

宪政的发生 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\\_\\_E5\\_AE\\_AA\\_E6\\_94\\_BF\\_E7\\_9A\\_84\\_E5\\_c122\\_485528.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AE_AA_E6_94_BF_E7_9A_84_E5_c122_485528.htm) 大家好。说到宪法问题，我们遇到了一个巨大的障碍横在了我们面前，那就是国家的政治体制改革的滞后。政治体制改革和宪法、宪政上有着千丝万缕的联系，也可以在一定程度上说中国的政治体制改革就是宪政的问题。不久前闭幕的十六大在报告提出了政治文明这个概念，与市场经济相适应的政治制度必然是市场化政治，也就是说提供大家可以竞争、可以选择的政治，我们可以去竞争国家执政者的位置。公民在法律面前一律平等的一个非常重要的前提条件是我们政治的机会面前人人平等。我们要搞政治文明，政治文明就是文明的政治，是跟野蛮的政治相对立的。我个人理解，所谓的文明政治，三个内容是不可避免的，那就是民主政治、法治政治以及现代化的政治文化，这三个方面的基本内容是不可缺少的。实际上下一步推动我们的法治改革也好、政治变革也好，也许宪法是一个特别好的着力点，刚才王磊教授提出了宪法司法化这样一个概念提出的背景，我觉着他这个背景十分巧妙，实际上其核心也就是如何把我们宪法所规定的对政府权力的限制落到实处，将宪法所承诺给我们的权利加以兑现。关于宪法司法化，我们知道原来有人提出过司法审查，提出宪政等名词，这些问题都容易被人误以为资产阶级自由化，于是王磊找了一个不那么敏感的词汇叫宪法的司法化，没有想到说者无心听者有意，大家对于中国的宪法缺乏一种现实的效力普遍不满，在人们的不满中间王磊教授的口号得到了一个巨大的回应，现在已经演为一种运动，一种全国性、媒体不断关注的，

研讨会不断研讨的这样的一个主题，实际就其核心。就其要害来说，如果把宪法承诺给我们的种种的权力加以兑现，让我们的宪法不再是口惠而实不至的一个空头支票，一个永远束之高阁。刚刚看了陕西魏雅华先生的大作，很有意思，宪法在当今的处境似乎很奇怪，一方面它好像没有什么用处，一方面官方又觉得它非常有用，这到底是一个什么问题，我们中国宪政问题主要出在哪。我要简要谈一下这个问题。前一段我写了一篇小文章讨论宪法的命运，主要是从发生学这个角度去考察一下，是什么因素使得宪法能从西方产生，是什么因素让宪法在西方不像在中国变成一个束之高阁的口惠而实不至的空头支票，它实际上是非常有效的，没有办法不兑现于生活的。我觉得从发生学的角度来说，宪法是深深的根植于西方的文化、西方的历史、西方的社会之中的，它是西方的一个产物。在这样一个产生宪法的过程之中，有几个因素起的作用很大。第一个因素，从古希腊那些先哲们以及雅典那些城邦，就民主政治，就不同政体的异同以及优劣所作的探索、尝试和实践，当时就提出的君主政体、贵族政体、民主政体这些不同的政体到底是怎样的一种治理模式，怎样建立一种既富绩效又符合公正的政府。我们看到亚里士多德等人他们在他们的著作中不断探索我们应该怎么建立一个良好的政治制度，他说人从本质来说是一种政治的动物，这样一个说法很有意思，像是把人说成是一种热心政治的小官僚，实际上不是这样的，他们在理解人本质上是一种政治的动物的时候他们看到了只要有一个有人群的时候我们就需要有一种宪法体制，我们就需要有一种良好的政治模式来去管理我们的生活，来获得一种社会的秩序，在这样一个实践

和理论百花齐放的世代里面，古希腊为我们奠定了一个很好的学理以及实践基础。接下来是古罗马。在古罗马时代，我们常常记得有一个说法是“帝王所欲者即为法律”，好像给人一种感觉是君主的权力是至高无上，是没有办法产生一种宪政体制，但是我们仔细分析无论是共和时代的罗马，还是帝国时代的罗马，那么古罗马人都在宪政方面给我们留下了丰厚的遗产。在我看来非常重要的一个遗产，偏偏是王磊教授刚才用稍微不屑的神态加以贬低的民法方面，我觉得王磊教授或多或少允许我在这儿冒昧的跟我的这位同事进行一点商榷忽略了私法与公法之间的互动。我们看到如果没有对于私有财产的一种严格保护，我们就不能去限制国家的权利；往往是在私有制确立越强有力的地方，国家的权力越受到限制。国王的马匹不可以在私人的土地上纵横驰骋的时候，这个时候国家的权力当然就受到了限制。我们看到古罗马对土地财产的保护，它的规定非常严格，所谓一个人对自己的土地所有权效力所至可以达到天上天心，地下地心。可是说土地所有人有领空权，西方人的土地财产所有权观念是有领空权的。我还记得早期有个判例非常有趣，有个人到法院去起诉他的邻居，说他邻居打猎的时候子弹飞越了他家土地的上空！所谓领空权并不是主权国家才有，而是公民私人都有的权利。这样一种对土地严格维护的观念是古罗马人奠定起来的，而且一直延续到后来，一直延续到今天，才有今天王磊教授刚才提到的“我的住宅就是我自由的堡垒”的准则。如果别人不经过许可闯入我的住宅，我可以开枪打死你，而不承担任何法律责任，这是什么观念？这是一种是对土地所有权严格保护的观念，同时也是一种宪政观念。所以在我看来

，现在制定民法典非常重要，也许在一定程度上，也可以说民法典是公民权利保障的一个大文件。我觉得在宪法与民法两者之间不要人为的制造矛盾，因为两者是唇齿相依的，太需要团结，而不是对立。在西方的这样一种宪政发展历史里，这样一种思想是源源不断地流动的。即使在最黑暗的中世纪，仍然产生了非常丰厚的宪政遗产，举一个简单的例子，托马斯阿奎那大家都知道这是一个神学大师，这是一个非常细致非常坚定维护宗教权威的一个伟大的哲学家，但是他是产生在黑暗时代，我们都把这样一个名字把黑暗的中世纪紧密的关联在一块，但是我们在托马斯阿奎那的著作里面仍然可以发现闪现着革命光芒的一些学说，比方说他严格的要求一个统治者他的统治权不可来路不正的，也就是上一代领导人说，你办事我放心，你就当了下一代领导人，这是不可以的，这个属于来路不正，来路不正就像伪造的货币一样，为什么我们要去惩罚伪造货币的人，而不去惩罚一个来路不正权力的拥有者？他认为，如果权力来路不正，缺乏一个合法性论证的话，人民有权利反抗这样的权力，人民有权利不受这样权力的统治。我们看到这样一种极富革命性的思想，而这样的思想它是用法律语言呈现出来的，这个就跟中国古典社会，我们山东老乡孟子讲这个，所谓的君贵民轻或者说后来演化成那个思想说水不载舟亦可覆舟很不一样。这样一种完全站在统治者旁边说求求你了，你可以听一下，你如果以老百姓太苦，老百姓可以反抗你喔，他这个观念完全是不一样的，那么我们看到儒家对于限制这种专制权利，确实是显得很无能为力，而西方在中世纪这样的一种思想我们看到的是一种更加坚定的宪政思想。那么除了这样一种从古希腊、

古罗马奠定了基础的这样一种东西以外，我们看到了还有三个因素在西方社会起到了非常重大的作用，我认为是它的宪政得以发生的重要的历史性条件。第一个因素就是一个独立的教会的存在。我们都知道，基督教并不是西方社会的本土宗教，它是发源于今天我们说的亚洲地区耶路撒冷那一带，小亚西亚半岛那一带，这样一种外来宗教的传播经过一段时间的相当艰苦的努力。当然大家知道基督教在罗马早期的时候也受尽迫害，因为它没有办法去说服统治者去相信这种宗教是一种非常伟大的宗教，统治者就要迫害，不断的杀，多少早期的教父都被杀掉了，但是后来他们居然实现了这样的一种基督教对西方的征服，最终整个西方世界变成了基督教世界，同时罗马地区的主教成为整个基督教世界的教皇。教皇这样一个政府组织，他们不仅仅是一个精神，纯粹抽象的精神意义上的存在，而且他们是一个世俗意义上的存在，他们建立了从基层到最高层的一个宏大的政府式的体系，推动这个教会的事业。他们成为中世纪最大的地主，因为他们当时规定如果一个人是以遗嘱的方式来决定自己的土地的财产的继承，那么这个土地财富和其它财富的10%就要捐献给教会，所以不断的捐献使得他们成为最大的土地财富所有主，他们可以在中世纪和国王抗衡，成为国王不得不恐惧的一种力量，国王之间打仗的时候，最后找教皇来进行斡旋，到现在这种传统仍然还存在。更重要的是由于基督教的存在，教会的存在使得西方人的生活被人为的切割成两个部分了，那就是说，一部分是精神的生活，一部分是世俗的生活，在世俗的世界里我要服从国王及其法律的统治，而在精神生活领域中间，我们没有办法，国王不可以染指我们的精神生活，

圣经里面说，把恺撒的东西归恺撒，把上帝的东西归上帝，这说明一定要进行严格的区分，这种区分我觉得是西方历史上的一个大学问，怎么去区分，怎么把世俗和神圣这两个界线加以划分，一个总的趋势是精神的领域越来越来宽广，我们看到了，比方说，只要是宣誓订立的合同，都由教会法院来管辖，因为宣誓是向上帝宣誓，所以这就变成了对上帝的誓言。比方说婚姻，由于教会把婚姻界定为不仅是一男一女两个人为单纯的世俗目的的关系，像我们中国人讲的，“三十亩地一头牛，孩子老婆热炕头”，教会把婚姻解释为不仅仅象征着一男一女的结合，而且象征着基督和他的教会之间的关系，基督和教会的结合是永远不可分离的，所以在西方天主教会国家里面，直到今天他们仍然不倡导离婚自由。因为这好比基督和教会可以分离一样。我们看到这样的一种不断的解读，使得婚姻也变成了一种教会法院管辖的事务。另外，大学独立于世俗权力控制也跟宗教有关。在早期，西方国家的大学大多是由教会创办的，因为属于教会所办，处在教会的管辖之下，因此国王就不能染指大学事务，不能干预学者的研究。所以西方的大学争取自由的历史，争取独立的历史更多指向的是教会，而不是世俗权力。不像我们这里，我们今天的大学还受到政府的强有力的监督，管理，甚至干预。我们看到直到今天，大家看到西方国家领导人的时候有没有感到有点困惑，为什么西方的无论是德国的总统也好，美国的总统也好，法国的总理也好，没有人提出某种个人学说，让全国的人民跟着学习，这是到底为什么，为什么我们这儿总是谁是世俗的最高领导人，谁就是精神的最高领导人，大家都要学习他的思想？根本原因就在于，西方社会它的

历史发展过程中有一个精神上的权威，这个权威跟世俗统治者是不同的，你国王就是国王而已，你不可说你在道德方面也完美无缺，你要进行社会动员不能以纯粹精神权威的面貌出现，这是不可能的事情。这是我们看到的第一个因素，宗教权威的存在使得我们生活的世界被划分为两个部分，这可以说是最早期的两期分立，这个对于后来的西方的宪政的影响，可以说是久远而深刻的。第二个因素，在我看来是一种不同的社会分层或者说是社会的阶级化导致了阶级之间的妥协和冲突，使得世俗的最高的权力没有办法去完全唯我独大，一人独尊，这是不可能出现的情况，我们过去理解阶级斗争学说，或许过于简单化，比方说我们中国从秦汉开始就是封建社会，在那样的社会力存在者贯穿始终的地主阶级和农民阶级之间的阶级斗争。这个说法本身也是大可怀疑的。事实上，至少在秦汉以后的两千年的传统社会里，欧洲意义上的阶级斗争是不存在的，因为中国并不存在西欧意义上的阶级。另外，所谓两大阶级之间斗争的说法也是将复杂的历史简单化的理论；西欧意义上的封建社会并不只是两大阶级的斗争，而是多个层次的斗争，我们都知道三等级会议，四等级会议，国王、贵族阶层、商人、僧侣、自由民、农奴等等，这些个不同的阶层形成了一个非常复杂的社会结构。同时由于阶级结构长期的封闭，相互之间的利益即互相咬合在一起同时又有清晰的界线的划分，互相冲突，互相妥协导致的这样的一种格局，那就是不同阶级之间需要通过一种约定来形成一种大家可以相处的秩序，这是许多法律得以产生的基础，也是宪法产生的基础。英国的《大宪章》正是这样一个例证。13世纪初年，英格兰国王约翰好大喜功，不断

地对外打仗，与罗马教廷的关系也闹得一塌糊涂。问题在于，他打仗却是屡战屡败，闹得国库亏空，战争难以为继。约翰王只好再把贵族找来，请求大家给钱。各位知道，商讨的过程中，贵族们对国王说“不”了那时候的贵族比现在的某某可厉害的多，现在你偷税把你抓起来就行了，那个时候贵族们联合起来了，他们坚持国王征税需要得到贵族们的同意，收上来的钱的花费也需要受到贵族代表的监督。后来成为包括美国革命的时候非常响亮的口号，那就是无代表不纳税。如果全国人民代表大会的代表不是我个人选出来的话，这个国家没有任何合法性和正当性向我征税，因为我们税收怎么花的没有人可告诉我，没有我的代表去监督这个税收的分配。为什么西方国家的众议院的非常重要的一个职能就是对于税收方面，对于财政加以审查，加以确定？我们需要在这样的历史时段里面，在英国这样的一种发展历史发展中间去寻找答案。我们看到了正是这样一种阶级斗争和阶级妥协使得宪法和宪政得以产生，同时使得宪法得以生命，英国的贵族们不是说约翰王你签字画押了，这个《大宪章》就一劳永逸了，不，后来至少有七次，英国的贵族不断要求后来的国王你必须画押，你还必须宣誓说“我还要遵守大宪章，我必须严格的遵守大宪章”。这是他统治合法性的非常重要的一个前提条件，这样的一种阶级斗争与阶级妥协的画面在中国的历史中我们是很难寻找到的。我曾经作过粗浅的涉猎和研究，考察科举考试是如何使得中国社会变成了一个阶级结构相当的不严格、不清晰，不同阶层之间具有一种流动性和开放性的社会的。这个问题当然很大，我不想展开来说，自己有一些文章也多少涉及到这些问题，也许大家可以批判性的

参考。我想第三个因素，就是使西方宪法得以产生的基础性的要素，就是专业化的产生，社会分工带来的职业主义的产生。我们都知道，社会不同的分工，如果它能影响到国家的管理生活，社会的治理过程，那么这样一种分工就能够导致权力的相互制约。我们今天所说司法独立，法院必须要有独立的权力，是在怎样的一种意义上说的呢？我认为一个非常重要的基础性的前提条件就是法院的独立性必须建立在法院所运用的知识和它所使用的技术的独立性上。不仅仅是法院，也包括检察院，不仅仅是检察院，也包括在座的各位律师，大家之所以同于别人，大家之所以能够人家给你钱人家雇佣你，给你丰厚的报酬，原因在哪儿？原因在于我们握有一套独特的知识，这套东西是没有办法普及到全社会中间的。说实话我对普法这样的说法，很不以为然，法律不应该普及，普法最应该做的唯一的一件事情就是启动公民的权利意识，让老百姓有了事情愿意请律师打官司这是最好的普法，普法不是叫老百姓学会法律的技巧，学会了法律的技巧，他就不请律师了。我们律师挣谁的钱去？当然我这个说法有一点调侃，不过我真的认为法律知识是不可能普及的。我们只需稍微看一看那些专业化的文章，比方说，即使我是搞法律的人，我现在看民法典争论过程中的各种各样的不同的编纂思路，例如公司法的一些东西，我简直看的摸不着头脑，想插一句话都插不进去，因为它太专业化了，因为许多专业概念它都是可追溯到两千年前的古罗马，可以非常复杂的概念，每一个概念都有一部漫长的演进史。什么一人公司，什么隐名合伙，这些东西非常复杂，它是不可能普及的。我们知道这套知识是我们基础性的条件。假如我们的法院能够独立

，能够像在座的宪法学界的朋友所希望的那样，法院染指到政治的领域中间，对于政治的冲突进行独立的审查，我们会看到法院的裁判也不是用政治的语言来说话，判决书是用法律的语言来说话，这正是独立的前提条件。我们都知道这样的一种法律专业化职业化的推动过程中，基本的目标就是说用这样的一种专业的权力来限制法律之外的非专业化的权力。没有哪个国家在国王的选任方面要考查他是否是律师出身，国王往往是，他爸爸是国王，他儿子就能够合法地继承王位。但国王由于没有受过法律的训练，他行使权力不免有时候过分的任意，他是一种恣意的权力，一种不受限制的权力，这个时候如果有一个独立的司法对国王所代表的这样行政权进行限制进行制约的时候，我们终有一天会发现这个国家的国王也被变为官僚化的一部分，国王走向了官僚化，成为官僚机器中的一个齿轮，尽管他是一个镶嵌着宝石，镶嵌着钻石的齿轮，但是王权的运作必须严格地依照事先设定的程序进行。这就是职业化的兴起所具有的宪政意义。我们看到了上面这四个方面的内容。古希腊的政治哲学，古希腊的民主实践和古罗马人的法律实践，我们看到了即使是中世纪的时候，这样的一种学说的绵延不断。我们看到一种宗教力量对世俗权利的制约，当然也包括世俗权利对宗教权利的制约。我们看到了阶级冲突和阶级妥协所导致的某个经典作家所说的宪法是阶级斗争的产物这样的结局，我们看到职业化和专业化力量的出现，使得他们的宪法充满了生机，充满了活力。这时我们反观我们国家的宪法，却完全是外来的，一个舶来品。1907年我们才开始了宪法的制定的过程，后来，宪法没有生效呢，制定宪法的大清王朝就已经玩完了。接下来中华民国也制定宪法

，接下来，中华人民共和国也不断的制定宪法，但在这样的一个历史的过程中，我们看到了宪法变成一种摆设，变成了一种没用的东西，这到底，我想根本的原因，在部分意义上在于我们的宪政这样的一种西方渊源，由于它产生在西方，由于它跟西方这样一种社会文化一种千丝万缕的联系，使得它变成难以移植的东西，移植过来就变味了。文革期间，我们山东这边也曾经移植过茶叶，我们家乡那边也种茶，但结果种出来的茶跟那个地瓜叶子一样的味道，那是没有办法吃喝的，我们看到了宪法移植到了中华民族，中国的这块土地上，也由“西湖龙井”变成了“地瓜叶子”。我们每每看到它不可操作，每每看到它没有办法进入司法化，我们看到事项稍微涉及敏感，比方说即使状告教育部这样的情况，我们的法院马上就拒之门外，避之为恐不及，如见洪水猛兽，那么怎么去开启我们的第一步呢？我们的讨论过程中间，更多的是希望通过平等权平等保护这样的问题，通过一些具体的案例来去启动我们整个社会的宪法意识、宪政意识，去启动整个国家的宪法，让宪法充满活力。在我看来平等保护是一个非常重要的方面，包括教育权，包括其它方面问题，例如雇用单位限制身高问题，这都是一些涉及平等保护的问题，但是还是有一些问题我们是否可以寻找某种契机加以启动，比方说宗教信仰自由，比方说结社自由，这些权利太重要了，需要我们去寻找可能的契机去逐步实现。西方有一种诉讼模式就叫纳税人诉讼，纳税人诉讼当然在美国的法院里很少受理，因为美国那个制度下面，纳税人的那个钱最终是怎么花的，真正由他们代表来决定的，而且是一个非常公开的秩序。纳税人诉讼就是对我的钱怎么花的，我要去法院去起诉

，让法院来审查议会的行为，那么，这样的一种诉讼模式能否提起，能否逐渐地使得纳税人交上的钱怎么花了有一个真正的说法？我认为从一个技术的层面来说，纳税人的权利如何更加跟这种实际制度的形式相结合，能够让我们知道我们的钱是怎么花出去的，这样的一种东西是可以通过宪法的，某种宪法诉讼来加以解决的，我们必须走向这一步。我想，无论是这两天的大家发言，还是近年来法律界的讨论，我们都可以明显地感受到法律人追寻宪政梦想的努力。从这样的一个宝贵的努力中间，我们可以看到一种非常乐观的未来。虽然我今天有些话说得比较激烈，但是说老实话，法律人不应该倡导过于激烈的变革，因为激烈的变革导致的结果是社会秩序的进一步的丧失，所以西方有一句古老的谚语叫：枪炮作响法无声。枪炮作响的时候，法律就没有办法生存。所以我们都不希望这个社会发生太过剧烈的变化，但是恰好是在这一点上，宪政，宪法的司法化，如通过这样一种渐进的模式，通过这样一种静悄悄的革命，能够使我们这样一个老大帝国逐渐走出两千年来不断的通过社会动荡通过剧烈的动荡去实现社会变革的怪圈，而我们现在法律人所寻求的恰好是一个通过专业化的力量实现的渐进的社会变革，用一个我们不大喜欢的词来表达，就叫“和平演变”。谢谢大家！

（众人鼓掌）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)