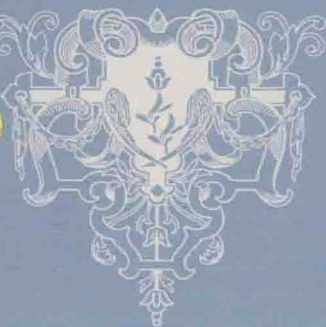




北航高研院·法政文丛

政治宪法学纲要

高全喜◎著



勾勒百年中国宪制史，剖析政治宪法学核心观念。在政治宪法与法律宪法之分野中，求得时代命题之转捩，在自由与秩序之张力中，贯穿人类文明之演进。分规范与实证为两造，治反革命和革命于一炉。



中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press



北航高研院·法政文丛

政治宪法学纲要

高全喜◎著



中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press

图书在版编目 (CIP) 数据

政治宪法学纲要 / 高全喜著. —北京: 中央编译出版社, 2014.6

ISBN 978-7-5117-2078-8

I. ①政… II. ①高… III. ①政治学—宪法学 IV. ①D0 ②D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 039502 号



出版人: 刘明清

出版统筹: 董 巍

责任编辑: 王媛媛

责任印制: 尹 珺

出版发行: 中央编译出版社

地 址: 北京西城区车公庄大街乙 5 号鸿儒大厦 B 座 (100044)

电 话: (010) 52612345 (总编室) (010) 52612367 (编辑室)
(010) 52612316 (发行部) (010) 52612315 (网络销售)
(010) 52612346 (馆配部) (010) 66509618 (读者服务部)

传 真: (010) 66515838

经 销: 全国新华书店

印 刷: 北京瑞哲印刷厂

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 278 千字

印 张: 11.25

版 次: 2014 年 6 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

网 址: www.cctphome.com

邮 箱: cctp@cctphome.com

新浪微博: @中央编译出版社

微 信: 中央编译出版社 (ID: cctphome)

本社常年法律顾问: 北京市吴栾赵阎律师事务所律师 闫军 梁勤

凡有印装质量问题, 本社负责调换。电话: 010-66509618

法政文丛 序

晚近以来，中国的法政秩序建构日益成为社会变革的核心主题，自由权利与典章制度如何携手共进，在张力和对峙中求得平衡，在创制与运作中达致中道，关涉一个社会的政治正义之实现与否。然制度为有形设施，必以无形之文明观念与思想体系为其根源。故法政秩序之思考不可局限于单纯制度比较与研判之层面，尚需深入一个政治体的内在发生学与演进论，在知与行的激荡与交融中，发轫制度变革的文明忧思与理论创新。

“法政文丛”之构思与展开，源自北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院的学术事业。我们在“一年四会”（春季年会：通识教育；夏季年会：儒家政治思想；秋季年会：政治宪法学；冬季年会：知行思想峰会）的年会体系和“法政思想之中西古今”暑期讲习班的基础上，逐渐形成自己的“政治宪法学”与“儒家宪政主义”研究特色，并与中央编译出版社竭诚合作，推出两套文丛，即“法政文丛”和“治道文丛”。前者侧重西学法政秩序原理之研探，后者侧重中学法政秩序原理之钩沉，路径与资源有殊，学术与理想实一。

制无美恶，期于适时；变无迟速，要在当可。“法政文丛”旨在贯彻法律与政治交融并进的宏观理论旨趣，以“政治宪法学”为基本学术视野，兼容政治哲学、政治科学、历史法学等关联学科，经略天下，汇通万国，为转型时代的中国之法政思想提供富有生命力的佳构良策。

汉密尔顿在《联邦党人文集》首篇曾有如此犀利之发问：“人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府，

还是他们永远注定要靠机遇和强力来决定他们的政治组织。”我们相信，唯有对法政秩序原理之“深思熟虑”，中国百年政治历史的大变局之“自由选择”，才能获得文明历史的正义之根基。

是为序，以期大成。

高全喜

2014年3月2日于北京

作者简介

高全喜，1962年出生，江苏省徐州市人。北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院院长、法学院教授，博士生导师。研究领域为法理学、政治哲学和宪政理论。

治道文丛

建国之道——周易政治哲学 姚中秋 著

道统与治体——宪制会话的文明启示 任 锋 著

治道的历史之维——明代政治世界中的儒家 任文利 著

儒家与宪政论集 杜维明、姚中秋、任锋等著，任锋、顾家宁 编

法政文丛

政治宪法学纲要 高全喜 著

代议制的基本原理 翟志勇 主编

目 录

法政文丛 序

政治宪法学的兴起与嬗变

- 一、政治宪法学的出场 /001
- 二、政治宪法学的问题意识 /006
- 三、政治宪法学：政治学抑或宪法学？ /012
- 四、规范主义的政治宪法学 /019
- 五、政治宪法学与历史主义 /028

宪法与革命及中国宪制问题

- 一、洛克《论政府的解体》 /047
- 二、卢梭《论政治体的死亡》 /053
- 三、从卢梭到西耶斯 /058
- 四、从洛克到美国立宪建国的政治宪政主义道路 /063
- 五、中国革命：两个共和国的宪法及其宪制问题 /068

革命、改革与宪制：“八二宪法”及其演进逻辑

- 一、宪法序言与历史叙事 /095
- 二、“八二宪法”作为“改革宪法”：结构、演进与困难 /103
- 三、四个修正案的宪制新设计与“八二宪法”的前景展望 /116

人民也会腐化堕落

- 一、政治宪法学的视角 /131
- 二、人民在哪里？ /134
- 三、人民会腐化堕落吗？ /143
- 四、人民也会腐化堕落！ /150
- 五、我们这个时代的人民与宪制 /155

财富、财产权与宪法

- 一、现代国民财富的动力机制与法权问题 /175
- 二、财产权与现代宪制 /183

战争、革命与宪法

- 一、古代战争与古典政制 /219
- 二、“早期现代”的战争与和平以及现代宪制的发生学 /223
- 三、中国现代政制中的战争、革命与宪法 /249

心灵、宗教与宪法

- 一、古典政制中的宗教与宪法 /265
- 二、早期现代的宗教与宪法 /280

美国现代政治的“秘密”

- 一、现代性的政治：美国的革命建国与美国宪法 /312
- 二、政治国家与自由政体：权力、法治与自由 /317
- 三、自由政体与帝国：德性、信仰与强权 /321
- 四、美国政治的“秘密”以及对于中国现代政治的启示 /324

附录：当代中国的宪法体制与政治宪法学话语 /334

——高全喜学术思想中的百年宪政主义传统之后

政治宪法学的兴起与嬗变

近几年在中国大陆兴起的政治宪法学，由于其熔铸古今的思想性及强烈的现实感，已经引起了国内外学界的广泛关注。作为倡导者之一，在当今中国社会面临政制大变革的关键时刻，我感觉有必要对众说纷纭的“政治宪法学”做一番梳理，揭示其蓬勃兴起的缘由、问题意识、基本观念和基本主张，检讨政治宪法学与其他宪法学派别的论战以及其自身内部的纷争，进而勾勒其未来可能的理论前景。

一、政治宪法学的出场

政治宪法学作为一个思想学术派别真正浮出水面，应该说是在2008年。这一年，北京大学的陈端洪教授在《中外法学》杂志上发表了《论宪法作为国家的根本法与高级法》一文。¹该文甫一发表，就引起宪法学界的广泛争论和批评。对于陈端洪的问题意识和方法论，我是赞同的，但对于他的具体观点，我有很大的质疑。随后，我在北京航空航天大学法学沙龙做了“政治宪政主义与司法宪政主义”的讲演，提出了我对于政治宪法学的理解，并正面对陈端洪之论展开了学术批评。此后，我和陈端洪在中国人民大学法学院、清华大学法学院、北京大学法学院和北京航空航天大学法学院，分别做了多场讲演和讨论，主题涉及政治宪法学的一系列问题，诸如革命与宪法、制宪权、人民出场、宪法学与政治学之关系，等等。对于我们来说，这些学术讲演和讨论，并非仅仅是展示政治宪法学，而是试图与国内的规范宪法学

以及宪法解释学形成对话，因此，我们有意识地在人民大学和清华大学两家法学院，也即中国宪法解释学和规范宪法学的重镇，展开讨论，并邀请了韩大元、林来梵、任剑涛、姚中秋以及其他众多青年法政学者参加。²从某种意义上说，上述讲演和讨论，并没有形成政治宪法学与规范宪法学、宪法解释学之间的富有建设性的理论对话，只是冲击了中国主流宪法学的研究氛围，崭露出一些重大的、一直被主流宪法学遮蔽的中国宪制问题。

以2008年陈端洪的论文为标志，政治宪法学正式出场，但作为一种法政思想的问题意识以及宪法方法论，其在中国大陆的兴起则要早得多。我自己在多年前结束有关西方政治思想史的研究后，就转入政治宪法学的思考，讨论过政治社会、宪法政治、共和政体、民族主义和国家利益诸问题，2008年以《现代政制五论》为题出版。在此前我还出版了相关的一系列著作，例如：《何种政治？谁之现代性？》（2007）、《我的轭——在政治与法律之间》（2007）。陈端洪多年来一直致力于宪法的非主流性研究，2007年结集出版《宪治与主权》，他的很多政治宪法学概念皆发端于此书的思考。还有青年学者翟小波的论文：《宪法是关于主权的真实规则》（2004）、《代议机关至上，还是司法化？》（2006）。2008年至今，伴随着政治宪法学作为一个思想流派的出场并传播，以及百年中国法政历史的现实感应和激发，一系列政治宪法学的著述陆续发表或出版，一时之间，蔚为壮观。例如，代表性的有：拙著《从非常政治到日常政治》（2009）、翟小波的《论我国宪法的实施制度》（2009）、《人民的宪法》（2009）、陈端洪的《制宪权与根本法》（2010）、拙著《立宪时刻：论〈清帝逊位诏书〉》（2011）、拙文：《宪法与革命及中国宪制问题》（2010）、《战争、革命与宪法》（2011）、《财富、财产权与宪法》（2011）、《论革命的法理学》（2010）、《心灵、宗教与宪法》（2012），我与陈

端洪等人的《国家构建与政治宪法学》（2010）、与田飞龙对谈的《政治宪法学的问题、定位与方法》（2011）以及《八二宪法与现代中国宪政的演进》（2012），等等。此外，诸如姚中秋的《现代中国的立国之道》（2010）、《中国变革之道》（2012）、许章润的《现代中国的国家理性》（2012）、强世功的论文《中国宪法中的不成文宪法》（2009）等著述，也都被归入广义的政治宪法学之列。³

当今中国的宪法学研究，尽管依然是主流的意识形态宪法学、宪法解释学和规范宪法学占据主导地位⁴，但这几年随着政治宪法学的兴起，原先的旧有格局开始被逐渐打破，一种新的思想理论路径以及概念体系、方式方法，乃至问题意识、价值取向，开始涌现出来。有人说，政治宪法学吹皱了一潭清水，也有人说，政治宪法学破除了语义学的沉闷。但无论怎么说，我觉得政治宪法学以其尖锐的思想性和现实感，迫使我们的宪法学人面对真实的中国宪制（包括曲折挫败的百年中国宪制史），而不再是一味躲进纸上的宪法条文和西方诸国的宪法规范里自我沉吟，探幽览胜。⁵当然，正像我一再指出的，政治宪法学只是一种问题意识和宪法学的方法论，作为一个学术流派，并不意味着我们对于中国宪制的认识就是一致的，也不意味着我们与上述三种主流的宪法学就是截然对立的。问题是有复杂性的。例如，陈端洪关于中国宪法的五大根本法（党的领导、民主集中制、社会主义、现代化建设、基本权利）及其排序，就与意识形态的主流宪法学具有某种价值上的亲和性；而强世功的关于中国宪法中的不成文宪法的观点，则更是从一种新的视角捍卫了传统意识形态宪法学的党制国家理论；至于我的观点，则从一开始就强调政治宪法学的规范性，我认为现代中国正处于一种从非常政治到日常政治的宪制转变时期，剖析这个国家的宪制结构及其背后的动力机制，要比单纯研究不着调的规范性更有意义。

尽管如此，政治宪法学毕竟与上述三个宪法学主流有着重大不同，

这个不同集中体现在问题意识与方法论上，政治宪法学以“政治宪法”为中国宪法学的核心问题，通过一种生命—结构主义的方法论，试图对中国的百年宪制，尤其是中国共产党领导中国人民创制的共和国宪法，给予一种真实的揭示，并诉求其未来的宪制改革。正是这种问题意识与宪法方法论，使政治宪法学与上述三种主流宪法学派具有了根本性的区别，它不再关注宪法条文的规范性解释，不直接援引政治性的意识形态口号，也不看重宪法的司法化改革路径⁶，而是直指中国宪法的结构、创制权及其背后的宪法精神，以及宪法的内在动力机制，并把这些问题的归结为“政治宪法”的议题。因此，“政治性”就成为政治宪法学的一个中心概念，政治与宪法的关系就成为政治宪法学的中心问题，与此相关，立法权（而不是司法权）就成为政治宪法学的核心议题，人民、革命、制宪（而不是法官、司法、权利）就成为政治宪法学考虑的关键点。把政治宪法纳入一个现代国家的立宪精神的有机结构之中，并揭示其内在的发生、扩展及衰落的法则，促使政治宪法学采用一种有机主义的方法论——我称之为“生命—结构主义”的方法论：这指的是政治宪法学并不把宪制视为一种完全机械的制度，而是视为一种富有生命力的制度，其中包含着立宪者的激情、理性与决断，是一个政治民族（国族）的实践性产物。

当然，由于政治宪法学内部的思想性张力，关于何为“政治宪法”之“政治性”与“宪法性”，何为“生命—结构主义”方法论的“现实性”与“规范性”，还是呈现出很大的不同。例如陈端洪对于“政治”的理解就与我的理解有很大的差异，对于现实性与规范性的着重点，我们也有很大的分歧，由此导致我们关于“政治宪法”的一系列观念、价值取向，甚至政治宪法学的整体性认识都存在着严重的歧异；用我的话来说，我们两人分别代表着政治宪法学的“左”和“右”，我们之间的差别，从某种意义上远远大于我们与规范宪法学及宪法解释学

之间的差别。

但无论如何，我们仍然同属于政治宪法学，因为我们的问题意识是相同的，我们的方法论也是相同的，我们都把宪法视为一种“政治宪法”，认为百年中国宪制体现着民族（国族）的政治意志与决断及其理性选择，中国的宪法学应该正视现代中国的人民主权，把握其隐含的人民、党与宪法的根本性关系，揭示其从“生存的法则”到“自由的法则”的演进路径。⁷具体一点说，陈端洪的政治宪法学强调的是基于人民制宪权下的党领导人民制宪的五大根本法，因而把党的领导视为中国宪法的第一原则；翟小波强调的是代议机关至上的人民宪政与公议民主，所以他拒斥中国法制环境下的宪法司法化改革路径；而我则强调“自由宪政”及其“立宪时刻”，力图揭示中国宪制的动力学机制，诉求一种从非常政治到日常政治的保守改良主义宪制道路。⁸

总之，评论界所谓的以陈端洪、翟小波和我为代表的政治宪法学（我称之为狭义的政治宪法学），加上强世功为代表的党制国家的宪法社会学，以及姚中秋为代表的儒家宪政主义和许章润为代表的基于国家理性的历史法学（我称之为广义的政治宪法学）⁹，这些林林总总的宪法思想，在近些年来格外活跃，论者们提出了各种不同于传统三大主流宪法学的主张和观点，形成了一股强劲的宪政思想潮流。这些思想人物的观点与立场、他们的著述与讲演、相互之间的论战与辩驳，接续的是中国千年未有之变局的宪制难题，表征着一个政治巨变的时代行将到来。

二、政治宪法学的问题意识

政治宪法学之所以在近期蓬勃兴起，其实绝非偶然，它是时代的产物，或者更准确地说，是中国社会变革之时代精神的宪法化的产物。关于这个时代精神的宪法化诉求有三个时间性的层次，或者说蕴含着三个政治传统的宪制理路。

首先，政治宪法学是中国改革开放三十年以来的社会诉求从经济领域转向政治领域的产物，即经济体制改革在三十年的发展中业已走到了尽头，而隐含其间的政治体制改革，开始成为改革的中心议题，中国社会开始超越经济议题，需要在“政治宪法”层面思考现代国家构建的宪法制度变革问题。其实，这个政治宪法问题从改革开放之初就已存在，但中国的宪法学却缺乏相应的问题意识与方法论予以认真对待，而是将其包裹在官方意识形态的话语中，并在学术上被宪法解释学与规范宪法学无可奈何地回避掉了。官方意识形态的话语虽然具有革命党与执政党之统治的政治性，但并不具有宪法性，诸如无产阶级专政、人民民主专政、三个代表、和谐社会以及法治国家、党的领导、民主集中制、社会主义与资本主义等等，这些不同时期、不同含义的政治话语，如何转变为一套政治宪法，尤其是政治宪法的制度结构，需要政治宪法学的方法论予以梳理，尤其是这套政治话语中蕴含的宪法精神以及改革主义法治路径，需要政治宪法学予以证成。而宪法解释学与规范宪法学，则回避这些政治宪法的根本问题，仅仅以宪法条文以及西方宪法学的规范主义，解释或研究中国的宪法文本，因此他们的理论不是流于一些枝节问题就是限于理想主义，例如，他们强烈关注的权利条文以及宪法的司法化努力，也在中国宪法的政治结构面前被挤压得无迹可寻。

正是基于上述主流宪法学的缺憾，政治宪法学直接以人民制宪为主轴，正面对待中国宪法的创设机制，并试图在政治宪法的结构中，化解宪法的正当性问题，以改革宪法的精神诉求，处理主权与党权、制宪与宪制、革命与反革命、人民出场与双重代表、生存与自由等政治宪法问题，从而为政治体制改革提供一个宪法学的路径。跟宪法解释学和规范宪法学外在地诉求基于个人主义的权利保障和限权宪法以及司法独立不同，政治宪法学强调中国宪法的人民制宪的生命力及其变革的动力机制，认为改革开放走到今天，需要唤醒人民作为主人参与国家宪制，并敦促实现党的领导与人民当家作主的统一性。所谓政治宪法就是完成从革命主义向宪政主义的转变，立党为公，依宪治国，实现公民社会的法治国家。当然，由于中国的政治体制改革相对滞后，其宪法化诉求还蕴含着严峻的悖论，致使政治宪法学对待时代精神的回应还是很复杂的，甚至有些观点是反动的。从某种意义上说，陈端洪的政治宪法学既是非常激进的，又是异常保守的，说他非常激进，指的是其诉求的人民作为主权者的绝对性以及人民必得出场的革命性，这种革命激进主义的宪法学秉承了法国卢梭主义的政治理想主义，其宪法学的指向是不断的政治革命；说其极端保守，指的是他又把中国宪法的五大根本法，尤其是党的领导视为宪法的第一原则，这样就遏制了他所揭示的中国宪法之自由精神的开展。¹⁰ 这一捍卫旧体制的宪法学在强世功的宪法社会学那里得到更为直白的表述，他试图从英国不成文宪法的理路中提取出一套中国宪法的其来有自的社会学渊源，进而为党国体制的一体化与正当化提供证明，并以此拒斥中国宪制的宪政主义改革。¹¹ 我的政治宪法学理路与他们这批左派路径相反，我虽然承认人民革命的法理学以及革命建国的历史正当性，但我认为党领导下的革命宪制并不是政治宪法的根本特征，需要通过“革命的大革命”（revolutionary counter-revolution），即通过一场宪法政治的转型，

完成从党制国家到日常司法宪政主义的转变，才是中国宪法的实质内涵。¹² 这里存在着一个宪法政治的建国与新民的政治结构以及人民与公民的权利伸张，为此，需要探索中国宪制的动力因、质料因、形式因以及目的因¹³，需要一场改良主义的光荣革命，需要在生存主义的基础上重塑中国宪法的规范主义。只有这样，才能达成陈端洪所指出的中国宪法的从“生存”到“自由”的精神品性，而他的五大根本法是不可能到达这一彼岸世界的。

从某种意义上说，中国三十年改革开放的实践，已经激发出这一从生存主义到自由精神的宪法图景，其典型表述体现在“八二宪法”尤其是其后的四个修正案的制定上。¹⁴ 当然，仅仅从三十年社会变革的内在动力来审视政治宪法学的兴起是不够的。实际上，政治宪法学的问题意识还有另外一个传统，即1949年建国的宪制传统，甚至还可以更为前溯一些，接续中华民国的宪制传统。这里涉及我所谓的时代精神宪法化的三个时间层次：上溯到1912年之际的中华民国的宪制传统，这是第一个现代中国的时间层次；1928年国民党的党制国家传统和1949年共产党的党制国家传统，这是第二个现代中国的时间层次；还有1978年的改革开放及体现在“八二宪法”（含修正案）中的第三个现代中国的时间层次。实际上，作为一个政治宪法意义上的现代中国，如何划分其不同的历史阶段，或如何划分这一百年来的政治与立宪之国家历史，或以什么标准来划分，这本身就是一个政治宪法学的重大问题。¹⁵ 上述三个时间层次的划分，目前并没有获得宪法学或历史学界的普遍接受，只是我结合了一些政治宪法学和历史学的观点并加以重新整合后而形成的自己的看法，并没有做出具体而结构性的展开，甚至还存在着一定的理论上的张力。

尽管如此，我的政治宪法学的历史意识还是明晰的，那就是，第一个现代中国——中华民国之创建，有着一个立宪时刻以及内在的宪

法精神，由此铺就了其古今之变以及制宪立国的革命与改良的路径，并最终通过清帝逊位使一个现代共和国得以构建起来。¹⁶但是，最初的中华民国只有十年左右的进程，享年不永，最终失败，遂有革命重启，由实行国民革命、联俄联共、三民主义的国民党通过北伐，建立起一个党国体制，并诉诸军政、训政、宪政之路线图¹⁷，但国民党的清党运动叛变了革命主义，促使共产党开始大搞独立的革命建国事业，中经联合抗战，最后经过三年内战，共产党终于在大陆胜出，领导中国人民建立起一个新中国。¹⁸《共同纲领》（1949）与“五四宪法”的出台标志着共产党领导的党制国家建立起来，国民党则退居台湾一隅。这个时期可谓第二个现代中国之时期，这里也有一个“党—人民”之革命建国的政治宪法学问题。¹⁹这个党国体制延续了六十年，其中经历了巨大的宪法政治的变迁，大陆有“文化大革命”之“无法无天”时期，宪法成为一纸具文，偏于一隅的台湾，则有国民党的党国专制到民主宪政的成功转型²⁰，现今依然是所谓“中华民国”宪法之体制。而大陆，则经历了“文革”后的三十年改革开放，其中有“八二宪法”及其四个修正案。如何看待“八二宪法”以及此后三十年的中国宪法政治呢？对于中国现行的“改革”宪法，我们应该有一个双重的视角，首先是一种延续的宪法观，即这个宪法乃是中国共产党领导的党国宪制的一个升级版，一个虽然拨乱反正（对于“文革”之政治中国）但仍然没有脱离党制国家体制的宪法²¹，这一点与国共两党的党国宪法有着密切的关系，而且它就是这个新传统的一部分；但是，我们 also 还要有另外一个视角，即这个宪法毕竟是一个重大的改革宪法之开启，其中孕育着走向未来的种子，是中国宪制从“生存”到“自由”、从党制到宪制的一个重大转机，是共产党从革命党到执政党以至到宪政体制²²的一个重大转机，因此，将其视为第三时间层次的开端，尤其是从保守改良主义的宪政演进路线来说，是十分必要的，尽管它还仅