

## 制宪的二元模式及其秩序同构

王 旭

**内容提要:**制宪可以分为政治制宪和法定制宪。前者是一种理念运动,得到的是观念宪法,其效力根据在于“理想的有效性”;后者是一种经验行动,得到的是实证宪法,其效力根据在于“社会的有效性”。通过检讨三种有代表性的制宪学说,可以发现制宪的本质是立国,是要追问作为一种告别了目的论哲学的新的社会秩序构图,能否发掘出作为一种语言活动的制宪行为,以拥有对社会变化更加敏感、对道德世界更具包容的规范期待功能,实现制宪者自由意志的普遍化,确保政治制宪与法定制宪的秩序同构。

**关键词:**政治制宪 法定制宪 自由意志 规范期待

王旭,中国人民大学法学院教授。

### 导论:制宪的问题意识及两种类型

制宪来自人的意志。因此,它既是一种经验上可观察的人类活动,又处在人的自由意志运动的社会世界中。<sup>[1]</sup>按照黑格尔对“自然法则”和“法权法则”的区分,前者是“存在”与“效力”的同一,自然界的规律外在于人的活动,因此对于人来说,它是永久而恒定的,自然存在的即是有效的;后者则是人的自由意志(“自由的自我决定”)运用之结果,对来说,它是否能摆脱意志本身的可变和偶然,则需要进一步证明。<sup>[2]</sup>黑格尔认为,“制定”意味着制定者不是发现不变的规律,而是对人应该如何行为的一种“推定”。<sup>[3]</sup>

“推定”的哲学本质是假设事物的根据。既然是假设,那么对它的证明就不能从事物自身推导,也就是黑格尔强调的“存在”与“效力”分离。因此,“制宪”全部的问题意识就

[1] 德国哲学家赫斯勒将人的认识对象分为自然世界、理想世界、心理世界和社会世界。社会世界是由人的交互行为和意义交流所构成的世界。See V. Hosle, *Morals and Politics*, University of Notre Dame Press, 2004, p. 211.

[2] See Hegel, *Lectures on Natural Right and Political Science*, trans. by P. Wannenmann, University of California Press, 1995, p. 52.

[3] See Hegel, *Lectures on Natural Right and Political Science*, trans. by P. Wannenmann, University of California Press, 1995, p. 61.

在于,由于这种分离,制宪的效力不遵循自然法则,无法在马克斯·韦伯意义上的经验—因果分析框架里来寻找其根据,不能通过归纳人类历史上历次真实的制宪活动的“起因造成”来回答其效力来源。<sup>[4]</sup>那么,我们如何在制宪活动之外寻找它被设定的效力的根据?

进一步说,制宪还面临着稳定性难题,也就是说制宪的效力并不可能如自然法则一般,永恒和不可变。正是在这个意义上,罗尔斯认为制宪的理论本质是稳定性难题,它要回答一个稳定的集体行动如何可能这样一个问题。<sup>[5]</sup>罗尔斯由此在《政治自由主义》中将制宪分为两种类型:达成制宪意愿和制定实证宪法。<sup>[6]</sup>我们也可以把它们理解为政治制宪和法定制宪。

如果说一部实证宪法的效力来自人民制宪,则人民达成制宪意愿、结束单边行动的自然状态,本身就是一种观念上的制宪行为,是一种政治体的自我组构与集体意识的反思性认同。<sup>[7]</sup>只有这种“决定制宪”的政治观念形成,实证意义上的制宪活动才可能在具体历史中发生。

回到黑格尔的理论,政治制宪是自由意志的理念运动,追求可普遍化的自由理念,制宪得到的是观念宪法,其效力存在于理想世界中,其根据在于“理想的有效性”,追求特定宪法观念的可普遍化。实证立宪则是现实的“经验定在”,处在偶然的历史情境中。<sup>[8]</sup>它是一种经验行动,得到的是实证宪法,其效力根据在于“社会的有效性”。<sup>[9]</sup>它的正当性建立在特定历史情境中对自由意志普遍性的恰当说明。

从这样一个理论框架来看,制宪真正的理论问题不是制宪权问题,也不是具体、历史地考察某一个制宪事件,因为无论是“权力”还是“事件”都是偶然的;都处在向另一个他者和状态转变的中间环节。探讨它们背后制宪者自由意志如何实现普遍化才是理论之根本,也就是政治制宪追求的普遍观念如何通过实证制宪得以具体化和历史生成。

因此,本文研究的对象并不是传统宪法学关注的制宪权理论,而是政治制宪与实证制宪如何实现辩证统一。这个“统一”在理论逻辑上需要回答三个问题:第一,制宪者的自由意志如何通过政治制宪得以体现;第二,制宪者体现出来的自由意志如何获得实证化、历史化表达。第三,这种实证化的自由意志又如何证明自己具有可普遍化的效力,最终实现制宪者与人民的意志同一。对于第一个问题的回答,最经典的理论是社会契约论,它完

[4] [德]马克斯·韦伯著:《方法论文集》,张旺山译,联经出版事业股份有限公司2013年版,第152页。

[5] See J. Rawls, *Lectures on the History of Political Philosophy*, edit. by S. Freeman, Belknap Press of Harvard University Press, 2007, p. 30.

[6] See J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, p. 415.

[7] See H. Lindahl, *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards An Ontology of Collective Selfhood*, in M. Loughlin, N. Walker eds., *The Paradox of Constitutionalism - Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, 2007, p. 9.

[8] See Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, edit. by Allen W. Wood, trans. by H. B. Nisbet, Cambridge University Press, 1991, p. 22.

[9] “理想有效性”与“社会有效性”的理论界分,参见王旭:《中国宪法学研究中的法实证主义命题及理论反思》,《清华法学》2020年第5期,第45页。

全放弃了宪法作为一种实证法的概念,制宪者的自由意志体现为对政治义务的接受,而霍布斯则第一次论证了这只能存在于一种互惠性的契约结构中,<sup>[10]</sup>并第一次以人类经验为基础提炼出若干自然法则作为政治制宪的观念内容。实证制宪是抽象政治观念的历史、具体生成,宪法成为一种实证法秩序。在这个理论脉络里,最典型的法学表达当然就是凯尔森的宪法理论,他基于基本规范的逻辑设定赋予了宪法的纯粹实证性,他的学说代表着理论光谱的另一个端点。在彻底的政治制宪与实证制宪之间,还有试图综合、调和的理论地带,其中在当代宪法学上具有典型意义的就是卡尔·施米特“宪法作为一种政治体的具体生存方式”,它试图将宪法理解为一种以实证法为界限,但在界限内又含有特定政治价值的具体秩序。<sup>[11]</sup>这三种学说构成了这个二元框架的理论光谱,对它们进行反思构成了我们回答“如何实现制宪者自由意志普遍化”这个问题无法绕开的前理解。

## 一 政治制宪与霍布斯的古典契约论

古典社会契约论是一种解释政治义务的理论,而非对人类实际情况的描述,因此是一种典型的政治制宪理论。如前所述,霍布斯是以自然科学知识和人类基本经验为基础,论证政治制宪的第一位现代哲学家,考察他的学说能够揭示出纯粹政治制宪的基本逻辑。

### (一)“同意”作为一种政治观念

霍布斯的理论之所以是最具代表性的政治制宪,就在于其理论意图并非寻找实证宪法的内容,而是要建立制定实证宪法之前提的制宪者/主权者神龛。他的全部理论意图在于通过“政治同意”确认主权者。

在霍布斯的论述中,主权者既可以确立为“一个人”,也可以是“所有人的集合”(Assembly of All),还可以是“一部分人的集合”(Assembly of a Part)。<sup>[12]</sup>由此,他提出三种政体观念,第一种是“君主制”,第二种是“民主制”,第三种是“贵族制”。从现代政治制宪的理念出发,第二种形式,也就是霍布斯所言的“人民共和国”,它的观念能否普遍化至关重要。

霍布斯将这个问题的论证诉诸于经验主义的进路,即从人类经验中进行观察,提炼出具有一般性概念陈述意义上的科学结论。那就是社会成员在一种自然状态下出于对和平、安全与自保的需要。<sup>[13]</sup>

自然状态是一种典型的以“原子式的个人”(即完全以自我的理性、意志和欲望)为中心的状态,它区别于“市民社会状态”;每一个人在自然状态下过着“一切人反对一切人的战争”的悲惨生活。<sup>[14]</sup>霍布斯指出,这种状态具有一种“自然条件下的平等性”,每一个人在身体和精神的机能上大体是平等的。虽然某一个人会在身体上更强健或头脑更灵

[10] See N. Southwood, *Contractualism and the Foundations of Morality*, Oxford University Press, 2010, p. 25.

[11] [德]卡尔·施米特著:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第4页。

[12] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, p. 129.

[13] See Hegel, *On the Scientific Ways of Treating Natural Law*, in L. Dickey, H. Nisbet eds., *Hegel: Political Writings*, Cambridge University Press, 1999, p. 107.

[14] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, p. 88.

活,但将所有人的条件放在一起考虑的时候,一个最弱的人也可以在别人的帮助或使用暗器等其他手段的情况下杀死一个最强的人。因此,人与人的差异从整体上看是可以忽略的。<sup>[15]</sup>

由于这种整体上的平等性,每一个人在追求自己的目的和利益的时候就必然产生冲突,而冲突的存在就必然会带来更大的争斗。具体而言,霍布斯从经验主义的科学方法出发,归纳出三种因素:竞争、差异与虚荣。<sup>[16]</sup> 争斗的出现就会导致整个社会生产、知识、技术、艺术、文化的匮乏,人也陷入到贫穷、短命、恐惧之中。

因此,自然状态下最基本的“自然法则”就是“寻求和平”,第二条自然法则是“为了得到这种和平而自保”。然而,如果每一个人都单方面使用各种手段来自保,则又会陷入战争,因此必须有一个办法来约束彼此使用单方手段来寻求和平与自保。霍布斯认为人自身的自然理性会认识到,只有每一个人放弃使用单方面寻求和平的手段,才有可能得到和平。<sup>[17]</sup> 这里的关键在于,必须是每一个人都放弃自保的手段。他写道,“人会愿意,当其他人也这样的时候,为了和平,为了自保,去放弃这种权利。因为只要每一个人都还握有这样的权利,则人与人之间一定陷入战争。但是如果其他人不放弃这种寻求自保的手段的权利,那就没有理由要求任何人去决定自己这样做。因为,这样是把他放置于被宰割的境地,而不是和平的境地”。<sup>[18]</sup>

当这种权利的放弃是相互同意的时候,就成了一种契约。契约对于其中一方来说就是一种信诺,而“信诺必须被遵守”也就成为第三条基本的准则。<sup>[19]</sup>

## (二) 主权者观念的诞生

霍布斯指出,立约行为以及立约之后有相当多的自然准则在指引着这些行为,如导致立约的第一原则和第二原则,在立约之后还有诸如第三原则“契约要被执行/违约是不正义的行为”(正义)及其他诸原则如“平等”“温和”“怜悯”“己所不欲,勿施于人”等。<sup>[20]</sup> 然而,对于这些自然准则,霍布斯不认为它们能被很好地自动执行,“信诺,如果没有宝剑,就只是一些词语,没有任何力量保证人会遵守”。因此,第三方来监督就必不可少。这个人就是主权者,当主权者出现,政治社会才真正形成,人与人之间才真正结束了敌对状态。霍布斯认为,在主权者出现后,它享有诸多权利,包括成员不能改变政府形式,主权者不被放逐和罢免,主权不能被收回,有处死对主权者持有异议的人的权利;主权行为不受审判,不受惩罚,主权者对于维护和平与保护臣民享有审判权,享有立法权(市民法)。同时主权本身不可分割,不可放弃。<sup>[21]</sup>

[15] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, p. 87.

[16] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, p. 88.

[17] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, p. 88.

[18] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, p. 92.

[19] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, pp. 92-94. 霍布斯认为,放弃权利有两种基本的形式,一种是“简单的放弃”(simply Renouncing it);一种是转让给他人(transferring)。“简单的放弃”并不关心是否有人获得什么益处,而转让则关心的是特定的人从中获得的益处。

[20] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, p. 117.

[21] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, pp. 121-128.

### (三) 可普遍化难题

霍布斯的理论可以归结为是一种“同意和强制”的辩证法：“我们同意受到(一个主权者)强制”。然而,政治制宪活动既然存在于观念的理想世界,那么这种基于经验主义的同意观念能否得到可普遍化的证明?我们可以发现其理论难题:

第一,“同意”哲学的本质是“主体间取得的规范性期待”,霍布斯理论违反了这个要求。同意是互相接受,这就决定了“可普遍化”不可能遵循康德的形式主义伦理学和主体哲学。经过同意选择主权者、进而组建国家,必然是经由主体之间商谈和理性交流的结果。任何一个国家机构,包括主权者,只有促成这种“自由意志”的主体交流,才是正当的,因此国家必须是一种“组织化的意义生产”框架。<sup>[22]</sup>

然而,在霍布斯的理论中,自然状态下的人完全以自我为中心,借助私法工具(契约)来组成国家。也就是说,人完全是以第一人称单数(“我”)来认识这个世界的。然而,要达成契约,则需要立约者站在第一人称复数“我们”的角度来看问题,彼此保存,这本身蕴含了“非原子式”和“商谈与交往”因素。在一个原子式的个体状态下很难得出自由意志交流的理性。<sup>[23]</sup>

第二,“同意与强制的辩证法”取消了世俗的公共理性。既然可普遍化是一种主体间性,它必然建立在公共理性之上。然而,霍布斯的理论从对法和人性的双重理解中都消解了世俗民主生活所蕴含的公共理性。

一方面,霍布斯认为,不成文的法是自然法则,<sup>[24]</sup>是每一个人的理性所能把握的,它的内容先于政治社会而存在,因此不需要凭理性交流、反思,可以直接把握;而成文的法(也就是市民法),则是主权者的意志,根据契约,它也不能被商谈。

另一方面,霍布斯认为,人是有理性的,这主要表现为人的推理能力。但人运用理性更喜欢发表自己的见解,攀比自己的智慧,并认为自己的理性一定高于其他人。所以,他始终强调,公共理性要高于私人理性,后者被认为是引发争斗的根源之一。主权者的命令之所以有绝对的权威,归根结底是权威本身蕴含的排他形式,而不是内容;相反,“允许私人对善恶进行判断”是国家被削弱、甚至可能解体的一个表现。<sup>[25]</sup>

最后,“同意”的哲学最终走向的是意志论,背离了可普遍化的伦理要求。如果我们联系霍布斯的普通哲学脉络来理解,在《利维坦》第七章“论商谈的终结或决断”,霍布斯在根本上怀疑政治观念普遍化的可能,怀疑主体间性对于发现知识的效用。他指出,“任

[22] See C. Mollers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2013, pp. 54 - 55.

[23] 这正是哈贝马斯从商谈论的社会认知前提对霍布斯做出的批评,参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店 2003 年版,第 114 页。

[24] 笔者认为,the law of natural 不能翻译为“自然法”,也不是自然权利。“自然法”在霍布斯以前,要么是指古希腊以来的目的论哲学中的“理性”,要么是中世纪神学自然法中的“神性”。然而,在霍布斯的自然法则概念里,更多并非古希腊目的论意义上的外在于人的“理性”“普遍的自然”,而具有人类学的基础;也不同于宗教观念中的“神性”,因此翻译为自然法是不妥的。自然法则也不是自然权利,因为相当多的内容是对自然状态中的客观规则的描述,甚至是给人的义务与约束(比如“条约要信守”),所以也不能是一种权利。

[25] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, p. 233.

何商谈都不可能以对过去或未来事实的绝对知识为其终结。因为有关事实的知识在根源上是感觉,而此后则都是记忆。”“当我们相信任何说法是正确时,所根据的论点如果不是来自事物本身或自然理性的原理,而只是来自说话人的权威以及自己的对他的推崇,那么,我们相信的便是说话的这个人”。<sup>[26]</sup>

## 二 法定制宪与凯尔森的纯粹法学

法定制宪的基本逻辑是:制宪只能得到实证宪法,它需要在排除宪法之外因素的情况下,合乎逻辑地论证宪法如何被设定有效的,而这种设定最终只能诉诸于法本身创造的意志。由于实证法的创制本身是社会事实,因此它只能追求一种社会有效性。这种社会有效性最大的挑战则来自如何确保制宪者运用自由意志追求的政治观念稳定、长期存续和实现。

### (一)意志的自我立法

与黑格尔的认知不同,凯尔森认为在法律的科学世界里,可以实现“存在”与“效力”的同一。制宪的正当性就是回答为什么宪法是有效的。在他看来,一条规范的存在就是一条规范具有效力,效力是规范的存在形态。<sup>[27]</sup>与契约论不同,凯尔森剥离了制宪者与宪法效力,宪法有效不是由于制宪者本身的正当性,而是一条基本规范赋予了宪法的效力。

凯尔森认为,主权者、制宪者只有消解在法秩序里才是有意义的。他曾明确提出:“主权概念必须在根本上加以抑制”。<sup>[28]</sup>他要將一切政治的、宗教的、道德与伦理的因素统统清除出法律的世界。<sup>[29]</sup>因此,法本身就具备自我立法的意志,它不需要其他因素来为自己设定根据。<sup>[30]</sup>这需要我们进一步了解凯尔森理解的法作为一种命令语句的特征。

凯尔森认为,法律是一种康德哲学所讲的“假言命令”,也就是在一定条件下运用一定的手段达到特定目的的命令。它的有效性在于特定条件的成就或说满足。法律作为一种假言命令,就是调整人的行为的一种命令性秩序。它的根本结构是一种“当为”的结构:

“如果有人偷窃,他就要被判三年监禁。”

在这个结构里,“偷窃”的条件出现,“三年监禁”就会发生,这是一种“归属律”。更一般的表示就是“如果 A 条件出现,则 B 应该发生”。

[26] See Hobbes, *Leviathan*, edit. by R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, pp.47-49.

[27] See Kelsen, *Pure Theory of Law*, trans. by M. Knight, California University Press, 1967, p. 10.

[28] [德]卡尔·施米特著:《政治的概念》,刘宗坤等译,上海人民出版社2004年版,第15页。

[29] See Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. by B. L. Paulson, S. L. Paulson, Clarendon Press, 1992, p. 7.

[30] See Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. by B. L. Paulson, S. L. Paulson, Clarendon Press, 1992, p. 19.

凯尔森指出,归属律只是一种纯粹形式的思维结构,没有和任何具体的内容与价值相联系。他说:

“不管是自然的规律还是实证法的规律,都没有说 A 和 B 之间有任何道德或政治价值的联系。‘应当’这个概念是一个有关理解任何经验的法律素材的优先范畴。在这个方面,‘应当’是独立的,以免实证法将不同的质料互相联系起来这一特定方式完全不能被理解和表达。……作为法律范畴标识的‘应当’单纯代表了在一个重构了的法律规范中法律条件与法律后果结合在一起的情况。这个法律的范畴是完全纯粹的形式,任何内容都可以成为这个‘应当’的内容,它也不排斥任何社会实际存在的情况。它的这种先验品格服务于保存它反意识形态的基本立场。所以苏联的法律是法律体系,意大利法西斯或民主国家的法律也是法律体系。”<sup>[31]</sup>

正是在这种认识论意义上的先验逻辑指引下,凯尔森进一步消解了在法的意志之外寻求效力根据的理论可能。

### (二)消解“制宪者”:从“制宪权”到“宪定权”

凯尔森认为,法规范是动态的授权等级结构,可以分为一般规范和具体规范。低一级的规范的效力来自于上一级规范的授权,具体规范的授权来自于一般规范的授权。<sup>[32]</sup> 凯尔森进一步认为,国家乃至承担具体任务的机构,都是规范创造的结果,从而制宪权其实是没有意义的,它已经消解在宪定权之中:

“一个共同体中的有机体是一个人,他执行一个可以被归属于共同体的功能。这个功能从而被认为是由共同体(也理解为一个人)通过一个个体来执行。‘共同体’就是一个调整个人相互行为的规范性秩序,将一个具体的功能归属到这个共同体就将这个共同体人格化了。”<sup>[33]</sup>

凯尔森进一步区分了“constitution”的实质意义和形式意义。“实质宪法”就是“调控规范的创造”,确定控制“一般规范(也即立法)创造的权力”的成文或不成文的形式。这个宪法的创造过程按照他的说法是,“宪法可能通过习惯来创制,也可能通过一个人或一些人特定的行为来创制,这就是立法行为。立法行为创制的就是成文宪法。相反起源于习惯的就是不成文宪法。不成文宪法也可以法典化,这个工作就是由法律创制机关来完成,从而变成了成文宪法”<sup>[34]</sup>

### (三)基本规范为制宪“立法”

凯尔森学说最关键的地方就是要解释宪法的效力。也就是说,宪法自身所设定的效力,其根据究竟何在。宪法是一个动态规范体系的最高层次,当然不会再有实在法给它的

[31] See Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. by B. L. Paulson, S. L. Paulson, Clarendon Press, 1992, pp. 24 - 25.

[32] 参见王旭:《自由主义中立性原则的虚弱》,《清华法学》2012 年第 3 期,第 107 页。

[33] See Kelsen, *Pure Theory of Law*, trans. by M. Knight, California University Press, 1967, p. 150.

[34] See Kelsen, *Pure Theory of Law*, trans. by M. Knight, California University Press, 1967, p. 7, p. 222.

效力授权,那么宪法的效力来自于什么地方呢?凯尔森说来自于“基本规范”。什么是基本规范?最简单来说,就是一个命令:“要遵守这部宪法”。<sup>[35]</sup>

“基本规范”是一个先验逻辑条件,是一个假定,我们必须有这样一个概念才能推出后面的效力秩序体系。那么,为什么这种假定是有效的?这就要回到凯尔森的先验逻辑。

准确地说,基本规范的有效是一种回溯的结果:我们已经看到了现存有效的法律秩序,尤其是我们看到了“宪法有效实施”这个事实,我们就能知道基本规范是存在的,否则无法解释眼前的事实。鲍尔森曾做过一个很好的先验论证。<sup>[36]</sup>他运用三段论的形式逻辑来推导,证明在一定条件下,结论是先天存在于人的思维结构中的,否则就不会有相对应的经验的出现:

①人已经认识了法律规范(这是一个经验事实);

②人能够认识法律规范,只有在“我们应该遵守法律”这个观念存在的前提下才能存在;

③所以规范性思维是先天存在的。

对于一部特定的宪法(以及由它产生的规范体系),它“实际上被遵守”是一个经验的事实,在这个前提下,我们同样可以做一个先验论证:

①我们能够客观认识宪法(它是有效的,否则我们无法认识);

②我们能够客观认识宪法只有在“宪法应该被遵守”这个规范性条件起作用的情况才能成立;

所以,“宪法应该被遵守”这个规范性条件,也就是基本规范,是存在的。

因此,基本规范的存在是从“宪法有效”这个前提回溯到思维的先天结构之中的。当基础规范被推定成立后,宪法的效力就不是推定有效,而就是在逻辑上必然会有效,从而就解决了“存在”与“效力”同一的问题。

#### (四)法秩序的纯粹意志能否为自我立法?

凯尔森的纯粹法学归根结底代表着建立法秩序纯粹意志的理论努力。对于一个现代民主国家来说,制宪权的理论根基在于人民主权学说(人民作为整体行使制宪权),宪定权的理论基础则在于民主框架下的法治。凯尔森命题也因此可以表述为“宪定权(即宪法规定的各种国家机关的具体权力)优于制宪权”。这是宪定权能够分解制宪权、也是他强调主权概念必须被限制的根本原因。凯尔森之所以对主权概念保持警惕,究其根本在于他的民主观。

凯尔森认为,民主的本质就是由人民自己来统治自己。统治者与被领导者,人民遵守的规则与其制定的规则都是高度统一的。<sup>[37]</sup>

然而,人民却总是需要寻找代表者,并且遵循多数决的基本原则。因此,始终存在个

[35] See Kelsen, *Pure Theory of Law*, trans. by M. Knight, California University Press, 1967, p. 201.

[36] See Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. by B. L. Paulson, S. L. Paulson, Clarendon Press, 1992, p. xxxiv.

[37] See D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford Press, 1997, p. 141.



体自由与集体自由之间的矛盾:首先,“人民自己来统治自己”是无法实现的,民主始终是多数人的意志在统治少数人;其次,多数人有可能会侵犯少数人的权利;最后,多数人中的个体,他对于多数决的内容也可能会在以后发生不满。因此,如何解决“代表”与“人民自己统治自己”的矛盾?凯尔森认为,只有把人民视作一个“统一的法人”,这个法人根据法律分化出执行不同功能的组织体(各个机关),它们都按照法律的要求来行动,并且通过宪法基本权利的设定,来对抗这些组织体,才能最终保证个体的自由和实现。这里,他反对的是把人理解为契约论意义上的实力主义的人,而是强调作为法律上的人所具有的平等的法律人格。<sup>[38]</sup>所以,凯尔森要构筑纯粹法学,就是要为民主自由国家的个体自由价值提供一个最重要的机制保障。只有豁免了意识形态、政治利益、现实的社会条件等因素,完全从法规范的归属律出发,才能保证个人的自由并实现民主的价值。

凯尔森认为,“个人自由”与“代表制”之间存在矛盾,因此,他认为作为制宪权行使者的人民只有作为一个整体的法律规范性秩序存在,在法律面前才能消解“多数决难题”。然而,这种论证在理论上仍然面临一些自相矛盾:

首先,基础规范是不能消解制宪权的。凯尔森将法律当做客观自然知识一样去认识,明显是忽视了法律的实践特征。也就是说它总是在具体的社会历史条件下通过人的实践构筑起来的,而不是纯然客观的事物。作为认识论工具的基础规范仅仅预设了法体系的效力,但法的实践活动所带来的认识分歧如何解决稳定性难题,确保法规范的效力持续接受社会争议的检验,这显然已经不是一个科学认识的问题。

制宪是一个协调个体自由与集体自由,个人人权与作为整体的人民主权之间的矛盾与冲突的过程。这是不同的人为了彼此承认而通过语言形成主体间性的过程。正如林达尔的批评:制宪是一个共同体自我组构的过程,这种过程本质上是一种“反思性认同产生的过程”:一是要求成员把他们自己看做是一个整体的集体及集体的行动;二是集体行动要追求共同利益,才能认知到制宪不是外在力量强加到人民头上的过程。<sup>[39]</sup>

凯尔森用法律拟制的意志普遍化取消了实践维度上民主活动的普遍化,法律成了同一化所有社会成员的工具。然而,这种法规范自我立法割裂了民主与法治之间的“构成性的联系”:法律的有效性不能离开民主过程的担保,法规范的效力设定不能离开民主过程所蕴含的普遍认同意义。

### 三 “政治就是宪法”与卡尔·施米特的决断论

#### (一) 政治就是宪法

卡尔·施米特对制宪的理解,同时包含了政治制宪和法定制宪的因素。他区分了实

[38] See Kelsen, *On the Essence and Value of Democracy*, in A. Jacobson, B. Schlink, eds., *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, trans. by B. Cooper, Berkeley, University of California Press, 2000, p. 102.

[39] See H. Lindahl, *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards An Ontology of Collective Selfhood*, in M. Loughlin, N. Walker eds., *The Paradox of Constitutionalism - Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, 2007.

质宪法和形式宪法,前者是由实质政治价值与观念构成;而体现实质政治价值与观念往往依靠外观上具有实证法规范形态的形式宪法。他认为宪法的真正形态是一种诺莫斯(Nomos)的古典含义,它既表达一种正当观念构成的秩序,不同于纯粹实证意义上的法律;又依靠实证法律来构成其明确空间,界分它与其他秩序的区别。<sup>[40]</sup> 由此,他既不是停留在价值与观念层面来理解宪法,也不是仅仅注重宪法的实证性层面。然而,尽管他认为政治性部分构成了宪法的实质,但制宪并非依靠虚拟的哲学论证,并在此基础上追求一种观念的普遍化;而是靠具体的政治决断与实力来选择特定观念,这种观念在他看来一定是在具体历史、民族的时空里存在,不可能诉诸自由意志的普遍化。

那么,离开了制宪意志普遍化的追求,制宪的效力来自什么地方? 施米特认为,它来自主权者的决断。主权是一种对例外情况的决断,“在危机中显现”。这种决断既是对出现例外情况的判断,也是对如何处置这种情况的判断。<sup>[41]</sup> 主权这个概念正是自由主义国家学说所着意消解的。然而,施米特认为,主权,尤其是作为一种制宪权的存在,是不可能消解的,因为现代宪法不过是国家存在状态的形式表达,而国家又不过是人民集体政治意识的制度化表达,没有这种政治存在本身,就不可能有国家及其法律体系。因此,作为国家,它的政治存在决定了它不可能价值中立,它包容的仅仅是特定立场下的价值,民主生活也只能在特定价值立场的边界内实现。<sup>[42]</sup> 由此,他明确指出:

一部宪法的正当性就在于制宪权的被承认,不仅仅是作为一种事实状态被承认,而且还作为一种合法秩序受到承认。这种正当性不需要借助伦理规范或法律规范来证明,而是从政治存在中获得意义。在这里规范根本不能为任何事情提供理由,政治存在的特殊类型无须,也不能被赋予正当性。这种正当性从历史来看有王朝正当性和民主正当性。民主正当性也就是作为人民主权的根本意志的运用被承认。<sup>[43]</sup>

## (二) 人民意志担保制宪的效力

卡里瓦斯(Kalyvas)指出,由于在施米特那里,主权与人民制宪权之间的关键性联系,<sup>[44]</sup> 因此不能把施米特意义上的主权理解为一种打破法律约束的独裁,而是一种凭借人民的创造力与意志对自身的政治存在状态“源始性”创造出新宪法秩序的力量。它无所谓合法不合法,因为它是在没有法律秩序的情况下进行的创造性行为,如果有人质疑它的滥用与为所欲为,施米特就会祭起“人民意志的政治表达”的大旗。因此,主权者虽然拥有不受限制的权力,但它却是要创造一个体现人民意志的宪法秩序,而非实现个人意志的独裁秩序。

[40] [德]卡尔·施米特著:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第1-7页。

[41] See D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford Press, 1997, p. 42.

[42] See D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford Press, 1997, p. 38.

[43] [德]卡尔·施米特著:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第98页。

[44] See A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, 2008, p. 93.

### (三) 决断与人民的政治含义

既然制宪权在民主国家意义上是人民意志的总决断之运用,那么对人民决断的承认,也就赋予了这种制宪权根本正当性。

决断存在于“例外状态”中。所谓“例外”,是“先前秩序状态被打破,出现了随机和偶发的事件”。当规范所包含的秩序被打破,例外状态就会成为“危机时刻”,正如魏玛共和国因为纳粹党与共和党彼此撕咬、无法实施宪法所处的时刻,这个时刻具有一种开放性和偶然性,从而有可能需要再次运用制宪权制宪法。<sup>[45]</sup>

按照施米特的思路,我们可以总结,没有例外,就没有常态;没有决断,也就没有规范,没有规范体系。因此,“对例外的决断”才是政治生活的根本正当形式与存在方式。

在施米特看来,人民的决断就是民主的形式。他理解的“人民”具有特殊理论内涵。施米特主张用“民族”这个词来指称“人民”。“这个词将人民描述成拥有政治行动能力的统一体,它意识到自己的政治存在,具有政治存在的意志。另一方面,当人民并非作为民族而存在时,它就只是一个在种族或文化上息息相关的联合人群,而不一定是一个政治地存在着的联合人群”。<sup>[46]</sup>进而,政治的首要任务就是以此为标准,在政治意识和政治行动上区分“敌人与朋友”。施米特指出,“敌人和朋友”这对概念,不能与其他道德领域与审美领域中的标准结合起来理解,而只能在生存论意义上理解:敌人就是与自我的政治生存方式冲突的人。正如卡里瓦斯指出,生物学意义上的“族群”概念不是施米特理解政治身份的唯一识别标志,施米特认为认同的建立依靠在不停的政治斗争、对抗中显露出来的差异,一旦我们在不同层次上识别了与自身不同的差别的外表,我们才能产生认同。<sup>[47]</sup>当然,也有相当多的学者认为,施米特区分“同一与差别”,主要依靠的是族群因素。戴策豪斯即指出“作为制宪权的人民已经被施米特化约为前自然主义的种族或族群的集体身份,宪法不过是更深层次的存在,非理性价值的反映,这些价值对抗着威胁这个族群统一体的‘他者’和敌人”。<sup>[48]</sup>

### (四) 需要被拯救的政治制宪

作为制宪者的“人民”完全放弃了建构具有普遍意志的国家的可能,“人民”日益在制宪权行使中平庸化。卡里瓦斯深刻地指出,施米特将自由社会所有的理想因素,包括商谈、对话、理性的论辩,完全清除出了理论领地。在表达政治意志的敌我斗争中,人民制宪完全成为消极呼号、欢呼、喧闹和咆哮,完全无力抵抗操纵与计谋。因此,施米特理解的“人民”实际上呈现出明显的悖论:一边是有着清醒的集体行动能力的作为制宪者整体的人民;一边是消极、无组织的,仅仅以喧闹作为民主意志表达的个体。<sup>[49]</sup>

施米特理论的深刻性,在于其看到了规范秩序中隐含的、无法以规范本身来赋予效力

[45] See A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, 2008, p. 119.

[46] [德]卡尔·施米特著:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社 2005 年版,第 87 页。

[47] See A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, 2008, p. 122.

[48] See D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford Press, 1997, p. 101.

[49] See A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, 2008, p. 124.

的政治意志；但它的偏激之处就在于，对这种政治意志的表达与整合仅仅固守政治体永恒的冲突、斗争与矛盾，仅仅迷信“敌人——朋友”的绝对对立，而看不到政治体内蕴含的以语言为媒介追求的理性共识之可能。这尤其表现在：

首先，他消解了制宪过程中必须被包含的程序理性。制宪的过程不能简单理解为就是整体意志统一发出声音的过程，而应该是一个建立在反思性认同基础上实现程序正义的过程。程序固然蕴含例外，但例外并不意味着破坏程序，而毋宁应该理解为对于随机出现的情况再一次程序化的过程。施米特没有发现，如果没有程序，也就不可能有决断；因为决断本身是在程序之中做出，决断是为了让程序予以为继。所以，没有以共识为目标的程序理性，他就无法回答，为什么作为制宪权主体成员的个体，会在喧闹、无组织性的市民民主中被操纵，甚至出现“宪定权”的独裁（议会的独裁）。

其次，他消解了制宪必须承诺的普遍化追求。正如前文所述，施米特认为“人民”的本质在于高度的政治同质性，从而“不可能爱他的敌人”，世界公民是不复存在的；但这种观点阻碍了“共同、普遍的自我意识”的形成。这个意识只有建立在以语言为媒介的交往权力基础上，并通过语言交流蕴含的规范性期待功能来实现。

卡里瓦斯由此总结，施米特低估了语言交往中蕴含的高谈、论证和审议，离开了这些因素，他的决断论和人民作为制宪主体也就失去了展现宪法观念可普遍化的根基。<sup>[50]</sup> 韦尔默也总结道，民主需要斗争，但不是仅仅为这个民族的人权与民主而斗争，也要为他敌人的人权而斗争，最终为所有人的人权而斗争。<sup>[51]</sup>

## 四 二元模式的秩序同构及语言哲学之担保

### （一）政治制宪与法定制宪的同构逻辑

无论是政治制宪还是法定制宪，制宪的本质在于取得政治社会统一秩序的效力。这种效力既然是一种设定，我们就必须寻找制宪的效力基础。通过反思前面三种典型学说，无论是作为一种政治观念体系建立意义上的制宪，还是作为一种实证法规范秩序建立意义上的制宪，以霍布斯为代表的社会契约论面临无法有效缓解“同意”与“强制”之间张力的理论困境；凯尔森为代表的规范论面临“法秩序自身立法的效力不足”的挑战；施米特的政治决断则同时迷失在普遍化不足和规范性缺位的窘态之中。

制宪是组建政治共同体，因此，“制宪”的本质是“立国”，也就是要追问现代国家，作为一种告别了目的论哲学的新的社会秩序构图，如何看待自由意志和集体权威的关系问题。<sup>[52]</sup> 在这个问题上，一直被误会为国家主义学者的黑格尔相当深刻地通过主张“伦理”高于“道德”、宪法国家作为一种特殊存在的“第二自然”和伦理—精神形态，充分证明了制宪的效力根据在于对个体自由意志的担保。然而，个体的自由意志要参与公共建构，就

[50] See A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, 2008, p. 125.

[51] [德] 韦尔默著：《后形而上学现代性》，应奇等译，上海译文出版社 2007 年版，第 287 页。

[52] See Hegel, *Lectures on Natural Right and Political Science*, trans. by P. Wannenmann, University of California Press, 1995, p. 227.

必然要协调与其他人的自由意志,也就是要实现普遍化;同时,它只能在特定组织、程序与规则里来具体实现,也就是必须实证化。从而,实证化与普遍化要取得辩证统一,这说明了政治制宪与实证立宪一定是同构的。德国宪法学家默勒斯在黑格尔“法作为一种‘第二自然’的存在”命题基础上,在论述“责任”“犯罪”“侵权”等概念的时候,就指出,这些行为不能理解为是一种“自由意志”概念。<sup>[53]</sup> 因为根据黑格尔“第二自然”的理论,宪法国家是一种伦理性的存在,这种伦理是透过一种普遍化的意志运用所展现的绝对客观精神,而这个普遍化的理性精神在宪法国家里就体现为制宪过程。因此,制宪就是将普遍精神内化到每一个个体人格之中,形成新的自然天性(“第二自然”)的过程。没有普遍化的精神交往和意志表达,就没有个体的自由意志。因此,默勒斯(Mollers)指出,法律意义上的自由意志是一种主体间性与交往的能力,是个体对于他人会如何行为的一种“主体间规范性期待”的正确理解。<sup>[54]</sup>

由此,制宪的效力来自于个体意识普遍化与实证化的结合、同构。没有个体意识的普遍化并形成共同意志,政治制宪就无法完成;而没有完成政治制宪,法定制宪就缺乏客观理性精神。没有共同意志就没有实质意义上的宪法。这正是黑格尔对当年神圣罗马帝国的批评;实证化的本质是历史化,是制宪者要将普遍客观精神结合具体历史情境运用、凝聚伦理质料,没有这种历史化的过程就没有实证化,法定制宪就无法完成。而没有法定制宪,政治制宪则没有办法展现。

因此,政治制宪与法定制宪在逻辑上是相互依存,在结构上是同步、同时建构的关系。而实现与连缀这二者的关键力量就是主体间的理性。主体间的理性始于每一次制宪的过程。一言以蔽之,就是相互认同与承认。制宪者的自由意志始终需要在可普遍化的结构中来证明自身的正当性。而这种主体间的理性最终必须依赖作为基本交流工具的语言。

## (二) 制宪作为语言活动的规范期待功能

制宪就是一种语言活动,本质在于“以言行事”,表达追求特定行动效果的指令和意图。<sup>[55]</sup> 新实用主义哲学家布兰顿认为,规则是由语言表述的,遵守规则的前提在于我们的规范态度,也就是对规则的语义理解,限制我们的是对规则的理解,而不是规则本身。<sup>[56]</sup> 因此,规则语句具有规范期待功能,语句结构里包含着规范结构,而这种规范结构的本质是陈述者期待被理解而提出的各种理由的反复论证与说明,呈现出实践推理的结构,是一种“给与和索取理由的游戏”。<sup>[57]</sup> 因此,制宪者自由意志的可普遍化效果既不能从形而上的实体原则中演绎而出,也不可能如同康德所设想的道德主体的“孤独自白”,

[53] See C. Mollers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2013, p. 54.

[54] See C. Mollers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2013, p. 56.

[55] See J. Austin, *How to Do Things*, Cambridge University Press, 1962, p. 17.

[56] See R. Brandom, *Making It Explicit*, Harvard University Press, 1994, p. 98.

[57] See R. Brandom, *Making It Explicit*, Harvard University Press, 1994, pp. 25 - 26.

它需要通过实证宪法意义上的概念、条款不断展现宪法所蕴含的道德深度,而这个展现的过程要接受对话者的理性反思和理由反抗。“规范期待”不是凯尔森所理解的宪法对服从者单方发出的接受指令,<sup>[58]</sup>而是要接受“期待的反射”,要修正自己对于宪法的语义世界的理解,并调整依宪所展开的行动。

从这个意义上说,所谓自由意志的彼此协调和普遍化,就是社会成员对彼此的规范性期待获得了正确理解。黑格尔指出,历史上看,资本主义市民社会制宪迈出了普遍化的第一步,那就是将个体的抽象法权(例如生命、自由、财产)通过制宪转化为公共目的和利益加以保障、追求。<sup>[59]</sup>然而,市民社会蕴含的伦理非充分性与败德风险仍然存在意志冲突的底色。哈贝马斯则通过“人权与人民主权同构关系”的历史说明,试图通过程序主义捍卫二者的相辅相成。这些哲学论证一定程度上超越了本文前述的三种思想脉络,但国家/社会、个体/公共的二元区分所形成的秩序构图,也在今天面临改造的必要。语言的规范期待功能在今天制宪理论的想象中需要进一步扩展,这尤其表现在如下两个方面:

首先,宪法作为一种语法在快速社会化与碎片化。依照托依布纳的见解,社会功能分化就是整体、垂直的社会结构被打破,社会分解为不同界面,不同界面彼此嵌入,都形成了自身的“宪法”语法,都形成了某种意义上的“社会宪法”。<sup>[60]</sup>人类的语言规范期待必须有冲破不同界面、进行有效沟通的背景信息和语言能力。整体、单一的国家主权话语实际上要依靠多元、分化的社会界面话语才能支撑。例如,在21世纪的今天,私法已经蕴含大量的国家治理功能,公法则越来越倚重私法手段。对比20世纪50年代以来的各国宪法实践,宪法从“基本权利第三人效力”出发来塑造、调控私法秩序也逐渐发展为“私法的宪法化”和“宪法的私法化”,制宪和宪法实施本身要接受私法的意义塑造,尊重不同社会界面形成的私法秩序;作为法律渊源意义上的宪法,其内容也越来越被下位法的解释视域所局限。从这个意义上说,与“社会系统”这个概念不同,“社会界面”更突出了不同界面的互嵌性、转化性和话语的互相塑造性,而恰好不是功能分化、泾渭分明的“系统”。从这个意义上说,宪法的规范期待不再是“召唤”,而是“合作”。

其次,制宪者自由意志普遍化的过程不再仅仅体现在正式的宪法制定所包含的合意过程,后形而上学时代的国家越来越呈现出罗尔斯所言之“临时协定”的状态,在一种高度脆弱的不确定性中维持动态平衡,由此制宪时表达的自由意志也必须在宪法实施过程中不断维系这种平衡,处理“平衡被打破——例外出现——再平衡”的难题。凯尔森所设想的,宪法离开实践理性,依靠先天逻辑设定获得效力的理想越来越难以实现,宪法成为一种真正的“法渊源”,而不是“法”。只有宪法维系不同社会界面平衡,成功协调自由意志的结果出现,才能真正说明制宪者自由意志获得了普遍辩护。从这个意义上说,德莱尔

[58] See Kelsen, *General Theory of Norms*, trans. by M. Hartney, Clarendon Press, 1991, p. 139.

[59] See Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, edit. by Allen W. Wood, trans. by H. B. Nisbet, Cambridge University Press, 1991, p. 307.

[60] [德]贡塔·托依布纳著:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第19页及以下。

所讲的“实践检测命题”，严格区分宪法渊源与经过实践检测的宪法规范，成为新的宪法的语言规范期待功能。<sup>[61]</sup>

因此，制宪作为一种语言行为，能够有效回应新的哲学挑战，直面剧烈变动的经验事实，是最终实现制宪理论二元模式秩序同构的重要担保。作为一种语言活动，制宪必须提升宪法自身对经验世界的感知和接受能力，不断增强宪法语言的道德包容与深度，以期维持不同社会系统与界面的动态平衡。

[本文为作者主持的中国人民大学“双一流”跨学科重大创新规范平台——当代政党研究平台资助课题“宪法与党的治理理论研究”的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] Constitution-making could be generally classified into two types - political and legislative constitution-makings. The former is a conceptual movement generating conceptual constitution, which bases its validity on the ideal condition, while the latter is an empirical action generating positive constitution, which bases its validity on social condition. A review of three typical theories of constitution-making shows that the nature of constitution-making is to build a state - to make a detailed inquiry into the question of whether a modern state, which has gotten rid of the mindset of teleological philosophy, could develop a constitution-making behavior as a language activity that has the expectation norm function of being more sensitive to social changes and more inclusive to the moral world, achieve the generalization of the free will of constitution-makers, and ensure the consistency of legal logic between political and legislative constitution-makings.

---

---

(责任编辑:支振锋)

---

[61] [德]德莱尔:《卢曼理论中的法概念》,王琦译,载吴彦主编《20世纪法哲学发微:德意志法哲学文选(三)》,知识产权出版社2015年版,第347页。