

盛 鹏 / 著

宪法的妥协性研究

Xianfa de Tuoxiexing Yanjiu

本书在对学界有关宪法属性研究进行梳理的基础上，提出妥协性是宪法的基本属性，对宪法的妥协性从原理、宪法的发展历史、宪法冲突、民主制度、宪法程序、宪法妥协性机制建构、和谐社会建设等方面对宪法的妥协性进行了全方位的研究，丰富和发展了我国宪法基础理论方面的内容

安徽人民出版社

盛 鹏 / 著

宪法的妥协性研究

Xianfa de Tuoxiexing Yanjiu



安徽人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法的妥协性研究 / 盛鹏著. —合肥: 安徽人民出版社,
2009. 6

ISBN 978-7-212-03592-1

I. 宪… II. 盛… III. 宪法—研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 092513 号

宪 法 的 妥 协 性 研 究

盛 鹏 著

出版发行: 安徽人民出版社

地 址: 合肥市政务文化新区圣泉路 1118 号出版传媒广场 8 楼

发 行 部: 0551-3533258 3533292(传真) 邮编: 230071

组 编: 安徽师范大学编辑部 电 话: 0553-3937079

经 销: 新华书店

印 制: 芜湖新欣传媒有限公司

开 本: 965 × 1270 1 / 32 印张: 7.5 字数: 202 千

版 次: 2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷

标准书号: ISBN 978-7-212-03592-1

定 价: 22.00 元

本版图书凡印刷、装订错误可及时向承印厂调换

序

哈贝马斯指出,一个民主国家的理性宪法体现了一种预先确立的、抽象化的原则性社会契约,它是一切具体共识和妥协的基础:在多元化的社会中,宪法代表一种形式的共识。公民们在处理集体生活时需要有这样的原则,这些原则因为符合了所有人的利益,因而可以得到所有人的理性赞同。而一部理性的宪法要想得到社会成员的认同,必须是该宪法充分体现了宪法的妥协性并建立了解决宪法冲突的妥协性机制。

然而,由于受传统宪法观念的影响,我国宪法学界对宪法属性的认识主要停留在阶级属性和作为最高法的根本法属性上,而对宪法的妥协性缺乏足够的认识和深入的研究,这与我国和谐社会条件下的宪政建设的要求不甚符合。目前,国内学者对宪法的妥协性问题基本没有涉足,仅有少量学者从外国宪法史和国家结构形式的角度对宪法的妥协性表现形式进行过研究,而对于宪法的妥协性从原理、方法到机制进行系统的研究还未曾见到。国外的学者虽较早注意到了宪法的妥协性问题,但专门研究宪法的妥协性问题的论文和专著还很少见。因此,把宪法的妥协性作为研究对象从国内外来看均具有很强的新颖性,本书的研究成果不仅将对我国的宪法学理论体系予以充实和更新,繁荣我国的宪法学基础理论研究,而且对我国的宪政建设也具有重要的实践价值。

作者在对妥协的一般理论概览的基础上主要研究了宪法妥协性的概念、特征、类型、价值、功能以及理论基础。宪法妥协性是指

宪法因宪法主体在立宪和行宪过程中发生宪法冲突或宪政挫折时采取谈判、协商、讨价还价以及基于避免直接对抗造成的严重后果的共同认识或默契而互相做出让步以解决宪法冲突、避免出现宪法危机的宪法妥协行为和结果所表现出来的特有属性，主要有协调性、宽容性和务实性等特点。宪法妥协性的价值主要表现为作为解决宪法冲突手段的工具性价值和其尊重和保障人权的目的性价值两个方面。从博弈论的角度分析，宪法妥协性的功能在于，宪法的妥协性机制和程序是一种能够产生妥协盈余的正和博弈。任何机制和程序都有一定的理论基础作支撑，宪法妥协性也不例外。马克思主义的妥协理论、互惠正义、社会契约论和妥协理性构成了宪法妥协属性坚实的理论基础。

从宪法的产生和发展的角度看，宪法的发展史实际上是宪法的妥协性价值逐渐获得尊重和普遍承认的历史。立宪主义的理论 and 实践均发端于西方，对西方典型国家的立宪史进行考察后，我们不得不承认宪法不仅源于妥协，而且在妥协中不断完善。中国立宪运动中几乎没有建构意义上的妥协性的宪法文本，但作者还是在中国宪法史仔细梳理过程中解析出了妥协性因素。

由宪法主体与宪法利益的多元化特征所决定，在宪政社会里，宪法冲突不可避免地发生。如何在不损害宪政法律秩序的条件下有效解决宪法冲突就成为各国统治者不得不面临的课题。在对宪法冲突的概念和类型进行界分的基础上，作者指出宪法的妥协性机制是解决内外部宪法冲突的最佳框架。但是，宪法妥协并不是无原则的妥协，从宪法的动态形态看，宪法主体在宪政实践中的妥协必须遵循宪法的最基本原则，否则宪法妥协无异于新的专制。在宪法规范与社会变革现实冲突问题上，宪法妥协必须以不违反宪法的最高规范效力为界限，“良性违宪”在宪法的妥协性框架内不能获得正当性基础。民主虽然具有人权保障的目的性价值，但它也有很明显的缺陷，宪法的妥协性正是对民主予以合法性证成的依据和标准。宪法的妥协性机制能够扩大民主之正面价值，消解民主之负面影响。

从动态宪法学角度观之,宪法的妥协性机制表现为妥协性宪法程序。作者在对宪法程序的概念、功能解析的基础上,揭示了宪法程序与宪法妥协性的关系。随后以中外宪法实践为分析背景,作者对解决国家权力与国家权力之间、国家权力与公民权利之间的冲突的具体妥协性机制、程序和理念进行了解析,并在此基础上指出了宪法的妥协性机制在我国的应用前景。

妥协与和谐有内在的逻辑关联,和谐社会的精神实质是因妥协而和谐。和谐社会在政治层面上表现为和谐宪政,和谐宪政存在的基础是政治国家与市民社会的妥协与和谐,对立与妥协的统一是和谐宪政的主要内容。在我国,研究宪法的妥协性对于构建和谐宪政与和谐社会具有相当重要的基础性价值。

当然,在上述肯定之余,书中也必然会存在不足和疏漏,如宪法的妥协性能否作为宪法的基本属性值得商榷,作者对宪法的妥协性机制的建构方面的研讨尚可更加深入,希望作者以后能够就宪法的妥协性问题作更加精到的研究。

李 龙

2009年1月于珞珈山

目 录

序	1
导 言	1
第一章 宪法妥协性的一般原理	8
第一节 妥协概述	8
一、从手段上看,妥协是解决社会冲突的基本手段	8
二、从结果上看,妥协是一种理性均衡状态	14
三、从思想文化上看,妥协是一种文化传统	16
四、从历史发展看,妥协是历史发展进程的客观要求	18
五、从宪政的视角看,妥协是现代政治生活的常态	19
第二节 宪法妥协性的概念、价值与功能	21
一、宪法妥协性的概念与特点	21
二、宪法妥协的类型	24
三、宪法妥协性的价值	28
四、宪法妥协性的功能——以博弈论为分析视角	35
第三节 宪法妥协性的理论基础	37
一、马克思主义的妥协理论	37
二、互惠正义	41
三、社会契约论	48

四、妥协理性	57
第二章 宪法的妥协性与宪法的历史发展	68
第一节 宪法的妥协性在西方立宪历史中的展开	68
一、英国宪法形成过程的妥协	68
二、美国宪法——大妥协的产物	73
三、法国立宪史中的斗争与妥协	82
四、宪法的妥协性与欧盟宪法	84
第二节 中国立宪运动中的妥协性及其评价	87
一、旧中国立宪运动中的妥协性表现	87
二、新中国立宪史中的妥协性	103
三、宪法妥协性视角下的中国立宪运动评价	112
第三章 宪法妥协性与宪法冲突	115
第一节 宪法冲突的概念和类型	115
一、宪法冲突的概念	115
二、宪法冲突的类型	119
第二节 宪法的妥协性机制是解决宪法冲突的最佳框架	125
一、宪法的妥协性机制与内部宪法冲突	126
二、宪法的妥协性机制与外部宪法冲突	128
三、宪法的妥协性机制与宪法价值冲突	130
第三节 宪政实践中妥协的原则与界限	134
一、宪法妥协的原则	134
二、宪法妥协的界限——以外部宪法冲突为背景	138
第四章 宪法的妥协性与民主	145
第一节 民主是协调利益冲突达致妥协性共识的制度	145
一、民主政治是因妥协而达成的共识形成的政体	146
二、民主是社会各成员形成公共生活空间的妥协形式	148

三、民主是建立在容忍差异基础上的妥协载体	149
四、民主的历史发展过程	
是通过妥协而不断演化的过程	151
五、民主是社会成员之间	
为了达成利益妥协而安排的程序	152
六、民主立法是各种利益	
自由竞争并妥协的表现形式	154
第二节 宪法的妥协性是对民主合法性证成的标准	155
一、民主的缺陷	155
二、宪法的妥协性是对民主	
进行宪政审查的依据和标准	158
第五章 宪法妥协性机制的建构——以宪法程序为中心	161
第一节 宪法程序与宪法的妥协性	161
一、宪法程序的概念	162
二、宪法程序的功能	164
三、宪法程序与宪法妥协性的关系	167
第二节 国家权力之间的妥协性机制	169
一、国家权力之间的横向	
妥协性机制——政权组织形式	170
二、国家权力之间的纵向	
妥协性机制——国家结构形式	180
第三节 国家权力与公民权利之间的妥协性机制	185
一、国家权力与公民权利之间的冲突	185
二、自由主义与国家主义的争论	188
三、妥协的视角	190
第六章 宪法的妥协性与和谐社会	
——和谐宪政的妥协之维	206
第一节 妥协:和谐社会的宪政之道	206

一、和谐与妥协的逻辑关联:	
和谐社会的精神实质是妥协而谐	206
二、妥协:和谐社会的合法性来源	207
三、妥协:和谐社会的基本宪政要素	210
第二节 和谐宪政的妥协之维	213
一、和谐宪政:和谐社会在政治领域的必然表现	213
二、和谐宪政的基础:	
政治国家与市民社会的妥协与和谐	214
三、和谐宪政的内容:对立与妥协的统一	217
结语:培育妥协性宪政基因,建构和谐宪政	221
参考文献	224

导 言

一、研究的目的和意义

从宪政发展史来看,近代宪法与宪政制度的建立是多种政治力量进行斗争、协商与妥协的结果。“宪政的确立和运行过程是斗争着的各阶级、各集团的妥协过程。宪法是这种妥协结果的法律表现,它是各阶级、各集团经过‘协商’并为各方所接受的利益分配方案”。^①虽然世界上较早的宪法一般都是在革命的过程中产生的,但一个值得注意的现象是,无论这种革命激烈到何种程度,真正的、宪政意义上的宪法的确立,最终还是妥协的结果。建立宪政的目的不是继续寻求对立,而是结束冲突,寻求妥协。民主的立宪过程从某种意义上来看,也是建立在市场经济机制上的一种“政治交易”,宪法则是人民与统治者在这种“政治交易”过程中所签订的契约,即通过一种妥协建立平衡的权力与权利机制。因此,作为国家根本大法的宪法,本质上说就是各种政治力量互相妥协的产物。

宪政以宪法为前提和基础,但有宪法不一定有宪政。宪政意义上的宪法的制定与实施,需要具备各种条件,而其中一个重要的前提条件就是在达成全社会的宪法共识的基础上,形成全社会对宪法价值的认同。因为这种宪法共识和认同,以及在这种共识基础上形成的宪法原则和宪法制度,是建立健全的宪政制度和稳

^① 谢维雁:《从宪法到宪政》,山东人民出版社,2004年版,第128页。

固的宪政秩序,保证宪法得到切实有效实施所不可缺少的必要条件。当然,这种宪法共识以及在这种共识基础上形成的宪法原则和宪法制度,是不应该通过强权或者某种政治观念强加给人民的,而应当是通过不同利益者之间的协商、妥协,最终达成并确立的。詹姆斯·布坎南在论证立宪选择中的宪法利益问题时指出:“宪法利益指的是不同人们的偏好,不能理性地决定何种偏好为优,利益间的冲突只能通过利益间的妥协来解决。宪法利益的妥协是内在探究的道德哲学的任务,毕竟我们对于何为正义何为不正义的规则有相当程度的共识。”^①妥协的结果不是形成思想上的完全一致,而是达成共识。这种共识最大的特点就是承认差异和利益冲突的存在,并通过宪法的妥协性机制来协调这种利益的冲突。利益冲突的各方若无宪法妥协性机制的制约,则必然会通过牺牲他方利益来追求自己的利益,最终对各方都有害。而防止这种结果发生的最好方法就是通过不同利益关系的妥协,寻求一项“多赢”的制度安排。要保持社会的稳定,就必须寻求一种利益最大化而成本最小化的机制。在民主宪政体制下,通过制度性妥协,减少政治冲突的风险和代价,并能从根本上保持政治的稳定,这无疑是现代社会的一种明智的政治选择。宪法的妥协性机制正是这种明智的、多赢的制度安排,它是宪政的“润滑剂”,防止宪政体制过于僵硬和死板以至于无法适应变化的环境而导致宪法危机和宪政挫折。

正义是社会制度的首要价值,在宪政社会中,作为首要社会制度的宪法不能仅体现报应式的正义,更应张扬互惠正义的价值理念。正义实际上表现为利益的适当交换和相互妥协,根据理性协商的法治精神达成道德共识并以此共识为基础建立正义。随着我国市场经济的深入发展,我国的社会同质性逐渐消解,社会多元化格局正在形成。宪法的妥协性价值在政治生活和社会生活中日益彰

^① James Buchanan, *Interests and Theories in Constitutional Choice*, in James Buchanan, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor (MI), University of Michigan Press, P.51.

显。因此,对宪法的妥协性展开深入的研究对于我国的宪政建设具有重大的理论意义和实践价值。

然而,由于受传统宪法意识的影响,我国宪法学界对宪法属性的认识主要停留在阶级属性上,^①而对宪法的妥协性缺乏足够的认识和深入的研究。根据笔者的阅读范围,国内学者对宪法的妥协性问题基本没有涉足,留学日本并在日本任教的季卫东教授曾从宪法的妥协性角度研究过国家结构形式问题,对于宪法的妥协性机制没有进行深入的研究。国外的学者虽较早注意到了宪法的妥协性问题,但专门研究宪法的妥协性问题的论文和专著还很少见。因此,本书的选题从国内外来看均具有很强的新颖性,本书的研究成果不仅将对我国的宪法学理论体系予以充实和更新,而且对我国的宪政建设也会有很高的借鉴价值。

中国共产党在汲取人类政治智慧,总结人类政治实践经验的基础上提出了构建和谐社会的政治理念,昭示着和谐社会已经成为中国社会的发展目标。和谐社会的价值诉求是社会成员之间的利益均衡,社会成员具有诚实信用的品格、表达意志的自由和平等的政治、经济、社会地位是保障利益均衡的基本前提,社会成员在建立社会关系时相互妥协是实现利益均衡的基本方式,但是由于自然和历史的原因,社会成员之间的政治、经济和社会地位很难绝对平等,社会成员在建立社会关系时所表达的意志也很难完全与自己内心的真实意思一致,因此现实的和谐社会应当是社会成员以相互妥协的方式建立相对均衡的利益关系,以宪法规定的程序恢复失衡的利益关系或防范利益关系失衡。和谐社会的演进过程是冲突、妥协,再冲突、再妥协。和谐社会在政治层面上表现为和谐宪政,而和谐的宪政社会的构建依赖于我们对宪法的妥协属性及宪法的妥协性机制的重视。

^① 宪法因反映国内各种政治力量的对比关系,因此具有阶级性,但阶级性不是宪法的特有现象,它不是宪法区别于其他社会现象的标志,政治、道德、经济、宗教等其他社会现象都有阶级性,有些社会现象所体现的阶级性比宪法更加明显和直接。参见白钢、林广华:《宪政通论》,社会科学文献出版社2005年版,第113页。

本书的研究目标是从宪政的历史与现实、宪法的理论与实践的多重视角对宪法的妥协性进行复眼式观察,在对历史和理论的考察和分析后界定宪法的妥协性概念;对世界各国的宪政实践考察和分析后提出建构宪法的妥协性机制的设想。

二、关于宪法妥协性的国内外研究现状和发展趋势

在我国,最早提及并论述宪法的妥协性问题的的是我国台湾学者施华生教授。他的《宪法精粹》一书在论述宪法具有最高性、固定性、历史性、简洁性、无制裁性、包容性和适应性之后,又专门论述了宪法的妥协性。^①林纪东教授随后在五南图书出版公司1989年5月出版的《比较宪法》第三章中阐述宪法的特性时指出,“宪法为国家根本大法,乃国民生计之所系,自为各方所注意,非折衷调和,互相容让,难获定案。故研究各国宪法者,须注意宪法的妥协性,已明其各个条文规定参差,精神互异之原因,及其改变修正之由来,庶及于各国宪法之研究,能得其真谛也”。^②张治安在其所著《中国宪法及政府》中指出,“宪法往往是力的妥协,而非纯出于推理。制宪者来自各种不同阶层,代表各种不同利益,故宪法制定,常须要经过辩论、让步、调和、折衷,由是许多条文就往往有着容让妥协的痕迹”。^③北京大学出版社出版的季卫东教授撰写的《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》第八章中从宪法的妥协性角度出发论述国内政府之间关系和对联邦主义的看法。作者在论及宪法的妥协性时指出,从程序性宪法概念出发,宪法具有明显的妥协性。宪法要容纳不同的选择可能性、妥协以及试错过程。宪法既是制度性妥协的安定化装置,同时也应该保持对制度性妥协进行调整和重构的契机。如果价值中立地和现实地考察宪法的实质,那么妥协性这一视角还是必要的。宪法的妥协性就是一种在利益要求和价值都已经多元化的状况下重新安排政治

① 施华生:《宪法精粹》,五南图书出版公司1989年3月第四版,第20页。

② 林纪东:《比较宪法》,五南图书出版公司1989年5月版,第15页。

③ 张治安:《中国宪法及政府》,五南图书出版公司1992年9月第二版。第16页。

目的和国家制度的妥协。^①然而,作者对宪法的妥协性的论述只是浅尝辄止,让人感觉意犹未尽。中国社会科学院法学研究所的张庆福教授在《宪法学基本理论》(上)一书中在论及宪法规范的特性时认为宪法规范具有妥协性,“宪法规范的妥协性也叫灵活性,任何宪法都带有明显的妥协性。钦定宪法是以封建君主为主体与资产阶级妥协的结果;协定宪法是封建君主与以资产阶级为主的其他力量势均力敌或者几乎均衡的结果;资产阶级的民定宪法是在资产阶级占完全优势的情况下与其他阶级和阶层妥协的结果;无产阶级宪法是在无产阶级占绝对优势的情况下与其他阶级和阶层妥协的结果。宪法规范的妥协性是为了维护统治阶级根本利益的妥协,或者说是为了更好地实现统治阶级根本利益的妥协”。^②

从宪法发展史的角度看,宪法是各国政治力量较量、博弈和妥协的结果。王希在《原则与妥协:美国宪法的精神与实践》一书中从美国宪法发展史的角度,在对美国宪法 200 多年的发展历史进行总结后得出结论:美国宪法由于建立在一个文化多元、利益不但交错复杂而且冲突剧烈的社会基础之上,因此,立宪的过程必然是一个协商和妥协的过程,由此产生的宪法也必然是一个多元利益相互妥协的产物。妥协而果的宪法本身也成为一种妥协的机制,美国宪法因为这种妥协性机制而成为“活着的宪法”。^③美国学者马克斯·法伦德在《美国宪法的制订》中也指出,美国 1787 年宪法就是一个大妥协案,并对妥协的细节进行了阐述。^④另一位美国学者乔·埃爾斯特在《协商与制宪》一文中通过对美国宪法制定时期的妥协、协商而制宪的历史事实的考察,最后得出了宪法的制定实际上就是一个妥协和民主协商的过程。^⑤

① 季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社 2002 年版,第 159—162 页。

② 张庆福:《宪法学基本理论》(上),社会科学出版社 1999 年版,第 178 页。

③ 王希:《原则与妥协:美国宪法的精神与实践》(前言),北京大学出版社 2000 年版,第 7 页。

④ [美]马克斯·法伦德:《美国宪法的制订》,董成美译,马清文校,中国人民大学出版社 1987 年版,第 57、83 页。

⑤ [美]乔·埃爾斯特:《协商与制宪》,载陈加刚选编:《协商民主》,上海三联书店 2004 年版,第 217—237 页。

我国青年学者陆幸福在《宪政解析》一文第三部分指出,妥协是宪政的运作机制,这是人类长期积累经验、理性探索的制度财富。英国宪法、美国宪法都是妥协的产物;宪政是在公民充分表达意见基础上的妥协,是独立主体间的妥协,权利意识是个体参与政治协商和妥协的原动力。^①

虽然上述论文都谈论过宪法的妥协性问题,但是,他们的论述都很简单,大都不超过千字。在进一步拓宽阅读范围后,笔者发现不仅国内对宪法的妥协性问题较少论述,而且在国外也未发现论述宪法的妥协性的专著或专题论文。于是,笔者认为把宪法的妥协性作为研究对象具有新颖性和前瞻性。

三、研究方法

本著的研究,在基本的立场上坚持以马克思主义辩证唯物主义和历史唯物主义为指导,在具体的研究过程中,主要采用规范分析和实证分析相结合的方法。

“一种成熟的理论必须要有成熟的规范分析方法的运用”^②,宪法学本身是一种有着深刻价值追求的学术,因此规范分析方法是宪法学的基本研究方法。规范分析方法是一种应然分析方法,主要关注“应该是”的问题,强调宪法学研究的价值标准,并用以判断各种宪法现象、宪法行为、宪法渊源的价值,^③对它们作定性分析。法学是一门实践性很强的社会科学,宪法学作为法学的一个重要分支,当然也不例外。因此,实证分析也是宪法学的基本研究方法之

① 陆幸福:《宪政解析》,载文正邦主编:《宪法与行政法论坛》,中国检察出版社2004年8月第一版,第38—52页。

② 潘伟杰:《宪法的理念与制度》,上海人民出版社2004年版,第81页。

③ 价值问题虽然是一个困难的问题,但它是现代国家立宪过程所不能回避的,也是法律科学所不能回避的。即使是最粗糙、最草率或最反复无常的关系调整和行为安排,在其背后也总是有对各种互相冲突和互相重叠的利益进行评价的某种价值准则。在西方宪法学发展史的各个经典时期,对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用,都曾是宪法学家们的主要活动。参见[美]庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1964年版,第55页。

一,它是一种实然和经验分析,主要关注“是什么”的问题,强调以实证的事实与案例来验证一般的宪法原理和原则,经过验证得出普遍性的命题。本著研究的出发点是试图对宪法的妥协性这一宪法的基本属性作定性的分析;同时本著研究的立足点也并不是对宪法妥协性作纯粹宪法哲学上的理论抽象,而是利用实际宪政生活中的有关宪法妥协的实证案例和经验材料,在对实际宪政生活运行状况的描述和阐释的基础上进行价值判断,从而使得宪法的妥协性这一价值判断有着经验的、可验证的历史和现实基础。应当指出的是,虽然宪法学在 20 世纪的发展非常强调实证分析方法在宪法学理论中的运用,但是我们无法忽视这样一个事实:宪法学是在经历了相当漫长的规范分析以及价值论证过程的基础上来强调实证分析的。因此,本著采用的是规范分析与实证分析相结合的研究方法。在具体的手段上,则采用了宪法社会学、公共选择理论、博弈论^①、比较分析和历史分析等方法对宪法的妥协性进行多纬度的研究。

① 宪法是不同利益团体相互博弈的产物,宪法的运作过程,在本质上是人(社会)、政府、国家之间的利益分配的博弈过程,宪政问题在某种意义上说,就是博弈问题。在现代社会,宪法上的博弈表现为“非零和多元博弈”,以“排斥零和博弈,走向多赢为基本立场”,即尽量避免宪法上的争端各方之间出现零和博弈,努力争取利益各方达成妥协,走向合作。参见江国华:《宪法的形而上学》,武汉出版社 2004 年版,第 25—26 页。