

法律与社会

宪法为什么是重要的？

——基于西方“二元政治”的立宪主义原理的解读

陈云生

【提要】对“二元政治”的立宪原理的深入剖析，可以揭示“立宪政治”与“常规政治”，以及相关的人民直接民主与代议制民主的本质与区别。作为国家根本法的宪法和立宪政治制度的宪政在国家政治生活中具有不可取代的地位。这种解读或许有助于法学界和实务界对当前忽视或否认宪法的最大法律权威和最高法律地位的势头，保持清醒的认识，并对社会主义宪法与宪政做出合乎理性的体认。

【关键词】二元政治 立宪政治 常规政治 直接民主 代议民主

【中图分类号】D911 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2008)02-0069-06

在当前中国的学术界特别是法学界的学术研究中，出现了一个奇特的现象。就是有学者不断地做出各种努力以论证中国目前不宜进行社会主义宪政建设。言下之意，就是在中国只可以有宪法，不可以有宪政。换言之，就是在中国要建设一个没有宪政的社会主义法治国家。或者说，只能依法治国，而不能依宪治国。而在法学界则有学者通过张扬某类法律体系的地位和作用，以达到降低或否认宪法的最大法律权威和最高法律地位的目的。最近又有宪法学者以倡导代议机关至上的宪政解释的方式汇入到这股潮流中。这种种将作为“山峰”的宪法刨平同一般法律一样处于同一位阶的“谷地”的努力，说到底，就是忽视或否认宪法作为国家的根本大法的性质以及宪法在整个法律体系中的“母法”地位。本文将从“立宪政治”和“常规政治”的“二元政治”的立场出发，着重分析一下当前中国忽视或否认宪法具有最大法律权威和最高法律地位的种种观念或意见，是如何与当代普世公认的立宪主义原

理悖谬且相去甚远。

上述中国学术特别是法学术的研究中出现的奇特现象，在我们宪法学业内人看来，归根到底就是集中在一个问题上，即宪法为什么是重要的？亦即为什么其最高的法律地位和最大的法律权威是不能诋毁的，以及宪法的规范是其他法律所必须遵循而不能违背的。然而，我们清醒地意识到，要说清楚这个举世公认的现代立宪主义原理，决不是一件容易的事。本文只是从西方“二元政治”的立场对此进行分析，希图至少说明这样一个问题，即在西方国家，宪法为什么被认为是重要的？

一、西方传统的和现代 的政府理念

国家自诞生之日起，无疑注定会成为政治活动的最大平台和政治载体。但政治活动要有效地在国家这个平台和载体上运作，必须凭借某种制度性的中介来组织和动员民众参与政治

活动，这种制度性中介就是我们现已耳熟能详的“政府”。不过，国家需要政府是一回事，而如何组织政府则又是另一回事。自国家产生以来，从世界范围上看，从一开始就同时兴起了两种基本的形式，一是专制政体，另一个就是民主政体。

美国“制宪先父”们之所以备受后人特别是美国人的敬仰，其重要的原因之一，就在于他们以其政治智慧不仅对建国后美国政府组建形式问题作了深思熟虑地思考，而且作了在当时有些冒险而在今天看来却成功的选择。

在深思熟虑方面，美国政治先哲们从一开始便这样地提出问题。汉密尔顿在《联邦党人文集》中开宗明义地提出：“时常有人指出，似乎有下面的重要问题留给我国人民用他们的行为和范例来求得解决：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。”须知，做出这种深思熟虑的提问是在200多年以前，相比中国100多年以后，在孙中山领导的资产阶级革命推翻封建帝制以后，又相继发生张勋复辟和袁世凯称帝的逆历史潮流而动的事例来说，更显得难能可贵。提出建立一个良好的政府，让人类永远摆脱靠机遇和强力来决定他们政治组织的设想，这正是使近代国家走向民主政治之路的起点，它凝聚了美国政治先哲们对历史政权建构经验的高度体悟和新兴政治催生的政治智慧。

美国政治先哲们对政治经验体悟和政治智慧的高扬并没有仅仅停留在出点和目标的正确定位，还在于他们对古代政权建构经验的具体分析和准确把握上，这集中体现在其对古希腊的直接民主制以及相关的代议制本质的认识和把握上。对于古希腊的直接民主制，学术界通常是作为与近代的代议制相对立的政治形式来认识和把握的，认为直接民主是由人民自己当家作主，是一个由人民亲自自主和自治的政治形式，现时我们仍在大力弘扬和推崇的各种直接民主制，基本上都是建立在这种对直接民主的体认和把握上。而在美国政治先哲们看来，

古希腊的直接民主制，即通过召集几百人来代表其余的人而并不是由全体人民在一个国家举行会议，在讨论赞成与反对的理由后，清点人数并以“我们”的名义宣告多数派为胜利者的这种政治形式，并不值得美国在民主政治建制时加以模仿。因为他们认为这种代议制无非是“以偏概全”（Synecdoche），部分（大会）取代了它在代议制中所代表的整体（我们美国人民）。如果误以为国会就是汇集起来的人民，并且赋予它以最高权力，它将会以与其言词不符的方式进行活动。麦迪逊在《联邦党人文集》第四十八篇中指出：“政府的一切权力——立法、行政、司法，均归于立法机关。把这些权力集中在同一些人的手中，正是专制政体的定义。这些权力将由许多人行使，而不是由一个人行使，情况也不会有所缓和。一百七十三个专制君主一定会象一个君主一样暴虐无道……即使他们是由我们选举，也不会有什么益处。一个选举的专制政体并不是我们争取的政府……”。汉密尔顿也指出：“在民选议会中，人民的代表有时似乎自以为就是人民本身，面对来自任何方面最小程度的反对，就暴露出不耐烦和厌恶的病态……”。如此看来，麦迪逊等人并不认为政治上的代议制度就是实现民主的一种理想的和有把握不变成专制政体的政治形式。麦迪逊并否认了这样的普遍观念，即认为代议制政府只是近代才出现的政府形式，而古代社会和国家完全不知道代议制政府的形式存在。他在制宪之前明确地阐明了他的这一观点：“古代的人既非不了解代议制原则，也未在其政治制度中对此原则全然忽视。古代政治制度与美国政府的真正区别，在于美国政府中完全排除作为集体身份存在的人民，而并不在于古代政治制度中完全排除人民的某些代表。”这就明

[美] 汉密尔顿等著《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1982年版，第3页。

参见[美] 埃尔斯特、[挪] 斯莱格斯塔德《宪政与民主》，潘勤等译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第184页。

[美] 汉密尔顿等著《联邦党人文集》，第254、365、323页。

确表明如下的政治哲学或政府观念，即无论是国会，或者总统，或是最高法院，在日常情况下所发表的意见、命令、决定、裁决等，所表达并非就是美国人民真正的声音。总而言之，在代议制政府体制下，美国人民的政治意志是不可能由这种天真的“以偏概全”的体制来“代表”的。

二、“二元政治”体制的设计

美国的“制宪先父”们能够以高深的政治智慧深刻体察和领悟古代民主和近代代议制政治的本质是一回事，而要通过具体的政治设计去突破其局限和难题又是另一回事。他们的伟大之处就在于亲手解决了这个政治难题。在事隔二百多年以后的今天看来，其解决之道不仅体现了高度的政治智慧，而且经得住历史的考验，最终在一百多年以后创造出了一个高度发达的宪政国家，一个无人可以匹敌的世界超级大国。

他们的“二元政治”设计，可以简单地称之为“二元政治”的体制。所谓“二元政治”体制，就是将国家的政治生活分为两个大的形式或方面。一为“立宪政治”，二为“常规政治”。

“立宪政治”的根本特征，就在于为了谋求国家的公共利益，以“人民自己”的名义，通过一种“非正式的、未经授权的建议”的“非正规的、僭越的特权”而采取的非常规的制度形式表达的同意而认可。虽然“立宪政治”是最高类型的政治，但是，只有在少有一些政治觉悟极高的时期，才能允许它决定国家的各方面重大的生活。在世界的宪法史上，这种非常规的制度形式通常是在革命成功以后，由革命胜利者组织和召开的“制宪会议”来实现的。这类的“制宪会议”通常是临时或在不无仓促的状态下召开的，因为它不是依据先前的法律召开的正式会议，所以说是“人民自己”行使“非正规的、僭越的特权”的表现，不具有严格意义上的合法性。但是，一旦这种会议能够召开，并且已经为国家制定出了

一部正式的宪法，“就会消除先前的种种过错和罪过”（非常规性——笔者注）。不合法就变得最合法的了。这种制宪会议一旦完成制宪任务，就会立即解散，因为它“只有在少有的……时期”，才能召开，所以下一次的“制宪会议”何时再召开，就是一个未知数了。但是，美国的制宪者们并没有希望宪法在制定出来以后永远保持不变，于是在宪法的条文上规定了诸多繁难的修改程序，目的是既给予宪法在日后的修改留有必要的空间，而同时又要保持宪法的稳定性，使其不能被轻易地修改。

“常规政治”是根据这样的理念设计的，即美国的社会充斥着那些从与公共领域相去甚远的活动中获得最大满足的男人和女人，对于这些人来说，好的生活并非总是政治生活。麦迪逊等人甚至认为，那些只关心个人利益的普通公民可能意味着公共事务上的麻烦，因为他们出于个人或小集团的利益而对公众利益漠不关心。所谓“常规政治”，就是在国家的宪政体制中建构一个具有日常政治意义的系统，并搭建使普通民众能够表达自己及小集团利己愿望和利益，并能够使具有各种不同自我愿望和利益的个人和群体彼此能交流的政治平台。这个政治意义的系统和平台通常就是称为议会或国会的政治机构。在这个机构中，容忍公民个人特别是代表他们利益的党派通过激烈的政治斗争实现他们对国家日常政治生活的主导权和控制权，从而达到实现他们愿望和利益的利己目的。换句话说，通过使“常规政治”处于政治的主导地位，容忍各党派试图操纵政治生活的宪法形式以追求他们的狭隘利益，也就是以个人自由的名义容忍“常规政治”。鉴于议会主要的性质和职能是为国家进行立法活动，因此，公民个人及其利益集团为争取私利的政治斗争，主要的就是表现为争取日常立法权的斗争。谁掌握了国家的立法权，谁就获得了争取私利的最重要的法律保障。很显然，这种日常

参见《宪政与民主》，第186页。

[美] 汉密尔顿等著《联邦党人文集》，第204页。

政治的意趣，同我们通常宪政理论中关于议会或国会的权力机关是以全体人民的名义行使人民当家作主的根本政治权力的理念有着很大的不同。后者在学术上一般称之为“一元政治”的理念与体系，它的最可争议之处，在美国制宪者们看来，是无法以数量不等的“人民代表”而实现全体人民的公共利益的。他们认为，只有“立宪政治”才能实现这一点，而“常规政治”则是其必要的配套机制。在这个配套系统中，为各种有政治抱负和野心的政治家们，实质上是为具有个人和集团利益的普通公民们提供了充分实现各自愿望和利益的空间和舞台。无论人们是将美国国会的参众两院看成是政治秩序保持的舞台还是政治混乱的场所，它们所表现出来的政治活力却是不可否认的。从一定的意义上来说，它也是成就美国作为各国无可匹敌的超级大国的一个重要的宪政因素。

美国制宪先贤们关于“立宪政治”与“常规政治”分野并因此衍化为在宪政和法治国家的立宪权和立法权的分离，以致最终出现的宪法和普通法律的两套法律体系并存的结果，被美国近代学者形象地描述为“以宪法为山峰以法规为山谷”。这就是说，一个国家的法律体系实际上应当是一个上下一体的层级结构，而不是像一元论者那样把宪法刨平为一个单一的法律意义的平面。只要议员们或代表们通过公平和自由的民主选举获得其席位的，一元论者就拒绝考虑支持某一具体立法的公民参与的质量。按照这一观念，由民主选举产生的议会或代表机关做出的政治决定永远也不可能比另一个议会做出的决定具有更大的合法性。对宪法和普通法律而言，无论一元论者如何强调宪法的最高法律地位和法律效力，其实很难得到实现。因为由同一个议会或代表机关制定或修改的宪法和法律，尽管可能在通过的程序或代表人数上有些差异的规定，如宪法的制定和修改需要2/3的代表通过，而不是像普通法律那样由相对多数通过，情况也没有根本性的改变，因为宪法没有从专门设立的“立宪会议”那里获得以全体人民的名义为实现国家根本公共利

益为目的的更高的合法性。在中国，有人就认为宪法是由全国人民代表大会制定和修改的，由此就推导出宪法同普通法律一样，处于全国人大制定法中同一位阶，因此不必要也不应该作为其他法律制定的依据。我们认为，中国宪法的最高合法性究竟是源于1949年召集的“中国人民政治协商会议”，还是源自1954年召集的第一次全国人民代表大会，或是源自其他的方面，如革命成功的事实等等。这些都是可以讨论和研究的。但无论如何，用“一元论”的观点来否认宪法体现的是全体人民的根本意志和公共利益，以及否认宪法具有最高的根本大法地位和最高法律效力，都是站不住脚的。“一元论”的推导观念，除了经不起历史事实的检验外，宪法本身关于最高法律地位和最高法律效力的规定也是“一元论”者所竭力要回避而又回避不了的障碍。在中国的宪法语境下，人民代表大会制度的政治和法律地位，说到底源自宪法的授权，是宪法所集中体现的政治设计中的一部分，不错，全国人民代表大会可以修改宪法，但这项权力也是源自宪法的授权。这就是中国宪法和宪政体制的基本理论与实践。

美国通过在宪政体制中确立“二元政治”体系，最终实现了这样的政治理念与设计，即“立宪政治”尽管是间断性的、非常规的、与立宪时期相关的革命成果和公德密切联系的政治，但立宪一旦完成，就在社会和国家的公共领域树立一个类似婚姻关系中如结婚证书那样的符号系统，使全社会心理复杂、追求各异、利益相悖的各色人等即普通民众，能够获得一种在国家层面上交往形式具有特别的意义并因而使全社会构成一种有别于个人日常生活中的普通关系的特殊共同体。宪法最终变成了国家的最高山峰，它成为一种象征，一种铭刻人民最高主权的丰碑。在这里，我们最终找到了宪法合法性的终极源泉以及其最高法律地位和权威的终极根据。

参见《宪政与民主》，第205页。

三、“二元政治”的司法保障机制

把国家的政治设计成“二元政治”体系在今人看来也许并非特别困难，但要使“二元政治”体系能够协同互动，特别是要如何驾驭桀骜不驯的占主导政治地位的“常规政治”，使之不至于如脱缰的野马那样肆意践踏国家的宪政草坪，则决非易事。除了其他一些控制思路，包括让有公共美德的人担任人民代表和国家公职人员以及实行权力分立以外，最重要的制度和权力运行机制的设计，就是通过普通法院实行违宪审查，或简称司法审查。这一制度给司法机关以特殊的权力，并给法官以特殊的激励，使司法机关有能力，也促使法官坚持先前以人民的名义在宪法上所做出的重大决策，以对抗“常规政治”的变化。

在美国的宪法史上，自始至终一直在联邦最高法院的民主性问题上存在着激烈的争论。其实，美国“制宪先父”们在宪法设计中并没有以任何方式设定司法机关的司法权高于立法权力的含意。它仅设定人民的权力是在二者之上；仅意味每逢立法机关通过立法表达的意志如与宪法所代表的人民意志相违反，法官应受后者，而非前者的约束，应根据根本大法进行裁决，而不应根据非根本法裁决。在美国制宪者的心目中，“代议机关的立法如违反委任其行使代议权的根本法自当归于无效乃十分明确的一条原则。因此，违宪的立法自然不能使之生效。如否认此理，则无异于说：代表的地位反高于所代表的主体，仆役反高于主人，人民的代表反高于人民本身。如是，则行使授予权力的人不仅可以超出其被授予的权力，而且可以违反授权时期明确规定禁止的事。”

基于以上关于司法机关民主性的体认，制宪者认为制定中的美国宪法决不应当使立法机关本身即为其自身权力的宪法裁决人，而是把这项特殊的职责赋予了联邦司法机关。他们主张使法院成为人民与立法机关的中间机构，以监督后者在其权限范围内依宪法行事。宪法应

当被法官看作是根本大法。当宪法与普通法律不一致的时候，应以宪法为准，并使普通法律归于无效。支持这种制度的背后理念，即是人民的意志高于其代表的意志。尽管美国“制宪先父”们的上述关于司法机关职责的设计并没有在宪法文本上体现，但这种思想和方案不久就在一项重大的司法判决之后得到非正式的、但稳固的确认。

美国联邦最高法院关于国会立法是否符合宪法的司法裁定具有实质和象征这两种政治意义。从实质政治意义上来说，它是“常规政治”体系运作的调整阀。在美国的国会，一向以其激烈的党派斗争为其根本的特征，政治激情无限制的释放往往造成对“立宪政治”根基的冲击。联邦最高法院通过适时宣布国会的立法案违宪无效，从而使国会狂热的政治激情得以降温，及时地将有些脱轨的“常规政治”纳入“立宪政治”的轨道。再从象征的意义上来说，联邦最高法院的违宪判决通常都会造成政治上的振荡和巨大的社会效应。每一项违宪宣告，都是在向美国人民显示，权力总部里发生了某种特殊的事情，这种特殊的事情应当引起普通民众的关注，看看他们所选出的代表是否能够成功地履行他们的职责，如果不能，至少应该在下次选举中做些什么。其象征意义还在于，作为人民的代表在国会中的表现决不能为所欲为，他们应当而且必须忠实于体现人民根本意志的宪法，这不仅要受公共美德的约束，还要受联邦最高法院的监督。为了避免自己制定的法律频频受到联邦最高法院的违宪挑战，他们必须保持必要的谨慎和自警，务必不能使自己为实现党派利益的立法案过于出格而违背宪法。联邦最高法院的这种职责及意义，正像一位论者所指出的：“简而言之，司法审查中最高法院的向后看的作法是一项至关重要的面向现在的工程的一个必要的组成部分，通过这项工程，当今的普通公民群众可以调整他们授予那些经选举产生的、以他们的名义从华盛顿

[美] 汉密尔顿等著《联邦党人文集》，第 393、392 页。

特区的最高权力机关发表意见的代表们的民主权力。”就这样，最高法院最终界定了美国常规政治斗争的性质，以及“常规政治”的运行方式。

从以上的介绍和分析可以看出，作为违宪审查的一个最典型的司法审查模式的建构并不是偶然的，更不像有些学者认为的那样是美国联邦最高法院“强夺”而来的。它实际上是美国宪法和宪政精心设计的产物，是“二元政治”中一个必要的和有机的组成部分，是势所使然，势所必然。当然，从学理的立场上看，“二元政治”是与“一元政治”相对立而存在的，“二元政治”本身也有其局限与不足，存在争议也在所难免。不过，至少从美国的情形看，“二元政治”是成功的政治设计。尽管“二元政治”不一定具有普世的价值，至今还不能为其他国家特别是具有不同性质的政治文化背景的国家所接受和实行，但作为该种政治体系的违宪审查制度来说，已在世界范围内发生了重大而深远的影响。这方面可以看出一种制度性的建构可以基于某种形式的模仿、移植并取得成功，但在另一方面，我们也可以从那些实行违宪审查制度不那么成功或加以排斥的一些事例中得到必要的教益和启发，这就是一种重大的制度性建构，特别是像违宪审查制度的建构，或许不应当完全忽略其所赖以存在的理论基础。换句

话说，对于任何国家来说，欲建立某种类型的违宪审查制度，都应当而且必须关注其赖以存在和发展的理论基础。如果只想从形式上创建或借鉴，泰半难以取得预期的结果，到头来可能会发现，其所付出的努力要么事倍功半，要么无功而返。

结论：基于以上“二元政治”立宪主义原理的解读，宪法作为国家根本大法的地位和具有最高的法律权威和法律效力是不可动摇的，这早已成为当代最高法律文明的标志性成果之一。那种刻意将中国的人民代表大会制度与西方的三权分立制度对立起来，但又不能准确、深入地分析人民代表大会制度内在的民主机理的那种“观点”，表面看起来好象是“强词”，实际上却没有说服力。

本文作者：福建师范大学法学院、北京师范大学法学院教授，中国社会科学院研究生院法学系教授、博士生导师
责任编辑：赵俊

参见《宪政与民主》，第208页。另需说明：此节中除引注的以外，有关“二元政治”的理念与设计均采自该书，详见该书第173~209页——笔者注。

Why the Constitution is Important : An Analysis Based on the Constitutionalism Theory of Western Dualistic Politics

Chen Yunsheng

Abstract : The deep analysis of constitutional theory of dualistic politics could unveil the natures and the differences between the constitutionalism politics and regular politics , and the direct democracy , indirect democracy. The constitution as the fundamental law and the constitutionalism as the political institution are playing irreplaceable roles in the national politics.

Key Words : dualistic politics ; constitutionalism politics ; regular politics ; direct democracy ; representative democracy