

中国宪法中的不成文宪法*

——理解中国宪法的新视角

[文 / 强世功]

[内容提要]本文从中国宪法文本与宪政实践之间的背离问题入手,提出了从不成文宪法的角度来理解中国宪政秩序的新思路。基于对英美宪法学说与宪政实践的分析,作者区分了古典的政制与现代的宪法律、政治宪法与法院宪法,进而主张任何国家的宪政运作实际上都依赖不成文宪法,从而奠定不成文宪法的法理学基础。在此基础上,文章选择中国宪法中关于国家建构中四个关键性问题,着重探讨中国不成文宪法的四个主要渊源,即成文宪章、宪法惯例、宪法学说及宪法性法律,并呼吁宪法学应当从中国现实的宪政生活中提炼具有普遍意义的宪政原理和制度。

Abstract : The article analyzes the departure of Chinese constitutional practice from its constitutional provisions , and emphasizes the significance of unwritten constitution in understanding the Chinese constitutional order. Furthermore , by discussing British and American constitutional theories and practices , it analyzes the evolving processes from a substantial unwritten constitution to a formalistic codified constitution ; from ancient constitution to modern constitutional law ; and from political constitution to judicial constitution. The author argues that constitutional operation has always to depend upon “unwritten constitution”. Selecting four important constitutional issues , the author explores four sources of China’s unwritten constitution – the party’s constitution , constitutional conventions , constitutional doctrine , and constitutional statutes – and calls for taking into account China’s unique political tradition and reality to enrich current constitutional scholarship.

一、中国宪法学中的“背离主题”

“成文宪法”和“不成文宪法”是宪法学说中最常用的一种宪法分类形式。所谓“成文宪法”就是以法典化的形式制定一部内容相对完整的法律文件来规定国家的政体架构及其对公民权利的保护。这种宪法模式创始于 1789 年的《美利坚合众国宪法》,它对整个世界的宪法观念和宪法制度产

生了革命性的影响,尤其二战后,几乎所有国家都采用这种成文宪法模式。^①而所谓“不成文宪法”并不是说这个国家的宪法没有用法律文件的形式表达,而是说该国的宪政体制和公民权利保护并没有明确规定在一部统一的成文法典中,而是散见于不同的法律渊源中,包括成文法规、政府文件、宪法惯例、法理学说和思想观念等等。英国通常被理解为这种不成文宪法的典范。按照这一标

准,中国宪法很自然被划归“成文宪法”传统中。自从1954年制定通过了《中华人民共和国宪法》以来,中国宪法虽然在1975年、1978年和1982年分别经过三次大规模的修改,但每次全面修改都保持了成文宪法的文本形式。我们目前的宪法是1982年修改后的宪法,虽然增加了许多宪法修正案,但并没有改变“成文宪法”形式的完整性。

然而,如果我们真实地考察中国宪政体制的运作并将其与中国成文宪法的文本相对照,就会发现宪法文本与宪政实践之间存在着巨大的背离。可以说,这种“表达”与“实践”之间的背离构成了当下中国宪法学主流学说中不言自明的前提意识,^②以至于学者们不断批评中国宪法文本如果不是“装潢门面”的,也是“束之高阁”的,甚至批评中国“有宪法而无宪政”。这种“表达”与“实践”之间的“背离”现象提出了三个相互关联的问题,需要我们的宪法学家们在理论上严肃对待:第一,为什么中国的宪法文本与宪政实践之间出现巨大的背离?第二,如果说中国的宪政实践并不是完全遵循成文宪法规范,那么中国宪政秩序建构是否有一套自己的规范秩序?第三,如果说中国宪政运作在实践中形成了一套宪法文本所没有具体明确的规范,那么这种规范究竟是什么?换句话说,究竟是怎样一些“看不见的法律规则”支撑着新中国六十年来来的政治运作,以至于它在功能上发挥了宪法的作用,构成中国“看不见的宪法”(invisible constitution)、“隐秘的宪法”(secret constitution)甚至“真正的宪法”(real constitution)?假如一个宪法学家的任务不仅仅是拘泥于解释法律的文字游戏,而是深入到语词背后来探索宪法的“真相”,那么这三个问题无疑是我们必须认真对待的。

就第一个问题而言,法律规定与法律实施之间的差异构成了法律社会学中关于法律的稳定性与社会生活的流变性之间无法解决的永恒矛盾,但我们这里所说的成文宪法与宪政实践之间的背

离很大程度上是一个现代性问题,它与现代民族国家兴起过程中形成的全球政治支配不无关系。近代以来,从西方特定政治历史中产生的“人权”、“宪政”和“法治”这样的法律观念和政治秩序观念被建构为一种“文明”的政治秩序,从而被赋予了普适主义的正当性和规范性。这意味着一切不符合“基督教—自由主义”的宪政法治理念的政治秩序都会自动丧失正当性。由此,“成文宪法”问题就不再是特定文明构建自身政治秩序的事务,也不是一个主权国家的内部政治事务,而是西方现代性引发的全球政治事务。制定成文宪法不仅仅是国内政治的要求,很大程度属于国际政治的一部分。由于西方现代性引发的工业化国家(如英、法、美)与后发工业化国家(如德国乃至后来的日本和苏联)以及后发达国家(一般意义上的非西方国家或“第三世界”)之间形成了“中心”与“边缘”政治支配关系,使得后发达国家在民族国家建构和现代化进程中普遍出现“西化”趋势,即不得不按照西方的标准制定自己的成文宪法,否则这些国家不仅不足以完成有效的国家建构和现代化任务,而且难以获得西方国家所主宰的国际社会(比如联合国等国际组织)的承认。这意味着非西方文明的国家不得不背离本国的文化历史传统,照搬照抄西方国家的“规范宪法”,而无法顾及法律的真理:即真正的法律乃是其特定文化传统和习俗民情的产物,西方的“规范宪法”不过是西方文化的产物。尤其社会主义国家,为了在国际竞争格局中展现社会主义相对于资本主义的优越性,甚至不顾及现实的政治、经济和文件条件,不现实地在宪法中做出了比资本主义国家更为激进的规定(比如中国1975年宪法中的“四大自由”)。其结果是,这些国家要么由于经济、社会条件以及历史文化传统都不适应西方式的成文宪法体制,导致政制结构难以稳定下来,由此引发长期政治动荡(比如拉美、东南亚等“第三波民主化”国家),要么导致

从西方移植的成文宪法与本土现实历史和文化条件中形成的政治运作之间的背离,形成了“有宪法而无宪政”的悖谬局面。^③这两种情形对于后发达国家无疑是巨大的政治灾难。尤其在“冷战”背景下,西方国家又成功地建构出“自由”与“专制”的意识形态话语对垒,使得后发达国家本来由于这种全球政治支配所形成的宪法文本与宪法实施之间的背离,被不无误导地归因于“专制”政体,甚至“极权”政体。这无疑为在世界范围推行美国模式的法治和成文宪法提供了意识形态的理由,从而在“后冷战”时期,许多国家(尤其是东欧和一些“第三波民主化”国家)再次掀起了所谓的“世界宪政主义”的运动,^④而且为西方国家对这些后发达国家进行的“人权干预”乃至“民主重建”或“宪政重建”提供了意识形态借口。新近发生在阿富汗和伊拉克的宪政重建不过是一些比较极端的例子而已。

只有在上述国际政治支配的结构性背景下,我们才能真正理解近代以来中国宪政的进程。新中国成立以来,我们的宪法处于不断修改之中,除了中国社会政治生活本身的变化,在特定历史条件下试图与主流意识形态标准进行所谓的“国际接轨”无疑是我们不断修改宪法的重要动力之一。在这种背景下,中国宪法学不可避免地形成了三个主要流派:其一,从“规范宪法”的角度出发,把西方国家的成文宪法文本(尤其是美国宪法)作为“规范宪法”的普适标准,以此批评中国的“宪法规范”不符合这些“普适标准”,由此形成“修宪派”乃至“制宪派”,即主张按照普适的“规范宪法”标准,全面修改中国宪法或者制定新宪法。^⑤其二,从“宪法规范”的角度出发,要求现实生活符合宪法的要求,由此推动“宪法司法化”,以期通过司法判决的方式,来弥合宪法文本与实践之间的差距,避免宪法“束之高阁”,由此形成宪法学界一度声势浩大的“司法化派”。^⑥其三,以“宪法规范”为基

础,主张宪法学研究应以注释宪法规范为目标,这种思路实际上是注释法学传统在宪法学中的体现。^⑦尽管“修宪派”、“司法化派”和“注释派”在学术方法上存在很大分歧,但它们都将宪法研究的对象局限于具备形式化特征的成文宪法,而忽略了“不成文宪法”问题,从而陷入“就宪法文本谈宪法或宪政”之中,很容易染上概念主义、形式主义和文本主义的色彩。^⑧由于受到这种方法的影响,他们要么关心“宪法文本应当是什么”,要么关心“宪法文本实际上是什么”,而没有注意“在实际中运行的宪法规则是什么”或“中国政制运作中所体现出的宪法规则是什么”。由于这种研究方法和视野的局限性,使得我们既不能理解“成文宪法”的形式化特征本身具有的政治意义,也不能理解每日每时在中国现实生活中以不成文宪法形式展现出来的“活生生的宪法”(living constitution)或“真正的宪法”。事实上,这种宪法学研究中似乎不言自明的成文宪法趋向反过来又强化了宪法学说的“背离主题”。

正因为如此,要理解和应对中国宪法中的“背离主题”就必须在宪法学研究方法和研究对象上打破法律的概念主义、形式主义和文本主义所强化的“成文宪法”概念的桎梏,从而提倡用社会学的基本方法来研究宪法问题,即采用一种基于历史—经验的功能分析方法来研究“实效宪法”(effective constitution)。当然,这不是为了描述一个历史经验现象,而是从中发现在现实政治生活中真实存在的宪法规则或宪法规范。^⑨这种方法并不是在形而上学意义上追问“宪法应当是什么”,也不是在法律形式主义的意义上追问“宪法文本的含义究竟是什么”,而是在坚持“价值中立”的社会科学立场上,具体地、经验地考察中国的政治运作中“哪些规则实际上发挥着宪法的功能”,从而构成中国“真正的宪法”。由此必然触及到上述第二个问题:中国宪政秩序是否已经形成一套自己的

规范秩序？

这个问题与其说是一个事实问题，不如说是一个方法问题。我们首先要强调社会学方法与形而上学的哲学方法的不同：后者将符合某种既定世界观的、具有某种正当性的规则称之为“规范”，由此“规范”意味着某种“正当”；而前者强调对人们在实际中的行为构成约束的“规则”就应当是“规范”，它关注的不是正当性本身的追问，而是在现实生活中的有效性。正因为如此，许多不符合国家法律规范的习惯性规则，在社会学的意义上依然具有“规范”的意义，这就是我们在法律社会学中通常所讲的“习惯法”。由此“习惯法”可以“合法地”与“国家法”形成对峙，构成所谓的“法律多元”。如果从哲学的规范视角来否定“习惯法”的“规范性”或“正当性”，无疑被看作是国家法的“暴力”和“偏见”；同样，以“成文宪法”或“规范宪法”的“规范性”来否定“不成文宪法”或“实效宪法”的“规范性”存在，无疑陷入了“成文宪法”的“暴力”或“偏见”。

新中国成立六十年甚至改革开放三十年，无论现实中运行的宪法规则与“成文宪法”有多大的差距，我们最多说“文革”十年处于没有宪法秩序的混乱状态，但目前还似乎没有人敢说中国这六十年或改革开放三十年处于无宪法秩序的政治混乱状态，否则我们就无法理解处于无宪法秩序的混乱状态中的中国如何实现了持续的经济增长乃至重新崛起的奇迹。如果说中国的奇迹是在没有宪法秩序的状态下取得的，那么我相信全世界都应当来研究一种无宪法秩序下创造的人类奇迹，且这足以让人们彻底抛弃西方政治传统中形成的宪法概念。事实上，政治学、经济学和法学的众多研究表明，在中国的宪政实践中，具有大量的、在现实中发挥宪法功能和效果的实际运行规则。^⑩但是在“规范宪法”或“成文宪法”的视野里，这些规则只要没有被“宪法本文化”就根本不存在，或

者处于“无名”状态，或者处于“非法”状态。正如孟子所言：“行之而不著焉，习矣而不察焉，终身由之而不知其道者，众也。”^⑪在当下的中国，维持中国宪政秩序的“真正宪法”就处于这种状态之中。如果说我们的宪法学家作为“知识分子”以拥有理性反思能力而著称，无疑需要观察和发现中国的“宪政之道”，否则与那些“终身由之而不知其道”的芸芸大众有何区别？

由此可见，中国宪政秩序是否已经形成一套自己的规范秩序，答案无疑是肯定的。问题在于我们能不能“察觉”到这种规范，能不能发现这种“宪政之道”。这一方面是学术能力问题，但更重要的是一个学术方法和学术立场问题。如果我们进一步借用哈耶克的理论来说，在“宪法规则”问题上，我们究竟是坚持一种法律的“发现观”，还是法律的“制定观”？究竟坚持一种英美经验主义进路，还是欧陆唯理主义进路？究竟是坚持一套“自由秩序原理”，还是准备“通往奴役之路”？如果我们坚持“自由秩序原理”，就应当坚持英美经验主义的思想路径，坚持法律的“发现观”，去“发现”中国宪政秩序中已经形成的不成文宪法规则，而不是盯着如何“制定”或者“修改”宪法。

坚持这种学术方法和学术立场，不仅有助于摆脱假定的规范宪法理念背后隐藏的所谓“西方文化一种族中心主义”的霸权，进而坚持从中国本土中发现问题并解决问题。更为重要的是，这有助于避免目前中国宪法学说中普遍存在的意识形态化取向，从而恢复宪法学作为一门政治科学、社会科学和法律科学应当具有的尊严和地位。一切严肃认真的宪法学家都必须在“学术自主性”的意义上捍卫宪法学说的严肃性，将严肃认真的学术研究 with 意识形态标榜的流行俗见区分开来，从而摆脱来自政治、经济和意识形态力量的奴役和宰制。^⑫由此，今天中国的宪法学，一方面应当坚持从“成文宪法”出发的宪法解释学立场，尊重宪法

的权威地位,充分挖掘宪法条文的意含,由此不断丰富中国宪政秩序的规范意含;另一方面也应当“超越成文宪法”,从宪法运作的角度来探究和发现已经在运行的不成文宪法规则,并对这种宪法规则加以明确使其有所损益并对其加以“正名”,不仅使其作为宪法的有机组成部分得到尊重,而且使其“名正言顺”地稳定下来并逐步加以规范化,更好地发挥宪法的作用和效力,甚至可以逐步上升为“成文宪法”的一部分,从而使中国的成文宪法和不成文宪法形成有效的良性互动。事实上,中国宪法中许多修正案的内容在成为宪政修改案之前已经出现在中央的改革文件中,在实践中已经作为不成文宪法发挥着宪法的作用,等到这种现实中的宪法规则稳定下来之后,就通过宪法修正案的方式上升为成文宪法的一部分。这已经构成了中国宪法从“改革宪法”逐步迈向“宪政宪法”的成功经验。^⑬

在此基础上,本文尝试回答前面提出的第三个问题:中国宪政运作实践中形成的一套宪法规范究竟是什么?对于这个问题,本文显然不具备全面回答的雄心,而只是一个尝试性的实验,即从“不成文宪法”的角度,尝试“发现”中国现实政治运行中在功能上发挥宪法作用的“不成文宪法”具备哪些外在的表现形式,即宪法的“渊源”。为此,本文第二部分初步探讨“不成文宪法”的法理学基础,主张任何国家的宪政运作实际上都依赖“不成文宪法”,即使美国这样典型的成文宪法国家中,也存在着“不成文宪法”并依赖它来维持其宪政体制的有效运转。本文第三部分集中分析中国宪法的“不成文宪法”,其主旨并不是分析中国“不成文宪法”的全部具体内容,而是围绕国家建构中四个关键性问题,着重探讨中国不成文宪法的四个主要渊源,即成文宪章、宪法惯例、宪法学说及宪法性法律,从而展现中国不成文宪法的丰富性。在最后的结论中,我试图指出中国不成文宪法面临的

问题,并回到我国宪法学研究传统中,强调在中国崛起为世界大国的过程中,宪法学需要从中国现实的宪政生活中提炼具有普遍意义的宪政制度,从而丰富人类的宪政思想,为世界文明作出中国自己的贡献。

二、“不成文宪法”的法理学基础

“成文宪法”创始于美国宪法。美国宪法的成文特征对其他国家的宪法形式产生了巨大影响。此后,任何新建立的国家必然要制定成文宪法作为这个国家的正当性标志。这股思想潮流对拥有漫长宪法历史的英国构成了巨大压力,因为按照美国宪法的成文标准,“英格兰却成了例外……英格兰,也许是现代欧洲国家中最富宪法精神的国家,但却是唯一没有将其宪法诉诸正式文件的国家。”^⑭潘恩(Thomas Paine)当年尖锐抨击英国没有宪法固然为其独立革命张本,可连对英国政体充满向往的托克维尔(Alexis de Tocqueville)也认为:“英国宪法并非真实的存在”。^⑮这对于拥有漫长宪法历史且一直为其自由宪法传统感到自豪的英国人多少有些难以接受。由此,英国宪法学家也一直面临着“成文宪法难题”,若非梅特兰(F. W. Maitland)那样诉诸宪法史来考察了英国宪法,就必须对英国宪法的不成文特征问题进行艰苦的“正名”。在这种背景下,源于英国的“不成文宪法”概念就作为“成文宪法”概念的对立物孕育而生。^⑯

(一)超越“成文宪法”

1. “宪法律”与“宪法惯例”

最成功地成为英国宪法的现代特征进行“正名”的宪法学家当属戴雪(A. V. Dicey)。他第一次从法律科学的意义上全面厘定了英国宪法的内涵,并从英国政治实践中提炼出英国宪法的三个主导性原则:议会主权、法治原则和宪法惯例,由此我

们也可以看出“宪法惯例”在英国宪法中的重要地位。“宪法惯例”的提出显然继承了此前密尔(John Stuart Mill)提出的“不成文的宪法准则”(the unwritten maxims of constitution)这个概念,^{①7}这意味着宪法概念并非必然是美国式的法典化的成文宪法。为此,戴雪特别提出自己对宪法本身的看法:

宪法这个词就像在英格兰所使用的那样,显然包括了直接或间接影响到国家主权利力的分配或行使的所有规则。……注意这里的措辞,是“规则”(rules)而非“律法”(laws)。这种用法乃有意为之。其目的想引起人们关注这样一个事实,就英格兰对宪法这个术语的用法而言,构成宪法的规则包含了两套在特征上完全不同的原则(principles)或准则(maxims)。

其中一套规则是严格意义上的“律法”,因为这些规则是由法院强制执行的(无论这些规则是成文的或不成文的,也无论这些规则是以成文法形式颁布的或源于一大堆习惯、传统或以普通法而著称的法官创造的准据)。这些规则所构成的宪法(constitutional law)才真正符合这个概念的本来含义,也正是由于这个原因被统称为“宪法律”(the law of the constitution)。

另一套规则是由惯例(conventions)、默契(understandings)、习惯(habits)或常例(practices)构成的。这些规则尽管也规制着行使主权利力的几个成员、大臣和其他官员的行为,但它们在事实上根本不是律法,因为它们无法由法院强制实施。由于这个原因,这部分宪法可以称之为“宪法惯例”(conventions of the constitution)或宪法道德(constitutional morality)。^{①8}

这段话相对完整地表达了戴雪对宪法的外在形式或者渊源的看法。需要注意的是,戴雪自己并

没有从“成文的”或“不成文的”这个角度来区分宪法的不同形式,相反,他特别强调自己对“宪法律”与“宪法惯例”作作的区分完全不同于“成文法”与“不成文法”的区分。他认为,有些宪法律是成文的,比如《人权法案》(the Bill of Rights)、《王位继承法》(the Act of Settlement)和《人身保护令》(the Habeas Corpus Act)就是以成文法的形式颁布的,有些主要的宪法律却是“不成文的”,即不是以成文法的形式所颁布的。相反,宪法惯例尽管在形式上都是通过文字写作的方式表达出来的,但它们并没有收录在成文法汇编(statute-book)。^{①9}尽管如此,宪法学说中依然把戴雪看作是确立“不成文宪法”概念的重要倡导者,因为宪法学说中对“不成文宪法”的界定并非按照戴雪所理解的“不成文法”的含义来理解的,而是按照宪法是否以法典化的方式规定在一个宪法文本中。由此,尽管戴雪强调诸如权利法案、王位继承法和人身保护令等这些宪法律是成文法的,但英国被看作是“不成文宪法”国家,因为其宪法并没有规定在单一的宪法典中。

戴雪提出的“宪法律”与“宪法惯例”的法理意义在于拓宽宪法学的研究对象与范围,使得宪法学研究超越了概念主义、形式主义和文本主义所关注的法典化的成文宪法,而是关注包括宪法典在内的、在政治生活中事实上发挥宪法运行的规则,从而奠定了“不成文宪法”的法理基础。为此,戴雪坚决反对布莱克斯顿(William Blackstone)所代表的“名教癖”和“形式癖”以及由此形成的对英国宪法的虚构或批判,认为这种法学研究方法根本无力揭示英国宪法的“真理”,相反他对政治理论家白芝浩(Walter Bagehot)在《英国宪制》中“第一次依照确切事实来说明内阁的真正性质及其与王室和议会的真实关系”大为赞赏,^{②0}尽管他从法律人的角度对政治理论家所分析的范围也作了相应的限制。^{②1}正是从政治生活中的“真实关系”出

发 戴雪意识到他提出的“宪法律”与“宪法惯例”的区分,实际上涵括了宪法的“全部对象”(the whole subject),也暗示了“成文宪法”仅仅是宪法的一部分,而非全部。正是按照这种划分,戴雪进一步指出,美国这样拥有成文宪法的国家也依然存在着“宪法律”与“宪法惯例”的区分。²²

戴雪区分“宪法律”与“宪法惯例”的意义就在于指出“名教癖”和“形式癖”所强调的“成文宪法”概念不过是“宪法律”,它仅仅是宪法的一部分内容,而非全部。宪法的全部对象必须将“宪法惯例”包括进来,从而大大拓展宪法学的研究领域。尤其对于英国来说,没有一部法典化的成文宪法决不意味着英国是没有宪法的国家或者非宪政的国家。正是在戴雪上述划分的基础上,为了与这种流行的“成文宪法”概念相对照,英国的宪法被称之为“不成文宪法”,其中“宪法性法律”和“宪法惯例”成为这种不成文宪法的核心内容。²³

2. “无宪法典的不成文宪法”与“有宪法典的不成文宪法”

宪法学说中流行的“成文宪法”与“不成文宪法”的分类似乎将二者对立起来,而忽略了“不成文宪法”的研究视角实际上囊括了成文宪法本身。换句话说,“不成文宪法”与“成文宪法”并不是并列关系,而应当是前者包含、囊括了后者。英国当代宪法学家惠尔就是从这个立场出发,彻底颠覆了传统宪法学关于“成文宪法”与“不成文宪法”的划分。

惠尔(K. C. Wheare)认为,“政府体制都是由这种法律和非法律规则混合而成,这种规则的集合体就可以叫‘宪法’。”²⁴在此基础上,他区分了狭义宪法和广义宪法,前者从上述宪法概念中挑选出一部分法律规则,而后者则不仅关注这些法律规则,而且还要关注非法律规则。而所谓“法律规则”与“非法律规则”的区别在于:“一是被书写于宪法或某议会或其他法律文件中的规范政府的规

则——多数是法律规则;另一是其他规则,主要是规范政府的风俗、惯例和习惯,这些规则通常都不是被精确设计并载诸文书的。”²⁵

惠尔提出区分这两种规则和两种宪法概念的意义实际上延续了戴雪的理论传统,所不同的是,他在戴雪的基础上向前推进了一步:所有的宪法国家都是不成文宪法国家,由此成文宪法与不成文宪法的区分就失去了意义:

在所有国家,不只是英国,法律和非法律规则、成文和不成文规则,是混杂在一起而构成政府体制的。……把宪法分为成文和不成文的做法是应该抛弃的。较好的区分是:有成文宪法的国家和没有成文宪法的国家,或者更简单些,遵循本书采纳的宪法定义,此即有宪法典的国家和没有宪法典的国家。²⁶

惠尔对“成文宪法”与“不成文宪法”概念的重构,实质上奠定了“不成文宪法”的正当性基础,相比之下,“成文宪法”不过是“不成文宪法”的组成部分。在“非法律规则”的汪洋大海中,成文宪法典不过是一座孤岛。英国与其说“有不成文宪法”,不如说英国“没有成文宪法”。

惠尔的宪法概念的重构之所以能够取得成功,就在于他秉持了戴雪的理论传统,坚持认为:“宪法说什么是一回事,实践中发生什么完全是另一回事……世界上几乎所有国家都有宪法,但在很多国家,宪法是受到忽略和轻蔑的。”²⁷由此可见,惠尔考察的不是被人们称之为“宪法”的法典或法律文本,而是考察政府的体制在实践中是如何运作的。如果我们换一个宪法概念来说,惠尔考察的实际上是“实效宪法”(effective constitution),它实际上是由一系列宪法性的法律文件、宪法惯例以及宪法学说和传统所构成的,其中可能有宪法典,也可能根本就没有宪法典。

(二)超越“法院宪法”

无论戴雪关于“宪法律”与“宪法惯例”的划分,还是惠尔关于“无宪法典的不成文宪法”与“有宪法典的不成文宪法”,都和“成文宪法”和“不成文宪法”的划分一样,是一种基于研究对象分类的形式划分。这些划分都没有解决一个实质问题:为什么宪法的研究对象必须包括“宪法惯例”在内?为什么不能把英国称之为“无宪法的国家”?换句话说,我们所说的“宪法”究竟意味着什么?为什么“不成文宪法”必须将政府体制的运作作为考查对象?对这个问题的追问不仅涉及到在宪法问题上的“古今之争”,而且涉及到了奠定“成文宪法”概念的美国宪法的特殊性。

1. “政制”与“宪法律”

中文里所说的“宪法”在英文中往往指称两个不同的概念:constitution和constitutional law,这两个概念在英文中存在很大的区别。constitution的基本含义就是“组织”、“构成”,即一个事物成为其本身从而在性质上区别于他物的结构性要素。在这个意义上,任何事物都有其自身的constitution。而一个事物的constitution之所以能够形成该事物的性质,就在于这个constitution服从于一个特定的目的。换句话说,事物的“目的”决定了事物的constitution。

当柏拉图(Plato)和亚里士多德(Aristotle)探讨古希腊城邦政制时,通常的英文翻译就用constitution这个词(也有用regime这个词),往往被翻译为“政治体制”、“政制”或“政体”。城邦的政制(constitution)之所以成为城邦的构成性要素,就在于这种政制将不同的个人团结在一起,构成为一个区别于家庭、村社的“政治共同体”,从而使每个人成为“公民”,并在城邦政治生活中实现“至善”。正是出于追求“至善”,柏拉图和亚里士多德都从不同的思路探讨了城邦最好的构成方式。但他们都很清楚,现实中城邦的政制构成无一例外受

到了财产关系、社会阶层构成、公民的灵魂禀赋以及由此形成的风俗、习惯和民情的影响等等。如果我们将这里的constitution翻译为“宪法”,那么这个古典的宪法观念非常清晰:宪法就是一个政治共同体得以形成的政治体制,其目的就是为了将个人(person)从家庭和村社中解放出来,使其加入到城邦中成为“公民”,并按照宪法的规定从事政治活动,从而实现“至善”。

在城邦的构成过程中,无论柏拉图还是亚里士多德都强调“法治”在形式上的稳定性和重要性,强调“立法者”在建构城邦中的创始作用。但是,他们所强调的constitution并非强调其外在的法律形式,而是强调其实质内容。宪法从来不是一个用文字表达的形式文本,而是一个实质性的构成要素。在柏拉图那里,他强调构成城邦的公民的灵魂的constitution,因为公民灵魂的不同constitution就会形成不同的性格气质和禀赋,从而形成不同的政治理念和行为方式,由此形成不同的风俗习惯。“政治制度是从城邦公民的习惯里产生出来的,习惯的倾向决定其他一切的方向。”²⁸而在亚里士多德这里,更强调城邦的政治体制取决于财富的分配形式、社会阶层的构成等。²⁹由此,在古典的宪法观念中,真正的宪法并非形式化的法律文本,而是发挥实质作用的社会阶层的利益结构模式或公民灵魂的结构模式以及由此形成的民情风俗(mores)。事实上,当托克维尔在强调美国的民主共和政制的基础首先在独特的地理环境,可地理环境不如其法制,而法制不如其生活习惯和民情时,³⁰他实际上采用的就是这个古典的宪法概念或政制概念。

然而,美国宪法带来了与这种古典的宪法观完全不同的现代宪法观,即成文宪法所特别强调的外在法律形式。这种观念来源于近代唯理主义和自由主义的一整套思想观念,即国家作为一个特殊的政治共同体,目的在于保护个人的自然权

利并在其基础上通过社会契约的方式构成国家。古典宪法观念与现代宪法观念的根本区别就在于城邦构成的目的是为了公民的德行(virtue)或至善(good),而国家构成的目的是为了保护公民的自然权利(right),非如此国家不足以构成。现代意义上的宪法就是拥有自然权利的个人之间通过理性协商形成的社会契约,国家正是通过宪法而由人的理性所构建起来的。作为这个政治理念的支撑,西方罗马法复兴运动带来了一套全新的法律观念:法律不是从自然秩序成长起来的并反映现实社会秩序的法则(mores),而是由人类理性和意志所创造出来的、改变并构建社会和政治现实的构成性工具。由此,“成文宪法”对于现代国家而言,往往是构成性的,即通过宪法这种法律工具来构建国家实体,国家不再是自然秩序中生成的,而是人为创建的法律机器——“利维坦”。这样一种政治秩序就被称之为“宪政”或“法治”。

这种现代宪法概念由于美国在现代民族国家建构中的特殊性而产生了深远的影响。和其他欧洲历史上的王朝国家在不断更替中继承的历史传统不同,美国的建国往往被看作是模拟这一套现代政治理论,即美国是由成文宪法所建构(united)起来的,没有《美利坚合众国宪法》也就没有合众国本身。正如潘恩所言:“宪法是先于政府的东西,政府只是宪法的造物。”^③潘恩的这种成文宪法先于政府甚至先于国家的概念无疑是一个现代概念。政府或者统治者要受到人为制定的法律的约束,这对于秉持政府和统治者要受到神法、自然法或普通法约束的欧洲传统而言,不啻是一场革命。宪法的这种成文化特征导致宪法在国家的整个制定法体系中具有最高地位,甚至可以类比为神法或自然法,因而被称之为“高级法”。^④正是对成文宪法具有的成文法形式的强调,宪法概念从原来的强调社会结构、风俗民情的古典宪法观向强调外在的成文法形式的现代宪法观转变,从政制

(constitution)或真正意义上的宪法转向了宪法律(constitutional law)或目前流行的所谓宪法。

2. “政治宪法”与“法院宪法”

现代宪法观念之所以从古典宪法中关于政制的实质化思考转向关注“宪法律”的形式化思考,另一个重要原因就在于现代政治中所强调的对公民权利的保护与西方历史上强大的司法传统联系在一起,由此形成“审判权”与“治理权”之间的对峙。^⑤特别在英美普通法传统中,一方面对公民权利的保护主要来源于法院的司法裁判。无论是英国不成文宪法中《大宪章》所开创的正当程序原则,还是美国成文宪法中的《权利法案》,都很容易倾向于从法院判决的角度来理解宪法,强调宪法的法律特征。另一方面在法律形式上,英国不成文宪法中的宪法性法律与普通的法律并没有严格的区分,即使在美国成文宪法的规定中,宪法、国会制定的法律和国家缔结的条约也处在相同的效力等级上。美国宪法高于国会立法的是通过宪法惯例逐步创立起来的,而这恰恰与法院解释宪法并行使违宪审查权的历史密切相关。在这种宪政背景下,以美国宪法为标准的现代宪法观更强调从法院的角度看宪法,把宪法理解为可以在法院的司法判决中加以解释和适用的法律文件,由此在世界范围内形成了“法官的宪法”。^⑥中国宪法学界的“宪法司法化”也不断地从“宪法律”的角度来强调宪法就是“法律”,可以由普通法院来解释和适用。

由此,古典宪法观与现代宪法观之间另一个区分就在于法院在政治权力结构中的位置不同。在古典宪法观念中,法院并不属于政治体制的构成性要素,而是一个普通的维护社会秩序、解决纠纷的机构,甚至在洛克(John Locke)的政治学说中,司法权也仅仅是执行权的一种。然而,在美国的三权分立、制约平衡学说中,司法权获得了与立法和行政同等的地位,并且由于法院对宪法的解

释以及司法审查权行使,使得法院差不多凌驾于立法权和行政权之上,甚至形成“司法主权”的趋势。在这种对政治体制的不同理解中,古典宪法观所强调政制的结构模式,我们可以称之为“政治宪法”(political constitution),它强调政制有赖于公民教育所塑造的行使“积极自由”的公民德行与社会风俗习惯以及政治家的作用。这样的宪法是根本不可能通过法院来实施的。比较而言,现代宪法观强调司法诉讼对公民权利的保护,即法院保护公民的基本权利或宪法权利不受到公共权力的侵犯,由此制约公共权力,我们可以称之为“法院宪法”(judicial constitution)。

现代宪法观念之所以发生如此重大的转型,一方面是由于美国的“法院宪法”在美国政治生活中发挥着独特的作用,恰如托克维尔所言,美国政治问题往往要转化为法律问题,^⑤而法律问题往往会转化为最高法院的司法审查问题。这个独特的宪法理念对其他国家产生了重大影响,尤其是20世纪60年代以来美国最高法院采取“司法能动主义”积极介入美国的政治生活,从而深刻地塑造了美国宪法本身。另一方面是由于美国独特的法律教育模式以及由此在法学界形成的一套围绕最高法院宪法判例的宪法学说和宪法理论,这套理论和学说随着法律教育的影响也无形中影响其它国家的宪法学说。本来,“法院宪法”是在美国模式的“制约平衡”原则下的特定“政治宪法”的结构中形成的,“法院宪法”是以“政治宪法”为前提,且涉及到“政治宪法”的诸多内容并不完全可以通过司法途径来解决。但“法院宪法”理念在全球范围内的扩张给人们一种错觉,仿佛宪法的核心内容就是“法院宪法”所强调的人权保护,而忽略了宪法的真正内容乃是“政治宪法”所关注的对政治共同体的建构。

由此可见,如果说“法院宪法”把宪法理解为一种由法院解释和适用的法律,即理解为“宪法

律”(constitutional law)的话,那么“政治宪法”恰恰依然继承了古典宪法观,对政制的权力结构予以格外关注。尤为重要的是,这种政体结构并不是通过司法判决来维持和实施的,而是依赖于一套政治制度以及使这套政治制度能够有效运作的政治家和民众所共同分享的一套文化传统、风俗习惯乃至人们之间以默会的方式发挥作用的信念和原则。^⑥因此,戴雪在区分“宪法律”和“宪法惯例”时,所采用的标准就并非是成文或不成文的,而是是否能够通过法院的判决来执行和实施的。由此,我们也看到了“宪法”与“法律”的根本不同:法律是由当事人之外的第三方力量来强制执行的。当宪法中部分内容,尤其是涉及到公民权利保护的内容,往往可以通过法院执行时,这部分内容可以被称之为“宪法律”,而宪法中最核心的内容,比如关于国家的政体结构,无法由当事人之外的第三方力量来强制执行,而必须依赖所有当事人之间所共同遵守的一套规则,这一套规则就构成我们所说的“不成文宪法”的核心内容,包括宪法惯例、宪法性法律等等。由此,真正的宪法往往以不成文宪法的形式展现出来,即使是成文宪法国家,成文宪法中涉及政制的核心内容也必须由政治共同体成员所信守的不成文宪法的支撑才能真正得到实施。

(三)“有宪法典的不成文宪法”范例考察

尽管美国宪法以“成文宪法”而著称,可是对美国宪政实践的考察,就会发现美国宪政的运作并不完全按照成文宪法的规定展开。越来越多的美国宪法学家们发现,在美国成文宪法的背后,具有一套不成文宪法。^⑦其中不仅有隐秘的宪法文本,还有宪法惯例、学说和传统等等。

1. “隐秘的宪法”

美国宪法是由宪法正文和修正案构成的,但是在George P. Fletcher教授看来,美国内战之后增加的第十三、十四和十五修正案给美国带来了

一个全新的宪政秩序,以至于可以称之为“第二宪法”(the second constitution)。第二宪法的原则与1987年美国宪法(第一宪法)的原则形成了截然对比:“第一宪法”建立在“自愿联合的人民意识(peoplehood)、个人自由和共和精英主义”的原则之上,而“第二宪法”建立在“有机的国家意识(nationhood)、所有人平等和大众民主”的原则之上。^③内战之后的美国宪政很大程度上反映了这两部宪法在美国生活中争夺优先地位。“第二宪法”的序言就是林肯在葛地斯堡的演讲,而这个演讲又诉诸了美国的《独立宣言》。如果说美国第一宪法是一部宣扬“自由”的宪法,那么美国《独立宣言》、林肯的演讲和内战宪法修正案构成的美国第二宪法是宣扬“平等”的宪法。然而,战后19世纪的最高法院在一系列涉及到第二宪法的案件中,并没有执行第二宪法的原则,使得“第二宪法”成为美国“隐秘的宪法”(secret constitution)。尽管如此,Fletcher认为这部“隐秘的宪法”“事实上更深地植根于美国的政治和法律文化中,并在各种不同的领域中展现出来。”^④由此可见,要理解美国宪法,固然要从成文宪法的角度来理解成文宪法典和修正案,但更要从不成文宪法的角度理解美国宪法,不仅要把《独立宣言》和《林肯在葛地斯堡的演讲》看作是美国宪法的有机组成部分,而且要把最高法院司法审查看作是美国宪法,因为正是最高法院行使违宪审查使得体现在成文宪法文本中第十三、十四和十五修正案变成了“隐秘的宪法”。

2. 司法审查:惯例与学说

美国宪法之所以成为“司法宪法”或“宪法律”的典型,就在于司法审查制度。然而,该制度并不是由美国成文宪法所明文规定的,而是由最高法院在长期司法实践中逐步确立起来的。马歇尔(John Marshall)在马伯里案(Marbury v. Madison)中第一次明确司法审查原则之后,曾经遭到了行

政部门和其他法官的抵制和批评,且在大约半个世纪之后坦尼(Roger B. Taney)大法官在斯葛特案(Dred Scott v. Stanford)中再次行使司法审查权时,依然受到来自行政权和公众的巨大批评。然而,在经过漫长的历史和联邦最高法院的反复实践后,司法审查制度不仅确立起来,而且逐步发展演变为司法至上。^⑤由此违宪审查制度本身就是美国宪政实践中形成的、被人们所共同遵守的“宪法惯例”,而这种宪法惯例之所以可能,就在于美国宪法所确立的三种权力的关系在实践发生了转化。

按照美国宪法第三条第二部分的规定,最高法院只对几种宪法明确列举的案件拥有初审管辖权,而对大量案件的上诉管辖权由国会作出的“规则和例外”来决定。根据宪法的这一规定,国会完全可以发布命令撤销最高法院对某类案件的上诉管辖权。国会甚至可以彻底剥夺联邦法院对这类案件的管辖权,并将他们交给州法院。比如在1868年的*ex parte McCordle*案中,重建国会(Reconstruction Congress)就撤销了最高法院对案件的管辖权。对此,联邦最高法院在判决中明确指出:“我们不能随便来探究立法机关动机。我们审查宪法赋予立法机关的权力。立法机关有权就本院的上诉管辖权作出例外规定,这是宪法明文规定的。”^⑥既然美国国会可以通过对最高法院上诉管辖权的规定来控制最高法院,为什么不对最高法院的司法能动主义(judicial activism)作出纠正,甚至彻底废除其司法审查权呢?奎尔克(Quirk)教授认为,国会议员的主要目标在于保证能够再次当选国会议员,为此他们会尽量避免卷入这种会引起巨大政治和道德争议的问题。由此,在司法审查的这种宪法惯例的背景下,宪法第三条第二项规定国会对最高法院司法管辖权作出例外规定在实践中归于无效,这实际上构成了美国宪法中的不成文宪法。^⑦

即使从“宪法律”的角度看,美国宪法一旦进入司法领域就成为一个“结构开放”(open texture)的文本^{④③}需要大法官们加以解释才能理解。正如马歇尔所言,“这是一部我们正在解释的宪法。”^{④④}由此,美国最高法院大法官们的政治哲学思想以及由此对宪法的理解所形成的学说和理论,无疑构成了真正的美国宪法。比如关于联邦主权与州主权的的关系,在早期马歇尔时代与坦尼时代就有根本不同的理解;在后来关于“商业条款”(commerce clause)的漫长解释历史中,联邦与州的关系也在自由派和保守派之间来回摇摆。在大法官们对宪法的解释过程中,对本文主义(textualism)、原旨主义(originalism)、严格解释(strict interpretation)、自由解释(liberal interpretation)等等这些不同法律解释学说之间的辩论不仅是政治意识形态的辩论(比如自由派和保守派),也是对“宪法”理念本身的辩论,即宪法究竟是一个固定不变的法律文本,还是一个不断成长的活的宪法(living tree)。^{④⑤}正是根据这些法理学说,大法官通过司法判决发展出宪法文本中不存在的“基本权利”(fundament rights)比如隐私权、“米兰达权利”以及根据罗斯福在“四大自由”中提出的“免于恐惧的自由”所发展出来的劳动权。美国最高法院对宪法的解释不仅完善了成文宪法,而且也彻底地改变了美国宪法的内容,更重要的是这种解释在无形中改变了美国宪法确立的美国宪政体制,即从宪法所确立的三权分立体制逐渐变成了司法至上或司法主权的体制,这个三权分立的共和国正在逐渐变成“法律帝国”。^{④⑥}

3. 其他惯例

除了司法审查问题,美国宪法的运行中也存在其它的不成文宪法。各州不能脱离联邦的原则在南北战争之后变成人们的一套默会的约定。而总统权力的运行也基本上是在宪法惯例中确立起来的。^{④⑦}宪法明确规定国会拥有唯一对外宣战的

权力。但事实上,国会放弃了这种权力,并交给总统来行使,比如越南战争和伊拉克战争。从国会的角度看,这也许是一个聪明的做法,因为国会可以批评政府的战争政策,而许多因此而表现出正义感的议员们都再次当选了。在奎尔克教授看来,这种变化是由于在美国成文宪法的背后逐渐形成了一个“皆大欢喜的约定”(the Happy Convention),即国会把战争权力交给了总统,把对美国的社会、道德和文化的决定权交给了非民选的法官们,成文宪法中确立的议会优先原则逐步被总统和最高法院优先原则所取代,这构成了美国宪法中的不成文宪法。^{④⑧}

三、中国宪法中“不成文宪法”的渊源类型

如果我们摆脱形式主义宪法学对成文宪法文本的关注,转向对不成文宪法的关注,那么我们就就会发现,宪法学中关于中国不成文宪法的研究差不多处于空白状态。这并不是说中国宪法的实际运作没有人做过研究,而是说这些问题并没有从宪法学的角度来研究,很大程度上变成经济学、社会学、历史学和政治学的研究领域。而这些针对中国现实的经验研究由于受到这些学科内部的研究视角和研究假设的限制,没有也不可能将问题上升到宪法问题上来讨论。在此,我试图从对中国政制构成至关重要的几个方面入手,着眼于探讨我国不成文宪法中四种不同的渊源类型,即规范性宪章、宪法惯例、宪法学说和宪法性法律。

(一)“橡皮图章”之谜 规范性宪章

我国宪法中明文规定了人民代表大会制度的宪政体制,即由人民通过选举产生的全国人民代表大会及其常委会行使国家最高的权力,拥有广泛的主权权力和最高的政治权威。^{④⑨}可这样的法律文本表达与人民代表大会制的实际运作状况形成了很大的差距,以至于人们常常将全国人大及

其常委会批评“橡皮图章”,表明全国人大及其常委会并没有真正发挥宪法文本所规定的职能。这种批评很大程度上是从形式主义的宪法学说出发,以宪法文本为依据,由此看到“规范”与“事实”或“表达”与“实践”之间的背离。

1. 人民主权的互动结构

然而,如果从中国宪政实践出发来考察,就会发现全国人大及其常委会职能的“图章化”是由新中国的建构形式本身所决定的。因为新中国不是通过宪法和民主选举产生的,而是由中国共产党领导各革命阶级通过革命而建立起来的。中国人民政治协商会议不仅在时间上先于全国人民代表大会,而且在政治地位上曾经一度高于全国人民代表大会。^⑩中国共产党领导下的多党合作体制无疑是构成新中国的最主要的政体形式,它在新中国制定第一部成文宪法之前就已经存在了。中国共产党领导下的多党合作与政治协商制度无疑是新中国的“根本法”(fundamental law),它是中国宪政体制的基础,是制定成文宪法并彻底修改成文宪法的政制基础和宪法前提,成文宪法的制定仅仅是为了认可并巩固中国共产党领导下的多党合作制度这个根本法。我们的成文宪法之所以具有最高的地位,恰恰是因为它承认并巩固了这个根本法。我国宪法经历了多次全面修改,但中华人民共和国并没有因此改变,根本原因就在于构成中华人民共和国的“根本法”,即中国共产党领导下的多党合作与政治协商制度并没有改变。可见,新中国作为一个国家而存在的构成性制度(constitution),不是全国人民代表大会制,而是中国共产党领导下的多党合作和政治协商制,中国共产党的领导地位是这个制度的根本和核心,是中国的“第一根本法”,是中华人民共和国得以构成的“绝对宪法”。^⑪只要这个“根本法”没有改变,无论成文宪法如何修改,都不会改变中国作为一个独立政治共同体的构成。

新中国之所以采取中国共产党领导下的多党合作体制,并不单单是由于革命建国这个历史现实,而且是由于中国共产党代表了工人阶级和农民阶级,代表了中国人民中的绝大多数,再加上其他民主党派代表和小资产阶级、民族资产阶级以及其他社会阶层,它们之间的协商合作本身就足以形成“人民主权”,足以使得“政治建国”具有了正当性。但是依赖人民民主专政的“政治建国”由于缺乏形式化要素的约束而难以稳固下来,为此必须采取“法律立国”的方式,即通过制定宪法把政治共同体的“根本法”用形式化的法律文本固定下来。由于“法律立国”针对的是公民个体,它在和平状态下只能通过选举来产生人民代表,行使国家主权。这样,在中国宪政体制中构成“人民主权”也有两种不同的制度机制:其一是“作为绝对宪法的根本法”所明确的中国共产党领导下的多党合作制度;其二是“作为根本法的成文宪法”所规定的人民代表大会制度。相应地,恰如西方中世纪政治传统中“君主的两个身体”,^⑫作为主权者的“人民”也有两种外在的身体,即两种类型的“人民代表”:其一是基于政治理念、历史使命和阶级利益基础上产生的代表:即中国共产党和其他民主党派;其二是基于法律程序经过选举而产生的代表:即全国人民代表大会代表。前者针对作为政治性力量的阶级和阶层等,后者针对作为社会性力量的公民个体。

由此可见,中国宪法在对政治主权的建构过程中,既不同于美国的成文宪法主导模式,也不同于英国的不成文宪法主导模式,而是在不成文宪法与成文宪法、中国共产党领导的多党合作制度与全国人民代表大会制度、阶级基础上形成的人民与公民个体基础上形成的人民、人民的政治代表与人民的法律代表之间形成了一种特别的合作关系。尤其是中国共产党领导的多党合作制和全国人民代表大会制这两种“人民主权”或“人

民意志”的形成机制,使得中国政体展现出一种独特的互动结构。因此,中国宪政的核心问题是如何处理好二者的关系,避免二者因为相互冲突使国家主权陷入分裂的宪政危机状态中。这就需要在政治实质与法律形式之间携手合作,形成良好的互动。正如曾经担任全国人大常委会委员长的李鹏所言:“宪法序言中,明确规定了中国共产党在中国各项事业中的领导地位。全国人大是最高国家权力机关,但也必须在党中央的领导下工作。这一点是做人大工作的同志丝毫也不能含糊的。目前党内和社会上有‘党大’还是‘法大’的争论。我意识到,要做好人大工作,必须从理论和实践上说清楚二者之间的关系,按照宪法的规定来解决这场争论。”^{⑤3}

中国宪政的这种独特的互动结构恰恰是以二者之间相对明确的分工为前提,即政治问题的实质决断权属于中国共产党领导下的各党派之间的政治协商,而全国人大及其常委会要对中国共产党在经过民主协商之后所作出的政治决定给予法律程序上的背书,从而将党的政治决定法律化和国家化,将政党的政治意志上升为国家意志,在国家和成文宪法意义上获得最高的法律效力。在这种宪政结构中,全国人大及其常委会只能发挥“橡皮图章”的作用。尽管它在法律形式上可以独立于党中央按照宪法的规定行使其权力,但在目标、任务和政治功能上不可能形成独立于党中央的政治意志,因为即使从法律形式主义的角度看,全国人大及其常委会的权威来源于“人大代表”所代表的“人民”的主权权力,而在我国的全国人大代表中,绝大多数都属于中国共产党党员,他们所代表的主权权力也必然通过党的机制凝聚为党的政治意志。因此,全国人大的意志与党中央的意志本身也是统一的,二者是以不同的方式代表了人民的意志。在这样的宪政结构中,全国人大必然要履行“橡皮图章”职能,它是一种法律正当性的赋予职

能,如果没有这个“法律图章”,中国共产党在中国的领导和执政地位就缺乏合法的依据。需要注意的是,“橡皮图章”本身并不是一个贬义词而是一个中性词,它既不能理解为全国人大及其常委会的“失职”,也不能理解为全国人大及其常委会就应当无所作为。恰恰相反,全国人大及其常委会按照宪法充分发挥“橡皮图章”功能,也是用宪法来“驯服君主”的过程,从而使得党真正做到在宪法和法律的范围内活动,真正做到依法治国,不仅使党从“革命党”变成“执政党”,而且要从“执政党”变成“立宪政党”。如果我们把目前的法治状态与“文化大革命”中党委直接领导相比较,目前党的意志显然受到宪法程序的约束,所谓“橡皮图章”的意义不亚于“立宪君主”与“绝对君主”的根本性区别。

2. 宪法序言:成文宪法与不成文宪法的结合

然而,党的领导以及多党合作体制并非外在于我们的成文宪法,相反,它本身就在我们的成文宪法之内。只不过这些内容不是规定在宪法的正文中,而是规定在宪法的序言之中。^{⑤4}宪法序言对党的领导地位作出了明确规定:

第一,承认并肯定中国共产党领导中国人民在新民主主义革命中取得胜利并建立人民共和国的历史地位,承认并肯定在新中国“当家作主”的人民是中国共产党领导下的人民。这种承认和肯定不仅仅是对政治现实的记载,而是一种正当性的赋予,即政治统治的正当性来源于历史传统。

第二,承认并肯定中国社会主义建设的巨大成就是在中国共产党的领导下完成的,这不仅肯定了1949年到1982年期间中国共产党在中国的领导地位,更重要的是,这种政治领导地位因为它所取得巨大成就而巩固了其正当性,这往往被称之为“绩效的正当性”。

第三,明确了中国人民在中国共产党领导下的政治使命,即把我国建设成一个富强、民主、文

明的社会主义国家。这意味着中国共产党无法用现代政治学意义上的政党概念来理解,后者是在社会阶层或者团体的利益基础上形成的政治利益集团。而中国共产党的政治基础不是某种阶层或者团体的特殊利益,而是整个国家和民族的利益;不是眼前利益,而是长远利益;不是在市民社会意义上的财产利益,而是在宗教意义上的伦理和政治使命。正是这种政治使命,使得国家超越于市民社会,具有了独立的意志和尊严。

历史传统、治理绩效和政治使命,中国宪法序言以一种独特的方式对中国共产党领导的多党合作宪政体制进行了政治哲学上的论证,这种政治哲学既是哲学的,也是宗教的,既是古典的,也是现代的,既是西方的,也是中国的。在此基础上,宪法序言明确中国共产党领导各民主党派和人民团体参加的多党合作和政治协商制度是我国基本的政治制度。如果说“中国共产党的领导”是我国的“第一根本法”,且“中国共产党”因为代表人民而拥有了政治主权,那么,我国的宪法构成必然是围绕中国共产党展开的。中国共产党自身的性质、它所代表的利益、它的政治理念和目标、它领导人民的方式等等,也必然成为中国宪法的核心内容。事实上,新中国成立以来,无论我国成文宪法的修改,还是我国宪政制度的完善,无一例外与中国共产党的路线、方针和政策有着直接关系。我国成文宪法的几次大规模修改、以及宪法修正案的通过,都是由中国共产党提出相关的动议和法案。^⑤

因此,理解中国宪政必须理解中国共产党。从宪法的角度看,要理解中国共产党就必须解读《中国共产党党章》这个规范性文本。邓小平曾经明确指出:“国要有国法,党要有党规党法,党章是最根本的党规党法。没有党规党法,国法就很难保障。”^⑥在此,邓小平虽然从法律形式主义的角度区分了国家法(state law)与党规党法,但他在功能主义的意义上更强调党规党法的重要性,因为没

有党规党法的完善或者说中国共产党不遵守自己的党规、党法,那么国家法律也不可能得到有效的实施。邓小平实际上揭示了中国法治和宪政的根本是中国共产党要遵守党规党法。中国共产党要依照党章这个“最根本的党规党法”展开政治行动。比如,现行的《党章》明确规定,“中国共产党领导人民发展社会主义民主政治。坚持党的领导、人民当家作主、依法治国的有机统一,走中国特色社会主义政治发展道路。”^⑦这里所谓“党的领导、人民当家作主、依法治国的有机统一”实际上已明确了上述党与人大相互配合的宪政体制。

可见,要理解中国现实生活中的宪政运作,就必须理解成文宪法的序言所明确规定的“中国共产党的领导”这个“第一根本法”,就必须理解作为规范中国政治主权者的“根本大法”《中国共产党党章》。而从形式主义的宪法学看,《党章》仅仅是规范党的规范性文件,属于“党规党法”,并非国家的法律文件,更不是宪法性法律文件,但就其在中国宪政生活中发挥的规范性作用和地位而言,其真实效力甚至比成文宪法还重要,因此,从“实效宪法”的角度看,党章作为规范性宪章,就其内容和发挥的政治作用而言,必须被理解为中国不成文宪法的有机组成部分。一旦确立了《中国共产党党章》的宪法地位,就会有大量与宪政内容有关的“党规党法”需要纳入到宪法学研究领域。比如各种机关的领导干部选举中经常出现党组织考察提名与人大代表选举之间的张力,而这种张力必须放在党的干部任免条例与国家选举法之间的关系中进行考察。同样的道理,《中国人民政治协商会议共同纲领》也无疑应当看作是中国的不成文宪法。

在此基础上,中国人民政治协商会议、中国共产党中央委员会及其政治局和政治局常委会与全国人大及其常务委员会一样,必须被理解为中国宪法中明确规定的国家机关。在2005年颁布的

《公务员法》第二条明确规定：“本法所称公务员，是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。”其中自然包括各级党委和政协中的公职人员。各级党委和政协在实践中一直是作为国家机构来对待的，而现在国家《公务员法》实际上以法律的形式中予以明确，无疑起到了“正名”作用。其中《公务员法》第四条进一步明确规定：“公务员制度坚持以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和‘三个代表’重要思想为指导，贯彻社会主义初级阶段的基本路线，贯彻中国共产党的干部路线和方针，坚持党管干部原则。”这显然是把《中国共产党党章》中的原则和内容进一步在法律中加以明确，从而形成不成文宪法与成文宪法之间的有效互动。

（二）“三位一体”的领导体制：宪法惯例

如果说我们的宪政结构中由成文宪法规定的全国人民代表大会和不成文宪法的党章所规定的党的全国代表大会结合起来行使国家主权，那么，其结合点在什么地方？这就不能不探讨党的权力与国家权力相互结合的领导体制，这一点集中体现在国家主席制度中。^⑤

1. “三位一体”体制的起源和形成

“主席制”起源于中国共产党 1931 年在瑞金成立的中华苏维埃临时中央政府。毛泽东当时担任临时中央主席，“毛主席”的称呼由此而来。此时，毛泽东虽然担任中共中央政治局候补委员、委员等职务，但并非政治决策者，虽然创建了红军但仅担任中央革命军事委员会的总政治部主任，并没有实际的军事指挥权。瑞金的中华苏维埃政权由于遭到国民党政权的“围剿”而迫使中国共产党开始“长征”，中华苏维埃政权名存实亡。在 1935 年的遵义会议上，毛泽东被选举为中共中央政治局常委，并成为三人最高军事小组的成员之一，由此奠定了毛泽东对党和军队的实质领导权。但在法理上直到 1945 年 6 月在中共七届一中全会上

当选为中央委员会主席和中央革命军事委员会主席，才拥有党内的最高领导权和对军队的最高领导权。^⑥但此时属于国共合作时期，中国共产党的统治区域属于国民政府下的一个特别行政区，即陕甘宁边区，毛泽东在这个国家行政官僚体制中并没有担任任何职务。

直到中国共产党夺取了政权，并建立新中国，毛泽东也开始构思国家的领导体制。1949 年第一届中国人民政治协商会议通过的《共同纲领》被看作是新中国的“临时宪法”，其中规定了国家的政治经济制度、公民的权利义务等，也规定了组织国家政权的基本原则，但并没有规定国家机关的设置与职权。关于国家政体设计的宪法内容实际上放在了这次政治协商会议所通过的《中央人民政府组织法》中，这无疑是宪法性法律。《组织法》中明确规定“中央人民政府委员会对外代表中华人民共和国，对内领导国家政权。”（第四条）这个委员会由中央人民政府主席一名、副主席六名、委员会五十六名组成。而组织法明确规定：“中央人民政府主席，主持中央人民政府委员会的会议，并领导中央人民政府委员会的工作。”这意味着“中央人民政府主席”虽属于中央人民政府委员会，但又具有相对的独立性，并居于领导地位。在第一届全国政治协商会议第一次全体会议上，毛泽东当选中央人民政府主席和中央革命军事委员会主席，而此时他还是中国共产党的主席和中国人民政治协商会议主席。党权、军权和政权集中于毛泽东一身，由此形成了“三位一体”的领导体制——主席制——的雏形。如果说“党权”与“军权”统一源于作为不成文宪法的中国共产党党章所规定的“党指挥枪”的政治原则，那么这两种权力与国家政权相结合的“三位一体”体制在《共同纲领》和《中央人民政府组织法》的成文的宪法性法律中并没有明确规定，纯粹是由于毛泽东作为“克里斯玛型”领袖在建党、建军和建国过程中发挥的创始性作

用及其巨大的政治威望所形成的。尽管法律规定政治协商会议承担着代表全国人民的全国人民代表大会的职能,但事实上中央人民政府委员会才真正行使着全国人民代表大会的立法和选举任命政府官员的职权,政务院、中央革命军事委员会、人民法院和人民检察院都是由中央人民政府委员会产生,而非由全国政治协商会议产生。这个领导体制基本上模仿了苏联1936年宪法的体制。

1954年新中国制定了第一部正式的成文宪法,毛泽东对这部宪法的起草倾注了很大心血,完全可以称之为“毛泽东宪法”。毛泽东在起草这部宪法时,主要参考了苏联的1936年宪法,但在国家领导体制上,毛泽东对当时的苏联宪法和1949年临时宪法所确立的领导体制作了根本性改革,即创设了1936年苏联宪法和新中国成立初期临时宪法中不存在的一个全新领导职位:“国家主席”。国家主席的职权来源于三部分:一部分是原来《组织法》中规定的中央人民政府委员会中属于国家元首的一些程序性、礼仪性职权,比如签署法律、接见外国使节等。另一部分由中央革命军事委员会转让而来。1954年宪法取消了《组织法》中所设立的中央革命军事委员会,并将其职权全部赋予新设立的国家主席,因此宪法规定国家主席“统帅全国武装力量,担任国防委员会主席”。^⑥最后一部分来源于原来《组织法》规定的由中央人民政府主席的实质性职权,即原来“领导”中央人民政府委员会的职权在国家主席体制中演变成主持召开“最高国务会议”,并由国家主席担任最高国务会议主席,讨论国家重大事务。“国家主席”在事实上凌驾于全国人大、人大常委会、国务院或其他部门,因为宪法中明确规定,最高国务会议讨论国家重大事务,形成决定之后交给全国人大、人大常委会、国务院和其他部门付诸实施。^①

1954年宪法比起《临时纲领》最大的进步就是在成文宪法中明确规定“政权”与“军权”合一,

加之不成文宪法中规定“党权”与“军权”合一,那么如果成文宪法能够和不成文法进行有效配合的话,“三位一体”的国家主席领导体制就会稳固地建立起来,有助于理顺党与国家的关系。在1954年第一届全国人大上,毛泽东当选国家主席,“三位一体”的领导体制差不多是以成文法的形式建立起来,而此时全国人大常委会委员长由刘少奇担任,在党内是属于毛泽东的接班人。

2. “三位一体”体制的演变和巩固

1954年宪法试图确立的这个“三位一体”国家主席体制的弊端之一就在于成文宪法中明确规定了国家主席的任期,而在不成文宪法中并没有规定党主席的任期。根据成文宪法规定,1959年毛泽东结束第一届国家主席的任期之后,放弃连任,辞去了国家主席的职务,全国人大选举刘少奇出任国家主席。在不成文宪法中,党内已经明确刘少奇为毛泽东的接班人,而此时毛泽东也提出了“一线”和“二线”的划分,在1959年之后逐渐隐居二线,把刘少奇推向了政治前台。按照不成文宪法,毛泽东是党主席和中共中央军事委员会主席,拥有最高的政治决断权,而按照成文宪法,刘少奇是国家主席和国防委员会主席,在宪法上拥有最高的主权权力,包括统帅军队的权力。此时,如果党主席和国家主席能够紧密结合,“三位一体”体制依然能够维持,否则中国的宪政体制就面临着分裂的危机。不幸的是,由于20世纪60年代中国所处的特殊的国际和国内政治环境,毛泽东和刘少奇在政治路线上出现分歧。成文宪法所建立起来的国家体制试图压制并吞噬不成文宪法所确立的体制,现代官僚制与克里斯玛的政治领袖以及群众运动之间发生了前所未有的冲突。在这种情况下,毛泽东发动了“文化大革命”,通过群众运动直接诉诸“人民主权”,由此不仅摧毁了他精心起草的成文宪法及其所建立起来的国家体制,而且削弱了不成文宪法所建立起来的党委体制。70年

代,“文化大革命”开始得到一定程度的控制。毛泽东开始考虑恢复国家宪政体制,提议修改宪法,但在是否保留“国家主席”问题上,他又与第二个接班人林彪展开了政治较量。最后,林彪在政治上败亡,“国家主席”也从1975年宪法中被彻底废除,党委领导的体制直接规定在成文宪法中。1978年宪法并没有恢复国家主席,直到1982年宪法恢复了“国家主席”的设置,但与1954年宪法中规定的“国家主席”大不相同。

如果说毛泽东主导的1954年宪法是一部“集权宪法”,那么1982年邓小平主导的宪法是一部“分权宪法”。这种“分权”思路主要是为了避免权力过分集中从而导致对宪政制度的破坏。由此,1982年宪法对1954年宪法中权力过分集中的“三位一体”的领导体制进行了改革,这主要体现在将1954年宪法中的国家主席作为“实权元首”变成了1982年宪法中的“虚权元首”。其一,1982年宪法中废除了最高国务会议,使得国家主席隶属于全国人大,而非凌驾于全国人大之上;其二,1982年宪法废除了国家主席对军队的统帅权,设立了独立的中央军事委员会。由此,国家主席丧失了军队和国家事务的领导权,仅仅保留一些国家元首的程序性、礼仪性权力。

与此同时,邓小平也对不成文宪法中的党委体制进行了一系列改革。其一,废除了党主席制,采取了党的总书记制度,并使党的总书记成为政治局常委中的一员,而非凌驾于政治局之上;其二,使党的中央军事委员会主席与党的总书记分离,并创设了由普通党员在特定时期担任党的中央军事委员会主席的先例;其三,成立临时性的中央顾问委员会,为党内干部退休制度作铺垫,实现了党内领导干部的年轻化,并推进了国家干部的年轻化。

这些在成文宪法和不成文宪法中的分权措施直接导致党权与政权之间的分离,即党的总书记

并不承担国家机关中的任何权力,由此形成党权(党的总书记)、政权(国家主席等国家机构)与军权(中共中央军事委员会和中央军事委员会)的全面分离。邓小平采取这种“全面分权”的模式,本来是要试图探索国家权力顺利移交的宪政模式,从而避免毛泽东未能实现权力顺利移交的宪政悲剧。然而,当党内发生政治分歧时,这种分权模式反而形成权力相互掣肘,促使政治矛盾进一步激化,最后酿成了1989年的政治悲剧。

但是,和毛泽东废除自己一手建立起来的宪政体制不同,邓小平在政治悲剧中发现了这部分分权宪法的制度不足,并全力恢复“三位一体”的宪政体制。1990年邓小平辞去中共中央军委主席,由党的总书记江泽民担任中央军委主席,实现了党权与军权的合一;1993年,江泽民又顺利地出任国家主席,实现了党权、军权和政权统一的“三位一体”的国家主席体制。如果说毛泽东曾经创建的“三位一体”的国家主席体制主要依赖成文宪法所创设的国家主席体制和不成文宪法中的党指挥枪的原则,那么,邓小平创建的“三位一体”的国家主席制要更多地依靠“宪法惯例”,即党的总书记要承担国家主席的职务。与成文宪法或党章这样的不成文宪法相比,宪法惯例更需要政治精英之间的共识以及与社会大众所共同形成的政治传统和文化传统的约束力。事实上,经过毛泽东这种克里斯玛型领袖的创建及邓小平这种传统型领袖的维持,“三位一体”的领导体制已经被党内高层政治精英所接受,成为符合中国宪政秩序的宪法惯例。因此,除非出现政治革命或克里斯玛型领袖的变更,这一宪法惯例无疑已形成,其效力不亚于成文宪法的约束力。

正是由于这种宪法惯例的约束,2002年胡锦涛担任党的总书记之后,于2003年又被选为国家主席,并于2004年担任中共中央军委主席,不久又当选为中央军事委员会主席。江泽民在辞去中

中央军委主席职务的讲话中,第一次明确了“三位一体”领导体制的宪法惯例,从而大大强化这一宪法惯例的宪法约束力:“党的总书记、国家主席、军委主席三位一体这样的领导体制和领导形式,对我们这样一个大党、大国来说,不仅是必要,而且是最妥当的办法。”^②

(三)“两个积极性”宪法学说

中央地方关系是国家宪政体制中最核心的内容之一,因为它直接涉及到国家的统一与分裂问题。无论单一制国家,还是联邦制国家,都会尽最大努力加强中央的权威,加强中央对地方的控制。一般来说,中央对地方有两个基本的控制手段:一是在政府运行的功能上削弱地方政府的独立,使得地方政府离开中央政府在政府功能上无法自行运作。比如法国宪法中确立的单一制体制就明确规定,地方政府的行政首长直接由中央政府任命。二是强化中央对地方的控制能力,比如美国联邦体制下州长由各州选举产生,但联邦政府通过建立独立于地方的司法、税收、财政等手段加强对地方的控制,而且联邦总统和国会议员采取直接选举的办法,使其成为全国人民的代表,从而在政治权威上高于代表各州人民的州政府。

1. 缺乏宪法控制的“地方诸侯”?

我国的宪政体制是中央集权的单一制,然而我们的宪法体制中并没有削弱地方政府的功能,相反我们赋予各级地方政府完整的政府功能。各级地方政府由地方各级人大选举产生,并对各级地方人大负责。各级地方具有了立法、行政、司法和武装力量等完整的国家机器,若没有中央政府约束,仅就功能而言很容易变成完整独立的区域,由此在官方和学术话语中,地方政府往往被称为“地方诸侯”。仅就成文宪法而言,这种说法不无道理,尤其中国地方政府的行政区域广阔,不同区域之间的民族、经济和文化差异很大,地方的独立性很强。如果仅仅着眼于成文宪法,我们会发现中央

控制地方的法律手段很弱,主要集中在全国人大常委会对地方制定的法规行使违宪审查权,^③或者中央人民政府对地方行政机关制定的地方性规章行使审查权。^④可事实上,无论国务院,还是全国人大常委会,几乎从来没有行使过这种审查权。为什么我们的成文宪法是一部地方高度分权的宪法,可中央机关却几乎不行使成文宪法所赋予的控制地方的权力呢?这种表达与实践之间的背离无疑需要在不成文宪法中寻找答案。

中国共产党是按照民主集中制原则组织起来的。除了党的全国代表大会,各级地方都有党的地方代表大会,由它选举产生的地方各级党委自然对各级地方的政治事务负起领导作用,并将自己的政治意志贯穿在各级地方人大和政府中。因此,中央地方关系的核心不是全国人大与地方人大的关系,也不是中央政府与地方政府的关系,而是党中央与地方党委的关系,各级地方党委书记是各级地方党政领导中名正言顺的“一把手”。由于这个原因,许多地方党委书记同时兼任地方人大常委会主任职务,在地区层面实现了党权与政权直接合一。由于这种宪政组织结构,中央与地方的分歧不是通过成文宪法上规定的法律审查机制来解决,而是通过不成文宪法中所确立的政治机制来解决。《中国共产党党章》中明确规定,“党员个人服从党的组织,少数服从多数,下级组织服从上级组织,全党各个组织和全体党员服从党的全国代表大会和中央委员会。”^⑤这种组织原则大大减少了地方党委领导下的地方人大和政府与党中央直接领导的全国人大及其常委会和国务院发生冲突的可能性。与这种组织原则相配合,中央采取了一系列制度性的机制,通过控制地方党委来控制地方政府,其中最重要的两个机制是党管干部的组织体制和党的纪律检查体制。

2. “两个积极性”的宪法意含

中央地方关系之所以出现不成文宪法中实行

中央集权、成文宪法中实行地方拥有自主治理权的局面,很大程度是由于中国共产党在处理中央与地方关系上,坚持“两个积极性”的宪法学说。1956年,毛泽东在党内会议上发表的《论十大关系》,探索中国社会主义建设中不同于苏联计划经济模式的“中国道路”。其中,在处理中央地方关系上,毛泽东试图在中央集权与地方独立自主之间找到一个平衡点,从而发挥“两个积极性”,即“应当在巩固中央统一领导的前提下,扩大一点地方的权力,给地方更多的独立性,让地方办更多的事情。这对我们建设强大的社会主义国家比较有利。我们的国家这样大,人口这样多,情况这样复杂,有中央和地方两个积极性,比只有一个积极性好得多。”^⑥“两个积极性”包括了一系列处理中央地方关系的宪政思想。

其一,处理中央地方关系并不是简单地从国家建设的角度来解决中央对地方的控制以防止地方独立或分离倾向,而是为了如何更好地实现社会主义现代化的政治目标。因此,毛泽东讲话的全部着眼点不在于消极防范地方,而在于如何积极地调动地方建设社会主义的力量。“要发展社会主义建设,就必须发挥地方的积极性。中央要巩固,就要注意地方的利益。”^⑦这一点,恰恰是中国宪法与美国宪法的区别所在,后者在建构中央与地方关系上,主要着眼于如何在拥有独立主权地方各州之上建构统一的国家,对联邦政府与州政府的权力进行了严格的区分,并通过一系列宪法判决来巩固联邦政府的权威,尤其是随着美国从农业国转向工业国,联邦权力不断扩张以至于形成“联邦主义消亡”的局面。比较之下,毛泽东面对中国的工业化建设,更强调充分发挥地方的积极性。毛泽东之所以从社会主义现代化建设的角度出发来思考中央与地方的宪政关系,恰恰是因为中国共产党肩负着领导全国各族人民把中国建设成为一个独立、富强、文明的现代化国家的政治使命,

而这一使命本身又包含着“国家理性”(reason of state),即现代中国本身是在近代中西文明较量的背景下实现“救亡图存”的必然结果。由此,中国宪法中之所以将“党的领导”规定为“第一根本法”,恰恰是因为中国宪法本身是一部遵循现代国家理性的“必然性的法”(law of necessity),以至于有学者将中国宪法称之为“生存的法”(law of survival)。^⑧正是着眼于“国家理性”,^⑨毛泽东在中央地方关系上,甚至提出向美国的联邦制学习。

其二,“两个积极性”的思想并非完全抛开成文宪法,相反是毛泽东按照社会主义现代化建设的“国家理性”学说对成文宪法进行的理论阐释。为此,毛泽东明确指出:“我们的宪法规定,立法权集中在中央。但是在不违背中央方针的条件下,按照情况和工作需要,地方可以搞章程、条例、办法,宪法并没有约束。我们要统一,也要特殊。为了建设一个强大的社会主义国家,必须有中央的强有力的统一领导,必须有全国的统一计划和统一纪律,破坏这种必要的统一,是不允许的。同时,又必须充分发挥地方的积极性,各地都要有适合当地情况的特殊。”^⑩由此,成文宪法中的中央与地方的关系在很大程度上理解为一种经济关系。在计划经济体制上,就是“统一计划”与“特殊情况”的关系。为此,毛泽东特别提出,工业、农业和商业等不同的经济部门在中央与地方分权中的关系:“中央要发展工业,地方也要发展工业。就是中央直属的工业,也还是要靠地方协助。至于农业和商业,更需要依靠地方。”^⑪甚至进一步提到了直属中央的国有企业和地方国有企业的问题:“中央的部门可以分成两类。有一类,它们的领导可以一直管到企业,它们设在地方的管理机构和企业由地方进行监督;有一类,它们的任务是提出指导方针,制定工作规划,事情要靠地方办,要由地方去处理。”^⑫

其三,面对中央与地方之间不可避免的分歧,

提出了“商量办事”的宪政原则。在这方面,我们必须把不成文宪法中关于党的民主集中原则和成文宪法中所确立的政府官僚制原则区别开来。党的民主集中制原则建立在群众路线的政治哲学基础上,强调党的决定要符合群众利益和要求,要获得群众的支持和拥护,由此党中央或上级党委在做出决策的时候往往要广泛征求社会群众和下级党委的意见,从而发挥群众和下级党委的积极性和主动性。相比较而言,成文宪法中确立的中央政府(包括国务院和各部委)与地方政府之间的关系实际上是贯穿了官僚制的基本原则,即下级政府需要执行上级政府尤其是中央政府的指令。而毛泽东之所以提出“十大关系”问题,恰恰看到了中国社会主义现代化建设中模仿苏联中央计划集权的官僚制模式的弊端,为此他对中央部委直接命令地方的计划经济模式提出了批评:“现在几十只手插到地方,使地方的事情不好办。……各部不好向省委、省人民委员会下命令,就同省、市的厅局联成一线,天天给厅局下命令。这些命令虽然党中央不知道,国务院不知道,但都说是中央来的,给地方压力很大。表报之多,闹得泛滥成灾。这种情况,必须纠正。”^③正是在比较了党的民主集中制与行政机关的官僚制之间的区别之后,毛泽东提出政府系统要克服官僚主义思想,向党的系统学习,把民主集中的思想,也就是“商量办事”的思想,带到处理成文宪法所确立的中央政府与地方政府的关系中:“党中央办事,总是同地方商量,不同地方商量从来不会下命令。在这方面,希望中央各部好好注意,凡是同地方有关的事情,都要先同地方商量,商量好了再下命令。”^④由此可见,提出“商量办事”恰恰是为了将不成文宪法中的民主政治原则,带到成文宪法确立的官僚制原则之中,从而使成文宪法和不成文宪法紧密结合起来,能够更好地发挥“两个积极性”。而当时在社会主义现代化建设中的成文宪法与不成文宪法、行政官僚体

制与党的民主体制、技术专家与群众路线之间的张力,恰恰构成了探索“中国道路”过程中的重要环节。^⑤

其四,由于不成文宪法中的“商量办事”原则进入“成文宪法”的运作中,它就不仅仅是处理中央与地方关系的原则,而是变成处理上级政府与下级政府、同级地方政府之间关系的一般性宪政原则。为此,毛泽东特别强调指出:“中央要注意发挥省市的积极性,省市也要注意发挥地、县、区、乡的积极性,都不能够框得太死。……总之,可以和应当统一的,必须统一,不可以和不当统一的,不能强求统一。正当的独立性,正当的权利,省、市、地、县、区、乡都应当有,都应当争。”^⑥而对于“省市和省市之间的关系”,也要按照“商量办事”的原则来处理。

毛泽东提出了“两个积极性”的中央地方关系学说,固然建立在对1954年宪法以及当时中国现实问题的理解之上,但不可否认的是,由于毛泽东的这个理解包含了对中国宪政中面临的现代化建设的“国家理性”以及政党民主制与行政官僚制之间的张力这些根本问题的思考,使得他关于中央地方关系的宪政思想对后来处理中央地方关系的政治实践发挥了指导性作用。正是由于毛泽东的“两个积极性”学说在实践中发挥了巨大的宪法作用,在1982年宪法中,“两个积极性”学说被上升到宪法条文中,成为成文宪法的一部分。宪法第三条明确规定:“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”“两个积极性”尽管是宪法条文中的具体内容,但也仅仅是作为抽象的“宪法原则”而存在的。这些原则在不同的时代会有不同的理解和解释。比如邓小平提出的“放权让利”的改革思路,实际上与毛泽东提出的“两个积极性”学说一脉相承,二者都在“国家理性”的现代化背景下,从经济关系入手来思考中央地方关系。正是

在“两个积极性”思想指导下,改革开放三十年来,中央一边通过“放权让利”来发挥地方的积极性,形成所谓的“财政联邦主义”;另一方面又通过分税制、金融改革等思路来发挥中央的积极性。

1995年,面对中国改革开放的新形势,江泽民发表了“正确处理社会主义现代化建设中的若干重大关系”的讲话,其目的是在新的形势下回应毛泽东曾经提出的“十大关系”学说,并将这种关系发展到“十二大关系”,其中在中央与地方关系中,江泽民特别强调指出:“我们党历来十分重视处理好中央与地方的关系。充分发挥中央和地方两个积极性,是国家政治生活和经济生活中的一个重要原则问题,直接关系到国家的统一、民族的团结和全国经济的协调发展。”^⑥如果说毛泽东在“两个积极性”学说中,特别强调要充分发挥地方的自主性,从而打破新中国成立初期按照苏联模式建立起的高度计划经济体制,那么,江泽民在“两个积极性”学说中,特别强调中央指导全局利益的重要性,明确指出“必须加强中央的统一领导,维护中央权威。宏观调控权必须集中在中央”,^⑦以克服改革开放以来实行权力下放形成的“上有政策、下有对策”的分散局面。更为重要的,江泽民进一步明确提出,“抓紧合理划分中央和地方经济管理权限,明确各自的事权、财权和决策权,做到权力和责任相统一,并力求规范化、法制化。”^⑧

可见,“两个积极性的基本思路,通过几代政治领袖根据中国的社会发展运用实践智慧予以落实、发展和丰富,基本上成功解决了中国近代以来一直存在的中央和地方分权这一最重大的宪政问题。这是在当代中国建立和形成宪政的一个成功的选择和思路。”^⑨“两个积极性”之所以能够成为不成文宪法,并不单单是因为毛泽东、邓小平、江泽民等个人的创造或实践,而是因为他们都把“两个积极性”当作中央地方关系的宪政原则或宪法

学说来理解,这种宪法原则或学说无疑是宪法的有机组成部分。正如美国最高法院的大法官们在个案中所阐明的宪法原则或学说已构成了美国宪法的有机组成部分,我们国家的政治领导人在政治实践中对宪法的理解以及相应的学说也应当看作是我国宪法的有机组成部分,其中党和国家领导人关于宪法问题的著作和论述、党中央关于宪法问题的相关报告、决议和决定,就像美国联邦最高法院的判例一样,应当成为我们理解我国宪法的重要法律渊源。

(四)香港基本法:宪法性法律

香港回归之后,我国宪法在香港有效吗?从法理上说,宪法是国家的根本大法,香港既然属于中国的一部分,岂能在香港无效。可事实上,按照“一国两制”的宪政原则,宪法中所规定的社会主义这“一制”的内容不能适用于资本主义的香港,比如宪法规定我国的政体是在民主集中制基础上的人民代表大会制,全国人大代表中固然有香港代表,可这些代表在香港并不能发挥人大代表的作用,因为香港特区政府并不是按照人民代表大会制组织起来的,而是按照基本法确立的三权分立、行政主导体制组织起来的。宪法规定最高人民法院是国家最高审判机关,行使对案件的终审权,可香港诉讼案件无需上诉到最高人民法院。如果我们顺着这种法律形式主义的思路,就要从宪法中辨别哪些内容属于“一国”,哪些内容属于“社会主义”,前者适用于香港,后者不适用于香港。但“一国”是“两制”的前提,“两制”是“一国”之下的“两制”,而这个“一国”显然是社会主义国家,我们怎么可能从宪法中把“国家”和“社会主义”这两个要素彻底剥离呢。比如说中国共产党领导下的多党合作体制既是建构宪政体制中“一国”的核心部分,但同时也是国家采取“社会主义制度”的一部分。那么,宪法中确立的中国共产党作为国家执政党的地位在香港是否有效呢?

要理解和回答这些问题,就不能从形式主义的角度来理解宪法在香港的效力问题,也不能从形式主义的角度来把宪法与香港基本法的关系理解为宪法与法律的关系,因为这种形式主义的宪法观不符合“一国两制”的精神实质,不符合香港回归祖国的历史现实,实际上忽略了基本法对中国宪政体制的特殊贡献,看不到“一国两制”和基本法给中国宪政体制带来的革命性变化。这种形式主义的宪法观实际上无法解释基本法的特殊性:

基本法是一个独一无二的文件。它反映中英两国之间签订的一个条约(《中英联合声明》——引者)。它处理实施不同制度的主权者与自治区的关系。它规定政府不同部门的机关和职能。它宣布公民的权利和义务。因此,它至少有三个纬度:国际的、国内的和宪法的。人们必须认识到它不是由普通法的法律人所起草的。^⑩

基本法的这个特殊性,恰恰源于香港回归祖国的特殊政治现实。从法理上说,新中国从来不承认清政府与英国签署的三个不平等条约,香港主权一直属于中国。宪法作为建构国家主权的法律文件,从法理上讲应当适用于香港。可事实上,中央政府对香港仅仅拥有“主权权利”,而不具有“主权行使”,^⑪因此宪法的内容在香港事实上无效。中央按照“一国两制”恢复对香港行使主权,将宪法所确立的“一国”适用于香港的过程,也就是起草制定基本法的过程。在这个意义上,我们可以说,基本法的制定意味着香港人对中华人民共和国宪法的确认,即按照“一国两制”对宪法的内容加以限制、吸纳和过滤,使其既满足“一国”的要求,同时保证“两制”,从而弥补香港人与内地人之间缔结宪法这个社会契约的缺失。因此,基本法的起草过程表面上是全国人大制定法律的过程,可

事实上更像内地(中央)与香港之间的缔结社会契约的政治协商过程。这从基本法起草委员会和基本法咨询委员会的组成方式以及基本法的起草方式中就可以看出来。

正因为基本法的起草涉及到在中央(内地人)与香港之间补结社会契约,基本法起草中核心争议的两个问题就是中央与特区关系和特区的政治体制。中央与特区关系无疑属于构建国家的主要宪政制度,可特区的政治体制表面上属于特区内部的事务,但实际上依然涉及到中央与特区的宪政关系。因为“一国两制”本身是一个特殊的历史建构,中央赋予香港特区的高度自治权,不仅包括经济制度、社会制度和文化制度的自治权,甚至包括了许多本来应当由主权者采用的权力,比如外交、发行货币、收取关税、立法和司法以及边境管理等等。换句话说,从基本法关于中央与特区关系的正式建构上,中央控制特区的能力比较弱,除了军队和外交,香港差不多是一个“准国家的政治实体”。^⑫正因为如此,中央要强化对特区政府的控制,就必须采取行政主导的政治体制,并由中央任命行政长官以及主要官员。然而,在特殊的历史条件下,基本法又肯定了行政长官和立法会议员由普选产生的目标,由此基本法关于香港政治体制的争议就集中在立法会普选进度以及究竟应当实行行政主导还是立法会主导的体制。而在这些体制的背后,核心的问题在于通过行政长官或立法会的选举或普选能不能产生中央信任的行政长官以及拥护中央对香港恢复行使主权的爱国者占主导地位。因此,如果说在宪法中真正的根本法是党的领导地位,那么,基本法中真正的根本法就是邓小平提出的“港人治港就是爱国者治港”的政治原则。^⑬

由此可见,从形式主义的宪法观来看,基本法是全国人大制定的“法律”,但在政治运作中,它实际上是一部在香港建构国家主权的宪法性法律。

它之所以被称之为“小宪法”,并不是通常理解为在香港特区拥有类似宪法的最高地位,是由于它在香港局部地区建构主权的国家宪法。无论是香港的政治体制,还是行政长官和立法会普选,都关系到中央与特区的关系,关系到“爱国者治港”这个“绝对宪法”。可见,基本法不仅涉及到我国成文宪法在香港的实施,而且关系到我国不成文宪法在香港的实施,因为基本法制定过程中关于香港政治体制以及普选模式和普选步伐的争议实际上都是围绕如何确保“爱国者治港”展开的,而这恰恰是巩固香港属于中国这个政治共同体的关键所在。因此,从形式主义角度区分宪法中的“一国”要素和“社会主义”要素本身就是不可能的,从形式主义意义上讨论中国共产党在香港是否合法、是否执政也是没有意义。中国共产党毫无疑问是香港特区的执政党,只不过由于基本法的存在,使得共产党在香港的执政方式不同于在内地的执政方式,在内地是通过党委统领政府来执政,在香港则是通过“爱国者治港”来执政。

由此可见,基本法在形式上是全国人大制定的“法律”,可在实际上是中国宪法的有机组成部分,正是由于基本法作为宪法性法律的存在,中国不再是单一的社会主义国家,而是以社会主义为主体同时包容了资本主义制度在内的混合型国家,中国也不再是传统意义的单一制国家,而是包含局部“高度自治”的单一制国家。今日“中国”的面貌不再是1982年宪法所反映的面貌,而是它和基本法结合在一起所反映出的面貌。香港基本法、澳门基本法这样的宪法性法律,无疑是我国宪法中不成文宪法的重要渊源。

四、初步的结论

通过上面的讨论,我们可以清晰地看出:要理解中国宪政固然要理解中国的成文宪法,但更重

要的是理解现实中规范中国政治生活的形式多样的不成文宪法。目前,仅就不成文宪法的渊源类型而言,不仅有类似《中国共产党党章》这样的规范性宪章,而且还有大量的宪法惯例、宪法学说以及宪法性法律。而每一种不同渊源的不成文宪法,又具有大量的宪法性文本以及广泛而丰富的历史素材和政治实践。党的规范性文件,党内惯例,党和国家领导人的学说,党的大会报告、决议和决定,党与国家之间的互动模式,宪法性法律以及成文宪法与不成文宪法之间的互动关系等等,这一切都应当成为我国宪法学研究的对象和内容。由此可见,采取“不成文宪法”的视角来理解中国宪法,大大拓宽了我国宪法学研究的领域,丰富了宪法学研究的内容,尤其是解决了我们宪法学研究中面临的“无米下炊”的局面。目前,我国宪法学研究中由于受到了美国宪法司法化思路的影响很大,尝试寻找全国人大常委会对宪法的解释,或搜罗各级法院与宪法有关的判决。然而无论全国人大常委会关于成文宪法文本的个别解释,还是各级法院与宪法有关的判决,主要是针对现实问题的个案解决,还缺乏确立宪法规则的一般性意义,显然不能满足宪法学研究的需要。

纵观改革开放三十年来的宪法学研究,第一阶段基本上属于意识形态阶段,即用马克思主义的一般概念来讨论宪法的基本概念,并以此来理解中国的宪法。第二阶段“宪法司法化”以来试图从司法的角度来理解中国的宪法,由此开启了对中国宪法的“美国化解读”,即尝试按照美国宪法的原则和规则来批判或理解中国宪法,由此美国宪法研究成为宪法学界的显学。这一阶段的宪法学研究大大丰富了我国宪法学研究,不仅美国宪法著作和教科书被大规模翻译,对美国宪法的研究也不断深化,产生了大量颇有学术分量的论文和论著。但和第一阶段相比较,第二阶段具有较浓的以美国为中心的意识形态色彩。如果说我们的

宪法学研究要扬弃前两个阶段的意识形态化,理应采取非意识形态化的科学方法,坚持研究中国现实中的宪法问题,那就不仅要从“成文宪法”角度来发展和强化宪法解释学,更要从“不成文宪法”的角度来发现中国的宪政原则和原理,并对其中的宪政问题坚持学术批判的立场。但这种批判不是目前流行的“西方中心主义”主导下的“意识形态批判”,而是坚持中国立场的“问题批判”。

比如说,“三位一体”的国家领导体制作为中国宪法的核心制度是依赖宪法惯例来维持的,但按照中国宪法惯例,政府换届之前是党委换届,党委换届时新当选的总书记若担任中共中央军事委员会主席,可此时政府还没有换届,原任党的总书记依然担任国家主席和宪法上规定的中央军事委员会主席。尽管党的中央军事委员会与国家的中央军事委员会在事实上是“两块牌子、一套人马”,但“三位一体”体制不可避免地会在短暂的时期出现党的总书记与国家主席的分离,而且会出现党的军委主席与国家的军委主席的分离。若此时出现战争、政变等极端状况,从法理上就可能出现两个权力中心来掌管军事指挥权,有可能产生根本性的“宪政危机”。而要避免这种宪政危机,从宪法角度看,就应当考虑将“三位一体”领导体制及其权力转移的规则从相对模糊的宪法惯例逐步发展到用成文法形式固定下来的宪法性法律或宪法性规则。再比如,既然党的领导所形成的“政治主权”与人大通过法律选举形成的“法律主权”从根本上都代表人民的利益和意志,都是作为“主权者”的两种不同形式,那么,是否可以逐渐把中国的宪政发展为以成文宪法主导的“党在人大中”的宪政模式,从而通过党的活动把全国人大从“橡皮图章”变成名符其实的最高权力呢?中国共产党作为国家执政党,无疑要接受宪法上的监督,那么如何从法律上对共产党的执政活动加以具体的规范,从而使“党在宪法和法律范围内活动”不再是一个抽

象的宪法原则,而变成了具体的、可操作且易监督的法律规范呢?尤其目前不断兴起的“问责制”更需要在实践中不断探索执政党以何种形式体现“问责”,从而完善“责任政府”的宪法原则。对这些问题的探索和追问,无疑构成了中国宪法的真问题。如果这些政体结构性问题解决好,那无疑有助于人权保障制度的完善,毕竟公民权利的保障主要依赖政治过程,司法过程只能是补救性的,而非主导性的。正如联邦党人所言,宪法作为构建国家政体结构的文件就是权利法案。^⑤

由此可见,对不成文宪法的研究必然要求我们的宪法学家摆脱形而上学和意识形态的束缚,真正深入到中国的政治和现实生活中,深入到中国的历史和传统文化中,发现中国大地上的法,发现中国真正的宪法,因为无论哪个国家的宪法,都不是表现为文字的宪法文本,而是活生生的政治经验。正是中国宪政发展的实践经验,要求我们从不成文宪法的角度去思考中国宪政。中国宪政发展面临的问题,只有放在成文宪法与不成文宪法的互动中才能获得理解。^⑥正是由于这个互动机制,我们才能发现中国政治体制既不同于美国的三权分立体制,也不同于英国的议会内阁制,而是党的领导、政治协商与人民代表大会制相结合的“党国体制”,是“三位一体”的国家主席制。中国革命的成功、中国社会主义建设特别是改革开放以来取得的巨大成就,其秘密就在于中国这种独特的政治体制。而中国宪政未来的发展方向既不是按照西方模式修宪,也不是采取美国式的“司法化”,而是将成文宪法和不成文宪法的互动机制制度化,将宪法惯例不断明晰化和制度化,由此探索中国的道路。这既不是美国的成文宪法主导模式,也不是英国的不成文宪法主导模式,无疑是成文宪法与不成文宪法互动的模式。

从近代以来,我们持续不断地学习西方文明,包括西方的成文宪法制度。西方文明已经成为今

日中国文明的有机组成部分。然而,中国拥有五千年的辉煌文明,拥有全球三分之一的人口,且中国文明从来以“天下”作为思考的中心。如果我们希望对“天下”、对人类文明做出巨大的贡献,那么就不可能去复制西方文明,而恰恰要在学习西方文明的基础上努力超越西方文明。假如中国的宪政体制只能复制英美的宪政模式,这对中国而言无疑是一个不幸,对于世界文明而言则无疑是一个更大的不幸,因为独特的中国文明在进入现代的时候竟然丧失了探索另一种现代性的可能性,丧失了开辟新的生活从而丰富人类美好生活想象的可能性。今天,中国的崛起已成为人类文明史上的重大事件,已经对人类思想的发展产生深远的影响。对中国崛起秘密的探索无疑会全面革新近代西方崛起以来所形成的各种理论假定,这就需要我们认真对待中国的崛起,认真对待支撑中国崛起的宪政体制。在这方面,西方学界已经在探索“中国模式”或“中国道路”,并将其看作是对西方模式的挑战。^⑦遗憾的是,我们的学术思考与社会现实相脱节,相对缺乏了对劳动人民的创造力和政治家们的判断力应有的关注。十多年前,经济学家林毅夫曾经提出中国的经济改革是产生经济学思想的富矿,法学家苏力也提出法学研究要努力挖掘中国的富矿,这样的声音在当时中国学界无疑是空谷足音。^⑧可今天,面对中国崛起的现实,如果我们的宪法学研究依然对此充耳不闻,对中国的成文宪法依然视而不见,无疑是懈怠了中国宪法学家对宪法学思考的责任。

* 本文在写作过程中,得益于与甘阳、刘晗、潘维、邵善波、王绍光、赵晓力和朱苏力等师友的讨论。论文曾于2008年宣读于北京大学中国与世界研究中心举办的“中国模式”研讨会上,并于2009年分别在北大法学院青年教师“工作坊”和北航法学院“公法沙龙”中进行讨论。作者对于诸

多与会者(尤其评议人)的批评和建议深表谢意;徐斌博士帮助处理了注释中的诸多问题,在此一并致谢。当然,文章可能的错误由作者承担。

注释:

①“后来,美国宪法就成为灵感和思想的渊源,供学者们研究和赞扬,供政论家们援引,供革命者、国家缔造者和政治家采纳或改编使用。即使在那些几乎见不到其踪影的地方,这部宪法也常常存在着,即使只是为了反对它,人们也必须考虑它的存在。”亨金:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,郑戈译,北京:三联书店,1996年版,第2页。

②关于“表达”与“实践”之间的背离问题,参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法表达与实践》,上海书店出版社,2007年版。See Philip C. C. Huang, “Whither Chinese law”, *Modern China*, Vol. 33, No. 2 (Apr. 2007), pp. 163-194; 参见黄宗智《中国法律的实践历史研究》,载《开放时代》2008年第4期,第105~124页。

③H. W. O. Okoth-Ogendo, “Constitutions without Constitutionalism: Reflections on An African Political Paradox”, in Douglas Greenberg et al. (eds.), *Constitutionalism & Democracy: Transitions in the Contemporary World*, New York: Oxford University Press, 1993, pp. 63-82; See Nathan J. Brown, *Constitutions in a Non-constitutional World*, Albany: State University of New York Press, 2002.

④See Bruce Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism”, *Virginia Law Rev* 83(1997), pp. 771-797.

⑤从20世纪80年代以来,无论是短暂的关于宪法序言是否有效的争论,还是长期以来持续不断的关于政治体制改革以及宪政和民主化的争论,都以各种各样的知识话语或意识形态话语包裹着一种根本的宪法问题,即是否要废除目前的宪政体制,制定“新宪法”的问题。而所谓“新宪法”其实是“旧宪法”,无非以18世纪的美国宪

法为蓝本,强调三权分立和多党竞争等。正是面对中国政治体制改革中可能面临的这些政治意识形态分歧,2009年3月9日,全国人大常委会委员长吴邦国在十一届全国人大二次会议第二次全体会议上的工作报告中,明确强调中国的政治体制改革绝不照搬西方那一套,绝不搞多党轮流执政、“三权分立”和两院制。

⑥“宪法司法化”问题源于最高人民法院2001年6月28日就“齐玉苓案”所作的《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释〔2001〕25号)。2008年12月18日,最高人民法院发布公告称,自当月24日起,废止2007年底以前发布的27项司法解释,其中就包括“齐玉苓案”的“批复”。这似乎意味着“宪法司法化”问题在制度上的终结。“宪法司法化”问题在法学界产生了大量的文献,有关文献综述参见:强世功:《宪法司法化的悖论》,载《中国社会科学》2003年第1期;王磊:《宪法实施的新探索》,载《中国社会科学》2003年第2期,第29~35页。

⑦参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,北京:法律出版社2001年版;韩大元:《现代宪法解释基本理论》,北京:中国民主法制出版社2006年版;强世功:《立法者的法理学》,北京:三联书店2007年版,第二、三、四章。

⑧英国宪法学家戴雪曾经对宪法学研究中的“概念主义”和“形式主义”进行了深入的批判,翟小波曾将这两个概念倾向翻译为“名教癖”和“形式癖”,并以戴雪的思想为依据对中国宪法学研究中的“名教癖”和“形式癖”提出批评。参见翟小波:《宪法是关于主权的真实规则》,载《法学研究》2004年第6期。

⑨关于“实效宪法”与“规范宪法”的区分,参见苏力:《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》,载《道路通向城市》,北京:法律出版社2004年版,第45~83页。

⑩从现实生活出来研究中国宪政具体运作的努力,参见夏勇:《中国宪法改革的几个基本理论问题》,载《中国社会科学》2003年第3期;罗豪才:《软法与公共治理》,北京大学出版社2006年版;王绍光等:《共和国六十年:回顾与展望》,载《开放时代》2008年第1期。在中央与地

方关系问题上,许多领域学者的研究都揭示了中央与地方关系的实际运作情况,比如政治学界的研究,参见吴国光、郑永年:《论中央地方关系:中国制度转型的轴心问题》,香港:牛津大学出版社1995年版;经济学界的钱颖一、杨晓凯等人提出了“财政联邦制”概念,See Hehui Jin, Yingyi Qian, Barry Weingast, “Regional Decentralization and Fiscal Incentives: Federalism, China Style”, *Journal of Public Economics* 89 (2001), pp. 1719-1742,亦参见许正中:《财政分权》,载《财金论丛》第一辑,北京:社科文献出版社2002年版;法学界也有众多的研究,参见苏力注引文;毛国权:《证券法律制度变迁:中央地方的竞争与合作(1980—2000)》,载《中外法学》2004年第1期;彭冰:《中央地方关系中的上市公司治理》,载《北京大学学报》(哲社版)2008年第5期。

⑪《孟子·尽心上》。

⑫关于“中国社会科学自主性”的相关论述,参见邓正来:《研究与反思:关于中国社会科学自主性》,北京:中国政法大学出版社2007年版。

⑬关于“改革宪法”向“宪政宪法”的迈进,参见夏勇,注引文。

⑭[美]麦基文:《宪政古今》,翟小波译,贵阳:贵州人民出版社2004年版,第11页。

⑮转引自 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan & Co., Ltd., 1961, p. 22.

⑯关于英国宪法学界为英国宪法传统“正名”的努力,参见强世功:《不成文宪法与英国宪法学传统的启示》,载《读书》2009年第11期。

⑰参见[英]密尔:《代议制政府》,汪瑄译,北京:商务印书馆1982年版。

⑱ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 第23~24页。

⑲同上,第27~28页。

⑳同上,第19页,黑体为引者所加。

㉑关于戴雪的宪法学研究所依凭的理论传统,参见翟小波,注引文。

㉒同注⑱,第28页。

⑲参见詹宁斯《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,北京:三联书店1997年版。

⑳惠尔《现代宪法》,翟小波译,北京:法律出版社2006年版,第1页。

㉑同上,第13~14页。

㉒同上,第14页。

㉓同上,第4页。

㉔参见柏拉图《理想国》第8卷,郭斌和、张竹明译,北京:商务印书馆2002年版,544-e段。

㉕参见亚里士多德《政治学》,第二部分第九章,吴寿彭译,北京:商务印书馆1965年版。

㉖参见[法]托克维尔《论美国的民主》,第二部分第九章,董果良译,北京:商务印书馆1988年版。

㉗转引自[美]麦基文,注⑭引书,第9页。

㉘参见[美]考文《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,北京:三联书店1996年版。

㉙参见[美]麦基文,注⑭引书。

㉚See Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington: American Enterprise Institute Press, 2003.

㉛参见[法]托克维尔《论美国的民主》,第二部分第八章。

㉜后发达国家从西方移植的宪政民主体制之所以失败,并非由于忽略了“司法宪法”,而是忽略了“政治宪法”与古典宪法观之间的内在关联,即忽略了西方的宪政制度背后是由一套以未形诸文字的信念、习俗和传统所支撑的,由此在起草宪法的过程中忽略了国家的政治结构与本国的历史文化传统、社会风俗民情以及人们之间默会的信念和原则的内在关联。关于这套默会的信念和原则在后发达国家宪法制定和实施中的重要作用。正如哈耶克所言:“那些在西方国家曾一度运行大体良好的特定制度乃是以人们默会地接受的某些其它原则这个预设为基础的——这就是说在西方国家中,这些为人们以默会的方式承认的原则在某种程度上得到了人们的遵循;因此,在那些尚未认识到这些原则的国度里,人们就必须把这些默会性原则作为宪法的一部分明确写进成文宪法中,就像把其他原则写进宪法一样。”参见[奥]哈耶

克《法律、立法与自由》第2卷,邓正来、张守东、李静冰译,北京:中国大百科全书出版社2000年版,第429页。

㉝关于美国“不成文宪法”的论述, See Thomas C. Grey, “Do we have an unwritten constitution?”, *Stanford Law Review*, Vol. 27, No. 3, 1975, pp. 703-718; Thomas C. Grey, “Origins of the unwritten constitution: fundamental law in American revolutionary thought”, *Stanford Law Review*, Vol. 30, No. 5, 1978, pp. 843-893; Suzanna Sherry, “The Founders’ unwritten constitution”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 54, No. 4, 1987, pp. 1127-1177; Michael Moore, “Do we have an unwritten constitution”, *Southern California Law Review*, Vol. 63(1989), pp. 107-139; Laurence H. Tribe, *The Invisible Constitution*, London: Oxford University Press, 2008.

㉞See George P. Fletcher, *Our Secret Constitution: How Lincoln Redefined American Democracy*, New York: Oxford University Press, 2001.

㉟同上,第189页。

㊱参见强世功《司法审查的迷雾》,载《环球法律评论》2004年冬季号。

㊲*Ex Parte Mccardle* 74 U. S. 506 (Wall 1868).

㊳关于美国宪法中立法机关对法院上诉管辖权的控制以及由此形成的不成文宪法, See William J. Quirk, *Court and Congress: American Unwritten Constitution*, Transaction Publishers, 2008.

㊴关于法律条文作为“结构开放”的文本,参见[美]哈特《法律的概念》,张文显等译,北京:中国大百科全书出版社1996年版。

㊵*McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316 (1819).

㊶美国宪法中关于宪法解释方法的辩论,参见[美]桑斯坦《偏颇的宪法》,宋华琳、毕竟悦译,北京大学出版社2005年版; Robert Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York: Macmillan, 1990; Rakove, Jack(ed.), *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*, Boston: Northeastern University Press, 1990; Aileen Kavanagh, “The Idea of a

Living Constitution”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 55, No. 16, 2003.

④⑥参见[美]德沃金《法律帝国》,李常青译,北京:中国大百科全书出版社1996年版。

④⑦参见[英]拉斯基《美国总统制》,何子恒译,上海人民出版社1959年版。

④⑧See William J. Quirk, *Court and Congress: American Unwritten Constitution*.

④⑨“中华人民共和国的一切权力属于人民。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。”(《中华人民共和国宪法》[1982年]第2条第1、第2款)“中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则。全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督。国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”(《中华人民共和国宪法》[1982年],第3条第1、第2、第3款。

⑤⑩1949年召开的第一届中国人民政治协商会议实际上是拥有绝对主权的制宪会议,这次会议上不仅通过了作为临时宪法的《中国人民政治协商会议共同纲领》,而且做出了成立新中国的政治决断,同时还选举产生了国家领导机构。尽管新中国于1954年选举产生第一届全国人民代表大会,并通过了新宪法并确立了全国人民代表大会制度,但是,人民政协作为一种制度和机构并没有取消,反而一直保持下来。如果我们比较一下从1949年到1983年中国人民政治协商会议和全国人民代表大会的领导人,就会发现毛泽东、邓小平这些党和国家的最高领导人都曾经担任过中国人民政治协商会议的主席,而全国人民代表大会的委员长的职务最高由党内第二号人物担任。

⑤⑪详见陈端洪:《论宪法作为根本法和高级法》,载《中外法学》2008年第4期。

⑤⑫See Ernst Hartwig Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1957.

⑤⑬李鹏:《立法与监督:李鹏人大日记》,北京:新华出版社2006年版,第7页。

⑤⑭关于中国宪法序言的政治哲学解读,参见强世功:《立法者的法理学》,第三章,北京:三联书店2007年版;亦参见陈端洪:《论中国宪法的根本原则及其格式化修辞》,载陈端洪:《宪治与主权》,北京:法律出版社2007年版,第147~163页。

⑤⑮已有学者将此看作是我国的不成文宪法,参见夏勇,注引文。

⑤⑯《邓小平文选》第2卷,北京:人民出版社2004年版,第147页。

⑤⑰《中国共产党党章》(2007年),序言。

⑤⑱本小节中关于国家主席体制的初步讨论,参见强世功,注引文。

⑤⑲1936年12月,毛泽东已经担任了中共中央革命军事委员会主席,拥有对军队的最高指挥权。但毛泽东取得党内的最高领导权有一个缓慢过程。1938年,王稼祥传达了共产国际的指示,说中共中央领导机关要以毛泽东为首解决统一领导问题,事实上认可了毛泽东在党内的最高领导地位。在1943年3月的中共中央政治局会议上被“推定”为中央政治局主席和中央书记处主席。1944年5月在中共扩大的六届七中全会上被推举为中央委员会主席和七中全会主席团主席。直到中共七大,毛泽东在党内的最高领导权才得以确立。

⑤⑳《中华人民共和国宪法》(1954年),第42条。

⑤㉑《中华人民共和国宪法》(1954年),第43条。

⑤㉒《江泽民文选》第3卷,北京:人民出版社2006年版,第603页。

⑤㉓《中华人民共和国宪法》(1982年),第67条第8项:“撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议”。

⑤㉔《中华人民共和国宪法》(1982年),第89条第14项:“改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令”。

⑤㉕《中国共产党党章》(2007年),第10条。

⑤㉖毛泽东:《论“十大关系”》,载《毛泽东文集》第7卷,北京:人民出版社1999年版,第31页。对这个问题的深入分析,参见苏力,注引文。

⑤㉗同上。

⑥⑧关于中国宪法中的“第一根本法”和“生存宪法”的有关论述,参见陈端洪,注⑤④引文。

⑥⑨关于“国家理性”的论述,参见[德]弗里德里希·迈内克《马基雅维里主义》,时殷弘译,北京:商务印书馆2008年版。

⑦⑩毛泽东,注⑥⑥引文,第32页。

⑦⑪同上,第31页。

⑦⑫同上,第32页。

⑦⑬同上。

⑦⑭同上。

⑦⑮关于探索“中国道路”中技术官僚与群众路线之间的张力,参见甘阳《中国的道路:三十年与六十年》,载《读书》2007年第6期。

⑦⑯毛泽东,注⑥⑥引文。

⑦⑰《江泽民文选》,第1卷,北京:人民出版社2006年版,第471页。

⑦⑱同上,第472页。

⑦⑲同上。

⑦⑳参见苏力,注引书,第66页。

⑦㉑HKASR v. Ma Wai-Kwan, CAQL1(1997).

⑦㉒关于“主权权利”与“主权行使”的区分,参见陈端洪,注⑤④引书,第164~192页。

⑦㉓关于“一国两制”建构的特殊性,参见强世功《中国香港》,香港:牛津大学出版社,2008年。

⑦㉔本小节关于基本法相关问题的讨论,参见强世功:

《“一国两制”之谜》,载《读书》2008年第10期。亦参见Kit Poon, *The Political Future of Hong Kong: Democracy within Communist China*, London: Routledge, 2008。

⑦㉕参见[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,北京:商务印书馆2006年版。

⑦㉖一个例证就是前些年宪法学家所讨论的“良性违宪”问题。如果我们从不成文宪法的角度看,“良性违宪”可能就是一个“假问题”,从中,我们恰恰看到了成文宪法与不成文宪法的互动机制。有关“良性违宪”的文献,参见郝铁川:《论良性违宪》,载《法学研究》1996年第4期;童之伟:《“良性违宪”不宜肯定》,载《法学研究》1996年第6期。

⑦㉗ See Joshua Cooper Ramo, *The Beijing Consensus*, London: The Foreign Policy Centre, 2004; Mark Leonard, *What Does China Think?*, London: Fourth Estate, 2008。有关中国学者对“中国模式”的系统总结,参见潘维:《当代中华体制:中国模式的经济、政治、社会解析》,未刊稿。

⑦㉘参见苏力:《法治及其本土资源》,序,北京:中国政法大学出版社1996年版。

强世功 北京大学法学院,100871

责任编辑:吴铭