

第一节

狄摩塞尼斯尝言：“每一种法律都是一种发现，是神赐予的礼物——明智者的戒规。”^[10]这句话即证明法律发现观是一个古老的观念。库利奇总统也说：“人们并不是制定法律，他们只不过发现法律而已……如果一种政体具有发现法律的最佳机制，那这个国家就再幸运不过了。”^[11]由此可见法律发现观影响之久远。然则，并非每一个宣布，即使是最尊贵的人类权威的宣布，都必然是这个意义上的法律。这种看法在古代就有人主张过。比狄摩塞尼斯早一个世纪的安提戈涅，因不服克瑞翁的敕令而诉诸“诸神固定不变的、不成文的习惯”，已经将古老的习惯法置于人类制定的规则之上。^[12]这种主张在三个阶段上的标志，就是亚里士多德在《修辞学》（*Rhetoric*）中给该主张的倡导者的忠告，即当他们“依照国家的法律无法胜诉时”，他们就应当“诉诸自然法”。亚里士多德还引证了索福克利斯戏剧中的安提戈涅，主张

“不正义的法律就不是法”。^[13]换句话说，法律这个词的含义含糊不清，它既可指具有更高级内容的法，又可指具有较低级内容的法律，此外，还应该存在某些凭借前者以反对后者的手段。

但是，正如亚里士多德自己的话所表明的那样，将高级法等同于习惯并不是这一问题的最后结论。在这种观念可以作为一种历史上真正伟大的人性化力量而开始具有普遍性意义之前，它的早期概念不得不像希伯来人的上帝概念那样经历一番演变，只不过由于智者及其批评者苏格拉底，这一演变的历程才大大缩短了。即使在希腊诸城邦中，习惯既不是永恒不变的，也不是一律相同的，这一发现促使智者派得出这样的结论：正义或者只是“强者的利益”，或者充其量只是人们纯粹基于方便的考虑而形成、并且基于类似的考虑可废止的惯例。^[14]事实上，这两种观点最终融为一体，因为那种无法维持自身存在的东西不可能成为对人们方便的东西，而那种能够维持其存在的东西，从长远来看必然是根据其支撑者的利益而塑造的。幸运的是，对于智者提出的问题，这并不是唯一可能的解决办法。在苏格拉底对智者学说所做的分析和柏拉图的理念论的基础之上，亚里士多德在其《伦理学》(*Ethics*)中提出了“自然正义”的概念。他写道：“在政治正义中，一部分是自然的，一部分是法律的，——自然的是指在每个地方都具有相同的效力，它并不依赖于

人们这样或那样的想法而存在；而法律的则意味着起初既可以是这样，又可以是那样，……。”^[15]也就是说，国家强制实施的正义，其基本成分不是国家自己精心设计的东 西，而是从自然中发现的东西，是对自然永恒不变性的摹仿。

但是，在实践中，用什么标准来检验人类的法律和宪法中是否具有自然正义的成分呢？依照其自然正义具有普遍性的思想，亚里士多德不可避免地将合理的东 西等同于人法中普遍存在的东 西。在《政治学》（*Politics*）中，他提出人治和法治哪一个更可取的问题，他对自己的问题予以毫不含糊的回答。“看起来，给法律赋予权威就是仅仅给上帝和理性赋予权威；而给人赋予权威就等于引进一个野兽，因为欲望是某种具有兽性的东 西，即使是最优秀的人物，一旦大权在握总是倾向于被欲望的激情所腐蚀。因此，我们可以得出这样的结论：法律是摒绝了激情的理性，所以它比任何个人更可取。”^[16]这段话的意思后来凝结为哈林顿的名言：“要法治的政府，不要人治的政府。”^[17]它于亚里士多德之后近两千年，首先体现在 1780 年的马萨诸塞宪法中，^[18]后来又体现在马歇尔大法官在 *Marbury v. Madison* 一案的判决意见中。^[19]事实上，这段话所揭示的人类统治者的欲望与法律的理性之间的对立，构成了美国人对分权理论的解释和整个美国宪法体系的基石。

人们是这么评说柏拉图的，“在他之前，哲学之城是砖瓦之城，而柏拉图将它建为黄金之城。”^[20] 斯多噶哲学对高级法这一概念所起的作用也可以作如是描绘。一般认为，亚里士多德的“自然正义”主要是一种立法者遵循的规范和指南，而斯多噶派的“自然法”(*Jus Naturale*)却是全人类通往幸福的坦途。最高的立法者是自然本身；自然秩序也并非仅指现代科学所探究的那个物质的秩序。斯多噶主义所强调的自然法概念是一种道德秩序的概念，人们通过上帝赐予的理性能力与诸神一道，直接参与这种秩序。自然、人性和理性是一回事。^[21] 自然法概念显然是一种伦理概念而非政治的或法律的概念，这并不是没有原因的。斯多噶主义诞生于希腊城邦的废墟之上。柏拉图与亚里士多德主要用政治手段来实现人类幸福的信念已证明是一种幻想，希腊人重新凭借自己的思想资源，发展出一种全新的世界观，它既是个体主义的，又是世界主义的。

自然法观念经斯多噶主义的拓展和充实之后，由西塞罗将其恢复为世界性的法律和政治观念。西塞罗的《共和国》(*Republica*) 经由另一位作者的著作保留给我们（在优美文风的保存质量方面，很难再找到如此明显的例子。），在其中的一段话中，西塞罗提出了他的自然法观：

真正的法律乃是正确的理性，它与自然和谐一致，它散播至所有的人，且亘古不变、万世长存。它以其命令召唤人们履行义务，以其禁令约束人们为非作歹。……人类立法不得企图背离该法，这是一项神圣义务；而且不得毁损该法，更不得废弃该法。事实上，无论元老院还是人民，都无法使我们不受该法的约束；它也不需要我们自己之外的任何人作为其解说者或阐释者。不可能在罗马有一种法，在雅典有另一种法；或者现在有一种法，将来有另一种法；有的只是一种永恒不变的法，无论何时何地，它都是有效的。……[22]

不过，西塞罗的独特贡献还是体现在其《法律篇》（*De Legibus*）中。在那里，他将“正确的理性”等同于那些人性的特质，正是通过这种人性的特质，“人与神才取得联系”。^[23]他将市民法本身的约束特性归之于它与这种人性的普遍特征和谐一致。他声称在人的自然禀赋中，尤其在其社会属性中，“将会发现法律和权利的真正源泉”。^[24]后来他又说：“我们为正义而生，公义并非仅仅是意见的任意设置，而是一项自然的制度。”^[25]由此，正义就并非如伊壁鸠鲁的信徒们所说的那样，仅仅是一种功利，因为“那些基于功利考虑而确立的原则，也会由于功利的原因而被推翻”。^[26]简言之，可以在人性本身

的不变因素中发现持久的正义，它超越了任何基于方便的权宜，如果实在法要想获得人类良知的忠诚的话，就必须体现这种正义。

而且，西塞罗无疑认为，人类权威一般皆已满足了这种要求。因此，他说：“法律是我们所享有的自由的基础，我们只有做法律的奴隶才能获得自由。”^[27]很显然，这里的法律指的是市民法。同样重要的是他断言：“没有任何东西能比国家权威(*imperium*)’以及随之而来的法律统治的图景（其中，市民法成为整个宇宙秩序格局的一部分）更符合公正和自然秩序。”^[28]然而，正式法，尤其是制定法，有的时候仍然可能与“真正的法律”没有任何联系，因此完全丧失了被尊为法的资格，这当然是西塞罗整个立场中隐示的含义。的确，我们不得不借助于这种含蓄的暗示。西塞罗写道：“并非各民族的市民法和制度所确立的一切东西必然是正义的”；“正义也并不等同于遵守成文法”。^[29]诚然，凡夫俗子们习惯于将“文字写成的用来禁止做某些事情和命令别人干某些事情的”一切皆称之为“法”；但是，这只在口语意义上才成立。^[30]“如果仅通过人民的命令、君王的敕令和法官的裁判就可以设定公正的话，那么，为了使抢劫、通奸或伪造遗嘱成为正确的和正义的行为，所需要的可能仅仅是大众投票而已”；但是，“事物的本性”不会就此屈从于“愚氓者的意见和命令”。^[31]尽管如此，“许多不配名之为法的、错误有

害的措施在各个民族中仍然不断予以制订。”^[32]真正的法律是‘依照自然来区分正确和错误的规则’，而‘其他任何类型的法律不仅不应当看作是法，而且也不应当称之为法。’^[33]

但是，当披着法的外衣的法律与真正的法律相冲突时，又有什么办法来补救呢？在回答这一问题时，罗马法中与制定法律相关的一些程序形式向西塞罗提示了某种与司法审查制度极其相似的东西，这就是罗马人在成文法规中规定保留条款的惯例。保留条款的大意是颁布法律的目的并不是要废除那些神圣不可侵犯的东西即法（*jus*）。^[34]通过这种方式，某些准则、或西塞罗所谓的法律学说（*leges legum*）^[35]——其中一些直接控制着立法程序本身^[36]——便被上升为一种约束立法权的成文宪法。我们发现，西塞罗不止一次借助这种条款，援引法（*jus*）来反对某个制定法。有其中一次，他质问道：“它是什么？那并不是法（*jus*）！……这个保留条款（*adscriptio*）宣布，法是确实实存在的东西，否则我们的全部法律中就用不着对它作出规定了。我来问你，如果人民已命令我应当是你的奴隶，或你应当是我的奴隶，那么，颁布、制定并确立这样的命令应当是有效的吗？”^[37]另外有几次，他指出占卜官和元老院有权废止那些没有依据法（*jure*）制定的法律，尽管在此可能指的是立法程序，而且他还提到运用这种废止法律之权力的

例子。^[38]我们还发现，在元老院的一次讲演中，西塞罗直接诉诸“正义的学说”(*recta ratio*)来反对“成文法规”(*lex scripta*)。^[39]

美国宪法体制的创设者是否确实曾在相当程度上注意到西塞罗所勾勒出的司法审查制度，这似乎是相当令人置疑的。^[40]尽管如此，将西塞罗的描述和亚里士多德的类似建议放在一起就会看出，从高级法融入市民法的观点，跨向一种经常求助于高级法以反对市民法的观点，即使不是不可避免的，也是相当便捷的。如果说西塞罗对司法审查制度的确立没有起到直接作用，那么，至少可以说，他的某些思想通过融入到为该制度辩护的正当理由中而间接地起了作用。在这些思想中，首先一点就是他所主张的，除了个人自己以外，自然法不需要任何阐释者，^[41]这一看法现在仍然有时反映在法官和评论者的争论之中，即违宪的法规本质上(*per se*)就是违宪的，并不是由于任何法院权威宣布它违宪才违宪的。另一点就是他把法官描述为“宣布法律的人”；法官乃会说话的法律，法律乃沉默的法官”(*magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum*)。^[42]《法律篇》中这句话的意思在柯克的《法律报告》中重新表述为“法官乃法律之喉舌”(*Judex est lex loquens*)。^[43]这两个观点对司法审查理论的重要意义将在后面予以阐述。

在西塞罗自然法观的其它论点中，最突出的就是他

的人类平等观：

世界上没有任何东西犹如人与人之间，在所有情况下，皆如此相似或如此平等。若非习惯的败坏和意见的善变导致心智的冥顽不灵且背离自然之道，则所有人之间之相似不亚于个人与其自身之相似。所以，无论给单个人以何种定义，皆可适用于全人类。^[44]

这不仅是精彩的斯多噶学说，也是西塞罗关于人性的独特属性（这些属性构成了自然法的基础）持久不变这一看法的必然结论。

就融入美国宪法理论中的其他一些自然法主张而言，不可能如此信心百倍地追溯其渊源。人民主权观、^[45]社会契约论、^[46]统治者与被统治者订立契约的思想，^[47]皆可以在西塞罗的思想中找到或清晰或含混的雏形。另一方面，自然状态的观点在西塞罗思想中并不存在，这一观点是由塞涅卡和早期教父们提供的，他们将原始的政治形态界定为人类堕落之前伊甸园的状态。^[48]也正是塞涅卡修正了西塞罗没有意识到的人类平等与奴隶制之间的矛盾（后来《独立宣言》的签署者也没有意识到这一矛盾）。^[49]塞涅卡的观点后来被一些伟大的罗马法学家所认可。乌尔比安在其公元二世纪末所

写的著作中无条件地主张：“依照自然法，所有人生而自由，”三百年后的《法学阶梯》中又重复了这句话。^[50]在此，自然法已经产生了自然权利的内容，而自然权利最终使自然法相形见绌。

与西塞罗倡导自然法（*jus naturale*）时的雄辩同样重要的是这一倡导恰逢其时。当实施罗马法的官员们逐渐意识到，由于受原始部落的那一套繁文缛节和怪僻做法的拖累，他们那套刻板而古老的法典需要加以修改，以满足早已威震地中海世界的罗马帝国的需要时，西塞罗恰好将斯多噶的普遍法观念带到罗马法中来。罗马的外事大法官（*praetor peregrinus*）为了努力满足经常往来于罗马的外邦人的需要，很早就开始构建一部法典。尽管不是出于法典创始者的有意识设计，法典在许多方面大体体现了斯多噶派简单明了且符合人类关系基本特征的理想。可以想像，将斯多噶派的理想条理清晰地介绍给罗马法学家，一定大大促进了这一进程。其结果从万民法（*jus gentium*）的概念中就可以看得出，盖尤斯及后来的《法学阶梯》将万民法定义为：“自然理性在全人类中创设的法律”，“由所有民族平等地遵守”，而各个民族的市民法（*jus civile*）只是专门适用于本民族的法律。^[51]如果依照这种万民法观念来重新解释，罗马法便成为世界性的法典，同理，自然法（*jus naturale*）也以一种法律的面目出现，不仅具有了确定的内容，而且有强力保证实

施——一句话,自然法成了‘实证法’。^[52]

高级法的观念充斥于中世纪,它还因为存在着法典专门为统治者服务的观点而变得尤为锐利。在英国人索尔兹伯里的约翰(中世纪第一个系统阐述政治学的作家)的《政治论》(*Policraticus*)中,人们认识到:“有些法的戒律具有永恒的必然性,它在所有民族中皆具有法律效力而绝对不能违背。”^[53]这种对西塞罗自然法观的明显模仿,特别是经塞维利亚的圣伊西多尔的著作和格拉提安的《教令集》(*Decretum*),^[54]在以后的几个世纪里大行其道。但是,将高级法等同于《圣经》、教会的教义和《国法大全》(*Corpus Juris*)已和自然法观结合在一起,并且明显地在关键时期帮助了自然法观念的存活。正如《政治论》一书的译者所评论的那样,约翰并没有遇到使后来的自然法(*jus naturale*)倡导者常常感到棘手的那些困难,即“确定哪些具体规则或戒条属于自然法”。约翰使它们采用‘明显的、《圣经》经文的形式’和罗马法中准则的形式。^[55]

更为重要的是,约翰的理论是专门用来规劝君主的。这由于两方面的原因。一方面,自然法听从于具有“另一世界”观念的基督教的遣使,它已失去了原作为“生活方式”的全部意义,这种生活方式所允诺的目标是现世的幸福。同时,亚里士多德和西塞罗一直优先关注的立法艺术眼下也不存在了。另一方面,在日耳曼人的观念中,统

治者仅仅是护卫者和裁判人。裁判人的职责就是审判，但是审判的标准又是什么呢？约翰对这一问题的回答实际是自然法(*jus naturale*)，即恰好具有上述内涵的自然法。

约翰的学说还有一个重要特色，就是坚持区分‘用基于暴力的统治权来压迫人民’的‘暴君’和‘依照法律来行使统治权’的‘君主’。^[56]约翰的这些提法预示着中世纪对现代政治理论的独特贡献——即所有政治权威具有内在限制的思想。正是从这种观点出发，约翰解决了罗马法中主张君主乃“绝对的立法者”(*legibus solutus*)^[57]且“他所喜欢的皆具有法律效力”^[58]等条文的麻烦。约翰解答道，在君主“可以合法地行不义之事这一意义上”，君主并没有被免除法律义务。君主的法律义务只有在下述意义上才能免除，即他的身份应当保证他所采用的衡平裁判“不是出于对法的惩罚的恐惧，而是出于对正义的挚爱”至于在公共事务方面，有关君主的意志；除了法和公平的命令，除了公共利益算计的要求，君主不应该合法地具有他自己的意志。”^[59]其实，“君主”(*rex*)这个头衔本身源于行正当之事，即依法(*recte*)行事。^[60]

德国史学家冯·祁克特别强调作为所有合法权力的基石、同时也是其检验标准的中世纪高级法观念的绝对优势和威严。自然法约束着人间的最高权力，它统治着教皇和皇帝，也同样统治着统治者和具有主权的人民，事

实上，它统治着整个人类社会。无论成文法规（*Gesetz*）还是当局的任何条例，无论惯例还是民众的意欲，皆不得超出它所设定的界线。任何事情，只要与自然法颠扑不破的永恒原则相冲突，就是无效的，因而也就不能约束任何人。而且，尽管自然法和道德原则之间没有截然的区别，祁克仍然坚持认为，决不应把对最高权力的合法范围所设定的限制仅仅看作是一些伦理原则。这些界线的设定不仅意在控制统治者的外在行为——而不仅仅是统治者的内在自由，而且也是对法官和其他所有参与实施法律的人提出的。由此，他们就有义务宣布，凡超出这些界限的任何权威的行为和任何成文法规，都是无效的。这些界线在道德上证明卑微小民违抗最高权威无罪，它们甚至可以论证暗杀的合理性。^[61]

如果从奥斯丁的法律概念来看，这段话很容易给人留下有点夸大其辞的印象。但是，显然有这样一个事实，即在整个中世纪，高级法的假定戒律被不断用来反对官方权威的主张，并不断检验这些主张的有效性。与此同时，整个欧洲又发生了持续不断的世俗权威和教会权威在管辖权问题上的争论。所有这些结果都最充分地展示了一切权力在本质上都是有条件的这一观念。

此外，对自然权利概念的理解至少有一部分必须归功于中世纪——这只是针对这一时期的某些作家而言。这一点从万民法（*jus gentium*）的两个最基本的现代法

律制度——私有财产制度和契约制度——中就可以看出来。用冯·祁克的话说,“财产制度植根于与国家无关的、直接从纯粹的自然法中引申出来的法之中,植根于国家还没出现之前就已存在的法之中。由此可以得出这样的结论,凭借这种制度而获得的各项具体权利,绝不是仅仅依赖于国家才存在的。’同样,契约的约束力亦可追溯到自然法。”因此,尽管主权者不能用制定法来约束他本人和他的继承者,但是他可以通过契约来约束他和他的后继者。’这样很自然推出,“国家不得否认它以契约方式授予的每一项权利”,唯一的例外只能出现在‘依照正当理由(*ex justa causa*)进行干预’这种情况下。[62]

的确,在中世纪的著作(冯·祁克概括了其思想)中,尤其是在那些罗马法与教会法的注释者及其后继者的著作中,强调的只是财产和契约这两种制度本身的神圣性。但是,这两种制度很快便融入个人利益的术语之中。所以,美国宪法一开始就强烈地偏向于维护财产权利和契约权利,有其中世纪的思辨背景。

古典作家们将自然法的概念置于人类命运可观察的一致性之上,人类理性在不受激情影响之时可以发现自然法,而且自然法构成了实证法之优越性的终极源泉和最终原因。这样,自然法(*jus naturale*)就成了一部鞭策立法者技艺、启迪立法者直觉的法典,在《国法大全》中,罗马法理学几乎成功地实现了这一神圣目标,这是有目

共睹的。而中世纪的开始则标志着这一进程的逆转。这一时期之开始的特征就是立法活动几乎完全瘫痪，正如这一事实所表明的那样，统治权变成了私人的、不承担责任的、且不受制度约束的权力。为了适应这一时代的需要，一种对待高级法的全新态度逐渐占据主导地位。罗马法中的某些特定条款、教会的教义和《圣经》中的某些片段，皆向神圣的方面解释，以期变成一种神秘的超越法，即‘天国里弥漫的普遍存在’。^[63]这种天真构建的目的，这种对普遍流行的古代自然法观念的反叛，并不是为了阐述普遍盛行的正义，而是为了纠正普遍流行的不正义，不是为了启迪、开导权威，而毋宁是为了限制、约束权威。换句话说，古典自然法观是这样一种思想，自然法融入更审慎的、人类权威的法令之中而施予其主要好处，而中世纪的自然法观则是另外一种，即自然法从外部制约和限制权威。^[64]这一观念——美国宪法理论直接从中世纪继承了这一观念——由于当时流行的教皇统治与世俗统治关于管辖权问题的争论而得到强化，正如它在美国宪法理论中由于存在联邦与州之间关于类似问题的争论而得到强化一样。

另一方面，就欧洲大陆而言，显而易见，这一时期高级法学说在实际中挫败政治生活中非正义现象的实践重要性，可以很容易被夸大。由于缺乏实现其主张的制度设施（除了极偶然的情况以外），而且也由于缺乏终极的

权威性解释（除了教皇时不时的解释外），这一观念经过几代作家们自信的郑重声明之后，相对来讲，仍然含混不清且没有实际作用。而且正如时间流逝所揭示的那样，一旦专制主义具有了维护其统治的相应主张，这种观念就完全没有能力来抵制专制主义，就像从十六世纪开始以来的情形那样。只有英国才用一些值得称道的措施来弥补这种不足，也只有在英国，基于神权的主张在十七世纪被击败。所以，我们在中世纪欧洲大陆看到的只是观念，而我们在同一时期的英国，发现的则不仅是观念，而且还有一套相应的制度。

第 二 节

在美国革命前夕爆发的那场关于权利的论战即将来临之际，二十八岁的亚当斯，一位生意萧条的律师，曾热情颂扬过他所钟爱的主题，他是这样讲的：

只要我一有闲暇，我就钻研所有立法者确立的制度，古代的和现代的，幻想的和现实的……，在过去的许多年里，这一直是我的兴趣所在。最后……我形成了这样的观点：自由、不可转让且不可取消的人权、人性的高贵与尊严、大众的崇高伟大与光辉荣耀，以及个人的普遍幸福，都从来没有，像在人类艺术最辉煌的殿堂——英国的普通法之中那样，被如此娴熟、如此成功地予以考虑。^[1]

这段话精彩地表达了英国高级法的显著特征。它首先是最严格意义上的实在法，是经常在普通法院里解决