



LOOKING FOR  
CONSTITUTION OF  
JUSTICE

刘斌 著

# 寻找正义宪法

上海人民出版社

刘斌 著

# 寻找正义宪法

LOOKING FOR  
CONSTITUTION OF  
JUSTICE

上海人民出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

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 上海商务联西印刷有限公司  
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

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 - 1

第一节 宪法的理想之境及其问题 - 1

一、宪法的理想之境 - 1

二、现代宪法存在的问题 - 5

第二节 大历史视野下的宪法之三种理想类型 - 9

一、大历史视野 - 9

二、理想类型 - 11

三、宪法的三种理想类型 - 13

第三节 融贯古今的整全宪法概念 - 18

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 - 33

第一节 古典心灵宪法的渊源 - 34

一、自然法	35
二、政制	38
三、习惯法与中国古代的“礼”	41
四、公私分界	45
第二节 自然共同体及共生之人	47
一、自然共同体的特征及“家”的构造	47
二、隶属于自然共同体的人及其共生关系	52
三、心灵同化：自然共同体的成长	55
第三节 古典心灵宪法的特征	60
一、以维系共同体的团结为最高宗旨	61
二、以宗教或伦理为本位	62
三、政教一元的权威结构	66
第四节 评估与反思	73
一、“头脑”对“心灵”的反抗	73
二、“确权”与“限权”的失衡	75
三、心灵上的压制	79
第二章 现代契约宪法	83
第一节 现代宪法的“契约”逻辑	83
一、作为人民契约的现代宪法	83
二、社会契约与现代契约宪法	87
第二节 契约联合的世界与个体之人	94
一、契约联合的世界	95
二、个人主义及个体之人	101
第三节 以个体自由为宗旨的现代契约宪法	108

一、个体的自由	108
二、现代契约宪法中的自由权利清单	111
三、现代契约宪法对个体自由的护卫	113
第四节 评估与反思	118
一、两种无效的检验方式	118
二、前提的有效性	120
三、契约宪法的失衡与矛盾	123
四、“契约”逻辑无力应对现代宪法的新变化	126
五、简短的结论	133
下 篇 迈向正义宪法	
第三章 人的共在关系	137
第一节 何谓“共在”	138
第二节 人和人的共在关系	143
一、人与人之间的普遍情感	144
二、因情生义	146
第三节 人和社会的共在关系	153
第四节 人的共在关系作为制度设计的逻辑起点	158
一、制度设计应兼合人的理性与情感	158
二、单向推进与双向互动	161
第四章 正义宪法的证成	163
第一节 社会正义是正义宪法的独立主题	164
一、建构在心灵契约基础上的社会正义	164
二、社会正义作为正义宪法的独立主题	171

三、作为心灵契约的正义宪法	176
第二节 论证的正义	180
一、论证的正义与揭示的正义	180
二、罗尔斯正义论证的弊病	186
第三节 正义论证的条件：理性的公共运用	194
一、人的共在关系与理性的公共运用	194
二、理性公共运用的初级条件：公开地运用理性	198
三、理性公共运用的高级条件：理想的公共论坛	201
四、“理性的公共运用”比“重叠共识”更易让人接受	204
第四节 社会正义的分阶段证成	207
一、社会正义的分阶段论证	207
二、前宪法的正义论证与后宪法的正义论证	212
第五节 从社会正义基本准则到宪法正义准则的论证	215
一、社会正义基本准则	215
二、宪法正义准则	219
第五章 宪法正义准则论释	229
第一节 权利与义务项下的宪法正义准则	229
一、蕴含在人的关系中的权利	230
二、宪法的基本权利（义务）体系	234
三、权利（义务）冲突的协调准则	245
第二节 受益分配项下的宪法正义准则	249
一、机会平等	250
二、社会福利的分配	254
三、补贴与关爱投资	264

第三节	负担项下的宪法正义准则	_ 269
一、	从收入分配的正义到负担的正义	_ 270
二、	按比例课税的正当性及其例外	_ 273
三、	税收优惠与累进税	_ 276
余 论		_ 279
一、	思路重述	_ 279
二、	担忧与辩解	_ 282
三、	最后一点说明	_ 284
参考文献		_ 287
索 引		_ 296
后 记		_ 304

# 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，制度改革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 and 政策的局部性调整，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。

---

1. 从某种意义上讲，改革和法治确实是一对背反的命题，如何处理好改革与法治的关系，使改革能在宪法和法律的框架下进行，这是当下中国的一个十分重大而又紧迫的命题。以宪法革新带动变法修律，以变法修律推进改革或许是实现法治与改革无缝对接的一种应然选择，但是这一应然选择在中国的复杂背景之下不见得有多么可行。面对中国错综复杂的情势，可行的方案或许是：在宪法的框架中设置改革的试错通道，也就是说，要在宪法中明定改革试验区享有变通立法的权力，进而使改革试验区成为改革试错的“特区”；与此同时，还要在恰当的时候制定《改革程序法》规范改革的运作，该法应明定改革的目标、步骤、时限、程序、试点的选取、改革方案评估机制、失败的改革方案的退出机制、成功的改革方案的推广机制等。新近修订的《立法法》在某种程度上为改革试错打通了合法性通道。例如，该法第13条就体现了在某一地区变通立法的精神，该条规定：全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要，决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。

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、因地而异。

## 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窘境。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

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>1</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

---

1. 例如，《德国基本法》第20条第1款规定：德意志联邦共和国是一个民主和社会的联邦国；该法第28条第1款又进一步强调：各邦宪法制定的秩序必须合乎这个基本法中共和、民主以及社会的法治国原则。由此，社会国原则与民主国原则、法治国原则、联邦主义并列成为德国基本法的四大基本原则。