

季卫东:宪政的新范式 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AD\\_A3\\_E5\\_8D\\_AB\\_E4\\_B8\\_9C\\_\\_c122\\_485677.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AD_A3_E5_8D_AB_E4_B8_9C__c122_485677.htm) 在法学体系中，宪法属于根本规范，具有最高的效力。与此相关，设立违宪审查制度的主要目的就是发现和废除任何与宪法相抵触的低阶法律以及法规、决议、命令等等。但众所周知，作为万法定盘星的宪法本身也是需要修正的，并非永恒的绝对真理；这个事实不断向人们提出以下问题：宪法最高效力的基础究竟何在？改宪的根据和条件又是什么？在做出回答之前，我们先考察一下国家秩序的构成原理以及宪法学的基本范式。外部根据、等级性以及循环一般而言，欧美各国的现代法治秩序（特别是宪政体制）主要是以普世不朽的“自然法”观念为价值根源的。自然法被理解为存在于国家法的外部作为检验国家法是否符合正义的尺度。在这里，正义带有神圣色彩，是一种超越于此世的理想。虽然亚里士多德在《政治学》中把正义界定为一国人民相互间的纽带，强调合法正义的重要性，至少把正义的某种形式与群众的多样化状况和存在条件联系在一起，但他最大的贡献却被认为是提出了作为“超越成文法律的正义”的衡平概念。外在的自然法与国家法内部之间当然需要有连接点，这就是社会契约的假定及其现实的表现形态宪法，因而具体法律规范的正当性判断就可以在相当程度上被转换成合宪性判断，外部根据与内部根据在这个顶点上合而为一了。其结果，现代法治的构成原理似乎是以效力的等级性为基础的，呈现出凯尔森(Hans Kelsen)所描述的那样的以宪法为顶点的“金字塔”型结构。从宪政设计的角度来

看，上述表面上的特征也不妨概括为“国家权力结构多元化，法律规范体系一元化”的公式。从外观上稍加比较就可以发现，中国的传统恰恰相反：权力结构是高度集中的，而规范体系的形态则与家喻户晓的阴阳两仪“太极图”颇类似，在德与刑、礼仪与律令、政策与法规以及两类不同性质的矛盾的解决方式之间，始终存在着复杂的相互作用和相互转化的动态，公共秩序的构成原理是以周而复始、物极必反的循环性为基础的。作为正当性判断标准的“道”，不是国家法之外的超越力量，而是体现为内部循环运动中的“非常道”“反者道之动”这一句话就把道与自然法之间的本质差异表述得淋漓尽致。在《老子》的思想中，道意味着“上德”、“无为”，往往表现为以物极必反的转折点、个别性承认的累积以及社会舆论鼎沸等方式对国家的强制力进行限制。清末的宪政运动由于对上述等级性与循环性之间的区别缺乏透彻的理解，导致人们大都没有真正跳出中国传统的“权力一元化，规范多元化”思路，也未能发现在既定条件与改革的目标模式之间进行结构性连接和转换的可能性，结果不是盲目地接受“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”（语出一九〇六年九月一日预备立宪诏）即为宪政的官方定义，就是激进地号召立即改换统治者，以直接民选的总统来代替君主行使统一的实权。当时的朝野各派都忽视了宪法的本质在于一种特殊的规范结构(constitution)和公正程序，而不仅仅是个强权归谁、舆论倾向哪一方的问题。即使民国前期的“五五宪草”（一九三六年五月五日公布）也是名为权能分治，实则“以党治国”、“万能政府”、总统专制，宪法的最高效力以及规范体系的整合性始终没有获得必要的保障。这样的概念误解及其

他前提条件注定了中国在二十世纪立宪和行宪以失败而告终的结局。在今天我们重新考虑推行宪政之际，有必要对中国与欧美之间在国家、社会以及法律制度方面的阴错阳差进行重新认识，以免重蹈历史的覆辙。在规范与事实之间的反思需要指出，把“金字塔”与“太极图”所隐喻的关于法治秩序的不同范式揭示出来之后，也许会给中国法学界造成更大的困惑、更多的烦恼。既然两者之间在构成原理上存在着这么大的悬殊，如果不彻底改造其中的一方甚或双方，要推行宪政岂非缘木求鱼?!针对这样的疑虑，我们不妨以根本规范的根据为线索，重新认识现代法治秩序的本质以及中国社会结构转换的可能性，寻找宪政体制与文化传统的适当结合点。

在宣扬宪法尊严的时候应该充分留意到，宪政的灵魂其实并非依附在单纯的强制力上，而是寄宿在正当化机制之中。因此，不能无条件地强调宪法的最高效力和强制作用。根本规范之所以成其为根本规范，必须具有一定的正当性根据，自然法以及能够表现为个人诉求的自然权(人权)就是这种根据。然而，从自然法到自然权，中间发生了思维方式上的微妙变化。在自然法时代，存在着一个默示的假设，这就是对造物主或者上帝第一推动力的承认，能从外部观察世界的只有诸神。但到了自然权(或者笛卡儿之后的自然法)时代，个人作为自律的主体而重新定位，一方面仍然属于此世秩序，另一方面却俨然是诸神共同体的成员，也能够把此世秩序作为观察的对象虽然未必人人都一身二任，但具备认知能力而从事外部观察者实际上也就享有替天行道的特权。因此，在法学世界观取代神学世界观之后，特别是被隐蔽的特权地位也动摇之后，当为(sollen)与实存(sein)、规范问题与事实问题

的严格区分以及社会功能的分化就具有更关键性的意义。凯尔森正是以这样的二项对立图式为前提，把复杂的现象以及无序化的各种契机排除在规范世界之外，把观察和理解的作业排斥在规范和价值判断之外，确立了法律体系的封闭型等级结构的。但是，这样的区分却并没有充分解释作为一种事实而存在的法律现象本身的认知性以及适当性等方面的问题，不能适当处理规范与事实之间的相互关系。卢曼(Niklas Luhmann)在凯尔森的思路继续前进，似乎发现了在规范与事实的边缘上存在的“曲径通幽”的门扇，即法律体系的自我指涉、自我塑造式的反思机制。在他看来，法固然呈现出封闭型等级结构，但却有启阖自如的灵巧之处，即具有以封闭结构为前提的开放性用他自己的话来说，“在规范层次是封闭的，在认知层面是开放的”。也就是通过理性来正确把握外部环境的事实性变化及其影响，并把这些认识都被转化成系统内部的因素并对变化了的规范关系进行相应的调整 and 改变。根据我的理解，在事实问题与规范问题之间的反思化过程不断反复，当为 / 实存的二项对立就会化解到无限循环的回路之中，并表现为法律规范的根据就是把法律作为规范的根据这样的循环论证过程，其结果，封闭型等级结构被转化成似乎没有顶点和层次的、“反者道之动”那样的流体。因此，卢曼的法社会学理论其实可以被看做“金字塔”与“太极图”的媒介或中转站，能够提供在这两种完全不同的秩序构成原理之间互相沟通的线索和桥梁。宪政的本质是试错的制度化以反思机制为基础而形成的循环式构成原理意味着规范的正确性和妥当性是由试行过程决定的，是暂时的、可变的。因而卢曼把正义的概念表述为“法律系统的适当的

复杂性(adequate complexity)”，颇有那么一点儿“道法自然”、“维恍维惚”、“非常道”的趣味。与此相关，法律是否符合正义也需要在社会实践中根据事实反复进行检验和调整，这样的思维模式显然与牛顿力学、欧几里得几何学那样的决定论以及公理体系大异其趣。问题是这种循环的秩序观能否与宪政设计相洽？我的回答是肯定的，但有一定的保留条件。虽然从规范效力等级的外观上看，宪政和法治的体制好像一座巍然耸立的金字塔。但它其实是或者说可以转化成一个动态系统。正如宪法学家卡尔·路易温斯坦(Karl Loewenstein)在《比较宪法学说绪论》中明确指出的那样，宪政民主对人类最终状态(应该包括历史终结、终极真理之类的神话在内笔者注)持怀疑态度，而力图在不断的社会经济实验中通过试错过程来发现法治以及保障人权的更好的方式方法。因此，在宪政拥护者们看来，制度安排归根结底是具有暂行性的，始终存在着改善的余地。当然，这并不意味着路易温斯坦否定宪法的刚性和安定性，提倡某种朝令夕改的任意态度。他要强调的是立宪没有尽善尽美的目标模式，行宪也不可能一劳永逸；宪法文本不仅是可修改的，而且也应该根据社会发展的需要而不断修改。在这层意义上，宪政体制在本质上也处于不断生成和重构的循环性动态之中。与中国传统的“太极图”式秩序观或者现代的法律试行制度或多或少有些相通之处。但是，从这样的动态观点来理解宪政，必须把程序公正作为构成原理的基础，即采取新程序主义宪政观这就是我的保留条件。如果说在自然法的时代，规范的正当化是把上帝、造物主或者诸神共同体作为以不变应万变的原点(the unmoving mover)或终极价值，那么也不妨认为进入

自然权时代之后，特别是在社会变迁日益加速的当今世界，程序(更准确地说是把个人按照一定的角色定义进行编排以便进行合理而公正的选择的法律程序系统)逐步取代上帝成为对法律的正确性进行判断的根据。如果说自然法是外部根据，那么程序就是具有反思性、超越性的内部根据。这一点可以从现代社会的改宪动议能否通过完全取决于程序安排、根本规范的效力由违宪审查程序来保障等现象上看得很清楚。改宪动议议决规则规则合宪性的审查司法规则司法规则遵从立法立法遵从议决规则改宪动议，如此等等周而复始，这显然是一种循环动态。也不妨直说，程序的结构特征就是“圆道”。固然，提供了审议和决定的程序性条件并没有解决实质内容的问题，作为结果的法律判断还有赖于某种共同体或者民族国家的一般性合意或者历史传统，所以程序不是万能的。但程序越来越成为最基本的价值根据并反过来对实质内容本身也施加深远的影响，这确实是当代世界具有普遍性的趋势，中国也不例外，甚至可以说比其他社会具有更迫切的需求。宪法解释和宪法改正的区别从周而复始的动态的角度来理解宪政体制，值得一提的是日本研究宪法和行政法的著名学者美浓部达吉对耶利内克(G. Jellinek)的“宪法变迁”概念的再定义。他修正了耶利内克在政治与法律之间关系方面的悲观论，反过来积极肯定国家权力的非正式行为在一定条件下的法源性以及宪法解释的正当性，提出了宪法规范更新和发展的三阶段公式，即：(一)宪法条文丧失实效；(二)宪法规范力发生异常(该条文以外的事实具有实效)；(三)宪法变迁，包括在现行文本框架内的解释以及突破条文的宪法修正案这两种方法。人们通常所说的宪法变迁主要是通过宪法解

释(包括判例宗旨的阐述评论在内)的变化来实现的，只有在这样的微调机制不能解决问题的场合，才不得不以改变成文的方式来修正宪法的条款。一方面，从宪法解释的角度来看，宪政是生生不息的；另一方面，从宪法文本改订的角度来看，宪政应该更具有稳定性、恒久性正是在这一动一静之间、暂行与持续的交替过程中社会渐臻大治。但当前，根据现行制度，我们的最高人民法院以及各级人民法院均无权解释宪法，惟有作为立法机关的全国人大常委会才享有宪法的解释权。立法机关只有采取补充或改变宪法文本的抽方式来行使宪法解释权。所以宪法修改和宪法解释基本上没有区分，至少很难在两者当中划出明确的界限。因而想通过宪法解释来推动宪法变迁也基本上是没有意义的。既然宪法只剩下修改这一条路，那么全国人大常委会就难免会在文本与修正案频仍之间进退失据，修宪成习而流于轻率也就带有一定的必然性。由此可见，即使仅仅为了满足具体落实宪法内容的要求，也有必要承认法院在审理具体案件中解释宪法、运用宪法的权力，进而可以推论司法审查制度的关键性。对于缺乏外部根据和“金字塔”式法律观的中国社会，司法性机构对法规进行违宪审查的程序更是推行宪政的首要条件。从矛盾论到法治对抗轴 从反思和程序的角度来理解宪政体制，就会发现秩序构成原理上的等级性与循环性之间的区别是可以扬弃的，按照新程序主义的宪法学范式在中国建构民主法治并非痴人说梦。尽管如此，我们还有必要进一步考察不同类型的循环动态之间的差异以及相互转化的条件。在某种意义上可以说，在现代中国，毛泽东的从政治的角度来看。对抗轴是社会运动的推进装置，舍此不能进行真正的竞选和投票

，人治以及其他制度上的惰性和缺陷就难以克服或纠正。因而要在政治改革中为意见竞争、集团竞争确立对抗轴，不妨把这项制度创新作业与毛泽东的两种不同性质矛盾的命题以及施米特(Carl Schmitt)所说的区分敌友的公式等结合起来。相应地，从宪法学的角度来看，对抗轴主要体现为法治精神与公民抵抗权之间的张力，如果没有类似的张力，如果缺乏抵抗性的前提条件，法治秩序就无从建构、也难以维持下去。一般而言，在宪政体制一劳永逸、完美无缺的假定状态下，公民抵抗权是没有必要也没有可能发生的。承认抵抗权就等于承认宪政体制本身并非终极真理，只有通过试错过程逐步改进之，而违背行为可以成为宪政自我革新的参照指标和驱动装置。在这个意义上，抵抗权的存在不仅不是对宪政的否定，恰恰相反，是宪政具有旺盛生命力的表现。其实也只有宪政体制才能从抵抗权的高度来承认并发挥公民异议和不服从运动的积极作用。甚至可以说，如果没有抵抗权或者类似的在一定限度内许可异议和违背的制度性装置，法律规范体系的反思机制以及在生生不息的循环性动态中维持正义的安排就势必分崩离析。围绕抵抗权的程序安排 抵抗权思想的萌芽早在孟子革命论、萨里斯伯利(John. fSalisbury)的基督教反暴政论、美国独立宣言、法国人权宣言等经典性文献中就已经出现了。但宪法学的主流过去始终认为人民对暴政和恶法的斗争只是一种极端的自卫手段，是一种不能制度化的超国家性权利。在承认外部根据的欧美思想传统中，这样的理解和宪政设计并无大碍。然而，随着正当性判断的立足点从彼世转向此世，如何为国家体制和法治秩序设定妥当而有效的内部根据就是题中应有之意。第二次世界大战结束之后，对

纳粹主义和殖民主义统治的批判和否定提供了转折的契机，导致超越性抵抗权的制度化、实定化，成为法律规范体系的内部根据。有的国家(例如德意志联邦共和国)开始在宪法中明确规定抵抗权，而更多的国家制定了具备足以抗衡立法权的效力的人权法典，或者加入两个国际人权公约。在其他部门法领域中则表现为刑法上的正当防卫权和拒绝作证权、民法和家族法上的自我决定权、劳动法上的团结权、集体交涉权、罢工权等等。抵抗权的发展轨迹是：从自然法意义上的外部根据演变成在自然权意义上的作为主权者的个人诉求的机会，再转化为法律体系内部的一般性规范，进而逐步发展成一套可以援用法律条文来主张和行使的基本人权或者政治性权利。显而易见，这样的制度安排是包含着矛盾、张力甚至自我否定契机的。按照法治的精神，任何个人和团体都必须遵循国家的实在法规范，但抵抗权思想却承认公民个人在确信法律或者政府的命令、政策有违社会共有的正义价值时可以有权拒绝服从并要求变更有关的规则。在个人行为的层面，这意味着少数者或者弱势群体对多数者或者强势群体的正式决定的挑战。从民主政治的角度来看，抵抗权也可能造成在投票结果安定化和内在化方面的两难困境。当这种少数者或弱势群体的异议表达产生巨大的影响并形成相当规模的群众抵抗运动时，对社会秩序和现行体制当然是会构成威胁的。那么，究竟应该怎样看待和处理上述问题?在这方面，罗尔斯(John Rawls)的正义理论非常富有启示性。他认为，多数者决定的规则仅仅体现了一种“不完全的程序正义”，是有局限性的。换言之，公民投票作为民主程序是有缺陷的，立法无论获得多高的支持率也只是正义的近似值。因此，在这

个意义上对公民的守法要求也就不能太绝对化。基于这种认识，可以得出如下推论：由于多数派尽管拥有制定规则的宪政权利但却并不一定代表真理和正义，由于遵法义务不得不具有某种程度的相对性，所以作为选民的个人所提出来的异议应该得到充分的尊重，所以关于法律的共识也只不过是求同存异的过程中达成的重叠性合意而已。在这里，罗尔斯的观点的精妙之处是：一方面可以有效反驳那种以法律实证主义的不足之处为根据来否定程序正义观的浅薄意见，另一方面可以在动态的“反思性均衡”中兼顾实证法的规范性和抵抗权的正当性。在他看来，宪法学关于抵抗权的讨论只涉及政治原理，即自由而平等的个人之间进行社会协调的基础性条件。值得注意的是，罗尔斯关于反思性均衡的设想与卢曼的反思机制的设想有异曲同工之妙，都倾向于把循环性而不是“金字塔”式的等级性作为合乎社会正义的法治秩序的构成原理，从而为宪法学确立新的基本范式提供了丰腴的思想根源，也为中国在“太极图”式的法文化背景下改造国家权力结构、确立宪政体制提供了极其重要的启示。更令人振奋而又耐人寻味的是，德意志联邦共和国在一九六八年六月二十四日通过的第十七次宪法修正案，增加了第二十条第(四)项规定，即所有德国人对企图破坏和废除宪法秩序的任何人都享有抵抗的权利，除非其他合法的救济手段尚未穷尽。本来抵抗权被理解为一种基本人权，但是在德国基本法中却被定位为宪法保障的手段之一，规定在统治机构的基本原则之中，并且抵抗的对象也不限定为公共权力，而是针对违反宪法的“任何人”。这等于为卢曼、罗尔斯们在理论上的抽象建构提供了实在法规范上的具体注脚，也有助于消除国人

的疑虑。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)