



宪法的社会理论

分析

XIANFA DE SHEHUI LILUN
FENXI

潘弘祥◎著



人民出版社



宪法的社会理论

分析

王康 著



中国政法大学出版社

D911.04
48

宪法的社会理论

分 析

XIANFA DE SHEHUI LILUN
FENXI

潘弘祥◎著



人 民 出 版 社

策划编辑:王青林

责任编辑:李椒元

装帧设计:肖 辉

责任校对:吕 飞

图书在版编目(CIP)数据

宪法的社会理论分析/潘弘祥著. -北京:人民出版社,2009.4

ISBN 978-7-01-007797-0

I. 宪… II. 潘… III. 宪法-研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 036455 号

宪法的社会理论分析

XIANFA DE SHEHUI LILUN FENXI

潘弘祥 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市永乐印刷厂印刷 新华书店经销

2009 年 4 月第 1 版 2009 年 4 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:11.25

字数:254 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-007797-0 定价:25.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果
中南民族大学学术著作出版基金资助

目 录

导言 宪法社会学的学科地位、基本框架和研究方法	(1)
一、宪法社会学的学科地位	(1)
二、宪法社会学的研究思维	(8)
三、宪法社会学的研究内容	(19)
四、宪法社会学的研究方法	(26)
(一) 哲学方法	(27)
(二) 一般方法	(29)
(三) 具体方法	(39)
第一章 社会与国家关系理论与宪法变迁	(43)
一、社会与国家关系的理论考察	(43)
(一) “市民社会”内涵的流变	(44)
(二) 社会与国家关系的理论流派	(56)
二、社会与国家关系的宪法学意义	(61)
(一) 社会与国家关系——宪法学理论的存在论基础	(61)
(二) 社会与国家——宪法学理论体系的基本范畴	(67)
(三) 社会与国家关系——宪法学研究的基本方法	(75)
三、社会与国家关系视角下的宪法变迁	(81)
(一) 宪法产生的社会基础——市民社会与政治国家的分立	(82)

(二)立宪政治制度——市民社会和政治国家相 分立的政治运行形式	(89)
(三)宪法变迁的动力——市民社会和政治国家 的矛盾运动	(92)
第二章 国家起源理论与宪法思维	(99)
一、国家起源理论:合作论与冲突论	(100)
二、国家起源理论类型与宪法理论类型的对应	(108)
三、消极自由主义宪法理论与积极自由主义宪法理论 的歧点	(124)
(一)狄骥、奥克肖特论国家起源、国家本质与公 法的关系	(124)
(二)消极自由主义宪法理论与积极自由主义宪 法理论的歧点	(128)
四、以合作主义为理念构建社会利益均衡制度	(135)
(一)综合的国家起源理论是马克思主义国家学 说的基本内容	(135)
(二)国家本质的社会性要求构建一种利益均衡 制度	(142)
(三)利益均衡制度的宪法思维	(146)
第三章 全球化理论与宪法学研究范式	(158)
一、全球化:社会与国家关系的双重构建	(158)
(一)什么是全球化	(158)
(二)全球化的根源和动力	(161)
(三)全球化的后果:社会与国家关系的双向型构	(165)
二、全球化对民族国家宪法的影响	(178)
(一)全球化对宪法价值的影响	(179)

(二) 国家主权内涵发生变化	(187)
(三) 国家权力配置格局及其作用的范围、方式发生变化	(190)
(四) 人权保障力度得到强化	(192)
三、全球化与宪法学研究范式的转换	(193)
(一) “民族国家”范式向“世界社会”范式转换	(196)
(二) “主体—客体”结构范式向“主体—客体—主体”结构范式转换	(199)
(三) “人类中心主义”范式向“生态主义”范式转换	(205)
第四章 社会分层理论与宪政秩序	(210)
一、社会分层理论概述	(211)
(一) 社会分层的含义	(211)
(二) 社会分层的理论流派	(212)
(三) 社会分层的理论解释	(224)
二、社会分层之于宪法学研究的意义	(230)
三、社会分层背景下宪政秩序的构建	(236)
(一) 何为社会秩序	(236)
(二) 社会结构与社会秩序的相关性——制度功能视角	(239)
(三) 社会分层与社会秩序的相关性——制度结构视角	(246)
(四) 社会分层与宪政秩序——制度变迁视角	(254)
第五章 交往行为理论与宪法价值	(278)
一、交往行为理论的发展及其哲学基础	(278)
(一) 马克思、哈贝马斯的交往行为理论	(278)

(二)主体间性理论:交往行为理论的哲学基础	(286)
二、宪法价值理论的哲学基础:主体性抑或主体间性 ...	(298)
(一)我国主流的宪法价值理论是主体性价值 理论	(298)
(二)主体性价值理论之批判	(306)
(三)主体间性价值理论之构建	(319)
(四)主体间性宪法价值理论之构建	(323)
参考文献	(333)

导言 宪法社会学的学科地位、 基本框架和研究方法

社会学理论和研究方法的运用,使得宪法学与社会学迅速整合,形成了一门新兴的、最富有朝气的边缘交叉学科——宪法社会学。迄今为止,这门学科在宪法理论体系中的基础地位和对宪法现象解释的有效性得到了越来越多学者的关注和认同。

一、宪法社会学的学科地位

宪法社会学的产生,既是社会学知识运用至宪法学研究的自觉产物,也是法治实践发展的必然结果。由于交叉综合的知识优势以及对学科和实践的特殊意义,它在宪法学学科大厦中占据着基础性的地位。

1. 宪法社会学的产生是社会学理论和方法运用至宪法学研究的自觉产物

日本学者川岛武宜说:在法社会学产生之前,“‘法律学’处于一种‘光荣孤立’的状态下,正像经济学、政治学、历史学、民族学等各门社会科学没有为‘法律学’的研究提供任何帮助一样,‘法律学’也没能为这些社会科学的研究提供任何信息”。^① 只是继涂

^① [日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社2004年版,第232—233页。

尔干、马克思和韦伯后,法学才开始了“通过法研究社会学,同时在社会中研究法律”^①的进程,由此也诞生了汲取社会学理论和方法来研究宪法问题的宪法社会学。

宪法社会学孕育于法社会学的发展之际,发轫于与形式主义法学的对立之中,虽然它没有像法社会学那样接踵于社会学的发展而完整、严格地经历机械实证主义、生物学方法、心理学方法和整体研究四个阶段^②,但同时时代的社会学思想无疑为当时的宪法学研究提供了智识的“活水”。在19世纪末20世纪初的德国,以格贝尔、拉班德为代表的法律实证主义学派是宪法学研究的主流,他们试图“建立一个不与伦理道德、政治、历史以及其他东西糅合在一起的‘纯净的’科学法学,建造‘一个适合重新建构实在法和旨在对这些实在法进行解释的概念及原则体系’”^③,但是日耳曼历史法学的传统、社会学思想的“活水”也使德国宪法学对逆着形式主义宪法学,开辟了现实主义研究的线路,形成了“政治宪法学派”^④。基尔克(1841—1921)反对国家法研究的实证主义方向“把视野缩小到非政治非历史理解的法上”,主张国家法学研究“首先应该进行溯本逐源的解释”,认为法学方法“必须同时是不折不扣的历史

① [英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第9页。

② 参见[日]川岛武宜编:《法社会学讲座1——法社会学的形成》,岩波书店1972年版,第30页。

③ [德]迈克尔·施托莱斯:《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第458页。

④ 参见徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》,中国人民公安大学出版社2001年版,第404页。

方法”。^①同时,基尔克吸收了社会学流行的“社会有机体”的思想,提出了“国家是历史生成的有机体,国家是有意志权力的法律人格,国家是自治的社团联合体”^②的观点。同一时期,由于受达尔文生物进化论、人类学知识以及耶林利益法学的影响,德国宪法学家更注重从现实主义的进路来研究国家法问题。龚普洛维奇(1838—1909)试图使社会学成为一门社会科学,并极力将其适用于政治和法律领域。他坚定地说:“我们这个时代的自然科学飞速发展,在哲学领域产生了一种现实主义世界观,其他所有哲学学科如果不想遭受从现代科学圈子中被排除掉的危险,那么它们都必须跟随这个哲学方向。这尤其适用于哲学的或所谓一般的国家法。”^③在他看来,国家应该是“‘自然生成的统治组织,其目的是维护某种法律秩序’,它是自然法中必然进行群落斗争的结果,而从斗争和奴役中诞生出了法与文化,原始部落和种族转变成阶级和等级,产生了拥有国家上层建筑的民族,便形成了国家形式和拥有相应法律秩序划分的国家行政”^④。言下之意,即认为国家和法律是社会不同集团力量相互冲突的产物。面对形式主义宪法学派和现实主义宪法学派的离心趋势,耶利内克(1851—1911)在区分应然和实然的基础上,将国家学说区分为进行社会学的经验性

① [德]米歇尔·施托莱斯:《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第482页。

② [德]米歇尔·施托莱斯:《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第495页。

③ L. Gumplowicz, *Philosophisches Staatsrecht*, Graz, 1877年,序。转引自[德]米歇尔·施托莱斯:《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第589页。

④ [德]米歇尔·施托莱斯:《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第603页。

思考的“一般国家社会学学说”和进行法学的规范性思考的“一般国家法学说”，并力图通过把二者理解为人类意识现象而把他们结合起来。^①他认为，“在存在的整体上考察社会形成物之国家的社会国家学，与作为国家学的法之部分的国法学，在体系上不得不将其对立。这种分别与对立，由来于支配两个领域的方法的区别”^②。国家的社会理论家建立在人际关系以及“由人际关系的客体聚集起来的”某种“心理基础”之上，统治者和被统治者的意志关系受时空限制，同时与目的相关。^③在这里，耶利内克表现出了对当时自然科学的进化论和正在形成的心理学知识的兴趣，兼有从文化模式角度来整体研究宪法的意蕴。“应该承认，耶利内克的方法与角度也有独到之处，这主要表现在他首次在德国这样一个实证主义的传统非常深厚的国家，将社会学的观点引入了国家法的研究。”^④“耶利内克方法中的二元框架，在他身后部分由 H. 凯尔森等人继承，而国家社会学那一脉则由 H. 黑勒（1891—1933）、R. 施蒙特（1882—1975）、C. 施密特（1888—1985）等人继承。施蒙特认为，应把“国家理解成法律与法律以外因素相互作用的社会心理现象”^⑤，“主张从宏观上把握宪法运行的实际过程，综合分析和研究宪法规范背后的历史的、社会的、文化的、政治的

① 参见[德]米歇尔·施托莱斯：《德国公法史》，雷勇译，法律出版社2007年版，第613页。

② [德]G. 耶利内克：《一般国家学》，[日]卢部信喜译，学阳书房1994年版，第9页。

③ 参见[德]米歇尔·施托莱斯：《德国公法史》，雷勇译，法律出版社2007年版，第613—614页。

④ 李龙主编：《西方宪法思想史》，高等教育出版社2004年版，第249页。

⑤ [德]米歇尔·施托莱斯：《德国公法史》，雷勇译，法律出版社2007年版，第621页。

各种社会现实,全面地考察宪法的运行过程。其理论依据主要是宪法规范和社会现实之间的冲突和矛盾。这种从社会生活角度考察宪法的理论促进了宪法学原理与社会生活的适应性,在宪法学说史上具有重要意义”^①。施密特则把宪法分为“绝对意义的宪法”和“相对意义的宪法”。他认为,“绝对意义的宪法”是“制宪主体(君主或者人民)的一次性政治决断,决定性地创制自身的政治共同体的特定生存形式”^②。在他看来,政治决断实际上是不同政治力量对比关系的体现——“一部宪法要么通过制宪主体单方面的政治决断产生出来,要么就是通过若干制宪主体相互间的协商产生出来”。他还认为,宪法是一个动态的发展过程,“有一种根本的或在根基处涌动的力量或能量使政治统一体处于不断形成、不断被创造的过程中,宪法就是这个过程的原则。”^③由此可见,无论是耶利内克,还是施蒙特以及施密特都强调宪法背后的“社会的力”对宪法生成和实施的基础作用,并在方法论表现出了整体研究的趋势。在当今,互动理论、系统理论更是广泛地被宪法学研究吸收和利用并为宪法学研究开辟了极为广阔的学术空间。如前者形成了哈贝马斯的话语民主理论,后者则形成了卢曼和托依布纳的法律自创生系统理论。

毋庸置疑,宪法社会学正是在社会学“思想活水”的浇灌下成长起来的。作为一门交叉学科,它的开放性和“兼容并蓄”的品格

① 徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》,中国人民公安大学出版社2001年版,第405页。

② [德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘峰译,世纪出版集团、上海人民出版社2005年版,中译本前言,第2页。

③ [德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘峰译,世纪出版集团、上海人民出版社2005年版,第7页。

使它突破了人为设置的学科界限,不断地吸收社会科学的新理论和新方法,从而保证了宪法学研究的“青春永驻”。迄今,世界上绝大部分有影响的宪法学研究成果都可以贴上宪法社会学的标签。而在当下的中国,不少宪法学者抱怨:由于宪法司法适用和违宪审查机制的阙失,宪法学难以成为“显学”。殊不知,宪法社会学为学者提供了广阔的施展身手的空间,我们完全可以吸收社会学的知识来强化本国宪法学的基础研究,为中国已经开启的“宪政之路”提供理论支持。

2. 宪法社会学的产生是法治实践发展的必然产物

如果将三大法学流派发展史与法治实践的进程联系起来考察的话,那么我们会发现它们之间在总体上表现出一种对应关系:当我们畅想法治、追询法的正义价值的时候,自然法学派的思想便成为我们思考的圭臬;当需要制定法律、完备法制之时,讲究规范和体系逻辑自恰的形式主义法学派,自然占据着法学的舞台;当我们将法律运用到社会中去规约和指引人际关系,把法放到社会实践中去检验时,法社会学也就应运而生了。从这个意义上说,法社会学,包括宪法社会学的诞生实际上是法治实践发展的必然,它是对形式主义法学的祛魅。

曾几何时,形式主义法学自诩自己是唯一科学、真正的法律学科,也乐观地认为:“科学研究排除所有的武断;它从实在的规定和普遍的基本原则中发展出各个法律渊源的效力,明确依照解释规则,弄清法律规定的意义。外部考虑不能影响和改变它的结果;它为当局确定一种不会发生变化的规范,只要法律和科学观念保持一致,那么就总会有相同的判决”。^① 但是当18世纪末以后资

① [德]米歇尔·施托莱斯:《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第369页。

本主义初期制定的近代市民社会的法到了资本主义高度发展的19世纪末期已经变得与社会现实严重脱节的时候,这个“唯一目的在于认识法律而不在于形成法律”^①、缺少价值判断和“政治决断”理论头脑的学科便显得与社会格格不入了,“单纯重视对国家制定法作形式逻辑解释来得出演绎结论的法律解释学再也无法对现实的社会关系作出妥当的判决”。^②于是,法社会学或宪法社会学的诞生就是顺理成章的事了。可以说,从形式主义法学过渡到法社会学,实乃形式主义法学固有的矛盾所致。一言以蔽之,即规范与事实之间存在难以弥合的张力。

的确,形式主义宪法学派固守着自己封闭的视阈,沉醉于传统的思维空间去分析宪法制度的逻辑结构,或满足于逻辑注释现有的文本而得出对社会事实的结论,不去探究宪法规范与社会事实之间的因果关联,不去考察宪法实施的社会效果和宪法产生实效的社会条件,不为司法机关和行政机关解决面临的社会问题提供理论指导,一句话,不去有效地连接“规范”与“事实”之间的裂痕,结果只会加剧宪法规范和社会现实之间的冲突。事实上,宪法本身就是社会的宪法,宪法制定、宪法修改需要把社会利益或由社会利益抽象而成的价值转化为宪法规范;宪法解释、违宪审查也离不开对道德价值、社会利益、公共政策等各种社会因素的考量。“社会作为制定特定的法的基础,它是什么样的,它将发生什么样的变化;现实社会中的人与人之间存在什么样的利害对立,并与流行的法律理念、法律意识和法律正义观等有怎样的不同,在现实的社会

① [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,作者序,第2页。

② [日]上野裕久:《宪法社会学》,劲草书房1981年版,第2页。

关系中国的制定法能否切实被遵守,不同于它的东西(制定法之外的活法——笔者注)是否又被国民实施或遵守;在利害对立显著且常见的社会中,制定法会发挥什么样的社会作用。要明白这些问题,如果不学习吸收法社会学的成果的话,难以作出妥当的决定。”^①

宪法社会学的产生给学者们提出了一个要求:宪法学研究应为法治实践提供理论指南,从而使其能有效地弥合“事实”与“规范”之间的张力。这是宪法学研究的基本任务,尤其是正在走向法治国家的中国,学者们更应当将这一任务视为己任,在尊重宪法文本的同时,借鉴多学科,特别是社会学的知识和方法来开展综合研究,只有这样,才能使宪法学成为经世致用的学问,才能促进宪法学的繁荣和发展。事实上,当今的主流学说也不再固守过去严格意义上的“事实”与“规范”^②的二元论认识框架,而是在试图寻找一种把握两者关系新的哲学立场,从而建构一种沟通两者的综合性的“架桥”理论。近年来,我国宪法学界倡言的“围绕文本”或“围绕规范”的宪法解释学方法或规范宪法学可以说是围绕这一方向的努力,不过这还有相当长的一段路要走。当然,这也需要中国宪法学人戮力同心。

二、宪法社会学的研究思维

既然宪法社会学的任务在于以“规范”为基础搭建沟通

① [日]上野裕久:《宪法社会学》,劲草书房1981年版,第2页。

② 一般而言,在哲学领域,二元论框架用“事实”与“价值”来表述,但在法社会学领域,用“事实”与“规范”来表述二元论框架更为合适,因为规范本身是一个包含着价值内容的体系。