

清
華

法
治
论
衡

高鸿钧 主编
余盛峰 鲁楠 副主编

宪制与制宪（下）



第18辑

清华大学出版社

第18辑

宪制与制宪（下）

高鸿钧 主编
余盛峰 鲁楠 副主编

清华

法治论衡



清华大学出版社 北京

内 容 简 介

本书旨在研究现当代西方国家宪法理论与实践的重大前沿问题,并对其主要领域和层面进行反思、总结、梳理与探索,既有理论评析,又有历史考察。作者既有宪法领域权威学者,又有学界中坚新锐。诸君平实言理,从容著文,注重理论而又关切实际,文章具有很强的可读性。本书有助于我们全面理解和认识现当代西方国家宪法实践的经验与教训,能对中国的宪法建设、依法治国建设,提供富有价值的借鉴。

适合法学、政治学与历史学等领域的研究者及相关专业学生阅读,对政府官员和关心宪法与法治改革的社会各界人士,亦有重要价值。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

清华法治论衡. 第18辑,宪制与制宪. 下 / 高鸿钧主编. —北京:清华大学出版社,2013

ISBN 978-7-302-32050-0

I. ①清… II. ①高… III. ①法治—文集 ②宪法—文集 IV. ①D902-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第078659号

责任编辑:方洁

封面设计:傅瑞学

责任校对:王荣静

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦A座 邮 编: 100084

社总机: 010-62770175 邮 购: 010-62786544

投稿与读者服务: 010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈: 010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者: 三河市君旺印装厂

装 订 者: 三河市新茂装订有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 155mm×230mm 印张: 22.75 插页: 1 字数: 295千字

版 次: 2013年6月第1版

印次: 2013年6月第1次印刷

印 数: 1~3000

定 价: 38.00元



卷首语

- 论法律实力主义 林来梵 (1)
- 宪法圣杯的奥秘 余盛峰 (5)

主题文章

- 法国宪政的产生与发展 李晓兵 (11)
- 论德国的宪法诉愿制度 刘兆兴 (58)
- 魏玛宪政之反思——以卡尔·施米特为中心的考察
..... 刘毅 (77)
- “新”与“旧”之间的英国宪法：原则及其解释 何永红 (98)
- 强形式司法审查抑或弱形式司法审查？——一场有关
司法审查性质的论战 王锴 (130)
- 美国宪法中的双重公民身份：联邦主义的法律实现
..... 汪庆华 (166)
- 美国制宪中的《权利法案》问题 姜峰 (182)
- 宪法修正案与“法外修宪”：美国宪政变迁研究
..... 刘晗 (200)
- 马伯里诉麦迪逊：打造联邦最高法院 陈靖 (215)

域外法音

行政国家的法律与立法 [美]爱德华·L. 拉宾著
王保民、唐学亮译 王保民、姚志奋校 (235)

法治纵论

理由的浮沉：透视公权力合法性基础的变迁 ... 苏 宇 (303)
全球化时代法律多元论的基本特征 杨静哲 (328)
谁之代言人？——传媒帝国时代的言论自由与出版自由
..... 孙培哲 (339)

编后记 高鸿钧 (356)



CONTENTS

FOREWORD

- On the Supremacy of Strength in Law Lin Laifan (1)
The Secret of Constitution's Holy Grail Yu Shengfeng (5)

MAIN TOPIC

- The Emergence and Development of the French Constitutionalism
..... Li Xiaobing (11)
- The Constitutional Petition System of Germany
..... Liu Zhaoxing (58)
- Reflections on the Constitutionism of Weimar Germany
..... Liu Yi (77)
- The British Constitution Between the New and the Old; Principles
and Interpretation He Yonghong (98)
- Strong-Form Judicial Review or Weak-Form Judicial Review;
Rethinking the System of Chinese Judicial System based on a
Debate about the Nature of Judicial Review
..... Wang Kai (130)
- On Dual Citizenship of American Constitution; the Legal Realization
of Federalism Wang Qinghua (166)
- The Issues of the Bill of Rights in Drafting American Constitution
..... Jiang Feng (182)
- Constitutional Amendments and Extra—Legal Amending; A Study



on Constitutional Change in America Liu Han (200)
Marbury v. Madison: The Construction of U. S. Supreme Court
..... Chen Qian (215)

TRANSLATIONS

Law and Legislation in the Administrative State
..... Edward L. Rubin, Trans.
by Wang Baomin & Tang Xueliang Proofread
by Wang Baomin & Yao Zhifen (235)

COMMENTS & REVIEWS

Fluctuations of Reasons; on the Vicissitude of the Legitimacy of
Public Power Su Yu (303)
Basic Features of Legal Pluralism in the Globalisational Era
..... Yang Jingzhe (328)
Who would be the Voice of the People—Freedom of Speech and
Press in the Age of Media Empire Sun Peizhe (339)

Editors's Notes Gao Hongjun (356)



卷首语

论法律实力主义*

林来梵**

在法律的观念世界里,何种立场最为可怕?以笔者这样一个生活在当今中国的法律学人而言,窃以为,法律实力主义最为可怕。申言之,最为可怕的并非部分人通常所误认为的法律实证主义,而是法律实力主义。

吾侪知道,除了个别“疯狂的特例”之外,特定的国家或特定的社会在特定的历史时期,一般都拥有特定的法秩序。这里所言的“特定的法秩序”,乃是德国流的一种理论表述,比如拉伦茨在《法学方法论》一书的开篇就采用了这种用语,若以地道的中国式说法说来,即相当于“现行法律体系”。在具有深厚的法治传统的国家,这种“特定的法秩序”之中的法,其构成非常复杂,其历史的底蕴也非常丰厚,在大多的社会成员看来,这种法的秩序之中,就蕴含了一代又一代被传承下来的先人的智慧,甚至蕴含了神法的余韵,蕴含了上帝或良知的声音,至少也折射了人类理性的、属于已被正当化的权威的意志。

* 原文曾题为《超实在法的法》,载于《法制日报》2007年4月22日周末版《法学院》;此文乃在其基础上大幅扩写而成。

** 清华大学法学院教授。

本来,作为灵长动物,人类最大的特点(或也可称优点)之一,便在于总体上具备了一种自我反思乃至自我超越的能力,包括对自我的成就所进行的反思与超越。在法的领域中,情形亦然。为了评价实定法、引导实定法,或改善实定法,人类社会往往也产生了种种超越实定法的各种有关“法”的观念,其中,所谓“应有的法”、或被称为“高次法”、“高级法”(Higher Law)等,便是这种观念形态上的法。而这种观念形态上的法的产生与存在,也恰好可以满足人类社会中某一部分在前述的那种“特定的法秩序”下处于不利地位的社会成员的主观意愿,即有利于他们去实现在该实定法体系下无法得到满足的利益诉求,而一旦这种观念形态的法直接进入现实的法律体系,成为法秩序的一部分,或在这种观念的影响下建立起某种审查实定法的制度(如违宪审查制度),情况则尤其如此。为此,高度重视形式理性的法律实证主义虽然对此类观念抱有戒心,但在历经了纳粹暴行之后,如吾人所知,从痛苦的沉思中警醒的德国法哲学家拉德布鲁赫,即曾经坦诚地认同了这种法的存在,其在不朽的杰作《法律的不法与超法律的法》中提出的“超法律的法”,就是一种“超实定法的法”。而且,从世界文明史的宏大视野来看,其实不难发现,许多文化圈都曾产生过类似这种“应有的法”的观念,只是唯独在欧美部分国家,该类观念尤为发达,并得到高度的理论化而已,其典范便是自然法思想。

然而,只要我等没有数典忘祖,那么也会发现,中国历史上其实也同样隐隐约约地存在某种类似“超实定法”的观念。孔子说:“礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则无所措手足。”中国古代儒家所说的“礼乐”,即可谓一种超实定法。日本现代学者根本诚先生在其《中国传统社会与其法思想》一书中,甚至提出了“中国式的自然法”这一说法,在更广泛的意义上把中国古代的法思想看成是可与西方自然法思想比肩的高峰,并对之抱持了多少有些高山仰止的态度。虽然他也十分清醒地看到了中国古代法思想的局限,但毕竟还是摆脱不了

我们中国部分学者更难摆脱的“皮格马利翁效应”。^①

然而，无论如何，我们应该承认的是，中国古代的礼乐，毕竟与传统宗法的制度和装置是浑然一体的，并通过这种一体性的结构，把“礼乐”扶入了人治的正门，为此，在许多历史时期，其与“刑”、“法”之类一样，本身也会被视为“国之利器”，多被当作统治的手段而已。只是，“刑”、“法”之类的规范形态，可以被“礼”所超越，或反过来“引礼入法”，使得整个规范秩序开拓出了正当化的迂回空间。这俨然形成了一个自足的循环系统：“刑”、“法”本身地位之低，几乎“低到尘埃里去”了，厥有苏东坡这样本身对律法颇为重视的文人所说的“读书万卷不读律”一句，但因为在天下治理的规范等级秩序中，已经预定性地存在一种作为更高形态的政治和生活准则的“礼”，后者超越了前者，而且其超越前者的合理性空间，可以追溯到更为空泛的“天理”的观念那里去，这就相当于根本诚先生所看到的自然法了；而作为超验的“天”，虽然也可以说是一种无人见证的“无知之幕”，但最终可以通过“天人合一”的原理，顺势复归于凡人的世界之中。

然而，在实定法（“刑”）上发现“礼”这种更高层次的规范，甚至在“乐”中发现人类的行为准则和规范秩序之要素，布下井然有序的制度装置，并将其作为道德感化和政治教化的手段，这不得不说是天才的创意。说不定当人类在未来的某一时候都集体性地厌弃了现代西方法治文明，或想真正放弃法的一切强制，也许有必要别过头来，感悟这一智慧结晶中深邃的意旨了。

但是，这种感悟，是否有可能由我们中国人去继续形成伟大的理论，就难说了。因为百余年来，儒家这一套思想和制度的遗产，差不多早已毁于国人之手，以致“礼崩乐坏”不再是一种比喻，而是一种现实，其式微之久矣，已再度成为宋儒张载所曾呐喊的“为往圣继绝学”

^① [编者按]皮格马利翁效应(Pygmalion Effect)，也有译“毕马龙效应”、“比马龙效应”，由美国著名心理学家罗森塔尔和雅格布森在小学教学上予以验证提出。亦称“罗森塔尔效应”(Robert Rosenthal Effect)或“期待效应”。人们会不自觉地接受自己喜欢、钦佩、信任和崇拜的人的影响和暗示。而这种暗示，正是让你梦想成真的基石之一。

中的“绝学”。

于是乎，在当今中国的法律世界里，便有了一种矛盾的图景：一方面是法律实力主义的现实体验，普遍攫取了国人的心，既没有敬畏，也没有回味。这种法律实力主义往往轻易地认为，所谓法律，其实就是有实力者意志的体现（恰好套上政治学的说法，就是“统治阶级意志的体现”），而且同样也是依靠实力（如国家暴力）来支撑维护的。施米特的决断主义政治学之所以受到现下一些知识人的青睐，原因也在于此，并且露骨得很。另一方面，诸如蒋庆、秋风等若干知识人，带着忧患深重的意识，甚至怀着激越抗议的悲情，或旁搜，或远绍，几乎冒着“六经注我”的风险，寻求儒学的茫茫坠绪，愣是从中读出了“儒家宪政主义”。

新儒学的这类尝试早已有之，但其在今世的得失成败，仍尚可另当别论。且说那种法律实力主义的观念吧！它看似可以纳入法律实证主义的彀中，但实际上却有别于一般意义上的法律实证主义，最多只能算是法律实证主义之一种，而且是最为鄙俗的一种，因为，一般意义上的法律实证主义还可能存在一种谋略，那就是力图以法律去厘定公共权力的边界。认清这一点殊为重要，否则你就无法理解：为何在纳粹暴政之下，像拉德布鲁赫、凯尔森这样的法律实证主义者遭受迫害，而施米特则可以成为桂冠法学家。

反观当今中国式的法律实力主义，在它的版图里，法律本身极易沦为实力者的一种工具，或者是一种可被替代的备选工具之一。这实在是令人堪忧的，因为这种观念的可怕之处就在于：它不仅可以将“超实定法的法”随便出卖给任何一方的物理力量拥有者，甚至直接破坏法律的道德基础，并彻底割让了人类对现实中的法律进行正当化思考的想象空间。

宪法圣杯的奥秘

余盛峰*

没有其他领域,可以像政治系统那样,继续沿着民族国家的分界线,将自己牢牢禁锢在领土分化的逻辑之下。不断加速的全球宪政的模仿、学习、竞争的网络化进程,“权利宪政主义”的世界趋同已然成为事实,局部趋异不过是共同进化一种冲突化的表现形式。能量、物质与信息在广度和深度上继续缠绕。一切都在分解脱离,继而重新镶嵌组合。一切神圣的东西都烟消云散。基于主权意志的官僚控制也在失效。这一切都预示了旧范式的衰亡与新范式的诞生:以不确定为确定,放弃绝对的控制,通过不断的自我指涉实现自我更新,在摇摇欲坠的失衡边缘保持动态平衡。这迥异于18世纪革命范式下诞生的宪法模型——作为工业革命的衍生物,这种范式以阶层式的指令控制(法源学说)、机械化的结构功能定位(三权分立)、均衡化的权力—权利格局(宪法结构),作为宪法秩序的经典蓝图。

实际上,近代宪法模式的自我表述,从它革命诞生的第一刻,就面临一个深刻的内在悖论:制宪与宪制的悖论。这种宪法模式无法

* 清华大学法学院博士研究生。

面对自己的起源问题：无论是诉诸主权的神学诡辩、神秘化的君主或人民的暴力，抑或基础规范的无限追溯。一旦面临自己的起源问题，它就迅速退缩到法律教义学的陈词滥调之中。它纵容在其内部这样一个吊诡的存在，视而不见，直至常规无法处置例外，任由例外吞噬常规。它将本质无法解消的套套逻辑改造成可以假装错过的链式因果关系。但是，尽管如此，在它自我展开的过程中，它却总是要抓住自己，让自己里外翻转，变成某种更复杂、更灵活、更有效、更依赖于自己的东西。因此，在诞生的第一天起，它的自我进化就取得了一种迥异于宪法文本表述的特质。借助于不同形式的宪法审查和宪法司法化机制，它通过不同的反馈回路冲击自己、改造自己，借助当下、改造过去、控制未来，以万变求不变——这与宪法文本以不变应万变的自我宣称恰好相反。正是借助于这种“实践智慧”，它巧妙地规避了吊诡的集中爆发。英美宪政无疑是这种“名实不符”的宪政模式的成功典范。当然，“有宪法，而无宪政”，则属那些“有名无实”的宪法国家。

与“有名无实”宪法模式的自暴自弃相比，“名实不符”的宪法模式以一种矛盾方式追求自我的救赎：矛盾是它的本性，但它并不承认它；在实际运作中，并不追溯起源，也没有中心，更不存在终结，但它否认这一点。它不愿意承认宪法终极意义上的不可控制、不可预见、难以完美，但又不断采纳弹性的、灵活的、适应性的、持续性的机制来改造自己；它不愿意放弃层级性的效力渊源的安排，但又承认自己是一个内视的系统，自己为自己制定规则。它从自己的任何一个部分出发，没有一个绝对律令指示它必须按照一个固定模式启动。它的每一个运作，都通过传递和共振效应传递到整个网络，而每一个局部的失败，也不会影响系统的整体稳定，也不会导致系统的整体危机与崩溃。对于宪法运作中的错误，通过各种甄别、转化与缓冲机制，借助这些机制所提供的新的时间和空间的生产，得以将错误锚定并不断加以稀释。作为成功典范的美国宪政，实际就已掌握了这种动态平衡的宪政艺术。

制宪与宪制的悖论，实际也是宪政进化的变异与稳定的问题。传统的达尔文进化论，以变异偶然性、功能适应性与自然选择论作为根基。美国宪政“例外论”可以视为偶然性变异的代表，传统的经济学和社会学的宪法解释则多属功能适应论。进化的偶然性与适应性，可以分别解释制宪和宪制的变异与稳定问题，并通过“适者生存”的自然选择论得以综合，这经常用来解释“全球宪政主义”的必然性趋势。但是，变异偶然性让宪政学习蒙上了阴影，功能适应论则给“德国道路”、“中国模式”这样的宪政特殊论留下了发展空间，其弊端在于过分强调了机遇和环境因素的重要性，从而忽视了宪政的自我进化逻辑。后达尔文进化论的出现，就强调了“定向进化”的必然性。

宪政模式一旦开启，就会形成一个结构化的定向演进路径，环境适应性与变异偶然性只能打磨和修饰最终的外形，但其结构化的必然趋势是不可改变的。“自由主义宪政”与“国家主义宪政”，均属不可改变的定向进化的一环。这种共同进化具有不受外力改变的必然性趋势，即使通过一种对抗和竞争的方式展开，但共同进化的每一步，都会使两个对手都缠绕得更加紧密，形成一个相互教化的镜像反复的宪政世界。直到一方筋疲力尽，选择合二为一，自此，再次蓄积力量，等待再度进化的契机。在此过程中，希望以稳定和压制来主导进程的一方，往往会最先倒下；而更富竞争力的，反而是容忍持续的误差来不断调整以保证活力的一方。

尽管“名实不符”的宪法模式不承认，但它实际采取了“制宪吸纳宪制”的模式；而“有名无实”的宪法模式，表面是以“革命吸纳法治”，实际却因袭“宪制吸纳制宪”。前者开启了静悄悄的日常革命，后者则将日常的革命需求压制在例常化的法制运作下；前者通过一种制度化的方式不断为自己滴注微型革命，后者则坐待摧枯拉朽的大革命的到来。成功的宪政模式的秘诀，并不是表面上的均衡与秩序，而是对复杂性的有分寸感的动态平衡，它保留了创造性失灵的可能性，经常以和平的法律方式激扰常态的宪制关系，让不规则、偶然与变异，通过一系列自我指涉的宪法上的递归，不断冲击制宪与宪制之间

虚拟的屏障。

宪制与制宪,不存在工程学意义上孰先孰后的关系,通过进化思维的转换,可以视其为一个统一的矛盾体。宪法是自我指涉的,宪制并不是对外部政治经济与社会环境适应的产物,制宪也不是面对这种外部挑战导致对自我结构的扭曲(所谓“良性违宪”论即出自这种错误的挑战一回应模式)。对于运作中的漏洞,它以运作中的进化加以填补。宪制与制宪是一个矛盾体,是首尾相衔的乌洛波洛斯衔尾蛇,是一个怪圈,是自我催化的系统。大可不必追溯一个特定的宪法时刻,宪法的变革,通过自我的重组完成,制宪是对宪制的结构性调整,重要的不是某些具体内容的更改(中国式修宪),而是对改变方式的改变,从而形成新的可能性空间。在这一视角转化下,它既是宪制化的制宪,又是制宪化的宪制。二者并不遵从线性的因果关系,而是进入网络化的循环因果结构。网络化也意味着复杂化,对于这种复杂性,唯有针对自我的进化才能应付,而进化本身并不受外在控制的主导。它以一种失控的方式实现控制,宪法司法化就是这样一种有关失控的控制技术。它直接面对案件,尤其是困难案件,通过案件的自我指引,修正自己的代码,适应新的需要,建立一种不确定的确定性。如果说宪法取决于宪法的结构,那么宪法就是一台没有预定结构的机器。它在功能运作中不断改变自己的结构,因而也是一台自我更新的历史机器。

运作良好的宪政,取决于整个法律系统的分化,尤其是法律系统的基层性运作。但它不是一个层级式的垂直化秩序,而是呈现中心—边缘分化的分布式系统。它是一座由不可思议的复杂性构成的回路塔,它构成了博尔赫斯式的花园,一条条自我参照的交叉小路构成的一座迷宫。它处于一种始终下行却从未降低的状态,它在塌落中平衡,在混沌中维持秩序,它是稳定的非稳态,是似是而非。通过基层运作持续不断的冲突和调整,避免了整体性的系统崩溃,它既不停滞不前,也不混乱一片。它进化出一种回路式的层级架构,它约束漫无边际扩张的恣肆,而回路架构的复杂性所提供的回旋空间,又赋

予宪政以大规模跃迁的能力。制宪其实质,就是以宪制形式处于一种永恒的变化之中。制宪不是循环反复的周期性变化,而是其命维新的永恒活力。它是持久的失衡,处在永恒跌落又不跌落的状态,它以变化的方式应对变化,处于不断改变边缘的边缘。

寻找它的起源是徒劳无益的。它自我涌现,要想洞悉它的秘密,唯一的办法就是运行;它自我隐藏,要想揭示它的存在,唯一的捷径就是跟随。希望它运转,就不要扰乱它,让它从基层自我构建。这对应于当代社会的真实逻辑:强制性的中心控制正在失效,一切社会单元既高度自治又高度相连,点与点的偶连,不再可能通过霍布斯式的契约论整合到一个中央主权枢纽那里。线性的主权管控正被网状的分布治理替代。每个自治主体根据自己的逻辑对环境刺激做出回应,统一的命令式控制,无法再要求它们做出步调一致的反应。精确的计算、权衡和度量,人为的设计与控制,资源与管道的统一分配,这些传统的维稳式治理观念,对于环状社会网络化结构的加速进化,对于社会节点之间复杂而模糊的反馈关系而言,都已经逐渐失效。宪法范式的革命转换,对应于由集中式管控向分布式治理的演变趋势。

宪制与制宪的传统范式,建立在17世纪经典的牛顿力学、笛卡儿的主体哲学和霍布斯的社会契约论之上,18世纪的法律理性革命、19世纪的历史主义改造,直至韦伯的支配社会理论,主导了20世纪迄今为止的宪法范式。宪法被理解和表述为一个主导控制和反控制、支配和被支配、斗争和反斗争进程的指导文件,它的目标是固定的,联系于君主的意志、人民的公意、社会的需求,通过神圣的立法者、神秘的传统、神性的革命者,通过理性的设计、审慎的权衡、精准的移植传播。“名实不符”的宪法模式已然在实践中放弃了这种近代理性宪法的迷信,但在意识形态层面,仍然将此作为现代宪政的正当性根基。

宪政一旦启动,就获得它自主的生命力,它具有自己的权力意志。它所追踪的是一个始终移动的目标,接近这个目标的任何努力,也会同时造成它的飘移。它始终处于变动之中,没有固定的定着点,也不存在稳定的宪制体系;但它也是稳定的,制宪并不是要扭曲和颠

覆自己的基础结构，而只是以变动的方式让自己调整并接近一个更好的进化状态。进化的目标是它自己，它不断积聚力量，引向自己，改造自己，每一次的改造，让自己更有能力去改造自己。这种不断指向自我的进化，不是无意义的回旋楼梯的晕眩，而是自我进化的圣杯的秘密。它不断调整自己、缠绕自己，与复杂度越来越高的环境共同进化，它掌握并过滤一切必要的信息，然后在边缘保持沉默。进化的进化是进化的使命，吊诡是它的生命。它甚至不是追求先验的正义、自由与平等，而是创造一切可能的空间进化自己，探索新的空间和时间，容纳混沌与冲突，创造所有可能的可能性。

它不需要维稳，没有干扰，它的自我进化也就失去机会，没有激扰，它就会在没有意义的胶着缠绕中陷入自沉境地；它不需要控制，没有意外，它的自我指涉也就丧失意义，没有奇袭，它就会在自我隔离中突然崩溃。它不断增加各种链接，让进化更有余地，但也不过度链接，不追求点对点的全面覆盖，只要抓住核心，就能掌握全局。它是一个吊诡，一个同义反复：自明、自指，自己创造自己，它在缓慢的自我指涉中自我复原。但这绝不是没有意义的同义反复，它是必要的矛盾，反映一切生命与智慧的奥秘。

根本而言，宪法是一种特殊的地产，越开发，它的面积越大，越荒芜，则更加荒芜。从长远来看，“名不符实”的必然趋势是“名至实归”；而对于“有名无实”，则只能“存而不论”。