

政治宪法学的兴起与嬗变

高全喜*

目次

- 一、政治宪法学的出场
- 二、政治宪法学的问题意识
- 三、政治宪法学：政治学抑或宪法学
- 四、规范主义的政治宪法学
- 五、政治宪法学与历史主义

关键词 政治宪法学 政治规范性 宪政转型

关于中国大陆近几年兴起的政治宪法学，由于其熔铸古今的思想性及其强烈的现实感，已经引起了国内外学界的广泛关注，作为倡导者之一，在当今中国社会面临政制大变革的关键时期，我感觉有必要对人们众说纷纭的“政治宪法学”做一番梳理，揭示其蓬勃兴起的缘由、问题意识、基本观念和基本主张，以及与其他宪法学派别的论战，政治宪法学内部的纷争，进而勾勒其未来可能的理论前景。

一、政治宪法学的出场

政治宪法学作为一个思想学术派别真正浮出水面，应该说是 2008 年。这一年，北京大学的陈端洪教授在《中外法学》发表了“论宪法作为国家的根本法与高级法”一文^{〔1〕}。该文甫一发表，就引起宪法学界的广泛争议和批评。对于陈端洪的问题意识和方法论，我是赞同的，但对于他的具体观点，我有很大的质疑。随后，我在北航法学沙龙做了“政治宪政主义与司法宪政主义”的讲演，提出了我对于政治宪法学的理解，并正面对陈端洪之论展开了学术批评。此后，我

* 北京航空航天大学法学院教授、哲学博士。

〔1〕 参见陈端洪：《论宪法作为国家的根本法与高级法》，载《中外法学》2008 年第 4 期。

和陈端洪在中国人民大学法学院、清华大学法学院、北京大学法学院和北京航空航天大学法学院,分别做了多场讲演和讨论,主题涉及政治宪法学的一系列问题,诸如革命与宪法、制宪权、人民出场、宪法学与政治学之关系,等等。对于我们来说,这些学术讲演和讨论,并非仅仅是展示政治宪法学,而是试图与国内的规范宪法学以及宪法解释学形成对话,因此,我们有意识地在人民大学和清华大学两家法学院,也即是中国宪法解释学和规范宪法学的重镇,展开讨论,并邀请了韩大元、林来梵、任剑涛、姚中秋以及其他众多年轻法政学者参加。^{〔2〕}从某种意义上说,上述讲演和讨论,并没有形成政治宪法学与规范宪法学以及宪法解释学之间的富有建设性的理论对话,只是冲击了中国主流宪法学的研究氛围,绽露出一些重大的、一直被主流宪法学遮蔽的中国宪制问题。

以2008年陈端洪的论文为标志,政治宪法学正式出场,但作为一种法政思想的问题意识以及宪法方法论,其在中国内地的兴起则要早得多。我自己在多年前结束有关西方政治思想史的研究后,就转入政治宪法学的思考,讨论过政治社会、宪法政治、共和政体、民族主义和国家利益诸问题,2008年以《现代政制五论》为题出版,在此前我还出版了相关的一系列著作,例如:《何种政治?谁之现代性?》(2007年)、《我的轭——在政治与法律之间》(2007年)。陈端洪多年来一直致力于宪法的非主流性研究,2007年结集出版《宪治与主权》,他的很多政治宪法学概念皆发端于此书的思考。还有年轻学者翟小波的论文:“宪法是关于主权的真实规则”(2004年)、“代议机关至上,还是司法化”(2006年)。2008年至今,伴随着政治宪法学作为一个思想流派的出场并流传以及百年中国法政历史的现实感应及激发,一系列政治宪法学的著述陆续发表或出版,一时之间,蔚为大观。例如,代表作有:拙著《从非常政治到日常政治》(2009)、翟小波的《论我国宪法的实施制度》(2009年)、《人民的宪法》(2009年)、陈端洪的《制宪权与根本法》(2010年)、拙著《立宪时刻:论〈清帝逊位诏书〉》、拙文:“宪法与革命及中国宪制问题”(2010年)、“战争、革命与宪法”(2011年)、“财富、财产权与宪法”(2011年)、“论革命的法理学”(2010年)、“心灵、宗教与宪法”(2012年),我与陈端洪等人的“国家构建与政治宪法学”(2010年)、与田飞龙对谈的“政治宪法学的问题、定位与方法”(2011年)以及“八二宪法与现代中国宪政的演进”(2012年),等等。此外,诸如姚中秋的《现代中国的立国之道》(2010年)、《中国变革之道》(2012年)、许章润的《现代中国的国家理性》(2012年)、强世功的论文“中国宪法中的不成文宪法”(2009年)等著述,也都被归入广义的政治宪

〔2〕基本对话状况为:(1)陈端洪受邀赴清华大学法学院主讲《宪法学的知识界碑——政治学者和宪法学者关于制宪权的对话》(2010.4.10),林来梵教授和高全喜教授担任主评议人,整个讨论过程的文字稿发表于《公法研究》第十卷,林来梵另有对话感想发表于《法学家茶座》,由此确立“规范宪法学/政治宪法学”的基本学术对话格局;(2)高全喜教授受邀赴人民大学法学院主讲《宪法与革命及中国宪制问题》(2010.5.7),陈端洪参与评议,人大法学院韩大元、胡锦光等教授进行总结;(3)高全喜教授“宪制发生学”系列演讲,分别是《人民也会腐化堕落:政治宪法学的视角》(北京大学法学院,2010.6.26)、《战争、革命与宪法》(中国政法大学法学院,2010.10.19;浙江大学法学院,2010.10.24)、《财富、财产权与宪法》(清华大学法学院,2010.10.14;浙江大学法学院,2010.10.25;中国青年政治学院,2010.11.18);《心灵、宗教与宪法》(浙江大学法学院,2011.11.25;洪范法律与经济研究所,2011.12.20);《政治宪法学视野中的〈清帝逊位诏书〉》(北京大学法学院,2011.4.26;浙江大学法学院,2011.11.25),等等;(4)与政治学界、政治思想史学界的对话,即“国家构建与政治宪法学”主题研讨会(《战略与管理》编辑部,2010.11.1);“制宪权与根本法”学术研讨会(北京大学,2010.10.22)。更加完整的学术史的考察与分析可参见田飞龙:《政治宪政主义——中国宪政转型的另一种进路》,北京大学法学院2012届博士学位论文。

法学之列。^{〔3〕}

当今中国的宪法学研究,尽管依然是主流的意识形态宪法学、宪法解释学和规范宪法学占据主导地位^{〔4〕},但这几年随着政治宪法学的兴起,原先的旧有格局开始被逐渐打破,一种新的思想理论路径以及概念体系、方式方法,乃至问题意识、价值取向,开始涌现出来。有人说,政治宪法学吹皱了一潭清水,也有人说,政治宪法学破除了语义学的沉闷。但无论怎么说,我觉得政治宪法学以其尖锐的思想性和现实感,戳穿了中国宪法学研究的学术伪装,迫使我们的宪法学人面对真实的中国宪制(包括曲折挫败的百年中国宪制),而不再是一味躲进纸质的宪法条文和西方诸国的宪法规范里自我沉吟,探幽览胜。^{〔5〕}当然,正像我一再指出的,政治宪法学只是一种问题意识和宪法学的方法论,作为一个学术流派,并不意味着我们对于中国宪制的认识就是一致的,也不意味着我们与上述三种主流的宪法学就是截然对立的。问题是有复杂性的。例如,陈端洪的关于中国宪法的五大根本法及其排序,就与意识形态的主流宪法学具有某种价值上的亲和性,而强世功的关于中国宪法中的不成文宪法的观点,则更是从一种新的视角捍卫了传统意识形态宪法学的党制国家的理论,至于我的观点,则从一开始就强调政治宪法学的规范性,我认为现代中国正处于一种从非常政治到日常政治的宪制转变时期,剖析这个国家的宪制结构及其背后的动力机制,要比单纯研究不着调的规范性更有意义。

尽管如此,政治宪法学毕竟与上述三个宪法学主流有着重大的不同,在我看来,这个不同集中体现在问题意识与方法论上,也就是说,政治宪法学以“政治宪法”为中国宪法学的核心问题,通过一种生命—结构主义的方法论,而试图对中国的百年宪制,尤其是中国共产党领导中国人民创制的共和国宪法,给予一种真实的揭示,并诉求其未来的宪制改革。政治宪法学的问题意识与宪法方法论使其与主流的意识形态宪法学、宪法解释学及规范宪法学具有了根本性的区别,政治宪法学不再关注宪法条文的规范性解释,也不直接援引政治性的意识形态口号,也不看重宪法的司法化改革路径^{〔6〕},而是直指中国宪法的结构、创制权及其背后的宪法精神以及内在的动力机制,并把这些问题的归结为“政治宪法”的议题。这样一来,“政治性”就成为政治宪法学的一个中心概念,政

〔3〕 国内理论界关于政治宪法学的评论乃至研究,已经不单单限于报刊媒体,近期逐渐开始进入学术层面,例如李忠夏:《中国宪法学方法论反思》,载《法学研究》2011年第1期;《苏州大学学报》2011年第3期有一组政治宪法学专题论文,包括:《政治宪法学的问题、定位与方法》(高全喜、田飞龙)、《宪法本体性:政治性、规范性抑或解释性?》(范进学、张玉洁)、《我们处于什么时代——简析规范宪法学与政治宪法学之根本分歧》(郑磊)、《论宪法的规范性》(杨陈)、《政治宪法学的中国式表达》(汪祥胜);《开放时代》杂志近几期陆续发表多篇与政治宪法学有关的文章,比如《政治哲学的根本问题》(吴冠军,2011年第2期)、《法秩序与政治决断——有关“政治宪法学”的批判性检讨》(吴彦,2012年第2期)、《中国宪法实施的三个面向——在政治宪法学、宪法社会学与规范宪法学之间》(韩秀义,2012年第4期)。据悉目前已经有数篇宪法学、法理学与政治学的博士学位论文便以政治宪法学为研究主题,例如北京大学法学院的田飞龙的博士论文便是《政治宪政主义——中国宪政转型的另一种进路》。此外,拙著《立宪时刻:论〈清帝逊位诏书〉》以政治宪法学为理论基础,在去年的辛亥革命百年纪念中,产生了重大的理论影响,从某种意义上拓展了中国立宪史研究的视野和边界,引起了广泛的讨论与回应。

〔4〕 关于中国宪法学理论流派的一个更为细致的分析,参见田飞龙:《中国宪法学理论流派的形成》,载《山东大学法律评论》第6辑,山东大学出版社2009年版。

〔5〕 参见田飞龙:《百年共和与政治宪法学的雄心》,载《新产经》2011年第2期。

〔6〕 这是一种司法宪政主义的规范性诉求,是宪法解释学与规范宪法学共享的制度愿景,曾以“宪法司法化”的名义在本世纪初掀起一场轰轰烈烈的对美国宪政模式的“普通法革命”式的制度模仿,这一模仿过程已经不单单是学界的学理性呼吁,而同时得到了中国最高司法机关中的精英法官的呼应,有关典型文献为王磊:《宪法的司法化》,中国政法大学出版社2000年版;黄松有:《宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个〈批复〉谈起》,载《人民法院报》2001年8月13日。

治与宪法的关系就成为政治宪法的中心问题,与此相关,立法权(而不是司法权)就成为政治宪法的核心问题,人民、革命、制宪(而不是法官、司法、权利)就成为政治宪法学考虑的关键点,如何把政治宪法纳入一个现代国家的立宪精神的有机结构之中,并揭示其内在的发生、扩展乃至衰落的法则,就促使政治宪法学采用一种有机主义的方法论,我称之为“生命—结构主义”的方法论,指的是政治宪法学并不把宪制视为一种完全机械的制度,而是视为一种富有生命的制度,其中包含着立宪者的激情、理性与决断,是一个政治民族(国族)的实践性产物。

当然,由于政治宪法学内部的思想性张力,关于何为“政治宪法”之“政治性”与“宪法性”,何为“生命—结构主义”方法论的现实性与规范性,还是呈现出很大的不同。例如陈端洪对于“政治”的理解就与我的理解有很大的差异,对于“现实性”与“规范性”的着重点,我们也有很大的分歧,由此导致我们关于“政治宪法”的一系列观念、价值取向,甚至政治宪法学的整体性认识存在着严重的歧异,用我的话来说,我们两人分别代表着政治宪法学的“左”和“右”,我们之间的差别,从某种意义上远远大于我们与规范宪法学及宪法解释学之间的差别。

但无论如何,我们仍然同属于政治宪法学,因为我们的问题意识是相同的,我们的方法论也是相同的,我们都把宪法视为一种“政治宪法”,认为百年中国宪制体现着民族(国族)的政治意志与决断及其理性选择,中国的宪法学应该正视现代中国的人民主权,把握其隐含的人民、党与宪法的根本性关系,揭示其从“生存的法则”到“自由的法则”的演进路径。^{〔7〕}具体一点说,陈端洪的政治宪法学强调的是基于人民制宪权下的党领导人民制宪的五大根本法,因而把党的领导视为中国宪法的第一原则,翟小波强调的是代议机关至上的人民宪政与公议民主,所以他拒斥中国法制环境下的宪法司法化改革路径,而我则强调“自由宪政”及其“立宪时刻”,力图揭示中国宪制的动力学机制,诉求一种从非常政治到日常政治的保守改良主义宪制道路。^{〔8〕}

总之,评论界所谓的以陈端洪、翟小波和我为代表的政治宪法学(我称之为狭义的政治宪法学),加上强世功为代表的党制国家的宪法社会学,以及姚中秋为代表的儒家立宪建国论和许章润为代表的基于国家理性的历史法学(我称之为广义的政治宪法学),^{〔9〕}这些林林总总的宪法思想,在近些年来格外活跃,论者们提出了各种不同于传统三大主流宪法学的主张和观点,形成了一股强劲的宪政思想潮流。在我看来,这些思想人物的观点与立场、他们的著述与讲演、相互之间的论战与辩驳,接续的是中国千年未有之变局的宪制难题,表征着一个政治巨变的时代行将到来。

〔7〕 对于此种演进路径,陈端洪曾予以明确的承认,参见陈端洪:《论宪法作为国家的根本法与高级法》,载《中外法学》2008年第4期。

〔8〕 陈端洪的“五大根本法”实际上构成了他的政治宪法学的核心规范,具有施米特意义上的“绝对宪法”意义,参见陈端洪:《论宪法作为国家的根本法与高级法》,载《中外法学》2008年第4期;翟小波受英国政治宪法学影响较深,其关于中国宪法之政治实施路径的讨论构成了他的政治宪法学的日常化的倾向与特色,参见翟小波:《中国宪法的实施制度》,中国法制出版社2009年版,对这一学术意图的较好的理论把握与学术批评,参见田飞龙:《民主之中与民主之后——评翟小波的宪法民主化研究》,载苏力主编:《法律书评》第9辑,北京大学出版社2011年版;我本人关于保守改良主义宪制框架的初步研究构成了我的政治宪法学的基本关怀与特色,参见高全喜:《立宪时刻:论〈清帝逊位诏书〉》,广西师范大学出版社2011年版。

〔9〕 强世功以法律社会学背景切入中国宪法研究,典型文献为强世功:《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》,载《开放时代》2009年第6期;姚中秋的儒家立宪建国论,参见姚中秋:《儒家宪政民生主义》,载《开放时代》2011年第6期以及《华夏治理秩序史》(第一卷·天下;第二卷·封建),海南出版社2012年版;许章润的基于国家理性的历史法学,参见许章润:《现代中国的国家理性:关于国家建构的自由民族主义共和法理》,法律出版社2011年版。

二、政治宪法学的问题意识

政治宪法学之所以在近期蓬勃兴起,在我看来绝非偶然,而是时代的产物,或者更准确地说,是中国社会变革之时代精神的宪法化的产物。关于这个时代精神的宪法化诉求有三个时间性的层次,或者说蕴含着三个政治传统的宪制理路。

首先,政治宪法学是中国三十年改革开放以来的社会诉求从经济领域向政治领域的转向之产物,即中国的经济体制改革在三十年的发展中已走到了尽头,而隐含其间的政治体制改革,开始成为中国改革的中心议题,中国社会开始超越经济议题,需要在“政治宪法”层面思考现代国家构建的宪法制度变革问题。其实,这个政治宪法问题从改革开放之初就已存在,但中国的宪法学却缺乏相应的问题意识与方法论予以认真对待,而是将其包裹在官方意识形态的话语中,并在学术上被宪法解释学和规范宪法学予以无可奈何的回避。官方意识形态的话语虽然具有革命党与执政党之统治的政治性,但并不具有宪法性,诸如无产阶级专政、人民民主专政、三个代表、和谐社会以及法治国家、党的领导、民主集中制、社会主义与资本主义,等等,这些不同时期、不同含义的政治话语,如何转变为一套政治宪法,尤其是政治宪法的制度结构,需要政治宪法学的方法论予以梳理,尤其是这套政治话语中蕴含的宪法精神以及改革主义法治路径,需要政治宪法学予以证成。至于宪法解释学与规范宪法学,则是回避这些政治宪法的根本问题,仅仅以宪法条文以及西方宪法学的规范主义,解释或研究中国的宪法文本,因此他们的理论不是流于一些枝节问题就是限于理想主义,例如,他们强烈关注的权利条文以及宪法的司法化努力,也在中国宪法的政治结构面前被挤压得无迹可寻。

正是基于上述主流宪法学的缺憾,政治宪法学直接以人民制宪为主轴,正面对待中国宪法的创设机制,并试图在政治宪法的结构中,化解宪法的正当性问题,以改革宪法的精神诉求,处理主权与党权、制宪与宪制、革命与反革命、人民出场与双重代表、生存与自由等政治宪法问题,从而为政治体制改革提供一个宪法学的路径。与宪法解释学与规范宪法学外在地诉求基于个人主义的权利保障和限权宪法以及司法独立不同,政治宪法学强调中国宪法的人民制宪的生命力及其变革的动力机制,认为改革开放的今天,需要唤醒人民作为主人参与国家宪制,并敦促实现党的领导与人民当家做主的统一性。所谓政治宪法就是完成从革命主义向宪政主义的转变,立党为公,依宪治国,实现公民社会的法治国家。当然,由于中国的政治体制改革并没有真正付诸实行,其宪法化诉求还蕴含着严峻的悖论,致使政治宪法学对待时代精神的回应还是很复杂的,甚至有些观点是反动的。从某种意义上说,陈端洪的政治宪法学既是非常激进的,又是异常保守的,说他非常激进,指的是其诉求的人民作为主权者的绝对性以及人民必得出场的革命性,这种革命激进主义的宪法学秉承了法国卢梭主义的政治理想主义,其宪法学的指向是不断的政治革命;说其极端保守,指的是他又把中国宪法的五大根本法,尤其是党的领导视为宪法的第一原则,这样就遏制了他所揭示的中国宪法之自由精神的开展,党的现行领导体制固化了他心目中的宪法结构,致使其宪法学负担沉重,举步维艰。^{〔10〕} 这一捍卫旧体制的宪法学在强世功的宪法社会学那里得到更为露骨的

〔10〕 陈端洪的政治宪法学的理论基础最终落实于“制宪权”理论,参见陈端洪:《制宪权与根本法》,中国法制出版社2010年版,而制宪权具有的激进性与他在2008年论文中提出的“五大根本法”的保守性之间显然是存在张力的,这种张力恰恰印证了我这里的分析;我对陈端洪的批评主要集中在高全喜:《政治宪政主义与司法宪政主义——基于中国政治社会的一种立宪主义思考》,载高全喜:《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。

表述，他试图从英国不成文宪法的理路中提取出一套中国宪法的其来有自的社会学渊源，进而为党国体制的一体化与正当化提供证明，并以此拒斥中国宪制的宪政主义改革。^{〔11〕} 我的政治宪法学理路与他们这批左派路径相反，我虽然承认人民革命的法理学以及革命建国的历史正当性，但我认为党领导下的革命宪制并不是政治宪法的根本特征，“革命的反革命”(revolutionary counter-revolution)，即通过一场宪法政治的转型，完成从党制国家到日常司法宪政主义的转变，才是中国宪法的实质内涵。^{〔12〕} 这里存在着一个宪法政治的建国与新民的政治结构以及人民与公民的权利伸张，为此，需要探索中国宪制的动力因、质料因、形式因以及目的因^{〔13〕}，需要一场改良主义的光荣革命，需要在生存主义的基础上重塑中国宪法的规范主义。只有这样，才能达成陈端洪所指出的中国宪法的从“生存”到“自由”的精神品性，而他的五大根本法是不可能到达这一彼岸世界的。

从某种意义上说，中国三十年改革开放的实践，已经激发出这一从生存主义到自由精神的宪法图景，其典型表述体现在八二宪法尤其是其后的四个修正案的制定上。^{〔14〕} 当然，仅仅从这个三十年社会变革的内在动力来审视政治宪法学的兴起还是不够的。实际上，政治宪法学的问题意识还有另外一个传统，即 1949 年建国的宪制传统，甚至还可以更为前溯一些，接续中华民国的宪制传统。这里涉及我所谓的时代精神宪法化的三个时间层次：上溯到 1912 年之际的中华民国的宪制传统，这是第一个现代中国的时间层次；1928 年国民党的党制国家传统和 1949 年共产党的党制国家传统，这是第二个现代中国的时间层次；还有 1978 年的改革开放及体现在“八二宪法”(含修正案)中的第三个现代中国的时间层次。实际上，作为一个政治宪法意义上的现代中国，如何划分其不同的历史阶段，或如何划分这一百年来的政治与立宪之国家历史，或以什么标准来划分，这本身就是一个政治宪法学的重大问题。^{〔15〕} 上述的所谓三个时间层次的划分，目前并没有获得宪法学或历史学的普遍接受，只是我结合了一些政治宪法学和历史学的观点并加以重新整合后而形成的自己的看法，而且并没有做出具体而结构性的展开，甚至还存在着一定的理论上的张力。尽管如此，关于我的政治宪法学的历史意识还是明晰的，那就是，第一个现代中国——中华民国之创建，有着一个立宪时刻以及内在的宪法精神，由此构成了其古今之变以及制宪立国的革命与改良的路径，并最终通过清帝逊位致使一个现代共和国得以构建起来。^{〔16〕} 但是，最初的中华民国只有十年左右的进程，享年不永，最终失败，由于革命重启，国民革命、联俄联共、三民主义的国民党通过北伐，建立起一个党国体制，并诉诸军政、训政、宪政之路线图^{〔17〕}，

〔11〕 参见强世功：“‘不成文宪法’：英国宪法学传统的启示”，载《读书》2009 年第 11 期；《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》，载《开放时代》2009 年第 12 期。

〔12〕 关于“革命的反革命”逻辑，我曾结合中国宪制作过具体分析，参见高全喜：《革命与宪法及中国宪制问题》，载《北大法律评论》第 11 卷第 2 辑，北京大学出版社 2010 年版。

〔13〕 关于亚里士多德的四因说及其在政体论中的运用，参见高全喜：《美国现代政治的“秘密”》，载《战略与管理》2010 年第 5/6 期合编本。

〔14〕 参见翟志勇：《八二宪法修正案与新的宪政设计》，载《战略与管理》2012 年第 3/4 期合编本。

〔15〕 政治宪法意义上的现代中国，在我看来，既不同于一般历史学的历史分期，也不同于文化学、社会学意义上的对于现代中国以及古今之变的中国，或所谓近现代中国的划分，而是强调宪法政治的蕴含，或把立宪建国视为唯一重要的划分标准，参见高全喜：《演化中的八二宪法》，载《战略与管理》2012 年第 3/4 期合编本。

〔16〕 关于这一过程的政治宪法学分析，参见高全喜：《立宪时刻：论〈清帝逊位诏书〉》，广西师范大学出版社 2011 年版。

〔17〕 同盟会时期的《革命方略》中本有“军法、约法、宪法”之程序，1914 年重组中华革命党时提出了“军政、训政、宪政”三期说，而作为立宪建国理论的正式而系统化的提出与论证则是 1923 年的《国民政府建设大纲》，有关这一主题的历史性的考察与分析，参见王奇生：《党员、党权与党争：1924～1949 年中国国民党的组织形态》，上海书店出版社 2003 年版，第 20～26 页。

但国民党的清党运动叛变了革命主义,促使共产党开始大搞独立的革命建国事业,后经联合抗战,最终经过三年血腥内战,共产党终于在1949年在内地胜出,领导中国人民建立起一个新中国。^{〔18〕}共同纲领与五四宪法,标志着共产党领导的党制国家建立起来,国民党退居台湾一隅。这个时期可谓第二个现代中国之时期,这里也有一个“党·人民”之革命建国的政治宪法学问题。^{〔19〕}这个党国体制延续了六十年,其中经历了巨大的宪法政治的变迁,其间有“文化大革命”之无法无天之时期,宪法成为一纸具文,偏于一隅的台湾,则有国民党的党国专制到民主宪政之成功转型,^{〔20〕}现今依然是所谓“中华民国”宪法之体制。而中国内地,则经历了“文革”后的三十年改革开放,其中有八二宪法以及四个修正案。如何看待这个八二宪法以及此后的三十年中国之宪法政治呢?在我看来,对于这个中国现行的“改革”宪法,我们应该有一个双重的视角,首先是一种延续的宪法观,即这个宪法乃是中国共产党领导的党国宪制的一个升级版,一个虽然拨乱反正(对于“文化大革命”之政治中国)但仍然没有脱离党制国家体制的宪法^{〔21〕},这一点与新传统之中国的党国宪法(国共两党)有着密切的关系,就是这个新传统的一部分;但是,我们也还要有另外一个视角,即这个宪法毕竟是一个重大的改革宪法之开启,其中孕育着走向未来的种子,是中国宪制从“生存”到“自由”、从党制到宪制的一个重大转机,是共产党从革命党到执政党到宪政体制^{〔22〕}的一个重大转机,因此,将其视为一个第三时间层次的开端,尤其是从保守改良主义的宪政演进路线来说,则是十分必要的,尽管它还仅仅是一个开端或序曲,真正波澜壮阔的场景或正剧还在其后。

总之,尽管对于百年中国的宪制分期有着不同的看法,区分标准也难以统一,尤其是关于几个中国的制宪建国以及人民·革命·党制的认识也难以定于一律,但正视这个问题,持有一种历史意识,这是政治宪法学有别于其他宪法理论的一个重要特征。可以说,政治宪法学的问题意识是与历史意识密切相关的,政治宪法学的宪法政治的逻辑,以及其力图揭示的主权、革命、党、人民、制宪、建国、宪法结构、公民权利等宪法主题,都与中国近现代历史有着水乳与共的关系,或者说,政治宪法学的问题意识发生于历史意识,是从现代中国的百年历史命脉中产生、扩展和发扬出来的。如果不理解古今之变的中国历史,不理解中国的现代建国史、革命史、制宪史、改革史、生存史、自由史,就无法理解中国的政治宪法学,无法理解中国的政治宪法学之兴起的历史与现实背景。

当然,克罗齐接着黑格尔说一切历史都是当代史,政治宪法学的历史意识也不可能脱离当代史,具体一点说,就是不脱离三十年改革开放的中国当代史,所以,就政治宪法学的兴起来看,我认为其直接孕育于三十年中国改革开放的法政实践,是伴随着中国改革开放的进程,甚至是伴随着这个进程中的曲折与挫败而生发出来的。为什么这样说呢?因为我们都知道,这个进程并非单一的经济改革的进程,而是政治与经济乃至全社会的整体性改革,但是这个现代国家的全面改

〔18〕 其形象化的标志就是毛泽东1949年10月1日在开国大典上豪迈宣布“中国人民从此站起来了”。

〔19〕 参见高全喜:《革命与宪法及中国宪制问题》,载《北大法律评论》第11卷第2辑,北京大学出版社2010年版。

〔20〕 蒋经国先生在这一转型过程中起到了积极的历史作用,体制外的抗议力量(以早期民进党为代表)也对于台湾的民主宪政转型产生了重要的助推作用,关于这一转型过程的政治与社会经验的分析,参见朱云汉等:《台湾民主转型的经验与启示》,社会科学文献出版社2012年版。

〔21〕 党国体制的印迹在“八二宪法”序言的革命史叙事与政治宪法原则结构中很容易辨识出来,对这一过渡性体制的党国内核的政治学分析,参见任剑涛:《国家形态与宪法解释》,载《战略与管理》2012年第3/4期合编本。

〔22〕 对这一改革宪法的改革内涵及其前景的理论分析,参见夏勇:《中国宪法改革的几个基本理论问题》,载《中国社会科学》2003年第2期。

革并没有得以如期进展,而是政治体制的改革横死胎中^[23],单向度的所谓经济改革,固然释放出前所未有的能量,扭曲的经济社会高速发展,一跃成为世界屈指可数的经济大国,中国模式嚣张一时,^[24]但权力与资本的没有宪法制约的高度扭合导致了一种列宁主义式的国家(权贵)资本主义。由此可见,现行宪法的常规作用并没有得到有效实施,司法宪政主义在中国幻为泡沫,规范宪法学和宪法解释学无所凭依,沦落为文字游戏,所谓健全社会主义法制,构建社会主义法治文明,在社会主义法律体系宣告完成之际,反而变得遥遥无期。为什么会发生这种状况呢?是中国的宪法不存在吗?是中国的宪法没有约束力吗?显然并非如此简单。

如果从常规的宪法学来说,尤其是从西方宪法学的范式来看,中国的宪法很难说是一部富有效力的宪法。无论是规范宪法学意义上的,还是宪法解释学意义上的,在中国宪法的制度框架下,都很难得以有效的证成。固然,我们的宪法条文有一些关于国家权力的纵向与横向的分配体制,有一些关于公民权利的保障条款,但是,这些权力结构的运作以及公民权利的落实,尤其是从宪法案例的审查角度来看,它们着实是一纸具文,大多是纸上的权利条款,并没有得到富有成效的实施,更没有获得司法制度的强有力保障。关于这方面的论述乃至批评和指责很多,本文在此无需赘言。但是,我要说的是,这只是中国宪制问题的一个方面,并不是全部,应该看到,中国宪法的某些制度还是有效实施的,尤其是随着行政诉讼法以及刑事诉讼法的颁布与修正,一些所谓的具体法治的制度开始实施,尽管是局部的,甚至在某些方面还是以退一步进两步的方式进展,但总的来说还是彰显出某种宪制法治的价值,具有局部结构性的宪制意义。^[25]此外,中国的人民代表大会制度,也逐渐开始出现人民参与国家事务的宪法功能。当然,这一切都是表面的,是局部性的,并不能够说明中国的宪法制度是一个真正民主宪政的制度,从规范主义的意义上看,它们还都是初步性的与粉饰性的。

中国的宪法是粉饰性的,但中国的政治制度却在有效地运转,而且这个运转着的政治国家制度看起来还是强有力的,秩序没有崩溃,社会没有解体,政治权力周而复始地运行,经济也还在高速扩展。而且还有一个宪法存在,也可以说还是一个宪制体制。这究竟是怎么回事呢?这里是否存在着一个中国体制之谜呢?如果我们把一种政治秩序的规则称之为宪法的话,中国的宪法制度的根子在哪里呢?什么是中国政治的宪法规则呢?或者说,什么是中国宪法的本质呢?宪法与这个权力秩序的规则是什么关系呢?这一系列问题,显然是政治宪法学关注的问题。从宪法学的角度看,这个制度的中心主题在中国宪法的序言之中,在党与国家的一体化的结构之中。因此,对于中国宪法学来说,就不能从规范主义出发,而要从“序言”出发,从真实的宪法制度的架构出发。中国的宪法学的中心实质上就是它的序言及其总体结构。对于这个序言以及结构,中国传统的宪法解释学似乎只是停留在表面文字上,拘泥于文字的表层含义,并一味从属于意识形态的政治话

[23] 朱学勤在岭南大讲坛的主题为“激荡三十年:改革开放的经验总结”的演讲中曾提出改革两阶段论,对改革框架的张力特征有着较为透彻的分析,参见 http://www.360doc.com/content/07/1219/11/16670_907974.shtml。

[24] 中国模式在近几年成为中国左翼学者的关键词,其中潘维是重要的鼓吹者,参见潘维、玛雅主编:《人民共和国六十年与中国模式》,三联书店2010年版;对中国模式的一个针对性与系统化批评,参见丁学良:《辩论“中国模式”》,社会科学文献出版社2011年版。

[25] 这涉及对改革三十年法治的评价框架问题,既不能因为宪政整体上的滞后而全盘否定,也不能因为具体部门法治的进步而自以为是,而是需要发展出一种更为精致的分析框架,这方面较为中肯的思考可以参见高全喜、张伟、田飞龙:《现代中国的法治之路》,社会科学文献出版社2012年版,第五章“面向常态的转型法治:改革与治理”,其中提出了“根本法治/具体法治”的二元分析框架。

语,无意于解释或追问这个序言或结构为什么如此,而是就事论事地从事所谓宪法的语义学解释和条文解释,其结果就是宪法解释学的文不对题。或许是看到了上述解释学的无力感,其他形态的宪法学教程,干脆就遮蔽掉宪法序言以及政治意识形态话语,直接以西方宪法的规范主义或司法审查制度以及案例来编撰中国的宪法学,这样至少可以抵制政治意识形态话语的侵蚀,据说这是一种宪法的“韬略”。^[26] 总之,回避宪法的政治性,这是中国主流宪法学的一种姿态,但我认为,这种姿态固然可以逃避问题,固然可以抵制旧宪法的政治意识形态话语,^[27]固然可以为真正的日常政治下的宪法学提供一套又一套的学术理论储备,但与揭示中国当今的宪法制度的实质问题无所涉及,与呈现进而解决中国的宪制改革的动力机制无关宏旨,是一种抛弃现实和背离实践理性的学术立场。

三、政治宪法学:政治学抑或宪法学

与上述宪法学理论不同,政治宪法学认为宪法的政治性是不可遮蔽也是遮蔽不了的,尤其对于中国现代宪法学来说,“政治宪法”是其核心问题,它集中体现在中国宪法的序言以及宪法结构之中。政治性与宪法性,这是中国宪法的中心问题,也是任何一个现代国家的宪法创制以及宪法解释的根本问题,只有首先解决了宪法的政治性与宪法性之关系问题,所谓的规范宪法学、宪法解释学等日常宪法学的一系列问题才能得以展开和推进。

对于上述政治宪法问题,陈端洪是有着异常清醒的意识的,他在两篇导论性的文章中首先处理的就是这个宪法性与政治性的问题。第一篇,是他的代表作《制宪权与根本法》的“一个政治学者和一个宪法学者关于制宪权的对话”^[28],另外一篇是他在清华大学法学院的一次讲演“宪法学的知识的界碑”^[29]。贯穿陈端洪的两文以及他到目前的整个宪法学思想的一个中心议题,就是为中国宪法学确立一个知识的界碑,即确立宪法的政治学基础,而这个政治学在陈端洪看来,就是基于政治权力的制宪权,或者进一步说,就是人民(不断)革命的制宪权,这个制宪权才是他心目中的政治宪法的根本。为此,他特别调用了卢梭的理论和霍布斯以及施米特的理论,前者就是区分人民主权以及直接的制宪权,而且是不断的革命,或人民出场,永久的在场,后者就是区分宪法与宪法律,宪法基于主权者的政治决断,是政治意志的直接赋权。这些构成了陈端洪的宪法之为根本法的政治性根基,宪法只能以此为出发点,并且最终归宿于此。在这个关于政治性的基础理论确立之后,陈端洪无所羁绊地介入中国宪法领域,从容地提出了他的关于中国宪法的五大根本法的宪法观,并把宪法政治等同于党制政治,共产党成为中国政治的中心,因此也就成为中国宪法的中心,为此,他编制或重启了一系列有别于旧宪法学的新宪法学的语汇,诸如“中国人民在中国共产党的领导下”,“人民必得出场”,“人民既不出场也不缺席”、“宪法是民主神的圣经,人民的安眠曲”,等等。这些成为陈端洪政治宪法学的一些关键性概念,一时之间广为流传。

陈端洪强横地把政治权力的赤裸裸的本性展呈在宪法学面前,并将其视为宪法的根基,由

^[26] 规范宪法的代表人物林来梵教授曾有此语。

^[27] 我这里所说的旧宪法学,指的是1949年建国以降的老一辈的革命家和宪法学家的宪法学理论,从董必武到张友渔、陈叔文等体制内的宪法学理论,其基本理论风格与面貌可以参见张友渔等:《宪法论文集》,社会科学文献出版社2003年版。

^[28] 参见陈端洪:《制宪权与根本法》,中国法制出版社2010年版。

^[29] 此次演讲实录参见陈端洪等:《政治宪法学与规范宪法学“对话”实录》,载《公法研究》第十辑,浙江大学出版社2011年版。

此划出了宪法学的界碑,这无疑击中了宪法解释学以及规范宪法学的软肋,把宪法的一个狰狞的面相暴露出来,这自然有其知识学的意义,但更加关键的是其在政治学层面的意义。因此其导致主流宪法学界的口诛笔伐是可以理解的。对于陈端洪的政治宪法学,尤其是他把宪法与政治权力以及政治决断密切地联系在一起,甚至不惜为党制宪法背书,无疑引起很多学者的反感甚至诋毁,将其视为反宪政主义一族,视为左派激进主义。^{〔30〕}有人认为陈端洪乃至政治宪法学不是法学,而是政治学,是权力政治的学术化包装,在他们看来,政治学就是涉及政治权力的,而宪法学则是涉及权利的,与政治及其权力无涉,即便有关系,也是规范政治权力,限制和抵御政治权力,宪政就是防止权力恣意,就是保障人权。宪法学就是规范主义,就是基于规范主义的法条解释学,就是基于司法审查权的反抗暴政和权利保障。因此,宪法学与政治学要进行严格的切割,要剔除政治学,重归权利学。在他们看来,政治宪法学不是宪法学,而是政治学,是以政治代替宪法,以政治社会学代替宪法解释学。按照他们的观点,强世功近期发表的一系列涉及宪法的文章,尤其他的所谓不成文的宪法的观点,比之陈端洪的五大根本法更为赤裸裸地为政治权力鸣锣开道,不惜歪曲和利用英国宪法而为其政治诉求张目,为中国的有宪法无宪政辩护。至于我的一些观点,他们也一起并入到这个政治学的系列,认为不是宪法学,而是政治思想史。

如何看待上述的理论纷争呢?在我看来,主流宪法学对于陈端洪的政治宪法学之质疑是有其宪法学的依据的,即宪法学不能由政治学来替代,宪法学就其一般意义上说,是权利的保证书,是人民的宪章,是抵御强权政治的宣言,由此分权制衡国家的政治权力,维护和保障个人权利,以司法来守护宪法尊严,以违宪审查权裁决宪法纠纷,等等,这些都是必要的,都是需要给予规范主义关注的宪法解释学。从这个意义上说,宪法学不是政治学,它诉求的乃是司法正义,是关于政治权力的规范性约束和限权。但是,问题在于,宪法学并不仅仅如此,宪法学还有另外一个面向,即它必须有一个政治的赋权作为基础,也就是说,宪法必须面对它的起源,它从哪里来的,其起源、形式以及目的究竟是如何生成的?要回答这些问题,宪法学必须面对政治学,不能简单与政治学切割,而是处理宪法与政治的关系。否则,宪法学就没有办法回应其上述的主张,没有办法持守其固有的抵御强权与捍卫权利的本性。政治宪法学之所以仍然成立,就因为它敢于面对宪法学的政治权力问题,并把政治视为宪法的根基,它认为一个日常的宪法并不是从天上掉下来的,而是政治的结果,具体一点说,就是人民制宪建国的结果。人民通过行使主权权力创制宪法,从而把自己的意志和理性付诸于一部宪法来塑造一个国家体制,或一个国家政权,并根据政治原理实施分权与制衡,从而使得公民的个体权利得以保障。没有原初的政治赋权,宪法就无从产生,司法宪政主义也就无从谈起。

从现代宪制的历史实践中,我们可以清楚地发现这个宪法与政治之间的密切关系,任何一部现代宪法都来自人民的制宪过程,具体一点说,都来自人民的革命建国与政治赋权,都是一个非常政治时期的产物。主流宪法学所承担的只是一个日常状态下的法治目标,而不是非常态的宪法学。相比之下,政治宪法学关注的乃是日常宪法的来世前身,是作为“政治宪法”的宪法,或宪法的政治性,尤其是非常态时期的宪法创制的政治性本质。对于这个政治宪法,主流宪法学可以不加以强调,但不能无视,甚至予以遮蔽,因为,没有这个前日常时期,它们的宪法是根本不可能存在的,假如存在,也是虚假的装饰品,是一纸具文或死的宪法。我们之所以批评主流的宪法解释学或规范宪法学,并非因为它们不是宪法学,而是因为它们不是中国的宪法学,它们把死物当成活物,自欺欺人地把一纸具文当成研究和解释的对象,而忽视或忘记了中国的宪法的政治性,忘记了中国宪法仍然还没有达致日常的法治时期,政治性仍然是中国宪法的命脉。关于这一点,中国宪法

〔30〕 参见林来梵法律博客 <http://linlaifan.fydz.cn/art/404016.htm>。

的序言乃至结构,分明写得很清楚的,请看:什么是共产党的领导,什么是人民当家做主,什么是革命建国,什么是人民民主专政,什么是四项基本原则,什么是民主集中制,什么是社会主义国家,什么是公有制,等等,这些哪里是日常法治语境中的宪法概念呢?这些分明是赤裸裸的政治性,是革命建国、人民出场的非常态的革命政治之产物,是主导宪法的政治意志。这一切都表明,我们的中国宪法是一部政治宪法。其实,应该指出,任何一部现代宪法,都是政治宪法,或者说,都具有政治宪法的意义,例如,英国的王位继承法案、权利法案和宽容法案,它们作为英国的不成文之宪法,美国的联邦宪法以及修正案,法兰西共和国诸宪法,德国的魏玛宪法,明治维新之日本国宪法,乃至“中华民国”宪法,等等,谁能否定它们之为宪法的政治性以及其中的制宪建国之人民的政治决断呢?所以,政治宪法并不外在于现代宪法,或者说,宪法并非只有宪法性而无政治性,宪法性本身就是政治的,就是人民创制宪法的政治性本身。只不过,在经历了革命、战争与制宪建国之后,当一个通过宪法凝聚起来的政治共同体恢复日常状态后,宪法之政治性就应该隐退,宪法的法治性或一般意义上的宪法解释学与司法宪政主义就该出场,成为宪法学的主流。^[31]

问题在于,承认了现代宪法的政治性,或宪法之为政治宪法,是否就意味着陈端洪关于宪法的政治宪法学理论就正确呢?在此我是持有疑义的,或者说,我并不认同陈端洪、强世功他们关于宪法的政治观。当然,我的疑义与主流的宪法解释学和规范宪法学不同,我并不否认政治宪法之政治性,并不否认陈端洪他们的问题意识乃至宪法方法论,我强烈质疑的是他们的宪法政治观。我认为,陈端洪他们对于宪法的政治性的理解和阐释,乃是一种现实主义的政治学,是政治权力主义,而非政治学的规范主义,即他们严重歪曲了政治学关于政治合法性的诉求,以强权政治或政治实力来定义宪法,完全抛弃了政治的规范性。从这个意义上说,主流宪法学对于他们的批判乃是合理的,正确的,把他们视为政治学而非宪法学也是持之有据的。因为宪法学有别于政治学的一个突出特征就是宪法不是政治权力的证成,不是为政治背书,而是捍卫权利,是规范政治权力的法则,宪法学拷问的是政治权力的合法性与正当性。对于这个问题,我所主张的政治宪法学与陈端洪这一派是有着本质性差别的。当陈端洪的五大根本法之宏文甫一发表,我就站在规范主义的角度,对之展开了严厉的批判,尤其是遏阻了其空间并置式的政治宪政主义倾向,而将之改造为时间连续式的自由主义的政治宪政主义。显然,我认为陈端洪过于强调了政治的现实主义,强调了非常政治以及政治决断的绝对性,而忽视了政治之规范主义或诉求正义的正当性的一面。他的政治学是马基雅维利、霍布斯、施米特的政治学,是“存在即合理”的现代版本,但是,这种残酷的政治学并非政治学本身,政治学还有另外一个面向,就是合法性与正当性,即真正的政治乃是正义的权力,是来自人民共同意志的具有人民同意性质的权力,只有从这个正义的政治的视角来衡量与评估所谓五大根本法,才是政治宪法学的本质诉求。所以,在如何看待“政治宪法”这个关键问题上,我与陈端洪发生了严重的分歧,用我的话说,我们是政治宪法学的左和右。

在我看来,政治宪法学之所以是宪法学,而不是为现实的政治权力背书,关键在于是否承认政治宪法的规范性价值,在于是否诉求政治的合法性,即这个合法性不是宪法律的合法性,而是宪法的合法性,是本源的合法性,即正当性。无论这个正当是来自自然权利的正当还是神义论的正当,还是来自天命与民心,总之,不能来自赤裸裸的强权,存在的并非总是合理的,有时是邪恶的,是人民应该予以抵抗的,人民或每一个公民都天然地具有反抗强权的抵抗权或革命权。这是洛克的原则,是现代宪法的原则,是美国立宪的原则,也是中国革命建国的原则。所以,政治宪法不能仅仅

^[31] 参见高全喜:《政治宪政主义与司法宪政主义——基于中国政治社会的一种立宪主义思考》,载高全喜:《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。

是人民的政治决断,是革命党领导的创制,而且也是一种政治宪政主义,即对于政治权力的约束机制。在我看来,陈端洪的政治宪法学,只有政治或只有权力运行,没有宪政,没有规范主义。因此,他的文章散发着政治权力的强暴与腐朽的气息。

政治宪法学必须诉求规范主义,必须从政治现实主义走出来,必须建立自己的驯化权力的规范体系,这才是宪法学,而不是政治学(现实主义意义上的)。但是,关于宪法学我又不同于主流的宪法解释学或规范宪法学,在问题意识和方法论方面,我仍然属于政治宪法学,在我看来,中国宪法的根本性问题不属于日常时期的法治宪政问题,而是处于非常时期,或者更准确地说,属于从非常政治到日常政治的转折时期,在这个时期中国的宪法学不能由主流的各种宪法学来承担,而只能由政治宪法学承担,即直面中国之政治宪法的根本,创制一种转型宪政的宪法学。所以,我所强调的宪法之规范主义,就与日常时期的规范宪法学有别,我不能赞同他们抽象地将一种没有中国政治宪法之缘由的规范宪法作为宪法学的标准,或者说,我不能接受他们所谓的西方宪法学意义上的普世价值之规范,或基于西方宪法的权利价值或宣言,对于这种外在的规范主义,我认为是无力的和空虚的。我当然诉求普世价值,诉求规范政治权力的规范价值,但这个规范不能从外部高超地搬运或移植,它们只能来自中国宪法的政治权力之内部运行,来自中国宪政主义的历史过程,来自中国人民的内在渴望和创制、改革的生命力本身,来自中国政治宪法的价值诉求与制度实践的过程本身。

所以,对于我来说,就势必要同时进行两个方面的辨析和驳难。首先,一方面我要抵御和防范陈端洪一脉的政治现实主义,即祛除他们把宪法基于政治强权的政治学或实证主义宪法学,伸张政治宪法学的规范主义价值,力图把宪法建立在驯化权力的规范价值的正义基础之上;但另一方面,我还要证成政治宪法的时代特征,把政治宪法学与主流的规范宪法学及宪法解释学做出区别,同样要抵御他们抽象而空虚的理想主义或对于政治真相的遮蔽,要把宪法建立在富有生命力的政治之决断和理性之同意上,让规范从政治权力中生长出来,而不是外在地搬运或移植。在面对上述两个方面的理论激荡中,我认为中国的政治宪法,既不是赤裸裸的政治学,也不是干巴巴的教条宪法学,而是一种在历史与实践中发育、生长和演进的政治宪法学,即核心是从政治现实中激发出规范的价值,从现实主义走向理想主义,从生存主义走向自由主义。这个中国宪法的从“实存”到“自由”的历史演进,就是中国宪法的精神所在。

因此,对于“政治宪法”究竟是属于政治学抑或宪法学,大可不必过于追求。固然政治学与宪法学之间需要确立一定的学科性的知识界碑,政治学家与宪法学家的对话可以基于不同的理路各自展开,但政治宪法学就是政治宪法学,它既属于政治学又属于宪法学,或者说既不属于政治学又不属于宪法学,关键在于你如何定义政治学或宪法学。在我看来,政治宪法学关涉的根本性问题是介于政治学与宪法学之间的,是从政治现实主义到宪法规范主义的历史演进。政治学如果诉求规范价值,那么其创制建国的立宪主义就是宪法学,而不是政治学(实证主义的政治学),而宪法学如果仅仅是局限于规范主义的外在陈设,那就不是宪法学而是比较宪法学或外国宪法学,宪法学必须预设其政治的先存性或优先性^[32],但又并不屈从于政治学,而是驯化政治,从政治中推导出立宪主义和规范主义。^[33] 所以,政治宪法学的中心议题在于规范,即关于政治权力的立宪主义之规范价值以及制度架构究竟来自哪里?

[32] 参见高全喜等:《国家构建与政治宪法学》,载《战略与管理》2010年第11/12期合编本;高全喜等:《宪政离我们还有多远——纪念八二宪法三十周年学术研讨会》,载《战略与管理》2012年第3/4期合编本。

[33] 同上。

四、规范主义的政治宪法学

应该指出,政治宪法学是讲究宪法规范的,从某种意义上说,政治宪法学既是一种规范主义,又是一种宪法解释学,而且它与主流的规范宪法学和宪法解释学并没有根本性的区别。政治宪法学不可能离开规范主义,也不可能脱离宪法解释。但是,为什么在一般的评论中,或者在两个宪法学的阵营中,又都表现出如此鲜明的理论之对垒呢?而且,本文前述也仍然采取了区分不同流派的立论作为分析与陈述的理路呢?这种情况取决于中国宪法学的理论语境。

相对说来,陈端洪的政治宪法学尽管仍然是基于宪法解释的,并且也并没有完全祛除规范主义的价值诉求,但他的宪法解释和规范主义是明显弱化的,其论述充斥着权力主义的政治现实性特征,尤其是其五大根本法的提出与顺序排列,显然采取的是实证主义的宪法分类标准,其对政治合法性及其内在的规范价值的诉求荡然无存。不过,尽管如此,陈端洪依然提出了中国宪法的精神是从富强到自由,从存在主义到自由主义,这个自由的宪法结构无疑显示出他对于宪法规范的认同。^[34] 青年学者翟小波教授虽然反对宪法的司法化,主张基于代议制民主的政治宪法学,但他从来就不反对宪法的规范性,他认为宪法的中心价值就是规范,没有规范,就没有政治宪法,他反对的只是抽象的法条主义,虚幻的规范主义。^[35] 至于我的政治宪法学,则更是从来就强调规范主义的宪法价值,我多次指出这一点。在我与青年宪法学博士田飞龙的对话中亦可明辨。^[36]

既然政治宪法学如此强调规范性价值,并且一再申言自己的规范主义,是否就与主流的规范宪法学或宪法解释学完全一致了呢?是否人们一直是在误解政治宪法学吗?显然不是如此。因为,这里涉及如何来定义规范性,何为宪法的规范价值。正是基于此,显示了政治宪法学与主流宪法学的区别,而且是根本性的区别。我们看到,规范宪法学与宪法解释学的规范价值是前设的,尽管在它们两者之间也有辨析与争议,例如,规范宪法学认为规范基于超越宪法文本的理想性中,宪法解释不能仅限于法条,而宪法解释学则认为规范宪法学陈设过高,规范应该附着于文本解释,^[37]但总的来说,两者在关于规范究竟来自哪里的实质问题上都没有触及政治维度,而是仅限于权利保障维度,在它们看来,规范就是宪法的权利保障条款且落实在宪法案例之中。它们之间的争论只是关于解释与规范何者优先的问题,但遮蔽政治宪法的规范性则是它们共同的特征。在这两派学者看来,政治宪法学不讲规范,仅仅盯住权力的运作系统,忽视权利保障,漠视宪法的司法化,以宪法取代宪法律,或者说,他们从来就不承认宪法与宪法律之间的区别,不接受制宪权与宪定权的区别,不接受非常时期与日常时期的宪法分野。

政治宪法学与上述主流宪法学不同,它并不否认日常法治状态下的宪法规范以及宪法解释,但我们认为这些规范内容以及基于法条和案例的解释在中国当今的宪法以及宪法实施中是羸弱的,甚至不是中心的议题。主流宪法学关于规范主义和解释主义的大量作业,不过是做些中国宪制的边角料,是些无用功,至多是西方宪法解释主义(所谓法教义学)和规范主义的移植翻译和背

[34] 参见陈端洪:《论宪法作为国家的根本法与高级法》,载《中外法学》2008年第4期。

[35] 参见翟小波:《人民的宪法》,法律出版社2009年版。

[36] 这一对话既是对一位宪法解释学脉络中的青年学者关于宪法方法论若干误解的回应,也是对近几年来政治宪法学学术状况的一个阶段性总结,具体参见高全喜、田飞龙:《政治宪法学的问题、定位与方法》,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2011年第3期。

[37] 参见李忠夏:《中国宪法学方法论反思》,载《法学研究》2011年第1期。

书,尽管它们也有现实与学术的意义。我们认为,中国的宪法学应该正视中国的政治状态或应该正视中国的“政治宪法”。这里的正视在我看来,至少包含双层蕴意:

首先,直面中国宪制的真实的规则,看清其中事实运作的权力规则体系以及动力结构,进而搞清楚这个中国的现行宪制是如何产生、演变与落实的,进一步往深里说,探索中国百年宪制的发生学原理,其从早期现代的“中华民国”到党制国家的革命构建以及内在的宪制结构,^{〔38〕}也就是说,首先需要研究的是中国宪法的构成原理,其作为政治宪法的前世今生。在我们看来,这些内容并不单纯只是属于中国立宪史,而是中国现行宪法的有机内容,是写入宪法序言并且主宰着中国宪制之本质的,不搞清楚这些宪法之政治性的蕴含,就根本理解不了中国宪制之为何物。这是建立真正的中国宪法科学的前提。其次,在搞清楚中国宪法之为何种宪法之后,就必须面对谁之正义问题。政治宪法学关注的不仅仅只是何种宪法,而且更为关注谁之正义,即关注和探索宪法的规范性问题。正如前述,一味指责我们的政治宪法学是政治学,是为现实政治背书,我认为是不公正的,尽管陈端洪等人(包括强世功)有上述政治现实主义或实证主义宪法学的倾向,但我的观点从一开始就是非常明确而坚定的,那就是中国的政治宪法学要不遗余力地树立规范主义的宪法学标准,要探究宪制的正义性价值。一个不关注或漠视规范价值的宪法只能是强权的逻辑,而不是宪法或宪政的逻辑,因此,规范主义与政治宪法不是对立的,而是密切相关的。

不过,需要强调指出,政治宪法学的规范主义与主流的规范宪法学及宪法解释学有所不同,它并不试图从中国宪制中那些子虚乌有的权利保障条款和简单比附的司法案例或天上掉下来的人格主义规范信条中寻找规范价值,而是立足中国宪制的真实语境,从政治宪法中寻找或挖掘规范价值或宪法的正义性价值,从政治本身中提炼出规范。问题在于,究竟能否从中国百年宪制或现行宪制中开出一种基于中国本土又共享普世价值的规范性法则呢?这正是主流宪法学所予以指责并试图回避的问题,而这对于我们政治宪法学来说,无疑是一种严峻的考验。我认为从宪法的司法化以及权利保障视角探讨宪法规范与宪法解释问题,固然是日常政治时期的宪法学通则,但这种视角及其方法论对于中国宪制是无效的,中国宪制的根本问题依然在“政治宪法”上。但是,如何看待中国的“政治宪法”呢?一味遮蔽是没有意义的,因为它们是遮蔽不了的,事实的现状就是如此,必须面对这一客观的真实。但面对现实并不等于认同和赞美现实,并不等于忘却宪法的规范价值,而是要从中开辟出规范的宪法性来。如何开辟,这就需要我们以同情的理解来严肃而非意识形态化地对待中国百年建国的革命史、制宪史和法制史,从中国人民与两个基于主义的政党的共生关系来看待政治宪法。

应该指出,中国的党制国家并不是从天上掉下来的,而是中国人民的某种政治选择与政治决断。中国共产党领导中国人民建立起一个新中国,这是中国历史上的一个开天辟地的大事,这一点不可否认,因此,中国现行宪法的序言就是关于中国革命建国的历史叙事,这个叙事奠定了中国之政治宪法的合法性理论基础。问题在于这个历史叙事仅仅是一种客观描述吗?在政治宪法学看来,是,又不是。说它是,指的是这个叙事陈述了一种成王败寇的历史观,共产党用枪杆子打天下,建立了新政权,然后所谓宪法不过是对于胜利者的一种确认,对此,毛泽东有过一段鲜明的话:“世界上历来的宪政,不论是英国、法国、美国,或者是苏联,都是在革命成功有了民主事实之后,颁

〔38〕 参见宪制发生学的基本原理,主要体现在我的三篇有关现代国家之动力机制的研究,参见高全喜:《战争、革命与宪法》,载《华东政法大学学报》2011年第1期;《财富、财产权与宪法》,载《法制与社会发展》2011年第5期;《心灵、宗教与宪法》,载《华东政法大学学报》2012年第2期。

布一个根本大法去承认它,这就是宪法”。^{〔39〕}说它不是,是指这个章程一旦确定下来,就不再仅仅是一纸具文,而是具有了约束力,具有了规范性的意义,所以,在宪法序言以及宪法的权力结构条款中,在历任党和国家领导人的讲话中,宪法就具有了约束国家政权的法律效力,即任何人和机构,都不得高于宪法,不受宪法的制约。这种守宪的承诺至少在政治宪法意义上是重要的,同时也构成今日要求兑现宪政的政治理据之一。所以,从比较宪法或宪法教义的角度说中国宪法序言没有效力本身是无意义的。

这样一来,中国的宪法,就具有了描述的叙事性与规范性两种特性。这是中国宪法的一般特征,是中国宪法学的基本理路,从某种意义上说,这也属于一种实证主义的宪法观。当然,检视一下共产党建国六十年的历程,我们都知道即便上述这样一个实证主义层面的宪法秩序或规范,也有相当一段时期处于崩溃与败坏或失效无序的状态,那就是“文化大革命”,在那个致使国家处于崩溃边缘的动乱时期,中国的宪法秩序或宪制荡然无存,规范也就无从说起。此后的拨乱反正、改革开放,重新制定的“八二宪法”又恢复了秩序,实证主义的宪法秩序得以重申。但是,随着今年作为“八二宪法”颁布三十周年纪念,以及在此期间通过的4个宪法修正案,我们重读这部宪法,就会发现这部现行的宪法并非仅仅只具有上述实证主义宪法学的规范价值意义,也并非仅仅是陈端洪总括出来的那种现实主义宪法五大根本法的政治内容,我认为这部宪法的规范性具有更为深远的内涵,这个规范性超出了上述是与不是的那种实证主义宪法逻辑,而是关涉宪法正义或正当性的规范性,尽管它们隐藏在诸多意识形态话语之中,但依然熠熠发光。

我说的中国宪法的这个规范性是什么呢?我认为它包含如下几个方面的内容:

第一,革命之后的宪法守护问题,即我一贯指出的“革命的反革命”之宪政主义问题。我们知道,任何一个现代国家的立宪建国都经历了一场古今之变的革命,英美如此,法德俄如此,中国也是如此。尽管这些革命的方式有所不同,革命的结果迥然异趣,但都经历了人民革命的政治变革,进而建立起一个现代的共和国或立宪政体,但对于上述国家来说,立宪的根本意义不在于进一步激化革命,而是守护革命之成果,所谓“宪法出场,革命退场”,人民革命建国的真正有效方式是通过宪法来终结革命,进而建立一个宪制政府,通过宪法实施人民主权和民主治理。所以,现代宪法均具有终结革命的制度构建之意义,通过宪法完成基于革命的反革命的建国进程,从而完成从非常政治到日常政治的转变,迎来一个司法宪政主义的法治时期。^{〔40〕}现代中国的宪法创制本来是具有这种终结革命暴力的宪制意蕴的^{〔41〕}。1949年新政协制定的《共同纲领》和此后中国人民代表大会颁布的“五四宪法”也或多或少隐含着这个革命后的宪制原则,但是,这个抵御革命的宪法规范,被毛泽东的无产阶级专政下的继续革命论以及阶级斗争的敌友政治的绝对主义严重破坏,致使中国进入了一个空前黯淡的无法无天时代。说起来,三十年前“八二宪法”的颁布,其政治背景就是共产党的十一届三中全会通过的关于“文化大革命”的历史决议,这个政治文件显然体现着终结“文化大革命”的思想路线和组织路线的政治决断,其宪法表述就是“八二宪法”的修宪建制。如果说,共产党中国的政治宪政主义其新一轮的发端,就是“八二宪法”,那么,这个发端的总纲就是终

〔39〕 毛泽东:《新民主主义的宪政》,载《毛泽东选集》,人民出版社1964年版,第693页。

〔40〕 关于这一从革命到宪政的理性转化,我在洛克版政治宪政主义框架中有相对细致的说明,参见高全喜:《政治宪政主义与司法宪政主义——基于中国政治社会的一种立宪主义思考》,载高全喜:《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。

〔41〕 对这一意蕴的政治宪法学的揭示,参见高全喜:《立宪时刻——论〈清帝逊位诏书〉》,广西师范大学出版社2011年版。

结“文化大革命”步入常态政治,就是处理激进主义的革命问题,把革命主义的政治纳入规范性的宪法之中。

所以,政治宪法学的规范性诉求就不是来自主流宪法学所谓的权利保障或日常司法,而是来自如何终结革命,把革命政治纳入宪法政治,把党的领导性权力纳入人民代表大会的人民主权体制,也就是说,规范来自权力的自我约束,从政治权力的内部,从政治统治的合法性那里展现出规范架构,从革命党转入执政党的理念,进而步入宪政国家。当然,“八二宪法”并不像国民党的宪制有一个从军政、训政到宪政的时间表和路线图,从这个党与国家一体的政治结构中还不能清晰地展示其规范性的明确指向,但正因为如此,这个埋藏起来的规范性才愈发珍贵,政治宪法学才愈要揭示这个火种,因为来自外部的规范对于政治权势虽然具有压力,但只有内生的规范才会富有生命力并最终得以开花结果。终结革命暴力的宪法修改无疑内孕着规范的种子,这个种子其实还蕴含在中国宪法的很多地方,诸如人民代表大会的制度设置、权利清单的陈列、人民当家做主的承诺、国家法制建设的目标,等等,这些都内在于反对激进的“文化大革命”的宪法逻辑之中,都可以生长出规范性的价值理性。总之,只有这个领导人民革命建国的作为先锋队的党进行自我创制的革新,以人民的利益和意志为自己的利益和意志,真诚地改革开放,步入普世价值主导的国际社会,中国政治宪法的规范性才能够真正有效地建立起来,并具有内在的约束力,至此主流宪法学所主张的规范体系以及宪法解释的制度平台才会出现,中国从非常政治进入日常政治,一个司法宪政主义的宪法学才会到来,这就是我所谓的保守主义的改良主义^[42],否则就是诉求新一轮的革命政治。革命出场,宪法就必得退场,宪法出场,革命就必得退场,这就是宪法学的逻辑,而非政治学的逻辑。百年中国的宪制历史中,革命激进主义一路畅行,保守主义的改良主义少有问津,这从一个方面印证了中国的宪法学何以沦为悲哀的学科,但愿这种情况能够过去,中国能够迎来一个保守改良主义的新宪政时代。

第二,政治宪法学所倡导的规范性,除了上述终结“文化大革命”的“革命的反革命”之宪法逻辑之外,还有一个来源,那就是基于延续三十年的改革进程中的保守改良主义,这个改良主义的宪法标志体现在四个修正案的内在宪法逻辑之中。我们知道,现行宪法是“八二宪法”加上四个修正案,这四个修正案分别在1988年、1993年、1999年和2004年由中国共产党综合社会各界意见后向全国人民代表大会常务委员会提出修宪建议,并经过多方酝酿、修改,最终由全国人民代表大会通过并实施。这四个修正案涉及31个条款,改动的内容非常巨大,从某种意义上说,涉及了新的宪政设计,构成了修正案版的“新的宪法精神”。^[43]具体一点说,四个修正案共31条,其中涉及序言的5条,涉及总纲的16条,涉及公民基本权利和义务的2条,涉及国家机构的7条,涉及国歌的1条。这31条修正案从内容上看,涉及下面三个问题:第一是对“人民共和国”的重新理解和定位,第二是将社会从国家中释放出来,实现国家与社会的初步分离,第三是依法治国、私产保护和人权条款入宪,确立了新宪政设计的指导原则和精神基础。例如,修正案中有5条涉及宪法序言,其中3条反复修改序言第七段,2条修改序言第十段,第十段是有关统一战线的规定,与第七段紧密相关。序言第七段的内容是人民共和国的自我定位、指导思想、任务和目标。在自我定位上,修正案先是增加了“我国正处于社会主义初级阶段”,接下来修改为“我国将长期处于社会主义初级阶

[42] 关于我的“保守—改良主义”思想路线,青年宪法学者田飞龙博士在关于我的《立宪时刻》的一篇书评中曾予以较为恰当的评述,参见田飞龙:《保守改良主义与百年共和》,载《战略与管理》2011年第3/4期合编本。

[43] 关于这一判断,参见高全喜、田飞龙:《八二宪法与现代中国宪政的演进》,载《二十一世纪》(香港)2012年6月号;高全喜:《演化中的八二宪法》,载《战略与管理》2012年第3/4期合编本。

段”,正式确立社会主义初级阶段论。在指导思想上,修正案先后在“马克思列宁主义和毛泽东思想”之外,增加“有中国特色社会主义理论”、“邓小平理论”、“三个代表”。在任务上,增加了“坚持改革开放”和“发展社会主义市场经济”。在目标上,将“高度文明、高等民主”降格为“富强、民主、文明”,并增加推动“政治文明”发展。由此我们发现,四次修改实际上已经部分完成了对人民共和国重新理解和定位,社会主义初级阶段论的提出,以及在这个基础上对指导思想、任务和目标的重新确立,将人民共和国由原来共产主义乌托邦中的那个必要环节,重新定位为现世理性主义的世俗国家。与新中国制宪史三阶段对应的,实际上是对“人民共和国”三种不同的理解和定位。再如,新宪政设计的指导原则在1999年和2004年进入到宪法中,即依法治国、私产保护和人权条款入宪。如果说经济体制改革造就国家与社会的分离,使得市民社会得以发育;那么依法治国、私产保护和人权条款入宪,则进一步为公民社会的发育创造了思想条件和宪政基础。总而言之,修正案中所展现出来的人民共和国的重新理解和定位、国家与社会的分离以及市民社会和公民社会的发育,再加上依法治国、私产保护和人权条款入宪所确立的新的宪政观,构成了一部新的宪政设计。^[44]

当然,不可否认,现行宪法包含着大量意识形态的内容,包含着大量的折中、混乱乃至对立性的语汇和概念,很难从中确立出一个清晰而主导性的逻辑体系,但是,四个修正案的逻辑却是非常清晰与明确的,它们具有内在的逻辑的一致性和统一性,这个统一性就是指向宪政宪法的改革宪法,就是一以贯之的从革命宪法到改革宪法到宪政宪法的改良主义宪制路径。^[45]如果我们从这个改革宪法的逻辑进程来审视政治宪法学的规范主义,就可以理解为什么我们不是在权利保障和司法案例那里去寻找规范价值,而是要从中国改革宪法的政治结构那里去寻找规范价值。因为很清楚,在终结了革命激进主义的革命宪法之后,改革的宪法改良主义就必定会从政治意志的决断那里去发展出规范的动力来,只有用规范主义,即政治合法性与正当性,才能实现改革的目标。为此,中国现行的宪法就具有了双重的复合结构,即党的领导、人民当家做主与依法治国有机统一,这里所谓的“有机统一”^[46],指的人民主权的规范性与党的领导的政治性,而依法治国不过是实现这个复合结构的宪法形式,这就是中国的宪制,就是改革宪法的内在结构。也只有在这里才能够寻找到从“生存宪法”到“自由宪法”的宪法精神之演进,而陈端洪所谓的五大根本法,虽然提出了这个逻辑,但却是外在于这个宪法精神的,他严重低估了四个修正案的新宪法精神,低估了改革宪法的规范性,低估了从革命宪法到宪政宪法的这个改革宪法的转折性重大意义。所以,他的政治宪法学最终是政治现实主义的,不是政治规范主义的,而我所倡导的政治宪法学,则无疑是政治规范主义的,即我强调这个“革命的反革命”的宪政逻辑,并在四个修正案的结构中发现了这个逻辑。

从上述意义上说,政治宪法学与规范宪法学及宪法解释学并没有实质性的区别,我们最终会走到一起,即都强调宪法的规范性,都认为没有规范就没有宪法,但是,我们的不同又是明显的,即政治宪法学只有在其目标的达成之际,才能在关于权利保障和司法案例等涉及日常法治的“自由规则”方面,与主流宪法学结合在一起,或用我的话来说,用政治宪政主义之手摘取了司法宪政主义之果。但是,就政治宪法学的主要内容来看,它们更关注从革命宪法到改革宪法的转型宪制的规范主义发生学,关注立宪时刻,关注人民出场,关注制宪建国与新民改制,关注光荣复辟,关注“革命的反革命”,关注我们这个大变革的历史性时代。

[44] 这里的部分统计和观点来自于翟志勇:《八二宪法修正案与新的宪政设计》,载《战略与管理》2012年第3/4期合编本。

[45] 参见夏勇:《中国宪法改革的几个基本理论问题》,载《中国社会科学》2003年第2期。

[46] 这一概括来自于党的十七大报告,是执政党对中国宪法的核心原则结构的正面表述。

五、政治宪法学与历史主义

政治宪法学认为宪法规范不是从天上掉下来的，而是在人民出场以及革命退场之宪制转型中生长出来的，是一种生命的有机主义宪法学。正是从这样一种由非常政治到日常政治的宪制变革中，关于中国的“政治宪法”才会生长出一个规范性的价值框架，对此，青年宪法学者田飞龙博士曾经有一段精彩的总结，他认为中国现行宪法存在着一个“政治宪法结构”，这个结构可以界定为人民主权（宪法之“道”）在“八二宪法”（加上四个修正案）上的三个“肉身”：基于真理的党的领导代表制+基于程序的人民代表大会制+非代表制的参与民主制，这一结构也不是天外来物，而是有着百年中国的历史和思想渊源。^{〔47〕}在我看来，这个结构其实质包含着双重的复合性质，即贯穿着“力”与“理”的对峙与妥协，力就是政治的实践力或人民革命与先锋队——党的决断，理就是革命建制之后的宪政转型，即保守主义的宪法改革与修正——基于规范，这个双重的运动过程只有通过历史来完成。^{〔48〕}

所以，谈到中国的政治宪法学，就必须进入历史，历史主义是政治宪法学有别于主流宪法学的一个突出特征，主流的规范宪法学或宪法解释学对于宪制历史缺乏富有效力的理论应对，他们或者是抽象的个人权利主义，或者是空洞的历史虚无主义，在他们的论说中，宪法演进的历史是没有位置的，时间维度在他们那里是或缺的，我们看到的只是理想主义的规范体系和转引过来的西方司法的案例解释。^{〔49〕}但政治宪法学却与此对立，高度重视宪法的历史主义，我们认为，理解中国乃至西方诸国的宪法只有置于它们各自的历史场景中，置于各个现代国家的人民革命制宪和光荣复辟的宪法结构中，才能真正理解宪法的实质和精神，才能理解规范的生成与宪制的改良与进步，才能获得司法宪政主义的生命之源。正是基于此，我高度重视西方早期现代的宪制发生学，力图展示西方诸国立宪时刻的历史场景和他们制宪建国的战争、革命与反革命的宪制秘密。^{〔50〕}与此同时，我的政治宪法学也进入中国的现代立宪史，我认为现代中国的立宪时刻充满着政治宪法的蕴含，其宪制的构建远没有为宪法学家和历史学家所了解和消化，从晚清立宪改革到“中华民国”的建立，从辛亥革命到国民革命，从五族共和到人民大革命，从立宪改良到革命党组建，从联俄联共到阶级斗争，从国民党到共产党，从北洋军阀到无产阶级先锋队，从“中华民国”宪法（1947年）到《共同纲领》，从“五四宪法”到“八二宪法”，从“文化大革命”到改革开放，从无产阶级专政到“三个代表”，从五四运动到加入WTO，从斗私批修到人权入宪，百年中国经历了多少磨难与挫折、奋斗与牺牲，这其中又贯穿着多少宪制的成成毁毁，功败垂成。^{〔51〕}如果我们缺乏一种历史主义的关切，没有把富有生命的历史观注入对于中国宪法的分析与解读，那么其结果只能是盲人摸象，缘木求鱼，不得要领。

前面我曾谈到政治宪法学的方法论是一种生命—结构主义的方法论，而不是基于个人主义的方法论，之所以如此，这里具有我对于自由宪政的特定理解，具有我对于历史主义宪法观的理解。

〔47〕 参见田飞龙：《政治宪政主义——中国宪政转型的另一种进路》，北京大学法学院2012届博士学位论文。

〔48〕 参见高全喜、田飞龙：《八二宪法与现代中国宪政的演进》，载《二十一世纪》（香港）2012年6月号。

〔49〕 对这一宪法学虚无主义的拒斥牵涉到对八二宪法实质正当性基础的探寻，牵涉到宪法思考中对历史逻辑与规范逻辑的某种综合意图，参见田飞龙：《如何理解八二宪法的实质正当性基础》，载《战略与管理》2012年第3/4期合编本。

〔50〕 对于西方宪政“秘密”的揭示，我曾以美国为个案展开研究，具体参见高全喜：《美国现代政治的“秘密”》，载《战略与管理》2010年第5/6期合编本。

〔51〕 对现代中国立宪史的线索与结构，我与张伟博士、田飞龙博士曾合作开展过专题研究，并形成了具体的学术成果，参见高全喜、张伟、田飞龙：《现代中国的法治之路》，社会科学文献出版社2012年版。

一般所理解的自由主义或规范主义,大多基于一种个人主义的假设,认为个人的权利与自由是至高无上的,但在我看来,这是一种对于自由宪政和自由主义的误读,或至少是片面性的理解。固然规范主义或人格主义或自由主义极为关注个人自由与个人权利,但这个个人权利和自由是有前提条件的,那就是它是以一个社会共同体为实践基础的,即首先需要有一个政治社会或公民社会之构成,尤其是需要有一个民主宪政制度之创建,然后才得以实现个人权利和自由,因此,自由主义或规范主义不是反社会的,而是成就于社会之中的,是一种社会的个人主义,社会建设尤其是政治社会、民主宪政的建设对于个人权利和个人自由是极为重要的。所以,纯粹的个人主义或个人至上主义不是自由主义,而是与自由主义、规范主义无涉的。因此,这样一种成于社会的自由主义就凸显出来,有时被称之为保守性的自由主义,或共和自由主义。^[52]本质上说,我所主张的政治宪法学属于这样一种自由主义,或共和自由主义,在我看来,这种强调社会与宪制的自由主义属于“早期现代”的自由主义,属于英美的保守的自由主义,而非现代自由主义,非罗尔斯、哈贝马斯一类的自由主义。^[53]

对于这类保守性或共和性的自由主义或规范主义,显然其方法论就不是个人主义的,而是生命—结构主义的,它强调一种宪制的结构,以及这个结构所构成的生命有机体,不仅捍卫消极性的个人权利,而且强调公民美德,强调积极权利,强调共同体的利益,强调为了正义社会的权利的斗争,强调积极自由以及捍卫这个自由的公民参与。在我看来,这也是一种古典性的自由主义,或早期现代的自由主义,这个自由主义并不排斥传统,不拒斥历史,甚至相反,它认为宪法的规范性来自传统,来自历史,来自富有生命力的社会政治构建。一个现代宪法必然是从历史传统中生长出来的,规范也是从这个历史传统生长出来的,没有历史,就没有活的宪法,没有活的宪法精神。尽管这个宪法的规范性从起初并非纯然高尚、一白如纸,而是渗透着血污、脓疮和卑劣,笼罩着强权的专横与野蛮,但是,规范的种子总要发芽生长,总要从血污中挺拔出来,总会烽火燎原,蔚为壮观。这才是历史的正道,才是历史主义的归宿。回顾中国百年宪制中“力”与“理”的复调结构,审视从军政、训政到宪政,从革命宪法到改革宪法到宪政宪法的路线图,考察“党·人民·宪法”的关系,纵览从“革命”到“革命之反革命”的宪制转型,我们都必得有一个历史主义的视野,必须从历史主义的演进中,发现政治宪法结构中从现实主义到规范主义、从非常政治到日常政治、从党制国家到宪政国家、从人民主权到个人自由的历史演进和必然趋势。

我曾经指出,陈端洪在提出政治现实主义的五大根本法之后,其实还是有一个洞见的,那就是他基于历史主义,提出了一个中国宪法的精神指向,即从“生存的法则”走向“自由的法则”。不过,在我看来,他的历史主义是不彻底的,因为他并没有提出一个如何从生存到自由的基于规范主义的宪法道路,而是相反,他的五大根本法与这个历史主义的方向是对立的。固守旧制度,这是陈端洪政治宪法学的基本特征,也是他的宪法学没有开出规范主义和历史主义的原因所在。我说富有生命的历史主义,强调的是中国宪法的规范价值,而不仅仅是“生存”或“富强”,如果一个宪法仅仅局限于秩序维护(时下的官方语言叫“维稳”和“经济发展”),可以说任何一种政体都诉求如此,过去的王权帝制、专制独裁政体,也追求所谓稳定与长治久安,追求国家富足,甚至国泰民安,但这里并没有自由的价值,并没有宪政的价值,没有规范主义。如果历史主义最终归结到这种政治现实

[52] 我在关于哈耶克的宪政思想的研究中曾触及这一主题,参见高全喜:《法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想》,北京大学出版社2004年版。

[53] 具体的思想史辨析,参见高全喜:《何种正义?谁之现代性?》,新星出版社2007年版。其实,在西方宪法学的思想谱系中,阿克曼、汤姆·金斯伯格、贝拉米等人也都属于共和主义倾向的自由主义者,具体分析参见田飞龙:《政治宪政主义——中国宪政转型的另一种进路》,北京大学法学院2012届博士学位论文。

主义,那当然是历史主义的悲哀,是政治宪法学的堕落。其实,历史并非如此,百年中国的宪制历史虽然历经曲折与挫败,但并没有把历史的坐标交付强权之手,历史是人民的历史,是自由规则生长与奋斗的历史,是规范主义突出重围而凸显的历史,是宪政主义的纪念碑和墓志铭。所以,我认为政治宪法学有一个左和右,有一个价值立场的迥然各异。从狭义政治宪法学来说,我与陈端洪的左派倾向是不同的,我愿与规范宪法学和共和自由主义比肩而立,从广义政治宪法学来说,我与强世功、朱苏力等的宪法社会学对立,我愿与许章润、姚中秋的历史宪法学和儒家宪政主义合流。在我们看来,历史不是外在的描述,不是所谓客观的叙事(我认为宪法学领域根本就不可能有什么客观中立,宪法是有价值取向的,宪法学亦然如此),更不是为政权的实证性背书或证成(摇旗呐喊、歌功颂德),而是从历史的朝向中挖掘出规范主义的生成,挖掘出正义的国家理性和世道人心,挖掘出自由的宪制法则。所谓光荣革命,所谓费城制宪,所谓历史法学,所谓春秋大义,所谓共和立宪,所谓改革宪法,所谓转型正义,所谓革命的反革命,古今中西之宪法逻辑,莫不如此。那些左派激进主义者,他们虽然也讲历史,也讲历史主义,但他们主张不断的革命论,并且为强权背书,为专断正名,为专政唱赞歌,这样的理论无疑是反宪法的,反自由的,反规范的,因为宪法即意味着守护正义的自由秩序,提供自由正义,这是“政治宪法”的最终价值,是历史主义的最后归宿。^[54]

当然,历史主义不是均质的,政治宪法学的这个时间维度,充满着不均衡的变迁,甚至充满着历史学的飞跃(抑或倒退),所以,就我来说,我更愿意关注历史主义视野下的一些特殊的宪法时刻,即国家构建与社会转型的历史聚焦时期,用我的话来说,就是从非常政治到日常政治的这一关键时刻,而不愿像规范主义或解释主义那样关注一般的日常法治下的宪法学研究。为什么呢?因为这与学者们个人的关怀有关。我认为百年中国的历史,我们并没有走出历史的三峡,还处于一个特殊的创制建国的立宪时刻,还处于从国家的党国体制到民主宪政体制的转型期,基于这个特殊历史时期,中国的宪法学更应该探讨宪政的发生学原理,考察诸如战争、革命与建国问题,考察财产权、心灵安顿与公民社会发育生长的问题,因此需要援引古典自由主义、公民共和主义,乃至保守主义等思想资源,而不是仅仅照搬西方的现代自由主义和规范主义。^[55]或许是由于我的独特的历史主义视角,使得对于我的政治宪法学有一种诘难,即为什么非要把宪法学导入历史的维度,搞出立宪史,而且引起了究竟我们处于一个什么时代的宪法学疑问。^[56]确实如此,按照规范主义或解释主义的一般宪法学,大可不必探究历史时代的特性,并予以定位,它们习惯于把一个日常政治状态视为天然的理论预设,似乎任何一种宪制都是如此的。但实际上也并非如此,那只是一个常态国家,尤其是西方现代社会的宪制状态,而且西方宪制也并非从来就是如此,而是经历了如火如荼的早期现代的巨变之后,在19、20世纪之后才如此。至于中国宪制呢?就完全不能套用西方现代宪制的逻辑,不能简单调用它们的自由主义和规范主义宪法学以及宪法解释学,因为我们的时代从宪制逻辑上看,非常类似西方的早期现代,是一个同样如火如荼的巨变的时代,是创制与守护的时代,革命与反革命的时代,从非常政治到日常政治的时代。^[57]历史主义的一个优点就是让

[54] 对此,我在关于哈耶克与休谟的政治思想研究中均有涉及,参见高全喜:《法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想》,北京大学出版社2004年版;《休谟的政治哲学》,北京大学出版社2004年版。

[55] 田飞龙博士对我的政治宪法思想资源的评述较为中肯,参见田飞龙:《政治宪政主义——中国宪政转型的另一种进路》,北京大学法学院2012届博士学位论文。

[56] 参见郑磊:《我们处于什么时代——简析政治宪法与规范宪法学之根本分歧》,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2011年第3期。

[57] 关于早期现代,我曾进行过专门的思想史分析,参见高全喜:《西方“早期现代”的思想史背景及其中国问题》,载《读书》2010年第4期。

我们警醒,让我们面对现实,面对波谲云诡的宪制流变。

那么,究竟如何回应提问:我们处于什么时代呢?对此,我觉得任何简单性的回复都不足于表达政治宪法学的历史主义宪法观。至少有三个层次需要予以展开论述。首先,在回答这个问题之前,我们要有一个基于历史主义的关于中国宪制进程的认识。也就是说,中国的宪制或宪法创制是古今之变的产物,现代中国不是传统的王权帝制,而是现代国家,这个现代中国经历了百年历史演进,具体一点说,经历了从晚清立宪到21世纪的现代中国之一百多年的历史演进,政治宪法学首先要有一套关于现代中国的立宪史叙述。对此,我在多部著作和论文中,曾经多次详细地讨论了这个问题。^{〔58〕}在我看来,至少从“中华民国”开始,宪法意义上的中国大致出现了三个半,或者说,我们的现代历史中大致有三个半的现代中国以及“宪法中国”,所谓宪法中国即意味着以宪法立国,人民通过不同形式的革命从而制宪建国。第一个中国是“中华民国”,即五族共和的现代第一共和国;第二个中国,即国民党领导的“中华民国”,从1924年国民革命开始,经过“五五宪草”,到1947年颁布中华民国宪法,此为国民党的党国体制;这个体制不久就败走台湾,偏于一隅,而1949年中国共产党领导中国人民,通过新民主主义革命和社会主义革命,建立起中华人民共和国,1949年颁布《共同纲领》,1954年颁布宪法,由此创建了第三个中国,即共产党领导人民的党和国家体制。上述两个党领导的体制并没有终结,无论是偏安于台湾的“中华民国”还是获得国际上承认的中华人民共和国,都在历经风霜雨雪之后,开始了宪政转型。台湾在20世纪80年代实现了宪政主体制,今天依然是维系着它的法统;而内地则在20世纪80年代也开始改革开放,重新修改宪法,进入新一轮的宪法创制和确立新的宪法精神,目前,这个改革宪法的进程正在继续。我之所以说是半个中国,是就其未来指向来说的,即目前中国并没有实现真正的国家统一,两岸四地最终还有待一个新的宪法体制将百年之初的现代中国之开局,凝聚为一个自由、宪政、民主的新中国。这是历史的导向,是人民的心声,也是中国宪法的归宿。^{〔59〕}

正是基于上述历史主义的宪制背景,我们才谈得上讨论我们究竟处于什么时代。说起来,这个问题颇为吊诡,或具有一定的悖论性质。说我们是一个正常的宪制时代吗?这一点虽然多为规范宪法学以及宪法解释学所奉行,但是,就其内心来看,连他们自己都很难认同我们的宪制状况是一个正常的宪政法治状况,一个连司法宪政都没有的、人民代表大会只不过是表面的最高权力机构的宪制,是日常宪制吗?是一个规范主义和宪法解释得以畅行的时代吗?显然不是。但我们是否又是一个非常政治的特殊时代吗?似乎也不是,因为我们有宪法,而且颁布有六十年之久,即便历经四次修宪的“八二宪法”也实行了三十年,说一个建国六十多年、宪法实施三十年的宪制是一个非常宪制,像政治宪法学所着重描绘的那样处于非常政治的立宪时刻,从一般原理上也说不通。既不是日常状态,也不是非常状态,那么就是一个处于它们之间的改革时代了,所以,改革开放不但成为中国社会的形态描述,而且也成为宪法的专有词汇,改革宪法一时之间成为宪法学对于所处时代的共同体认。但是,究竟什么是改革宪法,什么是宪法学意义上的改革时代呢?这个问题又成为宪法学的一个基本问题,似乎直到目前也没有获得法理上的解决。因为,从宪法学的意义上,宪法就是形式化的塑造结果,宪法是对于流变不定的政治事务的定型化,宪法有修正之说,没有改革之说,宪法如果需要改革,就付诸于修宪,不加修正的宪法就是不能变更的,变更就是违法,就是破坏宪制,就是突破规范约束,就必须付诸司法程序予以护宪。但是,中国的宪法却并没有这

〔58〕 参见高全喜:《现代政制五论》,法律出版社2008年版;高全喜:《立宪时刻——论〈清帝逊位诏书〉》,广西师范大学出版社2011年版;高全喜、张伟、田飞龙:《现代中国的法治之路》,社会科学文献出版社2012年版,等等。

〔59〕 两岸相关的新年贺词对此均有一定的指涉。

些例行的防卫措施,恰恰相反,中国的改革开放很多是以违宪的试点形式推进的,这样一来,就有了所谓的良性违宪的宪法学争论。^[60] 上述论证以及宪法悖论,如果没有中国宪制的历史主义维度,仅仅局限于一般的宪法原理,势必导致一系列无法解决的问题。

但是,如果从政治宪法学的历史主义视角来看,上述问题很大程度上都是一些伪问题,因为我们的时代是一个从非常政治到日常政治的转折时代,在这个时代,宪法的规范主义是从属于历史变革的大问题的,只有从历史演进的角度才能了解改革宪法的宪制意义。改革宪法不是规范主义和文本解释学所能辨析清楚的,因为改革是一个从非常的政治宪法结构向日常的司法宪法结构演变的宪制转型,所谓违法与否不能从抽象的规范和文义上来理解,而要从宪法精神来理解。这就要求政治宪法学具备一种双重的视角,第一,首先从形式上承认一般规范主义的文义宪法解释,从这个意义上承认我们处于一个正常的宪法实施的时期,正是基于这样一种认同,使得一般常规性的现行宪法体制有程序有步骤地运行,从这个方面可以回应宪法解释学的很多质疑,让这一类宪法学有用武之地;第二,上述并非中国宪法学的全部,甚至并非中国宪法学的根本性质,当某些问题触及到中国政治宪法的内在本质,需要突破现有的宪法体制,创设新的机制之时,那么就要意识到我们的改革宪法的使命,乃是完成旧宪制的转型,即便从外在形式看上去是违反现有宪制。要知道,中国的宪制是不完善的,需要不断的改良,需要一步步的演进,需要旧瓶装新酒,需要保守主义的创新。这一切固然有赖于宪法修正,但更多的时候有赖于无形的宪法创制。这就是改革宪法的深意。实际上就中国改革开放三十年的历程来看,中国的宪法解释学和规范宪法学也以各种各样的方式参与到改革宪法的事业之中,例如目的解释、规范论证等等,都属于赋予宪法改革正当性的法理学证成,但是问题在于这些客观价值并没有转化为主流宪法学的学科自觉,而它们本身就处于转型时代的宪制烘炉的冶炼之中。

所以,要回答我们究竟处于何种时代的问题,我基于政治宪法学的角度,大可这样回答:就事论事来说,我们处于一个日常的宪政法治状态,但从历史主义的深度探索来说,我们则又处于一个非常的变革时代。从前者来看,我们以现行宪法为论说的预设前提,依宪治国,宪法解释学与规范宪法学没有什么不对,需要坚守与发展;但是如果从后者来看,我们就必须以转型宪法、改革宪法为论说的前提,以宪法精神为依归,依宪治国的前提是制定一部更为完善的宪法,为自由、民主与共和的现代中国开辟新章。我们就处在这样一个既定而又巨变、伟大而又卑微、非常而又日常的时代,这是中国宪法学的宿命。正是处身于这个时代,政治宪法学才得以兴起和发展,也正是如此,它才有与主流宪法学的遭遇以及自身的嬗变与分化。天地间的任何事务都其来有自,无风不起浪,古人云:“风起于青萍之末,觉轻渺而欣然;飘荡于八荒四野,拂万物而盘旋;升降于云际本土,志高远而固磐。”^[61]中国的政治宪法学正在途中,但愿它能与中国宪政主义的改革进程比肩而立,共同进入一个新的法政时代。

(责任编辑:林 彦)

[60] 有关争论参见郝铁川:《论良性违宪》,载《法学研究》1996年第4期;后续回应参见郝铁川:《社会变革与成文宪法的局限性》,载《法学研究》1996年第6期;童之伟:《良性违宪不宜肯定》,载《法学研究》1996年第6期;《宪法实施灵活性的底线》,载《法学》1997年第5期;韩大元:《社会变革与宪法的适应性——评郝、童两先生关于良性违宪的争议》,载《法学》1997年第5期。十年之后,张千帆教授运用“宪法变通”概念置换“良性违宪”,提出了自身对于这一改革宪法现象的理论认识,参见张千帆:《宪法变通与地方试验》,载《法学研究》2007年第1期。

[61] 宋玉:《风赋》。