

年和 2004 年四次修正,但目前仍然有效,故在“宪政”就是“有宪法的政治”这个辞源学意义上考察,“宪政”在我国当下是已经存在的事实状态,而不是一些人心中的所谓“宪政梦”。

“宪政”概念所指向的社会现象作为已经存在的事实状态,在新中国成立领导人的一些重要讲话中也得到了充分肯定。刘少奇同志在 1954 年 9 月 15 日在中华人民共和国第一届全国人民代表大会第一次会议上所做的《关于中华人民共和国宪法草案的报告》中指出:“我们制定宪法是以事实做根据的。我们所根据的事实是什么呢?这就是我国人民已经在反对帝国主义、反对封建主义和反对官僚资本主义的长期革命斗争中取得了彻底胜利的事实,就是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家已经巩固地建立起来了的事实,就是我国已经建立起社会主义经济的强有力的领导地位、开始有系统地进行社会主义改造、正在一步一步地过渡到社会主义社会去的事实。”

从这些事实出发,我们制定的宪法当然只能是人民民主的宪法。这是属于社会主义类型的宪法,而不是属于资产阶级类型的宪法。

我们提出的宪法草案,是中国人民一百多年以来英勇斗争的历史经验的总结,也是中国近代关于宪法问题和宪政运动的历史经验的总结。

刘少奇同志上述讲话非常肯定地表述了 1954 年宪法的诞生是中国近代“宪政运动的历史经验的总结”,也就是说,新中国的“宪政”的客观基础是有了“1954 年宪法”,新中国的“宪政”延续了中国近代以来“有宪法的政治”的宪政运动的历史。

2008 年 3 月 8 日,十一届全国人大一次会议第二次全体会议在北京人民大会堂举行。受十届全国人大常委会委托,吴邦国委员长向大会作工作报告。在工作报告中,吴邦国委员长明确使用了“宪政”一词,并充分肯定了“宪政”在中国社会主义民主政治实践中的现实存在。吴邦国委员会指出:“根据中共中央关于修改宪法部分内容的建议,审议通过宪法修正案,确立‘三个代表’重要思想在国家社会生活中的指导地位,把党的十六大确定的重大理论观点、重大方针政策载入宪法,成为我国宪政史上又一重要里程碑”。吴邦国委员长上述讲话也非常明确地肯定了“宪政”就是“有宪法的政治”这一历史事实,并且还“对‘宪法’与‘宪政’之间的辩证关系作了较好的描述,即现行宪法四次修改将邓小平理论、‘三个代表’重要思想以及党的十六大确定的重大理论观点、重大方针政策载入宪法,作为‘有宪法的政治’,中国当下的‘宪政’也因为‘宪法’内涵的丰富而变得更加有意义,‘成为我国宪政史上又一重要里程碑’”。

据上可知,词源追溯表明,作为“有宪法的政治”的“宪政”一词,从梁启超首创之后,在近现代中国政治发展史上,在政治生活的实践中一直是存在着的客观社会现象,这是一个无法否认的历史事实。如果在学术上简单地否认或回避这一历史事实,那么,“宪政”一词就无法在科学的意义上继续探讨下去了。

依宪治国及宪法文化与信仰

田 雷(重庆大学高等研究院副教授)

美国最高法院的斯卡利亚大法官曾在判词内写道:“我们永远不应忘记,我们正在解释

的乃是一部美国宪法”。〔1〕斯卡利亚此处的修辞源自约翰·马歇尔大法官的手笔,在1819年的美国银行案中,马歇尔告诉他的法官同事们:“我们永远不应忘记,我们正在解释的乃是一部宪法”,言下之意:宪法是治国安邦的根本法,因此解释宪法应不同于普通法律的解释。近年来,美国最高法院在解释美国宪法时可否援引外国法规范作为参考,早已发酵为美国文化内战的一项主要议题,〔2〕因此,斯卡利亚所添附的“美国”两字可以说是一字千斤,将枪口调转向最高法院内的自由派大法官,批评他们对宪法的解释并非基于美国国父们的原旨,反而求助于其他国家的宪法文本、国际人权规范、以及美国沉默大多数所不可能认可的普世道德标准。

请允许我在这里戏仿一下斯卡利亚大法官,“我们永远不应忘记,中国宪政所要实施的乃是中华人民共和国的宪法”,也就是刚过而立之年的1982年宪法。换言之,中国宪政所要实施的是中国宪法,正如美国宪政要求解释的是美国宪法。不仅如此,这种实施应当是不折不扣的全盘落实,一个条款都不能少,而不应根据某种法治理论推演出的“选择性适用”或者基于某种正义理论的“道德解读”。在中华人民共和国的国境内,宪政就是要依据中华人民共和国的宪法去治理中华人民共和国。之所以这个简单的道理会造成如此分裂的公共讨论,原因不在于有关宪政的学术阐释,而在于我们同样生活在一个文化内战的年代,借用一位美国政治评论家新书的书名,就是“我们的政治心灵已经分裂”。〔3〕因此,有关宪政的争议,实在是“功夫在诗外”的。



宪政就是“依宪治国”,仅从学术讨论的意义来看,这应当是一个所有人都能同意的概念,但在当下的政治语境内,这种人人都能同意的概念必定是抽象、空洞和苍白的。更重要的是,宪政作为一种政治实践,其根本任务在于如何让作为众人的“我们”共同生活在一起,需要常规性地面对政治领域内的不同意见及其表达,那么宪法学作为关于宪政的学理论述,必定也有其政治性,健康的“百家争鸣”应是宪法学界的理想学术生态。在我们的宪法学开始发展出围绕中国问题的学术讨论时,所要做的并不是以标签化的手法去攻击那些自己不同意的学术观点,宪政的政治实践是要探索我们如何可以生活在一起,但宪法学却不妨让学术的各个流派“隔离但平等”地发展着。

如要对“依宪治国”的定义本身进行进一步的解析,我们或可以说,依宪治国,就是指国家的常态政治行为应当遵守宪法的规范约束。这一解析对我而言是在小心翼翼地向前推进,但即便如此,仍可遭遇来自两个方向的不满。有些学者可能会认为,为什么要强调“常态”呢,这是否隐含着承认在例外时刻,政治主体就不必遵守宪法规范,而进入一种“无法无

〔1〕 J. Scalia, Dissenting Opinion, *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 868 - 869, 1988. 斯卡利亚后曾多次在自己所起草的反对意见中转引这句话,例如参见 *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304, 2002。

〔2〕 关于援引外国法与文化内战,可参见 Mark Tushnet, When Is Knowing Less Better than Knowing More: Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U. S. Law, *Minnesota Law Review*, vol. 90, pp. 1275 - 1302, 2006; Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars, *University of Baltimore Law Review*, vol. 35, pp. 299 - 312, 2006; Decent Respect to the Opinions of Mankind: Referring to Foreign Law to Express American Nationhood, *Albany Law Review*, vol. 69, pp. 809 - 816, 2006。

〔3〕 E. J. Dionne, Jr., *Our Divided Political Heart: The Battle for the American Idea in an Age of Discontent*, Bloomsbury, 2012.

天”或仅服从“必然之法”的状态,你这不是又施米特了吗。反方向上,也有学者会质疑,为什么不给“依宪治国”补充主语呢,为什么只强调宪法对政治的规范,而隐去了宪法规范的政治生成呢。我此处的用意并不是要去回应这些可预期的批评,而是希望指出,这些反对意见与其说是来自学术场域内的技术规范,不如说是来自于我们政治心灵的分裂。

因此,当“依宪治国”早已形成和表述为一种政治共识之时,宪政议题还会引发如此激烈的争议,原因就在于宪政的提法未能回答“依宪治国”应依“谁的宪法”的问题。中国的宪政就是要从序言开始一条条地、忠实地、全面实施 1982 年宪法,而不应是一种佯装为“宪政”的“革命”,假如我们的宪政的诉求并不是忠实地实施现行宪法,而是以现行宪法所不承认的手段去改造宪法,那么就是假宪政之名而行革命之实。书斋里的革命有时候极具欺骗性,例如,我们常能听闻以政治共识推动宪法改革的政治或学术意见,但至少从宪法理论的逻辑来看,首先,最根本的政治共识原本就写在宪法内,因此落实共识的最忠实途径就是实施现行宪法,而不是去修改宪法;其次,政治共识基本上来自于过往的政治斗争、决断或妥协,往往要经过生与死的考验或血与火的锻造,仅在思想文化领域通过所谓的多元主义、审议民主或宪法解释,并不能形成政治共识,而不过是主张为共识的派性意见而已。在宪法学内,宪法学者经常奉为真理的是,宪法的司法化或司法审查是中国宪政的必由之路,但却很少反思这种宪政模式在现行宪法体制内的合法性或正当性问题,在此意义上,宪法成为了宪法解释者的“道德许愿池”,而宪政则成为革命者的“特洛伊木马”。

因此,我们要“依宪治国”,要依照我们的宪法来治理我们的国家,这是已经形成的政治共识。但如果不能回答“谁是我们”以及“什么是我们的宪法”,那么宪政建设就只能是一个共识但各自表述而已。我们的政治心灵在一场文化内战中被撕裂,由此造成的结果是:我们虽然生活在同一个时空中,但却并非生活在同一个规范世界内。简单地说,1982 年所制定的现行宪法,应当是中国宪政建设的出发点,但有些“宪政主义者”显然不会同意以上观点,他们认为,这部宪法并非我们自己的宪法,而是某种异己力量强加给我们的,因此实施这部宪法并非中国宪政建设的出发点,反而是推翻这部宪法才是中国宪政时刻的标志。

美国宪法学者列文森曾在论述宪法信仰的专著中设定了一个场景,假如将美国 1787 年宪法的文本呈现在面前,他会不会在上面签字表示同意,以此来拷问自己的宪法信仰,就在于他会不会签字,愿不愿意相信这部宪法就是他自己的宪法。^[4] 我们中国宪法学者不妨也试试一下列文森的这—思维试验。

二

中国宪法学在过去十多年展开了又一波的学术“洋务运动”,转向西方民主国家去学习宪政建设的经验,也是在这一波拿来主义的学术潮流中,美国宪政登上神坛,被奉为模式和偶像,似乎人类宪政的历史已经终结于此。但所谓“学我者生,似我者死”,而我们的学习大都停留在“邯郸学步”的层次上,只是在追求套模式的“形似”:既然美国最高法院有权解释

[4] Sanford Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, 2001, pp. 180 - 182. 列文森教授近年来对美国宪法文本多有批评,参见 Sanford Levinson, How I Lost My Constitutional Faith, *Maryland Law Review*, vol. 71, pp. 956 - 977, 2012.

宪法以审查国会立法,那么中国的宪法也必须“司法化”或司法机制的实施,否则就是有宪法但无宪政。根据这种讲述,美国最高法院是美国宪政舞台上的主角,1803年的马伯里诉麦迪逊是美国宪政故事的起点,九位大法官则是凭借一己之力挽救宪政的英雄。^[5]这在很大程度上是一种鹦鹉学舌的叙述,可以说我们的学习只是在追求“形似”而非“神似”,或者说我们只追求器物制度的接轨,而未能认真对待宪政生长的水土资源问题。

如果我们能摆脱法学者的思维习惯,而像人类学者那样去观察美国宪政的历史和实践,我们可以发现,美国宪政一以贯之的“神”就在于宪法信仰。列文森就将美国宪法比作美国社会的“公民宗教”,美国人相信或者愿意相信这部起草于1787年的宪法是“我们的宪法”,服从宪法就是服从我的意志,宪政也因此与民主自治得以和谐共存。在此可以说,美国宪政的根基就在于宪法信仰这一“软实力”。但宪法信仰在美国从来都不是一种“自生自发的秩序”,它是一种经由公民教育培养出来的政治态度,一种在历史叙事中生成的政治信念,简单地说,宪法信仰是一种“制造出来”的迷思。

美国现行宪法是1787年费城会议所制定的宪法,至今已经走过了两百多年的历程,这两百年的神话一方面构成了宪法信仰的源头活水,正如宪法之父麦迪逊在《联邦党人文集》内所指出的,时间可以赋予万事万物以尊严。但另一方面,既然生活在今天的美国人并没有对这部建国宪法表示过社会契约理论家所说的同意,为什么21世纪的美国人要遵守一部18世纪的法典呢,这可以说是美国宪法理论所必须要回答的根本问题。具体地说,为什么信守建国之父的先定承诺并不会造成“死去的白人男性有产者”的统治,为什么在21世纪根据制宪者原意去解释宪法不会造成“死人之手的统治”,更进一步讲,如果说美国宪政就是对写入宪法的先定承诺的遵守,那么宪政是否与自治政府构成了不可调和的对立,这些问题可以说是美国宪法学讨论的一条时隐时现的主线,但我们对它的理解却总是为以法院为中心的职业主义叙事所遮蔽。

1789年9月6日,来自法国大革命的现场,杰斐逊在一封写给麦迪逊的信中就提到这一问题:“地球总是属于活着的那一代人”,“死去的人对之既无权力,也无权利”,因此杰斐逊主张,随着代际的轮换,每经过19年就要重新制定宪法,否则的话,宪政就不是每一代人的自治,而是祖宗成法的专制。^[6]有宪法学者将杰斐逊的这封信称为“第二次独立宣言”,这一次是独立于时间的宣言书。^[7]杰斐逊所提出的每19年重新制宪的主张虽然荒诞不经,但他的论述确实让宪政的时间性难题得以浮现出来:既然生活在当下的美国人不可能有人参与过宪法的制定,那么为什么要信仰、尊重和服从这部我没有表示过同意的宪法呢?

宪政的正当性问题也在很大程度上设定了美国宪法学的议程。当然,不同的学者在其理论体系内会用不同的概念去表达美国宪政的这一根本紧张,比如麦克尔曼所说的“法治政府”和“自治政府”,列文森的“基本法理念”和“人民主权”,以及鲁本菲尔德的“时间延展的自治”和“活在当下的政治”。而在此问题上,最经典的表述还是比克尔所提出的“反多数

[5] 司法审查的范式在美国并非没有反思者,比较有代表性的反思,规范性的理论建构,可参见 Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999; Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004; 实证性的讨论,可参见 Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* Second edition, University of Chicago Press, 2008。

[6] 杰斐逊当时担任美国驻法大使,此封信的原文搜索“Jefferson Madison September 6, 1789”即可得。

[7] Jed Rubenfeld, *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, Yale University Press, 2001, pp. 18 - 22.

难题”，根据比克尔本人的论述，美国宪政的悖论是作为少数的法官和代表多数的政治分支之间的对抗，但比克尔本人或许都未能自觉意识到，法官在解释宪法时是一种代表“往昔”的力量，而政治分支的民选代表所表达的却是“当下”的意志，因此司法审查的反多数难题也可以说是美国宪政的“反当下”难题，既然宪法是对先定承诺的书写，那么宪政就是对制宪者写入宪法的先定承诺的信守。^{〔8〕}

问题到此可表述为，美国宪政作为对先定承诺的信守，为什么在美国政治文化中没有造成“死人之手的统治”，反而形成了一种“历时性”的自治，答案就在于美国人民的宪法信仰，相信这一部起草于 1787 年费城会议的宪法仍是当下我们的法律。^{〔9〕} 如前所述，宪法信仰本质上如同埃德蒙·摩根在讨论人民主权时所说的“使相信”，^{〔10〕} 而我们人民之所以可以被“使相信”，这就取决于政治文化中是否存在一种有关“我们”的历史叙事。换言之，美国宪政的文化基础就是要建构起有关政治共同体的历史叙事，根据故事的主线，美国人民经由共同的奋斗、牺牲、记忆、讲述和想象而结成一个共同体。这是一个不仅由地理空间所定义、更在时间维度内绵延的共同体。正是在这种生生不息的共同体叙事中，曾在美国 21 世纪反恐战争中流血牺牲的美国人，与曾在 18 世纪的独立战争、19 世纪的南北战争、20 世纪的两 次世界大战中流血牺牲的美国人，共同构成了同一个“我们人民”。也是在这种历史叙事中，在革命之后生活的每一代美国人才会相信 1787 年宪法也是我们的宪法，正是因为这部宪法是“我们的”，宪政才能成为法治和自治、根本法和人民主权或者宪法政治和常规政治的一种综合。

三

宪政是一种历时而存在的自治，它的成功实践取决于共同体内每一代人对所继承宪法的信仰，而这种信仰的生成又取决于该共同体的政治文化中是否存在着可以让我们共同起来的历史叙事。由此可见，美国宪政的成功实践，关键不是联邦最高法院的九人政治，而在于每一代、每一位美国公民都能将林肯的葛底斯堡演讲熟记于心，或者有关美国宪法共同体的史诗叙事可以对我们人民成功地实现“洗脑赢心”，这就是本文所说的宪政建设的文化基础。在此意义上，美国宪政的幸运之处就在于它起始于 18 世纪，早在我们所生活的文化造反时代到来之前，美国宪政就通过一个半世纪的实践而积累并储备了丰厚的文化资本，到如今，两百年前的祖宗成法虽然渐次失去神圣的光环，但那种无可名状的权威却仍生生不息。^{〔11〕}

而我们却要在一个文化革命后的时代去建设宪政，这是中国宪政建设所面临的根本挑战。在这样一个祖先污名化、道德扁平化、历史当下化和神圣世俗化的时代，世俗且量化的

〔8〕 Frank Michelman, *Law's Republic*, *Yale Law Journal*, vol. 97, pp. 1493 - 1538, 1988; Robert McCloskey and Sanford Levinson, *The American Supreme Court*, Fifth edition, University of Chicago Press, 2010; Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986.

〔9〕 参见 Jack Balkin, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, 2011。

〔10〕 Edmund Morgan, *Inventing the People: Rise of Popular Sovereignty in England and America*, Norton, 1988.

〔11〕 1960 年的时候，大多数美国中学生都会背诵葛底斯堡演讲的全文或部分，而到了 2012 年，大多数中学生不知道葛底斯堡演讲是什么！参见 David Gelernter, *America-Lite: How Imperial Academia Dismantled Our Culture*, Encounter Books, 2006。

政治科学,后现代的杂多文化主义,以当下偏好为准据的经济学理论,由下至上的社会史新书写,早已成为学术界的潮流、主流、甚至学术的政治正确。由此气候的影响,学界尽是为失败者的翻案风,为参差多态的杂多背书,以碎片化的叙事为美,因此中国宪政能否建设出坚实的文化基础,一定程度上在于宪法学者能否逆流而上,在政治文化中建构出有关宪政的整全历史叙事,而不再消费诸如“宪法顶个球”之类的段子,最终让我们的宪法信仰能够脚踏实地地落实在我们的现行宪法之上,为此,我们不仅需要“送法下乡”,还要“教鱼游泳”。^[12]

依宪治国视域下国家权力的建构与控制^{*}

钱锦宇(西北政法大学行政法学院副教授)

作为宪法的核心原理和宪法学的一个永恒论题,依宪治国本质上就是依据一种建构或确认国家组织和权力、保障公民权利和自由的宪法而展开国家的治理。其目的就是通过宪法的实施,把宪法从政法性文本转换为社会性事实,使宪法在应然性和实然性的双重维度上得以调整政治关系并规制政治过程。与此同时,依宪治国也是法治国家的本质特征。法律的统治表现为良善的法律获得普遍的遵守与服从。而宪法作为根本大法,居于一个国家的实证法律体系结构中的核心地位,是其他所有法律规范的效力渊源和规范性依据。因此依法治国首先就是依宪治国。更为重要的是,法治为了能够有效展开,要求控制国家权力,而且首要的控制对象就是立法者恣意妄为的立法行为。汉密尔顿在为1787年美国宪法辩护时就曾强调制宪的最初目标就是为了限制立法机关,制宪者所要制定的“限权宪法就是指为立法机关规定一定限制的宪法”。^[1]因为法治不能容忍恣意立法产生多数暴政的潜在可能性。为此,宪法不仅要求普通的法律不得与宪法的精神价值和条文规则相抵触,还确立了废除或撤销与宪法相抵触的法律的制裁方式,从实证法的领域证成了法律的正当性。正是通过这种自我救赎的方式,使法治(法律的统治)成为可能。从上述两个方面的意义上来看,“‘依宪治国’不仅强调‘依法治国’的重要性,更注重宪法所赖以建立的民主政治的价值和意义。”^[2]

需要指出的是,作为政治理论和主张的依宪治国,包括着两个永恒的主题,即对于国家权力的建构或确认,以及对于国家权力的控制。

一 依宪治国的显性主题:国家权力的控制与约束

众所周知,如上所述,为了实现公民权利与自由的保障和法律统治的有效展开,法治强调对国家权力的控制。在古典自由主义政治理论看来,公民个人的权利与自由是先于国家

[12] 关于“教鱼游泳”,可参见冯象:《送法下乡与教鱼游泳》,《读书》2002年第2期,第10页。

* 本文为“法治建设与法学理论研究部级科研项目成果”(项目编号:09SFB2009)。

[1] Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, New York: New American Library, Inc. 1961, p. 467.

[2] 莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第87页。