

论宪法政治 ——关于中国法治主义理论的另一个视角

高全喜

论文提要:

论文分两个部分。第一部分是法律思想史的考察,主要探讨从孟德斯鸠、黑格尔到施米特乃至凯尔森的政治法、国家法思想,以及阿克曼的宪法政治理论,梳理一下有别于英美宪法理论的大陆公法思想的路径,以及阿克曼的两种政治观;第二部分是针对中国现时代宪法理论的相关性分析。我认为中国现时代处于一个“非常时期”,即有别于日常政治的宪法政治时期,因此,政治国家的问题是我国宪法的理论基础,目前法学界倡言的法治主义属于一种市民社会的规则之治,但如何把法律人的法律上升为政治家的法律,或者说如何处理民法与政治法的关系,是当前我们国家宪法政治所要解决的一个重要问题,而对此,欧洲大陆国家的公法理论和英美传统的阿克曼的宪法政治学说,为我们提供了一个可资借鉴的新视角。

导论:“宪法政治”理论的时代课题

中国在进入民族国家的百年路程中,总是历经坎坷、九曲轮回,少有英美国家那样的民族幸运,从某种意义上说,我们总是背负着一个沉重的本于自己传统的与“德国问题”相类似的“中国问题”。[2]

英国这个老大的自由宪政的国家,它的兴起和发育得益于自发的自由经济秩序,其国民财富的增长和国家性格的塑造与它的法治主义有着密切的联系,但正像哈耶克等人所指出的,英国的社会政治制度内生于自由的内部规则,传统的普通法在推进英国的政治变革方面起到了至关重要的作用。因此,所谓的普通法宪政主义对于英国具有着广泛的解释力,[3]基于市民社会的法治主义是英国作为一个资本主义政治社会的内在基础,是英国率先成为一个典型的自由宪政国家的制度保障。可以说,在英国的早期发展中,国家问题是一个隐含在市民社会或经济社会背后的隐秘主题,虽然议会斗争和光荣革命是深刻的和剧烈的,但国家法治问题一直没有转化为成文的宪法政治(constitutional politics)[4]。

从广阔的历史维度来看,美国仍然是一个十分幸运的民族,虽然它在立国之际经历了一次严峻的生死抉择,但当时一批伟大的联邦党人发起了一场意义深远的宪法政治,从而一举奠定了美国作为一个现代民族国家的立国之本。我们看到,美国建国时代的法治主义是有别于英国的,一个重大的政治问题摆在美国人民,特别是政治精英的面前,正像美国联邦党人所指出的:“人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府,还是他们永远注定要靠机遇和强力来决定他们的政治组织。”[5]由此看来,政治国家问题是美国宪法的头等重要问题,美国的宪法政治开辟了人类历史的一个新的路径,而且它的成就已经为数百年的人类历史实践所证实。

相比之下,18、19世纪的大陆国家,特别是法国和德国,其民族国家的建立却没有英美国家那样顺利,国家政治问题总是犹如一把克利达摩斯之剑悬于它们的头顶。从经济上看,法德的资本主义市场经济远没有英国、荷兰等国家发达,重农主义的经济政策一直主导着法国的国民经济,而德国更是落后,历史学派的国民经济学反映了德国的经济现状,也就是说,自由经济以及相关的经济规则和法治主义在法德国家一直没有占据主导地位。在政治上,两个国家的统治者出于统治能力和国际竞争的需要,长期强化国家权威以及对于国民经济的支配作用,无论是法国历史上屡屡创制的各种宪法,还是德国历史上从“治安国”、“警察国”到“法治国”的各种演变,都充分说明了政治国家在上述两个大陆一罗马法系国家中的核心作用。

历史地看,500年来,以法德为主的大陆国家在国家建设方面所走的是与英美宪政主义不同的道路,尽管时至今日也可以说是殊路同归,但历史进程中的偶然机遇往往是不可预期的,而且即便是今天,两类国家的国家性格仍然具有着很大差别,特别它们在现代民族国家的草创时期,其立宪政治的制度模式存在着

本质的不同。宪政治在它们那里具有完全不同的意义。固然，在政治上，审慎的选择是一个民族政治成熟的标志，但任何选择都有一个理论与现实的依据。不能说英美的道路行不通，但它们更多的是有待于机遇和时机，而法德国增生过程中的教训与经验却是血与火那样地激荡在我们面前。我认为中国现时代的社会政治状况，并没有获得像英国那样从市民社会的经济秩序中自发地生长出一个宪政国家的幸运，我们的时代更像德国的魏玛时期，当然也不排除像美国联邦党人所面对的那种非常时期，但这一切又都需要我国人民特别是政治精英的政治成熟，即一个宪政治所需要的智慧、勇气与审慎。显然，任何政治实践都需要理论作指导，中国的立宪改革同样需要一种本于中国现时代政治社会状况的宪政理论。然而，令人遗憾的是，中国的政法理论家们却很少有人从中国作为一个民族国家的政治命运的角度审视我们的宪政治，很少有人从理论上研究中国现时代所处的与德国19、20世纪之交“德国问题”相类似的“中国问题”，并把它转换为百年中国社会变革的“宪政治”问题。特别是在今天，我国法学界关于“法治”的言说不绝如缕，有关法治的理论渊源、法学定义、构成要素、具体内容、道德价值、制度设置、司法审查、个案分析等方面研究、讨论、写作，铺天盖地，声势浩大，不能不说是取得了重大的进展。但是，在我看来，上述中国的法治主义理论言说大多囿于一个形式法学的视角，局限于英美法治理论的低水平复制，与中国现时代政治社会的内在本质多有隔膜。其实，即便是美国的法治国家也并非单纯的形式主义法学一统天下，如果说在常规政治（normal politics）时期法律人的法律之治占据主导，但在诸如立宪时代、重建时代和新政时代的非常时期，宪政治无疑成为当时国家建设的核心问题，它们展示的乃是不同于法律人之法律的政治家的法治主义视角，开启的是非常时期的宪政治维度。当然，关注宪政治更是大陆国家法治主义的一个中心问题，早在马基雅维里那里，国家理由就是他考察君主国家的出发点，至于主权理论的倡导者博丹在其《国家六书》中，更是从理论上确立了一个国家最高统治权的政治基础。18、19世纪以来，法德国家的制度建设总是沿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，而到了20世纪，特别是德国的魏玛时期，施米特政治法学与凯尔森形式法学的论争，把宪法的政治意义放在了一个突出的地位。值得注意的是，英美的宪政理论也并非与政治国家问题相疏离，阿克曼有关常规政治与宪政治的两种法学观的划分，为我们理解英美宪法的政治意义提供了一个新的视角。

阿克曼在其皇皇三卷巨著《我们人民》中曾经提出了一个富有创意的划分常规政治与宪政治的二元政治观，关于阿氏的具体观点，本文下文再加以论述。在此我先要指出的是，所谓“宪政治”概念的提出，具有深远的理论渊源，从某种意义上说，它更有大陆政治法学的蕴涵，或者说它超越了英美宪政理论的一般论调，挖掘出深埋在英美宪法背后的深层含义。虽然阿克曼在书中对于法德政治思想未加说辞，理论上沿袭的基本仍是美国宪政理论的实用主义传统，但透过外表的话语修辞，我们仍然可以发现一种自由的国家主义政治法学的实质支撑着他的二元政治观。由此，我们也可以知晓，有关所谓英美政治路线与法德政治路线的差别，其实只是一种外在的形式分野，而在政治国家的本性方面，它们并没有决然的对立，宪政治作为一种非常政治，在任何一个国家的创立、重建与转折关头，都有别于日常的常规政治，它考量出一个民族特别是其政治精英的特殊的政治智慧与技艺。

由此可见，法律与政治、宪法制与非常政治，它们是具有着内在的本质性关联的。我们不是不想从一般的私法规则中衍生出一个自由民主的国家制度，哈耶克所谓自发的宪政之路当然是很好的，但它们之与我们是可遇而不可求的，中国百余年的宪政之路，其困顿颠沛、玉汝难成，根子仍在于政治。固然，建设一个自发的经济秩序，培育一个市民社会的规则体系是十分必要的，但作为世界体系中的后发国家，特别是在本土资源上缺乏法治传统和公民德行的情况下，如何缓慢而又纯正地生长出一个正义的自由宪政国家呢？这个德国问题的症结对于我们同样如此，同样难以逃避。所以，我认为中国现时代的法治主义应该关注政治法、国家法或宪政治，瞄准社会治理的宪政治维度。特别是在目前这样一个宪政治的特殊时代，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政理论，无疑是一项迫切的理论工作，也是时代精神的需要。不过，需要特别指出的是，法治的政治之维，或强调宪政治的非常意义，并不等于国家专制主义，更不等于20世纪以来的极权主义，基于宪法之上的自由的国家制度完全是可行的，理论上也是自恰的。从这个意义上说，英国的混合政体、美国的复合联邦主义、戴高乐的法国政治、联邦德国的宪政架构等，都是自由的宪政治的典范，而法国大革命时期的西哀士宪法、德国的威玛宪法等则是失败的宪政治。上述各国（某一时期的）宪政之所以成败各异，关键在于自由、权威与民主的平衡，在其中需要一个民族特别是其政治精英的审慎的政治智慧，它标志着一个民族的政治成熟。我们看到，法国大革命前后的政治论争、围绕魏玛宪法的政治论争，乃至百年来中国多部宪法失败的关键，都在于这个平衡之能否达成。

不可否认，中国现时代的社会变革又不期而然地处于这样一个非常的政治时期，从理论上摆在我们面前有三种道路：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。在我看来，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，固然20多年的经济改革为我们提供了一些催生政治变革的因子，但离由此自发生长出一种自由民主的国家宪法还相当遥远，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，要知道英美的宪政之路大致经历了200年的时间。第二种显然是灾难性的，法、德、俄，特别是前苏联的历

史教训使我们刻骨铭心，这无疑是我们力图避免的，但我们仍不能排除这种道路的可能性，因为政治国家的权力是一把双刃剑，特别是在它们为穷凶极恶的利益集团所把持的情况下，极权主义的复辟不是不可能的。第三种是我们所应期盼的，它在现时代的中国存在着某种或然性，通过非常时期的宪法政治，是可以构建一个自由民主的国家制度的。我国20年的经济改革已经为这个制度提供了一定的经济基础和法律秩序，时代也呼唤着一个民族的政治成熟，如果我们能够不失时机地致力于真正的宪法政治，通过国家权威推动市民社会的建立与完善，真正地推行自由的市场经济秩序和司法独立制度，那么晚年黑格尔意义上的保护市民社会的法制国家和同样是晚年哈耶克思想中的“普通法的法治国”，[6]也许并非是不可能的。

当然，第三种又何尝不是一种理论家的理想呢？我也知道还有一种可能，即前三种的畸形变种政治形态，所谓的拉美化的宪政失败的道路。果真如此，可爱的祖国可就真的是错过了大好时机，今后的命运将不知伊于胡底了。究竟是天命所成还是天崩地裂，世人谁知？本文的意图便是翘首以盼第三种自由民主的宪法政治，从理论上梳理出一个宪法政治的脉络，为未来我国的宪法政治选择提供一个可资借鉴的参照。痴人说梦，姑且听之。

[1] 本文是为2004年9月5日中国社会科学院法学研究所主办的“纪念‘五四’宪法颁布和全国人民代表大会成立五十周年理论研讨会”提供的，它也是作者近期正在写作的小书《论宪法政治》的导论部分。

[2] 所谓“德国问题”是指18世纪以来德国数代思想家们痛感英国政治社会的成熟并基于本国政治文化传统而提取出的一个普遍问题阈，尽管从早期的德国政治浪漫派、19世纪古典政治哲学到新旧历史学派的经济学，再到韦伯的社会学、施米特的宪法学，直至希特勒的国家社会主义，乃至当今欧盟的德国火车头作用，尽管二百年来其中的思想路径以及观点各种各样，迥然有别，甚至相互对立，但有一条主线却是显然的，那就是融入以英美为主体的世界文明的德国自己的道路，它标志着一个民族的政治成熟与否及其成熟的程度。当然这个问题极其复杂，有关粗浅的论述，参见拙著《休谟的政治哲学》第六章以及相关论述。至于“中国问题”则是一种比附“德国问题”的说法，指的是中国融入世界文明中的自己的道路问题，我认为这个问题是客观存在的，目前所谓“中国国情论”、“中国特殊论”甚至“中国例外论”都是基于相关的预设，但它们在处理一般与特殊的关系问题上，过于强调后者，而忽视了宪政民主的普世价值，特殊是在融入世界潮流中的特殊，不是相隔绝，因此这个问题还需要为中国理论界所自觉并进一步提升为一个涉及政治、经济、法律、历史、文化等多个领域的问题阈。

[3] 关于普通法宪政主义，参见小詹姆斯·R·斯托纳：《普通法与自由主义理论——柯克、霍布斯及美国宪政主义的诸源头》（未刊稿），秋风译。

[4] 宪法政治（constitutional politics）在本文中既有特殊的阿克曼意义上的含义，又有普遍的宪法哲学或政治法学的含义，关于上述问题的梳理与阐释，见本文正文的相关内容。

[5] 《联邦党人文集》，程逢如等译，商务1995年版，第3页。

[6] 关于黑格尔晚年的法哲学思想、哈耶克晚期的宪法新模式理论，除了他们各自的代表作《法哲学原理》和《法律、立法与自由》外，参见拙著《法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想》和《论相互承认的法权——〈精神现象学〉研究两篇》（北京大学出版社2003和2004年版），在后一部书中，我粗略地阐释了哈耶克的宪法思想与黑格尔国家法理论的隐秘关系，认为他们都属于保守的自由主义或权威的自由主义思想谱系。

来源：法学时评网

相关文章

法政思想与制度的历史生成

中国语境下的自由主义法权理论

“宪法政治”理论的时代课题——关于中国现代法治主义理论的另一个视角

费希特《自然法权基础》简评

法律秩序与自由正义（下）——哈耶克的法律与宪政思想研究

法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想研究

作为法哲学家的康德

休谟的正义规则论（上）

休谟的正义规则论（下）

哈耶克的宪法新模式

宪政正义与超验正义

《休谟的政治哲学》导言

[中国法律文化](#) | [About law-culture](#) | [关于我们](#)

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720