

宪法与社会共识： 从宪法统治到宪法治理

韩大元*

目次

- 一、对题目的几点说明
- 二、共识是如何形成的？社会共识的功能是什么？
- 三、中国社会变迁与宪法治理
- 四、全球化背景下宪法治理面临的挑战
- 五、宪法共识与“后三十年宪法发展”

关键词 宪法统治 宪法治理 社会共识

今年是八二宪法颁布实施三十周年。作为宪法学者，我想做一个对宪法颁布三十年历程的思考。所以今天讲的部分内容，是我论文中的内容。虽然观点不一定成熟，我希望正式发表之前通过这样的机会和老师同学交流。你们的一些批判性的建议和提出的问题，对于我进一步修改论文是非常重要的。我想这也是我们获得新知识，使我们的观点进一步完善的很好的形式。

一、对题目的几点说明

这个题目是一个很容易引起争论的话题。比如，也许有同学就提出批评说，宪法与社会共识在价值上能不能达成一个平衡点？我们一般讲，宪法主要是保护社会共同体中多数人利益的，它是强调多样性的，强调一种个体自由的。社会共识则是强调共同体的一种共同的情感、共同的价值、共同的认识。人们很容易把它理解为我们所说的“思想”的统一、价值的统一，或者说我们社会最核心的价值理念。所以我想，首先需要对题目做一个界定。

* 中国人民大学法学院教授、法学博士。本文是作者 2012 年 3 月 23 日在上海交通大学凯原法学院的演讲，由范进学教授根据录音整理。

我所说的社会共识,它是一个宪法学的概念,不是一个政治哲学的概念。政治哲学意义上的社会共识、国家共识、民族共识,有它的特定含义。宪法学的社会共识是指,在一个社会共同体当中,在保障每个成员的个体性和意志自由性的前提下,使得社会共同体具有一个共同的价值共识或者基本的社会共识和价值的共识。之所以形成这样一个价值共识的目的,就是每个个体的多样性都能得到更好的确立和更好的保护。政治哲学意义上的社会共识,是从社会出发来谈共识。宪法学意义上的社会共识,是基于一个个体的多样性和个体利益保护的角度让社会有共识,我们把它称之为价值共识,两者是不同的概念。对共识的概念大家是熟悉的,都知道这个概念,就是在保证价值多样性的前提之下,对社会的制度或者社会的事务大家具有一个相似的、相同的理念或者情感、认识。这样的共识,首先在社会共同体当中得到实现。一个社会作为一个共同体,它总得有一个核心的价值,社会共同体追求的基本的理念。社会共识又发展为一个国家共识。

国家有什么共识?由谁来确立?社会共识转化为国家共识以后,由宪法来确认,最后形成一种宪法共识。制宪的行为或者制宪的过程,就是把我们已经形成的一种国家和社会的共识规范化为一种宪法的内涵。也就是说,通过制宪行为把一种共同的价值转化成为具体的宪法规范,使它成为宪法解释的一个依据和基础。所以,我们看到的宪法文本实际上就是社会共识通过一个制宪者的行为,使得共同的价值转化成为具体的规范的内涵。所以同学们有些时候经常思考一些问题,比如,为什么在德国从来没有听说对宪法法院的判决提出上诉,或者因不服而引起的一种社会不确定性的选择?为什么宪法法院的判决基本都能得到大家的尊重和认同?为什么美国最高法院所作的判决,违宪的判决大家首先都表示尊重?没有像中国这样的,对法院的合法的判决,有时人们首先都假定是不公正的,然后上诉、信访。

昨天我专门在一中院做了一个讲座,重点是讲“社会稳定和宪法权威”。为什么我们的社会不稳定?为什么我们在社会稳定上花的钱越多社会越不稳定?原因就是维护社会稳定的观念出了问题,有时我们是用人治的方式来建构社会稳定的基石。这种人治的机制是不可靠的、不安全的、成本很高的。我们应该转向法治的理念。什么叫做社会稳定?如何建立社会稳定?只有依靠宪法的权威、靠法治力量才能建立社会稳定。游行示威权利要保护,让法治的框架里边的每个社会主体能够通过宪法规定的基本权利表达意见,包括批评。如果一个城市近二十年来对于公民游行示威的申请一次都没有给予许可的话,那么这个城市不可能有真正的社会稳定。

按照目前的维护稳定观念,一些城市的领导人简单把宪法基本权利保护与社会稳定对立起来,认为如果批准了游行示威社会肯定是不稳定的。原因在于我们没有树立法治理念,没有从法治的角度来思考问题。回过头来我们想想,为什么信访越来越多?原因就是我们还是寻求一个法治之外的轨道来解决问题。因为法律人都知道,真正的法治国家里面社会矛盾应该通过法治和司法的渠道解决。当社会成员对司法失去了信心或者把司法作为表示不满的对象时,即使是合理、公平的判决人们也都会认为是不公平的。以这个为前提寻求无限的公平正义,司法是不可能具有公信力的。即使我们对现在的司法状况是不满意的,我们也应该建立司法的公信力,让社会的矛盾能通过司法来解决。

在德国,大家对宪法法院的判决表示尊重,因为他们认为宪法法院的法官是以宪法作为一个尺度对某一个法律是否违宪、某一个行为是否违宪进行判断。那么,对判决的态度就是对宪法的态度问题。在美国,两个总统候选人因选举诉讼在最高法院进行激烈辩论,但一旦最高法院做了判决,另外一个当事人马上就会表示尊重最高法院的判决。我想这是基于对宪法中社会共识的一个认可和把它生活化的一个例子。既然我们的制宪者们按照一定的程序制定了宪法这样一个共同体的价值共识,那么以它的名义所做的一些判断,包括违宪或合宪判决我们都应该表示尊重。

这是我们自己确定的社会共识的基本的态度,也是基本的道德的义务。

在我们国家,我们谈的社会共识也好,国家共识也好,宪法共识也好,目前仍然缺乏一种基本的社会认同。很多人认为宪法是可有可无的,宪法是可以随便批判的,也可以以改革的价值代替一种宪法的价值。现在我们讲的宪法共识、国家共识、社会共识就是想要回答这样的问题。现在我们的物质条件越来越丰富,科学技术越来越发展。但是,在改革开放三十年,宪法颁布三十年后的今天,我们真正缺失的东西不是物质,不是法律制度,也不是科学技术发展,而是民族的共同体、社会的共同体中缺乏一种发自内心的信仰或者信任体系。围绕上述的问题意识我想说明如下几个问题:

二、共识是如何形成的? 社会共识的功能是什么?

我觉得社会共识的功能是通过宪法确认使社会共同体价值具有正当性、道德的基础。宪法保护每个人的多样性。比如,宪法上的宗教信仰自由、人身自由、思想自由、出版自由、结社自由等等。那么,这样一种个体权利通过什么方式能够得到保护和尊重? 那就是社会在有一个基本价值共识的前提之下,在宪法拥有、发挥权威的前提下,保护每个个体的权利。我们很难想象宪法没有权威和宪法得不到实施的国家里,宗教信仰自由会得到保障,公民的出版自由、结社自由、言论自由如何得到保障?

当我们谈到目前中国法治状况的时候,往往有一种习惯性的思维方式,要么法律规定不好要修改,要么要制定新的法律。总是在这个法律的功能上找原因,社会似乎希望有越来越多的法律,希望通过法律修改解决社会与法律的矛盾。但是我们是否考虑过,法律之所以不能发挥有效作用的原因是什么。我觉得就是作为法律的价值基础、道德基础、规范基础的宪法在中国社会没有发挥应有的作用,就是它没有权威性,宪法共识方面出现一些问题。在这种情况下,再制定更多的法律、宣布什么法律体系形成也不能解决中国社会当下的问题。所以我认为要回归到宪法问题上,回归到社会共识的问题上来思考我们当下的社会问题。这是我对“宪法与社会共识”这个概念的解读。

正如大家所知,宪法在世界的发展已经有了三百多年的历史。我们很自豪地说,宪法的诞生揭开了人类文明的新的篇章。通过宪法,人类赋予国家一种理性和人性,防止国家对个体权益的侵犯。通过宪法这样一种特殊的结构,我们把国家权力合理地加以分配,并在公共权力和各种权力之间确立了一个平衡点。在宪法基础上形成的政治权威遵循的一种理性和原则,这是我们一般来说对宪法诞生的评价。国家权力有时是可怕的,但是通过宪法让国家富有理性、人性,限制其权力,这就是宪法诞生的最核心的内容。宪法在治理国家过程中已经形成了一个模式。

“统治”的概念和“治理”的概念有什么区别? 我们可以做一个不同角度的分析。首要的区别就是“统治”是不强调、不支持差异性的,它是需要统一性的。而“治理”更重要的本质是强调多样性和差异性的。一个社会充满着个体的多样性,那么我们宪法怎么面对多样性且不扼杀多样性呢?

其次,宪法统治是一种自上而下的治理模式,由国家来做某种事情,来保护你的权利。有一句流行的话,“让人民有尊严”。宪法治理则是一种自上而下和自下而上相结合的治理模式。宪法的主体是人民,宪法是人民制定的,那么宪法的运行过程、宪法的治理还是要靠社会成员,不是光靠国家,也要靠社会,靠社会的成员。在这个意义上,宪法治理和宪法统治也有些相同的原理,但是在运行的内在机制上,宪法治理更强调一个社会的平衡发展,更强调的是自上而下和自下而上相

结合。在某种意义上,它淡化了国家色彩,强调通过宪法来治理社会的一种价值理念。

大家可能都记得《人权宣言》的第十七条中有一句话,即“当权利未保障,分权未确立的社会,是没有宪法的”。这其中就包含了一个难题。我们博士生的考试曾经考过这个题。我专门请教过法国马赛大学的一个宪法学教授,我说当初为什么用“社会”而不用“国家”?

我们说宪法是国家的根本法,宪法的目的是限制权利、保障人权,因此我们推导出一个结论就是,一个国家如果权利没有保障,分权没有确立的话,即使你有宪法,有宪法文本,但是没有宪政。这是一般近代的宪法原理。但是,《人权宣言》里并没有用国家的概念,而是用了社会。就是说这个社会不能确立分权,不能保障基本权利的话,这个社会是没有宪法的。法国学者的解释是这样的:社会高于国家。因此,当时的《人权宣言》里面说,社会是否拥有宪法和国家是否拥有宪法的标准是不一样的。国家拥有宪法未必社会拥有宪法,但是社会拥有宪法必然国家拥有宪法。当然这是法语上的一个不同的解释,我也不是很清楚它的理论脉络是什么。但是至少在宪法统治和宪法治理的概念理解上,我认为可以引用宪法上的社会原理。宪法不仅是国家的根本法,同时也是社会的根本法。社会和国家二元化的过程当中,我们不能受宪法统治观念的影响只强调国家和宪法的关系,而忽视宪法和社会的关系。把社会的原理引用到宪法的治理当中,使得宪法治理比宪法统治具有更加丰富的内涵。

第四个考虑是,所谓的宪法治理就是把社会生活、社会经济政治文化生活纳入到宪法和法治的轨道。通过建构国家体制来实施宪法,为国家社会稳定、可持续发展提供法律的基础。这是一个宪法治理模式的内涵。宪法统治一般强调的是用宪法来控制国家,控制社会。宪法治理理念则具有更大的弹性,富有更丰富的价值内涵。在这个意义上,我的演讲标题谈的是“从宪法统治到宪法治理”。当然,两者的区分标准,在四个方面,一个是道德基础,一个是推动的力量,一个是治理方式,最后一个是治理主体。

宪法治理的功能是多方面的,重点讲两个功能:

一是宪法如何建构国家——以德国为例。宪法与国家密切的关系,是宪法学基本的命题。国家基本制度都是以宪法的存在为依据,使得国家制度有合宪性的基础。当一个国家建立新的法律秩序和国家秩序的时候,它只能通过宪法来建立这样的一个基础。我们经常问德国人是靠什么力量使得二战以后的德国成为了欧洲最强大的国家之一?

凡是去过德国的老师和同学都知道,柏林街头看到一些商店的玻璃门上写的不是什么广告,而是《德国基本法》的第一条。所以我们可以感受到一个生活化的宪法,你到任何一个地方都可以感受到。在德国,宪法的价值不是停留在规范的层面,而体现在社会生活的各个方面。德国的宪法法院原来是在大城市,现在搬到了一个很小的小城镇。接待我们的法官非常自豪地说,你看宪法法院是控制立法、行政、司法的,我办公的地点不能在城市里面。如果我离政治权力中心很近,就无法保证独立性、中立性。所以他们特意把宪法法院搬到一个很小的城镇,试图远离政治中心以保证法院独立的审判。当然这是一个理念上的问题,但是像这样一种基本法上规定的核心的价值、人的尊严的价值,某种意义上为德国战后的振兴提供了一个强大的道德的基础、法律的基础和一个制度的安排。所以,国家的建构不是靠一种统治,靠强大的法律制度本身,而是靠这个社会核心的价值。

在德国,所有的德国人都承认德国的核心价值和社会的共识,就是《基本法》上规定的第一条,即人的尊严的条款。这十年来有关德国的最重要的宪法判例当中,法官们所做判决的判决书引用宪法第一条的频率是最高的。看起来很难的案件,在宪法第一条的解释当中都能得到合理的说明。

大家非常熟悉的航空器违宪案就是一个很好的例证。原来国会通过的《航空器法》第七条规定,当一个恐怖分子劫持了一架飞机,即将撞向国会大厦,可能会损害几千人、几万人生命的时候,可以授权国防部长把飞机击落下来,因为它会损害不特定多数人的生命。但是,这个法律遭遇了一个违宪的强大的阻力。一些宪法学者和团体认为,这个条文是违宪的,主要的根据是宪法的第一条。因为宪法第一条的字面条款告诉人民,在德国在宪法治理下,在社会价值观念下,人永远只能成为主体,人永远是目的,生命永远是高于一切的。生命是高于国家,高于国家的目的的,在任何情况下国家不能为了自身的目的,把人和人的生命客体化。这就是人的尊严的核心条款。所以,宪法法院经过激烈的讨论以后宣布,《航空器法》的第七条授权国防部长可以把恐怖分子的飞机击落下来的条款违背了《基本法》第一条,是违宪的。这是一个很清楚的判断。经常有同学们提问,一万个人和一个人的生命价值是不是一样?为了保护一万个人的生命能不能牺牲一个人的生命,让他成为国家保护一万人生命的客体?我的回答是,一万个人的生命和一个人的生命在价值上是一样的。

但是,能不能做出这样一个牺牲式的选择?这是很艰难的。在英国,曾经也发生过很有名的一个判例——“连体婴儿手术分离案件”。2007年,有一对姐妹是连体婴儿,医生发现如果不马上动手术的话,妹妹和姐姐会同时死去。如果动手术的话,姐姐会保留她的生命,妹妹在手术的时候会死去。她们的父母是天主教徒,坚决不同意动手术。生命是上帝给的,你 cannot 通过人为的分离手术的方式去牺牲一个生命,挽救另一个生命。这是不符合其父母的信仰和精神世界的理念的,所以他们坚决反对。医生却说必须动手术。那怎么办?按照英国的法律,只能到法院让法官来裁决。法院举行了长达三天的听证。牧师也来了,医生也来了,然后父母也来了,大家都充分地进行阐述。医生说,我从作为医生的专业精神角度主张必须抢救一个。最后,法官做了裁决。每个生命都是无价的,没有可比性。但是,在人类还不能超越现代医疗技术的某些困境的时候,当医学提出某种专业的要求的时候,人类不得不做出违背道德准则的选择。因此,牺牲式的手术在这个特定的案件中是允许的。根据这一裁决,医生做了一个手术。妹妹死了,姐姐活着。

在这个判决书里面,它阐述的也是英国的社会共识。它说在英国的社会里面,无法想象为了挽救一个人的生命而牺牲另一个人的生命。这在英国人的理念上、政治哲学上的确很难接受。但在这个具体的案件当中,基于医生的强烈的专业精神,法官不得不做出利益的平衡,最后还是做了手术。

这种国家的建构,不管德国还是英国,我们都能看出来它是很重要的一个力量和作用。大家可以看看在整个《基本法》当中,就是寻找社会共识、确认社会共识。比如,1945年的《波斯坦公告》,主张去军国主义化、去纳粹化、去卡特尔化、去中央集权化。也就是推倒原来的法西斯价值观。在原来希特勒统治下,它也有社会价值观,它是反理性的、反人权的。所以,首先《波斯坦公告》反对了这样一个反人权的核心的价值观,建立一个新的核心价值观,就是通过民主的、共识的、联邦的、福利的和实质的法治国来否定形式的法治国。以此为基础,再制定了《德国基本法》,建构了新的德国的价值共识和社会共识。

这里也有典型的案例,大家可以关注一下。一个是西南重组案。在国家建构及联邦制的维护方面,该案对于当时刚刚结束二战的德国具有非常重要的象征意义。就是通过这个西南重组案,提出了一些国家建构、政治稳定和社会认同的重要原则。第二个案件是1952年的社会帝国党违宪案。通过这个案例,确立了社会共识下如何建立宪法秩序。宪法秩序也许是理性的,也许是非理性的。通过这个案件,法院强调的是宪法秩序必须是理性的。如何来保证?就是用社会价值共识来保证。我们新型的宪法秩序不是希特勒时代的宪法秩序,而是符合民主、共和、联邦和社会福

利及价值共识的宪法秩序。两德的统一涉及很复杂的法律程序,但是大家也看出两德统一的最核心的内在动力和力量就是德国宪法中的一个最基本的价值共识。为什么东德人不希望德国宪法被修改?原来的想法是东德宪法也不要,西德宪法也不要,统一后的德国需要制定新的宪法。后来大家在论证当中发现,西德的很多宪法原理可以直接用于两德统一以后的新的宪法秩序。东德也自动地放弃了它的宪法秩序、宪法基本理念。所以,在人的尊严的旗帜下、在社会共识的前提下,两个不同社会制度的国家很轻易寻求了一个共识,最后通过宪法获得了两个国家的统一。从这一点可以看出,在德国的社会认同和社会建构中,宪法的作用是多么的强大。当然,我们学习宪法的同学都知道,德国有一个宪法爱国主义的理论,就是通过宪法培养对国家的一种爱国情感,这样一种内在的理念的追求。为什么要像爱护国家一样地爱护宪法?因为宪法体现了这个国家最核心的价值。想爱国吗?那么你首先要爱护你的宪法、信任你的宪法、信仰你的宪法。这一理论虽然有它的历史局限性,但是宪法爱国主义是一个很成熟的理论。当基于民族的认同、文化认同的爱国主义转变为基于宪法认同的爱国主义的时候,那么我们可以很容易寻求一个基于自由、民主、人权多元结合的价值认同,同时我们可以形成国家的认同和自我身份的认同。通过宪法爱国主义来获得对国家的认同,社会成员自我身份的认同也是一个宪法价值共识的重要体现。

二是宪法共识有助于建立和谐、稳定与健康的社会矛盾解决机制。

宪法是建立和谐政治体制的基础。我们可以通过美国宪法的历史说明这一问题。当社会面临重大的经济危机、社会危机,重建国家要靠什么?20世纪20、30年代美国是什么状况?大家可以看看当时的一些统计数据。那时美国人民生活艰苦,社会分裂,经济不发展。这个时候怎样凝聚民族的人心,让国家具有认同?还是依靠了宪法,特别是罗斯福总统的新政,就是寻求宪法认同的一种努力,它在寻求社会共识方面起了非常重要的作用。

我们也观察一下阿拉伯世界正在经历的宪政危机。大家都很关注从突尼斯开始波及阿拉伯世界的激烈的宪政危机。整个社会处于分裂状态,三四十年的国家政权一夜之间被摧毁。我们过去认为阿拉伯世界是很稳固的,因为它有宗教的传统,拥有一个具有人格魅力的领导人的长期统治。但是,从现代宪法理念上看,为什么这些有强大的人治传统、强大宗教传统的国家,在宪政危机面前表现得如此脆弱?我们需要分析。在我看来,长期实行人治和政教合一的国家,如果不以宪法上的价值共识作为强大的精神动力,它也不可能具有健康的社会机制。当一个具有人格魅力的总统因为个人的原因结束他的统治的时候,整个社会的价值秩序就会受到破坏而处于不确定状态。没有一种力量可以维护不同的种族、宗教、民族、文化和利益的主体。因为在这些国家,虽然也有宪法,但是长期以来它不是通过宪法来统治。也就是说不可能有宪法治理,而只有宪法统治。我们都看过阿拉伯世界的宪法,条文的规定也是很好的。但是宪法在生活当中并没有达到治理的层面,它只是作为一种统治的手段。表面看具有正当性、合法性,但是大家对它缺乏一种内在的认同。比如,不同宗教的民族之间具有一种很强烈的分裂性,无法达到一种通过宪法来获得的超越不同宗教的境界。

从某种意义上讲,凡是社会不稳定的国家一般是缺乏社会基本共识的。如在中国,每天看新闻你会发现很多让人不安的事情。吃饭担心食品安全,恶性事故不断,缺乏诚信。在没有诚信的社会里,越是信任的人,越是不安全。在这个社会,教育不公平,社会不公平,司法不公平。人们处于价值与事实的断裂与冲突之中。在中国目前社会状态下,当我们还没有关注、没有充分地通过宪法来寻求共识,有时候会出现一些常人思维想象不到的现象。所以我的结论是,没有价值共识,没有以宪法为基础形成的社会共识的国家是非常可怕的。

社会总得有个规则。有时我们强调潜规则,现在潜规则也是不行的,潜规则里面还有一个另

外的规则,那更可怕。面对阿拉伯世界的整个宪政危机,我觉得中国必须要认真研究、吸取教训。有宪法,但国家的生活中并没有发挥宪法的作用、不能有效地通过宪法治理来形成社会凝聚力、没有落实宪法的核心价值,这就是宪法在社会生活中缺场。面对社会危机的时候,无论突尼斯还是叙利亚,都不能在宪法统治下处理社会危机,最终它离心离民。尽管叙利亚的巴沙尔总统还懂得宪法的重要性,急急忙忙地对宪法进行修改、通过了全民公决,但是西方人并不承认,说你这个宪法公决是没有正当性、合法性的。但是,至少在社会危机面前,叙利亚统治者懂得用宪法来化解矛盾。说它表面形式也好、实质上也好,宪法改革、宪法修改、通过宪法的全民公决寻求社会共识是值得肯定的。当然,我们还要看效果。也许宪法改革的时间还是太晚了。当社会已经缺乏一种凝聚力、分裂到一定程度的时候,再通过宪法改革来恢复宪法秩序是要付出很大代价的。

宪法像是我们的生活规则一样,要通过宪法来凝聚社会共识,那必须在日常的生活当中要建立这样一种治理的方式。不能遇到了问题,才想起用宪法来解决问题。概括地说,我认为在宪法产生的三百多年的历史,目前是在世界范围内宪法问题最深刻、最复杂的一个时期。因为无论是西方国家,还是在非西方国家,社会的矛盾冲突都上升到宪法问题。我们现代宪法制度所承受的能力——理论的能力、制度的能力、化解矛盾的能力和凝聚人心的能力,正在面临着空前的挑战。这三百年历史上,我们找到的人类最伟大的发明就是宪法的诞生。但三百年过去了,宪法在世界范围内正在面临着空前的挑战。宪法的发明是人类最伟大的发明,它会改变一个国家的价值观,它会维护本国以及世界的和平和稳定。但是为什么现代宪法制度表现出它能力的有限性?为什么用宪法,有些问题我们解决不了?

民族、宗教、文化的因素影响宪政体制的发展、制度运行的难度,我们为宪法实施所付出的代价和不确定性的因素在不断增加。社会主义宪法、资本主义宪法的区别还是存在,但是我们现在面临很多既不是社会主义也不是资本主义的民族、民主主义国家的宪法。这个数量已经占到了世界宪法的百分之八十。所以,现代宪法理论所讲的社会主义和资本主义宪法理念也面临着新的挑战。世界宪法的主流正向民族民主主义国家的宪法发展,希望建构既不是传统资本主义也不是传统社会主义的新的宪法体制和理念。社会主义、资本主义、民族民主主义宪法体制正在处于一种紧张的关系当中。现代宪法的发展,到底是社会主义、资本主义还是民族民主主义宪法的发展,还需要我们进一步的观察。

目前,西方世界、非西方世界在宪法治理上的冲突越来越突出。西方国家对于非西方国家宪法发展的干涉、影响越来越明显。对一个国家政治或者法律制度施加影响的最好的方式是干预宪法制度。在纪念1908年《钦定宪法大纲》颁布一百周年的时候,很多学者都研究五大臣到西方考察宪政的日记。像在当时的中国那样一个落后的专制国家里,大家都感受到必须学习宪法才能使国家富强起来的道理。西方的影响,特别是日本、德国宪法对中国宪法的影响是十分深刻的。建国以后,苏联宪法对中国政治、经济、社会的影响也非常大,因为我们是通过1954年宪法建构了新的国家秩序、制度的秩序。但是,这个制度秩序,20世纪50年代时候受到了苏联的影响。为什么一个国家的宪法对特定一个国家的宪法产生这么大的影响力?目前西方和非西方的宪法,干涉和反干涉也成为国际政治的重要内容,成为整个国家社会最重要的政治性的问题。

当然宪法和主权的的关系也发生新的变化,宪法区域性的特点开始出现。除了我们前面讲的国家的治理、国家的统治、宪法的治理之外,还出现了一个区域性的宪法治理,包括欧盟的宪法治理、非洲国家的宪法治理以及开始出现的亚洲区域的宪法治理新模式。因此,整个国家的宪法治理模式、人类社会的世界性的宪法治理模式,比如世界宪法的制定以及区域性的宪法治理模式正在发生深刻的变化。我想这是对宪法治理产生以来,对世界范围内的宪法问题的一种新的分析和宏观

的评价。因为大家知道,中国的宪法治理是无法摆脱世界宪政总体格局的。在经济全球化的时代,如果任何一个国家的宪法脱离了世界宪法发展总体的范围,那么宪法的发展也会受到一些影响。所以我们首先看世界宪法的发展,然后接下来看一下我们中国自己的宪法治理模式到底是怎样的。

三、中国社会变迁与宪法治理

宪法统治在中国已经有了一百多年的历史。《钦定宪法大纲》制定是中国宪法发展历史的开始。然后,1949年建国我们通过《共同纲领》建立新的国家秩序,通过1954年宪法来建构了我们的宪法统治的模式。现在我们来了解一下1954年宪法通过时《人民日报》发表的社论。《人民日报》社论非常有意思,题目就是“维护宪法、遵守宪法”。9月20号颁布宪法的时候,《人民日报》上刊登了一个很短的社论。这个很短的社论里面,除了对1954年宪法做了一个价值理念和颁布意义的肯定之外,表达了一个很大的担忧——就是我们颁布的宪法能否得到有效实施。我们现在对宪法实施也有一些担忧。在20世纪50年代的时候,民众(至少是写这个社论的人)已经开始担忧这个问题。由谁来实施这个宪法?如果违反宪法怎么办?如果大家有兴趣,可以看一下这个社论。

那么,应当如何评价百年来中国的宪法在中国社会治理中的作用呢?中国社会结构和宪法治理到底有什么样内在的机制?在中国的社会结构中,我们所说的宪法或者我们学习的宪法,是一种价值意义上的宪法还是工具意义上的宪法?中国人为什么学习宪法?这是非常重要的。

一百多年来,我们在宪法治理上仍然没有确立一个价值主义的宪法观,我们仍然是工具主义的宪法观。毛主席说了一句话,也表达了他对宪法的一个理解。这句话就是,“搞宪法是搞科学”。我是经常呼吁我们的学者,不要用“搞宪法”这个“搞”字。不好听,是吧?你要是真的“搞”了宪法,就把它变成工具主义了。1954年,毛主席花了很大的精力领导人民制定宪法。但是到了1957年,他认为宪法不必要了。宪法本来就是“搞”出来的,是工具性的东西,可以不要了。

其实,宪法是一个价值体系,也是价值目标,不是你要不要的问题。你在宪法面前是没有选择的,你必须按照宪法来治理国家。这是国家的一种必然的、内在的机制。但是一百年来中国社会宪法治理中并没有形成一个内在的机制。我们带有很多工具主义的宪法观念。也许一开始学习宪法的时候,没学好。

这里有个小插曲,是我们五大臣去日本学习宪法时发生的。当时明治政府也非常友好,安排一些宪法教授给他们讲明治宪法。但是很奇怪,他们安排的宪法教授基本都是些所谓正统派的宪法学者。也就是说,真正给中国的五大臣讲宪法的主要的教授都是跟伊藤博文宪法理念比较相同、主张君主主义的一类宪法学者。其中有一段很生动的对话。五大臣当中的有一个当时问伊藤博文,我们国家要制定宪法,你看应该以什么国家为标准。他说,当然是日本宪法为准。那么为什么要以明治宪法为准呢?回答说,因为中国没有宗教传统,没有宗教传统的国家皇帝应该成为精神凝聚力的化身和标准,所以,你的宪法不能是共和主义的宪法,你不能学习美国、法国的宪法。它们是很先进,但是它们的宪法和我们的国情是不一样的。必须让皇帝作为国家的象征,这样才能维护社会秩序。所以,他建议中国的大臣要学习日本的明治宪法。实际上我们制定的《钦定宪法大纲》基本上就是按照《明治宪法》来制定的。它背后的理念就是,学习宪法、制定宪法不是为了我们国家在价值观上选择一种理性的制度,而是让我们这个国家怎么保护皇帝的统治、怎么让统治不要失去它的一个基础。也就是,为了让国家达到什么目的而学习了宪法。所以,当时有一种观念认为,我们通过宪法要实现的一个基本目标就是富国强兵,让国家富强起来,让军队强大

起来。

那么，我们是否建立了适合中国社会的治理模式？我想我们可以共同来思考这样一个问题。大体上我们知道，中国宪法治理的一个基本的规律就是，宪法具有一定的权威性，也就是国家治理当中统治方式不是靠政策，不是靠领导人的意志，而是靠宪法来治理的时候，国家的政治、经济发展相对来说是比较稳定的。在1982年宪法颁布以后将近三十年的时间，政治、经济、文化发展还是基本上是上升的趋势。当然如果你对三十年发展做进一步的分析的话，你可以看出来每个十年的状况是不一样的。那么，到了2012年，这个趋势是上去了还是下来了？我们这里还没有统计。如果统计出来的话，不会那么高的。2011年以后，由于社会结构内部的激烈的变动和分裂，使我们整体社会凝聚力呈现出下降的趋势。社会的信任程度正在下降，公信力正在下降，它已经影响了整个国家的发展。这个时候我们怎么办？

从建国以后到现在的宪法治理，特别是三十年以来的宪法治理，我们首先要给予充分肯定。尽管人们对三十年宪法的发展不满意，但是我们必须采取客观的立场。经过三十年宪法的实施，我们寻求了一些共识。

第一个共识就是，尊重宪法、维护宪法是一个国家宪法治理的基本的模式。对这一理念，我们已经开始认识到了，所以出现了“依宪执政”的理念。胡锦涛总书记提出来，“依法治国”首先是“依宪治国”，“依法执政”首先是“依宪执政”。这个目标的提出，也是我们社会共识在政治话语的体现。社会治理只靠法律是靠不住的，靠政策更是靠不住的。在中国这么大的国家里面，靠什么能凝聚民心、维护社会的稳定、维护社会的秩序呢？只能靠宪法。当一个国家领导人正式提出，“依法治国”首先要“依宪治国”时，我们应该认识到价值观的变化。这就是让宪法有权威，实施宪法，在宪法基础上再实施其他法律。我们可以从这一理念的转变看出这是对社会、对宪法共识的一个政治的回应和政治话语的表达。当然它还没有完全转化为宪法的话语，还停留在政治的话语，但这毕竟也是我们的一个积极的进展，也是我们的一个共识。这也正是2004年9月15日总书记提出来的一个理念。

第二个共识就是“以人为本”，国家尊重和保障人权开始成为国家价值观。其标志就是2004年的宪法修改。今天讲“社会主义核心价值观”时，大家有不同的概括方式。其实最规范的分析方式是要回到一个宪法共识，在宪法文本中会找到共同话语。也许社会共识是一个多样化的共识。那么，如何把社会共识提炼到一个明确的、规范意义的表述？这就要看宪法第三十三条，“国家尊重和保障人权”。只有当将国家尊重和保障人权作为我们宪法治理的道德基础的时候，我们才真正寻找到宪法上的人的意义。中国的宪法治理怎样以人为出发点，以人的价值作为宪法治理的最高的目标和道德的基础，怎样使我们所有的法律的制定，公共政策的制定围绕着人的价值来展开？我想这也是我们这三十年的一个基本的共识，也是值得肯定的一个价值。

这样的一种价值共识，在某种意义上也改变了政府的一些观念，改变了我们的一些公共政策。大家可能知道一个例子。比如当政府用纳税人的钱给“三陪小姐”提供免费安全套的时候，我们如何评价这个行为？我在国外讲这个案例的时候，有些外国学者说，没想到中国政府在人权的理念上有这样大的变化。纳税人的钱能不能用在政府的这样一个行为上？如果没有人权的理念，没有把“三陪小姐”还原到人的话，你很容易认为她们在中国卖淫是违法的，因此给她们提供免费安全套的行为是纵容她们，这不是依法行政。但是如果站在宪法立场上，政府保护每个人的生命、健康、安全是一个基本的社会共识，那么从“三陪小姐”是人的立场来考虑的话，她们的健康是需要保护的。国务院的《娱乐场所管理条例》里面明确规定，公共场所必须要准备这些东西。这是纵容她们吗？她们的行为是违法的，但实施这些行为的人也是国家需要保护的。这是价值观的很大的变

化。只要是人,即可享有人所享有的基本权利,人是主体。我觉得这个城市这样做,就是展现了中国的一个新理念。

在某市曾经也发生过类似的案例,就是卫生局下面的疾病防治中心根据国务院的《娱乐场所管理条例》给所谓的“性工作者”举办了一个学习班。这个学习班的目的是告诉她们怎么保护自己以及公众的健康。当时来了三十多位,公开表明自己是从事性工作的,到政府机关的会议室来接受两个小时保护自己的知识培训。上课以前,讲座的人为一件事苦恼,就是怎么称呼她们。一开始,不知道怎么叫她们,也不能叫同志们,也不能叫同学们,你也不能说各位性工作者们。那更不行。别看是一个政府部门,疾病防治中心三十多人的单位,但我想他们还是有一种法治的基本理念的。研究以后他们用了个词,很中性的一个词,“姐妹们”。用“姐妹们”,坐在下面的人心里感觉是不一样的。然后花了两个小时传授她们相关的知识。但这个楼里边还有一个公安分局办公室。公安分局的一位副局长听说了这件事后觉得这个卫生局局长疯了。他认为,每天晚上民警们很辛苦打击卖淫嫖娼活动,你还白天把这些人请到这边来,我们的工作就前功尽弃了。然后,他就到管政法的副市长那里告状,并请示现在能不能派警察下去抓她们,省得晚上去那么辛苦。这个主管的副市长还是有法治理念的,他说这是我们请来的客人,疾病中心有义务对她们的健康负责。公安局的副局长说那能不能等她们出政府大门的时候抓她们。副市长说还是不行。那我晚上能不能抓?副市长说,按照法律规定,晚上你还是有义务来抓。副局长就想不通,同样是人民政府,我这个机关是打击卖淫嫖娼的,而疾病防治中心这个机关能把这些人请来,告诉她们怎么保护自己。这是一个什么样的理念?这在报纸上也引起过争论。

我是非常同意疾病中心的做法的。当然两种国家机关在保护人的权利上,一个是维护国家秩序,也保护人权;一个是维护健康生命安全,同时也保护秩序。当发生冲突的时候,应该怎样解决问题?我想这里也涉及社会共识问题。宪法发展三十年的进步,我们是有感受的。我们能感受到的,一个是人文的精神,感受到的是“人”这个字在现代中国越来越凸显。人们越来越关注一个人的基本的价值。包括死刑犯,我们过去死刑是枪决的方式,现在都改成了注射的方式。我们死刑的复核权由最高法院统一行使。《刑事诉讼法》原来规定,最高法院在死刑复核的时候“可以”会见、询问死刑犯。在代表们的强烈要求下,为了保护死刑犯的生命,防止冤假错案,把“可以”改成“应当”。因此,所有的死刑犯到了最高法院核准的时候,你必须见犯罪嫌疑人。尽管对修改有一些不同的意见,但是这一点还是需要肯定的。

第三个共识是通过三十年的宪法实施,我们已经认识到或者初步认识到,宪法实施是法治发展和国家制度完善的基础,应当不断推进宪法的实施,发挥宪法对社会的引领作用。三十年的时间并不是很长,但这部宪法是在中国实施时间唯一超过十五年以上的宪法。我们通过1982年宪法,在国家制度的建构包括法治的发展、法律体系的建构当中,还是有一种基本认识,就是宪法是国家生活的一个基础。无论是经济发展的背后,社会发展的背后,还是法律体系发展的背后,有宪法的作用。尽管它还不是很完善,有些人对它有很多不满,但是人们仍然对宪法统治和宪法治理抱着很大的期待。把我们的梦想,我们的期待,都寄托在宪法上。这一点我想我们还是有一个基本的共识的。

当然,我们在寻求共识的过程当中花了很大的精力来研究宪法实施。到底什么是宪法实施?中国应该建立什么样的宪法保障制度?怎样通过宪法的方式来建立中国的宪法实施,把宪法更好地用起来?这一方面,我们确实做了很多的思考。

我们可以概括,三十年我们在宪法发展方面形成了四个基本的认识:一个是中国宪法的实施必须把人民作为基本的利益出发点,也就是人的利益作为一个出发点;第二个就是中国社会正在

发生一些转型,中国宪法发展也是一个不断变化的过程;第三,宪法作为一个共同体的价值观,为中国社会的稳定提供了一个规则的诉求;最后一个,中国宪法在三十年发展当中,力求以开放、理性的态度积极回应社会的发展,同时以开放的心态来吸收国外的先进的经验。中国能够三十年高速地发展,宪法的贡献、宪法作用的发挥是不可忽略的。我想这是对三十年基本共识的一个概括。

四、全球化背景下宪法治理面临的挑战

对于三十年宪法的实施我们要肯定其成就,但是我们必须抱着客观的态度来面对存在的问题。

作为法律专业人士,我们应该想到,之所以出现很多财产权、人身权包括依法行政方面的问题,就是因为三十年宪法还没有有效地发挥作用、没有充分地运用宪法来治理国家。在宪法共识形成的背景下,社会应该更加稳定、更加和谐。但是,我们为什么不和谐、不稳定还缺乏共识呢?就是三十年发展中宪法没有发挥作用,宪法资源没有充分发挥出来。当宪法权威还没有形成时无法形成社会共识,生活中什么可怕的事情都会出现。我想这是三十年以后我们必须思考的问题,或者说我们现在开始思考三十年以后中国发展趋势时,我们必须思考的问题,我们怎样建立一个理性、稳定、健康的宪法秩序和宪法的治理?

对于1982年宪法文本,有很多不同的主张。三十年过去了,对于自然人来说是“三十而立”,对于宪法的三十而立如何进行分析?既有肯定说,也有否定说。否定说里面又有极端的否定说、激进的否定说和消极的否定说。肯定说里面有极端的肯定、激进的肯定、折中的肯定、消极的肯定等等。但无论何种观点,我们需要有一个基本的立场,在实行宪政、用宪法来治理的国家,共和国的公民包括我们的学者、官员一个基本的道德和法治要求是当面对共和国宪法文本的时候你要尊重它。对共和国的宪法本身给予一种信任,有一种内心信念的支持,这是一个基本的前提。没有一个国家的宪法是完美的。三十年前的中国与现在的发展是不同的,1982年宪法颁布的时候我还是大学二年级的学生。三十年以前和以后相比较,变化是很大的。但作为一个宪法学者始终没有变化的立场就是,我们对宪法文本的一个尊重和信任的态度。也有一些同学说,对于宪法规定的一些不合理之处能不能批评?当然可以批评。根据国外的经验来说,对宪法文本的信任是前提,批评是在信任前提下的一种建设性的批评。如果一个国家把宪法作为一个批判的对象,教授讲课批判宪法,公务员做事批判宪法,说因为宪法规定不好,所以他的公共政策只能这么制定。国家领导人不尊重宪法、批评宪法,我想这个国家是没有任何政治、道德、社会意义上的共识的。因为我们的共识写在什么地方?共识就写在宪法上。宪法是需要发展的,它需要一个宽容的态度。所以1982年宪法到现在经过了四次修改,回应了中国社会经济的发展,为中国的改革开放提供了一个法律依据。但是1982年宪法由于它当时修改的背景和条文的修订上确实有一些不完善的地方,那么我们只要完善它就可以了。所以我想,肯定也好,否定也好都要基于一些客观的立场。以宪法文本为基础,不断解释宪法文本的价值内涵,让社会发展的新的变化在宪法规范的内涵中获得一个回应,获得它解释的依据。我想这是宪法发展的一般规律。如果我们仅仅以社会发展的变化为前提,让宪法为现实服务,让位于社会现实,特别是政治现实的时候,这个国家很可能走上非理性制度的一个发展。因为宪法是对非理性的一个纠正,那么纠正非理性的文本和宪法基本的共识不存在了,政治理性高于国家理性、宪法理性的时候,这个国家也可能出现严重的社会问题。

我和刑事诉讼法的学者有一个争论。他们经常批判宪法第一百三十五条,说出现冤假错案的

原因是该条规定了“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律”。我认为这是一个富有宪政理念的条文。第一,我国的法律当中没有“制约”这两个字,但宪法第一百三十五条则有这个词。第二,该条还把人民法院放在前面,检察院放在中间,公安机关放在后面。我想这体现了一种进步的宪政理念。一个国家基本权利的救济中侦查权是容易滥用的,检察机关往往站在国家立场上,唯独具有中立的司法才能最后在正义的维护上为公民带来阳光和救济。司法是正义的最后一道防线,所以该条把人民法院写在前面是有宪政价值考量的。

遗憾的是,不知从何时开始形成了“公检法”这样一个提法,直到现在人们也一直习惯于这一提法。在中国宪政发展中这是需要改正的一个理念。当社会出现不稳定的时候,有的人只想用公安的力量来维护社会的稳定,没有想到用司法的力量,用检察机关的力量来维护社会的稳定。越想稳定,我们的社会越不稳定;越来越多的信访和上访,但却越来越难以控制社会稳定。其主要原因就是违背了宪法第一百三十五条的制度安排。

在一些冤假错案中我们可以看出,三个机关过分强调配合,而没有强调制约。侦查权、起诉权、审判权这些涉及公民基本权利的最强大的公权力相互之间需要的是制约,对此宪法是做了明确的规定。但是,在办理案件的过程中基本上是缺乏制约的。如果真正存在着制约的话,就不可能有余祥林案件、不可能有聂树斌案件。所以,怎样发挥侦查权、起诉权、审判权相互之间的制约,建立一个以制约为核心的人民法院、人民检察院、公安机关三者关系是一个亟待解决的问题。

近年来,出现了一些值得关注的改革迹象。比如,我们现在大部分省的公安厅厅长不再兼任政法委书记。这可能是中央对冤假错案的原因做了分析以后在体制上所做的重大政治决断。大家想一想,如果一个公安厅的厅长又是政法委书记,一些重大疑难案件在政法委讨论的时候,法院院长、检察院检察长只是一个委员。我们很难期待法院院长在政法委书记面前主张独立的审判权。所以我认为,中央这个改革是在法治领域的一项重大改革,有利于党对政法工作的领导。当然,我们怎样进一步发展、发挥政法委的作用,真正地保障审判权的独立,我们还需要进行探索。上述改革至少在体制上回归了宪法第一百三十五条,尊重了审判权、检察权和公安机关的侦查权。

因此,如果把中国社会面临的问题置于宪法文本,我们就可以找到一个基本的解决问题的依据。我们对未来要有信心,但信心不是来源于政策,信心来自于我们拥有一个共和国的宪法。尽管它修改于三十年以前,但是我们应该宽容地对待它,让宪法不要受到过多的责备。我们应该多鼓励它,总体上信任它,让它发挥作用。先有宪法文本,以此作为我们改革的动力。确实有宪法规定不合理的地方,那么我们应该完善它、修改它、解释它。

但是在我看来,中国现实中的很多问题并不是由我们宪法规定不好而导致的。恰恰相反,宪法规定的总纲的一些基本理念、第二章的公民基本权利规范以及国家机构的一些基本规定并没有在现实社会中得到实现。因此,宪法与社会的冲突主要来自非理性的社会现实,而不是我们的规范本身的缺陷性。所以,我们不能过分地强调改革的意志。

我有一个基本观点,就是宪法学者包括学习宪法的同学不能有过分革命的意识、改革的意识。从某种意义上,宪法学的知识体系是相对保守的,因为已经建立的宪法秩序是靠我们来维护的。新的社会变化有它的生命力,但是这未必是有理性的生命力。如果我们宪法学者都要否定宪法、改变宪法、热衷于修改宪法,那么已经确定的宪法秩序靠什么来维护?我们很少听到国外同行们否定自己国家的宪法。但在我们中国的话语中,改革这个词出现的频率太高了,不知道我们讲改革要讲到什么时候才结束。讲了三十年改革,一旦出现问题就说,这是改革过程中发生的,应该允许的。再过三十年,也就是到我八十多岁时也许改革还在进行。如果一个国家始终在改革的

漩涡当中迈进的话，那么我们的公民不可能有一种稳定、安定的社会信念。社会需要安定，怎么办？就是让宪法发挥作用。

虽然我们三十年里形成了一个基本的宪法共识，但是我们的问题还是存在的。

首先，不尊重宪法文本、不尊重宪法规则，已经成为国家生活中最需要解决的问题。这包括以下四种表现：一是公然地违背宪法；二是经常性地批判宪法；三是不认真对待宪法；四是表面上尊重而实际上远离宪法，与宪法保持距离，比如宪法和法院的关系。中国法院的一些法官是害怕宪法的。在审理案件的时候如果碰到了宪法问题，比如某一个行政法规，某个法律和宪法不一致怎么办？近来已经出现了一个案例，即《行政处罚法》和《道路交通安全法》发生了冲突。当事人主张应该按照《行政处罚法》规定的听证程序，但是法官认为《道路交通安全法》是新的法律，应当遵循后法优于前法的规则。但是，律师却提出一个重大的宪法问题，就是全国人大通过的法律和全国人大常委会通过的法律是不是具有相同的效力？对于当事人来说，用《行政处罚法》还是《道路交通安全法》，其利益是完全不一样的。这时候我们的法官判决书里能不能说，根据宪法规定全国人大、全国人大常委会属同一立法机关，同一立法机关对于同一事项所做的规定，就是可以使用后法优于前法。这位法官缺乏基本的宪法常识，不会处理对宪法问题的判断。

再举个例子。《国务院组织法》第九条规定，各部设部长一人，副部长二至四人。我来以前浏览了某部的官方网站，发现副部长有七个人。法治首先是规则之治，规则是最重要的。《国务院组织法》这个规则仍然有效，即二到四人。按照解释学的原理，你再发挥聪明才智，也只能不超过四个，就是副部长不能有五个以上。所以，严格按照规范效力上讲，第四个以后的副部长是没有合法性的，我甚至怀疑他们签署的公文有没有效力。《国务院组织法》就是规范国务院行为的，明确写了二到四人，那么就是说在现有的法律体系下不可能出现五名以上的副部长。政府让人民遵守法律，你自己都不遵守法律怎么能行呢？当然我们有一种改革的现实想法，说这个部根据新的变化增加了副部长的职数。但法律规定怎么办，你怎么解释？如有法律规定，你设二十个副部长我们也管不了，但是你不要和规则相矛盾。如果的确认为上述规定过于死板，那么你可以先修改一下，如副部长若干人。这样至少和规则保持一致了，至少不会让人民失去信心。如果没有规则意识的培养，法治是很难实现的。

其次，干部、公务员的宪法意识薄弱。我们必须要有有一个基本的判断，宪法的实施不是一套技术，而是一种价值和理念。技术是权益性的安排，而价值和理念才能真正地触及人心。所以，我们要通过宪法实施，构建一种公共生活。或者说为一种群体的生活，提供一种合理性、可期待性。如果我们不能有效实施宪法、维护宪法的尊严和权威，不能使法治具有尊严的话，很难为群体提供一个合理性和期待性。一个社会最可怕的是对明天缺乏信心、没有期待。中国也会出现这样的问题，过去人们希望更多的法律来维护自己。但是人们发现有了法律之后也不能有效地实施。如果大家对于未来可能制定的法律都缺乏一种期待和内心的梦想的话，那么这个国家的法治缺乏一种动力。所以，法律不是制定的数量越多越好，法律要服务基本的公民生活。

中国不仅要制定法律，更重要的是转向怎么适用法律、解释法律。因此，必须赋予法律解释更多技术性的程序，让每部法律能够得到有效的实施，包括宪法在内。我2009年给1300多名处级以上干部做了一个调查，调查以后我也缺乏信心。有一个单项选择题是问，你认为宪法的作用是什么。回答“限制国家权力”及“保障人权”的加在一起才30%多，大部分人认为宪法就是规定国家制度的。当然规定国家制度是一个方面，但这里我们说只能选择一个的时候，你选择什么？大多数人还是说，规定国家制度，跟自己没关系。真正把宪法理解为“限制国家权力”、“保障人权”的处级以上干部太少了。还有一题是问，依法治国的首要任务是什么？有的干部选了“依法治民”，也就

是用宪法来治理老百姓;而真正懂得依法治国的核心理念,用法律来治官的只有26%。这就是我们的现状。当然,我们目前的权利救济没有得到有效的实施,表达权缺乏保障。一个洛阳的青年到北京去旅游,住在一个很便宜的旅店里面。这个旅店的房间里正好有一个来上访的人,有的地方政府委托一个北京的保安公司来处理上访的人,他们发现后把他送回洛阳去。在回去的路上把他打了以后,扔在路上。地方政府委托保安公司来管理上访的事,这是典型的公权的滥用、是完全违背法律的。这是“稳定压倒一切”的非法治理理念的一个典型体现。

当然我们宪法本身的实践性和审查机制还需要完善。这一点我想大家都有一个基本的判断。中国有中国的违宪审查制度,《宪法》、特别是《立法法》第九十条规定了相关的内容。但是我们的问题是,程序没有启动。比如,对于全国人大常委会制定的不适当的法律,全国人大是可以撤销、变更的。但三十年来这种情况没有出现。全国人大常委会是可以撤销、变更行政法规的,但也从来没有出现过。我们经常通过内部的沟通机制解决这样的问题。但是,在出现宪法规范和社会冲突的时候,我们不能或者不愿意用这种有效的方式来解决。很多民众都怀疑,中国到底有没有违宪审查。到现在为止,这种宪法性的案件,特别是宣布地方性法规违宪,国务院的行政法规违宪,政府的规章违宪的现象是存在的,但是,有权机关并没有通过法定程序行使法定职权。

通过前面的分析,我们可以初步达成一个共识——怎样通过宪法来重新塑造中国的社会共识。我国的经济迅速发展,综合国力也位居世界前列。但是我们缺什么呢?民众仍然是不信、不信、还是不信。不相信、不信任的情绪在生活中蔓延,那么国家、社会、法律的信任如何建立?在这个拥有悠久的历史传统,一百年宪法发展的国家里面,为什么总是事实和价值处于一种纠结当中?我们真正缺失的不是物质,不是法律,我们已经宣布了社会主义法律体系的形成了,我们有很多的制度。我们真正缺的就是社会的价值共识和社会的共识,是维护和尊重社会价值共同体价值观的文化或者说我们缺乏共同的信仰。没有共识的社会是可怕的,也是没有前途的。这不是一种理论上的推测。如果我们再不重视价值共识,再不重视法治的权威、宪法的权威,把国家的治理回归到宪法治理上,那么我们会不会有前途呢?

如何重新塑造社会信任,如何建立社会共同的价值观?我想这是我们的一个基本问题。答案也很简单,就是通过宪法实施塑造社会共识。社会共识的塑造是宪法实施的一个前提。基本的判断就是这样的,让社会认真地对待宪法,让宪法蕴含着一个国家、民族的价值共识回到社会生活。通过社会共识、国家共识、民族共识回到宪法共识上,以宪法的力量建立、捍卫和发展社会的共识。因为宪法实施是维护共同体发展的基础和过程,宪法实施的状况在某种程度上决定了国家的稳定和社会的发展。

有些人会问,民法能不能承担这个任务?刑法能不能承担重新塑造社会共识的功能?我说不可以。为什么呢?只有通过制宪的过程,我们才能发现和确认社会共识。写在宪法文本上的社会共识是通过制宪程序来确立的。通过修宪我们不断地调整和检验我们已有的社会共识,让它更加理性、成熟。通过解释宪法的方式,我们要普及宪法共识的价值,形成社会协商的机制。用制宪、修宪来建立稳固的社会共识,最后达到宪法共识,才能达到一个安全、稳定、和谐的社会。

五、宪法共识与“后三十年宪法发展”

最后讲一个问题。怎样以宪法的思维思考“后三十年宪法发展”的路径?后三十年法律体系形成以后怎样来维护作为“统帅”的宪法的地位?这是我们需要注意的问题。把法律体系形成后法治发展的主要任务转化到法律的解释,包括宪法解释,以更加主动和灵活的方式来解决宪法规

范与社会现实的冲突,这是一个基本思路。

《刑事诉讼法》修改了。现在我们有关律师会见犯罪嫌疑人有三个规范。一个规范是《律师法》规定,律师只要有三证,不经过检察机关可以会见犯罪嫌疑人。《刑事诉讼法》规定必须通过检察机关。刚刚通过的修改草案里面的规定和《律师法》的规定是一致的,即不用通过检察机关直接可以去。但它到明年1月1日才开始施行。律师能不能行使会见犯罪嫌疑人的权利,在目前法律规范的冲突下是不可能的。为什么?因为《刑事诉讼法》有关律师会见的规定是全国人大通过的,《律师法》有关会见的规定是全国人大常委会通过的。虽然宪法文本没有说全国人大通过的法律高于全国人大常委会。但是从《宪法》、《立法法》规定的全国人大和常委会不同的立法程序来看,《刑事诉讼法》规定和《律师法》相冲突的时候,我认为应该适用《刑事诉讼法》的规定。如果明年1月1号新的草案正式生效了,当然是以新的《刑事诉讼法》规定为准。但是我们看守所的犯罪嫌疑人享受不到新的修改草案的阳光。有的时候我想,为什么不规定《刑事诉讼法》自通过之日起就施行呢?立法机关考虑到新的修改草案涉及很多条文,需要一个过渡期。但是我们忽略了一个问题,就是作为犯罪嫌疑人得到会见律师的基本权利上,我们提供了三种不同的规范,如何协调?怎么保障其会见权?

我认为,香港、澳门的问题和新疆等问题都可以作为后三十年国家核心利益的宪法学思考。当然我们也要考虑如何通过《宪法》进一步推动司法改革,建立司法改革的新的体制,合理调整法、检、公三者之间的关系。我们需要考虑后三十年宪法的发展以及社会管理创新,树立正确的维稳观。我们前面已经批评了一些不正确的维稳观。维稳的经费年年破纪录,但是转型中的中国社会结构似乎越来越脆弱。安全成本越来越高,社会难以承受。为什么社会维稳成本越来越高,我们的社会越来越不稳定?就是我们要转变我们的法治的理念。河南财经政法大学的一位教授,他发现有些人把病死的猪肉卖到城市,所以向政府提出说一定要制止这种行为,但是政府没有及时答复他。河南财经政法大学的校领导为了维稳的需要,怕他闹事,每天陪他在那儿站着,有关报道标题写着“校方领导为维稳陪其绝食”。他不吃饭,领导也不吃饭。他宣布了,你不解决,我不吃饭,所以领导也绝食。很痛苦啊。那么他的行为如何评价?一个个体要有责任感,但是校领导为了维稳做这种行为,在某种意义上也看出来我们维稳的观念是多么的落后。

最后一个结论就是,在宪法和社会共识上,如何以宪法价值作为一个基础来真正实施宪法,这是关系到基本人权和国家核心利益能否实现的一个重要问题。因此,我们应该从建设法治国家的高度来实施宪法,通过宪法来凝聚民心,维护社会共同的价值,发挥宪法在中华民族伟大复兴和人类和平事业中的作用。就是中国宪法发展不仅关系到中华民族的伟大复兴,而且关系到人类的宪政事业。因为占世界五分之一人口的中国实现了宪政,共和国每个公民都能享受到宪法阳光的时候,我想世界的和平、宪政事业也会得到发展。如果我们占世界五分之一人口的国家不能实现宪政,那会影响整个世界宪政事业和平事业的发展。因此,我们对待宪法的问题不仅仅是维护国家主权的问题,也关系到未来世界和平、人权事业的问题。因此我也希望我们在座的同学们,无论你是什么专业,一定要有一个坚定的宪法的信仰和坚定的宪法的立场,把部门法问题转化为宪法问题,把宪法问题转化到部门法问题,在宪法和部门法价值的互动中共同推动中国法治发展。中国宪法的发展经过了一百年。未来三十年、一百年也将会很曲折。但是我想,只要我们坚定信心,我们应该相信中国宪政的未来。中国宪政美好的明天,我们是期待的。

(责任编辑:林彦)