

宪法哲学导论

江国华 著



商务印书馆

宪法哲学导论

江国华 著

商务印书馆

2007年·北京

图书在版编目(CIP)数据

宪法哲学导论/江国华著.—北京:商务印书馆,2007
ISBN 7-100-05185-1

I. 宪… II. 江… III. 宪法—法哲学 IV. D911

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 095394 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

XIÀNFǎ ZHÉXUÉ DǎOLÙN

宪法哲学导论

江国华 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 7-100-05185-1/D·402

2007年2月第1版

开本 850×1168 1/32

2007年2月北京第1次印刷

印张 15 1/4

印数 4 000 册

定价: 26.00 元

目 录

引言	1
一、宪法哲学是什么	2
二、宪法哲学的基本问题	11
第一章 宪法哲学批判	16
第一节 宪法历史批判	17
一、宪法是历史的产物	18
二、宪法与政府在同一时序上成长	21
三、宪法遵循历史逻辑而进化	28
四、现代宪法亦宪法进化序列中的一种样态	34
第二节 宪法逻辑批判	37
一、宪法的生命在于经验而非逻辑	37
二、宪法的能力是长成的而非预设的	39
三、宪法的成长史乃人类追求生活方式不断优化之历史	42
第三节 宪法理性批判	46
一、作为理性主义方法论的自然法	49
二、从理性主义自然法看近代主权概念的“二律背反”	55
三、从理性主义自然法看近代权力观念的“二律背反”	66
第四节 宪法认识论批判	77
一、从物本主义到人本主义	79

2 宪法哲学导论

二、从理论逻辑到实践逻辑	82
三、从“一元”独立到“多元”并存	86
第五节 宪法实效力批判	89
一、当 $\cos\theta = 0$ 时, 则 $W = 0$	92
二、当 $\cos\theta < 0$ 时, 则 $W < 0$	93
三、当 $\cos\theta > 0$ 时, 则 $W > 0$	94
四、当 $\cos\theta = 1$, 则 W 达到最大值	95
五、当 $\cos\theta = -1$, 则 W 达到最小值	96
第二章 宪法哲学元点	97
第一节 人论	98
一、人·环境·宪法	99
二、人的存在与宪法的存在	111
三、人的生活世界与政府图式变迁	121
第二节 政府论	129
一、政府的起源与演进	130
二、政府的本位——宪法本位	143
三、政府的合法性	146
第三节 权论	160
一、“权”与主权的解析	162
二、人权的解析	167
三、国权的解析	176
四、政权	182
第四节 法论	190
一、法的解读	191
二、法的统治	201

第五节 关系论	213
一、人与政府之间关系的演进	213
二、政府与国家的一般关系	215
三、“博弈关系”:国家宪制之“实像”	222
第三章 宪法哲学维度	235
第一节 宪法的习俗之维	237
一、作为文化的习俗	238
二、习俗与法律	240
三、习俗与主权——穗积陈重的发现	248
第二节 宪法的道德之维	256
一、宪法的道德根基或者其普遍低度道德法则	257
二、宪法的道德思维	265
三、宪法的道德判解	273
第三节 宪法的宗教之维——伯尔曼的理解	278
一、宗教的法学隐喻——以末日审判和炼狱为题材	280
二、神学革命的法治绩效——以圣·安塞姆为代表	286
三、教会法体系中的宪法原则——以基督教为参照	288
四、由法治的教会到法治的国家——以欧洲社会为背景	294
五、教会世界的宪政实践——以英国为例证	296
第四节 宪法的经济之维	299
一、宪法基础的经济本性	300
二、宪法制度的经济属性	306
三、宪法运行的经济考量	312
第五节 宪法的地理之维	318
一、乡村自由乃人民主权之精髓	322

4 宪法哲学导论

二、地方精神是公民精神的源泉	325
三、地理因素是构成政府权力可能的天然屏障	330
四、地理因素是国家行政区划的主要根据	334
五、宪政国家的首都地理法则	337
六、宪政国家的选举地理学	344
第四章 宪法客观精神	350
第一节 秩序论	352
一、宪法秩序是一种生活秩序	354
二、宪法秩序是一种权力秩序	363
三、宪法秩序是一种政治秩序	376
第二节 自由论	387
一、生活方式与人的自由	389
二、低度自由与有限政府	393
三、自由哲学与宪法哲学	403
第三节 民主论	414
一、理解民主——从人和政府的因素	415
二、从选举民主到宪政民主	422
三、宪政民主运行的低度程序法则	430
第四节 中庸论	434
一、宪法的中庸精神	435
二、立宪的中庸法则	440
三、行宪的中庸哲学	444
四、宪政的中庸境界	449
第五节 宽容论	453
一、宽容哲学与宪法	455

二、宪法的宽容与批判精神	459
三、宪法的宽容与多元体制	463
主要参考文献	469
后记	490

引 言^①

宪法是使政府服从规则控制的事业。它存在于政府的组织结构之中,存在于政府的行动之中,存在于人的生活世界。

宪法哲学是以人类优良的生活方式为职旨的哲学;^②它是一种实践哲学,因而也是生活哲学,它来自于人的生活世界。

从哲学意义上说,也就是从其本原的意义上而言,宪法不仅是为着人的生活而存在,而且实在应该是为着人的优良的生活而存在。^③当我们越接近于宪法的本原,我们就越能够自信地说,宪法其实从来就是“以人的生活”为终极关怀的;为人类谋求一种更为优良的生活方式,是宪法恒久不变的追求。因此,我们或许应当检讨,以往在理解“宪法”的时候,是否过分地关注其政治意义,从而让“宪法”一词沾染了太多的“统治色彩”,却缺少了应有

① 这个“引言”的主要观点曾发表于《东南学术》2004年第3期。

② 哲学一词是由日本人译成汉语的,其英文名是 philosophy,来源于希腊语,由“philein”和“sophia”两个词组合而成,“philein”的意思是“爱”或“友爱”,而“sophia”的意思是“智慧”,因此,哲学就常被解释为“爱智慧”或“爱真理”之学。宪法哲学就是对宪法之“基本问题”的追问之学,它不是什么神秘莫测的东西,也不是所谓故弄玄虚的学问,而是要探索有关宪法的最为基本的知识,包括宪法是什么?宪法是怎么产生的又是怎么成长的?宪法的本质是什么?等等一些最为基本的问题,因而,也可以说是最为简单的学问。

③ [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1997年版,第137页。

2 宪法哲学导论

的生活情怀呢?^①

一、宪法哲学是什么

“宪法”在最为通俗的意义上有三个英语单词与之对应: constitution、the law of the constitution 和 constitutional law。其中, constitution 乃“宪法”最为原始的意思表达,即亚里士多德之所谓“政体”或政治秩序的组织模式; constitutional law 是“宪法”最为实证的意思表达,这里的“law”显然可以对应为“律”或“规范”;而 The law of the constitution 则是“宪法”最为深刻因而也是最为抽象的意思表达,这里的“the law”有着丰富的、意味深长的含义,它不能简单地理解为“法律”或“规范”,它“代表一种甚至还要难测的奥秘”^②;在更多的场合它应当被更为合理地阐释为某种必然性,^③ 这种必然性对宪法的产生和运作起着根本的支配作用,它是客观存在的,并由一系列的经验事实或文化现象体现出来——在《现代宪法》一书中,韦尔指出:“在有关政治事务的日常讨论中,‘宪法’一词通常被用于两种意义。首先,它被用来描绘一国政府的整套体制,即建立调节或统治政府的规则的汇总。这些规则部分具有法律效力,因为普通法律承认并运用它们。另一些规则却并不带有法律效力,

① 江国华:“宪法哲学导论”,《东南学术》2004年第3期。

② Fred I. Greenstein 等:《政府制度与程序》,台湾幼狮文化事业公司1983年版,第1页。

③ 这种必然性大致可以对应于古希腊哲学家赫拉克利特发明的一个词,即“逻各斯”。他虽然从多种意义上使用“逻各斯”,例如逻各斯是尺度、比例、说话、语言等,但主要是指必然性。

而是采取成列、常识、习俗、常规的形式；虽然法院并不承认它们是法律，他们对政府的调控却与那些被严格称之为法律的规则同样有效。”^①但我们往往对这种“必然性”缺少应有的重视，却对写在纸上的“宪法”推崇备至；正如凯塞所言：“在一个有成文宪法的时代，有一种把宪法等同于一个书面文件的倾向……但是，根据传统的政治科学，宪法有一种更早的和更主要的含义；它指的是一个社会是怎样构成的，不仅是由正式的或非正式的政府制度构成，而更普遍地是由它的生活方式构成。”^②

尽管如此，我们仍然可以避免对于“宪法”一词在理解上的差异而达成某些基本的共识，比如：宪法作为“法”，在本质上应当具有法的一般特性，包括约束力、执行力和客观力（规律性）^③等。作为一种法规范，宪法与其他一切法律规范一样，都是以人与人之间的关系为调整对象的，只不过宪法所调整的人与人之间的关系是通过人（社会）·政府·国家之间的关系表现出来的，^④透过人（社

① [美] 韦尔：《现代宪法》。转引自张千帆：《西方宪政体系》（上册·美国宪法），中国政法大学出版社 2000 年版，第 12 页注⑦。

② [美] 詹姆斯·W. 凯塞：“重建政治科学”，载 [美] 斯蒂芬·L. 埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦：《新宪政论——为美好的社会设计政治制度》，周叶谦译，生活·读书·新知三联书店 1998 年版，第 53 页。

③ 就是说，“法”在法律意义上和科学意义上是相同的。但它并不意味着绝对的必然——哪儿有人类开始存在，哪儿可能就没有绝对之必然……整个社会是建立在许多规律性的基础之上的，规律性是高级法与所有别文化规范所共有的。判例原不是英美的普通法的法学家所独有的，在原始古代社会的“法官”也懂得用这些原则解决纠纷。[美] 霍贝尔：《原始人的法》，严存生译，贵州人民出版社 1992 年版，第 4 页。

④ 从关系的范畴来界定宪法是法国的传统。狄骥从连带主义的关系中探寻宪法的本质；蒂尔戈则从反面说明宪法就是关于“各种政治机构之间相互关系和彼此协作的规则”，他说：“君主制的英国没有宪法可言，因为没有任何一个法律文件规定帝国的

4 宪法哲学导论

会)·政府·国家之间相互关系的这层表象,我们会发现宪法法律关系归根结底仍然是人与人之间的关系。

人类认识世界的基本规律告诉我们,人类对于任何事物的真知灼见都来自于对该事物与他事物相互关系的把握;当我们不得不试图对某一存在作出必要界定的时候,与其将精力集聚于该存在的本身,倒不如把注意力转移到导致该“存在”之所以存在的基础、条件或者与之密不可分对象上。如果我们试图对某种规则作出相对合理的界定,就必须从规则所调整的对象上来把握。基于这种认识,我们可以对“宪法”作出这样的界定:宪法是人·政府·国家在互动过程中产生的必然性,是使政府服从规则控制的事业——这个事业的目的不仅仅是公正地制定和适用规则,而且也包括其他的管理方式,诸如投票、选举、发布命令、任命官吏和宣布判决等等。^①

基于“宪法是使政府服从规则控制的事业”这样一种界定,可以说,作为宪法基本问题追问之学的宪法哲学,既是关于政府应当如何行动的学说,也是旨在引导人们如何理解政府的哲学;它从哲学的视野出发,通过哲学思维的提炼,对宪法进行总体的根本性的考量和把握,从而揭示宪法之本原、本质及其发展规律。所以,宪法哲学是关于宪法之本原问题的追问之学,^②它的任务是回答宪

各种政治机构之间应如何相互联系和协作。”参见何华辉:《比较宪法学》,武汉大学出版社1988年版,第10页。

① [美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第5页。

② 从哲学上而言,“本原”系指“万物始所从来,与其终所入者”。据此,宪法之“本原”就是指宪法之最初的根源及其原始的构造实体。〔古希腊〕亚里士多德:《形而上

法是如何产生以及又是如何长成的；是宪法的形而上学，^①它的任务是回答宪法的本质及其发展规律是什么；是关于宪法终极关怀的求索之学，它的任务是回答凝结在宪法之中的人文关怀即客观精神是什么。^②

（一）宪法哲学是哲学

宪法哲学是哲学，是对宪法本原问题的追问之学。它将宪法的存在及其本质抽象为哲学命题，并以此揭示出蕴藏于其中的基本法则。它内在地关注人性、关注历史、关注现实、关注未来，并浸润着人权主义和批判精神。它通过对人之本性的追问，来考察社会的本原、国家的本原，并借此推导出宪法的本原、本质及其一般原则；它通过对人类历史的追问，来抽象出宪法及其一般原则生存的土壤、环境和条件；它用一般意义上的“宪法”及其原则来审视现实政府的正当性，并以宪法及其基本原则为理念，来构设理想的生

学》，吴寿彭译，商务印书馆1997年版，第983页。

① “形而上学”在英语中译为 metaphysics。metaphysics 出自希腊文“meta ta physics”，直译就是“在物理学之后”，用以指亚里士多德有关自然事物的著作之后的一些著作，这就是我们现在所看到的《形而上学》一书，亚里士多德自己称之为第一哲学或神学。在中国的古汉语中亦有形而上和形而下之说，“形而上”指没有形象的规律，就像是老子的“道”，但“道可道，非常道”；“形而下”指有形之物，即与“道”相对应之“器”。《易·系辞》有曰：“形而上者谓之道，形而下者谓之器”。唐人崔憬以“形而上”谓“用”，“形而下”为“体”，曰：“凡天地万物皆有形质，就形质之中有体有用；体者即形质也，用者即形质上之妙也；言有妙理之用以扶其体，则是道也；其体比用，若器之于物，则是体为形之下，谓之器也。”亚里士多德之第一哲学即 metaphysics 与中国古汉语中的“形而上”有神似之处；日本明治维新之后，在大量翻译西方各种思想经典时，便将 metaphysics 意译为“形而上学”。故而，形而上学的意思就是指研究事物本质的哲学。

② 江国华：“宪法哲学导论”，《东南学术》2004年第3期。

6 宪法哲学导论

活方式^①——一种生活方式的优劣,取决于它在多大程度上有助于人之自由天性的舒张和全面发展诉求之满足。^②

(二) 宪法哲学是法哲学

宪法哲学是法哲学,而非政治哲学。它是站在法的立场而非政治的立场来考量宪法所治辖的一切;它是以法学的视野而非政治学的视野来观察和审视宪法、宪政及其原则。在法学视野里,宪法是法的一种,因而宪法应当具有法的一般特性,而非政治的一般特性;作为法的宪法是规范性的,它以特定社会关系为调整对象;同时,它又是价值性的,是以整个社会的普遍正义为旨归。在作为法哲学的宪法哲学场域里,宪政及其价值的实现本身就是目的,但在作为政治哲学的宪法哲学场域里,宪政及其价值充其量只是实现政治目的的手段之一。^③

(三) 宪法哲学是生活哲学

一般地说,各种政治制度和它们所组成的政体界定了公民的基本性质;它们通过确定关于公民生活的问题和可能作出的回答

① 理想意味着超越。但黑格尔以为,哲学不可能超越自己时代的现实,而只能使自己与现实相一致;承认理性是“现在的十字架中的蔷薇”。哲学的职能既不是发明,也不是批判,而只能表达现实已经显示的真理。但笔者以为,宪法哲学既要揭示现实已经呈现的真理,也要表达对未来社会的关怀,因此,它既要立足于其所处的时代,也要超越时代。参见〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬译,商务印书馆1996年版,序言第12页。

② 江国华:“宪法哲学导论”,《东南学术》2004年第3期。

③ 同上。

来做到这一点；通过界定人们彼此介入对方正在从事的活动的条件，创造公民特有的组织、思想习惯和风俗。这就意味着，政治体制作为一组正在从事的活动，界定了公民的政治生活方式；^①正如苏格兰启蒙思想家达格代尔·斯图尔特所说的那样，形成各个民族的面貌的那些意见和习惯，主要是由它们政治制度的特殊形式决定的。

如果说不同政治观念往往表现为不同的制度安排或一种制度，那么，把这些价值观念结合起来的问题就是把体现这些价值观念的不同制度结合起来的问题。而宪法在相当程度上旨在于“为一种令人满意的生活方式所必需的各种不同的制度的和平共存”创设某些必不可少的条件，因为如果我们要生活在一起的话，就必须把它们结合起来；而且我们生活在一起有赖于创造和维持我们彼此之间可能有的良好的关系形式，而不论我们被引向何方^②——事实上，在一切政体之下，对于政府而言，“唯一重要的事情是生活；而且我们必须审慎地生活”^③。我们必须谨记：宪法是公民自治的一种工具，是公民借以自我管理的一种方法；除此以

① [美] 斯蒂芬·L. 埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦：《新宪政论——为美好的未来设计政治制度》，周叶谦译，生活·读书·新知三联书店 1998 年版，第 152 页。

② 埃尔金说：“基本的政治问题似乎就是当这些相互冲突的价值观念体现在各种政治组织之中时如何把它们结合起来。”斯蒂芬·L. 埃尔金：“宪政主义的继承者”，载 [美] 斯蒂芬·L. 埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦：《新宪政论——为美好的未来设计政治制度》，周叶谦译，生活·读书·新知三联书店 1998 年版，第 155 页。

③ Williams Bernard (1980), *Political Philosophy in the Analytical Tradition*, in *Political Theory and Political Education*, Edited by Meelvin Richter Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1983. Auto-da Fe, Consequences of Pragmatism, New York Review of Books (April 28): pp. 33-36, 1985.

外,一个大的社会共同体还能够依靠什么去管理自己的事务呢?^①而且,真正能够保证宪法实施的恒久不变的力量,并不是诸如警察之类的暴力机器,而是“守法的传统”,这种传统又根植于这样一种深切而热烈的信念之中,那就是宪法不仅是世俗政治的工具,而且还是人的终极生活目的和意义世界的组成部分。^②

所以,宪法哲学是生活哲学,而非统治哲学。它是以人为起点并以人为归宿的哲学;^③它真挚地关注着人的生命安全、生存状态和生活质量^④——它不限于对正式政治制度和体制的关注,而且也把与生活有关的各种决策包括进去;它既关注个人的自主,也谋求公民的相互依存和社会团结;它不仅谋划个人生活,也谋划社会生活的各个方面;它要解决的不仅仅是“个体人”的自由生活问题,而且也要解决“集体人”面临的挑战;这种在生活哲学思维导引下的政治,就是生活政治^⑤,即关于公民生活方式的政治,是认同

① [美] 斯蒂芬·霍姆斯：“先定约束与民主悖论”，载[美] 埃尔斯特、[挪] 斯莱格斯塔德：《宪政与民主——理性与社会变迁研究》，潘勤、谢鹏程译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版，第 256 页。

② 伯尔曼说：“法律只在受信仰并且因而要求强力制裁的时候才是有效的，依法统治者无须处处都依靠警察……真正能够防止犯罪的乃是守法的传统，这种传统又根植于一种深切而热烈的信念之中，那就是法律不仅是世俗政策的工具，而且还是生活终极目的和意义的一部分。”[美] 哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，生活·读书·新知三联书店 1991 年版，第 45 页。

③ 周志轩、江国华：“宪政：和谐的生活哲学”，《现代法学》2002 年第 4 期。

④ 人的优良的生活方式和生活质量，乃宪法之终极关怀。见梁捷：“宪法与公民生活密切相关”，《光明日报》2003 年 2 月 24 日。

⑤ 吉登斯提出解放政治和生活政治两个范畴。他指出，解放政治是一种生活机会的政治，是关于提高行动自主权的政治，是一种“摆脱性”政治，即摆脱传统、摆脱过去的束缚、摆脱专制权力、摆脱物质贫困或剥夺等。而生活政治是一种生活方式的政治，是认同政治、选择政治。[英] 安东尼·吉登斯：《超越左与右——激进政治的未来》，

政治、选择政治；这种政治所依靠的是积极的信任。^①为此，有必要在社会的各个领域中都培养积极信任，特别是应在政府机构内部以及政府与社会、与公民之间创造、建立和保持积极信任的环境，加大政府的透明度，增强那些受到政策影响的人的自主性，实现政府与公民之间的合作上的分权，提高中央和地方的双重积极性，创造宽容的文化，使“被破坏了的社会团结”得以恢复。

（四）宪法哲学是未来之学

宪法哲学是对人类理想生活状态的终极关怀。它通过对宪法本原问题的不懈追问，揭示人类政治生活的基本法则，并以此推导出人类政治生活的“应然”。这种对“应然”状态的追寻，标志着宪法哲学虽或在表象上似乎漫不经心地追溯人类政治生活的最初状态或本原形态，实质上却在精心构设人类社会的理想境界。阿伦特说：“一部宪法不是一个纲领或政策……它没有目标；它不提出一个目标。相反，它是为未来无数的可能性创造一个制度结构。”^②因此，尽管人类的理想生活境界并不是由人类构设出来的，

社会科学文献出版社 2000 年版，第 94—95 页。

① 所谓积极的信任就是根据具体条件来确立不同的信任关系；积极的信任是双方的，不是单方的，是透明的，不是隐含的，是主要的，不是局限的——积极信任肯定了自主，保护了多样性的存在，既强调责任也强调权利，没有责任就没有权利。〔英〕安东尼·吉登斯：《超越左与右——激进政治的未来》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 35 页。

② Kateb George、Hannah Arendt, “Politics, Conscience”, 转引自〔美〕斯蒂芬·L. 埃尔金：“宪政主义的继承者”，载〔美〕斯蒂芬·L. 埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦：《新宪政论——为美好的未来设计政治制度》，周叶谦译，生活·读书·新知三联书店 1998 年版，第 153 页。