

论宪法与部门法关系背后的三种“宪法”

以宪法本体论问题为线索

路平新*

摘要 宪法与部门法关系之争,根源在于宪法本体论即“宪法是什么”。在中国宪法“多元复合”的背后,三种宪法“本体”各有脉络,却又彼此紧张。其一,中国宪法有着久远的“母法”(社会主义纲领)传承,这种基于国家目标、要求积极实施的宪法逻辑,是宪法“具体化”为部门法的核心理由。其二,中国宪法是“根本法”(共同体元规则)。与“母法”逻辑不同,它代表着另一种消极内敛的“元规则”逻辑,强调宪法只应关注一个共同体的“根本”而非“普通”问题。其三,宪法是“公法”(自由保障法)。在中国语境下,它蕴含着一种双重自由保障的逻辑,但当宪法被“片面实施”时,它就会与母法逻辑形成严重对立。解开宪法本体论矛盾,关键在“本体论”。自哲学诠释学视角,宪法的“存在”依赖于“时间”(历史)。不能滥用自然科学思维,将(中国)宪法在历史中形成的某种意义贬斥为“历史的偶然”。应当尊重我国宪法三种“本体”背后的不同意义,让它们在宪法语言的解释中彼此对话。

关键词 宪法 本体论 母法 根本法 公法

一、作为争议焦点的“宪法是什么”问题

宪法与部门法关系问题,近年来引起了广泛关注。自《民法典》颁行后,行政法、环境法、经济法等法典编纂工作也被提上了议程。随着这场“法典化”运动拉开序幕,这一问题的实践意

* 复旦大学法学院师资博士后。本文系2020司法部重点项目“公共卫生法治视角下疫情防控法治体系健全与完善”(项目编号:20SFB1006)的阶段性研究成果。

义更加凸显:部门法作为一个整体,与宪法是何关系?部门法典是否要“以宪法为依据”并“保证宪法全面实施”?从传统的刑法、民法到行政法、环境法,乃至数据法、监察法等新兴部门法,都概莫能自外于这一问题。

无论中外,讨论宪法与部门法关系,常常离不开一个起点:“宪法是什么?”这一问题看似简单空泛,却是任何宪法理论与实践都难以回避的前提。1958年,德国“吕特案”判决必须首先论证宪法“不是中立的价值体系”“是客观价值秩序”,然后才能去讨论宪法对民法的辐射影响;^[1]在中国,从“齐玉苓案”到《物权法》合宪性之争,从个人信息保护到环境法典化,只要论及宪法与部门法关系,人们首先会去设定宪法“是公法”“是根本法”“是客观价值秩序”,再从这些理论起点出发去展开立论。张翔集中总结了宪法与部门法的“三重关系”,^[2]基于这样一种广为接受的宪法形象:宪法仿佛是辐照八方的光源,无所不在地影响着所有部门法的展开。

然而,对于此种预设的宪法形象,并非没有反对之声。在宪法学外部,民法学者“警惕宪法依据陷阱”的呼声犹在耳畔;^[3]在宪法学内部,李海平反思了“客观价值秩序”背后“母法宪法观”的理论缺陷,^[4]姜峰、翟小波不约而同地批判了“言必称宪法”的“全能宪法观”“全面宪法观”是对立宪与立法的混淆。^[5]总之,不同立场的学者从不同角度反思:宪法的基本逻辑应“有所不为”,它必然要与部门法保持距离,不应也不能“无所不在”。

最彻底的质疑来自于陈景辉。他认为:宪法与部门法有着不可通约的本质区别。“二阶”的宪法与“一阶”的部门法之间,根本就不存在“具体化”的逻辑可能;^[6]在法典化问题上,他进一步提出了一个深刻而激进的观点:对于单行(不能法典化)的部门法,宪法是“假总则”(只作授权、无涉内容);而对于民法、刑法等“价值完备”的法典化部门法,宪法不但不能干涉其内容,更要确保其“价值完备性”。在此逻辑中,一般部门法仿佛宪法之下的“联邦”,而刑法、民法等则是拥有“完备价值领地”的“国中之国”;按照同样逻辑,行政法的法典化绝无可能,因为它不应有任何独立于宪法之外的“完备价值”,否则势必导致“利维坦式”的行政国。^[7]

可见,“宪法是什么”的逻辑基础,深刻影响着宪法与部门法关系这个“上层建筑”。一旦它被改变,数十年来被学界奉为圭臬的诸多“常识”亦将随之全盘动摇。举例而言,陈景辉的叙事一旦成立,那么无论“部门宪法”“合宪性解释”甚至“法律保留”等一系列宪法命题,都将面临着釜底抽薪式的颠覆,“立法实施宪法”,“根据宪法、制定本法”等中国实践的正当性将被根本否

[1] BVerfGE 7, 198 ff.

[2] 参见张翔:“宪法与部门法的三重关系”,《中国法律评论》2019年第1期,第26页。

[3] 参见龙卫球:“民法依据的独特性——兼论民法与宪法的关系”,《国家检察官学院学报》2016年第6期,第29—38页。

[4] 参见李海平:“基本权利客观价值秩序理论的反思与重构”,《中外法学》2020年第4期,第1076页。

[5] 参见姜峰:“宪法的结构性与公共审议功能——兼对全能论宪法观的反思”,《中国法律评论》2020年第6期,第97—108页;翟小波:“中立的,还是全面的?——一个关于宪法性质的理论”,《苏州大学学报(法学版)》,2022年第4期,第13—27页。

[6] 参见陈景辉:“宪法的性质:法律总则还是法律环境?从宪法与部门法的关系出发”,《中外法学》2021年第2期,第299—304页。

[7] 参见陈景辉:“法典化与法体系的内部构成”,《中外法学》2022年第5期,第1198页。

定；而在行政法与宪法这对特殊关系上，这种叙事更与大洋彼岸近 20 年来的“解构行政国家”“行政法非法”等运动遥相呼应，长远而言，它可能在未来深度威胁我国行政法治乃至行政法典的合宪性根基。^{〔8〕} 谓其对我国宪法理论与实践有着颠覆潜质，当非危言耸听。

然而值得一问的是：作为一种学术现象，如何看待“宪法是什么”所面临的重大冲击？对此，先哲的思考或有启迪。海德格尔(Martin Heidegger)曾指出：任何学科皆有其“基本概念”，例如，物理学中的“时间、空间”，生物学中的“生命”，社会学中的“社会”……“宪法”之于宪法学，亦应作如是观。每当学科“基本概念”受到冲击时，这既是危机，也是契机。因为当学者们一反学科常识，叩问本学科“基本概念”究竟是怎样的“存在”(being)时，其所追问的，是它的“基础逻辑”应如何建构。因此，这些挑战之中蕴含着本学科的新基础，亦即本学科一切研究得以展开的“指导线索”。^{〔9〕} 这一观点，与库恩(Thomas Kuhn)关于“范式危机”带来学科重大进步的看法不谋而合。^{〔10〕} 借鉴先哲的思考，如果我们能够透过宪法与部门法关系之争，看到“宪法”这个“基本概念”背后的“基础逻辑”何以存在争议，这项工作将是不无裨益的。

本文的目标，即尝试沿着上述思路，梳理宪法与部门法关系背后的三种“宪法”之争。第一部分旨在呈现我国宪法本体论矛盾的不可回避，阐明当下讨论并未形成真正的共识，反而进一步彰显了矛盾的“零和”。在第二部分，本文试图追溯矛盾的根源，即在中国宪法“多元复合”的背后，有着三条意义脉络的“三江并流”：母法(社会主义纲领)、根本法(共同体元规则)、公法(自由保障法)。其中，“纲领”代表着积极繁衍的宪法逻辑，“元规则”代表着消极内敛的宪法逻辑，“自由保障法”则兼具现在、将来“双重时态”的逻辑。它们共同汇聚为今天的中国宪法，也形塑了它必须面对的“本体”矛盾。最后，第三部分试图借鉴哲学诠释学有关“存在”与“时间(历史)”问题的思考，探讨矛盾背后的深层问题：如何理解中国宪法这种“多元复合”的存在？我们可否用某种类似自然科学的思维，将它化约为单向度的“本质”，将我国宪法在历史中形成的某种意义贬斥为“历史的偶然”？^{〔11〕} 基于对这种思维的反省，本文提出了自身的理论方案。

二、无可回避的“宪法”矛盾

为什么要说(中国)宪法的不同“本体”存在着矛盾？反过来问，为什么不说它们是“不同语境下的不同问题”，因此根本就不存在矛盾；^{〔12〕} 或者论证某种宪法本体论之错误(例如断然否定“母法论”)，从而消解矛盾，反而要说中国宪法的不同“本体”不仅各自成立，亦且彼此紧张？为了证明这并非毫无根据的伪问题，本文必须首先去证明：是当下的学界争议揭示了矛盾，并

〔8〕 在美国，对这种思潮的总结，see Gillian E. Metzger, “Foreword: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege,” *Harvard Law Review*, Vol. 131, No. 1, 2017, pp. 1-95.

〔9〕 (德)海德格尔：《存在与时间》，陈嘉映、王庆节译，商务印书馆 2020 年版，第 12—16 页。

〔10〕 (美)库恩：《科学革命的结构》(第四版)，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社 2012 年版，第 56—91 页。

〔11〕 参见陈景辉：“关于宪法学与宪法：对一些批评意见的回应”，《苏州大学学报(法学版)》2022 年 4 期，第 62 页。

〔12〕 林来梵：《宪法学讲义》(第三版)，清华大学出版社 2018 年版，第 52 页。

且矛盾并未解决,反而日益彰显。

(一)宪法的“二阶论”命题及其冲击

1. 宪法的“二阶论”命题

由陈景辉引发的论战论者众多,观点纷呈,其所涉领域之广,难以一言尽括。但其中却有一条重要线索:宪法的“本体”有着难以调和的矛盾。

在我国,传统上讨论宪法与部门法关系的理论起点有二:宪法是“母法”、宪法是“公法”。两命题间即使有张力,但却往往被模糊处理。例如林来梵把母法、公法视为“不同语境下的两个问题”。^{〔13〕}如此,人们既可以将宪法视为约束权力、保障自由的公法,也可以视其为影响“一切法”的母法,两者的优点就被兼收并蓄了。虽然表面上看,公开主张母法论者日益式微,但李海平敏锐地观察到:倘若有人赞同宪法的价值秩序应辐射“一切部门法”之时,即使他表面不承认母法,其所秉持的根本逻辑依然与“母法观”一脉相承。^{〔14〕}总之,“母法”与“公法”在一种朦胧的张力中并存,共同勾勒出中国宪法的学术形象。张翔的“三重关系论”,代表了这种主流理路的集中总结。

然而,陈景辉的宪法“二阶性”理论,犹如“渔阳鼙鼓动地来”,在颠覆诸多学科“常识”的同时,也锐利地揭破了过去被模糊掩盖的深层矛盾。要理解这种质疑要害何在,就有必要首先理解什么是“二阶性”。所谓“二阶性”(secondary),系英美法学中“一阶性”(primary)之对称。^{〔15〕}哈特曾有名言:“法律是一阶、二阶规则之结合。”^{〔16〕}在哈特看来,法律分为两种规则:类似刑法那种直接规定人们“具体该作什么、不做什么”的行为规则,是为一阶规则,自原始社会早已有之;而二阶规则,则是关于如何引入新一阶规则、废弃或修改旧一阶规则、决定其范围或控制其运行的规则。^{〔17〕}简言之,二阶规则是“全然关于(all about)一阶规则的规则”。^{〔18〕}在法律世界中,二阶规则是一阶规则的基础。因为正是这种“关于规则的规则”,使得前法律(pre-legal)的原始社群迈出了关键一步,进入到了法律(legal)的世界。^{〔19〕}

借助“一阶/二阶”区分,陈景辉将之升华为“宪法/部门法”的本质区别:宪法并不关注普通的、具体的事务,它是“关于规则的规则”“关于价值的价值”,是人们关于如何处理诸多“一阶”分歧时的“二阶共识”。他认为:对于一个共同体而言,“二阶共识”是根本的,因为正是这些最稳固的“二阶共识”,而非关于具体事务的、常存分歧的“一阶共识”,决定了共同体之为共同体,而非一群人的偶然联合。也正因“二阶”的宪法共识,部门法的“一阶共识”才具备了基础。^{〔20〕}

〔13〕 同上注。

〔14〕 参见李海平,见前注〔4〕,第1076页。

〔15〕 在国内法理学界,这对概念亦被译为“第一性/第二性”“初级/次级”等。

〔16〕 See Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 79.

〔17〕 Ibid., p. 81.

〔18〕 See Hart, *supra* note 16, p. 94.

〔19〕 See Hart, *supra* note 16, p. 94.

〔20〕 参陈景辉,见前注〔6〕,第296、303页。

这是宪法的真正角色之所系,也是宪法与部门法关系的本质之所在。

2. “二阶论”带来的根本挑战

“一阶/二阶”区分一旦成立,将从双重意义上颠覆我国宪法学的经典论断。简言之:宪法肯定不能是“母法”,至于它是否是“公法”,完全不重要。

(1)“二阶论”彻底否定了“母法”,亦颠覆了一切接纳“母法”逻辑的理论。“二阶”本质的宪法,无论在立法、释法或其它阶段,都无法跨越本质鸿沟去处理部门法的“一阶”问题;反过来,部门法的“一阶”本质,亦使其绝无可能从宪法的“二阶”内容那里寻找根据。如此,无论是“母法”,还是“合宪性解释”“具体化”“客观价值秩序”等理论背后共同的逻辑基础,都被一并否定了。因为不管宪法是“母法”还是“价值秩序”,此“法”(一阶)非彼“法”(二阶)、此“价值”亦非彼“价值”,在异质性的根本约束下,“二阶”内容无论怎么“辐射”或作为“客观价值秩序”,都绝无可能跨越“一阶/二阶”这道鸿沟。易言之,宪法与部门法是本质层面的“冰炭不能同器”。宪法的内容,不是部门法所内容之“母”,最多只能是立法授权意义上的“假总则”。^[21]

(2)“二阶论”亦消解了“公法”,至少使它对于宪法、部门法关系的讨论不再重要。从“二阶”视角来看,宪法无法成为各部门法“内容”意义上的“总则”,而只能是关乎“效力”意义上对立法“授权”,借用哈特的表述,二阶授权是“无论公私”(public or private)的。^[22]也就是说,不管立法内容事关公私,只要立法者在授权范围内对某项“一阶”事务做了决定,“二阶”的宪法就必须尊重其选择,“不能评估其选择理由、更不能因为不满该理由而推翻部门法的决定,否则就会与授权规范的性质严重矛盾”。^[23]照此,哪怕宪法干涉了同为公法的《行政许可法》《行政处罚法》的“一阶”判断,照样会在授权问题上越俎代庖,造成它们的冗余。因而“公法”作为一种内容属性,不仅对于“一阶/二阶”的本质讨论是不必要的,更有可能是误导性的。

(二)宪法学界的回应是否解决了矛盾?

面对上述釜底抽薪式的质疑,宪法学界作出了回应。这些回应是否真正解决了矛盾或形成了共识?可以观察两种典型的回应思路:

(1)澄清“具体化”的所指。学者们指出,中国宪法学的“具体化”实际上是指“宪法作为框架秩序”。虽然“具体化”是否等于“框架秩序”值得探讨,^[24]但无论如何,这是我国学界对“具体化”一词的一种重要理解。根据这一理解,作为“框架秩序”的宪法并不追求事无巨细地干预、取代部门法的判断,而是在“框架范围”的约束之内,赋予部门法立法上的形成自由。张翔、李海平等对此皆有所强调。^[25]如此一来,陈文对“具体化”的批判便似乎是在“打稻草人”。

不过,如此回应恐怕尚不足够。倘若继续追问:“具体化”的这个“框架”究竟是指建构部门

[21] 参陈景辉,见前注[7],第1198页。

[22] See Hart, *supra* note 16, p. 81.

[23] 参陈景辉,见前注[6],第299页。

[24] 不同观点,参见王锴:“宪法与民法的关系论纲”,《中国法律评论》2019年第1期,第49页。

[25] 参见张翔:《对陈景辉教授〈宪法的性质〉的初步回应》,载微信公众号“中国法律评论”,2021年3月26日上传;李海平:“部门法宪法具体化的正当性及类型——与陈景辉教授商榷”,《中国法律评论》2021年第4期,第130页。

法的“骨架”，抑或仅仅是作为其边界的“外框”？〔26〕如果它只是一种消极防御的“外框”，这与“授权规则”尚无难以调和的根本矛盾；但如果它是指部门法“积极形成”的“内容骨架”，那么，即使宪法保留了再多具体化的空间，亦是如“公序良俗”“罪刑法定”等部门原则一样，以其内容统领部门法的建构。在部门法法典化问题上，陈景辉犀利地指出其逻辑后果，认为这将造成一种“宪法为纲、诸法合体、民刑不分”的统一且完整的法典，进而忽视法律分类的意义，完全否定公法、私法与刑法之间的界限，彻底混淆它们各自承担的不同功能。〔27〕可见，只要“框架秩序”能够在任何意义上积极地转化为部门法的任何内容，“二阶规则”的质疑就仍然成立。

（2）收缩“具体化”的边界。李海平认为：宪法的“具体化”逻辑纵然存在，也应大幅度收缩其边界，仅限其于“公共”领域。在他看来，宪法有着“最高法与公法的一体两面”。基于此，宪法“具体化”为部门法的逻辑，仅对于公法以及具有“公共性”的私法方能成立；然而，对于纯粹的私法，由于公、私法间存在异质性区别，在“一般情况下，私法并非宪法的具体化、也无法将宪法具体化”。〔28〕可见，陈文关于法律“本质功能区分”的思考得到了部分回应。在这种逻辑中，宪法的“辐射范围”被严格收缩回“公共”领域之内，最多仅是“公（共）法”之母。〔29〕同时，不同于“二阶规则”忽视宪法的“公共”属性，李海平则坚持要将宪法的“公共”属性与“最高法”属性进行“一体化解释”。〔30〕可见，这种宪法逻辑是“一拳两打”：一方面，坚持宪法在公共领域的“具体化”，就否定了不能具体化的“二阶规则”逻辑；另一方面，坚持“具体化”的边界仅限公共领域，就否定了“适用于所有法律领域”的“母法”逻辑。

综上所述，宪法学界的初步回应思路，与其说真正解决了矛盾或取得了真正的共识，毋宁说是进一步彰显了矛盾的“零和”：宪法要么是“二阶”规则，要么是“一阶”规则；要么是限于“公（共）”领域之公法，要么是“一切”领域之母法。以上关于“宪法是什么”的内在逻辑，呈非此即彼、“有你无我”的对立。这场由陈景辉引发的论战，最重要的理论贡献就是彰显了宪法“本体”间的矛盾，并把这个问题逼上了短兵相接的擂台，使后续任何论者要讨论宪法与部门法关系，就必须从起点开始，对宪法本体论之争作出自己的抉择，否则，就难谓是有效的回答。

三、中国宪法的“三江并流”：母法、根本法、公法

上述宪法的内在矛盾是否其来有自？当我们追溯一种理论矛盾的源头时，往往会发现“草蛇灰线，伏脉千里”。倘若观察中国宪法的脉络，我们或可发现，其“本体”之矛盾并非始于今日，而是有着更深的根源。我把它归结为中国宪法的“三江并流”：中国宪法同时是母法、根本

〔26〕 参见黄明涛：“形式主义宪法观及其修正——从‘宪制性人大立法’说起”，《中国法律评论》2022年第3期，第158页。

〔27〕 参见陈景辉，见前注〔7〕，第1183页。

〔28〕 参见李海平，见前注〔25〕，第136页。关于“宪法兼具最高法和公法”问题的系统性论述，参见李海平，见前注〔4〕，第1075—1078页。

〔29〕 参见李海平，见前注〔4〕，第1077页。

〔30〕 参见李海平，见前注〔4〕，第1076页。

法、公法,因为它有着三条互有张力的脉络:“社会主义纲领”“共同体元规则”“自由保障法”。它们如同三条彼此冲撞的江河,汇聚出我们今天的中国宪法。只有深入追溯这三种宪法逻辑的缘起,我们才能理解中国宪法及其与部门法关系的诸多矛盾何以发生。

(一)为何讨论“三江并流”问题?

追溯“宪法”概念背后的脉络缘起,这种研究思路并非鲜见。^[31]然而,采用“三江并流”视角,亦即试图展开(中国)宪法中同时并存的三条脉络,这种思路却可能引发诘问。比如,人们可能会认为:宪法本质上就是“限权宪法”,而“母法”则是“受前苏联维辛斯基等人宪法理论影响”“模糊了公民对峙国家的宪法秩序结构”,是一种应当抛弃的错误理解。^[32]总之,人们一旦要主张宪法“是”某一种东西,就要否定它“是”矛盾的另一种东西。而本文不仅要论证(中国)宪法之“既是、又是、还是”,并且还要首先彰显这些“是”之间的张力。这种看似矛盾的“宪法”,最终能否做到逻辑自洽?

更为困难的是,追溯宪法的不同意义脉络,还可能面临一种法理学式的根本质疑:《中华人民共和国宪法》(the Constitution)凭什么是“宪法”(Constitution)?借助拉兹(Joseph Raz)的表述,这个问题要问的是:在世界各国变化万千的宪法现象背后,是什么构成了“宪法”概念的“一般性”(generality)?^[33]在“一般性”的审视下,宪法的某一条脉络,可能会被质疑只是“历史的偶然”;某些内容或许压根就不该写入宪法,即使写了,那也纯属对宪法“一般性”的偏离,以至于立宪者应当自我反省。倘若不能反驳这种“一般性”的诘问,那本文就同样是失败的。

“三江并流”的思路建构,参考了施米特(Carl Schmitt)对1919年《魏玛宪法》、1918年《苏俄宪法》、19世纪资本主义宪法之同为“宪法”的处理。这并不是说作者把施米特的理论视为当然前提。事实上,他的某些思维逻辑与陈景辉一脉相承,是后文重要的批判对象,甚至可以说,不能彻底地批判施米特,就不能真正地回应陈景辉。然而,这种批判又是继承性的。它承认施氏、陈氏有着深刻的洞见,并且要在继承其问题意识的基础上展开讨论。

施米特的问题意识是:在《魏玛宪法》多元内容的背后有着几条不同的脉络。比如,私有财产、(狭义)自由权保障,这来源于自由市民阶层“国民法治国宪法”;纲领条款、“个人享受国家给付的权利”(即积极权利)等则来源于“社会主义宪法”;此外还有天主教的自然法内容杂糅其中。这些“混合并置”的不同内容,“以完全不同的政治、社会宗教内容和信念为根据”,“在一种时常显得有点杂乱的综合中搅在一起”。^[34]

宪法中不同内容“多元并置”会导致什么问题?在施氏看来,当政治、社会出现重大分歧时,人们可能根据自己的理念,选择性地把宪法的某一部分内容视为“真正的”“纯粹的”宪法,

[31] 例如张翔:“宪法概念、宪法效力与宪法渊源”,《法学评论》2021年第4期,第24—35页。

[32] 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第304页;姜峰:“反思‘母法论’宪法观——以美国法中雇员言论的公私之别为例”,《苏州大学学报(法学版)》2022年第4期,第27页。

[33] See Joseph Raz, “On the Authority and Interpretation of Constitution,” in Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism Philosophical Foundations*, New York: Cambridge University Press, 1998, pp. 152-154.

[34] (德)施米特,《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第58页。

而把其余内容视为“担不起宪法这个名目”。〔35〕比如对于当时的德国左翼，“保障私有财产”就是“反动的假宪法”；右翼则会认为纲领条款、积极权利等不是宪法，更遑论1918年《苏俄宪法》那种完全抛弃“民法治国”模式的宪法。〔36〕在这种思维中，人们会按照自己的“理想概念”去剪裁宪法的“一般概念”，于是，“有多少政治原则和信念，就有多少宪法概念”。这样的“宪法”能否凝聚政治共同体、化解重大纠纷，答案不言而喻。

固然，中国宪法并非施米特的直接讨论对象。然而，上述“多元并置”问题却对中国不乏启示。作为现代宪法，中国宪法文本中既包括了国家目标、根本任务、总纲、积极权利，同时也包括了“依法治国，建设社会主义法治国家”、私有财产权、人身、精神等消极自由。某种意义上，它与《魏玛宪法》的“多元内容并置”有相似之处。在此前提下，如果我们用某种符合自己观念的“理想概念”去偷梁换柱地剪裁“实定宪法”，把凡是不符合自己“理想”的那部分宪法内容“开除宪法籍”，不仅可能遭受“削足适履”的质疑，更有可能使宪法在面对重大社会争议时，不但不能成为凝聚共同体的依据，反而使宪法不同条款成为各执一词、撕裂共识的根源，因为论战对手也可以同样选择性地剪裁“宪法”。〔37〕

在宪法与部门法关系上，《物权法》合宪性之争印证了上述判断。在这场论战中，巩献田主张“废除和破坏私有制”“通过宪法确认社会主义公有制”乃是“社会主义宪法区别于资本主义宪法的最明显标志”，〔38〕却丝毫不提宪法序言将“社会主义市场经济”纳入国家根本任务、“私有财产”条款的变迁、“市场经济”条款的变迁。另一方面，作为论战对手，部分民法学者却回避甚至厌恶一个前提：现行宪法中“社会主义”对于“市民社会”的基本态度与定位。〔39〕在宪法学界，张千帆也认为纲领条款“只是表达了一种政治理想或政策取向，在法律实践中不具备可操作性”，似乎“纲领条款”不该写入宪法，否则就是“误用”宪法。〔40〕这些“鸡同鸭讲”的宪法观之间，彼此不仅难言共识，更使人产生一种错觉，仿佛“宪法”要么就是1918年《苏俄宪法》那样的苏维埃宪法，要么就是1787年《美国宪法》那样的西方宪法，却共同忽视了一个基本事实：中国宪法并非二者。它是有着广泛目标、多元内容的中国宪法。

多元内容的“复合性”〔41〕是理解我国宪法的重要维度，也为处理宪法与部门法关系奠定了重要的基础。正如林来梵隐晦地指出：

新中国宪法则是在另一种历史脉络中诞生的，拥有独特的价值观念。就现行宪法而言，它虽属于转型期宪法，具有一定的变动性，其内部价值秩序也因而具有一定的复合性，

〔35〕 同上注，第66页。

〔36〕 参见施米特，见前注〔34〕，第71页。

〔37〕 参见施米特，见前注〔34〕，第67页。

〔38〕 参见巩献田：“一部违背宪法和背离社会主义基本原则的《物权法（草案）》——为《宪法》第12条和86年《民法通则》第73条的废除写的公开信”，《经济管理文摘》2006年第8期，第13—16页。

〔39〕 参见陈端洪：“论宪法作为国家的根本法与高级法”，《中外法学》2008年4期，第496页。

〔40〕 参见张千帆：“宪法的用途与误用——如何看待物权法中的宪法问题”，《法学》2006年3期，第33页。

〔41〕 参见翟志勇：《从共同纲领到“八二宪法”》，九州出版社2021年版，第106页。

但毕竟是一部社会主义类型的宪法,其中既确立了个体性的人权保障的重要原理,也蕴含了国家主义的价值取向。^[42]

值得追问的是:我们究竟是选择直面宪法“多元复合”背后的不同脉络与制度逻辑,抑或假装无视这些宪法逻辑的不同,反而去掩盖、否定我国宪法的“多元复合”?在本文看来,前者或更为可取。因为在宪法不同脉络的背后,有着关系着不同的社会立场的观念表达。只有直面张力,我们才可能在宪法解释中回应张力,避免不同群体对宪法“各执一端”、根据各自的“理想”去剪裁实定宪法。惟其如此,宪法也才能吸纳共同体的重大分歧。

(二)“母法”的逻辑:积极繁衍的“社会主义纲领”

当下论战中,“母法”首当其冲受到了两面夹击,是争议的中心。然而在本文看来,“母法”尽管并非一个完美的概念,但倘若将它理解为一种有关国家目标、有待积极繁衍的“社会主义纲领”,它却是一种值得辩护的、理解中国宪法的重要线索。

施米特把“纲领条款”“积极权利”等视为是“社会主义的”,^[43]这种说法不免略嫌武断,因为积极宪法的逻辑其实在资本主义宪法中也同样存在。^[44]然而,自“理念类型”视角,施氏显然观察到了宪法中“社会主义模式”之有别于传统“自由市民社会模式”的典型特征。1918年《苏俄宪法》堪称典范,尤其从其前言《被剥削劳动人民权利宣言》中可以看到:社会主义政党以“纲领”形式,展现无产阶级先锋队之积极进取、建设国家、改造社会的总目标。受此种宪法模式影响,亦出于“资产阶级与社会主义两种观点的折衷”,1919年《魏玛宪法》中同样出现了有关国家目标的“纲领条款”(Programmsatze),将部分社会改革目标制定成“纲领”而纳入宪法。^[45]二战后,德国左翼党派将“社会国”等条款写入《德国基本法》,亦是这种脉络之延续。在“纲领”的宪法逻辑中,宪法是积极有为的,它以实现特定国家理想为目标,并要求这种目标持续不断地繁衍增殖。

然而,社会主义宪法必然是“纲领”吗?在社会主义宪法思想史上,这却是一个曾有重大争议的问题。最重磅的反对意见来自于斯大林。在起草1936年《苏联宪法》时,斯大林一反1918年《苏俄宪法》的“纲领”定位,认为“宪法”和“纲领”有重大差别:“纲领说的是还没有的东西,宪法说的则是已经获得和争取到的东西;纲领主要是说将来,宪法却是说现在。”^[46]在此,尤需澄清斯大林“宪法是根本法”的论述,它很容易使人“望文生义”,误把斯大林式的“根本法”当作中国“母法论”的源头。实际上,斯大林所谓“根本法”与“规范论”南辕北辙,它是“对已有

[42] 参见林来梵:“民法典编纂的宪法学透析”,《法学研究》2016年第4期,第104页。

[43] 参见施米特,见前注[34],第59页。

[44] 且不论德国宪法,即使在美国,南北战争后宪法第13—15修正案亦采用“立法实施”的积极宪法逻辑,以在全国范围内消灭奴隶制,由此诞生了多部《民权法案》,也引起了宪法争议。篇幅所限,该问题需另文展开。

[45] 参见施米特,见前注[34],第59页。

[46] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译:《斯大林选集(下)》,人民出版社1979年版,第398页。

事实的确认”，是一种“过去时”的“事实论”，是把“事实”当作立法的“基础”。〔47〕但“纲领”则与此不同。它在时态上是“将来时”的，在属性上则是规范论的。它固然不同于自由主义“限权法”那样的消极规范，但它仍是规范，只不过是以前国家目标为引领的积极规范。〔48〕

对新中国宪法的而言，宪法究竟是“事实的确认”抑或“作为规范的纲领”，成了一个关乎“（中国）宪法是什么”的重要决断。这个“分水岭”，亦提醒我们断不可“望文生义”，而应当辨明概念背后宪法逻辑的异同。斯大林的“事实论”宪法观，的确曾对我国产生长期、深远的影响，在王明等人的推崇下一度曾为党内主流的宪法观。〔49〕比如1940年，毛泽东曾认为宪法是“革命成功有了民主事实之后，颁布一个根本大法，去承认它”，即鲜明地体现了此种宪法观；〔50〕但到了解放战争即将胜利、新中国宪法起草提上议程时，王明等人所坚持的“事实宪法观”开始在党内逐渐被扬弃、批判。〔51〕早在1947年，当时负责新中国宪法起草工作的谢觉哉已然鲜明地体现了这种宪法观的转变：“宪法是其他法律所自出，即其他法律的总纲，宪法的总纲章则为总纲之总纲。法律与宪法抵触者无效，只是消极的观念……新民主主义法律则不然，它需要根据宪法的规定而加以发扬、保卫的法律，不但不抵触就够。……因此，写宪法，写宪法总纲，应有笼罩全宪法以至整个新民主主义法律思想系统的积极观念。”〔52〕

在1954年立宪时，这种积极规范未来（并且要求“法律进一步发扬”）的“纲领宪法观”，已成为共和国制宪者的集体意识。它被认为不只是“五四宪法”才具有的特殊属性，而是“（中国）宪法”的固有属性。〔53〕此时的毛泽东即认为：“1918年，苏维埃俄罗斯宪法就有纲领性的。后头1936年斯大林说，宪法只能承认事实，而不能搞纲领。（胡）乔木称赞斯大林，我就赞成列宁。”〔54〕如果沿此思路，将社会主义宪法脉络区分为列宁式（纲领、规范）和斯大林式（事实、非规范），我们或能更深刻地理解中国宪法的道路选择，理解“总章程”“全面实施宪法”这类“中国话语”的真正内涵。“事实”无需“实施”，也无法“实施”，它只需要“确认”。但“纲领”却面向未来，发出了“积极实施”的规范要求。固然，新中国的宪法仍不可避免受到斯大林“事实论”的残留影响，但在事实/规范的“分水岭”选择上，我国重新激活了一种始于1918年《苏俄宪法》、被部分西方“社会宪法”所吸收、却被斯大林所抛弃的社会主义宪法逻辑：把宪法当作实现国家目标的蓝图、作为持续实施的纲领、作为引领未来的规范，而非仅作为确认过去的“事实”。这一

〔47〕 同上注，第410页。

〔48〕 参见翟国强：“中国共产党的宪法观念史：超越事实论的变迁”，《法学评论》2016年第1期，第156页；王理万：“制度性权利：论宪法总纲与基本权利的交互模式”，《浙江社会科学》2019年第1期，第35页。

〔49〕 参见翟国强，见前注〔48〕，第156页。

〔50〕 毛泽东：“新民主主义的宪政”，载《毛泽东选集（第2卷）》，人民出版社1991年版。

〔51〕 参见翟国强，见前注〔48〕，第155页。

〔52〕 参见谢觉哉：《谢觉哉日记（下卷）》，人民出版社1984年版，第1085—1086页。

〔53〕 参见谢维雁：“回望一九五四：制宪者的宪法观念及其反思”，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2011年第6期，第114页。

〔54〕 “毛泽东在中共中央政治局扩大会议上的讲话记录”（1959年3月1日），载中共中央文献研究室编：《毛泽东传（第三册）》，中央文献出版社2011年版，第1284页。

中国共产党宪法观念的重要抉择,也贯穿在“五四宪法”到“八二宪法”的传承中。^[55]

进言之,“纲领宪法观”背后的宪法逻辑是具有一般意义的:当一个国家(尤其是国家精英)需要积极实现某种(个别或全面的)理想目标时,宪法能够以规范的身份去要求什么?更明确地追问,它能积极地要求下位法做什么?南北战争后,试图在美国境内消灭奴隶制的第13、14、15宪法修正案与历部《民权法》(Civil Rights Act)体现了这种逻辑;德国《基本法》中的“社会国条款”同样体现着这种逻辑。“消极”的西方国家宪法尚且如此,遑论有着积极国家目标的中国宪法?从《共同纲领》到追求“逐步过渡到社会主义社会”的“五四宪法”,再到建设“富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化国家”的现行宪法,国家目标的存在,决定了中国宪法必然结构性地设置“总纲”,而宪法其它部分也同样具备“纲领”属性。作为社会主义宪法,“纲领”并不仅仅是宪法中个别、孤立的条款,而是其总体属性。^[56]其中,总纲是整部宪法的统摄,宪法其它部分(尤其是基本权利)是总纲的延伸。^[57]宪法指引未来的“将来时”性格,随着总纲的统摄性而被拓展至整部宪法。既然“面向未来”,就需要不断具体化实施;既然作为“纲领”,自然要以一种积极姿态引领立法“不断发扬”,而“不只不抵触就够”。^[58]这种一以贯之的积极逻辑,是理解中国“实定宪法”的首要维度。否定“母法”,无异于遮蔽了中国宪法中最重要的制度逻辑。无论对于社会主义宪法乃至人类宪法的一般理论,这种遮蔽都是不足取的。

通过纲领实现国家目标的积极宪法逻辑,也是我国宪法“具体化”为部门法的核心根据。比如对于环境法、经济法,宪法文本中的国家目标条款就提供了定向性和纲领性的根基;^[59]在个人信息法等新兴领域,“国家目标”范式也能更好地证成为何个人信息权的基础首先是“国家保护与规制”而非“个人自主控制”。^[60]尤其值得注意的是,民法在此问题上并不例外。不妨做一个思想实验:一部维护“自由放任”的宪法、一部建立“原教旨”苏维埃的宪法、一部建设“福利社会国”的宪法、一部走向“数字时代”的宪法,它们各自会产生怎样的民法?回顾《苏俄宪法》背景下的1922年《苏俄民法典》,回顾以此为蓝本的新中国第一部《民法典》草案,^[61]我们应当明了:民法并非理所当然地“亲市民社会”。我们能够拥有今天的《民法典》、拥有一片合法的“私领域”,这首先得益于宪法总纲对国家目标的调整。^[62]民法不可能回避:国家究竟想让人们过上怎样的生活?它想建构一个怎样的市民社会?就此而言,中国民法之所“具体化”

[55] 参见翟国强,见前注[48],第151页。

[56] 与中国宪法作为对比的是,施米特认为即使《魏玛宪法》杂糅了社会主义纲领,但这些“个别条款”系对社会民主党人观点的折衷,从根本特征来看它仍是资本主义的,而不是社会主义的。参见施米特,见前注[34],第59—60页。反之,我们也可以理解为何中国宪法即使包含着“多元内容”,但仍是社会主义的。

[57] 参见彭真:“关于中华人民共和国宪法修改草案的报告”,载《人民日报》1982年12月6日,第1版。

[58] 参见谢觉哉,见前注[52],第1085—1086页。

[59] 参见张翔、段沁:“中国部门宪法的展开——以环境宪法和经济宪法为例”,《人权法学》2022年第3期,第52页。

[60] 参见王锡锌:“国家保护视野中的个人信息权利束”,《中国社会科学》2021年第11期,第122页。

[61] 参见李秀清:“中国移植苏联民法模式考”,《中国社会科学》2002年第5期,第125—141页。

[62] 参见郑贤君:“作为宪法实施法的民法——兼议龙卫球教授所谓的‘民法典制定的宪法陷阱’”,《法学评论》2016年第1期,第3页。

的,与其说是某个孤立、个别的宪法条款,毋宁说是自八二宪法诞生迄今,由“社会主义市场经济”“法治国家”“尊重和保障人权”“私有财产不受侵犯”等纲领性规范所共同构筑的“国家目标规范束”。如果没有这种国家目标的纲领性支撑,纵使民法有再多精深的概念,也绝无可能抵御种种地方性法规、行政规章等日复一日的“解法典化”。假装民法是纯粹的“技术”,以为可以藉此回避价值性的价值讨论,更无异于掩耳盗铃,一旦面临重大社会争议,可能产生类似《物权法》合宪性的危机。就此而言,厘清中国宪法之所擘画的真实、全面的(而非孤立、扭曲的)国家目标,实际上是在为民法提供最根本的“守护者”与“监护人”。

(三)多元背后孰为“根本”:来自“共同体元规则”的挑战

“母法”背后“社会主义纲领”的积极逻辑,是理解中国宪法的首要线索,但这并不意味着争议就此平息。恰恰相反,倘若考察“母法”逻辑的对立面,同样可以发现其中蕴含着重要的真理。因为中国宪法“规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法”,而根本法(共同体元规则)却与母法(纲领)之间有着对立的制度逻辑:前者是消极内敛的,后者却是积极繁衍的。要理解、回应陈景辉、姜峰等学者的批判性贡献,亦必须理解这种矛盾。

人们可能会质疑:在中国主流学说中,“母法”“根本法”难道不是同一回事?为何本文要强调“母法”“根本法”的区别与矛盾?从前文关于斯大林“根本法”的背景梳理中可以看到:对待看似相同的概念,应避免望文生义,而应考察其底层逻辑的异同。在母法与根本法的逻辑关系上,许崇德先生曾言道:“由于宪法规定国家的根本制度和国家生活中最重要的原则,所以其他一般法律的制定都要以宪法为立法基础。”^[63]这一命题的逻辑顺序是:因为宪法“根本”,所以它是一切立法之“母”。但仔细思考,它其实隐含着一种自我否定的悖论:如果宪法涉及“一切”,那它又如何可能足够“根本”?当宪法本身包含的内容愈多、所涉及的法律领域愈广,它的“根本性”愈可能面临追问:“根本”与“普通”的区别是什么?“植树造林、保护林木”难道能与“国家尊重和保障人权”一样“根本”吗?

本文认为,中国宪法之有别于“母法”的“根本法”逻辑,系源于它作为一部现代宪法的内在需求:当多元的内容、广泛的目标并存于宪法时,它必须以一种内敛的姿态反思什么是其真正的“根本”?作为现代宪法的起源,《魏玛宪法》的他山之石,或有助于我们理解自身。它看似无所不包,既有资本主义的消极权利,又有社会主义的积极纲领,还有各党派出于自身利益写入宪法的个别规定,甚至“公立学校教师培训”“官吏查阅其人事簿”之类的内容亦忝列其中。^[64]然而,宪法“无所不包”的问题在于:它会使“宪法”变成一个相对甚至空洞的概念,仿佛任何内容只要能通过超多数决写入宪法,它们就同样“根本”。然而,当人们把种种并不“根本”的内容填充入宪时,“宪法的实质也就荡然无存了”。在面对社会重大分歧时,它将无力解决根本性的争议,也无法作为“法律的法律”去统领法秩序,最终,宪法秩序就有可能分崩离析。^[65]

[63] 许崇德:“我国宪法的诞生与宪法的基本精神”,载顾昂然、乔晓阳主编:《党政干部宪法教育读本》,中共中央党校出版社2003年版,第31页。

[64] 参见施米特,见前注[34],第39、44页。

[65] 参见施米特,见前注[34],第73—76页。

比起魏玛德国,社会主义的、改革时代的中国宪法愈发无法回避“共同体元规则”的逻辑追问。因为“社会主义纲领”本身有着不断增殖繁衍的倾向,这种增殖可能覆盖的领域越广,就越需要区分“孰为根本”。同时,改革时代的宪法也需要为政治、经济、文化等各领域的探索留下充分的探索空间。^[66]从这个视角来看,无论是早期的“良性违宪”,还是后来的《物权法》合宪性,其实都涉及“孰为根本”的问题。也就是说,中国宪法虽然内容众多,但其中“规范层次”却高低有别,因此有必要进一步对根本法/非根本法、核心规范/非核心规范、可变更法/不可变更法等进行区分。^[67]陈端洪也认为,有必要分析什么是中国宪法中的“根本”。他总结了中国宪法的“五大根本法”,认为正是上述“根本”的“元规则”,而不是那些“非根本”的“次要规则”,才决定了宪法何以是宪法、何以是“法律的法律”。^[68]

陈景辉的“二阶规则”、姜峰的“公共审议”,同样应被置于这一脉络中得到理解。他们代表着将“元规则”逻辑推延至极的纯粹形态,至于是否使用“根本法”的表述,反倒无关宏旨。^[69]值得注意的是,他们都力图克服政治宪法学那种“决断”背后的意志论糟粕,拒绝“元规则”领域“无法可依”,而把它替换成了更稳定、更清晰的“二阶规则”或“结构性规则”。^[70]更重要但也更具批判性的是,他们藉此凸显了“共同体元规则”(宪法)与“普通规则”(法律)的不可通约,使得“根本”相对于“普通”的逻辑异质趋于极致。这样的好处在于:即使人们关于各种具体问题(“一阶共识”或“公共问题”)争得不可开交,却能基于“二阶共识”或“审议框架”,仍成其为共同体,宪法也因此能够专注解决“重大争议”;然而这样一来,诸如经济、社会、环境政策等经常出现在部门法中的“普通问题”,就都统统被排除于宪法的“二阶”共识之外。原本在政治宪法学那里尚属“低位阶”“非核心”“相对”的宪法内容,被彻底地“开除宪法籍”,不再具有作为宪法的资格。因为在纯粹的“元规则”逻辑看来,只有能缔造“关于共识的共识”或保障“构建审议政治的框架”,才配作为“元规则”意义上的宪法。^[71]在此问题上,简单批评陈氏、姜氏“太过理论”“不符中国实践”或许未得要领。面对《宪法》的多元内容、目标,面对中国幅员辽阔、利益复杂的客观现实,他们的论述深刻揭示了中国宪法的另一种逻辑,也凸显了其无法回避的“两难”困境:中国宪法如何既作为积极繁衍的“母法”,又作为消极内敛的“根本法”?

(四)全面实施还是“片面实施”:公法、母法的矛盾根源

接下来要讨论一个经典问题:在中国语境下,“母法”“公法”有冲突吗?其矛盾根源何在?

说“中国宪法是公法”,论述繁多、角度各异。但在这里,笔者只想从“自由保障法”这个角度入手。毕竟,无论近代还是当下中国,当人们说出“宪法是公法”这个命题时,其核心关切很

[66] 参见肖蔚云:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社1986年版,第18—20页。

[67] 参见沈岿:“宪法规范层次论:一种解释方法”,《清华法学》2012年第5期,第5页。

[68] 参见陈端洪,见前注[39],第486页。

[69] 表面上看,陈景辉、姜峰都拒绝使用“根本法”概念,但实际上,由于陈、姜都不约而同地追问“什么才有资格作为元规则”,其内在逻辑与(元规则意义上的)“根本法”是一致的。

[70] 陈景辉认为,如此才能使民主政治和法治原则在同一套系统中共存,既各司其职,又互相支持。参见陈景辉,见前注[6],第302页。

[71] 参见陈景辉,见前注[6],第296、302页;姜峰,见前注[5],第99页。

大程度上在于“如何通过宪法保障自由”。那么,社会主义中国宪法如何看待“保障自由”?

社会主义宪法并不拒绝“保障自由”,只是它有着独特的制度逻辑与规范表达。如果我们把1918年《苏俄宪法》视为某种“理念类型”的起源,可以发现它具有如下特征:①它试图实现“真正的自由”,亦即劳动者的普遍解放、自由的平等实现;②它强调国家在“真正实现”这些自由时发挥的保障作用与积极功能。^[72]这种“通过国家实现自由”的宪法逻辑,亦被我国宪法所接续。例如“五四宪法”就规定“国家供给必需的物质上的便利,以保证公民享受这些自由”;^[73]现行宪法虽然未对权利作“物质保证”,但也并未因此轻视国家在实现公民自由方面的积极作用。^[74]更值得注意的是,现行宪法诞生于深刻反思文革教训的背景下,不仅将公民权利结构性地置于国家机构前,更规定了人格尊严、人身自由、通信自由等“基础性自由”,落实这些自由,是现行宪法建构未来国家的根本目标之一。考察这一脉络,至少可以得出如下结论:社会主义中国宪法不仅不反对“保障自由”,更视其为引领国家生活的总方针。在此意义上,我国宪法所保障的一切自由既是消极的(对公民而言),又是积极的(对国家而言)。

这种独特的制度逻辑,赋予了我国宪法上的基本权利以双重属性:它既是公民的“主观权利”,又是作为国家目标的“客观法”纲领。这个新版本的“双重属性”,不仅是在社会主义背景下提出的“本土化”宪法表达,也揭示了中国的“公法”“母法”并非必然矛盾,更有携手的可能。相比德国经典理论,“纲领条款”作为“客观法”无法同时是“主观权利”,两者是对立且分离的。^[75]但在中国,由于宪法的“纲领”具有整体性,基本权利作为“总纲的延伸”,^[76]本身就决定着国家的目标和方向。不妨借用王理万的表述,用“现在时、将来时的双重时间指向”^[77]来指称这种“双重属性”的逻辑:宪法既以主观公权利保障每个公民的“当下自由”,亦以实现这种自由作为国家的根本目标,指引着社会主义国家权力不断形成“未来自由”。

基本权利既积极又消极的“双重属性”,可以解释我国宪法与部门法关系中的一些独特问题。比如,为什么宪法“人格尊严”会影响着民法人格权?又比如,为什么中国的“个人信息权”要强调“国家保护”面向?再比如,如何看待我国基本权利的保障模式?其实,从“双重属性”出发,我国宪法对基本权利采取了绝对、相对的双重保障模式,它既有消极防御的合宪性审查,又通过部门法的积极繁衍,实现部门法对宪法权利的“具体化”。它们互为犄角,共同保障、实现着公民“当下”与“未来”的自由。理想状态下,人们甚至可以展望:宪法“总纲”作为“基本权利”的“制度性保障”和“制度性供给”,不断将宪法“将来时”的目标转化为公民“当下”可请求的主观权利。^[78]这是一种富有潜力的中国宪法权利保障模式。

[72] 参见1918年《苏俄宪法》第13—17条的表述形式:“为保障劳动者享有真正的(信仰、表达、集会、结社等)自由”,随后阐明国家对实现该目标的保障(如实行政教分离、建造集会场所等)。

[73] 参见1954年《宪法》第87、91—96条。

[74] 参见肖蔚云,见前注[66],第136页。

[75] 参见王锴,见前注[24],第30页。

[76] 参见彭真,见前注[57]。

[77] 参见王理万,见前注[48],第34页。

[78] 参见王理万,见前注[48],第32页。

但另一方面，“双重属性”也蕴含着一种结构性的隐忧：倘若对宪法的实施不是全面的，而是片面甚至偏颇的；倘若部门法在“具体化”宪法的过程中结构性地遗忘“保障自由”，无视其同为国家根本目的，反而将某种片面、扭曲的“国家目标”当作扩权的藉口，不断侵吞公民“未来的自由”；另一方面，倘若基本权利的“现在时”救济（作为主观公权利）又因种种原因受阻，使公民无法用它们保障“当下的自由”，那么当两者叠加在一起时，保障自由的“双重保障”就被“双双架空”了，或者说，社会主义宪法的“自由保障”逻辑被“双重抛弃”了。在本世纪初，有人批判“宪法私法化”是“避重就轻”；〔79〕再后来，有人批判“合宪性解释”是“舍本逐末”；〔80〕李海平的“分类具体化”，主张宪法即使要作“母法”也应聚焦“公共”领域——其实这些观点无不是在追问：中国宪法中的“自由保障”逻辑究竟被置于何处？固然，现行宪法作为转型时期的改革宪法，其中蕴含的多元目标、多元价值之间存在张力。惟其如此，如同成员众多的大家庭中，为“母”者不可偏心，“家庭成员”方能和谐共处。在中国语境下，公法、母法矛盾的根源就在于：宪法被“片面实施”了。当“保障自由”逻辑无法构成国家权力运作的限制性目的，甚至被结构性地忽视时，母法越是偏颇地繁衍增殖，与“自由保障”的公法逻辑冲突就越严重。

四、从“本体论”解开矛盾：哲学诠释学的若干启示

母法、根本法、公法，它们共存于中国宪法之中，却又可能彼此矛盾，这意味着什么？正如文首所言，这并不是一种普通的理论矛盾，而是宪法“基础逻辑”的矛盾，是一种前提性的矛盾。由于这种矛盾，即使我们拥有着同一部《宪法》，我们也可能执“宪法”之一象而求，最终答案咫尺千里。随着我国法典化运动的推进，这种宪法本体论矛盾将会在未来以各种形态反复出现，不断形成“各说各话”的冲突。解决矛盾，遂为必须。

（一）本体论思维与“历史的偶然”

面对矛盾，一种颇具诱惑力的思维是：通过“科学”方法“去伪存真”，找到宪法唯一正确的“本体”，否定其它错误的“本体”。在当下论战中，可以看到一些学者仿佛从宪法的“科学定律”出发，推导着宪法的“理论必然”。如此一来，宪法学就成了一种类似“病理学”的自然科学。就像专业医生可以无视“民科”那样，如果“母法”等观念被证明为“历史的偶然”，或是一种“不科学、不严谨的通俗说法”，〔81〕那么，把这种误解逐出宪法，矛盾也就不复存在了。

然而，这种看似“元理论”（meta-theory）的理论断言，还需要面对一个更“元”的追问：我们如何把握宪法的“存在”？能否用对待“科学定律”的态度，去对待宪法的“存在”？

以“科学”自居的宪法思维并非始于今日。早在奥斯丁（John Austin）创立分析法学时，他

〔79〕 参见林来梵、朱玉霞：“错位与暗合——试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向”，《浙江社会科学》2007年第1期，第83页。

〔80〕 参见王锴：“合宪性解释之反思”，《法学家》2015年第1期，第45页；黄卉：“合宪性解释及其理论检讨”，《中国法学》2014年第1期，第285页。

〔81〕 参见夏正林：“宪法的‘根本法’说之辩立——驳‘母法’说”，《西南政法大学学报》2023年第2期，第57页。

正是基于“较为自然地观察法律的客观存在”的“科学思维”，展开了对自然法学传统的批判。^{〔82〕}这是一种模仿近代自然科学的理论努力。不过，其思维却并非是近代的。它的本体论根源，亦即把握事物“存在”的思维，在西方有着更为古老的传统。^{〔83〕}它认为事物的千变万化的“现象”背后，有着某种超越时间的“本质”，或者说，人们应当探索无时间性的普遍“真理”，超越那些非本质的“偶然”。近代以实证归纳为基础“(自然)科学思维”，其根源正是这种两千年前的柏拉图“本质主义”思维的变种：在时间中成形毁败、变动不居的种种具体事物，只是某种偶然的、不可靠的“摹本”，人们唯有到达“理念”的真理高度，才能真正把握事物的“存在”。^{〔84〕}两千多年来，“本质主义”发挥着“日全食”式的影响，渗透在整个西方文明中，也体现在近代科学的思维建构上。^{〔85〕}在这种思维下，人们可能会像观察物理现象那样去对待“宪法”：把宪法当作客观的“观察对象”，从中归纳出某种放之四海而皆准、超越时间(历史)的“宪法真理”。这不是个别学者的问题，而是受近代自然科学思维影响、流传至今的一种思维现象。

全面反省近代科学思维，这超出了本文的篇幅允许。本文也无意反省它是否适用于人文科学，类似古典经济学把“人的本质”总结为“理性人”那样是否真正“科学”。这里要探讨在宪法(学)内部，自居“本质必然”，而将宪法其它维度都贬低为“历史的偶然”，这会产生怎样的后果？法理论并非“纯理论”，倘若以“科学”或“本质”之名，片面地强化宪法的一个维度，排斥或否定其它维度的存在，这种单向度思维，可能在一个国家导致严重的实践后果。在美国宪法史上，正是由于片面强调“一阶/二阶”区分，“社会歧视”被认为是宪法不应涉足的“琐事”，由此形成了最早的“州行为理论”与“隔离但平等”的法理，为美国近百年的种族隔离提供了宪法背书；^{〔86〕}片面强化宪法的“根本”逻辑，也使得施米特的“决断论”沦为了纳粹的理论帮凶……这些不远的殷鉴，都揭示了一种单向度的宪法思维的负面后果。

反思“本质主义”对视域的化约、封闭，正是以海德格尔、伽达默尔(Hans-Georg Gadamer)为代表的哲学诠释学的核心关切。在哲学诠释学看来，“存在”依赖于“时间”，更准确地说，它依赖于人类在“时间”(历史)中对于事物意义的“解释”(Auslegung/interpretation)。因为正是解释背后流淌着的、人在历史中形成的种种“意义”，决定了事物“是”或“作为”(als/as)如此这般的“存在”，且这种解释在时间(历史)中循环往复，生生不息。^{〔87〕}事物之“存在”的意义解释演进，根本上也是人的历史的演进。因此，任何事物的“本体论”，就是对它意义的“诠释

〔82〕 参见刘星：“重读奥姆斯的《法理学的范围》”，《环球法律评论》2002年第1期，第122页。

〔83〕 参见海德格尔，见前注〔9〕，第4页。

〔84〕 (古希腊)柏拉图：《理想国》，郭斌和译，商务印书馆1986年版，第391—396、275—280页。

〔85〕 参见吴国盛：“海德格尔与科学哲学”，《自然辩证法研究》1998年9期，第2页；俞吾金：“形而上学发展史上的三次翻转——海德格尔形而上学之思的启迪”，《中国社会科学》2009年第6期，第4页。

〔86〕 片面强调“二阶规则”逻辑与美国近百年种族隔离的关系，这需要另文分析。明确采用该逻辑的司法实践，参见美国“民权系列案”，Civil Rights Cases, 109 U. S. 3, 20 (1883)。

〔87〕 海德格尔，见前注〔9〕，第213—218页；(德)伽达默尔：《真理与方法》，洪汉鼎译，商务印书馆2009年版，第377—385页。

学”。〔88〕这种思路也被现代法学所借鉴,人们通过哲学诠释学,反思近代法学对某种“本质”的迷思。〔89〕

面对“多元复合”的中国宪法,我们应如何把握其“存在”?在这个问题上,单向度思维是值得警惕的。它可能以“科学”或“本质”为名,粗暴地垄断宪法解释,并将其它宪法意义放逐。人们可以反问:凭什么?凭什么一种自身也是形成于历史中(且其历史有不少教训)的理解,却能将中国社会主义的宪法实践、美国反歧视的《民权法》、德国的“纲领条款”都贬斥为宪法历史中的“偶然”?在我们已经揭示了中国宪法三重“本体”的背景下,单向度思维之误,在于它片面强调宪法的唯一“本质”,无视其它“本体”背后同样有着值得重视的历史与意义脉络。它可能导致结构性地抹杀中国宪法的社会主义传承,忽视“多元”背后的“根本”,或者遗忘了中国宪法同样是“自由保障法”。李海平正是发现了单向度思维的弊病,才会提倡“一体化解释”的思维。但需要被“一体化解释”的范围显然可以进一步扩充。面对母法、公法、根本法这三重“本体”的并存,我们或许可以从哲学诠释学中获得若干启迪。

(二)宪法语言与解释

在哲学诠释学思维中,我们应当放弃对宪法“本质”的拜物教迷思,放弃基于该“本质”对宪法得出“唯一正确解释”的方法论冲动,把重点放到宪法的语言上,让母法、公法、根本法各自的视域,在对语言的解释中彼此对话。

哲学诠释学认为:“语言是存在之家”,“能被理解的存在就是语言”。〔90〕语言不是“个人的”而是“对话的”。语言不属于“我”的领域,而属于“我们”的领域。〔91〕没有任何人能够垄断语言“唯一正确的含义”,相反,语言的存在与解释,正是为了让各种不同的视域有“交互对话”的框架与可能。如果我们不从“本质”而是从“语言解释”的角度去看待,那么母法、根本法、公法各自代表着一种不同的视域,可以围绕着具体的宪法语言,形成不同的解释方案。

宪法语言,当然首先是指《宪法》的文本语言。我们应当首先尊重实定宪法明确记载的文本。如果某条款的宪法语言就是“一阶”或“具体”的(比如人大任期规定),或者它就是涵盖了“私领域”(如“人格尊严”条款),我们应尊重文本形成背后的历史视域,而不应武断地根据某种宪法“本质”,质疑这些宪法文本“不是(或不配是)宪法”。《宪法》文本之外,也有一些并未出现在正式文本中的语言概念,同样构成了宪法语言的一部分,如“单一制”“法律保留”等。以“法律保留”为例,在传统西方“公法”视域中,它的主要意义是防范行政权。但如果结合中国式的“母法”“公法”视域,那么中国的“法律保留”就能够被解释为一种合宪性控制的“纵向”机制:宪法虽然要求各层级立法积极地“具体化”,但对于地方人大而言,“具体化”的领域、方式等都是受限的。〔92〕这也解释了为何“基本民事制度”不属于地方立法范围,倘若地方性立法对《民法

〔88〕 海德格尔,见前注〔9〕,第512页。

〔89〕 对此思路的简要介绍,参见郑永流:“出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系”,《法学研究》2002年第3期,第21—36页。

〔90〕 (德)海德格尔,《路标》,商务印书馆2000年版,第366页;伽达默尔,见前注〔87〕,第667页。

〔91〕 (德)伽达默尔:《哲学解释学》,夏镇平译,上海译文出版社2004年版,第66—67页。

〔92〕 这种视角的探索,参见俞祺:“央地关系中的法律保留”,《中国法学》2023年第2期,第189页。

典》“解法典化”，这不仅是民法问题，更是宪法问题。总之，围绕着宪法语言，不同的解释视域即使“横看成岭侧成峰”，却都能围绕着语言的解释“有的放矢”，最终，这些视域可能彼此融合，共同汇聚成我们对中国宪法的解释。

关注语言背后的意义（而非抽象地讨论宪法“本质”），对于深化理解宪法的某一维度也大有裨益。比如《宪法》第22条“文物保护”条款，看似并不“根本”，只是“普通事务”。然而，如果我们能看到它对“文革”大肆破坏历史文物行径的反思，就可进一步解释：保护本国的文化遗产，这件事对于一个共同体而言是否“根本”？如果这在八十年代是“根本的”，那么今天我们如何保持其“根本性”？当与具体的宪法语言结合在一起时，“陈景辉之问”对于“母法”逻辑的批判，也将转为一种探讨何为“共同体根本”的内敛性反思，这种对话、探讨的反思，对于解释具体宪法条款是非常有益的。哲学诠释学并不会否认任何一种宪法“本体”，它只是强调要用“对话”代替“断言”，或者说，是要追求一种“启发性”“治疗性”的对话过程，反对单一视域的垄断，追求不同视域彼此的融合。^[93] 宪法的生命力也正是在这种对话中不断发展。

因此，与其说本文试图一劳永逸地提出母法、根本法、公法三者的矛盾解决方案，不如说是要清理出让它们对话的框架。一些初步的思考是：①应尊重母法。如前所言，“母法”是理解社会中国宪法最为重要的“前理解”。即使它有种种不足，批评也应该是“尊重前理解的对话”，而非彻底否认它。尊重母法的积极繁衍逻辑，意味着应重视立法对宪法的发展，尤其重视在部门法领域，立法可能在“实施宪法中”与宪法交互发展。民法对人格权问题的探索，行政法对行政权组织、行为、救济的探索等，均属于此。②在宪法内部，界定“根本/非根本”规范。相比于对宪法整体作全称判断，我们不妨结合宪法某条款的具体语言，在宪法内部进一步界定“根本/非根本”规范，并进行区别对待（例如，禁止轻易修改、强调价值序列上优先等）。对“根本法”的界定，也有助于缓解对“公法”的僵化理解。在域外，如果一种民事权利或制度足够“根本”，以至于它“决定着自由与奴役的本质区别”，那么它同样可能具有宪法性。^[94] 如果说“母法”是宪法内容扩张的“发动机”，“根本法”则是内敛性的“刹车”，两者协调，一方面可以避免部门法内容无限制地涌入宪法，另一方面则筛选出部门法中的“根本”内容，并将之纳入宪法。至于如何判断“根本”的标准，“二阶规则”“公共审议框架”等亦构成不同的解释视角，供解释者所参考。③准确界定“国家目标”。如前所言，在中国语境下，母法与公法的矛盾并非是不可调和的。关键在于，我们要将“保障自由”“尊重和保障人权”等融入“国家目标”，构成母法积极繁衍逻辑的目的约束，使国家主义、个人主义的张力在这种解释学中得到安置。面对风险时代、数字时代的背景变迁，一方面国家介入社会、保护个体的需求日益凸显；另一方面，也需要“人的尊严”这种根本规范，作为国家权力扩张的目的性约束。^[95] 如果对“国家目标”的解释本身就以人权

[93] William N. Eskridge, “Gadamer/Statutory Interpretation,” *Columbia Law Review*, Vol. 90, No. 3, 1990, p. 679.

[94] *Civil Rights Cases*, 109 U. S. 3, 22 (1883).

[95] 参见王锡锌：“数治与法治：数字行政的法治约束”，《中国人民大学学报》2022年第6期，第25—26页。

的实现为目的,那么关于宪法过度侵入私法领域的担忧或许是多余的:“私法自治”背后是国家保障自由的目的,国家即使介入私域,亦需要有正当的国家目标作为理由,且对这种国家目标的解释,仍应受到“自由保障”逻辑的限制。

五、结 论

中国的现行宪法,是多条意义脉络、多重制度逻辑的复合。它们如同多条江河,最终共同汇聚成我们的宪法,并继续流向远方。“多元复合”的宪法本体矛盾,是宪法与部门法关系争议的渊藪。然而,只有看到矛盾、承认矛盾,才能最终在宪法语言中安置矛盾、解决矛盾。本文初步梳理了母法、根本法、公法这三种互有张力的宪法“本体”。未来讨论中,我们可以沿此三种逻辑提出不同的理论命题,彼此提问、对话。当然,宪法“本体”的矛盾,并非仅限于三者之间。篇幅所限,本文未曾讨论的“最高法”问题,就关涉到“形式宪法”“实质宪法”矛盾的解决。对于这种矛盾,本体论思维同样是有意义的。本文呼吁:宪法学或许应当接过一个法理学的议题:诠释学与法解释学的关系。“多元复合”的中国宪法必然存在着诸多“本体”的内在张力,如不能解决这种张力,势必有害宪法整合共同体的重要功能。其实近年来,已经有宪法学者对“诠释学循环”等哲学诠释学方法进行了探索。^[96] 将哲学诠释学作为一种宪法解释的理论基础,或是一种有着潜力的探索方向。

Abstract: The key to constitutional law's relationship with departmental law lies in its ontological foundation. There are three conflicting ontological conceptions behind the Chinese constitution. First, the “mother law” (socialist programme) embodies a logic of the “positive constitution” centered on national goals. Second, the “fundamental law” represents a passive meta-rule logic. Third, the “public law” (liberty-safeguarding law) holds the potential for dual-layered freedom protection. However, partial enforcement may lead to significant conflicts with the mother law. The key to resolving these contradictions is through “ontology.” From a philosophical hermeneutical standpoint, we must attend to the constitution's “being and time,” respecting the historical significance underpinning its ontology and fostering their mutual dialogue within the interpretation of constitutional language.

Key Words: Constitution; Ontology; Mother Law; Fundamental Law; Public Law

(责任编辑:彭 鐔)

[96] 参见张翔,见前注〔2〕,第31—33页;杜强强:“符合法律的宪法解释与宪法发展”,《中国法学》2022年1期,第119页。