

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 633

## 普通法宪政主义断想

姚中秋

### 一、从自由主义到宪政主义

从自由发展的角度看,中国是个后发国家。后发国家可以具有后发优势,但也可能面临杨小凯先生曾经讨论过的后发劣势。

固然,当现代知识分子寻找匡时救国之道时,他们所发现的西方的自由主义理论,已经高度成熟而系统化了。于是,自由主义的学术,基本上是一种简单的、被动的介绍和引进。面对来自西方成熟的自由主义理论,不加分析的中国自由主义者肯定会放弃思考的责任,甚至权利。因为,既然人家的思想体系是那些完善,而我们的思想体系是那么糟糕,那么,简单地引进不就可以了?因此,表面上看,自由主义的学术出版似乎相当热闹,实际上,却始终始终是平面的扩展,而缺乏深度发掘,缺乏关于自由的深入的探讨。

这就使自由主义具有一种强烈的意识形态色彩。按照英国政治思想家迈克尔·奥克肖特的定义,“一种意识形态意味着一个抽象原则,或一套抽象原则,它独立地被人预先策划。它预先给参加一个社会安排的活动提供一个明确表述的、有待追求的目的,在这么做时,它也提供了区分应该鼓励的欲望和应该压抑或改变其方向的欲望的手段”。在中国现代语境中,西方系统的自由主义理论,已经为中国自由主义事业提供了“一个明确表述的、有待追求的目的”,而且,提供了用于达到这些目的的基本原理。

确实,关于政府合法性的问题,不是已经有人民主权原则了?政府的结构问题,不是已经有三权分立原则了?关于司法问题,不是已经有司法独立了?关于政府与宗教的关系,不是已经有“政教分离”原则了?关于民族问题,不是已经有了自治原则与全民公决制度了吗?

因此,现代中国的自由主义事业,就成了一个高度技术性的工作。这或许就是“后发优势”。但后发优势也必然伴随着“后发劣势”。也就是说,当代的自由主义话语,很可能遮蔽了我们对于自由背后最根本的制度保障,进行更为细致的探究。

从某种意义上说,中国当下仍然面临民族国家建构(nation-state making)的问题,这是西方在十七、十八世纪问题所讨论及实践的问题,这其中的核心问题是:确定一个宪制框架,为此,我们就必须思考意志与法律、权力与自由等等最基本的问题,也就是说,从头讨论宪政主义的理论与实践。

而探究宪政主义,我们就必须面对英美的宪政理论与宪政经验。因为,一个简单的历史事实是:近代宪政主义发源于英国、美国。因而,对这两个国家的宪政成长经验,尤其是对其立宪政治时代的经验予以探究,在知识上是极端必要的。就仿佛要研究法西斯主义就必须研究意大利和德国的历史一样。而通过对英国这个原生形态的宪政主义理论与制度进行的研究,理应能够探到宪政主义的经验性原理,或者说构建出一个宪政主义的基本模型。

### 二、普通法宪政主义是什么

而英国、美国这两个发育最早也最成熟的宪政国家，可以被恰当地称为“普通法宪政主义”。小詹姆斯·斯托纳在《普通法与自由主义理论》一书中指出，“在美国法律的形成过程中，在作为普通法的美国宪法之确立过程中，说自由主义的洞见被吸收到某种普通法背景中，要比相反的说法更为准确”。也就是说，对于美国的宪制来说，基本的框架其实奠基于普通法传统之上，而不是以自由主义为根基的。或者用一种更具有哲学意味的话说，美国的宪制“奠定于古典的基础上，而非近代的前提下”。

当然，应当承认，本书作者并没有提出“普通法自由主义”的概念。通过对英国十七世纪的政治、法律思想与历史的回顾，我们可以构造出一个“普通法宪政主义”的基本模型。

近代宪政历史上最值得注意的是两个时期：十七世纪的英格兰，和十八世纪末的美国和法国。在十七世纪，立场截然相反的两组人物进行了一场漫长的对话：首先是詹姆斯国王和他的御前大臣培根主张一种君主绝对主义，认为国王只服从上帝，而不受法律的约束；普通法法律家爱德华·柯克爵士则对其予以抵制，向国王表明，国王在上帝与法律之下；他也以自己撰写法律的形式肯定了法律相对于国王的独立性。随后，霍布斯延续培根的立场，对柯克爵士予以反驳，尤其是在《哲学家与普通法法律家的对话》一书中。而马修·黑尔大法官，又继承柯克爵士的思想，对霍布斯提出批评。正是在这场讨论下，普通法宪政主义的意蕴逐渐清晰地显现出来。

“普通法”，可以从三个层面予以理解。第一个层面是，普通法法院所形成的实体法律规范，这种规范是可以被别的法系所吸收的，当代中国的立法就吸收了很多普通法实体规范；第二个层面是指普通法所特有的生成法律规范的机制，也即法官造法、遵循先例的制度。第三个层面，则是宪政结构中的普通法，发挥着宪政功能的普通法，也即普通法宪政主义。

普通法乃在种种偶然因素凑合的条件下，于十二、十三世纪在英国发展起来。而英格兰，正是伴随着普通法发展起来。普通法之所以构成了英格兰宪政制度的基础，原因在于：普通法是自发的法律秩序。法官拥有立法之权。在很大程度上，法律是在国王之外发展起来的。因此，法律就不是国王的意志，相反，它是柯克爵士所说的“普遍的正当与理性”。这就构成了“根本法”。在柯克爵士那里，根本法有时是指《大宪章》，但更多的时候就是指蕴涵在普通法中的“普遍的正当与理性”。

正因为普通法传统中有“根本法”概念，认为在国王的命令与国会的法案之上，有更高级的法，因此，美国人才能够制定出近代第一部成文宪法。同样，也正是根本法、高级法的概念，才使司法审查制度成为可能。柯克在17世纪初就已经确认，普通法法官可以宣告那些不正当的国会法案无效。马歇尔首席大法官则最终确立了这一制度。

凡此种都表明，普通法由于其特殊的法律生成机制，而具有了宪政的品质：因为法律才国王之外生成，所以，法律才能够约束国王，而不会成为国王的奴仆。罗马法学家说，皇帝所喜悦者就是法律。而普通法法律家却说，国王在万人之上，但在上帝与法律之下。到了民主时代，国会也同样在法律之下。

而司法审查制度则确保这一点的关键。它是宪政制度的一个最显著的象征。凡是没有司法审查制度的国家，都不是严格的现代宪政政体。因为，司法审查制度意味着，统治者的意志，不管是国王的意志，还是国会的意志，都需要接受法官所体现的理性的审查，也合乎根本法、高级法，而这种“宪法”只有法官透过其司法的技艺理性才可把握。

这样，在英格兰，就形成了统治权与法律权的分立，在它的背后，就是意志与法律的分立。国王和国会进行统治，但法官则为统治确定规则，并审查其统治行为是否合乎英格兰的根本法。普通法宪政主义的根本教义就是法律与统治的分立，和法律对统治的约束和限制。

霍布斯清楚地看到了这一点。因此，他毕生都在与普通法法律家进行知识上的论战。在《利维坦》中，他把法律权和统治权都赋予了主权者。主权者既拥有立法权，也拥有司法权。尤其是他晚年的著作《对话》，则直接以爱德华·柯克为批评对象。在他看来，所有的法律都是国王的命令，国王也是最高法官。普通法法律家也承认国王是最高法官，但就跟人民主权一样，普通法法律家仅将其视为一个法律拟制，而不是一个事实描述。在普通法法律家看来，是法律造就了国王，而不是相反。

宪政主义最基本的教条就是：需要一个有效的国家提供公共品和公共服务，包括维护和平的秩序，但是，国家的权力需要受到约束，以使之不至于损害个人的财产和自由。因此，宪政主义思考的主题始终是：如何驯服权力？在英国，正是普通法所具有的那种宪政功能，成功地驯服了国王。

到了今天，任何国家都不需要重复英国、美国的历史，但透过对英格兰历史、尤其是十七世纪的观念史的研究，可以发现，普通法宪政主义揭示了宪政主义最根本的原则，那就是以法律限制权力。而普通法

以最极端的形态揭示了：具有宪政功能的法律，乃是非主权性的造法过程之结果。由此造成的法律，因其诉诸主权之外、并且是超出于任意意志之上的权威，因而，有“权利”对权力的行使进行审查。统治者的权力来自人民的意志，而法律的权威来自理性。以法律约束意志，乃是一种合理的统治形态。

随着历史的发展，其他政治因素也不断地进入英格兰政体中，比如，光荣革命确立了议会主权。戴雪将英国宪政总结为国会主权。尽管戴雪马上也强调了法治，但对于如何将国会主权与法治整合为一个宪政政体，戴雪的回答并不理想。而民主理论、三权分立理论也纷纷出现或者强化。

这些理论与制度因素丰富了宪政主义，在一定程度上强化了限制专断权力的力量。但是，换一个角度看，它们也遮蔽了宪政主义的主题，使人们在讨论政治问题的时候，将重点转向了谁掌握权力，谁拥有主权、谁进行统治，而忽视了，如何约束权力。法律也发生了性质上的巨变：它再一次变成了统治者意志的产物，而不再能够限制这个意志。以至于即使在美国，司法审查制度面临民主观念的有力挑战，人们质问：民选的议员通过的法案，非民选的法官何以有权进行审查甚至宣告无效？

只是在英国、美国，坚韧的法律传统依然能够维系不坠，而在世界的其他地方，法律则纯粹成为意志的玩物。这一次，法律不再被认为应当是国王的意志，而应当是“人民”的意志，或者某个阶级的意志，或者历史的意志、民族的意志。而当其成为这些人民、阶级或历史、民族的意志之后，当然也就不容任何人以任何理由对其进行审查。实证主义在十九世纪的兴起，意味着法治的衰微，也意味着宪政主义的衰微。20世纪人类经历极权主义、集体主义时代，与法律之蜕化，有密切关系。

今天，中国人已经进入或者迟早会进入“立宪政治”时代，需要就宪政框架进行“大抉择”。学人所需要的，就是为这一立宪抉择进行知识上的准备。为此，对宪政主义追根溯源，就是必要的。普通法宪政主义，就是宪政主义的初始形态。

作为一个“理想型”的普通法宪政主义，展示了宪政主义的基本政治逻辑，它也揭示了宪政主义制度设计的基本关注点所在：如何在一个剧烈变动、古今中外交织于一体的时代形成中国的“普通法”？如何将权力置于法律的约束之下，使统治成为理性的？它的现实含义就是，设计宪政制度时，应当探究，如何最大限度地确保法律不受特殊利益的支配，而成为哈耶克所说的一般性的、抽象的正当行为规则？应当如何设计司法体系，使之能够成为保障民众权利、抵御权力的有效机制？尤其是如何设计一个有效的违宪审查制度，使民意和行政的意志服从于理性。

### 三、普通法宪政主义中的国家

假如说，英国和美国的宪政制度就是普通法宪政主义，而研究普通法宪政主义，旨在探讨宪政的经验性原理，那么，接下来的一个问题是，中国的现实容许我们按部就班地，依据普通法宪政主义的模式设计宪政制度？我的朋友高全喜教授对此表示怀疑。但在我看来，他们的怀疑基于某种误解。

这种怀疑比较集中地表现于下面一段论述中：

“长期以来，无论国外还是国内的理论界存在着一种把英美宪政理论及其时间普遍化为一般原理的倾向，它们把英美国家的法治视为建立一个宪政国家的基本制度模式，倡言法律秩序的自发生长，认为法治国家就是以普通法为基本规则的市民社会的法律秩序在政治领域的正常延续，国家并没有独立的本质和目的，国家完全以市民社会的法律规则为依据，法治就是一般的（私法）规则之治。”

高全喜区分了三个宪制选项：“一种是自发的普通法宪政主义；一种是国家极权主义的伪宪政主义；一种是自由民主的国家宪政主义。在笔者看来，第一种当然是最理想的政治道路，但我们缺乏支撑它的市民社会的经济和私法基础……而且国际经济与政治环境也不可能为我们提供这样一个公正、充裕的外部空间……”。

首先，关于这种普通法宪政主义，高的论述某些概念含糊之处，他用于概括英格兰和美国普通法宪政主义的概念，却是大陆性的。比如，私法与公法的相对，市民法与政治法、国家法相对，这一点，并不见诸普通法；甚至于市民社会与国家的相对，在英美也是陌生的。

看得出来，高全喜之所以认为普通法宪政主义不可行，主要理由之一是，普通法宪政主义是在几百年历史中自发生长的，而且，首先是在市民社会形成私法规则，然后延伸到公法领域。

这是对普通法宪政主义历史的双重误解。第一，普通法并不形成于市民社会，相反，它形成于封建关系中，它是依托于集中的王权而形成的一套治理规范体系。从历史的角度看，普通法是先于今人所说的“市民社会”的，假如市民社会是指个人主义的、以个人契约相结合的社会理想的话。

第二，也恰恰是因为普通法主要是调整封建的土地和人身关系，因而，在大量案件中，必然涉及到国王，以及教会。普通法调整财产关系的规则，必然会调节臣民与国王的关系，从而，普通法从一开始，就同时具有私法与公法的性质。为了处理土地关系和人身关系，普通法必须处理臣民与国王、臣民与教会、教会与国王等多方面的政治关系。正因为此，普通法从一开始就具有宪政的功能。而明确地作为私法的大陆民法，却不具有这种可能性。近代各国制定民法典，与其国家的宪政进程，几乎没有任何关联。

因此，从普通法宪政主义的历史上看，“法治国家就是以普通法为基本规则的市民社会的法律秩序在政治领域的正常延续”的论断是有疑问的。普通法形成的过程，就是不断地厘清臣民自由与国王及其大臣、地方长官的权力、教会权力与国王权力之间的关系的过 程。也因此，高全喜关于普通法宪政主义忽视了国家“独立的本质和目的”的论断，同样是值得怀疑的，这是他怀疑普通法宪政主义之可欲性的第二个理由，在他看来，中国目前面临着比较紧迫的民族国家建设问题，所以，普通法宪政主义有点不相干。

不过，我们确实得承认，普通法是以一种我们比较陌生的方式来对待“国家”或者更准确地说“主权者”。

我曾经提出，近代以来有两种看待国家、主权的思路，一种是政治哲学的进路，另一种是普通法的思考方式。不管是博丹、霍布斯还是卢梭、洛克，所关心的都是权力国家、主权问题，政治国家及主权如何形成，谁占据绝对主权。他们以此为逻辑出发点，推导出自己的宪政模式。

而英格兰普通法法律家，比如爱德华·柯克和马修·黑尔则更关注，法律如何约束这个主权者的权力。在他们看来，主权始终要受到法律的约束，这样的说法在哲学家看来是自相矛盾的，然而，这恰恰就是普通法宪政主义的智慧所在。他们承认，国王或者国会 是至高无上的，但国王或国会也在法律--也即根本法--之下。因此，是法律造就了国王或国会，而不是相反。

这样，从某种意义上说，法律，或者说根本法，才是一个国家的主权所在。反过来说，主权就被消解了，国家也就没有那么突出了。但是，这并不等于国家不存在了，相反，国家被消解到法律之中，或者说，法律成为主权的依据，国家变成了一个宪政的国家。普通法法律家也承认，国王（或总统）确实可以在某一个危急时间做一个政治性决断。但是，这个决断仍然需要接受审查。假如你的决断不接受法律的约束，那么，人类就不可能有文明的政治。所谓的“文明政治”，意味着权力必须正当行使，且接受法律的审查。奥古斯丁说，一旦置身于法律之外或之上，国家就是一个强盗团伙。

而这样的国家，宪政主义的国家，同样可以成为一个强大的国家，而且，其强大的国家力量，似乎可以维持得更为长久。英国、美国的历史已经证明了这一点。在美国制宪时代，追求一个强大国家与追求一个自由政体的诉求，最终汇合为一个普通法宪政主义的政治架构，并使两者相得益彰。这其中的奥秘值得仔细探究。

高全喜所倡导的“国家宪政主义”，似乎要让这个隐藏在根本之下、并接受法律审查的国家凸显出来。他强调国家在法治秩序、市场秩序、以至社会生活中的作用。在宪政架构中，给予国家以某种特别的、优越的地位。这也正是他所谈的法德宪政主义的制度内涵。国家，或者主权者，在某种情况下，拥有在法律、甚至宪法之外行使意志的权力。“法德国家的制度建设总是沿袭着大陆法系的公法传统，把政治法（孟德斯鸠）、国家法（黑格尔）视为国家宪政体系的关键机制”，高据此提出，中国学人应当“致力于一种有别于法律人的法治观的政治家的法治观研究，构建中国现时代的宪法政治理论”，高强调“非常政治”、“宪法政治”，似乎暗示，这样的政治是在法律之外进行的。

然而，在宪政既最为灵活、而又最为稳定的美国，宪法政治通常是以最高法院宪法裁决的形式进行的。德国哲人强调，政治就是决断。问题在于，这种决断是否具有普遍的正当与理性之依据。在一个既定的宪政国家，假如超越于法律之上进行决断，此决断也许是必要的政治决断，但却未必是正当的宪法政治决断，其结果可能是葬送宪法，而不是保卫宪法。对于当下中国，人们则更可以追问：谁有决断的权力？

普通法宪政主义的探究令我们对于主权、对于意志的决断，保持足够的警惕。对于民族国家建设而言，最为重要的不是立宪政治时代的决断，而是在那个时刻，我们能够作出足够正确的决断，也就是说，能否设计出正确的宪政框架。而在从事这一事业时，恐怕始终应当记住：若国家权力不受法律的约束，那就没有自由可言。在这种情况下，国家可以确实能够迅速强大，但这个强大只会导致权力失去理性，对于人民的幸福也只有毁灭作用。

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

