

十九大与新时代中国宪制的发展：基于宪法变迁史的视角

The 19th CPC National Congress and the Development of the Chinese Constitutional System in the New Era: From the Perspective of the History of Constitutional Change

Jianglian Wang*

China Jiliang University

Abstract

The 19th CPC National Congress has a key historical significance in the development of China's constitution. It will also play a decisive role in the history of the seventy years' constitutional change in New China. Xi Jinping's new socialist thought with Chinese characteristics established in the report of 19th CPC National Congress will be written in the preface of the March 2018 National People's Congress's constitutional amendment. The fifth revision of 1982 Constitution will touch on many issues such as the leadership of the CPC into the constitution, the abolition of the tenure of the president, the constitutional oath system, and the reform of the national supervisory system. In addition, the constitutionality review system, the establishment of the National Security Council, the constitutional status of socialist public property and private property and the adjustment of major economic system has become a hot topic in the theory field. In the history node towards a socialist country ruled by law, the theory and practice of the China indeed have the academic ideas, value position and path model differences, which will delay the Chinese constitutional development, but also is the necessary pain in the process of moving towards the rule of law in China. Indeed, how to the development and where to go in the future of Chinese constitutionalism itself has sample value, which deserves rational attention and in-depth inquiry from Chinese and Western academics.

Keywords

The 19th CPC National Congress; China's Constitution; the History of Constitutional Change; State Supervisory Committee; the Constitutionality Review

* Associate Professor, School of Law, China Jiliang University, N. 258 Xueyuanjie, Xiasha Development Zone, Jianggan District, Zhejiang Province 310018, China (Phone) (+86)13989453605, (Email) goodbye135@126.com; This research is supported by the project of Zhejiang Province Philosophy and Social Science Fund in 2015 (Project number: 16NDJC281YB).

1. 问题的提出

2017年10月18日、中国共产党第十九次全国代表大会（以下简称中共十九大或十九大）在北京召开、2287名代表通过了习近平总书记的一个重要报告、题目叫《决胜全面建成小康社会、夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利：在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》（以下简称“十九大报告”）。十九大报告文本3万多字、约相当于中国的大学中硕士研究生毕业论文的篇幅、它无疑将在中国的法治进程中具有继往开来的历史意义、对于推动新时代中国宪制的发展举足轻重。²⁾

中国宪制发展有其独特的路径、新中国成立以来、无论是制宪还是修宪、包括宪法的实施与宪法权威的建立、皆系执政的中国共产党从政治与政策上予以推动和引领的结果。³⁾故而、历次党的大会及其决议、都会实质的转化为法律甚至宪法的规范、进而实现政党政策与意志的法律化、制度化、甚或宪制化、从而推进中国法治的进程。本文将以此为分析视角、试图勾勒出新中国宪制发展即宪法变迁的历史脉络、尤其是十九大报告对新时代中国宪制已经或可能带来的巨大影响、借以呈现“中国式宪制模式”的本质特征和发展前景。

-
- 1) 本文所言宪制，可为宪政制、宪法政治的简称，主要是指宪法文本、规范及其制度本身，也可指宪法制定、修订及其实施的机制与现状，即宪法的运行过程。同时要说明的是，本文定稿时间为2018年3月5日，而本次宪法修正案付诸表决的时间是3月11日，最终定本的修正案也许会与本文所论内容略有出入，特此说明。
 - 2) 有学者认为，十九大报告是新时代法治中国建设的总纲领，
http://legal.gmw.cn/2017-10/20/content_26560470.htm，访问时间2018年2月12日。
 - 3) 许娟，伊士国。(2009). 由中共新党章修正案看中国宪法的修改趋势，*河北学刊*, 4.

II .中共十九大报告关于中国宪制的新论断

中共十九大报告有大量宪制与法治方面的论述、因属于中国共产党所实践的“四个全面”⁴⁾所谓顶层设计之一的“全面依法治国”被高调写进报告中。报告中涉及中国宪制的论述主要集中在第六部分“（四）深化依法治国实践”中、内容为“加强宪法实施和监督、推进合宪性审查工作、维护宪法权威。”除了此处两次出现“宪法”一词外、报告还有六处出现“宪法”一词、具体为：（1）全面准确贯彻“一国两制”方针、牢牢掌握宪法和基本法赋予的中央对香港、澳门全面管治权、深化内地和港澳地区交流合作、保持香港、澳门繁荣稳定。（2）坚定不移走中国特色社会主义法治道路、完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系。（3）更好发挥人大代表作用、使各级人大及其常委会成为全面担负起宪法法律赋予的各项职责的工作机关。（4）加大全民普法力度、建设社会主义法治文化、树立宪法法律至上、法律面前人人平等的法治理念。（5）各级党组织和全体党员要带头尊法学法守法用法、任何组织和个人都不得有超越宪法法律的特权、绝不允许以言代法、以权压法、逐利违法、徇私枉法。（6）保持香港、澳门长期繁荣稳定、必须全面准确贯彻“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的方针、严格依照宪法和基本法办事、完善与基本法实施相关的制度和机制。

十九大报告八处出现“宪法”一词、从形式上是为了试图着力践行“坚持依法治国首先是坚持依宪治国、坚持依法执政首先是坚持依宪执政”、⁵⁾但这

4) 中国共产党从2012年十八大以来、其着力强调的就是推进“四个全面”工作、即全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国和全面从严治党、这“四个全面”成为执政党治国理政的基本国策。

5) 前述论断首次在党的最高会议上提出是2014年10月23日召开的中共十八届四中全会、全会

八处的着力点是不同的、除了两处是关于管治港澳特别行政区的宪法依据外、其他主要涉及的内容为：第一、宪法法律体系的完善；第二、各级人大及其代表依据宪法履职；第三、国民宪法法律至上理念的法治教育；第四、宪法权威不容破坏等内容。这些具体的规定本身其意在“宪法的全面实施”、其目的是为了维护和提升中国宪法的权威。执政党的报告中意欲决断或试图推进的、往往也正是现实中发展不尽如人意的地方、比如宪法实施不力、缺乏对违宪的监督机制、人大及其代表未能依宪履职、公民缺乏宪法法律至上的现代法治理念等等、前述问题综合作用导致我国宪法权威不足。

十九大报告关于宪制的论述还散落在报告的其他方面、甚至这些新的判断、方略和政策、要在宪法法律上予以呈现或实现、必须借助于修改宪法和法律才能将其制度化、法律化、规范化。报告尤为值得从宪制上予以重视的包括如下内容：

第一、关于中国特色社会主义已经进入到“新时代”的重大判断。按照中共执政的历史逻辑、经过了“长期努力”、从1949年新中国成立到2017年、在接近七十年的长期执政后、中国已经进入到新时代、这个新时代有一些特征：（1）从站起来、富起来到强起来；（2）从全面建成小康社会到全面建成社会主义现代化强国；（3）社会主要矛盾转化为“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。”

第二、为了实现中华民族伟大复兴的中国梦这个伟大梦想、必须进行伟大斗争、建设伟大工程和推进伟大事业、此一论断可以概括为“四个伟大”。

做出来了一个执政党历史上第一份实质意义的法治专题文件，即《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，在文本意义上，这被称为中共执政的治理模式变革的重大时刻，即要建设法治中国，全面推进依法治国。

第三、系统提出了“习近平新时代中国特色社会主义思想”、这一新思想包括了十四个基本方略、是中共继以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观为指导思想后所产生的又一最重要的新指导思想、此一新思想已被载入2017年10月24日修订后的《中国共产党章程》之中。

III. 新中国宪制变迁的历史逻辑

从事实论的角度看、新中国宪制的发展是在中国共产党这个执政党的推动下进行的。1949年、在即将取得革命胜利之际、中国共产党提议召开“新政协”、与各民主党派和各界代表人士“协商建国”。⁶⁾为此、当年9月21-30日、中共在北京主导召开中国人民政治协商会议第一次全体会议、并通过了《中国人民政治协商会议共同纲领》（以下简称《共同纲领》）、将其作为“临时宪法”、随后10月1日毛泽东主席在北京天安门城楼宣告中华人民共和国中央人民政府的成立。制定《共同纲领》的会议有点像“中国版的制宪会议”、其过程皆在中国共产党的推动、引领和运作下完成的。于此、便形成了一个中国宪制发展的模式或路径、即以执政的中国共产党来推进宪法法律的制定与实施、来推进中国的法治进程。有学者甚至概括此一模式是迥异于君主立宪、民主立宪的第三条道路、即党主立宪制（有时也简称为党导立宪制/立宪党导制）。⁷⁾的确、尽管从规范论的角度看、此一概括未必允当、然而从中国宪制的实际发展态势与实践结构上

6) 储著武. (2015). 文化人与新国家：1949年文化界在协商建国中的作用, *当代中国史研究*, 4.

7) 柯华庆, 刘荣. (2015). 立宪党导制, *战略与管理*, 7.

看、确乎如此。

执政党推进宪制发展的进程、也非孤例。议会制国家的多数党也往往会通过立法程序将其政党的意志转化为法律甚至宪法、两者区别可能在于、中共具有长久执政地位所产生的压倒性优势足以让其政策主张较为顺畅的转化为法律甚至宪法的文本、借以将其政党意志注入到宪法法律的规范容器之中、实现其执政方略。考诸新中国的历次制宪和修宪过程、无一不是毫无悬念的都借助于人民与人民代表会议“民主化”的通过了中共的宪制方案、包括2018年3月的这第五次修改八二宪法也不例外。⁸⁾

就以新中国第一部宪法、即1954年《中华人民共和国宪法》（以下简称《五四宪法》）的出台为例、其过程为：第一步、中共中央成立宪法起草小组并提出宪法草案初稿；第二步、中共中央政治局先行讨论并初步通过；第三步、中央向宪法起草委员会提出草案初稿；第四步、宪法起草委员会审议和讨论通过宪法草案；第五步、由中央人民政府委员会通过并提交全国人民讨论（4个月）；第六步、1954年9月的第一届全国人民代表大会通过。这一模式为后来宪法的历次修改、修正所传统。有学者指出、中国现实当中的立宪者是复数的主体、虽然制宪权的终极主体是全国人民、但具体操盘者是执政党。⁹⁾

1954年的宪法实施之后、分别经过了三次大修、即全面修改：1975年、1978年和1982年、现行宪法是1982年大修后的宪法、坊间简称为《八二宪法》。八二宪法实施以来有四次部分修改、分别为1988、1993、1999和2004年、这种部分修改往往采取修正案的方式、目前共形成了31条修正案。宪法的文本会随着修正案的通过而做文字上的调整、将其内容纳入文

8) 第十三届全国人民代表大会第一次会议日程公布,

<http://news.163.com/18/0305/13/DC4VEQLA0001899N.html>, 2018年3月5日访问.

9) 林来梵. (2015). *宪法学讲义 (第二版)*, 法律出版社, 110-111.

本之中、故而当前正在实施的宪法版本是2004年通过的第四个八二宪法修正案后所重新调整的文本。此一做法不同于美国、日本等国、后者通常不对原法律文本做汇编性改动、而是将修正案或法律修改内容附于原法律规范之后、供对照适用。立法技术上的区分、也的确产生一些技术上的难题不太好纾解。¹⁰⁾

与制宪的做法几近相同、八二宪法的“四次修正”通常做法如下：第一、为了维护八二宪法的稳定性和权威性、宪法修正的总体原则是“可改可不改的不改；不做大的修改”、此一做法属渐进性宪制变迁论。¹¹⁾第二、历次修改都采取“宪法修正案”的方式。第三、通常由中共中央向全国人大常委会提出宪法修改的建议、事实上最终修正案的内容也几近与执政党的建议完全相同。第四、宪法的修正往往是在现实政治实践已然突破了宪法的规范后且基本上被实践证明行之有效的前提下展开的、其实质上是改革成果的宪法确认。鉴此、不少学者认为中国的八二宪法依然属改革宪法或转型宪法、而非宪政宪法、规范宪法。因其改革宪法的特质、决定了其不可像革命宪法那样可予以大改甚至打破、也不可如同规范宪法那样可基本不改或保持不变。¹²⁾第五、宪法的修正主要集中在序言与总纲之中、通常涉及的内容多为政治性的政策或国策条款、较为集中的修正内容包括指导思想、根本任务和经济制度等。第六、宪法的修正案仅在序言和正文的文本

10) 2018年2月25日中共中央对外公布的《关于修改宪法部分内容的建议》因新增一节“第七节 监察委员会”共五条，势必导致宪法条文的变化，使其从138条增至143条。换言之，2018年3月完成修订并将付诸实施的宪法尽管依然是八二宪法，却是2018修订版的八二宪法，对之前与之后的宪制行为及其规制势必产生一定的影响。

11) 常安。(2010)。*‘摸着石头过河’与‘可改可不改的不改’：改革背景下的当代中国宪法变迁*，*法律科学*，2。

12) 革命宪法、改革宪法和宪政宪法的观点是夏勇先生提出的，可参见夏勇。(2003)。*中国宪法改革的几个基本理论问题：从改革宪法到宪政宪法*，*中国社会科学*，2。林来梵教授对转型宪法有较为详尽的论述，参见林来梵。(2004)。*转型期宪法的实施形态*，*比较法研究*，4。

之中通过增删内容的方式实现、通常不增加段落、也不增减条文数量、改变条文顺序、针对条文的修改多采取增删的方式来实现。简单说、宪法修正不改动13个自然段的序言架构和138条的正文架构、不动结构、仅调整段落和条文的内容。应予以指出的是、2018年即第五次宪法修改势必打破此一惯常做法、将新增条文并改变原八二宪法的章节条款架构。从某种角度看、此次修改相较于前四次都略大。¹³⁾

从直到目前的四次宪法修改（实为宪法修正）中、我们约略可总结出如下几点特点或启示：

第一、政治性。宪法是政治文件、中国宪法尤甚。八二宪法的历次修正都体现了政治力尤其是执政的中国共产党政治主张的决定作用。首先、其修正过程往往基于执政党的某种政治决断、¹⁴⁾何时修改、修改什么内容以及具体过程、皆受制于执政党的集中控制力。其次、修正的过程也的确体现了政治角逐的过程、社会各阶层往往借助于在执政党中的代表席次多寡或政治话事能力、将其利益集团的政治主张“塞”入党的宪法修改建议之中并最终定稿于宪法修正案、政治力非公开的博弈、也的确引致了宪法修正的广泛讨论甚或争辩、这也实现了对公民的宪法启蒙与教育、同时诱发宪法辩论、影响社会大众的宪法观念之流变。最后、修正的内容以政治性为主、多数内容不具有司法上的可适用性。比如、关于根本任务的历次修正、指导思想的新增、序言的修正占比较大、正文也多以修正总纲中的“经济条款”之内容为主、从有计划的商品经济转变为社会主义市场经济等

13) 参见《中共中央关于修改宪法部分内容的建议》（2018年2月25日公布），

http://www.xinhuanet.com/politics/2018-02/25/c_1122451187.htm，2018年2月27日访问。

14) 宪法是一种政治决断的主张源于德国宪法学家施米特，为中国晚近新出现的政治宪法学派所尊奉，该说对政治力作用于规范力的政治运作实践有一定学术解释力。参见任剑涛。（2006）. 政治决断、政治行动与制宪权：施米特、阿伦特革命解释的效度分析，*思想战线*，5；吴彦。（2002）. 法秩序与政治决断：有关‘政治宪法学’的批判性检讨，*开放时代*，2。

等、诸如此类、多属政治议题。的确、中国宪法序言和总纲所载的“国策条款”¹⁵⁾内容往往为西方典型宪政国家的宪法所不载、这甚至被称为中国宪法的“动感地带”、会因世事变迁而易于被修改。

第二、协商性。中国宪法的制定与修订在执政党的引领、把控下完成的、其吸纳民意的方式是协商整合性的、而非议会辩论民主性的。通常、执政党在提出宪法修改建议之前、会利用其所掌握的民意吸纳资源、平台和机制实现对社会观点的整合、比如、由中共中央政法委或中央办公厅利用其学术的组织化资源如中国法学会等、召集有关专家座谈或提出书面建议、而非发动社交媒体或学术自治力量等民间媒介来统合社会意志、其民主性是可控的。¹⁶⁾中国共产党具有超强的国家整合与动员能力、至今所有重大的改革举措和宪制发展、皆依赖其主动推进、以至于一度出现党政不分、以党代政的局面。¹⁷⁾执政党在将宪法修改的建议公开后、其框架性的方案基本成形、可资改变的空间较为有限、全国人大及其常委会实质上担负的多为执政党意志确认甚至背书的角色。这种做法被官方确认为中国特色的协商民主、借以区分西方式的选票民主。¹⁸⁾

第三、实用性。中国的宪法除了具有国家统合的价值功能以外、实质上担负着改革开放政策的确认书之使命。新中国第一部宪法的亲自操刀者毛泽东主席认为、宪法就是治国安邦的总章程、对宪法寄予了功用期待、宪

-
- 15) 参见庞远福 (2016). 论宪法中的“改革”国策条款：规范形式、类型划分及其功能, *学术研究* 3.
16) 曾萍. (2004). 宪法修改的主要特点, *法学* 4.; 王宏英. (2015). 新中国宪法史与协商民主制度的发展, *国家行政学院学报* 6.
17) 上世纪八十年代邓小平先生曾试图解决此一问题, 为此还发表了一篇重要的讲话意图推进党政分开的政治体制改革, 这一目标推进到本世纪十八大时即有所延宕甚回退, 十九大报告明确“党政军民学, 东西南北中, 党是领导一切的”, 使该议题更趋意识形态化而殊难再推进。参见邓小平: 《党和国家领导制度的改革》(1988年8月18日), (1994). 载邓小平文选(第二卷), 人民出版社, 10, 322.
18) 徐锋. (2017). 社会主义协商民主: 人类民主政治探索的中国方案, *中央社会主义学院学报* 6.

法在中国近代立宪史上曾被寄予了救亡图存、复兴富强的历史使命，这导致功用主义的宪法观引领中国宪制的发展。¹⁹⁾八二宪法有不少规范都是功用主义的、比如根本任务、经济条款、包括不少制度的设定也是服务于政治实践和政治决策、比如第31条特别行政区的规定就是服务于“一国两制”的政治构想。宪法的历次修改、其实用性色彩也较为浓厚、它并非结构主义的、而是功能主义的、这似乎验证着中国宪法的某种宿命：一方面因改革宪法之定位而流质易变、另一方面也因实用宪法之属性而威望不足。

第四、渐进性。尽管从1949年新中国成立至今、中国宪法有过变迁、前前后后大约有“四部宪法”（1954、1975、1978和1982年宪法）、共六次修正（其中七八宪法后有1979、1980年两次小修改）。然而、从1982年至今、执政党和当局确实似乎抑制了其运动式政治的冲动、甚至通过了三十多年的宪制实践已经形成了某种修宪共识、并几近成为宪法惯例。²⁰⁾正如笔者所言及的、其修正秉持着最低限度改变之原则、奉行着稳健的渐进主义、改良主义、甚至保守主义。八二宪法在持续三十多年的改革巨流冲击下、屹立不倒且未做大改、也属少见。宪制发展的谦抑主义实质上避免了中国再次进入政治革命的动荡之中、甚至为此还躲过了苏东剧变的浩劫、这确实值得从宪制功能学角度予以检视。²¹⁾“告别革命”是当下中国执政党及其执政团队、知识分子甚或普通民众都基本认同的发展模式、宪法是中国政制建构与运行的最低限度基础共识、的确、不可轻言修正、更遑论变革。

前述四个特点也基本上符合新中国宪制变迁的历史逻辑。然而、正是因为八二宪法之前的三部宪法、即1954、1975和1978年宪法频遭“实质废弃”、从而客观上助力了运动和革命的高歌猛进、几近将中国带入万劫不

19) 邹突 (2014). 徘徊于我国宪法的两个文本之间：对宪法文本正当性和实用性的检视. *四川大学学报*, 3.

20) 武建军. (1994). 关于中国宪法修正的若干问题. *政法论坛*, 6.

21) 参见[德]卡尔·施米特. (2016). *宪法学说*. 刘锋译, 上海人民出版社, 4.

复之深渊。鉴此、1982年宪法全面回归到1954年立宪主义的怀抱、且秉持着保守主义的渐进品格、实在是反思文革后的妥当性选择。因其兼具政治性、协商性、实用性和渐进性、确保了中国的政治进程的可期性、也为渐进民主提供了可能与基础。

IV. 十九大与中国宪法修改的再启动

中共十九大确立的习近平新时代中国特色社会主义思想被写入《中国共产党党章》，按照过往的宪法修正之惯例做法，2017-2018年必将启动宪法修订事宜。八二宪法的修正有一个基本的逻辑，那就是如果出现中国共产党的全会或重要会议做出重大决策，尤其是形成了新的指导思想后，一般都要做一定程度的修改。比如，1988年的修改主要解决私营经济的法律地位以及土地使用权转让的问题。1993年的修改则主要是确立社会主义市场经济制度及其关联制度的。1999年则明确了邓小平理论入宪和依法治国方略。2004年的修订幅度相对较大，且内容多元，既有国策条款的修订，比如统一战线问题、非公经济宪法地位问题，还有私人财产权保障、人权入宪等方面。前述的四次修订，虽然幅度不是很大，却有效的回应了“改革违宪”²²⁾的质疑，使政治试验、实验或实践合宪化。

从2012年中国共产党的十八大以来，中国政制发展的确进入到一个快车道，在全面深化改革战略的引领下，各个领域颇有点“重启改革”之势。²³⁾

22) 为此还滋生了一种新的观点，即良性违宪论，然而，此一说法其他宪法学者所诟病，因学理性、解释力不足而被宪法变迁论所取代。相关争论参加郝铁川。(1996). 论良性违宪论, *法学研究* 4; 童之伟.(1996). ‘良性违宪’不宜肯定：对郝铁川同志有关主张的不同看法, *法学研究* 6; 曦中(1998). 对‘良性违宪’的反思, *法学评论* 4.

在宪法法治领域，2013年的十八届三中全会开列了二百多项改革清单，其中涉及法治中国建设的项目也有不少，比如全面深化司法体制改革，重大决策和规范性文件合法性审查制度、深化行政执法体制改革等等。随后，2014年的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《依法治国决定》），该决定全面规划和擘画了法治中国的未来。

在中共十八大到十九大之间，许多改革举措是否应当在宪法上有所回应，理论界和实务界确有分歧。较为集中的分歧出现在两个问题上：第一个问题就是国家安全委员会的设立和《国家安全法》的通过，作为统一领导国家安全的最高机构，国家安全委员会在宪法上如何安放，学界看法不一。²⁴⁾有人认为，意欲设立一个最高国家安全机构，必须通过修宪才能实现，因该机构属于国家机构的范畴；另外也有个别学者认为无需修宪，通过宪法解释或全国人大决议的方式能解决合宪性问题。中央最终采取的做法是设立一个党领导下的中共中央国家安全委员会，作为最高国家安全机关，回避掉了合宪难题。最终通过的《国家安全法》对此也模糊处理，该法第4条规定“中央国家安全领导机构负责国家安全工作的决策和议事协调，研究制定、指导实施国家安全战略和有关重大方针政策，统筹协调国家安全重大事项和重要工作，推动国家安全法治建设。”此处的中央国家安全领导机构到底是国家的机构还是执政党的机构，规范未予以明确，实质上是留有余地，是一种立法策略。学者的担心和建议不无道理，当前这个机构是党的机构，它毕竟无法涵盖所有的国家公共职能，而设立一个最高国家安全机构，多数国家是在宪法的框架下予以规范的。近日公布的

23) 吴敬琏. (2013). 中国怎样重启改革, *决策与信息*, 6.

24) 丛文胜, 刘华. (2014). 成立国家安全委员会的宪法思考, *国防*, 11.; 肖巧平, 李威武. (2015). 从中央国家安全委员会的困境论国家安全委员会的宪法规制, *时代法学*, 4.

《中共中央关于修改宪法部分内容的建议》（2018年2月25日）也未涉及该问题，足见当局的做法依然是维持现状，相当于选择了搁置争议。

第二个问题就是国家监察体制改革，尤其是国家监察委员会的设立、职权、人员、组织和工作程序等问题，更是事关国家监察权的重大问题。起初，国家监察体制改革的设计者试图不涉及宪法，以该机构为反腐败的政治机构为由，意图绕开宪法以及刑事诉讼法，事实证明是行不通的。监察权是从广义上的法律监督权中发展出来的一种国家权力，它同时还会与侦查权、检察权和审判权有相互制约、协作甚至交叉，其实质是一个宪制问题。从2016年底中央抛出试点方案到2017年底《国家监察法》公开征求意见，理论界与实务界之间的学术角力就一直没有停止，这也说明此一改革举措需要回应合宪性质疑。

诸多问题汇集到十九大这个历史时刻和历史会议之中，中共十九大召开后所通过的报告，也对此给予了全面的回应。从某种程度上，习近平担任党和国家的最高领导人以来五年多的政治实践以及十九大报告所设计的政治蓝图，必须在宪法上有所回应，否则未来的改革将可能再次陷入涉嫌违宪的怪圈，在充分的利用宪法变迁理论、宪法解释理论等都无法安放当前的改革举措后，目前唯一可行的方案就是“重启修宪”，把十九大所确立的政策法律化，尤其是顶层设计的重大改革举措宪定化，再用修订后的宪法统合国民的政治意志和价值观念，推进全面依法治国、全面深化改革。

是否修宪以及如何修宪，理论界和实务界是有分歧的。比如，有学者就认为国家监察体制改革目前以试点为宜，不可急躁冒进，在改革试点方案未尽成熟之前，且不可急于在全国推广，更要慎言修宪。²⁵⁾甚至，有部分学者对全国人大通过决定的方式来推进国家监察体制在北京、山西和浙江

25) 马岭. (2017). 监察委员会的设立与人大制度的完善与宪法修改, *苏州大学学报*, 4.

三地改革试点的合宪性也提出了质疑，他们认为人大的职权中实质上未必有此一职权。²⁶⁾《国家监察法（草案）》公布后更引起了法学家尤其是宪法学界、刑事诉讼法学界的大面积批评，不少学者认为，该草案未写入“根据宪法、制定本法”是极为不妥当的。具体条文也有多处问题，比如设立国家监察委员会是宪法事权、不能仅靠一部法律就解决；留置的适用是限制人身自由的做法，必须按照宪法和刑事诉讼法的有关规定来保障相对人寻求律师帮助、获得合理有效辩护的基本人权。《国家监察法》如何通过宪法之门，成为2017年以来各界聚讼纷纭的中心问题之一。

V. 十九大以来宪法修改的实践考察及反思

从十八大以来，修宪之声不绝于耳，无论是理论界还是实务界，渐次达成的共识在于，至迟不晚于2018年最好完成第五次修宪。诚如前述，学界对修宪的态度是矛盾的，一方面大家担心一旦当局启动修宪会不会大修，如果大修或所修条文不符合立宪主义的精神会否伤了八二宪法的根基和宪法核心价值；另一方面他们同时也担心如果不支持修宪会导致现实的政治运作与纸面的宪法文本过于明显的疏离、从而实质上损害宪法的权威。²⁷⁾不支持修宪者不愿意宪法成为颀颀政治权力的背书人，意欲支持修宪者则试图消解政治行为“裸奔”状态、借以维持最大限度的形式和纸面宪政。考察十九大以来，尤其是2017年底启动的修宪活动看，中央高层所释放的信号来看，修宪的决心是坚定的、而修宪的幅度也是有限的、不会太大。理

26) 秦前红. (2017). 全国人大常委会授权与全国人大授权之关系探讨：以国家监察委员会为研究对象，

中国法律评论, 2；童之伟. (2016). 将监察体制改革全程纳入法治轨道之方略，*法学*, 12.

27) 胡锦涛. (2017). 论国家监察体制改革语境下的宪法修改，*北京行政学院学报*, 5.

论和实务界的博弈最终在是否修宪上似乎已经搁置了争议，大家把焦点投向了如何修、修什么等更具操作性问题上来了。

在通过官方主导的平台完成征集法学界和其他各界人士的意见后，中共中央在2018年1月19日召开十九届二中全会，审议通过了《中共中央关于修改宪法部分内容的建议》。通观全会公报，大约有如下一些信息释放出来：第一，2018年3月3日-15日的两会（即第十三届全国人民代表大会和全国人民政治协商会议）期间，通过宪法的修正案。第二，宪法修改的重要内容是“党的十九大确定的重大理论观点和重大方针政策特别是习近平新时代中国特色社会主义思想”。第三，本次宪法修改的重要原则是“坚持对宪法作部分修改、不作大改的原则，做到既顺应党和人民事业发展要求，又遵循宪法法律发展规律，保持宪法连续性、稳定性、权威性”。第四，宪法修改可能涉及到的内容还包括了根本任务和总体目标的变化，国家监察体制改革以及和平发展的国策、构建人类命运共同体的目标等等。²⁸⁾1月29-30日十二届全国人大常委会第30次会议审议并全票通过了《关于提请审议宪法修正案草案》的议案，具体内容未予公布，但根据前几次修宪的惯例可知，全国人大常委会通过并提交全国人大审议的《宪法修正案（草案）》与中共中央的修宪建议差别应不大。

按照过往宪法修改的惯例做法，通常会在前一年的年底公布宪法修改的建议，供各界研讨并提出建议，中央再整合民众的意见后向全国人大提交修改宪法之建议。比如，以2004年初的第四次宪法修正为例：2003年12月22日，官方媒体就全文公布了中共中央向全国人大常委会提交的《关于修改宪法部分内容的建议》，一方面促使全国人大常委会可以按部就班的走修宪的程序，另一方面则让全国人民和各类组织都可以有的放矢的提出关

28) 详见. (2018). 中国共产党第十九届中央委员会第二次全体会议公报,

http://news.china.com/zw/news/13000776/20180119/31984015_all.html, 访问时间2018年2月12日.

于修宪的意见和建议。然而，本次修宪建议的公布却在时间节奏上有极大延宕、与前四次宪法修改相比显得更为隐秘而“低调”。直至2018年2月25日，中共中央方始授权新华社公布了《关于修改宪法部门内容的建议》，此时距离全国人大会议期已不足十天，同时官方通过非正式的通道转告理论学界和社会舆论，告诫民众不要“妄议修宪”。鉴于客观舆情氛围和时间所限，从某种角度上说，这等于关闭了民意讨论的通道、终止了学界借助大众传媒等途径提出意见和建议的可能。

为何采取此一令人匪夷所思的做法，是可堪玩味的。根据八二宪法第62条的规定，全国人大常委会或五分之一以上的全国人大代表可提议修改宪法，故而修宪权的法定提议主体仅有前述两个。而按照中国宪法制定、修改以及法律制定与修改的宪制惯例，除了涉及国家秘密不易公开的立法工程，皆要经过公布法律草案并给予公众不低于一个月的期限可提出建议和意见的。此番，则无法经过充分的公开讨论和征集意见之程序，将直接提交新一届的全国人大审议了。对此，各界态度不一。一种声音认为，宪法的修改涉及到人民民主，必须要经由全民的充分讨论才适宜付诸审议，否则，无法凝聚民意、其修宪的实际效果不容乐观。另一种声音指出，本次宪法的修改，前期已多有讨论，学界的声也基本上都尽数表达，能接受的也已经接受了，接下来就理应引入到体制化的管道上来，不可有“杂音”，以免影响了修宪的顺利进行。法学界持前一种立场者较多，而政治界则持后一种立场者更众。

戒备民间讨论和媒体议宪可能的原因也许是国家监察体制改革和《国家监察法（草案）》在公开征集意见时遭致的颓局、非议甚至抵制，使当局有点始料未及，故而为了稳妥起见索性采取可控性推进的修宪策略作罢。目前的局面就是，理论界和实务界彼此分歧，甚至连沟通的渠道都不甚畅通，是极不利于宪法修改有效展开的。执政党的报告和文件中反复强调要

“民主立法、科学立法、开门立法”，而在宪法修正如此重大的宪制问题上却未能践行前述政策，无疑会削弱其权威性和公信力的，其持续的后期影响如何、仍待观察。与之相对的是，官方3月5日所公布的关于宪法修改建议形成过程的说明指出，此次修宪启动于2017年的9月29日，整个过程经过了充分征求和吸纳各方的意见，并被各界所认可，有效的发扬了民主精神。个中况味，真可谓如鱼游水、冷暖自知。²⁹⁾

VI. 第五次宪法修正与国家监察体制改革

中国第五次修宪所必须直面的最核心问题就是正在改革且将全新建构的国家监察体制问题，甚至本次宪法修订的成败、全系于此。中国的国家监察体制改革肇端于2016年10月24-26日在北京召开的中共十八届六中全会通过并颁布的《中国共产党党内监督条例》，它规定“各级党委应当支持和保证同级人大、政府、监察机关、司法机关等对国家机关及公职人员依法进行监督，人民政协依章程进行民主监督，审计机关依法进行审计监督”。2016年11月7日，中共中央办公厅随即印发了《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》（以下简称《试点方案》），当年12月25日第十二届全国人大常委会第25次会议通过了《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》（以下简称《试点决定》）。

在2016-2017年度，国家监察体制改革的试点和相关工作快速铺开，通

29) 王晨作. (2018). 关于<中华人民共和国宪法修正案(草案)>的说明,
http://www.guancha.cn/politics/2018_03_05_449010.shtml, 2018年3月5日访问.

过2017年的十八届中纪委七次会议、“7.26会议”重要讲话以及党的十九大，执政党将深化国家监察体制改革定位为党中央的重大决策部署，是事关全局的重大政治改革。³⁰⁾党的十九大报告再次强调“深化国家监察体制改革，将试点工作在全国推开。”值得注意的是，关于国家监察体制改革的论述被放在报告第十三部分全面从严治党的“（七）健全党和国家的监督体系”中。然而，这一重大决策在2014年的十八届四中全会通过的《依法治国决定》中却只字未提，充分说明这一重大政治举措是在后来的实践中逐步确定的，也可见其突发性、紧迫性和特殊性。³¹⁾

《试点方案》将国家监察机构界定为党领导下的国家反腐败工作机构，为此中央专门成立深化国家监察体制改革领导小组，由时任中纪委书记担任组长。国家监察体制改革在十九大后进入快车道，十九大报告进一步明确了国家监察体制改革的具体要求“组建国家、省、市、县监察委员会，同党的纪律检查机关合署办公，实现对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖。”为此，2017年10月29日，中共中央办公厅印发关于在全国各地推开国家监察体制改革试点方案》（以下简称《全面试点方案》）。11月4日，十二届全国人大常委会第三十次会议通过《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点工作的决定》（以下简称《全面试点决定》）。11月5日，国家监察体制改革试点工作在全国铺排，11月7日，《国家监察法（草案）》（第二届全国人大常委会第二十八次会议审议稿）》（以下简称《国家监察法（草案）》）面向社会公开征求意见，目前该草案已经完成征集工作并通过了全国人大常委会的二审，决定将其提交2018年3月5日在

30) 参见中国新华社通稿。(2017). 积极探索实践，形成宝贵经验，国家监察体制改革试点取得实效：国家监察体制改革试点工作综述。

http://www.gov.cn/xinwen/2017-11/05/content_5237440.htm, 访问时间 2018年2月12日。

31) 杨建顺。(2017). 国家监察体制改革十大课题, *中国法律评论*, 6.

京召开的第十三届全国人大会议审议。

自从2016年11月国家监察体制改革《试点方案》、《试点决定》等实施开始一直2017年11月份《国家监察法（草案）》公布征求意见，该问题在法学界就引发极大关注、分歧很大、可谓舆情汹汹。较为集中的批评之声表现为：

第一，试图整合党纪监督、政纪监督和法纪监督为一体的国家监察体制是否能有效实现监督问题？有学者认为，改革前的国家监督体系是“三驾马车”，即党的纪委，行政的监察部门以及检察院的司法监察。改革后的国家监察机构与党的纪委合署办公，同时涵盖行政监察和司法监察，同体监督是否有效、诚属可疑。³²⁾的确，这种质疑是值得重视的，该学者建议借鉴香港地区的廉政公署，建立新的专门机构独享监察权，即独立的全新的不隶属于任何其他机构（也不与其他机构合署办公）的国家监察委员会。显然，该建议囿于党的纪委必须与国家监察委员会“一体两面”（试点地区的做法实质上就是“两块牌子、一套人马”）之设计是无法落地的。当然，也有学者提出了温和的改革方案，比如北大教授陈瑞华就指出，改革前我国的监察体制是党纪政纪调查与刑事侦查的双轨制，改革后的国家监察机构把两者合二为一变成了单轨制，原本属于检察院的职务犯罪刑事侦查权也被纳入并统一整合到“反腐败力量”之中，《国家监察法（草案）》规定未来的监察机构所做的调查不是侦查、不适用于《刑事诉讼法》，是不妥当的。建议在国家监察机构内部分设“党纪政纪调查部”和“刑事侦查部”、实行内部的相对双轨制，后者开展工作必须按照刑事诉讼法等相关法律法规进行，并纳入到公监检法办理刑事案件的相互分工与相互制约机制之

32) 秦前红. (2017). 困境、改革与出路：从‘三驾马车’到国家监察——我国监察体制改革的宪制思考, *中国法律评论*, 2017年 第1期；韩大元. 国家监察体制改革中的若干宪法问题, *法学评论*, 3.

中。33)

第二，《试点方案》和《试点决定》的合宪性问题？韩大元和秦前红等学者从全国人大与全国人大常委会授权的角度指出，国家监察体制改革是触动我国根本政治制度即人民代表大会制度的组织和职权构成问题，故而全国人大常委会通过《试点决定》的方式授权改革在部分地区推进虽然解决了法律正当性问题，但却未必符合宪法的原理和规范，他们认为，全国人大常委会的职权在《宪法》第67条，通过“具体列举+兜底条款”的立法技术，列举部分较为清晰、无法为决定提供宪法依据；兜底内容为“全国人民代表大会授予的其他权力”，其明确的意涵是此一权力必须是来自于全国人大的授权，如无授权，则全国人大常委会则无授权其他主体行为之权。以此观之，《试点决定》不具有宪法上的正当性，然而执政党从政治价值判断上采取了保守的策略，也可算是为了减少全局性的宪政危机之举，其政治考量也值得同情式理解。³⁴⁾

第三，《国家监察法（草案）》及其国家监察委员会如何通过宪法之门？《国家监察法（草案）》甫推出就在学界引起争议，陈光中、韩大元、姜明安、童之伟、秦前红和陈瑞华等学者直言不讳的提出批评意见，他们认为该草案从宪法、立法法和刑事诉讼法等角度看存在很大问题。比如，2017年11月11日在北京召开的“国家监察体制改革：宪法学与刑事诉讼法学的对话”研讨会上，中国宪法学研究会会长韩大元教授直接以“《国家监察法（草案）》缺乏宪法依据”为题发言、对之给予直接的尖锐批评。韩教授认为：（1）草案第1条无法写入“根据宪法，制定本法”，因现

33) 陈瑞华. (2017). 当监察法与刑诉法关系遭遇困境, *中国法律评论*
<http://www.aisixiang.com/data/106982.html>, 2018年2月12日访问.

34) 韩大元. (2017). 国家监察体制改革中的若干宪法问题, *法学评论*, 2017年第3期; 秦前红, 全国人大常委会授权与全国人大授权之关系探讨: 以国家监察委员会为研究对象, *中国法律评论*, 2.

行宪法第三章国家机构中不包括“监察机构”，故而该草案是缺乏宪法基础的。国家监察机构的设立和监察制度的立法是涉及到国家根本政治制度的重大改革，它是修宪权而非立法权、是宪法保留的权力。理应先修宪完成顶层设计，再制定《国家监察法》推进改革。（2）《国家监察法（草案）》存在多处不当限制公民基本权利的规定，比如留置本质上是限制人身自由，必须符合宪法第37条的规定；在调查过程中排除了律师的介入权，损害了公民获得辩护的宪法基本权利；刑法是否适用的问题也应由全国人大通过决定来做出、而非党的纪检机构可以置喙等等。（3）《国家监察法（草案）》部分调整和冲击了全国人大制度，比如监察对象包括全国人大机关的公职人员，是不利于人大开展工作的；再比如监察委员会对人大负责、受其监督，但无需报告工作，这会弱化人大的监督职能。³⁵⁾当然也有学者持不同观点，如刘松山就认为，《国家监察法（草案）》在宪法上总体是站得住的，他认为，既然我国宪法规定了全国人大有“制定刑事的、民事的、国家机构的和其他的基本法律”之职权，则全国人大就有权制定《国家监察法》；此外，即便宪法没有设立监察机构，但也未禁止全国人大通过立法设立此一机构，故而该“草案”并未违宪。³⁶⁾笔者总体上倾向于韩教授的观点，尽管从宪法解释上刘教授的观点可算一说，但却略显牵强，宪法解释要结合具体条文来解释，也要从条文的体系和目的角度予以解释，设立与行政机关、司法机关并列的国家机构不属于立法机关的职权，我国全国人大的“双重身份”遮蔽了许多宪法权力和立法权力之区别，作为最高权力机关的全国人大它拥有修宪权，而作为立法机关的全国人大近享有立法权和重大事项决定权，国家监察机构的设立和基本制度规

35) 韩大元, (2017). 国家监察法（草案）缺乏宪法依据, *中国法律评论*

<http://wemedia.ifeng.com/36689708/wemedia.shtml>, 2018年2月12日访问.

36) 刘松山, (2017). 监察法（草案）在宪法上总体是站得住的, *中国法律评论*

<http://wemedia.ifeng.com/37453923/wemedia.shtml>, 2018年2月12日访问.

则的设定，应属最高权力机关的宪定权力、属于宪法保留的事项，立法机关无权染指。³⁷⁾

从2017年11月7日到12月6日，据官方反馈共有3700多人对《国家监察法（草案）》提出了1.3万多条修改意见，针对学界和实务界的建议，全国人大常委会在二审时部分采纳、部分未予采纳却给予了回应、部分未采纳也未回应，主要表现为：第一，明确监察机构要向人大负责并报告工作；第二，留置场所应予以限定，且要及时通知单位和家属；第三，增加了保障被调查对象基本权利诸如人身权、财产权的规定；第四，设立内部机构自我监督，同时加大对工作人员的监督力度；第五，针对检察机关对移送案件因故不起诉的决定，无需征求监察机构的意见。前述意见部分解答了法学家的质疑，但仍然有不少方面未置可否，如宪法依据问题；留置场所问题；律师介入调查问题；讯问期限问题；改侦查为调查、改拘留为留置的刑诉法规制问题；调查对象范围过宽问题；执法监督问题；党纪政纪法纪衔接问题等等。

国家监察体制改革的一个重要问题就是如何界定监察权。此前中国新华社发表万字长文指出，国家监察机关“是政治机关，不是行政机关、司法机关。”这一定性引发学界的质疑甚至反对。根据《国家监察法（草案）》的规定，监察机关拥有监督、调查和处置三大类权力，有学者认为，监察权不同于检察权，后者是一种司法权力，两者的衔接主要在移送审查起诉上，只有检察机关才有权决定限制人身自由、逮捕和是否公诉，监察机关意欲对调查对象予以限制理应取得检察机关的批准。³⁸⁾也有学者认为，监察权是辅助刑事侦查权，是针对公职人员及其相关人员的一般法律监督，不会侵蚀检察权和审批权，它是中国特色的党政协同反腐败机

37) 关于全国人大的“双重身份”，请参见林来梵，(2017). 从宪法规范到规范宪法，商务印书馆，(4): 410-411.

38) 陈光中，邵俊。(2017). 我国监察体制改革若干问题思考，中国法学，4.

制。39)有人认为，监察权是一种监督权，它集党纪监督、行政监督和法律监督为一体，的确不同于行政权和司法权等权力，应属现代公共权力“第四权”，国家监察机构属于监督机构。40)也有学者直接认为，国家监察委员会就是国家的监察机关。41)的确，监察权性质的界定事关国家监察体制改革，从《国家监察法（草案）》的规定来看，其性质带有一定复合性，无法用传统的三权分类来解释，但其涉及到监察对象基本权利的强制措施时理应符合现行宪法以及刑法，设若其设计不符合现行宪法，又无从在宪法解释上予以解决，必须修宪。

目前可能的问题在于，2018年3月的两会料定会既讨论宪法的修正案，又要审议通过《国家监察法（草案）》，这从立法技术上是欠妥的，刚刚通过的宪法修正案，为马上要通过的《国家监察法（草案）》提供宪法依据，其预设的前提是宪法修正案一定会通过，否则将《国家监察法（草案）》付诸表决就不大合适。在无法改变大局时，笔者倾向于最低限度的合宪性处理方案，即涉及到国家监察委员会设置、职能等重大事项内容的宪法修正案先提交表决，设若该修正案未通过（当然，在中国的议会法案表决史上是没有不通过先例的，一旦某法案经全国人大常委会审议后上了全国人大会议付诸审议表决，均毫无例外的都高票通过；42)然而，理论上人大表决仍有不通过某法案的权力和可能性）则延宕《国家监察法（草

39) 莫纪宏. (2017). 国家监察体制改革要注重对监察权性质的研究, *中州学刊* 10.

40) 夏金莱. (2017). 论监察体制改革背景下的监察权与检察权, *政治与法律* 8.

41) 马岭. (2017). 论监察委员会的宪法条款设计, *中国法律评论* 6.

42) 比如中共中央提交到全国人大常委会讨论的宪法修改的建议就得到了一致的支持。王晨在作相关说明时就指出：“十二届全国人大常委会第三十二次会议讨论了中央修宪建议，一致表示坚决拥护党中央关于宪法修改工作的决策部署，一致赞同党中央确定的这次宪法修改的总体要求和原则，一致认为中央修宪建议是成熟的。”恐怕3月11日的全国人大审议表决《宪法修正案（草案）》时也会出现前述的“三个一致”之情况。参见“王晨作《关于〈中华人民共和国宪法修正案（草案）〉的说明》”，

http://www.guancha.cn/politics/2018_03_05_449010.shtml, 2018年3月5日访问。

案)》的审议机制,反之,则于其后续日程中议决该法。从官方公布的第十三届全国人大第一次会议日程来看,果然采取了此一处理方式,即《宪法修正案(草案)》3月11日先行提交审议表决,《国家监察法(草案)》则于3月20日提交议决。⁴³⁾

2018年2月25日,中共中央受权新华社公布了《关于修改宪法部分内容的建议》(以下简称《建议》),内中近二分之一的篇幅涉及国家监察机构及其基本规则条款问题。⁴⁴⁾基本内容如下:第一,采取单设一节规制模式:在宪法第三章“国家机构”中增加一节,作为第七节“监察委员会”;增加五条,分别作为第一百二十三条至第一百二十七条,原第七节人民法院和人民检察院则顺延至第八节。第二,监察委员会的性质:“第一百二十三条 中华人民共和国各级监察委员会是国家的监察机关。”这即回应了学界的质疑,国家监察机构显然不仅是政治机构,还是国家权力机关。第三,设立、组成和任期:第一百二十四条 中华人民共和国设立国家监察委员会和地方各级监察委员会。监察委员会由下列人员组成:主任,副主任若干人,委员若干人。监察委员会主任每届任期同本级人民代表大会每届任期相同。国家监察委员会主任连续任职不得超过两届。监察委员会的组织和职权由法律规定。第四,上下级关系:“第一百二十五条 中华人民共和国国家监察委员会是最高监察机关。国家监察委员会领导地方各级监察委员会的工作,上级监察委员会领导下级监察委员会的工作。”中央设立最高监察机构,中央与地方监察机构之间是领导与被领导关系,且采取垂直领导的方式,不受制于地方党委和政府。第五,与人大及其常委会的

43) 第十三届全国人民代表大会第一次会议日程公布,

<http://news.163.com/18/0305/13/DC4VEQLA0001899N.html>, 2018年3月5日访问。

44) 参见“中共中央关于修改宪法部分内容的建议”(2018年2月25日公布),

http://www.xinhuanet.com/politics/2018-02/25/c_1122451187.htm, 2018年2月27日访问。

关系：“第一百二十六条 国家监察委员会对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。地方各级监察委员会对产生它的国家权力机关和上一级监察委员会负责。”显然，人大及其常委会决定和领导监察委员会工作，后者对前者负责，前者监督后者工作。第六，独立监察权的实现保障：“第一百二十七条监察委员会依照法律规定独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。监察机关办理职务违法和职务犯罪案件，应当与审判机关、检察机关、执法部门互相配合，互相制约。”与法院、检察院一样，监察机构独立行使监察权，与此同时在办理职务案件时，与司法机关有制衡机制。此条规定很关键，这就意味着它的活动应该受制于刑法等刑事法律规范。第七，关联的相应调整：（1）第七节相应改为第八节，第一百二十三条至第一百三十八条相应改为第一百二十八条至第一百四十三条。（2）宪法总纲第三条第三款相应调修改为：“国家行政机关、监察机关、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。”（3）宪法第六十二条全国人民代表大会新增“选举国家监察委员会主任”作为第七项职权。（4）宪法第六十三条全国人民代表大会新增有权罢免的人员包括“国家监察委员会主任”。（5）宪法第六十五条第四款相应调整为“全国人民代表大会常务委员会的组成人员不得担任国家行政机关、监察机关、审判机关和检察机关的职务。”（6）宪法第六十七条全国人民代表大会常务委员会新增两项职权：一是监督国家监察委员会的工作，二是根据国家监察委员会主任的提请，任免国家监察委员会副主任、委员。（7）宪法第八十九条国务院的职权第八项将领导和管理监察工作移除。（8）与此同时，涉及县级以上地方人大、人大常委会和地方政府第101、103、104、107条也做相应的调整，即地方人大及其常委会有选举（或任免）、监督、罢免本级监察委员会主任、副主任和委员以及人大常委会组成人员的任职回避等职权；地方人民政府不再领导和

管理监察工作。

纵观《建议》，笔者发现涉及到国家监察机构及其运行的直接或关联条文近一半以上，足见本次修宪的确是着力处理此一议题。的确，新增一个全新的国家权力机构，从人大为首的“一府（国务院即人民政府）两院制”到“一府一委两院制”，这是国家组织机构的重大变迁，会导致权力机构的再架构、再平衡，可谓牵一发而动全身，不可不慎。⁴⁵⁾尽管，这些条款基本上回应了学界的关切，但质疑之声也未消失，有学者认为宪法修改要有所限制，甚至有人提出“修宪违宪论”的观点，指出制宪权主体在制宪时已经明确了某些条款不可修改，一旦对之修改就属于违宪，或等同于新的制宪行为。⁴⁶⁾至于设立国家监察委员会这一新的国家组织是否属于宪法修改的权力，则未形成共识，大部分学者主张如此做法应慎重，极少部分学者认为国家组织的架构不可修改、除非制宪。

与此同时，本次宪法修改的确有一个立法技术上的难题无法绕过，《建议》单列一节置于现行《宪法》第七节“人民法院和人民检察院”之前，宪法的篇章结构就会变化，实质上相当于“宪法修改”，用修正案的方式就未必妥当；同时，修订之后的宪法文本显然不同于之前的宪法文本，无论是宪法适用上还是学术研究上都会引致连锁的技术问题。⁴⁷⁾为将结构影响降至最低，笔者倾向于在现行宪法第七节（不含第134和135条）“之后”而非“之前”来规制监察委员会，即将《建议》中的前四条（第123-126条）调

45) 林彦. (2017). 从‘一府两院’制的四元结构论国家监察体制改革的合宪性路径, *法学评论*, 3.

46) 张千帆, “什么样的修宪不违宪?”, <http://www.ftchinese.com/story/001076470?page=rest>, 2018年2月28日访问。该文作者认为，宪法本身是一个规范等级秩序，有些规范是高阶规范，可以约束低阶规范，高阶规范不能轻易被修改，低阶规范也不能与之相抵触，比如涉及法治主义、权力制约、基本人权等规范往往是高阶规范，修宪权不可染指，其他的低阶规范不能与之冲突。

47) 马岭. (2017). 论监察委员会的宪法条款设计, *中国法律评论*, 6.

整为第134-137条；将第127条第1款调整第138条；原第135条调整为第140条，并将监察委员会第127条第2款列入，本条内容调整为：“人民法院、人民检察院、监察机关和公安机关办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”或者也可以将现行宪法第三章第七节调整为“人民法院、人民检察院和国家监察委员会”，增加条款但不独立设一节，这样对现行宪法的冲击力度是最低的，也可有效保障这三类机关开展工作时相互配合和相互制约。

VII. 《关于修改宪法部分内容的建议》及其他关联议题

《建议》刚刚公布，就引爆媒体和舆论，理论界、实务界，社会各界热议此一建议的内容。

首先，引发争议最大的就是取消国家主席、副主席任期限制问题。《建议》十四规定：宪法第七十九条第三款“中华人民共和国主席、副主席每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，连续任职不得超过两届。”修改为：“中华人民共和国主席、副主席每届任期同全国人民代表大会每届任期相同。”国家主席、副主席任期限制在八二宪法修订时，是作为党和国家领导人制度改革的亮点被写入宪法。⁴⁸⁾按照邓小平先生的观点，他认为文革后要逐步取消领导干部事实上的终身制和任期无限制。⁴⁹⁾多数学者对任期限制持赞成态度，认为八二宪法涉及任职限制的规定是值得肯定的。⁵⁰⁾国家主席在1954年宪法中是实权元首，经过文革的1975、1978直到

48) 彭真传 编写组. (2012). 彭真在主持起草1982宪法的那些日子里, *中国人大*, 24.

49) 周春滢, 付亚云. (2017). 邓小平对废除领导干部职务终身制的贡献, *四川文理学院学报*, 6.

50) 韩大元. (2017). 任期制在我国宪法中的规范意义：纪念1982年《宪法》颁布35周年, *法学*, 11.

1982年宪法将其转化为虚位元首，1989年之后鉴于执政党的权威人物日渐减少，为了更有效的实现统合、减少分歧，中国宪制逐步演化为中共中央总书记、军委主席和国家主席“三位一体”的一元化领导体制。⁵¹⁾须知，前述两个职位是没有任期限制的，事实上，因国家主席有任期限制，加上“三位一体”的最高领导人集于一人的不成文宪法变迁（翟志勇语）所形成的宪法惯例，⁵²⁾反向制约了前两种职位的任期，使其任期通常也限定在两届（每届任期五年）之内。事实上，从1993年后中央也的确基本上按照这一宪法惯例实现了一个最高领导人任职不超过两届的政治运行方式，比如江泽民和胡锦涛就仅任满两届国家主席，总书记和军委主席的任期也基本上维持两届即退。⁵³⁾本次修宪取消了国家主席的任期限制，势必让民众产生联想，未来“三位一体”的一元化领导机制可能任期超过两届、达到三届、四届甚至终身。

学界对此保持戒备甚至异议，多数民众也认为这近乎一个宪法上的倒退，可能导致权力长期集中在某一个人手中而不利于宪制的实效性展开。当然，持支持态度的学者也有，该学者认为：第一，取消任期两届制并不代表终身制或破坏任期制，事实上每届任期依然是五年，再次当选要全国人大投票决定；第二，中国是一党长期执政，集中统一领导可以防止扯皮，且新时期国内外形势复杂、中华民族复兴任务艰巨，需要一个稳定且坚强的领导核心。第三，当前很多问题、矛盾和斗争依然复杂，适当延长领导人任期有助于这些问题的解决。第四，三位一体机制下，总书记和军委主席没有任期限制，国家主席也应该取消任期限制，这样才有利于一元

51) 许丰. (2017). 对中国国家主席制度变迁的回顾与思考, *哈尔滨学院学报*, 4.

52) 翟志勇. (2015). 国家主席、元首和宪法危机, *中外法学*, 2.

53) 大公报, “国家主席, 再迎重大改革”,

<http://news.takungpao.com/paper/q/2018/0226/3545814.html?from=timeline>, 2018年2月28日访问.

化领导体制的长期运行。⁵⁴⁾然而，此一观点也有值得驳斥之处，即便维持一党执政地位的确重要，也不应该将其执政寄托在一两个领导人的个人威望和长期在位之上，此点邓小平先生早已明确指出：“如果一个党、一个国家把希望寄托在一两个人的威望上，并不很健康。那样，只要这个人一有变动，就会出现不稳定。”⁵⁵⁾的确，新中国历史上吃了这样的亏，因此单单出于长期执政的需要，并不能得出前述学者的结论。

其次，《建议》值得关注的重点还有关于中国共产党进入宪法正文的规定。《建议》五规定：宪法第一条第二款“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。”后增写一句，内容为：“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。”此一条款与八二宪法制定时的思路也不一样。中国共产党领导是否进入宪法当时是有争议的，主要有两派，一派认为不应该写入宪法，以孙治方等为代表，他认为，中国国家的一切权力属于人民，党的领导主要是政治领导、政策领导，而非法律领导，将其写入宪法易于引起误解，甚至会导致以党代政、党政不分的局面。⁵⁶⁾另一派主张写入，但如何写有分歧，最终大家比较认可彭真先生的观点，即仅写入序言、不写入正文。在序言中也以历史事实叙述而非规范表达的形式呈现，用以说明共产党的领导是历史选择的结果，寓理于实。⁵⁷⁾其实，无论是否载入宪法正文，中国共产党的领导不仅在序言中直接呈现，在正文中也隐含其中，代表性的条文就是《宪法》第一条，其中人民民主专政、社会主义制度都内涵着共产党领导的特质。本次修宪将其直接写入且用了规范效力不足抑或无法司法适用的表述“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质

54) 江宇. (2018). “如何看待宪法国家主席任期修改建议？几点初步回答”，2018年2月28日访问。

55) 邓小平. (1993). *总结历史是为了开辟未来*；参见邓小平文选（第三卷），人民出版社，11.

56) 龚刃韧，“梁漱溟与孙治方：中国宪法史上值得书写的两位人物”，

<http://www.ftchinese.com/story/001076252?from=timeline>，2018年2月28日访问。

57) 彭真传 编写组. (2012). 彭真在主持起草1982宪法的那些日子里，*中国人大*，24.

的特征”，实质上是不太有必要的，也易于破坏宪法的规范性。

再次，《建议》涉及到序言的修改内容总体而言还是比较丰富的，而这些修订总体上是可预期的，具体内容如下：（1）宪法序言第七段指导思想新增“科学发展观、习近平新时代中国特色社会主义思想”；（2）“健全社会主义法制”修改为“健全社会主义法治”；（3）增写“贯彻新发展理念”；新增社会文明和生态文明；序言第七段最后一句改成“把我国建设成为富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国，实现中华民族伟大复兴”；（4）宪法序言第十自然段中“在长期的革命和建设过程中”修改为“在长期的革命、建设、改革过程中”；（5）统一战线新增“致力于中华民族伟大复兴的爱国者”；（6）宪法序言第十一段将民族关系修改为：“平等团结互助和谐的社会主义民族关系已经确立，并将继续加强。”（7）宪法序言第十二自然段中“中国革命和建设的成就是同世界人民的支持分不开的”修改为“中国革命、建设、改革的成就是同世界人民的支持分不开的”；“中国坚持独立自主的对外政策，坚持互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处的五项原则”后增加“坚持和平发展道路，坚持互利共赢开放战略”；“发展同各国的外交关系和经济、文化的交流”修改为“发展同各国的外交关系和经济、文化交流，推动构建人类命运共同体”。正文中有两处修改与序言紧密相关，第一处是关于民族关系的：宪法第四条第一款中“国家保障各少数民族的合法的权利和利益，维护和发展各民族的平等、团结、互助关系。”修改为：“国家保障各少数民族的合法的权利和利益，维护和发展各民族的平等团结互助和谐关系。”第二处关于社会公德的，将第二十四条第二款修改为“国家倡导社会主义核心价值观，提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德”。前述涉及序言的修订，实为我国执政党政策的宪定化，基本上延续了前几次宪法修订的惯例展开的。

最后, 《建议》关于国家宪法宣誓制度的规定。《建议》九规定:宪法第二十七条增加一款, 作为第三款:“国家工作人员就职时应当依照法律规定公开进行宪法宣誓。”中国宪法宣誓制度源于2014年10月28日的中共十八届四中全会的《法治决定》, 2015年7月1日全国人大常委会以《关于实施宪法宣誓制度的决定》方式正式从法律上确立了该制度并于当年推进, 为此两易其稿, 在2018年2月24日, 全国人大常委会对宪法宣誓制度作出修订, 新誓词为:“我宣誓: 忠于中华人民共和国宪法, 维护宪法权威, 履行法定职责, 忠于祖国、忠于人民, 恪尽职守、廉洁奉公, 接受人民监督, 为建设富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国努力奋斗!”宪法宣誓制度对树立宪法权威、强化公职人员模范遵守宪法有仪式化的作用, 故而该制度理应在宪法修订时予以明确, 此点在理论界和实务界争议不大。

理论界除了认为必须在宪法中对国家监察体制予以规制外, 同时针对国家主席、副主席任期制延长、中国共产党领导进入宪法正文有所保留外, 却对如下几个方面保持修改的热情、并希望本次修宪能有所突破: 第一, 公共财产和私人财产一视同仁的予以保护, 不再区分前者神圣不可侵犯、后者只有合法的才依法给予保护。第二, 公民的表达自由和监督权(有的国家实为国务诉愿权)应在宪法上予以明确的界定且给予法律上的保障。第三, 设定合宪性审查的机构, 建立宪法审查制度。第四, 对农村集体土地和农民的承包土地、宅基地使用权之流转交易设定更为市场化的宪制政策, 释放集体土地的产权活力。第五, 也有人认为应该将市场在资源配置中起决定性作用在宪法正文中有所呈现, 进一步完善宪法的社会主义市场经济调控。第六, 甚至有人极为细致的提出了鉴于我国已经设立了两个特别行政区, 故而对宪法第30条第1项的内容应调整为:“中华人民共和国的行政区划如下: (一) 全国分为省、自治区、直辖市和特别行政区。”

无论是学界还是当局对本次宪法的修改，都极为审慎。中国学界的态度是最低限度修订的原则，当修的必须修，否则就会导致“重大改革于法无据”，宪法是根本法、于宪无据是对法治的最大破坏。当局则担心宪法修改过多可能会撕裂社会，导致宪法权威降低，最终导致自己执政威信降低，从而引发社会争拗，反倒不利于当局法治化的开展工作，故而选择小修。这种底线共识的内容和动机是有差别的，甚至有点南辕北辙，但是正因如此，当局也客观上会控制自己的修宪冲动，将学界不太赞同的修改设想悬置，尽可能做一个未来能被学界和公众大多数认同和支持的宪法修改，除了国家主席任期限取消为学界所诟病外，本次修宪的建议也基本上符合了当局的目标设定、部分回应了学界的呼声。当然，程序正义是法治第一正义，此番修宪在程序和公开上的确值得指摘，其持续影响如何，有待观察。

VIII. 结语

中共十九大报告的确有不少新主张、新制度和新思维，值得在宪法上予以回应。目前官方和民间基本上形成了共识，即本轮修宪依然是小部分的修改，采取“修正案”的方式来修改，能不改的尽量不改。然而，中国宪法的第五次修改却涉及到文本的整体结构，除了序言之外，正文的修改和增删幅度也很大，超出了前四次修改的体量，尤其是最后一部分“国家监察委员会”有五条之多，且相关的调整也涉及数十条，足见本轮修改无疑将成为1982年宪法实施以来最大的一次修改，实难称之为“小修”。如此，学界的确对之有所批评，但其无法力挽之势已然形成，而后期的政治影响如

何，仍不得而知。

此外，中央十九大报告的一个亮点就是“推进合宪性审查工作”，然而笔者认为，此一议题涉及太多复杂和繁复的宪法实施和监督问题，故而，本次修宪未予涉及。中国的宪制发展与变迁有其特定的轨迹，那就是其一切主动的积极的所谓发展和进步都是执政的中国共产党所发起、引领和推动的，其每一步的变迁和演化都在执政党的视野和预设之内，其实质上也是执政党的执政纲领和政策、治国理政的方略之法律化、制度化或曰宪法化。故而，中国的法治进程也是沿着执政党拟定方针政策——再进入宪法规范——最后细化为法律规范的脉络传导，呈现出党导法治国的发展模式，这种模式显然不是西方式通识性宪政模式、而是中国式宪政，其正当性基础如何、学界可进一步争鸣，但其独特的标本价值和意蕴、却未必已然为中西学界所充分认知和深入探究，这方面值得作业的课题很多，期待吾侪倾注心力、多角度研究。

References

- 林来梵. (2015). *宪法学讲义*, 北京: 法律出版社.
- 林来梵. (2017). *从宪法规范到规范宪法*, 北京: 商务印书馆.
- 阚珂. (2017). *人民代表大会那些事*, 北京: 法律出版社.
- 蔡定剑. (1991). *国家监督制度*, 北京: 中国法制出版社.
- 刘山鹰. (2017). *宪法变迁的内在逻辑*, 北京: 中国政法大学出版社.
- 余军. (2017). *中国宪法司法适用之实证研究*, 北京: 中国政法大学出版社.
- 韩大元. (2017). *宪法思维四讲*, 北京: 中国人民大学出版社.
- M, 佩里. (2017). *慎言违宪*, 北京: 清华大学出版社.
- 格奥尔格·耶利内克. (2012). *宪法变迁与宪法* 柳建龙译, 北京: 法律出版社.
- 秦前红. (2017). *宪说宪道*, 北京: 中国政法大学出版社.
- 童之伟. (2015). *国家结构形式论*, 北京: 北京大学出版社.
- 苏力. (2018). *大国宪制: 历史中国的制度构成*, 北京: 北京大学出版社.
- 王世杰·钱端升. (2010). *比较宪法*, 北京: 商务印书馆.
- 黄钟. (2016). *帝国崛起病: 权力制约与大国兴衰*, 北京: 中国文史出版社.
- 卡尔·施米特. (2016). *宪法学说* 刘锋译, 上海: 上海人民出版社.
- 许娟·伊士国. (2009). 由中共新党章修正案看中国宪法的修改趋势, *河北学刊*, 4.
- 储著武. (2015). 文化人与新国家: 1949年文化界在协商建国中的作用, *当代中国史研究*, 4.
- 柯华庆·刘荣. (2015). 立宪党导制, *战略与管理*, 7.
- 常安. (2010). 摸着石头过河'与'可改可不改的不改: 改革背景下的当代中国宪法变迁, *法律科学*, 2.
- 夏勇. (2003). 中国宪法改革的几个基本理论问题: 从改革宪法到宪政宪法, *中国社会科学*, 2.

- 林来梵. (2014). 转型期宪法的实施形态, *比较法研究*, 4.
- 任剑涛. (2006). 政治决断、政治行动与制宪权: 施米特、阿伦特革命解释的效度分析, *思想战线*, 5.
- 吴彦. (2002). 法秩序与政治决断: 有关‘政治宪法学’的批判性检讨, *开放时代*, 2.
- 庞远福. (2016). 论宪法中的‘改革’国策条款: 规范形式、类型划分及其功能, *学术研究*, 3.
- 马怀德. (2016). 国家监察体制改革的重要意义和主要任务, *国家行政学院学报*, 6.
- 曾萍. (2004). 宪法修改的主要特点, *法学*, 4.
- 李红勃. (2017). 迈向监察委员会: 权力监督中国模式的法治化转型, *法学评论*, 3.
- 王宏英. (2015). 新中国宪法史与协商民主制度的发展, *国家行政学院学报*, 6.
- 徐锋. (2017). 社会主义协商民主: 人类民主政治探索的中国方案, *中央社会主义学院学报*, 6.
- 邹突. (2014). 徘徊于我国宪法的两个文本之间: 对宪法文本正当性和实用性的检视, *四川大学学报*, 3.
- 武建军. (1994). 关于中国宪法修正的若干问题, *政法论坛*, 6.
- 郝铁川. (1996). 论良性违宪论, *法学研究*, 4.
- 叶海波. (2017). 国家监察体制改革的宪法约束, *武汉大学学报*, 3.
- 童之伟. (1996). ‘良性违宪’不宜肯定: 对郝铁川同志有关主张的不同看法, *法学研究*, 6.
- 曦中. (1998). 对‘良性违宪’的反思, *法学评论*, 4.
- 丛文胜·刘华. (2014). 成立国家安全委员会的宪法思考, *国防*, 11.

- 肖巧平·李威武. (2015). 从中央国家安全委员会的困境论国家安全委员会的宪法规制, *时代法学*, 4.
- 马岭. (2017). 监察委员会的设立与人大制度的完善与宪法修改, *苏州大学学报*, 4.
- 马岭. (2017). 论监察委员会的宪法条款设计, *中国法律评论*, 6.
- 秦前红. (2017). 全国人大常委会授权与全国人大授权之关系探讨: 以国家监察委员会为研究对象, *中国法律评论*, 2.
- 童之伟. (2016). 将监察体制改革全程纳入法治轨道之方略, *法学*, 12.
- 胡锦涛. (2017). 论国家监察体制改革语境下的宪法修改, *北京行政学院学报*, 5.
- 杨建顺. (2017). 国家监察体制改革十大课题, *中国法律评论*, 6.
- 秦前红. (2017). 困境、改革与出路: 从‘三驾马车’到国家监察——我国监察体制改革的宪制思考, *中国法律评论*, 1.
- 韩大元. (2017). 国家监察体制改革中的若干宪法问题, *法学评论*, 3.
- 陈光中·邵俊. (2017). 我国监察体制改革若干问题思考, *中国法学*, 4.
- 莫纪宏. (2017). 国家监察体制改革要注重对监察权性质的研究, *中州学刊*, 10.
- 夏金莱. (2017). 论监察体制改革背景下的监察权与检察权, *政治与法律*, 8.

Manuscript received: Feb. 14, 2018; Review completed: Feb. 26, 2018; Accepted: Mar. 06, 2018