,宪法既不是法院解释宪法所形成的判例或司法学说,也在一定程度上超越了宪法对政体的建构和对政治过程的塑造,即我们通常所说的宪法政体问题,而是最大程度上回到了宪法的概念原意,即政治共同体的根本结构方式。^{〔84〕}

宪法作为共同体的根本构成方式这一命题,可以从积极和消极两个方面加以理解:其积极方面表现为通过制宪这种政治作为的“合众为一”,即原本生活栖居在同一块土地上的多个共

〔83〕 在美国宪法语境内的一种相关思考,可参见 Michael Dorf and Charles Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, 98 *Columbia Law Review*, 267—473 (1998)。

〔84〕 关于宪法概念原意的一个探讨,可参见章永乐:《旧邦新造:1911—1917》,北京大学出版社2011年版,页14。

共同体通过制宪这种政治作为,将各个共同体合并在一起,“宪法”由此取代了“国际法”,成为调控彼此间关系的根本大法;其消极方面实际上就是“合众为一”的反向运动,它要求统一的共同体绝不能退回到“列国体制”的分裂格局——通常表现为共同体的四分五裂或地域性的脱离,由此原本由宪法所规范的内部事务退回到由国际法调控的国际问题。

从历史上看,多个共同体通过宪法实现合并,最成功的案例莫过于美利坚“合众国”的创制。宪法学者经常因为马伯里诉麦迪逊就为美国宪政贴上司法宪政主义的标签,这其实是对美国宪政史的一种误读。事实上,从《联邦党人文集》前九篇的论述中,我们可以发现美国制宪者积极且自觉的政治作为。具体地说,美国之所以要制宪,就是要实现“联合国在北美”的宪制合并,要在公民个体为本的基础上进行统一宪政立国。在联邦党人看来,这既是要防止新大陆重蹈欧陆旧世界的政治覆辙,又是要学习英伦三岛在1707年宪制合并的经验。^[85] 这里的基本宪政原理就是经由制宪作为的合众为一,对内杜绝列国体制和内部战争,对外团结一致保家卫国。在经由制宪而建国后,美国宪政的连续性就体现在它是在一部宪法的框架内完成了国家建设和重建。例如,我们知道,美国在建国之初只有13个州,现在却有了50个州,正如苏联的解体根据苏联宪法是一种宪法过程,美国扩张也是一个宪法过程。^[86] 就此而言,如果说美国的宪制发展表现出一种例外主义,那就是这一宪政建国和扩张的过程从根本上有别于欧洲的割据、边界、战争、条约的政治发展逻辑。国际法来自欧洲,宪法来自美国,但它们实际上都是在处理国家统一和“国际关系”的问题,只是国际法是在处理敌我之间你死我活的斗争,而宪法却是在处理同胞之间的内部矛盾。^[87] 欧洲只是在经历两次大战的淬炼后,才发现民族国家体系的国际法无法解决欧洲问题,这才启动了由“条约”到“宪法”的“合并”过程。在大历史的视野内,欧盟制宪不正是要建立起一个欧罗巴合众国吗?^[88]

在经由制宪实现“合众为一”后,共同体时刻都要准备着防止它自身的裂变和崩溃,杜绝在原有的政治区域内重新出现一种新“列国体制”。一旦出现这种“最糟糕的情形”,就意味着宪法的退场和国际法的出场。在此意义上,“去列国体制”乃是一国宪法首先要加以解决的问题。现代宪法可以在多个层面上解决这一问题:首先,宪政理念和脱离权本身是相互冲突的,这就意味着地方绝对不可能单方面带着它的土地离开共同体,因此国家统一和反分裂是同一问题的两个方面;^[89]其次,国家统一和分裂都表现为一种结果性的状态,在常规时期,宪法时刻

[85] See Akhil Reed Amar, “Some New World Lessons for the Old World”, 58 *University of Chicago Law Review*, 483—510 (1991).

[86] 一个相关的讨论,可参见 Sanford Levinson and Bartholomew Sparrow, *The Louisiana Purchase and American Expansion, 1803—1898*, Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

[87] See Jack Goldsmith and Daryl Levinson, “Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law”, 122 *Harvard Law Review*, 1791—1868 (2009).

[88] See Bruce Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism”, 83 *Virginia Law Review*, 771—798 (1997).

[89] See Cass Sunstein, “Constitutionalism and Secession”, 58 *University of Chicago Law Review*, 633—670 (1991).

要进行政治共同体的整合,不能指望在例外状态下的毕其功于一役。由于共同体存在着不同的分歧可能,其整合也相应具有不同的逻辑和技术。最后,作为政治科学的一种研究,宪制设计和工程学也有关于政治整合的思考。例如,比较政治学内的“统和性民主”实际上就是在探索多元社会的政治稳定性问题。^[90] 归根到底,任何宪法改革都必须考虑到它对政治整合是否会有反作用。^[91]

在这里还应简单说明,以上将内和外及其相对应的宪法和国际法进行了一种非此即彼的处理。但在具体问题上,尤其是在中国的“差序格局”的政治空间之内,宪法作为对内治理的技艺并不必然排斥国际法的方法和认识论上的启示。也就是说,在政治实践中,两者之间不是简单的非此即彼,而是在相当程度上相互流变和借镜。

现代宪法学充斥着关于权力切割术的讨论,在预设国家是必要之恶的前提下,宪法的功能被理解为如何对国家权力结构进行纵剖横切,如何让权力制衡权力,让权利制约权力。在此意义上,现代宪法学的体系建构实际上是在进行解构的工作。具体地看,联邦制、三权分立、两院制、两党制(或多党制)、司法审查、隐私权,这些在现代宪法学中被奉为金科玉律的学说都是不同层次和角度上分解共同体。而本文将宪法还原为政治共同体的根本构成方式,实际上赋予宪法更重要同时也更庄严的功能。在我看来,中国宪法首先并且主要的问题在于如何成为中国这一政治共同体的联系性纽带,发挥其建构性乃至构成性的功能。而且,这里的构成性也不只是解释中国为什么能或做对了什么,它指向一个理论上更关键、实践中更致命的问题,即中国作为一个共同体的存在合理性。因此,本文所建构的模型虽然只是一种论纲,只能揭示中国宪政因为理论的傲慢与偏见被遮蔽的一角,但至少在我看来,这是相当关键的一角,无论是宪政的实践还是宪法理论的探索,均为如此。在此意义上,我要感谢所有坚持到这里的读者,或许他们会认为本文提出了一个有价值的真问题,并且在努力解决这一问题的过程中形成了一点关于中国宪政实践的新知。

(责任编辑:章永乐)

[90] 关于“统和性民主”(consociational democracy)概念的提出,参见 Arend Lijphart, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, Yale University Press, 1977。

[91] 袁世凯的宪法顾问古德诺就曾在中国宪政史上留下一段公案。这位美国的进步主义者认为立宪君主制要比共和制更适合中国。本文作者认为,古德诺问题的根本出发点就在于共和制在中国有可能滑入一种最坏的政体,但立宪君主制却更可能避免这种“滑坡”。因此,在古德诺这位宪法顾问看来,中国的根本宪制问题不是有没有皇帝的问题,也不是好皇帝或坏皇帝的问题,而是中国能否自我生存的问题。共和制之所以不适合中国,在于它难以解决接班人的问题,从而走入古德诺反复指出的“小专制者林立”的政治格局。参见“Dr. Goodnow's Memorandum to the President”, in *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1915, p. 57。