

《八二憲法》與現代中國憲政的演進

高全喜 田飞龙

一 回歸與演化：《八二憲法》的共和意蘊

田飛龍（以下簡稱「田」）：高老師，2011年我們曾一起以對話形式，分別討論過「政治憲法學」和「辛亥革命」的問題，在學界和社會公共領域產生了一定的反響和回應^①。本場對話的主題是「《八二憲法》與現代中國憲政的演進」，這與去年的對話主題是相互關聯的，都涉及到現代中國的憲政立國問題。2012年是一個值得紀念的周期性年份，即中華民國建國一百周年和《八二憲法》（1982年《中華人民共和國憲法》）制訂三十周年。從1912到1982年這七十年間，中國立憲史進入了革命政黨競爭與憲制結構定型的關鍵期。我們知道，您在國內「政治憲法學」興起的過程中扮演着重要的角色，力圖對這一學術潮流中的國家主義（或黨國主義）傾向進行自由主義的制約和重構。您提出「憲制發生學」，而且還從西方早期現代的立國思想與歷史之中辨識出了憲制發生學的三條線索，即「戰爭—革命—憲法」、「財富—財產權—憲法」和「心靈—宗教—憲法」，更在去年關於《清帝遜位詔書》的專題性研究中試圖發現「中國憲制發生學」的演化機理和內在結構^②。在我看來，憲制發生學是一種演化論的視角，具有英美經驗主義的傾向。您如何從這種發生學或演化論的角度看待《八二憲法》？有許多人認為《八二憲法》是對《五四憲法》（1954年《憲法》）的一種回歸^③，您怎麼看？

憲政是現代民族政治成熟的真正標誌，中華民族也不例外。這樣一種成熟過程不是一次制憲權的動用就可以完成的。從演化論的視角來看，這是一個前後連續並時有反覆的歷史過程。現代中國的立憲史顯然也超脫不了上述的憲政演化邏輯。

高全喜（以下簡稱「高」）：在我看來，憲政是現代民族政治成熟的真正標誌，中華民族也不例外。但是，這樣一種成熟過程不是一次制憲權的動用就可以完成的。從演化論的視角來看，這是一個前後連續並時有反覆的歷史過程。現代中國的立憲史顯然也超脫不了上述的憲政演化邏輯。比如《八二憲法》，許多人都認為是對《五四憲法》的一種回歸。但我認為，這種「回歸論」有簡單化的傾向，既沒有洞察到《八二憲法》在精神原則上還可進一步追溯到1949年《共同綱領》

（《中國人民政治協商會議共同綱領》）或1912年的《中華民國臨時約法》，更無法有效解釋改革時代的四個憲法修正案（1988、1993、1999、2004）中所呈現的「新憲法精神」。在我看來，四個修正案所「回歸」的並非《五四憲法》，而是更遠距離的1912年《臨時約法》和更寬歷史脈絡中的共和主脈。如果沒有精神原則上更遠程的回歸，《八二憲法》就很難開放出充分的政治空間來容納新的憲政元素。

田：確實，我們今天需要將《八二憲法》放在更遠程的回歸譜系上，超脫局限於特定時代的認知，這樣一種「大回歸論」才能夠與現代中國憲政的演化論更加契合。否則，如果僅僅是回歸到《五四憲法》，則現代中國憲政與法統的歷史就存在絕然的斷裂。

高：其實這裏主要是對新中國憲政過程的觀察，其共和憲政的演化還需要在理論解釋上實現從「小回歸論」到「大回歸論」的調整。如果沿着中華民國的憲政與法統演進的路徑去看就清晰多了。儘管我在關於《清帝遜位詔書》的專題性研究中批評了孫中山的革命激進主義，但對於他的憲政階段論還是積極評價的。所謂的「軍政—訓政—憲政」不正是一種現代中國憲政的演化論嗎？這是政治家與立法者的深邃眼光，包含着歷史洞察與實踐理性，而不是職業法學家受限於專業口徑的眼光。我們今天還屢有憲政學者提出諸如「革命—改革—憲政」之類的階段論，主張中國在告別革命之後需要進一步從「改革憲法」走向「憲政憲法」，或者從「訓政初期」加緊走向「訓政中期」^④，這在某種意義上不還是在孫中山奠定的憲政理論框架內進行理論重述與實踐運用嗎？更關鍵的是，演化邏輯適應了改革內在的經驗主義邏輯。

今天還屢有憲政學者提出諸如「革命—改革—憲政」之類的階段論，主張中國在告別革命之後需要進一步從「改革憲法」走向「憲政憲法」，或者從「訓政初期」加緊走向「訓政中期」，這在某種意義上不還是在孫中山奠定的憲政理論框架內進行理論重述與實踐運用嗎？

田：在演化論視角之下，現代中國法統的連續性就很好解釋了。在我看來，演化史觀是一種保守史觀和改良史觀，這也是您在關於《清帝遜位詔書》的專題性研究中着力強調的。憲政理論，無論是自由主義版本的，還是共和主義版本的，如果沒有一種「保守改良主義」的歷史觀作為觀念性基礎，就可能導致忽左忽右的歷史震蕩，這是我們不願意看到的。

高：把我的憲政演化論與保守改良主義歷史觀進行勾連，是有意義的。對於《八二憲法》，我認為既有的研究主要是在三個層面上展開，有所貢獻但也存在顯著的不足：第一，憲法史層面，這一層面的研究局限於新中國憲法史，缺乏對《八二憲法》所根植的現代中國立憲史整體脈絡的理論梳理，也就無法對《八二憲法》進行「大歷史」的定位，更不可能涉及歷史觀的積極反思；第二，憲法解釋層面，這一層面的研究主要是對具體憲法條文與制度的研究，這種研究很重要，也是憲法學的基本功，但目前階段基本沒有用武之地，因為中國還處於憲政轉型期，沒有設立憲法法院，憲法的核心問題是政治結構的成熟而非具體條文的司法適用；第三，比較憲法層面，這一層面的研究可以廓清我們對世界憲

政格局與態勢的認知，但存在偏離中國自身憲制結構、將比較憲法學結論錯置為憲法普遍原理的缺陷。因此，我認為《八二憲法》在理論研究上除了上述層面之外，還應該開闢出「政治憲法學」的維度，對現代中國憲政的發生機理、歷史過程與演進規律進行研究，訴諸歷史和思想的雙重解釋系統。

田：您對憲制發生學的思想史重構和對《清帝遜位詔書》的專題研究，具有典範性。說起現代中國憲政的演化，我忽然想起了「政協」。我覺得現代中國憲政發展錯失過兩次絕佳的歷史機會：一是孫中山和袁世凱共同締造中華民國那一次，二是抗戰後的「舊政協」那一次。

高：很對。孫袁分裂標誌着民國憲政的破產，表明了政治精英無法尋找到進行政治妥協與權力安頓的適當憲制框架。1946年那一次差一點就成了，「政協」作為一種具有憲制包容性的制度機制，曾經一度成為中國憲政轉型的關鍵：一方面超脫了1931年《中華民國訓政時期約法》中關於民國憲政的「地方自治論」，另一方面創造性地將包括國共兩黨在內的中國主要政治力量納入其中，並產生了作為新憲法基礎的政協決議案。1946年的「舊政協」並非後來的新中國憲法中的作為參政議政機構的協商性團體，而是作為民國憲政轉型之制度性中樞的獨特機制，具有準制憲會議的性質。雖然1946年「舊政協」的憲政努力最終被「槍杆子裏出政權」的力量邏輯所打破，不過，「舊政協」的歷史經驗仍然值得重視。我覺得1946至1949年的中國歷史包含着兩個層面的敘事：一是以「力」為中心的革命與戰爭史敘事；二是以「理」為中心的政治協商與憲政演化的敘事。中國大陸的正統史觀將「舊政協」處理成鬥爭歷史的一部分，而非憲政歷史的一部分，這是有問題的。

1946至1949年的中國歷史包含着兩個層面的敘事：一是以「力」為中心的革命與戰爭史敘事；二是以「理」為中心的政治協商與憲政演化的敘事。中國大陸的正統史觀將「舊政協」處理成鬥爭歷史的一部分，而非憲政歷史的一部分，這是有問題的。

二 憲法序言與歷史敘事

田：「理」與「力」，這是中國歷史進步的觀念力量與物質力量，其實二者之間有着很緊密的邏輯聯繫。說到歷史敘事，其實《八二憲法》是高度重視歷史敘事的，這主要體現在它的序言中。不少憲法學者認為憲法序言僅具有政治宣示意義，沒有規範效力，這是法學規範主義擴展到憲法解釋上產生的一種學理性偏見。憲法不是普通的部門法，而是政治法，因此不能以普通的法學規範主義視角予以簡單化處理，更不能以是否可以被法院適用作為認知憲法條款效力的唯一口徑。我們守護的不是孤立的「理想條款」，而是作為民族整體政治生命的「憲法」。

《八二憲法》序言長達1,800多字，對中國文明和近現代史採取了革命史觀的敘事模式，並在其中插入了具有規範效力的「四項基本原則」，構成中國憲法文本中獨特的合法性論證模式和「政治憲法結構」（下詳）。既有的法學研究由於存



高全喜教授

從政治憲法學的角度來看，憲法序言肯定是有效力的，甚至有着優先於其他普通條款的效力，否則，憲法修正案為何同時涉及對憲法序言的修改呢？顯然，制憲者是將憲法序言作為憲法文本的有機組成部分來對待的，對其規範效力也深信不疑。

在上述方法論和理論視角的局限，輕易地將《八二憲法》中非常關鍵的序言予以「非文本化」，這其實也不符合文本主義的本意。更進一步，對《八二憲法》文本的不同裁剪方案可能恰恰反映了解釋者自身來自比較憲法而非中國憲法上的「理想憲法」圖景。回到序言本身，這也不是中國憲法的獨創，而是來自社會主義憲法傳統。為何社會主義憲法文本會呈現這樣的狀況呢？憲法主要是作為「經」存在，為何還要將「史」編織進來呢？

高：從政治憲法學的角度來看，序言肯定是有效力的，而且甚至有着優先於其他普通條款的效力，否則，憲法修正案為何會同時涉及對憲法序言的修改呢？顯然，制憲者是將憲法序言作為憲法文本的有機組成部分來對待的，對其規範效力也是深信不疑的。不過，這裏的「效力」，不是日常政治意義上的司法效力，而是轉型時期的政治憲法的政治效力，其修辭與實質尚處在變動之中，是不變中的變革，對此解釋需要的是一種政治智慧，而不僅僅是司法智慧。

說到社會主義憲法為何這樣寫，我覺得存在一個權力事實與文本結構的張力問題。在社會主義取得國家性勝利之前，資本主義的憲法以美國憲法和法國憲法為典範，其成文憲法結構已經成熟，主要包括政體條款和權利條款，即使有序言，也只是簡短重申建國目的，不涉及對歷史的敘述。資本主義憲法是啟蒙時代憲法科學的制度結晶，結構清晰，邏輯嚴密，自成一體。而社會主義本身是在批判資本主義的基礎上取得其科學性與歷史性地位的，社會主義革命在歷史實踐中產生了超越資本主義法權的權力組織形式（先進政黨）和社會目標（生產社會化和共同富裕），但世界歷史在整體上又處於資本主義的權力支配和文化控制之下，所以社會主義憲法就必須一方面借用資本主義法權的憲法形式，另一方面又需要將新的權力組織形式與社會目標安插進憲法文本之中；由於後者不便於在政體條款中予以直接的制度性落實，只能另闢新章，歸入憲法序言與總綱之中。

田：這番解釋很到位。現在許多憲法學者是按照資本主義憲法的經典結構來「裁剪」中國憲法文本的，於是序言乃至於總綱就會成為「另類」，然而，這些「另類」恰恰構成了社會主義憲法的「政治本體」。而且，在馬克思主義的教義系統中，國家本身並非一種常在，而是一種適應歷史進化目的的過渡性安排，是生產管理的便利工具，而不是守護民族與個人的憲法性存在。因此，對於過渡期間國家權力與個人權利到底如何進行妥當的制度化安排，馬克思主義無意於也沒有進行十分成熟的理論思考，它的重心和終點不在國家，因此國家理論只是其政治經濟學理論與歷史理論的附庸。我們今天遇到的問題是，中國將長期處於社會主義初級階段，更關鍵的是，還將長期處於資本主義主導的世界歷史秩序之中，因此憲政問題便現實化為《八二憲法》的內在使命，而並非僅僅是一種短暫的過渡性安排。

高：這也是《八二憲法》不同於《五四憲法》、《七五憲法》（1975年《憲法》）和《七八憲法》（1978年《憲法》）的關鍵所在，因為這些憲法處於不同的歷史情境和政治決斷之下。《五四憲法》建立在聽取斯大林的制憲教誨、模仿蘇聯1936年憲法並適應國內社會主義改造需求的政治前提之上；《七五憲法》和《七八憲法》帶有濃重的文革激進主義色彩。《八二憲法》則是以1978年中共十一屆三中全會的政治決議為前提的，這一決議使得中國進入了一個長期化的、面向常態的經濟與國家法制建設階段。因此，就必須發展出一種適應長期化的社會主義初級階段的國家理論與憲法理論，這樣才可能為改革事業提供有效的理論支撐和制度保障。這是一個非常獨特的歷史發展階段，其長期性足以構成一種需要進行相對獨立的理論建構的歷史過程。我以前經常使用「非常政治」／「日常政治」的政治學分類範疇，但我忽然發現改革政治很難被歸類，即它既不是非常政治，也不是日常政治，我覺得它是一種相對獨立的轉型政治，有點類似阿克曼（Bruce A. Ackerman）講的「憲法政治」。

當代中國有一個很奇特的政治話語現象，即重大問題的政策性討論最終是以是否符合「改革」為判准的，而不是以是否符合「憲法」為判准的，似乎誰掌握了「改革」的話語權，誰就是政治上的正確代表。這樣的「改革」已經成為一個具有憲法內涵的規範性概念了。

三 改革的憲政內涵與政治判斷

田：您提到了阿克曼，他確實是將美國憲政轉型放在某種特定的「憲法政治」類型中予以處理的^⑥，這種政治類型在性質上屬於一種文本內的轉型政治，借助了文本所提供的根本法原則以及文本框架下的常規政治機構的非常規化效能。我們是用「改革」來概觀中國近三十年的一切具有結構性意義的進步的。可是我一直很納悶，中國的「改革」到底是甚麼？我發現當代中國有一個很奇特的政治話語現象，即重大問題的政策性討論最終是以是否符合「改革」為判准的，而不是以是否符合「憲法」為判准的，似乎誰掌握了「改革」的話語權，誰就是政治上的正確代表。這樣的「改革」已經不是一個描述性概念，而成為一個具有憲法內涵

的規範性概念了，但是我們又沒有正面賦予這一概念以明確的內涵。或許「改革」本身就是一種在我們時代具有至上性的權力話語，某種意義上具有了「根本法之根本法」的地位，但其具體是甚麼，不得而知。有些做法是「改革」，有些不是，這種判斷成為了實質上的違憲審查判斷，然而其理由和根據並不清楚。我記得青年憲法學者翟小波曾在《論我國憲法的實施制度》一書中將「改革」作為中國憲法的根本法對待^⑥，這是很重要的理論洞見，但也未能較為成熟地解釋其規範性的內涵。這種不確定性會造成諸多困惑，比如「不折騰」和「折騰」哪一種代表了改革精神，這並不容易做出明確判斷。施米特 (Carl Schmitt) 提出了一個政治概念叫「延遲決斷」^⑦，我覺得「改革」在某種意義上通過其舉措的明確性體現為一種決斷，同時又通過其核心內涵的模糊性體現出一種「延遲決斷」。

作為整體的《八二憲法》包含了憲法本文和四個修正案，法治新原則受制於政治舊體制，人權新原則受制於主權舊觀念，私有財產和土地市場自由受制於「神聖」的公有制。這種新舊憲法原則混雜、「延遲決斷」的《八二憲法》體系自然容易遭到各方勢力的不滿與指責。

高：對「改革」內涵的判斷要借助對《八二憲法》結構性走向的判斷來進行。陳端洪教授對《八二憲法》採取的是「總體肯定，具體批判」的態度，尤其是對其中的政治性原則予以嚴肅的捍衛^⑧。我覺得這種立場對改革以來的憲法發展的制度價值觀察不足或估計太低。《八二憲法》的真正生命或其演化趨勢主要體現在四個修正案之中。1988年修正案解決了土地市場化的問題。儘管現實中存在着政府經營城市、城鄉土地級差地租分配不公、徵地拆遷血案累累的問題，但這恰恰不是土地市場化的責任，而是市場化不充分和法治保障不足的體現。1993年修正案解決了市場經濟的問題，保障了市場自由，從而為1990年代以來中國經濟和國民財富的巨量化增長奠定了憲法基礎。1999年修正案主要解決了法治國家的問題，這是對長期化的社會主義初級階段如何建構一種常態國家的憲法回應。2004年修正案主要解決了人權入憲和私有財產保護的問題。

我覺得這些修正案體現了改革的積極成果和時代的進步，是對《八二憲法》內蘊的共和精神和自由價值的深度挖掘與伸展，也進一步印證了《八二憲法》所回歸的不再是《五四憲法》，而是百年共和憲政主脈。顯然，土地市場化、市場經濟、法治、人權、私有財產保護，這些憲法新原則確實構成了《八二憲法》對改革成果的直接肯定。然而，就像你提到的「延遲決斷」概念所指涉的那樣，作為整體的《八二憲法》包含了《八二憲法》本文 (original constitution) 和四個修正案，新舊原則共存，法治新原則受制於政治舊體制，人權新原則受制於主權舊觀念，私有財產和土地市場自由受制於「神聖」的公有制。這種「納新」不「吐故」、新舊憲法原則混雜、「延遲決斷」的《八二憲法》體系自然容易遭到各方勢力的不滿與指責，左派覺得太右且愈來愈右，右派覺得太左且對左的回潮保持着高度的戒備狀態。我們在憲法裏塞入了太多美好的理想和各方的價值訴求，承諾了太多的權利，但缺乏充足的制度性支付能力。中國近幾年的公民權利運動中就出現了「權利擠兌」現象。

田：是的，看看多少徵地拆遷血案中無助的受害者手舉憲法和法律文本維權，但其周圍卻是麻木的旁觀者和冷酷的、包括法院幹警在內的聯合執法隊。蒼白

的臉、蒼白的手和迷茫的眼神成為他們手中的憲法與法律文本之蒼白性的最好見證。依法維權遭遇以力維穩，群體性事件與不斷強化的警察維穩體制形成惡性互動，不斷衝擊着中國的基本社會秩序。

高：你這裏說得很形象。我每天上網幾乎都會看到你描述的那種場景，很多地方都有，山城重慶有，作為改革符號的廣東也有。論憲法中的公民權利清單，《八二憲法》不比任何一國憲法差，可為何現實中政府權力肆無忌憚地侵犯公民權利，卻很少承擔責任呢？這顯然不是法治。

四 立法審查還是司法審查？

田：對於這種頻繁的政府侵權的非法治現象，不少法學家將原因歸結於司法不獨立或缺乏違憲審查機制，所以隨着伴隨改革的老一代法學家逐漸故去或退居幕後，新生代法學家對於司法改革和違憲審查的研究與鼓吹熱情空前高漲。這種學術代際更替的現象帶來了中國法學學術尤其是憲法學術的繁榮，甚至一度出現了借助2001年的「齊玉苓案」而展開的「憲法司法化」運動^⑩。這一運動在我看來是中國法學界對美國「馬伯里訴麥迪遜案」(Marbury v. Madison, 1803)的一種制度模仿，但卻忽視了傳統背景和體制基礎，終於遭到失敗。這裏不是以成敗論英雄，而是為了使失敗更有價值，必須進行認真的反思。那一場模仿異邦的故事構成了中國立憲史上的一次「普通法革命」，但其結局也大體宣告了中國憲政轉型模仿西方「司法憲政主義」道路之可能性的終結。我們都很熟悉的「政治憲政主義」便產生於針對這一時代憲法現象的積極而理性的反思之中。

高：是的，這一段憲政故事離今天很近，也是這幾年催生政治憲法學與政治憲政主義討論的基本問題背景。這裏涉及到對《八二憲法》確定的實施制度的正確評估與反思。從憲法解釋的角度來看，《八二憲法》確立了立法解釋／審查的模式，即法律與法規的違憲審查權操之於立法機構之手。這種立法審查模式經由2000年通過的《中華人民共和國立法法》以及後續的法規備案審查室、2006年通過的《中華人民共和國各級人民代表大會常務委員會監督法》等法律機制而獲得了實在化。但是，我對這種立法審查程序之實效性確實不敢恭維。

田：您說得很對，這種立法審查程序實際上並沒有真正地「程序化」，因為它缺乏構成一個獨立法律程序的必要因素，比如透明性、明確的審查期限與決定形式、可爭辯性、說理性等。程序正當性的嚴重欠缺使其不能成為一種法律程序，也就不可能發揮出這種程序所承諾的正義效能，而漸成一種「畫餅」，最後可能淪為「笑柄」。

在中國憲制中，「行政主導」一直是一種權力現實，滋生了嚴重的腐敗和政府侵權現象，而且造成了今天相對於人大和法院的主導性態勢。所以，如何控制行政權，促進中國憲政結構回歸民主屬性，就構成了《八二憲法》有效實施的一個重要方面。

高：我們在推理中假定全國人大具有充足的政治權威，這一點還是有疑問的。在中國憲制中，「行政主導」一直是一種權力現實，行政權在推動改革開放中確實顯示了巨大的行政效能，做出了不可否認的貢獻，但也滋生了嚴重的腐敗和政府侵權現象，而且造成了今天相對於人大和法院的主導性態勢。所以，如何控制行政權，促進中國憲政結構回歸民主屬性，就構成了《八二憲法》有效實施的一個重要方面。

田：其實，在促進《八二憲法》的實施方面，法院也並非毫無作為，尤其是在制約行政權方面還是有一些值得關注的制度性表現的，例如中國各級地方法院紛紛發布「行政審判白皮書」。

高：三十年法治史的具體成就還是很明顯的。不過，法治需要和政治(民主)相平衡。我在〈政治憲政主義與司法憲政主義——基於中國政治社會的一種立憲主義思考〉那篇論文中就提出過要用政治憲政主義之手摘取司法憲政主義之果^⑩。

人大系統長期承受「橡皮圖章」的詬病可能並非自身意願所致，而是機構能力不足的表現，比如代表中行政官員比例過高、代表人數太多、會期太短，等等。如果能夠在上述機構能力方面予以逐步的針對性制度改革，那麼「加強人大制度」或許可以落到實處。

五 代表制問題與政治憲法結構

田：那篇文章我記憶猶新。您起初是為了回應陳端洪教授對《八二憲法》的「五大根本法」的解釋^⑪，後來開始相對獨立地提出自己關於政治憲法學的理論見解。您在那篇論文中建立了政治憲政主義與司法憲政主義之間的「手段—目的」關係，將二者之間的對峙性空間競爭關係轉化為連續性時間演化關係，從而對陳教授論文中的國家主義傾向進行了有力的自由主義回應。

高：我跟陳端洪之間對《八二憲法》的整體評價存在着重要分歧，他更看重《八二憲法》中的政治原則，我更看重《八二憲法》的四個修正案中的自由元素。當然，我所謂「政治憲政主義」中的「政治」主要是一種成熟的代議制，這是現代政體的基本制度要素，中國憲政之成熟也不可或缺。

田：實際上，關於憲法實施模式，我不大同意只從結果性審查的角度來認識，而認為還可以有過程化的認識。在剛剛完成的博士學位論文〈政治憲政主義——中國憲政轉型的另一種進路〉中，我就不是將中國憲政轉型之困境或約束條件歸結為缺乏司法獨立或違憲審查模式，而是歸結為中國憲法文本中的「政治憲法結構」。何謂「政治憲法結構」？我將之界定為人民主權(憲法之「道」)在《八二憲法》上的三個「肉身」：基於真理的黨的領導代表制+基於程序的人民代表大會制+非代表制的參與民主制。我們剛剛談到的「政治憲法結構」制約乃至於阻撓公民權利實現的現象，主要原因在於這一結構本身沒有充分地地理性化、民主化和制度化，所以政治憲政主義應側重從制度層面推動這一結構的憲制性轉化，使之

具有民主屬性和制度理性。而在中國最近幾年的憲政發展中，政治、行政乃至於社會領域的政治憲政主義制度演化特別值得認真觀察與分析，比如權力公開領域、行政民主領域和社會自治領域。

高：對《八二憲法》作人民主權的解釋在憲政原理上沒有問題，但是最關鍵的還是你所謂的「政治憲法結構」中兩種代表制的關係及其制度性演化的問題。我記得幾年前陳端洪提出過「雙重代表制」的問題^②，他用這個概念來描述中國的主權結構，但似乎也沒有做出很成熟的解釋理論出來。這個「雙重代表制」顯然不是一種穩定的代表制結構，也不是我所謂的「成熟的代議制」。

田：我們現在似乎是在政治上要求同時加強這兩種代表制，比如一方面要求「加強和改善黨的領導」，另一方面要求「加強人大制度」，不過在具體的制度操作層面，對黨的領導代表制的強化力度可能更大。我覺得人大系統有些委屈，其長期承受「橡皮圖章」的詬病可能並非自身意願所致，而是機構能力不足的表現，比如審議過程中代表團之間不能串聯、代表非專職化、代表中行政官員比例過高、代表人數太多、會期太短，等等。我想，如果能夠在上述機構能力方面予以逐步的針對性制度改革，那麼「加強人大制度」或許可以落到實處。

高：所以，圍繞人大制度展開的選舉法的修改、人大議事規則的完善、人大會議的辯論性和公開性的增強、代表專職化、立法審查程序之「程序化」，以及包括你所說的「行政審判白皮書」制度創新中的人大專題質詢會等制度機制的完善，都是政治憲政主義的制度性表現，都應該認真研究，妥善實行。至於黨的領導代表制，我覺得也存在民主與法治的作用空間，黨務公開、黨代表選舉與黨內治理結構的民主化改造，在中國特定的憲政體制下具有顯著的憲政意義。每一個黨員如能模範地以現代公民標準在黨內合法、合規地開展公共政治生活，則《八二憲法》之成熟演化亦十分值得期待。

田：是的，黨員的先進性應落實在其公民性上，使其成為憲政轉型的模範力量。重要的不是將黨看作一種異己的力量，而是將之作為中國公民在符合一定條件（如黨員標準）的基礎上能夠進入的一個政治體系，是中國人民政治成熟過程中的一種政治組織方式，而且這個體系的治理規則也在因應時代需求和國家治理原則的變化而發生重要的制度性變遷。

我們絕對不能忽視對《八二憲法》之宏觀結構演化的嚴肅經驗觀察和理論思考。否則有可能出現底層改革轟轟烈烈，效果大彰，而《八二憲法》的宏觀結構裹足不前，甚至出現結構性逆轉，造成憲政之社會基礎與經驗模式向上擴展的巨大障礙，引起更加激烈的社會與政治衝突。

六 憲政轉型的宏觀層面及其制度演化

高：不過，我覺得就《八二憲法》的整體結構而言，其演化歷程要區分宏觀層面和微觀層面，既不能因為宏觀層面的進展緩慢而否定中國憲政的實際進步，也

不能因為微觀層面的局部制度成效而對憲政轉型抱持特別樂觀的態度，我們需要一種審慎的樂觀，同時絕對不能忽視對《八二憲法》之宏觀結構演化的嚴肅經驗觀察和理論思考。否則，有可能出現底層改革轟轟烈烈，效果大彰，而《八二憲法》的宏觀結構裹足不前，甚至出現結構性逆轉，造成憲政之社會基礎與經驗模式向上擴展的巨大障礙，引起更加激烈的社會與政治衝突。這裏存在一種憲政演化論上的核心圖式：公民權利運動和統治集團的能力增長需求共同支持政治法律領域的局部性改革，產生出新的政治價值與憲法制度，這些新元素又倒逼舊體制進一步釋放出政治空間，呈現出一種新舊緩慢更替的制度演化趨勢。

田：所以，在憲政轉型的矛盾多發期，體制的制度化供給能力很重要，如果不能成功地將新的、日益規模化和結構化增長的政治社會衝突納入新的制度軌道，而一味透支舊體制的管制模式與力量存量，就可能逐漸逼近統治能力的極限值，誘發社會失控和政治危機。統治是有技藝的，專制之所以不能構成一種技藝，是因為其制度性的溝通成本與道德風險過高，不僅官民之間無法建立常態化的信任，甚至官僚集團內部也會產生信任危機，從而不斷放大政治危機的風險系數，使得一兩起偶然性的政治社會事件就可能導致系統性崩盤。而憲政之所以可以構成一種被廣泛選擇的統治技藝，就是因為它從理性的前提出發，將政治建構為有限的功能性領域，而賦予社會自我運行、自我秩序生成和風險管理的權利與能力，在國家與社會之間通過法律紐帶進行連接。對舊制度進行理性化的憲政改良是可以應對和化解基本的政治社會危機的，否則舊制度的盡頭就是大革命的源頭。

如果社會不自治，民主憲政的社會基礎實際上是無處生長的。我們現在大講特講的「社會管理創新」有點像維穩體制的升級版，並沒有確立社會自治作為社會建設的第一原則，這不能不說是改革思想上的一大缺憾。

高：你在這裏提到了現代憲政的核心原則，即有限政府。我們對有限政府常常有着誤解，以為那就是無能弱小的政府，實際上這是政府能力的一種集約化使用機制，即將有限的統治資源運用於最為核心的國家職能領域，有所為有所不為，才能獲得最大的統治效用。

田：這是對憲政作理性主義而不是道德主義的解釋，很有意思。《八二憲法》現在還處於制度性演化的關鍵時期，上述基本的憲政原理應當成為統治者和社會公眾的常識。我忽然覺得中國憲政轉型有點像曾經的國企改革。國企改革的基本背景是普遍腐敗和普遍無效率，如果不改革，市場經濟沒有空間，國家統治的物質基礎也會不斷地被國企拖垮，所以後來按照「抓大放小」的模式進行改革。政治領域也一樣，長期的權力集中與壟斷造成了普遍腐敗和統治能力上的普遍無效率，導致維穩經費不斷飆升，秩序再生產能力不斷弱化，長此以往將危及國家的公共財政和統治的基本物質基礎。所以政治領域也應當「抓大放小」，國家只控制核心的政府職能，釋放出更多的社會自治空間。社會自治而不是社會管制應該成為當下社會建設的核心指導思想。

高：是的，如果社會不自治，民主憲政的社會基礎實際上是無處生長的。我們現在大講特講的「社會管理創新」有點像維穩體制的升級版，並沒有確立社會自治作為社會建設的第一原則，這不能不說是改革思想上的一大缺憾。這裏談論的都是《八二憲法》制度性演化的具體表現，有些還就是最近幾年發生的改革事件。我還是關心《八二憲法》的宏觀結構，剛才談過了，社會基礎的成長很重要，但宏觀結構也不能輕視，也很關鍵，甚至影響到憲政的社會基礎能否獲得有效保障的問題。

田：《八二憲法》的宏觀結構，我將之歸納為「政治憲法結構」，即雙重代表制和非代表制的參與民主制，其中雙重代表制是關鍵。面對如此複雜的結構性課題，中央似乎也一直在尋找更加合理的思路，有些政策性的分類範疇反映了中央在這些宏觀結構問題上較為嚴肅的理論思考，比如民主領域的「黨內民主」／「人民民主」，憲政領域的「黨的領導、人民當家作主和依法治國相結合」，行政領域的「公眾參與、專家論證、政府決策」，司法領域的「黨的事業至上、人民利益至上、憲法法律至上」，乃至於當下社會建設領域的「黨委領導、政府負責、社會協同、公眾參與」的合作式治理模式。

高：這些只是方針或口號，不足以在思想的高度和實踐的維度反映並推進「正在發生」的社會自身的某些進步，甚至可能由於政策設計或操作不當而抵消或抑制了社會自身的理性與智慧。我們發現所有這些分類性範疇的設計都具有同樣的邏輯思維：一是黨的領導優先，且具有絕對性；二是政府權力全面覆蓋；三是合唱團的模式，只有功能性分工，沒有主體性建設；四是缺乏政治社會建設中的系統分化理性，政治邏輯貫穿一切的國家公權力領域和社會領域。這樣的頂層設計邏輯顯然難以產生真正科學的理論和真正合理的改革方案。如果真正上升到憲法思想層面，則首先需要接受政治社會設計原理中的「系統分化」原則，使黨制政治有限化，否則只能是「合唱團」的假唱，在結構上永遠走不出「全能主義」的困局。

田：總的來說，三十年改革至今成就斐然，不僅僅是經濟層面，政治與社會層面也出現了諸多的新氣象，但也積累了許多結構性矛盾與問題，這些問題已經不能僅僅依靠「頭痛醫頭、腳痛醫腳」式的應急性政策來解決，也不能依靠維穩體制的任何升級企圖來解決，而應該回到《八二憲法》的政治結構優化與公民權利充實的正軌上來。此種情境下的理性選擇就應該是借力使力，見招拆招，以強大的文明包容力和制度化能力締造中國的「舊邦新命」。

高：是的。我常常想，哪裏還存在單純的中國國內政治或憲政問題？因為中國本身已經具有世界歷史性質，已經被序列化為世界秩序的結構性因素，而且存在着無法迴避的政治與文化競爭，因此任何一個在形式法理上屬於內政範疇的問題都可能具有中西文明競爭性共存的意義，比如香港問題、台灣問題等，甚

哪裏還存在單純的中國國內政治或憲政問題？因為中國本身已經具有世界歷史性質，已經被序列化為世界秩序的結構性因素，而且存在着無法迴避的政治與文化競爭，因此任何一個在形式法理上屬於內政範疇的問題都可能具有中西文明競爭性共存的意義。

至中國的非洲開發援助也遭遇了西方殖民歷史所預設的文明情境的排斥與挑戰，刺激中國在海外戰略運籌上必須在資本邏輯之外嚴肅思量文明的邏輯。因此，中國的大國崛起需要內修國政，外輸文明，二者並非楚河漢界，而是榮辱與共、邏輯相關的。在此意義上，我覺得《八二憲法》的開放精神非常值得肯定，尤其是四個修正案既是對改革成果的憲法性認可，也是對中國不斷參與世界歷史秩序的基礎性條件的漸次儲備。

因此，我對待《八二憲法》的態度是比較審慎的樂觀，在整體評價上還是傾向於大體肯定的。首先，《八二憲法》是新中國以來最為穩定的一部憲法，是三十年改革開放的根本制度基礎，沒有這一憲法提供的基本政治前提和開放的改革空間，中國三十年的成就和其今日的世界性地位是無法想像的。其次，《八二憲法》具有改革憲法的屬性，不保守，有創新，尤其是四個修正案體現了中國憲政演化的共和主脈和整體走向，這種修正案中的新憲法精神及其實體原則正是改革的本質，需要加以堅強捍衛，確保《八二憲法》的演化節奏合理，方向正確，成效可觀。再次，從「大回歸論」的角度來看《八二憲法》，即使當初的制憲者未明確意識到，但《八二憲法》誕生之後的獨立生命經驗表明，其所回歸的絕不僅僅是《五四憲法》，而是現代中國百年共和憲政主脈。所以，通過三十年的充分的制度實踐和價值創造，《八二憲法》及其內蘊的改革精神已經初步將現代憲政的基本價值納入其中，為長期化的社會主義初級階段的國家理論與憲政體制的結構性成熟定型提供了一定的制度基礎，甚至為包括大陸、港、澳、台在內的完整中國的政治統一和憲制成熟提供了較為堅實的實踐基礎。當然，我們也要看到，這個轉型之際的改革憲法並沒有底定完成，甚至也還面臨重大的危機。

我們需要清醒地意識到《八二憲法》之宏觀結構——「政治憲法結構」在民主與法治軌道上進行理性演化時遭遇的各種艱難、波折甚至逆反。中國學者必須具有立法者的心胸和眼光，以及充分的「責任倫理」，為中國現代轉型的最後也是最為關鍵的三十年提供真正成熟的理性守護與支撐。

田：是的，歷史學家唐德剛先生曾提出中國現代轉型的「歷史三峽論」，目前離其終期還有三十年^③。在新的改革三十年裏，中國的政治社會結構還將在《八二憲法》及其修正案的制度性框架中發展與演變，肯定還會有新的修正案來延續和展開四個修正案中包含的憲政與自由的因素。如果從百年歷史的視野來看，《八二憲法》及其系列修正案或許會成為中華民族政治成熟與憲制定型的一部關鍵的憲法，這樣一部憲法在中國近現代的立憲史上自有其歷史地位。在樂觀期待中國憲制成熟的同時，我們當然需要清醒地意識到《八二憲法》之宏觀結構——「政治憲法結構」在民主與法治軌道上進行理性演化時遭遇的各種艱難、波折甚至逆反。歷處這一偉大時代的中國學者必須肩負起歷史性的智識責任，具有立法者的心胸和眼光，具有充分的「責任倫理」，為中國現代轉型的最後也是最為關鍵的三十年（可能更長或更短）提供真正成熟的理性守護與支撐。我想近幾年所謂「政治憲法學」的興起，所謂「政治憲政主義」的討論，包括今天這樣一場以「《八二憲法》與現代中國憲政的演進」為主題的學術對話，其核心旨趣亦在於此。

高：這是時代精神的要求，我們還有大量的理論性工作要做，包括我們需要真正搞清楚西方早期現代在思想與制度上是如何「立國」與「新民」的，優良的現代

政體到底需要哪些核心組件，甚至我們還要處理好現代政體與文明傳統的關係問題，因為一個具有如此深厚之文明根基和世界性影響的大國不可能在整體上從外部獲取文化合法性，而必須嚴肅思量自身現代性存在的文明論基礎問題。當然，這可能是另外一場學術對話的主題了。

註釋

- ① 第一場對話的主題是「政治憲法學」，參見高全喜、田飛龍：〈政治憲法學的問題、定位與方法〉，《蘇州大學學報(哲學社會科學版)》，2011年第3期，頁72-80；第二場對話的主題是「辛亥革命」，首先是以網絡視頻形式進行，參見網易讀書頻道，「辛亥客廳」系列節目第8期，<http://book.163.com/special/xinhai8/>，後經整理擴充發表於《南方論叢》，參見高全喜、田飛龍：〈辛亥革命與現代中國〉，《南方論叢》，2011年第4期，頁1-17。
- ② 關於「憲制發生學」的三條線索，先是以講座形式在國內若干大學的法學院發布，後整理成文發表，具體參見高全喜：〈戰爭、革命與憲法〉，《華東政法大學學報》，2011年第1期，頁3-26；〈財富、財產權與憲法〉，《法制與社會發展》，2011年第5期，頁61-78；〈心靈、宗教與憲法〉，《華東政法大學學報》，2012年第2期，頁133-54。關於建構「中國憲制發生學」的初步嘗試，參見高全喜：《立憲時刻：論〈清帝遜位詔書〉》(桂林：廣西師範大學出版社，2011)。
- ③ 「回歸論」在1980年代就得到中國老一輩憲法學家的承認與表達，參見肖蔚雲：《我國現行憲法的誕生》(北京：北京大學出版社，1986)，頁22。今天也仍然有不少公法學者追隨這種「回歸論」，儘管其在有所發展的中國憲政新語境中已經在試圖調整有關表述，參見肖金明：〈新中國憲法政治回顧與展望〉，《文史哲》，2011年第6期，頁160-65。
- ④ 參見夏勇：〈中國憲法改革的幾個基本理論問題〉，《中國社會科學》，2003年第2期，頁4-17；許章潤：〈中國需趕緊邁向訓政「中期」〉，《領導者》，2011年8月號，頁90-101。
- ⑤ 參見阿克曼(Bruce A. Ackerman)著，孫文愷譯：《我們人民：憲法的變革》(北京：法律出版社，2009)，尤其是阿克曼對美國憲法歷史中的「建國」、「重建」和「新政」三個憲政轉型時刻的十分精闢的政治憲法學分析。
- ⑥ 翟小波：《論我國憲法的實施制度》(北京：中國法制出版社，2009)，頁23-26。
- ⑦ 施米特(Carl Schmitt)著，劉鋒譯：《憲法學說》(上海：上海人民出版社，2005)，頁36-40。
- ⑧⑩ 陳端洪：〈論憲法作為國家的根本法與高級法〉，《中外法學》，2008年第4期，頁485-511。
- ⑨ 典型主張如黃松有：〈憲法司法化及其意義——從最高人民法院今天的一個《批覆》談起〉，《人民法院報》，2001年8月13日。
- ⑩ 高全喜：〈政治憲政主義與司法憲政主義——基於中國政治社會的一種立憲主義思考〉，載《從非常政治到日常政治：論現時代的政法及其他》(北京：中國法制出版社，2009)，頁3-54。
- ⑫ 參見陳端洪：《憲治與主權》(北京：法律出版社，2007)，頁45-49。
- ⑬ 唐德剛：《晚清七十年》(長沙：嶽麓書社，1999)。

高全喜 北京航空航天大學人文與社會科學高等研究院院長，法學教授。

田飛龍 北京大學法學院博士生，北京大學公眾參與研究與支持中心研究員。