

●公法名著译丛●

罗豪才 主编



公法 与政治理论

〔英〕马丁·洛克林 著



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS

公法名著译丛

公法与政治理论

〔英〕马丁·洛克林 著

郑戈 译

商务印书馆

2002年·北京

图书在版编目(CIP)数据

公法与政治理论/(英)洛克林著;郑戈译. —北京:商务印书馆,2002

(公法名著译丛)

ISBN 7-100-03402-7

I. 公… II. ①洛… ②郑… III. 政治理论-影响
—公法-英国 IV. D909.561

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 080982 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

公法名著译丛

公法与政治理论

[英] 马丁·洛克林 著

郑 戈 译

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

中 国 科 学 院 印 刷 厂 印 刷

ISBN 7-100-03402-7 / D·292

2002 年 5 月第 1 版

开本 880 × 1230 1/32

2002 年 5 月北京第 1 次印刷

印张 13 1/2

印数 5 000 册

定价: 22.00 元

《公法名著译丛》编委会

主 编 罗豪才

编 委 (按姓氏笔画为序)

王振民 包万超 卢建平 朱苏力 米 健

张千帆 陈弘毅 陈新民 季卫东 信春鹰

姜明安 贺卫方 夏 勇 韩大元

中文版序

我之所以在 1990 年代初写作《公法与政治理论》一书,主要是出于对当时英国公法学术的不满。当时,政府的角色正发生着显著的变化,而越来越多的人开始关注这些变化对我们的非正式宪法安排的影响。但是,我们的公法学家却似乎未能对关于这些问题的反思性公共讨论作出多少贡献。之所以会出现这种局面以及由此而导致的混淆,主要是由于公法学者们普遍未能认识到:公法并不是一个具备自身独特法律研究方法的自治和客观的领域,相反,我们最好是把它看做一种相当特殊的政治话语形态。本书通过尽力揭示政治和法律文献中所隐含的共同思维模式而探讨和发展了这一理念。

《公法与政治理论》一书是一种阐释理论的展开。它采用了一种“实用性的阐释方法”,以揭示作为政府实践之基础的价值预设。它所引入的评价维度仅限于根据融贯性、一致性和无矛盾性等批判性的标准来检验这些预设和实践。采用这样一种方法的目的在于确定什么样的预设和实践在经验上是令人满意的。由于我们的经验往往是含混不清和令人困惑的,所以,在对它们进行理论分析的时候,我们不可避免地会进入一个持续不断的批评、创新、驳斥和提炼的过程。我认为,一种阐释性的理论是这种背景中唯一具

有独特性的公法理论类型。当然,我们也可以尝试提出一种规范性的公法理论,但是,这样一种理论在所有的要素上都无法与一种政治理论区别开来。

由于这些原因,《公法与政治理论》是一本专门针对英国公法而写作的书。我有意避免参照众多的美国宪法和行政法文献,因为,虽然英美两国共享着普通法的传统,但是,美国公法体系建立在一部以联邦主义和不容动摇的人权为核心的成文宪法的基础上,这使其迥异于英国公法制度。同样,欧陆各国公法体系也具有不同于英国的特征,虽然我特别有兴趣地注意到:哈贝马斯在其权威著作《在事实与规范之间》(此书也出版于1992年)中采用社会学的法律观和规范性的法律观之间的张力作为其分析框架。这一框架在某些方面类似于我在《公法与政治理论》一书中所探讨的功能主义公法思想与规范主义公法思想之间的差异。

自从本书出版以来,规范主义公法思想的自由主义版本在学术界和司法界已经取得了较大的优势。欧盟法律的发展、司法审查的成长以及在1997年大选中获胜的工党政府所推行的宪法改革方案都在这一发展趋势中发挥了一定的作用。因此,如果今天要出版一个新的版本的话,我可能会对自由规范主义的意义作更深入的分析。不过,我希望本书目前这个版本能够帮助中国读者理解19世纪中期到20世纪末这一段时期英国公法发展历程中所展开的意识形态讨论。

马丁·洛克林

伦敦经济政治学院

目 录

序	1
一、公法与科学探求	5
公法的独特性	7
立法科学	9
公法中的分析方法	21
形式主义的兴起	28
仅仅是联系	36
二、公法与政治理论	43
政治理论的死亡和再生	43
政治理论的再生与公法研究	48
政治理论的价值	50
作为地图的理论	53
我们的旅程	56
三、公法中的解释	59
普通法心智与事物的秩序	60
公法教学与普通法心智	67
事实—价值之分	71
理论与实践	74

解释性方法	81
四、公法思想的结构	83
公法思想的不同风格	83
规范主义和功能主义的理想类型	85
理解公法思想的步骤	87
五、规范主义的基础	89
保守主义维度	90
奥克肖特与政治思想	90
政治思想的认识论基础	91
政治中的理性主义	97
政府与法律	100
国家	105
奥克肖特与保守主义	107
奥克肖特政治理论的价值	111
自由主义维度	118
哈耶克与政治思想	118
哈耶克思想的知识论基础	120
法律与政府	123
保守主义还是自由主义?	125
自由主义的宪政理想	128
哈耶克与自由主义	130
自由主义内部的紧张	138
规范主义的特点	143
六、功能主义的基础	146

社会实证主义	148
孔德的思想	149
涂尔干的贡献	151
狄骥论政府与法律	153
法国社会实证主义传统	155
进化论的社会理论	157
斯宾塞与进化论	158
费边主义	162
新自由主义	166
进化论与集体主义	172
实用主义	175
超越经验主义认识论	177
杜威的作品	179
美国法律现实主义运动	181
实用主义的价值	186
功能主义的特点	187
七、公法思想的传统	194
公法内部的主流传统	195
戴雪的公法理论	196
主权、民主与法律	198
戴雪理论中的连续性和变化	205
戴雪理论的缺陷	215
戴雪与主流传统的形成	220
戴雪和他的时代	224

规范主义的挑战	227
功能主义的回应	232
对戴雪理论的挑战	232
功能主义风格	236
网络与关联	244
行政法的发展	248
八、当代公法思想	256
规范主义的保守主义形态	260
功能主义的各种形态	269
唯心主义的功能主义	269
经验主义的功能主义	278
功能主义：一种当代视角	284
功能主义思想	290
自由规范主义的兴起	291
九、自由规范主义的胜利	299
保守主义者与自由规范主义	300
社会主义者与自由规范主义	304
宪法改革运动	312
进一步，退两步？	318
哲学与自由民主制	318
社会民主制与政治	322
自由规范主义的胜利？	324
十、面向未来的公法	327
公法思想中的危机	329

绘制地图	340
功能主义风格的再生	345
公法与法律理论	348
不断扩展的漩涡	354
面对未来	364
参考文献	375
索引	394

序

本书的写作源于一项完全不同的写作计划。在1986年,我出版了一本题为《现代国家中的地方政府》的书。在那本书中,我提出了一种零散地取材于政治科学的分析框架,以帮助本人理解当时对本国政治体系中的地方政府角色发挥着影响的法律发展。这一分析框架的确有助于实现该书的目的,但是,在利用政治科学的视角来帮助自己理解法律发展的过程中,我却无法回过头来反思这些发展对我们的公法传统所产生的实际影响。因此,我萌生了这样一个念头,即写作另外一本书来弥补这一缺陷,这本书的目标是通过考察英国近来在处理中央—地方关系上的经验来揭示与本国公法制度的性质紧密相关的一些基本问题。

在这一课题上倾注了数年心力之后,我发现自己走进了一条死胡同。我所面临的主要问题并不是相关资料的单薄,虽然这也导致了不少的困难。最主要的难题是我必须建构出一种足以帮助自己理解公法的分析框架。我曾经试图在这本书中用第一章来研讨公法思想的传统,认为这样就可以为分析此项研究所涉及的具体材料提供一个尺度。但是,这一章膨胀到如此不成比例的程度,以至于我不得不忍痛放弃原定的主题,专门围绕其中所涉及的基础性问题而写作。这就是本书的缘起。

由于本书的题目很容易引起误解,我不得不事先提醒读者:它并非旨在单纯地考察“公法”和“政治理论”这两个不同学科之间的关系。相反,本书的真正用意在于采用政治理论经典著作中的方法和洞见来探讨我所认为的公法领域的基本问题。“公法”这一学科的独特性体现在哪些方面?我们如何来界定和描述公法的独特性?解答此类问题的愿望迫使我们以批判性的眼光来重新审视那些在公法著作中常常被忽略或视为当然的因素。为此,我在写作本书时所预想的读者对象是那些研习公法的学者和学生,我希望他/她们能够把本书作为标准公法教材的补充读物或矫正读物来阅读。政治理论的研习者们可能也会发现本书对他/她们所具有的意义。此外,我还希望那些像我一样认为理论不应脱离实践的法学研习者们也能发现本书对他/她们有一定的帮助。

在写作本书的过程中,我欠下了许多智识上的债务。我十分感谢那些本书所着重研究的公法学者们。他们对理论和思想的清晰表述为我界定他们的理论特色并考察形成他们观点的思维模式提供了方便。我尤其感激那些我在本书中斗胆利用了他们的成果并将其整合到自己的分析框架之中的政治理论家和思想史研究者。我只希望他们能够念在我笨拙的翻译和解释是为了一个有价值的事业而原谅我。

就我个人的学术生涯而言,我觉得自己的幸运超过了自己所应得的部分,因为我一直置身于不断给我以帮助和鼓励的学术机构和同事群体之中。本书所采用的研究方法最早萌生于华威大学法学院(Warwick Law School)那充满创新精神的学术氛围,我曾于1978-1984年期间在那里执教。当我于1984年转至伦敦经济

与政治学院之后,我又重新与该校所孕育和维系的一个具有丰富内涵的公法思想传统建立了联系,在我的大学本科阶段,这一传统曾经对我产生过巨大影响。正是在这里,我开始着手于本书所涉及到的具体研究。不过,直到1988年调至格拉斯哥大学之后,我对英国主流公法传统所秉持的独特品性才开始有了一个明晰的认识。在这里,我有幸担任了约翰·米勒讲座(the John Millar Chair)教授,该教席所纪念的约翰·米勒先生在公法领域的开拓性著述在19世纪被人们不公正地遗忘了,但其中所贯彻的研究方法却对本书作者多有启发。当我于1991年调到曼彻斯特大学之后,我发现自己再次幸运地拥有了一群不断给我以帮助和启发的同事,正是在他们的支持下,我得以最终完成本书的写作。

伦敦经济与政治学院的提姆·墨菲以及曼彻斯特大学的迈克尔·福特、汤姆·吉本斯和安东尼·奥古斯阅读了本书的初稿并提出了许多尖锐而深刻的批评意见,使本人获益良多。尼尔·达克斯伯里是本人在伦敦经济与政治学院和曼彻斯特大学的两度同事,遗憾的是,他在本书最后杀青的阶段由于休学术假而离开,使本人得以乘机将此书交付出版。他阅读了本书各章的好几个版本,并提出了无数的意见。毫无疑问,如果没有他的贡献,本书不会达到如今这个水准。我还应当特别感谢约翰·格利菲斯,正是他对本书构思阶段的一个初稿的评论使我认识到:如果要使这些思想成为值得与人分享的学术成果,我需要写一本书来阐述它们。在牛津大学出版社的里查德·哈特身上,我看到了友善、效率与理解的完美结合。

最后,但最为重要的,是我对克丽斯·贝斯和弗朗西斯·弗利叶

的感谢。她们一直不支持我从事这一项目的研究。她们有理由不支持我从事这一项目的研究,因为她们承受了它的大部分负面效果。我觉得仅仅是感谢还远远不够。

马丁·洛克林

1992年1月于多布克罗斯

一、公法与科学探求

1

目前,公法研究正处于一种奇特的不尽如人意状态。虽然我们宣称在英国存在一种所谓的公法思想传统,但这一主张乃是基于一种基本的认识:我们缺乏一套独特的公法制度。作为这一传统之基础的理念是:合法性是一个单一的、一般性的概念,政府及其官员服从于普通的法律程序,正像其他人必须受法律约束一样。因此,政府机构在我们社会的法律秩序安排中并不具有任何特殊的地位,当我们采取法律手段来解决涉及公共机构的纠纷时,同解决其他纠纷并没有什么区别。我们的宪法是本土的普通法律的产物,政府的地位及其影响由私法的一般原则加以规定。

在整个 20 世纪,否认存在一个独特的公法体系的观点为这一领域罩上了一个漫长而又黑暗的阴影。当我们进入 20 世纪的最后一个十年的时候,作为这一传统之基础的那些观念越来越显得站不住脚了。现在,法院在公法事务和私法事务之间从概念上作出了明确的区分,而一种特殊的程序(即司法审查程序)则被用来处理涉及公法问题的纠纷。而且,对我们的政府系统产生着越来越大的影响的许多欧盟法律都建立在承认公法与私法之分的基础之上。据我猜测,在研究和教授这一课题的学者之中,恐怕只有极少数人才会支持传统的主张。但是,就我所知道的情况而言,还没

有人试图准确地解释公法在何种意义上可以被视为一个独特的学科。我们在这一传统信念的阴影中呆的时间太长了。

- 除非那些在这一领域中从事研究和教学工作的人们能够解释
- 2 公法研究的独特性质,否则便没有希望吸引和维持学生的兴趣。但是,这一问题并不是一个只应当引起学术界重视的深奥问题。公法涉及到确立国家机构设置和规制政治权力之行使的法律安排。它关系到一些最为基础和最为根本的法律。公法这一课题的严格性和生命力与它所关注的实践安排的妥当性之间是否可能存在某种关联?虽然我反对不加反思地推定学术因素的生命力与专心于政府事务的实践关注的有效性之间存在某种必然的或重要的联系,我们还是应当承认公众舆论中对英国传统公法信念的逐渐加深的不满与人们对英国宪法模式状态的不断加速的失望是同步发展的。

在本书中,我旨在考察人们探寻公法的性质时通常会提出的一些基本问题。毫无疑问,这些问题本身不仅是严肃的,而且是非常复杂的。而且,我相信其他人在这些问题上会持有不同的观点,这些分歧不仅体现在答案上面,而且更重要地还体现在如何认识需要解决的问题的性质上面。于是,我将自己的主要目标设定为引发讨论,并且反思一系列我认为对公法研究来说极为重要、但由于公法课程的时间和条件限制又总是受到忽视的一系列问题。在传统的公法教学中,它们至多是被作为背景材料或者是放到“进一步阅读”的清单上去,要不然就干脆被认为是不适于引起学生注意的。我试图表明,这样一种关注基础性问题的研究不是一种将会分散学生的注意力并使他们陷入困惑的深奥的探险,而是使他们