



上海市学术著作出版基金

抑恶与扬善

自由主义宪政的困境与伦理重建

肖 明 著



上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

博士文库

抑恶与扬善

自由主义宪政的困境与伦理重建

肖 明 著

世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

抑恶与扬善:自由主义宪政的困境与伦理重建/肖
明著. —上海:上海人民出版社,2010
ISBN 978-7-208-09746-9

I. ①抑… II. ①肖… III. ①自由主义-宪政运动-
研究 IV. ①D081②D091.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 257676 号

责任编辑 于力平

抑恶与扬善

——自由主义宪政的困境与伦理重建

肖 明 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 20 插页 4 字数 260,000

2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-09746-9/D·1827

定价 35.00 元

序

宪法是政治文明发展的成果，亦是现代政治制度赖以构建的基础。所以，宪政不仅是法学的研究领域，也是政治学的研究范畴。政治制度和宪政法律研究，除了着眼于本身的研究以外，还应该研究其背后的思想传统和价值理念。

现代西方的政治制度可以用“民主宪政”概括之，这一制度既有对西方古代民主制度“共和主义”的传承，也有对“德性伦理”的扬弃。现代民主制度的发展，“美德”逐渐淡出民主政治，被一般以理性自律为基础的“道德”所取代；现代民主政治承认追求自我利益之人性的天然合理性与程序正义、机会平等的制度保障相结合。约翰·洛克是近代自由主义理论的集大成者，他的政治哲学思想为上述变化提供了丰富的观念基础，在其后的西方政治发展过程中，逐渐形成西方现代民主制度的四大基本原理：人民主权原理、代议制原理、分权制衡原理以及法治原理。上述理念和基本原理赋予了西方现代政治制度以道德的秉性和成熟的品格。

“自由主义宪政的困境”昭示了本书的立意和主旨：个人与国家的二元对立；以国家这一必要之恶，促人权之善；多元价值、道德中立与良善生活秩序的对立……作者通过对自由主义思想运动过程的梳理，揭示了自由主义宪政理论蕴藏着内在的矛盾，从而论证宪政制度运行中不可避免地陷入困境。事实上，近代西方所建立起来的宪政制度其实是一种巧妙的平衡之术，协调着人权与政权、国家与社会、权利与权力

之间的关系,究其实质而言,宪政制度旨在抑恶、而非扬善。因此,西方民主制度本质上是一种消极民主制,而且它竭力回避制度本身的道德性问题。西方宪政制度的这一特点,也使得宪政背后的自由主义理论从一诞生起就招致了广泛的批评,在 20 世纪的批评尤甚,并延续至今。但是自由主义作为一项思想运动,其阵营内部也从未停止过对自身的反思,并不断试图作出调适,最大的变化莫过于以罗尔斯、德沃金等人为代表的新自由主义流派对社会伦理的探讨。

西方国家在 20 世纪 60 年代以来,遭遇了多次经济危机,并掀起了广泛的民权运动,上述危机与社会运动,对自由主义的经济理论、宪政理论都产生了很大的冲击,甚至使得西方福利国家政策濒临破产的境地。如何看待政府与市场、国家权力与个人自由之间的关系与界限,是新宪政理论面临的重要课题。由此在西方国家掀起了自由主义与社群主义的论战,并持续至今。所以梳理自由主义理论尤其是当代自由主义的思想运动,以反思宪政理论所面临的困境,很有必要。

目前,席卷全球的金融危机,使得各国加强了对市场经济的干预力度;全球反恐战争对传统宪政与伦理价值的挑战,也使得自由主义宪政理论所面临的问题非但没有得以解决,反而加剧了。在这个背景下如何保障公民基本权利和自由,这些问题需要在理论上予以回答。此外,我国的市场经济体制不断发展和完善,社会经济文化事业不断取得进步,但是也要看到矛盾依然不少,社会不和谐的因素依然存在,所以如何平衡权力与权利、自由与道德之间的关系,书中介绍的一些理论和观点对我们也不无借鉴意义。

社会科学与人文科学研究不同于自然科学,因为“人的世界”毕竟不同于“自然世界”。所以不管是研究法学还是政治学,说到底还是研究人的、关注人的。善的生活,优良的生活最终要在政治生活和制度层面上体现出来。因此制度也好,国家也好,机构也好,最终都是与人的生活联系在一起。从这个角度来说,各种政治思潮只有真正关注人、关注良善生活、关注人权才有存续的生命力;而民主宪政观念的普及、民

主宪政制度的建立和完善,最终还是要以“人权”为价值依归。从这个角度来说,我完全同意作者的这一个观点:人类对于美好生活和良好政治的追求是无止境的,而良好的政治有助于实现美好的生活。至于这本书的好坏优劣,作为学术这天下之公器,当由广大读者来评判。

是为序。

曹沛霖

2009年5月5日

目 录

序	1
导论	1
一、问题的提出以及选题的意义	1
二、研究现状及文献综述	5
三、本书的构思与基本内容	9
第一章 自由主义理论与宪政国家的演变	18
第一节 宪政国家产生的观念基础与历史经验	19
一、自然法传统与自然权利理念是宪政产生的观念基础	20
二、现代民族国家的产生是宪政发展的历史条件	22
三、中世纪英国的政治实践是宪政产生的经验基础	23
第二节 权利自由主义与最低限度的国家	26
一、霍布斯：自然状态与“利维坦”	26
二、洛克：文明社会与“有限政府”	31
三、孟德斯鸠：宪政体制下的“自由与权力”	36
四、美国立宪政治的实践	41
五、小结：资产阶级革命时期的宪政观	44
第三节 功利自由主义与工具性国家	45
一、两种“自由”主义	45

二、两种政治建构理论:个人主义与国家主义的分野	46
三、两种政治伦理基础:“义务论”与“目的论”的分野	51
四、功利主义与自由主义的结合	55
五、小结:自由资本主义时期的宪政观	58
第四节 社会自由主义与福利国家	61
一、有限政府的困境	61
二、福利国家的理论基础:社会自由主义	62
三、福利国家的兴起及其宪政危机	68
四、对福利国家的反思	74
五、小结:自由主义宪政的逻辑	76
 第二章 权利与权力:个人主义国家观的两难	93
第一节 限权与扩权:宪政国家的困境	94
一、自由主义宪政的价值立场	95
二、宪政设计:抑“恶”而非扬善	99
三、宪政的困境:以国家之“恶”促个人之“善”	104
第二节 自由与民主:代议民主制度的困境	109
一、现代民主制度的思想来源	111
二、代议制民主的设计理念	116
三、代议制民主的困境	121
四、代议制民主的衰落	124
第三节 分权与集权:积极国家的困境	125
一、体制变迁:从代议民主走向行政集权	126
二、困境之一:分权导致宪政僵局	129
三、困境之二:集权下的宪政独裁	134
 第三章 自由与道德:多元主义价值观的两难	147
第一节 个人自由与价值多元论	148

一、宗教宽容与自由观念的起源	149
二、自由与奴役的困境	151
三、两种自由观念	154
四、消极自由的宪政启示	160
第二节 困境之一:国家中立与个人之善	163
一、宪政国家须持道德中立立场	163
二、国家如何实现道德中立	165
三、国家道德中立面临的宪政困境	169
第三节 困境之二:价值多元与良好秩序	174
一、价值多元论与一元论的分歧	174
二、价值多元与自由主义的两难	179
三、公民不服从与宪政的秩序危机	185
 第四章 宪政困境与新自由主义的回应	196
第一节 契约正义理论的回应	197
一、回归宪政思维:对功利主义的批判	198
二、重建宪政价值:作为“社会基本结构”之基础的 “公平正义”	202
三、回应宪政困境:自由主义宪政的伦理基础	207
第二节 自由主义的分歧	211
一、新保守主义与“最小国家”的宪政构思	212
二、新自由主义与“普遍的权利理论”	214
三、何种分歧,因何分歧	216
第三节 来自社群主义的挑战	218
一、社群主义对罗尔斯的批评	219
二、伦理分歧:正义还是德性	221
三、政治分歧:个人主义还是共同体主义	224
四、社群主义是一个可替代的方案吗	228

第五章 走出困境:宪政共识与伦理的重建	236
第一节 宪政困境与伦理重建	237
一、伦理重建的方向	238
二、社会伦理的道德原则	238
三、社会伦理的内容	243
四、社会伦理与“美好生活”	247
第二节 政治正义重塑共识	250
一、道德建构意义上的“正义”观念	250
二、功利正义论的危机	253
三、以政治正义观重建共识	258
第三节 宪政共识的形成及其启示	262
一、何谓宪政共识:从英美两国的宪政经验谈起	263
二、宪政共识从何而来	267
三、宪政共识何以可能	274
 结 语	286
参考文献	291
后 记	304

导 论

关于最优良的政体，有一点是大家明白的：这必须是一个能使人人“无论其为专事沉思或重于实践的人”尽其所能而得以过着幸福生活的政治组织。

——[古希腊]亚里士多德
(《政治学》卷七)

一、问题的提出以及选题的意义

(一) 选题的缘由

本书的选题源于当代西方国家两大思想阵营自由主义与社群主义之间的争论，20 世纪 70 年代社群主义的兴起伴随着它对自由主义的批判和攻击，而 80 年代新自由主义的复兴又是自由主义对社群主义有力反击的必然结果。总结自由主义与社群主义的分歧与争论，学者们一般认为，两者的分歧反映在自我观、方法论、价值观、国家观、自由观等多个方面，集中表现在对个人权利和国家作用的不同认知上。^[1]社群主义从根本上对立宪政治赖以建构的自由主义理论发起了挑战：国家的起点究竟是一个人，还是社群；国家的目的究竟是一个人权利，还是公益？社群主义的挑战迫使自由主义在捍卫基本立场的同时反思自己，并顺应历史发展作出适当的调整。^[2]

两大思想阵营的激烈论战，值得宪政理论高度关注。自由主义作

为一套国家学说,其核心是关于个人、社会与国家关系的理论。在这个意义上,自由主义主要属于政治哲学的范畴。当然,严格说来,政治哲学是道德哲学在政治领域的应用与延伸,因此,探讨政治哲学问题离不开对道德哲学根本问题的探讨。^[3]迄今为止,人类依然面临着什么是美好生活,什么是理想国家等问题。这不仅是道德哲学,同时也是政治哲学一个经久不衰的话题。正如亚里士多德所言,我们必须首先确定什么是最值得追求的生活方式。只要这个问题还没搞清楚,那么什么是理想政体就会一直不清楚。^[4]古往今来,人类历史上许多伟大的思想家都以其天才的头脑投入到对这一问题的思考中去。

自由主义理论之所以具有现代性内涵,是因为自由主义在道德哲学最根本的问题上提出了与以往的政治学说完全不同的答案。自由主义认为“什么是美好生活”属于个人的理性选择,国家本质上是以个人权利或自由为出发点的政治制度,国家并不是最高的善业,所以不具备道德教化的职能,更不能提供“什么是美好生活”的答案。

正因为如此,自由主义宪政理论的国家观及其个人主义的政治立场,从一开始就饱受批判和谴责。关于当代社群主义究竟是对自由主义的挑战还是自由主义内部的自我批评与反思,这在学术界是一个仍需厘清的问题,但毋庸置疑的是,社群主义对自由主义理论全方位的批判,使自由主义宪政理论在当代面临着严峻的挑战。^[5]联系 20 世纪 70 年代以来,在自由主义阵营内部,约翰·博德利·罗尔斯(John Bordley Rawls, 1921—2002),罗伯特·诺齐克(Robert Nozick, 1938—2002)以及罗纳德·德沃金(Ronald Myles Dworkin, 1931—)等人对传统自由主义赖以建构的道德哲学——功利主义的批判,更增加了上述判断的说服力。

笔者无意对自由主义与社群主义之间的争论进行分析、比较,但是了解双方立场的对峙与观点的交锋,无疑对揭示自由主义宪政理论的困境以及探讨宪政实践具有极大的帮助作用。

（二）选题的意义

建立宪政国家是西方政治文明发展的最高成就，西方政治的现代化过程以民族国家的产生为逻辑起点，经历了从绝对专制主义国家到宪政主义国家的发展历程，在这一过程中，自由主义思想功不可没。西方学者对自由主义思想家倡导下建构起来的宪政制度，充满了溢美之词：人类迄今还没有找到比立宪政治更好的民主制度，宪政的影响力超越了希腊文明的局限性。这一政治建构模式对于非西方国家同样具有极大的吸引力，正如哈洛韦尔所言，这一成就既不是一个世纪也不是一个民族所造就的，因此，我们可以不带任何沙文主义色彩自豪地期望，这一政治成就可能成为全人类永久的遗产。^[6]

作者研究的出发点之一在于探寻制度背后的“高级法”，对宪政制度的研究，绝不能仅仅停留在制度层面。非西方国家在发展民主政治的现代化过程中往往并不顺利，其原因就在于这些后发国家的立宪政治往往还停留在对西方宪政制度的模仿阶段，在专制独裁与民主势力的较量，或在民主与法治，自由与发展，稳定与秩序等价值的冲突之间左右为难、举步维艰，因此还很难将它们归为宪政国家。立宪政治作为一种区别于前现代的政治秩序，不仅意味着法律与制度的建构，更是制度背后深层次的观念与价值的更新与重构。宪政是自由主义国家学说在政治制度上的体现，因此宪政发展与自由主义理论密不可分，作者接下来所讨论的立宪政治或者宪政，确切地说是指当代西方国家的“自由主义宪政”。^[7]

作为一套国家学说，宪政理论是自由主义关于人类社会应该如何组织其国家以及安排政治生活的规范性思想，其精髓在于以宪法和法律来约束国家权力，确保公民个体的自由和人权，所以宪政制度是实践自由主义理想的手段和方法。^[8]

不过作为理想的国家学说，自由主义从来不是也不可能是唯一的政治方案。即使是自由主义内部，也会有价值观念的差异和冲突。比如当代自由主义大师罗尔斯就提出了一个与传统自由主义相悖的道德

原则：传统自由主义持功利主义伦理观，主张国家要追求“最大多数人的最大幸福”，而罗尔斯则用照顾“最少受惠者”的道德取向来衡量社会的正义问题。

作者研究的出发点之二还在于，探寻自由主义是如何协调人类不同的政治理想与价值的。如果人类一开始就能够形成统一的政治价值观和政治理想，那么人类就会避免很多的冲突以及由这些冲突而导致的灾难。然而，人的复杂性是任何其他所有事物的复杂性所不能比拟的。对此柏拉图就说过，政治的领导是人类最难的领导。亚里士多德也说，政治学术是人类最为复杂的一门学术。之所以复杂，关键在于：人类对于很多价值和理想，并不能取得完全的共识。因此，一部政治思想史，在很大程度上就是一部理想与价值冲突的历史；一部政治实践史，在很大程度上也就是理想与现实冲突的历史。^[9]

从历史的发展来看，自由主义宪政理论也没有一劳永逸地解决政治领域的所有问题，然而尽管如此，在理想与价值之间寻求共识、在理想与现实之间探求平衡，仍是政治科学和政治艺术试图破解的永恒难题。从这个意义上来说，自由主义宪政理论的困境正反映了它所建构的政治体系不能解决当代社会所面临的道德和价值问题，这是自由主义受到广泛批评的原因，也是促使自由主义不断反省、自新的动力。这种困境往往表现为，自由主义宪政在实践过程中不得不在各种合乎理性却有冲突的道德原则和政治价值中努力寻求平衡，却陷入难以取舍的状况，偏向或选择任何一方就会弱化另一方，反之亦然。比如自由主义为坚持个人主义，不得不弱化了人们的共同体归属感；为坚持权利优先立场，不得不弱化了人们对美德的追求；为坚持国家的道德中立性，不得不淡化国家在公序良俗中的促进作用；为坚持个人自由，不得不弱化社会公正，等等。这就是本书所谓“宪政困境”的含义。

诚然，仅仅只是在自由主义宪政理论的某些论者与某些支点上指责它的不完美，是不可取的。因为自由主义之所以如此选择，在于它从一开始就不是致力于扬善，而是制恶；也不是为了追求一个美好的理想

社会,而是致力于一个不坏的社会,这正如致力于诊断现代性弊端——像哈贝马斯那样的思想家强烈主张的那样——“现代性是一个远未完成的方案”^[10]。因此本书也正是抱着“诊断”的态度分析西方自由主义宪政理论在当代所遭遇的困境,这无疑对于盲目照搬西方政治体制或者屈服于西方中心论的后发国家来说是一次理性的反思。

(三) 研究的方法

综上所述,本书的选题不仅仅是一个政治哲学、伦理学理论界普遍关注的课题,而且还应当值得法学界,尤其是宪法学理论予以深入的研究和探讨,以期求得理论上的自省和制度上的调适。因此可以说这是一个涉及法学、政治学和伦理学交叉领域的命题,表现在研究方法上,除了较多运用政治学比较分析的方法来进行探索外,在考察西方立宪政治的困境时,还借鉴了法学案例研究与实证主义的分析方法。此外,在探索自由主义宪政理论的发展与立宪政治的实践之间,具有怎样的内在逻辑和联系时,还必须站在历史分析的角度,以社会运动和思想运动相结合的立场,才能准确地把握西方立宪政治的发展规律。而本书在探索自由主义立宪政治的发展困境时,坚持以马克思主义的历史唯物主义和辩证法作为方法论,以免对资本主义立宪政治的观察流于各种表象之中。当然,从方法论角度来说,自由主义哲学本身就是一套研究方法,不管是自由主义的什么流派,从“个体”和“权利”优先的角度来分析政治与社会现象是他们所具有的共性。本书既是从历史的角度来考察立宪政治之哲学基础和内在价值的流变,固然也受自由主义方法论的影响。

二、研究现状及文献综述

站在世纪交替的今天,政治学和宪法学研究面临着一个不可避免的事实:西方的自由民主制度打着“现代化”的旗号有逐渐蔓延全球之

势,人权、自由和民主的普世价值,获得人类越来越广泛的赞同。“宪政”、“民主”不仅是政治社会发展的主题,而且也是中外社会科学领域的学者普遍感兴趣的课题,各自从不同的视角、不同的社会领域研究宪政问题以及宪法制度,著作纷呈,可以说是众说纷纭。

20 世纪西方国家对宪政问题的研究有两次高潮:一次是在“二战”结束后,这一时期对西方宪政问题的研究带有强烈的冷战色彩,比如以经济学家身份研究宪政问题的哈耶克,其代表性著作《自由秩序原理》、《通往奴役之路》开始反思功利主义宪政理论,反对极权主义,重申自由主义的基本立场;法学界向自然法传统的回归,带动了新自然法学的复兴,也给这一时期的宪政研究产生了极大的影响。第二轮研究高潮是在美国宪法诞生二百周年之际,人们对宪政问题再度产生兴趣,这一时期主要集中在对宪政历史的回顾,对宪政文化的探讨,以及西方立宪政治对后发国家之影响的比较研究,我们只要稍微关注一下便可以列出一堆书目:如《美国宪法的“高级法”背景》、《法与宪法》、《超验正义——宪政的宗教之维》、《宪政与权利》、《宪法的政治理论》,等等。^[11]

有些西方学者在研究民主政治发展与宪政问题时,往往立足于西方中心论,甚至傲慢地以预言家的姿态出现,比如 C. E. 布莱克(C. E. Black)认为:“现代化过程在可以预见的将来会导向一种趋同状态,或者说,导向一种功能的普遍化。”^[12] 弗朗西斯·福山(Francis Fukuyama)更是直截了当地指出,西方式的自由民主体制可能成为人类“意识形态进步的终点”和“人类统治的最后形态”,从而导致“历史的终结”,因为历史不再发展出新的形态了。^[13]

当然,福山的结论可能有过于简单化之嫌,自由主义是否终结了人类的历史,不在本书的讨论范围之内。但不可否认的是,自由主义宪政蕴藏了普遍的道德价值,无疑具有进步意义,正如美国自由主义政治理论家斯蒂文·霍尔姆斯(Stephen Holmes)所言:“毫无疑问,自由主义不会在短期内独霸全球。权威主义与原教旨主义仍然存在,种族中心论正在兴起。但是,就目前的情势而论,无论从经济的抑或从军事的视

角来看,宪政主义民主制度显然比它的任何对手都有优越性,已是不争的事实。”^[14]

在当代与罗尔斯等人的新自由主义理论复兴相伴随的是,西方国家出现了一种“新宪政论”的观点,开始批判功利主义哲学,反思西方国家的宪政现状,并且反思有限政府是否对公民权利和自由提供了最佳保障。他们赞同积极的国家观,主张“有效政府”,认为国家应该在社会分配领域承担更多的责任以解决社会危机,如埃尔金认为宪政必须超越对专横地行使政治权力加以限制的古典主张,它应当并且能够通过人们的设计,实现经济效率,民主管理以及其他有益的政治目标。^[15]罗尔斯提出的“正义论”,德沃金“对美国宪法的道德解读”也从另一个侧面强调了政府承担解决社会分配危机的责任。^[16]正如法学家哈特所言,“旧的信仰是,某种形式的功利主义必定能够把握住政治道德的本质”,新的信仰则是,“真理必定存在于关于基本人权的理论上”。^[17]有的学者认为:“新宪政论不否认在宪政制度中政治生活的民主化是件好事,但是它需要表明民主政府怎样能够既是受到约束的又是能动进取的——也就是说,既能积极促进社会福利,与此同时,又不陷入仅仅在组织得最好的公民之间分配利益的专制之中。”^[18]然而,自由主义宪政理论的现代转型以来,始终存在着另一种批评声音,这种声音指责新自由主义理论对国家的回归背叛了自由主义传统,这同样将会颠覆宪政制度。^[19]也有美国学者敏锐地觉察出国家从议会制政府向总统制政府的转变,并且授予政府自由裁量权打乱了宪法关系,妨碍了宪法所规定的限制权力目标的实现,实质的可靠性和程序的可靠性均遭到了损害。^[20]

当代新宪政理论的突出特点是:(1)在阐述、重申基本人权观念的过程中开始对国家产生仰仗,对国家职能寄寓新的期望,至少要求国家承担维系、调节社会正义的职能。同时,对于国家权力向行政集权民主制的发展,又表达了担忧,可以说在权力问题上,即“授权”与“限权”中陷入了两难困境。^[21](2)新宪政理论的发展和阐述,与这一时期罗尔斯