

[文章编号] 1009-3729(2013)01-0075-04

制宪权的主体及其证成

仪喜峰

(上海海事大学 法学院, 上海 201306)

[摘要]在自然法意义上论证制宪权,无法实现历史与逻辑的统一,将会不可避免地坠入虚妄的超验困境。要理解制宪权的运作及其享有主体,首先得考察制定宪法的社会实践。革命和进化是制宪权的真实运作形态。人民作为制宪权的主体,包含政治哲学和政治实务两个范畴,前者为制宪权提供了正当性归宿和价值基础,后者为制宪权提供了实证支撑和操作平台。制宪权主体只能在人类历史经验和社会运动中发现和证成。深入探讨社会生活与宪法的内在关联,才能洞悉制宪权的奥秘。

[关键词] 宪法;制宪权;自然法;人民;革命

[中图分类号] D911 **[文献标志码]** A **[DOI]** 10.3969/j.issn.1009-3729.2013.01.016

制宪权是一切宪法规范和宪法现实的逻辑前提与制度基础。宪法的创制是宪法实施的前提,一切国家权力都是宪法的产物,并在宪法规定的限度之内运行。如果说在一国法律体系中,国家权力的正当性可追至宪法,那么,制宪权的存在依据又在哪里?谁才是制宪权的真正主体?如果对此没有深入探讨并予以必要的实证分析,则宪法学的研究就如浮萍无根,难以持久。西方宪政史一直将自然法思想和社会契约论作为宪法的高级法背景,把上帝和基督教视为宪法的“超验之维”^[1-2],试图通过自然法对制宪权予以逻辑证成。英国学者劳特派特就曾宣称:“如果没有自然法体系和自然法先知者的学说,近代宪法都不会有今天这个样子。在自然法的帮助下,历史教导人类走出中世纪的制度进入近代的制度。”^[3]还有论者将上帝作为制宪权的主体之一。^{[4](P86)}笔者认为,制宪权不可能通过自然法予以证成。本文拟对制宪权存在形态予以实证性分析,并在此基础上论证制宪权的主体和正当性归宿在于人民。

一、超验与虚妄:自然法不可能证成制宪权

从本质上讲,自然法可归为一种超验的体系,从

古希腊至近代启蒙运动的蓬勃复兴,自然法一直执着于应然范畴的逻辑建构。从理论上讲,自然法的确给实在法提供一套评判标准,然而在论证宪法的正当性或制宪权的真正主体时,上帝、理性等显得过于虚妄。自然法理论不能提供一个公认的价值标准,也不能找到一个实在的而非抽象的制宪权主体。即使属于同一阵营的众多启蒙思想家,他们对自然法的理解其实也是各有不同的。比如他们对自然状态的理解、对拿自然法思想所要言说的事情、对人性的假定和判断等,均不相同。对于这一点,我们只要读读西方近代的经典著作,就可以比较容易地看出来。在笔者看来,自然法思想也许只有在一点上可以达成最大的共识,即在现实的实在法之上存在着自然法,它是用来批判存在于当下的实在法的,仅此而已。至于对自然法的理解,正可谓一千个人心中有一千个自然法。

当人人都可以为自然立法的时候,超验的理论体系将不可避免地产生固有的局限。我们可以换个角度想一想,如果自然法的内容不能为我们所知晓,那么它如何充当检验实在法(含宪法)的标准与样板?而当自然法的内容已经确定明了,则人们努力地立法并实施又有什么意义?直接秉持自然法就行

[收稿日期] 2012-09-10

[基金项目] 河南省人民政府决策研究招标课题(2011B745)

[作者简介] 仪喜峰(1974—),男,河南省新郑市人,上海海事大学讲师,博士,主要研究方向:宪法学。

了嘛!这其实正是带有超验色彩的自然法的两难:在形而上的层面,自然法凌空蹈虚,在形而下的层面,自然法无法予以操作实践;在两个层面之间,自然法没有一个沟通的渠道和途径。自然法思想容不得任何对它的质疑,启蒙思想家给自己设定了一个正确的命题作为演绎自然法内容的前提预设,即自然法的正确性“不证自明”,并由此开启了自然法思想往复无穷的循环论证。在这样的理论沙滩上,制宪权及其主体都无法着陆扎根。而在社会实践层面,自然法没有解决权力的配置与制约问题,宪政的核心要求是落实权力分工、控制国家,以保障人权,而宪法却无法凭借自然法的高级法背景和宗教“超验之维”获得这些内容,正如德国著名法学家卡尔·施米特所洞察到的那样,“制宪权作为一种统一的终极的权力落在宪政分权原则之外”^[5]。

以近代宪法为例,首先要弄清的一个问题是:不论是英国、美国还是法国、德国等,它们的宪法是怎样来的?无论人们怎样高谈阔论近代宪法的神圣与伟大,我们都必须承认:天上是不会掉下来一部宪法的,所以在实际的政治生活中,必然存在着一个制宪权及其制定主体的问题。将自然法作为一种“法”,它同样不能避开立法权及其制定主体这一问题。自然法学家把自然法的立法权轻松地移交给了上帝或人类理性,以为凭靠这种逻辑的腾挪转移就可以完成制宪权及其主体的论证,这是徒劳的,因为究其实质,这种证明途径属于逻辑的虚构与跳跃,与马克思主义的方法论不相吻合。实际上,制宪权之果源自革命战争之花。我们耳熟能详的自由、平等、人权等法治旗帜和宪政话语,事实上都浸染着无数奋斗者的鲜血。从自然法意义上论证宪法的正当性,并在自然法思想和社会契约论的价值基础上论证制宪权,这种努力因其无法在历史与逻辑上实现统一,最终不可避免地坠入虚妄的超验困境。

二、革命与进化:制宪权的真实运作

要理解制宪权的运作情况,我们就必须分析历史上的真实事件。笔者认为,制宪权的运作实践分为革命和进化两大类。

1. 革命

亚里士多德在《政治学》中对革命作了如下分析:“有些人看到和他们相等的他人占着便宜,心中就充满了不平情绪,企图同样达到平等的境界。另一些人的确有所优越,看到那些不能和自己相比拟的人们却所得相等,甚至反而更多,也就心中激起了不平情绪。”^[6]于是,“低贱”的人为了追求平等而进

行革命,同样的人为了取得更优势地位而进行革命。

犹太裔美国政治理论家汉娜·阿伦特曾这样描述她眼中的法国革命和北美革命:“在这历史性的时刻中,革命展现出它的全貌,具备了一种确定形态,革命开始摄人心魂,与滥用权力、暴行和剥夺自由这一切促使人们造反的东西划清了界限。”^[7]从法律层面来说,革命的爆发和政权的更迭必然导致旧宪法的废弃与新宪法的制定,这是制宪权行使的常见情形。革命在解放桎梏之后,更重要的目标是建立一个自由稳固的秩序架构即宪政。可见,革命与立宪之间存在着紧密的内在关联。革命胜利后制宪权的行使便接踵而至。从革命实践看,如果不攻陷巴士底狱、推翻波旁王朝,法国1789年的《人权宣言》以及《1793法国宪法》是不可能产生的;如果没有北美独立战争的胜利,华盛顿及联邦党人也绝不可能促成制宪会议的召开。毛泽东在《新民主主义的宪政》中精辟地指出:“世界上历来的宪政,不论是英国、法国、美国,或者是苏联,都是在革命成功有了民主事实之后,颁布一个根本大法,去承认它,这就是宪法。”^[8]这些论断深刻地说明了制宪权的本质与内涵:制宪权是某一阶级或者几个阶级的联盟形成了对于某一政治社会的实际政治控制力,或者说是某一阶级或者几个阶级的联盟基于力量与权威所形成的政治意志,并做出对自我政治存在的类型与行使的整体性决定。制宪权创设了新秩序,宪法也因之成为国家合法性证明的“身份证”。

透过革命审视制宪权的真实运作不难发现,制宪行动取决于时代与具体情势下大多数人的意愿和选择,正如美国《独立宣言》所宣称的那样:任何形式的政府一旦起破坏作用,人民便有权予以更换和废除。因此,制宪权并不是先于政治共同体而存在的,恰恰相反,政治共同体的存在是制宪权得以产生并真实运作的前提。恰如德国著名法学家和政治思想家卡尔·施米特所言,“政治统一体并非因为制定了一部宪法才得以产生出来。实定宪法仅仅包含着对特殊的整体形态的有意识规定,而这种整体形态是由政治统一体自行选择的。政治统一体自己为自己作出了这一决断,自己为自己制定了这部宪法”^{[4](P26)}。有什么样的政治存在就有什么样的宪法,政治存在先于宪法,宪法制定之前已经预设了政治存在,宪法不过是政治共同体对自身存在形式的一种型构和安排,“国家必须有政治统一性和社会秩序,必须有统一性和秩序的某些原则,必须有某个在危机情况下、在遇到利益和权力冲突时作出权威裁决的决断机关。我们可以将政治统一性和社会秩

序的这种整体状态称为宪法”^{[4](P5)}。卡尔·施米特清晰而明确地指出,“绝对宪法”来自制宪权的决定,政治共同体的存在是制宪权发生作用的前提而非结果,制宪权体现为一种具有力量或权威的政治意思,用以针对固有政治秩序实存的样态及形式而作出整体的决断。

2. 进化

社会进化不同于社会革命。如果说社会革命体现了一种先行砸碎随之建造的“建构理性主义”的话,那么社会进化则体现出一种慢慢改良徐徐前行的“渐进理性主义”,孰优孰劣,孰难比较和评价,一来是因为历史容不得假设,二来的确是因为两种理性主义都有其相应的历史事实作为实证支撑。社会革命类似于疾风暴雨,社会改良好比和风细雨,一个快似闪电惊雷,一个慢如龟行蜗步。通常所说的社会转型、社会改良、社会演进等,大体上都属于社会进化领域。在这种情况下,从整体上看,社会仍处于相对稳定的状态,没有明显发生社会形态或政权的更替。

就新旧宪法之间的历史渊源而言,划时代的震撼与“开启潜质”必定伴随着宪法的重新制定,新宪法也必然从根本上否定旧的宪法秩序,从而使社会已有的规范与思想全部刷新。换言之,在革命狂飙的涤荡之下,革命者往往采取的是自下而上的暴力形式,这必然导致政局剧烈变动,并使社会形态发生根本性质变,宪法的变动自不待言;而在社会进化的情况下,新宪法的制定并不会导致旧宪法瞬间消失,相反,新旧宪法之间存在着割舍不断的联系。社会进化表现出的是一个渐进缓慢的过程,它可能以显著的方式发生,也可能以看不见的方式进行。但无论如何,社会进化的进程是一个实实在在的、不为人的喜好和主观评价所左右的过程。

就制宪权的社会进化形态而言,英国宪法是一个较为恰当的例证——来自自生自发秩序的不成文制宪,并没有因为缺乏制宪权所提供的立宪正当性论证而影响英国的宪政建构。人们一般都把英国宪法的起源追溯至1215年的《自由大宪章》,这一宪法性文件奠定了其宪法改良和进化的基石。以《自由大宪章》为肇端,英国国会于1628年通过《权利请愿书》,并于1688年通过《国民权利与自由和王位继承宣言》(简称《权利法案》),随后又于1701年颁布《王位继承法》。通过这一系列限制王室权力法案的颁行,英国的不成文宪法渐渐成长和成熟起来。这种经验主义的制宪路径,截然不同于理性主义的法典化路径,英国宪法没有毕其功于一役,更不

是靠通过一次宏伟的革命运动而诞生。在长期的演进和改良过程中,英国宪法没有一个确切的制宪机构。当然,我们也可以说英国的制宪者就是英国的人民,它存在于英国国民之中,不过,这种看法是戴着西耶斯(法国大革命时期的重要人物)的有色眼镜来观察英国的宪法,多少有点牵强附会的异样感觉。除英国之外,日本、德国改良式的制宪实践也同样属于社会进化形态。在这种类型的制宪实践中,国家政权先于宪法而存在,在宪法改进和改良之后,既有的政治共同体继续存在并发挥着作用。这与革命式的制宪实践有着明显的区别,革命式制宪导致国家权力的新旧更替,而改良式的制宪实践则主要是由原有的国家政治权力主导或推动的。

三、人民:制宪权主体与正当性归宿

制宪权主体理论解决的是制宪权的归属问题。宪法之所以成为一切国家权力存在与运作的最终依据,不仅是因为其创制主体形成了对于政治社会的实际控制力,还在于宪法创制本身所依据的价值基础与理论依据。法国大革命时期,西耶斯以他天才般的洞见,第一次把制宪权赋予人民,“在所有自由国家中——所有的国家均应当自由——结束有关宪法的种种分歧的方法只有一种,那就是求助于国民自己,而不是求助于那些显贵。如果我们没有宪法,那就必须制定一部;唯有国民拥有制宪权”^[9]。

人民作为制宪权的主体^[10],包含着两个相互独立又紧密联系的理论范畴,即政治哲学范畴和政治实务范畴。前者属于形而上的层面,后者属于形而下的层面,两者相互依托,相互勾连,缺一不可。前者为制宪权提供了正当性归宿和价值基础,此时,人民是抽象的,但并不是像自然法那样玄之又玄不可琢磨,而是深刻地蕴含着一种价值体系,它确立了一部宪法正当性的源泉,宪法自身的根基只能在于人民的同意;后者为制宪权提供了实证支撑和操作平台,此时,人民是具体的,人民通过代表或委托机构实现了享有主体与行使主体的相对分离,而不是把人民作为一个整体,亲自、直接参加制宪的全过程,这种想法实际上是对“人民”作出的一种直观的、更是幼稚的甚至歪曲的理解。制宪权必须由人民作为整体来享有,并且也必须成立具体的人民立宪机构行使该权利,否则就不可能制定出宪法。

当人民体现为一种政治哲学和意识形态时,制宪权也渗透和闪烁着价值的光辉,这时制宪权的制度实践也必然折射出宪政的理想目标和内在精神信念,表达出“人们对宪政自身的理解和感悟,对公民

与国家之间关系的合理定位,对民主、法治、自由的追求与信仰”^[11]。当人民体现为一种具体的政治制度和实务操作时,人民的意志将通过行动来证明。人民行动的方式有两种,一种是直接行使,另一种是间接行使(委托行使)。直接行使指人民通过直接民主方式共同行使制宪权,如全民公决;但人民主要是通过间接方式把具体的行使权授予特定的制宪机构,进而行使制宪权的。

享有制宪权和实际行使制宪权是不同性质的概念。“制宪权的主体是人民,人民的制宪权就是自我组构权(self-constitution power),或者自决权(right of self-determination)。但人民只有经由其代表才能完成自我组构,也只有通过代表才能实现自我统治(self-government)。”^[12]在法律上,归属主体与行为主体往往是相分离和有区别的,在这种情况下,“人民的意志表达很容易遭到误解、曲解或篡改”^{[4](192)}，“吾人必须注意所谓‘人民’一词的后面所代表者为何物;盖极大多数现代宪法,均系假人民之名义或以人民之名义而制定”^[13]。因此,有必要强化制定宪法的程序。制定宪法的程序一般包括设立制宪机构、起草宪法、议决通过宪法草案和正式公布四个阶段^[14]。制宪机构的产生是否民主以及成员的代表性及素质高低直接影响到制宪的社会效果。制宪机构不管采用什么样的方法制定宪法,都必须先出台一个宪法草案,之后再进一步进行一系列详尽繁杂的审议、讨论和修改程序,到最后通过宪法时,往往经历较长的时限。从制宪机构的设立到通过宪法草案的程序是具有内在联系的有序的整体,每一个环节在制宪过程中都发挥着重要的作用。最后,宪法只有经过公布才能对人民产生法律效力,一般由国家元首(国王、主席等)或国家之最高代表机关予以公布。

四、结语

将自然法思想和社会契约论作为制宪权正当性的论证依托,不符合辩证唯物主义的认识路径。我国宪法学泰斗王世杰、钱端升两位前辈也曾对此作过较为尖锐的批评:“就事实而言,我们实无从赞同此种议论。在人类历史上,我们便寻不着一个毫无政治经验的人群,能依着自己的理性与意志,结约而成国家的。政治的觉悟,虽可认为特种国家的起源;倘必认为一切国家或人类最初国家的起源,则便非史实所能允许。”^[15]制宪权不可能经由自然法得以证成,制宪权需要主体作为依托,然而制宪权的主体不应在彼岸世界寻求,他们存在于此岸世界,存在于

政治共同体之中、存在于作为社会成员群体的整体——人民之中,不仅宪法的产生与人民的意愿密切相关,宪法的发展也与人民的要求相互协调。美国著名宪法学家布鲁斯·阿克曼^[16]在《我们人民》一书中,特别强调人民在立宪时刻的作用,明确指出只有人民才是宪法得以进步的动力。制宪权需要价值归宿,它只能在人类历史经验中建立,在波澜壮阔的雄伟社会运动中发现。总之,我们只有深入探讨社会生活与宪法的内在关联,才能洞悉制宪权的奥秘。

[参 考 文 献]

- [1] [美]爱德华·S·考文. 美国宪法的“高级法”背景[M]. 强世功,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1996.
- [2] [美]卡尔·J·弗里德里希. 超验正义——宪政的宗教之维[M]. 周勇,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1997.
- [3] [英]奥本海. 奥本海国际法(上卷)[M]. 王铁崖,译. 北京:商务印书馆,1971:63.
- [4] [德]卡尔·施米特. 宪法学说[M]. 刘锋,译. 上海:上海人民出版社,2003.
- [5] Renato Cristi. Karl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power[C]//Challenge to Law at the End of the 20th Century. Bologna: Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1995: 94 - 103.
- [6] [古希腊]亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭,译. 北京:商务印书馆,1996:236.
- [7] [美]汉娜·阿伦特. 论革命[M]. 陈周旺,译. 北京:译林出版社,2001:32.
- [8] 毛泽东. 毛泽东选集(第3卷)[C]. 北京:人民出版社,1991:735.
- [9] [法]西耶斯. 论特权:第三等级是什么?[M]. 张芝联,冯棠,译. 北京:商务印书馆,1990:56.
- [10] 陈端洪. 宪法学的知识界碑——政治学者和宪法学者关于制宪权的对话[J]. 开放时代,2010(3):88.
- [11] 苗连营. 关于制宪权形而下的思考[J]. 上海交通大学学报:哲学社会科学版,2003(2):10.
- [12] 陈端洪. 宪法学的知识界碑[J]. 开放时代,2010(3):95.
- [13] 涂怀莹. 现代宪法原理[M]. 台北:正中书局,1994:67 - 68.
- [14] 韩大元,林来梵,郑贤君. 宪法学专题研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2008:130 - 132.
- [15] 王世杰,钱端升. 比较宪法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1997:51.
- [16] Bruce Ackerman. We the People: Foundations[M]. Cambridge: Harvard University Press, 1991: 6.