

第一章 宪政论的宗教基础问题

当一个新国家生成 当一个旧国家革新自身 无论在印度还是在意大利 无论在尼日利亚还是在法兰西 新的宪法便是那一时期的秩序。当革命成功地实现之时，即使是共产主义革命，也总是要颁布宪法。这种情形甚至超越了国家秩序的界限，地区性的联盟和世界范围的联合国也寻求制订一部宪章或宪法。如果对一部宪法达成一致意见有困难，那些当权者至少会应允制定一部尽可能行得通的宪法。并且 由于发展的迅速 许多现行宪法如果不用另一部宪法来取而代之，就会显得软弱而没有功效。但是 尽管宪政论具有世界范围的号召力 它似乎正在丧失其往日赖以自信稳固确立的基础。为什么宪法会遭遇如此多的困难，产生如此多的紧张和纷扰？为了理解和尽可能地回答这一问题，我们有必要探究宪政论的起源。必须指明，它植根于西方基督教的信仰体系及其表述世俗秩序意义的政治思想中。显然，许多在本世

纪主动采用宪法（或者被其国内的和外国的善意的施主强加于其上的）的社会并不是基督教社会。并且由于受现代思想的影响，那些曾经是基督教的社会，其宗教基础也日渐被削弱。试看曾经是“议会制之母”的英格兰，其当代的气氛与 17 世纪的情形相比，是多么的不同！

当然，在断言西方的宪政论是基督教文化的一部分时，我们所遵从的是一种现代的信念，即认为一切文化现象都应被视为一整套相互关联的价值观、利益和信仰的体系的呈现。这一正确的主张很容易导致一种错误的相对论，这种相对论视该种价值观、制度和行为模式被限定在一套特定的体系内，并因此难以超越其樊篱。我不同意如此眼光狭隘的浅见，而承认在许多相互关联的情境中，基本相同的现象的再现，呈现出作为人的人类所具有的普遍的可能性。^[1]易言之，通过展示文化的和观念化的宪政论内涵，我不想排斥其普遍有效的可能性，而只是指出当那些与其起源相联系的价值观和信念不再能作为其凭借的基础时，如此将其扩大使用可能产生的问题。

但是，这种认识可能会立刻遭致下述反对：宪政论的渊源难道不可以上溯至更久远的时代？它们不是出自古典的古代，其真正的基础不是在希腊和罗马？由于后一种观点被认为是确凿无疑的，并被广泛地接受，因此，在我们着手分析之前，必须就此观点简要地加以阐述。^[2]它将有助于下面要作的对正义问题的讨论，而这是我在此

项宪政论研究中所关注的核心问题。

柏拉图在其不朽的对话中论及正义时坚持苏格拉底的论断，即正义 (*dikaiosyne*) 应被视作为其自身和家庭“正当地享有自己的东西和做自己的事情”(*he tou oikeiou te kaiheautou hexis te kai praxis*)。[3]这一论述涉及三个等级各自的地位和作用，从而将正义与其社会固定的等级秩序相联系。它在强调所有物的同时还强调了行为。这在罗马人(斯多葛)对自然法著名的定义中的第三句话得到了回应: *suum cuique tribueré* (给予每个人他应得的部分)，但是这种表述方式除了其是一种行为亦或是一种所有物尚有待商榷外，它成了一种他人的“所有物”的被动接受。另一方面，柏拉图在此以及相关的段落中将正义 (*dikaiosyne*) 既视为具有个人的性质 又具有行为的和事物的性质。而个人、行为或事物是否能被判定为“正义的”(just)，或者更确切地说被判定为“正当的”(righteous，从基本的习惯和法的观念上讲，*dike* 意即 right)，这一问题只有具有认识形式或理念 (*eidós* 就其与善的理念相关之完美形式的意义而言) 卓见的人才能够回答，因为只有他才知道所有具体的人、行为或事物在多大程度上带有 (*metechei*) 理念 (*eidós*) 的特质。正义的理念 (*eidós*) 是一种超验的实在，不能用感觉来证明其存在。在柏拉图看来，这种超验性要求，追寻智慧 (*philosophos*) 的人一旦获得成功并成为真正的哲人

(*knower*)，他就是唯一有统治能力的人。正义的这种极端超验的性质妨碍了它在宪政秩序中的实现。[4]

但是《法律篇》又是怎样论述的呢？难道柏拉图在这部后来的对话录中没有述及法律，以及事实上没有述及宪法吗？法律当然是有所论述的，但没有论及西方传统业已发展形成的那种特殊意义上的宪法。尽管我们反对那种认为柏拉图的《法律篇》阐述了一种极权主义制度的观点，[5]但它的确描绘了一种权威主义的制度，生活于这种制度下的个人没有权利，仅受到法律严格的制约。事实上，人权最核心的观念，即个人宗教信仰的权利（见以下第 5 章）因为最严格地遵从既定的信仰体系的观念而被公开地排斥在外，这种既定的信仰体系被视为一种公正的政治秩序的真正精髓。[6]

但是这一观念与那些流行于古典希腊的观念非常一致。宗教是与政治秩序紧密相联的。事实上，没有一种“国家”与“教会”相分离的实体会得到认可。柏拉图和亚里士多德在讨论 *ta politica*（政治学）时想到的 *polis*（城邦）既是一个教会也是一个国家，因此事实上它既非教会也非国家。在试图与这一政治学的普遍观点保持一致时，柏拉图和亚里士多德似乎应该考虑到每一种政治秩序都有其“宪法”，有其 *politeia* 或 *politeuma*（国家的政权机构）。这里后者所指的宪法仅等同于政治秩序或政治结构，包括其组成的各个方面。甚至一种极权的独裁

制度也有这种“宪法”即独裁者的职位以及当时他认为满意的机构,诸如政治局、主席团、地方分权“封建制度”等等一类的东西。很明显,这种意义上的宪法没有多元分化的含义,它只是一种赘物,一种政权或政治结构的同义词。

但是很显然,亚里士多德在用 *politeia* 这一术语时还有另一层规范的含义。因为这一术语也指明了亚里士多德的模范政治秩序,具体称之为“政体”(polity 或立宪政权 constitutional regime),^[7]在此,试图对该范式进行描述就离题太远了,我仅想指出的是,除了那些有关参政的权利外,它不涉及人权,它是一种广义的亚里士多德意义上的复合“政体”,是三种好的政府形式的混合。柏拉图的追随者们也如此认为。我们后面还要遇到这种复合的政体(见第三章),毫无疑问,它在现代宪政论的演化过程中起过作用。这里,问题是这种范式根本不是现代宪法的样板。不仅是因为它没有强调人权(恰如上述),而且它也没有提及对权力的行使加以限制的必要。其“善”的标准就是它的稳定性,或者更恰当地说是其持久性,亦即它维护其特定的价值观和信仰不受损害的有效性。换句话说,该政权的生存,而不是组成它的自由和尊严,是确定其价值的标准。其正义的达成是通过建构一条各种关系平衡且和谐的“中间道路”,而这种正义本身是依据该社会的价值观和信仰来限定的,这种社会的价值观和信

仰，是一套精心构造的按比例和数量来确定平等的体系。

简言之，亚里士多德的 *politeia* 甚至在作为一种模范政治秩序式的规范性概念时，也缺乏其特定的现代涵义。即将政府排斥在个人领域之外，更具体地说，排斥在宗教领域之外。在罗马人的传统中这种缺乏同样值得注意。当波利比奥斯写下其对罗马共和国的赞美性分析时，对于这个希腊人来说，罗马组织结构的完美似乎基于其宗教的正统观念和它那谨慎维持着的各种政治力量之间的平衡。^[8]但是，难道罗马共和国的秩序不是一种最复杂的将约束制度化的体系吗？在最高行政官不是只由一人出任时，它将这样制度化的约束发展到一种极致，很少。如果有的话，有一些政权模仿这种以两名执政官为国家元首的方式。行政和管理机构及其工作人员之间相互连锁的复杂制度，立法权的分离以及精心构制的各种司法职能行使之间的平衡^[9]——所有这些无疑构成了一种制度化约束的体系。但是波利比奥斯赞赏该政体的原因是它所取得的基本成就。那不是对个人的保护（因为除非在一种有限的程序意义上，这种保护并不存在）而是使罗马强大并使罗马的士兵公民（*soldier - citizen*）有效地参与国家事务。罗马的“宪政论”（如果可以用这一术语的话）不是多元的，它是基于一种根据 *virtus*（刚勇）作出的对人类生活的非基督教的评估，这种 *virtus*（刚勇）或男子气被视为一种在战场上和政治的竞技场上的优势。

依据罗马 *civitas* 国家政体理论，人民并且只有人民才是一切法律的源泉。因此，对罗马宪政论基本精神的领会确实要以洞悉他们对法律（*lex*）的观念为先决条件。^[10]不过，罗马的法律也成了帝国的法律，不仅仅是在它仍然保持着其古老的宪政外表的时候，而且还在其渐趋衰微之后。^[11]罗马法律的这种持久性是可能的，因为它全心旨在维护的是其政治的秩序，而非组成这一政治秩序的人们。人们可能会说，罗马法甚至在帝国崩溃之后仍然有效，这是事实，但仅仅是在一有限的范围内。尤其是法律上那些与罗马〔作为典型的 *polis* 城邦〕宗教最紧密相联的部分业已被废弃，因为当罗马法在一位基督教皇帝的主持下被编纂成典时，它们就已失去活力。然而，我们不能改变这样一个事实，那就是由于需要和选择，罗马帝国的法律对于我们文明的形成起了很大的作用。”^[12]其中法对政府的重要性之原理也不可低估。

检视一下西塞罗的立场可以证实以上论述。在对共和国（*respublica*）的讨论中，西塞罗宣称，这种共和国作为人民自己的国家，乃是建立在民族的基础之上，而这样一个民族反过来又被限定为一种通过对法律的认同和其它有效的文物制度的共享而“联系”在一起的“大众的聚合体”（“*coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communiione sociatus*”）。对法更进一步的论述是视其为社会维系的纽带（*vinculum sociatatis*）。^[13]在另一本专著

中 西塞罗详细论述了法的重要性 在书中 他坚持法的重要性是至高无上的，没有它共和国就不可能存在。 [14] 正是因为这个原因，西塞罗坚信 *civitas* 国家政体 要成为最好的，则应是他先前所探讨的三种政府形式（君主制 贵族制和民主制）的联合 他谈及一种联合的 *civitas* (*conjunctum civitatis genus*)，称之为混合或复合的政治实体 (*commonweath*) 或国家。 [15] 它之所以受到赞扬就是因为它能保持稳定；西皮奥在指出其它形式的政府迭遭革命和颠覆之后评论道 为了避免这些情况的发生 他考虑第四种形式最值得称道，它是“其它三种形式恰当地（平衡地）混同”。它即是罗马 *civitas* 式的政体 如同斯巴达和迦太基曾有的 一样。但除了参与该政治实体的事务以外 他一次也没有提到公民权利 以及其法律权利的相互维护，而在考虑价值观的政治基础时，也没有任何此类论述，包括对宗教权利的论述。

总之，即使我们承认一种掺和了君主制、贵族制和民主制因素的政府混合形式是一套周密的体系，也不违背我们所坚持的中心论点，即罗马宪政 (*Roman constitution*) 的基本功能是与基督教传统中宪政 (*Constitutionalism*) 的功能截然不同的。因为在这种传统中 该法所凭借的法和正义主要不是某种 无论是人民的还是皇帝的 意志 它们只有在神的神圣以及神在人间 的对应物和创造物的尊严依照该法受到尊崇时，才能被

认识和理解。人类正义的本质透过神的正义方能得见（恰如透过一面镜子）而后者乃是只能部分地启示给凡人的神秘之物。从某种意义上说这是柏拉图的思想，但披了一件宗教的外衣：在哲学的观照中它只是显露些许而不能被看清。

在教会教父中，最详尽地阐述这一观点的是圣·奥古斯丁，这可能是由于他既浸淫于罗马传统又专注于柏拉图哲学的结果。^[16]他对政府和政治秩序的“悲观的”观念是他坚持认为真正的正义应是完全超验的合乎逻辑的宗教推断的结果。这种真正的正义只有虔诚的信徒借助于神的恩典才可能达到，而永远不可能在世俗共同体（*commonweath*，无论该共同体是基督教的还是非基督教的）中找到。*civitas terrena*，即人间之城的统治者最好是基督教徒和虔诚奉教的人，其主旨就是秩序与和平，而为了服务于这种至上目的而制定的法律必须被全体基督徒所遵守，无论其正当（*rightness*）与否。因为，甚至人间最好的法律也只是真正的正义的“残片”或“镜像”，这种正义只存在于上帝之城，它不属于此世。

世俗的政治秩序不可能是真正的正义秩序，这一观点是圣·奥古斯丁至关重要的主张。作为一个罗马人，他发现自己面临着罗马法气势恢宏的传统。正如我们业已见到的，罗马法是共和国的基础，并且在共和国“宪法的”秩序被打破之后，仍然由罗马帝国所承继。这一传统的

最伟大的哲学解说者是西塞罗 因此 圣·奥古斯丁煞费苦心地对付和驳斥西塞罗的观念也就不足为怪了。如上所述 西塞罗的 *respublica* (共和国) 观念着重强调了 *consensus juris* (法律的认同) 作为维系民族及其社会的纽带的功用 但是既然 *jus* (法) 基于正义 (*justitia*) , 而正义是给予每个人他应得的东西, 那么罗马或者事实上任何其它的异教徒国家, 怎么可能立足于正义之上呢? 因为在那些必得给以应得评价的人们中间 不朽的上帝不是遭到轻忽了吗? 罗马人不是膜拜“恶魔”(demons) 而不愿尊奉唯一仅有的上帝吗? 甚至在一个统治者和被统治者都是基督徒的政治秩序中, 也只有有限的成员可能虔诚地侍奉上帝, 而且即使是这些人也只能尝试着请求神的恩典和惠助以达到真正的正义。

圣·奥古斯丁煞费苦心地对构成一个国家 (*commonweath*) 的人民重新下‘定义’以重述西塞罗的观念。他说, 这样一个民族是“因分享与其拥有的事物 (即爱) 相同的東西而联系在一起的理性大众的聚合体”。^[17] 用现代的话说 圣·奥古斯丁这里似乎是说, 这种共识 (*consensus*) 是基于世俗的价值而非 (真正的) 正义。因此 该国家 (*commonweath*) 就是一个价值共享的社会而不是价值由神意来启示的社会。这位希波的大主教说, 如果将 *consensus juris* 视为这种 *respublica* 的主要特性, 他就会拒绝将 *respublica* 用来指称罗马共和国, 但作为

一位善良的罗马人，他发现这样做有诸多的不便。与此同时，他似乎对指出这种 *respublica*（共和国）和 *regnum*（王国）之间的差异保有兴趣。前者即 *res populi*（人民的事业）就是说是一种“属于”人民的政治秩序，而后者则不是。对于这种 *regnum*（王国），他有一则著名的类比，就是将它比作抢劫团伙。^[18]但这种对比不应被过分强调。毫无疑问，奥古斯丁不会认为共和政体和抢劫团伙之间有这种类似之处。因为在其后的论述中，他把王国的起源和发展与抢劫团伙的起源和发展联系在一起，并轻蔑地将古罗马传统中的君主制与共和制的差异加以对照。圣·奥古斯丁的若干论述表明他对古老的共和政体及其善德评价很高。当然，尽管他从未承认上述 *virtus*（刚勇）就是真正的善德。同时这种区别也未容许我们断定圣·奥古斯丁真正视 *respublica* 为一种理想的政治秩序。^[19]那种秩序称为 *Civitas Dei*。*Civitas* 是政治秩序或社会共同体（国家）的概括性总称，它包括好几种类型，*respublicae*（共和国），*regna*（王国），*imperia*（帝国）。其中有些达到了相当程度的善德；这种善德，在 *regna* 和 *imperia* 是通过贤明的统治者达到的，在 *respublicae* 则是通过好的法律达到的。^[20]

没有迹象表明圣·奥古斯丁必定喜欢这些秩序中的某一种而排斥其它几种，因为它们都不能达到真正的正义。问题是究竟怎样的秩序才能有效地维护和平和秩

序。如同大多数的爱国作家一样，他倾向于接受现存的国家和法律状况。昏庸无道的君主乃是因人类自身的罪孽而加之于人的惩罚，就如所有其它痛苦和磨难也是因此而生一样。尽管作出这种评判的最高尺度就是教会被要求予以捍卫的真正的正义，但是圣·奥古斯丁似乎并未想到将这种超验正义作为政治改进的组织原则来运用的可能性。事实上，他明确地拒绝这种可能性。基督徒不得反抗暴戾的统治者，而只应服从。如果该统治者的命令与上帝的旨意相违背，他们当然有义务服从上帝的旨意 但是 这种服从仅仅意味着消极地抵制 而不是积极地去变革政治秩序。法律应该与真正的正义的要求相符合 但情况常常不是如此。从严格的意义上说 这种不合正义的法律不是真正的法律。他不仅在一些早期著作中非常明确地阐明了这一点，而且在 *Civitas Dei* 中也明白写道：“我认为不是正义的就不是法。”^[21]但是 曾经是辩证论者的圣·奥古斯丁充分认识到这样一个事实，即一般实在法 *lex temporalis* 并不惩罚罪孽 (sin) 而只是惩治对一种具体的规则所确定的和平秩序的违犯。因此奥古斯丁对实在法的强制力的解释依循了罗马人的传统。这种解释事实上是西塞罗关于理性的自然法这一斯多葛派理论的先验化了的翻版。西塞罗的理论认为这种理性的自然法并非“由人所设计的”，即它不是人类的创造物，^[22] 而是“通过了解它命令什么和禁止什么的智慧来

统治全世界的某种永恒的东西”。因为西塞罗也认为违背自然法的法律不是真正的法律，但是在他看来，自然法对于人是无所不在的，正如他所指出的：“我们为正义而生，法律不是基于舆论，而是基于人的本性。”因此，在这方面各种政府形式之间是有差异的，而且有一种“最好的”政府形式，在那里这种法律得以实行且能达致真正的正义，而奥古斯丁的超验正义的观念则拒斥这类具体化的形式。

这种具有更高的权威来源的正义观超出了一切有关政治秩序运行的严格意义上的政治争论。因此，它使得这种探讨不再去追究那些曾经困扰柏拉图的哲学上难以确定的一般的世俗的正义，而使探询者仅仅提出这样的问题：在所有的政治活动中，什么样的特定行为、行为丛和/或事件重复地发生？当人们谈及正义和非正义时，相关的具体的政治经验是什么？^[23]这种具体经验看来要求对不同的人 and 境况进行比较评估，这种评估通过将一种行为与受其影响的人相联系，来确定该行为的恰当与否。它要问：他们是平等的吗？怎样的平等？对这一问题的回答有赖于对此特定社会的普遍的价值观念和信仰的系统阐述。但是，当涉及一个基督教社会时，这一发问以新颖而又惹人注目的方式提出了一个圣·奥古斯丁曾经想要超越的问题：通过确定世俗秩序中基督教的正义观念，价值判断得以型塑有关正当的 (*right*) 政治秩序的观念，尤

其是 它可能导向这样的结论 即只有特定之西方意义上的宪政秩序才是适合于基督教社会的正当秩序，这种价值判断的具体根据是什么？这个问题圣·奥古斯丁既未提出 更未作答 而它却是圣·托马斯和其它中世纪的思想家们所面对并寻求解答的。当然 他们所发现的 或者他们自信业已发现的答案，并不排斥非基督教的价值作为类似基础的可能性。但是无论如何，要使对这种类比的探究有意义，首先要甄别和辨明这些价值。

这些问题又一次将讨论带回到宪政特定的西方形式上来。在前面的分析中我们曾经提到它的若干特性，但是现在有必要将它们总括在一起更明确地加以表述。^[24]首先 我们可以说 这样一部宪法在政治上的意义既不是它被单独编纂在一份文件或法典中，也不在于它规定了政府的组织形式 当然 后一种观念意味着任何政府 无论其形式如何 都有其宪法 最后 我们可以发现 如果“基本法”的含义是指将一个特定社会的各项基本法律规范汇集在一起的法律的话 则宪法就不是“基本法”因为许多私法的和刑法的基本规范在宪法中没有其位置。

宪法和宪政真正的本质，它那与所有非立宪制度形成鲜明对照的特殊性 (*differentia specifica*)，可以通过提出这样的问题而被揭示：宪法的政治功用是什么？因为其功用旨在达成特定的政治目标。在这其中，核心的目标是保护身为政治人的政治社会中的每个成员，保护

他们享有的真正的自治。宪法旨在维护具有尊严和价值的自我 (*self*) 因为自我被视为首要的价值 这种自我的优先, 植根于一面讨论过的基督教信仰, 最终引发了被认为是自然权利的观念。因此宪法的功能也可以被阐释为规定和维护人权的。在这些权利中, 每个人宗教信仰的权利过去和现在都是精神领域内至为关键的权利, 它与物质领域内过去和现在所保有的私人财产权同样至关重要 (详见以下第五章)。但是正如它们本身普遍具有许多变化形式一样, 这两种权利都已经历了重大的转变。而在整个西方宪政史中始终不变的一个观念是: 人类的个体具有最高的价值, 他应当免受其统治者的干预, 无论这一统治者为君王、政党还是大多数公众。

宪政秩序的主要功能已经并且仍旧依靠一套加诸执掌政治权力者的规范化约束体系来完成。集中体现在“制衡”理论上的分权被认为是进行规范化约束的有效方式。这种分权可以是功能上的, 例如区分为立法、行政和司法功能, 也可能是空间的或地域性的, 如联邦制和享有宪法保障的地方自治政府。这种分权并不是“停滞不动”的, 而是随社会的变化而不断地演化。其宪法或说宪政 (如果有人愿意这么叫的话), 事实上处在一个不断变化的过程之中。任何特定的模式或设计, 与有机体在其生命周期中某一特定时刻所呈现的形式相类似, 只是其中的一个驿站而已。^[25]

但是，由于立宪政体必须实现一个有效政府的基本职能，这种规范化约束本身也必须小心谨慎地限制在必要的范围之内。与早期的宪政不同，现代宪政愈来愈认识到政党在整合这一套规范约束制度方面所起的作用。与此同时，为了避免其领导人担任公共职务的政党可能转而使得这种约束成为无效的危险，人们试图通过公开确认一个反对党的角色来确保对这种政党公平地周期性地替代。所有这些都是我们所熟知的，这里提及它们只是要提示是什么构成了现代西方的宪政。从宪政的传统出发，人们有充分的理由对许多新成立的国家所确立的一党制并以“民主”的名义使其合法化深感忧虑。但是只要其它各少数党派被允许对政府进行有效的批评，这种一党制就可以被视为一种边缘的宪政秩序。

同所有的政府一样，立宪政府必须要催生和建构。这种创制只能由一个掌握实权的团体或偶尔是个人来完成。显然，它要求权力的执掌者放弃其权力，这是宪政的主要困难所在。要一个执掌实权的人交出其权力不是顺理成章的事。要作出这种超常的行为，行为者必须有一种深刻的体认。在改组了雅典城邦之后，梭伦踏上了他漫长的旅途。他对其权位的弊端有深刻的体认，他厌恶专制独裁，很显然，他的权位是如此高踞显赫，以至于他害怕自己最终成为一位不由自主的暴君。他这种克己的行为在古代一直被视为其具有非凡智慧的一种象征而

予以赞美、传颂。但是，他的‘宪法’所寻求达到的各阶级之间的平衡，是为获得稳定的 (*stable*) 秩序而实施的，并不是现代意义上的宪政秩序，^[26]安定、和平与秩序是一切政府的目标，并且，人们有很好的理由，当然，也已经有人提出这类理由，支持这样的论点，即传统的君主制而不是宪政制度，能够提供最大限度的安定、和平和秩序。对现代宪法秩序的探求只有在下述情况下才可能被理解和领会，即这种政体的奠基人愿意放弃他们的君权并满足于代表人民来行使其宪法的权力，而这种意愿是对个人自我的神圣性深刻体认的一种表现。以下各章即试图勾画出在西方这种体认的宗教基础。基于这种体认的正义，是对人及其制度的超越人类理解范围的神的正义的一种反映。埃德蒙·柏克，一位已故的但笃信西方宪政的学者，以其热情奔放、无与伦比的辞令雄辩地指出：

有一种东西，并且只有这种东西恒久不变，它先于这个世界而存在，并且也将存在于这个世界自身的组织结构之中；它就是正义。这种正义起源于上帝，驻留在我们每一个人的胸中……并且，这个地球都化为灰烬之后，以及在我们的律师和诉讼当事人面对伟大的法官——上帝——之时，它仍将特立永存……