

# 宪政与公民社会

谢 维 雁

(四川省司法厅 办公室,四川 成都 610015)

**摘要:**公民概念是公民社会的特有概念,它界定了公民与公民之间的平等、自由的关系,揭示了公民的权利对国家公共权力的本源性的。公民社会构成了对公民个体的保护屏障,同时对政治国家形成了有效的制约。公私法的划分对宪政具有重要的意义,私法是公民社会的基本规则。我国宪政建设应当以公民社会的建构为起点,将经验理性与建构理性相结合,并以经验理性为重点。

**关键词:**宪政;公民社会;私法自治

**中图分类号:**DF200 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2002)06-0059-08

## 一 公民概念的宪政意义

“在近代史上,公民比任何社会人物都更有活力”[1](1页)。但在宪法学中,公民一词通常被简单地界定为“具有某个国家国籍的自然人”[2](249页)。其实,公民概念是宪法学中第一个需要明确界定的、最具价值的基石范畴之一,其核心要素是公民资格。公民资格既是政治国家对其成员身份、地位的法律确认,又意味着一种公民个体自愿归属于政治国家的观念。

(一)公民资格具有公共性,对公民内涵和公民资格构成要素的界定反映出一个国家对宪政的价值预期以及宪政制度的基本内容。公民概念必须与政治国家相适应。各国政治理念、政治制度、政治结构和法律的差异,使得不同国家公民的具体内涵特别是公民资格的构成要素各不相同。但有一点却是共同的,即定义公民概念、界定公民资格,是现代公法所要完成的第一项重要使命。

(二)公民资格蕴涵了公民之间关系的普遍意义即自由、平等、独立。首先,公民资格意味着平等。“公民身份是平等的表述”[1](13页)。现代公民概

念的存在需要两个前提条件:一是国家或政治共同体的存在,二是该国家或政治共同体成员资格具有普遍性即平等。在早期,“公民”概念具有很大的局限性。古希腊奴隶制国家最早使用公民概念,但当时的公民是一个特权阶层,垄断了城邦的统治权,城邦政治生活是公民的专利,公民之外的奴隶和自由人都被排除在政治社会之外。据估计,在伯罗奔尼撒战争发生时,雅典成年公民仅为4万人,其家属14万人,异邦人7万人,奴隶在15—40万人之间[3](52页)。古罗马的公民也是一个特权阶层,解放自由人、奴隶、拉丁人和外国人都没有公民资格。这一时期拥有公民资格的“公民”人数极为有限,它是建立在巨大的、且被视为理所当然的不平等基础上的。古希腊罗马的“公民”概念虽不具有现代的意义,但它仍具有历史的合理性。一方面,它是历史在那个阶段上的必然反映。另一方面,它是现代公民概念的渊源。在古希腊罗马时代,公民概念已经“是一个超越血缘关系又超越王权专制的带有普遍性的法律资格的概念”[4](158页)。商品是天然的平等派,它消解了早期公民概念的“有限性”,

收稿日期:2002-09-05

作者简介:谢维雁(1968—),男,重庆市忠县人,四川省司法厅办公室干部,法学硕士。

将所有自然人都纳入了公民的范畴。现代意义上的公民概念伴随着资本主义兴起而产生。其次,“公民身份意味着公民权利”[4](158页)。公民资格意味着确定归属于公民个体的那部分事物即给予他应得的合法份额。公民资格是由一套权利体系构成的,它象征着政治国家对其成员的权利配置。再次,公民概念意味着公民个体的独立地位。法律权利具有个别性、具体性,它只有相对于具体的、独立的公民个体才有实际的价值。离开独立的公民个体,所谓公民权利毫无意义。权利使自然人成为构成国家的独立单元,公民概念使公民个体获得了自主与独立。

(三)公民资格蕴涵了公民与国家关系的普遍意义,即以国家与公民的两极对立假定为基础,构建了公共权力来源于公民权利且归属于公民的理论前提。首先,公民概念假定了一种新的公民与国家关系模式,这种模式表现为公民与国家的两极对立格局。近代西方启蒙思想家们凭借公民概念,以社会契约论为基础构建出现代国家和宪政制度。社会契约论在赋予契约主体平等地位的同时,也设定了作为契约主体的公民与国家的两极对立格局。限制公共权力、保障公民权利成为宪政永恒的价值诉求。其次,公民资格的概念假定了权利与权力的新型关系,即公共权力来源于公民权利,公共权力属于全体公民所有。这不仅揭示了公民(权利)的本源性,还合理导出了人权保障和人民主权原则。公民概念塑造了公民社会中主体的独立人格,其形成过程就是“从身份到契约的运动”过程。

## 二 公民社会:在公民与国家之间

社会契约论者不仅假定了公民与国家的两极对立格局,而且还预设了社会与国家的分离。以洛克为代表的古典自然法学派中的自由主义运动极力突出社会对于政治国家的优先地位;而以霍布斯为代表的近代古典自然法学派的国家主义运动则强调政治国家高于市民社会,黑格尔从绝对精神出发,以其雄辩的哲学确证了政治国家高于公民社会的合理性。邓正来先生将二者分别称为“洛克式‘市民社会先于或外于国家’的架构”和“黑格尔式‘国家高于市民社会’的架构”[5](90页)。二者都将国家与社会的分离作为分析和认识的起点。最近一种称之为“宪法社会学”的理论又将这一基础作为宪法的逻辑前提。该理论认为,“将宪法视为调整保障自

由的公共权力机关与以私法组织起来的经济社会之间关系的社会学宪法的逻辑前提是国家社会的二元划分,即承认存在着国家与社会、政治与经济的分离,及在此基础上形成的公共领域与私人领域的两立”[6]。在前资本主义时期,公民社会与政治国家之间具有高度的同一性,政治国家就是公民社会,公民社会就是政治国家。随着近代工商业特别是市场经济的发展,公民社会构成要素逐渐获得独立存在和发展的意义,公民社会最终实现了同政治国家的完全分离。

在公民与国家的两极对立格局中,单个的、分散的公民根本无力直接面对国家,更不可能与国家抗衡。从政治国家分离出来并介于公民与国家之间的公民社会使公民获得了与国家抗衡的有效式。

(一)公民社会是公民权利、自由的保护屏障。结社自由是公民社会的基础。公民社会通过公民自愿参加的各种结社活动成为各种团体、组织的成员,形成自治、自主领域,为公民划定了一个自律而非官方的自由支配空间。每一个结社团体都是一个公民的安全庇护所,在其中公民可避免公共权力的非法干预,即使不能完全避免这种干预也可使这种干预经由结社团体而变得具有间接性。同时,公民个人也利用其所属的组织、团体来对抗其他组织、其他团体,从而避免孤立的个体所处的不利地位。

(二)公民社会是公共权力的重要制衡力量。一般而言,对公共权力的制约主要是通过横向分权(最典型的是美国宪法所确认的三权分立与制衡机制)和纵向分权(最典型的是联邦制和地方自治)来实现“以权力制约权力”。但托克维尔令人信服地指出,对公共权力的制约还有另外一种重要方式,即“以社会权力制约国家权力”。其实质就是以公民社会制约国家权力。这种制约体现在如下方面。1. 单个的、分散的公民经由各种团体、组织积聚成强大的力量,对公共权力的行使形成压力,这是任何统治机构和统治者都不能忽视的。同时,公民零星的个人观点、主张,通过社会团体、组织,转变成一种团体诉求,而政治国家对通过团体、组织提出的意见、建议通常都会给予必要的考虑。2. 公民社会对国家权力的监督。现代社会的重要特征,不是公民社会对国家权力的完全排除,而是公民社会对国家权力进行有效监督:对不合法的权力行使进行抵制,对不合理的权力行使则通过积极推动制度改革加以改进。

3. 自治性是公民社会的重要特征。“‘社会自治’是宪政理论的出发点”[7](418页)。公民社会是民间社会,它是一个具有我自组织能力的巨大系统,其生成、组织和运转主要依靠内部自发生成的秩序得以维持,而无须国家强制力从外部建立。“自治”的关键是按照自身法则运行,不受国家权力的非法干预。

(三)公民社会是公民与政治国家之间的平衡器。公民社会在公民与政治国家之间架起了对话的通道,并确立稳定的秩序。公民与政治国家对话的基本形式是法律,而法律又进一步确认了公民与政治国家关系的基本架构。同时,法律也为公民对抗国家权力提供规范形式和正式保障。公民与政治国家的“冲突”、“纠缠”,在公民社会中被消解,其能量也被释放。这种“冲突”、“纠缠”最终以立法中的辩论、政治上的争吵、选举中公民的投票等形式表现出来。立法中的辩论、政治上的争吵、选举中公民的投票等形式,避免了公民与国家直接对抗中可能出现的暴力以及由此带来的无序和对传统的中断。不仅如此,这些辩论、争吵、投票,还成为政治、社会进步的推动力。

### 三 私法:公民社会的基本规则

社会与国家的分离,导致了两种不同的权利形态,一是私权,一是公权,并以此为调整对象分别形成了大陆法系国家法律制度特有的基本结构和相对独立的两大法律部门,即私法和公法。一般认为,公法是指宪法、行政法及刑法等。就私法而言,目前较为权威的解释是《布莱克法律辞典》对“私法”(Private Law)的表述:“私法是公法的对立词,它是指调整市民与市民之间关系的法律,或者是在权利附着的主体与义务联系的主体均为私的个人的情况下,有关定义、立法及权利实现的法律。”[8](6页)公私法的划分,在大陆法系国家具有非常悠久的历史。英美法系国家一些法学家也主张采用此方法,如培根曾主张英国也应该有公法与私法的划分;当代美国著名法学家伯纳德·施瓦茨(Bernard Schwartz)在其1947年出版的《美国法律史》中对美国不同时期法律的研究,就是按照公私法的划分分别予以论述的。20世纪,两大法系出现了一些融合的趋势,说明这一划分方法具有一定程度的普适性。

#### (一)公私法划分的意义

1. 公私法划分蕴育了宪政精神。有学者认为,法律体系是一个宏观问题,法律部门是微观问题,而

公私法的划分则是法律体系的中观层次即法律体系的构成要素,这是依据各部门法之间存在的共性进行的再分类。“只有经过中观分析才能把握各部门法之间的联系与区别,共性与个性”,“借助于公法与私法的划分,可以来剖析现代法的新结构、新功能、新观念”[9](91页)。笔者认为,作为大陆法系国家对整个法律材料所作的根本性划分,公私法划分并不仅仅具有工具的意义。人们不仅依公私法的划分来认识宏观的法律体系和微观的法律部门;而且自近代以来,法学家们还从公私法划分的依据、逻辑结构及思维模式,强化公私法各自的性质和固有逻辑,构建出公私法相互区别的叙述范式和理论原则,并以此为指导重建法律体系,革新法律部门。一般认为,私法意味着“协议就是法律”,适用听许原则、任意原则、私法自治原则[10](19页),其法律规范模式是“凡是法律未禁止的,都是允许的”[11](91页);公法的原则是“公法的规范不得由私人间的协议而变更”[10](19页),其法律规范模式是“凡是法律未允许的,都是禁止的”[11](91页)。可见,与其说公法是规定权力还不如说它主要是对权力的限制,而私法则体现了对权利的保护。从历史的角度看,这正是制约权力、保障权利这一宪政精神的渊源。在成熟的宪政国家,公私法的划分又进一步使宪政精神得以实证化。

2. 公私法划分为宪政提供了二元思维模式。建立在政治国家与公民社会的界分与对峙基础上的“宪政主义作为一种知识形式,采行对峙式思维”[12](252页)。宪政的“对峙式思维”也可称为二元思维模式,它也来自于公私法的划分传统。公私法划分的实质功能早在罗马法时代就已充分显示,它划定了一个政治国家不能插手的公民社会领域,罗马法学家们构筑起完备的私法体系,树立起了自然权利的权威,这实质上是为公民社会构筑了一道防御侵犯的坚固屏障。可以说,罗马法时代已初步建立了对峙式思维模式。

3. 公私法划分对宪法也具有重要意义。(1)在宪政建立之前,公私法的划分特别是私法的作用在某种程度上相当于宪法。有学者认为,“在没有宪法之前,私法本身就是宪法,在有宪法以后,私法的基本观念、基本精神和基本制度成了宪法的基础和原型,并通过宪法这种根本法的形式得到了升华而被贯彻到其他一切法部门中了”[11](106—107页)。

而对法国学者来说,即使已经制定了成文宪法,法国民法典似乎仍是“最为持久和唯一真正的法国宪法”,“法国民法典也确实具有宪法意义;民法典的法律恰恰将政府的职能限制于承认并执行私人权利的法律领域”[13](65页)。(2)私法所维系的自由、平等和权利既构成了宪法的文化底蕴,本身又成为宪法的重要内容。正如张中秋教授所说的,“罗马私法的原则和精神为中世纪后期城市法的完善和近代宪政法的发展,提供了丰富的营养,诸如宪政法中的自由、平等、人格独立等原则莫不受到罗马私法的启迪”[14](115页)。公、私法的划分甚至影响到宪法的内容和结构。公民基本权利与国家权力是宪法的两大主体部分,正好与私法和公法相对应。(3)公法、私法两个体系的最高依据都来自宪法。宪法中既有公法的内容,也有私法的内容。这意味着,宪法实际上是公、私法的结合物;且正是由于有宪法,公、私法才从此走上协调发展的道路。因此,笔者认为,把宪法视为公法的传统观点是不妥当的<sup>②</sup>。宪法应当是比公法、私法处于更高层次并统摄公法、私法的法域。

## (二)私法自治是公民社会的内在精神

公私法划分的价值和关键在私法。“私法是公法的基础”,“私法价值统率公法价值”[11](90页)。正是在这种意义上,有学者分别提出了在理论上要建立“以私法作为一个整体的学问”[8]体系和在实践中要“从公法主治走向私法主治”[11](73页)的主张。私法自治是公民社会的基础性原则。狄骥关于私法自治的经典定义是:“承认个人在私法领域内,就自己生活之权利义务,能为最合理之‘立法者’,在不违背国家法律规定之条件下,皆得基于其意思,自由创造规范,以规律自己与他人之私法关系”[11](88页)。西方学者更强调主体的独立地位和个体意志的自由。而我国学者所说的私法自治,似多指契约自由,如著名学者梁慧星先生就认为,私法自治是指平等主体“根据自己的自由意思,通过相互平等的协商,决定他们之间的权利义务关系”[15]。笔者认为,将私法自治视为契约自由并不妥当,前者内涵更为丰富,意义也更为深远。

首先,私法自治使公民的自由和权利得以充分实现。私法自治原则本身就意味着自由与权利。私法自治是“各个主体根据他的意志自主形成法律关系的原则”[16](142页),它“给个人提供一种受法

律保护的自由,使个人获得自主决定(Selbstbestimmung)的可能性”[16](143页)。台湾学者曾世雄借助转嫁规范的概念对此作了更为深刻的揭示。他认为,民法对私权关系的规范方法有两种,即自体规范和转嫁规范,但民法所规范的私权关系具有个别、复杂、隐私等特色而不宜采用自体规范的方法,因此民法不得不借重转嫁规范的方法。所谓转嫁规范是指,“民法原应自作之规范,部分借助私法自治之原则以达成规范之目的”,“即委由关系之个人自作安排,民法之规定止于检收关系个人所作之安排,以确定其效力”[17](19页)。可见,所谓借助转嫁规范实质就是实行私法自治,就是公共权力在私权领域的退让和公民自由、权利的扩展与实现。依伯林关于消极自由和积极自由的见解,笔者认为,公法主要涉及消极自由,体现对公民消极自由的维护;而私法主要涉及积极自由,重在公民积极自由作出界定和保障。在公法“大局已定”的情况下,私法自治及其对应的积极自由具有更为现实的意义。伯林对积极自由表现出极大的忧虑。他认为,“积极自由的本质是控制、驾驭,持积极自由的人对生活持进攻性的、进取性的、干预性态度”,其重心在“控制、统治与应该”[18](90页);积极自由“从自我的强制发展为社会的强制”,“从理性的一律发展到强迫的一律”,“从合理的自律发展到合理的压制”[18](91页),从而导致自由的失落。随着福利国家的兴起,现代西方学者对伯林的忧虑深有同感。从“摇篮到坟墓”的福利关怀,被认为是干预了公民的私人空间,损害了私法自治,剥夺了公民的自由和权利。笔者认为,问题的关键是必须明确谁是积极自由的主体。积极自由为公民个体所持有决不会导致强制、强迫或压制,而积极自由一旦为政治国家或者为权力机构所持有,则可能侵害私法自治,导致公民个体权利与自由的缺损。这就需要对国家或权力机关所持有的积极自由划定明确的范围,进行严格限制。

其次,私法自治促进民主的生成。有学者指出:“私法自治具有民主的功能”[11](103页)。自己为自己做主,自己为自己立法,自己对自己负责,是私法自治的精义。这也正是民主的初始含义。民主本来是一个政治概念,属于公法领域。但民主是私法自治的政治诉求,而私法自治对民主也有极大的促进作用。(1)它有助于积淀公民自己为自己的行为决策并负责的民主观念(如社会契约论、平等观念

等),养成民主习惯。(2)它有助于增强公民的独立和自主意识。公民个体的独立是私法自治的前提之一。民主所体现出来的对公民个体的深切关注,在某种程度上正是私法自治在公法领域的逻辑延伸。(3)作为法治的一般要求,私法自治不仅完全排斥政治上的专制与独裁,而且还提出了对公共权力进行有效制约的要求。(4)它有助于形成民主制度。事实上,一些民主制度不仅与私法领域密切相关,而且还来自于私法领域,正如萨尔瓦多·吉内尔所说的,“现今所有民主政治的制度架构均源自于一些特定的公民社会,后者是在自由国家和市场经济中发展起来的”[19](153页)。(5)私法关系由公民自主决定,使私法关系具有多元性、私法自治具有开放性,这最终会导致人们观念的变化及政治上的开放性,从而必然要求政治的民主化。确实,在一定程度上我们可以说,“私法自治实现着民主政治”[11](88页)。宪政的实践表明,私法自治不仅促进了民主的生成,实现着民主政治,而且它本身就是民主进而是宪政的一般要求和重要内容。

#### 四 走向公民社会:中国宪政的必由之路

(一)以公民社会为起点:宪政建设的经验理性与建构理性之协调

有学者认为,宪政建设有两种模式:一是自然演进型,一是政府推进型。前者主要是指西方国家,其宪政建设应归结于社会经济的发展和力量的推动,国家或政府对于宪政建设不仅没有一种预先确定的目标,而且在其中的作用相对说来也较被动和消极。后者是指中国,由于缺乏先天的内生因素,宪政建设在很大程度上是由国家或政府在有明确目标的指引下推动的,国家或政府在其中起着一种特别突出的、关键的和能动的主导作用,扮演着宪政建设“领导者”的角色[2](187页)。在自然演进型模式下,宪政建设的基本特点,一是对所谓宪政建设无预定的目标,对宪政制度具体构成也没有经过事先设计;二是在动力上国家或政府处于消极地位,宪政的发展是由经济的进步和社会力量推动的。而在政府推进型模式下,宪政建设的基本特点则刚好相反,一是宪政建设有明确的目标并对具体制度有精心的事前设计,二是由国家或政府依强力推进。自然演进型与政府推进型划分,实质上不过是近年来学界关于法治驱动问题上的经验理性和建构理性两种法治理论倾向在宪法学上的反映。

因此,自然演进型也可称为经验理性模式,政府推进型也可称为建构理性模式。英国著名思想家哈耶克对经验理性与建构理性作了非常深刻的研究。在哈耶克的体系中,经验理性被称之为进化论的理性主义[20](导论),即“各种自由制度,如同自由所造就的所有其他的事物一般,并不是因为人们在先已预见到这些制度所可能产生的益处以后方进行建构的”[21](61页),相反,“在很大程度上是由那个起初被称为‘增长’(growth),尔后又被称为‘进化’(evolution)的过程所促成的”[20](3页),进一步说,“制度的源起并不在于构造或设计,而在于成功且存续下来的实践”[21](64页);建构理性被称之为建构论的唯理主义[20](导论),“这种观念假定所有社会制度都是而且应当是设计的产物”[20](8页)。哈耶克本人持进化论的理性主义观,对建构论的唯理主义作了彻底的批判,并把它斥之为“一种谬误”。哈耶克对建构论唯理主义的批判主要集中在以下两个方面。其一,是指出建构论唯理主义理论基础的错误。建构论唯理主义坚持一种“人仅凭理性,就能够重构社会”[20](5页)的信条,“使我们感觉到我们在实现自己的愿望方面拥有着无限的力量”,“只要人类制度是为了实现人的目的而刻意设计出来的,那么它们就会有助于人之目的的实现”[20](2页)。为此,建构论唯理主义要求人们或者至少是立法者拥有完全的知识,而事实上,“每个人对于大多数决定着各个社会成员的行动的特定事实,都处于一种必然的且无从救济的无知(the necessary and irremediable ignorance)状态之中”[20](8页)。其二是指出由建构论唯理主义导出的结论与事实的不符。事实上,“现行的制度并不完全是设计的产物”,要使社会秩序完全取决于设计,就会“极大地限制人们对可资运用的知识的利用”。同时,建构论唯理主义将人之心智视为“一种独立于自然秩序和社会秩序之外的实体”[20](导论),“这一实体使得从一开始就拥有这种心智的人类能够设计出他们生活于其间的社会制度和文化制度”[20](14页),而忽视了心智本身还有一个随着自然和社会发展的过程。

政府推进型宪政建设模式的理论基础正是哈耶克所批判的建构论唯理主义。哈耶克对建构论唯理主义的批判,发人深省。笔者认为,除此之外,政府推进型宪政建设模式还面临以下风险:(1)宪政的

最初确立一般都伴随着急风暴雨式的甚至推倒重来式的革命,常常使传统断裂,文化失去连续性。宪政确实需要一种与之相应的文化背景,但在某一具体国家,这一文化背景并不能完全脱离原来的文化传统。一方面,宪政所需的文化背景不是一蹴而就的,它有一个形成及完善的过程,在这个过程中传统仍会发挥重要作用。另一方面,一种全新的文化背景,完全靠移植是不可能的,它必须在传统中寻找最接近的因素进行“嫁接”,这样,所谓“全新的文化背景”必然包含有传统的影子。无论如何,各国的宪政及其文化背景,虽然包含了普适性价值,但实践中总是最终都以各自民族国家的传统为基点而呈现出不同的特色。以宪政为标志的现代化绝不会最终导致所有国家都共享一种单一的文化及其制度,相反,所谓普适性价值只能通过民族性体现出来。(2)政府推进型宪政建设依赖对宪政的事先设计,而事先的设计常常不可靠。一方面,宪政具有实践性,宪政中的许多制度甚至观念都是在不断试错过程中形成的。以事先设计为特征的政府推进型宪政建设,忽视了宪政产生的过程性,事先设计的主观性限制必然导致与社会现实的某种偏离。另一方面,宪政具有平衡性,但平衡是相对的,是一种不断达成的动态平衡[22]。在某一时段内的平衡状况取决于各方力量的对比,这种动态的平衡使得“定型”的事先设计无法适应宪政实践的变化。如采用强力推进,则宪政的实践最终会背离其预定的目标。而允许这些预先的设计随着实践的变化而改变,则已具有自然演进的特征。(3)政府推进型宪政建设依靠国家强力推行,广大民众被置于一种被动的、被管理者的地位。这一方面会导致民众对宪政建设的冷漠,降低民众的参与热情。另一方面,国家或政府领导的宪政建设必然强化公共权力,这不仅与限制政府权力的宪政精神直接相悖,而且还有忽视民众意愿的倾向,强力推行甚至会牺牲公民的权利与自由。因此,政府推进型模式并非我国宪政建设的最佳选择。

比较而言,自然演进型宪政建设模式即经验理性模式具有明显的优势。经验理性模式以归纳法为其进路,依靠个案经验的点滴积累,因此这种模式必然是渐进性的。它不仅避免了上述由哈耶克证明的建构理性的错误,而且完全不存在政府推进型(建构理性模式)在实践中的风险。(1)经验并非为经验理性模式所独有。事实上,无论经验理性模式还

是建构理性模式,都建立在经验基础之上。说建构理性模式也是建立在经验基础之上,一方面是因为以宪政为国家或政府的目标选择是依据一定经验确立的,当然这主要是根据其他已成功确立宪政的国家的经验;另一方面是因为即使在具体的制度建设上,政府推进型也必须重视经验的意义。(2)经验理性模式具有开放性,它不断接纳经过实践确证的有效经验,由此而确立的宪政对社会现实具有高度的适应性。宪政的各项制度是那些既不是被发明出来的,也不是为了实现任何这类目的而被遵循的习俗、习惯或惯例等经验所形成的结果,因此,宪政既得到传统、文化的支持,又为民众所普遍认同,宪政制度更具有实效。经验理性模式每一次对经验的吸纳,都导致宪政的些微变化,但这是一个连续的过程。当这个过程延续多年以后,变化的结果不仅仅是对宪政的补充或修饰,而已经是一种宪政的革命了。(3)经验理性模式意味着公民的自发、自愿参与。这不仅有利于刺激公民参与政治,增强公民参与政治的技术和效能,而且易于形成公民尊重权利、宽容、愿意妥协、尊重不同观点的宪政意识,培育容纳多元价值、体现多元利益的宪政文化。然而,经验理性模式即自然演进型宪政建设模式并不为我国学界所赞同。一则,走自然演进之路太费时日,而且在现时全球化的浪潮中,我们已失去“自然演进”的良机。二则,曾经有过的荣耀和近代以来所经历的屈辱,使得国人在求强、求富的呼声中断不会自甘落后,等待“自然演进”。

自1949年以来,我国新宪政的框架已定,且一直采行政府推进型宪政建设模式,然而进展不大,很多学者认为我国至今仍未建成宪政。我们已到了不得不调整宪政建设思路的时候了。笔者认为,我国未来宪政发展的思路应当是:将经验理性与建构理性相结合,而以经验理性为重点。我国未来宪政建设的路径既是建构的,也是进化的,这是我国未来宪政建设的必然选择。为此,我国宪政建设要以公民社会的建构为起点,理由如下。(1)公民社会是宪政的基础,没有公民社会就没有宪政。(2)公民社会是一个不断演进的过程,宪政的许多观念、习惯乃至制度等因素都可以在其中沉淀、积累、定型。公民社会为宪政提供观念培育、公民技能训练的场所。(3)我国自《共同纲领》和1954年宪法已确立起宪政的基本制度框架,这一框架在我国的政治实践中

并未丧失其有效性。当然,一些具体制度,并未得到有效实施,这恰好反映了建构理性模式的缺陷。在公民社会,那些由设计而建构出的各种制度可经由公民社会进行检验、调适,那些有效的制度将被保留,而被证明无效的制度则逐渐被淘汰。宪政最终就在这种不断的检验、调适中实现。显然,另起炉灶,重新进行宪政建设的模式选择是不合时宜的。因为,另起炉灶必定仍然坚持的是建构理性模式,而且还会丧失我们几十年宪政建设的已有经验。

## (二)走向公民社会的初步思路

### 1. 塑造公民社会与政治国家分离的二元结构。

(1)对公权与私权,进而对公法与私法进行明确界定,并确立各自不同的调整原则,形成公私两大领域。具体说来,在公权方面,要确立“越权无效”原则。这意味着:第一,法无明文规定的权力不得行使;第二,超越立法目的和法治精神行使的权力无效;第三,设立司法审查制度和国家赔偿制度,对非法行使的权力进行校正和救济[22]。而在私权方面,则要确立“法不禁止即自由”的原则。这和越权无效原则的含义正相反,只要法律没有明文禁止的权利,公民都可自由行使,而不需法律对权利进行列举[22]。但公私两大领域并非完全对立排斥,而是要形成良性互动。(2)建立有限政府,实行依法行政。除公共利益需要,及基于福利政策、有限宏观调控的考虑之外,公共权力应逐步退出私权领域。(3)确保司法权的中立性,使司法机关成为公权私权冲突的公正裁判者。中立的司法机关可使公私两大领域保持各自完整的独立性。

### 2. 构建公民社会的内在逻辑。(1)完善市场经

济体制,加快市场经济建设,增强公民社会的基础,为公民的自由、权利和平等提供物质保障。(2)健全法律体系,特别是公民的权利义务体系,使公民成为法律意义上平等的独立主体。一方面,要进一步完善宪法中公民基本权利和基本义务体系;另一方面,要尽快制定民法典、物权法等,完善私法体系。同时,必须强化对公民权利的保障,使纸上的权利变成现实的权利。(3)切实保障公民的结社自由,并大力发展独立于政府及其他权力机关的社团等中介组织,逐步形成能与公共权力相抗衡的力量。(4)建立宪法诉愿制度,切实保护公民的权利。一般而言,在西方国家,宪法诉愿(又称宪法控诉、宪法请愿)是指任何公民认为某项法律侵犯了宪法所规定的公民权利,向宪法法院提出的补救办法[23](665页)。但在一些国家如德国,宪法诉愿制度针对的不仅仅是法律,而是包括可能对公民基本权利及其相近基本权利造成侵害的所有公共权力,即国家立法权、行政权和司法权。宪法诉愿制度的基本功能是,保护公民的基本权利,防止公共权力对公民权利的任意侵害。(5)培育理性的公民文化。“文化是体制之母”[24](16页)。正是在这种意义上,西方学者在过去15年中,“正接近于明确提出一个新的以文化为中心的发展范式,或人类进步范式”[24](7页)。因此,我们不能只重视制度建设(何况当下的制度建设常常是指移植西方制度),而忽视文化建设。这里要注意两个问题:一是必须对传统文化进行更新,实现其现代化。二是必须阐明制度的文化根据。这要求我们在进行制度建设时,必须使制度的价值意义与文化意义保持一致。

## 注释:

①英文“civil society”一词在国内有三种译法,即“公民社会”、“市民社会”和“民间社会”(参见何增科主编《公民社会与第三部门》,社会科学文献出版社2000年版,第2页)。考虑到:“民间社会”过于边缘化,“市民社会”几乎被认为等同于资本主义社会,而“公民社会”被认为是一个褒义词,强调公民对社会政治生活的参与和对国家权力的监督与制约。笔者在本文中采用“公民社会”的术语,并将其内涵界定为:它是与政治国家相对且在政治国家控制之外的,由一系列与经济、宗教、知识乃至政治有关的、独特的、按照自身法则运行的,不受政治团体干预的自主性机构及其制度构成的那部分社会。本文在引用其他学者论述时,对原作者在这一意义上使用的“市民社会”、“公民社会”与“民间社会”等术语则予以保留。

②已有学者对“宪法是公法”的观念表示了异议。如:孙笑侠先生认为,宪法“既不是私法,也不属于公法”,“宪法是公法的传统观念应当给予否定”(孙笑侠著《法的现象与观念》,山东人民出版社2001年版,第105页)。童之伟先生认为,“宪法应当是与私法、公法对称的一个单独的类型,即根本法”(童之伟著《法权与宪政》,山东人民出版社2001年版,第18页注释①)。

## 参考文献:

[1]爱德华·希尔斯. 市民社会的美德[A]. (英)J·C·亚历山大. 国家与市民社会[C]. 邓正来译. 北京:中央编译出版社,2002.

- [2]周叶中. 宪法[M]. 北京:高等教育出版社,北京大学出版社,2000.
- [3]应克复. 西方民主史[M]. 北京:中国社会科学出版社,1997.
- [4]蒋先福. 契约文明:法治文明的源与流[M]. 上海:上海人民出版社,1999.
- [5]邓正来. 市民社会与国家:学理上的分野与两种架构[A]. 罗岗,倪文尖. 90年代思想文选[C]. 南宁:广西人民出版社,2000.
- [6]郑贤君. 宪法的社会学观[J]. 法律科学,2002,(3).
- [7]莫继宏. 社会自治与现代宪政[A]. 张庆福. 宪政论丛:第一卷[C]. 北京:法律出版社,1998.
- [8]易继明. 将私法作为一个整体的学问[A]. 易继明. 私法:第1辑第2卷[C]. 北京:北京大学出版社,2002.
- [9]孙笑侠. 法的现象与观念[M]. 济南:山东人民出版社,2001.
- [10]董保华. 社会法原论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001.
- [11]邱本. 市场法治论[M]. 北京:中国检察出版社,2002.
- [12]陈端洪. 对峙:从行政诉讼看中国的宪政出路[A]. 罗豪才. 现代行政法的平衡理论[C]. 北京:北京大学出版社,1997.
- [13]刘楠. 论公、私法二元结构与中国经济[A]. 梁慧星. 民商法论丛:第4卷[C]. 北京:法律出版社,1996.
- [14]张中秋. 中西法律文化比较研究[M]. 南京:南京大学出版社,1999.
- [15]梁慧星. 从近代民法到现代民法[J]. 律师世界(武汉),2002,(5).
- [16](德)迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京:法律出版社,2001.
- [17]曾世雄. 民法总则之现在与未来[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001.
- [18]胡传胜. 自由的幻像——伯林思想研究[M]. 南京:南京大学出版社,2001.
- [19](西班牙)萨尔瓦多·吉内尔. 公民社会及其未来[A]. 何增科. 公民社会与第三部门[C]. 北京:社会科学文献出版社,2000.
- [20](英)弗里德利希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由:第一卷[M]. 邓正来,张守东,李静冰译. 北京:中国大百科全书出版社,2000.
- [21](英)弗里德利希·冯·哈耶克. 自由秩序原理:上[M]. 邓正来译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1997.
- [22]谢维雁. 论宪政的平衡性[J]. 四川师范大学学报(社科版),2002,(2).
- [23]许崇德. 中华法学大辞典·宪法学卷[M]. 北京:中国检察出版社,1995.
- [24](美)劳伦斯·哈里森. 文化为什么重要[A]. 塞缪尔·亨廷顿,劳伦斯·哈里森. 文化的重要作用——价值观如何影响人类进步[C]. 北京:新华出版社,2002.

## Constitutionalism and Civil Society

XIE Wei-yan

(Office, Sichuan Provincial Judicial Bureau, Chengdu, Sichuan 610015, China)

**Abstract:** Civil concept is a special one of civil society, which defines the equal, free relationship among citizens and reveals the civil right origin in the public state right. Civil society constitutes protection for individual citizens and condition for political state. The division of public law and private law is of great significance to constitutionalism. Private law is the basic regulation of civil society. China's constitutionalist construction needs to start with the building of civil society, combining empirical rationality and designed rationality and taking the former as the focal point.

**Key words:** constitutionalism; civil society; private law autonomy

[责任编辑:苏雪梅]