

• 域外借鉴

宪法程序的形式法治功能 ——对美国联邦宪法的程序法理分析

汪 栋 邵荷花

(山东农业大学, 泰安 271018)

摘 要: 宪法与宪法性法律以国家权力的组织与运行规则作为基本内容, 这些权力规则大都是宪法程序规则。宪法程序对国家权力的正当化、规范化与形式合理化功能是形式法治的题中之义。形式法治既需要借助宪法程序固化、表述复杂的国家权力关系, 也需要宪法程序规范、构建与整合这些关系。宪法是国家基本政治关系的权威表现形式, 宪法程序是这种权威形式的组成部分。宪法程序规范、协调、约制国家权力关系, 能够实现国家权力的理性高效运行, 以及对公民权利的切实维护与保障。

关键词: 宪法程序; 正当化; 规范化; 形式合理化; 形式法治

中图分类号: DF21 文献标识码: A 文章编号: 1674-9502(2015)06-075-12

宪法程序与权力结构几乎是同义语。宪法一词的语义渊源是古希腊的“政体”(politeia)概念, 政体也就是政治体的权力关系、权力构造以及权力的运行方式。在此意义上, 宪法是以权力建构与表现自身的形式——权力的组织、结构与运行方式——为基本内容的程序规则。宪法是组织、实现和规范国家权力的根本法, 程序规则是宪法规则的基本组成部分, “正义的宪法应是一种满足平等自由要求的正义程序”, 国家权力运行过程即宪法程序的展开, 是国家权力行为在时间与空间维度上可预期、可确定的运动过程。

国家权力通过形式理性的宪法程序表达与实现自身, 而且由此获得正当性和合法性, 这是以美国联邦宪法为代表的形式法治的显著特点。形式法治的要义是宪法法律至上, 在很大程度上是法律程序至上。近些年来, 我国的程序法治建设取得了不俗的成就, 然而在根本法层面, 我国的宪法典对程序规则着墨不多, 缺少一些重要的甚至是基本的程序条款。宪法是基础性的权力组织法, 国家权力关系需要程序规则进行规范与协调; 并且, 对于普通的立法程序、行政程序与司法程序而言, 宪法程序具有最高权威, 是我国程序法治建设的根本。因此, 借鉴域外形式法治经验, 对健全我国宪法程序建构具有现实意义。

作者单位: 山东农业大学文法学院 收稿日期: 2015-08-21

本文是笔者主持的国家社科基金项目《宪法程序的英国普通法渊源研究》(10BFX054)最终成果之一。

[美]C·H·麦基文:《宪政古今》, 翟晓波译, 贵州人民出版社2004年版, 第21~22页。另参见王人博:《宪法概念的起源及其流变》, 《江苏社会科学》2006年第5期, 第94~95页。

[美]约翰·罗尔斯:《正义论》, 何怀宏、何包钢、廖申白译, 中国社会科学出版社1988年版, 第219页。

一、美国宪法的程序规则

(一) 宪法的文本解读

美国联邦宪法给人的文本印象以程序法规则居多。国会人民主权的基本组织形式，是现代政治设施的核心，全部权力关系几乎都是围绕着国会建立起来的。因此，联邦宪法第一条用超过宪法文本全部篇幅一半的文字，规定参议院与众议院的成员资格、国会选举、议决程序、职权界限、参众两院相互制约，以及两院与总统、联邦最高法院之间的制衡关系，这些规则大多是程序规范。以国会为中心的宪法程序规则构成美国联邦宪法典的主体。

国会的组成及职权运作程序所用文字约占半部联邦宪法典的篇幅，体现了立法权在国家权力框架中的主导地位。美国联邦宪法虽然奉权力分立为圭臬，然而，直至20世纪初，在国家政治生活中，“最重要和最尊贵的，首先是立法机关，……总统基本上是一个消极的职务”。出席费城制宪会议的各州代表们深知，立法权内在具有对个人自由的巨大威胁，因此，必须对国会的职权范围作出明确限定，宪法正文包括后来的《权利法案》均对国会立法设立了禁止性条款。如：“褫夺公权的法案或追溯既往的法律一律不得通过”、“国会不得制定关于下列事项的法律：建立宗教或禁止宗教自由；剥夺人民的言论自由或出版自由；剥夺人民和平集会以及向政府申冤请愿的权利”，这些条款都是实体性规范。相比宪法程序条款规范与控制权力的实际效果，实体条款的控权作用具有一定的局限性，尽管实体规范是必要的，而不太可能像有学者断言的，“实在的宪法规范的存在，既不构成实现立宪主义的必要条件，也不构成实现立宪主义的充分条件”。比较而言，理性设计的程序规则具有更多的实在性、具体性与可操作性，这是因为程序规则是由权力运行的时间与空间要素组合而成的，程序规则对权力的时间与空间表现形式提出具体明确的限制与要求，能够保证权力按照预定的过程、步骤、方式、时限有序地展开，从而能够保证国家权力成为具有一定之规的安全且有效运作的权力。起草联邦宪法的各州代表们对实体规范与程序规范这两类规则孰轻孰重，自有其审慎的考量，这一番深思熟虑表现在宪法文本上，实体规定简约，而程序规则精细详尽，绸缪唯恐不周。

汪栋、刘毅：《宪法程序与国家权力——美国联邦宪法的启示》，《理论导刊》2004年第8期，第27页。

[美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1990年版，第78~79页。

赵宝云的《西方五国宪法通论》一书附有《美利坚合众国宪法》及相关宪法修正案的中文译本，该译本对美国宪法内容的排序是按“条”下设“项”，而不是按照国内通常的法律文本体例，即“条”下设“款”，“款”下再设“项”，我们在引用时遵循国内通行的体例，因此，后文所说的“款”即是赵宝云书后所附译本的“项”。参见赵宝云：《西方五国宪法通论》，中国人民公安大学出版社1994年版，第399页、第405页。关于《美利坚合众国宪法》及其宪法修正案的中文译本有多种版本，多种美国宪法研究领域的相关译著皆作为附录的资料以备参考。这些附录可参见张千帆：《西方宪政体系（上）》，中国政法大学出版社2000年版；[美]麦迪逊：《辩论：美国制宪会议记录（下）》，尹宣译，辽宁教育出版社2003年版；[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1980年版。英文版的《美利坚合众国宪法》及其27条宪法修正案可参见爱荷华州立大学教授Steffen W. Schmidt等编撰的《今日美国政府与政治》一书的附录。See Steffen W. Schmidt、Mack C. Shelley、Barbara A. Bardes American Government and Politics Today(1995-1996 edition) New York: West Publishing Company, 1995, pp.695-711. The Online Library of Liberty(网址:oll.libertyfund.org)可下载汉密尔顿等人所著的《联邦党人文集》(The Federalist——A Commentary On The Constitution Of The United States)英文电子版，此电子版附有《美利坚合众国宪法》及其修正案的英文原文。

林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社2001年版，第263页。

基本的权力运行大致有三种类型。首先、国家权力本身的运行。如参议院与众议院创制法律的过程，联邦法院系统对民事、刑事案件的受理、审判与执行，总统行政职责的履行等，法律上这些权力运行过程体现为议会议事规则、立法程序、司法程序和行政程序。其次，权力与权利的交往互动规则。如选举程序属于宪法程序，选举制度将全体公民的权利与意愿通过适当的方式加以整合，使得民众分散的情感、信念、价值追求统一成为国家权力或国家意志。再次，国家立法、行政、司法等权力之间的相互协调、相互约制所必须遵循的程序规则。无疑，联邦宪法只规定基本宪法程序，而不可能穷尽所有的权力关系与权力运行规则，1787年的宪法文本之外，包括法院的经典先例、政治习惯等等“活的宪法”之中的程序规则，也都是宪法程序。

（二）立法权运行程序

广义言之，立法程序囊括所有国会行为规则，包括国会选举程序、会期制度与议事规则等。联邦宪法第1条第1款规定，美国实行两院制，即设置参议院和众议院，两者共同组成国会。该条第2款和第3款规定，众议员根据各州人口数按比例由各州选民直接选举产生，以每3万人中选出1个为限，任期2年；参议员限定每州2名，由各州议会选出，任期为6年，每2年改选其中的1/3。联邦宪法第1条第3款规定：“参议员于第一次选举后集会时，应立即平均分为3组。第1组参议员应于第2年终了时，第2组参议员于第4年终了时，第3组参议员于第6年终了时空出其席位，以便使参议员总数的1/3每两年改选一次。”国会的组织规则除了议员的任职资格之外，其他几乎都是程序性规则。

国会会期制度是对立法与决议权的时间限制，也附带有空间要求，是纯粹的程序规则。联邦宪法第1条第4款、第5款规定：“国会每年至少应开会一次，除以法律另行指定日期外，这样的会议应于十二月第一个星期举行。……在国会开会期间，任何一院未经另一院的同意不得延会三日以上，亦不得将两院开会地点移至其他场所。”

国会会议规则或议事规则同样是立法权运行的重要宪法程序。联邦宪法第1条第5款规定：“每院议员出席过半数即构成办理一切事宜的法定人数；但不满法定人数时得延期开会，并得按照该院所规定的手续和罚则强迫缺席的议员出席。参众两院得规定各该院的议事程序规则，……”宪法授权两院自行制定议事程序，这些规则都是宪法性法律，也属于宪法程序。

（三）国会与总统的制衡

国会参众两院与总统的关系是美国联邦宪法着力构建的宪法关系。第1条第7款确立了国会相对于总统的“绝对”立法权。国会立法权的“绝对性”意味着，总统只享有“口袋否决权”阻止法案生效。联邦宪法细致规定了总统与国会也即行政权与立法权之间的交往规则，这些规则确立了立法过程中参议院与众议院的行为程序，以及两院与总统的互动程序。这些宪法程序衔接紧密，形成完备的权力制衡机制。

宪法将立法权一分为二，实行两院制，目的在于构建立法权内部的权力制约关系。具

汪栋：《论美国联邦宪法的程序规则》，《法学论坛》2009年第3期，第115页。

赵宝云：《西方五国宪法通论》，中国人民公安大学出版社1994年版，第395页。

联邦宪法第1条第4款第2项，后经第20条修正案改为每年的1月3日。参见赵宝云：《西方五国宪法通论》，中国人民公安大学出版社1994年版，第396页、第410页。

同注，第396页。

同注，第397页。

体言之，参议院代表各州的利益，无论州的面积与人口规模大小，每州只能选出两名参议员，各州在联邦政府的话语权平等。参议院是体现与维护州权的制度设置，它既协调各州相互之间的关系，也规范联邦政府与州之间的关系。因此，参议院的设置实际上具有四重分权效果，即立法权自身的分权、联邦与各州之间的分权、各州相互之间的分权，以及最后考虑到参议员人数适度，且都富有政治经验，可分享进而牵制总统的人事任命权与缔约权等。

当然，宪法设置参议院的主要目的是制约众议院。财政法案的提案权专属众议院，且众议院有权在选举人团相持不决时选举总统。尽管如此，参议院的地位略高于众议院，这是因为众议院一届只有短短两年，而且与选民关系相对紧密，立法与决策可能趋于过激或冲动；参议员任期六年，政治阅历丰富，而且最初由各州议会选举产生，由他们组成相对独立于直接民选制度之外的机关，既可牵制众议院因为过分忠实于选民而滥用权力，导致民主政治中经常出现的“由选举产生的专制”，又能成为政治中的安定因素，保持国家内政外交政策的稳定性、连贯性。无论法案由两院之中哪一院最先提出并通过，都必须再经另一院议员以辩论、投票等宪法程序进行议决，两院相互制约，以免单一立法机构为绝对权力所腐蚀。两院各自的表决由赞成票与反对票的票数决定，投票议员的姓名须载之于议事录，以强化其责任感。

两院通过的法案在生效之前必须经总统签署。如果总统不予批准，则将法案另附总统的异议书载明理由按原路退回，向总统提交法案的众议院或参议院，将异议书所载总统意见列于议事录，然后进行复议，如两院能够各自以本院2/3以上议员赞成票再次通过该法案，则法案自动生效，毋庸再送交总统签署。如果总统不赞成法案，又无意退回参议院或众议院，被两院再次各以2/3多数通过之后自动生效，则可用延搁策略应对之。为此，宪法明确规定了总统签署法案的时限，以期间限制这一程序规则约束总统的立法参与权：如果法案送交总统10日后（星期日除外），总统既没有签署，也没有退还，则视为总统已经签署生效。不过，总统的延搁之策有时也能发生作用，即总统可在10天内拖延至国会休会，以无法退回为由否决法案，此之谓总统对立法的“口袋否决权”。以上立法程序规则同样适用于参议院和众议院所通过的命令、决议或表决（国会休会问题除外）。

总括而言，立法权运行的宪法程序主要包括两个方面的内容。首先是国会自身的两个组成部分即参议院与众议院的互动关系，即所有议案均须经两院审议表决，至于两院各自的议员辩论与表决程序也即议事规则，虽然也是宪法程序，但在宪法文本中没有详述。宪法详细规定的是第二个方面的内容，也就是两院与总统的互动制衡关系。宪法规定，总统和议员各由选举产生，二者均直接或间接地向选民负责。因此，议会不能以通过不信任案的方式迫使总统辞职，即无权要求总统向自己负责，只能在总统涉嫌违宪时行使弹劾权；总统虽然有权否决议会立法，但无权解散议会。诚然，国会拥有无可置疑的“绝对”立法权，但是，总统仍然能够起到相当大的牵制作用，总统有权签署、否決两院通过的法案，有权延搁法案，阻却其生效。虽然总统不能从根本上阻止国会通过其欲图创制的法案，但是，总统的异议权与延搁权等有限否决权却增加了国会立法的难度，迫使国会与总统双方均须重视协商，相向而行，寻找立法与行政之间在政策上的最大公约数，这其实进一步强化了宪法程序的地位。

1913年联邦宪法第17条修正案将参议员改为由各州选民直接选出。参见赵宝云：《西方五国宪法通论》，中国人民公安大学出版社1994年版，第409页。

（四）宪法追责程序

弹劾规则是参议院追究担任国家公职者宪法责任的宪法程序。联邦宪法第1条第3款规定，参议院负责弹劾案件的审判，针对总统的弹劾案件开庭审理时由联邦最高法院的首席法官主持，参议院全体议员出席，经出席者2/3多数决议，可作有罪判决，受弹劾者一旦被定罪，则须承担宪法责任，即由弹劾法庭经公诉、审判等法律程序剥夺其公职。参议院作为一个专门审判弹劾案的法庭，是平衡行政官员与法官权力的制约手段。

（五）立法权与公民权利

美国联邦宪法围绕国会立法权而规定的程序多是国家权力之间的交往行动规则。国会与联邦最高法院之间的互动规则是司法审查程序，此类程序是通过马伯里诉麦迪逊案确立的，宪法并无明文规定，显然，司法权对立法权的制约问题没有在宪法文本中体现出来，这不是宪法起草者的疏忽。在费城制宪会议上，各州代表对这个问题曾经发生过激烈的争论，最终未达成一致意见，因而，宪法也就暂时回避了此问题。直到约16年之后，才以宪法判例的形式对此问题给予了肯定的回答。总体而言，联邦宪法正文差不多都是对各种国家权力相互之间关系的规定，对公民权利几乎未置一词，因而，关于国会与公民或权力与权利之间的程序规则付之阙如，这个空白后来在《权利法案》中得到补救。《权利法案》几乎是一部完整的程序法，它所规定的程序规则弥补了联邦宪法正文的欠缺，赋予公民完备的程序权利，是针对国家权力而规定的防御性措施，是公民权利与国家权力之间的互动规则。

或许，如何实现国家权力之间相互制衡的问题是制宪代表们考虑的重点。不言而喻的是，一旦解决了权力之间的制衡问题，公民权利自然可保无虞。虽然这个最初的考虑不甚周全，而且实际上《权利法案》也对此作了弥补，但是，也不能说各州代表的思考没有道理，毕竟，公民权利与国家权力之间的直接互动在“夜警式国家”时代，远不如今日“行政国家”时代这般普遍。因此，宪法正文对于立法权与公民权利的关系只作概括性的要求。联邦宪法第1条第9款规定，国会对于公民“根据人身保护令享有的特权不得中止，惟遇内乱或外患，公共治安需要停止这项特权时，不在此限。褫夺公权的法案或追溯既往的法律一律不得通过”。此条款的程序性质清晰可辨，人身保护令是公民享有的程序权利，是对国会立法权的程序限制。

二、宪法程序的基本功能

（一）正当化

近代政治民主发展的过程是借助程序正当化来实现的。政治民主发展与国家权力的程序正当化是同一过程的两个方面，无论是国家权力之间的互动过程，还是国家权力与公民权利之间的互动过程，都应该是一个“正当过程”；“正当过程”条款（the due process clauses）是立宪政治的核心，按照联邦最高法院大法官威廉·道格拉斯的解释，“公正程序乃是‘正当过程’的首要含义”。宪法程序提供了权力正当化的重要机制。

赵宝云：《西方五国宪法通论》，中国人民公安大学出版社1994年版，第395～396页。

同注，第399页。

William, O. Douglas, op cit., p.848. 转引自季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第8页。

宪法程序是宪法关系正当化的表现形式，也是宪法实施过程正当化的基本方式。宪法关系是宪法主体之间的社会关系经宪法规范调整之后的意志与利益关系。这种意志与利益关系经规范化、程序化而凝固为确定的、有约束力的法律关系。无论是国家机关与公民或公民团体之间的宪法关系，还是国家机关相互之间的宪法关系，均属于程序化的社会关系，都是通过宪法程序而获得确定性与正当性。宪法程序为这两类宪法关系的主体提供了相互沟通、制约、协作的良好机制，使权力（权利）主体间的理性交往与互动成为可能，使权力建立在人民同意的基础之上。以选举程序为例，代议民主制度是现代国家的根本政治设施，同意的政治或人民主权必须通过议会制度才能实现，而议会制的基础是普选，人民惟有通过选举程序才能充分表达自己的意志，作出自主选择，实现人民对国家与政府的控制。显然，从根本上体现政治正当性的主权在民原则，与普选程序具有内在的不可分割的联系。再以另一基本的宪法关系即国家机关之间的互动关系为例，美国参众两院、总统、联邦最高法院等宪法主体之间通过复杂的博弈，最终达成为各方所满意的合意，这种合意是一种选择，一种妥协，而联邦宪法本身即是一个“大妥协”（Great Compromise）。政治妥协是指政治争端经过商谈程序之后所取得的结果能够为各方参与者所认可，而政治认可与认同程度恰是民主正当化水平的最为直观的指标。

政治协商妥协的过程无疑即是宪法主体之间通过宪法程序彼此交换意见，理性论证，说服对方的过程。宪法程序越开放、透明、规范，政治博弈的各方参与者便越理性，意见表达也就越充分，决议结果的正当化程度就越高。

（二）规范化

规范化功能是指宪法对反复出现的相同类型的权力或权利行为，确立统一的标准与示范。宪法程序的规范化针对的不是个别、特殊的行为程序，而是为大量相同的、反复出现的行为提供一致的时间与空间模式。国家权力规范化包括对权力行为内容和对权力行为的步骤、方式、期间等两个方面的统一化、标准化要求，即实体规范化和程序规范化。各种权力行为的实体内容差别非常之大，统一化与标准化的难度相对较高，而无论权力行为的内容有何不同，它们展开的步骤、方式、期间等大致相同，也就是说，它们的行为程序相近或相似，易于作出统一规定。简言之，权力实体规范化相对困难，而程序规范化相对容易。以行政法为例，行政执法实体内容千差万别，几乎无望制定一部行政法典，我们说行政法难以法典化，在一定意义上等于说行政法的规范化程度是比较低的。但是，无论行政行为的实体内容如何纷繁多样，所有行政行为的时空要素组合则大致相近，因此，制定一部行政程序法典是完全可能的，也就是说，我们易于从程序法角度对行政行为进行规范化。同理，宪法典总括所有国家权力行为的基本规范，对国家权力行为的实体内容提出统一标

哈贝马斯的“沟通伦理学”对西方传统的主客体二元论的主体性思想进行了批判和反思，提出了自己的“主体间性”理论。他指出，由于包括权力在内的各种因素向人的“生活世界”的渗透，使主体之间的沟通受到阻碍，从而造成了所谓的“生活世界的被殖民化”，为摆脱这一困境，人们必须借重于法律程序，只有通过作为沟通理性载体的法律程序，人们的交流和合作才能成功，社会共同体才不至于瘫痪。他对法律程序评价甚高，甚至称其理论为“程序正义论”。See J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. , Boston: Beacon Press, 1987, pp. 356-373. 另见高鸿钧：《法范式与合法性：哈贝马斯法现代性理论评析》，《中外法学》2002年第6期，第742页以下。

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提供了再进行过程性选择的工具、方式和步骤。参见吴德星：《论宪政的实质内容与形式意义》，《天津社会科学》1997年第1期，第31页。

赵世义：《从科学分析到人文综合——中国宪法学通向成熟之路》，《法律科学》1999年第4期，第48页。

准不是不可能，而是相对不易，为国家权力行为的程序要件确立统一标准则要容易得多。因此，国家权力的规范化，在很大程度上是指权力行为程序方面的规范化。在此意义上，我们或许可以说，宪法典的大部分内容应当是宪法程序规范。

权力制衡以宪法程序的规范化功能为基础。“美国宪法最突出的特征体现在互相监督制衡的分权体制上，各个权力之间的关系的协调更主要是通过程序进行的”，程序规则要比实体规则更能够规范权力运行，更能够厘清复杂的权力关系，使得各级各类国家机关的职权边界更为清晰、具体、客观，从而避免或减少权力之间的无谓纠葛，抑制权力的冲动或过度行使。就此而言，宪法明确细致地规定国家机关职权运行的程序，要比只规定职权的实体内容更能体现法治原则。

（三）形式合理化

宪法是具有严格形式合理性的最高实在法。宪法程序的一般性、普遍性、确定性、连续性等实在法或形式理性法的特点，在“价值无涉”的宪法程序规范中表现得尤其明显。韦伯认为，形式合理性的法“指来源于罗马法中的形式主义审判原则的法律体系，它由一整套形式化的意义明确的法规条文组成。它把每个诉讼当事人都以形式上的‘法人’对待并使之在法律上具有平等地位，它只依据法律条文对确凿无疑的法律事实作出解释和判定，而不考虑其他伦理的、政治的、经济的实质正义的原则，同时还要排除一切宗教礼仪、情感的、巫术的因素”。实际上，法的形式理性与实质理性是统一的，两者不可偏废，因为法律条文虽然是高度形式化的，它却并不只是空洞的，没有价值内涵的纯粹象征性符号，它必然需要情感、价值等实质理性加以填充，或者说，任何形式都必然是承载某种实质性事物的形式，毫无实质内涵的空洞形式只在逻辑上存在，现实不可能存在这种没有内容的纯粹形式。因此，严格地说，法律的形式合理化，其实是指以人们易于辨识的方式恰当地或者合理地表述、建构、实现一定的价值追求。显然，宪法程序是能够充分合理地表述、建构以及实现人们价值目标的方式或形式。

形式理性是宪法程序的特质。这种特质能够满足现代大型社会治理对确定性、有序性与安定性的需要。现代大型社会是流动性强的广土众民的社会，即便是较小的国家，也同样必须超越其地域与族群限制而进入更大的人类交往空间，这就促使人们对交易秩序与安全提出更多更迫切的需要；显然，随着社会流动性的不断提高，以及人们交往与联系日趋频繁，人们分歧各异的价值、道德、信念、情感、意愿会不可避免地发生冲突，威胁人们之间的和平相处与交往，因而它们必须通过某种权威形式为人所识别，也必须通过某种权威形式实现彼此之间的协调，而宪法程序就是所有这些权威形式的典范。宪法程序能够将各种政治权力，其实也就是各种社会力量加以形式化、理性化，并将这些力量导入开放、有序的交往程序之中，实现人类在越来越高程度上的合作。

三、形式法治与程序法

形式理性是现代法治的基本特质。近代以来，新的政治法律科学坚持从法律形式的意

季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第8页。

莫纪宏：《宪法程序的类型以及功能》，《政法论坛》2003年第2期，第10页。

苏国勋：《理性化及其限制》，上海人民出版社1988年版，第154页。

义阐释法治的精髓，认为法律形式是现代法治历史上包容一切压倒一切的问题；韦伯的法社会学理论认为，形式理性是现代法律的根本特征。韦伯说：“以严格形式化法律概念为基础的理性判决与以神圣传统为指导的判决形成了鲜明的对比。后者缺乏对每一个案件判决的清晰基础。它的判案是以神秘的正义，即对神谕的具体启示，先知的判决，或神明裁判为基础。或者，它是非形式主义的库海蒂司法，根据的是具体的伦理和其他价值判断。或者，它作为经验性的司法，但却依赖类推和先例的解释。”虽然韦伯在此将英国经验主义司法等同于非形式主义司法的观点有待商榷，但是他以形式主义特质为标准区分传统与现代法律的主张是成立的。

形式的概念是西方哲学最重要的范畴之一。古代希腊哲学视万物皆由质料与形式二要素构成，形式将质料组织成为具体事物，形式相当于柏拉图所说的事物的“理念”或原型，或人们通常所说的原理、原则或内在逻辑结构之类。形式在中文里是指事物的组织结构或存在方式。形式(form)与宪法的概念有相通之处，宪法的英文constitution的释义是“事物的构造，组成方式”。形式是事物的存在与运动方式，没有形式，则事物无从形成，也无从表现自己，而且，事物的组成、结构与运动方式之不同，决定了事物的不同性质。就此而言，形式对于事物具有根本性的意义。据施米特的归纳，韦伯的法社会学提出过三种不同的形式概念，在某种情况下，形式是指法律内容的概念规范，即法律内容的形式，用韦伯的话说就是标准规则。另外，韦伯有时也将形式等同于理性化的、经过专业训练的以及可计算的。形式概念的第三个含义是指现代法律在法理上日趋细致的理性化趋势，以及“形式化性质”的发展。

理性同样是西方哲学社会科学理论的重要概念。韦伯的法社会学理论在以下四层意义上运用理性的概念，首先是指法律程序能够使用合乎逻辑的方法以达到其特定的、可预计的目的。其次是指法律的体系化特征。理性的第三层含义是用来说明“基于抽象阐释意义的法律分析方法”。最后，理性也指“可以为人类的智力所把握”。在韦伯看来，现代化的进程可以用“理性化”或“祛魅”概括之，而“祛魅”则指一切皆可计算，可预期，可确定。因此，理性概念的主要含义是指逻辑可计算性。

韦伯使用的“形式”与“理性”这两个概念均有逻辑可计算性之义。但是，两者之间也有区别，“理性”与“非理性”相对应，侧重指逻辑必然因果关系；而“形式”则与“实质”相对应，主要指标准的可识别的法律条文体系。形式主义法律体系是自给自足的系统，

[美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社1994年版，第189页。

韦伯本人其实也已经意识到英国法的形式主义并非完全付之阙如，他看到英国法律人严格依法律程序而行，在法律外行人看来，这些行为近乎刻板而不近情理，但是，任何人都必须学会适应，而且将律师看作是生活中任何不测事件的法律教父。英国的商人都是如此。他们既不要求，也不期望法律给予什么，因为“逻辑的”法律解析可能会打破一切期望。此外，还有针对法律形式主义的另一个保障，也即“遵循先例原则”。因此，在私法领域，普通法和衡平法在被用于处理案件时，都是非常“形式主义的”，在遵循先例和法律职业的传统精神约束下，几乎使得法律执业者难以越雷池半步。然而，韦伯却又完全将英国陪审制当作是一种非理性、反形式主义的设置，这种看法是很不全面的，陪审制其实具有极高程度的形式主义，是一种理性的司法程序。参见[德]马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998年版，第314页、第353页。

[德]卡尔·施米特：《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社2004年版，第19页。

汪海燕：《形式理性的误读、缺失与缺陷——以刑事诉讼为视角》，《法学研究》2006年第2期，第115页。

吕世伦：《现代西方法学流派（上）》，中国大百科全书出版社1999年版，第337页。

[德]马克斯·韦伯：《学术与政治》，冯克利译，生活·读书·新知三联书店2005年版，第29页。

能够保证法官“把一般的法规运用于特殊情形下的具体事实，从而使司法具有可预测性。司法的形式主义使法律体系能够像技术合理性的机器一样运行，这就保证了个人和其他主体在这一体系获得最大限度的相对自由，并极大提高了预测他们行为的法律后果的可能性”。

形式理性法治方案要求构建逻辑清晰、前后一致、可以覆盖任何实际情况的完备的规则体系。其主要设想是：法律必须是“完美无缺”的法律命题体系，或者至少假设法律体系是“疏而不漏”的“天网”，人类的每一种社会行为都必定能够被纳入法律的框架进行分析，这些行为或是对法律命题的适用或执行，或是对它们的违反。因此，不仅法律术语无法表述与分析的问题与法律没有关系，而且，任何具体案件都必定能够通过逻辑的方法从抽象的法律命题导出裁决。这个理想型的法治方案不排斥伦理、道德、价值等实质内容，相反，形式理性能够最大限度地将体现社会需要的政治、经济、文化和道德上的诸多实体价值凝固于法律规范体系之中。实际上，变动不居的实体价值必须通过复杂的程序、概念和命题等法律形式予以协调、规范和确定，并以主权者命令这样权威而公开的形式加以识别与认可。由于社会的基本价值共识已经最大程度地为法律形式所吸收，形式与实质合一，因此，形式合法性（legality）即等于实质正当性（legitimacy）的论断不仅逻辑上能够成立，而且事实上或许可以成立。形式理性的法律体系由于其可确定性与可计量性，从而限制了实体价值变动不测对交易秩序的威胁，实现了对社会生活交易风险的有效规制。

如果形式理性法治的方案能够完全实现，那么，作为法律秩序的现代国家就是一种自动平稳运行的复杂精细的机械装置。法律秩序的形式要求主要表现为两个方面：首先，法律应以有形的、可以识别的、具有外部性的方式表现出来，不管是以一定的词语、签字的仪式，还是实施具有一定特定意义的行为，法律都具有程式化、外部化的特征。其次，组成法律的是一些可能远离具体事物和行为的高度抽象的法律概念和命题，法律的适用有赖于对抽象法律概念和规则的逻辑分析，以及从规则到具体判决的形式逻辑推理。由此来看，法律概念与命题表现为成文规则，而成文规则从性质上分为程序规则与实体规则。程序规则具有更多的形式意义；而实体规则就其形成来看，需要程序规则的塑造，从其表现方式来看，需要以成文形式作出表述，方能为人所识别，因此，实体规则对法律的形式性也有根本的依赖。在这个意义上，自动运行的法治机器正是由形式主义的法律规则组装而成。

[德] 马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，于晓、陈维纲译，生活·读书·新知三联书店1987年版，第14页。

就法律理论和法律体系而言，可以依据它们更趋形式化或实质化的倾向，对其进行划分。因而，在一个极端，我们可以识别出各种高度实证主义化的理论，它们坚持“法律就是法律”，认为在事实上，起决定作用的始终是官方制定的法律；法律理论的主要功能，是为这种有效的法律及其所提供的形式性依据给出理由和说明，而这种形式性依据只能通过参照正式的渊源——官方“制定”的规范，并以可识别的规则的形式出现。处在另一极端的法律理论，则极其关注有效法的实质内容和工具作用。这些理论强调，除了渊源取向外，内容取向也是确定有效法律的标准；在确定规则的含义时，应当关注存在于规则之中和规则背后的实质性依据，而不是规则的字面意思。多数法律理论在“形式—实质的”划分中，都趋于、倾向或偏向于其中的这一极或那一极。参见[美] P·S·阿蒂亚、R·S·萨默斯：《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》，金敏、陈林林、王笑红译，中国政法大学出版社2005年版，第3页。

[德] 马克思·韦伯：《论经济和社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998年版，第62～63页。
黄金荣：《法的形式理性论——以法之确定性问题为中心》，《比较法研究》2000年第3期，第290～291页。

如果说实体规则以其逻辑结构与成文的制定法的方式体现了法的形式性，那么，程序规则本身就具有突出的形式意义。形式法治在很大程度上是程序法治，程序法治则以宪法程序之治为根本。

现代法治以英美为典范，英国是形式理性法治的源头，法国学者达维指出，英国法的显著特点是以程序法为中心，其法治主要是程序规则之治。程序法是法治的最表层，更多体现出形式与技术的特点。虽然在借鉴与移植域外法制时，程序法遇到的阻力较小，但是，由于缺少特定的价值支撑，程序法移植的结果，或者运转不灵而终遭舍弃，或者徒具其表，程序背后运行的依然是旧的法律精神。因此，法治的原理与法治的技术，“体”与“用”，其实不能分离。尽管同一程序可能为参差多样的价值体系所共享，“体”与“用”可以相对分离，然而，从根本上说，程序与价值是浑然一体的。特定的价值支撑特定的程序，体用分离超过必要限度，必然导致南橘北枳。

中国法的现代转型过程借鉴与引进了西方法制。近些年来，程序法治领域的立法与学术研究蔚为可观，然而，在社会与实践层面，程序法并未扎根于民众法律意识的深处，法律职业群体的程序意识也相当淡薄，程序法治建设需要更多的努力。我国的程序法制建构在低位阶法律层面如诉讼法与行政法领域，确实成绩斐然；而在根本法与最高法的宪法层面，尤其是在宪法典中却明显有所缺失；普通法律程序的荏弱无力在很大程度上可归结为宪法程序制度建设的不足。普通法律程序既须依靠宪法程序的支持，才能获得权威与实效，也须仰赖宪法程序的统率，才能协调一致；最为重要的是，宪法是基础性的权力配置规则，复杂的国家权力关系尤其需要程序规则进行规范与协调；宪法程序对于普通的立法程序、行政程序与司法程序而言，具有根本性、最高性与权威性。因此，宪法程序的缺失表明我们没有真正涉入程序规则之“体”，而仅仅停留于浅表层次的程序规则之“用”。

四、宪法程序的意义

形式法治在很大程度上是程序规则之治。回顾联邦宪法史，我们注意到“自由的历史

法国的法制模式下，当事人以正义与权利分配者的角色来期待法官，而英国的当事人则要求法官只能扮演司法博弈程序的公正主持者的形象。法国学者达维认为，英国普通法法存在要归功于威斯敏斯特王室法院，它的许多特征，它的实施所依赖的精神，都受到了并且还要继续受到古代曾经有效的诉讼形式的强烈影响。诉讼形式已经被废除，程序已经简化，但是它们在一个英国人的眼中仍然是一种最重要的事情：在英国，人们期待得到更多的是公平的待遇和正当程序的遵守，而不是关于权利和法律义务的学究式定义。参见[法]勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，潘华仿、高鸿钧、贺卫方译，清华大学出版社2002年版，第69～70页。

19世纪中叶洋务运动的遭际，说明了中国传统势力的强大，也预示了宪政思想在中国落地生根的艰难。洋务运动所坚持的那个原则“中体西用”，不管是一个策略还是一个文化上的公式，虽在以后的中国历史上千变万化，但作为一个中西文化上的情结一直困扰着中国人，哪怕是最开明的中国人，它构成了中国近代宪政思潮的一个基本范式。参见王人博：《中国近代的宪政思潮》，法律出版社2003年版，第43页。美国著名的汉学家列文森专门分析了中国近代的“体用”模式。他指出，在宋代新儒家朱熹的哲学中，体用不二，它们是同一事物的两个方面。体与用的相互联系是一个非常一般的命题，朱熹特别强调内在本体与外在功用之相互关系的绝对必然性。如果不是作为一种改革的策略，而是认真地主张“中体西用”，那么，张之洞显然偏离了朱熹的主张，“中体西用”将体用分离，存在着致命的局限，当张之洞努力寻求西方的应用科学和工业化以保卫中国的精神遗产时，他没有认识到西方的应用科学和工业化是强大的社会催化剂，是对中国传统儒家之“体”具有破坏性因素的力量之一。参见[美]列文森：《儒教中国及其现代命运》，郑大华、任菁译，中国社会科学出版社2000年版，第54～57页。

基本上是奉行程序保障的历史”，这是宪法程序的根本意义所在。

国家权力是一种支配性力量，它的规范化、程序化与形式化是法治的题中应有之义。宪法与宪法性法律以国家权力的组织与运行规则作为基本内容，一如美国联邦宪法所表明的，这些权力规则大多是宪法程序规则。宪法程序的形式法治意义在于，首先，宪法程序规则具体、明确，可操作性强。这就使得权力具有透明性、可见性、可行性，也使得对权力的合宪性审查有明确的衡量标准可循。

其次，宪法程序能够使得权力之间界限清晰，分工明确。权力分立是实现权力之间有效合作、协调的前提，没有分立也就没有合作，宪法程序所保证的这种分立合作关系能够减少权力彼此之间的冲突，降低国家治理成本，提高权力效益。

第三，宪法程序一面使得国家权力彼此分离、分化，一面又使得立法、行政与司法等各种权力之间相互参与，相互牵制。这样就能够防止国家权力无限扩张，克服权力的暴虐与任性，避免出现任何一种不受制约的绝对权力。权力之间相互制约，实际上是将权力运行的时间与空间要素进行合理的设置，也就是将宪法程序规则作出适当的交错配置与参差组合。人们或许质疑，权力之间相互牵制是否会降低国家治理的效能？答案是否定的。仍然以美国联邦宪法为例，宪法规定国会立法权由参议院与众议院行使，但两院在行使立法权时，总统可对之行使签署权与否决权，联邦最高法院可在审理具体案件过程中对之行使合宪性审查权，这说明总统与法官在不同程度上均通过相应的宪法程序参与行使立法权。表面上看，因行政与司法的牵制，国会的立法效率可能有所降低，但是，多方权力参与立法，实质是多角度进行决策论证，能够集思广益，提高立法质量，减少决策的盲目性，避免仓促立法可能导致的政治与社会风险，因而，宪法程序所保障的这种多方参与的共同决策机制最终是能够增进权力效益的。

第四，宪法程序具有形式法所固有的稳定性、可计算性。程序规则的稳定性与可计算性有利于维护权力平稳运行，从而有利于整个社会生活的安宁、和平、有序，有利于预防和化解政治风险，避免政治生活的动荡不安。

最后，宪法程序不惟对于国家权力本身具有上述形式法的积极意义，而且，对于国家权力与公民权利之间的互动平衡具有保障作用。政府遵循宪法程序与普通民众建立的权力—权利关系，是一种理性、公开、包容、合作的程序性法律关系，通过法律程序如立法程序、行政程序与司法程序的联结与整合，社会各阶层之间、民众与政府之间就能够达成最大程度的政治共识。政府决策只要以法律程序所获致的政治共识为基础，就会拥有充分的合法性与正当性。

程序法是法国社会学家涂尔干所说的现代恢复型法或协作型法。这种法律对于现代社会的作用，主要在于保障社会交易秩序与交易安全。可预测性或可计算性是现代大型的陌生人社会法律的基本形式特质。“现代资本主义企业主要依靠计算，其前提是要有一套以理性上可以预测的方式运作的法律和行政管理系统，人们至少在原则上可以根据其确定的一

The Opinion of the Court Delivered by Justice Felix Frankfurter in *Lochner v. United States*, See *United States Supreme Court Reports* (87 Law. Ed. Oct. 1942 Term), The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1943, pp. 827-828. ——美国联邦最高法院大法官F·福兰克福特。转引自季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第9页。

[法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店2000年版，第32页

般规范来进行预测。”作为协作型法的程序法，其对应的是工商契约社会，而契约社会的实质是以劳动分工为基础的高度分化社会，在这种社会里，权力关系在很大程度上是经济协作与交换关系。社会分化程度愈高愈复杂，人与人之间的交往与合作关系也就愈复杂，表现在政治上，权力关系也就愈复杂；权力之间繁复的交往、协调、制衡关系，可固化为各种形式规则，这些形式规则大部分都是程序规则，因此，说到底，宪法程序是权力高度分化的结果与表现。国家权力运行过程既是彼此分离、分工、分化的过程，同时，又是彼此步调一致、协作、统一的过程，在此过程之中，社会多元的价值、利益与诉求循环往复地进行着分化整合。现代社会的这种价值与利益的交易、互动、离合关系既表现为形式理性的法律，又需要形式理性法的保障，形式法的统治就是“通过其形式、程序和技术要件的充实和完善，使得价值上的选择、表达和实现成为可共同操作的，经由形式合理性而实现实质合理性的正当化过程”。

程序规则是形式法治的基础。形式法治是“良法之治”，而此处的“良法”主要是指法律的形式方面的优良品质，即要求法律的文字表述简洁、明确、具体、易懂；规范体系完整、协调、一致；法律程序透明、开放、公正，宜于人们交流。可见，“良法之治”很大一部分取决于法律程序的品质。形式法治既需要借助法律程序固化、表述复杂的社会、政治、经济关系，也需要法律程序规范、构建与整合这些关系。宪法是一个社会最基本政治关系的权威表现形式，宪法程序是这种权威形式的基本组成部分。宪法程序规范、协调、约制权力关系，从根本上看，宪法程序这种对国家权力的规范、协调与约制，其实是对公民权利的维护、保障与最终实现。权利价值是宪法程序规范国家权力的根本出发点，是宪法程序的价值本体。

（责任编辑：马 斌）

Max Weber, *Economy and Society*, Edited by Guenther Roth and Claus Withich, Berkeley: University of California Press, Reissue, 1978, p.1394. 另参见[德]马克斯·韦伯：《经济与社会（下）》，林荣远译，商务印书馆1997年版，第738页。

孙莉：《德治与法治的正当性分析——兼及中国与东亚法文化传统之检省》，《中国社会科学》2002年第6期，第104页。

现代政治哲学所强调的“良法”概念不同于亚里士多德的定义，它不是指超验的客观法则，而是指人类意志的主观产物；另外，现代意义上的“良法”概念偏重于法律的逻辑形式方面的要求。如霍布斯所说：“我所谓的良法不是公正的法律，因为任何法律都不可能是不公正的。法律是主权当局制定的，这种权力当局所作所为的一切都得到了人民中每一个人的担保和承认。人人都愿意如此的事情就没有人能说是不公正的。国家的法律正像游戏的规则一样，参加的人全都同意的事情对他们每一个人说来都不是不公正的。良法就是为人民的利益所需而又清晰明确的法律。”参见[英]托马斯·霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，杨昌裕校，商务印书馆1985年版，第270页。