

“总章程”式宪法的困境与当代中国宪法的转型

○ 徐国利

(南京大学 政府管理学院,江苏 南京 210023)

[摘要]现行宪法并非仅仅是构建宪政秩序的宪政宪法,而是欲构建宪法秩序的“总章程”式宪法。“总章程”式的宪法特征使现行宪法陷入难以司法化、“良性违宪”现象频发等困境,也造成理论研究上的诸多困惑。要摆脱困境,顺应民主法治、人权保障的时代潮流,现行宪法应当向宪政宪法转型。按以宪法变迁为主、修宪为辅的思路完成不了转型,转型只能诉诸全面修宪,并应当在理论上对宪法目的、宪法应当是治国安邦的总章程,还是母法或部门法或根本法等问题进行全面的厘清,并注意政治宪法学对转型的消极影响。

[关键词]“总章程”式宪法;困境;转型;宪政宪法

回顾改革开放以来的国内宪法学研究,有两个问题一直在困扰学界:一是我国宪法能否司法化,二是“良性违宪”问题。司法化问题曾因“齐玉苓案”和“孙志刚案”一时“曙光初露”,但宪法诉讼意义上的司法化却因一纸司法解释重新被打入冷宫,而违宪审查意义上的司法化却随所谓“违宪审查第一案”——孙志刚案的流产至今仍处于休眠状态。不过这并不影响理论界的热情,理论界仍然如痴如醉地在争论宪法司法化问题,支持与反对声音同样激烈。甚至在争论过程中出现“政治宪法学”这样一种解释思路,该思路更是提出了“由中共中央来进行违宪审查”这一奇招,以至颇受争议。对“良性违宪”的争议也是此起彼伏。时至今日,用一位学者的话说:“无论是理论还是实践层面,‘良性违宪’带来的困惑都没有得到根本解决。”^[1] 本文认为,两个问题其实根源于我国宪法文本的一个基本特征,即“总章程”式宪法(下称总章程式宪法)的特征。这一特征也造

作者简介:徐国利,南京大学政府管理学院,副教授,法学博士。

成了宪法实践与理论研究的其他一些困境,而要摆脱困境,应当进行宪法转型,从总章程式宪法转向“宪政宪法”(下称宪政宪法)。

一、构建宪政秩序的宪法与构建宪法秩序的宪法

众所周知,近现代意义上的宪法乃人权保障诉求的产物。在古典自由主义理论看来,公权对私权是柄双刃剑。公权因使人们摆脱了自然状态,抑制了私力暴力的相互侵犯,使私权相对安全,因而与私权有着“亲和”的一面。但是,因公权掌握在人的手中,而人因其贪婪、自私和无知等劣根性容易使公权变异和出错,使得公权成为私权潜在的“杀手”。因此,为了更好地捍卫私权,必须控制好公权。古典自由主义理论开出了有限政府、分权制衡、法治、民主等控权“方子”,以自然权利、社会契约等理论来论证公权乃处于自然状态的人们通过社会契约转让私权的结果,公权不能超出社会契约这一“政治合同”约定的范围。这套政治理念后来在美国得到践行。美国人以一部成文宪法表明宪法就是社会契约,并按有限政府、分权制衡、民主等控权“秘方”来设计政府权力架构,以期控制政府权力,捍卫自由。^[2]因此,宪法成为“控权之法”,籍宪法控制政府权力的制度安排被称为“宪政”。^[3]

从世界上第一部成文宪法——1787年美国宪法文本来看,宪法仅仅意在构建宪政秩序,即一种受到规范和约束的政府权力运作秩序。1787年美国宪法文本甚至没有人权条款。因为在制宪者看来,人权是否得到有效保障,并不取决于宪法文本有多少人权条款,而是取决于国家权力如何设计,因此宪法的内容围绕国家权力而展开。美国宪法文本除一个简短的序言外,共7条,前4条分别就国会、总统、联邦法院、联邦与州的权力作出规定,后3条分别规定宪法的修改程序、宪法的效力、宪法的生效时间。如果修改程序、效力和生效时间是任何一部法律必备条款的话,那么美国宪法文本是一部十足的“政治权力法”,其部门法的特征非常明显,规约的对象仅仅是国家权力。美国宪法后来的修正案增设了公民权利条款,但人权条款的增设并没有改变美国宪法构建宪政秩序的性质,因为人权保障乃是宪政的出发点与归宿,宪法人权内容的增设,进一步彰显了宪政的宗旨或者意义。修正案除了增设人权条款外,其余基本上仍然是围绕国家权力而展开。所有修正案中,只有第13、18条修正案有些例外。这两条修正案规约的对象并非限于政府,也包括公民和社会组织。但18条修正案后被第21条修正案废除。“因此,第13条修正案是惟一适用私人公民的宪法条款”,^[4]但这一条款仍然可以看作是人权保障条款,因为奴隶制和强迫劳役乃是人身自由的障碍。因此,综观美国宪法文本及其修正案,美国宪法是一部通过规范、约束国家权力,构建宪政秩序以保障人权的法,这类宪法可谓宪政宪法。

反观中国现行宪法(下简称现行宪法),难以完全以宪政宪法概括之。现行宪法由一个序言与四章组成,共138条。其主干部分为第二章有关公民基本权利和义务的规定以及第三章有关国家机构的规定,篇幅约占宪法全文的2/3强。

该部分内容宣示了公民的基本权利和义务,给了国家权力以基本的规范和约束,避免了在宪法缺失状态下国家权力运行的无限性与随意性,从而也使公民权利免遭无宪法约束的国家权力恣意运行的侵害。在这一意义上,现行宪法当然有着构建宪政秩序以保障人权的功​​能,其宪政宪法的色彩并不弱。

但是,现行宪法并不满足于仅仅构建宪政秩序,写在序言和总纲中的宪法内容十分庞杂,除去部分条款或内容是规范国家权力的(如第3条有关国家权力实行民主集中制原则的规定,第4条第3款有关民族区域自治的规定,第30条有关行政区划的规定,等等),相当一部分内容与对国家权力的规范与约束无关。粗略地梳理,现行宪法序言和总纲中至少包括以下内容:(1)指导思想或意识形态的规定,即马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”的重要思想。(2)经济制度方面的规定,包括生产资料所有制、分配制度、具体的经济组织形式、资源配置方式(市场经济)等等。(3)基本国策的规定,包括外交政策、民族平等政策、计划生育政策、统一战线政策等等。(4)精神文明建设方面的规定,包括普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育,提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德,在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的教育等等。除去上述内容外,现行宪法还有历史陈述、政治经验总结、中国所处社会主义阶段以及目前阶级斗争形势判断、台湾问题、国家根本任务和国旗、国歌、国徽、首都等方面的规定。

当现行宪法有了上述内容后,宪法规约的对象已然超出了国家权力,公民和社会组织也成为宪法规约的对象,现行宪法的义务性规范、多处出现的禁止性规范(如第1条第二款关于“禁止任何个人和组织破坏社会主义制度”的规定),以及序言最后一个自然段有关宪法是根本的活动准则的规定,鲜明地体现了现行宪法在规约对象上的特征。这种特征以及庞杂的内容本身,表明现行宪法意欲构筑打造的不仅仅是权力运作的宪政秩序,而是包括宪政秩序、经济秩序、文化秩序和社会生活秩序在内的社会秩序,这种秩序可以“宪法秩序”冠之。^[5]较之于构建宪政秩序的宪法,构建宪法秩序的宪法体现出更大的雄心和抱负,承载着更多的使命,更像是一届政府或者一个执政党在一个时期的统摄方面大政方针政策的纲领性政治文件,因此也“被讥讽为‘纲领性宪法’、‘宣言性宪法’、‘口号性宪法’。”^[6]借用国内宪法学对宪法的一种解释,现行宪法乃是“治国安邦总章程”,是地道的总程式宪法。^[7]

二、总程式宪法的困境

总程式宪法并非现行宪法所具有的特征,新中国成立后的几部宪法都有这种特征。新中国成立后没有制定出一部较为纯粹的宪政宪法,而是制定出一部总程式的宪法,其原因是什么?法理或者理论依据又是什么?这个问题相当复杂,需另文专门探讨。下文将试图说明,从实践来看,总程式宪法带来了诸多问题,并造成宪法理论研究上的一些困惑。概括起来,大体有以下方面:

首先,宪法规范与现实的紧张关系加剧,“良性违宪”现象时有发生。现行宪法欲全面整合社会秩序,然而现实中这种应然的宪法秩序不断受到挑战,从而宪法规范与现实之间的张力加大。譬如,宪法虽然有诸如“禁止破坏民族团结和制造民族分裂的行为”、“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”之类的禁止性条款,但现实中违反这些条款的行为时有发生,以至于违法行为直接变成了违宪行为。在违宪行为中,一些行为因符合改革要求或者历史发展趋势,被称为“良性违宪”,如小岗村村民立“生死状”搞承包,深圳特区突破1982年宪法关于土地不得买卖、出租的规定决定土地使用权出租,国家领导人违反1982年宪法规定多次提出经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济等。

其次,宪法保障任务艰巨,“护宪”尤其是违宪审查困难。在中国,宪法保障是全面而复杂的,不仅要保障国家机关按宪法规定行使权力,也要保障公民的行为符合宪法规范。在宪法保障中,违宪审查无疑是最有力的手段。但在中国,违宪审查一直虚置,所谓“中国违宪审查第一案”孙志刚案流产以来,违宪审查根本就没有展开过。实际上,在中国,违宪审查的困惑不仅仅是设宪法法院还是设宪法委员会来进行违宪审查的问题,而且有些违宪审查无从下手。在中国不仅要对物权法草案是否违宪、也要对小岗村搞承包的行为进行违宪审查,甚至对公民不履行计划生育义务的行为进行违宪审查。但一旦将公民或者社会组织的行为作为违宪审查对象,那么中国的违宪审查制度就会出现“公民成为违宪主体”这一世界罕见的违宪审查现象。此外,按照陈端洪教授的观点,现行宪法有五个根本法,即中国人民在中国共产党领导下、社会主义、民主集中制、现代化建设、基本权利保障。五个根本法是宪法审查的标准,法院无力担当全部违宪审查任务,部分违宪审查可由人大和中国共产党中央来进行。^[8]但这种违宪审查的可操作性不足。因此,中国出现“‘违法必究’而‘违宪’则听之任之的现象”(陈端洪语)、宪法难以司法化就不足为奇。

其三,宪法频繁修改,宪法权威性受到严重影响。新中国自五四宪法制定以来,全面修改有三次,现行宪法采取修正案的方式后,又修改了四次。半个世纪的时间,宪法如此频繁修改,世所罕见。这种频繁的修改与总章程式宪法的特征存在着某种必然联系。如现行宪法修改有一大部分是围绕经济制度展开的,这部分修改内容在一部纯粹的宪政宪法中根本不可能发生。此外,既然宪法是治国安邦的总章程,那么凡是有利于治国安邦的思想理念就应当在宪法中占有一席之地,于是许多某一历史阶段适用的“理论”和“重要思想”就顺理成章地修改进宪法。据此,总章程式宪法潜藏着没完没了的修改的可能性。总章程式宪法也因其任务性规范而注定缺乏稳定性,一旦任务完成,宪法即告过时,五四宪法在这方面提供的例证最为明显。频繁地修改削弱了宪法的稳定性,进而损害其权威性,影响人们对宪法的认同和信仰。

其四,造成国内宪法学理论上的困惑。正如萨托利所指出的那样,宪法是控

制政治权力之法,这在过去 150 年是毫不含糊的。西方国家的辞书从内容角度界定宪法时,一般也将宪法定义为划分政治权力、有关政治制度或者涉及主权利力行使的结构及其基本原则的法。^[9]但是,套用上述定义来解释新中国的宪法显然行不通,于是国内宪法学界针对新中国宪法的基本特征,将宪法界定为“治国安邦的总章程”,并作为权威性定义写进了中学教科书。一时间,宪法究竟是什么引发了理论界广泛的讨论,但最后仍然是莫衷一是,甚至连韩大元教授都认为“‘宪法是什么’这个命题也许是没有答案的”。^[10]一个有百余年制宪史的国家,最后连什么是宪法都没有搞清楚,不能不说是一种悲哀。

总章程式宪法因其构建秩序和调整社会关系的广泛性,也使得宪法是不是部门法的问题困扰着理论界。否定性意见认为宪法不能算是一个独立的法律部门,因为宪法调整的社会关系具有广泛性和全面性。肯定性意见认为宪法应当是部门法,因为宪法内容虽然“涉及到国家政治、经济、文化和社会生活等诸多方面,但它主要规范国家的政治生活。”^[11]显然,两种意见都是以中国宪法作为参照来论证的。从论证的逻辑性与严密性来讲,肯定性论证有些勉强,毕竟“主要规范”不能证成宪法是纯粹的部门法。事实上,总章程式宪法本身否定了宪法是部门法的观点。总章程式宪法甚至使宪法是否是公法的问题变得模糊不清。宪法是公法这几乎是常识,但总章程式宪法颠覆了这种常识。现行“宪法中存在着大量的直接使用私人关系的条款,这些宪法适用条款给我们确立了宪法私法化的依据。”^[12]现行宪法中关于父母和成年子女义务的规定,是典型的私法应当规定的内容。宪法中夹杂着私法内容,引发了宪法是否还是公法的疑问。有些学者就认为,宪法既不是公法,也不是私法,而是公法与私法的共同基础。

总章程式宪法也因其序言中的历史叙事与过多抽象性、原则性规定而引发了序言是否有法律效力的争论,争论中出现有效力说、无效力说、部分效力说和模糊效力说四种观点,这个问题迄今仍然没有明确答案。这个问题确实令人纠结。按理,宪法既然是法,岂有其内容无效力之理?但是历史是已经发生的事实,能用得着用法律来确定其效力吗?

其五,总章程式宪法还带来了其他问题,如主功能被次功能干扰的问题,“瘦身”困难的问题。如果说构建宪政秩序仍然是现行宪法欲获得的主要的显性功能的话,那么这一主功能在一定程度上被宪法欲构建其他宪法秩序的功能冲淡了。曦中就指出:“我国宪法文本最大的问题是规定国家政策过多过细——而宪法作为国家最高效力的基本法,所应行使的规范国家权力运作和保障公民基本权利的法律功能反而被相对地忽略了。”^[13]另一位学者也有同样的看法:“当宪法规定了其它内容时,其它内容便会在一定程度上‘抢了眼球’,此时宪法的主要目标没有被突出,反而容易使读者不清楚宪法的宗旨所在。”^[14]此外,总章程式宪法因其雄心和抱负注定宪法篇幅有无限扩张的可能,难以像美国那种纯粹的宪政宪法一样保持文本的简洁。

三、走出困境——全面修宪,向宪政宪法转型

现行宪法要摆脱现有困境,应当进行宪法转型,即由总章程式宪法转型为宪政宪法。^[15]在今天,人权保障、民主法治是时代潮流。小岗村的故事、乡镇长直选、孙志刚案等等体现的无一不是对财产自由、人身自由、民主与法治的诉求。在某种程度上,人权保障、民主法治已经是全国上上下下的共识。现行宪法有意将公民基本权利放在国家权力之前,人权、私有财产、法治入宪,国家领导人强调“把权力关进制度的笼子里”,法学界倾向于从人权保障和控制政治权力角度来理解宪法和宪政,行政诉讼法、国家赔偿法、行政复议法和行政法三部曲(处罚、许可、强制)的先后出台,均表明了这种共识的形成。这意味着向宪政宪法转型不仅是必要的,也是可行的。宪政宪法的确立,将进一步凸显和放大人权保障和宪政的价值。

宪政宪法将围绕国家权力和公民权利两大主题展开,加之必要的修宪程序规定,其余内容可简略甚至干脆舍去。鉴于学界对罢工权、知情权、迁徙自由是否应当写进宪法的问题争论不休,宪政宪法在列举公民基本权利时,应当附上“上述公民基本权利的列举不得成为限制和剥夺公民其他基本权利的理由”的条款,以鲜明地体现公民基本权利的自然权利属性以及“法不禁止即自由”的权利规则。这只是一个大体的思路,具体如何安排宪法文本的内容,需要学界深入研究。

那么,宪法转型如何实现?在以往的学术研究中,宪法学界为了解决“良性违宪”所带来的困惑,形成了一种缓解宪法规范与现实冲突的思路,即以宪法变迁为主、修宪为辅的思路,主张以宪法解释、宪法性法律、宪法惯例等狭义的宪法变迁方式来发展宪法,处理宪法稳定性与适应性之间的关系,迫不得已时再诉诸修宪手段,而修宪也是采用修正案的方式。这种思路目前占据主流地位,与决策层的局部修宪、可改可不改的修宪策略相吻合。诚然,主流思路更多地借鉴了域外宪法变革的成功经验,从长远来看,这是一个不错的宪法演进的思路。然而这一思路并没有成功地解释现行宪法在与改革现实冲突时国家为什么没有选择变迁方式,也没有对该思路在现行宪法文本的框架下变革宪法的可行性进行详细有力的论证。实际上,现行宪法的文本框架使先变迁、后局部修宪的方式难以使宪法成功转型,即使是赞同主流思路的学者也意识到这一思路的局限:“渐进主义的修改是宪法对社会现实的一种被动式趋附——必然会造成宪法文本话语体系的不协调,牺牲宪法技术层面的完整性。”^[16]既然主流思路解决不了宪法转型问题,那么全面修宪就成为转型迫不得已的路径。事实上,全面修宪的声音在以往就发出过,夏勇教授就曾经提出:“在条件成熟时,通过修改宪法或重新制定宪法,为宪政建设提供坚实的宪法文本基础。”^[17]张千帆教授也认为现行宪法规定了许多不该规定的内容,应当通过宪法修改删减这些内容,给宪法“减负”,以便一劳永逸地解决“良性违宪”带来的困惑。^[18]

但是,以全面修宪方式进行转型,可能会遇到两个问题。一是现行宪法中构建宪政秩序以外的规范一旦大幅度删减甚至完全舍去,是否会影响宪法原来欲构建的经济、文化和社会生活秩序?宪法原有的关于指导思想、对所处社会主义阶段、阶级斗争形势的判断等内容,又如何处理?二是全面修宪是否会导致宪法的稳定性和权威性遭到进一步破坏,以至于在国人看来修宪如同儿戏,进一步损害国人本来已经受伤的对宪法的遵从和信仰?

第一个问题涉及一些基本理论问题,包括:人权保障是否应当制止私权的相互侵犯?制止私权的相互侵犯是宪法的任务还是法律的任务?前一个问题答案是明确的,人权保障当然要防范私权的相互侵权。须知人们签订社会契约乃是为了摆脱那种私力暴力横行的自然状态,即使人们签约成立政府后,私力暴力仍然存在。这意味着私力暴力对人权同样存在着威胁。拿今天而言,如果制止不了“地沟油”、“苏丹红”、黑网吧、野蛮拆迁之类的现象,国人的人权同样脆弱。因此保障人权必须防止私权的相互侵犯。但是制止私权相互侵犯的任务是否得劳宪法的“大驾”?至少社会契约论给的答案是否定的。按照社会契约论的观点,人们签约组成政府,是寄望政府维持社会秩序,由政府去判断一个私权行为是否构成侵权以及如何处置。政府担当此任的手段之一,便是以法律规范私权主体的行为。从实践运作层面来看,宪法也无力承担全面规范私权行为的任务,否则宪法文本面临无限扩张的可能,并无需民法、刑法和行政法。因此,后一个问题的答案也应当是清楚的,即针对公民和社会组织的条款或者规范是法律的任务。宪法只规范国家权力,构建权力运行的宪政秩序,并宣示公民的基本权利。公民是否应尽计划生育、抚养及赡养义务,公民和社会组织侵占和破坏自然资源或者国家和集体的财产应当承担什么责任,是法律能够担当的立法任务,不必宪法“劳神”。至于指导思想、阶级斗争形势的判断乃至政策等等内容,无疑具有重要意义。但这是执政党文件能够解决的问题。其他国家的宪法较少类似的规定。如果由宪法来规定这类问题,容易给人以宪法是外化执政党意志的法律工具的印象,有的学者就尖锐地批评“我国宪法在历史上充当的角色实质上就是将党的政策纲领赋予法律的形式。”^[19]由执政党文件处理类似的问题具有较大的弹性,能够因时制宜、与时俱进,避免了动辄修宪的尴尬。而且,目前执政党的文件事实上对全社会具有普遍的影响力。如此看来,将原有宪法的内容作以上分解与分工,未必会消解宪法欲全面构建宪政秩序的努力。

至于全面修宪是否会破坏宪法的稳定,则要辩证地看待。宪法的稳定性是相对的,宪法的权威性也未必全然与稳定性相关,而主要与宪法的正当性和科学性相关。一部缺乏公民认同的宪法,即使百年不改一字,也难保证其权威与尊严。在诸多困境面前,与其用局部修修补补的方式来维持宪法的稳定性与权威性,还不如以“短痛”方式“一劳永逸”地解决现行宪法文本内容结构存在的问题。而且,从新中国修宪历史来看,已经有三次全面修宪的经历,三次都没有引起震荡,我们也没有理由说再次全面修宪会必然引起震荡并损害宪法的权威性。

相反, 政制宪法因符合人权保障、民主法治的时代潮流, 只会增添而非减少公民对它的认同与信仰, 宪法的权威与尊严得以进一步增强。

四、宪法转型需要解决的其他理论问题

宪法转型尚需要理论界解决“宪法到底应当干什么”(宪法目的)的这个最原初、最基本的问题, 并在此基础上对宪法应当是治国安邦的总章程, 还是母法或部门法或根本法等问题进行全面的厘清。实际上, 新中国宪法呈现总章程式的特征, 与宪法学理论对上述问题回答不清不无相当程度上的关联。“宪法到底应当干什么”这个问题现在在理论界似乎已经有相当的共识, 即宪法就是用来控制国家权力以保障人权的。如果理论界对此达成绝无二致的共识, 宪法是否应当是部门法、母法抑或总章程等问题则应当有比较明确的答案。既然宪法是用来控制公权以保障私权的, 调整的仅仅是国家权力与公民权利的关系, 那么宪法就应当是部门法, 而非全面调整社会关系的“治国安邦的总章程”。在某种意义上, 只有将宪法定位为部门法, 才不会出现公民成为违宪主体的尴尬。母法论是自近代中国以来具有相当市场的理论, 按照中国版的宪法母法论, 宪法乃“万法之源”, 构成所有部门法的立法依据。但这其实是一个流行的谬误, 国内有些学者即对该说法提出过强烈的质疑。^[20]母法论包含宪法万能的假定, 构成宪法转型的障碍。因为, 既然诸如民法、刑法、救济法等等均系宪法之子, 那么宪法中必然有部门法籍以依据的条款, 如此一来宪法就不再是部门法, 而成为“杂法大全”或是“万能法”。事实上, 宪法不可能成为所有部门法的立法依据, 《政府信息公开条例》制定时, 草案试图写上“根据宪法, 制定本法”的条款, 但终因找不到相应的宪法条款而作罢。因此, 母法论可以休矣! 按母法论的逻辑立宪, 宪法会回到总章程式宪法的老路上去。

宪法是否是根本法、是何种意义上的根本法, 是最需要澄清的理论问题。“宪法是根本法”被誉为宪法的经典定义。^[21]但是, “在我国, 根本法还是一个未完成的课题”。^[22]从相关文献来看, 宪法是根本法通常在以下几个含义上得到解释: 一是宪法具有最高效力而成为根本法; 二是宪法因为规定了一国的基本政治制度而成其为根本法; 三是宪法因其规定了国家根本制度和根本任务而成为根本法; 四是上述三者兼而有之。国外文献偏重于从前两个含义上来诠释根本法。如《牛津法律大辞典》对根本法的解释是: “通常指法院或议会不得侵犯的法律规范。——在现代政治科学上, 根本法指某种政府框架。”^[23]又如日本《世界大百科事典》认为: “所谓宪法, 意思是指与国家的组织及活动有关的各种根本法规的总和”。^[24]我国民国时期的宪法学对根本法的理解也是侧重于前面两个含义, 从后面两个含义来理解根本法则是新中国的宪法学界。^[25]新中国宪法学界对根本法的理解或许源于对新中国宪法文本的观察, 但从宪法转型角度看, 这种理解不利于转型, 因为根本制度不仅仅意味着政治制度, 而任务则使宪法摆脱不了“纲领性宪法”的特征。因此, 只有在前两种含义上诠释根本法, 并清除第三

种和第四种根本法观念的影响,宪法才能得以顺利转型。

宪法转型似乎绕不开宪法学方法论问题。在政治宪法学与规范宪法学的对垒中,本文基本偏向规范宪法学而非政治宪法学。政治宪法学已然成为一流派,并有做大做强的冲动,因此值得认真对待。应当承认,灵感源于施密特宪法学理论的政治宪法学对现实有着深邃的洞察力,其对中国宪法难以司法化原因的解读,以及关于“立国”的主题何以导致中国宪法“很难被简化为‘权力限制’和‘权利保护’这样的现代宪法学口令及其技术要领”^[26]的判断与解释,具有令人信服的一面,本文写作也受其启发。但是,政治宪法学将实然命题转换为应然命题的做法实在令人难以苟同。“存在是合理的”实际上是“存在是有原因的”,而非“存在是应当或正当的”。拿宪法“是这个样子”来证明“宪法应当是这个样子”体现了理论对现实的屈服。按照政治宪法学思路,宪法文本将继续成为政治现实的“镜像”,^[27]制定一部宪政宪法的“宪法时刻”不知猴年马月才能到来。政治宪法学存在着令人应当警惕的隐忧。拿违宪审查来说,由中共中央来进行违宪审查是中国宪法文本符合逻辑的结论,但进而主张这种违宪审查模式,那么中国违宪审查制度就将成为世界违宪审查制度中的“奇葩”。我们同意“政治的归政治,法律的归法律”,但是,宪法应当归到法律中去。如果说宪法具有“生动的政治内涵”,那也只应当是其控制政治权力的内涵,而非张扬掌权者“在下和此在”意志的内涵。政治问题用政治解决,不必拿宪法“当枪使”,使宪法沦为政治的奴婢。还是让宪法保持一点其“法”的尊严吧!

注释:

[1] 常安:《“摸着石头过河”与“可改可不改的不改”》,《法律科学》2010年第2期。

[2] 1787年美国宪法文本被认为具有防范民主色彩,但从其文本规定来看,防范的是普选式民主,而非选举政治本身。美国宪法实际上打造了“父权制民主”——富有的成年男性民主。

[3] 萨托利曾经指出,宪法这个词在过去150年是毫不含糊的,它用以表示种种控制国家权力的技术。参见萨托利:《“宪政”疏议》,载于刘军宁、王炎、贺卫方编:《市场逻辑与国家观念》,三联书店,1995年,第113页。宪政在哈耶克看来就是法治。但以法治来规范和约束政府权力也可以诉诸普通法律,而以宪法这种“高级法”来控制政府权力,始于美国。或许在这一意义上,哈耶克将宪政视为“美国人的发明”。参见哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店,1997年,第221页。

[4] 张千帆:《论宪法效力的界定及其对私法的影响》,《比较法研究》2004年第2期。

[5] 刘茂林教授曾经论证过将“宪法秩序”引进中国宪法学研究范畴的必要性,在他看来,从西方引进的宪政这一范畴难以全面概括中国宪法运行的理想与现实状态,而宪法秩序这一范畴却能够担当反映和概括中国宪法运作状态的理论使命。参见刘茂林:《宪法秩序作为中国宪法学范畴的证成与意义》,《中国法学》2009年第4期。

[6] 欧爱民:《宪法是什么?》,《吉首大学学报》2007年第4期。

[7] 宪法是总章程的说法较早见于毛泽东的有关论述,毛泽东曾经说:“一个团体要有一个章程,一个国家也要有个章程,宪法就是一个总章程,是根本大法。”(《毛泽东著作选读》,人民出版社,1986年,第710-711页)在国内宪法学界,“宪法是治国安邦的总章程”一度成为宪法的权威性定义。这种定义多少受毛泽东的影响,但也反映宪法学界对中国宪法基本特征的认知。

[8] 陈端洪:《论宪法作为国家的根本法和高级法》,《中外法学》2008年第4期。

[9] 如德国《梅耶百科全书》认为“一个国家的宪法是对其政治权力的划分”,法国《拉鲁斯大百科全书》认为“宪法规定一个国家的一整套政治制度”。参见上海社会科学院法学研究所编译:《宪法》,知识出版社,1982年,第52、41页。英国《牛津法律大辞典》将宪法界定为“决定一特定政治共同体的政体的法律结构的必要成分、它们的关系、权力及其运行的一系列法律规则。”认为“宪法涉及一国主权权力行使的结构及其基本原则”。戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社,2003年,第253页。

[10] 韩大元:《“什么是宪法”这个命题也许是没有答案的》,《山东社会科学》2006年第8期。

[11] 朱福惠:《论宪法的部门法特征》,《现代法学》2000年第3期。

[12] 蔡定剑:《中国宪法实施的私法化之路》,《中国社会科学》2004年第2期。

[13][19] 曦中:《对“良性违宪”的反思》,《法学评论》1998年第4期。

[14] 何玲:《宪法结构问题研究》,苏州大学2006年硕士论文,第39页。

[15] 学界早有宪法转型之呼声。林来梵教授早在世纪之交即认为我国宪法规范受到现实挑战并频繁修改的原因是规范宪法并未形成,因此,应当确立基本权利在宪法中的核心地位,实现宪法向规范宪法的转型。参见林来梵:《规范宪法的条件与宪法规范的变动》,《法学研究》1999年第2期;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。而夏勇教授更是在2003年撰文明确指出:“中国又到了一个新的历史关口,应高瞻远瞩,继续推行宪法改革,逐步完成从‘改革宪法’到‘宪政宪法’的历史性转变。”夏勇:《中国宪法改革的几个基本理论问题》,《中国社会科学》2003年第2期。

[16] 秦前红:《宪法修改与宪政转型》,《法商研究》2004年第3期。

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

[18] 张千帆:《宪法不应该规定什么》,《华东政法学院学报》2005年第3期;张千帆:《宪法变通与地方试验》,《法学研究》2007年第1期。张千帆在谈宪法修改删减“不应当规定”的内容时,用的是“逐步删减”,这意味着他可能赞同修正案的修改方式。但他“一劳永逸解决”论实际上隐含了全面修改的观点,当然这也有可能误读了作者的原意。果真如此,得向张千帆教授致歉。

[20] 欧爱民:《宪法是什么?》,《吉首大学学报》2007年第4期;赵金宝、沈林荣:《论宪法不是“母法”》,《四川警官高等专科学校学报》2007年第6期。

[21] 刘茂林:《宪法究竟是什么?》,《中国法学》2002年第6期。

[22] 郑贤君:《作为根本法的宪法:何为根本》,《中国法学》2007年第4期。

[23] 戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社,2003年,第457页。

[24] 上海社会科学院法学研究所编译:《宪法》,知识出版社,1982年,第55页。

[25] 郑贤君:《作为根本法的宪法:何为根本》,《中国法学》2007年第4期。

[26] 高全喜、田飞龙:《政治宪法学的问题、定位与方法》,《苏州大学学报》2011年第3期。

[27] 莫纪宏教授就曾经试图按政治宪法学的思路力主按中共十七大报告的精神启动第五次修宪,将科学发展观写进宪法。莫纪宏:《我们应当怎样修改宪法》,《清华法学》2012年第6期。

[责任编辑:禾平]