

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



# 立宪的技艺

秋 风 著

53



北京  
大学  
出版  
社

D911.01-53

Q751

# 立宪的技艺

秋 风 著

RA218/11



\*20029820\*



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

立宪的技艺/秋风著. —北京:北京大学出版社, 2005. 1

(政治与法律思想论丛)

ISBN 7-301-08381-5

I. 立… II. 秋… III. 宪法-研究-文集 IV. D911.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 128033 号

**书 名: 立宪的技艺**

著作责任者: 秋 风 著

责任编辑: 毕洪海 谢海燕

标准书号: ISBN 7-301-08381-5/D·1043

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 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: [pl@pup.pku.edu.cn](mailto:pl@pup.pku.edu.cn)

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 22.75 印张 338 千字

2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 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**

## 作者简介

---

姚中秋（秋风）毕业于中国人民大学历史系，长期从事财经、政治和法律评论写作。已出版财经评论集《为什么是市场》及翻译作品《哈耶克传》、《法国大革命讲稿》、《法律与自由》等多种。目前主要研究普通法传统、苏格兰道德哲学、奥地利学派经济学和古典中国的自由思想与制度。

RAB18/11

A542



## 内容简介

本书作者具有独特的知识谱系，以哈耶克思想为中心，上溯奥地利学派经济学，旁及苏格兰启蒙运动和普通法传统，并致力于发掘中国古典的自由主义思想与制度资源，试图融合中西思想和制度，探究一个具有广泛解释力的宪政主义体系。本书收录了作者近年所写有关法律、宪政研究的论文。第一部分以普通法和共和时期的罗马法为原型，提出了“自发地发现法律的程序”的概念，并由此论证了一个基于统治权与法律权二分的政体分析框架，同时也提出了在当代语境下，以何种法律程序发现“中国人的法律”的问题。第二部分以法国大革命和欧盟立宪为前鉴，指出立宪是一项单纯的政治事业，而非整全的社会、文化事业，因而，试图将民众皈依某种特定的宗教信仰作为建立自由宪政的基础，必将导致立宪的失败。第三部分则尝试以自由宪政的基本概念框架，对中国古典的若干观念和制度进行重新解读。三个部分论述中不乏创见，对于中国语境下宪政科学理论研究，具有较高参考价值。

■ 责任编辑：毕洪海 谢海燕

■ 封面设计： 春天 书装工作室  
BEIJI 301180823

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

## 献给我的妻子和儿子

如果没有妻子的辛劳,我不可能有时间阅读和写作  
我的知识探索,正是在儿子出生以后开始的

# CONTENTS 目 录

## 第一部分 自发地发现法律的程序

### 试论自发地发现法律的程序与两权

<b>分立的政体框架</b>	<b>3</b>
法律的自发生成机制	4
自发地发现法律的程序	10
理性之治,而非权力之治	21
普通法宪政主义	29
余论	41

### 司法至上与自发秩序的法律体系

#### ——评《法律秩序与自由正义》——

<b>哈耶克的法律与宪政思想</b>	<b>46</b>
司法与统治	47
萨维尼、门格尔论自发秩序的法律观	50
司法约束统治	52

### 教会法与法律实证主义间的张力

#### ——读《教会法研究》

理性制造迷信	56
在法律之上	58
立法的垄断对自发的法律秩序	60



<b>通过市场学习规则</b>	<b>64</b>
问题的提出	64
规则与传统	65
个体本位的传统	67
市场的力量	70
开放状态与演进方向	72
<b>SARS 危情后的社会重建</b>	<b>76</b>
知识问题与社会自治	76
自治缺失的灾难	79
宗教的社会功能	82
专业团体的功能不足	84
宪政建设与社会重建	86
结语	90

## 第二部分 立宪的技艺

<b>立宪失败的个案：阿克顿论法国大革命</b>	<b>93</b>
需要重写的历史	94
全盘革命的狂妄	95
政治激进化的恶性循环	99
摧毁宗教的悲剧与闹剧	101
政体设计原理的谬误	104
<b>柏克、阿克顿论法国大革命时期的宗教问题</b>	<b>112</b>
法国启蒙哲学对于宗教的仇视	113
革命政府的宗教政策及其恶果	118
理性宗教的闹剧	125
理性与宗教：英国人的立场	128
教会与宪政	131
理性的谦卑	134

---

<b>研究宪政超验之维的方法论问题</b>	<b>139</b>
一种决定论的研究方法	
及对它的经验反驳	139
历史的方法与逻辑的方法	143
宪政建设两阶段:制宪与宪政巩固	149
结语	152
<b>人身保护状制度源流略考</b>	<b>154</b>
各国宪法之人身自由保护条款	154
人身保护状制度的源流	157
“人身保护状”制度在中国	160
目前法律在人身自由方面的制度性缺失	164
恢复人身保护状制度	168
结语	171
附录 香港高等法院规则:人身 保护状的申请	172
<b>私人财产权保障的宪法设计</b>	<b>175</b>
宪政框架中的宪法财产权条款	176
中国宪法的财产权保障传统	180
扭曲的财产权条款	184
如何修改宪法财产权条款	186
结语	190
<b>探讨一部优良宪法的文本形式</b>	
——以欧洲宪法草案、美国宪法 和中国宪法为例	191
宪法总体结构的对比	192
宪法序言与总纲:简洁为上	194
权利目录:越长越好吗?	199

否定性权利与肯定性权利	204
权利是宪法赋予的吗?	206
关于财产权的规定	208
救济是最重要的	210
不应写入义务条款	211
批评性结论	213
宪法关于政府的规定	215
宪法应当写入政策吗?	217
制宪的限度:有限理性的宪法观	218
结论	220
<b>地方自治之宪法安排的比较性研究</b>	<b>221</b>
20 世纪的中央集权潮流	223
欧盟政体结构中的地方自治	226
转型国家宪法中对地方自治的安排	246
东亚国家地方自治的宪法安排	251
中国地方自治的历史与前瞻	258
结论	273
<b>第三部分 古典的宪政主义解读</b>	
<b>传统、自由与启蒙</b>	<b>279</b>
传统的叙述	280
启蒙心态	283
自由与传统	285
启谁之蒙?	286
自由政体与传统	291
结语	293

---

<b>经过哈耶克重新发现和转化传统</b>	<b>295</b>
现代中国自由主义的误区	296
哈耶克理论的双重意义	298
以周德伟、林毓生为例	303
传统的创造性转化：范式的扩大	311
结语	316
<b>孔子反对铸刑鼎的宪政涵义</b>	<b>318</b>
古典法律家与贵族共和政体	320
以法律约束权力	324
成文法典与君主专制政体的关联	326
以罗马法法典化过程为参照系的讨论	331
结语	334
<b>老、韩分野的秘密</b>	<b>336</b>
老子无为理论所蕴涵的自发	
秩序法律观	336
韩非转化老子的关节：体道	341
从自然到作为权力的法律	343
从“无为而无以为”到“无为而无不为”	346
发现道法的程序：绕开韩非的理论陷阱	349
结语	354
<b>后记</b>	<b>356</b>

---

# 第一部分

## 自发地发现法律的程序





## 试论自发地发现法律的程序与 两权分立的政体框架\*

任何稍微文明一些的统治都不能离开法律。因此,法律是正当的统治的必要条件。然而,问题在于,什么样的法律,才能够带来真正的法治?本文将主要根据弗里德里希·冯·哈耶克、布鲁诺·莱奥尼所阐述的关于法、立法与自由的思想,以法典化之前的古典罗马法和英国普通法为范本,探讨一个自发地发现法律的程序之理论,并进而据此探讨一个以此种程序为条件、基于判断与统治两权分立的宪政模式。

本文第一部分将探讨先贤有关法律规则的自发生成机制的理论,并将指出,仅仅指出这种法律规则生成之自发机制是不够的,重要的是怎样才能发现这些自发地生成之法律规则转换为真正具有普遍的拘束力的法律。这将是第二部分内容,这一部分将分析指出,以古典罗马法和英国普通法为范本的“自发地发现法律的程序”,比起近代以法律实证主义原则为前提、以制定法为惟一法律的集中立法模式,具有显著的优越性。第三部分将论证,在自发地发现法律的程序下,法律的权威来自司法的技艺理性和实践理性,而非来自国家之权力,此种经由理性所发现的法律,是在进行统治的国家机构之外发展起来的。第四部分将以此为依据展开讨论,提出判断权与统治权两分的分析框架,进而构想一个自由宪政模式。

---

\* 本文的写作,极大地得益于笔者定期与刘海波、范亚峰博士进行的学术讨论。是刘海波博士最早提出了统治权与判断权两分的概念,而范亚峰博士则向笔者介绍了普通法宪政主义的概念。本文试图结合笔者对于古典罗马法和英国普通法的理解,将这两组概念融合为一个连贯的政体分析框架。当然,其中的不足、矛盾之处悉由作者负责。

## 法律的自发生成机制

18世纪是欧洲大陆、尤其法国的启蒙时代。其主要观念是对传统权威和宗教的怀疑,对于理性力量的高扬,对于进步的绝对信心。诚如托克维尔所说,启蒙时代知识分子的根本信念是,“应该用简单而基本的、从理性与自然法中汲取的法则来取代统治当代社会的复杂的传统习惯”<sup>①</sup>,当然也包括传统的法律。他们追求法律的清晰、准确和统一。这种追求与刚刚觉醒的民族国家主权意识结合,便形成了以国家为惟一立法主体的法典化运动,在这个运动的背后是这样一种观念:“本质且惟一真实的法律形式是立法”<sup>②</sup>。这正是哈耶克所批评的“建构论的唯理主义”<sup>③</sup>。

一种有关法律规则的自发生成的理论,正是作为对这种建构论唯理主义的一种反弹而出现的。

这种观念传入英国,有一些激进分子试图根据理性原则,重新设计英国的宪制,柏克对此予以了猛烈抨击,在下面一段话中柏克强调,英国宪法是自发地形成的,或者用门格尔的话说是“有机地、非意图地”形成的:

从《大宪章》到《权利宣言》,我们的宪法一以贯之的做法是,在要求及主张我们的自由时,将其作为我们得自于我们的祖先、我们又将其传之我们的后代的不可剥夺的遗产……在我看来,这种做法乃是深思熟虑的结果,或许毋宁说是依循自然的幸运的效果,而自然是一种不需要反思、而高于反思的智慧。而创新的精神一般都源于一种自私的气质和局限的眼光。<sup>④</sup>

① 托克维尔著,桂裕芳、张芝联译:《旧制度与大革命》,商务印书馆1996年版,第175页。

② J. M. 凯利著,王笑红译:《西方法律思想简史》,法律出版社2002年版,第298页。

③ 关于其完整含义,参见弗里德里希·冯·哈耶克著,邓正来等译:《法律、立法与自由》第一卷,中国大百科全书出版社2000年版,第一章《进化与理性》;弗里德里希·冯·哈耶克著,邓正来译:《自由秩序原理》上册,三联书店1997年版,第四章《自由、理性与传统》。

④ 笔者根据英文本译出,可参考中译本,柏克著,何兆武等译:《法国革命论》,商务印书馆1998年版,第43—44页。

在德国,蒂博也鼓吹制定一部德国民法典,有论者指出,“蒂博的理想忠实地反映了其理性主义[即本文所说的‘唯理主义’——引者注]的哲学诉求,这一诉求相信人类理性的力量足以摹写人类的心思,并转而据此设计出人类行为的完美规则,为人世生活编织恰切法网。”<sup>①</sup>萨维尼对此种抱负提出批评,他强调说,法律乃是民族在其历史过程中自发形成的“共同意识”和“共同信念”:

在人类信史展开的最为远古的时代,可以看出,法律已然秉有自身确定的特性,其为一定民族所特有,如同其语言、行为方式和基本社会组织体制。不仅如此,凡此现象并非各自孤立存在,它们实际乃为一个独特的民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向,而向我们展现出一副特立独行的景象。将其联结为一体的,乃是排除了一切偶然与任意其所由来的意图的这个民族的共同信念,对其内在必然性的共同意见。<sup>②</sup>

萨维尼指出,法律乃是民众的信念的体现,而非立法者的专断意志所能任意规定者:

一切法律均缘起于行为方式,在行为方式中,用习常使用但却并非十分准确的语言来说,习惯法渐次形成;就是说,法律首先产生于习俗和人民的信仰(popular faith),其次乃假手于法学——职是之故,法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜的伟力,而非法律制定者的专断意志所孕就的。<sup>③</sup>

萨维尼由此开创了历史法学派,这个学派是对于法国大革命所带来的唯理主义的法律观念的一种反弹,E. Kuntze 曾将历史法学派的基本思想概括如下:“法律不是被创制出来的,而是生长出来的;法律不是仅具有有限理解力人有意识地随心所欲地造出来的,相反,法律是有机地生成、生长出来的。”Stahl 则认为,“法律是一个民族整个生活的一个方面,与该民族生活的其他方面和其他活动,比如语言、习俗、艺术等等不

① 萨维尼著,许章润译:《论立法与法学的当代使命》,中国法制出版社 2001 年版,中译本序言,第 6 页。

② 萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,第 7 页。

③ 同上书,第 11 页。