



宪政理想国

政治文明视野下的西方宪政考察

刘海涛/著

本书探究了西方宪政的政治文明意蕴，讨论了古典宪政、普通法宪政和宪法宪政的基本内涵，深入分析了宪政的基本制度维度，重点探讨了宪政作为政治科学的基本原理，并提出“建设性宪政”的分析理念，挖掘出宪政的另一个重要内涵，即宪政不仅约束权力，更为重要的是宪政也“建设”权力。著者认为，宪政是良好政治生活的建设者，也是建构国家正当性和国家认同的佳途。



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



宪政理想国

政治文明视野下的西方宪政考察

刘海涛/著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



郑州大学 *04010712794Z*

图书在版编目(CIP)数据

宪政理想国：政治文明视野下的西方宪政考察/刘海涛著.
—北京：社会科学文献出版社，2011.6
ISBN 978-7-5097-2379-1

I. ①宪… II. ①刘… III. ①宪法-研究-西方国家
IV. ①D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第103505号

宪政理想国

——政治文明视野下的西方宪政考察

著 者 / 刘海涛

出版人 / 谢寿光

总编辑 / 邹东涛

出版者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲29号院3号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 皮书出版中心 (010) 59367127

责任编辑 / 桂芳

电子信箱 / pishubu@ssap.cn

责任校对 / 龙腾

项目统筹 / 邓泳红

责任印制 / 董然

总经销 / 社会科学文献出版社发行部 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京季峰印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/20 印 张 / 15

版 次 / 2011年6月第1版 字 数 / 242千字

印 次 / 2011年6月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-2379-1

定 价 / 45.00元

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版权所有 翻印必究

前言（代自序）

究竟能否通过自己的努力建设一个理想的国家和美好的社会？这是人类始终思考和探究的问题。在立宪主义的时代，卢梭和以亚历山大·汉密尔顿为代表的联邦党人分别对这个问题进行了理论思考和政治设计。他们的问题几乎是相同的。卢梭在《社会契约论》的开篇写道：我要探讨在社会秩序之中，从人类实际情况与法律的可能情况着眼，能不能有某种合法的而又确切的政权原则。在这一研究中，我将努力把权利所许可的和利益所要求的结合在一起，以便使正义与功利二者不致有所分歧。同样，汉密尔顿在《联邦党人文集》的第一篇也提出这样的问题：时常有人指出，似乎有下面的重要问题留待我国人民用他们的行为和范例来求得解决：人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府，还是他们永远注定要靠机遇和强力来决定他们的政治组织。如果这句话不无道理，那么我们也许可以理所当然地把我们所面临的紧要关头当做是应该作出这项决定的时刻；由此看来，假使我们选错自己将要扮演的角色，那就应当认为是全人类的不幸。我们似乎从他们的字里行间可以看出，他们所期望建立的理想国并非一个毫无可能的想象的乌托邦，而是一个政治的理想国，即人类可以通过自己的政治和法律的制度努力，设计和建设出一个“现实的乌托邦”——这个“现实的乌托邦”是人类通过立宪的政治设计可以在他们的现实世界里构设的一个现实的理想国，这个理想国也是宪政理想国——一个通过宪政的努力而产生正当性的国家和良好的社会。

作为万物的灵长，人类却始终存在于局限之中。渴望事物的完美性并力图通过努力来实现这个完美性，可能是人类最深刻、

最持久的激情。在地上建立一个完美无瑕的人间社会，是人类自有文明以来就怀抱的美好企望。然而，人类的状况经常是对美好的事物具有无限的想象力但只有有限的能力来使之成为现实，政治总是在空想与激进之间摇摆，人类最深刻、最持久的激情由于人类有限的能力而只能成为一种向往。人类始终是一个有局限性的存在，这个局限性更多表现于人类的激情与人类有限能力之间的紧张关系中，因为有这个最美好、最深刻的激情，人类总是力图建立一个更好、更优的国家和社会，并且这种追求是没有止境的；同时，人类理性的限制使得人类追求的美好国家与社会总是有其限度，政治的理想国总是一个可能的理想国而不是一个完美的理想国。

一个可能的理想国意味着互为联系、互为补充的两方面。

一方面，对于一个理想的国家和美好的社会，人们并非毫无所能。尽管人类不可能在地上造就一个天国，但人类也并非只能听任强力与机遇的摆布而对一个可能的自由正义的现实乌托邦无动于衷。人间可能没有天国，但人间可以有一个良好的政府、一个优良的制度和能够把权利所许可的和利益所要求的结合在一起的正义的法律生活，这些不是什么不可能实现的乌托邦，而是可以实现的理想。这个理想即宪政的理想，也是人类政治文明的核心追求。

另一方面，人们追求理想国家和美好社会的能力受到限制。人类的知性和德性的有限性使得这种追求处境艰难，并且要时刻受到人类激情对人类有限性的挑战和跨越。理想的国家和美好的社会尽管令人向往，但要使之成为现实还需要制度的努力。关键的不是你向往的理想国家和美好社会是多么正当与迷人，而是你为此构造的政治制度安排是否照顾了人类的实际情况与法律的可能情况。在此，制度的努力比激情的想象重要得多，人类可能在地上实现的只是宪政的理想国：只有通过宪政的制度构造，一个理想的国家和美好的社会才有可能。

本书从政治文明的角度来考察西方宪政。本书并不预设人类对理想国家和美好社会的追求为不可能，而是把分析的前提建基于这样的设定上：如果人类可以追求一个更好的国家和社会，那么他们的政治制度安排应该是怎样的？我们认同于人们对更好国家与社会的追求，但我们更关心的是后者，即我们该如何使它成为可能？

与一般人们对宪政的认识不同，本书把宪政看做人们政治设计的艺术和制度安排的智慧，它服务于人类追求政治理想国的目标。作为一种政治设计的艺术和制度安排的智慧，宪政可被看做一种社会科学的技艺和努力，人类之间的政治关系是有其内在原理和规律的，宪政是探究这种原理和规律的科学，因此宪政具有超越时空的性质与机能，具有普适的政治文明价值。

与人们对宪政的认识不同的是（人们在考察西方宪政的时候，一般对宪政的理解是把宪政理解为“抵抗性”的而不是“建设性”的），本书力图从建设性角度理解宪政，关注的是宪政对政治权力的建设性、对政治知识的生产性和对优良制度的识别与建构性，特别是宪政对一个政治共同体的正当性生产的关键作用。与抵抗性宪政不同，建设性宪政不仅限制权力而且建设权力，这需要人们对政治中的人与人之间的关系进行“科学”考察，并总结出政治科学的探究原理和规律，去构设人们之间合理的政治制度。宪政是建设性的而不仅仅是对政治权力的抵抗。本书在第九章、第十章集中分析了这一方面的内容。

最后，本书是一部力图从宪政科学的角度来思考和分析宪政的尝试之作。一直以来，包括我认识的学者或不认识的学者，多是从理念上阐述宪政，有把宪政意识形态化的倾向。尽管宪政理念对于我们理解和接受宪政是必要的，但如果缺少对宪政科学的分析和支持，宪政容易沦为理念之争、观念之争甚至门派之争。我们需要关注的不仅是宪政为何的问题，更为重要的是宪政怎样的问题。宪政科学并不排斥宪政理念，而是为宪政理念提供建设

性的手段，作为科学的宪政不仅是理论的科学，同时也是经验的科学，其能接纳人们的理论思维和经验思考的空间是开放的并且是巨大的。宪政科学的领域是一个生机勃勃的政治文明领域，在这里，宪政和人类政治文明一样，是一个人类理性尽其可能探索的领域。本书就致力于这方面的知识探索，尽管它是粗浅的。

刘海涛

2006年5月10日于南昌大学青山湖校区逸书斋

2010年5月22日修改于南昌大学青山湖校区逸书斋



CONTENTS

第一部分 政治文明与宪政

第一章 政治文明的政治应该是什么？	3
一 政治的概念	4
二 政治不是“统治”	11
三 政治既非“阶级斗争”，也和战争严格区分	17
四 所谓“利益的政治”	21
五 政治无关超越的价值	23
第二章 宪政：对抗式权力结构	28
一 对抗式权力结构的内涵	29
二 权力的本性：乐观论与悲观论	31
三 忠诚的反对者	33
四 常态政治下的对抗式秩序	35
五 对抗式权力体制的边际意义	38
第三章 古典宪政	42
一 古典宪政的表现	43
二 古典宪政的共和诉求	46
三 古典共和宪政与现代自由宪政的比较	50

第四章 普通法宪政	60
一 普通法宪政的内涵	61
二 英宪的精义	64
三 柯克、布莱克斯通及哈耶克	67
四 内部规则与外部规则	72
五 “发现”正义	75
六 法官“造法”与司法中心	79
七 普通法宪政的精髓	83
第五章 “宪法”宪政	86
一 从宪法开始的宪政	87
二 宪政性的宪法与主权性的宪法	90
三 从宪法到宪政的政治意蕴	94
四 宪法至上	96
五 分权的要义	100
六 违宪审查	107
第二部分 宪政的三个制度维度	
第六章 有限政府制度的宪政分析	115
一 立宪政府与有限政府	116
二 德性与理性的局限	119
三 有限政府的限度	122
四 基本自由、自由市场制度与有限政府的制度安排	128
第七章 宪政联邦制度的意蕴	133
一 宪政联邦制的内涵	134
二 圣约、契约、宪约	139
三 “中央政府陷阱”问题	144

四 政治去中心化	151
五 麦迪逊原理	156
第八章 权利救济的制度探究	163
一 “没有救济就没有权利”	164
二 救济为什么重要?	167
三 立法救济与司法救济: 两种类型的救济	170
四 人身自由权的救济性与宪法的救济性	177
第三部分 宪政科学原理与国家正当性建设	
第九章 宪政科学原理	185
一 权力趋于腐化原理	186
二 “没有人适合充当自己事务的法官”	190
三 政治不平等与政治约束原理	196
四 立宪选择原理	204
五 对抗的知识原理	211
六 政治中的反直觉规律	218
七 政治规范中的语言局限	225
第十章 国家总是需要探究: 宪政与国家	234
一 价值性国家	235
二 宪政作为国家的根本	246
三 建设性宪政与“宪政可以强国”	256
四 宪政的国家身份认同	265
主要参考书目	273
后 记	283



第一部分
政治文明与宪政

第一章

政治文明的政治应该是什么？

政治是一个实然和应然交织的领域。实然的政治就是现实政治的制度实践，我们之所以能够指出它的瑕疵与不足，是因为我们还存在一个政治的应然价值判断，即不仅存在一个实然的政治，而且同时也有一个应然的政治领域。没有应然的政治，我们很难对实践中的政治进行判断和改善。政治文明的意思就是，政治是一个需要追求价值（文明）的领域，价值（文明）是对政治目标的明确也是对实践中的政治行为的约束。政治既是一个行动的领域，也是一个价值（文明）的领域，两者的结合是为人类的政治文明。

人类在本性上，也正是一个政治动物。

——亚里士多德

政者，正也。

——《论语》

一 政治的概念

政治是什么？我们溯及源头，可以从中西方对政治的表述中窥见一二。

政治的表述在西方主要源于古希腊。政治一词，英文为 politics。原文来自古希腊文的 polis，为城邦之意。politics 按字源说，是 polis 与 tic (science) 合组而成，意为关于城邦的科学。science 一词，按其原意是知识或学问，是人类理性可以作用的经验领域。亚里士多德在他的《政治学》中这样说：“人类在本性上，也正是一个政治动物。”^①“每一个隔离的人都不足以自给其生活，必须共同集合于城邦这个整体。凡隔离而自外于城邦的人——或是为世俗所鄙弃而无法获得人类社会组合的便利或因高傲自满而鄙弃世俗的人——他如果不是一只野兽，那就是一位神。”^②在亚氏看来，人类有来自自然的政治本性。这主要是指他对城邦公共生活的近乎本能的趋近和对公共事务执著的参与。由此而展露其政治的本性。在古雅典人看来，政治是只有人类才具有的追求和谐与正义的文明方式，这种追求和谐与正义的政治必须有赖于人们的参与。亚里士多德写道：“正义恰正是树立社会秩序的基础。”^③这个正义是政治（城邦）正义，是人们在公共的政治参与中获得的。政治（城邦）正义并非不使用强力，面对悖德的人，使用强力是必须

① 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆，1965，第7页。

② 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆，1965，第9页。

③ 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆，1965，第9页。

的。重要的是，如果政治是属于人的，那么政治强力的使用就应该通过人们的参与来决定。政治生活就是通过对城邦（公共）事务的积极参与来决定政治强力的使用，这样才能体现政治的正义性，这样的正义才是确立社会秩序的基础。^①

在中国，人们常引用《尚书·毕命》中的“道洽政治，泽润生民”来说明政治在中国的最早使用。但据徐大同先生对这八个字的解释，这里“政治”的意思是：中国古代“政”与“治”是意义不同的两个字。有所谓“政者事也，治者理也”的说法。“政”是事务，是静态的，而“治”则是动态的。所谓“以政治之”就是用政治、行政手段来治理。中国古代讲的治道、治理、为政、行政都是这个意思。所以，政治在中国更多意味着治理之道，即它更强调具体治理的技巧，而不强调对治理原则的探究。因而，中国并没有严格的西方意义上的“政治”的含义，而是更强调其“统治”的本意。因此，长期以来，中国传统政治观念主要是用“统治”的意义来理解和看待“政治”行为。

那么，我们应该怎样理解政治呢？可以这样来定义政治：政治是一种文明的人类行为，这种行为体现于人类授权与限权的公共性的理性行动，它是通过对强制力的合法垄断使用来建立人类的秩序、保护人类自由的一种和平的行为状态和社会现象。政治的基本内涵是：合法性（正当性）、理性的人类行为选择、和平的人类行为状态以及政治的表现是人类理性与人类意志之间矛盾和冲突的产物。

^① 自古希腊的柏拉图和亚里士多德以降，西方文明中的政治始终和正当性有紧密的联系。不管是古典城邦的共和政治，还是中世纪的神权政治以及近代的自由民主政治，都始终离不开对政治的正义的追求与探究。政治不是一个简单的垄断暴力和强制的领域，而是一个追求正义、实践正义的领域，暴力和强制只是政治的手段。可参阅柏拉图《政治家》、亚里士多德《政治学》、奥古斯丁《上帝之城》、阿奎那《神学大全》、霍布斯《利维坦》、卢梭《社会契约论》、康德《论永久和平》和罗尔斯《万民法》等著作。

1. 政治的核心问题是强制力（权力）的合法性问题^①

合法性源自英文“Legitimacy”，在中国当代的现实语境中，将其理解为“正当性”和“认受性”比较恰当。就是对政治权力行为进行道德追问（正当性）以及利用人们对政治权力的认可和接受的情况（认受性）来判断是采用政治方式还是纯粹暴力强制的方式。所以，判断政治行为的标准就是这种行为“合法”与否。因为我们知道，政治权力往往意味着对人类暴力和强制力的垄断，即人类个体的暴力与一个群体的暴力都必须让位于政治的“暴力和强制力”，政治是一个最大的暴力，也是一个最强的暴力。人们使用政治的“暴力”是为了保护人类个体的安全与福利（财产、自由、幸福）不至于受到来自其他个体和群体的侵扰，人们需要政治是因为人们要避免由于人类个体与群体的暴力和强制力的使用所带来的丛林状态的出现，需要有一个垄断的暴力和强制力来维护社会秩序，这个垄断的暴力与强制力就是“政治权力”——政治是人类的一个文明的选择，它把人类分散的暴力与强制力集中于自己一身，以自己垄断性的权力来制服人类的一般暴力，使得人类的冲突、压迫与弱肉强食的丛林现象得以避免。然而，政治也使用暴力，而且是更大更强的暴力，何以它不会带来人类的冲突、压迫和弱肉强食呢？这就是政治最核心的问题。它说明没有合法性的“政治”不是政治，而是野蛮的强力统治。它不仅不能给人类带来秩序与福利，反而会给人类带来更大的冲突与伤害。因此，合法性是对政治的性质的规定，拥有合法性，一个垄断性的强制力才能成为政治权力；同时，拥有合法性的政治使得政治的强力受到约束和限制，从而能为人类带来文明的福祉。

① 合法性在这里是一个整合性概念。它既有人们一般理解的“依法”、“合法”的意思，也有正当性的内涵，即关注行为的正义和伦理性质，同时还有“认受性”的意思，即它考察的是人们对政治行为的接受程度、政治行为权威程度。合法性在本书中一般情况下同时具有这三个内涵。

2. 政治是理性的人类行为——人类通过政治获得自由

把政治建立在合法性之上，是人类理性的体现。可以这样来理解人类通过政治体现的理性：政治不仅强调了强制力的重要性，这不同于无政府主义（即无强制主义）的极端乐观认识（以为没有了强制，人类自然可以进入美好的境地），更强调了强制力的重要性。政治行为所体现的理性，其核心是对决定权的商讨、妥协与和平博弈，“政治领域”是人们对强制力的决定、授予的可自由选择和深思熟虑的领域，是一个“决定”强制力而不是单纯使用强制力的领域。^① 这个“决定强制力的领域”不是以强制力来决定强制力的使用（这就是“统治”的表现），而是尽最大可能发挥人类自身的理性来“授予和限定”强制力的使用。通过政治获得自由，是人类理性通过“政治”追求与展示文明的集中表现。因此，与“行政领域”相对照，政治领域就是一个对强制力的授权领域，它是一个决定规则而不是执行规则的领域。行政领域更多的是执行规则，因而，行政行动就应该是强制力的“直接使用”：行政行动中的所谓权力集中与“专断”都是由行政的性质决定的。人们只能在政治领域进行商讨、妥协与和平博弈，却不能在行政行为中进行所谓的“理性选择”；行政是人类的一个行动领域，效率与专一是它的目标，但前提是它的“行动”是由人们自由的、理性的政治行为所决定和控制的。没有“政治”的行政是没有合法性的强制行动，它体现的是人们的蛮力而不是文明的力量。这种蛮力的使用越有效率就越有害于人类。

在政治中展现的“理性”介于“野性”（纯粹以强制力来解决问题）与“神性”（毫无强制力的使用）之间，正像亚里士多德所言，政治介于野兽与神之间。野性阶段是人类的原始时期，

^① 决定权的产生过程就是典型的政治过程。在这里，政治并非直接使用决定权，而是对决定权的规范、商讨和博弈，以产生权力执行过程中的合法性和理性，政治因此成为一个典型的公共领域。