

修憲的觀念基礎

◎ 蕭瀚

正如及時的改革對政府有利那樣，溫和的改革對人民也是有利的。
之所以對人民有利，不僅因為溫和的改革具有持續性，
還因為它具備一種生長的原則。

——伯克（Edmund Burke），1779

有憲法而無憲政，這不是一件奇怪的事情——所有的極權主義國家和後極權國家、專制國家均如此，要將後極權時代的憲法改造成為一部憲政意義上的憲法，這是一項艱巨的事業。如果我們囿於現實的困境而秉著不以推倒重來的思路去修憲，那麼首先需要的是簡單的憲法條文的改變、增刪，而是需要更新關於如何修憲的觀念，沒有一個明確、準確和堅定、具體的憲政觀念，修多少次憲法，也不可能將一部非憲政憲法轉變為憲政憲法。

一、保障黨權與保障人權

如果我們將憲政視為一個國家和社會，人們與政府之間達成的協議大綱，那麼鑒於政府部門擁有全民同意的暴力機器，就需要明確這些暴力機器的目的是保障人權，而不是其它任何目的。身處中國近代傳統的人們尤其容易誤解的是，國家機器似乎是為了保護政權穩定，這是歷史製造的一種慣性，是走向憲政國家的中國必須扭轉的一種慣性。在基本人權範疇，財產安全、人身自由、宗教自由、言論自由、結社自由等都是最核心，絕無半點商量餘地的權利種類，其它的大量人權、公民權都是上述權利的衍生權利。政府存在的唯一理由就是保障這些權利，如果一個法律體系的存在無法完成上述使命，那麼這個法律體系就必須修改；如果一個法律體系的存在不但無法完成上述使命，還侵害上述權利，那麼這樣的法律體系如果不打算被廢除，就更要修改。當代中國的憲法制定於1982年，但是當前的社會現狀與1982年相比已經發生了天翻地覆的變化，此間雖有三次修憲，但遠未有憲政憲法的雛形，其基本框架——黨官制民（而不僅是治）模式從未有過真正的改變，因此，中國現行憲法在本質上依然不是一部保障人權的憲法，而只是一部保障黨權和政權穩定的憲法，只是為了黨權、政權延續的原因而施捨了一點人權保障的餘唾。因此，修憲的第一要義在於改變原有的憲法觀念，將原有保障黨權的憲法觀念改變為保障人權。事實上，依靠黨權執政的執政者也很清楚，沒有人民的安居樂業，黨、政權的延續只是苟延殘喘，而不是真實的安全和穩定。用各種方式堵住人民的喉嚨，捆住人民的身體，如此得來的黨權、政權穩定是一種執政者夜不能寐的穩定，它所製造的恐懼客體不僅僅是人民，同時也是執政者自身。因此，執政者如果確實希望心安理得地安全執政，保障人權是其要務，也就是從一種兩敗俱傷的零和博弈思維中走出來，而進入一種雙贏的思維模式中。執政者應當清楚，只有人民的生活得到確切的保護，他

們的執政才有可能獲得真正的安全延續。

在憲政思維下，要實現保障人權的目的，其核心在於對政府權力進行合理劃分和限制，所謂分權與限權，中國歷數千年的立法行政司法合體的傳統必須得到改變，在古典社會，雖然中國有名義上的大行政傳統，但囿於技術能力的低下，政府控制和侵害人民的能力比較有限，韋伯（Max Weber）認為中國古代皇權行政權力的滲透能力只到達市和市轄行政區域一級，真正具有統治力量的是宗族勢力¹。如韋伯所言，這是古典中國社會在行政財政管理上缺乏數字管理以及官僚數量較少並且官俸極低的結果，明末清初顧炎武就意識到官員貪污受賄的原因在於「今日貪取之風，所以膠固於人心而不可去者，以俸給之薄而無以贍其家也。」²王安石變法前，吏員甚至是沒有俸祿的，他們屬於官員私人僱傭的工作人員，即使後來有了薪俸也是極低，因此古代的大行政強皇權從某種程度上說是一種理論性而非現實性的，只是因此也導致在觀念上不容易形成限制政府權力的思路。1949年以後的中國社會，宗族勢力被一掃而空，借助現代交通、通訊技術，黨權縱深基層社區，由此形成體系化、組織化的大行政治理格局，而古代未能形成的劃分和限制政府權力的思維在1949年以後也就順理成章地繼承下來，由此導致的對公民權的嚴重損害是古代人也是絕對難以想象的。

現在要退回古代社會的治理模式是不可想象的，既不可能也沒必要。我們現在面臨的問題是一個兩難處境，一方面古代傳統不可恢復也無需恢復，古代那種政府權力對人民雖有侵害（有時也可能很嚴重）但在總體上又沒有達到1949年以後至今的殘酷程度，這樣的狀態回不去也不該回去，而現代新型憲政制度的建立又因為缺乏觀念和實踐的準備和積累，因此轉型異常困難，但要完成現代性轉軌，做到保障人權，唯一可能的途徑只能是向憲政國家的治理模式靠攏。於是，以分權和限權為手段以實現保障人權目的的觀念作為憲政轉軌最重要的價值理念變成絕對無法拒絕的舶來品，雖不能說是悲哀，卻無論如何是挑戰——不但是對中國政治傳統的挑戰，更是對當代執政者和全社會的挑戰；不但是實踐行動上的挑戰，首先還是觀念上的挑戰。

為此，當代中國修憲如果沒有上述的歷史視角和憲政觀念基礎，怎麼修，憲法還是難以擺脫極權主義綱領的性質。

二、以修憲實現憲政轉軌的立法技術思路

此次修憲在朝野上下均引起極大興趣，在一些具體的問題上還產生了爭論和分歧。爭論和分歧在任何事情上可能都是正常的，但以目前觀之，這些爭論和分歧卻正常得多少有點苦澀。以保護私有財產是否應該進入憲法的爭論為例，我們可以看到一個明顯的特徵：即過分注重實體規範的增刪，忽視程序規範的設置。以古典自由主義傾向為代表的學者，無論老少，都認為應該將保護私有財產的條文寫入憲法，理由是不將此條寫入憲法，人民的財產安全無法得到保障，尤其國家徵用公民私產時無法充分保障私有財產權；而注重強調社會公正的人則認為現在許多人依靠不正當手段獲得財產，一旦保護私有財產的條款進入憲法，他們的非法所得就獲得了合法性證明，這對於合法生存的人是不公正的。

且不說我們現在有沒有能力、有沒有可能清算非法所得者。只看雙方的爭論焦點，我們就可以發現，雙方幾乎都沒有想過如何通過修憲，在技術層面上保障公民合法財產權不受繼續非法剝奪以及國有財產不受非法侵蝕。以保護合法財產而言，在程序性的技術規範方面，憲政國家的基本準則是，對於無論何種徵稅法案的通過都必須有比通過其它法律更加嚴格的法律

程序，例如稅法的通過必須經過人大的通過後再經全民公決，即使當前中國一時難以解決政府徵稅權的合法性問題，至少在徵稅法案的通過上可以設置一定的嚴格程序來彌補徵稅權之不足，若達不到全民公決的程度，至少在表決數上可以提高通過的難度，例如將議會討論稅收立法提案必須召開聽證會作為一個剛性條款寫入憲法。在徵用方面也是類似，只是方式可以不必與徵稅法的相同。而當前現狀是，政府的一個部門例如國家稅務總局就可以在稅收問題上制定法案，由人大常委會通過，而地方稅法的制定就更加隨意，向公民強行攤派的政策多年來沒有了期。至於城市化過程中官商勾結，侵奪公民住房地產，掠奪式強行轉讓地產的事件更是多如牛毛，這些問題本應該通過十分嚴格的法律程序才能確定，而在現實中，一個市長甚至都到不了市長級別就可以決定強行購買公民現住的地產，並且根本不按照市場價交易，活脫脫一副強盜嘴臉。因此，要改變現狀，僅將一句文件口號一樣的「保護私有財產」寫進憲法，沒有具體的程序性規範支持有甚麼用呢？

有了憲法的實體性規範，公民的權利依然無法得到保障，這樣的現狀不是十分明顯嗎？為修憲而爭論的人們為甚麼不去總結一下其中的原因呢？82憲法規定了公民享有人身自由，可是收容審查制度、收容遣送制度、勞動教養制度、行政權決定強制戒毒還不是多年來大行其道嗎？

原因在哪裏？

很簡單，這些實體性憲法規範根本沒有程序性規範支持，這部憲法已經改了三次，被修條文數量多達17條，卻沒有一條涉及到限制和剝奪公民人身自由應當歸於司法權，而不應當屬於行政權管轄的範疇。1996年《刑事訴訟法》修改，依然將刑事拘留、搜查、通緝、監視居住、釋放檢察院批捕的在押嫌疑犯等決定權通通交給刑事警察，律師不得介入偵查活動——所謂可以介入偵查階段無非是為警察權無邊塗脂抹粉的條文而已，警察單方偵訊的證據居然成為中國刑事司法過程的主要證據來源——而這在法治國家毫無疑問地屬於非法證據，必須予以排除！在這樣的法律體系下，中國公民的人身自由豈不是廢話一句，具文一條？我們無法不得出這樣的結論：現行法律支持下的中國警察權一直處於「警察國家」狀態！但這裏

「警察國家」的含義絕不是作為該詞起源的德國法治國之前行政法意義上的警察國³，而是政治學的極權主義意義上的警察國家。按照《布萊克維爾政治學百科全書》的解釋，警察國家「習慣上被用來不分意識形態地描述下述任何一種政治體制：不受社會控制地使用有組織暴力的政治體制，強制性手段可以任意濫用的政治體制，或者有組織暴力和強制性手段只為統治上層目的服務的政治體制。這意味著沒有法治，或者沒有任何獨立於警察和統治者的自治法律機制，只有獨裁主義體制或極權主義體制存在。」⁴雖然中國警察權現狀並非完全處於上述百科全書描述的狀態，但也距離不遠，司法對警察限制和剝奪人身自由的行政行為的審查都是在事後，而且公民維權成本異常高昂。這一情況深刻地表明當今中國公民權利的現狀，其中的原因就在於無論1982年憲法還是後來的修正案以及基本法律都沒有在技術層面上實現具體保護公民權利的程序設置。

其它公民權領域也是類似的情況，只是財產權和人身自由領域表現得尤為突出，因此修憲過程中，這些如何在修憲過程中盡量多關注修進程序性規範問題必須得到百分之百的重視——即使當權者回避這些問題，學術界和社會卻不能忽視，這當然需要長期堅持不懈地實踐。

三、憲法的穩定與演進

有些學者認為為了保證憲法的權威性和穩定性，不宜頻繁修憲，這在一個憲政法治國家確實是常識，但是將這樣的觀點移植到中國未免過於刻舟求劍，甚至荒誕不經。一個眾所周知的事實是，中國的現行憲法離憲政憲法還十萬八千里，如果要維持現行憲法的權威性，也就是要維持公民權不能得到有效保障的權威性；如果要通過不修憲來維持現行憲法的穩定性，也就是要維護現行公民權難以得到有效保護的長期不得改善。因此，這種所謂「不宜頻繁修憲」的觀點似乎大可商榷。

是不是應該修憲，甚至是不是應該頻繁修憲本沒有甚麼理論可爭，關鍵在於現實狀況。一部憲法如果基本框架和實施狀況都符合基本的憲政規範和法治精神，動輒修憲自然妨礙了憲法的權威性和穩定性，但是如果一部憲法本來就不是一部善法，而且沒有條件重新制定，那麼通過修憲使之盡快完成憲政轉軌當在不言之中。

另外，參諸世界各國，很少會有一勞永逸的修憲活動，法治國家持續修憲的原因是社會狀況的變化而不是其它政治原因的干擾，因此，他們沒有畢其功於一役屬於一種非常正常的憲政現象。

而中國的情況完全不是這樣，中國每次修憲往往囿於現實的條件，許多應該修正的憲法條文無法一次性修正，即使社會狀況的變化已經十分需要修訂憲法某些條文，但也會因為種種政治原因而無法修訂，因此，這種情況下，與其說擔心頻繁修憲會破壞憲法的權威性，還不如說本來就沒有甚麼權威性可言的憲法修得太慢，就會進一步失去權威性，頻繁的修憲也許恰恰是增進憲法權威性的有效辦法，頻繁修憲也許恰恰也是保護憲法穩定性——不至於被等得不耐煩的社會推翻——的有效辦法。憲法的權威性和穩定性不是依靠「我自巋然不動」來實現，而是依靠其本身是否真正具有保障公民權的現實能力來實現。

擔心「動輒修憲破壞憲法權威性」的學者往往也明知中國現行憲法的不善，因此認為可以通過解釋憲法來完善憲法。這個觀點實際上是似是而非的，因為在這一觀點中，修憲與釋憲被人為地對立了——至少被隱性地置於對立地位，而修憲與釋憲本來就不應該是對立的，而是互補的，有些憲法條文當然可以通過釋憲來完善，而有些憲法條文是無法通過釋憲完善，因此在釋憲不能實現完善憲法功能的終點，正是修憲所要承擔完善憲法功能的起點，將修憲與釋憲對立的後果就是憲法中某些無法通過釋憲完成的憲法完善需求可能會被永久性地擱置。任何憲政國家的憲法都是在修憲與釋憲的良性互動和互補中進一步完善的，釋憲一般而言處於常態之中，而修憲往往更加剛性和嚴肅，其效力往往也具有更加基礎性的特徵。對於一部原本不善或者不夠善的憲法，試圖僅僅通過釋憲就想全面完善憲法，顯然過於理想化，若就中國現行憲法而言，試圖通過釋憲完善它達到憲政憲法的水平多少有點水中撈月。

結語：在憲政觀念引導下修憲、修憲、再修憲

本文已經大致地闡明一個問題，中國現行憲法不是一部憲政意義上的憲法，要將它修成一部憲政意義上的憲法，還需要大量的努力。因此，無論朝野，如果注力於修憲，則必須首先要憲政常識，憲政觀念，即以分權與限權為手段對立法權、行政權和司法權進行適當分配，使它們之間相互制約，而不至於一權獨大侵害公民權，目前尤為重要的是限制行政權，將大行政傳統徹底打碎，將其從立法權和司法權中僭奪的權力回歸立法、司法兩權。

鑒於目前中國的政治現狀，修憲活動不可能一勞永逸地達到憲政要求。因此，可能需要朝野雙方長期努力的修憲活動會在一定程度上呈現出修憲頻繁的現象，對此無須驚慌，中國的憲

法不是修多了，而是修少了——因為既然無法一次性地將憲政基本技術思路修進憲法，那麼不停地修毋寧是一件好事，當然，頻繁地修並不是將不該修進去的內容不斷地塞進去，即使修進去三個代表之類的內容也不能算是太差的結果，這種沒有實質性內容的條文修不修進去在我看來都是無關緊要的，關鍵在於能夠配合其成為禁錮人們自由的程序性規範不能進入憲法——然而仔細想想這樣的程序性規範不容易制定，我們也無需過於驚慌，就如鄧小平理論進入憲法，可是其對人民權利的保護和損害又有甚麼實質性的影響呢？

要將中國現行憲法修成憲政憲法的正果，恐怕別無他路，如果默認不打算重起爐灶，推倒舊憲，重立新憲，那麼，正確的道路只有一條：在憲政觀念的指引下，修憲修憲再修憲，並且同樣以憲政觀念為基礎，在逐步成形的憲政框架內政府各權力分支依憲立法、行政與司法。維此方有可能實現憲政轉型，既保持社會及政權的穩定，又確實保障基本人權。否則，若修憲只是裝潢門面，遲遲不肯推進實質性的憲政轉軌，則人權難得保障，矛盾長期積累必將引發社會動盪；另一方面，如果抱著過於高蹈的理想而渴望憲政轉型速成，以過於激進的思路推進憲政改革，也同樣可能引起既得利益集團的激烈反彈，揠苗助長，以至引發社會動盪和中止甚至葬送憲政改革。

伯克（Edmund Burke）說：「正如及時的改革對政府有利那樣，溫和的改革對人民也是有利的。之所以對人民有利，不僅因為溫和的改革具有持續性，還因為它具備一種生長的原則。」⁵胡適之先生曾經很無奈地諷刺國人都是「差不多」先生，這句話對於懶惰卻又容易急不可耐冒進變革的中國朝野，實在是當頭棒喝。

政府的及時與人民的溫和正是朝野良好互動的表徵，任何一方的偏離都將導致對方的不合作，以憲政理念為指針修憲以及中正的具體操持修憲正是朝野良性互動的平台，更是中國未來的希望所在。

註釋

- 1 參見韋伯（Max Weber）著，王容芬譯：《儒教與道教》（北京：商務印書館，1999），頁145。
- 2 清顧炎武著，黃汝成集釋，秦克誠點校：《日知錄》（長沙：岳麓書社1994），頁438；另外，關於歷代官員薪俸的詳細資料可見於歷代食貨志及今人黃惠賢、陳鋒主編：《中國俸祿制度史》（武昌：武漢大學出版社，1996）。
- 3 參見羅豪才主編的「公法名著譯叢」之《德國行政法》中譯本——邁耶（Otto Mayer）著，李飛譯：《德國行政法》（北京：商務印書館，2002），頁40-55；沃爾夫（Hans J. Wolff）、巴霍夫（Otto Bachof）、施托貝爾（Rolf Stober）著，高家偉譯：《行政法》第一卷（北京：商務印書館，2002），頁68-73。
- 4 參見米勒（David Miller）、波格丹諾（Vernon Bogdanor）英文主編，鄧正來中譯本主編：《布萊克維爾政治學百科全書》（北京：中國政法大學出版社，2002），「警察國家」條目，頁584。
- 5 伯克（Edmund Burke）著，蔣慶等譯：《自由與傳統》（北京：商務印書館，2001），頁140。

© 香港中文大學

本文於《二十一世紀》網絡版第二十期（2003年11月29日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。