

法实施包括宪法遵守、宪法执行与宪法监督三个大的方面,而且实施的内容也不仅包括宪法文本,还包括其原则与精神。然而,根据上述认识,“宪法的实施是指公权力部门依据宪法作出的国家行为。”〔3〕两者之间显然有很大不同。后者具有典型的国家中心与司法中心倾向;〔4〕宪法实施的主体是国家公权力机关,而实施的主要方式是法院的司法审查。这显然是窄化了宪法实施及对它的理解,对于制定法国家而言,全民守法、政府执法与法院司法在不同程度、不同层面上何尝不也是宪法实施呢?因而,源于英美的司法审查,作为普通法发展的一个重要方面,因其典型的国家中心与司法中心倾向,对其他国家的普适性,可能就存在问题。所以,西方违宪审查理论可以给我们启发,但不应该导致遮蔽。我们应该探索新的可能。

对于中国而言,我们固然承认宪法监督无力是宪法实施不佳的一个重要原因,但问题在于,宪法实施是否一定全是国家公权力的事儿而与公众无关,宪法监督是否一定要建立类似于英美的司法审查制度?最起码就当前的情况而言,其答案并不确定。第一,即便设置专门的违宪审查机构,是赋予现有法院违宪审查权、设置专门的宪法法院,还是在全国人大下设置专门的宪法审查机构,亦或是探寻其他方式,我们都面临着充分开放的各种选择和可能。过早地认定某一个选择并视之为唯一选项,等于堵塞了探索之路,可能并不明智。第二,宪法的优长并不在于革新与变化,而在稳定与保障,那么,在设置各种新的宪法监督机构之前,或者建立新的宪法监督、违宪审查制度之前,现有的宪法监督制度是否被激活了,是否被发挥了其最大的潜力;在发挥了最大潜力之后,它能否解决问题;如果不能解决,是出台升级版还是寻求替代品?也都是我们首先要研究和解决的问题。一言以蔽之,我们有无可能建立中国特色的宪法实施与监督制度?这值得有理想的中国法律学人做出真实的努力。

但无论如何,将一个复杂、动态而多变的法治实践或宪法实践的宪法实施问题,简单化为是否符合一个或几个“权威”的理论教条,美其名曰是否与国际“接轨”或“达标”,然后再以此肯定或批判实践,这种“达标论”究竟是反映了我们心态的开放与虚怀若谷,还是在现实把握与理论思考上的无能为力与缺乏自信呢?真的需要好好思索了。

宪法实施的中国问题

王 彬(南开大学法学院讲师)

一 宪法实施的“范式迷思”:违宪审查还是宪法诉讼

自齐玉苓案以来,宪法司法化的问题得到宪法学界前所未有的关注,这场大讨论为中国宪法学的发展带来前所未有的知识增量。这一案件不仅仅使人们开始关注宪法权利与民事

〔3〕 张千帆:《宪法实施的概念与路径》,《清华法学》2012年第6期。

〔4〕 国内也有学者以宪法解释为例,将这种现象形象地总结为“机关崇拜”。参见王旭:《我国宪法实施中的商谈机制——去蔽与建构》,《中外法学》2011年第3期。

权利的关系、宪法权利的司法救济等问题,更为重要的是,这场大讨论让人们更为深入地认识到全国人大及其常委会和最高人民法院在宪法解释和违宪审查上的复杂关系问题,这使一个普通个案中的宪法实施问题演化为关于权力安排的宪法改革问题,但是,这场讨论让中国的宪法学研究走入一种悖论式的误区。即这个案件的讨论虽在宪法学界形成“宪法必须实施”的共识,然而,这场讨论并没有在中国宪法文本的框架下立足于中国现有的政制(regime)结构研究中国宪法的实施问题,而事实上是在抛开中国宪法文本探讨西方某种宪法理念在中国的实现问题。这种悖论式的误区让中国的宪法学不断重复着一种“范式迷思”:一方面中国宪法学人一直期待着中国马伯里的出现,等待戈多式地憧憬着终会降临的“宪法时刻”,希望通过里程碑案件来启动宪法实施,使纸面宪法走向“活的宪法”;另一方面借用西方的理论资源努力构建“生活在别处”的中国宪法学说,甚至时刻准备着为协调司法审查与人大制度的矛盾,以解决中国式的“反多数难题”。这种悖论式的学术探索只能让我们慨叹:我们在强调认真对待“宪法实施”时,却忘记了要认真对待“中国宪法”。所以,在当下探讨“依宪治国”或者宪法实施问题,整理宪法司法化大讨论留下的思想遗产,应当具有这样的理论自觉。用一句话来说,就是在中国宪法文本的框架下来探讨宪法实施问题,在中国的政制结构下探讨宪法解释问题。

事实上,“宪法司法化”的提法隐含着巨大的话语陷阱,即“宪法司法化”这个概念究竟是指什么——是指将宪法作为法律渊源由法官在司法审判过程中援引宪法条款的“法律适用”问题,还是法官根据宪法条款对法律法规提起“违宪审查”问题。如果不对西方国家宪法司法化的政治理念、表现形式及制度条件进行深入考察,我们容易将两者混淆。这一概念的语义模糊赋予学者无限的学术想象,最终让中国宪法学走向“范式迷思”,美国模式、德国模式、法国模式等作为中国宪法实施的范式闪亮登场,而真正的中国宪法在此缺席。法国宪法学者豪利奥(Hauriou)关于宪法的分类有利于我们揭开“宪法司法化”的迷雾,他把宪法区分为调控国家机关权力关系的“政治宪法”和构成公民契约的“社会宪法”。〔1〕当国家机关权力冲突或者公民权利受到国家权力侵害时,宪法的功能在于调控国家权力的关系,这种解决纠纷的机制通常称为违宪审查,违宪审查在不同的制度背景下可以由司法机关或立法机关来判定立法和国家行为是否违宪。当公民的宪法权利受到来自其他公民或社会组织侵害时,宪法的功能在于救济公民权利,法院需要启动宪法保护机制,这种解决宪法纠纷的机制通常称为宪法诉讼。就西方经验来看,违宪审查与宪法诉讼并非天然合一。美国采取了违宪审查与宪法诉讼合一的“司法审查”模式,这与美国分权制衡的政治结构和宪法精神是分不开的。即使在美国,按照美国克制主义的司法哲学,为防止司法权向立法权的僭越,法官对宪法的解释也必须符合“穷尽救济原则”、“政治回避原则”等极为严格的条件。〔2〕

违宪审查与宪法诉讼的区分是在中国政制结构下探讨宪法实施的理论基点,但是,宪法司法化的话语陷阱显然遮蔽了这一基点,而是采用法律政策学的话语策略,希望借助于宪法司法适用解决社会所面临的问题,从而带来了司法权扩张的种种本能冲动,“这意味着主张将现在由全国人大及其常委会掌握的宪法监督实施权和全国人大常委会掌握的宪法解释权都转移到最高法院手中,意味着可以对全国人大或其常委会的立法进行合宪性审查,意味着

〔1〕 张千帆:《西方宪政体系》(下册欧洲宪法),中国政法大学出版社2001年版,第73页。

〔2〕 参见蔡定剑:《宪法司法化的实施之路》,《法学研究》,2005年第5期。

最高国家审判机关取得与最高国家权力机关相同或平等的宪法地位”。〔3〕但这本身是以一种违宪的方式推动中国宪法实施,所以,我们应当根据当下中国宪法文本中关于宪法实施的规定,基于中国当下的宪法机制来推进宪法实施,而不应当基于社会改革或者法律移植的需要来实现宪法司法化。

二 宪法实施的政制前提:议会至上还是宪法至上

宪法适用的前提是宪法实施机制和现有政治体制的衔接问题,而这根本上关涉到现行政治体制安排的政治哲学依据问题,即首先要解决宪法实施主体的正当性问题。以中国宪法文本为中心,在中国宪法文本所表达的政治哲学背景下构建中国的宪法解释体制和宪法解释技术,是推进中国宪法实施的基础性条件。

西方宪法解释体制基本是根据人民民主理论和自由宪政理论进行设计的。人民民主理论认为,人民是宪法的创制者,理应由人民来决定宪法的含义。在近代,社会契约理论确立了人民公意的至上地位,认为只有人民才能组成立法机关行使立法权。在近现代社会,民主并非意味着人民亲自进行统治,往往都通过代议制的形式来实现人民的统治,即由人民选举委托的代表组成政府来代替人民统治,在代议制民主模式下,法律作为人民公意的体现又转换为多数人意志的体现。为防止独裁和专制,分权理论强调权力分立,但是,在人民公意至上的前提下,司法权只能服从于立法权,法官只能担当立法者代理人的角色,因此,人民民主强调了人民主权的不可转移性和人民公意的至上性,对多数民主报以信任态度,但同时又对法官报以怀疑态度。根据人民民主的理论逻辑,议会具有至上的政治地位,同时也是宪法最好的解释者。

根据自由宪政理论,人民民主理论蕴含着深刻的危险,不受约束的“人民”同样会产生民主的暴政。另外,“人民”这个概念具有抽象性和虚幻性,因此,人民意志本身就是一种假定,它只能假定公民拥有平等的政治参与权,只能依赖于人民主权这个抽象概念作为政策或决定的正当性来源,而并不能告诉我们任何经验性的可操作性成分。因此,在议会至上模式下,对作为宪法解释机关的立法机关缺乏有效制约和监督,作为抽象性的人民意志在宪法解释过程中无法判断。基于对多数民主的不信任,自由宪政理论奉“宪法至上”为圭臬,即任何机关都必须服从于宪法和法律,独立的司法机关为发挥对其他机关的监督制衡功能,具有解释宪法的权力。

事实上,无论是人民民主理论还是自由宪政理论,都是基于对多数民主或怀疑或信任的理论假定。按照启蒙哲学,多数民主的目的是为了捍卫作为自然权利的个体权利,真正代表多数的民主统治势必包含着对少数人权的保障。但是,多数民主与少数权利的统一只是自然法意义上的应然状态。因此,西方的宪政体系将对多数保持信任的民主观念与对多数保持怀疑的分权逻辑融合在一起,使西方的宪制结构处于多数与少数的紧张关系中。基于对多数民主的信任,自然法和社会契约的论证方式确立了议会至上的观念,而基于对多数民主的不信任,分权制衡的理论逻辑则确立了司法审查的制度。

基于不同的政治哲学,西方国家设计出不同的宪法解释体制,而问题的关键是,我们应

〔3〕 童之伟:《宪法司法适用研究中的几个问题》,《法学》2011年第11期。

当根据怎样的政治哲学设计中国的宪法实施机制?对此,我们不能求助于任何西方理论,因为法律作为一种民族精神无法照搬照抄,我们只能基于中国现有的宪法文本寻找宪法适用的共识,而不能基于西方的政治哲学理论来论证中国宪法制度的正当性。“因为我们所理解的宪法是在国家的政治生活中发挥作用的宪法,而不是在知识考古学意义上来理解的某种政治理念”。〔4〕中国的宪法文本是确认“人民共和国”政治理念和规范国家政权组织形式以及载明公民基本权利的文字载体,关于宪法实施机制的正当性论证自然须通过对中国宪法文本的解释来完成。如果我们只会套用西方宪政主义者的认识模式,必然会痛苦地发现我们所津津乐道的原理、规范和现实格格不入。

就宪法的确认功能而言,我国宪法序言确立了我国政权的正当性与合法性,将现行政治状态的正当性建立于革命与改革的基础之上,确认了“人民共和国”的政治理念,确认了人民统治自己的政治状态。通过对“中国人民”和“中国共产党”两个要素的强调,说明了组织化的人民才是主权者。就宪法的规范功能而言,我国宪法规定了政权的组织形式,在规范意义上确立了人民如何统治自己的政治原则。因此,尽管在历史意义上,制宪者先于宪法而存在,存在具体的制宪者;但是,在逻辑意义上,宪法先于人民共和国而存在,人民共和国按照宪法文本设计的政治原则而运作,宪法文本是人民共和国政治理念的持久表达。因此,以宪法文本为中心建立宪法实施机制,并不意味着对宪法的适用和解释要关注随具体情形而不断变化的立法者,而是要根据宪法文本中“人民共和国”的政治理念和政治设计来运用宪法解释技术,在这个意义上,宪法至上和人民至上是统一的。因此,在中国的宪制结构下,并不存在西方意义上多数民主与规则之治的矛盾、人民民主与分权制衡的悖论,所以,以西方议会至上的理论来反对中国宪法的司法化或者以西方司法审查与民主的矛盾来论证中国的宪法司法化只能是无根游谈。

无论是宪法的“确认”还是“规范”,我国宪法序言明确确立了“宪法至上”的政治原则。尽管我国宪法规定了全国人民代表大会是最高国家权力机构,但是,这仅仅意味着它是最高立法和决策机关,它的权限本身由宪法赋予和限定,我国宪法的政治原则是宪法至上,而不是议会至上。以宪法至上作为政治原则构建我国的宪法实施机制,要以现行宪法文本作为共识的前提下,以我国现有的政制结构作为推行宪法实施机制的当然前提,以我国宪法序言、宪法第62条、第67条、第126条为基础开展相应的制度建构,即在坚持全国人大及其常委会拥有违宪审查权和宪法解释权的前提下,将全国人民代表大会及其常务委员会和最高人民法院同时作为宪法的实施机关,并通过宪法实施的解释技术来落实法院对宪法的实施。〔5〕

三 宪法实施的解释技术:宪法解释还是合宪性解释

立足于中国的宪法文本,违宪审查意义上的宪法司法化在中国的权力构架和规范逻辑

〔4〕 强世功:《基本权利的宪法解释:以齐玉苓案中的受教育权为例》,载《宪法与公民》,上海人民出版社2004年版,第17页。

〔5〕 我国宪法学界已经聚焦于宪法文本对我国的宪法实施机制问题展开宪法释义学的论证,具体表现为韩大元教授以宪法第126条(审判权条款)为基础提出的方案(参见:韩大元:《以宪法第126条为基础寻求宪法适用的共识》,载《法学》2009年第2期);翟小波以宪法序言、第62条和第67条为基础提出的方案,(参见:翟小波:《论我国宪法的实施机制》,中国法制出版社2009年版,第55-58页)。

下是不可能的,因为违宪审查必须通过宪法解释而进行,而按照我国《宪法》第 67 条,宪法解释权明确而专属地授予全国人民代表大会常务委员会,在这种情况下,司法机关无法染指违宪审查。同理,无解释则无适用,在没有宪法解释权的情况下,法院也无法适用宪法解决宪法诉讼,宪法解释意义上的宪法司法化在中国的权力构架下也无可能。但是,这并不意味着我国不具备法院实施宪法的“体制空间”。

在以宪法至上作为基本原则的法律体系背景下,法官即使无对下位法进行违宪审查的权力,法官也有将宪法精神贯彻于法律体系中的宪法义务,即法官有权审理“法律的合宪性解释”层面的宪法案件。宪法作为“高级法”,宪法中的基本权利条款作为基本的价值秩序对部门法必然具有辐射效力,所以在法官进行法律的合宪性解释的情况下,法官虽不能直接适用宪法,但事实上可以间接适用宪法。所谓“合宪性解释”,是指在确立违宪审查权由专门机构行使的国家,普通司法机关在适用法律时,如果发现在法律规范的文义射程内无法做成合乎宪法的解释,则需要提交专门机构进行违宪审查,为尽量避免法律违宪的裁决,司法机构在法律的“合宪性推定”的前提下做成合宪性解释。因此,合宪性解释是约束法官自由裁量、确保权力界分的法律解释方法。根据西方学者的整理,合宪性解释存在三种解释规则:“一是单纯的解释规则,指宪法相关规定应在法律解释时直接发生一定影响;二是冲突规则,指在数种可能的法律解释中应优先选择与宪法内容相符者;三是保全规则,指当法律有违宪疑虑而有数种解释可能性时,应选择最不违宪的解释。”〔6〕因此,就合宪性解释的对象和规则而言,合宪性解释属于法律解释,而非宪法解释。

尽管合宪性解释方法的运用必然涉及到法官对于宪法的认识,但是,法官通过运用教义学意义上的法律解释技术能够最大限度地抑制法官进行宪法解释的冲动。正如孙斯坦所说,“在任何情况下,任何宪法解释体制都必须与司法自由裁量权的风险密切协调起来。制定解释规则的目的是为了使这些风险最小化。”〔7〕所以,在中国政制结构下推动宪法实施,当务之急是形成法律共同体所共享的法律方法论,并形成知识范式的示范效应,以追求法官在进行法律解释上的共同理解,通过启动宪法教义学最大限度地降低司法权扩张的危险。

宪法既具有政治性,也具有法律性,这在宪法学界已经形成共识。因此,在中国政制结构下推进中国宪法的实施,需要充分利用宪法所表达的政治理念凝聚政治共识,同时又必须通过宪法教义学的知识建构凝聚法律共识,才能真正赋予中国宪法持久的生命力。

〔6〕 苏永钦:《合宪性控制的理论与实际》,月旦出版社有限公司 1993 年版,第 111 页。

〔7〕 凯斯·R·孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社 2004 年版,第 202-203 页。