

贺卫方：宪政路上的绊脚石与推动力(中) PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9_EF_c122_485488.htm 更重要的一个方面就是把人的生活划分成世俗的和精神的两个方面。这种划分使得西方的世俗的权力得到界定，得以限定。比如在圣经里面就说了把上帝的归上帝，把恺撒的归恺撒，这就说明了区分世俗的世界和精神的世界的重要性。在西方的历史上，研究什么是世俗的，什么是精神的是一门非常大的学问。这种划分对西方的法律制度的影响非常深远，同时也限定了世俗的、国家的权力。顾准先生在文革中劳动的过程中继续研究希腊的城邦制度，他发现在西方两个权威的存在对后来的政治制度的演进非常重要。他说底层的人可以无所谓，但是上层的人却可以在两头之间加以选择和规避，得罪了世俗统治者就跑到教堂里来，国王的警察是不可以随便进入教堂去抓人的；得罪了教会可以跑到世俗那里去寻求某种庇护。因此这种两权分离的现象是西方宪政得以形成、自由得以保障的一个重要原因。这也是现代国家制度方面的一个非常重要的原则就是政教分离，世俗的政治是要和宗教相分离的。世俗的政治不可以倡导一种宗教、保护一种宗教而反对、迫害另外的宗教。同时政府也不可以越界去干预人们的精神生活，我们知道现在西方国家是不可以发表一个什么讲话去让国民学的。大家想想看就可以发现大学的自由、言论自由都跟这种政教分离有关系。因此，这是宪政存在的第一个要件：独立的教会的存在。反观我们的历史，儒教也充满了对世俗政治的批判，这种批判有时候也带有某种非常强烈的民主、民

本的色彩。但是由于没有一种制度化的、组织化的框架作为支撑，由于没有一种理论上的论证，所以使得这种学说就像一个体制内的学者在苦口婆心，不具有什么力量，因为他不是独立的、是没有组织化的。使得世俗的权力走向了规范化的第二个方面的因素就是阶级冲突。关于这个问题，我也写过一些文章试图加以论证。我的一个基本看法是宪政的发展、法制的形成和不同阶级之间的相互冲突分不开。不同阶级之间相互冲突，但是又不能吃掉对方，所以不得不妥协，不得不相互让步，从而形成了一些行为的规范，这是他们的法治得以形成的根源之一。我们过去总是过于简单地理解了西欧的阶级结构，认为在封建社会是农民和地主的斗争，在资本家社会是资本家和工人的斗争。实际上西欧阶级结构是一种非常复杂的模式，比如统治者阶级并不是一个所谓的单一的统治者阶级，我们知道贵族、商人、教士在一定程度上说都是一种独立的阶级，社会呈现出非常复杂的模式。我们看到英国的第一个宪法性文件《大宪章》的出现就是一种阶级斗争的产物，约翰王好大喜功，与法国交战，与教廷交恶，最后搞得民不聊生，国库亏空，于是不得不与贵族妥协。比如征税就得先和贵族们协商，新增加的税收必须要获得贵族们的同意，逐渐地就形成了一个规则就是贵族们要派代表到国王身边去审核税种、税率等等。现在，西方国家下议院的一个非常重要的职能就是对财政问题进行审查，这种审查的合法性根基就在于国家的钱来源于人民，人民是由不同的阶级组成的，不同的阶级都要派代表去对国王行使权力进行监督。在我看来，大宪章再清楚不过地昭示了宪法发展的一种阶级背景，所以列宁当年说宪法是阶级力量关系对比的一种表

达。这种说法是非常有道理的，没有阶级冲突，没有阶级妥协就没有办法去形成一个有生命意义的宪法。我自己也写过一篇文章《税收奠定宪政基础》，仔细想一想刘晓庆女士被抓了，心里面也很同情她。我们也看到到处的标语写着依法纳税是公民应尽的义务，但是没有人告诉我们钱是如何使用的。我们听说一个国家领导人到自己的祖籍所在地去视察，看到当地的路修得不好就说给你们8亿块钱去修路，我们听说某一个财政部长到自己的母校去对校长说我没有给你带来什么，只带来了几千万块钱。我们并不知道钱是怎么花的。刚才说到了政党的问题，由于我们国家没有一个政党法，党的大大小小的专职干部拿的工资都是从国库里来的，党的每一次代表大会的支出都是从国库里来的。但是，这不对呀，我们是交税不是交党费。前段时期我在飞机上看到一个报道说台湾国民党现在经费紧张，就只有裁员，原来的中央日报裁到现在的只有36个人。而我们的人民日报却有超过一万人办。所以下一步党库和国库的分离就是宪政改革的一个重要方面。我并不是研究中国历史的学者，但是当年梁漱溟先生非常明确地说马克思主义是在中国走不通的。他是不是在一定程度上就考虑到建立在阶级斗争基础上的、对西欧社会的观察形成的马克思主义提出了阶级斗争是社会发展的非常重要的动力？我们考察中国社会就发现中国似乎就不存在象欧洲那样的复杂的阶级结构，中国在一定程度上是一个反阶级的社会、是一个不喜欢阶级的社会。当跟日本的阶级结构比较的时候就可以发现它的阶级结构是相当封闭的，政治家、武士都是家族的、世袭的，一代一代地往下传。而我们中国的选官制度就对阶级结构的分离产生了很大的影响。早期

的时候，中国采取了推荐制，但是这种制度很快就腐化了。后来受到了儒家思想的影响，我们采取了科举考试这样一种制度。我觉得科举制度是一种空前平等的制度，只要你足够聪明、足够努力，做官的机会就可以平等分享，就可以成为统治阶层的一员。但是成为统治阶层的一员又不意味着你能千秋万代地保有下去，这就说明我们的统治者和被统治者经常处于一种流动状态，没有办法形成一种独立的统治阶级，没有办法形成一种独立的商人阶级，没有办法形成独立的农民阶级。所以在我看来，古典中国社会是一个反阶级的社会，没有了界线清晰的阶级斗争和阶级妥协，从而使得中国这样的社会不太可能发育出记录着阶级斗争果实的这样一种宪法。这也是一个差别使得宪政能在西方产生而不能在中国产生。第三个方面我认为是私有财产的保护程度和私有财产对于国家权力的限制。私有财产受到保护在古罗马就是一个很重要的规则，一个人对自己家的土地的权力达到了拥有领空权的程度。我们知道在古罗马有一个很强烈的倾向就是“帝王所谕者皆为法律”，古罗马并没有很发达的公法制度，也就是说它的宪法原则并不是很发达，没有对国家权力形成严格的制约，整个政治性的法律还是相当地粗陋，有利于专制的形成。但是，因为它有相当发达的私法体系，所以也在很大程度上遏止了专制。这个私法体系的发达的一个重要方面就是保障私人财产，当国王的马匹不能随意在我们的土地上践踏的时候，当每个人对自己的私有财产的保护到了一种神圣的程度的时候，宪政就在一定程度上建立起来。我不知道这个判断对不对，我觉得中国的传统社会对私有财产的保护，尤其是对土地所有权的保护向来处在一个不严格的状

态，打土豪、分田地总在历史上不停地上演，总是要剥夺大户，剥夺豪门，我们把贫富差距总当成是一件不好的事情。我们看到在很多国家都规定对动产实行均分，对不动产都是实行长子继承制。但是我们没有办法接受这样一种制度，这就使得土地财产不停地趋向零散化，同时国王也很喜欢看到这样的结果，因为没有大地产去限制国王的权力。当然，我对此没有研究，只是提出一个问题来请教在座的经济学家朋友们。第四个是专业化分工。古希腊的哲人就已经有了一个分类的观念，和分类学相应的是政治学的基础，和这个模式相适应也带来了国家权力的受到限制。在古希腊的时候人们还没有认识到专业化力量的重要性，比如在审判苏格拉底的时候，人们并没有把法律当成一种专业化的东西。但是到了古罗马的时候一种专业化的法律制度就开始兴起了。法官不在是外行人，而且出现了一批非常了不起的法学家。而且，后来的五大法学家作出的解释就直接有法律效力。到了近代，这种专业化分工的力量就更加明显了。在大学里学习法律的人回到自己的国家成为近代文官制度的前身，更加重要的是在司法的领域里的一个趋势就是只能由专业化的人士充任。我们还记得在17世纪的时候，英国的国王詹姆斯一世还和他的大法官有过一场非常激烈的争论。尽管大法官被免去了职务，但是他提出的学说在当时就具有非常明显的正当性。在很早的时候就有一种认识是国王必须要在上帝和法律之下来行使权力，但是到了爱德华、苛克时代，他却说“不，上帝赋予你无与伦比的天然的智慧，但是法律不是这种天然的聪敏就能把握的，法律是一种技术的理性，这种技术的理性不经过长期的学习是得不到的，就很难行使司法权，就使得人们

的权利很难得到保障，从而使之陷入一个非常不稳定的状态”。国王非常愤怒，免去了柯克的职务，但是青山遮不住，毕竟东流去。到了17、18世纪，西方就形成了由专业的受到过严格的法律培训的人来行使司法权。由受到专业训练的人来行使司法权有很多好处，因为它有一系列的概念、一系列的规范来保障司法权的行使必须是平衡的、稳定的和统一的。只有这样，人民的权利才能得到妥善的、周密的保障。法律的反复训练的过程就仿佛是使一个人的头脑不停地被格式化的过程，在学校里学习法律很多年，不停地翻阅案例，最后的结果是使得头脑被格式化。他们在开始的时候看法律就像我们原初的时候一样，觉得很漂亮。但是在学了法律之后再去看这个世界就像戴了一副有色眼镜，世界在他的眼里呈现出一种法律的结构。他操作的一套语言在外行人的眼里是不大听得懂的；他思考问题的方法跟外行人一点都不一样。有人认为法律的特点被强调得过分了，事实上法律并不具有人们想象的那样的确定性，一个法官上午和太太吵了架，一判刑的时候就重了五年。但是我想法律固然存在着不确定性，但是法律人所追求的还是法律的确定性，所以这就是学术界这几年不停地推进法律职业化的原因。这种职业化的推进对于政府权力的约束，对于民权的保障都是很重要的。随着人们不停地增强对法律的信赖，人们以前对政府的依靠就会不断地被弱化。这是一个非常艰难的过程，但也是一个具有重大意义的过程。在中国兴起了这样一种建立在分权基础之上的法院，然后通过他们更加公正地解决纠纷，从而使得人们对法律的信任增强，使权力中心转移，我想这是中国两千年来来的重大变化，是把中国带出一治一乱的重要转折。也许

是卖瓜的总说瓜甜，搞司法改革久了的人总说司法体制改革的重要性。我自己觉得这是一个非常重要的改革，它的专业化是值得我们大家去推进的。接下来，我简要地谈一下对宪政发展有重要影响的中国传统文化的问题，这些问题而且是在我们在宪政建设中会碰到而且很难办的问题。第一个文化特色就是人们对于书本上和实际上的分离习以为常，比如有些机构行使了法律没有授予的权力，但是人们对这些都习以为常。这样的一种全民性的对于规则的不看重，我觉得这是政治文化传统的一个非常可怕的东西。第二个特点就是帮派思想的盛行。政治过程中的帮派固然重要，但是它不应该发展到以一种不大合理的方式去组建帮派。比如同年啊，门生啊。如果这种思想盛行的话，特定地区来的人就能得到信赖，这就构成了一个小群体，这个小群体不是政党，而是政党里面的派系。有时候，这种派系观念大到一切是非都以是否是我的派系来划分，我觉得这是一个特别严重的中国政治的问题。第三个文化传统是过分的理想主义，以至于不懂得妥协。宪政固然是为了权利而斗争的过程，但同时也是一个妥协的过程。我们需要知道再完美的宪政也不是完美无缺的，没有那个群体或者那个人可以垄断所有的真理，我们很需要有知道自己很可能是错的的一种观念。但是在中国却存在一种两极化，要么把政治看得极其肮脏，要么把政治看得极其纯洁。这样一种两极化的观念是在不停的深化，而不是逐渐地淡化。由于格外地理想主义，不容在不同场合下的争论，这样一种两极化的思维是会影响到我们未来的宪政发展的一些文化上的因素。宪政是一个长期的过程，我们需要有一种长期的思想。或许正像人们说的结果不重要，过程很重要，在

宪政建立的这个过程中，我们需要不停地促进小的点点滴滴的发展，也需要不断地点数这些小的成绩，今天我们所做的正是在推进这个过程。好，谢谢大家。张曙光；刚才贺卫方教授做了一个很好的报告，他讲了宪政的五个方面的因素也讲了可能阻碍它的因素。下面就请两位评议人先做评议，然后大家再来讨论。许章润：贺卫方教授是我们所熟悉的学者，今天有机会在天则所聆听了贺卫方教授的演讲风采。应该说，内容是丰富而深刻的，表情是丰富而生动的，手势是具有感染力的。他不仅提供一种思路，而且也对我们的提问设置了障碍。为什么这样讲呢？我想从我刚才听他的演讲所生发的一些感想来说起。实际上贺卫方教授在开始的时候就交代了中国宪政问题发生的语境，如果我没有理解错的话，我想人们谈论宪政至晚是从甲午战败之后的。中国的知识分子，不管是自由的，还是保守的，不管是积极的，还是守成的都不可回避地再谈论这样一个宪政问题。它所引发的一个语境就是中国社会在过去的一个世纪里正在进行的以西方社会为榜样的转型，在这样一个转型中可能是它的起点，但必然是终点的就是至高、至上的宪政的达成。这样一种终点在我们追求的起步阶段就已然呈现在大洋的彼岸，然后我们作为一种榜样追求。实际上这是基于榜样的示范，而榜样的示范更像今天在海峡对岸的民主的演练造成的示范压力。我们中国从过往的以半部论语治天下的治理思路和方式转向为一部宪法治天下，我们现在又去追求这个东西。我个人以为这种基于榜样的压力和示范效应而促成的变革，以一部宪法治理天下的进路是后发文明在转型时期不得不然的一个取向。但是这有严重的偏颇，因为这实际上在心目中已然有了榜样的

存在，而这个榜样被看作至善、至美、至高、至上的，然后以这个榜样来作为行动的起点并去追求。我觉得这犯了以结果作为起点，然后以追求结果这样一个弊病，因此这样一种以一部宪法治天下的进路没有看到这种结果并不是中国社会转型的起点。我想中国这些年的历史已经给了答案。如果我们比较泛阿拉伯主义、泛阿拉伯运动的含义，我们可以称之为泛宪政主义。贺卫方教授就是这些众多泛宪政主义者的一员，这不是一个贬义，这是中国的知识分子不得不然的一个选择，明知不行也必须这样。贺卫方教授还讲了一个问题，我认为这对我有深刻的启发。我们今天谈论宪政问题，我们过去谈论宪政问题，实际上反映了知识分子以及大众对政治统治合法性的追问，而且这种追问是以对它的质问为内容的。我们可以发现在中世纪的欧洲以对神权政治合法性的追讨为开始而开辟了以后政治的新天地的历史，我们也可以看到在二战以后基于西方文明本身反人类本身出现的对此的追问，我相信我们今天谈论的宪政问题同样是基于1949年以来在中国大陆出现的种种反人类的、反文明的、对人的尊严不加重视的政治统治合法性的追问的一个结果。所以，我想宪政的发生语境就像贺卫方刚才讲的是对政治合法性的追问，而这种追问的核心就是问凭什么说你这种政治统治具有先验的合法性，如果你提出了三个代表来装饰你的合法性，但是反过来我也可以用三个代表来衡量你是否代表了三个代表。我想说今天的这种追问是把那种先验的合法性落实到技术的、操作层次上的来追问这种政治制度的合法性，从而使我们国家的政治、生活能够满足这种合法性的要求。在这一点上，贺卫方和我们大家是一样的。但是，在这里面我觉得你有一

个方法论进路上的偏颇。第一点，在事实与规则包括法律的基本关系问题上，我认为你有偏颇；第二个偏颇就是我们在论述的时候往往会以西方社会作为榜样，以自己的后发文明作为参照的时候，一切知识分子都不得不追问自己的文明。但是这是有前提的。下面我就具体说明。 文章出处：法律思想网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com