

中国宪法学方法论反思

李忠夏^{*}

内容提要：政治宪法学过度强调不成文宪法、政策及利益的重要性，而规范宪法学存在对规范性一词的误解。宪法学作为理解的科学，既非纯粹的、逻辑严密的价值学，也非纯粹的实证主义科学或纯粹描述事实的社会学。宪法中的价值源自宪法规范与社会现实的结合。必须面向时代精神价值，通过具有整合性的宪法解释将宪法的规范含义与不断变化的现实结合起来，既保持变通性又不失安定性，这是中国宪法学面临的迫切任务之一。

关键词：宪法学方法论 政治宪法学 规范宪法学 诠释宪法学

宪法学作为一门科学，应有其方法论体系。忽视对自身方法论体系的深入探讨，会损害宪法学的专业性，亦会直接影响宪法的权威性。以齐玉苓案为契机，中国宪法学者开始探索宪法学自身的方法论体系。之后，有学者通过实证调研作出“迈向专业化的中国宪法学”之判断。^{〔1〕}在近几年宪法学方法论的讨论中，陈端洪教授的“论宪法作为国家的根本法与高级法”一文引发了中国宪法学中的“政治宪法学”与“规范宪法学”之争。^{〔2〕}这一学术争论牵涉法哲学上的规范与事实难题，对它的评述在一定意义上可以提供一个思考我国宪法学方法论的入口。

一、围绕规范与事实：政治宪法学与规范宪法学之争

自林来梵教授《从规范宪法到宪法规范》一书以来，^{〔3〕}“规范宪法学”风靡一时。与此相和，韩大元教授和张翔副教授致力推动的宪法解释学以及宪法学的文本研究也渐成规模。^{〔4〕}规

^{*} 山东大学法学院副教授。

〔1〕 参见韩大元：《迈向专业化的中国宪法学——以2006年发表的部分宪法学学术论文的分析为例》，《中国法学》2007年第1期。

〔2〕 陈端洪：《论宪法作为国家的根本法与高级法》，载《制宪权与根本法》，中国法制出版社2010年版，第255页以下。

〔3〕 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。

〔4〕 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；张翔、韩大元：《宪法文本研究的自觉与反思》，《法学家》2008年第1期；张翔：《祛魅与自足：政治理论对宪法解释的影响及其限度》，《政法论坛》2007年第4期。

范宪法学与宪法解释学之间虽存有不同，却都以宪法文本（规范）为根基，与政治宪法学划开界限。

规范宪法学与政治宪法学在方法论上的侧重点事实上分别代表了哲学上的两个极端，即理想与现实这个自柏拉图和亚里士多德以来即存在于政治哲学中的二分。理想与现实的冲突提出了至关重要的问题，即政治哲学应该面向政治现实，还是应脱离现实而自成一理念体系。休谟以后，应然与实然之间架起一道无法逾越和沟通的鸿沟。康德虽然试图通过判断力将超验的知识应用到经验领域，但无法否认的是应然命题只能从应然命题中推出、实然命题只能从实然命题中推出。应然与实然的鸿沟反映到法哲学中便形成了新康德主义的问题意识，对德国魏玛时期的国家法学产生了深刻影响。围绕应然与实然亦形成了众多的法学理论，奠定了德国魏玛时期国家学说和国家法学方法论的基础。这其中既有从纯粹应然层面（如凯尔森的纯粹法学说），也有从纯粹实然（如黑勒的社会学国家学说）层面建构自身学说的努力，还包括各种试图沟通二者之间鸿沟的努力（如斯门德的精神科学）。在魏玛时期，更多学者从法学外的角度，从精神科学、政治学、社会学或者历史等角度试图为宪法找到正当性基础。而在当代，宪法本身的正当性已被普遍承认，如何赋予宪法以有效性便成了当代宪法学之课题。在宪法学内部产生了新的方法论争议，即通过何种方式使宪法得以具体化，或者宪法解释应如何展开，而这种争议均围绕实然与应然、事实与规范的二元体系展开。^{〔5〕}具体而言，问题集中于：宪法学是应脱离现实而自成一套封闭的规范体系，还是应将宪法规范与社会、政治现实结合在一起，或者将宪法重新追溯到超实证的自然法中。在德国，围绕规范，相继出现了新康德主义法哲学、凯尔森的规范实证主义以及自然法理论的复兴；围绕事实，有各种社会实证主义者从外部的社会事实和内部的心理因素去探索法的正当性；此外，还存在许多试图沟通事实与规范之间鸿沟的努力，如诠释学、商谈理论等。^{〔6〕}这些法理论背后的哲学基础和真理观决定了各种理论之间的差距绝非泛泛而谈，而要沟通事实与规范的鸿沟亦非简单地通过“围绕规范”、“保持开放性”便能轻易解决。

事实与规范（价值）的二分作为方法论问题之前提在中国宪法学界已被普遍接受，政治宪法学和规范宪法学便代表了两种不同的方法论倾向。不过，由于无法深入到背后的真理观，讨论者容易仓促得出空洞的折衷策略或某种出路，^{〔7〕}也容易导致二者空有名头而缺乏作为学派所必要的内涵界定。中国宪法学者纠结在规范文本与价值开放、社会（政治）现实之间的紧张关系中，既想将宪法学构建在文本基础之上，又试图保持宪法学作为规范法学的开放性，但如何保持开放——客观的社会（政治）现实或主观的价值判断如何引入宪法的规范意义（应然意义）中——已然成为一个老大难的问题。社会—政治宪法学者的问题在于过于关切政治现实，忽略了宪法作为法所应保持的安定性并偏离了社会学的主旨；规范宪法学者由于对规范性一词的误解，而使自己的理论或多或少处于矛盾之中。

〔5〕 关于事实与规范二分对德国国家法学方法论的影响，可参考李忠夏：《宪法学的教义化——德国国家法学方法论的发展》，《法学家》2009年第5期。

〔6〕 关于德国法哲学的发展，如自然法、法律实证主义（社会实证主义与规范实证主义）以及沟通自然法和法律实证主义的“第三条道路”等，参见 A. Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, S. 19ff; 德国“二战”之后的法哲学及法理论发展，可参见 U. Neumann, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945 (1994), in: ders., Recht als Struktur und Argumentation, 1. Aufl. 2008, S. 257ff.

〔7〕 如林来梵、翟国强所撰《宪法学思考中的事实与价值——有关宪法学的一个哲学话题》（《四川大学学报（哲学社会科学版）》2007年第3期）中，在既未对规范（价值）之弊、又未对事实之弊充分展开讨论的情况下，便得出“程序商谈理论”作为沟通二元论的出路。

二、面向事实及政治现实的宪法学进路

某种意义上,政治宪法学从政治现实角度寻找宪法的正当性亦属于从社会学角度研究宪法学的分支,^{〔8〕}其基础在于法社会学。因此,要对目前中国的政治宪法学进行评述,就不得不追溯至法社会学领域。

社会学的产生与近代自然科学的兴起紧密相连。由于价值判断之于人的主观性,导致价值客观性的丧失,力图“价值中立”的法社会学便应运而生,从经验描述中寻求“理想类型”成为韦伯所追求的目标。韦伯指出,“社会学应该称之为——门意在阐释性的理解社会行为、并借此在该社会行为的效应中对因果关系加以澄清的科学。”^{〔9〕}也就是说,社会学的任务在于理解社会现象,并在某种隐含的“规律假设”下对其中的因果关系进行澄清。^{〔10〕}要做到不掺杂任何主观价值因素、完全客观地理解经验已经被证明为不可行,对于社会学来说最重要的莫过于“意义之理解”。根据韦伯,理解不仅仅包括对行为的现实理解,不仅仅包括一种描述性的现实复述,还需要对行为的动机、主观意向进行阐释性的理解,从而把行为理解为一种意义关联(Sinnzusammenhang),能够比较完整地理解做出一项行为的动机(出于理性,如命令,还是出于非理性,如愤怒),并理解行为做出之后的实际后果。此外,理解必须从中分离出不受非理性左右的行为进程和行为后果,如不因为愤怒、嫉妒等情绪而严格依照规律行为可能产生的后果,从而构筑一个目的合乎理性的类型,也就是理想类型。任何社会学必然包含两项任务,对事实的描述以及阐释作为——行为有意义与否——审查条件的“理想类型”。

在法学领域,自然法和体系化的概念法学式微之后,为实证法寻求正当性基础的讨论便登上历史舞台。之所以从社会学的视角对法进行反思,主要来自规范与现实之间的矛盾,法的规范有效性与事实有效性经常无法统一,即现行有效的法无法与不断变动的社会现实相适应。此时就会产生法学作为规范科学与法学作为社会科学之间的分野。法学作为规范科学探讨的是法的规范有效性,而不问现实中是否能被有效执行,其探讨的是应该发生什么,而不是发生了什么。^{〔11〕}法社会学则与此不同,认为法学不仅仅需要探讨法的规范有效性,同时也应该探讨法的事实有效性,必须反思法规范能否在事实上获得大众的心理认同与接受,从而使大众有理由去实现立法者的意愿。^{〔12〕}

法社会学的视角在于对现实进行描述并分离出其中的因果关系,从而对实证法或者对法的适用产生指导作用。尽管完全客观地描述现实已被证明是无法实现的事情,但这并非法社会学受到指摘的重点,其饱受争议之处在于试图找到某种规律性,从事实中推导出应然,将实证法建立在某种利益、目的或者权力关系的基础之上。按照阿图尔·考夫曼的分析,经验实证主义中的利益既可以被视为法的原因,又可变成价值,成为评价实证法规范的标准,这种从事实上的原因到有效性标准的蜕变在利益法学那里并不能得到强有力的论证。法社会学将事实中的利益或者目的作

〔8〕 一般认为,政治宪法学是从政治哲学角度对宪法加以反思,但中国的政治宪法学者(如强世功、陈端洪)却更关切政治现实的分析。本文认为对政治现实的关切亦属法社会学的范畴。当然对此亦有争论,因为被视为政治宪法学基础的施米特宪法学说便存在定位的难题,但在德国也有学者将施米特的政治国家学说纳入到社会学的范畴中。Vgl. P. Badura, Die Methoden der neuen allgemeinen Staatslehre, 2. Aufl., 1998, S. 199ff.

〔9〕 M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1972, S. 1.

〔10〕 J. Habermas, Zur Logik der Sozialwissenschaft, 1970, S. 83.

〔11〕 H. Kelsen, über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1970, S. 11.

〔12〕 H. Albert, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, 1993, S. 19f.

为实证法的评价基础,不可避免会带有某种任意性并损及法学的独立性。在考夫曼看来,法社会学的缺陷不是对社会事实的探究,而是试图取代法教义学的位置,通过规范之外的事实(利益、目的)去取代实证法规范。^[13]法学不可避免要考量“事实上有效的规范”,^[14]因而法社会学对事实的描述具有重要意义,不过事实描述对法学的意义仍属补充的性质,不能据此以为法社会学可以取代法学,因为它们的任务和对象毕竟存在严重不同。

法学与法社会学之间不可能完全割裂,但亦不能完全重合。法社会学的任务在于以理解的方法对社会的因果关系加以澄清,虽其中不可避免会暗含某种价值取舍,但在最后的结论中并不做价值判断,保持一种表面上的价值中立。法学的任务则不止于此种类型的阐释,而在于为法律决定(包括法院判决)提供支持、做事先的准备。^[15]此种准备工作当然需要法社会学,但更需要法教义学发展出一套独立的法律解释的方法体系以及做好各种理论储备工作。卡尔·拉伦茨曾就此作出论断:“法学仍有其应遵守的界限,因为法学必须趋向于现行法秩序的基本原则,虽然这些基本原则本身具有发展可能性,同时会因历史的演变而受影响,在这个涵义上,这些原则对于未来具有‘开放性’。假使法学不想转变成一种或者以自然法,或者以历史哲学,或者以社会哲学为根据的社会理论,而想维持其法学的角色,它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的。所谓的‘批判理论’,其认定现行法不过是片面‘支配关系’的规定,也因此否定现行法的正当性,它不必费神审究个别规定、决定的正义内涵,因为消极的结论已经预设在那儿。而这种工作却正是法学所应致力的。它所关心的不仅是明确性及法的安定性,同时也致意于:在具体的细节上,以逐步进行的工作来实现‘更多的正义’。谁如果认为可以忽略这部分的工作,事实上他就不应该与法学打交道。”^[16]

在中国宪法学方法论的讨论中,法社会学渐成规模。其中,朱苏力教授和强世功教授无疑是其中的代表人物。朱苏力教授的社会学方法一以贯之。早年的《法治及其本土资源》,便以“秋菊打官司”揭开了官方法与民间习惯之间的冲突,^[17]“违法”与“讨说法”构成了法的规范性与社会性之间的差异,而《送法下乡》中更列举出许多类似的例子,^[18]这都体现了习惯与制定法之间的冲突。^[19]在宪法层面,朱苏力教授也遵循了法社会学的研究进路,如在“社会主义法治理念”的报告中,^[20]便强调社会主义法治所必须遵守的各种前提,这些前提来源于一种经验的观察。这种法社会学方法的运用,对我国法秩序运行之因果关系的很多分析颇具洞察力,提出了法秩序运行中诸多为人所忽视的问题,然其问题在于,容易用“是什么”去取代规范的“应该是什么”,用经验中的实存作为法秩序运行的前提甚至直接“修改或者置换制定法”。^[21]这种由突然推出应然的做法其实潜藏了一种危险,即法作为维护社会秩序的安定性功能会屡屡遭到侵犯,

[13] Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., 2004, S. 120, 123.

[14] 前引[12], Albert书,第10页。

[15] 同上书,第11页。

[16] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第77页。

[17] 朱苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版。

[18] 朱苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第127页以下。

[19] 朱苏力:《当代中国法律的习惯——一个制定法的研究》,《法学评论》2001年第3期;上引书,第238页以下。

[20] 朱苏力:《社会主义法治理念与资本主义法治思想的比较》,2008年6月17日, http://news.xinhuanet.com/legal/2008-06/17/content_8386868.htm;朱苏力:《认真对待人治——韦伯〈经济与社会的一个读书笔记〉》,《华东政法学院学报》1998年创刊号。

[21] 前引[18],朱苏力书,第238页以下。

从而使法学成为“任人打扮的小姑娘”。正如上文所述,法社会学的问题不是对社会现实的经验分析,而是其试图取代法教义学的危险立场,这种危险尤其表现在宪法学中。

强世功教授的《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》一文,^[22]从宪法文本不过“装潢门面”、中国“有宪法而无宪政”这种事实判断出发,试图去寻求新中国成立60年以来政治运作中“看不见的法律规则”,或者说“看不见的宪法”、“隐蔽的宪法”。文章暗含着将这些事实的宪法称为“真正的宪法”,同时将规范宪法斥之为西方社会的产物,并认为规范宪法是对西方理念如人权、法治的盲目接受。就该文而言,一方面,我们固然要看到宪法的实效性问题,但中国宪法在实践中的失语,不单是宪法文本的内容出了问题,更多恐怕是一种宪法适用制度上的缺失,通过认定实证宪法的内容在中国不具实效性,得出要通过“隐蔽的宪法”取代成文宪法的做法,在推理逻辑上显然存在问题;另一方面,通过这些政制(Constitution)运作中事实发挥作用的所谓“宪法”去补充或者取代成文宪法,其后果会导致政治与宪法的混淆。强世功教授将“三位一体的领导体制”、“两个积极性原则”、“商量办事”原则等视为不成文宪法,但并没有对不成文宪法的限制加以分析,也没有分析如果不成文宪法与实证宪法存在冲突时该如何,如果事实上运行的宪法惯例某一天突然发生变化该如何。如果“两个积极性原则”和“商量办事”可称为不成文宪法,那么其它广泛存在的、具有习惯规范意义的文件(如领导人文集)是否都可以称为宪法?一旦如此,成文宪法又有何存在的价值?依据何种原则,从这些文件中遴选出不成文宪法?这种遴选是不是具有一种主观上的价值判断或者说政治上的任意性?宪法及法律的基本功能,即保证社会秩序的安定性和可预期性,从何谈起?宪法规范的事实力效确实是值得研究的问题,但对该问题的研究决不能极端化,从而置成文宪法于不顾。宪法实证化的意义在于,通过成文法的方式将习惯中运行的政制运作制度化,防止政治上的主观任意,而保证政治运行的安定性和可预期性正是宪法的重要作用之一。协调规范与不断流动的现实之间的紧张关系虽然是法社会学的重要任务,但此项协调亦必须通过相关程序(如立法程序、法院判决)规范化,更重要的是可以根据社会的变迁通过宪法解释赋予宪法规范以新的意义,而决不能直接以不成文宪法补充、修改乃至置换成文宪法。

在面向事实的进路中,陈端洪教授的政治宪法学值得关注。虽然没有明确表明其方法论基础,但其理论实际上是建构在施米特的“政治生存主义”之上的,试图通过政治决定来对抗“现实状态”(Status quo)。^[23]

施米特关切的是被新康德主义作为“纯粹事实性”所拒斥的“现实”,其目的是将现实本身构建为“法的现实”,而他对宪法现实的考量,最终会追溯到一个生存主义哲学的“政治概念”。施米特最终思考的是宪法的正当性问题,这个正当性可追溯至“民主”,即“全民公决的正当性”。^[24]在霍夫曼看来,施米特的国家法学(宪法学)主要存在两方面的任务:“一方面是对过时的政治意识形态之残余加以解构,揭开由空洞的、历史上过时的并因此而阻碍生活的由概念所调校的现实之伪装;除此之外,从最终的、仍然存留的‘社会教义’中,从全民公投的正当性原则中对国家加以重构”。^[25]对由落伍的政治观念所支配的政治现实的批判主要来自于“政治的概念”,其中对自由主义进行了有力批判;而对于政治现实的重构,则主要来自于他在《宪法学说》

[22] 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。

[23] H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 4. Aufl., Berlin 2002, S. 87ff.

[24] C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Berlin 1961, S. 39.

[25] 前引[23], Hofmann书,第93页。

中提出的“实证的宪法概念”以及帝国总统作为“宪法守护者”的学说。施米特的著作中,《宪法学说》最受国内学者关注,但施米特的宪法学说某种程度上被视为“政治概念”的对立面。在宪法学说中,最重要的莫过于区分绝对的宪法概念和相对的宪法律概念,^[26]其中绝对的宪法可在两方面加以理解,或者是凯尔森意义上的封闭的规范体系,是一个存在于理念的统一,或者是一个具体的生存意义上的统一,意味着“政治统一和秩序的全部状态”。施米特所取向的明显是后者。尽管施米特也承认这个意义上的绝对宪法具有“历史有限性和相对性”,但仍然与魏玛的宪法律存在区别,毋宁说是构造了一个市民法治国宪法的“理想类型”。因此,尽管处于历史的制约下,实证的宪法概念仍然发展成一个抽象的一般概念。除去这种关乎人民政治意志统一之决定的绝对宪法,实证宪法中的其它具体规定,被施米特视为是相对的宪法律。在例外状态下,绝对宪法不可修改,而相对的宪法律则可以被悬置。^[27]

陈端洪教授基本上遵循了这个思路。他先分离出中国宪法的“五个根本法”,后将主权的决断或者说宪法的正当性归于“制宪权”当中,这几乎与施米特在《宪法学说》中遵循的思路暗合。“五个根本法”似乎对应于绝对的实证宪法概念,这就成了事关中国宪法生存的根本政治决定,也是人民统一意志的体现。析出五个根本法之后,陈端洪教授认为,在一个革命、改革的时代,任何经济体制上的所谓违宪试验都应该是允许的,因为这是最终会与五个根本法相吻合的“良性违宪”;那种学究式的法律实证主义不能满足现实的需要,其必须以稳定的社会秩序为前提,而中国目前需要的是“活的宪法”,能够具有适应社会变迁能力的政治宪法。陈端洪教授断言,中国宪法时代仍未到来、革命年代去时未远、改革年代正在进行,因而不宜提倡僵化的文本主义或者规范主义,而应该用不断试验的结果即政策,取代法律。这种判断无疑具有相当的危险性,政策当中有些是良性,有些是恶性,政治和国家权力一旦失去宪法及宪法律的制约,则其绝对滥用是不待细论而自明的。即便上述提到的施米特关于绝对宪法和相对宪法律的区分,也只是在事关生死存亡的例外状态时,相对的宪法律才可得悬置,而固守绝对的宪法。可以说,施米特对例外状态的引入,主要目的不是为了证明事实对规范的优先性,而是为了维护规范之于事实的优先性,通过例外状态来检验宪法的规范力。^[28]陈端洪教授的判断是,目前的改革时期处于常态政治与例外状态之间,因此不能拘泥于宪法文本,应该在实践中不断实验各种违宪的措施,一旦被认定为符合经济发展的需要,便可以通过修宪程序确定下来,^[29]即所谓的“良性违宪”。可是,如果过于轻视除去“五个根本法”之外的所有宪法律,那又何谈什么良性违宪呢?任何手段似乎都是不违宪的。

陈端洪教授认为,违宪的原因在于有些措施并不符合五个根本法,因此需要有个机构对此加以判断。与此同时,必须对宪法的正当性加以反思,即反思来源于人民意志的制宪权。但制宪权在这里是“永久的”、“绝对的”,^[30]作为制宪权主体的人民,无论在常态政治下还是在例外状态下,都在不停地复出、退隐、再复出,以保持宪法的新鲜活力,防止宪法成为统治者的工具。从其思路来看,人民出不出场,制宪权行不行使,取决于国家是否处于常态,但即便在常态下,人民也需要不断表达自己的意志。这里需要质疑的首先是,如果在介于常态与例外之间的情况下,可以除去五大根本法之外的其它宪法律,那么宪法存在的意义何在?如果人民可以在“代表制已

[26] C. Schmitt, Verfassungslehre, 9. Aufl., Berlin 2003, S. 3ff., 11ff.

[27] 同上书,第3页以下,第20页以下。

[28] K. Hesse, Die Normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 17.

[29] 前引[2],陈端洪书,第298页以下。

[30] 陈端洪:《人民既不出场也不退场——西耶斯的民族制宪权理论解读》,《中外法学》2010年第1期。

经实现的情况下”仍然任意自由出场、退场,那么代表制的存在意义又何在?人民之意志形成是极其复杂的程序,一次制宪权的行使之后,便产生了一个新的政治统一,而该政治统一则通过宪法及宪法律的形式确定下来。即便在例外状态下,作为根本政治决定的“绝对宪法”也不能被碰触,否则便是制宪权的再度启用,而一旦再度启用制宪权,便意味着新的政治统一的出现,意味着宪法革命,而这是一个自发的过程,因人民的出场是矛盾激化的自然结果,而不是具有一种“永久性”。宪法的产生正是因为人民的统治不可能天天出现这一事实,每日公投是任何政治体都不可能实现的,基于此才会将人民之意志实证化为宪法,而实证宪法的出现也恰是一种法安定性的追求、人们对常态政治的一种渴望。如果所谓的宪法革命经常发生,那么宪法的生存也就面临严重挑战,所以安定性本身也具有生存论的意义。陈教授对宪政主义的诘难、对人民制宪权的推崇、对“良性违宪”的赞叹、对宪法文本的轻忽,尽管出自对中国目前政治状态的一种反思,但这种反思存在的危险是显而易见的,容易将“制宪权”、将“革命”常态化、将人民意志之形成简单化和理想化,而忽略一个国家生存的维系在于一个稳定宪法秩序的良好运作。陈教授至此已经偏离了施米特的路径。施米特对宪法正当性的追问并不是要否定宪法律的运行及其作用,也不是寻求人民的直接出场,而是出于一种例外状态下主权决断的担忧,而陈教授却将其例外状态常规化了。此外,政治宪法学过分强调政治现实和既存之权力关系,也被认为过分追求政治,而有忽视宪法规范性之嫌。施米特的理论,尤其是关于政治上区分敌我的理论,就被认为在没有黑格尔哲学的体系基础、没有具有担当和发展能力的宗教基础情况下,将不可避免引向政治上的非理性主义,并成为毫无根基的、永久例外状态的市民战争之意识形态。^[31]

正是鉴于实证法的僵化和现实的多变之间存在的矛盾,法社会学者才会对法条主义和法教义学大加批判,转向对中国“法治本土化”的研究,^[32]而将法条主义归为对西方宪政理想的继受。法社会学的这种判断,即规范与现实之间的矛盾,自不能忽略,但其对法条主义的批判却有失公允,这种批判只是基于一种对纯粹法条主义和法教义学的批判。类似的纯粹规范实证主义,我们也不能赞同,但如果仅基于此而否定实证法的规范意义,则不能不说是从一个极端走向另外一个极端,也是对法之本质功能的漠视。

宪法与政治的关系非常密切,甚至可以说宪法的对象就是政治,但这并不意味着宪法就是政治、宪法学就是政治学,也并不意味着要用政治利益来评判宪法,毋宁说任何政治事件均应通过国家法或者说宪法加以评判。纯粹法学上的实证主义或者凯尔森的规范实证主义,试图从国家法中排除政治,净化国家法的科学性,在政治哲学和国家哲学中以“法学的建构”取代政治分析:法唯有从法中才能被理解,政治只被视为是“材料”,而不被视为“目的”。^[33]这种做法可以避免法学成为政治的附属品,但这种实证主义的抽象概念体系无法涵括日益发展的政治现实,变得反而对政治失去了抵御能力。

从政治角度思考法学并不是意味着要否定法学,而是为了使法学更加具有适应政治现实的能力。从这个角度而言,魏玛时期对“国家法与政治”的反思并没有脱离法学的体系,其所否定的只是国家法学中的去政治化、表面上的价值中立化、过于形式而缺乏实质内容、概念太过抽象以及涵摄逻辑等概念法学残余。政治上对国家法学的反思更多出于一种担忧,即对法学上的概念建构与政治生活的现实之间的矛盾所表现出来的担忧。政治的运行偏离了法学的建构,时代的历史

[31] 前引[23], Hofmann书,第110页以下。

[32] 参见顾培东:《中国法治的自主型进路》,《法学研究》2010年第1期。

[33] H. Triepel, Staatsrecht und Politik, 1927, S. 8, 12.

精神也与国家法的规定存在差异，这也是中国的政治宪法学者所担忧的。但尽管如此，正如特里佩所强调的，“无论如何，政治上的国家活动如同纯粹技术上的行政一样，不仅仅需要一个在合目的性视角下进行的评估，同样也需要在法的视角下进行的评估。确实，国家法除了政治之外，根本不存在其它对象。国家法学者决不能放弃，以公法的标准去测评政治事件或者政治意图。”〔34〕国家法的对象是政治，国家法学者决不能对政治事件或者政治意图坐视不管，但对此加以评估的只能是“公法的标准”。无论如何，政治与国家法是紧密联系的，完全排除国家法而对政治加以科学的、独立的思考，如同完全排除政治而对国家法进行纯粹形式上的逻辑推演一样都是难以成立的。政治学与法学之区别即在于，虽然考察的对象存在一致性，但其目标却存在差异，国家法学的任务在于维护国家法的规范力。如果说法与政治之间存在差别的话，就在于法无论如何都需追求最低限度上的“规范上的有效性或者说正确性”，始终需要反思何种规则才是正当的，而政治则追求以事实为基础的实效性，这也是法学具有应然性质的原因所在。

三、中国宪法学中的规范路径

若从事实与规范、实然与应然的二元主义这个前提出发，规范主义的本义在于强调规范的优先性，如应然优于实然，实践理性优于理论理性。规范主义在初期多指代自然法理论，之后多用于道德规范、伦理规范等通过一个基本规范演绎的自足体系中。法的规范主义因此经常与理性主义联系在一起，在近代理性法祛魅之后，经康德的理性主义批判，通向新康德主义法学，使法学成为应然之学，与社会现实截然分开，并将法学的逻辑建立在康德纯粹的超验逻辑之上。这是一种形式—应然体系，与自然法及理性法的实质—应然体系相区别。不过，它只是与具实质内容的自然法割裂，而未与依超验逻辑推演的伦理及法之理念完全割裂。法学作为形式—应然之学发展至极端便是凯尔森的规范实证主义。凯尔森进一步排除了法学与形式—逻辑上的伦理及法理念的关联，使之只与实证法有关。在凯尔森看来，实证法只是应然的内容，而非应然本身，“应然只是一种形式”。〔35〕凯尔森试图通过一种应然的形式将实证法规范连接成一个逻辑体系，通过“基本规范”将规范性与实证性结合在一起，使之成为实证法的效力基础，确保了法的规范性，又不至于逾越其实证性。〔36〕由此可看出，规范性一词的多用是因不同的规范理论所致，如新康德主义法学的规范性中，自然法规范便被排除在外，规范性只体现在先验的、形式主义的道德、伦理规范中，而在规范实证主义当中，这种道德、伦理规范亦被排除，规范性只体现于实证法规范的形式—应然联系之中。

规范宪法学认为自然法这种道德本体理论存在致命缺憾，并且会对实证法的安定性产生冲击，因此以“宪法文本”为基础和“围绕规范”成为其必然的选择。规范宪法学也承认法律实证主义的不足，并认为必须通过引入一定程度的价值判断加以纠正。在关于“规范宪法”的界定上，林来梵教授提到“从宪法规范向‘规范宪法’的升华”，〔37〕将“规范宪法”视为宪法规范的一种理想形态，〔38〕从而试图赋予规范宪法一种规范性，即价值层面的应然含义。也就是说，规范宪法学有两种追求，一种是致力于对现行宪法规范进行解释，另一种则是在宪法解释中试图赋

〔34〕 前引〔33〕，Triepel书，第12页。

〔35〕 前引〔11〕，Kelsen书，第9页。

〔36〕 H. Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 42f.

〔37〕 前引〔3〕，林来梵书，“绪论”，第8页。

〔38〕 同上书，第9页。

予宪法规范某种价值性或者说超实证性。“从宪法规范向‘规范宪法’的升华”，表明规范宪法学所关切的是宪法规范内容上的应然有效性，而不仅是形式上的应然有效性，整体而言，其立场不是实证主义的，而是超实证主义的。

规范宪法学强调“围绕规范”，并坚持“规范宪法学的开放性”或者“法教义学的开放性”，在宪法规范的基础上适当引入价值规范，既试图避免政治宪法学过分关注政治现实而丧失对政治的抵御能力的危险，又试图避免陷入法律实证主义的封闭逻辑体系中。然而从方法论上来说，这种努力在两个方面令人生疑：首先，如果规范宪法学的最终目的是将宪法规范内所包含的价值规范化、体系化、逻辑化，那么这种既以现行宪法规范为基础又试图抽象出规范体系的做法就会使得规范宪法学内部产生超实证意义上的规范性与实证性之间的矛盾。林来梵教授在《从宪法规范到规范宪法》一书中发展出以人权规范为基础的宪法价值核心，声称这是“目前我国的宪法学界正在不断的形成共识”。^{〔39〕}但人权规范毕竟过于粗疏，即便林教授在其随后的人权分论中对宪法权利理论作了基本描述，一个逻辑上严密的基本权利体系也并没有因此产生，各种基本权利之间的关系并不清楚，基本权利出现冲突时其可能的位阶秩序也不明朗，中国的基本权利是以自由权至上还是社会权至上也未能有所交代。这就导致基本权一旦与宪法中的社会权条款发生冲突将如何解决成为一种疑问。在后来的文章中，林教授将宪法第38条的“人格尊严”解释为整个宪法的根基，^{〔40〕}试图效仿德国基本法将之作为统领宪法的根本原则。但人格尊严毕竟也是内容空洞的价值表述。即便可以围绕人格尊严发展出一套基本权利体系，并通过理论的一以贯之而将基本权利与宪法中其它条款如各种社会条款以及基本权利内部的冲突一步步厘清，这种暗含了“理论预设”的做法也是值得商榷的，因为这种与价值关涉的基本权利秩序很难具有自明性，并难以脱离价值的主观性。

其次，在宪法规范的基础上引入价值规范，并不能解决宪法有效性与实效性之间的张力。林教授将规范宪法追溯到罗文斯登关于规范宪法的界定，认为规范宪法是“一种体现了立宪主义精神、并具有规范实效性的宪法规范”，“不仅具有最高法的效力，也具有最高法的实效性”。显然，兼具最高法的效力和实效性的规范宪法是一种理想状态，而由于规范宪法学的提出是基于新康德主义事实与规范（价值）的二分，其并不探讨作为社会事实的法，即法的社会/事实有效性问题，这种理想状态究竟如何达成，就只能不得而知了。即便规范宪法学做到了在规范层面上探究宪法规范的价值核心，从而使之成为拥有一定“理论内涵的知性体系”，^{〔41〕}最高法的实效性也无以保证。

规范宪法学重视法学的应然性，但这种法学的应然性不是纯粹形式上的、也不是形而上的伦理、道德等实体价值。国家法的规范力或者说国家法的价值定位是以现实为基础的，其有效性来自规范与现实之间的交互作用，既不是纯粹来自于经验，也不是纯粹来自抽象的价值推演。也就是说，法学的应然性——法律规范内容的确定——来自规范与现实之间的融合与统一，而不是截然对立。所谓宪法的价值，也不是来自于逻辑演绎，而是来自受时代制约的精神，来自宪法规范所蕴藏的价值与时代精神之间的交互影响。从当今中国宪法学致力于在现行宪法框架内发展宪法适用或宪法解释的可能性，可透视出规范与现实之间的不可隔离性，即宪法解释制度既不能与现行宪法规定相悖，又不能完全置现实之可行性于不顾，而对宪法解释制度的反思本身就来自一种

〔39〕 前引〔3〕，林来梵书，第70页。

〔40〕 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。

〔41〕 前引〔3〕，林来梵书，第9页。

时代精神的吁求。正如特里佩所言,“法之应然的规则永远是各种各样价值判断的表达,这些规则将其意义与那些被视为特定目的实现之工具的客体联系在一起。”^{〔42〕}法规范尽管应作为应然——不问结果上能否在实践中有效执行——而生效,但在规范解释层面上则应尽可能思索规范与现实之间的有效结合,从而通过规范解释保证最低程度的实效性和社会对法规范的接受程度。法学中应然之学却往往忽视了这一点,往往在对法规范进行解释时也过度强调法学的逻辑性、封闭性以及法规范的应然性(似乎法规范可以脱离现实而具有独立的、确定的意义),而忽视了现实对规范有效性的决定性影响,也造成了作为法学的宪法学往往被诟病为“脱离现实”。

当然,规范宪法学主张的“围绕规范”、“规范宪法学的开放性”或者“法教义学的开放性”具有不可否认的意义,这在同样重视宪法文本、围绕规范的宪法解释学中表现得尤其突出。今天人们已经意识到法的实践并不能仅仅通过形式和逻辑就得到解决,如言论自由内容的确定,其保护界限的确定,并不是先验的、事先给定的,或者仅通过形式逻辑的演绎即可得出,即便宪法可以为言论自由提供一个详尽的保护体系,解释的空间依然存在。宪法解释学关注宪法文本,与规范宪法学一样试图抵制政治理论对法学安定性的侵害,但它同时意识到解释之于宪法实践的重要意义,而规范宪法学所指称的“规范开放性”是否也隐含了相似的考量?

四、作为诠释学的宪法学

法社会学或者政治宪法学对社会政治现实的经验描述和把握具有重要意义,但它们不能取代法教义学的地位。从文本出发、围绕规范,是宪法学的根基所在。然而,规范宪法学在事实与规范二分前提下,试图在规范基础上建构宪法的价值体系,除了导致超实证主义的规范性与法的实证性之内在张力外,也无力提供达致兼具有效性和实效性的理想宪法之路径。

其实,在事实与规范二分的前提之外,尚存在另外一种对“规范性”的解读,即在承认事实与规范并非完全割裂而是可以融合的前提下,赋予“规范性”以新的意义。这种解读可以追溯至黑格尔的诠释学路径,在德国的国家法学理论中亦具有相当重要的意义。弗里德里希·缪勒认为,“规范性标志着一个规范的动态属性,也就是说是一个以事物为特征以及结构化了的法之秩序模式,不仅使作为其基础的现实得以秩序化,并且本身即受该现实之限定。”^{〔43〕}因此,规范性应在后实证主义阶段被视为“结构化的进程”,即规范性并非是规范文本的内在属性,而是法规范适用到具体案件的结构化过程。卡尔·罗文斯登认为,只有那些与现实相契合的宪法才能称为规范的宪法,宪法必须具有生命力的,宪法中规定的特殊的权力安排必须具有现实性,因此,宪法规范不能只在法的意义上是有效的,同时也必须具有实效性。^{〔44〕}此种意义上的规范性,并非强调规范与事实(现实)对立、割裂所具有的独立、超然意义,而是强调规范与事实之间的融合。

本文认同规范宪法学的法学路径,但对其坚持在事实与规范二分的基础上发展“价值应然之学”持保留态度。鉴于一个封闭的、绝对的价值体系难以建立以及无法纯粹将法的有效性建立在社会学的因果关系之上,宪法学因此需要在事实与规范之间建立某种联系,使其既不会脱离现实又不会丧失其价值根基。在这个意义上,作为理解之学的诠释学可以满足宪法学的此种需要。论

〔42〕 前引〔33〕, Triepel 书, 第 20 页。

〔43〕 Friedrich Müller, Ralph Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1: Grundlage Öffentliches Rechts, 8. Aufl. 2002, Berlin, S. 193f.

〔44〕 K. Loewenstein, Verfassungslehre, 4. Aufl., 2000, S. 151f.

释学在德国经施莱尔马赫、狄尔泰、海德格尔,最终由伽达默尔发扬光大。受海德格尔生存主义哲学的影响,伽达默尔的诠释学完成了本体论上的转向。依本质而言,诠释学并非方法论,而是一种超验哲学,是关于“理解”的哲学,致力于“意义理解之可能性的各种条件”,其反对客观主义的认识概念,同样也反对主观主义,诠释学扬弃了主客观对立的认识模式,将理解视为主客观融合的产物。^{〔45〕}诠释学的出发点在于,“谁想要理解,谁就与那些通过语言之流传物形式出现的事物联系在一起,与传统建立起某种关联或者赢得某种关联,从传统中该流传物得以表达”。^{〔46〕}具体到法学中,所谓客观的事实与主观的规范性均无法完全实现,理解只能是事实与规范融合之产物,并包含在适用过程当中,理解并非是纯粹的“涵摄”过程,而是理解主体本身的自我理解,只有理解者带着“前理解”或者“前见”去理解文本,只有理解者深入他所担当的传统中、深入到理解视域中,才有能力对他所预期的暂时结果加以证立。^{〔47〕}

法学是理解之学,已毋庸置疑。在诠释学的理解中,事实上已经包含了适用,而适用是一切理解的一个不可或缺的组成要素。^{〔48〕}对此,伽达默尔甚至认为法学对于诠释学具有典范意义。对法规范不能仅仅客观还原历史的原貌(如立法者原意)或者仅仅语义上机械地理解,而必须通过解释使自身具体化到法秩序整体的有效性当中,在每一个特定具体—历史的境况里,法律必须被重新理解。只有如此,法律才能被正确地理解。当然,对于这种重新理解亦需通过现行法规范加以限缩。对法规范的解释不能强行划分解释者的主观性与解释意义的客观性,因为这二者是融为一体的。对任何法规范的理解都包含了解释者的主观性,但这种主观性不能被过度强调,因为任何对法律的解释都是从现存的情况出发,并且为了现存的情况而去理解法规范的意义。在这里,只有对象才是具有决定意义的。由于解释者的主观性所可能出现的任意性可以通过“前理解”加以限制,这种前理解是既定的,受制于历史和传统,以及时代的精神状况。

对法规范的理解必然包含两个部分,首先是对法规范的事先理解,其次是将法规范的理解与具体问题联系在一起。在这两部分中,“前理解”都隐含地产生影响。在第一步中,法官或者法律人不能出于自己的任意对法律进行解释。事实上,法规范的意义在长期的法学实践中已经或者正在发展出一个稳定的结构,因此解释者必须首先从规范的结构出发,对文本存在的解释可能性进行界定。但这个界定并非简单的“论题学”(topisch)的思维,仅仅对各种可能性和观点加以简单罗列,而是需要发现一个引导性的视角,从具体的历史情境出发,从一个解释者所能接受的特定宪法理论出发,对法规范的整体意义进行预先构思,并不断对其进行证明、修正和修改,最终可以持续地靠近事物本身,其意义的统一性得以相对确定。第二步是根据现实的情况讨论是否有突破现存规范结构的必要性存在。法规范内容的最终确定与法规范适用到具体问题中是一个同一的过程,而在对问题的理解中同样是以理解为前提。也就是说,此时同样依赖于解释者的前理解,即通过具体的问题去决定解释者的前理解,将与问题不相干的视角排除在外,这同样需要解释者在宪法理论上的证立。因此,“前理解”是贯穿整个规范理解或者具体化过程始终的。这个步骤并不存在孰前孰后的问题,而是经常交织在一起,产生一种交互影响,也就是通常所说的“规范与事实的目光流转”,甚至将特定的事实涵摄到某个规范之下的过程,亦包含有前理解的影响在内。这个思维的结构看似完善,但仍会出现问题,即法官需要在价值冲突的时候做出权衡。这个权衡很难依赖于理性的证立,而只能依赖于决断,此时起作用的也是事先给定的前理解。这

〔45〕 前引〔13〕, Kaufmann等编书,第100页以下。

〔46〕 H-G. Gadamer, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 5. Aufl. 1986, S. 279.

〔47〕 同上书,第102页。

〔48〕 H. Gadamer, Wahrheit und Methode, Bd. I, 1990, S. 314.

种前理解可以表现为传统、判例或者已经被证明的理论,而更多情况下,涉及一种类似信仰的理论确信,这种确信往往会左右解释者最终的决定,但此种确信并非任意,因为现行宪法的文本可对此种理论确信加以限缩。

如此一来,通过宪法解释就能将“现实的宪法”和“规范的宪法”联系在一起,法学成为一个“与现实相关联的”规范学科。但如何使宪法通过解释在现实中具有实效性,必须深入到整个社会的精神状况中,而这些精神上的规律又可成为宪法规范力的前提。宪法当然不能因不断变迁的社会现实的变化而任意变化,宪法必须将其规范性恪守在某些原则之上,无论现实如何变化,除非发生极端例外情形,宪法的这些本质内容应保持不变。宪法解释作为维护宪法规范力的最重要手段,其功效在于在规范意义的结构范围内,随社会变化对其作出相应解释,甚至在某些情况下可突破这些规范的结构,实现一种宪法变迁。一旦宪法文本的界限已不足以包含这些社会变化,则需进行宪法修改。由此,宪法规范力的维持也取决于宪法文本所具有的包容性。宪法文本内含的价值原则越广泛,越是多元化,则宪法的规范力越易实现。因而,宪法解释的首要任务在于对原则和规则的诠释。对规则的诠释可通过传统的解释规则加以确定,但对原则的诠释则并非总是确定,事实上需要通过实践对相应宪法原则的效力不断加以重新界定,其生效的范围和保护的领域在相关先例和理论的确保下保持相对稳定。最能决定宪法原则之本质的是原则冲突的情形,只有在冲突情况下,一项原则的生存意义才得以显现。而鉴于冲突情形的复杂性,这种解释必须对实践中的各种情形进行全面考量,对各种原则所代表的价值、背后所隐藏的目的、利益加以分析,仍然难以作出价值上的衡量的,必须引入相应的理论作为前提。事实上,在解释过程中,这种理论,也就是“前理解”,是无时不暗含在解释当中的,而理论则可以通过一种结构化的分析得以相对确定,其“基于具体的宪法秩序而获取,并在不断的案件实践中、在持续的输出与引入中被证实或者修正”。^[49]

黑塞认为,虽然法律决定最终需要实现一个“具有担当性的、理性上可证立和可审查的结果”,但任何法律决定都不能达到终极理性,毋宁说只能通过一定的方法指引,通过结构性的理论设定达到一定程度的“相对正确性”。法学并不能成为可以严格加以证明的自然科学,严格的科学化在法学领域不过是一种幻想。与绝对正确性相对,法学要达到的是相对的正确性,但这种相对正确性必然要富有洞察力、具有说服力并一定程度具有可预见性,也就是要实现有限的法之安定性。^[50]宪法作为政治统一之形成,既是相对静止的,也是不断流动的。相对静止在于一种结构上的稳定性,这就需要对宪法的价值核心进行预设。不断流动在于反映社会不断变化的事实关系,从而使宪法更能反映现实的需要。事实上,政治上的一统只是幻想,现实中各种冲突才是永恒的,因此需要在不断的冲突中去实现政治上的统一。这就需要一种整合的进程,这个进程不仅仅需要法律上所确保的各种程序,尚需要一个广泛的商谈机制。任何法律决定都需要置于这个机制的背景下接受质疑,并不断修正自己的论证,使之更具有正当性。

总体来说,诠释宪法学具有一种不是方法上的而是本体论上的意义。诠释学的方法不是片面的分析,也不是片面的经验归纳,同样不仅仅是辩证的精神运动,而是多种方法的融合。确定规范的含义需要分析,对案件事实的把握需要经验观察,对时代精神状况的把握则既需要社会经验的判断又需要一种由部分上升为整体、再由整体反观至部分的辩证运动。但运用这些方法的目的不是一种方法上的折衷或者综合论,而是通过这些方法在宪法解释不同步骤中的运用,使宪法规范得以具体化,并得出一个“正确的”决定。正是规范与现实的一种“目光流转”可以在一定程

[49] K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, S. 25.

[50] 同上书,第29页。

度上保障在疑难案件中所出现的法律效果与社会效果不统一的问题,因为法官的“前理解”应该对案件的事实、社会的反映、判决可能出现的后果做一个大概的预先判断,但这种前理解式的“法感”并不能完全支配法律判决,尚需要严格的规范推理以及一种法律体系化的思考。诠释宪法学需要更为细致的方法论体系,本文只是对其大概思路加以阐释,诠释宪法学的哲学基础、宪法学方法论的精细化以及各种理论的储备都有待进一步的展开。

Abstract: The debate on the methodology of constitutional jurisprudence has become much hotter than ever for recent years. The dilemma how the constitutional theories should react to the political realities yields the significant controversy between the political constitutionalism and the normative constitutionalism, which is grounded on the dichotomy of fact and norm. However, either political constitutionalism or normative constitutionalism is insupportable in context of methodology.

The political constitutionalism is near to the sociology of law, both of which try to reflect the positive law through inquiring into the social or political realities. However, they seem to be lost in the chains of causation, take the factual interests and purposes as the standards of evaluation and tend to ignore the normativity and legitimacy. Thus it overemphasizes the importance of the unwritten constitution, the policies and the interests at the price of the authority and stability of the constitution.

The normative constitutionalism sets its foundation on the positive constitution while has not so much ideas of the sources of its legitimacy and validity. Neither offers it an answer to the question of the philosophical foundation of the constitution as a value-related law. This also affects the concretizing and interpretation of the constitution. As a science of “understanding”, the constitutional jurisprudence is neither a pure and strictly logical theory of values nor a pure positive theory or sociology of fact description. The values in the constitution derive from the integration of facts and norms and the integration of the constitutional norms and the realities, and reflect the spirits of our times. To integrate the normative meaning of the constitution and the ever changing realities through the integrative constitutional interpretation is the main issue for modern constitutional jurisprudence.

Key Words: methodology of constitutional jurisprudence, political constitutionalism, normative constitutionalism, constructive constitutionalism
