

法律原则看,它是规范主义的,从法治国家的二元角度看,它是富有效力的,即在分界之内,它是真正能够得到实施的,并且有一套独立公正的司法制度来保障它的实行。

三、宪法司法化与政治—法律拟制

鉴于中国社会主义法治国家的政治原则与法律原则的二元划分,单一的宪法司法化和单一的民主问责制都难以有效地解决中国的法治问题。由于中国共产党的领导、人民当家作主的政治原则,诸如西方宪政体系中的独立司法制度和违宪审查制度,在中国是行不通的,中国宪法的政治性质决定了不可能走宪法司法化的路子,但是,这样说并不等于完全破除宪法的司法化,因为中国宪法中的绝大多数法律问题是可以通过司法化或司法审查来解决的,没有司法的公正审查,中国的法治秩序也是不可能建立起来的。因此,对于宪法司法化问题,笔者的观点是要作政治原则与法律原则的划分,对于法律性问题,可以采取宪法司法化的方式,但涉及宪法中的政治问题,则不宜采取司法化的解决方式。

对于宪法的政治问题,笔者感觉通过一种法律—政治拟制的思维方式加以审慎解决,或许是一条可取的道路。我们知道,法律拟制(legal fiction)和政治拟制(political fiction)是一种古老的技艺,^[2]在西方传统法律制度中,尤其是私法中,存在大量而有效的法律拟制,在政制事务中,关于政治拟制的例子古今中外也都有成功的典范。中国的社会主义法治国家,在有关从革命宪法到改革宪法的变革中,如何处理政治原则与法律原则的关系,笔者认为用法律—政治拟制或许比宪法司法化较为有效和可取。通过法律—政治拟制,可以把革命宪法中的革命性的政治原则转化为一种能够向法治秩序开放的法律原则,法律在面对政治问题的拟制处理时,由于处理的只是类比性的个案,并不会因此而颠覆政治原则本身。反过来,革命宪法恰恰是在法律—政治的拟制中逐渐祛除了革命的叙事,成为拟制中的新的政治主体。这个保守革命的法律—政治拟制的蜕变,可能才是改革宪法的内在逻辑。宪法司法化的动力机制在于法治,法律—政治拟制的动力机制在于政治,这是两者的区别。

[2] 参见刘海波:《关于宪法解释的几个问题》(本期笔谈)。

关于宪法阐释的几个问题

刘海波

宪法是根本大法,依法治国首先是依宪治国。在我国,“中国共产党依法执政”和“坚持党

作者简介: 刘海波,中国社科院法学所副研究员。

的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一”等重要的政制原则,都需要通过阐释宪法,获得实践上的一些具体结论。不过,宪法阐释绝不是一件简单的事,这是我国当前尤其需要注意的问题。中国化马克思主义“实事求是、解放思想、与时俱进”的精神,中国革命与建设已经创造的一些光辉的范例,将指导我们从事宪法阐释工作。一般来说,正确的宪法阐释至少需要:审慎判断为出发点、适中的成文宪法观、理解拟制思维。

一、审慎判断为出发点

当我们在进行宪法阐释的时候,不能背离实事求是这个根本的方法,要面对具体的情势进行审慎判断,不能只是从抽象的原则进行演绎。

有些人以为要先确立宪法的逻辑起点、逻辑根据,从根据中必然地获得结论。这种思维方式根据抽象原则演绎宪法,试图使宪法成为一个逻辑统一的体系,因此一定要先确定一个根本性原点或逻辑起点,然后从此原点出发获得确定性的必然结论,其推理的过程是严密的,并且是一个不可逆的过程。可是,很早的时候,古罗马法学家 Neratius 就说:我们决不能去探究我们的宪法的逻辑依据(rationale),否则我们会丧失其确定性,就会将其颠覆。

在规则与秩序的关系上,人们通过规则创造秩序,但是,秩序和谐和规则体系的逻辑划一并不是一回事,相反,一个真的做到了形式逻辑一致的规则体系制造的是一个最不可忍受的秩序。抽象概念演绎方式获得的结论,即使能增加宪法规则的形式逻辑一致性,却会破坏宪法规则的内在一致性或有机统一性,使其更加不平衡,从而加剧实际政治秩序的紊乱和冲突,在事实上引发冲突,引起秩序不安定的后果。

宪法阐释探讨的是实践规范。我们承认存在绝对正确的、纯粹形式的伦理法则,否则会导致背谬,但绝对正确的纯粹形式的伦理法则,不能成为逻辑意义上的起点。实践规范不是从有实质性含义的若干个抽象原则或绝对命令,通过推理获得一个确定性的结论,而是了解具体的事实和真实的关系后形成的一种判断。今天,我们也不能把自由、民主、平等、人权等概念在先验层次上进行范畴和概念的抽象演绎,作为生活世界的具体原则。宪法阐释不是在概念与事实、先验与经验、范畴与历史之间作抽象的联系与等同。

奥克肖特区分了两种不同的政治论说^[1]:说服性的与证明性的。他也提出了说服性政治论说的逻辑设计:“这里是有某种逻辑设计的政治论说:它是去说服但不能证明的论证。它从给予信念(该信念构成其言谈词汇)的逻辑地位——基本原理的地位或基本原理的组成部分的地位:一般认为是真的信念和一般认为是重要的价值——中得到这个设计。这也许是在政治论说中找到的最普通的逻辑设计。它是从古代世界传到我们的一切政治演讲的那种设计;它是最近 500 年多数国会言论的那种设计;它是一切国家文件的设计”^[2]。对于另外一种政治论说,证明性论证,在奥克肖特看来,“简而言之,人们相信,证明性政治论说要么可以从一种其组成信念被赋予公理的逻辑地位的‘意识形态’中产生,要么可从一种其组成信念被赋予关于人和事物进程的绝对知识陈述的逻辑地位的‘意识形态’中产生”^[3]。奥克肖特批评了证明性政治论证:

[1] 迈克尔·欧克肖特:《政治中的理性主义》,张汝伦译,上海译文出版社,2003年。

[2] 同[1],第71页。

[3] 同[1],第72页。

“同样重要的是,这种对证明性政治论证的渴望可能使我们不满日常的政治论说,因为它不是证明性的,我们可能被诱使认为它是一种非理性。这将是一个灾难性的错误。它是一个错误,因为处理猜测与可能性,权衡形势利弊的论说是推理,它是唯一一种适于实践事物的推理。在这个问题上,亚里士多德和伊索克拉底是比柏拉图和马克思更好的指导”^[4]。

对于宪法阐释而言,执着于其经验上或形式逻辑上的确定起点的探究并不重要甚至会陷入迷宫,无助于确认法律的实际效力和检验政制本身的合理性,后两者才是我们关注的重点。将宪法适用于具体情况或者说从事宪法阐释时,首要的是审慎判断的问题,而非概念的逻辑演绎。演绎推理而非论证式地获得结论,导致政治实践的彻底理论化,带来理论上的不必要的争吵。如果这样,那么美国的人民主权与司法审查,英国的议会主权和法律主治,中国的党的领导、人民当家作主和依法治国,每个国家这些原则之间将出现无法化解的冲突。但如果宪法阐释以审慎判断为出发点而不是要最大限度地合乎抽象原则,则通过审慎地选择个别规则,能够使得实际的政治秩序变得和谐,整个规则体系获得内在一致性,那么,上述每个国家这些宪法原则就不存在冲突问题了。

二、适中的成文宪法观

我们处在一个成文宪法大行其道的时代,成文宪法不仅规定了政制与法制的基本规则,也是被崇拜的对象。本文不否认成文宪法对于优良的政治秩序的作用,也不反对对宪法的崇拜,但反对落入法律虚无主义和法律实证主义那不可取的两极,因此提倡这样一种宪法观念:当不存在成文宪法时,宪法仍然存在;成文宪法存在时,它是宪法的一个部分,不是宪法的全部,成文宪法同时是“实在”和“如在”,成文宪法崇拜是崇拜它象征的事物,不能把成文宪法当作一个封闭的、已经完成的体系。

没有成文宪法时,我们不能落入宪法虚无主义。一个政治社会是不可能没有宪法的,宪法强调的是政治社会的实在构成和实在的游戏规则,而不仅是一纸被正式称为宪法的书面文件。一部成文宪法对一个正当的、稳定的政治秩序来说并不是绝对必需的。英国和以色列都感到没有必要把所有的基本教义和法律都写入一个文件里。英国宪法包括许多文件,像大宪章、权利请愿书和权利法案,还有作为普通法固定先例的司法判决、议会的重要议案以及几个世纪以来的习惯和传统。以色列宪法也是诸多文件和先例的集大成者,有些还可以追溯到圣经时代。成文宪法仅仅是宪法的一个部分,在拥有成文宪法的国家,那里也有无数的传统、习惯和先例构成宪法秩序的一个部分,司法先例和政府传统也构成社会的基本法律。

存在成文宪法时,对成文宪法的崇拜不能落入法律实证主义的陷阱。只是从实在法体系的意义讲,宪法之上不再有任何法律;就宪法哲学而言,宪法之上还有法,高于宪法的根本法则,我们可以称之为“客观法”、“自然法”、“最高法”、“天法”,也可以称之为“共识”、“基本原则”、“宪政观念”、“道统”、“天道”等。^[5]原来,成文宪法在两个意义上作为最高法而存在,它规定了政制与法制的基本程序,程序先于实体;它象征了而非直接就是根本法则,对成文宪法的崇拜

[4] 同 [1],第 84 页。必须指出的是,奥克肖特对马克思主义存有误解和偏见,马克思主义“实事求是”、“具体问题具体分析”的核心方法论,继承而且发展了传统实践科学的精髓。

[5] 夏勇:《中国宪法改革的几个基本理论问题 -- 从“改革宪法”到“宪政宪法”》,《中国社会科学》2003 年第 2 期。

是“祭如在”。“在”有两种不同的含义，“实在”与“如在”。“实在”不是宪法的起点，否则会陷入法律实证主义；“如在”作为起点导致不同的论证：这不是通过推理获得一个确定性的结论，而是了解具体的事实和真实的关系后，然后做审慎的判断。我们的成文宪法观应该是合乎中道的：虔敬而不教条：明达而不虚无。

我们不怀疑宪法的一般原则确实存在，同时，识别宪法原则不能化约为抽象的、先验的教条的方式，脱离实践抽象地谈论原则没有意义。宪法原则可能体现于各个政治社会的实在政制、习惯、司法判例等等当中，不管它们是成文的还是不成文的。对中国共产党依法执政而言，这里的法，就包括了许多宪法惯例。

三、理解拟制思维

既然宪法是根本大法，依法治国首先是依宪治国；既然宪法之道是根本之道，根本之道，也就是不变之道；既然宪法必须有超越强力维持的权威，年代久远、承载历史的光荣记忆是这种权威的重要成分；既然成文宪法具有象征的意味，是人民崇拜的对象，象征是不宜大加更新的；既然成文宪法的修改一定设立了非常困难的程序，那么，成文宪法的修改要慎之又慎，不宜频繁和过多修改，甚至要自古及今永恒不变才更好。当然，即使永恒不变的宪法，要成为好宪法，也要能不断适应变化的情势，应对新出现的问题。宪法阐释中有一个似乎永存的困境，一方面，宪法要稳定甚至不变化，另一方面，宪法要能不断适应变化的情势，要应对不断出现的新问题，要吸收新发现的政治法律科学原理。那么，在宪法阐释中，拟制思维似乎就是自然而然的。

在政制优良的国家，如古罗马、英国、美国、中国古代，都可以发现政治拟制（political fiction）与法律拟制（legal fiction）。一个简单例子是法律拟制扩大了英国财政法院的管辖权。财政法院的管辖权开始局限于税和对国王的其他义务方面，只是很少量地涉及两造之间的私人纠纷，比起其他法院，财政法院的待决案件要少得多。那些在财政法院提起债务诉讼的人不得不托词他们欠国王的债，但债务人不正当地拖欠以致他们无法还国王的债。欠国王的债就是一个法律拟制，不论真假，债务人没有权利对这个说法进行论辩，以排除财政法院的管辖权。通过这个技巧，债权人就能把他的案件带到能更快速处理的财政法院，财政法院的管辖权也就扩展到所有的债务纠纷。另一个法律拟制的例子是关于从议会辞职的。1623年，有一项法律规定议员获得了他们选民的信托，因此不能自由辞掉议员职务。在那些日子里，议会权力相对弱小，议员工作有时不被看作是权力和荣耀的职位，而是令人烦恼的义务。但是，如果议员从国王那里获得一个有酬劳的岗位，则有义务离职，怕的是他的独立性因此受损害。这样，就有一个机制被发明出来，如果一个议员想辞职，就到国王那里申请一个 Chiltern Hundreds 管事的职位，这是一个几无任何职责和报酬的职位，但又确实是国王所授予的。

亨利·梅因说：但我现在应用“法律拟制”这一个用语，是要用以表示掩盖、或目的在掩盖一条法律规定已经发生变化这事实的任何假定，其时法律的文字并没有被改变，但其运用则已经发生了变化。因此，这个用语包括了上面我从英国法和罗马法中所引证的拟制的实例，但是它们所包括的范围还要广泛得多，因为我认为英国的“判例法”和罗马的“法律解答”（*Responsa Prudentium*）都是以拟制为其基础的。^[6]

[6] [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1996，第16页。

法律拟制是一门古老的技术,曾经在法律的发展中起了巨大的作用,在罗马和英格兰早期,立法活动不多,甚至根本没有,法律拟制是法官保持法律适应时代的惯常手段。在罗马和英格兰早期,法律都已经完全被变更了;而拟制使它仍旧和改变以前一样。法律拟制,至少在法律的旁观者眼中,法律的操作者进行了对事实的虚构或者造成了法律形式与法律实质的对立。

拟制的事例,虽然多属于私法的范围,但如麦基文指出,在公法和政治领域,也可以见到,如古罗马的元首制(Principate)和英国的有限君主制,元首制是共和(commonwealth)形式伪装下的绝对君主制。它们都是长久虚构思维习惯的产物,是政治拟制。^[7]神圣罗马帝国,也是政治拟制,伏尔泰认为,它不神圣,不罗马,更不帝国。然而,它确实是罗马的,尽管不是神圣的。它的拟制本性纯粹是罗马式的。^[8]

我国历史上,宇文泰的复古改制则使关陇一隅之地最终一统天下,可以作为一个较成功的政治拟制的例子。下面摘引陈寅恪先生在《隋唐制度渊源略论稿》和《唐代政治史述论稿》中一些论述:

然宇文氏只分有少数之六镇民族,复局促于关陇一隅之地,终能并吞分有多数六镇民族及雄据山东富饶区域之高齐,其故自非仅由一二君主及诸臣材不材之所致,盖必有一全部系统之政策,为此东西并立之二帝国即周齐两朝胜败之主因,可以断言也。宇文泰率领少数西迁之胡人及胡化汉族割据关陇一隅之地,欲与财富兵强之山东高氏及神州正朔所在之左萧氏共成一鼎峙之局,而其物质及精神二者力量之凭藉,俱远不如其东南二敌,故必别觅一途径,融合其所割据关陇区域内之鲜卑六镇民族,及其它胡汉土著之人为一不可分离之集团,匪独物质上应处同一利害之环境,即精神上亦必具同出一渊源之信仰,同受一文化之熏习,始能内安反侧,外御强邻。而精神文化方面尤为融合复杂民族之要道。(《唐代政治史述论稿》上篇)

自西汉以来,模仿周礼建设制度,则新莽、周文帝、宋神宗,而略傅会其名号者则武则天,四代而已。四者之中三为后人所讥笑,独宇文之制甚为前代史家所称道,至今日论史者尚复如此。夫评议其事之是非成败,本非其本章之主旨及范围,故俱置不论。兹所言者,仅宇文泰模拟周礼创建制度之用心及其所以创建之制度之实质而已。……此种关陇文化本位政策,范围颇广,包括甚重,要言之,即阳传周礼经典制度之文,阴适关陇胡汉现状之实而已。否则宇文出于边夷,汉化至浅,纵有政事之天才,宁具诗书之教泽,岂可与巨君介甫诸人儒化者相比并哉!然而其成败所以与新宋二代不同者,正以其并非徒泥周官之旧文,实仅利用其名号,以暗合其当日现状,故能收模仿之功用,而少滞格不通之弊害,终以出于一时之权宜,故创制未久,子孙已不能奉行,逐渐改移,……(《隋唐制度渊源略论稿》(三) 职官)

陈寅恪先生认为宇文泰的复古改制,周礼只是文饰之具,出于一时之权宜,但这是智者(sophist)的语言,没有以政治社会成员的内在视角为视角。本文看来,政治和法律拟制,不同于欺诈,不同于“挂羊头,卖狗肉”,并非是偷梁换柱。在拟制当中,对古老法律的自豪与尊敬以及具体中明智审慎的判断,两者可能都是真实的。政治法律之道,正是真实的而非有意为之的虔诚和不遗余力的深思明辨的结合。所以本文认为,拟制思维经常是自然而然的。法律拟制在今天大规模立法的时代里已经没落,但不会完全消失。本文提出拟制思维在宪法阐释中的必要性,并不是要教坏政治家,我们时刻都不能忘记“修辞立其诚”。

在从事宪法阐释的时候,问题的答案必须经由宪法的“阐释”得出,但是又必须直面事实,满足时代的需要和目标。这样,宪法阐释就需要同时以两种方式进行,一方面要找到事实上合理

[7] 参见[美]C.H.麦基文:《宪政古今》,翟小波译,贵州人民出版社2004年,第45页。另外参见[英]詹姆斯·布赖恩:《神圣罗马帝国》,商务印书馆1998,第22章。

[8] 同上。

的规则；另一方面，合理的规则要通过保持历史的连续性获得正当性，或看起来正是人们心中具有强大情感力量词语所代表的事物。

我国已经形成的政治格局、人们既有的成见、已经确立的成文法条、国际社会流行的政治见解，这种种情势，使得我们在进行正确的宪法阐释时需要理解拟制思维。^[9]

[9] 参考美国宪法阐释的情况。“每一时代的重要宪法问题都必须经由法律文件的‘解释’得出判决，但是这一判决又必须直面事实，满足这一时代的需要和目标。间而言之，‘根据法律’来决策的义务总是呈现出一种二律背反(antinomy)。最高法院必须通过援引一种尊严的连续感来保持其正当性和法治的理想，但是它还必须发现当前时代的主导要求和目标的某些成分”。参见[美]阿奇播尔德·考克斯：《法院与宪法》，田雷译，北京大学出版社2006年，第71页。

关于中国法治的两个问题

翟小波

要人治还是要法治？在文革灾难的直接刺激下，在反思和批判中国传统政治文化的过程中，中国选择了法治。这选择的作出，是艰难而漫长的，但更艰难更漫长的，则是法治的践行和确立。

一、司法独立，还是宪法司法化？

法治的践行和确立，是极复杂的、系统的历史工程。但其首要的前提，是司法独立。因为司法是“已确立的法被普遍服从”的最主要的、最终的保障，为使且只使“已确立的法”被普遍服从，司法就应只服从法，不应受其他任何“非法的”或“法外的”力量的干扰，司法必须独立。为此，人发明了一系列机制，如司法机关和职能与立法行政分开、回避、禁止兼职、任职终身及其他资格保障等等。除此之外，司法不应受政治的干涉，不应沦为阶级斗争、权力阴谋或经济建设等政治目标的工具，如一些司法体制对法官的党籍作出限制性规定，拒绝法官民选等等。

但问题是：司法应否干涉政治？政治应否司法化？中国学界的主流，强烈反对司法政治化，但却热情拥抱政治司法化，把它看成自明的理想，看成民主宪政的必要环节。宪法司法化就是其中最强劲的代表，它强调由司法机关来控制代议机关立法的合宪性。对转型期的中国政法实践来说，宪法司法化真的是福音吗？是值得追求的目标吗？笔者认为，它是美丽的陷阱，将阻碍司法独立的进程。

由司法机关来控制代议机关立法的合宪性，这种做法缺乏民主正当性——道理很明显，笔者在此不愿饶舌。这里要强调的是，在中国，宪法本身是政治性政策性很强的改革纲领。宪法

作者简介：翟小波，北京大学法学院讲师。