

第21辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2008.3

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘



周大伟 从唐山到汶川 守护生命尊严，构建公

民社会 邹平学 搞「宪法」说应当休矣 许

章润 公共权力的「私性化」与「准黑化」——从

法官与律师的勾结说起 崔建远 法学教材编写

小议 张泽佑 中文陈词 孙笑侠 雪与制度 侯

欣一 两会归来话政协 熊秋红 北大的情调与

格调 炎白 玩儿完之年谈玩法 柳经纬 法大印

象 徐爱国 网络暴力与侵权行为



茶客风采



许章润，1962年出生，安徽庐江人。清华大学法学院教授，博士生导师。先后就读于西南政法大学、中国政法大学和墨尔本大学，获法学学士、硕士和博士学位。

主治法律哲学与政治哲学，兼及宪政理论与刑事法学，尤其关注“中国问题”意义上舶来理念与固有生活调适过程中的法律方面，而念念于中国人世生活与人间秩序的现代重构性阐释，汲汲于儒家优良传统的法律复活和中国之为一个大的法律布局，追求法律理性与人文精神的统一，寻求学术的人道意义。

五十年来，海峡两岸均未出现大法学家，亦即对于中国文明在法律领域的生存之道作出系统而深邃的原创性探知与解释之人，不仅是因为中国文明的转型尚在继续之中，没到水落石出的时刻，因而难以养育出自己的伟大法学公民，而且还因为身在西方文明一家独强的时代，即便其他文明确有作出原创性探知者，亦常常为“主流文明”以及处于“主流文明”笼罩之下的知识共同体所忽视，而至湮没不彰。因此，在今日汉语文明语境下，对于中国文明的生存之道的探索和发展，不仅意味着对于“海峡两岸四地”各自法律智慧的总结，同时并要求精细研索和认真沿承近代汉语文明前辈法律学人的智慧，在对前辈的苦斗与智慧、两岸的生聚与教训、当今全体人类生活的深刻危机均有深切了解与切肤同情的基础上，传承接续，翻本开新。如此土壤细流，持之以恒，积劳积慧，伴随着中国人世规则和人间秩序的重组与发展过程的逐步推进，社会组织方式与人世生活方式的渐次改善与提升，足以代表汉语法律文明发言、堪为汉语文明法律智慧的象征、公认为“大”的法学家，即中华民族的伟大法学公民和知识英雄的诞生，终究是早晚的事。

总有一些往事会把你打动……

新浪网
sina.com.cn

新浪网文化频道首页推荐

北京往事

周大伟随笔集

北京往事

周大伟随笔集

山东人民出版社



毛泽东在他生命的最后一年接见的第一批外宾是谁？尼克松对北京的访问如何打乱了一个普通的家庭的生活？王明居然担任过新中国的第一任“立法大臣”？王朔在当兵时又有哪些鲜为人知的故事……

一桩桩往事，由周大伟给你娓娓道来。相信，总有一些往事能把你打动。

山东人民出版社2008年4月出版

定价28.00元

D90/133

:21

2008

第11卷

法学家茶座

Teahouse For Jurists

卷首语

均衡与和谐

有茶学家把中国茶道的基本精神概括为“和”、“静”、“怡”、“真”四个字，并且说“和”是茶道思想的核心，是茶道的灵魂。因此，领悟了茶道真谛的人在泡茶饮茶时很讲究一个“和”字，故有“酸甜苦辣调太和，掌握迟速量适中”之说。笔者以为，茶道的这种思想与中国传统文化中的“中和”、“贵和”思想是一脉相通的。作为中国传统文化之主流的儒家倡导“致中和”的思想。据《礼记·中庸》的解释，“中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也；致中和，天地位焉，万物育焉”。在中国传统文化中占有重要地位的道家则崇尚“天人合一”的精神，认为“中和”是与“太阳”和“太阴”并列且取二者之中的三种元气之一。老子说：“万物负阴而抱阳，冲气以为和。”因此，儒家和道家都认为“和”是至关重要的。孔子说：“礼之用，和为贵。”老子说：“圣人法天顺地，贵在守和。”“中和”与“贵和”的思想体现了均衡与和谐的客观发展规律。

自然界的存在需要均衡与和谐，人类社会的存在也需要均衡与和谐。和谐是人类在社会生活中所追求的崇高目标和理想境界，而均衡则是达致社会和谐的基本路径。在人类社会中，个人之间以及群体之间既有利益的冲突也有利益的竞合。前者引发竞争和对抗，后者促进共生与合作。社会和谐并不等于说社会中没有任何冲突或矛盾，而是说这些冲突或矛盾可以通过一定的社会协调机制而达成各方都能够接受的均衡。历史的经验证明，民主与法治就是这种社会协调机制的最佳范式。所谓“民主”，就是以民为主、由民做主，就是要由民众按照“多数决”的方式行使社会生活中重大事务的决定权。在任何社会中，官与民的差异乃至冲突都是不可能完全避免的，而民主的实质就是要达致官与民之间的均衡。法的基本精神是公平正义，法的基本功能是均衡利益，因此，法治的根本目标就是要在均衡的基础上构建稳定和谐的社会秩序。套用古训，民主者，社会之大本也；法治者，社会之达道也；致民主与法治，官民位焉，世人育焉。

何家弘

于北京世纪城痴醒斋

【卷首语】 何家弘 均衡与和谐 / 001

【法治漫谈】 周大伟 从唐山到汶川:守护生命尊严,构建公民社会 / 004

邹平学 “搞”宪法一说应当休矣! / 010

许章润 公共权力的“私性化”与“准黑化”
——从法官与律师的勾结说起 / 016

陈端洪 三权分立的逻辑及其边界 / 026

汤啸天 保障人民的表达权:政府责无旁贷 / 030

【法学札记】 於兴中 威斯特伐利亚二重奏、黑箱操作及法学的北强南弱

——威廉·推宁对西方法学的反思与批判 / 035

赵明 谁的过错? 谁之罪?
——陀斯妥耶夫斯基对“罪犯”的哲学追问 / 039

时延安 失忆症与失语症的病灶
——谈法学研究的主体意识 / 044

崔建远 法学教材编写小议 / 049

【法苑随笔】 张泽佑 中文陈词

——2007年9月28日律政司讲词 / 052

张军 潜规则与明规则:你离我是近还是远?

——来自法治层面的思考 / 061

金其高 论大治安之官民和谐 / 064

【域外法制】 孙笑侠 雪与制度 / 069

袁春湘 美国格兰迪斯拒绝支付诉讼费案的解读 / 072

任东来 朱静静 自由卫士:雨果·L. 布莱克大法官 / 077

【史海钩沉】 刘笃才 立言千载待评说

——重提赵冬曦对唐律的批评 / 089

- 郝铁川 民主需要绅士 / 094
冯亚东 狩猎、种地与生活制度 / 099
- 【身边法事】 徐爱国 网络暴力与侵权行为 / 106
侯欣一 两会归来话政协 / 111
乔新生 价格听证会亲历记(下) / 118
- 【法林逸事】 王政勋 北大给了我们什么? / 123
熊秋红 北大的情调与格调 / 127
柳经纬 法大印象 / 132
- 【聊斋闲话】 炎 白 玩完之年谈玩法 / 139
王文生 茶缘、书缘、法缘 / 142
- 【茶客论剑】 卖炭翁 放过法律还是放过许霆 / 147
傅达林 “邪”说许霆案 / 152
- 【何博士信箱】 读者来信四封 / 158

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘

《法学家茶座》项目负责人 李岱岩

执行主编助理 廖 明

责任编辑 李岱岩 麻素光

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

网址 <http://www.sd-book.com.cn>

社址 济南市胜利大街 39 号 邮政编码 250001

编辑部电话 (0531) 82098903

E-mail fxjcz@vip.163.com

发行部电话 (0531) 82098021

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座.第 21 辑/张士宝主编

济南:山东人民出版社,2008.5

ISBN 978-7-209-04496-7

I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 078982 号

山东新华印刷厂印刷

16 开本(172×232 毫米) 10 印张 160 千字

2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月第 1 次印刷

定价:14.00 元

从唐山到汶川： 守护生命尊严，构建公民社会

周大伟*

公元2008年5月19日中午，我正在台北参加支援四川的赈灾活动。中午1点17分，我的手机突然收到了一条来自中国移动的短信：“中国移动真诚提醒：请大家在14点28分为汶川大地震遇难同胞默哀三分钟，寄托我们的哀思！让我们众志成城，奉献爱心，尽最大力量帮助灾区重建家园！”

这条短信足以令人百感交集。我突然想到，这次举国哀悼的意义，不仅仅是针对这次四川地震死亡的数万民众，其实还应当包括在中国历次灾难中的死难者。翻开共和国的历史，为普通平民而设立的哀悼日，这应该是第一次。即使是32年前的那场死伤更加惨烈的唐山大地震，这么多年来，人们的伤痛只能在沉默中隐忍。直到21世纪的中国，普通平民的死难，才能以国家的名义悼念。

是的，我情不自禁地想起了32年前发生的那次举世难忘的唐山大地震。那一年，我是北京第31中高中二年级的学生。但我真正了解到唐山地震的真相，却是在很多年以后的事了。

32年前的中国，还正处在中国现代历史上最荒唐和最尴尬的年代。

32年前，人们只能从政府的广播和“两报一刊”（《人民日报》、《解放军报》和《红旗》杂志）中获得极为有限的关于灾区的消息。唐山发生大地震的第二天，《人民日报》采用新华社统稿对这一灾难进行报道，其标题为：《河北省唐山、丰南一带发生强烈地震，灾区人民在毛主席革命路线指引下发扬人定胜天的革命精神抗震救灾》。这则消息对地震灾情的报道，比如人民最为关心的受灾情况、房屋倒塌多少、死亡多少人讳莫如深，只字不提，只有一句“震中地区遭到不同

* 作者为旅美法律学者。

程度的损失”。当时,在“四人帮”把持的舆论媒体中,还念念不忘“批邓”和“阶级斗争”。1976年7月28日,中共中央给灾区人民的慰问电中提出,抗震救灾也要“以阶级斗争为纲,深入开展批判邓小平反革命的修正主义路线、反击右倾翻案风”(摘自7月28日中共中央给灾区人民的慰问电)。《人民日报》为此发表了一系列文章,如社论《深入批邓,抗震救灾》、《抓住要害,深入批邓》等等。灾情被隐瞒了,人民对这场地震的知情权被无情地剥夺了。直到事隔三年之后,即1979年11月23日,在《人民日报》刊登的一篇来自地震学会成立大会新闻稿(《唐山地震死亡24万多人》)中才首次披露唐山大地震的具体死亡人数,整个世界为之震惊。

32年前,从唐山废墟中爬出来的求救人员风驰电掣地赶到中南海,见到中央领导时,他们激动中高喊的第一句话就是:“毛主席万岁!”值得理解的是,这句话在当时是发自肺腑的。当时的亿万大众的福祉和安危的确和那个当时重病在身的伟大领袖紧密相连。发生地震后,当时的国务院代总理华国锋首先赶到中南海看望已经被紧急转移到代号为“202”抗险棚中的毛泽东。毛泽东当时拉着华的手说:“我自己现在病中,这些事呢,就由你去处理吧。”7天后,华亲临唐山慰问灾民,并转达“毛主席的极大关怀”。据毛泽东身边的医疗组成员回忆,当

2008年5月19日至21日,全国为汶川地震死难者哀悼。图为天安门广场降半旗。



秘书报告地震造成极其惨重的损失后,毛泽东哭了。他们第一次亲见主席哭得如此伤心。地震发生的当天傍晚,华国锋对国家地震局有关负责人说,党中央、国务院不责怪你们地震界的同志,希望你们继续做好监测预报工作,保卫党中央,保卫毛主席。其实,这句话倒并不意味着要求国家地震局只保护中央领导人而不管人民的安危,而只是当时人们习以为常的套话。因为按照当时大多数人的理解,只要党中央还在,毛主席还在,人民百姓自然就会在。但是我们还是遗憾地发现,当年,尽管当时的领导者们也一直在为抗震救灾的各项部署日夜操劳,但是“救人高于一切”的理念,还没有成为整个国家的最强音。

这次四川地震发生后,温家宝总理率抗震救灾指挥部有关领导人,在震后5小时抵达灾区,深入各地指挥抢救,安慰民众。这里展示出的并不是7天和5小时的时间差别,而是执政理念的区别。今天,我们终于看到,以国民的生命危机为国家的最高危机,以国民的生命尊严为国家的最高尊严,以整个国家的力量去拯救一个个普通国民的生命,我们的政府今天正以这样的实际行动,向全世界兑现自己对于普世价值的承诺。

32年前,绝大多数中国人都还没有看过电视。完全不可能像今天四川汶川大地震的报道这样,所有人都可以一天24小时不停地注视着灾情,让人们从电视屏幕上看到那一只只从废墟中伸出的手,看到那一颗颗在钢筋水泥板下闪动的瞳仁,看到那一排排五颜六色的小学生的书包,还有那一双双在泥泞中行进的脚步,还有那一场场震撼人心催人泪下的大型赈灾晚会现场直播。全国的男女老少们在电视机前看到,在地震发生的当天就赶到灾区的温家宝总理,正抚摸着一个小女孩的头在说:“你幸运地活下来了,今后要好好地活下去。”人们看得泪流满面。电视媒体的震撼力,辐射到世界的各个角落。各类媒体争相进入,并没有给我们的政府“添麻烦”,反而与政府的力量相配合,形成一个开放的、透明的全民参与的现代救灾的合力。

32年前,我们的政府极不明智地拒绝了来自世界各国的人道主义援助。当时,我们的国家以“既无内债、又无外债”而自豪,以“勒紧裤腰带,不靠外援,自力更生”而骄傲。国家和领导人的“脸面”总是比人民的生命更重要。唐山大地震

后,由“四人帮”控制的《人民日报》发表的一篇社论明确表达了中国政府拒绝国际救灾援助的原因:“自力更生的救灾努力说明用马克思主义、列宁主义、毛泽东思想武装起来的、经过无产阶级文化大革命考验的人民是不可战胜的,说明我国无产阶级专政的社会主义制度具有极大的优越性。”中国驻联合国使团随后在位于纽约曼哈顿的联合国大厦里散发了这篇社论的英文译稿,这意味着中国明确拒绝了世界各国提供人道援助的建议。很多海内外人士后来都痛心疾首地回忆说,如果当时的政府能够接受来自海外的人道援助,一定可以避免更多的个体生命在唐山地震中的伤亡。如今,为了调动尽可能多的力量拯救生命,政府敞开了救灾的大门,国际援助争相进入,不惜一切地挽救一切可以挽救的生命,已成为全民族的共识。

32年前,生活在台湾、香港和澳门的那些同文同种的同胞们,还和大陆人民处于隔绝和敌对的状态。我们当时压根儿也不可能想到港澳台同胞也能伸出手帮我们一把。我从小就和大人们一起唱着“一定要去解放他们”的歌曲,一想起这些同胞们每天都在“水深火热”中饱受煎熬,我们眼前这些困难实在还算不了什么,怎么可能再去麻烦他们呢?如今,国门开放了。面对巨大的自然灾害,人们不分党派,不分意识形态,不分海峡两岸,在世界各地的华人,万众一心,争相解囊相助。当我在伏案撰写此文时,有消息传来,来自台湾和港澳地区的赈灾捐款已经接近人民币20亿元。

32年前,人们还没有电话,更没有移动电话,互联网当时还没有问世。今天,四川汶川大地震发生后,一首首通过手机和互联网传送的赈灾诗歌令人撕心裂肺。“孩子/快/抓住妈妈的手/去天堂的路/太黑了/妈妈怕你碰了头/快/抓住妈妈的手/让妈妈陪你走……”“我已长大/我失去了家/但我很想我的爸妈/以后,我要孤独长大/可是我会害怕……”上海《新民晚报》的记者从盛大集团内部员工处听到一个说法,盛大总裁陈天桥在读到“孩子快抓住妈妈的手”后,潸然泪下,在当晚的公司会议上做出了再捐600万元的决定。这首诗,因此成为网络中“最昂贵的文字”。

32年前,还没有可能出现今天这么多“志愿者”。户口单位外加粮票布票,使

人们除了“一切行动听指挥”以外,没有个体行动的自由。当年地震发生后,我身边的大多数人想到只是:政府能为大家做什么?政府能让大家做什么?而今天,身边越来越多的人开始想到:我自己可以做些什么?我自己愿意做些什么?“志愿者”这个名字,已经家喻户晓、妇孺皆知。

32年前,大多数中国人还都是典型的“无产者”,完全没有捐款赈灾的能力。不像今天,在我生活的圈子里,几乎找不出没有捐过款的人。32年前,也没有多少人有能力收养震后的孤儿。政府民政部门是唯一承担抚养震后孤儿的单位。1976年8月,石家庄市一座3300平方米的震后孤儿学校在震后33天后竣工使用。3名只有数月大的女孩被抱进了这所学校,没有人知道她们的名字,学校分别给她们起名党育红、党育苗和党育新。学校认为是党救了她们,是党养育了她们,所以她们就直接姓党了。

32年前,我们的国家还没有法院和检察院,更没有律师。执法部门就是公安局一户。地震发生后,从唐山灾区到北京天津等地,都不同程度地发生过灾民和暴民抢劫和偷窃公私财物的丑恶行为。记得当年我和中学同学们被有组织地参加过一个由公安局和街道办事处举办的公审犯罪分子的大会,在这个公审大会上,那些去国营商店偷西瓜的人被判了重刑。有人事后盘算过,当初偷窃西瓜的个数几乎大致被用来做为量刑的尺度,比如,偷一个西瓜的人被判刑一年,偷两个西瓜的人就被判了二年。

在这里,我们无意用今天的社会条件来责问32年前的国家领导者,这样做显然过于苛求。更何况,在当年艰苦的条件下,我们的人民解放军和全国各地人民为解救灾区人民付出过极大的努力和牺牲。我们在此拷问历史的终极目的在于,当我们曾经走进灾难后,一定要记住,今后尽可能使人们远离灾难。假如明天灾难降临,我们能不能让可能避免的悲剧重演?在2006年7月29日的《参考消息》上,我曾意外看到一位法新社记者在前一天(7月28日,唐山大地震30周年)从北京发出一条新闻,他引用一位专家的话说,在30年前的今天遭受上世纪最严重的地震灾害之后,中国还没有准备好下一次地震。近年来,面对经济建设的高速发展,中国的城市人口密度开始骤然增大,高楼林立,山川变形,在歌

舞升平和衣食无忧中的中国人群中,到底还有多少人在担忧:下一次大地震,将会是个什么情形?

其实,对唐山地震最有发言权的,是那个名叫钱钢的军旅作家。大多数中国人对唐山地震的了解,都与他那篇著名的报告文学《唐山大地震》有关。当我们今天有机会重新阅读这篇报告文学时,我们或许会发现,钱刚在上个世纪80年代中期所做的那些努力,在当时似乎显得有些奢侈,因为他当时就意识到人类社会的本质是人,灾难的本质就是灾难,它们与任何政治口号或领袖意志无关。在历史和现实中的任何个体的生命,都需要我们加以百般珍重。32年过去了,钱钢在1980年代苦苦思索的事情,今天,在四川汶川大地震发生后,虽未被超越,但已经开始成为全社会的共识。

不过,钱钢在这一次汶川大地震面前,却显得格外冷静。他的评语听上去坚实得掷地有声:“32年,进步显见。我无意赞扬,我们理应有这样的进步。衡之现代文明尺度,我们仍期望进步更速。从历史的视野看四川大地震,我们有理由期待一次壮丽的涅槃。在废墟上,站立起崭新的公民,崭新的社会,崭新的政府,崭新的体制……”

不过,我还是觉得钱钢过于吝惜自己的褒奖文字。思绪至此,我不禁沉思:匆匆32年光阴流逝,不经意间,祖国发生的变化令人恍如隔世。这些年来,我们自然可以毫不费力地列举出改革开放以来在经济建设方面取得的巨大成就,但是,其中最大的成就可能莫过于“人”这个字从“小写”变成了“大写”。这个大写的“人”字预示着,改革开放让我们重新发现了人本身,重新回到人本身。正是有了这种转变,我们才可能开始重新审视自己,也开始重新认识世界。“以人为本”、“执政为民”和“和谐社会”的观念今天已深入人心。有了这些共识,民族就会和解,怨恨就可以消除,整个世界就会向我们伸出援手,整个人类就会和我们休戚与共。中国就会和世界一起走向人权、法治的康庄大道。尽管我们为这个仅有一撇一捺的最简单的汉字历经磨难,付出了非常昂贵的代价,但当我们真正理解了“人”的深刻含义,把“人”放在第一位的时候,过去付出的一切也许还算值得。

“搞”宪法一说应当休矣！

邹平学*

2007年12月26日,是毛泽东诞辰114周年的纪念日,他辞世也有30多个年头了。毛泽东留给中国的遗产是无与伦比的,这正如著名学者李泽厚在其《中国近代思想史论》里说过的:“不管是爱还是恨,是赞扬还是批判,毛泽东比任何其他人物在中国现代留下了远为庞大的身影。这身影覆盖了、主宰了、支配了数亿人和几代人的生活、命运和悲欢。”作为宪法学人,我思考的是毛泽东给中国宪政留下了什么遗产。当然,完整地对此进行总结是一个学术问题,这不是本文所能胜任的。我想就他的名言“搞宪法是搞科学”之说法及这句话对中国法学界和宪法学界的巨大影响谈谈自己的感想。

曾几何时,在我们宪法学界,“搞宪法”几乎成为一个通说。不仅如此,“搞”说在整个法学界都非常流行,不同学科、不同地方的学者们都喜欢用“搞”字来说明自己从事的专业,比如说我是“搞刑法”的、“搞民法”的,“搞知识产权法”的、“搞劳动法”的等等,对学界之外的则喜欢说我们“搞法律”的。这种“搞”字当头的集体无意识现象,值得我们考究和深思,因为某种集体无意识的心理倾向,实际上深藏了文化的积淀和心理的密码。

著名宪法学家韩大元教授曾说过一段他访问台湾地区的逸事。他到台湾某大学讲学,当讲到“我们搞宪法”的时候,台湾的同行给他说,“搞”宪法的说法听上去很刺耳,因为这个“搞”在语言上并不严肃,有点不正经。韩教授建议我们,以后应当好好改变这个说法,不要讲“我们搞宪法”了,最好用“我们研究宪法的”。尽管台湾的一些当权者“搞宪法”、“搞宪改”、“搞宪政”已经搞得惨不忍睹,

* 作者为深圳大学法学院教授。

而且“搞宪法”的目的在于搞台独,其恶果正为世人所担忧、为国际社会所谴责,但台湾学者不认同“搞宪法”说法的感觉却是真切的。而且,可以看到,两岸同文同种,对语言符号蕴涵的文化含义的感知的确是“心有灵犀一点通”,那就是,大家都认为,如果认真对待宪法的话,是不能说“搞”宪法的。

不过,在内地,由于宪政建设并没有像西方那样,有一种自然的、历史的文化积累、思想启蒙和实践推进,因而官方和民众对宪法和宪政难以产生真正的敬畏之心,加之经过“文化大革命”的急风暴雨,群众性语言、大众化口语人文“搞”过了头,不仅无视和破坏了中国文字规范的积累性成果,还给那些本应十分严肃精确的、与国脉民运攸关的政治法律语言附加了很不好的东西,造成政治法律语言表达的粗放、简陋、混乱以及贫乏,这个问题在“宪法”、“宪政”、“民主政治”、“法制”与“法治”之类语词的表达和运用上表现尤其突出,从一个“搞”字打天下就可见一斑。所以,君不见,内地的宪法学人、法律学人人人都清楚“搞”字本身的不严肃,个个都明白“搞”字的不认真,但大家无论是讲课、作学术报告还是闲聊,都还是喜欢使用“搞”字。而且不论出生地是东南还是西北,不论地方方言对他本人的影响有多大,在使用“搞”字上居然就那么不约而同,这确实值得认真反思一下为什么我们会流行这么一种“口头禅”,这里面到底蕴藏了什么文化历史积淀和心理密码。也许,做这番工作将有助于我们从语言和行为中正本清源,清理掉那些不利于中国宪政建设的文化心理障碍。

从语言地理学角度看,“搞宪法”是典型的湖南人的说法,但这个说法能流行于全国,风行于法学界、宪法学界,那是与湖南老乡毛泽东主席的巨大影响分不开的。我初步考证了一番,中央文献出版社出版的《毛泽东传》上面记载了毛泽东同志在中央人民政府委员会上关于宪法草案讲的一段话:“有人说,宪法草案中删掉个别条文是因为由于有些人特别谦虚。不能这样解释。这不是谦虚,而是因为那样写不适当,不合理,不科学。在我们这样的人民民主国家里,不应当写那样不适当的条文。不是本来应当写而因为谦虚才不写。科学没有什么谦虚不谦虚的问题。搞宪法是搞科学。我们除了科学以外,什么都不要相信,就是说,不要迷信。中国人也好,外国人也好,死人也好,活人也好,对的就是对的,不对

的就是不对的，不然就叫做迷信。要破除迷信。不论古代的也好，现代的也好，正确的就信，不正确的就不信，不仅不信而且还要批评。这才是科学的态度。”这段话是针对什么说的呢？删掉的条文是什么样的呢？根据《毛传后篇》的记载，删去的条文是“中华人民共和国主席为国家之元首”。傅作义在中央人民政府委员会讨论宪法草案时曾说：“在召集人会议上，大家一致同意写上一条：中华人民共和国主席是国家元首。可是被毛主席抹去了。但是这并不能抹去亿万人民衷心的爱戴。愈谦逊愈伟大，愈伟大愈谦逊。”当时大家公认要选毛泽东同志当中华人民共和国主席，所以傅认为删去这条是因为毛泽东同志谦虚。毛泽东上面那段话，反映了人们当时对不同于资本主义国家的人民民主国家的政治体制的一种确定的认识。

在《毛泽东选集》第五卷第127页上还有一个表述：“讲到宪法，资产阶级是先行的。英国也好，法国也好，美国也好，资产阶级都有过革命时期。宪法就是他们在那个时候开始搞起来的。”

我丝毫不怀疑当时起草制定1954年宪法时毛泽东和他同时代的革命家是抱着虔诚和认真的心态的，因为我们绝对想象不出毛主席他老人家在杭州西湖边上字斟句酌地修改宪法草案文本时，内心里是想领导大家制定一个连他自己都不想实施的宪法。他在1954年6月14日中央人民政府委员会第三十次会议上说：“这个宪法草案是完全可以实行的，是必须实行的。”但历史开了一个很大的玩笑，确实只过了几年，这部宪法就形同虚设了，1958年8月毛泽东在北戴河的一次会议上表示：“公安、法院也在整风，法律这个东西没有也不行，但我们有我们这一套，还是马青天那一套好，调查研究，就地解决问题。”他还说：“不能靠法律治多数人。民法、刑法那么多条谁记得住得了。宪法是我参加制定的，我也记不得。我们的各种规章制度，大多数，百分之九十是司局搞的，我们基本上不靠那些，主要靠决议，开会，一年搞四次，不靠民法、刑法来维持秩序。”（以上引文均见许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2003年版，第419页）但我觉得，毛泽东给我们留下的最重要的“法治”思想就是他的风格。比如他说过：“和尚打伞，无法无天嘛！”这风格用在干革命、打江山上，绝对是大丈夫的

英雄气概,但用在法治建设上,问题可就大了。毛泽东既是个伟人,也是一个常人,他有着常人所具有的历史和文化局限性,有着同时代人的历史文化心理积淀。故此,我们有必要探究“搞宪法”一说的深层次原因。

作为湖南人,我知道“搞”字在湖南话里面用得特别多。湖南的方言里,“搞”字可以运用于各种场合,后面接一个宾语,形成动宾结构的表达。这个词的含义色彩取决于该词的宾语性质,有时可能是中性的意义,比如说“搞工作”、“搞专业”、“搞学术”、“搞笑”、“搞对象”等,有的时候则表达不好的意思,如“恶搞”、“搞腐败”、“搞女人”、“搞贪污”等。这个“搞”字在东北方言里相当于“整”字。如同湖南人用“搞”一样,东北话里“整”的用途也极其广泛,如“整人”、“整事”、“咋整”、“整明白”、“整迷糊”、“整点喝的”等等。“搞”字在中国其他地方也使用,但使用的途径和场合远不如湖南。一般说来,尽管大家都知道“搞”有中性的含义,但它包含了不严肃、不正经的那层含义,人们使用这个词时首先想到的是这层含义,彼此心照不宣。另外,在广东,不少人说“搞嘢”,这是一个比较暧昧的常用口头用词,大概的意思,一是“做事”,比如“你搞乜嘢啊”(你做什么啊);二是指“男女房事”的低俗说法,有时候特指不正当的男女关系,类似的说法有“搞搞震”(有胡闹、鬼混,或者添乱的意思);三是指近年在新新人类当中逐步有了“搞搞新意思”的含义,大意是“有新意的寻乐方式或新念头”,用普通话很难准确地表达其含义。而在日常生活中,“搞嘢”两个字单独使用,在很大程度上是指第二种意思。

“搞”作为动词,恰好表达了一种为我所用的工具心态,在这里,搞什么、搞不搞、怎么搞、搞多搞少完全是主体自由决断的事,至于搞的对象对搞的主体有何影响与制约,那是看不出来的。中国长期以来具有奉政治权力为最高权威而轻视法律至上的传统,所以,历来法律只是权力的奴婢,是当权者的工具。工具性的法律观是中国传统法律文化的“精髓”。当西学东渐,宪法、宪政这些舶来品进入中国时,对宪法采取工具主义的心态也是自然不过的,尤其是中国作为宪政的后发国家,宪政只有能为当权者或民众解决当下积聚的社会问题、统治危机和社会矛盾时才能获得重视。当官场上的有识之士和开明的知识分子面对

清朝末年内外交困、时局维艰的局面时，他们尝试的洋务运动和实业救国失败了，清王朝花费大量银子建设的北洋舰队被日本击溃了，这时，向西方学习、实行君主立宪以救国图存自然是最后的选择。康有为就说：“臣窃闻东西各国之强，皆以立宪法开国会之故。”这种立宪救国和强国的工具主义态度使宪政在中国的引进一开始就不是一种广大社会力量的积聚和文化传统的认同而成，乃是披上一件徒具形骸而无精神生机的“宪法”衣裳之闹剧。

清朝政府上演的是披立宪外衣、行独裁之实的剧目。辛亥革命成功后的革命党人仍脱离不了工具主义宪政观的心态，草率出台的《中华民国临时约法》为限制袁世凯的权力，将总统制改为内阁制，创设了因人设制、为一己之利而随意修改宪法的先例。到了北洋军阀、国民党时期，工具主义的宪法观发展到了无以复加的地步。这里我需要费些笔墨来描述我国近代“搞”宪法的简要历史。袁世凯一朝权在手，便把《中华民国临时约法》抛诸脑后，并于1913年4月8日召开了中华民国国会。10月31日宪法起草委员会通过《中华民国宪法草案》，它基本沿袭了《临时约法》的精神和原则，对总统权力作出了较多限制，因此，遭到袁世凯的破坏。袁世凯下令解散国会，天坛宪草未予公布便胎死腹中。袁世凯解散国会后，为了废除《临时约法》，急于起草新约法。1914年5月1日袁世凯正式公布《中华民国约法》，它扩大了总统的权力，取消了责任内阁制，实行总统制，总统享有解散议会并否决法案的权力。这还不够，袁世凯又冒天下之大不韪，宣布实行帝制，又搞出一部《中华帝国宪法》。袁世凯的帝制闹剧结束后，北洋军阀进行了激烈的斗争，最后以曹锟为首的直系军阀控制了北京政权。曹锟采用“贿选”的手段，当选为大总统。为了取得政权的合法性，曹锟打着“恢复法统”的旗号，开始了修宪的工作，并于1923年10月10日公布了《中华民国宪法》，又叫“贿选宪法”。学者称这部宪法是我国历史上第一部正式宪法，但它是这样“搞”出来的，实在很难看。1928年，北伐战争的胜利，宣告了北洋军阀制宪丑剧的终结，南京国民政府在形式上统一了中国，并宣布开始实行“训政”。1931年5月5日，国民会议通过了《中华民国训政时期约法》，它是国民党政府的第一部宪法性文件，这种以立宪作为实行“训政”合法的工具延续了15年之久，直至1946年《中