

季卫东:有限宪政革命的基本思路(旧稿缩写普及版) PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_AD_A3_E5_8D_AB_E4_B8_9C__c122_486075.htm — 网络中的个体与新宪政论的思路从1954年9月树立现行宪法体制到现在, 这五十年中国社会发展的进程, 不妨划分为两个主要阶段。前一个阶段是从1954年到1978年的二十五年, 以组织化为主旋律, 也就是把个人编织到以国家权力为中心的全能主义体制中去的过程。其象征性符号是雷锋的“螺丝钉”精神。后一个阶段是从1979年改革开放以来的二十五年, 即改革开放时期, 不妨称为个体化或自由化的阶段, 即把国家性组织中的人再分解、剥离出来的过程。其象征性符号是崔健的“摇滚乐”呐喊。到目前为止, 后一阶段还在进行之中。我们可以看到: 还个人以自由的历史运动还没有完成, 而且, 分解出来的个人也并不像我们所想像的那样具有完整的自由主义人格。由于中国传统文化的影响, 被分解出来的个体仍然是一种流动的“关系性存在”, 各自成为人际互动关系的网络结构中的某个连结点或组成部分, 也不妨称之为“纠缠在网络之中的个体”。因为个人已经在很大程度上从组织体制中分解出来了, 所以我们能够说在中国推行宪政确实有它的历史必然性并且具备了基本条件, 是合乎时宜的。但是, 鉴于被分解出来的个人缺乏真正意义上的自由人格, 而是网络中的个体, 所以在考虑宪政的时候, 有必要采取一种特殊的视角, 以社会的网络化程度很高、个体行为的互惠性很强为前提来安排各种制度, 并且不断致力于“送法上网”, 让法律规范在关系网络的结构中四处流动起来

。在这里，也许有人会说：既然从组织中分离出来的个人是关系性的，那么按照宪政的理想，下一步就应该再把个人从关系中剥离出来，使国家权力完全摆脱网络的羁绊。这样的看法对不对？对。理论上应该是这样的。但我认为这在中国几乎是不可能的。对传统社会的关系网络结构的破坏，中国历史上没有一次像中国共产党做的那样彻底。尽管如此，它也没有能够真正打破旧的社会结构，把个人和国家从关系网络的束缚中解放出来。中国的文化传统也决定了这个网络结构也许能改组，但却不可能被完全摧毁。何况信息化时代又造成了新式的数码网络结构，与人际关系网络相得益彰，提高了社会资本的经济性价值，新兴的中产阶级也不愿看到“网破鱼死”的结局。无论如何，人际关系是一个层面，社会的网络结构是另外一个层面，其基本组合方式在今后的中国也不会消失。指出这一事实并不等于盲目地赞美关系网络，也未必意味着寄希望于关系网络，而只是强调：我们不得不以作为社会本质的关系网络为前提来考虑中国的宪政。网络中的个体具有不同的权利诉求和公正体验，必然导致制度设计有所不同，而网络中的互动过程也必然要影响法治秩序的建构。总之，不得不以社会的关系本位和网络结构为前提来讨论如何推行宪政，这是新宪政论的思路的出发点。

二 信任和契约：关于权力正当化的六项工具性概念 现在中国的问题状况是：一方面，把个人从组织分离出来的过程还在不断进行，另一方面，已有的国家制度安排不足以为个人提供适当的归宿，也不利于建构出新型的公共领域。因此在认同性、公共性方面的许多矛盾就凸显出来了，需要改造权力结构、重建社会价值体系以及规范性秩序。在这样一种状况下，近

些年来、特别是从90年代中期以后，依法治国成为十分突出的口号。强调法治当然是正确的。但认真观察一下现实就可以发现，在“依法治国”、“依法治省”、“依法治县”等一连串简单化口号的背后存在的是“公共性流失”的事实以及借助法律规范的强制力来阻止公共性流失的企图。因此，法治往往被庸俗化，被理解为强制命令，法律本身的正当性问题往往被忽略了。当然，不能认为就没有人关注法治秩序的正当性问题了。在某种意义上也可以说，“新德政话语”与“新宪政话语”，实际上是从不同的角度提出了秩序的价值基础和正当性根据的问题。强调德治就是强调传统共识的正当化机制。而宪政是从民主程序的角度来为法治秩序提供建立在新的社会共识上的正当性基础。特别当我们强调宪政时，必然涉及两个更深层的价值判断问题：第一，如何对强制性的权力加以适当的限制，第二，能否为统治秩序提供充分的正当性支持，说穿了就这么两个问题。那么，我们是如何限制权力的？又为权力提供了什么样的正当性支持？传统中国并不是完全没有对权力的限制和正当性支持。从社会哲学和政治类型的角度来看，限制权力并为它提供正当性根据的主要有两种方式：一种是信任；另一种是契约。从信任这个观点上看，中国原来存在着基于关系的信任，也有在社会主义建设过程中形成的基于权力的信任，但中国一直没有建立起以普遍性法律规范为基础的信任。我们现在强调法治，就要建立这样的基于法律信任。但是，这种法治型信任的建立始终受到关系网络的干扰，也不断受到来自国家权力的干涉。总之，即使从信任的观点来看，在中国强调法治也是必要的；但同时也不得不留意法治以外的因素、不得不处理

国家权力的问题和社会关系的问题。再谈另一种方式。从契约的角度来看，关键的问题就是如何把具体的契约关系抽象为一般性的契约关系，以及如何对共识内容进行适当的第三者执行。与契约的第三者执行相对应的是国家权力的存在方式，借鉴社会学理论可以分为三种类型（它们也都可以成为信任的对象）。即“人称化的”、“非人称化的”，中间还有“泛人称化的”。所谓“人称化的”权力，在中国体现为清官好皇帝的“经验性身体”。所谓“泛人称化的”权力，主要指集体性、社会性的权力，包括舆论倾向（包括在农村作为调整情理法之间换算比率的信息或尺度的“口碑”和“流言”）。所谓“非人称化的”权力，意味着扬弃特殊的事实关系之后的普遍性规范的支配。它体现为某种抽象的“超越性身体”，或者像霍布斯所描述的那种作为“信约”而存在的“唯一人格”，或者像卢梭所假设的那种因所有人的结合而形成的“公共人格”。在某种意义上，中国传统的国家制度设计受到“人称化”权力和二者关系、二者契约彻底化的网络性社会结构的双重影响，始终强调对规范、决定以及秩序的当事人承认和舆论支持，试图把所有的“经验性身体”的缔约关系综合成为一个整体，并把这样实在的但却缺乏整合性的混合物作为社会契约或者公意的表现。从“约法三章”到“乡规民约”，到“爱国公约”、再到“楼组公约”以及“互联网公约”，从审判案件的“具甘结”到判决效果“回访”，到法院“调解协议书”，再到以“人民满意”为司法评价尺度，可以看到一种坚持不懈的作业，即把类似现代欧美社会契约论中的普遍意志那样的“公理”真正落实到张三李四王二麻子之类具体的“经验性身体”上，从而维持

以“人称化”权力（仁者）为主、“泛人称化”权力（口碑）为辅的制度安排。但是，这样不分社会契约与二者契约的思路最终能否超越“小宪法”的局限性而达到在全国范围内建立统一的民主宪政的目标，还是很令人怀疑的。现代民主宪政要求在保持起源于社会契约概念的合意论构成的同时，必须超越具体的契约关系，建构不必以讨价还价和互惠性为前提条件的权利保障制度，这与市场交涉的泛化完全是两回事。尽管如此，我们还是很有理由对政治改革的前景持乐观态度，因为具体的互动关系占优势的社会环境毕竟是有利于克服片面从强制的角度来理解法治的观念、有利于移植、继受以及发展宪政体制的契约主义配置的。

三 互动关系中的合意与强制以及政治改革的方式 在中国建立市场经济体制的过程中，缔约机制的确发挥了非常重要的作用。实际上中国有许多重大改革和突破性发展都依托了正式的或非正式的交涉、商谈及协议的缔约机制。但是，仅仅通过市场经济中的缔约机制或者具体的契约关系能否真正实现制度创新、建立起新的公共秩序？对这点我持保留态度。我认为还必须考虑市场缔约机制以外的非市场性因素，也就是超越于讨价还价和互惠规范的正当性问题。尽管如此，在谈到宪政时，我们还是要将社会契约理论作为出发点和前提。因为我们既然已经接受了民主主义价值，那就应该接受统治基于民主共识的原则，所以接受社会契约理论的观点是合乎逻辑的。也许有人会根据这一点进行推论，把宪政也归结到契约上。但接受契约理论的正当性根据是一回事，把宪政还原为契约是另一回事。实际上国家权力的成立并不是基于契约，至少在很多情况下都不是这样的，而与暴力有着千丝万缕的联系。所以，作

为国家权力成立的一个重要环节的宪法制定，也就难免服务于强势集团支配的嫌疑。人们至少会觉得制宪未必等于缔约。这里存在着深刻的悖论。例如西方学者拉萨尔·哈丁就曾指出，不能从缔结契约的角度来理解制宪过程。他在《要一部宪法干什么？》中曾断言宪法是先于契约的事业。他指出，宪法不解决“囚徒困境”之类的相互作用问题，而要决定更长期的行为样式；宪法不是契约，而是用以确定保障契约的制度安排的方式，在解决契约之前的行为问题上发挥着基本功能。在他看来，更适合表达宪法本质的隐喻是“协调”或“同舟共济”。但是，当我们强调宪法的契约论基础时，并不是把它理解为一种简单的、具体的缔约关系，而是要按照民主共识的原理对制度、程序、规则等进行检验和调整以及正当化处理。所以我们不得不指出，在这里哈丁犯了一个很基本的错误，就是把作为假想现实的宪法合意论构成与具体的契约关系或多或少地混为一谈了。实际上，对于形成、维护民主共识或者宪法合意论构成而言，最重要的问题不是原始契约缔结的过程或事实自身是否存在，而是能否按契约的原理检验制度的共识基础、能否根据社会发展和民意变化的需要重新修订被称之为社会契约的宪法的规范性内容。在这个意义上，有没有关于表达异议的自由、有没有关于抵抗权的规定，这才是检验真假宪政的根本性指标，而不必把宪法的正当化机制真正落实到个人之间的缔约行为的层面，因为这是根本办不到的。非常有意思的是，西方强调现代法治秩序以社会契约为基础，但所谓契约纯属理论假设，作为抽象构成而存在。而在中国，虽然国家权力表现为阶级统治的强制性，被公然称作暴力机器，然而在中国式制度安排的深层

，始终可以看到试图把秩序建立在人与人之间互动互惠关系以及相应的共识之上的努力。换句话说，中国传统社会的秩序原理虽然强调信任，但并不排斥契约，恰恰相反，是要把契约变成具象构成、变成在特殊情境之中通过社会交换达成共识的真实现象。在这里，我们可以看到一种悲壮的努力，这就是把国家秩序建立在个人之间的合意行为上或者说具体的契约关系上。这样的交换设想实际上是不可能做到的，所以显得悲壮。正因为不可能真正做到，权力不得不时常露出狰狞的一面，所以国家秩序给人的印象还是强制性的。中国的这种关于国家秩序的具体性交换设想是以有特色的社会结构作为背景的。大家都知道和承认中国是一个关系主义社会。而在人际关系网络中，人与人之间的互动、交换、妥协以及建立共识，在各个方面是始终存在的。所以人们不断致力于把国家秩序建立在具体缔约行为上，这是顺理成章的，也是中国制度安排的一个很重要的特点。在这里我们可以看到，中国的关系结构本身对政治秩序有着非常重要的影响。从这个角度考虑中国的法律与发展，会发现很多非常突出的特点。例如我们可以看到，在关系网络中，因为变化不是线型的、往往具有非对称性，一个偶然因素或者结构的重组往往会导致出乎意料的结果，所以很难采取断然的改革措施来达到预期目的。另一方面，关系网络自身也容易使改革措施在其实实施过程中因复杂的互动和交叉影响而发生变形，引起浑沌、无序。所以中国的经济改革一直采取“渐进主义”路线，与这样的社会结构也有很重要的联系。这样的网络浑沌和经济改革的渐进方式使我们在谈政治改革和宪政秩序建构的时候不得不面对非常深刻的两难。一方面，进行政治改革需

要涉及国家体制，需要整体性突破，所以有人主张重新认识“休克疗法”的意义。另一方面，中国社会的网络结构却使这种整体性突破受到限制，很难进行。因此究竟采取什么样的方式才能有效推动政治改革，这是我们必须认真考虑的问题。在这里我提出扬弃“渐进主义”和“休克疗法”的思路，即，对社会结构中的各种新旧因素进行重新组合，使它们达成最优组合。在重新组合的过程中，当然要有一定的目标模式，当然要进行理性设计。所谓最优组合，就意味着对不同排序方式的选择不是完全放任自由的过程，而是进行优选，为了达到最佳效果也需要进行理性设计，需要把渐进的变化与一揽子改革结合起来。

四 组合最优化与国家决策中的竞争机制——有限宪政革命的三部曲

按照这样的结构改组的思路，究竟应该怎样进行政治改革的实践？法律与发展的方向和步骤是什么？我认为组合最优化的制度设计有三个主轴，一是导入“违宪审查制”，二是把人民代表大会和人民政协改造成技术性很强的“预算议会”，三是把已启动了的“党内民主”推进到“党内竞争”这一更深层次。这三个方面的改革分别涉及立法权、司法权、行政权之间的关系，涉及权利竞争、利益竞争、解释的说服力竞争、政策竞争、群众支持率的竞争。我认为这些改革在中国现实条件下是切实可行的，也将给中国的国家秩序带来整体性的深刻变化。关于违宪审查制的改革，实际上在2003年已经出现了各方面强烈要求的局面，例如针对孙志刚在收容所被殴打致死的命案，有三位公民提出建议，要求全国人大按照《立法法》第90条、第91条的规定对有关的行政法规是否符合宪法进行审查，此外还出现了河南省洛阳市中级法院的李慧娟法官对抵触

高阶规范的地方性法规不予适用并作出合法性判断的尝试。虽然其中有些曲折，但“孙志刚案件”导致国务院在2003年6月18日废除1982年收容遣送办法；“李慧娟事件”导致最高法院在2004年3月30日作出司法解释，承认法官在遭遇规范冲突时按照法律效力等级的规定选择审判依据的自主权，河南省人大常委会也紧接着重新作出决定，废除了与种子法相抵触的当地种子管理条例。这些事实证明对低阶规范的合法性、合宪性进行制度化审查不仅是必要的、也是切实可行的。在上述背景之下，全国人大常委会终于在2004年5月对法律界以及民间的再三呼吁作出了积极回应，设立了法制工作委员会法规审查备案室这样的专职事务机构，以对行政法规和地方性法规是否存在违法违宪的问题进行审查、通报并向制定法律规范的机关提出限期修改或撤销相关条款的动议。虽然法规审查备案室并没有决定权，也不是正式的法律监督机构，更无法归类于违宪审查的主体，但毕竟铺设了一条能够衔接立法法第89条与第90条的制度通道。在设立以消除规范冲突为使命的专职机构之后，立法监督就可以落到实处，违宪审查的制度化也就有了稳固的支点和操作杠杆。如果再把立法法第90条与最高法院2004年3月30日司法解释衔接起来，那么通过司法性立法建议和违宪审查建议的媒介作用，逐步增强司法审查制的因素、或者实现立法审查与司法审查并存互补的制度创新也完全是可望而又可及的。何况在没有司法过程相配合的状况下，许多违法违宪现象无法及时发现，也难以尽快纠正，更不利于在实现法制统一的同时适当解决政府之间、政府与个人之间、个人与个人之间的多样化纠纷。因此，在法规审

查备案室开始职能活动后，面对浩如烟海的规范性文件、各地的特殊情况以及区域发展不均衡，或迟或早将要提出如何借助司法机构的个案审查和解释性整合机制来提高违法违宪审查的效率的议题。总之，建立违宪审查制的作业已经开始启动，我们不妨乐观其成。现在更需要讨论的恐怕是后两项内容，特别是“预算议会”。“财政议会”意味着中国在网络社会的前提下，在缺乏超验的思想资源的情况下，以利益民主主义作为媒介来推行宪政，把技术化的审议作为民主政治的过渡阶段。因此，组合最优化的政治改革的近期目标模式，就是通过改宪程序尽早把全国人民代表大会和全国政治协商会议及其各级组织转化成主要对财政再分配的预算、拨款以及各种津贴进行实质性审议的公开论坛。不言而喻，有意促成这样的特征决不意味着全国人大将削弱根据宪法规定而行使的立法权、决定权、任免权以及监督权，只是强调把以预算审议所谓突破口来切实改变所谓“议会不议”的现状。全国政协当然也要继续发挥其现有的功能。推行“预算议会”的改革至少有如下几点长处。首先是可以把政治改革与经济改革直接衔接起来，缓和对人民代表大会体制进行根本性重构时所面临的各种各样的冲击力。其次，有利于各种政治势力和利益群体在编制和审议单纯的财政预算程序中学会竞争和妥协的技巧，逐步提高人民代表、政协委员真正参与决策的能力。另外也有利于避免民粹主义诉求、均富诉求、外交强硬化诉求等容易情绪化的争点成为政治的基本对抗轴，防止社会的激烈冲突造成形成民主化的夭折。第三，有利于加强民意代表对行政权的监控，同时，也可以加强政府独立面向社会承担行政责任或政治风险的能力

。第四，通过对全国预算案的实质性讨论还会刺激地方政府及其他各种势力对中央讨价还价的兴趣。“预算议会”的基本特征是尽量让民意代表的讨论范围侧重于在不同利益群体之间进行公平的分配，主要审议租税和财政方面的技术性事务，而暂时对其他政治性问题（比如一党长期执政的问题、国际关系上的敏感问题、或是国际磨擦中的让步幅度问题）进行一定程度上非政治化的处理。也可以说这是个“技术议会”的思路。“预算议会”的制度设计思路的基本特征是首先尽量让代议制的讨论范围侧重于那些在不同利益群体之间进行公平分配的租税和财政事务，而暂时对其他政治性问题进行一定程度的非政治化的冷却处理??搁置争议，留待今后的适当时候去解决。换言之，这意味着执政党将要在经济方面切实保障公平竞争（自由原理）、公平分配（平等原理），并以此为前提条件与人民重新签订一个局部非政治化或者非对抗化（社会协调原理）的、利益民主主义式（社会保障原理）的社会契约。这样的社会契约的“标的物”是利益集团自由主义体制，但由于局部非政治化的制度安排，结果在权力结构上将呈现出法团主义协调的外貌，并且兼有更廉洁有效的吏治以及法律之外的非正式交涉这样相反相成的两个侧面。根据经济发展所带来的财富按照算术级数增长，而人们的对分配的期待和消费欲望按照几何级数增长的法则，作为新社会契约当事人一方的政府不得不肩负更多的责任来填补期望值与现实可行性之间的鸿沟，为此必然要形成和强化孜孜于国际贸易顺差积累并千方百计在经济发展中扩大税收的理财型态势。为了维持经济发展的速度和效益，政府需要采取有利于资本积累的企业倾斜政策；但为了维护统治的正

当性，政府又需要通过充实福利保障制度来争取广大人民（尤其是低收入阶层）的支持??在这里，社会上的不同阶层和集团的分化是在所难免的，国家机关内部的政策争论也是在所难免的，因而需要利益磨合、意见竞赛的场所、规则以及代理人。因此，“预算议会”的制度安排不仅要改变全国人大和全国政协及其各级组织的工作重点，而且还必须改变工作方式以及成员的构成。根据现有的结构性特征进行推论，似乎全国人大向协调中央和地方以及不同民族之间的利益关系方面演变条件较充分，而全国政协向协调不同行业、阶层以及社会团体之间的利益关系方面演变的可能性更大，除非中国的最高当局在决策时有意不进行这样的安排或者实现改变有关的前提条件。由于地区、民族、宗教等的差异而引起冲突以及对抗升级的概率较高，所以全国人大必然特别注重对这些方面的政治化倾向的压抑，其结果，容许不同的意见和政策展开自由竞争的余地将会受到更多的限制，对中央与地方的政府间财政关系的预算审议也基本上取决于执政党的政策。可想而知，“党控人大”、“民主集中”的格局在相当长的时期内很难改观，这也是由人民代表大会的原型所决定的。在这样的前提条件下，全国政协里进行的以职业为基本范畴的不同利益集团之间的讨价还价，特别是今后对企业家精英（商会）、政治精英、科教文精英与农林牧副渔从业者（农会）、雇佣劳动者（工会）等基层弱势群体之间关系的反复协调，或许比全国人大的讨论更容易变成对预算案进行公开辩论和实质性审议的主要内容。因此，为了避免向“预算议会”的过渡半途而废、形似神离，最好还是以政协的重新定位（分享国家立法权）和重新组织（由民选的职业

政治家构成)为起点,让政协改革比人大改革先行一步,走得更远。何况对政协进行根本性改革的阻力较小、安全系数较大。在这个过程中,各民主党派也将逐步改变本身的组织性质,从某一特定群体的代言人转变成面向全民的政策提案者。在人大和政协分别转化成“预算议会”之后,执政党立即面临如何在新的制度框架下维持自己的权力基础、争取广泛的社会支持、当好人民利益代表这样的重大课题。大家都知道“党内民主”已提上议事日程。我认为最重要的是把“党内民主”进一步推进到“党内竞争”的层次上,树立竞争性的“一党领导体制”,也就是说,党内有不同利益集团和不同政策的竞争,竞争产生活力;党外有来自民主党派的合法性竞争,竞争产生压力。在这方面的改革,日本自民党发展的经验可资借鉴。在目前这样的政治力量对比关系下,不可否认“一党领导体制”对维持社会安定是很重要的。但其中的各种弊端大家也都很清楚。特别是在社会结构发生根本性变化之后,已经出现了不同的利益集团,各自的诉求也有本质的差异。如果执政党既要代表企业家、也要代表工人,要很好地协调不同利益之间的关系,那它就必须中立化,必须保持意识形态上和组织上的弹性,甚至在内部容许出现代表不同利益集团的政策主张或派别活动。所以从党内民主到党内竞争的政治改革是具有历史必然性的。

五 结束语:重温法律程序的意义 总而言之,中国通过经济的改革开放已经逐步把个人从组织中分离出来了,但这些个人表现出关系性的特征,对宪政的制度安排产生着特殊影响。目前,中国正面临着向利益集团的自由主义这一方面发展、还是向法团主义这一方面发展的抉择,处在历史的十字路口,处在一个重大

的转折关头。由于不同利益集团的存在已是客观事实，如何对多元化的不同诉求进行协调是今后政治改革和制度设计的最基本的课题。在这样一种格局中，为了对不同利益集团的诉求进行公正而有效的协调，法律程序的意义势必得到进一步的强调。事实上，2003年发生的一系列重大诉讼案件表明，法律程序已经成为各种政治势力的竞技场，或者说是调节不同利益的制度装置。因此，所谓结构的组合最优化，实际上是以中国社会的关系性为前提、以法律程序为核心、以利益民主主义为动力的。在这个意义上，程序正义也就是契约的非契约性因素，也是渗透到社会结构中并防止关系网络腐败变质的重要手段。按照上述思路来探索今后中国的政治发展，以立法法第90条（特别是第2款）和第91条规定为杠杆逐步推动对违宪法规乃至法律的审查（特别是司法性审查）、把现有的全国人大和全国政协改造成“预算议会”以及把正在实践的党内民主推进到“党内竞争”的程度就是其中最关键性的三大组件或者构成因素。根据这样的安排，中国将会拥有一个按照宪法和法律而运作的政治竞技场或者公开的政策论坛，但不同诉求互相对抗的主轴是税收和财政方面的公平分配问题；竞争性一党领导体制既可以通过党内竞争增加权力结构的弹性和活力，又可以使不同政策、不同人物之间的竞争受到共同纲领和纪律的制约，更容易协调整合，还不得不在党外正当性竞争的压力之下不断强化体制的反思理性；由于政治框架具有稳定性和长期可预测性，行政系统所面临的政策变化的风险不大，可以专注于技术性问题的解决并保持计划理性的优势，但由于“预算议会”中利益集团的代表分别施加压力，行政答责义务将加重，并有

利于提高吏治的效率；独立而强大的司法权以及合宪性审查的程序能够为这样的权力结构提供充分的正当性根据。也许有人还会觉得上述政治改革方案不够彻底。但我认为，与其他激动人心的理论和计划相比较，这样一种以竞争机制和程序正义为双轮的“有限宪政革命”，的确具有更大的现实可行性，也更能是在维护社会稳定的前提下推行具有本质性意义的深层改革，并为后续的制度创新提供最适当的操作平台。

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