

论良性违宪

郝铁川*

一、良性违宪的界定

改革开放以来,中国出现了不少表面上看似违宪、但实际上却符合历史发展趋势的事件。这类违宪的主体包括:(1)立法机关。如1978年宪法规定全国人大常委会只能“解释宪法和法律,制定法令”(第25条第3项),没有制定法律的权力,但由于改革开放要求制定大量法律,全国人大常委会在未经修宪,也未作宪法解释的情况下,自行行使立法权,1979年至1982年间共制定了11个法律,这都是违背当时宪法规定的。(2)行政机关。如1988年以前,深圳等经济特区突破1982年宪法关于土地不得买卖、出租的规定,决定将土地使用权出租。(3)国家领导人。1982年宪法第15条规定我国“实行计划经济”,然自1992年以来我国领导人多次提出经济体制改革的目标是“建立社会主义市场经济体制”,显然这是违背当时宪法规定的。这种新提法直到1993年3月29日全国人大八届一次会议通过了宪法修正案才有了宪法根据。

上述违宪事件,虽然违背了当时的宪法条文,但符合人民的根本利益,因而可称之为良性违宪。环顾西方,良性违宪的事件亦不罕见,美国宪法史上就有这样的例子。

例如林肯总统平叛释奴的法令。十九世纪六十年代美国内战爆发,原美国宪法规定的一套复杂的立法程序不能适应平叛战争时期的紧急情势的需要。因此林肯提出,宁愿由总统在有限的范围内违反一条法律,也不愿因无法镇压叛乱而使政府崩溃,以致全部法律均无法执行。战争期间林肯采取的很多重要措施,都是事前未经正常立法程序,事后才由国会追认的。如,调动民兵和接受志愿兵服役;封锁自南卡罗来纳州到佛罗里达州的大西洋沿岸线;没收一年来所有南北通电发报的原稿和收报的抄件;从国库领取几百万美元款项;在若干区域内停止人身保护令;等等。这些都属于不符合宪法规定程序的法令。更为突出的是,林肯颁布解放奴隶的《解放宣言》,与当时的宪法规定是直接冲突的。因为当时的联邦宪法仍然认为奴隶是一种财产,不具有人格。^[1]

再如罗斯福总统的新政。1933年美国民主党人富兰克林·罗斯福就任总统。他认为,为了摆脱当时的经济危机,政府有必要执行国家调节政策,干预企业主生产活动,给其一定的补助,加强对生产和市场的监督。因此,他在就职演说中宣称,“我将要求国会授予我一件唯一足以应付目前危机的武器,这就是,让我拥有足以对紧急事态发动一场大战的广泛行政权。这种授权之

* 上海华东政法学院教授、法学博士。

[1] 李昌道:《美国宪法史稿》,法律出版社1986年版,第188页。

大,要如同我们正遭到敌军侵犯时一样。”据记者报导,当罗斯福讲到他必须取得通常只有战时才授予总统的那种权力时,听众表示最热烈的欢迎。他们明知当时的宪法没有规定总统拥有处理经济问题的权力,但为时势所迫,他们违背宪法而要求总统直接负起打破经济困境的责任。联邦最高法院在新政初期,反对罗斯福,将新政大部分法令宣布为违宪。1936年罗斯福再度以压倒优势当选连任,他声称要“从法院中拯救宪法,并拯救法院自身”,并改组了联邦最高法院,使该法院多数人赞同新政计划。在随后的一连串对新政法案的审查中,联邦最高法院一反过去立场而接受新的宪法理论,以前被宣布为违宪的几项法律的主要内容,一一体现在新的法律中,不再被宣布为违宪。^{〔2〕}

由此可见,良性违宪是社会实际生活中难以避免的事情。那么,它与恶性违宪的区别何在?或言检验良、恶的标准是什么?我认为:

第一,是否有利于社会生产力的发展。宪法作为上层建筑的重要组成部分,归根到底要促进社会生产力的发展,这是宪法的根本价值所在。社会主义的本质就是解放和发展社会生产力,良性宪法之所以为良性,就因它与社会主义的本质要求相一致;恶性宪法之所以为恶性,就在于它背离了社会主义的根本宗旨。例如,在1988年宪法修正之前,发展私营经济与宪法相抵触,但当时这样做符合发展社会生产力的要求。正如党的十三大政治报告所指出的那样:“我们已经进行的改革,包括以公有制为主体发展多种所有制经济,以至允许私营经济的存在和发展,都是由社会主义初级阶段生产力的实际状况所决定的。”1988年全国人大根据这种认识进行了修宪。而1958年的“大跃进”和“人民公社化”政策未经全国人大的修宪程序或作宪法解释,就将宪法规定的农村合作社集体所有制经济组织改为“政社合一”的人民公社,取消了乡一级人民政府。实践证明,这样做阻碍了社会生产力的发展,因而是一种恶性违宪。

第二,是否有利于维护国家和民族的根本利益。1981年9月30日,叶剑英同志以全国人民代表大会常务委员委员长的名义,就台湾问题向新华社记者发表谈话,指出:“国家实现统一后,台湾可作为特别行政区,享有高度的自治权,并可保留军队”;“台湾现行社会、经济制度不变,生活方式不变,同外国的经济、文化关系不变。私人财产、房屋、土地、企业的所有权、合法继承权和外国投资不受侵犯。”^{〔3〕}这个谈话提出了建立特别行政区的设想,涉及到了国家结构的变动,这与当时(1978年)的宪法也是抵触的,但它符合国家和民族的根本利益。1982年1月11日,邓小平同志就上述谈话指出:“这实际上就是‘一个国家、两种制度’,在国家实现统一的大前提下,国家主体实行社会主义制度,台湾实行资本主义制度。”^{〔4〕}具有深刻意义的“一国两制”的概括就此形成,特别行政区制度亦在此后的1982年宪法中有了明文规定。

总之,所谓良性违宪,就是指国家机关的一些举措虽然违背当时宪法的个别条文,但却有利于发展社会生产力、有利于维护国家和民族的根本利益,是有利于社会的行为。

二、良性违宪的成因

良性违宪在宪法演进过程中已是一个不争的事实,其原因主要有二:

〔2〕 前引〔1〕。

〔3〕 《人民日报》1981年10月1日。

〔4〕 转引自《台湾问题与中国的统一》白皮书,载《人民日报》1993年9月1日。

第一,总的来说,法律相对于社会现实的发展具有滞后性,特别是在社会变革和危急时期更为突出,这导致了良性违宪的产生。这是各国出现良性违宪的具有普遍性的原因。中国的改革开放是一场广泛而深刻的社会变革,它涉及到了多方面、多层次制度的改革。这些改革不可能从书本上找到现成的方案,也没有他国现成的模式可以照搬,因此冲破原来维护旧体制的法律框架(包括宪法这个根本大法)就是不可避免的。

第二,中国的立宪制度不够完善,是造成良性违宪较之别国为多的特殊原因。中国立宪中普遍采用列举式的授权性规范,这种规范实际上是对主体行为的一种法律限制(规定什么做什么,没有规定的则不能做)。采用这样的立法制度的根源乃在于计划经济体制以及与其相适应的政治体制的设置。这样的体制要求主体的一举一动都要通过计划配置,立法就是将已知的权利、权力分配给主体。而进行这样的分配只能在法律中采用列举式的规范,在授权范围之外,主体什么也不能做。列举式授权性规范体现了传统计划经济体制统得过死的弊端,它与今天的改革形势不可避免地发生冲突。因为改革是“摸着石头过河”,如何具体地授权,如何限定主体的活动范围,是无法预知的。此外,市场经济也是一个不能完全为人们所认识和把握的对象,采用列举式的授权性规范立法技术亦与之不相适应。市场经济不同于计划经济的一个特征就是尊重主体的自由选择,采取列举式的授权规范则不利于这种自由选择,而应采用禁止性规范确定主体不可涉足的范围,在被禁止之外的广阔空间里,每一个主体都可以根据“法不禁止即自由”的原则,理性地、自由地行使自己的权利。

因此,为了适应改革开放形势的要求,法律规范的创制应采用以禁止性规范为主的立法技术。这里所说的禁止性规范与时下流行的禁止性规范的含义有所不同。其特点是:(1)它通过明确地限定主体不可作为的范围,而给主体的自由活动留下除被禁止范围之外的广阔空间。(2)它对主体的行为选择起着一种价值指引的作用,主体可以在除被禁止之外的广阔空间里理性地、自由地作为或不作为,从而使主体的应然要求逐步地和逐一地获得实现。

总之,设置禁止性规范的宗旨不是为了紧缩主体的自由度,而是为了体现“法不禁止皆自由”的法律价值,扩充主体的自由度,以纠正那种法律规定多少自由、方能获得多少自由的不当见解,使人们不致于一改革便触犯法律禁区。

三、良性违宪的限制

一个国家的宪法秩序是社会稳定的基本保障。虽然良性违宪难以避免,但绝不能对其放任自流。我们必须努力把宪法秩序的有序性和无序性辩证地统一起来,使整个社会错落有致、充满活力地向前发展。

第一,要有一个权威的违宪鉴定机构。建议在全国人民代表大会下设立一个常设委员会,名称为宪法委员会。其主要职权是对国家机关和领导人的职务性行为进行合宪性审查。如有违宪事件,则进一步鉴定其为良性还是恶性。若为恶性,则理所当然地予以阻止或排除。若为良性,则向人民作出清楚的解释。

第二,对良性违宪必须有时间上的限制。即在鉴定某行为为良性违宪之后,必须在一定的时间内,通过法定程序修改宪法,使良性违宪最终转变为合宪。如果没有这种时间限制,会有损人们对宪法权威的认同。