

宪政、普遍主义与民主

——第五届世界宪法大会学术研讨会综述

莫纪宏*

由国际宪法协会(International Association of Constitutional Law)举办的第五届世界宪法大会于1999年7月12日至16日在荷兰鹿特丹市爱拉摩斯大学举行。来自世界近40个国家或地区的近300名代表出席了此次大会。现将此次大会所讨论的主要问题的有关学术观点综述如下:

一 宪法审判的合法性与民主

宪法审判的意义,尤其是宪法审判机构在审查议会立法是否合宪中的重要作用已经在实施宪法的实践中得到了世界上大多数国家的认同。但是,由特殊法律程序产生的宪法审判机构和宪法法官是否有权来否定由代表了多数人意志的议会所制定的法律和所作出的决定,这就提出了宪法审判的合法性问题。与会者认为,宪法审判的合法性是否符合民主价值的要求,应当从两个角度来认识。一是行使宪法审判权的主体能否反映民主的要求;二是宪法审判活动是否会侵犯以议会为核心的多数民主的要求。

行使宪法审判权的主体能否反映民主的要求,存在两种不同的观点。一种观点认为,相对于由选民所选举出来的代表多数人意志和利益的议会来说,行使宪法审判权的机构的民主性就比较差,尤其是由宪法审判机构来审查法律的合宪时,宪法审判机构的民主性就更显得脆弱。因为宪法审判机构不是由代表了多数人意志的选民选举产生的,而是由法律所规定的特定程序产生的,所以,宪法审判机构和宪法法官的民意基础就比较薄弱,而依靠民意薄弱的宪法审判机构和宪法法官来保证以宪法和议会为核心的民主制度的有效运作,很显然,是缺少法理上的有效证据支持的。另一种观点认为,行使宪法审判权的主体的民主性应该从宪法审判制度所赖以存在的民主制度的特性来加以认识。在一个民主的社会中,通过选举程序所产生的议会,它并不是多数人意志和利益的简单反映,而是体现民主社会中多数人意志和利益要求的一种形式和途径。议会所代表的多数人并不是现实政治生活中政治利益的几何分割,而是一种制度性的划分,也就是说,由多数人占主导地位的议会本身也不能被视为只是多数人表达意志的场所,议会中的多数人也不能完全代表现实政治生活中的多数人。因为现实政治生活中的多数人是一个不特定的人群组合。议会中的多数人是通过民主的技术手段组合而成的,它需要议会中的少数人的表达和社会公众的参与才能通过民主的制度来完整地表达民主社会中多数人的意愿。因此,在民主社会中,对议会的立法进行合宪审查的宪法审判机构和宪法法

* 本文作者系中国社会科学院法学研究所副研究员。

官也是作为民主社会中反映多数人意愿的一种补充性民主技术手段而存在的,所以,民主社会中的议会和对议会立法进行合宪审查的宪法审判机构和宪法法官都是反映了民主社会中多数人意愿的国家政权机构,它们都是民主制度的产物,是民主制度的结果,而不是民主制度的条件。一些与会者还根据本国宪法审判机构设置的经验提出宪法审判机构和宪法法官的产生也可以最大限度地适应民主的要求。如对宪法法官在任职期间从事政党活动的禁止、对宪法法院中宪法法官构成作一定的代表性要求、对宪法法官任期的限制和对宪法法官自身独立性的保证等等。这些措施都可以最大程度地保证行使宪法审判权的主体的合法性和民主主义基础。

关于宪法审判活动是否会侵犯以议会为核心的多数民主的要求,这个问题目前世界各国的宪法审判实践做法不一样。在以美国普通最高法院进行违宪审查为特征的宪法审判模式中,法院在违宪审查中并没有侵犯议会或者是立法机构的立法权,只是依据宪法所规定的权限或者是宪法惯例监督议会所制定的法律、法规的合宪性。法院的违宪审查权与议会的立法权是统一在保证宪法的权威性基础之上的,两者没有本质上的冲突。在以宪法法院作为违宪审查的专门机构的大陆法模式中,大多数宪法法院的判决也只能针对有关的具体案件,对违宪的法律、法规的处理权限仍然属于制定和颁布这些法律、法规的议会或者立法机构,宪法法院的违宪审查权与议会的立法权之间的法律界限是很清楚的。当然在有些国家,宪法法院可以对议会制定的法律、法规进行抽象性审查,直接宣布有关的法律、法规违宪。但是,在这种制度下,议会或者是立法机构仍然有权对宪法法院的决定持异议,并且可以通过相应的法律程序来维护立法的权威。针对宪法审判机构所作出的违宪审查决定在法律上的效力问题,许多与会者强调了这样一个基本的理念,即宪法审判机构是作为宪法卫士的角色而存在的,是以宪法为核心的现代民主制度的自身矫正机制,是民主的科学性的产物,也是民主的一种不可或缺的技术措施,具有一定的历史和逻辑的必然性和实践中的普适性。但是,也有一些与会者认为,宪法审判制度是超越于传统宪政理念框架的,直到目前为止,还没有直接的证据表明传统的以“三权分立”为基础的议会民主主义制度失去了自身的调控性。英国的宪政实践表明,宪政理念重在实践,制度上的创新是次要的。宪政的实践应该是以保障人权为目标,而不是以普适化的行宪技术作为宪政实践的根本目标。

二 民主代表制的宪法框架

民主可以说是近代宪法产生的前提,代议制也曾经主宰了宪政的主要内涵,但是,随着人权保护学说的不断发展,自十九世纪以来,以崇尚英美自由主义为传统的宪政保守主义逐渐占据重要地位,产生了广泛的理论影响,以致在现代宪政领域中出现了民主宪政与自由宪政两种互相独立的主流思潮。与会者结合民主、自由的实质,对现代宪政的合理性基础作出了全面而且深刻的探讨。

就民主与自由的关系而言,仍然存在着两种相左的观点。一种观点认为,从民主和自由的本质上来看,民主应该高于自由。虽然自卢梭的“公意”说创建以来,人民的意愿一直没有成为各国实践中一个比较清晰的法理概念,但是,民主所起到的象征作用和民主形式对社会文明的

促进作用是不可否定的。民主的内涵一直是比较固定的,也就是说多数人的意愿构成了民主的基本结构。多数人的意愿并不是一个统计学上的概念,而是一个制度化的假设,即通过各种民主化的技术手段确认的民主形式,议会中的多数派、地方自治、全民公决等民主形式都集中体现了民主所代表的多数人意愿的理念。这些民主形式是相互补充、彼此增进的。没有多数人意愿的这种象征性的理念的存在,各种反民主的独裁势力就可能任意横行。所以,民主是宪政的基础,不能随意贬低它在宪政中的地位和作用。另一种观点认为,相对于“积极的自由”而言,“消极的自由”最容易在宪政实践中得到实现,因此,不受干预远比积极参与来得重要。无论如何,自由的价值是高于民主的,也就是说以“消极的自由”为核心的自由主义理念比以“积极的自由”为核心的功利主义思想更具有现实的价值。尤其是在发展市场经济的过程中,或者是向民主体制过渡的国家,强调自由比强调平等更容易保障社会秩序的稳定和促进社会的繁荣。也有一种观点认为,民主和自由是两种相互依存的概念,即民主并不排斥自由,自由也不排斥民主。如果将民主与自由对立起来,就可能出现自由就是反民主或者是民主就是反自由的荒谬的逻辑结论。事实上,以多数人意愿为特征的民主理念本身并不意味着多数人统治少数人,多数人与少数人在民主体制下是一个制度性的概念,不是现实中对人群的几何划分。任何一个个人在某种意义上属于某类多数人,而在另外一种意义上又可能属于少数人,所以,多数人的民主决策必然以尊重少数人的自由为前提,少数人的自由是民主社会中制度化民主概念的不可分割的组成部分。多数人的民主与少数人的自由是互补性概念,而不是相斥性概念。之所以会出现将民主与自由对立起来的观点和认识,主要原因是忽视了民主概念的制度性意义,将多数人的民主视为一种制度上的特权了。事实上,在民主社会中,少数人与多数人之间的平等是以少数人的自由来定义的,因为对少数人的权利保护如果是针对特定人群的,那么人权保护与特权保障就没有本质上的界限了。另外,还有的与会者认为,自由主义理论的立论点是脆弱的,因为自由主义理论的立论与自然法的假说有着千丝万缕的联系,而人类社会的发展史不能为人是自由的这样的逻辑命题提供充足的证明,恰恰相反,人作为自然的产物,是以不自由的状态来适应自然界的要求的,所以,如果将人文价值的重点立足于不自由的理论论证上,可能会促进自由理论的发展。而过分强调自由的理念会导致自由的范围界定上的逻辑困难。

在论证民主代表制的宪法框架时,大多数与会者赞同应该强化民主技术在宪政实践中的应用,包括违宪审查制度在内的现代宪政理念都是制度化的民主理念的合理延伸,司法审查的民主性是从司法审查制度的功能角度入手的,民主技术在宪政中的应用越来越依靠各种技术手段的效果互补性来实现民主的目的。少数人权利保护也是现代民主的重要技术措施之一,自治理念的发展则进一步将民主与自由价值最大限度地结合起来,实现在现代宪政制度下民主与自由价值之间的良性互动。

三 基本权利的普遍性与文化多元主义

关于基本权利的普遍性问题,与会者争论最为广泛,主要涉及到以下几个方面:基本权利的普遍性的表现、基本权利的普遍性的来源、普遍主义的文化基础以及未来文明形态的基本趋

势等等。

基本权利的普遍性表现在哪些方面,与会者们大致归纳了下述几点:一是基本权利的普遍性主要表现在联合国通过的有关国际性人权文件中。因为这些文件具有较为广泛的适用范围,而在一个民族国家法律中或者是区域性国际组织的人权保护文件中的权利就不能轻易地被视为具有普遍的意义。也就是说,基本权利的普遍性首先表现在基本权利的普遍被接受的特征。二是基本权利的普遍性表现在基本权利的重要性,也就是说,之所以在联合国国际性人权文件中所规定的人权能够被缔约国所批准,就在于这些权利相对于一般的权利而言具有更基本、更重要的意义,是不能轻易予以否定的。三是基本权利的普遍性主要表现在这些权利自身具有不可转让和不可剥夺的特征,是人权体系中最基础的部分。是人作为人而存在所必须有的。基本权利所具有的这种不可转让、不可剥夺的特征是自然而然产生的,如人们不可能通过剥夺一个人的生命而将其生命赋予另一个人(尚未出生的胎儿与母亲不能同存,这里幸存者的生命权也不是靠剥夺死亡者的生命权获得的,而是幸存者自己的生命获得了存续,因为即便母亲为了保护胎儿而牺牲自己的生命,也无法保证因此所保住的胎儿就当然具有生命)。所以,基本权利的普遍性是显而易见的,无须作出更多的解释。也有的与会者提出了一些不同意见,认为以基本权利存在于联合国有关人权文件之中或者是不证自明作为其普遍性的依据理由是不充足的。因为即便是在联合国人权文件中所规定的人权,也不能简单地视为“普遍人权”。因为这些人权不应该是“普遍性”的前提,而应该视为“普遍性”的结果。从缔约国批准国际人权公约的实际情况来看,连那些国际人权公约规定即便在紧急状态下不得予以克减的人权也有许多国家予以保留,所以,真正称得上是普遍的人权应该是那些所有缔约国在批准国际人权公约时都不予保留的人权,而这样的人权实在是寥寥无几,或者说是根本就不存在。所以说,基本权利的普遍性是一个法理意义上的概念,而不是人权保护实践中的共识,“普遍人权”不具有任何现实的表现形态。

关于基本权利的普遍性的来源,与会者主要从两个角度进行了较为详细地考察。一种观点从人的内在道德的共同性出发,强调了人权的普遍性来自于人类社会对作为类的人所具有的某些生存价值的共同要求。来自亚洲的一些学者还认为,“天人合一”等世界统一性的亚洲价值观是人权普遍性最好的注解。但是,也有一些学者对此提出了不同的看法,认为人权的普遍性不可能来自人的内在的秩序,或者说人权的普遍性不能简单地以人类道德的共同性为基础。因为人的内在的道德要求只具有相似性,而不具有当然的普遍意义。只有表现在客观实践中的为所有人所接受的道德理念才能为人权提供普遍主义的理论前提。因此,从人的内在道德出发来考察人权的特征只可能得出基本权利的“相似性”而不是“普遍性”的结论。另一种观点主张基本权利的普遍性来自于基本权利所存在的法律效力的普遍性,因为国际人权公约是作为国际公法为缔约国所遵循的,一旦缔约国批准国际人权公约后,该国际人权公约就具有当然的法律约束力。缔约国也就当然具有保护自己所批准的国际人权公约中所规定的人权在缔约国境内获得尊重的法律义务。对于这种观点,也有学者提出了不同看法,认为以国际人权公约所具有的国际法的效力来支持基本权利的普遍性,法理上的理由并不是非常充分的,而且很容易简单地得出“人权高于主权”的结论。事实上被缔约国批准的国际人权公约对于缔约国而言,具有两种不同效力。一种是对缔约国批准公约的机构所产生的政治效力;一种是在缔

约国批准公约后,有关国际人权公约所具有的相当于缔约国批准公约机构所制定的法律文件的法律效力。而不论是哪一种效力,都丝毫不意味着在国际人权公约中的基本权利对缔约国产生直接的约束力。对于缔约国而言,被缔约国所批准的国际人权公约中的人权要获得必要的国内法措施的保护,前提就是缔约国对自己所批准的国际人权公约所承担的政治责任的存续,如果缔约国拒绝采取后续性的保护行动,那么,有关的国际人权公约就无法在缔约国获得遵守。

就普遍主义的文化基础,与会者也提出了不同的看法。一种观点认为,普遍主义具有深厚的文化特性,这种特性就表现在宪政文化所具有的普适性上。现代宪政确立了人民主权、宪法至上、有限政府、保障人权和宪法是法的基本价值趋向,而这些价值对不同的传统文化形态的冲击最显著的成果就是宪政的基本精神都以各种各样的方式被不同的文化形态所接纳和整合。因此,普遍主义直接根植于近代宪法产生以来的宪政运动,普遍主义理念所凸显的是具有普适性价值的宪政文化。另一种观点认为,不能将宪政简单地定位成具有普遍主义价值形态的理念。因为从宪政实践来看,当今世界仍然存在着自由宪政和民主宪政两大不同的宪政实践趋向,而且民主宪政和自由宪政在许多价值形态上是相互冲突和根本对立的,相互之间只存在“互补性”,而不存在“共同性”或者是“统一性”,所以,以宪政文化的特性来阐述普遍主义的根源至多只能得出文化的“互补性”是普遍主义的理论前提,普遍性不是文化中同类特性的分项,而是文化中不同类特性的最大程度的功能关联和互补。

关于未来文明形态的基本趋势,绝大多数与会者都赞同宪政价值和宪政理想的重要作用。宪政价值自产生以来对不同的传统文化形态的整合作用已经是不可否认的,虽然说,各种不同的传统文化形态经过接纳和整合一些最基本的宪政理念获得了新生,但是,从长远来看,宪政价值自身的逻辑力量必然会同化不同的文化价值,使宪政价值成为文化生存中的显性动力,未来社会的文化冲突只会是暂时的,而在宪政价值的驱使下,人类文明的同构性必然会越来越明显,越来越得到强化。在构建宪政文明的过程中,宪政理想的普及是不容忽视的,没有对宪政理想的崇尚,普遍主义的价值理念很难找到赖以生长的合适土壤,所以,各国宪法学界在加强宪政研究领域中的广泛合作任重而道远。

四 面向变化中的民族国家的宪政

从中世纪末期在欧洲所形成的民族国家的概念成为近现代宪政理念的主要载体以来,以人权保护为主要特征的宪政价值是紧紧地围绕着主权和政府责任而展开的。随着民族国家的不断发展,尤其是超国家的国际性组织和民族国家内的非政府性组织的出现,作为传统宪政价值的载体——国家主权和政府保障人权的责任,不论其形式还是其内容都产生了显著的变化。与会者针对变化中的民族国家在宪政建设方面所共同遭遇的问题展开了比较热烈的探讨。

对于超国家的国际性组织在保障人权方面的作用,一些与会者认为,在目前的状况下,只有那些由存在相似性文化基础的民族国家所缔结的超国家性质的国际性组织在保护人权方面产生了实质性的作用,如欧洲人权法院、欧盟法院等超国家性质的国际性组织在审理个人对国家所提起的侵犯人权的诉讼案件方面发挥了一定的作用,但是这并不等于说这样的超国家性

质的国际性组织就具有普适性的价值。尤其是在多元文化的社会,人权保护的国际合作就显得比较困难。因此,在考虑宪政的普遍主义性质时不能不重视文化多元主义的影响。也有一些与会者不同意人权受到文化因素的过度作用的观点,他们列举了联合国《世界人权宣言》的产生这一事实,认为为《世界人权宣言》所肯定的基本人权并不是哪种特殊文化形态的产物,相反,直接参与起草《世界人权宣言》的人基本上覆盖了全世界不同文化背景的专家。人权的普遍主义原则要得到遵循关键要看各国政府在保护人权、实现宪政方面的诚意和决心。文化背景绝对不可能成为人权保护和推行宪政的障碍。

对于民族国家内的非政府组织在保障人权方面的作用,一些与会者给予了高度评价,认为民族国家内人权保护应该是政府责任与社会责任的结合。在保护人权方面,政府的作用和非政府组织的功能是互补性质的,而不是对立的。政府不应该把非政府组织在保障人权方面的努力一概视为与政府唱对台戏或者是将应该由政府所承担的保护人权的职责推卸给非政府组织。尤其是在发展市场经济的过程中,政府仍然应当关注社会的平等权,不能过度地放纵自由权的范围,弱化政府在保障人权方面的作用。还有一些与会者认为,“小政府大社会”的模式是不利于保护人权的,一方面,从历史上看,从来没有一个弱的政府能够有效地保护本国公民的人权,而相反的结论却很容易看到;另一方面,人权保护主要是基于人文价值而产生的,不完全受到社会经济等因素的制约,与以实现利益为目标的权利保护机制的功能不完全相同。所以,政府在任何场合下也不应该不合理地推卸保护人权的责任。还有的与会者强调了那些具有公共管理职能的私人团体也具有保障人权的责任,尤其是那些私立学校,其管理行为必须受到宪法权利的限制。

民主和法治也是变化中的民族国家实行宪政所面临的重要问题。一些与会者认为,随着一些超国家性质的国际性组织在保护人权方面的作用越来越大,这些国际性组织的民主基础也受到了缔约国公民的广泛质疑。而人权的国际保护中所产生的人道主义援助原则又很容易丧失最基本的法治秩序,成为人道主义干涉的代名词。所以,强调尊重民族国家在参与国际合作中的主权原则和国际社会的法治秩序是很有必要的,它不仅可以有效地促进民族国家之间在保护人权方面的国际合作,还可以充分发挥民族国家自身在保障人权方面的主动性和能动作用。国际社会中的强权政治形态只可能导致人类社会走向冲突,而不可能产生真正地符合人类和平价值的理想秩序。反对强权政治是变化中的民族国家实践宪政所不可放弃的一项重要原则。

五 少数人的宪法权利

少数人的权利保护一直是人权保护的重点课题,也是人权理论研究中的热点。与会者对少数人的宪法权利等问题从多种角度进行了具有学术价值的探讨,主要涉及到以下几个方面的问题。

关于少数人群体的确定性问题,多数与会者认为,少数人一般是作为社会上的弱势群体存在的,他们的各种权利很容易受到多数人的侵害。对于多数人来说,人权保护并不是首要的问题,因为多数人可以通过民主程序来获得他们所想要得到的东西,而少数人就缺少必要的权利

主张和权利实现的途径。所以说,在民主的社会中,人权保护主要是针对少数人的人权救济来说的,少数人的人权保护是民主社会中人权保护的重点。有的与会者认为,将少数人与弱势群体联系起来并且给予特殊的人权保护这样的理念并不符合人权理念的初衷。因为人权保护基于人所具有的尊严而产生,社会上所存在的弱势群体只是一种道德性的评价,如果将这种道德性认识作为法律上制度设计的参考要素来考虑就是不恰当的。因为主观地在法律上认定某个群体为弱势群体,并且将少数人与弱势群体等同起来,很显然是对少数人所具有的群体人格尊严的不尊重,这样的人权保护具有强加的性质,在实践中还容易产生人权保护的悖论。所以,人权保护是普遍性的,适用于每一个个体和群体。任何个人或者是群体的特殊要求都可以通过法律所确定的正当程序在法律上获得恰当的反映,并获得相应的法律措施的保护。少数人的人权保护是依照法律确定的正当程序来保障的,而不是对某个特定社会群体的特殊关怀和照顾。也有的与会者提出,少数人作为与多数人相对应的概念,具有两个层次的含义:一是法律上所确定的具有某种特殊利益要求的社会群体,这样的少数人群体往往容易形成法律上的特殊人权保护要求,此种意义上的少数人是与平等权密切相关的法律主体;二是制度意义上的少数人概念,即作为特殊意义上的通过法律上的正当程序所产生的与多数人相对应的少数人,这种少数人与多数人构成了民主制度的两个不可分割的方面,多数人通过民主程序表达和实现自己的政治意愿,而少数人则依据法律的规定享有充分的自由权,因此,制度意义上的少数人是与自由权紧密结合在一起的。

关于少数人的人权保护方式,与会者提出两种不同的观点。一种认为,人权的法律保护是从个体权利角度来讲的,因此,强调少数人的人权保护并不意味着法律给予特殊的少数人群体以法律上的特殊权利的保障,这样会很容易滋生特权意识。将少数人作为群体来给予法律上的人权保护,主要是强调个体可以以法律所规定的某些正当程序和方式来集体行使某些权利,也就是说,少数人的人权保护不是基于少数人的群体特性产生的,是对个体行使权利的一种方式的一种集体保障。另一种观点认为,少数人的人权保护应该是集体行使某些权利,也就是说,少数人群体应该获得法律上的特殊保护,没有这种法律上的特殊保护,少数人不可能改变自身与多数人之间的事实上的不平等状况。少数人的人权保护更多地是从法律上所确定的平等权的意义来考虑的,只有充分保护少数人与多数人一样享有平等权,才能从根本上改变少数人的人权状况。

关于少数人的宪法权利的范围,一些与会者列举了诸如少数民族的自治权利、土著人的权利、外国居民的权利以及无国籍人的宪法权利等等,这些权利都可以从少数人的人权保护意义上来探讨,而保护少数人不受歧视则是少数人所享有的宪法权利的最主要的内涵。

六 个人与集体平等权

平等权在现代宪政中占据核心的位置,因为现代宪政的所有基本价值理念都是以个体的平等为假设的前提,但是,由于个体之间的自然差异以及制度设计中的实现平等技术的欠缺,致使平等权在实际中常常成为现代宪政的产物,而颠倒了平等权本来应该具有的作为宪政逻辑前提的功能。与会者对平等权与现代宪政的关系以及平等权的操作技术进行了深入的探讨。

与会者认为,相对于其他性质的人权而言,平等权具有更深厚的道德基础,这一点已经为联合国人权文件和世界各国的人权立法所肯定。人权的法律保护是从平等权出发的,平等权既是人权保护的法律起点,也是人权保护的最终目标。从广义的角度来看,制度上所设计的所有形态的人权都可以被视为“通向平等的权利”(right to equality),而在现实的制度条件下,“平等的权利”(right of equality)法律化的可能性非常小,平等权不论是作为现代宪政的起点要素还是终点要素,主要的意义是道德性的,平等权的法律实践是由各种“通向平等的权利”来实现的。因此,从本质上来看,宪政就是实践“通向平等的权利”的集合,宪政是作为平等权的法律实践过程而存在的,是平等权的重要组成部分,而不是平等权实现的法律条件,这一点是以往宪政理论研究所忽视的。

对于目前宪政实践中所保护的平等权,一些与会者提出,男女平权、给予弱势群体以特殊保障等等法律措施虽然对于消除人们之间的自然差异起到了一定的均衡作用,但是,这种法律上的保护并没有深刻的法理背景。一个最重要的问题就是平等权的法律保护扩大了政府在人权保障中所应承担的不恰当的责任范围,使得任何人本身所具有的自然差异都可能产生平等权意义的人权保护要求,降低了政府在人权保护中的主要责任。因为平等权的法律保障所产生的特殊权利要求往往具有特殊的条件性,也就是说,平等权的法律保护水准是不能设定目标的,而只能解决实际生活中所出现的明显的不平等的事实和巨大的社会差异。法律上所采取的各种平等措施都只能作为实现平等的条件来看待,这样,平等权的内容主要是最有效地实现平等的技术和条件保障。另外还有一些与会者认为,平等权的意义主要是道德上的,法律上以自由权作为平等权的代位权利比较合适,因为人的平等只有在自由的状态下才可能实现,不自由就不可能平等,所以,法律上的平等权是靠自由权来定义的,在人权的法律保护体系中,自由权的法律保护是重点,尤其是表达自由等政治自由是一个民主社会保障平等价值的基础。没有对人的表达不平等状态的权利的法律保护,就很难产生有效地保障平等权利的动机。

七 法治与法治国家

法治是与会者关心最多的话题,主要涉及到法治的可能性、法治的意义和法治的基本形态等问题。

关于法治的可能性,与会者重点探讨的问题是法的确定性。主要存在两种不同的观点。一种观点认为,由议会所制定的法律规范其内涵是不确定的,因此,法律规范的适用必须依赖于解释,而解释法律规范的含义很显然就会导致法官立法。在议会立法与法官立法不相矛盾的情况下,法律规范的权威可以得到很好地尊重,“法的统治”也就是现实的;但是,当法官解释法律规范任意性较大时,“法的统治”的确定性就会受到挑战,因此可以说,“法治”是以可能性方式存在的,而无法以必然性方式存在,如果以“法治”价值作为其他价值的形成点这样的逻辑推论是存在严重缺陷的。另一种观点认为,所谓“法治”不能仅仅局限在法律规范确定性的层次上来理解,“法治”应当是建立在法治原则基础上的“法治国家”。“法治”主要是一个制度性的概念,侧重强调的是法律程序的公开化和确定性。其中民主立法是“法治国家”的基础,有限政府和能动的司法是“法治国家”的核心。在“法治国家”中,政府的权力受到了严格的限制,司

法成为市民权利法律救济的主要手段。虽然“法治国家”的立法在实体内容上具有某些逻辑上的不确定性,但是,只要程序正当,就仍然是符合“法治国家”要求的,因此,“程序法治”是“法治国家”的主要目标。

关于法治的意义,许多与会者从人权保护的角度提出了较新的见解。通常法治是作为民主制度的重要组成部分来考虑的,其实,法治的另一个重要的功能一直被人们所忽视,即法治通过“程序正义”原则所体现出来的“集体人权”的功能。法治所具有的“集体人权”功能体现在两个方面:一是通过“程序正义”为个体的人权保护提供了法律上的可能性,因此,法治是一种制度意义上的“集体人权”概念,而且具有超越各种不同利益的普遍主义价值,是一种普遍性的人权;二是法治的“程序正义”原则为公民个人提供了最彻底的利用正当的法律程序寻求保护自己的合法权利的可能性,法治为诉权提供了开放性的广泛空间,这种诉权以保护人权为目标,一直可以延伸到国际社会。由此,在现代社会中,法治具有最广泛地保障人权实现的功能,这样的意义也可以适用于人权的国际保护领域。也就是说,应当在整个国际社会确立具有普遍意义的国际法治原则,为公民个人创造一个充分实现权利救济的法律途径,而这一点有助于克服在人权保护上手段与目标之间的价值差异和背离。

关于法治的形态,与会者倾向性的意见还是集中在传统的认知结论上,也就是法治分为形式法治和实质法治两个方面。但是如何准确地区分形式法治与实质法治和发现两者之间的联系,与会者又存在不同的认识。一种观点是“效果论”,也就是说,形式法治与实质法治的区别并不在于法律制度设计上的差异,而在于法律制度的实际效果,如果一种法律制度没有实现法治的基本目标,那么,这种法律制度就无法体现“实质法治”的要求。另一种观点是“实质论”,认为形式法治与实质法治具有制度设计上的明显差异。形式法治崇尚的是法的形式的合理性,而不重视法的正当性功能;实质法治不仅重视法的形式的合理性,而且也重视法赖以发挥作用的民主、人权和权力制衡的正当性价值背景。因此,以“实质法治”构建的法律制度尽管在实践中会产生各种问题,某些结果可能与目标设计不能完全一致,但是这种实践结果的性质也应该视为符合法治原则的要求。

八 市场经济与宪政

市场经济与宪政之间有没有必然的联系,这个问题也是与会者关注的一个焦点。围绕着市场经济与宪政之间的关系,与会者提出下列观点。

关于市场经济与宪政之间是否存在必然的历史和逻辑上的联系,大多数与会者持肯定的态度。主要的理由是在非市场经济条件下,社会各阶层缺乏自发的平等意识,因此也就很难产生现代宪政所赖以存在的限制政府权力、保障公民权利的社会经济条件。尽管出现了非市场经济条件下的宪法制度,但这些宪法制度在整合现代宪政的五项基本价值(人民主权、宪法至上、有限政府、保障人权和宪法是法)时很难精确到位,很重要的一个原因就是公民权利的获得很大程度上取决于政府的公平公配。在政府起主要分配作用的社会中,政府的功能可能趋于无限,而政府在公民面前很难受到必要的法律约束。因此,一些国家在向市场经济体制转化的过程中,都及时地强调了为传统的经济体制无法很好地予以接纳的现代宪政的重要原则。从

宪政的生成条件来看,社会上存在的普遍的平等意识是不可或缺的,而市场经济可以为人们提供最有效的平等机会。因此,只有市场经济才能在逻辑上与宪政价值相适应。宪政产生和发展的历史基本上是与市场经济的产生和发展同步的。有的与会者认为,一般性承认市场经济与宪政之间的紧密联系,并不能得出市场经济就必然导致宪政的出现。如在第二次世界大战期间,德国希特勒法西斯政权搞的也是市场经济,但是,法西斯政权恰恰是破坏宪政的典型。另外,在当今世界上,采取市场经济体制的国家很多,但很难避免在这些国家中出现一些独裁性的政权。所以说,市场经济是宪法存在的必要条件,但并不是充分必要条件。

对于市场经济与宪政之间的相互作用,有的与会者提出,市场经济所要求的以保障公民权利,尤其是财产权利为核心的价值理念在很多情况下并不能完全获得宪政实践的正向肯定。这表现在财产私有往往导致追求利润的最大化,个人的财产很难向没有利润的地方流动,所以,解决贫穷落后的问题必然还要依靠国家的努力,这样就导致了与市场经济的基本法则没有直接联系的经济、社会和文化权利的产生。所以,宪政的基本价值在很多情况下是从人的价值去考虑的,而不是社会经济形态的简单反映。从此意义上说,宪政的某些价值是可以不依赖于市场经济的特性而独立存在的。因此,在非市场经济条件下,也可能产生某种程序上的宪政实践。至于说,宪政实践是否完全有效地保障市场经济法则的运转也不能一概而论,最典型的就是政府为了公共目的对私人财产的征用和对纯私法关系的干预。很显然,“公共利益”和“公共福祉”虽然是宪政实践的一个价值目标,但却不能成为市场经济的基本法则。以“公共利益”和“公共福祉”为价值形态的宪政在某种意义上具有限制和约束市场经济盲目发展的功能。当然,对于刚刚建立市场经济体制的国家,在宪法中增加对与市场经济要求相一致的公民权利的规定,对于促进市场经济体制的建立和健全具有非常重要的积极意义。

九 人权的国际法与国内法保护

由于在人权保护方面存在着两大法律制度,即国际法上的人权保护制度和国内法上的人权保护制度。就产生了国际法上的人权价值与国内法上的人权价值的冲突和协调问题。与会者从各国人权保护的具体实践出发来阐述人权的国际法保护与国内法保护之间的关系。

就人权的国际法保护的必要性来说,与会者提出了以下几点理由:一是人权的国内法保护具有局限性,尤其是涉及到种族歧视和外国人的权利问题时,国内法的法治原则常常无法公正地解决这个问题,这也是民族国家在保护人权方面很难逾越的一道道德障碍。所以,必须通过国际性的人权组织或者是人权保护的监督机制来敦促和帮助缔约国自觉地遵守有关的最基本的国际法上的人权保护准则。二是在国际范围内确立最基本的人权保护原则,有利于保证缔约国公民在其他缔约国内获得平等对待的人权保护,延伸了人权的国内法保护的效力范围的不足。三是人权的国际法保护对于某些全球性的侵犯人权的现象可以起到良好的防范作用,如海盗、劫机、毒品等等。

国际人权公约中的人权在缔约国的国内法上能够获得什么样的法律地位也是与会者关心的重要话题。一些与会者认为,国际人权公约中的人权往往是道德性的权利,从权利的种类到权利的内容与国内法上的人权都有所差异。从逻辑形态来看,作为国际人权公约中的被视为

具有普遍性意义的人权应该是缔约国国内法所保护的人权体系中共同的或者是相似的部分,但从具体的历史联系来看,国际人权公约的产生又是独立的,这样在国际人权公约中所确立的具有普遍意义的人权就存在一个如何被缔约国的国内法所保护的人权体系接受的问题。缔约国的国内法所保护的人权体系通常分为两个层次,一是宪法权利;二是普通法上的权利。很显然,从主权原则出发,缔约国批准国际人权公约的机构是无权制定宪法和创制宪法权利的,因此,被缔约国所批准的国际人权公约中的被视为具有普遍意义的人权不可能当然地得到缔约国宪法上的保护,在法律效力上只能相当于缔约国批准国际人权公约的机构所制定的普通法律中所保护的普通法上的权利。所以,国际人权公约中的人权在缔约国国内法上首要的法律保护就是“受到尊重”,而不是“被迫接受”。一个不可否认的逻辑上的联系就是,国际人权公约中的被视为具有普遍意义的人权在未来的人权实践中会逐渐被缔约国的宪法通过国内法的法律机制予以接纳和吸收,从而实现普遍人权的国内法与国际法上认知的等同性。目前在一些国家存在的对国际人权公约批准前予以合宪性审查的制度有助于不断将国际人权公约中的普遍人权逐渐地上升到国内法中的宪法权利的水平加以保护。

十 全球化、私有化与自由主义

大多数与会者认为,随着全球经济一体化的迅速发展,全球化的概念也应运而生,并且直接地影响到传统主权国家下所确立的一些基本法律价值观。与全球化概念密切相关的价值就是私有化与自由主义在现代宪政中的定位。私有化与自由主义价值曾经在自由资本主义阶段成为近代宪政运动主要价值支柱,但是一个不可避免的后果就是,私有化与自由主义导致了民族国家法律制度平等价值的衰弱。现代宪政原则修正了私有化与自由主义价值给民族国家的宪政建设所带来的消极影响,强化了公民的经济、社会和文化权利。目前在全球范围内所产生的私有化与自由主义价值盛行的趋势虽然强化了整个国际社会对一些基本人权的保障,但是,由此带来的对平等价值的损害也是不容忽视的。这种不平等不仅体现在国家与公民个人关系上,也表现在国家与国家的关系上。一些发达国家对重要的经济资源和先进的科学技术的垄断和支配已经严重地侵犯到不发达国家的自主权,传统的以领土、居民和主权为基本要素的民族国家的生存和发展空间受到了以信息、资源、技术为要素的全球一体化的限制。民族国家的主权也从实体主权形态逐渐扩大到非实体的主权形态,包括以网络世界为生存背景的虚拟世界和空间的主权。主权形态的扩大无疑推动了民族国家人权保护手段的发展,也迫使民族国家就人权保护问题实行国际社会之间的相互合作。因此,只看到传统的构成民族国家的主权要素对于保障人权的作用,而忽视直接影响民族国家主权特征的由全球化所带来的信息和技术革命要素,那么,民族国家的主权就很容易遭到侵犯。这就给民族国家的人权保护提出了新的任务。人权保护的国际间的合作成为不可避免的事情,也成为当代宪政的重要特征之一。