

# 2004年修憲與中國憲政前景

• 陳弘毅

2004年3月，中國全國人民代表大會通過了對現行《中華人民共和國憲法》的一系列修改，修改的條文有十四項，為該部憲法自1982年制定以來歷次修改之最。近年來，「憲政」開始成為國內法學界和知識界的熱門課題，引起大家關注和熱烈討論的包括被譽為開創中國「憲法司法化」的先河（甚至是中國的「馬伯里訴麥迪遜案」）的「齊玉苓案」（2001年）<sup>①</sup>，以至被稱為中國違憲審查「第一懸案」的「孫志剛案」（2003年）<sup>②</sup>。

有學者認為，「隨着法治的進展，中國的改革將會迎來一個『憲政的時代』」<sup>③</sup>。北京大學法學院的賀衛方甚至預言，「憲法學將會在未來的十年之內，成為中國的顯學」，並呼籲「我們要建築憲政的大樓」<sup>④</sup>。季衛東希望中國能「通過法治邁向民主」<sup>⑤</sup>，並指出「設立憲政委員會對法律規範的合憲性進行司法審查」<sup>⑥</sup>，是中國政治體制改革的最主要進路之一。

不少人認為中國雖有憲法，但無憲政，然而「憲政的夢想在中國百年

歷史中從未徹底消失過」<sup>⑦</sup>。本文將以2004年的修憲為出發點，對憲政中國的道路進行初步的探索。

## 一 2004年的修憲

1949年中華人民共和國建國以來共制定過四部憲法，有關年份是1954、1975、1978和1982。社會主義國家革命初期的憲法可稱為「革命憲法」，作為鄧小平的「改革開放」時代的標誌的1982年憲法可視為「改革憲法」<sup>⑧</sup>，關信基則稱之為「包容性憲法」(inclusion constitution)<sup>⑨</sup>——執政黨嘗試與社會整合，宣布階級鬥爭的結束，並提高國家機構(有別於黨組織)的地位。「八二憲法」制定後，全國人大分別在1988年、1993年、1999年和2004年對它進行了修改。這些修改大部分都是和經濟體制的改革相關的，也反映出中國共產黨的指導思想和意識形態的逐步演化。以下，讓我們首先回顧前三次修訂的要點，從而探討2004年的修訂的意義。

近年來，「憲政」開始成為國內法學界和知識界的熱門課題，有學者認為，「隨着法治的進展，中國的改革將會迎來一個『憲政的時代』」。北大法學院的賀衛方甚至預言，「憲法學將會在未來的十年之內，成為中國的顯學」，並呼籲「我們要建築憲政的大樓」。不少人認為中國雖有憲法，但無憲政，然而「憲政的夢想在中國百年歷史中從未徹底消失過」。

2004年修憲的背景，最主要的是中共的十六大，江澤民從黨總書記的職位退休，由胡錦濤接替。會議決定修改黨章，把「三個代表」思想加入與馬列主義、毛澤東思想和鄧小平理論一起作為中共的指導思想。胡錦濤上任後，對「三個代表」思想作出了進一步的詮釋，指出它的核心精神是「立黨為公、執政為民」，並力倡「以人為本」的執政理念。

1988年的修訂是幅度最小的，只涉及兩項條文，一是關於對「私營經濟」的承認(原有條文只提到「個體經濟」)，二是改變了原有的土地政策，容許土地的「使用權」的轉讓<sup>⑩</sup>。

1993年的修訂主要反映1992年鄧小平「南巡」後中共第十四次全國黨代表大會(十四大)的意識形態，共有九項條文的修訂，包括在憲法的序言中引進「建設有中國特色社會主義的理論」、「社會主義初級階段」的概念、「改革開放」和「中國共產黨領導的多黨合作和政治協商制度」，規定「實行社會主義市場經濟」(而非原有的「計劃經濟」)，並確認農村中的「家庭聯產承包責任制」(以取代原有的「農村人民公社」制度)<sup>⑪</sup>。

1999年的修憲也和其最近的一次黨代表大會密切的關係。鄧小平在1997年2月去世，同年9月，中共十五大決定修改黨章，把「鄧小平理論」加入為中共的指導思想的一部分(原有的條文只提到馬列主義和毛澤東思想)。1999年的修憲涉及六項條文，包括在序言中引進「鄧小平理論」和指出中國將「長期」處於社會主義初級階段，並在其他條文中規定在經濟制度上「堅持公有制為主體、多種所有制經濟共同發展」(代替原有的只強調社會主義公有制的條文)、「個體經濟、私營經濟等非公有制經濟，是社會主義市場經濟的重要組成部分」(原有條文只說「私營經濟是社會主義公有制經濟的補充」)<sup>⑫</sup>。除了上述涉及意識形態和經濟制度的修訂條文外，1999年修憲還有一項涉及法律、政治體制的重要修訂，便是在憲法第五條中增加一款：「中華人民共和國實行依法治國，建設社會主義法治國家。」

至於2004年修憲的背景，最主要的是2002年11月中共的十六大。在這次會議中，江澤民從黨總書記的職位退休，由胡錦濤接替。會議決定修改黨章，把「三個代表」思想加入與馬列主義、毛澤東思想和鄧小平理論一起作為中共的指導思想。「三個代表」思想是江澤民在2000年開始大力提倡的，內容指中國共產黨「代表中國先進生產力的發展要求，代表中國先進文化的前進方向，代表中國最廣大人民的根本利益」。胡錦濤上任後，對「三個代表」思想作出了進一步的詮釋，指出它的核心精神是「立黨為公、執政為民」，並力倡「以人為本」的執政理念。

2003年3月，十屆人大常委會舉行第一次會議，吳邦國委員長宣布有需要按照十六大的精神修改現行憲法。中共中央成立了修憲小組進行研究和諮詢，並起草修訂文本。諮詢是在官方架構內進行的，民間自發組織的關於修憲的討論受到壓制，甚至有報導說中央宣傳部和教育部曾下達文件警告有人提出新自由主義，利用修憲來攻擊共產黨的領導，企圖改變現行政治體制<sup>⑬</sup>。

2003年10月，中共十六屆三中全會討論和通過了《中共中央關於修改憲法部分內容的建議》，但沒有公布其內容。這次修憲內容由中央委員會全體會議通過，被譽為黨內民主的表現，因為以往的修憲建議均由中共中央政治局通過後便以中共中央的名義向全國人大常委會提出<sup>⑭</sup>。2003年12月22日，修憲建議提交人大常委會，官方媒體在當天公布了建議全文<sup>⑮</sup>。人大常委會通過了《憲法修正案(草案)》，決定提交全國人大。2004年3月14日，十屆人大二次會議終於通過修

憲草案。最後通過的文本與原來提交的草案只有些微的差別(字眼、標點符號上的)，但相對於以往修憲草案無不原封不動地通過，已是少許的進步。

這次修憲涉及的條文共十四項，可簡述如下：

(1) 在序言中加進「『三個代表』重要思想」和「物質文明、政治文明和精神文明協調發展」的概念；

(2) 在序言中擴闊「愛國統一戰線」的內容；

(3) 規定國家為公共利益而徵收或徵用土地須給予補償(第十條)。「徵收」和「徵用」的區別在於後者不涉及所有權的改變<sup>⑩</sup>；

(4) 表明國家「鼓勵」和「支持」非公有制經濟的發展(第十一條)；

(5) 加強對於「合法的私有財產」的保護，並確認「私有財產權」的概念(第十三條)；

(6) 規定國家須建立「社會保障制度」(第十四條)；

(7) 在憲法第二章(公民的基本權利和義務)加入「國家尊重和保障人權」的條文(第三十三條)；

(8) 規定國家主席可「進行國事活動」(與外交有關)(第八十一條)；

(9) 把鄉鎮級的人民代表大會的任期由三年改為五年(第九十八條)；

(10) 其餘五項修訂包括以「緊急狀態」的概念取代「戒嚴」(第六十七、八十八、八十九條)，規定國歌(第一百三十六條)和關於全國人大的組成的技術性修訂(第五十九條)。

綜觀各項修訂，筆者認為其中最重要、影響最深遠的應算是「三個代表」思想的入憲及私有財產權和人權兩大概念的憲法性確認。

「三個代表」思想標誌着中共從革命黨蛻變為有意在中國「和平崛起」的

時代長期執政的政黨的過渡的完成，也是中共作為執政黨的合法性或正當性的理論基礎的重建。共產黨的領導地位原建基於列寧關於共產黨為無產階級的先鋒隊的構想，而根據馬克思主義，無產階級革命的勝利乃人類歷史定律之必然。「三個代表」思想(包括胡錦濤的民本主義詮釋)把中共從無產階級政黨重構為「全民黨」，聲稱它代表全民的利益。這揭示當代中國政治思想的新出路的一個可能性：類似傳統儒家的「民本」和「仁政」思想成為「新權威主義」統治的理論基礎<sup>⑪</sup>，以取代馬克思主義和它曾經合法化的極權主義。

至於對私有財產權和人權的肯定，也是馬克思主義在中國的重大轉折。馬克思主義視私有財產為萬惡之源，社會主義公有制的優越性則大受推崇；馬克思主義對「人權」思想沒有好感，它批判普遍人性的抽象概念，強調人的社會性和階級性，認為「人權」是資產階級的口號，帶有自私性和欺騙性。反之，私有產權和人權都是與馬克思主義長期對峙的自由主義的核心概念，共產主義國家對人權的侵犯，長期受到西方社會的嚴厲譴責。

這次修憲對私有財產權和人權的處理，既是大勢所趨，也是民心所向。私有財產(包括生產資料和股權等非勞動收入)在中國的大規模存在已是不爭的事實，非公有制經濟在國民生產總值中的比例已近一半；修憲前的調查發現，93%的城市居民希望修憲以保護私有財產<sup>⑫</sup>。在人權方面，中國在90年代開始積極參與國際人權活動，到目前為止，中國已是二十一項國際人權公約的締約國<sup>⑬</sup>。1997年中共十五大和2002年十六大的報告中都提倡尊重和保障人權。

綜觀2004年憲法的各項修訂，影響最深遠的應算是「三個代表」思想的入憲及私有財產權和人權兩大概念的憲法性確認。「三個代表」思想把中共從無產階級政黨重構為「全民黨」，聲稱它代表全民的利益。這次修憲對私有財產權和人權的處理，既是大勢所趨，也是民心所向。修憲前的調查發現，93%的城市居民希望修憲以保護私有財產。在人權方面，中國在90年代開始積極參與國際人權活動，已是二十一項國際人權公約的締約國。

另一方面，值得注意的是，這次修憲和前三次一樣，只限於憲法中關於官方意識形態和政策宣示的條文，沒有政治體制方面的修改（如建立違憲審查機制），對於公民權利的一章所列出的具體權利也沒有修補（如加入一些學者建議<sup>②</sup>的生命權、隱私權、知情權、遷徙權、刑事正當程序、司法救濟權等）。此外，即使在政治理論的層次，「三個代表」思想的確立並沒有導致對於中國的「國體」的反思：關於「國體」的規定是憲法第一條，即「中華人民共和國是工人階級領導的、以工農聯盟為基礎的人民民主專政的社會主義國家」。根據中共一貫的說法，人民民主專政即無產階級專政。在修憲的民間討論中，曾有人建議把「人民民主專政」改為「人民民主」或「人民民主憲政」<sup>③</sup>，這種提法顯然被官方視為過於敏感和激進。

總括來說，2004年的修憲在程序和內容上確有某些進步和可喜之處<sup>④</sup>，但沒有絲毫改變原有憲法的基本格局，在「國體」的理論上、具體體制的設計上和人民實質權利方面，都沒有突破。修憲的作用仍停留在政策的宣示而非機構、權力和權利的重新組合。憲法本身並非作為對公共權力的行使進行合憲性控制的具可操作性的規範。馮象引述北京一位出租車司機的話：「您說，咱們中國問題在哪兒？它沒憲法！」

法國國民議會在1789年8月通過的《人和公民的權利宣言》第十六條說：「凡權利無保障和分權未確立的社會，就沒有憲法。」2003年，馮象在一篇題為〈它無憲法〉的文章<sup>⑤</sup>中引述北京一位出租車司機的話：「您說，咱們中國問題在哪兒？它沒憲法！」讓我們在以下進一步探討這個課題。

## 二 從「齊玉苓案」到「孫志剛案」

1803年，美國最高法院作出劃時代的「馬伯里訴麥迪遜案」(Marbury v Madison) 判決，在世界憲政史上引為佳話。「馬案」確立了美國最高法院在具體案件的訴訟中根據憲法審查國會制定的法律的無上權威，法院有權宣布立法機關通過的任何法律為違憲及無效，法院並享有憲法的最終解釋權。在中國，最高人民法院在2001年8月13日就「齊玉苓案」作出《關於以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的基本權利是否應承擔民事責任的批覆》(以下簡稱「八一三批覆」)<sup>⑥</sup>，在司法界、法學界和媒體引起了廣泛討論，「甚至有人譽其為中國的『馬伯里訴麥迪遜案』」<sup>⑦</sup>。究竟這是甚麼一回事？中國憲法體制有沒有因此案而出現重大的變化？

案中齊玉苓是原告，被告陳曉琪曾是原告同學，一起就讀於山東某中學。1990年，他們參加了中等專科學校的預選考試，齊氏合格而陳氏落選。齊氏進而在統一招生考試中合格，獲得一間商業學校錄取。但齊氏沒有收到錄取通知書，在陳氏的父親——村的黨支部書記——的策劃下，這份文件被陳氏領走，她並假冒齊玉苓到該商業學校就讀，於1993年畢業，並以齊玉苓的名義被分配到一間銀行工作。齊氏失去上學的機會，在家鄉務農。後來真相大白，齊氏遂以其姓名權及受教育權被侵犯為由提起民事訴訟。

第一審在棗慶市中級人民法院進行，最後判原告的姓名權受到侵害，獲賠償精神損害三萬五千元。原告向山東省高級人民法院上訴，要求就其受教育權的被侵犯所導致的經濟損失

2004年的修憲沒有絲毫改變原有憲法的基本格局，在「國體」的理論上、具體體制的設計上和人民實質權利方面，都沒有突破。修憲的作用仍停留在政策的宣示而非機構、權力和權利的重新組合。憲法本身並非作為對公共權力的行使進行合憲性控制的具可操作性的規範。馮象引述北京一位出租車司機的話：「您說，咱們中國問題在哪兒？它沒憲法！」

和精神損失獲賠償。高院就本案涉及的法律疑難問題請示最高人民法院。在「八一三批覆」中，最高人民法院認為被告「以侵犯姓名權的手段，侵犯了齊玉苓依據憲法規定所享有的受教育的基本權利，並造成了具體的損害後果，應承擔相應的民事責任」。山東省高院根據此批覆繼續審理此案，最後判原告獲賠償經濟損失和精神損害約十萬元。

2001年8月13日，即「八一三批覆」公布的當天，最高人民法院民一庭庭長（現已升任副院長）黃松有在《人民法院報》發表題為〈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〉的文章<sup>27</sup>，暢談此批覆的「重大意義」。他認為應改變法院過往不在裁判文書中援引憲法的慣例（此慣例乃建基於最高人民法院於1955年和1986年的兩個司法解釋〔批覆〕），並指出「八一三批覆」（1）開創了法院保護公民的憲法權利的先河；（2）創造了「憲法司法化」的先例；（3）首次提出以「民法方法」保護公民的憲法權利。

「八一三批覆」及其引發的廣泛討論凸顯了中國憲法的一個根本問題，就是法院作為司法機關在執行憲法方面應該扮演甚麼角色。由於上述不援引憲法條文作為判案依據的慣例，所以長期以來，法院在執行憲法上基本上是沒有角色的：法院只可以執行法律，不可以直接執行憲法；憲法主要是對立法機關的指引，立法機關通過立法來實施憲法的規定。一般情況是如此，但也有極少數的例外，就是在個別案件中，地方法院間中有在判決文書裏援引憲法條文以支持其他法律條文的應用或作為判案依據<sup>28</sup>。例如在1995年，四川省一縣級法院援引憲法關於男女平等的平等權規定，裁定

某村委會制定的村規民約中要求本村出嫁的婦女必須遷出戶口的規定為歧視性及無效。1998年，四川省另一縣級法院援引憲法第四十二條關於勞動保護的條文，裁定某合同中關於工傷事故責任承擔的規定為無效。在最高人民法院的層次，該院在1988年也曾頒布《關於僱工合同「工傷概不負責」是否有效的批覆》，援引憲法第四十二條以裁定一份招工登記表中關於「工傷概不負責」的條款為無效，雖然這個批覆沒有得到「八一三批覆」那樣的廣泛報導、宣傳和討論。

在明確宣示憲法條款可被法院引用為判案依據方面，「八一三批覆」對中國憲政發展的積極意義是不容忽視的。但是，黃松有法官關於此批覆開創了中國法院保護公民的憲法權利的先河的說法，似乎過份樂觀和高估了批覆的意義和影響。作為憲法性判例和中國憲政發展的里程碑，「齊玉苓案」和「八一三批覆」有以下的局限。首先，它沒有確立法院對憲法的解釋權，也沒有對憲法第四十六條（關於公民受教育的權利和義務）作出討論、分析和解釋。一般來說，憲法規定的公民權利是用以規範國家和公民的關係的（而非私人之間的關係），政府必須尊重和保障公民的憲法性權利。如果對憲法第四十六條進行細緻的分析，結果很可能是發現受教育權「所產生的相關的請求權的對象應當是政府，而不是其他公民」<sup>29</sup>，即政府有責保證公民受教育權的實現。從這個角度看，如果有朝一日法院頒令要求一地方政府為貧困家庭的兒童提供真正免費的義務教育，這才是受教育權的真正司法化。

第二，「齊玉苓案」是一宗民事訴訟而非憲法訴訟，憲法訴訟是公民就公權力的行使向國家機構提出的訴

在明確宣示憲法條款可被法院引用為判案依據方面，最高人民法院就「齊玉苓案」的「八一三批覆」對中國憲政發展有不容忽視的積極意義。有人認為它開創了法院保護公民的憲法權利的先河；創造了「憲法司法化」的先例；首次提出以「民法方法」保護公民的憲法權利。而其引發的廣泛討論凸顯了中國憲法的一個根本問題，就是法院作為司法機關在執行憲法方面應該扮演甚麼角色。

雖然「八一三批覆」表面上增強了憲法在法院審判案件時的適用性，但當案件涉及到政府當局的政策或規範性文件是否違憲或侵犯公民的憲法權利時，法院是軟弱無力的。因為根據憲法的規定，監督憲法實施的權責，解釋憲法的權責，以及撤銷違憲的法規的權責都不在法院，而在全國人大常委會。這樣，「法院在『神聖』的憲法面前成為『缺牙的看門狗』。」

訟，要求法院根據憲法去審查國家機構的行為（包括立法和行政行為）的合憲性。憲法的主要目的是規範政府（包括立法機關）的權力的行使，從而保障人民的權利。因此，典型的憲法的司法適用是由法院就某項政府行為行使合憲性控制（或稱違憲審查）<sup>⑳</sup>，正如在「馬伯里訴麥迪遜案」，法院審查國會通過的立法的合憲性。「齊玉苓案」涉及的是私人之間的民事糾紛而非公權力的行使是否違憲，所以不能與「馬案」相提並論。在憲法學裏，對於憲法的規範是否應該或如何適用於私人之間的民事法律關係中，存在一定的爭議性<sup>㉑</sup>。因此，在中國法學界，就「八一三批覆」的內容是否適當以至是否構成對憲法條文的濫用或誤用，也有不同的意見<sup>㉒</sup>。

最後，雖然「八一三批覆」使民間的憲法權利意識有所增長，但其後民間提出的以憲法維護自己權益的、針對政府政策或行為的憲法訴訟均以失敗告終。在「八一三批覆」公布當天，三名青島市應屆高中畢業生向教育部提起行政訴訟，聲稱《關於2001年全國普通高等院校教育招生計劃》違背憲法上的平等受教育權，因為該計劃中關於不同地域招生人數的規定，導致高考分數線在不同地區有很大的差異。法院拒絕了原告的請求<sup>㉓</sup>。

另一宗廣為人知的案件是涉及對乙型肝炎病毒攜帶者（佔中國人口近10%）的歧視的「張先著案」<sup>㉔</sup>。張先著是安徽省的青年，大學畢業後兩年（2003年）在蕪湖市國家公務員考試中名列前茅，但因在進行身體檢查時被發現其攜帶乙肝病毒而被淘汰。張氏在2003年12月向該市人事局提出行政訴訟，認為受到身體健康歧視，有違憲法上的平等權和勞動權。雖然法院裁定被告在公務員招錄過程中取消

原告資格的行政行為所賴的證據不足，但卻迴避了有關體檢標準是否歧視及違憲的問題。

由此可見，雖然「八一三批覆」表面上增強了憲法在法院審判案件時的適用性，但當案件涉及到的是政府當局的政策或規範性文件是否違憲或侵犯公民的憲法權利時，法院是軟弱無力的。於是便有這樣的弔詭情況：憲法規範的是國家的權力和國家與公民的關係，但法院願意援引和應用憲法的情況只限於與國家權力的行使不相干的私人之間民事法律關係的領域。然而從中國現行憲法的體制設計來看，這個結果卻是並不奇怪、甚至是理所當然的。因為根據憲法的規定<sup>㉕</sup>，監督憲法實施的權責，不在法院，而在全國人大及其常委會；解釋憲法的權責，不在法院，而在全國人大常委會；撤銷違憲的法規的權責也不在法院，而在全國人大常委會。「法院在『神聖』的憲法面前成為『缺牙的看門狗』。」<sup>㉖</sup>那麼，上述這些法院無權無力扮演的角色，全國人大及其常委會能勝任嗎？這個問題正好把我們帶進「孫志剛案」的討論範圍。

孫志剛<sup>㉗</sup>，2001年畢業於武漢科技學院藝術設計專業，2003年2月24日受聘於廣州一家服裝公司。2003年3月17日晚，孫因沒有攜帶身份證明文件而被民警拘捕，送到根據國務院1982年制定的《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》而設的「收容遣送站」（主要用於收容和遣返來自農村的無業遊民）。3月18日，孫因「身體不適」被送到「收容人員救護站」，3月20日，被同房的被收治人員毒打致死，年僅二十七歲。

4月25日，《南方都市報》刊登題為「被收容者孫志剛之死」的文章，披露了事件。之後，其他媒體也報導了

事件，即時在互聯網（包括官方的「人民網」）上輿論嘩然，群情洶湧，要求追究責任。5月14日，三位在北京大學獲法學博士學位不久並任教於不同大學的教師（俞江、滕彪、許志永）聯名向全國人大常委會提交了「關於審查《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》的建議書」<sup>⑳</sup>，此事因《中國青年報》在5月16日的報導而公開，被喻為「三博士上書」事件<sup>㉑</sup>，「孫志剛案」則被稱為「中國違憲審查『第一懸案』」<sup>㉒</sup>。5月23日，北大法學教授賀衛方等五位學者又聯合上書人大常委會，要求它動用憲法第七十一條賦予的權力，成立「關於特定問題的調查委員會」，調查收容遣送制度的實施狀況。這便是所謂「五學者上書」事件<sup>㉓</sup>。

兩次上書之所以成為「事件」，主要是因為在政府的容忍下媒體得以報導這些事情，從而啟動了民間輿論的作用。從法理的角度來看，兩次上書都是有充分法律依據的，雖然他們所要求人大常委會做的事情都是常委會在法律上有權做卻從來未做過的事情。例如「三博士上書」的理據是憲法保障人身自由，《行政處罰法》（1996年）和《立法法》（2000年）均訂明對公民人身自由的限制只能由全國人大或其常委會制定的法律來規定，《收容遣送辦法》只是國務院制定的行政法規，因此它規定的對人身自由的限制是越權和違法的，根據《立法法》第八十七和八十八條，人大常委會有權予以撤銷，而根據《立法法》第九十條，公民有權向常委會提出審查此行政法規的建議。

結果，全國人大常委會並沒有就這兩次上書作出回應，但中央領導人卻以另外的方式——「領導批示」的方式<sup>㉔</sup>——紓緩了「孫志剛案」引起的民憤。首先，官方對於孫之死的追究責

任迅速和嚴厲地進行，2003年6月9日，廣州市中級人民法院對孫志剛被害案作出判決，涉案的與孫同房的被收容人員和被指「玩忽職守」的官職人員被判重刑（但由於案件的調查和審結異常迅速，記者和一般市民不獲准聽審，有學者擔心公正審判是否因輿論壓力而被犧牲）<sup>㉕</sup>。第二，2003年6月20日，國務院廢除了《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》，並以《城市生活無着的流浪乞討人員救助管理辦法》取而代之，原有的強制收容制度改為有需要者自願到「流浪乞討人員救助站」接受救濟。

「孫志剛案」中上書者的原意，是「促成建立一個違憲審查的經常性機制」，並推動「轉型時期公共討論與制度變遷相互作用」<sup>㉖</sup>。很可惜，領導人並不願意（或仍未有足夠準備）接受這個挑戰，他們放棄了啟動在書面存在但未試用過的法律制度（即違憲及違法審查制度和特別調查制度）的難得機會，最終以他們所熟悉和慣用的「批示治國」<sup>㉗</sup>方式解決問題。這樣的處理是與中國現有（以至傳統）的官場文化密不可分的。如果人大常委會正式啟動審查國務院訂立的行政法規的程序，「不但國務院『沒有面子』，全國人大常委會自己也會『不好意思』」<sup>㉘</sup>。另一個考慮是，「有初一就有初二」，如果有了審查法規的先例，「雪片一樣的違憲審查的建議就來了」<sup>㉙</sup>。

雖然這樣的先例未開，但是民間的違憲審查建議還是壓抑不了。在2003年5至6月，由於媒體對「孫志剛案」和「三博士上書」事件的廣泛報導，「違憲審查」成了頻頻出現、民間耳熟能詳的字眼，「三博士」本人和人大常委會都收到多份來自全國各地的違憲審查建議書<sup>㉚</sup>，包括2003年11月20日由1,611名公民聯名向人大常委會

「孫志剛案」中兩次法學博士上書之所以成為「事件」，主要是因為在政府的容忍下媒體得以報導這些事情，從而啟動了民間輿論的作用。上書者的原意是「促成建立一個違憲審查的經常性機制」，並推動「轉型時期公共討論與制度變遷相互作用」。很可惜，領導人並不願意接受這個挑戰，他們放棄了啟動在書面存在但未試用過的法律制度的難得機會，最終以他們所熟悉和慣用的「批示治國」方式解決問題。

提交的《要求對全國31省(市)公務員錄用限制乙肝病毒攜帶者規定進行違憲審查和加強乙肝病毒攜帶者立法保護的建議書》<sup>④</sup>。由此可見，「孫志剛案」的確帶來了民間憲法權利意識的增長，四川學者王怡甚至稱2003年為「新民權運動年」<sup>⑤</sup>。

雖然到目前為止，「三博士上書」所依據的違憲和違法審查機制仍未啟動過，民間各違憲審查建議也未獲正式的回應，但全國人大常委會法制工作委員會畢竟在2004年5月低調地成立了一個「法規審查備案室」，其中一項職責便是對關於法規的審查建議進行「先期研究」，發揮「過濾作用」，以決定是否就某法規啟動《立法法》規定的正式審查程序<sup>⑥</sup>。雖然這離憲法學界的主流意見<sup>⑦</sup>——即在人大或其常委會下設立憲法委員會負責違憲和違法審查工作——的被採納仍十分遙遠，但不失為為未來違憲審查機制的建立創造有利「制度環境」的預備階段的舉措，甚至是「透出黎明的曙光的『第一步』」<sup>⑧</sup>。

### 三 「憲政」作為中國政治體制改革的可能進路

文革後中國改革開放的事業原應包括經濟體制和政治體制的同步改革，在1987年中共的十三大，趙紫陽曾經提出黨政分開等政治體制改革構想，但因「六四」事件而胎死腹中，90年代以來，政治體制改革基本上處於停滯狀態<sup>⑨</sup>。另一方面，市場經濟的發展帶來了經濟增長，經濟增長成了政權的合法性或認受性的主要泉源<sup>⑩</sup>。一種後極權主義時代的新權威主義模式逐漸形成和變得穩定，意識形態褪色，私人領域得以非政治化，

不受政府監控和干預，中共與新經濟精英和知識精英結盟，盡量滿足他們的經濟利益，但仍維持對政治權力的壟斷，繼續其毋須問責的家長式統治<sup>⑪</sup>。

由於市場化是在專制式管治的環境下進行的，國有資產(包括土地)的私有化不受民主或獨立法制的有效監察，因而帶來了嚴重的官僚腐敗和「權錢交易」等問題。改革成果的分享是極不公平的<sup>⑫</sup>，一方面形成了「暴富階級」，另一方面，大量農民和工人淪為弱勢群體，失去土地的農民和下崗工人成為改革的犧牲者，以上訪以至示威等形式表達的社會不滿與日俱增<sup>⑬</sup>。但是，為了政治和社會的「穩定」，當局不惜採用政治高壓和媒體控制等手段，務求把任何「不安定因素」消滅於萌芽狀態<sup>⑭</sup>，任何抗議社會不公或要求政治民主化的較激進言論或民間組織，都會隨時受到打壓甚至是刑事處罰。

掌權者不願意因民主化而失去權力，這是可以理解的，但這並不排除「在特定情勢中的政治力量的理性戰略互動中」，「主要的遊戲者」選擇憲政，以保證自己的安全和爭取自己的利益<sup>⑮</sup>。憲政並不要求立刻通過普選和多黨競爭產生議會或政府，也不要立刻全面開放言論、出版、新聞、結社、集會遊行等自由；憲政只要求勵行法治以規範公權力的行使，司法獨立，國家機構之間有所分權以收相互制衡之效，以及加強立法議會對行政機關的制約、監督和問責，立法議會充分行使其立法權、財政權和監察權，以至建立中立公正的違憲審查制度，制約立法權和行政權的違憲行使，以保障公民的憲法性基本權利和自由。

憲政的建立是相對溫和的，也是在目前情況下較可行的政治體制改革

全國人大常委會法制工作委員會在2004年5月低調地成立了一個「法規審查備案室」，其中一項職責便是對關於法規的審查建議進行「先期研究」，發揮「過濾作用」。雖然這離憲法學界的主流意見的被採納仍十分遙遠，但不失為為未來違憲審查機制的建立創造有利「制度環境」的預備階段的舉措，甚至是「透出黎明的曙光的『第一步』」。

的進路。在清朝末年，中國同時興起立憲運動和革命運動，其中立憲運動便是較溫和的路線，它並不以推翻滿清王朝為目標，只要求君主立憲，使皇帝和朝廷的絕對權力轉化為有限的權力，受到憲法和法律的限制和議會的制衡<sup>⑥</sup>。從英國近現代政治體制發展的模式來看，也是先在十七世紀末建立憲政——即君主立憲的制度，英王的權力受到法律的限制和國會的制衡，法治和司法獨立得以確立，但英王仍保留行政實權，後來才出現議會內閣制和較成熟的兩黨政治，實權由英王轉移到首相，到了二十世紀，下議院才由普選產生，民主政治才漸臻成熟。

如果中國要邁向憲政，傳統的「共產黨的領導」（至少在領導方式和黨政關係上）和「民主集中制」以至對於分權制衡的否定必須有所變通，中央政府的權力高度集中於黨中央、地方政府的權力高度集中於地方黨委的制度必須予以調整。更具體來說，必須把更多實權讓與人大和法院，讓人大能更有力行使其財政權、人事權、決定權、監督權、立法權等法定權力，讓法院能真正司法獨立，不受同級政府、人大以至黨委的干預或操縱。憲法學界建議的通過成立人大下的憲法委員會以處理法規的違憲審查，或授權法院審查較低層次的規範性文件（抽象行政行為）的合法性，只是建立憲政體制的舉措之一，而非其全部或最核心內容。

以目前的情況來看，中國憲政建設的最大挑戰不是如何在如何修改現行憲法，而是在如何把現行憲法所賦予人大和法院的權力和能力充分發揮出來，提高它們在政治體制中的實際地位（長期以來低於其法理地位）和權

威，使它們能對政府行政機關和黨委產生權力制衡的作用。當然，這只能是憲政建設的第一步，以後要走的路還會很長，包括逐步擴大言論、出版、新聞、結社、集會、宗教等自由，增強各級人大選舉中的自由和公平競爭成份，以至把直接選舉從縣級人大擴展至市級以至更上級人大，直選鄉、鎮、縣的行政首長等。「中國的民主化將會是一個漫長曲折且危機四伏的過程。」<sup>⑦</sup>民主不能一蹴而就，但相對低調的、按部就班的、潛移默化的憲政制度和憲政文化的建設，將為來日方長的政治體制民主化奠下穩固的基礎和減低其風險。

中國憲政建設的最大挑戰不是如何在如何修改現行憲法，而是在如何把現行憲法所賦予人大和法院的權力和能力充分發揮出來，提高它們在政治體制中的實際地位和權威，使它們能對政府行政機關和黨委產生權力制衡的作用。相對低調的、按部就班的、潛移默化的憲政制度和憲政文化的建設，將為來日方長的政治體制民主化奠下穩固的基礎和減低其風險。

#### 註釋

① 參見法律思想網(www.law-thinker.com)，「學術專題：憲法司法化及其意義」(2004年12月)。

② 參見法律思想網，同註①，「事案專題：孫志剛案」(2004年12月)。

③ 強世功：〈憲法司法化的悖論——兼論法學家在推動憲政中的困境〉，《中國社會科學》，2003年第2期，頁18，註①。

④ 賀衛方：〈撐起中國憲政的九大支柱〉(2003年10月28日的講詞)，見法律思想網，同註①。

⑤ 季衛東：《憲政新論：全球化時代的法與社會變遷》(北京：北京大學出版社，2002)，第7章。

⑥ 季衛東：〈漸進改革的新動力——從「化整為零」到「合零為整」〉，《二十一世紀》(香港中文大學·中國文化研究所)，2002年8月號，頁22、28。

⑦ 劉軍寧：〈中國百年憲政夢〉，《開放雜誌》(香港)，2003年10月號，「中國民間憲政運動」專題，頁41、42。

⑧ 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5。

⑩ Kuan Hsin-chi, "Chinese Constitutional Practice", in *The Basic Law and Hong Kong's Future*, ed. Peter Wesley-Smith and Albert Chen (Hong Kong: Butterworths, 1988), chap. 4, p. 57.

⑪ 見《憲法》第十和十一條。

⑫ 見《憲法》第八和十五條。

⑬ 見《憲法》第六和十一條。

⑭ 見余雙木：〈中國憲政民主新希望〉，《開放雜誌》，2003年10月號，頁31；汪海濤：〈中共文件指民間修憲是反黨〉，《開放雜誌》，2004年2月號，頁25。

⑮ 見韓大元等：〈憲法修改與憲政百年〉，法律思想網（見註⑩）。

⑯ 《中國共產黨中央委員會關於修改憲法部分內容建議》，2003年12月22日公布於新華網（www.xinhuanet.com）。

⑰ 王利明：〈進一步強化對於私有財產的保護〉，《法學家》，2004年第1期，頁9、12。

⑱ 康曉光：〈仁政——權威主義國家的合法性理論〉；〈我為甚麼主張「儒化」——關於中國未來政治發展的保守主義思考〉，見http://kxg1963.nease.net（2005年3月）。

⑲ 見劉武俊：〈私有財產權入憲的意義〉，《中國青年報》，2004年1月9日。

⑳ 許崇德：〈人權入憲的重大意義〉，《法學家》，2004年第4期，頁1；焦洪昌：〈「國家尊重和保障人權」的憲法分析〉，《中國法學》，2004年第3期，頁42。

㉑ 關於學者的建議，參見《上海法律與經濟研究所通訊》，2003年第3期，「修憲」問題特刊，www.sile.org.cn；賀衛方等：〈完善我國憲法人權保護條款的建議〉，法律思想網（見註⑩）。

㉒ 于浩成：〈廢除專政，才有憲政〉，《開放雜誌》，2003年10月號，頁39；唐文成：〈中共十六屆三中全會窺測，修改憲法的十點建議出台〉，《鏡報月刊》（香港），2003年10月號，頁28。

㉓ 參見季衛東：〈從界定產權到改善政權——對憲法第四修正案建議稿的詮釋和批評〉，法律思想網（見註⑩）。

㉔ 許崇德等：〈齊玉苓案對完善憲法實施機制的啟迪〉（引文來自趙旭東的發言），《人民法院報》，2001年9月17日，轉載於法律思想網（見註⑩）。

㉕ 見於法律思想網（見註⑩）。

㉖ 參見《中華人民共和國最高人民法院公報》，2001年第5期，頁158。

㉗ 沈巋：〈憲法統治時代的開始？——「憲法第一案」存疑〉，法律思想網（見註⑩）。

㉘ 《人民法院報》法治時代周刊，2001年8月13日。

㉙ 蕭澤晟：《憲法學》（北京：科學出版社，2003），頁102-104；張千帆主編：《憲法學》（北京：法律出版社，2004），頁94-95、113-14。以下敘述的三個案例均引述自以上兩本書。

㉚ 莫紀宏：〈受教育權憲法保護的內涵〉，《法學家》，2003年第3期，頁45、48。

㉛ 參見許崇德、鄭賢君：〈「憲法司法化」是憲法學的理论誤區〉，《法學家》，2001年第6期，頁60；張千帆：〈認真對待憲法〉，《中外法學》，2003年第5期，頁560；蔡定劍：〈憲法實施的概念與憲法施行之道〉，《中國法學》，2004年第1期，頁21。

㉜ 參見沈巋：〈憲法統治時代的開始？〉，載張慶福主編：《憲法論叢》，第三卷（北京：法律出版社，2003），頁540。

㉝ 羅豪才等：〈齊玉苓案：學者的回應〉，《法制日報》，2001年9月16日（轉載於法律思想網（見註⑩））；江平等：〈憲法司法化四人談〉，《南方周末》，2001年9月13日（轉載於法律思想網（見註⑩））。

㉞ 參見註㉚莫紀宏，頁50註8；註㉛沈巋，頁563註1。

㉟ 註㉚張千帆主編，頁100；〈2003：中國乙肝病毒攜帶者「反歧視年」〉，《南方周末》，2003年12月25日。

㊱ 參見憲法第六十二、六十七條；同註㉚強世功、董之偉：〈人權入憲的價值〉，《法學家》，2004年第4期，頁25。

㊲ 引自包萬超的發言，見註㉚許崇德等。

㊳ 參見郭均旺：〈關於孫志剛案件

的法律思考》，法律思想網(見註①)；註⑳張千帆主編，頁4、93。

㉑ 建議書全文見於法律思想網(見註②)。

㉒ 〈三博士上書推開法規審查之門〉，《法制日報》(www.legaldaily.com.cn)，2003年12月31日；滕彪：〈繞不過去的違憲審查〉，法律思想網(見註②)。

㉓ 滕彪：〈孫志剛事件：被討論的和被迴避的〉(未刪稿)，法律思想網(見註②)，原刊於《南方周末》，2003年10月9日。

㉔ 參見賀衛方：〈我們為何「上書」〉，《解放日報》，2003年6月4日(轉載於法律思想網〔見註②〕)；沈巖：〈深以當下個體生命為切——一個學人的孫志剛案備忘〉，《新民周刊》(上海)，2003年第24期(轉載於法律思想網)；同註④賀衛方。

㉕ 韓大元等(同註④)，蔡定劍的發言；賀衛方：〈從孫志剛事件看中國法治發展〉(修訂稿)，法律思想網(見註②)。

㉖ 同註④沈巖；同註④滕彪；同註④賀衛方。

㉗ 同註④滕彪。

㉘ 同註④賀衛方。

㉙ 同註④滕彪。

㉚ 同註④韓大元等，蔡定劍的發言。

㉛ 見註④〈三博士上書推開法規審查之門〉；同註④韓大元等，蔡定劍的發言。

㉜ 見註④《南方周末》文。

㉝ 轉引自許行：〈中國新民權運動的興起〉，《開放雜誌》，2004年2月號，頁29。

㉞ 崔麗：〈全國人大常委會首次成立法規違法違憲的審查機構〉，中國法院網(www.chinacourt.org)，國內新聞(2004年6月20日)，轉載自《中國青年報》；廖衛華：〈人大解釋違憲審查制度，任何公民可提請違憲審查〉，法律思想網(同註①)(2004年12月7日)。

㉟ 胡錦光：〈從憲法事例看我國憲法救濟制度的完善〉，《法學家》，2003年第3期，頁36；童之偉等：〈中國法學會憲法學研究會2003年年會綜述〉，《中國法學》，2004年第2期，頁190；林來梵：〈違憲審

查：嚆矢與正的——就法規審查備案室的設立訪談林來梵教授〉，《法理與判例》，轉載於法律思想網(見註①)。

㊱ 同註②林來梵。

㊲ 包瑞嘉(Richard Baum)著，劉鋒譯：〈中國的「溫和權威主義」改革之路〉，《二十一世紀》，2004年6月號，頁4。

㊳ 吳國光：〈試論改革與「二次改革」〉，《二十一世紀》，2004年6月號，頁11。

㊴ 康曉光：〈中國：改革時代的政治發展與政治穩定〉，《當代中國研究》(美國)，2002年第3期，頁29；康曉光：〈90年代中國大陸政治穩定性研究〉，《二十一世紀》，2002年8月號，頁33。

㊵ 何清漣：〈中國改革的得與失〉，《當代中國研究》，2002年第1期，頁2。

㊶ 蕭瀚：〈後極權時代的改革困境〉，《二十一世紀》，2002年12月號，頁24；楊光：〈政治改革：「中國模式」的難題〉，《當代中國研究》，2004年第2期，頁42。

㊷㊸ 何清漣：〈威權統治下的中國現狀與前景〉，《當代中國研究》，2004年第2期，頁4、38。

㊹ 王軍濤：〈中國憲政的困境〉，載陳一諮主編：《中國向何處去？——追思楊小凱》(香港：明鏡出版社，2004)，頁307、313。

㊺ 有學者就中國目前的情況提出：「能不能效仿虛君共和，來個虛黨共和？能不能效仿君主立憲制，來個政黨立憲制？」見單正平：〈現代中國的自由主義〉，《當代中國研究》，2004年第1期，頁4、14。

**陳弘毅** 生於香港，1980年香港大學法學學士，1982年哈佛大學法學碩士，1984年起任教於香港大學法律系至今。著作包括《法治、啟蒙與現代法的精神》(1998)、《法理學的世界》(2003)、*An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China* (3rd ed. 2004) 等。