

宪法学思考中的事实与价值

——有关宪法学的一个哲学话题

林来梵, 翟国强

(浙江大学 法学院, 浙江 杭州 310028)

摘 要: 宪法规范同任何法规范一样, 不免纠缠于实存(事实)与当为(价值)的关系之中, 此一关系也构成了宪法学的一个尤为重要的哲学基础问题。在注定存在价值导向的思考中, 宪法学必须面对价值从何而来、价值判断何以正当的追问。一般而言, 实证宪法规范的正当性可以追溯至某种根本规范, 这种根本规范的变动自然会导致宪法规范的变动。问题在于这种根本规范本身的正当性又源于何处, 对此, 程序性商谈理论提出了一种新的思路: 通过商谈程序在价值与事实之间构建一种内在自足的回路, 可解决对规范正当性追问的无限递归难题。然而如果就中国当下的宪法与宪法学而言, 此论所预设的前提可能仍不具备。而在学科的方法论意义上坚持价值与事实的二分, 仍将构成当下宪法学的一个重要的哲学基础问题。

关键词: 价值; 事实; 宪法规范; 根本规范; 程序性商谈理论

中图分类号: DF2 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-0766 (2007) 03-0056-09

一、有关概念的界定

人类文明发展至今, 知识体系已趋高度复杂, 而为了更为深入的研究, 不同的学科之间的分工仍属必要。基于人类那种先天的形而上学冲动 (man's metaphysical impulse), 就特定学科而言, 人们总是追根溯源寻求其哲学基础之所在, 以求对该学科有一个根本上的把握。就宪法学而论亦然, 而且此类研究的许多课题, 或许可归入所谓“宪法学哲学”的研究范畴。

新近中国学界, “宪法哲学”之谓颇多, 而此处“宪法学哲学”的概念, 乃是日本宪法学者内野正幸教授所用的说法。他甚至提出“宪法学学”的概念, 并认为, “宪法学哲学”作为一种“有关宪法学的学问”, 与“宪法学史”和“宪法学社会学”共同构成了“宪法学学”的主要内容。其实, 早在内野提出这一概念之前,

日本的另一宪法学者长谷部恭男教授就曾在其《对权力的怀疑》一书之中表述了“宪法学的元理论”(憲法学のメタ理論)概念^[1]。而内野教授认为, 该概念即相当于其“宪法学学”范畴之下的“宪法学哲学”。

其实在英美的宪法学理论中, 与“宪法学哲学”严格对应作为指称一种学科的概念较为罕见, 但与此类似的概念却有“constitutional philosophy”^[2]或“constitutional law's philosophical foundations”^[3]。需要指出的是, 其相关的研究颇为丰富, 所及论域亦较为广泛, 甚至涉及政治哲学 (political philosophy)、道德哲学 (moral philosophy) 的范畴。

返观我国, 晚近出现的“宪法哲学”范畴之下研究, 其内容大体上也相当于内野所指的“宪法学哲学”或英美宪法学中的“constitutional

本文由林来梵确定主题及大意, 交由翟国强捉刀; 初稿完成后, 由林来梵修改; 定稿之前, 曾四易其稿。

在笔者看来, 所谓“宪法学学”其实主要指的就是以宪法学本身为研究对象的理论形态, 有关宪法学的方法论, 也属于此领域。关于“宪法学哲学”和“宪法学学”的概念, 可参见(日)内野正幸:《宪法学学的意义与课题》, 载杉原泰雄、樋口阳一:《争论宪法学》, 日本评论社1994年版, 第379页以下。

收稿日期: 2007-02-10

作者简介: 林来梵 (1963-) 男, 福建福州人, 浙江大学法学院教授, 博士生导师, 主要研究领域为法学理论和宪法学。翟国强 (1979-) 男, 河南焦作人, 浙江大学法学院宪法学行政法学博士生。

law's philosophical foundations", 并颇有斩获。笔者以为, 类似“宪法哲学”或“宪法学哲学”的概念是否可称为一种具有独立品格的学问迄今虽尚无定论, 但该论域中的研究, 对于宪法学确属至为必要。其中有关宪法学思考中的事实与价值问题, 即是对宪法学问题的最为核心的哲学追问之一, 值得吾人认真探究。

二、法哲学上的“事实与价值”

通常所说的事实与价值、或德国学者所言的实存与当为的关系问题, 对于宪法学、乃至整个法学而言, 都是一个尤为重要的问题, 因为它关系到整个法的价值秩序、法规范中的当为命题体系是从何得来的根本性问题。德国法哲学家 V·佩斯卡 (Peschka) 就曾指出: 有关法的实存与当为的关系问题, 乃是“法哲学中永恒的问题”, “也是第二次世界大战后法哲学争论的焦点”^[4]。而纵观法学的发展史, 尽管不同的法学流派对二者关系的认识不尽相同, 但笔者认为, 在方法论层面区分价值与事实、并承认二者之间存在的张力, 对于整个法学而言仍具重要意义。

诚如不少学者所熟知, 法哲学上对于价值与事实的区分可追溯至苏格兰哲学家休谟所提出的所谓“休谟法则”, 而在德国则有新康德主义的方法二元论 (methodological dualism), 其在德国法学上的代表人物有凯尔森、韦伯、耶里内克、拉德布鲁赫、考夫曼等巨擘, 其方法形态之两种极端, 或是倾向于以实证主义的态度对待法的规范 (如凯尔森), 或是单纯用科学主义的态度对待法的现象, 将法律价值放逐于学术研究的领域之外 (如韦伯)。他们虽然同属方法二元论, 但是依其程度不同, 又可分为对当为 (价值) 与实存 (事实) 的关系有严格区分 (凯尔森) 和相对的区分 (拉德布鲁赫) 的方法二元论。时至当今的德国法学, 主流学说已不再固守那种严格意义上的方法二元论, 而是将价值与事实做相对的区分。对此, 拉伦茨的如下论断具有一定的代表性:

“当为与实存、价值与事实的界域的划分是

新康德主义所阐明的, 它虽然不是最后的真理, 但是假使少了它, 法学就不足以应付其问题。然而, 也不可过度强调此种划分, 以致认为, 不须考虑当为规范所应适用的实存关系, 即可确定前者的内容。”^[5]

当然, 如果基于这种价值与事实的二分, 所有法现象其实大致可分为价值、规范、事实三个层面。其中, 作为核心的法律规范, 相对于法价值而言, 乃是一种实存的“事实”, 而相对于事实而言, 则又可作为一种当为命题^[6], 拉兹便认为其具有“法律的双重性格” (dual nature of the law)。而就规范与价值的关系而言, 价值可谓支撑规范正当性的更高层次的应然, 而规范乃是相对具体的应然。虽然二者同属相对于事实的“当为”领域, 但相对于价值而言, 对规范可做出如下界定^[7]: (1) 规范是调节行为, 价值是目的行为。规范提供一个确定性的指引, 告诉我们什么是应当做的; 而价值告诉我们什么是值得做的; (2) 有效性要求不同。规范或者是有效的或者是无效的, 而价值则确立的是一种比较关系; (3) 约束力不同。前者可被认为是“绝对的”, 后者则通常被认为是相对的; (4) 规范体系必须是一致的, 不能存有矛盾, 而不同价值之间则可以是相互竞争的。然而上述区分也无法绝对化, 比如德国法哲学家阿列克西就指出法律原则这种特殊的法规范与价值之间的相似结构性, 甚至在特定语境下可以相互替代^[8]。

就法学思考中的“事实”而言, 笔者认为也可分为三种: (1) 纯然的、与价值相对应的事实; (2) 诠释学循环意义上的事实; (3) 制度性事实。就法学而言, 传统主流的法学 (如法教义学) 一般不以 (1) 的事实为研究对象, 但这不等于完全忽视 (2) 与 (3) 意义上的事实。现代法学或法教义学尤其如是, 其在事实与价值 (规范) 之间的目光的流转往返中自然会重视第 (1)、尤其是 (2) 之意义上的事实, 并时常会检验 (3) 意义上的事实。当然由于在终极意义上, 人类无法将自身分为一个事实的认识

具体内容可参见莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》, 法律出版社 2001 年版; 郑贤君:《宪法学及其学科体系科学性的理论依据》,《宪政论丛》(第四卷), 法律出版社 2004 年版; 李琦:《宪法哲学: 追问宪法的正当性》, 载《厦门大学学报》哲社版 2005 年第 3 期; 江国华:《宪法哲学: 自由的哲学》, 载《法制与社会发展》2003 年第 5 期。

关于事实性与规范性的双重性格, See Joseph Raz, On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries, (美) 拉里·亚历山大编:《宪政的哲学基础》, 中国政法大学出版社 2003 年版。

者和一个价值的选择者,在本体论意义上将二者截然二分更可能失之偏颇,为此必须承认对价值与事实的区分并非是一种截然的二分,而是一种光谱式的区分,也只有认识到这点,方能从容面对法规范的正当性追问。

一般而言,对于特定规范的正当性追问,可以上溯到另一个更高层次的“应当”,但是在区分价值与事实的前提下,这种无限的追问却可能陷入某种所谓的“明希毫森困境”^[9]。如何坦然面对价值与事实之间的巨大鸿沟,同时又不放任这种紧张关系,就需要在二者之间进行架桥。为此法学领域就曾出现了各种版本的相应理论,其学术上的努力至少可追溯至耶里内克的“事实的规范力”的理论。而同时代的拉德布鲁赫的有关法作为价值关联的事实 (law is a value-related reality) 的方法二元论,也被认为是试图在“是”与“应当”之间架桥 (bridging the gap between “is” and “ought to”) 的一种努力^[10]。此后,德国法哲学家考夫曼在对耶里内克所提出的“事实的规范力”理论加以批判的基础上,也曾阐发了“事物的本质”,可谓是另一种版本的架桥理论。当然,凡此种种的“架桥论”,并非新康德主义法学所独有,英国法哲学家哈特有关“承认规则”的理论^[11]、塞尔的“制度事实论”^[12]以及各种论证理论,亦可分别视为架桥理论之一种。然而,无论何种架桥理论,其前提均倾向于首先承认实存(事实)与当为(价值)的二分,比如考夫曼虽然以“事物的本质”作为连接实存与当为的桥梁,但同时亦明确指出:将事物的本质概念引入其理论之中,目的乃是为了“某种程度放松,但不是废除价值与事实,应然与实然间严峻的二元论”^[13]。通过论证程序的架桥本身,同样也是以价值与事实的二分作为起点的理论构建。质言之,所谓的架桥理论,既

有别于那种认为价值与事实是“老死不相往来”的观点,亦不同于那种简单的混同论,而是在认识到价值与事实之间张力的前提下试图把握二者的结构性关联,进而回应对价值从何而来的追问。

三、围绕宪法规范的事实与价值

宪法规范同任何法规范一样,也不免纠缠于实存与当为的关系之中,但宪法规范有别于一般法律规范的特殊性在于其规范对象往往是国家的政治生活,同时又处于法律体系的顶端地位。这种特质决定了围绕宪法规范的事实与价值之间具有高度的复杂性。与此相应,廓清围绕着宪法规范的事实与价值的复杂关系,也就成为宪法哲学理论的首要部分。

(一) 对宪法规范的价值反思

法学是价值导向的思考,宪法学亦不例外。如果仅仅沉迷于对宪法条文的分析与解释而切断规范背后的价值关联,则可能陷入那种极端的实证主义的泥潭,因此吾人必须坦然承认宪法学的价值导向。详言之,吾人在将宪法学作为一种法教义学这一意义上的学科,并在其研究对象这一层面上把事实与价值相对分开之后,仍不可盲信科学至上主义,仅仅去追逐事实现象之间的因果关系,而是应将思考的重心转向规范,包括规范内部包含的价值秩序。为此需持一种对宪法规范进行价值反思的立场。而这种反思导向便引出对实证宪法规范正当性的追问。

对这种追问的回答,最终可能不得不承认某种超实证规范的“高级法”,但如果继续追问这种更高一级的规范,可能有来自价值立场和事实立场两种不同的回答。如所周知,凯尔森的根本规范理论可以视为一种来自于价值立场的、试图回答实证宪法规范正当性的一种学说典范。在那

对此,晚近美国实用主义哲学大师普特南对于那种本体论意义将事实与价值绝对的截然二分的逻辑实证主义的批判,也值得关注。参见〔美〕希拉里·普特南:《事实与价值二分法的崩溃》,应奇译,东方出版社2006年版。在此书中,普特南的矛头所向主要是社会科学研究(特别是经济学)中排斥价值判断的唯科学主义,而对于阿马蒂亚·森的规范主义大加赞赏。但在此需要交代的是,普氏仅仅是批判事实与价值的严格二分,而非持一种事实与价值混同论的态度。对此可参见同作者:《理性、真理与历史》,童世骏、李光程译,上海译文出版社1997年版,第138-160页。

拉德布鲁赫和耶里内克同属于以马克思·韦伯为中心的海德堡学术圈,耶里内克先于拉德布鲁赫加入此学术团体并深受其中方法二元论影响和西南德意志学派的价值关联的影响。参见〔德〕阿图尔·考夫曼:《古斯塔夫·拉德布鲁赫传》,舒国滢译,法律出版社2003年版,第42-43页。

关于这种“事物的本质”的理论,可参见〔德〕考夫曼:《类推与事物本质》,吴从周译,台湾学林文化事业1999年版,第103-128页。

里, 实证宪法规范的正当性最终被拟制为源自于“根本规范”。而作为凯尔森论敌的施密特, 其宪法学说亦承认某种超实证宪法的“高级法”。所不同的是, 在凯尔森那里, 这种“高级法”是“根本规范”, 而在施密特那里, 则是一种超越了“宪法律”(实证宪法)的、他所言的“宪法”。故此, 在承认某种高于实证宪法规范的“高级法”这一点上, 施密特其实与凯尔森的根本规范理论同样具有对实证宪法规范的正当性进行反思的品格, 只不过施密特的理论尚不能称为一种对实证宪法规范进行的价值反思而已。在施密特看来, “宪法”来自于制宪者的决断, 这种决断乃是一种处于规范世界之外的、不受任何约束的事实之力——制宪权的发动, 但是这种事实却可以产生宪法规范。由此可见, 施密特其实在这一点上放弃了规范主义的警戒线, 认为这种“高级法”——“宪法”的正当性源于政治决断的事实, 从而将事实与价值直接对接, 从这种由实力决断的事实之中直接导出应然的规范。他为此而受到广泛的质疑与批判。

针对施密特由决断的事实中直接导出“当为”规范的理论, 当代日本的芦部信喜教授曾从规范主义的立场进行了富有意义的批判, 提出了被广为接受的、规范性的制宪权理论。他虽然承认发动制宪权的事实可以产生宪法规范, 但同时认为这种制宪权并非如施密特所言的游离于“法的世界”之外而不受任何规范约束的赤裸裸的实力。这种制定宪法的权力, 同样也受到某种“根本规范”或“超实定的法原则”的约束。至于这种根本规范究竟是什么? 芦部最终将其归结为立基于自然权理念之上的、以人性尊严为核心的人权体系。当然, 这种理论虽然基于一种对宪

法规范的价值反思, 亦可评价为一种“规范性的宪法学”或规范性宪法理论, 但不免带有强烈的自然法色彩。如果就理论体系本身的自足性而言, 可能仍然无力回答对根本规范从何而来的终极追问。

总之, 基于事实与价值二分的方法二元论, 回应有关规范正当性的追问, 或可求诸于一个更高的“应当”, 但如果我们再进一步加以追问, 比如追问芦部信喜的“根本规范”乃为何种人性尊严或何种人权体系, 则可能陷于某种无限递归的困境。

(二) 宪法规范的事实关联: 规范为何要随着其所欲规范的社会事实而变动

基于事实与价值的严格二分, 不仅上述对于宪法规范的价值追问会陷入一种循环, 而且亦可能会面对来自于事实层面的质疑, 即如何解释宪法规范的变动反而会受制于其所规范的社会事实的变化。一般而言, 各种宪法规范上“当为”的确立, 如果完全脱离现实或与现实的反差过大, 规范所设定的价值目标则可能难以实现, 只是持续滞留在“当为”的状态。对于这种事实与规范的关联, 姑且可称之为一种宪法规范的“事实关联性”。而宪法规范如果欠缺这种事实的关联性, 可能会丧失实际效力, 乃至“枯死”。将过多不可实现的价值理念, 凝结为宪法规范, 则此种“口惠而实不至”的做法最终会戕害宪法本身的权威。诚如小林直树教授所言: “宪法只要不是乌托邦的赞歌, 则无法实现之理想, 有背现实之理念, 就没有理由被直接作为实证法上的有效价值而加以适用。”^[14]

另一方面, 事实与规范之间也可能会出现冲突或不一致的现象。如以严格的法教义学观点视

施密特对于这种超实证宪法的规范的看法, 与凯尔森的观点大有径庭, 其所言的这种“宪法”其实乃是赤裸裸的政治意志的决断。关于二者之间的比较与评述, 可参见(日)川添利幸:《宪法保障的理论》, 尚学社1986年版, 第20页。

Frederick E. Dessauer, *The Constitutional Decision: A Germany Theory of Constitutional Law and Politics, Ethics*, Vol. 57, No. 1. (Oct., 1949), pp. 14-37; David Dyzenhaus, *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Duke University Press (1998), pp. 32-35.

参见(日)芦部信喜:《宪法制定权力》, 东京大学出版会1983年版。

规范性宪法理论(Normative Constitutional Theory), 顾名思义乃是关注“规范性”、“当为”的宪法理论。See Jack M. Balkin, *What Brown Teaches Us about Constitutional Theory*, 90 Va. L. Rev. 1573, 1574 (2004).

为此对宪法所欲规范的社会事实的研究亦诚属必要, 而如果这种研究与规范性的研究相互照应, 则可构成一种动态的宪法理论。但如果宪法规范过于迁就某种事实, 则也可能使宪法规范沦为任由政治打扮的“婢女”, 而所谓“现实主义”(realism)的宪法学所可能蕴涵的危险亦正在于此。

宪法规范的“枯死”一说, 系借用日本宪法学者川添利幸的说法。参见(日)川添利幸:《宪法保障的理论》, 尚学社1986年版, 第91页。

之,现实必须服膺于宪法规范方为宪政的理想状态。据此,当与宪法不一致的特定现实出现时,通过违宪审查机制,这种冲突可以宪法规范驾驭现实而告终。但从上述的这种内部视角出发显然无法解释大量出现的“宪法规范的变动现象”,为此需要引入外部视角的观察,包括基于法社会学的观点,任何规范都无法脱离特定社会现实而存在,宪法规范亦不例外。当社会现实已然变迁之时,宪法规范也必须随着社会变化而变化,此即一般所谓的宪法规范的适应性。而纵观社会转型期所出现的大量宪法变动现象,从中也可洞察这种规范与现实之间的相互作用。

由于宪法规范与社会事实之间的关联,决定了宪法规范的确定“须考虑当为规范所应适用的实存关系”,因此社会事实的变动必然会导致“宪法规范的变动现象”。当然这种规范变动绝非是由事实的力所直接导出的,如前所述,许多学说均认为,这种实证宪法规范的正当性依据乃源于那种超实证规范的某种根本规范。然而根本规范本身也是随着社会发展而变化,譬如人权体系自近代到现代的嬗变即可佐证这一点。问题是根本规范究竟如何随社会现实的变化而变化呢?对此种现象,固然可以“规范的事实关联性”理论解释之,然而仅仅笼统地主张规范的事实关联,也可能存有混同事实与价值的嫌疑。因此,如何解释经由事实的变化而导致宪法规范的变动,可能是事实与价值二分之后的又一难题。

四、程序性商谈理论:走出困境的另一种进路

围绕宪法规范的事实与价值的诸多理论难题,也促发了许多新的宪法理论形态的出现,其中一种学说主张通过一定商谈程序达致某种可被普遍接受的价值共识,这种理论的典型可推哈贝马斯的商谈法治理论。在英语世界的宪法学中,也有许多学者不谋而合地以类似的方法论基础重构宪法理论、乃至宪法解释体系。诸如伊利

的程序宪法理论,桑斯坦、米歇尔曼的公民共和主义理论等。学界往往将其与哈贝马斯理论相提并论共称为“程序性宪法理论”。如果推而论之,罗尔斯的“交叠共识”(overlapping consensus)以及其将最高法院作为公共理性的论坛的理论,在一定程度上与哈氏的商谈理论也有异曲同工之处。但无论是伊利、桑斯坦的审议民主理论还是卢曼、罗尔斯的程序性理论,都已在哈贝马斯商谈理论的观照范围之内,因此诸多程序理论其实也可以哈贝马斯的商谈程序理论为主线而观其大略。

(一)对规范价值的反思:回答对根本规范的追问

如前所论,在规范主义的进路上,对宪法规范的价值反思最终会归结为某种超实证法的“根本规范”,芦部即将其归结为以人性尊严为核心的人权体系,但如此仍旧无法回答究竟何种人权体系可作为根本规范这样的进一步追问。而程序性商谈理论则可以回应这一追问,如以哈贝马斯的理论为例,即可见这种困境的消解。哈氏认为,人权体系的逻辑起点乃在于商谈原则和法律形式相互交叠的结果,二者可归结为法律形式化的民主原则,于是作为根本规范的人权体系可由以宪法规范统率的法律体系本身而被塑造^{[15]148-149, 180-181}。其实哈氏理论亦可谓是一种以事实价值二分为前提的规范性的理论,但其另辟蹊径之处则在于承认一种价值多元基础之上的价值共识。哈氏指出,宪法乃是代表多元社会的价值共识,这种共识必须是可以得到所有人的经过论证的同意,即这种同意最终仍需通过商谈民主(deliberative democracy或译为协商民主)来达成^{[15]160},因而如何促进这种商谈民主就成为各种程序性商谈理论的重心之所在。

为达成可普遍接受的价值共识,上述这种理论必须预设一种“理想的商谈情境”,换言之即必须保障商谈程序本身的公开、平等、无强迫

有关宪法规范的变动,可参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第281页以下。

对此理论的一个综述, See David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press (2004): 15-25.

其实罗尔斯的理论也可称为一种程序理论,只不过其论乃是一种契约论模式的程序理论。参见〔德〕考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第373页。

哈贝马斯毫不讳言自己理论乃是借用沟通理论的帮助来重构康德式伦理学的一种尝试,在这一点上他与罗尔斯的理论同属一种规范性的理论。可参见〔德〕尤尔根·哈贝马斯:《包容他者》,曹卫东译,上海人民出版社2002年版,第98-101页;或石元康:《罗尔斯》,广西师范大学出版社2004年版,第149-150页。

性。这种要求体现在宪法上即是以对参与公共领域对话所必需的特殊的权利(比如表达自由)进行强有力的保障为前提。这些理论所期望的社会形态乃是一个由积极参与公共领域的、理想的公民构成的社会。不仅哈氏理论如此,伊利、桑斯坦的商谈民主理论亦将那些参与商谈所必备的言论自由、政治权利的保障置于举足轻重的地位,以期形成商谈民主所需的那种“理想言谈情境”。有关这一点,从伊利和桑斯坦对美国最高法院违宪审查基准体系的重新阐释中即可见一斑。一旦将商谈民主作为宪法理论的前设,围绕宪法的制度安排就需要尽量促成这种“理想的言谈情境”,进而确定那种作为根本规范的基本权利的内涵,而通过特定权利的保障形成商谈程序所必需的条件,也可进而促进那种作为根本规范的权利体系形成。如此,通过商谈形成人权体系的过程和对特定权利的保障就构成了一个循环的回路,在个案之中对于特定具体权利的保障最终也会影响整个人权体系的内涵,而通过法律体系对人权不同层次的保障(包括宪法的保障和法律保障),最终又会形成法律体系本身的规范基础。由此,作为实证宪法规范的基础的人权体系乃是经由商谈程序确立的价值共识。如果单从理论的自足性看,以哈氏为代表的这种商谈理论,在逻辑上的确可完满地解决对宪法规范的价值反思的追问。

(二) 宪法规范变动的回路

如前所论,宪法规范并非固定不变的,随着社会的发展,也可能产生“宪法规范的变动现象”。而与一般法律所规范的事实不同,宪法所规范的事实更多的是一种政治生活,这也是宪法规范与事实之间的关系远较一般的法与事实之关系更为复杂的根本原因之所在。作为宪法规范对象的事实,政治事实自然不能构成宪法规范本身的正当性基础,因而宪法所规范的事实的变动绝对无法直接导致规范本身变动。但上述论断所预设的前提乃在于:政治过程乃是赤裸裸的实力推动的过程,这种实力本身无法导出规范正当性基础,这也是被一般规范性宪法理论所坚持的底线。如果政治是马基雅维里主义的纯粹的赤裸裸的利益支配关系,那么宪法规范自然无法从中获得正当性;但政治如果是以达成共识为目标的共同体的自我统治,由事实是否可以导出规范,则另当别论了。

在上述以哈氏为代表的程序性宪法理论中,政治就是一种致力于达成价值共识的过程(商谈政治),在这种理论前设下,理性的商谈代替了赤裸裸的实力对比,致力于形成价值共识的目标取代了暂时利益的妥协。于是民主政治也就不是偏见的简单集合,而是一种经由理性商谈达成共识的商谈民主。如此,政治过程与宪法规范变得具有高度同质性,但这种同质性又不同于那种否定价值共识、将法作为政治工具意义上的“法即政治”(law as politics),而是承认价值

虽然程序性理论同非程序理论同样认为对于表达自由的保护应当适用更加严格的审查基准,但其背后的支持理由却有差异,伊利和桑斯坦的理由是:这种权利乃是促成商谈所必备。See John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press (1980); 〔美〕凯斯·桑斯坦:《偏颇的宪法》,宋华琳、毕竟悦译,北京大学出版社2005年版,第274-301页。

其典型可参见芦部信喜:《宪法定权》,东京大学出版会1983年版。

马基雅维里就曾认为政治是决断的结果,而不能通过合理的共识来证明其正当性。关于马基雅维里式的政治概念,参见马基雅维里:《君主论》,阎克文译,辽宁出版社1998年版。施密特、马克思·韦伯的政治概念都可谓一种典型的马基雅维里主义的政治,按照这种理解,政治乃是一种不受规范约束的争夺权力的实力政治。值得一提的是,虽然同样采取马基雅维里式的决断主义,但与施密特不同的是,韦伯将其进行了规范主义的修正。参见〔挪〕郎内·斯莱格斯塔德:《自由立宪主义及其批评者:卡尔·施密特和马克思·韦伯》,载埃尔斯斯特、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,三联书店1997年版,第139页。

比如支持共和主义的桑斯坦就认为,政治不是各种集团争夺利益的行为,而是公民通过审议民主进行自我统治的过程。See Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 Stan. L. Rev. 29 (1985).

Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 Yale L. J. 1539 (1988); Frank I. Michelman, *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument*, 56 Tenn. L. Rev. 291 (1989).

批判法学同样认为宪法、法律与政治之间具有高度同质性,主张“法即政治”,但是其前提却是否认价值共识,认为根本没有所谓价值共识,或者说价值共识不可能达成,所谓共识不过都是以共识名义掩盖下的临时利益妥协,这种妥协自然会造成对少数的压制,因此这些妥协需不断地被打破。但在笔者看来,承认甚至假设某种超越政治过程之外的基本价值(即保障某种不会因政治运动所剥夺的基本权利),对于宪法实践,特别是我国当下的宪法现实所可能具有的意义可谓是冷暖自知。关于批判法学流派的宪法理论, See Mark Tushnet, *Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction*, 36 Stan. L. R. (1984).

共识、并认为政治就是形成价值共识的过程。在商谈理论看来,以价值共识为导向的政治过程就自然可以导出规范的正当性基础,如哈贝马斯的理论即采取这种进路。与一般的认为权力即事实之力的见地不同,哈贝马斯在阿伦特的权力理论基础上提出了“交往权力”的概念^{[15]180-181}。通过这种交往权力的作用,价值共识得以形成,进而决定规范的形成。据此,那种可决定宪法规范的事实,并非是单纯的作为实力的权力,而是形成共识的力量的“交往权力”,通过这种交往权力自然可以连接事实与价值,导出规范的正当性基础。

基于上述理论进路,基本权利体系就可以作为宪法规范正当性的基础,但作为根本规范的基本权利也并非具有固定不变的内涵,而只是一种相对确定的、同样可以通过商谈改变的价值共识。由此,所谓宪法规范随社会事实而变化,并不是规范对事实的妥协,而是通过现实之中无处不在的商谈生成新的规范的过程。这种商谈可以产生新的价值共识,进而影响宪法规范的变动。而经由商谈来确定根本规范,一方面既可回避对于规范价值追问无限递归的困境,同时又可兼顾到规范的事实关联性,将规范的变动置于现实世界动态的沟通和交往过程之中,进而解决规范变动的正当性难题。从价值共识到宪法规范再到法规范体系,再由商谈行为改变共识,如此一来,就借由程序架起了规范与事实、宪法权利与民主之间的桥梁,构成了一种逻辑上完整自足的理论体系。

尽管针对这一程序性的理论本身对于实体价值的回避,宪法学界亦不乏批评者^[16],但较之于传统规范性理论,程序性商谈理论在事实与价值之间构建了一种自足的循环回路,并可说明价值正当性的追问。作为一种新的视角,这种理论上的努力,无疑具有重要意义。

五、返回中国的问题

虽然程序性商谈理论作为精心构建的理论,通过商谈程序在价值与事实之间建立一个内在自足的回路,从而解决了对规范正当性追问所面临的无限递归难题,但从比较法角度视之,上述诸种理论形态乃是当今西方立宪主义发展至特定历史阶段的产物,贸然将商谈理论对接当下我国的

实践,也可能隐含着时空错位的危险,为此中国的宪法学亦需谨慎对待上述架桥理论。就我国当下的现实而言,这种程序性商谈理论所面对的主要难题在于:

(一) 中国宪法的历史课题

纵观世界范围的宪法史,立宪主义的历史展开,一般经历了由近代宪法至现代宪法的嬗变过程。所谓近代宪法乃是指市民革命后形成的宪法,而现代宪法乃是指立宪主义发展至现代出现的转型宪法,二者在价值原理上有着显著的不同。近代立宪主义的课题首先是个人作为“赤裸裸的个人”面对国家,彻底地实现个人的解放,为此尤其重视保障那种私人领域的核心不受侵犯。随着西方国家进入现代立宪主义阶段之后,则曾出现了社会国家理念以及基本权利的国家保护义务等课题。而当今主要立宪主义国家,大都已经完成了这些现代宪法的课题,并有走向“后现代宪法”的趋势。但就我国当下而言,显然尚未彻底完成立宪主义的近代课题。坚持公私二元划分,保障那种不受国家侵犯的私人核心领域,对于我国当下仍有举足轻重的意义。而商谈理论本身产生的历史背景乃是立宪主义的现代课题已经基本完成了的社会,为此才出现适度地将传统的国家社会的二元划分、主权与人权的对立加以消解,将私人领域和公共领域加以糅合的理论探索,由此架起主权与人权,以及事实与规范之间的桥梁。但如果将这种理论不加辨析地“直接拿来”,引入我国这样的近代立宪主义课题尚未彻底完成的国度,就可能会导致一定程度的“水土不服”。

退一步而言,即使接受通过商谈程序达成共识的理论进路,我们仍然需要关注这种商谈本身的起点问题,即在特定社会情境下对于个人权利的保障,如何达至那种公自主性与私自主性相互促进的理想状态。而返观当下我国的情境,一方面,对于私人领域的保障课题仍远未完成,另一方面,那种作为商谈场所的发达的公共领域亦有待形成。从历史发展阶段来看,那种发达的公共领域形成,其实是在私人领域得到充足保障的前提下出现,进而达到一种“良性互动”。在尚未完成近代立宪主义课题的我国,这种困境凸现了在近代与现代之间抉择的复杂性,如何使近代课题与现代课题相互交融、齐头并进,可能是程序

性商谈理论无法回避的难题。

(二) 规范与事实之间反思机制的缺失: 一个制度性障碍

作为一种产生于成熟的立宪主义国家的理论形态, 上述的程序性商谈理论都将违宪审查制度作为整合价值共识的重要途径。通过广泛参与的违宪审查程序, 可使得适用于个案的宪法规范本身得以正当化, 同时, 这种实践性个案导向的宪法判断, 亦可兼顾宪法规范的事实关联性。换言之, 通过这种宪法判断对于法律体系的规范控制过程, 既可使法律体系贯彻宪法的价值, 同时也使得宪法规范在具体个案之中与那些更加贴近于现实的法律规范之间形成相互性的解释循环, 从而获得宪法规范的社会适应性。而且, 以基本权利规范作为判断依据的违宪审查, 也承担了法律体系的价值反思功能, 将规范的产出程序纳入(宪法)规范本身的控制, 使得法律体系通过自身实现自我创新, 或生成新的规范, 从而将宪法规范的反思活动与法律体系本身随着社会事实的变动, 有效地置于同一过程之中。质言之, 具有实效性的违宪审查制度, 乃被作为事实与价值之间的一种制度化了的反思机制, 或者说至少是这种反思机制的一个重要构成部分, 为此也往往被程序性商谈理论普遍视为商谈的重要构成环节, 乃至商谈的轴心^[17]。

反观当下我国, 由于这种商谈理论所预设的制度性事实——具有实效性的违宪审查制度, 则尚付阙如, 使得该程序性商谈失去了关键性的整合机制。为此, 在当下我国采取何种制度构建以承担那种对宪法规范的价值反思功能, 以及如何弥补现存的制度缺失, 乃是程序性商谈理论必须面对的又一“先决问题”。诚然, 违宪审查并非是商谈的唯一途径, 除此之外这种商谈也可依附于立法过程甚至行政过程, 但此时如果缺乏那种

居于中立地位的违宪审查机构作为中介, 如何保障立法或行政过程中的商谈不被演化为以原则作为掩体的实质利益之间的妥协, 又或在没有违宪审查对于程序所必备的、那种形成理想言谈情境所需的权利保障的情形下, 如何促成这种商谈过程等等, 凡此种种, 均将是程序性商谈理论在我国当下仍需考虑的问题。

六、结 语

人类理想的世界和现实世界之间的差距是永恒的, 体现在宪法上, 即是凝结了人类的一种根本价值的宪法规范命题与现实的现实政治实力, 乃至那种以实力为后盾的诸种意识形态之间的紧张。其实, 整个宪法秩序都可谓是在这种紧张与对抗之中展开的, 特别是就我国宪法现实而言, 更是随处可见这种紧张与抗诘。然而, 也正是这种紧张关系, 决定了宪法学思考之中将事实与价值加以区分的方法二元论的现实意义。

通过以上的分析, 笔者仍然坚持认为, 那种在哲学本体论意义上将价值与事实截然二分的传统思维虽然有可能失之偏颇, 但就中国当下的宪法与宪法学而言, 唯有将宪法学作为教义学这一意义上把事实与价值相对分开, 才有那种立足于学术的立场对现实加以批判的可能性。如果基于商谈理论的视角, 这种批判本身也将构成达致价值共识过程的重要组成部分。为此在学科方法论的意义上区分价值与事实, 这一前设就可构成当下宪法学的一个重要的哲学基础问题。即使随着社会的变迁, 那种在二者之间架桥的商谈程序理论的可行性已然具备, 此时作为一个批判与讨论的前提或起点, 价值与事实关系在这种语境下仍可作为“宪法学哲学”的一个重要的课题而不失其重要的意义。

参考文献:

- [1] 长谷部恭男. 对权力的怀疑: 宪法学的元理论 [M]. 东京: 日本评论社, 1993: 5.
- [2] Donald Eifenbein. The Myth of Conservatism as a Constitutional Philosophy [M]. 71 Iwa L. Rev 401 (1986).
- [3] 拉里·亚历山大. 宪政的哲学基础 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 151.
- [4] V·佩斯卡. 现代法哲学的基本问题: 日文版 [M]. 石井幸三, 等译. 东京: 法律文化社, 1981: 18.
- [5] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论 [M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2001: 13-14.
- [6] Taekema. The Concept of Ideals in Legal Theory [M]. Kluwer Academic Publishers (2003): 90.

对于近代课题与现代课题之间的一种解决方案, 参见林来梵: 《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》第25-27页, 法律出版社2001年。

- [7] 尤尔根·哈贝马斯. 包容他者 [M]. 曹卫东, 译. 上海: 上海人民出版社, 2002: 65-67.
- [8] Robert Alexy. A Theory of Constitutional Right. Oxford University Press (2001): 86-94.
- [9] 罗伯特·阿列克西. 法律论证理论 [M]. 舒国滢, 译. 北京: 中国法制出版社, 2000: 223.
- [10] Taekema. The Concept of Ideals in Legal Theory [M]. Kluwer Academic Publishers (2003): 69-83.
- [11] 哈特. 法律的概念 [M]. 许家馨, 李冠宜, 译. 台北: 商周出版社, 2000: 137.
- [12] Neil MacCormick. Norms, Institutions, and Institutional Facts [J]. 17 Law and Philosophy (1998): 301-345.
- [13] 考夫曼. 法律哲学 [M]. 刘幸义, 等译. 北京: 法律出版社, 2004: 115.
- [14] 小林直树. 宪法讲义: 上 [M]. 东京: 东京大学出版会, 1980: 74.
- [15] 哈贝马斯. 在事实与规范之间 [M]. 童世骏, 译. 北京: 三联书店, 2003.
- [16] Laurence H. Tribe. Constitutional Choice [M]. Harvard University Press (1985): 9-20.
- [17] Barry Friedman. Dialogue and Judicial Review [J]. 91 Mich. L. Rev. 577 (1993).

The Relation Between Fact and Value: On the Philosophical Foundations of Constitutional Theory

L N Lai-fan, ZHA I Guo-qiang

(Law School, Zhejiang University, Hangzhou, Zhejiang 310028, China)

Abstract: The relation of fact and value is an issue of philosophical foundations in constitutional theory. Given its value-related nature, the constitutional theory has to answer the questions where the value comes from and why the value judgment is legitimate. Generally speaking, the legitimacy of the positive constitutional norms can trace back to some basic norms, and the evolution of the basic norms will naturally cause the change of the constitutional norms. Then the question appears why the basic norm is legitimate. The negotiation theory has bridged the gap between "is" and "ought to" by the procedure of discourse. However, as it regards to the constitutional law and the constitutional theory in present China, the methodological dualism still remains to be an important philosophical issue.

Key words: value; fact; the basic norm; negotiation theory

(责任编辑: 维 平)