

从制宪权角度透视新中国宪法的发展

李忠夏^{*}

摘 要 主权与宪法的关系是宪法学中的固有难题,其背后隐藏的是政治一元论和多元论之间的差异。新中国成立之后的制宪活动深刻反映了一种政治决定论的革命逻辑,并在“八二宪法”之后凸显出这种政治逻辑与改革开放所产生的多元主义之间的冲突。在此背景下,保持以宪法为基础的法律系统的自主性是现代国家的宿命,“国家的生存”并不能成为“违宪”的根据,而恰恰应以宪法的生存为前提,因为在现代语境下,“民主”已成为国家的正当性基础,而只有宪法才能凸显出民主的真正意义。

关 键 词 制宪权 全面修宪 立宪时刻 五四宪法 八二宪法

一、制宪权理论的分歧与新中国宪法发展中的问题

新中国宪法发展的跌宕起伏,世所罕见,在六十余年间,数度变更,宪法命运可谓颠沛流离,直至“八二宪法”之后的近三十年才逐渐平稳。但近三十年的平稳并不意味着矛盾的消解,也不意味着宪法命运的彻底改观。自1954年正式制定第一部宪法以来,就形式而论,新中国宪法经历了三次全面修改,迄今有效的“八二宪法”也经历了四次修改。新中国宪法的数度变动无疑是对制宪权理论的一次全面检视,是实践向理论提出的挑战,也透视出制宪权理论的内在困境;而从制宪权理论出发也可更清晰地洞察新中国宪法的发展逻辑,并把握新中国宪法中一脉相承的政治逻辑,进而反思今天有关宪法方法的相关争论及其背后的理论根源,为今日中国的宪法运行找寻一剂良方。

^{*} 山东大学法学院副教授。本文系国家社科基金一般项目“中国宪法学方法论反思”(项目编号13BFX031)和山东大学自主创新青年团队项目“社会管理创新与人权保障”(项目号IFYT1221)的阶段性成果。

自清末立宪以来,“救国”与“自由”之间的关系就成为中国立宪过程中所特有的问题,新中国宪法的发展在某种程度上延续了中国自立宪以来所存在的“高度政治性”〔1〕的国家主义思维。这种国家思维的影响一直延续到今天,并构成今天中国宪法学界在对待主权与规范之间关系上的争论,时下的“规范宪法学”与“政治宪法学”之争正是此种争论的集中体现。

如何处理主权与规范的关系是宪法学固有的难题之一。主权与(宪法)规范之间所无法解决的矛盾在于,主权系超越所有权力之权,而宪法则试图建构一个秩序,将所有权力纳入该秩序之下。因此,主权的特质在于建构和创设宪法秩序,必要时甚至可取消、悬置、打破宪法秩序,而立宪的目的则在于创设“持久而和平的秩序”,拒绝任何超越宪法之上的权力。二者之间截然不同的目的取向构成了二者之间持续的张力。如果立宪之后主权者(无论是人民、君主还是国家)仍然继续存在并持续“出场”,实证法就会因为主权者的现实存在而经常性地遭遇危机;〔2〕如果主权者在立宪之后便处于隐退状态,那么宪法便会拥有最高权威,〔3〕但这种“宪法国家”的困境在于遭遇价值权衡、战争或者紧急状态时无力做出“决断”。〔4〕正因为此,人们才会根本反思国家的权威或者正当性问题。

当今中国在宪法理论或者宪法学方法论上的争论实际上已经超越了法学的范畴,而进入一种更为宏大的国家话语体系当中。这种以国家命运为最终取向所引发的争论,实际上在某种程度上已经暗含在新中国甚至辛亥革命之后中国宪法发展的历史当中,即在国家生存的背景下,宪

〔1〕 汪晖先生曾提到“去政治化的政治”,事实上是将“政治”界定为政治观点之间的辩论以及理论上的根本争论,因此“去政治化”意味着这种政治激辩的取消,无论是通过一元化的意识形态取消,还是因为多元民主下政治观点趋同所造成。这里的争论实际上涉及如何界定政治的问题。参见汪晖:“去政治化的政治、霸权的多重构成与60年代的消逝”,汪晖:《去政治化的政治:短20世纪的终结与90年代》,生活·读书·新知三联书店2008年版,页1。关于汪晖先生对政治的界定可从第16页的一处标题中看出,“去政治化与理论辩论的终结”;而“高度政治性”背后的逻辑是:一切领域都必须归结于政治上的某个标准,一切社会领域、道德领域、经济领域、法律领域都可以视为政治领域的流溢,最终都以政治领域中的标准为根本标准,这在施米特的《政治的概念》一书中可以清楚看到,而毛泽东的《在延安文艺座谈会上的讲话》被视为文化理论的转折点,也开宗明义地提出“文艺是从属于政治的”。这种“高度政治化”的逻辑,在汪晖先生眼中恰恰是“去政治化”的。参见毛泽东:“在延安文艺座谈会上的讲话”,《毛泽东选集》(第3卷),页847、866。施米特将政治的标准界定为区分敌我,明确表明了一种政治决断的存在,并暗含了区分敌我的标准,这种区分事实上是否认了自由主义赖以存在的多元论与各社会领域的自主性,而将政治置于这些领域之上,C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, 8. Aufl., 2009 Berlin, S. 35ff.

〔2〕 施米特曾强调在“例外状态”中,“国家的生存证明了其对于法规范有效性具有确凿无疑的优先性”,“在例外状态中,国家凭借其自我保存权而悬置于法”,参见C. Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 9. Aufl., Berlin 2009, S. 18f.

〔3〕 关于主权在宪法国家中处于“隐退”的境地,可参见D. Grimm, Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs, Berlin 2010, S. 69ff. “潜藏的主权”。

〔4〕 施米特曾言,“主权者就是决定例外状态者”,其“区分敌我”的政治决断论明确表明了这一点,参见C. Schmitt (Fn. 2), S. 13;黑塞在“宪法的规范力”一文中曾言,宪法规范力最极端的测试就是政治、经济社会生活中的紧急状态,这些紧急状态并不能在规范的宪法权限基础上得以消除,这是施米特所言的例外状态,而基本法的规范力并未接受过此种例外状态的检验,参见K. Hesse, Die Normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959, S. 22.

法的命运究竟该何去何从?这种争论甚至产生了很强烈的要求发现中国“立宪时刻”的呼吁,^[5]其背后是为了找到中国宪法生存的“政治决断”或者“价值决断”。在立宪主义的历史上也不乏这种争论,围绕制宪权的争论便体现出这一点。而制宪权问题也恰恰可以解释新中国宪法的几次变动与转型。从制宪权角度对新中国宪法转型的解释也可以用来透视对“立宪时刻”的痴迷与寻找是否有助于或者多大程度上有助于反思和解决我们今天在宪法理论上的争议。

制宪权理论^[6]最早由法国学者西耶斯提出,他区分出“制宪权”(pouvoir constituant)与“宪定权”(pouvoir constitué)的概念。顾名思义,“制宪权”为创设宪法之权,该项权力只能由主权者所享有;“宪定权”则为宪法所创设之权,此项权力由宪法所授予。^[7]制宪权理论在德国由施米特发扬光大,当代则由德国的博肯福德和日本的芦部信喜加以进一步发展。^[8]就制宪权而言,分歧主要集中在:①制宪权究竟是始源性的、一次性行使之权力,还是具有常在性?^[9]②制宪权的行使是否受特定规范与程序的约束,抑或不受任何约束?或者说,制宪权究竟为规范性的权力,抑或事实性的决断权力?^[10]③宪法修改权究竟是制宪权,还是宪定权?^[11]这几个问

[5] 关于“立宪时刻”的反思,可参见高全喜:《立宪时刻》,广西师范大学出版社2011年版。

[6] 在中国,最早系统研究制宪权理论的为韩大元教授,参见徐秀义、韩大元:《现代宪法学基本原理》,中国人民公安大学2010年版,页32。

[7] 参见(法)西耶斯:《论特权·第三等级是什么?》,冯棠译,商务印书馆1990年版,页59;亦可参见陈端洪:“人民既不出场也不缺席:西耶斯《第三等级是什么?》中的民族制宪权理论”,《中外法学》2010年第2期。

[8] 参见(德)卡尔·施米特:《宪法学说》,刘峰译,上海人民出版社2005年版,页84;(日)芦部信喜:《制宪权》,王贵松译,中国政法大学出版社2012年版。

[9] 在这个问题上,西耶斯与施米特均承认制宪权的恒在性。在中国却分歧严重,比如韩大元教授主张制宪权为一次性使用之权力,而陈端洪教授则认为制宪权具有常在性。芦部信喜,同上注,页43;徐秀义、韩大元,见前注[6],页35;关于陈端洪教授的制宪权观念,可参见陈端洪:《制宪权与根本法》,中国法制出版社2010年版。

[10] 关于制宪权的界限问题构成了西耶斯与施米特的根本分歧,虽然西耶斯和施米特都认为制宪权无法通过事先设定的程序加以规范,但西耶斯认为制宪权之行使受到自然法制约,或者说,所谓的人民主权、国民意志正是体现了自然法的要求,而施米特则将其视为事实性的决断权力。芦部信喜总结之后认为,尽管“不否认宪法是决断的产物”,但“并不意味着一切决断本身都是宪法”,宪法决断本身需要特定的必备条件,比如“言论自由和集会自由”。在中国,韩大元教授和林来梵教授都一定程度上主张制宪权受到一定的规范限制,而陈端洪教授则从施米特立场出发强调制宪权的不受限制。参见西耶斯,见前注[7],页59:“国民存在于一切之前,它是一切之本源。它的意志永远合法,它本身便是法律。在它之前和在它之上,只有自然法”;施米特,见前注[8],页84;芦部信喜,见前注[8],页16、40;徐秀义、韩大元,见前注[6],页35。

[11] 这也是施米特区别于卢梭和西耶斯的主要之处,卢梭和西耶斯都认为修宪权本身也是国民意志的表达,是制宪权的体现,其本身不应受到限制,其目的是寄望于通过修宪改变政治决断,从而避免革命。施米特则认为修宪权是宪定权,制度化的修宪权与制宪权的表现存在区别,最主要体现在制度化的修宪权应在既定宪法的框架内进行,无论程序上、还是内容上都受到实质限定。芦部信喜亦认为修宪权与制宪权存在本质不同,并且认为施米特区分的宪法修改与宪法废止具有启发意义。另外,据芦部信喜考察,即使有国家规定了全面修宪的程序(如瑞士),但全面修宪本身也应在程序和内容上受到限定,从而难以被视为制宪权的体现,参见芦部信喜,见前注[8],页19、42。在今天中国学术界的讨论中,将宪法修改视为宪定权已经成为一种通说,但也有学者在考察修宪权与制宪权的同质性,参见陈斯彬:“试论制宪权和修宪权的同质性”,《华侨大学学报》2007年第1期;关于宪法修改的界限,可参见杜强强:“修宪权之‘基本架构限制’”,《法商研究》2006年第3期;杜强强:“修宪权的隐含界限问题”,《环球法律评论》2006年第4期。

题构成了西耶思与施米特争论的根本分歧。^{〔12〕}

新中国宪法发展中的问题恰好体现了制宪权理论的分歧,主要表现在:①制宪权是否是在革命成功之后、建国之时一次性行使的权力?新中国成立后,制宪权是否仍然以某种形式存在?②新中国成立后的三次全面修宪其属性是制宪权的运用还是宪法修改权的行使?③《共同纲领》、“五四宪法”与之后三次全面修宪是否存在连续性,其连续性体现在什么地方?④宪法的断裂与国家的连续性之间存在什么样的关系?⑤宪法内容的正当性与制宪的正当性之间存在何种关联?所谓制宪,是否意味着所制定宪法之内容无需包含任何规范性要素(如“七四宪法”)?宪法的正当性是否需要人民意志的事后承认?

迄今为止,学界对于全面修宪性质的分析,更多是从宪法修改权的角度加以界定,或者从静态的概念分析入手加以探究,却并未从全面修宪所凸显的政治逻辑入手对其性质加以分析。如此一来,就很难理解今天中国在改革与宪法之间存在的张力,^{〔13〕}也很难理解“良性违宪”背后的国家建构逻辑及其对于今天宪法理论建构的影响,从而也难以认清这种强调宪法之政治维度的主权逻辑在社会情势发生变更的今天对于宪法权威和规范性本身所具有的危害。本文尝试梳理此种逻辑,以史为鉴,其目光仍在当下,其目的在于发掘今天社会转型的背景下,中国应拥有何种宪法观,应如何处理主权与制宪权的辐射影响。就此而言,就需从中国立宪的政治逻辑开始谈起。

二、立国、立宪与革命的政治动因

(一)关于“革命”

新中国的成立是建立在一场革命的基础上的。正是对革命任务的认定,构成了新中国成立后立国、立宪以及宪法数度变动的政治动力。“革命”一词本身即包含一种“正当性”在内,即推翻旧制度、建立新秩序的要求。^{〔14〕}“革命”一词虽有破旧立新之意,但在“破旧”与“立新”之间却存在一条裂痕。正如阿伦特所说,“解放和自由并非一回事;解放也许是自由的条件,但绝不会自动带来自由”。^{〔15〕}在革命中,只有通过“立新”,“破旧”中的暴力革命才能获得正当性基础。因此,革命通常会与某种特定的目标或者美好的理想联系在一起,从而通过“必然性”为革命中的暴力辩护。恰恰在自由与必然性之间出现了难以弥补的裂痕,导致近代革命的诸多

〔12〕 关于西耶思与施米特制宪权理论比较,可参见芦部信喜,见前注〔8〕,页33。

〔13〕 对此林来梵教授曾提出过“坚持改革开放”与“维护宪法秩序”之间的二律背反,并对“良性违宪”背后所蕴含的规范与现实的冲突有过深入分析,参见林来梵:“规范宪法的条件和宪法规范的变动”,《法学研究》1999年第2期。

〔14〕 英文“Revolution”一词也经历了从复古向革命的转变,关于中国“革命”话语的转变,可参见陈建华:《“革命”的现代性——中国革命话语考论》,上海古籍出版社2000年版,上篇,页1-182;英文“革命”一词的意义转变,可参见(美)汉娜·阿伦特:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2011年版,页24。

〔15〕 阿伦特,同前注,页18;阿伦特也批判了将以解放为目的的叛乱与以自由为目的的革命混同的做法。阿伦特,同前注,页125。

悲剧。为调和这二者,从黑格尔开始就发展出将必然王国与自由王国结合起来的理论尝试,并经由马克思发扬光大。但近代革命在成功之后,却只关注必然层面上的革命任务,而完全忽略自由王国的实现,^[16]在必然层面的革命任务迟迟不能实现时,自由王国也就被抛诸脑后了。^[17]

近代革命的另一项使命在于树立“人民主权”原则。当我们宣称“主权在民”时,实际上已经预设了一种取代上帝和君主的新的绝对权威,即“人民意志”或者卢梭所说的“公意”。这种新的绝对性建立在“人民可以为自己所欲(Wollen)的一切事情”这种观念基础之上。但宪法则不然,法律体系的本质特征在于“应然”(Sollen),旨在为行为提供标准,这种“应然的体系”,按凯尔森的观点,则只能从一个奠基性的“基础规范”中推演出来,^[18]而非“意志”,从而造成了“应为”(sollen)与“欲为”(wollen)之间存在一个难以填补的鸿沟。^[19]现代革命的悲剧大概就起源于人民意志如何转换为宪法应然的过程,也就回归到我们上文所提到的革命之后的建国(解放)与立宪(自由)的衔接问题,而这二者之间的转换绝非像某些学者所看到的顺理成章、浑然天成。正是由于体现“人民意志”的公意与应然的法秩序之间存在的鸿沟,才有学者提到了“革命”与“法治”之间的内在矛盾。^[20]

(二)中国革命的任务:救亡优于自由

中国近代革命是一脉相承的,从一开始便具有一种很强烈的危机意识。这种危机意识源于近代中国的积弱与西方的侵略。国家存亡之际,“救亡”压倒了“启蒙”,成为中国革命的原动力,^[21]尤其在清政府持续腐败与对外疲软的局势下,革命也就在所难免了。如果只是源于对

[16] 或者说寄希望于必然王国的实现而自然过渡向自由王国,必然与自由是一体的。如沃格林所言,“我们把马克思的转轨定义为从强调革命的最终目标转向强调为革命做准备的策略。这种重心的转移之所以可能,是由于革命的目标——也就是自由王国的建立——被设想为是革命经历本身的一个结果,因而是无法准备的。可以为之准备的只是必然王国之中的革命”。(美)沃格林:《没有约束的现代性》,张新樟、刘景联译,华东师范大学出版社2007年版,页107-108。

[17] 同上注,页95。

[18] 尽管这种基于“基础规范”的法律体系推演因凯尔森的新康德主义立场而只能是形式的,缺乏实质内容,See H. Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990, S. 56ff.

[19] 关于二者之间的关系,可参见 H. Kelsen, Über Grenzen zwischen Juristischer und Soziologischer Methode, Tübingen 1970, S. 7ff.; ders., Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, Nachdruck 1984, S. 97ff.

[20] 强世功:“革命与法治——中国道路的理解”,《文化纵横》2011年6月刊。

[21] 李泽厚先生曾提出过著名的“救亡压倒启蒙”的论断,并认为陈独秀等人率先提出“科学与民主”,并开展新文化运动,进行“国民性的改造”,但“启蒙的目标,文化的改造,传统的抛弃……仍然没有脱离中国近代的反抗外侮,追求富强的救亡主线。抛弃传统(以儒学为代表的旧文化旧道德)、打碎偶像(孔子)、全盘西化、民主启蒙,都仍然是为了使中国富强起来,使中国社会进步起来,……所有这些就并不是为了追求‘天赋权利’——纯然个体主义的自由、独立、平等。所以,当把这些本来建立在个体主义基础上的西方文化介绍输入以抨击打倒孔子时,却不自觉地遇上自己本来就有的上述集体主义的意识和无意识”。参见李泽厚:《中国现代思想史论》,东方出版社1987年版,页7、12。

清政府内部腐败的不满,那么中国社会内在革新的动力仍不会存在,反抗也仅限于“起义”与“造反”的不停循环,^[22]但如果是迫于外在侵略的压力,则对于旧体制之弊的反思就显得尤为迫切,并急切要求向西方列强学习,以摆脱国家积弱的状态。这种“西学东渐”由技术层面始而最终扩展至经济层面、制度层面乃至文化层面的“全盘西化”,并与传统形成了激烈冲突,而传统也就站到了中国现代化的对立面,这种思维在“五四”时达到了巅峰。^[23]由此一来,中国传统那种内在于社会体系中的“超稳定结构”^[24]就被打破了。

由于中国革命当中蕴含着一种非常急迫的事关国家存亡的“救亡”与“富强”的意识在内,因此,自由就绝非中国革命最迫切的任务。^[25]这并非说自由在当时的中国知识分子心目中不重要,^[26]只是“在集体危机的时代我们不免以‘富国强兵’为现代化的主要特征”,群己之界并无定分,时势不同则导致二者分量的畸轻畸重,也导致“现代的中国知识分子往复于集体与个体两极”。^[27]在“救亡”背景下的制度反思中,立宪作为破除帝王专制与权力归民的手段得到了普遍认同。“立宪”在当时的中国更多并非与权利、自由联系在一起,而是与革新和富强联系在一起。^[28]

在这一争论过程中,“民”作为国家的正当性基础就浮出水面,^[29]“主权在民”也标志着

[22] 梁漱溟曾说过,中国“循环于一治一乱而未有革命”,参见梁漱溟:《中国文化要义》,上海人民出版社 2011 年版,页 206。

[23] 有关“五四之批判到批判五四”,参见金耀基:《从传统到现代》补篇,法律出版社 2010 年版,页 105。

[24] 中国古代社会的经济结构和由此决定的家—国结构,并随之衍生出的配套伦理体系、政治结构,可参见金观涛、刘青峰:《兴盛与危机:论中国社会超稳定结构》,法律出版社 2011 年版;金耀基:《从传统到现代》,法律出版社 2010 年版,页 28;对中国社会的“差序格局”以及由此而发展出的中国传统伦理道德可参见费孝通:《乡土中国》,人民出版社 2008 年版,页 25;梁漱溟,见前注[22],页 30。

[25] 余英时先生在《中国现代价值观念的变迁》一文中也提到中国五四前后的个性解放以及个体自由的倡导是针对作为“万恶之源”的中国国家制度以及“吃人的礼教”而言的,而在涉及国家与个体之间的关系上,则绝非提倡西方的个人主义:“然而这决不是说,他们所向往的是西方式的个人主义,而置国家民族的大群于不顾。相反的,他们都是在建立新的群体秩序这一大前提之下,倡导个性解放、个人自主的。中国文化的传统本偏于群体论——今天西方人称之为 communitarianism;与西方近代主流文化之偏于个体论——individualism——恰成鲜明的对照。‘五四’的领袖虽然鼓吹西方文化,但是由于他们自幼受中国文化的熏陶,毕竟摆脱不掉那根深蒂固的群体意识”,这可以说明当时中国知识分子所追寻的更多是人的解放(包括经济和人性的),而非相对于国家的那种个体自由。在国家利益之下,个体自由应有所牺牲。(美)余英时:“中国现代价值观念的变迁”,余英时:《现代儒学论》,上海人民出版社 1998 年版,页 101、127。

[26] 在《新青年》早期所表现出来的思想中,虽然仍隐含有“立人”之于“立国”的工具意义,但却极力强调个体的自主地位并表现出对个性的痴迷,使个体优于社会甚至国家,一改梁启超以来的国家观念,但后期这种立场发生很大改变。关于《新青年》中个人、社会与国家关系的流变,可参见张宝明:《现代性的流变》,社会科学文献出版社 2005 年版,页 115。

[27] 余英时,见前注[25],页 192。

[28] 如清末立宪以及辛亥革命之后围绕立宪所产生的“主权在民”抑或“主权在国”以及议会制抑或总统制的争论,都更多是从国家的角度而非从自由的角度加以讨论的,参见章永乐:《旧邦新造:1911-1917》,北京大学出版社 2011 年版,页 82。

[29] 王人博:“庶民的胜利——中国民主话语考”,《中国法学》2006 年第 3 期;当时对“民主”的理解与今日并不同,参见金观涛、刘青峰:《开放中的变迁:再论中国社会超稳定结构》,法律出版社 2011 年版,页 200。

“政治合法性的重大转变”,^[30]并成为立宪的基础,成为推翻帝制、破除旧制度之后的归属点和国家正当性所在,而孙中山在革命过程中发展出三民主义理论也就顺理成章了。这种理论反思是由外而内展开的,即因国家生存而力图摆脱旧制度,从而奋起革命,发动战争,^[31]并进而反思革命与战争的内在理由。因此,中国革命从一开始便具有外在与内在两种理由,从孙中山至毛泽东,革命的内在理由发展至一种极致,即将无产阶级从贫困与压迫中解放出来,并有了优先性,“从贫困中解放先于以自由立国”。^[32]内外理由的结合以及二者之间相辅相成的关系构成了中国革命的任务,也构成了中国革命的主线。^[33]

从上述发展脉络中可看出,中国革命的特点在于“救亡”及“解放”优于“自由”,在前述任务和共产主义的理想远景之下,自由要让位于国家,或者个体自由要融入到一个整体的社会、民族或者国家的概念之中(“群”的概念),进而实现一种更高层次的自由,而这种自由是与社会正义和实质平等观念联系在一起的。对这种与国家相容的“自由观”或者“平等观”,中国的知识分子进行了各种不同的尝试,集大成者则是舶来于西方的马克思主义,^[34]自由、平等、权利、民主、国家的重建与复兴都纳入到马克思主义所追求的、由经济基础所决定的历史必然逻辑规律的体系中。这一思路直接对革命成功之后的建国与立宪产生了深远影响。

(三)建国与立宪:政治主导立宪

革命之后的建国^[35]与立宪并非是一体的过程。从时间维度上看,建国的标志是1949年10月1日的开国大典,而立宪则发生在1954年。也就是说,中华人民共和国的建立并非是以一部宪法为基础的。因此,建国的正当性必然是在宪法之外的其它要素。一种革命性的理论,具体在中国,就是体现“人民”意志的马克思列宁主义、毛泽东思想。而无论是《共同纲领》的制定,还是1954年的制宪,都是在这种革命理论指导之下完成的。近代革命的特点是将人民意

[30] 汪晖:“革命、妥协与连续性的创制(代序言)”,章永乐,见前注[28],页26。

[31] 而战争的正当性在于,“战争的目的在于消灭战争”,参见毛泽东:“中国革命战争的战略问题”,《毛泽东选集》(第1卷),页174。

[32] 阿伦特,见前注[15],页122。

[33] 毛泽东在论述中国革命的任务时指出,“毫无疑问,主要地就是打击这两个敌人,就是对外推翻帝国主义压迫的民族革命和对内推翻封建地主压迫的民主革命,而最主要的任务是推翻帝国主义的民族革命”,“中国革命的两项任务是相互关联的。……民族革命和民主革命这样两个基本任务,是相互区别,又是相互统一的”。毛泽东:“中国革命和中国共产党”,《毛泽东选集》(第2卷),页637。

[34] 从《新青年》的发展来看明显透射出后期对于马克思主义的引进与推崇。李大钊在《新青年》中连续发表的《庶民的胜利》、《布尔什维主义的胜利》(《新青年》(第5卷第5号))和《我的马克思主义观》(《新青年》(第6卷第5号))也被视为在中国引入马克思主义的先驱。

[35] 这里称建国有些歧义,因中国与美国之不同在于,中国并非近代建立的,而是古已有之。因此,国家始终是先于宪法的,但美国这个国家却是真真切切通过宪法建构起来的。1949年的中国建国更应称之为政府的形成,而非国家的形成。建国时,毛泽东所提到的也只是“中华人民共和国中央人民政府正式成立了”。但这里带来的新问题是,政府先于宪法而产生。

志或者公意凌驾于一切权力和法律之上,这构成了一种新的绝对主义。^[36] 结合中国革命的“救亡”与“富强”意识,与此相伴随的就是人民的解放、社会幸福、公共自由以及国家的生存被置于个体自由之上,^[37]并藉此之名,“宣布大革命应永远进行下去”。^[38] 因此,在中国,立宪并非仅仅是对革命成功的一种承认和正当性描述,^[39]而是革命进程的一部分,立宪并非意味着革命完成了,事实上是暴力革命虽然完成,但社会领域的革命仍只是刚刚开始。立宪虽然创设了新的国家机关和国家权力,但并没有塑造出一种新的权威(即宪法权威),而仍然从属于革命之后的政治权威。与美国不同,我们的革命和法国大革命一样,都是国家或者说政府塑造了宪法,而不是宪法塑造了国家(政府)。正是基于这一区别,人民意志在中国就既成为国家权力的源泉,也成为宪法的源泉,二者同源的后果便是:来源于人民意志的国家权力是可以不受宪法约束的,或者可通过国家目的任意决定宪法的性质。某种意义上说,中国的立宪从一开始就是政治主导的,这样一个立宪过程一直持续到“八二宪法”的制定。

三、国家的正当性:制宪权角度的反思

(一)人民意志、国家与制宪

中国立宪进程的政治主导性首先体现在《共同纲领》和“五四宪法”的制定上。中国之所以在1949年时只建国而未立宪,其主要原因在于革命并未完成,条件尚不成熟。^[40] 但建国而未立宪,则国家就需要面临“正当性”的问题。时至1949年,世界局势天翻地覆,上帝已死、君主已亡,“民主”是国家正当性的唯一来源,但何谓“民主”却成为争论不休的问题。在国家理论中,存在两种倾向:一种是将“公意”、“民主”与自由或者自然法的原则结合在一起,试图通过“合意”或者“社会契约”导出客观理性的自然法原则;^[41]另外一种则是强调“民族精神”以及

[36] 法国大革命与美国革命的不同在于,“美国革命是‘有限君主制’的历史遗产,法国大革命则是绝对主义的遗产”,在阿伦特看来,美国革命区别于法国大革命的另外一个不同之处在于,美国宪法的制定者并未将法律和权力归于同一个渊源。对于他们来说,“权力属于人民,但是法律的源泉将是联邦宪法,一部成文文献,一件持久的客观事物”,从而将宪法与主观性的人民意志区分开来。阿伦特,见前注[15],页140、141、149。

[37] 卢梭理论中所存在的公意与个体自由之间的紧张是显而易见的。如果说卢梭是将公意(平等)置于个体自由之上,那么康德则是重建了自由之于公意的前提意义(道德律)。

[38] 阿伦特,见前注[15],页117。

[39] “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,颁布一个根本大法,去承认它,这就是宪法”,毛泽东:“新民主主义的宪政”,《毛泽东选集》(第2卷),页735。

[40] “军事上,国民党残余军队仍未肃清,经济上千疮百孔,社会主义改造仍未完成,国际上备受孤立,军事威胁仍然存在,所有这些都使得立宪问题仍不能提上日程”,参见中共中央党史研究室、胡绳主编:《中国共产党的七十年》,中共党史出版社1991年版,页234-235。

[41] 这在17、18世纪的理性自然法年代中表现得尤其明显。F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 249ff.

“人民意志”中的精神性要素。^{〔42〕}前者试图通过一种理性的自然法则规范国家权力,后者则强调特定历史阶段的民族意志或者国家意志,从而将民族性融入到“民主”概念当中。概言之,前者侧重自由,后者则强调国家;前者构成了一种机械主义的理性国家论,后者则发展成为有机主义、浪漫主义的国家理论。

由此可见,即使确立“人民意志”或者“公意”为国家正当性之基础或者国家权力的唯一来源,其问题仍未被简化,而是更加复杂化了。当“公意”与“主权”结合成为“人民主权”时,其蕴含的内在矛盾也显露无疑,“公意”的形成是程序性的,而“主权”则是决断性的,^{〔43〕}其复杂性体现有二:一为“公意”是否是“同一”的(Identität);二为谁为“人民”?围绕上述两个问题,国家理论产生了诸多分歧,尤其是在理性自然法式微之后,这种对“公意”的探求更加趋于多元化。其中围绕“公意”是否“同一”的问题,就产生了政治(价值)一元论与多元论之间的区别。某种意义上,国内学者目前津津乐道的施米特,其国家理论和宪法学说便是建立在政治一元论基础上的,通过作为核心的政治领域中的政治决断或者说政治的神学,^{〔44〕}从而对所有其它领域产生影响。^{〔45〕}与之针锋相对的凯尔森,其纯粹法理的前提则是价值多元主义以及各领域的自主性,尤其是法律领域的自主性,并由此得出国家与法秩序的同一性。^{〔46〕}围绕“谁是人民”这个问题,则更有争议。其中,施米特所言的“区分敌我”,与其宪法理论中的人民的“同质性”是一脉相承的,而马克思主义中的阶级划分也是在界定“谁是人民”,其目的在于确保“人民意志”的同一性,进而确保国家作为“政治的统一体”。^{〔47〕}

新中国成立后的制宪行动集中体现了意识形态的主导性,^{〔48〕}其所体现的核心观念是“宪法是阶级力量对比关系的体现;宪法是国家的根本大法;宪法是社会的上层建筑的一部分”。^{〔49〕}这种宪法观念集中体现在制宪过程当中,因此宪法的“政治性”就得到了特别强调,

〔42〕 这在德国的唯心主义和有机主义国家学说中体现得尤为明显,并体现在德国的“历史法学派”中,参见 M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II, München 1992, S. 121ff.

〔43〕 在主权问题上,存在的争论是主权是否应受限制。在施米特这里,主权仅在不受限制和最高的意义上来解读,而忘记主权概念本身所具有的规范性和正当性。黑勒则不同,他虽然认同主权所具有的决断性以及国家意志统一的现实性,而法律系统的同一性以及特殊性是主权的国家意志的表达,但黑勒同时认为这种决断要受制于一般的法原则(Rechtsgrundsätze)以及国际法的原则,参见 H. Heller, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1992, S. 99ff., 111ff. 141ff. 而如上文所述,凯尔森则看到这种“意志性”的主权论对于法规范的颠覆作用,因此主张从法理论中将其排除出来。

〔44〕 对于施米特政治理论中隐含的神学基础,可参见(德)迈尔:“施米特、施特劳斯与《政治的概念》”,载迈尔:《隐匿的对话——施米特与施特劳斯》,朱雁冰等译,页9、47、61。

〔45〕 施米特认为“例外状态”或者说战争作为“最极端的政治手段”决定了所有其它领域,因此政治是“权威性”的领域,而不是与其它领域并行的“自主”领域,“政治是宿命”。C. Schmitt (Fn. 1), S. 35ff., 41ff.; 迈尔,同上注,页24。

〔46〕 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1967, S. 289ff.

〔47〕 C. Schmitt (Fn. 1), S. 42.

〔48〕 韩大元:《中国宪法学说史研究》(上卷),中国人民大学出版社2012年版,页449。

〔49〕 吴家麟:《宪法基本知识讲话》,中国青年出版社1954年版,页2-5。

而宪法也被视为历史过程必然性中的一环,受外部的“阶级力量对比关系”和内在的“经济基础”的制约。根据马克思主义的历史唯物主义理论,人民的意志是受特定时代社会内在结构所制约的,因此具有必然性,并在特定时代表现为一种客观同一性,而宪法则是这种同一性的体现。由此逻辑得出的结论便是,宪法的内容并非是“人民”随意可以加以选择的,而是由不同时代的经济结构所必然决定的,人民意志、国家与宪法是同一的关系,而非各自独立的结构。换句话说,人民意志的同一性是客观存在的,而国家权力和宪法都是这种同一性的体现。

(二)新中国的“立宪时刻”以及制宪权的行使

一般而言,制宪是一个标志,即通过制宪将新的国家秩序确认下来,并与旧的国家体制区别开来。从这个意义上讲,我们可以从历史中找到区分新旧国体的标志性事件。具体到新中国,则很难具体到某一个特定时刻,而必须将之视为一个动态的过程。1949年10月1日的“开国”具有一种继往开来的意义,其标志着新旧中国的分野,更体现为一种“法统”的断裂以及“革命的开端”。从国家学的角度去分析,^[50]无论是国名、国旗、国徽甚至国歌^[51]的选择都体现了与旧政权的断裂以及革命的性质,从而体现了人民的政治决断,因此属于重要的宪法符号,并同样具有一种整合的功能在内(Smend)。

新中国的成立是与建国前夜所通过的《共同纲领》(1949年9月29日由中国人民政治协商会议第一届全体会议通过)紧密联系在一起的,可以说《共同纲领》构成了新中国国体与政体的基础。^[52]现在的通说认为,《共同纲领》是一部新民主主义性质的宪法性文件。^[53]无论从制定主体、制定过程还是从制定内容来看,《共同纲领》都是新中国国家(政权)机构得以设立和运转的基础,并且明确体现了与旧法统的断裂。^[54]从《共同纲领》的制定目的来看,其承载的功能也是临时宪法的功能。在社会主义改造尚未完成、中国社会仍处于新民主主义阶段、制宪条件尚未成熟的时刻,《共同纲领》就是当时社会阶段下的一种“政治决断”,而这种政治决断是社会各方均能接受和认可的。^[55]《共同纲领》中最重要的政治决断体现在序言中,即“中国人民解放战争和人民革命的伟大胜利,已使帝国主义、封建主义和官僚资本主义在中国的统治时代宣告结束”,这句话立场鲜明地区分了“敌我”,并宣布了旧时代的终结和新政权的性质,即

[50] 黑勒的国家学就强调要从“社会全体”探讨国家的功能,而斯门德则更强调国旗等符号之于国家意志整合的意义,参见 H. Heller, Staatslehre, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 3, 1971, S. 195ff; R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin 1955, S. 160ff.

[51] 关于国号的争论以及由此体现出来的与旧法统的断裂,可参见许崇德:《中华人民共和国宪法史》(上卷),福建人民出版社2005年版,页34。

[52] 韩大元教授认为,《共同纲领》只具有临时宪法的性质,并非完全意义上的制宪权之行使,参见韩大元:“论1949年《共同纲领》的制定权”,《中国法学》2010年第5期。

[53] 同上注,页42。

[54] 《共同纲领》第17条明确规定:废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度,制定保护人民的法律、法令,建立人民司法制度。

[55] 关于《共同纲领》的制定程序,参见许崇德,见前注[51],页25;韩大元主编:《新中国宪法发展60年》,广东人民出版社2009年版,页5。

“中国人民由被压迫的地位变成成为新社会、新国家的主人,而以人民民主专政的共和国代替封建买办法西斯专政的国民党反动统治,……中国人民政治协商会议代表全国人民的意志,宣告中华人民共和国的成立,组织人民自己的中央政府。中国人民政治协商会议一致同意以新民主主义即人民民主主义为中华人民共和国建国的政治基础”。由此可见,《共同纲领》是新民主主义性质的宪法性文件,这也体现在《共同纲领》第1条的明确规定中。在这份文件中,明确宣称“中华人民共和国的国家政权属于人民”(第12条),并且在第13条明确规定“中国人民政治协商会议为人民民主统一战线的组织形式”以及政协的组织成分,即“包含有工人阶级、农民阶级、革命军人、知识分子、小资产阶级、民族资产阶级、少数民族、国外华侨及其他爱国民主分子的代表”,并明确了中国人民政治协商会议的权力,即“在普选的全国人民代表大会召开以前,由中国人民政治协商会议的全体会议执行全国人民代表大会的职权,制定中华人民共和国中央人民政府组织法,选举中华人民共和国中央人民政府委员会,并付之以行使国家权力的职权”。结合第3条规定——“中华人民共和国必须取消帝国主义国家在中国的一切特权,没收官僚资本归人民的国家所有,有步骤地将封建半封建的土地所有制改变为农民的土地所有制,保护国家的公共财产和合作社的财产,保护工人、农民、小资产阶级和民族资产阶级的经济利益及其私有财产,发展新民主主义的人民经济,稳步地变农业国为工业国”,则会发现:各民主党派、私营经济、小资本家和民族资本家等均是联合而非斗争的对象。在《共同纲领》中,明确界定为斗争对象的只有序言、第1条、第3条提到的帝国主义、官僚资本和封建主义以及第7条中界定的“反动分子”,但第7条中仍然指出了将这些“反动分子”改造为“新人”的可能性。

新中国的“立宪时刻”是“五四宪法”的制定。必须要看到的是,“五四宪法”是对《共同纲领》的继承和突破,二者之间性质的不同是显而易见的。如果说《共同纲领》旗帜鲜明地提出了对旧时代的告别和旧法统的废除,那么“五四宪法”就明确提出了建设社会主义的任务,并提出了过渡时期的总任务,即“逐步实现国家的社会主义工业化,逐步完成对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造”。如果说《共同纲领》的性质是新民主主义的,则“五四宪法”就是社会主义的。在《共同纲领》制定时,社会主义仍然是一个遥不可及的任务,^[56]因此当时的共产党和领导人立足于政治现实,将新民主主义作为建国的基础,而并没有提出一个向社会主义过渡的明确任务。在《共同纲领》的语境下考察,维护与现实相吻合的政治秩序就成为当时最迫切的任务。但“五四宪法”的制定却一改《共同纲领》的初衷,明确提出了“社会主义改造”的任

[56] 关于在《共同纲领》中是否写明社会主义前途的问题,可参见许崇德,见前注[51],页35。尤其是刘少奇的一段话更能体现当时的这种“政治决断”,并体现与之后1954年制宪的某种不同,“有些代表提议把中国社会主义的前途写进共同纲领中去,但是我们认为这还是不妥当的。因为要在中国采取相当严重的社会主义的步骤,这是相当长久的将来的事情,如在共同纲领上写上这一目标,很容易混淆我们在今天所要采取的实际步骤。毫无疑问,中国将来的前途,是要走到社会主义和共产主义去的。……但这是很久以后的事情,对于这些事情,中国人民政治协商会议还可以在将来加以讨论。在中国采取社会主义的步骤,必须根据中国社会经济发展的实际需要和全国最大多数人民的要求。到了那种时候,中国共产党也一定要和各民主党派、各人民团体、各少数民族及其他爱国民主人士进行协商并共同地加以解决”。参见《刘少奇选集》(上卷),人民出版社1981年版,页435。

务。这其中蕴含的变迁在于,从被动反映政治社会现实到主动塑造社会主义形态,并塑造与社会主义相符合的意识形态与经济社会结构,进而确保“人民意志”的同一性,这与建国初期所理解的马克思理论中具有必然性的历史规律密切相关。显然在这一改造过程当中,社会主义的远景理想使得人民意志的塑造就不简单是人民的事情,而是必须在执政党的领导下进行,希望通过引导使社会转型成为社会主义的大同理想社会,并扭转人民的意识,这是所谓的“人民意志构造的先锋队”。^{〔57〕}

从《共同纲领》到“五四宪法”的蜕变可以看出,新中国的制宪完全融入到国家的目的、政治的决断或者说人民意志的整合过程当中,从而也就不可避免地丢失了其本身的独立性。在塑造人民意志、历史的必然规律与宪法之间存在着一条鸿沟,在制宪之后的各项改造运动中,经历短暂的克制之后,^{〔58〕}“违宪”之举也就比比皆是了。学界普遍认为,1957年之后,“五四宪法”基本被搁置,也恰恰证明了这一点。因此,新中国成立初期的国家现代化建设和“政制”建构过于依赖党和国家领导人对形势的判断,^{〔59〕}过于强调党领导下的人民意志的塑造以及各种社会经济改造,而忘记了这一过程可能会出现的变化,错将对人民意志形成的引导当成了人民意志本身。这就导致在实践中尽管存在《宪法》,但具体的权力分配、中央与地方关系的演变以及经济文化教育政策的变化等却鲜与宪法有关。因此,“五四宪法”制定之后直到“八二宪法”的制定,中国仍然处于一个“高度政治化”的年代,宪法仍然处于政治的阴影之下。

四、制宪权视野中宪法的全面修改:修宪抑或制宪?

从《共同纲领》向“五四宪法”的过渡中,我们可以看到1954年制宪背后的政治决断。但“五四宪法”与之后三次全面修宪之间的关系却颇为值得玩味,如何看待其中的关系,涉及在理论上对制宪权问题的不同态度。比如,如果承认三次全面修宪的属性为制宪权的再次行使,则理论上就必须承认制宪权并非一次性行使的权力,而是具有恒在性,但接下来又会衍生出一系列的问题:如果制宪权具有恒在性,那么制宪权应该在何时展现?制宪权的展现是否需要特定的条件?制宪权的行使与宪法规范本身之间的关系应如何处理?如此一来,是否制宪权就需要在程序上和规范上加以限制,从而失去其不受限制的特性?因此,这是一个问题的链条,在

〔57〕 张龔:“人民的成长和摄政的规范化:辛亥革命以来的人民意志建构及其先锋队”,《中外法学》2012年第1期。在施米特看来,“人民是具有政治行动能力的政治统一体,达到了意识的自我同一性”(施米特,见前注〔8〕,页71),由此才能行使制宪权,而一旦人民不被视为具有政治行动能力,或尚未达到意识的自我同一性,则势必需要一种“训政”。

〔58〕 韩大元,见前注〔55〕,页92。“在实际生活中党和党组织往往处于宪法之上,不按照宪法的规定办事,结果只能使宪法虚置”,参见刘政:“‘五四宪法’施行三年后为什么被逐渐废弃”,《中国人大》2002年第14期。

〔59〕 苏力先生在分析建国之后中央与地方分权的演变时也提到了这一点,但主要是从“合理性”的角度加以解读。参见苏力:“当代中国的中央与地方分权——重读毛泽东《论十大关系》第五节”,《中国社会科学》2004年第2期。

某一个环节有所不同,就会导致整个制宪权理论的改观,并直接对当下的国家理论和宪法理论产生影响,比如阿克曼所建构的“人民动议”程序,本身就是试图通过特定程序实现对人民意志的表达。

因此,在制宪权问题上容易陷入理论与实践之间的巨大差距。制宪权理论为实现理论本身的逻辑一贯性与自治性,就容易受到实践的挑战,并使理论本身陷入困境,而中国立宪、全面修宪的过程恰恰可以暴露制宪权理论本身所隐含的困境。

(一)全面修改、制宪权以及国家的连续性

如果说“五四宪法”的制定毫无争议是制宪权的行使,那么此后中国宪法的几次全面修改,其性质就饱受争议了。宪法的全面修改对于宪法理论的冲击是显而易见的,最核心的理论问题是修宪权能否被视为是制宪权的一种体现?在西耶斯的制宪权理论中,修宪权是制宪权的一部分,而在施米特的理论中,修宪权是一种宪定权,而非制宪权。^[60]新中国宪法的修改出现过两种不同的形式:一种是全面修改(“七五、七八、八二宪法”),另一种是宪法修正案。从内容上看,宪法的全面修改不啻于一次重新制宪;从形式上看,其全面修改又是以宪法规定的修宪权为基础,这就为全面修宪的定性带来困难。如将全面修改定位于制宪,则可以明显看到的是,新中国虽经历几次全面修宪,但国家本身仍然存在着延续性,其国际法的地位也未发生变化,国体并未发生天翻地覆的变化;但若将全面修宪仅定性为宪法修改权的行使,则又不能概括全面修宪所带来的根本差异。面对上述问题,就必须对制宪权理论重新加以反思。

制宪权行使的时刻或许是宪法学乃至国家学、政治理论中最难处理的时刻。因为这一时刻在实际政治生活中;不可避免是一个事实性的时刻,而这一事实权力的产物却是一个规范体系,在二者的转换中就会出现理论上的困难。耶利内克早就提出了“事实的规范力”以图从心理学角度对此加以协调,而在1871年德意志第二帝国向魏玛共和国转变的过程中,这一问题的争论更加激烈。^[61]在凯尔森的纯粹法理中,在制宪权行使的时刻,事实权力如何转换成为规范,意志如何切换成为应然,也只能通过“基础规范”的建构而变得语焉不详,或者说凯尔森从一开始就回避了这一时刻所具有的规范意义。^[62]

不可否认的是,世界上任何一部宪法在制定之时,虽其制宪形式各异,但都无法体现人民的直接意志,都需要通过一个制宪机构完成,但这个制宪机构却并不能完全表达人民的直接意志。人民的直接意志是不受任何程序以及规范事先约束的,正如施米特所言,“人民作为制宪权主体不是一个固定的、有组织的主管机关。一旦它被设立起来行使日常的、常规的职能,按部就班的完成公务活动,它就失去了人民的品质”,“只要人民拥有政治存在的意志,它就高高

[60] 二者之区别,可参见芦部信喜,见前注[8],页21、34。

[61] F. Sander, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, I. 1919, 132ff.; 在这个转变过程中,德国与1949年中国不同的地方在于,国际法上的一切义务都由魏玛共和国承担下来;在国内法上,1919年3月4日的暂行法律明确了国内法律的连续性。参见施米特,见前注[8],页108。而中国则情势完全不同,不仅废除了一切国际法上的义务,而且宣布一切国内法律都被废除,但这一点经过1972年中国在联合国重新恢复合法席位而变得意味深长。

[62] 关于凯尔森通过基础规范连接规范性与实证性的意义,可参见 H. Dreier (Fn. 18), S. 42ff.

在上,不受任何形态化和规范化的影响”。〔63〕

人民意志的表达无固定的形态和程序,却要决定有关其政治形式和组织的根本问题,因此人民的意志表达很容易遭到误解、曲解或篡改。这种人民意志具有直接性,它要求能够在一切规定手续和程序之外获得表达,但“人民直接作出的政治决断的进一步实施和表述需要一个组织,一套程序,为此,近代民主制实践发展出一些特定的惯例和习惯”。〔64〕比如事先由某一个制宪机构起草宪法,事后由人民投票决定宪法通过的做法就屡见不鲜。如果从这个角度去分析,我国“五四宪法”的通过过程就会面临理论上的困难:首先,制宪之时,制宪机关与人民直接意志的表达之间存在差距;其次,因为“五四宪法”是由第一届全国人大通过的,而全国人大则是由“五四宪法”所创设的国家机构,〔65〕它拥有宪定权而非拥有制宪权。因此,其中的悖论就非常清楚:宪法的通过是由一部尚未生效的宪法所创设的国家权力机关通过的。这个难题只能通过将《共同纲领》纳入到制宪过程中,并最终将制宪过程融入到一种革命的理论中才能部分得以解释。〔66〕

由于人民意志是流动、无常形且不受任何规范约束的,因此在宪法制定之后,人民仍然握有重新制宪的权力,但再次制宪的行使并不意味着国家延续性的断裂,因为按照施米特的说法,只要作为“政治统一体”的人民并未发生变化。换言之,只要制宪权主体并未发生变化,则国家的连续性就未遭到破坏。从这个角度而言,“五四宪法”制定之后新中国所经历的三次宪法全面修改,就形式而言虽然是以宪法修改的形式出现,但本质上是制宪权的再次行使,〔67〕每一部宪法都是对之前一部宪法的否定和继承,至“八二宪法”则完成了一个循环。〔68〕如果用施米特的理论加以解释,则“五四、七五、七八、八二宪法”分别是对之前一部宪法的废止(Verfassungsbeseitigung),而非废弃(Verfassungsvernichtung)。在这个变化过程中,虽然原有的宪法被废止,但掌握制宪权的主体并未发生根本变化,国家的连续性也并未遭到任何阻滞。〔69〕全面修改毋宁说只是制宪权的进一步行使而非全面重新行使,国家的根本政治决断

〔63〕 施米特,见前注〔8〕,页 92。

〔64〕 施米特,见前注〔8〕,页 93。

〔65〕 尽管《共同纲领》规定了召开全国人民代表大会的任务,并在 1953 年 3 月由中央人民政府公布了《全国人民代表大会及地方各级人民代表大会选举法》,之后由第一届全国人民代表大会通过了《宪法》和《全国人民代表大会组织法》,但这个悖论仍然是很清楚的:全国人大究竟是先于宪法存在的机构还是宪法创设的机构?在《宪法》和《全国人民代表大会组织法》尚未通过的情况下,第一届全国人大组织产生的基础与合法性何在?《共同纲领》的通过与此类似,同样是由《共同纲领》所创设的中国人民政治协商会议这一组织形式所通过。由此可见,制宪这一形式并非最重要的,而制宪之前的革命性理论才是关键的。

〔66〕 早在 1940 年,毛泽东在《新民主主义论》中就指出了中国未来的政权组织形式是建立人民代表大会制度。参见蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,法律出版社 1998 年版,页 58。

〔67〕 这里需要反思的是修宪权的界限,围绕这个问题也存在诸多争论,参见芦部信喜,见前注〔8〕,页 82。

〔68〕 如均未否定国家的社会主义性质,同样承认“以工人阶级为领导,以工农联盟为基础”的社会主义国体并采用民主集中制等原则,这意味着在几次全面修宪中,对于“五四宪法”确立的“根本政治决断”并未否定。

〔69〕 关于宪法废止、废弃中制宪权主体与国家连续性的关系,可参见施米特,见前注〔8〕,页 105、112。

并未变化,而这也与国家和宪法的连续性并不矛盾。^[70] 如果将全面修宪视为制宪权的进一步行使,带来的问题是如何将全面修宪(制宪权)与一般的修宪(宪定权)区别开来,这里遇到的问题与视“全面修宪”为“一般修宪行为”而否认其制宪性质所遇到的问题是一样的,因为后者也需要界定“全面修宪”与“一般修宪”这二者的区别。不可否认的是,全面修宪所带来的的是宪法在整体上的根本修改,甚至其内在的根基都会发生彻底的变化,如果仅将其视为“一般修宪”,显然是难有说服力的。^[71] 因此,施米特在这里所概括的制宪权理论无疑可以更好地解释中国的宪法现实,全面修宪是制宪权的延伸而非简单的修宪,但因为“国体”和制宪权主体并未根本变动,所以也绝非是重新制宪。

如果进一步考察新中国宪法与近代宪法之间的关联,则会发现,“中国人民”或者“中华民族”作为制宪权的主体并未发生根本变化,发生变化的只是盗用“人民”之名而制定出来的宪法逐渐退出了历史舞台。从这个意义上讲,1949年的建国、《共同纲领》到1954年制宪等一系列行为与近代中国的立宪相比,就绝非是革命性的断裂,^[72]而是对辛亥革命精神和孙中山三民主义的一种内在的继承与发展,这也可以为近代以来中国作为国家的连续性开启新的研究视野。^[73] 虽然全面修宪从理论上存在将其定性为制宪权进一步行使的可能性,但却不宜过度夸大其作为制宪权的意义,因为制宪权理论内藏着一种现实的困境。

(二)制宪权理论的现实困境

虽然就理论而言,全面修宪具有制宪权的属性,但需要进一步反思的是:制宪权理论本身是否存在固有的困境?在今天,我们究竟在多大程度上需要制宪权的建构?我们能不能从新中国成立后的制宪行为中发现其中的政治决断,并进而影响到宪法学理论的建构?

[70] 这与韩大元教授以“共和国整体和国家性质并没有变化”为理由而否定全面修宪是制宪权的行使、而是一种修宪行为的主张是不同的,二者相同之处在于均承认全面修宪虽然导致宪法发生了全面变化,但其中的根本政治决断却未变化,国家的连续性也未中断,并且全面修宪既不同于一般的修宪又不同于彻底重新制宪,即“宪法的废弃”。参见韩大元:“宪法实施与中国社会治理模式的转型——纪念1982年宪法颁布实施30周年”,《中国法学》2012年第4期。

[71] 这里产生的另一个问题是,如果对宪法本身的“根本性条款”(如德国基本法第79条第3款的禁止修改条款和日本宪法中的“和平条款”等,1993年中国宪法将“社会主义计划经济”修改为“社会主义市场经济”是否属于对“根本性条款”的修改?)进行局部修改,那么是制宪权的进一步行使,还是属于“一般修宪”?如果这二者都是同样的程序,那么是否存在区分的必要性?本文认为,在国家成立、宪法订立之后所发生的“全面修宪”或者根本“修宪”行为,从概念上区分“制宪”和“修宪”具有一定的历史解释意义,但如果赋予所谓的“制宪性”修宪以别样的效力,或者将此种类似做法(如全面修宪)简单地加以概括和规范化,则无疑过度夸大了“制宪权”的意义。因为许多所谓的“制宪行为”、“宪法上的突破”或者“立宪时刻”都是事后分析的结果,在行为发生时则难以界定清楚,否则宪法就应为此种“制宪行为”规定更为严格的程序。因此,在本文看来,“制宪权”的概念只在历史分析时具有特定的作用,却很难拥有规范性的意义。

[72] 尽管是以革命的形式发生的,但施米特在分析德国1871年帝国与1919年魏玛共和国之间的关系时认为,二者之间尽管经历了革命形式,但国家的断裂是以制宪权主体发生变化为标志,而非以国内法的断裂和国际上的主体变化为特征,参见施米特,见前注[8],页108。

[73] 尤其是在国际领域,中华人民共和国1972年恢复在联合国的席位,也间接表明了这一点。这或许可以为我国大陆与我国台湾地区的统一提供新的研究基础。

比较而言,施米特的制宪权理论更为贴近政治现实。西耶斯从自然法规范角度对制宪权的行使予以规制,但从政治实践来看,制宪的权力很难受到自然法规范的规训。如果制宪行为恣意而行,并未受到自然法所规范,那么是否由此而制定出来的宪法就不具有正当性而需要重新制宪?由谁来决定制宪行为是正当还是恣意?而制宪权如果是一次性的奠基行为,那么为何制宪权主体恰好在立宪时刻出现,但又迅疾隐退呢?前世制宪主体的政治决断又缘何能对后世人民产生持续的制约呢?西耶斯将制宪权主体界定为国民,但又认为制宪权的行使需要国民所委任的特别代表进行,这也是进行制宪的国民大会或者制宪会议的正当性所在。在这里,西耶斯提出了“三个时期”的理论,^[74]对自然法、制宪权与宪定权进行了分阶段的处理。在其中,西耶斯将国民意志、共同意志或者卢梭意义上的公意在第一阶段进行了处理,认为共同意志当中蕴含了“个体意志”与“相互承认”,也就是说,人民主权本身就蕴含了“自然法”的理念。第二个阶段则是通过国民对特别代表的委任进入到制宪阶段,这也是从自然法过渡向“人定法”的阶段。从中我们可以看到,西耶斯实际上也透视到制宪权的理想性与现实性之间可能存在的鸿沟,并试图对此加以弥补。西耶斯所界定的第二时期制宪阶段,也是试图为——通过国民大会进行的——事实性的制宪行为赋予一种正当性的规范意涵,这也是试图将理想性的制宪权本身(an sich)与现实性的制宪权表达融合在一起。另外,西耶斯强调制宪的国民一定代表的是多数,这也是从当时法国所独特的政治现实出发,试图以为数众多的第三等级排斥位居少数的贵族阶层和特权阶层,因此通过特定代表民众多数的国民大会履行制宪权就具有了正当性。然而,社会局势到今天已经发生了根本变化,在当今价值多元的社会背景下,再用政治上的多数排斥少数,则制宪权本身与制宪权表达之间的差距就显得尤为刺眼,所谓“国民意志”也很难像启蒙时期有一个明确的共同奋斗的目标。因此,制宪权表达中的“规范性”就在多元主义的背景下变得虚化和模糊,而且基于多数的制宪权表达如果被赋予一种正当性,就会在实践中经常性的被滥用和盗用,并且成为一种新的、形式上被赋予正当性的专权。从这个角度而言,西耶斯和综合西耶斯与施米特理论的芦部信喜所代表的“规范性制宪权”理论很难与现实相吻合,但又缺乏应然的拘束力,从而失之空洞。在这一点上,施米特的制宪权理论似乎更契合政治现实。

但我们亦不能满足于一种决断式的制宪权理论。施米特曾言,“制宪权是一种政治意志,凭借其权力和权威,制宪权主体能够对自身政治存在的类型与形式做出具体的总决断”。^[75]这个概念中至少有几个问题是难以界定的,比如“制宪权主体的政治决断”如何确定?“制宪权主体的权力和权威”从何处来?“制宪权作为政治意志”该如何发现?如果仅从政治决断的表现形式来发现制宪权主体的政治意志,那么就会沦为对“事实权力关系”的过于屈从。而且,中国近代史上诸如《钦定宪法大纲》、《曹锟宪法》等都可以视为是制宪权的行使,而这并非施米特的本意。从施米特对制宪权的界定来看,那种将施米特制宪权理论中只关注“决断”而缺乏任

[74] 对此可参见西耶斯,见前注[7],页56;亦可参见陈端洪,见前注[7]。

[75] 施米特,见前注[8],页84。

何“规范正当性”基础的部分^[76]等同于施米特向纯粹权力屈服的论点似乎将问题过于简单化了。因为结合施米特在《宪法学说》中继“制宪权”一章之后紧接着对“宪法正当性”的探讨可以得知,施米特所反对的是任何事先的“自然法”、“伦理道德规范”等对于制宪权行使的事先约束,但制宪权的行使并非等同于赤裸裸的权力,内含于制宪权本身的正当性就在于它所体现的是“人民”作为制宪权主体的政治意志。通过这种方式,施米特既将自己的制宪权理论与西耶斯的区别开来,因为制宪权完全体现的是人民的政治决断,而不能受事先的(自然法)规范所约束;而且,施米特也将其理论与“事实权力关系”区分开来,因为制宪并非纯粹权力的结果,而必须体现真正的人民意志决断。

但如此一来,又会回到前文所提到的“人民意志”形成过程所遇到的问题,即单纯制宪权力的运用与人民意志决断之间的差距如何弥补?没有一部法律的通过,甚至没有一部实定宪法的制定可以完全真正地体现所谓的“人民意志”,更不用说许多学者认为“人民意志”这种所谓的“政治统一性”的体现本来就是不存在的、虚构的。事实上,政治观念是多元的,不断处于冲突当中,很难形成真正“统一”的“人民意志”。施米特或许意识到将制宪权理论依赖于“政治决断”可能存在的问题,因此也强调宪法的正当性必须是制宪的权力和权威得到承认。^[77]通过强调“权力”和“权威”的区别,可以再次看出,施米特并未将之等同于“事实的权力关系”,正是看到政治决断与人民意志之间的非一致性,施米特才在《论专政(Diktatur)》一书中区分了主权的专政和委任式的专政,^[78]试图化解这二者之间的矛盾。主权的专政不受任何既定宪法的约束,而是行使制宪权、创设宪法,而委任式的专政虽然不受具体法律的约束,但却受制于专政的目的,即“捍卫并重建宪法秩序”。这种区分虽然可以解释特定的历史现象,为特定行为进行事后的正当性追认,但问题仍然是如何事先构建主权专政或者委任专政的正当性,从而避免专政权力的滥用。在笔者看来,这几乎是不可能的。也正是基于此种逻辑,施米特才再次强调制宪权本身与接受委托行使制宪权(制宪国民会议)之间的区别,从而肯定了“制宪权”的常在性,因为受委任制定出来的宪法本身并不一定是真正制宪权的行使,也不一定是正当的。在这种情况下,制宪权的持续存在才是有意义的。然而,这又带来了新的问题,因为如果制宪权一直保持其自身的“自然”属性,不受任何规范约束,无法加以制度化,并且其政治意志始终无法通过一个组织化的决定加以认知的話,那么在立国、立宪之后,制宪权的持续存在就会成为一柄高悬于实定宪法之上的达摩克利斯之剑,既可以成为偶尔“良性违宪”的理由,又可成为政治权力滥用(人民意志被盗用)的借口,前者或许可以促进国家的改革与进步、后者却可能导致宪法秩序的崩溃(尽管施米特意义上的绝对宪法可能并不会遭到破坏,但宪法的彻底破坏也已经足够导致宪法秩序的崩溃了。如“七五宪法”,作为文革的体现,虽然其仍然保留了社会主义宪法的特征,或者说根本的政治决断特征,但宪法却完全失去任何意义,甚至所谓的绝对宪法的保留仍然也只是政治上的装饰)。由此一来,施米特的制宪权理论就不可避免地会走向死胡同。

[76] 施米特,见前注[8],页85。

[77] 施米特,见前注[8],页98。

[78] 参见 C. Schmitt, Die Diktatur, 7. Aufl., Berlin 2006, S. 25ff., 95ff.

(三)制宪权的历史本质

上文已经指出,如果将“制宪权”作为宪法的正当性依据或者寄望“制宪权”解决现实中宪法实施中的根本价值冲突和政治决断,不免有些过于高估制宪权的功能。对制宪权的痴迷,就像对万能上帝的依赖一样,制宪的状态必须是“完满”的,必须是“事实性”与“规范性”结合在一起的状态;有事实性而无规范性,则制宪权无法承载宪法的正当性依据;有规范性而无事实性,则制宪只能停留在观念层面,无法具有实效性,正如博肯福德所言,“无法获得现实的政治维度”。^{〔79〕} 因为制宪权的行使具有一种谜一般的“本体”面相,就如“物自体”一样不可完全认知,因此只能从不同的角度加以揭示。正如博肯福德所认为的,可以从历史、法理、法哲学、政治理论、宪法理论以及宪法教义学等多个维度考察制宪权。^{〔80〕}

一般认为,施米特之后,在国家法意义上对制宪权的探讨最为深入的是博肯福德。博肯福德在施米特的基础上,将制宪权界定为“制宪权是如下(政治上的)力量与权威,其有能力赋予、承载并且废弃宪法在规范上的有效性请求(Geltungsanspruch)”。^{〔81〕} 这体现了制宪权的双面特性:一方面制宪权之行使是为了维护现有的宪法秩序,或者说“宪法的打破”,“宪法的悬置”,甚至“宪法的废止”都是为了维护“宪法的生存”;另一方面,制宪权的行使也可能是为了彻底废除现有的宪法秩序。如果说施米特是从决定政治存在的角度分析制宪权,那么博肯福德则是从决定宪法的有效性角度分析制宪权,前者偏重于政治和国家理论,后者则是从国家法的角度出发。制宪权的双面性导致制宪权在实践的行使上存在着“双刃剑”效果,既可能挽既存宪政秩序于既倒,又可能导致人民意志的恣意和滥用。基于这种情况,博肯福德认为从国家法意义上探讨制宪权具有重要意义。

他认为制宪权虽然可以从不同角度加以诠释,但国家法意义上的制宪权至少存在两方面的功能:一是作为正当性的概念,即建立宪法的有效性基础;二是具有教义学方面的意义,即稳定已建立起来的此种宪法的有效性。在博肯福德看来,根本不可能将制宪权这种“国家法上的基本概念和边缘概念从政治中解脱出来”,但能够做到的是,同时也是国家法最重要的任务的是,“绝不可能被排除在外的制宪活动可以通过一定方式加以限制,并且通过适当的措施将制宪权的表达——当其出现时——融汇到已经为此备好的程序中,藉此可以将之兜住并引导其生效,通过这种方式,同样在未来具有不断更新的可能性”。^{〔82〕} 为了实现对制宪权的规训,博肯福德列举了几种解决方案,包括四种特定的程序(如国民大会、全民公投)等,这些程序也能

〔79〕 因此,博肯福德认为凯尔森所假设的“基本规范”与自然法意义上的理想规范都是不够的,“基本规范”虽然可以阐释宪法规范有效性的事实基础,但对于解决正当性的根本问题却是空洞的,而自然法的理想规范却使得制宪权这一概念完全丢失其“政治维度”。参见 E. - W. Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volks - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, . Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, S. 92, 93.

〔80〕 Böckenförde, a. a. O., S. 92.

〔81〕 Böckenförde, a. a. O., S. 94.

〔82〕 Böckenförde, a. a. O., S. 100.

在基本法中找到相应的位置。^{〔83〕}此外,博肯福德在讨论制宪权的法律条件时也提到了制宪权的内在规范约束(如宪法这种现象本身的约束以及人民或者民族概念的内在要求)以及联邦宪法法院在判决中所提到的“超实证的法律原则”对制宪权的约束。^{〔84〕}但所有这些对制宪权的束缚都不能保障权力的现实运行完全按照上述规范性要求,并且任何程序也不能保证按照此种程序所行使的权力就是制宪权的真正行使,否则制宪权就失去了其自身的原生态、不受任何事前限制的特性,也会如施米特所言的那样,“失去人民的品质”。因此,虽然博肯福德的制宪权界定一定程度上摆脱了施米特对制宪权的“决断性”界定,赋予制宪权以国家法教义学上的意义,但一定程度上也丢失了制宪权的本质属性。

因此,制宪权的行使是行动的产物,是可以观察但却难以规范的,制宪权一旦形成,就是历史的,只能加以历史上的诠释。尽管制宪权的行使绝非完全自由任意为之,而是要受制于具体历史环境下的时代精神特质、伦理——风俗道德上的原则(而非自然法上的原则),但这种“时代精神”的发现毋宁也是困难的,我们只能有限地、而非完全地通过先定的方式预设“时代精神”、“时代精神”只能在行动中不断地得以自我揭示,制宪权同样如此。在这里,我们有必要区分制宪权本身与制宪权的表达。^{〔85〕}通过这种区分就可以发现,我们可以通过一定的时间距离去历史地观察制宪权,但却无法通过事先的程序、规范、理念去约束制宪权“本身”,能够限制的只能是制宪权的“表达”,毕竟制宪权必须通过特定的程序和方式才能得以表达。

对制宪权的界定有助于历史地分析某一特定的“决断性”事件是否是制宪行为,因为制宪权的表达绝非简单的权力运行,而是需要符合特定的程序、内容上有特定的规范要求(尽管此种规范要求无法在事前确证)以及有特定的观察标准,因此宪法教义学上的建构对于制约制宪权的行使和表达并非毫无意义。只有通过宪法教义学上的不懈努力,一种制宪权运行的程序意识和规范意识才会深入人心,并且为历史事件的评定确立标准,同样可以将“人民的制宪意志”一点一滴地表达出来,尽管我们不能过于理想化地认为依此程序和规范运行的权力就是制宪权本身的“真正”体现。

(四)宪法存在的必要性:摆脱制宪权的理论困境

当我们试图用施米特的制宪权理论解释“七五、七八、八二宪法”全面修改的正当性时,就会发现,既有能够成功解释之处,又有不可克服的困难。我们确实赞同施米特所提到的“制宪权”之事实性与决断性的一面,但施米特的制宪权理论中所隐藏的“不受约束”的特性又不得不谨防。因此,这就需要一种更为细致的梳理。

首先需要回到问题的起始点,即近代以来,国家的正当性毫无例外地建立在“民主”正当性的基础上。这里的关键问题涉及如何理解“民主”以及“民主”与自由的关系。尽管近代以来,民主作为一种正当性基础已经备受承认,但“民主”为何物却备受争议。民主首先被理解为“代

〔83〕 Böckenförde, a. a. O., S. 100ff.

〔84〕 Böckenförde, a. a. O., S. 107ff.

〔85〕 制宪权本身的无程序性、不受约束性与制宪权表达所具有的程序性和规范性之间的张力已经足以揭示制宪权概念的内在困境。

议制民主”。立宪主义以来,虽经历了卢梭直接民主制的冲击,但代议制民主、议会至上的观念却在很多国家树立起来,这种观念与当时流行的法律实证主义相结合,一时蔚然成风。中国当下的民主思维就受此影响,即全国人民代表大会至上而非西方式的三权分立,这就造成民主理论与宪法思维的一种潜在紧张关系,并可能抹杀宪法与法律之间的效力位阶,这也是中国迟迟未建立违宪审查制度的原因之一。议会至上思维是与法律实证主义思维紧密联系在一起,但这种思维的问题在于假定议会是不会犯错的,而议会制定的法律同样是民意的真正体现,从而并不会出现所谓的“违宪”情况,宪法也并未拥有高于法律的效力等级。另外一种“民主”的思维是建基于卢梭公意基础上的民主思维,认为在实定的法律体系之外存在可以对实证法产生实质影响的“人民意志”。而“国家理性”思维则来自于下述预设,即认为“人民意志”本身难以认清,但又不信任代议制,也因此对实证法律体系并不信任,于是就在实证法之外预设了某种客观的国家目的,并由此决定实证宪法的解释与适用。^{〔86〕}

从新中国制宪和几次全面修宪的历史可以看出新中国成立之后的制宪逻辑,即将制宪和全面修宪融入到人民意志的塑造与形成过程中。在这一过程中,宪法的自主地位就消失了,因为这一塑造过程不能由宪法加以约束,相反,宪法必须体现这一塑造过程。这一问题上文也已述及,即人民意志本身的理想性与其形成过程的现实性之间的差距,导致人民意志存在被滥用或者人民意志形成过程存在异化的可能。

从另外一个角度来看,立宪的必要性不在于体现人民意志,而是因为人民意志在现实中根本无法真正表达出来,并容易出现被诱导和被滥用的情况。因此,所谓的“人民意志”中的“人民”就并非是“经验上的人民”,这也是卢梭区分“公意”与“众意”的原因所在。宪法存在的必要性就在于防止人民的恣意与专断,防止人民意志的不受控制、无法认清或者民主同一性的无法实现,也在于防止人民意志转换为国家意志过程中所出现的异化。而制宪行为的本质就在于希望通过立宪对人民意志(以及由人民意志所赋予的国家权力)加以规范性的约束。因此,宪法一方面是对人民意志的——不完全的——确认;另一方面则又是对人民意志的规范性约束。这也是宪法在人民意志之外存在的必要性及原因所在。由此就导出近代宪法的功能以及近代立宪主义的本质,即近代以来,宪法所具有的控制国家权力的功能背后所隐藏的是对人民意志被滥用的约束,这才是制宪的真正意义所在。

在这个基础上,宪法当中的规范性要素就起到至关重要的作用,即现代性语境下的自由与平等。自由和平等作为立宪的基础,并非来自于一种虚构的自然法理论,也并非源于一种自由

〔86〕 这种客观的国家目的并非来自自然法,而是从特定视角去把握国家在特定历史阶段的目的与任务,比如从社会学、历史学、经济学的角度去认识国家在特定时代的不同目的。黑勒从社会学角度提出了要认识“社会全体”(国家的整体关联),从地理、外交、国防、经济、文化各个角度分析国家在不同阶段的任务与目的。因此,从这个角度而言,国家学是优于宪法学的,黑勒的国家学理论在遇到宪法中的价值冲突或者棘手案件(宪法解释中这种问题比比皆是)时具有相当意义,但问题是当国家外在于实证法的目的与实证宪法本身相冲突时,应该如何解决?但无论如何,对于黑勒而言,实证宪法只是国家学领域的一部分,承担其中的部分功能,并不能涵盖国家学的全部。黑勒的理论可参见 H. Heller (Fn. 50), S. 325ff.; 其它视角的国家学,可参见 P. Badura, Die Methoden der neuen allgemeinen Staatslehre, 2. Aufl. 1998.

主义的政治理论,而是近代人民主权的必然要求。“人民”作为一种整体性的概念,必然预设了人的社会属性以及人与人之间的沟通。在沟通中,要真正体现“民主”的本质,则必然要求每个人的自我决定权,并拥有“平等的自由”,从而也构成了人民主权概念本身的规范性要素,^[87]这些规范性要素也就构成了对“人民意志”或者以此为基础的“国家权力”的限制。尽管随着现代性危机的凸显,自然法受到质疑,而主体性价值观念也日益受到挑战,但自由和平等作为民主的基础却从未未受到过质疑。围绕着“自由民主的基本秩序”所建立的宪法秩序也就必然具有独立的属性,不受权力、意志以及某种客观的国家目的论的限制,如此才能抵御权力、意志的滥用,并维护近代国家赖以奠基的人民主权原则和内含的规范性要素。

从这个角度来看,新中国成立后包括《共同纲领》的制定、“五四宪法”的制定和几次全面修宪虽都具有制宪权的属性,但这些制宪权的行使无一例外都具有不完全性和不完整性(制宪权的行使也不可能具有完全性),^[88]因此宪法的正当性就不能仅仅指望一劳永逸的制宪权行使或者“立宪时刻”,而必须体现在宪法制定之后的运作和人民的可接受程度上以及对特定时代基本共识的反映上;另一方面,不是所有的制宪行为都可以归入到制宪权的行使,因为宪法必须具备“人民主权”所内涵的规范性前提——非自然法意义上的规范前提,而是具有历史性的现代性得以展开的前提共识——才能具备宪法的品质,而这也能够解释为什么“七五宪法”很难被视为宪法的原因。

就此而言,结合新中国的制宪经验并反思制宪权理论,可以暂时得出的结论:

①制宪权本身是难以洞察的“物自体”,能够进行观察的只有制宪权的表达,而制宪权的表达是一项事实权力,同样难以加以事先的规范化与程序化;

②制宪权表达虽然是一项事实权力,难以通过特定程序事先规范,但并不意味着制宪权的行使可以制定具有任何内容的宪法。宪法需要具有最低限度的规范性,这是近代人民主权的内在要求,也是立宪主义告别旧社会的根本标志。对制宪权表达的规范分析虽然在事先难以

[87] 凯尔斯汀认为康德的道德律(“要只按照你同时认为也能成为普遍法则的准则去行动”)尽管在内容上缺乏“规定性”,但在程序上实际上已经包含了人与人之间的理性交往,即人与人之间必须在自由和平等的基础上展开沟通以及民主程序,因此绝对命令建构了一种程序上的要求,参见 W. Kersting, Kant und die politische Philosophie der Gegenwart (Einleitung 2007), in: ders., Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl. 2007, S. 24ff.。罗尔斯等人的进路则与此不同,仍然是延续传统自然法的进路,试图为当代社会政治理论重构“规范前提、绝对的根基以及正当化的观念”,其建构的正义论也是基于自由的平等分配,同上注,页 22。梁漱溟在《中国文化要义》中也提到了对民主本身所蕴含的规范性的界定,他将“民主”界定为“我承认我,同时亦承认旁人”,从这一点出发可以推及每个人都享有“平等的自由”。参见梁漱溟,见前注[22],页 228-229;德莱叶认为,凯尔森民主理论虽然看似是形式意义上的,而非施米特式的预设了实质的前提,但凯尔森的民主理论仍然有其基础价值,即自由和平等,并反对任何形式的绝对统治,包括“多数人的绝对统治”,基于此凯尔森就将其民主理论与美国的违宪审查制度结合在一起,参见 H. Dreier (Fn. 18), S. 251ff., 262ff.。

[88] “五四宪法”和“八二宪法”之所以被普遍视为比较成功的两部宪法,就在于这两部宪法的政治属性最少,而法律属性最多。“五四宪法”虽然表面上具有一定的法律属性,但之后的实践表明,这种表面的法律属性很快就被政治上的主导思维所压制。从这点来看,过于追求文本的完美是不可能且没有意义的,但亦不能忽略宪法文本应具有最低限度的“规范性要素”,这是现代性和人民主权的必然要求。

具有约束意义,却可以进行事后的审视与反思;

③宪法制定出来之后再过度追溯至制宪权,会存在难以回避的风险。对制宪权的尊崇(无论采纳何种制宪权理论)都存在以政治取代规范的倾向,中国在建国之后的立宪逻辑与这种过度政治性的制宪权理论存在某种暗合之处。但这种立宪逻辑在建国和立宪完成之后就需要发生转变,而不能以紧急状态、国家生存等理由取消宪法的规范性和宪法不断自我证成的能力;

④政治性的制宪理念在当代中国社会转型、多元社会的背景下需要向一种“功能分化”的宪法理论过渡,实现政治系统与法律系统既封闭运行又相互依赖的“耦合”状态,而宪法则是政治系统与法律系统实现“结构耦合”的形式,由此解决两个系统自身都存在的难以克服的困境。^{〔89〕}

五、反思:立宪时刻、人民主权与宪法

由于宪法不能通过回溯到人民意志、一种一元化的政治理论或者“立宪时刻”而得以一劳永逸的正当化,而是必须进行持续不断的自我证成。因此,我们看到新中国宪法发展中的一种变化,这种变化在政治上以十一届三中全会为标志,在宪法上则是以“八二宪法”的通过为标志。鉴于历史的教训,1978年的十一届三中全会对革命的一元路径进行了全面反思。围绕“实践是检验真理的唯一标准”这一真理观的大讨论,也反映了这一点。1982年之后则完成了从国家塑造到社会自主的悄然转变(尽管并未也不可能完全实现)。^{〔90〕} 1982年之后的转变可以归纳为两点:一是工作重心从政治领域转变到经济领域;二是所有的国家政策都带有试验的性质,而不是一刀切的强行推动。^{〔91〕} 这种转变意味着从政治主导宪法向宪法自主运行以及自我证成的过渡,与之相应的则是一元化政治理论和革命理论的逐渐退场^{〔92〕}以及对宪法文

〔89〕 本文旨在梳理制宪权理论与其背后隐藏的政治主导立宪逻辑的困境,限于篇幅,难以对这种功能社会的宪法理论加以全面分析。

〔90〕 这一转变是通过国家推动与社会内生两种因素相辅相成得以实现的。

〔91〕 邓小平于1986年9月2日在“答美国记者迈克·华莱士问”一文中指出:“我们也讲现在我们搞的实质上是一场革命。从另一个意义来说,我们现在做的事都是一个试验。对我们来说,都是新事物,所以要摸索前进。既然是新事物,难免要犯错误。我们的办法是不断总结经验,有错误就赶快改,小错误不要变成大错误。”《邓小平文选》(第3卷),页174。1989年9月4日邓小平又在《改革开放政策稳定,中国大有希望》一文中进一步指出:“改革开放放弃不得。如果固守成规,照过去的老框框一模一样地搞,没有一些试验、一些尝试,包括受一些挫折、有一些失败的尝试,肯定达不到我们的战略目标。我们一定要真正地搞改革开放,不能关起门来搞。”《邓小平文选》(第3卷),页318。

〔92〕 “八二宪法”在制定时可以看到对于政治干涉宪法、权大于法的担忧。“在全民讨论现行宪法修改草案中,许多人流露出对宪法的落实缺乏信心:主要有三个担心:一是担心‘文化大革命’中‘无法无天’现象重演;二是担心宪法流于形式,‘束之高阁’,成为一纸空文;三是担心‘权比法大’的问题难以解决”。参见王汉斌:《王汉斌访谈录——亲历新时期社会主义民主法制建设》,中国民主法制出版社2012年版,页123。

本成熟度的需求(这也构成了全面修改“七八宪法”的背景)。^[93] 由此,也可看出新中国“两个三十年”之间所存在的断裂与延续。^[94]

尽管这种转型仍未完全完成,但从中我们可以明显看到我们这个时代与之前时代的不同。我们当下仍处于现代性进程中的一个阶段,这个阶段的特征是所有在不同时代中纷呈的特征同时集中于同一个时代当中,这里既有对传统的怀思又有对现代性的依恋,当然还有对现代性的批判和后现代的解构,同时还存在国家干预与社会自主性、自由主义与反自由主义等多种截然对立吁求的激烈交锋。正是这种“不同时的同时性”构成了当下中国的特征,也构成了“八二宪法”运作与转型的背景。

通过上文分析,我们可以说国家(主权)与宪法之间的紧张关系,其问题的关键点不是判断一个国家是否处于紧急状态的问题,而是源于一种根本性的理论差异,即是否承认(人民或国家)“意志”优于“规范”?是否承认权力——意志与规范的来源不同?是承认政治一元论,还是价值多元论(价值相对主义)?至少在今日中国,我们看到了在(形式意义上的)自由、平等这种现代性的根本价值前提下多元价值并存的必要性,并由此看到社会系统的分化和法律系统分出的意义,从而拒绝回到一个统摄和整合全社会领域的“客观存在”。由于多元主义价值观念的不断发展,追逐一种政治一元理论的做法已经在当代中国受到极大阻滞,因此,为了消弭不断增强的社会复杂性以及由此产生的个体利益冲突、价值冲突、个体与社会的冲突以及个体、社会、国家之间的冲突,就需要树立新的权威,而这似乎非成文宪法莫属。^[95] 在价值多元主义的现代,只有容纳了多元主义价值的宪法才能体现“民主”的真正意义,不是一种理想化的“公意”,而是通过基于一定沟通和民主程序所做出的宪法决定保证“民主”的前提^[96] 免受破坏并在此基础上体现特定时代的民情、风俗和价值。在这个前提下,立法、行政以及宪法审查的决定都在沿着这个方向前进。

由此,我们可以反观“立宪时刻”的问题。当下宪法学界都在争论何时才是中国的“立宪时刻”,有人认为是《共同纲领》,有人认为是“五四宪法”,甚至还有人认为是1947年《中华民国宪法》,更有人追溯到《清帝逊位诏书》。这种对“立宪时刻”的寻找无疑出于一种急需为当下的宪法理论寻找价值决断的愿望。但遗憾的是,尽管承载政治决断和价值决断的“立宪时刻”具有重要的历史意义,却显然无法借此一劳永逸地解决当下的根本政治分歧,并找到宪法真正的“正当性”基础。而且,那种认为存在一种理想化的“立宪时刻”的想法也无疑是天真的。很多

[93] “八二宪法”在制定时参照的是“五四宪法”,而不是“七八宪法”。王汉斌曾回忆道,“在通常情况下,修宪应以前一部宪法即‘七八宪法’为基础。但‘七八宪法’没有完全摆脱‘文化大革命’的影响,有不少‘文革’遗留的内容,难以作为修改的基础。而且这部宪法比较粗,只有60条,许多应该作出规定的没有作出规定。当时,研究了‘五四宪法’,这部宪法有106条,比较完善。”参见王汉斌,同上注,页65。

[94] 甘阳:“中国道路:三十年与六十年”,《读书》2007年第6期。

[95] 在笔者看来,在成文宪法之外寻找“有效宪法”、“活的宪法”或者“不成文宪法”的作法,无疑又回到了对政治一元论的窠臼当中。

[96] 即使在面临国家生存或者战争这种“最极端的政治手段”时,这一点也不容否认,可见“权威性”的政治亦有其限度。

人会认为在历史上的某一个时刻,就像存在天启一样,突然之间一个美妙的立宪时刻就此诞生。事实上,任何历史上的所谓立宪时刻都不是那么理想化的。立宪无疑是一个过程,通过不断的实践、解释、判例、冲突与冲突之解决而不断得以丰满。宪法是不断需要自我证成的,因为每个时代都会遇到新的政治问题、社会问题以及新的价值冲突的形式,这就需要宪法不断作出价值权衡,在连续性与突破性之间、在秩序与决断之间不断保持平衡。

对人民主权和立宪时刻的痴迷都体现了学者们想要为宪法找到一种实质性的正当性根基的良好愿望,二者都体现了对于一种政治一元理论和决断理论的追求。在这里我们可以引用博肯福德的一句话加以概括,

在真正法律意义上的“宪法的优先性”……是源于实质宪法国家思维的法律上的后果。但在这里却会产生人民的主权问题。是否在实质宪法国家以及宪法优位的框架下仍然为人民主权保留了存在的空间呢?对人民主权的吁求尽管可以导引出宪法的正当性,但在宪法之内或者在宪法的根基上,它却不再浮现。^[97]

在这个问题上,黑塞的一段话或许足以发人深省:

没有人会希望我们在这里所暗示的宪法的规范化与政治、社会现实之间的张力会演变成二者之间的严重冲突。解决该冲突的出路绝不可能是确定的,因为即使是在冲突情势中宪法都能恪守其规范力的前提在我们当代国家的现实中仅能有限的得以实现。而有关我们国家未来的问题究竟是权力问题还是法律问题,则有赖于我们所有人都共同指向的宪法规范力及其前提——宪法意志——的恪守与强化。^[98]

(责任编辑:章永乐)

[97] E. - W. Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassungs-, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, S. 44.

[98] K. Hesse (Fn. 4), S. 22.