

论宪法的选择适用

张千帆^{*}

摘 要 要真正认真地对待和实施宪法,必须选择适用宪法。作为一部可实施的基本法,宪法的基本性质决定了只有某些宪法条款才能获得直接适用。宪法不只是政治宣言,因而一般不应该直接适用其中规定的积极权利;宪法也不是普通的法律,因而不应该适用其所规定的公民义务或经济政策细节,而应将这些事项留给立法。在厘清宪法文本的适用结构之后,中国宪法是完全可以获得适用和实施的。本文首先批判了政治宪政主义的几种理论,以便清除宪法适用的理论障碍。其次,本文探讨了宪法适用的基本原则,并提出甄别可直接适用条款的中立标准。最后,本文运用宪法适用标准甄别“八二宪法”各项规定的可适用性,进而形成一个可适用的宪法结构。

关 键 词 宪法 政治宪法学 司法宪政主义 选择适用

一、引言——宪法适用的“中间道路”

“八二宪法”自颁布以来,不知不觉已历三十载。在过去三十年中,中国社会发生了翻天覆地的变化,不仅经济迅速增长,经济、社会和法律体制发生了剧烈变革,而且人民的宪法意识也发生了巨大变迁。宪法本身经历四次修宪,忠实记载了改革开放以来的历史进步,但是由此也带来一个问题。现行宪法制定于改革开放初期,一个和今日中国相差甚远的年代,因而宪法某些部分不可避免地体现了一定的政治色彩,即使在告别文革并拨乱反正之后,宪法仍难免遗留下“革命”的痕迹。历次修宪缩短了宪法文本和日新月异的社会现实之间的距离,但是同时也产生了新旧条款之间的张力。随着宪法意识的不断提升,宪法越来越像一部真正意义的法律,“认真对待宪法”的呼声也越来越高,并已构

^{*} 北京大学宪法与行政法研究中心教授。

成中国宪法学界的主流共识,^{〔1〕}而“认真对待”的题中之义首先是认真对待宪法文本。然而,哪一个文本?是“八二宪法”整体吗?如何对待哪些不具备法律属性的条款?如果将“认真对待宪法”简单理解为宪法的整体适用,那么就必然陷入以上困惑。

另一方面,宪法实施机制的欠缺加大了宪法理念和现实之间的反差。由于宪法第67条规定的释宪机制至今尚未启用,宪法规范难以在实际生活中体现出法律效力。2001年的齐玉苓案一度开启了“宪法司法化”之门,但是到2008年底法院又向宪法关闭了大门。^{〔2〕}在宪法适用遭遇瓶颈的同时,中国宪法学的研究路径也出现了分歧。众所周知,国外宪法学的绝大多数研究集中于具体问题与政策研究。普通法国家偏重个案梳理及与此相关的政策评判,大陆法国家则侧重于建立在立法与司法实践之上的学理分析。不论哪种学术传统,欧美宪法学的共同基础在于有一部实际适用的宪法。宪法的司法适用为学术研究提供了鲜活的素材,建立在此基础上的宪法学研究则反过来为宪法的解释、判决与修改提供理论依据。然而,中国宪法的适用瓶颈使得宪法解释成为不具备权威定论的学者的个人主见。可以理解,这种状况造成了一些学者的苦闷、消极与无奈。既然宪法不能直接适用于中国现实,不如索性放弃“认真对待宪法”的诉求,进而发明出一套现行宪法为什么不能直接适用的“政治宪法学”理论,以此来“化解”规范和现实之间的张力。虽然该理论的几个变种视角不同,但共同论调都是中国当前根本不存在一部可适用的宪法。

本文同时否定了上述两种极端倾向:一个极端主张宪法的每一条都必须无条件适用(整体适用说);另一个极端则认为现行宪法根本不是法(宪法虚无论),因而无从也无需适用宪法任何条款。事实上,两者貌似相反,实质殊途同归。由于“八二宪法”确实含有明显不宜直接适用的条款,整体适用说将政治宣言和法律条款混为一谈,势必凸显宪法的政治性并削弱其法律性,进而为完全搁置宪法适用的虚无主义主张提供口实。在重点批判宪法虚无论的基础上,本文提出了一种适中的宪法适用理论,根据价值中立的法律原则鉴别可直接适用的宪法条款,进而梳理并廓清现行宪法的适用结构。

本文首先批判了政治宪政主义的几种理论,以此清除宪法适用的理论障碍。其次,本文探讨了宪法适用的基本原则,并提出甄别可直接适用条款的中立标准。最后,本文运用宪法适用标准甄别“八二宪法”各项规定的可适用性,并形成一個可适用的宪法结构。^{〔3〕}笔者认为,要真正认真地对待和实施宪法,必须选择适用宪法。作为一部可实施的基本法,宪法的基本性质决定了只有某些宪法条款才能获得直接适用。宪法不只是政治宣言,因而一般不应该直接适用其中规定的积极权利;宪法也不是普通的法律,因而不应该适用其所规定的公民义务或经济政策细节,而应将这些事项留给一般立法。在厘清宪法文本的适用结构之后,中国宪法是完全

〔1〕 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版;张千帆:“认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性”,《中外法学》2003年第5期,页560—580;董之伟:“什么是宪法”,载《东方早报》2012年5月8日。

〔2〕 “最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定”,法释〔2008〕15号。

〔3〕 需要说明的是,本文并不处理宪法解释问题,而只是探讨哪些宪法条款应该获得适用。至于这些条款之间是否存在张力以及如何协调解释不同条款,并非本文的讨论焦点。

可以获得直接适用和实施的。^{〔4〕}

二、宪法究竟是什么？清除宪法适用的理论障碍

宪法适用的基本前提是宪法是可以和应该适用的“法”，而这个问题关系到中国宪法的本质。在探讨如何适用宪法、哪种实施机制更加有效或更容易和现体制衔接等具体问题之前，首先要明确中国宪法究竟是不是“法”？是否可能和一般法律一样得到实施（或许通过一种和普通司法不同的机制）？改革三十年来，这个问题本来已经获得法学界乃至全社会的共识。随着“依法行政”、“法治国家”、“私有财产”、“尊重与保障人权”等理念先后入宪，宪法序言对自身的明确性——宪法是“国家的根本法，具有最高的法律效力”——早已为中国社会普遍认同。虽然在实际生活中，宪法由于不能进入诉讼等原因而未能充分彰显其法律效力，但是宪法应当得到有效实施则已是党和国家领导人多次公开强调的主流立场。^{〔5〕}

然而，近年来，少数宪法与法理学者却试图挑战这一主流共识，“标新立异”地提出“政治宪法学”理论，表面上是重新探讨中国宪政的法理基础和实现路径，甚至搬用国外宪法学研究的某些新成果为“中国特色”的宪法理论辩护，实际上是回到“八二宪法”中体现的某些改革前的政治思维。虽然这种理论未能撼动中国宪法学界的主流共识，但是其所提出的挑战需要得到正面回应，否则不仅本文的论证无法展开，而且在宪法实施本已举步维艰的环境下，如此以讹传讹，难免产生不良的实际影响。当然，不论“政治宪法学”如何看待现行宪法规范，笔者本人笃守宪法第35条规定的言论自由原则，坚信保证“百家争鸣”远比保证观点“正确”更重要，即便是显然“错误”的观点也有存在价值。^{〔6〕}事实上，笔者认为政治宪法学理论提出了一些值得深思的重要问题，但是由于混淆了整体与个体、规范与现实、政治与法律、目标与过程等基本关系，并将政治过程和司法过程人为对立起来，这一理论的基本导向是值得警惕的。一旦宪法不可实施，仅沦为一种主流话语，无疑会加剧中国从宪法到宪政、从人治到法治、从革命到执政的世纪转型的难度。

这部分以政治宪法学中较有代表性的三种理论为主要对象，分析这一理论的内在矛盾与困境。虽然政治宪法学派内部也有左右之分，^{〔7〕}但是他们都以所谓的“司法宪政主义”为靶子，忽视宪法文本对自身法律效力的明确规定，突出宪法的政治性、否定宪法的法律性，并反对“宪法司法化”。^{〔8〕}归根结底，政治宪法学必须对中国现行宪法定性，而其基本结论是中国当前并没有一部宪法，至少没有一部通常意义上的“宪法”——试想，一部不能乃至根本不需要适用的宪法究竟算什么意义上的“法”？即便这个结论未必是某些政治宪法学者的本意，但这恰

〔4〕 参见张千帆：“宪法不应该规定什么？”，《华东政法学院学报》2005年第3期，页25—33。

〔5〕 例如，参见胡锦涛：《在纪念宪法施行二十周年大会上的讲话》，载《人民日报》2002年12月4日。

〔6〕 参见 John Stuart Mill, *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government*, J. M. Dent & Sons Ltd., 1972, pp. 85—89.

〔7〕 例如，陈端洪：《制宪权与根本法》，中国法制出版社2010年版；高全喜：《从非常政治到日常政治——论现时代的政法及其他》，中国法制出版社2009年版。

〔8〕 参见林来梵：“中国宪法的现状与展望”，《法学研究》2011年第6期。

恰是其立论不可避免的推演结果。事实上,如果要回避这个结论,那么这个理论就让人“看不懂”了;如果它的主张和它所否定的规范宪法学其实并无本质不同,那么我们其实并不知道它要主张什么,甚至也不知道它究竟要反对什么。

(一)方法论整体主义的回潮

政治宪法的共同特点是喜欢挪用一些虚构的整体主义(holistic)概念进行宏大理论叙事,进而得出论者想得出的任何结论。政治宪法学尤其青睐的概念是不可能约化为个体的颇为神秘的“主权”。这个概念虽然在现代宪法学中早已“过气”,^[9]却被某些学者升华为整个宪法学的核心。在他们看来,宪法不是别的,正是关于主权的规则体系,宪法的根本原则是关于主权的原则。^[10]谁都知道,对于一部共和宪法而言,最终主权必然在于“人民”,如何在宪法上真正落实“人民主权”,也就成了中国宪法学无法回避的“整体性问题”。^[11]问题在于,“人民”是谁?整体主义意义上的“人民”是完美无缺、不会犯错的,因而也是至高无上的;“人民”所拥有的“主权”自然也是至高无上、不可约束的。然而,这样的“人民”既不会说话,也不能行动,更不能自卫,因而它注定需要被某个更为实在的机构所“组织”、“领导”或“代表”,宪法“主权”也就顺势落到体现“人民”意志的代表者和组织者手上。如此,则“主权”的结构和定位摇身一变升格为宪法学中最重要课题,从中也就不难推演出全国人大与执政党的“双重(主权)代表制”等政治意味十足的宪法解读。^[12]

既然“主权”话语本身带有浓重的政治学色彩,中国宪法也就成了和一般法律没有共同语言的“政治法”——或更准确地说,一部不能像普通法律那样获得实施的政治宣言。但问题在于,这套话语一开始就是被学者杜撰出来的,因而也就注定了其后的推演其实只是学者的自说自话。整体意义上的“人民”是虚无缥缈的,现实中存在的就是你我这些看得见、摸得着、各自利益和立场未必一致的凡夫俗子。既然都是有私欲、会犯错的普通人,任何真实存在的人或由其组成的机构都不配拥有至高无上、不受约束的“主权”。政治宪法的起点是从一个虚构的“人民”那里衍生出无处生根的“主权”,进而不得不把这种只有一贯正确的上帝才有资格行使的权力赋予某个凡人构成的实体,人为将“主权”与人权的对立引入宪法研究,甚或让自己陷于如何制约不可制约的权力之苦恼,实则所有这一切都是从一个错误而危险的出发点带来的自寻烦恼。

当然,笔者承认,整体意义上的“人民”在一种情况下是可以有意义的,那就是在处理国家之间关系的场合下,特定国家的政府代表了这个国家的所有人。然而,这里的“人民”是一个国

[9] 张千帆:“主权与分权——中央与地方关系的基本理论”,《国家检察官学院学报》2011年第2期,页61—84。

[10] 例如,参见翟小波:“宪法是关于主权的真实规则”,《法学研究》2004年第6期。

[11] 陈端洪:《宪治与主权》,法律出版社2007年版,页147—149。

[12] 同上注。事实上,“双重代表制”在语义上是牵强附会的,因为“领导”和“代表”显然是不能相提并论的两个概念。宪法第2条将属于人民的权力委托给全国和地方各级人民“代表”大会行使,意味着人大处于低于人民的“次主权”地位。相比之下,既然掌握“主权”的“中国人民”是在“中国共产党领导下”,执政党在逻辑上势必成为人民之上的“超主权”机构,其权力不可能受到宪法或法律的任何制约。当然,这个超越地位是执政党自身的党章或文件都从未承认过的。

际法而非宪法概念。作为国内的最高法律,宪法定义国家权力形态并调整政府和人民之间的关系、不同层次的政府及其部门之间的关系以及人民之间的权利关系,因而作为整体的“人民”是没有意义的。保障了我的人格尊严,可能就限制了你的言论自由;保障了工人的结社自由,可能就限制了老板的经营自由;维护了媒体的新闻自由,可能就牺牲了官员的名誉权……。虽然宪法和法律的目的是最大程度地促进或维护公共利益,但不同人群的利益毕竟是分化的;统治无非是一群人在某个问题上将自己的意志上升为统治所有人的法律,而法律对不同人群规定了不同的权利和义务,即便宪法也无法将他们统一起来并变成铁板一块的“人民”。

因此,我们平时所说的“人民”、“公民”或“民族”,其实只是一种方便的简称,用以指代不特定的多数人,或至多是现实存在的所有人的集合。在他们之间或他们与掌握政府权力的那部分人之间,谈论作为整体的“人民”和“主权”是不必要和无意义的。宪法学的真问题不是探讨什么关于“主权”的规则,而是如何分配和界定政府部门的权力,以便最有效地保障基本人权。一旦失去了神秘的“主权”光环,权力就变得极其朴素,宪法就是一套主要建立在成本—利益分析基础上的权力分配和权利保障规则,既不会纠结于无谓的“主权”概念,更不会出现“人大”(全国人大至上)还是“法大”(宪法至上)的问题。^{〔13〕} 宪法意义上的“主权”即便存在,也仅存在于虚构的“人民”整体中,任何人或机构都没有资格以“人民”的名义针对“人民”中的一部分宣示“主权”。

从这个角度理解,其实不难化解宪法和执政党之间的潜在张力。宪法第2条所规定的“人民主权”表达了人民通过选举各级人大行使统治权的民主原则,只是在极其特殊的“立宪时刻”才体现为通过某种程序参与制宪的权利,除此之外并不存在任何意义上的“主权”。^{〔14〕} 执政党领导人民建立国家、制定宪法的事实,并不能使之超越宪法或豁免其遵守宪法的义务。事实上,恰恰是在执政党领导下制定的宪法明确规定:“各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”(序言),“各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律”(第5条)。当然,如果执政党认为上述规定不合适,完全可以发挥其领导作用,通过正常修宪程序删除这些条款,但既然它们是宪法自制定以来就一直有效的意思明白无误的规定,那么它们就是代表执政党接受宪法约束的明确意志表示。无论执政党在宪法中处于何种领导地位,它都有义务遵守宪法并采取有效措施以保证宪法实施。

(二)从历史主义到虚无主义

为了论证现行宪法是一部不适合实施的政治宣言,政治宪法学者发展出一套历史主义或现实主义解释,其基本论调是司法适用或许适合于美国等其他国家的宪法,却注定不适合于中国宪法。由于历史或现实的原因,中国宪法带有显然的“政治性”。更准确地说,中国宪法根本就不是其正文所直白显示的那部“宪法”,而是文本背后的历史背景或现实权力结构所决定的

〔13〕 参见翟小波:《人民的宪法》,法律出版社2009年版。

〔14〕 笔者曾将“人民主权”解释为“制宪权”的同义词,但是此处的“制宪权”完全不具备“主权”的那种绝对性和单一性,参见张千帆:《国家主权与地方自治——中央与地方关系的法治化》,中国民主法制出版社2011年版,页16—17。

政治意志。除了“八二宪法”序言所昭示的政治色彩之外,中国至今似乎仍未完成从革命到执政的转变,因而尚未到达落实宪法、施行宪政的阶段。在历史主义学者看来,中国目前仍然处于“非常政治”阶段——或者套用美国宪法学者阿克曼的说法,一种“立宪时刻”(constitutional moments)的政治。^[15]既然“立宪”尚未完成,真正意义的宪法仍然在遥遥无期的形成过程中,中国迄今并没有一部完整意义的宪法,行宪从何谈起?在这个阶段,中国似乎只能满足于“政治宪政主义”,而不可能奢谈“司法宪政主义”。只有在有朝一日完成从“非常政治”到“日常政治”的转变之后,才可能建立中国的司法审查制度并走向美国式的“司法宪政主义”。^[16]

笔者并不反对宪政的历史阶段论,也无意在此反驳中国宪政阶段的具体历史分析,尽管将中国当前界定为“制宪时刻”很可能是有问题的,大而化之的历史阶段论也很容易陷于决定论的谬误。^[17]历史主义学者可以主张,以司法审查为标志的宪政必须具备某些社会条件,而中国当今尚不具备这些条件,因而目前提倡司法审查等“司法宪政主义”改革是徒劳无功乃至适得其反之举。然而,即便历史主义论证本身有说服力,这种论证除了解释以司法为中心的宪政为什么没有在中国发生之外,又能“论证”什么?作为价值中立的学说,历史研究的性质决定了它只能解释过去,至多(且极有风险地)预言未来可能或不太可能发生什么,而不可能告诉我们当下应该采取的态度,譬如如何看待现在这部宪法的规定和社会现实之间的差距,否则就僭越了事实—规范的红线,并混淆了宪政的目标与过程。即便中国当下不可能建立司法审查制度,能否就此否定推动制度建设的努力或完善宪法判例的知识储备的必要性呢?如果说历史分析所发现的“发展规律”意味着中国宪政是一件不以个人意志为转移,也不需要人为努力就能完成的自然而然、“水到渠成”的事情,那么这种所谓的历史研究只能是忽视人的主体性并将人降格为无意识动物的伪史学。^[18]

反过来,除了断言“司法宪政主义”之不可能的历史或现实“必然性”之外,政治宪法学又能有何积极作为呢?迄今为止,笔者尚未看到历史主义的政治宪法学提出过任何具体可行的建设性方案,而这是毫不奇怪的,因为纯粹的史学论证不会告诉我们如何取舍。如果论证的结果是“政治宪政主义”优于“司法宪政主义”,那么这个结论必然带有论者个人的价值选择,而这种选择既可以是自由(“右”)的,也可以是保守(“左”)的。虽然学者的初衷可能是“政治宪政主义”只是中国当下无可奈何、并不完美的必经暂时阶段,^[19]但是学者个人很难改变历史主义内在的“存在即合理”的逻辑惯性,进而蜕变为消极无为的犬儒主义——如果历史进程是不以人的意志为转移的必然过程,个人多劳何益?与其提出“不合时宜”的批评和建议,不如安于并不令人满意的现状,甚或为违宪的执政行为寻找理论上的正当性;既然一切都在历史辩证发展

[15] 高全喜,见前注[7],页3—54。

[16] 高全喜,见前注[7],页15。

[17] 如果马克思的历史唯物主义是指社会主义是不以人的意志为转移的“必然”历史结局,那么无产阶级就无须发动暴力革命,大可坐享其成,等待历史阶段的自动到来。不过这显然不符合历史主义的原意,似乎“历史规律”也必须通过人为奋斗才能实现,参见 Karl Marx and Fredrick Engels, *The Communist Manifesto*, International Publishers, 1948, p. 44.

[18] 对于历史主义的批判,参见 Karl R. Popper, *The Poverty of Historicism*, Harper & Row, 1961.

[19] 高全喜,见前注[7],页15。

之中,“违宪”或许应被视为一种正常现象;事实上,既然中国迄今并没有一部真正意义的宪法,谈论“宪法问题”根本没有意义。

这种“委曲求全”、回避现实的犬儒主义和关于“主权”结构的现实主义考虑有异曲同工之妙。归根结底,两种学术路径的逻辑都是既然中国现阶段不可能落实宪法,因而也就不需要实施宪法,甚至可以说现行宪法并非任何意义的“法”,而只是一部并不产生可实施的法律权利或义务的政治宣言。毋庸置疑,中国宪法的规范和社会现实之间存在巨大落差,问题是如何面对这种落差——是坚持用规范衡量现实,承认现实中的不足并寻求造成不足的原因及其改良之道;还是用现实否定规范的有效性,进而为现实中发生的一切提供“合理性”? 谁都知道,造成这种现象的根源是权力过于集中的体制,因而改变现状的出发点在于改革体制中的不合理之处,进而为建立司法审查等宪法保障机制提供可能性。然而,历史主义和现实主义理论却选择了抛弃宪法规范,以承认并认同现实状态的“合理性”作为自己的出发点,有意或无意地为现行体制中不尽合理的权力结构辩护。一方面似乎要有所建言,另一方面又要承认中国的“特殊性”,惟恐自己的主张触动了现行体制——可想而知,要从这种遮遮掩掩、吞吞吐吐、欲言又止的表述中引申出建设性的改革方案,显然是十分困难的。于是,政治宪法学也就成为方向迷失、众说纷纭乃至不知所云的杂论。^{〔20〕}

(三)“人大至上”还是“宪法至上”

政治宪法学的另一个代表是借用传统的“议会至上”和近年来兴起的“人民宪政”理论,否定宪法至上和“宪法司法化”的正当性。与“双重主权制”相比,这种理论主张“代议机关至上”的单一主权结构,认为中国宪法实施制度的本质特征是人大至上的“人民宪政”^{〔21〕},但其共同点在于预设宪法之上存在不受约束的主权机构,且如下所述,其最终立论也同样是并不存在一部真正意义的宪法。

中国版的“人民宪政”理论以奉行“议会至上”的英国为典范,论证中英两国在排拒“宪法司法化”上的相似性。然而,这一论证存在如下问题:首先,显而易见但在论证过程中从未说明的是,“英国模式”是宪政民主的例外而非规则。世界范围的比较研究表明,近90%的国家宪法规定了某种模式的司法审查,成熟的欧洲民主国家中更是只剩下英国与荷兰尚未建立司法审查制度。^{〔22〕} 2008年,法国修改第五共和宪法的抽象审查模式,赋予公民在普通诉讼中附带挑战立法合宪性的权利,使长期奉行议会至上的“法国模式”和“美国模式”正式接轨。^{〔23〕} 各种迹象表明,司法审查制度是大势所趋,大英帝国的“议会至上”招牌早已陈旧落伍、不足效仿。既然如此,何必套用一个明显过时的模式来解释我们自己的宪法呢?

其次,英国确实不存在“马伯里诉麦迪逊”意义上的司法审查,由此容易想当然地认为英国拒绝“宪法司法化”。然而,英国“宪法”难道没有司法化吗? 问题在于,什么是“英国宪法”? 众

〔20〕 高全喜、田飞龙:“政治宪法学的问题、定位与方法”,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2011年第3期。

〔21〕 翟小波,见前注〔13〕,页8。

〔22〕 张千帆:“从宪法到宪政——司法审查制度比较研究”,《比较法研究》2008年第1期。

〔23〕 王蔚:“法国修宪新动向——五十年后回归民主?”,载《中国经济时报》2009年1月20日。

所周知,作为“不成文宪法”国家,英国没有一部效力高于普通立法的“宪法”,但这显然不是说英国宪法只是一堆“不成文”的议会惯例。恰好相反,英国有仍然部分有效的《大宪章》(1215年)、《权利法案》(1689年)和完全有效的《人权法》(1998年)等一系列宪法性法律,而这些法律显然是司法判决的依据,因而英国“宪法”一直是被“司法化”的。只不过英国的法律秩序并未赋予宪法性法律以更高的法律效力,因而英国法院不能以“更高的法”^[24]为由撤销一般的议会立法,而只能拐弯抹角地“宣布”(而非撤销)议会法案侵犯了《欧洲人权公约》所保障的权利。^[25]事实上,英国的“议会至上”教义早已因为纳入欧洲联盟和欧洲人权法律体系而受到冲击;^[26]欧盟法院和人权法院的司法审查发挥了欧洲“宪法司法化”,从而也缓解了英国国内“宪法司法化”的社会需求和压力。

最后也最重要的是,英国之所以迟迟未建立美国意义上的司法审查制度,根本原因在于英国没有一部真正意义的宪法。事实上,也正是因为英国迄今不愿意放弃“议会至上”教条,才没有制定一部效力高于普通立法的“成文”宪法,因而法院无从对议会行使司法审查的权力。假设英国有朝一日制定出一部通常意义的宪法,那么即便这部宪法和美国联邦宪法一样没有明确规定司法审查的权力,英国法院依然回避不了首席大法官马歇尔在“马伯里诉麦迪逊”中的诘问:在宪法和法律发生冲突的情况下,法院究竟适用何者?^[27]在下位法必须服从上位法的法治国家,这不是一个问题——如果宪法说了不算,那么为什么还要煞费苦心制定出一部宪法?如果宪法具备实际的法律效力,那么判断法律冲突就是一个标准的司法问题,而这一问题的解决也离不开司法性质的审查机制。因此,马伯里判决的基本逻辑是,只要有一部成文宪法,那么为了让这部宪法落到实处,就不得不建立某种形式的司法审查制度。政治宪法学并未能以任何方式颠覆这一基本逻辑,也未能有效论证中英两国宪法体制的可比性。

香港回归后,这一论断在中国本土得到验证。在殖民地时代,香港遵循英国传统,殖民地立法仅受制于有限的枢密院审查;^[28]1997年回归后,有香港“小宪法”之称的《基本法》生效,香港的司法审查也应运而生,香港法院历年来产生了大量宪法判例。^[29]当然,在“一国两制”框架下,《基本法》和“八二宪法”的结构和性质完全不同,因而内地和香港的宪法审查体制不可能相同。然而,谁能否认中国有一部相当标准的成文宪法?谁又能否认宪法序言最后一段白纸黑字的声明:“本宪法……具有最高的法律效力”,以及第5条明白无误的规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”?由此可见,如果硬要将英国模式套用于中国身上,就只有回到似是而非的政治宪法学基调——现行宪法看起来是一部宪法,其实并非真正意义的“法”,因而中国是一个实际上没有宪法的国家,更谈不上宪法的“司法化”。

[24] Higher Law,用语取自考文(Edward S. Corwin)教授一本书的标题,参见《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1997年版。

[25] 参见 P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1999, pp. 552—573.

[26] Ibid., at 318—319.

[27] *Marbury v. Madison*, 137 U. S. 1 (1803).

[28] 陈弘毅:“特别行政区基本法”,载张千帆、肖泽晟主编:《宪法学》,法律出版社2008年版,页492—496。

[29] 同上注,页496—511。

“人民宪政”论提出人大高于宪法的主张,以此论证全国人大实际上不受宪法约束,或至多只能受到自我约束。^[30] 这种论点的主要理据在于,全国人大是制定和修改宪法的最高立法机关;宪法本身就是全国人大的产物,因而似乎显然不可能约束其制定者的权力。^[31] 如果宪法和人大立法发生冲突,那么全国人大或常委会既可以修改立法并使之符合宪法,也可以修改宪法并消解其与立法的冲突。虽然第 64 条规定的修宪程序要求全国人大全体代表的三分之二多数通过,但是几乎所有人大大立法获得的赞成票数都远超过修宪要求,因而这一要求实际上并不构成任何修宪障碍。尽管这一论点看上去有一定道理,但是在法理上显然是站不住脚的。宪法第 5 条明确规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律”,而全国人大并不例外。全国人大 1982 年制宪并规定其自身拥有修宪权的事实,以及全国人大及其常委会解释宪法并监督实施的权力(第 62、67 条),并不豁免其遵守宪法的义务;否则,第 5 条的相关规定就完全成为一句空话。事实上,中央议会负责制宪和修宪的规定在其他国家并不少见。例如联邦德国基本法第 79 条规定,只要三分之二联邦众议员和参议员投票赞成即可修宪;法国第五共和宪法第 89 条则规定,修宪既可以通过参众两院投票并提交公民复决批准,也可以由总统提交给参众两院组成的联席会议五分之三多数通过。在这些国家,中央议会有权通过某种超多数程序修宪,但是从来没有任何人主张议会仅此就可以不受宪法约束,而实际上这些国家的议会立法均受制于相当严格的司法审查。^[32]

综上,“政治宪政主义”是一个伪命题。之所以如此,是因为“司法宪政主义”本身是政治宪法学树起的一个“稻草人”。宪政是一项宏大的工程,宪政的施行显然依赖多条路径,而限于政治或司法路径。主张建立司法性质的审查制度,既不等于将司法审查和宪政划等号,也不等于将司法审查和“宪法司法化”划等号,甚至不意味着将司法审查作为宪政的惟一或首要标志。^[33] 换言之,政治宪法学所针对的“司法宪政主义”靶标本身是不存在的,由此产生的“司法宪政主义”和“政治宪政主义”的人为对立徒然制造不同研究路径之间的紧张关系,为此而发明的各种理论也将政治宪法学本身推向难以维持的宪法虚无主义逻辑。事实上,笔者本人曾在大量比较研究基础上论证,民主政治之于宪政是比司法审查更为基础性的制度前提,几乎所有转型国家都是在政治民主化之后才得以实施有效的司法审查制度,而非相反。^[34] 也正因为如此,民主(多数人统治)与司法审查(反多数主义难题)之间的所谓悖论其实也是一个伪命题——只有民主国家才可能实施司法审查制度,也只有民主国家才需要司法审查。^[35] 近年

[30] 这个问题首先是在《物权法》和宪法关系的背景下提出,相关讨论可参见梁慧星:“物权法草案的若干问题”,《中国法学》2007 年第 1 期;童之伟:“立法根据宪法无可非议——评‘全国人大立法不宜根据宪法说’”,《中国法学》2007 年第 1 期。

[31] 参见翟小波:《论我国宪法的实施制度》,中国法制出版社 2009 年版,页 17—30。

[32] 参见张千帆:《法国与德国宪政》,法律出版社 2011 年版,页 78—89、163—169。

[33] 尽管笔者确实认为,某种形式的司法审查制度是实行宪政的必要(而非充分)条件。参见张千帆:“认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性”,《中外法学》2003 年第 5 期,页 560—580。

[34] 张千帆:“司法审查与民主——矛盾中的共同体?”,《环球法律评论》2009 年第 1 期,页 58—66。

[35] 同上注。

来,美国确实有少数学者提出“人民宪政”理论,但是,即便他们也并非简单否定司法审查制度,而只是反对“司法至上”,^[36]目的是让以“最后拍板”自居的美国联邦最高法院摆正自己的宪法定位。

笔者虽然本能地反对“主义”,但并不否定政治宪法学理论是可以更有意义的。它能帮助我们认识到司法审查制度本身的局限性,抑或“宪法司法化”等具体制度设想与中国现行宪法框架之间的可能错位,进而提示我们将主要资源放在民主、分权、自治或公民参与等领域,以更加有效地推动中国宪政。如果仅限于此,所谓的“政治宪政”和“司法宪政”之间并不存在非此即彼的对立关系,适当重新定位的政治宪法学也可以开拓出不同于传统司法中心主义的宪政路径,^[37]但前提是抛弃宪法虚无主义并承认现行宪法的最高法律效力。虽然宪法的实施状况,不尽理想,但是并不能就此否定现行宪法的法律属性及其有效适用的可能性与必要性。以下的讨论框架建立在一个基本前提之上,即认真对待宪法并承认现行宪法的法律效力;不论通过何种实施机制,具备法律特征与效力的宪法规定都应该获得有效适用。

三、宪法适用的基本原则

承认宪法的法律效力及其法律适用的必要性,显然并不意味着每一条宪法规定都必须得到直接适用。且不说1982年尚处于改革开放初期,那个年代制定的宪法体现了当时的主流理念,三十年后时过境迁,随着公民法治意识的不断提升,不少观念已经发生根本性变化。更重要的是,宪法的某些部分和条款因为自身的性质未必适合直接适用。因此,在承认宪法和一般法律的共性(都具备法律约束力)基础上,不能不看到宪法之异于一般法律的特殊性。与一般法律相比,宪法确实含有更多的宣示性和政策性条款。在这方面,各国宪法均不能“免俗”,只是或多或少、程度不同而已。这就决定了宪法只能获得选择性适用,只有某些条款才具备直接的法律约束力。

事实上,宪法的选择适用是各国普遍现象,即便以精简著称的美国联邦宪法亦不例外。美国宪法正文共七大条。第1条规定了国会,其中除了参众两院构成及选举、弹劾总统程序等操作性条款之外,最常用的是第8款即联邦权限中的“州际贸易条款”。第2条规定总统权力,其中关于总统权限的规定偶尔成为诉讼对象。第3条规定了最高法院,其中关于司法管辖权的界定曾经是1803年经典判例“马伯里诉麦迪逊”的关注焦点。第4条规定了州际信任、优惠与豁免权、共和政体保障,看似重要却极少适用。第6条规定了联邦至上,构成规范美国中央和地方关系的基础性原则。第5条规定的修宪程序也很少有机会适用于司法诉讼。第7条规定的宪法生效条件则在宪法生效时已完成其历史使命。在二十七条修正案中,最常用的是第一

[36] Judicial supremacy,参见(美)克雷默:《人民自己——人民宪政主义与司法审查》,田雷译,译林出版社2010年版,页343—349。

[37] 例如政治宪法学者主张建立以政治机构审查为主的多层次违宪审查模式,具体包括司法审查、人大审查、共产党中央审查三个层次。陈端洪:“论宪法作为国家的根本法与高级法”,《中外法学》2008年第4期,页486、511。

(言论自由)、第二(持枪权)、第四(人身自由)、第五(正当程序、征收的公正补偿、刑事审判权利)、第六(刑事审判权利)、第十四(正当程序与平等保护)及第十五(禁止选举的种族歧视)修正案。其实,前十条修正案形成的《权利法案》原来仅适用于联邦,而并不适用于各州;联邦最高法院在利用第十四修正案“吸收”《权利法案》,使之适用于各州的过程中,多数意见也没有不分青红皂白全部吸收,而是根据条款之于美国宪政传统的重要性加以甄别并“选择吸收”。^[38]值得强调的是,美国宪法具有高度的可操作性,正文中的几乎每一条都可以直接适用,但由于条款的性质、社会的需求或历史的偶然等因素,实际上只有少数条款获得经常适用。

与美国宪法相比,中国宪法含有更多政策性、指导性、宣示性等不宜直接实施的条款,因而尤其有必要探讨哪些条款可以适用、哪些则不宜直接适用。在此之前,首先需要确立宪法条款适用性的判断标准。必须强调的是,这一标准本身必须是价值中立的,因为作为全国人大代表全国人民制定的根本法,宪法是体现人民意志的价值规范体系;^[39]宪法价值的变更必须通过全国人大的修宪程序,任何学者或解释者都无权自行更改,否则就违背了基本民主原则。假如宪法适用性标准带有价值判断,那么就相当于带着一副“有色眼镜”看待宪法,如此取舍则必然扭曲宪法本身的价值体系。因此,以下仅从宪法适用的技术角度提出一套价值中立的判断标准,以便在尊重宪法原意的基础上更加清晰地凸显宪法的法律和现实意义。

(一) 宪法适用的标准

作为具备约束力的规则或规范,宪法和一般法律分享某些受到普遍承认的共同特征。富勒在其《法律的道德性》中总结了法律的八大特征,^[40]其中四项特征和本文探讨的问题直接相关,不妨作为讨论的起点。首先,法律具有一般性或普适性(generality),至少在形式上平等,适用于所有人,而非针对具体或特定的人群。其次,法律具有明晰性(clarity)或可解释性,法律概念应当具有相对确定的内涵和外延,而不应模棱两可或模糊不清。^[41]再次,法律具有可行性或可实现性,法规规定的义务必须是可以履行的,而非强人所难。最后,法律具有相对稳定性(constancy)与确定性,不应朝令夕改、频繁变动,否则很容易让社会大众无所适从,不仅不能发挥理性引导社会行为的功能,而且可能在效果上构成“事后立法”(ex post facto law)并违背“不溯及既往”原则。^[42]

[38] Selective incorporation, 参见 J. E. Nowak and R. D. Rotunda, *Constitutional Law* (4th Ed.), West, 1991, pp. 382—383.

[39] 参见张千帆:《宪法学导论——原理与应用》,法律出版社 2004 年版,页 36—38。

[40] 参见 Lon Fuller, *The Morality of Law* (Rev. Ed.), Yale University Press, 1969, pp. 46—49, 63—65, 70—79.

[41] 或许有人认为,美国宪法第十四修正案的“正当程序”与“平等保护”似乎也相当抽象、宽泛,其实二者虽然适用范围极广,但在任何个案情形下,它们的意义都是相当明确的,无非是要求立法限制或差别对待必须以公共利益为目的,且为此而采取的手段必须是合理、必要和有效的。个案的公共利益背景可以不同,法院所要求的举证责任也有宽松或严格之别,但是法律分析的思路是极其清晰明确的。参见 G. Gunther, “In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection”, 86 *Harvard Law Review* 1 (1972).

[42] Lon Fuller, 见前注[40], pp. 51—62, 79—81.

以上四条标准——普适性、明晰性、可实现性与相对稳定性——显然都是价值中立的,并应该同样适用于宪法规范分析。既然宪法也和普通法律一样适用于社会实践,就必须遵循法治的一般规律,否则将在适用中遭遇诸多实际困惑。试想,如果宪法概念不清晰,在逻辑上和语义上可能的宪法解释见仁见智、众说纷纭,岂不会在适用过程中造成极大的任意性和不确定性?如果宪法规定了个人或国家无法履行的义务,无论规定如何明确、普适乃至崇高,还不是一句废话、空话?至于普适与平等,本来就是各国宪法的首要原则,因而不应被宪法本身所打破,否则就会人为产生宪法规范体系的内部冲突。在原则上,宪法不应规定任何特殊人群的特权,除非为了消除历史上的歧视影响而需要特别保护特定人群。即便如此,特别保护法最好也以立法形式出现,作为宪法平等原则所容许的特例,而不是直接在宪法中规定弱势人群的特权。同样,稳定性是一部成熟宪法的重要特征。一般认为,宪法应当比普通法律更为稳定。^[43]当然,稳定并不意味着僵化;如果某些宪法规定确实已经过时,那么显然应该及时修正。但是如果宪法条款的性质决定了自身必然会随着社会或经济发展而不断过时、要求修改,那么这样的条款实际上带有立法性,本来不应为宪法所规定,即便规定了也不宜直接适用。

值得注意的是,不直接适用的宪法条款并非不重要,更不表明该条款失去了实际效力。事实上,它完全可以对立法等政府活动发挥重要的指导作用,而只是不适宜作为法律条款直接适用,或作为判断法律、法规、规章等规范性文件的合宪性标准。虽然宪法也是法,但毕竟不是普通法律,更何况一个国家只有一部宪法,不可能在这部法律中事无巨细规定所有细节。因此,宪法所表达的某些大政方针、理念或原则可以通过立法加以具体化,而无需亦无法直接适用宪法。在国家政策发生变化的情况下,这种变化也体现在立法层次上,而无需影响宪法的稳定性与确定性。

更重要的是,在上述情况下不直接适用宪法条款,不仅体现了宪法与普通立法之间的职能分工,而且也是对民主立法的适当尊重。如果中国将来实施某种司法性质的宪法审查机制,必然会出现“反多数主义难题”等从民主视角出发的质疑,^[44]而选择适用原理和美国的“政治问题”及日本的“统治行为”理论有异曲同工之妙。^[45]言下之意,某些宪法条款出于自身过于宽泛、不够清晰、缺乏可操作性或更适合立法政策规范等原因,不宜在宪法诉讼与司法审查过程予以直接适用。这并不等于说这些宪法规定简单失效了,而只是说它们更适合指导立法等政治活动而非司法活动。

在此基础上,以下具体讨论三类不适合直接适用的宪法条款:宣示性条款、政策性条款以及公民义务条款。^[46]

(二)宪法不只是政治宣言

和普通法律不同的是,各国宪法都或多或少含有激动人心的政治宣言,中国“八二宪法”的

[43] *Marbury v. Madison*, 137 U.S. 1 (1803).

[44] Counter-majoritarian difficulty, 参见 A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd Ed.), Yale University Press, 1962, pp. 16-26.

[45] *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); 并参见(日)樋口阳一、大须贺明编:《日本国宪法资料集》,三省堂2000年版,页179。

[46] 张千帆,见前注[4]。

序言和总纲部分尤其如此,从而也落下“政治法”的口实。然而,政治宣言成分的存在并不足以否定宪法作为整体的法律性。宣示性条款表达了指导国家行动的基本理想和目标,而不是确切的法律义务,因而不适合直接适用。只要在适用中排除这些条款即可,宪法的法律性和可适用性并未受到根本影响。

宣示性条款之所以不宜直接适用,主要是因为它们不符合法律的明晰性和可实现性条件。首先,政治宣言表达了一定的政治倾向,但是政治概念的边界不易把握。譬如“八二宪法”第1条规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家”,其政治倾向是十分清楚的,但是在法律上如何界定“领导”、“联盟”、“专政”、“社会主义”等政治或经济概念?^[47] 这些概念容易导致极其复杂乃至众说纷纭的理论阐释,难以予以统一、确定而令人信服的法律定性。再如第14条规定:“国家厉行节约,反对浪费”;第15条规定:“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法,完善宏观调控。”除了“节约”、“浪费”、“市场经济”等概念不易界定之外,“厉行”、“加强”、“完善”等措词也带有很大的弹性,很难为司法适用提供任何可操作的审查标准。

其次,政治宣言只是表明国家行动的方向,但是并不要求国家在特定期限内完全实现宣言所要求的目标。事实上,政府可能受制于人力、资源或机会成本等多种考虑,未必有能力完全实现行动目标。然而,作为法律的宪法所规定的承诺则是必须实现的,否则必然严重削弱宪法的信誉和法律属性。在这方面,国家必须主动为公民实现的“积极权利”问题尤其明显。“八二宪法”第二章中的第42—48条集中规定了“积极权利”,所有这些条款都面临着可实现性疑问。例如第42条规定“公民有劳动的权利和义务”,而现在早已不是计划经济时代:如果公民找不到工作,如何行使“劳动的权利”,又如何履行劳动的“义务”? 国家有能力为每个适龄青年提供工作吗? 第45条规定了公民享受“社会保险、社会救济和医疗卫生事业”的权利,但是目前绝大多数农民并不在社会保险或医疗保险的覆盖范围内,而国家可能在相当长的时间内都未必有能力履行这一条所规定的宪法义务。这些条款只能被认为是国家有义务努力实现的目标,但是并不适合作为严格的法律义务。在国家没有能力兑现义务的情况下,强行要求履行这些义务显然是徒劳的。

当然,未必所有的积极权利都不具备可适用性。如果特定积极权利确实符合明晰性与可实现性等适用条件,那么政府保障公民权利的义务可以在法律上直接适用。譬如宪法第46条规定“公民有受教育的权利和义务”。虽然如下所述,宪法上的公民义务不宜直接适用,但受教育权显然是可以直接适用的,因为政府承担基础教育的义务是十分具体明确的,对于培育健全的公民社会也是至关重要的,而且,只要保障一定的财政投入就能有效履行,因而没有理由将受教育权排除于直接适用范围之外。

除了积极权利之外,“八二宪法”还规定了不少其他类型的宣示性条款。例如“国家根据各少数民族的特点和需要,帮助各少数民族地区加速经济和文化的发展”(第4条);“国家举办各种学校,普及初等义务教育,发展中等教育、职业教育和高等教育,并且发展学前教育……国家

[47] 譬如西欧福利国家是不是“社会主义”? 民营企业的生产总值超过国有企业的国家是不是“社会主义”? 学者对这些问题的看法见仁见智,并不存在一个标准答案。

推广全国通用的普通话”(第19条);国家“普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育”,“提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德”(第24条);“国家加强武装力量的革命化、现代化、正规化的建设,增强国防力量”(第29条)。这些宪法目标是值得追求的,但很难在法律上判断国家是否适当履行了有关义务,因而不宜直接适用。

(三)将属于政策的还给政策——经济政策条款

另一类不适合直接适用的条款是属于普通立法调整范围的政策性条款,尤其是“八二宪法”总纲中规定的大量关于经济体制与政策的条款。例如第6条规定:“社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制……国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”;第7条规定:“国有经济是社会主义全民所有制经济,是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”这类条款之所以不能直接适用,主要是因为它们不符合明晰性、稳定性与可实现性条件。

首先,如前所述,经济政策条款往往涉及“社会主义初级阶段”、“公有制为主体”、“市场经济”、“按劳分配”等难以界定的理论概念,实体内涵与外延的边界都相当不确定。如果在这种情况下适用宪法,很容易产生任意的教条主义解释,并赋予解释者没有原则、不受约束的解释权,借用宪法的名义束缚代表多数人利益的立法者推进法律改革的意愿。

其次,经济条款在性质上一般都是立法政策,并随着社会与经济发展而不断发生变化。如果严格适用这些条款,那么必然会随着时代发展很快过时,因而或者成为社会发展和民主决策的桎梏,或者不得不经常修改宪法,从而削弱宪法的稳定性与权威性。事实上,“八二宪法”颁布后的三十年恰好是改革开放时代,迄今为止大部分修宪都是为了使宪法中的经济条款更适应不断变化的经济政策及其背后的意识形态。例如在1993年的九条修正案中,前八条都是关于经济体制的修正,只有最后一条(地方人大的选举和任期)除外。到1999年,人们发现,即使是1993年的某些修正案都已经过时,因而需要进一步修正。在五条针对正文的修正案中,有三条是关于经济制度的条款。正如霍姆斯大法官在一项著名的反对意见中指出,美国联邦宪法并没有规定“契约自由”之类的放任自由主义,因而法官不应将自己的司法哲学强加在宪法身上。^[48]即便宪法文本中有这样的字眼,解释者也应当赋予极其宽松的解释,以免捆绑立法者顺势应变的手脚。

最后,经济体制条款也往往欠缺可实现性,如果严格适用这些规定,至少会在不同条款之间产生极大张力。譬如如何在宪法第15条倡导的市场经济条件下维持第6条所强调的社会主义公有制?正如韦伯指出,在某些条件下,法律秩序仍保持原封不动,而经济关系却发生了极端的转变。在理论上,社会主义生产体系之产生可以经由政治权力通过自由契约而逐渐采购所有生产手段,甚至不需要改变宪法或法律中的一个字就能实现,反之亦然。^[49]因此,在一个市场经济国家,根本就不可能通过法律强行保证公有制(或私有制)一成不变,因为所有权

[48] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

[49] Max Weber, *Economy and Society*, Guenther Roth and Claus Wittich ed., University of California Press, 1978, p. 334.

可以通过市场公平交易随时转换,而这是宪法和法律不需要控制也控制不了的事情。国家可以征用私人的土地,私人也可以购买原属于国家的财产——只要双方自愿,国家通过法律的人为阻碍是徒劳的,也是对经济发展有害的。

(四)将属于立法的还给立法——公民义务及其他

除了政策性条款之外,宪法应该为普通法律“保留”的事项还有公民义务以及赋予特殊人群的特权。“八二宪法”第一章“总纲”有少量条款规定了公民义务,第二章第49—56条比较集中地规定了公民义务,例如“夫妻双方有实行计划生育的义务”、“父母有抚养教育未成年子女的义务,成年子女有赡养扶助父母的义务”(第49条);“公民有维护国家统一和全国民族团结的义务”(第52条);公民必须“保守国家秘密,爱护公共财产,遵守劳动纪律,遵守公共秩序,尊重社会公德”(第53条);“公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务,不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为”(第54条);“依照法律服兵役和参加民兵组织是…公民的光荣义务”(第55条);“公民有依照法律纳税的义务”(第56条)。

公民义务条款不适合直接适用,是因为它们不符合明晰性与可实现性条件。首先,“国家统一”、“民族团结”、“劳动纪律”、“公共秩序”、“社会公德”、“爱护”等概念的意义极为含糊宽泛,很难获得清晰确切的法律定义。其次,这些条款其实带有很大的宣示成分,表达了一种理想社会理念,但是国家却未必有能力完全实现这种理念。更重要的是,宪法规定了公民义务,却不可能规定公民违背义务所应承担的法律责任,否则宪法就成了一部事无巨细、琳琅满目的“法律大全”。事实上,规定公民义务正是普通法律的任务,宪法不应越俎代庖,否则就混淆了宪法和一般法律之间的根本区别。^[50]即便宪法规定了公民义务,也必须借助更为具体的一般法律才能获得实施。譬如要落实“维护祖国的安全”、“保守国家秘密”的宪法义务,就必须制定《保守国家秘密法》,只是在宪法中笼统规定保密义务是徒劳的;一旦特定法律规定了具体义务,也就没有必要依据宪法规定的公民义务。在这个意义上,和宪法权利不同的是,宪法上的公民义务不可能直接适用,而至多只能得到“间接适用”。^[51]

另外,“八二宪法”的总纲部分还规定了一些特定主体的权利或义务。例如“公有财产神圣不可侵犯。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产”(第12条);“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。国有企业依照法律规定,通过职工代表大会和其他形式,实行民主管理”(第16条);“集体经济组织在遵守有关法律的前提下,有独立进行经济活动的自主权。集体经济组织实行民主管理,依照法律规定选举和罢免管理人员,决定

[50] 张千帆,见前注[4]。对于不同意见,参见王世涛:“宪法不应该规定公民的基本义务吗——与张千帆教授商榷”,《时代法学》2006年第5期。

[51] 关于德国宪法上的“第三人效应”理论及其个案应用,参见 Peter Quint, “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, 48 *Maryland Law Review* 247—347 (1989)。然而,“第三人效应”只是表明宪法权利是有边界的,一个人的权利不能被用来侵占其他人的权利,但是权利边界并不能转化为公民须主动履行的宪法义务。

经营管理的重大问题”(第17条);“保护华侨的正当的权利和利益,保护归侨和侨眷的合法的权利和利益”(第50条)。^[52]

这些条款的适用性需要慎重对待,因为它们显然不符合普适性原则。区别对待不仅有违第33条表达的平等原则,而且在多数场合下也是没有必要在宪法中特别规定的。如果没有第12条规定的“公有财产神圣不可侵犯”,本来也没有必要在第13条中特别加入“合法的私有财产不受侵犯”。在宪法平等的大原则之下,无论是公有制经济还是“非公有制经济”、“公有财产”还是“合法的私有财产”,都应该受到国家一视同仁的对待。即便有必要区分不同主体的权利,宪法也很难用一两句话将这种区别规定清楚,不如直接诉诸一般立法特别规定之,而问题即转变为宪法平等原则是否可以包容立法上的区别对待。总之,有些针对特定主题的特殊保护是没有必要规定的(如归侨权利);有些则需要从宪法平等原则中引申出一般权利(如财产权保障和经营自主权)。

四、宪法的选择适用

本文的目的只是从理论上分析宪法条款的可适用性,并在此基础上重新梳理“八二宪法”的结构。经过选择适用,在去除宣示性条款、政策性条款及公民义务条款之后,宪法各部分可直接适用的结构大致确定如下。

(一)序言

根据通例,宪法序言不具备直接的法律效力,^[53]而且绝大多数话语是政治叙事,不宜直接适用。然而,宪法序言一般规定了宪法的性质和重要原则,因而可以在适用过程中指导特定条款的解释。“八二宪法”最后一句是关于宪法性质的说明:宪法是“国家的根本法,具有最高的法律效力”。这一句本身具有可适用性,但是由于宪法正文第5条作出了类似的规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”,因而也没有必要直接适用该句。事实上,如果将这一句移入正文第5条,那么其所表达的意思将更为完整清晰。

(二)总纲

根据上述选择适用标准,“八二宪法”总纲部分可直接适用的条款包括第2条(主权在民)、第3条(人大至上、中央和地方关系)、第4条(族群平等、区域自治)、第5条(宪法至上、依法治国)、第9条(自然资源权属)、第10条(土地制度)、第13条(征地与补偿)、第16条(国有企业管理制度)、第17条(集体经济组织管理方式)、第30条(特别行政区立法)。当然,上述条款也并非每一句都适合直接适用。具体是否可以适用,还需要运用以上适用条件加以检验。某些条款规定了抽象原则,因而只能和其他相关条款联合应用,而不宜独立适用。

[52] 还有些条款是没有必要规定或没有必要通过宪法规定的常识。例如“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”(第5条)、“公民必须遵守宪法和法律”(第53条),在此不赘述。

[53] 例如,美国联邦最高法院几乎从未引用联邦宪法序言作为判案依据,惟一的例外是1971年的“福利听证案”,其中多数意见引用序言中的“普遍福利”作为政府福利具有财产权属性的证据,参见 *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254。即便如此,序言在判决中也只是一带而过,并不构成判决的重要依据。

第2条规定:“一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”“主权在民”其实是一条宣示性条款,不宜单独适用。该条的意义在于表达了抽象的共和原则,并确立各级人大作为代表人民行使权力的国家机构。

第3条一开始规定“国家机构实行民主集中制的原则”,但是这一条原则十分抽象并容易引起歧义,^[54]因而在获得适当定义之前不宜直接适用。其后规定各级人大由民主选举产生,进而选举产生并监督同级行政、审判、检察机关。这一条规定十分明确,显然适合直接适用,或许也可以作为对“民主集中制”的补充解释。最后,第3条规定:“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”由于“统一领导”、“充分发挥”、“主动性”、“积极性”都不是法律术语,难以准确界定,因而这一款不宜直接适用,而只能作为界定中央和地方关系的指导方针。

第4条规定了族群平等及少数民族保留语言文字和风俗习惯的自由,并在少数民族聚居地设立自治机关、实行区域自治。该款符合直接适用的各项条件,但是其余部分均表达了国家对待少数民族的政策导向,不符合明晰性、可实现性等适用原则,因而只能作为指导少数民族工作的方针。

第5条首先规定了宪法至上原则,直接体现了宪法的法律效力。其后规定了实行依法治国、建设法治国家的基本方略,属于宣示性条款,因而不宜独立适用。这一规定显然意义重大,但是其重要意义应体现于权力分工、审判独立等具体制度安排,作为实现法治国家的必要条件。最后,该条还规定了维护“法制的统一和尊严”以及国家机关等不同主体遵守宪法的义务。和依法治国条款一样,法治统一的宪法原则应体现于上位法优于下位法等具体制度安排。^[55]“尊严”在此处则很难确切定义,因而不宜直接适用。如上所述,遵守宪法的义务只能被直接适用于国家机关、政府官员等掌握公权力的主体,而不宜适用于私人身份的普通公民。

第9条规定自然资源属于国家所有,第10条规定了城市和农村土地所有权,均符合直接适用的条件,但是“国家所有”、“集体所有”等概念需要谨慎解释。^[56]第10条还规定“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”,也同样符合直接适用的各项条件,只是“给予补偿”措词过于笼统,不足以作为衡量法律规范合宪性的确切标准,因而有必要根据私有财产权保障等条款予以合理解释。更准确地说,宪法意义上的“补偿”应该是指按照公平市价确定的“公正补偿”。^[57]如此则“补偿”的意义完全确定,征收与补偿条款便可以直接适用。至于禁止侵占、买卖或非法转让土地的条款,则只能直接适用于地方政府或村委会等公权力组织。

[54] 例如,参见蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,法律出版社1998年版,页86—87;程乃胜:“论民主集中制在宪法中的地位”,《法制与社会发展》2003年第6期。

[55] 事实上,中国的法治秩序并不完全统一。虽然法律和行政法规高于任何地方规范,但是行政规章以及规章以下的规范性文件 and 地方法规与规章之间的效力等级并不确定。换言之,虽然中国实行中央集权,但是并未像美国联邦宪法第6条那样确立“中央至上”原则,在此不赘述。

[56] 参见张千帆:“城市土地‘国家所有’的困惑与消解”,《中国法学》2012年第3期,页178—190。

[57] Just compensation, 2011年颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第2条与第17条已经确立了公平补偿原则。

第12条保护公有财产,第13条保障合法私有财产及其继承权,均可以直接针对公权力机构实施,但是鉴于这些规定抽象笼统,一般应和更具体的相关条款或立法联合适用。第13条进一步规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”和第10条的类似规定一样,这一款可以直接适用,但是“给予补偿”应根据保障私有财产的基本精神,而被解释为按照市价的“公正补偿”。

第16条与第17条分别规定国有企业和集体经济组织的经营自主权与民主管理方式。虽然两条规定都相当简略,但经营自主权和民主参与权的含义是比较确切的,并可以通过司法实践进一步具体化,因而符合直接适用的条件。只是对国有企业的特别规定会产生诸多难以回答和解决的普适性问题,因而不如其合并为一个普遍保障经营自主权的条款,而不必区分企业的所有权性质。^{〔58〕}

第30条规定了国家的行政区划,第31条授权全国人大通过法律设立特别行政区。两条都符合直接适用条件。第32条中关于外国人申请政治避难的权利可以直接适用,但是关于其在中国境内享受法律保护的规定属于宣示性条款,遵守法律的义务则属于个人义务条款,均不能直接适用。

宪法第1条、第6—8条、第11条、第14—15条及第18—29条均不符合适用条件,不宜直接适用。其中部分条款在作出变通解释之后,或许可以直接适用。例如第8条规定:“国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益,鼓励、指导和帮助集体经济的发展。”这个条款的目的在于保护集体经济的权利不受侵犯,但条文的措辞听上去更像是表达了一种国家政策,甚至集体经济获得国家“鼓励、指导和帮助”的积极权利。如果这么理解的话,这种积极权利只会扩大政府的权限,并为干预集体经济的经营自主权打开方便之门,从而背离了保护集体经济活动自由的初衷。但如果将这项条款理解为“国家不得侵犯城乡集体经济组织的合法的权利和利益”,则可以直接适用。类似地,2004年修改后的第11条规定:“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”如果这一条被理解为“国家不得侵犯个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益”,便可以直接适用。

(三)公民的基本权利

进入第二章“公民的基本权利和义务”,可直接适用的条款在数量和比重上明显增加。第33条(法律平等)、第34条(选举权)、第35条(言论自由)、第36条(宗教信仰自由)、第37条(人身自由)、第38条(人格尊严)、第39条(住宅隐私)、第40条(通信自由)、第41条(批评建议权与举报权)、第46条(受教育权)、第47条(研究与艺术自由)、第48条(性别平等)均可直接适用。当然,有些条款中的部分规定并不符合直接适用的条件。

第33条规定了公民资格以及“公民在法律面前一律平等”的权利,可以直接适用。2004年修宪加入的“国家尊重和保障人权”条款体现了权利意识的重大进步,但是属于宣示性条款,需要和具体的权利保障条款联用才有意义。该条最后规定公民“必须履行宪法和法律规定的

〔58〕 张千帆,见前注〔4〕。

义务”，则不符合可实现性原则，不宜直接适用。

第36条规定了宗教信仰自由及其限制，国家保护仅限于“正常的宗教活动”。其中规定“任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民”，仅针对国家机关才具有直接适用的效力。同理，“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动”不符合直接适用的条件。两句中针对社会团体和个人的规定可以被理解为授权立法对宗教自由的滥用予以适当限制，但是政府或权利受到侵犯的个人只能诉诸刑法等相关法律，而不能直接援引宪法作为法律依据。

类似地，第40条规定的通信自由和通信秘密符合直接适用的条件，但是关于“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”的规定则只能直接适用于公权力性质的组织，针对个人或私人组织的法律义务只能诉诸刑法等相关法律。

第47条规定了研究与艺术自由，可以作为特定的表达自由而直接适用，但是国家“鼓励和帮助”条款则不符合适用条件。第48条规定男女平等及同工同酬，也可以作为消极权利直接适用，尽管性别平等本身已是第33条平等原则的题中之义。

第42—46条及第49条规定了若干积极权利以及附带的公民义务，一般不宜直接适用。例如第42条规定“劳动的权利和义务”，不符合明晰性与可实现性等适用条件：在市场经济时代，国家既没有义务也没有能力为每个公民包办工作。

第43条规定的“休息权”在消极意义上可以被理解为禁止国家机关、国有企业及带有国家编制的企事业单位剥夺职员的休息权，可以直接适用；在积极意义上则要求政府有关部门制定相关立法，禁止私人企业剥夺员工的休息权，而这项积极权利并不符合明晰性与可实现性等适用条件。同理，“国家发展劳动者休息和休养的设施，规定职工的工作时间和休假制度”也不宜直接适用。

第44条、第45条规定了有条件的社会保障权，第46条则规定“受教育的权利和义务”。和其他积极权利一样，这类权利需要谨慎对待。在一般情况下，它们应被解释为要求国家通过立法履行相关义务，相关权利遭到私人侵害的公民则只能诉诸一般立法。国家在履行义务过程中，公民可以依据第33条平等原则，要求国家实现城乡待遇平等。

第49条（计划生育）、第51—56条纯粹规定公民义务，均不符合明晰性与可实现性等适用条件，因而不宜直接适用。作为基本国策，它们的主要作用在于指导国家立法。

（四）国家机构

宪法第三章“国家机构”（第57—135条）几乎全部符合适用条件，因而均可直接适用。在适用过程中，某些条款可能存在实体问题，例如人大制度和审判独立之间的关系；某些结构性规定似乎过于严格，很容易限制地方创新空间并引发“良性违宪”问题，^{〔59〕}因而需要“创造性解释”来化解宪法内部张力。但是这些问题在理论上并不影响条款的可适用性，而问题的最终解决需要通过宪法文本的修正，使国家权力结构更加合理化。

〔59〕 参见张千帆：“宪法变通与地方试验”，《法学研究》2007年第1期，页63—73。

第四章关于国旗、国歌、首都等规定显然也可以直接适用。由于它们通常不会产生实质争议,在此不赘述。

五、结 论

本文通过宪法的选择适用,厘清了中国宪法的适用结构,并论证了适用现行宪法的可行性。“八二宪法”总纲中第2—5条、第9—10条、第13条、第16—17条、第30条的部分条款,第二章中第33—41条、第46—48条的部分条款,以及第三章的全部条款均可直接适用。由此形成了一个宪法适用结构,对中国现实生活具备最高的法律效力。值得指出的是,这个结构在经过历次修宪的补充完善之后,已经和世界宪政文明基本“接轨”。无论是公民权利保障还是以人大为中心的国家权力安排,都完全符合世界各国依宪治国的规律,而宪政国家适用宪法的理论和实践经验也为中国提供了丰富启示。因此,今天没有理由再认为现行宪法不是一部可以适用的法。恰好相反,探讨中国宪法的适用结构并和各国宪政经验相比较,对于中国宪政具有重要的理论与现实价值,而在这方面尚有大量工作亟待开展。宪法学研究的“主力”即应集中于探索这些条款的含义,并用以规范当今中国的政治生活。

“八二宪法”实施不尽人意的现实不应让我们陷入犬儒的“现实主义”(realism),因为宪法规范尚未得到有效适用便否定宪法规范本身的有效性与可适用性。政治宪法学试图解释现行宪法为什么得不到有效实施,就此而言它不过复述了一个众所周知的现实,但如果它的雄心不至于此,而是要用某种方式将宪法规范和不尽人意的现实“和谐”起来,那么它就只能或者否定宪法规范本身的存在,或扭曲规范本身的通常意义并使之完全失去意义,或让不成文规则(包括“潜规则”)替代成文规则成为“真正的宪法”。^[60] 这种努力除了为宪法和现实之间的差距提供正当性之外,是不会有什麼结果的,而其超越事实分析的规范理据也不可能受到中国社会主流的认同。在政治现实和宪法规范之间,政治宪法学必须作出自己的选择。如果这一理论的基本定位是让宪法获得更有效的实施,并为此探讨党内民主、人大选举、公民参与等多种有助于行宪的政治机制,当然是值得肯定的。只不过这些话题也是一般宪法学研究的对象,而非政治宪法学独辟蹊径所发现的新事物。如此定位的话,政治宪法学和规范宪法学、“政治宪政主义”和“司法宪政主义”本来就不存在实质冲突。

一言以蔽之,要认真对待宪法,既不能否定现行宪法的法律效力,也不能坚持宪法中的每一条都同样获得直接适用。任何国家都必须选择性地适用自己的宪法,中国也不例外。一旦通过价值中立的甄别标准确定宪法的适用结构,那么下一步就是通过有效的政治与司法机制,让宪法发挥切实的法律效力。

(责任编辑:章永乐)

[60] 强世功:“中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角”,《开放时代》2009年第12期。