

现代政制五论

高全喜 著

Five Essays on
Modern Politics

法政思想

文丛

法政思想文丛。新的中国问题之视角。集汉语学界之学术力量。审慎研究中西政治与法律理论。

期冀开辟中国与西方传统政治的两种资源。寻找适合中国国情的一般政治与法律原理。

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PH.D. THESIS

1968

1968

1968

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1968

现代政制五论

高全喜 著

法政思想
文丛

Five Essays on
Modern Politics

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代政制五论 / 高全喜著. —北京:法律出版社,
2008.12
ISBN 978-7-5036-9040-2

I. 现… II. 高… III. 政治哲学—研究 IV. D0

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第184800号
©法律出版社·中国

现代政制五论

高全喜 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16
版本 2008年12月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 20.25 字数 265 千
印次 2008年12月第1次印刷
编辑统筹 法学学术出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9040-2

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

现代政制五论

他应成为一个公正的人，在他的天性力所能及的每一时刻去思考和创造。

[德] 荷尔德林

法政思想 文丛

主 编：高全喜

学术委员：李 强
张千帆
林国基

季卫东
林来梵
谢鸿飞

王 焱
曹卫东
刘海波

高全喜
陈端洪

自序

从时间上说,本书收录的五篇文章,大抵在两三年前就已经基本写毕了,现在结集出版,心中十分感慨,非常感谢法律出版社,尤其是编辑董彦斌先生的古道热肠。两年来,我虽然陆续写作了一些风格各异的文章,出版了《我的轭——在政治与法律之间》和《何种政治?谁之现代性?》两部书稿,其实,这些篇章的思想底色大多源自上述的五论,现在把它呈现在读者面前,我既有一种了却心愿的释然,又有一种如执火炬的热烈。

屈指算来,自己的新一轮学业转向已经有十年之久了,其间所作的哈耶克、休谟与黑格尔的文本研究,对于自己来说,只能是一种步入法政之道的学术训练。自己潜质平庸,学问做得并不精粹,但仍不愿面壁向学,死守空道,而是关注所谓的中国之大问题,于是贸然写作了几篇涉及宏大叙事的文章,即宪法政治、共和政体、国家利益、政治社会与民族主义五题也。记得我在《何种政治?谁之现代性?》这本小册子的序言中曾经写道:“在左派激进主义、右派保守主义和教条自由主义的夹缝中,我愿意选择一条边缘性的中庸之道。”此话道出了眼下吾之五论的本意。在当今言辞滔滔的中国法政思想界,我知道自己的言说卑之无甚高论,属于乏味的散文,但大道藏于拙,或许我的这些笨拙之言能为那些致力于经世致用的学子们提供某种砥砺,如斯自己就不作他求了。

按照我的计划,这十年的学术研究在今年年底伴随着这部《现代政

制五论》的面世而告一段落。十年来吾道不孤,学界各位老友新朋给予我的教诲、提携与激励,使我能够戮力前行,在此心铭感激。我的家人,十年来与我风雨同舟,在此不复多言。最后,我愿把这部涕泪之书献给我病疆交迫中早逝的父母——祈祝他们的灵魂得到安息!

高全喜

2007年12月18日深夜

于北京西山寓所

目 录

自序 / 1

第一章 论宪法政治

——关于中国法治主义理论的一个
视角 / 001

导论：“宪法政治”理论的时代课题 / 001

一、政治法、国家法与宪法 / 006

(一) 孟德斯鸠的政治法思想 / 007

(二) 黑格尔的国家法理论 / 014

(三) 施米特的宪法理论 / 020

二、常规政治与宪法政治 / 024

(一) 施米特的二元政治观 / 024

(二) 阿克曼的二元政治观 / 032

三、宪法政治的几个理论问题 / 039

(一) 主权形式与内容之关系问题 / 039

(二) 民主政治与主权归属问题 / 045

(三) 法治主义与宪法政治的程序 / 052

第二章 论共和政体

——关于中国人民“共和国”的一种政体论思考 /060

一、古典共和政体 /061

(一) 希腊共和政体 /064

(二) 罗马共和政体 /070

二、宪政共和政体 /080

(一) 英国混合政体 /081

(二) 美国联邦共和政体 /107

三、共和政体与共和主义以及中国问题 /122

第三章 论国家利益

——关于中国现代社会的一种国家哲学思考 /135

导论：国家利益问题对于我国的重大意义 /135

一、国家利益问题的一般理论 /137

(一) 现实主义的傳統理论 /138

(二) 自由主义的傳統理论 /144

(三) 其他理论形态的视角 /154

(四) 关于国家利益的几个重要理论问题 /156

二、中国的国家利益观 /166

(一) 世界政治格局的演变与现代状况的挑战 /166

(二) 中国政治社会的内在诉求与应战 /173

(三) 现时代的中国国家利益观 /181

(四) 中国国家利益观的几个关键问题 /189

结论：中国政治社会之时代问题的理论转型 /200

第四章 论政治社会

——关于中国现代社会的一种政治经济学考察 /204

一、西方关于政治社会的一般理论 /206

(一) 政治社会：狭义和广义 /206

(二) “政治社会”的问题形态 /212

(三) 英、法、德政治社会理论之异同 /219

- 二、中国现代社会之特殊性 /228
- 三、中国现时代之政治社会的政治经济学分析 /245
 - (一) 政治经济学的核心问题 /247
 - (二) 政治经济学视野下的几个重点问题 /259

第五章 论民族主义

- 关于民族主义问题的一种自由主义考察 /271
 - 一、民族认同的政治基础 /273
 - 二、从民主主义看民族主义 /282
 - 三、从共和主义看民族主义 /291
 - 四、从宪政主义看民族主义 /302

论宪法政治

——关于中国法治主义理论的

另一个视角

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历程中，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”。^{〔1〕}

英国这个自由宪政的老牌国家，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

〔1〕 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，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。阙。

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有着广泛的解释力,^[1]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)。^[2]

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”。^[3]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,十八九世纪的大陆国家,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

[1] 关于普通法宪政主义,参见[美]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》,姚中秋译,北京大学出版社2005年版。

[2] 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,见本章正文的相关内容。

[3] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1995年版,第3页。

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——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,两类国家的国家性质仍然具有着很大差别。特别是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性的不同,宪法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,而法德国国家增生过程中的教训与经验却如同血与火那样地激荡在我们面前。

笔者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,即一个宪法政治所需要的智慧、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法理论。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法政治,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“宪法政治”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、个案分析等方面的研究、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,在笔者看来,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,宪法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法政治维度。当然,关注宪法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。十八九世纪以来,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,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,英美的宪法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法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。

由此可见,法律与政治、宪法创制与非常政治,它们是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,但它们之于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国同样如此,且同样难以逃避。所以,笔者认为中国现时代的法治主义应

该关注政治法、国家法或宪法政治,瞄准社会治理的宪法政治维度。特别是在目前这样一个宪法政治的特殊时代,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法政治理论,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,或强调宪法政治的非常意义,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,理论上也是自洽的。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,都是自由的宪法政治的典范,而法国大革命时期的西哀士宪法、德国的魏玛宪法等则是失败的宪法政治。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,乃至中国近代中国多部宪法失败的关键,都在于这个平衡之能否达成。我国30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“普通法的治国国”,^[1]也许并非是不可能的。

当今的美国宪法学家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法政治的二元政治观,关于阿氏的具体观点,本章下文再加以论述。在此我先要指出的是,所谓

[1] 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,认为它们都属于保守的自由主义或权威的自由主义思想谱系。