

● 学术关注 :政治宪法学专题研究

编者按 :在百年立宪背景之下,国人移植与模仿西方规范宪政的努力迭遭挫折,始终未能跳脱特定政治结构之制约,未能经由政体的反思性建构拓展出基本权利的规范实践空间,而宪法之共和政治承诺亦难以在原理与制度上一一落实。政治宪法学作为此背景下反思主流规范主义进路的学术现象,一端为主流进路补充政治理性之不足,另一端则秉承自由共和主义之理念,力戒汇入传统“阶级论”政治宪法学之窠臼,适度接引保守主义之传统,而欲达成一种针对中国宪政转型期的宪法科学理论。本刊编辑部长期跟进国内学术前沿与热点问题研究,亦曾于2011年第3期就“宪法本体论”展开专题研讨。有鉴于此,北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院与本刊编辑部合作举办北航首届政治宪法学年会(2013),主题为“政治结构与宪制转型”,以期推进政治宪法学与中国宪制问题的研究。现辑录本次会议主要内容,以飨学界。

政治结构与宪制转型

高全喜 许章润 韩秀义 张 龔 刘 敏 姚中秋
李道刚 聂 鑫 李富鹏 刘 刚 翟志勇 张绍欣
苗连营 支振锋 汪庆华 邬 蕾 田飞龙

中图分类号 :D911 文献标识码 :A 文章编号 :1001-4403(2014)01-0001-27 收稿日期 :2013-11-02

高全喜(北航高研院院长,法学教授)首先欢迎大家莅临北航高研院,参加我们召开的第一届政治宪法学年会。为什么说是第一届政治宪法学年会?在中国大陆,政治宪法学的兴起大致已有五年时光了,在此期间虽然有各种各样的探讨、论辩、会议,但是以政治宪法学为主题的年会确实还是第一次,这个年会由我们北航高研院首创,我们准备一年一届,长期开下去,由此推进我们对中国宪法学乃至中国宪制改革的理论和实践探索。

说起来,政治宪法学是一门古老而悠久的学科。从西方来看,西方的古典时期和现代时期都有政治宪法学,罗马共和国的宪制理论,属于政治宪法学的范畴。15世纪以后,西方诸多国家的建国创制时期,政治宪法学也都发挥过重大而深远的影响。中国也是这样,三代之制,汉晋体制,

传统古代政制所谓“典章文武”,也属于政治宪法学,至于从晚清立宪到中华民国,更是政治宪法学大显身手的时期。当然,它们并没有直接称谓“政治宪法学”,但按照我的理解,古今中外的政制理论所探讨的关于政治共同体创制、建国以及相关的一系列重大问题,都是政治宪法学探讨的问题,都可以称之为政治宪法学。所以,我说政治宪法学的学术渊源非常古老,在此之下一波又一波伟大的政治理论家、宪法思想家涌现出来。我们检点一下中西政治思想史,但凡一个社会面临转型创制时期,或者说一个特殊的政治建构时期,都会有应对时代呼唤的广义的政治宪法学家们出现。目前,我们中国也正处在一个转折时期,我们身处的时代也是大转型的时代,在这个时代政治宪法学是有着广阔发展空间的。

本次年会作为第一届,只想开个头,一是希望大家能够积极参加这个会议,贡献自己的思想;二是希望我们慢慢形成一个思想的群体,大家从不同的角度致力于政治宪法学的拓展,对中外古今交汇中的中国政治转型问题,有所建言。我就说这么多,谢谢大家。

一、制宪权与立国理性

许章润(清华大学法学院教授):政治立法的主权言说

置身近代中国语境,百年以来,宪法是典型的政治立法,即为了立国乃必须立宪,立宪亦是为了立国。在此语境下,“立国”和“立宪”遂联袂而来,蔚为一体。实际上,作为一个统一的历史进程,它们构成了并呈现为晚近旨在解决“中国问题”的中国转型叙事的整体形态,由此决定了百年中国历史中立国即立宪,立宪就是为了立国这一内在政治交集,贯彻的是“发展经济—社会,建构民族国家,提炼优良政体和重缔意义秩序”这一宏大转型进程的主导性意志。凡此四点,如笔者另所叙及,实为通常所谓“中国问题”的主要方面。实际上,“立国、立宪、立教与立人”之四位一体,构成了至少从辛亥以来的百年历史进程的根本主旨,也是近代中国历史的基本叙事。

政治意识就是宪法意识,而宪法意识无外乎一种政治意识。在此政治意识中,最为核心的内容之一就是主权申说,经由申说一种主权,而实现宪法之为立宪成果的政治意义,同时彰显主权者的政治位格和政治权能,特别是其于国族经纬中的至上位格。因此,不难理解,无论翻检《临时约法》与《民国宪法》,还是今日的《中华人民共和国宪法》,尽管其立意和形式多有不同,但核心主题都无一不在申说主权,即首先挑明主权归属和主权者的至上位格。其实,无分中外,这也是近代一切立宪活动的基本政治动机和政治效果。否则,立宪徒为虚文。

具体到《临时约法》以来的中国立宪和立国进程,经由审视历次立宪文本,尤其是宪法的“序言”部分,可以看出,所谓主权申说与申说主权,其实讲述的是三种主权意向,即“人民主权”、“国家主权”以及“历史文化主权”。也可以说,所谓的主权内涵可以分解为凡此三种具体主权形态,分别对应着“人民、政府与土地”等所谓“诸侯三宝”。在此,主权是一个统一体,却是可以让度的,否则,便无国家间政治、跨国性组织与全球治理

的可能性。而且,一定程度上人道主义干涉的合法性,也证明主权本身是可以让度的,甚至会出现主权的主动性破损情形,这恰恰证明主权的自主与独立品格。首先,就“人民主权”与“国家主权”而言,分别对应“人民”与“政府”,因应的是“国家政治”与“国家间政治”。所谓的“历史文化主权”,归根到底,是国家主权的宪法政治意向的文明向度,同时构成了宪法政治意识及其政治意志的文化合法性所在。

由此推展开来,所谓宪法旨在表达一种敌我区分的施米特式论断,在当今中国可谓荼毒,亟当抛弃。其发自当下中国思想谱系中左派的右翼化,联想到近年反而有所强化的极权化势头,更耐人寻味。宪法之所以成为宪法,作为立国和立宪的二位一体,人民与国家的同一性,文化与自由的统一性,其本身不仅非在区分敌我,恰恰相反,旨在消除敌我,而造成全民政治的意象。所以,就此而言,主权申说所申说的人民主权是国家主权的基础,而人民主权和国家主权其所由来的历史前提恰恰在于历史文化主权。

因而,主权言说的宪法表达以政治立法的方式阐释主权诉求,要求以公民理性来启发和制约国家理性,藉优良政体来承载国家理性。由此,它其实牵扯到了作为“国民全体”或者“我们人民”上位概念的“人”和“人的尊严”的问题。毕竟,人的尊严是一切权利赖以成长的道德源泉,基于人权,也就是基于人的尊严的政治秩序方始具有正当性。只有当纯粹道德内涵的人权承诺坐实为具体法律规范之时,才能体现出立法者的道德诚意,奠立于此之上的政治秩序才堪享有,也才会享有道义正当性。而尊严从一种等级性安排,包括意味着等级性安排的敌我阶级区分,变成一种普遍性的概念,具体的尊严遂变成了普遍的尊严。进而,经由法权安排,它从一个道德范畴变成了规范性概念。在此,民主的法律化所产生的文明化力量,对应的正是国家理性自“权势国家—权力政治”,到“宪政国家—宪政政治”,而进展至“文明国家—文化政治”的演生轨迹。

最近几年,高全喜教授倡导“政治宪法学”,旨在拓展汉语宪政研究的义理规模和言说深度,揭示立宪活动及其学理内涵的政治与历史维度,不仅将政治哲学和政治思想史视角引入汉语宪法学研究,而且影响了诸多后学。在全喜教授眼中,政治宪法学之为一学,触角甚众,在下于汉语思想中倡导的国家理性和法学历史主义,机缘巧合,

仿佛也算是一个分支。在此,谨以上述粗浅思考向该次会议的组织者致敬,并希望政治宪法学学理昌达,而公民社会于中国现有体制下终能发育成长壮大,为历经浩劫和苦痛波折的中国,亿万同胞栖身起居的这方家国天下之和平共处,终亦必缔结理想而合意的政治生活方式,开万世太平,馨微薄心力,而馨香祝祷矣。

韩秀义(辽宁师范大学法学院教授):制宪行为结构与宪法性质

我从四个方面汇报一下我这篇论文的一些想法。

第一,关于选题和材料使用说明。之所以选择制宪行为结构与宪法性质的问题是源于这样的判断,宪法性质是影响及决定宪法运行的关键因素之一,宪法学研究当中至少对其应有所关注。在中国宪法研究当中,在我看来对宪法性质的关注还显不足,主要表现是相关学者往往从应然角度出发提出解决中国宪法问题的对策。这种对策性的讨论,尽管在学术意见上颇具新颖性甚至煽动性,但是在实然问题未加解释的情况下,这些学术意见是否妥当,恐怕需要再反思。当然,对于宪法性质究竟为何可能有两种解释途径:第一是以制宪为核心,解释由哪些因素塑造了宪法性质;第二是以行宪为核心,分析由哪些因素影响了宪法的运行方式和运行效果。对于我本人的学术研究计划,试图对这两方面都有所涉及,但是实际操作中优先考虑了以制宪为核心解释进路,这种选择的理由无非是遵循了从制宪到行宪的逻辑。

第二,分析框架的来源。我在这里用的制宪行为结构,试图把制宪行为通过内部的视角找到它的相关因素,并且明了相关因素之间的关系。这种学术选择实际上是深深受到我们国家的社会学乃至政治社会学所积累的一些学术资源的影响,比如芝加哥大学社会学教授赵鼎新先生在解释了西方社会政治运动各种理论之后提出了自己解释社会运动的视角,就是变迁、结构和话语;人民大学社会学院冯仕政博士发表的一篇论文解释了国家运动的形成和变异,他也主要从国家运动形成的资源、目标、策略这三个方面作出了相应的学术探究。

第三,本文的核心论点和具体论证。本文的核心论点是“制宪行为结构直接影响甚至决定了宪法性质”,也正是因为制宪行为结构的不同,才使得1954宪法和1787宪法在性质上判然有别。通过对制宪行为结构三个要素的划分,我从制宪

目标、制宪资源、制宪策略三个方面解释了为什么制宪行为决定了或者影响了两国宪法的性质。

首先从制宪目标来看,主要是两国宪法在制宪目标上定位不同。我把1954制宪目标概括为“巩固”,把1787年宪法制宪目标定位为“建国”。由于1954宪法制定是为了巩固以往的国内革命成果和维系与苏联的盟友关系,所以,由这种目标所引领的1954宪法与其说是法律,不如说是革命意识形态的宣言书。为了保持意识形态的延续和纯正,此时的意识形态很容易被更炽烈的意识形态所替代,所以1954宪法不仅是意识形态化的,而且也是极不稳定的。而1787年宪法制定是为了应对13个邦之间所存在的现实紧迫问题,所以就需要在权力架构上达成妥协和博弈,就需要所拟定的宪法发生切实的制度化效应,在这个意义上说,1787宪法制定的目标是“建国”,而且这种建国是以制度化为导向的。

其次是制宪资源的有别使用。史料显示,1954宪法制定过程中制宪主体更多地使用了他有资源,并且主要是苏联宪法资源。为了更精确地说明这个问题,我想以“违宪”这个词来加以证明。在1954宪法草案的讨论过程当中,也有关于“违宪”这个词的使用。在讨论“一切国家机关工作人员必须为人民服务,效忠人民民主制度,服从宪法和法律”这一条款时使用了“违宪”这个词。当时的情境是这样的:田家英说“我们考虑改为一切国家机关人员必须效忠人民民主制度,服从宪法和法律,努力为人民服务”。罗隆基说是否写作“全心全意为人民服务”。田家英回应说“努力”是一个方向,如写作“全心全意”就定死了,如果有人不是100%的全心全意为人民服务那不成违宪了吗?我看的相关资料,“违宪”这个词是在这样的背景下被使用的。美国制宪代表使用“违宪”是在6月4日全体会议上,在这个会议上,马塞诸塞制宪代表格里先生对“设立复决会议制度”的合理性表示了怀疑,他在里面使用了“违宪”一词,他的“违宪”主要在制度层面上使用。所以,通过对“违宪”一词使用情况的对比,可以得出或者证明1954宪法更多地使用了他有资源,使得它的意识形态化更加得到强化,而美国在具体制宪的时候更多使用了自有资源,这样就使得1787宪法更多地具有了一种内生和原生的品质。

再次是制宪策略的差异选取。1954宪法制宪过程中制宪主体选取了“义理先定”的制宪策略,就是说有些支撑1954宪法的原理性问题是不少

许讨论的。根据当时的材料来看两个问题不能讨论：一个是我们的宪法必须反映国内革命战争时期，尤其是新中国成立以后的斗争经验；第二个要反映国家的国体，即人民民主专政和公有制经济制度。美国的制宪策略主要采取的是“规则先定”，就是说开会之前没有进行实质性立宪意见讨论时他们先行确定了开会规则。我在论文文本里也进行了解释，主要是五个方面，也和风靡一时罗伯特议事规则进行了对照。在“规则先定”的情况下，制宪代表在每天的制宪会议上都能够充分表达意见。这样，“规则先定”的策略和原来的制宪目标、制宪策略一道共同铸就了美国宪法的规范化和可操作的品质。

最后我这篇论文在结语时采取了这样的方式，没有对以前的东西进行回顾，而是强调在宪法学的研究领域里面核心概念的重要性，我也是比较大胆地提炼和抽象出九个核心概念。由这九个核心概念看，制宪权毫无疑问居于首要和统摄地位。所谓的首要就是没有制宪权，在逻辑上其他的东西是不复存在的，这是首要的因素；所谓的统摄是制宪权的形态也将直接影响到其他的一些相关内容。从这个意义上说，政治宪法学无论是政治立宪主义的宏观主张，还是微观上对制宪权的研究，在我个人看来还是具有学术上的合理性和正当性的。

张龔(中国人民大学法学院副教授)：寻求合比例的法政结构

我这篇文章总体上是从陈端洪的“人民必得出场——卢梭官民矛盾论的哲学图式与人民制宪权理论”出发，是对这一文章的理解和进一步的发展。在我看来，这篇文章的前半部分对连比例结构的分析确实非常犀利，对我来讲也是一个震撼，但是后半部分由于文章的主体以及作者强烈的现实危机意识，直接进入了政治体的生死问题，进入到卢梭的人民出场、人民制宪和人民再次制宪这样一个具有革命性的问题，使得对平衡结构内在比例关系的探讨成为有待继续深化的话题。我这篇文章，是沿着后一问题进一步加以阐发的。

文章主要分三部分。第一部分是主权与政府的关系。这部分我认为主权与治权的分离是整个结构的基本预设，也就是说最早可以追溯到让·博丹的立法权或者立宪权与政府治理权这样一个区别，实际上我们可以发现这是现代政治思想里面非常重要的、开拓性的建构。在这里面我们发现，主权如果是不可分的话，而治权则是

主权的权能，治权是可分的，最典型的表现是代议制政府体制与分权理论，在我看来值得关注的不是二者之间的合法性关联，而是说如果从主权到治权是主权分化的过程，那么如何保证分化后的治权不会损害国家的统一性，我认为这是这个结构里进一步涉及的问题。为什么这么讲？西耶斯说：“如果只有统一，那就是专制；如果只有分权，就是无法无天。”回到德国语境下，德国人认为如果一旦将主权分化为彼此对立和消耗的多项治理权利，那么国家政治体就要面临生死存亡的困境。因此，“必须分立政府制度中那些可以分立的部分，又要将那些必须合作的部分重新统一起来”。这可以说概括了18世纪末立宪政府的全部问题。

第二部分要处理的是政府与臣民(公民)的关系。传统理论真正阐述性的是比较少的，我这里引用了德国公法学大家格奥尔格·耶利内克的地位理论说。我认为他的四种地位理论说，很好地把政府与臣民的四种关系做了建构，这个建构我简单介绍一下：(1)被动地位是指个体对国家所承担的服从义务，这一个地位对应的是传统的臣民。(2)消极地位包含个人免受国家干涉的自由。耶利内克这样阐释消极地位的概念：“在这一地位中，国家成员是主人，拥有排除国家的领域。它是个人自由领域，是消极地位、自由地位，个人通过其自由的行为实现个人目的。”(3)积极地位是指个人针对国家提供服务的要求，无论是在福利领域还是在司法领域。这样，国家就向公民赋予了“公民地位”，即赋予他以请求权，同时又向他提供法律手段来实现这些请求权。(4)主动地位是指个人有权参与国家权力的行使，首先是通过选举权。赋予公民这种地位的时候，也必须使其具有“超出自然自由的能力”。

我认为最核心的一点是，积极地位对应的政府不应是形式法律统治的国家权力，而应是实质的“合作社共同体”。这一点是卢梭的连比例结构中需要补充进来的。主动地位涉及参与一般性国家权力，还包括主权性国家权力，就后者来说，它要求我们重新反思一下在这个连比例结构里，主权者与臣民或者主权者与个体公民的关系。在这一部分关系里面，我觉得总体上在陈端洪这篇“人民必得出场”的文章里他只是谈到了其中一个层面，就是人民以广场集会的形式表达其制宪者的地位，那么在我看来在主权和个体公民之间还有一个很丰富的联结内涵，这个联结内涵就在

于如何保证主权的收放自如。我认为有两种主要的关联,一种是司法意义上的诉讼请求权,另外一种则是民主的直接选举权,前者对应宪法法院,后者对应的是民众直选的总统制。围绕着这一重主权与个体公民的联结关系究竟交给哪一个机构行使,在德国魏玛时期的施米特和凯尔森之间展开了一场闻名世界的激辩。就前者来说,施米特认为其对应的是“中立的总统机制”,而凯尔森则认为应该是宪法法院。在我看来,无论是总统制,还是宪法法院,都是这种关联性的必要表现。前者称之为积极的关联性,后者称之为消极的关联性。

除了这两种关系外还有另外两种,就是主动关联性和被动关联性。当人民不得不出场行使主权权力制定新宪法的时候,主权与个体公民之间是一种被动的关联性;而当个体公民通过选举和商议修改和调整宪法的时候,这时候二者之间是一种主动的关联性。通过这样一种主动和被动的关联性,我们可以发现如果采用更多的倾向于个体公民通过选举和商议修改调整宪法,主动产生二者关联性的,就有可能避免革命或者人民不得不出场,如果人民不得不出场是消极权利的话,也就意味着:如果政治结构没有理性、自觉性,人民出场也是难免的。

总体上,我所讲的是自己对整个政治宪法学理解以及借助于陈端洪这篇文章,我所理解的现代政治的核心问题,即中国的宪法学和法学研究主要任务是寻求合比例的政治结构。在这个结构里有三点必须要考虑:第一从主权到治权的分与合,你不能光把主权进行划分,同时还要有能力把它合拢回来;第二是政府和臣民之间除了力量平衡关系外,还要考虑政府和个体之间构成的合作社共同体,这层关系如不纳入考量,那么政治体的平衡也是很难实现的,也就是光有形式没有实质;第三是主权与个体公民之间的关系,如果我们不能在主权和个体公民之间建立很好的连接,也就无法实现主权最终回到统一性上。

刘敏(北京大学法学院博士生):革命、制宪与自然法

按我粗浅的理解,政治宪法学的三条主线应该是:财产与宪法、宗教与宪法、革命与宪法,这也是英国的哲学家洛克思考的主题。而这三条主线又都和洛克的自然法学说有莫大的关系。今天我主要想讨论的是革命与宪法这条主线与洛克自然法学说的关系。

洛克《政府论》当中对宪政的论述,大家比较熟悉了。我今天想以洛克在《自然法论文集》中的一段引文引入今天的话题。洛克在第一篇自然法论文中论证自然法存在的论据时,有一个论据就是自然法是国家宪制(constitution)的基础。他这样说道:“人类社会似乎依赖于两个基础,首先是国家的固定形式和宪制结构(constitution of regime),其次是契约的实现。如果这两个要素被废除掉,那么任何人类共同体都将解体,正如如果自然法被取消,这两个要素也就解体。”(Essays on the Law of Nature I, pp.118-119, 以下称Essays)我将洛克的论证进一步表述为:从纵向的公法角度看,于人民而言,没有自然法,统治者就不会有法度,任意而为,人民最终只能沦为统治者权力的猎物;于统治者而言,人民也不会有法度,肆意而行,统治者只能靠武力压服,对统治者的服从缺乏真正的约束力。自然法对于统治者和人民都形成了约束,统治者不是为命令而命令,之所以命令是因为遵守“维持和平”的自然法诫命(precept),人民不是为服从而服从,之所以服从是因为遵守“服从上级”的自然法诫命。自然法是统治者和人民形成稳定的纵向的命令—服从的公法秩序的基础。从横向的私法角度看,没有自然法,人们之间的交易将毫无规矩,不可预测,沦为纯粹的利益算计。人们不是为守约而守约,之所以守约是因为“契约应当遵守”的自然法诫命。自然法也是人们形成稳定的横向的私法秩序的基础。如果没有自然法,人类社会的实证法秩序就无从谈起。

当然,这里的constitution我们只能理解为古典意义上的宪制,指国家的形式和政体结构,但是我觉得这种古典意义的宪制有助于我们今天对宪政的理解,宪制这个词本身就是指一种政治生活方式。更为重要的是,constitution不但可以指国家的结构,而且也可以指人的结构。洛克《自然法论文集》中也在人的结构(constitution)的意义上使用了这个词。人和国家的同构性,这种学说在《理想国》中是最为典型的,柏拉图认为谈论人的正义,先从城邦的正义开始,某种程度上说,理想的城邦正义就是城邦中最高贵的部分——哲人施行统治,城邦结构(constitution)中的各个部分相互和谐,理想的人的正义就是灵魂中高贵的部分——理性施行统治,人的结构(constitution)中的各个部分相互和谐,这样,人是健康的,城邦也是健康的,政治同医术一样,是一门技艺。

霍布斯《利维坦》的导言也将国家类比为“人造的人”，而主权，就是“人造的灵魂”。柏拉图与霍布斯的这种类比“形式”上相似，“实质”上颠覆了自然与人的关系。霍布斯在导言中指出，同个人一样，国家这个“人造人”内部结构和谐的时候，就是健康；而内部结构不和谐，发生叛乱，就是疾病；内战爆发，就是死亡（高全喜老师提醒过我们，政治体也是一个从出生到死亡的生命过程）。霍布斯在讨论内战的《比希莫特》的末尾提到了一个词，就是“革命”。Revolution在词源上还有天体循环运动的意思，于是霍布斯将其称为“主权的循环运动”。

霍布斯未能看到光荣革命，在我看来，光荣革命初步克服了英国内战这场“清教革命”所引发的宪政危机，初步医治了英国政治体的疾病，使得英国真正起死回生了，同时，也使革命不等同于叛乱。而霍布斯之后的洛克恰恰身处光荣革命的时代。尽管拉斯莱特通过细致的考证，证明了洛克的《政府论》并非光荣革命时所作，但是洛克在光荣革命之后发表《政府论》这一行为，仍然为革命提供了最深深层次的辩护。这反映在他光荣革命后专门为《政府论》撰写的序言中：“巩固我们伟大的复辟者、我们现在的威廉国王的王位；为他的王位正名：他的王位出自人民同意，这是政府唯一合法的形式，他比基督教世界的其他君主都更为合法。”（拉斯莱特主编《政府论两篇》第137页）菲尔默在《父权制》中的发问直指反抗权的要害，可谓天问：“什么是合法反抗的原因？”谁来裁判？洛克在《政府论（下篇）》最后一章“论政府解体”中答道：“谁应是裁判者这一问题不应含有绝无任何裁判者的意思，因为如果人世间没有司法机关来解决人们中间的纠纷，那么天上的上帝便是裁判者。”同时，洛克持有的观点是，没有法律，就没有裁判。对革命和叛乱进行区隔、进行裁判的标准理论上言之，就是自然法。这与洛克“自然法执行权”的奇怪学说密切相关。

我们现在看到，对于洛克来说，自然法要为日常政治提供基石，更要为非常政治提供判准，是洛克政治哲学重要的前提性思想。而洛克的成熟作品中却没有详尽的论述，我们要结合他早期的作品《自然法论文集》来寻找启迪。洛克《自然法论文集》的创作与英国内战有密切的关系，英国内战又称“清教革命”，是宗教问题作为当时英国最大的政治问题无法在古老宪制的框架内解决、终于走向战争的一场宪法危机，宗教问题

最终以光荣革命革命和解（Revolution Settlement）的方式解决：安置英国教会的位置、宽容宗教异见者等。早在复辟前后，洛克就写下《政府短论》两篇，探讨宗教宽容问题。并且在《拉丁文政府短论》中自创了一种法律分类，作为思考宗教宽容问题的理论框架。洛克将法律划分为神法（或道德法）、人法（或政治法）、兄弟法（或慈爱法）、私人法（或修行法），后三种法的约束力来源最终都要归诸神法。而他将神法根据知晓方式的不同划分为自然法和神圣实证法，前者通过理性，后者通过启示。自然法是洛克早期思考宗教宽容问题的理论根基。在写完两篇《政府短论》之后，他就开始转向自然法的思考——《自然法论文集》。洛克的《自然法论文集》以上帝作为第一个词开始了对自然法的讨论，他将自然法定义为：这个自然法能够被描述为，神圣意志的律令（the decree of divine will），为自然之光（the light of nature）所发现，指明了何者与理性本性（rational nature）相一致，而何者与其不相一致，并因这一理由而发布命令或禁令。我们从这个定义中就看到，自然法的理智论因素和意志论因素存在着巨大的张力。自然法之所以“自然”，是因为指明了何者与人的理性本性相合，何者不合，这是自然法的质料方面，这方面谈的是自然法的理智论因素；而自然法之所以是“法”，是因为是“上帝意志的律令”，并且令行禁止，具有拘束力，这是自然法“法”的一面，形式的一面。《自然法论文集》对于我们的意义并不在于能够给洛克的自然法学说提供一个融贯的解释，而在于它突出地向我们展示了洛克思想中的巨大张力和困难，从而向我们展现现代革命政治所需要面临的问题和挑战。洛克的困难可能和他的成功同样重要。

二、民国宪制与立宪基础

姚中秋（北航高研院教授）：从历史和生长的角度理解八二宪法

本次会议讨论的重要议题是制宪权与立国理性，这把讨论政治宪法学时不能不处理的紧张关系揭示出来了。

制宪权与制宪理性或者立国理性之间的关系是深刻紧张的，这个紧张有点像刘敏博士讨论的神意论和理性之间的紧张。关联主权的制宪权强调的是主权者意志之宪法表达，就是主权者利用他的主权设定一个政治秩序，甚至说设定一个共同体的生活方式。

这里蕴含着严重的危险。韩秀义教授讨论的美国费城立宪，则不是主权的合法表达，而是一次偶然的历史事件，当时并没有人授予他们制定宪法的权利，他们是作为那十三个州的元老，根据自己的理性，提出了宪法的建议。这一点，立宪者在《联邦论》中有非常清楚的说明。

我的看法是，一个共同体，当其面向未来建立一个永恒秩序时，一定不可仅仅诉诸政治上的主权者。若如此，绝不可能建立永恒秩序，而一个好的宪法一定是从一开始就指向永恒的秩序。当我们讨论永恒秩序时，就不可能不涉及文明、历史、神，这是政治运作的自然逻辑。也就是说，国家的主权，内在稳定的主权，一定是内在多元的。

我的意思是，我们不应该在那么一个强硬的立场上讨论主权或主权者或者制宪权。因此我想问，主权这样的一个概念对于我们讨论宪法秩序究竟有什么意义？能扮演什么样的功能？由此我想更进一步问，主权、主权者这个概念，在中国的政治宪法学中能不能成立？

我有一个感觉，主权这个概念是关联于神启政治。一个共同体相信，神是一个绝对的主宰者，其投射于人间，就是政治上的主权，不管是君王也罢，人民也罢。主权有绝对的崇高性，有绝对的权威。可是，在没有任何一神论信仰的国度，这样的主权能不能成立？我对此深表怀疑。

现代宪法学，似乎都从人民主权开始，但必须如此吗？思考宪法，可有两条路径：一个是由人民思考代表，一个是由代表思考人民。这背后其实是两个不同的宪法理念。由人民到代表的进路特别强调主权，首先把人民设定为主权者。但这个主权者没有办法在人间活动，只好找代表。这样一个主权理论背后必然有一个神学背景。主权理论特别关心政治秩序的起点，我们从哪儿开始，或者由谁来创制。这完全是一个神学的思维。而在由代表到人民的进路中，主权问题不重要了，重要的是如何生成好的秩序。这个主权归谁，也不重要。它从什么地方开始，同样不重要。我们已经在这儿了，不需要思考从什么地方开始的问题。

归根到底，这两种思考方式，一个突出意志，一个突出理性。这也是我跟高全喜教授一直争论的问题，我比较倾向普通法宪政主义，而高教授比较倾向于主权理论。

因为主权理论，我们对宪法寄予太多期望，试图用宪法构建一套秩序。但是，宪法有没有这么大的神力？我们现在把宪法想象成一个神降临

人间，一夜之间塑造一种全新秩序。但是，宪法真有这样的能力吗？我严重怀疑。当我们将宪法寄予那么高期望，实际上隐含了一个非常危险的倾向，就是立宪者的道德和理性自负。

下面我依据这个分析框架，对1982年宪法略做分析，主要是宪法序言第一段的意义：“中国是世界上历史最悠久的国家之一。中国各族人民共同创造了光辉灿烂的文化，具有光荣的革命传统。”

美国宪法说“我们，美国人民”如何如何，而1982年宪法采用了历史叙事方式。我认为，两个宪法的叙事方式体现了两个不同的文明体思考政治秩序的不同路径。中国不是一神论的文明，你用神启的、最高神降临的方式思考政治，可能并不是很恰切。

当然，中共建政以来五部宪法的逻辑，实际上是有较大变化的。这60多年的宪法史大概可分成三个阶段：第一阶段是共同纲领，第二阶段是1954年宪法到1978年宪法共三部，最后是1982年宪法。包括1978年宪法之前短短的32年间，就有四部宪法，平均八年制定一部宪法。讨论中国宪法，首先需要面对这样一个问题：为什么1978年以前的宪法都很短命？与这个对应的问题则是：为什么1982年宪法寿命这么长？这一宪法体制的生命力在哪儿？

回头来看宪法史，《共同纲领》是第一个阶段。带来《共同纲领》的是一次非常规的革命事件，以革命的而且是以战争方式进行的革命，《共同纲领》也把革命确立为新秩序的使命。这一点与后来的四部宪法不同。这部宪法的序言中似乎可以读出主权论的痕迹。

革命被后来的宪法延续了，包括《共同纲领》在内的前四部宪法建立起来的秩序，都是继续革命的秩序。宪法的目的不是终结革命，而是确立一种体制，以便进行更大规模的革命。这是人类宪法史上非常奇怪的现象。

但是，对革命，后四部宪法用不同的宪法语言处理了。1954年宪法，或者1954年宪法所要规定的政体是通过历史而登场的。宪法序言首先叙述了十九世纪中期以来的百年中国革命史，而宪法设定的宪法秩序就是革命史的阶段性成果。统治的正当性被建立于革命历史所呈现的历史必然性之上。1982年宪法延续了1954年宪法的历史叙事思路，但是，把历史视野拉长了。

我觉得，这四部宪法恐怕体现了中国人思考

政治的一个基本方式。在一个没有一神信仰的国度,人民主权式的论证是不能获得足够正当性的。立宪者只能把宪法秩序置于连续不断的历史过程中来证成它的永恒性。人间的秩序无非三个终极正当性来源:要么是神启,要么是历史的连续,要么是革命。在1954年宪法之后的四部宪法中,我们可以看到一点:始终坚持历史正当性论证。

那么,1982年宪法在这四部宪法中又有什么特殊之处呢?它的生命力为什么最强?我要说的是,1982年宪法是中共的“第二次立宪”。第二次立宪是我研究西汉早期政治提出的概念,可以参考我最新出版的著作《国史纲目》第十八章。打天下以后,一定会有第二次立宪,转向治天下。1982年宪法在相当程度上发挥了第二次立宪的作用。最大的变化体现在宪法序言第一段。

这段话把原来那三部宪法的历史叙事视野拉长了,从革命的历史叙事变成了文明的历史叙事。我从这一段话中总结出了三个核心词,也就是三个条款:第一个是历史条款;第二个是文化条款;我认为非常重要的一个是第三个条款,就是“中国各族人民”这句话。前三部宪法都写作“中国人民”,我们知道,在官方意识形态叙事中,“人民”是特定的概念,只指国民中一部分人。而“中国各族人民”则借助历史条款和文化条款成为一个全覆盖的概念。换言之,这个时候,作为国家主体登场的,不再是阶级性因而是局部的人民,而是总体性人民。也就是说,作为政体的人民,假如它是主权者,也是在历史和文化脉络中诞生并登场的。这一点,完全不同于美国宪法序言。

历史正当性论述,意味着文明登场。1982年宪法通过其序言第一段,确立了中国文明相对于革命的优先性。由此,1982年宪法就不再是一个纯粹的革命宪法了。它把革命置于文明中。文明是首要的,革命是从属性的。这就是1982年宪法之所以能够稳定的根源所在。因为有这样的宪法,改变了权力结构:权力从属于文明,政府不再凌驾于生活之上。也就是说,政府不再试图全盘改造生活,而是顺应生活的逻辑。

由此,有了中国30多年的中国文明复兴。30年的变化其实就是因为政府不再压制、取消民众原有的经济、社会生活方式。这样的生活方式的复兴,带来了经济社会的繁荣。因为这样的宪法精神,宪法就有了一个持续的生长过程:它不断地容纳生活。1982年宪法的生命力就在于此。

当然,1982年宪法的问题也在于,它仍有革

命的一面,这就是第一段中的第四个关键词,就是“光荣革命传统”条款,由这一条款又接上了百年的革命历史叙事。这一点,对于我们理解当下中国政治仍然十分重要。

因此,1982年宪法有一个双重结构,文明叙事和革命叙事同时存在。两者的紧张,就构成了宪法演进的动力。1982年宪法还将继续生长,并且确实如此:习近平提出的中华民族的伟大复兴的政治纲领,跟1982年宪法的精神是一脉相承的,这一精神体现在1982年宪法序言第一段。从这个意义上,政治宪法学才是这个时代最恰当的宪法学。因为,这个时代宪法学的主要任务就是如园丁一样,养护宪法,让宪法继续成长,直到文明与革命的紧张被化解。

李道刚(兰州理工大学教授):近代先贤黄远生宪政学说初探

我想集中谈谈民国时期黄远生先生的宪政学说,主要从以下方面展开:

(一)黄远生的新闻法制观

黄远生的新闻法制观是其宪政学说的核心,其中关键在于实现新闻自由。他将消息和通讯作了区别,主张消息神圣,通讯自由。他强调,争取言论自由的目的在于监督施政,主张报纸要能在“言论界”起“秉公劝告”的先驱作用。概言之,远生主张的实现新闻自由的方案大略有以下内容:

1. 报纸要成为公共言论机关

黄远生再三强调所办的《庸言》杂志为“共同辩论之机关”,“极力保持言论独立之精神,与一切个人关系及党派无涉”。这与西方新闻工作专业主义的一些基本原则,都有很多相近的地方。黄远生这时的新闻职业化思想的萌芽可谓是在中国特殊语境下的一种自由主义职业思想。

2. 舆论起着沟通社会的作用

(1)平衡民意表达。远生认为,言论自由不仅有民主政治的价值,而且首先具有促进自我完善和文化进步的功能。因此他反对因言获罪。

(2)实现政党政治。远生依托新闻媒体,批判党同伐异,倡导两党政治,其政党观既颇为系统,又不失深刻,是民初社会众多政党言论中很具特色且重要的一种。远生认为,国家应从意见表达自由的基本权利,发展出从政自由及组党的自由权利,此即自由政治。其对自由政治的基本见解是:只有不同的社会力量、利益群体、政治理念以及为之代表的政党团体的互相碰撞,才是构建宪政国家的正确途径。

3. 新闻报道应当真实和客观

黄远生从宪政治国必须实现信息自由的角度,来思考新闻报道的真实性和客观性问题,而且记者的报道也务必限于其对事件的“基本事实”的真实性确有把握。不仅如此,黄远生还认为,新闻报道要多样化,这也是对新闻报道客观性的一种要求。他的这些主张,对后世的新闻法治的理论及实践都产生了相当影响。

4. 实现新闻法制需有政府介入

黄远生在“宋教仁事件”后,政治态度有所向保守转变,加之留日的学养背景,迷恋“形式的法治”。一方面,远生主张,总统不应将精力继续放在剿灭乱党和以党派划线上,而是应尽快建立足以服民望的政府,革新政治,建设国家,以示天下为公;另一方面,他又私下向袁世凯建议实行新闻管制,此可看作远生宪政思想的局限。不过,笔者依然认为,其思想的主流仍是企盼逐步实现民主宪政。

至于黄远生新闻自由思想上的前后矛盾,源于:一方面,他意识到了新闻这一行事关重大,从业者需具备相应资格才能胜任,而他又尚未找到提升整个社会报人素质的可行之道;另一方面,也确与其当时的政治立场有关。因此,远生寄希望于政府的干预,无疑是拥袁的反映。

(二)黄远生的宪政实践观

1. 学习东洋,变政自上

黄远生一贯崇尚理性,反对流血革命,希望中国能走上日本渐进的现代化之路。他笃信“改良”,对土耳其的革新运动也颇为推崇;同时以青年革命党的政变为例,告诫国人同室操戈可能会引狼入室,说明国内政治稳定的重要性。

2. 施行立宪,依法治国

(1)立宪最为紧要。黄远生认为,宪法本一国之根本大法,由它规定国家生活的基本秩序,不免抽象,然而针对宪法中的问题以求解决时,则需宪法的根本精神,不能以党所取代之,或曲解全民共同信守的宪法。立宪后人民享有言论、集会、出版自由,非依法不得限制。对于立宪,黄远生认为这不仅仅是政府、统治者的事,广大国民更应该积极行动,通过广开演说会,办白话报馆、平日学堂,启迪民智,唤醒民众。关于宪政制度的具体运行,黄远生主张,宪政体制之下新国家管理的基本目标应是:巩固秩序和休养财力,量入为出和节用裁冗,加强地方财政和增加田赋。远生认为,实行宪政应先解决民生问题。而解决

民生问题,必以巩固秩序和休养财力为出发点,因此二者“宜急不宜缓”且“宜简不宜繁,宜实行不宜空谈”。

(2)法治取代人治。内政是主权国家的第一要务。黄远生的宪政学说不仅仅是批判的也是建构的。他认为,对内行使主权要靠法治。远生主张的法治国,要旨在于全国之人人皆有的相当之权利,且人人须服从相当之法律。国民之权利,明载于宪法:总统、议院、司法机关之职权,也载之于法律。这样,任何个人都不能有特殊的权力。同时,远生在《游民政治》中揭露“官学病”(即现代的“官本位”)。在这里,远生把中国盛行的“官迷病”、“关系学”、“裙带子”的病根找出来了,即人治。

3. 管理国家,三权分立

由于临时约法在责任内阁制度设计上存在严重的缺陷,特别是没有处理好总统与总理的权力关系,所以这种内阁制政体制度从一开始运作就困难重重,经常引发总统与总理的权力冲突。黄远生认为,“即非有议院之协赞或议分,不得滥赋人民以权利义务;若科罪定税征兵诸大端,皆非法律不可,故议院重也;下议院之议员必由人民选举,诸国所同,而舆论议政枢胥以下议院为重,又诸国所同。但举议会一端抬举宪政有偏颇。民水生必行宪,数千年百姓沉吟困顿于专制,官府无所不能,一知县而三权并县,而民直无由伸也。诸君今日以茹丘所得,使之于无名无用之税款,取不知其所以,出不知其所往之无量苦痛,不可减乎”。

(三)黄远生的政治文化观

政治文化是民族国家的根基,是宪法生存的土壤。远生的政治文化观包括两个核心内容:提倡新文化和构建公民意识。两者相互关联,后者又是前者的深化。

1. 革新文体文风

黄远生明确提出:应当借鉴西方以文艺复兴为中世纪改革之根本的经验,用新的文艺形式向广大人民传播现代思潮,以改革人民的旧思想,对中国作“根本救济”。

黄远生提倡新文学,反对旧文学。黄远生在中国首创了通讯这一独立的新闻文体,并成功地运用这一文体进行新闻报道,这是一种比消息更详细、更生动地报道客观事物或典型人物的新闻体裁。

2. 构建公民意识

黄远生认为,构建公民意识,摈除臣民意识,

作为记者应从自身做起。同时,他认为新闻自由应从记者自身做起。记者不仅应当是理论的倡导者,更应该是理论转化为实践的践行者。

(四)结语

有的近代史学术作品将民初的政治风云人物分为三个年龄组:60组、70组和80组,分别具有经学教育、混合教育,以及新式教育背景,代表保守、开明和自由三种社会政治思潮。作为80年代中生人的黄远生,接受西方宪政制度的初衷,与前两者不同,既非不得已的政治权宜,也非出于功利性的考虑,而是亲历了宪政文化,并由衷信奉自由宪政的学理。作为报人和律师,实行宪政符合其切身的利益,宪政建设既能维护这一社会群体的政治利益,又会排除大量的竞争对手。无论如何,在留日时宪政制度下的生活,肯定给远生以政治思维上的启迪。他的政论文既有深刻的理论洞见,又不乏生动直观的场景再现。远生摒弃臣民心态,提倡公民意识的呼吁,与其树立宪法信念的同一文化逻辑是:知行合一。这也是中国传统政治文化既不完全赞成言论自由也反对思想自由的原因所在。

聂鑫(清华大学法学院副教授):民初制宪权问题再审视

宪法史是我的主要研究方向之一,但是我的学科划分不是在宪法学,而是在法律史和比较法,很荣幸被叫来,原因可能是高老师比较关注近代宪法史,另外制宪权问题本身也是政治问题。大家知道辛亥革命,袁世凯做了总统,实际上国民党人控制的国会希望给他虚位的总统。宪法起草过程中袁世凯提出两个关于制宪权的问题:第一是宪法公布权属于大总统还是国会;第二是大总统是否可以派人参与宪法起草表达意见。对于这两个问题国会都置之不理,之后就发生国会的解散以及制宪的中断。

对于袁世凯提出的两个问题,就是宪法公布权属于谁,总统是否可以参与宪法的讨论,当时的制宪者避而不答,而大部分宪法史著作也没有做解释。袁世凯当时解散国会的通电是这样的:制宪关系民国存亡,而国民党人自己为虎作伥危害政府。宪法公布生效后作为最高法律当然不能随意屈从于政治,但是制宪本身在一定程度上首先是政治问题而不仅仅是法律问题,在制宪过程中必须基于政治现实去折中妥协。以美国宪法为例,我们讲它其实有很多的妥协。当然制宪权有起草、议决、公布三个程序,民初国会蛮横地垄

断了这样一种权力。从美国经验我们来看阿克曼的理论,尽管在宪法上我们讲总统是没有制宪权的,可是我们看历次的美国重要的宪法时刻,总统其实扮演非常重要的角色,阿克曼称他是扣动制宪扳机的那个人(trigger)。一般法律史总讲说临时约法是内阁制的设计,可是临时约法里有总统制的因子。典型的是临时约法规定,临时大总统对于法案有否决权,事实上扮演第三立法者的角色。

所以我们需要检讨几个问题。一个是在制宪过程中宪法起草委员会有一个一党畸大、垄断制宪的问题。其实当时的党派非常乱,大家经常跨党,国民党在民二国会里顶多是一个相对多数,但是国会议员互选组成宪法起草委员会的时候,国会采用的投票方式是连记投票制,以每个议员可以连投20张票这样一个方式,实际上导致宪法起草委员会里面的国民党的人数与国会里国民党人数不成比例,这样国民党在一定程度上其实垄断了制宪。另外,国会作为制宪会议是否是最佳选择,因为当时的情况是他有一个先选后宪的难题,就是先选了总统、先选了国会,再制定宪法,而且这个制定颁布的宪法是要在本届国会、本届总统任期内生效,这就意味着本届总统的权力会减少,本届国会的权力会扩大,这其实有个制宪自肥的问题,如果对照后面的话其实更好的是组成单独的制宪会议,避免这样的一个问题。

另外一个制宪权的平衡问题,就是转型期的权益协调以及政局稳定。我们讲清末民初有一个旧势力和新民意的问题,旧势力其实代表了当时很多旧人,本来当时达成了一个妥协,而旧人的代表当然是袁世凯,其实袁世凯某种意义上是对于转型期转型政治起到稳定作用的。强调宪法作为议会的制定一般法律规定高难度修订程序,其实往往是源于制宪者对于议会民主的议会专治的怀疑乃至恐惧。

另外从省制的争议上看,民初的制宪当时根本就没有充分的基础。民初国会在水平的分权的问题上,就是中央政府的分权,能达成一致。可是要谈到中央与地方的分权(垂直分权)则完全无法取得一致意见。因为我们知道,民国的建立、共和的兴起是从各省独立兴起的,各个省有强大的离心力,谈到省制问题时从来没有达成妥协,所以当时制定宪法根本就不是完整的宪法,天坛宪草根本就没有关于省制的规定,这个问题地方根本不买中央的账。议会呢,其实即使地方选举

出来的议员也不能完全代表地方的权益。

从某种意义上说,其实制宪不如守法,守的是临时约法。其实,《大总统选举法》确立以后,中国制宪事业其实可以告一结束,因为临时约法、国会组织法与大总统选举法,三种法律其实构成一个与现代一般宪法相似的政治宪法。比如就法国来讲,其实法兰西第三共和国宪法不是一个宪法典,是由三部法律组成的,就是参议院组织法、公权力组织法和公权力关系法。但是,我们当时的人总是不把临时约法当成正式宪法来看待,总想要改,究其原因:其一是临时约法制定时民主正当性的缺陷,临时约法不是由真正的国民代表机关议决的;另外它制定颁布的南京临时政府也不是全国的统一政权;再有“临时”两个字可能也决定他的命运。可是我们比照德国基本法的经验,三个理由都不太充分。德国基本法的经验强调首先宪法是一个共识问题,如果达不成共识,有一方强行执行一个纸面上完美的宪法,这将引发对立、分裂,倒不如抱残守缺了。二战之后以色列建国也是一样,以色列建国的时候因为政教没有办法达成协调,所以就回避了制定宪法典的问题,美国有学者说这是消逝的宪法时刻,比较可惜,但实际上这符合以色列的国情。很多人讲没有完美的宪法,好的宪法一定是逐渐成长起来的,实际上美国宪法的有的部分也是不完美不民主的,包括大法官的终身任期制,现在美国左派的学者也认为有问题。所以,民初制宪的根本矛盾在于总统希望有职有权,国会曾最大希望地能够架空的权力,两者是达不成妥协的。在达不成妥协的情况下,国会的临时约法其实是比较好的选择,制宪意味着太多的不确定性与风险。

民初的两场失败的政治试验——自由主义代议政治和独裁政体,“似乎彼此是在相互斗争中消灭的”,代之而起的是分散的军事霸权主义。在军人统治之下,士兵成为“军阀唯一的选民”,但其军事的胜利并不能带来有效的政体与稳定的文官政府,“中国的政治斗争进一步军事化”,宪法本身变得可有可无。而民初所谓的护法运动,护的正是那部不完美的临时约法。更具反讽意味的是,当1923年正式的“完美”的宪法真的颁布了,反倒没人要“护法”了。

李富鹏(中国政法大学法学院博士生):天坛宪草之孔教入宪

我今天讨论的话题是天坛宪草之孔教入宪,算是民国初年的一段往事,但这段往事还未过去,

至今还有启发意义。对于这个话题,文化史、社会史、思想史讨论较多,并集中在民初的孔教运动和孔教会。今天,我主要从法学的角度做一点解读,讨论“孔教入宪”到底给我们提出了什么宪法问题,以及当时的制宪者如何解决这一问题的。

我用的材料是已经整理出版的《民国北京政府制宪史料》,就是制宪过程的原始速记录。我大概统计了一下,从1913年9月27日到1917年5月2日,围绕“孔教入宪”的相关提案大概讨论了10次。在阅读史料的过程中,我尽量保持比较克制的心态,尽量不受原有思维框架的约束或者控制,提出一些貌似有趣的伪问题。开始阅读,特别吸引我的是各位议员的激烈争议,非常繁密,往往导致制宪僵持难下,当时的人有“短兵相接于议会”的生动描述。随着阅读的反复和冷却,在彼此看似针锋相对的争议背后,我似乎渐渐地发现了双方共识性的制宪基础。其实道理很简单,如果没有争议大家就没有立宪讨论的必要;如果缺乏基础性的共识,大家坐下来参与立宪论辩又并不可能。

如何发现制宪共识?第七次论辩讨论中,一位立场突变的议员非常有启发意义。这个人就是胡汝霖,后来做过教育次长。在所有的10场论辩中,胡汝霖的转变最为巨大,是彻底的颠倒。我的文章摘录了他的发言,“本席根本上主张原系排斥宗教于宪法之外,现在又提倡此说,则以中国现在情形,四万万人之程度非八百议员之程度所能引进。且国家之进步系于国民程度之进步,所谓国民程度之进步者,系多数人民程度之进步。议员之后尚有国民,有国民斯有国家,议员之后设无国民何能成为国家?”胡汝霖的转变并不情愿,他自己说:“此本席所以主张定孔教为国教也,但有应声明者,本席向来不赞成宗教,亦不赞成孔教,更不赞成规定国教。今日此项主张其非与良心相违?须知本席今日系不得已而发言。”

促成胡汝霖如此巨大转变的是议员马君武的一个论断,他说当时的中国与西方先进国家的差别不止两三百,而是上千年。如此巨大差异,我们该如何处理?很可惜立宪录里没有马君武的发言,但我翻查他的资料,在1917年《学艺》杂志的第1期,马君武发表了《反对宪法草案第十九条第二项之意见书》一文。文章中,马君武强烈反对宪法草案第十九条第二项,即“国民教育以孔子之道为修身之大本”。可见,马君武不仅反对孔教作为国教入宪,甚至连把它作为教育条款

入宪都是持根本反对态度的。事有巧合,在1917年的《圣教学报》第2期上发表了一篇文章《请愿公民陈挺生》,从一个公民的角度来表达孔教应该入宪,胡汝霖是这篇宣言的5个推荐者之一。

在这两位议员的介绍中,我们可以发现,所谓立场不同,并不是所在场域不一致,而是身处相同的制宪场域之中,彼此站的角度并不一致。他们是基于相同的理由,却产生了针锋相对的观点。原因就在于他们所共享的那个共识本身就存在着巨大的张力,这个巨大张力就是民国理想与国民现状的绝大差异。制宪史料之中,没有一位议员不认为未来的民国应该追赶一流,未来的民国应该崇高灿烂;同样地,没有一位议员认为国民的素质基本合格,大家对国民现状都做了比较低的判断。只是两派的论证各有侧重,孔教派的立论基础就是国民现在道德沦丧,民风浇薄,尤其青少年很难把持自己,犯罪率很高。反对派则侧重在世界各国的地位,一流、二流与三流,当时的民国属于末流,甚至有亡国之虞。所以,两派共同的叙事造成了极大的共识张力,一个不断的往上扯,一个不断的往下拉。

就在这样的一个共同的语境之中,我们才能够理解孔教入宪的真正意义,孔教入宪之于近代转型中国有特殊意义。可以说,孔教入宪的核心问题并不是表面争议的政教分离问题、教育问题、宗教概念问题等,而是另外一个问题:那样一个让人向往的特别灿烂的共和国理想如何才是可能的,如何才能实现,“国民”之“民”(person)如何成为“民国”之“民”(nation)?

这里,我必须提及另一位议员向乃祺,他的发言最为恳切,他说我们不要执拗于字词的表面意思。从功能的角度去看,孔教入宪体现了一个国性的问题。关于国性的界定,大体有两个方面:第一,统一人心;第二,涵养进化国民的统属之性。简而言之,就是涵养每一个国民的人格,使其进化,成为独立个体,并且在涵养过程中注入统属的因素,使个体国民之间能够最终统合为集体性的国民人格。这样的国民集体人格才能支撑起民国的国家位格。这才是孔教派的真正关注,这里没时间充分展开。

说到这里,我们不妨再进一步追问“教”的概念。近代以来,我们往往用西方的概念与思维框架中理解自己。从上面的分析中,便会发现西方宪法的概念范畴对于解释近代中国的制宪困境并不十分有效。因此,在概念使用时,我们必须自觉

地剥离掉附着于概念的原有语义,从功能的角度反推概念的内涵,从语境使用中获得概念的活力。

剥离语义附加,着眼“教”的功能特性的处理方式,特别类似历代之经学发生义理纷争时,要诉诸文字训诂的小学。文字的结构是支撑义理(语义)的基础。因此,《说文》对于“教”的解释对我帮助极大。“教,上所施,下所受。”“教”字的框架结构本身包含着一对范畴:“在上者”和“在下者”,所以存在“在上者”与“在下者”的交流与融通。所以,“教”的产生前提就是在上与在下的势差,没有势差与张力,“教”就没有存在的必要。与孔教入宪相联系,制宪共识中“民国理想”与“国民现状”的巨大张力与紧张就是这个“势差”,因此需要“教”的调和。因此,民初制宪中,“孔教”只是作为“教”的一个化身而已。

如果我们将目光后移到1936年,吴经熊与张知本主拟的“五五宪草”已将另一个“教”的化身“三民主义”写进了宪法序言、总纲、基本权利义务和教育专章,形成了更为完整的规范体系。视线再往后拉长,1947年中华民国宪法与1949年之后的中华人民共和国宪法关于此点的立宪思路与框架也都没能超越天坛宪草的格局。所以,我们是不是可以大胆地说,在天坛宪草制定的整整一百年里,一个关于“教”的宪法机制一直存在于我们历部的宪法之中。这个宪法机制是不是可以简单地概括为:落实于宪法之中的,生成着宪法的宪法机制。

首先,宪法之“教”的功能与目标,大致就是提升、整合与支撑。提升个体性的国民,整合为一个集体性的人格,从而支撑国家目标。其次,宪法之“教”的实施主体。“教”的提升与整合,必然要求实施主体发挥力量。中国宪法之“正当性”前提往往是对阶层、阶级与政党的“先进性”论证。“八二宪法”序言的两个核心论述,就是革命的历史正当性与阶级的先进性排列。最后,宪法之“教”仍要制度落实,落实为具体的宪法规范,而每一个宪法规范都对应着整套的制度。仅从教育这个角度观察,在教育法规、学制设计、教学大纲、课程设置、教材编写、考核指标、师资培训等方面都会有所体现。

当“教”的功能落实为宪法规范,“教”的机制便对宪法的结构与运行做了深刻的改造。除了着眼于“国民”一端的基本权利与个体尊严外,“民国”的国家理想也同样是近代中国宪法的正当性基础。在救亡与复兴的近代语境下,“国民”与“民

国”共同构成了近代中国宪法的二元正当结构。“教”的核心功能就是调节两个端点,使其保持适当的张力,并不断促进其融合。当然,“教”的“整合”往往成为“吸收”,即“民国”不断地吸收“国民”,打造其为理想化的统一体。因而,“教”的“提升”功能又极易造成“倒置”的危险,“民国”成为不容控制的权力核心,“国民”的基本权利不再受到周全的保障,甚至服从于国家权力,以接受改造,造成个人与时代的悲剧。因此,如何运用“教”之宪法功能,使得“国民”与“民国”达到微妙的平衡,需要极高的智慧并承担极大的风险。

三、宪法权威与政体设计

高全喜(北航高研院院长,法学教授):论宪法的权威

我的论文是新近写的,在会议手册里,在此我就不重复说了,我只是谈一点背后的想法。记得韩大元教授也有一篇论宪法权威的论文,他的基本逻辑是基于现行宪法文本运行的实施视角。我的这篇谈宪法权威的论文与之不同,我不关注现行宪法运行尤其是宪法实施中的权威问题,而是追问宪法的合法性或正当性问题,即一部立国之根基的宪法创制,其正当性何在?如果不是仅仅立足于武力征服或革命暴力,那么这部宪法的正当性何以证成?如果有了这个正当性,那么其权威也就自然秉有了,也就是说,宪法之权威是与宪法创制的正当性密切相关的,至于这个宪法实施中的权威问题,只是一个宪制运行的技术性环节,并不具有根本性的意义。

因此,这是一篇政治宪法的论文,我关注的是宪法的政治宪法部分,而不是法律宪法部分。我认为中国宪法面临着两个根本性的问题:第一,人民代表大会作为中华人民共和国最高的权力机关,制定宪法,这个最高权力机关的依据是什么?第二,作为根本大法的宪法,其正当性的依据是什么?当然,这是论文思考的背景,或问题意识,但这篇论文并没有直接回应上述两个问题,而是把它们作为思考的基点,来探讨宪法权威问题。我采取的是外部视角,从一般现代国家的构建来谈宪法的权威何在,无论怎么说中华人民共和国也是现代国家之一种形态,作为现代国家,必须回答上述两个根本性问题。

从宪制国家的理论上,这两个根本性问题大致展开为三个平行的理论逻辑路径。第一个属于政治理论的国家理性的宪法路径,即从政治学

来探讨一个宪法权威的制度基础;第二个属于政治哲学的探讨,即从正当性的价值角度,来探讨一个宪法权威的正义性基础,尤其是思想史谱系的政治哲学,有大量相关的论述;第三个属于法学的探讨,即从法学的历史—规范主义宪制结构,来探讨制宪权意义下的宪法权威之基础。笼统地说,三个逻辑路径,分别是政治学、政治哲学和宪法学,它们对于宪法权威都有相关的理论论述,我大致梳理了上述三个不同理论路径的逻辑脉络,分析了它们对于宪法权威的基本观点以及利弊得失。我认为,三个理论逻辑关于宪法权威的论述既有一致性,又有内在的张力,考察理论史,或研究思想家,我们就会发现,现代国家宪法之权威的论证成,不同的国家形态以及不同的历史时期,关于宪法权威的理论主张其侧重点是不同的,有时候三种理论路径的逻辑是融汇一体的,很难做出不同学科之分家的结论。例如,在现代早期西方的宪法权威理论,诸如洛克、卢梭、西耶斯、休谟、黑格尔等人的观点,就很难说是属于政治学、宪法学或政治哲学,它们是融汇在一起的。但有些时期,不同的理论,就呈现出很大的学科分离,例如马基雅维利的国家利益观,就属于政治学,霍斯汀的国家主权论,就属于法学,而康德的国家学说,就属于政治哲学。当然,由于政治学、哲学与宪法学都是由古典的政治学(古希腊罗马)或早期现代的政治学(马基雅维利、霍布斯和洛克)发育而来的,所以,三种理论路径往往是密切相关或相互包容的;但是,正是因为此,我们也要注意它们之间还是有区别的,很多时候是既有整合又有张力的关系。因此,我在论文中采取了分别性的论述,以显示它们之间问题意识以及时代背景的不同。

结合中国宪法权威的问题意识,我想着重指出的是,我并不企图从三个平行的理论路径的每一种选择中,来获得我对中国宪法的权威性之理论证成,在此,我有独特性的理解,或寻求一种理论的转换。从法学理论的视角来看,法律权威具有两个方面的含义:一方面,法律塑造或构建政治权力的合法性,只有合法的权力才是正义的权力,即权威,不合法的权力则没有正义,属于赤裸裸的暴力;另一方面,法律又限制或约束政治权力的恣意妄为,即政治权力不能是不受约束的,没有规则的,没有限度的,因此,法律权威从法学的角度看就是 constitution。宪政从原初的意义上说是权力的结构构建,即通过法律秩序来构

建法律的权威,因此,罗马法的权威在于权力制衡的罗马混合政体,英国法的权威也在于英国独特的混合政体。

近代国家立国的模式,最常见的可以被概括为“(战争—)革命—建国/制宪”。在此模式中,革命之后如何安顿革命至为关键——这是政法领域的“娜拉出走之后”问题。这个“娜拉出走之后”问题,简单说来,就是大国政治的现代转型,总是面对一个革命与反革命的悖论。这里英美道路和法国道路的区别至为明显,我认为其中的关键就在于,其中的宪法作为形式因,能否用一系列宪政的平衡或者平抑革命(counter-revolution)的制度设计来安定革命的精神。我们这里所说的英美经验中的“反革命”,不是简单的对抗革命(anti-revolution),而是吸纳了革命精神但又驱除革命的戾气的“反革命”,所以毋宁说是平衡或平抑革命(counter-revolution)。革命之后“反革命”的目的在于用宪法来限制人民主权逻辑的极端化。人民主权并不意味着一定要人民直接出场,用哲学的语言来说,法国的是唯实论的人民概念,而英美的则是唯名论的人民概念——“人民主权”只是一种拟制,公民权利却是实实在在的。宪法出场,革命退场,国家进入日常政治。英美两国都通过宪制克服了现代政治的暴虐和血腥,实现了和平建国的目的,展现出了一个革命暴力的‘漂白’机制。宪法是革命之轭,是一种政治规范,要用宪法之轭约束革命的暴力,从这个意义上,一切真正的宪法都应该是“反革命”的。这是英美两国的革命给我们的启示,也是我所谓的现代政治宪法的复调结构——“革命的反革命”。宪法的权威能否确立端赖于此。

“革命的反革命”是确立宪法权威的第一步,也是最重要的一步。迈出这关键性的一步之后,宪法的权威随后还面临着一个如何守护的问题。制宪和立国——无论是由战争所触发,抑或是和平的第三波——是一个政治过程,这个过程中所遵循的逻辑以及在该逻辑下进行的制度设计,对于宪法权威的确立至关重要。一个国家的整个“法律大厦”的稳固都建立在“革命的反革命”的守护之上,脱离了这一点谈宪法权威无疑是一种教条主义的宪法观。事实上,身处当今的时代,更加需要强调这种“革命的反革命”的立宪之后的守护问题。我们后人是在站在“反革命”的角度看“革命”,还是站在“革命”的角度来看“反革命”,这是一个政治宪法学问题。我个人的主张是从反

革命的角度看革命,在此,政治宪法学应该包含规范宪法学。原因在于,法治意义上的规范性民主政治能够解决政权的日常安定性问题和程序合法性问题,这对于国家(权力)和宪法的权威来说是必要的,尽管不是充分的。

具体到中国的百年宪制历史历程,曾经存在着一个困境,就是我们没有一个适格的主体来担当“革命的反革命”,从1912年的《临时约法》到1947年《中华民国宪法》一直如此。袁世凯在民国建国时期就是反革命。这个时期革命已死,袁世凯和北洋一些旧官僚企图把满清逊位接续起来,但他们本身不是革命者,他们是外在于革命的,怎么能够承担反革命的历史大任,所以最终失败也是正常的。从国共合作肇始的“国民革命”或“大革命”开始,中国的问题风向变了,不再是“革命的反革命”的内在主体缺乏,而是革命的内在主体太亢奋,一跃超出了可以被平抑的范围。须知,民主必须有其限度。如果一味强调民主,革命便无法退场,其结果要么像法国革命那样,以人民主权的名义置一部部宪法于水火,最终由一个僭主来收拾残局;要么像纳粹那样,以一个极权主义的独裁政权结束。

严格说来,“八二宪法”不是以重新制宪的方式制定的,而是以修宪的方式制定与颁布的。这就涉及修宪得以成立的政治前提,这也是“八二宪法”自身得以树立权威的政治前提——即对“文化大革命”的反思与对“无产阶级专政下继续革命”的逻辑的拒斥。这与标榜革命激进主义的“七五宪法”和“七八宪法”存在着精神要素上的重要区别,这种区别构成了“八二宪法”向同一法统内的“共同纲领”和“五四宪法”回归和还原的文本依据——尽管这一回归与还原的叙事更多的是一种政治行为的正当化修辞。正是在这个意义上,我说“八二宪法”是一部转型宪法,是一部转型社会的政治宪法,它的政治内涵包含着两重性,呈现为革命与终结革命的复合结构。

诸多学者把“八二宪法”与“五四宪法”加以比较,视其为对“五四宪法”的复归,但我认为,“八二宪法”与“五四宪法”有着本质性的区别,即从根本精神上说,它是一部保守的、试图约束革命的宪法。1978—1982期间,中国事实上处于一种“非常政治”的状态。原有的宪法(“七五宪法”和“七八宪法”)已不能容纳新的改革精神和现实状况,人民要“走出文革”,要私有财产权,要民主与法治,这些诉求相比于之前的政制都是

“革命性”的,“八二宪法”对这些“全民共识”作出了回应——通过规定领导人任期制度、把党置于宪法之下、设立全国人大常委会、重新赋予司法权力以较高地位等制度设计,它试图构建秩序,确保中国走向日常政治。正因为此,“八二宪法”实际上是新中国数部宪法中最稳定的、最具权威的一部宪法。由此可见,宪法的权威并不在法律本身,也不在主权在民的革命性立法主权,尤其不在创制建国的革命主义之人民公意,而在法律的正当性根基,即一个终结革命并守护革命成果的宪制结构。

刘刚(北京大学法学院博士后):宪法权威与政治权力

我认为,一个学科或者一个新的研究脉络的成熟,至少需具备两个条件,第一,要有一套自主的概念体系;第二要有自主的方法论。政治宪法学要成为一个独立的学脉,应该提出自己的概念。我的文章想提起对于权威概念的重视,而且是要在权威、权力区分的意义上强调权威的概念。我接下来从四个方面简单汇报文章的内容。第一,为什么要强调权威与权力概念的区别?第二,权威与权力概念主要的区别是什么?第三,权威与权力这样一组概念在古代政治当中的组合模式是什么?第四,在现代政治当中权威与权力概念的组合模式是什么?

第一,为什么要提出权威与权力?宪法学绕不开的一个问题是,如何看待违宪审查机构?在这个地方我笼统地叫它宪法守护者。那么,宪法守护者对立法权的制约究竟是什么性质的制约?我们要知道,这种制约不是权力与权力的对抗,实际上是权威对权力的制约。第二,陈端洪老师通过解读卢梭,揭示出政治法的平衡结构,在其中,除了主权者、政府、臣民外,还有一个保民官,只有包括这样一个机构,才真正是政治法的平衡结构。而卢梭所说的保民官又是什么性质?实际上,也是一种权威而不是权力。基于这样两个出发点的思考,我认为有必要区分出权力与权威,并增加对于权威概念的关注。

第二,对于权威的内涵,我引述两位思想家。一个是施米特,他论述制宪权时有一个很长的注解,他强调国家法里必须区分出权力与权威才能解释很多其他概念。第二个是阿伦特,她在论述权威的时候也同样提出了这样的观点,就是说必须区分开权力与权威。笼统地说,权威和权力共同的地方在于二者都指向服从。区别在于,第一,

造成服从的效果不一样,权威指向的是自愿的服从,而权力要靠一种强力的支撑;第二个区别是,权威和权力引起服从的根据是不一样的,权力可能代表的是一种强力的压迫,而权威代表着正确性或者是某种优越性。

通过这样的区别,我尝试去观察在政治结构里权力和权威是怎么组合的。我在论文里总结出四种方式,在一个政治统治关系当中,只有权力是不稳定的,只有权威也是不可能的。第三种是权力和权威结合的模式,实际上,它在现实政治当中不存在。那么,二者结合是什么情形呢?这种情形是指上帝或者人民的出场,这一时刻才是权力与权威真正的结合。但是,这只是理想的状态,即使出现也只能是稍纵即逝的状态。那么日常政治应该达到什么状态?就是权力与权威的分离。这种分离我总结出有两个层面,第一个要从观念上做出一个分离,当观念上作出分离后,再去观察卢梭主权结构的时候,就容易理解。你会发现主权者、政府、臣民的结构中,从臣民当中一分为二,分出一个主权者,实际上在观念当中就做了一个分离,政府的权力后面要有一个主权者施加限制,这个限制是权威对权力的限制,所以卢梭的《社会契约论》里有一句关键的话,“政治体生命的最高原则在于主权者的权威”。第二个是机构上的分离,在一个健康的政治结构里,最好把这样一个权威赋予一个机构才行,否则只能是想象中的产物,这样的机构在卢梭的意义上就是保民官,所以一个完整的政治结构,实际上包含两个层面的分离,一个是观念的分离,第二个是机构的分离。

第三,关于权威与权力的组合模式,我主要依据阿伦特在论什么是权威时对古代政治的总结。她梳理了从古希腊、古罗马到中世纪的历史。她认为在这三个结构当中,实际上是很牢固的权威资源的,在古希腊的时候,就是柏拉图说的那种理念,这个时候守护权威的机构应该是哲学家,不是哲学王,如果是哲学王,就变成权力、权威结合的模式。在古罗马的时候,她总结出权威的资源是传统,或者对祖先的尊重,守护权威的机构是元老院。中世纪权威的资源来自于宗教,守护的机构是教会。我引述阿伦特的目的不是提供历史的知识,而是因为她论述权威时有个非常鲜明的命题,她说现代世界已经没有任何权威了。那么,她刚才提到的三个权威的资源,真理、传统和宗教,在现代世界已经很难被众所公认地作为

政治权力正当性的根基,她至少认为在西方传统上这三个资源已经失去了作为权威的力量了。如果政治中失去了这三个资源,那该怎么办?这是现代政治面临的问题,这个问题就是刚才高老师概括的革命与反革命的难题。由于这三个权威资源丧失了,所以政治结构面临着危机,面临着危机就意味着要重新建构政治秩序,重新建构政治秩序的时候,这个力量的来源是什么?这就是制宪权。但是,这里有个悖论,制宪权作为一种力量之所以要出现,是因为在传统的权威结构不能成立的情况下要重新建立新的秩序,这就是革命。但是,恰恰是在这样的行为中,包含两个方面,一方面要通过制宪开辟永恒的秩序,另一方面制宪权本身又含有否定性的力量,那么,如何让否定性的力量开出永恒的秩序呢?这确实是现代政治面临的难题。

我接下来沿着卢梭的平衡结构分出两个脉络,一个是施米特,一个是哈贝马斯,他们两个人代表了对卢梭人民概念解释当中比较明显分歧的路径。施米特在解释现代政治的权威——人民——的时候,我在这个地方简单地用一个类比来介绍他的思想。比如说有个人出生了,施米特思考的是这个人如何生活的问题。意思就是说,当我们建构政治秩序的时候,涉及的是一个人如何生活的问题,而不是去问这个人为什么存在,就像我们说活着就活着了,出生就出生了,你没有必要问为什么这个人活着的问题,我们关心的是如何生活的问题。所以,在存在主义的意义上就会发现,施米特论述权威的基点是政治统一存在就存在了,只要存在,他意志的行使就能建构出秩序。这是一种脉络。

第二种脉络的代表是哈贝马斯。他针锋相对地指出,施米特认为有人民统一体,可是作为统一体的人民根本不存在,人民本身就是一盘散沙,所以,关键是我们靠一套程序把人民建构出来。由此,权威的载体已经不再是某种同质意义上的群体,而变成了一套商谈的程序。这两个脉络分出来以后,对宪法守护机构的理解很有启发。施米特是在什么意义上理解宪法守护者,他是在政治法的平衡结构上理解宪法守护者,他提出国家元首或者当时的帝国总统作为守护者,实际上他心中有一个卢梭意义上的平衡结构,他认为这个平衡结构虽然有自我维护平衡的能力,但这种自我调适是不稳定的,因此要外在地引入一个机构,这个机构要靠行使权威来维持政治体的平衡,所

以他谈守护者的时候是在这个意义上谈论的。

最后,有几点结论,权威与权力的区分,对没有违宪审查机构的情形下的宪法学的研究有什么启发?第一个启发是正确认识违宪审查的性质。即使有这个机构,也不要认为这个机构是万能的,它只是行使权威的机构。第二,当我们没有宪法守护机构的时候,我们还是有很多工作可以做,为什么?在主权者、政府和臣民的结构当中,可以尽力促成该结构自我调适、维系平衡的能力,例如通过增强人民的同质性,还是可以帮助维护平衡的。这是从这个结构当中衍生出的不太成熟的结论。

翟志勇(北航法学院副教授):代议制是政治构成的第一原则

我的发言要阐述这样一个命题,即代议制是政治构成的第一原则。民主与代议制有着截然不同甚至彼此冲突的历史与理念。民主肇端于古希腊,以直接的政治参与来兑现统治者与被统治者的同一性;代议制兴起于中世纪晚期,以“在场同时又不在场”这样一种悖论方式,践行一种理性、审慎同时也可能充满寡头意味的政治运作模式。同一性与代表被施米特视为政治构成的两种方式。然而近代早期以来,特别是在英国内战、美国独立战争、法国大革命的促动下,随着民主革命的发展,民主与代议制却奇妙地结合起来,罗伯斯庇尔、托马斯·潘恩都是重要的理论阐释者。民主放弃了直接性,采纳了代议模式,以适应广大民众的现代社会;而代议制则尽可能地与贵族制、寡头制划清界限,将思想基础建立在人民主权之上,完成了代议制思想基础的重构。

代议制在历史上有两个传统,一个是天主教传统下的代表制,以绝对的代表性来实现绝对的同一性,曾经盛行于欧陆,布尔什维克主义本质上也源于此;一个是新教传统下的狭义的代议制,以代表的多元来再现人民的多元,无代表则无人民,这一传统主要发源和兴盛于英美。代议制民主主要以后者为基础。

这样一场看似偶然又实则必然的历史结合,创造出代议制民主这样一种现代社会政治构成与政治运作模式,不仅挽救了曾经昙花一现且始终声誉不佳的民主制,从而使其从一种“坏东西”变成一种“好东西”,同时也重塑了代议制的思想基础,使其契合了人民主权的历史潮流。然而,从代议制与民主相互结合时起,对于代议制究竟是成就了民主制还是限制了民主制,就一直存在争

议。就代议制使民主在现代社会成为一种可能而言,代议制无疑成就了民主制;就其限制了古希腊民主的直接性而言,代议制无疑限制了民主制。然而即便就“限制直接性”来说,这究竟是代议制的缺点还是优点,仍存在重大争议:卢梭主义者认为这是代议制的缺点,但贡斯当、密尔、联邦党人等却认为这恰恰是代议制的优点所在。

思想史上的争议一直持续到当下。当前对于代议制民主的批判来自两个方面,角度不同,但同样针对代议制民主的“精英主义”倾向,包括对民众参与的限制以及作为代议制民主核心基础的选举。一种批判来自成熟的代议制民主国家,从协商民主的角度批判代议制对民众参与的限制,进而提出以协商民主来弥补代议制民主的不足,申论二元的民主制;另一种批判来自所谓的人民民主国家,从构想的人民当家做主角度批判代议制民主对民众参与的限制,将代议制民主视为“选主”,进而提出包括“抓阄”在内的各种人民民主的实现路径,意图恢复民主的直接性。选举也好,抓阄也好,仅仅是代表产生方式的不同,并不影响代议制的理念和机制。两种批判的差异在于是否承认代议制的基础地位。

考虑到全体人对全体人的统治只是一种乌托邦,即便在古希腊也无法实现,因此从宽泛意义上讲,一切政治构成均具有代表性,代表是政治构成的第一原则,同一性只是一种绝对主义的乌托邦。但是,由于民主在现代社会具有极其强大的意识形态功能,从而使得在观念层面上,民主反而吸纳了代议制,代议制常常被贬低为实现民主的一种技术手段,仅仅具有工具主义的功用,成为民主的修饰语,甚至常常被省略、被贬低。代议制使民主从一种“坏东西”变成“好东西”,但代议制本身却从一种“好东西”变成了“坏东西”,对民主的批判,往往将批判的矛头指向代议制。

如果历史地分析,无论是政治史还是思想史,代议制民主实际上是古希腊民主的“借尸还魂”,人民主权的理念落实在代议制的政治构成中,从而使得民主成为一种可能。在代议制民主中,民主是政治构成的原则,表述的是政治的正当性基础,而代议制则是政治构成的方式,使得人民主权能落实为具体的政治实践。因此,如果要在制度和实践层面上理解代议制民主,甚至理解现代民主本身,应该从代议制出发,而非从古希腊民主出发。只有阐明代议制的历史、原理、品性、价值和运作机理,才能认清现代民主的真正本质,

并且理解现代民主在今天遭遇的种种问题。代议制独有独立的品性,是理解现代民主的不二法门。

代议制是一种政治构成与运作的基本原则,并非实现民主的工具主义措施,代议制秉据审慎的政治美德,至少包括下述四个层面:治理者定期经由选举被任命;治理者的决定作出在某种程度上独立于选举者的意愿;被治理者可以在不受治理者控制的情况下,自由地表达他们的观念和政治意愿;政治决定要经受论辩的考验。

张绍欣(北航法学院博士生):施米特在解释“利维坦”时的得与失

我这篇论文就是对施米特的两本书《政治的神学:主权学说四论》和《霍布斯国家学说中的利维坦》的解读,共分成四部分:第一部分介绍霍布斯的理论背景;第二部分施米特在《霍布斯国家学说中的利维坦》这本书里是怎么解读霍布斯的;第三部分是说施米特在哪些地方抓住了霍布斯学说的精华;第四部分是施米特有三个地方解读错了霍布斯。

我今天就文章的第一和最后一部分做一简单发言,介绍霍布斯首先要讲霍布斯对于现代法学的三重意义:

第一,霍布斯对现代国家法学具有教义学意义。国家法学是宪法学行政法这些东西诞生之前的,或者说1900年之前统一的公法学。该法学在德国特别兴盛,而实际上这个学科发端于法国,并在法国也一度非常发达。但是,霍布斯作为身处英国的大陆人,他的利维坦学说实际上是标准的国家法的教义学的理论体系,他的《利维坦》这本书后两卷处理的全是意识形态的问题,而现代公法学那些东西已经不处理了,缩小了研究范围。如果说博丹那本教材是国家法学的第一本教材的话,那么霍布斯这本教材则是第二本,但是霍布斯这本比博丹那本理论性更强、更体系化,是更精彩的一本。

第二,霍布斯对于自然法研究具有历史学和法理学意义,其实我本来想说具有历史法学意义,我不知道许章润老师同意不同意。因为单纯的自然法的伦理与政治、法律这些都是不分的,在这样的情况来说,单纯的自然法与现代的法学是有区别的,而现代法学肯定是一个规范主义的样态,这个规范主义的样态是休谟和康德建立起来的,当然休谟和康德不一定是规范主义者,但是规范主义所依赖的根本基础就在休谟和康德这里。西方自然法的历史有两次大的转变,古代中

世纪是他们那种形态的自然法,但是霍布斯和格劳修斯对于自然法做了一次根本性的转变,就是把自然法变成了自然权利,在现代早期或者近代兴起的自然权利。

第三,霍布斯对于普通法研究和英国公法研究具有比较意义。英国法发展有两次大的思想路线的交锋,第一次就是姚中秋老师翻译的那本书,即霍布斯关于英国法对话的那本书中霍布斯同柯克、黑尔的思想交锋。第二次是到19世纪末,边沁同布莱克斯通的立法与司法关系的交锋。在这两次大的范式转换过程中,霍布斯起的作用很大。

下面我再介绍一下第四部分施米特解读利维坦时出现的错误。第一个错误是现代国家理论与国家法学的开端。通说认为,马基雅维利是现代国家理论的开端,博丹是现代国家法学的开端。施米特则说博丹是现代国家理论之父,他首先把国家理论和国家法学给弄混了。

第二是主权问题。我的意思是说,霍布斯的国家概念其实很丰满,有好几个方向;施米特只把握了其中一个方向,所以他得出决断论主权的概念,只把握了霍布斯主权概念的一点。

第三是政治决断论的问题。我认为施米特政治决断论是新的产物,不是古代就有的,施米特他认为霍布斯有决断论,我认为霍布斯不是,他只是有一些意志和意志决断的因素,这个在西方有基督教传统。现代为什么施米特提出政治决断这个很突兀的、很纯粹的决断呢?我认为这与1900年的德语世界思想潮流有关,出现了弗洛伊德、海德格尔等一大批人。因此,我总结认为,他是德国历史主义思潮的激进化。施米特实际出现的是一种新思维,而不是他认为的霍布斯是决断论,他继承了霍布斯的决断论。

四、宪法解释与宪法实施

苗连营(郑州大学法学院院长,法学教授):中国宪法解释体制之反思

刚才有教授提到一个问题,宪法真的那么重要吗?这个问题问得太深刻了。对这个问题的回答,我想首先还是得弄清宪法是什么,宪法该干什么,这些原点性的问题在中国是不是搞清楚了,如果宪法本身承载了很多很美好的东西,那确实太重要了,否则,宪法肯定是无所谓的。所以,先搞清楚宪法是什么,我们需要什么样的宪法,然后再回答这个问题,可能更具有针对性。和宪法是不是重要相关联的一个问题,就是支振锋提出

的问题,他说最后可能都要回归到中国传统问题。所以我想反问一下,传统就那么重要吗?传统给了我们什么,带来了什么?这个很多方面都是有据可考的东西。

现在我就回归主题,按照当时我向会议报的题目,简单向大家汇报一个非常具体的形而下的东西,一个非常技术性、制度性的问题,就是对我国的宪法解释做一点反思,不知道能不能给政治宪法学提供批判或者讨论的话语资源。我国的现行宪法体制起步于1978年,1954年宪法和1975年宪法对宪法解释都没有规定,1978年宪法第一次规定全国人大常委会负责解释宪法,1982年宪法又延续了1978年宪法的体制。对这个体制的优越性,在教科书上、在各个著作里面已经做了连篇累牍的论证,而且论证的方式基本上是一样的,那就是由全国人大常委会解释宪法,可以保证宪法解释的准确性、科学性;同时,由于全国人大常委会是最高权力机关的组成部分,所以由它解释可以保证宪法解释的权威性。

问题在于,不管这个体制在理论上多么优越,但是在实践中的表现是不尽如人意的,因为到目前为止,在我国的法治实践中还没有发生过解释宪法这样的实例。当然对这个问题有不同的认识,有人说我国不是没有解释过宪法,而是发生过很多次,但我觉得这些例子都很难成立,学者们所列举的一些解释最多属于对宪法的一种修改,是对宪法所没有规定到的东西创制新的规范加以修补而已,和解释的问题不沾边,因为解释是以解释对象为前提,必须明确是对哪个条款、哪个规定、哪个术语等等进行解释,我国至今没有出现过这种解释。

与解释宪法的实践长期休眠或者虚置的局面相对应的一个有趣的现象是,学术界对这个问题却非常关注,尤其这几年,有人就统计过从1982年到2003年这十几年的时间里,宪法学界关于宪法解释的论文只有十几篇,但是2004年之后关于宪法解释的问题一下子热闹起来,涉及宪法解释的一系列专著纷纷出台,博士论文、硕士论文还有普通学术论文等涉及宪法解释的,更是不在少数。尤其是近些年关于合宪性解释的问题又成为一个学术热点。但总的来看,学界的这种热闹基本上是一种学术上的自我满足和自说自话,基本没有对我国法治实践产生多大的影响、带来多大的指导性。

这一学术现象的出现,我觉得有两个方面的

原因,第一,宪法解释是一个学术分量很重的话题,因为国外无论是英美法系国家还是大陆法系国家,关于宪法解释都形成了非常丰厚的学术研究成果,能够很简单地介绍引进过来,同时宪法解释问题相对于其他问题而言是学术安全性比较高,以这个为突破口可以拓展宪法学的生存空间,给大家创造更多的话语资源。可能一个更重要的原因是,在我国宪法解释的问题蓬勃兴起有其现实原因。2004年,我们刚刚对现行宪法做了最新的也是最近的一次修改。这里面就产生一个问题,因为1982年宪法颁布之后,秋风老师上午也说了,1982年宪法是生命力最长的宪法,形式上是这样,但是未必这样,1982年宪法产生之后实际上也是一直处于频繁的变动之中,对于宪法的修改1988年一次、1993年、1999年、2004年各一次。本来应该最具有稳定性的根本法,却反而比刑法、民法的修改还要简单、轻松,严格的修宪程序阻挡不了宪法的反复变动。当然,宪法修改一方面可以弥合宪法规范与社会现实之间的缝隙,但是让人感到宪法思路的杂乱和无序,尤其是极易损伤宪法的稳定性,继而损伤宪法的权威性。这时候人们急切地想寻找一种新的宪法演变方式以替代这种修宪。这时候宪法解释自然就进入到了人们的视野,因为宪法解释就是通过语义上的伸缩,通过给宪法现有的条款赋予新的含义,从而让它跟上时代发展的步伐。

因此,在当时的情况下,人们自然地就希望用宪法解释替代原来的宪法修改,让宪法解释成为宪法生长的首选方式。2002年,胡锦涛同志在纪念现行宪法颁布实施20周年大会上的讲话,同样强调了加强对宪法解释问题的研究。但不管是学术界和领导层对这个问题多么关注,到目前为止,我们还是找不到一个中国宪法解释的实例。

我在提纲里的基本思路是要从宪法解释的起因去思考这个问题,可能首先要考虑一下为什么进行宪法解释?这一问题在我们惯常理解中有几个角度,第一,宪法解释可以明辨宪法的歧义,宪法本身的模糊之处通过解释可以解决。第二,可以解决宪法的漏洞和滞后,宪法不管如何完善总是有不完美的地方,通过解释可以弥补宪法的缺陷。第三可以把抽象的宪法规范运用到现实当中。一般都是从这几个角度去理解的。我觉得所有的宪法解释功能里面最核心的问题就是适用宪法,宪法解释和宪法适用是一体两面,只有在适用的时候才需要解释,人们绝对不会为了发现宪

法的漏洞去解释宪法,也不会为了去明晰宪法的含义去解释宪法。只有在宪法适用的过程中宪法本身所存在的模糊之处,才使人们能够真切地感受到,这时候才需要通过解释的手段来解决这个问题,使抽象的规则变成具体的可操作的规则,所以没有解释就不存在适用题,这两个问题如影随形,相伴相生,或者说宪法解释根本就不应该是独立的一项权力,是适用中所内涵的一项自然而然的权力,谁有权适用宪法,就必须有权解释宪法。

有一个例子可以说明这个问题,比如按照我们现在法律解释体制,全国人民代表大会常委会、国务院、最高法院、最高检察院都可以解释法律,但是现在的情况绝大多数的解释都是由最高法院、最高检察院进行的,而全国人大常委会的解释,在很多情况下实际上就是新的立法性规定。全国人大常委会不仅没有解释过宪法也没有解释过法律。为什么没有解释呢?不需要解释;为什么不需要解释呢?原因它不直接适用法律。不适用就没有解释的动机、解释的必要。而法院和检察院作为法的适用机关,它不去解释法律怎么能够去适用法律呢?所以这和宪法解释的道理一样,我觉得谁去适用宪法,谁自然而然就应该有权去解释宪法,这项权力本来就不应该作为一项独立的专属性权力,而应该内涵在宪法适用之中。

从这个角度出发,如果说谁有权适用宪法,谁就可以解释宪法的话,那么,在我国,全国人大及其常委会监督宪法的实施,也就是说,宪法的适用机关正是全国人大常委会,这样一来,由全国人大常委会解释宪法不正是理所当然吗?那它为什么不解释宪法呢?问题还得回到我国的宪法适用上,接下来的问题就要反思,我国的宪法是不是得到了适用,是一种什么意义上的适用?至少违宪审查意义上的宪法适用还没有发生过,到目前为止,全国人大常委会没有改变撤销过一起违宪的立法或行政行为,也就是说没有真正适用宪法。在没有适用宪法的情况下有什么必要去解释宪法呢?因此,要分析中国的宪法解释问题,就必须分析中国的宪法适用问题。接下来的问题就是要进一步思考我国现在的宪法适用体制是不是合适。在这个问题得到解决之后,宪法解释的问题就是一个很简单的顺理成章的问题。所以,在宪法解释之后有一个更重要的问题,就是宪法该由谁去适用,如果在宪法适用的体制没有很好解决的情况下,去考虑宪法解释的问题只

能是无本之木；只有在宪法实施的问题、适用的问题解决之后，才能为其他宪法制度的启动提供一个支点，那个时候宪法解释或许就是一个不需要讨论的问题，是一个自然而然可以得到解决的问题；也只有在宪法实施之后才能真正为中国宪法学繁荣提供实证资源。在这个问题没有解决的情况下，其他所有问题都是纸上谈兵、自说自话。因此，我想强调的是要回到宪法实施上，同时还必须回到中国宪法自己的问题上。关于宪法解释的知识储备基本上已经完成了，没必要再去做技术性准备，根本不用抽象设计我们要采取什么原则、什么方式，法官们比我们更有智慧，法的适用者比我们更有经验，他们自然而然就会想到该用什么原则，该用什么办法。现在关于宪法解释这么多的理论研究，作为一种学术爱好有很大的意义，但是能够为中国问题的解决提供多少可操作的方案，可能还是另外的一个问题。我们的学术资源应该更多地关注中国现在的问题到底是怎么样，然后从这个出发去思考的话，可能才更具有说服力。宪法的问题不在宪法自身而在宪法之外，要从中国社会的历史、传统、经济、文化等一系列条件出发去进行思考，宪法问题可能才更具有现实基础。

支振锋（社科院法学所副研究员）：在历史中寻找中国宪法的未来

（一）美国的宪法“胜利论”？

从某种意义上说，人类历史上还没有一部法律比美国宪法更神奇：如果说是独立革命为美国的产生创造了可能的话，而美国宪法则直接创造了美国。阿克曼曾设想这样一个场景：如果合众国如二战后的德国那样分疆裂土，每一个地区都有自己的宪法，那么或许不需太长时间，新英格兰的人民会认为他们更像北方的加拿大人，而不是生活在西南地区的前同胞们。所以，美国宪法不仅构建了美国，还锻造了美利坚民族，他直言道：“我们的宪法叙事将我们缔造成了一个民族。”在宪法的阳光照耀下，美利坚合众国高歌猛进，夺取了一个又一个胜利。这是一个激动人心的宪制胜利神话：美国宪法不仅是美国胜利的保障，也是“宪法”必将在全人类走向胜利的象征（也许还是承诺）。

的确，这部宪法书写了人类最辉煌的宪制历程，引发了世界历史上一系列的革命事件，并成为诸多第三世界国家立宪的摹本，最终定格为人类宪政文明的标杆——以及其他所有后发国家宪

法优劣甚至真假的标准。而且，正是美国宪法让世界重新“发现”了宪法——在美国宪法和美国之前，人类早有宪法，但好像只有在美国宪法产生并实践之后，人们才更加认识到宪法的重要。实际上，西欧英法德等国的古典政治哲学固然早已名扬天下，但它们的宪制思想及其实践却好像搭了美国宪法的便车，更像是后者在市场上倾销时的搭售品。希腊以及中世纪的“宪政思想”也同样如此。这是“君子之泽，三世而斩”的经典反题，是野孩子成功逆袭、光耀门楣的励志故事。

（二）宪法的前提是国家

如果与普通“立法”无根本差异的话，那么，中国宪法重要吗？一个很显然的问题是，没有美国宪法就没有美国，但没有中国宪法会没有中国吗？从这个意义上讲，也许中国宪法对于中国而言很难如美国宪法对美国那般重要。认识这个问题，需要理解现代国家形成的三种情况与立宪的两种模式。

启蒙时代以来古典西方政治哲学的一个重要理论是国家形成的社会契约论，虽然这种理论自我普适化并在许多第三世界国家某些学者中被不假思索地接受为真理颇显荒唐，但征诸西方历史，也能部分地得到印证。美国是其典型，英国、德国、澳大利亚等在某种程度上也都是契约建国。这是现代国家形成的第一种情况，也即契约—合并型。在英美之外，中国、日本等则是大一统立国的代表。尤其是中国，虽然历史上主要是王朝政治，但很早就有了与今天民族国家类似的国族意识，其典型的特点是王道政治与牢固的大一统观念，哪怕是王朝战争中，主流的观念都是以天下为志，而反对分裂割据。这是国家形成的第二种情况，也即大一统型。与前两者不同，俄罗斯帝国（前苏联）、前纳粹德国以及西方历史上的罗马帝国等，其国家形成中最大的特点是以血腥的军事征服为手段，强行扩展、吞疆并土。这是第三种国家形成的情况，也即军事征服型。三种情形当然不是截然不同的，其中也肯定会共享某些类似的因素。

宪法的前提是国家，毫无疑问，虽然现代立宪都肯定要具有某些契约、协商的要素，但国家形成的不同就决定了立宪模式的不同。实际上，在工业革命开启的近代社会之前，在教权、神权与封建割据的状态下，欧洲也很少存在今天意义上的民族国家。比如，英国国王曾因为得罪了教廷而“程门立雪”，甚至在教士的墓前接受鞭笞，

无论是在古代的中国,还是在今天的世界,这都是不可想象的。在这种模式下,宪法一词充分体现了其英文(constitution)的原意——构成、组成,是宪法建构了国家,锻造了民族,国家与民族形成的国家就是一个宪法与契约的过程。因此,在这些国家中,宪法当然就有至关重要的、无可替代的基石性作用。

但大一统国家存在不同,在近代立宪之前,国家和人民都已经存在,因此立宪就必须受制于国家的历史、人民的政治记忆,或者说民情。清末立宪之前,国家和人民俱在;民国立宪之前,国家和人民俱在;1982年立宪之前,同样是国家和人民俱在。在这种情况下,虽然肯定要存在协商与契约,但它肯定不同于形成一个全新政治或者社会共同体的“社会契约”,而只能更类似于“普通立法”。其重要性与契约性国家的宪法,当然不可同日而语。这种立宪情形,可称为入主—协商模式。在立宪之前已经有了国家和人民俱在的大一统,宪法的任务是在保护公民权利的同时,确认已经入主了的“问鼎者”、“逐鹿者”的地位,并以此构建“旧”国家的新秩序。

因此,如果说立宪的建构模式是通过契约在建构一个新的秩序的同时也缔造新的国家的话,那么立宪的入主模式任务明显要轻松一些。费城制宪时,富兰克林说,每天看到太阳,但是不知道明天能不能升起来。他的担心是有道理的,因为如果谈崩了,就很可能没有后来的美国了。但是中国的情况不太一样,清末立宪失败了,还有民国立宪;第一共和(民国)失败了,还有第二共和(改革开放前的共产主义探索),然后还有第三共和(改革开放后的中国特色社会主义探索)。虽然我们希望有一部能够足为“万世法”的宪法,但这显然更是一个不断探索的任务,探索会失败,但国家和人民依然屹立。

因此,两种立宪模式显然存有很大差异。建构模式下,尤其是“无中生有”的美式建构模式,立宪的难度极大,而且也并不完全是一个理性、平和协商的文质彬彬的过程,“革命不是请客吃饭”,没有南北战争中血流漂杵的浇灌,没有少数族裔与有色族裔的泣血抗争,很难想象会有今天美国宪法的妖娆花朵。但这种建构模式一旦完成,其锻造国家、凝聚民族团结、聚集人心的能量是无与伦比的。而在入主模式下,固然“谈崩”之后“崩盘”的几率更小,但如果“入主者”不能奉行与国家的社会、政治历史传统相适应的价值

观,就必然会带来思想上的诸神之争。而价值观念不统一,协商和谈判的各方都怀揣“私货”,就会为立宪及宪法的实施带来更多的困难,不仅导致宪制的失败,也会将国家和民族带入危险之境。因此,这种立宪模式对“入主者”与谈判各方心胸、智慧与理性的要求,绝对不会比建构模式更低。也正是在这个意义上,以“不争论”来体现出的最低限度的理性协商,才凸显出其宝贵的实践智慧。与其坐而论道、临渊羡鱼,不妨退而结网、“先干起来”,正如赵汀阳先生所言,存在就是做事(to be is to do)。

(三)在历史中创造未来

理解了国家形成与立宪模式的不同,至少会给我们两个方面的重要启示:第一,不要为中国宪法添加那么多它所不能承受之重;第二,对于一个有着骄傲文化历史的文明而言,关于宪法、宪制等等的诸多争论,将来最大公约数必定还是中国传统文化。当然,这不是盲目复古,而是涅槃重生的中国传统。中国宪法的未来,固然可以栉风沐雨,必须保持开放的学习心态,但它也一定要植根于中国的历史传统之中。

实际上,一个多世纪以来,中国的政治和实践者们一直在进行着中国独特的宪制实践的实验,而宪法学者们也在进行着理论化的努力。除了上述中国宪法理论外,无论是政府所提出的“党的领导、人民当家做主与依法治国有机统一”,还是学者们提出的“中国宪法根本法与高级法”理论,抑或是政治宪法学与规范宪法学的争论,都是中国学者所作出的理论提炼努力。而实际上,处于古今中西交汇点上的中国宪法及其实践,正孕育着中国特色的独特的中国宪法理论。只是,这种理论必须建立在中国宪法制度及其实施的历史与现实的基础之上,“21世纪的中国能开创多大的格局,很大程度上将取决于当代中国人是否能自觉地把中国的‘现代国家’置于中国源远流长的‘历史文明’之源头活水中。”而且,它也必须以开放的心态,在吸收和借鉴全世界一切对我有益的宪法智慧同时,也试图为人类贡献中国特色的宪法理论与智慧。

中华民族从来就有丰富的政治与宪制智慧。5000年前,尧舜传位于贤而不传子的禅让制,开创了中国古代政权交接天下为公的光辉一页;4000年前,夏朝的统治者已有“民惟邦本,本固邦宁”的清醒认知,从此爱民、重民的民本思想开始内化为中华民族的政治基因;3000年前,周

公制礼作乐,提出“皇天无亲,惟德是辅”的重要理论,并力行“敬德保民”、“明德配天”、“明德慎刑”、“有孝有德”的德治规诫,开创了后来由孔子发扬光大的“为政以德”的“德政”传统;2000年前,秦始皇并吞六合,统一全国,车同轨,书同文,统一度量衡,开创了此后中国万世系的大一统政治格局;而60年前,中国共产党人在血与火的革命斗争实践中,提出了“全心全意为人民服务”的政治承诺,并成为新中国以来党和政府的执政伦理,而这些,实际上都已经在事实上成为中国宪法与法律深层的“承认规则。”站在古今中西的交汇点上,在新中国建立一个多甲子之后,在1982年宪法公布施行30年之后,通过传统与现代的对话,西方与东方的对话,人民与国家的对话,理论与实践的对话,在东方这个古老的伟大国家,正在形成中国特色的优良治理机制,并型构其背后的政法文化。在西法东渐300年之后,在鸦片战争173年之后,中华民族将为人类贡献更为杰出的宪法制度与宪法智慧。

汪庆华(中国政法大学法学院副教授):“八二宪法”与社会整合

今天和在座各位报告的是宪法秩序和社会整合,这是我手头正在写的文章的最后一部分,但没有写完。这篇文章有点调和的色彩,因为我其实主要讲法律保留问题,我觉得法律保留是整个宪法秩序里面非常重要的技术。所以,我想把它拿出来和各位一起分享一下。

第一,关于宪法。当我们从规范的角度去说,是法律系统的语言规则,它具有很多非常重要的功能,比如弥合差异,消除冲突,实现法律体系的和谐,这让我想起一个教会法的大师格拉提安,我们整个的宪法也是要实现不和谐法律法规规章之和谐。只要有这样的一个名称,别人一定会对它有这样的期待。所以,我觉得无论是规范的法律等级体系的建构,还是法律保留的比例原则,这样一些技术性原则的引入,其实它的目的是基于一种功能主义的思考,要为现代社会秩序提供一个法律规范的承载,这一系列的法教义的法律技术的引入、解释,所有的这些讨论,其实是要去实现宪法的系统整合的功能,就是要去整合整个的法律系统,如果没有宪法以及奠基于宪法的宪政的秩序,这个国家是不可能法治的秩序的。

第二,正当性的追问。为什么说宪法作为一个法律系统里面这样一个奠基石具有一个核心的社会整合的功能?因为从卢曼的理论分析,社会

有多个子系统,法律、经济、社会等等,法律只是其中的一个系统。为什么这个在我看来,它对于现代社会的整合来说是一个核心的像奠基石一样的东西。是因为它关系到现代国家的合法性或者正当性,这个可以从比较法来看,比如看英国的混合政治。它是由国王、贵族、平民,这样一种不同社会力量整合,整合到这样的一个不成文宪法的运作当中。这个运作可能是司法主义的。但是,无论如何这样的一个现代宪政秩序的建立,确保了整个政体的合法性和运作的稳定性。如果我们看美国和英国是非常不一样,它并没有社会力量在宪政体制中的反应这种特点,这个本身和美国国情息息相关,因为按路易斯·哈茨在《美国自由主义的传统》一书的说法,美国是没有封建传统的国家。它其实就是洛克理想中的国家,是现代意义上平等的社会,它生来就是如此。因为没有封建等级制,所以它其实是现代意识形态之下的自由主义的传统。那我们看到阿克曼的叙述,是将人民主权的现代意识形态的神话在美国重新激活,认为美国的整个政治实践其实解释了人民主权在日常政治当中的例行化的过程,这个例行化一个是代议制,另一个就是护宪,我觉得倒不一定采取司法的形式,可能采取总统、国会、司法,其实他们分享了对于宪法的捍卫者的角色,但是无论谁来保护和捍卫这个宪法,我觉得非常关键的是护宪机制。在人民主权由代议制和护宪两种制度安排已经尘埃落定之后,其实现代性规划之下的政权合法性的难题基本上也就解决了。我们今天仍然要去讨论制宪建国这些话语,是政权合法性的焦虑在学界的折射,或者说我们学界试图去缓和合法性焦虑的种种努力,这个会有各种不同的反映。

这是在我看来为什么讨论秩序和整合这个话题的原因。今天因为整个宪法遭受到来自政治力量的排山倒海的抨击,我觉得现在是宪法学处境极其艰难的时刻,在这样的一个时刻去讨论宪法的秩序和受益者,包括政治宪法学会有它特别的意义,迄今为止,无论我们有什么样的自信,至少到目前为止,各个国家的政治实践当中,我们并没有找到宪政之外的政治合法性的可能。

第三,宪法是不是真的那么重要?其实在我看来它真的非常重要,尤其在中国这样一个反宪政主义的时刻,它变得特别重要。前面也有朋友提到,因为我们现在价值、立场、目标、追求在自己的实质问题上无法取得一致,我想恰恰因为在

这些问题上,我们没有办法取得一致,所以通过理性辩论和公共参与实现妥协,并且以文本形式把这种妥协载入到法律秩序当中去的这个宪法的作用就会尤其突出,它其实变成了社会共识的承载者。我觉得我们可以思考一下,如果一个社会连宪法的共识都没有,连落实宪法秩序、落实宪法规范的共识都没有,也就是说,如果它无法通过护宪机制来捍卫宪法当中体现出来的公共价值和社会共识的话,那么维护社会秩序依靠的究竟是什么,唯有武力而已。所以,最后根本的问题又回到,我们到最后愿意选择一种什么样的生活,中国人民是否可能选择基由宪法确立的优良政体下实现公民自由、国家独立和文化复兴,还是说我们又回到一个历史的循环,只能够去面对一个强力控制之下的压制性的秩序、父爱式的治理和永恒的合法性危机。

邬蕾(北京大学哲学系博士生):宪法的政治逻辑

政治生活的两极是主权和权利。前者是政治共同体的最高权力,后者是主权的价值指向。而宪法就是要在一个整体的秩序结构中安置这两种要素,前者关涉的是权力的结构形式,后者关注的是对基本权利的保障。陈端洪教授的宪法研究是从主权概念开始的,但是这并不意味着他不关心基本权利。路径选择的不同导致了很多学者对陈端洪的误解。

为什么要从主权入手而不是从基本权利入手?按照政治宪法学的基本思路,其原因在于中国当下的历史处境,即中国的宪法生活还处在深刻的变迁、转型的历史过程之中。而这种转型过程其核心在于主权利力结构和基本权利保障两个层面上都随着经济、社会和文化领域的变动处在互动消长的状态之中。而消长过程体现的就是政治权力的结构还在继续调整,主权毫无疑问是从整体上理解秩序结构的关键。规范宪法学通常是从基本权利入手对宪法加以研究,其中包含了对一个理想意义上的宪法追求。但是,有一个根本的事实是,没有整体意义上的秩序和安全,个体的自由是难以得到保障的。当然,施米特将这一点强化为我区分。因为我区分首先在于认识到政治生存的必要性,而主权意志无非表达的是政治共同体整体求生的本能。因为对于任何一个政治共同体而言,寻找其第一推动力及结构特征是理论思维的落实到具体现实的基本定向,主权概念比基本权利概念能够更为有效地观察这一过

程,以对主权概念的清理最终落实到具体的规范常态才是政治宪法学的关切。故而,今天有老师提出三个主权概念,即历史文化主权、国家主权和人民主权,这种提法虽然可以帮助我们理解当下宪法的复杂背景,但是背离了主权概念自身的逻辑。根据博丹的定义,所谓主权就是政治共同体中绝对的和最高的权力,其表现方式就是最高的立法权。从这个意义上讲,主权就只能是一个,因为它是终局性的权力。一种终局性的权力不可能是三个,洛克倒是将主权划分为三个层级,但是这种划分是按照主权行使的效力层级进行的,人民主权效力最高但无法行使,立法主权次之但以例行的方式行使,而政治主权效力最低却即时行使。但是这也并不是说存在三个主权单位,而是说主权或以人民的面目出现,或以立法权的面目出现,或以执行权的面目出现,它们同时出现是不可能的。故而洛克可以在权力的效力层级的意义上将政治社会做成一个平衡的结构。这一点施米特讲得很清楚,所谓主权就是决断非常状态。决断非常状态并不是在非常状态中决断,前者是谁能够认定政治存在中存在非常状态,它是终局性的资格;而后者是非常状态下的派生性权力,是委任性的。从政治秩序的整体观察,虽然我们并不希望这种权力出现,但是认识到主权的存在才能更好地将其安置在宪法框架内。

那么,为什么要在宪法研究中引入主权?因为宪法是以法治的语言使政治进入日常的规范运行轨道。然而,这一点却改变不了宪法作为政治法的根本意涵。故而在研究宪法的正当性、宪法的结构和运行的时候就必须涉及主权概念。只不过在代表制民主和成文宪法时代,主权概念获得了一个新的名词即制宪权。制宪权是主权概念作为一种最高立法权能的别称。既然中国宪法处在一个变动的状态中,那么用制宪权的概念来分析宪法学问题就是一个特别有用的概念,故陈端洪教授将制宪权概念界定为宪法学的知识界碑。引入制宪权的概念的重要性在于直接面对中国宪法的现实处境问题。对于政治宪法学而言,制宪权是朝向宪法的,但是制宪权的力量又来源于宪法之外,它直接揭示出宪法学效力来源问题,而并不直接诉诸基础规范这样空洞的形式理性的推想。这样陈老师就获得了一个基本的概念框架来分析中国具体的政治结构问题。而卢梭在《社会契约论》中所提出的平衡公式就成为一个基本的框架,人民 政府=政府 臣民。以人民主权为

前提,这个公式提供了一个观察政治共同体秩序结构的有效视角。今天,张龔老师以法政关系的合比例结构所做的推进,在臣民和政府之间进行了四个层次的关系的梳理。而刘刚师兄则以权威与权力的概念的区分入手讨论这个平衡公式。在我看来,政治宪法学还有很多工作可以沿着陈老师开辟的方向推进。

以卢梭的观点看,宪法是整体对整体的比率。而宪法就安置在主权和政府之间,所以宪法的权威和实施都是围绕着这样的结构展开的,我觉得这点在政治宪法学上也没有问题。为什么大家会对这些问题非要在思想史上纠缠它的整体背景?如果没有一个概念框架理解具体现实的话,我们会发现怎么讨论都不行,甚至说怎么讨论都可以有。所以,政治宪法学首先提供了基本概念和思维框架,没有简简单单从西方从简单的价值移植过来,用飞龙师兄经常讲的话叫做推沙盘的方式来思考中国宪法,而是从中国具体的政治现实出发。

我在观察宪法学界这几年的争议的时候发现,政治宪法学、规范宪法学和宪法解释学所处理和面对的宪法并不是同一个对象。宪法学界有形式意义上的宪法和实质意义上的宪法的区分,所谓形式意义上的宪法就是文本意义上的宪法。而实质意义上的宪法包含了文本意义上的宪法,但是又不限于此。我相信政治宪法学的宪法并不等同于,或者大于等于中国现行的宪法,所以不简简单单是一个文本的问题。以此来看,无论是宪法解释学还是规范宪法学,他们处理的宪法概念,就可以这样来理解,宪法解释学相当于面对一个完整的宪法文本,而规范宪法学是面对宪法文本中的某一部分。那么,政治宪法学的对象就相对其他二者更大,它包括从纵向的时间意识来理解宪法。高全喜教授从历史生成的意义做过此方面的研究,而从横截面上看,政治宪法学也有处理,陈端洪教授所厘定的研究对象包括了成文宪法但是又不局限于此,其理论意图最终还是要落到规范上去。

最后,在制宪权和宪定权的对比中,除了帮助我们理解中国宪法的作为生存意义上的宪法之外,还开辟出更多的理论道路的可能性。Antonio Negri 在他关于制宪权的书中,将制宪权理解为一种由劳动而形成的创造力的力量概念。而劳动对于中国近三十年的历史进程而言是一个值得挖掘的概念,劳动概念直接与马克思主义中的社会理解挂钩。而除了在“人民 政府=政府 臣民”的

公式之外,政府和公民之间还存在很多不同的关系形态,市民社会、各种非政府组织等在观察中国宪法结构的时候都可以考虑进来。而关于宪法学研究的思路并不仅限于宪法条文本身的讨论,从社会学、政治学和历史文化背景等角度来观察和理解宪法,将展开一个更为广阔的理论前景。

田飞龙(北航高研院讲师):宪法序言的规范叙事

宪法解释范式与政治宪法学进路并不矛盾。我经常感到困惑的一个问题是:如果1982年宪法的文本摆在面前的话,号称文本主义解释学派的主流宪法学者是否真正读懂了这样一部宪法?刚才苗连营教授是代表宪法学界解释学派,对中国宪法做出了穷尽性的解释,也因此最大化地显示了狭义解释方法的局限性。宪法解释穷尽处恰恰为政治宪法学的学术进路提供了很好的出发点。实际上重要的不是我们关于基本权利的分别化研究以及违宪审查的技术储备不足,而是宪法中的政体设计所表现出来的国家建构之现代性与优良性不足,因而不是解释论的问题,而是立宪论或者立法论的问题。这是政治宪法学在问题意识上超出单纯解释进路之处,但政治宪法学并不脱离文本。在这个意义上可能既要基于文本思考宪政转型,同时又需要与文本保持适当的距离,以便洞开具体文本的历史性、演进性与政治变迁。同时,还必须对价值做一定的开创性的提炼与整合,因为宪法不可能回避价值,而恰恰是提供并制约价值的。这就可能为宪法修改或者说为获致真正的优良政体提供扎实的宪法科学的基础。恰恰是宪法解释穷尽处构成了政治宪法出生时,这就很好地衔接了政治宪法学跟规范宪法学,二者是互补的。

我总体上感觉,中国宪法学在当下最贫困的是想象力的贫困,或者说对中国宪法经验实践当中丰富宪法素材的理论不敏感,或者理论的不感冒。尤其是刚刚高老师提出了很好的问题,我之前也考虑过,就是中国宪法学里真正的政教关系是什么,可能不是那种跟西方比拟意义上的政教分离,而是我们双重代表制活生生的制度现实。党代会、人代会的程序匹配关系及其议程连续性,就表明党的领导是直接作为国家政治与宪法决策的这样一个制度在运行着,那么党跟政的关系到底是什么?其实大概在“八二宪法”制定之后没几年,大概三到四年的时间,我的一个老乡刘大生教授就提出来“党主立宪”的理论,20多年来

不断有各种修正。尽管这种理论没有进入宪法学主流的学术叙事,但是他提出的问题是致命性的。我读硕士的时候就把他和陈端洪的问题意识进行过比拟,认为他是早期把“八二宪法”内含的极其严肃的政治宪法学问题提出来了,就是中国宪法学最后肯定是要去解决党政关系宪法化的问题。这是中国宪法科学的命门,之前的一切都只是理论准备或技术模拟。吴邦国宣布中国特色社会主义法律体系已经形成了,两百多部法律没有一部是关于党权如何运行的,这就表明这个体系是不完备的,不是中国法律体系的真实存在。如果我们不是简单地从民政部技术性登记角度解释共产党权力运作的话,就要严肃看待党政双核驱动的中国宪法权力运作体系,给它一个恰如其分的宪法科学的概念和解释体系。刘大生提出来党立宪,包括陈端洪后来提出来但未充分理论化的“双重代表制”,都有非常丰富的理论内涵和经验素材值得挖掘与深化,但是我们的宪法学基本忽略了:只看人大怎么开会,或者期待法院怎么判案子,我们基本忽略了党是怎么样为国家决策的,或者党的领导在宪法学制度脉络当中是怎么样程序化和制度化的。

前不久,中央党校找我录了一期专题节目,涉及2013年5月份出台的党内立法法,就是《中国共产党党内法规制定条例》和《中国共产党党内法规与规范性文件备案规定》。这个是要模仿国家立法法,试图使党内制度建设体系化,打造制度之笼,并与国家法治原理和体系进行制度性沟通。这里明确规定:第一,所有的党内法规必须是要低于宪法法律,与宪法法律相一致,这作为党内立法合法性审查的核心指标;第二,要探索建立覆盖党法与国法的衔接联动审查机制。我们看依法治党如果按照立法法的这个审查思路来走的话,很可能就提供了一种在制度上逐步实现党在宪法法律范围内活动的宪法承诺。这里面给我们释放出丰富的信息,我们以前讨论党政关系,都停留在一个党内民主与人民民主互动的框架之内,但实际上我们经过30多年的法治建设,国家法治与党内法治的互动关系,已经逐步被决策层充分意识到,并且做了相应的规划。因此,我们可以想象,作为中国的法律体系来讲,它的完备化必然要求做到使所有公权力行使:第一,有规则可依;第二,所有为公权力行使提供合法性依据的规则,必须是经过大致同构的民主正当程序制定出来的。但是,当下的宪法学对这样一些活

生生的中国的政治宪法运作的程序、规则、经验及其前景,毫无社会科学的敏感性及研究意愿,而仍然停留在一种比较宪法学或者说宪法教义学的层面,期待一个中国式的普通法的革命。我们对马歇尔革命的模仿,从2001年齐玉苓案始,到2008年以失败告终。正是在这样的模仿行为所指向上的技术性宪法司法化破碎的基础上,我们开始严肃地思考:作为整体的“八二宪法”,我们怎样读懂它以及在读懂它的基础上如何去设计或者引导或者解释或者建构这个宪法。所以,我觉得政治宪法学:第一,不是要革命;第二,也不是相信司法神话;第三,对既有的宪法实践不是一味地加以否定,而认为它大体维持了秩序和进步,尤其是为中国部门法治的进步提供了必要的政治前提和价值支撑,认为它是宪政化的过程,是进步的,还大有进取的空间。

我们如何读懂中国1982年宪法呢?我觉得不是直接读它跟国外宪法在结构上很相似的国家权力条款与基本权利的条款,而是阅读它的序言和总纲。因此,我这篇文章处理的就是宪法序言问题,我认为宪法序言提供了理解中国宪法的高级法背景。我们没有基督教的传统,也没有系统化的自然法传统,我们对宪法这样一个神圣的现代事务的理解,其实高度依赖于对宪法序言的充分关注和阐释。我发现对中国宪法序言认真且完整读过的人不是很多,包括很多简单否定宪法序言价值的人,同时宪法序言本身的结构又非常复杂,里面其实不仅仅包含姚中秋老师讲的历史的面向,还有规范的面向,比如四项基本原则。这表明宪法序言绝对不只是历史叙事,这个序言里的基本原则甚至成了陈端洪提炼“五大根本法”的主要规范依据,并且苗连营教授不断引用的宪法序言的最后一段也绝对不是历史叙事,它明确表明了本宪法是法律叙事,确认了成果,规定了根本制度,而且具有最高的法律效力。这些序言内容都具有非常强的规范性,绝对不是历史叙事。所以对于这样一个面向比较多元复杂的宪法序言,我们怎么看待它呢?我这篇文章就试图提供这样一个解读性的线索。这是一个读懂“八二宪法”必须经过的门槛,不迈过这样的门槛而直接从比较宪法学和教义学意义上阅读国家权力机构或者基本权利条款,实际上是不得要领的。序言一共有13个自然段,在我的文章当中根据它的意义群进行了分类,并且根据它的自然段逐段来阐释不同的文本叙事及功能指向。

首先来说,第一段也是姚老师的解读重点,我希望他对宪法序言的解读不要局限于历史文化的条款,而是要全面关照序言的历史面向和规范面向。该段“具有光荣的革命传统”的表述通过对中华民族传统的重新解释——把它解释成革命传统,而不是保守传统——来为革命合法性提供辩护,就表示中国人民是在中国历史上不断革命的结果,试图在马克思主义之外借助传统套路、革命式的改朝换代,来为自己增加合法性的基础。同时我们知道宪法本身又有很强的终极革命、关闭宪法政治的功能或者意图。我觉得翟志勇的批评恰恰不是对1982年宪法的批评,因为所有的宪法都具有关闭宪法政治的功能,比如美国宪法第五条修宪条款,就是要关闭美国宪法的宪法政治管道。阿克曼正是不满这样一个形式性的规定引发的对美国宪法政治的合法性评价危机,才提出了一个二元民主理论。如果按照一元民主理论,宪法就是要关闭宪法政治,宪法怎么会让这样一个非体制的人民行动或者行为,来重新冲击自己的秩序本身呢?这是违反宪法的内在规定性的,所以关闭宪法政治作为“八二宪法”的意图,无论是在价值上还是在制度安排上都没有任何问题的。那么问题就在于一部不那么完善的宪法,“我们人民”如何去重塑它?如果重塑它的话,就政治宪法学的观察来讲,从世界的思想史的范围来看,我觉得至少存在三种模式。第一种是施米特或者说社会主义激进领域所说的革命制宪的激进主义叙事,诉诸人民直接行动,诉诸制宪权。制宪权必然是一个激进的概念,它是我们缔造一个优良宪法秩序必经的环节,但是它又是我们在理性上必须加以催眠和安顿的环节,我们不可能沿着制宪权的叙事安排国家的宪法生活。这是与非常政治相关的政治宪法学的概念,阿克曼明确声明自己跟施米特的区别,也明确声明尽管美国人民配合美国的有些宪定机构——有的时候是国会,有的时候是总统,最高法院很少充当阿克曼的宪法政治的领头羊,因为最高法院总是保守节制的——展开了宪法政治,但并未发生革命,甚至没有制宪权的完整动用。这样的宪法政治实际上是介乎制宪权/革命政治与英国的一元民主政治之间,是对人民适度的政治动员,人民出场,但是由特定宪定机构领导,而且具有一定的法律程序保障,最后还需要联邦最高法院通过经典性判决确认高级立法的成果。这就是美国宪法政治代表的第二种模式,是人民行动与代表制

的结合。第三种就是将现代政治玩得很熟的英国宪制,一元民主制。在英国,尽管今天绍欣博士说制宪权是个英美概念,其实英美在这样一个早期现代政治秩序生成时概念很复杂,而且也有英美思想家分享大陆的概念,所以不能简单地说制宪权就是英美的概念。另外,在英美,尤其英国宪政体制内,制宪权这样一种话语跟它的制度表现并不是很突出的,这一点的经典表现就是博格达诺在他那本《英国新宪法》里面说的,1975年当英国议会在讨论英国要不要继续留在欧共体里面时,需要做一个宪法决断,有人提出来让人民来公决,但是英国的议员纷纷说全民公决在英国是违宪的,因为他们没有明确的人民主权以及制宪权的概念。人民主权、制宪权的概念尽管在思想资源上有些取乎英美自然法某一个片断的理念支撑,但是它在政治思想上的系统化,我认为卢梭、西耶斯在法国大革命背景以及实践需求之下催生完成的。因此,陈端洪有很强的施米特或者西耶斯、卢梭的背景,他跟翟小波的差别很大,翟小波的是一元民主制、公议民主程序等。高全喜的是发生学进路,自成一格。

我比较倾向于对人民进行适度超常规的政治动员来克服常态的宪法生活或者日常政治的民主法治框架对宪法进步的堵塞,为人民重塑宪法秩序提供这样一种正当性论证和必要的制度管道。实际上政治宪法学,或者说政治宪政主义,在不同的法律传统与不同的国家有不同的实践形式,我在自己博士论文《政治宪政主义——中国宪政转型的另一种进路》里做了比较完备的类型化考察。对于中国来讲,我们要基于1982年宪法框架,防止政治宪法学的讨论走向激进化。因此,我对陈端洪教授选取制宪权作为政治宪法学的元概念、核心概念有一定的保留意见:我认为这在知识学上具有重要的里程碑意义,但是在实践意义上要打折,他似乎在强调人民要重新出场——当然一切改革在逻辑上必然包含这一后果预设。我希望政治宪法学所讨论的是“八二宪法”之下的有益的宪法学命题,实际上是类似阿克曼式的适度动员,有序的制度参与,然后调用既有的话语跟制度资源,来重塑这样一种共和国的政治,来兑现和提升“八二宪法”里已经有的新鲜的宪政要素或者血液。因而它是一个阿克曼意义的适度动员有序参与的宪法政治,再加上日常制度化的民主,就是说宪法总纲第二条规定的人民代表大会制度,还有非代表制的参与民主制。以这种

政治动员的宪政政治加上作为日常润滑的民主政治，双轨驱动，来完成这样一个转型，而不是期望一场革命或者一场制宪权的完备动用来进行秩序的重大整理。不仅那样一种期待性的重大整理发生的可能性不是特别大，而且即使发生了，后果预期不明，它的代价无法控制。所以在这个意义上，我看待我们1982年宪法的序言，其实特别看待它的里面所包含的四个面向，即历史性、原则性、政策性和效力性。

我认为宪法序言总体的功能是两个。第一个功能是合法性论证。1982年宪法是整体的政治秩序，不仅仅是它所建立的一府两院的人大秩序为它整体的政治秩序提供合法性的叙事，而且这种合法性的叙事不断有更新的版本，所以每次修宪会带上宪法序言加以修改，比如说三个代表路线、科学发展观等，这样一些路线，是一个合法性论证的功能，这个跟司法没有关系，作为宪法这种为政体提供合法化的功能，跟它的初始功能有关系。第二个功能是宪法原则性规划。我们宪法序言里面有丰富的原则、政策与任务的条款，这些条款有什么含义？这些条款基本跟法院没有关系，因为这些条款不是关注西方公民权利中经典性的消极自由权，而是那种社会经济权利，甚至国家整体发展与国际竞争的权利，这些权利不适合跟公民直接进行连接，不适合由法院进行个案裁判，而是由执政党的政治行政机构进行规划与展开。序言提供了宪法演进的丰富的制度化管道，当然也是有约束的，而且是社会主义的传统。在此之下，我试图对学界现有的宪法解释范式提出挑战，因为现在宪法解释理论高度依赖比较宪法学的研究成果，依赖很强的司法化的情境预设，这个与中国对不上。我想提出来一个问题，既然我们国家1982年宪法在我们政治生活当中多少还起着支配作用，那么谁在支配，怎么样起作用？如果从宪法解释的角度来讲，我认为党内立法起着这种作用，因为党内的法规路线方针政策当中有条款，引导并支配着国家的法律与政策

变动，另外就是五年一次的党代会报告机制。我曾经当面问过韩大元教授：党代会报告在中国的宪法解释体系里面具有什么样的理论与制度属性？当然，他似乎没有正面回应。大家看一下，为什么会有党代会报告这样的东西？它实际上是每过五年重新确认调整一下如何落实那些不适于宪法司法化的，只能由执政党与政治行政机构加以落实的，偏重社会权利、经济发展、国家竞争能力提升的那样一些非个体性权利的目标，包括十八届三中全会公报与决定之类的文件，大家都知道它的重要性，但是对它的宪法属性没有严肃的思考。我认为这些政治宪法活动构成了一种阶段性的宪法解释，每过五年对宪法里面的任务、重心、规划、如何展开、重点、民生权利做一个解释，然后这样一种解释会直接影响到全国人大立法规划，直接影响到国务院的机构改革或者议程设定与行政决策。这样一个执政党的党代会报告，我觉得它的解释学价值，它对宪法序言当中的纲领性、任务性条款的落实，还有对非个体权利以及最终也影响到基本权利实现的这样一个正面的宪法价值，其实缺乏严肃的宪法科学的对待。

我还有一句话，我觉得我们的会议若要讲政治结构与宪制转型的话：第一，我们一定要完整地科学地理解中国的政治结构，不要再以为全国人大240部法律就覆盖了中国全部的权力现象与运作，这是一个假象；第二，宪制转型要避免诱发革命，这个时候我们需要克制道德热情，真正对这样一个我们自身的宪制发展的经验跟规律，以及比较而言转型的宪政经验，有个案化的具体的了解和理解，然后才有资格为中国这样超大规模的政治共同体的转型提供方案。我认为如果不了解我们自身是谁，也不了解与我们具有规模相当性的政治体转型的具体经验跟张力的处理法，我们是没有能力为国家的转型提供这样一种充足的方案的。如果我们不做好这种准备，就像今天聂鑫所说的，那么制宪本身就不如还是守法。

[整理人：田飞龙；责任编辑：康敬奎]