

宪法变通与地方试验

张千帆

内容提要：“良性违宪”的出现，是因为宪法和中央法律过多限制了地方自主权。宪法是一部保障而非限制权利的基本法。宪法的根本目的不是通过制度性规定剥夺地方尝试的自由，更不是限制人民的基本自由，而是为所有人保障一个权利底线。在这个底线之上，地方政府可以自由探索对满足当地需要而言最有效的途径。要从根本上解决“良性违宪”所带来的困惑，就必须转变有关中央与地方关系的思维，从制度上保障地方试验的顺利进行。

关键词：良性违宪 地方试验 宪法变通

大约十年前，“良性违宪”论曾在法学界引起不少争议。^{〔1〕}很长时间里，笔者对其基本持反对意见。^{〔2〕}固然，改革开放以来，主要由于非公有制和市场经济的发展，中国宪法不断面临着修改的压力，否则就将成为经济改革的羁绊。但是，中国宪法是一部相对“柔性”的宪法，修宪程序比较简单，绝大多数法律的制定和修改都能满足全国人大 2/3 多数同意的修宪要求，因而似乎没有理由允许政府以违法乃至违宪的方式实行改革。政府不得无故违反宪法的规定或精神，中央政府尤其没有必要因而也不应该公然无视宪法。如果要在全国范围内采取一项看来必要但与宪法相抵触的措施，那么首先应该修改宪法，因为只有这样才能维持宪法的尊严和权威。

然而问题在于，许多改革是在地方发起的，而地方显然无权修改宪法和中央法律。在改革的初级阶段，中央政府或许还没有察觉全面改革的必要性，或许是出于慎重的考虑不愿贸然在全国推广，因而往往默认甚至鼓励和安排地方的改革试验。综观二十多年的改革历程，几乎所有意义重大的举措都是首先在地方试验成功的条件下才在全国范围内推行的。事实上，这些举措之所以“意义重大”，正是因为它们突破了当时的宪法与法律框架。如果一概以“违法”乃至“违宪”为由禁止地方试验，那么就很可能扼杀了改革的种子，最后延缓全国从地方改革的经验和教训中受益的进程。因此，“良性违宪”问题确实突显了中国作为单一制大国所必然面临的中央集权和地方试验之间的潜在张力。

本文通过分析地方经济改革和民主与法治试验的实例，尝试论证“良性”违法或违宪的判断标

* 北京大学宪法与行政法研究中心教授。

〔1〕 参见郝铁川：《论良性违宪》，《法学研究》1996年第4期；《社会变革与成文宪法的局限性》，《法学研究》1996年第6期。对其有代表性的批评，参见童之伟：《“良性违宪”不宜肯定》，《法学研究》1996年第6期；《宪法实施灵活性的底线》，《法学》1997年第5期。

〔2〕 参见张千帆：《宪法学导论——原理与应用》，法律出版社2004年版，第153页。

准,并提出超越“良性违宪”的路径。本文认为,1982年宪法的中心原则是民主、法治与人权。只要地方改革试验不仅符合这些基本原则,而且没有损害任何全国性利益,那么在没有任何其它选择的情况下,即便其合法性乃至合宪性存在疑问,地方试验仍应受到宽容。之所以有必要“良性违宪”,是因为宪法和中央法律过多限制了地方自主权;事实上,既然符合宪法的基本原则和精神,“良性违宪”就不是通常意义上的“违宪”,而只是在现行体制下对宪法的一种“变通”。归根结底,宪法是一部保障而非限制权利的基本法。宪法的根本目的不是通过制度性规定剥夺地方尝试的自由,更不是限制人民的基本自由,而是为所有人保障一个权利底线;在这个底线之上,地方政府可以自由探索对满足当地需要而言最有效的途径。要从根本上解决“良性违宪”所带来的困惑,就必须转变有关中央与地方关系的思维,从制度上保障地方试验的顺利进行。

一、地方改革违法(宪)的实例

在二十多年的改革进程中,中国的“良性违宪”事例确实相当普遍。虽然某些“违宪”是不必要的,在实践中必要并已证明成功的尝试仍然为数不少,^[3]以下试举数例说明。

(一) 经济改革

当代经济改革的“合宪性”从一开始就是有疑问的。1978年,安徽凤阳小岗村的18户农民自发实行“大包干”,正式揭开了中国农村土地改革的序幕,中国农村土地制度从单纯的集体所有制向集体所有、家庭经营的两权分离模式转变。而那次改革,是在1978年宪法的背景下发生的,该宪法“总纲”第7条规定:“农村人民公社经济是社会主义劳动群众集体所有制经济……在保证人民公社集体经济占绝对优势的条件下,人民公社社员可以经营少量的自留地和家庭副业。”^[4]虽然宪法没有说明“集体所有制经济”究竟是什么,也没有明确禁止家庭承包制度,但是第7条显然表明农民的“自留地和家庭副业”等私营成分只能作为集体所有制的例外,以公社为基础的集体化经济必须占据“绝对优势”。用当时的宪法标准来衡量,1978年的改革似乎代表了一个“错误”的方向。

事实上,即便是现行宪法,在1982年制定时仍然没有承认家庭承包制;相反,它继续承认人民公社作为集体所有制的主要形式。1982年宪法第8条规定:“农村人民公社、农业生产合作社和其他生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者,有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。”直到1993年第2次修宪之后,第8条才明确承认家庭承包制的宪法地位:“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。”但在此十年前,中共中央早已于1983年颁发了《关于印发农村经济政策的若干问题的通知》,全国农村开始普遍推行包干到户。到1983年底,98%左右的基本核算单位都实行了包干到户,家庭承包经营的土地面积占耕地总面积的97%左右,实现了土地所有权与使用权的分离。这些都发生在1993年修宪之前,因而是没有宪法授权的,而中央的“通知”也不能使之合宪化。1993年的宪法修正案只是承认和肯定了早在十年前没有宪法授权的情况下完成的既定事实而已。

因此,如果硬抠字眼的话,1978年的地方经济改革和1983年全面推行的全国性经济改革都存

[3] 参见前引[1],郝铁川:《论良性违宪》。

[4] 省略部分还明确规定了集体所有制结构:“现在一般实行公社、生产大队、生产队三级所有,而以生产队为基本核算单位。生产大队在条件成熟的时候,可以向大队为基本核算单位过渡。”由此可见,1978年宪法所设想的理想经济体制还是人民公社,其发展方向是公社制度的进一步扩大和完善,而不是集体所有制的私有化。

在“违宪”的嫌疑。在当时看来，1978年开始的改革显然是“超前”的，因为它突破了当时宪法规定的以人民公社为主体的集体所有制。和1978年相比，1982年宪法对集体所有制的规定更为多元化。或许，我们应该从承包制改革的背景下来理解这部宪法，宽泛解释“其他生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济”。但是宽泛的余地毕竟是有限的，“合作经济”和家庭承包似乎是两个性质迥然不同的概念，且假如1982年宪法的制定者确实预见到家庭承包制的全面推广，他们有什么必要以如此隐晦的方式表达第8条？〔5〕然而，如果没有1978年开始的地方改革，如果当时因为改革在合宪性上的疑问而压制了这场自下而上的自发试验，那么今天的社会和法律将会是什么样子呢？

（二）广东集体土地产权流转试验

1982年宪法及其以后的修正案并没有解决集体所有制的全部问题。在经过1988年修正后，宪法第10条规定：“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”国有土地的使用权开始可以合法出让、出租、转让、转租和抵押，而城市土地的转让也激发了农村转让集体土地的愿望。尤其在经济起步早、发展快的东部沿海与珠江三角洲地区，多年来蓬勃发展的制造业、商贸业与持续加快的城镇化导致建设用地需求量急剧增长，而随着国家对土地供给宏观调控不断加强，城镇国有土地可供量已变得捉襟见肘。〔6〕在国有建设用地供给稀缺状态下，城市的再扩张和工业的持续发展使得盘活集体建设用地的势在必行。

但在法律上，集体所有土地的使用权却一直没有放开。宪法没有明确禁止集体所有制土地使用权的转让，而是将此事完全委托法律进一步规定。规范土地使用权的基本法律是1986年的土地管理法，但是该法原先并没有授权集体所有制土地使用权的转让。1988年修正后，该法第2条曾规定“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让”，但是又将规范土地转让办法的任务交给了国务院，而国务院此后仅出台了有关国有土地使用权流转的法规。〔7〕1998年修正后，该法第2条删除了对于集体所有制土地转让的规定，因而虽然“土地使用权可以依法转让”，但是从上下文来看这里的转让权似乎仅限于国有土地。尽管第9条规定“农民集体所有的土地，可以依法确定给单位或者个人使用”，但土地管理法实际上对农村集体非农建设用地流转设定了严格的限制。第63条明确规定“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设”。直到2003年，农村土地承包法才规定：“国家保护承包方依法、自愿、有偿地进行土地承包经营权流转”（第10条）；“通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转”（第32条）。即便如此，承包地以外的土地使用权仍然不能依法自由转让。

农村集体所有制土地使用权不能依法自由转让，致使农地在进入市场交易之前必须首先经过政府征用转化为国有土地。这种现状严重限制了农村土地使用权的市场价值之实现，阻碍了农村经济改革并引发了诸多社会问题。首先，由于地方政府的土地征收过程不规范，尤其是征收补偿远低于土地的市场价值，政府和开发商谋取征地带来的补偿和实际市价之间的巨大差价，从而剥夺了被征地农民的基本生计，同时也诱发了地方政府的“圈地”冲动。〔8〕其次，在目前尚难以确保公正补

〔5〕当然，1982年宪法的制定和承包制的全面推广只有一年之隔，而宪法文本未能及时体现改革趋向，这确实令人遗憾。笔者虽然不能确定造成这一缺失的理由以及为什么1988年修宪仍未予以弥补，但仍然认为中央在全面推广改革之前应该首先修宪，保证改革的合宪性无可质疑。和1978年地方改革不同的是，在经过各地试验并最终确定改革方向之后，中央政府并没有什么理由冒着违宪的风险进行全国性改革。虽然在宪法制定短短一年后便进行修宪，确实显得仓促并可能影响宪法的权威性和稳定性，但是与此相比，经济改革的合宪性应该是一个更为重要的问题。

〔6〕2003年国土资源部的统计表明，山东已使用城市规划用地的80%，浙江超过90%，一些地区5年就超量用完10年的指标。参见王权典：《农村集体建设用地使用权流转法律问题研析——结合广东相关立法及实践问题的述评》，《华南农业大学学报》2006年第1期。

〔7〕《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》，1990年国务院第55号令。

〔8〕参见张千帆：《“公正补偿”与征收权的宪法限制》，《法学研究》2005年第2期。

偿的情况下,由于政府征地补偿与土地实际使用价值相差悬殊,农民并不希望集体拥有的土地被轻易征用而永久失去土地收益的所有权,因而以出让、转让、出租、入股投资等形式的自发土地交易行为相当普遍,游离于法律规范之外的集体土地交易俨然形成了庞大的“隐形市场”。据统计,珠三角地区近年来通过自发流转方式使用的集体建设用地超过了用地存量的50%。最后,由于不受法律规制,集体土地交易双方的权益都得不到可靠保障,用地企业和集体经济组织或农民个人之间的纠纷不断增加。^[9]一方面,农民集体的正当收入得不到合法保护;有的企业钻法律的空子,在合同期限届满之前故意不交租金,并以此提起诉讼坑害农民集体。另一方面,非法租地也不利于企业进行扩大规模的长期投资,因为投资者没有合法的土地使用权,担心一旦与农民关系恶化就被“请”出村子。和国有土地使用权流转市场相比,自发的集体土地流转市场很不规范,基本上处于无章可循的无序状态。

在这种状况下,全国不少地方政府在积极推动或由农民自发进行集体土地使用权的变通实践,且大多都突破了现行法律所设置的藩篱。自1999年以来,国土资源部也在全国范围内安排了30处的集体建设用地流转试点,如安徽芜湖、广东顺德、浙江湖州等地。2003年,中共中央和国务院联合发布的《关于做好农业和农村工作的意见》提出:“各地要制定鼓励乡镇企业向小城镇集中的政策,通过集体建设用地流转、土地置换、分期缴纳土地出让金等形式,合理解决企业进镇的用地问题。”2004年,国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》也提出:“在符合规划的前提下,村庄、集镇、建制镇中的农民集体所有建设用地使用权可以依法流转。”^[10]2005年10月,广东省政府开始实施《集体建设用地使用权流转管理办法》。该办法第2条明确允许“集体建设用地使用权出让、出租、转让、转租和抵押”,从而为集体用地使用权的自由流转奠定了地方法律基础。建设用地的流转不再首先经过政府征收,也不需要任何行政审批。第7条要求“出让、出租和抵押集体建设用地使用权,须经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意”。这条规定似乎是借鉴了农村土地承包法第15条,^[11]体现了村民自治下的自愿流转原则,可在一定程度上减少基层政府或村干部滥用权力、强迫流转、“黑箱操作”等侵犯农民集体土地权益的行为。

广东省的办法引起了很大反响和争议。虽然肯定的声音居多,^[12]质疑者也大有人在。反对意见主要是针对“突破土地管理法(上位法与国家大法)的限制”,因而“国家法律的权威性将受到挑战,程序正义面临惨遭破坏的危险”。^[13]事实上,目前正在审议阶段的物权法草案仍然沿用了土地管理法的框架,没有规定集体建设用地使用权的转让,因而如果获得通过又将产生中央基本法和地方规定的衔接问题。^[14]总的来说,反对者大都出于形式上的理由,认为该办法违反了国家法律并可能损害法治秩序;赞成者则主要是出于实体上的理由,认为广东办法为当地农民做了好事。如果两者都能成立,那么广东省的农地流转办法是一起典型的“良性违法”事件。

(三) 基层民主与法治试验

[9] 杨子蛟:《集体建设用地使用权流转的法律思考——兼评〈广东省集体建设用地使用权流转管理办法〉》,《甘肃社会科学》2006年第1期。

[10] 中发(2003)3号文件;国发(2004)28号文件。

[11] “农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的,必须经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准。”

[12] 例如北京大学中国经济研究中心的周其仁教授认为,此举开创了“以一个征地制度与农村非农建设用地直接进入市制度并存的新时期”,见《广东首开先河推动农地入市与土地法冲突成隐患》,《第一财经日报》2005年9月8日。

[13] 刘海明、刘世强:《“新土地革命”:挑战国法权威?》,《光明观察》2005年9月26日;《广东建设用地流转面临诸多难点》,《中国经济日报》2005年9月29日。另外,作为一种折中措施,广东办法本身也存在一些局限性,例如办法只适用于集体所有的建设用地,第4条明确禁止村民住宅用地使用权的流转。有些广东办法的支持者对此类限制表示不满。

[14] 参见江平:《土地立法与农民权益》,载吴敬琏、江平、梁治平主编:《洪范评论》2006年6月第3卷第2辑。

良性违法或违宪并不局限于经济改革领域，也同样可以发生在政治或司法改革领域。一个典型的例子是地方自发产生的乡镇长直选试验。从1998年开始，中国部分地区对乡镇行政领导的直选进行了自发的尝试。最早的改革出现在四川省遂宁市市中区的4个乡镇。1998年5月和9月，市中区政府在保石镇和横山镇首先进行了镇长公选的试点，并在该区的东禅镇和莲花乡进行了党委书记的公选。1998年12月，市中区步云乡正式产生了全国第一位民选乡长。同年10月，四川省南部县于在79个乡镇试行公推公选制，选举副乡（镇）长。稍后，该省绵阳市在本市的11个乡镇进行了乡镇长人大代表直接提名选举乡镇长的实验。不久，全国其它地方开始进行类似的改革。1999年初，广东深圳在龙岗区大鹏镇实行“两票制”。同年4月，山西省临猗县卓里镇也进行了乡镇长选举的“两票选任制”试验，模仿在村委会和村党支部选举中已较为普及的“两票制”。最近的试验发生在2004年4月，云南省红河哈尼族彝族自治州在其下辖的石屏县推行乡镇长选举改革，7个乡镇的乡镇长均由选民直接选举产生。这是中国迄今为止最大规模的乡镇长“直推直选”试验。

如果细究宪法文本的话，乡镇长直选试验显然是“违宪”的，因为无论是宪法（第101条）还是地方政府组织法（第9条），都明确规定了乡镇长由同级地方人大间接选举的机制。这正是某些试验地区的改革止步不前的重要原因，也是为什么2006年的基层人大改选取消了各地的直选试验。^[15]当然，某些地方采取了变通的做法，先由选民选出和法定代表人数等额的候选人，然后将候选人名单提交当地人大通过。这种做法虽然在形式上是“合宪”的，但是如果人大选举仅仅是一个肯定直选结果的程序，那么仍然改变不了乡镇长直选的实质。

事实上，地方的政治与法律改革并不仅限于乡镇长的直选试验。我们还可以设想许多其它方面的制度创新，例如法学界谈论已久的司法审查制度。虽然在中央层次上建立司法审查制度仍存在一定的争议，因为一个完全独立的司法性质的宪法审查机构可能和宪法规定的人大代表制度发生冲突，^[16]但是地方完全可以先行一步，尝试建立起适合地方的法律规范审查制度。^[17]诚然，地方无权审查中央立法的合宪性，但完全可以通过法律规范审查完善其管辖区域内地方性法规、规章和内部文件的合法性与合宪性。其实全国性法律的合宪性控制并非当务之急，因为绝大多数侵犯基本权利的规定正是发生在地方政府大大小小的鲜为外界所知的“红头文件”，而地方的法律规范审查制度将显然有助于控制地方性规定的合宪性与合法性，从而更好地保护当地公民的基本权利。然而，无论是宪法还是地方政府组织法都没有规定法律规范审查制度，2000年实施的立法法也只是规定了中央的法律规范审查机制。

二、如何判断违法（宪）的良性或恶性

（一）判断良恶的标准

笔者暂且将上述几起事件作为“良性违法（宪）”的典型。为什么说这些事件是“良性”而不是“恶性”违法或违宪？假如广东省的办法不是授权集体土地使用权的转让，而是剥夺被征地农民获得公正补偿的权利，那么如何鉴别“此违宪非彼违宪”？在现代宪政与法治精神的引导下，并不难发现鉴别良性与恶性违宪的标准。笔者认为，有三类标准可以帮助我们鉴定违法或违宪是否属于“良性”：第一，在实体上，有关措施是否有助于落实宪法保障的基本权利？第二，在程序上，有关

[15] 盛华仁：《依法做好县乡两级人大换届选举工作》，“永嘉党建网”2006年8月23日。

[16] 参见强世功：《宪法司法化的悖论》，《中国社会科学》2003年第2期；张千帆：《认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性》，《中外法学》2003年第5期。

[17] 参见张千帆：《建立中国的法律规范审查制度——兼对修宪理论的一点探讨》，《战略与管理》2004年第2期。

措施是否有助于完善宪法所要求的民主与法治?第三,在符合前两个条件的前提下,也就是在基本确定有关措施属于“良性”的前提下,和宪法或法律的抵触是否必要?或者说有关措施是不是为了实现良好的实体或程序目标而不得不采取的“最后一招”?如果通过合法合宪的方式可以同样实现目标,那么即便是“良性”的违法或违宪也不应该发生。

之所以强调必要性标准,是因为违法或违宪显然是应该尽量避免的事情,是在宪法或法律一时难以修改的情况下万不得已的权宜之计。^[18]中央的法律、法令、规章或政策在一般情况下是没有必要违宪或违法的;除非发生了特殊紧急的状况,中央总是可以通过全国人大的修宪或立法程序及时授权有必要采取的措施。此不赘述。以下讨论限于地方政府为了突破中央法律限制而有必要采取的措施。这些措施之所以有必要,或者是因为在全面推广之前有必要通过地方试验积累经验,例如家庭承包责任制,或者索性是因为地方措施严格符合地方特色,并没有可推广性,而中央的法律或宪法本就不应该对此做出全国“一刀切”的规定。如江平教授指出,广东试验可能适合珠江三角洲及其它沿海地区,但是未必适合宁夏或广西,^[19]因而不仅现在而且以后也未必会出台统一的相关立法。即便对于可以在全国统一推广的改革实践,中央也不敢在完全没有地方试验的基础上贸然推广;否则,一次失败的改革将在全国范围内产生难以估量的后果。事实上,绝大多数地方试验都是在中央的默许、支持甚至主动安排下进行的,而中央之所以这么做,也正是出于慎重的考虑。这种做法完全符合中国改革“摸着石头过河”的逻辑,只不过我们需要更清醒地认识到,中国的改革之路正是通过地方试验摸索出来的,宪法和法律不可能禁止必要的推动社会进步的地方试验。

笔者认为,前两项标准的合理性几乎是不证自明的,因为它们代表着中国宪法的基本精神和最新理念。众所周知,1982年宪法的首要原则是民主,基本特点是人大制度。第2条明确规定,“一切权利属于人民”;第3条规定:全国和地方各级人大“都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督”。1999年修正案将“法治”概念写入宪法,宪法第5条明确要求国家实行“依法治国”、建设“法治国家”。2004年修正案将“人权”概念写入宪法,宪法第33条申明“国家尊重和保障人权”。因此,民主、法治和人权构成了中国宪法的精髓,也是衡量任何政府措施正当性的最终标准。^[20]如果一项措施显著促进了民主、法治或人权的最高宪法目标,那么尽管它迫不得已违反了宪法或法律的某些具体规定,其正当性仍不容否认。

上述标准不仅代表了先进的宪政理念,而且在实践中也是可操作的,因为一般不难发现某项措施究竟是促进还是损害民主、法治和人权。^[21]正如郝铁川教授指出,可以建立司法审查制度来鉴别违宪措施的性质。事实上,如果某项措施确实促进了民主、法治或人权,由于所有人都从中得

[18] 参见前引[1],童之伟文:童教授在比较中国和美国的某些事例之后基本上排除了违宪的必要性,但本文认为某些可能“违宪”的地方试验在中国现行宪法体制下还是必要的。

[19] 参见前引[14],江平文。

[20] 当然,实体标准和程序标准并不是完全独立的,而是可能具有多重联系。基本权利需要通过民主和法治才能得到有效保障,落实民主和法治的结果也往往是产生有利于人权保障的法律。另外,这些标准本身可能在某些情况下发生冲突,例如司法审查将有助于完善法治,但是可能与特定形式的民主相抵触,因而司法审查必须妥善权衡相互冲突的基本价值,在此且不深入讨论。参见前引[2],张千帆书,第51页以下。

[21] 值得指出的是,郝铁川教授也提出过两条鉴别良性违宪的标准:有关措施是否有利于社会生产力的发展,以及是否有利于国家和民族的根本利益。参见前引[1],《论良性违宪》。笔者认为,这两条标准都过于抽象、难以把握。尤其是“国家利益”乃至“公共利益”都是大而空的整体概念,基本上属于只能在民主过程中决定的政治问题,而不是司法可以确定的法律问题。参见张千帆:《“公共利益”的困境与出路——美国公用征收条款的宪法解释及其对中国的启示》,《中国法学》2005年第5期。“生产力”则很难确切衡量(马克思主义经济学的“生产力”并不等同于GDP或GNP等可见参数),况且也不是现代经济学的常用概念。与其用这些整体概念作为衡量标准,不如用基本权利这个具体而简单的个体概念作为衡量良恶的标准。事实上,生产力、国家利益或民族利益最后都要落实到公民的权利保障上,否则只能是空谈;反过来,如果一项措施促进了广大公民的权利保障,使许许多多的普通人受益,那么它也必然促进了“国家利益”或社会生产力的发展。因此,上述两条实体性标准似乎归结为基本人权更为合适。

益,那么我们甚至可以断言在法律上找不到适格的原告;^[22]反之,如果有关措施确实损害了某些人受宪法保护的基本权利(包括参与民主选举的权利),那么这些人可以提出宪法诉讼,而他们的胜诉将表明该措施并非“良性违宪”。^[23]这同时也意味着地方措施不得损害全国性利益,不得构成地方保护主义;否则,虽然有关措施可能使当地受益,但是其它地区的受害者仍然可以挑战它的“良性”。然而,如果真的找不出法律上承认的受害者,而受益者又大有人在,那么地方试验和法律或宪法之间的冲突又意味着什么呢?它岂不意味着法律乃至宪法已人为构成了社会发展的障碍?岂不意味着地方试验而不是既定的宪法或法律才代表了社会进步的方向?我们又有什么理由限制甚至禁止如此有益的地方尝试呢?

(二) 鉴别地方试验的性质

以此标准来衡量,不难看出上述几起地方改革都是良性的。众所周知,1978年开始的农村经济改革是对广大农民的一种巨大解放。虽然农村土地产权至今仍没有完全得到落实,但是那次改革毕竟将农民从“人民公社”的桎梏中解脱出来,并赋予其基本经济自主权,从而极大激发了农民的生产积极性,最终极大促进了社会财富的增长。虽然农村改革的合宪性在当时很成问题,现在已很少有人质疑改革的正当性。

同样,虽然现在对2005年实施的《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》盖棺定论为时尚早,但是如果这项措施确实保护了广东地区农民的基本利益,促进了广东的经济发展,且没有对全国产生任何消极影响,那么不论它违反了什么具体的中央规定,它都是良性的。已有证据表明,这项举措对珠江三角洲地区具有重要意义。该地区的农村社区集体经济大多是以土地经营为主,因而主要以土地出租或在土地上建厂房或商铺出租等形式获得土地非农收益。换言之,新办法所合法化的土地转让既是农村集体的主要收入来源,也是农民最直接、稳定、长久的收益保障。^[24]广东办法第25条明确规定,集体土地所有者出让、出租集体建设用地使用权所取得的土地收益应当纳入农村集体财产统一管理,其中50%以上应当存入银行(农村信用社)专户,专款用于本集体经济组织成员的社会保障安排,不得挪作他用。^[25]由于保留了土地的集体所有制性质,农民可以长期分享地租。与国家征地不同,集体建设用地流转在上缴各项相关税费后,土地收益的大部分由集体和农户享有。因此,广东省的办法实质上是完善了原本残缺的集体土地产权,允许农民通过集体建设用地的转让参与工业化进程、直接分享农村城市化的成果,从而通过法治规范集体土地市场交易、减少法律空白所造成的社会纠纷。在提倡“新农村建设”和社会和谐的大环境下,广东省的办法显然有助于实现“良性”的目标。

和经济改革相比,乡镇长直选试验是更为困难的例子,因为不仅宪法和地方组织法明确规定了乡镇长的间接选举模式,而且确定国家基本性质的宪法第2条规定“人民行使国家权力的机关”是全国和地方各级人大,第3条规定“国家机构实行民主集中制的原则”,“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”对于这些规定,一个可能的理解是人民要行使民主权力,就必须通过各级人大,没有别的选择;乡镇长是行政机关,或许只能由当地人大选举并只需要对其负责。笔者认为,这些理解或许在字面上都不错,但是不符合民主的基本精神和目的。第2条表达了民主的基本精神:“一切权力属于人民。”既然人民是一切国家权力的最终

[22] 当然,某些人可能出于意识形态的原因提出诉讼(譬如认为1978年改革违反了宪法规定的“社会主义”制度),但是纯粹的意识形态一般并不构成适当的诉讼资格。

[23] 在某些情况下,可能会出现某项措施总体上属于“良性”但部分构成“恶性”的现象。如果恶性违宪部分可以得到纠正,那么这项措施仍可保留。

[24] 王权典:《我国农地所有权的法律剖析》,《南京农业大学学报(社科版)》2005年第2期。

[25] 事实上,广东省政府早在2003年的《关于试行农村集体建设用地使用权流转的通知》便规定30%左右的土地收益用于农民的社会保障安排,剩余的50%留一部分发展村集体经济,大部分都分配给农民。

源泉,他们自然可以通过任何适当的方式来行使本来属于他们的权力。在这个前提下,是否应将接下来的规定理解为剥夺人民对权力行使方式的选择权,将其仅限于选举县级以下的人大代表?国家机关是否只对人大负责,而不需要直接对人民负责?如果乡镇长实行直选,是否就脱离了当地人大-的监督?这样的理解恐怕是偏颇的,因为众所周知的是,所谓“民主”就是通过人民选举对他们负责的政府官员来主宰自己的命运。人民代表当然是民主选举的首要对象,但是没有什么理由认为人民只能选举立法者,而不能选举其他官员。事实上,许多国家的乡镇长以及更高层的行政首长都是由选民直选产生的。〔26〕和间接选举相比,直接选举更准确地体现选民的意志,因而民主程度更高,而且能够有效防止贿选和上级控制等间接选举所难以避免的痼疾。〔27〕且即使乡镇长通过直选产生,地方议会仍然可以通过立法、预算和弹劾等政治过程进行监督;在中国,地方人大仍然可以通过罢免等手段保证直选的乡镇长对其负责。

因此,虽然1982年宪法沿袭了1954年宪法的规定,将直接选举权限于基层人大,地方政府则全部由当地人大间接选举产生,但是这种规定并不能被理解为宪法意义上的民主仅限于基层人大选举,其他政府官员只能通过间接选举产生;否则,我们只是将限制民主尝试的意图强加在宪法之上。毕竟,宪法所要实现的最终目的是最大程度地体现人民的利益和意志,各级人大及其对其它政府机关的控制只是实现这个最终目标的手段,且我们在逻辑上并不能排除可能存在更为有效的手段。在这个意义上,宪法第2条所体现的民主原则只是规定了产生国家机关的一种方式,在理论上并不排除选举国家官员的其它可能方式。如果地方试验证明乡镇长直选更能体现当地民意,使政府机关作为整体对当地人民更加负责,那么宪法就不应被理解为禁止这种尝试,因为这类尝试完全符合宪法所体现的民主精神。

最后,法律规范审查制度并不能很容易在现行宪法规定的制度框架中找到自己的位置,但是要论证其合理性和必要性并非难事。虽然现在似乎还没有哪个地方尝试这项制度,因而它只是一个笔者在此假想的“试验”,但是这项制度的实施无疑会给地方乃至国家法治带来诸多益处。在省这个层次上,它不仅能保证大大小小的地方行政部门出台的形形色色的“红头文件”符合本省的法规和规章,而且也有助于保证这些规范性文件符合国家的宪法和法律,进而保障后者所规定的公民基本权利。〔28〕如果地方的法治试验证明成功,那么它可以进一步推广到全国。或许有人会认为,通过法律没有授权的方式来实现法治,不啻是一个悖论甚至讽刺,因为违法就是对法治的最大伤害。但这只是看到了问题的一个方面。我们是否还应该问一问,国家法律乃至宪法有什么理由约束有益的地方法治试验?在现在的制度环境下,我们是否有十足的信心认为现行宪法和法律制度的设置已经最有利于法治的发展,以至完全不需要地方尝试制度创新?答案恐怕是否定的,因为“立法打架”现象目前在各地仍相当严重,而2000年立法法规定的立法审查制度似乎并未能有效解决这一问题,2005年实施的法规备案审查制度也仅适用于全国人大常委会对行政法规和地方性法规的审查,且有效性仍然待观。在这种情况下,法律规范审查制度的地方试验仍然具有重要的现实意义。

三、超越良性违法(宪)

虽然上述违法(宪)的事例是“良性”的,我们仍然禁不住反思由此带来的更深层次的问题:

〔26〕例如美国地方政府选举,参见D. R. Mandelker, D. C. Netsch, P. W. Salsich and J. W. Wegner, *State and Local Government in A Federal System: Cases and Materials* (3rd Ed.), Charlottesville, Virginia: Michie (1993), p. 27.

〔27〕参见郑在浩:《改革时期中央与地方关系——对过去25年的评价》,载前引〔14〕,吴敬琏等主编书。无论是1920年代的曹锟贿选还是近年来的人大代表贿选都表明,间接选举尤其容易产生贿选。1913年之前,美国参议院贿选现象也十分严重,根源在于参议员是由州议会间接选举产生的。第17修正案明确规定参议员一律由其所在州选民直接选举产生,参议院的贿选从此迎刃而解。由此可见,直选是解决贿选问题的良方。

〔28〕参见前引〔17〕,张千帆文。

我们为什么会面临“良性违宪”这个词本身便已揭示得足够清楚的悖论？正如“良性违宪”的反对者指出，违法或违宪本身必然是“恶性”的，是法治和宪政国家所不能容忍的，也是对于法治和宪政建设极为不利的；如果我们发现宪法或立法已经落后于时代要求，那么我们应该做的是及时修改法律而不是纵容违法或违宪。事实上，诸如美国等发达国家也不乏暴风骤雨式的社会改革，但是那里的改革几乎从来都是在修改宪法或法律的前提下进行的；^[29]除了在紧急状态下的个别特例之外，“良性违宪”理论从来没有市场。然而，某些违法乃至违宪措施在中国确实是“良性”的；不仅如此，按照本文的标准，它们还是“必要”的，是在现行宪法框架下不得已而为之。究竟是什么迫使我们面对“良性违宪”的悖论？我们是否可能又如何超越这一悖论？

笔者一贯坚持法律现实主义的立场，反对教条主义和形式主义：^[30]当现实需要和法律文本及理论发生冲突的时候，我们不能“削足适履”，强求现实符合法律框架，而是要检讨法律本身的问题。如果地方发起的经济改革或民主与法治试验符合民主、法治和人权保障的基本原则，那么我们就不能简单以“违宪”为由否定之；在这种情况下，错不在于改革，而在于不合时宜的法律。我们在此所要探讨的也不只是“良性违宪”是否可取，而是为什么宪法和法律跟不上社会发展？换言之，一个改革的社会需要一部什么样的宪法，才不至于让我们的立法者疲于奔命，不需要因为经济、社会、政治或仅仅是观念的日积月累的变动而频繁修宪？如何让我们的宪法不是限制甚至阻碍，而是包容乃至推动我们的经济、政治和法治改革？

让我们回到以上几起“良性违宪”事例，看看这些地方试验为什么不得不“违宪”或“违法”。1978年开始的经济改革之所以“违宪”，主要是因为1978年宪法规定了严格以“人民公社”为主体的集体所有制，违背了广大农民的意愿，剥夺了他们的生产自主权。试想，假如1978年宪法没有限制和剥夺农民的基本自由，也没有强行规定“人民公社”等特定的生产组织结构，那么1978年改革是否还有必要“违宪”呢？同样的，广东省的集体土地使用权转让办法之所以可能“违法”，是因为几经修改的土地管理法区别对待城市土地和集体所有制土地，严格限制了集体土地使用权的实现。本来，国家宪法和法律应该尽可能健全和完善财产权及其使用权，并保证它们在不损害他人和社会利益的前提下得到尽可能充分的行使。固然，农村集体土地履行着保证全国的粮食供应和农民的生活保障等基本社会职能，因而或许可以受到和城市土地有所区别的规定，但是国家法律至少不应非必要地限制集体土地使用权，尤其是不应不分青红皂白对全国各地的集体土地统一规定严格限制。试问，假如我们的法律充分尊重宪法第33条“公民在法律面前一律平等”的规定，在原则上平等处理城市土地和集体土地使用权，至少为集体土地使用权的自由转让留下充分空间，或者索性将这个问题留给地方自主决定，那么广东省的办法是否还有必要“违法”呢？

乡镇长直选的地方民主试验之所以“违宪”，是因为宪法和地方组织法明确规定了地方政府首长的间接选举方式。这样的规定也需要正当理由。固然，地方人大的间接选举是产生地方政府机关的一种方式，但我们是否可以断定这就是惟一正确的方式，或是惟一适合中国的方式？在这个问题

[29] 譬如美国在内战结束后很快通过了第14修正案，为禁止各地的种族歧视提供了宪法依据。诚然，某些改革是在没有明文修宪的情况下发生的，例如1930年代美国新政的某些政策曾被最高法院判决违宪，但是最高法院在政治斗争中退却后推翻了先例，最后维持了新政的合宪性，而宪法条文却至今没有因此而发生变化。美国也确实有学者批评这种几近构成二次立宪的“无声革命”，参见Theodore J. Lowi, *The End of Liberalism*, New York: W. W. Norton & Co. (1979), pp. 41-63。之所以在美国会发生此类“不成文修宪”，主要是因为修改联邦宪法的程序极为复杂（国会两院2/3多数提议加上3/4多数州的通过），因而宪法内涵的变迁主要是通过最高法院的解释完成的。虽然“不成文修宪”和“良性违宪”有一定的相似性，但是两者毕竟不能同日而语。如果最高法院的判例也作为广义上“宪法”的一部分，那么由于最高法院已经明确了新政措施的合宪性，因而新政不能被认定为“良性违宪”。

[30] 对于法律现实主义的代表作，参见Richard Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press (2006)。波斯纳认为，在国际恐怖主义的威胁面前，法院必须从实用主义出发重新解释宪法对言论、宗教和人身自由的保护，使宪法适合变化的社会形势。

经过充分自由的讨论和辩论之前,我们恐怕没有这个自信。许多国家不是这么做的,中国少数地区的直选试验也证明相当成功。^[31]因此,为什么宪法一定要在全国范围内规定整齐划一的选举方式?为什么不允许地方通过自己的试验发现最适合自己的选举方式?归根结底,宪法真正在乎的是民主原则是否得到落实,而不是具体的选举办法。俗话说,“条条大路通罗马”;民主可以通过不同形式的选举来实现,而适合各地的方式未必尽然相同。事实上,各地人民对选举制度的自由选择本身也是民主权利的一部分。只要地方选举办法并不明显违反民主原则(譬如规定省长由城市而非农村选民直选产生),并非没有必要地偏离宪法规定(譬如规定县长任期四年而非五年),民主程度也不明显低于现行宪法所规定的选举方式(譬如规定县级以上的人大常委会而不是人大选举产生地方政府),那么似乎就应该允许地方民主试验。如果我们的宪法只是规定了中央政府机构的产生方式,而没有对地方政府的选举办法进行“一刀切”,那么乡镇长直选等地方试验也没有必要“违宪”。

这样看来,我们的地方政治和经济改革之所以“违法”或“违宪”,不是因为这些改革本身不正当,而是因为我们的宪法和法律规定了某些它们本来不该规定的东西——不应该限制农民的基本自由,不应该没有理由地区别对待农村和城市土地,不应该在宪法当中规定特定的经济组织结构,不应该涉足本来属于因地制宜的地方事务,不应该剥夺地方人民实践民主的自由选择……如果去掉这些“蛇足”,^[32]那么我们就一劳永逸地解决了“良性违法(宪)”所带来的困惑。我们不仅没有必要继续争论这些有益的地方试验是否“违法”或“违宪”,而且也不再面临以前仿佛从不间断的修宪压力。固然,在一个不断改革和进步的社会,法律乃至宪法的及时修改显然是完全必要和正常的;但同样显然的是,即便是社会变革中的宪法和法律也需要一定的稳定性、连续性和权威性;否则,宪法和法律就成了纯粹肯定既成事实的宣言,甚至可能因为这种肯定的迟到而成为社会改革的羁绊,而不可能为改革提供一个相对稳定的带有可预见性的法治环境。^[33]

因此,要超越“良性违宪”的困境似乎并不难。在更多的时候,它要求中央法律和宪法规定得更少而不是更多。不可否认的是,受传统的长期影响,现行宪法的限制性规定仍然比较多。虽然改革开放的主旋律是中央放权,但是单一制的宪法框架并没有改变,地方试验仍需要获得中央授权,从而产生了诸多“良性违宪”事例,同时也抑制了地方勇敢探索、大胆尝试的积极性。^[34]本文认为,既然宪法的基本精神是民主、法治与人权,那么只要维持这个基本底线,地方试验并不可怕,中央也没有必要通过“一刀切”的规定束缚地方在符合宪法基本原则的前提下另辟蹊径的自由。事实上,民主、法治和人权原则本身就要求中央放开限制,最大程度地赋予和保障公民的平等权利,允许地方人民通过民主和法治选择最适合自己的制度和法律实践。归根结底,宪法是一部保障而非限制权利的基本法。宪法的根本目的不是通过制度性规定剥夺地方尝试的自由,更不是限制人民的基本自由,而是为所有人保障一个权利底线;在这个底线之上,地方政府可以自由探索对满足当地需要而言最有效的途径。^[35]

“良性违宪”所揭示的逻辑表明,单一制国家的中央政府也应遵循宪法变革的一般规律。事实上,只有在中央政府有所不为的前提下,才能真正保证有所为。宪法第3条规定:“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则”,所表达的大致就是这样的意思。在本文看来,中央的有所为应该就是规定民主、法治和人权的底线以及有效的保障机制,而有所不为则是充分允许地方为了实现同样的目的进行改革试验的自由。

[31] 张强等:《云南红河州“大胆”改革“直推直选”乡镇长》,《半月谈》2004年11月9日。

[32] 参见张千帆:《宪法不应该规定什么?》,《华东政法学院学报》2005年第3期。

[33] 人类行为的可预测性对于理性社会是十分重要的,参见霍姆斯:《法律的道路》,《南京大学法律评论》2000年秋季号。霍氏认为,法治的主要目的就是保证这种可预测性,从而保证社会行为的基本理性。

[34] 郝铁川教授也指出,“良性违宪”的一个重要原因是宪法的授权性要求太多,参见前引[1],《论良性违宪》

[35] 参见张千帆:《流浪乞讨与管制——从贫困救助看中央与地方权限的界定》,《法学研究》2004年第3期。

这就是宪法的基本精神，也是中国改革的逻辑。宪法既赋予中央在某些重要领域的统一领导能力，尤其是公民权利在全国范围内的平等保护，又赋予地方积极创新的自主权。在符合民主、法治和人权基本原则的前提下，每个地方都可以成为制度创新的试验基地；一个成功的地方试验可以为其它地方所借鉴，最后在全国范围内推广。中国二十多年的改革就是这么走过来的，以后还将这样走下去。宪法不但不应阻碍改革进程，而且应该通过中央与地方关系的合理化为地方试验的顺利进行提供制度保障。

当然，在宪法的有关规定做出相应调整之前，“良性违宪”理论还有其一定的实际价值。它要求我们宽容地看待那些看起来违法乃至违宪的地方试验，拒绝形式主义和教条主义的宪法解释，避免用静止以至过时的理论去约束不断发展的现实。如果地方试验不但促进了地方的民主、法治和人权，而且也没有损害任何全国性利益，那么即使其合法性乃至合宪性存在着暂时不能解决的疑问，我们还是应该理直气壮地说：这种违法（宪）是“良性”的。况且，这些试验虽然不符合宪法和法律的某些具体规定，但是完全符合民主、法治和人权的宪法精神，因而本来就不应该算作“违宪”；而且，它们还能推动宪法本身的发展，减小全盘改革带来的风险和阻力，为宪法体系的完善积累宝贵经验。更妥当地说，良性的地方试验只是在单一制宪法框架下不得已而为之的一种宪法变通。

Abstract: “Benign unconstitutionality” is a phenomenon attributed to the fact that the constitution and central laws have excessively restricted local autonomy. The constitution is a basic law supposed to protect rather than to limit rights and freedom. The fundamental purpose of a constitution is not to deprive the freedom of local experimentation through institutional provisions, much less to limit the essential individual liberty, but to provide for everyone a common baseline of rights, above which a local government can freely explore the most effective means to satisfy the local demands. To transcend the paradox revealed by “benign unconstitutionality” altogether, it is necessary to transform the model of central – local relations and to provide institutional protection for free local experiments.

Key words: benign unconstitutionality, local experiments, constitutional uniformity
