

“美国宪法新理解”学术研讨会述评

支振锋*

2014年8月30日上午,由《环球法律评论》编辑部与清华大学法学院公法研究中心共同主办的“美国宪法新理解”学术研讨会在北京召开。来自中国社会科学院法学研究所、清华大学、北京大学、中国政法大学、首都经贸大学、重庆大学和中南财经政法大学的宪法学同好共聚清华园,试图从新的问题和新的角度,来探讨美国宪法的原理、制度、历史与实践。

窗外天高云淡、绿树婆娑,室内引经据典、娓娓道来。清华大学法学院公法研究中心主任林来梵教授在开幕致辞中从中国宪法学研究的主体性出发,提倡国内研究美国宪法的新视野与新方法;中国社会科学院法学研究所研究员、《环球法律评论》主编刘作翔教授在随后的致辞中强调,要把握新的机遇,开启美国宪法研究的新角度;中国社会科学院法学研究所副研究员支振锋提出了其对“美国宪法新理解”中“新理解”的理解,并在讨论中提出了“两种宪法观”,指出中国的宪法不同于英美;首都经贸大学法学院院长喻中教授以“无冕之君”来理解美国宪法的政治角色;重庆大学高等研究院田雷副教授提出了“第二代宪法”概念来试图重新理解美国早期宪政史;清华大学法学院博士研究生、《文化纵横》杂志执行主编余盛峰则从社会系统论出发,提出了分析美国宪法力量与弱点的社会宪法学视野;《人民日报》社评论部评论版副主编白龙博士则以“建国法理”对“革命法理”的超越,来理解美国1787年《宪法》对《独立宣言》的扬弃式继承;清华大学法学院助理教授刘晗博士以“美国宪法民族志”的方法,试图为全面认识美国宪法的诞生、成长及美国公民的“宪法崇拜”提供一个新途径;中南财经政法大学法学院秦小建副教授以“言论自由的第三次反讽”为题,探讨了将实体价值重新引入论辩的必要性与方法;中国政法大学胡晓进副教授从大众宪法观的角度,讨论了美国宪法中司法中心论与人民的宪法之间的紧张;北京大学法学院博士后研究人员阎天博士则以美国的反歧视理论与实践为背景,分析了我国反歧视制度的模式及其背后的理念,提出以提炼普遍理论来凝聚共识的可能。

会议以美国宪法“新理解”为题,其命意所在,是对以前法学界对美国宪法理解的继承和补充,试图在肯定国内法学界对美国宪法既往研究的基础上,以新的研究方法和视野,补充我们以往没有关注的方面,或者虽有所关注,但却并未深入的部分。

一 原理:美国宪法及其宪法观

宪法是人类历史重要而丰富的现象,是古往今来人类在不同国家、不同时代所探索出

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。清华大学博士生蒋夔对会议记录做了初步整理和校对,特致谢忱。

来的治理之道的总结与承载。尤其是美国宪法的诞生及其实践,堪称人类政治与法治史上的重要丰碑。但值得关注的是,“大树之下,小草难生”,世界各国多元的宪法及其实践都有被美国宪法的参天大树遮蔽、吸纳甚至消融的危险;原本纷繁多样的宪法好像只剩下了宪法和美国宪法这两个类别,甚至有最后都变成美国宪法的简单化倾向。这不是危言耸听,而是弱肉强食的社会达尔文主义及以基督教末世论教义为底色的一元线性直线史观在宪法研究上的体现,尽管在很多时候人们可能是不自觉的。以追寻先进的名义罢黜百家,以捍卫自由的方式排除了美国宪法之外的其他选择,这样的吊诡真的令人尴尬。那么,如何从更新的角度,全面地认识美国宪法呢?

(一) 无冕之君:美国宪法的政治角色

喻中教授在发言中做了一个拟人化的比喻,他认为,美国宪法尽管是一个文本,但是它跟现代社会的君主在功能上具有很大的可比性。第一个就是君主的功能。人类群体性政治生活的核心就是组织化,人类要实现群体生活的有序性和稳定性,君主的角色是不可或缺的,如果没有这个角色的话,群体可能就会解体,也可能破碎。极度原子性的个人只是个体的偶然性的同时存在,形不成群体和人类政治,只有单个人的个体。第二个功能,君主可以实现人类群体生活节省经济成本。在前现代社会里面,如果要实行民主选举的话,几乎是当时的经济成本所不能允许的,君主以低成本的方式满足了人类政治生活的需要,是一种人类经济支付能力严格约束下的产物。第三个是从宗教意义上看,君主为人类的生活提供了一个超越性的源头,赋予了某种情感、信仰、伦理的色彩,满足了人类精神的需要。在美国,先有美国宪法后有美国,宪法是其国家权力的源头,没有美国宪法的授权,一切权利和权力成了无源之水。因此,从政治构成来看,美国宪法就像君主一样,为各种政治冲突、政治交往提供了最高裁决功能。

(二) 建国法理对革命法理的超越

对美国宪法“无冕之君”最好的阐释,还是要回到独立战争之后。在当时,1787年宪法的任务是什么,它要解决什么问题?白龙博士对此进行了细致的分析。他指出,1787年宪法的主要任务是构建新的国家。这就要回到《独立宣言》,而《独立宣言》所代表的主要是一种革命的法理。正如在其后讨论中支振锋所提出的,在美国独立革命之后面临一个悖论性的任务:一方面要分离,但是分离了之后,并不必然导致创生一个新的国家,也可能是13个前殖民地分别成为国家;而即便后来产生了一个新国家,其内部仍然存在着分离情结,并酿成了后来的大分裂,也即内战。所以,美国怎么去抑制这种分离情结的酝酿呢?易言之,美国的成立是建立在分离法理之上的,但是它要抑制这个分离的法理,去维系国家统一。支振锋指出,我们以前关注美国总是关注分权,中央和地方的分权,中央三种权力之间的分权。其实,如何在这种分权意识下维持国家统一,也是值得关注的。美国最有分离的理由,但到目前为止,还没有分离。而在建国之后,分离主要是精英之间的分裂,就是党争,当时不仅联邦党和共和党之间分裂,联邦党之间的分裂也很厉害。因此,美国人怎么处理分离和凝聚之间的关系,成为美国独立之后宪法事实上的首要任务。

通过与1787年宪法进行比较,白龙将《独立宣言》的特点概括为三个:第一,是分离主义的,第二,是高举自然权利旗帜的,第三,它有着深刻的约法传统背景。分离主义尤其是冲着大英帝国的帝国理论去的,要把英国的这个传统给破掉,从英国的传统里面脱离出来,可以看得出来,它是“破字当头”的,是要为后来的美国建国打下一个地基,清扫战场。而1787年宪法是要做一个“立”的工作,就是要建国,把13个殖民地凝聚在一起,但它同

时也要继承《独立宣言》所讲的那些革命理想,像“人人生而平等”以及“生命、自由和追求幸福的权利”,等等。但是它怎么在继承革命理想的前提下,完成非常具体和世俗的制宪工作呢?这就要在宪法操作上做一些调整:一个是,宪法需要遏制党争,因为这是一种政治上的离心力,如果太大了,政治体就垮了。联邦党人提出用大共和国、或者说扩展共和国来稀释党争;第二个特点,它需要制造出一个虚拟的“君主”,换句话说,13个殖民地联合在一起,没有一个强有力的行政权是不行的,当时美国周遭群狼环伺,也必须进行国家建设;第三个特点,它需要对权力进行制衡,具体办法就是复合制的联邦方案。

也就是说,如果我们把建国视作一个漫长的过程,其起点就是从《独立宣言》开始,到内战打完为止。这个过程其实就是把内战给“内政化”的过程。因为《独立宣言》本身是一次分离主义的产物,站在英帝国的角度就是一次内战,那么美国的宪法或者说建国法理,需要把这种尖锐的革命精神给消化掉,把它变成一个宪法框架可以容纳的东西。党争有很多的表现形式,包括意见分歧、利益争端,当然极端的形式就是分离,宪法需要有一个足够包容的框架去消化它。从思想史的传统上看,从美国独立一直到内战打完,有一个漫长的转型。宪法框架本身也在不断地修正自己,从1800年选举,到后来杰克逊式的民主,等等,都是在回应这个大的转型。一直到林肯,最后才算是把这件事情基本完成,把内战消化掉,完全给内政化了。到这个时候为止,美国算是完成了这个转型,这既是政治转型,也是思想转型。而从《独立宣言》到1787年宪法,只是这个漫长转型的第一步。

(三)美国宪法的特点:一个民族志的描述

美国宪法的特点究竟是什么,如何认识它?刘晗在其主题发言中认为,对于中国观察者而言,美国宪法需要整体地去看待。需要观察的不仅仅是美国宪法的文本,不仅仅是美国最高法院的判例,而且应该包括美国整体的宪制(regime)和宪法文化。因此,整体地观察美国宪法需要一种人类学的视角,去描述宪法对于美国人意味着什么,为何能够成功。我们需要回归到传统比较宪法的范式——从亚里士多德一直到孟德斯鸠——将宪法作为一个民族或者国家的生活方式。这种民族志的方法,尝试对美国宪法和最高法院在美国政治意义系统中的地位进行深描,展现以宪法为中心所建构出来的美利坚民族的特性和美利坚民族在政治法治领域的特性。作为一个具有特色的民族,美国的宪法恰恰具有极强的特殊性。大致来说有几点非常突出:

第一,美国宪法具有革命性。众所周知,美国是革命建国的国家,其宪法是革命的产物,秉承的是美国革命的政治哲学和政治性格。因此,美国宪法面临着一个问题:革命传统仍然在宪法当中,但又不能不抑制,否则无法实现法治。阿克曼的二元民主理论试图化解这一张力:一方面必须讲民主(因为这是革命传统的延续),一方面又必须讲法治。

第二,美国的民族认同以宪法为主要标志。美国没什么历史文化传统,不像英国或者法国,有国王或者法兰西民族把国家统合起来;它是13个共和国连成一个国家,没办法将认同诉诸国王或者统一的民族。宪法成为他们国家认同的标志,甚至变成唯一的标志,尤其是后来大量的移民进来之后,更无法以传统的清教英格兰人的认同为基础,只能诉诸宪法。潘恩说:“在美国,法律是国王”,反过来讲,国王原来承担的政治认同中心地位是由法律尤其是宪法来承担的。宪法是美国公民宗教的圣经。

第三,如果宪法文本是美国的公民圣经的话,美国最高法院就像大祭司一样,是权威的解释者。美国最高法院在美国人心中具有极高的权威,甚至有某种神秘的色彩,包括法官的终身制、身着黑色法袍等等。美国最高法院的司法审查权力之所以大,跟其在美国宪

法文化中占据的重要地位是分不开的。美国宪法和最高法院构成了美国统一性和连续性的共生象征。法官在某种意义上成为了美国人民主权之神的神谕宣示者。

二 制度:实践与辨析

刘晗强调,美国宪法具体的制度当中有非常强的革命性因素,特别是暴力在美国宪法中占据很重要的位置。比如,美国对言论自由保护相比较而言近乎绝对,因为言论自由根本上有一种反对政府的倾向,具有颠覆政府的冲动。再比如说持枪权,在任何欧洲国家都是不可思议的事情。那么,作为公民圣经的美国宪法,它在具体的制度实践中有何表现?与会学者围绕被视为美国宪法重要内容的言论自由、司法审查、大众宪法、反歧视等问题进行了更为细致的讨论。

(一)言论自由的反讽

言论自由在美国获得近乎绝对的保护,成为美国宪法和美国政治的名片式特征,并形成了源于弥尔顿和密尔、经由霍姆斯归纳的所谓言论市场理论。秦小建在发言中,对此提出了自己的理解。他认为,将言论市场和商品市场在某种程度上的等同,有可能忽视了二者之间的两个重大差异,而这些差异对于理解言论自由可能至关重要。

第一个就是关于两个市场的人性预设及其对应的秩序机制。商品市场的预设是自私自利的经济人,经济秩序依赖于由供需关系和价值机制调整的互惠互利;而言论市场的预设则是能够接受批评且可自我反省的理性人,言论秩序依赖于由理性交流促进的修正共鸣。但是回想到思想家描述的现代社会价值多元且不可公度的核心特征,面对言论间的沟通和交流,理性交流促进的修正共鸣在什么程度上是可能的?

进一步说,对于这么一种真理通过市场竞争的可获得性是存疑的。在个体价值至上的现代社会,真的有人人皆可接受的真理吗?如果说有的话,也只是一种相对妥协的、最适合某个特定历史时空的真理,这就是我们所说的公共决策必须要有一定的共识基础的基本判断。有真理,便无需政治。所以,很大程度上政治实际上是权衡不同价值,并且在不同价值之间进行选择以供决策的制度结构。就此而言,言论自由如果可以促进政治价值,那么就需要依赖政治的决断。

另外一个差异,商品市场的竞争是通过价值机制和供需关系,虽然是看不见的,但是至少可以通过面对面一对一的信息交流获得。但是,很多时候真的存在言论市场吗?很多时候双方的沟通没有一个共同的基础或平台。就像我们的诉讼制度设计一样,每方都从各个角度为自己说理,但始终找不到共同的利益点从而只能诉诸诉讼。言论市场如果说要通过这种自由竞争来获得支撑公共决策的共识或者决断基础的话,就必须将这种剪不断理还乱的价值问题转化为可以相互讨论的程序问题。

回到司法实践,按照比较流行的说法,美国的情况是大法官说了算。在言论自由领域,我们发现其实很多司法实践并没有从程序体制的角度来判断,去促进沟通这种言论自由,有时候更多的是直接说这个不行那个不行。直接后果就是将言论自由从政治结构中拆离出来,使得言论自由的竞争机制和平台再一次回归到某种比较混乱的地步。面对泛政治化的社会语境,多数决是不可或缺的,而且通过审议达成所有的共识是不可能的。在多数决的程序设计当中是有一种缺陷,但是如果是经过了价值讨论的言论自由,某种程度上就可以根据理性的决策约束偏好甚至改变偏好,提升公共决策的理性水平。就此而言,

作为对泛政治化议题回应的司法程序,理应与多数决程序有所配合,具体的模式是,公共决策由多数决程序作出,而司法则审查多数决决策程序的正当性。由此,所谓的反多数难题实际是不存在的,司法审查并非反民主,而恰恰是以修正程序的方式助力民主。

(二) 司法审查的悖论

根据经典的(抑或是臆想的)美国宪法研究,美国宪制的特点是三权分立,而总统和国会是更积极和进攻性的部门,法院则消极、被动地裁决纠纷。但作为三权分立的一极,特别是最高法院,它的裁决是终局性的,具有一锤定音的效果,也即“大法官说了算”。喻中教授指出,美国宪法作为无冕之君需要代言人,这个角色就是法官群体。美国200多年来,发生的许多重大政治争议,无论是总统的、议会的、联邦的、国家和公民之间的争议都诉诸宪法来裁决。

在回应秦小建对言论自由的讨论时,阎天认为,司法审查跟权利的程序化有关。包括言论自由在内,很多权利在19世纪末、20世纪初在美国被第一次确认时,都被当作程序性权利。就劳动法来说,霍姆斯曾经在判决里讲:资本都可以联合起来,为什么劳动者不能联合起来,让他们在市场上竞争去?劳动者的联合,也就是结社权、集体谈判权、罢工权,这三个程序性权利就成了“劳动权”(labor rights)在美国的主要含义。就行政法来说,二战前法院通过所谓实体性正当程序来约束行政权,阻挠罗斯福新政;战后既要控权,又不能走实体性正当程序的老路,所以转而推出《行政程序法》,这是美国的行政基本法,以程序性控权为中心。也就是说,在战后兴起一个把所有的权利都程序化的历史潮流,这就是所谓法律过程学派的主要洞见。所谓言论自由的反讽,其实就是对法律过程学派的批判,是把实体价值拿回宪法和法治讨论中的表现。

但实际上,余盛峰指出,司法审查是跟美国的政治极化有关的。不仅国会两极化,而且在总统和国会之间也形成了一个分化的政府,其结果自然是将大量的问题甩给法院。但这两个群体都不能对司法说不,在事实上导致了司法中心主义。虽然有很多人认为它是一个比较好的做法,解决了政治化的议题,但它恰恰是美国宪法危机的体现,它只能把这些问题甩给法官或者专家。这是一个危险的倾向,中国也在受其影响。基于美国肖尔(Frederick Schauer)教授的研究,田雷补充道,关于大法官说了算,我们不谈规范层面,即便只从实证的经验意义上去讨论这个命题,也是极为可疑的。最高法院所解决的问题其实并不是所处时代美国人最关心的政治问题,也就是说最高法院所审理的案件并不是国家政治议程的紧要问题,换言之,法院仅在微不足道的事情上说了算。

(三) 美国宪法霸权的瓦解

余盛峰在发言中认为,在二战之后,虽然世界在意识形态层面存在很大的分歧,但在政治和经济层面,他们的基本宪法价值尺度是相通的,也就是说,政治和经济议题在当时的宪法实践中,被认为应该是并行不悖的,公共权力和私人权利应该是一体性的、同源共生的关系。当时,在美国国内已经形成一个共识性的宪法背景,就是新政自由主义宪法原则的整体性。在国际层面,美国则通过马歇尔计划形成对西方和全球霸权的主导能力。在这一历史时期,我们可以看到,美国的宪法霸权无论在国内和国外都是整体性和贯穿性的。在政治层面,通过宪法文本、三权分立、司法审查的制度移植;在经济层面,推动社会民主和经济发展,这促成美国宪法在二战之后的自由主义霸权地位的奠定。

但是,这样一种宪法政治的整体性,在1960年代之后发生了变化。伴随美国国内的两个潮流,一个是多元主义文化政治的发展,另一个是经济层面的新自由主义。前者包括

性别、种族、民族、性等议题,后者强调取消经济管制、开放资本市场、金融自由化等议题。这两个看似冲突的议题,在美国又形成了一种矛盾结合:新自由主义经济带来的贫富分化,可以通过新文化政治领域的反歧视、多元主义的包容性身份权利来弥补和掩盖。这就形成了一种特殊的去政治化的宪法政治。新自由主义和身份政治的结合,导致了美国罗斯福新政自由主义的衰落。社会民主主义和经济再分配,在美国宪法中不再能够作价值决断的权威标准。也就是说,“再分配”这样一个原则无法再作为调和权利冲突的标准,不同权利之间形成了相互冲突,而且是本体论意义上的冲突,这同时也形成了泛政治化的局面,宪法的整体性被破坏了。一方面是政治民主的修辞,但另一方面是贫富差距拉大的事实,而解决方案则是试图用文化政治和多元主义来弥合和掩盖。所以。这就形成了我们现在看到的美国当代宪法政治的危机:在私人权利和公共权利这两个维度之间,产生了不可调和的矛盾,它既在美国国内形成宪法危机,也同时在全球层面形成了政治危机。

美国宪法向全球推广,在政治层面,它提供了一种“普适性”方案,但在经济层面,却带来了新自由主义,这就导致美国宪法当代在全球呈现为一种反革命的形象:它导致了世界政治的帝国化和新自由主义的社会不平等。虽然在政治层面,美国宪法呼吁民主自由,但在其他社会层面,却似乎又带来了新的奴役和压制形式。所以,这导致其在全球霸权的实际衰落。

三 理论:继承、借鉴与创新

1787年的美国《宪法》已经传承200多年,它赢得了麦迪逊所言的时间为它带来的尊严,并成为人类优良治理史上的光辉一页。那么,有两个层面的问题就非常重要,第一是美国自己如何继承和对待这部宪法,以及其他国家如何借鉴这部宪法;第二是这部光辉的宪法是否已经穷尽人类的智慧探索,人类是否还有继续探索和创新的可能。

(一) 第二代宪法:继承还是“不断革命”?

刘晗指出了—个悖论:任何宪政的开端都是违宪的,比如1787年宪法就违反了《邦联条例》。那么,这个新的开端是与过去一刀两断、不断革命,还是继承传统、扬弃创新?田雷以“第二代宪法”为主题的发言,以一个新的视角对此进行了阐发。田雷指出,美国早期宪政史的研究主要集中于建国和重建两个时期,而两者之间形成了历史的峡谷。第一代国家构建者就是国父,他们是伟大的立法者,从无序中创制出秩序。第三代是以林肯为代表的政治家对美国及其宪法的重铸。而第二代政治家,并没有经历过独立战争的考验,因此只能仰望国父们的美德,其政治使命就是要负责将所继承的共和国传承给子孙后代,这不是立法的一代,而是守法的一代,因为只有通过守法,首先遵守制宪者写在宪法文本内的先定承诺和沿袭第一代政治家在构建联邦宪制中所形成的政治惯例,才有可能将共同体传承下去,这就是通过守法而守成。

但从一般意义上的宪法解释理论来看,第二代政治家似乎更应该选择“活宪法”而不是“原旨主义”。田雷认为,原因很简单,首先第二代政治家所面对的是一个急速变化的美国,美国史学者从不同角度为这一时期贴上了“市场革命”、“交通革命”或“通讯革命”的标签。第二代政治时段内的核心人物安德鲁·杰克逊,1829年是乘坐四轮马车赶赴首都华盛顿赴任,而在其八年任期届满后,则坐着火车离开了首都。因此,田雷指出,在一种宪法连续性的叙事结构内,第二代政治家非但不是可有可无的一代,反而是美国宪政形成

最关键的一代。因为种种因素都在表明,(1)带有奴隶制原罪的宪法文本;(2)美国社会经济条件的各种变革;(3)宪法文本尚且形成时间赋予的权威感;(4)后革命;(5)美国民主的激进面向,第二代政治家完全有可能抛开建国的原初宪法,而组建美利坚第二共和……美国的宪法史由此可能完全改写。但他们没有,当第二代选择了遵守建国宪法,并且用原旨主义的方法去解释和适用这部他们要去遵守的宪法时,美国宪政才得以开启了它的连续性和稳定性。正如韦伯斯特在 1830 年的名言:“现在与未来,以至于永远,自由和共同体同为一体,不可分割!”

(二) 第三世界的宪法:移植与创新

美国“第二代宪法”问题在某种程度上具有普遍的意义。二战之后开启宪政的诸多国家,很多都面临着第二代宪法的问题。随着时代的剧烈变迁,社会多元、利益分化、信息革命、权利兴起,如何对待建国者们的宪法,是选择不断革命的否定,还是扬弃式的继承与发扬?实践表明,在一个常规政治与法治建设的时代,以一种革命法理对抗另一种革命法理的不断革命,就建设法治与实现宪政而言,很可能是事与愿违的。那么,对于后发国家,美国宪法或其他发达国家的制度与实践,究竟是可资借鉴的资源,还是能直接搬来套用的药方?

以司法审查及其所导致的司法中心主义为例,阎天指出,中国法学研究非常强调程序,自从 90 年代初《程序正义论》出来以后,我们很多的研究都是希望把政治问题法律化、法律实体问题程序化,程序里面又别看重司法程序,最后大法官说了算,仿佛一切就解决了。但实际上,实体上的紧张和价值冲突是不可能规避的,简单来说,有些问题可以“头脑清醒地糊弄过去”,但是有些问题是需要有一种机制让大家在实体价值层面达到一个可接受的共识。所以,最高法院在解释宪法的时候,也必须要和其他政府部门以及人民进行对话。当然,这里的人民不是公民个体,而是有组织的人民,或者说是与社会运动对话。通过这种方式来间接影响法院的实践。

刘作翔教授在会议总结中也指出了这种司法中心论在中国的危險影响。中国关于司法的问题到底是走大众化还是走专业化、职业化、精英化,反复了几次。但他认为,司法中心主义根本不可能。举一个很简单的例子,中国目前有 240 多部法律,80% 的法律是靠行政执法去实施的,法院 2013 年尽管受理了 1300 万案件,但是和行政执法比起来根本不成比例。还有一个很重要的视角,要从法律的遵守角度来看,法律的遵守也是法律实施非常重要的方式,很多人把这个忽略了。

正是作为对司法中心主义的反动,在美国兴起了大众宪法的理论。胡晓进认为,大众宪法观反对司法至上和最高法院或法官在宪法解释中的核心地位,认为人民才是宪法的最终解释者,并强调宪法的政治性。因此,大众宪法观重视人民的出场。但是,什么是人民、什么是出场?又注定是高度争议的话题。刘作翔教授在会议总结时,结合中国近年来的司法改革指出,不能在司法专业化和大众化之间两极跳。比如,台湾的所谓“3.18 反服贸运动”对“立法院”的占领,以及香港某些人所鼓吹的“占中”运动,这算不算人民出场?他以高度的学术敏锐性和洞察力,提出了一个非常重要的问题:近年来世界各地兴起了形形色色的社会运动,许多都自命为所谓的“民主抵抗”,但我们所期待的民主和法治可能在这种情况下实现吗?民主抵抗与民粹主义,很可能只有一步之遥。理性的态度、对现行法的尊重与遵守,也许比所谓的民主抵抗更重要。真正的民主是与法治相呼应的。民主与法治的关系,应该是有共识的。

(三) 理论:文明的竞争与贡献

为什么西方刮风东方就下雨,美国感冒全世界打喷嚏?其原因就在于学术研究的倒挂,对国外、尤其是美国所谓先进理论的膜拜与生搬硬套。这一方面导致了发展中国家在法治实践中出现的种种悖谬与困难,同时也使得后发国家理论创新能力的窒息,无力型构自己独特的解释框架,提炼自己的理论。

阎天在主题发言中,从对中国反歧视问题及其与美国的比较研究出发,认为,反就业歧视法在中国研究已有 10 余年,但一般性的理论研究很少。这就导致一方面在实践中缺乏共识,因为一般理论能够凝聚共识;而另一方面,也无法与外国学者平等对话,谈具体制度,使得他们要么无法理解,要么认为不过是鹦鹉学舌,实际上能够对话的就是在一般理论层面,这样才能摆脱殖民法学的危险。一般理论的主要功能就是提供一个整体的解释,层层递进的纵深结构是建构一般理论的重要方法。阎天以美国学者欧文·费斯的研究为参照,指出这是一个从经验到理论的过程:经验现实的梳理和概括、抽象的归纳、进行批判、提供替代性解释、界定替代解释与原先解释之间的关系。

而如果以此为参照,我们可以发现包括港澳台在内的中国学术界在提炼理论上的欠缺。无论是美国宪法研究的传统话语——权力分立、权利保障、公民自由、司法审查等,还是对其他问题——联邦统一、限制党争、大众宪法观等的理解,多停留在单向的理论移植层面。这就导致对美国宪法及其理论的教条化理解,无法与美国宪法学界平等对话而只能顶礼膜拜,而归根结底还在于我们自己缺乏理论创新的自觉意识,并最终限制了我们本应具有的理论提炼和创新能力。这种状况,应予改变。

第一,整全性美国宪法理论的瓦解,要求新时代的宪法理论创新。比如议会功能的新变化,胡晓进观察到,在极化政治下,实际上美国国会的边缘化问题并不可怕,因为国会的主要功能已经从传统上的立法转化为商议。它能够提供一个很好的表达意见的平台,或者搜集意见的渠道,这可能比其决策或者立法的功能更重要。余盛峰则敏锐地发现,以美国为例,在 20 世纪初之前,主要是人民大众与精英政治之间的紧张;而到了 20 世纪下半叶,就不再仅仅是政治—宪法内部不同群体的派系冲突,而是政治系统和其他社会系统,特别是经济系统,所形成的对抗和冲突。因此,在宪法学研究中,仍然试图在政治国家和宪法的范围内解决经济、宗教、教育、医疗等问题,就不够了。实际上,政治系统发出的一些决策指令,已经很难直接影响到其他社会系统的运作。因此,现在的对抗与冲突,不再限于群体与群体之间,而更多的是不同社会系统之间。这种变化应该引起我们思考范式的转变。

余盛峰以跨国公司的就业问题为例,传统的治理办法,是通过国家宪法,以及由它涵摄的劳动合同法、公司法、职业安全规范等进行法律约束。但是现在,在中国的跨国公司,都在其内部形成一整套发挥实际作用的内部条例,它能轻易把国家的硬法阻挡在外。这两套规则体系的地位,已经发生了戏剧性的翻转。在这种情况下,如果还试图用国家宪法的视角或者用国家法律的视角,已经不足以应对这种现实状况,这是一个新的宪法议题,也就是平等政治在经济全球化背景下所面临的保护难题。白龙也认为,美国宪法曾经具有整全性的特征,通过对个人权利和公共权利的很好结合,形成了一套耦合机制,但这套机制在后来慢慢瓦解掉了。首先,这个现象是一个世界历史现象,是和美国“整全性”宪法瓦解的过程相伴随的,是整个冷战秩序的松动和旧秩序的瓦解,这是世界历史秩序在美国宪法中的反映。其次,这种“整全性”的瓦解,很多政体都曾遭遇到,即从泛政治化到慢

慢松动再到重新政治化的循环。

那么,美国式整全性宪法秩序及其理论的松动,会否给我们的宪法理论创新提供机遇,使得我们有机会与他们在同一个起跑线上进行新的宪法理论竞争?我们应该有这样的理论勇气和自信。

第二是中国独特的文明优势。与许多其他国家不同的是,中国是大国,一个中国的面积就相当于欧洲45国,中国的人口超过发达世界的全部人口,因此中国是“百国之和”,而不是一个简单的民族国家。尤其是跟许多第三世界国家对比,更是明显。这些国家大多做过殖民地,其中不少国家在做殖民地之前甚至不曾出现自己统一的民族国家,比如菲律宾,根本没有自己的民族和文明传统,没有全民族共同的历史记忆。西方殖民者面对他们有着无比的文明优越感,认为自己对他们的殖民实际上是“开化”。与我们以往认识颇为不同的是,这些前殖民地国家中有不少,比如菲律宾,因为没有自己的政治、文化和民族传统,他们对殖民者也没有痛恨和排斥,而只有濡慕与艳羡。对他们而言,全盘照抄西方、尤其是美国就是最佳选择,因此暂时很难指望他们会有超越西方或者美国的理论自觉与独立的文明意识。刘晗分享了他在国外游学和交流的经验,比如他刚刚参加韩国宪法法院组织的关于司法审查的研讨会,其他前殖民地国家讨论的问题都是高度技术化的,因为它们在大制度框架上已经移植了美国或西方的制度,而很少想到建构自己替代性的制度框架。因此,他们主要是在移植的既定宪政及理论框架下讨论具体的技术问题,只有中国学者才有这样的问题意识,才会从独立文明的高度去试图重新构建制度框架和提炼理论。这是我们文明大国的独特优势。

而且,实际上与西方相比,中国是一个既高度复杂分化,又相对比较团结和融合的社会。中国没有发生过西方那样严重的种族、宗教斗争甚至杀戮,因此也不具有西方意义上的歧视。比如,在刘晗看来,美国内战之后能够迅速和解,一个重要原因就是南北方的白人要联合在一起“欺负”黑人。田雷认为我们应该有一个中国特色的美国宪法史研究。我们有美国学者所不具备的“外面”的视角,也不具有他们在公民角色与学者角色之间的冲突。

而支振锋则直接提出了两种宪法及宪法观的问题。一种是美国为代表的典型的契约性宪法,其本质的特征是宪法先于国家、先于人民,美国国家和人民都是美国宪法之子,没有美国宪法,则美国国家、人民和民族可能都不存在了;另一种就是以中国为代表的大一统国家的成规性宪法,国家先于宪法、人民先于宪法、民族先于宪法,宪法是国家之子、人民之子、民族之子,这种宪法不存在了,国家、人民和民族仍然存在。那么,不同类型的宪法,其所能发挥作用的力度和限度当然不同。而对成规性宪法的理解,可能是中国宪法理论创新的独特优势。

当然,正如林来梵教授所指出的,人类是具有一些普遍认同的价值的,宪法研究也不例外。在对外国法的研究中,我们要能够把握这种普遍性及其限度。而且,在进行这样的比较研究中,还要注意方法,不能出现中国问题、美国做法、中国应该如此的三段式的断裂。但是,参加“美国宪法新理解”研讨会与会专家的丰厚的研究成果与卓有成效的讨论表明,中国宪法学研究正在走向真正的问题时代、自觉时代,我们是有可能在自己独特的政治历史实践中提炼自己的宪法理论,并对人类的治理文明和理论作出自己的智慧贡献的。

(责任编辑:田 夫)