

程序与宪政

谢 维 雁

(四川省司法厅法制处,四川成都610015)

摘要:宪政中的程序即宪法程序,是宪政建设的重要组成部分。宪法程序是外在价值与内在价值的统一,其内在价值意味着宪法程序具有不依赖于外在目的或程序结果进行价值评判的独立性。宪法程序构建模式有两种,即严格规则模式和正当程序模式。结合我国宪政建设的实践,当前的宪政建设应在正当程序模式基础上优先发展宪法程序。

关键词:宪政;宪法;程序;价值

中图分类号:DF20

文献标识码:A

文章编号:1000-5315(2000)04-0032-10

近年来,程序问题受到我国法学界空前的关注。早在80年代末,政治学家们就注意到中国政治的非程序性,而西方政治发展中政治民主化的过程正好是借程序正当化来实现的,甚至可以说,政治民主化与程序正当化是同一过程的两个方面。中国政治非程序化的背景及西方政治程序化的现实深深地激发了法学家的思考[1](564—565页)。在诉讼法学、行政法学和法理学等领域,程序理论的研究获得了很大的进展,然而,在宪法学领域,程序问题一直未受到相应的重视。宪政是现代政治制度的重要基础和现代国家的重要标志,宪法是规定国家根本制度和根本任务、集中表现各种政治力量对比关系、保障公民权利的国家根本大法[2](27页)。对其程序的研究和完善,无疑具有非常重要的现实意义。

一 宪政程序还是宪法程序

目前宪法学者对程序问题的研究是在两种意义上进行的。

一种可称之为宪法程序。论者指出,所谓宪

法程序,是指“宪法关系的主体实施宪法行为的程序,即由宪法所调整的国家权力的组织与行使的方式、方法、步骤、顺序和时限的总和”[3](108—132页)。与法律程序相比,其特性是:主体具有广泛性、规范具有原则性与具体性相结合的特点,在表现形式上具有多样性以及在程序的设立上代表机关可以决定自己的议事程序等。在宪法程序中,最主要的程序有:宪法修改程序、选举程序、人事任免程序、立法程序、会议程序、监督程序、权利保障程序和违宪审查程序等[3](108—132页)。也有人从宪法规定的程序性条款的角度,对我国宪法进行了实证分析,认为程序性条款的规定在宪法中所占篇幅很少,导致我国宪法的实施失去了一个充分的内在保障,构成“先天缺陷”,即使被公认为是我国最好的1982年宪法,其程序性条款的缺陷也可概括为“过少不严密,过粗不细密”。论者于是开出了补充、细化宪法的程序性条款,增设保障公民权、体现“程序正义”的弹性条款,增加有关政党参与国家权力的

程序规定,将宪法监督及其程序单列一章予以规定并明确违宪审查的主体、对象及基本程序等疗治“先天缺陷”的“药方”[4]。上述研究,对宪政建设无疑具有重要的意义。

另一种可称之为宪政程序。论者未明确宪政程序的准确定义,而是提出了“宪政的形式意义”的命题,认为宪政的基本原则主要是通过一定的程序实现的,宪政取决于一定形式的正当过程,正当过程又通过程序来体现[5]。笔者理解“宪政的形式意义”命题中的宪政程序就是宪政所依赖的“一定形式的正当过程”,即宪政基本原则、宪政精神得以实现的工具、方式和步骤^①。

问题是,宪法程序与宪政程序是否同一?或者它们有区分的必要吗?认为二者有区分之必要的理由是:学界越来越一致地认为,宪法与宪政是两个根本不同的东西^②。既是根本不同的东西,实施宪法需要程序,实施宪政当然也需要程序,宪法程序与宪政程序自然也就不同,把两种程序相区别是理所当然的。然而,这个理由值得商榷。因为,这种观点将宪法和宪政仅是在表面上看成“两个根本不同的东西”,而在本质上将二者视为性质完全相同的事物,即法律实体。法律实体与法律程序是一对矛盾范畴^③。既然宪政与宪法一样是法律实体,当然也和宪法一样有其相应的程序。事实上,宪政与宪法的真正区别在于,宪法首先是法律[6],而宪政是一种政治制度或政治形式或政治行为的运作过程,而不是法律^④。宪政是宪法的实施过程,不存在宪政的法律实体问题,当然也就不存在单独的宪政程序。

但是,宪政必然包含程序。宪政是宪法或民主政治的操作与运行过程的观点已被普遍接受。如郭道晖教授即认为宪政是创造宪法(立宪)、实施宪法(行宪)和维护宪法(护宪)、发展宪法(修宪)的政治行为的运作过程[7](377页)。将宪政定义为过程,似嫌偏颇。但宪政包含立宪、行宪、护宪及修宪的过程则是不争的事实。人为的、规范的过程意味着程序。宪政取决于一定形式的正当过程,正当过程又通过程序来体现。宪政的实现过程就是一个“从实体到程序”的过程[5]。在这种意义上说“宪政的程序性”是一个富有启发且可接受的概念,它表明宪政即立宪、行宪、护宪、

修宪的实现过程应是一个程序的运行过程,揭示了宪政本身所具有的程序属性,程序本身就是宪政的内容之一。可见,“宪政程序”这一提法不妥当,在宪政之外并不存在独立的程序。因此,“宪政程序”概念应切换为“宪政的程序性”。

宪法程序的提法也并未普遍被人们接受。有人认为,刑事诉讼法、民事诉讼法是刑法、民法的程序(法)但却没有刑法程序、民法程序的说法,因此,也不宜使用宪法程序的概念^⑤。在笔者看来,“宪法程序”是可以被接受且较为合理的一个宪法学语词。理由是,第一,实体与程序合一,是宪法的基本特征之一,这与刑法和刑诉法、民法和民诉法实体程序完全分离、独自发展的情形形成鲜明对比。因此,宪法中既有实体性规范,又有大量程序性规范^⑥。完全可以将宪法中的程序性规范称为宪法程序。第二,在更一般的意义上,任何法律都必须通过一定的程序予以实施,否则法律将成具文。宪法也不例外,它也必须通过程序才能真正得以实施,使宪法得以实施的程序,完全可以称之为宪法程序。第三,之所以称宪法程序,而不称“宪法诉讼法”是因为,宪法中实体规范的实现并不主要依赖诉讼,宪法诉讼并不是宪法的主要内容,宪法主要依赖于立法、修改、议决、选举等程序实现。这是宪法与刑法、民法相比所具有的重要特征,而刑法、民法的实体规范则以诉讼法的实施为根本实现方式。

据此,笔者认为,宪政的程序性表现在以下两方面:一是宪政的过程性,二是作为宪政实施依据的宪法的程序规范即宪法程序。宪政实现的过程就是宪法程序(或规范)的展开和运行过程。因此,宪政的程序其实质或核心就是指宪法的程序或宪法程序。

二 程序在宪政建设中的地位

对程序在宪政建设中的地位,目前存在两种对立的观点。一种观点认为,宪政的关键在于程序。论者认为,“宪政的关键问题是程序问题。”论证的根据是:第一,程序能保证政府行为的形式合理性和形式正义性;第二,程序使当事人的选择更具有理性;第三,程序的完成过程亦即宪政的实现过程[5]。相近的论述还有,“对于宪法精神以及权利的实现和保障来说,程序问题确系致命的

所在”[8](9页)。这种观点,强调了程序对于宪政的重要性,赋予了程序问题在宪政中极高的地位,论者提出“宪政程序化”的口号,并认为“‘宪政程序化’在本质上指如何在互相抵触的各种宪政规范之中进行最佳选择,并使这种决定具有正当性和约束力的问题”[5]。另一种观点认为宪政的关键在于实体。这种观点认为,毫无疑义,程序对于宪政有着重要意义。从西方宪政的历史经验来看,如果其它的条件都得到满足,那么也可以说“没有程序也就没有宪政”。然而,并不能因此而把宪政的程序问题一般化、极端化,程序并不是灵丹妙药,不能把许多重大的问题纳入“程序的架构中进行解决”。宪政首先表现为一套成熟的价值体系,如个人尊严、自由、尊重少数人的权利等;而程序则不过是为实现这些价值而设定的途径和方法。因此,其结论是,“中国宪政建设的关键是实体问题,而非程序问题”[9]。进一步而言,宪政的关键是“合理确定权利与权力的界限并有效制约权力以实现权利”[10]。

在宪政建设中必须重视程序问题,是两种观点的共同之处,其分歧仅在于重视的程度不同。在笔者看来,要判断程序和实体何者更为重要,还缺乏相应的可资援引或参照的标准或背景。两种观点都有一定道理,但都缺乏深入的论证。在一般的意义上,作为表达人类行为的目的并规制这一目的的法律实体[1](539页),与作为人们针对法律实体所设定的意思沟通的原则、过程和方式的法律程序[1](576页),显现出一种相互间的依存性,仅存在何者更为根本的问题,或者何者起决定作用的问题。然而,我们不能得出结论说,根本性问题或具有决定作用的问题就比其他问题更为重要、更为关键。如物质决定意识,并不表明物质比意识更为重要。事实上,从法哲学上讲,实体与程序是法律的一体二面,缺一不可,不存在何者是关键的问题。正如汉斯·凯尔森指出的,“没有第一类规范(即形式规范,或程序规范——引者注)的适用,就不可能有第二类规范(即实质规范,或实体规范——引者注)的适用”[11](146页)。程序规范与实体规范“只有在有机的结合中才组成法律”[11](146页)。笔者认为,根本性、决定性范畴仅是哲学上具有终极意义的价值命

题,而重要与否以及重要的程度才是一个现实的、实践的命题,且具有相对性。也即是说,一个事物是否重要及重要程度依不同主体、不同条件而定。“重要性”是一个相对的概念。一个事物只有相对于具体的时空条件,相对于具体的人的需要,“重要性”才有实在意义。“重要性”也是一个比较和选择的概念。宪政建设中实体与程序何者更为重要,也是一个比较和选择的问题。我们只能根据特定的历史条件,相对于人们的需要,在进行比较的基础上,在程序和实体二者中作出一种优先性选择。这仅是一种临时性的政策性考虑,这种选择不具有终极性,随着历史条件及人们需要的变化,可以随时作适应性调整。“重要性”还是人们对外在物与自身需要的满足程度的体现,对“重要性”的判断构成对人们行为的导向。只有对某一事物“重要性”具有足够认知,人们才能将大量的时间、精力倾注于这一事物,并努力促进这一事物更加完善或对我们更有意义。这一点对我们研究程序与实体何者更重要的问题具有指导意义。然而,这仅是问题的一个方面,“重要性”并非纯粹主观的产物,而是由客观的社会现实所决定的。只有主观对“重要性”的认识与客观需要相一致,这种选择才是合理的,也才能实现主体选择时的合理预期。在现阶段,我们应将实体还是程序何者作为宪政建设的优先性选择呢?换句话说,在现时条件下,宪政建设中到底是实体更重要,还是程序更重要?这个问题并非一个简单的事实判断,而是一个确定未来宪政发展走向的价值选择。因此,选择实体优先,还是选择程序优先,抑或是二者并重,是一个必须认真对待的问题。

笔者认为,我们应该确定这样一个总的指导思想,即程序与实体并重,并最终达到程序与实体的和谐统一。但鉴于目前我国程序性条款的规定在宪法中所占篇幅很少,且“中国的宪政研究多注重国体、政体、权利义务等实体部分,于程序问题不免有轻视之嫌”[8](9页),程序性规定“残缺不全”的现状,笔者以为,当前应当优先发展宪法程序。理由有二。第一,我国目前在宪法实体规定方面已趋完善,如我国宪法关于公民基本权利的规定仅从条文看可以说是比一些西方国家的规

定都更加完备、更加先进。与此形成对比,我国宪法程序的规定相当滞后。因此,应优先发展程序,使二者发展呈平衡、统一态势。第二,程序的阙如,使实体规范不能有效实现,而成具文。与其让完备先进的实体规定留在纸上,还不如先完善程序,使实体规范完全得到实现。同时,优先发展程序,并不否定实体规范的适时发展,只是强调在现阶段宪政建设的侧重点是发展程序而已。

三 宪法程序的价值及其独立性

(一) 宪法程序的外在价值与内在价值

一般认为,判断法律程序是否有价值,可依据两项独立的判断标准:一是看它对于实现某一外在目的是否有用和必要,也即法律程序作为实现某一外在目的的手段或工具是否有用或有效,依此标准评判的价值即程序的外在价值或工具价值;二是看法律程序本身是否具有内在“善”的品质,这种“善”的品质即自由、公正和效益,应从法律程序本身而不是从任何外在事物或目的来判断,法律程序本身即具有独立于程序结果的目的性,依此标准评判的价值被称为内在价值或目的性价值。美国法学家罗伯特·萨默斯将法律程序所具有形成好结果的能力称为“好结果效能”,而将法律程序本身的独立价值和其所具有的实现程序价值的功能称之为“程序价值”、“程序价值效能”[12](183—184页)。宪法程序作为法律的一种,同样具有内在价值和外在价值。

1. 宪法程序的外在价值

宪法程序的外在价值,是指宪法程序作为实现其外在目的的手段或工具的有效性,它是人们据以评价和判断一项宪法程序在实现宪政目标即切实保障人权、有效制约权力、充分实现民主方面是否有用或有效的标准。保障人权、制约权力、实现民主,相对于作为手段的宪法程序而言,是一种外在的、更高的目标。有人指出宪法程序的外在价值在于:宪法程序是控制权力的重要机制,是保障公民权利的重要途径,是保证权力行使合理性的有效措施,是维护国家与社会的稳定的有效条件[3](133—135页)。

笔者认为,从宪法哲学的角度看,宪法程序的外在价值至少还应在以下几方面加以说明。

第一,程序使宪法具有实践的品性。宪法以

程序为中介得以使自己一方面与国家权力相结合,另一方面与社会关系相结合。程序是宪法通向实践的通道,离开程序,宪法只是一种可能性,仅停留在纸上,缺乏程序的宪法不如说是一篇政治宣言或政治纲领,并不具有现实性。程序是宪法与社会现实的中介和双向调节器。正是程序,使宪法的实体规范通过特定机关和人员的“操作”与具体的社会关系相结合,使宪法成为实在意义上的法律;正是程序,在特定机关和人员的不断“操作”中,使宪法的规范在与社会关系的“结合”中,不断地受到检验,不断地展示宪法变迁或修改的理由,使宪法具有更强的现实性和适应性,从而既促进宪法的发展又保持了宪法的稳定性;也正是程序,不断地使社会关系受到“规范”,从而保证了宪法具有最高的权威。总之,是程序使纸上的宪法成为“活的宪法”,使宪法得以自我更新、自我发展、自我超越。宪法程序的阙如,是我国数十年宪政建设的重大失误之一,也是当前“根本大法,根本无用”的直接原因之一。从根本上说,当前议论最多的宪法监督保障制度,虽在宪法中有明文规定,而实践中完全未发挥作用的根本原因也在于程序的缺乏。

第二,程序使宪法具有独立的品格。宪法的独立品格指宪法在现实生活中能自主地掌握自己的命运,其存在、发展和变化都是自身规律的体现和作用的结果,宪法的创造、修改和适用都是符合客观实际需要的自觉的理性活动。要维护宪法的独立性,一是必须明确规定宪法与政治的界限,将宪法从政治活动中分离出来,抛弃宪法是政治统治单纯工具的泛政治化观念。宪法与政治具有密切的联系,但不能得出两者同一的结论。作为法律而存在的宪法是政治的规范,即权力的运行范围或界限,政治则是权力运行本身。宪法的客观性存在和适用的连续性、稳定性是保证宪法独立性的基础。剥离宪法与政治的唯一手段便是程序,程序不仅使宪法规定超越可能性并具有可操作的现实性,而且使宪法作为权力运行的界限实际地发挥作用,实在地规范或不断地按照自己的要求矫正不安分的权力运行,从而使宪法超越政治。抛弃宪法的工具观,这在实质上有利于维护和尊重制宪机关及其立法的权威性。我国宪法成

为政治合宪性的工具,程序的缺乏是根本原因之一^①。二是要厘定宪法与道德的界限。中国社会曾是一个泛道德的社会,泛道德主义至今仍对我们有重要影响。实践中人们以道德情感代替法律理性,以道德尺度代替法律天平,以道德评价代替法律评价,因此,实现法律与道德的分野,具有极为现实的意义。在中国现代法律体系中,受道德影响最大的当属宪法。现行宪法中不少条款具有极强的道德性,这些宪法条文与其成为宪法规定,还不如让它作为道德规范更为合理。只有廓清宪法与道德的界限,宪法才具有法律意义。程序使宪法具有可操作性,从而超越了道德说教。在宪法与道德混为一谈的情况下,即使规定有完善的程序,宪法也并不能得以实施,因为道德规范是不经由程序实现的。程序使宪法从政治、道德中隔离出来,使宪法具有了独立性;而且,程序的有效运行,使宪法的独立性得以恒久保持。

第三,程序使宪法具有自治性。宪法的自治性是宪法的重要品性。在一个真正实行宪政的国家,一套完备而科学的宪法程序,必然要求一套“操作”程序的机构和人员与之匹配。这意味着,将形成一个由制宪、修宪、行宪、护宪等环节组成的统一的宪政运行机制。这是一个完整的封闭的圆环体系,这个体系以宪法为中心而建立,宪法在其中得以创制、得以实现,程序越完善,这一运作体系亦越完善。程序使宪法的创制与实现,勿须求助“外力”,宪法就具有了自治性。程序既是宪法自治性的根据,又是强化宪法自治性的有力工具。宪法的自治性越强,越能保证宪法的稳定性和权威性,并进而促进政治的稳定。真正意义上的宪政,都以其制度设计具有自我制约功能为潜在目标,“当代制度设计中达到的自我制约,大部分是以这种方式赢得的,即通过程序性标准和通过来自权威的论点赢得的”[13](104页)。程序是宪法自治性、宪政制度自我制约的制度机制^②。

2. 宪法程序的内在价值。

宪法程序的内在价值,是指宪法程序不仅是作为评价和判断一项宪法程序对实现宪政目标是否有效或有效的工具、手段而存在,它本身也是目的,是宪法程序的这种目的性独立于程序的结果。如果说,宪法程序的外在价值是以宪法程序与宪

政目标(宪法实施的预期结果)的关系来衡量,那么宪法程序的内在价值则是以宪法程序本身内含的目的性来衡量的。

一般而言,宪法程序的内在价值包括自由、公正、理性和效益。

第一,宪法程序的自由价值。它一方面是指“操作”程序的机构和人员享有法律规定的自由,不受任何外在压力的干预;另一方面也是指程序“操作”主体在选择上的自由。程序的实质是限制恣意[8](15页),但限制恣意的责任机制是以自由选择为前提的[8](17页)。另外,宪法程序的自由价值还意味着宪法程序对人的尊严、人道等的尊重。

第二,宪法程序的公正价值。它是指宪法程序必须具有公正性。宪政不仅以追求客观或实体公正为目的,更以追求宪法程序公正为途径。宪法程序公正是宪法实体公正的必要条件。宪法程序公正的最低标准包括四点。(1)宪法程序独立,即必须在体制上保证“操作”宪法程序的机构、人员地位的独立,保障这些机构和人员在完成程序过程中的意志自由。宪法程序独立的基本要求是“操作”宪法程序的机构职能、人员职责的独立,而排斥这些机构特别是代议机构职能的泛化,以及人员特别是代议机关的代表兼职倾向。值得注意的是,当前正在强化人大对司法案件的监督,有的地方对司法案件的监督已覆盖了整个司法过程^③,这存在人大职能泛化的倾向,有损于法治的推进。另外,我国的各级人大代表均采用兼职制,理由是便于更忠实地代表民众(因为他本来就是民众中的一员),也便于民众的监督(因为他就生活在这些民众之中)。而从程序独立的要求看,这些理由是经不起推敲的,因为兼职制下的代表必然囿于狭隘的利益倾向,损害了意志自由,从而不能保证其独立性。(2)宪法程序中立,这与宪法程序独立密切相关,宪法程序独立是宪法程序中立的必然要求,宪法程序中立是宪法程序独立的逻辑结果。中立的程序更容易产生不偏不倚的结果,也更容易为大家普遍接受从而增强宪法的权威性。宪法程序中立,比其他法律程序具有更重要的意义。因为,在宪法领域内,越来越难以确认什么在实体上是正确的,在民主制度下,多数决

定原则成为判断实体正误的唯一标准,虽然这一标准并不可靠^①。没有人能说明多数人所采纳的政策在实体含义上是对还是错,也许历史最终会告诉我们,但可能至少是100年以后的事了。然而能够说这个政策是合理的,因为它是通过一个社会全体成员都同意的程序所通过的[14](374页)。在一定程度上,宪法程序决定了宪法的实质内容。(3)宪法程序公开,即要求程序主体在程序进行过程中须同时在场,并将程序的交涉过程或意思沟通过程均公之于人,接受社会的广泛监督[1](576页);程序主体对程序的各环节、步骤均心中有数;程序公开强化了宪法程序的自治功能,是程序公正价值的保障。在宪法程序中,要特别重视立法程序和选举程序的公开。关于立法程序公开,我国目前已有一些进展,近几年全国人大常委会将法律草案向社会公布,公开征求修改意见,并将主要争论意见刊于各种报刊,这无疑向程序公开迈出了一大步。同时,立法听证制度已经写进立法法,这必然会进一步促进立法程序的公开。在选举程序公开方面,近几年我们也作了很大努力,但还没有达到人们预期的效果。(4)宪法程序中的表达自由。表达自由是宪法程序公正的本质要求。特别是立法程序中,代议机关的议决程序,必须严格保障程序主体的表达自由。只有享有充分的表达自由,在程序进行中所有言论完全免受法律追究,程序主体或代议机关代表才真正享有意志自由。各国宪法对代表或议员的表达自由都给予特别保护。

第三,宪法程序的理性价值。理性是人的本质属性之一,理性能力是人类所具有的以推理或积极的行为来实现其有目的、结果的能力。宪法程序的理性价值,是指宪法程序必须具有合理性。这一方面要求宪法程序本身的内容、结构要科学,既符合自身的规律性,又要与社会现实保持一致。另一方面要求程序的运作过程也必须符合理性的要求,而不能是任意的和随机的。

第四,宪法程序的效益价值。它是指宪法程序的设计和运作应当符合经济效益的要求,其基本要求是投入的最小化和产出的最大化,即以最少的人力、物力和时间的投入获得最大的效果。要实现程序的效益价值,第一,宪法程序的设立应

保证宪法程序进行的迅速有效;第二,宪法程序应尽量简化;第三,宪法程序应保证人力、物力及时间资源的合理配置。

宪法程序的外在价值与内在价值必须统一协调,才能发挥宪法程序的应有作用。

(二) 宪法程序价值的独立性

宪法程序的价值是否具有独立性?目前有两种完全对立的观点。一种观点认为,宪法程序也是法律程序中的一种,也具有独立价值,“否认程序本身的独立价值,只承认程序对于实现某一结果或目的的作用,是程序工具主义的态度”[3](133页)。“宪政程序化”的口号内含了程序价值独立的观点。另一种观点认为,“从深层意义上说,宪政的程序没有自己独立的价值”[9],其理由是:“它所追求的价值只有在与社会大多数成员认可的价值准则相一致的情况下才有意义。”[9]就第一种观点而言,在行政法学、诉讼法学及一般法理学的研究中,程序的独立价值已得到普遍认同。但是,这不能直接构成宪法程序具有独立价值的理由,还需要严谨的论证。第二种观点较为偏激,笔者不同意“宪政的程序性没有自己独立的价值”的结论。

我们认为,宪法程序是否具有独立的价值不能一概而论。就其外在价值而言,宪法程序是实现宪政价值目标的手段、方式、步骤、条件等,目的或结果外在于程序,程序的存在以目的或结果的存在为前提,此时程序的价值以所达到的目的或结果为评判依据。能较好地达到目的或形成好的结果^②,则程序是有价值的。由于程序外在价值对外在目的或结果的依赖,在这种意义上,我们说,宪法程序的外在价值不具有独立性。而宪法程序的内在价值具有独立性。因为,宪法程序内在价值的存在不以外在目的或结果为前提条件,宪法程序内在价值揭示的是程序本身的目的性。据此,我们认为,宪法程序在价值上既具有独立性,又具有依赖性。同时,我们既不能否定其独立性,又不能将独立性绝对化。

四 宪法程序的建构模式

从各国宪政实践看,宪法程序是法律程序的核心和关键。这是由宪法地位和效力的最高性及宪法内容的根本性决定的,同时,这也是宪法程序

对其他法律实体及程序所具有的决定性作用的要求。各国在设计 and 建构宪法程序时,都潜在地含有对宪法程序的某种价值判断,这些价值判断直接指导着宪法程序的设计与建构。纵观各国的宪政实践,这些价值判断所导致的宪法程序设计、建构模式大体上可以分为两种,即严格规则模式和正当程序模式^⑨。

一般认为,法律上的严格规则主义总是同大陆法系法典编纂的传统相联系[15](193页)。18世纪末法国大革命后新建立的共和党政府和随后的拿破仑政府为避免旧制度中主观决定恶习而强化了严格规则主义。他们创造了包罗万象的法律条文,《民法典》即是典型的例子。人们预期法典的适用将足以解决人类社会所产生的一切问题,法官要不折不扣地适用这些条文,他们只能简单地充当法律的喉舌,甚至禁止他们对法律作出解释。这被称之为法官的“售货机模式”。它的基本结构至今仍被整个西方社会认为有效,认为体现了法律公正的理念,或者可说是依照实体法的条文作出司法决定[14](360页)。依此种观念进行宪法程序设计,可称为严格规则模式。这种宪法程序建构模式的基本特点,不在于宪政实践中有没有程序,而在于对程序价值的根本看法:即它从行为结果着眼,以结果为标准评价程序的有效性,特别关注实体规则的制定,忽视程序的健全与完善,它十分强调和相信宪法在形式上的定义以及定义之间的差别的有效性和适用性。严格规则模式是一种倾向于侧重实质合理性的制度选择。它认为,通过详细的实体规则的严格实施,就能完全达成宪政的全部目标。按照这种观念,宪法程序仅具有外在价值,而且,这种宪法程序要真正达成宪政目标,其关键是依赖于外部环境,如自由经济度、社会民主、执法者与守法者的高度自觉,还需要他们具有较高的法律意识和法律水平。因为,如果不能准确地理解法律条文,在缺乏意思沟通或交涉的情况下,宪法就会在执行中走样或被无意识地违反,这势必要强化外在的监督。依严格规则模式成本很高,且不易达到预期效果。进一步讲,它注重实体规则,却又不能保证实体规则的公正。由于缺乏程序主体之间的交涉、意思沟通或有效参与,即使是公正的结果也难以获得普

遍的服从。这种模式还面临着这样的困境:在实体规则不甚明了的情况下,规则无法施行,正义也就无法实现。司法审查的介入,使大陆法系国家对实体规则的控制大大加强,使一度被认为政治宣言的宪法成为了实证法,即可由法院执行的法律。如法国设立宪法委员会、德国及许多欧洲大陆国家设立了宪法法院,垄断了司法审查大权,很大程度上保证了实体规则的公正性。严格说来,我国也属于大陆法系的范围,在宪法程序的建构上也采取了严格规则模式,但缺乏外部环境,也未建立相应的司法审查制度。

正当程序模式具有悠久的历史渊源。古罗马时代,所谓自然正义的两项基本要求即任何人不得做自己案件的法官和应当听取双方当事人的意见,已具有了正当法律程序的意蕴。中世纪时,神圣罗马帝国康得拉二世的一个法令规定:“不依帝国法律以及同等地位贵族的审判,不得剥夺任何人的封邑。”[16](62页)这虽是给予封建贵族的特权,但也表达了正当法律程序的基本观念。1215年,英国的《自由大宪章》第三十九条规定:“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照国内法律之规定外,不得加以放逐、伤害、搜索或者逮捕。”[16](62页)以法律程序来约束君主,这是封建贵族在同君主斗争中取得的辉煌胜利。1354年,爱德华三世第二十八号法令第三章规定:“未经法律的正当程序进行答辩,对任何财产和身份的拥有者一律不得剥夺其土地或住所,不得逮捕或监禁,不得剥夺其继承权和生命。”[17](123页)这是正当法律程序的第一次正式法令表达形式。1780年,美国马萨诸塞州的州宪法中规定:“未经正当法律程序,任何人的生命、财产不得剥夺。”这是美国最早、最完整的“正当法律程序”的规定。1791年12月25日,“权利法案”被批准成为宪法的组成部分,其中第五条修正案第五款规定:“非经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”这是美国宪法第一次对“正当法律程序”作出规定。但它被认为仅仅适用于联邦政府而不是对州政府和地方政府施加限制,且仅指刑事诉讼程序问题。1867年,第十四条宪法修正案被宣布生效,其中第十款规定,“……非经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产

……”，这是美国宪法第二次对正当法律程序作出规定。这一规定直接针对州政府、州政府官员和地方政府，旨在保护公民不受州政府的侵犯。正当法律程序在美国经历了由程序性正当法律程序到实质性正当法律程序的演进过程，在某种意义上说，它已构成了美国宪法权利的中心，有人将它称为“各种人权的守护者”[16](168页)。现在，正当法律程序的发展，早已超越了英美法系的范围。法国《人权宣言》第七条规定：“除非在法律所规定的情况下并按照法律所指示的手续，不得控告、逮捕或拘留任何人。”日本国宪法第三十一条也规定：“非依法律规定程序，不得剥夺任何人的生命或自由，或科以其他刑罚。”我国宪法第三十七条规定：“任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。”须注意：在非英美法系国家，虽也强调程序，但却有一种忽视程序正当性的倾向，即仅强调依照法定程序，而不管程序的内在价值，有工具主义倾向。宪法程序建构的正当程序模式的特点在于：在宪政实践中，从行为的过程着眼，特别重视宪法程序的合理设计，以程序合法性来判断结果的有效性、公正性。它也重视宪法的实体规则，却以程序公正、合法为达成宪政目标的前提。在这种模式下，可以有效避免严格规则模式下的困境，无论结果如何，只要同意程序即接受了结果，换句话说，其结果之所以是公正的，就是因程序是公正的、合法的，或者是大家所接受的。同时，正当法律程序具有交涉性和反思性[18]，它意味着这种程序是交往中（或冲突着的）的主体进行交涉、商谈、博弈、协调、选择的原则、条件、方式和过程[1](580页)。这表明，程序在某种程度上可以塑造结果，也增加了结果的可接受性。正当程序模式是一种侧重程序合理性的制度选择，这对宪法来说无疑具有更现实的意义。因为，如宪法中的选举，在选举前并无预设的实体内容，选举是否公正、结果是否被普遍接受，完全依赖于程序；再如立法，在立法之前并不存在任何法律上的实体内容，在其不与上位法相抵触的情况下判断该项立法是否有效或被接受的唯一依据便是立法过程是否依立法程序进行。在宪法中，程序决定实体具有普遍的意义。同时，在正当程序模式下，

宪法程序通过程序主体的内部制约机制，促成程序内在价值的实现，程序的内在价值本身成为宪政的直接目标，程序的外在价值通过其内在价值的实现来体现，实现了程序的内在价值，也就实现了程序的外在价值。与严格规则模式下宪政目标的实现依靠外在监督与法律细则化相比，这节约了社会成本，有利于提高宪法的效益。

有人在研究立法程序时提出：“对立法权的必要控制不但应采取严格规则，而且应遵循正当程序。”[19](401页)立法程序是宪法程序的组成部分。笔者认为，严格规则模式与正当程序模式之间有着内在的紧张关系。在严格规则模式下，正当法律程序在一定程度上受到排斥，因为正当法律程序具有交涉性、反思性，程序主体在其中可以进行一系列协商选择，这使结果带有很大的不确定性。而严格规则模式中，结果是实体规则早已确定了的，不能更改，程序主体对结果无能为力，正因为如此才被称之为“售货机模式”。显然，我们不能既坚持严格规则模式，又遵循正当程序模式。“在有着强烈的程序合理化的决定中，对实质合理化的要求必将减弱。同样地，在有着强烈的实质合理化的决定中，对程序合理化的要求必将减弱”[13](105页)。基于前面对两种模式的分析，笔者认为，在宪法程序的模式选择上，我们以选择正当程序模式为宜。

确立正当程序模式，建立和完善宪法程序，应当成为我们宪政建设的重要内容。但这是一个逐步进行的过程。当前，宪政中的程序建设应从以下几方面入手。(1)在宪法中明确规定正当法律程序条款。正当法律程序原则是一个公理性原则，理应为我国宪法所移植。(2)确立宪法诉讼程序，建立宪法诉讼制度。认为其宪法权利受到侵犯的任何公民，在穷尽其他一切救济方法之后，应当被允许向设立的宪法法院或类似机构以宪法的有关规定为依据提起宪法诉讼。(3)确立司法审查程序，建立司法审查制度。允许有关部门、单位和个人就认为侵犯其宪法权利或与宪法相冲突的法律法规及特定行为向宪法法院或类似机构提出司法审查的申请。宪法法院或类似机构依宪法程序进行审查并作出其是否有效的裁决。(4)完善有关政党参与国家权力的程序。应在宪法中

作出有关规定。一方面使政党参与国家权力于宪制制约,真正实现党在宪法和法律范围内活动。有据,另一方面也使政党参与国家权力受到程序

注释:

- ①吴德星:《论宪政的实质内容与形式意义》一文认为:“宪政可以理解为一方面是经历了民主主义正当过程和结构性选择的结果,同时另一方面又向公民和国家机关提供了再进行过程性选择的工具、方式和步骤。”
- ②程燎原认为:“宪政与宪法原本是两回事。”(程燎原:《从法制到法治》,法律出版社 1999 年版,第 220 页)李步云认为:“宪政与宪法当然有密切联系,但两者又有原则区别。”(李步云:《宪政与中国》,载《法理学论丛》第 1 卷,法律出版社 1999 年版,第 589 页)
- ③参见谢晖:《法学范畴的矛盾辨思》第十章《法律实体与法律程序》
- ④郭道晖认为:“宪法是民主的纲领,权利的宣言,但它是静态的;宪治(宪政)则是民主政治的实施和权利的实现,是宪法的实际操作与运行,是动态的。”(黄稻主编:《社会主义法治意识》序一,人民出版社 1995 年版)
- ⑤笔者曾与四川省法学会的傅仲先生探讨宪法程序的有关问题,傅先生便不赞同“宪法程序”的提法。
- ⑥参见吕尚敏:《论宪法规定中的程序性条款》;费善诚:《论宪法程序》。
- ⑦笔者认为,导致宪法沦为政治合宪性的工具还有其他原因,如宪法适应性较差或应变机制的单调。也有人认为,制宪者对宪法的认识上如果政治性大大超过其法律性,也可导致“宪法只不过是达到了政治目标的工具”,参见蔡定剑:《历史与变革》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 48 页。
- ⑧季卫东:《法治秩序的建构》,第 16 页:“……分化和独立……是程序的灵魂。……分化和独立会带来这样一种现象:为了达成一定目的而进行的活动,经过不断反复而自我目的化。这种现象被称之为功能自治。”另,李步云主编:《宪法比较研究》,法律出版社 1998 年版,第 897 页:“公正的程序本身就意味着它具有一整套能够保证法律准确适用的措施和手段,并且由此能够形成保障法律准确适用的常规机制。”笔者认为,程序的功能自治,无疑构成了宪法自治性、宪政制度自我制约有基础。
- ⑨如《四川省各级人民代表大会常务委员会司法案件监督条件》规定,四川省各级人民代表大会常务委员会可以进行监督的案件包括“司法机关在依法行使职权中办理的和应当办理的案件”(参见该《条例》第 2 条)。
- ⑩美国的制宪者们曾坚决反对民主,其理由即是多数决定原则可能造成多数的专制。相关分析可参见(法)托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆 1996 年版,第 287 页以下。
- ⑪对于法律程序所具有这种形成“好结果”的能力,萨默斯称为“好结果效能”。参见陈瑞华:《通过法律实现程序正义》。
- ⑫这并非笔者独创。孙笑侠在比较分析各国行政法基础上,将严格规则模式和正当程序模式看作两种古典的“控权”功能模式。见孙笑侠:《法律对行政的控制》,山东人民出版社 1999 年版,第 117 页以下。

参考文献:

- [1]谢晖. 法学范畴的矛盾辨思[M]. 济南:山东人民出版社,1999.
- [2]许崇德. 中国宪法[M]. 北京:中国人民大学出版社,1989.
- [3]费善诚. 论宪法程序[A]. 胡建森. 宪法学十论[C]. 北京:法律出版社,1999.
- [4]吕尚敏. 论宪法规定中的程序性条款[J]. 天津社会科学,1997,(1).
- [5]吴德星. 论宪政的实质内容与形式意义[J]. 天津社会科学,1997,(1).
- [6]莫纪宏. 宪法审判制度概要·绪论[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1998.
- [7]郭道晖. 法的时代精神[M]. 长沙:湖南人民出版社,1997.
- [8]季卫东. 法治秩序的建构[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [9]程燎原. 关于宪政的几个基本理论问题[J]. 现代法学,1999,(4).
- [10]王人博. 宪政文化与近代中国·序[M]. 北京:法律出版社,1997.
- [11]凯尔森. 法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵译. 北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [12]陈瑞华. 通过法律实现程序正义[A]. 北大法律评论(1998):第一卷第一辑[C]. 北京:法律出版社,1998.
- [13]斯蒂芬 L·埃尔金,卡罗尔·爱德华·索乌坦. 新宪政论[M]. 周叶谦译. 北京:三联书店,1997.

- [14]谷口安平. 程序公正[M]. 见:宋冰. 程序、正义与现代化[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998.
- [15]徐国栋. 民法基本原则解释[M]. 北京:中国政法大学出版社,1992.
- [16]焦宏昌,李树忠. 宪法教学案例[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [17]孙笑侠. 法律对行政的控制[M]. 济南:山东人民出版社,1999.
- [18]季卫东. 法律程序的意义[J]. 中国社会科学,1993,(1).
- [19]谢晖. 价值重建与规范选择[M]. 济南:山东人民出版社,1998.

Procedure and Constitutionalism

XIE Wei-yan

(Legal Affairs Office, Sichuan Provincial Judicial Department, Chengdu, Sichuan 610015, China)

Abstract: The procedure in the constitutionalism is the constitution procedure, which is one of the important components of constitutional construction. The constitution procedure is the unity of the external value and the internal value. Its internal value means that the constitution procedure is of value judgement independence from external purpose or procedure result. There are two constitution procedure structure patterns: strict regulation pattern and legitimate procedure pattern. Present constitutional construction should give priority to the development of constitution procedure on the basis of legitimate procedure pattern.

Key words: constitutionalism; constitution; procedure; value

[责任编辑:苏雪梅]

● 文史札记

司马相如《子虚赋》、《天子游猎赋》小议

司马相如作《子虚赋》、《天子游猎赋》,《史记》、《汉书》本传连为一篇,但从时间来看,《子虚赋》本传作于梁孝王时,而后者则作于武帝建元三年或稍后,参《史记》、《汉书》本传及《汉书·东方朔传》。《史记》、《汉书》本传将二赋连为一篇,盖主要是从二赋内容及形式的连贯来考虑的,而本传所谓的“赋奏,天子以为郎”,则单指奏《天子游猎赋》,非指二赋同时奏上。又,《子虚赋》开头“而无是公在焉”一句,亦非原有,而是后来加进去的。据《隋书·儒林传》及《史通·序传》称,相如本有《自序》之作,而司马迁作传盖本于其《自序》。

至于《天子游猎赋》后来被称为《上林赋》,亦事出有因。从《史记》、《汉书》本传来看,相如并未自称《上林赋》,但本传有“天子既美子虚之事”,而相如曰“上林之事未足美也”诸语,于是后人将后一赋称为《上林赋》,以与《子虚赋》对举。故西晋人左思《三都赋序》有“相如赋《上林》”之语;皇甫谧《三都赋序》亦以“相如《上林》”与扬雄《甘泉》、班固《两都》、张衡《二京》、马融《广成》、王延寿《灵光》连称;东晋人郭璞亦有《子虚》、《上林》之注(《隋书·经籍志》四及《晋书》本传);《西京杂记》卷二亦载“司马相如为《上林》、《子虚》赋”。所以,梁萧统编《文选》,以《子虚赋》、《上林赋》分题载入,是有历史根据的。(晓名)