



陈端洪：《制宪权与根本法》，北京：中国法制出版社，2010年
ISBN：750931805

直面中国现实的理论抱负

——简评陈端洪《制宪权与根本法》

章永乐

摘要：《制宪权与根本法》直面中国问题，避免便捷的“策论”或“比附”进路，体现出一种强烈的理论自觉。本书不仅引进了“制宪权”这一欧陆宪法学的概念，而且使之在解释中国的理论努力中焕发了新的生机。这一概念为解释所谓“良性违宪”现象提供了新的理论资源，更能够通近代以来革命与改革的经验，以及未来的成熟的宪政前景，从而为建构一种扎根于中国本土的宪政理论提供了理论生长点。

《制宪权与根本法》是中国宪法学界近年来少有的一本研究专著：直面中国现实，而非回避或采取迂回的影射方式；同时，“直面”的方式并不是走便捷的“策论”或“比附”道路，而是提炼可以描绘和分析中国现实的核心概念，建构能够扎根并生长的学术传统。

《制宪权与根本法》是陈端洪继《宪政与主权》之后的又一部力作。它所面对的，是中国政治秩序中最根本的现实，即中国宪法与执政党的领导之间的关系。主流宪法学者以82宪法第5条（规定“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律”、“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”）为依据，论证宪法高于执政党。但多数人对现实的感受恐怕是：执政党从未消极地居于宪法之下。改革开放以来许多重大的制度变迁，都是以“违宪”的方式进行的。如家庭联产承包责任制违反了原来78、

82 宪法中的“人民公社”条款；深圳等经济特区将土地使用权出租，突破 1982 年宪法关于土地不得买卖、出租的规定；自 1992 年以来领导人多次提出经济体制改革的目标是“建立社会主义市场经济体制”，有违 1982 年宪法第 15 条关于我国“实行计划经济”的规定。制度改革取得良好效果与改革方式违宪二者之间的矛盾，让宪法学者头痛不已，有学者为此发明出“良性违宪”这样的概念。这一概念足以描述现象，却不足以解释其背后的原理。另外一些学者则采取了迂回的策略，暂时绕开宪法规定的政治结构，而将注意力集中在宪法的公民权利保障部分，试图推动加强权利保障的制度建设，尤其是违宪审查制度的建设，由点带面，最终改变中国的政治结构。

相比之下，陈端洪的路径更为直接：描述和理解中国宪法秩序实际的形态，而非存在于人们愿望中的形态。他理解和同情上面这些学者的宪政追求，但同时又认为他们的话语策略缺乏坚实的根基。如果说普通人的经验感受是执政党并非简单地处于宪法之下，陈端洪就是为这一经验感受提供了一个深思熟虑的理论阐释。他在这个问题上的核心观点是：中国的执政党具有“制宪权常在代表”的性质，代表作为主权者的人民行使制宪权；被学者称为“良性违宪”的现象，可被视为制宪权的行使。

制宪权（constituent power）是一个欧陆的宪法学概念，与宪定权（constituted power）相对，是创造“常态”的宪政秩序的权力（power）或力量（strength）。主流的学术话语将“制宪权”视为主权的立法权力的最重要体现，因此，讨论“制宪权”，从实质上就是在讨论主权。也有理论家（如《帝国》的作者、左翼政治思想家 Antonio Negri）将制宪权视为一种先于主权的、无定形的革命力量与秩序创建力量（strength），但这一用法，其旨趣在于强调宪定秩序的有限性与革命的正当性，并不朝向系统的宪政体系的建构。¹陈端洪引入的是对制宪权的主流解释，即制宪权是主权朝向宪法秩序建构的面相，是主权的一个权能。它创造了宪法秩序，但并不因此而被完全纳入宪法秩序，而是常常如同上帝创造奇迹一般，以看似违反既有宪法的方式，改变宪法规范。在此意义上，它与宪法本身所规定的“修宪权”大相径庭，后者实质上是一种宪定权（constituted power），按照宪法所规定的方式来行使。

为什么要取道“制宪权”这个中国学人不太熟悉的概念来理解中国问题？对这一概念的选取，体现了陈端洪宏大的理论抱负。他不满足于以解决问题为导向、直奔实践操作的“策论”式写作，也不满足于仅仅以相似的理论和经验来对研究对象进行“比附”的写作，而是试图将研究对象拆分为环节，再将每个环节概念化、命题化，最终建立起一个能够描述和理解现实的缜密的理论体系。而近代以来对于宪政制度建构有相当影响的学术家们，无论是康有为、梁启超，还是王宠惠、萧公权、张君勱，都或多或少地滑入了“策论”式的或者“比附”式的写作，要么是直接为当政者提出实践方案而不作深入的理论探讨，要么以世界各国经验或者中国古代的经验来比附当代的处境，并直接得出结论。两种进路都不乏洞见，但难以建构起坚实的、可继承和发展的学术思想传统。

¹ See Antonio Negri, "constituent Power: The Concept of a Crisis", in Antonio Negri, Maurizia Boscagli trans. *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, Minneapolis & London: University of Minnesota Press, 1999, p. 1-36

用陈端洪自己的话说,这本著作是“几篇论文的组合”,但又不是松散的文集。该书紧紧围绕着制宪权这一核心概念来展开。著作包含了一个序言和五篇论文,其中基础性的政治哲学讨论是第二篇(“人民必得出场”)和第三篇(“人民既不出场也不缺席”),而第四篇(“第三种形式的共和国的人民制宪权”)和第五篇(“论宪法作为国家根本法和高级法”)是对中华人民共和国宪法的直接探讨。第一篇(“一个政治学者和一个宪法学者关于制宪权的对话”)虽然放在最前面,但实际上写作最晚,以对话录的形式,对全书的理论主张和具体观点进行了一种微缩式的呈现。执政党作为“制宪权常在代表”的提法,即出自这一篇论文。

第二篇与第三篇论文是全书中最为抽象的政治哲学探讨,但又体现出鲜明的中国问题关怀。探讨卢梭的第二篇论文以黄炎培和毛泽东著名的关于“周期律”的探讨开始,陈端洪指出,毛泽东“让人民来监督政府”以避免政府败坏的回答,比黄炎培更为高明。陈端洪主张以卢梭的《社会契约论》来理解这一“周期律”讨论。在他看来,卢梭将通常的官民矛盾发展成了一个辩证结构:主权者—政府—臣民,其中的“主权者”与“臣民”实际上基于同样的自然身体,当其处于积极状态时,就是主权者;当其处于消极状态时,则是臣民。政府执行人民主权的意志,但又具有自身的特殊意志,有可能出现败坏,篡夺人民的总意志(*general will*,即“公意”)。卢梭主张,要遏制政府的败坏,作为主权者的人民必须能够定期集会,在每次集会时都要讨论两个问题:第一,是否保持现在的政府形式?第二,是否允许现在担负行政责任的人留任?这实际上就是“制宪权”的行使。为了防止政府败坏,“人民必得出场”,制宪权的行使必须例行化,这实际上就是一种“不断革命”的理论。

第三篇论文以西耶斯的《第三等级是什么?》为切入点,探讨在代表制民主下人民制宪权的原理。卢梭要求人民定期直接出场,但这在多数现代国家缺乏可操作性,因此代表制成为不可避免的制度设置。西耶斯将政治社会的形成分为三个阶段:第一,个人联合成为民族;第二,共同意志发挥作用,代表制政府被创设出来;第三,普通代表的统治。困难在于第二阶段:人民的共同意志如何选择了代表制?陈端洪认为西耶斯的论述尚有模糊之处,从而对其第二阶段进行了一种重构。他从逻辑上增补了“最后一次人民集会”这一环节:在这次集会上,人民决定以后不再集会,而是采用代表制,指派代表组成代表机构,行使共同意志的部分权力,并委派特别代表组成制宪团体制定宪法以限制政府和立法机关。如果说在卢梭那里,由于主权者定时出场,制宪权混同于主权者的立法权,在西耶斯所设想的主权者不再定时出场的代表制民主中,制宪权与宪定权的区分便出现了。前者是主权者对于其政治存在方式的决断权,具体的制宪是对于这一权力的运用;宪定权则是根据宪法而产生的政府权力。宪法不仅仅限制政府,也限制受托行使部分人民主权的人民代表。但是,宪法的制定和执行并不是制宪权的终结。作为主权者的人民仿佛从政治秩序中退隐了,但并未缺席。人民主权“并立在宪法法规的旁边,无组织、无定形地,却鲜活地、直接地存在着,关注着宪法。这个无形态的人民可以在风尚、习俗和民意中窥见,”(第182页)并有可能打破政治常态,再次行使制宪权。

第四篇(“第三种形式的共和国的人民制宪权”)和第五篇(“论宪法作为国

家根本法和高级法”)很大程度上是对上述两篇论文所发展的理论观点在中国宪政语境中的运用。第四篇的核心观点是:1949年9月29日所通过《中国人民政治协商会议共同纲领》并非仅仅“起着临时宪法的作用”;它从根本上说就是中华人民共和国的第一部宪法,其制宪权主体是若干阶级(工人阶级、农民阶级、城市小资产阶级和民族资产阶级)联合而成的“人民”,新政协是宣告中华人民共和国成立的主权者代表机构。而到了1954年宪法,制宪权主体则发生了变更,变为工人阶级领导下的工农联盟。这篇论文的显白教诲并未强调制宪权主体的这一变更,但我相信,这一变更正是这篇论文的隐微的重点。

第五篇《论宪法作为国家的根本法与高级法》对中国现行宪法、尤其是《宪法》序言进行了细致解读。论文提出1982年《宪法》内涵五项根本法,按照优先次序分别为:中国人民在中国共产党领导下、社会主义、民主集中制、现代化建设和基本权利保障。作者认为,历史而整体地看,中国的根本法是一种“生存的法,高扬当下和此在的政治意志,并没有提出全面的、强烈的规范实施的诉求”。当下很多宪法学者所倡导的“宪法司法化”主张并没有认真分析中国《宪法》内涵的根本法及其序列:就前四项根本法而言,法院目前基本上没有置喙空间;就第五项而言,中国的基本权利案件基本上都和社会的制度变迁有关,法院并不适合全面担当推动社会变革和政治改革的使命。如果法院硬要扮演其不胜任的政治角色,要么会以僵化的规范阻碍社会制度变迁,要么会在利益分配问题上顾此失彼,甚至会产生出类似美国内战前Dred Scott案件的悲剧效果。

在总结性的对话录《一个政治学者和一个宪法学者关于制宪权的对话》中,陈端洪虚拟了“政治学者”与“宪法学者”两个人物,让他们之间相互辩论。这当然是陈端洪对其内心中所发生的辩论的书写。但在两个人物中,“政治学家”明显更能代表他自己的声音,“宪法学者”则体现出了一种“画地为牢”的心态,将宪法作为“基础规范”,推定其效力,但不再向前追溯效力的来源。“政治学家”试图将“制宪权”纳入宪法学领域,用它来说明宪法效力的来源。正是在这里,“政治学家”发表了他的重要看法:中国的执政党具有两个身体;执政党既是制宪权的常在代表,在决定性的时刻奠定根本宪政秩序,也具有宪定权的属性,行使日常治理领导权。在常态政治中,执政党在宪法下活动;但当宪法已经无法与时代的情势变更相适应时,执政党作为制宪权常在代表的身份就显现出来。改革时代并非纯然的常态政治,但也不是纯粹的“例外状态”。改革是在基本宪法规范整体不变的情况下对部分规范进行调整。教条的宪政主义者试图通过司法审查制度消除一切例外状态。但“政治学者”断定:“改革时代实行司法审查和改革的精神相矛盾。”

实际上,一些学者曾针对同样的问题做出过类似的努力。比如,在陈端洪系统探讨执政党在中国宪法秩序中的地位之前,强世功曾试图引进“不成文宪法”、“宪法惯例”这样的概念来讨论执政党在中国政治过程中的领导行为。²从某种意义上说,陈端洪在这一问题上的表述比强世功更为强势:执政党的领导不是一种因反复发生而获得人们事后认可的“惯例”,而是中国主权结构的有机构成要素。“不成文宪法”、“宪法惯例”面临着与成文宪法发生抵牾之后该怎么办的问题。而如果执政党是“制宪权常在代表”,其与成文宪法之间的张力,也就大大

² 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》2009年第12期

缓解了。

这种强势的表述当然会引起异议。事实上，早在本书收录的一些文章（尤其是第五篇《论宪法作为国家的根本法与高级法》）发表之后，陈端洪就中国宪法秩序结构提出的观点就引起了一些具有规范主义倾向的读者的质疑。质疑者无法接受其对五项根本法的排序，尤其是将基本权利保障排到最后一项。“执政党作为制宪权的常在代表”这一理论表述无疑更具有刺激性。对质疑者而言，在学术研究中保持对于中国现行宪法的批判性距离是必要的，而陈端洪的论述有可能取消了这种距离。在这里，我们碰到了价值和事实之间的纠结：陈端洪的论述，其基本出发点在于描述和理解中国宪法秩序的基本结构，但由于宪法本身就具有规范性，对中国宪法“是什么”的陈述，从实质上就指向一系列具有规范性的权利和义务。“天马行空”的制宪权及其“常在代表”，给习惯于确定性的质疑者带来了很大的心理压力。

但这样一种心理压力，或许正来自一种“二元对立”的思维习惯，即认为政治要么是宪政，要么是非宪政，并不存在一个中间地带。而陈端洪引进“制宪权”的概念，实际上打破了这种二元对立。从他的视角来看，现实中存在的并不是一个“宪政 vs. 非宪政”二元对立，而是一道连续的光谱。完全“无法无天”的统治极稀少，将一切权力运作全部纳入宪法规范统治之下，实际上也只是个未能充分实现的理想。在现实之中，存在的是各种各样的中间形态。随着宪政程度的提高，制宪权的行使会日益减少，但不会消失。中国当下或许正在这一道光谱上缓慢演变：随着重大改革一项项完成，中国社会政治秩序趋于稳定，执政党作为“宪定权”的身体会日益凸显，而作为“制宪权常在代表”的身体或许会日趋隐退。正是在这里，陈端洪的视角显示出更为优越的把握现实的能力，而一种“二元对立”的视角无法把握这样一种细微的、渐进的和连续的变迁。

本书的一些行文可以透露出作者独特的道家知识背景。比如说，作者反复以“道生一，一生二，二生三，三生万物”来类比卢梭对于社会契约、主权者、政府、臣民的讨论。尽管这种运用是比附式的，并非是以道家思想为基座来建构宪法理论，从而达到作者自己所向往的理论严格性，但在这些尝试之中，或许隐藏了作者更为宏大的理论抱负。当作者真正将道家思想的洞见化入宪法学的基本概念和命题，他所营建的宪法学将会呈现出一个什么样的形态？我们可以回想，在晚清和民初，也有许多学人寻求宪政思想与儒家思想的会通。康有为以《春秋》比作中国宪法，将“礼法”作为比西方的宪法覆盖面更广的宪法，就是其中的一例。但那个时代的学人没有超越比附的进路。随着晚清立宪运动的失败和民国北洋政府的内部瓦解，“革命”与“民主”取代“立宪”、“宪政”成为时代的关键词，因此当年在宪法观上会通中西的努力也戛然而止。在今天，当“宪政”话语重新兴起的时候，我们完全可以接续晚清和民初宪政思想家们未竟的思考，以求向世界贡献出具有中国原创性的宪政思想。陈端洪的尝试将鼓励那些在法学领域继承和发扬中国古典传统智慧的学者：在这条路上，他们并不孤单。

“制宪权”是一个在学术上具有进一步生长潜力的概念。陈端洪不仅从欧陆宪法学引进了这一概念，更是让它在解释中国主权结构和宪法秩序的过程中，获得了新的生命力。这一概念能够会通从近代以来革命与改革的经验，以及未来的

成熟的宪政前景。革命是政治时间的断裂和重新开始，其对新秩序的创制，是制宪权的行使；而成熟的宪政秩序则是将时空尽可能置于一个稳定的宪法秩序之下，是宪法与宪定权的统治。在陈端洪眼里，当代中国处于这两端之间，执政党既保证宪法秩序基本稳定，同时又推进局部改革，体现出宪定权与“制宪权常在代表”两重属性。而中国宪法未来的走向，其根本无疑在于这两重属性之间的互动、消长及其制度展开。在中国宪法学理论总体贫困的境况中，《制宪权与根本法》所作出的理论努力弥足珍贵，值得引起法政学者与战略研究界的重视。