

# 西方现代宪法的危机

XIFANG XIANDAI XIANFA DE WEIJI

与

# 中国宪法学的困境

ZHONGGUO XIANFAXUE DE KUNJING

梁成意 著



人民大学出版社

# 西方现代宪法的危机

XIFANG XIANDAI XIANFA DE WEIJI

与

# 中国宪法学的困境

ZHONGGUO XIANFAXUE DE KUNJING

梁成意 著



人民出版社

组稿编辑:王青林  
责任编辑:李椒元  
装帧设计:文 冉  
责任校对:宋春燕

### 图书在版编目(CIP)数据

西方现代宪法的危机与中国宪法学的困境/梁成意著.

-北京:人民出版社,2011.5

ISBN 978-7-01-009353-6

I. ①西… II. ①梁… III. ①宪法-研究-西方国家 ②宪法-研究-中国 IV. ①D911.04 ②D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 198076 号

## 西方现代宪法的危机与中国宪法学的困境

XIFANG XIANDAI XIANFA DE WEIJI YU  
ZHONGGUO XIANFAXUE DE KUNJING

梁成意 著

人民出版社 出版发行  
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京世纪雨田印刷有限公司印刷 新华书店经销

2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:13

字数:297 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-009353-6 定价:32.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

## 前 言

《中华民国临时约法》是中国第一部现代意义的宪法文件，它所依托的宪法理念以及由此所构建的宪法体制与西方宪法颇为相似。但近一百年的历史发展表明，中国宪法与传统文化的内在逻辑越来越契合，问题意识越来越强，可以说“中国特色”愈加鲜明。在这一意义上，笔者认为近一百年来中国宪法的发展历史就是中国宪法本土化的历史。与中国宪法发展相反，无论是话语体系，还是思想蕴含，中国宪法学近一百年来年的发展始终没有超越西方现代宪法学。这两条完全相反的发展轨迹使得当下宪法学根本无法理解、解释中国宪法，二者之间出现了不可逾越的鸿沟与不可调和的矛盾：究竟是宪法正当，还是宪法学合理？我们必须作出抉择。基于“社会存在优越于任何致力于解释社会存在的理论”之信念，笔者深信中国宪法学出了问题。据此，本书致力于描述中国宪法学困境的当下表现，分析出现困境的历史原因，探讨走出困境的根本方法。

依照思维的过程，本书应首先阐述中国宪法的品格（第二章第一节）与中国宪法学的研究范式（第二章第二节），接着描写中国宪法学困境的表现（第三章第一节），在此基础上探究出现困境的原因（直接原因是中国宪法学未能构建自己的理论体系，错误地运用了现代宪法学，即本书的第四章第二节；间接原因是中国宪法学所依赖的现代宪法学本身的现代性危机，即本书的第一章），

最后探索走出困境的基本思路(第三章第三节)以及依据该思路如何重构中国宪法学(第四章)。但本书在实际写作的过程中并未根据思维的逻辑顺序安排本书的章节,而是根据宪法与宪法学的历史演进来结构本书,因此就有了现在的章节顺序。然而,当下宪法史学主要是以现代宪法的历史为研究对象,无视古典宪法的存在。第一章专门阐述了古典宪法,不仅是拓展了宪法史学的视域,也获得了一个审视现代宪法的视角。

第一章以柏拉图—亚里士多德式的古典政治哲学为视角,说明了古典宪法的内涵,即人与城邦的生活样式。在此基础上,阐述了古典宪法的四个品格:人的生活目标是灵魂的完善;共同体塑造人的灵魂;共同体优于个人,自然义务先于自然权利;人不仅需要此岸的政治生活,还需要彼岸的哲学或宗教的生活。与古典宪法相反,现代宪法有四大品格:奉行享乐主义,关注物质的满足;坚持个人主义,认为个人优于国家;沉迷于世俗生活,颠覆了彼岸的哲学或宗教的生活;秉承进步的观念,认为现代人优于古代人。通过古典宪法与现代宪法的对比,描述了宪法的现代转型中的得与失:关注便利生活,放弃善的生活;获得了特定地域的文化价值,失去了最低限度的普适性;调整特定社会生活领域,失去了对共同体的整体关涉性;强化了宪法的法律功能,弱化了其政治功能。

第二章基于世界宪法发展的新动态与中国宪法的发展,笔者认为现代宪法存在以下三个方面的危机:(1)现代西方社会的发展,人的异化日益突出,充分暴露了现代宪法的伦理危机。(2)《欧盟宪法》的出现,充分说明宪法与民族国家之间并没有必然的联系。因此,《欧盟宪法》挑战了现代宪法的历史理论。(3)西方分散型文化传统是现代宪法内在品格的文化基础;形式理性与现代技术理性是现代宪法形式品格(以宪法为核心的实在法法律体

系)的文化基础。由此可见,现代宪法是西方文化传统的延续,表达了西方人的生活方式,并不具有放之四海而皆准的普适性。新型宪法的产生暴露了现代宪法的文化危机。

第三章通过描述中国近一百年来的宪法发展,笔者阐述了影响中国宪法品格的三大因素:一是中国传统的集中型文化;二是近现代中国的宪法问题(以“民族主义”为根本任务、以“民生主义”为基本手段、以“民权主义”为价值追求);三是西方民主政治的渗透。基于以上三大因素本书说明了当下中国宪法的集体主义品格。对于这些问题的历史梳理,揭示了中国宪法发展的轨迹,即立足于中国传统,解决中国问题,向中国本土文化回归,探寻适合中国人的生活方式。然而,中国宪法学沿袭了现代宪法学的基本观念,本质上属于现代宪法学的范畴,其研究范式可以概括为以民族国家为依托、以公民—国家关系为调整对象、以人民主权为起点、以人权为价值追求、以法治为手段。这一个人主义的研究范式,与中国宪法的集体主义品格相背离。

第四章描述了中国宪法学的研究现状,认为中国宪法学困境在于不能很好地理解、解释中国宪法,并以“宪法与民法之间的争论”、“宪法监督制度的构建”为例做了说明。在此基础上,分析了中国宪法学出现困境的根本原因:宪法学理论体系构成不明确、宪法政治哲学理论匮乏、宪法解释理论不完善。最后提出了中国宪法学走出困境的三点思路:一是坚持历史的研究方法。这要求我们首先要回溯历史,正本清源,澄清宪法的根本问题;其次要基于人类社会生活的连续性,弄清中西方宪法各自所处的历史阶段;最后要充分挖掘新的历史材料,扩大宪法的历史视域。二是以事实判断为基础,构建普适意义的宪法概念,客观地回答宪法是什么,在此基础上考察特定国家的宪法应该是什么。三是正确对待西方

宪法学,吸取具有普适性的宪法观念。切忌把西方宪法(学)中的具体知识与地域性理论作为检视中国宪法的标准。

第五章基于前文对中国宪法学困境的分析,尝试性地初步重构了中国宪法学:在本体论方面,认为宪法是人为了自己的生存与发展,有意识地组织共同体的规则以及由该规则所形成的社会秩序。具体而言,人的生存与发展离不开共同体,而宪法维护着共同体的基本秩序,因此宪法的终极关怀是人的生存与发展;在认识论上,认为宪法主要表现为现实宪法、观念宪法、成文宪法,特定共同体的秩序表现为三者之间的耦合;在方法论上,秉承历史与逻辑相统一的理念,认为应该坚持“问题决定方法”的基本立场,构建以“辩护”与“发现”为共同目的、以概念与问题互动为内容、以多元方法之间有效互补为特征的方法体系,并应特别关注系统的方法在宪法学中的运用。

# 目 录

前言	1
导论	1
第一章 西方古典宪法的现代转型	5
第一节 西方古典宪法的品格	5
一、人的完善是生活的目标	9
二、共同体塑造人的德性	13
三、自然义务优先	15
四、人需要彼岸的生活	17
第二节 西方现代宪法的品格	21
一、享乐主义	23
二、个人主义	28
三、现世(实)主义	33
四、进步的观念	42
第三节 西方古典宪法的现代转型	52
一、关注便利生活,放弃善的生活	53
二、获得特定价值,失去普适性	57
三、调整社会生活领域,失去整体关涉性	59
四、强化法律功能,弱化政治功能	65
第二章 西方现代宪法的危机	73



第一节 人的异化:现代宪法的伦理危机 .....	73
一、异化的内涵 .....	73
二、西方现代宪法的伦理危机 .....	79
第二节 欧盟宪法:西方现代宪法的历史危机 .....	85
一、西方现代宪法与民族国家 .....	86
二、全球化与欧盟宪法 .....	94
三、西方现代宪法历史观的危机 .....	98
第三节 宪法的全球化:西方现代宪法的文化危机 .....	103
一、西方现代宪法形式品格的文化基础 .....	104
二、西方现代宪法内在品格的文化基础 .....	118
三、西方现代宪法的文化危机 .....	146
<b>第三章 中国宪法的品格与中国宪法学的范式 .....</b>	<b>155</b>
第一节 中国宪法的品格:集体主义 .....	155
一、中国宪法的文化基础:集中型文化 .....	155
二、中国宪法的近代问题:三民主义 .....	162
三、中国宪法的品格:集体主义 .....	192
第二节 中国宪法学的范式 .....	209
一、以民族国家为依托 .....	210
二、以公民—国家关系为调整对象 .....	213
三、以民主为逻辑起点 .....	227
四、以人权为价值追求 .....	235
五、以法治为手段 .....	247
<b>第四章 中国宪法学的困境 .....</b>	<b>258</b>
第一节 中国宪法学困境之当下表现 .....	258
一、中国宪法学困境之总体表现 .....	258
二、中国宪法学困境之具体表现 .....	265

---

第二节 中国宪法学困境之根本原因 .....	304
一、宪法学理论体系构成不明确 .....	304
二、宪法政治哲学理论极度匮乏 .....	315
三、宪法解释理论不成熟 .....	329
第三节 中国宪法学走出困境的基本路径 .....	337
一、秉承历史的研究方法 .....	337
二、构建以事实判断为基础的普适性宪法概念 .....	347
三、正确地对待西方宪法学 .....	349
<b>第五章 中国宪法学重构之尝试 .....</b>	<b>352</b>
第一节 中国宪法学本体论的重构 .....	352
一、现代宪法学本体论 .....	352
二、中国宪法学本体论的重构 .....	355
第二节 中国宪法学认识论的重构 .....	369
一、现代宪法学认识论 .....	369
二、现代宪法学认识论的反思与超越 .....	372
第三节 中国宪法学方法论的转型 .....	381
一、从以“辩护”为目到“辩护”与“发现”并重 .....	382
二、从以概念为核心到概念与问题互动 .....	384
三、从一元的方法论到多元互补的方法论 .....	388
四、系统方法的运用 .....	391
参考文献 .....	397
后 记 .....	406

## 导 论

古典宪法、西方现代宪法(后文均简称为“现代宪法”)、现代宪法学、中国宪法、中国宪法学、政治是本书的关键概念。然而,笔者对这些术语的界定与传统宪法学存在很大差异,正确理解这些概念的内涵及其相互关联是阅读本书的前提。

古典宪法以柏拉图—亚里士多德式的古典政治哲学为思想依托,关注共同体的结构模式以及与之相对应的个人生活方式。它主要存在于古希腊、古罗马、中世纪,其特点是:(1)在本体论上,强调人的政治性与国家的自然性,认为义务与责任是共同体赖以存在的道德基础。(2)在认识论上,认为人不仅要过此岸的政治生活(世俗的生活),还要超越政治生活过彼岸的哲学或宗教生活,最终还必须“下降”到政治生活中去。因此多元的生活世界是古典宪法的认识论。此种认识论正是笔者构建“多元规则秩序论”(第四章第二节)的重要考量因素。(3)在方法论上,坚持整体主义。基于此,笔者坚持系统与结构主义的方法,主张建立多元互补的方法体系((第四章第三节)。

现代宪法即具有现代性的宪法,以马基雅维利—霍布斯式的现代政治哲学为思想依托,关注个人的世俗生活。在这一意义上,启蒙运动以后西方社会的宪法都是现代宪法,具体包括传统宪法学中的“近代宪法”和“现代宪法”。简而言之,传统宪法学中的近现代意义宪法在本书中统称为“现代宪法”。笔者认为传统宪法

学中的现代宪法是近代宪法适当调适的结果,前者是后者的历史延续,具有相同的“范式”。据此,将二者作为不同类型的宪法有欠精准,而将二者视为同一类型宪法(即本书中的现代宪法)的不同发展阶段可能更为妥当。在思想蕴含上,现代宪法具有如下特点:(1)在本体论上,强调人的非政治性的与国家的人造性,认为权利是共同体的道德基础。(2)在认识论上,认为人仅生活在此在的世俗生活中,而无需彼岸的哲学或宗教生活,这使得现代宪法专注于成文宪法,形成了“一元规则秩序”的认识论。(3)在方法论上,现代宪法本质上是个人主义方法论,具有强烈的“解构”性。实际上,现代(坚持个人主义)是对古典(坚持整体主义)的解构,后现代是对现代的解构。由此可见,自启蒙运动以来的社会都是解构的,现代性早已为后现代播下了种子,后现代是对现代社会的再解构。(4)在制度上,认为权力分立与人权保障既是宪法的重要内容,也是判断一个国家有无宪法的实质性标准。据此,在现代宪法的视野中,很多国家只有宪法之名,而无宪法之实。这一判断标准,充分说明现代宪法相对于古典宪法和同时代其他类型的宪法所具有的强烈优越感。综上所述,本书中的现代宪法并不是在时间意义上界定的,而是一个具有特定价值内涵的宪法。由于中国宪法不具有这一特定的价值,不属于本书所说的“现代宪法”之范畴。

现代宪法学是以现代宪法为抽象对象而形成的知识体系,因此现代宪法的基本范式与现代宪法学的研究范式基本相同,二者高度契合。在这一意义上,现代宪法的危机决定了现代宪法学的危机。笔者认为现代宪法最大的危机在于将现代西方地域性价值普适化,即将这种地域性的价值凌驾于其他地域价值之上,从而出现了现代宪法的“霸权主义”倾向,即本书所说的“现代宪法中心

主义”。虽然现代宪法学与现代宪法高度契合,但两者并不完全等同(毕竟前者属于“意识”的范畴,后者属于“存在”的范畴),因此现代宪法学除了具有现代宪法所具有的危机外,还有自己特有的问题:(1)把宪法等同于法律,从而仅研究宪法中的法律规范,忽视了其他类型规范(如道德规范、宗教规范等)的宪法意义。实际上,宪法与法律存在重大区别,古典宪法认识到了这一点,我国现行《宪法》对二者做了区分(见《宪法》第五条)。(2)把宪法等同于成文宪法,从而忽视了存在于社会生活中的宪法规范(即本书所说的现实宪法)与人们的宪法意识(即本书所说的观念宪法)。实际上,宪法秩序的实现是成文宪法、现实宪法、观念宪法相互协调的结果,后二者对宪法秩序的实现具有重要影响。(3)基于进步的观念与现代宪法中心主义的倾向,现代宪法学也未能意识到宪法的地域性。基于本书结构与思想脉络的考量,笔者并没有对于上述每一危机与困境都用一个醒目的标题予以概括与交代,但在思想蕴含上这些问题都有所反映。

自产生至今,中国宪法学都在继受与学习现代宪法学,因此无论在话语体系还是在研究范式方面都与现代宪法学具有高度的一致性。在这一意义上,现代宪法、现代宪法学、中国宪法学思想蕴含高度契合,具有家族相似性。从无到有地构建中国宪法学,除了继受与学习之外我们别无选择。因此,中国宪法学继受与学习的历史过程应该肯定。只不过,当继受与学习达到一定历史阶段时,特别是当中国宪法处于相对稳定(现行宪法是中国立宪史上适用时间最长的宪法,可以预见将来持续长期有效)而又快速转型(现行宪法也是中国立宪史上修改最多最为频繁的宪法)的历史阶段时,宪法学就具有了理解、推进中国宪法发展的历史使命,为此必须改造中国宪法学,这也使得继受与学习西方宪法学不再是当代中国宪

法学的主要任务。因此,狭义的中国宪法学困境是指通过继受现代宪法学而构建起来的中国宪法学无力解释当下中国宪法。

当下中国宪法在逻辑结构上沿袭了中国传统文化(即集中型文化,与西方分散型文化相对),着力解决近现代中国问题,适当吸收了西方现代民主思想。然而,无论是中国传统文化,还是近现代中国问题,都以集体的存在为价值导向,因此中国宪法是典型的集体主义宪法,与现代宪法的个人主义品格迥然不同。在这一意义上,笔者认为中国宪法不属于现代宪法的范畴,因而与以个人主义为思想蕴含的中国宪法学存在巨大的鸿沟,而不像现代宪法与现代宪法学一样高度契合。职是之故,当下中国宪法学的任务是改造中国宪法学,使之与中国宪法基本契合。

除上述概念之外,“政治”也是本书使用频率较高的概念,有必要予以说明。古典政治哲学中的“政治”具有下述特点:(1)政治是社会现实,特指世俗生活,即共同体的结构模式以及与之相适应的个人生活方式,这类似于马克思的物质生活条件。(2)哲学(或宗教)是与政治相对应的彼岸世界,是一个立基于政治并高于政治的世界。(3)在方法论意义上,政治指涉共同体的整体状态,任何个别社会问题都直接或潜在的是政治问题。简言之,所有问题归根结底都是政治的问题。现代政治哲学中的“政治”具有如下特点:(1)政治是上层建筑,更多的是指政治制度以及与之相适应的意识形态;(2)政治是共同体中与经济、文化、道德、宗教等并列存在的社会生活领域,经济、文化、道德等生活领域并不必然或最终地表现为政治;(3)政治的哲学化与哲学的政治化已经“消解”了此在与彼在的紧张关系,因此人们仅生活于现实的世界中。由此可见,“政治”在古今有不同的含义。本书中“宪法政治哲学”中的“政治”是古典意义上的。

## 第一章 西方古典宪法的现代转型

### 第一节 西方古典宪法的品格

以时间为标准宪法可分为古代宪法、近代宪法和现代宪法,后者统称为近现代意义宪法。但历史学通常把西方历史分为古代、中世纪、现代三个阶段,<sup>①</sup>据此存在于现代社会之中宪法称为现代宪法。在这一意义上,近现代意义的宪法都是历史理论上的“现代宪法”(后文如无特别说明,都是在这一意义上使用“现代宪法”的)。<sup>②</sup>在政治哲学层面上,中世纪只不过是对古代观念的修改,<sup>③</sup>中世纪与古典观念一脉相承。<sup>④</sup>据此,以政治哲学的思想内涵为分类标准,可把存在于古代和中世纪以古典政治哲学为思想

---

① 参见[美]威廉·麦克高希:《世界文明史——观察世界的新视角》,董建中、王大庆译,新华出版社2003年版,第18—19页。

② 实际上,无论是从社会发展理论,还是从宪法学研究范式来看(这一点在中国宪法学的研究范式中将予以说明),近代宪法和现代宪法在本质上都是西方社会转型的结果,具有现代性的特点。因此,依据历史发展的时间阶段,把宪法分为古代宪法、近代宪法和现代宪法,不仅不能揭示任何宪法的问题,而且还影响了我们对宪法历史的正确理解。

③ 参见[土耳其]阿尔法拉比:《柏拉图的哲学》,程志敏译,华东师范大学出版社2006年版,第200页。

④ 参见[德]迈尔:《哲学与律法:转向柏拉图式的政治哲学》,刘小枫主编:《施特劳斯与古典政治哲学》,张新樟等译,上海三联书店2002年版,第153—154页。

依托的宪法称为“古典宪法”，<sup>①</sup>把存在于西方现代社会并以现代政治哲学为思想依托的宪法称为“现代宪法”。

在西方,古典政治哲学中蕴藏着丰富的古典宪法理论,在政治哲学史中可以发现古典宪法的发展以及其现代转型。在中国,宪法学几乎不涉及古典宪法,绝大多数的教科书仅仅在考察“宪法”的辞源时,才会涉及古典宪法的概念(仅仅是狭义的定义),但并没有对古典宪法的理论予以阐述。对古典宪法的无知是宪法历史理论贫乏的重要原因,而宪法历史理论的贫乏致使我们成为现代宪法的俘虏,<sup>②</sup>并酿造了现代宪法(学)的现代性危机。因此,研究古典宪法、丰富宪法学的历史理论是当下宪法学的重要使命,也是探寻宪法(学)未来发展方向的重要方法。

西方古典宪法在两千多年的历史发展中,没有成文宪法,也不存在纯粹的、系统的古典宪法理论,这是研究古典宪法的困难所在。由于本书不是研究古典宪法的专著,不可能特别关注古典宪法的历史演进,而是集中考察在某一特定的时段中,古典宪法概念的突然转变。这种对概念史的考察就不探讨概念的意义,而是考察为什么这些概念在某些时候或被废弃,或成为主导而统治人们

---

① 中国宪法学界在两种不同的意义上使用古典宪法:一种观点认为古典宪法是自由宪法,体现自由理念;现代宪法是福利宪法,是自由与平等理念之混合物(参见郑贤君:《公民受教育义务之宪法属性》,《华东政法学院学报》2006年第2期)。可见,这里的古典宪法实际上就是传统宪法学所说的“近代宪法”。另一种观点认为在近代以前,人类社会不存在作为国家根本法的宪法,但确有较之经典宪法定义更广义的宪法,我们或者可以称之为“古典宪法”(参见刘茂林:《宪法究竟是什么》,《中国法学》2002年第6期)。事实上,本书就是在第二种意义上使用古典宪法的。

② 参见[美]布鲁姆:《纪念施特劳斯(1973)》,张新樟等译,刘小枫主编:《施特劳斯与古典政治哲学》,上海三联书店2002年版,第10页。



观念,以及这些概念在被不同定义时所起到的作用。这就要求我们在特定的语境下来理解古典宪法。<sup>①</sup>

在古希腊,宪法意为国本(Politeia),它首先是指事实上的国家。<sup>②</sup>在希腊政治典籍中,《王制》有个传统的标题《城邦制度》(Politeia),它主要探讨国家宪法或国家体制。<sup>③</sup>这篇对话,表面上看苏格拉底是在冷静地寻求正义的定义,事实上他是在暗暗触及着最深刻的问题:人们应该怎样生活。<sup>④</sup>通过探讨正义的定义与城邦(共同体)的构建,追寻人在城邦中的生活方式是古典宪法的核心问题。后来,亚里士多德认为:“最优良的政体必然是这样一种政体,遵从它人们能够有最善良的行为和最快乐的生活。”<sup>⑤</sup>“研究最优良的政体的人必须首先规定,什么是值得选取的生活。”<sup>⑥</sup>Constitution(指称现代宪法)一词源于Politeia(指称古典宪法),但作为一种生活方法的Politeia与作为一种法律现象的Constitution存在本质的差异。

对此,施特劳斯深刻评价道:“古典派们把最好的社会称作

---

① 参见李宏图:《笔为利剑:昆廷·斯金纳与思想史研究》,[英]昆廷·斯金纳、博·斯特拉斯主编:《国家与公民——历史·理论·展望》(中文版序言),彭利平译,华东师范大学出版社2005年版,第3—9页。

② 参见[美]C. H. 麦基文:《宪政古今》,翟小波译,贵州人民出版社2004年版,第21页。

③ 参见[美]克吕格:《〈王制〉要义》,张映伟译,刘小枫选编:《〈王制〉要义》,华夏出版社2006年版,第5页。

④ 参见[美]弗里德兰德:《〈王制〉章句》,张映伟译,刘小枫选编:《〈王制〉要义》,华夏出版社2006年版,第63页。

⑤ [古希腊]亚里士多德:《亚里士多德选集》(政治学卷),颜一编译,中国人民大学出版社1999年版,第238页。

⑥ [古希腊]亚里士多德:《亚里士多德选集》(政治学卷),颜一编译,中国人民大学出版社1999年版,第235页。