

谁来守护宪法

——读芦部信喜《制宪权》

于文豪*

2014年的情人节，日本现任首相安倍晋三收到了一些律师赠送的节日礼物：芦部信喜的著作《宪法》和巧克力。赠礼者希望首相好好读读教授的书，认真理解宪法的基本精神，不要任意改变对宪法的解读。安倍晋三则回应道，自己是宪法解释的最终责任人，并没有听说过芦部信喜。

没有听说过芦部信喜？这恐怕不太可能。别说在日本，即便对于中国的法律学人而言，芦部信喜的大名也早如雷贯耳。这不仅因为芦部信喜在法学界的崇高威望——曾任东京大学法学院院长、日本公法学会理事长、日本学士院会员，获得作为日本学者最高荣誉的文化功劳者勋章，而且他基于对日本宪法的体系研究而形成的“芦部宪法学”，被视为“日本宪法学的金字塔顶”，对中国宪法学的思考范式也产生了无法忽视的影响。继氏著《宪法（第三版）》2006年译为中文出版后，2012年译行的《制宪权》一书，不仅是了解其学术思想的重要文献，而且具有颇为可观的实际意义。

《制宪权》的重要性是显而易见的。之所以这么说，是因为它所呈现的问题意识和理论贡献与现实有着极为密切的关联。芦部信喜1923年出生，1999年仙逝，在其学术的成长和成熟期，恰好经历了日本宪法的更迭与其中绵延不绝的种种论争。1889年的《大日本帝国宪法》确立了天皇的主权者地位，但未能阻止军国主义的泛滥。二战失败后，日本接受《波茨坦宣言》，同意对政治制度作出一些根本的改变。在盟军的主导下，承认国民主权、基本人权等价值的《日本国宪法》自1947年5月3日起实施。新宪法因第9条规定“放弃发动战争的权利”而被誉为和平宪法，但甫一实施便迎来此起彼伏的批评。言辞激烈者声称，这部宪法“是在外国军队占领下强加性的外国造的宪法”，应当全面修改，甚至本质上无效。相对和缓者虽不直接否认宪法的效力，但对新宪法虚位天皇、放弃战争等诸多条款耿耿于怀，必欲废之而后快。

如此声势浩繁的论争充斥着浓重的政治色彩和政治诉求，不可避免的激荡到日本宪法学界。法和政治往往不分家，特别是宪法这种政治性明显的法部门。诸如法不过是政治的婢女，是政治的晚礼服，是利益和野心的包装，是斗争的“刀把子”，此般说法我们再熟悉不过。这种现实让习法之人倍感无奈，甚至酸楚，仿佛自己的人格一同卑微了起来。然而，芦部信喜确信，法学和法是两码事，法学的研究对象是法，但有自己的主体性，它是一门科学，绝不应是法的婢女或晚礼服。固然法充满政治因素，但是法学应该独立于政治，“不要混淆对象的政治性与方法的政治性，不要像魏玛末期的政治法学一样，以主观的政治观歪曲宪法的规范性”（《制宪权》中译本，序言第1页，以下均为此书页码）。他在评价业师宫泽俊义教授的思想时打了一个形象的比方：“有必要让法与政治复婚，但它必须明确区别于法学（或科学）与政治的结合。”（第164页）恰好一百多年前的1868年，鲁道夫·冯·耶

* 于文豪，中央财经大学法学院讲师，法学博士。

林（Rudolf von Jhering，1818—1892）在维也纳大学的就职演说中，直截了当的以“法学是一门科学吗？”为题，宣布了“法学的科学性格”。作为新康德主义的传承，芦部信喜与泽俊义一样，坚持将科学与实践、认识与价值予以严格的区分：“法具有政治性，但未必意味着法学当然具有政治性。”（第163页）

这种学术立场对芦部信喜建构制宪权理论具有根本影响。魏玛宪法时期，德意志帝国法学家卡尔·施密特（Carl Schmitt，1888—1985）曾将制宪权视为“始终处于自然状态”的实力，认为其不受任何规范的拘束，自由左右宪法秩序的命运。芦部信喜对此坚决反对。他不否认制定宪法的权力是政治意志，但并非就直接承认其为赤裸裸的纯粹实力。固然制宪权立于政治与法的交汇处，是创造法秩序的权力，因而存在于实定法秩序之前，“处于国家之外”，然而，如果“完全将制宪权放置于事实的世界，宪法就会变得时时都要从属于政治权力的意志，最后甚至变得连破坏宪法的暴力也不得不予以认可。”（第35页）显然，芦部信喜在努力为宪法寻找免于被政治实力任意摆弄的锁链。

他首先回到了制宪权的思想背景，认为对制宪权思想的产生具有决定性作用的可能是近代以自然法为根基的根本法（*lex fundamentalis*）思想和国民主权说。前者使宪法能够制约包括立法权在内的一切国家权力，后者则将制宪权的主体明确为国民，因此所谓有实力者就能成为制宪权的主体之说，显然不能成立。在制宪权的行使上，芦部信喜引述了德国学者弗里德里希的观点，认为真正的制宪权决断应当具备三个条件：第一，决断者不是单独的人，而必须是“不太少的”人进行的；第二，被统治者必须参与决断，没有被统治者参与的决断是政变，而非制宪；第三，决断必须是每个决断参与者深思熟虑的结果。（第41页）他进一步指出，制宪权的真正意义在于，全体国民中能作出政治决断的选民应亲自或通过其直接的特别代表，参与宪法的制定。

法律实证主义的代表性人物、奥地利裔法学家汉斯·凯尔森（Hans Kelsen，1881—1973）曾提出“根本规范”（*Grundnormen* 或 *Fundamentalnomen*）学说，以此构建起纯粹法学的大厦。但是，对于根本规范是什么、从哪里来，凯尔森并没有给出确切的、不可动摇的说明，在很大程度上，凯尔森的“根本规范”成为了建构纯粹法体系时一套不可捉摸的前提。芦部信喜借鉴了凯尔森的构想，提出“实定化的超实定法”这一概念，认为人的人格自由与尊严是最为根本的法原则，以该原则为核心价值与原理的总和是近代宪法的根本规范，亦即“规范的规范”。这便使根本规范得到了具体化，也就获得了能够直接适用的基础。事实上也是如此，从战后的民主主义宪法来看，这种根本规范是实定化了的超实定的宪法原则，是具有直接通用效力的真正超实定法。

由此，芦部信喜已经为制宪权构造了全面的界限：制宪权是国民的权力（权利）而非实力者的任意决断，因此需要通过国民投票或特别的国民大会的方式来行使；行使制宪权的结果必须是保障基本人权这一根本价值，因此侵犯这种价值的所谓制宪行为就不具有正当性。而当宪法将此类价值转变为规范后，它便具有超出宪法文本自身的拘束力，既不能被任意废弃，也不能以所谓国民投票的方式予以废止。

到这里，芦部信喜开始回应修宪的问题。他将修宪权置于与制宪权关系的结构中认知，提出修宪权作为制度化的制宪权，从属于始源性的制宪权的意志。（第51页）修宪权不可忽视的意义在于，在革命权、制宪权、修宪权与立法权一脉相承的链条中，它一端联结了立法

行为，是法治国家正常运行的制度保障，另一端联结了制宪行为，为刚性的宪法提供更多的灵活性，避免不断的制宪，因为在常态政治下，国民（人民）频繁的直接出场往往不是什么好事。芦部信喜再次引用了弗里德里希的话：“设计修宪权，是期待其通过合法的变革而防止革命于未然。然而，修宪权的作用一旦以失败告终，制宪权便现身于危急时刻。”（第 43 页）

德国学者 Burdeau 曾说，制宪权并不是静谧时代的机制，而是危机时代的主人公。那么，修宪权就可以说是合法的避免宪政危机的调压阀。请注意，这里面要有两个限定。一个是，修宪权是调压阀，它只能调整宪法上的张力，却不能取代宪法，因此修宪行为要受到“实定化的超实定法”的限制。另一个是，这个调压阀还必须以合法的方式运行，也就是说要受到宪法已经规定的修宪方式和禁止修改条款的限制。

在《制宪权》中，芦部信喜对修宪权的着墨远多于制宪权，这部分是因为以制宪权提供理论框架后，论证修宪权的界限就顺理成章了起来，同时也因为修宪话题在日本现实中的频繁性。芦部信喜对修宪权界限的推导包括了这样的四个步骤：（1）制宪权的主体是国民，意义在于保障基本人权；（2）而修宪权是“制度化的制宪权”，当然就要体现国民主权原理；（3）在思想史和法理逻辑上，作为根本法的宪法具有至上性；（4）作为超实定法的实定法，根本规范既然拘束制宪权，自然也拘束修宪权。落脚到日本宪法上，芦部信喜提出宪法不得修改的三大界限：基本人权原理、国民主权原理与和平主义。这三者不仅属于日本宪法序言称为的“人类普遍原理”，具有超越实定法的价值意义，而且也写入了日本宪法的具体条文之中，得到了实定法化。倘若修宪行为侵犯这三者，那在法理上是完全不能被接受的，芦部信喜称其为“权力的篡夺”。

需要指出的是，与其他一些所谓正常国家的宪法相比，日本宪法有其特殊性，这些特殊之处正是各种修宪主张争论不休的地方。首当其冲的一项，便是第 9 条规定的放弃战争条款。日本国内公然反对和平主义、声称必须取消该条的激烈观点不是没有，但更多的是争论该条究竟能不能修改？是全部不能修改还是可以部分修改？日本国内不乏这样的主张：为了自卫和制裁性战争而在武装化，在法理上是可能的。日本政府 1954 年曾作出解释，承认自卫权、自卫队和自卫战争的合宪性。彼时的鸠山一郎内阁还提出了“不抵抗主义的宪法不是守卫和平的宪法”这样奇特的逻辑——当下安倍晋三内阁所谓“积极和平主义”与之多么相似。芦部信喜反问：是否非武装化之路真的脱离现实，是荒谬的呢？作为规范主义者，他认为违反国际合作原理与和平主义而修改宪法是不能允许的。理论上禁止修改这种国民主权、基本人权的原理，这意味着也不允许修改和平主义的原理，因为没有国际和平，也不可能指望实现和维持国内的民主（国民主权与基本人权的保障）。（第 52 页）

另外一个特殊之处是第 96 条规定的宪法修改程序。和平宪法之所以迄今为止未改一次，一个重要原因就在于该条设计的相当严格的修宪程序和标准：先要分别获得参众两院总议员数三分之二以上赞成，方可由国会向国民提出修宪议案，议案必须得到国民认可，该认可要经过专门的国民投票或者在国会选举中进行国民投票，必须获得半数以上的赞成。在不少修宪论者看来，如果能修掉这一条，那么其他条款的修改自然就轻松愉快了。几十年来，可以说所有意图修宪的政治力量都打过这一条的主意，因为相对于放弃战争条款，第 96 条的阻力相对较小，容易获得国民的理解。修宪论者提出了多种修改方案，有的主张废除废除国民投

票，有的主张提案程序改为先参议院后众议院而不是同时，还有的主张内阁也有修宪提案权。安倍晋三领导的自民党 2013 年公布的修改方案之一是，将提出修宪议案的议员票数条件放宽至过半数。

那，这一条果真能改吗？芦部信喜老师辈的宪法学家清宫四郎曾经指出，在法的逻辑上，修宪程序的规定是不能修改的。这种学说有影响力，但也受到不少诘难。芦部信喜认为还是要回到制宪权与修宪权的关系上，因为修宪程序的根据在于制宪权，所以不允许根据修宪程序变更制宪权本身所立足的根本原则，也就是国民主权。因此，国民投票这一条件哪怕再严格，也断断不能取消：“如果废止国民投票制，仅由普通的议会即可决定修宪，这种原则性的变更便会陷入修宪权篡夺制宪权的权力、修宪权的自我否定（自杀行为）的逻辑矛盾。”（第 104 页）而且，两大政党在政治立场上长期对立，欠缺对话的意愿和机制，在这样的社会和政治基础上，更加有必要坚决贯彻宪法安定性的要求。

当然，以上所有的讨论都是建立在一个基础之上的，即宪法本身是正当的。作为一名严谨的法学家，芦部信喜并没有忘记回应所谓的宪法强加论。芦部信喜从国际法和国内法两个层面作出解释。在国际法层面上，他指出，《波茨坦公告》的承诺和投降书的签字均非仅仅是军事行为，而是作为政府正式进行的，其中存在着国际法上的合意。并且，同盟国指导日本修改宪法，但并没有直接违反国际法上内政自己决定原则，因为日本的最终政治形态是日本国民依其自由意志选择的。而在国内法层面上，和平宪法在实质上是根据法律上的革命而产生的新的民定宪法。在内容上，宪法的价值体系以尊重人的价值尊严为核心，几乎没有人怀疑它是民主法治国家的宪法原则。在长期的实践中，它也逐渐固定为“国民的宪法”，从国民对宪法原理的忠诚中，能够“寻求现行宪法民主正当性的根据，治愈宪法成立程序中的缺陷”。（第 154 页以下）

《制宪权》并不是一部单纯的理论著作。芦部信喜将它分为两个部分，第一部分是对制宪权和修宪权理论问题的研究，第二部分收录了有关早期日本宪法修改论的经过、特色、内容的资料性和时评性的论文，其中最早的篇章写于 1954 年，彼时作者才满 31 岁（巧的是，安倍晋三正于该年出生），待到 1983 年出版，其间跨越几近 30 年时光。从初研国法学到成为一代法学大家，芦部信喜最终建立起一套完整的法释义学的方法和理论大厦。1929 年 3 月，卡尔·施密特在其《宪法的守护者》一文中曾雄辩的论证，面对风雨飘摇的局面，议院与法院都不堪敷用，帝国总统应当成为宪法的守护者（Hüter der Verfassung）。然而，这样的守护者却无力保护同样风雨飘摇的魏玛宪法，几年后便降临了暗无天日的纳粹统治。面对种种暗度陈仓式的宪法理论，宪法的真正守护者应当让现实服从宪法的规范性，而绝不是相反。宫泽俊义说，法学家并不仅仅是法的科学家，他同时必须是法的哲学家，每每更必须是法的解释者。显然，芦部信喜达到了业师的期望。

今日捧读此作，当年的一切论争似乎从曾远去。而我国当下种种宪法言说所回应的问题，何尝不是曾经环绕芦部信喜身边的。宪法制定出来之后不是仅供批判的，哪怕愿望再美好，“破宪”也终究不是通向宪政政治的正常方式。我们读这本书，不仅是明白怎么解释和“合宪”的运用日本宪法，而且也要努力学着“合宪”的理解中国宪法。

（《制宪权》，〔日〕芦部信喜著，王贵松译，中国政法大学出版社 2012 年版）