



#### 论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

#### > 论文精粹

## 叶海波：我国宪法学方法论争的理论脉络与基本共识

fali2 发表于： 2013-09-17 10:17 点击：196

摘要：规范宪法学运用规范主义的方法和谋略，选择性地“返回”人权规范，谋求以规范宪法整访非规范行为，政治宪法学以制宪权开篇，为政党决断权背书，宪法社会学采用功能分析方法，对超宪法行为作规范性认证。在方法、价值和观点上，三者截然对立，但深深嵌入我国的政治语境，形成某种形式的隐秘交锋和共识。我国宪法学应更进一步，直面政党国家的现实，围绕国家、政党和公民构建三元结构的宪法学理论，破解政党与宪法关系的僵局。

关键词：宪法学方法；规范宪法学；政治宪法学；社会宪法学

规范主义的宪法学方法在我国一经提出，便引发理论上的关注[1]作为对规范主义的回应，各种自称有别于规范主义的宪法理论次第呈现。其中，规范宪法学、政治宪法学和宪法社会学的暗辩耐人寻味[2]这场持续经年的学术争鸣促进了我国宪法学的方法自觉。[3]当下，

学术界对三者的理论回应主要以西方知识为智识渊源，聚焦三者间方法论的分歧，[4]忽视相互间的内在理论联系及其共享的政治背景。本文试图梳理三者的理论逻辑，揭示这场方法之争的“中国语境”和基本共识，并倡议我国宪法理论研究拓展的方向。

### 一、规范宪法学的方法与谋略

规范宪法学认为，我国宪法学基本上未意识到事实与价值、存在与当为间的紧张关系，以研究对象的政治性吞噬研究方法的规范性，或者从价值中推出事实，或者从事实中推出价值，将“社会科学的宪法学”演绎至无以复中的地步，是“有病的学科”，[5]我国宪法学应以革新方法，区隔研究方法与研究对象，以规范为焦点、终点和起点，在价值与规范间流连忘返，形成宪法理论[6]规范分析是规范宪法学的“独门暗器”。[7]经由这一独特的批判武器，宪法学方能形成彰显自我身份的理论品格，方可刹停宪法沦为政治的婢女和应声虫的历史风车。当然，仅有事实与价值分立的技艺和返回规范的雄心，并不足以避免宪法学踏进“同一条河流”。与“返回规范”相伴随的，是滑入凯尔森纯粹法学“陷阱”的阵阵隐忧。[8]规范宪法学的主张是“返回到适度的接近规范主义、但又不至于完全退到法律实证主义的那种立场。”[9]为了防止多退一步而跌入深渊，规范分析必须“在理论上首先确认权利规范在整个宪法规范中的价值核心地位，其次进而追求宪法规范向‘规范宪法’的升华。”[10]的质言之，返回规范便是返回宪法帝王条款——人权，而非其他。

规范宪法学的理论主张以二元方法论为方法基础，人权规范至上是其安全阀，经由方法到价值的华丽转身，规范宪法学跃升为人权宪法学，以区别于纯粹法学。也正是在这一步，规范宪法学收窄、甚至是对二元方法论的坚守。如所周知，价值与事实的分离包括价值与规范、规范与现实以及价值与现实相分离的三种逻辑形式，并且具体地包括他者的价值、规范与现实与己方价值规范的分离。若以此为标尺，规范宪法学显然不是一个彻底的二元方法论者。一方面，规范宪法学立基于人权政治理论，预设人权规范为宪法规范的核心，是直接从事人权价值的至上性推演出人权规范的至上性。另一方面，作为我国宪法学的省思者，规范宪法学在证成我国宪法人权规范的至上地位时，援引的主要证据是域外统治机构臣服于权利法案的宪政理论与实践。[11]这些“他者”的价值、规范和实践，于我国而言，是一个不言的事实，而非价值，[12]由之证成人权规范的至上性，正是其厉声批判的从事实导出价值的典型套路。规范宪法学从倡导二元方法论人手，不经意间1800大转弯，融二者为一体，必然削弱其理论的稳固度。但为了走出“凯尔森困境”，规范宪法学只能走向超实证(规范)主义。[13]规范宪法学从属于规范主义的阵营，延续了规范主义的“方法与谋略”[14]但方法与谋略服务于最终的价值。透过方法和谋略，方能理解规范宪法学的这种转变及其“中国底色”。

规范主义的历史谋略，以德国为例，一方面是讨好现行体制，另一方面是致力于肯认德国近代法治理念，通过具有可操作性和可预见性的规范限制公权力，特别是行政权；对于无法化解的民主主义课题，则以回避的策略加以处理，或者至多在规范主义的意义之上解决。[15] 质言之，规范主义的谋略是退一步进两步的“特洛伊木马”：承认实定法秩序，导人规范价值，驯服公权力。在具体操作上，规范主义的传统方法是外科分离术——将宪法上人权规范与反宪法因素分离，并配合“张扬”与“沉默”的技术——高歌规范价值，对强权不予认证。规范宪法学承认宪法秩序，认定人权规范为核心，倡导返回人权规范，力主宪法适用，“张扬”至极，无须赘言。[16] 对于人权规范之外的部分，特别是宪法中的异己力量，规范宪法学“沉默以待”。就现行宪法而言，政党权威与宪法至上严重冲突，政治宪法学从生存主义出发，确认我国执政党的政治决断大权，承认其超宪法权威。[17] 规范宪法学视之为宪法中“不可说”的部分，而“不可说”的原因在于“不必要说”，“仅仅认识了事实而已”。[18] 除却政党，规范宪法学对国家统治机构规范亦是选择性的“关注”，在我国学者林来梵教授所著《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》一书中，全国人民代表大会是唯一进入规范宪法学视野的国家机关。全国人民代表大会二位一体，既是最高国家权力机关，亦是立法机关，既是挑战宪法秩序的力量，[19] 亦是宪政秩序的可能推手。对此，规范宪法学巧妙地将最高国家权力机关的权力转换为违宪审查权，认定作为最高国家权力机关的全国人民代表大会可审查作为立法机关的全国人民代表大会的立法，以化解自我审查的困境。[20] 总之，规范宪法学发声的地方，恰是立宪主义出场的时刻，而立宪主义现身之处，恰是其可能立足之处。在此意义上，规范宪法学的谋略胜在规范分离和区隔，“规范选择”的色彩颇为浓厚。[21]

这种分离策略还有更广泛的运用。如果政党决断和人大主权是事实性的反规范力量，如何断言二者联手产生的我国现行宪法系以人权规范为核心对此追问，规范宪法学将文本与作者作适当的分离，认为“作为一种价值载体，宪法规范本身可具有价值中立的特性，因为它并不排除任何一种特定的价值，就好像一种单纯的容器”。[22] 若宪法规范形同未有填充物的容器，任何价值便可填入其中——特别是人权的普适价值，立宪者的独断地位便瞬间瓦解。不过，即便宪法规范是一个容器，各类价值均可能被导入其中，任何人亦无法轻易突破遣字造句的形式限制，立宪者因此占得先机。对此，规范宪法学的应对是，“规范所承载的价值并没有囊括所有的价值问题，只是将立宪者、立法者所认可的那部分价值通过一定的程序放在规范之内，在终极意义上，这种进入了规范的价值，若被放逐在价值判断的海洋中未必能获得终极的正确性。”[23] 针对立宪者事实上的决断力，规范宪法学十分强调价值与宪法规范的分离，认定制宪权的支配力并非立宪者价值的支配力。一旦提出规范内摄价值的正当性问题并断言规范内摄价值必须服从普适价值，规范宪法学的主张便呼之而出“人权神至尊”。[24]

规范宪法学主张对现有规范进行以设释学为核心方法的解释，并且将人权规范提升至核心规范的地位，其隐含的意图是通过人权规范的解释和适用实现对公权力的规制。鉴于我国现行宪法将执政党的名号置于宪法“序言”中，[25] 并明定任何政党均不得违反宪法和法律，执政党必须经由国家机关传达和实现其意志，因此，若公权力机关臣服于宪法，我国执政党亦将进入宪政的秩序。[26] 简言之，规范宪法学的谋略是秩序确认和规范分离，高举人权条款，为公权力划界，淡化和漠视宪法中的异己成分，以“虚化政党”的作法逼近规范宪法的坦途。本文认为，在阅读规范宪法学时，对规范主义的常用谋略不可不察，也正是在这个意义上，规范宪法学对二元方法论的倡导及其变通，相当程度地回应了我国的政治结构，使得规范宪法学的意义不仅限于规范方法的知识传播和规范分析的沙盘推演，而是以一种间接的方式嵌入我国现实。在此意义上，指责规范宪法学的理论无时代性的担当，是草率的。[27]

## 二、政治宪法学的续接与转挟

与规范宪法学一样，政治宪法学亦是从诊断我国宪法学人手，形成其理论主张。[28] 规范宪法学的追问聚焦于宪法学的方法，政治宪法学则追问“什么是真实的宪法问题”在政治宪法学眼中，我国宪法学主张司法宪政主义，研究假问题，回避我国宪法问题，是“悲哀的学问”。[29] 究其原因，主要在于研究者完全没有意识到非常政治与日常政治的区别。政治宪法学认为，“非常时期施密特”，“日常时期凯尔森”，一药治一病，我国宪政之道只能是经由政治决断、光荣革命，[30] 走向宪政时代。依其理解，我国正处于非常政治的例外时期，宪法学研究者却不自知地研究规范宪法，妄想通过违宪审查实现宪法的权威，化解我国宪法实效不足的困境，完全是以日常政治的宪法理论应对非常政治下的宪法问题，不啻于是“关公战秦琼”的时空穿越。返回规范宪法的史前期，祭出制宪权的大旗，由执政党领导人民走向规范宪法，便是政治宪法学的药方。[31] 断定当下我国居于非常政治时期，便是宣判宪法文本的死刑，自然会招致文本主义和规范主义的批判。但详加比较，不难发现，政治宪法学并非凭空胡思乱想，勿宁是在回答规范宪法学留下的问题，并将规范宪法学未曾直面的政党国家问题拧上台面予以剖断。

规范宪法学认为，市场经济和改革开放可能孕生我国的规范宪法，而其形成，归根到底有赖于“宪法制定权力的作用”，即“一种与实在的力的关系密不可分的东西。”[32] 然则，对于我国的“宪法制定权力”，规范宪法学未置一辞，[33] 政治宪法学随之产生，并以找寻这种“力”为职志。于庶民而言，这种“力”是显然异见的，但政治宪法学乃

理论创造，故必定从无数的洁问开始。政治宪法学首先抛出的问题是“宪法从何而来”[34]政治宪法学自问自答宪法是制宪权的结果，制宪权“是常态的发端”，[35]孕育着规范宪法的状态。在制宪权的功能问题上，规范宪法学和政治宪法学十分合拍。不过，于规范宪法学而言，这是探索的终点，点明即可，剩余的是期待市场经济和改革开放的“创世纪”孕育规范宪法的新天地。若再进一步，便沦为“事实”作规范认证，为其规范方法所不允许。但制宪权只是政治宪法学理论探索的开始，并且，刚续上这一话题，政治宪法学便加足马力奔向政治决断。短暂的理论共识之后是激烈的对峙。

借助西方经典文献，政治宪法学认为，制宪权是对政治存在形式的总决断权，应属于人民。不过，政治宪法学只是盗用了人民的名义而已。这里的“人民”并非可以辨识的个体，而是一群相当数量的孤立个体联合形成的政治体。主权在民实际是主权在政治体。随之，政治宪法学将制宪权行使作阶段性划分，认定主权行使过程包括两个重要的阶段，一个是直接民主阶段，一个是间接民主时期，二者之间是过渡性的最后一次人民集会。经由这种阶段性的划分，主权被一分为二总决断权和具体的宪法制定权，且人民行使总决断权之后，方有代表对具体制宪权的行使。所谓制宪权，主要指政治体的总决断权，它不受时空限制，“罕有的情况下的特定时间”[36]是其唯一的政治法则。除此之外，人民隐身而不退场，在场而不显身，垂帘听政，除非罕有时刻到来。[37]概而言之，政治宪法学的理论其实相当直接皇上主政，太后听政垂帘掀起时，皇上靠边站。与规范宪法学倡导规范宪法的终极性和至上性不同，政治宪法学确立了民族共同体的绝对存在及总决断权的至上性，使之与规范宪法相区分，形成永恒的紧张与对立。

规范主义的策略是树起人权神，放逐宪法中的异己力量，谋求对公权力和政治实力的宪法规制。政治宪法学则相反，在其理论中，宪定权和人权只是政治实体总决断权的随从。关键的问题便不再是人权解释和权力规制，而是总决断权的具体行使“立宪时刻的再现，就是民主神的降临，罕见而又自由无碍。”[38]规范宪法学的人权神只是政治宪法学民主神的脾女。回归中国的现实，政治宪法学断定“中国共产党是中国人民的代表，这是一个基本的政治事实，也是根本的宪法原则。”[39]在塑造总决断者的神庙后，政治宪法学立即将执政党安置其中，并进而据此批评规范宪法学错把“制宪权的经常性代表视为宪定权或人民的普通代表，企图用宪法规范来衡量、约束其行为。殊不知，制宪权的代表被置于国民或民族的地位，天然地不受制于宪法。对他们而言，‘违宪’不唯是一个没有意义的说法，更是错误的指责。”[40]我国执政党在某种程度上无限制地行使主权性权力，这是事实，但现行宪法确立法治国原则，明确规定各政党必须遵守宪法和法律，意在约束政党的恣意行为，政治宪法学将政党主权上升为宪法根本规范，显然放弃了基本的法学立场和价值底线。尽管这一理论也意识到，“除非万不得已，不要运用人民的制宪权……如果制宪权永远活动，日常政治就没有可能，这无异于否定政治社会的可能性”，[41]但若这一底线被突破，亦无需震惊。政治宪法学必沦为“主权宪法学”。[42]政治宪法学的理论完全无视这一政治现实，虽然回应了政党国家的现实，确认了我国人民在执政党领导下的总决断权，但然后呢，等待“戈多”？[43]

### 三、宪法社会学的寻觅与宿命

在方法上，规范宪法学主张价值与事实的二元分离，倡导返回人权规范，价值、规范和事实是相当关键的概念。在规范宪法学中，“价值”乃当为，“事实”指实存，前者表现为规范性命题，后者则以描述性命题出现，但“规范”并无确切的指向。如所周知，相对于应然价值，委身于法律文本中的规范是事实，较之于活生生的现实，文本中记载的宪法规范则是价值。在广义上，应然价值和文本规范均为“规范”。规范宪法学所言及的返回规范，既包括文本中的人权规范，更包括返回人权价值，但倡导主要立足于文本规范达成对人权价值的论证。可否返回宪法中的其他规范，如现行宪法的“序言”或者“总纲”政治宪法学恰是如此。规范宪法学视之为核心的人权规范，在政治宪法学中，居于最次的序位。[44]若不能圆通地解释人权规范与其他规范的位阶关系，断然确认人权规范的至上性，必然导致宪法文本的碎片化，政治宪法学便拾起规范宪法学扔下的一页，独自成章。规范宪法学对何谓规范的语焉不详及缺乏说服力的规范选择，为政治宪法学留下了空间，亦同样面临宪法社会学的追问。

宪法社会学认为，中国存在一种有宪法无宪政的悖论，这是宪法学研究完全忽视宪法文本外的“真实宪法”和“实效宪法”的结果，而宪法学研究中的概念主义、形式主义和文本主义，则强化了这种“主题背离”。[45]宪法社会学主张采用价值中立的社会学方法，调查现实生活中的宪法，既坚持从成文宪法出发的解释，丰富中国宪法秩序的规范意涵，又超越成文宪法，从政治实践中探究和发现已经运行的不成文宪法规则，为其正名，助其逐步上升为成文宪法的一部分。宪法社会学认为，我国真实宪法探索的重点不是规范宪法学置重的以人权保障为目的、由法院适用的“法院宪法”，而应当是组建政治共同体的“政治宪法”，前者只能在后者的框架下存在。[46]宪法社会学的主张隐藏着对规范宪法学的洁问返回规范是否仅指返回文本中的规范或者说，是否仅有宪法文本中的规范才是宪法规范显然，宪法社会学否认文本宪法的唯一性和至上性。

宪法社会学的理论要点是采用“一种基于历史一经验的功能分析方法来研究‘实效宪法’[47]在类似社会调查的

基础上摸清“在现实政治生活中真实存在的宪法规则或宪法规范”)[48]这一方法的基本逻辑是重复即为有效,有效即为规则,事实的重复性与规则的成立乃一体两面,或者说事实即是规范。在这一点上,宪法社会学明显区别于规范宪法法学,后者将经由特定立宪程序确立的文本视为宪法规范的来源,对宪法规范与政治事实作明确区分,为宪法规制政治实力构筑前提。宪法社会学则径直将二者等同。依其理解,不断重复的历史事实构成宪法规则,或者说应当确认为宪法规范,并继续得到遵守。确认这等规则是否在为超宪法权力背书这显然取决于宪法社会学者寻觅规则的那双“法眼”是否装上立宪主义的过滤网。不过,宪法社会学宣称以科学家的准则从事田野调查式的规范寻觅工作,其过滤网是现实有效性,故其极可能走向规范宪法学所批判的形式法治,即德国历史上出现的那种纯粹规则至上的法治—只管火车准时到点,不问绿皮厢中为何物。宪法社会学所觅见的数条规则,如我国执政党的领导、全国人民代表大会应为“橡皮图章”、“三位一体”等,充分暴露其理论盲点。

我国执政党应当领导——现实中我国执政党确实遵守这一规则,切实地从政治、思想和组织等层面实施领导权全国人民代表大会应为“橡皮图章”—全国人民代表大会确实遵守了

这一规则,充分追认了执政党的基本政策。党的总书记、国家主席和军委主席应三位一体,绝大多数时候这三者确是一体,一人执掌党政军大权。这些在实践中重复的事实,涉及权力归属和分配,具有权力界分的功能,但这种权力界分的根本目的是以最有效的方式确保执政党的绝对领导,事实上难以抵御权力滥用的情形。因此,宪法社会学的实效论与立宪主义相去甚远。

现实的情况是,在一个非宪政国家,不成文宪法更多的是以确认超宪法权力为核心内容。在理论层面,对于这种超宪法权力规范,宪法社会学只能确认,而确认这些事实为规范,只不过是为其超规范地位作规范性的修饰。在非宪政国家,宪法社会学必然落入决断主义的白巢。事实上,宪法社会学与政治宪法学征用了共同的术语—“政治宪法”,并在核心论断上的高度契合。社会宪法学同样断定我国执政党领导下的多党合作与政治协商制度“是新中国的‘根本法’”,“是中国的‘第一根本法’,是中华人民共和国得以构成的‘绝对宪法’。”[49]

“绝对宪法论”使宪法社会学的形式法治立场完全沦为形式,其与政治宪法学可能存在的一点差别亦消失殆尽,宪法社会学最终成为现实合法性的说辞——“政治问题的实质决断权属于中国共产党领导下的各党派之间的政治协商,而全国人民代表大会及其常务委员会要对中国共产党在经过民主协商之后所做出的政治决定给予法律程序上的背书,从而将党的政治决定法律化和国家化,将政党的政治意志上升为国家意志,在国家和成文宪法意义上获得最高的法律效力。在这种宪政结构中,全国人民代表大会及其常务委员会只能发挥‘橡皮图章’的作用。”[50]

本文将政治宪法学与宪法社会学视作不同的理论主张,并区别对待,乃是因为政治宪法学从制宪权人手,直奔政治决断主义,必然以确认、维护超宪法的总决断权为终局,即使在其他的国家,其结局亦如此。质言之,政治宪法学具有立场、方法和结论的普遍性,本质上是否弃规范权威的决断主义,而宪法社会学则因其社会调查的方法运用于“中国”对象后,只能导致此一具有“中国特色”的结论,即方法具有普遍性,结论具有多样性,具体结论因一国是否确立宪政秩序而异。对这种区别,我们不可视而不见。这恰是宪法社会学所具有的独特价值—宪法文本研究不可无视政治实践。对于规范宪法学而言,宪法社会学提出了一个值得重视的问题如果宪法文本是执政党关于宪法价值的直接表达,执政党的重复行为是否是一种值得重视的价值表达如果说价值表达需要遵循某种法定程序,经由政党内部程序做出的决定是否必然被排除在外?质言之,在我国,成文宪法典何以具有相对于不成文规则的优先性和至上性?

#### 四、隐藏的共识

规范宪法学、政治宪法学和宪法社会学、特别是规范宪法学与后二者之间,存在着尖锐的方法对立。规范宪法学坚守价值与事实二元分离的方法论,以人的尊严为核心价值,[51]致力于维护宪法和宪法学对政治实力的独立性。政治宪法学和宪法社会学基本上无视二元方法论,在特定的主权结构中,人权被矮化。可以说,无论是方法还是立场,规范宪法学、政治宪法学、宪法社会学间有直接和明显的对峙。这些是当下学术界关注的焦点,但对这些焦点过于关注则可能夸大了三者的区别与对立,导致三者间的某些共性和共识被忽略,如政治宪法学和规范宪法学都承认我国并非宪政国家,都对制宪权功能的关注和认同、宪法社会学对宪法典和形式法治的承认等。有鉴于此,有研究将三者融合,提出我国宪法实施的三个面向,试图将规范宪法学、政治宪法学和宪法社会学熔为一炉,为我国宪法实施铺就一条政治、社会与法律并举的道路,并倡导三种理论互相借鉴、相互矫正户。[52]这一解读将三种理论置于我国宪法实施的语境之中,揭示了三者的共同面向—我国宪法,因而区别于其他一些凸现差异和对立的评论,隐含着一种共识性的解读。

无论智识资源有何区别,三种理论均旨在回应我国的宪法问题。在人类历史上,权力专断、践踏尊严曾是较普遍的现象,至今亦未绝迹,我国的宪法问题仍是如何制约公权力。但其特殊性在于,在我国,执政党的名号为宪法所固定,执政党领导全体人民建设国家。鉴于历史上执政党亦曾因权力高度集中而发动“使党、国家和人民遭到建国以来最严重的挫折和损失”的“文化大革命”,[53]我国宪政建设的关键,本质上是如何实现宪法对执政党及其领导的国家机

关的至上地位。无论规范宪法学、政治宪法学和宪法社会学是否直接涉及执政党的权力及地位问题，均是以此不言自明的问题作为前提，并直接或间接作出回应。三种宪法理论均是从反思我国宪法学研究人手，以调查病症、确定病因和开具药方的方式建立相关理论，均宣称自己是我国宪法学革新之路。因此，即便规范宪法学的相关成果通篇未提及执政党，其理论指向仍是如何通过人权规范的合理解释实现对我国政党的法律规范。政治宪法学和宪法社会学的理论则直接以执政党为研究对象。相较于规范宪法学的隐晦和迂回，这二者的立场更鲜明，主张更明确，论断更具本土气息。总之，三种理论分享一个共同的历史情景，本文称之为“中国宪法学的政党语境”，这亦是隐藏于三种理论背后的基本共识。规范宪法学的特点是在国家权力和公民权利对峙的构架下，谋求以“人权神”的指引，实现对公权力和政治实力的法律规制政治宪法学则通过构筑政治体与宪法的降序权威格局、缔造“民主神”，善良地期待两种权威和谐共处共进，实现规范宪法的目标宪法社会学则建立了文本规范与不成文规范并立的宪法渊源结构，谋求通过二者的互动达至实效宪法的结局。三者均建立了二元的宪法理论结构—国家权力和公民权利、政治决断权绝对宪法和宪定权宪法法律、相对宪法、成文宪法和不成文宪法。在这种二元对峙的理论结构中，政党与宪法的关系获得不同的理论安排，理论景观各异。

规范宪法学建立了“党在宪法下”的理论模式，其要核是“人权至上”与“政党自限”，根本目标是实现宪法对于政党的权威地位。规范宪法学以近代宪法典的内容结构为样本，高举人权价值，设定人权规范的核心地位，以限制国家权力为职志。[54]欧美宪法多先于政党产生，政党屈服于宪法之下，通过选举进入国家机关，多数国家未在宪法中设定条文规范政党，[55]仍形成政党法治的美景。规范宪法学以这些经典宪法和宪政模范国家为样本，理论上自然未顾及、事实上也无须关注政党—既然政党凭借国家机关而实现其意志，政党为体，国家机关为衣，确定衣服的尺寸，造就宪政的“铁衣”，政党自然居于宪法之下。因此，在宪法学研究中，政党不会是相关的研究对象。规范主义宪法学宣称，“宪法学的问题基本上都能在宪法学的内部解决，但是宪法问题未必都能在宪法学内部解决”。[56]大概在其视野之内，我国政党问题非宪法学所能解决，因此选择集体性沉默来消解政党与规范宪法间的紧张关系。然则，理论上对政党问题的漠视，无法替代实践中政党对宪法权威的侵蚀。不直接回应现实，理论便会“像水面上漂浮着的一层油，很难溶合到中国问题的活水中去”。[57]若一味对我国政党问题保持沉默，规范宪法学亦可能被指责存在“油水”问题。[58]

政治宪法学建立了“党在宪法上”的理论模式，其核心是政党代表、政党主权和政党决断，承认政党超越宪法的地位及其政治决断权。这种理论认定宪法典的正当性源于政党的决断大权，政党时刻注视着宪法典，双重权威及其“差序格局”，[59]是其要点。宪法典是在父辈监视下行事的子辈，政党登场，宪法死亡。政治宪法学认定规范宪法学具有强烈的“彼岸”取向，遂聚焦当下，以现行宪法“序言”作为分析的重点，将“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”列为我国宪法的五条核心规范。引发激烈争议的是，在政治宪法学中，为规范宪法学所膜拜的“人权神”成为可有可无的尾巴，而规范宪法学极力隐去的主体——政党——却执掌主权，居于首位。这是一种视政党为宪政引擎的“党在宪法上”的现代化理论，遵循的是存在即合理的事实论逻辑。质言之，政治宪法学认为，政党的现代化决断是我国走向规范宪法时代的关键，而宪法学的使命在于揭示这一点。“党在宪法上”的路径，实际上将未来交给一个不可掌控的外在力量，[60]宪法的命运因此蒙上厚厚的阴影。

如果说政治宪法学将“党”和“国”加以区别的话，宪法社会学则建立了“党即宪法”的同一性理论。某一主体持续地以同一行为模式行事，主观上可能存在“应当如此”的价值判断，但宪法社会学将此种“可能”等同于“必然”。根据这一主张，执政党以重复性政治行为和党规党法表达的意志被视为宪法，与宪法典一道，成为宪法的主要渊源，宪法典便由此丧失至上的位阶。执政党独占主权是这一推断产生的客观基础。我国宪法完全按照执政党的指示产生并予以修订，其实质内容表达了执政党的意志。既然宪法典是执政党的语言，执政党的政治行为和党规党法亦是其意志的表达，缘何二者在我国法律体系中的地位犹如天地之隔于是，宪法社会学对此种“文本癖”和“形式癖”提出严厉的批评，并草就几条不成文宪法规范。“宪法是统治者意志的集中体现”恰如其分地表达了宪法社会学的实质宪法观。将宪法规范的渊源从经由特定程序而产生的法律文本扩展到制宪权主体的其他行为模式，本质上是将制宪权主体—执政党—等同于宪法，乃典型的“党即宪法”的观点。另外，宪法社会学亦必然面临这样的追问在当下我国，作为执政党意志之体现的宪法典未能具有至上的实效力，宪法社会学所冀望的不成文宪法，何以能避免同样的命运？

## 五、我国宪法学研究的展望走向政党宪法学

规范宪法学虽未曾直接处理政党与宪法的关系问题，但其潜在意图是以国家机构的法治化整合政党的超宪法行为，政治宪法学和宪法社会学则直接回应了我国政党的宪法地位问题，视执政党为超宪法机关是其共同之处。三者事实上深深嵌入我国特定的政党语境之中。揭开规范宪法学、政治宪法学和宪法社会学方法之争的面纱，不难发现，三者就政党问题形成某种形式的隐秘交锋，政党国家作为事实前提被承认。但此种共识仅限于事实论层面，方法和价值立场的

争议十分激烈。本文认为，政党问题是我国宪法学的核心议题，但政党的宪法学理论不可背离立宪主义的价值准则，且只有坚守这一立场，各种理论方能互为镜鉴、各自调适。政治宪法学和宪法社会学紧盯我国的政党问题，抓住了我国宪法面临的政治挑战，但寄望于政党决断，有可能第二次踏入“同一条河流”。规范宪法学应当采取直面现实的理论行动，漠视政党问题只会侵蚀其理论的实践价值。传统国家与公民二元对峙的理论结构遮蔽了政党国家的现实，导致宪法学完全丧失了关于政党问题的理论自觉。我国未来的宪法学研究应充分运用规范分析的方法，拓展视界，聚焦政党现象，围绕政党、国家和公民的三元结构，构建“党在宪法下”的政党宪法学。[61]政治宪法学和宪法社会学曾提出围绕政党形成我国宪法理论的明确主张，[62]有将政党转换为宪法学核心研究对象的意图。这是值得珍视的努力，亦是我国宪法学应当全力迈进的方向。

注释：

[1] 参见李琦：“在规范与价值之间一评《从宪法规范到规范宪法—规范宪法学的一种前言》”，《法学家》年第一期。

[2] 本文为行文方便，以规范宪法学、政治宪法学和社会宪法学指称这些理论主张，并非在流派的意义上使用这些用语。

[3] 参见韩大元：“中国宪法学方法论的学术倾向与问题意识”，《中国法学》2008年第1期。

[4] 参见李忠夏“中国宪法学方法论反思”，《法学研究》2011年第2期。参见郑毅：“政治宪法学与规范宪法学的分野—兼评陈端洪教授新作《制宪权与根本法》”，《中国图书评论》2010年第12期。参见林来梵：“中国宪法学的现状与展望”，《法学研究》2011年第6期。

[5] 林来梵：“宪法学的方法与谋略”，《公法研究》2007年卷。

[6] 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。

[7] 同上，第39页。

[8] 凯尔森拒绝追问根本规范的正当性，实质是放逐基本价值，实定法最终沦为极权的帮凶。德国基本法回归人的尊严的基本价值，规范政党组织和行为，堵塞了形式法治的后门。See Carl J. Schneider, Political parties and the German Basic Law of 1949, the Western Political Quarterly, Vol. 10, No. 3(Sept., 1957), pp 527-540.

[9] 前注（6），林来梵书，绪论，第4页。

[10] 前注（6），林来梵书，绪论，第10页。

[11] 同上，第67-74页。

[12] 我国学者王人博教授在《宪政的中国之道》探讨了“宪政”一语演在中国的演变，清晰地展现了“他者”的价值、规范与中国价值的区隔。参见王人博：《宪政的中国之道》，山东人民出版社2003年版。

[13] 参见前注（4），李忠夏文。

[14] 前注（5），林来梵文。

[15] “凯尔森回避政治这个态度本身隐含两种政治意义，一是用法治约束民主的政治价值观，二是学术政治策略，以回避难题的方法营建法学的帝国。”参见陈端洪：《制宪权与根本法》，中国法制出版社2010年版，第4页。

[16] 参见《从宪法规范到规范宪法》一书第65至255页（共190页，全书430页）是关于人权规范的解释学说。

[17] 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年第4期。

[18] 陈端洪、高全喜、林来梵：“政治宪法学与规范宪法学‘对话’实录”，《公法研究》2011年第2期。

[19] 关于全国人民代表大会的宪法地位，一说为总括机关，全国人民代表大会概括性地享有一切国家权力，一说为人民主权所在和主权行使机关，另一说为全国人民代表大会是宪定最高国家权力机关，而非国家最高权力机关。参见韩大元：“检察机关性质的宪法文本分析”，《国家检察官学院学报》2005年第3期。邹平学：《中国代表制度改革的实证研究》，重庆出版社2005年版，第6-7页。郭道晖：“论人大权力与人民权力—关于人大制度的法理思考”，《甘肃政法学院学报》2012年第2期。

[20] 参见前注（6），林来梵书，第341页。

[21] 其弱点是，不同的理论可能有不同的规范选择。如政治宪法学选择以现行宪法“序言”构筑宪法根本规范，承认政党主权。参见前注（17），陈端洪文。

[22] 参见前注（6），林来梵书，第6-7页。

[23] 韩大元、林来梵、郑磊“宪法解释学与规范宪法学的对话”，《浙江学刊》2008年第2期。

[24] 陈端洪公开宣称，走向规范宪法，必须乞灵于“民主神”。参见前注（15），陈端洪书，第页。这里比照性地造用“人权神”用语，以凸显人权价值在规范宪法学中的核心地位。

[25]1982年宪法断然抛弃了年和年的作法，将“中国共产党”的名号限定于宪法的“序言”，至少表明了党政分开的意图。

[26]若按照《中华人民共和国公务员法》的规定，中国党务工作者亦为公务员。因此，规范宪法学未单独处理的政党问题亦可能包含在“公权力”的范畴之中。

[27]政治宪法学认为，当下的宪法学只是在等待日常政治的到来，不能促成非常政治向日常政治转化，缺乏基本的担当。参见前注〔18〕，陈端洪、高全喜、林来梵文。

[28]政治宪法学内部陈氏一脉与高氏一脉的根本区别在于，前者直奔决断主义，后者内涵以宪法规制利维坦的规范主义立场。同上注。有鉴于此，本部分对高氏一脉不涉及。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》哲学社会科学版年第期。高全喜《从非常政治到日常政治——论现时代的政治及其他》，中国法制出版社2009年版。韩秀义：“中国宪法实施的三个面相——在政治宪法学、宪法社会学与规范宪法学之间”，《开放时代》2012年第4期。

[29]前注〔18〕，陈端洪、高全喜、林来梵文。

[30]参见前注〔28〕，高全喜书，第3-54页。

[31]政治宪法学者指责规范宪法学只是在等待日常政治的到来，缺乏现实担当。参见前注〔18〕，陈端洪、高全喜、林来梵文。

[32]前注〔6〕，林来梵书，第284-285、290页。

[33]面对建立规范宪法这个时代性问题，规范宪法学的答案一与第二编关于基本权利规范的解读相比一在篇幅上竟只有区区六十个页面，约占《从宪法规范到规范宪法》的巧。规范宪法学将这个问题拱手相让。

[34]前注〔15〕，陈端洪书，第2页。

[35]同上，第14页。

[36]同上，第177页。

[37]同上，第103页以下。

[38]同上，第166页。

[39]同上，第24页。

[40]同上，第21页。

[41]同上，第165页。

[42]对卡尔·施密特的批评亦适用于政治宪法学。See Howse, Robert; From Legitimacy to Dictatorship-And Back Again; Leo Strauss's Critique of the Anti-Liberalism of Carl Schmitt, 10 Can. J.L. & Jurisprudence 77(1997). 新近对政治宪法学的反思性研究可参见郑琪：“论制宪权、人民与宪法——与陈端洪教授一起思考并反对他”，《开放时代》2012年第11期。

[43]这一追问似乎也同样适用于规范宪法学。规范宪法学描述了中国宪法的未来，“戈多”清晰可见，但然后呢，“等待”？

[44]参见前注〔17〕，陈端洪文。

[45]更为严厉的批评是“规范主义者总是试图用法律程序技术过滤掉‘普遍性规范’中的历史和政治意涵。这种事后的‘消毒’工作就像给私生子领取合法出身证明一样，乃是为了掩盖其卑贱或非法的起源，这其实颇有些皇帝新装的嘲讽意味。”强世功：“中国宪政模式巴克对中国‘单一政党宪政国’体制的研究”，《中外法学》2009年第12期。

[46]参见强世功：“中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角”，《开放时代》以为年第期。

[47]同上注。

[48]同上注。

[49]前注〔45〕，强世功文。

[50]同上注。

[51]参见林来梵：“人的尊严与人格尊严——兼论中国宪法第38条的解释方案”，《浙江社会科学》2008年第3期。

[52]参见前注〔28〕，韩秀义文。

[53]“关于建国以来党的若干历史问题的决议”，载人民网[http://cpc. people. com. cn/GB/64162/64168/64563/65374/4526453. html](http://cpc.people.com.cn/GB/64162/64168/64563/65374/4526453.html)，最后访问时间：2012年7月7日。

[54]参见前注〔6〕，林来梵书，第67-68页。

[55]德国和法国宪法例外。事实上，在宪法中规定政党，已经成为现代宪法的趋势之一。参见叶海波：《政党立宪研究》，厦门大学出版社2009年版。

[56]前注〔18〕，陈端洪、高全喜、林来梵文。

[57]前注〔4〕，林来梵文。

[58]政治宪法学批评我国宪法学不研究中国问题，专门研究假问题。前注〔18〕，陈端洪、高全喜、林来梵文。

[59]对我国单一制下的“差序格局”的实践解读请参见田雷“‘差序格局’、反定型化与未完全理论化合意—中国宪政模式的一种叙述纲要”，《中外法学》2012年第5期。

[60]若有明君圣主能推进我国的现代化，政治宪法学应该不会反对。在这一点，政治宪法学与世纪年代末新权威主义论者应有共同语言。但我国的现实表明，新权威带来的是社会危机四伏。

[61]二十年前，刘大生便提出“党主立宪”的观点，但学术界的回应寥寥无几，我国宪法学确实可以被认为是“有病的学科”。参见刘大生：“党主立宪：是什么，不是什么”，《江苏警官学院学报》2008年第1期。

[62]参见前注〔15〕，陈端洪书，第162页；前注〔45〕，强世功文。

（叶海波：深圳大学港澳基本法研究中心、法学院副教授，法学博士。本文原载于《清华法学》2013年第3期。）

来源：北大公法网