

创建发展一套健全的中国宪政理论^{*}

——强世功有关中国宪政形式主义与合法性问题的论述

■ 白 轲 (Larry Catá Backer)

[内容提要]宪政原本是一种建立国家的方法,但这个概念逐渐演变成为一种大众民主和民意的表达形式,之后又以跨国宪政主义的形式迈向全球化。在诸多现代宪政体制中,基于马克思列宁主义理论的一党制度一直颇具争议性。这篇文章将关注强世功对中国一党宪政制度合理性及合法性的论述。本文同时还将探讨强世功针对中国制度所提出的一种结合基本民主机制与中国共产党代表性的一党宪政体系。强世功的研究并没有停留在有关合法性问题讨论的阶段上,他更关注的是中国宪政如何根据自身的逻辑实现长远发展。中国宪政发展取决于如何处理公民教育以及党与政府分权这两个关键问题。中国宪政秩序的核心为其独有的分权模式,即政府机构的行政权力(包括依法行政)与共产党的政治权力(包括国家宪法规范)之间的区分。

[关键词]党国体制 一党宪政 党和国家的分权 形式主义 宪政主义

一、问题的提出

宪有显示之义,所谓宪法,本为自我参照之工具。①宪法还有一个额外元素——它不加批判地描述了事物的意义。宪法也同时可以理解为一种特定的政治共同体组织方式,通过赋予社会其独有的法律与惯例来勾画出自身的认同感,将自己的社会组织方式与他者区别开来(Backer, 2008a)。②更为重要的是,宪政曾经是一系列解决政治体制根基并赋予体制合法性的手段,但这套多元的政治工具正在发生历史性的转变

白轲:美国宾夕法尼亚州立大学迪金森法学院与国际事务学院(Larry Catá Backer, Dickinson School of Law and School of International Affairs, Pennsylvania State University)。

* 特别感谢王可任长期以来为本篇文章所做的出色工作,以及寺冈智纪先生与凯瑟琳·莫迪尔(Kathryn Modeer)女士所提供的宝贵帮助。

(McIlwain, 1947)。从美国独立战争与法国大革命到21世纪新的全球化制度之崛起之间,旧制度被逐个推翻,国家体系经历了革命性的转变,现代国家体系又在21世纪受到全球化的冲击。而宪法这一概念也遵循了国家体系的历史演变,并陷入了两个涉及法律与政治层面上的争论。这两个争论,其中之一是跨国性的,基于国际上认可的惯例与准则来评判政权的合法性以及宪政制度的合理性(Henkin, 1993)。另一个争论主要发生在国家内部,是关于采取何种手段并有效利用这一手段去实现及实施合法的宪政理念。

在当今国际政治层面上,宪政主义已与合法性意识形态结合在一起(Raz, 1998: 169-173)。宪政成为一种衡量国家政权合法性的标准,政体本身以及其行政权力的行使都受制于国际宪政主义的评判(Backer, 2008b)。这种宪政主义混淆了西方国家行政权(gubernaculum)与司法管辖权(jurisdiction)之间的传统分界线(McIlwain, 1947: 86),^③不过也引发了行政与司法机器之间的动态互动,这种互动可以广义理解为法治(rule of law, Fallon, 1997)。更重要的是,宪政可以让国家从民众中蜕变而来,将人民意志整合为象征政府与司法合法性的单一标志。于是,“宪政”一词在国际社会中变成了“合法性”的代名词,这种合法性主张国家主权归人民所有,即政府服从人民的意志,并受制于法律(Backer, 2008b)。从这个角度上来讲,宪政旨在为一些基本的政治问题提供一套解决方法和具体结构,“从法律上限制权力的行使,并赋予政府对其管辖范围内民众的完全政治责任”(McIlwain, 1947: 146)。由此而言,合法的国家与政府即为立宪政体,而合法的立宪政体可以在不受他国干涉的情况下自由行使其法定的权力,合法地消灭那些寻求推翻政府的反对势力。

我们当下正处于一个以国家机器及其运行的权力实质性框架的合法性来评判政权交替合法性的世界中(Backer, 2009),宪政合法性问题也日益成为国内和国际事务中的重要元素。在几个政治文化背景相似的国家之间达成政权合法性的共识并不困难,因为它们在政权组织的基本原则上已经有着共同的意识形态。然而,同中求同则易,异中求同则难,政权合法性问题的棘手之处就是在截然不同的政体之间寻找一个用来分析政权合法性的公认标准(Backer, 2008c),例如用西方的标准对中华人民共和国在21世纪初期的宪政基本构架合法性问题进行分析(Peerenboom, 2002)。具体而言,中国的宪政制度并没有效仿其他发达国家所采用的模式,因为中华人民共和国的政治意识形态是基于马克思列宁主义,而这一政治意识形态以特殊的国家—人民关系以及处理经济政治权力的手段为特色。当然,在西方观察者们近一个世纪的研究中,具有这些特点的该政治意识形态普遍被视为斯大林主义(或其他变种)式的反宪政主义。^④从西方自身的观点出发,我们可以看到一种通过模仿西方政治模式来获得宪政体制的合法性的臆断,而中西之间政治意识形态上的隔阂也往往被简化为“非合法性”的标记。

当然,在宪政合法性边界这一议题之外,还有围绕着“宪政实施”(constitutional implementation)所进行的更加庞杂的论述。以美国为例,很多有关宪政的论述都是基于美

国宪政制度及其政府架构合法性是无懈可击的这一假设之上(Fallon, 2005)。这些围绕美国宪政意识形态的论述通过结合更加切合时代背景的观点而被整合成一套健全的宪法理论,并通过一系列方法,将社会规则与公理有效地部署和应用。但是在那些对自身宪政合法性仍存疑惑的国家中,这种富有建设性的宪政论述是非常有限的。宪政理论上的瓶颈关乎体制自身的稳定性。如果所有涉及宪政的讨论都卡在体制合法性这一关节上,所有公共批评都演变为对基本政治秩序的批判,那么任何有关科学发展与强化宪政体系的讨论都会变得极为困难。中国内部对宪政问题的讨论从某种程度上陷入了这种尴尬的境地之中。

新兴的跨国宪政主义是以西方宪政组织的意识形态为最优宪政阐述模板的。作为一套建立在马列主义基础上宪政体系,中国宪政理论的科学发展和在很大程度上受到了跨国宪政主义的冲击(Clarke, 1999)。在这个背景下,中国宪政制度中一切不足之处以及一切与西方模式相异之处往往被视为证明中国现行制度缺乏合法性和可行性的依据。不过这种学术现象也驱使中国学术界展开了有关中国宪政合法性以及有关如何更好地实施宪政体制的讨论。^⑤令人遗憾的是,西方学术界并不了解近期在中国内部关于宪政的活跃讨论。一些学者通过引述西方学术观点来批判现行宪政合法性或宪政实施(Yu, 2009),另一些学者则在探寻关乎中国宪政合法性及可实施的理论途径。^⑥

在中国法律学术界的近期讨论中,来自北京大学的强世功教授的研究极具代表性。^⑦强世功认为当前中国法学界关于宪政的研究大致上可以划分为两个学派(Jiang, 2013)。一个是注重法律形式主义的“司法立宪”学派(judicial constitutionalists),该学派主要以倡导西方宪政学说观点为代表,倾向于西方式的多党制,并认为中国的宪政将势必朝着美国式宪政的方向发展。从正式的法律结构出发,这些主张“司法立宪”的学者们关注的是民主程序(democratic procedures),例如普选制度与立法程序。可以说当下的中国宪政学术界,持这一观点的学者是主流。出现这一现象并不奇怪,因为不少中国当代的法律学者都在西方接受过教育,尤其是在美国。

另一学派则是“政治立宪”学派(political constitutionalists),持有“政治立宪”视角的学者们试图将宪政思想融入中国独特的社会经济政治环境之中,他们认为中国宪政不仅仅是一个法律议题,更是一个政治议题。强世功对中国宪政的观点显然是倾向于这一学派的。包括强世功在内的“政治立宪”学者们对美国宪政模式的必然性与普遍性保持着质疑的态度。他们并不认为所有宪政政体都必须融入以美国为主导的西方政治模式中,同时也反对将美国宪政视为唯一合法宪政样板的主张。这种质疑当然不是说美国宪政模式是非法的。在这个问题上,强世功特别强调了美国宪政模式对推进人类文明所做的无与伦比的贡献。然而,人类的进步就意味着创新,而将中国简单地归化到西方政治文明中并不会带来明显的创新与进步。然而,历史仍在被创造,政治文明制度的发展也不会止步于美国。中国面对的是漫漫前路,对于中国,为世界文明进步做贡献的机会也还很多。中国完全可以通过创新为宪政制度文明乃至人类文明的进步做出更大

的贡献。强世功坚信,中国在当代世界舞台上的崛起不仅将开创一种新的政府管理模式,更会为推进整个人类文明的前进做出贡献。事实上,中国已经开始在这方面做出了一些积极的贡献——“北京共识”就是一个很好的例子(Bennhold, 2011)。

中美两国宪政的主旨都是为政体提供合法性,并且为建立一套服务人民的国家机器提供所需要的制度基础与规范(传统上用来衡量政体合法性的重要标准之一就是国家机器是否能够有效服务人民)。在强世功看来,中美宪政主义的关键差异之处就在于中国的实质性宪政包含了党国结合的制度。尽管中国的宪政体制诞生于特殊的政治社会背景之下,但其仍然具备宪政主义的普遍功能,即管理政治派别之间的竞争以及促进社会的和谐与稳定。在这些宪法共性之下,中国宪政唯一的特殊之处就在于中国是一党制国家,而对于很多宪法学者而言,中国宪政这一独特之处也是最难以接受的。中国共产党在中国宪政制度中所扮演的角色可以视为中国版本的“反多数难题”(counter-majoritarian difficulty)。^⑧强世功试图通过重新定位共产党在中国宪政秩序中的地位与作用来解决这一宪政难题。在这一点上,最为关键的就在于不能将中共与西方的“政党”概念混淆。这是因为中国的传统文化强调的是“家天下”的政治哲学,“天下”即“普天之下”,象征着一种普遍性(universality)。在中国古代,皇帝即“天子”,而“天子”这一符号超越了狭义上的派系利益或者民族利益。“天子”秉承天命治理天下,其代表着一种普遍性的政治功能。强世功认为共产党的功能更接近“天子”而非一般政党,因为共产党并不是一个政治利益集团。这样一来,共产党必须履行其“天命”(Mandate of Heaven)而治天下,以公众福祉为重,保持党与民众之间的联系。也基于此,强世功得出结论即共产党和中国历史是构成中国宪政秩序的两个核心元素。不过,强世功在关注历史的同时可能忽略了当代中国政治体制所包含的马克思主义政治理论元素,也因此过于狭隘地理解了共产党在中国体制中的地位。当然瑕不掩瑜,强世功的创新性观点无疑为探索中国宪政核心问题的道路提供了富有建设性的论述。

强世功对中国宪政研究所做出的努力正契合了当下国际上有关宪政主义合法性的研究热点,为中国夺取了在全球宪政讨论中的话语权。强世功理论的独特之处在于从中国共产党在中国宪政体制中的角色这一议题入手——这是一个西方现在模式长期都无法解决的难题。他对这一问题的理解不仅揭示了中国独立解决与发展宪政制度理论的可能性,还表明了中国宪政制度理论的自我局限:过于关注宪政合法性的问题而忽视了更为重要的问题,即如何妥当地实现宪法的理念、宗旨和制度建构的运行。

本文并非期寄于对强世功的学术著作进行完整的概述,也不准备全面评述强世功对宪政的研究,我之前已经对强世功的《中国宪法中的不成文宪法》一文做出初步的评论(Jiang, 2010; Backer, 2012a)。本文的主要目的在于进一步参与强世功对中国宪政问题的创新性思考,从而激发对中国宪政模式的严肃讨论,并对中国宪政的科学发展提供一些看法。文章第二部分将剖析强世功有关宪政形式主义与合法性问题的论述。第三部分将讨论强世功对无产阶级专政的民主基础的看法,并思考公民教育与党政分权

在中国宪政建设中的核心作用。该部分将特别关注中国宪政框架下政府机构的行政司法权与党组织的政治决策权的区分。本文的最后一部分将对中国宪政的发展做一个初步的结论,即中国宪法的“革命变革”期已经结束,并开始转向稳健发展的历史道路。无独有偶,美国宪政从独立战争到南北战争之间也经历了一段动荡不定的发展阶段,但美国最终仍然以制度创新者的身份走向稳定发展。我们完全有理由相信中国也能够通过制度上的创新来克服中国发展中遇到的种种问题。我和强世功一样,都对“中国宪政合法性问题”发表过一些看法(Backer, 2012b),但是要想在这方面进行建设性的讨论就必须超越最基本的合法性问题,并转向实质性问题的讨论,即如何从理论走向实践,弥补宪政模式中形式与现实的差距,科学发展并有效运用宪政。本文旨在为中国宪政的完善提供正面积极健康的讨论,这也是中国宪法研究应该关注的方面。

二、宪政主义——“形式”与“合法性”之间的关系

强世功关于宪政主义的论述从很大程度上结合了马克思列宁主义与20世纪欧洲结构主义思潮(Jiang, 2006)。通过这种独具一格的综合理论背景,强世功不仅为宪法理论提供了新的思路,也同时为中国宪政指示了一条独立自主的合法发展途经。

(一)从吸取西方思想走向自主发展中国宪政主义

强世功对法学的跨越式思考始于他对米歇尔·福柯的关注(Jiang, 2006:4-5)。⑨福柯的哲学为理解中国宪政主义提供了极为有益的基础,尤其是福柯对“个人”、“个人权利”与国家机器、社会机制和法律之间弥漫着的复杂权力关系的解构。比起18世纪构建的西方宪政理念,福柯对“权力”本质的理解更恰当地对应了当下的中国宪政模式。强世功提出福柯虽然常被视为20世纪最为杰出的社会理论家,但很少人关注福柯的政治理论(Jiang, 2006:1)。福柯对“自由”这一概念的追问指引他开始对医院、精神病院、监狱、学校等现代规训机构进行深入研究,并从这些层出叠见的社会机制中解析现代权力的运作(Jiang, 2006:1-2)。强世功透过福柯的政治哲学意识到对个人自由的压迫并非来自传统的国家强制,而是来自社会中弥漫的那些无处不在、日益复杂精密的纪律机制。国家只是这盘根错节的现代纪律网络中的一部分,而并非社会权力机制的主体,甚至不再居于纪律权力层次的最高点。这种权力配置让人联想起托克维尔有关“多数人的暴政”的观点,传统国家的强制力被有效地“外包”给社会(Jiang, 2006:2)。不过我认为这一现象也揭示了“压迫”这一概念的语境性——纪律社会中内在化的“压迫”看起来已经与强迫性的法律脱钩。的确,福柯的生命政治学说(biopolitics)对于纪律的内在化有着非凡的洞察力——这种内在化规训过程减轻了对传统法律、政治和国家等外在机构的依赖。更为重要的是,福柯所描述的现代纪律机制在全球化背景下正日益多元化、网络化,并在超越国界地扩散与渗透着。这种权力的结构转变无疑对国家的功能与配置带来很大的影响(Backer, 2012c)。在这样的历史背景下,传统“法律国家”(law-state)

的主体性地位被逐渐边缘化,自由主义宪政理论也愈来愈与权力的实质运作相悖。由此而言,强世功认为研究法律不能只看法律的正规形式,因为现实中“形式”往往是与“实际运作”有极大出入的。

强世功意识到了这一矛盾。福柯对权力的理解颠覆了自由主义政治哲学的假设。权力并非集合为国家的总体而是以去中心化的形式渗透到每一条世俗化社会“纤维”之中。在福柯对微观权力运行的描述下,“权力”之本质并不在于“占有”,而是在于“运用”,也就是通过知识的布置与内在化形成“知识—权力”关系,从而实现有组织的行为(Jiang, 2006:2-3)。社会中不间断的、无所不在的权力关系网意味着个人的“自由”是无法超越权力关系的,这无疑颠覆了传统政治哲学中“自由”与“权力”相互对立的假设(Jiang, 2006:3)。⑩这种“权力—知识”的日常运作反映了工具主义观点下国家在建立社会规训机器中起到的作用;对于中国而言,这同时也启示了中共在国民教育这一政治工作中发挥的重要作用。

对于强世功来说,福柯对于治理术(governmentality)这一概念的阐述更为关键。福柯通过考察组织机构运转背后的纪律性奥义,揭示了机构的运转是紧紧地附和在层次复杂且根植于“国土”、“安全”以及“人口”等相关概念的权力网络之上(Jiang, 2006:4)。⑪强世功还分析了德勒兹关于“配置”(dispositif)的见解,即将整体社会机器制度化,并将纪律性机制与权力—知识体系联系起来,使其在内部为机构(例如国家)、外部为社会关系提供连贯性与一致性。这类纪律性的规训权力的动态互动,即各种“权力线”(lines of force)的交织造就了“dispositif”这种包含着多元的习惯性、物质性和行政性机制以及知识结构的社会权力配置(Deleuze, 1992: 159-168)。“Dispositif”同样也可视为一个结合不同知识—权力关系的社会整体,实现对个人的开放式完全管理,这一逻辑对于我们理解党—国体系的政治行政结构极为重要。

这些观点为强世功提供了一个重要的宪政学说前提:现代社会政府的“治理术”是建立在“主权”、“纪律”以及“管理”这些元素之间所形成的关系之上的(Jiang, 2006:4)。由此而言,强世功认为,正如现代国家政体是以“国家主权”为核心,现代纪律型社会规范最终还是为国家主权服务的。也正如现代政治结构之核心在于主权国家利用治理之术(包括法律),对于个人自由的研究也不应当脱离这一权力配置。强世功认为福柯关于“治理术”的研究触及了宪法的核心问题:如何提供一个法律上或者制度上的形式来有力表述国家主权。传统的自由主义宪法学说认为法律的目的是限制和规束主权,当然我们也可以把这里的逻辑反转,即法律被主权征用为社会管理和规训的工具(Jiang, 2006:6-7)。强世功认为美国最高法院的司法审查制度就体现了国家主权有效运用法律来服务美国国家主权的政治目的,规束地方州的治理之争(Jiang, 2006:7)。

在这个“后主权主义”时代,强世功决定将注意力放在构建主权结构的那些社会纪律机制,以及法律作为服务主权工具的规范性功能。强世功宪政主义学说的前提是把法律从简单的司法形式中解放出来,充分意识到法律问题的政治性,将法律问题政治化

(Jiang, 2006:8-9)。^⑫在此背景下,强世功视传统社会契约论为过时陈旧的观点,与其将人权放在主权的对立面,强世功采用了民主集中的观点,即主权是构成人权的重要部分,也是造就人真正主体所必不可少的前提(Jiang, 2006:10-11)。^⑬这种学说从某种程度上结合了卢梭“公共意识”的概念与福柯的纪律性社会结构观点(Jiang, 2006:8),^⑭并同时反映了中国共产党的“群众路线”——通过领导层与民众的积极结合,通过党组织将民众意志集中起来,形成一种集中式民主社会。在以主权为主的原则下,强世功认为现代法律不仅没有征服主权,反而被主权进一步征用,成为服务主权政治目的的工具。在这种颠覆传统自由主义逻辑的现代政治现实下,法律的目的并非反映大众的主流意见,而是一种实施纪律的工具。法律从古至今一直扮演着主权的统治工具,强世功认为即使在伊拉克和阿富汗,这一基本现实并没有因为两国战后重建而改变。在所有宪政化的进程中,表面上看似是关于如何起草宪法条文,实际上是宪法背后政治力量斗争(Jiang, 2006:9)。

在这一原理指导下,其他的观点也随之孕育而生。首先,强世功认为,作为宪法学者,我们不应当依赖“律师的法理学”(lawyer's jurisprudence)来面对宪法,相反我们应当运用“立法者的法理学”(jurisprudence of the legislator)来理解宪法。其次,如果要想超越法律形式主义的束缚,我们必须关注法律条文背后的实际功能,同时我们也需要回望历史上的法学经典,发掘法律的谱系。在强世功看来,宪法不仅是一个文本,更是一种生活方式,因此有关宪政的讨论必须超越狭隘的成文法律条款与正式程序,转向对实质性问题的关注,探索现实中可行的宪法秩序(Jiang, 2006:9-10)。最后,在这样的态度下,我们必须更深层次地了解宪法的实质性元素——参照鲁道夫·冯·耶林的著作,强世功认为权力的斗争不仅仅是公民间的权利争夺,同时也是公民伦理的表达方式,即公民为自己与他人背负责任的伦理(Jiang, 2006:10)。^⑮

就这样,强世功通过参考攫取西方经典思想之要义,并结合中国的政治历史背景来为中国宪政秩序体系的合法性寻求根据。这是一种通过中国宪政秩序自身的权威性来理解其合法性的努力(参见强世功对卡夫卡隐喻小说《法律之门》的评述[Kafka, 1915]),强世功认为这个故事隐喻了现代社会中个体穷尽其一生不切实际的努力来寻求所谓法律的“真谛”。等待的行为产生了“法律的真谛”这一幻觉,人们只是持之以恒地关注与追寻法律真谛这样一个过程而不是质疑“真谛”是否存在(Jiang, 2006:10-11)。当下国际上对于中国宪政合法性的争执与追寻也正是如此。中国宪法学者们仍然站在这扇“合法宪政”的大门之前,满怀期待地等待着穿越这扇大门而获得领略中国宪政合法性的“真谛”。但这一期待是不切实际的一厢情愿——可以立刻实现合法性的“宪法之门”根本不存在,当然也没有原地守候的必要。如果我们无法走出“宪法之门”这个幻觉,有关中国宪政的讨论就无法超越“合法性问题”这一瓶颈。当中国宪政主义的纪律性权力得到更为广泛更为深远的实施,成为一种生活方式之时,中国宪政才会真正踏入长久平稳的科学发展。

(二)中国宪政国家中的“法律人”

宪政作为一种生活方式,其规范必须渗透到包括法律界在内的多个社会层面。要想构建一个精妙并且能在全球范围被广泛接受的理论体系,除了解释中国宪政自身的结构以及合法性之外,强世功还不得不面对在中国体制下中国法律圈所涉及的问题。具体而言,由于强世功的理论颠覆了西方自由宪政主义中法律、政治和国家之间的传统关系,把法律看作是服务人民主权而不是征服主权的工具,在这个逻辑下我们也需要重新考虑“法律人”(jurists)的性质与功能。尤其是在面对中国国家体系时。在中国的制度下——主权权力作为广大人民群众权力的化身——“行政”与“政治”被区分开,而法律的运作也反映了这种分权模式。在司法层面,法律作为行政治理的工具运转于国家机器的权限之内;而在宪法层面,宪法规范的制定与发展过程是政治意志的表达,在这里法律作为表述政治意志的规范基础则超越了国家机构的领域。在中国体制中“法律”这一概念有着双重性质,我们必须区分在宪法中作为政治意志组织性表述的“法”与在行政治理中作为司法工具的“法”。也就是说,中国制度所施行的是“法政分离”而不是西方的“司法独立”模式。同样,我们也需要根据法律的双重性质重新塑造“法律人”在中国体制中所扮演的角色。在此前提下,我们需要认真考虑强世功在《法律人的城邦》一书中所提出的观点(Jiang, 2003:3-39)。

强世功强调法律职业曾经是一个高度分裂、缺乏统一价值系统的社会群体。在西方古代社会,不同的法律职业之间存在着巨大的鸿沟。“法家”(jurist)与国家行政官员之间并没有清晰的界限,而作为律师前身的诉师(litigator)更像是以“诉棍”的形式存在,其社会地位低下远不及法官和法学家。“法律”也没有理性与仁慈的光环,法律的实施往往是以“杀一儆百,以儆效尤”式的暴力展现于世人面前。由于传统的社会秩序所依靠的是宗教(或道德)的一体化价值体系,“法律”只是作为一种维持道德或宗教价值的工具(Jiang, 2003:7-9)。可是现代社会的降临并没有使我们走出社会权力的束缚。当人们断喝“上帝之死”或“苍天已死”,从神权社会“祛魅”之后,新的“元叙事”(meta-narrative)也随之而来——从政治社会到法治社会——将人们“复魅”于一套权力与知识交织在一起的现代社会纪律机制中。在现代权力配置的演变过程中,我们也迎来了法律教育的职业化发展,从而将法律人凝合成一个有着共同知识与价值观的“法律共同体”(Jiang, 2003:9-12)。强世功指出这一共同体的成员们行合趋同,他们主张形式理性的道德无涉(Jiang, 2003:12-16),致力于“为权力而斗争”(Jiang, 2003:16-19),并坚持在“司法独立”的前提下通过诉讼机制创造新的规则,从而推进“法治”(Jiang, 2003:19-27)。当然这一切知之非艰,行之惟艰。^⑩

西方启蒙思想与马克思主义理论都充分意识到先前存在的社会关系所形成的种种约束。^⑪由于社会关系所产生的必然约束,行政性的法律,也就是律师们一般所涉及的法律,是不可避免的。人类作为社会性的动物,任何个人要想实现与他人的合理互动都必须放弃绝对的自主权,服从某种公共规则。这些必然的公共规则也就是在现代历史

背景下的法律(Jiang, 2003:3-4)。^⑩在现代社会,这些无所不在、形式多样的社会关系,无论是天然形成的还是刻意组成的,都可以被“法律”这样的工具所管理(Jiang, 2003:5-6)。^⑪我与强世功都对这种“司法化社会”,也就是法律作为管理所有社会关系的总体持有怀疑的态度。我认为行政管理层面的法律与政治层面的法律之间存在着相当复杂的关系。虽然在行政管理这一方面,法律作为一种治理工具是无可厚非的。但是将宪政司法化,也就是把用来体现民众意志的政治性法律归纳入行政性法律的范畴,或许是法律的过度工具化,反而会导致对社会不利的反作用(Backer, 2008a)。

这让我想起前不久美国学者明克胜(Carl Minzner)所写的一篇关于中国法律教育的文章。其中最有意思的观点就在于他指出中国不断泡沫化增长的法律教育使得官方开始反思中国法律教育在过去二十年的发展中如何造就了如今的紧张局面。明克胜认为中国官方开始试图重新考量弱化之前的法律教育模式——中国过去二十年的法律教育培育出了新一代的律师与法律学生,他们往往为改革摇旗呐喊,并陷入愈演愈烈的职业竞争压力。明克胜认为官方正在试图扭转方向,将时针向后拨(Minzner, 2013)。为了使法律教育符合中国的宪政结构以及中国体制的内在逻辑,这样的“拨乱反正”是可以理解的。也许中国的法律教育既不应该完全司法化,也不能彻底政治化,而是根据法律的双重性质区分不同类型的法律教育——应当使律师通过法学院获得法律职业教育,党员干部通过党校来获得系统的政治决策教育。

中美两国的法律教育体制都在走着“职业化”这条路。在美国,律师这个职业同时承担了行政与政治功能(例如宪法诉讼),这反映了美国“政治文化”与“法律文化”之间有着密切联系。在美国,法律的政治层面与行政层面并没有被明确区分,这是一种政治(或政策)与法律(或行政)高度结合的传统。这一法律政治文化传统又通过美国宪法这个建构得到进一步的制度化与规范化。但中国制度与美国不同,在中国,政治工作超越了律师的法律工作。从宪法的角度上来讲,中国国家政府机构的行政功能不同于中共的政治功能,也就是说,法律与法规通过政府机构来执行,而国家基本路线与政策则是由党政机构来确定。因此,中国法律教育的“职业化”需要与中国的国家体制以及宪法宪政制度相协调,让律师更专注于法律技术层面的实施而党员干部专注政策方面的政治工作。就此而言,我曾经简单地对中国法律教育改革提出过四项初步的建议:

第一,法律教育的职业化就是将其技术化,让律师更加专注于熟悉司法程序,理解和使用法律条文。这种职业化过程有助于让律师接受法律是作为国家在宪法框架下管理国家运行的工具,训练律师在宪法框架内监督司法的正确运作以及法规的合法实施。法律教育的职业化意味着政治决策教育也同样需要进一步制度化。与法律教育不同,政策教育着重培养干部的政治素质与领导能力,其中包括宪法政策的教育。第二,结构性政策事务属于党组织的政治工作而非国家机构的司法行政工作。将律师职业组织为一种“管理性”职业就意味着政治工作不再属于律师处理的范畴。在政治决策方面,中共对国家有着绝对的责任与义务,其中心任务之一就是酝酿并确定国家的基本政

策与路线方针。对于中国而言,党员干部政治工作的规范制度化与律师法律工作的专业化都是非常重要的。第三,让法学院成为一个专门培训律师作为“职业法律管理员”(professional lawyers as administrators of law)的教育机构,把法学院的教学重心放在法律的行政功能上,从而将中国的法律职业定位在行政方面。至于政治决策教育,留给共产党来设计主导专门的教育机构来培养有责任的领导决策层,促进决策层干部的专业化。目前的党校正在按照这样的模式运营。第四,法律教育与政治教育的专业化从某种方面上来讲反映了一种“专家治国”的模式,它可以更加有效地区分“司法”与“政法”之间的功能差别,提高法律与政治工作的专业性,同时也让这两种职业更加符合中国的宪政秩序。就像法学院正在向法律专业化的方向发展,作为政策学院的党校体系也应该朝着提供高质量专业政治工作培训的方向接受相应的改革。

的确,移植西方法律大厦机械所造成的水土不服,与律师职业角色定位的偏误在某种程度上是源于对中国独特的宪政制度的认识不足,没有很好地把握中国体制内法律的边界以及其双重性。强世功明确地批评了将中国的法律人群体混淆了法律中所包含的不同功能,以致不同职责的“法律人”不能各尽其责、各守其位。强世功的批评尤其针对那些刻意将技术性法律问题扩大成“政治问题”的律师们,明知自己的职责是帮助他人维权、提供专业法律咨询,可是却要讲“国情”、“大局”和“制度”,这不仅无益于解决实质法律问题,更是模糊了中国制度下的“政法分离”的规范秩序,干涉了党政决策层的基本工作。在中国制度下,律师所应涉及的“法律”与领导人所考虑的“法律”是不同的。如果律师们超越职权,戴上政治决策者的帽子,他们就很可能成为政治家眼中威胁稳定的“敌对势力”,人文知识分子眼中冷漠无情的“专制者的工具”;至于远离社会精英阶层的社会平民更将视他们为不知人间疾苦、高高在上的“神灵”(Jiang, 2003:5-6)。

无论法律界人士作何感想,在一个法治国家,个人的日常生活越来越离不开律师的角色。但是值得重申的是,这里律师的社会作用是管理型的,即督促政府官员依照法律而非个人意志来治理社会。这样的律师职业功能是社会主义现代化进程的重要基础。由此而言,法律教育关系到律师是否能够在特定制度下起到积极的作用。律师们必须开始理解自身在中国“政法分离”的宪政框架中所扮演的社会角色。毫无疑问,律师对于维护国家的正常运转负有重大责任,但政治政策性的工作应当留给党组织。如果律师希望参与政治政策性的工作,他可以选择入党,其他非常规干涉政治政策的途径都属于越职行为,违反了法治规则。面对专业化法律教育的兴起,强世功指出法律界人士正在不断地聚集起来,形成一个独特的“共同体”——法律共同体。民众对这个新兴的共同体持有矛盾的态度,强世功也担忧这一共同体对中国文化政治建构的影响(Jiang, 2003:5-7, 7-12)。②当然,在合理的安排下,法律职业可以恰当地与具有中国特色的宪法建构和法治形成动态的结合。如果我们能够正确培养“法律人”的职业修养,让他们能够各尽其责,在其领域范围内扮演社会管理员角色,我们有理由相信这个“法律共同体”可以成为一套有益于中国社会的机制。

三、中国宪法在党国建构中的制度化 ——无产阶级专政是否有民主基础？

强世功表明宪法的核心功能就在于调整党派之争,但终究来说,现代宪法还应当具有一个实质性元素,即明确人民、国家机器以及国家政治权力之间的关系(Jiang, 2013)。在某种程度上,强世功对宪法功能的看法低估了宪法树立个人权益的功能。他指出那些“司法立宪派”学者们孤注一掷,只关注宪法保护个人权益和自由的一面,许多人也就想当然地认为如果采用了美国那样的宪法,他们的权益将获得恰当的保护。当然强世功并不是反对维护个人权益,但是他认为“自由”与“人权”等概念在没有一个稳定高效政治秩序的前提之下都是不成立的“空中楼阁”。事实上,美国民众当前享有的公民权益保护很大程度上应归功于美国20世纪的民权运动,而非美国宪法的直接产物。在历史的指引下,强世功认为西方自由立宪主义并不适用于中国。中国在清朝崩溃后曾经尝试过引进西方式的宪政制度,但是这一实验并没有让中国步入民主法治社会。在强世功看来,美国开国元勋们在制定美国宪法过程中所写的《联邦党人文集》更加确切地表明了美国宪法的本旨,即为了调控宗派之间的斗争,构建一个强大的中央政府而制定的(Jiang, 2013)。

不过我认为强世功对于《联邦党人文集》存在过度解读。麦迪逊早期反对将《权利法案》纳入宪法是众人所知的,然而他反对的原因并不是为了维护宪法的纯粹性(Madison, 1788)。在所有解释当中,最具说服力的莫过于麦迪逊自己的辩解,即《权利法案》中的条目难以通过历史的考验,“任何与潮流相悖的条文都会被不断地违反”,这种反复性可能会使《宪法》成为一纸空文。^②麦迪逊的这一价值导向是有警醒意味的:“政治真理庄严郑重宣扬自由政治的箴言,这些真理应被国家民族情绪所吸收,用于抵消公众的冲动与激情。”(Madison, 1788)在这一点上,历史证明了麦迪逊的理解是正确的。强世功对于美国社会20世纪的民权运动以及违宪诉讼的看法反映了利用宪法来树立实质权益的困难之处,不过第二代和第三代宪法则表明了另外一种现象。例如二战后的德国宪法虽然没有那些涉及维护日常事务公平公正、保护个人实质性权益的具体宪法条文,但是这并没有妨碍战后德国建立一个现代民主法治社会。对于现代宪政主义来说,宪政旨在有效管理各种社会与政治关系,无论在此类型宪法下构建怎样形式的政府(Kommers and Miller, 2012)。确实,从书面上来讲,中国宪法一直都为个人权益提供了充分的保护。基于此,中国宪法设立了两类责任义务。其一是通过宪法限制国家机关,另一类就是让中国共产党担负宪法核心价值观的维护者——也就是维护国家政治秩序所依赖的所有成文与不成文宪法理念,以及宪政框架下的政治秩序、纲领和以宪法进行表述的核心价值观。而在这样的宪法理念下,中国共产党的领导地位就是为了保护民众免受国家机器的违法侵犯,避免国家行政权力的滥用。

由此而言,强世功的历史主义叙述手法对于解释当今中国宪政问题来说还是显得

有些力不从心。在某些方面,这种建立在历史与传统文化基础上的宪政学说难以完整地解释中国共产党的政治地位与政治功能。众所周知,共产主义是来自欧洲的政治哲学,共产党也是源自近代欧洲的工人运动,如果我们只看“历史”与“传统”,那么共产党对于中国而言显然是现代的舶来之物。即使在中国当代历史范围内,在“三个代表”诞生之前中共一直在形式上是一个代表工人阶级利益、施行无产阶级专政的先锋党(Jiang, 2013)。由于种种历史包袱,单凭历史与传统文化是难以表明中共超越政治宗派利益的普遍性的。其实,在历史观这个问题上,邓小平讲得很好:历史终将大浪淘沙,筛选出适用于理解当下问题的事实。^②

在对中国宪政的研究上,我与强世功有着相同的结论但是采用了不同的手段——他的手段是攫取历史相对主义的文本而提炼成一种哲学。尽管出乎许多人的通常理解,他正确地指出中国共产党不是工人阶级的党而是未来具有普遍代表性质的超派系的党。强世功继续解释,列宁和毛泽东都曾警告过共产党不是代表某个阶级利益的党。^③在实践中,党员资格是面向全体社会成员的,包括企业家。强世功认为中国共产党属于超越党派利益的代表大众理念的先锋党——这一大众理念就是被“三个代表”所包容的“先进性”理念。如果共产党能够成功按照这一理念执政,那么中国强调集体主义与以“和”为贵的政治文化传统将可以与其完美和谐相融合。然而正如强世功所指出的,包括中国在内的所有宪政主权国家都必须面对的一个核心政治问题就在于文本语言与实际实施之间的背离。^④强世功也认为一个摆在中国宪政主义面前的巨大挑战就在于如何去填补这道隔断“形式”与“实际”间的不可逾越的鸿沟,他也意识到了这种“形实相悖”的现象导致了政府官员与广大民众都对宪法缺乏敬畏之心(Jiang, 2013)。如果宪政是一种生活方式,那么在强世功看来,公民教育是树立宪政理念的关键。^⑤强世功认为美国在教育公民尊重宪法价值观这点上确实做得比中国好,尽管这一点在美国学术界仍存有异议(Dillon, 2011)。除此之外,公共权力也应当肩负遵守成文和不成文宪法原则的责任。公众有必要也有权利了解国家政治运行规则,然而国家机关也应当致力于提升自己的工作透明性,使其工作可被公众所熟悉(Jiang, 2013)。

强世功明确地区分了党和国家在宪政体制下参与公民管理的不同之处,这一关键功能区分对于中国学术领域的研究以及中国共产党的政策工作都极其重要。目前国际上普遍认为行政机构有义务保持透明化运作,遵循公共责任,并且设有公民参与的机制。这些行为准则是符合历史潮流的。在中国的制度下,人民主权就意味着国家行政机构有义务服务其民众,并忠实地行使由共产党所赋予的行政权力。作为一项符合中共群众路线的宪法原则,这就需要国家机关的配合——在行政机构违反其基本宪法义务时,须接受来自国家与社会的监督与批评。社会监督与批评机制同样也适用于那些直接在行政机关工作的官员,因为他们承担着在中国共产党领导下政府机构的行政责任。在这一点上,强世功正确地意识到了宪政合法性的核心在于实施,而中国所需要实施的宪政原则就是建立在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要

思想的指引下(《宪法》序言)的国家政治理念。但是在目前中国宪政所面临的合法性舆论攻击下,宪政的有效实施是相当困难的。

在中国宪法的权力安排下,共产党只是间接地管理国家行政事务。然而在政治决策层面,共产党则有着截然不同的责任。中国正在走向一个国家与党动态结合的宪政体系,其中共产党与政府机构分权治理国家。共产党为政治权力的仓库,政府为负责行政管理的机关。中国共产党在中国宪政框架下起到了间接指导政府机构的作用,也代表了中国政治的政治权力的基本秩序。比起国家机关,中国共产党作为中国人民政治权威与人民路线有着独特的联系。我们也同样可以从“三个代表”中看到中国特色的法治基础理念,确立了国家机构(代表着集体)与个人(作为集体的工具)之间的正确关系。中国共产党在中国宪政制度下的代表性是双向的。一方面,中国共产党肩负完全忠实于宪法所表述的政治制度结构,任何人都不能超越党将个人意志施加于人民。学术界在如何保证党组织忠于包括党章在内的宪法原则这一问题上仍存在不少争议,不过可以肯定的是共产党在这一方面仍然需要进一步制度化。在另一方面,共产党自身就是一个面向广大人民参与政治活动的途径。理论上,通过加入共产党获得党员身份,使得人们可以参与政治活动。也就是说,中国人民可以通过中国共产党组织来充分发挥他们的政治公民权。结合这一观点,强世功关于推广公民教育的提议显得更为明了和有力——共产党自身致力于推广政治教育就是为了鼓励人们通过党组织而不是绕过共产党来参与政治活动。的确,在这一点上,强世功指出了另一个尚未被重视的宪法理念,即共产党有义务通过维持党组织对全民的开放来扩大党和国家的民主生活,实现民众的政治参与权。

强世功对于公民教育方面的建议比起西方其他人的观点更为全面(Jiang, 2006: 185-209)。公民教育的过程应当是形式化和参与性并存的。形式化的公民教育是通过正式国民教育课程将有关宪法和宪法原则的内容传授于学生。而实质性教育则是在整个社会层面上,通过“干中学”(learning by doing)的方式培养民众的公民素养,这一教育对于树立公民道德和推动文明发展极为重要。政治和教育之间向来都存在着紧密的联系。事实上,“文明”本身即源于教育,一个国家的政治价值观终究取决于教育和文明的塑造。如此一来,政治权力的最高形态并非国家机构的权力,而是领导整个文明的能力。

在强世功有关参与性公民教育的论述中,发展中国宪政制度的主要任务之一就在于公民伦理的培育(Jiang, 2013)。他强调我们必须意识到文明的主权是离不开国家主权的支持的,这其中的关键在于我们国家的主权与公民的伦理之间的紧密联系。在宪政主义下的国家主权不是基于所谓的“社会契约”而是引导文明的实力。文明(或者公民伦理)是通过国家主权的意志而生并伴随着主权国家的兴亡而沉浮(Jiang, 2006: 13-14, 185-209)。公民伦理具有双重属性——一方面是加强公民自身的责任感,也就是说作为公民其有义务熟悉国家的基本政治秩序,了解自身的根本责任。另一方面公

民伦理也加强了主权与民众之间的联系。对于中国而言,“人民民主专政”的一项核心目标就是共产党通过政治教育加强党与民众之间的紧密联系。^⑥基于这样的论述,我们便可以理解强世功为何否定西方将“民权”放在“主权”对立面的“社会契约论”,而是提倡在主权框架下发展公民教育。^⑦如果这种设想是正确的话,那么在中国公民教育就应该属于党的政治工作,而国家行政机构则应从公用的角度关注个人的经济活动参与。^⑧

这样一来,强世功认为应该进一步扩大民众的民主生活,鼓励公众通过选举等形式参与政治程序。同时,强世功也提倡进一步制度化“上访体制”。他认为上访机制不仅能帮助仲裁个人与公权力的纠纷,而且可以作为一种参与性的公民教育工具,类似于美国的陪审员制度(Jiang, 2013)。强世功有关参与性教育的提议是正确的,不过在公民教育这方面我们需要注意中国宪政独特的双重性质。正如上访制度一样,这一教育应当专注于行政性的过程以及实质性问题的解决,而不是将这一行政性机制上升至政治层面。参与性的教育旨在让人们参与到行政管理的过程,对于深入宪政理念和发展依法治国的法治社会都有着良性的功效。

中国宪政体制的独特之处就在于其分权原则:区分政治政策权力与行政管理权力。在中国化的马列主义思想体制下,共产党被赋予了政治政策领导的权力而国家机器被赋予了行政管理的职责与权力。如此一来,政治政策教育无疑属于党工作的范畴。中国的宪政主义赋予政治政策教育两个重要的具体义务,强世功关注了其中之一,即国家有责任构建公民教育,积极培养民众的公民素养。但是这也引发了另一项更为重要的义务——“三个代表”理论已详细阐述了这一义务,即党组织有责任提升党员群体的多样性,并深化对党员队伍的教育。这一义务也很好地呼应了邓小平对于党的精神的阐述。^⑨在中国宪政制度下的政治政策教育应当包含这些要素。党政领导人尊重宪法体制并在各个级别上实施宪法。相反的是,丰富物质生活的行政性工作应当由国家和国家机关来进行。这也就是邓小平所说的:“中国要摆脱贫困,实现四个现代化,最关键的问题是需要稳定。为了保证稳定,反对资产阶级自由化是很有必要的。实施人民民主体制就是为了保护集体多数人的人权,维护国家的主权和实现发展与和平。”(Zhu, 2002)

需要指出的是,有关上访制度的讨论也揭示了树立中国宪政主义的难题。美国和德国宪政同样也存在着形式与现实之间的明显差距,但是这种差距并没有成为否定它们宪政合法性的借口。^⑩而对于中国来说,摆在宪政面前的那道形式与现实的鸿沟却成了无法超越的“原罪”。这种思路偏离了问题的关键——法律学者们应该通过中国宪法文本与宪法实施的巨大反差让中国的执政者感到“依法治国”的紧迫感,而不是将这种实施方面的不足扩大成对中国基本制度合法性的质疑。对于任何宪政国家,无论它们的宪法文本写得多么完美,它们仍然需要根据实际需要科学发展宪政的机构与实施。如果我们将实施问题描绘成制度问题,这样的曲解也许会削弱大众对于法治建设的努力,加深民众对国家基本政治秩序合法性的质疑,甚至导致民众寄望于非法的手段去实

现他们的诉求。由此可见,如果体制本身就无法得到民众的信任,那么这个体制也难以继续发展和改善。

前面所说的政治体制科学发展尤其艰难,因为中国宪政仍在初期阶段,与西方相比,中国特色宪政的发展还有很长的路要走。如果人们更关注于改善而非推翻这一刚刚生根发芽的宪政制度,那么强世功所提出的这些理论会显得意义深远。就如强世功所说的,对于中国宪政体制来说,最需要的莫过于将宪法视为最高的政治权力来源,国家机构和共产党一道都必须依照宪法原则运行(Jiang, 2013)。我们也需要意识到中国共产党党章和国家宪法一样都是中国宪政秩序的重要组成部分,两者不应该彼此相矛盾。另外一个较为棘手的挑战在于中国缺乏有效解释宪法的机制。强世功建议中国应当建立宪政秩序的实施机制,具体而言,就是在党政结构内建立负责宪法解释的“宪法委员会”。这样的机构可以类似于中共中央政治局,其成员应当由党和国家的高级领导来组成,并设计成为解释宪法的最高权威机构。这个委员会不属于国家行政治理部分而是政治决策的范畴,所以是在政府司法机关以外的。他提到宪法委员会可以为中国宪法秩序下政治决策的解释提供有力的基础,并对国家行政的治理会有帮助。

四、结论

邓小平曾经说过:“资本主义社会讲的民主是资产阶级的民主,实际上是垄断资本的民主,无非是多党竞选、三权鼎立、两院制。我们的制度是人民代表大会制度,共产党领导下的人民民主制度,不能搞西方那一套……运用人民民主专政的力量,巩固人民的政权,是正义的事情,没有什么输理的地方。”(Zhu, 2002)中国宪法学者对于这一论述的理解越来越倾向于中国宪政实施的成败将决定整个中国体制的长久发展。中国宪政制度的关键在于如何分离行政治理的权力(即传统的法律—国家形式)与政治权威(国家主权政治权威作为代表集体行使)。这一独特的宪政制度将通过合理制度化、具有代表性的政治机构来实现,促进全体人民接受自身的公民规范与义务,并监督国家政府机构所承担的治理责任。对于一个具有先进性的宪政体制而言,最为重要的就是时刻关注宪政实施中所存在的种种问题,并慎重检验处理制度的合法性问题。苏维埃宪政制度的失败所留下的梦魇至今仍在困扰中国宪政制度的努力。强世功作为中国宪法学者中的少数派,其研究超越了中国宪政主义的合法性困扰,并转向关注在中国制度自身逻辑下如何进一步发展中国特色宪政。这一理论进展走出了西方三权分立的思想拘束,体现了区分政治决策和行政管理的中国式分权。中国党和政府在未来十年内应该考虑进一步发展实施中国特色的宪政理念。

(译 / 王可任)

参考文献:

- 邓小平, 1994, 《思想路线政治路线的实现要靠组织路线来保证》, 载《邓小平文选》第2卷, 北京: 人民出版社。
- 毛泽东, 1991, 《论人民民主专政》, 载《毛泽东选集》第4卷, 北京: 人民出版社。
- Aristotle, c. 350 B. C. E., *Politics*, Benjamin Jowett trans., <http://classics.mit.edu/Aristotle/politics.html>.
- Backer, Larry Catá, 2008a, “Reifying Law: Understanding Law Beyond the State,” *Penn State International Law Review*, Vol. 26, No. 3, pp. 521–563.
- Backer, Larry Catá, 2008b, “From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems,” *Penn State Law Review*, Vol. 113, No. 3, pp. 101–178.
- Backer, Larry Catá, 2008c, “God (s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century,” *Mississippi College Law Review*, Vol. 27, No. 11, pp. 101–154.
- Backer, Larry Catá, 2009, “Transnational Constitutionalism Triumphant: The End of the Honduran Constitutional Crisis,” *Law at the End of the Day*, posted October 31, <http://lcbackerblog.blogspot.com/2009/10/transnational-constitutionalism.html>.
- Backer, Larry Catá, 2012a, “Jiang Shigong 强世功 on ‘Written and Unwritten Constitutions’ and Its Relevance to Chinese Constitutionalism,” <http://lcbackerblog.blogspot.com/2012/12/jiang-shigong-on-written-and-unwritten.html>.
- Backer, Larry Catá, 2012b, “Party, People, Government, and State: On Constitutional Values and the Legitimacy of the Chinese State-Party Rule of Law System,” *Boston University International Law Journal*, Vol. 30, pp. 101–191.
- Backer, Larry Catá, 2012c, “The Structural Characteristics of Global Law for the 21st Century: Fracture, Fluidity, Permeability, and Polycentricity,” *Tilburg Law Review*, Vol. 17, No. 2, pp. 177–199.
- Bennhold, Katrin, 2011, “What is the Beijing Consensus?,” *The New York Times*, Jan. 28, <http://dealbook.nytimes.com/2011/01/28/what-is-the-beijing-consensus/>.
- Butler, William E., 1983, *Soviet Law*, London: Butterworth.
- Clarke, Donald, 1999, “Alternative Approaches to Chinese Law: Beyond the ‘Rule of Law’ Paradigm,” *Waseda Proceedings of Comp. L.* 2, pp. 49–62.
- Deleuze, Gilles, 1992, “What is a Dispositif?,” in T. J. Armstrong (ed.), *Michel Foucault Philosopher*, Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, pp. 159–168.
- Deng Xiaoping, 1979, “Uphold the Four Cardinal Principles,” in *Selected Works of Deng Xiaoping*, Vol. II, <http://english.peopledaily.com.cn/dengxp/vol2/text/b1290.html>.
- Dillon, Sam, 2011, “Failing Grades on Civics Exam, Called a ‘Crisis’,” *The New York Times*, May 4, <http://www.nytimes.com/2011/05/05/education/05civics.html>.
- Fallon, Richard H. Jr., 1997, “‘The Rule of Law’ as a Concept in Constitutional Discourse,” *Columbia Law Review*, Vol. 97, pp. 24–36.
- Fallon, Richard H. Jr., 2005, “Legitimacy and the Constitution,” *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 6, pp. 1787–1853.

- Henkin, Louis, 1993, "A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects," *Cardozo Law Review*, Vol. 14, p. 533.
- Herodotus, 1954, *The Histories*, trans. by Aubrey de Sélincourt, Harmondsworth, U.K.: Penguin Books, Book III, p. 190; original before 425 BCE.
- Jiang, Shigong, 2003, *Lawyer's Polis*(《法律人的城邦》), Shanghai Sanlian Shudian.
- Jiang, Shigong, 2006, *Beyond the Horizon of Law*(《超越法学的视界》), Beijing: Peking University Press.
- Jiang, Shigong, 2010, "Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional Government in China," *Modern China*, Vol. 36, No. 1, pp. 12–46.
- Jiang, Shigong, 2013, Summary Notes of Interview with Wang Keren, Beijing, Feb. 28.
- Kafka, Franz, 1915, "Before the Law, a Part of Kafka's Unfinished novel – The Trial," <http://zork.net/~patty/pattyland/kafka/parables/beforethelaw.htm>.
- Kommers, Donald P. and Russell A. Miller, 2012, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Third Edition, Revised and Expanded), Durham, NC: Duke University Press.
- Madison, James, 1788, *Letter to Thomas Jefferson*, October 17, http://www.constitution.org/jm/17881017_bor.htm.
- McIlwain, Charles Howard, 1947, *Constitutionalism Ancient and Modern* (Rev. ed.), Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Minzner, Carl, 2013, "The Rise and Fall of Chinese Legal Education," *Fordham International Law Journal*, Vol. 36, No. 2.
- Peerenboom, Randall, 2002, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Raz, Joseph, 1998, "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries," in Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Vol. 152, pp. 169–173, Cambridge: Cambridge University Press.
- Yu, Xingzhong, 2009, "Western Constitutional Ideas and Constitutional Discourse in China, 1978–2005," in Stéphanie Balme and Michael W. Dowdle (eds.), *Building Constitutionalism in China*, London: Palgrave, pp. 111–124.
- Zhu, Majie, 2002, "Deng Xiaoping's Human Rights Theory," in Yu Xintian (ed.), *Cultural Impact in International Relations (Chinese Philosophical Studies, XX)*, Chapter IV, Washington, D.C.: Council for Research in Values and Philosophy, http://www.crvp.org/book/Series03/III-20/chapter_iv.htm.

注释:

- ①“如果向所有的人们建议选择一切风俗中在他们看来是最好的,那末在经过悉心思索之后,他们一定会把自己的风俗习惯放在第一位。每个民族都深信,他们自己的习俗比其他民族的习俗要好

得多。”希罗多德:《历史》第3卷,王以铸译,北京:商务印书馆1997年版。

②这一论断源于西方的古老政治理念。有关这方面的经典著作可参考亚里士多德的《政治学》(Aristotle, *Politics*, Benjamin Jowett trans., c. 350 B. C. E., <http://classics.mit.edu/Aristotle/politics.html>)。同见希罗多德《历史》第3卷,希罗多德在其与波斯人辩论如何建立适当的政府组织以实现民主时提及这一古老政治理念。最值得深入挖掘的是,从宪政主义的角度来看,“法律面前人人平等”其实仅为一种建立国家组织政府的选择,没有任何制度与组织是完美的。

③麦基文(McIlwain)提到“区分中世纪和当代宪法的两个最为显著的地方在于其一为政府与管辖权的分离,其二为行政命令与权利的法律效果”。McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1947, p. 86。

④有关这一体制的讨论,参见 William E. Butler, *Soviet Law*, London: Butterworth, 1983。

⑤中国宪法学研究会年会,西安:西北政法大学,2011年。

⑥有关这一方面的讨论,参见童之伟有关评论中国宪政主义、刑法和正义方面的译作, <http://lcbackerblog.blogspot.com/2012/02/zhiwei-tong-on-criminal-law-and-justice.html>。

⑦强世功的作品在中国较为知名,如:《法制与治理——国家转型中的法律》,北京:中国政法大学出版社2003年版;《立法者的法理学》,北京:三联书店2007年版。

⑧有关美国“反多数难题”的讨论,参见 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New York: Bobbs-Merrill, 1962。

⑨强世功坦言他对于法律与社会问题的研究受到了福柯著作的强烈影响,尤其是《规训与惩罚》。参见强世功:《超越法学的视界》,“导言”,北京大学出版社2006年版。

⑩强世功并不认为福柯将自由与权力相对立。福柯确实没有将权力与自由对立,相反地,他将自由置于各式各样的权力关系之中,在自由与权力的语境下,福柯认为自由是个人内心自我的规范价值,因而个人自由的浮现会抵消外在权力的束缚。参见强世功:《超越法学的视界》,“导言”第3页。

⑪强世功提到,在古代,权力的施行是以摄政王为中心的,当代则演变为执政者组织和建立统治秩序。执政的工具不限于法律,还包括了范围广泛的其他机构、手段以及其他松散的实施。关于主权的概念也发生了变化,从王储执政演化为政府执政。参见强世功:《超越法学的视界》,“导言”。

⑫强世功对于国际化以及当代国际秩序下主权作为一项绝对的概念这一现象予以认同,提出我们不应将对于国家主权的认识局限于民族国家(nation-state),毕竟国家主权这一概念初始是为解决国际争端而产生。但是这一认识本身就将强世功对于国家主权的理解限定为定义后结构时代的马克思列宁宪政主义。

⑬强世功提到霍布斯的“利维坦”就是人们为了获得个体的安全而创造出来的社会契约,用于压制人的暴力与兽性。在这一观点下,宪政秩序就是为压制人们的暴力与兽性而生,人文情怀则是这一契约的可得利息。参考尼采对道德谱系的论述,强世功认为有关人类美德、忠诚、魄力以及荣誉等经典“主人道德”(master morality)则被视为非理性元素而被受利己主义驱使的愤世嫉俗与恐惧所取代。自由主义宪政派将狡诈、愤世嫉俗的伪善(“奴隶道德”[slave morality])装扮为权利,并由此将传统的责任为重的政治理念转变为当下权利为重的政治理念。

⑭强世功提出,尽管现代社会中充斥着国家主权的身影,我们也不应当感到悲观。相反,我们应当对反洛克派哲学家的国家主权观点持怀疑态度。社会方方面面的扩展使得主权已经脱离王权而

传于人民之中。因此,主权也可以理解为人权。吊诡的是,现代宪政主义虽然提倡个人权利,但是将主权和公民权利视为对抗的两极。

⑮这里对鲁道夫·冯·耶林的参考值得琢磨。耶林是著名的法律工具主义学者,认为法可以作为一门社会科学来服务于目标人群的社会及道德需要。强世功关于中国宪政主义制度的理论可以通过耶林的《为权利而斗争》(Rudolph von Jhering, *The Struggle for Law*, John L. Lalor trans., 2nd ed., Chicago: Callaghan & Co., 1915)这本书中的辩证逻辑观点来理解。法一直纠结于国家、权力阶级与个人的冲突之中。

⑯强世功认为道德宗教社会已经大部分败落了,政治社会也在不断衰退,而现在的法治社会也将成为一个历史的遗物。

⑰马克思号召全世界的无产阶级联合起来解开身上的枷锁。然而当他们获得所谓的自由解放后,这些革命者马上发现他们仍然受制于各种各样的社会关系,这些不可逾越的束缚包含了家庭、民族、社区、政党以及国家利益。

⑱因此对于强世功来说,机构的存在是由于我们经常自主地与他人结成各式各样的社会束缚与社会关系。讽刺的是,自由的人们往往自愿地将自身置于社会关系的束缚之中。

⑲强世功还提到在这一领域的许多人与科学界的人相似。他们都一丝不苟地期望发挥他们的理论与标准以维护所谓的正义。

⑳强世功认为律师作为一种职业也是现代社会的产物。

㉑纸面上的法规无论如何强硬,在与民情相反的时候也显得毫无威严,这些法规在不断地被违反之后将失去它们应有的执行力。

㉒“总之,社会主义社会目前和今后的阶级斗争,显然不同于过去历史上阶级社会的阶级斗争,这也是客观的事实,我们不能否认,否认了也要犯严重的错误。”邓小平:《坚持四项基本原则》,载《邓小平文选》第2卷,北京:人民出版社1983年版,第182页。

㉓这一观点也在毛泽东思想当中有所体现,并最好通过“三个代表”和科学发展观的理论来理解:“为了克服困难,战胜敌人,建设新中国,共产党必须扩大自己的组织,向着真诚革命、信仰党的主义、拥护党的政策、并愿意服从纪律、努力工作的广大工人、农民和青年积极分子开门,使党成为一个伟大的群众性的党。在这里,关门主义倾向是不能容许的。……‘大胆发展而又不让一个坏分子侵入’,这才是正确的方针。”毛泽东:《扩大共产党和防止奸细混入》,载《毛泽东选集》第2卷,北京:人民出版社1991年版,第523~524页。

㉔这一观点当然也在麦迪逊最初反对《权利法案》时提过。《权利法案》难以实施将招致对宪法整体的质疑。参见《詹姆斯·麦迪逊致汤玛斯·杰弗逊的信》,1788年10月17日(James Madison, “Letter to Thomas Jefferson,” October 17, 1788, http://www.constitution.org/jm/17881017_bor.htm)。

㉕这一历史经验有着较强的根基并对指导当下社会的科学发展极为有益。参考毛泽东:《论人民民主专政》,载《毛泽东选集》第4卷。

㉖“我们党的组织要向全国发展,要自觉地造就成万数的干部,要有几百个最好的群众领袖。这些干部和领袖懂得马克思列宁主义,有政治远见,有工作能力,富于牺牲精神,能独立解决问题,在困难中不动摇,忠心耿耿地为民族、为阶级、为党而工作。党依靠着这些人而联系党员和群众,依靠着这些人对于群众的坚强领导而达到打倒敌人之目的。”毛泽东:《为争取千百万群众进入抗日民

族统一战线而斗争》，载《毛泽东选集》第1卷，北京：人民出版社1991年版。

②⑦在强世功的《法律人的城邦》一书中，他点评了亨廷顿的著作《我们是谁：对美国民族认同的挑战》，指出：“美国民族认同的问题实际上不是美国宪政体制框架下追问民族性的问题，而是追问美国宪政制度的公民基础。”

②⑧“人民的国家是保护人民的。有了人民的国家，人民才有可能在全国范围内和全体规模上，用民主的方法，教育自己和改造自己，使自己脱离内外反动派的影响（这个影响现在还是很大的，并将长期存在，不能很快地消灭），改造自己从旧社会得来的坏习惯和坏思想，不使自己走入反动派指引的错误路上去，并继续前进，向着社会主义社会和共产主义社会前进。”毛泽东：《论人民民主专政》，载《毛泽东选集》第4卷。

②⑨“党性也包括联系群众、艰苦朴素、实事求是等等。选干部，标准有好多条，主要是两条，一条是拥护三中全会的政治路线和思想路线，一条是讲党性，不搞派性。”邓小平：《思想路线政治路线的实现要靠组织路线来保证》，载《邓小平文选》第2卷。这是邓小平接见海军党委常委扩大会议全体同志时的讲话。

③⑩强世功提示过我们，20世纪有关种族隔离和妇女政治权利的争执就属于典型的美国宪政危机。在这两个宪政危机当中，宪法制度的合法性从来没有被人质疑过，甚至在许多更为严重的政治动荡之中也是如此。参考Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, New Haven: Yale University Press, 1992。该书作者将他有关宪政的理论及概念普遍地用于分析20世纪头十年中欧及东欧的宪政发展。Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999。

责任编辑：周 慧