

# 法治国的宪法内涵

## ——迈向功能分化社会的宪法观

李忠夏<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**自清末立宪开始，中国就始终追求“国家整合”，试图将个体自由、社会秩序与国家富强整合到一起，在内忧外患之际取向“国家主义”。新中国成立之初延续了这一思路，试图通过社会改造实现个体、社会与国家的同质化。改革开放打破了铁板一块的社会同质性，促进了个体利益的分出，使经济系统逐渐独立于政治系统。法治国建设，则在于实现法律系统的分出，并通过以宪法为基础的法律系统的逐渐封闭化，进一步促进整个社会系统的功能分化。对宪法的认识，需从社会系统功能分化的角度加以反思，并由此推导出法治国原则所具有的形式和实质的双重属性及其各自所承担的功能，以此为基础可以讨论“八二宪法”所内含的实质价值基础。

**关键词：**立宪 法治国 宪法功能 宪法观 社会功能分化

---

1999年宪法修改将“依法治国”写入宪法。修改后的宪法第5条第1款规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”中共十八届三中全会进一步明确提出“推进法治中国建设”。十八届四中全会则提出了全面推进依法治国的总目标。这三者结合构成了中国法治国建设的总纲，宪法第5条第1款也因此成为中国法治国原则的表达。法治国的提出并非偶然，而是体现了中国国家建设的范式转型。要认清法治国建设在当代的意义以及未来应如何发展，就需将其嵌入中国国家建设和立宪观念转型的历史中，从近代以来社会演化的角度反思法治国原则的功能、规范意涵以及“八二宪法”的价值基础。

### 一、清末民国的立宪政治：政治系统的重塑与扩张

从清末立宪到新中国成立再到法治中国的提出，这一立宪进程所实现的范式转型可以纳入卢曼的“社会演化”理论中加以观察。<sup>〔1〕</sup>总体而言，这一路径经历了从上/下分层的

---

<sup>\*</sup> 山东大学法学院教授。

本文受山东大学青年学者未来计划支持。感谢匿名评审专家的意见，感谢夏立安、刘志强、柳建龙、鲁楠、泮伟江、雷磊等师友的批评，为本文的修改提供了诸多可贵的意见。

〔1〕 费正清将中国近代立宪归纳为“挑战—回应”的国家变革模式，虽然这一模式可以解释中国发生变革的原因，但未能解释在“挑战”之后中国社会结构自身独特的演化进路，参见〔美〕费正清、赖肖尔主编：《中国：传统与变革》，陈仲丹等译，江苏人民出版社2012年版。

社会结构向功能分化的社会结构的演化。在上/下分层的社会系统中,社会各子系统并非平行关系,而是某一个系统占据中心,与其它社会子系统构成了“等级差异”。〔2〕这种分层社会的共性是“贵族制”,它会形成一个社会“上层”以及维护该等级的政治权力结构、道德和宗教观念,社会资源的分配都围绕“上层”展开并对其它社会子系统(如经济系统)产生决定性影响。〔3〕在功能分化的社会系统中,社会各子系统实现了运行上的闭合,独立承担不同的功能,具有自身运行的“符码”,是“自创生”的系统。功能分化意味着,“统一的视角——在该视角之下系统和环境的差异得以分化——是功能,功能使整个系统充满了分化而出的系统(而不是其环境)”。〔4〕对于功能分化的社会而言,其关键词是平等,子系统之间相互并行,通过相互之间的“结构耦合”实现整个社会的共生演化。根据卢曼的理论,社会系统的演化主要通过变异、选择、稳定化这三重要素来实现,〔5〕从而实现“不可能之可能化”。〔6〕稳定化的社会系统会因为“复杂性的突变”〔7〕而打破,社会系统因而面临各种“选择”,系统在多重可能性之间选择其中之一,并使可能性变为“现实”,形成路径依赖,从而再度实现系统的稳定化。

中国自清末立宪至今,就属于传统上/下分层的社会结构逐渐被打破并慢慢向功能分化的社会系统演进的转型期。中国社会结构的变异是从政治系统开始的,“外来的侵略”成为政治系统结构调整的诱因,并因此产生了追求国家独立及富强的心理意识,〔8〕进而对政治系统的结构变化产生了激扰,刺激政治系统做出新的选择。立宪属于政治系统的自我反思,是政治系统为应对社会变异(中国传统社会超稳定结构被打破)而做出的选择,但“立宪是个筐,什么都能往里装”,所以立宪这一选择又衍生出更多选择,由此带来复杂性的提升。清末以来的立宪,一方面打破了传统中国的政治结构,试图通过立宪规训皇权或政治权力,从“民”的角度建构政治统治的正当性,逐步实现政治民主化;另一方面又体现了转型期的特点,即守旧与革新的力量并存:“守旧”表现在,即使革命推翻旧王朝之后,仍有一种力量试图延续传统上/下分层的社会结构,比如清末民初的“虚君共和”、“开明专制”论及“保教立国”的构想;“革新”则表现在一种彻底变革式的政治思维,但这种政治结构的重新塑造,也会因为外忧内患的局面以及追求国家主权、独立、富强的意识,而导致政治系统在自我反思过程中的内在扩张,并试图形成新的上/下分层结构。

政治系统的内在扩张与立宪形成了两种不同的演进力量,并构成了内在的紧张。政治系统试图维系上/下分层的社会结构,但立宪却反其道而为之,试图从政治系统中分化出独立的法律系统,重塑政治系统,并对政治系统的扩张产生制约。在卢曼看来,近代宪法的功能,主要是为了防止政治系统的扩张,维系“社会系统的功能分化”,是政治系统与法律系统的“结构耦合”。〔9〕托依布纳则更进一步,认为宪法具有防止所有社会子系统内在扩

〔2〕 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997, S. 685.

〔3〕 关于上/下分层社会中资源的集中,参见上引Luhmann书,第708页。

〔4〕 同上书,第746页。

〔5〕 同上书,第425页以下。

〔6〕 同上书,第413页以下。

〔7〕 同上书,第415页。

〔8〕 关于“救亡”和“富强”的心理意识,参见李泽厚:《中国现代思想史论》,东方出版社1987年版,第7页以下;王人博:《宪政的中国语境》,《法学研究》2001年第2期,第146页。

〔9〕 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp 1995, S. 69f.

张的功用（比如防止自由主义观念下经济系统和经济权力的内在扩张）。〔10〕所以，近代宪法与社会系统的功能分化具有内在的关联性，而“维系社会系统的功能分化”，在现代语境下不仅具有社会学上的描述意义，也具有规范上的指引作用。政治系统的扩张与立宪的分化趋势之间的内在紧张，构成了近代中国的演化主线。

清末立宪以来政治系统的重塑与扩张，很大程度上体现在国家观念的变迁、制度设计和政治实践中。中国近代的国家观，从传统以儒家伦理秩序为依托的“天下”观念，转向了以国民、国土、国家权力为要素的民族国家观，〔11〕并衍生出近代主权的观念。国家的语义逐渐从儒家伦理这种宗教—伦理系统中摆脱出来，国家的正当性不再立足于传统的儒家伦理和等级秩序，而是转向立宪及其根基“自由”或“民权”，在人民与国家之间建立起正当性的联系，〔12〕由此产生了自由与主权、人民与国家之间关系的现代性问题。〔13〕在近代国家的建构中，个体自由、社会秩序与国家主权是整合的三个面向。〔14〕概括来说，中国近代立宪过程中的纷争主要围绕下述问题进行：如何从个体出发实现国家的整合，即实现“国家统一意志的形成”。中国近代的国家建构基本上可归为个体、人民和国家三重面向：个体追求自由，人民追求共存和意志整合，国家追求主权独立。这三者之间呈现出一种独特的关系，自由、意志整合和富强被融入一个有机的整体框架之中，并呈现出一种“有机主义”的国家理论面向，也就是说，国家是目的，个体的权利、人民的意志都围绕国家统一体和主权国家的形成展开。

就个体层面而言，在近代语境下，自由具有双重意涵：一是具有自身内在目的性的自由，二是具有促进社会共同体之能力的自由。在近代中国，谈及自由主要取向后者，这构成了中国独特的自由主义路径，即忽略自由的自然性和先于国家性，而服膺于国家，或者说，希望将个体自由融入国家主义之中。自严复开始，中国的知识分子就试图将个体的自由与集体能力糅合在一起。〔15〕当然，中国近代也有“以自由为本”的自由主义主张，但即使如胡适、高一涵等自由主义者，在个人与群体、国家关系上，也未完全忽略群体，而是

〔10〕 参见〔德〕贡塔·托伊布纳：《宪法的碎片：全球社会宪治》，陆宇峰译，中央编译出版社2016年版，第86页以下。

〔11〕 梁启超曾言，“有国家思想，能自布政治者，谓之国民。天下未有无国民而可以成国者也”。梁启超：《新民说·论国家思想》，载《饮冰室合集》卷六（《饮冰室专集之四》），第16页。

〔12〕 虽然康有为、梁启超等人一直试图在中国传统的民本思想与近代的民权之间建立一种联系，且这种努力直到今天依然存在，但传统中国的民本思想毕竟与现代性价值存在根本不同。关于康有为的“以儒变法与以儒为教”，参见〔美〕萧公权：《近代中国与新世界：康有为变法与大同思想研究》，汪荣祖译，江苏人民出版社2007年版，第74页以下。

〔13〕 对此，张君勱在《国家为什么要宪法》一文中有很清晰的描述，国家的目的即为保障人民的“生存和自由”。参见张君勱：《宪政之道》，清华大学出版社2006年版，第135页以下。

〔14〕 在霍布斯的国家理论中，保障自由的理性自然法与作为利维坦的国家主权之间存在着内在紧张，而理性自然法中也衍生出个体不受限制之自由（自由主义、功利主义之主张）与社会共同体秩序之间的内在紧张，由此形成个体、秩序与主权这三者之间的内在紧张。Vgl. F. Tönnies, Thomas Hobbes: Leben und Lehre, 3. Aufl., Stuttgart-Bad Cannstatt 1971, S. 196ff.

〔15〕 史华兹认为，《原富》中的经济自由和斯宾塞的“利己主义”符合严复的观念，寄望通过个人自由而实现社会有机体的整体发展，但穆勒的个体自由却不同，并非为实现群之幸福，而是具有个人的内在目的性（参见〔美〕本杰明·史华兹：《寻求富强：严复与西方》，叶凤美译，江苏人民出版社2010年版，第37页以下，第88页以下）。汪晖则认为，严复对“公心”的追求与个体自由并不抵牾，并未如史华兹所分析的，是对自由主义的歪曲和误解（参见汪晖：《现代中国思想的兴起》下卷，“公理与反公理”，生活·读书·新知三联书店2008年版，第835页以下）。

致力于实现一种平衡。<sup>[16]</sup>这使得中国近代的自由追求呈现出独特的态势：急于在伦理层面摆脱传统束缚，而与立宪主义相吻合；而当个体自由与集体利益和国家利益相冲突时，又需让位于集体和国家。

具体到制度设计，近代诸多次立宪中所规定的基本权利，虽然也具有“防御国家权力”的品性，但更多是体现“社会正义”和“积极权利”的一面，而非纯粹的自由权。基本权利主要是国家之内的自由，而非先于国家的自由，<sup>[17]</sup>国家保护的并非不受限制的“工商自由”，而是具有社会属性的个人自由，强调人在群体中的生存与共存；<sup>[18]</sup>“人民”而非个体成为基本权利主体；为实现“民治”，需要对人民进行“改造”（新民），人民被赋予更高的道德义务，强调个体在群体中的义务，必须“开民智”，改造“国民性”，<sup>[19]</sup>内守私德、外遵公德，才能实现民主之理想；人民之范围必须符合“革命建国”之需要，区分“敌我”。<sup>[20]</sup>

在人民层面，强调“积民成国”，重视个体集合为人民，这就需要摒弃个体中的私利倾向。在“革命”的民主共和呼声下，动员人民之力量、实现人民意志的整合成为中国近代立宪的主旋律。要动员人民，就首先需要界定什么是“人民”。关于人民之整合，存在几个关键要素：（1）对“人民”的伦理道德要求，“集人成国，个人之人格高，斯国家之人格亦高；个人之权巩固，斯国家之权亦巩固”。<sup>[21]</sup>（2）以民族主义方式整合人民。清末所倡导的民族革命就具有此种意义，“种族革命”在当时是为了达到救国的政治革命目的。后来，梁启超转变态度，认为种族革命“实不可以达政治革命之目的者也”，<sup>[22]</sup>而要求改弦更张。至孙中山提出“五族共和”，则在认识上更进一步，但目的无非也是为了增强社会的动员和整合能力，实现革命的目的。所以，在当时，保皇和革命、立宪与共和、排满与种族融合这些争论的背后，都有一种“整合社会力量”的考量在内。（3）人民的整合需要人民具有能力，因此需要对人民加以适度的引导。康有为提出“君主立宪”，梁启超提出“开明专制”，其目的均是以中国传统的皇权整合各派力量，引导立宪，实现共和；而上世纪30年代出现的“民主还是独裁”的争论，<sup>[23]</sup>也是此问题的延续；至于“训政”的提出，也是通过权威引导人民意志之整合的一种方式。（4）在经济政策和土地政策等方面，提倡“节

[16] 参见张宝明：《多维视野下的〈新青年〉研究》，商务印书馆2007年版，第211页以下。

[17] 这一有关自由的思路对中国近代的制宪也产生了相当影响，比如有学者突破“天赋人权”的范畴，认为人民权利发展的新趋势应从消极保障扩展到积极保障，顺应经济民主的趋势（参见王子兰编著：《中国制宪问题》（又名《五五宪草之研究》），中国印书馆1946年版，第22页）；而“总理遗教”中关于人民权利也认为，“国民党之民权主义与所谓‘天赋人权’者殊……而求适合于现在中国革命之需要。盖民国之民权，唯民国之国民乃能享之”（参见吴经熊、黄公觉：《中国制宪史》，商务印书馆1937年版，第680页）。

[18] 张君勱将个人自由与社会公道结合在一起，认为社会主义与个人自由主义缺一不可，“一切政制上之社会公道与个人自由，如鸟之两翼，车之两轮，缺一不可者也”。参见前引[13]，张君勱书，第85页以下，第91页。

[19] 关于先“立人”而后“立国”的功利思维，梁启超曾言，“苟有新民，何患无新制度，无新政府，无新国家”。梁启超：《新民说·论新民为今日中国第一急务》，载《饮冰室合集》卷6（《饮冰室专集之四》），中华书局1989年版，第2页。

[20] 比如，在授予人民权利时，“必不轻授此权于反对民国之人，使得藉以破坏民国”。参见前引[17]，吴经熊等书，第680页。

[21] 陈独秀：《一九一六年》，《青年杂志》1卷5号，1916年1月15日。

[22] 梁启超：《申论种族革命与政治革命之得失》，载《饮冰室合集》卷2（《饮冰室文集之十九》），第16页。

[23] 这一争论的源头是国民党实行“训政”，最开始在胡适与蒋廷黻之间展开，之后则形成了蔓延知识界的大讨论。参见智效民编著：《民主还是独裁——70年前一场关于现代化的论争》，广东人民出版社2010年版。

制资本、平均地权”，借鉴国家社会主义的经济模式，<sup>[24]</sup> 强调国家经营<sup>[25]</sup> 和国家干预，关注民生和平民的生存，建构“社会本位”的基本权利体系，<sup>[26]</sup> 其目的也在于激发底层民众，动员人民的力量。

在国家层面，国家与人民的整合在一定程度上具有同质性。在清末，梁启超曾经为实现君民共治的妥协而提出“主权在国”的观念，<sup>[27]</sup> 之后，“主权在民”虽得到广泛接受，但是这种“国家主义”的影响仍无处不在。这种观念认为，国家固然要以人民意志为依归，却自有其“国性”或者说“国家人格”。国家包含国民、领土与主权三要素，国民之自由和意志是其中之一，如果在领土和主权面临威胁时，则国民自由和民主意志需进行退让。所谓国家主义，就是“以‘国家利益’为前提，以‘全民福利’为依归，以‘爱国’为最高的道德，以‘自卫’为和平的原则；排除内外的暴力，保存固有的‘国性’；要求领土的统一，主权的独立，国民的自由，以完成‘国家人格’”。<sup>[28]</sup> 这表明，在国家与社会、民众意志冲突时，以国家为优先，当民主不利于国家之整合时，则需以独裁取代之。这种将国家置于民主之上的做法，是将民主视为各种私利之集合，忽略其公意属性，认为只有通过国家方可压制私利的冲突，夸大了国家的“公意”性，割裂了人民与国家之间的正当性关联。这种观念的负面效应是，某种程度上将政府与国家混同，国家主义沦为政府主义，“理想国”蜕化为集权的政府，从而使国家主义成为独裁的工具。

在近代中国的国家建构中，一方面引入自由、民权、立宪等观念，将家庭、婚姻、文化、政治等从传统的儒家伦理秩序中解放出来，在社会层面产生了功能分化的潜力，自由民权的观念、新文化运动以及商品经济和民营经济的不断发展，都为社会系统的功能分化提供了基础；另一方面，又试图将自由、民权与国家整合在一起，建立强有力的政府，防止因个人自由而导致无政府主义，基本权利的保护必须与政治统一体的建构协调起来，这些不可避免地导致了某种程度上的“国家主义”倾向，并因而导致政治系统在重塑之后的内在扩张。从清末到民国，中国的国家建构一直处于个体自由与强力国家的内在紧张当中，政治系统的内在扩张导致新的上/下分层的结构开始出现。政治实践中，民国时期在宪政体制下所出现的各种复辟、独裁、政治权力的集中，都体现了政治系统的扩张趋势，国民党的训政以及“党-国”体制也是试图通过一党的政治建构形成新的政治上层。换言之，近代立宪以来有关国体、政体结构的不断调整，就是为了适应政治系统的内在扩张，并同时维系个体自由、政治权力（治权）与人民权力（政权）之间的平衡。<sup>[29]</sup> 所有这些都体现了

[24] 参见前引 [17]，吴经熊等书，第 682 页以下。

[25] 孙中山指出，“中国实业之开发应分两路进行，（一）个人企业、（二）国家经营是也”。孙中山：《建国方略》，载《孙中山选集》上卷，人民出版社 2011 年版，第 227 页。

[26] 关于近代立宪中“财产权的社会化”，参见聂鑫：《财产权宪法化与近代中国社会本位立法》，《中国社会科学》2016 年第 6 期，第 139 页以下。

[27] 参见章永乐：《旧邦新造：1911—1917》，北京大学出版社 2016 年版，第 106 页以下。

[28] 胡国伟：《国家主义通释》，《醒狮周报》第 183 期，1928 年 4 月 14 日，第 10 页。关于中国现代国家主义思潮的德国谱系，参见高力克：《自由与国家：现代中国政治思想史论》，浙江大学出版社 2016 年版，第 299 页以下。

[29] 关于政权与治权的区分与制约，参见孙中山：《三民主义》，载《孙中山选集》下卷，人民出版社 2011 年版，第 821 页。关于国体的演变，参见林来梵：《国体概念史：跨国移植与演变》，《中国社会科学》2013 年第 3 期，第 65 页以下。关于政府体制、立法院、国民大会等制度建构与政治情势的关系，参见聂鑫：《近代中国宪制的发展》，《中国法学》2015 年第 6 期，第 200 页以下。

政治系统内在扩张与近代立宪所蕴含的社会系统功能分化趋势之间的内在矛盾。这一内在矛盾带来了选择的多样性,既可以通过政治系统全面扩张的方式得以解决,也可以通过迈向社会系统功能分化的方式得以解决,新中国初期的选择偏向于前者。

## 二、理想化的人民民主国家:个体、社会与国家的同质化

中国在近代转型中遭遇了政治系统的内在扩张与立宪的功能分化趋势之间的紧张。传统的以儒家伦理为基础的社会结构与“内圣外王”的传统,在向民主政治转型时,会遇到个人生活方式、社会价值伦理、民主政治运作模式以及经济交往方式的层层变革。与传统政治相配套的社会经济、伦理和组织结构发生了根本变化,而新的国家组织模式虽然在形式上通过宪法确立起来,但缺乏相互配合的组织结构,这一转型期自然会遭遇各种内在紧张,而内忧外患的政治局面又进一步放大了这些内在的紧张。可以说,中国近代遭遇到两方面的整合困难——从个体向人民的整合,从人民向国家的整合——由此构成了个体、人民与国家之间的内在紧张。

“社会主义”国家理论的出现正是为了解决上述紧张关系。中国自古就有建构一种“大同世”的理想,而社会主义理论则与之具有相通性,<sup>[30]</sup> 但又不止是“一个美丽的梦”,<sup>[31]</sup> 而是兼具了现实操作性,因而在近代中国极具吸引力。<sup>[32]</sup> 从民国之初社会主义思想传播到1949年新中国成立,社会主义理论在中国经历了逐渐演进的过程,最终融合马克思主义、前苏联经验与中国现实,形成了新中国的建国方案。

新中国在建国时期的主要目标是摆脱贫困和国家富强。摆脱贫困关涉从个体向人民的整合,涉及五四运动以来对社会平民的关注,也与大同社会的理想一脉相承。孙中山的三民主义最开始也具有社会主义的精神,其经济领域的民生主义虽然一直摇摆不定,但起初却具有社会主义的元素。<sup>[33]</sup> 关注社会底层的民生是近代中国人民整合的前提,也是近代中国对民主的一种理解。社会主义从进入中国开始就追求“庶民的胜利”,或者用阿伦特的话说,“从贫困中解放优先于自由立国”,<sup>[34]</sup> 这也是新中国的立国之基。国家富强则是近代中国一直念兹在兹的目标。这包括经济上的富裕和政治上的强大,是维系国家主权和统一的根本所在,也是从人民的统一体向国家统一体整合的过程。新中国的成立,就是希望将这两者能够结合到一起,既实现社会正义,又实现国家强大。

上述两个目标的实现,需要理论的建构和现实的改造。首先,在人民的整合上,需要真正关注民生,动员平民的力量,以底层民众为核心展开,使之构成人民的主体,由此与马克思主义中的“无产阶级”概念连接到一起,并将“无产阶级”提升为一个具有道德内

[30] 梁启超认为,马克思主义中含有世界大同的理想。参见张朋园:《梁启超与民国政治》,上海三联书店2013年版,第164页。

[31] 梁启超后来认为,大同世“犹如一个美丽的梦,难以实现”。参见张朋园:《梁启超与清季革命》,上海三联书店2013年版,第19页。

[32] 比如戴季陶认为,它是“一个时代精神”。参见季陶:《世界的时代精神与民族的适应》,《星期评论》第17号,1919年9月28日。

[33] 关于三民主义思想中的“国家社会主义”要素,参见前引[17],吴经熊等书,第682页以下。

[34] [美]汉娜·阿伦特:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2011年版,第122页。

涵的概念，使之具有统一的意志性，以此与资本家、小资产阶级、地主、富农等对立起来，最终建立起无产阶级的统治。而在无产阶级的范围上，中国创造性地将之从工人阶级扩大到工农联盟。其次，在国家富强问题上，经济上需快速实现工业现代化，这就需要国家加强对经济的控制，而在工作重心由农村转移到城市以后，农村的改造就开始配合实现工业化；在政治整合层面需要实现政治上的高度统一，从而实现国家的政治决断力，这就需要民主整合偏于国家统一体的建构，在个体、社会、国家之间实现利益的同质化（人民的同质性），解决个体、社会、国家之间的内在紧张。

正是基于这两个目标，建国后开始了从新民主主义向社会主义、从《共同纲领》向“五四宪法”的过渡。虽然这一过渡在建国理论和宪法基础上具有本质的跳跃，但其中却具有一脉相承性，在现实层面更具有自然的衔接性，仍属于“革命建国”的范畴，或者说，从新民主主义向社会主义的过渡，是新中国建国内在逻辑的体现。新民主主义所要解决的是在分裂的国家中实现统一，所以其立场是团结和联合，而不是改造，<sup>[35]</sup>这也是当时国家整合的需要。新民主主义既立足现实，又具有向社会主义过渡的趋势，为之做准备，具有动态的过渡性。新民主主义的政治是“各革命阶级联合专政”（国体）和“民主集中制”（政体），<sup>[36]</sup>经济是“节制资本”和“平均地权”。<sup>[37]</sup>在新民主主义阶段，人民是各阶级的联合，敌人是帝国主义、官僚资本主义和封建主义，资本家、小资产阶级、地主和富农都是联合对象。相应地，在经济政策上，新民主主义“不禁止资本主义的私有经济，也不禁止‘不能操纵国计民生’的资本主义生产方式”，土地为农民私有，但同时存在国营经济和合作经济，可以说多种所有制并存。<sup>[38]</sup>

建国后，新民主主义的各项政策都开始加快朝社会主义方向发展，其原因主要是《共同纲领》所确立的新民主主义路线内存紧张关系以及国家快速工业化的迫切需要。

首先，新民主主义这种公私兼顾的国家—社会结构难免引起公私之间的冲突，比如私人资本与公有经济之间的竞争。对这一问题，刘少奇曾指出，“这些资本主义成分，即使在新民主主义社会制度下，也必然要与国家经济及合作社经济发生竞争。这种竞争，愈到后来就愈加激烈，并将继续很长的时期……这就是新民主主义与旧民主主义或旧资本主义的矛盾，就是资产阶级和富农与无产阶级及其他劳动人民的矛盾。在这个矛盾上所发生的竞争，首先就在经济上表现出来”。<sup>[39]</sup>实践中，对与“国家经济和合作经济”展开竞争的私有经济，则逐步加以限制。“为了繁荣经济，新民主主义国家是容许私人资本的存在的，但是私人资本主义的本身却带着一种反动的倒退的性质。它不断地在侵蚀国家经济的一部分剩余生产物；它不断地在侵蚀合作经济，而使后者从新民主主义国家控制之下脱离出来，转回到资本主义的道路去。因此，新民主主义的国家经济与合作经济必须对私人资本主义经济作尖锐的斗争，但是，这种斗争并不是阻止私人资本之发展，更不是否定私人资本之存

[35] 参见 [美] 胡苏珊：《中国的内战：1945—1949 年的政治斗争》，启蒙编译所译，当代中国出版社 2014 年版，第 308 页以下。

[36] 毛泽东：《新民主主义论》，载《毛泽东选集》第 2 卷，人民出版社 1991 年版，第 677 页。

[37] 同上文，第 678 页。

[38] 同上文，第 678 页以下。

[39] 刘少奇：《论新民主主义的经济与合作社》，载《刘少奇论合作社经济》，中国财政经济出版社 1987 年版，第 6 页以下。

在。”〔40〕虽然“容许私人资本主义经济的发展”，但“对于带有垄断性质的经济，则逐步地收归国家经营，或在国家监督之下采用国家资本主义的方式经营。对于一切投机操纵及有害国计民生的经营，则用法律禁止之”。〔41〕这种既允许私人资本主义经济存在又要与之斗争的内在矛盾形势，最终促使新民主主义快速转向了社会主义。

其次，虽然新民主主义具有很强的立足现实并渐进过渡的特性，但新中国成立之后所遇到的主要问题是“国家快速工业化”以及围绕这一目标所制定的赶超战略。“新民主主义的基本国策，在它的初期阶段，是以土地改革与国有化政策为中心的。土地改革是为了消灭封建剥削，发展农业生产，改善农业生产关系。国有化政策则是为了消灭帝国主义与官僚资本主义的经济剥削，加速完成工业化，以达到‘发展生产、繁荣经济、公私兼顾、劳资两利’的总目标。”〔42〕而一旦“发展生产”与“公私兼顾”之间存在内在紧张，公私兼顾就要让位于发展生产了。新民主主义虽然允许国家与私人合营的国家资本主义以及多种所有制并存，但实践中已经开始向国有化方向发展，并有条不紊地进行资本主义的工商业改造。按薄一波的说法，“党中央当时设想，再用三年到五年时间，将全国私营工商业基本上引上各种形式的国家资本主义轨道”。〔43〕但是，1953年之后，这个设想就被打破了，“其原因，主要是‘一五’计划着手实施后，大规模经济建设进一步引发了市场供不应求的紧张状况，迫使我们不得不采取统购统销一类的政策措施，从而一步一步地加快了对资本主义工商业的改造进程”。〔44〕

基于上述两方面的原因，新民主主义的“公私兼顾”就无法继续了，要解决发展生产过程中公私之间的内在紧张，就需要进一步的社会革命。首先，随着从公私兼顾向社会主义公有制的转变，需要进行资本主义的工商业改造，逐渐消除私人资本主义经济。相应地，在经济模式上，为配合赶超战略和公有经济，需采取全面的计划经济，并模仿苏联计划经济的道路，形成了若干与之相互配套的制度理性。〔45〕为实现国家对计划的全面掌控，就需实现政治对所有领域的全面渗透，从而保证整个社会的高度同质化，以及由此产生的超强社会动员能力。农业集体化运动就是国家权力渗透至农村的表现，是为了汲取农村的剩余以用于工业化建设。〔46〕在土地政策上，土地改革“平均地权”实现农民私有之后，自1951年开始就展开了农业集体化运动，从互助组到合作社（低级社和高级社）再到人民公社的

〔40〕 许涤新：《新民主主义的经济》，生活·读书·新知三联书店1949年版，第97页以下。

〔41〕 刘少奇：《关于新中国的经济建设方针》，载《刘少奇选集》上卷，人民出版社1981年版，第428页。

〔42〕 陶大镛：《新民主主义经济论纲》，北京师范大学出版社2002年版，第245页。

〔43〕 薄一波：《资本主义工商业全行业公私合营》，载薄一波：《若干重大决策与事件的回顾》上册，中共党史出版社2008年版，第291页。

〔44〕 同上文，第291页。

〔45〕 如国有化、农业集体化、重工业优先发展战略、低价格、低工资等经济手段以及各种政治运动。关于赶超战略及其配套制度，参见林毅夫等：《中国的奇迹：发展战略与经济改革》，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2014年9月版，第22页以下。“三反”、“五反”等运动不仅具有政治和思想层面的效果，还具有重要的经济效力，大大加强了政府对私营企业的控制，从而使新中国真正具备了进行计划经济发展的实力。参见〔美〕R. 麦克法奈尔、费正清编：《剑桥中华人民共和国史》（上卷·革命的中国的兴起·1949—1965年），谢亮生等译，中国社会科学出版社1990年版，第82页。

〔46〕 参见周其仁：《农村改革：国家与土地所有权关系的变化——一个经济制度变迁史的回顾》，载周其仁：《改革的逻辑》，中信出版社2013年版，第102页以下。

跃进，是农村基层组织结构的根本变化。<sup>[47]</sup>通过这种方式，农村的剩余得以集中以供工业化发展，农民的利益通过集体与国家绑定在一起，再加上城市中私人资本的改造，最终实现了对“人民”的无产阶级化改造。<sup>[48]</sup>

这一内在紧张也反映在“五四宪法”的文本中。“五四宪法”一方面保障资本家、农民、个体手工业者的生产资料所有权（第8条第1款、第9条第1款、第10条第1款），另一方面又明确要对之进行逐渐改造。“五四宪法”第8、9、10条都体现了这一思路，鼓励农民和个体手工业者展开“生产合作、供销合作和信用合作”（第8条第2款、第9条第2款），对“富农经济采取限制和逐步消灭的政策”（第8条第3款），“对资本主义工商业采取利用、限制和改造的政策”（第10条第2款），“禁止资本家的危害公共利益、扰乱社会经济秩序、破坏国家经济计划的一切非法行为”（第10条第3款），并“禁止任何人利用私有财产破坏公共利益”（第14条）。宪法文本体现了社会主义的“过渡性”<sup>[49]</sup>及其中的内在紧张，而现实则全面走向了公有化、计划经济（第15条）和赶超战略以巩固“国家的独立与安全”的道路。<sup>[50]</sup>

在政治领域，《共同纲领》第1条对国家性质的规定（“中华人民共和国为新民主主义即人民民主主义的国家，实行工人阶级领导的、以工农联盟为基础的、团结各民主阶级和国内各民族的人民民主专政”），在“五四宪法”第1条中被简化表述为“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家”。如果说，《共同纲领》在制定时尚以政治协商为基础，“中国人民政治协商会议一致同意以新民主主义即人民民主主义为中华人民共和国建国的政治基础，并制定……共同纲领”，那么到“五四宪法”时，则从政治协商转向了人民民主专政的社会主义改造，这与经济领域中从公私并存向公有制改造的趋势相符。

可以说，新中国建国时期延续并极端化了近代中国立宪以来的基本思路：欲实现国家之整合必先改造社会，欲改造社会又必须改造个体，从而将国家整合推向极致，实现了新的以无产阶级和政治系统为中心的上/下分层结构。如果说，近代中国对社会整合和国家建构的追求，是在道德层面上为个体树立私德与公德以利于群，则新中国之初就是在思想、生存条件、经济方式、政治立场等各个方面实现个体和社会的改造，进行阶级改造，实现人民的同质性，并在此基础上建构政治统一体，以配合国家的整合和赶超战略。个体、集体与国家的利益，最终以偏于国家整合的方式实现了同质化。以基本权利为例，《共同纲领》和“五四宪法”中都有基本权利的相关规定，但当时的基本权利并非是“防止国家侵犯”的防御权和主观公权利，而是延续人民民主的建国思路，具有国家建构和政治整合的

[47] 关于人民公社的形成，参见薄一波：《农村人民公社化运动》，载薄一波：《若干重大决策与事件的回顾》下册，中共党史出版社2008年版，第511页以下。

[48] 关于无产阶级的普遍性，参见[以]阿维纳瑞：《马克思的社会与政治思想》，张东辉译，知识产权出版社2016年版，第45页以下。

[49] 关于“五四宪法”的过渡性，参见韩大元：《“五四宪法”的历史地位与时代精神》，《中国法学》2014年第4期，第28页以下。

[50] 1954年宪法第15条规定：国家用经济计划指导国民经济的发展和改造，使生产力不断提高，以改进人民的物质生活和文化生活，巩固国家的独立和安全。

作用。<sup>[51]</sup>这一思路直到“八二宪法”制定之时仍在延续。彭真曾指出，“宪法修改草案关于公民的基本权利和义务的规定，是《总纲》关于人民民主专政的国家制度和社会主义的社会制度的原则规定的延伸。我们的国家制度和社会制度从法律上和事实上保证我国公民享有广泛的、真实的自由和权利。……我们是社会主义国家，国家的、社会的利益同公民的个人利益在根本上是一致的。只有广大人民的民主权利和根本利益都得到保障和发展，公民个人的自由和权利才有可能得到切实保障和充分实现”。<sup>[52]</sup>此时的基本权利所防范的，也主要是“组织和个人”而非国家，公民基本权利的行使也不能危及社会和国家的利益，必须受其他公民合法利益、社会公益和国家利益的内在限制，并对社会和国家利益的形成为所助益。这仍然是一种“利于群”的政治形成思维（消极和积极地维系共同体的存续），也就是一种“人民塑成”和政治统一体的建构思维。

### 三、法治国的范式转型

中国近代立宪突出了人民整合和国家整合的一面，而相对忽略了法治国的一面，这使得中国近代的立宪最终酝酿成为一场运动。自近代立宪以来，中国基本延续了一种上/下分层的政治建构方式：以人民的同质性为前提，实现统治者与被统治者的同一性，以卢梭所言“公意”为旨向。<sup>[53]</sup>在此基础上，强调一个社会必须要有“凝聚力”和“共善”，否则不足以形成社会和政治统一体。以“公意”为基础的国家建构，发展到极端就会导致轻程序、重决断，轻多元、重一体，轻代议制、重专政的后果。“民主”不是私利互相倾轧的代议制民主和政党政治，而是对公意的发现。<sup>[54]</sup>在政治统一体中，公意存在的现实基础是具有同质性的人民，“生存”是政治共同体的首要之善，<sup>[55]</sup>“缺少这种同质性的国家是反常的”，<sup>[56]</sup>政治就是“区分敌我”，处理与异质者之间的冲突。中国近代的立宪主义运动，包括新中国的立宪运动，由此演变为人民意志整合的政治运动，发展到极端，就需要国家对社会的全面干预，政治系统决定了整个社会系统（包括经济、道德、文化、法律等诸系统）的运作方式。以追求民主立宪为目标的革命，反而走向了民主立宪的反面。其结果便是，中国近代虽然制定了实定宪法，但在实定宪法之外仍然有一个“客观规律”作为政治整合和动员的原则，或者说超实定的、高于实定宪法的“宪制”在发挥作用。实定的宪法只是民主政治的“确认书”，而无力对之产生约束，政治系统在重构之后又实现了对整个社会系

[51] 关于我国公民基本权利和义务的“社会主义性质”，参见吴家麟：《论我国公民的基本权利和义务》，载张友渔等：《宪法论文集》，社会科学文献出版社2003年版，第122页以下；于文豪：《“五四宪法”基本权利的国家建构功能》，《环球法律评论》2015年第2期，第24页以下。

[52] 彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》，载《彭真文选：1941—1990》，人民出版社1991年版，第442页以下。

[53] “只要有若干人结合起来自认为是一个整体，他们就只能有一个意志，这个意志关系着共同的生存以及公共的幸福……它的准则是光辉而明晰的；这里绝没有各种错综复杂、互相矛盾的利益。”[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2010年版，第131页。

[54] 在卢梭看来，“公意”是客观先定的，“公共福利到处都明白确切地显现出来，只要有理智就能看到它们”。同上书，第131页。

[55] 对卢梭来说，“国家……最主要的关怀就是要保存它自身”。同上书，第37页。关于国家的“自我保全”，参见C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 9. Aufl., Berlin 2003, S. 22.

[56] 同上引Schmitt书，第231页。

统的全面宰制。

### （一）改革：从上/下分层走向功能分化

由于新中国成立之后的“建国”思维在某种程度上带来了各种各样的问题，这就需要对整个国家的发展逻辑进行彻底地扭转，即改变“政治系统覆盖一切”的国家思维，逐步实现社会各子系统从政治系统的分出。具体到实现社会主义的路径选择上，就是改变建国以来通过“更先进的社会主义生产关系的形式来推进生产力”<sup>[57]</sup>的发展模式。在胡绳看来，建国以后长期流行一种错误的观点，即“既然社会主义公有制生产关系是先进的、优越的，那么它一经形成，就该维持不变，依靠它就能不断提高社会生产力；如果生产力不能向前发展，那就必须把公有制生产关系搞得更‘先进’”。<sup>[58]</sup>如果说建国之初是通过改变生产关系来促进生产力，<sup>[59]</sup>那么1978年之后的改革则是通过生产力的发展带动生产关系的自然变革。在邓小平看来，“社会主义的原则，第一是发展生产；第二是共同富裕”，“社会主义的本质，是解放生产力，发展生产力，消灭剥削，消除两极分化，最终达到共同富裕”。<sup>[60]</sup>

对生产力与生产关系之间关系在认识上的改变，改变了对“社会主义”的理解，并带来了一系列环环相扣的制度改变：首先，不再强行追求公有制的唯一建构，而是回到“公私兼顾”和“多种所有制并存”。其次，既然允许个体经济和私营经济的存在和发展，则允许社会中存在对私利的追求，并逐渐确立对私有财产权的保障。“私利”的存在，导致国家所着力建构的铁板一块的公有体制被打破，个体、社会与国家的利益也开始出现分化，以需求为导向的市民社会开始从政治领域中分出，并从中孕育出介于国家与个人之间的社会公共领域。经济的发展不再通过国家管控一切的计划来实现，而是通过利润激发个体、私营经济乃至国营企业的活力，这就需要变计划经济为市场经济，并同时增加社会的自由度。如果说建国之初是试图通过国家对资源的集中实现经济的快速发展，那么改革之后则是通过激发社会内在的活力和自由度，促进整个国家的发展。原来因社会发展规律而取消任何自由发展空间和试验性措施<sup>[61]</sup>的发展方案，就需要发生彻底的改变，市场取代了计划，自由取代了管制。经济系统的运作逐渐从政治系统的运作逻辑中分离出来，以独立的价格体制的建立为标志，逐渐建立起自身的“符码”，市场经济的建立、国企改革、私营经济的发展、价格双轨制的打破、宏观调控的逐步限缩，以及2004年修宪对私有财产权的强调，都是经济系统分出过程中的努力。

经济系统的分出意味着个体、社会与国家利益的分化。这首先表现为农民个体利益的分出。“包干到户”和家庭联产承包责任制，就是从政社合一的人民公社中分化出农民个体的利益。随着土地使用权可以流转（1988年修宪），土地价值的升值，又分化出农村集体

[57] 胡绳：《什么是社会主义，如何建设社会主义》，载《胡绳全书》第3卷第1辑，人民出版社1998年版，第212页。

[58] 同上文，第212页。

[59] 建国初期，毛泽东认为，“生产关系的革命，是生产力的一定发展所引起的。但是生产力大发展，总是在生产关系改变以后。……首先造成舆论，夺取政权，然后解决所有制问题，再大大发展生产力，这是一般规律”。毛泽东：《读苏联〈政治经济学教科书〉的谈话（节选）》，载《毛泽东文集》第8卷，人民出版社1999年版，第131页。

[60] 邓小平：《在武昌、深圳、珠海、上海等地的谈话要点（1992年1月18日—2月21日）》，载《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第373页。

[61] A. Honneth, *Die Idee des Sozialismus*, Suhrkamp Verlag Berlin, 2015, S. 85ff.

附着于集体土地之上的财产利益；<sup>[62]</sup>个体经济、私营经济的存在和发展，也使个体逐渐从计划经济时代的单位体制中脱离出来，并成为具有独立人格的自由主体，个体的利益从国家中分离出来。个体、社会与国家利益的分化，使得人民的无产阶级化改造以及与阶级身份绑定在一起的利益分配不再成为可能，人民不再是同质化的人民，而是具有多元利益和自由人格的人民。政治统一体的建构也无法再依赖于同质化的人民意志的塑成，无法通过主权之代表和政治决断来发现“公意”或者客观规律，而是需要通过政治民主程序的重塑，以及以宪法为统领的法律系统的有效运行，来建构政治的正当性。

### （二）法治国的范式转型：法律系统的功能分出

改革的核心是“以经济建设为中心”，由此逐步实现了经济系统的分出，并进而促动了法律系统的分出，二者几乎呈同步发展的趋势。不过，之前的改革毕竟未完全迈入法治国的范式，而是处于革命与法治两种范式之间，在促进经济发展方面经常通过政策的方式推动，尤其在改革初期，“良性违宪”现象更是比比皆是。随着改革的深入，政策的推进逐渐依赖私营经济兴起之后所产生的社会内在推动力，对法治的需要也与日俱增。随着个体私益的出现并逐渐多元化，个体私益的保障、个体与个体之间的冲突、个体利益与国家利益之间的冲突，无法再仅仅通过政治化的方式加以解决，而需要通过实定法建立起一个稳定的“规范预期”，并通过独立的法院系统保证法律的运行，否则市场中的交易规则就无法建立，以契约为基础的市场也难以真正建立。另外，因为个体利益从国家利益中分化出来，保护个体免受国家侵犯的需要也就顺利成章地产生了，由此产生了对行政诉讼和宪法基本权利的需求。这也要求一个独立于政治系统的法律系统能够自主运行，并有效发挥作用。

从中国近代立宪的经验来看，自主法律系统的分出是“国家建构”理念转变的结果，宪法也从一体化的政治民主整合的工具和“确认书”，变为承担特定的社会功能：（1）对政治统一意志的形成提供法律上的规范框架，这一规范框架同时具有塑成与限制的双重属性；（2）为转型之后的中国多元化社会和市场机制提供一个具有稳定规范预期的法秩序。在中国，法律系统分出的标志是1999年宪法修改，将“依法治国”写入宪法。修改后的宪法第5条第1款规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”这个条款的诞生，是改革以来中国社会转型的内在结果，也是中国告别革命建国逻辑的宪法转型，具有里程碑的意义，而“法治中国”的提出更是为改革指明了方向。

法律系统的分出意味着法治国作为宪法原则在中国逐渐确立，法治国原则从民主政治中剥离出来，与民主原则一起构成了今天中国宪法实施的两个支柱性要素。民主原则为政治的正当性提供源源不断的动力，着力于形成政治统一意志，塑成国家权力，成为人民与国家之间衔接的程序链条；法治国原则将国家权力的塑成纳入规范框架，并对之加以限制，从而构成“民主的界限”。<sup>[63]</sup>

### （三）迈向功能分化社会的宪法观：奠基/限制的双重功能

从社会系统理论的角度来看，近代宪法的功能在于维系社会系统的功能分化，这使得宪法一方面具有塑成社会子系统的奠基性功能（如权力之于政治系统、财产权之于经济系

[62] 参见李忠夏：《农村土地流转的合宪性分析》，《中国法学》2015年第4期，第131页以下。

[63] E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., C. H. Beck, Heidelberg 2004, Rn. 92ff.

统), 另一方面又具有防止任何社会子系统内在扩张的限制功能, 从而防止社会系统的功能分化受到威胁。这一特点尤其体现在政治系统与法律系统的关系之中。

传统宪法的功能在于控制国家权力, 宪法中的权力分立与基本权利都为此目的服务。由于宪法固有的控权使命, 而且二战之后各国在国内国际威胁方面都有所缓和, 紧急状态不复出现, 导致了不受限制的主权理论逐渐从宪法学中退出, 二战之后的宪法理论也主要以法教义学的方式围绕基本权利部分展开。然而, 在国家与社会日渐融合的今天, 个体、社会需求的实现都离不开国家的参与, 在国际局势仍暗藏玄机的今天, 完全抛弃主权理论也操之过急, 这就需要法律系统与政治系统的相互配合。一方面, 功能分化社会背景下的宪法不能仅仅满足于对国家权力加以控制, 更应该发挥人民民主的作用, 为国家权力的建构、运作、国家对社会的积极参与提供正当性基础, 也就是政治的民主化。另一方面, 政治系统的民主化运作虽然可以为国家提供正当性基础, 却无法彻底防止主权的绝对化、国家权力的滥用、多数人的暴政、民意的反复无常以及政治决定的任意, 因此需要从法律系统的角度对宪法中的权力分立加以规范化, 形成权力运行的“稳定化预期”, 防止政治系统对其它社会子系统的宰制, 进而与基本权利一道担负起维系社会系统功能分化的使命。政治民主化与法律实证化之间的分化与勾连, 构成了今天功能分化社会的典型特征, 并防止法律系统因“稳定化规范预期”的功能而陷入到“价值空洞”的困境。

就此而言, 我们看到的不仅仅是宪法之政治化的一面, 也不仅仅是宪法之法律化的一面, 而是政治化之宪法与法律化之宪法既相互独立又相互制约与依赖的图景。在各自系统内部依循自有的逻辑展开, 但各自困境的解决又需要其他系统提供支持, 从而在宪法之内形成“人民民主与法治国”的双重变奏, 而其背后则是政治系统与法律系统的功能分化、运作封闭与交互依赖。在此意义上, 当代宪法就不止是单方面的政治化或者法律化的宪法, 而是维系政治系统与法律系统功能分化并实现其“结构耦合”的宪法, 从而不仅维系了政治系统的运作空间并扩展了国家权力的施展空间,<sup>[64]</sup>同时也通过对政治权力的规范化约束, 扩大了个体与社会的自由度以及基本权利的实现范围, 但又能防止自由的无度导致其它社会子系统的扩张。<sup>[65]</sup>

由此可见, 政治民主的整合与法治国构成了今天宪法运行的两个核心要素。<sup>[66]</sup>有学者将此界定为宪法实施的双轨制,<sup>[67]</sup>这实际上是对宪法双面沟通政治系统和法律系统的一种描述。不过, 双轨制并未指出如何保障宪法的两种实现方式并行不悖并互相影响, 也就是宪法在政治系统和法律系统各自封闭独立运作以及相互之间施加影响方面所产生的勾连作用。或者说, 宪法在今天要想真正发挥其作用, 就须以社会系统的功能分化为前提, 而宪法的有效实施也有助于促进和维系社会系统的功能分化, 尤其是其它社会子系统对政治系统的分化。<sup>[68]</sup>

[64] 在卢曼看来, “政治权力的‘法律化’尽管首先看上去是对恣意的限制, 但同时还是对权力运用的巨大扩展”。N. Luhmann, *Zwei Seiten des Rechtsstaates*, in: *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today. The 40th Anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan*, Chuo University, Tokyo 1988, S. 500.

[65] 关于宪法对于社会子系统的构成/限制功能, 参见前引 [10], 托伊布纳书, 第 17 页以下, 第 86 页以下。

[66] 参见前引 [55], Schmitt 书, 第 200 页。

[67] 参见翟国强: 《中国宪法实施的双轨制》, 《法学研究》2014 年第 3 期, 第 82 页以下。

[68] 参见李忠夏: 《基本权利的社会功能》, 《法学家》2014 年第 5 期, 第 15 页以下。

从社会系统功能分化的角度来看,中国近代自立宪以来就念兹在兹的国家政治能力,需保留给政治系统中的民主意志整合来实现。一方面,需要通过政治组织架构实现国家的决断能力,实现自上而下的政策贯彻能力,在宪法和组织法所确定的权限框架范围内,尽可能地实现国家作为“组织化的决断和效应统一体”〔69〕的政治功能,提高行政决断的效率与能力。对此,中国在改革后围绕政治组织的运行形成了一整套以政党一代表为核心的有效的机制,〔70〕并且在政治组织运行方面越来越重视严格按照宪法和组织法的规定,尽管仍不时存在宪法规定的空白或者违反宪法之举。另一方面,市民社会的逐渐形成,也在个体与国家之间形成了一个“公共领域”,这与政治民主化的趋势相结合,向下需要将个体意见提升为市民社会的公共意见,向上则需要通过特定的程序和机制为政治决定提供正当性基础,这使得国家的政治组织结构不能仅仅是冷冰冰的官僚体系运作,而是需融入民主的参与:通过非正式的沟通渠道形成理性的公共意见;通过正式的、制度化的民主程序使之成为国家的决定。就此而言,宪法的法律面向可以为民主政治提供保障,比如,其中面向法治国原则的基本权利条款可以为市民公共意见的形成和表达提供宪法基础;又可以对民主化政治所产生的权力形成制约,保障个体独立存在的意义。

中国自1978年以来的社会转型与分化促进了法律系统的分出以及功能的独立,而法律系统的分出反过来又进一步为社会系统的功能分化提供了保障机制。宪法在法律上的运作(以合宪性审查为基石),其本质是对民主政治(尤其是大众民主和代议制民主)的一种塑造、规训和制约。而宪法在政治上的运作,则可以为法律系统的运作提供政治民主的动力,保障民主政治的充分展开,并防止法律系统的价值空洞。总之,宪法通过政治系统的运行实现“组织化的决断”,从而实现宪法中关于组织权限等具体规定,其中党的决议、各项政策的制定和层层传达、组织化的政治机制起到了至关重要的作用;通过法律系统以法律化的方式实施宪法,比如对立法、行政和其它政治决定的合宪性审查以及合宪性解释等。但是,宪法实施的“双轨”并非割裂运行,而是经常纠缠在一起,在改革时期,仍然存留大量政治之轨逾越法律之轨的现象。双轨之间并不平衡,一个真正封闭的法律系统尚未完全建立,这就需要对宪法中的法治国原则进行规范上的阐释:通过法治国原则的践行,逐步实现法律系统的真正分出,并实现对政治系统的制衡;通过宪法这种“结构耦合”的形式,形成政治与法律既并行不悖又相互制衡和“激扰”的局面。

#### 四、宪法中的法治国原则:功能的双重性

梳理中国近代立宪的历程可以发现,法治国的任务在于建立封闭的法律系统,实现“稳定化的规范预期”。从社会系统功能分化的角度,宪法的功能主要有:(1)维系社会系统的功能分化:对社会子系统的塑成起到奠基作用,又限制社会子系统的内在扩张,尤其防御政治标准对整个社会系统的宰制;(2)实现法律系统的封闭运作(形式法治国);(3)为法律系统提供价值基础并将环境中的“价值”转化到法律体系之中,使之辐射至整个法律

〔69〕 H. Heller, Staatslehre, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. III, Leiden 1971, S. 339ff.

〔70〕 参见刘刚:《政治代表概念的源流——兼论我国宪法的代表结构》,《中国法律评论》2016年第4期,第122页以下。

系统，维系法律系统的融贯性（实质法治国）。〔71〕宪法中的法治国原则有助于后二者的实现。

### （一）法治国的双面性：从形式到实质

“法治国”一词源于德国，最早产生于18世纪向19世纪转型之时。其产生之初与民主并无直接关联，而是来自于德国早期受理性自然法影响的国家思维。〔72〕在德国，法治国的概念经历史的演进逐渐“形式化”，〔73〕也就是最大程度地剥离“法”本身的实质内涵，而只具有对国家权力加以限制的功能。这一概念的限缩，在德国从君主制向民主制过渡的转型期具有重要意义：一方面，法治国具有进步意义，将君主纳入法治国的轨道中，使其必须恪守法律，防止权力的任意和“私人统治”；另一方面，法治国与民主原则剥离，又具有保守意涵，它不问国家的实体价值和目的，只问国家是否“依法而建”，〔74〕这对“君民共治”现状的维系起到了重要作用。法治国原则的“形式化”，最终演变为形式法律与实质法律之争，并在魏玛时期演变为国家法上的“方法与方向之争”，其争论点就在于“法”的实体价值之争。由此争论延伸，德国最终形成了今天对于法治国原则的理解，即兼具法治的形式性与实体性，其实体价值内涵来自于实定的宪法。通过宪法，可以防御政治系统等其它社会系统的直接冲击，又可将环境中的“价值”或“决定”转换到法律系统中，并对整个法律体系产生辐射影响。

在中国当前语境下，需要改变的是近代立宪以来重政治整合、轻法治国的路径，实现国家从政治建构向法治国的发展逻辑转型。中国要想实现从改革范式向法治国范式的变迁，需要从法律系统分出的意义以及法律系统在现代社会中的功能定位角度加以反思。改革以来，中国社会转型的主要特点是“由公及私”及至公私并存：经济领域从单纯的公有制转向多种所有制并存，允许个体经济、私营经济存在；政治领域放松对个体的公共或体制约束；社会领域允许私人利益存在，不再偏执地强调公德。〔75〕与之相应，原来全权式的“国家”在诸多领域逐渐退却：首先是国家在经济领域的退缩（国企改制、私营经济的发展、公共财产范围与功能的萎缩）；其次是国家在社会领域的让步，国家权力不再渗入社会各个方面。通过纯粹的政治方式凝结政治一体、维持社会秩序的年代一去不返后，就需通过法律来填补空白。私利的存在慢慢开始形成黑格尔所言以需求和私利为导向的“市民社会”：在市民社会中，私利之间易发生竞争与冲突，于是需要市民社会内部的法律秩序（民法典）处理私人在市场交易中的冲突；市民社会中的私益从国家利益中分出，因而容易受到国家的干涉，尤其在改革之初，国家经常通过宏观调控等方式对私营经济进行限制，这就需要建立起个体防范国家的法律机制。

〔71〕 参见李忠夏：《宪法教义学反思：一个社会系统理论的视角》，《法学研究》2015年第6期，第3页以下。

〔72〕 E.-W. Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Recht, Saat, Freiheit, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2006, S. 144.

〔73〕 法治国原则的形式化最先由施塔尔（Stahl）提出，但施塔尔的法治国之上仍由一个“道德王国”支配。参见上引 Böckenförde 书，第152页。

〔74〕 同上书，第168页。

〔75〕 道德成为个体内在的约束，与法律这种外部约束相互配合，形成法律系统与道德系统的分化与耦合，由此构成依法治国与以德治国共存的图景，而不是恢复传统的“以礼入法”，使道德侵入法律。这也是“法安天下，德润人心”的要义所在。

相应地,自改革以来,国家显示出双面性:国家是与社会二元对立意义上的国家,即国家作为“必要之恶”的存在,这是国家需要加以限制的自由主义视角;国家又具有公共性,宪法中“社会主义”的定位就是其体现,通过国家的公共性对市民社会中的私利加以适度限制。国家的双重面向构成了法治国的双面性:法治国的形式面向和实质面向。形式法治国的目的是为了建构一个独立且封闭的法律系统,实现法律系统在现代社会中的功能,即建立起稳定的规范化预期;实质法治国的目的则是从人的社会性角度对形式法治国的自由主义面向进行适度的纠正,为法律系统提供价值基础,从而在法律系统封闭的基础上,实现与其它社会子系统的结构性联系。

## (二) 法治国的宪法意义及其实现

就形式法治国而言,其作用一方面在于建构、规范和防御国家权力,另一方面在于建立稳定的规范预期,因而形式意义上的法治国要求权力分立、完备的立法体系、法律的明确性与安定性、法院的独立性、行政的合法性、法律保留以及针对公权力的法律救济和国家责任体系的构建等等。<sup>[76]</sup>最重要的是,形式法治国的确立是为了树立一种国家观念,即国家“立基于法并通过法而正当化”。<sup>[77]</sup>这就要求摒弃超实证的宪法观念,回到实定的宪法本身,以宪法文本为基础建构国家权力及其运行规范。中国自改革以来,从制度到学术都朝向形式法治国的方向有极大的发展,如法院独立审判地位在宪法上的确认、<sup>[78]</sup>行政诉讼的建立、立法体系的完善等等,但在法的明确性与安定性方面仍有欠缺。最高人民法院的司法解释和指导性案例制度,虽然在法的安定性和“同案同判”的道路上有所进步,但法院对行政法规、地方性法规、规章和规范性文件并无实质的审查权,只有微弱的“不予适用”权,而全国人大常委会的释宪权和违宪审查权也并未启动,这导致中国的规范审查存在“多元多轨”问题,并且最终的审查权仍然处于政治轨道,而未进入法律轨道。法律系统的分出和封闭运行仍任重而道远,从国家组织法角度在制度层面构建法律系统的封闭性,也是未来宪法学亟需解决的重要课题。

就实质法治国而言,其目的是为了通过宪法为整个法律系统提供价值基础,因而实质法治国主要通过宪法对立法约束以及基本权利的规范化表现出来,<sup>[79]</sup>进而在宪法文本之内凝练宪法的价值内核(基于宪法文本的宪法理论)。法治国中的形式与实质要素之间并不冲突,毋宁说,形式法治国是法治国的核心要义,实质法治国是建立在形式法治国的基础之上,在实现稳定化规范预期的功能基础上实现法律系统的开放性。实质法治国是对传统法律实证主义的修正,但并未脱离法律实证主义对实定法权威的尊重,是在实定宪法的框架秩序之中寻找“价值秩序”。

实质法治国观念面临的最大问题是,法的实体性价值来自于何处。如果不谨慎处理,就会陷入“价值的僭政”。对此问题的回答,不能从一个客观的、外在于实定法的“价值位阶”入手,而只能从宪法的功能入手。实质法治国的功能有二:一是防御性;二是价值引

[76] E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., C. H. Beck, Heidelberg 2004, Rn. 18.

[77] G. Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, Karlsruhe 1967, S. 168f.

[78] 关于法院审判独立原则的确立与发展,参见韩大元:《论1954年宪法上的审判独立原则》,《中国法学》2016年第5期,第5页以下。

[79] 前引[76], Schmidt-Aßmann书,边码19。

入以及价值辐射。前者在于防止以宪法为根基的法律系统变成“内容空洞”的规范，<sup>[80]</sup> 从而沦为政治权力的附属；后者在于将社会系统中的变化通过选择机制引入宪法。<sup>[81]</sup> 由于社会子系统各有其自身的建构性“符码”以及基于该符码的价值决定，为了维系社会子系统各自的独立存在和功能发挥，就需要在宪法层面抑制某一个社会子系统的扩张，基于宪法的权力分立、总纲中的国策条款和基本权利等建立起一个价值平衡的结构，从而维系“社会系统的功能分化”。

实质法治国的两方面功能体现了一个主权国家在目的、任务和价值方面所存在的结构性，即寓于相对恒定性与变动性之间。对于前者，应尽可能结合文本规范、一个国家的历史经验以及现代性的基本价值形成一个抽象的内核，使其具有相对的恒定性，如德国“自由民主的基本秩序”、德国基本法第 79 条第 3 款所规定的不可修改的诸原则。对于后者，则应该保持一定幅度的变动性，使其具有与社会情势和观念变化相适应的能力，这就需要通过特定的机制将政治方面的公共政策、社会道德伦理观念的变化、经济决策等反映到法律系统当中。这一转换一方面通过立法过程得以实现，另一方面通过宪法中的基本权利条款所构筑的“客观价值秩序”得以实现，从而在立法具体化与通过基本权利的合宪性审查（立法的政治民主过程与违宪审查）之间形成一个政治结构上的平衡。

### （三）“八二宪法”的实质价值基础：公私二元的社会主义初级阶段

对“八二宪法”中法治国原则的诠释，不仅应结合文本进行形式方面的法治国建构，还需要对之进行实体价值的提炼。如果结合“八二宪法”的文本、历史与经验，则中国近代立宪主义经历了个体、社会与国家同质化向个体、社会与国家利益分化的国家观念转型，偏于群体建构的国家主义与理想社会主义的思维转向了公私并存的社会主义初级阶段。这一特征既区别于奉行保障个体自由即可实现社会秩序的自由主义和功利主义思维，又区别于以牺牲个体为代价、通过生产关系的社会主义公有制改造实现社会主义的理想。以公私二元为基础的规范结构也与社会系统功能分化的趋势相吻合，其目的在于，在宪法层面建立一个动态平衡的结构，防止任何一个在宪法层面具有建构或维系社会子系统功用的价值凌驾于其它价值之上，威胁社会系统的功能分化。

社会主义初级阶段的公私并存特征，集中体现于现行宪法第 6 条第 2 款，“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”。公私二元成为“八二宪法”的价值属性。社会主义原则（体现国家根本属性的“社会主义”原则和体现公私并存的“社会主义初级阶段”条款）、民主原则（体现权力正当性的人民民主专政和民主集中制原则）、法治国原则（“依法治国”条款）以及以“人权”条款为基础的基本权利体系，共同构成了“八二宪法”价值内核，<sup>[82]</sup> 形成了“八二宪法”公私二元的规范结构。

[80] 对实证主义“内容空洞”的批判，参见 H. Heller, Die Krisis der Staatslehre, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. II., 2. Aufl., Tübingen 1992, S. 15f.

[81] 参见前引 [71]，李忠夏文，第 3 页以下。

[82] 陈端洪曾总结中国宪法的“五大根本法”，但这五大根本法更多强调政治决断一面，而忽略八二宪法在经历变迁之后所拥有的“人权保障”以及“公私二元”的价值层面，并且其归结五大根本法的目的在于为改革时期政治决定违反五大根本法之外的“宪法律”提供基础。参见陈端洪：《论宪法作为国家的根本法与高级法》，《开放时代》2010 年第 3 期，第 87 页以下。

在“八二宪法”的规范结构中,体现“公”属性的规范主要包括:(1)政治权力结构中的“公”,即国家权力的民主基础,体现为宪法第1条第1款的“人民民主专政”、第2条第1款的“中华人民共和国的一切权力属于人民”、第3条第1款的“民主集中制”原则。这反映了中国近代立宪以来在国家建构上的两个显著特征:民主与国家能力,一方面将国家的正当性建立在民主程序基础之上,另一方面又致力于国家权力的集中,实现国家的强大,以维系国家主权。在近代中国立宪之初和新中国成立初期,都试图通过对个体和全社会的塑造实现权力的整合与集中,而“八二宪法”则将国家建构限缩在政治系统之内,并发展出具有中国特色的政治权力组织和运行模式。(2)经济领域中的“公”,即社会主义公有制,体现为宪法第6条第1款的“生产资料的社会主义公有制”、第7条的“国有经济”、第8条的“农村集体经济”、第9条的“自然资源国家所有”、第10条的“土地国家所有”、第12条的“社会主义公共财产”等条款。通过“社会主义公共财产”和“公有制”,“八二宪法”维系了其社会主义的特征,并承担起“共同富裕”、公共服务、公共给付等职能。(3)国家政策中的“公”,即“八二宪法”总纲第19—26条所规定的在发展教育、医疗、文化艺术、计划生育、精神文明建设、环境生态保护、社会保障制度等事业中的国家义务。这也是一种公共事业的体现,旨在发展社会和环境生态领域的“公共性”。(4)基本权利中的“公”。基本权利本为保护个体免受国家公权力侵犯而设,但中国的基本权利从一开始就具有浓厚的公共属性。一方面,中国宪法中的基本权利设立之初不是为了保障个体先于国家的“真正基本权利”,<sup>[83]</sup>而是基于人的社会性,维系个体在社会共同体中的立足、社会共同体中人与人之间的共存(使得基本权利具有辐射性的社会属性),以及基本权利对于人民民主和国家建构的作用。如前文所述,基本权利的这一功能扎根于中国建国和立宪的历史之中,这使得“八二宪法”中的基本权利延续了社会凝结和国家整合建构的功能,并体现于宪法第51条中,“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。另一方面,中国宪法中的基本权利在弱势群体权利保障和社会权方面均有规定,比如宪法关于弱势群体的物质帮助权以及对妇女、儿童等特殊群体的基本权利保障,与宪法第14条第4款“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”联系在一起,构成了一个类似于德国“社会国原则”的社会保障制度和特殊群体的社会基本权之救济。基本权利中大量的“国家保护义务”(如第46条第2款国家在受教育权保障方面的义务、第42条第2款国家在创造劳动就业条件方面的义务、第43条第2款国家在发展休息和修养设施方面的义务等),为基本权利的行使创造各种主客观条件,以促进其实现。

“八二宪法”规范结构中的“私”体现为:(1)经济领域中的“私”,如宪法第11条规定的“个体经济、私营经济”、第13条规定的“私有财产权”,这些规定促进了个体和社会利益的分出,并因此逐渐形成一个以追逐“私利”为核心的市民社会领域,促进了私法体系的形成与完善。(2)基本权利的“私”。中国宪法中的基本权利虽然具有社会凝结、整合国家的功能,但随着私益的分出,使得基本权利保障个体私益免受国家公权力侵犯的功

[83] “真正的基本权利”由施米特提出,仅限于那些先于国家而存在的自然权利。参见前引[55], Schmitt书,第164页以下。

能得以不断凸显，2004年“国家尊重和保障人权”条款写入宪法，以及“私有财产权”的宪法修改，是一个水到渠成的结果。“人权条款”入宪在某种程度上意味着“八二宪法”中基本权利的意义变迁，即从社会凝结和国家建构的意义转向宪法基本权利的“防御权”这一最基本的属性。当然，基本权利的防御权属性也并非为了保障个体的“先验权利”，而是为了保障个体能够在社会和国家的共同体中维系自身的存在，进而以此为基础融入到社会共同体当中。

公私二元并非是相互割裂的存在，而是构成了今天中国宪法条款“一体两面”的双重属性。以基本权利为例，在公私二元的规范结构中，可以分离出今天中国宪法基本权利的三重面向：个体保障的意义、社会凝结的意义、国家建构的意义。首先，通过基本权利防御权属性的确立，确立个体在国家中拥有一个自主决定的私领域（如宪法第13条的私有财产权）。其次，通过人与人之间共存的内部视角和社会主义原则的外部视角，对基本权利的私属性加以限制，如私有财产权的社会义务，<sup>〔84〕</sup>并通过基本权利之于私人之间的效力将基本权利的价值辐射至个体之间，在个体之间的社会关系上形成公共性，防止私主体自由的任意行使，造成对其它个体基本权利价值的贬损。最后，通过基本权利中的“政治参与权”（言论、集会、选举权等），使得政治权力结构中的民主参与成为可能，构成了社会公共领域形成和国家政治整合的程序保障。这三者之间构成了一种个体、社会与国家之间的动态平衡和制约，既能保证社会与国家中个体存在的独立意义，又能保证社会秩序和国家建构的形成。凭借基本权利的三重功能面向，一方面可以通过基本权利防止政治系统对全社会的宰制以及其它社会子系统的内在扩张，维系社会系统的功能分化；另一方面，可以形成一个寓于个体与公共之间的基本权利结构，并通过基本权利保护范围、限制、客观价值秩序以及价值权衡的个案决定和解释变迁，而将社会的变化传递到法律系统中，使宪法变迁背景下的整个基本权利体系成为实质法治国的价值来源，并保持某种程度上的恒定性 with 可变性（对社会变迁的适应性），其中所体现的中国性，则构成“法治中国化”这一法治个别模式的基础。<sup>〔85〕</sup>

由此可见，在“社会主义初级阶段”基础上形成的“公私二元”的基本秩序（民主、法治、“社会主义”和“人权条款”）构成了“八二宪法”具有相对恒定性的价值核心。而围绕公私二元的价值核心所形成的规范结构，体系化地构成了“八二宪法”变动性的基础，使之可以根据社会情势的变化在公私之间进行价值选择——既可以通过宪法所确立的政治民主程序进行价值决定，又可以通过对“八二宪法”规范的宪法解释进行价值选择，从而在政治民主过程与合宪性审查之间形成一个动态的平衡机制，使社会环境的变化反映到法律系统中，并通过立法的具体化、宪法解释和合宪性解释等方式辐射至整个部门法体系。

## 结语：功能分化社会的宪法学转型

通过上文分析可以发现，中国法治国范式的建构，就是摆脱百年立宪以来的误区，使

〔84〕 如财产权的社会义务，参见张翔：《财产权的社会义务》，《中国社会科学》2012年第9期，第100页以下，第207页以下。

〔85〕 参见林来梵：《法治的个别化模式》，《环球法律评论》2014年第1期，第24页以下。

法律系统从政治系统中分化出来并真正承担起“稳定化规范预期”的功能。今天，法律系统分出的意义逐渐凸显，宪法勾连其它社会系统与法律系统的功能也逐渐凸显，国家的政治面向则需越发严格地受到宪法的限定。可以说，今天中国的立宪面临着双重任务：（1）保障人民民主，在宪法的权力规范框架内最大限度地实现民主的参与性，最大限度地实现国家的政治能力；（2）规范并限定人民民主，通过宪法中的法治面向对民主政治进行限定，防止代议民主的无序与多数决所带来的弊端。前者强调宪法在政治系统中的运作，后者强调其在法律系统中的运作，这构成了今天中国宪法实施的双重机制：民主政治过程与合宪性审查。二者之间的功能界分、最大限度地双重实现以及互相制衡，是今天中国宪法所面临的重大课题。

与中国的立宪主义转型相呼应，中国宪法学也在1978年以来的近四十年中逐渐转型，向强调“宪法法律化”的一面前进。首先，在研究方法上，实现了从阶级分析的方法向规范方法的学术演进，自上世纪90年代宪法学界开始倡导的宪法解释与“规范宪法学”便是这方面的典型努力。及至今日，宪法学领域的“方法论之争”在某种程度上便是中国立宪以来问题意识的延续：政治宪法学更加侧重国家建构的一面，规范宪法学则更加侧重其法律属性的面向；政治宪法学仍延续改革的逻辑，而规范宪法学则尝试从改革范式演进到法治国范式之中；政治宪法学仍在实定宪法之外寻找“活的宪法”、“不成文宪法”或者“中国宪政模式”，而规范宪法学则将宪法学建立在宪法文本基础之上。其次，在具体问题领域也朝向“宪法法律化”的方向前进。自上世纪80年代开始，中国宪法学界便开始大规模地讨论“违宪审查”制度。2001年的齐玉苓案更是提供了一个契机，它所引发的“宪法司法化”之争体现了在机制上实现宪法法律化的努力。但是，基于中国现实的特殊性，“宪法司法化”的命题很快便转为更为深入地结合中国宪法文本和权力结构而进行的“宪法适用中国路径”的探索，合宪性解释作为中国语境下“曲线行宪”的解决方案应时而生，并引发了新一轮讨论的热潮。最后，在基本权利的研究中，逐渐转向基本权利的规范效力及其可实现性，逐渐确认了基本权利的“双重属性”，并明确国家公权力作为基本权利的义务主体。在基本权利辐射至私人领域的功能方面，也通过“客观价值秩序”和“第三人效力”的引介，结合中国宪法进行了深入的体系分析，并在此基础上开始探讨宪法与民法以及与其它部门法的关系。

今天，中国宪法学经历了短暂的“方法论之争”后，基本开始朝向具体问题的探究，并越发深入与细致，一个以宪法解释为基础的宪法学共同体正在缓慢而艰难地形成，并开始逐渐从基本权利领域转向对国家组织法的研究。结合上文所述的立宪转型，或许仍需进一步探讨的是：宪法在功能分化社会中的实现（政治系统与法律系统的双重实现）以及宪法在维系社会系统功能分化、防止其它社会子系统内在扩张中的作用（具体到基本权利的社会功能研究）。这主要包括：（1）宪法在政治系统中的最大化实现，也就是在国家组织法层面（横向权力关系与央地关系的两个维度）对中国“人民民主”的运行和“民主集中制”的结构进行深入分析，探讨在中国共产党一全国人民代表大会的“政党一代表”二元结构下中国政治权力组织和运作的模式：如何促进民主参与，实现政治民主过程的良性运转，以及如何规范框架下实现政治整合的能力和决断力。（2）宪法在法律系统中的实现。这需要从法律系统分出的角度，探索在现有国家权力结构的范围内，如何在制度上保障法

律系统的封闭性，进而探讨最高人民法院的功能定位以及最高人民法院与全国人大常委会释宪权之间的权力平衡。(3) 宪法作为沟通法律系统与其它社会子系统的“价值中转站”和“控制阀”功能的实现，即如何将社会系统的环境变化转换到法律系统中，需要结合宪法变迁、“八二宪法”的文本以及今天中国的社会现实进行进一步的细致探讨。(4) 在基本权利领域，在引介国外理论的基础上，应尽可能地实现基本权利话语的中国化，结合基本权利作为沟通社会环境与法律系统“价值纽带”的功能，探讨基本权利在“八二宪法”中的功能和意义，进而形成基于中国宪法文本的“基本权利体系”，以之作为具体基本权利研究的学术基础。

---

**Abstract:** Since the beginning of the constitutionalism in the late Qing Dynasty, China has begun to pursue “national integration” and tried to integrate individual freedom, social order and national prosperity into a theoretical framework. In the early years of the New China, this approach was continued and strengthened. One of the goals in the phase of state building in New China was to achieve the homogenization of individual, social and national interests through social reconstruction, including land reform and industrial-commercial transformation. The policy of reform and opening up implemented since 1978 has shattered this political homogenization and promoted the separation of individual interests from state interests. The economic system was therefore differentiated from the political system. The purpose of building the rule-of-law state is to realize the separation of legal system from the political system and enable it to operate independently. Today, we need to reflect on the functions of constitutional law from the perspective of the functional differentiation of social system and derive the formal and substantive attributes of the principle of “rule-of-law state”, as well as their corresponding functions, from this social theory. On the above basis, the substantive values contained in the 1982 Constitution can be discussed.

**Key Words:** constitutionalism, rule-of-law state, the function of the constitution, constitutional theory, functional differentiation of social system

---