

对话与约定的狂想

——一场中国宪法学圆桌学术会议的述评

林来梵 郑磊 翟国强

业已过去的2004年,是一个与宪法的名义密切相关的重要年头:五四宪法颁布50周年,现行宪法第四次修正案又恰好在3月份通过。时值深秋的杭州,“中国宪法学的方法与基本范畴”学术圆桌会议于11月18日在浙江大学法学院召开,本次会议同时也是“现行宪法颁布二十二周年的纪念会”,由中国法学会宪法学研究会、浙江大学法学院、中国人民大学宪政与行政法治研究中心联袂举办。在这次被视为“小规模、高层次”的研讨会上,提交的论文近20篇,来自全国各地的20余位宪法学专家参加了高密度的研讨。

会议以“学术圆桌会议”的形式举行,按第一场主持人林来梵教授的说法是“依据哈贝马斯的商谈理论”贯穿着学术上的对话和约定的精神,其中心主题有两个:一为中国宪法学的基本范畴;二为作为第一个主题讨论基础的宪法学的方法,席间各种观点纷呈,彼此交锋频仍。现将会议的研讨内容综述如下,并在最后再作总结,算是添附骥尾。

一、方法论之辩

本次研讨会的中心主题本来是意图通过学术交流和对话,形成对中国宪法学的基本范畴的共识与约定,在此基础上推动中国宪法学体系的完善和研究的深化。然而,“临渊羡鱼,不如退而结网”,基本范畴与方法有着极大的相关性,对基本范畴之共识的达成,很大程度上依赖于方法论上的立场,为此会议加入了方法论的议题。没想到不少代表们就此主题宪法抱有浓厚兴趣,发言相当踊跃,其间还展开了激辩。

近年来,宪法学作为学科的独立与自治问题得到宪法学界内部的自觉反思。就此,郑贤君教授在会上提出,宪法学的科学性在于主体以宪法概念为依据解决宪法问题,这就意味着对规范的评说和分析既不是政治的,也不是历史的,更不是哲学意义上的正当性探讨。让宪法学

成为一门独立的学科,首先就得使之摆脱过去对政治学的过分依赖,使之离相关的学科越来越远。对此,年轻学者张翔博士对此也持有类似的看法,但苗连营教授则倾向于认为:传统的宪法学离其他方法够远了,当下我国宪法学必须借鉴其他学科的方法,能解决实际存在的宪法问题才是关键所在。刘连泰副教授也质疑道,如果郑贤君教授所提交的会议论文中的“宪法学”概念换成“法学”,其文章的论点仍然成立的话,那么,宪法学与一般的法学的距离就无以体现。而谈到宪法学的独立品格,韩大元教授认为,独立的范畴体系是形成独立学术品格的标志,中国宪法学应有自己范畴,但形成范畴共识是逐步积累的过程。胡锦涛教授还提出“宪法学的视角”的说法,他指出,近些年来社会中发生的许多与宪法相关的事例,由于宪法学的视角却是缺位的,它只能是事例而无法上升到案例的层面。

就宪法学的方法问题,与会的范进学教授认为,宪法解释主体问题即宪法解释的模式选择,这是涉及宪法学研究转向的大问题。他强调,我们只能走宪法法院的模式,宪法解释的主体只能是法官,而现行宪法规定的宪法解释主体——全国人大常委会的解释、学者以及其他一些主体的评价活动充其量也只是“解释宪法”而不是“宪法解释”。对此,林来梵教授则认为:这一解释主体的确认规则,切换了传统法学理论中有权解释和学理解释的区分,宪法解释的主体是多元的,比如学者的法教义学上的宪法解释,当然也是一种宪法解释,只不过是一种学理解释罢了。而刘向文教授则联系俄罗斯联邦宪法法院的全院会议制度提出,即使是法官的宪法解释,实质上也可能是一种立宪活动。郑贤君教授从“宪法思维主体”的角度对这一问题加以论述,她提出:法官是典型的主体,而宪法思维过程实质上就是宪法解释过程。她同时倡导“以宪法概念思维”,而所谓宪法概念就是宪法规范,以宪法概念思维是宪法的规范性要求。

在这个问题的延长线上,数位学者就规范宪法学与宪法解释学的关系展开交锋。郑贤君教授展开了其先前的看法,认为,近来的宪法学研究主要有三个层次:一是停留在宪法的精神层面,二是进入宪法原则的研究,三是规范研究。她指出:我们应该打通精神、理念、原则,而进入到规则里面。范进学教授在2004年度全国宪法学年会发言的基础上,仍坚持认为,宪法学的研究可分为三个层面:一个层面是价值宪法学,这类似于宪法哲学;第二个是“规范分析宪法学”;第三个层面则是宪法解释学。

对范教授的观点,林来梵教授保留了不同的意见,他不同意范教授的三分法,认为后者的“规范分析宪法学”的概念不明,与宪法解释学的区分也存在困难,其所倡导的规范宪法学就已经蕴涵了宪法解释学,是以宪法解释学为核心的,但同时又保持着方法上和价值上的开放性,吸收法哲学、社会学宪法学等其他各种方法。会上,年轻学者刘飞宇博士还运用了宪法解释的方法对“延安黄碟案”中的住宅、淫秽物品、黄碟等概念进行了细致的剖析,并认为,围绕宪法和社会现实的相关分析方法,可以使宪法更加鲜活,更加贴近现实生活。

会上还专门讨论到了国内许多学者都曾提出的“宪法哲学”或类似概念。李琦教授认为,宪法学总得回答一个基本的问题:宪法是什么?这一问题可以进一步转化为三个具体问题:人类生活为什么需要宪法;人类生活需要什么样的宪法;人类生活是怎样通过宪法来实现我们的目的。这是关于宪法的三个元问题,已经涉及到宪法本身的正当性问题,这就有理由将之理解为“宪法哲学”。当然,宪法哲学虽然具备了哲学气质,需经受哲学的检验,但它本身不是哲学,而是属于宪法学的范畴。与此不同,李累副教授提出了经济分析的方法在宪法学上的应用问题。他认为,一方面,宪法问题中许多道德性的、伦理性的问题是不能转化为纯粹的成本—收益分析,但另一方面,该方法在宪法学上也是可以广泛应用的。而年轻学者任喜荣副教授还对宪法学的历史分析方法作了全面且精致的论述。她指出,在宪法学研究中,历史分析方法在四种面向上被使用,即:语源学的面向、制度史的面向、观念史或文化史的面向以及解释学的面向;四者可以进一步概括为两类:作为理论宪法学研究方法的历史分析方法以及作为宪法操作技术的历史分析方法。这是具有恒久价值的方法,通过使用历史方法,能引导和深化社会分析方法,为实践提供客观性的理论指导,并促进价值的客观化。

二、基本范畴的对弈

在有关方法论的高密度讨论之后,圆桌会议急转直下地进入了中国宪法学基本范畴的研讨。众所周知,在20世纪80年代,法理学的“长春会议”曾提出了法学的基本范畴问题,而长期以来,宪法学界的众多学者也关注基

本范畴问题,韩大元教授就是其中一位学者,这个会议主题就是在他建议下确定的。

会议一共以三个单元的份量,分别讨论了基础理论部分、人权理论部分以及国家机构部分的基本范畴,在宪法学基础理论部分,代表们着重就人权—主权、民主—自由、民主主义—自由主义、宪法—宪政、国家权力、公民、人民等范畴展开了讨论。

刘旺洪教授提出,宪法学的范畴可以分成三个层次:一是核心范畴,其与法学上应当从调整、实现的最终目标相联系;二是基本范畴,其由一个法在调整社会关系过程中的基本关系、基本矛盾来决定;三是在基本范畴下的一般范畴,其是对基本范畴的进一步展开。刘教授进而认为,围绕人权这一核心范畴,宪法关系主要的三对矛盾是:一是人与人之间的关系,即普通公民之间的关系;二是国家和社会之间关系;三是权力之间关系。有感于此,韩大元教授明确指出,范畴比概念更加抽象,核心范畴是基本范畴确定后进行抽象化而得到的。他同时倡导:我们在进行西方宪法学、一般意义上的宪法学的讨论的同时,应当重视中国的各种宪法现象,回到自己的宪法文本,关注自己的宪法传统。这种关注,要求当代宪法学应当回溯到50年代的宪法学,甚至回溯到100年前的宪法学,政治力量可以切断宪法的前后沿承,但宪法学学术的前后承继是任何时代、任何统治者、任何政治力量所不能切断的;我们应当遵循“历史与逻辑相统一”的原则来建立中国宪法学的基本范畴,而构成中国宪法学基本范畴的要素主要包括:国家—社会;宪法—法律;立宪主义—民主主义;人权—基本权利;主权—国际社会,其中最核心的范畴是人权—基本权利。

林来梵教授所作的题为《主权 vs 人权》的导引发言,直入主题,其发言所涉及的有关人权—主权、民主—自由、民主主义—自由主义,是代表们集中讨论的三对相关范畴。林教授认为,宪法学的核心范畴应该是人权—主权,两者就如同椭圆的两个圆心,相互牵制互相关联,形成了宪法规范与宪法理论的内在张力结构。林教授指出,这两个概念形成了宪法的两个主要的原理:民主主义和自由主义。与民主主义相关的是主权原理,其理论在战后的日本十分成熟,尤其是杉原泰雄的主权研究具有很高的成就,但山口阳一则提出“主权抹杀论”,认为主权概念是可以被忽视的,是值得戒备。林教授进一步认为,谁来行使权力和如何行使权力这二者之间存在着一种紧张关系。在新中国宪法的展开过程中,迄今基本上是主权的概念压倒人权的概念,民主主义的潮流压倒自由主义的潮流,至今年修宪时的“人权入宪”,这才出现了转机。受到波普尔学说的启发,林教授明确提出:主权概念和人权概念都非常重要,但两者之间有一个序列关系,无论从传统立宪主义来看,还是从中国宪政历程的教训来看:人权的概念均优位于主权概念,即“如何行使

权力的问题在某种意义上优于“谁来行使权力”问题。

但林来梵教授的观点引出了许多学者的不同意见,韩大元教授也对此观点持保留态度,他从制宪权的理论出发,认为制宪权可以从两个角度进行理解,首先是理念意义上的,即原创意义上的;但在现实的意义,制宪权则是以主权和国家权力为后盾的,在中国的特定背景下,就是先有制宪权再有国家权力。郑贤君教授同样将林教授的“优位说”理解为时间上的“优先说”,认为主权和人权的确存在矛盾,但其矛盾可以分为两个层面:主权从何而来以及主权到哪里去,林教授的命题只有在后一层面的前提下方可成立,而在前一层面上,主权是至高的、绝对的、不可限制的。为此,郑教授认为,宪法是自由与民主的复合体,不能因为强调人权就忽视其民主的价值。李琦教授亦认为林教授的命题是需要限定和修饰的,并引用科恩在《民主论》中的阐述,认为民主意味着受公共角色影响并有可能参与这个公共角色,那么这个民主就是包含了自由或者是以自由为取向的;并通过制度经济学对代理权机会主义的分析,质疑权力如何行使是否就必然不是民主的问题。对于椭圆的比喻,刘旺洪教授认为将宪法理解为“八卦”更合适,因为它只有一个圆心,即核心范畴:人权。韩大元教授对此表示赞同,认为宪法最核心的范畴是人权—基本权利,即宪法学应成为发现与维护人的基本尊严的“人学”;并认为林教授讲的自由主义已经包含在立宪主义当中,可以通过立宪主义来控制民主主义的非理性,由此对应提出立宪主义—民主主义的范畴。这几个回合的交锋相当激烈,诸位学者各执一说,莫衷一是。

紧接林来梵教授的发言,董和平教授提出了宪政这一范畴,认为宪政范畴应当从三个方面加以把握,即:一种政治治理状态、一种民主治理状态、一种宪法治理的民主状态,而“民治”和“宪治”的高度统一才是宪政的核心和本质。他认为,宪治要素是指实现宪治的必要条件,包括宪法、违宪审查、宪法诉讼和法治四个要素,这是宪政状态的外在规定性;而民治要素则是指实现民治的必要条件,包括限权、分权和人权,这是宪政状态的内在规定性。我国宪政制度的完善应集中于:理顺党和国家权力的关系、强化国家权力行使的外部监督、健全人大制度内部的工作机制。

在人权论部分,王广辉教授提出了公民与人民的概念。他认为,“公民”概念是宪法学的基础范畴,公民概念在宪法学上的使用,非常恰当和形象地表达了个人在国家中的身份和地位。对于公民的内涵,应当深刻地界定,主要包括四方面:公民是一个表征人的属性的概念,反映了个人与国家、社会与国家之间的关系;是关于人的角色的法律表述,确立了人与人之间的平等关系和普遍联系;是对人的主体性,包括自主性、自为性、选择性和创造性的法律确认;公民的形成是市场经济与民主政治和文化

相结合的产物。在自由发言中,林来梵教授通过刘少奇的遭遇来阐述“人民”概念的内涵在我国如何逐渐被政治化,嬗变成集合概念而非强调个体的法律概念,文化大革命中个人权利没有受到切实保障的经历可谓是这种嬗变的代价。但郑贤君教授不认为人民是一个政治概念,因为人民这个词已广泛地出现在宪法当中,一个概念只要被宪法所规定,就是宪法概念。对此,林来梵教授以及李累副教授均持反对意见,认为宪法规范本身有一个规范性和妥当性的问题。

在最后一个单元的有关国家机构论部分的基本范畴的讨论中,苗连营教授首先提出:人大制度是我国宪法学的根本问题,中国的任何宪法问题不能离开该问题;议会的前提是利益的分化,功能在于平衡利益,而人大的前提是一切权力属于人民,两者是否矛盾;其他国家议会与立法机关是可以互相替代的,但是我国人大享有众多的职权,而立法权行使恰恰最得心应手,其他权力基本上处于疲软状态,其原因之一可能是:是否我们赋予其过多的使命和职责?刘旺洪教授认为,宪法可以看作是主权者意志的直接表达;但是,我国宪法把权力一次性授权给人民代表大会,而没有对之进行任何有效的制约和监督的现象则是不合理的。刘教授认为,权力必须分立,但是具体模式可以根据不同国家的历史和文化背景来确定。在这个基础上,刘向文教授具体介绍了俄罗斯违宪审查制度。他分析了俄罗斯违宪审查制度的实用主义立场,指出:俄罗斯确立宪法法院审查制度是对苏联制度的沿袭继承,同时也是吸收了西方国家的制度构建的结果,这种实用主义立场对我国违宪审查制度的建立具有很多启发。

在会议接近尾声时,学者们有机会讨论到新中国传统宪法学中的一对老范畴:国体—政体。余德鹏教授认为,政体是宪法学范畴,而国体则是实质性的范畴,不是宪法应当涉及的内容,因为法律是形式性的。对此,韩大元也认为,国体—政体在本质上是政治学概念不是宪法学概念,“国体”、“政体”在50年代宪法学早已存在的范畴,但有其特殊的历史条件,50年后的今天,已经完成了其历史使命。

三、未完结的总结

通过一天高密度的热烈研讨,圆桌会议终于在一片令人回味的掌声中闭幕,留下了很多值得进一步探讨下去的问题。从这一意味上而言,这次会议无疑是成功的。它也是一次颇有内实的圆桌会议,与会者们本着平等、真诚的精神进行了激烈乃至针锋相对的讨论,由此不仅显示出当下我国宪法学研究的热度,也显示出了我国当下宪法学界已经开始意识到通过学术上的对话和约定形成“基本”的学术共识的重要性。而作为共和国成立以来第一次专门集中讨论宪法学基本范畴的学术会议,同时也作为第一次集中讨论宪法学方法的学术会议,本次的圆

桌会议毕竟标志着中国宪法学界对于方法问题和基本范畴的一种集体性自觉反思。会议上,代表们所展开的热烈讨论,可能成为一种继续思考的契机,极大地推动了中国宪法学正被期待着的“专业槽”的构筑以及独立自主的学术规范品格的成就。

当然,正面的总结在许多有关学术会议的综述中已经成为套话,而问题的关键则在于应该看到毋庸讳言的另一面。就这次会议而言,同样也是如此,我们从中也可引出若干值得宪法学界同仁们共同反思的问题。

首先是方法论上的觉醒问题。林来梵教授曾在几年前断言,中国的宪法学在整体上尚没有达到“方法论上的觉醒”,现在看来这状态已有所改观,许多学者开始在方法上逐渐苏醒,这从本次研讨会中也可窥见一斑。但问题是,这种苏醒毕竟还是初步的,许多有关方法论的探究还停留在抽象的宣示层面,而鲜见在具体研究层面上的那种可称得上“示范”(shared examples)的成果,许多提倡宪法解释学的学者,其实也只是在纯理论上、甚至是力图在法哲学的层面上界定什么是宪法解释学,而未将这个本身就具有实践性的方法论贯彻于个人的研究实践。此外,部分学者在方法论上虽然翻身跃起,但似乎是带着惺忪睡眼在多种方法的园地上梦游,而“方法论上的梦游”貌似“方法论上的觉醒”,却不等于“方法论上的觉醒”。

第二是对话和约定的困难性问题。这也跟方法论上的问题有关,乃起因于更加深远的层面上的所谓独断主义的倾向。记得在会上的争论中,林来梵教授认为个别学者可能陷入了独断,他是在波普尔所指摘的那种不可反证的意义这样认定的,但有学者也简单地反驳他独断。不过笔者认为,独断主义的倾向在我国宪法学界还是有所存在的,在这次会议上也有所表现。例如,部分学者习惯性地倾向于依据个人潜在的主观价值立场而对概念及问题作出非分析性的断定,其方法的实际操作是这样的:先将个人化的观点加以化约,套入预先独自创设的概念装置,然后再将这些概念装置套入逻辑规则之中加以演绎。这种流程自然产生出看似独创性的见解,但实际上,其起点既脱离了规范文本,也脱离了学说传统的沿革脉络;而其结论则既无法反证,也无法在学术共同体中达致对话与约定的效果。本次研究会中所出现的许多学术争议当然具有不可否认的意义,但其中部分的争议似乎也可能说明,真正学术意义上的对话和约定,有可能埋没在其主体具有不可替代性的价值决定之中。

第三则是本土的问题意识与视野的开放结构问题。应该说,就我国宪法学理论的构建而言,立足于我国本土的问题与意识固然殊为重要,但在方法以及视野上保持开放的结构也不可忽视。在此方面,本次的会议也有值得反思的个案。比如会上,林来梵教授在其“主权 vs 人

权”的报告中,转换了思考的视角,谈到这对关系其实也对应了“谁统治”与“如何统治”的问题,而无论从宪法规范的结构还是从中外历史的经验来看,在宪法价值秩序的内部中,后者均可能比前者更为重要,结果则引起了反对。其实,林来梵教授的上述观点,并非无根之游谈,在国际学术界上就早已有人提出,英国当代杰出的科学哲学家和政治哲学家波普尔、为当下国人所熟悉的美国的哈耶克都有类似的主张。20世纪70年代,连主权在民的观念与学说特别发达的法国本身也出现所谓的“人权的复权”,就提出“与其主权不如人权”的思路,确立了“人权优先”的立场。

以上只是从笔者的角度出发所做出的一个总结。我们承认,由于写作机会上的便利,我们的结论中似乎也含有“自己做自己案件的法官”那种性质的判断。但感到释然的是,既然仍涉及学术上的问题,那么任何的总结都不可能是完结的,因为任何的总结都可以作为一个新的结论继续付诸新的评判与讨论。总之,也许这次圆桌会议中的对话与约定只是一个狂想,但狂想未必就已经结束。

注释:

本文由郑磊、翟国强整理出初稿,并经林来梵修订和总结。

《宪法学专题研究》的序言中,郑贤君教授提出三作者的研究各有特色:韩大元代表宪法解释学;林来梵代表规范宪法学;而她代表宪法哲学。(韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法专题研究》,中国人民大学出版社2004年版,“序言”部分。)郑教授研讨会上的发言对此有所展开。

与其在年会(2004年10月于南京师范大学召开)上的发言不同,这次发言中的这个概念有意识地区别了林来梵教授所倡导的“规范宪法学”。

李教授认为,宪法是用来解决政治体制的正当性问题的,而宪法本身也存在一个正当性问题。

张光博教授早在80年代就开始论及,并在《法学研究》中发表了两篇相关的论文;李龙教授和周叶中教授在《宪法学基本范畴简论》(《中国法学》1996年第6期)一文中提出宪法与宪政、主权与人权、国体与政体、基本权利与基本义务、国家权力与国家机构五对基本范畴。从那以后,宪法学者开始广泛性地关注这个问题。

参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第4页。

有关波普尔的反证论, see Bryan Magee, Popper, Fontana Press, 1982, p. 43.

具体可参见[英]波普尔著,陆衡等译:《开放社会及其敌人》(第一、二卷),中国社会科学出版社1999年版;[美]哈耶克著,王明毅、冯兴元译:《通往奴役之路》,中国社会科学出版社1997年版。

可参见[日]口阳一:《人权》,三省堂1996年版,第8~10页。