

文章编号:1674-5205(2012)06-0054-(010)

# 改革、修宪与宪法理论论争

——现行宪法颁布30周年之际的一个学术史回溯

常 安

(西北政法大学行政法学院 陕西 西安 710063)

〔摘 要〕 从宪法修改问题在学界的最初提出、学界对频繁修宪现象的反思以及在宪法修改内容方面的一些理论焦点等问题出发,梳理了现行宪法颁布以来学界对于宪法修改的一些争议性论题,旨在以宪法修改的相关理论论争为线索,探究现行宪法30年来的变迁轨迹,并对现行宪法的实施、变迁等问题进行一个客观的评价。

〔关键词〕 宪法修改;改革;宪法理论

**Abstract:** Constitutional amendment is a special constitutional phenomenon in contemporary China. Which has been a hot issue in constitutional jurisprudence for many years. The paper reviews this theoretical debates concerning constitutional amendment, such as the reason of frequent codification of constitution, the pattern of constitutional amendment, and the revised context of the Constitution.

**Key Words:** constitutional amendment; reform; constitutional Jurisprudence

中图分类号:DF2 文献标识码:A

## 引论

虽然改革开放一词被明确载入现行宪法已经是1993年现行宪法的第二次修改,但实际上,从现行宪法的制定、颁布,到1988年、1993年、1999年、2004年的四次修改,都深深打上了改革的烙印。可以说,当代中国宪法变迁中的一个显著现象——宪法文本的频繁修改,固然有对于立法技术认知的不断提高导致需要进行宪法修改的因素,但一个根本性的大背景则是改革进程的不断深入导致如果任由宪法文本与社会现实冲突背离则会不利于宪法的权威性。可宪法文本如果频繁修改,实际上同样会影响到宪法的稳定性和权威性。正因为如此,改革时代的宪法理论论争,也不得不直面这种宪法文本与社会现实冲突的悖论。从上世纪80年代关于宪法无形修改的论争,到对于宪法修改究竟应当是“大修”、“小修”的宪法修改模式之争,以及学界提出的各种修宪建议和最终通过的修宪文本之间的异同,乃至对于现行宪法频繁修改这一转型期中国宪法变迁的特定宪法现象之背后深层动因的各种解读,都足以说明,宪法修改,是改

革时代宪法理论论争中的重要一环。因此,从宪法修改的相关理论论争出发,似乎也可一窥当代中国宪法理论的变迁与发展。

本文对于学界在现行宪法修改方面的相关理论论争的回溯与反思,既是欲以此为线索,一窥当代中国宪法理论的发展脉络,也是试图透过相关理论论争,梳理、探究现行宪法30年来的变迁轨迹,进而对现行宪法的实施、变迁等问题进行一个客观的评价。

### 一、学界对于宪法修改问题的最初分歧:宪法是否可以被修改

现行宪法颁布的一个重要背景,即是党的十一届三中全会果断将工作重心转移到经济建设中来、从而启动改革开放历程的决定。在1980年9月15日举行的宪法修改委员会第一次会议上,主任委员叶剑英强调,经过修改的宪法,应当反映并且有利于我国社会主义的政治制度、经济制度的改革和完善<sup>①</sup>。因此,现行宪法本身即为认可和推动改革而制定,是一

收稿日期:2012-06-23

作者简介:常安(1978—),男,陕西省榆林市人,西北政法大学行政法学院宪法教研室副教授,法学博士。

<sup>①</sup> 关于这段宪法史背景,可参见许崇德教授的相关论述。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561-562页。

部地地道道的“改革宪法”<sup>①</sup>。但现行宪法制定之时,经济体制改革才刚刚开始,对于市场经济的认识也远未深化,所以,经济体制改革的逐步深化,从某种意义上讲也是对现行宪法的逐步突破,而对于这种突破,当时的宪法学者又是如何解读的呢?

#### (一) 宪法的“无形修改”之论争

在当时的传统观念中,计划经济是社会主义的重要特征,所以,《宪法》第15条第1款仍然规定“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济”,即在当时的宪法制定者看来,计划经济应当是社会主义公有制的重要内容,同时也是社会主义制度的重要体现之一。因此,当1984年10月12日十二届三中全会上公布《中共中央关于经济体制改革的决定》(下文简称《决定》)后,虽然决议上提出改革计划体制,首先要突破把计划经济同商品经济对立起来的传统观念,明确认识社会主义计划经济必须自觉依据和运用价值规律,是在公有制基础上的有计划的商品经济<sup>②</sup>,但还是被学者卫夏指出该处使用的“计划经济”与《宪法》第15条规定的“计划经济”既有联系,又不相同,并认为宪法关于计划经济的规定已因该决定得以修改,这种修改并非违宪,而是为了使“宪法保持科学性、更加符合现实的一种方式”,作者将这种现象称之为“无形修改”,认为“无形修改的出现,是因为社会现实生活有了变化。在变化中形成了符合实际情况的某些新看法、新观点。这些新看法、新观点直接来源于现实生活,一旦得到政治上、理论上(非法律上)的认可,就具有权威性,关于计划经济的新的解释就是如此。在这种情况下,以宪法中相应的旧内容与之相抗衡是不科学的”,即宪法应当接受这种修改。<sup>(1)39-40</sup>

该文注意到了《决定》与《宪法》第15条中对于计划经济的理解差异,并且提出了“无形修改”的论断,可以说是较早地注意到了宪法文本和社会现实的冲突,但未就如何从宪法程序上消弭这种冲突作进一步探讨,而是直接用“无形修改”来解释,所以招致了倪正茂教授的批评。倪教授指出,政治上的权威与理论上的权威、法律上的权威均有区别,卫夏该文实际上是将这些权威混为一谈,同时这种解释也有悖于宪法解释权归全国人大常委会的规定,所以这种“无形修改”的论调理论上是错误的、现实上是有危害的。<sup>(2)42-44</sup>卫夏在随后的回应中,则以梅因的法律拟制和美国宪法中司法审查权创立为例,说明宪法无形修改的存在,并认为无形修改有存在的条件,也未损害法律权威,但应该有相关程序加以补充<sup>③</sup>。<sup>(3)6-10</sup>

这种试图从“无形修改”角度对于宪法规范与社

会现实冲突的理论解读以及随后的相关论争,虽然就讨论深入程度和学界介入广泛程度都比不上十年后的“良性违宪”之争,但其争论的焦点则与“良性违宪”的论争颇为类似,而且其注意到了宪法规范与社会现实的冲突并且试图作出解读的理论努力值得肯定。

#### (二) 经济体制改革是否需要修改宪法

对于经济体制改革与宪法实施和宪法的稳定性的关系,开始大部分学者抱乐观态度,对于经济体制改革本身,也未超出当时主流观点的认识,如有的学者面对经济体制改革是否需要修改宪法的问题,认为经济体制改革必将发生许多新的情况,这些新的情况都有可能提出修改宪法的要求,“但是仔细考虑,都有办法予以解决而无需修改宪法。保持宪法的稳定性是一件很重要的事情,宪法是国家根本大法,是不应随便修改的”。<sup>(4)9-13</sup>这一方面和当时对于经济体制改革的认识尚未深入有关,另一方面也和宪法学界对于我国1975年、1978年、1982年不到十年时间宪法先后经历了多次全面修改,进而严重影响到宪法的权威性,从而不再轻言宪法修改不无关系<sup>④</sup>。

但是,到1987年党的十三大召开时,经济体制改革已经有很大实质性的突破:在对社会主义的认识方面,十三大提出了“社会主义初级阶段”理论;在具体的经济体制方面,私营经济已经不再是改革开放初期悄悄发展的状态而是大量涌现,土地也随着商品经济的发展需要进入流通经济领域。<sup>(5)103</sup>所以,一方面,党和国家的有关负责人开始考虑修改宪法的问题,另一方面学界也开始思考如何真正确保宪法的权威,以及“宪法修改与宪法权威”的关系,如当时的《法学》1988年第3期即专门讨论了修宪与宪法权威、新权威与新宪法等问题。随着1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议对于宪法修正案的正

① “改革宪法”的说法,可参见夏勇《中国宪法改革的几个基本理论问题》一文。对于当时仍在适用的“七八宪法”进行全面修改的最早提议,也是邓小平在中央政治局扩大会议上所作的一篇题为《党和国家领导制度的改革》的讲话中提出的,现行宪法颁布与改革的关系,由此可见一斑。参见夏勇《中国宪法改革的几个基本理论问题》,《中国社会科学》2003年第2期;《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第339页。

② 相关内容可参见《中共中央关于经济体制改革的决定》,人民出版社1984年版。

③ 张卫华笔名卫夏,两者为同一人,只是在两篇文中的署名不同。

④ 如叶峰的《论我国现行宪法的修改》一文中即指出“由于1975年以来,我国对宪法多次进行全面修改,影响了我国宪法的稳定性,致使我国迄今为止所出版和发表的宪法学著作与论文对我国现行宪法的修改问题讳莫如深或语焉不详。”参见叶峰《论我国现行宪法的修改》,《法学家》1988年第4期,第1页。

式通过,在确立了通过修正案来修改宪法从而避免全面修宪对于宪政秩序造成重大动荡的修宪原则的同时,也激发了宪法学界对于宪法修改的研究热情。宪法可以被修改,而且宪法如果不能适应社会的发展,人民同样不会遵守它,宪法也同样不会具有权威的观点开始在宪法学界获得认可。

如有学者针对宪法学界原来对宪法修改研究不足而宪法修正案已经获得通过的现实,指出“事实已经严峻地告诉我们,宪法学研究已远不能适应改革开放这场伟大的社会实践的需求”,并引用列宁关于“真实的宪法”与“虚假的宪法”,指出“列宁的这种分类是以唯物主义认识论为思想基础的,对于认识宪法的变迁和宪法的实质具有重要意义。实践的观点是唯物主义认识论之第一的和基本的观点。宪法以现实为基础,反映了社会发展的趋势,就是真实的,否则就是虚假的。同时,社会实践不断地发展和变化,会造成同某些宪法规范的冲突。在这种情况下,只有及时进行修改,才能保持宪法的现实性和相对稳定性。如果一味地强调宪法的‘长期稳定’而无视宪法冲突,不及时采取调整冲突的有效措施,发展下去会使宪法距离现实越来越远,最终会导致宪法失去其应有的权威。”<sup>〔6〕1</sup>

总体而言,在上世纪80年代的宪法学界,对于宪法修改的认识,经历了为了确保宪法权威而不轻言修改宪法到只有修改宪法以适应社会现实才能真正确保宪法权威的认识转变。学界也开始对于宪法修改进行更为系统的研究,如宪法修改的模式、宪法修改的限制、以及宪法惯例、宪法解释等相关内容都开始进入当时宪法学研究者的视野。可以说,随着经济体制改革的不断深入以及1988年两条宪法修正案的通过,学界已经不再将宪法修改问题视为理论禁区,而是开始深入思考改革与宪法修改这一转型中国宪法变迁的核心话题。

## 二、频繁修宪的原因反思以及学界对于修宪模式的论争

1988年后的宪法修改,没有像“七五宪法”修改“五四宪法”、“七八宪法”修改“七五宪法”那样采取全面修改的方式,而是运用了宪法修正案的方式;所以,改革年代的宪法变迁,不再是原来那种大开大合的宪法废弃,而转变为一种渐进式的宪法变迁。但是,改革在不断深入,党和国家对于中国特色的社会主义建设道路的认识也是不断深化,社会主义市场经济体制和农村集体生产机制均变化频繁;可我们的现行宪法序言又是以政治纲领的叙事为主,同时经济制

度也是社会主义宪法的重要内容。所以,现行宪法且行且改,从1988年、1993年、1999年、2004年,其修改频度不可谓不频繁,而在这之中,涉及指导思想、经济制度的条款反复修改,这也引起了学界对于转型期中国的宪法缘何频繁修改、究竟应当采取一种什么样的宪法修改模式、目前的宪法修改模式还有哪些方面需要完善等问题的讨论。

### (一) 对于宪法频繁修改原因的反思

表1:四次宪法修正案分类表

修正案\ 修宪内容	政治政策	经济制度	公民基本权利	国家机构	立宪理念 与立宪技术 的发展	其他
1988年		私营经济合法地位; 土地使用权转让				
1993年	社会主义初级阶段	国有经济; 家庭联产承包责任制		县级以上人大任期		
1999年	邓小平理论;多党合作和政治协商制度将长期存在	公有制为主体多种所有制经济共同发展; 家庭联产承包为基础统分结合,私营经济作为社会主义市场经济的重要组成部分以及国家对于私营经济实行引导、监督和管理	依法治国; 反革命罪改为危害国家安全罪			
2004年	三个代表重要思想; 政治文明; 社会主义建设者	国家鼓励、支持、引导非公有制经济的发展,并且对非公有制经济实行监督和管理。	人权入宪; 公民合法私有财产保护; 土地征收征用补偿; 劳动与社会保障制度	全国人大组成县级以下人大任期	戒严改为紧急状态	国家主席职权;国歌

分析现行宪法四次修改的修正案的具体内容,我们可以发现,现行宪法的修改,更多的是基于党和国家对于中国特色的社会主义道路尤其是社会主义市场经济认识的深化所致,而非单纯的立宪理念和立宪技术的完善。我们可以通过上面这个表格得到更为直观的感受:

在表1中,我们根据四次宪法修正案的内容,大致将其分为政治纲领或者指导思想、经济制度、公民基本权利、国家机构、立宪理念与技术的完善、其他六大类。可以发现,在历次修正案中,关于政治纲领或指导思想、经济制度方面的修改占了相当大的比重,尤其是2004年宪法修改之前的前三次修正案中,几乎全部为上述两个方面的内容;除了关于县级以上人大任期修改属于国家机构方面的内容,反革命罪改为危害国家安全罪属于立宪技术完善方面的内容。

胡锦涛教授在总结了1988年、1993年、1999年三次修宪的过程后分析我国宪法修改的原因时指出:“宪法除具有法律的特性外,还具有政治性……在我国,宪法的作用比较多的是在其政治领域。宪法的这种政治作用,往往造成宪法政策化的倾向。政策的特点是时效性强、规范性差、针对性强、稳定性差。因此,如果政策性倾向过强,一旦党和国家在一个时期的政策发生变化,宪法的内容也就会相应地发生变化”;同时,出于对“社会主义国家的主要职能应当是直接组织经济文化建设”以及“社会主义宪法需要对崭新的经济制度有一个保证其建立的作用”的认识,现行宪法比较具体地规定了经济制度和经济政策,而经济政策和经济制度的灵活性必然和宪法所要求的稳定性与权威性之间发生冲突。<sup>(7)68</sup>

殷啸虎教授将我国宪法修改的模式界定为“政策性修宪”,指出我国的宪法修改实际上是“以执政党的政策作为制定和修改宪法的指导原则,并在政策的指导下进行修宪;而且修宪的动因也主要是直接反映执政党政策变化的要求,及时地对宪法作相应的修改,通过修宪,直接将某些政策性的规定制度化、宪法化”。并指出这种“政策性修宪”是在长期的实践中形成的,它对于我国社会主义宪法和宪政的发展,产生了重要的、积极的影响。但是,这种修宪模式本身也存在着弊端和局限,如政策性修宪与宪法价值目标的背离;另外容易给人以修宪只是政策主导体现的印象,而且政策的易变性极易影响到宪法的稳定性。<sup>(8)16-19</sup>

这种政策的易变性,体现在我国宪法修改中的一个现象即是部分条款的反复修改,这一现象被王磊称之为“修正案修正修正案”。<sup>(9)117</sup>例如:

表2:《宪法》第11条的反复修改

第11条	国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法的权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理。(1988年)
	在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。(1999年)
	国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。(2004年)

表3:《宪法》序言第7自然段的反复修改

第8条	农村中的家庭联产承包为主的责任制和生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者,有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。(1993年)
	农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者,有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。(1999年)
	我国将长期处于社会主义初级阶段。国家的根本任务是沿着建设有中国特色社会主义的道路,集中力量进行社会主义现代化建设。中国各族人民将继续在中国共产党领导下,在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想指引下……(2004年)

表4:《宪法》第8条的反复修改

第8条	农村中的家庭联产承包为主的责任制和生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者,有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。(1993年)
	农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者,有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。(1999年)

由上述表2、表3、表4可知,这些被反复修改的条款,多为政治政策或者经济制度方面的内容。所以按照王磊教授的观点,“如果允许宪法规定很多政策,那么,为了保证能与不断更新的政策相一致就必须不断地修宪,但事实上问题并没有得到解决,因为总是有新的政策出台,宪法将永远落后于政策,与其跟不上多变的政策,还不如不跟罢了。如果宪法试图与那些多变的政策保持一致,就无法面对未来,并以牺牲宪法的稳定性为代价。从长远考虑,根本的办法还是从宪法里取消那些政策性规定”。<sup>(9)124</sup>这一观点,实际上已经不仅仅是对于宪法频繁修改原因的反思,而是涉及到对于未来宪法修改模式的探讨。

也有学者对改革时代的宪法修改抱有一种“同情的理解”态度,如刘茂林教授认为有必要超越形式意义的宪法稳定观,因为其徒具形式稳定,不能对社会进行有效引导,也背离社会现实,面对转型中国的社会变迁,需要秉着一种“实质意义的宪法稳定观”,即以动态、协调、连续的宪法稳定观来指导我国的宪法修改。<sup>(10)21</sup>李琦教授则认为,转型中国的宪法修改尽管从表面上似乎危害到宪法的稳定,但其旨在追求政治正当性塑造的目标,“转型中国的修宪正是为了满足新的正当性诉求,对新的正当性诉求的满足的重要性远远超过了保障宪法的稳定性的意义。只有从正当性诉求这一角度,才能够准确地理解中国转型期对宪法的修改”。<sup>(11)85</sup>

林来梵教授运用美国学者罗文斯登关于“规范宪法、名义宪法、语义宪法”的分类理论后,指出“只

有通过改革开放以及社会主义市场经济的形成和发展这样一个必要的历史阶段,中国宪法最终才能修成正果,成为具有实至名归的规范宪法;而在其间,宪法的变动,尤其是宪法的变迁和宪法的修改这两种形态上的宪法变动现象是无可回避的”,适当和适时的宪法修改的重复及其成果的积累也是促成规范宪法形成的必要条件。<sup>(12)34</sup>

(二)部分修改、全面修改还是宪法解释:对于宪法修改模式的不同观点

1988年2月8日,当时的中央领导同志在讨论宪法修改问题时,曾提出宪法修改的两条原则:1.改革要遵守法律,法律要为改革服务;2.这次修改宪法,限于修改必须修改的条款,对于不改就会妨碍改革的,应当改。而在当时的全国人大常委会委员长会议研究如何修改宪法时,彭真委员长曾指出,这次对宪法的修改,采取修正案的方式,这是美国的修宪方式,比法国、苏联和我国过去的宪法修改办法好。他还说,今后修改宪法,只对必须进行修改的条文作修正,能用宪法解释的就作宪法解释,整个宪法不作修改,这样有利于宪法稳定,有利于国家稳定。<sup>(5)102-103</sup>此后,1993年、1999年、2004年的宪法修改,实际上均采取的是部分修改的原则。

但宪法学界对于现行宪法的修改模式,从一开始就有部分修改和全面修改的不同意见。许崇德先生在《十年宪法的回顾与展望》一文中总结1978年到1988年间关于宪法修改的观点时提到“关于我国1982年宪法的修改方式,有三种不同观点。第一种观点认为,应对1982年宪法进行部分地补充和修改。第二种观点认为应对1982年宪法进行全面的修改。第三种观点认为,应重新制定一部宪法。”<sup>(13)5</sup>1992年纪念宪法颁布10周年研讨会,一个重要议题即是宪法修改,在此次会议中,关于修宪方案,“大致可归纳为大、中、小三种方案;1.大修方案包括:(1)有关具体经济制度的条款尽量减少,只作原则规定。因为经济是最活跃的因素,经常变化,规定太具体,会产生频繁修宪的问题。(2)设有规范性的条款要取消。(3)国家机构的完善,其中包括行政机构职能的转变、人民代表大会制度的完善等。(4)建立社会主义市场经济体制所涉及的社会生活的各个方面,都要作相应的修改。2.中修方案是:除了对《宪法》第15条进行修改外,与目前基本路线不相适应的,或表述上不完善的地方,都作相应的改动。3.小修方案是:只对《宪法》第15条和与社会主义市场经济体制有矛盾的条款进行修改,其它可采取宪法解释解决。”<sup>(14)118</sup>其后1993年、1999年、2004年的宪法修改之前,也同

样存在上述争议。

主张部分修改的论调,一般认为现行宪法总体上来说适应社会需要的,其中虽然有部分内容与社会现实脱节,但完全可以用部分修改的方式加以解决,这样既有利于防止因过于频繁地全面修改宪法而导致的对宪法权威的损害,进而确保现行宪法的基本稳定,同时也可达到使现行宪法进一步完善、也更加适应现实需要的目的。

在全面修改论者看来,现行宪法制定于计划经济时期,随着改革的深入进行,近20年来我国在政治、经济、文化、思想意识、社会生活等方面已经发生了翻天覆地的变化,现行宪法的相当一部分内容已经滞后于实际。另外现行宪法的几次修改,虽然对于弥合宪法规范与社会现实之间的缝隙起到了作用,但这种零敲碎打式的修补缺乏长期的通盘考虑,部分条款的反复修改即是明证。因此,与其频繁局部修宪,不如痛下决心,另起炉灶,缜密论证,尽早制定一部更符合宪政价值要求的新宪法,以在更广阔的空间和更长远的时间内适应社会的发展趋势<sup>①</sup>。

除了部分修改和全面修改,不少学者不约而同地注意到了宪法解释对于宪法变迁的功能。如早在1988年,甘藏春先生即指出“我国目前正处在改革过程中,宪法解释对于发挥宪法在改革中的促进作用具有特殊作用。因为:第一,为了适应改革的发展,我国宪法在有些条文中采用了纲领性的规定,因对改革中产生的一些具体问题就需要运用宪法解释做出说明;第二,改革本身使整个社会关系处在频繁变动之中,在现有的条件下,很难将改革中的各种问题囊括在宪法之间,这就需要运用宪法解释的方式去补充宪法的不足。”<sup>(15)</sup><sup>17</sup>韩大元教授在讨论修宪与宪法实施的问题时,认为在“宪法运行中发挥宪法解释的功能,尽可能采用宪法解释的方式解决规范与现实的冲突。从宪政发展的一般过程而言,宪法解释权的极限便是运用宪法修改权的开始。如果我们善于运用宪法解释权的话可以及时地解决宪法发展中的矛盾,稳定宪法体制,客观上降低修宪频率”<sup>(16)</sup><sup>66-67</sup>。其他一些学者,如魏定仁、范进学等,也均注意到了宪法解释可以在一定程度上避免宪法频繁修改的功能,并且主张在宪政实践中运用宪法解释权。关于宪法解释的研究也由此成为宪法学界的一大热点。

### 三、学界关于修宪内容的讨论焦点:30年来宪法学理论发展的一个侧影

现行宪法颁布以来学界关于宪法修改内容的讨论,某种程度上也可以看作是30年来宪法学理论发

展脉络的一个侧影:学界对于现行宪法文本的一些焦点性的完善建议,同时也是30年来宪法学研究的重要内容。实际上,正是学界对于现行宪法文本中某些元素缺失的理论焦虑,才催生和促进了宪法学研究中相关领域的发展<sup>②</sup>。另外,学界对于特定制度如何进入宪法的制度设计策略变化或者话语变迁,从某种意义上讲也可凸显话语背后复杂的学术与政治关系。因此,从学界关于修宪内容讨论的梳理分析出发,似乎也可一窥30年来宪法学研究的某些核心话语和话语背后的学术与政治关系意蕴。

#### (一) 违宪审查制度

按照林来梵教授的说法,一部缺乏有效违宪审查制度的宪法,就像没有牙齿的猛虎<sup>③</sup>,这一说法形象地道出了违宪审查制度对于一国宪政秩序塑造的重要意义。在现行宪法的制定过程中,也有一些学者提出在全国人民代表大会下设立宪法委员会来保证宪法的实施,或者设立隶属于全国人大的宪法法院<sup>④</sup>,虽然他们当时并未运用违宪审查的说法,而是更多的采取的是保障宪法的实施、宪法监督之类的说法。

1982年宪法颁布后,也有一些学者开始注意到现行的宪法监督体制在监督宪法实施方面的不足而提出在全国人大下面设立宪法监督委员会来专司宪法监督职能。如在1988年,有学者提出,可通过“参照南斯拉夫和波兰等国的改造或移植,吸收宪法法院体制的优点和长处,在全国人大及其常委会之下设立一专门的宪法监督委员会或宪法法院,并适当确立对违宪的普通司法审查,从而形成一元多轨的宪法监督体制”来完善我国的宪法监督体制。<sup>(17)</sup><sup>13</sup>吴家麟先生在《法学评论》1991年第2期上发表的专门纪念现行宪法颁布8周年的文章也专门强调了设立一个专门

① 参见苗连营《宪政建设与建设的修宪》,《法学家》2003年第5期,第18-21页。另外,还有学者主张从现行宪法中清除经济制度、公民基本义务等规定的修宪策略,某种程度上也不啻为是一种主张全面修宪的策略。参见张千帆《宪法不应该规定什么?为宪法实施清除几点文本障碍》,《华东政法学院学报》2005年第3期,第13页。

② 毕竟,宪法学研究不同于传统的文史哲学科,也不是一种纯粹的理论推演,探讨一种适合中国国情的良宪模式,是中国宪法学学者无可回避的学术使命;对于宪法学理论而言,其理论价值也许并不仅仅在于自身理论体系的逻辑自洽,而是在于能否有效地推进中国的宪政大业。

③ 作者指出“在英语世界里,如果一部法律没有相应配套的罚则,或没有什么实效性,就会被称之为‘没有牙齿的’(Non-teeth)法。如果借用这样的说辞反观我国,那么可以说,我国的现行宪法正是一部典型的没有牙齿的宪法。”参见林来梵《宪法不能全然没牙》,《法学》2005年第6期,第90页。

④ 参见许崇德先生在《中华人民共和国宪法史》一书中记录的在现行宪法制定过程中邀请外地学者进京座谈时潘念之、蒋碧昆、胡光等学者的发言。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597页。

的宪法监督机构的必要性和可行性。<sup>(18)3-9</sup>苗连营教授则对未来宪法体制中的宪法委员会的地位、职责、组成、运行程序等进行了详细的探讨。<sup>(19)3-9</sup>1990年代后,随着对于国外违宪审查制度的不断深入了解,加上在全国人大下面建立一个专门的违宪审查制度也面临诸多制度上的难题,所以也有一些学者开始主张建立专门的宪法法院,或者建立由法院来行使违宪审查权的司法审查机制。还有的学者主张设立宪法委员会和最高法院违宪审查庭并行的一种复合审查制<sup>①</sup>。

在系统探讨现行宪法文本修改内容的著述中,关于我国违宪审查制度的完善也成为学者们思考的重心。如有学者在讨论99修宪的后续课题时,即将“在全国人大设立地位高、权力大且具有违宪裁判功能的宪法监督委员会,与全国人大常委会相配合,更有效地行使宪法赋予全国人大及其常委会的监督施宪的职权”作为未来亟待解决的重要课题。<sup>(20)114</sup>2004年胡锦涛等教授在对于即将进行的现行宪法第四次修改的建议稿中,也提出修改现行《宪法》第70条第1款,在全国人民代表大会下设立宪法监督委员会,并在《宪法》第71条第2款中规定“宪法监督委员会协助全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使专门的宪法监督权。宪法监督委员会有权对全国人大、全国人大常委会制定的规范性文件及其行使国家权力的行为是否合宪提出建议;有权对行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例和规章及其他国家机构行使国家权力行为是否合宪进行审查,并依据宪法做出独立的审查意见。”<sup>(21)29</sup>童之伟教授则主张在“《宪法》第三章第七节中增加关于宪法法院的内容。宪法可用5、6条的篇幅,将宪法法院的地位、组成、职权、活动原则等规定下来”;“宪法法院是一个处于全国人大及其常委会之下,与最高法院平行的司法组织”。<sup>(22)16</sup>

因此,尽管学界对于未来中国违宪审查的宪政制度设计方面众说纷纭,违宪审查的术语表述在大陆宪法学界也几经流变,但违宪审查制度研究之所以在大陆宪法学界称为热点,和学界试图通过扎实的理论储备藉以推进现实的制度建构也不无关系。

## (二) 人权保障方面

“宪法历来被称为人权保障书,人权的实现和保障离不开宪法和宪政制度。无论是人权原则、人权内容,还是人权的实现途径,都要通过宪法做出规定。另一方面,人权保障又是宪法的核心,离开了人权保障,宪法也就失去了其存在的价值。”<sup>(23)41</sup>因此,如何充分发挥宪法保障人权的作用,完善现行宪法中人权

保障方面的相关制度建构,同样也成为宪法修改的焦点所在和宪法学界的研究重点:这其中,有从整体上思考我国宪政体制中的人权制度建构的,也有从私有财产保护、迁徙自由、生命权、劳动与社会保障权、诉讼权、环境权等基本权利体系的完善方面着手的。

人权保障与宪法,一直是1990年代以来宪法学的研究热点。最开始,学者们侧重强调我国当时通过基本权利体系立法的人权保护机制,以及我国在人权的宪法保障方面所取得的成绩。随着中国加入人权两公约,以及对于人权保护问题认识的深化,人权入宪的问题开始成为学界热议的焦点。如徐显明教授指出现行宪法设定的人权体系是迄今中国宣告公民人权种类最多的一个,但还存在一些结构性缺陷,最大的不足即是缺乏一个对人权的纲领性宣示,这种纲领性的宣示有两大功能:第一,表明“一个国家在政治方面的最高道德,政权的政治伦理性要靠这一条款表现,所有政治家都要表示按照对人权予以尊重的政治理念去进行国务活动,当政治家不能尊重基本人权时,要依该原则承担政治伦理和法律上的双重责任;第二,纲领性人权条款是对公民进行人权推定和对政府进行责任推定的根据,缺乏这一总原则,人权列举就是僵硬的,公民只能在列举的人权领域中获取权利,未列举的和立法时认识不到而在日后出现却又不能及时补充于人权法上的那些人权就会出现争议”。<sup>(24)102</sup>这就有力地论证了在宪法中设置人权纲领性条款对于一国人权保障的重要意义所在。其后,陆续有不少学者开始探讨人权入宪的意义以及如何在宪法中具体设置人权条款<sup>②</sup>。2004年的宪法修正案,人权入宪成为现实,这与一直以来法学界的鼓与呼是分不开的,也充分体现了法学家们对于完善中国宪政体制孜孜以求的使命和勇气。

在基本权利体系的完善中,私有财产保护一直是学界关于宪法修改研讨的热点,这一方面是由于私有财产权在基本权利体系中的特殊地位使然,另一方面也是缘于我国市场经济体制改革的不断深入必然要求对于产权界定的清晰化和产权保护的制度化。也

① 参见包万超《设立宪法委员会和最高法院违宪审查庭并行的复合审查制——完善我国违宪审查制度的另一种思路》,《法学》1998年第4期,第20页。

② 如任进主张“应当旗帜鲜明地将尊重和保障人权作为一项总原则单独专条载入宪法总纲或写入宪法序言,并在第二章相应增加公民基本权利的内容。”(参见任进《关于现行宪法变革的模式选择和部分内容》,《中国法学》2003年第3期,第13页);郑永流则主张:“就修宪而言,应在宪法序言和总纲中分别加上人权一般条款,内容分别为:尊重和保障人权,促进实现人权;国家权力受人权直接约束。”(参见郑永流《中国宪法应如何设置人权》,《政法论坛》2003年第6期,第65页)。



正因为如此,早在上世纪90年代初,就有学者敏锐地注意到产权界定其实是个宪法问题,宪法要确认和保护不同利益主体的财产权,这其中,在公民基本权利方面即是“确认公民私有财产不可侵犯的权利”。<sup>(25)</sup><sup>8</sup>其后几年,私有财产权的保护在宪法学界得到了更具学理化的探讨,如林来梵结合各国的宪法学说和判例理论,对现代世界各国财产权宪法保障规范的内在结构进行解析后指出,它们大都蕴含了三重结构,即不可侵犯条款(或保障条款)、制约条款(或限制条款)和征用补偿条款(或损失补偿条款);而现行宪法中的财产权保护体系中存在保护对象限定性、规范体系不完整性、规范含义不确定性、保障制度的倾斜性等缺陷;作者还按照不可侵犯条款、制约条款和征用补偿条款的结构模式给出了具体的修宪建议。<sup>(26)</sup><sup>14-21</sup>李曙光、赵世义、李累、范毅、上官丕亮等学者,也对我国私有财产权的宪法保护制度建构做出了相关探讨<sup>①</sup>。在系统探讨现行宪法文本修改内容的著述中,私有财产权的保护也成为学者们关注的重心所在,如胡锦涛、董之伟、任进等学者在对于现行宪法修改建议的相关论述中,均花费了相当的篇幅和力度论证私有财产权宪法保护条款确立的必要性之所在<sup>②</sup>。

学界关于修宪研讨的另外一个重点是迁徙自由。早在1989年,就有学者主张“宪法应当重新确认迁徙自由”,认为在“整体深化改革、逐步确立社会主义市场经济新秩序的今天,应该重新考虑这一重大问题”。<sup>(27)</sup><sup>52-57</sup>徐国栋教授指出“迁徙自由的实现,以消除迁徙自由的实现障碍的政策得到实施为前提,一旦障碍消除,我国应考虑修改宪法,在宪法中增加公民有迁徙自由权的规定。”<sup>(28)</sup><sup>42</sup>杜承铭教授认为“迁徙自由权是现代社会公民应当享有的一项基本宪法自由权,也是现代文明社会的一项基本人权,正是因为迁徙自由权具有宪法权利属性,世界各国宪法和国际人权公约中都有关于迁徙自由权的保障与限制性规定。根据当代中国走向社会主义市场经济的现实要求,在我国恢复宪法迁徙自由权具有重要意义与价值,应当提出确立宪法迁徙自由权的修宪建议。”<sup>(29)</sup><sup>407</sup>朱福惠、殷啸虎等学者也专门论述了迁徙自由重新入宪的理论依据和现实价值<sup>③</sup>。胡锦涛等学者在对于现行宪法的修改建议中,均明确提出“将迁徙自由重新写入宪法”,并从社会主义市场经济的现实需求、消除城乡差别实现社会公平、迁徙自由在各国均为基本人权等方面进行了具体论证。<sup>(21)</sup><sup>28-29</sup>

除了私有财产权和迁徙自由,学界在基本权利体系的宪法修改方面的关注点还包括诉讼权、生命权、社会保障权、罢工权等。限于篇幅,此处就不再一一

赘述。学界对于上述权利的入宪呼吁,除了表明对于基本权利理论的认识深化,另一方面也是转型期中国公民权利需求亟需得到宪法层面确认的现实需求使然。下面列出以上述权利术语为篇名,时间段设置为1983年到2002年间,在CNKI数据库的检索结果,一定程度上可以说明学界对于这些权利入宪的关注程度。

表5 基本权利入宪(CNKI篇名检索)

权利	私有财产	迁徙自由	诉讼权	生命权	社会保障权	罢工权
篇数	325	206	52	183	167	47

## (二) 司法权问题

按照惯常的理解,宪法文本的核心内容不外乎公民权利书写和国家权力配置两大块内容。因此,在学界讨论的宪法修改内容建议中,除了违宪审查制度和人权保障方面的内容,对于国家权力配置方面也提出了一些改进建议;而在这其中,处于讨论焦点的即是司法权在我国宪法体制中的定位问题,这一点从2003年左右学界在修改现行宪法的相关研讨中均将司法独立作为应当修改的重点内容即可见一斑。

如董之伟教授主张将宪法规范司法权的条款修改为“法官独立行使审判权,只服从法律”。<sup>(22)</sup><sup>11</sup>焦宏昌教授认为应将《宪法》第126条“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”改为“人民法院独立行使审判权,只服从法律”。<sup>(30)</sup><sup>28</sup>周永坤教授系统论述了修改《宪法》第126条的理由,指出原条文列举式的禁止规定无法保证司法独立的真正实现,与现行《宪法》第5条依法治国原则也不协调,而且也是我国承诺国际条约的义务。按照其观点,修改的方向应以法官独立为宜,其理由是从立宪史、司法史的流变过程来看,司法独立的原意都是法官独立,而且表述为法官独立还可遏制

① 如赵世义《财产权的宪法保障与制约》,《法学评论》1999年第3期;范毅《私有财产权的宪法地位》,《法学家》2000年第2期;李累《论宪法限制财产权的两种形式》,《学术研究》2001年第8期;李曙光《宪法与私有财产权的保护》,《比较法研究》2002年第2期;上官丕亮《私有财产权修宪问题研究》,《政治与法律》2003年第2期等。

② 参见胡锦涛等《关于现行宪法第四次修正的建议》,《法学家》2003年第5期;董之伟《与时俱进 完善宪法——循“十六大”精神修宪或释宪的十一点设想》,《法学》2003年第1期;任进《关于现行宪法变革的模式选择和部分内容》,《中国法学》2003年第3期。

③ 参见朱福惠《论迁徙自由》,《四川师范大学学报(哲学社会科学版)》2001年第2期;殷啸虎、林彦《我国法律关于迁徙自由规定的变化及其思考》,《法学》2001年第6期。



法院行政化的趋势。<sup>(31)</sup><sup>62-65</sup>学者马怀德、邓毅则认为“尽管现行宪法并未完全肯定、认可司法独立的原则,但是,作为对1978年宪法的一次全面修改,现行宪法还是遵循了司法独立的精神,对1978年宪法中的有关规定作了重要修改”;不过,“由于现行宪法在司法独立的原则确立与制度保障方面的不足,我国司法不独立的问题在现实中也是无庸讳言的事实”;因此,必须“在我国宪法上完全确立司法独立的原则”,如删去135条公、检、法分工协作、互相配合的条款,将126条修改为“人民法院独立进行审判,只服从法律”或“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受任何干涉”。<sup>(32)</sup><sup>30-38</sup>

司法权之所以成为宪法修改研讨的热点,除了司法独立在传统的西方宪法理论中被认为是宪法的重要原则之一(即所谓“法院是法律帝国的王国,法官是法律帝国的诸侯”)的原因,和上世纪90年代中国如火如荼的司法改革也不无关系。在中国宪政体制的框架下,司法独立问题从法院角度讲是如何处理法院与党的领导、人民代表大会作为国家权力机关之间的关系;另外相比于西方的司法机关,司法权相对来说处于弱势地位;也正因为如此,试图通过宪法修改增强司法权在宪法体制中的地位便成为不少学者对于未来宪法修改的期冀。如果考虑到有一部分学者还试图通过司法改革推动和促进中国的宪政改革的动机,这种期冀自然会变得更为强烈。

正因为司法权的配置不是一个纯粹的审判问题或者法律适用问题,而是牵扯到了包括人民代表大会制度这一我国根本政治制度的定位、执政党如何体现对于司法工作的领导等现实政治问题,所以,司法独立的宪法修改问题尽管从上世纪90年代到第四次宪法修改前夕一直是学界热烈讨论的话题,但并未在2004年的宪法修改中得以实现。这自和我国宪法修改从1988年以来一直遵循“必须修改的才改,可改可不改的不改,不作全面修改”的原则有关。<sup>(5)</sup><sup>107</sup>

由上述梳理可知,现行宪法颁布以来学界关于宪法修改内容的讨论,涵盖了公民人权保障、国家权力配置、违宪审查制度的完善等宪政制度建构的核心内容,而从某种意义上讲,正是学界对于上述宪法修改内容的思考,才刺激和勃发了基本权利、违宪审查等宪法学研究领域在研究著述数量和质量上的提升。例如,违宪审查制度之所以从上世纪90年代以来一直成为我国宪法学研究的重心,和学界试图探索出一条适合中国的违宪审查制度建构自然息息相关;而宪法学界对于基本权利的研究无论是总论部分的理论演绎还是分论部分对于具体权利的研究较之于改革

开放初期都有了显著发展,和学界渴望将转型期中国公民不断增加的权利需求在宪法文本中得以确定化也不无关系。学界关于修宪内容的讨论焦点,也由此成为三十年来我国宪法学理论发展的一个侧影。

## 余论

三十年来,现行宪法且行且改,而2004年的宪法修正案,无疑是四次修改中修改幅度最大的一次,非公有制经济在宪法中的地位得到彻底确认;学界热议的人权、私有财产保护等条款也均被写入宪法。2004年宪法修改之后,一些学者预计的2009年的宪法修改并未如期而至,这固然与“必须修改的才改,可改可不改的不改,不作全面修改”的原则<sup>①</sup>被继续强调有关,另一方面也是因为此前导致频繁修宪的经济政策变迁基本告一段落,而“人权入宪”又可以使“未列举基本权利”可以在“人权”条款之下能有一个解释的空间而无须再诉诸宪法修改。

或许正是因为上述原因,2004年之后虽然学界对于宪法修改还有一些探讨,但其热度已远非2004年之前可比,其研讨内容也不再仅仅是宪法修改的具体内容而是对于修宪权的程序控制。对于2004年修正案的一些未尽话题如违宪审查制度,学界也开始试图以“合宪性推定”这样一种更为现行体制接受的方式来表述。无疑,这既是一种学术术语的转变,更是一种制度建构策略的变换。毕竟,一种宪政制度的建立,并不是一种纯粹的逻辑推演,而只有在以一种与现实宪政体制冲突最小的模式来进行才有可能实现其制度初衷。

另外,如果我们换一种视角,回归到古典宪法中对于宪法作为政治法的界定,将宪法视为一种政治结构的话,那么,现行宪法从颁布以来的频繁修改对于其自身的稳定性和权威性的损害可能就不如我们想象的那么大。尽管经历了1988年、1993年、1999年、2004年的四次修改,但无论是作为我国根本政治制度的人民代表大会制度,还是作为中央与地方权力配置的单一制原则,实际上都没有变动,也即是说,现行宪法的政治结构仍然是和1982年宪法颁布时所做出的政治决断是一致的。因此,对于改革时代的宪法变迁,我们除了应当看到其中“变”的部分,还应当看到其不变的“内核”。而言及这种不变的“内核”,我们就要对三十年前当时的修宪者在“思想解放方兴未

<sup>①</sup> 参见常安《“摸着石头过河”与“可改可不改的不改”:改革背景下的当代中国宪法变迁》(《法律科学》2010年第2期)中的具体论述。

艾 经济改革起步未久,市场经济体制和依法治国方略皆未确立”的情况下就是否实行联邦制、两院制等

“重大而又困难的问题所作的决断”怀有一份尊重和敬意。<sup>(33)4-5</sup>

### 参 考 文 献

- (1) 卫夏. 宪法的“无形修改”浅析 (J). 法学评论, 1986 (4): 39-40.
- (2) 倪正茂. 驳“无形修改”宪法论 (J). 法学评论, 1987 (3): 42-45.
- (3) 张卫华. 再论宪法的“无形修改”兼答倪正茂同志 (J). 法学评论, 1987 (4): 6-10.
- (4) 周方. 经济体制改革与我国现行宪法的稳定性 (J). 法学评论, 1986 (2): 9-13.
- (5) 蔡定剑. 宪法精解 (M). 北京: 法律出版社, 2006.
- (6) 蒋碧昆, 许来武. 试论修改宪法 (J). 法商研究, 1988 (3): 1-5.
- (7) 胡锦光. 试析我国宪法修改的原因 (J). 法学家, 1999 (3): 67-68.
- (8) 殷啸虎. 论“政策性修宪”及其完善 (J). 法商研究, 2001 (1): 16-22.
- (9) 王磊. 宪法如何面对未来 (J). 中外法学, 2005 (1): 116-128.
- (10) 刘茂林. 转型社会的宪法稳定观 (J). 法商研究, 2004 (3): 21-24.
- (11) 李琦. 转型中国的修宪困境与政治正当性 (J). 法商研究, 2006 (4): 77-87.
- (12) 林来梵. 规范宪法的条件和宪法规范的变动 (J). 法学研究, 1999 (2): 34-47.
- (13) 许崇德, 王月明. 十年宪法学的回顾与展望 (J). 法学家, 1989 (6): 1-7.
- (14) 熊继宁. 纪念宪法颁布十周年学术讨论会综述 (J). 中国法学, 1993 (1): 118-119.
- (15) 甘藏春. 论宪法解释 (J). 法律科学, 1988 (4): 16-21.
- (16) 韩大元. 修宪价值与完善宪法保障机制 (J). 法学家, 1999 (3): 66-67.
- (17) 杨泉明. 论宪法实施的特别法院监督体制 (J). 四川师范大学学报, 1988 (4): 6-13.
- (18) 吴家麟. 论设立宪法监督机构的必要性和可行性 (J). 法学评论, 1991 (2): 3-9.
- (19) 苗连营. 关于设立宪法监督专责机构的设想 (J). 法商研究, 1998 (4): 3-9.
- (20) 莫于川. 修改宪法与深化改革——“99”修宪的多重意义和后续课题 (J). 理论与改革, 1999 (4): 111-114.
- (21) 胡锦光, 等. 关于现行宪法第四次修正的建议 (J). 法学家, 2003 (5): 22-32.
- (22) 童之伟. 与时俱进 完善宪法——循“十六大”精神修宪或释宪的十一点设想 (J). 法学, 2003 (1): 3-12.
- (23) 李步云, 邓成明. 论宪法的人权保障功能 (J). 中国法学, 2002 (3): 42-50.
- (24) 徐显明. 人权的体系与分类 (J). 中国社会科学, 2000 (6): 95-104.
- (25) 孙潮, 戚渊. 论确立市场经济的宪法地位 (J). 法学, 1990 (12): 7-11.
- (26) 林来梵. 论私人财产权的宪法保障 (J). 法学, 1999 (3): 15-22.
- (27) 王太元. 宪法应重新确认迁徙自由 (J). 中国人民公安大学学报, 1989 (1): 52-57.
- (28) 徐国栋. 迁徙自由与城乡差别 (J). 中外法学, 1992 (5): 37-42.
- (29) 杜承铭. 论迁徙自由权 (J). 武汉大学学报(社会科学版), 2001 (4): 406-410.
- (30) 焦宏昌. 第四次修宪方案之我见 (J). 上海交通大学学报, 2003 (4): 24-29.
- (31) 周永坤. 关于修改宪法第126条的建议 (J). 江苏警官学院学报, 2004 (1): 62-65.
- (32) 马怀德, 邓毅. 司法独立与宪法修改 (J). 法学, 2003 (12): 29-38.
- (33) 夏勇. 中国宪法改革的几个基本理论问题 (J). 中国社会科学, 2003 (2): 4-17.

( 本文责任编辑 何柏生)