

超越文本：“八二宪法”框架内的宪法变革

——从“八二宪法”有过多少次“修改”谈起

田 雷

(山东大学 法学院, 济南 250100)

摘 要:“八二宪法”有过多少次修改,这个问题的提出可以让宪法研究者发现一个被遗忘的研究课题。作为中华人民共和国历史上最有生命力的宪法,“八二宪法”成功地设定了柔性的修宪程序和审慎的修宪策略,从而调和了宪法文本稳定性与现实政治动力之间的紧张。但这也产生了一个问题,即在“八二宪法”的框架内发生了不可见于文本但却具有宪法意义的结构性变革,宪法学者应当认真对待这些在文本中看不见的不成文宪法变革。

关键词:“八二宪法”;良性违宪;宪法司法化;宪法变革;不成文宪法

中图分类号: D921 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-1971(2012)05-0057-06

大约20年前,美国宪法学家桑福德·列文森写过一篇很有趣的文章^[1]。在文章的标题中,列文森提出了一个关于美国宪法变革的问题:美国宪法共有多少次修改;而他也给出了四个答案选项,分别为少于26次、26次、多于26次、以上均为正确答案。美国宪法在当时只有26条修正案,因此,列文森的问题乍看起来有些幼稚可笑,答案亦是再简单不过。但列文森的同事们既未批判他的异想天开,也没有嘲弄他是哗众取宠,而是认真对待了列文森所提出的这一道饱含良苦用心的问题。本文则要回到中国1982年宪法的语境内,提出一道向列文森致敬的问题:“八二宪法”到底有过多少次“修改”?我在这里同样给出四个答案选项:(A)0;(B)4;(C)32;(D)以上皆不是。

人们常说,提出正确的问题要比给出正确的答案更重要。对于笔者而言,本文的论证工作并不是要证明哪个选项是(唯一的)正确答案,而是要证成这本身即是一个应当得到提出、探索和回答的宪法理论问题。换言之,答案是多少次并不

重要,重要的是中国宪法的研究者应当认真对待这个看似早有定论的问题,而不是以幼稚、荒诞或政治和学术不正确的名义否定对它的探索。本文的主体与其说是为这个问题寻找答案,不如说是希望通过这个问题,展示一个被宪法学研究所遗忘的学术领域:中国政治在“八二宪法”框架内所发生的结构性变革,即笔者所说的宪法变革。

但在进入具体论证之前,笔者有必要简单地说明四个答案选项,既要证明这个问题本身的正当性,也是为了初步论证宪法变革作为一个研究领域的合理性。首先从答案B(4次)说起。这是宪法学界接近于共识的通说。任何一本宪法学的教科书都会告诉学生,“八二宪法”在1988年、1993年、1999年和2004年先后进行了四次修改。其次是答案C的32次。32次看起来很陌生,但它是“八二宪法”实际上的文本改动次数。因为“八二宪法”的每一次修改都涉及多处条文修改。^①这里的32次不是宪法修改的批次,而是具体的条文变动次数。换言之,如果“八二宪法”的

①最少的一次为1988年的宪法修改,但也改动了两项条文,分别为第10条第4款和第11条。

收稿日期 2012-04-20

基金项目:山东大学自主创新基金项目(2010TB007)

作者简介:田雷(1981—),男,江苏徐州人,副教授,博士,从事宪法学研究。

修改采行在原初文本后附录修正案的修宪模式,而不是由新规定对旧文本进行替换和覆盖,那么“八二宪法”就有 32 条修正案。再次是答案 A 的 0 次,这个选项似乎违背常理,但并不是完全没有理由,关键在于我们如何在理论上界定宪法变革这个概念。如果我们将“八二宪法”自身理解为一“拨乱反正”(而非全新的起点),即一方面是对“七五宪法”和“七八宪法”的“修正”,另一方面是对“五四宪法”的接续,那么至少“八二宪法”现有的全部文本修改还没有涉及根本的结构性转型,还都是一种基于“未完全理论化合意”的变革。^①由此可见,你可以不同意答案 A,但它并不是完全不合理的选项。

笔者在本文中正确将答案设定为选项 D,之所以这样做,原因在于发现那些不可见于文本的“不成文”宪法变革。前述的 A、B、C 三个选项无论有何区别,它们的方法都是文本主义的。而本文的一个核心命题却在于,仅仅从“八二宪法”内含的修宪条款(即第 64 条),研究者既不可能完全理解这部宪法的修改程序和策略,也无法解读到在这部宪法框架内所发生的结构性变革。因此,我们有必要从文本出发,最终在“八二宪法”的文本之外重新理解“八二宪法”及其结构性变革。

一、“良性违宪”的洞见与偏见

自齐玉苓案以来,宪法学研究在宪法司法化议题的刺激下进入一个黄金时期。由司法化争议所催生的一系列学术成果,既带来国际化的视野,又符合学科化的学术生产模式。但问题在于,司法化或司法审查原本只是宪法实施的一种模式,最终却成为宪法学者理解和想象宪法的主导性范式,在很多时候,司法审查成了检验宪政的唯一标准。在经历这场司法化浪潮的洗礼后,再回头审视 20 世纪 90 年代有关良性违宪的争论,既可以看到前司法化时代宪法学在技巧上的质朴,也能发现中国宪法学在当时所存有的基于直觉的理论化冲动。在某种意义上,良性违宪这个概念就是在这对张力之间压迫出来的。或许正是因为中国宪法学在当时的欠发达,学者才更能直面中国的宪政实践,而不是用西方理论来剪裁中国宪法的实践。正因为如此,“良性违宪”这个概念才具有

深刻的洞察力,为中国宪法研究者提出了一个发现中国宪法问题的绝佳视角,但如果进行更严格的学术逼问,就会暴露出概念本身的不规范之处。这样说来,我们有必要从良性违宪出发,目标则是实现对它本身的超越。

良性违宪这个概念最初由郝铁川在 1996 年提出,很快就有了童之伟的批判,以及郝铁川对童文批判的回应,最终吸引了包括韩大元在内的宪法学家对这一概念以及相关问题的意见^{[2][3][4]}。现在回头去看,构成这场论战核心的是郝铁川的两篇论文和童之伟的论文,只有两三页纸的篇幅。即便这种篇幅在当时也是学术规范所要求的常规长度,但我们也确实难以想象几页纸就可以完成这个概念的理论论证工作。^②更重要的是,虽然这场辩论的参与者从一开始就具有面对中国宪法问题的冲动,但他们的理论资源还是来自法理学。诸如成文法的局限性以及法律相对于社会现实的滞后性,这些命题均是直接取自经典的法社会学资源。例如,郝铁川曾在文中指出:“法律相对于社会现实的发展具有滞后性,特别是在社会变革和危机时期更为突出,这导致了良性违宪的产生。”^{[2]91}可以说,良性违宪的争议的问题意识是中国宪法学的,但论证还未能突破法律与社会的一般性分析框架。

本文之所以旧事重提,是想重新考察这个极具洞察力的概念背后的理论盲区。这一盲区是由这场辩论中的正反双方共享的。童之伟所批判的是郝铁川对良性违宪的实体态度,他认为良性违宪不宜肯定,甚至正是因为有些违宪是良性的,所以更可怕^{[3]22}。可以看出,童之伟并没有从根本上否定这个概念本身的学术合理性及其价值。

“所谓良性违宪,就是指国家机关的一些举措虽然违背当时宪法的个别条文,但却有利于发展社会生产力、有利于维护国家和民族的根本利益,是有利于社会的行为。”这是郝铁川作为这个概念的提出者为这个概念所下的一个定义^{[2]90}。在 1996 年,这个概念在很大程度上来自对 1988 年、1993 年两次修宪的反思,它敏锐地洞察到在改革、尤其是首先在地方试点的闯关式改革与宪法文本之间的紧张。但问题在于,郝铁川的文章虽然并未直接引用“八二宪法”的文本,但良性违

^①未完全理论化合意这个概念,可参见 Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford University Press, 1996。

^②例如,郝铁川所提出的判定良性的两个标准,分别为“是否有利于社会生产力的发展”和“是否有利于维护国家和民族的根本利益”。相比之下,张千帆在 2007 年提出的判定良性宪法变通的标准就更学理化,也更法学化和司法化。张千帆的三个标准如下:“第一,在实体上,有关措施是否有助于落实宪法保障的基本权利? 第二,在程度上,有关措施是否有助于完善宪法所要求的民主和法治? 第三,在符合前两个条件的前提下,也就是在基本确定有关措施属于‘良性’的前提下,和宪法和法律的抵触是否必要? 或者说有关措施是不是为了实现良好的实体或程序目标而不得不采取的‘最后一招’? 如果通过合法合宪的方式可以同样实现目标,那么即便是‘良性’的违法或违宪也不应该发生。”参见张千帆《宪法变通与地方试验》,载《法学研究》2007 年第 1 期。

宪这个概念从一开始就陷入文本主义的误区。根据郝铁川的论述,良性违宪即便是良性的,也只能是暂时的,它还需要事后的宪法文本修改进行追溯性的合宪性确认。“在鉴定某行为为良性违宪之后,必须在一定的时间内,通过法定程序修改宪法,使良性违宪最终转变为合宪。”^{[2]91}

这样一来,良性违宪这个概念就不适当地简化了一个复杂问题,它至少未能认识到以下两点:首先,宪法体制内必然存在着一些无法见之于文本的宪法变革,换言之,有些宪法变革是不适宜、也不可能体现在宪法文本内的;其次,由于宪法文本所具有的抽象性,违宪与否并不是可以进行定性判断的问题,因此在实践领域内,“合宪性解释”较之于修宪通常可以节约政治成本,降低变革风险。^①这两个问题实际上来自同一个根源,或许是因为良性违宪的主要理论资源均来自一般意义上的法理学,所以这个概念从一开始就没有自觉区分宪法和普通法律在文本性质上的区别。

约翰·马歇尔曾在著名的美国银行案中写道:“宪法的性质要求,宪法条款仅能勾勒宏伟纲要、指明重要目标,并从目标本身的性质中,推断出组成那些目标的次要成分。”这句话虽然是基于美国宪法的判断,但它实际上展示了作为高级法和根本法的宪法在文本设计上的必然选择。正因为如此,政治行动是否违反了宪法,通常是一种存在宽裕判断空间的问题。宪法审查机构不应轻言违宪,而需要作合宪性解释,从而为政治分支的决策保留充分的“呼吸空间”。这诚如马歇尔在美国银行案中最著名的那段话:“假如目的是正当的,处在宪法的范围之内,那么,所有适当的手段——只要与目的之间存在关联,只要不被禁止,而是和宪法的文字与精神相一致,就都是合宪的。”而且,即便是可以修改宪法,宪法也不可能为每一种政治决策提供合法性的说明书。宪法文本如拘泥于细枝末节,最终只能成为政治的塑身衣,但政治——即便是自由主义的政治——都要允许一定程度的判断空间。因此,完全通过宪法文本提供现实政治的全部正当性证明,这只能是宪法学者的一种奢望。良性违宪正是建立在这种文本主义的奢望之上,它从一开始就设定,只有表现为文本的修正案才是现实政治的合法性根源,良性和正当的宪法变革即便暂时不能实现文本修宪,最终也要由修

宪进行追溯式的确认。这种文本主义的迷思,虽然构成许多宪法学论述的前见,但它既不符合宪法文本的性质要求,也不符合中国宪法变革的实在经验。也正因为如此,良性违宪这个概念虽然让我们洞察到“八二宪法”变革的许多经验现象,但它的理论化过程存在着不可否认的缺陷。

二、“八二宪法”的修宪机制与策略

良性违宪的一个悖论在于,这个概念具有中国宪法的问题意识,但在论证的过程中却总是基于一般法理学的理论资源。例如,郝铁川指出,“中国的立宪制度不够完善,是造成良性违宪较之别国为多的特殊原因。”但在具体论述中,郝铁川虽然敏锐地提及摸着石头过河的改革策略,但却未能分析“八二宪法”所内含的关于修宪程序的第64条,而是很快就进入当时法学者最擅长的法理论证,诸如“列举式的授权性规范”与“法不禁止即自由”两种权利模式的冲突^{[2]91}。但对笔者而言,超越文本主义并不反对理解文本,因此在探索不成文的宪法变革时,我们的起点就在于“八二宪法”规定修宪程序的第64条:“宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者1/5以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的2/3以上的多数通过。”

从文本上分析,“八二宪法”设定的修宪程序是一种两步走的模式:首先是由全国人大常委会或1/5以上的全国人大代表提出议案;其次是由全国人大代表的2/3多数通过。从法律技术上看,这种提议和批准的模式并非中国特色。美国宪法第5条也规定了这种模式的修宪程序,即首先由国会两院的2/3多数或2/3的州提出议案,再由3/4的多数州进行批准。^②

假如我们从形式的修宪程序转入实质的宪法政治,中美之间原本同构的修宪程序存在着重大区别。在中国立法政治的动力机制内,无论是提案阶段的全国人大常委会或1/5的代表,还是通过阶段的2/3的多数代表,都是一个可以轻易跨越的门槛。相比之下,美国修宪所要求的3/4的州现今已经是一种不可能的任务,因此美国宪政体制的瓶颈就在于它无法通过宪法的修正程序来进行自我变革。正因为如此,近期很多宪法学者提出重开制宪会议的方案,唯如此才能绕开美国宪法所设定的自

^①童之伟就敏锐地指出,郝文所列举的一些良性违宪案例根本就没有违宪。

^②由此可见,中国的修宪程序是“单一制”的。虽然全国人大在会议期间是以省为单位进行审议的,但宪法修改在计票时的基本单位是每一位代表,因为它只要求2/3的代表的通过,并没有继续附加2/3或3/4的代表团的同意。至少在理论上,我们可以想象一条宪法修正案,假设其内容为废除民族区域自治或特别行政区制度,它虽然受到来自民族自治区或特别行政区代表全体一致反对,但只要得到全国范围内的2/3代表的通过,仍能成为“合法”的修正案,因为根据“八二宪法”的文本,第64条的修宪程序可以修改该宪法的全部条款。当然,从实在宪法的角度,第64条的程序能否修正“八二宪法”的根本性规范,是一个值得讨论的问题。

我修正机制。观察“八二宪法”已有的四次修改,我们不难看出,中共中央总是作为修宪的动议者和实际上的起草者;而且,“八二宪法”的四次修改均发生在相应届别的党代会之后,这也是中国宪法变革的一个不可否认的模式^{[5]322-323}。如果我们将中国共产党(更具体地说是中共中央)纳入宪法政治的分析框架内,宪法文本所规定的两步走就变为三步走。但三步走非但没有让修宪程序变得更复杂,反而让修宪过程更为流线化。因此,我们可以说“八二宪法”的文本修改程序是极其“柔性”的,这就提出了良性违宪论者所未曾意识到的一个问题:假若中国的宪法决策者在法律程序上可以轻易启动并且完成文本修宪,为什么中国还会存在着如此普遍的“违宪”现象呢?我们完全可以想象,如果政治决策者发现其即将作出的决策有违反宪法的可能性,他们完全可以先修改宪法,然后再进行相应的变革。

如要回答这个问题,宪法研究者就不仅要看到法律文本所规定的修宪程序,还要发现制宪者所例行的修宪策略,因为程序总归是要由人来启动的^[6]。“八二宪法”的文本修改在修宪程序和策略之间呈现出一种极大的背离:程序是简便的,呈现为一种柔性宪法,但策略上却要求“必须修改的才改”或“可改可不改的不改”,从而保证宪法文本的稳定性。^①笔者在此将“八二宪法”的修宪策略概括为“绝对必需”的原则。至于如何才算构成了绝对必需,它要求相关的变革已超越了既定宪法的规范框架,因此无法通过宪法解释进行合宪性的确认,同时在实践中已取得一定程度的理论化共识。唯有如此才可以考虑修宪。之所以设定这一修宪策略,并且在历次修宪中较好地遵循这一策略,主要目的在于保证宪法文本的稳定性。

美国曾有宪法学家主张,美国宪法的变革程序并不限于宪法第5条所规定的文本修改程序,而且,在美国通过内战成为一个不可分裂的民族国家后,宪法第5条所设定的修宪程序已经不再是合理和可行的高级法的政治通道,因此美国有着不成文的宪法转型,其中最重要也最具争议性的例子就是罗斯福的新政^[7]。笔者受到这一思路的启发,在此提出一个具有颠覆性的主张,即“八二宪法”第64条的修宪程序也并不是中国宪法变革的唯一通道。这一主张的主要理由在于修宪程序和修宪策略之间的悖论:一方面是宪法文本所自我设定的简便易行的自我修正程序,另一方面

是制宪主体在启动这一程序时所自我设定的审慎的德性和惯例。由此可以区分成文的宪法修改和不成文的宪法变革,前者往往是在事后确认一些已经发生的,并且与宪法文本存在着无法通过解释得到明确的“违宪”改革,后者则为抽象文本所包容的变革,它们是那些“可改可不改”的变革,但这就意味着它们已经在实践中得以先行一步。

三、那些“看不见”的宪法变革

本文所提出的“看不见的”宪法变革,是指那些并未体现在宪法文本中的宪法性变革,在一定程度上,它可以说是介于常规性的政策变革和宪法性的、同时反映在文本修改中的结构性变革。从这一角度分析,可以认为,“八二宪法”之所以成为中华人民共和国历史上最有生命力的宪法,并且在可预见的将来也会保持其结构稳定性,一个原因在于它比较好地调和了程序的便利性和策略的审慎性,最终实际上设定了两种宪法政治的轨道,第一种是走宪法第64条的文本修改程序,第二种则是不成文的因此也更有政策灵活性和试验空间的宪法性变革。而本文则希望在这一基础上完成两项工作:首先为这些“看不见的”宪法变革建构一个具有操作性的法律认定标准,其次是通过具体案例来阐释这种不成文的宪法变革。

在中国宪法学当下的语境内,如要认定不成文的宪法变革,首先要做的工作是突破司法化宪法范式的禁锢。司法化宪法的范式基本上将宪政化约为司法审查,即司法理性对政治过程的驯化。但问题在于,宪法之所以为根本法,正在于宪法对政治共同体的构成、对政治体制的建构以及对公共政策过程的塑造。在此意义上,宪政是一个国家、民族在其政治生活中所创造的并且反复实践着的政治权力结构和政策形成过程。假若某一项政治决策不仅带来了一种“谁得到什么、何时和如何得到”的再分配结果,^②而且改变了既定的政治权力结构和公共政策过程,那么我们则可将这一决策归类为不成文的宪法变革。

笔者可以预期到一种来自严格法条主义的反对意见,并在此做一简单的预先回应。法条主义者完全有理由质疑,笔者在此也承认,上文所提出的界定标准还很粗糙,不够严格,在实践中未必有可操作性。换言之,只要突破了文本标准的约束,宪法研究者很难提出一种对文本主义者也具有说

^①对这一策略比较成熟的提法,可参见2004年修宪时的《关于中华人民共和国宪法修正案草案的说明》:“对实践证明是成熟的、需要用宪法规范的、非改不可的进行修改,可改可不改的、可以通过宪法解释予以明确的不改。”

^②政治在某种意义上就是决定“谁得到什么?何时和如何得到?”参见哈罗德·拉斯韦尔《政治学:谁得到什么?何时和如何得到?》,杨昌裕译,商务印书馆1992年版。

服力的法律标准,以区别未体现在文本中的宪法变革和常规性的政治或政策改革。对此,本文有两种回应:首先,由于宪法自身的性质,好的宪法论证经常并不具备普通法律所具有的“定纷止争”的安定化功能,反而是要去“反安定化”。^①其次是一种研究策略意义上的论证。即便不成文宪法变革/惯例的研究者目前尚未提出一种可令文本主义者接受的法律标准,从而区分宪法性变革和常规政治过程变革,但并不能因此否定这一方法本身所具有的学术价值。因为在学术的具体操作中,宪法学者还尚未自觉地进入本文所界定的不成文宪法变革,但无可否认的是,至少存在着一定领域内的核心的不成文宪法变革,它们尚且远离模棱两可的临界区域,但却为现有的宪法学研究所遗忘。因此,在现实的学术研究中,至少在对这些核心的不成文宪法变革进行充分研究之前,宪法学者实际上无需就临界区内的宪法变革给出一种严格的认定标准。关于不成文宪法变革或宪法惯例的研究,不应因技术性的瑕疵而否定其意义,宪法学研究者在这里不妨仿效宪法决策者的思路,“大胆地试,大胆地闯”,先不要进行方法论的争论。因此,下文所给出的两个在文本上看不见的宪法性变革,就是核心的宪法性变革。它们的确在“八二宪法”的框架内改变了政治权力结构、公共政策过程以及官员的行为逻辑,但它们也的确未能得到宪法学者的认真对待。

第一,从下管两级到下管一级。

中国宪政秩序是一种党国体制,如陈端洪所言,“八二宪法”的主权结构就是“中国人民在中国共产党的领导下”^[8]。因此,宪法学者在建构中国宪法理论时必须考虑到中国共产党,否则的话,就只能停留在一种形式主义的国家理论。中国共产党的宪法理论化不仅要解释作为文本的党章,更要回到党的实践。美国政治学家白霖在这一问题上有过一针见血的表述:“是党的实践,而不仅仅是一纸党章,构成了宪法。”^[9]而党国体制的一个核心问题就是共产党的干部任命制度,其根本原则就是“党管干部”。笔者在此将党管干部的组织形态概括为中国的组织宪法。

但党管干部只是中国组织宪法的根本法,在这一根本法则之下,中国共产党一直在试验着不同的具体组织形态。自1978年起,组织宪法的一次重大改革就是1984年由“下管两级”向“下管一级”的改革。由于组织人事权的权力决定着官员的仕途,因此也在一定程度上决定了官员究竟

对谁负责,组织宪法的改革实际上会改变中国政府——尤其是在纵向分权体制内的地方政府——的行为逻辑。下管两级是一个非常形象、自己可以说明自己的概念。在下管两级的组织形态下,中央对中央机关和国家机关管理部、局两级,对地方管理省、地两级;省市区委对省直机关管理厅、处两级,对地方管理地、县两级。我们应该看到,1980年的下管两级改革本身就是中央集中组织权力的试验,解决在下管一级体制内所可能出现的地方主义倾向。但根据下管两级的原则,中央管理的干部大约在1.3万人,导致的一个困境就是管的多,但管得不好,没有能力进行实质性的管理,只能进行形式化的审查。

1984年,根据邓小平的“管少、管好、管活”的原则,中国组织宪法开始了由下管两级改为下管一级。在下管一级的组织形态下,中央对中央级的党政群机关,只管理其正副部长、主任和党组成员;对省区市,只管理其正副书记、党委常委和顾委,纪委、人大、政协、政府领导班子的正副领导人以及高级人民法院和省人民检察院的正职。这实际上是中央对组织人事权的一次下放。在新体制下,中央管理的干部减少至7000人。中央机关的部门党组和各省党委也进行了下管一级的改革。

由下管两级改为下管一级,这一宪法改革并未见于宪法文本,因此是一种看不见的宪法性变革。但无可否认,它是中国政治在组织结构上的一次转型,深刻地塑造着中国的纵向权力结构和地方官员的行为模式。例如,在关注中国基层的选择性政策执行时,欧博文和李连江指出,中国基层政府之所以会出现选择性执行政策的现象,第一个原因就是党的干部管理体制的这次改革,因为下管一级,每一级的政府官员就只和负责其仕途的顶头上司发生关系,只对其顶头上司负责,而上司的上司在组织形态上就不再是其上司,这在很大程度上导致了中国国家政权的地方化。

第二,分税制改革。

现代国家都是所谓的财政国家。民族国家作为一种政治组织形式,其在欧洲的起源就表现为国家的汲取能力建设。财政宪法的问题一方面涉及国家与社会的分权问题,另一方面也涉及中央与地方的分权问题。中国在1993年的分税制改革可以说是一次不成文的宪法性变革,我们必须学会用宪法理论分析这次改革的前因与后果。

分税制改革的启动背景可以概括为“两个比例”的逐年下降。根据项怀诚自己的回忆,“财政

^①关于宪法的“反安定化”功能及其对民主的功效,可参见 Louis Seidman. *Our Unsettled Constitution: A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. Yale University Press, 2001。

收入占 GDP 的比重逐年下降,中央财政收入占全国财政收入的比例太低,财政部很窘迫啊。有人把中央财政叫做‘悬崖边上的中央财政’,一碰就掉下去,如临深渊。”^[10]¹¹而两个比例之所以下降,中央政府的财政能力之所以枯竭,就在于中央和省在财政分配问题上实行的是“财政包干”、“分灶吃饭”体制。这一体制在改革初期所塑造的分权让利格局构成了中国经济改革的政治动力,形成了经济学家所说的经济联邦制和政治学家所说的事实联邦制,这就是分税制改革的宪政背景。

分税制改革在“八二宪法”的框架内实现了结构性利益分配格局的重组,其过程本身就是中国宪法研究的绝佳课题。项怀诚曾在访谈中谈到了朱镕基的一段“半开玩笑”的话,“那段日子是东奔西走,南征北战,苦口婆心,有时忍气吞声,有时软硬兼施。总算谈下来了,我自己则掉了五斤肉。”^[10]¹³⁻¹⁴^①但就本文目的来说,我们只需确认分税制改革从根本上改变了中央政府和地方政府所掌握的钱袋子,是对中央地方关系以及互动模式的一次根本性转变。当然,它完全无法见之于宪法文本,也自始至终无关乎法院。

分税制改革近二十年后,我们经常可以听到两种关于分税制改革的批评声音:一种是从合法性的角度来批评分税制改革本身不是一个守法的进程^[11];另一种就是从公共政策的角度批评分税制造成了地方政府的土地财政,因此应对高房价问题负责。但至少在本文看来,这些批评实际上都未能理解分税制改革的宪法意义,并没有体会项怀诚所说的“悬崖边上的中央财政”以及项怀诚对悬崖边上的一个注解:“一碰就掉下去,如临深渊。”根据项怀诚的回忆,朱镕基曾说过:“对财税体制取得的成功,怎么评价都不过分。”^[10]¹⁵此外,据说朱镕基曾对分税制的批评声音有所回应:“攻击分税制,根本就是无知!无知还透顶。”本文认为,朱镕基是作为一位宪法决策者来作这一评论的,其间的意见分歧实际上反映着宪法视角和公共政策视角的根本性区别。

四、走向中国的宪法变革理论

本文看似解构中国宪法学中的一种常识性认知,但笔者却不是在以后现代式的戏谑态度对待中国的宪政实践,反而是在强调,中国宪法学者应当基于本土的宪政实践建构起中国宪法变革的理论。

齐玉苓案以后,司法化宪法的认知范式遮蔽

了中国宪法学者发现中国宪法问题的自觉意识。学者将精力主要放在如何让中国宪法动起来,标准则是宪法有没有被司法化或被适用。因此,宪法学在宪法解释方法和宪政审查模式上贡献出丰富的成果,也相对冷落了宪法变革的研究。本文希望带着中国宪法的理论自觉重新进入这个被遗忘的宪法学角落。它的核心命题认为,在“八二宪法”的文本修正这一修宪机制之外,还存在着并未见于文本的宪法性变革。本文的具体论证在技术上必定存有瑕疵,有待商榷,但只愿它能展示出一种中国宪法理论可以努力的方向。假若我们可以用自觉和自主的理论心态反思这些不成文的变革,它或许可以让中国宪法研究者走出难为无米之炊的巧妇困局,不再是等待戈多式地研究一般将来时的宪法学,而是返回中国宪政在当下的实践,重新发现中国宪法。面对丰富多彩、波澜壮阔的宪法实践,中国宪法学研究没有理由作茧自缚、画地为牢,而是应该以开放的心灵去探索“八二宪法”以及在这部宪法框架内所展开的宪政变革。

参考文献:

- [1] LEVINSON S. Accounting for Constitutional Change (How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) <26; (B) 26; (C) >26; (D) All of the Above) [J]. Constitutional Commentary, 1991, 8: 409-432.
- [2] 郝铁川. 论良性违宪[J]. 法学研究, 1996, (4).
- [3] 童之伟. “良性违宪”不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法[J]. 法学研究, 1996, (6).
- [4] 郝铁川. 社会变革和成文法的局限性——再谈良性违宪兼答童之伟同志[J]. 法学研究, 1996, (6).
- [5] 蔡定剑. 宪法精解[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [6] 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[J]. 法律科学, 2010, (2): 3-11.
- [7] ACKERMAN B. We the People: Foundations [M]. MA Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- [8] 陈端洪. 制宪权与根本法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2010.
- [9] LYNN WHITE. 中国宪法的现状[J]. 开放时代, 2009, (12): 72.
- [10] 项怀诚, 马国川. 改革是共和国财政六十年的主线[J]. 读书, 2009, (9).
- [11] 叶必丰. 经济宪法学研究的尝试: 分税制决定权的宪法解释[J]. 上海交通大学学报: 哲学社会科学版, 2007, (6): 5-14.

[责任编辑: 张莲英]

① 近期出版的《朱镕基讲话实录》也在第一卷内收入了关于分税制改革的三篇第一手文献,分别为《分税制会促进广东的发展》、《关于分税制问题致江泽民、李鹏同志并中共中央政治局常委的信》、《分税制改革有利于中西部地区发展》,参见朱镕基《朱镕基讲话实录》(第一卷),人民出版社2011年版,第357—375页。