

Constitutionalism and Democracy

应奇 刘训练 主编



宪政与民主

凤凰出版传媒集团
江苏人民出版社

佟德志 编

《当代西方政治哲学读本》置身于当代的语境，围绕当代西方政治哲学重要和核心的观念、问题、流派乃至人物，收入各个专题最为重要的学术文献，以既不失客观公正，又富于个性特色的方式，展现当代西方主流政治哲学的面貌。本系列旨在为相关领域的从业和爱好者提供入门津梁，也可作为进入当代政治哲学理论前沿的基本读物。

Constitutionalism and Democracy

应奇 刘训练 主编



宪政与民主

凤凰出版传媒集团
江苏人民出版社

佟德志 编

图书在版编目(CIP)数据

宪政与民主 / 佟德志编. —南京: 江苏人民出版社,
2007. 9

(当代西方政治哲学读本 / 应奇, 刘训练主编)

ISBN 978-7-214-04763-2

I. 宪... II. 佟... III. ①宪法—研究—美国②民主—
政治制度—研究—美国 IV. D971.21 D771.221

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 147133 号

书 名 宪政与民主
主 编 应 奇 刘训练
编 者 佟德志
责任编辑 周晓阳
责任监制 王列丹
出版发行 江苏人民出版社(南京中央路 165 号 邮编:210009)
网 址 <http://www.book-wind.com>
集团地址 凤凰出版传媒集团(南京中央路 165 号 邮编:210009)
集团网址 凤凰出版传媒网 <http://www.ppm.cn>
经 销 江苏省新华发行集团有限公司
照 排 南京紫藤制版印务中心
印 刷 者 扬州鑫华印刷有限公司
开 本 787×1092 1/16
印 张 18.5
字 数 340 千字
版 次 2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷
标准书号 ISBN 978-7-214-04763-2
定 价 28.00 元

(江苏人民出版社图书凡印装错误可向本社调换)

序“当代西方政治哲学读本”

最好地实现了古代人自由观念的城邦也是最近似于现代人自由观念的城邦。

——Alain Boyer

作为可以追溯到17世纪的“古代人与现代人之争”的产物，现代性从它肇端的那天起就注定了并不是一种单数的存在。正如启蒙运动是一种复数的存在，作为现代性之政治表述的自由主义也可以被区分为英国自由主义、法国自由主义、德国自由主义，如此等等。这种“道术为天下裂”的原因不但应当到诸如文化传统、地理环境等方面去寻找，更应当用现代性规范论证的基本结构来说明。德国哲学家汉斯·布卢门贝格关于现代性的经典定义最好地阐明了这一点，按照他的洞见，现代性包含自我奠基和自我肯定两个维度。从表面上看，自我奠基是一种理论关切，自我肯定则是一种实践关切，但实际上它们只不过是作为“规范的唯一来源”的主体性原则在两个不同层面上的体现。更为重要的是，“向自身内部寻求规范”和“反思能力运用于自身”（哈贝马斯语）的结果是：笛卡尔的自明原则是一种自我奠基，孔德的实证精神同样是一种自我奠基；霍布斯和洛克的“自我所有”是一种自我肯定，叔本华和尼采的意志主义也同样是一种自我肯定。于是就有所谓现代早期和现代晚期之说，斯特劳斯则有著名的现代性三波之论，而现代性冲动中潜在的虚无主义倾向更是悖谬性地成了滋生后现代犬儒主义的沃土。

无论就西方政治哲学还是中文政治哲学的语境而论，以斯特劳斯为代表的新保守主义浪潮的最大贡献都在于使人们重新认识到，“古代人与现代人之争”并没有随着政治现代性的崛起而寿终正寝或偃旗息鼓，而是内化到了后者的基本结构之中，并成为现代性政治论辩的基本视域。但问题在于，并不是只有斯特劳斯主义者有见于此，毋宁说，这种认识应当是现代性的任何堪称健全的自我展开和自我认知的题中应有之义。现代政治哲学中洛克传统和卢梭

传统的分野与争雄即其显例。而新保守主义者极力诟病乃至轻薄讥消的罗尔斯的正义论之所以能够拨动西方智识人的心弦,触动他们的神经,并不仅仅在于它在公共政策层面上为当时流行的福利国家模式提供了表面化的理论论证,而在于敢于直面西方现代性内部自由价值与平等价值之间的内在冲突和紧张,并通过发展和提高康德式契约论的论证水平,调和与综合洛克和卢梭的政治遗产。而哈贝马斯更是在与形形色色的后现代主义奋争多年之后,最终把现代性规范内涵之锚泊定在它的政治维度上。具体来说,商议性政治观基于卢梭和康德关于公域自主和私域自主同宗同源、共为基原的直觉,试图通过阐明人民主权和人权之间、民主和法治之间、积极自由和消极自由之间的内在概念联系把自由民主的实践激进化,从而扬弃作为现代性之政治表述的自由主义和作为西方最古老的政治传统的共和主义这两种互竞的政治哲学范式之间的时代错乱的抽象对立,实现自由与归属的平衡与和解。

因此,如果说自由和民主是政治哲学的两个最基本概念,那么自由与民主的二元性和内在张力就既是政治现代性区别于古代政治的根本标志,也是政治现代性的动力机制。自由与民主之间的二元性又进一步体现为自由内部的二元性即积极自由与消极自由,以及民主内部的二元性,即直接民主与间接民主。但是,无论是政治现代性内部的洛克传统和卢梭传统的对峙,还是自由主义与社群主义或共和主义的论战,都没有越出以上诸种二元性的概念樊篱。20世纪90年代中期以来,当代西方政治哲学中出现了第三种自由概念和民主模式。这种同样以复数形式出现和存在的概念和模式试图突破传统自由主义公共领域与私人领域、正当与善、国家与社会甚至民族国家与世界主义的二元区分,提出了使得政治哲学能够更为充分地应对文化多元和道德冲突的严峻事实的新思路。毫无疑问,无论从哪个角度和哪种立场看,中文政治哲学的成长和构建都不能自外于这一脉动中的大潮。我们必须立足于自身的传统,从中国社会转型的情境需要和问题意识出发,在重新审视自由和民主概念的基础上,把批判性的视野进一步伸展到平等观念、公民德性理想、分配正义模式以及国家的中立性和文化的理想等更为广阔的论域中去,如此才能为中文政治哲学的成熟形态乃至中华民族的政治成熟提供丰富的滋养和坚实的根基。

要达成这一目标,我们不但需要清除理论认识上的重大误区,更需要脚踏实地的艰苦工作。我们一方面要避免闻新保守主义之风而动,轻率地无视和否定西方主流现代性政治哲学之与当代中国语境的相关性,这显然是因为,如果说在哈贝马斯所言说的语境中,现代性尚且是一个“未完成的谋划”,那么在“周虽旧邦,其命维新”的当代中国则更是如此。另一方面我们又必须看到,由于回避原子主义政治文化的本体论痼疾,“政治的而非形而上学的”自由主义不但无力解决自由多元社会的自我赓续问题,而且由于政治哲学目标的自动降格,更极大

地遮蔽了一种扩展的反思平衡和视界融合在全球普遍交往时代的必要性和可欲性。在这个意义上,这种自由主义不但是不现实的,而且是种族中心的。正如消极自由并不是从天而降的、可坐而享之的或形而上学上清白的,而是长期政治斗争的结果,并且从一开始就与近代机械论的形而上学自然观联系在一起;积极自由也并不总是灾难性地与唯理主义的一元论形而上学难分难解,而是可以通过创造性的转换,以回应价值和文化多元时代的挑战。

基于以上的考虑,我们与江苏人民出版社创设了这个“当代西方政治哲学读本”系列。置身于当代的语境,本系列将不但重视政治哲学的“政治”方面,而且重视政治哲学的“哲学”方面。它的主旨则是围绕当代西方政治哲学重要和核心的观念、问题、流派乃至人物,请相关方面的研究人员自行编选专题文集。这样做一方面发挥了编选者的能动作用,体现了某种独特的认知效能,有益于提升翻译工作的品位;另一方面加大了单本书的信息量,也为相关领域的从业和爱好者提供了入门津梁,可以作为各专题研讨的基本读物,相信学术界和读书界都会欢迎这样的形式。我们期望并且相信,经过中文政治哲学同仁们卓有成效的努力,当代西方主流政治哲学的面貌必定能够以这种既不失客观公正、又富于个性特色的方式展现在参与塑造汉语学术自主形态的人们面前,并成为这一同样“未完成的谋划”的内在、重要和有机的组成部分。

应 奇 刘训练

2006年10月

编 选 说 明

色诺芬(Xenophon)记述了这样一场特殊的诉讼。

公元前406年的秋天,雅典人在一场海战中打了胜仗。但在退兵时,海军十将军*却未能收回阵亡士兵的尸体。这在雅典人看来是不可饶恕的,他们大怒而控告他们,十大将则申诉说是因为起了风暴,无法收回尸体。双方争执不下。

作为原告的“人民”提议将此案笼统地交由公民大会投票表决,意在置十将军于死地,而这不符合雅典的法律。在会议上,培西纳克斯(Peisianax)的儿子尤利托勒姆斯(Euryptolemus)及其他一些人均因为违反法律而不赞同这一提议。雅典民众大喊大叫:如果人民想做他们认为是正当的事情但却为那些误入歧途的人从中作梗,那是荒谬的……当一些议员再一次反对这一违宪的提案时,民众的叫喊声再次响起……在民众的压力下,大多数人同意了这一提案,只有苏格拉底(Socrates)坚决反对这一议案。他强调:“不符合法律的事情,他一概不做。”**

在这样一场以“雅典人民”为一方,以雅典海军将军为另一方的特殊诉讼中,作为原告的“人民”要求做自己案件的法官。喧嚣的人群置法治于不顾,毫无顾忌地要求民主,他们以嘈杂的叫喊声打倒了每一个人,却无法淹没理性的思考,倔强的苏格拉底成为以“法治”对抗“民主”的最后一人。***

这就是色诺芬在《我们时代的历史》一书中讲述的一个案例。案例很简单,但却引起

* 另有说法是八大将。参见[英]泰勒:《苏格拉底传》,赵继铨、李真译,北京:商务印书馆,1999年版,第61页。根据吴永泉的注释,被判刑的有十人,但其中一人不在场,一人已死,另有两人逃亡,实际上被判刑的有六人。参见[古希腊]色诺芬:《回忆苏格拉底》,吴永泉译,北京:商务印书馆,1984年版,第5页,脚注。

** Xenophon, *A history of my times Hellenica*, translated by Rex Warner Harmondsworth; Penguin Books, 1978, I, VII, 12—16.

*** “苏格拉底只做了一天的主席。第二天,轮到另一人做主席,那人屈服了,十大将含冤而死。[古希腊]柏拉图:《游叙弗伦 苏格拉底的申辩 克力同》,严群译,北京:商务印书馆,1983年版,第69页,脚注。

了人们的广泛关注。不但色诺芬在自己的另一部著作中提及此事,而且柏拉图(Plato)、亚里士多德(Aristotle)、阿克顿勋爵(Lord Acton)、哈耶克(F. A. Hayek)、斯东(Stone)、泰勒(Taylor)等人均从不同的角度谈及此事。^{*}在西方社会两千多年的文明史中,这一案例在一次又一次的思想反刍中被一遍又一遍地咀嚼,成为人们百读不厌的主题。人们或是直接将它提出来,作为案例来分析;或是把它作为背景,以唤起人们对久远年代的某种记忆。有的时候,人们尽管没有直接提及此事,却于无形之中为这一案例提供了一个注解。

霍布斯就曾经明确指出,主权者只有在作为国家公共利益的代表时,才对人民的财产具有最高所有权,主权者如果作为私人利益的代表,就对人民的土地、财产不具有任何权利。主权者如果为了私利而侵害了人民的财产,那么人民就可以到法院,像对待一个普遍的臣民一样对主权者提出诉讼。作为对十将军案的回答,霍布斯指出:“我们既然假设每一个人所做的一切都是为了自己的利益,所以任何人在自己的争讼案件中充当公断人都不相宜。”^{***}这与洛克的回答是一致的。洛克在《政府论》一书中亦明确指出:“人们充当自己案件的裁判者是不合理的”。^{****}孟德斯鸠尽管没有提及十将军案,但他还是相当肯定地描述过类似十将军案中雅典人的表现:当民主政治原则腐化时,“人民甚至不能容忍他们所委托的人的权力。无论什么事情他们都想自己做,要替元老院审议问题,替官吏们执行职务,替法官们判决案件。”^{*****}

在当代西方,对这一案例的反思在事实上成为宪政制度的一个基本原则。罗尔斯在《正义论》中明确地做出回答:“法官必须是独立的、公正的,而且不能判决他自己的案子。各种审判必须是公平的、公开的,不能因公众的吵闹而带偏见。自然正义的准则要保障法律秩序被公

* 后来,在《苏格拉底的申辩中》,苏格拉底在为自己所做的辩护中提及此事。参见[古希腊]柏拉图:《游叙弗伦 苏格拉底的申辩 克力同》,严群译,北京:商务印书馆,1983年版,第69页。另外,在《回忆苏格拉底》一书中,色诺芬再次提及此事。参见[古希腊]色诺芬:《回忆苏格拉底》,吴永泉译,北京:商务印书馆,1984年版,第5页。泰勒在所著的《苏格拉底传》亦提到此事。参见[英]泰勒:《苏格拉底传》,赵继铨、李真译,北京:商务印书馆,1999年版,第61—62页。对这一事件的探讨曾被更多的自由主义者提起,如[英]阿克顿:《自由史论》,胡传胜等译,南京:译林出版社,2001年版,第225页;[英]哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,北京:中国大百科全书出版社,2000年版,第二、三卷,第267页。[美]哈耶克:《经济科学与政治——哈耶克政治思想精粹》,冯克利译,南京:江苏人民出版社,2000年版,第338页。

** [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,北京:商务印书馆,1996年版,第119页。

*** [英]洛克:《政府论》,下卷,瞿菊农、叶启芳译,北京:商务印书馆,1964年版,第10页。

**** [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,上卷,张雁深译,北京:商务印书馆,1961年版,第112页。

正地、有规则地维持。”*

然而,事实可能并不这样简单。托克维尔在考察美国的民主时就陷入了困顿。他问道:“我认为‘人民的多数在管理国家方面有权决定一切’这句格言,是渎神的和令人讨厌的;但我又相信,一切权力的根源却存在于多数的意志之中。我是不是自相矛盾呢?”**

色诺芬的记述提醒着人们,尽管民主与法治常常相伴而生,但这对孪生子却始终存在着冲突,保持着某种程度的张力。作为基本的制度安排,宪政与民主已经成为西方政治文明的两大支柱。民主制的普遍建立没有消除民主与法治之间固有的矛盾,反而使民主与法治的紧张关系具备了更为重要的理论内涵。美国法学家霍姆斯(Stephen Holmes)指出,宪政与民主之间存在着不可调和的张力,这一张力的存在正是“现代政治思想中的核心神话之一”***。

在西方,宪政与民主的选择影响深远,大到政治制度的理论架构,小到违宪审查的程序设计;远到美国制宪会议期间联邦派与民主派的争论,近到2000年大选期间布什与戈尔的诉讼。从一定程度上讲,宪政与民主的均衡是西方政治文明的精神实质,两者的冲突亦构成了它的内在矛盾,这一矛盾又进一步同国家与社会、人民主权与人权、积极自由与消极自由等诸多矛盾联系在一起,塑造了西方政治文明的基本样式。对宪政民主关系的不同认识甚至成为当代西方种种政治思潮的分水岭。无论是居于主流地位的自由主义,还是保守主义,抑或是异军突起的共和主义、社群主义、多元主义等等,都以宪政民主作为理论体系的拱顶石,其他如民主社会主义、新左派、西方马克思主义等政治思潮亦在处理宪政民主关系的问题上形成了自己独特的理论体系。

在传统与现代、权力与权利、宪政与民主等一系列两分法之间,西方政治文明通过冲突的形式达成了内在的均衡。在这里,“国家—社会”的二元分离成为一种基础,民主与法治关系则成为这一分离的结论,它向外扩张,显露在政治制度、政治意识、政治行为等三个方面,突出了西方政治文明的二元个性与内在矛盾。以权力的分配与制约、权利的行使与保障为主题的宪政民主制度构成了西方政治文明的核心,它与政治行为、政治意识互为表里,在制度选择上表现为民主与法治之间的冲突与均衡。

宪政与民主的关系反映了西方政治文明在权力的形成与分配、权利的行使和保障等两个维度、多个层面上表现出来的内在矛盾,对它进行认真的理论分析与批判不但有利于我们正确认识西方政治文明的个性特征,而且有利于我们更好地总结西方的经验与教训,为我国的民主法治建设提供智力支持。从实践上看,准确地批判与借鉴西方宪政民主理论,不但有助

* [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社,1988年版,第229页。

** [法]托克维尔:《论美国的民主》,上卷,董果良译,北京:商务印书馆,1997年版,第287页。

*** [美]史蒂芬·霍姆斯:《先定约束与民主的悖论》,载[美]埃爾斯特、[挪]斯萊格斯塔德編:《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勤译,北京:生活·读书·新知三联书店,1997年版,第225页。

于正确处理民主与法治的关系,而且对于综合推进公民的有序政治参与和政治稳定,构建以民主、法治为基础的和谐社会都具有重要的意义与价值。因此,研究民主与法治之间的关系,亦有着重要的理论与现实意义。

宪政民主一直是西方政治学理论研究的重中之重,当代西方学术界就宪政民主理论的内在矛盾展开了激烈的争论。不仅像约翰·罗尔斯(John Rawls)、尤尔根·哈贝马斯(Jurgen Habermas)、佛里德里希·哈耶克(Friedrich Von Hayek)、罗伯特·达尔(Robert Dahl)、伊恩·夏皮罗(Ian Shapiro)、萨托利(Giovanni Sartori)这样著名的政治理论家对其予以高度重视,而且像理查德·波斯纳(Richard Allen Posner)、罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)、斯蒂芬·霍姆斯(Stephen Holmes)、弗兰克·米歇尔曼(Frank Michelman)、凯斯·孙斯坦(Cass Sunstein)等一流的法学家也都有相关的著作和论文发表。美国2000年大选后,学术界顶尖的政治学家、法学家,如达尔、波斯纳、德沃金等人纷纷著书立说评判美国宪法在宪政民主关系上的失衡。享誉政治学界的《政治理论》杂志在2001年围绕哈贝马斯提出的宪政民主冲突论进行了专题讨论。然而,国外学者看问题的立场、视角以及态度与我们并不一样,对这样一个重要问题运用马克思主义的基本立场、观点和方法进行自觉的分析十分重要。

中国语境下的宪政与民主关系常常表现为民主与法治的关系。从中国政治体制改革的角度出发,我国学术界存在民主与法治“和谐共生”和“冲突均衡”两种不同观点,并有“民主为本”和“法治优先”两种不同认识,一些学者还提出了“法治民主”的政治体制改革思路。政治学界的王惠岩、张贤明、麻宝斌、李景鹏、毛寿龙、潘维、唐士其、包亚军、肖滨等人以及法学界的张文显、信春鹰、郭道晖、季卫东、林广华等人均发表过专门论述民主与法治关系的文章,提供了重要的前期研究。然而,以上研究一般都以中国为目标,或者是从总体上论证民主与法治的关系,西方经验只是作为参照系,并没有做重点考察。实际上,相关研究成果在国内学术界仍然比较少见。根据对学术期刊数据库(CNKI)的不完全统计,从1979年到2006年,在篇名中出现“宪政”与“民主”字样的论文仅有145篇,其中,以西方为研究对象的不足10篇。

编者试图在这一领域译介一些西方的成果,以改进这种认识上的不足。2006年,编者出版了在博士论文基础上完成的《在民主与法治之间——西方政治文明的二元结构及其内在矛盾》一书,由人民出版社出版,总体介绍了西方宪政与民主之间的复杂关系,除此之外,编者还翻译完成了达尔在2001年出版的《美国宪政的民主批判》一书,即将出版。编者相信,这些成果的问世必将进一步推动我国学术界对西方宪政民主理论的准确认识,为借鉴西方政治文明的优秀成果做出贡献。

为了加强国内学术界对宪政与民主制度架构,尤其是宪政与民主关系的认识,我们特编译此部文集。本辑论文从宪政与民主的源流与理论出发,对美国宪政民主制度的结构与逻辑进行了审视。全书共分为两篇,上篇为源流篇,下篇为理论篇。上篇主要从历史角度清理了

美国宪政民主制度发展的源流,下篇主要从理论的角度论证了宪政民主制度的结构。

源流篇选取了麦迪逊、杰斐逊、伍德、达尔、胡克等人的论文,以美国制宪革命时期、改革时代、2000年大选等重要的历史阶段为背景,重点考察了美国宪政民主制度形成过程中人们对宪政民主制度内在矛盾的思考。在美国宪政民主制度的形成过程中,宪政与民主之间就存在着张力,而美国宪政民主制度不断发展的历史就是人们根据时间、地点的变换不断地调整这一张力的结果。

理论篇选取了哈贝马斯、墨菲、沃尔德龙、森斯坦、贝拉米等人的论文,从政治哲学的高度对宪政民主制度的结构与逻辑进行了论证,并揭示了其内在的矛盾与张力,重点放在了对宪政民主制度的理论审视上。宪政民主制度是西方政治二元个性的一个典型反映,它是在国家与社会、人民主权与人权、公共自治与个人自主等一系列二元冲突观念之间的一个均衡。

佟德志

丁亥岁首

目 录

编选说明	1
-------------------	---

源流篇

1. 我们的宪法	3
2. 宪法的民主缺陷	12
3. 民主与宪法	16
4. 制宪者未知的世界	30
5. 民主与司法审查	52
6. 法院至上——布什诉戈尔以及对民主的司法攻击	85
7. 宪政民主与美国政治文明的二元个性	100

理论篇

1. 宪政民主：矛盾的诸原则之间一种悖谬联结？	119
2. 死的权利，活的未来——对哈贝马斯“宪政民主”的回应	131
3. 船与原则——对哈贝马斯“宪政民主”的思考	144
4. 普通法、大陆法与宪法民主	153
5. 论法治国家与民主之间的内在联系	169
6. 司法审查与民主的条件	176

2 宪政与民主

7. 无法律之秩序	196
8. 司法审查、民主与法官的特别资格	211
9. 宪政与民主——政治理论与美国宪法	222
10. 民主失败与法治规制——西方宪政民主理论的内在逻辑	245
附录一 进一步阅读书目	263
附录二 作者简介	271

Contents

I History

1. James Madison, Letter to Jefferson
2. Thomas Jefferson, Reply to Madison
3. Gordon S. Wood, Democracy and the Constitution
4. Robert A. Dahl, What the Framers Did not Know
5. Sidney Hook, Judicial Review and Democracy
6. Jamin B. Raskin, The Court Supreme, Bush V. Core and Judicial Assault on Democracy
7. Tong Dezhi, The Formation of Constitutional Democracy and the Dualistic Character of American Politics

II Theory

1. Jürgen Habermas, Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?
2. Bonnie Honig, Dead Rights, Live Futures: A Reply to Habermas's "Constitutional Democracy"
3. Alessandro Ferrara, Of Boats and Principles: Reflections on Habermas's "Constitutional Democracy"
4. Walter F. Murphy, Civil Law, Common Law, and Constitutional Democracy
5. Jürgen Habermas, The Internal Relation between the Rule of Law and Democracy
6. Jeremy Waldron, Judicial Review and the Conditions of Democracy

4 宪政与民主

7. Cass R. Sunstein, Order without Law
8. John Arthur, Judicial Review, Democracy and the Special Competency of Judges
9. Rihcard Bellamy and Dario Castiglione, Constitutionalism and Democracy—Political Theory and the American Constitution
10. Tong Dezhi, Democratic Failure and the Relief of the Rule of Law

源流篇

