



LOOKING FOR  
CONSTITUTION OF  
JUSTICE

刘斌 著

# 寻找正义宪法

上海人民出版社

## 版权信息

---

寻找正义宪法/刘斌著.—上海：上海人民出版社，2019

ISBN 978-7-208-15569-5

I.①寻... II.①刘... III.①宪法研究 IV.①D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字（2018）第269192号

责任编辑 夏红梅

封面设计 陈 酌

寻找正义宪法

刘 斌著

出 版 上海人民出版社

（200001 上海福建中路193号）

发 行 上海人民出版社发行中心

印 刷 常熟市新骅印刷有限公司

开 本 890×1240 1/32

印 张 10

插 页 2

字 数 231, 000

版 次 2019年1月第1版

印 次 2019年1月第1次印刷

ISBN 978-7-208-15569-5/D·3320

定 价 45.00元

# 目 录

---

[版权信息](#)

[导论](#)

[第一节 宪法的理想之境及其问题](#)

[一、宪法的理想之境](#)

[二、现代宪法存在的问题](#)

[第二节 大历史视野下的宪法之三种理想类型](#)

[一、大历史视野](#)

[二、理想类型](#)

[三、宪法的三种理想类型](#)

[第三节 融贯古今的整全宪法概念](#)

[上篇 从古典心灵宪法到现代契约宪法](#)

[第一章 古典心灵宪法](#)

[第一节 古典心灵宪法的渊源](#)

[一、自然法](#)

[二、政制](#)

[三、习惯法与中国古代的“礼”](#)

[四、公私分界](#)

[第二节 自然共同体及共生之人](#)

[一、自然共同体的特征及“家”的构造](#)

[二、隶属于自然共同体的人及其共生关系](#)

[三、心灵同化：自然共同体的成长](#)

[第三节 古典心灵宪法的特征](#)

[一、以维系共同体的团结为最高宗旨](#)

[二、以宗教或伦理为本位](#)

[三、政教一元的权威结构](#)

#### [第四节 评估与反思](#)

##### [一、“头脑”对“心灵”的反抗](#)

##### [二、“确权”与“限权”的失衡](#)

##### [三、心灵上的压制](#)

#### [第二章 现代契约宪法](#)

##### [第一节 现代宪法的“契约”逻辑](#)

##### [一、作为人民契约的现代宪法](#)

##### [二、社会契约与现代契约宪法](#)

##### [第二节 契约联合的世界与个体之人](#)

##### [一、契约联合的世界](#)

##### [二、个人主义及个体之人](#)

##### [第三节 以个体自由为宗旨的现代契约宪法](#)

##### [一、个体的自由](#)

##### [二、现代契约宪法中的自由权利清单](#)

##### [三、现代契约宪法对个体自由的护卫](#)

#### [第四节 评估与反思](#)

##### [一、两种无效的检验方式](#)

##### [二、前提的有效性](#)

##### [三、契约宪法的失衡与矛盾](#)

##### [四、“契约”逻辑无力应对现代宪法的新变化](#)

##### [五、简短的结论](#)

#### [下篇 迈向正义宪法](#)

#### [第三章 人的共在关系](#)

##### [第一节 何谓“共在”](#)

##### [第二节 人和人的共在关系](#)

##### [一、人与人之间的普遍情感](#)

##### [二、因情生义](#)

##### [第三节 人和社会的共在关系](#)

## 第四节 人的共在关系作为制度设计的逻辑起点

### 一、制度设计应兼合人的理性与情感

### 二、单向推进与双向互动

## 第四章 正义宪法的证成

### 第一节 社会正义是正义宪法的独立主题

#### 一、建构在心灵契约基础上的社会正义

#### 二、社会正义作为正义宪法的独立主题

#### 三、作为心灵契约的正义宪法

### 第二节 论证的正义

#### 一、论证的正义与揭示的正义

#### 二、罗尔斯正义论证的弊病

### 第三节 正义论证的条件：理性的公共运用

#### 一、人的共在关系与理性的公共运用

#### 二、理性公共运用的初级条件：公开地运用理性

#### 三、理性公共运用的高级条件：理想的公共论坛

#### 四、“理性的公共运用”比“重叠共识”更易让人接受

### 第四节 社会正义的分阶段证成

#### 一、社会正义的分阶段论证

#### 二、前宪法的正义论证与后宪法的正义论证

### 第五节 从社会正义基本准则到宪法正义准则的论证

#### 一、社会正义基本准则

#### 二、宪法正义准则

## 第五章 宪法正义准则论释

### 第一节 权利与义务项下的宪法正义准则

#### 一、蕴含在人的关系中的权利

#### 二、宪法的基本权利（义务）体系

#### 三、权利（义务）冲突的协调准则

### 第二节 受益分配项下的宪法正义准则

[一、机会平等](#)

[二、社会福利的分配](#)

[三、补贴与关爱投资](#)

[第三节 负担项下的宪法正义准则](#)

[一、从收入分配的正义到负担的正义](#)

[二、按比例课税的正当性及其例外](#)

[三、税收优惠与累进税](#)

[余论](#)

[一、思路重述](#)

[二、担忧与辩解](#)

[三、最后一点说明](#)

[参考文献](#)

[索引](#)

[后记](#)

我想，带你畅游曼妙多姿的溪流，

那里有雨后新竹间清鲜的空气。

我想，共你相约在远古冷峭的城堡，

瞭望那穿越古今悠远的星空。

我想，领你到荆棘丛生的沼泽，

开拓那冒着嫩芽新绿的旷野。

我想，为你奉上热腾腾的文字，

那里蕴藏着我的神思。

我想，将火热的灵感倾泻，

点燃你如泉的遐想。

我想，邀你一同思考宪法，

那是自由的摇篮，

正义的基石，

心灵的契约。

## 导论

在作为导论的这一章节中，我将对本书所欲研究的正义宪法命题作一个总括性交代，并对那些统领全局但无法在正文中一并论述的问题予以说明，当然，这些说明是极其简要的，目的是为后面更为详尽的论述铺平道路。我首先要阐明宪法革新即是一个日渐趋向于理想宪法的进程，这一进程关乎社会正义的实现。之后，我将简略地探讨理想宪法的必要条件，并以此为观照，对现代宪法特别是自由主义宪法进行初步反思。而后，对本书一以贯之的大历史视野以及理想类型的研究进路作了最为简略的介绍，在此基础上，进一步探讨关于融贯古今的整全性宪法概念。

## 第一节 宪法的理想之境及其问题

### 一、宪法的理想之境

对不专门研习宪法的普罗大众而言，宪法似乎很远，但它还是会以这样或那样的形式出现在我们的日常生活之中，我们每个人都或多或少地会碰到它，而且还会自觉或不自觉地思考它。作为普罗大众，我们大概不会认真思考诸如设立政府的目的、政府的构架及其运作机制等颇具政治色彩的宪法性命题，但我们还是会自觉或不自觉地关注医疗、教育、住房等事关公共资源的分配命题；关注个人所得税减免，房地产税、遗产税的开征等事关公共负担的命题；关注隐私、言论空间、私有产权等自由权利命题；关注诸如对国家土地征收权有效控制的权力配置命题。事实上，上述命题归根结底均是宪法命题，要受宪法的最终调控。

我所理解的宪法正是一个关乎权力、权利、受益、负担有效分配的规则体系，而实现正义则是这个规则体系的总灵魂。每当我们探讨社会福利应如何分配，税收应如何负担等问题的时候，我们实际上就是在追求一个更为公平合理的社会；每当我们拷问社会制度正当性的时候，我们就已在追寻心目中的正义宪法。这些零星的拷问和思考对宪法的成长极有裨益，因为宪法总是在人们的不懈思考中迈着细碎的步伐不断前进，而人们在何种程度上理解了宪法以及对理想宪法的孜孜探寻，不仅关乎每个人生活的质量，而且还关乎社会正义的实现。

改革开放以来，我们的观念以及我们所生活的社会均发生了巨大的变化。随着经济社会的飞速发展，社会中的不稳定因素增多，社会日渐分化、固化，官与民、富人与穷人、精英和草根之间出现了严重的裂痕，社会共识越来越难以凝聚。这些问题的症结出在哪里？恐怕出在社

会正义上。社会正义是由制度来承载并通过制度的运作得以实现的，社会正义出了问题，在某种意义上讲，就意味着某项制度甚至是整个体制的设计或运作出了问题。现在越来越多的人已经开始意识到，社会正义的问题其实就是制度的问题，要通过制度循序渐进的革新来推进社会正义。那么，关于制度的循序渐进的革新又应该从何入手呢？我认为，从宪法切入，以宪法革新带动体制和制度循序渐进的革新是恰当的。体制即是由制度所构建的一个立体结构，处在这个立体结构的最上端便是宪法。宪法作为根本性的制度，是制度中的重中之重，它不仅统领了其他制度，而且还是生成制度的制度，它是元规则，是生成规则的规则。因此，制度革新必然最终涉及宪法革新，我们所讲的“顶层设计”，也带有某种宪法革新的意味。

党的十八届四中全会提出，社会诸领域的改革要在法律框架下进行，这就意味着，宪法、法律自身的革新不仅要先于社会诸领域的改革，而且还要引领社会诸领域的改革，社会诸领域的改革都要有宪法和法律的授权。一方面，宪法革新应先于具体的改革。在着手具体的改革之前，我们始终要弄明白理想蓝图到底应该是什么样子？该如何实现这幅理想蓝图？若在全然不顾宪法这张理想蓝图的境况下仓促推进改革，改革势必因缺乏“航标”而迷失方向，中央与地方以及各种改革方案间就会相互抵牾，最后改革必乱作一团，行将不远；另一方面，宪法革新为社会诸领域的改革提供强有力的支撑，只有在宪法革新的统领之下，其他诸领域的改革才会变得名正言顺起来。<sup>[1]</sup>若无宪法的全局性更新，只进行法律和政策局部性调整，那么这种局部性的改良有可能会遇到宪法的瓶颈制约而无法推行下去。

宪法革新即是一个逐渐趋向理想宪法的进程，其目标是：寻找一部契合实际情况并能解决问题的宪法，然后，再用这样一部宪法来统领制度革新的方方面面。那么，到底什么样的宪法才是理想的呢？我想，理想宪法至少要符合以下几条标准：

第一，可得运作。宪法不能沦为摆设，而要通过宪法解释、违宪审查以及宪法在个案中适用等机制，实实在在地运作起来，发挥其实际效用。

第二，对权力的控制充分且恰当。宪法既要充分控制权力，又要使受控制的权力大有可为，积极而富有效率地为人民谋福祉。一方面，是权力控制的充分性问题。宪法作为组织社会生活的根本性框架，应充分涵盖组织社会生活的必备要素（组织社会生活的要素将在第四章第五节中予以论述），这些要素包括：权利的确立，权力的授予及关于受益和负担的分配等。无论是受益（福利）、负担（税收）的分配，还是权利的保护及冲突解决，都是通过权力的运作得以实现的，而所有权力，无论是保护自由权利的权力，还是确定福利分配和税收负担的权力，均应受宪法的最终控制。宪法最终控制权力，并不是说法律不能染指权力控制命题，而是说法律对诸如福利分配和税收负担的控制是否正当，应受宪法的再检验。另一方面，是权力控制的力度问题。控制权力和发挥权力的功用和效能本身就是一对矛盾，权力控制越死、牵制越多，权力运作的效能也就大大降低了，无法更好地为人民谋福祉；但反过来，权力控制过于松散，就会滋长权力运作上的恣意和擅断，这就会产生负面的作用，因为失控的权力最终会化身为洪水猛兽吞噬人民的自由和权利。由上观之，宪法不仅要充分控制权力，而且还要恰当地调适权力控制的力度，使权力既不敢为非作歹，又能够充分发挥效用，造福于人民。

第三，与人相契。宪法作为社会的元规则，必然要映射社会之中人的共通理想，因而，宪法离不开人，宪法的理想在某种意义上讲也就是人的理想。一方面，每个人都既过着合群的生活，又追求自主、自由，这是由人的天性所决定的。因而，理想的宪法并非要在社会团结和个体自由之间择一而从，而是要调适好社会团结和个体自由之间的关系，契合实际地实现两者之间的融合。另一方面，每个人既是理智的人，又是情感的人，故而，理想宪法应融合人的道德情感和理性意志，并能在道

德情感和理性意志上被每个人所接受。除此之外，不同文化背景下成长起来的人也有着分殊性。因而，宪法也要契合这种分殊性，它在调适社会团结与个体自由之间的关系以及在兼合理性意志和道德情感时，所选择的方式和路径也要因人、因地制宜。

## 二、现代宪法存在的问题

现代宪法存在的最大问题，恐怕就是偏离了上述理想标准，主要表现在如下几个方面：

首先，宪法的生命在于运作，也只有在不断运作中，宪法才能发挥其应有的效用，但现代宪法常常陷入难以运作的困境。不过，现代宪法所面临的运作难题，并非是一个探讨理想宪法的恰当场域，因为那些无法得以运作的宪法往往徒有宪法之名而无宪法之实，用萨托利的话说就是“不真正的宪法”、“圈套性宪法”抑或是“冒牌宪法”，这样的“宪法”甚至连真正的宪法都算不上，遑论理想宪法。正因如此，本书将所要探寻的理想宪法建构在这样一种基本前提之上，即宪法不仅仅是一个宣示性文本，而是有着一张在现实生活中得以有效运作并发挥实质性效用的鲜活面孔的至上法律。只有在这样一个前提之上，我们才有可能进一步探讨，什么样的宪法是好的、理想的、真正适合我们的。

其次，现代宪法对权力的控制大多是不充分的。一方面，随着福利国家的兴起，政府的权力不断扩大，诸如福利分配及税收负担等新兴权力，长期游离在宪法控制之外，从而形成了一个宪法控权的庞大盲区。另一方面，宪法中大量充斥着那些无法得以实际运作的宣示性条款和模糊性用语，这些宣示性条款和模糊性用语的好处在于增强了宪法的“软性”，使得宪法能更好地对接不断发展变化的世界，但恰恰也正是因为其缺乏实质性的价值判断基准，从而给予了立法和行政过大的自由裁量空间，使得立法和行政脱离了宪法的实质性控制；更有甚者，开放性用语还很容易让释宪者在违宪审查的过程中，掺入宪法文意射程或制宪者

意图之外的各种考虑，这样释宪者就凌驾于宪法之上，他们不再是在解释宪法而是在创造宪法，不是在执行宪法的意志而是在执行自己的意志。无论是立法和行政上的恣意，还是超越宪法的违宪审查均非民主政治的福音，前者使宪法难以在社会生活中发挥应有的功用，而后者则是将宪法置于不确定的境地，这两者联合起来最终侵蚀了宪法的权威甚至是民主政治大厦的根基。

第三，现代宪法并未解决权力控制和权力运作效率之间相互调适的问题。关于权力的运作机制，无外乎有两种模式，即分权制衡和集权监督。从现实情况来看，无论是分权制衡还是集权监督都没有臻于理想之境。分权制衡机制确实较好地解决了权力控制问题，但却使权力运作效率低下。分权制衡实际上是以权制权，首先对权力进行分割，而后把这些分割的权力分配给不同的部门，从而在各部门之间实现权力的相互制衡。这种权力运作机制无法造就一个协调各方的权威，权力不仅被分散了，而且还在相互制衡中不断弱化，难以集中力量为人民谋福祉；相反，集权监督体制确实解决了权力运作过程中的效率问题，但当权力最终集中于“塔尖”之时，责任却缺位了，有权无责，某种程度上造就了权力的恣意、妄断。不过，我们乐见这样一种融合趋势，即分权制衡体制出现了趋向于集权的变化——总统权力得到强化、协调各方的权力枢纽不断涌现；而集权监督体制也有意识地推行宪治，强调依法行政，凸显民意选择，强化了权力背后的责任以及部门权力之间的分工、协助、监督和制约。当然，这种融合还需要有扎实的宪法理论作为支撑。

最后，现代宪法并未真正扎根于与人相契的宪法理论之上。宪法理论既不同于宪法规范，也不同于宪法理念。宪法规范是宪法的形而下，宪法理念则是宪法的形而上，宪法理论处于宪法理念与宪法规范之间，它是对宪法理念的一种具体化，以具体地指导立宪，并将抽象的宪法理念落实到具体的宪法规范之中。从历史上看，社会契约论具有强大的生命力，它既是关于宪法的理念，也是关于宪法的理论，它能具体地指导

宪法的设计，美国宪法就带有浓厚的社会契约基因。不过，社会契约始终以个体为逻辑起点，以追求个体自由为价值依归，是纯粹功利性的，这种理论虽能安顿人的头脑，以及由头脑生长出来的理性，但并不能妥当地安顿人的心灵，以及由心灵所滋生出来的情感。正是因为现代契约宪法无法承载人的情感道德，从而在宪法内部也就出现了诸如重个体轻群体，重权利轻义务，重利益轻道德，重形式轻实质等矛盾与冲突（将在第三章中予以具体论述）。不过，也应该看到，特别是第二次世界大战以来，现代契约宪法的面貌发生了某种朝向心灵的可喜变化，比如，很多国家的宪法已经把“人的尊严”条款置于宪法的最高位置，并在宪法中设置以人的共在关系为基底的互助式的社会权，乃至将“社会国原则”奉为宪法的精神内核。<sup>[2]</sup>然而，美中不足的是，这种变化是在现实危机的逼迫下发生的，并无扎实的理论根基；也就是说，宪法的面貌变化了，指引宪法变革的理论却仍然停留在原处，这不仅造成了理论与现实的脱节，使得原有的理论无法解释变化了的新情况，而且还加剧了宪法内部诸元素之间的冲突，进而导致宪法革新因理论上的营养不良而举步维艰。

现代宪法所面临这样或那样的问题，预示着宪法需要得到某种程度的革新，而这种宪法革新又亟需新理论的引领和支撑。任何没有理论支撑的宪法革新是没有根基的，随时随地都有可能被推倒重来。在中世纪，古典心灵宪法不仅出现了动摇，而且也孕育出了一系列宪法的革新，但恰恰是因为缺乏恰当理论的指引，这种革新始终是盲目的，并不断陷入“合一权力”两相争夺的无限循环之中；无独有偶，今天我们又处在了宪法革新的十字路口之上，要自由还是要福利我们尚难定夺，其中的原因恐怕就与中世纪如出一辙。所以，今天我们要想着手宪法改革，除了要具备现实的土壤外，还需要有如社会契约论那样的既能据以判断宪法是否正当，又能指导宪法革新的理论。

本书所要探讨的理想宪法正是寻找这样一种关于理性与情感双向融

通的全新的宪法理论，它并非是关于理想宪法的具体条款，而是那些足以指导订立或修正宪法，使宪法不断趋于充分、圆融并与人真正相契的立宪原则；这些立宪原则熔应然理念与实质性标准于一炉，力求既能解释并指导正在发生或将要发生的宪法革新，实现人的理性和情感的双重安顿，又能为宪法实质性地控制立法、行政和司法供给正义基准，这些立宪原则和正义基准组合在一起，就构成一种关于理想宪法的理论，这种理论也可被称为正义宪法原理。

## 第二节 大历史视野下的宪法之三种理想类型

### 一、大历史视野

在明确了探寻理想宪法这一主题之后，我们所面临的进一步问题是，到底什么样的宪法才是理想的法？采用什么样的方法来探寻理想宪法？理想宪法作为对实存宪法的一种超越，首先源自对实存宪法的不满与批判。只有对实存宪法展开沉思，我们才能真正理解实存宪法，洞察它的缺憾与不足。需注意的是，仅仅洞察了实存宪法的缺憾和不足还是远远不够的，如果没有历史经验的正反两方面的观照，我们仍然会从一个极端走向另一个极端。

在从古典宪法走向现代宪法的进程中，我们似乎已从一个极端走向了另一个极端。古典宪法是心灵团结的宪法，团结完全压倒自由，所以本该和乐融融的古典宪法，发展到最后却成为从身体到心灵的彻头彻尾的压制。压制人性的古典宪法，最终激起了人所固有的理性的反抗。随着理性的启蒙和个体意识的觉醒，人们至少从心灵上摆脱了自然共同体的枷锁，于是宗教成为个体之事，伦理再也难以囚禁人心。从此之后，个体获得了自由，个体意义上的人成为世界的中心，乃至万事万物的唯一尺度。现代人面临的首要问题即是如何在人群中保存个体独立而自由地存在并避免个体之间的自相残杀；于是，人们就想到了联合，但

联合起来的现代人并不是要重归古典共同体的怀抱，而是要以联合的形式保存并增益个体的自由，这样联合就成为实现自由的一种手段，而自由则隐藏在联合背后成为联合的真正目的。现代宪法作为个体联合的总括性契约，它以个体为逻辑起点，并以实现个体的自由为最高宗旨，这样的宪法虽安顿了人的理性，却无法安顿人的情感，它不仅没有包容诸如义务、责任、荣誉、廉耻等心灵要素，而且还在道德上持中立立场，对人的理性冷漠、道德虚无听之任之，对人与人之间的分化、固化、排斥则无任何抵御能力。

面对现代宪法的新的矛盾和裂痕，有人主张宪法应回归心灵，“新儒学”以及“儒学宪政”<sup>[3]</sup>就有这样一种旨趣。但是，历史大势蒸蒸日上，过去是永远返回不了的故乡。从古典宪法中破茧而出的现代宪法，无法重新返回那个已破了的“茧”。我们永远不要指望，通过恢复消逝的宪法形式，抑或将古老宪法的元素直接贴到现代宪法身上来挽救现代宪法。

我们应秉持这样一种态度：历史是勾连过去、现在和未来的“无缝连接之网”，时间则是真理和理想的检验装置，过去不仅呈现了到达现在的路径，而且它还和现在一道为未来描写了蓝图。我们审视宪法的历史，既不是为了以古非今，也不是为了以今非古，而是要从过去的经验中汲取智慧，让过往的教训观照现代宪法新的变革。正如布洛克所言：“若对活着的人一无所知，那么，我们用以描绘古代观念和已消亡的社会组织形式的名词，也就变得毫无意义了。如果以一种审慎的、批判的态度来取代本能的印象，以此来考察历史，那么其价值将成倍地增长。”<sup>[4]</sup>因而，我们要将过去与现在勾连起来，让死去的过去重新焕发生气；我们要在过去与现在相互勾连的连续图谱中，洞察宪法亘古不变的内核，查找现代宪法真正的“病根”，探寻通往未来理想宪法的道路。

只有将过去与现在勾连起来，我们才能古今观照地看问题；只有古

今观照地看问题，我们才能真正地理解过去与现在；只有真正地理解过去与现在，我们才有资格客观地评判过去与现在；只有在对过去与现在作出客观的评判之后，我们在迈向未来的道路上才不至于从一个极端走向另一个极端。古今观照对比，恒重理解和评判。评判是对过去和现在的一种反思，是探寻未来的必经之途，评判始终是构建在理解的基石之上的，没有真理解就没有好评判；而理解绝不是以己代人，而是建立在双向沟通之上的感同身受、换位思考。我们应该放下我即正确的天使般的架子，静下心来倾听来自古人的声音，客观地对古代人的生活世界加以描述，认真对待来自古人的智慧。

## 二、理想类型

我们不得不借助韦伯所称道的理想类型的研究工具，来对古往今来的宪法现象加以客观描述和评判。所谓理想类型的研究方法，系韦伯为克服历史学派过度个体化和特殊化的方法论缺陷，而提出的一种研究社会和解释现实的概念工具，旨在获得关于研究对象的规律性认识和因果关系揭示。在韦伯看来，惯常使用的实证分析抑或历史分析的方法常常面临两种困境：不是由于概念过于宽泛，使其丢掉现象的某些具体特征，就是由于概念过于狭窄，无法包容相关的现象，而他所致力建设的“理想类型”在很大程度上避免落入这种进退两难的困境。详言之，“理想类型”具有如下特点：

（1）抽象性。理想类型作为一种理念上所构造的概念工具虽与现实实存相关联，却无法直接等同于现实实存；理想类型只不过是对现实实存的一种高度概括和抽象，这种概括和抽象要与现实实存本身保持一定的距离，并不能穷尽现实实存的全部特征。基于此，韦伯并不否认在现实中存在的那些与理想类型不相符合的情形，并将这些情形称作是对理想类型的一种偏离。

（2）典型性。理想类型作为分析现实的概念工具，是在对诸多经

验进行观察整理后，而获得的那种具有共性或规律性的东西，因而，理想类型也就具有了典型性。从某种意义上讲，理想类型之所以是“理想”的，即在于“它代表的某种或某类现象是接近于典型的，是一种理想化的典型”。<sup>[5]</sup>

“理想类型”虽是对历史与现实的一种片面性的抽象和概括，但这却是一种“片面的深刻”，对分析、理解历史与现实，揭示未来的道路，有着无可替代的方法论意义。一方面，理想类型是比较社会学的方法论基础，它为历史的和社会的比较研究提供了根据。通过对历史与现实进行抽象和概括，揭示出历史和现实中最为典型的特征，从而为经验事实之间的比较提供了可能；理想类型虽仅具有典型意义，但通过分析那些最有代表性的典型情形，无疑有助于我们对那些偏离典型样态的现实实存达至真正的理解；不仅如此，理想类型还为我们提供了一个整全性的分析框架，依凭这个整全性的分析框架，我们不仅能揭示古往今来、纷繁复杂的现象之间的统一性和差异性，而且还能从因果关系上对它们进行理解和说明。<sup>[6]</sup>

另一方面，理想类型是用以评价现实实存的一把“尺子”，为揭示应然提供了契机。比方说，在经济学中我们常常提到“完全竞争市场”，但是“完全竞争市场”仅具有分析意义，在现实中“完全竞争市场”是不存在的，但就是这种现实中并不存在的分析工具，为我们提供了一种应然的框架，进而揭示出实存的不足和改进的应然方案。韦伯对理想类型的方法论价值所作的如下评述是相当公允的，他说：

参照一种理想类型，我们可以使这种关系的特征实际地变成清晰的和可理解的。对于启发的和说明的目的来说，这一程序可能是必不可少的。理想类型的概念将有助于提高我们在研究中推断原因的能力：它不是“假设”，但它为“假设”的构造提供指导；它不是对现实的描述，但它旨在为这种描述提供明确的表达手段。<sup>[7]</sup>

### 三、宪法的三种理想类型

本书关于古典、现代和未来的三种宪法类型的划分，虽在一定程度上蕴含了历史逻辑，但它更多的是一种类型化的作业，只不过这种类型化的作业要以历史的进程为主轴。一方面，本书关于宪法的三种理想类型的界分是典型的，能大致代表宪法的过去、现在和未来，并能揭示出过去、现在、未来宪法的最为基本的特征；另一方面，本书关于宪法的三种理想类型的界分是抽象的，虽源于历史和现实却不能直接等同于历史和现实。具体而言，古典宪法虽然就总体而言是隶属于心灵的，但似乎也不乏有某种契约的元素；现代契约宪法虽然就总体而言彰显了人的理性，但亦不乏有某种程度的心灵回归。因而，我们根本无法在历史或现存中找到纯粹的心灵宪法抑或契约宪法，也无法将某个实存的宪法个案直接归入某种具体的宪法类型之中。

本书关于宪法的三种理想类型的分类，大致遵循以下三条分类标准：

一是人的联结纽带标准。宪法是人的凝聚及联合的有效载体，而人与人之间的凝聚和联合无非有三条纽带，即以情感为基础的心灵纽带（以宗教和伦理为代表），以理性为基础的契约纽带，以及融合情感和理性并以正义为基础的心灵契约纽带（也即正义纽带）。古代人的共同体世界大体以内在心灵为联结纽带，对应的是心灵宪法；现代人的契约联合的世界则是大体以外在的“契约”为联结纽带，对应的是契约宪法；未来的理想世界应是以正义为基础的共在体，正义的法律就是未来理想社会的联结之核，因而，未来理想社会的宪法应是以人与人之间的共在关系之正义为基石的宪法，也即建立在理性意志和道德情感双向可接受基础之上的心灵契约宪法。

二是价值取向标准。不同的宪法类型对应不同的价值取向，心灵宪法以团结为基本价值取向，故亦可将其称为团结宪法；契约宪法以自由

为基本价值取向，故亦可将其称为自由宪法，心灵契约宪法则以社会正义为基本价值取向，故亦可将其称为正义宪法。

三是时间性标准。若以历史的进展和人类的进程为时间性主轴，心灵宪法总体而言对应的是古代，可称之为古典心灵宪法；契约宪法主要对应的是现代，可称之为现代契约宪法；而心灵契约宪法则代表着未来宪法的发展方向，可称之为面向未来的心灵契约宪法。

接下来，对古典心灵宪法、现代契约宪法以及面向未来的心灵契约宪法（亦称正义宪法）之间的界限作一点简单的说明。

首先，是古典心灵宪法。古典心灵宪法是古代人的宪法，它与古代人的共同体的世界基本相契合，是日渐式微的一种宪法类型。在古代人的世界里，自然共同体是世界的逻辑起点，人总是隶属于自然共同体，世界则是心灵的凝合物，是借助宗教或伦理等心灵纽带同化凝合而成的。古典世界的上述特征孕育出了古典心灵宪法，而古典心灵宪法的最根本特征也就在于它的心灵性，主要表现在以下几个方面：一是古典心灵宪法并非以显而易见的形式呈现出来，而总是隐藏在历史和传统之中，并与宗教和伦理融为一体，最终扎根于人们的心灵深处；二是古典心灵宪法的效力并不一定来源于每个人形式上的同意，而是基于神圣和久远的心灵上的认同；三是古典心灵宪法的最高宗旨不在自由而在团结，即是那种“合一而同”的心灵凝合式的团结，相较于团结，个体自由被降低到最低的层次，从而形成一种从身体到心灵的压制性秩序。

其次，是现代契约宪法。契约宪法是当下实存并急剧变革的宪法类型，它起源于西方宗教革命、启蒙运动，成熟于19世纪末的美法革命，并在第二次世界大战后直至今天出现了尚未完成的持续性变革。契约宪法是现代人的宪法，它与现代人的个人主义、自由主义的风格相适，并与契约联合的世界结构基本相契。在现代人的世界里，人首先被预设成先在、独立、自利的个体，并且作为个体而存在的人始终是自由的；而

世界则被设想成个体凭借“契约”自由联合而成的联合体。现代世界的上述特征孕育出了现代契约宪法，而现代契约宪法最为根本的特征就是它的契约性，主要表现在如下几个方面：一是现代契约宪法是人的理性作品，它如同契约，常常以文字而书就；二是现代契约宪法的正当性基础在于人民的同意，它犹如人民缔结的总括性契约，将每个人都容纳进来；三是现代宪法的逻辑完全是契约式的，它以个体为逻辑起点，以保存并实现个体自由为最高宗旨；而相对于自由，联合始终处于从属的地位，联合的目的即在于实现更好、更大的自由。

第三，是面向未来的心灵契约宪法也即正义宪法。正义宪法是指面向未来的理想宪法，它建立在对古典心灵宪法和现代契约宪法所进行的批判、反思、借鉴及融合的基础之上，是对危机重重的现代契约宪法的一种变革。正义宪法与人的本质、实存和理想相契，并反映了人之应然的共在关系。在共在关系中，每个人不仅是独立的主体，而且还是共在体的平等的成员；每个人不仅是自由的，而且还应对他人和社会负低限度的道德义务。在共在关系中，情感抑或是理性都不是唯一的行事法则，在那里理性包容了情感并受到情感的约束，情感亦包容了理性并受到理性的限制，情感和理性在相互交融中达成平衡。人之应然的共在关系孕育出理想宪法也即正义宪法，正义宪法的根本特征即在于它的正义性，而正义性又反映在心灵契约之中。具体而言，正义宪法的特征主要表现在如下几个方面：一是正义宪法既包括看得见的宪法，即宪法的成文的形式，也包括看不见的宪法，即那些扎根在心灵深处的，得到人们广泛认同的，具有根本性效力的传统、习惯、惯例等；二是正义宪法的正当性基础在于心灵契约，也就是说，正义宪法之所以是正义的，不仅因为它得到了人民的理性同意，而且还因为它得到了人民的心灵认同，经受了理性和情感的双重检验；三是正义宪法并非以自由抑或团结为最高目标，它的最高宗旨即在于实现那种能反映人的共在关系并受理性和情感双重检验的正义。

## 古典心灵宪法、现代契约宪法、正义宪法对照表

	人的形象	人的关系	表现形式	正当性基础	价值追求
心灵宪法	隶属于自然共同体	共生	非成文	神圣和久远	团结
契约宪法	先在、独立、自利	联合	成文	理性同意	自由
正义宪法	主体性 + 共在性	共在	非成文 + 成文	理性同意 + 心灵认同	正义

从古今宪法的两种模型入手探讨应然之义的宪法虽稍显冗长，但如此作业亦颇具好处：一是有助于形成整全意义上的宪法观及宪法理论。整全意义上的宪法不仅包括宪法文本，而且还包括古往今来的宪法观念、宪法命题和宪法现象。古代社会虽无直接冠以“宪法”名号的文本，但却不乏有宪法观念、宪法命题和宪法现象。因此，要想整全性地探讨宪法，千万不能将人类漫长的古代社会忘得一干二净；二是有助于发现应然之义的宪法。应然与实然相对应而存在，它指向未来、折射理想，但是它也离不开实然，离不开人类社会实际存在的过去与现在——过去预设了到达现在的路径，而现在则向我们显示如何建设未来。只有将过去、现在、未来勾连起来，将历史理解为实验室，将时间看成是进行验证和淘汰的装置，通过审慎观察、权衡比较，才能洞见宪法继续前进的共识与歧见、道路与方向。

### 第三节 融贯古今的整全宪法概念

本书欲将古代人的宪法纳入研究视野之中，然而，古代人的宪法和现代人的宪法无论就其外观形态还是就其精神内核而言均无法通约，那么，在何种意义上古代人和现代人共享一个宪法概念？是否存在一个可

以融贯古今的整全式的宪法概念？这就成为本书研究得以顺利展开的一个始源性命题，如果在这个始源性命题上无法取得一致意见，我们就难以展开任何有实质意义的探讨。

“何谓宪法”，这个命题看似简单，但恰恰是“所谓最简单的问题就是最困难的问题”，<sup>[8]</sup>有学者甚至总结出不下十六类的宪法概念；<sup>[9]</sup>而在另一部分学者眼中，宪法玄之又玄，根本无从定义——宪法犹如“禅”一般，“你能悟到什么就是什么，你能悟多深就有多深”。<sup>[10]</sup>毋庸置疑，宪法中必然存在着某种亘古不变的根本性东西，只有发现它，我们才能定义整全意义的宪法。但是，要想寻找蕴藏在宪法之中的根本性东西，仅仅局限在一时一地的研究是不够的，纯粹依靠对既有的宪法概念进行归纳、分类、对比也是不够的，因为如果一时一地的宪法以及林林总总的宪法概念均是不整全的，我们就无法从不整全中归纳出整全的宪法概念。

要想寻找古今共通的整全宪法概念，我们有必要整全地回溯历史，因为历史既是人性的基本方面，也是法律乃至宪法的基本品性，“人类生活本质上是内在于历史之中的，世界成为一阙在时间之旅中咏颂的人道主义赞歌”，而“法律精神，一如民族的性格和感情，涵蕴并存于历史之中，其必经由历史，才能发现，也只有经由历史，才能保存和扩大”。<sup>[11]</sup>但是，我们所面临的问题是，过去总是朦胧而模糊的，唯有现存最后一幅图像才是清晰可辨的，为了重构已消逝的宪法景象，最好的方法不是由古及今，而是“应该从已知的景象入手，由今及古地伸出掘土机的铲子”。<sup>[12]</sup>

通过实存的看得见、摸得着的宪法文本来认识宪法，不失为探寻宪法本质的一种较为直观和便捷的方式。美国宪法就是一部最为典型的看得见、摸得着的现代成文宪法，马歇尔大法官曾自豪地说：“在政治制度上，我们最引以为荣的就是一部成文宪法。”<sup>[13]</sup>从结构上看，美国宪

法十分简洁，它由一个序言，七个宪法条文及附于宪法文后的宪法修正案所组成。在至今220余年的宪法历程中，陆续形成的27个宪法修正案附于宪法文后，这使得宪法的原始风貌得以完好无损地保存下来，也使宪法成为一种历史，在那里我们可以追寻到先辈的足迹，领悟权威和神圣。美国宪法是现代宪法史上的一颗璀璨的明珠，它不仅开创了现代宪法的成文形式，而且还奠定了现代宪法的根基，我们不仅能够从简洁的条文中体悟出美国宪法蕴藏的诸如“基本权利”、“人民主权”、“有限政府”等现代宪法的精髓，而且“公共权力应受制于根本法的运行——这一美国建国理念中得以凸显的核心思想现在被每一个立宪政体所宣言”。<sup>[14]</sup>

受美国宪法的影响，很多人认为，宪法是在某一特定时刻，由某一群伟大人物书写，进而又由人民同意的一部作品；作为人民作品的宪法，必须以成文的形式加以呈现。美国独立战争时期民主派作者潘恩就是上述观点的有力支持者，他在《人权论》中就说：“宪法不仅是一种名义上的东西，而且是实际上的东西。它的存在不是理想的而是现实的；如果不能以具体的方式产生宪法，就无宪法之可言。宪法是一样先于政府的东西，而政府只是宪法的产物。一国的宪法不是其政府的决议，而是建立其政府的人民的决议。”<sup>[15]</sup>难怪潘恩竟会以英国没有宪法文本为由，蔑视英国是一个没有宪法的国度。的确，英国至今都没有一部被称为宪法的成文法典，也没有像美国那样施行“三权分立”；但是，这是否就意味着，英国真的就没有宪法？更进一步的问题是，宪法是否必须以某种成文的形式来加以呈现呢？

关于英国宪法，萨托利曾有这样一段精彩论述：

英国的这些“最高法律”没有集中于一个单一的文件，这并不真的意味着英国有不成文宪法。我宁愿说英国人没有法典化的宪法，即英国所拥有的宪法是一部只是部分成文的宪法，或者更确切地说，较之

于“成文”宪法，它在很大程度上是“不成文的”，它勉强成文于零散的文件之中，分散于大量的法律渊源之中。<sup>[16]</sup>

诚然，英国之所以不需要用统一的法典形式来表现其宪法，“不是因为像有些法国人说的那样，英格兰没有宪法，而是因为对专断统治的限制已经根深蒂固于民族传统之中，以至于英格兰并不存在对国民幸福的严重威胁，从而他们根本就没有必要采用正式法典”。<sup>[17]</sup>事实上，英宪要义不仅散见于各种宪法性文件之中，<sup>[18]</sup>而且还体现在整个民族的历史和传统中，扎根于英格兰国民的心灵深处。麦基文就持这样一种宪法观念，他认为：“在18世纪末期以前，传统的宪政观认为，宪法是体现在民族制度习俗中的一套原则，它不外在于后者，也不在存在上先于后者。宪法国家是完好地保持着自由政制遗产之国。”<sup>[19]</sup>无独有偶，与潘恩几乎是处于相同时代的英国作者伯克认为英国宪法即是“约定俗成的宪法”（prescriptive constitution），它的正当性基础在于历史的传承与积淀，自由或许是英国宪法结构的内在要素，而历时悠久带来的约定俗成，正是自由的基础。<sup>[20]</sup>

麦基文和萨托利等人从英国自由的传统，以及散见于各种宪法性文件中的宪法精神与美国宪法文本所折射出来的精神相通这一点上，来界定英国宪法的做法有其合理的一面——我们的确不是因为有了一部冠以宪法名称的文本才拥有宪法，而是因为宪法文本体现了宪法的精神，才使得某一文本能真正配得上宪法这一称谓；一个徒有宪法文本但却缺乏宪法精神的国家，就不可能会有真正的宪法；相反，一个即便没有宪法文本，但却能在举手投足中体现宪法精神的国家就有了宪法。

我们也应该要看到，英国的宪法精神源自古远，甚至是在美国产生之前，英国就拥有了自由的宪法精神和有限政府的宪法理念。因此，英国并不是在与美国宪法精神相通这一点上才拥有了宪法，以美国宪法文本或精神为蓝本，依此而推断其他国家有无宪法的逻辑是武断的。美国

宪法只不过是宪法的现代版本，可以说符合美国宪法精神的国家，拥有现代意义上的宪法，但是绝不能说不符合美国宪法精神的国家就没有宪法，或者在美国宪法产生之前的全部人类历史上甚至都不存在宪法现象。如果想当然地认为美国宪法是宪法的一切，就会犯以今非古的毛病。江国华教授深刻地洞察到了这一点，他说：

我们可以说，规定“民有、民治、民享”的宪法，在性质上就是民主之宪法，否则就是“非民主之宪法”。但是，非民主宪法也是“宪法”——用现代宪法所具有的若干特征来考量古代社会宪法之有无，宛若以成人所具有的若干特征来佐证“婴孩非人”一般荒谬。<sup>[21]</sup>

毋庸置疑，法律与人共生，在人类的初生时代，我们就拥有了某种形式的法律，这一法律观已经在原始人群那里得到了印证。霍贝尔在北极的爱斯基摩人、菲律宾北吕宋岛的伊高富人以及印第安原始部落中的科曼契人那里发现了原始人的法，通过考察这些原始人的法，他逐步发展了他的“多元主义”法律观，他认为，法律是选择的产物，是文化的一个因素，不同的文化塑造了不同的法律。<sup>[22]</sup>无独有偶，马林诺夫斯基通过对新几内亚沿岸的特罗布里安德群岛的原始人群的习惯法的潜心观察，提出了自己关于法的新理解——法与社会是一同出现的，法是社会统一和一致的力量，它是靠社会所固有的相互性和公开性来维系的。<sup>[23]</sup>

从原始人的法以及多元法律观那里我们至少可以得到这样一种启示：法先于国家而存在，“法律不仅而且主要不是来自国家的立法权，也是而且主要出自许多个人和群体在日常的相互交往中创造的关系”；<sup>[24]</sup>并且，法律的世界是异彩纷呈、多元并存的，成文法、国家法、官方法只不过是在20世纪下半叶才渐趋流行起来，而在人类的整个历史长河中，法律却大量隐藏在传统、习惯、惯例乃至宗教教义之中。宪法是法律，而且是最高的法律，既然法律可以先于国家而存在，那

么，宪法当然可以先于国家而存在，既然法律可以是多元的，那么，宪法当然也可以是多元的，除了成文宪法之外，那些潜藏在人民内心深处，淌溢在国家和民族的历史长河之中，那些带有根本性效力的传统、习惯、惯例、宗教教义同样可被称作宪法。

法律与人同生意味着宪法当然也要与人同生，只不过古代人的宪法与现代人的宪法分别属于不同属系，无法在品格和精神上进行通约罢了。如果说古代人的宪法与现代人的宪法品格迥异，无法在精神实质上进行通约，那么，古代人在何种意义上拥有宪法呢？宪法又要从何定义呢？在这里，我首先要强调，在定义事物或概念时，将属性的限定语与属性本身加以区分的重要性。属性的限定语作为事物的外延，一般可用作事物的分类，但不能用以界定事物的本质内涵。比如，马有白马、黑马，白或黑只是马这一事物本质属性的限定语，它只能用于马这一物种的内部分类，但不能用于界定马这一事物的本质属性。我们不能说，白马并不是黑的，就改变了马的根本属性，就不是马。同样的道理，我们虽然可以从现代宪法特别是美国宪法中，体察到自由的意蕴，但自由始终是宪法本质属性之上的一个限定语，它最多界定了宪法的一种类型，而不能界定宪法的全部。除了自由宪法外，在遥远的古代，我们还可能曾拥有团结宪法或其他类型的宪法。

由上观之，要想界定事物，最为紧要的就是要界定事物的内涵，也就是界定事物的本质属性；并且，对那些具有实用性功能的事物而言，通过功能来界定它的本质属性是妥当的。比如坐具，它的最基本含义就是用来坐的器具，不管是没有靠背的凳子、有靠背的椅子，还是软绵绵的沙发，只要它们的本质属性均是给人坐的，就可统称为坐具。但是，按摩椅则不同，它虽然具有给人坐的功能，但这种功能并非它的本质属性，它的本质属性是用来按摩保健的，这一本质属性决定了它是一种保健器具。宪法之所以会自古有之，最重要的原因是人无法离开宪法而生活，也即宪法对人的生活须臾不可分离的有用性，因此，我们同样可以

用宪法的功用来界定宪法的本质属性。

那么，宪法到底有什么功用呢？大而化之地讲，就是根本性地调整人之关系。众所周知，法律就是用以调整人之关系，具有普遍约束力的社会规范，调整人之关系是法律的本质属性。宪法也是法律，因而，宪法的功用也就是调整人之关系，只不过宪法是通过确立调整人之关系的根本准则，根本性地调整人之关系罢了。

人之关系的确立取决于人的基本属性和诉求，人的基本属性包括两个层面的内容：一是人是理性和情感的复合体，既有理性意志又有道德情感；二是人是个体人与社会人的统一体，每个人相对他人而言都是独立自主的个体，但又无不在社会（群体）中而得以生存，每个人既追求个体自由又渴慕社会团结。人的上述基本属性决定了人之关系的三个层面的内容：一是人与人之间的关系，即要确立人与人之间的自由之界；二是人与社会之间的关系确立群己之界，使个体自由与社会团结达致平衡；三是内在于人的理性意志和道德情感的关系，寻求理性意志和道德情感之间的融通之道，使理性意志和道德情感臻于和谐圆融。要想根本性地调整人之关系，必须以人所普遍存在的理性意志和道德情感为出发点，并以实现人的理性意志和道德情感的和谐圆融为最终归宿。

人之关系最终必然映射到政治关系之上。所谓政治关系，也即政治系统内部的关系以及公民和政治系统之间的统治与被统治的关系。在政治关系中，始终存在一个权威的政治系统及受政治系统统治的臣民（公民）。政治系统是一个权威的枢纽，它要适合情境地调整个体与个体，个体与社会，道德情感和理性意志之间的关系。也就是说，人虽然天然地具有道德情感和理性意志，也天然地渴慕个体自由和社会团结，但是，政治系统在调整两者关系时，是基于情境需要而作出的，有时更注重社会团结，有时则更注重个体自由，有时注重人的道德情感，有时则注重人的理性意志。比如，在漫长的古代社会，由于生境之恶劣、生产

力低下，而且生活在自然共同体中的人们还时刻面临外敌的侵扰，于是，区分敌友并通过道德情感的升华来维系群的团结成为首要任务，而个体自由相对于社会团结而言则退居次要地位。相反，在现代社会，群体性生境压迫由于生产力的提升而解除了，外敌侵扰业已降低到最低层次，这样对个体自由的诉求就被提升到至高的地位，社会团结相较于个体自由则成了一个附随品。需要说明的是，无论政治系统如何适合情境地调整人之关系，人的理性意志和道德情感，个体自由与社会团结在任何时候都要进行双向考量，不可能存在绝对没有自由的团结，也不可能存在绝对没有团结的自由，没有自由的团结必然会沦为暴政，而没有团结的自由则最终会走向无政府状态的争斗。

既然人之关系最根本地可归结为政治关系，那么，宪法要想根本性地调整人之关系，必然具备政治属性。但是，很多人不是将宪法和政治相关联，而是直接将宪法和国家及政府相关联，好像一旦离开国家和政府，政治就无法存续。宪法与政治相关联，而政治又隶属于国家和政府，这样宪法就必然要存在于国家、政府这个政治之壳中。上述观点，可谓是应者云集。例如，我国学者王世杰、钱端升就认为：“就宪法的实质说，宪法的特性，在规定国家根本的组织”；<sup>[25]</sup>日本学者美浓部达吉也认为：“实质意义的宪法，含有关于国家的组织及作用的基础法之意味。”<sup>[26]</sup>除此之外，还有一些学者，从最宽泛意义上理解了国家和政府，把国家和政府的产生推延至原始部落，进而认为宪法与政府乃至国家是在同一个时序上生成并成长的。<sup>[27]</sup>不过，以我陋见，径直将宪法与国家、政府相关联，这只不过是人们普遍存有的歧见罢了。事实上，没有哪个论者能明白无误地告诉我们“国家”到底是何物？<sup>[28]</sup>也没有哪个论者在定义宪法前，先对“国家”来个周延的界定。任何空泛化地解释国家或者将宪法牵强附会地与国家关联在一起的做法均是违背常识的。在国家框架之下，我们根本无法解释如下宪法现象：“州”作为联邦的组成单位，并非一个国家，它为何可以拥有宪法？香港特区虽然不是一个国家，但《香港特别行政区基本法》为什么会具有某种宪法的属性？还有

就是，原始部落是否为国家？如果原始部落尚不能称为国家的话，那么在原始部落中为何会存在宪法？

正如莱斯利·格林提醒我们的那样，国家是人类社会发展到一定阶段的产物，没有国家的社会过去存在过，现在仍然存在。<sup>[29]</sup>因而，宪法和国家并非一对共生关系，在有国家的社会自然会有宪法，但在非国家化的社会只要存在某种形式的政治，也必然存在某种形式的宪法。正因如此，真正与宪法相关联的并非国家而是政治，即有政治的社会就存在某种形式的宪法，国家只不过是政治社会中的一个实体，在政治社会中有可能还存在除国家之外的其他政治实体。有鉴于此，我倾向于用更为宽泛的“政治实体”这一概念替换国家，并视其为承载宪法的基本载体，也就是说，“政治实体”承载了宪法，宪法离不开“政治实体”，宪法只能与“政治实体”同时存在、共同生长。

所谓“政治实体”，即是政治统一体，它既是一个能够独立行使治权的单位，也是一个被人们所普遍接受的依凭政治系统而独立且垄断地行使强力的实体。如果把宪法与政治实体相关联，那么诸多问题就可以迎刃而解。政治实体的第一个特征，即带有明显的公共性。由此而言，那些不具备公共性的家庭、社团就不是政治实体，在家庭和社团中，就不可能会有宪法。但是，公共性与非公共性是很难界分的，在一些大的集团公司，也存在处理集团内部众人之事体系化的规章制度和整全化的治理机构，那么体系化的大集团公司是不是适格的政治实体？在大集团公司中是否有宪法呢？这就涉及政治实体的第二个特征，即垄断性地使用强力。在集团公司中，劳动者与劳动者以及劳动者与公司之间的关系均是契约性的，公司无权对劳动者使用强力，因此，大的集团公司很难称得上是政治实体，亦不会拥有宪法。既然大的集团公司不能使用强力，而不能使其拥有宪法，那么经常使用强力的强盗团伙是否拥有宪法呢？这就涉及政治实体的第三个特征，即政治实体垄断性地使用强力是被人们所普遍接受的。正如哈特所言：“如果要用武力将一种规则体系强加于

任何人，就必须有足够多的人自愿地接受它。没有他们的自愿合作，政府与法律的强制性权力就不可能建立起来。”<sup>[30]</sup>强盗团伙因其使用的是赤裸裸的暴力，不仅不能被人们所普遍接受，而且还要被强制取缔，因此，强盗团伙也不可能存在宪法；既然强盗团伙行使的强力因不能被人们所普遍接受，而不足以使其拥有宪法，那么诸如“省”、“县”这样的实体，拥有了合法的政治系统——政府，并能以人们所普遍接受的合法方式来实行强力，<sup>[31]</sup>它们到底能否拥有宪法呢？这就涉及了政治实体的第四个特征，即政治实体拥有独立的政治地位，能独立地施行治权。“省”、“县”这种建制，并不拥有独立的政治地位，它既没有独立的立法权、行政权和司法权，而且在政治上完全隶属于上一级建制，因而，“省”、“县”也不可能拥有宪法。但例外的情形是，如组成联邦的“州”等，则拥有相对独立的政治地位，可成为一个政治实体。

再来看看古代社会是否存在政治实体？是否存在宪法？从现代人的观念上看，古代社会特别是原始社会既没有科层制政府，也没有体系化的法律，更没有现代意义上的国家，因而，也就不可能有宪法。但是，我们常常讲人是政治性的动物，因而，即便是在人类的初生时代，也应该存在某种形式的政治实体和政治系统。比如，原始社会中的部落即是一个最高的政治单位，在部落之上已没有其他更高的政治权威，因而部落就拥有了独立的政治地位。不仅如此，在部落中也存在诸如酋长会议等政治系统，这一政治系统虽然不像政府那样组织严密，但却垄断性地行使了强力，而且人们正是基于对酋长会议神圣地位的认可，而自愿地接受了强力。因此，酋长会议就是一个恰当的政治系统，而部落则是一个政治实体，在部落这样的政治实体中，必然存在某种形式的宪法。又如，在中世纪的时候，在一个政治实体内部，常常并立存在两套政治系统，即神圣教会和世俗政权。世俗政权是一个适格的政治系统当属无异，而中世纪的教会不仅掌控教权、治权和强力，而且还与世俗政权交融染指世俗事务，也可成为一个适格的政治系统。由此而言，在政治实体和政治系统并非一一对应关系，出现政治系统二元格局的时候，宪

法就要平衡两者之间的关系。

到目前为止，我已经借由政治实体这一概念，将宪法和国家分离开来，从而将古往今来的那些具有最高效力的，并据以调整人的政治关系的所有成文或不成文的规范均纳入了宪法的研究范畴。有基于此，我不揣冒昧地将本书所要论述的宪法，也就是整全意义的宪法定义为：据以组织社会生活特别是政治生活，调整人的政治关系的具有最高效力的社会规范。政治关系一般包括，政治系统内部的确权和分工的关系以及公民（臣民）和政治系统之间的关系。宪法通过对政治系统和公民（臣民）之间力量的审时度势的双向调节，适合情境地凸显社会团结或个体自由的价值，并尽其可能地调和两者之间的冲突和矛盾，以实现一个人们能在道德情感和理性意志上均可接受的正义秩序。

## 上篇 从古典心灵宪法到现代契约宪法

### 第一章 古典心灵宪法

在人类历史的进程中，大体存在如下两种宪法模式，即古典心灵宪法和现代契约宪法。古典心灵宪法对应的是古人的生活世界，它以古典自然共同体为逻辑起点，以心灵合一的团结为最高宗旨，浸染着浓郁的宗教和伦理气息，带有明显的“心灵”特质。现代契约宪法对应的则是现代人的生活世界，它以独立的个体为逻辑起点，以人的自由为最高宗旨，奉“契约”为人之联结纽带，带有浓厚的“契约”色彩。本书将所有浸染着自然共同体以及宗教和伦理气息的社会划归给古典，而将带有个体独立、自主、自由色彩的社会列入现代的范畴；因而本书所称的古人的生活世界与现代人的生活世界，并非一种严格意义上的时间性概念，而是一种社会形态学上的界分，指的是古今两种不可通约的社会形态。

接下来，我将分两个章节来探讨古今宪法的两种理想类型，在对每种宪法理想类型展开探讨时，我都会着重关注如下三个方面的问题：第一，关于此种宪法理想类型的成因探究；第二，关于此种宪法理想类型的特征阐释；第三，关于此种宪法理想类型的评估与反思。本章将着重探讨古典心灵宪法。

#### 第一节 古典心灵宪法的渊源

一方面，每个人都兼具承载理性之大脑及承载情感之心灵，于是，世界上并不存在只有理性意志而无道德情感的绝对冷血之人，也不存在只有道德情感而无理性意志的绝对无私之人，理性意志与道德情感始终交杂在一起并内在于人；另一方面，每个人都兼具个体性与社会性，人

看上去以个体的面貌而得以存续，但个体却始终内嵌于群体之中，于是，作为个体的人追求自由，而作为内嵌于群体之中的人却又无不向往团结，自由与团结始终交杂在一起须臾不可分离，一并成为人之最为基本的诉求。理性意志与道德情感，个体自由与社会团结之间的难舍难分，决定了世界上并不存在道德情感和理性意志之间只关照一端的宪法，也不存在个体自由和社会团结之间择一而行的宪法；古往今来，宪法总要适合情境地融合理性意志与道德情感、个体自由与社会团结这两种相互矛盾并强烈对抗的元素。

古代人的宪法恒重道德情感和社会团结，这是由古代人所处的生境所决定的：一方面，人与自然的斗争始终处于主导地位，人必须大规模团结起来守望相助，方能抵御来自自然的侵扰；另一方面，群与群之间为了争夺生活之资而进行持久对抗，为了保境安民、抵御外辱，人必须区分敌我。由此，古代人的宪法必然以团结为第一要义，而最为牢靠的团结是心与心的合二为一的凝合，因而，以团结为第一要义的古宪法必然来自人心，来自那种不可追忆的情感，那种追慕古远和神圣的情怀；以团结为第一要义的古宪法不可能写在纸上，而是要镌刻在人心深处，散落在历史和传统之中，融合于宗教和伦理的精神纽带之中；以团结为第一要义的古宪法，必然要形塑一个高高在上的、神圣不可侵犯的绝对权威；以团结为第一要义的古宪法必然凸显身份、等级与服从。

对团结的孜孜以求、融合于宗教与伦理之中的道德情感，以及对绝对权威的无条件服从，这些元素构成古代宪法的特质，但是，这绝对并不意味着，古代宪法可以全然舍弃人的理性和自由方面的诉求，如果古代宪法全然没有安顿人的理性意志，以及由理性意志所滋生的个体自由及其承载自由的权利，那么，其所追求心灵凝合的团结秩序必然崩裂，取而代之的将是赤裸裸的暴政以及无穷无尽的动荡，在这样一种血腥的丛林秩序中，似乎难言存在某种意义的宪法。在比比皆是的团结、道德情

感以及对绝对权威的服从的丛林中，总是夹杂着对人的理性意志某种程度的关照，对自由的有限保护，以及对绝对权力的有限度的限制，<sup>[32]</sup>正是这些与古典宪法总体特质相反的元素，才使得人的道德情感和理性意志，个体自由和社会团结之间实现了某种程度的平衡，从而成就了一个久远而稳定的宪制秩序。有基于此，我倾向于从心灵团结来理解古代宪法，而从“限权”以及对自由的有限度保护视角来探寻古典心灵宪法的渊源。

### 一、自然法<sup>[33]</sup>

自然法大致起源于可归诸人类的心灵活动所形成的永恒不变的正义观念。<sup>[34]</sup>在西方，自然法一直扮演着十分重要的角色，它不仅提供了正直生活的模范、检验对与错的标准，<sup>[35]</sup>而且还带有明显的宪法特质，是实定法乃至政治权力的正当性基础。正如法哲拉德布鲁赫所言：“古典自然法、中世纪自然法和近代自然法分别围绕自然和规范、神定法和人定法、法律强制和个体理性这三对矛盾体而展开……它提供了内容确定的法律价值判断，价值判断是根据它的来源——自然、上帝的启示、理性——而普遍适用和永恒不变的。”<sup>[36]</sup>自然法虽纯粹是西方人的概念，但是关于自然法的理念却不是西方人的专利。中国传统文化中的“天德”、“民心”虽未名之为“自然法”，但却与自然法异曲同工。所谓“以德配天”、“天下者，非一家之有也，有道者之有也”，<sup>[37]</sup>讲的就是有德者居天下为政治合法性的根基。所谓“民惟邦本，本固邦宁”、<sup>[38]</sup>“大道之行，天下为公”、<sup>[39]</sup>“天之生民，非为君也；天之立君，以为民也”、<sup>[40]</sup>“民为贵，社稷次之，君为轻”，<sup>[41]</sup>讲的就是黎民百姓、江山社稷要高于君王权威。

早期的自然法只不过是一种评价实存制度正当与否的宪法观念，并不具有强制约束力。回溯历史，我们就会看到，古希腊的自然法或许会宣称某政体或某具体法律是坏的，但却从不断言其不具约束力。<sup>[42]</sup>在

古罗马，虽然出现了诸如“不合自然法的法律不能称之为法”的理念，<sup>[43]</sup>但在实践层面，自然法仍不具有强制约束力。例如，《查士丁尼法典》虽将自然法奉为法律大厦的拱顶石，但在偌大的法典中却找不出一句断定自然法优越于实定法，以及两者发生冲突时，前者应压倒后者的话来。无独有偶，古典中国的“天德”、“民心”，也只不过是一种柔性的观念，绝非硬性的约束。对君王而言，“天德”也好“民心”也罢，最多只是道德上的规劝与感化，面对“圣人不在天子位”的现实，古人终究是无可奈何的。

自然法具有强制性约束效力的观念滥觞于中世纪。彼时，自然法已不断地融入教会法中，教会法也就成了表达自然法观念的主要工具。

《葛雷先教规集》<sup>[44]</sup>（*Deretum Gratiani*）开宗明义有言：“人类受两种法律所统治：自然法与习俗，自然法就是包含在圣经与福音之中的东西。”“依教会法学者，自然法可以追溯至上帝，它的训诫具有权威性，乃是因为它经过天启的证实与推行。确当地讲，自然法基本上乃是人类有切身关系的东西。”<sup>[45]</sup>自然法的神圣品格，赋予其绝对的约束力，葛雷先指出，自然法绝对胜于习俗与种种法规。任何由使用而被承认的东西与明文订出的东西，一旦和自然法发生冲突，都必须视为无效。<sup>[46]</sup>中世纪教会法的集大成者托马斯·阿奎那更提供了一套宗教秩序的自然法，他的《神学大全》，即含有对基督教化的理想生活的完美陈述。他认为：理性之首要法则是自然法，所有人定法旨在贯彻更高一级的法，特别是自然法，违背自然法的法是一种腐化了的东西，因而便不再合法。<sup>[47]</sup>故此，伯尔曼将与教会法相结合的自然法直接视为宪法，他说：

对教会法学家而言，自然法首先是一种教会向世俗统治者所提出的标准，其次也是对法律进行解释和塑造的标准。自然法并非居于现存法律之外的一种理想法，而是本身即居于现存法律之内的法律的道德准则。它是一种宪法原则……一种“正当程序条款”。<sup>[48]</sup>

## 二、政制

据徐国栋教授的考证，“πολιτεία”一词为希腊文中表示宪法的术语，转写成拉丁字母形式的“Politeia”。<sup>[49]</sup>在古希腊，“πολιτεία”就相当国本、政体或政制，因此古希腊人眼中的宪法仅仅是政权和政治结构的同义词。柏拉图的《理想国》希腊文名称就是“πολιτεία”，它是西方第一部关于宪法的巨著，这部巨著主要探讨了古希腊城邦的政制。“权力之于城邦正如心灵之于身体”，在希腊人看来，每一种政制都应与城邦心灵相伴而生，都体现城邦人所特有的生活规划，都对应于城邦特有的生命形式。

在雅典，政府受制于法律，反对一切形式的专制是宪法政制的核心要义。柏拉图虽在《理想国》中描绘了最好的政制——哲君制，但在《法律篇》中他却倾向于政府权力受制于法律的政制安排。不过，受制于法律的政府总是脆弱的，“因为它不能作恶，所以它也就不能行善”，那么，“我们是放弃善而排除恶呢，还是忍受恶而赢得善”，<sup>[50]</sup>经过一番深思熟虑，柏拉图最终还是选择了宪法政制，他的理由是：专制政制的正当性在于有一位神仙般的哲君，若找不到这样的哲君，最好的哲君制便会沦落为最坏的专制，在最好与最坏之间应选择次优的宪法政制。早在公元前8世纪至前4世纪的古希腊，宪法政制就已得到践履，最为典型的就带有这样一种特征的雅典民主制，即政府的行为受到宪法性法律的普遍约束，执政官由人民公举，公民大会可直接投票立法，元老院和公民大会拥有“弹劾”执政官的权力。无独有偶，共和制时代的罗马也存在宪法政制，它的基本逻辑是：罗马的政治权力源自法律，而法律则由全体人民制定，是“人民的命令”。因此，反映古罗马宪制的不是“国王喜好即法律”的格言，而是“人民，只有整个人民才是法律权力的最终渊源”。<sup>[51]</sup>

在谈了古代西方政制中的宪法元素之后，我想再借由钱穆先生的观

点简略地谈一谈关于古代中国政制的一点看法。关于中国古代政制，钱穆先生大致秉持这样一种观点：

倘使我们说，中国传统政治是专制的，政府由一个皇帝来独裁；这一说法，用来讲明、清两代是可以的。若论汉、唐、宋诸代，中央政府的组织，皇权、相权是划分的，其间比重纵有不同，但总不能说一切由皇帝专制。[\[52\]](#)

事实上，我们也总能从汉、唐政制中，找到一些“制约皇权”的宪法影子。在汉代，中央政府为“外朝”，而皇室则为“内廷”，两者泾渭分明。“外朝”由三公，即丞相、太尉、御史大夫所把持，而丞相则为三公之首。在权力结构中，皇帝是国家的元首，象征国家之统一，实际政权则不在皇室而在政府，政府负政治上一切实际的责任。[\[53\]](#)在唐代，相权裂为三省，中央政府形成了三省六部之构架。皇权和三省之权有着明确的界限，三省之间的权力彼此牵制，中书省定旨出令，门下省主复核，尚书省主执行，皇帝不经中书、门下不得随便发令。唐代政制还有一个特点，就是将监察权从相权中独立出来，形成了较为完备的御史制度，御史独立行使监察职权，一定程度上起到了制约皇权、纠举百官的作用。

除此之外，实行1300余年之久的科举作为中国古代选官的重要制度，也应该视为古典政制的一部分。一方面，科举制有效地避免了皇帝在选人、用人上的恣意；另一方面，社会中的优秀分子通过科举参与到国家政权中来，不仅保持了国家政权的开放性，而且还很好地收拢了人心，维系了社会的长治久安。正因如此，孙中山先生虽反对科举考试的内容，但却不反对科举这一选人形式，他曾慨言，废除科举就如同把孩子与洗澡水一起倒掉了。总而言之，在中国古代政制之中，蕴含了诸多宪法基因，许纪霖先生对中国古典政制中的宪法基因的评判是相当到位的，他说：