

如何探索中国的宪政道路？

——对白轲教授的回应

■ 强世功

[内容提要] 本文回顾了作者研究中国宪政秩序的学术背景，即在回应“宪法司法化”主张过程中，从法律社会学和法律政治学的视角来探索中国实际存在的宪政体制，从而将中国共产党作为“事实上的主权者”纳入到中国宪政研究中。作者讨论了白轲教授和他的诸多共同观点，回应了白轲教授提出的几个问题，阐明福柯和卢梭的主权观对理解中国宪政秩序的重要意义，以及法律人与中国宪政体制之间的微妙关系，同时指出他与白轲教授对中国共产党的理解和定位的不同。作者认为，要探索中国宪政的道路必须关心更大的理论问题，包括思考历史是否终结，普适价值如何中国化以及中国应当如何学习西方的历史经验等，从而走出中国自己的宪政道路。

[关键词] 党国宪政体制 中国宪政道路 普适价值中国化

一、背景

写作《中国宪法中的不成文宪法》^①这篇论文，我酝酿了很长时间。早在2001年齐玉苓案件引发的“宪法司法化”讨论中，我就开始思考这个问题。那个时候我刚好在美国哥伦比亚大学访问，主要研究美国宪法。在2003年发表的《宪法司法化的悖论》一文中，我除了提出宪法的司法化与政治化，还专门用一个小节提出关注“成文宪法”与“不成文宪法”问题。我在当时的论文中特别指出：“我们的宪法文本并不享有最高法律的权威地位，在我们的成文宪法之外，还有另外一套我们熟视无睹的政治权力运行的法则。”“国家政治权力真正运行不仅仅包括成文宪法所规定的国家权力机关的运作，而且包括成文宪法没有创设更没有明确其职权范围但却拥有更大政治权力的机关。”^②这里讨论的实际上就是中国共产党在宪政秩序中的地位问题。

强世功：北京大学法学院(Jiang Shigong, Peking University Law School)。

“宪法司法化”主张以美国司法审查制度为蓝本。然而,任何人只要对美国宪政有一点基本的政治学常识,都会明白这个制度的核心就在于联邦最高法院或者更准确地说联邦最高法院的大法官们拥有了主权性权力(sov^{er}ei^gnt power)。特别是在1954年的布朗案件(Brown v. Board of Education of Topeka)及随后美国联邦最高法院在1958年的库珀诉阿伦案件(Cooper v. Aaron)中宣布联邦法院在解释宪法问题拥有最高效力之后,美国宪政的核心问题已经不再是早期的联邦与州的关系问题,也不是镀金时代到新政时期的政府与经济的关系问题,而是逐渐转向面对美国联邦法院日益膨胀的司法主权(judicial sovereignty),由此引发美国宪法学说中持久的关于“反多数难题”(the counter-majoritarian difficulty)的争论。这个争论奠定了美国宪法学从20世纪60年代一直到90年代的学术思考的轴心,以至于形成自由主义与保守主义之间持续的争论。

从这个角度看,“宪法司法化”在中国的提出就不再是单纯的司法改革推进司法专业化的问题,也不是法院独立审判的司法独立问题,而是法官是否应当拥有主权利力。这个问题就意味着我们要关注中国宪政中的主权秩序安排。从宪法文本规定看,宪法中确立的全国人民代表大会制度并没有给司法机构一丝分享主权的空间,宪法中明文规定宪法的解释权和违宪审查权属于全国人大常委会。这足以证明,我们的建国之父们在制定宪法的时候,对主权概念有非常清晰的理解和把握,即主权集中于人民,决不容许一个专业化的司法机关染指主权。在宪法中,司法机关仅仅是适用法律来解决诉讼纠纷的机关,因此毫不奇怪,在我们的法理学中,法院的定位是执法机关,是在个案纠纷中适用法律的机关。

从这个角度看,“宪法司法化”的主张就不再是简单的司法改革了,实质上是推动一场“宪政革命”,试图将宪法所确立的人民代表大会制度改变为美国模式的三权分立体制。然而,并不是所有的宪法司法化的推动者都主张进行一场“宪政革命”。许多宪法司法化的主张者和同情者,不是主张“宪政革命”,而是主张捍卫宪法权威,把束之高阁的宪法文本落实到现实层面。但是,这种以违宪的方式或宪法革命的方式来落实宪法,正是我所说的“宪法司法化”主张的悖论。从这个角度看,中国宪法的核心问题乃是文本表达与实践之间的差距问题。在我看来,这个差距很大程度上是由于我们仅仅从宪法文本出发关注全国人大、国务院和司法机关等,而忽略了中国共产党在中国宪政秩序中发挥的作用。换句话说,如果将中国共产党在宪政秩序中发挥的作用纳入宪法研究的视野,将党章也理解为宪法文本,那么宪法文本与宪政实践之间的差距并不像人们想象的那么大。比如,备受关注的全国人大及其常委会的“橡皮图章”问题,如果将党章的规定与宪法的规定结合在一起,那么这个问题就迎刃而解。

可见,中国宪法研究的首要问题是如何把中国共产党这个在中国宪政秩序中发挥作用的“事实上的主权者”(de facto sovereignty)纳入到中国宪法学研究的视野中。在我看来,从“不成文宪法”的角度入手,恰恰可以避免法律形式主义只关注成文宪法文本的弊端,有效地将党章、党的权威文件、党和国家领导人的宪法学说、实践中形成的宪法惯

例等纳入到宪法研究之中,从而丰富和完善中国的宪法学研究。^③这样的想法一方面得益于我的法律社会学研究,换句话说,恰恰是法律社会学提供了一个基本的问题意识:中国的宪政秩序在实践中究竟是个什么样子?这意味着我们不仅要关注文本规定的规范宪法(normative constitution),而且要关注实际运作中的实效宪法(effective constitution)。^④作为一个法律学者,如果连自己生活于其中的宪政秩序运作都没有搞清楚,那么无论谈宪法改革,还是谈宪法革命,都会变成危险的盲目冲动。

另一方面,研究中国的党国体制的想法也得益于我对美国宪法的研究。对美国宪法研究越深入,对美国宪政面临的问题也就越有深切的理解。美国宪政问题自始至终都围绕主权问题展开,哪怕是沃伦法院(Warren Court)时期所谓的“民权保护”问题,最核心的是如何把黑人吸纳到由白人构成“主权人民”(We the People)的公民之中,背后乃是白人和黑人究竟谁是美国主权者的问题。美国的司法审查制度有漫长的发展,但之所以在布朗案之后激发了美国宪法学中关于“反多数难题”的争论,依然隐含了种族问题,即少数黑人借助联邦最高法院否决了白人多数构成的国会所通过的法律。^⑤由此,无论是思考美国的宪政问题,还是思考中国宪政问题,首先需要从关注主权这个问题出发,宪政秩序其实是主权安排和运作的秩序。

在法学界推动的“宪法司法化”热潮中,这样的想法无疑属于少数派。当时主流的思想界依然笼罩在“历史终结”的思想氛围中,法学界更是处在加速与国际接轨的进程中,普遍盛行的乃是规范的形式主义。在这种规范形式主义的法学思考中,中国共产党并没有被有效地纳入到法学这门学科的研究之中。在整个法学研究中,很少研究中国共产党。在宪法学中,党不是作为主权者来对待,而是放在政党制度中加以一般表述。在关于司法改革和法治发展的研究中,党往往是作为一个有待排除的异端面目而出现。中国法治的发展方向普遍以美国的法治模式为标准,以此为标准来清除已形成的政法传统,特别是要清除党对法律过程的影响。在这种意识形态背景下,要把党带入到法学研究中,给予纯粹客观的知识表述,也可能面临学术上的“政治不正确”。比如苏力关于司法制度的研究中,只是抽象笼统地描述党在其中发挥的作用,也没有敢正面讨论党与司法的关系,以至于引发美国学者的质疑。^⑥这在一定程度上是由于苏力担心自己被法学界指责为“政治上不正确”。^⑦可见,在当时的学术场域(academic field)中,如果试图将党作为主权者来看待,不仅需要学术能力,而且需要学术勇气。

尽管如此,我依然持续自己的思考,其中许多论文都已经收入《立法者的法理学》一书。在2007年《开放时代》组织的以“共和国六十年”为主题的论坛上,我讲述了“三位一体”的国家主席制度,这其实是后来发表的《中国宪法中的不成文宪法》一文的一部分。^⑧需要注意的是,就在这个时期,我的同事陈端洪教授也和我一样思考中国宪政秩序中的主权问题,尽管我们的思考方式和理论路径有所不同。2008年,陈端洪发表了《论宪法作为国家的根本法和高级法》一文,将政治哲学中的“制宪权”概念引入宪法学中,将“中国共产党的领导”看作是宪法的“第一根本法”。^⑨围绕这个问题,陈端洪写作

了一系列论文,后来收入到《制宪权与根本法》^⑩一书中。

从学理上将中国共产党纳入到法学研究中,尤其是在宪法学上肯定其在中国宪政秩序中的应有的主权者地位,无疑会引发法学界尤其是宪法学界的反弹,由此引发了宪法学领域中关于“规范宪法”与“政治宪法”之间的论战,也使得宪法学研究突破了狭隘的规范形式主义的学术视野,产生了深远的影响。^⑪

二、回应

在我写作《中国宪法中的不成文宪法》时,我并不知道白轲教授的研究,这不能说不是一个遗憾。如果那时候我注意到他的研究成果,至少可以让我的论证更为完善。在论文发表之后,崔之元教授向我推荐了白轲的研究,但当时我正在关注其他的问题,没有来得及阅读他的论文。直到2012年《中外法学》为“纪念宪法颁布三十周年”向我约稿,我系统地阅读了白轲教授关于中国宪政的论述,并撰写论文加以介绍。^⑫在写作过程中,因为未能在网上找到他的个别文章,我就给他发邮件求助。然而,由于网上提供的邮件地址有误,直到我的论文发表,也没有收到白轲教授的回信。直到后来,我才收到他的电子邮件,看到了他对我《中国宪法中的不成文宪法》一文的评述。^⑬

白轲教授和我的学术背景不同,思考的问题也有所不同。就宪政问题而言,他更多从比较宪法的角度来看待问题,而我更多关注美国宪政问题和中国宪政问题。尽管如此,我们在中国宪政问题上分享了许多共同点。

其一,我们都意识到从二战后特别是后冷战以来,宪政问题已经从记载某个国家制度组织形态的描述性概念变成了以西方宪政制度为标准的规范性概念,由此宪政概念成为了一种新的意识形态,成为全球化时代的国际政治中建立西方霸权(准确地说是美国霸权)的话语工具。

其二,在理论上,我们都主张用一个更为整全的(whole)学术眼光来看待宪政问题,即不仅仅把宪政理解为一种法律规范体系,纳入到“形式法治”的框架下,而且要把宪政看作是一种承载文化价值的生活方式,从而更加关注“实质法治”。正是通过这个理论框架,白轲比较了几种宪政模式,比如美国主权宪政模式,德国、日本的超国家宪政模式,伊斯兰国家的神权宪政模式等。中国的宪政模式也需要放在这个框架下理解。中国宪法序言中从马列主义、毛泽东思想、邓小平理论到“三个代表”和科学发展观,这些频繁的修改恰恰是为了将实质性的政治主张和文化价值观念注入形式法治之中。

其三,正是在上述理论背景下,我们都主张中国宪政体制的核心乃是处理党与国家的关系,由此我们可以将中国的宪政体制理解为党国宪政体制。陈端洪教授将“党的领导”看作是中国宪法的第一根本法,而我更强调中国共产党领导的政治协商制度乃是中国宪法的根本制度。这就意味着我们必须重新思考分权理论,这个分权就是党与国家之间的分权。陈端洪教授试图用“制宪权”(constituent power)和“宪定权”(constitutional

power)来区分党的权力与宪法中国国家机关的权力,从而将党看作是“人民制宪权的常在机构”。^⑭白轲和我都试图借助政治科学中对“政治”与“行政”的区分,将党的领导看作是“政治”,而把宪法规定的各个国家机关行使的权力统统理解为贯彻落实政治决定的行政权力。因为党的权力不仅是作为“制宪权”的常设机构来监督宪法或落实宪法,更重要的是作为政治动员和政治决策组织而存在于日常政治活动中。当然,这样一种区分面临一些概念上的难题,就是需要与目前形成的立法、行政、司法这三种权力划分作适当的区分。

其四,我们都认为党国体制能否持久,关键在于能否把党的权力纳入到宪法之下,用宪法和法律来约束党的活动。由此,“一党宪政国”的关键在于一方面要肯定党在中国宪政秩序中的核心地位,从而把《中国共产党党章》纳入到中国宪政秩序中,使其居于和宪法文本同样的地位;另一方面就是要落实宪政和法治,将党的活动置于党章和宪法之下,受到党章、宪法和法律的严格约束。因此,没有党章的权威、没有宪法的权威、没有法律的权威,中国的宪政秩序就无法真正确立起来。

正因为如此,白轲教授对我的研究的评论非常中肯。^⑮我想就以下三个方面做出回应:

其一,白轲教授注意到我对宪政的理解受到了欧洲结构主义思潮的影响,特别是福柯的权力观念的影响,而且将福柯的思想糅合到卢梭的主权理论之中,强调人权与主权的一致性。注意到这一点很重要。一方面,福柯的知识—权力观有助于我们对西方理论中的种种意识形态话语保持警惕,其中就包括法学界颇为流行的宪政话语和法治话语。在我自己的研究之中,“法治”不过是一个精巧的现代治理技术,^⑯假如要说宪政的话,宪政也不过是协调现代精英与大众的一种权力关系安排。宪政的古典形态向现代形态的转型,很大程度是由于掌握权力的统治精英的构成发生了变化,而社会大众的形态本身也发生了变化。

另一方面,福柯的微观权力观有助于我们打开宪政研究的视野,不仅仅关注宏观权力关系(比如三权分立之类),而且要关注微观的权力关系。在这方面,类似上访、群众路线、司法诉讼等这些日常民众参与的制度安排对于在微观生活中保障公民权利非常重要。在这个意义上,我也非常赞成落实违宪审查制度,它实际上是在日常生活中落实宪政的微观权力机制。

至于将人权思想吸纳到主权理论中,固然受到了卢梭理论的影响,事实上就主权来源于人权或自然权利而言,启蒙思想家分享了一样的观点。而我对这个问题的思考更多的是基于对现代历史的思考。一部近代史,其实就是西方民族将自己的生活方式强加于其他民族的历史。在这个过程中,伴随着现代国家的兴起,不管你是否愿意,每个人的生活都不可避免地与自己国家建立了内在的紧密关联。如果我们注意到阿伦特(Hanna Arendt)对欧洲大陆民族国家的兴起给少数民族和无国籍人带来的悲剧的关注,就能理解这一点。民族国家在欧洲兴起之后,少数民族变成了被歧视的对象。犹太人

由于没有自己的国家,遭到了差不多整个欧洲所有国家的共同排斥。当欧洲国家在战场上相互为敌的时候,这些国家的秘密警察却在密切配合,把各地的犹太人输送到德国的集中营,一个重要原因就在于民族国家时代,犹太人没有自己国家而在每个国家中沦为受歧视的少数民族。正是基于这样的历史经验,阿伦特批评启蒙思想家提出的人权(human right)概念,认为一个人首先只有取得了某个国家的公民资格(citizenship),才能享有各种公民权利(civil right)。而没有公民资格的人,就像游荡在世界上的无国籍人和国家发生内战或者国家破亡的难民,在灾难来临时无疑是这个世界上最少受到法律保护的人。^{①7}

从这个角度看,主权乃是一个国家的“国权”,国权不是公民权利的对立面,而恰恰是公民权利成为可能的前提条件。启蒙思想家以国家为研究单元,把宪政理解为如何在一个国家内部组织权力关系的技艺,但是如果我们把国际社会作为研究单元,那么对宪政的理解就会有不同。由此,我们也可以理解为什么一部中国近代史乃是一部国家独立、民族解放和人民自由的历史。目前,学者们往往关注五四运动以来的“启蒙”与“救亡”主题之间的内在张力,但不能因此忽略二者内在的一致性,即“启蒙”原本是作为“救亡”的手段而出现的。恰恰是为了摆脱殖民地半殖民地的格局,建立独立的主权国家,并由此获得在国际社会中的独立主体人格而获得国际社会的认可,才需要启蒙劳苦大众、家庭妇女和少年儿童,共同致力于建构现代的“人民共和国”。

由此,在处理人权与主权的关系到上,在政治哲学思考上固然存在洛克式的社会契约论与卢梭式的社会契约论的区别,但有时候比抽象哲学思考更有效的是历史社会学的经验思考,恰如美国联邦最高法院大法官霍姆斯所言,“一页历史胜过一卷理论”(a page of history is worth a volume of logic)。就研究宪法而言,抽象的政治哲学固然重要,但更重要的乃是历史感和现实感。这往往决定了我们研究问题的视角和尺度。如果仅仅是从国家内部的视角看,那么人权与主权无疑包含着内在紧张和对立。但是,如果从更大的国际视角或世界体系的角度看,首要关注的不是个人与主权者的关系,而是本国与外国的关系,在这样的关系中,人权与主权具有高度的内在一致性。尤其在霍布斯式的国际关系处于战争状态的背景下,人权与主权的必然关系会由于主权与主权的必然关系而产生内在的关联。这一点美国的宪政又一次给了我们启示。

在美国建国早期关于联邦主权与个人权利或州主权的辩论中,联邦党人往往把英国、西班牙等欧洲国家对美国的威胁纳入到美国宪政的考虑中,即唯有建立强大的美国联邦政府,才能摆脱英国人和西班牙人等对美国染指,摆脱各州陷入混乱的内战,从而保护公民的权利。在国际竞争日益激烈的全球化时代,尤其是中国在国际秩序中依然处在被支配的地位,建构强大的国家主权依然是保障每个公民享有公民权利的前提条件。这其实是近代以来中国宪政秩序建构中始终面临的核心问题。因此,在宪政问题上,不能把主权与公民权对立起来,而是要思考如何在强有力的国家与公民权利的保护之间寻求平衡。而在人权问题上,也不能仅仅强调个体的公民权,而且要关注国家建构

中全体公民在全球秩序中的生存权和发展权。

其二,白轲教授敏锐地注意到我对法律人与宪政建构的看法。在西方历史上,法律人与宪政的建构有着内在的关联。在《论美国的民主》中,托克维尔直观地总结了英美法律人与法国法律人在民主时代扮演的不同角色,即英美法律人成为平衡和抵制“多数人暴政”的力量,从而维持了宪政秩序,而法国法律人成为推动大革命的力量。导致这种差别的一个重要原因乃是英美法律人的普通法训练使得他们厚古薄今,崇尚秩序,而法国法律人在大陆法传统的熏陶下成为变法和革命的推动力量。^⑩这些观察有助于思考中国的法律人在宪政建设中的位置。尽管中国法律人努力向美国学习,但我们的法律制度延续了大陆法传统。这样就形成中国法律人与宪政建设之间的内在紧张。

比如说,法律人往往受美国的法律模式的影响,普遍推崇美国的司法审查制度,希望建立像美国一般强大到拥有主权利力的独立司法。从法律人利益最大化的角度看,在全球秩序中,美国宪政秩序可能为法律人提供了最大的利益追求。然而,中国宪政体制不是三权分立体制,而党领导的政治协商制度与全国人民代表大会制度,意味着根本的政治问题由各政党协商解决并由全国人大以法律和决定来明确,司法权绝对不可以染指政治权力或主权性权力。由此,法律人的理想愿望与现实的宪政体制之间存在着根本的冲突,这可以解释为什么许多法律人在内心深处对中国宪政体制持抵触情绪。

另一方面,中国法律人普遍羡慕英美法律人在宪政发展中的显赫地位,然而不同于英美法律人在普通法训练下形成的厚古薄今、爱好传统和秩序、自我谦抑节制的职业伦理,中国法律人在大陆法传统的培养下,许多人内心中都培养出一种“僭主心态”,自认为掌握了宇宙的真理,热衷于摧毁传统、移风易俗、变法革命。类似于托克维尔描述的法国“文人”喜好陷入“文人政治”的僭妄和清谈中,中国法律人也很容易以“文人”的革命心态来追求宪政和法治。也由于此,中国法律人最喜欢美国的沃伦法院时期的民权革命,而不知道对于漫长的美国司法传统而言,沃伦法院的激进革命并非美国司法传统的常态,而是特定历史条件下的变态。美国宪法理论中的“反多数难题”实际上就是对沃伦法院时期激进司法革命的指控。而从伯格法院到伦奎斯特法院,美国最高法院又慢慢恢复到自我节制的保守传统上来。

正因为如此,我认为中国的法律教育应当同时兼具大陆法和普通法的发展模式。在国际经济法、金融法、公司法、商事法等领域,面对全球化的趋势和美国法律扩张,中国法律教育应当全面学习美国的普通法,给法官和律师提供适度造法的空间,以适应商业资本不断推动的创新。因为在这些法律领域中,服务于效率的技术创新和制度创新乃是第一重要的,而这恰恰是普通法的优势所在。事实上,在这个领域,中国法律学生大量留学美国,在律师执业领域已经实现全面美国化了,而在法律制度上也主要学习美国。

然而,在传统的刑法、民法、婚姻家庭法等领域,则坚持立法至上的大陆法传统,法律人的主要功能是实施法律,不应当像美国的罗伊案件(Roe v. Wade)那样,由法律人来处理具有社会争议的政治和道德价值问题,而应当把这些问题留给承担政治责任和社

会道德职能的党和人大来处理。法律人既然坚持法律与道德的分离,并由此捍卫法律的权威,那么,法律人就应当自觉地避免卷入到道德问题中。近些年来,法律人在死刑、婚姻家庭等领域中的激进立场导致了民众对法律人群体的普遍怀疑,这不能不说是一个教训。

在宪法领域中,我赞成建立违宪审查制度,但不是像美国那样搞宪法司法化,也不是简单地在全国人大下面设立一个宪法委员会。既然中国宪法中“事实上的主权者”是中国共产党,而且中国共产党党章是宪法文本的重要组成部分,那么离开党来搞违宪审查不合乎法理,也不符合现实。这个问题应当类似处理军队问题那样,让党与国家高度结合,即可以在中共中央政治局常委会与全国人大常委会下同时设立专门的“宪法委员会”,一个机构,两块牌子。这样违宪审查问题由中共中央下设的宪法委员会作出实质性的宪法解释或违宪审查,并以全国人大常委会的名义正式对外公布。

其三,在对中国共产党的理解上,白轲意识到我和他存在的分歧。他试图从马克思主义政党的角度来理解中国共产党,而我主张从马克思主义“中国化”的角度来理解中国共产党,其中“中国化”的一个重要资源就是中国古典的文明传统。因此,应当从古典的“皇帝”或“天子”来理解中国共产党在中国宪政秩序中的功能。^{①9}中国共产党从产生到发展壮大,无疑受到欧洲国际共产主义运动的影响,然而在其发展过程中经历了“中国化”的过程。无论是中国革命的道路选择,还是社会主义建设的发展思路,中国共产党都不同于欧洲共产党或苏联共产党,而一直致力于探索自己的发展道路。尽管如此,共产主义的理念深刻地影响了中国共产党,甚至可以看作是中国革命与中国社会主义建设的精神动力。

然而,为什么“文革”之后,中国人如此迅速而且彻底地抛弃了“共产主义”理想信念呢?其中一个可能的根源就在于共产主义无法成为中国人的宗教信仰。从西方思想发展的脉络看,共产主义思想乃是西方基督教传统中的左翼思想的延伸,是在基督教线性时间观的基础上用世界历史的观念来填补了救赎神学的内在追求。^{②0}正因为如此,共产主义和自由主义一样,是两种不同版本的“历史终结论”。然而,从中国人的精神观念和宗教信仰看,中国人实际上难以接受这种“未来审判”式的历史终结论。中国人更多地持一种循环论的时间观和宗教信仰观,由此中国更多地保留了世俗主义的生活观念,既不担心末日审判的恐惧,也不追求共产主义的天堂。因此,从漫长的中国历史看,共产主义不过是中国人在极端艰难的历史处境中接受的一种救赎或拯救的宗教信仰,并没有融入到中国文化思想中,也难以真正成为中国人理想信念的精神支柱。中国人所理解的“共产主义”更多的是儒家“天下大同”的理想,而不是西方意义上的“自由人的联合体”,事实上,如果没有基督教背景,我们很难真正理解什么叫作“自由人”。正因为如此,中国共产党不仅要在在中国革命和社会主义建设的道路上中国化,而且需要从更为根本的精神信仰层面上逐渐中国化。

当然,这绝不意味着像有些学者那样简单地主张“儒家宪政主义”或“儒化中国共产

党”，因为决不能把中国化等同于儒家化。中国的传统不是只有儒家传统，除了所谓的儒释道合流，最重要的思想资源乃是法家和墨家。在一个理性化现代社会，法家思想而非儒家思想，更符合现代社会的理性化要求，韦伯在《儒教与道教》中就特别看重春秋时期法家思想的理性化要素。毛泽东时期之所以“评法批儒”，也和建立一个理性化的现代国家有关。而在全球化时代，墨家思想可能比儒家更接近于人人平等的博爱理想。况且儒家本身是一个庞杂而矛盾的体系，汉儒和宋儒就有重大差异，更不用说目前的各种新儒家了。因此，无论共产党的中国化，还是普遍宪政理念的中国化，都需要将西方现代宪政的理念与中国历史传统进行一种新的相互阐释和相互发明，从而用现代西方宪政理念来激活中国古典的宪政思想。这对于中国的宪政学者而言，无疑面临着如何在学术思想上打通古典传统、社会主义传统和自由主义传统的问题。^②

事实上，从毛泽东时代提出的“为人民服务”，到邓小平—江泽民时代提出的“中华民族的伟大复兴”，一直到习近平时代提出的“中国梦”，中国共产党的精神支柱实际上与其说是共产主义理念，不如说是中国古典的国富民强、天下太平的理想。更重要的是，当中国共产党提出“三个代表”理论时，已经更新了马克思主义关于工人阶级政党的构想，更多地保留了列宁的先锋队政党的理念。而中国共产党的先进性也更多地继承了“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”的士大夫精神。正因为如此，从宪政秩序建构看，中国共产党一方面需要保留列宁主义先锋队政党的理念，另一方面需要继承古典的天子理念，秉持“天下为公”，只有这样才能真正将不同的社会成员凝聚为一党，而不是像西方社会那样，基于私人利益而自然地形成多党，通过多党的竞争来附带地产生公共利益。这恰恰构成了中国共产党与西方政党的根本区别。换句话说，一旦中国共产党不再保持思想路线、价值追求、工作作风和道德伦理的先进性，不再以“为人民服务”和“天下为公”作为行动的准则，那么中国目前的宪政秩序必然由此而瓦解。事实上，不少人之所以主张在中国引入西方多党竞争的宪政结构，其理论依据恰恰在于认为中国共产党开始腐败，蜕变为一个利益集团，不再是为多数人谋取利益。

三、展望

目前，关于宪政问题的争论，实际上隐含了更大的理论争论。只有解决这些更为基本的问题，才能为探索中国的宪政道路扫清思想上的障碍。

其一，关于普适价值的争论，即西方文明带来的自由、民主、宪政和法治等是不是代表着普适价值，中国人要不要接受这些普适价值。在这个问题上，需要区分“普适价值”和“追求普适价值的方式或道路”。这些价值代表了现代社会的基本共识，因此是普适的。我们毫无疑问要肯定这些价值，承认这些价值的普适性乃是我们迈入现代社会的基本条件。无论我们是否喜欢这些价值，不论这些价值意味着好坏，进入现代社会乃是我们必须面对的历史宿命。这其实是近代以来历代中国人努力的目标。

现代社会基本价值乃是普适的,但每个国家、每个民族和每个文明追求实现这些普适价值的方式是不同的。这就意味着每一个民族实现这些现代价值的途径必然与其历史传统、民族文化、特定的历史处境以及在全球格局中所处的地位等因素紧密联系在一起。同样是西方文明的国家,英国、美国、法国和德国实现这些价值的方式和道路也不同。而中国人近代以来从旧民主主义革命到新民主主义革命的发展,也是在特定的历史背景下追求这些普适价值的独特道路选择。改革开放以来,我们也在探索建立市场经济,完善民主和法治,落实宪政和人权保障。但是,我们有漫长文明传统,我们有13亿人口和56个不同民族,我们的国家依然没有统一,我们在全球格局中处于被支配的地位,我们处在日益激烈的国际竞争环境中,所有这些都构成我们追求实现普适价值的限制性条件。因此,我们将自己对普适价值的追求称之为“中国特色的社会主义”,实际上就是“实现普适价值的中国道路”。由此,中国要落实宪政,不可能照搬照抄美国的三权分立体制,而必须根据我们自己的宪政体制来落实宪政,探索中国自己的宪政道路。

其二,涉及到“历史终结”问题,即人类历史的发展是不是真的走到了最后的尽头,除了市场经济、民主宪政,就没有任何其他的可能性?从人类历史看,每一种文明的兴起都意味着带来一种新的生活方式,从而为人类文明注入了新的活力,由此人类文明才能不断发展。我相信,人类文明不可能就此结束,人类未来不可能重复今天同样的生活。如果这样的话,人类文明的发展不可避免地将陷入悲凉境地。人们都关注福山关于“历史终结”的论述,但却忽略了他对这种历史命运的悲剧意识,即“历史终结”意味着人类进入了一个尼采所谓的“末人世界”(last man)。^②假如人类历史真的步入这样的世界,必然有人像尼采那样呼唤“超人”(super man),来创造新的世界。正因为如此,如果说中国人要对人类文明有所贡献,如果说中国崛起具有普遍历史意义,就必须为人类历史注入新的活力,必须带来一种新的生活方式。假如中国崛起仅仅复制了西方的生活方式,照搬照抄美国的宪政制度,那在人类文明史上就没有特别的意义,这不仅对中国是一个悲剧,对全人类也是一个悲剧。

全球之所以关注中国崛起,我相信都包含了一种期待,即中国人能够为人类带来怎样的生活方式。而这种期待绝不是因为当前的中国人有什么独特的创新能力,而是因为我们拥有几千年从不间断的古老文明。在一个全球西方化的时代,中国的古老文明恰恰是新的。这就意味着中国人需要在全世界西方化的时代中保持文化自觉和文明自觉,进而把这种文明和文化转化为制度,发展为一种“制度自觉”或“体制自觉”。^③这或许意味着中国人要经历第二次启蒙。如果说第一次启蒙乃是从传统文明中启蒙,从而接受西方传入的现代文明,那么第二次启蒙就意味着从全球西方化中启蒙,从而确立文明自觉和制度自觉,由此复兴古典文明,将古典文明的理想和制度代入到现代社会中来。^④从近代以来的种种探索不过是开端,这是一项刚刚开端而远未完成的任务或规划。因此,我们需要用“大历史”的眼光来看待今天发生的事情,需要以复兴中国古典文明的理念来探索“中国道路”,需要有与西方现成的东西保持适度距离的勇气,真正探索

实现自由、民主、法治、宪政的新的道路。

其三，提倡“中国道路”，是不是意味着自我封闭，不学习西方文明。在全球化时代，没有一个国家或文明可以避免其他国家和文明的影响，因此文明之间的相互学习乃是必然趋势。要真正走出中国的道路，就必须向西方文明学习，美国尤其是中国学习的榜样。我们在探索中国宪政道路的过程中，需要认认真真向美国学习。问题在于学什么，怎么学。是学习美国的教条，还是学习美国的精神？是学习美国的表象，还是学习美国的实质？是照搬照抄美国人经过艰难探索得出来的结论，还是学习美国如何探索自己的道路，如何成就为美国？我想答案是不言而喻的。

美国之所以发展出独特的宪政制度，就在于美国人从一开始就坚定地同欧洲所代表的“旧世界”(old world)决裂。根据亨廷顿的研究，欧洲国家将主权作为组织国家宪政体制的核心，从而进入了绝对主义国家的时代，而美国却摒弃了这种现代的主权概念，反而坚持欧洲中世纪的宪法或根本法概念，由此发展出第一部成文宪法。英国早期议会与司法不分，后来逐渐发展出议会与司法分离的现代分权学说，然而美国依然坚持古老的立法与司法相混合的观念，以至于发展出美国的司法审查制度。欧洲国家抛弃了帝国的邦联复合结构而发展出单一主权国家，而美国却保留这些邦联结构并改造为联邦体制。英国君主制从早期依法统治的立宪君主发展为后来“统而不治”的立宪君主，然而美国的总统制恰恰是继承了英国早期“依法而治的君主”，从而发展出一种“选举的君主制”，以至于亨廷顿认为“美国仍然拥有一位国王，而英国仅仅保有一顶王冠”。^⑤换句话说，美国之所以能够创造出成文宪法、联邦体制、总统制和司法审查等等独特的宪政体制，恰恰就在于美国一开始就没有照搬照抄当时“旧世界”最流行的法国模式和英国模式，而是从美国的实际出发，走美国特色的宪政道路。而这个道路不是简单的创新，而是把欧洲国家抛弃了的、中世纪以来的古老制度进行翻新或复兴，使其成为全新的制度。

由此可见，中国人要学习美国，就不应当停留在美国的表面，而要深入到美国的灵魂深处，不应当以教条主义的态度看待美国，而应当把握美国人的实用主义精髓，不应当像法国“文人”那样追逐时代浮华的时髦，而应当学习美国人的自然朴实、传统保守、自信自尊以及与当前流行的理论思考和制度模式保持距离的独立精神。只有这样，我们才能继承古老历史传统并加以创新，做到古为今用，洋为中用，真正探索一条既符合中国实际又对全人类有所贡献的宪政道路。

注释：

①强世功：《中国宪法中的不成文宪法》，载《开放时代》2009年第12期。

②强世功：《宪法司法化的悖论——兼论法学家在推动宪政中的困境》，载《中国社会科学》2003年

第2期。

③参见强世功:《中国宪法中的不成文宪法》,关于“不成文法”传统的论述,亦参见强世功:《“不成文宪法”:英国宪法学传统的启示》,载《读书》2009年第11期。

④关于“规范宪法”与“时效宪法”的区别,亦可以参见苏力教授的一系列关于宪制的研究。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《中国社会科学》2004年第2期;苏力:《何为宪制问题?——西方历史与古代中国》,载《华东政法大学学报》2013年第5期。

⑤关于这个问题的讨论,参见徐斌:《自然的抑或政治的法:美国现代司法审查理论的变迁》,北京大学博士学位论文,2013年。

⑥美国学者弗兰克·阿帕汉对苏力《送法下乡》一书的评论,参见Frank K. Upham, “Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China,” *Yale Law Journal*, 2005, Vol. 114, p. 1675。

⑦苏力针对弗兰克·阿帕汉批评没有分析党对司法的干预和影响,特别写了文章进行回应。其中,苏力特别提到,从正面来讨论党与司法的关系,“这样做是有风险的。……我几乎肯定会被国内外高举意识形态大旗的‘学术混混’和社会人士标签为保守派、反动派或共党喉舌”。苏力:《中国司法中的政党》,载苏力(主编):《法律和社会科学》第1卷,北京:法律出版社2006年版。这可以大体反映当时法学界的政治意识形态倾向。

⑧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。

⑨陈端洪:《论宪法作为国家的根本法与高级法》,载《中外法学》2008年第4期。

⑩陈端洪:《制宪权与根本法》,北京:中国法制出版社2010年版。

⑪相关的争论以及文献综述,参见《中外法学》编辑部:《中国宪法学发展评价(2010—2011) 基于期刊论文的分析》,载《中外法学》2013年第4期。

⑫强世功:《中国宪政模式?——巴克尔对中国“单一政党宪政国”体制的研究》,载《中外法学》2012年第5期。由于当时并不知道Backer教授有自己的中文名字,所以将其音译为“巴克尔”,本文中一律用其中文名:“白轲”。

⑬Larry Backer:《强世功教授对“不成文宪法”以及中国宪政秩序的研究》,法治研究中心网站, <http://jus.cqu.edu.cn/zt/constitution/2013-01-30/294.html>。

⑭陈端洪:《制宪权与根本法》,第24页。

⑮Larry Backer, “Towards a Robust Theory of the Chinese Constitutional State,” *Modern China*, 2014 (forthcoming)。

⑯强世功:《惩罚与法治:当代法治的兴起(1976—1981)》,北京:法律出版社2009年版。

⑰汉娜·阿伦特:《极权主义的起源》,第9章,林骧华译,北京:三联书店2008年版。

⑱托克维尔:《论美国的民主》上卷,第8章,董果良译,北京:商务印书馆1988年版。亦可参见托克维尔:《旧制度与大革命》第3编,第1章,冯棠译,北京:商务印书馆1992年版。

⑲从功能主义的角度来理解“皇帝”,参见苏力:《作为制度的皇帝》,载苏力(主编):《法律和社会科学》第12卷,北京:法律出版社2013年版。

⑳卡尔·洛维特:《世界历史与救赎历史:历史哲学的神学前提》,李秋零、田薇译,北京:三联书店2002年版。

②①参见甘阳：《通三统》，北京：三联书店2007年版。

②②弗朗西斯·福山：《历史的终结及最后之人》，黄胜强、许铭原译，北京：中国社会科学出版社2003年版。

②③参见《政治与法律评论》编辑部：《从“文明自觉”到“体制自觉”》，载强世功（主编）：《政治与法律评论》第2辑，北京：法律出版社2013年版。

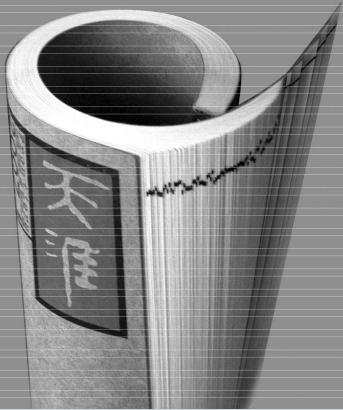
②④关于“第二次启蒙”，参见甘阳：《启蒙与迷信》，观察者网站，http://www.guancha.cn/gan-yang/2011_11_28_86152.shtml。

②⑤塞缪尔·亨廷顿：《变革社会中的政治秩序》，李盛平、杨玉生译，北京：华夏出版社1988年版，第113页。

责任编辑：周 慧

天涯
——
陈村

海内
存
比
邻
已



《天涯》杂志已开通淘宝店 <http://tyzzz.taobao.com>，欢迎网购。亦可到邮局订阅或本刊邮购。邮发代号：84-12，双月刊，16.00元/期，全年6期96元。平邮免收邮费。如需挂号，需加邮费3元/期。

邮购地址：海南省海口市国兴大道69号海南广场人大政协楼6层《天涯》杂志社 邮编：570203

电话：(0898)65360004 65332803

《天涯》2014年第2期目录	
作家立场	晓 苏 传染记(小说)
韩少功 圣徒化与警察化的交汇	潘绍东 双江湾人事(小说)
李云雷 “新工人美学”的萌芽与可能性	曹军庆 请温先生喝茶(小说)
潘家恩 “发现故乡”视野下的青年返乡路	老于头 分类(小说)
品思录	散文新锐榜之七
徐则臣 凤凰男	闫文盛 身心之累
韩振远 驯化石狮子	安 歌 留在书上的划痕(外二篇)
杨文丰 任何墙都挡不住心的自由	朱 强 虚实
鞠惠冰 赵元蔚 肤浅美学与表面游戏	刘 芬 翠景街89号
苍 耳 在暴雨中所显现的	梁晓阳 老马场的冬天
民间语文	许 实 动荡的生活
李晓燕 自我检视报告(2013)	艺 术
袁 凌 伤残矿工探访手记(2012)	孙 慨 摄影之殇
黄一鸣 民间影像：“闽海人”(1988—1993)	陆 蝉 给孩子作画的一生
父亲口述履历(2008)	研究与批评
文 学	王 勇 作家在作品中的说者形象
王 华 埃及法老王猫(小说)	苑英爽 当今韩民间学术共同体的独特形式
	环球笔记8则