

## （与其改造宪法，不如）改造我们的宪法观

田雷·

宪法可能跟着国旗走，但它是否真的应该追随《纽约书评》？

——约翰·哈特·伊莱<sup>1</sup>

我们关注的始终是立法的合宪性、而不是立法的智慧，但这很可能向美国人的心智注入一种错误价值。它可能使得合宪性与智慧成为同义词，认为一部合宪的法律就是完全正确的。此种态度乃是自由主义的大敌。

——菲利克斯·法兰克福特大法官<sup>2</sup>

柏拉图在著名的《美诺篇》中讲过一个故事：美诺向苏格拉底提出“知识如何可能”的问题，这就是现在很多人所知的“美诺悖论”：

人无法探究任何东西，无论自己知道的东西还是自己不知道的东西：他

当然不会探究自己知道的东西，因为他知道它，无需探究；他也不会探

究自己不知道的东西，因为他不会知道去探究什么。<sup>3</sup>

美诺悖论所设定的第二种情形，即一个人无法探究他自己不知道的东西，无论在逻辑上可以如何证伪，至少相当贴切地言中了中国宪法研究当下所陷入的困境。长期以来，中国宪法研究之所以在较低的理论化水平上进行重复建设，一定程度上正可归因于我们还不清楚**在研究中国宪法时我们应该研究些什么**。因此，参照美诺的“知识如何可能”的问题，本文提出“中国宪法研究是否与如何可能”的问题。较之于我两年前在《政治与法律评论》创刊卷上提出的“我们应

---

· 田雷，重庆大学人文社会科学高等研究院副教授，政治学博士。

<sup>1</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 58.

<sup>2</sup> Felix Frankfurter dissenting, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

<sup>3</sup> 参见克莱因：《柏拉图〈美诺〉疏证》，郭振华译，华夏出版社，第104-105页。

该如何研究中国的宪法”，<sup>4</sup>如何可能的提出在逻辑上又向后退了一步。但正如收回拳头是为了让出拳更有力，在我看来，只有回头反思中国宪法研究是否与如何可能，我们的研究才有可能在一种更脚踏实地的基础上重新出发。

中国有宪法但却无宪政，这一学术迷思在很大程度上设定了中国宪法研究在近年来的议程。但美诺的设问方式可以启发我们去挑战这一迷思。一个人注定无法找到那些不为他所知的东西，同理，宪法学者往往并不清楚中国宪政为何物，但却以旁观者的姿态站在宪法之上或之外，希望在中国的政治实践中发现他们所想象的那种已高度道德化的模式。这种逻辑上的错误从一开始就注定他们会一无所获，从而陷入一种宪政失败论无法自拔。与此同时，这一迷思也让中国宪法的研究者将自己想象为难为无米之炊的巧妇，一旦遇到“宪法学的幼稚”式的指控，巧妇心态可以让我们将责任归结为“体制”，<sup>5</sup>而不必去反求诸己。在现实中，这一迷思的起源和效应已经相互强化，形成了一种不断再生产的学术循环论证，这让中国无宪政已经成为一种不证自明的自然命题。

本文旨在提供一种走出迷思的认识论上的准备工作。之所以提出要“改造我们的宪法观”，是因为我们在研究中国宪法时未能自觉区分宪法论证和道德论证，由此导致中国的宪法理论往往沦为西方现代政治理论或道德理论的殖民地。在此意义上，我们从事宪法研究的经典不是那些记录着我国历史内的伟大政治斗争、决断和妥协的历史文献，而是走在西方文化前沿的《纽约书评》或在法学界弄潮的《哈佛法律评论》。在很多时候，我们看起来是在谈中国宪法，但实际上不过是在建构一种自我想象的理想政治秩序而已。<sup>6</sup>还应指出，我提出要自觉区分宪法论证和道德论证，这并不是要否认宪法作为一种法律和宪法学作为一种法学研究的规范性，但它不可能是天马行空的规范性，而反过来说，宪法解释者不应在规范性的掩护下将宪法解释当作“特洛伊木马”，将宪法文本作为自己价值偏好的“道德许愿池”。

本文题记内所引的法兰克福特大法官的话，所指向的就正是宪法论证和正义

---

<sup>4</sup> 我只是提出了问题，当然不可能解决这个问题，参见田雷：《重新发现宪法》，载《政治与法律评论》2010年卷，北京大学出版社2010年版。

<sup>5</sup> 这里的体制，既可以指我们的政治体制，也可以指我们的学术生产体制（包括高校管理体制）。

<sup>6</sup> “如果我们看不到诸多制度变化中蕴含着政制变化，那只能说我们还缺少政治和法治意识，缺乏眼力，或者说我们头脑中的宪法还是一些高度政治化、道德化的理念；或者说可以说，我们还根本不理解宪法，不理解宪法所要解决的问题是什么。”参见苏力：《当代中国的中央与地方分权：重读毛泽东〈论十大关系〉第五节》，载《中国社会科学》2004年第2期，第55页。

理论之间的区别：简单地说，合宪的未必合理，而合理的也未必合宪，宪法理论和正义理论固然存在着很大范围的交迭，但它们经常也会发生剧烈的分裂和对抗。读者在下文中可以看到，美国内战前执行逃奴条款的法官，曾经最深刻地体会到这种宪法命令和道德良知的撕裂；而吊诡的是，或许正是因为我们的宪法学者一直是在纸上谈兵，反倒无法真正体会这种两难：由于我们的宪政体制内确实没有司法性的宪法判例，中国宪法的研究者就由司法判例的整理者转变为学术性的宪法法官。在面对宪法文本时，我们天真的想法就是希望通过宪法解释来让宪法本身变得更美好或者不那么邪恶，但这不仅是为宪法规范所不允许的，也并不符合宪法理论的策略。因此，中国宪法的研究者务必走出道德化的泥淖，重新思考宪政是什么，中国宪法中有什么，中国宪法学应研究什么，唯有在此基础上，才真正可能探索我们如何更好地生活在一起。否则的话，我们的宪法论证和学术论战不过就是伊莱所讲的“我们喜欢罗尔斯，你们喜欢诺齐克。我们赢了，6比3，制定法撤销”而已。<sup>7</sup>

## 一、宪法研究者一定是宪政主义者吗？

宪法研究者一定就是宪政主义者吗，这是本文在此提出的一个问题。这样的提问可能会让我的许多同行感到不舒服，但这决非一种诛心之论。而且，如果可以心平气和地审视这个问题，那么我们就可发现，最困难的是这个问题的提出。这个问题本身却并非一个难以回答的问题，它的重要性与其难度并不成正比。

我们之所以会有中国有宪法但无宪政的集体迷思，一定程度上就是因为宪法研究者自然而然地将自己设定为宪政主义者。但问题在于，宪法的研究者未必就一定是宪政主义者，而在当下的中国，两者之间更是存在着一种巨大的鸿沟。这里的道理很简单，想必我们都知道并且也愿意相信：《论语》的研究者未必一定是儒家教义的身体力行者；《圣经》的研究者也未必一定就是基督教徒；《舌尖上的中国》的导演很可能不是一个合格的厨子；说一句话糙理不糙的话，我们不都知道“满口仁义道德，一肚子男盗女娼”么！凡此种种都可以告诉我们，头脑里

---

<sup>7</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 58.

对我而言，真正的选择并非在于政治宪法学还是规范宪法学，或者是高全喜教授近期内所提的政治宪法学内的左右之争，真正的问题是我究竟是以一位中国宪法研究者的身份出场，还是政治理论的思考者出场。如果是前一身份，那么罗尔斯或者诺齐克在本质意义上与我无关，我所关注的是中国宪法到底确立了什么。当然，我并不是主张我们要忘记罗尔斯或诺齐克，即便是在研究中国宪法时，阅读他们也经常可以为我提供学术论证的启发，但不是实体规范的指引。

研究些什么并不一定就在身心中注入同样的东西，而宪法研究者只是选择了以研究宪法为业，这并不让他们自动成为宪政主义者。事实上，或许正是由于一种宪政文化在当下政治讨论中的缺失，反而让宪法研究者始终无法走出这一自我身份的错位。

正是由于这一身份错误，中国的宪法研究者并未学会反求诸己，而通常都在反求诸体制。既然中国宪政还处在“尚未成功”的阶段，他们的努力就是要为一种作为实践的宪政来添砖加瓦，而不是在象牙塔内进行中国离宪政还有多远的理论思索。在此意义上，我们的宪法研究者经常成为书斋内的革命者，自我设定为社会改革者、体制掘墓人或人类灵魂的工程师，由此成为中国宪政事业的一种职业化的推动者。他们的心声可能是，宪政者，我们的宪政，我们不干，谁干？！特别是进入新世纪以来，宪法司法化的大讨论让宪法学者以公共知识分子的姿态进入政治讨论的舞台，<sup>8</sup>我并不是要否定他们在理论和实践上的贡献，但这种贡献并不能从头挽救这种集体性的无意识的身份错位。<sup>9</sup>

当然，我在这里应该为宪政主义者提供一个认定标准，否则的话，本节的问题就不可避免地成为一种伪问题，而我的回答也就成了说你是你就是，不是也是（或者说不是就不是，是也不是）。当然，我并不奢望以下的简单界定可以获得普遍的认同，但希望至少可有抛砖引玉的效果。首先，宪政主义者应该生活在既定的宪政秩序内，在常规情形内，非经宪法所预设的政治过程，宪政主义者无权超越当下的宪政秩序。当然，他可以在私人的政治偏好上以罗尔斯或诺齐克为依归，但绝对不能将自我的私人偏好混同为宪法的原旨，或者是仅仅因为现有宪法及其所规定的政治体制不符合自己的道德理想，就简单地认定“它没宪法”或没有宪政。其次，宪法的性质要求宪政主义者应以审慎为政治美德，真正的宪政主义者应该知道，现代社会内的宪法是为意识形态各不相同的人们所制定，因此不应动辄轻言违宪。<sup>10</sup>此外，宪政主义者也应区分公共政策论证和宪法论证，前者

---

<sup>8</sup> 我曾将司法化的推动者概括为一个由自由派学者、学者型法官和公共传媒所组成的松散联盟，参见 Lei Tian, *In Search of China's Marbury: Why the Judicialization Campaign Failed and How to Revive Constitutionalism in China*, *Peking University Journal of Legal Studies*, forthcoming.

<sup>9</sup> 强世功教授曾指出法学家知识分子的普遍的“变法心态”和“法治浪漫主义”，它们会“将宪政问题转变为一个浮夸的、诉诸情感而不是理智的、关注抽象理念而没有操作基础的‘文人政治’”。参见强世功：《宪法司法化的悖论：兼论法学家在推动宪政中的困境》，载《中国社会科学》2003年第2期，页25，27-28。

<sup>10</sup> 现代宪法法院所发展出的比例审查，往往不适当地限制了政治决策的空间，这未必符合约翰·马歇尔在著名的美国银行案中的判决，“假如目的是正当的，处在宪法的范围之内，那么，所有适当的手段——只要与目的之前存在关联，只要不被禁止，而是和宪法的文字和精神相一致，就都是合宪的。”参见 *McCulloch*

就其本质而言是一种成本收益分析，简单地说，只要一种公共政策的改革所取得的收益大于其成本，它就可以通过基本的审查，但宪法论证有时候是风险导向的。虽然现代法院的宪法推理吸收了成本收益平衡的元素，<sup>11</sup>但宪法决策者要有居安思危的意识，宪法决策在很多时候与其说是在追求更好的情形，不如说是避免最坏的结果，这就要求另一种形式的审慎。

更重要的是，在我看来，即便一个人以研究宪法为业，同时也是一位宪政主义者，但这并不必然会培育他解释宪法的能力并因此赋予宪法决策的正当权力。我们生活在一个大众民主，“一人一票”的时代，一个人并不因为他读过罗尔斯、德沃金或康德、卢梭，就具有了超越常人的宪法决策权，这最多意味着他有更多的渠道“进入”政治过程，有更多的资源“说服”他们的选民。更何况，仅仅在宪法解释的方法中寻章摘句，未必就真的可以操练学者的宪法解释能力。也就是说，学会了宪法解释方法 ABC 并不意味着就真的知道如何解释宪法。这里的道理很简单，我可以将一百本菜谱倒背如流，但未必能做出一道好菜，而你不需要成为一名好厨子才能拍出《舌尖上的中国》。有权的宪法解释从来都不是纸上谈兵，而是“国之大事”，不只是言辞之争，而如卡沃所言“法律解释发生在一种痛苦和死亡的场域内”，<sup>12</sup>因此，宪法解释更多的是一种基于实践的技艺和基于人格的能力。<sup>13</sup>此外，在宪法解释问题上，最重要的尚且不是解释能力的问题，而是由谁来解释的问题，在一种有着日常的宪法解释机制的宪政体制内，这种在合理性和正当性之间的区分是很明显的。

## 二、警惕宪法理论的道德化

这是一个不那么雅驯的宪法故事。<sup>14</sup>2005年4月，联邦最高法院斯卡利亚大法官访问纽约大学法学院，在讲座中，大法官阐释了他招牌式的原旨主义解释学

---

v. *Maryland*, 17 U.S. 316 (1819)。

<sup>11</sup> 比例审查就有成本收益分析的逻辑，关于比例审查和全球司法宪政主义，可参见以色列最高法院前首席大法官巴拉克的新著，Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012。

<sup>12</sup> 卡沃的说法或许是中国宪法研究者难以体验的，但熟悉美国宪政史的读者一定会认同这个判断，在此意义上，宪法解释无小事，参见 Robert Cover, *Violence and the Word*, 95 *Yale Law Journal* 1601, (1986)。

<sup>13</sup> 美国最伟大的大法官，如约翰·马歇尔和霍姆斯，都是复转军人进法院，而且都是真正上过战场打过仗的军人。阿玛也曾戏说过：“A类学生变教授，B类学生变法官，C类学生变有钱。”参见 Akhil Amar, *Becoming Lawyers in the Shadow of Brown*, 40 *Washburn Law Journal* 1, (2000)。

<sup>14</sup> 如果对这个故事感兴趣或者质疑它的真实性，可以 Google 一下 Do you sodomize your wife? 我个人最早在耶鲁法学院的一封群发邮件内读到这个故事，本文对这个故事的讲述综合了各种可在网上找到的资料。

说,主张宪法解释要追寻制宪者的原初意图,而将政治价值的判断留给政治过程,包括宪法修正案的过程和国会立法的过程。<sup>15</sup>但在讲座的提问环节却发生了一件戏剧性的事件,一位名为伯恩特的学生向大法官提了一个其后被纽约大学法学院院长谴责为“极其粗鲁、不成熟和不适当的”问题:“你和你老婆有没有进行过肛交?”据说当时全场观众一片哗然,斯卡利亚在沉默了大约5秒后以“下一个问题”来缓解场面,但伯恩特坚持不放话筒,双方对峙半分钟左右。事情发生后,纽约大学法学院院长在全院的公开信内声称:“这不只是对我们客人的羞辱,也是对整个法学院共同体的羞辱”。而伯恩特也在网上发布了一封公开信,坦言他的目标就是要惩罚和羞辱斯卡利亚,是对斯卡利亚在同性恋权利案件中所持顽固立场的“抗争行动”,特别将矛头指向他在2003年的劳伦斯诉德克萨斯州案中的反对意见。<sup>16</sup>果不其然,伯恩特是一位公开出柜的同性恋者。

众所周知,同性恋问题是最近数十年来美国宪法和文化政治中的核心议题之一。传统上,美国大多数州的刑法都规定男性同性恋者之间的自愿性行为构成犯罪。在1986年的鲍沃思诉哈德维克案中,美国最高法院以5比4的判决判定,佐治亚州禁止同性恋肛交性行为的刑事立法并未不适当地侵犯宪法私隐权。而在2003年的劳伦斯案中,最高法院以6比3的判决宣告德克萨斯州将肛交行为入罪的法律违宪无效,这是美国同性恋权利运动的一座里程碑。斯卡利亚在该案中发表了关键的反对意见,其中写道:

今天的意见是这家最高法院的产物,而最高法院则是一种法律职业文化的产物,而这种文化已经基本上认可了所谓的同性恋者议程,我是指由一些同性恋积极分子所推动的旨在消除传统上标签于同性恋行为的道德耻辱的议程……最高法院在这场文化战争中已经选择了立场,因此偏离了它的角色,即作为中立旁观者保证民主的参与规则得以遵行……最高

---

<sup>15</sup> 虽然这种有关原旨主义的表述过于简单,虽然原旨主义作为一种宪法解释理论已经在学界被批判的千疮百孔,但原旨主义在过去数十年中还是成为了宪法解释的主导方法,这一方面是由于美国宪法的性质以及宪政史的基本结构,一方面是因为原旨主义作为保守派文化政治运动的一部分在策略上的成功。而且我个人同样认同原旨主义确实是一种具有一般意义的宪法解释方法。但问题在于,斯卡利亚所代表的原旨主义原本就是美国文化政治的一部分,它是保守派为了拨转沃伦法院的宪法时钟所炮制出来的一种学说,它批判自由派的司法能动,但在现实中却成为了保守派的司法专政,最终发展成为左右两派争夺美国历史阐释权的宪法斗争。参见 Robert Post & Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, 75 *Fordham Law Review* 545, 2006。

<sup>16</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

法院是如此沉浸于法律职业的反-反-同性恋文化，这让它看起来未能意识到该种文化态度显然并非“主流”；未能意识到最高法院所称的对参与同性恋行为的人们的“歧视”，在大多数州内是完全合法的……我要表明，我自己从来不反对同性恋者或任何经由常规民主手段来促进其议程的团体……而多数意见发明出一种全新的“宪法权利”表明它已经不满于民主变革的步伐。<sup>17</sup>

我在这里讲述有关斯卡利亚的下半身故事，当然不是为了因应读者的猎奇心理来博取眼球。而伯恩特和斯卡利亚之间的攻防在此不应简单理解为同性恋权利的议题或美国宪法政治中左右互搏。在我看来，无论是伯恩特的发难还是斯卡利亚的批判，实质上均展示出了一个超越了个人道德价值的论述逻辑，从不同的方向交汇映射出宪法论证道德化的困境。斯卡利亚大法官在美国精英法学院内并不那么受欢迎，就在伯恩特发难的同时，会场外还有对斯卡利亚的喧哗抗议，“性别主义者、种族主义者、反同性恋者，尼诺、尼诺，滚出来”，甚至是更粗俗的“f\*k，斯卡利亚”。但之所以伯恩特的诘问更具冲击力和震撼力，并不只是他抗争的行为艺术“羞辱”了大法官，而是他实际上提出了一个只有法学院学生才能提出的问题：你斯卡利亚是不是区分了公共的宪法解释和私人的道德选择，或者说，作为一位异性恋者，你是否在将自己作为道德主流的生活方式强加于同性恋这一少数群体，你是否认为同性恋者是一种不正常的“变态”？

而斯卡利亚在他的反对意见中非常冷静地攻击了最高法院内的自由派，在他笔下，最高法院在劳伦斯案内的判决只是代言了同性恋者的政治道德议程，并且在这一议程尚未经由常规民主变革途径实现突破之前，而用司法手段将之强加在沉默的大多数之上，因此他指出，法院意见所认定的“歧视”在美国大部分地区都是“完全合法”的。而且，斯卡利亚在意见结束前表态，自己并不厌恶同性恋者，但他们如要改变自己的现状，请走常规的民主变革通道。这是一段极精彩的论述，它在一定程度上道出了自由派法官和宪法理论陷入窘境的根本原因，当然

---

<sup>17</sup> 这段判词写得尤其精彩。至少在我看来，自由派的布雷耶往往只会讲一些有关民主、法治或自由的政治正确的道理，当然不可否认，布雷耶的学者生涯要比斯卡利亚更成功。关于布雷耶论述的一个批判，可参见田雷：《你为什么可以不读布雷耶》，《书城》即出。

问题还是在于，斯卡利亚忘记或回避了原旨主义本身也是依附于文化保守派议程的产物，只是他们在文化战争内实现了更成功的政治动员和“市场营销”而已。

斯卡利亚的批评采取了一种美国宪法论证中的常见策略。在 1973 年的罗伊诉韦德判决做出后，约翰·哈特·伊莱教授当即赶写出一片评论文章，<sup>18</sup>正如斯卡利亚坦言自己不反对同性恋，伊莱指出，“如果我是一位立法者，我将投票支持一部写入最高法院最终起草的意见的制定法”，但作为一种宪法解释问题，伊莱却对罗伊案的判决给了最为强烈的谴责：

即便如此，这是一个非常坏的判决。并不是因为它将以看得见的方式削弱最高法院——它不会；也并非因为它与我的进步理念或者证据可表明的社会的进步理念相冲突——它没有。它是坏的，是因为它是坏的宪法，或者更准确地说，因为它并不是宪法，而且几乎没有表现出想要成为宪法的任何责任感。

伊莱是典型的新政自由主义者，他曾担任沃伦首席大法官的助理，并将其名著《民主与不信任》献给沃伦；反过来，斯卡利亚是由里根任命至最高法院的大法官，是原旨主义宪法理论的代理人，在保守派看来，他是瓦解沃伦法院遗产的战士。但这两位政治立场不同的宪政主义者在此展示出了一种结构相同的论证：宪法解释者的大忌就是将自己所持有或同情的道德运动混入对宪法规范的解释。而美国宪政史也反复告诉我们，一旦法院将宪法解读为一种流俗的社会进步理念，那么往往就是司法遭遇挫折的时候。洛克纳时代就是最好的例证，霍姆斯大法官不正是在洛克纳案的反对意见中告诫他的同袍们：“第十四修正案并没有规定赫伯特·斯宾塞先生的《社会静力学》。”而到了 1963 年，布莱克大法官在弗格森诉斯库帕案中为洛克纳主义写下了墓志铭：

曾经一度，正当程序条款被本院用来推翻那些被认为不合理的法律，这  
是指那些不明智的或者不符合某一特定的经济或社会哲学的法律……司  
法机关对立法价值判断领域的侵入，在当时就遭到激烈的反对……霍姆  
斯大法官曾说过：

---

<sup>18</sup> John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 *Yale Law Journal* 920, (1973).



“我认为，正确的道路是要去承认，一州立法机关可以做它认为适当的任何事，只要不为合众国或该州的宪法的某一明文禁令所制约，而法院应该谨慎行事，切勿在解读此类禁令时混入特定法院正好持有的公共政策理念，由此造成扩展禁令之明文含义的结果。”

……在洛克纳...以及此类案件中流行的学说——即正当程序授权法院在它们相信立法机关行为不智时就判定法律违宪——早已被摒弃。我们已经重新回到最初的宪法立场，即法院不应用它们的社会经济理念取代立法主体的判断。

……我们拒绝作为一家“超级立法机构”坐在这里权衡立法的智慧，我们尤其拒绝回到那个时代，法院运用正当程序条款“推翻规制商业和工业条件的州法，因为它们可能是不明智的，无远见的或者与一种特定的思想流派有所冲突。”...立法机关究竟是将亚当·斯密、赫伯特·斯宾塞、凯恩斯爵士或者其他人作为其导师，这并非法院所要关注的问题。<sup>19</sup>

以上这段精彩的判词所指出的核心问题仍是宪法论证和道德论证之间的区别。这正如题记内法兰克福特大法官的话，宪法解释只能判断法律的合宪性，而在判断是否合宪时，法院只能基于宪法，而不能根据一种流俗的经济社会理论或道德进步理念。因此，法兰克福特告诉我们，将合宪性和智慧混为一谈将是自由主义的大敌。

在这一理论传统内，德沃金的道德解读说从根本上就是一个错误。<sup>20</sup>德沃金希望将道德哲学引入宪法解释，从而发现他所谓的“最好的宪法”，这实在是误解了美国宪法的本质：“只有宪法分离出对抗国家的权利问题并且将该问题当作自我议程的一部分后，宪法才能有真正的进步。而这这就要求宪法和道德理论的合流。”<sup>21</sup>德沃金在论述时推荐了罗尔斯当时刚出版的《正义

---

<sup>19</sup> *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, (1963).

<sup>20</sup> Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.

<sup>21</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 149.

论》，认为“每一位宪法法律人都不容错过”这本书。但问题在于，罗尔斯的正义理论虽然有美国新政自由主义的背景，但美国宪政发展的历史和结构却绝非按照一种抽象理论设计出来的。在此意义上，宪法论证不可能建基于学院内的道德理论，而是取决于历史上真实发生的政治斗争，或者是卡沃所说的史诗，阿玛所说的政治作为。对于德沃金的宪法解释理论，阿克曼曾有一段很精彩的批判：

现代[美国]宪法并没有表达出一种在《独立宣言》或赫拉克勒斯（即德沃金笔下的理想法官）的哲学思考工作中表现出的不朽的权利哲学。它是不间断的政治斗争的产物——一代又一代的美国人动员起来，批判并且重建他们既定的宪法理解的一部分内容。这里的形象应该是诺伊拉特的船（即必须在海上航行时进行修补的船只），而非康德的《纯粹理性批判》……问题在于这艘船是否能够在这种摧毁性的重构中继续航行，而不是它的整体构造是否能够经过一场哲学席明纳的检验。<sup>22</sup>

道德解读需要面对的是谁说了算的问题：罗尔斯的正义理论即便在学理上无懈可击，但这并不意味着我们就要相信罗尔斯的两个正义原则。<sup>23</sup>伊莱早在《民主与不信任》中就已讨论了为什么司法审查不可能发现基本价值。在伊莱的笔下，从法官的个人价值到自然法，中立原则、理性、传统、共识、进步理念，这些宪法论证中经常援引的大词都不足据以认定基本价值。我在这里没有必要重述伊莱的精彩论述，只要指出简要的三点。首先，伊莱指出，在多元主义的社会内必定存在着各不相同但同样合理的人生观，他在书中引用了一段对话：“一位 17 岁的公交车司机同时也是业余哲学家说道，‘那么好吧，你知道，在你看来的一种真理未必在其他伙计看起来也是真理。’‘白痴，那么其他人是错的。’”<sup>24</sup>其次，基本价值必定是抽象的，不可能解决现

---

<sup>22</sup> Bruce Ackerman, *Rooted Cosmopolitanism*, 104 *Ethics* 516, (1994).

<sup>23</sup> 这是自由派宪法理论的一个致命缺陷。正如富穆勒在评点巴尔金的新著《宪法救赎》时所言，一种皈依过程“可能来自于遇到一位政治先知，但不可能来自于巴尔金所主要提供的那种理性的学术论证。先知首先通过克里斯玛型的作为而非言词来改造他们的目标；当他们运用言词时，他们提供寓言和故事，而不是像巴尔金所做的那样对约翰·罗尔斯和弗兰克·迈克尔曼进行注释。”参见 Adrian Vermeule, *Ideals and Idols*, *The New Republic*, June, 2011。

<sup>24</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 48.

实的政治争议，“所有的自然法理论都有一种特别的模糊性，这在理论适用中既是一种优势，也是一种劣势”，“优势在于你可以援引自然法来支持你所要的一切，而劣势则在于所有人都知道此优势所在”。<sup>25</sup>最后，伊莱很坦诚地指出法官对基本价值的选择有可能出现系统偏差，大多数法官律师以及大多数道德哲学家都有良好的社会出身，因此很自然地会倾向于职业阶级的价值。“可以想见，人们认为重要的就是那些对他们而言是重要的，我们这些人并非例外。因此，最高法院及其评论者所尊奉为基本的价值，就是那些本书读者将乐意认同的价值：表达、结社、教育、学术自由、家庭私隐、个人自治……但是当有人提议工作、食物或住房时，看一下大多数基本权利理论家是如何回应的：它们当然是重要的，但是它们并不是**基本的**。”<sup>26</sup>

耶鲁法学院的比克尔教授在《最不危险的分支》中曾经提出著名的林肯紧张：“我们的民主政府体制存在于这一在原则和便利之间的林肯紧张中，而司法审查在其中必须发挥其角色……最高法院的宪法功能是要去定义价值和宣布原则。”<sup>27</sup>因此，在比克尔早年的理论中，联邦最高法院就是一家国民教育机构，而贯穿他相对短暂学术生涯的一个线索就是到哪里去寻找那些足够重要和基本，因此应由法官来执行的价值。但比克尔在去世前向埃德蒙·柏克的转向已经表明，比克尔的问题对于一位真正的宪政主义者来说是无解的。他的好友罗伯特·博克在其葬礼上曾指出，比克尔的柏克转向最终解决了他在政治自由主义和司法保守主义之间的紧张，“阅读他在《新共和》杂志上的论述埃德蒙·柏克的文章，可以看到他的政治哲学最终和法律哲学交汇在一起了。”<sup>28</sup>但是，柏克所言的传统不可能来自学院派理论家的前沿论述，在罗尔斯的无知之幕预设下是不可能有的传统的或时间感的，反而正是要斩断一切传统，传统只能来自于阿克曼所说的政治斗争，卡沃所说的历史史诗，阿玛所说的宪法作为，以及富穆勒所说的寓言和故事。伊莱引用了一句比克尔的原话来概括其老师追求基本价值的学术生涯：“错误的问题是会产生答案的。”<sup>29</sup>

<sup>25</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 50.

<sup>26</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 59.

<sup>27</sup> Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, second edition, Yale University Press, 1986, p. 68.

<sup>28</sup> 引自 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, pp. 71-72.

<sup>29</sup> 我们现在基本上用反多数难题来概括比克尔的理论贡献，这只能说是只知其一不知其二，更不用提其三

在上世纪八十年代初的美国宪法学界，“我们的完美宪法”是一个很流行的比喻，它出自于保守派宪法学家亨利·莫纳汉的经典同名论文。<sup>30</sup>这篇论文的第一句话就开门见山地传达出作者的主旨：“有一些律师、有一些法官，并且很可能是大多数学界评论者都认为，宪法授权法院基于那些并不根源于宪法文本及其所创建的结构的一般性政治德性原则，来取消政治过程的结果。”而在莫纳汉的论述中，自由派的宪法学者，从德沃金到劳伦斯·却伯、迈克尔曼都将宪法解释隐蔽地转换为一种道德论证。而桑斯坦在前些年的著作中也将这些完美主义者比作“披着法袍的极端分子”。<sup>31</sup>根据桑斯坦的论述，德沃金“将完美主义视为法律解释的本质成分。在他看来，法律解释就要用‘最好的阐释视角’来理解现存的法律材料或者让它们成为‘它们所能达到的最好’”。

一旦宪法解释者可以自觉区分宪法规范和道德理想，那么他们就会马上面临我接下来要讲的坏宪法或宪法罪恶的问题。

### 三、坏宪法或者宪法罪恶的问题

1842年的普利格诉宾夕法尼亚州是一个少为人知的美国最高法院判例，<sup>32</sup>我第一次真正阅读此案例还是在哥伦比亚大学访问期间，我选择旁听了一位年轻黑人教授的基础宪法课。在这里讲述这个案件（而不是众所周知的斯考特案），很大程度是因为这一案件的故事已经可以自己说明自己，它所展示出的宪法解释和道德律令的两难生动地展示出本节所要处理的坏宪法问题。

普利格是一位职业捕奴者，他们这些人在美国内战前受雇于南方蓄奴州的奴隶主，跨州进入北方自由州抓捕为自由而逃亡的奴隶。我们今天当然可以从道德上谴责这一职业，但不要忘记，在美国内战前，他们都是在依法办事。奴隶制这个词虽然没有出现在1787年的费城宪法内，但原初宪法对奴隶制的保护却是毋庸置疑的，因为如果不在奴隶制的问题上进行妥协，南方蓄奴州就失去了继续留在联邦内的理由。根据美国宪法的规定，在1808年之前，国会不得立法禁止进

---

了。

<sup>30</sup> Henry Monaghan, *Our Perfect Constitution*, 56 *NYU Law Review* 353, (1981).

<sup>31</sup> 桑斯坦在书中区别了四种宪法解释立场，分别为“基础主义者”、“最小主义者”、“完美主义者”和“多数主义者”，参见 Cass Sunstein, *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, Basic Books, 2005.

<sup>32</sup> *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. 536, (1842).

口奴隶的贸易，而且第 5 条的修宪条款明确规定在 1808 年之前的修宪是不能改动这一条的，简言之，奴隶进口贸易是“二十年不变”的。此外还有著名的五分之三条款，该条款规定在分配各州的众议院席位时，黑奴可计算为五分之三个白人，这实际上让联邦政府的三个分支在内战前不适当地倾向于南方力量，甚至导致了所谓“弗吉尼亚王朝”的出现。而对普利格这些捕奴者来说，最重要的是宪法第 4 条第 2 款内的逃奴条款，该条规定奴隶逃亡进入自由州后并不因此免除其奴役状态，而国会更是在 1793 年根据宪法的逃奴条款制定了《逃奴法案》，该法授权奴隶主抓捕逃亡的奴隶，他们应将抓获的逃奴送往联邦法官或州治安官处，一旦表面证据成立，官员就签发证明公文。因此，普利格实际上是在根据宪法和国会立法来依法抓捕逃奴。

普利格案中的逃奴是一位名叫玛格丽特·摩根的黑人妇女，她出生在马里兰州，经当时主人同意，玛格丽特与她的自由黑人丈夫杰瑞·摩根迁居自由州宾夕法尼亚，在那里生儿育女，居住有年。但 1837 年 2 月，普利格及其同伙在玛格丽特原主人的继承人的委托下，跨越州境进入宾夕法尼亚抓捕玛格丽特及其子女。宾夕法尼亚州在联邦最高法院的律师讲述了这个“令人心碎”的案子：普利格及其同伙在一个下着雨夹雪的寒冷冬夜闯入玛格丽特的家里，将她们全家人绑在一架没有遮挡的马车上，直接赶赴 15 英里外的治安官家里，请求证明函。在这之后，普利格释放了杰瑞·摩根，将玛格丽特及其在自由州内所生的子女强制带往马里兰州贩卖。普利格的行动虽然有宪法和国会立法为依据，但违反了宾夕法尼亚州在 1826 年禁止在返还逃奴过程中私力救济的立法，因此被判有罪。

案件最终打到了联邦最高法院，最高法院判定：（1）美国宪法授予奴隶主以自助抓捕逃亡奴隶的权利，可以强行遣送他们所认定的逃奴；（2）国会有权制定 1793 年的《逃奴法案》；（3）宾夕法尼亚州的立法，要求奴隶主和职业捕奴者在遣送逃奴之前应得到州法院的许可，这超越了州所固有的治安权力，夺占了国会特有的州际贸易调控权，因此违宪无效；（4）推翻了宾夕法尼亚州法院对普利格的定罪。

以上所总结的法院意见出自斯托里大法官的手笔，他至今仍是美国法律史上的殿堂级人物，人们并未因他在普利格案中的判决而将他钉在历史的耻辱柱上。到访过哈佛法学院的人可以发现，斯托里的雕像（由其子威廉·斯托里所塑）至

今还树立在哈佛法学院图书馆的入口处，而他所写作的《美国宪法评注》至今仍在出版，并且早已有了中译本。<sup>33</sup>斯托里来自美国废奴运动的大本营波士顿，曾在巡回审判期间谴责奴隶制，并在一个案件中认定奴隶贸易违反了国际法。在普利格案中，我们仍可看到，虽然可以在道德或国际法的意义上谴责奴隶制、奴隶贸易或自助捕奴，但宪法对此却是无能为力的。威廉·斯托里后来曾为其父提供了一个很隐蔽的辩解，他认为，斯托里之所以判定州的政治和司法过程不应干预奴隶主的捕奴行为，乃是希望由联邦法官来进行逃奴身份的判定，但当时联邦法官人数有限，巡回审判让他们居无定所，通常是“可遇不可求”的，因此《逃奴法案》实际上就无法合法地执行。<sup>34</sup>而且，斯托里本人是约翰·马歇尔的忠诚信徒，是一位坚定的国家主义者，在美国内战前联邦和各州对抗的大背景内，他的判决也可以解读为地方政府无权干扰联邦法律的执行。<sup>35</sup>

我在这里讲述这个案例，既不是为了展示美国宪政的黑暗面，也不是为了证明美国法的政治或阶级偏见，而是为了折射出坏宪法或宪法罪恶问题：一旦区分了宪法论证和道德论证，它就实实在在地摆在我们面前，不容回避。奴隶制必定是美国宪政史上最大的道德罪恶，林肯曾经说过：“如果奴隶制不是错误的，那么就没什么是错误的。”但林肯同样也说过：“我们决不可干预已存在于蓄奴州的奴隶制，因为宪法禁止这么做。”这当然不能理解为林肯的自我分裂或转向，而是林肯作为一位宪政主义者自觉区分了道德判断和宪法解释。<sup>36</sup>而在罗伯特·卡沃的经典著作《被诅咒的司法/正义》中，他生动地刻画了美国内战前联邦法官这个群体在道德良知和实证法规范之间的两难。<sup>37</sup>因此，普利格案所提出的不仅是州际贸易、奴隶制或人身自由的问题，就这些并不代表着道德胜利的案件来说，它们折射出的是任何一种宪法体制都必须面对的问题，究竟如何对待坏宪法或宪法罪恶。

关于宪法罪恶的问题，本节在此给出几个初步的判断：（1）在一个多元社会

---

<sup>33</sup> 约瑟夫·斯托里：《美国宪法评注》，毛国权译，上海三联书店 2006 年版。

<sup>34</sup> 如果确实如此的话，斯托里真是用心良苦。但国会于 1850 年通过了一个更具压迫性的《逃奴法案》，授权联邦捕奴委员来进行逃奴身份的认定，根据新法案，如果确认为逃奴，则委员可以获得 10 美元的报酬，反之只有 5 美元，根据这种偏袒规则，捕奴者在 90% 的案例中都得到胜利。参见 Akhil Amar, *America's Constitution: A Biography*, Random House, 2005, p. 263。

<sup>35</sup> 本文对普利格案的讲述，材料基本来自于 Paul Brest, et al., *Processes of Constitutional Decision Making: Cases and Materials*, Aspen Law & Business, 2006, pp. 217-226。

<sup>36</sup> 关于林肯与美国宪法，一个比较好的入门读本可参见 Daniel Farber, *Lincoln's Constitution*, University of Chicago Press, 2003。

<sup>37</sup> Robert Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, Yale University Press, 1975。

内是不可能“完美宪法”的，宪法不可能是一种道德原则的逻辑推演，为了实现共同体的团结，宪法经常要写入妥协和让步，这往往就是坏宪法的政治起源。因此宪法解释者必须学会面对坏宪法，同时也应认识到，试图以自我的道德进步理念来置换宪法之罪恶，往往会造成更大的罪恶，因此宪法解释并不是要去建构一种完美正义的理论。<sup>38</sup>（2）政治理论有助于我们认定宪法上的不公正，但改变不公正的宪法却要经过政治斗争，而并非建构政治理论并以之置换政治世界内的冲突和斗争。因此，宪法的根基就在于这种政治斗争，它规定着宪政史在时间上的延续，而“完美宪法论”却预设着政治时间在制宪那一刻开始，同时也在那一刻宣告结束。（3）宪政主义者很多时候要学会承受一定程度的宪法罪恶，因为宪法罪恶根源于妥协，而原初的妥协通常是为了宪政在时间原点上的确立，就此而言，我们可以认为在宪法安定（peace）和宪法正义之间存在着取舍关系。马克·格莱布甚至认为，由于现代武器的破坏力，今天的宪法理论家更应该要去思考能否以宪政正义为名来破坏宪法安定。“宪法罪恶的问题就在于，尽管存在这些深层的不同意见，我们为何、如何以及是否能形成并且维持政治共同体”；“宪法罪恶问题的实质在于，一个共同体的公民为了享有宪法统一的好处，可以容忍多大程度的罪恶”，“宪法罪恶的问题在于，公民何时并且是否应该为那些不为宪法文本或历史所明确指令的邪恶实践提供保护，从而容纳起超过宪法所必需的更大程度的不公正”，<sup>39</sup>格莱布的阐释非但没有唱出道德高调，现实得近乎残酷，表达的是一种“销蚀的宪法雄心”，但这种现实主义的理解宪法的态度实际上更真切地把握到问题所在。（4）政治共同体应该通过政治斗争实现宪法变革和道德进步，美国只是在打了一场血流成河的内战后才在宪法上取消了奴隶制，但前提在于，我们只有对宪法忠诚，才能在宪法中找到救赎。<sup>40</sup>

#### 四、宪法的时态与宪法学的时态

在结束本文讨论之前，我希望简单讨论一个相关的理论问题，我在此称之为宪法的时态以及中国宪法学的时态问题。

---

<sup>38</sup> 在政治理论中，主导的范式也是罗尔斯为代表的完美论，而阿玛蒂亚·森在其新著内提供了一种有关不正义的比较框架，可参见 Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2009。

<sup>39</sup> Mark Graber, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*, Cambridge University Press, 2006, p. 2, p. 3, pp. 5-6.

<sup>40</sup> Sanford Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, 1988; Jack Balkin, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, 2011.

宪法是一种时间的存在：对于生活在当下的我们而言，宪法必定是一种历史上确立的事物，而它的效力是指向未来的。宪法建构了一个未来政治运转的结构性框架，以限制常规政治决策的限度和范围，这就是政治理论中经常说的“尤利西斯的自缚”。<sup>41</sup>但在讨论宪法的时态之前，首先要明确两个问题。第一是在宪法之前有没有时间，即一种具有政法规范意义的时间。关于这一点，本文认为政治时间是由制宪时刻才开始的，因为制宪意味着一种全新政法秩序的源起，阿玛《美国宪法传》的第一句话就是“*It started with a bang*”，这很形象地说明了制宪乃是政治世界的创世纪，在它之前只有自然时间或者与此在的政治秩序不相干的时间。第二是宪法的时间尺度，较之于普通法律，宪法作为一种高级法是“管长远”，而“非管一时”的，这让宪法成为政治共同体内的多代人之间的代际对话。<sup>42</sup>我经常以邓小平的“五十年不变”为例来说明到底什么是宪法，因为五十年是一个完全超越中国宪法惯例所设定的代际政治的时间长度。

如果我们进入宪法的时间存在形式，尤其是可以打破线性时间观对我们的束缚，那么宪政就并不只是前人控制后人或宪法限定民主政治如此简单的二元性。为了方便我们的讨论，我在此设定两种最极端的政治情形，第一种是完完全全的“活在当下”（*living in the moment*）的政治，第二种是彻头彻尾的“历史的死亡之手”（*history's dead hand*）的政治。一旦把问题以此种非此即彼的方式呈现出来，就可以看到，这两种极端情形都不可能是理想的宪政形态：一个正常的人，如果可以选择的话，肯定是不愿意生活在这两种政治形态之内的。

“活在当下”的政治生活是没有时间性的，它意味着每一刻都是崭新的。如果我们把自由定义为个人偏好的最大化，那么这种状态下的个人生活是最“自由”的，但没有了时间性，这种自由只能是动物的自由，而不是人类共同体的民主自治。而事实上，人不可能完全活在当下，我们每个人每天都进行基于意思表达的承诺，我们在今天的行为选择在很大程度上都要受制于昨天作出的承诺，推而广之，宪法就正是共同体在历史时刻内的承诺。杰斐逊尝言道：“地球的用益权属于当下的生活者，死去的人对其既无权力也无权利”；正因此，杰斐逊建议宪法

---

<sup>41</sup> 参见冯克利：《尤利西斯的自缚》，江苏人民出版社 2004 年版；Jon Elster, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge University Press, 2000。

<sup>42</sup> 代际对话实际上为每一代的参与者创造了一种超越此时此地的利益驱动的激励结构，借用罗尔斯的比喻，代际对话就好比为每一代人搭起了一种“无知之幕”，由此才得以促进以公共精神为导向的宪法变革。例如参见 Adrian Vermeule, *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, 111 *Yale Law Journal* 399, 2001。



应该每过 19 年就自动过期，因为 19 年正是一代人的时间，如果自治意味着基于当下人的意志的统治，那么宪法在理论上应该每 19 年进行一次正当性的延续。但在美国 1787 年宪法生效 19 年时，正是杰斐逊总统任内，而他并没有践行他的理论。<sup>43</sup>我们常说，宪法是那些不能为常规政治所改变的法律，是“祖宗之法不可变”意义上的法，就此而言，宪法不可能是完全活在当下的，在理论上讲不通，真成为现实只能造成政治的碎片化。美国宪法中的“活宪法”论证是以原旨主义理论为参照系的，它是指宪法必须与时俱进，但这里的与时俱进应当建基于每一代人的政治斗争和作为。<sup>44</sup>

活在当下不可能构成一种常态的宪政秩序，或者说它在本质上不符合宪政的定义，这并不意味着宪政就是“历史的死亡之手”的统治。<sup>45</sup>首先，根据现在的民主标准，最早的制宪者很多时候不过是“死去的白人的男性的有产者”。我们读美国宪法史，就能发现很多基于这一理论的批判声音。例如，著名的废奴主义者威廉·加里森就认为美国宪法乃是一部“与死亡的契约和与地狱的协议”。其次，英文中有句格言“过去是一种异国，他们在那里有不同的行事方式”，就此而论的话，宪政如果真是“历史死亡之手”的统治，那么其本身就沦为了一种历时性的“帝国主义”。诺阿·韦伯斯特曾写道：“制定永恒宪法的尝试本身，就预设了一种控制未来时代人的权利，这就好比我们为亚洲的一个民族进行立法，它预设了我们对那些无权立法的人们进行立法”。而且，历史死亡之手的统治不仅剥夺了后世人参与宪法对话的权利，同时也否定了宪政的时间性，因为它认为所有的宪法意义都来自原初制宪的那一时刻，换言之，政治时间在它开始的一刻也即告终结，这在政治理论上讲不通，在宪法实践中也行不通。现代宪法并非绝对不能变，它们都在文本中内设了自我修改的机制。在此之外，宪法能否以及在何种情形下可以超越既定的修宪机制，在人民主权的逻辑内实践一种形式上“违法”的高级法政治，同样是应加以检讨的问题。在此意义上，我们反而可以说，唯一不变的宪法规则就是宪法在变，正如阿克曼的比喻，它是一只航海过程中加以修补的船只。

因此，一种常态的宪政秩序既不可能是“活在当下”的碎片政治，也不可能

---

<sup>43</sup> 引自 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 11。

<sup>44</sup> 关于“活在当下”论述，可参见 Jed Rubenfeld, *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, Yale University Press, 2001。

<sup>45</sup> Adam Samaha, Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation, 108 *Columbia Law Review*, 606, 2008.

是“历史死亡之手”的暴政，而必定是介于两者之间的。但一种理想的宪政秩序应该处于两者之间的哪个具体位置，一个国家的宪政发展史在这一时间性的光谱上呈现为何种结构，这些都是应予以具体分析的具体问题。而在我个人看来，宪政主义者未必要在两种极端状态之间取个安全的中点，常态的宪政秩序至少应该更偏向历史和传统，而非当下和即刻，这一理解乃是基于宪政本身的要义。<sup>46</sup>人类的政治社会之所以需要宪法或确立宪政，主要目的就在于要让政治慢下来，对此时此刻的政治保持一种“清醒的反思”。而在另一条战线上，宪政的时间性可以引领我们具体地进入一个国家的宪政发展史的结构。宪法是一个民族存在的根本法，它作为一种代际对话在时间历程内是如何具体展开的，每个民族必定各有不同。在美国宪政史的研究中，阿克曼的《我们人民》系列已经确立了一种宪政史研究的学术传统。而在人民共和国宪政史的研究中，在我们纪念 82 宪法颁行三十周年之际，如何重新理解 1949 年《共同纲领》、54 宪法、75 宪法和 78 宪法、以及 82 宪法之间的结构性关系，乃是一个在理论和现实中都极有意义的题目。

但为何我们未能认真对待这些问题，一定程度上就在于中国宪法的研究还停留在一般将来的时态上。也就是说，研究者的着眼点是朝向未来的：在一种司法性的宪法解释体制尚付阙如之前，他们不是如美国同行那样编辑、注释或评论法院已经作出的判决，而是希望在宪法司法化得以实现之前，先由学理发展出一整套融贯的宪法解释体系，以此指导未来的宪法解释。<sup>47</sup>他们的工作看起来与美国同行并无二致，但逻辑上却正好南辕北辙，因为宪法的理论应来自于宪法的实践，而不是用宪法的理论来指导甚至规定宪法的实践。当然，我并非反对这种一般将来时的方法本身，只是认为在这种模式的主导之下，我们的宪法研究未能提出——更无论解决——那些在理论和实践上都更为重要的宪法问题：它遮蔽了很多宪法问题，或者用一种司法化范式的回答模式来解答所提出的所有问题。正是在此意义上，我们应该有一部分宪法研究者实现研究时态的回归，将着眼点由将来时

---

<sup>46</sup> 还应注意，宪法内的不同条款可能有着不同的时态，根据桑斯坦的分析，美国宪法中的正当程序条款就是向后看的，而平等保护条款则是向前看的。这是另一层意义上的具体问题具体分析。参见 Cass Sunstein, *Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection*, 55 *University of Chicago Law Review*, 1161, (1988)。

<sup>47</sup> 这种为将来做准备的学术研究存在很多问题。例如，宪法研究者真的能够预见到宪法司法化后会出现何种宪法争议吗，还有更为前置的，宪法真的会司法化吗，真的能司法化吗，真的应司法化吗。就此而言，我们的论述似乎陷入了司法审查制度的迷思。我并不否认中国存在着大量宪法问题，而一种制度化的解决必定有助于中国政治秩序的安定，但问题在于，司法审查是否真的如同一种自动售货机，法律问题在入口处进入，在出口处就得到了解决。如果真的是自动售货机的话，它究竟应该如何设计？至少我个人认为，我们基于司法宪政主义所设想的宪法审查机制，在我们既有的宪制内，更多的可能不是解决宪法问题，它本身就有可能是一种宪法问题。

拉回到现在时以及过去时。而这种回归不仅要求我们避免“套模式”的研究，在本文的论述中，它要求我们自觉地区分宪法理论和道德理论，让宪法理论摆脱道德理论的殖民而独立起来，最终实现两者之间平等的相互沟通。因此，中国宪法的研究者务必更现实地观察中国宪政的实践，在改造宪法之前，首先改造我们的宪法观，惟其如此，我们才能最终写下中国宪法理论的“独立宣言”。