

论近代政治对法治的考验

唐士其

内容提要：近代欧洲政治的发展导致了立法权的重新确立，这对于日耳曼传统中由于立法权的缺失而产生的法治传统来说意味着一种重大的挑战，同时也意味着在法律与政治的相互关系中后者开始占据上风。近代政治制度是建立在对立法权的承认基础之上的，那么在存在立法权的情况下如何理解法治的含义就成为近代政治生活中一个复杂的问题，也成为不同政治学和法学理论争论的焦点。借助近代某些法治论者的观点，本文认为在近现代政治过程中，只有通过对立法权加以某些方面的限制，才可能为法治保留其生存的空间。

关键词：法治 立法 民主

作者简介：唐士其，北京大学国际关系学院副教授。（邮政编码：100871）

今天人们普遍认为，一切法律都是，也可以是，而且必须是某个立法机关自由创造的产物。但这种观念实际上是错误的，是……理性建构主义导致的一种错觉。

——F. A. 哈耶克

一、专制主义对法治的挑战以及近代的法治原则

西欧中世纪后期，随着专制主义国家的出现和强化，在日耳曼文化圈中开始出现了立法权的概念，并且随着时间的推移而渐成一种事实。从法治的历史上看，正是由于古代希腊人为立法权赋予了一种至高无上的地位，所以始终无法在稳定与变迁之间或者说政治与法治之间找到一个平衡点，因而也无法让法治这个梦想成为现实。相反，日耳曼法体系中由于立法权概念缺失，所以才能在数百年的时间内使政治与法律的对峙向法律一侧倾斜，并且在无意中找到了曾经苦苦折磨古代希腊人的法治的制度基础或者说“结构性的”表达。然而，伴

F. A. Hayek: *Law, Legislation and Liberty*, Vol. I, Chicago: The University of Chicago Press, 1973, p.

随着欧洲国民国家的形成、特别是作为这一过程重要标志之一的各国王权的逐步集中，政治与法律又展开了一场新的较量，立法权在长期的沉寂之后终于再次露出了它的头角。

由于专制国家的产生内在地包含了形成统一的法律体系的内容，所以法律体系的完善与王权的扩展是同一过程的两个方面。因此在这个过程中，自然也就包含了一种使王权超越法律或者说使王权延伸到立法领域的倾向，这在英法等当时欧洲的主要国家中均有所体现。法国的布丹（Jean Bodin）、英国的霍布斯（Thomas Hobbes）以及曾担任大法官的培根（Francis Bacon）就曾非常明确地为国王几乎不受任何世俗权力限制的立法权进行辩护。布丹提出的“主权”概念的核心，就是强调这种权力能够制定法律而不受任何法律的约束。霍布斯也公开声称，法治的要求本身就是政治学中的一种错误，“亚里士多德的哲学中另外有一个说法便也是错误的，那便是在一个秩序良好的国家中，应当处于统治地位的不是人而是法律。”他还写道：“法律乃是主权者对其臣民所发布的命令，不论他们是一个还是多数人。它公开、明确地宣布他们每一个人必须从事与不能染指的事情。”为此，他甚至提出应该废除英国的整个普通法系统而代之以一套直接体现主权者意志的“理性”的法律体系。事实上，在这一时期的欧洲各国，具有类似观点的学者绝对不在少数。就在英国，也出现了一场在历史学和法学界持续了一个多世纪的论争。其中一方以英国的法律起源于“不可追忆的”远古，产生于任何人的权力之前为理由捍卫法律至高无上的地位；另一方则坚持无论法律的起源多么久远，都可以从历史上和逻辑上找到一种使这种法律产生效力的权力，并以此作为君主理应拥有立法权的依据。

除学者之外，专制君主们更是千方百计地寻找一种能够为他们自己在立法权方面日益明显的进取姿态进行辩护的理论。英国的亨利八世曾经在1533年公开表示，除上帝之外，他不承认任何人世间在他之上的权威，声称他决不受“人世间任何法律的支配”。在英国革命中被处死的詹姆士一世则更进一步，公开声称“国王不但是上帝在人间的代表，坐在上帝的王位上，甚至上帝本身也称他们为上帝。”因此自然地，“并非法律设立了国王，相反，

这里所说的“国民国家”即 Nation State，中文一般译为“民族国家”，但这种译法容易让人联想到 Nation 这个概念的生物学意义，并且也容易引起对像中国这样的多民族国家的误解。实际上，近现代政治学中的 Nation 更是一个政治概念，是对忠诚于同一个地域国家的个体的总称，所以本研究中一律改称为国民，而 Nation State 也相应地称为“国民国家”，只是在引用一些已经出版的中文著作或译作时，出于对原书的尊重仍然保留“民族国家”这样的说法。另外，民族国家这种译法是从第二次大战之前的日本传到中国的，现在日本学术界也已经放弃这个容易引起不必要的歧义的说法，把 Nation State 改称为“国民国家”。

[英] 托马斯·霍布斯：《利维坦》，北京：商务印书馆，1985年中文版，第553页。

Thomas Hobbes, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (edited by J. Cropsey), Chicago: University of Chicago Press, 1971, p. 71.

Cf., J. G. A. Pocock, *The Ancient and the Feudal Law*, London and New York: The Syndics of the Cambridge University Press, 1957. 非常熟练地使用这种逻辑为国王的立法权辩护的理论家是著名的君权神授论者费尔默。

W. H. Dunham, "Regal Power and the Rule of Law: a Tudor Paradox", *Journal of British Studies*, No. 3, 1964, p. 34.

只有国王才是法律的作者和制定者”。哈耶克曾就中世纪后期立法权的重新出现及其膨胀认为，15、16世纪发展起来的具有高度组织性的国民国家，凭借其新获得的权力，首次将立法作为实施那些经过缜密思考的政策工具。显然，这种倾向对于日耳曼民族的法治传统带来了相当严重的威胁。

在法治的问题上后人应该感到庆幸的是，伴随着国王的专制权力的不断扩张，议会的权力也在增强，并且对国王的立法权进行了程度不同的限制。在英国，议会及其前身贵族会议等机构在长时期内都是以法治传统最重要的捍卫者的姿态出现的。贵族会议是欧洲封建社会政治结构的一种制度体现。在这一结构中，政治社会的成员被划分为高低不同的各个等级，相邻的上下两个等级分别担当保护者与被保护者的角色，他们之间并不存在严格意义上的统治与服从关系。维持这种社会政治结构的，是传统上对于两个等级之间的权利与义务的规定。因此，当两个等级在权利和义务方面发生争执与矛盾的时候，它们通常只能参照习俗与惯例，并且通过协调的办法加以解决，因为“统治基于人民的同意”是维持封建等级关系的一项基本原则。在这一社会政治结构中，贵族会议充当了被统治者利益的代表机构，是对国王的权力与行为进行约束的一种重要工具。作为英国最早的宪法性文件的1215年《大宪章》，就是贵族会议与国王讨价还价的结果，当然这份文件同时也成为法治传统中一个重要的里程碑。

《大宪章》的意义在于，当国王权力开始扩展的时候，它以明确的形式对这种权力进行了限制，比如说规定国王征税必须得到贵族会议同意，由“大会议”代表的“全体国民”有权参与国家政策的制定并且拥有反抗政府的合法权利，国王的权力必须接受监督，国民享有受到平等对待的权利以及人身自由的权利，任何自由人未经依法审判或依法判决不得被逮捕、监禁、没收财产、剥夺法律保护权、流放或加以任何其他损害等等。上述原则在人们反抗国王的专制权力、维护法治传统的斗争中一直发挥着重要作用。1640年的英国革命、1776年的北美独立战争都是《大宪章》精神的体现。时至今日，这些原则仍然是英国宪法的重要组成部分。近来的一些研究还表明，虽然《大宪章》本身是贵族与国王之间的一种协议，但从实际效果来看，其中包含的对个人权力进行保护的内容同样适用于当时的各个社

Charles Howard McIlwain, *The Political Works of James I*, Cambridge: Harvard University Press, 1918, pp. 307, 333.

参见 [英] 弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》，北京：三联书店，1997年中文版，第205页。

英国议会最早的形态是罗马统治时期的“王室会议”和“平民会议”，盎格鲁-撒克逊时期的“贤人会议”和“民众大会”。诺曼征服（1066年）后，这一机构沿袭“贤人会议”的形式，但更名为“御前会议”，而且其组成也有所变化，即不再是社会贤达而改成了高级贵族。贵族会议有权和国王一起商定和颁布法律，办理涉及国王和显贵利益的案件，甚至决定王位继承的问题。当遇到税收、战和等重大事件及重大庆典或祭日，国王会召开扩大的御前会议即“大会议”，吸收一些大贵族和高级教士参加，后来低级贵族乃至市民代表也被吸收进来，最终演变成今天的英国议会的前身。

在封建社会的日耳曼国家，当一位新的国王就任的时候，他必须宣誓将遵循远古而来的惯例与习俗，进行公正的统治。这种宣誓表示统治者公开承诺，他将忠实于他对其臣民所承担的义务；另一方面，虽然实际上每一位国王获得其王位的时候都并没有真正经过臣民的批准，但人们宁愿将其理解为一种默认。国王与臣民之间的这种关系暗示着如果国王被他的臣民们认为违背了他的义务，那么他们便有权中止他的权力。833年法兰西国王虔诚者路易被迫退位，就是臣民们行使其权利的一个例子。

会群体，甚至包括那些还没有获得完全的自由权的阶层。

不过，《大宪章》并没有、也不可能彻底解决国王与贵族之间的权力纠纷，它提供的主要是一种原则。因此，双方之间此后又发生了一连串激烈的冲突，其结果是1258年对国王权力进行进一步限制的《牛津条例》（规定将国家权力交给由地方贵族控制的15人会议，非经该会议同意，国王不得做出任何决定）、1265年的《自由大宪章》（规定设立威斯特敏斯特国会，由以国王名义召集的骑士和市民代表组成，这是最早的英国等级议会）。到1297年，国会正式获得批准赋税的权力。进入14世纪之后，国会又获得了司法权并成为审判王国政治案件的最高法院。总的来说，从13世纪到16世纪，在专制主义最终获得胜利之前，国王与议会的斗争中后者往往是胜利的一方。正因为议会的存在及其对国王权力强有力的约束，人们普遍认为，中世纪时期，“至少在英国，立法的权利最后不决定于国王，而决定于国会中的国王”。直到英国革命前夜的1616年，英国下议院在给国王詹姆士一世的一份请愿书中仍然提出：“国王陛下的臣民们从远古以来，受您神圣的祖先、各位先王之庇护，一直享受着各种幸福与自由，而其中最珍贵并且最与他们的生活息息相关的，就是接受某种确定的法治原则，而不是任何专制政府的指导与统治。”

除议会之外，在与国王争夺权力的斗争中，一些著名的法官和法学家也发挥了不可替代的作用，他们中最有名的包含托马斯·莫尔（Thomas Moore）、爱德华·柯克（Edward Coke）与马修·赫尔（Mathew Hale）等等。关于一个独立的法律人阶层的存在对法治传统的意义有诸多论述，这里不再重复，但有一点必须强调，那就是这个法律人阶层独立的精神禀赋，即一种自觉维护法律至高无上的地位的斗争意志、公正平和的处事态度以及渊博的知识和高度的专业素养等等。法学家庞德对此有如下的评价：“在普通法法律人富有特性的学说、思想和技术的背后，有一种重要的心态。这种心态是：习惯于具体地而不是抽象地观察事物，相信的是经验而不是抽象的概念；宁可在经验的基础上按照正义的要求从一个案件到一个案件谨慎地行进，而不是事事回头求助假设的一般概念；不指望从被一般化和公式化了的命题中演绎出对当前案件的判决。”法国社会学家塔内（H. Taine）指出，人们在英国法官的身上根本看不到“迫害的倾向、警察的情绪、报复社会的欲望以及类似猎人诱捕猎物时那种来自直觉的窃喜。”在作出判断的时候，“他既不会滔滔不绝地进行雄辩，也不会肆无忌惮地谩骂。他不会掩盖他证据中的不足之处，也不会在他确信不疑的问题上夸夸其谈。他的用语平凡而动人，而他的深思熟虑则蕴藏于其中……我常常想，如果正义女神会说话的话，这就是她的声音。”

Cf., Samuel Thorne et al., I Jennings, *The Great Charter: Four Essays on Magna Carta and the History of Our Liberty*, New York: Pantheon Books, 1965, p. 3; Faith Thompson, *The First Century of Magna Carta: Why It Persisted as a Document*, Minneapolis: University of Minnesota, 1925, pp. 3 - 4; John Wiedhofft Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford: Clarendon Press, 1955, p. 214.

[美] 乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》，北京：商务印书馆，1986年中文版，第267页。

Petition of the House of Commons 7 July 1610, in G. Prothero, *Selected Statutes and Other Documents Illustrative of the Reign of Elizabeth and James I*, 4th ed., Oxford, 1913, pp. 302 - 305.

Roscoe Pound, "What is the Common Law?" *The Future of the Common Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1937, p. 3.

H. Taine, *Notes sur l'Angleterre*, 6th ed., Paris, 1880, pp. 283 - 284.

现代意义上的法治理念，正是在法官和法学家们与国王的斗争中形成的。特别是进入16世纪之后，随着专制王权的扩展和国会力量的式微，法律人的作用就显得更为突出，因为他们已经成为限制王权最主要的力量。这一点在英国表现得尤为明显。科克就曾经断然拒绝当时的国王詹姆士一世参与案件审判的要求，他的理由是，国王并不具备从事法律实践的资格，因为这种司法实践是一种需要高度权威性的规范体系的专业性技术活动，只有经过专门的法律训练、有法律经历的人才能胜任。实际上，科克甚至对国会的立法权也充满了警惕，因此在对1610年的一个案件的审判中认为，违反普通法的国会立法也是无效的。他的一句名言是：万一发生这种情况（即议会通过的法律违背了普通法），一个法官将做他应当做的事情。他指出，“普通法应该控制议会的立法，在必要的时候可以宣布它们无效，因为如果议会的立法违背了一般的权利与通常的理性，或者出现了内部矛盾，或者无法付诸实施，那么普通法应该可以对其进行监督，并且对它们加以废除。”

即使是在英国专制主义发展的顶峰时期，几位著名的学者和法学家仍然在1628年的一次议会讨论中表明了他们对君主主权概念的反对立场。科克认为：“‘主权’并不是一个议会制度之下应该出现的概念。在我看来，它削弱了《大宪章》以及我们所拥有的全部法条的原则；而只有后者才应该是绝对的，并且不会为主权提供任何的空间。”另一位法学家托马斯·温特华兹（Sir Thomas Wentworth）也简单明了地宣布：“我们的法律不承认任何主权”。皮姆（John Pym）说得更清楚：“我们所有的请愿书都是为了维护英国的法律，而这种权力（即国王所要求的主权——引者注）显然是一种与法律所赋予的不同的权力。我们可以对他（即国王——引者注）表示无上的尊重，但我们无法使他的权力至高无上。因为我们根本没有主权这种权力，因而也根本没有可能把这种权力赋予他。”

科克曾经因为与国王的对立而被免除高等法院法官的职务，但这并不能使他停止与国会一起继续反对国王的特权。他参与起草了1628年的《权利请愿书》，他写下的大量法律报告、评论及其代表作《英国法总论》都成为英国法治理论的奠基之作。科克的观点是：法律应该是一个完整的实体，并且独立于政府的政策。科克强调，法治的意义不仅仅在于确保国王在其与臣民的关系中遵守由法律所规定的立法形式与程序，他并且还非常有预见性地指出，即使是议会的立法也应该接受司法程序的审查。

二、立法权的重新确立及其与法治原则的冲突

英国资产阶级革命的胜利标志着国王与议会的权力斗争以前者的彻底失败而告终，但这并不意味着法治的胜利。1689年的《权利法案》和1701年的《王位继承法》虽然明确宣布国王的权力服从法律（The Monarchy was subject to the law），但议会作为立法者的地位却也

[美]波斯纳：《法理学问题》，北京：中国政法大学出版社，1994年中文版，第13-15页。

[英]詹宁斯：《法与宪法》，北京：三联书店，1997年中文版，第109页。

8 Rep., 113b, 118a

W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. 6, London, 1924, pp. 193, 194.

得以确立，洛克关于三权分立的理论对议会行使立法权的根据进行了清晰的论证。失去了国王这个对立面，议会的权力已经明显地表现出一种上升趋势。

当然，与专制时期的国王相比，议会的权力还是受到了更多的约束，而且事实上直到18世纪下半叶为止，也一直有议会的法案被法院推翻的情况发生。但进入19世纪之后，英国司法审查的概念虽然没有被正式放弃，却也基本上被人们淡忘了。特别是这一时期在英国展开的大规模的社会立法运动，可以说就是当时的议会试图以立法的形式对整个社会进行改造的一项宏大的政治工程。不容否认，这一运动对于改变当时英国社会中存在的大量不公正、不合理的现象的确发挥了重要的作用，所以在当时被视为社会进步的一种体现，而议会在这个过程中所表现出来的权力也因此被大多数人所接受或者默认。对于议会这种强有力的地位与能力，当时曾经有人说，它除了不能让男人变成女人之外可以说是无所不能了（当英国议会在1975年最终通过《性别平等法》，赋予男女完全平等的选举权之后，更有人揶揄说，英国议会已经把女人变成了男人）。

当然也有不少法治论者对于议会权力的迅速膨胀深感担忧。当时就有人试图在议会与普通法的权力之间进行平等，著名的法学家戴雪（A. V. Dicey）便是这样一位人物。在他的《宪法研究导论》中，曾经列举了英国法治传统三个方面的重要内容，即法律的最高权威、法律面前人人平等，以及宪法乃是这个国家普通法律制度的产物等。关于第三个方面他是这么说的：“最后，‘法治’在我们这里可以用来表达这么一个事实，即在其他国家通常构成宪法性自然的组成部分的那些规则，在我们这里却并非个人权利的根据而是个人权利的结果，它们由法院定义并加以实施。简而言之，在我们这里，由法院和议会所制定的私法原则具有极广的适用范围，甚至可以规范国王与他的臣属的地位；因此，宪法乃是这片土地上一般法律秩序的结果。”戴雪这里的意图很明显，即通过把宪法这一国家的根本性法律置于某种更普遍的法律秩序之下，使法律在其与政治的较量中获得一种更具“特权”的地位，同时一定程度上超越立法权（主权）与法律之间地位问题上的难题。这实际上是从科克开始的那种以一种“不可追忆的”历史说明英国法律至高无上地位的思路的继续。

不过戴雪也并不完全否定议会的立法权，所以一方面他赋予普通法以一种高于宪法以及任何个人权力的权威性，但同时“法院”和“议会”又被他置于平等的地位。应该说，这种平衡的努力并不算很成功，因为彻底的法治论者宁愿把权力完全归于法院，并且把议会的权力视为对法治的威胁；而支持社会立法和社会改良运动的人则对戴雪采取了毫不留情的批判态度，因为他们相信，恰恰是普通法中大量过时的陈规陋俗对社会公正和社会发展形成了障碍。英国著名的法学家詹宁斯就曾经讽刺戴雪说，人们甚至可以从他的理论中看出，他对于“童工的劳动，大量的生产事故，河水、空气和供应水的污染，简易的工棚，低廉的工资以及对19世纪工业管理中的其他事故”都抱着一种视若不见的态度。

洛克明确表示：“立法权，不论属于一个人或较多的人，不论经常或定期存在，是每一个国家中的最高权力”（洛克：《政府论》下篇，北京：商务印书馆，1964年中文版，第83页）。显然这也是亚里斯多德的立场。

A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law the Constitution*, 10th ed, London, 1960, pp. 203 - 204.

[英] 詹宁斯：《法与宪法》，第310页。

英国 19 世纪的社会立法运动和社会改良运动本身就是以对普通法传统的批判乃至否定为始终的。支撑着这一运动的，是以边沁（Jeremy Bentham）为代表的功利主义哲学思想，而构成功利主义思想基础的，则是对人类理性能力的一种极为乐观的态度。边沁本人是立法改良运动最热切的支持者之一以及这一运动在思想上的代表人物。为了阐释并且捍卫自己的观点，他一方面对英国传统的法律制度进行了毫不留情的批判，另一方面强调通过主权者制定法律对社会进行改良的可能性与必要性。被边沁用来作为批判的靶子的，是 18 世纪英国著名法学家布莱克斯通（John Blackstone）的《英国法评论》，而后者恰恰因其对英国普通法体系进行了系统论述和高度评价而在法治传统中被公认为经典之作。边沁认为，英国当时的法律体系中充斥着迷信、偏见以及大量陈腐的、远远落后于时代的因素，因此必须对其加以根本性的改造。在边沁看来，法律本身并没有任何超越人类理性的自然的或者超自然的基础，它不过是人们对社会关系加以管理和调节的一种工具，因而应该按照人类理性思考的结果为创造一个更为合理的社会服务。他的基本立场是：人们之所以服从法律，只不过是他们进行了理性的、趋利避害的计算的结果，“简言之，为什么必须服从，那是因为服从可能造成的损害小于反抗可能造成的损害。总之，为什么必须服从，就是因为这是出于他们的利益，他们有义务去服从，而不是出于别的理由。”

边沁对法律的功利主义理解直接影响了 20 世纪一个最大的法律学派即实证法学派的理论，这个学派可以说又反过来对边沁的立场进行了精细化的论证。法律实证主义的早期代表人物是英国法学家奥斯丁（John Austin）和凯尔森（Hans Kelsen），其基本观点就是法律即主权者的意志，或者说“只要由国家施行的都是法律”。按照一种广为流行的法律实证主义的理解，所谓的法律只不过是“作为某个共同体中政治权力与经济资源的分配形式的一部分而发展起来的一套规范体系”。因此，在法律实证主义看来，不仅把法律与传统和习俗联系起来显得毫无意义，而且连“恶法非法”这样的传统观念也成为一种空洞的道德说教。实证法学家凯尔森和英国著名的政治学家拉斯基（Harold Laski）甚至断言，在希特勒统治下的德国也存在着法治。在这样一种理解之下，法律成为能够为任何政治力量所支配的手段，也能够为达成任何政治目的服务，它本身则不具有任何超越性的、独立的价值。无怪乎有人认为，“在 20 世纪，西方法律传统的革命危机比历史上任何其他时期都要大，某些人相信这种危机实际上已导致了这种传统的终结。”

凯尔森式的法律实证主义因为过于直白而受到不少人的诘难，但把法律视为政治权力的

边沁的《道德与立法原理导论》一书就是以对布莱克斯通的《英国法评论》的批判作为其主要内容的。参见 [英] 边沁：《道德与立法原理导论》，北京：商务印书馆，2000 年中文版。

[英] 边沁：《政府片论》，商务印书馆 1994 年，中文版，第 155 页。

J. G. Latham, "Law and the Community", *American Law Journal*, No. 9, 1935, p. 3.

M. Sexton, L. W. Maher, *The Legal Mystique*, London, 1982, p. 9.

F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago & London: The University of Chicago Press, 1972, p. xxi 与之相呼应的是，纳粹时期的一些德国法学家的确把希特勒统治下的德国称为 Rechtsstaat（法治国家），而意大利法西斯统治下的一些学者也宣称，当时的意大利甚至比自由民主主义的国家更有资格被称为法治国家，因为在这里有远比以前更多的社会关系受到了法律的调节。Cf., G. Troves, "The Rule of Law in Italy", *Chicago Colloquium* 113, pp. 117 - 118.

[美] 哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，第 1 页。

体现这样一种思想方式并没有因此销声匿迹。美国当代法学家哈特 (Herbert L. A. Hart) 对法律实证主义进行了重新诠释, 其目的是使这种理论能够容纳更多的道德色彩从而更容易为人们所接受, 但哈特仍然强调, 法律乃是由明确的社会实践以及制度性的决定所构成的, 乃是“人们计划中深思熟虑的和有目的的决定的结果, 其目的是通过这些决定, 并且通过形成一种对由这种决定所引导出的规则的普遍服从而对共同体加以改变。”问题是, 把法律等同于政治权力的产物这样一种立场不可避免地面临着两难的选择。一种可能是, 法律本身成为一个自足的领域, 即法律之所以是法律, 是因为它们是政府机构按照合法程序制定和颁布的规则, 而政府则是依照法律有权制定法律的机构。这是一种循环论证, 而且无法解释政治与法律的发展与演变, 哈特自己也意识到了这一点。第二种可能是, 法律之所以是法律, 是因为它具有权力作为后盾, 这就从根本上取消了法治, 但这个结论是哈特本人也不愿意承认的。

从根本上说, 法律实证主义强调法律本身是理性的体现, 而且这种理性是客观的实在。英国历史学家梅特兰 (F. W. Maitland) 曾经对霍布斯的理论进行过如下的评论: “我们应该记住的是, 在 17 世纪中叶, 当霍布斯提出在本质上与边沁和奥斯丁一样的主权理论的时候, 这种理论还是一种新的东西, 它使人类大为震惊。这种理论坚信, 法律独立于任何统治者的意志, 甚至也独立于上帝的意志; 上帝本人也必须坚守法律, 他的全知全能的最高体现就是他对法律的遵循。”这样一种对法律的理解强调的是法律的客观、公正的性质, 是对古代希腊罗马自然法思想的回归, 因此也很容易被认为与法治的理想具有一致性。问题在于, 法律不会自己创造自己, 它们总是人类立法活动的结果, 这一点也是法律实证主义者们普遍承认的。然而恰恰就是由于这一事实的存在, 法律的理性便很难避免被立法者的理性所替代。到这里, 历史似乎又完成了一个循环, 回到了那个曾经苦苦折磨着古希腊人的问题。

三、在立法权与法律之间

在如何看待法律与理性的关系方面, 英国的普通法学家或许能够为我们提供一种更有启发性的思路。科克之后的另一位著名法学家赫尔曾经提出过这样一种思想, 即普通法是在漫长的历史演化过程中由无数的个体性司法判决累积而成的。它体现为一种为消除人类社会的各个组成部分之间的冲突与磨擦而持续努力的过程。因此, 为法律寻找一种确定的起源或者立法者就成为一件没有意义的事情。赫尔本来是在与当时君权论者的争论中提出这一观点的, 但后来这种观点成为法治传统的捍卫者普遍接受的一种被认为可以超越法律与权力之争的对英国法的历史解释。按照这种观点, 法律的智慧不应该接受任何来自个人理性的批判与

Cf., Ronald Dworkin, *Taking Right Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. x 着重号为引者所加。

另外, 哈特的理论在强调法律与道德的区别时又夸大了这种区分, 因为法律终究必须具有某种道德基础, 就此而言, “恶法非法”这个论断从根本上说仍然是正确的。至于在历史法学派看来, 法律本身就是与道德一同发展的民族精神的某种体现方式, 两者之间原本就具有其一致性。参见下文的论述。

F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, London and New York: Cambridge University Press, 1908, p. 101.

增减。英国著名的保守主义者柏克（Edmund Burke）也认为，法律的理性就表现在它作为一种历史过程的结果这一特性上面，即“我们的宪法是法律，它受到历史、实践和整体性的制约。”

在法律与理性或权力的关系问题上，或许当代保守主义者哈耶克的解释更具体一些。他把法律、语言这一类社会现象统称为“自发秩序”，即“由人类创造的，但并非有意创造出来的结果”。也就是说，法律中所体现的，是一种超越了每一个个人主观意识到的理性之上的理性，即一种在历史的演进中无意识积淀的集体的理性。哈耶克认为，“这样一种秩序包括着对周围环境的适应，而关于环境的知识又是分散在众多的个人之间的，因此它显然不可能通过集中指挥的方式得到确定。它只能产生于大量的社会事件与它们所立即导致的反作用之间的相互调适过程中。”他并且指出：“大多数这样的规则（法律规则与语言规则——引者注），都不是刻意创造出来的，它们是一种渐进试错的过程的结果，是这个过程中数代人前后相继的经验的累积”。可以看出，哈耶克的观点与亚里士多德非常相似，因为后者也认为，“历经数代人的尝试所达致的成就可能包含着任何个人所无法拥有的丰富经验。”

正因为哈耶克与亚里士多德一样强调人类理性存在着自身的有限性，所以在他看来，真正理性的态度恰恰意味着对理性能力的一种有所保留的立场，也就是说，“如果有必要对理性的适用范围寻求一种恰当的限度的话，那么发现这些限度本身就是一项极为重要且极为艰难的运用理性的工作。”“我们所做出的尝试正是对理性的捍卫，以防理性被那些不知道它得以有效发挥作用且得以持续发展的条件的人滥用。它要求人们确保理性必须得到明智的运用，同时要求人们为了做到这一点而为那个不受控制的、理性所不及的领域保留必要的空间。这个领域之所以必不可少，是因为只有在其中，理性才能得以发展并有效地发挥作用。”正是出于这样一种对理性及其与法律和规则的关系的理解，所以哈耶克相信，法治的精髓恰恰存在于英国习惯法的传统之中：“在我们为改善社会而付出的所有努力过程中，我们都必须始终在这个给定的整体内进行工作，以点滴的改良而非全盘的建构为目标，并且在每一个阶段都运用我们所拥有的历史性的素材，一步一步地改进细节，而不是试图重新设计这个整体。”

除理性主义以外，19世纪之后政治民主化的进程对于法治的传统也构成了一定意义上的挑战。特别是经过卢梭的理论工作之后，民主在西方历史上终于成为一种正面的政治价值而得到了人们越来越多的认同，自古希腊以来民主的负面形象也为之一变。同样是卢梭，为

Cf., J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge, 1957, p. 171.

[美] 罗纳德·德沃金：《自由之法》，上海：上海人民出版社，2001年版，第14页。

F. A. Hayek, "The Results of Human Action but Not of Human Design", *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London: Routledge & Kegan Paul, 1967, p. 96

F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press, 1960, p. 160. [参见《自由秩序原理》，北京：三联书店，1997年中文版（下同），第200页。]

Ibid., p. 157 (中文版第196页)。

Ibid., p. 62 (中文版第71页)。

Ibid., p. 69 (中文版第80页)。

Ibid., p. 69 (中文版第80-81页)。

Ibid., p. 70 (中文版第82页)。

民主体制之下法律的性质进行了重新界定，这就是所谓的“民主主权论”，或者用卢梭的话说，民主体制之下的公意自然具有法律的效力。初看上去，保证公民大多数的意志能够成为法律，这本身就是民主的一种内在要求，或者说民主在法律上的体现形式。但问题在于，民主是否需要某些必要的外部约束？公民大多数的意志是否在任何情况下都构成对一切法律的合法性进行判断的惟一标准？对于前一个问题，卢梭的回答是肯定的，他为此甚至像古代希腊人一样为他设计的理想国家邀请了一位“立法者”。“立法者”的任务是为这个国家制定一项基本法作为其基本的政治框架。这种基本法应该是连公意也不能加以变动的，并且由一种所谓的“公民宗教”（civic religion）加以维护。由此可见，卢梭显然意识到了民主与法治之间可能存在的冲突，这是作为民主主义者的卢梭与对人类政治史有着深刻理解的卢梭之间的矛盾。

在后一个问题上可以肯定的是，如上所述，在卢梭看来，“立法者”为一个民主政体制定的基本法是民众所不能更改的。但是，对那些由公民们自己制定的法律他们又应该如何处理，对这个问题他并没有作出明确的回答，而民主与法治的矛盾也就在这里显现了出来。按照法治的传统，已经存在的法律对于以后的法律形成了一种较强的约束，也就是说，合法性的依据是“向后看”的；而按照民主原则，现存的法律即大多数公民最新的意志表达应该成为衡量以往的法律是否可取的惟一依据，即合法性的标准是“向前看”的。如果考虑到实际并不可能找到卢梭所设想的“立法者”，一种民主体制的基本法律规范因而仍然只能出自公民们自己，那么卢梭设想的共同体已经从根本上排除了在普通法的意义上延袭旧有法律制度的可能。或者说，在这种共同体中，一切法律都会是新的，是变动中的。于是，在卢梭式的民主理论中，真正统治着一个共同体的就不是法律，而是大多数公民的意志。

在民主与法治的关系问题上，英国早期的自由主义思想家们也没有能够提供比较清晰的回答。比如说，洛克一方面坚持，政府的任何活动都必须有其法律依据，也可以说政府必须遵循法治的原则；但是另一方面，他又把立法权完全赋予经选举产生的议会。从洛克的思想逻辑判断，除了最基本的自然法之外，议会的立法应该不会受到更多的限制，那么结论就是，政府的依法统治只意味着由立法机关颁布法律并且由行政机关据此进行统治。在这里，法律实际上已经成为一种统治工具，这是一种人治还是法治状态就让人怀疑了。

实际上，在英国政治学和法学的理论传统中，对于作为公民意志体现者的议会的所谓“主权者”地位的依据，一直存在两种不同的理解。一种认为，议会至高无上的地位来自其作为立法机关的特性，其代表人物包括布莱克斯通和戴雪；另一种理解则认为它之所以拥有

德沃金曾试图在这个方面调和民主与法治的不同要求，即回答“法官的立法”在一个民主社会如何能够获得其合法性的问题。参见 Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*。

洛克曾经表示：“一个没有政府的国家，我以为是一种政治上的不可思议的事情，非人类的能力所能想象，而且是与人类社会格格不入的。”（洛克：《政府论》下篇，第 132 页）但他的意思，更多的应该是政府“依法而治”，而非严格意义上的“法律的统治”。

洛克的确为立法权设定了一些限制，包括“它对于人民的生命与财产不是、而且也不可能是绝对地专断的”，立法机关“不能揽有权力，以临时的专断命令来进行统治”，“最高权力，未经本人同意，不能取去任何人的财产的任何部分”，以及“立法机关不能把制定法律的权力转让给他人”等等（参见洛克：《政府论》下篇，第 83 - 88 页）。总的来说，洛克的基本立场是，立法权本身也不能置于自然权利即生命、财产与自由的权利之上。显然，这种理解与法治传统仍然是有明显的区别的。

这样一种权力，是因为它同时又是最高的司法机关即最高法院，科克就持这种观点。按照前一种理解，议会的权力的确是不受任何限制的；而按后一种理解，议会的权力却受到法律本身的约束。

詹宁斯非常深刻地洞察到了民主化时代法治传统所受到的挑战。他特别指出，戴雪认为对于自由的威胁主要来自政府的自由裁量权的观点已经远远落后于时代的变化，因为在19世纪之后的英国，真正广泛地享有“自由裁量权”的并不是各级政府机构而是作为立法机关的议会。因为“英国议会可以通过它想通过的任何立法，它不受任何成文宪法的限制，它的权力不仅广泛，而且没有限制……在英国，行政权受立法的限制，但立法机构的权力则根本不受限制。或许可以争辩地说，英国仍然存在法治，但是这个法乃是随时都有可能改变的法。”詹宁斯强调指出，在这样一种情况下，“所有的权力都可能被滥用，不管它们是否来源于‘正当法律’”。因为实际情况是，“在‘正当法律’与‘行政权力’之间并不存在对立，所有的权力都来源于法律，不论是18世纪晚期巨大的权力，还是19世纪中期受到相对限制的权力，抑或是本世纪迅速扩张的权力”。因此，像戴雪那样，以“正当的法律”作为权力正当性的依据的看法，在议会获得了没有任何限制的立法权的情况下已经没有什么真正的意义。

从实践上看，在反抗专制政治的过程中，民主往往站在法治一边，英国革命前的历史就表明了这一点。但必须看到，民主与法治之间的确是存在着某种冲突的。古代希腊的政治实践已经证明，没有法治的民主极可能沦为一种“暴民政治”，它给人们带来的是无休止的动荡与灾难，而且其本身也包含了不公正与不自由的可能性。实际上，在法律与政治的关系问题上，纯粹形式的民主与独裁，或者统治者人数的多少并不会带来根本性的区别。也就是说，如果少数人的统治可能置法律于不顾的话，那么多数人的统治也不能自动保证对法律的尊重。在现代社会，当民主获得了一种类似于意识形态的地位的时候，这一事实往往被忽视。虽然实际上现代民主政体一般都以宪法的形式保证了公民的某些基本权利，并且对立法权有所约束，从而本身带有法治的因素，但如果不正视这个问题，那么法治也仍然面临受到蚕食的威胁。

英国法学家阿兰（T. R. S. Allan）曾经指出，在当代世界，由于缺乏一种对法治理论的清晰阐述，法治传统已经受到严重的侵蚀，而且至少在具有普通法传统的国家里导致了议会权力与其他部门的权力之间的不平衡。他认为，“法治是一种宪政原则，它保证了法律的效力。它与议会主权的原则一同指导着法院的思想与行动。正是对法治原则作为一种司法与行政原则的重要性及其范围的错误理解，扭曲了人们对议会主权的认识，并且部分地导致了我们今天对宪政失衡的担忧。”

[英] 詹宁斯：《法与宪法》，第39-40页。

同上书，第212—213页。

这一点实际上已经为亚里士多德所洞悉。他曾经表示：“谁说应该由法律遂行其统治，这就有如说，惟独神祇和理智可以行使统治；至于说谁说应该由一个人来统治，这就在政治中混入了兽性的因素。常人既不能完全消除兽欲，虽最好的人们（贤良）也未免有热忱，这就往往在执政的时候引起偏向。法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。”（亚里士多德：《政治学》，第168-169页，1287a25）

T. R. S. Allan, "Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism", *Cambridge Law Journal*, (1985) 44 (1), pp. 114 - 115.

正因如此，一些彻底的法治论者强调必须对立法权本身加以限制。比如说，美国最高法院首席大法官马歇尔在正式确立了美国司法审查权的马布里诉麦迪逊一案的判决理由中写道：“一部违宪的法律是否能够被国家所接受，对于美国来说实在是一个至关重要的问题。然而令人高兴的是，人们对它的高度关注已经足以解决这个复杂的问题了，而且只须承认某些长期为人们所公认的、而且牢固确立的原则，便足以对这个问题做出裁决。……立法机构的权力是经过界定的和有限制的；为了使这些限制不被误解或遗忘，人们制定了成文宪法。如果这些限制可以在任何时候为那些原本旨在接受束缚的人所突破，那么限制这些权力又有何必要呢？而且这种限制又有何必要被制定成成文法呢？如果这些限制措施不能约束其原本旨在约束的人，那么有限政府与无限政府间的区别也就根本不复存在了。极为重要的是，说明何者为法律，乃是司法部门的职责和权限。……如果两项法律彼此冲突，那么必须由法院来裁定这两项法律各自的适用范围。”那么问题就成为：对立法权的限制是否可能？特别是在立法权同时具有理性和民主这两种当代社会几乎不能加以质疑的合法性依据的情况下，这种限制又如何可能？对这些问题，美国宪法及其制定者们的思想提供了一种极富参考价值的制度性的回答，那就是美国式的“混合政体”的构想。

(责任编辑：陈志瑞)

Allan J. Cigler and Burdett A. Loomis, eds., *American Politics: Classic and Contemporary Readings*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1989, p. 600