

贺卫方：宪政路上的绊脚石与推动力（下）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\\_485491.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9_EF_c122_485491.htm) 第一，有一点你没有展开但提到了，就是没有良好的宪政发展就没有良好的经济发展和社会进步。但是我认为这个说法是有问题的，宪政的发展是社会发展的结果之一，是社会进步的集中表现之一。而不是因为先有宪政才有社会进步、社会发展，宪政的发展只不过是社会发展到一定程度之后的水到渠成的结果。所以先有事实，后有规则，规则只不过是源于事实，是事实的反映。这是常态，但是后发国家也是不是这样呢？也是这样的。后发国家同样是社会经济的发展在先，宪政的发展随之而来，所以这仍然是规则源于事实的一个东亚形式的展现。所以，我认为你把规则摆在前面把事实放在后面是犯了民主幼稚病。在这里面，你引了一个例子，是关于英国的法官的转型。我认为这是错的，这也很复杂，不及细言。但是有一条可以讲就是并不是英国的法官的先专业化以及法言法语形成之后的一套法律资质才造成了英国社会的转型。恰恰相反，是在英国里面贵族与平民、皇权等的斗争里面先有进步，在进步的同时，甚至是较为滞后的过程中才有职业的法学家产生，所以这里面同样表现了事实在先规则在后这么一个东西。第二个我认为有问题的地方就是方法论上的比较问题。你讲了四点，第一点独立的教会是宪政的前提；第二点宪政是建立在阶级斗争和阶级分化的基础之上的；其次是对私有财产的保护和专业化的兴起。我是心有戚戚焉。这里面我认为当你在谈到西方宗教的时候，这里面有一些背景性知识。

不能说你对此不清楚，但恐怕你在解读的时候是有误解的。比如你谈到了原罪的问题，原罪的学说恰恰是和现代西方的民主、自由观念相抵触。后来的启蒙运动恰恰是对教会权力的反叛。另一个是普天之下人人平等，但是你忽视了一个基督教里面有一个关于选民的概念。我认为选民的概念不是构成宪政发展的因素，而恰恰是要对构成现代西方宪政的一切人文因素加以反对的东西。而且基督教的一神信仰恰恰是有专制性、排他性的，和现代西方的这个诉求恰恰相反，现代西方的民主观念正是对一神信仰的反叛，只有反叛成功才建立了现代民主、政教分离的情况。因此，我认为你在方法论进度上有这两个偏颇。刚才卫方教授讲了五个指标性的因素：宪法的至高无上、对政府权力的限制，对私有财产的保护等等。然后卫方把它归结为一枚硬币的两面：限制权力和维护权利，我认为这都是相当经典性的表述。但是这些都是制度或者规则层次上的操作，忽略了一重要问题：不管是宪法的至高无上、对立法权和行政权的限制，规范的公开和恒定以及司法的独立都有一个至高无上的追求就是人间生活和人间秩序的公平正义。没有这样的追求，不可以想象一部西方宪法就可以达成理想。我有这些疑问既向卫方教授讨教，也想茅老师、张老师讨教。包万超：从1905年我们明确要求宪法以来已经有一百多年了，但是我们都很清楚今天只有宪法而没有宪政，有法律而没有法治。我认为其中的根本原因在于宪政是一种文化，是基督教文化世俗化的产物，因此当人们把它引到中国本土来的时候就有可能产生基督教文化和本土文化的冲突。我认为正是在这个问题上贺卫方老师的切入点很对，如果说有什么不足的话，不是立论上的不足，而是

论证材料和论证进路上的不足。我认为在论证中国宪政之路时必须拿西方作为参照，尽管每个国家都有特色，但是我们的政府治理模式都面临着相同的两个问题：人的权利应不应当得到保护，政府的权力应不应当受到控制。我想对这个问题无论是在什么国家都不可能作出第二种解释。中国的文化是等级的、一维的，在传统文化中一直就有一个最高权力中心：皇帝。俗话说王子犯法与庶民同罪，但却不说天子犯法与庶民同罪。因为天子是产生法律的，天子只受天意的支配。这种文化传统非常强烈，从而对宪政形成了抵抗。从康有为到孙中山，一直到现在的...，比如依法治国，但是是在党的领导下的。所以我觉得卫方教授的立论非常好，我们必须从西方的历史上来关照中国的问题。卫方教授讲了西方文化的四种特征，但是我觉得它的原发点都是宗教文化的差异，即使是对私有财产的保护也只不过是宗教问题延伸出来的，因此这个立论是很好的。但是分析进路和材料是值得斟酌的。卫方教授提出来中国现在的宪政和法治有很多问题，但是引用的材料是老材料，比如法律必须明确、稳定。这个本没有错，但是中国现在的法律非常的空洞，以至成了政府的借口。我的博士论文是关于行政法的，在我读完国务院所有的行政条例之后发现法律只不过是办事的参考。法律是空洞的，比如关于新闻、影视、出版，条例规定违反以下八点的不得引进到中国来：违反宪法、违反善良风俗、有害社会风华的、宣传暴力的、对青少年有侵犯的、主题庸俗的。这就很好笑了，如果主题庸俗也写进了法律的话就意味着全国只办一份报纸《人民日报》，因为大家都跟着它抄的。之所以会出现法律的空洞化，一个是因为立法者的水平实在是太窝囊

了。学经济学的人知道要使一部法律有效必须满足两个原则：参与原则和激励相容原则。参与原则说的参与法律制定要比不参与法律制定的收益要大，激励相容原则说的我人们不敢滥用权力。但是中国的法律基本上做不到激励相容，而且法律还有一种奖恶惩善的效果。比如中国的假货特别多，这是因为制度鼓励造假，造假得到的好处比被抓住受到的惩罚要大。又比如最高人民法院关于腐败的司法解释实际上是在鼓励大家腐败，一般来说一个法官出了问题之后会面临着几个惩罚：一个是通报批评；另一个是停止评先进的资格；扣发一年的奖金；调离本部门，这样的法律绝对是一个水平的问题。还有比如行政许可法，最后有一条是政府可以根据公共利益的需要颁发许可证，但是什么是公共利益呢？这是由政府自己来解释的。因此我们法律的漏洞非常大，几头大象同时走过去可以不碰着网。我对贺老师补充一点的是中国的法律漏洞不仅是一个水平问题，可能公共选择理论比较适合解释中国立法水平之差。中国的政府不见得和西方的政府差多少，而差异在于他们关心自己利益的时候所面临的制度约束不一样。在中国，政府在行动的时候面临的制度约束非常少，所以它们能在选择的过程中通过立法来获取最大的利益。我考察过国务院2000年的所有规章发现70%规定和设立了新的权力，而国家药品管理局从1998年起颁布的所有规章没有一部是合法的。为什么不是合法的呢？因为它不具有法律规章最基本的特点：规定权利和义务，在这里面规定都是审批、许可、惩罚权，国家药品管理局既是管理者，又是监督者，它既颁布法律又检查收费。在十八部规章里面只有五部稍微提了一下政府的责任，但是只规定了滥用权力会依法给予处分

，至于怎么处分就没有下文了。22部电信规章只有六部一笔带过责任，而且也是一样的模糊。对此，我认为从布坎南的公共选择理论来解释是非常好的，因为法律越模糊、越空洞，自由裁量权就越大。比如食品卫生法，里面规定有以下行为者主管部门可以处500元以上30,000以下的罚款，规则制定者的最大动机就是通过法律的模糊来获取权力的最大化和利益的最大化。在引入公共选择理论之后，我将讲第三个问题。我认为贺老师的进路可能有职业的偏好，他特别看重司法的进路。这是没有错的，但是中国肯定跟西方有区别。西方的宪政运动从大宪章开始已经有八百年了，它的法律是有无数的法官、律师慢慢地积累起来的，在这个过程中司法是一个稳固的堡垒。但是我认为中国现在的问题还不仅是司法的问题，如果说法律是游戏规则，是规范政府和人民行为的话，那么我们的游戏规则是不清晰的。立法问题是政治舞台上最醒目的一幕，因为立法是分配和控制各种权利的。中国的问题在于中国政府是立法舞台上的导演、制片人和主演，而老百姓总是观众。立法总是关起门来进行的，政府利用这种垄断性制造了非常多的不合法，用不公平的法律去强迫老百姓遵守。这就引申出一句话来：假如说司法的不公污染的是公正的水流的话，那么立法的不公污染的是公正的水源。我认为今天中国的问题在于水源，水源都发臭了，但人们还在清理水流。当然这也很必要，但是我认为应该有一个先后之分。我们面临的游戏规则缺乏一种合法性，比如在宪法上我们强调党必须在宪法和法律的范围内活动，但是在序言里又说必须坚持四项基本原则。第二点，宪法里规定全国人民代表大会是最高的权力机关，但是要在党的领导之下，所以

我们的整个法律文本是有问题的。因此我们必须改变游戏规则，否则会出现一种后果：老百姓不和你玩了。这导致了一个很大的倾向：人们整体规避法律，在体制之外寻找均衡。因此中国今天必须要重新建立游戏规则，提高立法质量，要改善立法质量就必须使以前的观众成为演员，这就涉及到中国的宪政改革。张曙光：下面进行讨论，为了使讨论更充分，每人限定五分钟。黎鸣：我听了卫方的发言和两位评议人的发言是深受教育，在这里我想补充几点。卫方在谈到文化的时候容易让人们产生一种误解，就是说中国人必须完全的西方化才能真正走向宪政，其实卫方讲的不错，但是应该强调一点就是虽然文化不同，但是人性的个性永远要服从人性的共性。如果我们不注重人性的共性的话，我们就会忽略一个很重要的东西就是宪政不光是西方人需要的，东方人也需要。宪政的一面是限制统治者，另一方面是保护人民的基本权利，因此宪政是人性的共性。如果因为我想建立宪政就说是西方化就是不对的。这是补充的第一条。补充的第二条是卫方在理论上还需要有所斟酌、有所深入，在谈到这种理论的时候应该从最基本的人性的原则去分析。中国和西方这两种不同的制度差异产生的源头在于我们对待人性的不同态度上。西方人有两大传统，第一大传统是神学传统并且是一神论传统；第二大传统就是哲学传统，什么叫哲学？哲学就是爱智慧、爱理性思维。但是这两大传统恰恰是中国人最匮乏的，中国人有的是人学的传统，这种人学的传统一开始就堵塞了思维的发展。为什么这样说呢？是因为西方的哲学是从自然、从存在开始的。什么叫存在？存在是外延无限大而内涵无限小的一个概念，因此他讨论问题最简单、最容易定

义，因为你讨论的东西都是存在。但是中国人是从人开始的，但是人是最复杂、最不能定义的一个概念，因为它的外延很小，但是内涵却很大，因此中国一开始就选择了最复杂的东西作为开点。这就导致了后来的问题。蔡德诚：我对今天的主讲人、评议人表现出来的判断、学识水准感到敬佩。我赞成许教授对贺卫方的规则在前事实在后的批评意见，一个很明显的例子是美国这个国家就是规则在前而后引发了后来的历史事件，这个事例说明是可以“规则在前”的。第二点，我补充包万超先生的“我们的立法源头就已经污染了”的判断，我觉得这个判断是极其清晰的。为什么呢？我们可以注意一下现在都是各部门在立自己的法，他们都在维护自己的利益而根本不考虑全民的利益。所以我们国家虽然在进行不停地立法，但是源头就已经污染了。张祥平：我听了包先生讲的公共选择理论，实际上也并没有否定许章润先生的规则在前、事实在后的批评。刚才提到了最高原则，但我认为群体延续才是最高原则，每一个群体、每一个民族都要在一定的条件下世世代代地延续下去。如果以这个角度来看问题就会要相对地清楚一些，贺卫方先生讲了去晒太阳没有危害任何人，但是危没危害任何人这个定义是不清楚的。在有些条件下就可能造成很多家庭的离散。贺卫方：对不起，我想稍微说清楚一点。我不太理解如果一个老太太把两个手举向天空的这个事实怎么会危害别人呢？张祥平：如果她要带上小孙女呢？小孙女如果这样，他的父母就会不同意，因为会影响高考。因此，你至少是无法定义清楚的。既然你无法定义清楚，你就应该用一个最高原则去裁定它，就是是否危害了一定环境中的群体的延续。而我们中国人五千年以来是研

究出来了一套办法来保障群体的延续。蔡德诚：有这么简单吗？那么动物的延续怎么说？张祥平：咱们这么多的环境保护主义者在干吗？就是要人类承认动物的延续权，因为你无权去消灭一个物种。而且蔡先生说的美国的宪政也并不是规则在先，因为美国的文明不是独立的文明，它和欧洲的文明是一体文明，所以它仍然是实践在先而不是规则在先。许章润：我觉得今天在座的人不管是保守主义的还是自由主义的，但是在学习西方这个问题上是没有太大的区别的。我常常提醒自己的一点就是我们学习西方是不得不然，就像古希腊神庙上写的那样首先就是认识你自己，因此在这一点上没有差别，差别至多在进路上的不同。黎鸣先生说古希腊文明是以存在作为自己的研究对象，而中国选择了人。但是我们知道古希腊的一个最伟大的哲学就是认识你自己。第二个就是说人的外延很小而内涵很大，但是他一开始就说人性是普遍的。既然你认识不了人你怎么知道人性是否是普遍的，这是论证上的不周延。汪新波：听了贺老师的这个讲座是深受启发。首先我是很捍卫贺老师提出来的这一套思想，而且我也认为评议人的挑战都是极其地精彩。我想把你们三位的观点串起来，首先宪法动力学的源头在那里。我认为贺教授一下就抓住了一个彼岸世界神学，这个是不需要事实-规则之间的关系来反证的。一个更重要的问题就是彼岸的世界是很长生的，而尘世的世界是很短暂的。西方的源头是二元的，神学的世界和尘世的世界是分立的，这个二元的张力是推动人类发展的首要动力。第二点就是尘世的世界是如何推动理想的世界进步的，答案是科技。正是这些知识、科技推动了我们的认识，使我们更加接近理想的世界。因此科技把彼岸的世界



和尘世的世界打穿了。高放；今天的讨论很好，我对宪政也做过一点研究。我觉得今天的谈论有一个缺陷就是没有从经济的角度来看宪政的发展，宪政简单地说就是以宪法为核心的民主政治，这是在近现代化之后才有的，但是它的渊源可以追述到古希腊、罗马，我们今天的宪政就是古希腊、罗马宪政的重演。宪政的发展必须要和现代商品市场的发展联系起来观察，由于商品市场经济竞争需要一个规则，在政治上就需要有法律---宪法来制约各方的共同力量。凡是封建专制比较深的国家，它的宪政之路都是很漫长的，而并不是所谓的基督教传统就有宪政。从基督教来宪政起源是一个方向，但是是一个很片面的观点。拿英国来看，英国的宪政之路是一波三折，最后以君主立宪制告终，法国经过多次反复建立起来了议会制共和国。德国、日本由于有封建势力的干扰，最后形成了二元制的共和国。所以走向宪政之路都是很坎坷的，不是一帆风顺的。一举成功的惟有美国，但是美国也是在商品市场经济发展起来之后才建立了总统制共和国的。在美国这样一个封建传统不深的国家如果没有像华盛顿这样杰出的人也是要走弯路的，所以，宪政一方面受制于商品市场经济，但是政党、领导人并不是没有作用。因此，我在我的文集里写了一句话就是“社会主义为什么经常出现悲剧呢？是因为无产阶级还没有出现无产阶级的华盛顿”。无产阶级的领导人一旦掌握了权力，总想搞个人集权，总想搞终身制度，用封建制度的东西来搞社会主义当然就要垮台。社会主义的宪政本来是应该在继承资本主义宪政的成果基础之上的，但是社会主义在一些落后国家首先胜利了，一方面没有经验，另一方面是封建主义的渗透。因此对于宪政问题我们一

方面要看到商品市场经济的作用，另一方面也要看到政党、个人的作用。茅于軾：这三位讲的都很好了，我不是学法律的，也插不上嘴。我看到一个现象就是今天来的人是空前的多，是什么原因呢？一个是因为贺卫方教授的号召力，还有一个原因就是我们今天讨论的问题确实重要。为什么大家那么关系宪法，其实这还是跟自己有关系的，我们每个人都可以想一想自己可以对推进宪政有什么可做的事情。我觉得中国今天正处于一个非常好的状态，就是对宪政既有供给也有需求。需求是从那里来的？是从市场经济来的。没有市场经济的时候是没有对宪政的需求的，只有作为奴隶的需求。为什么有供给呢？我觉得供给还是从西方来的，在中国这个本土资源里头没有宪法观念的，中国只有皇权。中国现代化的150年其实是学习西方的150年，当然不是照搬，但是总的资源的供给还是在西方。我赞成贺老师的观点就是不要理想主义，理想主义失掉了一切妥协的机会，也就是包博士讲的“不和你玩了”。不和你玩的结果是很糟糕的。我今天的一个感想就是如何从现实出发来推进宪政的改革。贺卫方：首先感谢各位对今天下午的这么一个粗浅的发言给予这么高度的关注，也提出了很多问题来启发思考，应该说很多问题都是终身研究的大课题。我归纳了一下有这么几个问题：一个是宪政的发生学问题，在历史的某个阶段可以发现一些决定性的力量，但是这些决定性的力量是在不停的变化着的；第二方面涉及到中西文化的差别对宪政的影响；第三方面是历史对宪政发展的影响问题。我是不大同意历史决定论的，大家可以去研究一下台湾的宪政发展历史；第四个问题是包万超博士提出来的立法的重要性，我觉得在立法的过程中民主的

因素应该得到更多的贯彻。我们现在的立法制度最大的问题是号称人民代表大会制度，但是实际上是和人民没有多大关系的。我再次感谢各位。张曙光：今天的讨论就到这，谢谢大家的参与。 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)