

思想紛爭篇

01

CHAPTER
第一章

政治憲法學的興起與嬗變

關於中國大陸近幾年興起的政治憲法學，由於其熔鑄古今的思想及具強烈的現實感，已經引起了國內外學界的廣泛關注，作為倡導者之一，在當今中國社會面臨政制大變革的關鍵時期，我感覺有必要對眾說紛紜的「政治憲法學」做一番梳理，揭示其蓬勃興起的緣由、問題意識、基本觀念和基本主張，以及與其他憲法學派別的論戰，政治憲法學內部的紛爭，進而勾勒其未來可能的理論前景。

一、政治憲法學的出場

政治憲法學作為一個思想學術派別真正浮出水面，應該說是2008年。這一年，北京大學的陳端洪教授在《中外法學》發表了〈論憲法作為國家的根本法與高級法〉一文。¹ 該文甫一發表，就引起憲法學界的廣泛爭議和批評。對於陳端洪的問題意識和方法論，我是贊同的，但對於他的具體觀點，我有很大的質疑。隨後，我在北航法學沙龍做了「政治憲政主義與司法憲政主義」的演講，提出了我對政治憲法學的理解，並正面對陳端洪之論展開了學術批評。此後，我和陳端洪在中國人民大學法學院、清華大學法學院、北京大學法學院和北京航空航天大學法學院，分別做了多場演講和討論，主題涉及政治憲法學的一系列問題，諸如革命與憲法、制憲權、人民出場、憲法學與政治學之關係，等等。對於我們來說，這些學術演講和討論，並

1. 參閱陳端洪（2008）。〈論憲法作為國家的根本法與高級法〉，《中外法學》。4期，485-511頁。

非僅僅是展示政治憲法學，而是試圖與國內的規範憲法學以及憲法解釋學形成對話，因此，我們有意識地在人民大學和清華大學兩家法學院，也即是中國憲法解釋學和規範憲法學的重鎮，展開討論，並邀請了韓大元、林來梵、任劍濤、姚中秋，以及其他眾多年輕法政學者參加。² 從某種意義上說，上述演講和討論，並沒有形成政治憲法學與規範憲法學以及憲法解釋學之間的富有建設性的理論對話，只是衝擊了中國主流憲法學的研究氛圍，綻露出一些重大的、一直被主流憲法學遮掩的中國憲制問題。

以2008年陳端洪的論文為標誌，政治憲法學正式出場，但作為一種法政思想的問題意識以及憲法方法論，其在中國大陸的興起則要早得多。我自己在多年前結束有關西方政治思想史的研究後，就轉入政治憲法學的思考，討論過政治社會、憲法政治、共和政體、民族主義和國家利益諸問題，2008年以《現代政制五論》為題出版，在此前我還出版了相關的一系列著作，例如：《何種政治？誰之現代性？》（2007）、《我的軛——在政治與法律之間》（2007）。陳端洪多年來一直致力於憲法

-
2. 基本對話狀況為：（1）陳端洪受邀赴清華大學法學院主講「憲法學的知識界碑——政治學者和憲法學者關於制憲權的對話」（2010年4月10日），林來梵教授和高全喜教授擔任主評議人整個討論過程的文字稿發表於《公法研究》第十卷，林來梵另有對話感想發表於《法學家茶座》，由此確立「規範憲法學/政治憲法學」的基本學術對話格局；（2）高全喜教授受邀赴人民大學法學院主講「憲法與革命及中國憲制問題」（2010年5月7日），陳端洪參與評議人大法學院韓大元、胡錦光等教授進行總結；（3）高全喜教授「憲制發生學」系列演講，分別是「人民也會腐化墮落：政治憲法學的視角」（北京大學法學院，2010年6月26日）、「戰爭、革命與憲法」（中國政法大學法學院，2010年10月19日；浙江大學法學院，2010年10月24日）、「財富、財產權與憲法」（清華大學法學院，2010年10月14日；浙江大學法學院，2010年10月25日；中國青年政治學院，2010年11月18日）；「心靈、宗教與憲法」（浙江大學法學院，2011年11月25日；洪範法律與經濟研究所，2011年12月20日）；「政治憲法學視野中的《清帝遜位詔書》」（北京大學法學院，2011年4月26日；浙江大學法學院，2011年11月25日），等等；（4）與政治學界、政治思想史學界的對話，即「國家構建與政治憲法學」主題研討會（《戰略與管理》編輯部，2010年11月1日）；「制憲權與根本法」學術研討會（北京大學，2010年10月22日）。更加完整的學術史的考察與分析可參閱田飛龍（2012）：《政治憲政主義——中國憲政轉型的另一種進路》，北京大學，博士論文。

學的非主流性研究，2007年結集出版《憲治與主權》，他的很多政治憲法學思考概念皆源於此書。還有年輕學者翟小波的論文：〈憲法是關於主權的真實規則〉（2004）、〈代議機關至上，還是司法化〉（2006）。2008年至今，伴隨着政治憲法學作為一個思想流派的出場並流傳，以及百年中國法政歷史的現實感應及激發，一系列政治憲法學的著述陸續發表或出版，一時之間，蔚為大觀。例如，代表作有：拙著《從非常政治到日常政治》（2009）、翟小波的《論我國憲法的實施制度》（2009）、《人民的憲法》（2009）、陳端洪的《制憲權與根本法》（2010）、拙著《立憲時刻：論〈清帝遜位詔書〉》、拙文：〈憲法與革命及中國憲制問題〉（2010）、〈戰爭、革命與憲法〉（2011）、〈財富、財產權與憲法〉（2011）、〈論革命的法理學〉（2010）、〈心靈、宗教與憲法〉（2012），我與陳端洪等人的〈國家構建與政治憲法學〉（2010）、與田飛龍對談的〈政治憲法學的問題、定位與方法〉（2011），以及〈八二憲法與現代中國憲政的演進〉（2012），等等。此外，諸如姚中秋的《現代中國的立國之道》（2010）、《中國變革之道》（2012）、許章潤的《現代中國的國家理性》（2012）、強世功的論文〈中國憲法中的不成文憲法〉（2009）等著述，也都被歸入廣義的政治憲法學之列。³

3. 國內理論界關於政治憲法學的評論乃至研究，已經不單單限於報刊媒體，近期逐漸開始進入學術層面，例如李忠夏（2011）。〈中國憲法學方法論反思〉，《法學研究》。1期，160–173頁；《蘇州大學學報》2011年第3期有一組政治憲法學專題論文，包括：〈政治憲法學的問題、定位與方法〉（高全喜、田飛龍）、〈憲法本體性：政治性、規範性抑或解釋性？〉（范進學、張玉潔）、〈我們處於什麼時代——簡析規範憲法學與政治憲法學之根本分歧〉（鄭磊）、〈論憲法的規範性〉（楊陳）、〈政治憲法學的中國式表達〉（汪祥勝）；《開放時代》雜誌近幾期陸續發表多篇與政治憲法學有關的文章，比如〈政治哲學的根本問題〉（吳冠軍，2011年第2期）、〈法秩序與政治決斷——有關『政治憲法學』的批判性檢討〉（吳彥，2012年第2期）、〈中國憲法實施的三個面向——在政治憲法學、憲法社會學與規範憲法學之間〉（韓秀義，2012年第4期）。據悉目前已經有數篇憲法學、法理學與政治學的博士學位論文便以政治憲法學為研究主題，如北京大學法學院的田飛龍的博士論文便是《政治憲政主義——中國憲政轉型的另一種進路》。此外，拙著《立憲時刻：論〈清帝遜位詔書〉》以政治憲法學為理論基礎，在2011年的辛亥革命百年紀念中，產生了重大的理論影響，從某種意義上拓展了中國立憲史研究的視野和邊界，引起了廣泛的討論與回應。

當今中國的憲法學研究，儘管依然是主流的意識形態憲法學、憲法解釋學和規範憲法學佔據主導地位，⁴ 但隨着這幾年政治憲法學的興起，原先的舊有格局開始被逐漸打破，一種新的思想理論路向以及概念體系、方式方法，乃至問題意識、價值取向，開始湧現出來。有人說，政治憲法學吹皺了一潭清水，也有人說，政治憲法學破除了語義學的沉悶。但無論怎麼說，我覺得政治憲法學以其尖銳的思想和現實感，戳穿了中國憲法學研究的學術偽裝，迫使我們的憲法學人面對真實的中國憲制（包括曲折挫敗的百年中國憲制），而不再是一味躲進紙質的憲法條文和西方諸國的憲法規範裏自我沉吟，探幽覽勝。⁵ 當然，正像我一再指出的，政治憲法學只是一種問題意識和憲法學的方法論，作為一個學術流派，並不意味着我們對於中國憲制的認識就是一致的，也不意味着我們與上述三種主流的憲法學截然對立。中國問題是複雜的。例如，陳端洪關於中國憲法的五大根本法及其排序，就與意識形態的主流憲法學具有某種價值上的親和性，而強世功關於中國憲法中的不成文憲法的觀點，則更是從一種新的視角捍衛了傳統意識形態憲法學的黨制國家的理論，至於我的觀點，則從一開始就強調政治憲法學的規範性，我認為現代中國正處於一種從非常政治到日常政治的憲制轉變時期，剖析這個國家的憲制結構及其背後的動力機制，要比單純研究保障不力的法條層面的規範性更有意義。

儘管如此，政治憲法學畢竟與上述三個憲法學主流有着重大的不同，在我看來，這個不同集中體現在問題意識與方法論上，也就是說，政治憲法學以「政治憲法」為中國憲法學的核心問題，通過一種生命—結構主義的方法論，而試圖對中國的百年憲制，尤其是中國共

4. 關於中國憲法學理論流派的一個更為細緻的分析，參閱田飛龍（2009）。〈中國憲法學理論流派的形成〉，《山東大學法律評論》。山東：山東大學出版社。6輯，頁54-77。

5. 參閱田飛龍（2011）。〈百年共和與政治憲法學的雄心〉，《新產經》。2期。

產黨領導中國人民創制的共和國憲法，給予一種真實的揭示，並訴求其未來的憲制改革。政治憲法學的問題意識與憲法方法論，使其與主流的意識形態憲法學、憲法解釋學及規範憲法學有了根本性的區別，政治憲法學不再關注憲法條文的規範性解釋，也不直接援引政治性的意識形態口號，也不看重憲法的司法化改革路向，⁶ 而是直指中國憲法的結構、創制權，及其背後的憲法精神以及內在的動力機制，並把這些問題歸結為「政治憲法」的議題。這樣一來，「政治性」就成為政治憲法學的一個中心概念，政治與憲法的關係就成為政治憲法學的中心問題，與此相關，立法權（而不是司法權）就成為政治憲法學的核心問題，人民、革命、制憲（而不是法官、司法、權利）就成為政治憲法學考慮的關鍵點，如何把政治憲法納入一個現代國家的立憲精神的有機結構之中，並揭示其內在的發生、擴展乃至衰落的法則，就促使政治憲法學採用一種有機主義的方法論，我稱之為「生命—結構主義」的方法論，指的是政治憲法學並不把憲制視為一種完全機械的制度，而是視為一種富有生命的制度，其中包含着立憲者的激情、理性與決斷，是一個政治民族（國族）的實踐性產物。

當然，由於政治憲法學內部的思想性張力，關於何為「政治憲法」之「政治性」與「憲法性」，何為「生命—結構主義」方法論的現實性與規範性，還是呈現出很大的不同。例如陳端洪對於「政治」的理解就與我的理解有很大的差異，對於「現實性」與「規範性」的着重點，我們也有很大的分歧，由此導致我們對於「政治憲法」的

6. 這是一種司法憲政主義的規範性訴求，是憲法解釋學與規範憲法學共用的制度願景，曾以「憲法司法化」的名義在本世紀初掀起一場轟轟烈烈的對美國憲政模式的「普通法革命」式的制度模仿，這一模仿過程已經不單單是學界的學理性呼籲，而同時得到了中國最高司法機關中的精英法官的呼應，有關典型文獻為王磊（2000）。《憲法的司法化》。北京：中國政法大學出版社；黃松有（2001）。〈憲法司法化及其意義——從最高人民法院今天的一個「批覆」談起〉，《人民法院報》。8月13日。

一系列觀念、價值取向，甚至政治憲法學的整體性認識存在着嚴重的歧異，用我的話來說，我們兩人分別代表着政治憲法學的「左」和「右」，我們之間的差別，從某種意義上遠遠大於我們與規範憲法學及憲法解釋學之間的差別。

但無論如何，我們仍然同屬於政治憲法學，因為我們的問題意識是相同的，我們的方法論也是相同的，我們都把憲法視為一種「政治憲法」，認為百年中國憲制體現着民族（國族）的政治意志與決斷及其理性選擇，中國的憲法學應該正視現代中國的人民主權，把握其隱含的人民、黨與憲法的根本性關係，揭示其從「生存的法則」到「自由的法則」的演進路向。⁷ 具體一點說，陳端洪的政治憲法學強調的是基於人民制憲權下的黨領導人民制憲的五大根本法，因而把黨的領導視為中國憲法的第一原則，翟小波強調的是代議機關至上的人民憲政與公議民主，所以他拒斥中國法制環境下的憲法司法化改革路向，而我則強調「自由憲政」及其「立憲時刻」，力圖揭示中國憲制的動力學機制，訴求一種從非常政治到日常政治的保守改良主義憲制道路。⁸

總之，評論界所謂的以陳端洪、翟小波和我為代表的政治憲法學（我稱之為狹義的政治憲法學），加上強世功為代表的黨制國家的憲

7. 對於此種演進路向，陳端洪曾予以明確的承認，參閱陳端洪（2008）。〈論憲法作為國家的根本法與高級法〉，《中外法學》。4期，485-511頁。

8. 陳端洪的「五大根本法」實際上構成了他的政治憲法學的核心規範，具有施米特意義上的「絕對憲法」意義，參閱陳端洪（2008）。〈論憲法作為國家的根本法與高級法〉，《中外法學》。4期，485-511頁；翟小波受英國政治憲法學影響較深，其關於中國憲法之政治實施路向的討論構成了他的政治憲法學的日常化的傾向與特色，參閱翟小波（2009）。《中國憲法的實施制度》。北京：中國法制出版社；對這一學術意圖的較好的理論把握與學術批評，參閱田飛龍（2011）。〈民主之中與民主之後——評翟小波的憲法民主化研究〉，見蘇力主編《法律書評》。第9輯。北京：北京大學出版社；我本人關於保守改良主義憲制框架的初步研究構成了我的政治憲法學的基本關懷與特色，參閱高全喜（2011）。《立憲時刻：論〈清帝遜位詔書〉》。桂林：廣西師範大學出版社。

法社會學，以及姚中秋為代表的儒家立憲建國論和許章潤為代表的基於國家理性的歷史法學（我稱之為廣義的政治憲法學），⁹ 這些林林總總的憲法思想，在近些年來格外活躍，論者們提出了各種不同於傳統三大主流憲法學的主張和觀點，形成了一股強勁的憲政思想潮流。在我看來，這些思想人物的觀點與立場、他們的著述與演講、相互之間的論戰與辯駁，接續的是中國千年未有之變局的憲制難題，表徵着一個政治巨變的時代行將到來。

二、政治憲法學的問題意識

政治憲法學之所以在近期蓬勃興起，在我看來絕非偶然，而是時代的產物，或者更準確地說，是中國社會變革之時代精神的憲法化的產物。關於這個時代精神的憲法化訴求有三個時間性的層次，或者說蘊含着三個政治傳統的憲制理路。

首先，政治憲法學是中國三十年改革開放以來的社會訴求從經濟領域向政治領域轉向之產物，即中國的經濟體制改革在三十年的發展中業已走到了盡頭，而隱含其間的政治體制改革，開始成為中國改革的中心議題，中國社會開始超越經濟議題，需要在「政治憲法」層面思考現代國家構建的憲法制度變革問題。其實，這個政治憲法問題從改革開放之初就已存在，但中國的憲法學卻缺乏相應的問題意識與方

9. 強世功以法律社會學背景切入中國憲法研究，典型文獻為強世功（2009）。〈中國憲法中的不成文憲法——理解中國憲法的新視角〉，《開放時代》。6期，10–39頁；姚中秋的儒家立憲建國論，參閱姚中秋（2011）。〈儒家憲政民主主義〉，《開放時代》。第6期；以及姚中秋（2012）。《華夏治理秩序史》（第一卷•天下；第二卷•封建）。海口：海南出版社；許章潤的基於國家理性的歷史法學，參閱許章潤（2011）。《現代中國的國家理性：關於國家建構的自由民族主義共和法理》。北京：法律出版社。