

|部|门|宪|法|学|系|列|丛|书|

郑琼琨◎著

近代中国的宪政之痒

THE ITCH OF CONSTITUTIONALISM IN MODERN OF CHINA

宪法从大洋彼岸跋涉到中国，让人倍觉酸涩苦辣，却未流露出芳香甘甜，所谓南橘北枳，立宪的中国之果已因水土、气候之故与西方迥异。应该说，晚清至民国时期的立宪史研究，已经取得了硕果，或厚或薄的十几本专门著述，清楚客观地记录了这一历史过程。然而修宪法虽易，行宪政实难。百年怀胎，百年之痒，为何尚未诞生出那个本应叫“中国宪政”的婴儿？揭开这个谜底，实有刻不容缓之必要。



中国政法大学出版社

|部|门|宪|法|学|系|列|丛|书|

近代中国的宪政之痒

THE ITCH OF CONSTITUTIONALISM IN MODERN OF CHINA

郑琼现◎著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

近代中国的宪政之痒 / 郑琼现著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 7

ISBN 978-7-5620-4405-5

I. 近… II. 郑… III. 宪法-法制史-研究-中国-近代 IV. D921.02

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第142572号

书 名 近代中国的宪政之痒 JINDAI ZHONGGUO DE XIANZHENGZHIYANG

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088

邮箱 zhengfadch@126.com

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 720mm×960mm 16开本 20.5印张 365千字

版 本 2012年7月第1版 2012年7月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4405-5/D·4365

定 价 49.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

“部门宪法学系列丛书”学术委员会

学术委员会总顾问：李 龙

学术委员会主任：韩大元 朱福惠

学术委员会委员：（排名以姓氏笔画为参照）

王 磊 邓世豹 刘茂林 刘剑文

张千帆 吴家清 肖北庚 杜承铭

周叶中 林来梵 胡锦涛 莫纪宏

秦前红 焦宏昌 葛克昌 廖益新

漆多俊

总主编：周刚志 刘连泰

总序

如果说法学是整个人文社会科学中的“工程学科”，那么宪法学则在这一学科中担负着“顶层设计”的重要使命。遗憾的是，受历史传统、思想观念等因素的影响，相对于民法学、刑法学等法学学科的蓬勃发展态势而言，中国宪法学虽然源远流长、意义深远，其发展在当下中国社会却反而显得举步维艰。近几年宪法学者在研究方法、研究进路及学术观点上展开学术争鸣，又显示出学者们对于宪法学之应用、发展前景的诸多分歧。值此之际，滥觞于德国的“部门宪法学”，作为对应于传统“国家（整体）宪法学”的一种宪法研究路径，具有以宪法规范整合部门法规范冲突、统辖部门法规范秩序的“务实性”学术品格，引起了包括台湾学者在内的众多中国宪法学者之强烈共鸣，相关成果不断涌现。周刚志教授和刘连泰教授都曾经在我的指导下完成博士学位论文，他们的研究领域及研究思路，均有效借鉴了域外“部门宪法学”的研究成果，同时又具有中国大陆宪法学自身的特色。他们组织部分中青年法学者撰写“部门宪法学系列丛书”，也得到了中国宪法学研究会会长韩大元教授、中国财税法研究会会长刘剑文教授、中国台湾地区著名公法学者葛克昌教授等许多法学家的支持和指导。在我看来，在学术研究思路及组织撰写著作的思路，这套丛书主要具有如下特点：

第一，强调宪法问题对于宪法学研究的学术导引功能。尽管学术研究具有一定的现实超越性品格，但是法律制度毕竟事关民生幸福，容不得法学者自顾在“象牙塔”内自说自话。故而，研究实际的宪法问题，尤其是实际的宪法事案中宪法规范的解释、适用甚至修改或制定等问题，乃是宪法学者义不容辞的学术职责。当然，如俗语所云：“内行看门道，外行看热闹。”宪法学者对于宪法事案之分析，须以严谨的学术体系为依托，以严格的学术规范为基础，而有别于普通民众或学者动辄轻言“违宪”、“修宪”甚至根本无视宪法规范之规制效力的观念。本套丛书名曰“部门宪法学系列丛书”，意在通过对于部门宪法领域实际问题的发掘和整理，导出中国宪法学研究的主题，并以中国宪法规范为依据而展开其理论研究与原理阐释的体系。此种富有浓厚之本土关怀与时代特色的“宪法问题意识”，乃得成为本套丛书的首要特征。

第二，注重宪法规范对于部门法规范的实际整合效力。部门法释义学的发达乃是当代中国大陆地区法学之重要特色，其中以三大诉讼法为依托的部门法释义学（如民法学、刑法学和行政法学）之兴旺发达尤为典范。然则，实际案件之发生，并不以人为的部门法区隔为藩篱；故而，当一个现实案件涉及多个部门法的交叉规制甚至规范冲突时，传统的部门法释义学当如何回应？在民主宪政已蔚为时代潮流之当今世界，宪法规范早已不仅仅是形式意义上的所谓“根本法”，它更是对于部门法秩序极具实际整合效力的“高级法”。本套丛书之设计，着眼于中国大陆地区固有的部门法体系，力图将部门法内部及部门法之间规范冲突、协调的传统释义学技术提升至宪法高度予以探讨，使其在宪法规范的统辖下得以整合，由此回应现实疑难案件中的规范效力冲突问题。此种富有明确之中国法学主体意识的宪法研究进路，正是本套丛书有别于域外部门宪法学研究的特色之所在。

第三，借重宪法方法对于宪法学发展的理论支持价值。方法论是一门学科的生命力之所在，宪法方法对于方兴未艾的中国宪法学而言尤为重要。当前中国宪法学者在宪法学发展路径上的主要分歧，主要是由宪法方法论之差异所致。其中，以概念演绎、形式推理为内在进路的规范解释方法与以功能分析、辩证推理为外在形式的社会分析方法共同构成宪法方法论上相互对峙的两大派别。本套丛书所倡导的部门宪法学研究，固然须以传统宪法释义学作为主要的研究方法，但是它在部门法规范的萃取、整理、解释及体系化等方面却并不局限于既有概念之封闭体系内的单纯演绎，而是大胆地通过宪法文本上之基本国策条款等宪法规范将宪法释义学适当外接于经济学、政治学、伦理学等其他学科，使它们成为支持中国宪法释义学发展的理论支点。此种适度统合传统宪法释义学与其他人文社会科学，使中国宪法释义学深深扎根于中国社会科学群、牢固奠基于中国社会实证资料的宪法方法，乃是本套丛书的研究方法之有别于全盘移植、单纯引介域外宪法教义学的宪法方法论之重要特征。

本套丛书的作者多为近年毕业的法学博士。作为一位已逾古稀之年的法学教授，我乐于看到中青年学者的迅速成长，也殷切期待丛书能够在学界同仁的帮助下取得丰硕成果。在丛书即将出版之际，我也非常乐意向学界同仁推荐这些青年作者，希望他们的努力能够得到更多的关注、指导和支持。

武汉大学资深教授 李龙

2012年2月1日

前言

宪法从大洋彼岸跋涉到中国,让人倍觉酸涩苦辣,却未流溢出芳香甘甜,所谓南橘北枳,立宪的中国之果已因水土、气候之故与西方迥异。应该说,晚清至民国时期的立宪史研究,已经取得了硕果,^[1]或厚或薄的十几本专门著述,清楚客观地记录了这一历史过程,从他们展示的史料中,我们能时时读出梁治平先生般的沉重:“中国自有宪法已将近百年,然中国之宪政建设尚待完成。盖宪政之于宪法,犹如法治之于法制,其盛衰兴废,不独受制于法律之制度,更取决于政制之安排、社会之结构、公民之质素与民众之信仰。故修宪法虽易,行宪政实难。”^[2]其中好些作者,也曾明确指出晚清至民国时期“有宪法无宪政”的现象,^[3]但是,百年怀胎,百年之痒,为何尚未诞生出那个本应叫“中国宪政”的婴儿?揭开这个谜底,已是刻不容缓。^[4]

[1] 以这段时期的立宪情况为研究对象的著作有:张晋藩、曾宪义:《中国宪法史略》,北京出版社1979年版;荆知仁:《中国立宪史》,联经出版公司1984年版;陈茹玄:《中国宪法史》,文海出版社1985年版;蒋碧昆:《中国近代宪政史略》,法律出版社1988年版;张国福:《民国宪法史》,华文出版社1991年版;韦庆远、高放、刘文源:《清末宪政史》,中国人民大学出版社1993年版;侯宜杰:《二十世纪初中国政治改革风潮:清末立宪运动史》,人民出版社1993年版;王永祥:《中国现代宪政运动史》,人民出版社1996年版;殷啸虎:《近代中国宪政史》,上海人民出版社1997年版;姜平:《中国百年民主宪政运动史》,甘肃人民出版社1998年版;徐辉琪、傅建成:《宪政史话》,社会科学文献出版社2000年版;张学仁、陈宁生:《二十世纪之中国宪政》,武汉大学出版社2002年版;张晋藩:《中国宪法史》,吉林人民出版社2004年版。

[2] [美]卡尔·J.弗里德里希:《超验正义——实政的宗教之维》,周勇、王丽等译,北京三联书店1997年版,第1页。

[3] 如殷啸虎认为:“民主政治和宪法最终成为少数独裁者的集权政治的装饰和点缀。民主政治的理想化作了春梦,民主政治的希望变成了泡影。在近代中国移植西方的宪政模式的过程中,留给人们的,只有一部部纸上的宪法。”他将出现这种结局称为“困扰了许多中国人的斯芬克斯之谜”,至于谜底,却要“留待读完本书的有心人去解答。”参见殷啸虎:《近代中国宪政史》,上海人民出版社1997年版,第1页。中国人作史,“述而不作”、“叙而不评”的传统在殷啸虎先生身上可窥一斑:在其书出版当年,他宁愿以发表于《法学》1997年第8期的一篇《近代中国宪政运动的发生及其反思》来作为解答这一“斯芬克斯之谜”的最初尝试。

[4] 王人博先生的《宪政文化与近代中国》(法律出版社1997年版),实际上已为揭开这个谜底作了大量的努力。正因为如此,该著与已有的史著相比,表现出了其独特性。然而,正如俞荣根先生在该书序文中所言,其“主要着力点是在通过对思想家的释读,从价值层面上探究近代中国宪政文化的演进”。可以说,该书是从立宪观念的层面来探讨近代中国宪政之败因的力作。

原谅笔者已经使用了宪法、立宪、宪政这三个词汇。在学术传统中,“立宪”、“宪法”、“宪政”常常混同使用。这种混同,大大消解了近代中国的宪政缺失和立宪痒痒。“立宪”一词进入汉语语境,本是指清末制定宪法,实行君主立宪制。清朝灭亡后,立宪的词义发生了变化,指制定宪法,制定治理国家的根本法。尽管立宪一词的使用与特定的含义和历史条件有关,但关注的主要是制宪的酝酿、发生、发展、制宪成果及宪法运行这种现实的动态过程。“宪法”是“立宪”这一动态过程的结果,表现为规范性文献,因此是一种现实的静态。而“宪政”关注的是一种理想的过程和状态,^[1]这种理想的过程和状态,至少应包括如下要素:

1. 目的要素:有限政府和人权保障

西方宪政的原理立足于双重人性预设:对执政者,持性恶的假定,即休谟的所谓无赖假定,这样才能防止统治者作恶;对民众,持性善的假定,所以才要去尊重他们作为人所应有的尊严,去保障他们的自由、财产和权利。因此,西方近代宪法主要包括统治机构和权利法案这两个基本构成部分。前者围绕“有限政府”这一中心,来设定政治权力与权力运行的规范;后者围绕“保障人权”这一焦点,来规定人或公民的基本权利。这种内容安排已暗示了宪政以建立有限政府和保障人权为目的。

在宪政产生以前的几千年文明史中,无论是东方的中华文明、印度文明,还是西方的古希腊、古罗马文明,亦或是东西交汇的古埃及、古巴比伦文明,都未曾建立实质上的有限政府,“一切的攻击,全都是对着暴君,却没有一次是对着暴政的。”^[2]无论是改朝换代,还是改良和革命,都不曾触动政治权力专制的根本。直到英国各种宪法性文献颁布、美国宪法的出现,这种局面才蔚然改观:“(宪法)背后隐含的原初观念,乃是限制政府的观念,并且也是要求统治者遵守法律与规则的观念。”^[3]这种限制政治权力的新的政制形式,将“削弱专制”视为自己存在的主要理由。宪政以建立有限政府为目标,已成为宪法研究领域的一种常识:“在过去的200年中,有限政府一直是宪政

[1] 在我国,“宪政”的滥用和误用从这个词一出现就开始了。汉语“宪政”最早出现在清政府颁行的“预备立宪”上谕中:“今我国亦惟仿行宪政,大权统于朝廷,庶政公诸舆论,以立国家万年之基”。宪政的滥误之用即滥觞于此,这里的“宪政”用“制宪”或“立宪”代替,更加名副其实。

[2] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第20页。

[3] K. C. Wheare, *Modern Constitution*, revised edition, Oxford, 1960, p. 202.

主义者们最基本的要求，”〔1〕“在传统上，西方宪政思想的突出主题是要设计一些政治制度来限制政治权力的行使。”〔2〕于是，集分权、制衡、有限的国家权力范围为一体的“有限政府”成为宪政不可阙如的要素：“宪政具有一个根本的性质：宪政乃是对政府施加的一种法律限制；宪政乃是专横统治的反命题；宪政的对立面是专制政府，即恣意妄为的政府。”〔3〕如果一个政府的一举一动都合乎宪法，但该宪法却放任政府的权力，那么这个国家依然不是宪政的。〔4〕可以说，有限政府是区分宪政文明与非宪政文明的标志之一。

然而，建立有限政府既非宪政的唯一目的，也非宪政的终极目的。宪政最终极的关怀是人权，无论是分权、制衡，还是限定国家权力的活动空间，其主要的目的在于保障人的基本权利免遭国家权力的侵害。诚如日本宪法学家芦部信喜所言，对国家统治机构的组织和授权的组织规范虽然是宪法不可或缺的规范要素，但它的存在归根结底是为了服务于人权规范，将自由和权利加以实在法化的宪法规范是构成宪法核心的一种根本规范，而支撑这种根本规范的核心价值是人格不可侵犯原则，即个人尊严的原理。〔5〕另一日本宪法学家樋口阳一认为：宪法中的人权条款，可视为一种“实在性的人权规范”，而有关统治机构的条款，则相当于“实现人权目的的程序性规范”。〔6〕K. 罗文斯坦通过对世界各国宪政的比较研究，得出结论：对基本权利和自由的确认和保障，乃是宪政的本质核心；为此，必须对权力以合理的制约，而最有效的制约之一，无非就是承认个人拥有一定的自治领域，这一领域属于“私的领域”，国家权力无权不当地介入，因此可谓之为一种“不可侵犯的核心”。〔7〕国际宪法学界这种关于宪政目的的主流观点，亦逐渐成为我国宪法

〔1〕〔美〕卡罗尔·爱德华·索乌坦：“一般的宪政论”，载〔美〕斯蒂芬·L. 埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦：《新宪政论》，周叶谦译，北京三联书店1997年版，第92页。

〔2〕〔美〕斯蒂芬·L. 埃尔金：“新旧宪政论”，载〔美〕斯蒂芬·L. 埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦：《新宪政论》，周叶谦译，北京三联书店1997年版，第27页。

〔3〕C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, revised edition, Ithaca, N. Y., 1958, p. 21.

〔4〕哈耶克针对这种情况诘问道：“宪政意指有限政府。……一种使全智全能的政府成为可能的宪法究竟还有什么作用呢？难道宪法的作用仅仅在于使政府顺利且有效地运转，而不管它们的目的是什么吗？”〔英〕哈耶克：《法律、立法与自由》（第1卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，导论第2页。

〔5〕参见〔日〕芦部信喜：《宪法学》（一），日本有斐阁1992年版，第46~47页。

〔6〕参见〔日〕樋口阳一：“利益代表、地域代表、职能代表与国民”，载日本《法律家》1986年5月号。

〔7〕参见〔美〕K. 罗文斯坦：《（新订）现代宪法论》（日文版），日本有信堂1986年版，第389~391页。

学界的共识。李龙教授认为“权利制约权力”构成“宪法的核心”，“无论是宪法的产生、宪法的内容、还是宪法实践都始终贯穿着权利制约权力这一基本红线。”^{〔1〕}周叶中教授直言：“宪法就是一张写着人民权利的纸，立宪的目的就是为了保障人权”，“基本人权是终极目的，权力制约是基本手段”。^{〔2〕}许崇德教授主编的《宪法》写道：“宪法同时创设有关国家制度、国家机构等方面的实在规范，但其终极的价值取向也必然归结于维护，协调并实现宪法自身的核心价值”。^{〔3〕}董和平、韩大元教授等认为，“无论从历史的逻辑还是从政治的逻辑来看，确认和保障人权都是宪法的首要内容和核心所在，宪政制度的有关规定从根本上讲应该服务于人权保障”。^{〔4〕}

可见，在宪政的两个目的要素中，有的学者强调“有限政府”，有的学者强调“人权保障”，但这两个目的之间的联系如此紧密，以致于我们无法将其明确区分，而且谁都不能否认：失去其中的任何一个，宪政的大厦都将塌坍。其实，“凡权利无保障和分权未确立的社会就没有宪法”，二百多年前《人权宣言》第16条所作的宣示，已成为宪政目的的最好诠释。

2. 手段要素：契约性

宪政以建立有限政府和保障人权为目的，然而并不表明可以为了实现目的而不择手段。宪政有其本身的手段要素——契约性。

依梁漱溟先生对英国宪政史的考察，^{〔5〕}宪政，乃“势”与“理”的产物。所谓“势”者，即社会上已然衍生出各种不相上下的力量，其消长已足以构成“谁亦不敢欺负谁”的制衡格局，^{〔6〕}由于各呈其强各得其理，故出现不得不让步的态势，各方为自身利益计，有必要通过彼此协商达成“要约”，解决所共同感受到的问题，宪法于是成为“各种力量的妥协点”。^{〔7〕}所谓“理”者，不仅指各“势”已意识到“立宪”乃是确定“国权如何运作”的

〔1〕 李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版，第141页。

〔2〕 周叶中：《宪法》，高等教育出版社2000年版，第93、100页。

〔3〕 许崇德：《宪法》，中国人民大学出版社1999年版，第139~140、137页。

〔4〕 董和平、韩大元、李树忠：《宪法学》，法律出版社2000年版，第4~5页。

〔5〕 梁漱溟先生在著述中多次引用汉译戴雪的《英宪精义》、穆尔的《群己权界论》、孟德斯鸠的《法意》，并撰写《英国宪政之妙》，足见其对英国宪法多有体会。

〔6〕 梁漱溟：“宪政建筑在什么上面？”，载《梁漱溟全集》（第6卷），山东人民出版社1989~1993年版，第463页。

〔7〕 梁漱溟：“由当前宪法问题谈到今后党派合作”，载《梁漱溟全集》（第6卷），山东人民出版社2005年版，第730~735页。

无可替代的方法，同时亦指各方对此具法律信仰，事关信仰，则视宪法为“圣纸”得为至恰，于此达成了真正的共识，而形成一种“优越的理性势力”。^{〔1〕}在这种“理性势力”中，君与臣、资产者与劳工大众、治与被治，均需习惯于“双向选择”才行，若一方不谙此道，即无理可讲，也讲不通，“谁亦不敢欺负谁”的各方得理却不愿让步，甚至无理还要进尺，则必无建基于恃势讲理基础之上的宪政。^{〔2〕}

梁漱溟先生的宪政“优越的理性势力”说，实际上已感悟到了宪政手段的契约性。宪政的手段具有契约性，宪政之中充溢着契约精神。

订立契约的过程便是订约方相互妥协的过程，而就制宪过程来看，其中亦充满了妥协的精神。政治上的博弈不外三种。在不存在不相上下的力量之前，只能有负和博弈和零和博弈。在负和博弈中，表现为流血漂橹式的两败俱伤；在零和博弈中，一方吃掉另一方，一方所得正是另一方所失，社会一无所得并复归于万马齐喑之局。这两种博弈，伴随着秩序的崩溃、权力的恣意以及对权利的肆意蹂躏，因而决不是一种宪政的状态，这两种博弈亦决非宪政的手段。在诸势达致制衡、“谁亦不敢欺负谁”的局面出现之后，博弈只能采用正和博弈的形式，在这种形式下，或者双方的利益都有所增加，或者至少一方的利益增加而另一方的利益不受损害，于是君子动口不动手的讨价还价便达成了政治性契约——宪法。这些势均力敌的各方在制宪过程中，无力对他方进行强制性的压抑和禁止，因而鼓励他方甚至自身放弃对抗，实行让步和妥协，达成和解与合作。

契约订立之后，便成为当事人之间的法律，“契约神圣”成为履约的信条；而宪法制定之后，“宪法至上”成为“契约神圣”的同义词，使宪法从纸上走入现实。可以说，行宪过程中是否有“视宪法如圣纸”的契约精髓，是判断真假宪政的准则之一。

当然，既然有宪法，便必然有“违宪”情况发生，正如有契约便有违约一样。在违约发生之后，契约的手段是谈判、妥协、协商，协商不成也不能“强掣”，而应进入诉讼，走司法化的道路。违宪发生后，从宪政的角度看，

〔1〕 梁漱溟：“中国此刻尚不到有宪法成功的时候”，载《梁漱溟全集》（第5卷），山东人民出版社2005年版，第469页。

〔2〕 参见《梁漱溟全集》，山东人民出版社2005年版，第5卷，第469页；第6卷，第465～466页。

亦不能“强掣”，“革命”或“武装对抗”，这不是宪政的手段^[1]，宪政的手段亦是司法的——违宪审查。

可见，宪政的手段在于协商、妥协、守约、践约、司法化解决争端的契约精神，它将契约从私人领域转移到公共领域，将政治的残酷杀戮性变成契约性，造就政治的和平主义，从而与非宪政状态划清了界限。^[2]

3. 价值要素：民主和自由

宪政以建立有限政府和保障人权为目的，然而这并非其全部的价值，宪政的价值体系至少还应包括民主和自由。

有限政府解决的只是对权力的限制问题。权力是否专横，与谁掌握权力及掌握权力的人数多寡并无必然的联系，而主要与运用的是否为可控制的、受限制的权力有关，因此，有限政府使宪政与“暴君的”、“专制的”、“极权主义的”、“权威主义的”等政体区别开来；而民主涉及的是权力的归属，民主最基本的意义是用投票表示主权意志的人民统治，是多数人的统治。^[3]它关心的是谁掌握权力及掌握权力的人数的多寡，因此使宪政区别于一人统治的君主制、贤人统治的贵族制和少数人统治的寡头制政体。

从历史上看，有限政府与民主并非不可分离的伙伴，既有18世纪前英国

[1] 卡罗尔·爱德华·索乌坦认为，革命要求打破秩序、跨越界限和消除限制，而在宪政中，限制和自我约束是一种坚持的理想和期望。参见[美]斯蒂芬·L. 埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦：《新宪政论》，周叶谦译，北京三联书店1997年版，第91~92页。

[2] 政治的和平主义之所以在宪政中至关重要，可从历史上的农民革命和阶级斗争史中反面证之。“王侯将相，宁有种乎”之类的造反意识，对既定的权力关系强烈不满，以暴力反抗之，然而从内在的逻辑来看，它们反抗的并不是这种权力关系，而是自己在权力关系中所处的位置。因此这种暴力反抗的结果，并没有改变原有的权力关系框架，至多只改变了原有权力关系中的位置而已。这种改变与宪政风马牛不相及。

[3] 民主的涵义莫衷一是，如科恩所言，“民主已成为整个世界上头等重要的政治目标。它受到各方面的颂扬。那些在其它哲学观点上存在根本分歧的人都同样颂扬它。由于滥用词藻，认识混乱，以及某些甚至是故意欺骗，‘民主’一词已大大失去它原有的涵义。在政治领域中，民主几乎可应用于任何范围，因而它也几乎失去了任何意义。”[美]科恩：《论民主》，聂崇信、朱秀贤译，商务印书馆1988年版，第1页。马克·普拉特纳认为，从语源上看，民主一词最基本的意思是人民的统治，是多数人的统治。参见刘军宁编：《民主与民主化》，商务印书馆1999年版，第73页。[美]詹姆斯·W. 西瑟说：“民主政体意味着人民（大多数）的统治。”[美]詹姆斯·W. 西瑟：《自由民主与政治学》，竺乾威译，上海人民出版社1998年版，第11页。罗伯特·达尔将有效的参与、投票的平等、充分的知情、对议程的最终控制、成年人的公民资格五个方面确定为判断理想的民主的标准，除了强调民主的质量，并没有怀疑民主多数人统治的内涵。再联系我国学术界对民主的一般定义，笔者认为将民主简要地表述为多数人的统治是恰当的。

式的并非民主的有限政府，亦有伯里克利时代的雅典、日内瓦以及美国早期的新教殖民地并非有限政府的民主政体。^{〔1〕}有限政府是关于设防的学说与政治，它要防备专制，不论这种专制来自何方。故贡斯当将有限政府为目的的宪法看作是针对于民主的一种批判性法律，美国法学家墨非稍带夸张地预测：如果有纯粹的宪政主义者的话，那么他的头脑中一定有不少无政府主义的细胞，因为他怀疑一切权威，他既担心民主缺少对民选代议士的制度约束而导致威权统治，也害怕把一切权力交给人民，因为这将导致民主的暴政。可见，因为民主潜伏着的缺陷，存在着与宪政限权目的一定程度的离心倾向，因此它并非目的性要素。

然而，民主将政治权力从一个人或少数人恣意妄为的局面中解脱出来，使民众能够选择政府、实现对立法过程及对行政控制的参与，形成了一种满足多数人愿望的权力格局，因此，在宪政目的的节制之中，它依然应是宪政的基本价值。托克威尔在将民主制与贵族制等进行比较之后写道：“民主的法制一般趋向于照顾大多数人的利益，因为它来自公民之中的多数。公民之中的多数虽然可能犯错误，但它没有与自己对立的利益。贵族的法制与之相反，它趋向于使少数人垄断财富和权力，因为贵族生来总是少数。因此，一般可以认为民主立法的目的比贵族立法的目的更有利于人类。”^{〔2〕}“即使民主社会将不如贵族社会那样富丽堂皇，但苦难不会太多。在民主社会，享乐将不会过分，而福利将大为普及。”^{〔3〕}“民主政府尽管还有许多缺点，但它仍然是最能使社会繁荣的政府”。^{〔4〕}民主与有限政府的结合，解决了汉密尔顿所面临的两难：“把所有权力赋予多数人，他们就将压迫少数人；把所有权力赋予少数人，他们就将压迫多数人。”^{〔5〕}

同样，宪政的人权保障目的，并不表明自由的可有可无，民主也并不能代替自由的价值。

〔1〕 参见〔美〕詹姆斯·W·西瑟：《自由民主与政治学》，竺乾威译，上海人民出版社1998年版，第9页。

〔2〕 〔法〕托克威尔：《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印书馆1988年版，第264页。

〔3〕 〔法〕托克威尔：《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印书馆1988年版，第11页。

〔4〕 〔法〕托克威尔：《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印书馆1988年版，第265页。

〔5〕 转引自〔美〕罗伯特·达尔：《民主理论的前言》，顾昕、朱丹译，北京三联书店1999年版，第6页。

的确，自由与权利是相关的概念，很难将两者准确区分，^{〔1〕}它们在近代的内容重合与价值同质性，更增添了区分的难度，因而我们有意无意地将它们作为同义词使用。然而，从宪政的角度来看，宪政所要保障的权利，往往意味着“国家以积极的姿态，去做……的责任”；而且权利的概念被赋予太多的历史主义和集体主义色彩。在历史主义看来，权利是历史性的，不同的历史阶段有不同的权利，所以权利的内容可以在历史中不断地发生变化，昨天的非权利在今天可能成为权利，而今天的非权利可能在明天变成权利。推断下去，为了明天的权利，今天的权利可以牺牲，于是权利很容易变成一种工具与目的演变过程而丧失本身。在集体主义看来，国家、人民、民族或团体的权利是最高的和最后的目的，至于其中的个体权利，与之相比，都是次要的、手段性的和工具性的。可以说，在宪政中若只有人权目的，而没有自由在旁支撑，那么在“国家以积极的姿态去做……的责任”的逻辑之下，人权不能自存，宪政也无从延续。

对自由进行定义，是费力不讨好的事。“自由”这个词有超过二百种以上的内涵，它的意义很模糊，几乎能够容纳绝大部分的解释。^{〔2〕}孟德斯鸠说：“没有一个词比自由有更多的涵义，并在人们意识中留下更多不同的印象了。有些人认为，能够轻易地废黜他们曾赋予专制权力的人，就是自由；另一些人认为，选举他们应该服从的人的权利就是自由；另外一些人，把自由当作是携带武器和实施暴力的权利；还有些人把自由当作是受一个本民族的人统治的特权，或是按照自己的法律受统治的特权。”^{〔3〕}林肯亦承认，“关于自由一词，始终没有一个好的定义，而美国人民现在恰恰亟需一个定义。我们都宣称信奉自由，但用词虽同，所指迥异。……这里就有两种东西，不仅不同，而且互相冲突，但它们都叫自由。”^{〔4〕}有鉴于此，笔者亦不敢对自由妄下定义。但笔者坚持认为，自由不同于国家所要保障的人权。但从与这种要保障

〔1〕 圭多·德·拉吉罗曾试图消除这种混乱：“自由与权利是相关的概念，从某种意义上说，一个表现了生存内容的直接扩张，另一个表现了生存内容的形式——它的自我创造力作为自主的统一体，要求其自我创造力不受其它在各自范围内拥有同样独立要求的统一体的干扰。”〔意〕圭多·德·拉吉罗：《欧洲自由主义史》，杨军据科林伍德英译本译，吉林人民出版社2001年版，第22页。但这种哲学话语并不能为我们在宪法学语境中区分这两个概念提供多少助益。

〔2〕 参见〔英〕伯林：“两种自由概念”，载刘军宁等编：《市场逻辑与国家观念》，北京三联书店1995年版，第200页。

〔3〕 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第153页。

〔4〕 参见〔英〕哈耶克：《自由宪章》，杨玉生等译，中国社会科学出版社1999年版，第27页。

的人权相区别的角度，我们最好遵循从孟德斯鸠、贡斯当、密尔、伯林、直到哈耶克等人对自由的体察，即弱势的或消极的自由。孟德斯鸠认为，在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情；^{〔1〕} 贡斯当说：“我所谓的自由意味着个性相对于权威与大众的胜利：这里的权威指的是以专制主义方式统治的权威，而大众指的是要求少数服从多数权利的大众。”^{〔2〕} 而密尔要讨论的自由，是社会所能合法施用于个人的权力的性质和限度，个人的行为只要不涉及他人的利害，个人就有完全的行动自由，不必向社会负责，社会对这个人的行为不得干涉；只有当个人的行为危害到他人利益时，个人才应该接受法律的惩罚或公众意见下的道德压力。^{〔3〕} 伯林认为，“对一个人施以强制，就是剥夺他的自由。”他将自由的本质定位于“在什么样的限度以内，某一个主体（一个人或一群人），可以、或应当被容许，做他所能做的事，或成为他所能成为的角色，而不受到别人的干涉”。^{〔4〕} 哈耶克在《自由宪章》中开明宗义地指出：“本书研究人的一种状态，在这种状态下，社会中他人的强制被尽可能地减至最小限度。这种状态我们称之为‘自由’的状态。”^{〔5〕} 总之，同人权的强势或积极的态度不同，自由的本质不是建立在“去做……的权利或责任”的政治逻辑上，而是建立在“免于……的自由”的政治逻辑之上，这样，在“免于……的自由”之间，便可以填上一些不应该受到限制或剥夺的内容，如“免于被政治权力剥夺生命、财产、人身、信仰、言论的自由”。因此，自由关注的不是政府权力应主动地保障什么，而是政府权力应消极地不做什么。可见，宪政中自由的价值重点，并不在自由本身，而是针对限制自由的社会政治、法律等势力。因此，“自由，不管我们称其为个人自由，还是公民自由，都是国家的对立面。国家无权控制人的宗教信仰，无权指导人的思想，无权干预公民的私人经济生活；在个人的良心以及与良心密切相关的一切方面，国家遇到了难以逾越的障碍。自由，因而也就意味着相对于国家的自由，也就是个

〔1〕 [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第154页。

〔2〕 See Jack Hayward, *After the French Revolution: Six Critics of Democracy and Nationalism*, New York, Harvester Wheatsheaf, 1991, p. 101.

〔3〕 参见 [英] 约翰·密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆1959年版，第1页、第9~10页。

〔4〕 [英] 伯林：“两种自由概念”，载刘军宁等编：《市场逻辑与国家观念》，北京三联书店1995年版，第200页。

〔5〕 [英] 哈耶克：《自由宪章》，杨玉生等译，中国社会科学出版社1999年版，第27页。

人反对国家的权利。”^{〔1〕}如果说自由亦是权利的话，那便是这种“个人反对国家的权利”，它尤其关注的不是权利体系中应包含哪些权利、哪些更为根本、哪些是终极性的，而是最低限度的个人权利，是将政府权力排除在一旁的有关个人的最起码的权利。这样，宪政中的自由大大冲淡了人权保障中的历史主义和国家主义色彩，使形形色色的以未来利益、长远利益、国家权利、民族权利、集团权利为借口践踏自由并进而践踏人权本身的权力伎俩丧失了合法性。正是在这样的意义高度上，萨托利宣称：宪政的关键是自由；^{〔2〕}更有人将自由看作是整个西方的政治制度的基础。^{〔3〕}

此外，自由之所以应成为宪政的价值要素之一，是因为自由在促进民主的同时，对民主的弊端和危险起着矫正和抑制作用。^{〔4〕}本来，从历史和初期的理论形态看，民主与自由是相互促进的关系，在18、19世纪，倡导个人自由的思想家通常也是赞同民主制的。从二者的良性关系看，民主最可能成为保护个人自由不受侵犯的政体，个人自由又是民主制度得以有效运行的条件之一。然而，自由与民主终究来自于两种不同的传统，就其性质和所涉及的问题而言是完全不同的。民主关心的是权力的归属，自由关心的是权力的界限；民主强调多数人的统治，自由强调纵是多数人的统治，亦要小心翼翼地警惕之、防范之、限制其权力。在自由主义眼中，民主政体暗示着政治生活中对集体或社会因素的强调，并以牺牲个人因素为代价，颠倒了自由主义倡导的个人与社会间的最初关系：不是个人力量的自发合作形成全体的特点与价值，而是全体的特征决定和形成它的组成部分；^{〔5〕}在自由主义眼中，以卢梭的“人民主权”观念为基础的民主思想，内含着这样的推理：既然权力已

〔1〕〔意〕圭多·德·拉吉罗：《欧洲自由主义史》，杨军译，吉林人民出版社2001年版，第48页。

〔2〕〔美〕萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社1993年版，第337页。

〔3〕参见李强：《自由主义》，中国社会科学出版社1998年版，第25页。李强称“整个西方的政治制度都建立在自由主义原则及价值观之上并受其制约”。

〔4〕我们过去常将西方的自由民主思想不加区分地当作一个整体来看待，甚至许多人认为自由与民主是一回事。其实，西方近代自由与民主是两种独立的理论传统，自由传统根于英国，而民主传统根于法国。圭多·德·拉吉罗说：“对革命时期的法国人而言，英国人引以为自豪的自由权（liberties），仅仅是少数人享有的特权。它们对整个共同体有害无益，暗示着对多数人的奴役作为副产品，因此与构成人类个性本质的真正自由正相龃龉。而对同一时期的英国人来说，《人权宣言》中的自由（liberty），是一种缺少实践支持和保证的抽象权利，趋于将个人削弱成整齐划一的原子大集合，成为专制政府易于到手的猎物。”参见〔意〕圭多·德·拉吉罗：《欧洲自由主义史》，杨军译，吉林人民出版社2001年版，第326页。

〔5〕〔意〕圭多·德·拉吉罗：《欧洲自由主义史》，杨军译，吉林人民出版社2001年版，第349页。

掌握在人民手中，那么便不再有限制权力的必要。因此它同时也就蕴藏着不能不提防的陷阱：“多数人的统治是无限的，并且是不可限制的。其初衷在于防止任何武断权力的民主理想，却因此成了一种新的武断权力的理由。”〔1〕在自由主义眼中，凯尔森式的现代民主理论，将法的起源归于一种立法活动，为民主权力无限论提供了一种新的法律工具，人们可以据此而认为立法者的权力是无限度的，而且不把个人自由作为一种不可放弃的价值，从而站在了向极权主义演变的危险关口。〔2〕纳粹党通过民主制的程序在德国合法地获取政权，摧毁自由制度的事实；“曾有过无数的人投票赞成暴君，从而使自己失去独立性”的事实；以及“人们可能投票同意或通过契约成为奴隶，受制于一个暴君，从而放弃原始意义上的自由。有人长期自愿为类似于法国外籍志愿兵团的军事组织卖命，有的耶稣会士完全为教团的缔造者的理想而生活，把自己看作‘既无智慧、又无意愿的行尸走肉’”〔3〕的事实……诸如此类，表明民主在宪政中尽管是必不可少的，但仅有民主是不够的，没有自由的民主甚至比独裁更令人恐怖。

如果说民主的对立物是独裁或寡头统治，那么自由的对立物是专制或极权。从价值的角度而言，“根据体现自由和民主的程度，我们可以将某一特定的宪法区分为有价值的宪法或无价值的宪法。”〔4〕然从二者内在的关系而言，自由与民主是宪政的两翼，缺了其中之一，宪政便是折翼之鸟，将因不治而死。

4. 保障要素：法治

美国的宪政，简单地说，是“用一纸文件的统治取代了国王的统治”〔5〕，形式各异的各国宪政，无非是国家权力能够服膺于写在纸上的规定。为什么强大的权力会对一叠轻飘飘的纸俯首称臣？换言之，宪政是靠什么来保证实施的？

在许许多多的有关国际社会现状的议论中有个用语频繁出现，人们认为

〔1〕〔英〕哈耶克：《自由宪章》，杨玉生等译，中国社会科学出版社1999年版，第152页。亦可参见前引拉吉罗书第351~352页。

〔2〕参见〔意〕萨尔沃·马斯泰罗内：《当代欧洲政治思想》，黄华光译，社会科学文献出版社2001年版，第四章。

〔3〕〔英〕哈耶克：《自由宪章》，杨玉生等译，中国社会科学出版社1999年版，第33页。

〔4〕周叶中：《宪法》，高等教育出版社2000年版，第153页。

〔5〕〔美〕爱德华·S·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，北京三联书店1996年版，第1页。