

# 所谓“围绕规范” ——续谈方法论意义上的规范宪法学\*

林来梵 郑 磊

**提要：**在解说性的传统方法仍占主导地位的当下我国宪法学界，方法多元化的现象也已次第呈现，“规范宪法学”或可视为其中一端。它不是完全突兀的个人构想，而是秉承了“规范（性）法学”的深厚传统以及有关“规范宪法”学说的理想；它主张适度地返回规范主义，但又不至于完全退到法律实证主义的立场；它以宪法解释学为核心的方法定位，但又涵盖更多的方法论上的视角和手段；它以三种的姿态力图“围绕规范形成思想”，但又不断躬身自问“围绕”什么样的“规范”这一超“法教义学”的终极问题。

**关键词：**规范宪法学 规范法学 法教义学 规范 价值

作者林来梵，男，法学博士，浙江大学法学院教授、博士生导师；郑磊，男，浙江大学宪法学与行政法学博士研究生。（杭州 310028）

## 一、问题状况的起点

任何学科的发展轨迹均显示：方法确定个性，或者说方法形成了学问的特质。这一粗陋的结论对于宪法学的情形同样成立，乃至一个成熟的宪法学流派无不以独特的方法论之存在为其标志。我国宪法学所采用的方法，决定了我国宪法学在当下的性格与风貌。曾几何时，我国宪法学的方法虽然也存在多样化的一些迹象，其中亦不乏一些学理上的宪法解释或释义，但从严格意义上说，仍多为“宪法解说”而非“宪法解释”，多为“宪法注解”而非“宪法注释”。约言之，解说性的或者说是解读性的传统方法，目前仍于现实中占据着主

导的地位。

然而，方法多元化的端倪毕竟已经在我国宪法学中次第呈现。上世纪90年代末以来，特别是进入本世纪开元之后，我国宪法学的研究就开始出现了一些新方法探索，积累了若干种类的个性，形成了宪法学方法的个性化趋向。这主要表现在以下两个方面：一方面，一些在方法论上觉醒的学者，力图打破传统解说性方法一枝独秀的局面，形成了自身在研究方法上的个性。这种趋向不是单一的，有各种各样的个性开始暂露头角，渐次形成方法多元化的景象。当然这些新的方法之间是很难截然分开的，对于一个学者来说，几种方法常常是相互结合在一块的，但是这几种方法都具有自己的个性。另一方面，这些个性化的积累正逐渐

\* 本文是郑磊在林来梵一系列有关著述及平常在教学和演讲中所发表的观点的基础上加以整理撰写的，并经林来梵确认。

打一个不完全恰当的比方，解说与解释之别，就如同展览馆中解说员的介绍与考古学家的解释之别，解释甚至还会超过考古学家所做的工作。此外，我国目前的解说风格之形成，与政治社会结构的状况也是分不开的。详见林来梵：《今日宪法学：方法与机遇》，资料来源：[http://www.chinalegaltheory.com/homepage/Article\\_Show.asp?ArticleID=997](http://www.chinalegaltheory.com/homepage/Article_Show.asp?ArticleID=997)。

汇聚起我国宪法学在方法论上的个性化特征,为形成我国宪法学的学科独立性提供助力。其中,在第一方面上,笔者认为可根据方法的个性单位(而非以运用方法的学者为单位),对其中在个性化趋向中所运用的三种较为重要的方法做如下简要梳理:第一种是所谓“宪法哲学”的研究,它探讨宪法的原命题,尝试这种研究的学者力图退到宪法的原点上,根本性地回答问题。第二种方法是宪法解释学,这是韩大元教授等部分学者所一直提倡和推进的方法;当然,根据笔者的观察,提倡该方法的学者的研究成果,仍然不是严格意义上的宪法解释学,而多为对宪法解释学的基本原理、基本问题进行探究,即仍然归属于宪法哲学的范畴,而鲜有宪法解释学的具体研究成果。第三种方法就是规范宪法学的方法。第三种方法是笔者所鼓与呼的。自拙作《从宪法规范到规范宪法》出版四载以来,此方法受到了同行的一些关注,其中的批评与褒赞都足以使笔者欣慰不已,因为这都为处于探索阶段的规范宪法学提供了不断走向成熟的契机。藉此,笔者也想借助本文,对规范宪法学的相关问题作出进一步的阐明,以求教于方家。

## 二、“围绕规范”

“围绕规范形成思想”,是笔者曾经用以说明规范宪法学第一层含义的表述,其实也表达了传统“规范

法学”(theory of legal norm)的方法特征,只是如下所言,这在规范宪法学上具有更为多面的内涵。

笔者尝言,就宪法学而言,它主要就是以宪法现象作为研究对象的一门法律学。然而这里所说的“宪法现象”其实具有复合的结构,个中蕴含着纷繁复杂、斑驳陆离的要素。根据日本原“京都学派”宪法学家们的观点,这一“宪法现象的逻辑结构”主要包括了宪法规范、宪法意识、宪法制度以及宪法关系四大要素。其中,宪法规范显然乃处于轴心的地位;这并不是说宪法规范是一种本原的东西,其他三大要素均是派生的现象。实际上正如人们的经验所可以证实的那样,后者这些要素往往对宪法规范产生着巨大的影响;但是,这种影响的结果最终都必须凝结为宪法规范的内在要素才具有意义,否则就不可能构成所谓的“宪法现象”。

有鉴于此,以笔者之陋见,我们必须让宪法学返回规范,确切地说就是返回到适度地接近规范主义(Normativismus 德)、但又不至于完全退到传统法律实证主义的那种立场。这构成了规范宪法学的第一层含义。立足于这一立场,宪法学的核心任务应该在于探究宪法规范,而考量那些围绕着这一轴心展开的其他宪法现象则是为完成上述任务服务的次阶任务。换言之,它的深度关怀不在于考量规范背后的那些现象,而在于纵深地探究规范本身;它恢复了规范科学应有的本来面目,并力图围绕规范形成思想。“规范宪法学”

韩大元教授在《中外法学》1997年第3期发表的《韩国宪法学理论的发展》一文中指出:韩国学者普遍认为宪法学首先分为宪法哲学和宪法科学;此后,刘志刚博士在《政治与法律》2003年第3期发表的《宪法的哲学之维》中对宪法哲学进行了界定;文正邦教授在检察日报上发表了《宪法哲学——深化宪法理论的新视野》的文章;最近,江国华博士《宪法的形而上学》(武汉大学出版社,2004年)的专著,较广泛地谈论了宪法哲学问题;吉林大学于立深教授在网上写了一篇非常有冲击力的文章《公法哲学的建构》等等。许多国内学者都提出“宪法哲学”或类似的概念。反观国外学术界,《宪政的哲学之维》([美]罗森鲍姆著,郑戈、刘茂林译,北京:三联书店2002年版)中提到“philosophy of constitutional law”,亨金在《宪政、民主和对外事务》(邓正来译,北京:三联书店1996年版)一书中提到“宪法法理学”(constitutional jurisprudence)的概念,德沃金也用过此概念,亚历山大出了《宪政的哲学基础》一书,等等。但我们看到,除了亨金、德沃金等以外,其他大都是政治哲学家在谈这个问题,那个意义上与我们所讲的宪法哲学有不同之处,这些都使我们困惑。在日本,东大的长谷川恭男教授提出了“元宪法学”的概念,从元理论的层次研究宪法学,其《对权力的怀疑》一书就运用了这种方法,并将此表达为“宪法学的元(meta)理论”,反响很大;此后,内野正幸教授针对此概念提出“宪法学学”,认为它包括宪法思想史、宪法学哲学、宪法学社会学三个部门,(见内野正幸:《宪法学学的意义与课题》一文,杉原泰雄、口阳一:《争论宪法学》一书所收,[日本]日本评论社1994年版,第379页以下。)顾名思义,这是以宪法学而不是宪法为研究对象的一种活动。类似概念纷至沓来,使我们陷入深思。参见《中国宪法学的方法与基本范畴——2004年11月浙大圆桌会议全场记录稿》,http://www.chinalegaltheory.com/homepage/Article\_Show.asp?ArticleID=1169。

相关文章可参见:韩大元:《当代中国宪法学的发展趋势》,《中国法学》1998年第1期;韩大元:《中国宪法解释体制反思》,《中国法学》2002年第6期;周伟:《宪法解释的方法体系》,《社会科学研究》2004年第5期;等等。

以上三种方法的归纳,原出自郑贤君教授的说法。参见韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》,北京:中国人民大学出版社,2004年,“导论”部分。

林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,北京:法律出版社,2001年。

相关书评主要有:李琦:《在规范与价值之间——评从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,《法学家》2002年第2期;张千帆:《宪法学导论》,北京:法律出版社,2004年,第37页;韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》,导论部分;谢维雁:《我国宪法现代化的目标分析》,http://www.tszz.com/data/rz/031101/xwy201.doc.html;陈明:《新规范主义宪法学——从宪法规范到规范宪法简介》,http://www.rit.cn/html/20043220550-1.html。

在2004年的全国宪法学年会以及此后“中国宪法学的方法与基本范畴”学术圆桌会议上,规范宪法学一度成为会议上讨论的焦点,尤其是范进学教授与笔者进行了诚恳的争辩,正由此,笔者萌发了写作此文的想法。

林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,绪论部分第4页。

[日]阿部照哉、池田政章编:《宪法》[1]、有斐阁,1975年,第114页以下(山下健次撰写部分)。

之谓,首先正取意于此。

返回规范是否意味着逃避现实、拒绝价值呢?窃以为不然。规范宪法学并没有一直退回到传统法律实证主义的立场上去,成为一种类似于19世纪德国国法学式的僵化的规范科学,刻意地将一切政治的、历史的、伦理的考量一味地加以排除。为此,它仍然需要面对纷繁复杂的价值问题,并且有可能面对规范的妥当性与规范的实效性之间所可能存在的冲突。其所强调的是对规范的一种“围绕”,此路径进一步可具体演化为三种样态,可简明表述如下:

1、以宪法规范为焦点。指的是直接进入宪法规范内部,在宪法框架内对各种价值进行分析、梳理与整合,并以此为基础对宪法规范本身作出解释,这其实就是宪法解释学,或者说主要是传统的教义学法学意义上的宪法学。

2、以宪法规范为终点。通过运用其他人文社会科学的方法研究宪法现象,并在最后逼近宪法规范。如从哲学的理论高度鸟瞰宪法现象、从社会学的实证方法分析宪法现象,并在最终阐明和解释宪法规范。

3、以宪法规范为起点。在此方面的具体化应用,就是立足于对宪法规范的阐释,然后进入其他领域,包括进入政治学的研究,甚至可以从宪法规范的研究入手,然后捕捉当下的政治动态。

在以上三种路径中,最重要的路径当然还是其中的第一种,因为这个方法才在法学领域具有实践性,而这个实践性和我们时代的需要是一致的。我们的时代呼吁宪法成为“活法”,即不仅仅是治国安邦的总章程,而且应在维护公民基本权利的实践层面直接得以实现。这要求宪法学内部的调整,以发展出一种功能回应这一需求。窃以为,首担此重任者,非宪法解释学莫属。

当然,把宪法学完全等同于宪法解释学的思考,在当代已经无论如何也无法成立,其中一个理由就是因为后者丝毫不问宪法规范之成立的正当性前提,全然强制终止可能的思考,这便难免走向传统规范主义的泥坑。有鉴于此,便有以上第二、第三的方法路径。而后两种路径仍然没有偏离规范,仍然在“围绕规范”的意义上成为规范宪法学的正当方法。

尽管如此,规范宪法学首先会遭逢应如何解决事实与价值之间的关系这一前提性的问题。窃以为在此方面,那种把事实与价值的二元对立图式加以绝对化的观念自然是值得争议的,但我们必须认识到二者不能混为一谈,或互相无条件地推演,即我们必须把价值命题与事实命题加以相对区分,然后在此前提下才能够致力于妥当地解决规范与价值、价值与事实之间的复杂关系,这也是规范宪法学围绕规范形成思想的前提。

可以说,规范宪法学正是在意识到事实与价值之间具有紧张关系的问题意识中出发的,这并不是是一种超验的抉择,而是一种立足于客观现实的取向。由此,规范宪法学便可以恰到好处地认识到:作为一种价值载体,宪法规范本身可具有价值中立的特性,因为它并不排除任何一种特定的价值,就好像一种单纯的容器;然而,它又不是一种普通的“容器”,而是一种各种势力竞相争夺的“容器”,就好像我国古代那种象征着最高权力的巨鼎;但是,它毕竟又有别于那种仅仅只象征着最高权力的“巨鼎”,而是一种超出了权力象征意义的规范载体,从中特定的势力可以注入特定的价值,并使之上升为具有最高效力的国家意志,去规范现实的政治过程。从这里我们也可以看到事实与价值实际上是相对分离的实情,表现在:第一,由于宪法规

有关这三种路径的整理,最早的可参见林来梵:《今日宪法学:方法与机遇》。在林来梵的《互惠正义:第四次修宪的规范精神》一文(《法学家》2004年第4期)中,就尝试运用了这两种方法:先从互惠正义这个哲学概念出发,把握第四次宪法修正案,其间以宪法规范的阐释为终点;而后又以宪法规范为起点,对第四次修宪进行政治学意义上的解读。

在17世纪以前,西方知性体系的哲学基础是亚里士多德的哲学以及基督教综合起来的认识论,即一种可称之为“目的论的宇宙观”。参见石元康:《当代自由主义理论》,(台湾)联经出版社,1998年,第186页。根据这一知性体系,世界上的任何事物都是造物主所创造的,因而也被赋予一定的功能和目的,而这种功能与目的亦成就了这种事物的意义。这种世界观与人文主义精神以及中国传统的哲学思想(中国至今仍深陷于这一知性体系中而难以自拔)可谓异曲同工、殊途同归,其中一个突出的共同要点即在于:在他们所认识到的世界中,事实与价值均是浑然一体的。17世纪西方的科学革命早已打破了人类对宇宙秩序的一种“混沌”的认识。在它看来,世界虽然呈现出一种秩序,但其只是因果式的机械的秩序,并不充满着意义和目的;意义和目的不是那种可以被发现的事实,而是被人为创设的东西。18世纪英国哲学家休谟指出,从“是”命题中无法推出“应该”命题。([英]休谟:《人性论》,关文运译,北京:商务出版社,1997年,第495页以下。)从而使人们逐渐认识到自然与应然之间存在着难以逾越的鸿沟。(即使在正视了价值与事实间的银汉相隔之势后,人类也从未放弃寻找沟通媒介的尝试。)因而,尼采惊呼“上帝死了”。从马克思主义的立场来看,这种二元论的哲学观当然是错误的,但不容否认的是,在洞析了事实与价值的紧张关系这一点上,这种世界观亦含有相当重要的真理颗粒。韦伯把这种世界秩序的发现称之为“世界的解咒”。迄今为止西方的整个知性体系的主流,仍然立足于这一“世界的除魅”之上。

如果承认一个超越实在规范的、更高层次的应然命题的存在(当然,这种命题是否存在,本身是一个值得讨论的问题),那么,在特定情况下,规范命题对于事实命题是一种“当为”或“应然”命题,而相对于超越其自身的那种应然命题来说,则又转化为一种“事实”或“存在”的命题。规范命题以及规范的相位,恰在于价值与事实之间。

范这种载体并不排斥特定的价值,或者说任何的价值均可以通过竞逐而注入其中,所以“载体”本身和特定的“价值”之间实际上是彼此可以分离的;第二,当宪法规范被注入特定的价值之后,它便成为应然命题的载体,并相应地具有内在的价值取向,从这一意义上说,这时的宪法规范不同于外在的其它宪法现象,因为它所对峙的正是这种客观事实。由上可知,我们的规范宪法学能够将价值命题与事实命题加以相对区分,而且也必须加以相对区分。

今日西方哲学,正在力图摆脱各种二元对立的认识模式,寻找认识论的新地平线,在此情形之下,我们仍悍然强调事实与价值的相对分离,这之于我们,就有悲壮的中国问题意识和重要的现实意义。殊不知,今日的中国,注释宪法学之受到鄙薄、政治学和法理学等其它学科即使以“粗放型”的宪政研究也就足以轻易地替代了宪法学的劳作,从而不屑于细致地剖析在宪法现象的逻辑结构中处于核心地位的宪法规范本身,从一个侧面明证了一个可称之为“宪法学之悲哀”的情势。这一情势之形成,与在所谓“科学的方法论”的旗帜下踏入了将事实与价值单纯地加以相提并论、甚至混为一谈的误区密切相关。由于此前提认识的缺失,所有具有学术良心的中国学者均不讳言,我国目前的宪法学理论,尤有“法学幼稚病”之情状。打破这种窘态,首先必须走出方法论上的“困境”或“误区”,尤需要“方法论上的觉醒”。这一觉醒,首先是在事实-价值相对二分的图式中经历法教义学的洗礼。

洗礼之后,呼之欲出的便是宪法解释学方法。规范宪法学在第一个层面上,正是以之为核心,其中也饱含着以自身固有的方法来摆脱“宪法学方法的无特定状况”的问题意识。然而,对这两项几乎神貌俱合的方法,学者们常常忽视了其相通之处。前述“个性化趋

向”所描述的当下的宪法学者所采用或倡导的方法论之实然状况,就存在着将宪法解释学与规范宪法学的分裂情状。笔者认为,割裂两者之格局终欠妥当;然而,这一现实情形被一些学者提升为应然的状态。张千帆教授将宪法学界定为互相关联的三个层次:规范宪法学、诠释宪法学以及实证宪法学,其中前两者各司梳理宪法规范与价值等级结构以及提供解释宪法条文的逻辑工具与技巧之职。范进学教授认为,宪法学之研究大致基于三个层面:价值宪法学、规范分析宪法学、宪法解释学,后两者的研究分别指向分析法学、解释法学,理论基础分别为分析实证法学、哲学与语言诠释学,两者研究与关注的问题是“宪法是什么”以及理解与解释宪法规范意义的方法与技巧之命题。这一在逻辑上具有工整性的分类与法理学关于价值法学、规范实证法学以及社会实证法学的分类似乎显示出一定的形似,却存在划分的困难,尤其后者,难以在法律思想上区分之,并泾渭分明地找到对应学派或学者。范教授进一步区分到,规范分析宪法学是“一种只对宪法规范的‘应当’意义进行描述性陈述的学问,它只对‘纸面上的规范感兴趣’;而“宪法解释学就是发现、理解、阐明和解释宪法文本意义的技术,从而把文本规范之应当意义转换为个案的运用。”此一界分与前述张千帆教授的论述有类似之处,究其目的乃在于强调法官这一解释主体。范教授认为,只有法官的解释才称得上宪法解释学,学者的观点只能是解释宪法而不是宪法解释。他提出,法官的这种走向宪法文本自身的解释,是关乎宪法学研究方法转型的大问题,是确立宪法解释学的核心与关键问题。在此延长线上,郑贤君教授基于对规范的深切关怀,系统地描绘了宪法学各种方法的立体三棱图:

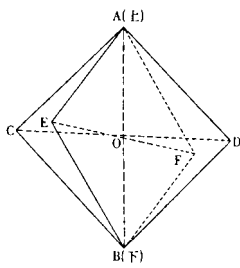
冯象:《秋菊的困惑和织女星文明》,《湘江法律评论》第3卷(1999年),第251页。

张千帆:《宪法学导论》,北京:法律出版社,2004年,第37页以下。如果此中的诠释宪法学相当于宪法解释学,那么窃以为,规范宪法学实则已经囊括了此中的诠释宪法学。

以上参见范进学:《宪政与方法:走向宪法文本自身的解释——宪法学之研究方法转型》,《浙江学刊》2005年第2期;《中国宪法学的方法与基本范畴——2004年11月浙大圆桌会议全场记录稿》,http://www.chinalegaltheory.com/homepage/Article\_Show.asp?ArticleID=1169。

语出谢晖:《法律解释与解释法律》,《法学研究》2000年第5期。该文认为,两者的区别在于,法律解释所针对的是法律的具体规定或与法律相关的具体事实,是一个法学命题;解释法律是要探求法律的根本性问题,需要用哲学方法来说明法律的过程,属于哲学命题。在主体上,前者以官方为主;后者以学者为主。即使在作出以上区分后,谢教授将法律解释方法称之为法学本有方法,并强调之为规范分析方法的派生方法,(谢晖:《诠释方法,通向法律的真理之路》,http://www.gongfa.com/xiehuijieshi.htm。)从而与笔者的观点产生共鸣。

郑贤君:《宪法学为何需要方法论的自觉?——兼议宪法学方法论是什么》,《浙江学刊》2005年第2期。该文流露出郑教授力图通过方法论自觉,以使宪法学远离政治学,成就其学术个性,满足宪法政治实践发展和宪法学学科任务的需求的强烈问题意识。



图例：A = 形而上或先验方法（规范之上）  
 AB = 历史方法（纵向）  
 CD、EF = 比较方法（横向）  
 O = 分析宪法（规范之内）  
 B = 解释方法（规范之下）  
 注：图示中各线相交于一点 O，形象地表示出这一事实：一切宪法方法始于宪法规范，围绕着规范（包括理念、原则和制度）展开论证。

从这个图式中可以看出，郑教授似乎亦认同了以规范为轴心的多元方法观，这自然相当于笔者所主张的“围绕规范”，当然，无庸讳言的是，在这个将多元性的宪法方法多少有点机械化的图式中，也存在了一些可能引起再度商榷的要点，如其所定位的各种方法以规范为中心的几何分解和对称设想，便略有牵强之嫌，尤其将分析方法立于规范之内、而将解释方法立于规范之下且将适用者主要限于法官的划分，还可能淡化了这一最能彰显宪法学学术个性的方法。笔者亦赞同强调宪法解释学中的司法主体的重要性，然而为此而忽视宪法解释主体的多元性，割裂有权解释与学理解释之间的互动，则顾此失彼。毕竟，方法的区别源于方法之特性取向的不同，而非运用者的不同，且前者的不同并不必然带来不同的运用群体。加达默尔曾言：“法律的意义只有在所有这些应用中才能成为具体的”。此中的“应用”概念并不囿于实践中的直接运用，尚包括有助于理解本身的学理界说。德沃金甚至曾一针见血地指出：“任何法官意见本身就是法哲学的一个片段，……法理学是审判的一般部分，是任何法律判决的无声序言。”由此，规范宪法学与宪法解释学之间的划界实无必要，法律解释学本身就是一个规范学科。刘茂林教授将宪法的理论体系划分为二元素三层面的结构，即宪法的社会哲学理论、宪法解释理论以及两者之间关系，就认同对规范宪法学的研究属于宪法的解释理论问题。而按照日本著名宪法学家小林直树教授的整理，作为部门法学的宪法学之结构可图示如下：

A. 理论宪法学

- a. 一般宪法学、宪法原理论
  - b. 宪法史、宪法学说史、宪法思想史
  - c. 比较宪法学（含比较宪法史）
  - d. 宪法社会学（宪法的政治学、社会学以及心理学研究）
- B. 实用宪法学
- a. 宪法解释学
  - b. 宪法政策学（含实践意义的宪法理论）

在此“二元多支”体系中，A部分的理论宪法学所拥有的领域，较可能与其他社会学科形成相邻乃至交叉的关系；B部分的实用宪法学领域中，宪法政策学由于主要涉及宪法制定、修改等立法政策的研究，亦较为法理学、法社会学以及政治学等学科所竞合，然而，宪法解释学则是其他学科所鞭长莫及的领域。对处于整个研究对象之核心位置的宪法规范所进行的解释或注释，正是宪法学本身“认识”宪法现象的一种特定重要方式、一种为其他社会学科所不见长的“看家本领”，为宪法学所独具的“独门暗器”。因此，笔者亦主张，规范宪法学与宪法解释学并无二致，后者构成前者的特定重要方法，甚至可以认为，前者在第一层次上就是宪法解释学。

三、“围绕”什么样的“规范”？

当然，规范宪法学在一定程度上也将不可避免地满足于规范自足合理性，满足于国家意志所予的规范前提。质言之，它必然倾向于重视既定的、实在的宪法规范保障。从这一点上来说，规范宪法学并不是完全没有可能踏入传统规范主义曾经踏入过的陷阱。

在第一次世界大战之后，德国的规范主义宪法学在极致的理论形态中走向了极端，以至于将一切政治、历史、伦理等角度的考量统统作为“非法律学的东西”而加以鄙弃，从而无法否定“恶法亦法”的命题，最终遭到了纳粹主义的利用而沦为“政治的婢女”，这正是立足于极端的规范主义的立场而酿下的苦果。此乃局促于第一层次之一隅所显现的危险性，也从一个侧面说明了规范宪法学保持价值和方法开放性之必要。人类

[德]加达默尔：《真理与方法》（上卷），洪汉鼎译，上海：上海译文出版社，1999年，第418页。

See R. Dworkin, *Law Empire*, Harvard university press, 1986, p. 90.

陈金钊：《法律解释学的转向与实用法学的第三条道路》，郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛（第四辑）》，北京：中国政法大学出版社，2001年，第125页。

刘茂林：《中国宪法学的困境与出路》，《法商研究》2005年第1期。在该文中，宪法的社会哲学理论是对宪法政治学、宪法哲学、宪法社会学、宪法历史学、宪法的经济分析等学科或称谓的统称。

[日]小林直树：《新版宪法讲座》（上），东京大学出版社，1983年，第60页。

林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，绪论第8页。

的有限理性为我们敲响怀疑主义的警钟,曾在某个历史时期被奉为圭臬的价值信念,常常为后世的历史事实所反证乃至颠覆,规范之价值体系的封闭性将为宪政时刻诉诸制度外的实力角逐的祸害埋下伏笔。

宪法规范作为价值之载体,一方面以政治的要素为触媒而得以生成,另一方面又反过来对现实的政治过程产生规制作用,这一相位决定了宪法学的一种宿命,即:在历史所予的法秩序体系处于相对稳定的时期,宪法规范所具有的政治性就可能“淡出”时代的背景,与此相应,宪法规范一般也被视为价值中立的载体,于是宪法学也就可以专心致志地面对宪法规范本身;然而一旦时代进入巨大的激荡,尤其是进入法秩序体系处于风雨飘摇的历史时期,宪法的政治性就必然重新“淡入”,宪法规范作为“基本价值”之载体的特性也会被看透无疑。宪法学显然应力免任凭政治的现状而随波逐流;但是,即使返回规范,也未必可彻底地避开价值纷争的纠葛,尤其在那种激荡的时代背景下,情形更是如此。为此,问题不在于我们是否可以鸵鸟式地避开宪法规范之“政治性”的客观要素,而在于如何妥当地把握宪法的政治性与公共性,宪法学的价值性与科学性之间的关系。然而,宪法学在力求进入不偏不倚的“价值中立主义”的境界时,也必须承认:这种“科学”的宪法学,充其量也不过是一门社会科学而已,不可能完全像自然科学那样具有高度的、精确的、普适的客观性和科学性。因而,欲彻底逃离价值纷争的高论只能是一厢情愿的企图,本身就有悖于其往时所主张“宪法学的科学性”追求。

有鉴于此,规范宪法学所言之围绕规范并不意味着逃避现实、拒绝价值,此一“围绕”尚保持着价值的开放性,从而为通过规范而达至价值共识留下了余地。这也体现在作为规范宪法学研究对象的是那种综合意义上的宪法规范体,它以宪法规范为核心,却不像严格的规范科学那样限定于既定的、实在的宪法规范,将传统法教义学的那种“对自身前提未予批判”(康德语)

的垄断性,在整个规范科学之可能的广阔视角下加以绝对化。

这种对待价值的态度排除了先行的(无论是先验的还是超验的)既定价值立场,成就了某种可反证的、因而也是可替代的哲学立场,用以防范第一层次的规范宪法学退回传统规范主义的可能;然而它的滥用会在另一个方向上产生价值法学的梦呓。两者都应予以戒备,而规范宪法学正是在两者之间的合适位置寻求安身立命之所。此所何在,关键在于保持价值开放性之适度,而这涉及“价值应当在何时进入规范?”又“以何种方式进入规范?”等问题的回答。这已踏入了现今法哲学领域最前沿之问题的纵深方向,笔者称之为“法律学方法论之终极问题”。对此问题的回答,各种方法论理论妙论纷呈,虽然尚无人能终结这一终极问题,法律学方法论却在新一轮又一轮的理论过渡或更替中走向或趋近成熟。如所周知,其间,菲韦格提出类观点学,米勒考虑的方式是在规范与事实之间的“目光之流转往返”,拉伦兹认为对价值取向的评价行为可进行合理的审查和批评,罗尔斯倡导规范正义论,哈贝马斯提出理想的言谈情境之大商谈伦理的宏论,阿列克西通过法律论证理论进行达至实践理性的程序自然法典的尝试,<sup>⑩</sup>等等,各种理论都给出有益的启示,当为我们所瞩目。

保持价值开放性,而又通过规范追寻价值共识作为规范宪法学的哲学立场,属于根本方法之层面;<sup>⑪</sup>而第一层含义中所强调的彰显宪法学学术特色的宪法解释学,乃是基本方法层面,这两个层面共同体现了规范宪法学的精神所在。此外,在具体方法上,规范宪法学则不拘一格,只要“带着(规范的)镣铐跳舞”足矣。这也与价值开放性的基调构成对应。基于此三层结构的认识模式,前引的郑贤君教授在“宪法学各种方法的立体三角图”中所勾勒各项法学方法均可在围绕规范的宗旨下纳入规范宪法学的体系之中。

规范宪法学在理论上首先确认权利规范在整个宪

美国宪法学家艾克曼(Bruce Ackerman)将美国宪政时期分为平常时期和非常时期,后者也就是所谓的“宪政时刻”(constitutional moments)。

林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,绪论第5-6、16、14、2页。

林来梵、郑磊:《法学方法论辩说》,《法学》2004年第2期。

参见[德]拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,(台湾)五南图书出版公司,1996年;[德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,北京:法律出版社,2004年。

参见[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社,1988年。

参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间》,董世骏译,北京:三联书店,2003年。

<sup>⑩</sup> 参见[德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,北京:中国法制出版社,2002年。

<sup>⑪</sup> 对于宪法学应有何种方法,存在两种认识模式,一者倾向于将各种方法纳入同序列之中加以列举和阐明;一者从不同的层次考察宪法学的各种方法。较之前者单向度的认识模式,后者具有较大的妥切性,窃以为,可以将宪法学的各种方法分为三个不同的层次:根本方法、普通方法、具体方法。通过这一模式,亦可对规范宪法学的体系作出界分。参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,第5页以下。

法规范中的价值核心地位,进而追求宪法规范向“规范宪法”的升华。这一过程中,规范宪法学保持着方法论上的开放性,在宪法解释学这一特定方法的基础上,“可上九天揽月,可下五洋捉鳖”式地选取具体方法,以寻觅价值进入规范的适当时机与途径。这一“度”何在,尚不存在完结的定论,将一直是畅饮前沿理论而乐此不疲的一个纵深课题。拓深途中,规范宪法学不是一种单纯的方法论,而是一种拥有了一定理论内涵的知性体系,而且其方法论上可能存在的缺陷于第二层含义之价值开放性的姿态下在理论上得到了自我的救济,实现了对规范的超越而进入规范宪法之理想类型,这种体系实际上可拥有相对自足的结构。

#### 四、一个没完结的结语

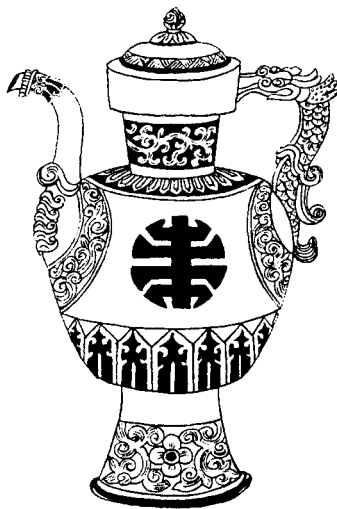
笔者曾在几年前断言,中国的宪法学在整体上尚未达到“方法论上的觉醒”,现在看来这状态已有所改观,许多学者开始在方法上逐渐苏醒,但这种苏醒毕竟还是初步的,许多有关方法论的探究还停留在抽象的宣示层面,而鲜见在具体研究层面上的那种可称得

上“示范”(shared examples)的成果。现在也好、将来也好,中国宪法学必然要经历一番宪法学方法论的觉醒,这要求我们思考方法的多元化,并与价值多元化的趋势是一致的。业已显现的方法个性化之积累,终可促成方法论的最终全面觉醒。

规范宪法学通过围绕规范而找到了宪法学安身立命的生存空间,并有自觉地“带着镣铐跳舞”的壮怀激烈。在此基础上,宪法规范亦允许反思和批评,以救济自治之规范体系的封闭性。然而,在尊重和盲从、稳定和僵化、自由批评与宪法无序之间,适度之点的寻觅,终是贯穿始终的坚持与开拓之旅。

规范宪法学就是这样的一种方法,它已经被表述,并且被尝试,但重要的是,笔者只是代为作出了这种表达,并且热衷于这种尝试而已。质言之,从根本上说,它是一种属于许多宪法学者都可以共享的、并且共同演绎的方法。

责任编辑:王莉



这里所言的“规范宪法”,本借用之于美国当代宪法学家罗文斯坦(Karl Loewenstein)所提出的 normative constitution 这一宪法分类概念。在罗氏于 20 世纪 50 年代提出的带有实质性意义的存在论式的三分理论(名义宪法、规范宪法、语义宪法)中,规范宪法,简单地讲,就是一种体现了立宪主义精神、并具有规范实效性的宪法规范。在笔者看来,它不仅是宪法规范的一种理想类型,而且也是宪法规范的一种理想形态。(参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,绪论第 8-9 页。)以“规范”指称理想形态的思想可以追溯到古希腊,斯多葛学派(Stoic School)甚至以“规范”(Nomos)代称上帝之法,在自然上适于一切人,而不属于自然,有别于只在有限范围内生效的人法。([德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导读》,郑永流译,北京:法律出版社,2002 年,第 66 页。)

林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,第 4 页。