

# 宪法实施的商谈机制及其类型建构

王 旭

**内容提要:** 宪法实施理论不仅仅是建构一个实施机关的技术性问题,而是要发掘和探讨宪法实施的内在商谈机制。宪法实施的本质应该是人民通过各种制度化与公共领域的途径就宪法问题进行理性对话,是一个不断展现宪法规范的道德内涵和语义深度的历史过程,最终增进政治共同体对共同善的理解和认识。应该在法治主义延长线上讨论宪法实施的民主本质。宪法实施的商谈机制可以分为建制化商谈与公共领域商谈、论证性商谈与运用性商谈、日常商谈与非常商谈等多种结构类型,并可提炼出各自具体的制度设计。无论何种制度安排都必须遵循合宪性、程序性、互惠性、分权性、公共性等理性约束条件,从而确保宪法实施成为现代政治成熟的民族国家的最高公共生活方式。

**关键词:** 宪法实施 宪法商谈 商谈结构 制度类型

王旭,中国人民大学法学院副教授。

## 一 引 言

正如德国法学家施密特所言,人民在制宪后,就成为一个无定型、无组织的实体,但他们仍然矗立在宪法之旁。<sup>[1]</sup> 在制宪者不会消逝这一点上,施密特是对的;然而,在日常政治与普通生活中的“人民”,其意志往往需要通过宪法实施机关的行为来体现,因为在日常生活中的“人民”容易蜕化为仅仅关注私人事务的人或阿克曼所称的“私人公民”,<sup>[2]</sup> 他们要不就是纯粹的利己主义者,要不只是在一定条件下兼顾对公共生活的关注,宪法实施机关正是通过一种公共精神的运用来帮助他们唤回和找寻立宪时的政治成熟与激情。

吊诡的是,宪法实施机关的存在既是帮助“人们”重新成为“人民”、具有公共精神的保障,也往往是导致人民丧失公共精神的原因。人民保持对公共生活参与的能力需要对

[1] [德]卡尔·施密特著:《宪法学说》,刘锋译,世纪出版集团上海人民出版社2005年版,第260页。

[2] B. Ackerman, *We The People: Foundations*, Harvard University Press, 1991, p. 230.

宪法规范的内涵以及宪法性事件或案件进行广泛的对话;宪法问题引发的争议往往也涉及到对社会根本价值观的理解和认知。因此,将这些问题一律引入正式国家机关独断地加以解决未必有效。国家为人民创造各种途径,有针对性地提出理由并进行论辩,以形成社会共识,也许是更重要的路径选择。

因此,宪法实施的理论问题绝不仅仅是建构一个实施机关的技术性问题,而是要发掘和探讨宪法实施的内在理性精神。宪法实施的本质也不是一个实施机关独断宪法规范含义的过程,而是一个人民就宪法问题持续性地进行理性对话,不断展现宪法规范的道德内涵和语义深度的过程。这个过程最终将增进政治共同体对共同善的理解和认识。从这个意义上说,我们应该在法治主义延长线上讨论宪法实施的民主本质,而拒绝对其进行机械的法学还原。本文即要研究宪法实施中商谈的内在意义与外在制度,并简要探讨商谈的约束条件,从而确保宪法商谈的本质符合现代政治成熟国家的理性要求。

## 二 宪法实施中商谈的内在价值

### (一) 通过商谈保持公共精神与政治成熟

在理性商谈论看来,社会中的人际互动有两种基本的模式:策略性行为与交往性行为。<sup>[3]</sup> 策略性行为是自利的人为实现自我利益最大化进行的互动,行为的最终目的并非是寻求共识,而是寻求妥协。交往性行为则以寻求共识为目的,行为的最终效果是实现一种互惠性,即通过互相考虑利益与角色交换实现共识与理解,实现稳定的合作。

所以,要区分两种不同的对话:一种是以自我保存与自我利益的最大化为根本目的进行的对话,罗尔斯认为这种对话仅仅是一种“临时协议”;一种是以寻求互惠性为根本旨趣,实现共识为目的的对话,这种对话才是真正具有规范性的商谈。同样,宪法商谈的规范性内涵应该是一种交往性行为,而不是策略性行为。这是因为:

首先,宪法关乎的是公共善,而不仅仅是私人利益。这样说不仅仅在于宪法有很大一部分内容是对国家公共生活与公共组织规则的根本规定,如国家的基本政治制度、经济制度、国家结构,国家机构的组成与职能;而且在于,即便是对基本权利的规定,与民法上规定的民事权利相比,宪法的规范目的也完全不同。基本权利在它们产生(制宪)的过程中本身就带有建构公共秩序(也就是人民主权)的性质,而不是纯然的私人人权与私人自主。基本权利不可能通过“私人议价”与“强制压迫”产生。比如宪法上的公民平等权,这是实现人民主权的一个前提条件:没有公民资格的平等,主权就不可能真正在民,而只能在个别人或少数人手中。因此,对基本权利的保障不仅仅是对私人自主的保障,也是对公共生活的保障,正如沃伦大法官在布朗案中写到的:

“在探讨这一问题时,我们不能把时钟拨回到通过宪法第十四修正案的 1868 年。我们考虑教育,必须根据它的充分发展和它目前在全体美国人生活中的地位。只有这样做才能确立公立学校中的种族隔离是否剥夺了这些被告的同等的法律保护。今天,教育也

[3] [德]哈贝马斯著:《交往行为理论》(第一卷),曹卫东译,世纪出版集团 2004 年版,第 379 页。

是州和地方政府最重要的职能。义务教育法以及教育的浩大开支两者都表明我们认识到教育对我们民主社会的重要性。履行我们最基本的社会职责需要教育,甚至在军队服役也需要教育。它是优秀公民素质的真正基础。”〔4〕

在这个判决理由中,显然,沃伦法院认为受教育权作为一项基本权利不仅对于个体而言具有重要影响,而且对于整个社会以及理解宪法本身的精神也具有重要意义。究竟白人和黑人能否在同一所公立学校上学,这种平等又涉及到宪法修正案第十四条所理解的“合众国公民”的含义,而对“合众国公民”的保护正是美国宪法“主权在民”原则的表现。

其次,宪法商谈也不仅仅发生在冲突的私人利益之间。与一般的法律争议不同,宪法商谈背后有更为广阔、复杂的社会背景,是当下的人民对社会政治状态,而不仅仅是对自我利益的判断、选择、确定与追求。因此,宪法商谈也就必然在一个更加广泛的社会空间里进行,即便是正式的宪法裁判者也不能忽略这种社会空间的影响。

因此,不能把宪法看作是自利的人实现自我利益最大化的工具,这是一种典型的自由主义范式,从而对它做一种“形式主义的宪法解释”:[5]宪法的实施和适用就是按照高度形式化的分权原则和基本权利保障的规定来实现个人幸福的一种工具。这种范式引起的策略性行动在哈贝马斯看来引发了社会价值观的进一步分崩离析,引发了选举式民主的弊病丛生。当年通过共识所凝聚的宪法精神在个体的自私行动下分崩离析。然而,不得不正视的是,在日常政治中,“私人公民”乃至“纯粹的自利行动者”是不可避免的。阿克曼分析,三种原因导致了公民对公共生活的有限参与:一是冷漠;二是无知;三是自私。〔6〕正因为如此,创造更多的以寻求共识为基础的公民美德及其实现途径,也就是建立在交往理性基础上的商谈,而不是短期的利益博弈或政治冷淡,对于保持制宪者当年的政治成熟与公共精神就具有了更重要的意义。

那么,自利或仅仅具有稀薄公共精神的“人们”为什么就能够通过宪法商谈而保持公共性呢?站在商谈论者的立场来看,这根源于人并非纯粹是自利的动物,社会进步和秩序形成的动力也不仅仅是契约论者强调的“竞争”与“争斗”,还有“友爱、团结”的重要一面。正如哈贝马斯强调的:

“个人只有在与其他人——他们的认同也来自同样的传统和类似的社会化过程——的公共交流当中,才能清楚地意识到共同性和差异性,才能意识到他是谁和他想要成为谁。在这种种集体性自我理解中,也有一种克服利己主义和自私自利的动机在发生作用,那就是对少数人的排斥和压抑会导致所有人的异化这样一种命运因果性的经验。”〔7〕

〔4〕 347 U. S. 629(1955).

〔5〕 “形式主义的宪法解释”立足于霍布斯原子式的个人主义,它将政治与宪法理解为一种防御性的存在:政治就是一群自利的人为寻求自我利益的最大化、化解囚徒困境而寻找的一种自保方案,宪法则将这种自保方案以根本规范的形式予以表达,因此宪法是一种工具,如果说它有价值,也不是一种关于国家与政治自身的价值,而只是一种确保个人利益的价值,这种“确保”依靠高度形式化的宪法基本权利规定与国家机构职权的规定,并严格遵循这些规定的形式法律推理得到落实(尤其是其中的原意解释传统)。See M. Tushnet, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, 83 *MICH. L. REV.* 1502(1985), pp. 1503 - 1505.

〔6〕 See B. Ackerman, *We The People: Foundations*, Harvard University Press, 1991, pp. 234 - 235.

〔7〕 [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版,第345页。

在这种体验中,米歇尔曼、佩里这些带有宪法商谈主张的美国宪法学家尤其强调宪法商谈具有如此的效果,因为每一次宪法商谈都是对制宪活动的集体沉思和对制宪精神的拯救性记忆。这种拯救性记忆要求必须把人们各自历史地形成的共同体伦理基础作为参照系,米歇尔曼谈到:“美国宪政实践起源于公共的商议性创造活动,首要的要求是搞清楚对这种起源的回忆在美国宪政实践中的核心意义和持久意义。”〔8〕

因此,宪法实施中的商谈实际上也就是不断回溯到制宪时的全民政治精神与公共性主张的集体记忆中去,当然它需要具体的建构途径。

对于这种宪法商谈的建构,一种途径就是设立建制化的机构。把协商纳入到政治中来的最为常规的做法就是试图把协商因素吸纳到正式的国家制度中来,主要是立法机关和司法机关。法国、丹麦等国召开过各种全国性的听证会,讨论某些政策。〔9〕以建制化最重要的立法机关和司法机关为代表,我们分别讨论一下它们是如何恢复公民的公共精神,确保制宪者的政治成熟与品德的。

对于立法机关来说,站在商谈论的角度,这种立法机关所表现出来的民主并非是以选举民主为代表的总量民主,而是要符合一定商谈有效性标准的审议民主。这种立法中的商谈民主必然要求:首先,没有受到权力与金钱的支配,而是为了实现集体利益而行动;其次,是一种程序主义的,强调理由的运用,而非利益的简单衡量,因此本质上是一种价值的权衡,而不是利益的权衡;最后,要有最基本的程序规则的保障,如广泛的参与、多元的听证、平等与公平的发言等等。

对于司法机关来说,美国式违宪审查机制的设立,在很多学者看来是一种“司法审查对立法商谈的担保”;〔10〕而对于德国式宪法法院的设立来说,宪法法院所承担的角色,就是公民自己作为其名义拥有者所无法行使的那些积极自由的共和主义监护人。〔11〕简言之,法院的违宪审查功能和宪法诉讼功能都能对公共性起到担保作用:对于宪法审查而言,通过检验立法过程是否具备审议的品质、精神,是否满足立法商谈过程中的有效性条件,来实现立法的合宪性与公共性;对于直接的宪法诉讼而言,公民在个案中通过与法官、侵犯其宪法权利人的理性对话与论辩来直接感知宪法的精神与宪法规范的内涵。

除了正式的制度建构,商谈论还非常强调非正式的、随机的、网络化的公共领域宪法商谈的建构。在这些活动中,通过宪法性事件的广泛论辩与争议,人们切实感受到对宪法的理解,呼唤起对制宪精神的记忆,同时反馈到正式的制度之中。

## (二)合理的宪法结论与公共理性平台

要保持人民作为无形制宪者在日常政治中的公共精神,我们乞灵于专门的宪法实施机关。但是,专门的宪法实施机关本身有可能不智与腐败,前面论述了商谈对于保持人民公共精神的功能,现在就要阐述一下商谈对于保持宪法实施机关实现对宪法理解的正确性与公共性的功能。

〔8〕 See F. Michelman, *Law's Republic*, 97 *YALE LJ* 1493 (1988).

〔9〕 [澳]何包钢著:《协商民主:理论、方法和实践》,中国社会科学出版社2008年版,第25页。

〔10〕 See J. Ely, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1981, p. 195.

〔11〕 [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版,第369页。

## 1. 寻求宪法解释的合理性

对于避免误读宪法,我们并没有一套整全的方法。我们不能试图为宪法的意义下一个结论,否则宪法就会失去它与永远变动不居的社会的相关性。在宪法解释中,获得智慧的最好方式,是把所有宪法争论和判决从属于持续不断的分析和批评,既根据文本,也根据我们构造它的传统。<sup>[12]</sup>

这种“持续不断的分析和批评”正是宪法解释应该被视为是一场持续的宪法商谈的本质反映。任何一个宪法条款的内涵,都无法简单还原为制宪者当年的原意,也不能由某种抽象的意识形态或先验的价值来独断。只有对各种理解给出解释者自己的理据,并寻找说服人的力量,才能获得对于规范内涵的可接受的理解,才能避免明显的不智。

即使一个简单的宪法概念往往也需要这种理性商谈并给出理由才能获得。在 *Nixon v Administration of General Services* 案中,最高法院需要判断国会颁布的一条规则“尼克松总统不能接触他在白宫里的文件和录音,直到这些文件和录音完全被总务管理局编目和检查过”是否违背了宪法。这一规则引起的争议在于,它并不是针对以前或未来总统的普遍性规则,因此人们争议它是否违背了宪法修正案第一条的规定:“不得通过剥夺公民权利的法案”。在一个善良的解释立场下,它至少可以被理解为“立法惩罚了一个公民并剥夺了他的实体权利”和“不是惩罚,只是给公民以侮辱性的措施”两种不同的含义。最后,最高法院在听取了多种意见的各种理由后,由多数意见创造出“法定的一人阶层”(a legitimate class of one)来指称尼克松,从而将他与一般公民区隔,认定上述规则没有违反宪法修正案第一条。<sup>[13]</sup> 可见,如果没有对具体概念的创造以及背后理由的支撑,谁也不能独断宪法修正案第一条的含义。正是在面对分歧与反驳的时候,理由的作用才能体现出来。所以,却伯强调:在根本上说,宪法不如说是一个文本,它要在不断寻求理解的过程中被解释和再解释。理解宪法,也就是“一种关于宪法的会谈”。<sup>[14]</sup> 没有商谈,宪法实施就只能凭借独断来决定宪法规范的含义。

同时,除了可以通过理性论辩与商谈来确定宪法规范的含义,宪法商谈还有助于发展和重构宪法规范。所谓发展宪法规范,特别体现在通过宪法商谈来明确未列举的宪法权利上。制宪不是一次性完成的,通过宪法实施机关内部成员(尤其是法官)的论辩性商谈,完全有可能发展出新的宪法性权利,或者通过新的论说逻辑来重构宪法规范的内涵。

在美国宪法隐私权保障的一系列案件中,法官经由仔细倾听与辨析 1960—1970 年代甚至更早的渊源以来美国社会形形色色基于个人意志基础上隐私自由的理由与主张,经由个案明确了并未被宪法明文表述的隐私权,这样的典型个案如“联合太平洋铁路公司诉博茨福德案”、“集会权案”、格里斯沃尔德诉康涅狄格州案、“全国有色人种协进会诉阿拉巴马州案”等等。正是在“法院——社会组织——民众”三方不断的争议与信息交流过程中,隐私权在不断获得规定性含义与限制性边界。以罗伊诉韦德案为例,<sup>[15]</sup> 可以看到

[12] [美]却伯、多尔夫著:《解读宪法》,陈林林等译,上海三联书店 2007 年版,第 44—45 页。

[13] 433 U. S. 425(1977)。

[14] [美]却伯、多尔夫著:《解读宪法》,陈林林等译,上海三联书店 2007 年版,第 44—45 页。

[15] 410 U. S. 113(1973)。

商谈与论辩对于宪法解释的重要性。

罗伊诉韦德案的社会背景在于,1960 年代以来,对人口过剩的不断增强的认识和对节育措施的需要,激发了保护隐私的活动。康涅狄格州案件<sup>[16]</sup>以后,某些宗教团体和保守的社会团体强烈抗议。同时堕胎问题在这一背景下使社会产生更大的分裂,引起更激烈的辩论。罗伊诉韦德案中,最高法院要裁决的就是德克萨斯州一项规定堕胎为犯罪的法令是否违宪。<sup>[17]</sup>

在该案中,法官首先关照了当年的立法理由并进行了理性论辩:第一,堕胎是不正当性行为的产物(论辩:显然不成立,因该州自己都未提出这项理由);第二,堕胎手术对于妇女的危险性论证(论辩:现代医疗技术已经改变了这一情况。法院进一步援用法庭之友的数据,论证怀孕前三个月堕胎危险性不大);第三,对胎儿生命的保护(论辩:这种理由太过灵活和宽泛)。

然后,法官对法庭之友和上诉人的理由进行了详细的考察与论辩。第一步,法官不承认妇女享有在任何时候以任何方式与理由终止怀孕的权利;第二步,法官不承认上诉人提出德克萨斯州管制无力的观点;第三步,法官认为随意处理自己身体的权利与隐私权之间是有差异的;第四步,法官也进一步对社会中的正反方观点进行了考察,指出了各自的合理与偏颇之处;最后一步,法官以时间为标准对堕胎权作出了限制。<sup>[18]</sup>

通读罗伊诉韦德案的判决意见,可以发现社会关于堕胎问题的广泛商谈是法院解释宪法隐私权的重要背景:法官在将宪法规范与案件事实关联起来的时候,与不同的立法理由、公共意见、当事人陈述进行了充分的论辩与商谈,最后在吸收多方面意见的基础上提出了对堕胎权的合理肯定与限制。

## 2. 建立公共理性的平台

宪法实施机关需要代表人民实施宪法,但它本身有可能腐败与堕落,同样丧失公共精神。因此,通过程序主义的宪法商谈,才能表明对宪法的实施仍然是公共性的,而不是蜕变为对部门或机关利益的狭隘维护。这里重点以商谈对立法机关和司法机关的重要意义来说明。

首先,商谈论对于立法机关的立法行为是一种程序主义民主的要求,而非选举民主的传统要求。它在根本上将法律的合宪性与正当性建立在协商程序之保证,而不是法律实体内容与结果之追求上。<sup>[19]</sup>相反,选举民主并不能完全实现宪法上的公共精神。不论是哈贝马斯,还是阿克曼抑或施密特,都对这种追求“意志总量叠加”的民主表现出批评与怀疑。施密特深刻地指出:选举民主下的秘密投票制将公共生活彻底私人化,投票所产生的结果只能是仅仅依靠数量的多数意志的叠加,这得到的只是卢梭所反对的“众议”,而

[16] 1879 年的一条州法令禁止给已婚夫妇节育指导和避孕药方,因违反由宪法修正案第一条、第三条、第四条、第五条保证建立起来的隐私权关系而被最高法院予以撤销。See 381 U. S. 479(1965)。

[17] [美]库勒著:《最高法院与宪法——美国宪法史上重要判例选读》,朱曾汶等译,商务印书馆 2006 年版,第 599 页。

[18] 410 U. S. 113(1973)。该判决将相应时间段分为“怀孕头三个月”、“头三个月结束后的阶段”、“胎儿能够自然存活后的阶段”。

[19] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店 2003 年版,第 262 页。

非“公议”，只是“私人利益的叠加”，而非“普遍意志的体现”。<sup>[20]</sup>然而，卢梭式的“公议”同样也遭到商谈论批评。哈贝马斯深刻地指出：卢梭所追求的普遍意志具有伦理的预设性并只能适用于高度同质的小国寡民之社会，在一个现代国家的立法过程中，所面对的是纷繁复杂的没有事先伦理答案的问题，也面对着分崩离析的价值碎片化，在这种情况下，只有建立起普遍而平等的立法成员的交往，以互惠性和包容精神为核心，并敏锐感知非正式社会商谈的各种信息，才能满足正当的程序条件。

其次，商谈也对司法机关的宪法审查与宪法诉讼的公共性产生了重要意义。一方面，司法机关可以审查立法机关的立法过程是否有足够的公共性与慎议性，这使得司法机关以一种间接的方式加入到了制定法律的商谈之中；<sup>[21]</sup>另一方面，司法机关也通过宪法审查来展现其自身理性论证的能力。

### （三）通过宪法商谈实现整合

宪法商谈理论面对的现代社会的特征在于：第一，现代世界是一个价值多元而冲突的世界，问题需要在有不同价值预设、不同背景的群体之中解决；第二，世界的多元体现为“世界的解咒”，即“共同的宗教权威与世界观已经分崩离析”；第三，现代社会同时在功能上高度分化，成为不同的社会再生产系统。<sup>[22]</sup>

在所有的价值异议和分歧中，对于一个民主宪政国家来说，宪法分歧是最为根本与最关键的。依靠法律来整合社会行动与信念，归根结底要依靠宪法精神以及社会成员对这种精神的理解性共识来达到。

#### 1. 法律秩序整合

在道德、伦理、宗教都不能为人的行动与信念提供基本共识的情况下，作为一种行动理由的法律是唯一有可能实现社会整合的手段。然而，法律实现社会整合首先需要其自身内部体系的整合，而这有赖于持续的宪法商谈。从建制化的宪法商谈来看，立法机关必须不断增强自我的宪法意识，通过宪法的指引完成立法；具有宪法审查权的司法机关或其他专门机关在解释宪法的过程中要不断与其他国家机关（主要是立法机关）进行商谈。通过这些努力，宪法精神就能够不断在法秩序本身的发展过程中得到检验与发展，宪法规范也能够不断得到表达与重构，从而整合法律秩序。

#### 2. 行动整合

宪法商谈对于社会主体的行动整合而言，主要表现在通过宪法商谈不断型塑最基本的社会公平正义的结构。社会结构反过来会进一步影响人的社会行动。“人民”作为制宪者不仅仅是一个抽象的整体，相反，“人民”中的每一个人都有不同的社会行动。只有建立起宪法所认可的行为标准，才能在法秩序的框架内统一行动，不致发生严重的社会失范行为。

#### 3. 信念整合

宪法是一种法律规范，但因为它具有根本性与抽象性的特征，因此主要呈现为一种法

[20] [德]施密特著：《宪法学说》，刘锋译，世纪出版集团、上海人民出版社2005年版，第261-263页。

[21] See C. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge Press, 2007, p. 236.

[22] 王旭：《法律的自恰、权威与正当》，《河北法学》2007年第7期，第157页。

律原则的规范形态。<sup>[23]</sup> 法律原则正是对法律价值最大化实现的一种表达或诉求。宪法规范作为一种原则的存在,储存了大量的社会价值。可以说,在价值观多元的现代社会,只有宪法提供的基本价值观有可能弥合人们在信念、态度与理想上的分歧。

### 三 宪法实施中商谈的实践结构

宪法实施中的商谈机制具有重要的内在意义,同时也具有丰富的实践形态。

#### (一) 建制化商谈与公共领域商谈

根据以哈贝马斯为代表的商谈理论学者的观点,宪法商谈可以分为建制化商谈与公共领域商谈。

##### 1. 建制化商谈

建制化商谈主要体现在具有特定宪法实施职能的国家机关的活动中。

##### (1) 基本途径与基本目标

建制化商谈之基本途径与目标取决于各国宪法实施机关的具体职能。不同国家的宪法实施机关由于其历史、文化与政治传统等差异,具体职能的范围是不同的,从而使得宪法商谈通过不同的途径体现出来。

第一,宪法实施机关拥有广泛职能的典型是德国的联邦宪法法院,它具有广泛的宪法商谈空间与途径。根据德国《基本法》第 93 条、第 94 条(b)款,德国联邦宪法法院不仅享有处理联邦争议(包括联邦与州之间的争议、各州之间的公法争议、某一个州内部的宪法争议)的权力,而且还享有广泛的规范审查权(包括抽象的规范审查、具体案件中法官的法律解释请求、宪法诉愿制度中的直接审查与间接审查)。在法院行使上述权力的过程中,都可以开展宪法实施机关与其他人就宪法争议问题进行的商谈。

第二,在个案中享有规范审查权的宪法实施机关也具有重要的商谈功能。美国在 1803 年马伯里诉麦迪逊案之后确立了所谓最高法院“附带性司法审查”的宪法惯例:最高法院可以在具体的普通诉讼中审查国会通过的法律是否合乎宪法并做出宣判。根据《日本国宪法》第 81 条之规定,日本也确立了最高法院在个案中享有对法律进行违宪审查的重要权力。法国在 2008 年的宪法改革中也明确了普通法院享有初步违宪判断的权力:“依新法之规定,在行政法院或普通法院所受理的一般诉讼案件中,公民可因宪法所保障的个人权利受已生效之法律规定的侵害而提出异议,并交由最高行政法院或最高法院进行审查。如果最高行政法院或最高法院认为确有必要对该法律规定进行违宪审查的,应交由宪法委员会审理。”<sup>[24]</sup> 宪法实施机关与公民之间,以及宪法实施机关之间彼此可以就具体案件中发生的宪法争议进行理性商谈。

第三,对立法机关制定的法律享有抽象审查权的宪法实施机构同样也有进行宪法商

[23] See R. Alexy, *The Theory of Constitutional Right*, translated by Rehg, Oxford University Press 2002. p. 209.

[24] 王蔚:《权力制衡与宪政转型——以法国最新宪政为指向》,载许崇德、韩大元主编《中国宪法年刊》(2008),法律出版社 2009 年版,第 63 页。

谈的空间。典型制度如法国宪法规定的宪法委员会。宪法委员会在法国兼具立法审查机关与立法咨询机关的性质,具有四项职能:裁判总统和议会选举以及公决行为的有效性;在议会批准的所有组织法公布之前审查合法性;决定普通法律与宪法冲突时的合法性(在颁布前);确保议会和政府在各自立法保留领域立法。<sup>[25]</sup> 这种宪法商谈主要发生在宪法委员会与具有立法权的机构之间,双方可以通过充分的意见交流来明确法律是否与宪法发生了抵触。

综上,不同的宪法实施机关虽然有不一样的职能和工作模式,但它们的工作目标可以分为对法律进行宪法审查和对其他行为的合宪性进行审查与控制。从商谈论的立场来看,对于前者来说,商谈目标主要是检验立法过程的程序性条件是否得到满足,比如是否具有足够的公共性,是否在立法过程中足够保护和尊重了相关人的基本权利,对于法律具体内容的形成过程是否有足够合理的理由和论据,而不仅仅检验立法的实体结果或实体内容。美国的福利洛夫诉克鲁茨尼案就是一个典型。<sup>[26]</sup> 1977年美国联邦立法机关通过的《地方公共工程资本开发和投资法》修正案中规定:“要求各州至少动用10%的联邦基金向少数民族开办的企业采购服务或供应品。”很多承包商和供应商对这个规定提出违宪的控告,他们宣称这一条款违反了宪法修正案第五条和第十四条规定的平等保护原则。<sup>[27]</sup> 对于该条款是否违宪,最高法院并没有从字面含义或实体结果来判断,而是回溯到立法的制定背景与制定程序,考察立法过程是否满足程序的基本要求:

“我们对该条款的立法和行政背景进行必要的全面审查后,其立法目标就显露出来了。其立法史表明,国会有合理理由可以断定,主要承包商传统的一些做法会使少数民族企业难以获得公共承包的机会……我们认识到法院需要审慎做出评价,以实现种族歧视的纠正。我们审查后发现,这项方案是一种对历史上歧视性做法的补救性措施。最终,我们分析该法案不违反宪法。”<sup>[28]</sup>

在这个案件的审查中,最高法院对国会立法时的背景、目标与理由进行了理性的检验,并仔细检查了国会在立法过程中考虑的各种因素,而不是简单地依凭直觉对“平等保护”的内涵做出解释。宪法审查的重要工作在于抽象地审查“立法事实”,所谓“立法事实”也就是“作为立法背景、支持立法合理性的社会事实”。<sup>[29]</sup> 宪法实施中的理性商谈机制有助于确切了解“立法事实”,对形成“立法事实”的背景和理由做出更理性的判断。

## (2) 基本要求与制度比较

建制化的商谈有很多具体的制度要求,这些要求并非是为了追求在实体上绝对没有挑剔与争议的结论,而是要保证商谈本身经得起理性的考虑,保证商谈是一个寻求共识的过程。具体而言,建制化商谈有如下基本的制度要求:

[25] S. Boyon, *The Constitution of France: A Contextual Analysis*, Oxford University Press, 2013, p. 150.

[26] 448. U. S. 448 (1980).

[27] [美]库勒斯著:《最高法院与宪法——美国宪法史上重要判例选读》,朱曾汶等译,商务印书馆2006年版,第645页。

[28] 448. U. S. 448 (1980).

[29] [日]阿部照哉等著:《宪法》(上册),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第396、398页。

第一,多数意见决。在宪法实施过程中,多数意见决原则是非常重要的,这是商谈的民主基础。无论是美国式的普通法院审查模式还是德国的宪法法院审查模式,都规定了根据多数意见做出违宪审查决定的基本规则。例如德国《联邦宪法法院法》第 15 条第 4 款第 1 句规定,除法定情况外,联邦宪法法院以参与案件审理的审判庭成员的多数意见形成决定。在票数相等的情况下,不可以认定某行为违反基本法或其他联邦法。对于违宪的确认必须有超过半数的表决票数。<sup>[30]</sup> 同时,宪法实施机关中的“少数派”还可以保留“特别意见”,如自 1970 年修改《联邦宪法法院法》后,每个法官都可以将其在裁判中的“不同观点”记录下来,这个特别意见同裁判一起被公布于官方判例集。<sup>[31]</sup>

第二,说明理由。在商谈论看来,宪法实施机关不仅仅是一个多数决规则起作用的地方。因为商谈论所追求的不仅仅是多数意见的聚合,而是理由的充分阐明。正是在这个意义上,罗尔斯称美国的联邦最高法院为“公共理性之平台”。<sup>[32]</sup> “说明理由”制度表明宪法实施的过程不追求总量民主,而是寻求对宪法规范的最佳理解,并在此基础上取得共识。

第三,倾听民意。建制化的实施机关还必须经常性地倾听民意。在美国宪法商谈理论看来,人民通过制宪创造了国家,并委托具体的官僚来执行公务。因此,人民才是最终的主权者,享有最终、最根本的立法权;国家的立法则必须服务于人民的根本利益。因此,宪法实施机关在对国家的立法进行审查的时候,既不能仅仅从国会的意志出发,也不能受自己的理想、道德信念或他人的宗教哲学观点左右。相反,法官应该通过积极倾听社会民意来构建符合公共理性的政治价值,<sup>[33]</sup> 倾听民意是保证公共理性的重要途径。宪法实施机关必须在这种倾听与对话中发现真正的政治价值并判断国会立法是否实现了这种价值。因此,在美国联邦最高法院审理案件的过程中,一种经常采用的商谈形式就是司法听证。在这个活动中,法官通过对民意进行汇集、整理、分辨与论证,最终做出符合公共理性的判断。在商谈论者看来,人民对于宪法事件的争论不仅仅是其作为制宪者应该有的政治成熟,也体现出宪法本身具有的“可创生性法的特征”:<sup>[34]</sup> 宪法的含义不能被任何之前的、预定的社会共识所凝固,它需要在不同的社会商谈中得到重构与发展。

第四,过往判例援用中的商谈。宪法实施中的商谈还要求宪法实施机关应该将当下的个案与之前的判例进行有效的对照,以保持宪法秩序的融贯性。这尤其表现在法院的司法审查中。比如,在美国联邦最高法院与德国宪法法院的宪法审查中,司法机关为了审查当下法律是否违宪,往往需要追溯到非常久远的年代,将与当下法律相关的判例进行整理,并对它们的内容进行重构或复述,以判断是否对当下法律的合宪性具有足够的影响力。这种商谈更多是一种在法官判决书里体现出来的“纸面的商谈”,但通过这种商谈能

[30] [德]施莱西、科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 52 - 53 页。

[31] [德]施莱西、科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 55 页及以下。

[32] [美]罗尔斯著:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社 2004 年版,第 391 页。

[33] See F. Michelman, Law's Republic, 97 *Yale Law Journal* 1495 (1988).

[34] See F. Michelman, Law's Republic, 97 *Yale Law Journal* 1495 (1988).

够有效保持宪法规范秩序的融贯性。

第五,学理援用中的商谈。宪法实施中的商谈往往也要求和当时的有关学理、原理和通说进行互勘与商议。在德国联邦宪法法院的宪法解释中,法官对学理的论证和援用往往是非常重要的一个环节。法官需要以寻求共识为目标,看看自己的结论能否取得主流学说和观点的支持。在2004年联邦德国“无法定上限期间的保安管束”案中,宪法诉愿者向联邦宪法法院提出宪法诉愿,控告法兰克福市高等地方法院和马堡地方法院的刑事审判违宪。宪法诉愿者指出:对于他第一次所做出的保安管束之处理,在十年后应该宣告期间已经届满,然而刑事判决却驳回了此项申请。宪法诉愿者认为下级法院所做的这个判决违宪。<sup>[35]</sup>在宪法审查中,法官提出其“仔细分析了从魏玛时代开始的各种学理主张,并对人性尊严与法不溯及既往原则的关系进行了理论上的回顾和说明”。法官正是在对各种学理进行商谈与辨析的基础上,最终裁定刑事判决没有违宪。

一般说来,裁判机关在具体案件中进行宪法审查所需要的商谈条件比较容易满足,而对抽象规范进行事前审查的宪法实施机关则往往不能充分实现商谈的相关制度条件。例如,法国的宪法委员会在进行宪法审查时就不能完全满足商谈的制度要求:<sup>[36]</sup>宪法委员会的审查程序更类似于监察专员所采取的调查程序。宪法委员会可以决定一项法案中的某些条款违宪但不列明原因。同时,它也可以拒绝与代议机关进行商谈并倾听后者的意见。例如,法国立法机关曾经有一项选举法的修改草案,其要求地方选举中的候选人至少有25%是妇女。尽管大多数国会代表没有对该条提出质疑,但宪法委员会仍然认定其违宪。在这个过程中宪法委员会既没有进行严格的书面审查,也没有为利害关系人举行听证。<sup>[37]</sup>有学者站在商谈论的角度提出异议:宪法委员会成员应该采取以听证为核心的步骤来进行审查,听证参加人应该包括议员、行政机关官员以及那些法律草案所欲影响的普通人。<sup>[38]</sup>

## 2. 公共领域中的商谈

根据哈贝马斯哲学意义上的商谈论,公共领域中同样存在宪法商谈,其基本方式包括协商民意测验、专题小组、大规模的协商会议、公民议论等。公共领域中的宪法实施商谈具有几个明显的特点:

首先,公共领域的商谈是一种日常商谈。社会生活中每天的争议性事件往往都和宪法规解的理解与适用有重要的联系,通过在公共领域中的自由商谈,商谈者以寻求理解为目的展开对话,可以防止暴力、权力、金钱等对公共舆论的操控,确保对宪法原则与宪法精神达成共识,从而将社会分裂(包括行动分裂与信念分裂)的危机消隐在日常的对话与商谈之中。<sup>[39]</sup>这种商谈不会涉及到对根本宪法原则与精神的怀疑,如罗尔斯所言,它不是

[35] 翁岳生主编:《德国联邦宪法法院裁判选集》(十二),台湾“司法院”2006年印,第25页及以下。

[36] 林来梵著:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2004年版,第339页;韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社2000年版,第83页及以下。

[37] [英]布朗、贝尔、[法]加朗博特著:《法国行政法》,高秦伟、王锴译,中国人民大学出版社2006年版,第12页。

[38] [英]布朗、贝尔、[法]加朗博特著:《法国行政法》,高秦伟、王锴译,中国人民大学出版社2006年版,第12页。

[39] 王旭:《论我国宪法实施中的商谈机制:去弊与建构》,《中外法学》2011年第3期,第76页。

宪法革命,也不是真正意义上的宪法修改,而仅仅是为了保持公民进行宪法思考与反思的能力,实现社会整合。<sup>[40]</sup>

其次,公共领域的商谈在形式上具有无中心性、随机性、长期性、非正式性的特点。

### (1) 无中心性

公共领域由于其本身的非建制化特点,所以具有广泛的流动性与无中心性。从哈贝马斯的观点来看,商谈成员在公共领域中具有可以随时退出和进入的自由。无中心性还意味着商谈没有预先设定伦理规范与终极权威,需要靠商谈者充分的论辩、各自的说理,以寻求最大程度的理解来实现共识。

### (2) 随机性

公共领域的商谈往往由一些偶发性、突然性的事件所引发。宪法价值在这些偶发性事件中被刺痛,被挑战,从而引发人们的交流和争议。

### (3) 长期性

商谈的话题在公共领域中往往保持着持续的热度。例如,2008 年美国联邦最高法院做出华盛顿特区禁止持枪令违宪的判决。在这个判决之前,这个话题在禁枪派(以“布雷迪防止枪支暴力运动”为代表)与护枪派(以“全国步兵协会”为代表)之间已经有长达三十二年的争议,争议的焦点在于如何理解宪法第二修正案对于公民有加入民兵组织自由的规定。而在 2008 年违宪判决做出之后,这种争议在全国范围内并没有平息。2010 年 4 月,还有大量民众在“独立战争日”向奥巴马总统示威,要求恢复宪法的真正含义,在全国范围内对持枪解禁。

### (4) 非正式性

公共领域中的商谈在组织形式与效力形式上都具有非正式性。一般来说,它没有固定的空间与时间,对于商谈与论辩的结果,也不具有最终的法律效力。

再次,站在商谈理论的角度,公共领域中的商谈不是单纯的策略行动,而是以交往权力为核心,因此有比较高的程序条件要求。公共领域中的商谈并不等同于“讨价还价”式的策略性行为。哈贝马斯指出,在法律商谈过程中,不能预设人都是利己主义者,否则我们就无法想象社会有整合与团结的可能。因此,公共领域的商谈必须遵守比较严格的程序规则,比如商谈过程不受政治(行政)权力的干扰,商谈主体不能被金钱与其他利益诱惑,每个人拥有平等而自由的基本权利,对于自己的观点应该给出充分的理据,而不是诉诸直觉和情感,等等。

最后,公共领域的商谈会对建制化的商谈产生重要作用与影响,为建制化的商谈提供更多的启发。同时,任何正式的宪法实施机关都有腐败与堕落的可能,都会面临丧失公共精神的危险,因此,公共领域的商谈也是对宪法实施机关有力的督促与监督。

## (二) 论证性商谈与运用性商谈

作为一种理性话语结构,宪法商谈还可以分为论证性商谈与运用性商谈。

论证性商谈就是论证一条法律规范是否建立在一定的正当性基础上。运用性商谈则

[40] 王旭:《论我国宪法实施中的商谈机制:去弊与建构》,《中外法学》2011 年第 3 期,第 76 页。

是对一条规范在具体适用中是否妥当进行判断。在宪法审查中,抽象的规范审查往往就需要围绕下位法的合宪性、正当性进行论证性商谈。附随性审查分为“法令的违宪”和“适用的违宪”。<sup>[41]</sup>所谓“法令的违宪”,指的是法令本身即构成了违宪。所谓“适用的违宪”,是指法令自身合宪,但其在个案适用中产生了违宪的后果。<sup>[42]</sup>在这两种附带性审查中,“法令的违宪”,也即依据宪法来直接判断法律条款的合宪性,实际上是一种论证性商谈;而“适用的违宪”,则是一种运用性商谈,需要审查者判断一个具体的适用结论是否符合宪法。

论证性商谈的有效性标准主要取决于人民意志是否在一定程序的保证下得到了充分的体现。运用性商谈的有效性标准则在于在具体个案中,法律规范的适用是否符合宪法的要求。相比而言,论证性商谈的要求更高,这主要有两个原因:第一,在对规范进行抽象审查的程序中,宪法审查机关可以彻底否定某法律规范的效力;而在附随性审查中,通说认为,违反宪法的法律规范只是在个案中不予适用或在个案中无效,在一般意义上处于“效力的冬眠状态”,而不是效力被彻底否定,这是由权力区分和制衡制度决定的。<sup>[43]</sup>第二,在附随性审查中,宪法审查机关要遵循“政治问题回避”与“合宪性推定”的基本原则,往往采取审查抑制主义的立场,因此,违宪判断并不是宪法诉讼中的常态。

### (三)日常商谈与非常商谈

根据宪法商谈所处的具体社会状态,可以将商谈分为日常商谈和非常商谈。

日常商谈,是指在没有对宪法的规范效力做任何改变的条件下的商谈,这应该是一个民主宪政国家宪法实施的常态,通过它不断保持,而不是伤害宪法的规范效力,有力维护宪法的安定性。

非常商谈在宪法实施中主要表现为宪法修改。另外,非常商谈也涉及到一些打破宪法秩序的情形。根据施密特的理论,有两种基本的形式:<sup>[44]</sup>

#### 1. “宪法的废弃”

“宪法的废弃”是指在废止现行宪法的同时废除制宪权。这种极端情况是对包括制宪权在内的旧秩序的根本否定。施密特认为,一场民主革命有可能废除君主的制宪权,一场政变或君主复辟的运动也有可能废除人民的制宪权。如1789年法国大革命和1918年俄国废除沙皇君主制。在这类革命中,新政府从国内法和国际法上否定了政治统一体的连续性。<sup>[45]</sup>

#### 2. “宪法的废止”

“宪法的废止”是指在废止现行宪法的同时保留原来的制宪权。如1848、1851、1852、1870年法国的革命和政变期间,就出现了这种情况。现行宪法被打破或废止,但人民的

[41] [日]芦部信喜著:《宪法》(第三版),林来梵等译,北京大学出版社2006年版,第338页。

[42] [日]芦部信喜著:《宪法》(第三版),林来梵等译,北京大学出版社2006年版,第339页;H. L. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, 2000, p. 466.

[43] [日]芦部信喜著:《宪法》(第三版),林来梵等译,北京大学出版社2006年版,第331页。

[44] [德]卡尔·施密特著:《宪法学说》,刘锋译,世纪出版集团、上海人民出版社2005年版,第112页。

[45] [德]卡尔·施密特著:《宪法学说》,刘锋译,世纪出版集团、上海人民出版社2005年版,第106页。

制宪权却保留了下来,并获得承认。

综合上面的讨论,可以把宪法实施中商谈的实践结构归结如下:

宪法实施中的商谈	建制化的商谈	日常商谈	论证性商谈	抽象式宪法审查	
				附随式宪法审查中的“法令审查”	
		非常商谈	运用性商谈	附随式宪法审查中的“适用审查”	
				宪法第三人效力中的“适用审查”	
	公共领域的商谈	非常商谈		宪法修改	
		日常商谈	协商民意测验;专题小组;大规模的协商大会;公民议论		
非常商谈		宪法的废弃与宪法的废止			

## 四 宪法实施中商谈的基本制度

宪法商谈的基本制度也就是它的具体方式和表现形式。按照前面的基本分析框架,宪法实施中的商谈有如下基本制度。

### (一) 建制化的主要商谈制度

#### 1. 宪法修改中的商谈制度

宪法修改是建制化商谈中一种重要的形式,且属于一种非常商谈,因为它并非在日常的宪法实施中可以启动和进行。宪法修改一般是由于社会出现比较大的价值变动或环境变迁,修宪者敏锐捕捉这种变动而做出的重大决定。那么,既然宪法修改归根结底是对社会价值与具体情况变迁的反应,那么宪法修改就必须渗透商谈因素,而不是简单的由法定机关依法进行的程序。这种商谈因素的渗透可以从宪法修改的程序与宪法修改的限制两个方面体现出来:

从宪法修改程序来看,它在成文宪法国家基本上都有刚性的要求,其中国民意志的直接表达是比较重要的一个环节。这种意志表达从程序上来看,既有可能体现在提案程序,也有可能体现在表决程序。以瑞士宪法实践为例,在其修宪提案程序中,公民个人享有修宪的提案权,有表决权的 10 万名以上瑞士公民可以要求修改联邦宪法。在我国,全国人大常委会或 1/5 以上全国人大代表也享有修宪提议权。在表决程序中,很多国家也实行国民投票制度,如法国、日本、奥地利、韩国等。<sup>[46]</sup> 日本宪法规定了专门的“国民承认”程序:“本宪法的修正,必须通过国会经过各议院议员总数的三分之二以上的赞成而提议,并向国民提案,且经其承认。”而国民的承认,则是在国民投票中以投票人数过半数的赞成为必要。这种通过国民投票而决定宪法修正的方式是国民主权原理的直接体现。<sup>[47]</sup>

[46] 韩大元:《宪法学基础理论》,中国政法大学出版社 2008 年版,第 452 页。

[47] [日]芦部信喜著:《宪法》(第三版),林来梵等译,北京大学出版社 2006 年版,第 343、345 页。

意大利宪法也规定了修宪由议会审议和国民投票相结合的方式。我国现行宪法在修改过程中同样追求全民的商谈与论辩:1982年4月28日,全国人大常委会公布宪法修改草案,交付全国各族人民讨论。彭真同志在省(区、市)人大常委会负责人座谈会上的讲话中指出,要“由各级人大常委会主管,但要做到全国各族人民各方面广泛深入的讨论,提出修改意见,必须由各级党委领导进行”。<sup>[48]</sup>当时,人民群众参与讨论宪法修改草案的积极性都特别高。如彭真同志在关于宪法修改草案的报告中说,“这次全民讨论的规模之大、参加人数之多、影响之广,足以表明全国工人、农民、知识分子和其他各界人士管理国家事务的政治热情的高涨。”同时,全民讨论中所提出的“各种类型的意见和建议”也受到了高度重视。“宪法修改委员会秘书处根据这些意见和建议,对草案又进行了一次修改。”<sup>[49]</sup>

从修宪中的商谈形式来看可以分为国民投票或承认的程序(有法律效力的商谈)与公众一般参与的程序(没有法律效力的商谈)。然而,修宪商谈不能简单等同于“一人一票”,更不能简单理解为国民的意见与建议的表达。正如学者已经看到的:“在修宪过程中实行国民投票体现了国民主权思想,其制度设计的出发点是好的……但这种方法也存在原理或实践中的问题……多数民主中可能出现的非理性行为有时会侵犯民主与宪政本身的价值体系。”<sup>[50]</sup>从商谈论的内部理论逻辑来看,理性应该高于意志,修宪中的商谈不仅仅要体现国民的意志,更要确保这种意志不被操纵、蛊惑和绑架。因此,必须在更高层次上对意志背后的理由进行充分论证和说明。目前很多国家的经验表明国民投票制度不甚理想,提升国民投票的质量必须加强公共领域独立、自由、平等、无强制、无干涉等商谈条件的建设,而不仅仅是设立投票箱。

从宪法修改的内在限制来看,同样也体现出商谈因素的作用。首先,修宪权要受到制宪权的约束。从洛克、西耶斯、施密特关于制宪权论证的脉络来看,制宪权与修宪权是不同的。无论是洛克强调的“根本法的制定权”与“普通法律的制定权”有别,还是西耶斯提出的“制宪权”与“宪定权”二分,制宪权本身都是高于修宪权的一种权力,构成了对修宪权的根本制约。从而,制宪权背后的人民主权也就必然要透过个体的理性商谈与论辩来具体地限制修宪的权力与内容;同时,修宪权也受到人权保障思想的约束。修宪的结果不得破坏人权保障的基本原则,而这也必须透过商谈领域中公共理性的发扬才能实现。

## 2. 宪法解释、宪法论辩与公民陪审团

在正式的宪法审查机制中,商谈的制度主要体现为宪法解释、宪法论辩与公民陪审团制度。

### (1) 宪法解释

在商谈论的理论脉络中,宪法解释并非恪守宪法原意或某一权威意志的过程。迈克尔曼特别强调,宪法解释要打破“权威主义”,不能无条件地从制宪者时代的原意或社会

[48] 彭真著:《论新时期的社会主义民主与法制建设》,中央文献出版社1989年版,第142页。

[49] 彭真著:《论新时期的社会主义民主与法制建设》,中央文献出版社1989年版,第143页。

[50] 韩大元著:《宪法学基础理论》,中国政法大学出版社2008年版,第452页。

主流的意识形态来确认某一个宪法规范的含义。相反,法官应该结合社会本身发展与变化的舆情与价值观,来合理界定当下案件中宪法规范与法律规范的真实含义。

## (2) 宪法论辩

宪法商谈还包括建立论辩机制。参与宪法审查的每一个法官或当事人都要能够充分展现自己的论据、论证思路与论证逻辑,这尤其体现在宪法实施机关制作的各种陈述意见文书中。每一种审查意见彼此都应该公开交锋并留给时代与历史,经受后人的检验。在 2008 年美国的“华盛顿特区持枪令违宪案件”中,虽然斯卡利亚大法官的新原旨主义最终成为多数意见,但判决书也鲜明展现了法官之间商谈论辩的详细过程,尤其是公开陈列和描述了另外两个重要的反对意见:一个是伊斯蒂文森大法官为首的自由派的论辩意见,它批评斯卡利亚盲目顺应大众,没有领会制宪者真实意图;一个是以布雷耶大法官为代表的“利益衡量”思路的论辩意见,它对持枪与禁枪哪一个更符合大多数人的利益进行了论证并给出结论:“有数据显示,利用手枪进行的犯罪太多了,对社会构成了极大的危险,因此,手枪禁令代表了对这个严重威胁到生命安全的问题可能的立法反应。”<sup>[51]</sup>可见,宪法审查中争锋相对地论辩也是一种重要的商谈制度形式。

## (3) 公民陪审团

公民陪审制最初起源于美国,当代公民陪审团的重要倡导者之一是美国杰斐逊中心。该中心发展了一套公众参与讨论公共政策议题的方法。这套方法的主要内容是:中心将随机挑选的 12 到 24 人集中起来进行为期 3-5 天的培训与听证活动,然后请他们互相讨论协商某个公共议题并向决策者和公众报告他们的讨论结果。这种制度的特点在于参与者既具有代表性也具有随机性(保证了商谈所需要的平等与自由),同时经过了特别的培训(包括专业与技术)。这套方法要求讨论者必须将商谈结果以书面方式呈现,同时要说明充分的理由包括持有异议的理由。<sup>[52]</sup>在宪法审查中适当引入公民陪审团制度具有重要的意义:首先,宪法审查机关对宪法规范的解释需要在更广阔的社会空间中进行,因此不能仅仅在规范体系内运用传统的法律解释方法进行宪法解释;其次,宪法审查机关对法律是否违反宪法的判断也需要进行更加广泛的利益衡量,这个过程不是在封闭空间中开展的,更不是实施机关可以独断做出的,往往需要宪法审查机关将判断建立在更加丰富的信息基础之上;最后,宪法商谈的性质不同于一般的法律解释,本身就带有政治审议与公共意志形成的性质,更适合通过公民陪审制来发挥作用。

### 3. 合宪性推定制度、立法机关的抵抗权以及机关协作程序

宪法商谈第三种建制化的表现形式就是宪法实施机关与其他国家机关之间就宪法争议和法律审查可以进行充分的沟通与商谈。这又有三种主要的制度。

#### (1) 合宪性推定制度

合宪性推定是在美国 19 世纪的判例中确立的一项基本原则。<sup>[53]</sup>它的含义是:在宪

[51] District of Columbia et al. v. Heller(2008).

[52] [澳]何包钢著:《协商民主:理论、方法和实践》,中国社会科学出版社 2008 年版,第 91-92 页。

[53] Fletcher v. Peck, 10 U. S. at 128; Dartmouth College v. Woodward, 17 U. S. 517, 625(1819).

法审查中,法官出于司法自制与回避宪法判断的原则,他们倾向于在有疑问的案件里推定政府行为和立法行为合宪。<sup>[54]</sup> 具体而言,它要求法院在审查国会的法律时,只要法律未明显违反宪法的明文规定,就应尊重国会的判断。<sup>[55]</sup> 在这一原则下,联邦德国宪法的学说与判例也主张,法官可以使用文义、体系、目的等各种方法对法律进行解释,以达到尽量避免违宪的解释效果;同时也可在解释法律的时候保证法律的含义符合宪法,根据宪法来具体解释法律,这种解释方法就是合宪性解释。<sup>[56]</sup> 在英国,合宪性推定制度有新的理解和发展。英国 1998 年通过的《人权法案》(HRA)规定了一条论证性解释授权规则,直接授权法院根据基本人权来解释一条法律。如果法官不能将某条法律解释为符合基本人权,则可以宣告它不符合《人权法案》,同时希望立法机关能够通过常规修改活动消除其不符合基本人权的方面。《人权法案》甚至允许立法机关的长官可以决定跳过一些程序来加速对法律的修改。<sup>[57]</sup>

## (2) 立法机关的抵抗权

在有的国家,宪法还规定,立法机关可以借助对话程序与宪法实施机关进行对抗。1982 年制定的加拿大人权宪章第一部分就规定了立法机关与法院就法律的合宪性进行充分对话的机制。人权宪章规定,宪法保护的基本权利可以受到民主自由社会合理的限制。从而,在个案中,如果法院认定某一法律涉嫌限制了基本权利而违宪,立法机关可以在之后的一系列商谈过程中,通过搜集证据证明法律条款的含义并没有逾越宪法界限。同时,立法机关还可以根据该宪章第三十三部分来向公众宣告:尽管法院对于某法律的解释在个案中与宪章不一致,但仍然保持该法律的效力。<sup>[58]</sup>

## (3) 宪法实施机关与其他机关的协作程序

宪法实施机关还可以与其他国家机关进行协作与对话。法国 2008 年修宪确立的法院与宪法委员会之间协作启动宪法审查制度即是典型。联邦德国宪法法院也创造了一项制度:如果三分之一国会议员不赞成某法案,国会即可签署意见送请宪法法院做宪法审查。这一制度随后也为奥地利、法国及若干亚洲国家所采用。<sup>[59]</sup>

## (二) 公共领域中的商谈形式

一般说来,公共领域中的商谈形式主要有协商民意测验、专题小组、大规模的协商大会和各种形式的公民议论等等。它们都构成了对建制化商谈的有力监督与支持。

[54] See L. Fisher, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, 1988, p. 59.

[55] [日]阿部照哉等著:《宪法》(上册),周宗宪译,中国政法大学出版社 2006 年版,第 398 页。

[56] [德]黑塞著:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆 2007 年版,第 55、59 页。吴庚著:《宪法的解释与适用》,台湾五南图书公司 2004 年版,第 585 页及以下。所以,合宪性推定与合宪解释还是有区别的,前者更多是一项解释准则(canon),而不是具体的解释方法(method),而其关联就在于任何方法都是以一定准则为前提的。同时,美国联邦最高法院的合宪性推定原则也有摇摆不定的时候,比如自由放任时期,法官几乎就完全放弃了这一原则 See L. Fisher, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, 1988, p. 59;同时,在理论上也不意味着任何案件中都要恪守这一原则,需要考虑不同的权利保障情况,理论上遂有双重审查标准理论。系统参见[日]芦部信喜著:《宪法》(第三版),林来梵等译,北京大学出版社 2006 年版。

[57] See M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, 2008, p. 28.

[58] See M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, 2008, p. 33.

[59] 吴庚著:《宪法的解释与适用》,台湾五南图书公司 2004 年版,第 357 页。

### 1. 协商民意测验

“协商民意测验”与普通民意测验不同。在一般的民意测验里,由于没有事先经过商谈,没有对利害关系人的意见进行充分吸取,因此,宪法审查机关得到的民意往往是粗略的。“协商民意测验”的形式就是通过分组会议的讨论对信息进行加工处理,使民众的偏好在公共讨论与公共利益衡量中加以调整和改变,从而得到高质量、可靠的民意。这种商谈方式可以克服一般民意测验的非理性与信息不对称。<sup>[60]</sup> 论者指出,这是一种将大众参与和精英指导相结合的重要商谈形式。它具有如下步骤:第一步,参与者将自己的意见和利益诉求通过填写表格等方式体现;第二步,参与者在小组讨论和大会讨论的时候,可以在互相沟通和理解中改变自己的偏好与诉求,对其他人更理性的认知产生认同,从而与他人达成局部的共识。<sup>[61]</sup>

### 2. 专题小组讨论

专题小组讨论作为一种重要的商谈方式,介于建制化商谈与公共领域商谈之间。所谓专题小组讨论,就是代表各自利益群体的参与者在掌握了相关信息之后,对一些有重大争议或利益聚焦的问题进行深入辩论的一种形式。这种讨论更适合于局部的、专业的、带有强烈个体或小团体利益要求的议题。相比较而言,宪法商谈对其采用的情况不算很多。

### 3. 公民议论(公共意见)

公民议论应该是最为松散,也最为灵活的一种公共领域的商谈方式。从组织上看,公民议论比较松散。在哈贝马斯看来,公共领域中的各种沙龙、咖啡馆、电视台、报纸、广播、网络都是公民议论的平台,公民可以就很多社会问题进行评论。需要注意的是,宪法商谈在这种形式下不一定冠以明确的称呼,公民也不一定直接诉诸宪法概念,但实际上谈论的很多社会问题都是宪法问题。从形式上看,公民议论也是多元的,既可以是针对特定案件或事件交换意见,也可以是对某条法律或公共政策是否合乎宪法展开争议。

公共意见对于宪法实施机关的活动有重大的影响。在制度上,尤其是由司法机关充任宪法审查机关的国家,都有意与公共意见保持一定距离,因为司法被认为是一个不同于政治过程的、理性处理纠纷的程序。美国宪法就明确通过设计法官的终身任职以及繁琐的弹劾程序有意架构起法官与公众意见的藩篱。然而,公共意见还是间接对最高法院的判决产生了微妙的影响。1959 年达尔的一项研究表明,联邦最高法院很少完全游离于民众的期待之外。<sup>[62]</sup> 1993 年马歇尔通过科学的民意调查发现,联邦最高法院的判决与公众意见之间有实质性的协调和一致。他发现,即便对联邦最高法院做出的废除种族歧视、堕胎等方面有学理争议的判决,主流民意也是支持的。<sup>[63]</sup>

具体而言,法官对于公共意见的接纳,主要表现在两个方面:<sup>[64]</sup> 第一,在政治危机时

[60] [澳]何包钢著:《协商民主:理论、方法和实践》,中国社会科学出版社 2008 年版,第 85 页。

[61] [澳]何包钢著:《协商民主:理论、方法和实践》,中国社会科学出版社 2008 年版,第 90 页。

[62] R. Dahl, Decision - making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy - maker, *Journal of Public Law* 6 (1957).

[63] W. Mishler and R. Sheehan, The Supreme Court as Counter majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decision, *American Political Science Review* 87 (1993).

[64] [美]霍尔著:《牛津美国联邦最高法院指南》,许明月等译,北京大学出版社 2009 年版,第 751 - 752 页。

期,法官通过回应公共意见保持制度的连续性与合法性;第二,法官本身作为公众的一员会受到公共价值观的影响。桑斯坦认为,害怕令公众失望而引起制度运转受阻和希望得到更好的宪法理解是宪法实施机关尊重公共意见的两个基本原因。<sup>[65]</sup> 而在一个宪法商谈活跃的社会里,公众也非常愿意表达对宪法的理解和看法,因为他们知道这是改变和影响他们自己生活的一条重要渠道。

## 五 宪法实施中商谈结构的理性约束

商谈并不等于简单的公众参与。商谈的本质表现为通过理由和论据的使用来寻找共识,因此其必然建立在理性的基础上。宪法实施中的商谈应该具备如下规范性要求:

### (一)合宪性

宪法实施中的商谈首要和最高的目标是在合宪性指引下不断表达和重构宪法规范的精神。合宪性是宪法商谈最基本的要求。这主要体现在:首先,商谈的机制应该符合宪法的基本要求。在这个机制中人权和人民主权是两个最重要的要素。商谈的机制构建必须是以尊重和保障人权为根本核心的,因此它不能容忍权力、金钱、地位的操纵,也不能宽恕歧视、偏见和无理取闹。自由(权)与平等(权)是构筑商谈机制最重要的两个宪法权利基石。其次,商谈程序应该体现出宪法所追求的人民主权。商谈的结果最终应该是多数人的偏好汇总并要经过理由的支持之后才能生效。最后,商谈的对象是法律、法规、各种公权力行为的合宪性。

### (二)程序性

宪法商谈的有效性不是靠最终取得实体上的绝对共识来获得。这是与传统民主理论相比一个重要的区别。<sup>[66]</sup> 在传统的民主理论那里,比如卢梭的“公意理论”,它乞灵于一个上帝般的立法者能够发现一个民族最终、最精深的伦理法则然后表述为法律,这并非宪法商谈理论在宪法实施中的追求。宪法商谈理论更多不预设实际结果,不接受先验规范(道德的、伦理的、宗教的),而是转向于对商谈过程中程序有效性条件的追求,包括:第一,公开与充分的信息交流。无论是建制化还是公共领域的商谈,都要求足够的信息公开与真实客观。第二,对等的交流身份与交流机会。每一个商谈的人在法律上都被拟制为对等的交流主体,可以充分表达自己对案件、事件或法律的宪法理解。第三,理由说明与理性论辩。商谈理论反对被宰制的程序,要求理性高于意志、论据优于结论。

### (三)理解性

宪法商谈的程序主义并非是“一人一票”的聚合程序,而是一种建立在反思与交往理性基础上的新程序主义。它要求参加商谈的人可以事先带有自己对宪法的理解和对具体利益的诉求,但是这个商谈的过程要求每一个人要在基本的公共精神的指引下,放弃笛卡尔意义上的“自我”,即完全从自我的道德判断出发理解宪法规范的内涵;它要求个人寻

[65] See C. Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, 2009, p. 143.

[66] See C. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge Press, 2007, p. 296.

求一种尝试着倾听他人的理由、理解他人的诉求的过程,在这个过程中对自己的偏好进行合理的调整。

#### (四)互惠性

理解性的商谈如何能够实现?如何避免功利主义模式下的自利性妥协或协商?商谈论者强调互惠性。宪法不是纯粹原子式的个人追逐利益最大化的工具,个人主义意义上的自由主义是无法理解商谈论的立场的。相反,宪法应该被理解为是一种连缀社会共同生活、调整共同行为与共同信念的根本规范,通过宪法商谈实现一个现代人的社会化过程。因此,宪法商谈必然要求商谈主体从独断走向互惠的立场。互惠性要求在商谈过程中,商谈主体对于不同的观点和意见要转化角色,从根本上说就是要在“相互承认”的逻辑中对宪法规范进行理解。<sup>[67]</sup>宪法规范是抽象的,宪法要处理的价值与利益也是高度复杂的。不同阶级、性别,族群、甚至不同性取向的人,需要在宪法上争取权利与身份。如果宪法商谈不建立在相互承认的基础上,则它永远不能成为社会文明的粘合剂,永远不能成为现代人的一种文明的生活方式。我们可以看看美国宪法实践的几百年历史,也是这个社会不断宽容、不断重构各种宪法价值的过程。正是在这个过程中,制宪者并没有以“人民”的整体名义取消个体,公民之间也没有处于价值与行动四分五裂的状态。宪法商谈的互惠性暗含着自由主义宽容的原则,暗含着通过宽容精神来寻求理解与共识的目标。

#### (五)分权性

商谈论反对宪法审查的独断性。商谈在逻辑上预示着分权,预示着没有一个机关、一个主体、一个人能够进行独白式的商谈。哈贝马斯和米歇尔曼对德沃金“孤独的赫拉克斯的独白”的批评在本质上是一样的:<sup>[68]</sup>宪法解释权是独断的,但宪法解释不是独断的,它应该是建立在商谈基础上的,建立在主体间性意义上的,建立在对各种信息、价值观、历史传统乃至立法者意图进行理解的基础上的。罗尔斯也强调,联邦最高法院并没有垄断宪法解释权,它应该由政府机构共享,包括国会、法院、总统、独立管制机构,通过合作与商谈,它们最终共同对人民负责。

#### (六)公共性

宪法商谈还必须具有公共性。这表现在,它是在一个公共、公开的平台上的商谈;它是对社会最基本的公共价值和公共生活进行的商谈,而不是仅仅关注个人的私人利益与私人生活;它也要求商谈者要具有公共精神,商谈的方向应该是寻求集体行动的一致与社会价值共识的凝聚,而不是在商谈中导致社会分裂,导致宪法秩序无以为继。所以,宪法实施中的商谈应该是最具有公共性的。它要求商谈者必须根据公共的、长远的利益来调整自己眼前的、狭隘的私人偏好。在一个宪法商谈训练有素的国家里,公民不会以短期和自我的利益来将宪法商谈变成一场零和博弈。哈贝马斯认为,要确保公民的这种公共精神,必须有健全和发达的公民教育。

[67] [德]霍耐特著:《为承认而斗争》,胡继华译,上海世纪集团出版公司 2005 年版,第 279 页。

[68] See F. Michelman, *Law's Republic*, 97 *Yale Law Journal* 1522 (1988).

## 六 结 语

宪法实施是现代政治成熟的民族国家的最高公共生活方式。虽然现代宪法必然承诺对公民基本权利的保障,但我们却不能仅仅将其理解为“人民权利的保障书”,进而陷入一种形式主义的法律推理思维之中。这样一种机械的还原论将遮蔽我们对宪法实施所具有的公共精神的理解,也将损害一个共同体的根基。本文提出宪法实施的理性商谈机制,并对其制度类型进行了简略探讨。本文以为,只有在法治主义的前提下建构一种程序主义民主观,才能对中国宪法实施的前景做出更加理性的判断和设计。

[本文为作者主持的中国人民大学科研基金重大项目“宪法实施的商谈原理研究”(15XNL011)的阶段性研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] The theory of the implementation of the constitution involves not only the establishment of implementation organs, but also the exploration of the internal discourse mechanism for the implementation of the constitution. The essence of the implementation of the constitution should be a rational dialogue on constitutional issues conducted by the people through various institutionalized channels in the public domain, which is a historical process of continuous revelation of the moral connotation of constitutional norms that will ultimately enhance the understanding by the political community of common good. The democratic nature of constitutional implementation should be discussed along the extension line of constitutionalism. The discourse mechanisms for the implementation of the constitution can be divided into different types, such as institutionalized discourse and discourse in public sphere; demonstrative discourse and applicative discourse; and daily discourse and special discourse, with each one of them having its own concrete system design. Any system arrangement of constitutional discourse, whatever its type, must comply with such rational requirements as constitutionality, due process, reciprocity, separation of powers, and publicity, so as to ensure that the implementation of the constitution becomes the highest-level way of public life in a politically mature modern nation state.

---

---

(责任编辑:田 夫)