

“八二宪法三十年：历史与实践” 研讨会论文集



北京大学法学院
《环球法律评论》编辑部

2012年8月 北京

目 录

宪法八问：当代中国宪法文化的得失	3
——纪念 82 宪法 30 周年	3
宪法是什么——兼论现行宪法颁行以来的“宪法概念”史	12
对我国三十年宪法的政治与法律思考	32
如何审视八二宪法？政治哲学前思	42
训政传统与“八二宪法”新挑战	58
从历史的宪法到理想的宪法：八二宪法的文本、情势和解释	66
“八二宪法”的法治观反思	75
八二宪法的政治决断及其宪法规范的历史展开	83
土地制度视角下的八二宪法	85
论发展的人权本位方针在中国实现的宪法路径	94
基本权利保障三十年：返视、反思与展望	103
论 82 宪法宗教信仰自由条款的肇始	114
八二宪法架构下的社会权解读——概念、效力及实现路径	122
八二宪法与全国人大常委会法律解释体制构建	129
论我国宪法实施 30 年来国家机构的变迁——以国家主席与国务院的权力变化为视角	139
现行宪法奠定和发展了中国特色国防法律制度	148
中央的法院：我国地方各级法院的宪法定位	157
——以 82 宪法第 123 条为基点的分析	157
论“八二宪法”对检察院之双重界定及其意义	164
八二宪法结构性权力失衡症剖解——切脉吴英案	170
作为公共理性之展开的宪法实施——82 宪法实施三十周年之际对基本理论的反思	178
论宪法变迁与宪政意识的启蒙	194
主权的迷途——兼论相关宪法条款的妥当性问题	201
人民民主专政的国体学说史研究	210
经济变迁中的宪法	234
——兼论我国宪法经济条款的创制与修正	234
论宪法的选择适用	245
宪法中的人权与国家建设——中国宪法中的人权条款分析	260
宪法基本权利效力模式比较研究	268
我国基本权利合理限制的成就、问题与对策	276
——以现行《宪法》第 51 条实施 30 周年为依据	276
信仰、实践与制度——宗教法治的理论依据与基本问题	297
论中国宪政发展中文化权的兴起、落实与立法	308
司法机关在现行宪法实施中的变迁	321
宪法监督的中国语境与行为违宪的监督机制	342
论宪法与刑事诉讼法的关系及其转变	357
——解读我国“人权入宪”到“人权入法”的历程	357
行政诉讼在宪法实施中的作用、挑战与展望	367

法律与政治：共生中的超越和博弈.....378

宪政与儒学——冲突与融汇.....386

文化沉淀与宪政.....396

——近代中国宪法变迁的双重特点及其文化基因.....393

中国近代权利观念的形成及其特质.....401

权利的困惑与无奈.....417

——从历部宪法文本考察我国人权保障的阙失.....417

二十世纪中国共和历程中的代表制问题（提纲）.....425

《中华民国临时约法》之宪政经验述略.....437

新中国宪法典对政党领导地位的规定研究.....448

宪法的正当性.....457

大国宪政的异数：比较视野中的八二宪法及中国宪政转型.....460

从宪法到宪政的思考——立宪主义思想研究.....483

论宪法正当性及其补足——以人民意志为核心的展开.....489

文化宪法刍议.....496

《德国基本法》上的公法人基本权利主体地位.....506

路径依赖与基因断裂——透视日本百年宪政转型历程.....513

宪政转型与国家能力.....526

宪法八问：当代中国宪法文化的得失

——纪念 82 宪法 30 周年

最近(7月23日)胡锦涛在主要领导干部专题研讨班开班式上发表的重要讲话中,就政治改革提出了三个“更加”,即要实现“更加广泛、更加充分的人民民主,更加注重发挥法治在国家和社会治理中的重要作用”,这意味着要将“民主”“法治”作为政改的核心,我认为这可能是预示党的十八大的重要精神之一。

法治是一种政治制度,也是一种精神文明,法治的最高标准是宪治,民主的法治也就是宪治,依宪治国,它的最高境界应当是宪政文明。

今年是现行宪法颁布 30 周年。我有幸在 1982 年作为全国人大宪法修改委员会的会议秘书参与了一些工作。现在就我个人的体验和认识,以 82 宪法为蓝本,谈谈我国宪法文本的发展与宪政/宪治的得失。

新中国建国以来共颁布过四部宪法,82 宪法主要是继承 54 宪法的基础上修订的,它否定了文革时的 75 宪法,也扬弃了文革后的 78 宪法。本文想就前 3 个宪法作为背景,略加比较,提出“宪法八问”,来说明 82 宪法的一些特点和法理问题,以及存在的缺陷,请大家批评指正。

一、宪法的根本性质如何定位?

正如邓小平说“什么是社会主义,我们还没有搞清楚”一样,对什么是宪法,特别什么是社会主义宪法,似乎也不能说已经十分清楚。现在主流的观点,无不指认宪法是“国家的根本大法”,是“治国安邦的总章程”。此说这固然不能算错,但并没有把握其实质。而 75 宪法则率性把宪法当作执政党统治人民和控制社会的工具。譬如它把“拥护中国共产党的领导”作为公民的首要义务,放在公民权利的前面(见 75 宪法第 26 条);把“坚持无产阶级专政下的继续革命”的错误理论路线纳入宪法序言,取代国家的性质;以宪法条文形式把全国人大规定为“是在中国共产党领导下的国家最高权力机关”(第 16 条);以及“无产阶级必须在上层建筑其中包括各个文化领域对资产阶级实行全面专政”(第 12 条);……且不说其理论路线是完全错误的,单就宪法的形式特征而言,使本是全民的宪法变成了执政党的党纲党章的延伸。

这种定位基本上是以国家、国家的执政者、执政党作为唯一的宪法主体来立宪的。即把宪法只当成是“国家法”或“国家的法”,只是执政党治理国家和统治人民的工具(所谓“治国安邦”)。

从法理上说,宪法的最高主体应是人民。执政党及其领导的政府首先是宪法的客体,受宪法制约;并且是受人民委托实施宪法的工具,而不是把人民和宪法当作实现政党利益和执政党集权的工具。邓小平在党的八大关于修改党的章程的报告中就指出了这一点:“同资产阶级政党相反,工人阶级的政党不是把人民群众当作自己的工具,而是自觉地认定自己是人民群众在特定的历史时期为完成特定的历史任务的一种工具。”¹

人民的、民主的宪法应当是人权和公民权利的保障书,是制衡公权力的最高法律,是社会主体(人民)对国家既授权又限权、既支持又防卫的“约法”。宪法固然有“治国安邦”的功能,

¹ 《邓小平文选》第一卷,人民出版社 1994 年第 2 版第 218 页。

但不能只当作执政党和政府治国治民的工具；相反，执政党和政府倒应当是被宪法所**监督的对象和遵守、实施宪法的工具**。

宪法是**社会(人民)同国家(执政者)的一份政治契约**，其主体有二，即国家和社会。其中社会主体(人民)是矛盾的主要方面(国家一切权力的渊源来自社会—人民的授予)。因此，宪法主要是**社会的根本大法，或社会与国家的关系法**。其实质不是政府统治人民，而是**“人民统治政府的法”**。

宪法的社会性，可以从宪法本身具有的以下一些特点来说明：

1. 宪法是由社会主体——全民所制定，必须经由全民公决或其代表机关通过，具有最广泛的社会基础；

2. 宪法的基石是权利与权力，其原始来源是社会；其功能在于服务于全社会；

3. 宪法不应是执政者统治社会的工具，而应是他们执政的依据和准则；

4. 宪法不能只为国家和执政者所用，更应是为社会主体所用，是社会主体保障自己和防范国家的武器。这应是“权为民所赋”和“权为民所用”的体现。

作为社会主义的宪法，这些特性就更应突出。因为，社会主义就是以“社会至上”为“主义”（即人民至上主义），而不是“国家至上”的国家主义。我们应当摒弃国家主义的宪法观，树立社会至上主义的宪法观。

82宪法扬弃了75和78宪法的一些以党代政的规定，删去了宪法条文中“在中国共产党领导下”的定语，回归54宪法的处置，只在宪法序言中提及党的领导，而没有在宪法条文中作为强制性规范予以规定，这是宪法文本的一个进步。

当然，通观序言全文，还不能说已摆脱了以党权为本位的痕迹。序言多少类似执政党的史绩和政治纲领，或者多少是从执政党和国家—政府“治国安邦”的视角上的陈述，没有突出以人为本、以民为本和“人权至上”的宪法最高理念与最高原则。

二、什么是宪法的最高原则

我国政法界、法学界一贯把“四项基本原则”认定为我国现行宪法的指导思想和基本原则。这正是把宪法界定为“治国安邦的总章程”的逻辑要求。

我认为，四项原则可以是共产党的纲领路线，是它所必须自律的基本原则，但并不能简单地适用于国家的宪法：它不能强制所有国民和所有地方都遵守。如宗教徒就不信仰、也不能强迫他们信仰无神论的马克思主义，否则就会与82宪法第36条的“宗教信仰自由”相冲突；香港、澳门在治理本特别行政区的政务和社会事务时，也不受四项基本原则的约束，否则就会违反宪法第31条“一国两制”的原则；再有，普通公民个人并不能(也没有权力能力)去直接治国，他们无法强制国家和他人“坚持党的领导”，也无权实行“专政”，从而就谈不上违反这些原则，也不宜要求所有国民都以“四项基本原则”作为他们的行为指导。

即使把四项基本原则认定是我国宪法的基本原则之一，那也只是人民用来制约执政党和政府的。历史教训也表明，违反和破坏四项基本原则的不是普通公民，而是手握党政大权的领袖人物。只有掌握国家权力的权力者才有权力能力、能量和资格违反或破坏这些原则。1957年，邓小平就讲过：“在中国来说，谁有资格犯大错误？就是中国共产党。犯了错误影响也最大”。¹到了1992年，他进一步指出：“中国要出问题，还是出在共产党内部。”事实上，在文革期间及此前，正是身居党政高位的领导人违反和破坏四项基本原则：背离了马克思主义，搞封建专制主义；破坏共产党的集体领导，实行个人专权；背离社会主义道路，搞“大跃进”的假共产主义；扭曲人民民主专政，大搞对人民的“全面专政”。

¹ 《邓小平文选》，人民出版社1989年版，第1卷，第270页。

那么，宪法最基本的理念和最高原则是什么呢？我认为应当是人民至上、人民权利与人权至上原则。任何国家权力(包括立法、行政、司法权力)如果侵犯了人权和公民基本权利，都是违宪的和无效的。宪法本身的规定如果侵犯人权和公民基本权利，也就不是民主的、共和的宪法，或者说是徒有宪法形式，而无民主共和的宪政；或只是用宪法的外衣包装起来的专制的“统治法”。正如解放前清华大学政治学泰斗张奚若教授指出的：这样的“宪法”或社会契约，已不是人民约束统治者，也不是人民放弃其自然权利使之转化为国家权力、从而获得权力的保护；而是将其固有人权放弃给了一个独裁的暴君，这个暴君所制定的“宪法”，使宪法成了“弱者贫者被征服者的卖身契约”。¹

82 宪法的第 4 次修正案把“国家尊重和保障人权”作为一个概括性条款纳入宪法，这标志着人权高于一切的宪法地位。基本人权和公民权至上，是宪法的最高理念和原则。

这是因为，宪法是以人权和公民权利为渊源、起点、基础，并以之为权力运转的轴心和权力的禁区与最终归宿。宪法是人权和公民权利的产物，而不是相反。正如英国著名宪法学家戴雪在《英宪精义》中所说的：“不是宪法赋予个

人权利与自由，而是个人权利产生宪法，……它们不是个人权利的渊源，而是个人权利的结果。”另一位宪法学家 L. 亨金在《美国人的宪法与人权》中说：“政府对人民所负的责任以及政府对个人的尊重，是人民服从政府的条件，也是政府合法性的基础。因此，美国人的个人权利是‘天然的’固有的权利，它们不是社会或任何政府的赠予。它们不是来自宪法；它们是先于宪法而存在的。”

人权和公民权至上还可以从法国 1791 年宪法体现出来，其序言就是 1789 年 7 月 6 日法国制宪会议组成的宪法委员会负责起草的《人权和公民权宣言》。将它作为宪法序言，突出了人权在宪法中的至上地位与作用。当时的制宪者就认为人权宣言所昭示的基本原则是“宪法绝对必要之最高真理，且为一切人为法之源泉。”人权宣言开宗明义第一句话就是：“对人权的无知、忘却或蔑视，是公众不幸和政府腐败的唯一原因。”美国制宪时宪法条文没有人权与公民权的条款，后来他们通过宪法修正案补上了。

三、人权入宪有什么特别意义

82 宪法修正案将“国家尊重和保障人权”条款纳入宪法，使我国人权由禁区跃上宪法最高原则的神圣地位，这是具有重大意义的进步。宪法中这一条虽然笼统，但应当解释和理解，我国宪法在文本上对权利的保护的广度和质地有了很大的扩展。据此一条，至少可以引申以下三点涵义：

1. 突出了人权在宪法中高于一切的神圣地位，侵犯人权就可构成违宪。

人权入宪，确认了人权是人人享有的基本权利，这意味着：人权作为消极的权利，任何权力都不得侵犯，包括全国人大的立法权和各项立法，如果侵犯了人权，就应当视为立法违宪而宣布无效，或即时加以修订。（如 1957 年经全国人大批准的劳动教养法规就是侵犯人权的立法。）

2. 人权入宪课予政府承担保障人权的义务。

人权对公民而言，不只是一种消极权利，也是积极的权利：不仅要求人权不受国家的侵犯，而且要求国家积极地创设条件，加强社会保障，切实改善弱势群体的人权状况。这样，对国家而言，保障人权就成为国家和政府的一项首要义务。我国的政治体制的特点一向是党和政府的权力多而义务与责任少。人权入宪就要求执政党和政府担当更多保障人权、为人民谋福利的义务。

3. 保障人权，要求保障所有法定的和非法定的人权。

宪法规定的“国家尊重和保障人权”是一个概括性条款。这在法理上表明其内涵是很宽广的，含盖面应当包括所有法定和非法定的人权。这就是说，今后我国宪法保障的不再限于宪法已列入的

¹ 参阅张奚若：《法国人权宣言的来源问题》，《张奚若文集》，清华大学出版社 1989 年版，第 143 页。

一些公民的权利，而且含盖了宪法所未列举的、而为人人所应有的(合理的)其他人权和权利。这可以说是默示了人们还享有“剩余的人权”。正如美国宪法修正案第 9 条规定：“**不得因本宪法列举某种权利，而认为人民所保留的其他权利可以被取消或抹煞。**”这就是对非法定的法外人权的宪法保障。

这样，82 宪法修正案的人权保障条文虽然过于原则和抽象，却反而给“人权推定”留下了很大的空间。今后可以据此条款，按照法律程序，推定出其他默示的、应有的、非法定的人权和新生的、派生的、漏列的权利。这可以说是人权入宪的重要法理意义。否则，列入这条就成为无的放矢，因为按有的学者的理解，既然人权已都转化为公民权利而得到宪法保障，而对所有非法定的人权和权利，国家都不予保障，则纳入“国家尊重和保障人权”这一条，就只是空洞的美丽的言词，没有特别意义的多余之举了。

四、公民权在宪法中处于什么地位？

过去历次宪法都把“公民的基本权利和义务”摆在国家机构后面作为第三章。82 宪法第一次把它挪到前面作为第二章，突出了公民权利的宪法地位，而且这个地位要高出国家机构、国家权力，意在表明公民权利是本：先有公民和公民权利，而后才选举、授权产生国家机构及其权力。国家权力是公民赋予的，是公民权所派生的。

82 宪法对公民基本权利总共规定了 18 条，比 54 宪法的 15 条多出 3 条；比 75 宪法的 3 条多出 15 条¹比 78 宪法的 11 条多出 7 条。而且 82 宪法在 37、38、39、41 连续几条里关于人身自由、公民的住宅不受侵犯、公民的人格尊严不受侵犯做了规定，这针对的是文化大革命的教训。特别是老干部亲身痛受文革时期恣意践踏人权、侮辱人格（强迫戴高帽、挂黑牌、坐“喷气式”、剃阴阳头等等）而定的，“人格尊严不受侵犯”是第一次纳入宪法。

在第 41 条除再次确认此前各宪法已列入的公民对任何国家机关及其工作人员有提出控告的权利外，又增加了批评、建议、申诉以及检举的权利，特别是规定确认被国家机关和工作人员侵犯公民权利受到损失的人有取得赔偿的权利。现在公民揭发检举贪官腐败丑闻和因维权而上访受到打压，而这条是公民维权的宪法依据，谁打压维权上访的公民就是违宪的，必须追究。

82 宪法中的这些规定，还可以追溯到 1979 年五届二次人大会议通过的刑法，那里面就有类似的规定。刑法把“侵犯人身权利和民主权利罪”专列一章，特别是把侵犯民主权利规定为犯罪，并作为刑法很重要的一个罪名，这在过去是没有的。而且任何机关或个人侵犯了公民的民主权利、人身权利情节严重的，可以给以刑事处罚。这主要是针对文化大革命中红卫兵、“革命群众”可以任意抄家、拘捕、刑讯逼供无辜公民、干部。刑法还规定严禁诬告革命干部和群众，禁止以大字报、小字报诬告、毁坏他人的名誉。这都不是法律语言，是主持制定刑法的彭真等领导干部以其切身的体验、深受其害而制定的。宪法也是在这个基础上和背景下制定的。

不过，应当指出，有些属于人权范畴的具体权利，诸如思想信仰自由、信息获得与传播自由、迁徙自由、罢工自由等等，尚未列入宪法。也有必要把现代新生的一些人权，如生命权、发展权、环境权、名誉权、隐私权、对公共事务的知情权以及接受公正审判的权利等等，上升为宪法权利。“法不禁止即自由”的原则，也应当有所体现。此外，宪法中有的权利规定还需要与联合国的《世界人权宣言》、《经济、社会、文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》等等国际人权公约接轨。

¹ 75 宪法公民基本权利是将 8 项权利分为 8 款合并列入第 27、28 条中，所以也可以说 82 宪法比 75 宪法的 8 项公民权利多 10 项。

五、执政党在国家宪政体制中应当处于什么地位

1. 关于党权与国权的关系。

82 宪法初步纠正了 75 宪法、78 宪法在党权和国家权力之间的关系。75 宪法把党权凌驾于国权之上，其中第 16 条规定：“全国人民代表大会是在中国共产党领导下的最高国家权力机关”，这意味着共产党在体制上是高于人大权力的机关，显然是把党权凌驾于国权之上。所以 82 宪法把“在中国共产党领导下”这个定语删掉了。只在序言中以表述历史经验的方式提到**党的领导**的重要作用，这不是在治权上否定党对国家事务的政治领导，而是在国家政体上纠正党政不分、以党治国、“党权高于一切”的观念。

有人说，共产党执政是我国宪法规定的，这是误解：宪法并没有规定党天然就是执政党。正如党的十六届四中全会关于提高党的执政能力的决定中指出的，党的执政地位“不是与生俱来的，也不是一劳永逸的。”作为领导党与作为执政党是有区别的。当领导党只要建立在人民的信任和拥护的基础上就可以了；而党的领导干部要执政，则是必须依据宪法，通过全民（人大）选举才能当上国家领导人，行使国家权力。这是执政党的合法性基础。因此执政党要对全民负责，受全民监督。

2. 关于军队的宪法地位。

75 宪法还规定：“中国人民解放军和民兵是中国共产党领导的工农子弟兵”，“中国共产党中央委员会主席统率全国武装力量”，78 宪法也仍然因袭了这种规定。82 宪法就改变了，前所未有地单列一节（第三章第四节）规定“中央军事委员会”这个新的国家机构，这个“中央”就是指国家军委，其第一条（宪法第 93 条）即确认“中华人民共和国中央军事委员会**领导**全国武装力量”，这也就是指国家军委是人民解放军的领导机关（当然，在我国，基于历史和现实某些原因，中国人民解放军同时受共产党中央的领导，即所谓“一个实体，两块牌子”）。宪法还规定：“中央军事委员会主席对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责”，其每届任期同全国人大相同。就宪法确认的全国人大职权（62 条）中，也规定由全国人大来“选举中央军事委员会主席；根据中央军事委员会主席的提名，决定中央军事委员会其他组成人员的人选。”同一条还规定全国人大“决定战争与和平问题”，全国人大常委会则“决定战争状态的宣布”，“决定全国或者个别省、自治区、直辖市的戒严。”这些都涉及对动用军队的重大决策，都是属于国家的、全国人大的职能。此外，在宪法总纲第五条还特别明示“一切国家机关和武装力量”“都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。”

宪法的这些规定，都确认了军队是国家的军队，要对全国人大负责，亦即要受国家宪法的约束和全国人大的领导。这些规定是党中央和参与制定 82 宪法的全国人大代表的重要共识，是立宪观念上的提升。可是至今还有人说“军队受党的绝对领导”，还有的大报发表所谓“反对军队国家化”的社论，这种说法也许意在防止军队脱离党的领导的倾向；但这实际上是在帮倒忙，是自觉或不自觉地把党置于违宪境地。因为从法理上说，所谓“绝对领导”者，即排斥任何其他领导，包括排斥宪法规定的军队要受最高国家权力机关——全国人大的领导；更荒唐的是否定我国军队是国家的军队，军队的领导机构——中央军事委员会是全国人大选举产生的；也不符合我国军队是受国家财政和纳税人供养的事实。这种论断背离了我国宪法的规定和宪政精神。我们不能为了强调执政党对军队的领导，就排斥或否定宪法确认人民解放军是国家的军队、受全国人大领导的规定。

六、法治入宪有什么重要意义

党的十五大确认了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国目标和方略，1999年全国人大通过的宪法修正案将它纳入宪法。这是对“无法无天”的文革实行拨乱反正的一个重要步骤，也是改革开放以来对“党大还是法大”、“人治还是法治”大讨论的成果。它的现实意义则是针对长期以来执政党实行的“以党治国”和党委书记专权、“第一把手说了算”的人治的否定。它意味着今后如果还继续不讲法治搞人治、党治，就是违宪的，应当受到宪法的追究。

2001年党中央领导人还提出“以德治国”的口号，设想与“依法治国”并行，以后还提出过“八荣八耻”的格言，试图改变世风日下的局面。但效果不彰，这不是提法不当，而是方略有偏。一则二者应分主从，不应并列，以致有冲击法治之虞；再则，道德教育的重点对象错位，把矛头对着13亿被治的老百姓，而不是对着治人的官僚统治者。须知这些年来，从1999—2003年最高检察院与最高法院报告等相关数据可以推算出，中国普通民众犯罪率为1/400；国家机关人员犯罪率为1/200；司法机关人员犯罪率为1.5/100。（详见法学教授陈忠林的研究），从道德堕落的比例和危害性而言，可知道德约束的主要对象应是各级官吏。先秦时期孔孟主张的“以德治国”，其锋芒正是针对统治者，要求他们“为政以德”，行“德政”“仁政”。美国国会也有《从政道德法》，将道德规范上升为法律规范，旨在约束议员和官员。这是值得借鉴的。

七、82 宪法存在哪些缺陷？

（一）在治国理念与制度方面

1. 最大的缺陷是没有鲜明地明确**司法独立原则**。宪法只确认法院、检察院“依照法律独立行使”审判权、检察权，而不是法官独立审判；也不像1954宪法概括地规定法院独立审判“只服从法律”，而是列举地规定“不受行政机关、社会团体和个人的干涉”（第126条），这意味着没有列入的机关如执政党的地方党委不受此限，导致地方党委可以操纵司法，包庇贪腐官员，镇压公民维权。

至于所列举的“社会团体和个人”，虽然在82年修宪时，这个限定包含有防止再出现文革中党的领袖及其他党的领导人个人践踏司法独立，和红卫兵造反派这类社会组织大搞“群众专政”，取代司法审判。但这个限定也可能解读为任何公民和社会团体依法进行的正确批评监督建议也排除在外，从而同宪法第41条确认的公民权利相左。事实上，这些年不少明显的司法不公和腐败，就是公民和社会组织通过媒体舆论监督的压力，促使司法机关纠正不少冤假错案。

2. 再则是没有严格建立**权力分立与制衡制度**。即使有人宣称“不搞西方三权分立那一套”，也不能否定必要分权与制约。正如法国人权宣言所指出的：“没有分权就没有宪法”。2007年中共十七大报告已提出：“建立健全决策权、执行权、监督权既互相制约又互相协调的权力结构和运行机制。”这三权不但是指党的有关权力，而且实质上涵盖了国家立法（决策）、行政（执行）和司法（检察与审判）三权，只是变换了一个更广义的概括说法而已。

3. 没有确立**违宪审查制度**，一些明显的违宪行为，包括违宪侵权的立法、行政和司法行为以及执政党“以党治国”的违宪违法行为没有得到纠正，公民的权利缺乏宪法的保障。

4. 选举制度的民主化有待完善；遵循正当法律程序、政务公开、公务员财产公示，罪刑法定、无罪推定、禁止刑讯逼供等等原则，也应当使之上升为宪法原则。

（二）宪法所列举的公民基本权利还有不少缺漏

比如没有列入思想、信仰自由，迁徙、居住自由（这些自由曾载入 1949 年全国政协通过的共同纲领）。取消了罢工权（75 宪法有）。财产权不完备，城乡居民的房屋财产受到侵害，到现在还受不到宪法和法律的保障。

需要特别指出的是：82 宪法第一次列出一条（第十条）“城市的土地属于国家所有”。宪法修改委员会在讨论时，这一条没有为大家所特别注意，也未经公民的听证或者代表的认真审议，就忽略过去了。我当时也简单地以为，城市的交通、公园等公共用地当然属国家所有，而没有考虑到城市居民的祖居地皮本是私人所有的财产，原来老城市居民私人所有的房产是连带着私有的地产的，除房契外，还有地契，房屋建筑底下的地皮是他买的，本是私有的，不应无偿地划归国有。现在搞城市化，大搞拆迁，根据 82 宪法这一句话区区 11 个字，就变为国有，等于无偿没收了。也就是说普通公民一夜就被实行了“社会主义改造”。把城市居民的土地资产没收，政府拿去转卖赚大钱，严重侵犯了公民的财产权，导致现在拆迁矛盾非常尖锐、激烈。

再一个是人身自由权不完善，缺乏救济制度。如不受任意逮捕、拘役或放逐的自由、公正和公开审讯权、无罪推定权、免受酷刑权等等。“公民权与政治权利国际公约”第 9 条第 4 款规定：“任何因逮捕或拘禁而被剥夺自由的人，有资格向法庭提起诉讼，以便法庭能不拖延地决定拘禁他人是否合法，或如果拘禁不合法时命令予以释放。”此项规定渊源英国古老的人身保护令状制度。我国宪法虽有“任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者由人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕”的规定，但没有使被逮捕者获得良好的救济制度设计。相反，根据 2012 年全国人大会议通过的《刑事诉讼法》修正案的规定，“对涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪”，公安机关可以不通知被拘留人的家属（第 83 条），并可在公安机关“指定的居所”（非本人家庭居所）“监视居住”（73 条）。该法授予公安机关这样大的权力，却没有规定严格限制权力的程序，从而为公安机关的独断滥权、秘密逮捕、刑讯逼供、非法取证、超期羁押等等开了方便之门。这被认为是一条侵犯人权的“恶法”而受到法学界和社会人士的质疑和批评。现在以党政权力干预司法的现象，并不鲜见。有些地方的司法机关甚至异化为一些贪官污吏、官僚权贵的家丁打手。

（三）公民的宪法权利缺少或没有立法保障

我国宪法是“不可诉的宪法”，宪法所确认的公民权利也不是“直接有效的权利”，因为公民权利受到侵犯，不能直接适用宪法进行诉讼，必须有立法为据。在没有制定相应的法律以前，司法机关不能把宪法司法化，这样公民的权利得不到切实的保障。

比如宪法 35 条所列举的公民有集会、游行示威自由，有言论、出版、结社自由，除了集会游行示威有一项法律以外，其它都没有法律，只有法规或者规章甚至红头文件，而这些具有法律效力的文件不是依据法律来制定的（现在并无这些法律，无法可据），它们在立法权限和程序上是违宪、违反立法法。因为宪法规定，行政法规必须“根据法律”才能制定；《立法法》也规定公民的基本权利、特别是涉及限制公民人身自由的内容，必须由全国人大的法律来规定；行政法规、规章只能依据法律来制定，没有法律以前不能制定。而现在国务院及其部委却超前制定了很多法规、规章，如宗教事务条例、出版印刷条例、社团管理条例、互联网的一些规定等，这都是没有法律根据的。是越前立法、越权立法。

有关公民权利与自由的法律的立法主旨应当是以保障公民自由为主，而现在的法规、规章则以控制和限制自由为主。当然，这些自由也不是绝对的，特别是游行示威应该有所限制。但游行示威

是在“六四”政治风波以后由公安部出台一个草案，拿到全国人大常委会，常委会委员们一看，里面竟有22个“不得”！人大常委委员们说，你这不是保障游行示威自由法，而是“限制游行示威法”。所以人大常委会把22个“不得”砍掉了10个，还剩下12个。据我所知，北京市在这个法通过以后，只正式批准了三次游行示威：一个是美国轰炸我国驻南斯拉夫大使馆；一个是一本小说牵涉到侮辱少数民族，少数民族要求游行抗议；还有一个其他类似事件。

当然我也不主张动不动搞游行示威，游行示威和社会安全秩序有矛盾冲突，特别是没有组织的群众在激情驱使下，难免会有打砸抢烧，所以要有所限制。正如当年法学泰斗张友渔老先生（北京市副市长）在我所主编的《中国法学》上发表的文章指出的，游行示威法的主旨是要保障公民的自由，以这个为目的；也需要一些限制，如不能妨害市民的安宁或者骚扰、占领公务机关。但限制也是为了更有序地行使公民自由。如果考虑到要照顾大局，那公民出于自愿可以暂时放弃行使这项自由，而非根本放弃享有这项自由的权利资格，这不能等同。

总的来讲，宪法上确认的公民权利没有立法，权利就得不到有效的法律保障，那些权利就变为“乌托邦条款”，不能实现，这是最大的问题。为此，我在十多年前写了一篇文章《构建宪政立法体系》，认为单有一大堆经济、行政、民事、刑事立法，而缺少有关人权和公民基本权利的立法，你可以说它是中国特色法律体系，但不能说是完备的社会主义的法律体系。宪法第35条所确认的那些公民权利和自由，除《集会游行示威法》外，都没有立法。我去年参加法理学的一个年会，讨论社会主义法律体系的形成，我把这篇论文提交上去，结果得了一等奖。当时我发表即兴感想：这事既可喜，标示法学界同仁有独立思考，能不顾忌讳来评奖，因为宪政在当时有些敏感；又可叹，十多年前的论文现在拿去还可以得奖，说明现在还没有实现，改革太滞后。

3. 分权制衡的原则和机制还没有完整地在宪法中体现出来。

当然，上面这些权利与机制不是靠几次修宪能解决的。再则，徒有宪法而无宪政，宪法也只会是写得好看的一张纸。宪法上一些有关人权和公民权的确认和许诺，没有立法的具体保障，也是空的。因此，我们不能满足于不断修改宪法，还要把重心放到切实保障宪法的实施和人权与权利的落实上。

这些，都需要全民和各级党政领导人不懈的共同努力。

八、今后落实施行宪法的动力是什么？

落实宪法的关键是实行宪政。如同有法制（legal system 法律制度）不等于有法治（rule of law 法的统治）；有宪法也不等于有宪政。

什么是宪政？

宪政的精义是：对公民权利的保护和对国家权力的控制。宪政有三要素：人权、民主与法治。宪政是以实行民主政治和法治为原则，以保障人权和公民权为目的，创制宪法（立宪）、实施宪法（行宪）、遵守宪法（守宪）和维护宪法（护宪）、发展宪法（修宪）的运作全过程。宪政三要素的运作过程是动态的。宪法是死的条文，宪政是活的宪法，宪政是宪法的灵魂、动力和支柱。有无宪法是有无宪政的一个重要标志，但并不能因此得出有了宪法必然就有宪政，或没有宪法（如英国无成文宪法）就一定没有宪政的结论。实行宪政固然要以宪法为前提，但如果有宪法而无宪政，或者宪法本身违反宪政原则，或在实施宪法中违反宪政精神，那宪法就徒有其名，或者比无宪法后果更坏。

实施宪政，还必须完善宪制，建立一整套实施宪法、保障人权、监督权力的法律制度和相关机构，以制裁和纠正违宪行为。

实施宪政，要求执政党要依宪执政，由搞阶级斗争的革命党转型为宪政党。

实施宪法，还要推行新的宪政主义。近年理论界、法学界提出了一个新命题，叫做“宪政社会主义”。一些学者指出“没有宪政就没有社会主义”。我也在《南方周末》上发表了《我所认同的宪政社会主义》。

我认为**社会主义就是以社会至上为主义**。社会主义不能以国家或国家权力为本位，而应当以社会为本位，以社会主体（公民和社会组织）的权利、权力为本位，以人民利益至上。其立国宗旨和核心价值在于增进全体社会人的共同福祉，实现全社会的公平正义。

我主张的宪政也是新宪政主义。

旧的宪政理论的一个核心是实行国家权力之间的分立与相互制衡。这是从权力结构上防止国家权力专横和腐败、保障人权和公民权利的一个十分重要的机制。不过由于它主要是限于国家权力之间的内部制约，即在一个密封的国家机器里面的不同部件之间权力的自我制约，人民、社会很难去参与、去监督，特别是在一党制的条件下，很容易产生官官相护，难以推动宪政的切实实施。

我主张和倡言的新宪政主义，一方面要求切实实行国家权力之间的相互制衡，这方面我们还远未实现；另一方面，还要把注意力转向社会，运用社会权力和权利来监督制约国家权力，也支持国家权力合理合法的行使。所以它关注的重点是在社会，运用社会的力量。而社会力量主要是建基和生发自公民社会，运用公民社会来制衡政治国家。

公民社会即马克思所说的“**公人社会**”，其特征是作为**政治存在的**、享有公民权（政治权利）和**拥有社会权力的、有组织的社会**，是**同政治国家相对应的政治社会**，区别于作为一般市民社会那样分散的自然人社会（限于经济存在或民事主体、私权主体的存在）。

非政府组织是公民社会的核心力量。公民社会的特性和作用是让各个社会阶层有它的组织和表达民意的渠道来参与国家政治，影响国家的决策。

公民社会与政治国家是两个互相对应的政治实体，它们可以是互相支持的，也应当是互相制约、互相监督的。而且公民社会应该是建设宪政、建设社会主义的基础和社会动力。

可是我国的现状是，既没有很好地形成公民社会，更谈不上互动互控。

2011年政法界一位领导干部在一个权威刊物上发表文章，说公民社会是敌对势力设下的陷阱。我认为这是对公民社会这一新生事物的过敏反应。如果以这样的心态、这样的认识去对待和建设中国特色社会主义，那就很难说会走向哪一种社会主义了。

宪法是什么——兼论现行宪法颁行以来的“宪法概念”史

内容提要：宪法的概念是宪法学的基础问题。现行宪法颁行以来，学界对宪法概念的研究逐步深化，形成了多样但又具同一性的宪法概念。就其多样性而言，宪法的概念已经脱离了意识形态一统色彩；但这些多样化的宪法概念又具有同一性，实现了一个根本性的转变——即从突出“管理性”的国家总章程（根本大法）转向了强调“权利性”的国家根本法。然这种突出根本法属性和阶级属性的实质“宪法概念”史尚需进一步反思，或许形式宪法的概念更能体现出宪法的法律性，这也是依法治国、依宪治国的关键性问题。

关键词：宪法；总章程；国家根本法；形式宪法；实质宪法

一、导言：分析框架的建构

（一）术语：“宪法概念”

宪法的概念是宪法学的基础问题，对“宪法”的界定形塑了宪法学的分析框架，因而可以进一步说，宪法的概念是宪法学的元问题。既然自现行宪法颁布以来，^{〔1〕}中国大陆学界对“宪法”一词的界定具有多样性，那么最好在开头就对“宪法概念”这个术语给出明确的定义。在本文的研究中，宪法概念（或者说宪法的概念）是指中国大陆学者对“宪法是什么”这一问题的回答。根据上下文，宪法概念、宪法定义、什么是宪法、宪法是什么等用语显然可以划归到“宪法概念”这一术语的范畴内，而宪法内涵、宪法的本质、宪法的本质属性以及宪法的特征这些与宪法的概念密切关系的用语也可以用作辅助说明“宪法是什么”。

（二）研究对象和资料

本文研究的对象是现行宪法颁行以来的“宪法概念”史，即现行宪法颁布以来，中国大陆学者对“宪法是什么”这一问题的回答。出于各自研究目的的不同，学者们对这个问题的回答众口不一，但大都已经脱离了先前的“宪法是统治阶级意志的最集中体现”这样具有浓郁意识形态色彩的看法，具有了多样性色彩。

对“宪法是什么”这个问题回答的角度也决定了本文相关资料搜集的范围和深度。这些资料的搜集是为了确定学者们关于宪法概念的看法的多样性程度以及在何种程度上体现出共同特点，进而在何种程度上可以发现并描述这种同一性。因此，本文所搜集的资料中凡涉及与“宪法概念”这一术语等同或者密切相关用语的资料皆作为分析现行宪法颁行以来的“宪法概念”史的经验性资料。^{〔2〕}

（三）研究动机和方法

1. 研究目的、动机

本文研究的目的，简单说来，就是“搜集大量的经验性资料，并促进某些理论性宪法观念的发展，以便更多地了解一般意义上的宪法”。^{〔3〕}进一步而言，有三种动机促使笔者将这项研究进行下去：（1）大众兴趣；（2）专业兴趣；（3）个人兴趣。

首先，20世纪下半叶以来，宪法已经超越了产生宪法观念的自由民主政治思想和制度这一原生环境，成为能为所有政治体制和意识形态服务的一种工具。人们可以看到，使用宪法的政治和法律制度千差万别。就中国近现代立宪史而言，宪法也服务于各种政治体制，既有封建君主专制，也有

^{〔1〕} 即1982年12月4日由第五届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国宪法》。

^{〔2〕} 本文资料来源主要有两大部分：一是武汉大学图书馆藏大陆学者的宪法专著、教材、辞书以及法学概论教材，二是中国知网（1979-2010）中相关的论文资料。以上资料中有宪法专著、教材类144部，法学概论教材43部，期刊论文56篇，辞书及文集20部，详见附录。

^{〔3〕} [荷]马尔赛文等：《成文宪法——通过计算机进行的比较研究》，陈云生译，北京大学出版社2007年版，导言，第3页。

资本主义制度。^{〔4〕}随着新中国人民当家作主政权的建立,宪法也转而服务于人民民主专政的国家政权,成为新中国政权合法性的宣言书,且新中国成立以来,已经有四部宪法先后颁行,^{〔5〕}宪法已经成为中国人日常生活中的一种客观存在,人们不禁要问:究竟什么样的文件被称为宪法?此外,人们经常也可以从新闻报道中看到有关宪法方面的讯息,它们之所以有新闻价值可能与该事件的政治重要性有关,而这些事件的政治重要性很可能正式由于它们与宪法有关。例如,任何对《中华人民共和国宪法》的修改意图,很快就会传至新闻界。所有这一切都显示出宪法在大众日常生活中的重要性以及宪法和政治之间的密切联系。宪法在一国公众的日常生活中有什么样的重要性?宪法与政治之间的关系是什么?宪法是否就是政治力量此消彼长的体现?对这些问题的回答,首先就要帮助人们了解“宪法是什么”这个一般性的问题。

其次,宪法学是政治科学和法律科学之间的交汇点,既与法律之间有着密切关系,如宪法跟其他法律文件一样具有规范性,又与政治的发展有着千丝万缕的联系,如政治革命的后果往往是一部新宪法的诞生。中国在对文化大革命进行纠正后随即颁行了一部新的宪法以确认新的政治关系和社会经济状况,这显然说明政治对宪法具有重大影响。因此,仅把宪法定义为一份法律文件是远远不够的,但把宪法跟政治简单挂钩为“统治阶级意志的集中体现”或“政治斗争的焦点所在”等说法显然也是远远不够的。毋宁说,宪法是一份政治——法律文件,除非如此解释,否则任何理论都无法对现实世界中的宪法进行圆满的描述。现行宪法颁布以来,中国宪法学界对宪法的界定有了进一步发展,呈现出脱离意识形态束缚、走向多样性的特征,但对宪法的概念仅在有限程度上具有一定的共识,这也妨碍了学者们之间的相互交流。此外,考虑到宪法的概念和现实生活中宪法之间的密切联系以及当今世界宪法的国际化倾向,具有相近背景(都是法学专业人士)的学者之间关于“宪法是什么”的共识,对于宪法学科的发展具有十分重要的意义。

再次,在研读了所有可得的国内宪法学文献中关于宪法的界定之后,笔者发现,尽管学界对宪法的概念研究已经有所发展,从之前的突出管理性转向了强调权利性,但却极少对现行宪法颁行以来的宪法概念史进行经验性的研究,甚至没有都用现有的资料去佐证这种转向以及其他共识。一般说来,国内学者关于宪法概念的研究依然局限于纯理论的领域。就其大部分而言,依然是一种先验式的研究和对若干既有理论的证明或证伪。因此,应当将对宪法概念的研究贯注在经验性的资料基础上,通过比较分析各种观点的异同,为进一步的研究提供一定的基础。

2. 研究方法

任何人关于我们所见到的事物都有一种先入为主的观念(前见):希望找到我们期望看到的事物。换句话说,在观察某一事物之前,我们脑海中已经有了关于它的明确观念,这也是学术研究的必然要求,因为无选择性的研究是无法得出任何结论的。只有有选择性的研究才能产生出结论来,这是决定研究方法的关键因素。

鉴于本文研究的目的和动机,经验性的研究显然要建立在比较分析的基础之上,因而,比较的方法是本文的主要研究方法。通过比较现行宪法颁行以来国内学界对宪法的界定,找出共同点和不同点,并就学界研究的趋势进行归纳总结,进而在经验性资料的基础上获得关于“宪法是什么”的一般观念。此外,统计学的方法也是达成研究目的的有效途径。

二、现行宪法颁行以来的“宪法概念”史:三个向度的分析

对“宪法概念”史的梳理应当建立在经验性分析的基础之上,这就要求从纵向和横向两个方面对学界关于宪法的界定进行比较。然而,在比较分析之前须澄清一个较为基本的问题:“宪法概念”史的研究是一种历史的研究还是一种宪法的研究?历史的研究要求对宪法概念的研究现状及前期成果分门别类,划分出不同阶段以及总结出一般规律;而宪法的研究则要求以宪法学的基本理论为基点建构分析的框架,注重宪法学理论的内在脉络,而非仅仅进行简单的资料梳理。就现行宪法颁行

^{〔4〕} 清末有《钦定宪法大纲》、《重大信条十九条》两部宪法性文件,民国以来的宪法性文件更是不胜其繁,如南京临时政府的《中华民国临时约法》、北洋政府的《中华民国约法》(“袁记约法”)、《中华民国宪法》(“曹锟宪法”)、南京国民政府的《中华民国训政时期约法》、《中华民国宪法》等。

^{〔5〕} 分别为中华人民共和国1954年宪法、1975年宪法、1978年宪法和1982年宪法。

以来的学界现状及中国宪政实践而言,应当承认宪法概念史的研究首先是一种宪法的研究,在经验性资料的基础上进行分析归纳,总结出符合中国宪政实践的宪法概念;但这种理论抽象却又不应当是先验式,也不是对某种理论的证明或者证伪,而应当是建立在经验性资料和宪政实践基础上的归纳总结,在这个意义上,历史的研究能为宪法理论的研究提供经验性的资料。因此,宪法概念史的梳理从根本上说是一个宪法的研究,历史的研究仅仅是用以佐证宪法研究的有效工具。

(一) 纵向分析

从纵向看,现行宪法颁行以来的“宪法概念”史研究可以明显分为三种类型和三个阶段。

1. 三类型

所谓三种类型,是指国内宪法学著作、法学概论著作和宪法学论文对宪法概念的研究呈现出不同的特征。细言之,国内宪法学著作中的宪法概念较为多样化,宪法学者从各个角度对“宪法是什么”作出回答:既有突出管理色彩的“章程”,如何华辉教授将八二宪法的实质概括为治国安邦的总章程;^{〔6〕}又有突出突出权利色彩的“根本法”、“基本法”,如“宪法是确认一国民主制度,通过规范和控制国家权力以保障公民权利、具有最高效力的国家根本法”;^{〔7〕}从综合意义上进行界定的也不乏其人,如周永坤教授在《宪政与权力》中将宪法界定为根本法、母法、最高法,并以之为“公民常识”;^{〔8〕}此外,还有力图划定话语领域以求提供共同讨论平台的做法,如莫纪宏教授主张要区别辞源学、法律形式上和法学上的宪法概念。^{〔9〕}相较之下,法学概论著作中的宪法概念则较为单一,突出管理性、国家本位似乎是一种共识,如陈光中教授主编的《法学概论》(修订版)中将宪法界定为“规定国家根本制度和根本任务、集中表现各种政治力量对比关系、保障公民权利的国家根本法”。^{〔10〕}而宪法学论文中的宪法概念显得更为不统一,在这些论文中几乎找不出主流性的宪法概念,且这些论文中从综合方面界定宪法概念亦为数不少,如钱福臣教授认为,中国宪法概念内涵较大,外延较小,且在宪法学研究中倾向于首先下定义、作概念,力求规范全面和严谨。^{〔11〕}此外,宪法学论文中的宪法概念与宪法著作及法学概论教材相比,更新速度较快。下表 1、2、3 中的数据表明了宪法学著作、宪法学论文和法学概论著作中宪法概念研究的这种特征:

表 1: 国内宪法学专著、教材中的宪法概念统计表(1982-2009)

定义 年代	国家根本大法(总章程)	总章程	国家根本法 ^{〔12〕}	根本法 ^{〔13〕}	根本法·最高法	高级法 ^{〔14〕}	其他
1982-1989	8 ^{〔15〕}	7	21	12	0	1	1
1990-1999	0	0	17	3	0	0	1
2000-2009	1	0	34	17	3	2	12
总计	9	7	72	32	3	3	14

表 2: 中国知网宪法学期刊论文中的宪法概念(1979-2010)

定义 年代	总章程	国家根本法	根本法	根本法·最高法	宪法中的概念	其他
1982-1989	0	4	0	0	0	2
1990-1999	1	3	3	0	0	3
2000-2010	1	4	8	3	3	21

〔6〕 何华辉、邓波:《治国安邦的总章程——新宪法讲话》,武汉大学出版社 1983 年版,第 5 页。
〔7〕 胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,法律出版社 2004 年版,第 30 页。
〔8〕 周永坤:《宪政与权力》,山东人民出版社 2008 年版,第 2 页。
〔9〕 莫纪宏主编:《宪法学》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 89-94 页。
〔10〕 陈光中主编:《法学概论》(修订版),中国政法大学出版社 1996 年版,第 29 页。
〔11〕 钱福臣:《中西宪法概念比较研究》,载《法学研究》,1998 年第 3 期,第 146-150 页。
〔12〕 国家根本法、国家根本大法、国家基本法等用语归到这一类,以下各表同此。
〔13〕 根本法、根本大法、基本法、根本行为准则等用语归到这一类,以下各表同此。
〔14〕 高级法、最高法等用语归到这一类,以下各表同此。
〔15〕 此处的数字指的是在该年出版的著作中的表述次数,以下各表中数字同此。

总计	2	11	11	3	3	26
----	---	----	----	---	---	----

表 3：国内法学概论教材中的宪法概念（1982-2009）

年代 \ 定义	国家根本法·总章程	国家根本法	根本法
1982-1989	1	5	0
1990-1999	4	12	2
2000-2009	4	14	1
总计	9	31	3

从上述三表中数据看，国内宪法学著作、法学概论著作和宪法学论文对宪法概念的研究具有不同的特色：宪法学论文中的宪法概念更不易统一，更新速度更快；宪法学著作中的宪法概念具有一定的统一性和多元性，但更新速度较慢；法学概论著作中的宪法概念仍具有高度的统一性，反映出意识形态色彩仍具有较强的影响力，因而具有很大的滞后性。

2. 三阶段

所谓三个阶段，是指现有资料对宪法的界定有一个逐步发展的过程，可以分为三个阶段，每个阶段都具有一定的共同点。总体而言，80 年代的宪法概念（特别是 80 年代初）较突出管理色彩和国家本位，如张友渔教授在“加强宪法理论的研究——在全国新宪法理论研讨会上的讲话”中将宪法界定为国家的根本法，处理国家大事的总章程；^{〔16〕}同期的法学概论著作中也有类似的表述，如宪法是“国家的根本大法，是阶级斗争中阶级力量对比关系的集中体现，是统治阶级巩固本阶级专政的重要工具”。^{〔17〕}90 年代的宪法概念中管理色彩锐减，甚至出现了明确主张抛弃“宪法是治国安邦的总章程”说法的观点，^{〔18〕}但国家本位色彩依然很浓厚，如李步云教授将宪法界定为“规定国家根本制度和人民基本权利义务、集中体现掌握国家政权的阶级或集团的根本利益的国家根本大法”。^{〔19〕}进入新世纪，宪法概念研究仍然保持了从突出管理色彩的“总章程”以及突出国家本位的“国家根本法”向强调权利的“根本法”、“基本法”转向这种趋势，且仍处于不断发展之中。下面以表 1 中的数据为例对国内宪法学界的宪法概念研究进程和趋向进行分析：

表 1：国内宪法学专著、教材中的宪法概念统计表（1982-2009）

年代 \ 定义	国家根本大法·总章程	总章程	国家根本法	根本法	根本法·最高法	高级法	其他
1982-1989	8	7	21	12	0	1	1
1990-1999	0	0	17	3	0	0	1
2000-2009	1	0	34	17	3	2	12
总计	9	7	72	32	3	3	14

从表 1 中可以看出：突出管理色彩的“总章程”在 1982-2009 期间共出现 16 次，强调国家本位的“国家根本法”在此期间共出现 72 次，而强调保障权利和制约权力的“根本法”出现 38 次，另有其他说法 14 次。这些数据反映出：（1）在 1982-2009 期间国内宪法学界对宪法概念的研究中“国家本位”始终是宪法概念中不可抹去的重要因素，权利本位在宪法概念中的地位有一个历经曲折逐步上升的过程，而突出管理性的宪法概念则在 90 年代后被抛弃，^{〔20〕}从综合意义上界定宪法概念也

〔16〕 张友渔：“加强宪法理论的研究——在全国新宪法理论研讨会上的讲话”，载中国法学会编：《宪法论文选》1983 年版，第 1 页。

〔17〕 陈春龙、肖贤富：《法学通论》，吉林人民出版社 1985 年版，第 134 页。

〔18〕 吕泰峰：“加强宪法学基础理论的研究”，载张庆福主编：《宪法论丛》（第 2 卷），法律出版社 1999 年版，第 3 页。

〔19〕 李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社 1998 年版，第 23 页。

〔20〕 唯一的例外是张庆福教授在“论宪法的制定”一文中仍将宪法界定为国家根本大法、治国安邦的总章程。张庆福：“论宪法的制定”，载张庆福主编：《宪法论丛》（第 3 卷），法律出版社 2003 年版，第 239 页。

在新世纪有了突出进展，从 80、90 年代的 1 次上升到 12 次，这意味着宪法概念研究的进一步多样化，如陈云生教授将宪法界定为具有九项特征的政治或法律文件，^{〔21〕}龚祥瑞教授也认为宪法在性质、范围、效力和作用方面具有独特性质；^{〔22〕}（2）各时期的宪法概念与当时的社会经济形势和政治形势有密切关系，特别是 80 年代的宪法概念。现行宪法颁行之时，中国的改革开放刚刚起步，还处于由魅力型领袖领导向集体领导体制的转化过程之中，依然具有较为浓厚的意识形态色彩，这也影响到了宪法的概念。这一时期的宪法概念中“国家根本大法”和“总章程”等用语占据了突出比例，这显然跟领导人的经典语录的影响有一定的关系。例如，董成美教授将新宪法视为新时期治国安邦的总章程，^{〔23〕}显而易见，这种提法深受《毛泽东选集》中将宪法界定为“总章程”、“根本大法”的影响。^{〔24〕}90 年代以后的中国改革开放已经逐步深化，政治体制改革也提上了日程，法治社会建设以及和谐社会建设都客观上要求公民权利的充分保障，1999 年和 2004 年的《宪法修正案》也分别将“建设社会主义法治国家”和“尊重和保障人权”写入宪法，经济社会发展的新形势以及中国宪政实践的发展都有力促进了宪法概念的研究。在这段期间，宪法概念中“权利”字眼得到张扬，如朱应平将宪法界定为保障人权的最高法律规范；^{〔25〕}中国宪政实践的发展也促使了宪法概念中的发展性要素得到重视，如何勤华教授认为，宪法是根本法但其基本内涵有一个逐步扩充的过程。^{〔26〕}

（二）横向分析

从横向看，现行宪法颁行以来的“宪法概念”史研究围绕着“一个中心、两个基本点”。

1. 一个中心

所谓“一个中心”，是指 1982-2009 各时期的宪法概念中“国家”要素始终存在，且构成了宪法概念的核心要素。不管是 80 年代还是 90 年代以后，甚至可以往前溯及到 80 年代以前，规定国家的根本制度和社会结构始终是宪法概念的应有之义。如早在 1954 年吴家麟教授就指出，“宪法是国家的根本法，它表现统治阶级的意志，巩固统治阶级的专政，规定社会结构和国家结构的基本原则，规定国家机关的组织、活动原则以及公民的基本权利义务和义务”。^{〔27〕}虽说规定国家的根本制度这点是宪法概念的应有之义，但三个时期的宪法概念也有一定的不同：80 年代的宪法概念的阶级色彩或意识形态较为浓厚，最典型的表达如何华辉教授所界定的那样，“宪法是集中表现统治阶级意志的国家根本法”；^{〔28〕}此外，“治国安邦的总章程”这种提法，因其较为通俗易懂且符合新宪法颁行前后的政治变迁情势，因而更受推崇，如《红旗杂志》在 1982 年第 24 期发表了题为“维护宪法的尊严，保证宪法的实施”的社论，将新宪法视为“是新时期治国安邦的好章程，是国家的根本大法”。^{〔29〕}如上表一中所统计的，这一时期虽然“总章程”的提法（15 次）与“根本法”（12 次）的提法相当，且较“国家根本法”（21 次）的提法为少，但考虑到“统治阶级”、“阶级斗争”等字眼在宪法概念中的出现次数，工具性、管理性的宪法概念是我们获得的突出印象。下表 4 中的统计数据表明了宪法概念的意识形态色彩浓厚与否：

表 4：宪法概念中“阶级”、“阶级斗争”、“统治阶级”、“阶级力量对比关系”等用语统计表

年代	状态	资料来源	联用词汇

〔21〕 陈云生：《宪法监督司法化》，北京大学出版社 2004 年版，第 15 页。
〔22〕 龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 2003 年版，第 16 页。
〔23〕 董成美：“我国宪法的历史发展”，载中国法学会编：《宪法论文选》1983 年版，第 58 页。
〔24〕 《毛泽东选集》中的原话为：一个团体要有一个章程，一个国家也要有一个章程，宪法就是一个总章程，是根本大法。参见《毛泽东选集》（第 5 卷），人民出版社 1991 年版，第 129 页。
〔25〕 朱应平：《宪法中非权利条款人权保障功能研究》，法律出版社 2009 年版，第 1 页。
〔26〕 何勤华、张海濱主编：《西方宪法史》，北京大学出版社 2006 年版，第 2 页。
〔27〕 吴家麟：《宪法基本知识讲话》，中国青年出版社 1954 年版，第 1 页。
〔28〕 何华辉：《比较宪法学》，武汉大学出版社 1988 年版，第 17 页。
〔29〕 参见《红旗杂志》，1982 年，第 24 期社论。