

第三辑

熬了规范主义的药言

谁是中国施米特？^{*}

有关陈端洪教授一篇文章的课堂评论

对于陈端洪教授的《论宪法作为国家的根本法与高级法》这篇文章，大家讨论得很好。现在我来总结一下，或者干脆从我个人的角度试加评论一下。我知道，我们一些同学在关注陈端洪教授的这篇文章，我呢，无论是从与陈教授的个人私交的角度，还是从学术兴趣的角度，也都对这篇文章予以高度的重视。今天也应该借此机会谈谈个人的看法。这些看法可以归纳为以下十点。当然，我承认，这“十点”的形成是比较刻意的，是凑合成十点的，并不是说刚好有十点，因为如果要全面具体分析的话，可能引发的问题就会更多。

众人皆醉我独醒？

第一，我认为这篇文章非常有力地批判了目前基本上已经“弦断无人听”的“宪法司法化”潮流。本来，“宪法司法化”本身早已式微了，几乎折戟沉沙了的，无论是其司法活动的基本动向，还是明确主

^{*} 这是根据作者于2009年春季学期在浙江大学法学院所开设的《宪法学专题研究》课程中的一段发言整理而成的，并有一些必要的文字订正。

张“宪法司法化”的黄松有大法官最近恰好“落马”的事件,都表明了这一点。但需要强调的是,陈端洪先生仍然从学理的角度给予“宪法司法化”非常有力的、根本的批判,这是此文的成功之处之一。这里所谓的“学理”,不光指的是法教义学意义上的学理,比如说根据我国现行宪法的规定,法院并没有违宪审查权,所以断定“宪法司法化”是行不通的,云云。类似这样的观点,在前几年,早已有之,而且这样的持论者不乏其人,可以说,我也持有这样的立场。但我也很清楚,这样的观点也可能面临这样的追问:既然障碍只是在于宪法上没有依据,而不在于司法审查制度本身的妥当性及其在中国的适应性,那么我们是否可以从立法论的角度主张修改一下宪法,把违宪审查权直接赋予法院。然而,陈文的论证结构并没有这么单纯,他的论述达到了更为根本的层面,即:就是将违宪审查权赋予法院也不行,主要原因是中国现行宪法的内部结构决定了这样的。这就使得有关问题被进一步深化了,尽管被深化了之后的分析结论是否妥帖是一个问题,但这也是另外一个问题,而将问题深化了的这一点本身,就已经具有一定的学术意义。

第二,在此延长线上,此文从正面的立场,回答了当今中国宪法在适用当中所遇到的巨大困境的潜因。推而广之,也就是颇为深刻地分析了宪法的实效性所面临的困境,以及相关的成因。我觉得这一点上,陈文也是颇为成功的。当然,之所以说此文是从“正面的立场”作了解答,是因为作者论述的结果,似乎并不为此而焦虑,相反,他偏向于以“众人皆醉我独醒”的态度,止于做规范内在原因的客观说明。

第三,在方法上,陈文有可能是典型地反映了政治宪法学研究范式的一篇文章。应该说,宽泛意义上的政治宪法学的研究在迄今中国已不乏先例。但是,许多政治宪法学的研究也未必具有典范性,有些甚至比较幼稚,尚处于未能与政治意识形态严格区分的蒙昧状态之中,也没有明确的、独立的法学方法论意识。当然,从陈端洪教授的此文中,我们同样未能断言他已经具备了明确的政治宪法学的方法论意识,但是就这篇文章而言,无论人们同意还是不同意,在我看来,它是迄今为止在中国的许多同类研究当中最能典型反映政治宪法学研究方法和进路的一篇力作,为我们当今中国的宪法学打开了一片新视野。

第四,基于其方法上的倾向,这篇文章主要采用的应是一种描述性的分析,而且这种描述也具有相当的魅力,尤其是其文字新奇、沉郁。当然,在这一点上,就可能存在一些问题了,如文脉存在跳跃和断裂。正像许多同学在讨论中都提到的那样,包括S同学刚才指出的那样,甚至在同一篇文章当中,作者的部分观点还存在着需要说明的前后矛盾。其实这个文风也可能反映出了作者本人在学术观点上仍存在一定的主观性和任意性。这也说明,不要以为采用了所谓社会科学方法的方法,就真的会达至“科学”的境界,其实对因果关系的描述,同样也蕴藏着一种“解释”,蕴藏着“解释”所固有的主观性,更何况在后现代主义看来,现实本身也可视为一种“文本”。在这一点,力图作客观分析的研究方法,或者标榜要作科学分析的研究方法,其实与我们通常所用的法规范解释之类的规范分析方法,就具有相同的宿命,都可能涉及价值判断问题,为此也都可能具有主观性。为

此,问题的关键不在于你的研究有没有主观性,而在于你如何对待主观性的态度。在这一点上,陈端洪教授自然还没有方法论上的自觉,也就是,或许他私下可能意识到自觉结论是具有主观性的,其中夹了一些“私货”,但由于受到政治宪法学的影响,他对这一点在方法论上则没有意识,也就是说,他没有考虑到这样一些问题,比如:研究者是否可以放任那种主观性;如果不可,那么如何克服或超越主观性?

施米特式的断言

第五,作者对宪法序言的片面推重,也可能存在问题。据说,作者曾经表示过,现行宪法这一整部宪法,也就只有序言才是重要的。这可能深刻地洞见了我国现行宪法原本作为一种“政治宣言”的特性,但我觉得,这种特性即使是一种事实,也不是唯一的,更不应该将其夸大之后加以接纳。而在陈端洪教授的观念当中,似乎存在了以宪法序言本身为核心对象的研究取向。在这一点上,我觉得这种观点,首先显然有违我国现行宪法作为一种成文宪法所拥有的那种形式结构意义,人们可以轻易地诘问你:你说宪法序言是最重要,但难道规定了社会主义制度、规定了一切权力属于人民、规定了人民代表大会制的总纲部分就不重要吗?后面规定的公民的基本权利和国家机构的规定都不重要了吗?这恐怕就属于价值判断的问题了,不能轻易断言。其次,这种“唯序言重要说”,还可能违背了这部宪法在这个转型时代之中自我展开的历史趋向,我个人就觉得:我们时代正在呼唤宪法的规范性了,千千万万的人民大众,也正在,或期待着将这部宪法,或者这部宪法的某一个条款作为自己权利诉求的“护身

符”呢！

第六，陈教授对五个“根本法”的内容及其序列的认定。大家都记得，他所说的五个“根本法”，按照他所说的“优先秩序”依次是：中国人民在中国共产党的领导下、社会主义、民主集中制、现代化建设、基本权利保障。但这种说法在学术上可能具有一定的任意性，主要表现在：首先，陈端洪教授不理睬大家平常所用的根本法的概念及其含义，他自己决定，所谓“根本法”就是“习惯奉行的、不受质疑的价值和做法”。姑且不论他所说的这五个“根本法”是否真的“不受质疑”，就说他对“根本法”的理解就是随意的，自我的。其实，德国纳粹时期“桂冠法学家”施米特，就曾经在他的《宪法学说》一书中，梳理了“根本法”这一概念在西方国家古往今来的九种不同含义，而如果按照陈端洪教授的含义，他所用的“根本法”乍一看似乎比较接近于其中的第五种，即相当于宪法中的“根本规范”，或又类似于我们通常所说的宪法的基本原则，但实际上是分散地使用了施米特所归纳的那几种有关根本法的定义，也就是说，其含义大多是施米特以前欧洲历史上的各种说法，现在未必普遍适用。但陈端洪教授不用“宪法的基本原则”这个我们大家都在用的说法，而代之以“根本法”这个有歧义的概念，却没有说明这个来历。他在这里好像布下了一个陷阱，等着你批评他这个概念用法不当，然后他猛然指出在施米特的定义中，根本法就具有多样性。不得不说，这样的做法，在学术规范上是相当随意的。其次，还体现在他没有、也无法说明：为什么只有他所看上的这五个“根本法”才是“根本法”，而不是四个或者六个“根本法”，以及它们之间为何存在他所摆出的那种价值序列，即他所说的“优先秩

序”。

第七,陈端洪教授的这篇文章似乎认同“党国一体化”的政治体制。但他的这个立场估计要倒退到20世纪80年代末以前中国政治学和宪法学有关研究的结论上去,甚至也有悖于当今我们正统的政治意识形态,也就是说连正统的政治意识形态都难以接受他这样的观点。其实,他对其所倾向于认同的党国一体化(即党的领导权的配置和国家权力的配置相统一)这种政治体制之正当性的论述,还是非常薄弱的。他也接受了施米特的一个理论,即将绝对宪法与宪法律区分开来,并且适用到对党国一体化政治体制的分析当中,可是他还不肯明确指出执政党的领导就是绝对宪法,但他的观点似乎暗含了将党的领导看作是绝对宪法中的政治决断这样一种意味。这可不是一个简单的理论问题,而是一个重大的理论问题,可能值得谨慎推敲。我们应该看到,陈端洪教授自己所看重的《宪法》序言第13段本身就明确规定:“……各政党和各社会团体……,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严,保证宪法实施的职责。”《宪法》第5条第4款也有类似的规定,其中第5款更明确规定:“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”这可以说是我国现行宪法的历史成就,也是它迄今在立宪主义方向上迈出的一个到达点,由此可以看出,一般很难接受陈端洪教授的上述观点,即使当今国家的正统的政治意识形态,估计也很难容受他的这个观点。

第八,陈端洪教授这篇文章当中所理解的制宪权理论可以说是过时的。有关制宪权理论,在宪法学上有一个长期的发展过程,其中不同阶段有不同的主流观点,简单说,制宪权的概念和理论是18世

纪法国的西耶斯最早提出来的，此后在德国纳粹时期的施米特那里得到了发展，他们的观点颇有许多不同，但都倾向于将制宪权看成是不受任何约束的权力。陈端洪教授完全接受了这个观点。这可能跟他长期钟情于卢梭的主权绝对主义理论有一定关系。然而在现代宪法学当中，这些理论都已经受到挑战，而且是来自主流宪法学说的挑战，比如，狄骥在 20 世纪初就对主权绝对主义提出了猛烈批判，20 世纪 50 年代日本宪法学家芦部信喜教授也在《宪法定权权力》一书中，全面梳理了制宪权理论的渊源、确立和转型，并对施米特的制宪权理论提出了严厉的批判。这些立场，基本上都是当今各国宪法学的主流观点，陈端洪教授没有注意到，这成为他立论的一个重要盲区。

第九，陈端洪教授提出了政治宪政主义的出路，来对抗“宪法司法化”这一进路所体现的法律宪政主义，但是他的政治宪政主义主要是来源于英国当下的一些观念，是否能适用于当下中国，与美国式的“宪法司法化”，同样很难说。甚至政治宪政主义这种主张在英国，也只是数种理论当中的一种，并且受到了较为有力的批评。甚至，陈端洪教授对政治宪政主义的出路的描述还是不够的。他提出了一个口号或者说谏言，即“政治的归政治，法律的归法律”，这个观点也容易引起人的误解，或者说它本身也存在误解。应该看到：宪政主义本身就是倾向于要将政治纳入法治的轨道，而“政治的归政治，法律的归法律”，本身就不能叫作宪政主义。既然陈端洪主张“政治宪政主义”，那就也有必要承认，必须遵从宪政主义的最起码的一个要求，即用法律尤其是宪法去约束政治权力，因此，政治的不可能完全归政治。

事实上,在各个立宪国家当中,大部分的政治权力和政治问题都可以纳入宪政约束的框架里。但是,也要看到:即使是“宪法司法化”,比如典型的美国式司法审查制度,在处理政治问题时,也不是乱来一气的,而是已经存在了一种叫作“政治问题”(political question)的原则,其做法就是:法院在受理宪法案件时,一般不受理那些涉及高度政治性的案件,而让这类案件由政治部门、即议会和行政机关去通过政治途径去解决。

规范主义的立场

第十,在思想立场以及方法上,陈端洪教授虽然也存在宪法文本的解释,但是其解释并非规范主义的解释,而是非规范主义,甚至反规范主义的。我认为,你反对“规范宪法学”是可以的,但不要全面反对规范主义本身。当然,何谓规范主义,这描述起来有点复杂。规范主义最初是一种政治哲学,但因为它与其他纯粹政治哲学一样,自身缺少一种实践运作能力,为此需要借重法的思想和技术,为此就进入法的领域。这样,规范主义也就被复杂化了,形成了这样一种结构,具体而言包含了三个层面:第一个层面,在方法技术上它主要属于一种解释学,是采用对法条的解释和适用,或者说规范解释和规范适用。但这只是规范主义的最低形态,从法学而言,这只是属于方法层面,其中甚至包含了琐细的技术要素。但为什么会如此呢,这是因为规范主义具有更加高级的第二个层面,即在价值立场上,规范主义基本上倾向于对法规范的遵从,即对规范保持敬意。当然,我觉得这里面有各种各样的具体方位:有纯粹的法教义学的,比如德国历史上