



专题：
法治、宪制及其义理

《北大法律评论》(2019)
第 20 卷·第 2 辑·页 1—23
Peking University Law Review
Vol. 20, No. 2, 2019, pp. 1-23

社会契约为何必要、如何可能？

张千帆*

The Necessity and Feasibility of Social Contract

Zhang Qianfan

内容摘要：社会契约不是宪法本身，而是作为宪法基础及其存在前提的“元宪法”。这部“元宪法”是人民之间达成的基本契约。它在授权制宪立国的同时，规定了国家的基本目的和功能、国家不得侵犯的基本权利以及国家权力结构与运行程序所必须遵循的基本原则。一部正当制定的宪法建立在“元宪法”基础上，直接吸收了社会契约的基本原则与内涵。文章重点论证了建构社会契约的必要性与可能性，首次提出了实验主义契约框架，并回应了针对社会契约的若干质疑，进而探讨了制宪权与修宪权的重新理解与界定。

关键词：社会契约 元宪法 宪法 协调论 制宪权 宪法修正案

一、引言

众所周知，美国联邦修宪难，制宪迄今二百多年只通过了 27 条修正案。针对美国修宪难题，“耶鲁学派”另辟蹊径，提出“超越第五条”的惊世之论。不仅

* 政府学博士，北京大学宪法与行政法研究中心教授，博士生导师。

阿马的两篇论文直言不讳地提倡“第五条之外的修宪”^{〔1〕}，而且阿克曼洋洋三大卷《我们人民》的主旨也是为非正式修宪程序辩护。著名的“二元主义”理论将政治分为常态政治和非常态的“宪法政治”：人民平时会容忍政客和法院的日常政治运作，只有到非常时期——也就是所谓的“立宪时刻”（constitutional moment）——才会亲自出马。^{〔2〕}如果说宪法规范在平常政治下发挥着约束公权力的作用，那么一个民族在非同寻常的“立宪时刻”就不能故步自封了——不仅因为人民亲自出场了，而人民本身并不直接受宪法约束^{〔3〕}，而且这个时候宪法本身就是“被改造”的对象。依据被改造对象的程序去改造它自己，这简直是自相矛盾。以美国1860年代为例，内战前州的总数不超过37个，任何10个南部州都可以对修宪动议行使绝对否决权，而且也确实行使过一次。^{〔4〕}依据南部蓄奴州可以否决的修宪程序去废除奴隶制和“3/5条款”，无疑是与虎谋皮。即便在联邦战胜分离主义势力之后，依据第五条修宪程序通过意义重大的内战后修正案（第13至15修正案）也是困难重重，乃至充满漏洞。^{〔5〕}不论如何，阿克曼认为内战已经彻底改变美国，原来的“各州中心主义”已经变成“国家中心主义”，而这势必意味着建立在州中心基础上的第五条修宪程序已经过时。^{〔6〕}

阿克曼的“二元主义”和法国革命时期西耶斯提出的“制宪权”理论有明显的“神似”之处。西耶斯的名著《第三等级是什么》同样区分“制宪权”与“宪制权”：政府平时受制于既有宪法体制，非常时期即需要人民出场打破旧制度、制定新宪法，因为旧法制早已一无是处、不可修补。事实上，阿克曼的《我们人民》系列虽然讨论的是美国修宪，实际上的潜台词是制宪；每次“立宪时刻”也是美国宪法某个方面的重构，相当于一次小的制宪，因而在这个意义上无须遵从修宪程序即可实现，如同1787年费城会议将修宪变成制宪一样。针对中东欧转型，他还呼吁制宪者必须抓住机会召集公投和宪法大会，而不要沿用先前的体制和程序修修补补，甚至主张由魅力型强势总统来动员民众，以免宪法成为议

〔1〕 Akhil Reed Amar, “Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V”, *University of Chicago Law Review*, vol. 55, no. 4, 1988, p. 1043; Akhil Reed Amar, “The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V”, *Columbia Law Review*, vol. 94, no. 2, 1994, p. 457.

〔2〕 参见阿克曼：《我们人民：奠基》，汪庆华译，中国政法大学出版社2013年版，第334—335页。

〔3〕 参见张千帆：《宪法学导论——原理与应用》（第三版），法律出版社2014年版，第24—28页。

〔4〕 参见阿克曼：《我们人民：转型》，田雷译，中国政法大学出版社2014年版，第14—15页。

〔5〕 同前注〔4〕，第155—245页。

〔6〕 See Bruce Ackerman, “De-Schooling Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, vol. 123, no. 8, 2014, pp. 3111-12.

会多数可以轻易忽略的“软规范”。〔7〕

然而,无论是“制宪权”还是“立宪时刻”,非常态政治的革命逻辑在实践中都是极其危险的。如果说美国立宪仍然是在既有法律秩序之下发生的,那么法国革命则是真正意义的“革命”,制宪脱离了任何既有法律的约束。西耶斯意义上的制宪权是没有、无须也不可能获得法律授权的,“立宪时刻”就是不受任何宪法与法律约束的公民创制运动——或换一种表述,社会契约订立前的无政府“原始状态”。法国革命时期,克莱蒙-托内尔(Clermont-Tonnerre)伯爵告诉制宪大会说:“无政府是可怕而必要的过渡阶段,只有这时才能创造事物的新秩序。”〔8〕问题是,这也正是独裁者滥用公投或宪法大会等大众制宪过程,将威权乃至极权宪法强加于社会的大好机会。两次大战期间,施密特的制宪权至上和“主权独裁者”理论为希特勒的极权统治提供了理论基础。〔9〕当代则有委内瑞拉颇具典型意义的前车之鉴:查韦斯对制宪权的滥用轻易摧毁了拉丁美洲最成熟的宪政体制。〔10〕并非巧合的是,阿克曼本人很重视总统的作用,认为总统提议加全民公投即足以修宪。〔11〕只是不知耶鲁学派在审视了各国非常规修宪和制宪的风险之后,是否还会坚持其激进理论。

当然,激进的主张一般是不会被主流接受的,没有多少人会真的认为宪法规定的修宪程序是闹着玩的,人们还可以公然按照别的程序修宪,尽管对于貌似修宪难产的美国来说〔12〕,通过司法解释等蹊径变相修宪已成现实。毕竟,明文修宪还得严格按照宪法规定的程序;即便修宪程序不合理,也要按既有的修

〔7〕 See Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, 1992, p. 63.

〔8〕 “Committee on Constitution, Canadian Bar Association”, *Towards a New Canada* 6 (1978) quoted in Peter W. Hogg, *Canadian Constitutional Law*, p. 59, n. 42 (Student ed. 2006). See also Kenneth C. Whear, *The Constitutional Structure of The Commonwealth*, pp. 89-113 (1960, reprinted Greenwood Press, 1982). 转引自 Richard Kay, “Constituent Authority”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, no. 3, 2011, p. 735.

〔9〕 See Andrew Arato, “Forms of Constitution Making and Theories of Democracy”, *Cardozo Law Review*, vol. 17, no. 1, 1995, p. 191.

〔10〕 See William Partlett, “The Dangers of Popular Constitution-Making”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 38, no. 1, 2012, pp. 195-196.

〔11〕 例如阿克曼强调,最高法院在作出1954年里程碑式的布朗案判决之后,接下来是靠了艾森豪威尔总统的强力支持才维持了民权运动的宪法变迁成果。同前注〔2〕,第116—118页。

〔12〕 当然,也有人认为二百多年的27条修正案不仅不是问题,而且作为基本法的宪法就应该像美国联邦宪法那样稳定。See Kathleen M. Sullivan, “What’s Wrong with Constitutional Amendments?”, in *The Constitution Project, The Century Foundation, Great and Extraordinary Occasions: Developing Guidelines for Constitutional Change*, 1999, pp. 41-43. 事实上,哈佛学者杰克逊分析了修宪数据之后认为,美国修宪程序本身并不困难,修宪主要难在美国奉制宪者为神明,且联邦宪法不得轻易改动的政治文化。See Vicki C. Jackson, “The (myth of un) amendability of the US Constitution and the democratic component of constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, no. 3, 2015, p. 575.

宪程序去修改修宪程序。这是法治的基本要求,也是宪法稳定性与可预期性的基本保障。然而,围绕修宪程序的争议表明,各方对于宪法定性存在误区。2014年2月,在美国《民权法》实施半个世纪之际,耶鲁大学法学院特地举办了纪念研讨会暨《我们人民》第三卷新书发布会。如果说耶鲁学派坚持“我们人民”是宪法权威的最终来源,全体人民的简单多数即足以修宪乃至制宪,那么在另一个极端,保守自由主义则认为宪法既然是社会契约,其修改需经每个人的同意。例如巴内特认为,“人民”意味着其中的每一个人^[13],但是由于这样的要求显然是不现实的,因而只能限于理性的想象:“如果法律对自由的限制对于保护他人权利是必要的,那么就是公正的,并不需要实际的同意。”^[14]这样一来,保守主义又从每个人同意的极端滑向了仅凭少数人想象即可决定立法或修宪正当性的另一个极端。

问题的关键在于,争论各方在潜意识里都误以为宪法和社会契约是一回事。如果二者并非一回事,则有些问题立即成为假问题。如果宪法就是一部基本立法,那么无论是制宪还是修宪显然都无须也无法获得全民一致同意;而既然宪法不代表全民一致同意的“公意”,因而并不具备“万众一心”的合法性,那么制宪权也就不像西耶斯所说的那样至高无上、不受制约。^[15]因此,要厘清关于制宪和修宪之间的争议,首先必须正确定位宪法和社会契约的关系,并从学理上解决一系列问题:社会契约是否存在?如果存在,它的大致结构和内容是什么?它和宪法之间是一种什么关系?如果宪法并非社会契约,宪法又是什么?修宪权的宪法边界在哪里?制宪权的行使又需要遵循什么原则?

本文明确提出,社会契约不是宪法本身,而是作为宪法基础及其存在前提的“元宪法”(metaconstitution)。这部“元宪法”是人民之间达成的基本契约。它在授权制宪立国的同时,规定了国家的基本目的和功能、国家不得侵犯的基本权利以及国家权力结构与运行程序所必须遵循的基本原则。一部正当制定的宪法建立在“元宪法”基础上,直接吸收了社会契约的基本原则与内涵。文章重点论证了建构社会契约的必要性与可能性,首次提出了实验主义契约框架,并回应了针对社会契约的若干质疑,进而探讨了制宪权与修宪权的重新理解与界定。

[13] See Randy E. Barnett, “We the People: Each and Every One”, *Yale Law Journal*, vol. 123, no. 8, 2014, pp. 2600-01. 在耶鲁研讨会上,阿克曼将这种解读直斥为“无政府主义”,因为它将为任何必要的宪法改革设置不可能逾越的障碍。

[14] *Id.*, p. 2596.

[15] 笔者已较为系统地批判了卢梭的方法论整体主义及其对西耶斯与施密特的制宪权理论之影响,并指出将脱离现实的抽象理论反过来绑架政治实践的内在危险,在此不赘述。参见张千帆:《整体主义的陷阱——制宪权与公意理论检讨》,载《中外法学》2018年第2期,第347—363页。

二、社会契约为何必要

(一) 社会契约与制宪权

“制宪权”概念的提出是宪法政治学上的一个重要贡献,因为它揭示了制宪(constituent)与宪制(constituted)的不同本质以及宪法在整个法律体系中的特殊定位,但是围绕制宪权与修宪程序的争论通常涉及三个相关错误。首先,宪法就是社会契约,因而制宪和立约是同一个过程。其次,作为成文契约的宪法是最高法律,在此之上没有更高的基本规范^[16];如果认定社会契约或自然法只是虚构,也会得出同样结论。最后,“立宪时刻”的制宪权是至高无上和不受约束的权力;制宪是前无古人、开天辟地的革命事件,不可能受到任何既有法律乃至道德规范的约束。虽然西耶斯对社会契约语焉不详,自称承认自然法而没有系统叙述,但他仍然犯了第二和第三个错误。施密特则区分“绝对意义的宪法”和宪法律,但并未清楚表述他的“绝对宪法”和社会契约之间的关系。无论如何,他和西耶斯都从卢梭那里继承了方法论的整体主义,都同样认为代表“政治统一”行使的制宪权是最高而不受限制的。他甚至认为,无法无天的“制宪权”并非止于“立宪时刻”,而是在制宪之后“继续革命”、长期存在,继续主导宪法的解释和实施:“制宪权并非行使一次就完结或被取消了。一种相当于宪法的政治决断不能反作用于制宪权主体,取消其政治存在。这种意志始终与宪法同在,并高于宪法。”^[17]

卢梭无疑是最重要的社会契约论思想家之一,但是他不仅创造了方法论存在严重问题的“公意”概念,而且还强求每部立法都代表对于每个人都一样的“公意”,从而使得普通立法基本上等同于立约;既然在制宪或立法现实中达不到一致同意,那么只能以简单多数取而代之,但在此显然可能发生错误的多数决定,不知为何又从“公意”中继承了其绝对正当性。绝对正确的“公意”赋予制宪权至高无上的地位,而实际上它不过代表多数(至多超多数)而已。显然,即便是超多数也同样会犯错误和滥用权力——或更经常的,让别人以自己的名义滥用权力。1999年,查韦斯借助“制宪权”发动“宪法政变”,短短半年之间即轻易摧毁了历史悠久的委内瑞拉宪政体制,足以显现“制宪权”滥用的危险。^[18]

在现实制宪过程中,制宪权概念仍然可以有用,只是必须获得重新认识,丢

[16] 当然,某些国家宪法可能受制于国际规范,典型的例子是欧盟条约以及某些规章与指令对所有成员国直接适用并具有最高效力,尽管德国等某些成员国法院坚持认为国家宪法是其管辖范围内的最高规范。See Dieter Grimm, *The Constitution of European Democracy*, Oxford University Press, 2017, pp. 53-55.

[17] 施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第86页。

[18] 参见张千帆:《作为元宪法的社会契约》,载《比较法研究》2018年第4期,第157—175页。

弃方法论整体主义笼罩在其上的神秘光环及其在权力场域的放荡不羁,并认真探讨制宪权滥用的可能性及其控制依据和机制。要认真对待制宪权,必须谨慎设计制宪程序,让制宪过程既能充分代表民意,又能有效防范这种特殊权力被查韦斯这样的民粹主义势力利用。西耶斯的“制宪权”与其说是提出了一个暗含无限权力的概念,不如说是提出了为何、以何、如何约束制宪权的问题。制宪权之所以被认为不受任何约束,唯一可能的正当性辩护在于它代表所有人意志的“公意”;一旦“公意”祛魅之后,制宪权也回归平常——它并不是任何绝对意义上的神圣权力,而只是某个特定时刻基于某个多数共识而制定基本法或宪章的权力。但设想一下,革命之后,旧制度被推翻,新宪法还有待制定出来,用什么来规范和限制有限的制宪权就成了一个亟待处理的现实问题。

一个自然的答案是社会契约,但是这个答案引发了更多的问题。首先,老生常谈的看法是把宪法就当作社会契约。近年来,这种观点受到越来越多的质疑和挑战,但挑战的论据本身往往混淆了二者的不同性质。其次,如果社会契约并非宪法本身,它是否存在?或者说,如果说卢梭等人用“公意”来建构社会契约的努力被证明失败了,是否还可能并有必要维持这样的理论建构?最后,如果仍有可能和必要建构社会契约,它大致具备什么样的结构?对现实政治中的制宪与修宪又发挥什么实际作用?本文以下即尝试回答这些问题。

(二) 契约与同意

金斯伯格教授指出,虽然“社会契约”只是一个“隐喻”,并不能真的和两三人之间的法律契约相提并论,这个隐喻在现代宪政思想中一直发挥着核心作用,形成了当代宪法的规范基础。^[19] 质言之,社会契约论表达了一个中心思想,那就是国家建构必须获得人民的同意。^[20] 社会契约论之所以具备不可替代的必要性,首先是因为国家的形成从根本上改变了所有人的生活方式,使之从自然状态进入到文明状态,因而国家在道德上有义务听取每个人的意见并征求其同意。征求所有人的理性同意是立国的基本道义要求,也是国家正当性的终极源泉。尤其重要的是,尽管人类文明的进程是不可逆的,国家的产生在事实上不可避免,但是否获得每个人的同意直接决定了国家的性质、形态、目的和功能。如果一个国家在立宪时刻即可不尊重人民的基本意见和自由选择,甚至认为国家的存在是对人民的恩赐,那么在这种思维下建立的国家必然是独裁专断的,在立宪起点上就注定不会对人民负责。

[19] See Tom Ginsburg, *Constitutions as Contracts, Constitutions as Charters*, in Denis J. Galligan and Mila Versteeg eds., *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge University Press, 2013, p. 201.

[20] See John Locke, *Two Treatises of Government*, Peter Laslett ed., Cambridge University Press, 1960.

让我们先从天经地义的起点开始——被统治者的同意 (consent of the governed)。如果说这个问题在洛克发表其 1689 年巨著《政府二论》的时候尚有争议^[21]，那么今天显然早已没有争论余地。正如柯勒律治在 19 世纪早期指出的：“如果政府和一伙盗贼之间有任何区别的话，那么就必须获得人民作为被统治者的同意。”^[22]“这构成了主体和奴隶、共和政体与农奴庄园之间的全部区别。”^[23]如果说被统治者的同意是政府之所以正当的必要条件，这里的“被统治者”究竟是谁呢？在民主时代，政府决策必须获得多数人的认可，但是对于国家政体问题，多数人的同意是否已经足够，还是需要每个人的同意？政府是否可以对少数人的不同意视而不见？显然不能。首先，如果一个国家只为社会一部分人服务——无论多数人还是少数人，习惯性地剥夺其他人的利益，那么它肯定是不公正、不合法的，至少对于被剥夺者而言是如此。譬如黑奴和妇女无权参与 1788 年美国立宪，联邦宪法对于他们来说即没有正当性可言，而其中的规定（如五分之三条款以及将黑奴当作“财产”的普遍理解）或沉默（如妇女选举权）对他们显然也是不公正的。其次，剥夺部分人的措施无疑会制造社会对立、加剧社会冲突，与维护秩序与和平的立国宗旨背道而驰。蓄奴问题长期割裂美国社会，直到建国 70 多年后经过一场牺牲 50 万人的血腥内战，才得到部分解决。

最后，多数与少数的分界线往往是变动不定乃至难以定义的；一个政府一开始压迫少数，很可能会很快蜕变为压迫多数人乃至所有人的专制政体。即便被压迫的少数带有明显的标识特征，一旦国家压迫或歧视少数发展成了一种内在倾向，就很难将歧视对象锁定为特定群体。事实上，不尊重弱者是一种“丛林习俗”；这种习惯产生的后果往往并不局限于特定的弱势或少数群体，而完全可能蔓延到其他人乃至所有人。如果宪法制度设计没有征求和尊重社会所有力量的意见，变成掌握制宪权的某一方力量强加于社会的结果，那么即便设计得再合理，如此立宪建国从一开始就孕育了危机，自身不可能长久稳定，也不会给社会带来长治久安。

法国革命就是一个经典范例。如西耶斯在其著名檄文《第三等级是什么？》中正当要求的，大革命的初衷只是要求取消贵族特权^[24]，但很快就发展成一个小集团控制的雅各宾暴政；革命运动一开始只是针对“一小撮”贵族，后来波及革命阵营内部的不同派别，最后直接针对激进派自己。国王被送上断头台后不

[21] “Men are naturally free, and Examples of History showing that the Government of the World, that were begun in Peace, had their beginning laid on that foundation, and were made by Consent of People.” *Id.*, p. 346.

[22] S. T. Coleridge, *The Friend* (4th ed.), 1844, pp. 235-236.

[23] S. T. Coleridge, *On the Constitution of Church and State*, 1839, pp. 15-16.

[24] 参见西耶斯：《第三等级是什么？》，冯棠译，商务印书馆 1991 年版，第 21—49 页。

久,革命恐怖的始作俑者罗伯斯庇尔也步其后尘。讽刺的是,1789年法国《人权宣言》是一部伟大的文件,看上去很像一部精简的社会契约,因为其中的每一条都可以说是契约原则。^[25]然而,革命精神和社会契约是如此对抗,以致《人权宣言》一直没有任何法律效力,直到1971年第五共和的宪政院在—项里程碑决定中适用了宣言。^[26]这个结果是戏剧性的,却并不令人惊讶,因为革命一开始就不是一场立约运动。^[27]在本质上,暴力革命和社会契约是截然相反的立国基础;如果说革命的根本是一群人推翻另一群人的统治并取而代之,那么社会契约则要求获得所有阶层的同意。

因此,如果少数人的同意也是维持合法政府的要素,那么这实际上意味着国家不能先验地排除其管辖区域内任何人的同意。哪怕只把一个人排除在外,也将摧毁整个同意原则,进而将国家建立在蔑视个人尊严、纵容公权傲慢、不对任何人负责的专横习俗之上。这是因为个人不只是一个具体的人,而是一系列相关特性的综合——性别、种族、信仰、出生、阶级、地域……换言之,一个人实际上代表了具备某些特征的一群人,排除一个人即等于排除一群人。假如在立国过程中可以排除任何一个人的同意,那么也就可以理所当然地排除和他类似的一群人,并把制宪方案强加于他们之上,而这已被证明违背了同意原则。即便这群人只是人民中的极少数,这部契约对于他们来说也无疑是没有合法性的。既然人民的同意是国家正当性的基本要求,那么也就不存在任何先验的标准将任何人排除于此要求之外。

当然,实践中不可能在物理上征求每个人的同意。如果“秀才遇到兵”,有人就是满不在乎加入什么契约,拒绝严肃考虑相关问题并解释其不同意的理由,那么社会将不得不忽略他们的缺席或无厘头反对。社会契约是在广泛的公共对话中谈判协商形成的,利益立场不同的各个群体就基本事实、价值及可能

[25] 《人权宣言》只有17条,大意总结如下:(1)自由和平等权利;(2)自然权利,财产与安全;(3)主权在民,权利来自主权授予;(4)只有法律才能设定自由的边界;(5)法律只能禁止对社会有害的行为;(6)法律是“公意”,平等保护、对公共职位的平等机会;(7)刑事正当程序;(8)惩罚与犯罪严重程度成比例;(9)无罪推定;(10)表达包括宗教意见在内的自由;(11)言论自由,法律规定边界;(12)军队只能为所有人的利益而设立;(13)在公民中公平分配财政负担;(14)决定税收和获知其用途的权利;(15)行政责任;(16)分权对于宪法而言必不可少;(17)财产神圣不可侵犯,征收要求公共利益与事前公正补偿。

[26] See John Bell, *French Constitutional Law*, Oxford University Press, 1992, pp. 239-242.

[27] 在此并非要批评法国革命本身没有沿着立约的方向展开,因为长达数个世纪的中央集权早已摧毁了立约的制度与文化条件。参见 Alexis de Tocqueville, *The Old Regime and the French Revolution*, Stuart Gilbert (trans.), Doubleday, 1955, pp. 32-40.

后果进行自由辩论^[28]；各方都对其同意或不同意提供理由，直到穷尽所有理由。如果最后有些人对其反对意见提不出可接受的理由，那么他们继续反对也不会被认为构成有效的不同意。^[29] 同意原则意味着社会某些人对于建立国家表示有理由的同意，且没有人对其不同意提供了可合理接受的理由。^[30]

譬如一个人拒绝接受立国契约，因为他认为自己“一如既往是天才”^[31]，完全有能力打理自己的一切，那么我们可以提醒他回到“自然状态”的可怕后果；霍布斯早已将这种状态下的悲惨生活描绘得淋漓尽致：“孤独、贫困、龌龊、野蛮、短命。”^[32] 如果他继续坚持过于乐观的人性假定，却对其立论提不出事实与理由，那么他的反对将不被认为是可合理接受的。由于显而易见的后果，对国家的简单拒绝是不可理喻的。这也是为什么社会契约论的批评者认定国家是必需的，并非自愿契约的产物。^[33] 然而，如果有一个富人出于自身利益而反对高税与福利挂钩的制度安排，那么这种反对可被推定是有理由的，因为这种安排确实可能伤害他及其所在群体的利益。我们可以尝试说服他在道德上有义务资助穷人，或他自己最终会因为福利政策减少犯罪并节省企业运营的社会成本而得到好处，但是如果他仍然没有被说服并提出了可合理接受的理由，那么我们只能说在这个问题上并未达成社会契约，尽管社会福利体系仍然可以通过普通立法建立起来——因为他在同意建立国家的时候即已经同意将社会的日常管理委托给民主立法程序。

虽然同意 (consent) 本身未必需要契约，但社会契约对于同意立国来说是必不可少的，因为这里必然涉及权利与义务的交换。我们可以同意今天下午一起去爬山，因为我们每个人都想这么做，而这种同意并不需要什么契约。但是如果我们想在一起长期和谐生活，我们必须相互承诺放弃除了正当防卫之外的武力，并服从国家法律的统治，尽管某些法律的适用对于某些人来说未必直接有利。如果这个基本承诺可以从国家政权的内在必要性中推断出来，那么我们

[28] 对于商谈理性在制宪中的运用，See Jürgen Habermas, “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory*, vol. 29, no. 6, 2001, pp. 776-779. 关于法律本身是立法、行政、司法部门内部与之间的永恒对话过程，参见张千帆：《法律是一种理性对话——兼为司法判例制度的合理性辩护》，载《北大法律评论》2003年第5卷第1辑，第69—100页。

[29] 对于此类对话的一个范例，参见阿克曼：《自由国家的社会正义》，董玉华译，译林出版社2015年版。

[30] 斯坎农把“合理接受”表述为更为消极的“不会合理排斥”原则，See T. M. Scanlon, “Contractualism and utilitarianism”, in A. Sen and B. Williams, *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, 1982, p. 110.

[31] 特朗普总统曾在一次电视出镜中，回应反对者说自己是 stable genius.

[32] Thomas Hobbes, *Leviathan*, Penguin, 1968, p. 186.

[33] 例如对于戈德温的观点，See J. Gough, *The Social Contract, The Social Contract: A Critical Study of Its Development* (2nd ed.), Clarendon Press, 1957, p. 200.

仍然需要就立国原则进行谈判并达成协议。譬如我们想生活在一个宗教自由和政教分离的国家,那么不同信仰的个人就必须相互商谈并达成协议:我不把自己的信仰强加于国家作为正统,以换取你的类似承诺。在这种情况下,只有通过立约过程才能达成同意。当然,在实践中不可能通过两两谈判,而是通过每个群体的领袖或代表之间谈判,而每个成员都信任其领袖或代表以他的名义谈判并形成妥协方案。譬如南非结束种族隔离后的立宪谈判就是首先在主要政党之间进行,目的是达成基本和解与共识,进而在没有大众广泛参与的条件 下制定了一部临时宪法,作为后来永久宪法的原则和基础。^[34]

综上,同意原则隐含了一个社会契约;如果没有契约,国家及其宪法就失去了可靠的合法性基础。社会契约往往是暗含的,人民对统治国家的基本原则可能只有一个默示同意(tacit agreement)。如果连默示同意都不存在,或人群中相当部分都拒绝接受契约原则,宪法文本仍然可能规定了契约原则,但这类规定通常是无意义、无效力的。如果社会契约不存在,那么国家统治就失去了人民同意,统治合法性也就不存在。

三、社会契约如何可能

然而,社会契约需要每个人的同意。在现实中,这又如何可能呢?首先需要说明的是,这里所指的社会契约和宪法一样,是真实——至少可以真实发生——的契约,而不是像卢梭或罗尔斯提出的假想契约。这是因为我们要用社会契约来指导现实中的制宪过程,因而不能再用“公意”“政治统一体”之类子虚乌有的空想来误导现实。我们宁可承认社会契约的现实不可能性,也不能通过理论抽象的“捷径”制造出一个虚构的社会契约。如果不得不进行理论抽象的话,那么我们的理论必须保持谦逊、远离神话、贴近现实。总之,我们需要一个现实主义的宪法世界观。

(一) 怀疑主义与实验主义认知框架

在1919年的“抵制征兵第四案”^[35],霍姆斯大法官的著名反对意见即提供了这样的现实主义视角。这个判例的背景是关于美国《联邦宪法》“第一修正案”中的言论自由。当时正值第一次世界大战,同情苏维埃的左派工运势力在美国发展迅猛,并频繁激烈抵制美国参战。联邦与各州出于对“红祸”的恐惧,制定了一系列法律来惩罚左派言行。这些法律是国会多数制定的,代表当时美国社会多数的“公意”,但是即便“公意”也可能是错的。霍姆斯认为,国家对政治言论的限制和惩罚违背了“第一修正案”,因为再自信的“真理”也不是绝对正

[34] See Rosalind Dixon, “Constitutional Drafting and Distrust”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, no. 4, 2015, p. 819.

[35] *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616(1919).

确的，法律所代表的多数人意见显然可以犯错。因此，国家可以强迫公民守法，但法律不得限制人民的自由表达：

一旦人们理解，时间曾推翻过一度富有战斗力的许多信念，他们终于……坚信：他们所期望的至善，最好通过思想的自由交换获得；对真理的最佳检验，在于思想在市场竞争中获得接受的力量，并且这项真理是其愿望得以实现的唯一基础。无论如何，这是我们的宪法理论；它是一场试验，正如任何生活都是一场试验。每年每月，我们都必须把命运押在对未来的预见之上，而这种预见必然基于不完善的知识。

以上这段文字表达了霍姆斯的怀疑主义和实验主义宪法观。法律是什么？法律就是一个基于现有知识和愿景的临时解决方案。我们知道目前的知识和愿景都是不完美的，但是社会亟须法律的规范，我们别无选择，只有制定明知不完善的法律并立即付诸实施；在实施过程中，我们会发现当下法律的弊端和更好的解决方案，再按照调整后的认知和愿景不断修改立法……不论我们是否认同现行法律，所有人都同样受其约束，因为社会不能一日无法，法律适用显然不能取决于个人认同。然而，这只是一个不得已而为之的办法；法律之所以对所有人都有强制力，是因为有法胜过无法，而不是因为像卢梭定义的那样，法律代表“公意”，“公意”就是“正确”的。^[36] 这是为什么全体公民都有服从法律的义务，但也都有批评法律的自由。这正是霍姆斯的反对意见所表达的中心思想：法律只能管制行为，至多包括和有害行为一样会产生“清楚与现存危险”的言论，而不能触及一般的言论，尤其是批评法律和政府的政治言论。“抵制征兵系列案”本身即以事实证明，法律显然是可能错误的，多数人的意志也可能是错误的。在联邦最高法院，霍姆斯等法官关于言论自由的精彩论证长期是少数意见，直到将近半个世纪之后才转变成多数意见。^[37]

以实验主义与怀疑主义的宪法观来看，公意论将多数人通过的法律设定为“正确”简直是一个玩弄文字游戏的笑话。多数人的判断当然可能错误，真理完全可能掌握在少数人手中，怎么能按多数—少数作为划分正确—错误的绝对标准呢？按照孔多塞的“陪审团定理”，如果可以假设每个人的判断力大致均等，且正确判断的概率超过 0.5，那么判断错误的概率和人数的平方根成反比。^[38] 换言之，在此前提假设下，人数越多，正确的概率确实越高，多数人判断比少数人判断更可能正确——然而，也只是更可能而已，显然不可能绝对正确。这也

[36] See Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract*, D. A. Cress trans. & ed., Hackett, 1987, p. 86.

[37] 同前注[28]，第 80—90 页。

[38] See Marquis de Condorcet, “Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making”, in Keith Michael Baker ed., *Selected Writings*, Bobbs-Merrill, 1976, p. 44.

正是民主选举制度和代议制的认识论基础；我们知道多数人可能会犯错误，但多数人判断是目前所能取得的最可能正确的结果，因为多数人犯错的概率毕竟比少数人更小；但我们知道多数人的法律方案也是不完美的，因而必须永远为批评、改造和进化保留充分的自由空间。

当然，多数主义民主只是暗含于霍姆斯的上述实验主义框架之中，孔多塞“陪审团定理”的成立也是有条件的，显然并非什么决定都是人数越多越正确。关键在于，判断者对自己判断的对象究竟是什么必须充分知情，判断正确的概率必须至少比一个醉汉扔骰子碰对的概率更高，孔多塞的逻辑才成立，多数人的集体判断才具有压倒少数的正当性。这就要求言论自由和信息交流获得可靠的制度保障。即便如此，仍然需要区分不同领域的决策。有些领域涉及艰深的专业知识，特定领域少数专家的判断显然要比一头雾水的大众投票更可靠。譬如，我们显然不能依靠非物理专业的一般读者来决定爱因斯坦—波尔之争的胜负。^[39] 宪法和法律解释或许是另一个范例，法治国家的通行实践是委托法官等法律人去做。有些问题未必涉及多么专业的知识，却牵涉一系列常人不甚关注的长远后果。譬如，英国“脱欧”涉及国家之间的贸易、财政等合作关系，在一般公民并不充分知情的情况下贸然诉诸“公投”显然并非明智之举。另一方面，某些问题更多涉及利益、偏好、价值立场而非专业知识或复杂事实，但凡身处其境的人都知道自己的切身利益所在，因而也都知道如何保护自己 and 集体的基本利益。譬如，村民可以目不识丁，却完全有能力选举产生自己信赖的村委会主任。在某些情况下，“三个臭皮匠赛过诸葛亮”确实成立。譬如，陪审团制度本身表明，除去法律解释的专业知识，普罗大众对案件事实的判断可以胜过一位睿智的法官。霍姆斯本人无疑是一位睿智的法官，但他对多数主义民主的尊重是毋庸置疑的。在1905年的另一个著名反对意见中^[40]，他明确反对最高法院通过司法审查这个宪法工具，用保守法官的主观思维来捆绑民主立法决策的手脚。

因此，“陪审团定理”的成立确实是有条件的，但是这并不否认某种集体决策的必要性。即便睿智如爱因斯坦，也不能违背“任何人不能做自己案件的法官”的法治规律，而是要把和自己相关的争议交给适当专业团体的自由判断。现代社会是复杂的，直接民主确实不是什么好主意，但这显然不意味着国家决策可以委托个人独裁。个人决策的错误风险实在太高，选拔标准又高度任意。且不说每个人都有自己的偏好，如何保证这个人能够可靠地代表所有人的偏

[39] 事实上，对于两位物理大师之间的争论，物理学界本身还没有定论。参见 Manjit Kumar, *Quantum: Einstein, Bohr and the Great Debate About the Nature of Reality*, W. W. Norton & Co., 2010.

[40] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

好？如何解决布坎南和塔洛克在《同意的计算》中所要平衡的决策错位成本问题？认知难题就足以使得某种民主决策成为必需——去哪里寻找又如何鉴别这么英明至善、大公无私的中立“决断者”？多数情况下，尤其在经过正常的公民教育和自由交流之后，普通民众至少有能力选举代表自己利益的立法者。这是总体权衡之后决策成本最低、错误概率最小的制度选择。^[41]至于哪些决定由公民自己做出、哪些由选举产生并对选民负责的立法者做出、哪些又由相对独立的法官做出，属于具体的制度设计问题。不论谁来决定，所有决策都可能出错，立法者和法官也不例外，而制度设计的目标无非是把决策错误的成本降低到最小。

（二）实验主义契约观

法律是如此、司法判决是如此，宪法及其解释也是如此，甚至社会契约也不例外。人天生是不完美的，凡是由人创造的东西也注定是不完美的，都需要在批评、辩论、妥协过程中不断改进。这或许是我们唯一能达成的共识：我们需要一个国家，没有谁愿意生活在霍布斯所说的“孤独、贫困、龌龊、野蛮、短命”的自然状态^[42]；每一个国家都需要一部保障人民权利和规范政府权力的宪法，因为我们同样不愿意生活在一个政府权力无边无际、个人权利不受保障的国家；我们知道任何宪法方案都不可能让每个人满意，分歧几乎是必然的，但既然必须基于现在的认知、愿景和共识制定一部宪法，我们只能通过合理的制宪程序制定一部让最大多数人满意的宪法。这部宪法注定是不完美的，宪法缺陷只有通过一个尽可能合理的修宪程序不断完善。

建立在实验主义世界观的基础上，以上认知就是我们可以共享的社会契约，这种共识是在现实世界中可能取得的；在此普遍同意的基础上，通过某种符合民主原则的过程制定宪法、建立国家。在这个意义上，社会契约不是宪法本身，却是宪法得以产生的社会基础，不妨称之为“元宪法”（metaconstitution），意指在宪法之前或之上，如同形上学（metaphysics）在物理之前或之上。^[43]宪法则是落实社会契约的一部授权立法，代表着形成基础共识的人民对国家的委托（trust）。我之所以同意制定这部宪法，尽管未必能亲身参与制宪，那是因为我基本上能够信任负责行使制宪权的机构及其过程；即便我亲自参与，多数选民也可能投票通过一部我认为瑕疵甚多的宪法。但是用霍姆斯的话说，这是一场不断持续进行的宪法“试验”。只要这部宪法保留了自由讨论和修改的可能

[41] See James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, 1962, pp. 63-81.

[42] *Supra* note [32], p. 186.

[43] 事实上，亚历山大教授多年前曾提出过这个概念，将“元宪法”作为宪法的大原则，只是未加以深入探讨。See Larry Alexander ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998, pp. 2-3.

性,我还是会支持它,因为我毕竟从中得到了许多好处,而我还有机会使之变得让自己更满意。因此,社会契约之所以成为一部契约,是因为每个人都有得有失,而总的来说得大于失;自由民主政体对我来说是总体有利的,尽管不能避免某些立法或政策对我不利;即便遭遇这样的立法,我也选择服从宪法以及依据宪法程序产生的法律结果,同时保留批评和反对的权利。

由此可见,社会契约本身也注定是一部不完全、不完善的基本契约;它与其说是一部成形的契约,不如说是一个不断完善和进化的立约过程。任何国家都不可能宣称自己已经达成了近乎完善的社会契约。事实上,每一代人都拥有权订立自己的社会契约,但这是一个极为艰难而复杂的过程,因而每一代人的契约都必然建立在已有契约的基础上,围绕自己的焦点问题修修补补。不论如何,是否存在一个全民同意的基本契约框架,直接决定了一个国家的历史和未来命运。任何国家的决策都会出错,程序、制度乃至契约本身也都可能出错;实验主义契约的目的正是要永远保留自由试验和纠错的机会,杜绝无可挽回、不可纠正的错误,尤其要谨防委内瑞拉的悲剧重演,防止任何人以行使“制宪权”等名义摧毁自由立约和试错的制度。

实验主义契约观也有助于让每个人都保持谦虚、务实、宽容的态度,远离自以为是以及崇拜绝对正确和无限权力的习惯,而这类习惯对人类的和谐生存有害无利。除了每个人都能理性同意的社会契约之外,绝大多数国家决定都注定存在不同意见,因而每个人都应当理解,治国就是一场结果未知的试验,某个多数通过的法律绝非唯一绝对正确的解决方案。无论是多数意见还是少数意见,都有可能错误,因而唯一理性的态度是在尊重对方的基础上行使自己的言论自由和民主权利,而非认定某个绝对正确的立场而赋予其至高无上的权力和道德正当性。即便自己的立场一时被证明“正确”,也要保持宽容和开放的心怀面对未来。这正是霍姆斯在“抵制征兵案”的著名反对意见中所表达的言论自由精髓。

四、批评与回应

综上,我们所说的社会契约并非具体的宪法安排,而是建立在怀疑主义基础上的实验主义宪法世界观。每个人都能同意的普遍共识仅限于:(1) 建立一个国家并共同生活在其律法之下,(2) 国家需要履行某些基本职能,(3) 国家不可侵犯某些基本权利与自由,(4) 国家形态和权力结构须符合某些基本原则,(5) 制宪和修宪程序须使宪法文本具备足够正当性,并为今后的改进留下足够自由的空间。以上五点构成了社会契约的“原型”(prototype),或者说是每个国家实现善治的基本必要条件。换言之,一个国家要实现长治久安,必须就以上五点达成基本共识。如果能在此基础上达成更多共识,当然更好。但在

立宪实践中，许多国家离如此基础的社会契约都相距甚远，有的国家可能永远都不能接近满足以上条件，甚至连第一个条件都满足不了。如果这样，社会契约只能说是为制宪提供了一个可望而不可即的目标，国家宪法就在契约欠缺的条件下产生了，因而注定带着致命的缺陷。但如果幸运的话，至少有的国家可以接近满足全部五个条件，或至少在行宪过程中不断反思并重新塑造社会契约。

（一）批评与挑战

数百年来，社会契约论自提出后即不断受到各种质疑和挑战。^[44] 归纳起来，这些质疑大致分为三类。第一，社会契约在理论或逻辑上是不可能的；第二，社会契约在历史上是不现实的，只能算一个纯粹的假想虚构；第三，社会契约即便可能现实存在，也是不公正的，因为它让先辈为后代立约，剥夺了人民订立契约的基本自由。

首先，社会契约被认为在理论上不可能成立。其中一个主要困难在于人们因为利益分化而不能达成共识，因而不同版本的契约论都要求个人在立约时刻忘记自己的私利，只考虑公共利益。卢梭指出，“公意”不能有特定的对象，否则就改变了自身的性质：“作为公意，它不能对任何人或事做出决定。”^[45] 罗尔斯的“无知之幕”也要求人们暂且忘却自己的一切特定身份，在推断正义原则时把自己想象成一个抽象的人。^[46] 如果说卢梭的问题在于他的“公意”是一个虚构，那么罗尔斯的“无知之幕”同样是一个假想的“原始状态”，因而即便某些人喜欢这个隐喻及从中推导出来的若干正义原则，也不能证明为什么在一个假想状态下达成的共识能成为指导人们选择的“正义原则”。但事实上，“无知之幕”是现实存在的，因为我们往往不能足够清晰地预见到宪政制度对自己的未来利益所产生的后果。如下所述，尤其当契约所要求的国家制度只是一个朦胧的雏形，制度和利益之间即隔着一层“无知之幕”。譬如除了极少数有能力和野心做总统或总理的政治精英，绝大多数人对究竟采取议会制还是总统制并无直接的利益纠葛，因而完全可能出于公共利益的考虑对国家权力结构的类型达成共识。

除此之外，社会契约论也被认为在逻辑上不能自洽。譬如有人指出，社会契约之所以要建立国家，是因为人们陷于“囚徒困境”，不能自动履行互利契约，因而需要第三方实施；但是这样一来，人们为了实施契约又要建立另一个实施

[44] 高夫教授甚至将社会契约论的雏形上溯至古雅典时代，*supra note* [33]，pp. 8-18.

[45] *Supra note* [36]，p. 33.

[46] See John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 12.

契约,以至陷入无穷循环。^[47]然而,这个逻辑困难并不是一个严重的问题;不仅重复博弈可以解决一次博弈所产生的某些困境,而且人性并非是纯粹理性自私的,道德感、自尊心等某些非理性因素可以帮助解决某些似是而非的悖论。譬如休谟即认为人主要是理性自私的,但也有感恩、同情、友爱等天生的道德情感,并认为它们(而非契约承诺)才是公民义务的基础。^[48]

其次,社会契约被认为是一个“反事实”的历史虚构。休谟早在1738年出版的巨著《人性论》中就明确指出,真实的国家不可能通过社会契约一蹴而就,而是通过约定俗成的惯例逐步形成的。^[49]在习俗论看来,社会契约迄今为止只是一个虚构,并非真实的法律契约,因而也不具备真实契约所要求的当事人明确同意、固定期限、第三方实施等基本要素^[50],可见社会契约论只是一个被用来解释国家起源的假想理论;实践中,这种解释并没有一起成功的例子。但休谟的习俗论本身未必和契约论必然冲突,他只是反对契约论将立约作为突然从天而降的“神来之作”,主张共识和习俗是在漫长的社会交流中逐渐产生的。^[51]在这个问题上,契约论完全没有必要排斥习俗论;无论是社会契约还是私人之间的法律契约,通常是在漫长乃至艰难的谈判过程中形成的。二者更深层次的分歧在于休谟认为正义观本身是习俗的产物,而霍布斯和洛克则把它作为先验存在。休谟认为,“正义起源于人类习俗”,目的是解决原始社群的“某些不便”。^[52]人类通过习俗,逐渐发展了语言、宽容、权利、责任和财产观念。虽然原始人达成了相互承认对方利益的协议,前提是自己的利益也受到对等尊重,但休谟仍然坚持协议并非通过相互承诺达到的,而是通过习俗或同意共同协调自己的行为。^[53]本文并无必要在此深究这些细节,因为社会契约并非严格意义的法律契约,而是在漫长的社会互动过程中产生的一系列明确或暗含的协议,因而在形式上未必和习俗有截然分明的区别。

另外,休谟还反对社会契约论将公民忠诚全部取决于契约承诺所产生的义务,认为“要在自然法中寻找比利益和人类习俗更强有力的政治义务基础”是徒

[47] See S. Voigt, “Breaking with the Notion of Social Contract: Constitutions as Based on Spontaneously Arisen Institutions”, *Constitutional Political Economy*, vol. 10, no. 3, 1999, pp. 283-284.

[48] 这也成为休谟反对契约论的一个理由, *supra* note [33], pp. 177-178.

[49] See David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Ernest C. Mossner (ed.), Penguin Books, 1969, pp. 550, 575.

[50] See Ginsburg, “Constitutions as Contracts, Constitutions as Charters”, in Galligan and Versteeg eds., *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge University Press, 2013, pp. 83-184.

[51] *Supra* note [49], p. 248.

[52] *Id.*, pp. 545-546.

[53] *Id.*, p. 542.

劳的^[54]，而如果社会契约得不到每个人的明确同意，就失去了要求公民守法并服从政府的道德约束力。然而，这其实也算不上什么严重的问题，因为现代契约论所要重点论证的早已不是公民守法义务的依据，而是个人权利和公权限制的起源。

总之，社会契约不是一般意义的法律契约，而是一部国家形成前的“社会”契约，因而重点并非是其的实际效力——它不可能具备实际效力，而只是在理论上确定人民之于国家的权利和义务框架。不少批评者指出，它不像法律契约那样具备第三方实施者。^[55]问题在于，社会契约本来就不是也不应该是法律契约。^[56]既然它是制宪立国的正当性基础，因而在理论（而非实际）上是国家生成之前的产物，社会契约不可能有第三方实施者。虽然现实中的社会契约并非生成于无序“自然状态”，而是制定或修订于既有秩序之中，它也独立于既有秩序之外，因而并不能指望依赖其实施机制，因为社会契约的目的正是改变既有制度，至少是其某些重要方面。社会契约的主要特征在于其“社会”性，意味着契约形成过程是完全自愿和免于国家强迫的。契约只是带有道德义务，各方均被期待履行相互作出的承诺：我不把自己的信仰强加于你，以换取你尊重我的信仰自由；我不通过任何强制手段限制你的言论自由，以换取你尊重我的言论自由；我不歧视你，以换取你对我的平等和公正待遇……社会契约的终点是授权制宪立国，国家会强制实施体现于宪法和法律中的承诺，但这只是立约过程的自然结果。某些人认为纯粹自愿的过程允许随时撤回承诺，因而过于脆弱、不够稳定，不足以凝聚一个民族。^[57]但不要忘记，最终支撑社会契约的是理性；撤回承诺的人有义务提供理由，否则撤回或反对不会被认定有效。

最后，社会契约还被认为是后代不公正的，因为它束缚了每一代人自我立约的自由。不少学者纠结于宪法或契约的时效，譬如为了解释为什么两个世纪以前制定的美国宪法仍然约束今天制定的美国立法，而发明出人民主体的连续性理论^[58]，或把契约解释成上帝和以色列订立的“盟约”（Covenant）^[59]，这些论证均显得牵强附会。事实上，苏格拉底早在两千多年前即已认为，自己从雅典城邦的民主和法治中得到的好处使之和城邦之间产生了一种承诺，因而即

[54] *Id.*, p. 594.

[55] See Russell Hardin, “Why a Constitution?”, in Galligan and Versteeg eds., *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge University Press, 2013, p. 53.

[56] 巴克(Ernest Barker)倾向于称之为“政治”(而非社会)契约, *supra* note 33, pp. 251-255.

[57] *Supra* note 33, p. 198.

[58] See Jed Rubenfeld, “Legitimacy and Interpretation”, in Larry Alexander ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998, pp. 194-227.

[59] See Loren E. Lomasky, “Contract, Covenant, Constitution”, in Ellen Frankel Paul et al. eds., *What Should Constitutions Do?*, Cambridge University Press, 2011, pp. 50-51.

便自己受到不公的死刑判决,也选择服从法律并坚决拒绝逃亡。^[60]洛克和卢梭都将默许当作有效的暗含同意(tacit consent):“一旦立国,居住即暗含同意,在领土上栖居即意味着服从其主权。”^[61]施密特则认为:“人民也许只是单纯地参与宪法规定的公共生活,但从这种参与中已经可以推导出人民的同意,人民的制宪权意志通过这种行动而明确表露出来。”^[62]和协调论类似,暗含同意论有一定的说服力。关键不在于人民是否明确表示同意,而在于赋予人民随时参与立约、立法、修宪乃至制宪的自由。如果人民享有但并未行使这项权利,那么就可合理视为他们默认接受了现有秩序;如果哪一天有人打破了沉默,对某些契约原则表示反对,那么就on应该回到说理和辩论环节,重新检视先前共识的合理性。

一旦形成了基本社会契约,它将适用于国家管辖之下的所有人,包括未参与者和未出生者。事实上,将现有社会契约“强加”于新生代是完全公平的,因为它为其出生和成长提供了一个文明安全的国家。他们长大以后,也许会认为这部契约并非完美,但是生活在这部契约之下显然比没有契约的原始丛林要好得多。他们早年从社会契约之中得到的滋养足以为其服从国法提供理由,而契约的改良也只有在安全和宁静的文明秩序下才能实现。更重要的是,所谓的“强加”绝非永久。一旦新生代长大成熟并成为国家公民,他们有权利也有义务参与属于他们自己的立约过程;他们可以肯定既有的社会契约,也可以决定修订乃至推倒重来。当然,也不要夸大事情的严重性。只要这个世界没有遭遇前所未有的灾难性侵袭,上一代中的积极公民一致同意的社会契约不会那么快过时。历史经验与教训证明,低估前辈的智力一般是不明智的,“暴力推翻所有现存社会条件”^[63]只会比旧秩序更糟糕。更为可行的是,每一代人都从上一代继承了社会契约,并在有所修订之后传给下一代。社会立约和重新立约是一个不断连续的过程,每一代人都有机会在其历史上留下值得纪念的痕迹。

(二) 超越制宪权与协调论

迄今为止,社会契约论对于论证和提供国家正当性、规范并制约国家权力、指导宪法的形成并评价宪法制度的利弊均发挥着不可替代的功能。除了社会契约论之外,解释国家正当性的替代理论主要有制宪权和协调论,但无论哪种理论都不能像契约论那样对制宪过程发挥有效的规范功能。二者都认为社会契约完全是一个隐喻或假想试验,也未曾有任何人宣称它是真实的历史事件。

[60] See Apology, in Plato, *Five Dialogues*, G. M. A. Grube (trans.), Hackett Publishing, 1981, pp. 23-44.

[61] *Supra* note [36], p. 81.

[62] 同前注[17],第101页。

[63] Karl Marx and Friedrich Engels, *The Communist Manifesto*, International Publishers, 2014, p. 44.

然而，虽然契约论或许存在这样或那样需要解决的问题，但这并不表明其他理论或概念即可取而代之。制宪权和协调论分处两个极端，一个假定全体人民积极参与，一个假定全体人民消极“默许”，但各自均不能自圆其说，对于制宪实践也无甚值得称道的建树。

在一个极端，自西耶斯在法国大革命时期提出后，制宪权理论曾红极一时，但自身却有难以克服的矛盾。“制宪权”之所以成为至高无上、不可约束、号令一切的权力，是因为它假定自己是“人民”和“公意”(general will)的合法代表；果真如此的话，这项权力只有在人民订立社会契约的时候才存在。然而，“制宪权”的无法无天恰恰表明，制宪权理论仍然将宪法和社会契约混为一谈，认定在制宪之前并不存在社会契约。^[64] 在实践中，无法无天的“制宪权”已经产生了诸多危害，甚至摧毁了拉丁美洲最成熟的委内瑞拉宪政民主。然而，英国公法学家洛夫林仍坚持认为，制宪权概念对于当下仍有意义。^[65] 但如笔者在别处论证，在被剥离了整体主义光环之后，“制宪权”就是特定超多数立法权的简单指称；虽然这项权力确实和宪制权存在本质差异，但它实际上并不代表全体人民，因而并不具有什么神奇的魔力。^[66] 洛夫林自己也承认，制宪权理论的困惑在于，人民实际上是“不能行使主权的 sovereign 者”^[67]；行使制宪权的人民是高于宪法的主权者，日常生活中的人民又必须服从宪法及依宪创设的法律……其实，这些看起来似是而非的问题都是学者给自己制造的概念陷阱。既然制宪权理论的基础是“人民”“主权”等本身有问题的概念，“制宪权”对于立国立宪造成的问题比其所解决的更多。洛夫林陷于规范主义和决断主义两极之间，提出一个折中的“关系主义”理论，目的是要消解主权与主权者、宪制者与制宪者之间的矛盾关系——人民如何既是制宪者，也受宪法约束。事实上，二者本来并没有什么矛盾。卢梭早已说过，“自由”就是人民自己为自己立法。这是一个制宪权理论给自己制造的难题，即便解决了这样的“问题”也不会给制宪过程提供什么实质性指导和帮助。总之，“人民”“公意”“制宪权”这样的旧概念早已过气，从中已经挖掘不出太多有用的养分，因而在此不再赘述。

在另一个极端，当代学者哈丁继承了休谟的习俗论，并在此基础上发展了“协调论”，指出契约论假设人在自然状态下处于“囚徒困境”的零和博弈，但事

[64] 这是一个常见的错误，而西耶斯自己对社会契约和自然法概念一带而过，并未论述自然法、契约和宪法之间的关系。同前注[24]，第59页。

[65] See Martin Loughlin, “Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice”, in Martin Loughlin & Neil Walker eds., *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, 2007, pp. 2-3.

[66] 同前注[15]，第347—363页。

[67] *Supra* note [65], p. 1.

实上更准确地说应该是处于“协调”(coordination)博弈。^[68]这一论断本身值得进一步推敲,因为自然状态缺乏契约实施机制,由此产生大量的背信弃义等短期自利行为,而这是典型的“囚徒困境”场景。和习俗论一样,协调论的中心概念也是“习俗”(或译为“惯例”, convention)和“默许”(acquiescence),认为宪法治理要求在两个层次上形成有效的惯例:“政府从某种特定形式的协调——惯例——得到统治的权力(而非权利),民众则通过自己的惯例默许这种统治。一旦获得这两个惯例的授权,政府即有能力做许多事情。”^[69]

协调论的优点和缺点都在于不要求人民的积极参与——人民只需要“默许”;政府则只需要有效治理并协调和社会的关系,一般即能长久获得人民的默许,而这样的宪法就是“成功”的制度。^[70]无论是在立宪还是行宪实践中,“人民”往往是被动的,因而协调论的长处在于比较符合现实,不存在像“制宪权”或“公意”论那样用规范理论绑架现实的危险。然而,它的优势也正是它的短处。只靠“默许”,并不能为宪法与法律带来尊敬。人民会出于对惩罚的恐惧假装服从,并在自认为不会受到惩罚的时候逃避法律,从而使法治变得不可能实现;法治不可能,则协调治理也就不可能实现。美国制宪者麦迪逊批评1776年弗吉尼亚州宪“只是基于默许”,因为这对于一个政府而言是“危险的基础”。^[71]协调论赋予人民纯粹消极的作用——默许,在低估人民作用的同时,高估了政府协调的意愿和能力。它基本上复制了威权国家的治理模式:相对有效的治理,默许;糟糕或无效治理,不默许。到那时它并不能解释一个自利型政府为何会甘冒失去人民默许和统治基础的风险而胡作非为,而这在现实中其实经常发生。事实上,“默许”本身也是一个弹性很大的概念:如果人民有权自由表达,那么他们的默许具有实质意义;但如果被剥夺了表达自由和参与权,人民除了“默许”之外将别无选择。抽除了人民的同意之后,协调论无法鉴别宪法体制的善恶,因而也不能为设计什么样的宪法提供规范指导。

现实总是在两个极端之间。虽然许多人可能不关心政治,但同样有许多人是政治事务的积极参与者,尤其是在风起云涌的“立宪时刻”。没有公民参与,“立宪时刻”不会自动到来,许多宪法里程碑事件根本不会发生。许多人想要远离政治、选举或公投,这或许是不幸的事实,但这并不能使政治参与变得不重要。社会契约与其说是一个结果,不如说是一个不断说理和辩论的过程;在这个过程中,每一个参与者都在行使自己的权利,选择或尝试改变对自己产生影

[68] *Supra* note [55], p. 53.

[69] *Id.*, p. 59.

[70] *Id.*, p. 53.

[71] See Jack Rakove, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Vintage, 1997, p. 99.

响的公共生活方式，而那些无动于衷者自动放弃了自己的权利和机会。立约的使命落在了积极参与者身上，他们会讨论并就公权力如何运行达成某些基本共识，由此建立的国家与律法约束其管辖范围内的所有人。在不存在合理反对的前提下，某些被统治者的同意对赋予国家权力的合法性是必不可少的，并对国家与宪法的性质产生决定性作用。虽然社会契约并非宪法本身，但是对于宪法的制定和实施仍具有不可替代的指导意义。

五、结语——重新理解制宪与修宪

“制宪权”是重构国家根本法秩序的“大杀器”，其运用不能不慎。用得好，可以像南非那样消弭社会裂痕，救国于内战与分裂边缘；用得不好，也完全可以像委内瑞拉那样分裂社会、摧毁宪法、树立独裁。绝对意义的“制宪权”自封代表“人民”、绝对正确，不受任何既有法制约束。这种无法无天的“制宪权”早在法国大革命中即已显现出其杀伤力——宪法不是建立在团结整个民族的社会契约基础上，而成了“第三等级”打倒特权阶级的斗争工具。结果是，法国立宪政治从刚开始就注定了动荡不安、内乱不止的命运。在一个崇尚“绝对”的社会，不会有谈判和妥协，也就不可能有社会各阶层都能接受的契约。即便美国联邦制宪确实经历了一个精英立约过程，但它也从一开始就带着致命缺陷，排除了妇女和黑奴等社会群体。只是七十余年后一场伤亡惨重的内战才部分纠正了宪法缺陷。没有社会的充分交流、融合、谈判、妥协，没有一部全民都参与形成并接受的社会契约作为基础即匆忙制宪，那么宪法很可能成为一个阶级压迫另一个阶级、一个种族压迫另一个种族、一种利益或观点压迫另一种利益或观点的工具。

可见，至高无上的“制宪权”完全是偷换概念、混淆逻辑的产物；现实中的制宪权至多代表了社会的某个超多数，当然不可能“绝对正确”，也不能被赋予不受制约的权力。正当的制宪必须有立约作为前置过程，在全民同意社会契约的基础上授权制定新宪。因此，宪法的原则、内容以及制定程序永远是受社会契约这部“元宪法”约束的。在一个幸运的国家，制宪以立约为基础，宪法直接吸收了社会契约的基本要素；但是如果一个国家不幸忽略了社会契约的形成，在没有契约基础的情况下匆忙立宪，甚至制宪被作为社会压迫和个人独裁的工具，那么“制宪权”就确实成了无法无天、不受约束的权力，而这样的权力难免会招致灾难。因此，关于制宪或修宪的争议焦点放错了。关键不在于程序难易，而是如何利用“立宪时刻”，重新反思与塑造国家的根本契约，并以此凝聚新的民族共识，在此基础上完成立国制宪或修宪。由此可见，立约或立宪的主要目的并非是利用某个超多数程序通过某部宪法或修宪案，而是锻造与形成国家共识；至于单个的法条，不论其多么重要，对其进行通过，在性质上都仅仅是多数

决策程序的立法事务。立约和制宪的目的不是让多数压倒少数——民主立法程序的正常发挥即足以保证多数人的意志得到法律体现,而恰恰是为多数人的权力设定边界。

在这个意义上,美国立宪及其后的数次“立宪时刻”都可以被视为社会契约的重大调整。阿克曼认为,除了1788年制宪之外,这些时刻还包括有内战与重建、1933年“新政”以及以1964年《民权法》为标志的黑人民权运动。^[72] 1788年联邦制宪是一次精英集团的立约运动,各州在政治精英主导下通过了联邦宪法。内战与重建则纠正了精英契约的一个重大缺陷,第13—15修正案废除蓄奴制,将黑人等不同种族吸纳入民主政治轨道,并要求各州保障所有人的法律正当程序与平等保护权利。和废奴与限制州权不同,新政其实并不要求改变宪法文本,而主要涉及宪法思维的重大调整。诚如霍姆斯大法官在1905年“洛克勒诉纽约州”的少数意见中指出的^[73],联邦宪法并未明确规定“契约自由”;如果这项自由存在的话,它可以说是暗含于作为社会契约的美国古典自由主义,并体现于“洛克勒诉纽约州”等联邦最高法院的判例之中。1929年的“大萧条”打破了古典自由主义的市场神话,国家开始系统干预经济。代表多数人意志的民主立法来势凶猛,但最高法院的老人们仍然固守旧契约不放,只是几经较量之后才扭转多数意见,配合总统和国会的新政立法。事实上,新政只是打破了旧契约,并未就政府干预和社会福利形成真正的“新契约”;私有财产不再像以前理解的那样“神圣不可侵犯”,立法可以实施大规模的社会再分配,只是不得侵犯财产权的核心——譬如征收必须符合公共利益并给予公正补偿。新政与其说要求修宪,不如说要求最高法院调整其对美国契约的陈旧理解。

相比之下,民权运动则既没有修改美国契约,也没有修正美国宪法,而是推动落实第14修正案体现的平等原则。如阿克曼指出,当年北部强迫南部对联邦宣誓“表忠”并勉强通过了内战后修正案,但并未能就这个问题形成新的社会共识。^[74] 1874年之后,联邦政府停止在南部武力维持,共和党很快在南部选举中全线失守,南部民主党的种族歧视全面回潮,第14修正案规定的法律平等保护也成为一纸空谈。虽然蓄奴制度被废除,但针对有色人种尤其是黑人的歧视乃至暴力攻击仍无处不在,有的州和地方立法公然授权歧视并实施种族隔离。1896年,最高法院多数意见维持了许多州推行的“隔离但平等”政策。^[75] 虽然第14修正案规定了平等保护,种族平等作为社会契约并不存在。在这个

[72] 当然,也有人认为,“立宪时刻”不止这四次,譬如或许还包括“里根革命”的经济自由化改革,但阿克曼否定了这些论点,同前注[4],第399页。

[73] *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905).

[74] 同前注[4],第180—185页。

[75] *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896).

意义上，宪法过于超前了——走到了契约的前头；但没有契约作为基础，宪法承诺难以落实。1954年的里程碑判例推翻了维持“隔离但平等”的司法先例^[76]，启动了重构平等契约的第一步。1960年代开始，民权运动在美国社会如火如荼开展起来，第14修正案所规定的平等保护才逐步得到落实。^[77]这个过程在本质上是修补契约的内部调整，以落实内战后修正案通过后的未尽事宜。当然，这个过程迄今为止仍未完成，今天美国社会仍不能说每个人都接受了平等原则。虽然美国宪法的实施总体上比较成功，但美国少数民族的命运表明，具体的宪法实施仍离不开人民的广泛参与。尽管参与越多未必表明宪法越成功，但人民的同意和社会主要力量的共识对于一部宪法的有效实施来说是必不可少的。

由此可见，对于美国等许多国家而言，制宪和修宪固然重要，但是如果陷入杰弗逊的“每代人再来一次”的程式则不仅显得教条，而且也忽视了不当制宪或修宪带来的政治风险。“耶鲁学派”的问题在于过分倚重明文修宪对于社会变革的必要性，甚至不惜超越宪法明确规定的程序主张“大众修宪”，而这显然不是一个法治社会所能接受的。如果修宪程序过于困难，那么也需要通过现有修宪程序修改修宪程序，更何况即便是美国联邦修宪实际上未必那么困难^[78]，或即便困难也未必是坏事。^[79]事实上，许多重要的“立宪时刻”未必涉及制宪或修宪；有的可能只是涉及精英集团的认识调整，有的则需要广泛参与的社会运动重构契约与共识。和制宪或修宪相比，立约更为重要；没有社会契约作为基础，即便宪法规定了也未必能落实。当然，如果现行体制未能体现社会契约的根本重构，那么确实有必要制定一部新宪法。在这种情况下，制宪或修宪也是建构契约的最佳时机。尤其对于深度分裂的危机社会，制宪既是挑战也是机会。南非的分阶段制宪经验体现了立约先行的基本思路，具有相当普遍的借鉴意义。为了促进社会契约的形成，各主要政治与社会力量应首先通过谈判达成共识，然后制定临时宪法以规定立宪基本原则，在此基础上再正式制宪。这样不仅有效降低了制宪风险，而且也使正式宪法尽可能准确地体现社会契约的精神与内涵。

（审稿编辑 康 骁）

（校对编辑 王泓之）

[76] *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954).

[77] 早在1940年代，联邦最高法院的一系列判例撤销了德克萨斯等州对黑人的选举歧视，落实了第15修正案对少数民族选举权的平等保护。

[78] *Supra* note [12], p. 233.

[79] *Supra* note [12], pp. 41-43.