



高全喜：宪政、自由与正义

一、政治与正义的价值性关系

亚里士多德早就说过，人是一种政治性的动物，在政治生活中，生命才有意义。宪政作为一种法治的社会政治制度，它为个人拥有的基本权利提供了合法性的制度保障。为什么宪政与个人的自由、权利有如此的关系，这就涉及一个无论对于个人还是对于宪政来说都至关重要的问题——正义。从价值维度看，为什么要维护个人的自由，为什么要限制政府的权力，为什么要确立三权分立的原则，为什么要实行自由民主，为什么要保障人权等等，都与正义密切相关。因此，正义是更高一个形态的范畴，它关系着人的社会政治生活的正当与否。古往今来，历代政治家都把正义问题作为社会政治的一个根基，都把法律建立在正义性的基础之上。例如，对西方法律制度产生重大影响的罗马法就把正义视为立法的基础，在第一卷首篇便明文昭示：“法学是关于神和人的事物的知识；是关于正义和非正义的科学”¹。确立宪政政治的关键文献——美国1787年颁布的《联邦宪法》开篇也把“树立正义”视为建国之本。

宪政所确立的政治制度，是一种法治政治，它以作为根本大法的宪法为根基，并通过在立法、行政、司法三个领域的分权制衡，以保障个人的基本权利不受侵犯，宪政主要表现在如下两个方面：一是保障个人的合法权利和基本自由，二是有效地限制政府权力。一般说来，正义之于宪政首先是一种形式诉求，政治学家和法学家大多从形式方面论证宪政的正义意义，这种正义论可以说是形式正义，诸如法律面前人人平等、正当程序、民主选举、依法行政、司法独立等原则，首先都体现着宪政的形式正义性^[1]。

在本文中，我们所关注的并非上述的形式正义，而是宪政的实质正义。虽说对于人类社会政治中的实质正义问题，一直存在着很大的争议，分析法学、实证法学等派别对此大多持否定的态度，在它们看来，如果政治和法律领域有所谓正义，那也只是形式正义或程序正义，除此之外的实质性正义，或者根本就不存在，或者与政治和法律并不搭界，属于道德和宗教的领域。然而对于很多人来说，这种把实质正义排除出政治和法律之外的观点，是没有道理的，因为人是一种理性的存在，他的社会政治生活具有人性的内涵，并不是非要把正义牵扯到人身上，而是人从一开始就具有着善与恶、好与坏、正义与邪恶等实质性内容，它们不但贯穿于人的道德生活之中，而且同样贯穿人的政治和法律等生活之中，因此，政治正义是人类不可或缺的一项基本内容，甚至它比物质生活、道德生活和精神生活更为根本，是这些生活赖以存在的基础。设想一下，一个连人的基本的生命安全、私有财产、言论自由等个人权利都无法保障的社会，又如何能够保证人们实现物质利益、追求道德理想呢？由此可见，政治正义是其它社会生活的内在前提。

从实质正义的角度来看，一切政治关系，一切体现在政治中的法权关系都是具有价值性的，具体一点说，人作为政治动物以何种方式组成社会，这个社会又是如何建构他的政体，其立法、行政、司法等各个部门的运作遵循着怎样的原则等等，这一切无不凝聚着一种根本性的价值内涵。在我们看来，政治正义在实质上展现为三个维度：第一，个人自由维度，这个维度关涉的是每一个个人作为不可替代的生命，他的生命、自由、幸福等基本权利的保障与实现；第二，人类群体性的历史维度，这个维度关涉人类作为一种社会组织化的存在，在历史的进化中所展示的价值性意义；第三，超验价值维度，它关涉着上述两个维度的超验性渊源，为它们的正当性提供终极的价值支撑。从实质正义看，第一个维度是个人正义，个人正义是政治正义的关键，也是宪政正义的核心，在它身上实质性地体现了宪政作为一种政治制度的价值归宿，一切政治的正义只有落实为个人的正义，才是最为根本的和真实的。第二个维度是人类正义，由于人类作为一种集合性概念自身并没有多少实质的内容，它总是在历史中展开的，所以在某种意义上人类正义与历史正义叠合为一，在本文中我们不再对它们进行进一步的区分，在不同的语境下分别使用，总之，它们指的是与个人相对的一种集体性的价值。第三个维度是超验正义，它指向的是政治正义的神学之维，在我们看来，为什么人类正义要在历史中逐步地、“弱势地”实现，为什么个人正义在人类政治中具有优先性的地位等，这些都只能在超验之维找到它们的根子。

应该指出，上述三个维度的正义是从价值性来说的，它们涉及的是政治、法律等内容背后的价值内涵。而且，即便是政治正义的价值内涵，也不是单向度的，而是三维的，这一点值得我们重视。人们从价值上探讨社会的政治法律内容，往往易于从一个维度，如从道德伦理、历史进步或个人自由等方面考察，这样会使政治正义论中十分复杂的价值关系偏于一隅，我们看到，道德、历史或个人都远没有涵盖上述所说的三个维度，它们只是其中的一个方面，如果把价值问题仅仅限定在道德领域，政治正义的本质就未免简单化了，它在人类政治史上所引起的震荡也就难以解释了。政治正义的三个维度，其关系并不是和谐的，甚至从开始就处于一种张力的关系，也就是说，个人正义、人类正义、超验正义三种形态就其政治、法律的关系来看，从来也没有完全的和谐过，这一点已为历史上的实践所证实。

当我们考察历史上的某种政治体制或法律规则时，其内在的实质正义往往呈现出三个维度的矛盾与冲突，甚至有些时候是无法调和的。人类历史上曾出现过一次又一次革命，它们的根源可以从阶级、经济、现实政治等多个方面分析，但究其根本，又可归结到政治正义上，或者说，归结到正义三种价值关系的绝对冲突上。现实社会，特别是现实的政治、法权、经济关系，它们的矛盾是无时不在的，当其中矛盾的双方感到相互之间在一些实质性的利益冲突中无法调和的时候，付诸革命也就是顺理成章的了。问题在于：矛盾双方依据什么标准认为上述关系无法调和。政治、经济领域的平等分配是构成一个法权社会的基本要素，固然其中的不合理性与不合法性是普遍存在的，然而，一旦这种“不合理”与“不合法”超出了一定限度，激烈的冲突或革命也就势所难免。所以，关键的问题在于正义的限度。当然，历史的经验告诉我们，革命只是在极少数的情况下才会发生，很多貌似革命的虚假革命并不具有政治正义的价值，因为在那里个人的实质性正义并没有得到有效的提升，因此，也无法与超验正义构成价值上的呼应，它们只不过是一些循环往复的政治震荡而已。人类的大部分生活是在政治正义的合法性之内展开的，在此并不说上述的三种价值关系并没有矛盾和冲突，而是说这种冲突还没有超出它们各自的界线，社会的政治和法律制度在维护个人的有限权利方面缓慢地运行着，而各种矛盾在其中积聚、变异、整合、分化，直到有一天它的合法性与合理性受到根本性的挑战。于是，新一轮社会变革就又开始了。

宪政作为人类到目前为止所能找到的一种最不坏的政治制度，它的正义价值集中地体现在对于三种正义的整合上，不过，我们下面的分析指出，这种整合是一种弱势意义上的整合。所谓宪政正义的弱势意义，套用哈耶克的话说，即“一种否定性正义标准”[2]，它表现的乃是一种弱势的政治逻辑。

二、宪政与正义

我们知道，宪政虽然早在古希腊，特别是在古罗马法治精神中就已萌发，但是，古代的法治毕竟与近现代以来的宪政有着根本性的区别。古罗马社会虽然有罗马法作为政治统治的法律基础，但它远没有上升到限权宪法的高度，而且罗马社会还缺乏法治下的权力制衡，单纯一部罗马法很难有效地遏制统治者的专制独裁，作为公民的个人权利最终也无法得到法律的保障。尽管如此，罗马的法治精神却构成了西方社会政治的一个具有决定性的根源，它所内涵的法律正义，乃至一些法律程序性的形式正义，都对西方宪政产生了深远的影响。中世纪以来，随着基督教政治文化的确立，在西方政治史上开启出一种崭新的超验正义之维，它给人类文明带来了无法估量的生机和活力，随着基督教超验正义的导入，特别是在政治、法律领域经由对古代社会法治传统和氏族宗法礼仪的全面性改造，西方政治形态于是发生了根本性变化，一种政治正义的三维价值构架开始建立起来。而在基督教会内部，以教皇制和宗教大会为代表的宗教社团准政府性权力机制的新型模式，使得具有近代意义的宪政框架逐渐展露雏形。这一切就为西方政治从古代和中世纪的社会制度向近代宪政制度的转变打下了坚实的基础，近现代意义上的宪政便是对上述多元传统的创造性转型。上述进程说起来寥寥几句话，可实际上却花费了数个世纪的时间，从十二世纪英国的《大宪章》到十八世纪美国的《权利法案》，西方政治历史的主线便是在这一朝向宪政的曲折道路上演进的。

宪政正义并不是一种政治上的至善论，它不认为在宪政的政治形态下，人类的绝对理想就能达到圆满实现，它只是说，就目前来看，就针对人的本性来说，宪政是到目前为止最不坏的一种制度形态，与其它形态相比，宪政所实现的正义具有更多的人性价值，它提供了一个尽可能保障个人权利和个人自由的社会政治环境。也许，其它的政治形态在三维价值的某个单一维度上所达到的价值含量可能会更高一些，然而，这种含量所潜在的灾难性祸根却同样是巨大的，而且历史中的教训使我们一次次清醒地看到，那些看似高扬某种理想价值的政治体制所具有的危害不但是潜在的，而且已经实实在在发生过了。例如，那些极端高扬超验正义的神学政治，或者极端高扬人类正义的国家政治等等，都已给人带来了罄竹难书的灾难，它们从根本性上早已不再是永恒的正义，而变成了永恒的邪恶。由此可见，政治正义论中的至善论是十分危险的。

也许是鉴于正义论的至善危机，宪政采取了一种看似低调的弱势政治逻辑，它虽然不是排斥所谓的超验正义或

人类正义，但在它们之间又实质性地插入了个人正义这一核心要素，在此，个人正义所包含的价值意义不但从层次上并不低于上述两种正义，甚至在三维价值中具有优先性。强调个人的优先地位是宪政正义的一个原则。哈耶克在谈到真正的个人主义与社会制的关系时曾经指出：“斯密及其同代人所提倡的个人主义的主要价值在于，它是一种使坏人所能造成的破坏最小化的制度，而对这一点则很少有人谈及。这种社会制度的功能并不取决于我们发现了它是由一些好人在操纵着，也不取决于所有的人将都比他们现在变得更好；这样的制度利用人们的多样化和复杂性来发挥其作用，这些人们时好时坏，有时聪明，但更常表现出来的特征是愚蠢。他们的目标是建立能给所有的人以自由的制度。而不是象他们的法国同代人所希望的那样，建立一种只给‘善良和聪明的人’以自由的极受约束的制度。” [3]

个人作为社会生活的一个基本要素，并非在近代以来才第一次出现，它在人类早期的政治法律上就作为一个环节出现了。在古希腊的政治生活中，作为城邦的公民，在罗马社会的经济生活中，作为罗马私法所保障的个体，在中世纪神权政治中，作为基督徒，他们都是一些具有个体性意义的个人，而且他们也都在当时的政治、法律和经济形态下具有着一定的相关地位和意义。尽管如此，近代宪政政治所确立的人的个体性却不是过去历史中关于人的个体定位的简单延续，它是一种全新意义上的对于人的个人性价值的重新定位和确立，人作为个人在宪政的政治法律框架之内占据了中心性的地位，可以说宪政的整个保障系统都是围绕着近现代意义上的个体性而展开的，个人是整个宪政框架内的轴心和枢纽。从这个意义上来看，宪政下的个人便与非宪政的个人有了根本性的差别，如果说宪政之前的那种政治框架下的个人也具有某种地位、权利和意义的话，那它与宪政体制下的个人所具有的地位、权利和意义是全然不同的，两者不是简单的数量上的差别，而是后者对于前者的实质性的飞跃。需要特别指出的是，这种飞跃的基础并不仅仅在于个人自身，而在于与个人相关联的政治，具体点说，在于政治制度、法律制度和司法审判等保障系统。

应该看到，过去的个人所享有的诸如生命、财产、自由等权利从没有在宪法这一根本大法中得到政治性的合法保障，无论是古希腊罗马的公民社会，还是中世纪的王权和教权社会，其法律保障都还没有上升到宪法的高位，都有可能被各种各样其它的权力所侵害。历史的实际状况确实如此，古希腊罗马时代，作为私人的个人并没有多少独立自由的权利，城邦国家随时可能以各种合法或非法的专制方式剥夺个人的有限权利，在中世纪教权社会，虽然个人在神学上获得了人人平等的权利，但作为私人的个人也同样难逃王权和神权两大专制权力的枷索。只有到了近代社会，特别是在宪政的政治形态之下，作为私人的个人，其所拥有的各项权利和自由才得到了宪法的根本性法律保障。通观近现代的宪政史，从英国光荣革命到美国的宪政，几乎所有的宪政国家所颁布的宪法中最核心的内容就是保障个人的政治和经济权利，个人在所有这些宪法中都具有至关重要的意义。

由此可见，宪法对于个人权利的法律保障是宪政有别于其它任何政治体制的一个核心要素。宪法对于个人权利的保障是宪政的一快基石，但单就此来说，还不能说它就是严格意义上的宪政，因为宪法的权利保障还要落到实处，这个实处固然有很多方面，但说到底最根本的一条，就是对于国家和政府权力的限制。通过合法限制政府的权力，有效制约政治权力，特别是国家权力所可能导致的专制和极权，从而保障个人各项权利免遭侵害，维护个人的价值与尊严，这是宪政正义的精髓。政治学家萨托利在分析宪政时曾精辟地指出，宪政并不等于政府规划，也不等于“宪法”，所有国家都有一部宪法，但只有某些国家是宪政国家，为此他划分了三种宪法形态，一是保障性的宪法，二是名义性的宪法，三是装饰性的或冒牌的宪法。在他看来，只有保障性的宪法才是真正的宪法，“‘宪法’意味着一个政治社会的框架，它依据法律组织起来，其目的是为了制约绝对权力。”因此，真正的宪政必须包含实质性的内容，那就是人权保障，“只有当政府框架提供一个人权法案以及保证人权法案得到遵守的一系列制度设施时，政府规划才成为宪法。” [4]

宪政正义为政治正义开启了一个新的价值趋向，这一趋向在人类历史中具有扭转乾坤的意义，这一逆转对于近现代的人类文明史具有绝对性的意义。以往的人类思想史，对于个人与社会、自我与群体、公民与国家、自由与限制等多个层面上的价值关系，大多采取的是与宪政迥然不同的思维定式，虽然在这一定式之下也有各家各派之说，但与宪政思想所导致的革命性观念变革相比，这些学说的观点之不同，仍只是在同一个框架之内中的差异。按照古代的传统思想观念，或者神学政治的传统观念来说，个人即便有独立自主性，那也须溶汇于高于个人的群体组织系统，并作为整体秩序中一个环节而存在。所谓小我与大我、个人与集体、臣民与国家的关系等，其价值性仍偏重在整体利益的优先性和主导性上。例如，古希腊时代的城邦国家，罗马社会的共和国，民族国家中的君王，甚至基督教的教会等等，都是整体上大于个体之和的总体性占统治地位，在黑格尔哲学，特别是他的国家理论中，这一思想得到系统和极端的表述。至于东方中国社会的价值趋向，可以说比之于西方的这一传统思想定式，更是有过之而无不及。中国历来有“国家兴亡，匹夫有责”，“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”的传统美德，在国人心中，国家、朝廷、社稷、家族等占据着绝对主导性的地位，而个人、自我等则处于次要的地位，这种天下为公的价值取向决定了中国的政治正义论的总体性特性。

虽然在西方和中国的传统思想中也有一些反抗总体性的观念，如希腊时期的伊壁鸠鲁的个人功利主义、中国老庄的虚无主义等，都是总体性社会政治观中的不谐之音，但与宪政中的个人自由权利相比，它们并不能对总体主义构成真正的挑战。通观人类政治思想史，可以看到，只有立足于宪政基础之上的个体主义才是真正与传统总体性政治哲学相对立的一种全新的政治社会思想。为什么这样说呢？因为宪政所确立的个人原则，它从逻辑上打破了过去那种个别从属于一般的普遍逻辑，而确立起一种以个体为核心的个人主义政治逻辑。不是个人服从于集体，小我服从于大我，个体服从于国家，而是相反，国家、集体、天下、皇权、社稷、家族等等，它们的存在和目的仅仅是为了个人、自我，总的来说，不是个人为国家或政府而存在，而是国家或政府为个人而存在，它们的价值立足在个人的生命、财产和自由这些现实的人权基础之上。由此看来，宪政的政治逻辑针对东西方传统社会的政治逻辑来了一个颠倒，这个颠倒在十八世纪宪政制度确立之前是从来没有过的，虽然其中的一些个别内容也曾为一些思想家所提出和鼓吹，但相对说来还很不完整，还缺乏强有力的正义论支撑，没有获得充分的法治上的保障，往往作为异端邪说而没有容身之处。当然，正是这些不时涌现出来的强调个人权利本位的思想，它们构成了宪政正义论的历史性根源，并逐渐使宪政的思想观念丰富起来，从这个意义上说，宪政正义论并不是凭空出现的，它是在西方社会政治思想的源流中成长壮大的，而一经确立就构成了人类政治的新篇章。

值得注意的是，浏览一下中西社会思想史人们会发现，即强调个体和个人的作用，甚至把个人和个体放到极端的位置，这并不是宪政的创新，例如，希腊思想中的伊壁鸠鲁学派、中国古代的庄禅思想等，它们都是非常强调自我的，而近代的功利主义、意志论和虚无哲学等，也都把个人利益或自我放在了中心的位置。但是，宪政的个人权利思想与上述各种思想有着根本性的区别：首先，伊壁鸠鲁学派、庄禅思想中的自我是对社会政治冷然漠视的抽象空虚的自我，它们由于对所处时代的社会政治悲观厌恶，因此把自我寄托在超然空虚的宁静心境或世俗生活之中，这显然与宪政所确立的政治法律框架之内的个体自我的合法性和合理性之地位有着重大的不同。相比之下，宪政体制之下的个人原则是与社会政治生活密切相关的，甚至可以说，它们的基础恰恰在于宪政的社会政治、法律、经济之保障系统上。第二，宪政的个人原则虽然与功利主义等思想有着千丝万缕的联系，但它们之间仍然有着原则性的区别，宪政的精髓在于自由主义，而不在功利主义，更不在虚无主义。因此，相比之下，宪政的个人原则又是低调的，保守的，它采取的不是自我的全方位实现，而是通过一种新的政治逻辑，致力于对政府和国家权力的限制上。与此相反，功利主义，特别是各种绝对的唯一主义却是积极的，富有战斗力的，力争全方位的实现所谓自我的本质。通过上述比较，可以看到，宪政的自由主义和个人原则既不同于忽略社会政治的虚无主义也不同于高扬社会政治的乐观主义，它在社会政治态度上是低调的，甚至是有些悲观的，但是，这种悲观不是传统意义上的悲观主义，而是一种积极性的悲观，即由于看到了人性的弱点和政治权力的危害而采取的稳健的政治哲学。

宪政作为一种制度性程序，它首先涉及政府的权力配置，这是宪政的第一个层次的内容。然而，如何配置政治权力，由谁统治，如何统治，统治的目的是什么，这些问题显然与宪政的正义有关。

在传统观念中，个人权利与政治权力的关系一般是前者从属于后者的统辖关系，古今中外的官方政治思想历来把这种统治与被统治的政治关系视为天经地义的，并以各种有形或无形的方式将其合法化。不但统治者这样认为，被统治者也是这样认为的，个人在法权关系中没有什么独立的地位。对于这种政治关系，在主流官方意识形态之外，也曾出现过诸如犬儒主义、庄禅思想的反抗，但这种反抗企图在政治法权之外寻求理想的个人家园，最终只能是留于幻想。当然，还有另外一种极端的政治思想，即所谓“王侯将相，宁有种乎”的造反意识，这种看似革命性的政治观念古已有之，不但中国此起彼伏的农民运动，即便是西方的阶级斗争、无产者革命等等，也都属于此列。这种政治思想与政治虚无主义不同，它们诉求积极的政治革命，对既定的法权关系不认同，企图以革命取而代之。但是，应该看到，这类革命很多时候从根本上来说并不具有革命所内涵的实质意义，它们虽然对所反抗的法权关系采取了否定的态度，但是从内在的政治逻辑来看，它们所反抗的并不是这种法权关系的不公正逻辑，而只是反抗这种逻辑关系中的一方，并希望通过革命取而代之。其实，它们对这种法权关系是认同的，所不认同的是自己所处的位置，因此，它们的革命说到底不过是为了变换原有法权关系中双方的位置而已，而对于法权关系本身的逻辑，并不产生实质性的变化。我们看到，通过这样一些革命，过去的统治者被消灭了，原先被压迫的农民成了皇帝、统治者，然而，实质并没有改变，最多不过是名词上有了变化，过去称为统治者的皇帝、君王、贵族等现在变成了人民、无产阶级、先锋队，但统治与被统治的政治法权关系并没有得到根本性的变革。

过去的那种法权关系无疑是不公正的，统治者与被统治者处于不平等的地位，那些犹如散沙一样的各种各样的人，他们作为被统治者，在这种不平等的政治与法律关系中被视为工具和手段，从属于高高在上的统治者，遭受他们的压迫和奴役，自身没有独立的权利、尊严和人格，其生命、财产和自由得不到有效的保障。对于这种不公正的法权关系，前述的那些革命并没有从根本上予以破除，更没有建立一种新型的政治逻辑，虽然关系双方的主宾关系发生了变化，但其关系的非正义性依然如旧。如是观之，宪政的政治逻辑分明具有了实质的正义性。它所建立的新型的宪政

法权关系，不是单纯变换主宾双方的位置，而是破除了这种不公正的政治关系本身，建立起新的关系。在此，统治者无论是君主、皇帝，还是人民、先锋队等，都不再享有绝对的威权地位，或者说，这种关系基本上就不是“统治”的关系，而是一种平等的法权关系。在这种关系中，一方是被授权的“统治者”，另一方是享有权利的“被统治者”，两者的关系并不是后者从属于前者，而是相反，前者组成的只是“有限政府”，其职责是为了更有效、更现实地服务于每个公民的合法需要。

宪政的政治逻辑便是这样一种立足于个人权利的逻辑，个人既不是幻想中的远离法权关系的自我，也不是企图通过政治斗争而成为统治者的自我，而是一些在社会的平等、共识的政治法权关系中不断丰富自己的私我。这里所说的私我，具有自己独立的生活空间，享有被法律所保障的基本的自由权利，私我并不意味着对政治漠不关心，远离社会政治法律生活，而相反，个人正是以他的私人身份参与社会，介入宪政，可以说，没有这种私人性，宪政的法权关系也就失去了基础。

为什么私人在宪政中具有如此突出的地位呢？因为，宪政从一开始就把防范放在了优于伸张的地位，宪政正义所确立的价值取向，与其说是旨在伸张个人的各项权利，不如说是旨在防范个人的各项权利被“统治者”所侵害。从这个角度看，也许宪政的政治逻辑比之各种争取个人权利的斗争哲学要消极，但这恰恰是宪政正义的实质所在。因为历史的经验表明，那些所谓的高调理论，它们看上去似乎非常积极，富有理想，把个人的各项权利充分放大，甚至提高到吓人的高度，并不惜为之浴血奋斗，但实际的结果却适得其反，往往又退回到旧有的政治逻辑之中，变成了新的专制。宪政所确立的个人原则，是一种看上去较为保守的弱势原则，它并不着力于追求自我的权利，而仅是把重心放在如何限制专断的政府权力使其不损害个人的私人权利方面。因此，限制政府权力，保障私人权利和私人空间，便成为宪政的第一要务。

专制的统治者其权力的非正义性自不待说，即便是宪政法权关系中的政府权力，也隐藏着巨大的危害，谁都知道阿克顿的名言：“权力导致腐败，绝对的权力导致绝对的腐败”。虽说权力在协调人的政治社会生活方面是必不可少的，但它所具有的危害却是不能低估的。可以说，人类社会的不公正之源首先来自政治权力，特别是非法的政治权力。鉴于权力这种利器的可怕性，宪政才把所要解决的头等大事放在对于政治权力的限制上，在它看来，关键的问题不是如何去伸张个人的权利，而是在于限制政府的权力，只有政府的权力得到了合法的限制，个人的权利才会得到有效的保障，私人的生活空间才不会被政治权力所压瘪和催毁。因为统治者总是本能地想逾越他的政治界线，非法使用手中的政治权力，而且政治权力掌握着国家机器，无疑会更加助长掌权者的非份之念，谁一旦大权大握就可能甚至必然地会非法使用各种政治权力，以达到自己的目的。

政治权力一般总是为政府所拥有，限制权力从根本上来说就是限制政府的权力、统治者的权力。权力只能用权力来限制，因为仅仅抽象地高喊限制政治权力，反对权力专制，还是远远不够的，必须从制度、法律和程序上予以解决，所谓宪政，并不单纯是一种政治哲学，而是一种实体化的法治制度。萨托利写道：“无论过去和现在，立宪制度事实上就是自由主义制度。可以说，自由主义政治就是宪政——动态地看待自由的法律概念以求解决政治自由问题的宪政。这就说明了撇开自由主义——我坚持认为是自由主义而不是民主主义——就无法谈论政治自由的原因。我们今天所享有的政治自由是自由主义的自由，自由主义性质的自由，而不是古代民主政体下那种变化不定、令人怀疑的自由。”[5]自由主义的宪政是“驯化权力”的有效方式，它通过三权分立、民主选举、司法独立、违宪审查等一系列有效的手段而达到限制政治权力、保障个人权利的目的。

三、自由概念的两种形态

我们知道，宪政是一种自由立宪制度，它建立在自由主义基础之上，或者更具体地说，建立在个人自由的基础之上。宪政的根本目的是保障个人的权利，个人权利中最根本的是自由，或个人的自由权利。说到权利，我们似乎又进入另外一个迷宫。早在古希腊有关权利的思想就已萌芽，古罗马的法权社会从法理上对权利给予了新的解说，而基督教的神学则从超验维度上为权利注入了新的血液。不过，宪政之前的权利观，从某种意义上来说，都还不是真正的法权意义上的权利观，只是在近现代的宪政制度那里，权利才有了实质性的落脚点。因为，所谓的权利从根本性来说，乃是个人权利，特别是个人的政治、法律和经济上的权利，在个人作为法权主体的地位尚未确立之前，所谓的权利往往不是被歪曲了，就是被抽空了或支解了，尽管古代直至宪政以前的社会政治思想中不乏有各种各样对于权利的解说，但个人的权利主体地位从没有真正确立，权利往往不是等同于私权，就是被转嫁为集体、国家的权利，特别是被转嫁为或等同于国家性权利。这样，权利由于失去了个人的主体这一载体，也就变得毫无意义了。

宪政所保障的权利乃是个人的权利，首先指个人的自由权，自由在个人的各项权利中具有绝对的优先性。关于自由历来有不同的看法，特别是近代以来，自由每每成为社会革命的旗帜，不同的思想家对此给予了不同的解说，但从宪政的角度来看，英国政治思想家伯林对于两种自由概念的分析无疑揭示了宪政政治与个人自由的内在价值关系。伯林追随法国思想家贡斯当的观点，划时代地区分了两种自由概念，用他的话来说，一种是弱概念，一种是强概念，有关自由强弱两种概念的解说在伯林看来并不单纯是一种量上的差别，而具有非同小可的实质意义，特别是当自由从哲学的思辨转换为政治自由概念时，它的强弱两种形态无疑对人类政治实体的建构起到了至关重要的作用。

说起自由的强弱之分，我们首先还是回到有关它的定位分析上，在伯林看来，自由并不是一个单向度的概念，如何解说它涉及一个逻辑的内在取向，特别是在法权关系中，这种逻辑取向具有了政治法律的意义。一般人看待自由，都是立足自由自身的肯定态势上，往往把自由定义为“去做……的自由”，其中在“去做”之下的“……”，可以填充上各项内容，这些内容分别是不同人所理解的各项不同的权利，人们把它们称之为平等、民主、幸福、功利、责任，甚至有人更把它们扩大为大写的人民、主权、共产主义、公有制、国家利益、民族至上等等。由于这种自由的定义法是一种肯定性的确定，也就成了一种目的、理想乃至乌托邦，而为了争取和追求这类自由的实现，自由的探寻者们就顺势变为为自由而战的奋斗者、冒险者，他们为了争取那些一项比一项更加宏大的自由理想，开始了不妥协的现实斗争，为自由而战变成了政治革命的口号。这种肯定性定义即伯林所说的有关自由的强势定义，强势定义显然看上去具有主动的积极性和鲜明的理想性，但令人震惊的是，这种自由的强化追求却导致了极其惨烈和可怕的后果，我们亲眼目睹了历史上特别是近代以来一幕幕打着争取自由旗号的人间悲剧，这些灾难性的后果恰恰是在这种强势自由的旗帜下被制造出来的。对此，人们不禁惊颤的诘问：这究竟为什么呢？为什么看上去如此美好的自由会导致如此可怕的邪恶呢？

然而，当我们正视自由的强势逻辑，答案便不难获得。由于自由被一次次拔高，直至达到终极自由，那么其间所有一切具体的、个别的自由在终极自由面前就不再是目的，反而成为手段，为了终极的自由，这些手段性的自由都可以被无情地牺牲掉，这样一来，自由便成了人间罪恶的渊藪，成了最大的强制。正如李普曼所说：“当令人痛心的结局在一些进行了全盘革命的国家中变得显而易见时，我们更强烈地感受到了现代人所处的困境中令人绝望的一面：他们越是去建立一个人间天堂，结果却只是使地球变得更像地狱。”[6]——这就是强势自由的政治逻辑。

面对如此可怕现实，追求自由的人们不得不深思，这样的自由难道真的是我们所要维护和欲求的自由吗？宪政难道是建立在这样一种自由概念之上吗？答案显然是否定的。也许是鉴于此，伯林有别于这种强势的积极的自由定义，提出了一种弱势的消极的自由理论。在他看来，自由的本质不是建立在“去做……的自由”这一政治逻辑上的，而应该是建立在一种“免于……的自由”的政治逻辑之上。“政治自由只是指一个人能够不受别人阻扰而径自行动的范围。我本来是可以去做某些事情的，但是别人却防止我去做——在这个限度以内，我是不自由的；这个范围如果被别人压缩到某一个最小的限度以内，那么，我就可以说是被强制，或是被奴役了。……强制意指：某些人故意在我本可以自由行动的范围以内，对我横加干涉。”因此，在伯林看来，自由应是“消极的”（negative）自由，它不同于“积极的”（positive）自由，只关注“在什么样的限度以内，某一个主体（一个人或一群人），可以、或应当被容许，做他所能做的事，或成为他所能成为的角色，而不受到别人的干涉？”[7]这样，自由在“免于”之下“……”，便可以填上一些自由不应该受到限制或压迫的内容和权利，例如，自由可以说成是一种“不被政治权力所束缚的生命权、人身自由权、财产权、言论自由权”，或者说，自由就是“个人的信仰、言论等不被政府的权力侵害”。总之，这种对自由的定义是一种否定性的定义，它不在于指出自由应该是什么，而在于指出政府权力或其他政治强权不应该限制什么、损害什么、剥夺什么。

如此看来，有关自由的这种否定性定义就不再把立足点放在了自由自身，而是放在了限制自由的社会政治、法律等势力上面，不直接地解说自由应包含哪些权利，而是指出个人之外的社会势力不应该限制个人的哪些权利，这是伯林所说的对于自由弱势定义的要津。这种定义在价值取向上有别于强势定义，它所划定的界线不是针对个人权利的，而是针对政府权力的，它并不具体地指出个人自由应该包含哪些权利，这些权利中哪些更为根本，哪些是终极性的，而是仅仅列出了最低限度的个人权利，这些权利是政府权力所不应该侵犯和损害的有关个人的最起码的权利。这样，人对于自由的追求和奋斗就完全掉转了方向，它不再是一浪高过一浪的刻意追求的终极自由，并为此不惜牺牲那些非终极性的自由，而是把矛头对准了限制个人自由的社会政治势力，尽可能使个人享有的那些最起码的人身权利不被政治强权所侵犯。至于有关个人的自由权利到底包含哪些内容，完全可以由人自己来排列。然而，总的来说，个人权利中最主要的，也是人们可以达到普遍共识的，不过是几项基本的个人权利，按照古典自由主义的理论，如洛克所指出的，那就是个人的“生命权、财产权和自由权”。当然，你可以不把这几项权利视为是最高的终极人权，但你很难否定它们是人的基本权利，人们显然不会因为这几项权利的孰高孰低而引起目的与手段的斗争，而是把关注的中心放到社会政治领域，去审查在我们广阔的社会生活中究竟有哪些不正义的政治权力正在危害着人们的这些基本权利。

我们看到，伯林对于两种自由概念强弱定义的区分，具有着十分重大的理论和现实意义，特别是在政治法律领域，这种自由权利的强弱之分，为我们探究宪政正义论指明了方向。也许，古典自由主义有关自由的弱势定义并没有把上述所说的几项个人权利视为个人的终极性权利，但是历史实践表明，人的权利诉求中最根本的并不是强势定义所罗列的那些看似崇高的概念，而恰恰是那些基本的自由权利，正是它们构成了宪政的基石。萨托利认为，宪政的关键是自由，当然在此自由只能意味着政治自由。政治自由是摆脱外物的自由，而不是行动的自由，这种自由与其说是消极的，不如说是一种防卫性或保护性自由。他写道：“如果要问，是否应当追求多种自由，我的回答是应当；但是要问除了自由主义性质的政治自由以外，是否还有另一种性质的政治自由，我的回答是：没有。所谓社会自由与经济自由，无不以驯化权力的自由主义技巧为前提。”[8]

在伯林、哈耶克、萨托利等自由主义者看来，宪政依据的政治逻辑正是这种弱势自由的政治逻辑，与之相反，强势自由的政治逻辑非但不能构架出宪政体系，甚至反而导致了极权主义的专制。伯林写道：“进行革命的人所宣称的自由，也往往只是意味着由某一些特定主义的信仰者、某一特定的阶级、或其他一些或新或旧的社会群体，来取得权力和权威而已。他们胜利，必然会使那些败退下来的人遭受挫折、有时还会使许许多多的人遭受压制、奴役、或放逐。但是，这一类的革命分子，经常觉得有必要做如下的辩解，亦即：他们的理想就是每一个人的理想；他们认为，那些拒斥这种理想的人，虽然迷失方向，或者因为某种道德上、或性灵上的无知，而误认目标，但即使是这些人的‘真实自我’，也是在追求这种理想；因此，他们可谓是自由的斗士，或‘真正’自由的代表者。”[9]

四、三维正义及其强弱势意义

前文曾指出，政治正义就其内在的价值性看，有三种维度：一是超验价值，一是人类价值，一是个人价值，这三维价值分别建立起三种正义：超验正义、人类正义、个人正义。在分析了强弱两类自由概念之后，依照古典自由主义的路径，也可以从强弱势两种逻辑剖析上述的三种正义形态。我们看到，恰恰是强弱定义的不同才导致了政治正义内在的价值性张力关系，如果没有强弱之分，那么它们就只是处在一种平面的关系，很难说是一种张力关系，而正是因为其强弱势的不同，才从深层构建起这种张力的矛盾冲突。

从宪政的角度看，政治自由至关重要，它比民主、福利、效率、平等对于个人来说更为根本，这一根本点是建立在有关自由的弱势定义上的。依照这种定义模式，我们同样可以把它推广到对于“人”的构建上。有关“人的本质”，可以依据强弱势的政治逻辑，定义为“能做……”的肯定性本质，或“免于……”的否定性本质，这两种有关人的定义，正像自由的定义一样，在政治社会的实践中同样具有举足轻重的作用。考察一下人类政治思想史，有关人的定义多种多样，自从希腊德尔斐神庙中那句有名的箴言“认识你自己”之后，可以说关于“人是什么？”一直是人类探寻求索的一个关键性问题，每一个思想家、政治家、法学家，都有自己的人性观，并都把自己的理论系统建立在人是什么的观点之上。但到底人是什么呢？可以说，在宪政政治确立之前，人是什么往往采取的是一种肯定性的填充模式，借用伯林的话来说，都是一种有关人的强势定义的思想逻辑，在人的名义之下，理论家们放置了各种各样的本质，于是，人成为一个万花筒的东西：理性的动物，功利的追求者，冥思的哲学王，上帝的选民，无产阶级的先锋队等等，如果愿意的话，可以在这个括号内填上更多的东西，但有一点至为关键，那就是这些肯定性的定义及其必然导致的目的与手段的冲突，最终只会使得个人成为“人”的牺牲品。

与这种强势定义不同，“人”也有弱势定义，这种定义是一种反向的消极性定义，其价值取向并不在人应该是什么，或最终最后应该是什么，而采取一种反向的方式：人不能够被剥夺什么，不应该被损害什么。在此之下的人，因此是一个处在特定社会政治关系中的活生生的个人，这个个人可以秉有很多本质，但至关重要的，乃是他的一些基本的权利不被社会强权所侵犯，他的最基本的生命安全、财产所有、思想自由、个人隐私等基本权利能够得到合法的保障，它们是每个人作为人所应该享有的，也是不可剥夺的。从这个意义上来说，关于人是什么，如果采取弱势的定义，似乎也就易于理解了，人就是每个人对于其基本权利的资格拥有，而宪政所维护和保障的恰恰首先是这些基本的个人权利资格的定在。

从正义论的角度来看，这一维度所呈现的乃是个人正义这一价值性，我们看到，这种正义的价值取向是低调的，消极的，正像前面对于自由的分析，它采取的乃是一种弱势的政治逻辑，个人在此所表现的正义性，与其说是他的应该所得、理想所得，不如说是他的所是所得之不被侵犯或损害。依照自由主义的政治观，个人的所是所得也就是他的自由，这样，个人便与自由在弱势结构中结为一体，因此，个人自由的弱势逻辑便成为宪政的支柱。“正义的意义，是每个人拥有最低限度的自由，我们当然有必要对其他的人加以约束，必要时还可以强制执行，以使他们不至于剥夺任何人最低限度的自由。其实法律的整个功能，也就是预防这种冲突：在这种情况下，国家就成为拉萨尔所讽刺

为守夜者、或交通警察之类所代表的功能。”[10]

当然，宪政政治并非单纯把它的正义性完全建立在个人的正义之上，我们说个人正义是宪政的支柱，但如果宪政仅仅只是维持个人自由的正义，那个人正义本身也就不存在了。宪政政治所呈现的乃是三维的价值取向，为了更加确保个人自由权利的正义性，在其中必须导入其它两类正义，即超验正义和人类正义。

让我们先来分析一超验正义，特别是超验正义的强弱两种含义。超验正义看上去似乎与个人正义是直接相对的，就其渊源来说，它来自于神性的超验价值，从历史上看，这种超验价值伴随着基督教进入人类社会，在形态上它更贴进于基督神学所启示的超验真理。这种超验真理可以理解为一种终极性的价值关切，它在本源上远远高于个人，也高于人类社会和历史，是一种绝对的正义。绝对正义虽与人相异，但又无时无刻不以一种神奇的方式切入人的生活，无论是在人的社会政治领域还是在人的私人信仰领域，超验正义都随时以它所包含的绝对公正性贯穿其中。

追溯起来，超验正义早在基督教产生之前，就曾以自然法的形态出现在古希腊罗马的法权关系中，甚至也曾出现在人类早期的原始自然观念之中，无论是东西方，在其政治法律意识的萌芽阶段，超验正义就以天之道义、神的公正、自然法则等形态出现了。如人类第一个成文法典汉谟拉比法典，其所赖以确立的价值基础便是这种神的公正，此外，在中国先秦时代的政治观念中，古希腊时代的成文法，古罗马的十二铜表法中，超验正义都以不同的神的正义或自然正义的形态出现，并作为这些习惯法和成文法的价值根基。至于基督教神权在欧洲取得绝对统治地位以来，超验正义更是以基督神性的启示真理呈现出来，《圣经·阿摩司书》云：“惟愿公平如大水滚滚，使公义如江河滔滔。”阿奎那写道：“上帝的正义被恰当地称之为真理，这一正义依据上帝的智慧的理性确立了事物的秩序，这种理性即是它的法律。”[11]近代以来，西方政治思想中曾占据主导地位的自然法理论，也是把超验正义视为人类政治法律关系中最重要基石。总之，超验正义是一种影响着人类文明史的决定性力量，虽然它在不同时代、不同民族中曾以不同的方式凸显出来，但其内含的超验价值却是一致的。

现在的问题在于，超验正义究竟是怎样的一种正义？它与个人的正义是什么关系呢？宪政制度中的超验正义又是如何表现出来的呢？

如果直接面对超验正义，我们立马会陷入某种绝境，因为超验正义是一种奥秘，我们根本无法知道它是什么，所谓超验之物，按照康德哲学的理解，乃是超出了人的知性、甚至理性能力之外的一种天上的力量，人凭借自己的认识能力根本无法企及。因此，可以说超验正义，是一种人根本无法把握的正义，但是无法把握，并不意味着不存在，实证法学派对超验正义采取的排斥态度显然是不正确的，说到底它们与其说否定超验正义，不如说是否定法律的价值性，如果承认法律和政治是有价值的，是立足于正义的，那么就不可能不承认超验正义。个人的正义之所以是一种正义，从最深的渊源处来看，乃是系于这种超验正义，个人正义与超验正义的关系不是一般的逻辑关系，也不是一般的理性所能认识的，所以，很多人忽略了它们之间那根隐秘的关联。弗里德里希指出：“人类正义的本质透过神的正义方能得见（恰如透过一面镜子），而后者乃是只能部分地启示给凡人的神秘之物。”[12]对此，弗里德里希还引用了笃信西方宪政的柏克的一段热情奔放、无与伦比的言辞，柏克这样写道：“有一种东西，并且只有这种东西恒久不变，它先于这个世界而存在，而且也将存在于这个世界自身的组织结构之中；它就是正义。这种正义起源于上帝，驻留在我们每一个人的胸中……并且，这个地球都化为灰烬之后，以及在我们的律师和诉讼当事人面对伟大的法官——上帝——之时，它仍将特立永存……”[13]

当然，超验正义也有伯林意义上的强弱之别，“去做……”的肯定性强势逻辑，无疑使它误入迷津，谁有资格承担起超验正义的职责？超验之所以是超验就在于它的不可知，因此，直接解说超验正义是什么，并担当起它的使命，就有可能导致神权专制，中世纪的教会统治显然是把超验正义的强势逻辑推行到极端，上帝的正义蜕变为教会统治世界的权柄。然而，超验正义如果是一种弱势的逻辑，自身并不企图去做什么，只局限于消极性的价值关切，那么，它在人类文明史中的地位就是无可厚非的，特别是对于每一个人来说，超验正义的关怀更具有实质性的意义。

因此，从弱势上看，超验正义就显现出两个层次的价值定向：一，超验正义是高于既定的社会政治、法律关系之上的更高的价值，那些即便是在现实的法权关系中得到合法性证明的政治权力和法律条文，如果侵犯了个人的基本权利，丧失了公正性，也会被超验正义所否定，这种对于恶法的否定因为超验正义的支持而具有了更高层次的合法性与正义性；二，超验正义恰恰是由于对政治权力、统治体制、法律规范等社会政治关系担当起最高监督人的角色，因此，便与每个人的实实在在的世俗生活密切地联系在一起，也就是说，它的超验性并不意味着它是高高在上的，与人漠不相关的，而是相反，超验正义更贴切人，关怀人，特别是关怀和扶助那些生活的弱者和被压迫者。这样，超验正义便在它的价值关怀中与个人构成了水乳交融的关系。超验正义的这种弱势意义，就使它与个人正义发生了实质性

的关系，这一点值得我们特别注意。虽然从价值维度上看，个人正义与超验正义源于不同的两极，但是在对于人，特别是对于普普通通的个人来说，两种正义却交汇在一起，共同维护着每个人的生命、自由和尊严。

从历史上看，超验正义对于个人权利的维护是以不同的面目或方式出现的，它可以是上帝的正义，也可以是自然的法则，但有一点是明确的，即它们对于人来说自身都不是目的，而是以人为目的，这一点是理解超验正义的关键，也是超验正义弱势定义的政治逻辑之所在。从这个意义上看，对于人类历史上的神学正义论，我们就会产生出不同的看法，到底是人为上帝而存在，还是上帝为人而存在，这一点关系着对于神学的不同理解。如果按照超验正义的弱势逻辑，显然个人是目的，耶稣基督是为拯救每一个受苦的人而来的一一这是神学正义论的关键。

但是应该看到，历史上往往并非这种弱势理论占据主导地位，相反，很多人信奉超验正义的强势理论，他们把上帝、超验真理、理想王国本身视为目的，这样一来，人类的政治史就发生了翻天覆地的变化。由于神学家们硬要在地上实现神圣王国的绝对正义，那么人世间的东西，特别是那些孤零零的个人便都要成为上述神圣目的的手段和牺牲品了。个人的一切权利在超验正义的强势逻辑看来，都是微不足道的，庸俗不堪的，没有多少价值性的，为了神圣王国，它们都可以被毫不留情地铲除掉。我们看到，中世纪的神学统治奉行的就是这种强势的逻辑，而在近现代社会，虽然超验正义的神学外衣没有了，但它的强势逻辑依然存在，这些看似变换了形态的强势逻辑对于个人自由的危害不可低估。

由此可见，超验正义的强弱之划分一如自由概念的强弱一样，对于人类政治来说具有十分关键的意义，宪政的正义性并不排斥超验正义，而是需要超验正义的支持，只是这种超验正义不是强势意义上的，而是弱势意义上的。单就宪政制度的结构与功能等形式方面看，它与超验正义并无太多挂葛，但就实质性正义看，宪政确实开启着超验正义之维，宪政的目的是为了保障个人的合法权利，但是，仅仅从个人正义的角度，这种保障还是单薄的，甚至是力所不逮的。宪政需要弱势的超验正义，因为后者不是为了自身，而是为了个人，在维护人权这一根本点上，宪政与超验正义是完全一致的。弗里德里希指出，宪法的“核心目标是保护身为政治人的政治社会中的每个成员，保护他们享有的真正的自由。宪法旨在维护具有尊严和价值的自我（self），因为自我被视为首要的价值，这种自我的优先，植根于上面讨论过的基督教信仰，最终引发了被认为是自然权利的观念。因此宪法的功能也可以被阐释为规定和维护人权的。在这些权利中，每个人宗教信仰的权利过去和现在都是精神领域内至关重要的权利，它与物质领域内过去和现在所保有的私人财产权同样至关重要。……而在整个西方宪政史中始终不变的一个观念是：人类的个体具有最高的价值，他应当免受其统治者的干预，无论这一统治者君王、政党还是大多数公众。”[14]

在初步分析了个人正义和超验正义之后，现在面临的便是人类正义这一课题。从哲学上看，个人与人类是一种个别与一般、特殊与普遍的关系。人类是什么？这是一个既简单又困难的问题，正像人类是一个既空洞又丰富的词汇一样，说它简单和空洞，因为，我们可以明白地看到宇宙中那个独特的与其他自然生命不同的生命存在便是所谓的人类，但是我们一旦想对人类有所深入地了解，困难和复杂性也就立刻出现了。在此，我们并不想纠缠于哲学语义学之辩，而是关注个人与人类之间的价值性关系。可以说，人类是一个总体性概念，对于自然世界来说，它是一种生命存在的类别，但对于个人来说，它便成了一种没有多少实质意义的抽象概念。而要对人类有进一步的认识，就势必要导入历史环节，人类与其说是在个人的总和中，不如说是在历史的过程中确立其定位，这也是人们常把人类历史联系在一起的一个主要原因。一般说来，人们很容易把作为总体的人类与作为个体的个人对立起来，确实如此，人类与个人是一对矛盾，它们的关系构成了社会关系中的一项基本内容。但是，如果从政治法权关系来看，人类正义也似乎有强弱两种概念之分。

一般所谓的人类正义，往往是强势意义上的，这种对于人类正义的肯定性理解有着相当大的潜在危险。按照这种强势的政治逻辑，人类便成了一种绝对的社会主体，它在现实世界占据着举足轻重的核心地位，而个人则被排斥到了边缘地位。我们看到人类历史中的很多强权政治，都是在以行使人类主权、追求人类利益的集体主义或总体主义的口号下进行的。除了赤裸裸的朕即国家的个人专制之外，近现代以来的极权政治都是以人类的名义进行的，无论这种极权是纳粹法西斯，还是无产阶级专政等，都可纳入人类这个总体性概念之列。人类作为大于个别之和的总体性，一旦拥有政治性特权，其强势的霸道逻辑也就表露无遗。与人类大致类同的其它概念，如人民、国家、民族、阶级等等，虽然仔细说来它们与人类仍有很大的区别，但是与个人相比，它们都是一些总体性的政治概念，这些概念一旦强烈追求自身的肯定性价值，那么其固有的集团利益、总体利益的强权也就会转变为强制性的暴力。伯林写道：“在伟大的历史理想之祭坛上，诸如正义、进步、未来子孙的幸福，或某一国家、种族、阶级的神圣使命或解放，甚至是自由本身，因为有一种自由，要求个人为社会的自由而牺牲，在这些理想的祭坛上，有很多人遭到了屠杀……”[15]

一旦强势的人类正义占据了社会政治生活的主导，它的膨胀就会很快地吞掉个人正义和超验正义。与此相应，历

史性的概念也是如此，人类很容易将自身与历史结合起来，成为在历史中逐渐成长起来的庞然大物。人类是什么？它就是一个历史进程，为了人类的历史进程，或为了历史进程中的人类，不但某个时代中的个人可以为了人类而被利用或牺牲掉，他们也都可以为了历史进程而被利用或牺牲掉。由于人类的历史具有自身的目的性，那么一切非历史性的东西，特别是那些被历史淘汰的个人，他们的存在就变得无意义了，这样一来，个人也就成了历史这个庞大机器中的螺丝钉，他们从属于人类，更从属于历史。黑格尔曾这样写道：“历史所记载的一般抽象的变化，久已经在普遍的方式之下被了解为一种达到更完善、更完美的境界的进展。”在这个历史进程中，“理性统治了世界，也同样统治了世界历史。对于这个在本身为本身的、普遍的、实体的东西——其他一切万有皆居於从属的地位，供它的驱策，做它的工具。”[16]由此可见，人类正义和历史正义在强势逻辑之下，其正义性就发生了颠倒，变成了最大的非正义性，或者说，变成了邪恶的吃人怪兽。我们应该警惕这种打着人类正义和历史正义幌子的政治专制与强权。

显然，上述的人类正义和历史正义不是宪政的正义原则。宪政正义是否就完全排除了人类正义和历史正义呢？回答无疑是否定的。正像我们已经指出的，宪政正义论包含三种价值维度，人类正义是其不可或缺的一维，在宪政正义论中，人类正义也有自己的位置。现在的关键在于：到底什么是宪政意义上的人类正义？

看来，对于人类的和历史的正义也同样要采取消极的、否定性的态度，也就是说，弱势的人类正义才是宪政正义中的一维。这种弱势的人类观拒斥“人类”这个大写的总体性概念，而把自己限定在一个非常有限的范围之内。伯林曾指出，法国大革命传颂一时的自由乃是一种卢梭意义上的积极自由，“十九世纪上半叶的自由主义者，很正确地看出，这种意义下的‘积极’自由，很容易会摧毁许多他们认为神圣不可侵犯的‘消极’自由。他们指出：全民的主权，可以很轻易地摧毁个人的主权。……对于那些渴望‘消极’的个人自由的人士来说，主要的问题，并不是‘谁’来运用这个权威，而是任何运用这种权威的人，所能拥有的权威，应该有多大。因为他相信，漫无限制的权威，不论落在什么人手里，迟早就会摧毁某些人。”[17]当然，个人就其自身来说还不完整，他无论如何要与人类发生关系，特别是当个人面对外部世界时，人类作为个人的集合是客观存在的，也是每个人所必需的。但是，这里的政治逻辑应该发生根本性的变化，个人在其与人类的关系中不应再是工具和手段，而应该成为目的，不是个人为了人类而存在，而是人类为了个人而存在。从这种政治逻辑出发，宪政正义所要求的便是：个体之和小于个体——这是与“个体之和大于个体”这一总体性逻辑相对立的个体性逻辑。我们过去往往习惯于从总体主义的角度看待个体，宪政的正义却要求从个体的角度看待总体，所谓人类正义的弱势逻辑，便是这种“个体之和小于个体”的政治逻辑。理解了这一点，也就理解了宪政之下的人类正义之所是。

历史正义的弱势政治逻辑也同样如此，历史过程或历史过程的目的性，不应大于历史的片断，不应大于历史中的有限个体，个人完全没有必要成为历史车轮上的螺丝钉，相反，历史是为个人而存在的，过程是为片断而存在的，每个人的现实权利在历史中具有着一定的优先性。当然，这种优先性并不意味着个人可以任意胡作非为，可以为了自己的有限目的和私欲而去牺牲掉未来人的权利。需要特别指出的是，在此所说的乃是一种个人的正义，它从原则上确定了个人权利的有限性，这一点也是个人正义的弱势意义之所在。罗尔斯曾认为，应该“不计时间地同意一种在一个社会的全部历史过程中公正地对待所有世代的方式。……不过，社会的最终阶段的意义不应被误解。虽然所有世代在达到正义状态的过程中都要尽自己的一份责任，但是，不要把这个状态设想为唯一使整个过程有意义、有目的的状态。相反，所有世代都有它们的适当目标，它们同个人一样不相互隶属。”[18]

由于“人类”已不再是过份积极的强势力量，因此，它在社会历史中所扮演的角色也就不那么重要了，凡是企图抬高“人类”的政治理论，都或多或少有某种不可告人的目的，深究下去都有某种为强权政治张目之嫌。宪政正义所确立的人类正义之维，说起来只不过是一种中介性的环节，它的意义与其说是在人类的正义性自身，还不如说是在联结超验正义和个人正义的中介关系上，也就是说，它是个人价值与超验价值之历史性的中介，通过它个人正义与超验正义联系在一起。

当然，个人与神性的关系除了历史性的和人类性的联系之外，还有一种纯个体的相遇，但那是私人性的、瞬间性的和宗教性的，而不是政治性的和社会性的。这种私人的相遇，存在于个体的心灵信仰和灵魂修炼中，而人类性的、历史性的中介联系，却是在社会政治的法权关系中展开的，宪政不是道德修养，而是一种实在的法权制度，它具体地存在于人类的历史性的社会现实之中。因此，就这个方面来看，人类应该是弱意义的、消极的，这一点至关重要，一旦人类和历史变成强意义的、积极的，那么，灾难、专制和不公也就近在咫尺了。

五、自由、正义与弱势的政治逻辑

前面我们从强弱势两个方面对自由与正义问题作了原则性的分析，应该看到，宪政正义是建立在弱势逻辑上的，

它所含的三维价值之整合，恰是弱势正义所彰显的价值性，而一旦转化为强势，其正义性和价值性也就岌岌可危了。然而令人遗憾的是，考察一下人类的社会政治史，上述正义并非以弱势形式出现，在大部分时候，它们往往是以强势形式出现的，强势理论使得政治正义发生了逆转，成为一些毁灭性的力量。由此可见，政治正义的三个维度——个人正义、人类正义、超验正义，它们之强弱两种势态的消涨及其对于人的社会、政治、法律、宗教、道德等方面的正面价值和负面价值，构成了几千年来人类社会政治史中价值性的张力性关系，这种张力性关系只是在近现代以来的自由立宪政治中才有所解决。

自由主义的宪政正义强调的是通过一定的政治制度和法律制度来实现对于个人自由的合法维护与保障。正义只在于维护个人的生命、财产和自由等基本权利，至于这个人还希望把他的生命无限的扩展开来，去实现他的各种愿望、目的和要求，哪怕这些和要求都是高尚的，是为了人类的崇高理想，但它们并不意味着就是正义。但自由之于正义，或自由主义的正义论并不只是意味着保障和维护个人的基本权利，也就是说，并不只是意味着正义与否定性自由相关，在此还有一个涉及自由主义正义论的关键问题，即通过怎样的方式来保障个人权利。在自由主义看来，这种方式就是通过宪政，即宪政所确立的政治制度和法律制度，来保障和维护个人的基本自由权利不受侵犯，这才是自由主义正义论的实质。因为，除了通过宪政，还有很多理论满足人的要求，例如，国家主义就认为完全可以通过国家的政治权力来维护和实现不同成员间的权益要求，道德主义也认为可以通过道德修养来实现人的本质价值，甚至专制主义也认为通过强权政治可以卓有成效地治理社会，实现大多人的幸福。鉴于此，自由主义强调只有通过宪政的法律制度保障个人的基本权利不受侵犯，才是正义，其它的方式都不是正义。自由主义认为，上述其它的方式既不能从目标上来实现正义，而且那些方式本身也是不正义的，因为，正义的实现不是一个手段与目的的转换问题，也就是说，它不承认可以通过不正义的手段来实现正义的目的，它坚持认为只有通过正义的方式才能实现正义的目的，因此，它的正义既是一种个人基本权利得到维护与保障的个人正义，也是一种法律正义和制度正义。

在这一点上，自由主义便与其他的政治理论，特别是与历史主义和国家主义有了根本性的区分。它不同于历史主义的正义论，在后者看来，正义是历史性的，不同的历史阶段有不同的正义，所以正义的内容可以在历史中发生不断的变化，昨天不正义的在今天就可能成为正义的，而今天不是正义的可能在明天成为正义的。根据这种历史主义的观点，为了明天的正义，今天的正义可以做出牺牲，或者说，今天的正义只是为了达到明天正义的一个阶梯或手段，这样一来，历史主义的正义论就把正义变成了一种工具与目的演变过程，历史的最终目的成为最后和最高的正义，为了它，其它的一切正义都可以被视为手段而加以利用。国家主义的正义论与历史主义在逻辑上是一致的，只不过国家、民族、人类、人民替代了历史，它们是最高的和最后的目的，至于国家、民族、人类中的每个成员、每个个体、每个公民、每个独一无二的“自我”，与国家、民族之类的最后目标相比，都是次要的，手段性的和工具性的。因此，可以说，国家主义、历史主义和人民至上的正义论，都属于手段与目的的正义论，用波普尔的话来说，它们都是乌托邦式的政治。

应该看到，这种乌托邦式的政治理论在人类历史上一直占据着主导性地位，在它们那里，存在着一种强势的政治逻辑，这种逻辑如果用公式来表述的话，那就是 $1+1=3$ 的总体性逻辑，也就是说，总体永远大于部分，乃至大于部分之和，总体是目的，部分只是环节或手段，为了总体的目的，每个部分都应该被允许作为陪衬或辅助的工具来使用。这个总体性在不同的时期和不同的政治势力那里，有着不同的表述形态，它们可以是历史、国家、民族、人类等宏大的目标，也可以是个阶级、集团、先锋队、社团等优先性的群体，但对于个人来说，它们都是总体性的，都具有决定个人命运的力量、本质与道义的合理性。

弱势的政治理论，是与乌托邦式的强势政治相反的一种政治观念，它表现为从消极的方面来理解个人的基本自由权利，按照这种弱势的理论，政治和法律制度的宗旨并不是为了要实现最终的理想和目标，而仅在于尽可能地防范个人的基本自由权利不遭侵犯。从逻辑上来看，弱势的逻辑与 $1+1=3$ 的总体逻辑相反，而是 $1+1=0.5$ 的个体逻辑，这种以个体为本质的政治逻辑并不认同总体的优先性，不接受总体性具有最高的目的性，相反，它认为总体是为了个体而存在的，个体是政治逻辑关系中最实质性的内容。如果有所谓最终结果或目的，那它们也只是服务于个体的，个体不能被视为局部的环节或部分而从属于总体，无论这种总体是人民、民族、国家、历史等任何东西，它们都不能从实质上优于个体，更不能把个体作为手段。对此，康德的个人是目的的著名观点可以说是这种弱势逻辑的最好解说。

弱势的政治逻辑突出地体现在法律上，我们知道，法律的实质在于它是一种校正性的正义，即它从法律（乃至宪法）的高度明确规定了个人的基本权利，因此，“不容”侵犯（剥夺、损害）的否定句式，是自由立宪正义的一种基本句式，也就是说，它维护的是个人权利不被侵犯，侵犯了这些权利就是不正义的，就需要通过法律加以校正。根据这种否定性的校正正义原则，自由主义集中把精力放在了个人权利的不被侵犯上，在他们看来，对于个人权利造成侵

犯的最大威胁主要来自政治权力，因此，通过宪政的政治制度限制政府权力，维护司法独立，这样才能保障个人的基本自由和权利。自由主义非常重视司法正义，认为司法正义是政治正义的一项重要内容。哈耶克认为否定性自由的思想通过英国的大宪章，特别是通过美国的宪政而集中地表现出来，体现在宪政法权关系中的自由，是否定性的自由，而不是肯定性的自由。例如，美国权利法案第五条和第十四条修正案便明确规定了通过正当程序条款保护个人的自由与财产权，此外，美国的最高法院也认为自由不仅指只免除对肉体的束缚，而且指个人有权签订契约，有权从事任何一项谋生职业，有权获取有用的知识，结婚、建立家庭和抚养孩子，受自己良心的支配崇拜上帝，以及普遍地享有历来被认为是自由人和一切追求幸福所必不可少的那些特权。

由此可见，宪政国家的法律体系皆把保护个人的基本权利作为它们的主要目的。所谓自由，既不是空洞盲目的，也不是无限扩展的，而仅作为基本权利以求得法律的保障。因此，关键问题不在于个人拥有多少权利，而在于这些权利是否得到法律给予的保障，也就是说，自由的实质力量与其说是在个人那里，不如说是在法官手中。按照英美的法治精神，人的权利是有限的，弱小的，但法律的权威却是无限的，巨大的，通过法律可以实现人的基本人权，因此，法律不但要保护人的权利，而且要限制政治权力，特别是政府的权力滥用。而依照肯定性自由的观点来看，人的权利是无限的，强大的，法律的作用反而是有限的，弱小的，人不但能够创造法律，而且能够直接实现人的全面自由。

这样一来，政治正义问题就变成了法治还是人治的问题，否定性自由认为只有法治才是自由的保障，而法律，特别是宪法，虽然是由议会代表全体公民制定的，但法律还有更高的价值基础，那就是超验的正义，法律正义与超验正义在价值的终极处是相关的。而肯定性自由则认为人治才是自由的保障，法律是完全由人创建的，用卢梭的话来说，法律不过是公意的体现，是人民的普遍意志，它从人民中来，并由人民来掌握。我们不得不清醒地看到，社会的政治和法律制度在肯定性自由的凯旋中很有可能落入到人治，特别是人的专制的魔掌。与肯定性自由相反，否定性自由的弱势逻辑认为，个人不论在任何时候，在任何情况下都只能是目的，不能是手段，部分之和永远要小于部分，这样一来，正义作为政治和法律制度的价值根基，它的立足点就在任何时候和任何情况下都直接地与个人相关，都体现着对于个人的关怀，都从价值上支撑着个人的基本权利，承认和保障他的生命、自由、人格和尊严。

由此可见，弱势的政治逻辑与强势迥异，它并不指向最高的终极理想，相反，它偏重于对于人世的基本祸害的防范与克服，无论这些祸害是来自人性的，还是来自制度的，它的目标只是尽可能地将其减少到最低点。我们看到，这种政治的指向性是与英美古典自由主义一脉相承的，洛克、休谟、伯克等人早就提出过限制国家、政府权力的思想，他们的政治态度往往是消极的，对人性和政治的看法并不乐观，并不像法国大革命那样高扬人的主体精神，而是谨慎防范来自各个方面的邪恶力量，只把政治目标界定为尽可能地维护个人的基本权利。对此，哈耶克曾经区分了真假两种个人主义，在他看来，真正的个人主义乃是那种抛弃了盲目乐观主义和乌托邦理想的个人主义，像斯密那样“并不十分关心人类处于最好境遇时可以暂时取得的成功，他关心的是个人处境最坏时，应该尽可能地减少使他干坏事的机会。”[19]

值得注意的是，低调的政治正义论反而凸显出一种新的价值维度，那便是超验正义所开启的价值维度。这看上去似乎令人难以置信，不过追究起来却有着内在的价值关联。弱势自由所建立的乃是一种以保障个人的基本权利为核心的价值观，这一价值观中隐藏着通往超验正义的内在道路，这个内在道路是双重的。首先，以个人为价值关切的立足点，这一点使得弱势自由与上帝的正义联系在一起，因为，个人的价值不能由个人自己提供，而在于另外一个高于人的价值根源上，这个价值根源极有可能是来自上帝的拯救或悯爱。应该看到，神的关怀从来都是对于个人的，神所关心和爱护的永远只是个人，特别是那些无助的、软弱的个人，而不是集体、团队、阶级等集体性的存在，神的正义总是与不可替代的个人相关的。

此外，弱势的正义所立足的法律制度具有着另外一个维度，即超验正义的特征。法律正义与超验正义在维护和保障个人权利方面具有着内在的一致性，这一点突出表现在宪政的司法制度上，法院审判的中立性、程序性、公正性，法官对于正义天平的执掌，这些无不与超验正义相关，正是由于司法的正义性，才使得宪政的法律制度呈现出超验之维，超验正义支撑着法律对于个人权利的保障。如此看来，个人的正义由于弱势的逻辑前提，便具有了超验的意义，它不但在个人作为目的方面，而且在法律维护个人的权利方面，都与超验正义相勾连。强势逻辑的正义理论也寻求与超验正义的联系，甚至在相关的理论中不只一次地认为所谓的人类正义等体现着神的法则。然而，应该指出，这种为总体性目标冠以超验价值的企图在宪政的法治之下难以得逞，因为，个人在强势逻辑的凯旋中已经被牺牲掉了，宪政的超验之维从不支持法律正义之外的强权政治。

综上所述，政治与正义有着密切的关系，每个人都生活在社会之中，都摆脱不了政治，也都脱离不开正义，但何谓政治？何谓正义？何谓政治的正义？何谓正义的政治？李普曼曾不无感慨地写道：“即使如希特勒那样醉心作恶的

撒旦式人物，也需要相信自己不仅是一位伟人，还是某种神秘意义上的正义者。布莱安(w.j.Bryan)曾言：一旦披上正义的盔甲，最卑微的公民也会比错误的主人更强大有力。这种说法可能不够恰当。但错误的主人能够胜过最卑微的公民的理由，却在于前者同样披上了至少他们自己相信是正义的盔甲。如果人们没有给他们正义的盔甲，他们也就根本不可能成为主人了。所以，当一种政治观念具备了合法性，即当它有了可约束人们良心的正义的头衔，它也就获得了在人类事务中支配的力量……” [20]

然而，我们要说的是，玉成“主人”的正义根本不是宪政的正义，宪政的正义只是一种弱勢的正义。宪政所要实现的政治目的和法律正义并不是强势的逻辑，也不标榜终极的人类理想，或在地上建立圆满的天国，近现代宪政的价值指向与这种强势的理想主义政治相反，它追求的只是保障每一单个人的最基本的权利不受侵犯，所以，它的最终落脚点是一个个人的权利保障。看上去，宪政的这一目的并不主动，也不积极，更不崇高，但是，恰恰这种弱勢的逻辑反而使得宪政的价值具有了实质性的意义。宪政的这一消极目的，并不是经由政府通过实施行政权力来动员全社会去实现的，相反，宪政恰恰是限制政府的行政权力，约束它对全社会的动员，并将人权保障的宪政目标交给了司法机关，通过法院来实现。特别需要指出的是，这一实现也并不是积极主动的，而是消极的和个别性的，也就是说法院所能做的只是给予每一个权利受到侵犯的人以司法救济，通过司法救济来实现个别公正，从而保障每一个当事人的基本权利，这不但是司法的正义之所在，也是宪政正义之所在。宪政作为一种在人类政治史中产生了重大影响的政治制度，它仅仅只是为任何一个侵权案件提供合法的司法救济，从而达到诉讼当事人的个别公正，这在某些人眼中，与那些企图实现诸如共产主义和人间天堂等伟大的社会政治理想相比，是多么得微不足道，而这恰恰是宪政的最终目的，——弱勢的正义逻辑本来就是如此。

1 《法学总论》，查士丁尼著，商务印书馆1989版，第5页。

[1] 参见《正义论》，罗尔斯著，何怀宏等译，中国社会科学出版社，1988年版。第54页：“对法律和制度的公正一致的管理，不管它们的实质性原则是什么，我们可以把它们称之为形式的正义。”

[2] 参见哈耶克著《法律、立法与自由》，第一卷，中国大百科全书出版社2000年版，邓正来等译，第188—189页，页注所引的哈耶克Studies in Philosophy, Politics and Economics 一书中的一段文字：“正义规则在本质上具有禁令的性质，或换言之，非正义乃是真正的基本概念，而且正当行为规则的目标就是防阻非正义的行动。”

[3] 《个人主义与经济秩序》，哈耶克著，贾湛等译，北京经济学院出版社，1989年版，第12页。

[4] 见萨托利：“‘宪政’疏议”，载刘军宁等编《市场逻辑与国家观念》，北京三联书店，1995年版。

[5] 《民主新论》，萨托利著，冯克利、阎克文译，东方出版社，1993年版，第313页。

[6] 见李普曼：“公共哲学的复兴”，《市场逻辑与国家观念》，三联书店，1995年版，第43页。

[7] 见伯林：“两种自由概念”，《市场逻辑与国家观念》，三联书店，1995年版，第200页。

[8] 《民主新论》，萨托利著，冯克利、阎克文译，东方出版社，1995年版，第337页。

[9] 见伯林：“两种自由概念”，《市场社会与公共秩序》，三联书店，1995年版，第203页。

[10] 见伯林：“两种自由概念”，《市场逻辑与国家观念》，三联书店，1995年版，第206页。

[11] 参见《超验正义》，卡尔·J·弗里德里希著，周勇等译，三联书店，1997年版，第29页。

[12] 《超验正义》，三联书店，1997年版，第9页。

[13] 《超验正义》，三联书店，1997年版，第17页。

[14] 《超验正义》，三联书店，1997年版，第15页。

[15] 见伯林：“两种自由概念”，《市场社会与公共秩序》，三联书店，1996年版，第209页。

[16] 《历史哲学》，黑格尔著，王造时译，三联书店，1957年版，第94、64页。

[17] 见伯林：“两种自由概念”，《市场社会与公共秩序》，三联书店，1996年版，第204—205页。

[18] 《正义论》，罗尔斯著，何怀宏等译，中国社会科学出版社，1988年版，第279—280页。

[19] 《个人主义与经济秩序》，哈耶克著，贾湛等译，北京经济学院出版社，1989年版，第12页。

[20] 见李普曼：“公共哲学的复兴”，《市场逻辑与国家观念》，三联书店，1995年版，第54页。

文章来源：法律思想网

中国社会科学院应用伦理研究中心
北京建国门内大街5号 邮政编码：100732 电话与传真：0086-10-85195511
电子信箱：cassethics@yahoo.com.cn