

在历史中寻找中国宪法的未来

支振锋

正如台湾《中国时报》的一篇社论所言，《红旗文稿》上一篇“非知名法学者”的文章，连同对某个文件的几个“不准”的联想，引发了2013年法学界甚至整个知识界不安。以权力强行压制或干预正常的学术研究，的确不该，事实上也是缺乏政治智慧与政治自信的表现，因此它未必真的代表了执政者的主流认知。而同时值得深思的是，在一个正常的社会里，难道鼓吹或者反对某个理念不都是学者的学术自由与言论自由吗？学术研究，本就见仁见智，争议在所难免，但如果持论的双方都上纲上线，那么即便他们的观点不同，恐怕实际上仍然是分享同样逻辑的“同路人”。也许不合时宜，但同样值得诘问的是，难道离开某个词汇，宪法学界就无法开展研究了吗？因此，在中华文明数千年的历史长河中，这可能是一片注定很快就被淹没的碎浪，但其中引发的问题，却不能不让人思索：我们的宪法学研究持有的是一种什么话语，中国宪法理论未来发展的基础研究究竟在哪里？

一、美国的宪法“胜利论”？

某种意义上说，人类历史上还没有一部法律比美国宪法更神奇：如果说是独立革命为美国的产生创造了可能的话，而美国宪法则直接创造了美国。可以说，没有美国宪法，既没有美国，也没有美国人民。阿克曼曾设想这样一个场景：如果合众国如二战后的德国那样分疆裂土，每一个地区都有自己的宪法，那么或许不需太长时间，新英格兰的人民会认为他们更像北方的加拿大人，而不是生活在西南地区的前同胞们。所以，美国宪法不仅构建了美国，还锻造了美利坚民族。他直言道：“我们的宪法叙事将我们缔造成了一个民族。”¹在宪法的阳光照耀下，美利坚合众国高歌猛进，夺取了一个又一个胜利。这是一个激动人心的宪制胜利

· 支振锋，中国社会科学院法学研究所副研究员，《环球法律评论》杂志副主编，Email: lordlawyer@163.com。

¹ 转引自田雷：《总译序》，收录于布鲁斯·阿克曼《美利坚共和国的衰落》，田雷译，中国政法大学出版社2013年版。

神话：美国宪法不仅是美国胜利的保障，也是“宪法”必将在全人类走向胜利的象征（也许还是承诺）。

在《美利坚共和国的衰落》一开篇，富有反思精神和忧患意识的阿克曼，就以意味深长的笔调描述了美国宪法的胜利论：

美国宪法思想正处在胜利论者的时代。有关建国之父们的英雄传说主宰着每个人的心灵，正是他们组建了一部启蒙时代的机器，经过来自联邦最高法院的适度微调而成功进入了 21 世纪。既然这一基本的机制已经通过了两个世纪之久的时间检验——为什么不会在第三个世纪内继续呢？

的确，这部宪法书写了人类最辉煌的宪制历程，引发了世界历史上一系列的革命事件，并成为诸多第三世界国家立宪的摹本，最终定格为人类宪政文明的标杆——以及其他所有后发国家宪法优劣甚至真假的标准。而且，正是美国宪法让世界重新“发现”了宪法——在美国宪法和美国之前，人类早有宪法，但好像只有在美国宪法产生并实践之后，人们才更加认识到宪法的重要。实际上，固然西欧英法德等国的古典政治哲学早已名扬天下，但它们的宪制思想及其实践却好像搭了美国宪法的便车，更像是后者在市场上倾销时的搭售品。希腊、中世纪的“宪政思想”也同样如此。这是“君子之泽，三世而斩”的经典反题，是野孩子成功逆袭、光耀门楣的励志故事。

二、三种立国情形与两种制宪模式

与美国宪法的阳光男孩形象相比，中国宪法在部分宪法学界中则成为发育不良与未老先衰的奇怪的贫病综合体。没有他国宪法流行的“公投”与“解散”“制宪国会”之后的重新选举，修宪门槛也并非高不可攀，难以发现在中国制宪、修宪与普通法律立改废之间的截然界分；没有司法审查，鲜有宪法解释，宪法成为“没牙的老虎”，成为束之高阁的“屠龙术”，而非能在法院适用的人权护身符。显然，中国宪法和美国宪法不一样，甚至“违反”了美国宪法，所以它不“好”，最起码不够好。

如果中国宪法的“制宪”与普通法律的“立法”并无根本差异的话，那么，中国宪法重要么？这个问题的确很难回答，但我们可以转换一下视角：没有美国宪法就没有美国，但没有中国宪法会没有中国吗？在这个意义上讲，也许

中国宪法对于中国而言很难如美国宪法对美国那般重要。而认识这个问题，就需要理解现代国家形成的三种情况与立宪的两种模式。

启蒙时代以来古典西方政治哲学的一个重要理论是国家形成的社会契约论，虽然这种理论自我普适化并在许多第三世界国家某些学者中被不假思索地接受为真理颇显荒唐，但征诸西方历史，也能部分地得到印证。美国是其典型，英国、加拿大、澳大利亚等在某种程度上也都是契约建国。这是现代国家形成的第一种情况，也即**契约-合并型**。在英美之外，中国、法国、日本等则是大一统立国的代表。尤其是中国，虽然历史上主要是王朝政治，但很早就有了与今天民族国家类似的国族意识，其典型的特点是王道政治与牢固的大一统观念，哪怕是王朝战争中，主流的观念都是以天下为志，而反对分裂割据。这是国家形成的第二种情况，也即**大一统型**。与前两者不同，俄罗斯帝国（前苏联）、前纳粹德国以及西方历史上的罗马帝国等，其国家形成中最大的特点是以血腥的军事征服为手段，强行扩展、吞疆并土。这是第三种国家形成的情况，也即**军事征服型**。三种情形当然不是截然不同的，其中也肯定会共享某些类似的因素。当然，伊斯兰某些政教合一的国家情况比较特异，此处暂不讨论。

在对各国宪法进行比较研究时，我们往往关注的是文本或判例，而忘了更深层次的追问：**宪法的前提是什么？**当然是国家。毫无疑问，虽然现代立宪都肯定要具有某些契约、协商的要素，但国家形成的不同就决定了立宪模式的不同。由于以军事征服来形成国家在二战之后已经成为千夫所指，大部分军事征服型国家也早已烟消云散，幸存的俄罗斯等也已经转为联邦制，所以这种情况可以暂不讨论。而**基于契约-合并型国家与大一统国家的不同，就有了建构型协商与入主型协商两种立宪模式**。在前者，如13个殖民地通过宪法形成合众国，英格兰与苏格兰等合并成联合王国，其共同的特点是，在合并之前并不存在今天意义上的美国或英国，也不存在今天政治-法律意义上的美国人和英国人，所以是宪法（不管是一部法典还是不成文宪法及条约）先于国家和人民而存在。¹在这种模式下，宪法一词充分体现了其英文(constitution)的原意——构成、组成，是宪法建构了国家，锻造了民族，国家与民族形成的国家就是一个宪法与契约的

¹ 实际上，在工业革命开启的近代社会之前，在教权、神权与封建割据的状态下，欧洲也很少存在今天意义上的民族国家。比如，英国国王曾因为得罪了教廷而“程门立雪”，甚至在教士的墓前接受鞭笞，无论是在古代的中国，还是在今天的世界，这都是不可想象的。

过程。因此，在这些国家中，宪法当然就有至关重要的、无可替代的基石性作用。

但大一统国家在不同，在近代立宪之前，国家和人民都已经存在，因此立宪就必须受制于国家的历史、人民的政治记忆，或者说民情，也即萨维尼所言的“民族精神”。清末立宪之前，国家和人民俱在；民国立宪之前，国家和人民俱在；1982年立宪之前，同样是国家和人民俱在。在这种情况下，虽然也肯定要存在协商与契约，但它肯定不同于形成一个全新政治或者社会共同体的“社会契约”，而只能更类似于“普通立法”。其重要性与契约性国家的宪法，当然不可同日而语。这种立宪情形，可称为入主-协商模式。在立宪之前已经有了国家和人民俱在的大一统，宪法的任务是在保护公民权利的同时，确认已经入主了的“问鼎者”、“逐鹿者”的地位，并以此构建“旧”国家的新秩序。

因此，如果说立宪的建构模式是通过契约在建构一个新的秩序的同时也缔造新的国家的话，那么立宪的入主模式任务明显要轻松一些。费城制宪时，富兰克林说，每天看到太阳，但是不知道明天能不能升起来。他的担心是有道理的，因为如果谈崩了，就很可能没有后来的美国了。但是中国的情况不太一样，清末立宪失败了，还有民国立宪；第一共和（民国）失败了，还有第二共和（改革开放前的共产主义探索），然后还有第三共和（改革开放后的中国特色社会主义探索）。虽然我们希望有一部能够足为“万世法”的宪法，但这显然更是一个不断探索的任务，探索会失败，但国家和人民依然屹立。

因此，两种立宪模式显然存有很大差异。建构模式下，尤其是“无中生有”的美式建构模式，立宪的难度极大，而且也并不完全是一个理性、平和协商的文质彬彬的过程，“革命不是请客吃饭”，没有南北战争中血流漂杵的浇灌，没有少数族裔与有色族裔的泣血抗争，很难想象会有今天美国宪法的妖娆花朵。但这种建构模式一旦完成，其锻造国族、凝聚团结、聚集人心的能量是无与伦比的。而在入主模式下，固然“谈崩”之后“崩盘”的几率更小，但如果“入主者”不能奉行与国家的社会、政治历史传统相适应的价值观，就必然会带来思想上的诸神之争。而价值观不统一，协商和谈判的各方都怀揣“私货”，就会为立宪及宪法的实施带来更多的困难，不仅导致宪制的失败，也会将国家和民族带入危险之境。因此，这种立宪模式对“入主者”与谈判各方心胸、智慧与理性的要求，绝对不会比建构模式下更低。也正是在这个意义上，以“不争论”来体现出的最低限度

的理性协商，才凸显出其宝贵的实践智慧。与其坐而论道、临渊羡鱼，何妨退而结网、“先干起来”，正如赵汀阳先生所言，存在就是做事(to be is to do)。

三、在历史中寻找中国宪法的未来

因此，理解了国家形成与立宪模式的不同，至少会给我们两个方面的重要启示：第一，不要为中国宪法添加那么多它所不能承受之重；第二，对于一个有着骄傲文化历史的文明而言，关于宪法、宪制等等的诸多争论，将来最大公约数必定还是中国传统文化。当然，这不是盲目复古，而是涅槃重生的中国传统。中国宪法的未来，固然可以栉欧风沐美雨，必须保持开放的学习心态，但它也一定要植根于中国的历史传统之中。中国宪法理论的未来发展，必须寻找自己的根基之所在。

实际上，一个多世纪以来，中国的政治和实践者们一直在进行着中国独特的宪制实践的实验；而宪法学者们也在进行着理论化的努力。除了上述中国宪法理论外，无论是政府所提出的“党的领导、人民当家作主与依法治国有机统一”，还是学者们提出的“中国宪法根本法与高级法”理论，¹抑或是政治宪法学与规范宪法学的争论，²都是中国学者所作出的理论提炼努力。而实际上，对于处于古今中西交汇点上的中国宪法及其实践而言，也正为孕育着有中国特色的独特的中国宪法理论。只是，这种理论必须既建立在中国宪法制度及其实施的历史与现实的基础之上，“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。”³而且，它也必须以开放的心态，在吸收和借鉴全世界一切对我有益的宪法智慧同时，也试图为人类贡献有中国特色的宪法理论与智慧。

中华民族从来就有丰富的政治与宪制智慧。5000 年前，尧舜传位于贤而不传子的禅让制，开创了中国古代政权交接天下为公的光辉一页；4000 年前，夏朝的统治者既已有“民惟邦本，本固邦宁”清醒认知，从此爱民、重民的民本思想开始内化为中华民族的政治基因；3000 年前，周公制礼作乐，提出“皇天无

¹ 陈端洪：《论宪法作为国家的根本法与高级法》，《中外法学》2008 年第 4 期。

² 韩秀义：《中国宪法实施的三个面向——在政治宪法学、宪法社会学与规范宪法学之间》，《开放时代》2012 年第 4 期；郑毅：《政治宪法学与规范宪法学的分野》，《中国图书评论》2010 年第 12 期。

³ 甘阳：《文明·国家·大学》，生活·读书·新知三联书店 2012 年版，第 1 页。

亲，惟德是辅”的重要理论，并力行“敬德保民”、“明德配天”、“明德慎刑”、“有孝有德”的德治规诫，开创了后来由孔子发扬光大的“为政以德”的“德政”传统；2000年前，秦始皇并吞六合，统一全国，车同轨，书同文，统一度量衡，开创了此后中国万世一系的大一统政治格局；而60年前，中国共产党人在血与火的革命斗争实践中，提出了“全心全意为人民服务”的政治承诺，并成为新中国以来党和政府的执政伦理，而这些，实际上都已经在事实上成为中国宪法与法律深层的“承认规则。”¹站在古今中西的交汇点上，在新中国建立一个多甲子之后，在1982年宪法公布施行30年之后，通过传统与现代的对话，西方与东方的对话，人民与国家的对话，理论与实践的对话，在东方这个古老的伟大国家，正在形成中国特色的优良治理机制，并型构其背后政法文化。在西法东渐300年之后，在鸦片战争173年之后，中华民族将为人类贡献更为杰出的宪法制度与宪法智慧。

¹ H.L.A 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版。