宪政基因概论

——英美宪政生成路径的启示

钱福臣*

内容提要:宪政基因是具有历史传承性的,能够引起宪政产生并决定其性质与发展方向的基本的社会因素。英美宪政之所以能率先生成并成为其他国家的学习典范,一个至关重要的原因是英美社会中较早地生成了个人权利诉求、政治权力多元和法律至上的宪政基因。这些基因是宪政产生及发展的原始动力,体现为宪法中的人民主权、基本人权、分权与制衡以及法治等原则。缺乏宪政基因的东方国家,最重要的是在社会上有意识地移植和培养这种基因,否则即使制定了宪法,也未必能够很好地实施。

关键词:宪政基因　个人权利　政治权力　法律至上　宪法史

对于宪法与宪政的关系,许多学者已达成了以下共识:宪法是宪政的前提,没有宪法就不会有宪政,宪政是宪法实施的产物。这一认识无疑是正确的,笔者完全同意。然而,从宪政生成的完整路径来看,则对宪法和宪政的生成还有一个不能忽视、甚至是至关重要的环节,即宪政基因。

基因是生物学上的概念,基本遗传因子的简称,是将遗传信息由上一代传给下一代的载体,能够决定生物的基本性状。基因一词常被社会科学研究者所借用,用来指具有历史传承性的,能够引起某一社会现象产生并决定该现象性质的基本因素,如社会基因、文化基因等。本文提出的宪政基因,即是社会科学意义上的借用,指具有历史传承性的,能够引起宪政产生并决定宪政基本性质的某些基本的社会因素。一般地说,宪政生成的基本路径是:在某一社会中,先生成宪政基因,宪政基因生成宪法,并作用于宪法的实施,宪法的实施生成宪政。

无论是从生成时间上还是从成熟程度上看,英、美宪政都成为现代社会其他后发立宪国家的楷模,而英、美社会较早地生成了一脉相承的宪政基因,其宪政即生成于斯,尤其是英国宪政几乎是完全从其中自发地生成的。从英、美宪政史入手来研究宪政的生成路径具有一定的典型性,对于后发立宪国家的宪政之路也更具借鉴意义。

英、美宪政的生成是一个动态的历史过程。英国宪法是不成文宪法,由在较长的历史跨度

* 黑龙江大学法学院教授。

中生成的一系列宪法性文件构成,1215 年《大宪章》的产生和实施是英国宪法和宪政开始生成的标志。美国宪法虽然被誉为成文宪法的典范,但 1787 年的成文宪法的产生和实施仍然只是其联邦宪法和宪政生成的开始和标志,而不是其全部。因为"美国宪法的一些重要方面是完全不成文的"。[①]除了一部成文宪法之外,还包括动态的宪法修正案、判例宪法和宪法惯例。在这个发展过程中,宪政基因不断地发挥着作用。

现代宪政理论将宪法与宪政的基本原则概括为人民主权、基本人权、分权与制衡、法治四大原则。[②] 这四大原则均在英、美宪法与宪政中率先确定,而它们均生成于宪政基因。笔者拟从英、美社会宪政基因,与体现英、美宪法与宪政暨现代宪法与宪政基本性质的四大基本原则之间关系的角度对英、美宪政生成路径进行历史的考察,以揭示宪政生成规律,并望对其余后发立宪国家的宪政实践有所启示。

一、个人权利诉求:人民主权与基本人权原则赖以生成的基因

个人权利诉求是英、美社会一脉相承的历史传统。它是英、美宪法与宪政的目的性基因,因而也是其赖以生成的动力。个人权利诉求首先体现为其宪法中的人民主权原则,然而这种人民主权只是政治含义上的,即在政治上、逻辑上说明国家主权合法性的人民主权。而在实际上和法律上,人民作为一个整体在国家权力中并不享有这样一个主权位置。为最终实现个人权利诉求,人民主权原则在宪法上必然体现为基本人权原则。如此则人民主权只是社会上的个人权利诉求和法律上的基本人权保护之间的一个逻辑环节。以下概要叙述这种关系。

(一)英、美社会个人权利诉求的历史传统

个人权利诉求是欧洲历史上的古老传统。它肇端于欧洲中世纪日尔曼人的个人主义传统。许多西方学者认为,罗马帝国衰亡后,日尔曼人带入罗马世界的主要是个人自由的精神、对独立和个性的需要和热爱。正如基佐所说"日尔曼人把自由的精神,把我们想象中的自由的精神赋予我们,并在今天把它了解为每个个人的权利和财产,而每个个人则都是他的自身、自己的行动和自己的命运的主人,只要他不损害其他个人。"[③]"中世纪是私人权利占绝对统治地位的时代,这里不存在独立的公共权利"。[④] 这种个人独立的情操,罗马社会和基督教社会都是不知道的。它正是由蛮族带来并存入欧洲中世纪文明的摇篮里的。它在那里引起了如此显著的一种作用,产生了如此有价值的一些成果,使人不能不把它看作欧洲中世纪文明的基本要素之一。[⑤]

---

① Britannica, 1993 by Encyclopaedia, Inc. 16, p696.

② 在这一点上,许多学者已达成共识,只是具体表述略有差异。如有学者认为,"宪法的基本原则主要有人民主权原则、基本人权原则、权力制约原则和法治原则。而且这四大基本原则构成了宪法内在精神的统一体,成为现代民主宪政体制的基本支柱,具体说来即人民主权是逻辑起点,基本人权是终极目的,权力制约是基本手段,法治是根本保障。"徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》,中国人民公安大学出版社 2001 年版,第 186 页。又如有学者将宪法的基本原则概括为人民主权原则、人权保障原则、法治原则、分权与制衡原则与民主集中制原则。朱国斌:《中国宪法与政治制度》,法律出版社 1997 年版,第 19 页。

③ [法]基佐:《法国文明史》,沅芷、伊信译,商务印书馆 1993 年版,第 1 卷,第 195 页。

④ [意]圭多·德·拉吉罗:《欧洲自由主义史》,杨军译,吉林人民出版社 2001 年版,第 2 页。

⑤ 参见[法]基佐:《欧洲文明史》,程洪逵、沅芷译,商务印书馆 1998 年版,第 38 页。

这种个人权利诉求的传统在欧洲中世纪,尤其是在英国,一方面,依托于多元的政治权力而得以存活和发展,并成为英国宪法所保护的对象,另一方面,又借助于自然法观念而得以升华,并成为英国宪法赖以产生的"高级法背景"。其过程如下:

首先,个人权利诉求的传统以同时期的权力多元状态为依托和保障。这种个人主义的自由被称为"是在赋予某些等级或某些人以特权的意义上的自由"。⑥ 这种现象的出现,是由于欧洲中世纪没有形成现代社会的那种绝对主义国家,个人若保护自己的自由和权利,必须结成一定的利益集团。这些利益集团,一方面,对外互相制衡,能够消解可能侵害个人权利的极权和专制势力的出现,另一方面,对内通过自治维护个人权利赖以存活的秩序。如 11 至 13 世纪各种相对独立的权力在欧洲兴起,多种权力中心与封建王权并存。贵族是对抗王权而最早在自己领地内形成权力中心的力量。大贵族们在自己的领地内征服桀骜不驯的封建主,逐步建立起稳定的行政、司法等社会管理机构,保护领地内的经济活动和城市发展。教士们在 12 和 13 世纪不但是世俗政府中最有能力的代表,而且在人身上只从属于教会管辖。⑦

中世纪欧洲的个人权利诉求依托于不同层次、不同等级的多元的利益集团或特权团体而得到保护和实现。构成英国宪法的、自大宪章始的早期宪法性文件就是以个人权利诉求为目的的多元的利益集团在与国王斗争中所形成的政治契约。现代的英国资产阶级革命也继承了这种个人权利诉求的传统。在资产阶级革命中所形成的一系列宪法性文件,也是以资产阶级为代表的多元的利益集团为保护和实现个人权利,在与国王的斗争中所形成的政治契约。只不过这个时候已经形成了绝对主义国家,个人权利凭借多元的利益集团对抗专制国家以存活。

其次,普通法中个人权利与高级法观念的同一,即普通法中的个人的实体权利变成了高级法观念中的自然权利,使普通法中个人的传统权利变成了英国宪法产生的"高级法背景"。对于高级法,正如爱德华·S·考文所说:"我们在中世纪欧洲大陆看到的只是观念,而我们在同一时期的英国,发现的则不仅是观念,而且还有一套相应的制度。"⑧ 英国高级法的显著特征表现在"它首先是最严格意义上的实在法,是经常在普通法法院里解决私人争端的法律,然后才是一种高级法。现在由美国宪法保护其不受立法权侵犯的许多权利,最初是指由普通法保护的那些不受一个人邻里侵害的权利。"⑨ 庞德认为:"在普通法上,英国人有着基本的权利,这些权利为法院所保护,即使这些权利违背国王意志。在接下来的一个世纪,获得了科学的阐释的一个基本自然权利的法律理论。这一理论中的基本自然权利,独立于国家之外但又依赖于国家的保护,国家不能改变和删去这些权利,而且应该对其加以保护。随着历史的变迁,普通法的限制王权的理论演进为对一切权利进行自然限制的理论;普通法中英国人的权利演化为人的自然权利;在名称发生变化的同时,其实质也在发生变化。"⑩

美国的情形也是这样。殖民地时期的美国先民主要是英格兰人,他们继承了传统的"英国人的权利"。有学者指出,"美国的先民是欧洲文化、特别是英格兰文化的载体。英属北美殖民地有产者在权利意识方面也继承了英格兰的传统。英格兰的权利传统在北美的特殊环境中经

---

⑥ [美]哈耶克:《自由秩序原理》,上册,邓正来译,三联书店 1997 年版,第 204 页。

⑦ 潘伟杰:《现代政治的宪法基础》,华东师范大学出版社 2001 年版,第 6 页。

⑧ [美]爱德华·S·考文:《美国宪法的"高级法"背景》,强世功译,三联书店 1996 年版,第 16 页。

⑨ 前引⑧,考文书,第 17 页。

⑩ [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社 2001 年版,第 63 页。

历了变化和发展,形成了自己的特色。”[11]

殖民地继承英国人的权利的一个路径是英王给殖民地颁发的特许状。北美殖民地的起源大致有三种模式:公司式、业主式和契约式。[12] 公司式和业主式的政治和法律基础是王室的特许状,而契约式则是一种带有自发性质的“公民契约”,但后来也都得到了王室特许状的认可。“从1497年卡伯特的特许状起,英国王室在其颁发的所有北美殖民地的特许状中几乎无一例外地明确宣称在殖民地居住的英国人将享有英国人的传统权利。”[13]

在北美殖民地继承“英国人的权利”方面起了重要作用的还有布莱克斯通的著作《英国法注释》。伯克在谈到英国的法学著作时说:“现在,殖民地人走上了为了自己使用而出版这些书的道路。我听说,他们在美国售出的布莱克斯通的《英国法注释》几乎同在英国出售的一样多。”[14] 布莱克斯通在该书中论及了“英国人的权利”。这些权利主要有:“(1)人身安全的权利,也即不受伤害和残害或其他诸如此类的侵害的权利;(2)人身自由的权利,包括陪审团审理的权利、人身保护的权利以及不受其他不公正地限制人的活动的权利,这些权利一般确立的是对政府的限制;最后是(3)财产权。”[15] 美国弗吉尼亚大学著名教授卡尔文·伍达德不但对布莱克斯通所论及的“英国人的权利”作了如上的概括,而且对其对美国宪法的影响也给予了较高的评价。他认为:“我们宪法正文的主体只是一种政体蓝图。虽然它肯定以孟德斯鸠的‘分权’为基础,但孟德斯鸠自己却以英国政体作为他的著作的基础。后来,有了包括《权利法案》在内的修正案,这些修正案实际上直接来自布莱克斯通的‘英国人的权利’。”“这些权利在很大程度上都重现在我们的第一修正案中,从而使人们料想,如同这些权利遵从的是某种抽象形式的自然权利,它们也是我们的英国历史的一份遗产(至少在某种程度上来自布莱克斯通对英国法的看法)。”[16]

总之,个人权利诉求是欧洲、尤其是英国中世纪以来的一种社会传统,也是普通法的历史传统。对个人权利的保护是英、美宪法的目的和动因。在英、美宪政史上,保护个人权利的传统是一脉相承的。“英国人的权利”是作为美国宪法产生的思想基础的洛克的人民主权思想和美国宪法及其修正案赖以产生的共同的传统因素之一。有学者认为,“北美殖民者显然毫不费力地领悟和接受了洛克的理论,并在不久的将来将其付诸实践。殖民者不仅熟悉洛克理论的英国背景,而且他们已在殖民地开始了社会契约的实践。对于一部分殖民者来说,社会契约的理论早已通过类似《五月花公约》和《康涅狄格基本法》的文件在北美成为一种政治现实。而且,政府权力的分离也早在殖民地的政治现实中不同程度地存在。至于民众的基本权利,在早

---

⑪ 陆镜生:《美国人权政治——理论和实践的历史考察》,当代世界出版社1997年版,第54页。

⑫ 所谓公司式,是指由民间投资人组成的股份投资公司,然后从王室获得特许状或宪章,在北美某一特定地区建立殖民地。业主殖民地本质上是欧洲封建领地传统的延续。王室将北美土地作为礼物馈赠给拥有相当才力的王亲国戚和显赫贵族,赋予他们独占和统治该领地的权力,拥有这些土地的贵族本人或他们的代理人即为业主。而契约殖民地则是以自发的形式组成,其组成根据是殖民者之间签定的共同协定或契约。见王希:《原则与妥协:美国宪法的精神与实践》,北京大学出版社2000年版,第6页。

⑬ 前引〔12〕,王希书,第39页。

⑭ [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1990年版,第17页。

⑮ [美]卡尔文·伍达德:《威廉·布莱克斯通爵士与英美法理学》,见[美]肯尼思.W.汤普森编《宪法的政治理论》,张志铭译,三联书店1997年版,第89页。

⑯ 前引〔15〕,伍达德书;前引〔15〕,汤普森书,第88页。

期的王室特许状中都有承诺,而 1660 年后新建的殖民地都在其基本法中作了明确的规定,……”而在这种个人权利不再受到英国宪法的保护并受到宗主国侵害时,强烈的个人权利诉求使美国人拿起了武器进行反抗,并在革命胜利后设计了保护个人权利的美国宪法。

(二)个人权利诉求与人民主权和基本人权原则的关系

个人权利诉求在英、美宪法和宪政中体现为人民主权原则和基本人权原则,是两原则赖以生成的基因。从逻辑思路上看,英、美宪法中的人民主权原则源于个人权利又必然归于个人权利,即个人权利是宪法上人民主权原则的动力,而反过来又成为人民主权原则的目的。在这里,“人民主权”只是个人权利诉求和个人权利保护之间的逻辑环节。既然这种人民主权只是政治上的和逻辑上的,因而宪法为实现其保护个人权利的最终目的,必然从政治上的人民主权原则中派生出法律上的基本人权原则,以达到个人权利的宪法保障目的,否则人民主权原则就成了一张空头支票。

英国自《大宪章》开始的一系列宪法性文件都是臣民为诉求和保护个人权利而与国王斗争的结果,这些文件也都以保护个人权利为目的。《大宪章》虽然并未直接提出人权问题,但是 16、17 世纪资产阶级革命,从《大宪章》推定出一系列有关人权的原则,使《大宪章》具有了保障人权的性质和意义。此后的《权利请愿书》、《人身保护法》、《权利法案》等又都相继将基本人权原则固定下来,并将其提升为某种具有普遍意义的东西。⑰

美国宪法则更鲜明地将政治意义上的人民主权原则,具体化为法律上的基本人权原则。美国联邦宪法“绝对不只是一种对权力渊源的规定,而且还是一部保障自由的宪法(a constitution of liberty),亦即一部能够保护个人以反对一切专断性强制的宪法。”⑱为了保证个人的权利不被侵害,美国人不但在宪法正文中规定了严格的权力分立和制衡以及联邦与州政府权力行使的种种限制,最终还以列举不可剥夺的个人权利的《权利法案》的采纳作为批准宪法的条件。可见对个人权利的保护是当时美国主流社会的共同认识。托马斯·杰斐逊的话在当时具有一定的代表性。他认为:“《权利法案》就是人民被赋予权利以对抗世界上的每一个政府,无论是一般的还是特殊的(即联邦的或州的),并且任何政府都不得加以拒绝或干涉。”⑲亨金也说,“在美国,个人权利是生活的核心所在,而且从建国以来就是宪法史的主线。”⑳

个人权利诉求同样是英、美宪法实施,暨宪政生成的强大动力。这主要表现在个人通过对宪法权利的主动追求去实现。庞德说,普通法“依赖个人的主动性去实施法律,维护权利。它不能容忍对个人行为、身体、精神和经济自由的干预。简言之,单独的个人是它许多重要学说的核心。”㉑ 正是对个人权利的极端关怀使个人积极主动地参与宪法的实施。如在美国的司法审查制度中,个人为维护自己的权利积极主动地进行的诉讼成为实现、甚至发展宪法的强大动力。因为在美国,宪法问题只能在实际的、具体的案件和争议中被提出。法院不给政府提供

---

⑰ 前引〔11〕,陆镜生书,第 5 页。

⑱ 前引〔6〕,哈耶克书,上册,第 228 页

⑲ Fred W. Friendly, Martha J. H. Elliott, *The Constitution That Delicate Balance, Landmark Cases That Shaped The Constitution*, 1984 by Random Hause, Inc, p12.

⑳ [美]路易斯·亨金:《宪政与人权》,载[美]路易斯·亨金、阿尔伯特.J.罗森塔尔编《宪政与权利》,郑戈等译,三联书店 1996 年版,第 510 页。

㉑ 前引〔10〕,庞德书,第 9 页。

顾问性意见。没有诉讼当事人提起具体的“案件和争议”,美国的司法审查制度就无法启动和运行,“判例宪法”也就无从产生。因而,美国人看到“所有的塑造我们宪法的案件都附着一些名字——从 Barron 到 Near 到 Mapp 到 Francis 到 Dejonge 到 Doe 到 Poe。它们看来都像一场露天演出中的毫无个性的名字,对于宪法学者和律师来说,只是用做援引的名字,而非验试其权利的真实存在的人的名字。”[22]然而,“这些英雄和无赖、胜诉人和败诉人,对宪法的撰写所做的事情可能与那些宪法的起草者们一样多。他们挑战这个制度,并证明成文宪法只有显示它在后来的世纪中,当国家发展变化时能够予以适应,才比它被书写其上的羊皮纸有更大的价值。正是这些案件和最高法院的大法官们保证了我们的基本章程不是一个冗长的法典,而是一个人类的文件。”[23]

二、政治权力多元:分权与制衡原则赖以生成的基因

以多元的利益集团为载体的政治权力多元与互控也是英、美社会一脉相承的历史传统。多元利益集团在社会上形成的网状控权模式,是宪政赖以生成的社会控权基础。[24] 它直接体现在英国宪法分权与制衡的制度和框架之中,形成了古代宪政理论中的“混合政体”似的以阶级为基础的分权与制衡制度,即政体中国王、贵族和平民三个阶级之间的分权与制衡,因而被称为“阶级的分权”。它还间接地体现在美国宪法分权与制衡的制度和框架之中,形成了以层级和职能为单位的分权与制衡,即政体中联邦与州之间的分权与制衡和联邦层次上的立法、执法和司法三种职能间的分权与制衡。英、美两国制度虽然存在着不同,但在以多元的政治权力消解集权和专制以及多元权力需要宪法秩序的精神方面同出一辙。

(一)英、美社会政治权力多元的历史传统

政治权力多元与制衡同样是欧洲的一种古老的政治传统。在古希腊和古罗马的社会制度或社会生活中,即存在着导致权力多元和制衡的潜在因素。

先看古希腊。首先,在政体上,雅典不但存在着职能相对分立,并含有一定制衡因素的三个主要国家机关,即公民大会、议事会和公民法庭,而且还存在着众多的规模不大的行政机构。“雅典国家的政权经过上述选举制、限职制、分权和有限责任制的整理分割,已被碎化到众多公民个人手中,而个人权力又在三大机构的严密监控和自身集体领导的制约之下,只能在非常有限的时间(一年任期)和空间(很小的职权范围)内施展,因此如果不能摆脱这些控制,任何形式的个人独裁或小集团的寡头政治都是不可能的。”[25] 因此有学者认为“古代雅典可能是世界历史上第一个建立稳定、有效的民主政治的国家,并且值得赞扬的是,它开创了一种通过制衡的

---

[22] [23] Fred W. Friendly, Matha J. H. Elliott, *The Constitution-That Delicate Balance*, 1984 by Random House, Inc., Viii Prologue.

[24] 指社会上多元主体之间的互相制约和控制模式,是宪政和法治的社会控权基础。参见钱福臣:《论依法办事过程中主体的能动因素》,《求是学刊》2001 年第 4 期。美国学者斯科特·戈登认为:“社会组织的基本模式只有两种。在一种模式中,发布命令的权威是以一种等级化的秩序而构成的,这个制度中的每个部分都必须服从其上级;其顶端则是一个最高的实体。另一种模式则刻画了相互作用的独立的部门的一个网状结构,在这个结构中没有最高的权威。驱动第一种模式的分析的操作性概念是‘主权’。它在第二种模式中的对应物则是‘对抗’(countervailance)或制衡的原动力。”见戈登:《控制国家—西方宪政的历史》,应奇等译,江苏人民出版社 2001 年版,第 17 页。

[25] 施治生、郭方主编:《古代民主与共和制度》,中国社会科学出版社 1998 年版,第 202 页。

方式控制权力的制衡制度。”[26]

其次,在观念上,古希腊产生了在政治理论发展史上影响巨大的“混合政体”学说,“混合政体理论的基础是这样一种确信,即必须让社会中的主要利益团体联合参与政府职能,以此来防止任何一个利益团体可能将自身的意志强加于其他利益团体”。[27] 希波达莫斯、柏拉图和亚里士多德对混合政体的思想都有所论述。混合政体概念在何种程度上包含了权力多元与制衡的观点?近年来,帕纳乔普罗斯(Panagopoulos)对这一问题进行了有力的说明。“他认为古希腊的柏拉图、亚里士多德和其他学者对混合政体概念有一个清晰的认识,混合政体是作为这样一种制度结构:通过反映共同体中的社会经济阶层的利益要求,从而建构了利益的平衡。”[28] 其实,君主政体、贵族政体和民主政体相混合的混合政体的观念包含着以君主、贵族和平民等不同阶层或阶级为基础的权力多元与制衡的因素。

古罗马虽然建立了统一的帝国和中央集权的体制,但罗马社会却蕴涵了许多导致权力多元和制衡的潜在因素,这些因素在欧洲中世纪的特殊环境和土壤中,发展成为权力多元和制衡的种子。

首先,基督教会的遗存。它为欧洲中世纪留下了一个拥有巨大的精神武器和物质实力,并因而可获取重大政治权力以对抗世俗君主权力的教会团体以及与此相适应的宗教和世俗社会的二元社会观。在4世纪末和5世纪初,基督教已不再是一种单纯的个人的信仰,它已是一种机构和组织。它有一批准备去执行各种职务的,不同等级的教士。它有财政收入,有独立行动的手段,有一个大社会团体所需的集会点,即各省的、全国的和全教会的会议,还有就社会事务共同讨论的习惯。[29]

基督教的二元社会观和基督教会对欧洲中世纪的政治格局一直起到举足轻重的影响,并导致中世纪末期的二元社会体系。西方学者认为,“基督教二元人性观和二元社会观,变成了西方政治生活的基础。除去少数异教徒和不信奉宗教者,人人自从降生便分属两大社会,它们又各有特定的公共责任范围。”[30]

其次,罗马帝国遗存的城市自治传统。正如基佐所说:“罗马的这种城市性质显然使她极难建立和维持一个大国的统一和社会结合。一个像罗马这样的自治市能够征服世界,但要管理和组织这个世界就不那么容易了。”“因此,我们在罗马帝国覆亡时再次发现我们在罗马的幼婴时期已经发现过的同一事实,即地方自治的形式和精神占着主导地位。罗马世界已返回到它的最初的状况。各城市组建了它;它解体了,而各城市仍然存在。”“在地方自治这个制度中,我们看到了古罗马文明留给近代欧洲的遗产。”[31]

再次,罗马的帝国观念和帝王观念也同样遗传给了欧洲中世纪的社会。正如基佐所说:“另一个事实,另一个观念同样残存着:帝国的观念、皇帝的名称、帝王威仪的观念,附着于皇帝

---

[26] 前引〔24〕,戈登书,第82页。

[27] [英]M.J.C维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店1997年版,第31页。

[28] 前引〔24〕,戈登书,第83页。

[29] 前引〔3〕,基佐书,第31页。

[30] [美],沃特金斯:《西方政治传统—现代自由主义发展研究》,黄辉、杨键译,吉林人民出版社2001年版,第35页。

[31] 基佐的《欧洲文明史》一书中的“近代”或“近代欧洲”是均指欧洲从罗马帝国灭亡到16世纪进入他所谓的“现代社会”这一特定的历史时期。引文见该书第27、30页。

这个名称上的绝对的和神圣的权力的观念。这些都是罗马遗传给欧洲文明的要素:一方面,地方自治的制度,它的习惯、规章、先例,自由的原则;另一方面,一套广泛而一律的民法法规,绝对权力的观念,神圣的最高权力的观念,皇帝的观念,秩序与臣服的观念。”[32]

最后,古罗马的思想家还继承和发展了古希腊的混合政体的观念,并将其遗传给了欧洲中世纪的社会。

古罗马的遗传因素、日尔曼人的个人主义精神和复杂的经济、政治环境形成了欧洲中世纪的政治权力多元和制衡的政治局面。基佐反复地陈述了“近代欧洲”的、不同于古代社会的权力多元与互相制衡的复杂的政治局面。他将这种局面描绘为“各种不同的、混乱的、狂风暴雨般的景象”。在那里,“社会组织的一切形式、一切原则都在其中并存着;宗教的和世俗的势力;神权政治的、君主政治的、贵族政治的、民主政治的成分;各行各业,各式人等互相混合、互相挤压;存在着无数程度不等的自由、财富和势力。这些各色各样的势力处于一种互相不断斗争的状态,然而没有一个能消灭其他势力而占有整个社会”。“既然谁也不能消灭谁,那就必须让各色各样的原则一起存在——他们应该在他们之间订立某种协定。大家都同意各自去进行可以属于自己的那部分发展。”[33]

这种“混乱”的状态使欧洲社会形成了与王权抗衡的多元的政治权力中心。在英国,这些政治权力又以贵族集团为核心。13 世纪的《大宪章》便是贵族联合其他阶层的臣民与国王的斗争和妥协后所形成的政治契约。13 世纪中叶起,随着英国社会经济与阶级结构的变化,平民代表即农村骑士和城市市民代表进入议会,英国的政治权力格局形成了三足鼎立的局势,此后英国的一系列宪法惯例和宪法性文件几乎都是三种政治权力斗争和妥协的产物。甚至在资产阶级革命期间,构成英国政治权力格局的阶级基础虽有所变化,但仍然是国王、新贵族和代表平民的资产阶级的三足鼎立局面。在此期间所形成的一系列宪法性文件和惯例仍然是多元政治权力之间斗争和妥协的直接产物。

美国继承了英国以多元的利益集团为载体的政治权力多元与制衡的传统。在美国,英王的势力在独立战争中被彻底清除,社会上也没有形成贵族阶层。因而,美国社会没有像英国传统社会那样形成平民、贵族和国王三足鼎立的状态,而是形成了极其复杂的网状的政治权力多元与制衡的状态。

由于美国的先民从欧洲向美洲移民,社会最早的多元政治权力是以实行自治的乡镇的形式出现的。正如托克维尔所描述的那样:“在新英格兰,乡镇的政府在 1650 年就已完全和最终建成。根据乡镇自主的原则,人们将自己组织起来,为自己的利益、情感、义务和权利而努力奋斗。在乡镇内部,享受真正的、积极的、完全民主和共和的政治生活。各殖民地仍然承认宗主国的最高权力,君主政体仍被写在各州的法律上,但共和政体已在乡镇完全确立起来。”[34] 随着社会的发展,在 17 世纪,美国社会形成了三个主要的大的群体,即农场主和种植园主、商人和技工、契约奴和黑奴。[35] 18 世纪 70 年代,兴起了为美国独立而进行鼓动的集团。[36]

---

[32] 前引[3],基佐书,第 31 页。

[33] 前引[3],基佐书,第 23 页,第 24 页。

[34] [法]托克维尔:《论美国的民主》,董国良译,沈阳出版社 1999 年版,第 46 页。

[35] 何顺果:《美国史通论》,学林出版社 2001 年版,第 30 页。

[36] 李道揆:《美国政府和美国政治》,中国社会科学出版社 1990 年版,第 273 页。

至独立战争胜利和美国宪法产生时,美国社会已形成了多层级、多角度的纵横交错的、呈典型的网状互控与制衡状态的多元利益集团。这些利益集团无论如何形成,都有着共同的性质,即"是一个持有共同态度、向社会其他集团提出要求的集团。如果他通过和向政府的任何机构提出要求,它就变成一个政治性利益集团。"[37]

麦迪逊将这种多元利益集团或政治权力间的互控称为"党争",并认为它是不可消除的。他认为"造成党争的最普遍而持久的原因,是财产分配的不同和不平等。有产者和无产者在社会上总会形成不同的利益集团。债权人和债务人也有同样的区别。土地占有者集团、制造业集团、商人集团、金融业集团和许多较小的集团,在文明国家里必然会形成,从而使他们划分为不同的阶级,受到不同感情和见解的支配。"[38] 另外,多元的利益集团或政治权力形成和互控也是个人权利诉求和保护的必然要求。因为,"正如休谟强调的,单个的人是没有什么力量的。但是,即使在存在一般的社会组织的地方,除非他们能够与他人联合起来从事增进他们的特殊利益的共同行动,个别的成员就仍然是没有力量的个人能够通过劝勉、论辩、举例以及诸如此类的方式对他人施加某些影响,但是政治的影响,即对国家的决策的影响则要求有组织。"[39]

多元利益集团或政治权力对美国宪法及宪政选择的作用表现在两个方面:首先,多元利益集团的互控提供了宪法生成的自由条件。多元的利益集团可以在社会上分割政治权力,消解能够导致专制的集权形成的可能性。即党派的种类较多,能更好地防止一个党派在数量上超过其他党派而且压迫他们。[40] "实际上,麦迪逊眼中的自由共和国不仅有赖于政体形式,从更广泛的意义上讲,还有赖于多元主义社会的生成。《联邦党人文集》的箴言也许应是'团结就是力量,差异产生自由。'"[41] 其次,对多元利益集团的管理和对秩序与效率价值的需求也产生了对宪法的强烈的需要。"管理这各种各样、又互不相容的利益集团,是现代立法的主要任务,并且把党派精神和党争带入政府的必要的和日常的活动中去。"[42]

(二)政治权力多元与分权与制衡的原则

政治权力多元的基因在英、美宪法和宪政中体现为分权与制衡原则。

在英国,权力多元与制衡的宪政基因直接地体现在宪法惯例和宪政结构中。由此,自13世纪至17、18世纪逐渐生成的英国宪法与宪政中的分权与制衡,直接保留了作为多元政治权力载体的阶级基础。当时英国的分权是国王、贵族和平民三个阶级之间的分权。具有分别代表古典的君主制、贵族制和民主制的国王、上院和下院的17世纪英国政治体系被认为比曾经存在过的任何其他的多元主义政体更容易与混合政体的模式相适应。[43] 当然,英国的这种阶级的分权也不完全排斥职能的分权,即形式上的国王与议会的分立,也即立法权与行政权的分立。正是基于当时英国宪法与宪政中的这种分权与制衡的状态,才形成了18世纪"均衡政制"的宪政理论。这种理论仍然以混合政体理论中的阶级作为基础,但在此基础上更强调三个阶

---

[37] 戴维·杜鲁门语,转引自前引〔37〕,李道揆书,第271页。

[38] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第47页。

[39] 前引〔24〕,戈登书,第11页。

[40] 前引〔38〕,汉密尔顿等书,第51页。

[41] 前引〔24〕,戈登书,第315页。

[42] 前引〔38〕,汉密尔顿等书,第47页。

[43] 前引〔24〕,戈登书,第254页。

级之间的相互制衡。“在均衡政制中,国王、贵族和平民作为一个复杂的制衡体系而起作用。”[44] 这种理论还以权力的职能分立作为一个“从属性的但关键的因素”。[45]

美国的分权与制衡是立体的,即横向的职能分权与纵向的层级分权相结合。从横向上看,立法、行政、司法三权分立和制衡被认为是美国宪法的一个重要原则。这一制度的实质是“对权力的行使实行一套积极限制”,“也就是说给予每个部门一种权力,可以对其他部门行使一定的直接控制;在实践上这就是授权一个部门在其他部门行使职能的过程中发挥作用,尽管是有限的作用。”[46]

值得注意的是,英国的权力多元与制衡的传统因素对美国宪法中横向的分权与制衡制度的影响更多地是在精神上。因为,美国的三权分立和制衡与英国宪政传统上的分权与制衡在制度上是非常不同的。差别主要在于分权的基础不同。英国的分权与制衡是一种均衡政制,是混合政体与职能分权的结合。混合政体的模式中多元权力是以阶级为基础来划分的。“混合政体理论的基础是这样一种确信,即必须让社会中的主要利益团体联合参与政府职能,以此来防止任何一个利益团体可能将自身的意志强加于其他利益团体。”[47] 而美国宪法中分权与制衡的模式则是以职能为基础来划分的,是一种职能上的分权与制衡,这一模式明显没有混合政体理论的那种阶级基础。“古典混合政体三分法是17世纪美国和英国的标准政治思想,然而在革命时代,它迅速被一种职能上的三分法(functional triad)以及好政府需要把立法职能、行政职能和司法职能委托给不同的机构这种观念所取代。”[48]

由此,又派生出另一个差别,即从职能角度着眼,混合政体与均衡政制的理论和模式,只包含了立法权和行政权的分立和制衡,不包括一个独立和平行的司法部门,而美国宪法的权力分立和制衡体系中,司法权成为一个独立的与其他两种权力平行、互控的权力。因而,正如维尔所说:“在混合政体这一古代理论向现代分权学说的转化中,要注意两个主要步骤。首先是坚持特定机构应限于行使特定职能。第二是出现了对独立的司法部门的承认,这些司法部门将拥有与君主、贵族院和平民院同等的地位。”[49] 在美国三权分立制度的建构中,除了混合政体的传统之外,司法权与王权的斗争直至司法独立的传统,也同样作出了不可忽视的贡献。

英美之间宪政基因发挥作用的另一个差别是具体路径不同。英国的权力多元与制衡是各种既存的利益集团互相斗争、妥协的直接状态或结果,因而权力多元的宪政基因直接体现在宪法和宪政的分权与制衡原则之中。美国的分权与制衡则是在革命取得胜利后,政治权力已实现一元化,即统一于“人民”的基础上,为了防止专制,保护和实现“人民主权”而理性选择的结果,即欧洲的历史成了美国的可供借鉴的智识。因而,社会上的权力多元与互控的宪政基因只是间接地体现在美国宪法与宪政的分权与制衡原则之中。

从纵向上看,美国除了职能上的三权分立与制衡之外,还包括层级上的权力分立与制衡,即联邦与州之间的权力分立与制衡。联邦宪法保留或授予州政府以必要的权力,使州政府“经

---

[44] [45] 前引[27],维尔书,第91页。

[46] 前引[27],维尔书,第17页。

[47] 前引[27],维尔书,第31页。

[48] 前引[24],戈登书,297页。

[49] 前引[27],维尔书,第33页。

常能与联邦的权力完全保持平衡,并且往往是联邦权力的危险的争夺者”。[50]“美国是一个被称之为‘双重分权’、‘立体分权’的国家,这主要是指,美国既在联邦的国会、政府和法院之间,实行了联邦权力的横向分权;而且也在联邦与州之间,进行了联邦与州的纵向分权。这两种不同侧面的分权关系,构成了美国分权的双重性、立体性。”[51]

尽管存在着以上的差别,英、美宪法与宪政中的分权与制衡原则在基本精神上是相同的。首先,二者在平衡政府的各个权力来制约专断权力这一基本精神上一脉相承。“混合政体理论通过防止权力集中于国家的一个机构来反对专制,而分权学说出自同样的理论前设。”[52] 美国的宪法之父们“设计了在构造的细节上与英国有着巨大差异的一种政治制度,但它却是由对政治权力的目的、危险的同样的基本观点所指导的。”[53] 其次,对于本文的目的来说,也是最重要的,二者赖以生成的基本根源同是社会中的政治权力多元与制衡的宪政基因。

如上所述,英国历史上形成的混合政体似的分权与制衡制度,是社会上的多元政治权力,即国王、贵族、平民之间斗争与互控的直接结果。而美国的权力多元与制衡的制度,从流上说是吸取了英国宪法和宪政中的分权与制衡精神,而从源上看,则生成于美国社会中的、同样遗传于英国社会的政治权力多元与互控的宪政基因。在美国,这种斗争与互控虽然没有直接地体现在宪政分权与制衡的框架之中,但前者仍然是后者生成的社会根源。社会上多元政治权力的存在和互控必然要求对国家权力进行理性的分割。因为国家权力一元化,或国家某一部门的权力过大极容易被某一势力或某一利益集团所控制以损害其他利益集团。美国的分权与制衡制度实际上就是从社会上多元的利益集团或政治权力互控的状态出发对国家权力所作的一种理性的分割。正如麦迪逊所认识的那样:政治家的目的不是消除(多元利益集团之间的)差异,而是理解其性质并设计一个能够控制其效果的政府框架。政府的中心任务不是消除冲突,而是防止一种利益压制另一种利益。[54]“防止把某些权力逐渐集中于同一部门的最可靠办法,就是给予各部门的主管人抵制其他部门侵犯的必要法定手段和个人的主动。”“用相反和敌对的关心来补足较好动机的缺陷,……那里的一成不变的目的是按这样的方式来划分和安排某些公职的,以便彼此有所牵制——使个人的私人利益可以成为公众权利的保护者。”[55] 在如此设计的政府结构和权力结构中,即使某一集团或势力控制了政府权力的某一部门,社会上其他的利益集团也能够通过政府的其他权力部门对该集团和该权力予以有效的控制,从而维护社会上多元利益集团或政治权力的有效制衡,以实现公众利益。

三、法律至上:法治原则赖以生成的基因

法律至上是英、美社会与政治权力多元密切相关的另一个手段性宪政基因,其标志是用法

---

[50] 汉密尔顿语,载前引[38],汉密尔顿等书,第84页。

[51] 赵宝云:《西方五国宪法通论》,中国人民公安大学出版社1994年版,第76页。

[52] 前引[27]维尔书,第33页。

[53] 前引[24],戈登书,285页。

[54] See JENNIFER NEDELSKY, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism*, 1990 by the University of Chicago, p39, 40.

[55] 前引[38],汉密尔顿等书,第264页。

律控制国家权力。法律至上的关键是用法律控制多元的政治权力和国家权力运行,因而是英、美宪政赖以生成的法律控权基础。法律至上的信念直接体现为英、美宪法中的法治原则。

(一)英、美社会法律至上的历史传统

在古希腊和古罗马的法治思想中已经蕴涵了法律至上的因素。在亚里士多德和西塞罗的著述中,就有理性的和正义的法应该具有普遍约束力的思想。这些思想因素对日尔曼人以及其后的欧洲中世纪的传统具有一定的影响。

欧洲中世纪法律至上观念和原则的形成和发展主要有赖于以下三个因素:

第一,日尔曼法中古老的"王在法下"传统。这是孕育法律至上的观念和原则的母体。早在昂格鲁—诺曼时期的古代英国法律体系中,"王在法下"的习惯即已存在。当时国王的统治必须取得代表贵族的"贤人会议"的支持。受基督教的影响,国王在就职时要进行隆重的加冕典礼和涂油仪式,借此表明其权力是上帝授予的、至高无上的。在加冕典礼上,国王要在大主教的主持下,郑重宣读即位誓词。誓词内容通常为国王保证在即位后作到:为教会及境内人民保持持久的和平;禁止以强凌弱及不公证;遵守法律,公证裁判,惩恶扬善。[56]"即位誓词被认为是国王取得贵族集团支持的一个重要手段,但另一方面,誓词的内容在国王即位后也对国王的权力产生一定的制约作用,特别是国王遵守古代法律与习惯的承诺更具有重要的意义,它表明国王虽然已取得了凌驾于社会之上的带有神圣光环的特权,但仍低于法律,应该'根据法律而不是个人意志来引导他的人民,并且和他的人民一样服从法律'。国王权力的两重性——即崇高性和有限性的特征昭然可见。"[57] 诺曼征服后,征服者在英格兰建立了强大的王权,但国王加冕宣誓的传统继续保留下来。1100 年,亨利一世在登基之际首次以成文的形式颁布《加冕自由宪章》,将国王的加冕誓词连同国王低于法律并依照法律统治的原则昭告于世,从而开创了此后新王登基时颁布自由宪章的先例。颁布宪章的做法使国王低于法律的观念深入人心,使王权的二重性深深地根植在以后英国法制发展中。[58]

第二,权力多元和制衡的状态。这是法律至上形成和发展的社会环境和动因。多元权力或多元的利益集团之间的争斗和制衡抑制了破坏法治的专制权力的出现。正如昂格尔所说:"法律秩序要发展,必须以这样一种环境为前提,即没有一个集团在社会生活中永恒地占据支配地位,也没有一个集团被认为具有一种与生俱来的统治权利。集团之间这样一种关系可以被称为是自由主义社会,或者用一种当代美国政治科学的更生动的语言,称其为多元利益集团。"[59]

法律秩序或法律至上也是多元权力或多元利益集团争斗和制衡的一个必然结果,反过来法律或法律秩序也往往成为多元权力或多元利益集团共存或共同发展的调节器。多元权力或多元利益集团的争斗和制衡往往导致这些权力或利益集团之间的"契约",这些契约是多元权力或集团间的合意,因而能够成为多元权力或多元利益集团共同遵循的法律,被认为作为英国宪法产生标志的《大宪章》就是这样产生的。正如昂格尔所说:"的确存在着一种社会生活状态,我们可以称其为自由主义社会或多元集团社会。它的真正本质预先规定:人们在为法治理

---

[56] 程汉大主编:《英国法制史》,齐鲁书社 2001 年版,第 12 页。

[57] 前引[56],程汉大书,第 12 页。

[58] 前引[56],程汉大书,第 13 页。

[59] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 59 页。

想奋斗的同时又总是不能充分实现这一理想。在这样的情况下,法律的普遍性和自制性不再仅仅是政府偶然发展的产物,它们是以一种可证明或至少广泛容忍的方式规定社会秩序和分配权力的努力的必然后果。”[60]

第三,自然法或高级法思想。这是法律至上合理性的理论依据。在这一背景下,法律至上性的理由被解释为其体现了高于世俗的、自然的正义,在中世纪。这种自然正义又受宗教思想的支配,被解释为神意的永恒的正义。“这种理论宣称:有某些关于权利和正义的特定原则,它们凭着自身内在的优越性而值得普遍遵行全然不用顾及那些支配共同体物质资源的人们的态度。这些原则并不是由人制定的;实际上,如果说它们不是先于神而存在的话,那么它们仍然表达了神的本性并以此来约束和控制神。它们存在于所有意志之外,但于理性本身却互相浸透溶通。它们是永恒不变的。相对于这些原则而言,当人法除某些不相关的情况而有资格受到普遍遵行时,它只不过是这些原则的记录或摹本,而且制定这些人法不是体现意志和权力的行为,而是发现和宣布这些原则的行为。”[61] 因此昂格尔将自然法的观念看作“法律秩序得以产生的第二个主要条件”,并将“超验性的宗教”看作自然法观念的一个支持。他认为:“从人法向神法的过渡一旦发生,人法的概念就不再会维持原样了。这时,社会被看作是宇宙秩序的一个组成部分,而社会的规则或多或少地是上天制定的规则的忠实模仿和结论……。由于上天的立法者超越并脱离了时间的限制,因而,这些神的戒律适用于不同的社会和时代。因此,也就形成了不同于,并且高于特定社会集团习惯和尘世统治者命令的自然法或说高级法。人类的实在法只是使高级法抽象的指令具体化,或将其适用于每一个社会的特殊条件而已。”[62]

可以说,正是以上三个因素孕育和促成了欧洲中世纪的法律至上的传统。它们为英国宪法的产生提供了法律控权基础和经验,并且通过英国宪法对美国宪法的形成产生了重大的影响。

早在北美殖民地时期,法律至上的观念即被殖民地人民广泛接受。这体现在以下几个方面:第一,殖民地人民非常珍视英国的法律,尤其是英国的宪法赋予他们的权利,并且在这种权利受到侵害时,能够很自然地首先用英国的宪法和法律来保护自己的权利。美国法学家伯纳德·施瓦茨描述了这种情形:“从第一部弗及尼亚宪章(1666 年)颁布时起,殖民地居民就得到保证,将享有英国人的权利和自由……,在殖民地居民带到这个新世界的所有权利中,最为重要的权利是:他们只能根据普通法受到审判。早在 1639 年,在《马里兰人民自由权法案》中,这块殖民地的居民就明确地承认,普通法是他们有权获得的英国遗产的一部分。”[63] 哈耶克也认为:“在美国独立战争爆发之前,与宗主国发生冲突的殖民地人民所提出的各种主张和要求,所依据的完全是他们作为英国臣民视自己的资格享有的权利和特权。只是当他们发现他们曾经坚定信奉的英国宪法诸原则已丧失了其实质意义而且也已不能为人们有效地加以运用以抵抗英国议会的要求或主张的时候,他们才断言必须重新建构业已失去的宪法基础。”[64]

第二,殖民地各州都制定了自己的成文宪法。有学者认为:“除了殖民地特许状以及诸如

---

[60] 前引〔59〕,昂格尔书,第 61 页。

[61] 前引〔8〕,考文书,第 V 页。

[62] 前引〔59〕,昂格尔书,第 71 页。

[63] 前引〔14〕,施瓦茨书,第 12 页。

[64] 前引〔6〕,哈耶克书,第 223 页。

《罗马十二铜表法》、《英国大宪章》和欧洲的各种市镇特许状——其中有些可追溯到中世纪——这些文献之外,美国的州宪法是历史上第一部分成文宪法。”[65] 殖民地人民坚信这一原则:“一部‘确定的宪法’乃是任何自由政府的必要基础,而且这样一部宪法还意味着有限政府。”[66]

第三,殖民地极其重视法律职业。谈到法律在这块美州殖民地影响的程度,埃德蒙·伯克说:“在这个世界上恐怕没有一个国家使法律成为一门如此普通的学科。这种职业本身人数众多,又握有实权,在大多数殖民地居领导地位。大多数进入国会的代表都是律师。”[67] 正因为如此才导致“广义地说,为美国独立而进行的斗争是一种法律斗争;或者说,它至少是以解决法律问题的名义发动起来的。”[68] 也正因为如此,才能使“在56名《独立宣言》的签字人当中,25人是律师;在联邦制宪会议的55名成员中,31人是律师;在第一届国会上,29名参议员中的10人以及56名众议员中的17人是律师。”“如果说,象戴维·达德利·费尔德在一个多世纪之前所断言的那样,‘法律职业的社会地位是一个民族文明的标志’,那么,这个新国家已经达到了一个非常高的发展水平。”[69]

美国宪法是在一个法律至上的观念非常浓厚的环境里诞生的。美国人之所以选择和设计了这样一部宪法和宪政制度,首先基于他们对宪法功能的坚定信念,而这一点来自英国宪法和殖民地立宪主义的精神。西方学者认为,“英国政府体系在随后的18世纪得到广泛的赞扬,不是由于它作为一种‘美好的制度’的抽象性质,而是由于经验的证据表明它能为多种值得向往的目标服务:对具有辉格党情感的人们有吸引力的个人自由;对托利党人有吸引力的稳定和秩序,以及对两者都有吸引力的对物质财富和国际霸权的追求。当美国人开始为他们自己设计一部宪法时,没有比这更好的模式可以效仿的了。他们设计了在构造的细节上与英国有着巨大差异的一种政治制度,但它却是由对政治权力的目的、危险的同样的基本观点所指导的。”[70] “美国的第一批宪法不是某些个人的创造物。它们能够在较仓促的情况下起草出来,反映了在美国的政治理论中,存在着一种普遍一致的意见。从第一部宪法——1776年6月的弗及尼亚宪法问世时起,所有州的基本法文件实际上都规定了相似的三权分立的政治结构。”[71]

(二)法律至上与法治原则

欧洲法律至上的传统为英国宪法的产生提供了法律控权的信念和习惯,并促进和生成了英国宪法的法治原则。法治原则的首要体现是法律的至尊性。正如戴雪所说:自诺曼征服以来,英格兰的政治制度呈露两件异彩,它们的存在与运行足以使英国所有制度别异于他国。两件异彩中第一件是:中央政府在通国之中居于至尊地位。两件异彩中第二件与第一件甚相关切,即法律的至尊性或称法律主治,全国人民以至君主本身都需要受治于法。这个法律的至尊

---

[65] 前引〔24〕,戈登书,第296页。
[66] 前引〔6〕,哈耶克书,第223页。
[67] 前引〔14〕,施瓦茨书,第5页。
[68] 前引〔14〕,施瓦茨书,第5页。
[69] 前引〔14〕,施瓦茨书,第8页。
[70] 前引〔24〕,戈登书,第285页。
[71] 前引〔14〕,施瓦茨书,第29页。

性是个人权力的一种保证,为英宪所授予。[72] 戴雪还进一步阐明了英国宪法法治原则的三层含义:第一,法律至上并与武断权力不相容。第二,人民在法律面前平等。第三,宪章不是个人权利的渊源,只是由法院规定与执行个人权利后所产生之效果。[73]

戴雪深刻地揭示了英国宪法法治原则的精髓,即法律的至上性和平等性。法律的至上性源于个人权利的至上性,目的在于限制国家专断权力以保护个人权利;法律的平等性源于个人权利的平等性,要求法律对个人权利进行平等的保护。英国的许多宪法性文件都体现了这一法治原则。如1215年的《大宪章》第39款规定:"非经同等地位的人和依国法作出合法判决,任何自由人不得被逮捕、关押或被没收财产,或被剥夺法律保护,或被放逐,或以任何方式受侵害。"1628年的《权利请愿书》第10条规定:"……未经议会法案共表同意,不得强迫任何人征收或缴付任何贡金、贷款、强迫献金、租税或其他类似负担。"

美国宪法也明确体现了由法律至上的传统育成的法治原则。有学者将其内述容表如下:法律,尤其是宪法,在政治生活中具有至高无上的地位;政府机构、官员和人民都必须服从法律;在法律面前人人平等;法律保障个人权利,防止官员滥用权力;法院是法律含义的最后裁判者。[74] 其实,这些内容与英国法治原则所体现出的基本精神是完全一致的,即法律的至上性和平等性以及限制专断权力以保护个人权利。只不过,美国宪法以成文的形式,明确了宪法的至上地位,因而法治精神体现得更加充分。美国的宪法文件和有关宪法判例充分地体现了这一原则,如美国联邦宪法第6条明确规定:"本宪法与依照本宪法制定的合众国法律以及以合众国的名义缔结或将要缔结的条约,均为国家的最高法律,即使与任何州的宪法或法律相抵触,各州法官仍应遵守。""前述的参议员与众议员,各州立法机关的成员,以及合众国与各州所有行政官与司法官,应宣誓或郑重声明拥护本宪法。"这里规定各州以及联邦和各州的立法、行政和司法官员都应拥护和遵守联邦宪法,体现了国家权力以及多元权力各方都在宪法或法律之下并受宪法和法律制约和控制的传统的法律至上的精神实质。作为美国联邦宪法重要组成部分的《权利法案》第5条也明确规定:"非经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。"而著名的联邦最高法院首席大法官马歇尔则通过马伯里诉麦迪逊案确立了法院作为法律含义的最后裁判者的地位。

结　　语

综上所述,英美社会历史悠久并一脉相承的个人权利诉求、政治权力多元和法律至上的宪政基因育成并体现为其宪法中的人民主权、基本人权、分权与制衡和法治原则与制度,并反过来促进了这些原则和制度的实现暨宪政的生成。

考察英美宪法的生成路径,我们发现,社会上的宪政基因发挥了至关重要的作用。英国宪法几乎是在社会上的传统宪政基因中自发生成的。美国人不但继承了英国的宪政经验,也同时继承了英国社会上存在的宪政基因。美国宪法虽然被认为是理性选择和设计的结果,然而

---

[72] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第二篇第四章。

[73] 前引〔72〕,戴雪书,第244页。

[74] 前引〔36〕,李道揆书,第47页。

这种选择和设计也是在宪政基因的作用下完成的。宪政基因是英、美宪法生成的动力和基础,因而也是英、美宪法实现和发展与宪政生成和发展的动力和基础。因而,从英、美宪政史上我们有时看到宪政基因、宪法和宪政几乎浑然一体无法分割。从某种程度上说,它们反映了宪政生成的规律性的东西。

一些后发立宪国家,尤其是东方国家,在立宪进程中,往往能够借鉴英、美宪法的形式因素和原则、制度因素,如成文法典形式及人民主权、基本人权、分权与制衡和法治等原则,但其社会却缺乏传统的宪政基因,因而往往虽有宪法而无宪政。因而,需要移植和培养社会上的宪政基因。我国正在进行经济体制改革,大力发展市场经济,这是一个非常有效和关键的步骤。市场经济的发展必然生发个人权利诉求,也必然会生成地位平等和互控的多元利益集团,这就必然导致法律至上的需求,因而在社会上形成宪政生成和发展的动力和基础。如何通过发展市场经济在社会上植入和培养宪政基因,是与本文密切相关的另一个问题,笔者拟另外撰文探讨。

Abstract: Constitutional genes are some of the fundamental social factors that have the characteristic of historical succession. They can lead to the emergence of constitutionalism and determine its nature and the direction of its development. One of the important reasons why constitutionalism first appeared in Great Britain and the United States was that the constitutional genes, such as individual claims of right, pluralism of political power and the supremacy of law, first appeared in these societies. These genes are the original motive force for the emergence and development of constitutionalism and reflected in the principles of people's sovereignty, basic human rights, separation of powers, check and balance and the rule of law. For the oriental countries which lack the constitutional genes, the most important thing is to consciously transplant and cultivate such genes in the society. Otherwise, even if a constitution is adopted in such a society, it will not be truly implemented.