

政治与法律思想论丛
SERIES OF POLITICAL AND LEGAL THOUGHTS



宪政新论

——全球化时代的法与社会变迁

(第二版)

季卫东 著



北京大学出版社

宪政新论

——全球化时代的法与社会变迁
(第二版)

季卫东 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

宪政新论(第二版)/季卫东著. —北京:北京大学出版社,2005.3

(政治与法律思想论丛)

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(第二版)

著作责任者: 季卫东

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 7-301-05521-8/D·0583

出版发行: 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: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 38.75印张 577千字

2005年3月第2版 2005年3月第1次印刷

定 价: 48.00元

第二版绪言

本书第一版是在2002年夏天刊行的。这两年多来,围绕司法审查、选举、维权、改宪、信息公开、审判独立以及削减行政规制项目,在国家与社会之间出现了一系列有声有色的互动,促进了宪政的发展。如果不能充分反映这样重要的制度变迁,那么“宪政新论”也就徒有其名、不成其为“新”了。何况在这段风起云涌、峰回路转的时期,作者的识见也积聚长进了些许,其中一部分主张已经形诸笔墨,于是有些朋友提议应该及时刊行新版。因此,我从2004年9月起着手补充和改订,添加了一些文稿,另辟第四辑“实践视野中的宪政”。

在关于宪政的多元性这一部分里,有三篇是最近发表的论文:(1)“宪政的规范结构——对两个法律隐喻的辨析”,(2)“中国司法的思维方式及其文化特征”,(3)“再论合宪性审查——权力关系网的拓扑与制度变迁的博弈”,分别考察了在中国的文化传统背景下建立宪法秩序、审理宪法诉讼以及进行宪法监督的制度性条件,另外还插入一个附录,阐述在规范多元化的状态中解释的整合性问题。论文(1)是以宪法本身的正当性根据、合宪与改宪之间/守法性与抵抗权之间的张力为线索,探讨在制度设计上存在的关于等级性和循环性的不同思路,企图借助固有的试错机制确立一种动态的宪政范式。论文(2)进一步分析“金字塔”和“太极图”这两个隐喻在法律系统以及审判中的表现,揭示了中国司法中的认知性和交涉性以及舆论的影响,并把法律推理的不同学说作为参照物来寻找宪法解释以及规范整合化的通道。论文(3)以孙志刚案件所引起的合宪性审查情愿活动以及全国人大、国务院的不同回应方式为素材,剖析当前宪法理论、政治权力的运作以及维权运动中的重大盲点和有待改善的地方。

第二辑涉及宪政的动态性,新增“渐进改革的新动力——从‘化整为零’到‘合零为整’”、“网络社会中的有限宪政革命”。这两篇文章有一个共同的视角,这就是扬弃渐进主义和休克疗法,为政治改革开辟第三

条道路——以统筹兼顾的理由突破旧体制，以组合优化的方式塑造新结构。概括地说，从法制外部推动法治发展的基本动因有三种：一种是政治权力的合目的性以及功利主义的利益衡量；另一种是在特定语境中约定俗成的“善”或者本土性伦理生活；还有一种是普遍性的社会主义观或者人权理论。从目前中国的法学思潮中，我们可以看到以上三种基本动因的不同组合——有人把站在政治权力的立场上进行功利主义的利益考量与本土性伦理秩序结合起来，但拒斥普遍正义的话语；有人把本土性的“善”与普遍性的“正义”并列在一起，因而对历史传统抱有宿命论般的观感，从激越转向幽寂；有人试图把“目的一手段”的思维方式或者合理化的权力与人权等正义理念结合起来，推动自上而下的政治变革。我认为这些结合都有各自的缺憾，因而力争通过合理而公正的程序化作业把上述三种因素都结合在一起，并从中寻找最优排序的方案。

在国际大背景中理解中国宪政改革的趋势是第三辑的主旨。这里的新内容包括两篇论文和三个附录。《自决权与宪政理论》以对外自决与对内自决的解释性转换为机轴，考察了一个国际法基本原则逐步演化成实在法上权利乃至国内宪政权利群的过程，并且揭示了间接民主与直接民主、国际民主与国内民主之间法理关系改组的可能性。《日本经济泡沫破灭前后的制度条件》这篇带有综述性的文字对于中国宪政讨论的意义主要有三点：其一，指出了经济问题与政治权力的结构有着非常密切的联系，金融危机很可能诱发统治危机的事实及其背后的机制；其二，在对经济体制整体进行突破性改革的过程中，执政党与行政部门之间委托—代理的习惯做法以及相应的协调功能会失效，从而引起决策和执行上的混乱；其三，日本科层制非正式主义模型的弊端已经显露出来，没有透明化的法治秩序就没有经济的可持续性发展的教训值得充分汲取。在附录中，两篇分析了9·11事件后国际秩序变化的宪政内涵，立足点是全球民主法治设想中的分权制衡原理以及程序正义与实质正义的协调机制；还有一篇附录涉及到言论自由原则的彻底性以及自我反思、自我批判的能力等理论问题。

追加的第四辑着眼于宪政实践，因此内容比较具体琐碎，触及法制操作的不同层面和不同领域。有些篇章由先后应邀撰写的时评、政论以及诠释构成，体系性和学术性都有所冲淡，遣辞用语以及脉理也难免出

现少数重叠交错的地方以及修改后残留的余痕。“原罪意识、财产权以及法治的道德性”涉及到对渐进改革中出现的非正式私有化结果如何评价,能不能在避免历史倒退和混乱的前提条件下重建社会公正,怎样才能打开围绕“罪与罚”的政治死结等问题。《秩序的正统性问题》提出了法治与民主可以有先后、但却不可以有偏废的基本命题及其理由。其他的文稿则从不同角度阐述了宪法原理与民法编纂,选举的制度设计与审议的话语空间,立法、审判以及行政过程中的合理性与人文主义,保障私人财产与改善公众福利等一系列关系的调整 and 平衡的问题,提出了从行政审批到财政审计,再到预算审议乃至司法审查的制度演进的路线和步骤。另外,八个附录则以具体的人和事为线索,对新宪政运动的各种位相进行了个案解说。

在日新月异的社会剧变中,思想为了不落后于行动往往不得不以急就章的面目出现,因此这个增订本难免存在这样或那样的不足之处,有待读者诸贤批评指正以便今后弥补。对于著者个人而言,《宪政新论》的新版只是进一步研究的一个新的起点而已。在某种意义上,当有关宪政的学说需要不断地推陈出新时,宪政实践很可能正在长足进步——这种状态是可喜的。当然,我也期望在中国早日出现更成熟、更完善、更稳定的政体和法治秩序以及相应的体系化的宪政理论,当然这需要学者、法律人以及全体公民的不懈努力和相互协作。

这两年中,我与宪法学和行政法学领域的一些才华横溢、热诚可嘉的青年研究者以及新闻出版界人士也有直接或间接、频繁或偶尔的交往,从中受到很多鼓舞。他们或潜心探求学理成就斐然,或在报刊上发表评论针砭世间的丑恶,或东奔西走从事调查访问,或积极参与基层选举的义工活动。恕我不在这里具体列举这些朋友的姓名,谨向大家致以由衷的敬意和祝福。最后我要向热心支持本书修订的杨立范先生表达感谢。

李卫东

2004年10月30日雨霁时

原 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的，虽然深懂圆融却仍旧不失其耿直，宁可冒险犯难也要致力于推动政治改革和立宪运动，他们无非是为了坚持真理、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尤根·哈贝马斯(Jürgen Habermas)的表述——体现“宪法爱国主义”。我认为，他们才真正无愧于祖国赤子、民族精魂、中流砥柱之类的称誉。这本非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。英格兰历史学者约翰·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,绝对的权力导致绝对的腐败”。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(分权化的多样体)”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,公法学者们就不会再碰到类似“对牛弹琴”那样的尴尬了,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,这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、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。《宪政的复兴》和《再论宪政的复兴》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,现代中国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,从而实现偶然性的非随机化,加强社会的规范预期、事实预期以及正当性预期。大约十年前完成的《法治与选择》,因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、选择以及偶然的结局、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,1995年春天我在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制度设计方面的启示的评述。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《从主权的双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》,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意义。

在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、驹泽大学法学院的王志安教授、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。

李卫东

2001年11月29日于神户向洋岛上

CONTENTS 目 录

第二版绪言	1
原序	5

第一辑 多元视野中的宪政

宪政的复兴	3
一 重新认识宪政	3
二 假想现实与信仰机制	5
三 承认的程序及其复杂性	8
四 护宪、改宪还是制宪?	12

再论宪政的复兴

——亚洲新格局与中国政治变革	15
一 政治变革:避免权力合法性危机的必由之路	15
二 宪政如何防止“多数派专制”和“多数人无能”	16
三 也从市场逻辑来比较民主化的成本与效益	19
四 从孔多塞定理看民主、自由以及法治的关系	22
五 走出历史的阴影	25

宪政的规范结构	
——对两个法律隐喻的辨析	28
一 引言	28
二 外部根据、等级性以及循环	30
三 在规范与事实之间的反思	34
四 宪政的本质是试错的制度化	36
五 宪法解释和宪法改正的区别	38
六 从矛盾论到法治对抗轴	40
七 围绕抵抗权的程序安排	43
八 结语	46
法治与选择	
一 跳出一元决定论的窠臼	48
二 现代法治的特征以及功能等价的视角	51
三 中国社会秩序的可选择性结构	55
四 新的多元法治体系的建构	64
五 结语：“法律的帝国”还是 “选择的共和国”？	68
法治中国的可能性	
——兼论对文化传统的解读和反思	72
一 应该怎样理解法治？	72
二 对中国秩序原理的反思之反思	82
三 民主的法治离中国人并不遥远	95
中国司法的思维方式及其文化特征	
一 公议和舆论对审判的影响	101
二 正义的双轮：查清事实与追究责任	105
三 与西欧式现代司法的比较	109
四 关于法律推理的不同学说	114

五 对中国经验的理论分析	117
附录 法律体系的多元与整合	
——与德沃金教授商榷解释	
方法论问题	121
合宪性审查与司法权的强化	136
一 司法审查的由来和意义	138
二 制度设计的不同类型及其条件	142
三 从司法解释到司法审查	151
四 中国设置宪法法院刍议	156
再论合宪性审查	
——权力关系网的拓扑与制度变迁的博弈	163
一 引言	163
二 合宪性审查在中国的条件和经验	166
三 权力关系网中的互动过程	171
四 对违宪的判断标准与政策性选择	175
五 组合最优化的设计思路	181
第二辑 动态视野中的宪政	
社会变革与法的作用	191
一 法与社会变迁的关系	192
二 依法变革的两种基本方式： 辩证治疗与震荡治疗	200
三 全球化洪流对法律秩序的冲击	205
附录 法制建设的几个关键问题	211
宪法改革的途径与财产权问题	215
一 中国宪法修改的历史回顾	216
二 围绕财产权的理论争议和法制实践	220

三	1999年修正案之后的宪法结构	229
四	社会公正与宪政共识的重建	233
通过法治迈向民主		238
一	民主化的基本趋势	239
二	法治国家的制度模式	245
三	理想与现实之间的媒介物	251
渐进改革的新动力		
——从“化整为零”到“合零为整”		255
一	思想困境与期盼结构	255
二	司法改革的多米诺骨牌	259
三	改造政体未必引起社会动荡	264
四	结语	268
宪法的妥协性		
——对联邦主义及社会整合的看法		270
一	宪法的实质	270
二	国内政府之间的关系	274
三	竞争、协调以及规范	281
让我们来重建政治共识		285
一	“自由派”与“新左派”之争的转机	285
二	当代欧美政治思想上对立的主轴是什么?	287
三	应该怎样认识自由主义体制的困境与出路?	289
四	退出概念游戏,回归常识良心	291
五	对于思想分歧的分析	292
六	结语:话语策略的改变	295

附录 实质性问题与问题的实质在哪里?	297
--------------------	-----

网络社会中的有限宪政革命	302
---------------------	------------

一 省察我们所处的时代	302
二 宪政、交涉泛化以及权力的人称性	307
三 超越休克疗法与渐进主义的深层改革	313
四 关于局部非政治化的社会契约	
——司法审查、预算议会以及党内竞争	319
五 作为多元格局调节器的法律制度	327

第三辑 国际视野中的宪政

从主权的三重结构看中国与世界的互动关系	337
----------------------------	------------

一 主权、人权、霸权的三元互克	337
二 市民社会与民族国家	340
三 怎样理解世界格局的变迁	344
四 在国际民主与国内民主之间	348

人权外交与跨文明对话	350
-------------------	------------

一 人权学说的新视角	352
二 亚洲价值究竟有什么价值?	356
三 作为对话前提的相互理解	361
四 人权保障的根本在内政	367
附录 “公共领域”和“公共财”	370

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	374
一 日益增多的国际法律之争	374
二 在国际法适用方面的技术瑕疵	376