

LAW LAW LAW
法学论丛



公 法 系 5

宪
政
新
论

——全球化时代的法与社会变迁

◆ 季卫东 著

4
北京大学出版社

法学论丛

AW

公

法

系

列

D911.04
524

宪政新论

——全球化时代的法与社会变迁

季卫东 著



A1057522

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪政新论/季卫东著. —北京:北京大学出版社, 2002. 8
(法学论丛)

ISBN 7-301-05521-8

I. 宪… II. 季… III. 宪法—法的理论—理论研究
IV. D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 012717 号

书 名: 宪政新论——全球化时代的法与社会变迁

著作责任者: 季卫东

责任编辑: 杨立范 耿协峰

标准书号: ISBN 7-301-05521-8/D·0583

出 版 者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 出版部 62754962 发行部 62754140 编辑部 62753121

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 兴盛达打字服务社 62549189

印 刷 者: 北京大学印刷厂

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 开本 10.625 印张 306 千字

2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 元

序

说起宪政，中国也是有一本陈年旧账的。但因为宪政的结构一直没有得到确立，宪法的基本规定也没有都真正落到实处，所以怎样对待宪政还依然是个新问题，并非老生常谈。何况这个世纪之交世界局势丕变：全球化导致主权国家体制动摇，地域化导致人权理论体系转换；在政治方面出现了“司法化”趋势，议会制民主主义本身也受到要求进一步民主化的压力；跨国的“市场失败”的可能性要求对经济风险和资源进行“超国家”式的管理；在文化多元性基础上形成的价值相对主义和原教旨主义从不同侧面都构成对普遍性法治秩序的挑战。以这种变局为背景，宪政在许多方面都被赋予了崭新的涵义，于是乎就需要有些“宪政新论”。本书只不过是一点初步的尝试而已，希望还是寄托在“抛砖引玉”的效果上。

大家都很清楚，在不少地方推行宪政往往会落个吃力不讨好的下场。比方提出限制权力的方案，哪怕动机再善良纯真，总难免有那么一点儿“犯上”的嫌疑。任何改变现状的实践，哪怕再小心翼翼，也还是会跟某些既有的坛坛罐罐发生磕磕碰碰的，稍不留神就很容易引起既得利益阶层的众怒，甚至被人顺手扣上“作乱”、“不爱国”的黑锅，莫名其妙地既成不了功、也成不了仁。站在世俗得失的方位来看，谁还不知道明哲保身之道？但之所以在国内有那么一大群法学者，无论是身居陋室的还是位在庙堂之高的，虽然深懂圆融却仍旧不失其耿直，宁可冒险犯难致力于推动政治改革和立宪运动，无非是要坚持真理、维护正义、实现社会的长治久安，或者——借用德国当代思想界泰斗哈贝马斯（Jürgen Habermas）的表述——体现“宪法爱国主义”。我认为，他们才真正无愧于所谓祖国赤子、民族精魂、中流砥柱之类的称誉。这本菲薄的文集就献给这些披荆斩棘的开路人，既可以算作一种声援和致敬，同时也期待着从那里引发出更多、更璀璨的美玉明珠来。

近年,反腐败、倡廉政已经成了中国最基本的一项政治任务。腐败是在任何社会都存在的现象,但如果它是那种结构性的腐败而且还四处蔓延、无法遏止,那就证明现行制度上有大漏洞、有严重弊端。英格兰历史学者阿克顿(John E. D. Acton)曾经提出过一个著名的命题:“权力导致腐败,绝对的权力绝对会导致腐败”。诚哉斯言!由此可见,要有效地防止腐败,关键倒不在于采取多么严厉的威慑措施,更重要的是通过周密的制度设计来约束权力,让决定和执行的过程透明化并接受充分的外部监督,从而大大减少不正行为的温床以及能侥幸逃避追究的概率。关于这一层治标不如治本的道理,在中国历史上是有无数实例可以为证的。众所周知,大权独揽的明太祖朱元璋及其后世的皇帝为了吏治的清明高效,曾经采取过极端恐怖的手段来惩治贪官污吏以儆效尤,却并没有收到明显的、持续的效果,反倒出现了“阉党构陷忠良”、“特务政治”、“警察国家”等悲剧性结局;直到王朝末期、政治已经病入膏肓的时候,大儒顾炎武在反思历史教训的基础上提出了“寓封建之意于郡县之中”的匡正方案,试图分权予下,实现对上级、对中枢的制衡。寓“封建(分权的多头性政体)”于“郡县(集权化的科层制)”的思路其实是有可能通向幽邃的立宪主义的,或者说虽不中亦不远也。

在现代社会,宪政或程序化民主的体制则被认为是分权制衡的最佳安排,至少是在已知的范围内切实可行的较好制度性安排。从某种意义上也不妨认为目前的中国似乎正在出现这样一种有趣的悖论:腐败问题不断恶化、现存的权力自我净化装置正在逐步失灵——这样严峻的现实迫使有关当局不得不接受从外部限制权力的观念,最终也就不得不接受宪政体制。果真如此,那么公法学者们就不会再继续不断地碰到类似“对牛弹琴”那样的尴尬和讥讽,在政治改革和法制建设方面也有望达成真正的社会共识,从此围绕宪政的议论将不会再受到太多的阻碍,而问题的重点就要从发言机会的有无转到发言质量的高低、从研究范围的宽窄转到研究方法的新旧上,对我们大家都构成另一种形式的挑战。面对现阶段的巨变以及层出不穷的新现象、新问题,宪政论当然也无法在18世纪的社会契约概念、19世纪的严格法律实证主义以及20世纪的组织理性那样的思想家园

里故步自封。实际上,倘若宪政论只满足于“炒冷饭”,不能在方法上、在内容上都别开生面,那就会或多或少丧失其感召力和说服力。

这本书收集了作者近年来从法社会学的视角、用复眼式观察方法来分析宪政、法制改革以及法与社会变迁的一些文章,分为三个部分。第一部分主要以价值和文化的多元性为背景,讨论现代宪政以及法治秩序如何定位、在中国是否可行的问题。《宪政的复权》和《再论宪政的复权》这两篇评论试图重新强调按照立宪主义原理进行政治体制改革的现实意义,而《合宪性审查与司法权的强化》一稿则把焦点对准落实宪政的关键性制度——宪法诉讼和司法审查,在梳理有关的学说与实践经验的同时,对中国“宪法司法化”现象以及设置宪法法院的方案进行思考、诠释以及展望。接在上述“宪政三论”之后的两篇文字旨在从传统的秩序原理中发现对建构现代法治秩序有利的或者不利的契机,可以互相参照。《法治中国的可能性》从复杂系与单纯系的对比这个新角度来认识中国法制改革的特殊困境以及突破口,强调传统秩序的本质问题是本来用于缩减社会复杂性的法律体系本身也变成了复杂系,导致所谓“双重不确定性”状态,结果在很多情形下公共选择变得极其困难;因此,法制改革的根本任务就是要使法律体系具有某种能够“以不变应万变”的机制。大约10年前完成的《法治与选择》,为讲演底稿的性质所限,并没有在布局和遣词造句方面下什么工夫。但这篇文字较早地揭示了中国传统法律体系内部多层多样的结构、可选择的余地以及自我进化的独特路径,提出了非决定论的、非单维替代的法制现代化的多元性思路,还有必要“立此存照”(顺便指出:本书之所以还添加了些“附录”,其理由也是同样的)。这一辑五篇论述的内容分别涉及规范的信仰机制、政治承认的条件、防止多数派专制、不同文化与程序正义的关系、由司法机关进行的合宪性审查、后现代主义情境中的法治国构想、传统的制度设计及其结构转换、法律体系中的多元、选择以及偶然、功能等价和功能替代等方面。

第二部分的重点是在现代化过程中日益加强的社会和法的动态性以及变革的方式,包括对法治与民主、宪法中的原则与妥协、财产权与政治参与、思想上的分歧与社会整合等一系列相互关系和相互

作用的考察、整理以及阐述。《社会变革与法的作用》提供了对运用法律手段推动社会变迁的尝试、改革的渐进方式与激进方式、全球化时代的浑沌以及非对称性统治等进行理论分析的工具性框架。《通过法治迈向民主》强调通过党内改革、结构和功能的分化以及设置中间环节和媒介物等各种稳健的方式逐步在自由、民主与法治之间达成动态平衡,主张在制度性妥协的基础之上建立安定的民主体制和社会性法治国家。关于宪政与妥协的关系以及在政治改革方面寻找第三道路的必要性,我在1995年春天加州大学伯克利分校召开的国际研讨会上发言,已经正面阐述过自己的基本主张,对底稿稍作润饰就形成了《宪法的妥协性——对联邦主义及社会整合的看法》一文。这篇论述的核心内容是,从结构性调整或寻求重叠性共识的试错过程及其制度化的视角来把握宪政的动态性本质,否定任何终极真理的假设和非此即彼的二项对立公式。《宪法改革的途径与财产权问题》则通过三个宪法修正案的演变过程和最新文本的分析,说明现有框架内修修补补式的改宪已经使国家制度内部的紧张和矛盾充分暴露出来,需要打破旧的条条框框来重建宪政共识和社会信用体系。正是在这样的背景之下,我为了回应思想方面的论战,写下一篇《让我们来重建政治共识》的急就章,不料居然引起了一场小小的笔墨官司并且最终以“私了”的方式结案。现在把有关文字收录于本集之中,只不过想表明我愿意对自己说过的话负责并且相信是非自有公断罢了。我认为,即使在政治或意识形态方面意见相左,还是完全可以成为学术同道、人生朋友的——这样的宽容和洒脱也正是民主宪政的精髓所在。但愿等到政治改革和法治发展取得阶段性成果之后,论战的双方心也平了、气也和了,有机会时重新聚首、把酒畅谈,共同续作一段“度尽劫波兄弟在,相逢一笑泯恩仇”的学界佳话。

第三部分所收录的论稿都与国际化、全球化对国家体制的影响有关,或者是对域外的法与社会变迁及其启示的评述。主权和人权是各国宪政结构的两大支柱,在现阶段都发生了深刻的变化,表现为民族国家与市民社会的重构、国内民主与国际民主的相克、实力外交与人权外交的并行、国内法与国际法的冲突,等等。本辑的前三篇文章《从主权的三重结构看中国与世界的互动关系》、《人权外交与跨文

明对话)、《国际磨擦与法律的作用》,分别从不同的角度考察主权和人权在全球一体的世界法治秩序构想中的位相变化,着重分析文化、文明等价值因素在多大程度上能左右外交和内政方面的决策,同时强调法律技术在国际的力量对比关系的形成、发展以及正当性的强化等方面可以发挥的功能。《世纪之交日本司法改革的述评》一稿以东洋邻国的经验为素材,透视全球性的政治司法化和司法政治化的趋势,比较详细地介绍并分析了把审判机关(法院)改变成与审议机关(议会)并列的公共论坛、按照“司法国家”或者“小政府、大司法”模式进行国体改造的新宪政设计。《从边缘到中心:二十世纪美国的制度改革与法社会学研究运动》有较强的学界回顾和理论谱系整理的色彩,似乎与宪政没有直接关系,其实不然。在战后的非西方国家谈法制改革,都无法回避怎样对待“美”化体制的模式、20世纪60年代的“法与发展运动”以及90年代的“新的法与发展运动”、司法审查制和法官扮演的社会角色、目的理性与工具理性、宪政的实效性检验等议题,在这方面贡献最大的正是“法与社会”研究的科学范式及其改革指向;何况那种“从边缘到中心”的思想运动轨迹对于考虑法在中国的地位变迁也颇有些启示和隐喻的意义。

在结集的各篇论稿的写作和发表过程中,曾经得到许多朋友的理解、关心以及支持。其中有些人特意为部分观点和主张安排了适当的论坛,有些人则在口头报告的场合担任过我的评论者或者作为听众提出过很好的问题和意见,也有些人(包括个别研究生)在各方面给予热心的事务性协助。特别是香港中文大学中国文化研究所刘青峰女士、政治与行政学系王绍光教授和吴国光教授、中国战略与管理研究会高超群先生、中国社会科学院法学研究所的信春鹰教授、夏勇教授以及张志铭教授、北京大学法学院的朱苏力教授、贺卫方教授以及社会学系的张静教授、清华大学法学院的王晨光教授和许章润教授、吉林大学法学院张文显教授、浙江大学法学院孙笑侠教授和林来梵教授、中国政法大学的舒国滢教授和郑永流教授、宾州印第安纳大学历史系王希教授、普林斯顿大学社会学系程晓农博士、新加坡国立大学东亚研究所资深研究员何包钢博士、郑永年博士以及访问研究员崔之元博士、香港大学法学院陈弘毅教授和李亚虹博士、驹泽大

法学学院的王志安教授、哈佛大学访问学者赵晓力博士、哥伦比亚大学访问学者强世功博士曾经仔细阅读过这本文集所收录的某一篇或几篇文章并以不同方式表达了自己的看法、建议以及批评。我借此机会向各位都表示由衷的感激。另外,承蒙北京大学出版社政经法编辑部欣然允诺拙著付梓,由杨立范先生负责统筹安排,谨致谢忱。

季卫东

2001年11月29日于神户向洋岛上

目 录

序	(1)
---------	-------

第 I 部 多元性视野中的宪政

第一章 宪政的复权	(3)
第一节 重新认识宪政	(3)
第二节 假想现实与信仰机制	(4)
第三节 承认的程序及其复杂性	(8)
第四节 护宪、改宪还是制宪?	(13)
第二章 再论宪政的复权——亚洲新格局与中国政治变革 ..	(15)
第一节 政治变革:避免权力合法性危机的必由之路	(15)
第二节 宪政如何防止“多数派专制”和“多数人无能” ..	(16)
第三节 也从市场逻辑来比较民主化的成本与效益	(19)
第四节 从孔多塞定理看民主、自由以及法治的关系	(22)
第五节 走出历史的阴影	(26)
第三章 合宪性审查与司法权的强化	(29)
第一节 司法审查的由来和意义	(31)
第二节 制度设计的不同类型及其条件	(36)
第三节 从司法解释到司法审查	(45)
第四节 中国设置宪法法院刍议	(50)
第四章 法治中国的可能性——兼论对文化传统的	
解读和反思	(57)
第一节 应该怎样理解法治?	(57)
第二节 对中国秩序原理的反思之反思	(67)

第三节	民主的法治离中国人并不遥远	(82)
第五章	法治与选择	(88)
第一节	跳出一元决定论的窠臼	(88)
第二节	现代法治的特征以及功能等价的视角	(91)
第三节	中国社会秩序的可选择性结构	(95)
第四节	新的多元法治体系的建构	(105)
第五节	结语：“法律的帝国”还是“选择的共和国”？ ..	(109)

第 II 部 动态性视野中的宪政

第六章	社会变革与法的作用	(115)
第一节	法与社会变迁的关系	(116)
第二节	依法变革的两种基本方式：辩证治疗 与震荡治疗	(124)
第三节	全球化洪流对法律秩序的冲击	(129)
附录：	法制建设的几个关键问题	(137)
第七章	中国：通过法治迈向民主	(141)
第一节	民主化的基本趋势	(142)
第二节	法治国家的制度模式	(148)
第三节	理想与现实之间的媒介物	(154)
第八章	宪法的妥协性——对联邦主义及社会整合的看法 ..	(159)
第一节	宪法的实质	(159)
第二节	国内政府之间的关系	(164)
第三节	竞争、协调以及规范	(170)
第九章	宪法改革的途径与财产权问题	(175)
第一节	中国宪法修改的历史回顾	(176)
第二节	围绕财产权的理论争议和法制实践	(181)
第三节	1999 年修正案之后的宪法结构	(190)
第四节	社会公正与宪政共识的重建	(195)

第十章 让我们来重建政治共识	(200)
第一节 “自由派”与“新左派”之争的转机.....	(200)
第二节 当代欧美政治思想上对立的主轴是什么?	(202)
第三节 应该怎样认识自由主义体制的困境与出路? ...	(204)
第四节 退出概念游戏,回归常识良心	(206)
第五节 对于思想分歧的分析.....	(207)
第六节 话语战略的改变.....	(210)
附录:实质性问题与问题的实质在哪里?	(212)

第 III 部 国际性视野中的宪政

第十一章 从主权的三重结构看中国与世界的互动关系	(219)
第一节 主权、人权、霸权的三元互克.....	(219)
第二节 市民社会与民族国家.....	(222)
第三节 怎样理解世界格局的变迁.....	(226)
第四节 在国际民主与国内民主之间.....	(230)
第十二章 人权外交与跨文明对话	(233)
第一节 人权学说的新视角.....	(235)
第二节 亚洲价值究竟有什么价值?	(239)
第三节 作为对话前提的相互理解.....	(245)
第四节 人权保障的根本在内政.....	(250)
附录:“公共领域”和“公共财”.....	(253)
第十三章 国际磨擦与法律的作用——从中美撞机事件 透视国内法与国际法的关系	(257)
第一节 日益增多的国际法律之争.....	(257)
第二节 在国际法适用方面的技术瑕疵.....	(259)
第三节 制定国内法也需要国际法的视野.....	(262)
第四节 国内法与国际法的抵牾及其化解.....	(264)
第五节 中国法制在磨擦中前进.....	(268)

第十四章 世纪之交日本司法改革的述评 ·····	(271)
第一节 日本司法改革的来龙去脉·····	(273)
第二节 围绕制度设计的争论及其焦点问题·····	(280)
第三节 司法制度改革审议会的中间报告和最终报告 ····	(287)
第四节 正视社会体制与司法改革的关系 ——日本经验的启示·····	(294)
第十五章 从边缘到中心:二十世纪美国的制度改革与 法社会学研究运动 ·····	(300)
第一节 革新思潮与法社会学·····	(302)
第二节 “法与社会”研究运动的范型·····	(307)
第三节 “合二为一”变成“一分为二”·····	(322)
第四节 结语:“法与社会”研究的展望 ·····	(327)

第 I 部
多元性视野中的宪政

第一章 宪政的复权

第一节 重新认识宪政

冷战结束之后,前苏联、东欧各国在经济市场化的同时,发生了转向自由主义“宪政”体制的深刻变化。虽然今后政治上的起伏还在所难免,甚至不能完全排除出现“宪法危机”的可能性,但是新的宪法秩序在那里已经形成了一整套制度,例如:通过改宪的方式在不破坏程序连续性的状况下实现了“宪法革命”、建立了宪法法院以及合宪性审查体系等等。而且,波兰和匈牙利等国的议会选举和总统选举还有了一些渐入佳境的气象。

大约与此同时,西欧社会批判理论的旗手哈贝马斯(Jürgen Habermas)以及左翼知识分子也开始调整其立场,把关于大众直接参与政治的激进的民主诉求与自由主义宪政的法律制度结合起来。这种转变从1990年正式开始,而在哈贝马斯的法学著作《在事实与规范之间》^①表现得更为明确、更充分。可以说,这实际上意味着欧洲的非共产党社会主义运动的目标被明确定义为通过合法斗争的方式促进资本主义的彻底的自我批判和修正而不是另起炉灶,意味着对西方社会批判的重点从破坏性解构转移到建设性重构,当然也在一定程度上意味着批判法学的撤退。应该留意的是,因为建立在公共领域和沟通行为等概念的基础上的哈贝马斯关于通过讨论达成妥协和利益调整的“审议的政治(deliberative politics)”的规范性学说本来就与议会制以及宪政思想息息相通,所以倒也未必如有些学者所理解的那样能扯上什么变节和败北的问题。尽管如此,哈贝马斯理论近年来所表现出的在法律观方面的明显旋回仍然引起了不少诧异。

^① J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. W. Rehg, MA: MIT Press, 1996[德文原著1992].

一个如此重要的当代思想家的态度变化似乎在提示人们：对于在制度上现实可行的民主政治而言，现代法治主义固然不是充分条件，但却是一种必要条件，至少是各种制度创新的基本参照物以及立足点。

总之，无论在前苏联、东欧的政治实践中还是在当前西欧的批判理论中，我们都可以看到自由主义宪政的制度安排的复权，而社会主义体制的历史经验则作为一种制约的力量，通过关于社会公正和民主法治国的话语来保持其精神上的影响。当然不能说上述现象标志自由主义法律观的最终胜利，更不能设想从此以后意识形态斗争将偃旗息鼓，甚至出现福山(Francis Fukuyama)所谓的“历史终结”。应该承认，在主权、人权、发展权、民族自决权、自由与平等的协调、经济秩序的全球化以及地域性规范等一系列问题上，现代自由主义本身也并没有摆脱其内在矛盾的种种困境。这里只不过要指出一个简单的事实，即：自由主义以及作为其制度性基础的法治主义仍然在扩展、在改进，而足以取而代之的社会范型还远远没有确立起来。

宪政的复权也开始波及中国。从革命理想主义者转变到自由主义者的顾准的关于议会民主制的论述，历经曲折之后终于在1994年得以正式出版，并在思想界引起了不小的反响；关于市场、公共领域以及宪政的讨论日趋活跃，至1997年9月达到高潮；在这种背景下，中国共产党第十五次全国代表大会作出了一项政治承诺——到2010年为止按照“发展社会主义民主”和“建设社会主义法治国家”的方针建立起一整套有中国特色的法律体系；1998年3月以后中国政府已经开始对庞大臃肿、管事太多的行政机构进行大刀阔斧的改革。从监督法的制定过程中的重重阻力可以清楚地认识到，有宪法却没有宪政的现实问题在近期内是很难得到根本性解决的。但是，“依法治国”的原理一旦获得政治上的效力，那么新的宪政运动也就不难从依法诉求的空间中找到其切实的支点了。

第二节 假想现实与信仰机制

今天讨论宪政问题，其氛围其语境与一百年前的康有为、梁启超们的时代大不一样。