

Implementation principles of the Constitution:
Interpretation and discussion

宪法实施原理：

解释与商谈

王旭 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

Implementation principles of the Constitution:
Interpretation and discussion

宪法实施原理：

解释与商谈

王旭/著

本书是作者主持的中国人民大学2015年科研基金重大项目“宪法实施的商谈原理研究”（批准号215XNL011）的成果



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法实施原理:解释与商谈 / 王旭著. —北京:
法律出版社, 2016. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9525 - 7

I. ①宪… II. ①王… III. ①宪法—研究—中国
IV. ①D921. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 099497 号

宪法实施原理:解释与商谈
王旭著

编辑统筹 法商出版分社
策划编辑 薛晗 慕雪丹
责任编辑 慕雪丹
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京九州迅驰传媒文化有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19.75
字数 271 千
版本 2016 年 5 月第 1 版
印次 2016 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9525-7

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献给培培



代序

中国共和主义宪法观宣言

接到王旭的短信，看到他嘱我作序，甚感惊讶。按照习惯法，为人作序是要有些年龄资望的。我跟他平辈论交，是工作上的同事，学术上的好友，虽然痴长几岁，想来也不构成作序的资格。与他沟通之后，我大概明白了，他只是给我一个先睹为快的机会，并要求我认真写一个读后感。于是我就坦然受命，对这部作品作一点评论，或者说，做点“解释与商谈”。

《宪法实施原理：解释与商谈》或许应被看作中国的“共和主义宪法观宣言”。

王旭在书中一再强调，“宪法商谈”的理论基础是公民共和主义，“它最终目的是超越于个案的，要通过不断结合个案对宪法条款与宪法原则进行新的阐释来发生一种宪法对社会生活的‘构成性力量’”。共和主义将政治看作全体公民在集体的审慎思辨中追求公益的过程，而公益并非个人偏好的总和，而是一个共同体所应该实现的价值。共和主义重视共同体伦理、共同体习惯，认为一个坚强的共和国的存续需要公民的美德和对于政治的持久热情，强调对话与参与。共和主义的自由观也更强调法律保障下的自由，并认为共同体伦理对个人具有强制性规范力。共和主义对言论自由的意义的阐述，也是强调其促进对话与商谈、形成公共意见的功能，而

非个人自我实现的功能。^[1]不难看出，共和主义影响下的宪法观念，与一直居于主导地位的自由主义宪法观存在张力。

可以肯定地说，宪法学的传统从来都是自由主义的。宪法的发生史，几乎就是自由主义思想的实践史。自由主义将个人权利置于政治的优先地位，而民主、正义、公共利益、国家责任等概念都要从权利概念中推导出来。美国宪法最早将洛克的自由主义思想落实为政治的实定法规则，并构成了后来宪法思考的基本典范。即使那些在意识形态上完全反自由主义的宪法，在其规范设计（特别是基本权利规范）上也无法完全另起炉灶。美国学者鲍威尔认为：起源于启蒙时代的，在逻辑和伦理上视个人优先于一切社群和道德义务的思维方式，统治了宪法理论的历史。^[2]哈贝马斯也认为：“一直到20世纪前三十年来，自由主义的法律范式表达了一种法律专家们广泛分享的背景共识，从而为法律运用提供了一个由未受质疑之诠释准则所构成的语境。”^[3]事实上，八二宪法以来中国宪法学的发展也具有某种自由主义的底色。这里没有必要列举文献例证来说明此“自由主义底色”，各位读者掩卷稍思，便知吾言不谬。

然而，基于对自由主义传统的批判和反思，“共和主义的复兴”却形成了当代政治哲学的洪流。1969年，历史学家高登·伍德（Gordon Wood）出版了《美利坚共和国的建立》^[4]一书，指出共和主义从一开始就是立宪主义的基石之一。由他开启的对美国的共和主义传统的“再发现”使得人们开始意识到，在自由主义之外，美国宪法还有另外一条隐没的线索。到20世纪90年代，共和主义已经成为了美国宪法学研究的首要主题。^[5]以布

[1] 关于共和主义宪法观，可参见廖元豪：《论共和主义的政治哲学对美国宪法思想基础及实务的影响》。

[2] H. Jefferson Powell, *The Moral tradition of American Constitutionalism* 6 n. 16 (1993).

[3] [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店2003年版，第312页。

[4] Dordon S. Wood, *The Creation of the American Republic* (1969).

[5] Scott D. Gerber, "The Republican Revival in American Constitutional theory", *Political Research Quarterly*, Vol. 47, 1994, pp. 985-997. Symposium, *The Republican Civic Tradition*, 97 *Yale L. J.* 1493 (1988).

鲁斯·阿克曼、凯斯·桑斯坦和弗兰克·米歇尔曼为代表的一批宪法学者主导了这场“共和主义复兴”的思潮，而批判自由主义是他们的理论的重要组成部分。这股共和主义思潮，大约在进入21世纪前后开始影响中国学界。笔者不敏，也曾在2007年发表文章，对共和主义宪法观略作梳理，并尝试探讨共和主义和自由主义对宪法解释，特别是对基本权利的宪法解释，分别有何种影响。^{〔1〕}但浅尝辄止，未及深入。

而王旭的这本《宪法实施原理：解释与商谈》却是一本颇具系统性的共和主义宪法观专论，视野宏阔、思考深邃，而且极具实践关怀。共和主义强调“商谈”、“对话”，比如，共和主义甚至根本反对自然权利观，认为权利是政治的产物，是政治协商和对话的结果。基于共和主义宪法观，王旭所主张的“宪法商谈”，也强调公民的美德与对共同体的责任，强调公民对政治的热情和持续参与，强调“公民在各种场合（日常/非常；代议机关/法院/公共领域）以各种交往方式就宪法规范的含义与宪法性事件的规范性判断的‘对话’和‘认同’”。这种思路，将个体的、原子化的个人重新聚合为人民而突出其宪法价值。王旭概括了宪法商谈的三个层次：最弱、弱和强。而他所接受的是哈贝马斯意义上的“强的宪法商谈”，主张不仅在宪法适用中要有法官与其他诉讼参与人的商谈，在法院与立法机关之间要进行商谈，在一切国家机关相互之间、一切公共领域之中，都应该存在宪法商谈。从宪法的制定、宪法的修改到宪法在司法中的适用，乃至一切公共领域的对话与决策，都存在宪法商谈。多层次、交互循环的宪法商谈，形成了“动态宪法”的图景。在王旭看来，宪法商谈具有实现公共理性、避免政治幼稚、实现社会整合，促进程序民主的诸多价值，使得宪法实施不再是某些国家机关独断的过程，而在程序正义、互惠理解的基础上，在理性与美德的护持下，宪法实施具备了真正的永续的动力。作为主权者的人民，在此贯彻于从宪法制定到宪法实施的全过程的对商谈

〔1〕 张翔：《祛魅与自足：政治理论对宪法解释的影响及其限度》，载《政法论坛》2007年第4期。

中，不断参与对宪法意义的型塑。在此意义上，王旭对于宪法实施的理解，超越了我们习惯的宪法的解释适用的层次，而形成了一种“整全的”宪法实施观。

王旭就此提出要破除宪法实施机制的构建中的“机关崇拜”，反对国家机关垄断对宪法的解释，等等观点，振聋发聩，极具冲击力。作为一篇突破自由主义惯性思维的共和主义宪法观的宣言，这本《宪法实施原理：解释与商谈》的价值不容忽视。

王旭的研究是对一段时间以来中国宪法实践路径和学术研究路径的一个整体反思。王旭概括了“独断的解释论模式”存在的缺陷，并说明自己是为了克服解释论模式下的宪法实施危机，才走向宪法商谈理论的。这在制度层面批判了中国宪法学界谋求建立有效违宪审查制度的努力，而相应的，在法学方法论上也保持了对教义学谱系的宪法学研究的张力。

然而在笔者于此却存在一些疑问：首先，解释论模式真的那么独断吗？王旭指出“宪法规范的含义以及宪法规范的适用不存在一个独断的、预先设定的标准，它本身处在高度变动之中”，从而“我们既不能每一次回溯到最初的制宪者那里，也不能凭借法定机关单方独断宪法规范的含义，而是需要不断祈求制宪者重回人间，附身于此刻的人民躯体之上，让他们充分彼此对话，并与建制化的宪法实施机关对话，以获得语境的共识”。“（宪法商谈）这种程序模式具有一种认识论的功能，能够通过给出理据，而非简单地诉诸参与人的个人情绪、情感、直觉、兴趣偏好与利益”。在王旭的描述中，这种商谈模式是为了“改造传统独断型解释模式”，似乎解释论一定是预设了确定性的规范理解的，并且似乎是排除人民的参与，特别是排除在宪法案件中没有个人利益的、中立的人民的参与的。这种批评成立吗？以德国宪法法院制度为例，这项制度是由一个唯一的机构来垄断宪法的解释和适用权力，但它是独断的吗？我们知道，德国的宪法法院制度有一个非常重要的机制：“穷尽救济原则”，也就是宪法诉愿人必须在穷尽了一切法律途径而仍然无法实现权利时，才可以诉诸宪法法院。这意味着，通过宪法诉愿进入宪法法院的案子，一定是经过了前面

若干审级处理的。所有针对这个案件的意见都已经通过前面的审级被收集，并表现在起诉、答辩、判决、上诉判决等文书中。诉愿人个人的立场、政府的立场、公众的压力、政治的考量，在最终的宪法诉讼中都在发生影响。在此影响下的宪法解释与适用，尽管要受到法律方法的约束，但可以就是“单方独断的”、“预设标准的”？

其次，宪法解释是否应占据宪法商谈的中心地位？在王旭描述的整体宪法实施观中，宪法解释的作用似乎被边缘化了。实际上，王旭将许多宪法解释固有的问题解决办法也作为宪法商谈的路径，如作为“最弱的宪法商谈”的非原旨主义宪法解释方法，作为“弱的宪法商谈”的“弱法院”模式下让立法机关和人民更多发言，避免宪法解释上的对抗，而走向对话模式。我们知道，共和主义的宪法观反对呆板僵化的规则，更反对规则的机械适用，主张法官在具体的案件审判中努力促成对话的实现。桑斯坦提出的“司法最小主义”也主张法院只应当解决具体的个案，不必提出广泛适用的规则或者抽象的理论。^{〔1〕}而一次又一次个案中的具体处理汇总起来，就是宪法商谈的动态流程。这些主张，是希望法院之外的其他国家机构和公民，更多参与宪法意义的型塑。但是，这足以动摇宪法解释对于实现宪法商谈的中心地位吗？哈贝马斯所主张的无所不包的、“贯穿三种关系”的宪法商谈，构筑了宪法实施强大动力的想象，然而这种无限的开放性和流动性，不会损害宪法首先应该提供的确定性和秩序感吗？混沌日凿一窍，七窍开而混沌死。一种整全主义的宪法实施观，是否会因为忽视最核心的宪法适用而走向背弃宪法的反面呢？

在阅读《宪法实施原理：解释与商谈》书稿的过程中，特别是在阅读“下编 宪法商谈”部分时，我时时有这样的困惑和疑虑，但受到的启发却更多，并因此而充满趣味。而阅读“上编 宪法解释”却让我感觉“还是熟悉的味道”。当王旭在进行宪法解释学操作时，我能够感受到他在这

〔1〕 Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001. pp. 4-5.

个法学的核心领域裕如的能力。王旭在我们同辈的青年公法学人中，是公认知识积淀最深厚、抽象提升能力最突出、语言表达最流畅有力之一。他的知识背景横跨法哲学、行政法学、宪法学三个分支学科，旁及更多。他是在行政法学领域最早概括教义学方法的学者之一，当时他应该还是在读博士。他对于我国宪法众多条款的解释操作，体现了深厚的哲学功底和严谨的法律技术，其结论虽然常常出人意表，但却又往往指出了解决实践问题的切实方向。例如，用“所有权作为规制手段”的独特角度对我国宪法中“自然资源的国家所有”的规范处理，以及超越基本权利的视角对我国宪法劳动权的国家伦理解读，都让人有豁然开朗之感。

如前所述，这本《宪法实施原理：解释与商谈》是中国共和主义宪法观的一个宣言。但以我愚者之见，本书的不足也在于此。从本书的导论不难看出，王旭对其共和主义观之下的宪法实施，是有非常宏大的理论构想的。但也因其宏大和旨在宣示立场，在细节上也就难免有仓促、毛糙、生硬的地方，而一些较早完成的内容，是否有着统一的逻辑和融贯的价值，也多有可商量之处。

学问因商榷而后有意义。笔者数年前曾放胆提出宪法学研究应摆脱“修宪思维”而走向“释宪思维”，而王旭对独断解释论模式的批判应该也隐含着对我的批评，虽然谦虚而客气的他并没太明说。我想，严肃的质疑和反质疑，就是铺就学术积累道路的一枚枚砾石。沉潜往复，从容含玩，学术难有定论，也是一个不断商谈的过程。

张 翔

2016年4月24日于人民大学明德楼

目录

导论	1
一、宪法实施的理性动力	1
二、动态宪法的基本关系	2
三、中国宪法实施问题研究中的解释思维	7

上编 宪法解释

第一章 聚焦国家制度：自然资源国家所有的宪法解释	19
引言：自然资源权属争议背后的宪法问题	19
一、宪法上的占有模式及其困境	20
二、规制模式的实践：所有权的相对化与工具化	23
三、规制模式在中国宪法上的展开：依据与本质	27
四、规制模式在中国宪法上的展开：特征与框架	33
五、规制模式的道德深度：“基于平等的自由”	41
第二章 聚焦基本权利：人格尊严的宪法解释	48
引言	48
一、最低限度共识的尊严概念	50
二、尊严在宪法上的形式体系	60

三、尊严在宪法上的内容体系	66
四、尊严体系在宪法解释上的展开	73
五、中国宪法上的尊严条款之体系化	81
结语	86
 第三章 聚焦基本权利：劳动权的宪法解释	88
一、导论	88
二、劳动权规范含义之解释	90
三、劳动权的思想结构：主奴辩证法与承认的政治	98
四、劳动作为中国宪法文本中的“承认技术”：追寻“历史的 宪法”	104
余论：理解“中国的”宪法	113
 第四章 聚焦国家机构：释宪机关的宪法解释	114
引子	114
一、中国宪法文本确立的混合宪制模式	115
二、中国宪法解释的实践及其弊端	121
三、理想的混合解释程序机制之建构	124
结论	132
 第五章 合宪性判断中的宪法解释展开	134
一、宪法上行政区划变更的基本模式	137
二、北京市案例中变更模式之合宪性分析	150
三、过渡条款、宪法解释与宪法上例外状态的处理	159
 下编 宪法商谈	
 第六章 宪法商谈的理论基础	165
一、“商谈”的两重脉络：哲学与政治学	165

二、宪法商谈：三种理论层次	174
三、宪法商谈的基本结构	188
四、作为改造传统集中式解释模式工具的商谈模式：内容与比较	191
 第七章 宪法商谈的类型与制度建构	195
引言	195
一、宪法实施中商谈的内在价值	196
二、宪法实施中商谈的实践结构	205
三、宪法实施中商谈的基本制度	215
四、宪法实施中商谈结构的理性约束	225
结语	229
 第八章 公共理性：一种中国宪法实施的规范性理论	231
一、中国宪法实施的动力应来自理性运用	235
二、中国宪法实施中蕴含的理性应该是一种公共理性	246
三、公共理性在中国宪法实施中的具体展开	254
四、通过公共理性实现宪法权威	261
 第九章 中国宪法实施中的商谈机制：现状、争鸣与建构	266
一、现状：强大的集中式解释模式及其面临的问题	266
二、争鸣：在文本、逻辑与理论三个层面上的展开	268
三、建构有中国特色的商谈制：重构民主集中制原则	278
结论：实现中华人民共和国的伟大振兴——经由宪法商谈而 开启	291
 后记 海天寥廓立多时	296

导论

一、宪法实施的理性动力

习近平总书记在纪念现行宪法实施三十周年的重要讲话中指出：“宪法的生命在于实施，宪法的权威也在于实施。我们要坚持不懈抓好宪法实施工作，把全面贯彻实施宪法提高到一个新水平。”《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中也明确提出“健全宪法实施和监督制度”、“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”。宪法实施一直也是学术界关注的重要话题，但多年来过多局限在具体制度方案设计的层面，缺乏更为深入地理论反思和自觉，没有将这个话题充分的学理化和逻辑化。

本书即试图提炼出宪法实施的两个理论关键词——宪法解释与宪法商谈——作为展开和深化中国宪法实施理论的思考线索，并在基础上提出一个全书核心的学术命题：宪法从制定到实施是一个不可分割的对话过程，宪法的精神不是一次性型塑完成的，它在作为主权根本体现的人民有关宪法规范含义、宪法事件的判断的解释、商谈与论辩过程中不断获得意义与发展。解释与商谈，是宪法实施最基本的理性动力。

本书没有仅仅直接针对中国问题进行微观宪法实施路径的设计与建言、比较或分析，而是立足于构建一般性的原理。此种理论思考方式的原因在于我以为探寻中国宪法实施的有效道路，现在更需要的是牟宗三先生

所揭示的“通孔的智慧”，而不是在现代性思考节奏压力下对于一时一势一事做直觉性的反应（reaction）^{〔1〕}。面对中国宪法文本、宪法实施及其背景性事实给我们带来的各种焦虑与刺激，情景化的思维、对策式的研究与个案样的探讨固然重要，但不免“头痛医头、脚痛医脚”之弊，妨害思维的深入。因此，本书首先拟深入宪法实施这样一个“动态宪法”生成演变的一般性原理与基本结构之中，借用牟宗三先生的术语，去探讨一下作为一种思想与观念形态的“动态宪法”（dynamic constitution）^{〔2〕}，它在实践过程中最基本的“思维架构”（thinking structure），或黑格尔所言之“理性的形式”，以及这些架构或形式中的基本要素。^{〔3〕}不同国族的宪法，其具体内容是不同的，但在最基本的思维结构与内在要素上却具有形式与逻辑上的同构性，在对这种架构进行揭示后，我再说明其中的中国语境与中国问题，并引申出本书的基本思路与主张。

二、动态宪法的基本关系

在我看来，这样一种“动态生成的宪法”，其内部的理性架构由三层关系组成：

第一，“制宪者与宪法实施机关的关系”。此种关系也可表述为“制宪

〔1〕 牟宗三：《中国哲学之特殊性问题》，载牟宗三：《中国哲学十九讲》，上海古籍出版社1997年版。

〔2〕 R. H. Fallon 在谈到美国宪法的时候指出，虽然美国宪法文本是一部成文宪法，但解释它却依赖于广泛的外在于文本的各种考虑因素，包括各种宪法实施机关的实践、公众的宪法期待、实践考虑与道德、政治价值。因此宪法是一种“实践”与“过程”的“动态宪法”。我以为，中国宪法也的确需要将其放置在从制定再到实施这样一个整体的时间结构中来阐释与把握，不断开放出宪法文本的各种“背景规范”。See R. H. Fallon, *Dynamic Constitution*, Cambridge Press, 2004, p. 1.

〔3〕 作为一种观念的宪法，不同于具体的宪法规范体系或宪法惯例，而是人主观思考与观察的产物，本质上是文化的与精神的。一旦对于宪法做此种思考与观察，就会发现它本身是复合的、立体的思想建筑，在这个建筑里总有一些支柱性的概念或理念在支撑着我们对特定时代宪法观念的思考。阿根廷宪法学家尼诺就认为20世纪以来的宪法观念是一个有关“权利、参与（民主）和历史”三个复合面向的集合。参见〔阿根廷〕卡洛斯·桑迪亚戈·尼诺：《慎议民主的宪法》，赵雪纲译，法律出版社2009年版，第15页。

权与具体的宪法形式”的关系。在最一般的意义上而言,宪法是制宪者行使制宪权的结果。然而,制宪权不会因宪法制定完成而消逝,现代宪法完成了一个由神圣性源泉垄断“自然之力”与“自然之理”(斯宾若沙)到人民掌握制宪权的基础转变^[1],诚如 C. Schmitt 所言,“人民,即民族始终是一切政治事件的根源,是一切力量的源泉。这种力量以在在常新的形式表现出来,由自身生发出在在常新的形式和组织,其本身的政治存在则永远不会有一个最终的定型”,“只要可能,制宪权便始终存在,与一切源于制宪权的宪法以及在宪法框架内有效的宪法法规同时存在,并且凌驾于后者之上”。^[2] 制宪权在 Schmitt 看来如同柏拉图哲学中的“理念”,是一切事物之本源形式,但又必须借助具体物质类型才能塑成有体之物,因此虽然它具有恒常性,但其表达与显现却要借助于具体的形式。所以,任何一个国家的宪法,都存在制宪权与宪法形式之间的张力,乃至是一种悖论^[3]:作为主权者体现的制宪权为了存续、有效,必须通过不同的制度形式被分割、限制与实施。也因此,制宪者的意志只有透过宪法实施机关才能体现。人民作为主权者的同意是政府合法性的最终来源,但“主权者也就是不能行使主权的人”。^[4] 此种宪法“灵与肉”、“心与身”的分离是现代宪法国家都无法回避的一个问题。不能妥善安置此种“人民的权力”与“产

[1] 制宪权主体之变化参见[德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海世纪出版集团、上海人民出版社2005年版,第86页及以下。本书语境中的“制宪者”与“主权者”采用的是卡尔·施密特意义上的“将主权者理解为创造法理秩序,而不是博丹以降的强调不受任何限制的、具有独裁性(dictatorship)的主权者。”从而,可以认为现代民主政治条件下,制宪者也就是作为一国的主权者而存在。本书后面还有详叙。卡尔·施密特意义上的制宪权、主权和之前博丹开创的主权者概念之间规范性基础与具体内容的差异之精彩分析也可参见 A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, 2008, pp. 86-92。

[2] [德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘锋译,世纪出版集团、上海人民出版社2005年版,第89、103页。

[3] See *The Paradox of Constitutionalism—Cnstituent power and Cnstitutional Form*, Edited by M. Loughlin, N. Walker, Oxford Uninersity Press, 2007.

[4] See *The Paradox of Constitutionalism—Cnstituent power and Cnstitutional Form*, Edited by M. Loughlin, N. Walker, Oxford Uninersity Press, 2007. Introduction.

生于人民的权力”，也即 Lindahl 借用西耶斯术语并发挥的“constituent power”与“constituted power”的关系^[1]，则任何一个国家的宪法实施都会遭遇危机。因为，制宪权长存，制宪者常在，但宪法实施机关作为体现其意志的机关则有可能会滑向堕落和腐败，违背其理性与意志。

第二，“制宪者成员之间的关系”。作为一种抽象的“宪法实施”的概念，其理性架构里存在的第二个基本要素就在于“制宪者成员之间的关系”。对于现代制宪活动来说，“同意”与“认同”是两种“制宪者成员之间的基本关系”。

任何有关“人民制宪”的理论都不可避免回到一个元情境（meta-context）：人民是如何聚集的？制宪权本身又是如何形成的？因为在褪除了神学政治的思考痕迹之后，我们失落了这样一个制宪活动的“第一推动力”或“不动的原动力”。^[2]这个问题也可以归结为集体行动如何可能的问题。每一个个体如何能够协同一致组成一个政治共同体呢？在这个问题上，有“认同”与“同意”两种基本的思考模式镶嵌在宪法理论中。

在认同理论看来，如 Lindahl 相当深刻地指出：“集体性认同/身份（collective identity）是一个政治共同体存在模式的关键。特别地，一旦制宪权的行使被刻画为一个政治体自我组构（self-constitution）的时候这种认同就出现了”。^[3]我们可以认为，这种认同理论是解决宪法制定与实施正当性的一种思路；然而，在宪法观念中，还有一种思路提供的却是“同意”，而非“认同”。这里显然需要认真对待的就是启蒙时代的社会契约论，因为这种理论虽然不是对人类实存历史的描述与还原，但却精致地试

[1] See H. Lindahl, *Constituent power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Self-hood*, in *The Paradox of Constitutionalism—Cnstituent power and Cnstitutional Form*, Edited by M. Loughlin, N. Walker, Oxford Uninersity Press, 2007.

[2] 政治神学对于政治哲学的影响及其危机与挫折，系统性阐述的可以参见〔美〕马克·拉里：《夭折的上帝：宗教、政治与现代西方》，萧易译，新星出版社2010年版。

[3] See H. Lindahl, *Constituent power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Self-hood*, in *The Paradox of Constitutionalism—Cnstituent power and Cnstitutional Form*, Edited by M. Loughlin, N. Walker, Oxford Uninersity Press, 2007.