



Disagreement &
Consensus

制宪权与根本法

陈端洪 / 著

书馆

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

090.04
59

制宪权与根本法

陈端洪 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

制宪权与根本法/陈端洪著. —北京:中国法制出版社,2010.3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1805 - 8

I. ①制… II. ①陈… III. ①宪法 - 研究 IV.
①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 037424 号

策划编辑 周林刚

封面设计 蒋怡

制宪权与根本法

ZHIXIANQUAN YU GENBENFA

著者/陈端洪

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×1092 毫米 32

印张/10.75 字数/159 千

版次/2010 年 3 月第 1 版

2010 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1805 - 8

定价:29.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66067024

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

序 言

这本小书是几篇论文的组合，整体上不构成一篇论文，但它不是松散的文集，而是紧紧围绕一个核心概念——制宪权。为什么选择这样一种欠严谨的方式而不构建一个体系呢？我渴望体系化，但就我目前的知识和思维能力而言，我还远没有发展到系统论证的水平，只能抱持一些直觉性的难题去“询问”人类既有的理论家，理解他们对相同或类似问题的概念化、范式化的知识路径，做些诠释的工作，然后再联系我的生存处境，把原先的直觉性的经验难题转换为正确的理论问题，尝试着提出局部解决的设计。

制宪权是我在研读主权文献的过程中遭遇到的一个重要概念，我以为它对于当今宪法学面对的许多难题具有很强的解释力，视之为宪法学的知识界碑。为此，我写作了两篇诠释性的文字和两篇应用性的文字。我的路子是从卢梭的直接的人民主权模式入手，然后过渡到西耶斯的代表制制宪权，最后落实到中国问题。下面简单介述各篇论文。

《人民必得出场》（载《北大法律评论》2010年第一期）一文是对卢梭制宪权思想的诠释。卢梭是研究制宪权的起点，但是现在多数作者把他当作极权主义的鼻祖而避之尤恐不及。不回到纯粹的人民主权模式中去，我们对于代表制下制宪权的思考就会落入经验的泥沼。诚然，卢梭没有使用制宪权的概念，而把制宪权作为立法主权的一项权能。可是，细心的读者将会惊讶地发现，他贡献了一个消解政治革命的天才的想法。这想法就是制宪权的例常化！卢梭主张，每次人民集会都必须以对这样两个问题的表决而告开始：第一，我们是否还需要这样的政府形式？第二，我们是否还需要这样的政府官员？对第一个问题的表决，用今天的话来说，就是制宪权的无中介运用，而且是例常化的。他用制宪权的例常化克服了革命，或者说吸纳了人民的革命热情。在这里，我们似乎窥探

到了西耶斯诉诸民族制宪权的思想渊源，也隐约地联想起法国革命之后屡屡制宪的局面。中国读者甚至产生一种似曾相识的感觉，因为 1975 宪法明确申张“无产阶级领导下的继续革命”。尽管“文革”的结果不堪回首，可是我以为，理论工作者有必要把毛泽东的以革命克服革命（我们习惯上称后者为“反革命”），靠群众运动反对官僚腐败的不断革命论作为一种政治正当化理论，挖掘其深层的、积极的政治哲学内涵。如此，我们方可认清其负面效应，意识到宪政与法治将正当性难题转换为具体的、日常化的合法性问题，从而避免整体性制度危机的做法是何等高明的实践智慧。

《人民既不出场也不缺席》（载《中外法学》2010 年第二期）一文是对西耶斯《第三等级是什么？》一书的解读。西耶斯是所有研究制宪权的学者的共同的知识起点。他将制宪权与宪定权直接对立，充分彰显二者之间的差异、张力与勾连。这个对立，究其渊源，是卢梭的“主权者——政府”对立结构的延续和演绎。为了明确制宪权的归属与行使，我在西耶斯的政治社会形成的三时期的理念序列的基础上，增加了一个假设——最后的人民集会，把代表制下的制宪权隐含的人民决断演示在一个假想的舞台上。

制宪权与根本法

凭借这个假设，我们真正清晰地认识到代表制民主为什么必须是宪政民主，宪法的权威从何而来。故此，我称宪法为民主神的圣经，把宪政主义的智慧叫做借尸还魂术，即借宪法的躯壳还主权者之魂灵的法术。

在以上的理论知识基础上，我尝试着解释中国的宪法现象。《第三种形式的共和国的人民制宪权》是对《共同纲领》作为新中国第一部宪法的正当性的论证。换言之，该文是对《共同纲领》序言的“中国人民政治协商会议代表全国人民的意志，宣告中华人民共和国成立……制定共同纲领”的宣示予以理论阐释。核心的概念是毛泽东提出的“第三种形式的共和国”，这个概念转换成代表的术语就是第三种形式的代表制民主。这里的制宪权主体——中国人民——既有一点单一主体的形而上的色彩，又是一个复杂的社会学结构，是若干阶级的联盟，而联盟又是有领导阶级的。制宪权主体如此这般的社会学内涵决定其代表结构的特殊性。理解了这一点，我们就理解了全国政协第一届全体会议作为建国会议、制宪会议的实质正当性。

按照顺序，我的探讨应该过渡到 1954 宪法、1975 宪法、1978 宪法、1982 宪法。由于 1982 宪法是现行有效的宪法，我们宪法学者一般只关注这个文

本。《论宪法作为国家的根本法与高级法》（载《中外法学》2009 年第一期）一文就以 1982 宪法为研究对象。在收入本书的几篇文章中，本文最先写作发表，但按照“制宪权——宪法”的逻辑，该文当排在最后。这篇论文梳理了中国的五个根本法，或宪法的五个原则，同时反驳了时下流行的宪法司法化的主张。文章发表后，引起不少争论和误解，在此我只想重申一下政治宪政主义的意义。宪政是一种关于政治的理念，并非只有一种模式。司法化本身是一种政治主张，一种去政治化的规范主义的政治主张。规范预设常态，规范主义的常态的时间观与中国近代以来因为落后而挨打产生的追求进步、追赶西方的时间观明显抵牾。革命、改革均是进步历史观的具体化。在一个改革时代，中国宪法学界不能只盯着宪法文本，甚至只盯着其中的规范条文，必须对鲜活有力的政治现实敞开知识胸怀，关注中华民族整合的历史和现行的动态生成原则和有效机制。

我确信，用制宪权来思考 1954 宪法、1975 宪法、1978 宪法，将是一项令人激动的学术活动。因自觉功力尚浅，一经表达即感贫乏，我决定暂时搁置这项事功。

当我决定将上述文章集结出版的时候，我觉得这

些文章作为一本书尚缺一个提纲挈领的导论。一是需要厘清制宪权的概念，说明其学术价值；二是需把一些没有来得及专门论述的问题做一个初步阐释，比如“改革宪法”的问题。于是我又写作了一个对话。采用对话体，是为了简明直接，让读者有参与感。这种古老的论理方式，现如今已经被“学术规范”给“规”掉了。感谢开放时代杂志社，特别是吴铭编辑，破例刊用在《开放时代》2010年第三期。此文即本书第一篇——《一个政治学者和一个宪法学者关于制宪权的对话》。

另一个缺憾是，我没有专门解读 Antonio Negri 的 *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State* 一书，希望将来有机会弥补。总体而言，制宪权是欧陆理论话语，英语一手文献不多。读者若有兴趣，可以翻读一下 Martin Loughlin and Neil Walker 主编的文集 *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*。此外，Martin Loughlin 的《公法的理念》（*The Idea of Public Law*）一书的第五章谈主权、第六章谈制宪权，思路清晰，语言简洁，可读性强。

感谢教育部人文社会科学重点研究基地项目的资助，本书系《国家主权与反分裂的宪法理论研究》的部分成果。感谢北大的李强教授和北航的高全喜

序 言

兄，多年来他们一直鼓励、帮携我从事政治理论的学习，让我在经历知识危机的过程中感觉一股温暖和一丝希望，不敢言放弃努力。本书的每一篇论文，均在北大的课堂与公开讲座上宣读过。讲课使人达到“思想的纯真和生活的天然”（伦茨语）。年轻学子渴求知识的眼神和不断求知的贪婪的躁动令我羞愧，赐我无穷的动力。

目 录

序 言	1
一、一个政治学者和一个宪法学者关于 制宪权的对话	1
二、人民必得出场 ——卢梭官民矛盾论的哲学图式与 人民制宪权理论	46
三、人民既不出场也不缺席 ——西耶斯《第三等级是什么?》中 的民族制宪权理论	111
四、第三种形式的共和国的人民制宪权 ——论 1949 年《共同纲领》作为新 中国建国宪法的正当性	183
五、论宪法作为国家的根本法与高级法	255

一、一个政治学者和一个宪法学者 关于制宪权的对话

宪法学应当如何界定自身的知识疆域？是否应当引入制宪权？最近两年，我一直在拷问自己。为了连贯而深入地对自我进行知识审问，我把自己分解为两个角色——一个政治学者和一个宪法学者，让二者展开知识对话。结果，政治学者说服了宪法学者。

还望读者不要误以为我借机贬抑他人，这里没有他者，只有两个自我，或一个自我的两种知识形象。倘若读者觉得某个角色似曾相识，也有自己的影子，那就尝试取代他，参与对话吧。

一、制宪权：宪法学的知识界碑

政治学者：宪法从何而来？

宪法学者：宪法是制定的。我们现代人讲的宪法通常指成文宪法，当然英国等少数几个国家是非成文宪法的国家。在法学上有实质宪法与形式宪法之分，形式宪法指宪法法律，实质宪法部分地包含在宪法法律，却不尽数体现其中。为了简单明确起见，我就在通常意义上回答你的问题，把宪法限定为宪法法律。

政治学者：好的，这样可以避免很多混乱。你尚未回答我的问题，仅仅在回答的路上迈开了第一步。请问，宪法是谁制定的？

宪法学者：制宪机构制定的，比如说，1982 宪法是第五届全国人大第五次会议制定的。

政治学者：你什么也没有告诉我，说制宪机构制定了宪法，这话停留在形式上，如果不往前追，就是一个循环。“制宪机构”的“制宪”是什么意思？制宪是意志表达的行为，制宪机构只是表达者，它表达谁的意志？凭什么说它真的表达了那个主体的意志？

好吧，为了让你明白我的意思，我们落实到你列举的 1982 宪法的例子上来。是的，1982 宪法是第五届全国人大第五次会议制定的，这是一个简单的历史

一、一个政治学者和一个宪法学者关于制宪权的对话

事实，可我不关心。我关心的是，一个机构，不管是专为制宪而设立的还是兼为日常的立法机关，凭什么说它是“制宪”机构？凭什么说那个被它称作“宪法”的文件是有效的（valid）？换言之，它从谁那里取得制定宪法的权力？用一个专门的政治哲学概念来表达，我关心的是“制宪权”。另外，你说的1982年宪法的例子其实并不像你想象的那么简单，需要追溯到新中国的第一部宪法才能把真正的问题展现出来。

宪法学者：对不起，我们宪法学者只关心规范（norms），只关心宪定权（constituted powers）。我说规范，也说宪定权，这两个并不冲突，宪定权被置于规范的层级体系中。至于宪法从哪里来的，规范宪法学的答案是凯尔森（Hans Kelsen）所谓的“基础规范”〔1〕。“基础规范”的意思是，宪法的效力是被推定的，制宪权被排除出宪法学的考虑范围。所以，刚才我对你前面两个问题的回答仅仅限于形式意义。照你的话来说，等于什么也没回答。

政治学者：凯尔森的“基础规范”是他对“宪

〔1〕 参见〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社，1996年，第十章。

制宪权与根本法

法的效力从何而来”这个问题的根本回答，但基础规范遮蔽了真实的问题，仅仅起到了(?)划定法学疆域的边界线的作用。倘若我不把你的话当作逐客令，那我不恭敬地告诉你，你这是冒用划定学科边界的名义而行的鸵鸟政策。你没有勇气面对根本的和真实的宪法问题，既拒绝向下，也害怕向上，而停留在语义、逻辑、故事的温柔之乡。向下与向上的空间隐喻，分别指的是观察权力的具体运作和公民行动的社会科学方法与思考原则问题的政治哲学方法。

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，以回避难题的方式营建法学的帝国。然而，宪法学永远和政治学脱不了干系，因为宪法是政治法。美国宪法学的核心内容是违宪审查，可违宪审查本身就是一种政治设置，令宪法学家和政治学家争执不休。具体的宪法解释的推理，用阿列克西的话来说，根本上还是价值的权衡。这些暂不深究，就拿一个具体的中国宪法问题来问你，你就无法用你那套语义、逻辑、故事的手法应对。09年全国庆贺建国六十周年，听说宪法学界也在回顾《共同纲领》。请问，共和国的第一部宪法是什么？

宪法学者：你这是在揣度、攻击一个宪法学者的

一、一个政治学者和一个宪法学者关于制宪权的对话

心理，我必须反驳。回避政治问题，回避原则的争辩是为了科学的目的，为了开辟宪法学的独立空间，发展宪法学的独立品格。难道你还没有厌倦传统教科书应声虫式的政治套话，腻烦自由主义的大话和断语吗？难道你不希望宪法学发展出一套用于解释宪法的专门技术和话语吗？可是，规范法学也碰到一个制度性障碍，那就是宪法司法化的体制障碍。这使得我缺少了可供研究的素材，也限制了我的研究成果的实际效用。你说得对，违宪审查作为一种制度就是政治的，可这是宪法学无力解决的难题。

现在回答你提的问题。宪法学界正统的观点把1954宪法当作我国第一部正式宪法，至于《共同纲领》嘛，我还是引用张老，张友渔先生的说法吧：“它无论在形式上、内容上或在制定程序上都具有国家根本法的性质，是当时各政党、各机关以及全体公民进行活动的重要基础，具有最高的权威性和根本大法的效力。在中华人民共和国宪法颁布前，起着临时宪法的作用”〔2〕。这个说法听起来似乎有些啰嗦和别扭，可我没想过究竟别扭在哪里。

〔2〕 张友渔：《张友渔文选》（下卷），法律出版社，1997年，第368页。

政治学者：“第一部正式宪法”意味着此前还有一个或者多个临时宪法，如果没有，那么 1954 宪法就是第一部宪法，没必要加什么“正式”的修饰语。那么，那个或那些临时宪法叫什么呢？实际上只有一个，那就是《共同纲领》。关于《共同纲领》，你陈述的张老的说法实在使人昏昏。“起临时宪法的作用”的另一层意思是，它不是宪法，甚至也不是临时宪法。说 X 起 Y 的作用，就是说 X 不是 Y。可你前面又说它无论在形式上、内容上或在制定程序上都具有国家根本法的性质，具有最高的权威性和根本大法的效力。请问，一个这样的文件不是宪法，还能是什么？难道宪法学还有识别、认定宪法的其他标准吗？

宪法学者：没有。不过，张老这样说似乎不是信口开河，而是煞费苦心的，而且，“起临时宪法的作用”的说法恐怕也不是他的发明，这个我没有考证。

政治学者：我更没有兴趣去考证。我就是纳闷，你连第一部宪法是什么都说不清楚，那你凭什么说写在 1982 年宪法中的东西就是有效的规范呢？你对这部宪法作为宪法的正当性没有怀疑，可是，你凭什么就不质疑呢？没有《共同纲领》能有 1982 宪法吗？你连《共同纲领》作为第一部宪法的正当性都羞羞