

进展缓慢,无法实现宪政转型?在大多数时候宪法都只是摆设,是不中用的“花瓶”?其中一个很重要的原因就是国家能力过弱。从1840年到1978年,将近一个半世纪里,除了个别年份,先是外患频仍,始终处于亡国不旋踵的边缘;再是“文化大革命”的十年浩劫。军阀混战、抗日战争、国共内战、阶级斗争……没有强大的统一政府和国家,没有强大的国家能力,连保国保种都面临困难,或者社会陷入癫狂,何谈法治与宪政?因此,国家能力就是理解百年中国宪政之路蹒跚崎岖的一个重要维度。

但问题还有另外一面。从历史上看,法国虽然自腓力四世1308年以“阿维农之囚”王权战胜教权始,到路易十四树立起绝对王权,但直到1958年之后才逐渐确立现代宪政体制;而德国在19世纪70年代统一之后,也未真正建立宪政,而是走上了挑起世界大战的歧途。从现实上看,冷战之后,虽然全世界有100多个国家都希望宪政转型,其中有些一度具备了强大的国家能力,但依然未能成功实现宪政转型。因此,单纯强调国家能力,或者国家能力不均衡发展,过度强调政府的强制能力,也不一定能够实现宪政转型。所以,国家能力虽然可能是宪政转型的先决条件和必要条件,甚至是基础性条件但却不是充分条件,更不是充要条件。

而对于中国来说,如果说鸦片战争之后的前140年山河破碎、国家孱弱,无法进行宪政建设的话,那么经过30年的改革开放,政治、经济和军事实力均已达到新的历史高度之际,是否已经具备了真正实施宪政的国家能力,或者说强大的国家能力会不会成为宪政的障碍,就是值得我们认真面对的课题。

而有鉴于此,一面对迷恋权力、拒绝限制权力、肆意扩张权力的政治实力主义说不,一面对模范欧美毕其功于一役的宪政浪漫主义说不,将成为清醒的中国学者所不得不面对的尴尬困局。而正是在这种种的折冲樽俎之中,国家能力可以成为一个有解释力的理论工具。它告诉我们,一个国家能力孱弱的失败国家不可能实现宪政转型;一个国家能力不均衡、甚至迷恋强制能力的国家也同样不可能实现宪政转型。而两者之间的明智平衡,不仅需要法律智慧,也同样需要政治智慧,当然还需要全社会清醒的认识与从容的心态。而中国宪政的未来和希望,就正处在这激流湍急而又九曲十八弯的历史三峡中。

(责任编辑:田 夫)

作为公共理性之展开的宪法实施

王 旭*

一 一种宪法实施的规范性理论

今年是82宪法实施三十周年,对于中国宪法实施的整体意义、现状、途径、等问题的思考是知识界的责任,同时也是社会舆论所关注的重大问题。然而,关于宪法实施仍然缺乏一

* 王旭,中国人民大学法学院副教授。本文写作得到2011年教育部人文社会科学青年项目(项目编号2011010131)支持。

种深层次的规范性理论思考。一个最基本的问题就是,不能将宪法实施仅仅理解为一个摆脱了实质政治价值、抽离了具体社会语境,从而可以靠法律技术中立操作的程序。这种技术性思考以对宪法文本的解释为基础,但通过解释中国宪法,我们马上会发现文本呈现出一个巨大的、充满张力的开放空间:例如在主权运行上,现行宪法规定的“政党-国家”民主与“立法民主”的双重主权结构;^[1]在国家治理上,现行宪法体现的“党的领导与依法治国”并行论模式(parallelism);^[2]在宪法目标上,它背靠 80 年代初“思想解放”的历史起点,暗含有四个基本思想主张:富强、民主、平等与自由。因此,中国宪法建立在一种不完全同于西方宪政经验的“厚的宪法”(thick constitution)观念之上,它保障权利,但不仅仅是一套关于权利保障的叙事。^[3]我把这种结构概括为中国宪法的两个基本特点:制度上不存在单一的实施主体;思想上不存在整体的价值意图。因此,中国宪法实施在理论上一个最基本的实质性设问就是:开放的宪法文本如何无矛盾地实施?本文以罗尔斯政治哲学的核心概念“公共理性”为思考工具,尝试提出一个规范性判断:宪法实施应该是自由而平等的政治社群成员对具体法律实践是否符合宪法文本的规范表达,运用反思权衡之公共理性做出判断的过程。

二 公共理性与宪法实施的基本学理

(一)理性的类型与公共理性

中国宪法实施的动力应该来自理性,这种理性是一种建立在宽容和反思基础上的公共理性,而非以自我为中心进行思考的私人理性。这里体现了当代政治哲学上最重要的区分——来自康德传统的“理性的”(reasonable)与“合理的”(rational)。按照公共理性最重要的倡导者罗尔斯的说明,作为一种抽象的人性在实践行动上拥有两种“理性”,一种是纯粹实践理性,人运用此种理性做出的实践判断达到每一个其他人都可接受的客观化效果(reasonable);一种是经验实践理性,运用此种理性能力所做出的实践判断不具有可客观化与普遍化(rational)的效果,仅仅具有具体情境下的考量效果,功利主义伦理学立场正秉持此种后果论立场。^[4]

于是,罗尔斯在《政治自由主义》中将康德预设的“抽象人性”改造为“具体政治中的人性”,更进一步讲,他所讨论的人是“民主宪政体制下拥有自由而平等公民身份的人”。^[5]康德的两种实践理性也就分别转化为这种人拥有的追求正义的能力和追求善的能力。这两种理性彼此有紧密的关系,简要说来,罗尔斯认为,正是民主宪政体制赋予了“合理性多元”的事实。因为宪法规定了公民的各种自由与权利,尤其是言论自由、宗教信仰自由等,使得每一个公民运用自我的理性能力表达和追求不同的善好(good)都应该是被允许的,否则这就是一个压制和专断的社会,所以民主宪政体制本身暗含着反对“至善主义”(perfection-

[1] [美]巴克林:“中国的宪政,‘三个代表’与法治”,载魏海生主编:《执政的转型:海外学者论中国共产党的建设》,北京:中央编译出版社 2011 年版,第 294 页。

[2] B. Womack, Democracy and Governing Party: a Theoretical Perspective, *Journal of Chinese Political Science*, vol10(1), 2005.

[3] “厚的宪法”区别于仅以“人权保障”为核心内容的“薄的宪法”观念,具体阐述见 M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, (Princeton: New Jersey, 1999), chapter 8.

[4] J. Rawls, *Political Liberalism*, (Columbia University Press, New York, 1996), p. 48.

[5] J. Rawls, *Political Liberalism*, Introduction.

ism)。但是,在“合理性多元”的事实下,公民按照各自的人生规划自行其事是会发生矛盾和冲突的,那么如何在尊重多元的同时保持社会的稳定,则会成为一个大的问题。只有理性(reason)的公共运用,才能获得基本共识,这种共识是对一个政治社群最基本的公正社会结构的共识,也就是一种建立在各种善观念之上的重叠共识。罗尔斯将 reason 在政治生活中尤其实施宪法过程中的公共运用命名为一种“公共理性的运用”,它在三个方面是公共的:

“首先在民主社会里,公共理性是平等公民的理性。其次,公共理性的目标是社会公共的正义,它不处理所有问题,而只适用于那些包含我们可以称之为‘宪法根本’的政治问题;第三,它的内容是公共的。”〔6〕

(二) 公共理性与宪法

按照罗尔斯的说法,宪法规定的公民基本权利和义务,以及其他社会基本制度,如财产制度、家庭制度,构成了一个社会的基本结构。〔7〕实现这种社会基本结构的公正就成为一个稳定社会最重要的课题。这种公正社会结构的基本原则必须在无知之幕后达成,它是经过每一个人的慎重思考、“公平协商与讨论的程序设计”才可以获得的一个社会的最基本正义——“作为公平的正义”。他认为,体现这种正义原则的根本规范就是一个政治社会的宪法。因此在《政治自由主义中》罗尔斯将这种关于社会最基本公正结构的共识称为“宪法共识”,来说明达成这一共识的过程就是在一种所谓“纯粹的程序正义”保证下的制宪过程。〔8〕所谓“纯粹的程序正义”也就是说程序结果本身并没有客观衡量的标准,只要构成程序的非程序性条件符合一定的正义,那么结果就是可以接受的。〔9〕

对于宪法实施来说,一个深刻的启发就是,宪法条款及其含义的确定并不是制宪者讨价还价的结果,而是由这种程序的非程序性正义条件所确定的。比如,为什么 82 宪法要规定人身自由,很显然是制宪者面临一个重要的制宪环境或条件:历史上的惨痛经验教训告诉每一个制定者,如果在宪法中不规定人身自由,则将来每一个人都有可能被剥夺人身自由,〔10〕正是这种历史环境与际遇确定的制宪条件决定了人身自由条款必然被制宪者选择并写入宪法。

然而,罗尔斯认为,仅仅形成了一个宪法共识是不够的,因为它既不深刻,也不广泛,实际上只是一种政治协商程序下的结果。而在宪法秩序形成后,各种政治集团、社会组织,以及不同的人,都会对各种具体的政治问题与宪法问题产生更深刻、广泛与复杂的对峙与矛盾,影响宪法所追求的稳定社会结构。在这些对峙与矛盾中,最重要的就是宪法在具体化为立法以及违宪审查过程中出现的争议。罗尔斯写到:

“如果说,人们对于某些基本政治权利和自由——包括对选举权、政治言论自由和结社自由,以及民主的选举程序和立法程序所要求的各种权利,尚能够达到一致的话,那么人们对下列一些问题则存在分歧:即在有关这些权利和自由之更确切的内容和界限上,有关在更具体的权利中哪些权利才能算基本权利,哪些权利应当得到宪法之外的法律保护,

〔6〕 J. Rawls, *Political Liberalism*, p. 213 - 214.

〔7〕 J. Rawls, *A theory of Justice*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971), p. 20.

〔8〕 J. Rawls, *Political Liberalism*, p. 156.

〔9〕 J. Rawls, *A theory of Justice*, p. 83.

〔10〕 王汉斌:《关于宪法的几个问题的报告》,载《社会主义民主法制文集》(下),中国民主法制出版社 2012 年版,第 387 页。

等等。”^[11]

可见,罗尔斯实际上强调,社会中各种政治集团以及各阶层的人都用宪法来行动,尤其是将宪法中的权利清单转化为公共政策和法律制定,这个时候就会对于什么是“言论自由”、“宗教自由”、“迁徙自由”等理念发生高度争议,对于具体的个案是否属于某一个基本权利的保护范围以及立法是否对其构成侵犯也会产生极大认识上的分歧。例如平等很重要,但根据人的肤色在交通工具、教育、从事宗教活动方面予以隔离的立法是否违反平等就会引起巨大的宪法争议。^[12] 在民主宪政体制中,罗尔斯认为,各种具体的政治判断都达成共识是不可能的,但可行的目标应该是在涉及宪法实质的问题上必须通过公共理性的运用,在各种“公共理性的论坛”上来检视立法与政策是否有违宪法的公平精神,因此违宪审查的实质就是审查机构或主体运用公共理性不断回溯到宪法订立时的基本公平原则和制宪条件以检视法律是否违背了这些原则的过程。^[13]

(三)公共理性、反思均衡与违宪审查

那么,在宪法实施中公共理性究竟是如何具体发挥作用的?这就要回到罗尔斯哲学的核心方法论:反思均衡。简要说来,罗尔斯认为,一个正确的实践判断并不能从笛卡尔式的“基础真理”之处演绎推导出来,它本质上是人的具体判断与社会基本公正结构所确定的正义原则相互比较、适应与尽量吻合的过程。^[14] 在政治生活中对于一个具体的宪法判断而言,比如某个事件/案件/立法是否违宪,则必须通过将我们的判断与宪法确立的宪法规范相互解释以确定它们是否符合。

罗尔斯认为,现代社会人的任何一种实践判断都不是“自明的真理”,但会有一些经过相对深思熟虑后形成的“暂时的结论”(provisional fixed point)。例如“不应该迫害异教徒”,它绝非从来都被认为是真理,但如果我们要确定在某一个特定的社会它是否成立或更具体讲在一个有宪法的国家它是否合宪,需要我们将这个具体判断与宪法确定的相关原则进行互观与对照,运用理性眼光在“原则与原则之间往返流盼”。这样的结果有两个:这个具体判断最终与宪法相关规范在价值上相符合或不相符合。如果不相符合,罗尔斯认为我们要么需要修改或放弃这个具体判断,要么需要修改立约/制宪时的条件。因为如前所述,是制宪时的正义条件导出了具体的宪法规范。

这种反思均衡的方法是公共理性最重要的品质。对于宪法实施来说,它尤其具有重要的实践价值。因为,按照罗尔斯的论说,反思均衡本质上是“道德原则之间的互观和权衡”,而宪法规范恰好在本质上更接近一种“法律原则”,而不是“法律规则”。与一般法律规范不同,宪法规范的价值性与抽象性正符合“对价值最大实现之诫命的原则性格”,^[15] 因此违宪审查的本质其实就不是判断宪法规范与具体法律条文是否相符,而是判断它们背后的原则是否能相互圆融自洽、相互适应,是一种“原则与原则的权衡”。

反思均衡使得整个宪法体系不再是凯尔森意义上封闭的、金字塔效力传递体系,而成为

[11] J. Rawls, *Political Liberalism*, p. 159.

[12] 从 *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896) 确立的“隔离但平等原则”到 *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U. S. 483 (1954) 案确立的“隔离就是歧视”观念,美国宪法中的各种权利原则之实施从来都不是无争议、平顺的。

[13] J. Rawls, *Political Liberalism*, p. 237.

[14] J. Rawls, *A Theory of Justice*, p. 17.

[15] R. Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, (Oxford Press, 2002), p. 224.

一种类似于循环往复的“意义可流动体系”：某一条宪法规范的含义是可变的，归根结底是由制宪时的基本正义条件决定的，因此基本正义条件的改变也就会使得同一个条款可以被解释出完全不同的含义，请检视语法。从而宪法条款与外部具体宪法判断之间形成一种“阴阳相生”的动态反思过程，宪法与外部环境也就能实现一种互相适应的耦合状态。

三 公共理性对中国宪法实施的意义

公共理性对于当代中国宪法实施尤其具有根本的意义。它在本质上实现了宪法内部以及宪法与环境之间的耦合。

当代中国宪法实施始终面临着“改革宪法/宪政宪法”、“宪法修改/宪法解释”、“良性违宪/违宪”之间巨大的理论争论。这些争论一言以蔽之就是宪法规范内部以及宪法与社会环境之间存在着不融贯、不适应。这个时候，通过反思均衡运用公共理性来消弭这种不融贯就变得非常重要，它可以避免不诉诸妥当的反思理由、仅凭意志与权力做决定所引发的宪法震荡与社会失范。按照罗尔斯的论说，反思均衡既发生在自己对自己的不同判断之间也发生在自己与别人的不同判断之间。因此在宪法实施中，对看似有矛盾的宪法条款进行解释或修改就是一种制宪者自己与自己的反思均衡，对社会现象做出违宪或修改宪法的决定，就是制宪者与社会之间进行反思均衡的结果。具体而言：

一方面宪法内部价值的开放性反映了中国现行宪法“立约”条件极其复杂，既有延续 54 年宪法对于富强之现代性的根本追求，又有基于“文革”经验的深重反思，还有社会主义对民主的根本要求，因此不通过一种公共理性的运用我们很难使其内部相互融贯，制宪者必须不断回溯到制宪时确立的那些基本正义条件，对现行宪法条款是否符合这些条件进行判断或解释。

另一方面社会急速变迁的事实使得宪法变迁也变得更加频繁。那么，宪法每一次变迁究竟是否正当？或者说没有变迁，但生活中出现“良性违宪”是否允许？这就要求我们必须将这些事件中的实践判断回溯到制宪的条件，看究竟何者应该修改或放弃，因此公共理性就是实现宪法与环境耦合的关键，是宪法保持开放性的关键。

（责任编辑：田 夫）

我国宪法中的执政党

邓联繁*

据荷兰学者马尔赛文等对 142 国成文宪法的统计，有 93 国宪法即 65.5% 的宪法包括关于政党的规定。^{〔1〕} 新中国宪法也有政党内容的规定。但与各国宪法对政党问题的规定主

* 邓联繁，湖南省湘西土家族苗族自治州行政学院教授。

〔1〕 [荷]亨克·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐：《成文宪法：通过计算机进行的比较研究》，陈云生译，北京：北京大学出版社 2007 年版，第 83 页。