

第一章

中國語境中的憲法時刻

*蘇永欽

(台灣) 國立政治大學法律系教授

1. 美國的三個憲法時刻

耶魯大學的Bruce Ackerman教授因《我們人民》(*We the People*)的兩本系列書受到美國以外的讀者廣泛注意。^[1] 他把其中的幾個歷史分析觀點發展成規範的理論，特別對90年代重組的東歐國家提出了不少建議；^[2] 在千禧年後歐盟制定憲法的努力中也帶動了類似的討論。^[3] 但持平而論，我們與其把他歸類為一位有世界觀的美國學者，還不如說，又看到了一位想用美國經驗和美國觀點來啟發世界的熱情學者。

Ackerman認為具二百年歷史的美國憲法像活火山一樣，在蓄積可觀的能量之後，一共發生了三次爆發——獨立戰爭後的「建國」

* 本文曾發表於香港城市大學法律學院、中國法與比較法研究中心主辦：「中國立憲100周年及中國憲政的未來」研討會，2008年10月17-18日。

1. 參閱Ackerman, Bruce, *We the People*, Vol. 1, *Foundations* (1991), Vol. 2, *Transformations* (1998).

2. 主要見於Ackerman, Bruce, *The Future of Liberal Revolution*, 1992.

3. 比如Walker, Neil, *After the Constitutional Moment*, The Federal Trust Constitutional Online Paper Series No. 32/03, Nov. 2003.

(founding)、南北內戰後的「重整」(reconstruction)、經濟大蕭條後的「新政」(new deal)。每次在爆發期間，美國社會都會由不同於日常政治的行動者，就不同於日常政治的議題，以不同於日常政治的程序進行對話和辯論，最後做成逸出正常修憲軌道的憲法決定。爆發之後，美國已經見山不是山，見水不是水，重新開始的日常政治便在這樣一個新的共識基礎上運作。Ackerman把這樣異於平常、全民沸騰的時期稱之為憲法時刻 (constitutional moment)；把這種高頻狀態穿插出現於低頻狀態的民主政治稱之為雙層民主 (dualist democracy)；一方面認為有助於突破司法違憲審查源於一元民主思考的反多數決困境 (countermajoritarian difficulty)，讓處於高頻氣氛下的法院可以擺脫舊的憲法思維，理直氣壯的回應社會變遷，另一方面又可證明修憲只能依憲法所定程序的見解殊不可採，不定期啟動的憲法政治足可為憲法選擇創造更寬廣的空間。^[4]

Ackerman發現，憲法時刻大致有以下律動，先是訊息的散佈 (signaling phase)，多數民眾開始聚焦於某些平常較少觸及的大題目，然後匯聚成幾個內容具體的改革方案 (proposal phase)。這些方案經過各方的反覆辯證，多數少數的局面漸漸形成 (mobilized popular deliberation)，這時憲法政治就會進入成熟階段，政治部門會接收這樣的討論結果，總統和國會紛紛跳出來表態；如果剛好碰到選舉，就更有火上加油的作用，臨門一腳則由法院找尋適當的案件，以憲法之名旋乾轉坤的改變國家生活的基本遊戲規則 (legal codification phase)。^[5]

Ackerman相信，所有自由革命 (liberal revolution) 都可以用這種比請客吃飯還優雅的方式在短時間內完成，具體程序也許不像方程式般一成不變，但都是用憲法作為體制變革的工具。^[6] 而且要動

4. 憲法政治和雙層民主的理論，更早見於Ackerman, Bruce, "Constitutional Politics/Constitutional Law," 99, *The Yale Law Journal*, 453-547 (1989).

5. 參閱Ackerman, 前註1, Vol. 1, Chap.10, "Higher Lawmaking," 266-267. 對重建時期的憲法轉型他另歸結為四個階段：憲政僵局 (Constitutional Impasse) → 觸動選舉 (Triggering Election) → 挑戰現制正當性 (Challenge to Institutional Legitimacy) → 懸崖勒馬 (Switch in Time)，參閱前註4，509。

6. 他把革命作了類型化，認為現代的自由主義應該以憲法為革命的工具，參閱前註2，二至四章。

員民眾廣泛參與討論，一旦走到憲法政治的階段，就不要斤斤計較動員消耗的社會成本。對極需轉型的新興民主國家而言，全民參與制憲的意義遠勝於少數菁英主導的修憲，地基挖得越深，未來的常態民主政治也越穩固。如果有一個特設的憲法法院，更可以為整個憲政工程打下最後一根樁。^[7]即使是成熟民主國家，自由革命也還要繼續進行，Ackerman教授最近幾年與提出審議式民調 (deliberative polling) 的James S. Fishkin教授合作，在完全不同的社會中進行「審議日」(Deliberation Day) 實驗，^[8]為他的憲法政治理念，往更進一步制度化的方向去努力。

可惜，就算不是菁英主義的信徒，都知道多數的憲法調整均沒有這樣浪漫——越是浪漫的制憲故事，背後反而隱藏了越多政客的精彩策劃。在一場有關憲政改革的研討會中，匈牙利憲法教授András Sajó說得很白：「從一般的制憲經驗來看，所謂憲法時刻的轉型力量，不過是臆測、偶然，或被塑造的虛假想像。」^[9]東歐國家的體制改革，有用制憲完成的，也有的是通過修憲。但在多數情形都看不到「我們人民」的沸騰情緒，這一點連Ackerman自己都很清楚。^[10]倒是歐盟憲法從簽署到交由各國討論、公投，這個沸沸揚揚的過程很符合憲法時刻的描述，卻在法國和荷蘭意外的受挫後迅速消散，又回到緩慢轉型的軌道。

7. Ackerman認為對新興民主國家而言，憲法院模式至少有兩項優勢，法律方面，比較容易跳脫一般法院的概念法學思維，而引進較多的自由主義理念，政治方面，則可不讓留有舊體制遺毒的法官操縱憲法。前註2，104-105。

8. 參閱Ackerman, Bruce/Fishkin, James S., "Deliberation Day," in: Fishkin, James S./Laslett, Peter (ed.), *Debating Deliberative Democracy*, 2003, 7-30; 選擇作審議式民調實驗的社會包括中國，參閱*TIME Magazine*, Asia, May 2005，引自葉俊榮、張文貞主編，《新興民主的憲政改造》，2008，頁6。

9. 參閱Sajó, András, 「論制憲與修憲」(中譯)，收於葉俊榮、張文貞主編，《新興民主的憲政改造》，2008，頁77。

10. 在1992年出版的*The Future of Liberal Revolution*一書中，Ackerman寫下他對當時歐洲新興民主國家的觀察，發現除了波蘭可作為典範外，其他國家多半是沿用舊憲法，只作加加減減的調整(頁57)。

2. 中國語境的憲法政治

把憲法時刻用在中國，不論是作為一個客觀描述、歷史分析的概念，還是一個具備規範、發展策略的概念，都顯得格格不入。最困難的，當然是用在中國大陸。

憲法時刻理論預設了「我們人民」的主體價值，這倒還是一個可以各自解讀的問題。憲法時刻理論實際上也預設了西方式的權力分立和人權價值，是其常態政治的必要元素。對於90年代已經初步解構了舊體制，但還沒有確立新體制的東歐國家而言，憲法時刻至少是可供參考的對象。而中國大陸儘管在經濟體制上已經出現令人目眩的新發展，但以中國共產黨為統治集團的基本政治體制還看不到任何改變的跡象。不僅如此，憲法時刻所說的憲法政治，涵蘊了從英國大憲章為開端的現代憲政主義（Constitutionalism）兩個基本對向關係，即「制約」（repressive）與「調適」（adaptive）。前者指的是憲法對政治過程和參與者的約束，包括所有行使統治權的主體，後者指的是憲法內容可隨社會變遷而調整，沒有任何既定、宿命的發展方向，最多只有多數決的程序共識。馬克思主義所理解的憲法和政治只不過是基礎生產關係上的「上層建築」，可見與前述的憲法時刻截然不同。

《中華人民共和國憲法》序言講得很清楚，「社會主義制度已經確立」，「工人階級領導的、以工農聯盟為基礎的人民民主專政，實質上即無產階級專政，得到鞏固和發展」，「我國將長期處於社會主義初級階段」，「國家的根本任務是…堅持人民民主專政，堅持社會主義道路，堅持改革開放…」換言之，中國大陸就是在Karl Popper所描述的歷史主義（Historicism）下命定的開展，^[11] 因此憲法最終只是「以法律的形式確認了中國各民族人民奮鬥的成果，規定了國家的根本制度和根本任務」。中國大陸的走向非常確定，不能把它看做一個走向不可預視未來的開放社會（open society），因此也不會有什麼新的危機需要凝聚新的共識。在這個宿命式的開展下，憲法雖然

11. 參閱Popper, Karl, *The Poverty of Historicism*, 1957.

被賦予根本法的地位，「具有最高的法律效力」，「一切違反憲法和法律的行為，必須予以追究」，「任何組織或個人都不得有超越憲法和法律的特權」，但已經被鞏固和必須堅持的共產黨統治權（人民民主專政）恰恰就是先驗於憲法（憲法只是被確認）而內涵於憲法中不可動搖的特權。在這樣的憲政關係下，還有多少Ackerman式的憲法政治、憲法時刻存在的空間？

雖然如此，至少有兩個理由讓我們有興趣沿着憲法時刻的思路繼續討論中國的憲政發展。第一，中國不只有大陸，中華民國在台灣，台灣的憲政發展亦曾被另一個美國政治學者Samuel P. Huntington歸類為第三波民主的一個成功代表。^[12] 在基本法屏障下的香港和澳門，則分別從1997、2000年起已成為「一國兩制」的櫥窗。這三個地區在人口、幅員上雖然遠遠不能和大陸地區相比，但作為完全獨立或至少自治的政治體，仍然可以用憲法時刻的理論來分析。第二，憲法時刻理論真正動人的地方，在於掌握了憲法和政治、應然（Seinsollen）和實然（Sein）的基本矛盾——約制和調適，如果一般修憲程序代表的是約制下的調適，當社會變遷達到一定的強度，許多人都開始關注，甚至認真思考大幅制度變革的可能時，暫時擺脫憲法約制，找出調適之道後再回歸約制，其實是很自然的事。因此如果抽離其作為體制轉型策略的規範分析，也抽離掉一些西方式民主的基本內涵，放大到其他同樣實施憲法的地方，也許會發現當地在一定情形下也會發生憲法的危機，也會用異於常態的政治方式去尋找回應之道，甚至最後也實質改變憲法內容，開啟下一階段的常態政治。這樣單純描述性的、意識型態中立，有一點Toynbee「挑戰與回應」味道的憲法時刻。是不是在嘴巴上朝既定方向發展，修憲也僅只是由專政者「確認」國家發展成果的中國大陸，同樣可能存在？

我們只要看大陸憲法從1982年制定後，一再修憲「確認」的發展成果，如1988年確認私營經濟的「補充」地位；1993年確認國家

12. 參閱Huntington, Samuel P., *The Third Wave, Democratization in the Late Twentieth Century*, 1991。在他區分的五種轉型類型——循環（cyclical）、東山再起（second-try）、中斷（interrupted）、一次到位（direct transition）和去殖民化（decolonization）中，台灣屬於最幸運的第四種（頁43）。

正處於「社會主義初級階段」，國家實行「社會主義市場經濟」；1999年確認國家實行「依法治國」，非公有制經濟是社會主義市場經濟的「重要組成部分」；2004年再確認非公有制經濟受到國家的「鼓勵、支持和引導」，「公民的合法的私有財產不受侵犯」、對已徵收或徵用的私有財產應「給予補償」、「國家尊重和保障人權」等，就很難不懷疑，這裏真的只是在既定發展軌道上的確認，或者背後也經歷了不同於常態政治，乃至打破原有共識的某種憲法政治？這個過程肯定不是Ackerman描述的公開動員，更不會有審議式的思辯，那麼是什麼樣的社會氛圍，啟動了哪些行動者的互動乃至爭論，最後如捲軸般的拉開了中國式的“New Deal”？是如雨後春筍的個體戶，還是拔不完的「最牛釘子戶」？無論如何，這個修掉美國觀點的憲法時刻理論，至少可以放在中國的語境中試一試。

3. 台灣的真假憲法時刻

以台灣為例，在總統蔣經國1988年過世前的兩年，台灣的憲政危機已經嚴重到令這個政府像一個高血壓病人一樣，隨時可能倒下。憲法規定的定期選舉產生新統治者，並非完全沒有實施。地方的選舉，從行政首長到議員，自始沒有間斷過。就是中央層次的國會，從1969年以後，也逐屆增加一定比例的新陳代謝，到了80年代後期，立法院三年一任的「增額委員」實際上已經相當程度的主導了議事運作。但肩負全中國憲法的「法統」，仍然使得30年不改選、已經七八十歲高齡的老立委仍然可以在重要法案中投下關鍵的一票，這讓渴望新人新政的中產階級難以忍受。另一方面，中國大陸從80年代初期開始慢慢的把大門打開，動員戡亂的憲法再也擋不住返鄉和投資的人潮錢潮，中華民國的憲法顯然已經走不下去了，但掌握修憲之鑰的，仍然是這些老法統（國民大會議決修憲案必須跨過四分之三的特別多數），如何才能突破這個障礙？用Ackerman的四階段來分析，即先有頻繁的集會遊行和許多黨外雜誌傳遞了危機的訊息，蔣經國在1986年拋出五大改革議題，才真的進入提議階段。許多的動員和對話由同年成立的民主進步黨策劃並熱烈展開，1990年

的三月學運和七月國是會議，基本上已經凝聚了高度的社會共識，也就是由老法統投票把自己送入歷史，而且廢除把大陸政權定位為叛亂團體的臨時條款，這其實是一個近乎Pareto superior的決定，也就是以兩千三百萬人的福祉對抗兩三百位老先生的福利。1990年7月21日大法官的第261號解釋，確定把這個憲法時刻追求的變革植入憲法，後於1991年正式修憲，中華民國的總統和立委全部定期由台灣地區的人民改選，整個過程把Ackerman的憲法時刻理論完美的演繹了一遍。

非常有趣的是，在90年代初期各界熱烈展開修憲還是制憲的辯論時，就已經有學者引用剛出爐的憲法時刻理論，主張以制憲來達到全盤改造的目的。^[13] 他們的理由主要有兩點，一方面就法理而言，代表全中國的國民大會沒有權力修憲把中華民國政府的統治權限縮到台灣地區，並停止動員戡亂，另一方面就現實而言，也不可能期待這些資深代表自掘墳墓。這樣的質疑當然有其道理，否則也就不能說是憲政危機了。但正如許多新興民主國家一樣，制憲意味的「議題全面開放」，對於台灣而言，需要付出無法承受的社會成本，因此最後形成的多數意見，還是和美國的「重整」、「新政」一樣，寧可以修憲和釋憲的方式來調整，而容忍「法理」的不盡周延。後來的發展也顯示，八九十歲高齡的資深代表很快就停止負隅頑抗了。然而儘管中華民國的有效管治範圍已經從「全中國」限縮到「在台灣」，而同時消解了內部的民主和兩岸的僵局，少數主張制憲者仍然失望的認為沒有成功制憲即是代表憲法時刻「消散」，^[14] 似乎說明憲法時刻理論對於危機是否與何時解除具認定上的主觀性，使它難免帶着一點詭譎的顛覆性格，鼓勵政客以「我們人民」之名從事無謂的政治冒險。

後來的發展更加證實了這一點，配合中華民國在台灣的修憲，是一連串政府體制的調整。雖然也是修憲，但其性質已經回歸到所

13. 參閱林子儀、許宗力、葉俊榮，《憲改建言：「憲法時刻」的呼籲》，台大法學基金會出版，1992。

14. 參閱葉俊榮，消散中的「憲法時刻」，收於《李鴻禧教授祝壽論文集——現代國家與憲法》，1997，頁237-293。

謂的常態政治了。這部分的體制改革不是很成功，朝野政黨在互動上始終沒有建立非常清楚的遊戲規則，固然都是事實，但從2000年和2008年兩次的政黨輪替，應可證明這個新體制終究還算是通過了考驗。從這個角度來看2005年第七次修憲後的新發展，更特別耐人尋味：當時的陳水扁總統是在社會上還沒有人感受到任何「憲政危機」的情形下（剛剛以公民投票的方式完成修憲），突然宣佈要「打造一部合時、合身、合用的新憲法」，跳過憲法時刻的「發出訊息」階段直接到「形成方案」，讓所有人都嚇了一大跳，但總統府果真動了起來，更立刻宣佈設置一個推動新憲的辦公室，成立了許多外圍組織，準備把制憲的聖火在千村萬里點燃。學術界也有人非常配合地開始組織國際會議；而最反諷的是，會議的座上賓居然就是憲法時刻的理論大師Bruce Ackerman。如果不是沒有多久以後陳水扁的貪瀆醜聞爆發，會不會真的成功炮製第二個憲法時刻，還真的很難講。用憲法時刻來掩護一個即將下台的總統聚斂財富的醜行，這肯定出乎Ackerman教授的意料。

4. 香港選擇了烏籠法治

作為一個自治而保有行政、立法、司法權的政治體，香港的《基本法》就是當地的憲法，這些權力完整與否，是憲法的問題。特別是當觸及自治和他治的界線時，誰來決定也當然是憲法的問題。爭議出現如果在正常的軌道上解決，那就是常態政治，如果以不尋常的方式，高調的、乃至動員各界來尋求解決之道，那就是憲法政治，最後找到的多數方案如果不同於以往的架構，並在此基礎上展開下一階段的常態政治，那就可以稱為憲法時刻了。從這個角度來看，香港最接近憲法時刻的，就是發生在1999年、爭論了半年之久的居留權問題。^[15]

15. 爭議過程、相關機關的決定以及各界發表的意見均收錄於佳日思、陳文敏、傅華玲主編，《居港權引發的憲法爭論》，2000，香港大學出版社。

香港自治的基礎，是1984年中英聯合聲明確立的「一國兩制」共識，和落實於中華人民共和國憲法第31條的憲法委託（譯自德文 *Verfassungsauftrag*）規定，據此才在1999年通過了基本法。基本法第2條規定香港「享有行政管理權、立法權和獨立的司法權和終審權」，第3條規定「港人治港」的原則，第4條宣示港人受到人權的保障，有關基本法的「基本性」則見於第11條：「根據中華人民共和國憲法第31條，香港特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據。香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法抵觸。」該條第2款確認了基本法在香港本身法體系中具凌駕至上的地位，但在非真正主權國家、卻又比聯邦國家的邦更有全面自主的情況下，更關鍵的問題毋寧在「中央」法規和「基本法」的衝突，如果中央觸及香港事務的法律內容可與基本法抵觸，豈不等於右手給的東西，左手又拿了回去？然而即使肯定基本法優先於內地制定的普通法，又該由誰來認定有沒有抵觸？中華人民共和國可以容忍香港特別行政區否定其法律的效力嗎？基本法第11條第1款所謂以基本法為依據，似乎可以理解為優先於其他法律，但對於誰來認定有否抵觸的問題，仍然保持沉默。

唯一可以切入的條文，就是第158條有關基本法「解釋權」的分配規定了：

「本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院在審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。香港特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。但如香港特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由香港特別行政區終審法院請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，香港特別行政區法院在引

用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。全國人民代表大會常務委員會在對本法進行解釋前，徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會的意見。」

含糊的是，香港法院審理個案而行使解釋權時，是否可以審查（覆核）並宣告內地的立法或行政手段違反基本法而無效？同樣含糊的還有，限制其終審權（「應」）的申請全國人大常委會解釋程序，前提要件應如何解讀，對所定要件是否構成的認定權，是否由香港終審法院獨佔，被香港終審法院否定要件成立的事件，人大常委會還可不可以又予肯定？與此聯繫的關鍵問題則是，已經授權香港法院解釋基本法的人大常委會，就純粹香港內部事務部分是否還保留解釋權，而且又該如何發動及以何種程序行使此一解釋權？從貫徹一國兩制的精神來看，必定偏向肯定香港法院對違反基本法的規範和行為作違憲審查的權限，也必定偏向認為基本法第158條是全國人大對憲法第67條第4項所定法律解釋權的有意自我設限，不僅尊重香港終審法院對有無申請解釋的程序義務所做的認定，而且除了此一途徑外，不受理其他的解釋申請。高度尊重可能會引發的所有顧慮，都因為中央保有基本法本身的制定權和修改權，大可拋諸腦後。當然基本法第11條和第158條，也可以不作這樣有利於自治的解釋，在回歸祖國的溫馨時刻，港人好像也沒有必要為這些法律技術細節大煞風景。然而一國和兩制間的潛在衝突終究無法永久掩蓋，基本法到底有多基本的憲政危機始終會浮出水面，只是時間問題。結果出乎大多數人所料，回歸才一年半，這個憲政危機就在香港全面爆發。

1999年1月29日，香港終審法院在「吳嘉玲訴入境事務處處長」一案，判決認定「入境（第3條）（修訂）條例」中的核證計劃與《基本法》第24條抵觸，侵害了香港居民的居留權，且該條條例屬於香港自治範圍事務，毋須申請人大常委會解釋。雖然《基本法》第22條涉及中央與香港的關係，在本案也需要納入考量，但因為不是主要適用的條文，法院不待申請解釋就直接裁決。另外也就人大解釋權加以論證，推翻上訴法庭在「特區政府訴馬維騷」案的見解，確認終審法院在認定人大或其常委會就觸及香港內部自治事務所作

出的決定與基本法抵觸時，有宣告其無效之權。所採立場完全偏向前述的一國兩制法理，劍拔弩張，毫無遜讓之意。

此判決一曝光，立刻引起大陸有官方色彩學者強烈批評，但香港的輿論卻是采聲如雷，學界、法律界和教會都紛紛表態支持，讓敗訴的香港政府不得不仔細評估，小心翼翼的規劃反制的方案。香港的公共論壇可能從來沒有這麼認真的進行過這樣深入而多層次的對話。不久港府就因開放居留權造成驚人的社會負擔，以及本案易判也完全不會影響一國兩制精神，向廣大居民訴求管制的必要性，讓輿論逐漸扭轉，迫使終審法院依法全無必要的回應港府要求而發出一份「澄清」文件，最後並由港府正式行文提請中央政府協助解決本案引發的爭議，後由國務院向全國人大常委會對相關法律作出最終解釋，人大常委會也在同年6月26日，對準港府投過來的這一記好球，大力揮出全壘打——不但確認香港終審法院在本案違反了判決前申請解釋的程序義務，也確認了人大常委會對於基本法掌有全面的解釋權，而實體上也確認本案相關的行政管制完全符合基本法。終審法院在該案所作的判決仍有個案效力，但此後法院必須依本解釋裁判，不得再作不同的解釋。

憲法法理的爭辯可說見仁見智，本案有關居留權的務實決定也許也能通過福利經濟學上Kaldor-Hicks的效率檢驗。^[16] 但若放大格局的看香港和整個中國的未來，港府當時如選擇至少暫時站在法院的一邊，後來會有什麼演變，恐怕還很難說。最後的決定明確顯示「一國」高於「兩制」，使香港的憲法時刻在回歸甫滿兩年之際就完全消散。馬照跑、舞照跳，但Ackerman教授所謂的憲法政治，何時再現？

5. 大陸已浮現民法時刻

最後把鏡頭轉回中國大陸，一個正以令人目眩的速度轉變中的社會，但憲法仍宣稱「繼續在中國共產黨領導下」堅持所有該堅持

16. 指政府的措施如果對民眾的影響是有得有失，只要得大於失，補償後還有餘，就可以接受，參閱Sen, Amartya K., *Collective Choice and Social Welfare*, 1970, 30–31.

的東西。從改革開放以來，最有可能形成憲法時刻的，就是1989年在天安門廣場從4月15日開始快速升溫的民運，最後是以戒嚴和6月4日的血腥鎮壓結束。「六四」如何評價，可以交給史家。我們觀察到的是，從八九民運以後的三次修憲，每次都是重要的里程碑，及帶來根本轉變。從轉變的幅度來看，縱未達到「革命」的程度，也都超越了線性的演化而有明顯的斷裂，但卻都不符合憲法時刻理論所描述、以憲法政治醞釀出來的革命 (constitutionalized revolution)，而是由中國共產黨主導改革日程，以「常態」的決策程序做成。也許正因為「六四」的慘痛經歷排除了憲法層次議題對話的可能，人們反而在看起來不到憲法層次的法律議題時有掀起逸出常軌的尖銳討論。2005年有關物權法的爭議就是很好的例子，像皮影戲一樣，讓我們在民法政治裏依稀看到憲法政治的影子，在這裏不同的意識型態反而自動組織了起來；網路上風風火火的擺出對決的陣仗，最後政治部門也有了不同意見，總書記拍板硬把準備好的法律案抽起，等到一年以後才確認多數意見而推出物權法。這顛覆了Ackerman的雙層民主概念，大陸現在是於法律層次的議題展開higher law-making的對話，我們不妨稱之為具有中國特色的憲法政治。

著名的「北大鞏獻田關於物權法草案的公開信」是這樣說的：

「…『中華人民共和國物權法（草案）』（下簡稱『草案』），是一部背離社會主義基本原則、開歷史倒車的『草案』，…『草案』的精神和基本原則是對馬克思主義的基本立場和原則的背離，…在目前我國私有化思潮影響中，公有制經濟實際上已經不佔主體和國有經濟主導地位已經嚴重受損的情況下，不但不改變這種狀況，為我國社會主義經濟基礎的鞏固和發展從法律上來確認方向，提供措施，反而確認了目前這種狀況，也就是確認了極少數人的既得利益和通過非法手段進一步攫取社會財富的權利。『草案』所體現的基本精神和反映出的根本傾向，必將進一步加速私有化進程，促使兩極分化，造成貧富更大的懸殊和社會的嚴重分化和尖銳對立。…我們要創造社會主義的法制文明，不要步資本主義法制文明的後塵！…（我們）只能沿着社會主義國家已經開創的法制

文明大道繼續前進才是唯一出路！…，我們絕不能亦步亦趨地盲目模仿和奴隸般地抄襲資產階級的民法典，必須創造我們自己民族特有的社會主義法制文明！如果不然，只能制定一部開歷史倒車的民法典，它絕不會留下任何的光彩，必將作為恥辱的一頁載入中國法制文明的史冊！…。」^[17]

另外一位史前進先生則說：

「私人是私法上的『人』（個人和社會組織）。私人、私人財產、私人財產權，都是私法上的概念。離開私法，這些概念是不能成立的，是沒有法律意義的。我們知道，社會主義不承認私法。這一點，列寧1922年講的非常清楚。在我國，就是改革開放以來，憲法和任何一部法律都始終不承認私法。『大會』們從德國版、日本版和台灣版的立法和教科書上把『私人』、『私人財產權』之類拿來，原封不動地放到草案上。為掩人耳目，把專門術語的私人同日常用語的『私人』相混淆，把憲法所表達的『公民財產權』篡改成『私人財產權』。戲法人人會變，妙處各有不同。草案和『大會』們手法之高妙，實在是無以言狀。…迄今為止，我國憲法和任何一部法律，均無實行私有制和生產資料私有權制度的規定。憲法修正案規定的『公民的合法財產不受侵犯』，是被嚴格限定的。首先，這一款放在第二章項下，是作為公民的基本權利規定的，這種財產權的主體是公民，具有主體特定性。其他主體形式，如企業、公司等經濟組織，憲法未做規定。其次，憲法上的『財產』，絕不是指私人生產資料，而是指公民的生活資料。再次，這裏的財產是合法財產，而非法財產、非法定財產以及犯罪財產，不受憲法保護。因此，草案規定的除公民之外的主體及其私有財產的保護，無任何憲法依據，而且是根本違反憲法規定的。」^[18]

17. 全文參閱www.chaiqianfa.com/01dasong/list.asp?id=398。

18. 史前進，違反憲法鐵證如山——二評「物權法（草案）辯護詞」。參閱：www.wyzxsx.com/Article/Class16/200603/5148.html。

「…關鍵的滲透是法律滲透。西方法律霸權主義的殖民化，對民族法律文化的衝擊和破壞，不能不引起發展中國家人民的極大憤慨。在民族法律文化的逐漸消亡中，西方法律文化必將取而代之。在我國，還不能說已經實現了法律殖民化。然而，一部一部地照抄照搬和拼湊西方國家立法，會不會使資本主義社會重要支柱的法在中國落地紮根呢？會不會客觀上適應西方國家西化、分化中國的戰略需要呢？」^[19]

這裏不需要針對兩位的意見作任何分析或評論，比如說他們似乎不具備物權法的專業知識，又不理解民法典的高度意識型態中立等等，但他們絕對不是言之無據，尤其明顯的是這些主張的確反映了不少人發自內心的想法。觀念夾纏不清本來在這種討論就是難免的，而且這種對話的本質本來就不需要是學術的，只要能反映一部分人的偏好、利益、厭惡或恐懼，而通過不斷對話，可以讓人感受到「大勢」到底如何「所驅」，就已經達到對話的目的。幾百位聯署反對的教授所憂心的發展，在共產黨政府決定走向市場經濟時，就已經無法避免，大陸的社會結構已經迅速由以指令關係為核心的垂直社會，轉變為以契約關係為核心的水平社會，最能體現這一點的合同法就於1999年率先披掛上陣，不足為奇。土地在私有化以前至少必須先為民私用，也就是從指令關係的公法物權轉變為可以自由轉讓的私法物權，這些都是從憲法宣示「確認」採行社會主義市場經濟的那一刻開始即變得無可迴避的發展。中共總書記胡錦濤在17屆三中全會舉行之際更進一步宣示，未來將允許農民以多種形式「流轉」土地承包經營權，發展適度規模經營，^[20] 實際上等於再從私有化走向私有化，又往前跨了一大步。然而，稍微想一想就知道，縱有再多的顧慮，這是水平社會已經逐漸形成後絕對必要的調整，目的為了建立真正的公平，消除來自殘餘指令關係的剝削。我們很清楚

19. 史前進：「法律殖民化與照抄照搬——三評『物權法（草案）辯護詞』」。參閱：www.jiyw.com/Fuxing/ArticleShow.asp?ArticleID=249206。以上大陸討論物權法的資料均轉引自浙江大學王冠璽教授尚未發表的大作，「再論中國法學發展的『十字現象』——從現代化法律的繼受中反思『中國特色』」，特此致謝。

20. 參閱《聯合報》97年10月3日大陸新聞中心的報導。

的看到，從合同法到物權法的立法，實際上已經清掉了「社會主義市場經濟」保留的大部分灰色地帶，而這個決策過程，反而經過了相當不尋常的熱烈對話，彷彿改造了憲法般。

中國大陸始終還沒有經歷真正的憲法時刻，但已經浮現了民法時刻。從某個意義上說，中國大陸已經在醞釀一種迥異於階級鬥爭的憲法政治。

6. 從對話開始尋求突破

邱吉爾有一句頗富哲理的名言：「起先是我們建造房子，然後是房子塑造我們。」現代國家的憲政關係差不多就是這樣：我們按照共同的價值、願景，反映共同的需要、條件，制定一部憲法，然後就讓憲法約束我們的行為。一段時間以後，我們會把房子的隔間或設施稍微調整以滿足生活的新需要，就像我們會按照憲法規定的修憲方式修改我們的憲法。但也許到了一定的時候，我們會下定決心，重建整個大樓，用Carl Schmitt的說法，就是發動「制憲力」，而不再是修憲，^[21] 因為我們已經不受大樓舊設計圖的約束。Ackerman的憲法時刻理論，告訴我們在一個現代的文明社會，在什麼條件下，可以用什麼程序進行這樣的higher law-making，不但不會損害民主品質，還會使之昇華。

中國的經驗告訴我們，像愛情一樣，憲法時刻該來的時候，自然就會來；當有人弄得太浪漫的時候，你反而要小心一點。第二，抽掉Ackerman的美國經驗，憲法政治可以在不同的社會框架中醞釀、形成，從不同的政治理念出發，也許會有不同的行動者選擇不同的媒介，但共同的元素就是對話——跳出形式的框架，進行不同層次的、廣泛的對話，從而於對話中尋求突破。在全球化的浪潮如此洶湧的今天——看金融危機讓美洲、歐洲和亞洲的股市同步呼吸，還不夠清楚？——多元共榮已經是這個時代的精神，不論國與國、區

21. 他也曾就制憲力 (die verfassungsgebende Gewalt) 以民主方式發動，作了歷史經驗的整理，可參 Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, 8A., 1993, 82-87.

與區、中央與地方，或者在朝與在野，除了對話還是對話，連絕對主義的宗教領域，教宗和達賴喇嘛都可以開始對話了，在必須通權達變的政治領域，還有誰可以永遠把門關起來？