

二十一世紀評論

憲政的理論與實踐

憲政的規範結構 ——對兩個法律隱喻的辨析



真正的憲法必定銘記在人民的心上。

——盧峻

一 引言

在維持憲法恆久性的意義上，立憲活動其實意味着某種瞬間的特權——制訂憲法的人的意志可以等同於全民公意。換言之，民約憲法的理想實際上只不過建立在一次性投票的基礎上，對於沒有參加表決的未來公民，憲法的正當化機制並不是社會契約的締結，其最高效力來源於歷史的強制，憲法等於作為政治體制的結構。

眾所周知，在現代法律體系中，憲法屬於根本規範，具有最高效力。與此相關，設立違憲審查制度的主要目的，就是發現和廢除任何抵觸憲法的低階法律，以及法規、條例、規章、決議、命令等等。但是，作為萬法定盤星的憲法本身也是需要修正的，並非永恆的絕對真理。既然如此，就不能排除可能出現以下事態：即使憲法條文，也會在某種場合、某種程度上出現效力相對化或者效力變異。這樣的事態不斷向人們提出以下問題：憲法最高效力的基礎究竟何在？修憲的根據和條件又是甚麼？

學識淵博而富於洞察力的政治學家兼憲法學家施米特 (Carl Schmitt) 說過^①：

所謂法律，在議會制立法國家意味着此一時彼一時的議會多數派的時不時的議決，在直接民主制國家意味着此一時彼一時的公民多數派的時不時的意志。民主主義的多數原理的歸結包括：第一、隨時性，第二、單純多數——即百分之五十一的多數。

與一般性的法律不同，憲法的制訂和修改都受到更嚴格限制，因此不能採取單純多數的方式議決，也不能隨時變更。在維持憲法恆久性的意義上，立憲活動其實意味着某種瞬間的特權——參與憲法制訂的人的意志可以等同於全民的公意。換言之，民約憲法的理想實際上只不過建立在一次性投票的基礎上，

* 本文初稿〈憲政的新範式〉，未經作者授權亦被他刊使用，現刊出的是經作者授權本刊並更改標題的定稿，特此說明。

對於沒有參加表決的未來公民，憲法的正當化機制並不是社會契約的締結，其最高效力來源於歷史的強制，憲法 (Constitution) 等於作為政治體制的結構 (constitution)。而如果要維持憲法的契約論或者合意論的構成，那就必須為此在一定程度上承認憲法也是可變的。

在這裏存在着非常深刻的悖論^②。真要徹底貫徹憲法的契約性的話，恐怕在觀念上應該假定每天都得就憲法內容進行投票^③，至少也得每過二十五年 (世代之間的平均間隔) 進行一次重新取信於民的程序，但這顯然是不可能的，也會造成把正義還原為每個人的主觀體驗的荒謬結局。反過來，如果從避免憲法秩序不安定化之類問題的現實需要以及制度上的可操作性出發，那就不得不引進一個超越於時間的主體，把它作為民意代表。這就是抽象化的「人民」或者「民族國家」，或者施米特所呼喚的具有決斷力的個人「主權者」，而在本質上都只能略等於作為一定命運社群之歸宿的政治體制。在那裏，國家契約論就很容易變質成一個美妙的神話或童話，憲法的正當性根據不得不帶有先驗的、超越的色彩。民主政治體制可以在相當程度上揚棄其中的矛盾，但為了避免現狀的專制，還是要在憲法秩序的安定性上付出相當的代價，還是無法解決那個最高效力從何說起的難題。

實際上，我們碰到的是憲政的永恆悖論：沒有法律就沒有自由，而法律本身就是對自由的限制^④；從民主自治的角度來看，法治很有可能被認為是沒有意義的口號 (例如吉爾摩 [Grant Gilmore] 在 1974 年的講演中就發表過這樣過激的見解)，但如果沒有法治，民主的航船就很容易被群眾的激情潮流所顛覆 (例如托克維爾 [Alexis de Tocqueville] 早就在其名著《美國的民主制》[*Democracy in America*] 中把職業法律家群體理解為阻止民主政治脫軌的防線)。儘管這樣的悖論是永恆的，似乎無解，但討論諸如此類的永恆悖論並不是沒有意義的清談，因為對有關問題狀況的反覆追問和梳理以及思想交鋒，是確定國家秩序構成原理以及憲法學基本範式的必要前提。憲政改革要達到預定目標，既應該務實，也應該務虛。在這裏讓我們進行一點為了務實的務虛。

本文以比較法治秩序的等級結構與循環結構為出發點，試圖克服「文化是宿命」等通俗觀念，通過對立憲主義本質的重新認識，以及對現有資源和條件重新進行最優化組合，探索出一種在社會網絡化程度極其顯著的中國如何重訂社會契約、有效推行憲政的基本思路。在這一方面，當代歐洲有代表性的法社會學者盧曼 (Niklas Luhmann) 和憲法學者勒文施泰因 (Karl Loewenstein) 分別從不同角度提供了範式轉型的支點和中介環節，借助有關理論的線索，我們當會找到建構新程序主義憲法秩序的主軸以及制度設計的初步框架。

真要徹底貫徹憲法的契約性的話，恐怕在觀念上應該假定每天都得就憲法內容進行投票，但這顯然是不可能的。反過來，如果從避免憲法秩序不安定化之類問題出發，那就不得不引進一個超越於時間的主體，把它作為民意代表。這就是抽象化的「人民」或者「民族國家」，或者施米特所呼喚的具有決斷力的個人「主權者」。

二 外部根據、等級性以及循環

一般而言，歐美各國的現代法治秩序 (特別是憲政體制) 主要是以普世不朽的「自然法」觀念為價值根源的。更準確地說，在那裏，存在着如下超越性假

定：實在的正義 (positive justice) 來源於自然的正義 (natural justice)，而憲政正義 (constitutional justice) 必須包含以上兩個方面，使國家法秩序與自然法秩序保持協調一致。因而自然法也可以被理解為存在於國家法的外部作為檢驗國家法是否符合正義的尺度。在這樣的涵義體系裏，正義帶有神聖色彩，是一種超越於此世的理想。雖然亞里士多德在《政治學》(Politics) 中把正義界定為一國人民相互間的紐帶，強調合法正義的重要性，至少把正義的某種形式與群眾的多樣化狀況和存在條件聯繫在一起，但他最大的貢獻卻被認為是提出了作為「超越成文法律的正義」的衡平概念^⑥。

現代法治的構成原理似乎是以效力的等級性為基礎的，呈現出以作為「理論意義上的憲法」的「根本規範」為頂點的「金字塔」型結構。中國的傳統恰恰相反：權力結構是高度集中的，而規範體系的形態則與「太極圖」頗類似，在不同性質的矛盾的解決方式之間，始終存在着複雜的相互作用和相互轉化的動態。

外在的自然法與國家法內部之間當然需要有連接點。這就是社會契約的假定及其現實的表現形態——憲法。因而具體法律規範的正當性判斷，就可以在相當程度上被轉換成根據憲政正義所進行的合憲性判斷，外部根據與內部根據在這個頂點上合二為一了。在這種邏輯的延長線上，對自然法的理論考察以及國家形而上學的觀念都可以被省略掉，被化解為某種根本性的規範，並據此形成實證主義的法學體系。其結果，現代法治的構成原理似乎是以效力的等級性為基礎的，呈現出憲法行政法學大師凱爾森 (Hans Kelsen) 所描述的那樣：以作為「理論意義上的憲法」的「根本規範」為頂點的「金字塔」型結構——雖然凱爾森本人並不把根本規範理解為國家實在法的一部分，而只是把它當作一種必要的邏輯前提、一種「擬制的規範」，或者說是一種實在化的超實在規範^⑦。不過，需要指出的是，與一般人對純粹法學的印象不同，其實凱爾森對規範等級結構的理解比理論上的典型表述更複雜，未必拘泥於金字塔的表面圖式。關於這樣深層次的命題，我們在後半部分還要涉及，這裏點到為止。另一方面，凱爾森的規範主義憲法學 (不承認超越於法律之上的主權者) 與施米特的決斷主義憲法學 (承認超越於法律之上的主權者) ^⑧之間存在着根本不同，前者在強調議會民主制 (立法權) 的同時，也注重司法權、行政權的自主裁量和規範創造，並在容許解釋多元化的前提下考慮唯一正確解釋的執行問題，因此決不否定三權分立而制衡的機制。總之，從憲政設計的角度來看，上述表面上的特徵也不妨概括為「國家權力結構多元化，法律規範體系一元化」的公式。

從外觀上稍加比較就可以發現，中國的傳統恰恰相反：權力結構是高度集中的，而規範體系的形態則與既家喻戶曉又高深莫測的陰陽兩儀「太極圖」頗類似，在德與刑、禮儀與律令、政策與法規以及其他兩類不同性質的矛盾的解決方式之間，始終存在着複雜的相互作用和相互轉化的動態，建立在情、理、法這三種不同規範之上的公共秩序的構成原理是以周而復始、物極必反的循環性為基礎的^⑨。作為正當性判斷標準的「道」，不是國家法之外的超越力量，而是體現為內部循環運動中的「非常道」——「反者道之動」這一句話就把道與自然法之間的本質差異表述得淋漓盡致。在《老子》的思想中，道意味着「上德」、「循行」、「無為」，往往表現為以物極必反的轉折點、個別性承認的累積，以及社會輿論鼎沸等方式對國家的強制力進行限制。即使儒家所推行的先是存德於禮、繼而以禮入法的政治改革，也並沒有改變周流四虛的意思，只是在這種宏觀的反覆

運動中強化了人際互動關係的微觀驅動裝置而已。至於法家，一方面主張「道生法」，另一方面又強調「理定而後可得法」、理化「無常操」，思路也大致相同^⑧。

清末的憲政運動似乎對上述「三權分立」與「三法分立」、等級性與循環性之間的區別缺乏透徹理解，導致人們大都沒有真正跳出中國傳統的「權力一元化，規範多元化」思路，也未能發現在既定條件與改革的目標模式之間進行結構性連接和轉換的可能性，結果不是盲目地接受「大權統於朝廷，庶政公諸輿論」（語出1906年9月1日《預備立憲詔》）即為憲政的官方定義，就是激進地號召立即改換統治者，以直接民選的總統來代替君主行使統一的實權^⑨。當時朝野各派大都忽視了憲法的本質在於一種特殊的規範整合結構、體制以及處理政治問題的公正程序，而不僅僅是強權歸誰、輿論傾向哪一方的問題^⑩。雖然也有人懂得「帝權太重、內政不修」的弊端，但清末變法的思路仍然不出釐定官職、行政分工，並沒有涉及作為憲法秩序基礎的政治上的分權制衡，恰恰相反，卻更進一步強調「尤貴劃一」^⑪。

直到1920年代才開始出現真正透徹理解現代憲政真諦的有識之士。例如王世杰和錢端升指出現代憲法的實質是「規定國家根本的組織」^⑫，即結構和體制。他們還發現中國傳統法律秩序的主要特徵如下^⑬：

一切法律既由君主制訂，則一切法律之效力相等，當然成為一種自然的結果。所以就法律的效力言，中國法律歷來並無等級可言；例如唐六典與唐刑律，明會典與明刑律，清會典與清刑律，俱是效力相同，不生統屬關係。

儘管三權分立的思潮已經影響到制度設計，具體表現為孫中山的五權憲法理論，但是主持立法大業的胡漢民在1928年提出的《訓政大綱案》中，還是把孫中山的「以黨治國」設想提到建國方針的高度，特別強調「以黨統一、以黨訓政」^⑭。即使後來的「五五憲草」（1936年5月5日公布）也是名為權能分治，實則「萬能政府」、總統專制，國家的組織結構高度集權化，但憲法的最高效力以及規範體系的整合性卻始終沒有獲得必要的保障。可以說，這樣的概念誤解以及其他各種前提條件，注定了中國在二十世紀的立憲和行憲必然以失敗告終。在今天我們重新考慮推行憲政之際，應該重新認識中國與歐美之間在國家、社會以及法律制度方面的陰錯陽差，以免重蹈歷史的覆轍。

清末的憲政運動似乎對「三權分立」與「三法分立」、等級性與循環性之間的區別缺乏透徹理解，導致人們未能跳出中國傳統的「權力一元化，規範多元化」思路；結果不是盲目地接受「大權統於朝廷，庶政公諸輿論」即為憲政的官方定義，就是激進地號召立即改換統治者，以直接民選的總統來代替君主行使統一的實權。

三 在規範與事實之間的反思

需要指出，把「金字塔」與「太極圖」所隱喻的關於法治秩序的不同範式揭示出來後，也許會給中國法學界造成更大的困惑、更多的煩惱。既然兩者之間在構成原理上有這麼大的懸殊，如果不徹底改造其中的一方甚或雙方，要推行憲政豈非緣木求魚？！針對這樣的疑慮，我們不妨以根本規範的根據為線索，重新

認識現代法治秩序的本質以及中國社會結構轉換的可能性，尋找憲政體制與文化傳統、現行制度之間的適當結合點，並在反覆試錯過程中不斷改進各種新舊因素的排列構成，乃至達到組合最優化的程度。

在宣揚憲法尊嚴時應該留意的是，憲政的靈魂其實並非依附在單純的強制力上，而是寄宿在規範的正當化機制之中。儘管施米特強調不同國體具有不同的正當性根據，例如在君主立憲制下，國王享有制訂憲法的權力，基於血統、身份、傳統、習慣的權威佔據優勢；而在民主共和制下，憲法的效力必須取決於人民的意志^⑩，但是，由於新憲法的正當性並非來源於舊憲法或現存的根本規範，所以隨着社會的合理化、平等化的進展，民主制逐步普及全世界，憲法的正當性也越來越受到社會公意或者個人權利的制約^⑪。以此為背景，當然不能無條件地強調憲法的最高效力和強制作用。根本規範之所以成其為根本規範，必須具有一定的正當性根據。從基於民意的正當性這個視角來看，自然法以及能夠表現為公民訴求的自然權（人權）就是這種根據的核心。

自然法時代存在着一個默示的假設，這就是對造物主第一推動力的承認，能從外部觀察世界的只有諸神，正義的根源就是這種具超越性的神力。但到了自然權時代，個人作為自律的主體而重新定位，一方面仍然屬於此世秩序，另一方面卻儼然是諸神共同體的成員，也能夠把此世秩序作為觀察的對象。

然而，從自然法到自然權，中間還是發生了思維方式上的微妙變化^⑫。自然法時代存在着一個默示的假設，這就是對造物主或者上帝第一推動力的承認，能從外部觀察世界的只有諸神，正義的根源就是這種具超越性的神力。但到了自然權（或者笛卡爾 [Rene Descartes] 之後的自然法）時代，個人作為自律的主體而重新定位，一方面仍然屬於此世秩序，另一方面卻儼然是諸神共同體的成員，也能夠把此世秩序作為觀察的對象——雖然未必人人都一身二任，但具備認知能力而從事外部觀察者（例如科學家、知識份子、客觀中立的職業法律家群體，以及具有主體自覺和責任感的公民等）實際上也就儼然享有「替天行道」的特權。

因此，在恩格斯和考茨基 (Karl Kautsky) 所指出的「法學世界觀」取代「神學世界觀」^⑬之後，特別是被隱蔽的外部觀察者之類的特權地位也隨之動搖之後，當為 (Sollen) 與實存 (Sein)、規範問題與事實問題的嚴格區分，以及社會功能的分化就具有更關鍵意義。表面上看，凱爾森的純粹法學正是以這樣的二項對立圖式為前提，把複雜的社會生活以及無序化的各種契機排除在規範世界之外，把觀察和理解的作業排斥在規範和價值判斷之外，才確立了法律體系的金字塔型等級結構。但是，這樣的區分卻並沒有充分解釋作為一種事實而存在的法律現象本身的認知性以及正當性等方面的問題，不能適當處理規範與事實之間的相互關係。

盧曼在凱爾森的思路繼續前進，似乎發現了在規範與事實的邊緣上存在的「曲徑通幽」的門扇，即法律體系的自我指涉、自我塑造式的反思機制^⑭。在他看來，法固然呈現出封閉型等級結構，但卻有啟闢自如的靈巧之處，即具有以封閉結構為前提的開放性——用他自己的話來說，「在規範層次是封閉的，在認知層面是開放的」^⑮。也就是通過實踐理性來正確把握外部環境的事實性變化及其影響，並把這些認識都被轉化成系統內部的因素來消化處理，並對變化了的規範關係進行相應的調整和改變^⑯。因此，我們可以得出這樣的結論：面對外部環境的複雜性，系統也不得不具有多層多樣的複合性——這也就是所謂「只有以多樣性才能消

除多樣性」的阿什比法則 (Ashby's Law)。根據我的理解，在事實問題與規範問題之間的反思化過程不斷反覆，當為／實存的二項對立就會化解到無限循環的網絡回路之中，並表現為「法律規範的根據就是把法律作為規範的根據」這樣的循環論證過程，結果，封閉型等級結構被轉化成某種錯綜複雜的多元階層結構 (tangled hierarchies)，甚至像是似乎沒有頂點和層次的、「反者道之動」那樣的流體。因此，我認為盧曼的法社會學理論其實可以被看做「金字塔」與「太極圖」的媒介或中轉站，能夠提供在這兩種完全不同的秩序構成原理之間互相溝通的線索和津梁。

四 憲政的本質是試錯的制度化

以反思機制為基礎而形成的循環式構成原理，意味着規範的正確性和妥當性是由試行過程決定的，是暫時的、可變的。因而盧曼把正義的概念表述為「法律系統的適當的複雜性 (adequate complexity)」^②，頗有那麼一點兒「道法自然」、「維恍維惚」、「非常道」的趣味。與此相關，法律是否符合正義也需要在社會實踐中根據事實反覆進行檢驗和調整，這樣的思維模式顯然與牛頓力學、歐幾里得幾何學那樣的決定論以及公理體系大異其趣。問題是這種循環的秩序觀能否與憲政設計相洽？我的回答是肯定的，但有一定的保留條件。

雖然從規範效力等級的外觀上看，憲政和法治的體制好像一座巍然聳立的金字塔，但它其實是或者說可以轉化成一個動態系統。

正如憲法學家勒文施泰因在《比較憲法論序說》中明確指出的那樣，憲政民主對人類最終狀態（筆者註：應該包括歷史終結、終極真理之類的神話在內）持懷疑態度，而力圖在不斷的社會經濟實驗中，通過試錯過程來發現法治以及保障人權的更好方式^③。因此，在憲政擁護者看來，制度安排歸根結底是具有某種暫行性，始終存在着改善的餘地。當然，這並不意味着勒文施泰因否定憲法的適當剛性和安定性，以及其作為根本規範的最高效力，反而提倡某種朝令夕改的任意態度。這不是他的目的。勒文施泰因要強調的是，立憲沒有盡善盡美的目標模式，行憲也不可能一勞永逸；憲法文本不僅是可以修改的，而且也應該根據社會發展的需要而不斷修改或解釋。在這層意義上，憲政體制在本質上也處於不斷生成和重構的循環性動態之中，與中國傳統的「太極圖」式秩序觀或者現代的法律試行制度或多或少有相通之處。

但是，從這樣的動態觀點來理解憲政，必須把程序公正作為構成原理的基礎，不許法律的宣示者「亂說亂動」，即採取新程序主義憲政觀——這就是我的保留條件。

如果說在自然法的時代，規範的正當化是把上帝、造物主或者諸神共同體作為以不變應萬變的原點 (the unmoving mover) 或終極價值，那麼也不妨認為進入自然權時代之後，特別是在社會變遷日益加速的當今世界，程序網絡 (更準確地說，是把個人按照一定的角色定義進行編排，以便進行合理而公正的公共選

憲法學家勒文施泰因指出，憲政民主對人類最終狀態持懷疑態度，而力圖在不斷的社會經濟實驗中，通過試錯過程來發現法治以及保障人權的更好方式。他要強調的是，立憲沒有盡善盡美的目標模式，行憲也不可能一勞永逸；憲法文本不僅是可以修改的，而且也應該根據社會發展的需要而不斷修改或解釋。

擇的法律程序系統) 逐步取代上帝成為判斷法律的正確性的根據。如果說自然法是外部根據，那麼程序就是具有反思性、超越性的內部根據²⁰。如果說社會正義更多地強調公道 (equity)，那麼憲法正義則更多地強調公正 (fairness)。這樣的特徵可以從現代社會的修憲動議能否通過完全取決於程序安排、根本規範的效力由違憲審查程序來保障等現象上看得很清楚。修憲動議—議決規則—規則合憲性的審查—司法規則—司法規則遵從立法—立法遵從議決規則—修憲動議，如此等等周而復始，這顯然是一種循環動態。也不妨簡化問題狀況直截了當地說，程序的結構性特徵就是作為交涉和溝通的互動關係的一種新式「圓道」。

固然，提供了審議和決定的程序性條件並沒有解決實質內容的問題，作為結果的法律判斷還有賴於某種共同體或者民族國家的一般性合意或者歷史傳統，所以程序不是萬能的。但程序越來越成為最基本的價值根據，並反過來對實質內容本身也施加深遠的影響，這確實是當代世界的普遍趨勢，中國也不例外，甚至可以說由於中國社會結構的渾沌網絡化程度極高，比其他國家具有更迫切的需求。

當前中國面臨的關鍵問題是：根據現行制度，唯有作為立法機關的全國人大常委會才享有憲法解釋權。立法機關當然只有採取補充或改變憲法文本的抽象方式來行使憲法解釋權，這難免帶有某些解釋性修改的色彩。所以，在中國現行制度下區分憲法的修改和解釋是多大沒有意義的，至少很難明確劃出兩者界線。

五 憲法解釋和憲法改正的區別

從周而復始的動態的角度來理解憲政體制，值得一提的是日本研究憲法和行政法的著名學者美濃部達吉對耶利內克 (Georg Jellinek) 的「憲法變遷」概念的再定義²¹。他修正了耶利內克在政治與法律之間關係方面的悲觀論，反過來積極肯定國家權力的非正式行為在一定條件下的法源性以及憲法解釋的正當性，提出了憲法規範更新和發展的三階段公式，即：(1) 憲法條文喪失實效；(2) 憲法規範力發生異常 (該條文以外的事實具有實效)；(3) 憲法變遷，包括在現行文本框架內的解釋以及突破條文的憲法修正案這兩種方法²²。人們通常所說的憲法變遷主要是通過憲法解釋 (包括判例宗旨的闡述評論在內) 的變化來實現的，只有在這樣的微調機制不能解決問題時，才不得不以改變成文的方式來修正憲法條款。一方面，從憲法解釋的角度來看，憲政是生生不息的；另一方面，從憲法文本改訂的角度來看，憲政應該更具有穩定性、恆久性——正是在這一動一靜之間、在暫行與持續的交替過程中，社會漸臻大治。

但當前中國所面臨的關鍵問題是：根據現行制度，最高人民法院以及各級人民法院均無權解釋憲法，唯有作為立法機關的全國人大常委會才享有憲法解釋權。立法機關怎麼解釋？它當然只有採取補充或改變憲法文本的抽象方式來行使憲法解釋權，這樣的憲法解釋以及對法律、法規的內容進行限定的合憲性法律解釋，即使在最嚴謹的場合也難免帶有某些解釋性修改的色彩²³。所以我們不得不承認，在中國現行制度下區分憲法修改和憲法解釋基本上是沒有意義的，至少很難在兩者當中劃出明確的界線。因而考慮在法院之外通過立法機關的憲法解釋來不斷推動憲法變遷，也基本上是沒有意義的。

既然憲法的發展實際上只剩下修改憲法這一條獨木橋，那麼全國人大常委會就難免會在文本僵硬與修正案頻仍之間進退失據，於是修憲成習而流於輕率的現象也就帶有一定的必然性。由此可見，即使僅僅為了滿足具體落實憲法內容的要求，也有必要承認法院在審理具體案件中解釋憲法、運用憲法的權力，進而可以推論司法審查制度的關鍵性。對於缺乏外部根據和「金字塔」式法律觀的中國社會，司法機構對多層多樣成根莖狀的法規進行違憲審查的程序，更是推行憲政的首要條件。在這裏，對甚麼是根本規範的根據之類的關於「頂點」的問題的回答，實際上在很大程度上取決於通過處理具體案件的實踐適當進行憲法解釋，以及對法律規範的合憲化解釋這一反覆的程序。

由此可見，按照憲法動態學的觀點，作為法治秩序的等級性結構的頂點的根本規範，其正當性根據就存在於「實踐是檢驗真理的唯一標準」的著名命題之中，或者說在循環性的過程之中。這樣的狀況設定有賴於一個關鍵性的制度安排，這就是合憲性審查的程序。換言之，只有圍繞違憲問題的反覆互動過程，才能把憲法的最高效力與正當化機制耦合成為一個整合的結構，一個生生不息、充滿活力的憲政體制。

實際上，就連金字塔型法律系統論的創始者凱爾森本人，也並沒有停留在僅僅固執憲法秩序的實體性規範的等級結構。與施米特相反，凱爾森承認分權制衡（它將合乎邏輯地導致多元互動的格局和循環性調整）的必要性，認為捍衛憲法的主體不應該是總統，而必須為合憲性審查機構，所以他在1920年制訂奧地利憲法之際始終堅持設立憲法法院，並在其中擔任法官至1929年。儘管凱爾森設計的模式屬於集權化的合憲性審查，與美國的分權模式形成鮮明對照，然而，對於憲法法院而言，制約法律和法規的憲法內容本身也是可變的、可選擇性的，在這樣的意義上，凱爾森對憲法秩序的內在矛盾和複雜性有着非常清醒的認識。他說^②：

限制立法的憲法規範的意義，在於妥當的法律不僅僅是只有按照憲法直接規定的方式才能成立，而且還能按照立法機關本身所規定的方式成立。憲法授權立法機關不僅可以根據與憲法直接規定的程序有所不同的程序來創設一般性規範，而且還可以賦予一般性規範以不同於憲法直接規定的內容的其他內容。憲法規範只不過是顯示由憲法所設定的兩種可能性當中的一種而已。另一種可能性，由憲法設定為：對於立法機關作為法律發布的規範是否是憲法意義上的法律的問題的決定權，授予立法機關之外的某一機關。因而限制立法的憲法上的各種規定具有選擇性規定的性質。憲法包括對立法的直接性限制和間接性限制這兩個方面，立法機關在這兩者之間進行選擇。

顯然，在這裏憲法秩序呈現出的並不是「金字塔」型的圖景，而更接近陰陽兩儀「太極圖」那樣的動態格局。凱爾森本人的論述再次證明：雖然憲法的等級性最高效力對於限制權力具有重要意義，必須始終堅持這樣的理論假定或者說

按照憲法動態學的觀點，作為法治秩序的等級性結構的頂點的根本規範，其正當性根據就存在於「實踐是檢驗真理的唯一標準」的著名命題之中，或者說在循環性的過程之中。這樣的狀況設定有賴於一個關鍵性的制度安排，這就是合憲性審查的程序。

規範性現實，但實際上更關鍵的倒是合憲性審查制度以及在程序網絡中的選擇以及圍繞這種循環性選擇的互動關係。

六 從矛盾論到法治對抗軸

綜上所述，如果從反思理性和程序網絡的角度來理解憲政體制，就會發現法治秩序構成原理上的等級性與循環性之間的區別是可以揚棄的，按照新程序主義的憲法學範式在中國建構民主法治國並非痴人說夢。儘管如此，我們還有必要進一步考察不同類型的循環動態之間的差異以及相互轉化的條件。

在某種意義上不妨大膽地指出：現代中國的《矛盾論》等政治哲理（從社會學的角度來看，它不同於秩序的合意模式，而屬於一種特殊的糾紛模式），其實也是對傳統的「太極圖」以及陰陽互動的思維方式的批判性繼承和發揮；實際上，毛澤東所強調的兩類不同性質的矛盾及其轉化的機制，在一定程度上有可能使等級性的官僚科層制和規範體系增加許多橫向互動、討價還價以及階級鬥爭的變數，把循環性編織到等級性之中^⑩。在這樣的思想基礎上進行憲政改革，能否找到若干有力的槓桿可資利用？雖然有關的情形十分複雜，何況《矛盾論》中表現出來的臨機應變的政策性思維方式，與法治秩序的建構或多或少有所牴牾，但我認為如果就事論事、探討法學理論問題，回答基本上還是肯定的。例如矛盾的普遍性和相互轉化的哲學命題，在一定程度上可以通過批判和重新詮釋，為設置民主憲政中所需要的對抗軸提供某種有利的契機。只是我們必須清醒認識兩者之間的本質差異，不能過份誇大「解釋性轉換」（interpretative turn）的作用。

一般而言，處在巨變中的社會總是需要新思維，從而勢必激發出各種觀點之間的碰撞，以及不同政治派別的分化改組。在思想交鋒的過程中，各種黨團和輿論界往往要形成某種新的政治對抗軸，圍繞它開展百家爭鳴，從而達成全民共識或者集團之間的均衡。對於民主的憲法秩序而言，適度的內部張力是必要的，沒有政治對抗軸就無法進行真正的競選，也難以調動自由化的個人及廣大群眾對公共事務的興趣和支持。實際上，隨着合憲性審查和政治改革被正式提上議事日程，持續了很久的「不爭論」、「萬馬齊喑」的時代即將閉幕。在這樣的情形下，究竟應該使哪種矛盾構成政治的基本對抗軸，能否避免爭論熱點的誤導和偏激化？這都是值得預先思考的問題。

從憲法學的角度來看，對抗軸主要體現為法治精神與公民抵抗權之間的張力，如果沒有類似的張力，如果缺乏對暴政或國家非法的抵抗的前提條件，憲政秩序就無從建構、也難以維持下去。我認為，只有把法治秩序的建構與對抗議、異議、抵制等的適當處理這兩個方面結合起來，才能形成完整的現代國家的圖像。關鍵在於明確這樣一種認識：抵抗權在本質上是保障社會正義和憲法的重要手段之一，而並非意味着對體制或結構的破壞——對這一點當然也會存在不同的看法^⑪。按照現代憲法學的主流觀點，所謂抵抗權是指在國家權力嚴重

現代中國的《矛盾論》等政治哲理，其實也是對陰陽互動的太極圖思維方式的批判性繼承和發揮。實際上，毛澤東所強調的兩類不同性質的矛盾及其轉化機制，在一定程度上有可能使等級性的官僚科層制和規範體系增加許多橫向互動、討價還價以及階級鬥爭的變數，把循環性編織到等級性之中。

侵犯個人尊嚴、存在惡性違憲行為或違憲現象的場合，公民如果不能通過其他合法的救濟手段來確保個人的尊嚴以及自由和權利，有權採取拒絕履行實在法上的義務的方式來進行抵抗。這種抵抗既包括消極的不服從，也包括積極的反抗性鬥爭；既包括日常性的異議表達，也包括例外的非常手段；既包括實在法上的救濟，也包括自然法上的訴求^②。

根據德沃金 (Ronald Dworkin) 的說法，公民不服從運動所體現的抵抗，是根據公民良心自由的原則進行的、有理有節的非暴力公共行為，甚至在許多場合還屬於一種不合法但卻合乎道德的權利主張^③。毫無疑問，在那裏存在着制訂規範與突破規範兩種勢力間的矛盾，但矛盾的發生、轉化以及解決，基本上都不應該脫離憲政的基本制度框架。當然，在憲政體制一勞永逸、完美無缺的假定狀態下，公民抵抗權是沒有必要也不可能發生的；承認抵抗權就等於承認實在法秩序中有可能出現不公和違憲，也等於承認憲政體制本身並非終極真理，而須通過試錯過程逐步改進之，而違背行為可以成為憲法自我革新的參照指標和驅動裝置。在這個意義上，抵抗權確實會在某種程度上促進對現狀的異議或抵制。但實際上抵抗權的存在，無論如何都不是對憲政的否定，反而是立憲精神具有旺盛生命力的表現。其實，也只有憲政體制才能從抵抗權的高度來承認並發揮公民異議和不服從運動的積極作用。甚至可以說，如果沒有抵抗權或者類似的在一定限度內許可異議和違背的制度裝置，法律規範體系的反思機制，以及在生生不息的循環性動態中維持正義的安排，就勢必分崩離析。

還需要指出的是，從實在法的觀點來看，抵抗權並非無庸置疑的公理。既然抵抗權的矛頭指向國家規範秩序，在通常的狀況下很難得到議會和法院的支持，所以始終有人主張抵抗權不具有實在法學上的意義、抵抗權能否合法化並不是一個真問題，等等^④。在歐美各國，公民抵抗權運動在1960年代達到高潮之後就日漸消沉，現在甚至有些名存實亡的樣子。儘管如此，從保障人權的日常和非常需要的觀點來看，從防止國家權力失控的政治學觀點來看，要主張抵抗權業已消亡恐怕還為時過早。對於現階段的中國而言，更重要也更困難的，是如何確定法治與抵抗之間關係的限度，以及達成適當均衡的制度性條件。

根據德沃金的說法，公民不服從運動所體現的抵抗，是根據公民良心自由的原則、有理有節的非暴力公共行為，屬於一種不合法但卻合乎道德的權利主張。承認抵抗權就等於承認憲政體制本身並非終極真理，只有通過試錯過程逐步改進之，而違背行為可以成為憲法自我革新的參照指標和驅動裝置。

七 圍繞抵抗權的程序安排

眾所周知，抵抗權思想的萌芽早在孟子革命論、薩里斯伯利 (John of Salisbury) 的基督教反暴政論、美國獨立宣言、法國人權宣言等經典文獻中就已經出現。但過去許多憲法學者始終認為，人民對暴政和惡法的鬥爭乃至革命只是極端的自衛手段，是一種不能制度化的超國家性權利。在承認外部根據的歐美思想傳統中，這樣的理解並無大礙。然而，隨着正當性判斷的立足點從彼世轉向此世，如何為國家體制設定妥當而有效的內部根據、如何在法律規範的框架下處理抗議和違背等現象就是題中應有之意。

第二次世界大戰結束之後，對納粹主義和殖民主義統治的批判和否定提供了轉折的契機，導致抵抗權的制度化、實定化，成為法律規範體系的內部根據。有的國家(例如德意志聯邦共和國)開始在憲法中明確規定抵抗權，而更多的國家制訂了具備足以抗衡立法權的效力的人權法典，或者加入了兩個國際人權公約。在其他部門法領域中則表現為刑法上的正當防衛權和拒絕作證權、民法和家族法上的自我決定權、勞動法上的團結權、集體交涉權、罷工權等等。抵抗權的發展軌迹是：從自然法意義上的外部根據，演變成在自然權意義上的作為主權者的個人訴求的機會，再轉化為法律體系內部的一般性規範，進而逐步發展成一套可以援用法律條文來主張和行使的基本人權或者政治權利^⑤。

二戰結束後，抵抗權被制度化為法律規範體系的內部根據。按照法治精神，任何個人都必須遵循國家的實在法規範，但抵抗權思想卻承認公民在確信法律或者政府的命令、政策有違社會共有的正義價值時，有權拒絕服從並要求變更有關規則。從民主政治角度看，抵抗權可能造成在投票結果安定化和內在化方面的兩難困境。

顯而易見，這樣的制度安排是包含着矛盾、張力甚至自我否定契機的。按照法治的精神，任何個人和團體都必須遵循國家的實在法規範，但抵抗權思想卻承認公民個人在確信法律或者政府的命令、政策有違社會共有的正義價值時，有權拒絕服從並要求變更有關規則。在個人行為的層面，這意味着少數者或弱勢群體對多數者或強勢群體的正式決定的挑戰。從民主政治的角度看，抵抗權也可能造成在投票結果安定化和內在化方面的兩難困境。當這種少數者或弱勢群體的異議表達產生巨大影響，並形成相當規模的群眾抵抗運動時，對社會秩序和現行體制當然會構成威脅。

那麼，究竟應該怎樣看待和處理上述問題？在這方面，羅爾斯(John Rawls)的正義理論非常富有啟示性。他認為，多數者決定的規則僅僅體現了一種「不完全的程序正義」，是有局限性的。換言之，公民投票作為民主程序是有缺陷的，立法無論獲得多高的支持率也只是正義的近似值。因此，在這個意義上對公民的守法要求也就不能太絕對化。基於這種認識，可以得出如下推論：由於多數派儘管擁有制訂規則的憲政權利，但卻並不一定代表真理和正義，由於遵法義務不得不具有某種程度的相對性，所以作為選民的個人所提出來的異議應該得到充分尊重，所以按照民主程序得出的關於法律的共識，也只不過是在求同存異的過程中達成的重疊性合意而已^⑥。在這裏，羅爾斯觀點的精妙之處是：一方面可以有效反駁那種以法律實證主義的不足之處為根據來否定程序正義觀的淺薄意見，另一方面可以在動態的「反思性均衡」中兼顧實證法的規範性和抵抗權的正當性。在他看來，憲法學關於抵抗權的討論只涉及政治原理，即自由而平等的個人之間進行社會協調的基礎條件^⑦。

然而憲法的規範性畢竟在很大程度上取決於社會中不同階級、階層、集團以及各種群體的政治力量對比關係，在很多場合妥協的意義更甚於反思的意義。甚至也可以說憲政程序在相當程度上可以歸結到妥協，更確切地說，是制度性妥協^⑧。現代憲法規範的出現本身就是歷史妥協的產物；而民主政治實際上也就是妥協的藝術。妥協當然也伴隨着理性的反思化，但尤其與寬容、包涵、互讓、雙贏等行為方式以及社會心理結構相聯繫。因此，一部既高標理想又切合實際的好憲法，不僅必須精緻整合，同時也應該具有適當的容忍度，或者說

是在某種程度上對脫軌行為、非正式的違背現象等等的「許可範圍」。也就是保留一定的回旋空間，以接納未來可能出現的各種變化。

這種「許可範圍」值得在制訂憲法、特別是設計合憲性審查程序時給予格外關注。實際上，人們在討論合憲性審查時提出的如何對待「良性違憲」^⑩現象的問題，也可以基本上化解到「許可範圍」之中，在那裏，既無所謂合憲性，也無所謂違憲性，至少是可以有合憲化解釋的一些用武之地。因而我們在考慮制度時，實際上只須首先適當劃定「許可範圍」，然後再審查涉訟現象是否超出了這樣的範圍，而不必為違憲行為是惡性或良性之類的複雜判斷所困擾，陷入自相矛盾的泥潭而不能自拔。換言之，凡是違憲都必須受到審查和糾正，無所謂良性惡性之分，但對在灰色地帶出現的邊際現象是否違憲等問題，則應該根據憲法認定「許可範圍」的各種規範和程序來進行具體的分析和判斷。

至於「許可範圍」如何確定，這基本上可以歸結為一個在國家權力與個人權利以及各種人權相互之間協調整合的憲法解釋的程序性、技術性問題。請回顧一下制度變遷的歷史，試想像一下法理演繹的邏輯，任何順應民意、合乎正義的經濟改革措施所導致的法律刷新，無論是完全的個人所有，還是充分的契約自由，雖然可能或多或少暫時受到現行憲法序言中的某些意識形態話語的形格勢禁，但怎麼會與憲政精神發生衝突呢？怎麼會與憲法正文中規定的公民基本權利發生衝突呢？實際上，經得起論證和實踐檢驗的憲法解釋以及憲法修正，都可以把所謂「良性違憲」中的「違憲」剔除，而只留下現行憲法的「良性」，所以在中國，真正的改革者根本沒有「違憲」之虞。

八 結 語

本文的出發點是切實保障憲法作為根本規範的效力，為此探討了在網絡化程度極高的中國社會，怎樣定位法律效力的金字塔型結構等問題。在這個過程可以發現這樣的意外事實：憲政秩序的本質與其說是等級性的，毋寧說是循環性的，在制度形態上主要表現為在分權制衡的機制中的互動關係以及民主程序。即使作為憲法具有最高效力的標誌的合憲性審查制度，雖然有集權模式和分權模式的不同區分，但歸根結柢都是把一種循環性過程作為憲法正當性的基礎。

這樣的發現昭示我們，在中國推行憲政不僅是必要的，而且是可能的，成功關鍵在於憲法的程序理論。與此相關，特別值得注意的是，德沃金關於建構性解釋的整合化機制的分析、羅爾斯關於反思性均衡的描述，都與盧曼的反思機制的設想有異曲同工之妙，都傾向於把循環性而不是「金字塔」式的等級性作為合乎社會正義的法治秩序的構成原理，從而為憲法學確立新的基本範式提供了豐腴的思想根源，也為中國在「太極圖」式的法文化背景下改造國家權力結構、確立憲政體制提供了極其重要的啟示。

更令人興奮而又耐人尋味的是，德意志聯邦共和國在1968年6月24日通過的第十七次憲法修正案，增加了第20條第4項規定，即所有德國人對企圖破壞和廢

一部既高標理想又切合實際的好憲法，應該在某種程度上具有對脫軌行為、非正式的違背現象等等的「許可範圍」。實際上，經得起論證和實踐檢驗的憲法解釋以及憲法修正，都可以把所謂「良性違憲」中的「違憲」剔除，而只留下現行憲法的「良性」，所以在中國，真正的改革者根本沒有「違憲」之虞。

除憲法秩序的任何人都享有抵抗的權利，除非其他合法的救濟手段尚未窮盡。本來抵抗權被理解為一種基本人權，但是在德國基本法中卻被定位為憲法保障的手段之一，規定在統治機構的基本原則之中，並且抵抗的對象也不限定為公共權力，而是針對違反憲法的「任何人」。這等於為盧曼、羅爾斯們在理論上的抽象建構提供了實在法規範上的具體註腳，也有助於消除國人的疑慮。

合憲性審查和抵抗權，把這兩者結合在一起的制度安排意味着甚麼？答曰：其目的是要求人民把國家理解為一種均衡體，讓憲政體制總是處於運動之中，處於社會成員不斷締造的共同努力之中。只有這樣才能真正實現「道洽政治、澤潤生民」（《尚書·畢命》）的理想，才能完成現代法治秩序的建構。

註釋

① C. シュミット (Carl Schmitt) 著，田中浩、原田武雄譯：《合法性と正當性》（東京：未來社，1983），頁56。

② 在中國，從漢代高祖「與父老約法三章耳」和賈誼對「刀筆筐篋不知大體」發出慨嘆的故事上，這樣的悖論已經可以略見端倪。錢穆在《政學私言》（台北：台灣商務印書館，1996）中提到的關於「契約政權」與「信託政權」的分類（頁121），也在某種程度上暗示了兩種不同的國家觀及其夾縫裏的憲法學悖論。

③ 魯南 (Joseph Ernest Renan) 在1882年說過一句名言：「國家即日常的人民投票」（見E. ルナン等著，鶴飼哲ほか譯：《國民とは何か》〔東京：インスクリプト，1997〕，頁1），是泛指合法性承認的不斷維持，並不意味着每天都嚴格執行憲政層面的表決程序。不過，中國基層自治和鄉規民約中的「小憲法」現象，在理想狀態下，在力爭全體一致同意的設計原理上，似乎頗有那麼一點把不可能真正實現的、作為日常性投票的立憲活動加以制度化的架勢，饒有趣味。

④ 鮑桑葵 (Bernard Bosanquet) 曾經試圖通過法律自由與政治自由的概念區分來解決邏輯層面的矛盾，見他的代表作《關於國家的哲學理論》（汪淑鈞譯〔北京：商務印書館，1995〕），頁152。但仍然存在着這兩種自由相反相成的悖論。

⑤ 參閱G. ヒューズ (G. Hughes) ほか著，森村進、石山文彦譯：《法思想の層位學》（東京：平凡社，1986），頁126以下。

⑥ 詳見凱爾森 (Hans Kelsen) 著，沈宗靈譯：《法與國家的一般理論》（北京：中國大百科全書出版社，1996）和橫田喜三郎譯：《純粹法學》（東京：岩波書店，1935），參閱新正幸：《純粹法學と憲法理論》（東京：日本評論社，1992）。僅就憲法體系內部而言，也存在着清宮四郎所指出的諸如根本規範、改正規範以及普通規範的效力等級關係，據小林直樹：《憲法秩序の理論》（東京：東京大學出版會，1986），頁172。關於根本規範的概念，C. シュミット著，阿部照哉、村上義弘譯：《憲法論》（東京：みすず書房，1974），頁60-63有非常精闢的說明。

⑦ 施米特的一元化政治憲法觀的典型是他在1931年發表的論文〈向全體國家的轉換〉，見古賀敬太、佐野誠編：《カール・シュミット時事論文集——ヴァイマル・ナチズム期の憲法・政治論議》（東京：風行社，2000），頁96-113。

⑧ 關於這樣的循環性的、非等級性的法律秩序模式的法社會史學分析，詳見拙著《超近代の法——中國法秩序の深層構造》（京都：ミネルヴァ書房，1999），第一部各章。

⑨ 參閱李澤厚：《中國古代思想史論》（北京：人民出版社，1986），頁77-105；龐樸：《一分為三——中國傳統思想考釋》（深圳：海天出版社，1995），頁92-100、140以下、240-69。

⑩ 據荊知仁：《中國立憲史》(台北：聯經出版事業公司，1984)，頁180記述民國初期的憲政認識也無甚進步，「因為三民主義之於當時，只有『排滿』之口號，極為簡明切要，易獲人心，於是大家以為只要清室退位，天下即告大定，至於立憲建設的大道理，則初非人人可得而知。由於這個關係，所以當武昌事起，袁世凱受清廷之命組織全權內閣，集軍政大權於一身之際，黨人以為……如果能使袁氏贊助共和，則推翻清廷，當易如反掌」。

⑪ 這樣的問題在《天壇憲草》上表現得十分明顯。例如為了掣肘袁世凱，在第1條僅規定國體為「統一民主國」，並不明示主權所在、也不限制政府權力，並在第111條規定這樣的國體還不得成為改憲的議題，如此一來既開了因人制憲立法的先例，也封死了任何可以留作圓轉的空間；雖然採取了三權分立的制度設計，但國會兩院的區分沒有實質意義，只不過多一次審議手續而已，且在兩院之上設立國會委員會，疊牀架屋；憲法解釋和修改的程序規則極其嚴苛，表面上為世界最剛性的憲法，實際上卻由於無法運作而被棄若弊屣。

⑫ 見韋慶遠等合著：《清末憲政史》(北京：中國人民大學出版社，1993)，頁147以下。參閱註⑩荊知仁：《中國立憲史》，第一篇。

⑬⑭ 王世杰、錢端升：《比較憲法》(北京：中國政法大學出版社，1997)，頁3；14。

⑮ 周聿峨、陳紅民：《胡漢民》(廣州：廣東人民出版社，1994)，頁216-18。

⑯⑰ 同註⑮シュミット：《憲法論》，頁112；113。

⑱ 關於這種微妙變化的精闢扼要的分析，見羅伊德(Dennis Lloyd)著，張茂柏譯：《法律的理念》(台北：聯經出版事業公司，1984)，頁61-84。

⑲ 詳見恩格斯、考茨基：《法律家社會主義》，載《馬克思恩格斯全集》，第21卷(北京：人民出版社，1979)。

⑳ 關於這樣的自我指涉、自我塑造式的反思機制的基本原理，參閱N. ルーマン(Niklas Luhmann)著，土方昭譯：《反省のメカニズム》，載《社會システムのメタ理論——社會學的啟蒙》(東京：新泉社，1984)，頁78以下以及土方透譯：《法の社會學的觀察》(京都：ミネルヴァ書房，2000)。

㉑ N. ルーマン著，中野敏男譯：《法の統一性》，《歴史と社會第14號・ゲルマニスティクの最前線》(東京：リブレポート，1993)，頁201。

㉒ 參閱註㉑N. ルーマン：《法の社會學觀察》，頁73以下。

㉓ 轉引自青山治城：《人間と社會——システム論的正義論をめぐって》，載土方透編：《ルーマン——未るべき知》(東京：勁草書房，1990年)243頁。參閱註㉑盧曼：《法の社會學觀察》，頁61。

㉔ K.レーヴェンシュタイン(Karl Loewenstein)著，佐藤幸治、平松毅譯：《比較憲法論序說》(東京：世界思想社，1972)，頁134。

㉕ 詳見拙稿《法律程序的意義——對中國法制建設的另一種思考》，《中國社會科學》，1993年第1期，收在筆者文集《法治秩序的建構》(北京：中國政法大學出版社，1999)之中。

㉖ 耶利內克對「憲法變遷」的著名定義是：「所謂憲法變遷，是指在未必具有引起變遷的意圖或意識的狀態下，由事實所引起的憲法條文的變更」。他的本意是要強調法律在權力和政治面前的無力性，這種觀點也與他承認反復出現的事實具有規範力(例如習俗)那樣的規範認識有關。關於耶利內克的觀點，詳見粕谷友介：《わが國における憲法變遷論の批判的考察(1)》，《上智法學論集》，第19卷第1號(1975)，頁5以下。「憲法變遷」概念的來龍去脈在小林直樹：《憲法秩序の理論》(同註㉖)第4章也有詳細分析。在國內，關於憲法變遷的代表性文獻可以舉出郭道輝：《憲法的演變與修改》，載憲法比較研究課題組編：《憲法比較研究文集》，第二卷(北京：中國民主法制出版社，1993)，頁76以下。

㉗ 美濃部達吉的憲法變遷論，詳見註㉖粕谷論文，頁21-30。

㉔ 需要注意的是，憲法解釋與合憲解釋(法律解釋)都有可能導致迴避對違憲現象進行判斷的傾向，但未必不利於實現公民的基本權利。如果這樣的解釋技術運用得適當，可以很好地兼顧法制統一和人權保障這兩個方面。但是在學理上，對於是否應該承認對法律甚至憲法的解釋性修改，存在着意見對立。

㉕ 轉引自樋口陽一：《轉換期の憲法？》(東京：敬文堂，1996)，頁194-95。原文的出處是H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien, Reanz Deutiche, S. 277. 關於凱爾森與合憲性審查制度的關係，詳見樋口著作的第IV章第2節。

㉖ 例如，金耀基在〈中共「反科層的組織模型」：歷史的與比較的分析〉，《香港中文大學學報》，第2卷第1期(1974)，頁111-13所分析的國家權力機關內部的「角色輪替」(role rotation)或「角色轉換」(role shifting)以及倒金字塔型的「團體的決策結構」(group decision-making structure)等現象，還有同一作者在〈中國的行政現代化〉一文中提到的「過份的組織化」(over-organization)與「不足的組織化」(under-organization)的問題，見氏著：《中國現代化與知識分子》(台北：時報文化出版企業有限公司，1988)，頁102。參閱湯森(James R. Townsend)、沃馬克(Brantly Womack)著，顧速、董方譯：《中國政治》(南京：江蘇人民出版社，1995)，頁147-56。

㉗ 例如天野和夫：《抵抗權の合法性》(京都：法律文化社，1973)把對現行體制的全面拒絕也作為抵抗權的一部分(頁116)。他還指出，馬克思主義的抵抗權概念中包含非合法的抵抗、對憲政體制的顛覆在內(頁81-82)。

㉘ 參閱田畑忍：《憲法と抵抗權》(京都：三和書房，1967)；天野和夫：《抵抗權の合法性》(見註㉗)；初宿正典：〈抵抗權論の史的考察序説〉，《法學論叢》，第94卷1號(1973)；樋口陽一：《近代立憲主義と現代國家》(東京：勁草書房，1973)論述抵抗權的部分；蘆部信喜：《憲法學 I 憲法總論》(東京：有斐閣，1992)，頁61-62；杜鋼建：〈抵抗權理論比較研究〉，載憲法比較研究課題組編：《憲法比較研究文集》，第一卷(南京：南京大學出版社，1993)，頁241以下。

㉙ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, rev. ed. (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978), 206ff.

㉚ 例如，芹澤齊：〈近代立憲主義と「抵抗權」問題〉，載《現代國家と憲法の原理》(東京：有斐閣，1983)。

㉛ 參閱日本法哲學會編：《抵抗權》(東京：有斐閣，1960)；田畑忍：《憲法と抵抗權》(同註㉘)；K. F. ベルトラム(Karl Friedrich Bertram)著，內田耕作譯：《ドイツ憲法と抵抗權》(東京：御茶の水書房，1981)；小林直樹：《法・道德・抵抗權》(東京：日本評論社，1988)；堀豐彦：《デモクラシーと抵抗權》(東京：東京大學出版會，1988)。

㉜ See John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995), Part II, Sec. 59; 384-85.

㉝ 參閱拙稿〈憲法的妥協性〉，《當代中國研究》，第55期(1995)，收在筆者文集《憲政新論——全球化時代的法與社會變遷》(北京：北京大學出版社，2002)，頁175以下。

㉞ 郝鐵川：〈論良性違憲〉，《法學研究》，1996年第4期。從守住形式合憲的底線這一視角對良性違憲擁護論的批評，見童之偉：《法權與憲政》(濟南：山東人民出版社，2001)，頁598-612。另外還有通過「革命憲法」、「改革憲法」以及「憲政憲法」的類型論來擺脫困境的嘗試，見夏勇：〈中國憲法改革的幾個基本理論問題〉，《中國社會科學》，2003年第2期。