

宪法价值的适用区间与宪法实施的可能性

莫纪宏

【摘要】 宪法价值是近年来我国宪法学界关注较多的一个重要的宪法学概念，作为一种价值现象，其功能存在特定的价值适用区间，这种价值适用区间决定了宪法价值发挥自身作用和影响的范围。只有从分析宪法价值的功能区间入手，才能为宪法实施提供一套较为科学和有效的评价方法，宪法实施既有宪法实践方面的“事实客观性”，同时又有宪法价值方面的“价值主观性”，只有在理论上将宪法价值与宪法实施有机地结合起来，才能正确地认识和看待我国现行宪法30年来实施的真实状况，也才能更好地认识宪法作为根本法在调整人们行为中的法律规范作用。

【关键词】 宪法价值 适用区间 宪法实施 可能性

【中图分类号】 D921 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-114X (2013) 02-0228-07

缘 起

2006年12月27日《学习时报》刊登了俞可平的文章“民主是个好东西”（以下简称“俞文”）。其中俞可平先生对“民主”自身存在的缺陷做了非常清晰的交代，即“民主是个好东西，不是说民主什么都好。民主决不是十全十美的，它有许多内在的不足。民主确实会使公民走上街头，举行集会，从而可能引发政局的不稳定；民主使一些在非民主条件下很简单的事务变得相对复杂和烦琐，从而增大政治和行政的成本；民主往往需要反反复复的协商和讨论，常常会使一些本来应当及时做出的决定，变得悬而未决，从而降低行政效率；民主还会使一些夸夸其谈的政治骗子有可乘之机，成为其蒙蔽人民的工具，如此等等。但是，在人类迄今发明和推行的所有政治制度中，民主是弊端最少的一种。也就是说，相对而言，民主是人类迄今最好的政治制度”。虽然“俞文”没有采用价值分析的术语来表述民主的特性，但是上述关于民主存在的弊端的分析，实际上是肯定了民主价值存在一定的“适用区间”，即民主作为一种治国理政的善性价值，只能在某一个区间范围内发挥自身的最佳功能，超过了民主价值的功能区间，民主可能就无法给一个国家和社会带来正面的影响。

2012年6月14日黑龙江省第十一届人大常委会第三十三次会议审议通过的《黑龙江省气候

资源探测和保护条例》(以下简称《条例》)规定“气候资源,是指能为人类活动所利用的风力风能、太阳能、降水和大气成分等构成气候环境的自然资源”,“气候资源为国家所有。”面对社会公众质疑,黑龙江省气象局应急与减灾处处长马旭清说,气候资源归国家所有,主要依据《宪法》中有关自然资源的规定。宪法第9条规定,自然资源属于国家所有,即全民所有。根据《条例》对气候资源的定义,气候资源属于自然资源,所以气候资源属于国家所有,即全民所有^①。对此,学界有人明显提出反对意见,中国政法大学环境法教授王灿发认为,太阳能、风能与人们平常所指的自然资源应是有区别的,因为矿藏、水流、森林等资源是有限的,如果不进行规范,必定导致无序开发而枯竭。但风能和太阳能则取之不尽用之不竭,强行收归国有没有必要,它不会因为某个人使用而影响他人继续享用^②。

上述两个问题都与“宪法实施”有关,需要从宪法解释学的角度给予明确的回答。但从目前我国宪法学的基础理论建构来看,要给予上述两个问题很好的解答,显然还是比较困难的,问题的关键是我国的宪法学在引进价值理论之后所构建起来的基本上属于价值绝对主义意义上的“宪法价值”,很难有效地给予宪法实施具体的实践活动以有效的指导,本文仅从宪法价值所具有的功能的适用区间性来考察宪法实施的可能性,以期从一个逻辑量化的视角来重新评估宪法实施的状况。

一、宪法价值的存在形式

价值与事实的对立,从休谟时期就已经进入学术研究的视野^③。在法学领域中,宪法学所采用的概念大多属于价值概念,并没有单纯的社会事实与之相对应,与民法学、刑法学的概念体系和推理系统存在着很大的差异。例如,民法学所研究的对象民事法律规范,其规范性来自于相关的客观事实,合同法与合同可以视为这种价值与事实相互关联的最好体现。即使没有民事法律规范,也肯定有民事关系的存在,民事法律规范必须仅仅地依靠民事关系的事实来确立规范的内涵和发展方向,因此,民事法律规范具有较强的客观性。“诚实信用”原则都是可以通过一个个具体生动的民事活动体现出来。但宪法学所研究的宪法规范带有很强的主观性,其背后的宪法原则更是一种与客观事实不产生直接对应关系的价值要求,例如,宪法规范肯定多数人治理的正当性,确认基本人权的合法性等等,至于说多数人在实践中是如何存在的?自由是何种生活状况,在实际生活中存在着很大的不确定性,完全取决于评价者的评价标准和评价体现。因此,宪法作为根本法在指导人们行为时,主要是依靠宪法所倡导的价值。而某种具体的宪法价值并不能直接与某种具体的法律上的利益相关联,故宪法价值在实践中如何体现出来,必须要有一套科学和合理的价值分析方法。

从宪法价值的表现形式来看,其价值趋向和要求是带有几分理想色彩和完美逻辑主义倾向的主观臆想,具有数学意义上的美学特征。从现代宪法学公认的最初价值追求来看,宪法学一般将对个人自由的追求作为宪法的终极价值。而个人自由作为终极的价值目标,仅仅依靠个人实现自由的能力是不可能实现的,因此,必须设定一个理想的公共生活环境来保证个人与社会相协调的背景下获得最大限度的个人自由。在这样的价值目标的要求下,只有“人民主权”说才能符合公共治理正当性的要求,如果存在高于他人的主权,那么,个人自由就不具有一般性和普遍性,从此意义上来说,“人民主权”作为公共权力的价值体现是实现个人自由的最好的价值手段。而“人民主权”中的“人民”和“主权”并非客观事实,故在实践中必须寻找实现“人民主权”

的最佳价值手段，传统宪法学理论将“多数人统治”的“民主”价值视为“人民主权”价值目标实现的最好的价值手段。至于说“民主”，逻辑意义上所有人参与的公共决策应当是民主价值的最佳外在形式，但是“所有人”在事实层面仅仅是一个逻辑假设，并不能用人口学意义上的单纯的人口数量来表述，故“所有人”直接参与的“民主”在实践层面存在着巨大的局限，有一个不可逾越的“价值区间”。通过授权和委托公共治理机构或组织来实现民主价值的“间接民主”，必然成为民主价值的最佳实现途径。而对被授权者和被委托者行使公共权力的明确的制约构成了“法治”价值的正当性基础，用法治来限制民主价值的内涵，可以防范民主价值在实践中的失范。当“法治”价值建立在以宪法为核心的法律体系之上时，“宪政”便成为实现法治价值目标的最好的价值手段。由此可见，作为与事实完全分离的宪法价值，在价值体系的构建上是完全依据价值目标与价值手段之间的逻辑关联来建立最基本的关系体系的，每一种宪法价值都在与其实现的价值功能层面上才具有基本的社会作用，这就意味着宪法价值只在手段与目标的一致性意义上才具有价值的基本功能，宪法价值的功能存在着一定的逻辑区间，在这个逻辑区间内，宪法价值可以有效地发挥自身的价值功能，并且存在着功能意义上的峰值域，超出了宪法价值的功能区间，宪法价值就会失去一般意义的价值功能，就必须要让位于其他的宪法价值。由此产生了不同宪法价值之间的功能区间的关联与衔接，可能存在着逻辑上包含、相容、相斥等关系，也存在着广义上的开放区间与封闭区间的逻辑关系。许多宪法价值比另外一些宪法价值具有更强的社会功能性，可以在更广泛意义上来发挥自身的价值功能。

二、宪法价值的功能与适用区间

由于宪法价值必须服从手段与目标逻辑关联意义上的功能区间的逻辑约束，故宪法价值在事实中的表现形态通常都是相对意义上的，不存在绝对意义上的宪法价值。这种内在的逻辑关系反映在宪法实施层面，即构成了宪法实施的可能性问题。宪法实施某种意义上是宪法价值功能的实现，但是由于宪法价值本身存在的功能区间以及与此相对应的功能局限，故民主、人权、法治、宪政等宪法价值，都有自身发挥作用的特定区间，超越了这些特定的价值功能区间，这些基础性的宪法价值就会失去价值的基本功能特性。例如，民主价值所要追求的价值目标是“人民主权”，即公共权力的正当性。但是，民主价值以事实上的“多数人”来表述价值的基本内涵，如果在一个特定的时空区间内，不管是基于历史的原因，还是现实的因素，事实上的“多数人”本身就是客观存在的，那么，“民主”价值就没有作为“手段”实现“目标”的特有的价值优势，此外，也有一些领域，并不适宜用“多数人”的形式来治理^④，例如，完全属于个人隐私的领域，就不应服从“多数人”的意愿。再如，法治价值只能解决“民主”中的“多数人”与被委托者与被授权者之间的委托与授权关系的“正当性”问题，而不能解决委托者与授权者是否需要授权或委托的问题，这就产生了宪法学理论上的“政治问题不受违宪审查”原则。为什么“政治问题不受违宪审查”呢？从逻辑关系上来看，就是法治价值解决不了只能由“民主价值”来解决的事实问题。这一方面的宪法事例是很多的。例如，在1952年8月28日，日本国政府第3届吉田内阁，解散了众议院。当时，作为众议员的苦米地三人，以解散众议院违宪无效为由，对国家提出了要求确认众议员资格以及补偿到任期终了的年金的诉讼。并提出了以下理由：（1）解散众议院，根据宪法第69条规定，必须以提出对内阁不信任案为前提，上述解散众议院的行为仅仅依据宪法第7条的规定；（2）通过上述解散众议院的决定缺少符合法律要求的内阁会议。

对此，作为被告的国家，在主张解散众议院合宪的同时，还认为，解散众议院具有很强的政治性，属于所谓的统治行为，不涉及到法院的审查权。第一审（东京地方法院 1953 年 10 月 19 日判决）和第二审（东京高等法院 1954 年 9 月 22 日判决）没有采信统治行为论的主张，对该解散的合宪性审查的结果，一审没有支持政府，判决解散是违宪无效的；二审承认了内阁的理由，撤销了一审判决，驳回了一审原告的请求。为此，一审原告（二审被控诉人）上告最高法院，最高法院否定了法院对解散众议院是否合宪具有审查权的观点，驳回了上告。日本最高法院在 1959 年 6 月 8 日作出大法庭判决。该判决认为，解散众议院，违背了众议员的意愿使其丧失了议员资格，作为国会的最主要的一部分暂时被停止工作，特别是通过总选举，产生新的众议院，形成新的内阁，这些不仅在国家法律上具有重大意义，并且解散众议院使内阁的存续以全体国民的意愿为前提，这在政治上也具有重大意义。因此，解散众议院，是具有高度政治性的与国家统治相关的国家行为，在法律上是有效还是无效，应当解释成在法院的审查权之外。以解散众议院为由作为诉讼前提的场合，都不属于法院审查权的内容^⑤。日本最高法院在苦米地一案中对解散众议院不属于法院“司法判断”范围的认定，实际上回答了法治价值在逻辑上存在一定的“功能区间”，超过这个区间，法治便不能有效发挥自身的作用。

相似的案例可以发现，作为一项重要的宪法价值，民主价值在特定的情形下也会失去自身的宪法秩序构建作用，而必须依赖法治价值的补充。也就是说，民主价值也存在着很强的“价值区间”。以 2000 年美国大选为例，共和党候选人布什与民主党候选人戈尔选票如此相近是美国总统选举史上罕见的，尤其是双方在决定命运的佛罗里达州的争夺更是到了白热化的程度。布什在佛州的选票领先数量一路下滑，从最初领先 1200 票，到领先 930 票到领先 703 票乃至 537 票，到最后只领先 154 票。如果任由民主党人通过人工计票方式清点下去，最后戈尔有可能反超出去。两党关于选票之争都是围绕着“奇点”进行的，不论最后谁赢得佛州 25 张选举人票，都只是非常细微的差异。而且戈尔不论当选与否，他已经赢得了选民的多数票，而布什则赢得了多数州的支持。美国联邦最高法院在此次美国总统大选中破天荒地第一次介入大选事务，这在美国宪法中也没有明确的依据。从法理上讲是有悖公平原则的。因为按照宪法规定，联邦最高法院法官是由联邦总统任命的，是总统制约最高法院的一种形式。但是，在决定谁有资格当选为美国联邦总统问题上，如果联邦最高法院具有决定性的影响，那么就无法消除党派因素所起的作用。当时美国联邦最高法院九名大法官中有七名是共和党总统任命的，因此，从法理上无法防止联邦最高法院在决定总统大选事务上的价值倾向。

民主价值所具有的价值区间性在我国地方民主实践中也有所体现，除了存在着大量不当使用民主形式来解决社会问题的恶例之外，对于民主价值所具有的开放性认识也不到位。例如，1998 年 12 月，四川省遂宁市步云乡采取村民直接投票的方式，选出了乡长，被称为“中国大陆直选第一乡”。2001 年 12 月，该乡根据宪法和地方政府组织法，对直接选举乡长的方式进行了调整，采用全乡选民直接选举产生唯一的乡长候选人，然后交乡人代会进行等额选举的方式，成功地进行了乡长换届选举^⑥。这种做法表面上看是为了尽量使“乡长”选举程序符合现行宪法的规定，但从直接民主与间接民主两者之间的价值关系来看，间接民主价值作为直接民主价值的补充，本身应当具有开放性，也就是说，当可以用直接民主来解决间接民主解决的同一社会问题或事实问题时，就应当直接采用直接民主方式来决定“乡长”人选。目前的做法先让选民选出唯一候选人，再由乡人代会选出乡长的做法与民主价值理论不符，属于机械地理解民主价值的功能，对宪

法价值缺少总体把握，是缺少价值适用区间的概念所致。

总之，在没有对宪法价值作出正确的价值分析之前，要正确地实施宪法是存在诸多理论问题的。将价值适用区间的概念引入宪法学，必然会增强宪法学概念的分析力量，从而提升宪法学基础理论对宪法现象的解释能力和对宪法实施工作的指导能力。

三、宪法价值的特性对宪法实施效果的影响

当下，我国宪法的理论体系仍然停留在直观描述和无逻辑的关联阶段，还没有在梳理价值与事实关系的基础上，针对宪法规范的价值特征，建立起科学和有效的宪法价值体系，导致宪法的理论体系对宪法实践的指导作用付诸阙如，这种现象的改变有待于宪法学基础理论的变革。有鉴于对宪法价值功能区间认识的盲区以及对宪法实施概念认识在法理上的混乱，在实践中，宪法实施也被做了不同层次和不同角度的任意解释，导致了对宪法实施状况认定的方法和结果差距很大。例如，田赞在《试论我国宪法实施现状、成因及对策》一文中尖锐地指出：我国宪法的实施现状不容乐观，主要表现在：1、宪法不能进入诉讼；2、宪法监督制度名不副实。究其原因主要有三：1、公民宪法意识淡薄；2、宪法功能政治化；3、宪法价值虚无化。我国宪法的实施陷入了实体与程序背离的两难境地^①。田赞的上述观念已经意识到“宪法价值”与“宪法实施”之间的关系，由于对宪法价值的价值功能特性缺少深刻的认识，致使基于宪法价值而存在的宪法实施状况无法被科学和有效地加以评估，各种脱离了宪法价值分析的宪法实施研究结论或多或少地只能看到宪法实施的某一个方面的特性，而无法从总体上来科学和有效地评估宪法实施的状况。特别值得注意的是，由于我国宪法学理论对于各个部门法学指导的阙如，使得各个部门法学基本上都是在脱离宪法学理论指导的基础上独立地发展出来的，因此，当部门法学需要宪法的概念和知识时，总是不自觉地将部门法学的概念和术语以及分析方法简单地搬到对宪法的分析上，对于宪法实施状况的分析结论也只有简单的“合宪”、“不合宪”、“违宪”和“不违宪”之说，而没有认真研究宪法价值的功能区间，忽略宪法价值自身所具有的价值张力。

事实上，宪法价值对宪法实施的影响是多方面的，最主要的影响来自于宪法价值的政治功能和逻辑作用。从政治学意义上看，宪法价值存在一定程度的可变性和灵活性；从逻辑学来看，宪法价值有着特定的功能区间。因此，宪法价值在评价具体的事实行为上，很容易形成更加丰富的评价结论，产生违宪审查理论上的“变形判决”。例如，在第二届亚洲宪法论坛上，韩国方胜柱教授介绍了韩国宪法裁判所对违宪法律审查的变形决定。变形决定首次出现在德国联邦宪法法院，是为了防止无效裁决损害法的安定性或造成法律空白状态。具体而言，变形决定是指：确定是法律的违宪性而不作出违宪决定；在可以消除违宪的众多方法中为了尊重立法者的形成自由或为了暂时考虑而作出违宪决定；通过关于法律的合宪解释对一定的类型作出违宪判断；不顾合宪决定，以可能会成为违宪的因素为由，向立法者发出警告，催促进行法律变更的决定。具体到韩国宪法裁判所的既有判例，变形决定包括宪法不一致决定、继续效力（适用）命令、对法律的宪法一致性解释（限定违宪决定和限定合宪决定）、催促决定和警告决定等形式^②。韩国宪法法院在违宪审查实践中发展出来的“变形判决”理论从法理上来看，实际上是以宪法价值的功能区间性为基础的，是在有效地区分价值与事实基础上，对宪法价值的功能特性做了适应客观实际和“事实”的精确描述，值得我国宪法学界在构建宪法实施理论时认真反思。

总之，只有跳出传统宪法学理论关于宪法实施的研究成果的框架，引进宪法的价值分析方

法，才能进一步增强宪法学理论对宪法实施工作和宪法实践活动的解释能力，才能使得我国目前的“不规范宪法学”真正走向“规范宪法学”^⑨。正如近年来在我国宪法学界盛行的“规范宪法学”所主张的那样，宪法实施并非一个当然的社会事实，而是一个基于宪法价值的功能形态存在的可能性社会现象，宪法实施因为宪法价值自身的特征而呈现出各种不同的可能性，包括完全可以实施^⑩、部分可以实施^⑪以及根本无法实施^⑫等等情形。只有在考察宪法价值的适用区间的前提下，才能对宪法实施问题做比较科学意义上的探讨，故应当高度重视宪法价值与宪法实施之间的逻辑关系。

①②王培莲 《规范新能源建设还是气象部门扩权》，北京《中国青年报》，2012年6月21日。

③休谟是哲学史上以提出问题而不朽的哲学家。他提出的“是”与“应该”的关系问题，史称“休谟问题”。在中国哲学界也称为事实与价值的关系问题。休谟问题的确切含义是：从以“是”为联系词的事实判断中，能否导出以“应该”为联系词的价值判断？休谟与其他一些受其影响的哲学家和哲学流派，从关于事实与价值二元对立的观点出发，认为事实和价值分属两个完全不同、互不相关的领域，价值判断决不能从事实判断推导出来，从而形成了事实与价值关系问题上根深蒂固的“二分法”或“二歧鸿沟”，后来这一观念普遍流行，影响深远。参见易力《求解休谟问题的新尝试——〈事实与价值〉评介》，北京：《哲学研究》，2001年第8期。

④丛日云认为：民主有特定的涵义，有特定的应用范围。它主要是一种政治制度，是国家政权的组织形式。简单地说，就是国家的最高决策者由自由的、公平的、竞争性的选举产生。民主也可以延伸到其它一些领域，在西方，民主甚至已经成为一种行为习惯、生活方式，但不能什么场合都是民主方式好，到处都搞民主。比如，一般来说，不能由职工民主选举企业总裁，不能由士兵选举将军，不能由演员选举导演，不能由学生选举教授，不能由患者选举医院院长、乘客选举机长或列车长，在官僚体系内，不能由科长选举处长，等等。民主选举的方式在有些场合是不适用的。由于不了解民主的适用范围，我们国家目前存在的一个问题是，在该选举的地方不选举，在该不该选举的地方瞎选举。比如，有的地方声称搞民主，就以民主投票（或民意测验）的方式差额选举处长、局长等，但市长、省长却不差额选举，也就是说，不搞竞争性的选举。处长、局长是文官，是职业官僚，他们

不应该由选举产生，就如同师长、军长不能由士兵选举产生，会计师、工程师、教授不能由民主选举产生一样。在这个场合，应该按文官本身的选任、晋升方式来处理。市长、省长是决策者，是政治职位，他们的任职应该由受他们管辖的公民们选举来决定。所以，选举处长、局长不是民主，是一种对民主的点缀，结果只会败坏民主的声誉。参见丛日云《民主的适用范围》，http://www.chinareform.net/special_detail.php?id=676，最后访问：2012年6月21日。

⑤日本最高法院1960年6月8日大法庭判决，民集14卷7号1206页。

⑥《1998年：遂宁市步云乡直选乡长》，成都《四川日报》，2009年9月15日。

⑦田赞《试论我国宪法实施现状、成因及对策》，长沙《湖南公安高等专科学校学报》，2002年第1期。

⑧王建学《亚洲立宪主义的学术自觉——“第二届亚洲宪法论坛”综述》，中国宪政网，<http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=655>，最后访问：2012年6月21日。

⑨刚刚进入21世纪，我国宪法学界遽然荡起一股“规范”浪潮。时任香港城市大学中国与比较法研究中心研究员的林来梵教授出版《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》一书，严肃批评中国宪法学研究将“事实”、“价值”浆糊般地搅在一起而不自觉，将“社会科学的宪法学”推至“无以复加的程度”，并提出价值事实二元论的规范研究方法，倡导返回规范、“围绕规范形成思想”的“规范宪法学”。林教授倡导的“规范宪法学”认为，既往宪法学研究存在的致命缺陷是将“研究对象的政治性”和“研究方法的规范性”完全混同，呈现科学性、解说性和政治性的特征，完全是一个“有病的学科”。“规

范宪法学”主张以规范性的方法探析宪法现象，倡导以规范为焦点、终点和起点，采用以宪法解释学为核心的多元方法，围绕规范、且是围绕处于核心地位的基本权利规范形成思想。

⑩以我国现行宪法第79条规定为例，该条文关于国家主席的选举及任期规定，由于受到具体的数字关系的限制，故是完全可以实施的条文。该条规定：中华人民共和国主席、副主席由全国人民代表大会选举。有选举权和被选举权的年满四十五周岁的中华人民共和国公民可以被选为中华人民共和国主席、副主席。中华人民共和国主席、副主席每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，连续任职不得超过两届。其中，第79条第一款规定只有全国人大有权选举国家主席和副主席，其他任何性质的国家机构都无权选举国家主席和副主席，这是非常明确的“宪法规定”，具有很强的排他性。第二款规定的“年满四十五周岁”也是一个非常清晰的制度要求，可以很清晰地予以实施。第三款关于两届任期的规定也是非常明确的“宪法规定”。故现行宪法第79条属于完全可以实施的条款，并且可以对实施的结果进行精确的评估。

⑪现行宪法第2条第三款规定：人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。上述规定由于“人民”概念过于宽泛，以及“各种途径和形式”过于抽象，所以，要评价该条款在实践中的实施状况就相对较难，故该条款呈现出更明显的“宪法价值”特征，要完全转化为一种活生生的社会事实就需要建立更加具体和有效的制度。

⑫现行宪法第14条第二款规定：国家厉行节约，反对浪费。上述条款的规定由于过于“原则”和“抽象”，很难在实践中落实到具体的制度措施，对该条款实施状况作出科学合理的“评估”继而得出令人信服的“结论”也是很困难的。

作者简介：莫纪宏，中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。北京 100720

[责任编辑 周联合]