

中国社会转型的法律基石： 1982 年宪法的历史地位

薛小建*

内容提要 世界各国宪法无不是为应对其面临的“麻烦问题”而制定与变迁,美国宪法最为典型,中国宪法亦是如此。回顾中国制宪与宪政历程,其面临的多重问题。82 宪法的历史地位和时代背景也需要从历史逻辑中进行探寻,即 82 宪法承担着稳定国家秩序与推进社会转型改革的重任。从 82 宪法的历史和文本中,可以看到宪法作为人民的基本共识,潜藏新中国宪法发展与变迁的历史逻辑,契合了中国社会变革和转型的现实,总结了历部宪法的历史经验,融入了先进的宪政理念。由此展望 82 宪法之未来,其拥有足够容量,能够完成为中国社会进一步转型提供法律动力之历史使命。

关键词 82 宪法 历史地位 社会转型 历史使命

一、问题背景

制宪、修宪自近代西方以来,常常发生于社会变革与转型的重大时刻。如 1787 - 1789 年人类历史上第一部成文宪法“美国宪法”制定之时,恰逢北美大陆十三个州取得了对英国殖民者独立战争的胜利、如何建立新国家的关键之时。此时松散的邦联的国家联合形式,既缺乏国际信用^①,也无法解决当时北美十三州面临的巨大困境,如州际贸易。在与英国人的战争中,“由于极端必要而各州只好团结在一起,一旦战争结束,各州立即起来维护各州各自的利益,因而联盟处于解体的危机之中。”^②贸易与农业是美洲大陆当时最主要的产业,美国人此时是务农和从事贸易的民族,州际之间的关税壁垒使得“处在费城和纽约州之间的新泽西州,就像两头开口的木桶一样;处在弗吉尼亚州和南卡来纳州之间的北卡来纳州就像两臂放血的病人一样”^③。遍布于十三州的这种贸易的障碍,近乎于“切断了美国生命之血的来源”。邦联政府在贸易和其他事项上表现软弱,为此北美十三州邦联必须修改已有的“邦联条约”,制定一部新的宪法成为“最为迫切之需要”。在辩争与妥协的九个多月的时间里,十三个州的代表终于完成了一部解决当时之实际需要并垂范于后世的伟大作品。

尽管我们对美国宪法的评价会可能更着眼于它所体现的自由、共和、分权、民主、平等之价值,以及其完善的形式逻辑。但当其时,美国人也将宪法视为“乃是一个难以驾驭的国家那难熬的实际需要中逼出来的”^④。而其后美国宪法的历次重大修改与变迁(不仅包括宪法修正案,也包括宪法惯例和美国宪法中最重要的变迁方式:宪法判例),也无不打上了“时代的烙印”。

中国自晚清以来,即开始了师从西方的制宪和宪政运动。但在百年的宪政历程中,要解决的麻烦问题重重而绵延不断:救亡图强、封建专制、外敌入侵、独立与统一、经济的凋零、政治的腐败、民族的复兴

* 中国政法大学教授。

① 据史载,其时邦联欲向法国举债。但法国宁肯借债于华盛顿个人,而不愿借给美洲邦联。

② [美]马克斯·法伦德《美国宪法的制定》,董成美译,中国人民大学出版社 1987 年版,第 5 页。

③ 前引②,第 8 页。

④ 前引②,第 122 页。

……。旧的麻烦问题尚未解决,新的麻烦问题正在或已然滋生。当然,没有人今天会真正认为这些麻烦问题都是宪法问题,也没有人会浪漫的期冀通过制宪或修宪可以解决所有这些麻烦问题。

但有一点,则是我们不得不认可的,我们和制宪的“师傅们”制宪之时面临的麻烦问题是不同的。在百年宪政的历程中,处于不断革命和变革中的中国人和西方人面临的“问题背景”大相径庭,而西方人今天的问题背景和昨天(19世纪)、前天(17、18世纪)不尽相同。中国人昨天(19世纪初)与今天(20世纪、21世纪初)面对的问题背景也不完全一样了。

诚然,在社会变革与社会转型中,各国在使用宪法的语言、概念、规则等宪法语境体系,并由此确定一个宪法秩序、实现一定的宪法价值和宪政目标等诸方面,宪政后发国家与西方宪政成熟国家有着一定的趋同性。

二战结束以来,民族解放、国家独立的浪潮风起云涌。西方国家法治发展经验,促使新型国家处于变革和转型的关键时刻,以立宪、修宪建立民主政治,实现经济发展与繁荣已成自然而然之决策选择,并付之于国家实践。“据统计,20世纪下半叶,至少有91个国家取得了独立并制定了宪法。其中65%的国家修订了宪法,许多国家甚至不止一次。”^⑤

二战后,世界格局分为红蓝两大阵营。红方为苏联、东欧包括中国等社会主义国家,蓝方由美、英、法、德等西方资本主义国家组成。近30年的政治、经济和社会实践,到了上个世纪70年代末期,红蓝两方均开始进行了新的社会改革。但蓝方的改革则多为在其已取得的政治、经济成就基础上的“修天补庙”式改革;而红方的队员则分化为两个不同组别:一为中国式的渐进式改革,一为苏联、东欧式的“休克式”骤变。后一组别的改革在政治、经济上希求一夜之间速成罗马——照搬了欧美的政治经济模式,其结果是国家的解体、经济的滑坡(当然此为后话)。

1982年宪法(以下简称82宪法)的修改就是在这样的渐进式改革模式下拉开了帷幕。当其时,“文化大革命”的悲剧刚刚落幕,国内经济体制改革已经开始并初步见效。是故,亟需修改的中国宪法面临两大重任:其一,恢复稳定50年代奠定的国家秩序和社会秩序。其二,推进国家社会各方面的改革,实现社会转型。改革是世界潮流,是时代大势,固守僵化的体制、无视已经发展的社会经济条件,这样的国家没有任何前途。但改革永不能“毕其功于一役”,以至不顾既有的基础、彻底翻新。“急进式”的变革,在过去不久的中国经济领域的试验(如“大跃进”),已被证实不仅不是最优选择,甚至可以说是最次的选择。

82宪法从修改之时就承担了既要稳定国家秩序又要推进社会改革与转型之重任,由此形成中国宪法修改的现状和特定的问题背景。

二、人民共识的达成

宪法应是人民之共识。一个国家中,人民对宪法的认可(承认)、信服、接受与支持,既是宪法具有正当性之源,也是宪法能受到尊崇、并得以实现之因。

对宪法共识之证成,至少包括以下内容:(1)宪法体现了人民共同认可的基本价值与信念^⑥。(2)宪法的生成和进化过程中的人民的参与。(3)宪法的利益是人民共同的利益和要求。中华人民共和国成立以来,中国宪法的制定与历次修改,都是在中国共产党的领导下进行的。作为领导者的中共在制定与

^⑤ 杨冬雪《政治文明、现代国家与宪政建设》,载《社会科学》2007年第9期。

^⑥ 正如美国人在对其宪法赞美时所说“1787年宪法既是美国人民宪政的象征,也是宪政的工具。它规定了一系列富有创见性的权利授予和权力限制。人们对它的景仰和崇敬不是漫不经心的,而是诚心实意的。美国人对其宪法的尊崇经常到了偶像崇拜的地步,这可以根据不同的理由解释……最令人信服的解释是将此归于深深植根于美国人心目中的信念——宪法表达了更高级的法。”的确,美国人对美宪的信仰基于自然法之信仰。所以美国很多人会认为“制宪之父”并不是制造了一个美国宪法,而是“发现”并“宣告”了一个高于其他制定法(人法)的自然法(神法)。具体可参见[美]爱德华·考文《美国宪法的高级法背景》,强世功译,三联书店1996年版,第II页。

修改宪法过程中始终重视人民和人民的利益,重视制宪和修宪过程中人民的广泛参与。

1. 人民共同利益和共同要求的宣告

1954年、1975年、1978年、1982年宪法在制定和修改时均宣告体现了人民意志和人民要求。

刘少奇在1954年代表“宪法起草委员会”的报告中,宣告了“这个宪法草案是我国人民利益和人民意志的产物”,“既有人民建设社会主义的坚定目标,又有切实可行的基本步骤”,是对“人民最好的”、“敌人不高兴”的事情。^⑦

张春桥在1975年受中共中央委托,向全国人大所作的“关于修改宪法的报告”时,也提及“加强党对国家机构的一元化领导”的修改内容,“符合全国人民的愿望”^⑧。

叶剑英在1978年受中共中央委托所作的“关于修改宪法的报告”中也提及“我们的宪法是无产阶级和广大人民的意志的集中体现”^⑨。

而1982年彭真代表“宪法起草委员会”所作的修宪报告中则指出82宪法是“体现了人民意志和中国共产党的正确主张的新宪法”,并具体提到宪法草案在讨论中普遍认为“反映了全国各族人民的共同意志和根本利益”;而在具体的修改中,恢复设立国家主席建制时,也指出了修改之依据不仅“对健全国家体制是必要的”,而且是“也比较符合我国各族人民的习惯和愿望”^⑩。

四个宪法制定与修改草案的报告,尽管在对人民意志和人民愿望宣告的表述有所差异,但都证实了人民意志和人民愿望在宪法制定与修改时不可或缺,一定程度上是对宪法达成共识的证成。因为我们都知道,宪法的制定与修改的草案报告虽非宪法构成部分,但却对理解宪法有重要意义。

82宪法在这点上与54宪法、75宪法和78宪法是一脉相承的。

2. 中国式民主与宪政之共识之达成

共识首先在共识的起点,即在达成共识时的共同的参与。从负责1982年宪法修改的“宪法起草委员会”的产生和组成来看,“宪法起草委员会”由中共中央委员会提出,由五届全国人大第三次会议通过。委员会由106人组成,主任委员1人,副主任委员2人,委员103人。其中,中共党员65人(占61%),民主党派和无党派人员41人(占39%),少数民族10人(占9.4%),妇女7人(占6.6%),这个委员会是一个有代表性的机构。^⑪但它承袭了78年宪法修改委员会中,中共中央政治局全体成员均为起草委员的传统。

共识还在共识达成的过程之中。82宪法的修改讨论工作前后达两年之久。“广泛征求了各地方、各部门、各方面之意见。”^⑫宪法修改委员会秘书处召开了310多次座谈会,宪法修改委员会召开了5次全体会议,经过了4个多月的全民讨论,全国有几亿人参加了讨论。宪法修改草案经全国人大常委会全体会议一致通过后,提交全国人大,全国人大除了弃权票外,无一反对,通过了宪法草案。^⑬

当然,共识的最终达成并不是指所有问题都一致同意、毫无异议。但正如彭真在修改宪法过程中的“纲目”说^⑭,作为根本法的宪法,只能是一个最低限度的共识。在这点上,西方国家和我们的选择是一

⑦ 参见《关于中华人民共和国宪法草案的报告》,载《人民日报》1954年9月16日。

⑧ 参见《关于修改宪法的报告》,载《人民日报》1975年1月20日。

⑨ 参见《关于修改宪法的报告》,载《人民日报》1978年3月8日。

⑩ 参见《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》,载《人民日报》1982年12月6日。

⑪ 1975年宪法修改起草委员会由中共中央于1970年成立,由60人组成,除毛泽东任主任、林彪任副主任外,其余包括中央政治局委员19人,政治局候补委员4人,各省、自治区、直辖市党的核心小组负责人24人,其他8人(也基本上为共产党员)。而1978年修宪时,宪法修改委员会则由中共中央政治局全体同志组成。

⑫ 包括29个省、自治区、直辖市,中央机关,人民解放军总政治部,专家学者,海外华侨和港澳同胞。具体可参见韩大元《新中国宪法发展60年》,广东人民出版社2009年版。

⑬ 这次投票共3040张,其中3037张同意票。

⑭ 彭真认为:宪法是根本法,主要在纲不在目,不搞不必要的创新,注意不引起不必要的争论。具体可参见刘荣刚《1982年宪法的制定过程及其历史经验》,载《当代中国史研究》2005年第12卷第1期。

样的。

这个共识包括了不论是执政党、还是参政党,无论是国家机关、还是社会组织,乃至“全国各族人民”都需要一个“面貌一新”的共同遵守的“活动准则”:一个具有最高法律效力的 82 宪法^⑮。其中,最高法律地位的宣告第一次出现在宪法文本之中,是 54 年、75 年、78 年宪法未曾有过的内容。而要“依法治国”更重要的就是制定一部反映全国人民的共同意志和根本利益、既考虑当前现实、又考虑发展前景的长期稳定的宪法。^⑯

3. 一锤定音: 中共政治领导人的最后决定权

82 宪法在修改之初,思想异常活跃,各种不同意见、不同认识甚多,包括“四项基本原则”是否入宪、采“两院制”之结构形式、改“单一制”为“联邦制”等。

对此,彭真向邓小平汇报宪法修改情况时,邓小平对此提出四点指导思想:第一,理直气壮地写“四个坚持”。第二,写工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政。第三,写民主集中制。第四,写民族区域自治。^⑰自此,宪法修改顺利、进展有序。

一锤定音在莫衷一是的争议中有较高效率,它可以及时停止在国家根本问题上的争议、达成一致,在一定情况下,还有可能使国家核心价值得以实现。但所谓的“一锤定音”以“性善论”为认识论基础,以一锤定音者具有“理性”智慧者为条件^⑱。但其风险是,若“定音者”不具有理性、恣意妄为,则有可能出现谬误。

4. 讨论式的参与民主

参与民主是现代民主的认同机制,起源于西方,作为在代议制间接民主基础上发展的直接民主形式。即公民除享有选举权外,还享有“创制和复决”,以对国家或政府的重大问题和决策“全民公投”之方式实现。但我们的民主参与则是“一种主政者重视倾听不同政治力量之意见的‘协商式民主’”^⑲。82 宪法的修改由中共直接领导,倾听来自各方意见,包括全民参与讨论。

这种全民讨论的优点可被概括为:(1) 不受一定人数签署的限制。(2) 全民讨论的时间长达 5 个月,可以更为充分。(3) 对宪法草案及修改内容没有限制。(4) 可以兼顾多数人和少数人之意见。(5) 广泛的全民讨论可以集思广益。(6) 可以发挥协商民主之作用。(7) 着眼于实质,不以一定形式或程序限制公民发表意见。(8) 使全国人大的表决更有基础。(9) 也是在全民范围内的法制教育。^⑳而彭真则强调,“全民讨论的过程,就是全体人民反复商议的过程,是统一全国人民意见的很好的形式”^㉑。

讨论式的民主参与过程“辩驳性”较弱,讨论很可能沦为曲意迎合,而表达意见也可能成了“唱赞歌”、不唱“衰歌”,“同意”投票有可能是某种意义上的“屈服”。因为这种中国式的讨论“意指的主要是一种相互表达意见的方式,而表达的意见既可能是表达者的真实意思,也可能相反。而且是‘最后意见的决断者在场’的讨论,不包括‘讨价还价’和‘争辩’。”^㉒

从共识的起点到共识的达成过程,体现了中国式的民主与宪政。

^⑮ 82 宪法的最高法律效力的规范,可参见 82 宪法序言的最后一段,宪法第 5 条(包括 1999 年修正后的第 5 条第 1 款)、第 62 条、第 64 条、第 67 条。

^⑯ 人民日报出版社主编《〈中华人民共和国宪法〉讲话》,人民日报出版社 1983 年版,第 1 页。

^⑰ 前引^⑭。

^⑱ 事实上,82 宪法修改过程中,邓小平在许多方面就是这样的“智慧者”。如关于恢复国家主席的建置,“中央酝酿了一年多的时间,一直未能做出决断”,后经邓小平拍板,设立了国家主席。具体可参见程中原《胡乔木对一九八二年宪法修改的贡献》,载《中共党史研究》2011 年第 8 期。另,废除“终身制”会触及许多人的切身利益,但邓小平做出了智慧决定。

^⑲ 门中敬《宪政宽容论》,商务印书馆 2011 年版,第 316 页。

^⑳ 这九大优点是肖蔚云先生受张友渔先生委托,在 1983 年南斯拉夫举行的“国际宪法学会”上的报告,较有权威,故摘录于此。具体可参见肖蔚云《论宪法》,北京大学出版社 2004 年版,第 441-443 页。

^㉑ 韩大元《新中国宪法发展 60 年》,广东人民出版社 2009 年版,第 184 页。

^㉒ 王人博《宪法的中国性——“五四宪法”制定的背景》,载《二十一世纪》(香港)2005 年 4 月号。

共识还在于已达成共识结果的真实性⁸²。宪法是中国人民的集体记忆,是历史经验与教训的总结,是在中国社会的历史条件下的历史逻辑、而非形式逻辑。

三、历史的逻辑

宪法要具有真实性。真实的宪法与虚假的宪法相对应的观点,由列宁最早提出。真实的宪法是与现实相一致之宪法,而虚假的宪法是与现实相脱节之宪法。²³ 列宁在对资产阶级宪法进行批判时提出了真实与虚假宪法之论。我们姑且对列宁这一论断的意识形态背景不予评判,至少它为我们分析宪法提供了一种方法论。

(一) 真实的宪法是历史的总结

历史首先是本国宪政之历史。⁸² 宪法是中国百年宪政历史的总结,也是中国共产党立宪经验的总结。

1. 早在 54 年宪法起草时,毛泽东就强调我们要总结经验,把人民革命的成果固定下来。而在宪法草案通过后,毛泽东又欣喜的说到,这个草案之所以“得人心”、受到“大家的拥护”,其中一条就是总结了经验,主要总结了我国的革命经验和建设经验,也总结了从清末以来关于宪法问题的经验,同时也是本国经验和国际经验的结合。²⁴

刘少奇在其“宪草报告”的第一部分就以“中华人民共和国宪法草案是历史经验的总结”为标题,对 54 年宪草作了说明:“是中国人民一百多年来英勇斗争的历史经验的总结,也是中国近代关于宪法问题和宪政运动的历史经验的总结²⁵,又是中华人民共和国成立以来新的历史经验的总结²⁶。”——这就是 54 年宪法制定的“事实依据”。而 75 年宪法修改的正当理由之一则是总结“我们的经验教训”²⁷,从 75 年修宪到 78 年修宪,时间间隔较短,“历史”经验并非修宪之重点,是故修宪者对之存而不论。

82 年宪法对历史的总结首先面临着对中共执政党权威的重述。“文革”是中共有史以来最大的历史错误,它破坏了国家秩序,危及了人民利益,也损害了执政党自身的权威。中共大胆地自己纠正了这个错误,“党自己纠正,证明可以领导”²⁸。而在宪法序言中,叙述了中国 20 世纪以来的四件“翻天覆地”的大事:辛亥革命、中华人民共和国的成立、社会主义改造的完成、独立的、比较完整的工业体系的建立。四件大事中,除了辛亥革命由孙中山领导外,其余三件都在中国共产党的领导下,在马列主义、毛泽东思想的指引下取得的。由此可见,中国革命和建设的实践证明“四项基本原则是不以人们意志为转移的客观规律”,“是亿万人民在长期的革命斗争中作出的历史性选择”²⁹。

2. 82 年宪法以 54 年宪法为基础,是 54 年宪法经验的继承,也是 54 年宪法经验的发展。³⁰ 但相比 54 年宪法而言,82 年宪法具有“得天独厚”的历史经验的积淀,即对于“文革”十年的反面历史教训,也是与 75 年、

²³ 参见许崇德《学而言宪》,法律出版社 2004 年版,第 5 页。

²⁴ 参见许崇德《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社 2003 年版,第 147 页。

²⁵ 百年宪法问题和宪政运动的历史经验在“报告”中包括了:“伪宪”,从清朝、北洋军阀到蒋介石国民党创造的“骗人的宪法”,中国资产阶级所盼望的建立资产阶级共和国的“一种幻想”的宪法,工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民共和国的“真正的宪法”。

²⁶ 新的历史经验是指 1949 年中华人民共和国成立以来的经验包括:独立国家的建立,封建统治的结束,大陆的国家统一与和平的实现,土地改革和社会改革后的民主形式的建立,社会主义建设和社会主义改造事业的开始。具体可参见前引²⁷。

²⁷ “主要经验”就是无产阶级专政下的继续革命,同时也是 75 年修宪的“指导思想”。具体可参见前引²⁸。

²⁸ 前引²⁴。

²⁹ 彭真亲自执笔以这种叙述历史事实的方式将“四项基本原则”写入了宪法序言。具体可参见《关于 1982 年宪法的起草过程——王汉斌访谈录》,载《百年潮》2011 年第 2 期。

³⁰ 1982 年宪法与 1954 年宪法的相同部分大约有 51 条,约占 1954 年宪法的 45.6%;相似的部分有 47 条,约占 1954 年宪法的 42%。参见韩大元《1954 年宪法与中国宪政》(第 2 版),武汉大学出版社 2008 年版,第 402 页。

78 年宪法有着历史的勾连^{③①}——以 54 宪法为基础,是历史的发展,与 75 年、78 年宪法的勾连也是历史的发展。因为历史总是前进的,但历史前进的进程会有进也会有退,是曲线型、而非直线型。忽视与 75 年、78 年宪法的勾连,是对历史人为的断章取义、割裂历史,也不是客观理性地对待 82 宪法。

3. 历史的经验与教训是宪法制定与修改时,制宪者对历史和现实的理性认识。而这种理性认识,在制宪者碰到具体问题时,“极少能超越他们自身的经验和范围”^{③②}。

82 宪法修改时,亲自经历“文革”十年之乱的修宪者们对宪法的体认,是研究 82 宪法不可或缺之因素。如前文中提及的邓小平。再如,宪法起草委员会的彭真、胡乔木,二人分别时任全国人大法制委员会的主任、副主任,都参加了 54 宪法的起草。特别是彭真从 1950 年起,即为中央政府委员会政务院政治法律委员会副主任,54 年起任全国人大常委会副委员长兼秘书长,自 1979 年起即任全国人大法制委员会主任,长期从事法律、法制工作使其对法律、法制有一种特别的“职业”敏感和“职业”信仰。在对“文革”的教训总结时,彭真对文革十年“无法无天”的感受犹深,在其后的工作中,对“法制”和“立法”深以为重。因为,文革的发生主要是因为无法无天,要防止文化大革命的再度发生,就要制定法律。^{③③} 1979 年 3 月到 6 月,彭真在担任法制委员会主任时^{③④},在他的亲自参加和领导下,起草了七个重要的法律草案^{③⑤}。他还不止一次地有过这样的表述:目前的重点是抓立法,首先要有法可依,“常委会的一项重要任务就是立法”^{③⑥}。这种个人对法律的现实感悟,对 82 宪法内容有直接影响、亦有间接影响。

对文革十年的悲剧,彭真等修宪者们对此有切身之痛,这使得 82 宪法对人身权利的规定无论从量到质均有飞跃^{③⑦}。以下列表格可以印证该判断。

表 1: 四部宪法中公民人身权利规定的沿革与发展^{③⑧}

宪法名称	公民人身权利规定之沿革与发展
54 年宪法	* 【人身自由】中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民法院决定或人民检察院批准,不受逮捕。
	* 【住宅权与隐私权】中华人民共和国公民的住宅不受侵犯,通信秘密受法律保护。
	【迁徙自由】中华人民共和国公民有居住和迁徙的自由。
75 年宪法	* 【人身自由和住宅权】公民的人身自由和住宅不受侵犯,任何公民,非经人民法院决定或公安机关批准,不受逮捕。
78 年宪法	* 【人身自由和住宅权】公民的人身自由和住宅不受侵犯。任何公民,非经人民法院决定或者人民检察院批准并由公安机关执行,不受逮捕。

③① 如 75 年宪法规定国家为“无产阶级专政”,而 82 宪法为“人民民主专政”、实质即“无产阶级专政”,而 54 宪法却规定为“人民民主”。另如 75 宪法中关于中共的领导人从序言到总纲、国家机构、公民权利多处规定,82 宪法及其后 1993 年的修正案中共有 5 次提及中国共产党,而 54 宪法则只有一次提及。具体可参见周叶中、江国华《在曲折中前进——中国社会主义立宪评论》,武汉大学出版社 2010 年版,第 451—452 页。

③② 前引②,第 124 页。

③③ 具体可参见刘荣刚《彭真与 1982 年宪法的制定》,载《人大研究》2004 年第 9 期。

③④ 1979 年 6 月彭真起任全国人大常委会副委员长。

③⑤ 这七个法律草案为:刑法、刑事诉讼法、全国人大和地方各级人大选举法、人民法院组织法、人民检察院组织法、中外合资经营企业法。

③⑥ 顾昂然《回忆八二宪法的制定工作》,载《秘书工作》2001 年 12 月刊。

③⑦ 参见前引②,第 793—794 页。

③⑧ 在四部宪法中均明确规定的公民权利前加注*,当然,这些条款在具体规定上仍存在细微的差异。

82 年宪法	* 【人身自由】公民的人身自由不受侵犯。任何公民, 非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定, 并由公安机关执行, 不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由, 禁止非法搜查公民的身体。
	【人格尊严】中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。
	* 【住宅权】中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。
	【隐私权】中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要, 由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外, 任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。

4. 制宪、修宪要学习、参考、借鉴、总结外国经验, 但在中国上个世纪 80 年代, 制定宪法过程中对外国经验时, 已经不同于 50 年代的“一边倒”, 即倒向苏联和东欧社会主义国家^③, 而是开始放眼看世界了。试举以下几例说明之: (1) 宪法起草委员会秘书处收集了 35 个国家的宪法典。(2) 对世界上 140 多部宪法做了统计, 其中 90 多部有序言。(3) 公民基本权利置于国家机构之前的修改, 对 111 个国家做了统计, 其中只有 10 个国家的宪法中将国家机构章节置于公民基本权利之前。^④ (4) 国家审计机构的设立。遵胡乔木嘱, 财政部整理了《外国审计机构资料》。1982 年 3 月 - 4 月, 财政部派出审计考察团赴西班牙和奥地利, 1982 年 5 月 - 6 月又对美国、加拿大、日本审计机关实地考察。对审计机关的职权、审计内容、审计体制等向胡乔木做了汇报。^⑤ (5) 82 宪法后的修改方式改变之前的“苏联模式”, 即全面修改产生新宪法, 而是采用以修正案方式进行修改的“美国模式”。

(二) 82 宪法的民主与宪政价值

历史的逻辑是一个历程, 宪法是一个历史逻辑的结果, 而民主与宪政的实现也是历史发展的历程。

1919 年中国发生了高举“德先生”和“赛先生”的“五四运动”, 而此时正值俄国“十月革命”的胜利的隆隆炮声传至中国之时, “十月革命”工农大众的民主革命与马列主义得以联姻。毛泽东则将之与“中国革命的实践相结合”, 进而推衍出一种具有“动员力”的与对敌专政相对应的“人民民主专政”思想。人民民主专政的思想在中国的实践, 则由于历史的惯性而演绎成一种农民战争式的群众运动——“大民主”。

因这种“大民主”导致了今天中国思想界中对民主的怀疑, 甚至对民主进行“诽谤”。其实, 对民主的理解, 应弄清它究竟有“多大容量”和其“词外之义”^⑥。民主有其核心内核, 但也有其自身成长和发展之历程。民主在宪法层面至少包括“主权在民”, 也包括表达自由、人身自由等广泛的自由权利。“主权在民”最终解决的是权力归属问题, 这是一个放之四海而皆准的“政治正确”问题。但归属人民的权力在近代社会必须通过宪政的安排——选举制度、政党制度、司法制度和多元政治, 从政治概念转化为法律概念, 最终以宪法秩序解决权力行使的问题。

82 宪法以来, 中国民主在发展, 宪政也在渐进。改革开放、市场经济、依法治国、政治文明、保护人

^③ 毛泽东在 1954 年 1 月为宪法起草参加者所列举的书单包括: (1) 1936 年苏联宪法即斯大林报告; (2) 1918 年苏俄宪法; (3) 罗马尼亚、波兰、德国、捷克等国的宪法; (4) 1918 年天坛宪草、1923 年曹锟宪法、1946 年蒋介石宪法; (5) 法国 1946 年宪法。具体可参见前引^③, 第 66 - 67 页。另, 1954 年宪法(草案)与苏联 1936 年宪法相同的部分有 33 条, 约占 1954 年宪法的 32%; 相似部分有 29 条, 约占 28%。具体可参见前引^③, 第 104 - 105 页。

^④ 胡乔木对将“公民基本权利”置于“国家机构”之前的理由: (1) 逻辑合理, “权利与义务”是“总纲”的补充和继续; (2) 程序与实质, 权利是实质, 机构是程序; (3) 国际经验。具体可参见前引^③。其实, 将公民基本权利置于国家机构之前, 早在 54 年宪法制定时就有此主张, 但当时的起草者认为章节次序不是原则问题, 公民基本权利放在后面, 不会贬低人民的地位。具体可参见蔡定剑《宪法精解》, 法律出版社 2006 年版, 第 43 页。

^⑤ 具体可参见前引^③。

^⑥ 具体可参见蔡定剑《重论民主或为民主辩护——对当前反民主理论的回答》, 载《中外法学》2007 年第 3 期。

权和私有财产等内容写入宪法,在宪法的基础上,也仍在 82 宪法的框架内。宪法理念的进步推动了宪法的修改,而宪法也在社会中不断地完善了自身。

当然,我们承认 82 宪法在价值、概念、规则和内容之间存在一定的紧张关系,甚至是矛盾,不尽符合形式逻辑之各要素间的排中律、矛盾律等规则,但它却符合历史逻辑。历史逻辑则往往会是一部宪法中,民主与法治各要素之间是矛盾的,有时甚至是冲突的。以不成文宪法的英国为例,数百年的宪政历程中,民主的新型势力——市民阶层和封建专制的象征——国王及其王权始终同处一室,此消彼长。而美国人则把美国宪法中的背景归为“二元论”之思想^{④③},人民主权与高级法背景。其中人民主权意味着美国宪法“不仅把民众看作是同意的主体,而且也是意志的客体。恰如后来杰弗逊所说“在任何情况下多数人的意志优先”,而“人民意志的概念”作为政治思考的一个基本前提,已在美国人的心中生根发芽。

(三) 宪法修改的超前与滞后

修宪要与社会发展的现实相符,而对现状要审慎慎思。超越现状的“超前型”是非理性的,而对社会现状的“滞后型”估计也是有弊害的。“超前型”与“滞后型”的社会变更与转型中的社会实践在中国都有史可引以为鉴。前者如中国建设中的“大跃进”——高建设、高指标,一夜之间跑步进入共产主义——社会经济发展中的“大跃进式”的超前带来的是经济上的混乱与停滞。而宪法与民主宪政实践的“毕其功于一役”的浪漫诗作也只能限于纸上谈兵,否则后果不堪设想。^{④④}

“文革”与通过“文革”确立、并写入 75 年和 78 年宪法中的“无产阶级专政下的继续革命”,以及“全民专政”下的“阶级斗争”,则是习惯了与“敌人”作战的毛泽东在战争已然结束,国内和平的年代仍然把自己的战友和人民中的许多成员设想为“假想敌”,而这些“假想敌”会长期存在,要继续战斗、消灭敌人。这样对“人民”和“敌人”的估计误差是一种对现状的“滞后型”认识。

“超前型”与“滞后型”都是中国宪法的实践中对民主与宪政存有不切实际情结的“常见病”。

“超前型”常常把民主与宪政视为形式逻辑,期冀与幻想一个“美人型”的民主与宪政在一个较短的时间内能够塑成。

而“滞后型”则常常因历史的惯性而退回到习惯的传统方式。如毛泽东在 54 宪法制定和实施的初期,对宪法还是颇为尊重的。对宪法草案进行修改时,毛泽东常说“宪法通过以后,全国人民每一个都要实行,特别是国家机关工作人员要带头实行,不实行就是违反宪法。”^{④⑤}不仅如此,毛泽东也说过“我们的主席、总理都是由全国人民代表大会产生出来的,一定要服从全国人民代表大会,不能跳出如来佛的手掌。”^{④⑥}甚至,毛泽东也说过“宪法是一个国家的根本法,从党的主席到一般老百姓都要按照他做,将来我不当主席了谁当也要按照它做,这个规矩要立法。”^{④⑦}54 年宪法制定后,中央在讨论重要问题时,毛泽东会经常问到宪法是怎样规定的,提醒大家不要违宪。^{④⑧}但毛泽东是从革命成功的战争中取得国家政权的领导者,革命不能依靠法制束缚,而是要冲破法制;毛泽东也是以动员群众搞运动,打“人民战争”见长,振臂一呼式的全民战争和群众运动是其习惯的方式。于是毛泽东就回到了他习惯的解决问题的方式上。认为革命和建设都可以用这样群众运动的形式予以解决,而且认为比之法律更有效率。1957 年反右斗争,毛泽东对“四大”总结时说到“许多问题的解决,光靠法律不行。法律是死的条文,是

^{④③} [美]罗伯特·麦克洛斯基《美国最高法院》,任东来译,中国政法大学出版社 2009 年版,第 7-8 页。

^{④④} 在历史学家萧功秦看来,清末中国宪政改革的失败与戈尔巴乔夫在苏联的经济与政治改革都属于政治超前型。清末的激进改革是“一个受焦虑支配的皇帝在一百天里发布了三百多道有关改革的政策,而根本不考虑社会与政府官员的承受能力”。具体可参见萧功秦《历史的眼睛》,东方出版中心 2010 年版,第 171-173 页。

^{④⑤} 前引^{②①},第 62 页。

^{④⑥} 前引^{②①},第 87 页。

^{④⑦} 前引^{②①},第 54 页。

^{④⑧} 项淳:《论宪法在社会主义国家中的重要作用——纪念 1982 年宪法颁布十周年》,载《中国法学》1996 年第 2 期。

谁也不怕的,大字报一贴,群众一批评,会上一斗争,比什么法律都有效。”而且,“革命的问题也好,建设的问题也好,都可以用鸣放辩论的形式去解决,而且会解决的比较快”。^④在历史的惯性下,毛泽东就又回到了传统的方式——“我们的那一套”了。

患有“超前型”与“滞后型”之症,都会忽视在现存条件下可以寻求民主、宪政渐进式发展和进步之契机,“一叶障目式”地看不到民主与宪政本身就是一个历史之历程,进而对82宪法以来的多次修正持否定之态度。其实,82宪法从实施之日起,即负担着稳定社会与社会变革与转型之重任,这种改革的重任使其必然具有可变、求变和易变之特征。然而这种变更绝不是为变更而变更,也不是突如其来、一蹴而就的率性妄为。这种变更是在82宪法已奠定的法律基石上,审时度势,回应历史变革之情势,及时作出修改,以回应社会变化的诉求和社会转型之要求。

四、宪法的未来

对宪法地位的认识,很难找到、事实上也不能有一个世界共有的统一衡量器。

判断一个国家宪法的优与次优、次与最次,标准之一是这部宪法是否符合这个国家的历史与现状、是否与这个国家的实际状况相吻合,也就是说是否作为解决这个国家“麻烦问题”的法律基石,是这个国家稳定、发展和繁荣的助动力、抑或是阻碍力。

82宪法以来的30年,中国社会发生了巨大变化。30年来,宪法所确立的改革与开放,释放了国人多少年来发展经济的热情与能量,经济总量达到了史无前例的最佳成果。而经济的持续发展,与欧美发达国家相对迟缓的经济发展态势比较而言,表现相当突出,已经可以与世界富裕国家平等对话,甚至可以被期待伸出援助之手——救助那些处于债务危机中的欧盟国家。国家经济的发展大势始终围绕着82宪法确立的“以经济建设为中心”的目标,取得了较为骄人的成绩,是中华民族最为繁荣的良好时机。其中82宪法功不可没,没有这部宪法确立的国家改革目标和国家宪法秩序,一切都可能在“失范”或“脱序”的状态下进行。根据社会发展的不同要求适时地修改宪法,使中国社会处于发展与繁荣的景象之中,于此同时宪法又保持了必要的稳定性。“稳定是人们对宪法景仰的最直观感受之反映。”^⑤

当然历史总是不完美的,“不完美是事物的属性”^⑥。30年来,旧有的“麻烦问题”并没有得到彻底的解决,而新的“麻烦问题”又在滋生,如社会的腐败、道德的沦落、贫富的差距、公民权利无法得到周延保障等。这就有可能会使国人失去对82宪法的信心,对以82宪法为基石完成中国社会发展的历史使命表示怀疑。

82宪法真的没有旺盛的生命之力了吗?需要承认的是,经济水平与经济发展是宪政实现的必要条件。谁也不会否认在经济较为发达的国家,宪政也同时比较成熟。中国自82宪法以来,在历次修宪和宪法实施的渐进历程中,除宪法自身在法治、宪政的努力方面的增容扩量^⑦,国家和社会在经济稳定的状态下,宪政水平也呈上升之趋势^⑧。

^④ 前引②,第163页。

^⑤ 如美国宪法通过后,出现的一片繁荣景象无疑是宪法最初受到美国人民钟爱的原因。具体可参见前引⑥,第3页。

^⑥ 前引④,第230页。

^⑦ 据不完全统计,1982年宪法直接使用“法制”、“依法”或“依照法律”词语的共有33处;而1988年则为35处,1993年为36处,1999年增加“法治”、为37处,2004年修宪后则增至41处。具体可参见刘春涛《法治原则在中国宪法文本中的嬗变》,载《北方法学》2009年第3期。

^⑧ 如中国特色社会主义法律体系的形成。截止2010年,国家已经制定了法律236件,行政法规690件,地方性法规、自治条例和单行条例8600件,涵盖多个法律部门,包括多个法律层次。具体可参见中国法学会《中国法治建设年度报告(2010年)》,新华出版社2010年版,第11页。另,国务院和各级政府致力于依法执政和法治政府建设,公开、公平、公正、合理、合法、便民、诚实、权责统一的政府执政目标的提出。具体可参见蔡定剑、王晨光《中国走向法治30年》,社会科学文献出版社2008年版,第66-99页。1990年中国政府首次发布“中国人权白皮书”并加入多个国际人权公约,公民社会对宪法权利的意识也不断增强,以宪法为权利保障的事例也频繁获得报道、并得到社会的高度关注。

但是,需要永远记住的是,经济发展水平并不可能自动地实现人的自由、平等和人权、法治的宪政价值。这就是经济发达国家仍在致力于宪政建设,尚未达至“历史的终结”之因。

在经济转型过程中,82 宪法作为稳定和改革的基石,发挥了良好的作用——这点可以说是举世有目共睹的。那么,在未来的日子,82 宪法是否仍只是一个“改革宪法”,只能完成经济转型的使命,而不能规范国家权力运作、保障公民基本权利、解决权力的腐败等“麻烦问题”。在中国走向成熟宪政时,仍有无足够的包容性和适应力。质言之,对于 82 宪法是应当扩容增量,抑或是取而代之? 笔者的基本观点是:在未来较长的日子里,82 宪法仍有足够之容量,能够完成为中国社会进一步转型提供法律动力之历史使命。取决于:

第一,82 宪法自身的继续完善与宪法的实施。82 宪法修改以来,每次修宪都与中国现实发展相契合,否则人民会对其修改既无兴趣、亦无信心。而至今为止的宪法修改都因应中国发展的需要,顺应了世界发展之潮流。在全球一体化的今天,一荣俱荣、一损俱损,所以与世界潮流相逆的宪法也是没有前途的。

在未来的日子里,宪法条款的修改在所难免,但宪法的整体则重在实施。宪法不是镜中花、水中月,应得以实施,不言而喻,无须赘述。

第二,82 宪法维护了一种政治上的稳定。自 82 宪法始,执政党权力和国家权力基本实现了有序交接。有序的政治权力的交接规范,来自于宪法中的政治性规范。宪法中的政治性规范依照政治的程序、通过政治的手段对权力进行了初始配置,如权力源于人民、人民通过授权程序把权力部分交予国家机关行使。被配置的权力的行使如果违反了宪法,则需要承担政治责任。宪法中的政治性条款与法律性条款的共性在于,二者均为公开的、有规范性、有程序的、有法律效力的条款;不同之处在于,违反政治性条款的法律后果并不是都由一个中立的裁决机构(如司法机构)进行判断,而是通过预设的政治程序、按照政治规则予以解决,如罢免程序的行使、国会对总统的弹劾等。

宪法中富有政治性条款并不可怕,有学者诟病中国宪法并不完美,常常会以其政治性太强作为理由。其实,政治性条款正是宪法区别于普通法律的特征之一,而更加重要的是,宪法中的政治性条款要与法律性条款具有同样的效力——最高法律效力。

政治性条款的法律效力有时并不具有“即时性”,其效力取决于权利的终极拥有者——人民。人民拥戴与否最终决定了权力行使的合法性,但这种决定力对政治权力行使者的结局并非立即生效。因此,最重要的是使权力的行使者在行使权力时,遵守一定的政治伦理和法理限制,如“国家尊重和保障人权”条款可以视为国家权力伦理的归责法理。在政治权力行使中,人民可以通过各种渠道对于权力运作进行参与、监督和最终掌控。

第三,宪法肯认了广泛的公民基本权利。中国宪法中公民权利列表与世界上多数国家相比,并不落后。而当下许多中国学者呼吁再三,要求进一步扩充基本权利。然条目的增加,往往会使那些本应受到保护的权力被削弱,将权利保护的关注目光转引至他处。其实,更应关注的是如何实现权利保护的法理原则,如利用 82 宪法中已经增加的“人权条款”进行解释,使用法律权利的推定原则,实施已经签署的国际人权公约。

第四,82 宪法有确定性规范,也有不确定性规范。前者如对权力的明确列举,后者如对权力的概括式规定。不确定规范在 82 宪法中还包括了宣示性规范、确认性规范、纲领性规范等。

法律应该是明确的,即应为清晰的确定性规范,在法律规范上表述为“可以”、“不可以”、“允许”、“不允许”、“禁止”、“有权”等,但同样也有不确定的规范,如民法中的“公序良俗”、“诚实信用”等。与普通法律不同的是,宪法中不确定性规范的数量远多于其他法律,而中国宪法中的不确定性规范的数量又远多于其他国家的宪法。不确定性规范不具有明确的规范意义,但绝非毫无意义,它为宪法的适用提供了容量,可以为具体的宪法制度或宪法机制(如解释、惯例等)填充或加入丰富的内涵。这个填充的过程遵循宪法的价值和目标、以及一定的宪法程序,这也可以视为宪法自我完善之过程。

综上 我们可以清楚地看到 82 宪法仍具有存续和发展之机理。如果说中国目前正在面临许多“麻烦问题” 这些问题并非 82 宪法所带来的 恰恰相反 82 宪法正是解决这些“麻烦问题”之道。

最后 宪法的生命力在于其经得起历史的考验。

Abstract: The Constitutions in different countries are all established and changed to solve the tough troubles ,American Constitution is the most typical example ,also is the Chinese Constitution. When we retrospect the course of the establishment of Chinese Constitution ,we need to face a lot of problems. The historical status and background of the 1982 Constitution have to be explored from the historical logic ,which undertake the responsibility of maintaining the national order and promoting the social transformation. From the history and version of the 1982 Constitution ,we can see that the constitution is people's basic consensus which implies the historical logic of Chinese Constitution's development and changes ,corresponds to the reality of Chinese social changes and transformation ,summarizes the historical experience of previous Constitutions ,integrates the advanced concept of constitutionalism. When we look forward to the future of the 1982 Constitution which have enough capacity to fulfill the mission of providing legal impetus for the further transformation of Chinese social transformation.

(责任编辑: 李小明)