

自身之种姓政治、部落政治、等级政治、宗教政治、文化政治等传统政治因素的改造效果有限,例如司法审查制度比例高达 98% 的非洲在治理成效和现代化进程上就未必优于亚洲。

回到中国语境,上述世界宪政地图的原型及其扩展面的描画并不能直接得出中国宪政优劣的结论,也不能直接指示中国宪政向何处去。然而,这种世界性的宪政扩展图景还是大大启发并推动了中国的“宪法司法化”运动。这场运动以 2000 年左右的宪法学知识更新为铺垫,以非典型宪法案件“齐玉苓案”为契机,以中国入世为想象灵感,以对美国 1803 年马伯里式的“普通法革命”为历史样本,从而试图在中国宪法文本之外建构一种美国式的宪政模式。这注定是一次失败的尝试,因为它没有正确理解八二宪法的原则与结构,没有理解整个二十世纪中国宪政演进的“政治宪法”逻辑。

中国宪政转型的困境不在于缺乏有效的司法审查制度,而在于中国宪法文本上的“政治宪法结构”,这一结构是人民主权在宪法上的三个肉身:两个代表制肉身,即党的领导代表制和人民代表大会制;一个非代表制肉身,这是社会主义民主的优势传统,是人民有序而生动的直接力量,笔者称之为“非代表制的参与民主制”。这一结构蕴含着中国百年宪政进程的丰厚政治遗产,并构成了形塑中国宪法权力结构并直接决定基本权利之优先顺序与实现程度的“根本法”。中国宪政转型的真实命题是如何促使这一“政治宪法结构”根据人民主权的根本原理而获得理性化与制度化。以这一规范性视窗而非司法审查模式或人权保护指标去观察八二宪法与中国宪政,我们将能够更完整且更合理地理解中国宪政自身的演进路径与规律。而且这一政治宪法学的视野将可能提出更为适当与关键的宪法理论命题:广义的宪政阶段论的理性基础与政治成就如何?制宪权与制宪代表权的关系如何?领导如何成为一种制度化的代表?人民如何既“有序”又“生动”?改革三十年里政治与行政过程的制度建构有何宪政意义?复合代表结构的哲学基础是什么?“政治宪法结构”如何经由共和主义原理而激活与演进?因应转型宪政的立法者的宪法学图景是什么?司法宪政主义在何种观念与制度前提下才有可能?这些围绕在八二宪法周围的根本性的理论问题如果不能获得真正的理论性解决,中国宪政在任何结构意义上的设计或变革都可能再次遭遇重大挫折,而我们民族的宪法心智依然超脱不了“机械模仿”的工匠层次。

(责任编辑:支振锋)

## 宪法切实实施行的基础性条件

支振锋\*

八二宪法颁布实施三十年,学界对这部 1949 年以来“最好的宪法”的研究也日益深入。但从当前的文献看,研究的焦点集中于对其内容及实施的缺陷与完善上。毫无疑问,对完美宪法文本及其实施孜孜以求,对有宪法而无宪政忧心忡忡,这些都是中国宪法理论与实践中的真问题。然而事实上,随着第一次世界大战之后开始的殖民地解放运动,早已开始了亨廷

\* 支振锋,中国社会科学院法学研究所副研究员。

顿所言的三波民主化浪潮。所谓宪政转型,也在大致与此相同的历史区间里,与民主和法治转型大体同步或相伴相生。只有经过了成功的宪政转型,宪法才能真正得到切实的施行,才能不再仅仅是摆设,而真正“管用”。那么,在一战结束后的近百年、尤其是冷战结束之后的三十年中,在全世界有哪些国家进行过宪政转型的努力?哪些成功了,哪些失败了,缘由何在?宪法得到切实的施行并真正管用的基础性条件是什么?因此,在规范的宪法学研究之外,对于国际范围内宪政转型实践的经验性比较研究,就成为我们无法回避的课题。

## 一 历史与现实

不管是理论上还是实践上,宪政都与民主、法治和人权密不可分。从这个意义上说,宪政虽然源起久远,但其真正实现并运转良好,却可能是二战之后的事。法国的宪政体制,直至1958年第五共和国宪法制定之后才逐渐形成;而宪政模范美国,直到1965年南方的非洲裔美国人才享有普选权。因此,宪政的实现是一个复杂的历史过程。就宪政转型而言,其中有两个问题特别值得注意:一是从宪政的起源的历史上讲,近代宪政首先肇始于英美而不是德法,原因何在?二是从近百年宪政转型的现实来讲,究竟有哪些国家成功实现了转型?成功转型的条件是什么?切实施行宪法需具备什么样的基础性条件?

而一旦进入历史,我们就会发现宪政所内蕴的丰富张力。一方面,“所有宪政政府本质上都是有限政府。”<sup>[1]</sup>而这种限制的起源,却是黑暗、封建的西方中世纪。中世纪封建制下各种势力的分离与对抗使得西欧社会是“多样的、丰富和复杂的,它从未受一种排他性的原则所控制,而是多种多样的因素一直在相互影响、组合和斗争,经常不得不共处并存。”“既然谁也不能消灭谁,那就必须让各色各样的原则一起存在——他们应该在他们之间订立某种协定。”<sup>[2]</sup>分权抗衡、契约精神、司法至上、地方自治、结社自由、权利与义务、有限政府等宪政理念,由是得到了发育的温床。而另一方面,为什么近代宪政先产生自英美,原因竟然还是在封建制度。因为土地分封,欧陆封建制度导致土地保有权和国家政治主权同步分割、碎化、下移、进而引发王权孱弱、封建割据普遍出现的情况,从而导致内在的“离心力”。而英国威廉一世利用征服者的权威,控制了政治、经济、军事等主要权力资源,建立起欧洲最强大的封建集权君主制,使英国成为欧洲最早实现政治统一的国家。<sup>[3]</sup>而美国的强大与宪政,固然是由于联邦与州以及联邦内部的分权与制衡,更是始于1787年从邦联到联邦的转变中联邦政府的集权,以及美国联邦政府与各州在权力分配上的200多年的艰苦博弈与斗争。如果没有强大的国家,宪政去“限”谁呢?

现实情况则更为复杂。根据瑞士华人学者张维为的研究,世界上有一百多个国家和地区以西方为摹本进行民主和法治转型,成功者却并不多。当然,对于“成功”肯定会有争议,但有两类标准可能比较符合实际:一个是规范标准,也即有限政府、正当程序、司法公正、权力制约、透明政治、言论自由等指标;另一个是治理绩效标准,比如政治稳定、社会和谐、经济发展、社会福利等指标。这两方面缺一不可,少了前者,就不能成其为宪政或法治国家,而少

[1] C. H. 麦基文:《宪政古今》,翟小波译,贵阳:贵州人民出版社2004年版,第16页。

[2] 基佐:《欧洲文明史——自罗马帝国败落至法国革命》,程洪逵等译,北京:商务印书馆2008年版,第127,24页。

[3] 请参考,魏建国:《西欧封建制度的立宪主义内蕴》,《环球法律评论》2007年第6期。以及李栋:《试析英国的封建制度及其宪政之生成》,《环球法律评论》2011年第4期。

了后者,即便是宪政国家,又有何意义呢?以此标准,欧洲的西班牙,亚洲的日本、韩国、新加坡以及中国港台地区,其他如中东欧的捷克、美洲的巴西、非洲的南非共和国、中东的土耳其都可以说成功或初步成功实现了宪政转型,其宪法得到了切实施行,真正管用。

## 二 国家能力

那么这些国家宪政转型成功的原因何在?有历史的、政治的、经济的、文化的、外交的等。但其中有几点却比较明显:

第一,凡是成功实现宪政转型的国家,都在转型之前有过较长一段时间的经济快速稳定发展,而在转型之后又维持了经济发展的成果。李普塞特曾经通过实证研究证明,经济发展是导致民主转型的重要原因,<sup>[4]</sup>亨廷顿在讨论第三波民主化浪潮时,也将经济发展视为非常重要的原因。<sup>[5]</sup>实际上,对宪政转型而言,这个结论在很大程度上也同样成立。

第二,转型中保持了社会和政治稳定。这是转型成功最基本的前提。虽然土耳其、巴西、韩国等曾经遭受政变之苦和大规模的社会抗议运动,但在实现宪政转型时,都基本上保持了较好的政治和社会稳定,不存在大规模的社会动荡,更未发生大范围、高烈度的内战。

第三,转型时都有比较强有力的政治领袖或政党。在西班牙是国王卡洛斯一世、中国台湾是蒋经国、日本是麦克阿瑟的实际控制、韩国是卢泰愚,他们通过提供社会稳定和发展政策等公共产品,促进了国家和地区的经济的发展,培育了中产阶级,提升了民众的教育水平和政治素质,这些都有利于宪政转型。

第四,争取民主、法治和宪政的斗争中都比较温和,而且在宪政转型前都已经通过宣传、启蒙以及社会抗议运动等在全社会普及了民主和宪政理念,凝聚了转型共识。

因此,经济发展、社会稳定、强有力的政府以及对民主宪政的共识,都是宪政转型的必要条件。而这些,则属于国家能力的范畴。国家能力通常指“政府甚至在面对社会反对时仍能够从社会抽取资源、执行其政策并影响社会团体的能力。强国家能够抵制社会压力,改变私人部门的行为,并且改变社会和经济结构。”<sup>[6]</sup>中国学者王绍光、胡鞍钢等人则将国家能力集中于四个方面:汲取能力,指的是国家动员社会资源的能力;调控能力,指的是国家领导社会经济发展的能力;合法化能力,指的是国家利用政治符号在属民中制造共识,进而巩固其统治的能力;强制能力,指国家利用暴力或暴力威胁维护其统治地位的能力。<sup>[7]</sup>

## 三 中国问题

从 1912 年《中华民国临时约法》开始,中国的宪政之路已历经百年。然而,为什么始终

[4] See Seymour Martin Lipset, *Political Man: The Social Bases of Politics*, (Garden City, N. Y.: Doubleday, 1960), pp. 45-47. Seymour Martin Lipset, *Political Man*, (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1981), pp. 469-476. Robert A. Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition*, (New Haven: Yale University Press, 1971), pp. 62-80.

[5] 参见[美]塞缪尔·亨廷顿:《第三波——二十世纪末的民主化浪潮》,刘军宁译,上海:上海三联书店 1998 年版,第 2 章“原因”。

[6] Glenn R. Fong, “State Strength, Industry Structure, and Industrial Policy”, 22 (1990) *Comparative Politics*, pp. 275-276.

[7] 王绍光、胡鞍钢:《中国政府汲取能力的下降及其后果》,载于张静主编:《国家与社会》,杭州:浙江人民出版社 1998 年版,第 1 页。

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。