



武汉大学宪法行政法博士文库

中国政治宪法学的 生成逻辑与价值诉求

ZHONGGUO ZHENGZHI XIANFAXUE
DE SHENGCHENG LUOJI YU JIAZHI SUQIU

王少俊
著



中国政法大学出版社



武汉大学宪法行政法博士文库

中国政治宪法学的 生成逻辑与价值诉求

ZHONGGUO ZHENGZHI XIANFAXUE
DE SHENGCHENG LUOJI YU JIAZHI SUQIU

王少俊
著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

中国政治宪法学的生成逻辑与价值诉求/王少俊著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 5

ISBN 978-7-5620-6799-3

I. ①中… II. ①王… III. ①政治学—宪法学—研究—中国 IV. ①D0
②D911. 01

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第103393号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 9.125
- 字 数 220 千字
- 版 次 2016 年 5 月第 1 版
- 印 次 2016 年 5 月第 1 次印刷
- 定 价 36.00 元

武汉大学宪法行政法博士文库

编委会

顾 问：李 龙 张学仁

主 编：周叶中 韩大元 陈晓枫 秦前红

执行主编：江国华

编 委：	童之伟	朱福惠	林来梵	焦洪昌	周 伟
	王 磊	刘茂林	董和平	方世荣	曹海晶
	董 皞	杨小军	叶必丰	邹平学	汪进元
	吴家清	汪习根	林莉红	杜承铭	胡肖华
	肖北庚	李伯超	汪太贤	张定淮	孙大雄
	杨解君	程雁雷	周佑勇	邓世豹	徐亚文
	柳正权	王新生	陈炎光	刘连泰	胡弘弘
	潘弘祥	叶海波	蒋银华	沈寿文	周刚志
	李 傲	项 焱	廖 奕	徐 晨	胡 芬
	伍华军	祝 捷	李炳辉	黄明涛	



总 序

武汉大学法学院宪法学与行政法学学科，学养深耕，德厚流光，其渊源可追溯至 20 世纪 20 年代。1929 年著名宪法学家王世杰先生首任国立武汉大学校长，在东湖之滨的珞珈山成立法学院，励精图治，自此塑造起了珞珈学派铮铮傲立的法学筋骨。其所撰写的《比较宪法》经商务印书馆出版，在国内高等学府广泛采用，被视为民国时期再版最多、代表当时最高学术水平的宪法学著作，奠定了近代中国宪法学学科的基础。其《宪法论理》《代议政治》《联邦宪法的分权问题》《女子参政之研究》《上海公共租界收回问题》等论著留藏至今，均堪称中国宪法学科开山问道、分量十足的学术著作。

1933 年，王星拱先生接替王世杰先生，就任国立武汉大学校长。在其 12 年的任期内，武汉大学法学学科得到进一步发展，培养了一大批杰出的法学人才。其中，作为中国行政法学的开拓者和奠基人之一的王名扬先生、陈安明先生等，均毕业于期间的国立武汉大学法律系。1943 年，王名扬先生自国立中央大学（重庆）研究生院行政研究所硕士研究生毕业后，回到母校任教，直到 1948 年，因留学法国巴黎大学法学院，方离开武汉大学。期后，虽身世沉浮，历经磨难，然其志弥坚，终成法学泰斗，学者典范。

1945 年，周鲠生先生继任国立武汉大学校长后，从各方面罗致人才，调整并充实了法科研究所，大力推崇大学的学术研究功能。

其本人在中国立宪和立法方面的卓越贡献历受各方称道。1954年，我国第一部社会主义宪法颁布以前，党中央曾聘请周先生为宪法起草工作的顾问。董必武评价说：“周老对这次宪法的制定，做出了很大的贡献。”武汉大学公法学人以此为典范，造就学以致用、以学报国之传统，并代代相承至今。

1953年，中国共产党主要创始人和早期领导人之一的李达先生就任武汉大学校长。其后即积极参与新中国“五四宪法”的起草、宣传工作，担当中国社会主义宪法的启蒙者和创建者。其所撰写的《新宪法讲话》系中国社会主义宪法的奠基之作。其学术遗著《法理学大纲》通过对各派法学思想的科学评判与评价，深刻阐释了法的阶级本质，系马克思主义法学中国化的垂范之作。

1953年，作为新中国自主培养的首批宪法学专业的硕士研究生，何华辉先生被分配到武汉大学法律系任教，主讲“国家法”“苏联国家法”“人民民主国家法”和“资本主义国家法”等课程。其所撰写的《什么是人民代表大会制度》一书，系统阐述了人民代表大会制度的基本问题，堪称新中国人民代表大会制度研究的开山之作。

1979年，22年的蒙冤昭雪之后，何华辉先生焚膏继晷、兀兀穷年，全身心投入到学科建设、学术研究和人才培养的伟大事业之中，为中国宪法学的恢复、重建与发展，鞠躬尽瘁，厥功至伟。在20世纪80年代初，即以《分权学说》《人民代表大会制度的理论与实践》等力作，饮誉学林。其后，于1988年出版的《比较宪法学》，不仅标志着一种全新的比较宪法学体系的诞生，而且也标志着我国整个宪法学研究，特别是比较宪法学研究迈上了一个新的台阶。何先生囊萤映雪、宵衣旰食，在武汉大学法学院恢复招生两年后的1982年，即在全国率先成功创立宪法学硕士点，1990年创立宪法学博士点，成为全国最早的宪法学博士点之一。

20世纪90年代之后，武汉大学宪法学与行政法学专业开启了学科整合的大视野和大格局。主修法理学的李龙先生和主修西方法制

史的张学仁先生受聘担任宪法学与行政法学专业博士生导师。他们拓展了学科的研究视野和领域，培养了大批优秀人才，为学科发展做出了重大贡献。其中，李龙先生所著《宪法基础理论研究》（1999），开宪法法理学之先河；张学仁先生所主编《香港法概论》（1997），为香港法制研究奠定了良好基础。

1996年，何华辉先生不幸仙逝。以周叶中博士为代表的年轻学者在前辈学人的奖掖和提携下，迅速成长，并很快在学术界崭露头角，成为学科建设和发展的中坚力量。进入20世纪之后，武汉大学法学院宪法学与行政法学学科迈入快速发展的历史轨道，相继创设武汉大学比较宪法研究中心、宪法与法治国家研究中心、法律文化研究中心、司法研究中心、两岸及港澳法制研究中心等研究机构，并在学科建设、人才培养和学术研究等方面均居全国同学科前列。期间前后出版的标志性学术成果，比如周叶中教授的《代议制度比较研究》和《宪法》（21世纪教材）、秦前红教授的《宪法变迁论》和《宪法原则论》、陈晓枫教授的《中国宪法文化研究》和《中国法制史》（上下）、叶必丰教授的《行政法的人文精神》和《行政行为效力研究》、汪习根教授的《发展权研究》、周佑勇教授的《行政法原论》和《行政法基本原则研究》、林莉红教授的《行政诉讼法学》、桂宇石先生的《中国宪法经济制度》、汪进元教授的《良宪论》、徐亚文教授的《正当程序研究》、江国华教授的《宪法哲学导论》与《公民与宪法教育——公民教育与中国宪政的未来》、徐晨博士的《行政法学的研究方法》、祝捷博士的《海峡两岸和平协议研究》、李炳辉博士的《当代中国民间治理的宪政功能》等等，均在本学科领域产生重大影响。

启于“学盛国斯强”之历史夙愿，传承先贤泰斗百年基业，深耕细作，合力筑塔，武汉大学宪法学与行政法学的文脉虽历经风雨飘摇之岁月，承受百载流年之起伏，却巍然屹立，郁然勃兴。曾一度兼容并蓄了宪法、行政法、法制史、法理学、法社会学之精义，

如盘龙卧虎之图腾镌刻着数辈学者对人品、学品和大国善治孜孜以求的信仰与执着。而今落落大方于俊秀山湖，学术传统陈陈相因，学科发展勃勃生机，新学宿儒济济成群。其所培养的本科生、硕士研究生和博士研究生等，多成学界或业界中流砥柱，其中不乏业界翘楚，学界俊彦。

开来而继往，作为对学科建设多年积淀之荟萃与醒思，特别推出这套“武汉大学宪法行政法博士文库”。这套丛书的出版是为了接受更多专家教授与读者的品鉴，也是期望以此为契机跨越百年的时空交叠，让新生代的守望者们能继续发扬光大武汉大学宪法学与行政法学的学科素养和志趣。这批年轻学子将他们多年来对知识的求索与沉思打磨成册，对于他们而言，虽或十年一剑，却仅是学术征程之跬步，自我磨砺之元点。

黄鹄一举兮，睹山川之纡曲。再举兮，知天地之圆方。

珞珈有嘉木成荫，然合抱之木，生于毫末。年轻学子著文立说，或显稚嫩，甚或异端，却不乏思想之火花，智识之灵光。师者，当培其源，养其锐，励其志，长其势。假以时日，终将成参天大树或滔滔江水。

这套丛书仅代表了武汉大学宪法学与行政法学多年博士生教学与人才培养的部分成果，未尽善也，诚请品评、指教。

是为序。

江国华

2015年10月



目录

总 序...001

导 论...001

一、宪法学界的理论争鸣...001

二、中国政治宪法学的主要观点...005

三、内容简介与述评...009

第一章 中国政治宪法学的缘起...014

第一节 百年宪政的艰难选择...014

一、民族危机与宪政意识...014

二、政治斗争与宪政初建...019

三、百年宪政失败的反思...024

第二节 规范主义宪政模式的现实困境...029

一、“良性违宪”...032

二、“政治吸纳行政”...036

三、“党主立宪”...041

第三节 中国政治宪法学的提出...046

一、宪法的有效性：一个被掩盖的政治宪法学问题...047

二、中国政治宪法学理论溯源...052

三、中国政治宪法学的政治视角...058

第二章 中国政治宪法学的生成逻辑...064

第一节 理性逻辑：从主权到制宪权...065

一、主权、人民主权...065

二、人民制宪权...073

三、代表制宪权...076

第二节 历史逻辑：宪制生成的观点...083

一、“早期现代”的宪制发生学...084

二、从“非常政治”到“日常政治”...094

三、从政治宪政主义到司法宪政主义...099

第三节 现实逻辑：中国宪法的主权特征...104

一、“中国共产党领导下的人民”...105

二、代议机关至上的人民宪政...110

三、中国的不成文宪法...117

第三章 中国政治宪法学的价值诉求...122

第一节 民族主义价值...122

一、“民族生存”的“元宪法”...123

二、和平的民族主义...131

三、宪法与民族主义的关系...139

第二节 政治价值...148

一、宪法权利与政治权力...149

二、宪政主义中的政治要素：英美的理论与经验...156

三、宪政主义中的政治要素：德国的理论与经验...165

第三节 伦理价值...173	
一、和谐伦理...174	
二、组织伦理...181	
三、宽容伦理...186	
第四章 中国政治宪法学的实践难题...194	
第一节 人民的形态...194	
一、自然状态...195	
二、市民形态...199	
三、主权形态...205	
第二节 宪政治如何形成? ...212	
一、公民权利如何“政治性生成”? ...212	
二、何谓立宪时刻? ...222	
三、“立宪”还是“生存”? ...229	
第三节 政治宪法学的两难选择...237	
一、制宪权与宪定权...237	
二、绝对的宪法与相对的宪法...247	
三、制宪权政治与议会政治...254	
结 语...264	
主要参考文献...268	
后 记...281	

一、宪法学界的理论争鸣

回顾自鸦片战争以来的一个半世纪的中国现代化建设，我们比谁都更能体会到哈贝马斯所说“现代化是个未完成的事业”这句话的深意。现代化是一个复合性的词语，内涵非常丰富。从现在上溯一百五十年，中国人民经受过战争、革命和改革的洗礼，历经沧桑和磨难，从思想上到精神上已经日臻成熟起来，并得以一种审慎的眼光去看待现代化。也许，中国现代化的关键不是军事的现代化，甚至也不是经济的现代化，而是政治的现代化和精神的现代化。毋庸讳言，改革开放三十多年来，西方的立宪模式已经成为智识者钦羡的“政治现代化”的模本，由此引发的自由主义和民主主义日益成为政法思想的主流。经过三十多年中国经济改革及与世界经济的水乳交融，这个发源于西方的意识之流如今在中国的滥觞已经蔚为大观，一方面，它为我们带来了非常完备、完整的“西式”思想体系，大大开阔了我们的眼界，并丰富了我们的精神世界；另一方面，它对我们的政治生活、社会生活乃至精神生活，都带来了难以言表的“撞击”，并在我们的传统思想与既有理论中激起了一系列的冲突和对抗，在宪法学中这种冲突的激烈程度尤甚。

在宪法学中，某种精神上的矛盾和对抗最初是以对宪法的灵

活性解释以及所谓的“良性违宪论”来予以化解的，但是，这些理论上的说辞在应对现实问题时是非常勉强的，作为一种理论，其缺陷也是非常明显的。作为改革开放以来的宪法学的主流学派——规范宪法学，其取法于西方丰富而又深远的法治思想，并以西方成熟的司法经验加以佐证，理论基础非常扎实，学说体系也非常完备，由此奠定了规范宪法学在改革开放以来的中国宪法学中难以撼动的地位。但是，由于与中国现实政治生活的隔膜，竟使它要么成为一种纯粹的理论上的自说自话，要么成为一种政治自由主义的号角，并不断发展成为一种自由主义的政治本身。对规范宪法学来说，这或许不是它所选择的。那么，中国宪法学界还有能力面对现实、塑造现实吗？中国政治宪法的提出可以看成是对这种挑战的回应，它力图表明，在“政治现代化”这方面，西方的宪制仅仅是为我们提供了一个模本，具体的道路及模式还要靠自己去探索。

近年来，中国宪法学界出现了以高全喜、陈端洪和翟小波等为代表的政治宪法学派，他们从不同的理论视角出发，本着对中国宪政未来的关切和责任，对中国宪法的时代精神做出了与规范宪法学截然相反的判断，并由此与以林来梵为代表的规范宪法学派^{〔1〕}进行了一系列有意义有价值的论战与交流，政治宪法学与规范宪法学的主要观点基本上都反映在双方多次举办的高峰论坛及发表的相关论述中。^{〔2〕}显然，政治宪法的提出乃是出于对主

〔1〕 该学派因林来梵教授所撰的《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前沿》一书而著称。

〔2〕 相关的高峰论坛主要集中在2010年，具体如：2010年4月10日于清华大学，陈端洪主讲“宪法学的知识界碑——政治学者和宪法学者关于制宪权的对话”；2010年5月7日于人民大学，高全喜主讲“宪法与革命及中国宪制问题”；2010年6月26日于北京大学，高全喜主讲“人民也会堕落：政治宪法的视角”；2010年10月24日于浙江大学，高全喜主讲“战争、革命与宪法——兼论中国现代宪制的发生

流宪法学理论的“不满”，它的出现对“规范宪法学”无疑是一种挑战。虽然就什么是政治宪法学，学界还没有形成清晰合理的概念，但就观念形态来说，它应该归属于功能主义的宪法学，从而与秉承规范主义精神的宪法学有着巨大的差异。一般认为，政治宪法学的提出反映了中国宪法学理论日趋多元化的倾向，就改革开放以来一直以西方宪法学马首是瞻的中国宪法学界而言，政治宪法学与规范宪法学的争鸣，确实带来了一股难得的清风，既开拓了我们的学术视野，更有益于我们的宪政素养。也许，借助这场学术争鸣，中国宪法学界有可能重新梳理自己的理论，形成中国宪法学研究独有的价值观和方法论，从而为学术界带来一场革命性的变化。所以，人们在惊异之余，似乎也嗅出了某种时代之变。

政治宪法学认为，面对中国大量出现的“良性违宪”现象，以及日益加速的“行政国”和经济社会失控的趋势，中国主流宪法学派已经“失语”。用陈端洪的话说，规范宪法学已经无法直面“我们宪法生活中的问题”，既不能回答也不能解决中国现实中“真实的宪法问题”。高全喜也认为，目前在中国宪法学界占

（接上页）学要素之二”；林来梵的相关点评有：“交锋在规范法学的死地”“‘政治宪法学’的非分之想——评高全喜教授有关财产权与宪政的讲座”等。相关的论述有：韩大元、林来梵、郑磊：“宪法解释学与规范宪法学的对话”，载《浙江学刊》2008年第2期；陈端洪：“论宪法作为国家的根本法与高级法”，载《中外法学》2008年第4期；陈端洪：“宪法学的知识界碑——政治学者和宪法学者关于制宪权的对话”，载《开放时代》2010年第3期；高全喜：“财富、财产权与宪法”，载《法制与社会发展》2011年第5期；高全喜：“战争、革命与宪法”，载《华东政法大学学报》2011年第1期等。代表性的论著有：林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社2001年版；陈端洪：《制宪权与根本法》，中国法制出版社2010年版；高全喜：《从非常政治到日常政治》，中国法制出版社2009年版；翟小波：《人民的宪法》，法律出版社2009年版等。

主导地位的规范宪法学和解释宪法学，都具有超实证的“价值规范主义”的倾向，它们以基本权利规范和违宪审查为进路构筑的“宪法理想国”，无法解决中国宪法“真实的问题”。^{〔1〕}在政治宪法学看来，中国宪法学很难祛除政治，只留下规范之学，相比较规范宪法学追求人权价值的终极目标，强调以人权制约政治权力，政治宪法学则主张将“主权”作为宪法学的基石，坚持以“现代主权国家——执政党政治”为中国宪法的叙事主线和逻辑主线，并将其作为真实的中国宪法世界的另一种“合法”背景。

针对政治宪法学的批评，规范宪法学的代表人物则反驳，政治宪法学充其量只能对政治现象做出合理说明，在此过程中却不知不觉地将现实中的政治现象加以正当化，实际上并没有、也不可能真正解决现实中的什么问题，相反，是默然地服膺于现实中的政治实力。当下中国真正最根本的宪法问题，是公共权力几乎没有受到有效的制约，为此，如何依据法的规范，合理地限制那种野性的、几乎不受有效限制的公共权力，就成为我们这一时代宪法学应该直面的主题。所以，指责中国当下宪法学，尤其是规范宪法学没有看到“真实的宪法问题”，未必确当，而且政治宪法学也趋进了“凡是现存的就是合理的误区”。^{〔2〕}

对于规范宪法学与政治宪法学之辩，笔者认为，其胜负并不重要，重要的是政治宪法学在规范宪法学之外给我们带来了什么。中国政治宪法的产生，首先是出于对规范宪法学无力改变政治现状，也无法解释政治现实的“不满”。因为在中国的宪法实施中，政治与宪法似乎已经成为社会生活的“两张皮”。中国

〔1〕 参见高全喜、田飞龙：“政治宪法学的问题、定位与方法”，载《苏州大学学报》2011年第3期。

〔2〕 参见林来梵：“交锋在规范法学的死地”，载 <http://linlaifan.fyfc.cn/art/724786.htm>，2010年9月17日访问。

政治宪法学试图提供一种模式，作为民族自我理解其政治生存的
解释框架，既真实描述活生生的宪法，也为反思政治生活提供一
套规范概念。^{〔1〕}总的来说，政治宪法学关注了规范宪法学一直回
避的一个问题——主权，它站在主权的角度去思考宪法、塑造宪
政，力求以主权政治的正当性作为宪政的正当性，可以说，这种
理论的进路一定程度上满足了民族主义的政治需要，同时与执政
党主张的“人民主权”的伦理诉求有相当的吻合。当然，与改革
开放之前所谓的“专政政治”相比，政治宪法学所瞩目的政治，
是与宪法相关的政治，是一种宪法政治。因为在当今这个时代，
政治已经不可能不受宪法的影响，法的思维已经注入政治的肌体
之中，政治的正当性纵使不以合宪性为依据，但是政治的正当性
必然以合宪性为导向，从这个意义上来说，政治宪法学所揭示和
追求的也是一种规范主义，只不过这种规范主义不是局限在法的
规范之中，而是广泛存在于民族与社会的纪律生活中，笔者认为
这才是政治宪法学研究的意义。

二、中国政治宪法学的主要观点

政治宪法学作为一个中国宪法学派的概念，正式提出的标志
是陈端洪在 2008 年《中外法学》上发表的一篇文章，即《论宪
法作为国家的根本法与高级法》。在该文中，陈端洪提出了中国
宪法的“五个根本法”：中国人民在共产党的领导下、社会主义、
民主集中制、社会主义现代化建设、基本权利。陈端洪指出，中
国立宪最初的目的就是“救亡图存”，主权独立和贫困是中国宪
法要解决的两个问题，而主权独立不是一场战争就可以永久解决
的，需要永远捍卫、需要日常整合，中国共产党历史性地承担了

〔1〕 参见陈端洪：“宪法学研究中的政治逻辑”，载《法制日报》2012 年 12 月 12 日。

中华民族整合的政治组织，中国共产党是中国人民作为主权者的内在构成要素，中国的主权者准确地说是“中国共产党领导下的中国人民”。^{〔1〕}在这里，政治宪法学将中国宪法的目的与西方立宪主义的价值目标作了清晰的分别，鲜明地亮出了自己的观点，从而使政治性通过“宪法目的”成为中国宪法的本体。

当然，中国政治宪法学并不是简单地陈述这种立足于特定历史背景与现实条件下的政治正当性，而是不断深入发掘主权政治的正当性基础。在另一篇名为《宪法学的知识界碑——政治学者和宪法学者关于制宪权的对话》的长文中，陈端洪以“制宪权”作为宪法学的知识界碑对政治宪法学进行了基础性的建构。陈端洪认为，制宪权与基础规范是宪法学知识疆域的同一界碑的两面，遮蔽制宪权的那一面，宪法的效力便寄托在基础规范这个纯粹的理智虚拟之上。作为主权者的中国人民有两个代表机关，一个是中国共产党，具体落实为中共中央；一个是全国人大。两个代表机关并不是简单并列关系，全国人大在共产党的领导之下。中国共产党不是宪法创设的，而是中国人民在历史的过程中创设的，宪法不过以“全国各族人民”的口吻宣告了、护卫了共产党的领导这个原则而已。中共中央是人民制宪权的常在的代表机构。这是主权意义的制宪权代表。在常态下，执政党在宪法和法律下活动，如同宪定权。当宪法和国情严重冲突时，执政党便行使制宪权代表机构的权力，以发布政策的形式对民族的生存方式做出总决断。等待条件成熟时，再建议全国人大修宪或者制定新宪法。^{〔2〕}于是，从“人民主权→通过历史正当性转化为政治

〔1〕 陈端洪：“论宪法作为国家的根本法与高级法”，载《中外法学》2008年第4期。

〔2〕 陈端洪：“宪法学的知识界碑——政治学者和宪法学者关于制宪权的对话”，载《开放时代》2010年第3期。