



首页 → 学术文章 → 法律伦理

李琦：宪法哲学：追问宪法的正当性

内容提要 “人类生活为什么需要宪法”、“人类生活需要什么样的宪法”、“如何通过宪法达到目的”构成了人类对宪法这一人为构建的元追问，并成为宪法学的元问题。对这三个元问题的回答在根本上又构成了对宪法的正当性的证明。宪法学因着对元问题的回答和对宪法的正当性的证明而展示出它作为“宪法哲学”的面相。

关键词 宪法的元问题 宪法的正当性 宪法哲学

一. “宪法哲学”与宪法学

就“宪法哲学”达成共识的困难可能来自两个方面：第一，对哲学的理解上的分歧：“你在试图界定哲学的内容时，会发现连哲学家本身也令你失望。不存在一个为人们普遍接受的哲学定义”。[1] 海德格尔在题为“哲学是什么”的演讲的开场即指出，“我们提出的这个问题，涉及到一个范围非常广泛的话题。由于这个话题太大，它就始终未得到确定。由于它未被确定，我们就可从许多完全不同的角度去处理它。当我们这么做时，我们总可以碰上些正确的东西”。[2] 陈嘉映则以形象的语言更显准确地描述这样的分歧：“历史上对哲学有各式各样的定义并不是很可怪的事儿。而且，这些定义虽不相同，却也不象有些人设想的那样五花八门。它们多半都互相联系着，有点象同一个迷宫的不同入口。的确，对哲学这样的概念下定义，主要的用处是提供一个入口，让人可以踏进一座迷宫”。[3]

第二，将“哲学”和宪法相联结是否必要和可能，这也是易生歧异的。在这里，通常的疑惑包括：在（纯）哲学之外，认为还存在着经济哲学、政治哲学、法律哲学等等，并且在“法律哲学”之下/之内又有“刑法哲学”、“民法哲学”、“诉讼法哲学”、“行政法哲学”、“宪法哲学”等，是否属于简单化的学术思维的一种不经意的表现？[4] 又是否意味着对哲学的泛化乃至庸俗化？宪法以及它的民、刑法“兄弟”（或“子女”）们是否确实存在着以及在何种意义上存在着可称之为“哲学问题”的问题？即使这样的问题存在，在政治哲学和法律哲学之外是否还有“宪法哲学”立足的余地？这些疑惑，不仅构成关于宪法哲学的意见分歧，还可能动摇着将一种智识活动作为“宪法哲学”来对待的合理性。甚至，一种对“宪法哲学”更具有颠覆性的质疑也是存在的。如果依通常的立场将宪法学作为一门社会科学，那么它应该是指称一套知识体系：社会科学“旨在针对能以某种方式获得的经验确证的现实而发展出一种系统的、世俗的知识”。这被认为是社会科学的“客观性”：“客观性在很大程度上蕴含着这样一层意义：知识不是先验的”。[5] 而哲学却常常是先验的。那么“宪法哲学”是否因自我矛盾而根本不能成立？

本文预设存在着可被作为“宪法哲学”来对待的智识活动。那么在由此预设而相应产生的诸多问题中，必定包括“宪法哲学与宪法学的关系”这一问题。或许因为研究路径的不同，对宪法哲学与宪法学的关系问题的回答也大不相同。本文考虑的是，宪法哲学在宪法学之内还是在宪法学之外？

所谓宪法哲学在宪法学之外，是指我们称为“宪法哲学”的这样一种理论体系并不是宪法学所必须的，没有了“宪法哲学”的宪法学并不影响它对宪法的完整而科学的认识与把握。这一意义上的“宪法哲学”可以被类似于“宪法经济学”这样一种从特定角度解释宪法的理论体系。所谓宪法哲学在宪法学之内，是指如果离开了宪法哲学，宪法学将是不完整的、其学术性将受到质疑甚至动摇的。这一意义上的“宪法哲学”是由宪法学所内在地规定的，或者说它构成了宪法学的内在规定性。因此，“之内”或“之外”的问题，也就转化为是否“可有可无”的问题。本文主张“宪法哲学”在宪法学之内，是宪法学所不可少的。

相关的疑问还有：“宪法哲学”是“哲学”还是“宪法学”？这也是一个颇费思量的问题。通常，政治哲学和法律哲学都被认为是哲学。万俊人在论及政治哲学时认为政治哲学在当代的哲学论域中得到凸显，是因为“任何关于知识真

理的探求都必定最终落脚于生活世界的本真意义及其哲学追问”。[6] 考夫曼认为，“法律哲学与其他哲学分支的区别，并不在于它是特殊的，而是在于它是法律的根本问题、法律的根本难题；对此以哲学方式反思、讨论，且可能的话，加以解答”，因此“法律哲学不是法学”，“为哲学的一分支”。[7] 依此逻辑，自然应该认为“宪法哲学”也归属于哲学而不属于宪法学。本文主张“宪法哲学”不属于哲学而是宪法学，它表达的是宪法学的“哲学气质”。宪法学因着其“哲学气质”而成为“（合）哲学的宪法学”，从而可以称为“宪法哲学”。换言之，“宪法哲学”是指宪法学的一种面相，一种宪法学必须具备的面相，而不必是宪法学中的一套独立的理论体系。徐国栋将民法哲学定义为“某个学者的独特经历和学术背景决定的他对民法的某些基本问题的哲学化研究”，认为民法哲学“不解决具体的操作问题，但解决元问题或根本问题，或训练人们更好地解决问题的思维”。[8] 这同样可以看作是将“民法哲学”作为民法学而不是哲学——就智识活动的分工而言，解决民法问题的思维只能是由民法学而不是也不应该是由哲学来训练。

二. 宪法学的元问题

宪法学，不论将它理解为人类就特定问题而展开的智识活动，还是将它作为人类此一智识活动的结果，它的最基本的任务/功能，无疑应该是对“宪法是什么”的回答。然而，这一最基本任务的完成，也似乎颇不容易。关于宪法的各式各样的定义、宪法学在许多基本理论问题上所实际存在的重大分歧等，已足以表明这一点，并成为对康德早年的断言的验证：要法学家回答什么是法律/权利，就如同要哲学家回答什么是真理一样是不可能的。[9] 即便宪法学能够提供一个被普遍接受、没有争议的关于宪法的定义，也不能就此认为宪法学成功地完成了它的基本任务。

对“宪法是什么”的回答，必须转换为对三个略显具体的问题的回答：

第一，人类生活为什么需要宪法；

第二，人类生活需要什么样的宪法；

第三，人类如何通过宪法达到目的。

这样的问题转换的逻辑依据在于：首先，宪法学不能停留于对宪法的现象世

界的描述和梳理——哪怕这描述和梳理是极为准确和全面的，还应该是对宪法的根源世界的揭示，更应该是对宪法的意义世界的构建。为此，宪法学就不能无视更不能回避作为制度设计的宪法得以生成的因由[10] 和它的意义指向——正如狄尔泰所认为的，只有严肃地对待意义，我们才有希望理解人类以及人生活于其中的社会境况。[11] 其次，法律区别于道德与宗教之重要点，在于法律是将价值问题转化为技术问题，或者说法律是将价值与技术整合而一的。法律的此种特性，自然也熔铸于宪法之中。维尔正是对宪法作如是观：“西方政治思想史描绘的是一套价值——正义、自由、平等和私有产权神圣不可侵犯——的发展和阐发，多少世纪以来这些价值的意蕴一直受到考查和争论；但同样重要的还有这样一个历史，它所争论的是必须有什么样的制度结构和程序，这些价值才能在实践中实现并相互和谐。这是因为作为西方思想特点的价值并不自动生效……因此，自古以来人们一直关注着政治体系的制度性系统阐述，关心在多大程度上制度促进了这些被认为是政体之核心的价值”。[12] 于是宪法学就断不可缺少对“如何通过宪法达到目的”的思考与回答。

实在法形态的宪法存在着两个向度上的差异。时间向度的差异与“人类生活需要什么样的宪法”相对应。杉原泰雄对“宪法原理在历史及社会中的相对性”做了细致的论述并认为“当前在任何类型的宪法之下，都出现足以动摇宪法原理、原则的现象，宪法政治不能充分发挥自己的职能。从这个意义上可以说，现在正处在世界规模的历史转折期，而从近代起这应该算是第三个历史性的转折期”。[13] 这实际上就是隐含了“人类生活需要什么样的宪法”这一问题于其中，也揭示了宪法的历时性差异与“需要什么样的宪法”这一问题的关联。空间向度的差异则与“人类如何通过宪法达到目的”相对应，正是这一差异使宪法呈现出吉尔兹所说的“地方性知识”的面相，如司法审查制和宪法法院审查制的区别、联邦制与单一制的不同、英国在宪法渊源上的独特性、中国以特别行政区基本法为宪法的特别法[14] 等。

由“宪法是什么”所转换而来的这三个问题，可以也应当被作为人类智识活动对宪法的元追问。这是指，对宪法的这三个追问是所有的宪法问题的缘起，决定和派生了关于宪法的整个问题体系；[15] 另一方面，整个宪法的问题体系又最终以对这三个追问的回答为目标和归宿。因此这三个问题就具有了宪法学的元问题的性质和地位。这三个问题也

是对宪法的所有问题的概括和抽象。例如，纵向分权以联邦制还是以地方自治的单一制实现、在联邦制中联邦与成员单位之间的权限划分采取何种方式、公民权利以概括式还是列举式来确认等等，均被抽象为“如何通过宪法达到目的”这一问题。

研究军事哲学的学者认为，“战争目的与手段的关系问题是军事哲学的基本问题。同时也是军事哲学的研究起点。这是因为，战争目的与手段的关系问题，是军事哲学中最普遍而又最基本的问题，二者的对立、统一和发展，是解决其它一切军事问题的基础”。[16] 这显然已经包含着以“战争目的与手段的关系问题”为军事哲学的元问题的立场。基于这一立场，论者首先论述战争的政治、经济根源，随后辨析战争的正义与非正义，余下所及为实现战争目的的诸种手段、方式及其相互关系等。可见“战争目的与手段的关系问题”是可以分解为与本文所提出的“对宪法的元追问”大致同构的问题：为什么需要战争？什么样的战争是正义的？如何通过战争达到目的/达到战争目的的手段是什么？

“为什么需要宪法”这一问题涉及的是宪法的根源世界，就此而言它可以看作是宪法的本体论问题；“需要什么样的宪法”显然属于宪法的价值论问题；“如何通过宪法达到目的”则可以看作是宪法的方法论。于是，宪法学在某种程度上就可以被认为是具有了“哲学气质”，呈现出“宪法哲学”这一面相，尽管它本身不是哲学也绝不能被作为哲学看待。

必须承认，这样的问题分解是模糊的、相对的。“需要什么样的宪法”是和“为什么需要宪法”密切关联的，“如何通过宪法达到目的”所包含着的宪法技术问题又常常取决于“需要什么样的宪法”这一问题（例如新闻管制的审查制或登记制就不是纯粹的宪法技术问题而首先是对言论自由的态度问题）。关于宪法的元问题的相互间的这种关联性，[17] 表明的是各个问题分立而不孤立，并不表明本文对宪法问题的分解在总体上和根本上的不成立。

三. 宪法的正当性问题

正当性问题[18] 在何种领域发生，这是颇有争议的。哈贝马斯认为，“只有政治秩序才拥有着或丧失着合法性，只有他们才需要合法化”。[19] 另一种立场则主张正当性问题的广泛性。赫费指出：“我们评价为正义或非正义的对象，是人类在其各个方面的实践：行为及其主体，行为的规则及规则系统，还有人们在其范围内从事和放弃某些活动的社会机构”。[20] 赫费的观点意味着正当性乃是作为关系范畴存在的。韦伯所强调的是，“一切权力，甚至包括生活机会，都要求为自身辩护”。[21] 无怪乎马克·夸克写道：“合法性问题，虽然是政治中的核心问题，但却并非为某一学科的排他特性。哲学、政治学、法学、社会学、政治人类学，也同样将合法性作为其优先研究对象。有关的图书资料之丰富已足以证明这一点”。[22] 或许可以说，人类生活中对正当性的追问以及为回答这一追问而进行的正当性证明，只是也必定针对人为构建的存在而展开，不会对自然生成之物追问和证明其正当性。政治、法律之类，正是人为构建的存在。[23]

洛克林指出：“我们可以找到一个更有意思的起点来探求公法的性质，也就是从这样一个假定出发：公法只是一种复杂的政治话语形态；公法领域内的争论只是政治争论的延伸”。[24] 把公法与“复杂的政治话语形态”相联系的做法，提供了观察和解读宪法的一种必要的和有意义的角度，而“政治正当性”正是政治话语中最为基本的和最为重要的成分——甚至可以说政治哲学的核心问题即政治正当性问题。从洛克的《政府论》，到当代诺齐克的《无政府、国家和乌托邦》、赫费的《政治的正义性——法和国家的批判哲学的基础》等，都显然是关于政治哲学的经典性作品。而政治正当性问题，正是这样的经典作品的主旨所在。经由洛克林的角度，可以获得关于宪法的一个基本命题：宪法是关于政治正当性的一套制度安排。宪法正是借助于一套制度安排，解决政治统治的三方面问题：政治统治的依据在哪里、政治统治的目标是什么、政治统治以何种途径与方式进行。相应地，主权在民、人类尊严、有限政府（分权制衡只是其中的内容之一）就成为了宪法的基本原则/理念之所在。[25] 宪政的三理念存在一种独特的内在逻辑关系，而不是可以平行地排列的：主权在民是第一位的原则；为避免由此而生的“大众暴政”，必须树立宪政的价值指向，因此就有了“人类尊严”原则；为了使主权者能够真正地与政府相抗衡从而达致个人面对强大的政府时的平衡，必须遵循“有限政府”原则。[26]

在两个意义上，必然产生宪法的正当性问题：第一，在宪法成为政治的成分与元素的情形下，政治正当性问题本就包含了宪法的正当性在内。于此，宪法的正当性是政治正当性的题中之义。第二，宪法对政治正当性的解决是以它自身的正当性为前提的，宪法的正当性与否决定了政治的正当性与否。于此，政治的正当性依赖于宪法的正当性。于是，为解决政治正当性而生成的宪法，它自身的正当性却成了一个需要被追问和给予回答的问题——制宪权理论与制度正是关涉宪法的正当性的。

对一项人为构建的正当性的证明，从理论上说有两条途径。其一为规则/制度形态的正当性证明，即通过证明人为构建对现实制度的符合而使其获得正当性，也就是通过合法化来证明正当性。其二为观念/价值形态的正当性证明，即通过证明人为构建对知识体系或信仰/价值体系的符合而使其获得正当性，也就是通过合目的性来证明正当性。制度形态的正当性证明是从人类（既有的）行动中寻找正当性依据，显然属于实证性的正当性证明；价值形态的正当性证明则非从人类的行动而是从人类的精神世界寻找正当性依据，可以说是目的性的正当性证明。尽管行动和精神世界密切相关，但毕竟是人类存在的两个领域。规则和价值固然可能统合而一，却也常常是分异的：“在目的的、精神的、存在的价值领域内，规则难有容身之地……然而，在工具的、社会的、伦理的价值领域内，价值体现为规范不仅是一个事实，而且几乎是不可避免的”。[27] 实证性的正当性证明不是具有终极性的正当性证明，只能是有限的、阶段性的正当性证明，因为制度或人类的先前行为本身就是需要正当性证明的。[28] 只有将规则形态的正当性证明和价值形态的正当性证明统合而一，才能构成完整的、充分的正当性证明。可以大致地认为，从传统中寻求正当性来源，即是以既有行动为正当性依据和以价值体系为正当性依据的合一。

宪法的正当性证明也可以经由这两条路径而达成。进一步的分析可以发现，宪法的正当性问题存在着两个不同的向度：具体的和抽象的。当宪法以实在法的形态存在着的时候，其正当性问题即为具体向度的；当宪法的存在表现为观念形态的时候，其正当性问题即为抽象向度的。[29] 相应地，规则/制度形态的正当性证明对应着宪法的正当性证明的具体向度，观念/价值形态的正当性证明则对应着宪法的正当性证明的抽象向度。当莫纪宏认为“制宪权是一种主观性的权利，它是宪法理论上的一种假设，主要是为了解决宪法本身的正当性问题，是现代宪法不可缺少的基本范畴”时，[30] 也就是在陈述一种诉诸观念/价值体系的正当性证明，并且是就宪法的正当性证明的抽象向度而展开论说的。当1992年10月25日立陶宛经全民公决通过宪法、1993年12月12日俄罗斯经全民公决通过宪法、1995年8月30日哈萨克斯坦经全民公决通过宪法、1995年11月12日阿塞拜疆经全民公决通过宪法、1996年11月24日白俄罗斯经全民公决通过宪法时，经由全民公决所解决的就是作为实在法形态存在的宪法的正当性问题。

但是端赖制宪权理论与制度并不足以以为宪法的正当性提供充分的证明，尤其对于抽象向度的宪法正当性证明。

四. 宪法学的元问题与宪法的正当性证明

人类智识活动对宪法的元追问的根本旨趣实为对宪法的正当性证明。可以这样认为，人类经由其智识活动而展开的对客观世界的追问，必定包含着两个目的：第一，求知，以避免心灵/精神的黑暗——这样的黑暗实在要比肉眼的黑暗更令人类恐惧；第二，指导其行动，为认同、接受客观存在提供依据。追问客观存在的第二方面，其实就是正当性证明——哪怕是在潜意识中，行动上的接受与认同也是以观念上对正当性的承认为前提的。[31]

“人类生活为什么需要宪法”这一问题，直观上属于知识论上的问题，与正当性判断这样的价值论无关。但是，如果经由对这一问题的探寻而能够证明宪法既非源于不可知的神意、也非出于充满随意性的人之任性，实为人类生活的一种合规律的存在状态的外部表现（借用霍姆斯把法律作为人类的道德生活的外部表现的说法），那么宪法的正当性也就在这样的探寻中得到至少是部分的陈述。

肯尼斯顿断言：“我们需要比以往更加明确地区分两类事物，一类是态度和信仰系统，另一类是使任何一种态度或信仰得以维持的认知架构或发展水平。原生者是那些不假思索的天真无邪地接受他们童年信念的人。再生者可能恪守着同样的信念，但他们是经历了长期的怀疑、批判和检验之后才这样做的。仅就态度而言，原生者和再生者的信念是一样的，但是他们的思维定势、认知架构或发展水平是迥然不同的。换言之，我们不仅需要考察人们所持有的信仰，而且需要考察他们持有信仰的方式——他们世界观的复杂性、丰富性以及结构”。[32] 可见，事实认知具有正当性构建的功能。对此，欧克肖特提供了更为充分的论述：“简言之，论证性政治论说要么可以从一种其组成信念被赋予公理的逻辑地位的‘意识形态’中产生，要么可从一种其组成信念被赋予关于人和事情进程的绝对知识陈述的逻辑地位的‘意识形态’中产生”。[33] 虽然欧克肖特并未直接使用政治正当性这一语词，而是称为“论证性政治论说”，但是就其主题而言，所论正是政治正当性问题。本文以为，“绝对知识陈述”的政治论说，实际上依然服务于/归属于对合目的性的论说（本文的这一判断其实已经隐含于欧克肖特的论述中了）。马克思的“历史唯物主义”旨在揭示社会进步的客观必然性和相应的形态，因此可以看作是为社会主义实践提供知识论上的正当性依据。当然，基于他的知识论（进化论），未来社会是“自由人的联合体”。这样，社会主义实践又获得了目的论上的正当性。在这里，知识论与目的论合一地构建正当性的逻辑又一次得到展示。对“人类生活为什么需要宪法”这一问题的回答，正可以看作是“关于人和事情进程的绝对知识陈述”。科学哲学所阐述的“解释自然的政治意义”，[34] 可以作为本文这一立场的恰当的参照。对天文学曾经采取“异端裁判”这一历史事实，可以从反面说明一种纯粹的事实描述（日心说而非地心说）是如何地产生了对一种既有的正当性和神圣性（上帝的存在及其所在为宇宙的中心）的颠覆性结果。

哈耶克认为，宪法作为一种最高层次上的公法，它的核心目的只是为了实施私法即“正当行为规则”，是为了保障自生自发的社会秩序。这可以看作是对“为什么需要宪法”这一问题的解释。哈耶克认为这正是宪法的正当性之所在。

[35]

“人类生活需要什么样的宪法”这一问题，涉及的是宪法何以是合目的的或者说什么样的宪法才是合目的的。正当性证明的一个重要方面，即是从人为构建与普遍价值之间的内在关联来完成的。在关于价值准则的普遍主义和相对主义的分歧和对立的语境下，普遍主义的性质、意义和局限性得到了清晰、准确的界定和揭示：“普遍主义思想的分布远远超出了政治理论的范畴。从宗教、道德、法律到美学风格，普遍主义广泛地主宰和统治众多领域。尽管如此，人们无法否认普遍主义曾经具有的高尚动机：追求一种合理的、甚至是完善的生活原则，并且尽可能向多数人推荐这种生活原则。许多时候可以说，普遍主义乃是社会组织的理论基础”，“如果没有任何共识，社会乃至人类的存在都是不可思议的。即使是一种个人本位的原子式社会结构，普遍主义产生的向心力仍然十分重要。另一方面，普遍主义时常会成为一批人乃至一个社会的理想。理想不仅是一批人相聚的理由，同时，因为理想暗示了现实的匮乏、未完成的状态以及改造的必要，因此，普遍主义还会很大程度地转换为一种动力。这个意义上，许多理论家仍旧或显或隐地在普遍主义的信念下工作”。当然，“这些理论家必须强烈地意识到，他们不是构思一个终极性的理论图景。他们提出的普遍观念仅仅在特定的历史框架内部活动。这种普遍主义只是相对于历史语境而言，并且会因为历史语境的改变而缩小为局部的真理，甚至必须全盘否弃”。“所以，理论对于普遍主义保持的是双重的姿态。有时，理论的意义是提出或者发现某种普遍观念，提供一种深刻的历史阐释；有时，理论的意义是破除某种强大的普遍观念，廓清传统思想的遮蔽，显现新的历史可能性”。[36]正是这样的带有局限性但是其意义又不因局限性而被消解的普遍主义，使人类生活中价值判断的客观性和相应的价值共识得以存在。[37]在今天，这样的普遍价值可以经由“人权”一词得到表达。尽管人权领域的最大争论，不论在理论上还是在实践上，都可以说是普遍主义和相对主义的争论，但是，在本文看来，普遍主义和相对主义的争论，恰可以看作是“人权”得以作为当代世界的普遍价值并因此而作为宪法的基本价值的一种反映——人权的相对主义并没有演化为对人权的全面、彻底的否定。[38]

在“人权”这一话语之外，以“个人本位让位于团体本位”来描述宪法的变迁的智识活动[39]以及“公共利益”这样的话语，所涉及的也都是“人类生活需要什么样的宪法”这一问题，从而是对宪法的合目的性的表达。

“如何通过宪法达到目的”所包括的问题至少有：宪法是否需要解释和如何解释；宪法是否需要修改、是否应该修改、如何修改以及是否有必要为宪法修改设置限制；宪法是否需要一套保障其有效性的机制、这样的机制应该如何构建和运作等。这些问题，所及均为宪法的机能。因此，宪法的方法论，实际上可以看作是对这样一个问题的回答：宪法为什么能够达到我们的目的。当维尔阐述宪政与分权之间的关系、戈登断言“政治权力的多元分配是维护自由的必要条件而不是确保自由的充分条件”时，[40]“宪法为什么能够达到我们的目的”这一问题至少是得到了部分的回答。这可以看作是对宪法的机能的揭示。如果宪法学不能清晰地解答这个问题，宪法的正当性必定要遭受质疑：既然我们无从知道宪法何以能够达到我们的目的，我们又如何能够接受和信赖这样的人为构建？[41]韩忠谟即认为法哲学与对法的机能的揭示之间存在关联性：“须基于法哲学之立场，从高处及远大处，放宽眼界，作综合之鸟瞰，庶于法之机能与其实在性，获致更深切之了解”。[42]

劳斯在论及科学哲学的任务时认为，鉴于“我们居住的世界所产生的许多深刻的变化都可以归功于自然科学在思想和实践上取得的成就”，“我们必须追问，自然科学是如何改变我们的”，并断言，“如果不能很好地理解科学研究是如何进行的，其目标何在，它如何达成目标，其成就是如何被认定，我们也就无法在更大的文化情境下恰如其分地把握这些成就的地位。由于在科学如何做以及做成了什么这些问题上存在先天性的迷误，使得许多对科学饶有趣味的批判性研究都被葬送掉了”。[43]也由此可见，当人类的智识活动涉及的是对宪法的机能的揭示时，实际上也就是使这一智识活动成为“哲学的”了。

并非构成宪法学的问题体系的每一具体问题，都关联着宪法的正当性。但是，宪法学问题体系中的元问题，却直接并在根本上是指向宪法的正当性的。这使得宪法学在完成它的基本任务之时，实际上也就是对宪法的正当性作出陈述。按照政治哲学在根本上是对政治统治的正当性的证明、[44]法律哲学是对法律的正当性的证明[45]这样的逻辑，宪法学包含并展示了“宪法哲学”这一面相。也因为对宪法的正当性陈述是伴随于它对基本任务的完成的，“宪法哲学”才被（严格地）界定为宪法学的一种面相，而不是一套独立的理论体系。

宪法的正当性问题还常常针对宪法的某一具体制度而提出，从而在整体的和宏观的层面存在着宪法的正当性问题之外，也在局部的和微观的层面存在着宪法的正当性问题。例如，关于宪法修改、关于在宪法上设定公民义务都存在着

正当性问题。在今天，最引人注目的即是关于司法审查的正当性证明。赖曼就此而做的经典性的“宪法、权利和正当性条件”一文，被作为《宪政的哲学之维》的一部分，[46] 堪称精到。此中所包含的逻辑，正是本文所着力阐述的：关于宪法的智识活动当关涉正当性问题时，它就是“哲学的”了。

五. 结语

本文试图表明，“宪法哲学”在两个方面是得以成立的：其一，在人类的精神活动中，存在着对宪法的元问题的追问；其二，在人类的实践活动中，存在着对宪法的正当性的追问。这两个方面的追问，都使得人类相应的智识活动可以也应该被作为“宪法哲学”来对待。本文的论述也试图表明，这两方面的追问其实是合一的。

本文并不可能也无意穷尽关于“宪法哲学”的所有意义、给定关于宪法哲学的标准答案式的回答，只是也只能是表达关于“宪法哲学”的一种个人化的立场。自然，本文也相信，这样的个人化的立场是与既有的智识活动相通联的因而是可共享的。

* 本文的初稿是为2004年11月18日于浙江大学法学院召开、由中国宪法学研究会、中国人民大学法学院、浙江大学法学院联合举办的“宪法学的基础范畴与方法圆桌会议”而做。感谢会中各位同行，尤其是刘连泰博士给予我的指教。

[1] [美]温德班：《哲学导论》，转引自[美]卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002年版，第16页。

[2] [德]海德格尔：“哲学是什么？”（1955年8月在法国诺曼底的学术报告），张慎译，载湖北大学哲学研究所《德国哲学论丛》编委会编：《德国哲学论丛》（1995年卷），中国人民大学出版社1995年版，第55页。

[3] 陈嘉映：《哲学是什么》，《读书》2000年第一期。

[4] 这很容易让人想到曾经出现而现在未必就已经消失的一种显属简单化的政治思维：在最高领导层提出“依法治国”之后，地方各级官员将其拆分为“依法治省”、“依法治市”、“依法治县”，一些行政职能部门将其拆分为“依法治水”、“依法治土”、“依法治路”等等。其中的某些话语如“依法治市”，甚至也进入了学术空间，从而有理由认为这样的政治思维在某种程度上成为了学术思维。

[5] [美]华勒斯坦等：《开放社会科学：重建社会科学报告书》，三联书店1997年版，刘锋译，第96-97页。

[6] 万俊人：《关于政治哲学几个基本问题研究论纲》，《天津社会科学》2004年第二期。

[7] [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第10-11页。

[8] 徐国栋：《什么是民法哲学》，《华东政法学院学报》2004年第六期。

[9] 康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1997年版，第39页。

[10] 联邦党人是经由对人性的理解来阐述为什么需要宪法，中国先秦诸子及至后来的董仲舒、朱熹也大都是从人性来解说法律的。通说甚至认为“人性恶”是法律的预设前提。本文的立场是，可以将人类生活中的事实划分为两类：其一为原始事实/自然事实/第一性事实，其二为由前种事实所决定的、所派生的衍生事实/人为事实/第二性事实。对此，可参考[英]麦考密克、[奥]魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社1994年版。资源的稀缺、理性的有限属于前者，政府、法律则属于后者。对宪法这样的衍生事实的根源的探寻必须立足于对原始事实的全面理解与把握，人性只能提供关于法律/宪法的部分的和有限的解释。杉原泰雄基于对宪法史的考察认为，“特别是近代以来，人类以国家为单位的各个历史阶段，每走过一个艰难困苦的里程，都要通过宪法来制定为克服困难所需要的新规则，以此来继续人类的发展；每经历一段困难深重的生活，都要通过宪法来确定为消除苦难所需要的新的政治及

社会的基本形态，从而进入新的历史阶段”。[日]杉原泰雄：《宪法的历史——比较宪法学新论》，吕昶、渠涛译，社会科学文献出版社2000年版，第1页。这显然是对“人类生活为什么需要宪法”的回答，并隐含了本文所主张的回答这一问题的路径。

[11] 参见[美]约瑟夫·劳斯：《知识与权力——走向科学的政治哲学》，盛晓明等译，北京大学出版社2004年版，第45页。

[12] [英]维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第1页。

[13] [日]杉原泰雄：《宪法的历史——比较宪法学新论》，吕昶、渠涛译，社会科学文献出版社2000年版，第9页以下。

[14] 李琦：《特别行政区基本法的性质：宪法的特别法》，《厦门大学学报》2002年第五期。

[15] 对“什么是宪法问题”的较为细致的阐述，可见莫纪宏：《现代宪法的逻辑基础》，法律出版社2002年版，第10页以下。存在两种“宪法问题”。其一为宪法所要解决的问题，其二为宪法本身的问题即“关于宪法的问题”。本文所及，自然为“关于宪法的问题”这一意义上的宪法问题。

[16] 庄世奎：《军事哲学概论》，军事科学出版社1987年版，第2页。

[17] 可资参照的是，关于法律的元问题因而法理学的元问题之间也同样存在着关联性、交叉性。卡多佐即指出了：“要分析司法程序就要分析法律的起源与成长，要研究法律的起源与成长就要研究法律的功能和目的”，“每个判决提出的问题其实都涉及一种有关法律起源与目的的哲学”。[美]卡多佐：《法律的成长法律科学的悖论》，第17页。

[18] 本文讨论的是“legitimacy”。对此，中文世界的理解和表述颇多分歧甚至混乱。其表现是，学者们或使用“合法性”，或使用“正当性”，或者是将“合法性”与“正当性”杂合使用。鉴于这一论题已是当代中国知识界的热点话题之一，本文不准备征引具体的文献为本文的这一判断提供直观的证明。

[19] [德]哈贝马斯：《交往与社会进化》，张博树译，重庆出版社1989版，第五章“现代国家中的合法化问题”，第184页。

[20] 在赫费看来，对正义的判断也就是对正当性的承认：“凡认为某事是正义者，同时也就表达了他的赞同倾向，凡断言某事是非正义者，同时也就表达了他的排斥态度”。[德]奥特弗利德·赫费：《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》，庞学铨、李张林译，上海译文出版社1999年版，第35-36页。

[21] 转引自[德]哈贝马斯：《合法化危机》，刘北成、曹卫东译，上海人民出版社2000年版，第127页。

[22] [法]让-马克·夸克：《合法性与政治》，佟心平、王远飞译，中央编译出版社2002年版，第12页。

[23] 存在着两种不同意义的“人为构建”。其一为哈耶克所阐述的、与“自生自发”相对应的“人为构建”，二者均存在于人类生活中；其二为因人力/人类活动而生成的客观存在，与因自然力而生成的即“自然生成”的客观存在相对应。本文所指为第二种意义的“人为构建”。中国文化中的“习惯成自然”、西方文化中的“习惯是第二种自然”，都属于本文所指的“人为构建”。

[24] [英]马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆2002年版，第8页。

[25] 严格地说，作为对政治统治的目标的表达从而使政治统治获得正当性，“人权”这一话语具有有限性。以“人类尊严”置换“人权”，是必要的和更为合适的。习惯上被作为宪法的基本原则的分权制衡也不足以充分地表达宪政下的政府的形态与机制，必须以“有限政府”（分权制衡只是其中的内容之一）置换“分权制衡”。论题所限，本文不准备对宪法原则做出重构。

[26] 从这一角度，关于宪法的元追问可以表述为：为什么需要以制度安排来解决政治正当性问题？此种制度安排应该遵循什么样的理念？此种制度安排的具体样态如何？

[27] 周国平：“伦理学和价值层次”，载赵汀阳、贺照田主编：《学术思想评论》（第一辑），辽宁大学出版社1997年版，第79页。

[28] 正义论者认为，“严格而论，即使某一作法或某一原则已经在实然的公道证明过程中得到证明，甚至被赋予法的效力，其合法性也只是经验意义上的，而不是道德意义上的”。“实然的公道证明的制度化是一个相当有限的成就，它不能改善人们的动机，而只能改进或限制人们在辩论时使用的手段，防止辩论各方公开诉诸个人利益”。慈继伟：《正义了两面》，三联书店2001年版，第131页、第134页。

[29] 在《刑法的启蒙》中，陈兴良实际上是以对刑罚的正当性的论证为主线，评述历史上那些伟大而富有洞见的刑法思想家的思想、学说。他认为他是在“一个没有条文的刑法领域——刑法的法理世界”展开的。换言之，那些伟大而富有洞见的刑法思想家所论述的刑罚的正当性，是刑罚的抽象向度而非刑罚的具体向度的正当性问题。陈兴良：《刑法的启蒙》，法律出版社2003年第二版。

[30] 莫纪宏：《现代宪法的逻辑基础》，法律出版社2001年版，第226页。

[31] 正当性证明是评价活动，而评价活动总是涉及人的行动的。关于作为人类活动的评价，可参见：冯平：《评价论》，东方出版社1995年版；何萍：《生存与评价》，东方出版社1998年版。

[32] Kenniston, *Youth and Dissent*, New York, 1971, p387-388. 转引自[德]哈贝马斯：《合法化危机》，刘北成、曹卫东译，上海人民出版社2000年版，第115页。哈贝马斯在“论合法化问题的逻辑”这一主题下专门讨论了“实践问题与真理的关系”，之后认为“实践问题能够容纳真理”。第148页。由于实践总是关联着意义/价值，因此“实践问题能够容纳真理”可以理解为关于正当性的问题是涉及事实判断的。“必须设定合法化与真理之间是有关系的。也就是说，合法化消失的非偶然原因只能到解释系统的‘独立’演化，即依赖于真理的演化中去寻找，而解释系统则全面制约着社会的适应能力”。第125页。

[33] [英]迈克尔·欧克肖特：《政治中的理性主义》，张汝伦译，上海译文出版社2003年版，第72页。

[34] [美]约瑟夫·劳斯：《知识与权力——走向科学的政治哲学》，盛晓明等译，北京大学出版社2004年版，第六章“自然科学、人文科学与政治批判”，尤其第192页以下。

[35] 参见高全喜：《法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想》，北京大学出版社2003年版，第272-278页。

[36] 南帆：“普遍主义的限度”，载[中]乐黛云、[法]李比雄编：《跨文化对话》第六辑，上海文化出版社2001年版，第139-145页。

[37] 本文认为，这样的普遍主义可称之为“审慎的普遍主义”——在强调价值共识的必要性的前提下承认价值共识的有限性存在于时空两个向度上。当莫纪宏设问，“人类社会为什么需要宪法呢？宪法又为什么会在人类社会的某个历史阶段产生呢？宪法价值还会支撑人类的理性向前走多远？若干年后，我们今天自以为是理性的东西会不会发生结构性的变化？”时（莫纪宏：《现代宪法的逻辑基础》，法律出版社2001年版，第530页），他在表达着时间向度上的价值共识的有限性。在任何一个时代之内，也不可能存在为所有人所接受的价值准则。主流与边缘的分野就显示着价值共识的空间向度上的有限性。孙斯坦强调“未完全理论化的协议”对于个案的解决的意义，而对“一般理论”持有怀疑态度。[美]凯斯·孙斯坦：《法律推理与政治冲突》，金朝武等译，法律出版社2004年版。“未完全理论化的协议”就可以看作是有限共识的一种具体形态。

[38] 本文以为，人权的普遍主义和相对主义在理论上都有其自恰性而难以判别是非。这也正是验证着前文的“有限度的普遍主义”的立场。在实践中相对主义有可能对人权保障构成威胁因而是需要更为审慎地加以对待的。

[39] 参见龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社2003年第二版，第132页以下。

[40] [美]斯科特·戈登：《控制国家——西方宪政的历史》，应奇等译，江苏人民出版社2001年版，第356页。

[41] 我们可以设想药品制造商向市场/患者供给药品的正当性在于：第一，药品是有效的，其正当性也几乎是和有效性成正比的；第二，药品的副作用是尽量小的并且是向病人提供了清晰而充分的说明的；第三，药理——该药品能够治病的机理是得到陈述的。当然，在经验上第三点常常是被忽略的，或者说它所具有的构建正当性的功能是相对次要的和隐蔽的。但是真正负责任的药品制造商必定是愿意并能够向患者提供药理陈述的，而可称为完备的药品监管制度也必定是包含了对制造商的这一要求的。在这里，“为什么需要药品”这一问题被略过，“需要什么样的药品”和“药品为什么能够达到治疗的目的”被凸显。另外，药品的副作用不妨与药价一起被作为患者为健康所必须支付的成本看待。使患者成本最小化是构建药品的正当性所不可少的依据。今天，正作为一个现实问题存在的药价问题，其意义当从这一角度来理解。

[42] 韩忠谟：《法学绪论》，中国政法大学出版社2002年版，第10页。

[43] [美]约瑟夫·劳斯：《知识与权力——走向科学的政治哲学》，盛晓明等译，北京大学出版社2004年版，序言第3页。

[44] [德]奥特弗利德·赫费：《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》，庞学铨、李张林译，上海译文出版社1999年版。万俊人认为，“按照苏格拉底、柏拉图和亚里士多德的经典诠释，政治哲学是政治学的理论基础，它是一门关乎公民国家社会治理的正当合法性根据或基本政治原理（原则）的智慧之学”。万俊人：《关于政治哲学几个基本问题研究论纲》，《天津社会科学》2004年第二期。政治哲学之外，韦伯的“作为政治哲学替代品的历史社会学”也“负担的是政治的正当性问题”。刘晓枫：《施米特论政治正当性——从〈政治的概念〉到〈政治的神学〉》，载刘晓枫主编：《施米特：政治的剩余价值》，上海人民出版社2002年版，第33页。

[45] “法律哲学的题目是‘正当法’、‘正义’。因此，其两项根本问题是：其一，什么是正当法，以及其二，我们如何认识及实现正当法。两项问题合起来成为法律哲学的任务”。[德]考夫曼：《法律哲学》，郑幸义等译，法律出版社2004年版，第11页。

[46] [美]罗森鲍姆编：《宪政的哲学之维》，郑戈、刘茂林译，三联书店2001年版。可另见黄昭元：《司法违宪审查的正当性争议——理论基础与方法论的初步检讨》，《台大法学论丛》第三十二卷第六期。赖曼是从司法审查对公民权利的保障来论证司法审查的正当性的，为此他提出了一种可大致地称为“反思性正当性”的主张。在本文看来，司法的正当性（包括司法审查、宪法诉讼的正当性）可以也应该区分为两面：外在正当性与内在正当性。司法的外在正当性指司法的结果对人类生活而言是可欲的，司法的内在正当性则指司法本身所具有的性状能够被认为是合乎理想的。例如，在刑法哲学关于刑罚的正当性的论述中，预防论“具有目的论特征。惩罚本身不是一件好事；它是根据有可能带来的好结果（减少犯罪）而具有正当性的”（[美]戈尔丁：《法律哲学》，齐海滨译，三联书店1987年版，第141页）；报应论解决的是应当对谁施加惩罚或者说实施惩罚的依据问题。前者属于刑事司法的外在正当性向度，后者属于刑事司法的内在正当性向度。赖曼对司法审查的正当性论述，只是从外在正当性这一向度进行的。考虑到刑法哲学所提供的预防论或报应论对刑罚的正当性的论述也并不周全（参见陈兴良、周光权：“超越报应主义与功利主义：忠诚理论——对刑法正当根据的追问”，《北大法律评论》第一卷第一辑，法律出版社1998年版），关于司法审查的正当性论述的不完备也就可以看作是相关智识活动的常态了。

来源：<http://www.frchina.net/data/detail.php?id=11957>