

审视应然性

——一种宪法逻辑学的视野

莫纪宏

本文运用宪法逻辑学的方法,从本体论、认识论和价值论三个角度探讨了“应然性”的内涵,指出在价值论意义上的“应该”的逻辑形式表现为确定性和不确定性两个价值区域。作为确定性的“应该”表现为以认识论为基础而产生的“不得不”和“不应该”。“不得不”作为一种能力判断是被传统的法哲学所遗忘的范畴,它可以避免“假设”理论给应然性所造成的过度不确定性,因此,应当将“不得不”作为考察具有最低限度确定性的“应该”的逻辑准则。“不应该”是超越各种文化内涵之上的普遍主义准则。作者基于对应然性的逻辑分析,指出应然的宪法和宪法的应然性属于两个不同的价值范畴,并由此区分了“前宪法现象”与“宪法现象”在构建宪法价值体系中的不同功能,强调现代宪法的价值核心是一种“法治法”。

关键词 应然性 应该 不得不 不应该 应然的宪法 宪法的应然性

作者莫纪宏,1965年生,法学博士,中国社会科学院法学研究所副研究员。

我们凭什么说“应该”?自休谟提出事实与价值之间的关系后,这个问题一直困扰着人类。千百年来,形形色色的法学理论都在自觉或不自觉地尝试着给这个问题以圆满的解答,或者是寻找一条可行的解题思路。不过,结果却不令人十分乐观。可以说,直到今天,以“应该”判断为核心的“应然性”并没有获得有效的证明方式,对应然性所进行的建构和解构的学术努力,尚不能通过具有确定性的逻辑形式表现出来。

“应然性”(ought to be [英]、wollen [德])作为与“实然性”(to be [英]、sein [德])相对应的范畴,目前已经成为中外法哲学研究中的一个基本术语,围绕着应然性已经形成了一整

笔者以为,“应该”与“正义”是等范畴的,相对于正义来说,应该更具有指引行为的精确性。而正义所展示的内涵过于道德化,容易受评价主体观念的影响。为了严格地构建本体论、认识论和价值论哲学三论,应当对传统的哲学范畴加以梳理和清算,将一些含义相近的范畴加以合并,将一些无确定“所指”的范畴予以抛弃。否则,在逻辑混乱的哲学范畴中辨析理性的思路只能徒做无用功。

休谟在《人性论》中认为,在以往的道德学体系中,普遍存在着一种思想跃进,即从“是”或“不是”为连系词的事实命题,向以“应该”或“不应该”为连系词的伦理命题(价值命题)的跃进,而且这种跃进是在不知不觉中发生的,既缺少相应的说明,也缺少逻辑上的根据和论证。这就是著名的“休谟问题”。参见休谟《人性论》下册,商务印书馆1980年版,第509—510页。

在法文中,“应该”一般表述为“il faut que”,“是”表述为“il est”。“il faut que”具有客观性,不完全受主体意志的支配,在英文中没有完全的对形式。而“devoir”则相当于英文中的“should”或“ought to”。

套比较成熟的话语体系。应然性已经不自觉地被用来指代法律的基本价值所在，并且成为法改革的价值依据。

但是，在应然性范畴不断影响着我们对法律的基本价值的判断时，我们是否依靠应然性做出了什么革命性的变革？应然性是否是一个可靠的法哲学范畴？如何获得法律的应然性？究竟是否存在应然性与实然性的价值区分？至少到目前，还没有多少论著来自觉地讨论这些问题。

一个不可忽视的问题是，应然性正在将我们的法哲学思维引向一个过度随意的价值空间，以至于应然性的价值明显优于实然性。在法哲学研究领域，法律的应然性似乎比法律的“实然性”更可靠，更容易与真理范畴联系起来。

而问题在于，如果应然性作为现代法哲学的基本范畴不具有基本的确定性，不能通过一定的逻辑形式表达出来，成为一种可以适用于各种情形的普遍公式，那么，应然性带给我们的绝对不可能是理性，而只不过是披着理性外衣的“非理性”。

由于在法的体系中，一般的法律形式可以理所当然地从作为基本法律规范的宪法获得自己合法性的依据，因此，对法律的应然性的考察实质上集中在对宪法的应然性的考察上。

宪法作为根本法没有与其他法形式在历史上同时产生，其根本的原因就在于作为限制国家权力、保证公民权利的宪法理念是在追求法的应然性基础上产生的。从“人治”到“法治”的历史演变，反映的是法的应然性逻辑内涵的历史发展。宪法是作为应然法的逻辑形式出现的。作为“应然法”，宪法的产生是对传统法律的辩证否定，反映了法律发生、发展的必然规律。

一、由应然性产生的逻辑困惑

不可否认，“假设”问题一直是作为法律的应然性证据而存在的，特别是在盛行假设传统的英美法哲学界，对假设条件下所推导出的应然性一直推崇备至。但是近年来，严肃的法理学者们开始意识到由假设问题给法律的应然性所带来的巨大危害。因此，摆脱假设的逻辑束缚，成为现代法哲学的一项核心使命。“现代法学理论的最核心的问题是如何在不求助于神圣假设条件下实现法的正当性”。

以假设逻辑为基础的自然法学说曾经推动近代以来的法律思想领域的革命，具有一定的历史功绩。但是，因假设所造成的逻辑障碍却没有得到很好的克服，以至当人们在全球化的背景下要寻求一条普遍主义规则时，不得不重新反思假设逻辑的合理性。

中世纪的托马斯·阿奎那在《神法大全·论法》中提出了法的四种类型说，即永恒法、自然法、人法和神法。在阿奎那看来，人法来源于自然法。人法由两部分构成，即万民法和市民法。万民法来源于自然法的方式是，由前提推导出结论。市民法则通过依据一般原理做出决定的方式来源于自然法，因为每一个国家自己决定什么是对它最好的东西。

资产阶级启蒙思想家们虽然抛弃了在自然法之上的永恒法、上帝法等“神法”的概念，但是，世俗社会的法律的正当性并不是来源于世俗社会本身，而是“自然法”。古典自然法学派的著名人物胡果·格老秀斯曾经有一句至理名言：“上帝不存在，自然法仍将存在”。格老秀斯在吸收斯多噶学派和西塞罗的思想基础之上，给自然法下了一个定义：“正确理性的启示”。很显

季卫东：《“应然”与“实然”的制度性结合（代译序）》，麦考密克、魏因贝格尔《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社1994年版。

参见张乃根《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1993年版，第84页。

张乃根：《西方法哲学史纲》，第92页。

然，在古典自然法学理论中，理性是法律的“应然性”基础。

应然性在自由主义的理论传统中一直获得推崇。功利主义者边沁用“最大多数人的最大利益”来解释法律的应然性。凡是符合这个原则的都理应得到法律的尊重和肯定。罗尔斯的正义论也是建立在“社会上最不利者的最大利益”的基础之上。在自由主义的理论传统中，正义与应然性很难精确地区分开来，凡正义者一般皆为应然者。不过，从逻辑上看，自由主义理论对应然性的解释并不具有周延性。因为“最大多数人的最大利益”忽视了“少数人”的意义，所以，当多数人与少数人发生价值冲突时，多数人的应然性就会受到挑战。即使是“社会上最不利者的最大利益”也存在着致命性的逻辑问题，即如何证明“谁是社会上最不利者”，并且能够根据该命题寻找到确定的人群。当“社会上最不利者”的所指不能被自发地接受时，就会发生认定者与被认定者之间的价值冲突。

近年来在西方盛行的“论辩伦理学”将研究问题的重心集中到对“正当—不正当”的论证上。论辩伦理学对正当的论证方式主要是以论辩的形式规则作为标准的。以正当为主要内涵的应然性在论辩伦理学得到不同的体现，包括阿佩尔（Apel）的“一个理想的沟通群体”，哈贝马斯（Habermas）的“理想的对话情景”以及佩雷尔曼（Perelman）的“包罗众生的讲堂”等。不过，正如阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）一针见血指出的那样：论辩伦理学存在的致命的逻辑问题是，“不论这合意的内容如何，即使它是就一种彻头彻尾的邪恶达成了一致”。

不难看出，应然性给法哲学带来的后遗症有多重。在西方法哲学所勾画的应然性逻辑毛病百出的情形下，对应然性提出不屑一顾挑战的后现代法哲学获得了越来越广泛的学术市场。卡尔·卢埃林（Karl N. Llewellyn）在《现实主义的一些现实主义——答庞德院长》的论文中，对应然性的价值稳定性产生怀疑，他认为，为研究起见，可暂时划分“现实”和“应当”，意思是在确定研究目标时，必须诉诸价值判断，但在研究“现实”本身时，对有关事物关系的观察、说明和确立应尽可能不受观察者意愿或伦理观念所支配。

总之，尽管应然性作为法哲学的基本范畴已经具有悠久的历史渊源，但是，真正能够被普遍接受的应然性却很难获得，特别是尚未对求证应然性的方法达成基本共识。近现代西方法哲学并没有跳出“假设”的自然主义思想的框架，应然性的形式逻辑特征没有获得应有的关注。

二、应然性的性质

毋庸置疑，在应然性的实体内涵不能通过固定的逻辑形式表述出来的情形下，回到求证应然性的方法上，成为揭示应然性本质所绕不开的课题。而要获得可靠的求证应然性的方法，必须以弄清楚应然性的性质为前提，也就是说，我们准备证明什么。

首先必须研究，应然性究竟是一种什么样的属性，这种属性到底要表达怎么样的一种判断。

边沁的《道德与立法原理》一书详细论述了功利主义原则，认为人类行为的最终目的就是使善最大限度地超过恶。像边沁一样，密尔也认为，任何有助于最大多数人幸福的个人或集体行为都是正义的。参见俞可平著《社群主义》，中国社会科学出版社1998年版，第7—11页。

罗尔斯在《正义论》中提出两大原则：一是作为公平的正义原则，二是差异原则。罗尔斯的正义原则是依靠“假设”逻辑来支撑的，很难获得实证性的证据。

阿图尔·考夫曼：《后现代法哲学——告别演讲》，米健译，法律出版社2000年版，第60页。

阿图尔·考夫曼：《后现代法哲学——告别演讲》，第60页。

参见沈宗灵《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第314页。

很显然，应然性的核心概念是“应该”，而“应该”的本质是对某种事件发生原因或发展结果的带有肯定性的逻辑判断。在原因与结果之间，“应该”建立的是一种肯定性的逻辑联系，具有逻辑上的“决定”意义。应然性属于一种确定性，这种确定性是针对因果关系的。故简而言之，应然性是指因果关系的确定性。

其次，作为因果关系的确定性，应然性的表现形式是由因果关系的紧密程度所决定的，应然性所依赖的因果联系主要包括必然性、可能性等属性范畴。必然性具有较强的决定力量，它可以从现在推及未来，具有沟通“过去”、“现在”和“未来”三个时间段的作用。因此，在必然性世界中，“现在”是“过去”的应然性的产物，“现在”又是“未来”的应然性的依据。但是，必然性中隐藏着的“无限性”会从根本上否定应然性的存在，因为对于不能证明的无限性只能保持沉默。可能性与应然性具有紧密的逻辑联系，应然性只有在可能的世界中去寻找，而不能在不可能世界中获得。当然，这丝毫不意味着可能 = 应该。在可能的世界里，“应该”是现实的可能性，而不是逻辑的可能性。

最后，应然性不是一种客观属性，而是一种价值属性。对于在人类产生之前已经存在的自然之间的因果关系，不存在“应该”的判断，而只存在客观性。作为价值属性，应然性不可能离开价值主体属性的影响。所以，应然性服从于价值主体的属性，即作为因果关系的确定性，应然性实质上是受做出应然性价值判断的主体意志属性和利益属性支配的。尽管这种支配关系具有某种客观性，但是，应然性不可能超越主体性。所以，应然性是主观性与客观性的统一体，由应然性所支撑的因果关系不可能是本体论意义上的“规律”，而只是基于主体性建立起来的“规范”。“应然判断”是一种价值意义上的规范判断。

三、应然性的证明路径

由于应然性以应然判断为基础，所以，应然性的逻辑结构必然包含着判断主体、判断对象、判断形式、判断结论等逻辑要素。这些要素对构成应然性都是不可缺少的。基于判断对象与判断主体之间的关系、判断主体对判断形式的运用能力、判断结论对判断主体的意义的不同，可以从本体论、认识论和价值论三个不同的层次来获得应然性的判断形式和有关的判断结论。

（一）应然性的本体论证明

应然性作为一种价值属性，体现了应然判断逻辑过程中的主观性与客观性之间的辩证统一。如果在做出的应然判断逻辑形式中，被判断对象根本不受判断主体的影响，那么，判断主体对被判断对象所做出的任何逻辑判断都带有不确定性，只能产生事实判断，即什么是“是”的判断，而不可能产生什么“应该是”的判断。而从“是”的判断很难推导出“应该是”的结论，只可能产生“肯定是”或“可能是”的逻辑判断。

值得一提的是，由于本体论的证明方法主要以事实判断为核心，所以，在事实确定的前提

拉斐尔在谈论“应该”的性质时指出：如果你说应该引起 X，应该做 X，那你的意思是 X 现在还不是事实；你正在谈的是使某种事情成为事实的可能性和迫切性。如果你说应该消除 Y，你正在谈论的是使一个存在的事实不再存在的可能性。参见 [英] D. D. 拉斐尔著《道德哲学》，邱仁宗译，辽宁教育出版社、牛津大学出版社 1998 年版，第 36 页。

康德在《实践理性批判》中指出：“如果我们该行某事，我们就能行某事”。在此，康德提出的是“应该”的实践意义，而不是“如果我们能行某事，我们就该行某事”。“应该”与“可能”没有直接的逻辑联系。

下，本体论必然要支持寻找构成某事实的原因，也就是说，肯定某种“之所以如此”的前提条件的存在。本体论存在的意义就是以果推因，并以此来建立事实之间的逻辑关系。

鉴于本体论对“原因”的高度关注，从本体论出发对应然性的把握，实质上突出事物的正当性或合法性的特征。正当的、合法的往往也就是“应该的”。不过，由于正当性存在着一个确定性的问题，带有无限性特征的正当性显然不能很好地建构应然性的基本逻辑框架。在事实与价值之间必然会有一个实践和认识的问题。

（二）应然性的认识论证

由于本体论对应然性的解释不能很好地解决无限性对应然性的影响，要获得一种可靠的应然性，首先必须斩断无限性的逻辑根基，将应然性限制在有限性的幅度内讨论。

要解决有限性的逻辑形式问题，必然会涉及判断主体与判断对象之间的逻辑关系。作为判断对象的自然，其无限性是不受判断主体判断能力的影响的，因此，判断主体在认识判断对象时，对判断对象的无限性的认识能力是有限的，这样，本体论意义上的无限性就受到认识论意义上的有限性的限制，也就是说，超越认识论意义上的有限性来谈论本体论意义上的无限性对于判断主体是无意义的，尽管这种无限性可能是一种事实，具有客观性。

由此不难发现，在事实判断与价值判断之间存在着一个非常重要的逻辑桥梁，即不完全受事实客观性和价值主观性支配的主体认识能力的有限性。这就是为传统法哲学所忽视的“不得不”的能力判断。由于“不得不”能力判断的存在，使得以“应该”为核心的价值判断形式获得基本的逻辑前提条件，即“不得不”可以被视为最低限度的“应该”。

虽然“不得不”在连接事实与价值方面的意义还没有完全获得法哲学的高度重视，但是，至少有一点是很明显的，“不得不”可以在本体论方法与价值论方法之间实现比较平稳的逻辑过渡，从而避免直接通过本体论方法来证明价值论的逻辑弊端的产生。所谓“天赋人权”、“神授人权”等命题都包含了用无限性来论证应然性的逻辑弊端。“天”在何处？“神”从何来？资产阶级革命以来的自然法学说确实让我们陷入一条求证应然性逻辑方法的死胡同。所谓人权是“人作为人应该享有的”这样一种价值论表述，如果替换成“人作为人不得不享有的”认识论和实践论的表述，人权理念的逻辑基础就是不可动摇的，人权的内容也就具有了逻辑意义上的确定性。

（三）应然性的价值论证

相对于本体论和认识论对应然性论证较弱的逻辑势态，价值论的核心就是应然性。价值论是受主体性控制的基本属性，是主体的主观愿望与选择能力高度合一的产物。以主体对应然性的要求为基础，价值论的逻辑基础就是道德哲学。在价值论中，应然性的存在既具有客观性，又具有主观性，但是，相对于客观性来说，主观性显得更加主动和积极。

在价值论下，由于应然性对主体性的过度依赖，因此，应然性的逻辑结构比较难以确立。哈贝马斯主张以“合意性”来构造“主体间性”，并以合意作为真实性和正当性的判断标准。不过，这种程序理想受到不少学者的批评。阿图尔·考夫曼在《后现代法哲学——告别演讲》中不客气地指出：“除非人们真的愚鲁到如此地步，以至于承认只要是形式上正确的合意（如合宪颁布的可耻的法律），其本身就不能够错误、恶意和不公正（想像的出路，即仅仅是所有人的合意才有产生真理的力量，实际上是毫无用处的，因为这样一种全面的合意并不存在，而且也永远不会存在）”。看来，从主体间性的角度来寻求价值论意义上的应然性的确定性困难不小。麦考

密克和魏因贝格尔在批判规范主义的道德强制主义和现实主义的缩小主义的基础上,提出了制度应然性理论。魏因贝格尔认为,制度事实——例如法律制度——是一种特殊方式出现的复杂的事实:它们是有重要意义的规范的构成物,而且与此同时,它们作为社会现实的因素存在。麦考密克强调,在“实际是这样”与“应当是这样”之间并不存在固定的界限,而是会随着背景的变化发生相应的变化。因此,关于任何调查研究的根本问题就是:什么是为了进行这一调查研究而应当被采纳的“事实”。不过,继承了哈特实证主义法学传统的制度法理论,并没有在实体上找到多少有说服力的价值证据来保证应然性不受主体性的控制而具有普遍意义上的逻辑结构形式。

在寻求价值论意义上的应然性的确定性的过程中,“合并同类项”与“排除法”是在逻辑上可以采用的两种有效的求证路径。合并同类项,意指寻找最低限度的相似性;排除法,即寻找与“应该”相斥的逻辑对应项,即对应然性的否定程度。前者表现为通过价值论体现出来的“不得不”。呼吸、吃饭、喝水、睡觉对于自然人而言是“不得不”为的,这些行为超越主体性,因此,构成了价值判断上的“应该”。人应该呼吸、吃饭、喝水、睡觉,是作为主体的自然人的最低限度的应然性,也是人权理念的逻辑基础。也就是说,“不得不”是超越主体性的,是主体对应然性的最低限度的选择。后者的逻辑形式是“不应该”。拉斐尔曾对“不应该”的意义做了充分的说明。他指出,道德哲学事实上不可能对“我们应该如何生活”做出确定性的结论。但是,哲学争论可能达到可靠的否定性结论。结论是否定性的,仅向我们表明不接受什么。它没有向我们表明应该合乎理性地持有什么样的正面信念。否定性结论具有实际用途,它缩小了我们必须从中做出抉择的可行选择范围。

在“不得不”与“不应该”之间存在着随着主体性强弱而相应变化的“应该”。这种“应该”是随着价值判断主体自身的喜好、愿望而变化的,但是,并没有确定的表现形式。因此,在价值论意义上的应然性的确定性,表现为两个不同的价值判断区域,一部分是清晰明了的,不随价值判断主体自身喜好和愿望的变化而随意加以改变;另一部分是模糊易变的,受价值判断主体的喜好、愿望的支配。但是,不论是“不得不”、“不应该”,还是“应该”,逻辑判断的焦点都在于使判断主体获得最低限度的区别于判断对象的独立性。没有这种最低要求的主体的独立性,主体与客体之间的对应性就无法产生。

值得注意的是,价值论意义上的“不得不”、“不应该”并不能依靠价值论自身的预设得到证明,而是价值实践的结果。黑格尔曾经天才地指出:行动、实践是逻辑的“推理”,是逻辑的“格”。列宁对此精辟而深刻地评价道:“这是对的!……人的实践经过千百万次的重复,它在人的意识中以逻辑的格固定下来。这些格正是(而且只是)由于千百万次的重复才有着先入之见的巩固性和公理的性质”。实践性相对于主体性来说,可以更持久地肯定价值判断的意义,而

规范主义的特征是以“根本规范”作为一切法律规范的正当性来源,而“根本规范”的正当性却没有受到应有的质疑,所以,依据规范主义确立的“应然性”必然是强迫适用的;现实主义将一切法律问题都转化为社会学问题,法学成了缩小的社会学。规范主义和现实主义都没有给“应然性”以准确的解释。参见麦考密克、魏因贝格尔《制度法论》。

参见麦考密克、魏因贝格尔《制度法论》,第136页。

参见麦考密克、魏因贝格尔《制度法论》,第126页。

参见〔英〕D. D. 拉斐尔著《道德哲学》,第11—12页。

《列宁全集》第38卷,人民出版社1959年版,第233页。

以“评价判断”作为应然性的逻辑前提还不可能真正地摆脱主体性的意志性和利益性的左右。由“好的”导致“应该”或者由“不好的”导致“不应该”的价值判断，仍然没有解决不同主体所做出的“好的”与“不好的”的评价判断之间的“同一性”，也就是说，在这种情形下的应然性仍旧是附属于主体性的一种价值属性，自身不具有独立性。只有基于主体的实践，以认识论为基础而产生的“不得不”、“不应该”的价值判断才是具有独立内涵、不受主体性随意支配的价值属性。在此意义上可以发现，价值论意义的应然性的确定性是由认识论和实践论决定的，离开了以“能力判断”为基础而产生的“不得不”、“不应该”不可能超越价值判断主体的喜好、愿望的限制，能力判断是“事实判断”与“价值判断”之间的逻辑桥梁。

四、“应然”的宪法与宪法的“应然性”

按照传统法哲学的分析方式，法被划分为“实然”的法和“应然”的法，实然的法是现实中存在的法，而应然的法是现实中不存在、但是应该存在的法。所以，“应然”的法在逻辑上对应于“未来”的法，这种“未来”的法应当在否定现实的法的合理性基础上产生。受这种实然法与应然法分类形式的影响，在宪法学研究领域，也出现了“宪法原型”、“模范宪法”等范畴。所谓宪法原型，是指作为源头的宪法，是现实宪法的历史渊源；所谓模范宪法，是指现实宪法的发展前景，代表未来应该出现的宪法。不过，从逻辑上看，即便是公元604年日本圣德太子颁布的《日本宪法》、1215年英国的《自由大宪章》、1230年马略卡尔国王詹姆斯一世制定的《人民宪章》、1579年的《乌特勒支同盟》、1634年制定的《康涅狄克州基本法》等等，被一些学者考证为现代宪法的源头，这些宪法原型本身也不是“实然”的。因为这些宪法原型不会自行产生，而是某种应然性的结果。1787年美国宪法、1919年德国《魏玛宪法》、1936年《苏联宪法》等都被一些宪法学者认定为某种意义上的模范宪法。但是，这种模范宪法也没有解决“发展问题”。因为模范宪法自身也有应然性的问题。所以，从宪法原型、模范宪法等范畴可以看到，传统的宪法学在考虑宪法的运动规律时并没有将“实然”和“应然”很好地区分开来，“实然”中包含有“应然”，“应然”又没有彻底摆脱“现实”的影响。由此可以发现，宪法作为一种“价值现象”，始终是受应然性支配的，现实的宪法也是应然的宪法的产物，即便是宪法原型，也有决定宪法原型之所以是宪法原型的应然性规则。而发展意义上的宪法只不过是寻求应然的宪法的合理性、有效性，而不是在欠缺应然性的基础上来重新发现和构造现实宪法的应然性。将现实的宪法与理想的宪法、实然的宪法与应然的宪法作为相互对立的范畴加以区分，不可能真正地把握宪法运动的逻辑规律，相反，只能陷入价值循环的逻辑困境。

孙伟平提出以“评价判断”推导出“价值判断”，笔者认为，这种连接“事实”与“价值”的逻辑方法仍然是失败的。最主要的逻辑问题就是，“评价判断”与“价值判断”都属于主体性的领域，只是正面回答了“应该”判断的逻辑判定过程，但是，没有很好地证明“应该”判断所具有的确定性。“事实”的客观性仍然没有在“价值”中得到准确的反映。只有基于认识论和实践论，将客观性限制在认识论和实践论的范围内，才能产生具有确定性意义的“应然性”结论。参见孙伟平《事实与价值》，中国社会科学出版社2000年版，第214—231页。

参见〔荷〕亨利·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社1987年版，第335、344页。

参见〔荷〕亨利·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐《成文宪法的比较研究》，第335页。

(一) 前宪法现象的应然性基础

如果以作为价值现象的宪法的“有”和“无”为逻辑分界，我们可以把支配宪法存在的应然性因素称之为“前宪法现象”，而由宪法所支配的应然性因素称之为“宪法现象”。在逻辑时序上，“前宪法现象”在前，“宪法”在后。在因果关系上，没有前宪法现象就没有宪法。民主、权利、人权、权力、主权等价值观念都属于前宪法现象，因为不论是从历史形态来看，还是从逻辑形态来看，这些前宪法现象都是先于和优于宪法的。制定宪法这种行为是前宪法现象，因为宪法在未制定之前是不可能获得独立形式的，所以，制定宪法在逻辑时序上只能在宪法之前，而不能在宪法之后。如果制定宪法成为一种宪法现象，那么，就无法解决“应然”的宪法这一逻辑问题。

将前宪法现象从宪法现象中分离出来意义非常重大。区分前宪法现象与宪法现象，以宪法为逻辑形式的基本联结项，可以建立一整套关于宪法的价值体系，这种宪法价值体系获得逻辑上的因果关系链，具有普遍意义上的判断功能，使宪法价值获得时序、空间上的连续性和统一性。基于宪法价值的逻辑体系，可以防止在建构宪法价值观念之间的逻辑联系时犯循环往复、错位判断的逻辑错误。如将民主价值视为“前宪法现象”就可以避免民主价值与宪法价值的逻辑错位，民主是一种“应然”的宪法成分，而不是相反。因为在直接民主的逻辑下，宪法价值的意义是遭到否定的；只有在间接民主应然性的推动下，宪法才成为逻辑上的必要。再如，人权的观念也应当是一种“应然”的宪法成分，决定了宪法价值的基本走向。人权的价值应当高于宪法。人权并不是一个非经宪法予以肯定而不能客观化的权利，人权可以得到民主形式的肯定，既可以是直接民主形式，也可以是间接民主形式。

值得注意的是，前宪法现象自身也存在着应然性的问题。毫无疑问，仅仅依靠假设逻辑来解决前宪法现象的应然性并由此将应然性传递到宪法价值之中，这种传统的假设思路实际上没有认真区分本体论、认识论和价值论在方法论上的关联性。假设逻辑的弊端就是将本体论与价值论直接结合起来，缺少认识论的逻辑过渡。“不得不”的意义被忽视，能力判断被轻易地跳跃过去，由此造成的对假设逻辑合理性的批判不能不陷入“五十步笑百步”的恶性逻辑之中。

假设问题在逻辑上重大的缺陷在于，将对“事实”、“真”的属性的逻辑假定作为“价值”“真”的充分必要条件，将需要通过科学验证来解决假设问题“真”与“假”的事实判断方式直接套用到价值判断领域，但是又无法给予假设问题任何经验的证明。所以，将假设问题移植到价值判断领域属于逻辑形式运用错误。

在前宪法现象领域，运用假设逻辑来构建宪法的正当性往往会遇到许多无法被有效证明的逻辑命题。如人民主权说就会涉及事实判断与价值判断的混用问题。如果将人民主权视为一种事实命题，这就意味着作为现代宪法正当性的人民主权直接决定着宪法的价值属性。宪法正当性中的所有问题都应该通过人民主权来加以解决。但是在实践中，人民主权却无法完全予以客观化。这就对宪法的正当性问题提出挑战，因为宪法的正当性无法通过人民主权获得确证。如果将人民主权视为一种价值命题，宪法的正当性就可以通过人民主权的实践性来加以论证，也就是说，人民主权是宪法“不得不”依据的正当性来源。因为如果宪法的正当性来源于国家机关或者是组织或者是个人，那么，宪法所确立的限制国家权力、保障人权、实现平等和法治的

在法国大革命时期，西耶斯（Sieyès）主张必须在原理上将“制定宪法的权力”与“被宪法制定的权力”区分开来，前者是后者的依据，而后者则是前者的派生，是一种第二位阶上的权力。参见西耶斯《第三等级是什么》，商务印书馆1990年版，第56页。

基本理念就不可能获得价值上的证据，就无法克服自身不可解决的逻辑矛盾。至于说人民主权在实践中表现为何种形式，这个问题必须由实践的具体情况来回答。所以，人民主权是宪法“不得不”具有的正当性前提，而不是宪法当然的、事先已经客观存在或者以“假设”状态存在的正当性依据。人民主权应该是一个价值命题，而不是以假设逻辑存在的事实命题。以人民主权说不能予以实证从而否定人民主权说的正当性和合理性的观点，实质上是没有区分认识人民主权说的逻辑方法，往往片面地将人民主权说作为一种“假设的事实命题”来处理，犯了逻辑形式混用的错误。当然，在逻辑形式上也存在“假如应该有”的逻辑问题，不过，“假如应该有”是一个虚假的逻辑命题，因为这个问题可以被“应该有”的合理性予以摄涵。

总之，前宪法现象都是作为价值现象而存在的，当这些价值现象出现逻辑矛盾时，就会严重地影响宪法的正当性基础。如以民主价值作为宪法的正当性基础为例，法理上存在着“不经过民主程序产生的宪法不具有正当性”的命题。但是，当民主价值在实践中不能通过具体的制度表现出来的时候，就会引发宪法危机。

就民主价值而言，它是“人民主权”的一种价值存在形式。在消除了受到主体性制约的道德上的善恶之后，民主在实现人民主权价值最大化的过程中必然依赖于工程学的操作技术。因此，通过工程学上的精细的运算成为现代民主制度正当性的主要来源。它充分反映了以“多数人统治”为基本内涵的传统民主价值，在当今社会已经完全变成一个需要由实践来决定、由技术来支撑的客观性的制度行为。

由于现代民主必须通过工程学上的技术手段来判断最后的结果，也就是说，民主在定性方面的认定标准最终直接依赖于定量分析。这就要求民主必须面对定量化以后可能出现的绝对相等的问题。在绝对相等的情况下，民主这种价值就会暂时失去价值上的判断意义。民主作为其他宪法价值正当性的依据就会受到挑战。所以，因为定量原则的介入，民主价值在实践中的产生就必须考虑极点值的正当性救济问题。2000年美国大选，共和党候选人布什与民主党候选人戈尔选票如此相近是美国总统选举史上罕见的，尤其是双方在决定命运的佛罗里达州的争夺更是到了白热化的程度。布什在佛州的选票领先数量一路下滑，从最初领先1200票，到领先930票、703票、537票，到后来只领先154票。如果任由民主党人通过人工计票方式清点下去，最后戈尔有可能反超出去。两党关于选票之争都是围绕着“奇点”进行的，不论最后谁赢得佛州25张选举人票，都只是非常细微的差异。而且戈尔不论当选与否，他已经赢得了选民的多数票，而布什则赢得了多数州的支持。

所以，从2000年美国大选可以看到，现代宪法理念的基本价值趋向是价值的互补，而不是绝对价值主义。民主价值的复合也不是线性的，而是立体组合式的。美国总统选举中的选举人团制度就是将两种最大化的价值组合起来并形成一种新的民主意义上的价值。尽管选举人团制度在此次美国总统大选中已经暴露出许多问题，但是，要全面否定选举人团制度的价值是比较困难的。一系列道德意义上的善性价值最终都必须由客观化的制度来加以解决。作为宪法正当性基础的民主价值自身在实践中也必须加以不断地修正。民主绝对不是以事实形态出现的，更不是以“假设”的形式而存在。作为“应然”的宪法，民主是一种价值现象。“人民主权”是

事实上绝对相等的情况只是一个理论上的值，即便在民主实践中真的出现绝对相等的情形，也不能说明这种绝对相等是完全真实，而应当视为特定技术下的结果，因为采用电脑计票或人工计票都存在一个允许误差的统计范围问题。尽管如此，当绝对相等的情形出现时，必须考虑如何摆脱这种价值困境的问题。此时更多的是应当采取补救性手段，而不是按照绝对民主的思路重新投票。在这种情况下，次要性的民主原则、法治原则都是可以考虑的。当然，应该坚持民主原则优先的思路。

通过民主价值在各个层面的相互协调和统一来得到实现的，并以此构成宪法的正当性基础。

(二) 宪法现象的应然性基础

宪法现象与宪法在逻辑上的时序关系是，宪法现象是宪法逻辑运动的表象，宪法是宪法现象之因。与前宪法现象不同的是，宪法现象必须受到宪法客观性的制约。法治、合宪性等价值观念都属于宪法现象。就法治而言，只有将为立法者立法的法律包括在法律的内涵中，才能实现逻辑意义上的“法治”，而这样的为立法者而立的法非“宪法”莫属。因此，在宪法产生之前，不可能存在逻辑上内涵和外延都十分周延的“法治”观念。法治在逻辑上是宪法之后的现象。“合宪性”以宪法作为应然性的起点，所以，离开宪法，也就不存在什么“合宪”的问题。从行为上看，制定法律、实施和适用宪法与法律等活动都属于宪法现象，它们都以宪法作为自身存在的应然性基础。

在传统的宪法学理论视野中，“合法性”这种价值属性并没有完全纳入宪法现象的范畴。因为“合法性”具有推动宪法改革的应然性力量，“合法性”不完全服从于“合宪性”，“合宪性”不能成为“合法性”严格意义上的应然性基础。特别是在法律制度转型时期，法律在适应社会现实方面比起宪法更具有灵活性，“合法性”常常能够超越宪法的形式意义，从前宪法现象获得直接的应然性基础。但是从逻辑形态上看，“合法性”不能优于“合宪性”，否则“应然”宪法的逻辑基础就会受到破坏，宪法现象的存在就会丧失自身的逻辑根据。严格地说，一个国家的宪法所具有的正当性必须是完全的、充分的，依据宪法所制定的法律只应该从宪法中获取“正当性”，而不应该从其他的应然性中获取正当性。否则，这个国家的宪法自身就不具有充分的正当性。因此，“违法不违宪”、“良性违宪”等观点对于维护宪法的根本法权威来说都是非常有害的。

解释宪法可以通过前宪法现象所建立的应然性成为宪法现象，即制定宪法的主体通过宪法授权某些特定的主体来解释宪法。但是，依据宪法授权可以解释宪法的主体绝对不能否定宪法制定主体自身解释宪法的应然性。值得注意的是，修改宪法与制定宪法在逻辑上基本上是等范畴的，原则上，修改宪法不得成为宪法现象，也就是说，修改宪法只能由制定宪法的主体来完成。否则，一旦修改宪法的主体过于实体化，必然会使得制定宪法的主体的应然性丧失殆尽。因此，修改宪法的活动应当在宪法之外寻找“应然性”的依据，而不是在宪法之内寻找应然性的依据。修改宪法可以视为制定宪法的一种逻辑形式，或者说，制定宪法在发展的意义上包含了修改宪法。

修改宪法与监督宪法作为宪法的应然性之外的活动，其自身的应然性不可能从宪法中去寻找，而是应该从前宪法现象中去寻找，或者说是从“应然”的宪法中去寻找自身的逻辑依据。解释宪法作为可以宪法化的活动，在修改宪法与监督宪法两个方面的逻辑压迫下，不得不约束在宪法的范围内。因此，一旦解释宪法超越了“应该”的范围，修改宪法和监督宪法就可以很好地控制解释宪法的活动，防止解释宪法离开宪法应然性的逻辑轨道。

当然，从实践的角度来考察宪法的应然性也是非常有意义的。荷兰学者亨利·范·马尔塞文和格尔·范·德·唐指出：“对于每一个国家来说，宪法也面临着一个体现国际政治法律标准的问题，以及‘各文明国家所承认的一般的法律原则’”。通过比较研究，他们认为，至少在下列几个方面属于宪法“不得不”有的内容：(1) 一些全世界都信仰的价值观念和规范；(2) 关于国家组织和正式授权的大部分可靠的情报；(3) 比较政治制度的方便手段。而下列几个方面则“不

[荷]亨利·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐：《成文宪法的比较研究》，第371页。

应该”包含在宪法的内容之中：（1）一个国家的政治现实或者政治权力实际上是怎样行使的；（2）关于管理人民的法律制度的情报等。由此可见，宪法的应然性可以获得价值证据和制定宪法实践经验两个方面的证明。其中，依据宪法来行使国家权力和享有公民权利并妥善地处理国家权力与公民权利之间的关系，是宪法应然性的主要内容。

（三）宪法逻辑学在分析宪法价值逻辑运动特征中的作用

宪法逻辑学是以最有效的方法（逻辑方法）来研究最复杂的问题（宪法问题）的科学。但它却被传统的宪法学理论研究所忽视。应然性作为因果关系的确定性特征，是宪法逻辑学分析宪法价值逻辑运动特征的基本工具。运用逻辑的方法将宪法置于应然性的范畴中予以全面考察，其根本的目的就是要解决“什么是宪法”以及“什么是宪法的”这两个最基本的宪法问题。

对于“什么是宪法”问题的解答，运用历史资料和比较法资料只能说明宪法在现实中的某些表象特征，而不能回答决定现实宪法“之所以如此”的逻辑力量是什么。或者说，离开对“应然”宪法的逻辑把握，不能有效地解释宪法表象之间的逻辑联系和矛盾，因而也就不可能给出一个具有普遍意义的答案。只有回答了“应然”的宪法是什么才能真正地解决“什么是宪法”的问题，所以，“什么是宪法”这个事实问题在逻辑上从属于“什么应该是宪法”这个价值问题；同样道理，“什么是宪法的”这个事实问题如果要在逻辑上获得彻底的解决，必须转换成“什么应该是宪法的”这一价值问题。

宪法现象是一种价值现象，价值现象的逻辑依据的核心是“应该”。那么，“应该”的宪法是怎样获得的呢？如果从历史学的维度来看，宪法现象只是法现象发展到一定历史阶段的产物。以目前宪法学界比较认同的作为宪法源头的1215年《自由大宪章》为例，它的最根本的“法特征”就是第一次用法的形式限制了“王权”，而在此之前的任何形式的法都没有做到这一点。1789年法国《人和公民权利宣言》第16条确立了宪法“有”与“无”的标准，“凡权利无保障和分权未确立的社会，就没有宪法”。不难看出，在一些被视为“宪法原型”的宪法中，“限制王权”、“保障权利”和“确立分权”等理念是“应然”的宪法。这是应然宪法的历史证据。从逻辑的维度来看，在宪法理念产生之前，所有的法理念，不论它们承担了什么样的逻辑功能和社会功能，都没有获得超越公共权力价值之上的权威，即法在“人治”之下，不在“人治”之上。只有为立法者所立的法才能真正地防止法律异化为特权的工具。而要替立法者立法，就必须实行法的主观性与客观性的分离，即为立法者所立的法是一种价值意义上的法，是不受具体的立法者控制的“应然”法，它是通过制度手段产生的（如制宪会议、全民公决等），而不是通过某种具体的立法活动产生的。只有这种不受任何具体的立法者控制的法，才能具有超越于“人治”之上的权威。这样的法就是宪法。因此，宪法是一种主观化的法，是“应然”的法，而不是完全客观化的法。“应然”的宪法，其逻辑内涵就是“法治法”。作为“法治法”，宪法“不得不”具有超越于一切其他法律形式之上的逻辑力量。这种“不得不”同时具有认识论和价值论上的双重含义。

参见〔荷〕亨利·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐《成文宪法的比较研究》，第375—376页。

在笔者看来，宪法逻辑学不能完全纳入道义逻辑学的范围。宪法逻辑学所采取的方法是本体论、认识论和价值论三论一体的，缺少哪个方面都可能影响对宪法这一价值现象所具有的逻辑特征的把握。宪法逻辑学是一门需要引起宪法学者关注并认真加以发展的宪法方法论。

值得注意的是，通过制宪会议、全民公决等制度化的手段创制的宪法是人民主权价值形态的体现，它实现了“宪法是由人民制定的”这一价值目标。由于“人民”本身是一个价值概念，因此，由人民产生的“宪法”也具有主观性。

宪法作为“法治法”除了是合理逻辑的要求之外，也通过宪法发生的历史证据获得客观性。作为“法治法”，宪法中的所有规范设计，宪法的应然性都是围绕着“法治”这一应然性而展开的。因此，宪法中的权利也好，权力也好，其本质的特征就是“法治”下的权利、“法治”下的权力。这样的权利、权力与宪法之外的其他价值意义上的应然性所支撑的权利、权力，其逻辑上的特征迥然不同。作为“法治”下的权利，宪法权利是指公民所享有的防止国家权力向人治方向异化的权利，这些宪法权利包括抵抗权、请愿权、知情权、诉权、表达自由权等。这些权利的最大特征就是，任何国家权力不能随意侵犯，其权势在国家权力之上，而不在国家权力之下。当这些宪法权利与国家权力发生冲突时，二者在宪法仲裁机制面前具有平等的法律地位，受同等的宪法保护。作为“法治”下的权力，宪法权力的最根本特征是“权力权”，也就是说，任何国家机关都必须依据宪法的规定获得相应的国家权力，只有国家机关享有行使某种国家权力的资格，才能行使某种国家权力。国家机关不能自行创造国家权力。所以，在宪法的指引下，“权利”也好，“权力”也好，都必须在“法治”的应然性要求下才能存在。宪法权利、宪法权力“不应该”破坏宪法所具有的“法治”功能。这是宪法的应然性的核心所在，也是“什么应该是宪法的”问题的逻辑解答。

总之，围绕着“应然”的法所产生的一系列逻辑问题，其实质是要求我们运用一套逻辑上自洽的分析方法来解释现代宪法的确定性。应然的宪法与宪法的应然性这两个基本的逻辑范畴在分析宪法的确定性中具有不可或缺的作用。传统的宪法学理论没有自觉地讨论这样的逻辑问题，因此，也无法在这两个问题上形成有效的对话体系。在应然性问题上，传统宪法学的态度基本上是以价值判断主体自身的喜好、愿望、知识来做出取舍的，具有明显的强迫逻辑的价值倾向。“不得不”、“不应该”在认识“应然性”中的意义没有得到应有的揭示。大量的宪法问题被掩盖在价值判断主体过于执著的强迫逻辑定势下而无法受到宪法学理论必要的关注。在宪法逻辑学的视野中，“应然性”具有十分清晰的逻辑特征，但它却被传统的宪法学分析方法掩盖得太久了。现在必须正本清源，认真地对待“应然性”。

[本文责任编辑：王好立 程金华]

宪法权利是相对于宪法权力而言的，因此，只有国家机关才有可能侵犯公民的宪法权利。普通公民之间不存在彼此侵犯宪法权利的问题，因为普通公民缺少保障宪法权利得到实现的法律能力。所以，宪法权利的性质与一般民事权利的性质完全不同。公民拥有的民事权利可以用来对抗其他公民，而公民的宪法权利则可以用来对抗国家机关。

Developing rural cooperative organizations is an effective way to promote marketization in the rural areas and to cope with the challenges posed by the WTO. The state in its dealing with rural cooperative organizations has progressed from *totally controlling* them to *acting in a leading role* with them. The inherent anti-market nature of the cooperative institution determines its reliance upon the support by the state. Rather than getting involved in their routine operating decisions, the government should create a favorable environment for the healthy development of rural cooperative organizations'.

(8) **An Examination of "Ought to Be"**

—A Field of Vision of Constitutional Logic

Mo Jihong · 85 ·

By means of constitutional logic this paper examines the intension of "ought to be" from the three perspectives: ontology, epistemology and axiology. According to the paper, the logical form of "ought to" in the sense of axiology has two fields of value: certainty and uncertainty. On the basis of logical analysis of "ought to be" the author points out that the "ought to be" constitution and the "ought to be" of constitution belong to two different categories of value. The functions of "pre-constitutional phenomena" and "constitutional phenomena" in the construction of the system of constitutional value are differentiated. It is stressed that the core of value of modern constitutions is a "law to legislate over legality."

(9) **The Opposition and Unity Between Objective and Subjective Good Faith**

—Based Mainly on Roman Law

Xu Guodong · 97 ·

This paper tries to reveal the opposition and unity between objective and subjective good faith in Roman law and the present civil code of different states and to explain, with the theory of social contract, the preconditions for the unity between objective and subjective good faith. The paper proves that the good faith in the earliest stage of the history of Roman law was all objective: only in the classical period was it divided into objective and subjective, playing their role respectively in legal proceedings and real right. The Roman people's ideas of good faith had both religious and secular origins. The paper also demonstrates the positive effects of *bona fide* litigation in many aspects and puts forward some suggestions for *bona fide* provisions in China's civil code based on the principle of opposition and unity between objective and subjective good faith.

(10) **The Gradation of Penalties: Towards a Quantitative Analysis**

Bai Jianjun · 114 ·

This paper discusses the theoretical connotations and operative definition of the gradation of penalties and, on this basis, put forward an idea of preparing a composite index of penalties. An initial attempt is also made to put the index into practice. The legally prescribed penalty for each crime has an exact position in the table of gradation of penalties, corresponding to its composite index value. This will make the legal empirical analyses in the four related fields easier to operate.