

二十一世紀評論

憲政的理念與現實

憲政的復權



一 重新認識憲政

冷戰結束之後，前蘇聯、東歐各國在進行經濟市場化的同時，其政治體制也發生了從極權主義「黨國」體制轉向自由主義「憲政」體制的深刻變化。雖然今後政治上的起伏仍在所難免，甚至不能完全排除出現某種「憲法危機」的可能，但是新的憲法秩序在那裏已經形成了一整套制度，例如：通過改憲的方式在不破壞程序連續性的狀況下實現了「憲法革命」，建立了憲法法院以及違憲審查體系等等。而且，波蘭和匈牙利等國的議會選舉和總統選舉還有了一些漸入佳境的氣象。

大約與此同時，西歐社會批判理論的旗手哈貝馬斯 (Jürgen Habermas) 以及左翼知識份子也開始調整立場，把關於大眾直接參與政治的激進民主訴求與自由主義憲政的法律制度結合起來。這種轉變從1990年正式開始，而在哈貝馬斯的法學著作《在事實與規範之間——為法和民主的對話性論證的理論而作》(Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy) ①表現得更明確、更充分。可以說，這實際上意味着歐洲的非共產黨系社會主義運動的目標，被明確定義為通過合法鬥爭的方式促進資本主義的徹底自我批判和修正，而不是另起爐灶。這亦意味着對西方社會批判的重點從破壞性解構轉移到建設性重構，當然也在一定程度上意味着批判法學的撤退。應該留意的是，哈貝馬斯以公共領域和溝通行為等概念為基礎的、通過討論達成妥協和利益調整的「審議的政治」(deliberative politics) 的規範性學說，本來就與議會制以及立憲思想息息相通，所以倒也未必如有些學者所理解的那樣能扯上甚麼變節和敗北的問題。儘管如此，哈貝馬斯近年在法律觀方面的明顯旋迴，仍然令不少人感到詫異。一個如此重要的當代思想家的態度變化似乎在提示人們：對於在制度上現實可行的民主政治而言，近代法治主義固然不是充分條件，但卻是一種必要條件，至少是各種制度創新的基本參照物乃至立足點。

冷戰結束之後，西歐社會批判理論的旗手哈貝馬斯以及左翼知識份子開始把關於大眾直接參與政治的激進民主訴求與自由主義憲政的法律制度結合起來。這意味着歐洲非共產黨系社會主義運動的目標，被明確定義為通過合法鬥爭的方式促進資本主義的徹底自我批判和修正，而不是另起爐灶。

總之，無論在前蘇聯、東歐的政治實踐中抑或是在當前西歐的批判理論中，我們都可以看到自由主義憲政的制度安排的復權，而社會主義體制的歷史經驗則作為一種制約的力量，通過關於社會公正和民主的法治國家的話語來保持其精神上的影響。當然，上述現象的出現並不意謂自由主義法律觀的最終勝利，更不能設想從此以後意識形態鬥爭將偃旗息鼓，甚至出現福山 (Francis Fukuyama) 所謂的「歷史的終結」。應該承認，在主權、人權、發展權、民族自決權、自由與平等的協調、經濟秩序的全球化以及地域性規範等一系列問題上，現代自由主義本身也並沒有擺脫其內在矛盾的種種困境。但是，這裏只不過要指出一個簡單的事實，即：自由主義以及作為其制度性基礎的法治主義仍然在擴展、在改進，而足以取而代之的社會範型還遠遠沒有確立起來。

憲政的復權也開始波及中國。從革命理想主義者轉變到自由主義者的顧準，他對議會民主制的論述在歷盡曲折之後終於在1994年得以正式出版，並在思想界引起不少反響。關於市場、社會中間層、公共領域以及憲政的討論日趨活躍，至1997年9月達到高潮。在這種背景下，中國共產黨第十五屆全國代表大會作出了一項政治承諾——到2010年為止，按照「發展社會主義民主」和「建設社會主義法治國家」的方針建立起一整套有中國特色的法律體系；1998年3月以後，中國政府已經開始對龐大臃腫、管事太多的行政機構進行大刀闊斧的改革。固然，從監督法的制訂過程中所遇到的重重阻力可以讓我們清楚地認識到，有憲法而無憲政的現實問題是很難在近期內得到根本性解決的，但是，「依法治國」的原理一旦獲得政治上的效力，那麼新憲政主義運動也就不難從依法訴求的空間中找到其切實的支點了。

無論在前蘇聯、東歐的政治實踐中抑或是在當前西歐的批判理論中，我們都可以看到自由主義憲政的制度安排的復權。雖然這些趨勢並不意謂「歷史的終結」，但是事實表明，自由主義以及作為其制度性基礎的法治主義仍然在擴展、在改進，而足以取而代之的社會範型還遠遠沒有確立起來。

二 假想現實與信仰機制

今天討論憲政問題，其氛圍其語境與一百年前的康有為、梁啟超們的時代大不一樣。

僅就立憲思想的發源地歐洲而言，1970年代以來到處都瀰漫着一種世紀末的虛無主義情緒。例如，德勒茲 (Gilles Deleuze) 和噶塔里 (Felix Guattari) 在1972年提出了旨在批判安定的國家秩序的所謂「反奧狄浦斯」的後現代命題；幾乎與此同時，貝爾 (Daniel Bell) 在1973年宣告了「後產業化社會的來臨」以及與此相伴隨的文化無政府主義的流行；哈貝馬斯則在1973年揭示了資本主義政治的「合法性危機」 (Legitimation Crisis) ……最近，華倫斯坦 (Immanuel Wallerstein) 在對資本主義體制進行全面的歷史清算的基礎上，提出了「自由主義之後」如何抉擇的問題。總之，有識之士都敏銳地感到了價值判斷在相對化，普遍的、絕對的規範體系已經漸趨瓦解。

一般認為，哈耶克 (Friedrich A. von Hayak) 在思想譜系上與亞當·斯密 (Adam Smith) 的古典經濟學和蘇格蘭啟蒙學派一脈相傳，是自由主義遺產的繼

承人和立憲思想的衛道士。他在1973-1979年間出版的三卷本巨著：《法、立法以及自由》(*Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*)，更被奉為新自由主義思潮和新保守主義法學的圭臬。但是，根據京都大學佐伯啟思教授的分析^②，即使哈耶克本人也帶有後現代的烙印，所謂「自生秩序」(spontaneous order)的概念，其實與自我塑成理論、耗散結構理論中的「自組織」的概念極其近似。在拒斥國家干預這一意義上，「自組織化」的秩序的確具有自由主義的性質；然而，按照一定的規範和制度條件進行的國家干預與自由主義並不矛盾，倒是破壞了國家干預的規範和制度條件的自組織化機制很容易引起自由主義的變質。在哈耶克的「自生秩序」設想中，自由不是由普遍性的規範或者客觀性的科學知識、而是由因時因地制宜的特殊的「局部性知識」(local knowledge)來擔保的，因此，現代市場社會中的非市場性結構實際上被不動聲色地否定了。

東京大學名譽教授村上淳一指出，現代法的確是一種「假想的現實」。可以說，迄今為止的社會主義「制度創新」之所以在前蘇聯、東歐以及其他國家遭遇失敗和挫折，根本的原因就在於企圖把現代法的假想現實中最極端的那部分按照馬克思在一百年前的錯覺在政治社會中進行真實的再現。

對歐洲的歷史和思想造詣頗深的東京大學名譽教授村上淳一也指出，現代法的確是一種「假想的現實」——從前現代超越之力的束縛中解放出來的個別的各人，通過社會契約的方式創造出作為自己的客體的國家主體；而反過來，國家主體又再創造出作為個人主體(subject)而存在的各人。正是這種主客體的循環，構成了法治秩序的假想空間。按照他的分析^③，英國通過光榮革命把王權吸收到議會主權(parliamentary sovereignty)之中，傳統的共同體機制也通過自由結社的方式轉變為新秩序的權力基礎，從而使社會中的政治現實十分接近法律上的假想現實。但是在大陸各國，真正的現實與「假想的現實」的落差很大——在法國，兩者之間尖銳對立；而在德國，則通過區分倫理與法律的方式使得「假想的現實」的一個側面成為真正的現實。

關於法國，還有必要多說幾句話。眾所周知，由於絕對專制主義王權與啟蒙主義的社會之間的矛盾根本無法調和，法國的資本主義革命採取了最為激烈的方式。在繼續革命的對抗中，無法產生作為市民社會的執行機關的政府，革命政府不得不採取禁止同一身分和職業的市民們組織自治團體這樣的措施來維持秩序，其結果是出現了徹底的個人主義傾向與行政優勢國家之間的兩極分化。為了在這兩極之間保持適當的平衡，只有把假想現實中的個人與國家的相互循環作為至高無尚的理想——半似權威民主(authoritative democracy)、半似共識民主(consensus democracy)的雙面神式的理想——加以強調。馬克思從法國大革命中發現並熱烈讚揚了那個被強調到令人目眩的程度的循環圈，但卻沒有注意到它只是一個假象、一個比英國式「議會清談館」中的假想現實那一部分更虛幻得多的假象。可以說，迄今為止的社會主義「制度創新」之所以在前蘇聯、東歐以及其他國家遭遇失敗和挫折，根本的原因就在於企圖把現代法的假想現實中最極端的那部分按照馬克思在一百年前的錯覺在政治社會中進行真實的再現。

在某種意義上，不妨用今日中國的一個流行語來概括法律後現代主義以及批判法學的本質：「打假」——暴露現代國家與法的假想現實。在批判性合理主義的徹底化這一意義上，後現代也可以理解為以現代本身為對象的現代化，即

現代的自我革命。對於這種努力當然應該給予適當的評價。但是，當批判性合理主義過激化而急躁地否定掉一切價值根據、「只剩下白茫茫一片大地真乾淨」時，失去了假想與現實之間的適當的張力的國家制度就會分崩離析，社會也將陷入虛無主義的絕望、庸俗化的尼采權力意志論以及古希臘城邦中的辯者 (sophist) 式的語言遊戲之中而難以自拔。哈貝馬斯最近在一定程度上向現代法治主義作出讓步，或許正是有鑒於此吧。

問題是，現代法治秩序需要制度信仰，而具有批判合理主義精神並且了解到假想現實的人們卻難以再次把這種信仰樹立起來。今天我們在討論法治國家的建設時，不應也不能諱言在經過法律虛無主義洗禮後的人們當中有那麼一個信仰危機。為了克服信仰危機，為了避免社會漂移於渾沌狀態，不能不在虛無主義與存在主義之間為建設法治國家重新尋找出一些堅固的基石、一些經得起批判性合理主義審議的信念來。

其實，包括奧特伽 (Ortega y Gasset)、盧曼 (Niklas Luhmann) 在內的許多思想家都已經直接或者間接地指出過，法律信仰是與反覆出現的行為方式所形成的習慣以及對於確實的結果的期待相聯繫的。信仰形成機制的實質在於，人們與其說是相信法律本身，毋寧說是相信法律被廣泛信奉的事實狀態，或者說是相信那些信奉法律的人。換言之，如果法律是廣泛施行而且行之有效的，如果立法者、司法者至少自己都信奉法律，如果職業法律家具有充分的社會信譽，那麼法律信仰就可以自然而然地樹立起來。在這裏，先做出信仰的姿態來、甚至「假戲真唱」，是發動信仰機制不可缺少的第一步驟。我認為，這也正是當今中國憲政運動的出發點。

為了避免誤解，我要聲明自己決無絲毫教人弄虛作假的意思。把「假戲」唱轉成為「真經」，是以作為法律家的責任感、職業倫理以及對於社會正義的絕對真誠為前提的，是以假想現實中的一些別無選擇的硬核為根據的。雖然法治並非萬能，但是如果除了法治以外還沒有發現更好的方法來實現政治民主、維持經濟秩序以及保障個人的權利，那麼我們只有相信法治。換言之，雖然我們確實知道了法律信仰除了信仰之外並無絕對的根據，但是仍然得確立這種信仰並始終保持着信仰的姿態——就像蘇格拉底在辯者式的語言遊戲中超越辯者以自然本能為正義的虛無主義和無政府主義，並為法律秩序確立正義的價值根據時所做的那樣，就像孔子為了「復禮」、「成仁」而周遊列國奔走呼號那樣。

要在中國樹立法律信仰，毫無疑問是極其艱巨的作業。它既是對「有治人無治法」的歷史傳統的挑戰，也是對「權大於法」的政治現實的挑戰。它既要解決尚未完成的現代化的問題，也要解決後現代主義所提出的現代性問題，因而面臨解構與建構並行的兩難。它必須在民族國家的範圍內建立起統一的法律共同體，又不能不回應全球化的要求和地方的自治主張，不能不面對世紀之交呈現的多層多樣、錯綜複雜的局面。也許它是一場沒有勝算的格鬥。但是，中國的知識份子、職業法律家以及推動社會變革的一切人們都不應該迴避這場競技的格鬥。或許可以說，無論勝負的結果如何都要毅然、決然地與法律虛無主義

我認為，確立法律信仰並始終保持着信仰的姿態，是當今中國憲政運動的出發點。而在中國樹立法律信仰，既是對「有治人無治法」的歷史傳統的挑戰，也是對「權大於法」的政治現實的挑戰。它既要解決尚未完成的現代化問題，也要解決後現代主義所提出的現代性問題，因而面臨解構與建構並行的兩難。

格鬥，這種抉擇本身就是法律信仰的一種實現方式。如果在法律界沒有這種為了信仰而進行真誠得近乎犯傻的格鬥，在日常生活中沒有耶林 (Rudolf von Jhering) 所主張的那種「為權利而鬥爭」的真實的個人利益行為，那麼所謂「憲政」、所謂「依法治國」就勢必墮落成徹頭徹尾的假象。

三 承認的程序及其複雜性

正如前面所敘述的，一方面後現代主義的流行使自由主義法治體系出現了類似「禮崩樂壞」的徵兆，但是另一方面也可以透過那些邊飛揚邊破滅的各種時髦的話語泡沫，看到憲政的實體巍巍然在非常廣泛的範圍內復權。在這樣充滿矛盾和失衡的渾沌狀態之下，要形成統一的共識本來就不容易，即使已經有了法制建設的既定方針，也還難免會不斷碰到來自不同角度的質疑和批判。因此，今日中國的憲政主義運動除了為信仰而格鬥之外，還需要用實踐理性以及切實可行的、有說服力的改革方案來回應批判性合理主義的考驗。它不必把一種具有形式絕對性的、普遍的規範體系作為目標模型，但必須致力於形成某一種具有實質意義的法治秩序。

今日中國的憲政主義運動除了為信仰而格鬥之外，還需要用實踐理性以及切實可行的、有說服力的改革方案來回應批判性合理主義的考驗。它不必把一種具有形式絕對性的、普遍的規範體系作為目標模型，但必須致力於形成某一種具有實質意義的法治秩序。

麥迪遜 (James Madison) 在《聯邦黨人文集》(The Federalist Papers) 第51篇中早就指出，在設計和建設一個妥當的國家架構時，「最大的困難在於：這個政府首先必須有能力控制被統治者，其次還必須能夠控制自身」。在世界經歷了無數次「上窮碧落下黃泉」的試行錯誤之後，迄今為止，現代自由主義憲政體制仍被認為是能夠同時滿足這兩項要求的比較妥當的架構。無論是英國式的「法律支配」(the Rule of Law) 模式還是德國式的「法治國家」(Rechtsstaat) 模式，其基本原理都是共同的，即國家通過法律規定和保障個人的自由和權利，個人則必須嚴格遵守法律；同時，法律也限制國家的活動以及統治者的權力。在這裏，立法權應當具有相對於行政權的優越性。為了使建立在上述個人與國家的循環這一假想現實的基礎之上的法律權威真正落實到政治現實之中，法院的功能也理所當然地得到強調。人人都有接受審判的權利和義務，非經審判不得剝奪自由和權利，對政府行為和法規是否合乎憲法進行司法審查和設置行政訴訟的制度——正是這一系列制度性措施使法治主義的國家架構具備了充分的可操作性，使一紙憲法擁有了看得見、摸得着的制度擔保。

在法治的組織和制度條件中存續的現代自由主義，與「帝力於我何有哉」式的放任狀態截然不同。它要探求這樣的權利義務關係：一切人都有同等的自由去追求自己的主體性和自以為是的生活方式，而如此多采多姿的個性和個別生活，又必須在互相承認其他自律人格的對等性的前提下和平共處。直接設定這樣的權利義務關係的制度裝置是議會。議會的基本原理有二：體現各種各樣利益訴求的「代表原理」，以及通過討論、妥協來調整不同利益的「審議原理」或者「參加原理」。在當代社會中，法院也不再僅僅扮演類似計算機檢索的「法律專家

系統]那樣的機械性角色，而是日益積極地介入調整不同利益的政策性活動。無論在代表原理中還是在審議原理中，利用法言法語的溝通以及作為這種溝通結果的「承認」都具有決定性的意義。甚至可以說，承認就是現代法律強制力能夠被賦予正當性的最基本根據。

但是，有了承認的要件並不一定等於真正確立了人民主權 (popular sovereignty) 或者民主政治。霍布斯 (Thomas Hobbes) 的《利維坦》(Leviathan) 就主張關於絕對服從君主制國家的承認，施米特 (Carl Schmitt) 所描述的對於統治者的「歡呼與喝采」也是一種承認，葛拉茨阿 (Victoria de Grazia) 更把意大利法西斯主義理解為一種承認的文化。因此，承認也完全有可能成為專制主義政治的正當化手段。區別這兩種不同的承認的試金石是對異議、特別是政治上的反對意見的容忍程度。只有當承認和異議同時制度化時，承認才能成為排除了超越之力的法治秩序的真正可信的價值根據。

從承認的角度來考慮憲政，基本上還是一個社會契約的問題。但是，當布坎南 (James M. Buchanan) 提出公共選擇理論之後，社會契約就從假想現實變成了非常接近市場討價還價和政治交涉的現實的假想——把作為自然分配的結果的權利初期配置也作為社會契約的對象，不預設倫理的前提條件。在布坎南的理論中，規範不是從終極的價值根據中演繹出來的，而是過去合理選擇的行為之累積和歸納的結果。正是長期形成的私人選擇和決定的相互關係不斷產生出行為規範並制約着今後的私人選擇。因為集體選擇的時間一般都比私人選擇的時間要短暫，所以在集體選擇的場合，個人往往傾向於短期行為。為了保證集體選擇具有長期合理性，必須事先制訂限制今後行為的規範，布坎南稱之為「立憲性規範」。立憲性規範的概念意味着：僅靠私人之間的討價還價的相互作用並不足以創立出一個有關公共選擇的法治秩序^④。顯然，這裏存在着把人民主權轉變為議會主權，把自由主義意識形態轉變為共和主義意識形態的契機和壓力。

獲得承認的立憲性規範其實也未必符合立憲民主主義的理想，它可能是托克維爾 (Alexis de Tocqueville) 在《美國的民主》(Democracy in America) 一書中所憂慮的來自全民投票制的多數派專制 (tyranny of the majority) 的結果，也可能是違憲審查過程中容易出現的司法專制 (judicial tyranny) 的原因。無論是多數人通過議會支配少數人，或者是少數人通過政府或者法院支配多數人，立憲性規範都必然從根本上帶有國家強制的色彩，而不僅僅以承認為基礎。因此，可以認為，憲政在現實制度的層面主要由國家權力和依法辦事這兩個方面構成，並致力於兩者之間合理關係的形成和調整，只是在要求國家必須經過承認的程序以後再行使其強制力這一點上，才體現了民主主義的精神。

從國家權力這一方面來看，憲政強調的是分權的原理。與法律運用相關聯的國家權力一般通過立法機構、司法機構和行政機構來實施，這三者必須互相區別和制衡。但是，不同的國家可以在權力的分割和配置方面採取不同的具體形態，因此根據權力結構的重心所在而有「立法國家」(如英國)、「司法國家」(如美國)以及「行政國家」(如法國、德國、日本)等不同類型。在立憲思想的發展史

承認就是現代法律強制力能夠被賦予正當性的最基本根據。但是，有了承認的要件並不一定等於真正確立了人民主權或者民主政治。只有當承認和異議同時制度化時，承認才能成為排除了超越之力的法治秩序的真正可信的價值根據。從承認的角度來考慮憲政，基本上還是一個社會契約的問題。

中，基於限制統治權力這一信念，如何使「行政國家」轉化為「立法國家」乃至「司法國家」一直被作為基本的目標。但實際上，二十世紀的基本政治趨勢卻是「行政國家」的或多或少的普及。結果，如何有效防止行政權力的擴張和濫用就成為當前思想界和現實政治中的焦點問題。

再從依法辦事這一方面來看，憲政強調的是人權的原理。雖然天賦人權的概念一直被作為起源於人類本性的超越歷史的價值而加以強調，但當代憲法理論的多數派認為，人權是個人所享有的不可侵犯、不可轉讓的實證法上的權利，既有普遍性的一面，也是與社會和法制的發展歷史密切相關的。法律上規定的人權經歷了三個不同的發展階段：以獨立於國家權力的個人自由為中心的古典市民權，和以個人介入國家權力的行使過程中去的自由為中心的參政權（第一代人權）；以生存權和國家對經濟自由的限制為中心的社會權（第二代人權）；以局部文化和集體的差異性的存續自由為中心的第三代人權（third generation rights）。這三者之間存在着不同程度的矛盾和衝突。其結果是，規定人權和權利的法律體系本身也呈現出多元化、複雜化的態勢。

分權的原理和人權的原理都是旨在通過公正的法律程序來限制國家的強制力，通過承認的要件來保障統治的正當性。在承認的程序之中，自由主義憲政或者法治國家的本質表現為致力於維持個人的自由權與民主的多數原理的適當平衡，避免出現犧牲弱者的自由以及脫軌的民主（anomic democracy）。這裏的根本規範是反映個人意願、實現多數者要求。也就是說，通過各種不同利益在一定的公共領域中的競爭和調整來使政治最大限度地反映民意。然而，實踐中卻出現了這樣的悖論：一方面，政治被組織化了的既得利益集團束縛住手腳，而分散的大眾卻游離在政治之外；另一方面，當政治試圖更廣泛地包容各種不同的利益時，少數派利益集團也就獲得了纏訟式的否決權以及決定性投票權^⑥。其結果是，觸動既得利益結構的任何改革都變得極其困難，一種「現狀的專制」（tyranny of the status quo）則不斷地對立憲思想發出嘲笑。

1960年代後期歐美的學生運動和市民不服從運動，在某種意義上也可以理解為對於現狀專制的一次大規模的不服申訴和示威。當運動參加者中的年輕人們成為教授之後，他們就利用大學講壇和公眾傳播媒介來揭露自由主義國家體制的內在矛盾，推動真正的「文化大革命」，設計和實驗新的社會範型。這種努力在政治領域中表現為批判性民主主義（critical democracy），在法律界則表現為批判法學（critical legal studies）。他們當中的一些人主張民眾不應僅僅作為政治的權力主體委任代表，還應該作為政治的責任主體而直接對國家進行事後的批判性控制，並通過辯論、鬥爭和運動來促進政策體系的競爭性替代；而國家必須從各種利益的協調轉向社會公共價值的共同探求。從批判法學運動的先驅昂格（Roberto M. Unger）教授關於超級自由主義（super liberalism）、不安定權（destabilization right）的論述可以認識到，他們其實是在主張「大民主」和「強權力」的動態的直接結合，也就是要回到法國大革命時代的個人極端自由與行政絕對優勢的循環圈裏去。

1960年代後期歐美的學生運動和市民不服從運動，可以理解為對於現狀專制的大規模申訴和示威。當運動參加者成為教授之後，他們就來揭露自由主義國家體制的內在矛盾，推動真正的「文化大革命」，設計和實驗新的社會範型。批判法學運動的先驅昂格的超級自由主義，其實是在主張「大民主」和「強權力」的動態的直接結合。

也許哈貝馬斯意識到那是個「一放就亂、一收就死」的怪圈，所以他的《在事實與規範之間》不提批判性民主主義而主張「審議性民主主義」(deliberative democracy)，不提批判法學而主張為立憲國家開發民主法治和社會法治的「權利體系」，不提政治與法律的一體化而主張讓正式的法制植根於非正式的議論空間的憲政「雙軌模型」(two-track model)——頗有那麼一點點「禮法雙行」以及「以禮入法」的味道。由此可見，憲政的理解正在發生變化，不企圖通過法律來縮減社會事實層面的複雜性，而要在制度和程序中有限度地呈現出社會的複雜性。儘管這個雙軌模式在是否整合、是否可行等方面仍有不少尚待澄清的問題，但它顯然還是屬於自由主義範疇的。在承認以私人意志及其組合為前提的代表原理和審議原理這一點上，哈貝馬斯決不是倡導「公意」(general will) 論的盧梭 (Jean J. Rousseau) 的傳人。

四 護憲、改憲還是制憲？

中國立憲已經有一百年歷史了。實際上，僅就形式而言，亞洲第一個現代民主共和政體是在中國誕生的。僅就數量而言，中國人制訂的一部又一部憲法也確是洋洋大觀。但是，無論是從古典自由主義憲政的觀點來看，還是從社會民主主義法治國家的觀點來看，都很難說中國憲法學的理论和實踐已經達到了它應該達到的水準。這裏姑且不論造成這種事態的歷史和政治原因，要指出的只是：為了真正落實「依法治國」的綱領，有必要在對1898年戊戌變法以來的社會變遷過程進行清算和反思的基礎上，推行新一輪的憲政運動。

由於統治現實上的需求，圍繞着國家指導思想、所有制、人民代表大會的地位和作用、國家主席的權限、黨政關係、海峽兩岸的統一、國際人權公約(特別是關於自由權、參政權的B種國際人權公約)的參加等問題，最近已經先後有了不同的修改憲法的動議。當然，也出現了在進行根本性政治改革的前提條件下制訂一部面向二十一世紀的新憲法的主張。無論各種改憲之議之間以及它們與重新立憲之議之間存在着多麼根本的不同，但是似乎在一點上已經達成了共識，這就是現行憲法是不完善的、已經不能適應社會發展的形勢了。

從現行憲法裏，我們至少可以看到兩個根本性問題。一個是憲法規定的明顯矛盾。例如憲法第2條規定國家的一切權力屬於人民，這些權力通過人民代表大會來行使；但是從序言的原則內容來看，人民的權力顯然不包括對社會體制和執政黨進行選擇的權力。而人民代表大會通過的國防法的第19條規定，則是公然與憲法第29條、第94條規定互相抵觸。我們可以理解這種法律上的不整合是由執政黨概念的綜合商場化以及「全民黨」(catch-all people's party) 的事實所造成的，但很難指望這樣自我否定的憲法會有真正的社會威信。另一個問題是政治現實與法律規定的明顯背離。例如憲法第5條第3款、第4款規定不容許任何組織或者個人持有超越憲法和法律的特權，但是這樣的特權卻幾乎無所不在

從現行的中國憲法裏，我們至少可以看到兩個根本性問題：一個是憲法規定的明顯矛盾；另一個是政治現實與法律規定的明顯背離。我們可以理解這種法律上的不整合是由執政黨概念的綜合商場化以及「全民黨」的事實所造成的，但很難指望這樣自我否定的憲法會有真正的社會威信。

而且還冠冕堂皇。顯然，中國需要的是徹底的「憲法革命」而不是權宜性的修修補補。

儘管如此，我仍然同意許多人已經闡述過的看法：現行憲法雖有種種不足，但要把它推倒重來的激進主義主張由於制度成本太高，會造成欲速不達的結局。基於維護政治秩序的連續性、節約制度變革的成本等方面的考慮，我主張推動國家在近期內按照既存的法律程序進行比較大幅度的改憲。修改的範圍應當包括或者涉及以下措置：(1) 在改革行政機構和實施公務員制度的基礎上實現真正的「黨政分離」；(2) 在鄉鎮層面上立即實施行政首腦直接選舉，在縣市層面上逐步推行之；(3) 在省、民族自治區、直轄市以及特區中導入人民代表直接選舉制，使人民代表大會能夠在進行「否決的政治」的意義上議會化；(4) 以制度化的方式設置地方與中央的交涉場合；(5) 在制訂監督法的同時，亦應建立違憲審查的組織和制度；(6) 充分承認新聞自由和出版自由；(7) 加強現有各政黨尤其是執政黨內部的民主機制，容許不同的政策主張的公開存在；(8) 進一步完備高層權力運作和交替的程序和規則。這些改革措施未必能夠一蹴而就，但是有必要從現在起就納入改憲的視野之中。

最後我還想強調：雖然現行憲法在內容上的確有許多不如人意的地方，但畢竟在政治現實中絕大部分弊端都是以違反憲法的形式存在的，因而在中國推行憲政的第一步應該是護憲運動。可以說，在中國的問題狀況中，護憲是與改憲相輔相成的；社會中護憲的力量越強，國家成功進行改憲以及政治變革的可能性就越大。我認為現階段的新憲政主義的話語戰略不妨概括為「因為要護憲，所以要改憲」。護憲運動的目的是為了促進體制內的良性互動，為改憲或者將來的制憲形成共識的基礎。其實，從馬基維利 (Niccolò Machiavelli) 到達爾 (Robert A. Dahl) 的許多思想家早就提醒過人們，僅憑立憲設計和正式的法律規定並不足以保障民主的實現，更重要的是各種社會因素相互作用的合力以及作為其結果的基本共識。

在中國的問題狀況中，護憲是與改憲相輔相成的；社會中護憲的力量越強，國家成功進行改憲以及政治變革的可能性就越大。我認為現階段的新憲政主義的話語戰略不妨概括為「因為要護憲，所以要改憲」。護憲運動的目的是為了促進體制內的良性互動，為改憲或者將來的制憲形成共識的基礎。

註釋

① Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. William Rehg (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996).

② 佐伯啟思：《現代社會論——市場社會的意識形態》(東京：講談社，1995)。

③ 村上淳一：《〈法〉的歷史》(東京：東京大學出版會，1997)。

④ Cf. James M. Buchanan, *Good Economics — Bad Law*, 60 *Virginia Law Review* 483, 483-92 (1974), and James M. Buchanan and Geoffrey Brennan, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985).

⑤ Cf. Theodore J. Lowi, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, 2d ed. (New York: W. W. Norton & Company, 1979).