

政治宪法学不是什么

——认真对待美国经验

赵娟

内容提要 美国语境的政治宪法学,不是偏离宪法学起点的研究,不是超越经验研究的学术进路,不是宪法价值的再判断,不是对传统宪法学的替代。作为宪法学学术谱系的一种扩展,政治宪法学既是法学研究科学化的表现,也是对宪法政治属性的理论回应,其学术进步意义是显著的。政治宪法学的研究繁荣了宪法学,为学者的交流提供了更加丰富的资源。中国宪法学可以从中获得启发与借鉴。

关键词 政治宪法学 宪法学 成文宪法

赵娟,南京大学法学院教授 210093

中国宪法学人从来不曾忽略美国的宪法学研究。近几年来,随着阿克曼、克雷默、桑斯坦、图什内特等人的中文版著作面世,国内学者对美国的“政治宪法学”研究日益关注。从总体上看,阿克曼等教授的研究较之传统上以司法审查为叙事主线的宪法学说,具有鲜明的特色,比如,在研究内容上更关注于司法过程以外的政治过程中的宪法运行,在方法上更多采用政治学、经济学等社会科学的研究范式与理论模型,也更加强调对于宏观意义上的宪法发展与宪政进程的经验探求。当然,他们相互之间也存在差异,尽管在研究的整体方向上有所关联。不过,迄今为止,在美国,没有文献进行过“名分”上的界定,以阐释作为学术流派或者体系存在的政治宪法学。因此,如果我们把阿克曼等教授的研究归入政治宪法学,说清楚它是什么,并不是一件容易的事情。或许,问题可以从另外一个角度来观察和澄清,即美国语境的政治宪法学不是什么。与抽象的正面定义不同,反向的排除式分析是具体化的、剥离性的,这样层层剖析的认识路径和方法维度,可能更有助于我们梳理和分辨出政治宪法学的基本理论指向以及某些明显的学术特征,廓清政治宪法学的面目,并在此基础上作出一个初步的概括性学术判断,从而为中国宪法学研究提供有益的域外经验。本文即是这样一个努力。

一、政治宪法学不是偏离宪法学起点的研究

学术区分与归类,可能是我们分析政治宪法学首先需要面对的问题。如果说政治宪法学需要在

本文初稿曾提交中南财经政法大学法学院主办的“社科法学与法教义学的对话”学术研讨会,感谢蔡琳老师对二稿提出的中肯意见。

性质上进行一个澄清,那么,没有什么比说清楚它与宪法学之间的关系更要紧与必须的了。在笔者看来,政治宪法学在归类上属于宪法学。作出这一判断的理由在于:政治宪法学没有脱离宪法学研究的知识基础。换言之,政治宪法学与传统宪法学共享了同一个基本假定与前提。那么,宪法学的前提与假定到底是什么呢?这个看似简单的问题,仍然是需要重新说明的,因为并不是所有宪法学研究都意识到了这一前提。

如果说宪法理论和宪法实践的展开需要一个起点,那无疑是人们对于“宪法是法律”这个判断的同意。宪法是法律,构成了宪政的规范前提和宪法学的逻辑基础。如果我们不能够认同这一点,我们就不是在讨论同一个事物,即你说的宪法与我说的宪法是不一样的,就不存在对话和交流的空间和可能。宪法是法律,在文本上肇始于美国宪法的规定即第6条关于宪法是国土最高法条款,而宪法真正成为规范意义上的法律,要从1803年的马伯里诉麦迪逊案算起^[1]。

美国是世界上第一个采用成文宪法的国家。在联邦宪法通过之初,宪法是不是法律,有没有实际的法律效力,更具体地说,宪法是不是与其他普通法律一样的法律,被司法所适用,从而在法院的判决中获得强制性的约束力,没有现成答案可循。马伯里案将宪法这部原始文件首次运用于司法过程,为缺乏生气的成文宪法注入了鲜活的动力,使得宪法真正成为规范政府机器的工具,而不仅仅是写在纸面上的宪法规则,首席大法官马歇尔对宪法是法律这个命题进行了开创性证成,由此开启了宪法是法律的历史。马伯里案建立了三条原则:其一,宪法是国土的最高法律;其二,解释与实施这部最高法典的实体是司法机构;其三,法院解释对政府其他机构产生约束力^[2]。其中,至关重要的是第一条原则即宪法是国土的最高法律。这一原则意味着,宪法首先是法律,是确定的规范,是可以被实施的规则,能够在法院的解释和适用中获得实在的效力,与普通法律不同之处在于,宪法高于普通法律,是效力最高的法律。宪法是法律,才谈得上宪法是国土最高法律,才可能用宪法去衡量普通法律,也才能得出违反宪法的法律不应该被适用的结论。所以,离开了宪法是法律这个前提,司法审查即宪法审查无以立身。马伯里案为世人所熟知,多因为其确立了司法审查制度,但该制度的基础和前提恰是对宪法的法律性质的认定。可惜的是,我们在大多数情况下,忽视或者遗忘了这个前提。或许也可以从另外一个角度来看待这个现象,忽视或遗忘是能够理解的:没有人认为这个前提还需要再论证,我们接受了成文宪法,也就接受了宪法是法律这个前提。

那么,政治宪法学是否也以传统宪法学的这个前提为前提呢?回答是肯定的。政治宪法学同样不需要再论证这个前提。换言之,政治宪法学的研究也在这个假定下展开,并未偏离成文宪法这个事实以及由这个事实所衍生出的结果:宪法是法律、司法审查是落实宪法的机制。以阿克曼教授的研究为例,对于司法宪政问题——由司法机构承担宪法发展之重任——这个美国1803年马伯里案以来宪法发展的主要模式,他没有质疑,也没有深究法官行为的动机以及民选官员服从法官的原因。对此,有政治学家批评他,“司法政治或是司法机关作为宪政发展的积极代理人之可能性给他的规范性理论建构和历史性叙述带来了严重问题,而阿克曼竭尽全力边缘化这个问题。”^[3]当然,作这样边缘化处理的可能性存在多种解释,可能性之一即是:在阿克曼看来,这个假定无须论证,只须同意和坚持。阿克曼承认了这样的假定:司法在解释宪法问题上享有至上的权威,自马伯里案开始就为法院和国家所接受和尊重^[4]。因此,没有必要再进行论证。但政治学家并不这样认为,在政治学家看

[1]Marbury v. Madison, 5 U. S. 137 (1803).

[2]参见张千帆:《西方宪政体系(上册·美国宪法)》,〔北京〕中国政法大学出版社2004年版,第49页。

[3][美]基斯·威廷顿:《司法至上的政治基础——美国历史上的总统、最高法院及宪政领导权》,牛悦译,北京大学出版社2010年版,第53页。

[4]参见[美]基斯·威廷顿:《司法至上的政治基础——美国历史上的总统、最高法院及宪政领导权》,牛悦译,北京大学出版社2010年版,第53页。

来,马伯里案确立的这个前提仍然是有问题的,不能够被当然接受,政治学家需要重新论证,也就是需要揭示司法至上的政治基础^[1]。

在阿克曼的著作中,我们读到这样的文字:“在现实中,法官们到底能在多大程度上充当自由宪政的守护人。美国的司法审查历史悠久,经验颇丰。但在很多问题上,欧洲的司法审查模式有着更多的值得学习之处,尤其是德国于希特勒所造成的灾难过后在基本法方面的努力。”^[2]阿克曼曾经将美国与1950年之后的欧洲宪政发展历史相比较,他认为,在司法审查功能发挥方面,德国宪法法院做得比美国联邦最高法院更好,相较于美国最高法院的“小心翼翼”,德国宪法法院更加果断,1958年的“吕斯案”就是一例。在该案中,宪法法院“不仅以德国普通民众能够立刻理解的方式澄清了‘新开端’的宪法承诺,它也以一种对德国律师们特别相关的方式澄清了《基本法》,在此之前,后者一直将民事法典视为其法律传统的核心部分,由于宣布自现在起法典必须以《基本法》阐述的观念加以解读,最高法院的法官们向律师与芸芸众生兑现了‘新开端’的诺言,相比之下,一直到共和党经历了内战后的第二次‘自由的新生’,美国最高法院没有经常让它们类似吕斯案一类的裁决做到家喻户晓。”^[3]由此可见,阿克曼的研究从来都是在司法审查存在的前提下展开的,司法审查是一个当然的制度前提,也是理论前提,否认了这一点,就等于推翻了他的理论构架的基础。关键在于他提出的:“法官们到底能在多大程度上充当自由宪政的守护人”?这是一个需要讨论的问题,也就是说,需要通过经验研究,来确定和认清司法宪政与自由之间的关系,另外一个相关联的问题就是,法官与美国宪政发展之间的因果关系,需要进行经验研究。这样的视角,可能就不再是“就法言法”,而是从发展的角度,从每个案例或者一系列的案例中,探寻司法审查与宪政之间的经验联系,这或许就是政治宪法学关注的问题。传统的规范研究并不处理这个问题,司法审查就是司法审查,我们只需要通过研究司法审查中法官决定的合理与不合理之处,评判他们的法律推理和论证是否周延,是否具有说服力,又在多大程度上认同与不认同这些决定。而当我们把司法看作是宪法权力中的一个分支,考察它与其他分支之间关系的时候,我们可能就扩展了传统研究的视野,当然,这样的考察同样离不开案例的支持。在阿克曼宏大叙事的研究风格中,我们可以确定的一点是,不否认前提,但需要从更广阔的背景下去认识这个前提,而且,不仅仅要关注司法审查,还要关注宪法框架中其他权力分支对于宪法发展的作用。他指出:“如果美国人要面对由总统所造成的危险,宪法思想必须反思它自己的边界。大多数宪法学仍然只关注司法机关,而未能理解到我们最严重的宪法问题存在于别处。较之于法院观察,即便是原旨主义的转向都是一种进步。至少,它将我们的注意力由司法机关转向了由建国者的宪法所创设的整个制度体制。”^[4]因此,阿克曼的研究仍然是在传统宪法学的知识基础之上的。

在这个问题上,桑斯坦教授有相近的认识,他指出:美国的宪法变迁过程中,法院固然作出了不少重要决定,但民选机构和公民自身也发挥了功能,只关注于司法对宪法的解释是十分错误的^[5]。历史地看,有时某些重要的变迁跟法院根本没有任何关系,有时关于宪法理解的变迁首先由民选分支来驱动,而最终由法院来认可,确实,有时最高法院确立新的宪法原则或者对旧原则作新的理解,但即便是它这样做的时候,它也从来不是在社会真空中采取行动,它经常是在社会广泛赞同之后很久再作出某个决定,比如禁止种族歧视——以法院对于校区隔离作出违宪判决为标志——早在法院行

[1]参见[美]基斯·威廷顿:《司法至上的政治基础——美国历史上的总统、最高法院及宪政领导权》,牛悦译,北京大学出版社2010年版,第53页。

[2][美]布鲁斯·阿克曼:《自由革命的未来》,黄陀译,〔北京〕中国政法大学出版社2013年版,第4页。

[3][美]布鲁斯·阿克曼:《世界宪政主义的兴起》,陆符嘉译,《南京大学法律评论》2001年春季号。

[4][美]布鲁斯·阿克曼:《美利坚共和国的衰落》,田雷译,〔北京〕中国政法大学出版社2013年版,第222页。

[5]See Cass R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2009, p.3.

动之前,在全国范围内就已经获得了强烈支持。对于南方种族隔离的废除,最终是由政治分支完成的,而不是最高法院^[1]。可见,与阿克曼一样,桑斯坦也是强调宪法学研究不应该仅仅停留在司法领域,而应该将研究视野放宽。但对于作为前提的宪法之法律属性与司法审查,他是肯定的,对于这一点他毫不犹疑:每个人都同意宪法是法律^[2]。

二、政治宪法学不是超越经验研究的学术进路

政治宪法学在美国的兴起,并不是孤立的、偶然的,就产生的相应背景而言,它既是整个法学发展的一般趋势下的结果,也是宪法学自身的特殊扩张之物。

20世纪60年代开始,美国法学出现了新的气象。随着经济学的异军突起,经济学在整个社会科学领域处于蒸蒸日上的地位,经济学向其他学科的渗透,形成了与经济学相关的其他学科研究,法律经济学就是其中之一。伴随“经济学帝国主义”的浪潮,经验方法为更多的学者在法学研究中尝试和运用。特别是近三十年来,“法学研究中的理论和经验方面的工作已经增加,法学学术研究正在发生着清晰的变革。法学理论研究不仅能够很恰当地运用科学方法,而且法学学术研究很长时间以来已经更加接近科学的追求,而非为了写成案例的目的去作概括性的思考。”^[3]美国法学家尤伦教授将这一现象称作“法学研究的日益科学化”趋势即法学研究正在朝着更加“像科学”学科的方向发展。与传统的“学理主义法学”不同,这是一种科学研究意义上的“经验主义法学”^[4]。

政治宪法学正是在这样的大背景下应运而生的。这里的“政治”一词的含义之一即是政治学。在美国,政治学是社会科学领域科学化研究程度很高的学科,其发达与成熟程度不亚于经济学。我们经常听到“经济学帝国主义”之说,事实上,说美国存在着“政治学帝国主义”也不为过。如果我们以是否“存在一个被广泛认同的理论核心或范式和普遍公认的经验或实验证实的标准与方法”来衡量一个学科的科学化程度,政治学无疑居于科学化程度高的学科之列,这或许可以解释为什么一位政治学家可以获得诺贝尔经济学奖,正如一位数学家可以获得该奖。政治学的经验研究(也有学者称之为实证研究)旨在探求不同政治现象之间的因果关系,它严格遵循社会科学研究的基本假定或称作基本范式即理性选择理论(或称理性选择模型)、采用方法论的整体主义或个体主义的研究思路、运用观察、观测、实验、统计等具体研究方法,论证政治领域的问题。政治宪法学在方法上的特征即是政治学研究在宪法问题上的应用,这样的宪法学研究无疑具有了科学色彩。在这方面,阿克曼的研究最为突出,其对于研究方法的娴熟运用、对于研究主题的自如把控,都是一种严格政治学学术训练的结果,这使得他的政治宪法学研究规范、严谨、成熟。在某种程度上可以说,对于宪法问题,阿克曼不仅像“法律人”那样思考,更像“社会科学家”那样思考。这正他的过人之处,也是其贡献之所在。

政治宪法学产生的另外一个背景缘自宪法学自身的特殊性。这就是“政治”一词的含义之二即宪法的政治属性。宪法既是实在(定)法律又是政治文件,宪法的独特之处即在于其法律属性与政治属性的并存。在所有的法律部门中,宪法是政治性最强或者政治色彩最鲜明的法律,它是对国家存在的基本关系的调整,反映的是一国最根本的价值判断和选择。这也是为什么只在宪法领域存在“政治”之说,我们很少听到“政治民法学”、“政治刑法学”之类的名称。宪法作为政治文件和作为实

[1]See Cass R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2009, pp.3-4.

[2]参见[美]凯斯·R·桑斯坦:《偏颇的宪法》,宋华琳,毕竟悦译,北京大学出版社2005年版,第108页。

[3][美]托马斯·S·尤伦:《法律科学的诺贝尔奖——理论、经验工作与法学研究中的科学方法》,赵娟译,《南京大学法律评论》2014年春季号。

[4]参见[美]托马斯·S·尤伦:《法律科学的诺贝尔奖——理论、经验工作与法学研究中的科学方法》,赵娟译,《南京大学法律评论》2014年春季号。

在法律不是矛盾的,对于宪法是政治文件的承认,并非排斥其法律属性,反之亦然。也就是说,宪法的政治属性与其法律属性并不是对立的,而是可以并存的。那种把宪法作为政治宣言的政治文件的性质与宪法作为法律的规范性质相对立的认识,缺乏充分根据。在政治与法律之间,法律优位于政治,政治在法律之下,更准确地说,政治在宪法之下,政治过程宪法化是美国成文宪法所确立的法律化政治,是对于英国政治的反动,在后者,政治优位于法律。这也是为什么桑斯坦说:“每个人都同意认为宪法是法。如果宪法是法,那么它超越政治之上而矗立。所有的公共官员,无论他是民主党人,还是共和党人,都必须遵守。”^[1]传统宪法学在“法律人思维”的模式下,注意力集中在宪法的法律属性上,司法过程的宪法案例是研究对象,通过对宪法案例的研究,解释与澄清运用于现实生活的宪法规则。政治宪法学则更进一步,它不仅研究司法过程,也研究作为宪法机构的总统、国会,研究在宪法发展中发生作用的其他组织与个人。在宪法的三个权力分支中,法院即司法是法治部门或者法律分支,总统与国会是政治部门或者政治分支,前者实践过程被称为司法过程或法律过程,后者则被称为政治过程或者民主过程。相比较而言,总统与国会的政治性质更加鲜明,所以,总统与国会是政治宪法学的研究重心之所在。正如图什内特教授所强调的:“宪法为我们的政治提供了框架”,而且,“宪法重要是因为政治重要”^[2],这样的认识也在克雷默教授的研究中出现,他认为:“宪法的功能正是要定义出政治得以运作的边界”^[3]。不仅如此,同样是研究司法案例,政治宪法学会将案例放在更加广阔的宪法空间去思考,同时,因为宪法的法律属性的先在性或者优位性,政治宪法学几乎不可能脱离具体的宪法案例去研究宪法的政治问题。

在学术进路上,政治宪法学从一开始就是经验主义的研究。经验研究是科学研究的特征之一,这一研究不是依据先定的理论、范畴,以抽象演绎推导出结论,而是依据实际素材,由研究对象相互之间的关联性——因果关系,得出结论。所谓的经验方法可以泛指所有系统化的收集、描述、分析重要资料(信息)的技术。法学的经验研究与传统规范研究之间存在差异,“像一位经验主义者一样思考,与像一位法律人一样思考是不同的,二者的思考模式都以缜密的分析为基础,但法律人与经验主义者经常有着不同的目标和路径:法律分析将假定置于论证之上并诉诸于法律依据(合法性),总是适应于证明某个特殊的观点,经常关注某一个案件的特殊性,并且以得出确定性的结论为导向;相反,经验分析将假定置于观察之上,挑战假定,以检验假设为目标,经常关注于描述整体上运作的模式,是一种持续性的事业——处理已经出现和未来调查中出现的更多新问题。……经验研究以观察为基础、以检验假设为目标、关注于整体性结果,它是一种增量的、进行中的过程。”^[4]可以说,经验主义法学研究带有鲜明的美国色彩:法律实践与法学发展基本上是同步的,有时甚至是实践在前、理论在后。或者说,经验主义并不是学者们凭空想象出来的,而是存在着法律实践,更准确地说司法实践。尤伦教授就将法律经济学的实践起点追溯到第二联邦巡回法院汉德法官1947年在“卡罗尔拖引公司案”的判决^[5],而将法律经济学的学术起点追溯到科斯1960年《社会成本问题》一文的发表^[6]。事实上,这样的经验研究,在美国有着相当久远的历史。当学界并没有明确地定义或者意识到它的时

[1][美]凯斯·R·桑斯坦:《偏颇的宪法》,宋华琳,毕竞悦译,北京大学出版社2005年版,第108页。

[2][美]马克·图什内特:《宪法为何重要》,田飞龙译,〔北京〕中国政法大学出版社2012年版,第12页、第13页。

[3][美]拉里·克雷默:《人民自己:人民宪政主义与司法审查》,田雷译,〔南京〕译林出版社2010年版,中译本序言,第2页。

[4]参见尤伦教授2008年秋季学期课程讲义“Introduction: Why Empirical Methods in Law?”(伊利诺伊大学法学院)。

[5]U.S. v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir., 1947).

[6]参见〔美〕托马斯·S·尤伦:《法律科学的诺贝尔奖——理论、经验工作与法学研究中的科学方法》,赵娟译,《南京大学法律评论》2014年春季号。

候,它就已经存在而且体现在法律过程与研究中。比如,霍尔姆斯大法官的法律实践与法学研究都是经验主义的样本,他的著名论断是:法学所关注的是预测即对于法院将要做什么的预测^[1]。今天的经验主义法学研究,并没有脱离这样的传统,与霍尔姆斯时代相比,显著的进步之处在于:这样的预测不仅仅是对于司法过程的预测——法官会在下面一个同类的案件中作出什么样的决定,而在法律的更加广阔的领域,预测结果。比如,阿克曼的研究就没有局限在对于最高法院宪法案例的预测,他对于美国宪政全景式的研究结果之一就是对美国宪政整体走向进行预测。

值得注意的是,科学研究在美国法学研究中的兴起,不仅改变了法学研究的格局,也深刻影响着法学教育的状况。美国传统法学教育多集中在训练学生的法律思维,“像法律人一样思考”是几乎所有法学院对新生进行入学教育时的训词,今天,对于理论研究的重视,客观上将法学教育分成了两大块:一块是传统的训练,一块是理论研究训练。对于这两种训练的不同侧重,形成了具有不同特色的法学院类型,比如波士顿大学法学院即以法律人思维训练见长,而耶鲁大学法学院以训练理论研究为优势。更有意思的是,“二十年前,威望和学术赞誉聚集到那些研究工作对法官和律师产生明显影响的法学学者那里,确实如此,尽管这样的影响是间接的,因为著述完全被广泛用于案例教材和专著。然而,在过去的大约二十年间,法学院的学术威望来源已经改变,惯常从法律从业者的突出人物中产生的声望不再那么有价值,因而不被普遍地追求。相反,在今天的法学学者中,声望的优势来源是学界同行的高度尊重。当同行的尊重是法学界一个更加令人瞩目的目标时,学者则从不同途径寻求盛行于学界的这种尊重。”^[2]比如,在宪法学研究中享有较高声誉的学者,像桑斯坦和阿克曼,受到学界同行的赞誉多于受到实践部门的赞誉,相对而言,像凯梅林斯基教授这样的规范研究者,其声望可能更多地是来自于法律实务部门。这样的情形或许也与学者的教育背景有关,那些活跃在政治宪法学研究领域的学者,比如阿克曼、桑斯坦等,在拥有法律博士学位的同时,还拥有一个社会科学或人文科学的博士学位,这样的教育背景和学术训练,可以使他们的研究突破传统法学的固有限制,以社会科学的方法展开宪法学研究。与法学学术变革相关联的另一个迹象:联合学位(Joint Degree)获得者(即同时拥有J.D.学位和另外一个博士学位)出现在法学院的最高层次的求职者之中,而且不再强制性地要求一个新任职的法学助理教授在进入法学院之前要有一定的实践经历,这在二十年前却是需要的^[3]。对于此种状况,我们可以用“学术与教育的互动”来描述。在一个学术研究繁荣的社会,法学研究与法学教育之间呈现出一种良性关系,正是在这样的关系中,学术与教育都获得长足的发展。这何尝不是法学的理想图景。

三、政治宪法学不是宪法价值的再判断

价值先定或者价值预设(认同),是展开学术研究的重要条件。如果在基本价值问题上存在争议,那么,学术研究是很难得出建设性的结果的,或者说,根本就是无果的。之所以有“价值中立”之说,也就是这个原由,学术研究或者说科学研究在某种意义上是忽视价值的,但这并非因为价值的不存在,而是因为某些价值已经成为共识,甚至成为常识,不需要再次讨论或者重述。宪法学面对的是宪法,不可能在宪法之外寻求价值,所以,宪法学研究以宪法价值作为前提是顺理成章的,这也是对宪法学研究的基本要求。

在宪法价值之下(或之内)的政治宪法学研究,其目标没有偏离宪法价值实现的最佳路径选择的

[1]See Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, 110 Harvard Law Review 991 (1997).

[2][美]托马斯·S·尤伦:《法律科学的诺贝尔奖——理论、经验工作与法学研究中的科学方法》,赵娟译,《南京大学法律评论》2014年春季号。

[3]参见[美]托马斯·S·尤伦:《法律科学的诺贝尔奖——理论、经验工作与法学研究中的科学方法》,赵娟译,《南京大学法律评论》2014年春季号。

传统宪法学定位。在这方面,关于司法审查的争论颇具标志性。

不夸张地说,关于司法审查的争论,自1803年马伯里案判决之日起就开始了,直到今天仍在继续。司法审查也构成了美国宪法学研究的核心或者中心话题之一(如果不是唯一话题的话)。对于司法审查的质疑,在传统宪法学研究中,主要表现为对于法院具体案件的分析,即就司法过程来讨论司法审查:认为司法审查有问题,则指出其问题所在,在哪个案件的判决上存在问题、存在什么问题、应该改进的方向。而在某些政治宪法学研究中(比如图什内特教授的研究),问题可能就越出了司法过程:不是说案例存在什么问题,而是说,因为案件判决存在问题,所以根本就不应该进行司法审查。这正是同为宪法学家的凯梅林斯基教授所不能够接受的思维方式:“但我的问题在于,是否要搬出人民宪政主义来批判最高法院的近期判决。学者可以基于最高法院的判决本身来批评这些判决,这是对于第十四修正案的错误解释,不适当限制了在原意授权国会执行宪法的条款下的立法权力。如果要论证这些判决是错误的,根本不需要废除或限制法院的总体权力。”^[1]按照图什内特的观点,就是应该把宪法从法院拿走^[2],这是一种形象的表述,“拿走”,不是说法院在案件审判中不再适用宪法,而是说法院对于宪法的理解(通常是在案件判决中对宪法的解释)不应该再约束其他权力分支,或者更准确地说,他并不是反对司法审查,而是反对司法至上。不过,美国司法审查从其诞生之日起,就与司法至上相纠结,几乎是同一个词。或许这还不是问题的根本,根本问题在于为什么不应该司法至上,在图什内特看来,由立法机构来行使“至上”权力——宪法的最终解释权——更有利于对于宪法价值的实现,这就将其研究的界限框定了:由谁在宪法问题上最终说了算,是法院还是国会抑或是其他什么机构,其目的不在于权力的分配,而在于宪法的目标是否有效实现,比如对于个人权利的保护。正是在这个意义上,凯梅林斯基批评图什内特说:“公民的自由与权利可以通过政治过程得到同样的保护,这一假定在美国历史与当代文化中并没有依据。立法机构有时确实在保护公民的自由与权利,而法院也经常无法做到这一点。但是长期看来,司法机构在保护我们大多数的基本权利时是必不可缺的,这一点没有疑问。”^[3]确实,没有什么证据能够证明,国会在对个人权利的保护上,比法院更加“负责任”。图什内特显然“高估了立法与执法分支对宪法的遵从”^[4]。在注重经验研究的学术氛围中,缺乏经验的判断——结论——是没有说服力的,也是很难被学界所接受的。

当然,并不是所有政治宪法学研究者都如图什内特一样,喜欢“走极端”,阿克曼就不同。他的“二元论”的理论框架合理地解释了宪法的一般与特殊状态^[5]。一般就是“日常”,在日常政治下,司法过程是不可或缺的,因为政治是服从法律的——这是成文宪法的特质,政治是宪法之下的政治——受到宪法约束的政治,这就是美国人不同于英国人的选择和决定。司法审查的功能在每个案件中显现出来,成为宪法发展的载体。特殊就是“非常”,在非常政治下,面对需要超越法律固定程序而行动时,司法未必是有效的力量,或者说,这个时候,司法出场是不合适的,与其“法治”身份不相符合的,诉诸于立法机构,更进一步,诉诸于人民自己,或许是更适当的。区分“日常”与“非常”是阿克曼对于美国宪法史理解的结构理论,对于宪法历史的这样解说是具有说服力的,因为众所周知,在宪法发展的几个关键的时点上,司法确实不仅没有发挥“正能量”,反而“帮了倒忙”。日常与非常都是存在的,而且就量的比重而言,日常远远多于非常,这也可以解释为什么两百多年来,美国宪法在整体上是稳定的,除了那几个关键的节点——宪法时刻,如果是相反的情形,那就意味着非常多于日常,即这个国家总是处于宪法时刻,这样的情形显然并不是美国宪法历史的真实写照,如果拿来描述20世纪20-40年代的中国宪政,倒是贴切的。作为集大成者,阿克曼堪称政治宪法的代表性人物,其宏大叙事的

[1][2][4][美]埃尔文·凯梅林斯基:《为司法审查辩护——论人民宪政主义的危险》,田雷译,《南京大学法律评论》2007年春/秋季号。

[3]参见[美]马克·图什内特:《让宪法远离法院》,杨智杰译,法律出版社2009年版。

[5]参见[美]布鲁斯·阿克曼:《我们人民:奠基》,汪庆华译,〔北京〕中国政法大学出版社2013年版,第2-34页。

研究风格,将美国宪法的历史放到更加广阔的历史时空上去叙述。这样的突破,并不是否定司法和司法审查。也就是说,他的常态与变化二元结构的理论框架,建立在对于常态宪法的肯定基础之上的,常态宪法的标志性功能就是司法审查,是司法审查承担了宪法发展与变迁的“日常任务”。这也是阿克曼的理论影响力之所在。不是在先定的理论下展开,而是理论需要面对实践、解说实践。对于社会秩序的研究是社会科学的永恒主题,也是难以驾驭的主题,可以说,阿克曼对于美国宪法秩序的把握是成功的。从另外一个角度看,他事实上是对于宪法发展和宪政变迁过程中,司法以及司法之外的力量和作用的思考:每当社会发展需要宪法的新回应,宪法就会面临新挑战,谁、就什么主题、在什么时候、以什么样的方式来应对挑战,实现变迁,需要进行经验考察。这是阿克曼理论的特色和意义之一。

需要指出的是,国内学术界常有将阿克曼与德国宪法学家施密特教授相提并论者,言二者如何如何相近、又怎样怎样一致。在笔者看来,他们是完全不同的,没有任何可以比较之处,将他们进行类比,是对阿克曼研究的最大误读。

对于美国宪法价值的秉承与坚持,是阿克曼研究的落脚点,他的价值立场与任何一位传统宪法学者没有两样。质言之,宪法是宪法学者的学术底线和边界,阿克曼自在其内。阿克曼的关注点之一是将美国两百多年来的宪法发展与美国立宪者的原初设计之间进行对照,发现其中的问题。他认为,大众民主的发展特别是政党政治的兴起,使得总统这个宪法权力分支的危险性大大加剧:总统几近于帝王,这是相当危险的,总统,而不是国会,成了最危险的分支^[1]。因而他对于美国政治运作偏离宪法所带来(和将要造成)的不良后果深深忧虑,当历史学家高唱“历史的终结”的乐观赞歌时,作为宪法学家的他却冷静地观察和分析,发出了“美利坚合众国的衰落”的清醒警示,正是这样冷静的声音,为徜徉在制度优势中的美国人敲响了警钟,让美国反思自己的体制和体制的运作。他肯定制宪者的智慧,也指出他们的不足:“美德是脆弱的”,法官也不例外,特别是政治家的权术与法官的机智结合在一起时,如果为善,则社稷幸甚;如果为恶,可能是万劫不复。制宪者们所能够为这个新生国家设计的仅仅只是粗略的规则,不可能是具体、细致的操作细则,不可能是包治百病的药方或者包罗万象的放之四海而皆准的不二法门,毋宁是一个框架,一个原则。幸运的是,尽管不可能包治百病,却让这个年轻的国家度过了一次又一次的危机,甚至是劫难,这不能不说是一种命定,或者说是一种机缘,连阿克曼也有一种“想想就后怕”的感觉。他一方面分析建国者的失败,一方面感慨许多危机的克服都是“纯属运气”,“所谓‘运气’,我的意思是指因为他们愚蠢,所以我们应感到十分幸运,理由是,如果他们更聪明一些,则会发生更糟糕的情况,可能非常的糟糕。”^[2]其文眷眷、其意拳拳。在这里,我们看到的不是一位美国宪法偶像的破坏者^[3],而是美国宪法偶像的捍卫者、修复者^[4]。

与阿克曼的研究大相径庭,施密特诠释了宪法学者的别样学术人生。按照陈新民教授的评述,如果说施氏“早年在波昂教学研究时代,仍不失作为一个公法学者所应有的执着心与学术良知”^[5],那么,其在纳粹时代所扮演的角色则已经没有任何可以肯定之处。不同于对总统之权的滥用时刻保持警惕的阿克曼,施氏醉心于威玛共和的总统权力的绝对权威。他曲解威玛宪法所规范的紧急命令制

[1]参见[美]布鲁斯·阿克曼:《美利坚共和国的衰落》,田雷译,[北京]中国政法大学出版社2013版,第17-49页。

[2]参见[美]布鲁斯·阿克曼:《建国之父的失败:杰佛逊、马歇尔与总统制民主的兴起》,江照信译,[北京]中国政法大学出版社2013年版,第104页。

[3]参见田雷:《美国宪法偶像的破坏者——评阿克曼〈美利坚共和国的衰落〉》,[北京]《读书》2013年第6期。

[4]《美利坚合众国的衰落》一书的结论部分,是以“居安思危”作为题名的,这足以看出阿克曼提出“美利坚合众国的衰落”命题的出发点。参见[美]布鲁斯·阿克曼:《美利坚共和国的衰落》,田雷译,[北京]中国政法大学出版社2013版,第222页。

[5]陈新民:《法治国公法学原理与实践(中册)》,[北京]中国政法大学出版社2007年版,第403页。

度和有关总统职权的条款规定,“混淆了人权须依法始得限制,而紧急权力依法方可行使的前提。”^[1]在他看来,将帝国法院当作宪法维护者的观点是错误的,威玛总统才是威玛宪法的维护者,但事实证明,正是这位维护者断送了威玛共和。他对威玛总统制度之滥用、紧急命令制度的质变不置批评之辞^[2],甚至为这样明显背离威玛宪法的政治现状进行学术背书,其价值立场与威玛宪法南辕北辙,从根本上放弃了一位宪法学者的原则定位。可以说,当一位宪法学者将专制与极权看作是一个民主社会的出路和目标时,他就已经丧失了基本的学术立场,无论他的逻辑如何严密、体系如何完整、理论结构如何连贯协调,都不能够消解其本质上的背离——或者说,是前提和方向错了,所以与宪法价值背道而驰。当然,我们不必苛求先人,在重大的危机(或许也是机遇)面前,每个人都有为自己打算的本能,尤其在国家动荡的年代,社会和个人的悲剧都不可避免,但无论如何,学术是有规则的,学者是有底线的。这也从一个方面解释了为什么施氏在战后被德国法学界除名。可以肯定:将阿克曼与施密特相类比,既误读了阿克曼,也误读了美国的政治宪法学。

四、政治宪法学不是对传统宪法学的替代

政治宪法学研究扩展了传统宪法学的学术视野,弥补了后者只关注于司法过程的缺陷,突破了原有研究在内容与方法上的局限性,但是,政治宪法学仍然存在于宪法学的知识体系中,就像传统宪法学也在同样的环境中存在,政治宪法学并不以否定或者推翻传统宪法学作为学术“出发点”或者“终极目标”,换言之,政治宪法学不是对传统宪法学的替代。

传统宪法学也不可能被替代,因为宪法的法律属性不可替代。宪法首先是法律的,其次才是政治的,这是成文宪法的内在特质。不仅如此,政治性是以法律性为基础的,即宪法的政治性是有前提的,这就是美国成文宪法所确立的宪政政治:政治受到法律即宪法的约束,或者说政治在宪法之下。对于这个问题的认识,需要分析两位教授的相关看法。其一是图什内特。图什内特在其著作的导论部分开篇写道:“宪法为何重要?……你很可能认为,宪法重要,是因为它保护着我们的基本权利。我在这里提供的答案是不同的:宪法重要,是因为它为我们的政治提供了一种结构。是政治而非‘宪法’成为了保护我们基本权利之机制的最终——有时也是最近的——来源。”^[3]很显然,图什内特对宪法意义的理解集中在了政治问题上,采用的是“不是/而是”的思维方式:不是因为基本权利,而是因为政治,决定了宪法的意义。这种绝对区分式思维的缺陷是显而易见的:顾此失彼,失之偏颇。客观地说,宪法的重要性既体现在保护了基本权利,也体现在规范了政治,作为宪法学研究对象的宪法,本身具有二重属性:法律属性和政治属性,宪法既是法律的,也是政治的,法律与政治是宪法这枚硬币的两个侧面,二者可谓与生俱来、如影随形、相伴相生。强调一面而忽视另一面,是一种片面的认知方式。正如只认识到宪法的法律属性是不可取的观察方式一样,只认识到宪法的政治属性,也“不足以提供一种关于宪法重要性的完整的解释。”^[4]

其二是克雷默。克雷默同样强调宪法与政治的关系以及宪法对于政治的重要意义,反对只关注宪法的法律性质以及将司法审查看作是美利坚宪政体制的全部内容。他认为,“无论是在宪法起源的过程中还是在我们的历史中,美国宪法都赋予普通公民在执行他们的宪法时的核心且关键的角色。最终的解释权威存在于‘人民自己’,法院与民选代表同样要服从人民的判断。在我们关于司法审查的研究中出现了‘人民宪政主义’之实践的故事。”^[5]“人民宪政主义”成为克雷默的标志性学术

[1]陈新民:《法治国公法学原理与实践(中册)》,〔北京〕中国政法大学出版社2007年版,第409页。

[2]参见陈新民:《法治国公法学原理与实践(中册)》,〔北京〕中国政法大学出版社2007年版,第410-411页。

[3][4][美]马克·图什内特:《宪法为何重要》,田飞龙译,〔北京〕中国政法大学出版社2012年版,第1页,第9页。

[5][美]拉里·克雷默:《人民自己:人民宪政主义与司法审查》,田雷译,〔南京〕译林出版社2010年版,第7页。

命题^[1]。但对于什么是人民宪政主义,克雷默没有明确解释过。从他的讨论来看,人民宪政主义是与司法审查相对立的存在,人民宪政主义似乎是指人民自己——而非法院、国会等宪法机构——决定了宪法的意义、主导了宪政的进程。他的结论是:最高法院并非宪法问题的最高权威,人民自己才是^[2]。换言之,就对于宪法意义的判断而言,是人民至上,而不是司法至上,司法应该服从人民。由此可见,克雷默混淆了日常宪政与非常宪政的界限以及人民与司法的不同角色。不可否认,人民在非常宪政状态即宪法变迁的重要时刻,发挥着不可或缺的推动作用,在这个意义上,人民自己或者人民自身是宪政进程的決定者,也是宪法意义的最终阐释者。但在日常宪政中,司法作为解释宪法的最高权威同样不可或缺。在某种程度上,我们可以把最高法院在宪法问题上的最高权威理解为是程序意义上的,因为法律纠纷的解决需要有一个最终的决断者,如果没有这样一个决断,则必然导致无休止的矛盾、纷争,甚至是冲突、对抗,而这显然不是法治状态。司法过程事实上也是平衡、调和、妥协的过程,一个最终的决定是必不可少的。最高法院就是最终决定者。这也是为什么杰克逊大法官说:我们说了算不是因为我们正确,而是我们正确只是因为我们说了算^[3]。宪法争议的解决也是如此。这是宪法作为法律的必然要求。因此,司法审查与司法至上同样具有正当性。克雷默不分场合地将宪法问题的最终权威诉诸于人民,实质上是对于司法审查和司法权威的取代,其风险在于虚化最高法院对于宪法的司法最终解释权,并且在很长时间内影响司法审查。正如凯梅林斯基所指出的那样,“人民宪政主义将导致未来的进步法官践行司法节制哲学,而不是实施宪法以促进自由和平等。”^[4]人民宪政主义的主张,对于自由与平等的宪政价值而言,没有益处,因为法院在促进平等和基本人权方面具有独一无二的作用,尤其是对于少数群体权利的保护,只有依靠司法过程而不是依靠多数人^[5]。

传统宪法学不可替代的另外一个理由是:法律的规范研究必不可少。宪法的法律性质决定了宪法学与其他所有部门法学研究的共同特点:宪法的规范研究是基础,也是研究的核心和重点之所在,离开了规范研究,法学就根本不再是法学,宪法学也不再是宪法学。另外,就研究方法而言,科学的经验研究仍然需要建立在法律的规范命题之上,法学不因其科学化而衰落其规范化,科学或许可以解释一切,但它不是一切,非科学的科学,与法学没有关系,因而对于法学来说是没有意义的。宪法学也不例外。

在这里,我们有必要澄清一种似是而非的认识,即法学研究科学化的趋势必然以围绕法律推理与论证展开的法学规范研究的消亡为代价,或者从另外一个角度说:经验主义者思维必然取代法律人思维。这种判断没有理论和事实根据。以波斯纳法官为例,波斯纳是美国法律经济学研究的集大成者,其研究的鲜明特色是经验主义的(或者说是实用主义的),但他并没有从根本上否定法律的推理与论证,用他的话来说:“我并不简单地拒绝形式主义,这不仅因为世界上有诸如逻辑、数学和艺术这样价值巨大的形式系统,而且在法律决定制作上,逻辑也可以扮演一个重要角色。我拒绝的是那种夸大的形式主义,它认为法律概念之间的关系才是法律和法律思想的精髓。”^[6]换言之,波斯纳不是

[1]“人民宪政主义”的英文原文为“Popular Constitutionalism”,也有学者将其翻译为“民粹立宪主义”,参见翟国强:《司法者的宪法?还是人民的宪法?——简评克雷默教授〈人民自己——民粹立宪主义与司法审查〉》,〔北京〕《中外法学》2007年第3期。

[2]参见〔美〕拉里·克雷默:《人民自己:人民宪政主义与司法审查》,田雷译,〔南京〕译林出版社2010年版,第342页。

[3]We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final. See *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953).

[4]Erwin Chemerinsky, In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer, 92 *California Law Review* 1013 (2004).

[5]See Erwin Chemerinsky, In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer, 92 *California Law Review* 1013 (2004).

[6]〔美〕理查德·A·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,〔北京〕中国政法大学出版社2002年版,第568页。

否定法律人思维存在的必要性,他反对的是将法律人思维推向极至,将法律的意义仅仅看作是法律概念之间的逻辑关系,以合法性为唯一目标或者唯一正确的目标,丝毫不考虑因果关系意义上的法律问题。如果说法律人思维追求的是法律的规范价值,那么,经验主义者思维则更加强调法律的可欲结果,在司法实践中,法官极端地采用这二者中的任何一者,都是不可取的,应该在二者之间寻求合理的平衡点。这也是为什么有学者认为:“实现正义,哪怕天塌下来,在波斯纳看来,这是一种不负责任的司法态度。”^[1]所以,在对待法律人思维与经验主义者思维的关系方面,任何非此即彼的选择性命题都是没有实质意义的,因为二者的关系是亦此亦彼的共存关系,尤其是:法律人思维是司法判断的基础,也是对法官的一种指引和控制,它不可替代,但可以被补充或者修复(甚至可以说是完善);经验主义思维的作用空间恰在法律人思维“短路”之时,于法官而言,撇开法律价值的规范判断而去追求法律的可欲结果,也同样不是负责任的司法态度。在一定程度上,波斯纳的代表作之一《超越法律》的立意也正在于此,尽管他强调科学的科学性和政策功能,但并不意味着这样的“超越”可以建立在无视法律的基础之上,在他看来,“任何时候,只要一个案件不能参照先例或参照某些明确的成文法文本予以决定,司法工作就不可避免地是规范性的。但是,在没有法律明文规定的地带,是否用经济学指导作出决定,这个问题应该是可以讨论的,而不必深陷在政治哲学和道德哲学之中。”^[2]如果我们认为“超越法律”就是不要法律,即抛弃掉实证法的法律价值的规范判断,以“所欲想的法律结果”为司法目标,那么,我们就在最根本的问题上误读了波斯纳。

五、结语:美国经验与中国问题

政治宪法学的研究繁荣了宪法学。学者们之间的交流也因这样的繁荣获得了更加丰富的资源。学术之争主要是观点之争,在共享一个知识基础、价值立场的大前提下,方法是各自的选择,观点是自己的判断,学者之间的沟通不存在障碍,没有所谓的“鸡同鸭讲”的尴尬^[3]。观点纷呈,却不失据,彼此商榷,相互切磋。图什内特与凯林梅斯基之间的争鸣就是如此^[4]。图什内特喜欢把话说得绝对,并不似阿克曼那样,在自己能够判断、驾驭的范围内得出结论。当图什内特激进地要将宪法从法院拿走的时候,他忽视了其判断的经验基础。在这里,凯梅林斯基质疑图什内特的正是他的观点。这一批评抓住了政治宪法学的“七寸”:在一个人的宪法权利受到侵害的时候,你指望他从人民那里获得救济吗?这不仅是对于所谓的“人民宪政主义”的批评,也是对于政治宪法学局限性的揭示——无论经验研究如何证明了和证实了其他宪法机构——比如总统、国会,甚至是社会公众在宪法变迁和宪政进程中发挥了怎样的重要功能,但个人权利的保护始终离不开法院,如果说人民宪政主义的积极意义在于看到了司法宪政主义之外的存在,但是其缺陷在于否定司法宪政主义,那么,政治宪法学也是如此,这也是为什么严格的政治宪法学研究,比如阿克曼的研究,从来不曾有过这样的虚妄的学术雄心,他首先承认司法审查,承认司法宪政存在的不可或缺的功能,日常政治的运作,就是以司法机构对于宪法的适用来进行的,离开了这个前提,美国宪政就是一个日日处于“宪法时刻”的宪政,但那样的宪政是不是美国宪政,可能就是一个疑问了,更准确地说,这是不是美国人想要的宪政,就不得而知了。在十年左右的时间里,图什内特教授不断修正自己的观点,从绝对的否定司法审查到温

[1][美]理查德·A·波斯纳:《法律、实用主义与民主》,凌斌,李国庆译,[北京]中国政法大学出版社2005年版,“民主与法治的张力(代译序)”(苏力),第8页。

[2]参见[美]理查德·A·波斯纳:《超越法律》,苏力译,[北京]中国政法大学出版社2001年版,第26页。

[3]参见张翔:《走出方法论的“杂糅主义”——读耶利内克〈主观公法权利体系〉》,[北京]《中国法律评论》2014年第1期。

[4]参见[美]埃尔文·凯梅林斯基:《为司法审查辩护——论人民宪政主义的危险》,田雷译,《南京大学法律评论》2007年春/秋季号。

和地肯定司法审查^[1],其观点的说服力和合理性也在增强。是不是因为凯林梅斯基的批评促使了图什内特的转变,我们无从得知,但有一点是肯定的:学术共同体内规范、有序的学术争论有助于认识的澄清,也正是在这个过程中,学者的进步,与学术的发展、知识的增量,是同步的。

不过,无论我们对于美国的政治宪法学研究抱有多大的学术尊重,也改变不了一个事实:作为“流派”的政治宪法学从来就不曾被美国的宪法学界所明确提出、认定过,更谈不上存在作为学术标签的“出生证”。这多少让我们觉得有些“失落”,因为政治宪法学研究的影响之深远、对宪法学贡献之巨大,竟然是在“无名无分”的状态下悄然完成的。但这样的状态又何尝不是宪法学的美国风格或者法学的美国风格。由此想到中国宪法学。在方法尚未确定、范畴尚未厘清、目标尚未明晰的情况下,就径直宣布“XX宪法学”的诞生,真是颇具“中国特色”。与美国学者做得比说得多、实大于名的习惯相比,我们似乎更加热衷于名号。唯名与唯实真是一对对比鲜明的存在物。那么,事实上我们的宪法学又是怎么样的呢?在此,我们只需要反思一个基本问题即中国宪法学研究的起点在哪里?这个问题也可以转化成:什么是中国宪法学的基本共识?

中国现行宪法是成文宪法的事实,在客观上已经回答了宪法学的起点问题:中国宪法是法律,这也是中国宪法学研究的基本前提。然而,学界对于中国宪法是法律这个前提的认同度是值得怀疑的。或者说,对这个问题的认识,宪法学者并不全然是清晰的。如果说一些学者原来的认识是清晰的,那么,最高人民法院2008年对齐玉苓案批复的废止决定^[2],使得他们不再对宪法是法律这个命题抱有希望或者幻想。他们几乎不去反思和深究最高法院废止决定的宪法问题,而是陷入了一种几近“一切到此为止”的落寞状态,在夹杂着“失败论”、“盲目论”、“挫折论”等等诸种声音中,学者们似乎从学术上判定了这个问题的“死刑”:中国宪法不是美国宪法,也不是世界上任何一个成文宪法国家的宪法,不能够像普通法律那样为司法过程所适用。还有一些学者索性提出“宪法未必是法律”的判断,他们另辟蹊径,似乎从欧陆作家抽象的理论(比如人民主权)中找到了表面的和解,而认识不到成文宪法本身就是人民主权的文字表达,成文宪法通过之日即是人民主权休眠之时。更有学者用英国实践来解答中国问题,他们忘记了一个基本的事实:与英国的不成文宪法不同,中国宪法是成文宪法。1982年宪法的突出进步之处就是历史性地将宪法定性为法律,从而承袭了宪法是法律的成文宪法特质。不仅如此,1999年法治原则入宪,更加强化了1982年宪法的法律性质。宪法的统治而不是议会的统治,是成文宪法之政治与不成文宪法之政治的根本区别。……凡此种种,不一而足,中国宪法学看似繁盛与富足的背后是共识的缺失与困顿。衡量学术研究的成熟程度存在多元的标准,但有一点是确定的:学术共同体共享一个知识基础即存在一个被学界广泛认同的理论核心或范式。这也是科学研究的基本要素之一。共识的重要性,可能是任何一个学科都不能够回避的,处于转型时期的中国宪法学需要认真对待。如果我们仍然在基础问题上纠葛,缺乏共同接受的基本判断,那么,我们的研究就很难摆脱原地徘徊的局面,更谈不上在科学研究的层面实现知识的增量,尽管表面上热闹非常^[3]。或许,是该回到起点、回归常识、回应中国宪法学的真问题了。

[责任编辑:钱继秋]

[1]图什内特教授的这种转变可以从其不同时期的代表性著作中得到验证,比如,相较于《让宪法远离法院》的绝对否定立场,《宪法为何重要》的认识则更加客观。在新近发表的一篇文章中,他指出:“……需要承认,在早年的研究过程中,我曾完全拒绝过违宪审查,但我现在认为,我之前的这种观点很难满足现代宪政主义的需要。”参见[美]马克·图什奈特:《论政治宪政主义与弱司法审查的关系》,程雪阳译,[兰州]《甘肃行政学院学报》2014年第5期,脚注6。

[2]参见《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》(法释[2008]15号),最高人民法院办公厅编:《最高人民法院公报(2009年卷)》,[北京]人民法院出版社2010年版,第127-129页。

[3]参见赵娟:《宪法是法律吗?》,《南京社会科学》2014年第7期。