

“良性违宪”不宜肯定

——对郝铁川同志有关主张的不同看法

童之伟*

郝铁川同志《论良性违宪》一文(以下简称郝文)在将违宪行为作良性与恶性区分的基础上,对“良性违宪”给予了肯定的评价。^{〔1〕}读罢郝文,虽在不少问题上感到颇受教益,但对其肯定“良性违宪”的主张却实难苟同,现将自己的一些不同看法说出来,供铁川同志和学界同仁参考。

在我国,宪法是全体人民公意的表现,体现着人民的根本利益、长远利益和全局利益。什么叫做违宪呢?学术界一般认为,违宪是指“与宪法的原则、精神及具体规定相抵触”。^{〔2〕}就本质而言,一切违宪行为都危害人民根本的、长远的和全局的利益,都是对法治的严重破坏,严格地说,都是恶性的。如一定要作良恶之区分,也只能表明危害大小的区别,就像良性肿瘤和恶性肿瘤对人的健康都有危害,两者只有程度的差别一样。

为了准确地讨论实质性问题,我得首先说明,不论根据上述标准还是根据合理确定的任何其他标准,郝文列举的违宪事件中都有很大一部分不能算作违宪,因而也算不得“良性违宪”。具体地说,在郝文列举的全部违宪事例中,以下三类完全可以作合宪的解释。其一是1979年至1982年间由全国人大常委会制定“法”的做法。“七八”宪法第25条第3款规定全国人大常委会“解释宪法和法律、制定法令”,同时在该条第13款还规定它行使“全国人民代表大会授予的其他职权”。在七八宪法实施期间,全国人大常委会制定了一些规范性文件,其中有环境保护法、民事诉讼法(试行)、食品卫生法(试行)、文物保护法等等。我认为,根据七八宪法,全国人大常委会制定这些规范性文件并不违宪:“法”既可以是法律,也可以指法令,在全国人大制定的“法”中,民事诉讼法(试行)地位比较重要,是法律,它本应由全国人大制定,故五届全国人大四次会议授权全国人大常委会制定此法,其他“法”同先前有过的决定、决议和条例一样,是法令,由全国人大常委会自主制定。这种划分是全国人大及其常委会作出的一种工作安排,用不着提出和通过释宪案或修宪案,因为它同七八宪法的原则、条文和精神均不抵触。可以说,当时法律和法令的区别,不在于名称叫什么,关键在于主体的不同。全国人大常委会制定的规范性文件只要不称为宪法、法律,就都是法令,都是合宪的。其二是某些同志的一些建议。这些同志提出的经济体制改革的目标与宪法当时规定的经济体制不同这一情况,以及在宪法尚不能容纳“一国两制”时提出“一国两制”的主张,不论以什么名义,均不应被看作违宪,因为这只是谈设想,谈发展的未来方向,本身就隐含着主张必要时修宪的意思。这正像提出修改宪法的建议时,尽

* 武汉大学政治与行政学院副教授,法学博士。

〔1〕 载《法学研究》1996年第4期。

〔2〕 许崇德主编:《中华法学大辞典》宪法学卷,中国检察出版社1995年版,第627页。

管建议的内容是主张改变现行宪法而该建议本身却并不违反现行宪法一样的道理。其三是一些国外的事件。例如,林肯解放奴隶的宣言并未违宪。因为,林肯当时解放的奴隶仅限于“在当地居民那时尚在反叛合众国的任何一州之内或一州的指明地区之内作为奴隶被占有的人”,没有叛乱的州或其他地域除外,这有林肯的两次解放宣言为证。^{〔3〕}可见。林肯当时解放的只是叛乱各州奴隶主的奴隶,所剥夺的是敌人的财产;战时剥夺敌人的财产一点也不违宪。当然,指出这一点的同时,我并不否认林肯在联邦处于生死存亡的危急时刻曾明知违法时违过法。另有一些郝文列举的违宪事件是否应算作违宪,也值得商榷,限于篇幅,本文不予讨论。

要充分认识“良性违宪”之不宜提倡,还须作故意违宪与过失违宪的区分。故意违宪指有关宪法关系主体明知其行为违宪而故意实施该行为,过失违宪指有关主体主观上不知(或至少不敢公开承认已知)其行为违宪,因实施该行为而造成了违宪后果。不论哪一种形式的违宪,都会破坏既定的宪法秩序,但两相比较,其中以故意违宪的危害为甚。

我认为,肯定“良性违宪”实质上是主张可以有条件地故意违宪,这在理论上是非常错误、有害的,付诸实践则必然阻滞我国走向法治社会的进程。主要理由如下:

一、郝文对中外违宪事例进行理论总结时背离了法治的思路。违宪的本质属性要求我们对任何违宪行为都从一般意义上加以否定。对于国家在生死存亡的危急时刻因没有必要宪法手段可供使用而万不得已作出的违宪行为,正确的态度是在表示痛惜的同时作为特例予以谅解,并设法采取必要措施致力于永远避免类似事件重演,绝对不应该以任何理由将其作为一条经验推而广之。国家的确有时会碰到郝文指出的摆在林肯面前的那种处境,即要么在有限的范围内违反一条法律,要么任凭国家崩溃,以致全部法律无法执行。在若不违反宪法的一个条款就会导致整个宪法毁灭的情况下,两害相权取其轻,是不得已而为之。以林肯为例,他在内战时作过的类似选择完全是迫不得已,这有林肯的传记为证。事后美国人也并未将有关特例提升为处理紧急情况的一般原则,而是通过修宪等形式设法堵住了原有的漏洞。从那时以来一百多年了,既没有见有主张“良性违宪”合理的学说,也没见有哪一位总统或哪一届国会敢于“良性违宪”。这应当说是美国法学界较成熟、美国法治较完善的表现。其实,一个国家为了避免林肯碰到的那种情况,只要在宪法中作出在一定情况下进入紧急状态的规定就可以将有关应急措施纳入法治轨道。郝文对于违宪行为不着眼于预防、杜绝,而极力发掘它的“有利”方面,找理由从一般意义上加以肯定,其思路是错误的,这正如同一个人面对良性肿瘤不思根治而老想着如何开发它的“积极”生理功能一样,显然不合适。

必须指出,过去在我国发生的某些违宪行为绝对不应肯定,今后必须坚决杜绝。一个省以下的市的行政机关就敢于找借口公然违宪而又可以不受追究,那还谈什么建设社会主义法治国家!一个城市的土地使用权转让,早一点晚一点对国家全局利益谈不上有什么影响,远不是那种不采取某个违宪措施就会亡国灭种的紧急情况,为什么不用合宪的方式解决呢!即使是不得已采取违宪手段,违宪行为本身在事后也应当受到否定的评价。只要感到宪法束缚了自己的手脚、妨碍了本地的利益,就不惜公然违宪,这种做法开创的先例极其恶劣,至少从理论上应彻底否定,否则肯定会在我国法治建设道路上留下严重隐患。

二、“良性违宪”在社会实际生活中完全可以避免,也应当努力避免。说违宪事件不可避免,我承认;若说“良性违宪”不可避免,那我就不能同意了。原因是,“良性违宪”不是一般的违宪,

〔3〕《林肯选集》,朱曾汶译,商务印书馆1983年中文版,第208页以下。

而是故意违宪,纵观郝文,这一点非常清楚。

对我国出现过的“良性违宪”事实,郝文没有找到其真正原因,因而其评价和处理意向亦不甚得当。郝文认为,出现“良性违宪”的原因有二,一是宪法相对于社会现实的发展具有滞后性,二是我国立宪制度不完善。我不认为是这样。先看郝文列举的第一个原因。事实上,只要有宪法,社会经济生活的变动性与宪法的相对稳定性之间就会有矛盾,后者相对于前者时常会有一定程度上滞后,各国皆然,只是程度不同而已。在这个过程中,有时社会经济生活变化非常迅速,宪法显得很难适应。这种情况在十九世纪末从自由资本主义向垄断资本主义过渡和本世纪三十年代从一般垄断资本主义向国家垄断资本主义过渡时期的美国就很典型。就社会经济发展与宪法的关系而言,当时的美国与我国从计划经济向市场经济转轨时期的情形极为相似。在这样的时期,社会经济生活的变动性与宪法的相对稳定性之间的矛盾确实较一般时期尖锐得多。因此,是用法治方法解决这一矛盾还是不惜以故意违宪为代价来摆脱眼前的某种困难局面,在这样的时期就成了摆在有关国家政府和人民面前的一种严峻考验。在美国的上述时期,尽管有关立法频频被宣布违宪(这正是矛盾尖锐时期维护宪法权威的表现),却没有出现总统和国会承认违宪而又主张应当用违宪措施适应当时局面的例子,也没听说有法学家提出类似主张。这不能不说是美国人法治观念较强的表现。我国经济体制改革时期的社会经济状况远没有本世纪三十年代中期的美国那样危急,与宪法的冲突也不及当时美国那样尖锐,绝对不存在什么非得搞“良性违宪”不能解决的问题,已有的实例本身就能证明这一点。所以,郝文列举的第一个原因只有助于解释过失违宪产生和增多之类现象,以故意为特征的“良性违宪”现象出现的根本原因得到另外的地方去寻找。那么,郝文列举的第二项原因能否成立呢?也不能。公民有权利做法律不禁止的任何事情,而国家只能拥有和行使法律明确授予的权力,这是现代法治国家普遍遵循的原则。因此,从立宪技术上看,宪法采用列举的方式授予公民以权利的做法的确不能算是最适当的,但用列举的方式授予国家(政府)以权力的方式却无可厚非。民主制度所需要的是权力受限制的政府,宪法的根本目的之一就是要明确划定国家权力的界限,给它规定行使范围和运用程序。郝文并不是讨论广义违宪,而是集中讨论国家机关故意违宪,只涉及配置国家权力(职权)的技术问题。在这方面,我得说,宪法采用授权性规范列举国家机关的职权这件事与“良性违宪”之间并无因果关系,可以说几乎不可能有什么必然联系。只指出一件事就足以说明问题:美国宪法明确列举了联邦政府的全部18项权力,德国宪法也以列举的方式在联邦和州之间明确划分权力,印度、马来西亚等国家还附有极详细的联邦和州(邦)职权划分表,但这些国家在现代都找不到“良性违宪”存在的实例,也不允许有“良性违宪”现象存在。

我认为,个别地方发生“良性违宪”而又未追究的根本原因在于有关国家机关工作人员法治意识淡薄、国家的宪法监督机制不健全。所以,在这方面法学的任务不在于开发“良性违宪”的“积极”功能,而是要寻找从根本上杜绝它的途径和方法。

三、肯定“良性违宪”弊大于利,若将有关主张付诸实行,必然遗患无穷。利有大和小、长远和眼前、局部和整体之分。各国之所以先后走上法治的道路,就在于认识到坚持法治能得到大利、长远之利和根本之利,破坏法治只能适得其反。所以,“良性违宪”从根本上说只会妨碍社会生产力的发展,危害国家、民族的长远利益、全局利益和根本利益。在我国这样一个法治传统的国家,“良性违宪”的口子一开,不知会给法治事业带来多大的危害。那么多法治完备的国家在其漫长的行宪史上都没有走这条路,如果我国刚刚走上法治建设道路不久,就违反各国都严守的法治准则,搞“良性违宪”,那实在是法治的不幸,其社会后果恐怕只能是给形形色色的违

宪行为提供借口,从而极大地冲击国家的宪法秩序。

四、郝文提出的限制条件,限制不了良性违宪的社会危害性。郝文认为,“良性违宪”只要附加两个限制条件,就会有利于社会。这是幻想,不可能有实际意义。该文提出的第一个限制是在全国人大下面设一委员会对违宪行为的良恶进行鉴定。这从理论上讲,是把违宪的责任转嫁给该委员会,而如果通过修宪赋予该委员会以此项职权,实际上等于授予该委员会修宪的权力。显然不妥。再说,违宪之良恶在郝文中是根据违宪行为的社会后果判断的,若违宪行为刚刚发生,必然无法判断其良恶;如果违宪的全部后果都展现出来,则违宪行为必已持续多年,社会危害已经产生了,此时再鉴定,若是恶性,则制止已晚;若是良性,则让违宪行为继续下去,或通过修宪让其合宪化——这能说是在搞法治?事实上,违宪行为达到一定规模后是没法制止的。“文革”那样的违宪事件,若平时防微杜渐,是可以避免的,真正发动起来,全国人大下面一个委员会的一纸鉴定制止得了?而且,这种主张一旦付诸实行,谁能保证不到处肆意违宪?因为在这种情况下,对违宪行为按理是不能制止的,因为这可能是“良性违宪”呀!违宪事件一多,委员会鉴定又费时,成堆的违宪疑案等着鉴定,事实上就会有很多疑案长期排不上鉴定日程,其后果不难设想。情况既然是这样,郝文提出的第二个限制因素即鉴定后的时间限制就无须进一步讨论了。

我的结论十分明确:1.“良性违宪”也是违宪,同“恶性违宪”没有实质差别,同样必须追究违宪责任;2.“良性违宪”比“恶性违宪”更可怕、更值得人们警惕,更容易在宪法意识薄弱、不习惯法治、不少人时刻想要突破宪法“束缚”的我国社会找到市场,所以,相对而言,我们在理论上和实践上应当特别注重遏止“良性违宪”;3.“对于改革中出现的新问题,可以经过法定程序以宪法修正案的形式解决,不可期望法外解决”,〔4〕而绝不能允许法外解决。

〔4〕 张少瑜:《宪法学研究述评》,《法学研究》1995年第1期。