

贺卫方：宪政路上的绊脚石与推动力（上）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\\_485489.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9_EF_c122_485489.htm)

张曙光：今天是天则所的第237次双周学术讨论会，主讲人是北京大学法学院教授贺卫方先生。今天的题目是《宪政路上的绊脚石与推动力》。宪政问题是一个非常重大的问题，而贺卫方教授又是长期从事这方面的研究，所以今天来的人是非常多，下面请贺卫方教授先发言。贺卫方：我觉得非常荣幸也非常惶恐有这么一个机会来天则所做学术报告，我是搞西方法律制度史的，宪政制度、宪政的发展一直就是我非常关注的问题。比如我的硕士论文叫《中世纪的教会法》，那个时候我就注意到了宗教和法律之间有着非常紧密的关联，西方式的宪政有着非常重要的宗教背景。最近这几年研究司法制度，在这里面法院如何设置、法院和人大的关系如何、法院和检察院的关系如何、法律依照怎样的程序来解释等等所有这些问题都是宪法研究的课题。近一段时间以来，宪政问题成为社会关注的重点，大到居于庙堂之高的大夫，小到市场上的贩夫走卒都在谈宪法，都在谈宪政。这样一种现象的出现并非偶然，它的出现有着一种非常大的前提和背景，预示着转型期的社会有些问题已经无法回避了。我们知道在传统的社会主义模式下，宪政问题是没法提出来的，因为所有政治上的问题都寻找到了—种逻辑上的自洽，在这样一种体系是无法生发出宪政问题的，比如说对政府权力的制约、严格地保护人民的权利。楚汉平早在50年代时就说过在国民党下的自由是多少的问题，但在...下自由就是有无的问题。为什么在...下自由就

是有无的问题呢？这是因为我们找到了一种组织，这个组织可以带领我们走向康庄大道，走向共产主义。在这种情况下，权力的制约就没有办法提出来。异化论也仍然是一种资产阶级自由论的观点，它认为社会主义国家在一定的条件下会异化成我们的敌人的说法是一种有害的说法。但是这样一种经典的社会主义理论，传统的社会主义政治哲学正在走向崩溃。我们一贯想象的光荣、伟大的组织的的确确犯了极其严重的错误。再后来，我们痛定思痛认为一定要对权力进行制约，所以邓小平的观点：要对社会主义的政府进行限制的提出来是有背景的。经济的因素也是很重要的。在计划经济体制下，我们假定政府、党能获取所有的需求信息，再根据需求信息而不是利润的要求去制定生产计划，来满足人们的物质、文化、生活的需求。但是这种观点也随着市场经济的发展不攻自破了，因为之所以要建立市场经济就是因为政府没有办法通过计划来解决经济生活中的各种问题，无法建立一个良好的经济秩序和一个繁荣的经济状态。因此，经济的、政治哲学基础这些方面都不大牢靠了。有人就说了在社会主义国家里，人们谜幻般的、宗教般地充满了对未来天国的追求，在这种追求走向破产之时，政府统治的合法性越来越依赖于它对经济发展的推进。“天天是个好日子”、“永远跟你走”等等歌曲的传唱说明我们这个时代充满了一种功利性。我的合法性是因为我可以带你走向富裕，在经济方面取得相当大的成功。但是市场经济的成功说明经济的成功必须依赖于其他制度的跟进，或者说依赖政治的、法律的秩序能保障一种良好的经济的发展。有人曾经认真地分析了英国兴起的历史，并且同中国的现实进行了对比，认为当时对中国资

本主义萌芽的说法是很荒唐的，因为资本主义、市场经济并不只是一种经济形态，市场经济也包括了政治制度的保障功能。当我们观察英国资本主义兴起的过程的时候，在相当程度上可以说是因为它们的普通法、衡平法等法律制度的胜利。法律职业也在兴起，在以前的法律职业都是国王派一个官员以权力来裁判纠纷、处理案件。而现在变为一个人之所以有法官的角色，能够处理纠纷、裁判案件，他的合法性基础并不仅仅在于国王，更重要的是在行使权力的过程中可以利用一种专业化的知识来裁判案件。也就是说人们发现自己行为具有一定的可预期性，可以根据法院现在的裁判来预期未来行为的法律效果，这是一个非常了不起的演进。这个时候，我们就发现政府的权力，包括法院的权力越来越趋向规范化这个方向。也就是说权力的行使不再是随意的。我们不允许一种简单的像父亲、儿子那样的论证，比如说党啊，亲爱的妈妈，但是妈妈的权力并不受到规范的约束。实际上专业化的兴起就给英国这样一个社会的发展带来了一种非常重要的契机。在向市场经济转型的过程中，我们看到了市场经济的社会并不仅仅是经济的问题，而且是法律的问题、政治的问题、宪政的问题。一个国家的政府是否受到法律的严格的、规范的约束是要直接影响经济发展的。当一个国家的政府的权力不受约束的时候，哪怕它标榜自己代表人民的利益；当一个国家的私有财产得不到法律的严格的保障的时候；如果一个国家没有一种基本的政教分离的传统来保障人们的言论自由、思想自由、学术自由；如果一个国家没有一种良好的专业化的兴起，我们就发现这个国家无法实现经济的繁荣。所以在这个意义上，马克思对历史的概括可能不是放之

四海而皆准的，也就是说不光是经济基础决定上层建筑，而且有时候上层建筑也会反过来决定经济的发展。我记得有一个人出访英国的时候写了一本日记，就发现当时英国的经济之所以能够发展的原因不在于有坚船利炮这个事实本身。严复到英国留学的时候有一个爱好就是跑到英国的法庭里边去听审判，一连好几天都怅然若失，后来就去找郭松涛先生说他看到了英国这个国家“公理日升”，公理天天都在升涨，英国的富强的根源也正在于此，在于制约国家权力、保障司法的司法机器，使得正义不断地升涨，使得一个民族的活力不断地强化。因此，这段时间里全国都是对宪政问题如此关注是有根源的。比如要增加全国人大的19个专职委员，就在这个屋子里面，天则所和经济观察报搞了一个座谈，在两会期间报道了。大家之所以如此关注这个问题就是大家意识到如果没有一个良好的法律秩序，没有一个良好的宪政就不可能有一个量好的经济发展。在这个过程中，我们也多多少少地意识到宪政理念。这些理念，对于在座的从事法律研究的朋友，从事经济研究的朋友来说都是耳熟能详的。但是，我也不妨谈一谈我对宪政的粗浅的理解。实际上在我们刚才的谈话中间已经触接到了宪政的基本理念问题了。首先是法律的至高无上，或者是宪法的至高无上。在一个宪政的国家里，宪法必须居于一种至高无上的地位。在我们国家宪法的最后一段，写到了“所有的组织，所有的政党都必须将自己的行为纳入到法律和宪法的范围之内”，没有那一个组织可以超越法律。大家可以自然地想到对于制订国家规则的权力的约束问题。卢梭似的民主是假定所有的人共同意志是可以形成的，这些共同意志把不太合理的意志排除了之后就过度到

法律。法律代表了一种公意，这种公意在它的形成过程中是不受到制约的，也就是说人民选择什么，什么就是至高无上的。但是这也是有问题的，比如纳粹时期，人民选择了希特勒。因此，民主的悖论就在于假设绝大多数的人都喜欢专制的话就很可怕。所以在今天的民主观念下，我们必须限制国家的立法权，国家不可以随意形成规则，或者说大多数人的意志就可以形成一种规则。从二战以后，人们认识到一些规则是不可以通过民主的逻辑改变的，比如人的尊严，人生存在世界上的至高无上的尊严是不可以通过民主的程序损害的，因此，不侵害人的尊严就是一个至高无上的规范。现代社会对法律的违反是多种多样的，但最可怕的一种违反是来自政府。为了使政府能够严格地以法律和宪法的规则来做事情，就必须对政府的权力加以约束。这种约束来自两个方面，第一个约束是来自外部的方面。这也是社会契约论的观点，人们通过自己的选择来任命政府，人民通过自己的选择来罢免政府，当然人们也可以通过其他的途径来约束政府，比如大众传媒。人们说白宫是一座玻璃房子，并不是老百姓把它变成玻璃房子，而是媒体。比如现在正在进行的对伊战争，这是人类历史上第一次对战争进行现场报道的战争。这就对各国政府的行为产生制约。比如在越战的时候可以随便地把一个村庄给炸没了，平民给炸死了，因为媒体的力量还很弱。但现在美国打的这场战争就很辛苦，一方面要打赢，另一方面又不能伤及平民。否则民主的逻辑就会受到自然的颠覆，因为美国标榜是去解放别人，但却把人都打死了。因此媒体的力量给政府的行为带了一种非常大的约束。在这一点上托克维尔早就看到了言论自由对一个国家的极端重要性

，在他看来所有的权利中间最重要的一个就是新闻自由，言论自由，没有了言论自由，其他自由的根基都会被颠覆性地加以动摇。所以今天在外部有对政府的约束。但是光外部约束还不够，还需要建立一个内部的约束，还需要在政府的机构之间建立一套相互制约相互平衡的机制，这就是人们常常说的权力分立的原则，或者人们不是非常准确地说的三权分立的原则。权力分立学说在西方历史有着一个缓慢的论证过程，美国的宪法仿佛就是国会里的人把这种学说变成了一个国家制度，但是还不是这么简单。这也是在人类历史上，思想家或者学者能起到的一个非常大的作用。权力分立不外乎行政、司法、立法三种权力的分立，但孙中山在家里想着想着就觉得三权分立快要破产了，于是制定了五权宪法。唐德刚先生曾经批评这个学说，他的一篇文章的标题就是《三权已足，五权不够》，就是说要是说权力分立的话，三权就够了，如果说五权的话，那就远远不够。当然这里面是不是有一种政治动力学的问题，我也搞不清楚。现在有一本书说司法权在全球范围内呈现出一种扩张趋势，这好象是和美国在二战后国势日益强大、政治影响日益强大分不开。在其他国家，司法权就没有像美国那么大。法国的法官就是吃了自己前辈的亏了，在大革命时期，法国的那一帮子法官跟国王沆瀣一气，镇压新兴资产阶级，于是在历史上就永远被钉在耻辱柱上，所以后来人们就说“防火、防贼、防法官”。在英国议会的权力是很大的，除了不能把男人变成女人之外，什么事都可以做。在全世界范围内，司法权在扩张，司法的合法性在进一步地得到论证。在过去的一个世纪里，行政权是在扩大的，但是在最后的十年里，行政权正在受到越来越

多的限制，比如通过司法审查，通过审查行政权的合宪性来使得行政权日益规范。我们刚才讲了宪政的第一个特点是宪法和法律的至高无上，政府必须遵守严格的法律和规则，宪法和法律的规范必须要得到进一步地规范化。世界各国的法律都或多或少存在一定的模糊性，这个模糊性一部分是来自于语言本身的模糊性，我们无法用语言来表达完全明确的法律规范。有一个人写了一本书，在里面举了一个例子说有一个城市规定“在晚上12点以后，不得在城市里不正当走动”，但是什么是不正当呢？宪法也一样，它的规定也不一定就规范，比如宗教信仰自由。非常现实的一个问题就是宗教信仰自由包不包括信仰邪教的自由。因此宗教信仰自由的宗教必须加以解释，否则就很麻烦了。但是没有人去解释，因为没有诉讼，如果有一帮子邪教的人提起一场诉讼，打到最高法院，就自然会对宗教信仰自由进行解释。在我看来，信仰宗教的自由包括信仰邪教的自由，因为只是信仰而已，这是个人的事，就像言论自由一样，如果只允许人们说政府允许说的话就不是言论自由。如果某个法官说这不是宗教信仰自由，那么我就问他是不是只说政府同意说的话才叫言论自由，出版自由。我们发现在现实中人们的信仰自由得不到保障就在于没有人去做进一步的解释，这种不解释的状态构成了法律的最的模糊性，而且全国各地的法官在解释的时候也是有很多版本，这就给法律带来了伤害。这个国家就没有统一的法律，这个国家的人们就生活在不同的法律准则之下，裁决结果取决于他碰到的法官采取一种什么样的观念。另一个是法律的不公开，公开的法律规范和实际的法律规范之间有很强张力，表面上规定的东西有很多，但是实际操作的

规范也有很多。比如游行示威的权利，但是必须经过批准，而且批准的概率是很小的。因此，表面上的规则和实际的规定之间是有冲突的。下一步有一个很重要的问题就是私人可不可以办传媒，规则上是可以的，但是另外的一些文件却把这些规则剥夺殆尽。宪法和法律规定人身自由权不受非法的剥夺，但是有一个县的一些妇女却因为超生被政府双规起来，办学习班，让她们同意做绝育手术。后来她们问了律师，律师告诉她们说这是违反宪法的行为，后来这帮妇女写了诉状，县政府成了被告，这下县法院就很坐立不安了，因为它们不知道应该怎么办。后来就一级一级地向上请示，省委就发布文件规定全省所有法院涉及到计划生育的案件一律不准受理，因此公民的最基本的诉权被侵犯了，更不用说人身自由。还有一个就是司法机构和非司法机构界定不清楚，按规定除了司法机构没有任何人有权剥夺你的自由。公安部门、检察院通过合法的程序和严格的审查才可以说某人被捕了。但是，在实际中，有很多宪法和法律外的机构也可以说“你跟我走一趟”，比如双规、双指问题变得非常严重，以前只是针对党的官员，但是现在连民主当派、外商也被双规，这就使得法律的规定和现实之间的状态越来越紧张。当年，利马窦就发现法外用刑、法外施恩的问题是非常严重的，谁也不知道每年死于非命的人有多少。直到今天也没有解决的一个问题就是仍然有很多非法律机构在执行法律机构执行的任务，我在和中纪委的朋友聊天的时候就说为什么不把这个权力给检察院，他们说他们的方法更有效。当然有效了，因为他可以不受限制地管制某一个人几个月。宪政方面的第四个要求就是要保障宪法和法律的稳定性，在宪政国家的秩序都

可以得到保障，这就意味着人民的权利的保障是很稳定的，因为法制的的一个要求就是人们可以通过研究法律来预测自己行为的法律效果。这就意味着政府不可以任意变更、修改法律，法律有稳定性的要求，而且这都影响到法律职业者的一些观念和心态，比如搞法律的人有一种天然地保守性。人们说在三权分立的国家里，各种机构相互制约，这种制约并不仅仅是一种社会分工，比如某人去做行政，某人去做司法，某人去做立法。它不仅仅如此，这还深刻地影响到了做事方式、思维模式。比如说民主逻辑如果很深入地话，行政官员就会去追求一种短期行为，追求人们的正面评价。反过来，立法权也有这个问题。司法权也有这个问题，在一些国家，司法权都是终生性的，很多法官都是终生任职，这就意味着他不必要考虑到民意的影响。大家可以看到一个国家的行政领导人无论走到那里都喜欢抱小孩，尽管他不见得就很喜欢那个孩子，但也得做出很亲民的样子。但是法官无论走到那里都显得很庄严，他不必要去搞这一套，这也说明他更考虑一种长远的东西，这种长远的东西。这种长远考虑可以使得他更注重考虑一个国家、民主长远的东西。同时，他也朝后，这使得他每做任何一件事的时候都要考虑现行法律本身。但是现行的法律其实都是过去的法律，而不是此时此刻的法律，这种过去可能是过去的十年、二十年，甚至于更长的时间。因此法官就要向后看，他要研究立法者的意图是什么。这样一种向后看的特性使得司法职业者具有一种相当大的保守的色彩。这段时间“与时俱进”这个词很时髦，有次我写文章也用了一个与时俱进，报子的编辑就说这个词不能用，我说这不行啊，因为别人能用我怎么就不能用了呢？他们说

不能这样用，我写的是法院作为一种保守性的机构不应该与时俱进。因此后来改为法院不能处处求新求异，意思虽然没有变，但是文章的最妙的一句话却被删除了。法律的这种保守性格决定了司法权力本身不是一个经常变化的东西，法律的经常变化使得人民不知所措，因为如果一个国家的法律不停地改来改去的话，在这个国家里什么是合法的、什么是非法的。比如一个投资商觉得这里的环境不错要在这里投资，但是政策像月亮，初一、十五不一样，投资就会面临着高风险。我们也经常看到宪法本身经常在变来变去，这是值得忧虑的。党的代表大会一开，宪法就要改动一次，比如邓小平理论，我也承认邓小平理论是一个博大精深的，但是它不应该被放到宪法里面去，因为邓小平理论是一个政治概念。宪法的不停地改动是一件十分令人担忧的事情，当然也可以说是底子打得不好。大家知道宪法在八十年代前就做过好几次修改，而且82年宪法还基本处于文革刚刚结束的时候，宪政观念还没有被真正地接受。从某种程度上来说，82年宪法还不如54年宪法。比如，在54年宪法里规定法官只服从法律，而1982年宪法做了一个列举，规定人民法院行使审判权不受行政机关、人民团体和个人的干预。但是党受不受干预，党算不算社会团体，因此列举法是列举不完的。现在人们正在推进私有财产在法律上的神圣不可侵犯，但是如果法律只是一个开放的文本，这就是一个令人很担忧的事情，因为他不可能得到权威性。宪政的第五个方面，在我看来就是司法的独立性。司法必须独立，因为如果不独立的话，司法权就必定要受到其他因素的影响，法官就没有办法完全依照法律的逻辑来裁判案件，这样就无法对人民的权利提供有力的保障。

实际上，司法独立性问题还是一个任重而道远的问题，因为在我们国家里边一种泛行政化、泛政治化的思想非常严重，人们没有办法去理解司法为什么应当独立，没有办法去理解法官为什么应当享有一种真正独立的权力。没有了法官的真正的独立，导致了法官的个人尊严得不到保障。现在很多朋友很忧虑中国的司法腐败问题，但实际上中国的司法腐败在很大程度上是来自我们的制度问题，而不是法官个人的问题，劣币驱逐良币，造成法官队伍的不纯洁。我们仔细分析就会发现宪政的内容其实也不多，一个是严格地限制政府的权力，包括在政府之上的某些组织的权力，另一个就是严格地保障公民的权利，这是一个硬币的两面。如果我们去考察一下历史和观察一下中国的现实，就可以发现宪政作为一种制度本身就是西方历史形成的东西，而不是中国历史形成的东西。在中国的历史上，其实也一直面临这个问题就是如何去限制皇帝的权力，人们也在探讨如何去约束皇帝的权力，但是看起来这种约束是不大成功的。因此，在我们今天思考宪政的时候，应该回过头来想一下，中国古代到底是什么因素使得我们没有产生宪政。这就要求我们去考察一下西方宪政的演进历史，但是这也容易导致一个问题就是我们缺什么，就更容易观察到什么。在我看来，下面的四个因素是很重要的。第一，一个独立的教会的存在是宪政能够发展的前提条件。基督教是西方社会早期的一个主流宗教，但是基督教对于西方人来说也是一个外来宗教。这种外来宗教早期也是通过一种歪理邪说的方式得到传播，罗马教廷也给这种宗教的传播进行了严厉的打击，但是直到最后也没有挡住这种宗教的传播。基督教的存在在两个方面构成了对世俗国家的权力的

约束，一个方面就是宗教本身的神学学说，比如上帝面前人人平等的说法是很容易演化成法律面前人人平等的，而且原罪说使得每一个人都变成有罪的人，哪怕你是国王、皇帝，但是在上帝面前你仍然是有罪的。这样一种论证本身就使得国王不能把自己在道德方面打扮成为一个完美无缺的人，而在东方国家领导人时时刻刻都喜欢把自己打扮成为完美无缺的人，老是要人们接受他的思想，这样一来，他就变成导师了。当面林彪趁毛泽东为“伟大的领袖，伟大的导师等等”但是，毛泽东说什么都可以不要，只要伟大的导师就行了。这就说明毛泽东喜欢把自己打扮成为一个道德上完美无缺的人，在这样的国家里，人民永远都是幼稚的、不成熟的，最后要对你耳提面命，使你洗心革面成为共产主义新人，但是你永远也成长不起来，因为他永远教导你。 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](http://www.100test.com)