

民主宪法的工程学

李少文

内容提要:从社会契约理论推导出的民主宪法凝聚了人民的意志,表征民主、组织国家、维持民主是其使命。宪法工程学兴起于新兴民主国家制度选择的实践,它能够回应宪法与民主的关系,阐释民主如何在宪法之中加以贯彻,亦发现宪法如何控制民主。它是理解宪法内涵、实现宪法效力与发挥宪法功能的新的理论路径。这种路径不仅包括了设计民主的逻辑,也涵盖了宪法如何通过制度结构和组织功能维持政治过程的运作并促进审议民主,如何通过政治活动参与者与宪法的互动关系确保宪法效力并推动宪法发展。通过厘清乃至建设宪法工程,宪法作为根本法的地位和功能才能完全彰显。宪法工程学广泛运用于宪法建立国家和民主转型的过程之中,也是理解民主运行的思路,它充分体现了宪法的结构性特征和组织化功能,通过设计民主制度并控制民主过程实现宪法的目标。

关键词:宪法工程 民主宪法 制度技术 政治过程 宪法设计

李少文,中央党校政法部讲师。

人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府,还是他们永远要靠机遇和强力来决定他们的政治组织?

——汉密尔顿^[1]

在现代政治结构之中,宪法被推至一个极其崇高的地位,甚至发展出了“宪法爱国主义”理论而将其高度神圣化,^[2]但我们对于宪法的内在结构及其功能的理解并不充分。

[1] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程如逢等译,商务印书馆1980年版,第3页。

[2] 参见[德]冯·多尔夫·斯登贝格:《宪法爱国主义》,陈克勋、赖骏楠译,《清华法治论衡》2009年第2期,第514-516页;[德]扬·维尔纳·米勒:《宪法爱国主义的一般理论》,徐霄飞译,《清华法治论衡》2009年第2期,第200-232页;翟志勇:《中华民族与中国认同——论宪法爱国主义》,《政法论坛》2010年第2期,第3-19页。

中国宪法学产生的诸多理论争议,^[3]全面深化改革过程中的许多措施,^[4]都试图直接回应宪法在统治结构和治理体系之中应当置于何处、居于何种地位的问题。现代宪法具有强烈的民主性,正是因为从社会契约理论所推导的宪法是民主宪法,它凝聚了人民的意志。所以,自宪法诞生以来,表征民主、组织国家乃至实现民主,都是其使命,也是其不可或缺的内容。宪法的根本性在于既要让人民实现其国家主人的地位,又要让人民服从于宪法的统治,前者要求通过民主制度和规范体现人民的地位,后者要求宪法体现民主性,让所有的权力运行和公民利益表达纳入到宪法之下、法治之中。我们十分关注宪法中的“人权法”,却常常忽视宪法中的“国家组织法”,没有能够充分发掘宪法的结构性特征和组织化功能,后者恰是宪法实现和确保民主之“通道”。宪法工程学试图回答的正是民主宪法如何实现其根本法地位、发挥其根本法功能,它是理解宪法内涵、实现宪法效力与发挥宪法功能的新的方法与路径。

然而,中国宪法学对宪法工程仍然十分陌生。在世界范围内,宪法工程学也是十分年轻的。它起源于美国政治学,新兴民主国家的制度选择催生了这一理论的问题意识,为政治学开辟了一个新领域。同时,它也与宪法学交汇,属于实践性较强的交叉领域,但其内涵仍待进一步开发。笔者最初在政治宪法的框架之下思考根本法实证化与实践的问题,后来逐渐走向反思狭义政治宪法的进路,从宪法内在逻辑及其效力形态的角度分析宪法秩序形成,宪法工程成为适用于理解宪法内涵、地位与功能的研究理路。这种路径不仅包括了设计民主的逻辑,也涵盖了宪法如何通过制度结构和组织功能维持政治过程的运作并促进审议民主,如何通过政治活动参与者与宪法的互动关系确保宪法效力并推动宪法发展。笔者先是从宪法工程的具体和现实问题入手进行了一些研究,^[5]再来反思它的方法论资源。^[6]本文的任务是进一步改造宪法工程理论,说明它如何体现宪法的根本法地位和功能,尤其是它如何实现和控制民主,从而表明宪法工程学的目标、旨趣与主要逻辑。

一 宪法工程的问题与宪法工程学的兴起

汉密尔顿在《联邦党人文集》的开篇提出了一个至今仍为人深思的命题:“人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府,还是他们永远注定要靠

[3] 政治宪法学和规范宪法学的论争除了针对宪法学研究范畴之外,其实还聚焦于将宪法的功能置于何处。双方的理论立场以及有关论争可参见陈端洪、林来梵、高全喜:《政治宪法学与规范宪法学“对话”实录》,《公法研究》2011年第2期,第469-505页;李忠夏:《宪法与政治关系的时代命题——中国“政治宪法学”的解读与评析》,《中国法律评论》2016年第1期,第116-136页。

[4] 例如有关宪法实施的概念与内容的争议,参见张千帆:《宪法实施的概念与路径》,《清华法学》2012年第6期,第19-25页;韩秀义:《中国宪法实施的三个面相——在政治宪法学、宪法社会学与规范宪法学之间》,《开放时代》2012年第4期,第52-72页;翟国强:《中国宪法实施的双轨制》,《法学研究》2014年第3期,第82-94页;殷啸虎:《当代中国宪法实施的政治路径》,《法学》2014年第11期,第72-78页。

[5] 参见李少文:《论香港提名委员会制度的民主属性》,《原道》2015年第3辑;李少文:《论政党初选机制的民主效果——宪法工程的运用》,北京大学2016年博士学位论文。

[6] 李少文:《宪法工程:一种宪法学方法论》,《法学评论》2017年第1期,第36-45页。

机遇和强力来决定他们的政治组织?”^[7]如何设计政府,是贯穿美国立宪过程的主线。而政体的优劣之辩,更是政治哲学的经典命题。实际上,设计一部良好的宪法,设计一个民主的制度,从来没有离开过人类文明探索的主题。在“第三波”民主化运动后,新兴民主国家进行民主模式的选择,面对着如何设计宪法的问题:新修改或制定的宪法中,究竟设计何种制度才有利于实现民主、有利于巩固民主?从理论的逻辑推演,进一步要问的是,宪法与民主的关系是什么?如何通过宪法来保证民主过程的运作,或者说宪法如何控制民主过程?设计民主又对宪法的品格提出了何种要求?这些思考直接催生了政治学和宪法学所共同关注的宪法工程(constitutional engineering)。

宪法工程作为一种理论框架和方法提出来的历史并不久远。乔万尼·萨托利(Giovanni Sartori)可以说是最早使用这个概念的学者,面对政治实践的迫切需要,他将工程学的概念和思维引入了政治学。^[8]在后来的名著《比较宪法工程:对结构、动机和结果的研究》中,萨托利对宪法工程的概念和内容进行了梳理,厘定了它的主要问题域和研究方法。他在该书序言中说:“宪法首先要像一台机器,它必须要能够‘运作’并产生结果。其次,除非运用边沁所说的赏与罚两项发动机,宪法这台机器似乎就不能按照其目标来运作……要将宪法当做以激励机制为基础的结构来设计和建造。”^[9]

萨托利提出了一种重新理解宪法的思路,他反对“胸怀大志的宪法”,主张将宪法严格界定为“合乎治国之需求的架构及其相关内容”。他也反对包罗万象的宪法,反对“把那些应由普通立法规定的东西拉到宪法中来”,“我们越是制定无所不管的、承诺一切的宪法,我们就越加速了宪法的违背与崩溃。”在萨托利的宪法工程理论中,宪法首先是一些程序,试图通过这些程序来确保权力行使受到控制,而且宪法的内容必须是中立的,并将决策的权力交给决策机构——国会和政府。^[10]萨托利认为将宪法回溯到古希腊和古罗马并不能达成什么有用的目的,事实上,古希腊和古罗马所用的概念都与我们现在所称的宪法无关;早期宪法并没有大幅人权条款——最早的成文宪法是弗吉尼亚、马里兰和宾夕法尼亚三州于1776年制定的宪法,尽管它们包括了人权条款,但主要内容仍然是关于政府的设计或框架;1787年费城制宪会议所建议的也只是政府架构,只规定了这个主要部分。权利宣告并非是宪法的必要部分,没有人权宣言的宪法仍然是宪法,但如果核心内容和基础内容不涉及政府框架的宪法就不是宪法;可以肯定甚至无需言说,宪法是自由政府的设计或框架。^[11]

将宪法回归到其原初意义,正是校正目前重视宪法作为“人权法”的思路。站在宪法工程的角度,宪法具有强烈的结构性特征和组织化功能,这些特性来自于推导宪法的契约理论。它决定了我们在发现宪法地位以及捕捉宪法效力时,必须回到制度内涵的逻辑以

[7] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程如逢等译,商务印书馆1980年版,第3页。

[8] Giovanni Sartori, *Political Development and Political Engineering*, *Public Policy*, Vol. 17 (1968), pp. 261-298.

[9] Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York: New York University, 1997, preface to the first edition.

[10] Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York: New York University, 1997, pp. 197-201.

[11] Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York: New York University, 1997, pp. 195-196.

及回到政治过程之中,发现宪法确立的民主形式,发现宪法如何维持乃至促进民主的运作,尤其是注重发现宪法如何促进审议民主。就宪法自身的表现形式和作用方式而言,萨托利就提出,宪法是一套程序框架,也是一种动力机制,为政治活动参与者提供激励和约束的条件。这种作为程序框架和动力机制的宪法才是形成宪法秩序的基础,宪法也因此演变成为一个机器,成为一项可设计的工程。当这样理解宪法的时候,我们就能预测宪法的功能,预测宪法设计与改革的效果。

宪法工程学的另一力作是唐纳德·霍洛维茨(Donald L. Horowitz)对南非宪法设计的分析。他在1991年出版的《一个民主的南非? 分裂社会中的宪法工程理论》一书中,就围绕民主制度来建立他的宪法工程理论,可谓是宪法工程经验研究的经典之作。^[12] 在霍洛维茨看来,宪法就是民主制度选择的载体,也是建立民主体制的最主要变量。而在宪法之中,选举制度、立法与行政的关系又是主要的影响因素,它们是分裂社会里实现、维持和巩固民主的主要制度基础。与之类似的是阿伦·利普哈特(Arend Lijphart)的讨论,他将其共识性民主的主张与选举制度紧密结合起来,认为民主的表现形式是宪法工程的结果,例如共识性民主与比例代表制之间就存在着直接对应关系。^[13]

概言之,肇始于“第三波”民主化运动以后新兴民主国家制度选择的理论思考与经验分析,宪法工程学重新厘定了宪法与民主的关系——宪法不再是高高在上的规范性文件,也是落实民主并且巩固民主的必要条件。它揭示了宪法对于实现民主的基础性地位和作用,围绕民主制度来界定宪法的角色与功能,认为宪法制度与政治活动参与者的关系是形成宪法秩序的重要动因。这就将民主与宪法做了某种对接,构成了进一步讨论民主设计中的宪法问题的基本框架。它强化了民主的“可设计性”,实际上也是将宪法的最大政治效能发挥出来,以制度来吸纳或映射宪法“政治法”的属性。从政治学发展起来的宪法工程学适用于民主转型,也能适用于所有的制度设计和修正之上。^[14] 这一理论在实践中快速得到关注并加以运用,尤其是一些新兴民主国家提供了现实例证,也给制度和理论提供了试错的机会。^[15] 例如,胡安·林茨(Juan J. Linz)和阿尔弗雷德·斯泰潘(Alfred Stepan)以南欧、南美与后共产主义欧洲为例,对民主转型和巩固中的宪法所扮演的角色以及所能发挥的作用进行了实证研究,以具体的转型例证来对此理论做注脚。^[16] 阿伦·利普哈特通过对几十个国家进行数据分析来讨论民主的模式,并指出了协和式民主(共识性民主)所要求的制度形式。^[17] 唐纳德·霍洛维茨则是对很多发展中国家进行考察,对

[12] Donald L. Horowitz, *A Democratic South Africa? Constitutional Engineering in a Divided Society*, Berkeley, Calif.: University of California Press, 1991, pp. 205 - 214.

[13] Arend Lijphart, *Democracies: Forms, Performance and Constitutional Engineering*, *European Journal of Political Research*, Vol. 25, No. 1 (1994), pp. 1 - 17.

[14] 包刚升:《民主转型中的宪法工程学:一个理论框架》,《开放时代》2014年第5期,第111-128页。

[15] Alfred Stepan and Cindy Skach, *Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism*, *World Politics*, Vol. 46, No. 1 (1993), pp. 1 - 2.

[16] 参见[美]胡安·林茨、[美]阿尔弗雷德·斯泰潘著:《民主转型与巩固的问题:南欧、南美与后共产主义欧洲》,孙龙译,浙江人民出版社2008年版。

[17] 参见[美]阿伦·利普哈特著:《民主的模式:36个国家的政府形式和政府绩效》,陈崎译,北京大学出版社2006年版。

总统制和议会制促进民主巩固的作用进行反思并提出了具体的制度改造方案。^[18]

二 宪法何以成为工程

将工程学的思维运用到宪法之中,也就意味着宪法不再只是一套需要进行演绎推理的规范体系。我们所发展的宪法工程学,正是通过宪法的内涵、逻辑与作用方式来塑造宪法秩序,实现宪法的目标。它所理解的宪法,不仅是静态意义的规范体系,也不仅是规范适用的过程,更是在其本质属性与不同逻辑之下的表现形式与作用方式。在宪法工程看来,宪法是一个有动力结构的机器,是一项可以设计的工程。这种可以进行驱动和控制的结构与政治活动参与者之间交互影响。换句话说,宪法不仅是裁判规范,也是行为规则;不仅可以通过司法机构发挥校正性效力,也可以经由控制民主而产生效力。宪法工程揭示了宪法控制民主的事实:民主经由宪法设计,其过程亦受到宪法控制;民主是宪法内涵的规则、程序和动力机制所塑成的结果。

“赏善罚奸,国之宪法。”^[19]这是古代中国最早界定的“宪法”。传统宪法学教科书认为,这里的“宪法”是指普通的法律和命令。^[20]我国古代的确没有现代宪法的理念,但这一用语却反映了宪法的一些特点。“赏善罚奸”作为一种裁判规范的意义是明确的,它同时还是一种行为规范,而且是针对人的行为的激励和约束机制。对一个社会来说,“赏善罚奸”实际上是确立了一种根本性规范,它不仅用于约束一般大众,也用于约束“官员”——那些政治活动的参与者。说它是“国之宪法”,实际上说的是国家的根本原则,一种类似自然法的道德宣示。如果我们把它解释为普通法律而非现代意义的宪法,那现代宪法的核心特征是什么?现代宪法中是否有类似于“赏善罚奸”的激励结构呢?

输入人民意志的制宪过程定然不是盲目的,而恰恰是理性的,也是经验的。人民经由理性和经验选择而制定的宪法,要反映社会共识,“赏善罚奸”是最核心的也是最根本的共识性规范。换句话说,宪法作为国家的根本法,融入了人民的理性选择和经验智慧。它同样表现在人民选择建立的政府之上——载入人民根本意志的民主宪法所塑成的政府正是民主的政府,权力配置及其运行的目标是实现民主。从宪法学的角度观察,宪法设计首先要贯彻民主、落实民主;同时,具有规范性的宪法的目标也是实现民主。发现、重视且遵循宪法的民主逻辑,把宪法视作作用于政治过程的规则、程序和动力机制,正是宪法工程学所理解的宪法的核心内容。

宪法作为规则和程序的意义是明确的。法律首先是规则,“法律的存在意味着某些类型的人类行为不再是任意的,而是在某种情况下具有义务的性质。”^[21]法律规则直接为群体行为提供了标准。程序也是一种规则,同样发挥着引导行为的作用,它是“按照一定

[18] Donald L. Horowitz, *Comparing Democratic Systems*, *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 4 (1990), pp. 73 - 79.

[19] 《国语·晋语(九)》。

[20] 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第33页。

[21] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 6.

的顺序、方式和步骤来作出法律决定的过程。”^[22] 宪法首先是规则的集合,它能够引导政治活动参与者的行为。我们强调作为行为规则的宪法,是强调宪法的一种作用方式,这种作用突出体现在民主过程之中。民主过程(政治过程)是不同利益主体输入利益和目标、输出政治效果的过程。^[23] 过程主义、行为主义主张将政治活动参与者纳入到分析框架之中,它们都是具有利益诉求和行为动机的理性主体。当政治活动参与者参与到民主过程时,它们首先要受到的正是宪法的规范作用,而这正是作为行为规则的宪法为政治活动参与者提供了行为标准。宪法作为规则和程序,通常是规则确定范围,程序确定方式;范围是规则的约束性信息的核心部分,它决定了应为或应不为的领域,^[24] 方式是规则所立的边界,它防止行为逾越。

宪法的动力机制建立在基本价值的判断和选择之上,最简单的方式就是对政治活动参与者的“赏”与“罚”。^[25] 宪法是民主过程的控制者,不仅表现在它设定了行为规则,也表现为它提供了激励和约束的条件。最典型也最常见的奖惩方案就是对政治职位的奖励——选举不仅是将选民意志转换为公共职位及其责任性,也是一种影响政治人物和政党行为动机的重要机制。这突出表现为选举可以奖励公共职位,也给了政党和政治人物组织政府的权力。^[26] 另一种奖惩机制是设计立法与行政的关系,使之相互制约,例如在议会制之下,议会多数党组阁,同时议会享有倒阁权;在总统制之下,行政权享有相对的独立性,也能够通过一系列方式制约立法权。^[27]

简单地说,宪法作为规则、程序和动力机制,是宪法自身属性的表现,也是宪法功能的规范载体。它们是宪法结构性特征和组织化功能的具体表现,成为作用于政治活动参与者和政治过程的主要形式,既是宪法设计的制度元素,也是宪法控制民主过程的内容。

理解宪法的这些内涵,可以引入制度技术(institutional technology)的概念。制度技术是制度经济学领域的概念,^[28] 本文借用它来表明在宪法工程视域内,我们如何看待以及运用宪法制度。制度是由人设计的,用以形塑、制约和引导人的行为,既有正式的制度规制,亦有非正式的制度约束,以及它们的实施特征。^[29] “制度是一个社会的游戏规则,它构造起人们在政治、社会或经济方面发生交换的激励结构,制度变迁决定着社会演进的方式,它是理解历史变迁的关键。”^[30] 制度技术通过引导和激励政治活动参与者的行为来达成政治目标、实现政治效果。它在勾勒宪法作为规则和程序的同时,也指出了宪法的动力

[22] 季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,《中国社会科学》1993年第1期,第83-103页。

[23] [美]戴维·杜鲁门著:《政治过程:政治利益与公共舆论》,陈尧译,天津人民出版社2005年版,第14-15页。

[24] 有关规则包含约束性信息的论述,参见张恒山著:《法理要义》,北京大学出版社2002年版,第38页。

[25] Giovanni Satoria, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York: New York University, 1997, perface.

[26] See Pippa Norris, *Electoral Engineering: Voting Rules and Political Behavior*, New York: Cambridge University Press, 2004.

[27] 张千帆著:《宪法学导论》,法律出版社2008年版,第321-332页。

[28] Philip K. Porter and Gerald W. Scully, Institutional Technology and Economic Growth, *Public Choice*, Vol. 82, No. 1/2 (1995), pp. 17-36.

[29] [美]道格拉斯·诺斯著:《制度、制度变迁与经济绩效》,刘守英译,上海三联书店1994年版,第1页。

[30] [美]道格拉斯·诺斯著:《制度、制度变迁与经济绩效》,刘守英译,上海三联书店1994年版,第3页。

特点。质言之,宪法中的民主制度不仅是规则和程序(“流程”),还是民主的“生产线”。当然,这个过程正是结合了政治活动参与者的利益结构和行为动机。简言之,制度技术就是宪法的技术,是分析宪法内在结构和运行逻辑的技术,理解了制度技术也就理解了宪法如何控制民主。

因此,宪法工程学给宪法重新进行定位,宪法不只是规范,还是一项工程,它揭示了宪法的结构性特点与组织化功能,表明宪法的制度技术是塑成宪法秩序、控制民主运作的基础。它当然是不同于规范主义强调规范演绎推理的路径,亦不同于狭义政治宪法学徘徊于宪法效力来源及其输入过程的问题意识,而是在民主逻辑和法治逻辑之下共同理解如何落实宪法地位、如何发挥宪法效力和功能的过程。尽管宪法工程学强调宪法作为“国家组织法”的特点,却不同于组织法的静态描述,而是重点发现宪法的组织化功能,这种功能又是与民主形式的选择和民主过程的控制直接结合在一起的。

三 宪法如何成为工程

宪法包含一系列的制度技术,通过规则、程序和动力机制引导和激励政治活动参与者,民主所受的宪法控制正是通过宪法与政治活动参与者之间的互动关系。所以宪法与政治活动参与者之间的互动结构是宪法工程学的重点问题域,这种互动结构又是以宪法建立起的民主制度作为基础。质言之,宪法体现民主性的制度载体及其逻辑是发挥宪法效力、形成宪法秩序的基础,也是宪法能够成为一项工程的支撑。宪法确立的分权结构尤其是立法与行政的关系、中央和地方的关系、政党与选举制度、公民的政治权利和社会监督等,构成了具有重要分析价值的制度技术,它们是宪法工程学的主要分析对象。宪法工程的研究者对这些制度的元素、结构及其作用于政治过程的逻辑进行阐释,并因强调不同的侧面以及不同的适应性而生发出制度的优劣之辨,从而对建设何种宪法工程产生争论。

(一) 分权结构

1. 立法与行政的关系——以总统制的优劣之辩为例

民主首先要解决政府形式的问题,因为政府形式是人民授权的直接反映,也是权力配置的基本框架,它主要关涉到总统制、议会制、半总统制等不同制度选择。立法与行政之间的不同制约关系形成了独特的激励和约束条件,宪法工程学分析不同制度形式的逻辑及其优劣,并就其在本国或本地的适应性展开进一步论述。对这一问题的研究非常丰富且相对复杂,这里就主要以总统制为例进行说明。有关总统制的优劣之辩,就是透过说明总统制下的权力配置和利益分配方式来表明它的制度结构和动力机制,行政权的行使与人事任命权、总统与议会的关系、总统与政党的关系等都属于总统制对政治活动参与者的激励和约束。

从林茨发表了揭示总统制危机的文章后,对总统制的批评就从未停止过。林茨认为总统制存在两个缺陷,也即总统由选民直接选举产生和总统的固定任期,前者容易促成“零和博弈”和社会分裂,政治势力均以取得总统职位为唯一目的,获胜者又将自己视为唯一权威代表,反对派也因为胜者通吃而容易强烈反对执政党;后者让政治变动更为困

难,总统也会因为任期限制而推行不成熟的、容易取得成效的政策。他也指出总统制下的“双重合法性”容易引起政治僵局。由于总统和议会的相互独立并存在一定的相互制约权力,当他们分属不同党派时,则非常容易出现政治僵局,而宪法对此的回应十分苍白。^[31] 林茨所揭示的总统制的危机,正是总统制内部所形成的扭曲的激励机制,它在制度层面肯定多数主义及其绝对统治性,总统拥有庞大的权力且所受制约较少,少数派处于无法制约的弱势,这就导致了总统的强势和分裂的可能性,容易造成激烈的政治冲突。这突出表现在民主转型和民主巩固的初期,不同政治力量会因为不能接受总统选举失利之局面而产生危及宪法秩序的政治行为。^[32]

美国是总统制的典范。从理论上讲,尽管美国政府形式被认为是分权制衡的,但总统依然享有很大的权力和崇高的地位。作为总统制的反对者,利普哈特认为总统制导向了多数民主,与他主张的“协和式民主”或“共识民主”背道而驰。他指出,尽管总统制下的分权制衡有朝向共识民主的趋势,但总统的选举形式和之后高度的行政集权却有力促成了多数民主的特征。^[33] 就效果来说,越是分权的结构,制约越是深入,就越需要一个强而有力的行政权,需要由同一政党控制政府和议会。不过,美国的实际情况是经常出现“分裂政府”(divided government),它是指总统和国会经常由不同政党控制,而总统和议会之间的冲突往往是总统制的危机之所在。^[34] 这就导致美国总统制失去了强而有力的优点。萨托利认为,美国总统制之所以还能继续运作,有三个重要的支持因素:“政争不涉及意识形态的原则,衰弱而无纪律的政党,以地方为中心的政治。”^[35] 美国的例证表明,总统制设计的民主元素在政治实践中发生了变异,或会带来总统制的失败;但萨托利为美国总统制之正常运作找到了非常重要的原因,而这些原因恰恰是新的激励因素加入了其中。

受美国影响,拉丁美洲的很多国家也建立了总统制,却纷纷失败,以至于美国成了总统制成功的一个“特例”。这很大程度上是因为拉美总统制放大了制度设计中的非民主性关系,又没有萨托利所说的来自政党的、社会的、地方的力量制约。萨托利认为拉美国家失败的总统制是以错误的政党制度为基础的,他们对本政党的掌控是不充分的。^[36] 正是因此,拉美总统制呈现了总统滥权和总统权威性不足的两个极端,并且在其中摇摆不定,造成政治秩序的不稳定。实际上,林茨对总统制的批评的很多例子都来自于拉丁美洲,而非美国。霍洛维茨并不认为总统制不利于民主巩固,他认为林茨等人对总统制的批评实际上是针对总统选举中的多数决模式。相反,总统制更有利于分裂社会的稳定和对强有力政府的需求,但前提是需要其他更为复杂的选举制度和更合理的中央和地方关系

[31] Juan J. Linz, The Perils of Presidentialism, *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 1 (1990), pp. 51–69.

[32] Juan J. Linz, The Perils of Presidentialism, *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 1 (1990), pp. 51–69.

[33] Arend Lijphart, Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observation, in Juan J. Linz and Arturo Valenzuela eds., *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994, pp. 98–99.

[34] Louis Henkin, *Constitutionalism, Democracy and Foreign Affairs*, New York: Columbia University Press, 1990, p. 5.

[35] Giovanni Satoria, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York: New York University, 1997, p. 89.

[36] Giovanni Satoria, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York: New York University, 1997, p. 92.

来配合。^[37] 他通过对非常多的发展中国家进行考察,对总统制和议会制在促进民主巩固中的作用进行了反思并提出了非常具体的制度改造方案。^[38] 霍洛维茨并不反对总统制,但反对总统制下的简单多数选举制度,这表明总统制本身也受到了不同元素的影响。

总统制的优劣之辩是与议会制、半总统制的优劣之辩结合在一起的。在批评了总统制之后,学者们也分析了议会制、半总统制的制度结构及其引导、激励方式。阿尔弗雷德·斯泰潘和辛迪·斯卡奇(Cindy Skach)在对宪制选择及其成效进行整理分析之后发现,议会制似乎更加有利于民主巩固,是更支持民主的宪制,无论是在理论上还是从经验上,它都更倾向于政府能够获得多数支持,更有利于形成多党联合的政府,亦使政府有更少机会在宪法的边界上运行,而且它更容易更换行政首长,政变的难度更高,更有可能让一个政党长期执政,因而有利于其获得有力的支持和更多的执政经验。^[39] 萨托利在比较了总统制、议会制的优劣之后,展开对他所认为的半总统制形式——交互式总统制的论述,并认为这才是最优的制度选择,因为它为民主提供了两个“引擎”。^[40] 交互式总统制这种独有的激励机制(主要表现为内阁总理职位及其权力的归属和行使)能够较好的弥合总统制和议会制各自的缺陷。事实上,对半总统制的理论阐释非常丰富,这一制度在如今世界的流行也正反映了它的优点和共识。半总统制广泛运用于第三波民主化运动之中,尤其是原来的社会主义国家纷纷转型为半总统制国家,凸显了这一制度的特点和优势。但这个制度的缺陷也十分显著。它经常容易导致的问题就是在法国表现较为突出的“分裂政府”和“左右共治”,这就容易发生我们常说的“府院之争”,从而导致民主的崩溃。^[41]

2. 中央与地方的关系——以联邦制的优劣之辩为例

绝大多数国家都必须设置地方政权与中央政权,这就涉及到了中央和地方的关系——主要是联邦制和单一制的制度选择,焦点就是联邦制的优劣之辩。对于联邦制是有助于激发地方活力,体现统一政府的多样性,还是可能激化族群差异和分离欲望,加剧地方分裂,理论上有不同的认识。^[42] 这一争议的核心正是在于联邦制及其制度元素作为动力结构的激励过程。联邦制自身就是内涵极为宽泛的概念。利普哈特认为中央和地方的关系可以划分为“地方分权的联邦制”、“中央集权的联邦制”、“地方分权的单一制”和

[37] Donald L. Horowitz, Comparing Democratic Systems, *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 4 (1990), pp. 73 - 79.

[38] Donald L. Horowitz, Comparing Democratic Systems, *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 4 (1990), pp. 73 - 79.

[39] Alfred Stepan and Cindy Skach, Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism, *World Politics*, Vol. 46, No. 1 (1993), p. 28.

[40] Giovanni Satoria, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York: New York University, 1997, p. 153.

[41] 例如辛迪·斯卡奇认为,魏玛时期的德国是一个半总统制的国家,魏玛宪法也是半总统制的先驱,并且正是半总统制导致了它的崩溃。她分析了半总统制所必须依赖的制度条件。See Cindy Skach, *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*, Princeton: Princeton University Press, 2005.

[42] 霍洛维茨在其巨著《冲突中的族群》一书中讨论联邦制和地方自治的政治效果时,正是以这样的问题作为开端。Donald. L. Horowitz, *Ethnic Groups in Conflict*, Berkeley, Calif.: University of California Press, 1985, p. 601.

“中央集权的单一制”四种类型,以及还有一些无法归入这四种类型的“准联邦制”。^[43]可见联邦制可以有不同类型,分权程度也有不同层次。张千帆教授将“联邦”作为分权的代名词,与中央集权相对,揭示了此概念的核心特征,^[44]却无法表明这一制度设计的结构特点及其作用方式。这是因为联邦制之优劣的关键是地方权限和自主性的问题,而它们又与政治活动参与者及其面对的现实社会条件密切相关。质言之,联邦制对于民主的意义,是以制度与政治活动参与者之间的互动结构作为基础的。对此,施密特亦深刻意识到并且做出判断:“如果若干民主制国家组成了联邦,就必然导致民主同质性与联邦同质性的汇合……为了整体的统一性而取消了联邦与具有政治独立性的成员邦并肩而立的悬疑状态,这是民主制的自然发展的一部分。”^[45]

较早提出这个问题的人是孟德斯鸠——关于民主制与国家规模之间关系的“孟德斯鸠之问”,提示美国人民建立了世界上第一个联邦制也是最经典的联邦制国家。孟德斯鸠不仅论述了自然环境对于亚洲建立庞大的独裁国家而欧洲建立分散的共和国的影响,^[46]更进一步说明了共和国只适合于较小的国土面积,“共和国从性质来说,领土应该狭小;要不这样,就不能长久存在。……”^[47]孟德斯鸠大致提出了联邦制的思路,“一个共和国,如果小的话,则亡于外力;如果大的话,则亡于内部的邪恶……这种弊害出自事物的本性,不是任何法制的形式能够医治的。要是人类没有创造出一种政制,既具有共和政体的内在优点,又具有君主政体的外在外力的话,则很可能,人类早已被迫永远生活在单人统治的政体之下了。我说的这种政制,就是联邦共和国。”^[48]孟德斯鸠指出了联邦制的核心逻辑,说明了这一制度所具有的功能,这种理论被美国“国父们”所进一步阐发。甚至可以说,在很大程度上,美国立宪的目标就是为了形成联邦制——建立一个强有力的联邦政府,限制州的“主权地位”。汉密尔顿说:“如果我国的情况要求一个复杂而不是简单的、一个联合而不是单一政府,尚待调整的主要论点是尽可能区别属于不同权力范围或权力部门的对象,给予每个对象以完成其受托任务的权力。……”^[49]

麦迪逊从抑制党争的角度阐释联邦共和政体的优势,其论据就是发掘了这一制度之于政治活动参与者的影响。“代表人数并不同两个共和国的选民人数成比例,在小共和国所占的比例就大一些。结果是,如果大共和国里的合适人选的比例并不小于小共和国,那么前者将有较大的选择机会,从而就有较大可能作适当的选择。……”^[50]“共和政府能比民主政府管辖更为众多的公民和更为辽阔的国土;主要就是这种情况,使前者的派别联合没有后者那么可怕。……把范围扩大,就可包罗种类更多的党派和利益集团;全体中的

[43] [美]阿伦·利普哈特著:《民主的模式:36个国家的政府形式和政府绩效》,陈琦译,北京大学出版社2006年版,第136-140页。

[44] 张千帆著:《宪法学导论》,法律出版社2008年版,第53页。

[45] [德]施密特著:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第407页。

[46] [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆2004年版,第332页。

[47] [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆2004年版,第148页。

[48] [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆2004年版,第154页。

[49] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程如逢等译,商务印书馆1980年版,第116页。

[50] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程如逢等译,商务印书馆1980年版,第49-50页。

多数有侵犯其他公民权利的共同动机可能性也就少了……”^[51]同样的论据在美国宪法中还能找到很多,《联邦党人文集》对联邦共和政体的深刻揭示,既是美国宪法的理论渊源之体现,也是阐释宪法之功能和制度作用形式的经典例证。

利普哈特宣扬的共识民主模式,正是以联邦制作为重要制度支持。共识民主“以非集权为特征,可以采取权力分享和权力分立两种基本形式。……联邦制可以被视为最典型、最彻底的分权办法:在各级政府之间进行分权。”^[52]他认为,多数(民主)模式下的政府既是单一制的(非联邦制),又是中央集权的。共识(民主)模式“采取联邦制和地方分权的办法,也就是说,不仅保证在中央政府和各级的非中央政府之间进行分权,而且强大的非中央政府在政治实践中行使着相当大的权力。”^[53]利普哈特提出了衡量联邦制的指数标准,并运用这些标准考察民主国家,认为“联邦制具有两方面的潜在优越性:为多元社会中的少数群体提供了自治权;允许进行制度方面的实验。”^[54]

霍洛维茨指出了联邦制的成本,他批评了协和式民主(共识民主)的观点,并以尼日利亚为例,总结出联邦制并不会激励多数族群和少数族群的和解,相反还会加剧少数族群的分裂欲望。霍洛维茨的理由是,统一并不能满足少数族群的政治权力的竞争需求,而通过联邦制分散权力、创造更多的“区域王国”以及更多的政治职位,激励了那些以族群为基础的团体(无论是大的或是小的团体)追求分裂。那些不能在中央取得执政权的团体尤其热衷于控制和经营地方。^[55]他认为“保证联邦制和自治不至于滑向分裂的最好办法,就是加强这些群体在不分裂的国家中的具体利益”。^[56]霍洛维茨还曾精辟地指出了在族群冲突背景下,苏联的联邦制和民主集中制存在的问题,并预言了它的分裂结局。他认为尽管高度集权,但苏联仍然是一个联邦国家;但这些联邦特征却强化了加盟单位内部的紧张,因为它们都是按照族群组成的共和国,各次级群体会为了控制国家而进行争斗。而且,民主集中制也导致了族群冲突,因为加盟共和国并没有实质性权力,苏联的联邦政府掌控了一切。^[57]

(二) 选举与政党制度

选举是把人民的同意转换为代表议席和政治职位的过程,^[58]它是权力配置的过程,不同选举制度设计自然意味着不同的激励结构。选举制度被认为是一个非常有效和特殊

[51] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程如逢等译,商务印书馆1980年版,第50-51页。

[52] [美]阿伦·利普哈特著:《民主的模式:36个国家的政府形式和政府绩效》,陈琦译,北京大学出版社2006年版,第135页。

[53] [美]阿伦·利普哈特著:《民主的模式:36个国家的政府形式和政府绩效》,陈琦译,北京大学出版社2006年版,第135页。

[54] [美]阿伦·利普哈特著:《民主的模式:36个国家的政府形式和政府绩效》,陈琦译,北京大学出版社2006年版,第136页。

[55] Donald. L. Horowitz, *Ethnic Groups in Conflict*, Berkeley, Calif.: University of California Press, 1985, pp. 603-613.

[56] Donald. L. Horowitz, *Ethnic Groups in Conflict*, Berkeley, Calif.: University of California Press, 1985, p. 628.

[57] [美]唐纳德·霍洛维茨:《如何开始用比较的视角去思考苏联的族群问题》,袁剑译,《民族社会学研究通讯》2010年第77期,网络访问地址:<http://www.sachina.edu.cn/library/tx/txmz/txmz0077.pdf>,最后访问时间:[2017年3月20日]。

[58] [美]安德鲁·雷诺兹等著:《选举制度设计手册》,鲁闽译,香港商务印书馆2013年版,第7页。

的工具,对政治力量的流变能够产生影响,是影响宪制的重要变量。^[59]“选举是对分裂社会中实现适应和和谐来说最有效的宪法工程,正如它是实现其他制度目标的最有效工具一样。”^[60]作为游戏规则,选举制度对政治实力之分配和消长产生直接和重要的影响。

不同选举制度有不同政治效果,最常见的就是选举制度对政党制度所产生的影响,著名的“迪维尔热定律”(Duverger's law,也译为“杜瓦杰定律”)就是体现。^[61]该定律有两个内容,分别是多数选举制导向两党制(定律1)和比例代表制导向多党制(定律2)。迪维尔热认为社会利益和议题的多元化导致冲突的多元以及多党制,从选举制度设计的角度分析政党的走向,尤其是选民所握有的“选项”的多少会影响政党的数目。例如,定律1可以延伸出一轮投票的多数选举制度(相对多数制)会阻碍小党的建立和发展,或消除现存小党;两轮投票的多数选举制度(绝对多数制)会促进有两大党的制度的形成,或是把现存的多党制转变为两党制或分为两大派;两党制会倾向于建立一轮投票的多数选举制度,排斥小党的发展。萨托利并不完全赞同迪维尔热的分析,他的《政党和政党体制》一书以及前文介绍的《比较宪法工程》一书都对选举制度的政治效果作了全新的解读,又以后者为主,提炼出他的选举制度的政治效果论。^[62]利普哈特分析和比较了比例代表制和多数代表制两种不同的选举制度的逻辑和特点以及在18个成熟民主国家的运用成效,认为比例代表制和共识性民主更符合代表原则,也更好地表现少数意志,但多数主义可能会提供更高效的政府;比例代表制能够提供更优越的代表性,而多数代表制在稳定公共秩序、管理经济方面表现不佳。^[63]在分裂的政治社会,霍洛维茨主张更具有向心性的选举制度,为此,他批评了简单多数决和政党名单比例制可能存在的问题,指出了选择投票制的优点,他认为分裂社会需要的选举制度是促进政党合作,并让中间选民成为决定力量的制度。^[64]这种制度选择是在分裂的南非实现民主的最佳方案,凸显了宪法工程的实践价值。

受选举制度直接影响的政党制度,同样是激励政治活动参与者的的重要制度条件。政党是将分散的个体的人民集合起来的重要方式,也是精英生产和控制的重要机制,人民通过政党表达他们的意志、实现民主,进而体现国家主人的地位;但宪法要求政党在宪法之内活动。这也就表明,政党内部治理和外部结构都是影响政治活动参与者的制度基础。政党制度所涉的范围十分广泛,包括政党制度的类型、竞争性差异、党纪约束力差异、资金运用等,还涉及到了政党的内部自治以及政党违宪和取缔制度。一方面,现代民主国家的政权组织和政治决策大部分受制于政党运作。另一方面,人民意志的形成、汇集和表达也

[59] Giovanni Satoria, Political Development and Political Engineering, *Public Policy*, Vol. 17 (1968), p. 273.

[60] Giovanni Satoria, Political Development and Political Engineering, *Public Policy*, Vol. 17 (1968), p. 261.

[61] Maurice Duverger, Factors in a Two-Party and Multiparty System, in Maurice Duverger ed., *Party Politics and Pressure Groups*, New York: Thomas Y. Crowell, 1972, pp. 23 - 32.

[62] [美]萨托利著:《政党和政党体制》,王明进译,商务印书馆2006年版,第171、184页。Giovanni Satoria, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York: New York University, 1997, pp. 53 - 82.

[63] Arend Lijphart, Democracies: Forms, Performance and Constitutional Engineering, *European Journal of Political Research*, Vol. 25, No. 1 (1994), pp. 1 - 17.

[64] Donald L. Horowitz, *A Democratic South Africa? Constitutional Engineering in a Divided Society*, Berkeley, Calif.: University of California Press, 1991, pp. 163 - 166.

大都要通过政党来完成,政党是最重要的“形成人民意志的机构”。问题在于,政党是如何运行的?它是如何表达人民意志的?关于政党制度的流变规律就构成了宪法工程的核心问题视域。直观来看,政党制度受制于外部选举制度,也受制于政党初选制度,^[65]还受到政党违宪制度的直接影响。因此,宪法工程的一个重要领域就在于对这些重要且基本的政治制度的解析。

(三) 言论自由与社会监督

人民的监督是民主的重要组成部分,直接体现了人民意志对政治活动参与者的激励和约束,形成独特的民主形式。在人民无法直接出场的情况下,舆论往往成为重要的民主指标。^[66]这就直接关涉到宪法规定的一项重要基本权利——言论自由,它也是宪法民主制度的一种形态。^[67]从民主宪法的角度来说,言论自由是理性政治得以开展的前提和基础,实际上也构成了民主过程的核心目标之一。具体来说,言论自由是民主的核心价值之一,没有言论自由就无所谓民主,也无所谓选民的抉择。同时,民主又是保护言论自由的重要的有效的手段。这也进一步演化成为不同的监督制度,例如赋予公民外部监督权,具体表现为诉愿制度、申诉制度。我国宪法第41条就是较为典型的“监督权”条款。

言论自由和社会监督制度成为民主的重要激励结构,一方面是因为它们是公民主权者地位的直接表现,反映了公民在宪法(民主)结构下的主动地位。^[68]这种地位自然意味着民主过程的基石,是其他政治活动参与者的动力来源。作为政治权利,言论自由不仅具有个人自治的价值,也是人民参与政治过程的民主形式。^[69]民主政治需要人民的参与,表达自由是民众进行意见传达的应有之义,因此表达自由尤其是政治性言论的表达自由应该受到高度的重视和保障。美国宪法第一修正案的表述方式是:“国会不得制定关于下列事项的法律:……剥夺人们言论或出版的自由;或剥夺人民和平集会和向政府请愿申冤的权利。”这表明了言论自由的消极属性,直接体现为对国家权力的禁止(禁区)。另一方面,舆论指引着民主的走向,是民主过程中其他政治活动参与者的主要行为依据,这在现代民主政治、民意政治的环境下更为突出。政党和政治人物需要根据民意调整政策及其行为方式,也能够通过公民的监督而更加贴近宪法的目标、宗旨与原则。言论自由和社会监督制度的复合功能,构成了民主过程的源动力和监视器,它们形成了一种独特的激励结构。

四 宪法工程学的成就

运用宪法工程的思路解析宪法控制民主在实践中早有体现,最典型的例证就是《联

[65] 笔者的博士学位论文主题正是政党初选制度产生的民主效果,这是一个更为繁杂的问题领域,参见李少文:《论政党初选机制的民主效果——宪法工程的运用》,北京大学2016年博士学位论文。关于政党以及政党制度如何受到不同因素和条件的影响,以及政党本身的党纪制度、党内干部选拔制度等的影响,并不容易判定。本文的目标显然不是要去解决这些具体的问题。

[66] [德]施密特著:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第298-299页。

[67] 张千帆著:《宪法学导论》,法律出版社2008年版,第507-510页。

[68] 张千帆主编:《宪法学》,法律出版社2004年版,第161页。

[69] 张千帆著:《宪法学导论》,法律出版社2008年版,第507-510页。

邦党人文集》。汉密尔顿、麦迪逊通过这些宣传性文字说服民众的过程,展示了他们对于新宪法能够具有的民主功效的认识和自信,这些“洞见”在此后两百多年里一一验证,有力证明了宪法工程的科学性。白哲特(Walter Bagehot,也译为白芝浩)的《英国宪制》也具有宪法工程学的色彩。该书详细描述了英国宪制的特点,并特别对比了英国议会内阁制与美国总统制之间的差异,阐明英国宪制相对于其主要竞争者的优点,而“这个竞争者,要是不小心的话,就会在世界进步过程中超过英国。”^[70]该书特别论述了民族国家在制度进化甚至制度设计方面所具有的那些民族特性和本国精神——按照我们的说法,就是展现“民族理解其自我政治生存”^[71]的逻辑和结构性特点,发掘“民族的生活创造的法制”,^[72]以促成走适合本民族生存和发展的道路。

如果说《联邦党人文集》和白芝浩的论述还只是宪法工程学的理论追溯,那么美国宪法学者凯斯·桑斯坦(Cass Sunstein,也译为凯斯·孙斯坦)的《设计民主:论宪法的作用》一书就可谓是宪法工程学的典型作品。桑斯坦提出了一种重新理解宪法内涵与功能的思路,将宪法视作促进政治过程的协商民主特性的主要动力,而这个特点就是宪法在设计民主中的作用,也是宪法自身结构与逻辑的结果。他在引言中说:“该书主张对宪法在政治生活中的作用作出民主的理解。”“宪法的核心目标是为一个运转良好的民主秩序创造前提,在这个民主秩序中,公民能够真正实现自我管理。”^[73]他认为“宪法应当能够促进协商民主(deliberate democracy),意思是说,将政治的可信度跟高度的反思以及说理的一般承诺结合起来。”因此,桑斯坦主张将宪法的作用与协商民主联系起来,“好的宪法制度能够为这种协商群体创造空间,同时降低产生误解的风险,并且最终对只听到自己声音的回音的人所实施的暴力加以限制。”因为“协商过程都面临着一个共同的问题,即普遍存在且持续不断的不同意见。宪法体制的一个核心目标就是要解决这个问题,一部分是将不同意见转换成创造力,一部分是在不可能达成一致意见时使其成为没有必要。”^[74]为此,桑斯坦在该书中论证了“未完全理论化的协议”的意义,认为这个概念在“制定宪法以及解释宪法的过程中起着核心作用;它也是民主宪法的核心部分。”^[75]通过发展“未完全理论化的协议”在协商民主进程的作用,桑斯坦进一步论证了“宪法只是一个实用性工具,而不是一个正义社会的大纲,因此宪法规定与正义要求之间肯定会存在一定差距。”^[76]

芝加哥大学法学院的汤姆·金斯伯格(Tom Ginsburg)教授、加州大学伯克利分校法学院的苏吉特·乔杜里(Sujit Choudhry)教授等有相当丰富的研究成果,包括他们分别主编了主题为宪法设计的著作。^[77]金斯伯格在其主编的《比较宪法设计》一书的导论中对

[70] [英]白哲特著:《英国宪制》,李国庆译,北京大学出版社2005年版,第12页。

[71] 陈端洪:《宪法学研究中的政治逻辑》,载《中国宪法学年刊》,法律出版社2013年版,第196-199页。

[72] 苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第289页。

[73] [美]凯斯·孙斯坦著:《设计民主:论宪法的作用》,金朝武、刘会春译,法律出版社2006年版,第5页。

[74] [美]凯斯·孙斯坦著:《设计民主:论宪法的作用》,金朝武、刘会春译,法律出版社2006年版,第7页。

[75] [美]凯斯·孙斯坦著:《设计民主:论宪法的作用》,金朝武、刘会春译,法律出版社2006年版,第8页。

[76] [美]凯斯·孙斯坦著:《设计民主:论宪法的作用》,金朝武、刘会春译,法律出版社2006年版,第9页。

[77] See Sujit Choudhry, ed., *Constitutional Design for Divided Societies: Integration Or Accommodation?*, Oxford University Press, 2008. See also Tom Ginsburg ed., *Comparative Constitutional Design*, London: Cambridge University Press, 2012.

宪法设计的内涵和功用进行了分析,他认为这种理论对于制宪、修宪都有着强烈的指导意义,当我们将宪法的认识拉回到宪法原初的意义时,比较宪法设计的理论意义就极为突出,并能够在现代转型国家的具体实践中发挥作用。^[78] 乔杜里则是试图在分裂社会的问题和背景下讨论民主制度的适应性,并以此来沟通比较宪法和比较政治。他认为分裂社会的问题导致了我们对宪法的不同理解,表现为规制性的和建构性的不同概念,前者引导政策决定,但分裂社会却对宪法提出了更高的要求,那就是通过宪法制度如何实现民主和自治。^[79] 为此,他批评传统比较宪法学将主要问题领域集中在了人权条款以及司法审查之上,却对宪法民主制度的比较研究关注较少;后者在比较政治的领域已经有了长时间的研究,因此有必要通过讨论分裂社会中宪法的功能以及设定的理想图景来沟通和联系比较宪法和比较政治。^[80]

在我国,张千帆教授等从比较宪法学的角度,对不同国家和地区的违宪审查制度进行分析,得出有关司法审查制度逻辑及其运行情况的结论,^[81]亦可称为是宪法工程学的一种表现。由孙谦、韩大元等学者编译的《世界各国宪法》丛书,对庞大的宪法文本群中的不同制度做了归类处理,具有重要的基础性价值。^[82]也有学者离开比较法的视角,例如韩秀义教授提出“宪法工程思维”的说法,试图用“工程”或“法律工程”的某些特点(主要是技术性特点)来解读我国宪法的结构和逻辑,^[83]尽管它们的逻辑关系相当疏离。

宪法工程理论凸显了宪法的强烈实践性,它被快速运用于民主设计与巩固的立宪或修宪过程中。美国几位学者发起成立的纽约大学法学院宪法转型研究中心(The Center for Constitutional Transitions at NYU law)做出了可观成绩,已经出版和发表了多篇有关宪法转型、宪法设计的论著,^[84]并定期出版有关宪法转型的工作报告。^[85]印第安纳大学摩尔利法学院的宪法民主中心(Center for Constitutional Democracy)是一家以宪法设计为主题的研究中心,致力于研究并支持宪法民主制度的设计。^[86]位于美国首都华盛顿的名为

[78] Tom Ginsburg, Introduction, in Tom Ginsburg, ed., *Comparative Constitutional Design*, London: Cambridge University Press, 2012, pp. 1 - 12.

[79] Sujit Choudhry, Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies, in S. Choudhry ed., *Constitutional Design for Divided Societies: Integration Or Accommodation?*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 3 - 40.

[80] Sujit Choudhry, Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies, in S. Choudhry ed., *Constitutional Design for Divided Societies: Integration Or Accommodation?*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 3 - 40.

[81] 参见张千帆、包万超、王卫明著:《司法审查制度比较研究》,译林出版社2012年版。

[82] 参见孙谦、韩大元主编:《世界各国宪法》,中国检察出版社2012年版。

[83] 韩秀义:《“公事公办”、宪法工程思维与宪法技术构造》,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2016年第2期,第105-116页。

[84] See Turkuler Isiksel, Between Text and Context: Turkey's Tradition of Authoritarian Constitutionalism, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No. 3 (2013), pp. 702 - 726.

[85] 例如该中心新近发布了研究报告 Political Party Finance Regulation: Constitutional reform after the Arab Spring,该报告将政党资金立法的研究应用到中东和北非地区,特别关注埃及、利比亚和突尼斯这些后极权国家进行的政治制度综合改革,为建立新的更稳定的民主提供例证。网络地址:<http://constitutionaltransitions.org/publications/political-party-finance-regulation/>,最后访问时间:[2017年3月20日]。该中心的网站地址:<http://constitutionaltransitions.org/>,最后访问时间:[2017年3月20日]。

[86] 该中心的网站地址:<http://ccd.indiana.edu/>,最后访问:[2017年3月20日]。

“宪法计划”(Constitution Project)的智库,致力于研究宪法在政治实践、团结社会和形成共识中的作用,既为理解美国宪法和民主制度提供智力支持,也为世界范围的宪法设计提供理论帮助。^[87] 美国和英国一些法学和政治学学者也都开设了比较宪法工程或比较宪法设计(Comparative Constitutional Design)的课程,引起了广泛关注,也表明了这一理论路径的重要意义。^[88] 芝加哥大学法学院等几位学者建立了研究机构“比较宪法项目”(Comparative Constitutions Project),^[89] 其目的是调查宪法设计的资源和结果,成果丰硕,^[90] 对于理解宪法工程来说具有重要的基础性意义。

五 余 论

对中国宪法学来说,宪法工程是一个新鲜事物。这一理论的广为应用,正是民主宪法复兴的表现。民主宪法是宪法消解暴力运动、组建国家、维持民主的逻辑再现,宪法工程学正是关于民主宪法的理解思路与方法。如果我们只是将宪法学视作需要进行演绎推理的规范体系,那么宪法学者也就转变为“司宪者”,宪法之内涵乃至效力只能从司法中得到阐释。这也就无从全面掌握宪法如何构成根本法以及如何实现根本法的功能。相反,它有赖于我们对宪法的全面理解,这形成了“司宪者”之外的一种思路。萨托利说,十八、十九世纪的制宪者清楚理解“立宪”的最后目的,他们制定的宪法带着对宪法将要如何运作的结果主义性质的关注,这些制宪者都是天然的工程师。“我们越是忘记宪法必须是以动力进行驱动和以动力进行维护的观念,我们就越要强调,宪法的制定是一项类似工程的工作。”^[91]

本文引入并改造的宪法工程理论,系统回答了宪法与民主的关系,体现宪法的实践价值,从而说明宪法如何实现其根本法的地位和功能。宪法工程学自身就是一种理论思路,它将宪法视作民主的表征和民主的动力,通过宪法层面的“工程设计”,发现制度之优劣和适应性,体现宪法的功能,从而彰显宪法之于民主的决定性意义。这种作用方式正是以宪法和政治活动参与者的互动为基础。宪法这个工程要建造起来,要运转起来,就需要我们对民主宪法的逻辑有清楚地认识,分析宪法的结构性特征与组织化功能,为建造宪法工程提供基础与支撑。同时,它也需要我们掌握宪法如何激励和控制政治过程,维持政治过程的民主化(审议民主趋势)。宪法工程学正处在理论的起步状态,这些问题有待进一步

[87] 该智库的网站地址:<http://www.constitutionproject.org/>,最后访问时间:[2017年3月20日]。

[88] 例如,霍洛维茨(Donald L. Horowitz)曾在杜克大学法学院开设了比较宪法设计的课程。该课程一直在该法学院持续,2015年春季的授课教授是杰克·奈特(Jack Knight)教授。具体信息可参见杜克大学法学院网站的介绍:<https://law.duke.edu/curriculum/courseinfo/course/?id=170>,最后访问时间:[2017年3月20日]。汤姆·金斯伯格也曾在芝加哥大学法学院开设了比较宪法设计的课程。原哈佛大学政治学教授、现为伦敦女王学院法学教授辛迪·斯卡奇(Cindy Skach)曾在哈佛大学开设了比较宪法工程的课程。

[89] 该中心网站地址:<http://comparativeconstitutionsproject.org/>,最后访问时间:[2017年3月20日]。

[90] See Zachary Elkins, Tom Ginsburg and James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, 2009.

[91] Giovanni Satoria, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York: New York University, 1997, p. 201.

的充实与丰富。

加强宪法实施是我国政治实践中的重要命题。在中国,我们迫切需要找到推动宪法实施、发挥宪法效力的具体路径。我国宪法确立的民主形式是什么,如何理解以及如何协调不同元素的关系,它的结构性特征和组织化功能如何体现,是我们争论不休的话题。我国宪法如何才能“把权力关进制度的笼子里”,实际上也就是指它如何作用于政治过程和政治活动参与者,也仍然需要继续探索。宪法学上争论甚多的宪法监督制度设计,是从根本上保障宪法效力的方式,更是我国宪法实施中的关键性问题。通过比较宪法工程来回答这些“本土”议题,是中国宪法学发展的内在要求。我们引入宪法工程的概念与理路,不仅运用于理解现状,也沟通于改革和未来。

[**Abstract**] Democratic constitution derived from the social contract theory embodies the will of people, organizes the state and represents and upholds democracy. Constitutional engineering arises from the practice of institutional choice in new democracies. It responds to the relationship between constitution and democracy, explains how democracy is carried out through constitution, and tries to find out how the constitution controls democracy. It is a new theoretical approach to understanding the connotation of the constitution, effectively implementing the constitution, and giving full play to the function of the constitution. It not only includes the logic of designing democracy, but also answers such questions as how to control the political process and promote deliberative democracy through the structure and system of the constitution, how to ensure the validity of the constitution, and how to promote the development of constitution through the interaction between participants of political activities and the constitution. By clarifying and constructing constitutional engineering, the position and function of the constitution as the fundamental law of the state can realize. Constitutional engineering is widely used in the establishment and democratic transition of the state. It achieves the goal of democratic constitution by designing democratic institutions and controlling democratic process.

(责任编辑:支振锋)