

政治与法律思想论丛
SERIES OF POLITICAL AND LEGAL THOUGHTS



政体初论

刘海波 著



北京大学出版社

政治与法律思想论丛

SERIES OF POLITICAL AND LEGAL THOUGHTS

- 张千帆等 宪政、法治与经济发展
- 秋 风 立宪的技艺
- 季卫东 宪政新论（第二版）
- 冯兴元等 欧洲宪法研究
- 高全喜 休谟的政治哲学
- 高全喜 论相互承认的法权——《精神现象学》研究两篇
- 任剑涛 中国现代思想脉络中的自由主义
- 陈 明 儒者之维
- 刘海波 政体初论
- 任东来 政治世界探微
- 赵 明 先秦儒家政治哲学引论
- 邱小平 表达自由——美国宪法第一修正案研究
- 邱小平 法律的平等保护——美国宪法第十四修正案第一款研究
- 何信全 哈耶克自由理论研究
- 周德伟 周德伟论哈耶克

ISBN 7-301-08382-3



9 787301 083826 >

ISBN 7-301-08382-3/D · 1044

定价：22.00元

政体初论

刘海波 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

政体初论/刘海波著. —北京:北京大学出版社, 2005. 1

(政治与法律思想论丛)

ISBN 7-301-08382-3

I. 政… II. 刘… III. 政治制度-研究-中国 IV. D621

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 128028 号

书 名: 政体初论

著作责任者: 刘海波 著

责任编辑: 梅 林 谢海燕

标准书号: ISBN 7-301-08382-3/D·1044

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 15.25 印张 227 千字

2005 年 1 月第 1 版 2005 年 5 月第 2 次印刷

定 价: 22.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

前 言

在这本书中,政体(constitution 或 regime)是一个关键的词,不过我却不打算像通常的做法那样先给它一个定义。我使用着这个词,只要这本书的内容、使用这个词时的上下文,能使读者明白我的意思就可以了。通常的定义方式,而不是词典式的释义方法,本身就是我反对的一种思考问题的方式。

这本书名为《政体初论》,而不是《政体新论》,因为我的研究范式不是新颖的,我试图效法最古老的思考方式,其有文献记载的源头可以上溯到亚里士多德、周公、孔子时的政治思考。实践伦理学是政治科学的前提,那么关于实践伦理学性质的讨论,也许可以称之为哲学或政治哲学。这种讨论对政治科学的完善非常重要,在一个思想迷乱的时代尤其如此,因为这可以澄清我们的语言,纠正我们自相矛盾的和行事方式。政治科学本是人类最古老的一门学问,无论中国还是西方,古人已经获得了堪称伟大的成就。但是今天,特别是在中国,我们在很大程度上似乎已经丧失了古人的视野,失去了古人曾经达到的高度。我力图在自己的研究中恢复政治科学的古典视野和意向,使政治科学重新回到对政体的研究中去,而同时又利用理论社会科学已经取得的成果。书中有些新颖的内容,如关于治水问题,我构建了多中心治理和普通法司法秩序的理论模型,但这只是使用的工具上新旧理论的组合,在理论的意向上,仍然古老。理论的目的是建设性和建构性的,必然是在一定的价值论证下进行的,但我不认为,这会因此损害理论的描述和解释能力,实际上倒刚好相反。对于流行的社会科学规范——价值和事实可以分离,社会科学只关心事实问题,我并不认同,我认为这个说法本身就是个迷信。上文所提及的诸多内容,在书中都有,所以此处不再赘述。

这本书也没有名为《政体论》,因为本书显然论述不够精密,阐述也

乏技巧,其中的一些思想现在还正在完善和进一步论述中。我建议读者观其大略、知其大意即可,我只希望能够给读者一些启发。我们所面临的时势的紧迫性和权且提出一些大胆的意见以抛砖引玉的愿望,似乎可以成为这本书公之于众的尚可站得住的理由。《宪政联邦主义的理论建构》写于2001年,其中牵涉到许多哲学层面的问题,对这些问题的思考,可以说是政体论研究的前奏,但没有哪个学者,能把自己的哲学立场彻底地阐述清楚,而且这么做在许多时候也没有必要。这篇文章对联邦制运转在宪法安排层面上的一些问题没有涉及,更没有进行实际政治制度的比较研究。如在政府组成上,全国性政府多大程度上独立于地方性政府?合作联邦主义与二元或竞争联邦主义在政制结构上的差异为何?联邦主义理论是否也是适当的安排司法权的理论?以何种方式划分全国性政府和地方性政府的权力界限?这些问题,在另外的两篇长文《政体论的政治科学与当代中国政体分析》和《联邦主义与司法》中有所涉及。不过,后两篇文章的一个特点是有些一锅煮,我不仅谈了联邦主义,还谈了司法体制的安排、对违宪的司法审查制度和同一层级政府中权力分立与制衡(混合政体)。这不仅是因为这些问题是相互联系的,也是因为我看待这些问题的视角同流行观点不同,导致一个问题总引起另外一个问题,以致不得不依次阐发。今后,我再不会写这样的文章了,至少在学术性论文中,会就一个专门的问题集中论述,而只捎带提一下我的其他看法作为背景。

本书初步提出了政体分析的三个理论模式,即普通法宪政主义、联邦主义和混合政体。良好政体中最基本的结构体现在统治权和司法权(或治理权与审判权)的分立上,与之相比,联邦主义和混合政体是次级的结构。从实践伦理学的性质和特定司法制度下规范秩序的理性重构中考量,我认为普通法司法制度是良好政体中最基本的结构,成文宪法也是一般意义上普通法的一个部分。我较多地谈到了美国,认为不是权力的功能性分割和多重主权,而是统治权与司法权的分离以及统治权的共享(混合政体)与统治权的重叠(联邦主义)更好地描述和解释了美国政体运转最成功的方面,也成为指导政体安排的规范——实践理论。通常意义上的国家主权对于政体分析是个无意义的概念。一个理论模式,具有规范性的目的,描述并解释了某个事物最好的方面,这不是为了对

这个事物进行宣传,而是为了将理论作为工具帮助我们的实践,理论同时对那个事物也是批判性的。努力消除规范判断的结果不会使理论变得更科学。例如混合政体的理论,难道比行为主义者的许多模型缺乏解释能力?不拒绝规范性的理论倒是自然具有很强的解释能力。

上述理论模式,背离了洛克、孟德斯鸠权力分立理论的传统智慧——这似乎是当前宪政理论中政制结构安排的主导范式。我在本书中表达的观点是高度尝试性的,但我认为,如果不进行这种背离,我们没有办法拯救古典政治科学中最重要智慧,也不能继承英美等政治成功的国家的政治经验中最好的方面。

《政体论》是我今后努力的方向,我祈望能够完成这个工作。

在我的学术经历中,我要感谢很多人,这里只能提到一部分。我要感谢我在北大时的导师王浦劬和李景鹏教授,他们在多方面提携了我;我要感谢王焱、李强、汪丁丁、刘军宁等老师,在思想上我从他们那里获益良多;我要感谢张小劲、景跃进、张鸣等所有系内同事,我们共同维系了一个和谐愉快的工作和生活环境;我要感谢秋风、范亚峰、高全喜等朋友,同他们经常的讨论碰撞出许多思想的火花,本书只是其中的一部分;我感谢这本书责任编辑的细心工作;我要感谢在人大我教过的学生们,他们忍受了我讲课中的凌乱并进而深感兴趣,这使我受到鼓励;最后,我感谢我的妻子吴静湜,她给了我莫大的鼓励和宽容。

刘海波

2004年3月

汤之《盘铭》曰：苟日新，日日新，又日新。

《康诰》曰：作新民。

《诗》曰：周虽旧邦，其命维新。

是故，君子无所不用其极。

——《大学》

主 编：高全喜

学术委员：李 强 季卫东 王 焱 高全喜

张千帆 曹卫东 杨立范 陈 明

谢鸿飞 刘海波

CONTENTS 目 录

一、理论阐述	1
宪政联邦主义的理论建构	3
序言	3
内容摘要	7
导论	9
第一章 奥斯特罗姆的论述和宪政 联邦主义的概念	25
第二章 宪政联邦主义的价值论	53
第三章 宪政联邦主义的知识学	65
第四章 宪政联邦主义制度的初步论述	94
第五章 联邦主义与治水秩序	123
结论	131
参考文献	134
政体论的政治科学与当代中国政体分析	140
联邦主义与司法	
——兼对美国联邦主义的一种解读	179
一、引言：对联邦主义进行进一步的分类	179
二、联邦主义与司法关系的一些评论	182
三、体制保障理论	184
四、美国联邦主义体制保障的缺乏： 以参议院为例	187
五、联邦主义的体制保障并不可取	192
六、为什么是法院以及法律推理的问题	198
七、只有一个最高法院	205

二、时评杂议	211
中国的状况与挑战	213
私有财产权利保护不必入宪议	217
良好治水秩序的制度条件	222
众多利益相关者互动的决策过程	226
由“宝马”案反思我们的司法制度	230
莫兆军事事件的启示	232
我国现行“一国两制”的问题	235

一 理论阐述

宪政联邦主义的理论建构

序 言

在序言中,我想谈谈这篇论文所关注的最核心的两个问题。论文理论的全部立脚点在于人类的立宪选择或对制度的选择是可能的,并因此认为政治科学的关注应从对制度的解释转移到对制度的选择上来。要阐明这一思想在当今的中国是非常困难的,因为已经发生了五四这场思想革命,支撑这一思想观念,即我们曾经拥有的中国的主流道德论述传统早已不被认为理所当然的,甚至在流行理论明确说出的层次上,就其逻辑而言早被加以拒绝。道德观念被认为不具有独立且指导性的地位,而是在包括尼采、弗洛伊德和各种社会学的学说中进行化约论的解释。立宪选择之所以有可能需要对独立于个人利益的客观正义的信奉,这是论文关心的第一个核心问题。进行制度选择需要对制度的工作性质的理解,即要对无论是否现实存在的不同制度下的社会秩序进行重构,这是论文关心的第二个核心问题。现在已成为显学的经济学和西方十八世纪的立法科学可以在第二个方面帮助我们,但当总体的社会科学观是实证主义的甚至是奥古斯特·孔德式的,即使掌握了经济学明言层次上的一切理论工具,如果没有共享大师们没有明确阐述的、也不可能明确阐述的默会的焦点关注,看来是完全合乎西方学术标准的经济解释也不太可能使我们对制度的工作性质有更深入的理解。中国传统学说对制度工作性质的研究似乎只在个别人如顾炎武那里处于萌芽的状态。在实际的制度设计中,能够逐步建立起某种差强人意的制度就好像是一个工匠的工作,木匠在打造一张桌子,我们能够把某个木匠的产品称为一张可以使用的桌子,尽管这张桌子距离美、实用、坚固等方面理想的标准还相差很远。当今中国面临的特殊复杂的问题,可能需要理论自身的

发展,将西方大师们没有明确阐述的理论含义揭示出来。尽管对制度的工作性质的理解,我们永远也不可能达到完全的程度,却值得做出一切努力。

真正意义上的制度选择之所以可能,是因为我们承认人类道德与价值观念独立的、不可化约的地位。而相反,对制度的全涉性解释无论是孔德、黑格尔式的历史规律的发现,还是用人类的理性选择解释制度——这种理论内部的危机没有得到完全的展现,实际上都建立在似是而非的信念基础上。此种信念推及到它们的逻辑后果在于使得我们生活的世界是荒谬的、无意义的,因而是同我们整个的语言系统相矛盾,最终这些论者所珍视的理性或科学也会荒谬。我在论文中之所以不将立足点放在联邦主义制度发生学的解释上,是因为这种解释往往以上面那种似是而非的信念为基础。制度包含着我们的信念和价值,而它们有着不可化约的独立地位,是我们理性建构的基础。这种全涉性的解释的实践后果,不是陷入无所作为的犬儒主义,就是导致推翻人类一切既定价值的极权主义运动。看来似非而是的事却为哈耶克的主要著作所关注(也许受到争议的《致命的自负》例外),这也正支持了论文所说的宪政制度选择或宪政制度创新的努力而不是相反。^①

为了阐明制度选择的问题,在其初步的或基本的阶段,需要两个方面的工作,一方面是概念澄清的工作,也就是寻求道德讨论的正确话语形式或者普遍正确的伦理形式法则,即提出超历史、超实证的价值批判的概念。进行这样的概念澄清的工作并非是要确立任何具体的规范,而是为了有意义地谈论立宪选择。具体道德规范的讨论不需要专门的知识,学者也不比普通人有更大的权重。立足于对客观正义的信奉或超实证价值批判的概念,那么就出现了对制度进行规范性评判的基础,引起了立宪设计的基本问题,即要求对正义原则的发现内在于制度设计当中。宪政联邦主义的制度能够合乎这样的要求,因此得到价值上的论证。同样,这种价值论证方式也能够对民主制度进行有力的辩护,因为民主多数原则可以视为正义原则之发现内在化的制度之一,同时也是对无限制地将人民议会视为地上的神的看法的坚决拒绝。对司法审查制

^① 哈耶克的《法律、立法与自由》是自洽的著作还是明显自相矛盾的?我持前一种看法。

度或哈耶克拟议当中的立法议会和政府议会分立的双议会制度都可以从这个角度加以评判。承认真理与正义观念的内在力量,反对价值相对主义和虚无主义是为了使宪政联邦主义的价值论建立在我们源远流长的主流道德论述传统之上。这种传统尽管肯定了许多大成问题的具体规范,但拥有正确的规范探究的形式法则。当代流行的是迈克尔·博兰尼称为道德倒位(moral inversion)的原则。^①当然不能认为在否定道德理想的任何现实性的思想体系里,人们会无限地将这些思想体系推至它们的逻辑极限,无论多么狂热,没有任何政权可以不接受任何公开的道德限制而行动。但是道德倒位这一原则不能为公开的道德做些让步这一事实所否定,正如任何现实的宪政政体也都是不完善的,不时作些权宜让步也并不削弱这些让步所偏离的道德原则。危险是它们可能滑入全面道德倒位的逻辑上比较稳定的状态,使制度选择在理论上成为不可能,或者使得人们在不可压制的道德热情之下而肆行残酷。所以,概念的阐明用孔子的话讲就是“必也正名乎。名不正,则言不顺;言不顺,则事不成”,或者说“其言之不作,则为之也难”,或者哈耶克的话“语词失去意义,个人丧失自由”^②。民主制度不能够通过所谓历史潮流浩浩荡荡或历史发展的规律这样的理论得到论证。我完全同意朱苏力教授在《送法上门》^③这本书中所主张的对中国司法制度改革的建议,初审法院和上诉法院不是上下级的关系,而是分工的不同,这是朱苏力教授做出的具有重大意义的贡献,但是它不能通过秋菊有秋菊的正义,北京人有北京人的正义这种可能发展成为道德倒位(moral inversion)形式的原则进行论证。这也是为了确立这篇论文所要发展的政治科学的界限和形式。

对制度的工作性质的研究是通过重构现行和假定制度下的社会秩序来进行。如果否认有所谓大写的理性或者历史规律并用这样的认识方法来认识社会整体秩序的性质,那么所能做的工作就是对制度下自生自发秩序的重构,或是亚当·斯密“看不见的手”的原理的阐发,布坎南

^① [英]迈克尔·波兰尼:《个人知识——迈向批判哲学》,许泽民译,贵州人民出版社2000年版,第七章,特别是第11、12节。

^② Friedrich. August. Hayek, 1988. *The Fatal Conceit — The Errors of Socialism*, edited by W. W. Bartley, III, Routledge, p.106.

^③ 参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版。

说“自生自发秩序的原理是经济学惟一重要的原理”正是这个意思。这种认识,主要能借助的理论工具是经济学的,在政治学中我们称之为公共选择理论。然而这是个异常困难的任务。确实,在一些通常的问题上利用理性选择理论,我们可以论证,在简单规则下竞争的私人饭馆的优越性,或者在美国的现实制度中,民主投票决定财政收支所面临的困境,以及无人是自身案件的合适的法官。但这些问题之所以能够得到我们看起来这么满意的论证并因此有助于制度的建设,实在是因为有些问题被我们认为是理所当然的而视而不见了。然而,如果我们仅仅依赖于理性选择理论的话,我们可能批评八股取士的科举制度,因为它的激励机制使一国最聪明的头脑从事无补于实际的形式化技巧,却很难告诉我们科技科举是同样荒谬甚至是更荒谬的制度;它能够告诉我们要在制度设计上发展对统治者的制约措施,但很难设想出分工合作的多层次的司法体制或普通法司法制度的优越性;更不能设想一种多中心的制度来解决中国面临的尤为迫切的现实问题,如沙尘暴和水资源短缺。这些却是联邦主义制度的工作制度之性质论证中的核心难题。我集中关注的是对于中央集权制度荒谬性的揭示,和在正当规则下对多中心的多边互动制度的良好说明,在政治制度领域我称之为联邦主义原理。对联邦主义制度工作性质的研究所要回答的主要不是对统治者的制约问题,不是政府如何执法、如何行政的问题,而是政府要做什么,什么样的法律要出现的问题。政府的举措、公共政策和公共产品在一个什么样的制度框架下提供。不是会计不做假,统计数字要真实的问题,而是会计和统计建立在什么样的基础上,要计算和统计什么。

上述认识是我论述联邦主义制度的一个工作框架,重要的是我难以明确陈述的这个工作框架,即对于自生自发秩序的优越性,我所能说出来的远远要少于我所知道的。问题的复杂性所造成的困惑是如何使用各种理论工具将所知道的事情揭示出来。标准经济学的理性选择方法是非常重要的,但仅仅依赖它却不够。不是所有的经济解释都具有同样的意义,尽管有些解释在知识上可以说是明白无误的,但可能是琐碎而无意义的,正如不是所有确证的考据都具有意义一样。这些解释要具有意义,依赖于学者们具有何种信念,和经济学家对集中关注问题的触及程度,而不单纯是一个好奇心的问题,顽童的好奇可能会有新的发

现,但不会是有意义的发现。据我个人看来,诺贝尔经济学奖获得者当中,被称为思想家的那些人,也就是说他们的著作是我们搞政治学的人也能看得懂的,如诺斯、科斯、布坎南、哈耶克,他们著作的价值除去在技术层面的确定性以外,更是因为他们对于这一问题给了我们更多的启发。张五常教授可能在经济学上懂得比科斯更多,但他离诺贝尔奖较远,很可能是它的研究在形式上看来已合乎明确的学术标准,但是对于这一默会的、隐含的核心意义的问题触及较少之故。

在宪政联邦主义制度工作性质的研究中,需要各种可能的论述策略。它可以是在知识论的层次上论述人类知识的默会性与弥散性。它也可以是隐含地具有这一工作框架的学者们进行一些似乎是历史学方面的研究。我相信,没有这样一种工作框架,托克维尔的《旧制度与大革命》、葛剑雄的《统一与分裂》、顾炎武的《郡县论》不会是目前的这种形式。它还可以是以经济学的理性人假设作为工具,选择合适的问题进行一种揭示,如科斯的《社会成本问题》。谈联邦主义与治水秩序也只是作出这种论证的一个尝试,之所以要写这么一章是偶然的,这与我生活在中国有关,实际上论述司法制度或大学管理制度中所能够体现的原理和触及我所关注的核心问题也是一样的。在我写完这篇文章后,我感到另外一种论证策略可能会更好,例如仿照托克维尔的方式通过大量案例的叙述来揭示出中央集权制度的荒谬性,毕竟撇开其他一些方面不说,我在这方面的认识程度应该是超过了顾炎武和葛剑雄,但托克维尔的伟大是难以企及的。这样处理有利于读者分享我所达到的认识。

内 容 摘 要

本文不是对现实中的联邦制进行经验主义的比较研究或历史的描述,而是立足于如何帮助人们作出立宪层次上的制度选择的问题情境以建构一种宪政联邦主义理论,以补充宪政主义传统分权学说在制度建设方面的不足和理出解决当今群体间相互依赖性日益严重问题的线索。在通过制度选择以解决我们当今面临的问题时,宪政联邦主义的概念,即宪法规则下多中心的、重叠管辖的各层级政府同时直接面对公民个人的政治结构,具有根本的重要性。本文通过对宪政联邦主义的价值论和