

反宪法规则决定的法律效力问题 之由来：理论与实践

陈云生

〔提要〕“反宪法规则的决定的法律效力问题”是宪法学中一个古老而又未被彻底研究过的问题，它来源于宪法和法律的本质、特点，以及实施机制中与国家主权者的“决定”或“决策”密切相关的政治现实。具体说来，西方宪政发达国家创造出来的成熟宪法发展机制、新兴国家宪政赖以存在和发展的历史的社会环境的局限性、政治权力限制与反限制的悖论、理性的政治决策、心理上非理性等诸多理论与实践的因素导致了这个问题的客观存在。

“反宪法规则的决定的法律效力问题”是宪法学中一个古老而又未被彻底研究过的问题，是因为它关涉到宪法学中一系列的理论与实践问题，只是没有被单独立项，集中地加以梳理。本文将对“反宪法规则的决定的法律效力”这个问题所涉理论与实践进行初步的梳理和探讨，以求教于同仁。

一、西方宪政、宪治发达国家创造出来的成熟的宪法发展机制

在较早建立宪政、宪治的西方国家中，对于推动宪政、宪治稳固和持久发挥效能的最初构想，至少在美国等国家中，是寄希望于以繁难的程序形式阻碍对宪法可能发生的频繁修改，希图以一个经久耐用的宪法为依托建立稳固的宪政和宪治。但是，这一最初的构想很快就被证明是不切实际的和不可行的。因为随着人们的社会观念和科学技术的进步，社会和国家变革、发展速度越来越快，社会随之变得越来越复杂化。这种情势导致对宪法本身的功能和社会适应性的期望和要求也越来越高了。宪法被期望和要求常用常新，在不触动宪法所确立的社会、政治、法律根基和原则的基础上，不断作出恰当的调整，以适应社会和国家不断变革的需要。在这种情势下，原初设计的着眼于稳定不变的“刚性宪法”，因其繁难的修改程序使

其无法满足这一对宪法的社会适应性的新期望和要求。于是，一些新的宪法发展机制便被创造和发展起来了。其中就包括在保持宪法所确定的社会关系基本稳定的前提下，不用频繁修改宪法的文本的方式，而是以司法审查和判决的形式来不断修改、补充和丰富完善宪法，以适应宪政、宪治的新要求、新需要。这种方式后来被社会和国家的各方面所承认，并逐渐发展成为一个成熟的宪法发展机制。

在宪法学和政治学的研究中，客观地看待和评价具有违宪审查权的普通法院和宪法法院以判决的形式修改、补充和发展宪法文本的事例更是屡见不鲜，现已史不绝书。当然，这种对宪法文本的修改、补充和发展往往是通过推翻先前早已得到确认的原则判决来实现的，如美国在 20 世纪 50 年代所作的对有色人种“平等保护”的判决推翻了 19 世纪下半叶曾作出的对有色人种的“隔离但平等”的判决；也有如美国联邦最高法院、德国联邦宪法法院通过对文本或宪法所体现的“基本原则”、“基本价值”的引申解释，而在事实上对宪法文本作出修改或补充。总的说来，普通法院或联邦宪法法院的这种做法不仅得到政治界和社会各界的最终承认或宽容，而且在学术界也最终得到肯定或赞许，尽管在当时或其后多少会招致激烈的批评或反对。至关重要的是，在西方的宪法和宪

政史上,这种修改、补充和发展宪法的形式最终取得了合法的地位,并以其节约立宪和修宪的资源、稳定宪法和宪政、通过将政治斗争转化为宪法问题的辩论而最大限度地减少了可能引发的政治动荡或社会冲突、经常保持宪法的活力和生命力等优点和长处而备受推崇。举世公认,美国宪法是200年前制定的,至今只作过27次文字修改,期间曾有几十年未对宪法作过任何修改,但美国宪法仍保持其国家和社会的适应性且充满活力,其根本原因就在于美国联邦最高法院通过一系列具有宪法影响力的判决使其不断得到修改、补充和发展。如果说,美国是在200年的漫长历史时期才以此种方式显现其行宪的功力的话,那么,德国和法国则在短短的一二十年中,便以宪法法院、宪政院的宪法判决或类似宪法判决的形式,以被学术界称之为“宪法革命”的激昂步伐,将各国宪法从条文规定到其所蕴涵的“基本原则”或“基本价值”向前大大地推进了一步,而与此形成鲜明对照的是,通过宪法文本修改的方式推动宪法进步的作用就显得不那么突出和强烈,尽管这些修改也是必要的和重要的。

不是通过宪法文本以法定程序进行的修改,而是通过司法审查或宪法判决的形式修改、补充、完善宪法,在逻辑上就提出了有权的司法机关或宪法法院依据什么准则或标准作出审查和判决的问题。虽然在理论和实践上有一派学者或法官强烈主张应以“制宪之父”们的原初立宪本意进行审查和判决,但这样做显然有悖于新机制创制的初衷,最终难以实行。新机制实施过程中大量的实例证明,法官通常是以其敏锐的职业素养、适应大众的社会心理要求、循着社会发展的脉动而作出适应时代要求和需要的审查和判决。不待说,这种审查和判决既出,往往具有违背原来宪法规定或原则的性质或因素。从广义上说,这也是“反宪法规则的决定”的一部分。当然,这类“反宪法规则的决定”常常会引起各方面的巨大分歧和争议。事实上,这种机制就其时期来说,确实是功过互见,不能一概而论。但从长期的宪政、宪治的发展来看,在差不多所有的西方宪政、宪治

发达国家,它都不同程度地推动了宪法、宪政、宪治的进步和发展。正因为如此,此机制至今仍在不断地被应用,以致我们说它是成熟了的宪法发展机制。

二、新兴国家宪政赖以存在和发展的历史的、社会环境的局限性

第二次世界大战以后,西方国家在世界范围内的殖民体系逐渐解体,亚、非、拉美等世界各地的许多殖民国家纷纷独立,于是在世界各地涌现出一大批新兴的民族国家。这些国家便构成了后来被统称为“第三世界”或“发展中国家”的主体。这些国家的宪法通常都是在获得独立或建国后仓促制定的,更有些是受前宗主国的重大影响甚至是强加的。这样的宪法由于不是从成熟的市民社会中自然成长出来的,其他的一些历史的、社会环境的因素,就使得“反宪法规则的决定”的现象势必变得格外突出。

在新兴的国家,人们在立国之初,原本对从西方引进的宪法和宪政抱有很大的期望和信心,以期解决他们在民族解放和国家独立后所面临的一系列社会、经济、政治和法律等问题。但是,由于这些国家的宪法没有像西方宪法那样构筑于已经确立的政治和经济条件,以及对社会价值的广泛认同的基础之上,即使宪法自身也没有创造这些条件,也没有在短时期内形成这种认同。宪法只是简单地对革命成果的肯定,是对取得政权的统治阶级或集团的合法性的确认,而这些统治阶级或集团所取得的统治权通常是用暴力方式取得的,而维持其统治权又势必在很大程度上继续沿用暴力、压迫和剥削的形式。因此,在这些国家通常把政治因素看得特别重要,以致常常把维护政治上的稳定和重要性推至无以复加的高度。

除了政治上维护统治权的需要外,在经济上也需要用强大的政治统治权,即以公共权力名义统制经济。不像西方国家,国家只是经济的反映,公共权力的设置和行使本质上是适应社会和国家发展的需要;而在新兴国家,正好相反,由于原来的社会经济的历史限定,国家

不是在社会和国家发展到一定程度的基础上自然地或通过革命建立的，而是外来强加的或是革命夺取政权后建立的。因此，国家不仅不能反映经济发展的需要，而且还是经济发展的发动机、总控制器。重建和发展经济的沉重和繁重的任务最终落在了国家的肩上，作为公共权力的国家机关不得不担负起组织、指挥、管理、资源配置等经济职能。在这一过程中，公共权力的集中、扩张、专断的现象不仅不可避免，而且愈演愈烈，以至像东亚、东南亚一些国家和地区所经历的那样，通过高度的政治集权或独裁做发动机，最终实现了国家和地区的经济腾飞。就这样，在行使高度集中或专断的政治权力的过程中，为了不断适应组织和发展经济的需要，“反宪法规则的决定”就不仅不是偶然的现象，而且是经常可见的客观事实了。

新兴国家的社会利益的重新分配和社会力量的重组，也使得“反宪法规则的决定”势不可免。由于新兴国家是在原封建社会或宗主国统治的基础上建立的，原本的社会力量和个人自治的观念和机制极为薄弱，独立或建国后的急剧变革所带来的社会利益的重新分配和社会力量的重组，不仅使社会力量及公民个人感到无所适从，而且使国家的统治阶级或集团感到巨大的压力，因为按照西方模式制定的宪法和建立的宪政，本质上是以国家和社会二元分离的原则为基础的，在西方社会和宪政体制下，承认和尊重社会的多元性，以及鼓励社会力量及个人的自治权的享受和发展，作为国家公共管理机关的政治权力，不仅要“容忍”社会多元利益和多元群体的存在，而且还要在它们之间保持相对的平衡。而新兴国家繁荣政治权力，在急剧的社会变革和社会力量重组过程中，按照宪法所确立的范式往往不符合社会的实际情况，甚至与统治阶级或集团的意志和利益相左。在这种情况下，新兴国家的统治阶级或集团往往置宪法于不顾，而另去其他方面寻找自己统治权的合法性根据，甚至径直采取高压的政策，以防止社会力量和公民个人按照宪法规定的自治权的充分享受和行使，对统治阶级或集团的统治可能造成的危害。这就是为什么在新兴的

国家人们常常感到宪法得不到应有的尊重和正确的实施的根本原因之一。政治决策层需要不断地作政治决策以调整各种社会关系，包括公民个人的权利关系，特别是选举、集会、结社等政治权利与自由的关系。当然在这一过程中，一系列“反宪法规则的决定”就势不可免了。在保证社会力量和个人服从所谓“国家长远的和根本的利益”的过程中，国家统治阶级或集团往往不在乎选择什么样的形式或程序，不管是合法的、还是法外的，也不顾是否得到民众的同意或愤懑，就以专断的政治决策来治理国家和社会了。

新兴国家还存在不断地制造政治领袖人物的个人政治权威乃至个人迷信和神化崇拜的“温床”。由于阶级关系的不断变化和统治阶级或集团缺乏一致性，导致要求出现一个享有高度权威性的，甚至专制性的政治领袖人物。他被在急剧变革，潜伏各种社会、政治危机，又满怀幸福憧憬地期盼尽快改变贫穷落后状况的人们视为救世、强国、富民的大救星，社会各方面对他寄予特别高度期待的同时，也赋予他实现其抱负的无上尊严、权威，及至各项重大的、最高的政治权力。他的个人权威和感召力在民众的推崇和信奉、各级官员的阿谀奉承和献媚、新闻媒体持续的颂扬中，不断得到强化乃至神化，使他变成具有超凡个人人格魅力的伟大领袖人物；而他所掌握的政治权力也随着他的个人威望的极大提升而不断得到强化，以致使他俨然像封建时代的君主那样，使自己凌驾于国家和法律之上，他差不多到了言出法随的地步，他的每一句话、每个指示、每个决定都视为最高的法律来加以贯彻执行。他甚至自己都认为可以不顾国家宪法和法律，为所欲为、无所顾忌。就这样，庄严、神圣的国家宪法和法律被他乃至全社会所漠视、淡忘，乃至被抛弃。他个人的威望、权威和无上的政治权力，是以牺牲宪法和法律的权威和效力为代价取得的。在这样的新兴国家，领导人物的个人感召力往往极大地超越于宪法和法律的规范效力。

从长远的或潜在的政治弊端来说，由于长期的人治盛行、法治怠慢，作为公共权力的非

人格化的特征从根本上缺乏赖以形成的根基,逐渐导致国家政治生活的非民主化,政治上缺乏了民主机制,国家就会脱离本来就没有深厚根基的民主轨迹,造成政治权力交替、道德标准认同、政治公信力等方面的危机,使国家长期处于混乱、无序、呆滞、缺乏生气和活力的状态,可以说,精英政治和官僚政治从长远来说,最大的弊害是对国家民主制度的损害。虽然国家宣称以民主立国,宪法也规定了人民主权的原则以及一系列相关的民主制度,但这种民主理念和制度与精英政治是格格不入的。虽然这种精英政治的长远的或潜在的政治弊端往往是通过国家宪法和法律的正式修改而实现的,但是,大多数转变则是通过操纵、贬低和忽视国家宪法和法律的方式实现的。毫无疑问,对这一转变过程中所包含的“反宪法规则的决定的法律效力”问题应当予以深入的研究,这有助于我们对宪法和法律的本质有更深入的理解。然而,不管怎样,这一转变无疑是民主和法治进程中的一个倒退,它对现代民主和法治的社会和国家的危害是巨大而深远的。^①

三、政治权力限制与反限制的悖论

前面对于新兴国家的有关宪政实施方面的局限性的讨论,绝不意味着诸如此类的“反宪法规则决定的法律效力”问题,只是在新兴国家才有的独特或奇异的现象,而在发达的宪政国家根本就不会发生这类“反宪法规则的决定”。事实上,即使在宪政发达国家同样也会存在这类现象,只不过由于发达国家的“反宪法规则的决定”并非是出于这些社会和国家的宪政实施的历史的和社会环境的局限,而是部分地出于政治权力限制与反限制的悖论,源于宪政自身内在相关的政治权力的限制与反限制的悖论,是政治权力运作中可选择的调节机制。在任何宪政体制下,政治权力行使中偶然出现“红杏出墙”的现象,实在难以避免。

从更一般的意义上来说,宪法的修改、补充和发展存在着其他的、有些更为重要的渠道和途径。事实上,说到底,宪法除了作为基本制度和基本正义观念的价值外,只不过是整个

社会和国家的一个调节器和控制器,尽管是极其重要的调节器和控制器。一个不容置疑和辩驳的事实是:宪法在过去、现在和将来都是一个社会和政治和法律性工具。工具性价值和功能是宪法的基本价值和功能之一,尽管宪法同时也具备其他的价值和功能,例如教育的,甚至是信仰上的价值和功能。而社会和国家是由压倒一切社会的集团和力量的占有统治地位的政治集团和力量所控制的。因而宪法往往成为在政治上占有统治地位的政治集团手中的治国安邦的重要政治和法律工具,尽管占统治地位的政治集团有些是真诚利用和使用宪法工具,而有些则假以宪法的名义而行本政治集团私利之实。不管怎样,至关重要的是,宪法已经成为所有占统治地位的统治集团手中可资利用的政治和法律工具,宪法也被证明能为所有的政治体制所利用,不管是民主的还是非民主的,甚至是极权的。了解和认识宪法的这一政治工具的价值和职能,以及它与占统治地位的政治集团和力量的从属关系至关重要,这不仅可以使人们破除对宪法的种种迷信或神话,使我们对宪法的性质、地位和作用保持一份清醒的认识;而且还有助于我们丰富对宪法本质、对宪法实施的机制以及对宪法监督的方式的认识;更为重要的是,政治在本质上是一场征服敌人、夺取政权、巩固政权的斗争,许多时候都演化成为你死我活的战斗,尽管在一场政治战斗中常常以妥协而结束。不仅在政治斗争过程中的双方或各方,甚至得到胜利的一方,都容不得任何规范,包括宪法规范的约束。本质上说来,任何宪法和法律都构成对占统治地位的政权集团和力量的约束。宪法和法律越精密,执行得越严谨,对统治者的约束就越紧密。而民主政治和宪法理论的一个恒久不变的悖论,恰恰就是社会和国家的统治者越是不想受宪法和法律的约束,宪法和法律内在的无形的力量

^① 此处关于新兴国家宪法、宪政实施条件和环境的分析,主要参考和引用了(中国香港)亚什·凯的两篇文章:《第三世界国家的国家理论和宪政主义问题》和《宪政、宗教、多元性与国家主义的挑战》,载宪法比较研究课题组编译《宪法比较研究》3,山东人民出版社1993年7月版,第248~272页。

越是要对统治者加紧约束；反之也是一样，宪法和法律越是要加紧对统治者加以约束，统治者越是希望并设法利用自己的政治优势和掌握在手中的决策机制来摆脱或减轻宪法和法律的约束。“反宪法规则的决定的效力问题”就因此而引起。

四、强国论和决策论影响下的政治权力运作

启蒙学者马基雅维里和霍布斯最先在宪法传统中确立了“国家权力垄断”的基本政治概念。马基雅维里把政治概念解释为不受规范约束的争夺权力的权力政治，在获得国家权力之后权力斗争就转移到政治领域的“决策主义”。严格意义上的政治决定是这样的结果，它是不能通过合理的共识来证明其正当性的。在法律和权利的问题上，也是决策主义的结果和产物。霍布斯在其代表作《利维坦》中的申明，至高无上的国家权力就是不受法律约束和限制的权力。这就是霍布斯心目中的“强权国”的理想。在这个“强权国”的理想中，一切权力，一切规范和法律，一切法律解释，一切命令和制度的安排，霍氏都把它们看作实质上的主权的决策，权力就是法律，而法律就是解决有关什么是权力的争端的命令。在他看来，权力不是真理，而只是颁布的法律而已。这就是霍布斯从绝对的国家权力为开端，到主权者有权作出包括法律在内的一切决策的必然结果，即从“强权国”到“决策论”的必然结果。^① 主观唯心主义哲学家黑格尔（Hegel, 1770年～1831年）也是一个国家权力的狂热鼓吹者，他认为国家是客观的精神，而个人仅以他是国家的成员而论具有客观性、真实性和伦理性，国家的真意旨的便在于这种结合。每个国家的利益就是自己的最高法律。道德与政治不成比例，因为国家是不受平常道德法律约束的。^②

德国的卡尔·施米特在颂扬国家权力方面，也占特殊的地位。他在1928年出版的《宪法论》系统地阐述了他的宪法观和国家观。他被认为是一个“双面”的理论家。一方面他是一位自立宪主义方面最重要的专家之一，另

一方面又是一位自由立宪主义的最为激烈的批判者之一。是他对自由立宪主义的观点进行了批判，认为自由立宪主义的观点过时了；又是他从霍布斯的著作中发现了“决策论”。他遵从霍布斯的观点逐渐形成了自己的理论体系。在这个理论体系中，首先否定了自由立宪主义的最基本的前提，即国家和社会的二元论，认为这种区分已经没有任何意义了。他以为以前的国家和社会的具体功能之间的区别逐渐消失，并导致自由的、中立的国家变成了“潜在的总体”的国家。在施米特的国家观中，他极力维护马基雅维里和霍布斯的观点。正如前面所指出的，这两位都信奉冷冰冰的政治现实主义，认为政治是一场征服和获得权力的战斗，容不得任何规范的约束；相信强权国家会压倒法治国家。在紧急状态下，法治国家必须让步：“紧急状态清楚地揭示了国家政权的本性。在这里，使自己脱离了法律规范和（看似矛盾）权威的决定表明，它创制法律，但是不必守法。”紧急状态应当被视为“一种对于政治知识来说是关键性的、具有普遍意义的概念”，“对紧急状态的控制，是一种真正意义上的决策的权力”。在一定意义上，紧急状态不是一种混乱或无政府状态，而是一种秩序——由纯粹的权力而不是由正义所施加的秩序：“国家的存在证明它比法律规范的效力具有更大的重要性。决策不受任何规范的约束，并在真正意义上成为绝对的。”^③ 这种“绝对的”或“最终的”决策被施米特定义为：“决策垄断”而不是“武力或支配权的垄断”，这是“国家主权的实质”。他由此进一步阐明了他称之为“决策论”的理论：一项政治决策的效力的确立“与其内容无关”；该项决策

① 以上资料和观点介绍主要综述了挪威学者朗内·斯莱格斯塔德的论文：“自由立宪主义及其批评者：卡尔·施米特和马克斯·韦伯”。详细论述请参考 [美] 埃爾斯特、[挪] 斯萊格斯塔德編：《憲政與民主——理性與社會變遷研究》，潘勤等譯，生活·讀書·新知三聯書店1997年10月版，第119～145頁。

② 參見 [英] 羅素：《西方哲學史》（下卷），商務印書館1976年6月版，第288～289頁。

③ 轉引自 [美] 埃爾斯特、[挪] 斯萊格斯塔德編：《憲政與民主——理性與社會變遷研究》，生活·讀書·新知三聯書店1997年版，第132～133頁。

“从规范主义的观点来看，不需要任何根据”。一项决策的作出，既无需讨论，也不必得到推理支持。在政治生活中，重要的是作出了决策，而不是怎样作出决策。按照施米特的决策论理论，政治决策者既不受来自下面的公民全体的要求的约束，也不受来自上面的法律规范的约束。以此为立足点，他进一步申明了他的关于法律效力的异乎寻常的观点：“一切法律价值和法律效力的最终法律根据，都存在于意志行为（the act of will）——决定——之中，这些作为决定的意志行为通常先创造 Recht（法），而且其法律效力（Rechtskraft）并不来源于决定规则的法律效力，因为一项决定即使不符合律令，也是正当的。反规范的决定的法律效力是一切法律制度的组成部分。”^①至此，施米特将他的关于法律效力的观点发挥得淋漓尽致。从中不难看出，基于“意志论”的哲学和他本人的“决策论”，他排除了一切基于法律价值、法律规范或法律规则自身所产生的法律效力，法律效力真正的根据或来源于社会和国家的当权者按照自己的“意志”作出的决定，而不论有关的决定是否符合法律。至关重要的一点是，他认为“反规则决定的法律效力是一切法律制度的组成部分”。施米特在1932年以后，又把他的“决策论”发展成为他称之为“具体的秩序观”的新理论，该理论是指与现已存在的情境相对应的一种秩序论，鼓吹以“国家、运动、人民”为内容的“领袖国家”，领袖也变成了“法的监护人”。到此，施米特完全拒绝了一般宪政的理论与实践，堕落成为希特勒法西斯主义的理论家。^②

综上所述，自马基雅维里、霍布斯始，中经黑格尔、尼采，降至20世纪初的施米特，高举“反自由立宪主义”的大旗，倡导了以“强国论”、“决策论”、“国家主权和独立”、“唯意志论”、“具体的秩序观”等我们姑且称之为“强权立宪主义”的理论与原则。虽然这种理论确实会受到强力统治者、极权统治者，甚至法西斯统治者的青睐和利用，但如果纯从学理——这可能会受到质疑或非难——上看，是否可能会发现其中至少部分是合理的因素，或

者至少反映了立宪主义中不容回避的一个事实，即国家政权事实上并非全部按照自由立宪主义所确立的建构原则和方式建立起来的。自由立宪主义无论怎样殚精竭虑地要通过建构“有限政府”而实现其“人民主权”和“保护公民基本自由和权利”的社会理想，但国家权力和人民主权、公民基本自由和权利的相互关系配置，终究要循着自身的发展规律。如果我们从社会、国家发展的一般趋势以及最终的归宿上看，人类追求安宁、和谐、幸福的愿望以及能从两种或多种极端中寻求妥协和达到在某种框架内的一致社会能力和政治智慧，终究能在民主与国家主权、自由和权利与国家公权力的实施方面形成基本的和谐一致，至少不致发生长期的、永久性的对抗或张力。综观世界各国的宪政史，包括最近三四十年间东亚、东南亚的一些国家和地区，确实出现过逼过强有力的国家公权力的集权甚至专制的杠杆，撬动了社会经济腾飞的阀门并以超常的速度实现了社会的转型，而转型后的社会反过来对国家的公权力的集权或专制予以反制，使其逐渐实现向国家政治的多元化和民主化方向转变；即使从消极的意义上看，“强权立宪主义”在消弭“自由立宪主义”内在相关的“绝对自由化”、“权利人社会”等社会和政治弊端方面，也是不容否认的社会和政治副产品。说到底，强国、强权并不必然意味压制社会和国家的民主和人民的自由和权利。

因此，“强国论”或“决策论”者们对于“反规则的决定的法律效力”的观点，也不该被认为是一个纯粹的反宪法和法律传统的调，或是毫无可取之处的宪法和法律的效力观。我们应当永远不要忘记，宪法和法律只是社会和国家内部生成或造就之物，它们不可能来自天外或者神赐，更永远不是，也不可能又源于社会和国家之外。这样的宪法和法律本质和特性决定了它们的工具性价值以及对社会和国家

① 转引自[美]埃尔斯特、[挪]斯莱格斯塔德《宪政与民主——理性与社会变迁研究》，生活·读书·新知三联书店1997年10月版，第132~133页。

② 参见[美]埃尔斯特、[挪]斯莱格斯塔德《宪政与民主——理性与社会变迁研究》，生活·读书·新知三联书店1997年10月版，第134页。

的从属地位。尽管有些人们把“宪法至上”、“法律至上”、“依法治国”作为治国方略高唱入云，事实上，即使在一些法治发达的社会和国家，宪法和法律因素也必须在掌握社会和国家最终决策权的政治统治层的统一安排和调度之下，与其他的社会和国家调节因素，诸如道德、经济、习俗等在互动中，才能更好地或充分地发挥工具性的价值功能。这种宪法的工具性价值和从属地位，又决定了它不能成为最高的或最终的决策，特别是政治决策的力量或机制，事实上，宪法和法律本身也经常成为最高决策考虑的对象和范围。在正常的社会和国家的情势下，每遇社会和国家发生重大变革、转型之类的大事，往往都要对宪法和有关法律作出修改，以适应社会和国家发展的需要。当然宪法和法律也往往并非必然地以文字修改或更新的方式而被修改，只要最高的政治决策层认为必要，也往往采取宪法和法律之外的政治或行政“决策”形式，包括全民公决来实现和贯彻有关的社会和国家重大变革或转型的政策或纲领，事中或事后再采取相应的修宪行动或通过护宪机关以适当行为赋予先前的“决策”行为以合宪性或合法性。当这种情事发生的时候，往往突显了“反宪法规则决定的法律效力”运行机制及这种“效力”何以应当被承认和接受的政治现实。

五、理性的政治决策也会导致“反宪法规则的决定”

自从人类组建自己的政治社会和国家以来，从独立的政治科学上来看，政治决策无疑是政治行为中一项重要的内容，政治进程也无疑在间断的政治决策中流变的。决策者为什么要进行政治决策？当然是政治本身的需要。然而决策者究竟应当怎样进行政治决策？这其中就涉及影响政治决策的种种因素，对这些因素的罗列、对比、分析、考察便构成了政治科学中一个独立的分支——政治决策学，或简称决策科学。第二次世界大战以后，决策科学受到越来越多的政治学家和行政学家的关注，并逐渐成了不同的学术理论和流派。

最先出现的决策理论和流派是所谓的“理性决策模式”。该模式的主要观点是：1. 决策者知道所有同具体问题有关的目标；2. 所有有关问题的信息都是可获得的；3. 决策者能辨别所有可能的选择；4. 决策者能够就所有选择作出有意义的价值评估；5. 最终的选择是在所有选择的价值作出衡量和比较后作出的；6. 所作的选择能最大限度地满足决策者对该选择价值的期望。这种“理性决策模式”是从决策规范的立场出发的，不无天真地认为，决策者不仅应当以理性的思辨作出决策，而且可能在实际上能够作出理性的决策。

然而，事实上，决策者往往并不是都作出理性决策，即使在主观上有进行理性决策的愿望的情况下，也是如此。于是另有一种关于决策理论和流派的出现，这就是由著名的行政学家赫伯特·西蒙所创立的“有限理性决策模式”。这种理论和流派认为：1. 决策者事实上并不能完全掌握有关决策所需要的所有信息；2. 即使决策者掌握了所有与决策有关的信息，但他处理这些信息的能力是有限的；3. 决策者的决策通常不是在深思熟虑下作出的，很可能是匆忙作出的；4. 决策者的决策行为通常受到有关信息的实质和获取的先后次序，即先入为主的影响；5. 决策者的决策能力在复杂的决策状况中受到限制；6. 决策者的决策行为受到他本人过去经历的影响；7. 决策行为受决策者本人个性的影响。西蒙认为，政治决策者的理性决策是“有限的”，对政治决策结果的评判应以“满意”代替“最佳”。

当代美国著名的政治学家、“政策分析”的创始人查尔斯·林德布洛姆所创立“渐进决策模式”，在当代的政治决策理论中具有广泛的影响。该模式认为，决策过程只是决策者基于过去的经验对现行政策稍加修改而已，这是一个渐进的过程，看上去似乎行动缓慢，但积小变为大变，其实际速度要大于一次大的变革。他认为政策上大起大落的变化是不可取的，往往“欲速则不达”，它会危及社会的稳定。他主张在西方的民主体制中政府应推行渐进的政治，这主要应当体现在实行渐进的决策上。为此，

他极为赞赏那些奉行渐进主义的决策者们。赞美之词跃然纸上：“按部就班、修修补补的渐进主义的决策者或安于现状者或许看来不像个英雄人物，但他却是个正在同他清醒地认识到对他来说是硕大无朋的宇宙进行勇敢的角逐的足智多谋的问题解决者。”^①

对以上三种政治决策科学的模式或流派作系统全面的分析和评价，显然不是本书的任务，这里只就与我们讨论的主题有关的问题，作一个简括的分析。我们基本的倾向是：不论这三种模式或流派有何等或大或小的价值，也不论它们之间有多少相同或相异的方面，但有一点是相同的，即它们对政治决策的重要性、独立性和决策本身、规范本身的重要性，都给予了高度的重视，如果从我们所研究的宪法学的立场上看，似乎这三种模式或流派都对于政治决策必须依循宪法的规范、原则、精神等方面都显得不大关心，至少在文字的表述上是如此。这不难想见，这种高度独立性的政治决策会自然地，更不用说自觉地要与国家的宪法的规范及其基本原则保持一致。换句话说，这种由政治决策者以其所掌握的信息、决策目标、个人能力、个性等为基础作出的独立色彩很浓的政治决策，虽非全部，但至少会有一部分是与宪法的规范及其基本原则相悖的，这就是我们所谓的“反宪法规则的决定”。说到底，政治决策作为独立的政治行为，不论它怎样被多么睿智、理性的决策者理性地进行，总会出现一些“反宪法规则的决定”，可以说是势之使然、势所必然。于是为我们的主题研究增加了可资研究的素材。

六、心理上非理性导致宪政行为中的“反宪法规则的决定”

2002年诺贝尔经济学奖授予了研究实验经济学的弗农·史密斯和研究心理经济学的丹尼尔·卡尼曼。后者本来不是研究经济学的。1979年，他与同事阿莫斯·特韦尔斯基一起，发表了运用心理学作决策的新的经济理论，被称为“预期理论”。卡尼曼通过这个理论，把人们在不确定下作出决定的非理性系统化，在感

知心理学当中开辟了人们作出判断和决策的新途径。所谓“预期理论”，就是以实验分析生活在具有不确定性世界中的人们，在多种可能性之间作出什么样选择的理论。以往经济活动中的决策理论都是以期待效用理论为基础。所谓“期待效用理论”，就是人们合理“把效用（满足程度）最大化，在此基础上作出决定”。这种思考方法是以人作出决定的理性为前提的。

但是，人们逐渐发现，用“期待效用理论”作出的最佳判断，往往同人们实际作出的决策之间有很大差别，最大的问题出在人们作出判断和决策的“理性”方面。以“理性”为前提的理论分析人的“理性”是有局限的，实际上常常作出非理性决定。这种“人的非理性”是预期理论作为实证理论诞生的背景。

有意义的是，这种新兴的心理经济学对我们的宪法学研究应当具有很大的启发和借鉴价值。综观以往的宪法学，尽管在世界范围内也出现过一些不同的流派或研究层面，但基本上都是宪法规范以及以这些规范为基础的延伸如宪法的基本价值或基本原则等，为宪法学研究的基点。但较之经济学的总体理论体系来说宪法学实在显得单一和薄弱，像心理宪法学之类的学科或理论完全是没有必要性的，也具有良高的学术研究价值。^②假如我们参考和借鉴“心理经济学”的理论，在宪法学中实际上也盛行所谓的“预期理论”。人们满怀期望以宪法的性质所独具的最高法律效力和法律权威来达到建成法治国和宪治国的预期的目标和目的，精心地制定宪法，然后用心呵护和努力实施宪法的各项规定，贯彻其所蕴涵的基本价值和基本原则，一旦发现违背宪法情事，就动用宪法保护机制加以纠正，甚至使违宪责任人负相应的宪法责任。在宪法的贯彻实施过程中同样存在把宪法的效用（满足程度）最大化的价值期望和诉求。为此，要求人们，特别是对于宪法

① 引自[美]查尔斯·林德布洛姆《决策过程》竺乾威等译，上海译文出版社1988年版，《译者的话》第4页。

② 笔者不揣鄙陋，已在几年前完成了一部100万字左右的《宪法人类学》，就是试图拓展宪法学的研究科或理论，通过几年来的努力，现在终于可望找到出版接纳和出版了。——笔者注

实施负有重要责任的公共权力机关及其公务人员，乃至对宪法看护的护宪机关及其人员，都期待和要求他们对宪法的贯彻实施作出理性的决定并采取合乎理性的行为，其基本原则是不违宪，不仅不违宪，还要最大化地有利于行宪。由此可见，现行宪法的力量与实施可以说完全是建立在“理性预期”的基础上的。然而，正如经济学中所关注的那样，问题出在人们，特别是对宪法实施和司法监督的公共机关和责任人员，他们的理性自觉是不充分的，其理性行为更是有局限的，由于社会、国家、个人等各方面复杂因素的影响，使它（他）常常作出有关宪法实施和监督的“非理性决定”。这种“非理性决定”，即使不完全是，至少主要是我们这里所谓的“反宪法规则的决定”。由此可见，“反宪法规则的决定”的现象产生和存在，除了前面所探讨的各种社会、政治本身方面的原因外，还有心理上的根源和基础。这本身完全可以构成宪法学上的专门的研究领域。但限于我们这里研究的主题，这里只是提示一下，希望能引起学术上的关注。无论如何，这种心理上的因素是造成“反宪法规则的决定”的重要原因之一，这是不容否认和置疑的。

七、结论

通过上面背景性的介绍和理论分析，我们应当对“反宪法和法律规则的决定的法律效力”问题有了初步的了解和认识。不过，下面还想进一步表明作者对这一问题的基本态度和几点看法：

第一，“反宪法和法律规则的决定的法律效力”问题的提出，不是源于任何有关宪法和法律的法律效力理论和运行机制的逻辑推理，而是源于宪法和法律的本质、特点及实施机制中与国家主权者的“决定”或“决策”密切相关的政治现实，不论人们是接受它或是拒绝它，它都是一种客观存在，不能否认，也不能回避。

第二，不论“反宪法规则的决定的法律效力”问题是由任何有负面政治背景的学者提出或倡导的，它都是宪法学和法律学中一个重要的理论问题或学术问题；而且这种理论或学术

问题还关系到宪法和法律的本质、实施机制，以及法律的效力等深层次或重大的理论或学术领域。在迄今为止的宪法学和法律学的理论或学术研究中，这一领域还没有被密切关注过，更不待说受到了彻底的研究。就理论或学术的立场上看，对它进行深入的、科学的研究不仅可能，而且实属必要，因为它最终无论是从积极的方面还是从消极的方面影响到宪法和法律的实施。随着宪政的拓展和深入发展，这方面的理论或学术研究亟待受到密切关注和深入研究。

第三，“反宪法规则的决定的法律效力”理论在实践的运用中是把“双刃剑”。一方面，在其得到理智的、科学的、合理的和正当的实用的场合，确实弥补了宪法和法律滞后，宪法和法律修改的繁难、不便、延迟，以及可能因此而引发的政治斗争或社会动荡之类的缺陷或弱点，从而以一种便当的、直接的形式和途径促进了社会的发展、经济的进步以及提高了人民的福祉。不待说，这是它的有利的方面；相反，在那些反宪法和法律规则的决定或决策行为得不到限制、控制，或者被恣意滥用的场合，它便公开地成为宪治、法治的对立物，成为赤裸裸的反民主的行为，甚至是专制或法西斯式的暴政。自不待说，这是它的不利，甚至祸国殃民的方面。正因为它具有这两种极端的利、害的双重性，所以对它的适用应当保持清醒的头脑和极高的警惕性。应当牢牢地记住，对它的适用要慎之又慎，趋利避害应当成为任何作出反宪法和法律规则决定的理性选择，乃至金科玉律。当然，这是针对理智的政治决策者而言的，而对那些暴戾的统治者而言，他们绝不会让自己决策权的行使受到任何限制，当然更谈不上理智地运用它。

第四，“反宪法和法律规则的决定”欲取得有利的预期，除了决策者自身要务必自警，理智地作出决策之外，也还需要建立或强化对这种决策行为的制度化制约机制，即这种决策的作出一定要增加透明度，有关的信息要公开，决策一定要以公开、合法的形式作出，即使当时做不到这一点，事后也应当予以补救，使其

达到合法性的要求。

第五,从实行各种对违宪行为进行司法审查制度的国家的经验证明,这种司法审查的方式不仅有效地利用了司法资源、节约了政治资本;而且以司法机关的独立性和独特的法律权威,在对“反宪法规则的决定”的合宪性、合法性的补救方面,或者在排除不当的有关决策方面,发挥着独特的作用。这是一个值得重视的经验,具有很多的、各种综合性的价值效应,应予深入地加以研究和借鉴参考。鉴于本研究的宗旨,我们特别重视司法机关在这方面的地位和作用,认为它构成了我们倡导实行宪法监督司法化的一个重要的根据和理由。

第六,“反宪法规则的决定的法律效力”问题在学术上,它不仅关系到宪法和法律的效力、适用、实施、本质等一系列的深层次的宪法和法律理论问题,而且在一般哲学、政治学、社会学乃至社会—政治哲学等领域也有着广泛而又深入的潜在研究价值,其中一个亟待研究的问题是:某种受到限制、约束、合理及正当运用的“反宪法和法律规则的决定”可否在一定的程度上、一定的范围内成为宪法和法律正式修改机制的“替代”?如果回答是肯定的话,那么至少我们就应当重新审视和反思有关宪法和法律的本质、价值、功能,以及与有关的社会、政治,包括政治权威等方面的关系问题了。不

过,我们认为这种研究不会从根本上动摇或推翻长期以来已牢固扎根的宪法、法律和社会、政治等方面的理论根基和传统,正如亚什·凯所言,它应当丰富我们对法律(还应当包括宪法。——笔者注)本质的理解。我们还想补充的是,这种研究还应当丰富我们对社会、政治的本质以及其他方面相关关系的理解。

“反宪法规则的决定的法律效力”的理论与实践在学术上极具争议和挑战性;在实践上也因为与法西斯主义、帝国主义的干系而长期背负了坏名声。不过,通过我们上述的介绍和分析,在学术上似乎也应当给予它一个容身之地;至于在宪政实践中究竟是发挥它的利的作用,还是害的作用,关键还是政治决策者们所作的选择,以及相关的监督、约束机制的运作如何。当然,这最终还是要取决于人民的意愿。从长远的趋势上看,只有人民才能对政治领导人或阶层的“反宪法规则的决定的法律效力”问题作出容忍、承认或反对、拒绝的终极“决定”。因此,即使对这样一个极具争议和挑战性的问题,也大可不必将其拒之千里,视为邪恶,惟恐避之不及。

作者是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

the rule in China.

On China's Government Procurement Legislation and Its Perfection

Zheng Yunrui • 40 •

Though China's procurement law uses internationally current procurement laws for reference, there are still many things lacking and insufficient in it. These drawbacks and insufficiencies directly affect the establishment of a really effective procurement system in China. Whether the basic principles of the procurement law are specified in terms of legal provisions, the procurement subject and object, the way and pattern of procurement, the establishment of an effective system of appeal and a valid supervisory mechanism about procurement, etc. are all of great importance for the procurement law.

Analysis of the Justiciability of Macro-control Conduct

Yan Yunqiu, Li Dawei • 47 •

The macro-control conduct is more economical than political. It is a kind of economic conduct rather than a political conduct of the state by law. It is not only a decision-making conduct but also an enforcement conduct. Justiciability is the basic characteristic required of law. The theory of justiciability in jurisprudence has positive influence on the search for judicial resolution of disputes in macro-control. The economic law, with the macro-control law included, bears the basic characteristics of modern law. Since only when justiciability of macro-control conduct is strengthened, can the justiciability of the economic law be clearly demonstrated, so, it is necessary to strengthen the justiciability of macro-control conduct.

Source of Legal Authenticity of Decisions Against Constitutional Regulations: Theory and Practice

Chen Yunsheng • 53 •

"The question of the legal authenticity of decisions against constitutional regulations" is an old, not yet thoroughly discussed question of constitutionalism. It stems from the innate character and characteristics of the constitution and law, and the enforcement mechanism closely related to the pertinent political reality in which persons in power make decisions and policies. Specifically, theories and practices such as the mature constitution development mechanism created by constitutionally developed Western countries, the historical and social environmental conditions on which the survival and development of emerging countries depend, the paradox of approval and disapproval of political power restraints, rational political decision-making, irrationality of psychology, etc. are all factors leading to its existence objectively.

On the Intellectual Objects and Aims of Law Schools

Wong Kaixin • 63 •

As law schools have institutional functions in the creation and reform of the legal system, in the making of a social system with the rule of law and political civilization at its core, and in cultivating and spreading the law-ruling spirit of human rights, constitutionalism and democracy, they should strive to achieve their intellectual aims by expounding what law "is" and "ought to be", the principles of the rule of law according respectively to its formal, institutional and value meanings, on the background of institutional reform and social transition in Current China.

Cultural Intension of the Time-sequenced Theme of <Shijing> (<The Book of Songs>), and Its Prototype Value

Han Gaonian • 71 •

In ancient times, farm work and sacrificial ritual activities were emphatically seasonal. The phenological phenomena and ritual scenes of a particular season mark the corresponding mentality, feeling and concept of the people. The time-sequenced theme of <The Book of Songs> is the very singing of such corresponding relations. It is the fountainhead of the time-sequenced themes in Chinese classic poems. The metaphorical relation of the particular phenological phenomena and ceremonies formed in songs with time-sequenced themes and certain time-sequence based mentality helps to bring about the artistic conception of Chinese classic poems. Hence it possesses a prototype value.

On the Art of Parallelism of Fan Ye's Preface to and Essay on the <Book of the Later Han Dynasty>

Cheng Fangyong • 75 •

In the Yongming period of the Southern Qi dynasty, people like Shen Yue professed the use of rhymes in prose and poetry writings. As a matter of fact, Fan Ye had consciously used rhymes in his writings before. His preface to and essay on the <Book of the Later Han Dynasty> shows his notable inclination for the art of parallelism, and reflects the influence of literary writing on historical writings. Compared with previous historical writings, the preface and essay lay more emphasis on rich and bright colors and achieve high literary merits.

More on the "Literary Revolution of the May Fourth Movement" and the "Two Wings theory"

Yuan Liangjun • 80 •