

“根本法”考论

王本存

内容提要:根本法是欧洲发明的政治道德话语。它是法国人对任性王权的应激反应,按照历史与理性的方式被写入不同内容,后被改造成保障主权的政治审慎。在英格兰,根本法也是政治势力斗争的工具。国王用之保护王权,议会用之钳制国王特权。它从普通法、理性、自然法中获得灵感和形式,为政治势力策略性运用。议会获得主权后,根本法快速消亡,变身为政治道德。在欧洲,根本法装下的是经年政治斗争累积的政治审慎。美国人将美利坚民族的形成及生活方式全部根本法化,并命名为“宪法”,由司法保障实施。根本法由此发生词性改变,从指涉“政治规矩”的名词变成修饰“宪法特性”的形容词。

关键词:根本法 政治审慎 普通法 整全宪法

王本存,重庆大学法学院教授。

现代宪法自称“根本法”是普遍现象。^[1]我国宪法规定:宪法是国家的根本法。宪法学认为,根本法是对宪法的准确说明:规定最重要、最根本的内容,具有最高法律效力。合宪性审查是根本法的制度特征。^[2]但有学者认为,根本法“并没有提出全面的、强烈的规范实施的诉求”,^[3]宪法实施是个“双轨制”。^[4]西方根本法作为这些主张的前见和背景,被学者深浅不一地误识和错置。他们将“宪法是根本法”视为当然和真理,并没有留意到宪法取代根本法及根本法成为宪法的“表语”这一概念现象,也没追问根本法背后的人类意图:为什么要创造这一概念,并将之塑造为真理?从这一问题意识出发,本文将借助西方学者已经做出但尚未为我国学界所充分关注的开拓性研究,追溯根本法的谱系学历程,为我国根本法研究提供启发。

学者头脑中根本法的意象往往是美国宪法。众所周知,美国宪法深受英国根本法影响。然而,是法国人创造了根本法术语。法国根本法的思想和实践,通过移居法国的苏格

[1] 参见夏泽祥:《作为公法与根本法的宪法》,《法学》2012年第2期,第128-129页。

[2] 参见郑贤君:《作为根本法的宪法:何谓根本》,《中国法学》2007年第4期,第185页。

[3] 陈端洪:《论宪法作为国家的根本法与高级法》,《中外法学》2008年第4期,第485页。

[4] 参见翟国强:《中国宪法实施的双轨制》,《法学研究》2014年第3期,第85页。

兰人,直接影响了苏格兰国王(后来的英格兰国王)詹姆斯一世。^[5] 这里有一条观念脉络:法国人基于政治情景创造出的根本法被英国国王挪用,随即根本法在英国政治实践中被各方调用重铸,最终经由美洲殖民促成美国宪法的创造性转化。根本法是欧洲大陆发明的话语,用以处理最高权力的归属、性质以及使用方式。在欧洲,它更多在政治道德意义上使用,只有到了美国,才变成法律意义上的概念,并成为宪法“说明词”。伴随着美国富强的过程,根本法作为宪法关键概念装置成为全球现象。

一 法国创始:宗教战争与政治根本法

1573年,泰奥多尔·贝扎(Theodore Beza)在《论长官的权利》(*Du droit des magistrats*)中第一次使用根本法(*lois fondamentales*);1576年,伊诺桑·让蒂耶(Innocent Gentillet)在《反马基雅维利》(*Anti-Machiavel*)中细致分析这个崭新术语。^[6] 1580年之后,根本法才在法国流行起来。^[7]

(一)“圣巴托洛缪大屠杀”的应激反应

16世纪60年代,胡格诺派是法国最重要的政治势力,与天主教一样深度裹挟进法国政治。宗教战争周而复始。^[8] 1572年8月24日,圣巴托洛缪大屠杀爆发。^[9] 贝扎的《论长官的权利》就是为胡格诺派的反抗活动辩护。贝扎强调,自古以来法国国王的继承就应由等级会议选举完成。同时,也存在等级会议因国王行为不端罢免国王的先例。贝扎认为,当下国王非由选举而来,宠幸奸佞,肆意颠倒黑白;等级会议不按期召开,即便召开也仅听报告而不决策;随意开战废弃和平,随意征税借贷,随意给予或撤销官职与爵位。正是在这里,贝扎第一次使用了根本法,认为这些行径直接违反了祖先古老的良好习惯,直接违反了法兰克王国建立时就确立的根本法。^[10] 根本法是在建国时就存在的古老法律。这些法律是统治者与臣民之间的统治契约,有着古老的起源,建立在理性的明确同意之上,不同于实践演化出来的习惯。统治契约意味着统治有条件;国王必受根本法约束。根本法是处理统治事务的法,形成统治者并高于统治者。它完全不同于国王可以制定和修改的民法(调整私人关系并由统治者形成的法)和来自上帝的神法与自然法(人人必须遵守的法)。至于根本法的内容,以及它为什么是根本的,贝扎所言不详。

(二)两条生产线:历史与理性

某种意义上,贝扎《论长官的权利》是对弗朗索瓦·奥特芒(Francois Hotman)古代根

[5] 参见[英]约翰·菲吉斯著:《神圣王权理论》,戴鹏飞译,商务印书馆2023年版,第109-110页。

[6] See Martyn P. Thompson, *The History of Fundamental Law in Political Thought from the French Wars of Religion to the American Revolution*, 91 *American Historical Review* 1103, 1106-1107 (1986).

[7] 参见孔元:《宪法政治话语的历史生产:以博丹为中心的考察》,《中外法学》2017年第6期,第1595页。

[8] 参见[美]乔治·萨拜因著:《政治学说史》(下卷),邓正来译,上海人民出版社2010年版,第47页。

[9] 参见[法]阿莱特·茹阿纳著:《圣巴托洛缪大屠杀——一桩国家罪行的谜团》,梁爽译,北京大学出版社2015年版,第1-3页。

[10] See Julian H. Franklin ed., *Constitutionalism and Resistance in the Sixteenth Century: Three Treatises by Hotman, Baza, & Mornay*, Western Publishing Company, 1969, p. 122.

本法考察的应用。1586 年,奥特芒在《法兰克高卢》(*Francogallia*) (第三版)附录中,^[11] 细致考辨王权法 (*leges regias*) 的具体内容。此时,法国人尚无法理解根本法这个新颖术语的全部意义,他们把根本法看作罗马法概念王权法 (*leges regias*) 的法国对译;这本书的美国现代译者就直接将王权法译为根本法 (*fundamental laws*)。奥特芒从历史上钩沉出八条根本法。^[12] 这些根本法有些是古老习惯,有些是尽人皆知的法律,完全没有成文化的必要。奥特芒枚举大量历史事件、惯例和做法,充分证明了这些根本法的悠久历史与牢固可靠。奥特芒采用了历史方法,不同于罗马法的索隐解释,他在法国政治的个体化实践中找寻根本法,探寻厚植在法国历史中特别的、流动的、不成文的民族习惯法(本地法)。在奥特芒看来,法国历史和古老习惯对根本法的确证具有决定性作用,反而普遍罗马法对此失去解释力。“罗马法的权威从来都比不上习用和习惯。”^[13] 奥特芒被梅特兰认为是“日耳曼主义者的先驱”。^[14]

汤普森 (Martyn P. Thompson) 概括了伊诺桑·让蒂耶对根本法的“根本性”所做出的说明。在让蒂耶看来,如果一个王国的根本法被破坏,那么建立在它之上的王国、国王和君主制自会湮灭。在一个王国之内确有很多法律随着时间、人物和公共事务的不同而变化,但根本法却不会改变,否则王国就会很快覆灭。^[15] 这里让蒂耶使用“基础—大厦”比喻来说明:为什么某些法律是根本的,不能随意变化的。根本法是国王和王国的根基。不过,王国是建立在脆弱的根本法上,犹如建在高跷上的房屋,虽然宏大却脆弱不堪。^[16] 因此,即便是主权者的绝对权威也不能染指“国家的神法、自然法、根本法”。^[17] 国王必须遵守它们,不可自由裁量。让蒂耶起初认为法国有三大根本法:萨利克法、等级会议、不得转让王国。后来,让蒂耶又极大地将根本法扩展至“当下的和古老的法律、法令和习惯、以及私法的广阔领域”,之所以如此,是因为它们对法国政治健康极端重要,而又极易受到当权者的威胁。^[18] 这样,根本性不仅来自根本法的“基础性”,还来自于它的“脆弱性”和“易受侵犯性”。

(三) 根本法成为“政治审慎”

洛克林发现,博丹 (Jean Bodin) 在 1566 年的《理解历史的简易方法》中主张:国王权

[11] 该书写就于 16 世纪 60 年代,初版于 1573 年。1586 年的第三版,奥特芒增添了附录。贝扎撰写《论长官的权利》时曾私下咨询过这位著名法学家。

[12] See Julian H. Franklin ed, *Constitutionalism and Resistance in the Sixteenth Century: Three Treatises by Hotman, Baza, & Mornay*, Western Publishing Company, 1969, pp. 90-96.

[13] [英] J. G. A. 波考克著:《古代宪法与封建法:英格兰 17 世纪历史思想研究》,翟小波译,译林出版社 2014 年版,第 15 页。

[14] 参见[英] J. G. A. 波考克著:《古代宪法与封建法:英格兰 17 世纪历史思想研究》,翟小波译,译林出版社 2014 年版,第 19 页。

[15] See Martyn P. Thompson, *The History of Fundamental Law in Political Thought from the French Wars of Religion to the American Revolution*, 91 *American Historical Review* 1103, 1106-1107 (1986).

[16] See Martyn P. Thompson, *The History of Fundamental Law in Political Thought from the French Wars of Religion to the American Revolution*, 91 *American Historical Review* 1103, 1106 (1986).

[17] See Antonio D' Andrea, *The Political and Ideological Context of Innocent Gentillet's Anti-Machiavel*, 4 *Renaissance Quarterly* 397, 407-408 (1970).

[18] See Martyn P. Thompson, *The History of Fundamental Law in Political Thought from the French Wars of Religion to the American Revolution*, 91 *American Historical Review* 1103, 1107 (1986).

力有限,须受未经同意不能修改的习惯的约束。^[19] 1576年《共和国六书》中,他提出主权论,但未见根本法踪影。海因茨·默恩豪普特(Heinz Mohnhaupt)说“博丹不用这个概念”。^[20] 其实,博丹用王权法(*loix du Royaume*)和主权法(*leges imperii*)处理了根本法问题,^[21]“提供了公共领域中有效根本法的全面系统论述”。^[22] 他说:“涉及王国状态及其建制的法律,以及与王国和王位相联系的法律,诸如萨利克法,国王不能废除。若他这样做,其继承者总可以自主地撤销任何有损于王权法(*loix royales*)的措施,因为它是至高无上主权的根基和支撑。”^[23] 这就是法国一直以来讨论的根本法:王位继承规则,尤其是萨利克法的不传女性,以及禁止转让王国任何部分。^[24]

不过,博丹将约束性根本法转变成了保障性根本法。王权法作为主权约束,是博丹主权论的“否定性的一面”,但其“功能是划定其边界、维护其根基”,^[25] 例如王位继承规则使主权延续成为可能,禁止转让王国任何部分保障治理费用充足永续。“否定性的一面”不但没有限制主权,反而让主权永固,有能力维持绝对权威。^[26] 这样,博丹处于非常特别的位置上:“通过将主权界定为一种免于法约束的绝对权力,博丹为现代政治引入了作为立法权的主权的基本概念,通过重构中世纪对权力构成约束的习俗和自然法两个遗产,并将之放置在新的根本法和高级法的语汇之中,博丹为现代政治确立了约束主权的基本原则。”^[27] 博丹不用根本法绝非偶然,但他主张主权并非不受限制也颇有深意。

政治实践中,法国天主教联盟的宣传手册和等级会议的有关决定认为,根本法是关于国家治理的实在法,不同于习惯,须经特别程序制定和修改。^[28] 亨利三世临终前指定其堂兄——那瓦尔的亨利——为新国王。这位曾信奉新教的亨利,成为王位继承人。这时天主教联盟拿出亨利三世1588年7月的一道命令:法国国王必须信奉天主教,是神圣不可侵犯的根本法。此前,这种说法仅被看作有争议的。随后召开的等级会议并未反对,只是补充类似根本法需要国王和等级会议一起制定。当西班牙菲力二世的女儿主张继承王位时,天主教联盟又搬出奥特芒钩沉的萨利克法——女性不能成为法国国王,并认为作为一条根本法不容改变或修正。根本法是古老传统,还是新近立法,不断在各派主张中摆荡,其内容也不停变幻:“如胡格诺派多强调等级会议的根本法地位,而政治派则较拥护王权,强调王位继承和王产的重要性,天主教联盟则看重宗教的统一性。”^[29]

法国根本法既指传统的习惯,又指根据特定程序制定的规则。法国各派对根本法的

[19] See Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 58.

[20] [德]海因茨·默恩豪普特、迪特·格林著:《宪法古今概念史》,雷勇译,商务印书馆2023年版,第85页。

[21] 参见孔元:《宪法政治话语的历史生产:以博丹为中心的考察》,《中外法学》2017年第6期,第1592页。

[22] Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 58.

[23] [法]让·博丹著:《主权论》,李卫海、钱俊文译,北京大学出版社2008年版,第52页。译文有调整。

[24] 参见孔元:《宪法政治话语的历史生产:以博丹为中心的考察》,《中外法学》2017年第6期,第1596-1597页。

[25] 李筠:《古今之变中的博丹主权理论》,《浙江学刊》2018年第3期,第37页。

[26] See Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 67.

[27] 孔元:《宪法政治话语的历史生产:以博丹为中心的考察》,《中外法学》2017年第6期,第1608页。

[28] See Martyn P. Thompson, *The History of Fundamental Law in Political Thought from the French Wars of Religion to the American Revolution*, 91 *American Historical Review* 1103, 1109 (1986).

[29] 孔元:《宪法政治话语的历史生产:以博丹为中心的考察》,《中外法学》2017年第6期,第1596页。

使用有极大政治策略性。不过,他们都接受了根本法的前见比喻:根本法构成了政治共同体(大厦)的“基础”。这个宽松比喻是个大口袋,可以装入任何对法国政治至关重要的东西,并极其便捷地论证遵守根本法的重要意义。其内容大体上是循着两条生产线而被制造出来的:一条是通过历史方法,发掘古老本地习惯;一条是通过理性方法,探寻政治共同体的生存条件。表面上,根本法是原始契约和长久习惯,是社会各方共同制定的“法律”,绝非主权者单方意志的产物。事实上,它更多是“修辞装置”,装上各派看重的权利、特权、制度、法律和习惯,保护它们免受王权之害,必要时则成为合法反抗的论据。只有到了博丹那里,根本法才从限制转变为保障,并最终导向政治审慎问题。

二 英国续造:政治解释与道德共识

15 至 16 世纪,英国并不存在根本法的明确用法,只存在理性意义上的自然法与神法。^[30] 据考证,1596 年,培根(Francis Bacon)在《法律箴言》的献词中首次使用了根本法:“国王爱德华一世,……经过早年的光荣军事征战后……亲自赋予他的国家各种显要和根本的法律(fundamental laws),此后的治理主要奠基在它们之上。”^[31] 与之相对,“在柯克的著作中,普通法是根本性的表述隔几页就会出现”,^[32] 他将《大宪章》称为古老根本法。此时,根本法有两种含义:立国者确立的“根本政治制度”与法官发展的“普通法”。

(一) 传统权利与国王特权的平衡

1603 年,詹姆士一世即位英格兰国王,开始频繁使用根本法。“他了解根本法观念,但根本法仅是将人民置于臣民地位,保障王位继承安全的法而已。”^[33] 根本法是避免动乱,维持君主制,保障神圣王权的王权法。^[34] 这种根本法直接威胁英格兰的混合宪制。^[35] 根本法大辩论是在传统权利被王权损害,宪制有被破坏的危险之中开始的。议会将普通法视为根本法。“非经议会批准不纳税”最为议会看重。^[36] 1610 年,平民院就詹姆士一世能否未经议会同意征税公开辩论。据考证,詹姆士·怀特洛克(James Whitelocke)认为国王非经议会同意征税“与王国的公法——王国政策的自然框架和良好状态——不符,因此破坏了王国的根本法,引入新型国家和政府”。^[37] 后来,议会拒绝授予查理一世终身酒税和磅税征税权,^[38] “未经议会同意征收酒税和磅税,……违反王国的基本自由(fundamental liberties)”,“这是建立在王国最古老和最原始宪制(constitution)之上的臣民权利

[30] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 15.

[31] J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 51.

[32] [美]小詹姆斯·R. 斯托纳著:《普通法与自由主义理论——柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》,姚中秋译,北京大学出版社 2005 年版,第 46 页。译文根据英文版稍作调整。

[33] Charles Howard McIlwain, *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, Yale University Press, 1910, p. 79.

[34] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 53.

[35] 参见陈思贤著:《西洋政治思想史·近代英国篇》,吉林出版集团有限责任公司 2008 年版,第 6-10 页。

[36] See J. W. Gough, *Fundamental Law in the Seventeenth Century*, 2 *Political Studies* 162, 169 (1953).

[37] J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 59.

[38] 参见[英]梅特兰著:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 198 页。

和遗产”。^[39] 查理一世只好强制借贷,拒绝者被投入监狱,引发达内尔五骑士案。

1628年,议会被迫将根本法从财产权转向人身自由。^[40] 《权利请愿书》领导人柯克提出:根据《大宪章》,自由人非经正当程序不得逮捕。《权利请愿书》的关键之一是,重述《大宪章》臣民人身自由条款,阐明五骑士案,请求国王恩准在相关情形下“任何自由人都不得被囚禁或拘押”。^[41] 另一个请求是未经议会同意,民众不得被强迫捐赠、借贷、征税。总体看,《权利请愿书》请求国王确认《大宪章》以及与之相关的六个制定法,并保证他及其官员不侵犯上述权利和自由。起草请愿书时,有议员建议附上“保留国王主权权力”。柯克明确反对:“加上它,会弱化法律基础,法律大厦必倾。”^[42] 查理一世确认《大宪章》,拒绝六个制定法。《权利请愿书》虽有妥协,但强化了人身自由和财产权的保护。

1637年,查理一世更为出格的财政行动——船款——引发汉普顿案(Rex V. Hampden, 1637)。汉普顿的律师主张,存在根本性宪制规范国王统治,保障臣民自由和权利。王室则基于根本法主张国王拥有治理特权。法官罗伯特·伯克利(Robert Berkeley)论证道,英国人享有祖传权利,但仅构成了英国古老宪制的一部分。宪制的另一部分是国王特权,尤其是国王保护王国的特权。不经议会不征税,在国家危机时刻,毋须如此。^[43] 法官克劳利(Francis Crawley)指出,这样的特权来自于国王的主位,自古以来就是如此,没有这些王权国王就不能成其为国王,议会制定法也不能成就国王。^[44] 首席法官约翰·芬奇(John Finch)认为,剥夺国王守卫王国权力的议会立法都是无效的,这些无效的法律不能限制国王对其臣民(包括人身和财产)发号施令——因为议会的立法不会起什么作用。^[45] 国王特权亦来自古老根本法,同样不可侵犯,限制它的议会法案无效。

双方调用根本法,形成解释竞争,但都默认了根本法——古老而不能随意更改的法——的存在。^[46] 如此一来,根本法有了这样的景观:君主有特权——君主治理和发布政策,臣民有权利和自由——尤其是财产权和人身自由,^[47] 它们相互制约,维持有限君主制。^[48] 这条界线是双方不能调整,也不容侵犯的根本法:“该法的重要原则被认为是议会或者任何其他个人的权力所不能更改的。”^[49] 根本法具有主权地位,“对他们而言,法是真正主权,根本毋须考虑是国王,还是贵族院,还是平民院,抑或它们三者是国家的最终权威。”^[50]

[39] J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 70.

[40] 参见[英]亚当斯·汤姆金斯著:《我们的共和宪法》,翟小波、翟涛译,法律出版社2016年版,第99-102页。

[41] [英]梅特兰著:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社2010年版,第202页。

[42] Edward S. Corwin, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1955, p. 54.

[43] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, pp. 71-72.

[44] 参见[英]梅特兰著:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社2010年版,第192页。

[45] 参见[英]梅特兰著:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社2010年版,第192-193页。

[46] 温和保王派法律人和国王衷心拥护者的看法亦如此,参见J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, pp. 93-94.

[47] See J. W. Gough, *Fundamental Law in the Seventeenth Century*, 2 *Political Studies* 162, 168-169 (1953).

[48] 参见于明:《从都铎宪制到议会主权——英国宪制的现代转型及其美国影响》,《政治与法律评论》2020年第1期,第9页。

[49] Charles Howard McIlwain, *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, Yale University Press, 1910, p. 99.

[50] Charles Howard McIlwain, *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, Yale University Press, 1910, p. 80.

(二) 根本法抽象化与成文化构想

1642年,议会制定《民兵条例》并宣称:公共安全处于危机,国王怠于行使职权,议会作为人民代表,为了国家安全和人民幸福,有权做任何为了王国和平和安全而必须做的事,即便国王本人可能反对这些事。^[51]这符合“王国不能没有手段自保”这一“王国古老的法律,古老生活方式的根本法和保障法”。^[52]议会调用“人民幸福”(salus populi)、人民主权(the sovereignty of the people)等论述支撑根本法。议会作家们——亨利·帕克(Henry Parker)、威廉·普林(William Prynne)等——通过政治小册子把事挑明了:根本法源于人的自然(安全、自保、自由),人民幸福是最高法(paramount law);^[53]议会作为人民代表,享有紧急事态下的主权。^[54]人民是权力的根源,议会为了人民幸福,根据自然法(自保与维护和平),可不受限制地制定法律(甚至不受《大宪章》约束);国王不能否决议会立法,只能执行;匿名政治手册《论王国的根本法或政治宪法》宣称根本法是规定政治生活方式(the received constitution or polity)的最高法,虽不成文却写在人民心间。^[55]

保王派马上意识到,当根本法被解释为人民幸福、人类理性时,根本法就遂他人所愿了。保王派主张,英格兰的根本法必须符合已存在的、人所共知的制定法和普通法。保王派转而捍卫作为基本权利和普通法理性的根本法,柯克的论述、《大宪章》成为保王派的防御利器。大卫·詹金斯(David Jenkins)法官认为,英国法律的基础有三:一是习惯,二是司法记录,三是议会法案。后两者不过是宣布普通法和习惯。^[56]保王分子谢林罕姆(Robert Sheringham)强调,在英国的古老习惯中,国王特权与臣民权利受到同等保护;当议会制定法侵犯国王特权时,法官就有义务基于普通法宣告这些法律无效。^[57]诗人约翰·克利夫兰(John Cleveland)赞颂《大宪章》为国王权威、人民财产权、人身权和各种特权提供了坚实基础,违反它的法律无效。^[58]不过,让保王派更担忧的是,这些“新奇”主张背后还有“邪恶”内容:“权力源于人民,人民通过选举把权力委托给国王,若国王辜负了信任,权力则重回人民手中;就英格兰而言,就是回到议会两院(人民的代表团体),他们可以重掌这些权力。”^[59]

1649年,平民院指控查理一世意图颠覆这个国家古老而又根本的法和自由,用任性专横的统治取而代之。公诉人约翰·库克(John Cooke)提出,根据王国根本法、所有民族

[51] 参见于明:《从都铎宪制到议会主权——英国宪制的现代转型及其美国影响》,《政治与法律评论》2020年第1期,第24页。

[52] J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 83.

[53] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 85.

[54] 参见[英]亨利·帕克:《对国王陛下某些近期答复和陈述的评论》(附译者导言),康向宇译,《政治与法律评论》2019年第2期(第八辑),第48-49页。

[55] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, pp. 100-104.

[56] See Charles Howard McIlwain, *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, Yale University Press, 1910, pp. 85-86.

[57] 参见于明:《“不可追忆时代”的用途与滥用——英国“古代宪法”理论的再检讨》,《学术月刊》2019年第5期,第97页。

[58] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 106.

[59] J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 87.

的一般法、世界上理性人一致同意用钻石笔大写在每个人心上的法,若一人被授予保护和保障人民的权力,却用这个保护安全的权力破坏人民,根据传统法(the law of the land),他就成为人民的敌人,应当受到任何能够想到的极刑。^[60] 自然法成为审判查理一世的关键依据。使人免于暴力和饥寒的自然法在效力上优于任何实在法,一切与之矛盾的法案、协议均无效。议会不再诉诸传统权利,而是借用自然法论证诛杀查理一世的合法性。议会获得了超越根本法的决断权力。根本法转向自然法,不再是平衡机制,而是革命动力。

长期国会自我扩权立法,使平等派认识到议会可行僭政。“一人专横统治即为僭政,那么为什么一群人不受法律约束的统治就不是更大的僭政?”^[61] 约翰·利尔本(John Lilburne)认为议会虽可创制新法,但仍有根本法构成议会的行为准则。不仅“理性与自然”会限制议会,英格兰传统法律如《大宪章》及其载明的历史权利(native rights)亦对议会构成限制。^[62] 威廉·沃尔文(William Walwyn)主张,议会权力至少要保护人民在《大宪章》中获得的自由和权利。^[63] 于是,平等派提出根本法成文化设想:制定一部议会都不能修改的最高法(a law paramount),保障议会周期选举。后来的“人民公约”(the agreement of the people)构思更周全,写明英格兰人民的历史权利,规定议会权力来自并低于人民权力,不能更改人民的权利清单。根本法的成文化、不受侵犯的个人权利成为彼时政治小册子的主题。根本法不再是迷雾般的习惯,也不是抽象的让人摸不着头脑的原则,而是白纸黑字的成文法,装下各种版本的共和主义宪制。^[64]

(三) 议会主权与根本法“道德化”

查理二世复辟后,议会重新成为传统权利的保护者,政治地位和道德权威得以强化。1679年,议会酝酿排斥法案,将约翰公爵(信奉天主教)排除在王位继承之外,虽没有成功,但议会规范国王选举已成定局。就此,保王派成为托利党,主张议案违反根本法无效。议会派成为辉格党,主张议案符合根本法——国王在古老传统上由人民选举产生,王位继承规则可由议会更改。^[65] 1689年1月,下议院认定詹姆士二世不仅“通过破坏国王与人民之间的原初契约,妄图颠覆王国宪制”,还“根据耶稣会士和其他邪恶之人的建议,违反根本法”。^[66] 这是辉格党“国王选举说”——人民通过与统治者的契约确定国王——的必然结果。

詹姆斯·蒂勒尔(James Tyrrell)通过繁复考证,证明自盎格鲁-撒克逊时代,国王就是通过统治契约选举的,诺曼征服也未改变这一宪制,因为诺曼之后的王室典章确认了传统做法。但诺曼征服是强制,不是同意。洛克的“默认的同意”为蒂勒尔论证打好补丁。^[67] 强制可以通过默认同意获得正当性,但只能建立在根本自然法的合理要

[60] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 97.

[61] J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, pp. 119-120.

[62] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 108.

[63] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 109.

[64] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, pp. 133-137.

[65] See G. R. Elton, *The Tudor Constitution: Documents and Commentary*, Cambridge University Press, 1983, pp. 62-80.

[66] J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 1.

[67] 参见[英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第74页。

求上：“支配立法权本身的最初的和根本的自然法(the first and fundamental natural law)，就是保卫社会以及(在与公共福利相符的限度内)保护其中的每一个人。”^[68] 蒂勒尔早就认为根本法是人为自保而不得不确立主权者的原理。洛克则使财产权毋须建立在普通法链条上，转而锚定在“劳动”上。根本法脱离历史语境和普通法样态，成为借助人民幸福，通过良心和理性起作用的道德规范。威廉·佩恩(William Penn)认为，根本法首先是人类所共有的道德准则，其次才是英国宪制的法律原则(财产权、议会制、陪审团)。^[69] 根本法变身为主权者的道德责任。

议会通过光荣革命挑选国王，通过《权利法案》确立王位继承规则。国王加冕誓词从遵循“民众所选择法律”变成遵循“议会通过的法律”来统治。^[70] 议会基于“最高法院”地位，更改普通法；基于“人民代表集会”地位，创制法律。它逮捕反对者，宣称自己是议会选举的唯一法官；修改、变更王国合并协议的“根本性”决议；^[71] 将任期延长为 7 年；将非法的变为合法的。^[72] 曾经的根本法——普通法——被议会无视或修改，^[73] 议会侵犯《大宪章》规定的人身自由，公然违反任何人都不得作自己案件法官的“共同理性”，自行延长任期辜负“人民信托”。布莱克斯通说：“只要并非自然不能，议会能做一切事情。所以有些人毫无顾忌地宣称议会万能……议会所做的事情，世上无任何权力可撤销。”^[74] 梅特兰评论道：“我们中世纪议会活跃的立法活动，已经使得任何法律高于国王和议会的理论成为了一种不切实际的原理。”^[75] 议会主权无论在事实上，还是法律上都毫无疑问地建立了。

议会主权意味着，能够制约议会的不可能是法律，而只能是政治道德。贵族院议员卡姆登(Camden)在美洲殖民地印花税辩论中明确表示：议会主权，并非事事可为。它不得违反神圣法，不能剥夺财产权，更不能不听取当事人意见即将之定罪。对北美征税，因无北美代表同意，不合法。在《宣示法案》辩论中，他直接指出该议案绝对非法，违反自然法，违反了宪制的根本法(the fundamental laws of this constitution)，而这个宪制立基于永恒的、不可改变的自然法之上，它的根基与核心是自由。^[76] 1770 年，贵族院少数议员认为任凭平民院以决议形式处置选举基本权利(fundamental right of election)，不合乎古老和根本的政治自由。根本法只有在“自然”与“神圣”护佑下，隐微出现在议会政治辩论中。

根本法司法化的最后余音，出现在 1871 年李诉比德和托林顿枢纽铁路公司案(Lee V. Bude and Torrington Junction Railway Company, 1781)。法官们拒绝当事人抽象正义主张，明确提出法院是国王和立法机关的仆人，只要法案还作为法律存在，法院就须遵守。

[68] [英]洛克著：《政府论》(下篇)，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆 1964 年版，第 82 页。译文根据英文版有调整。

[69] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, pp. 154-156.

[70] 参见[英]梅特兰著：《英格兰宪政史》，李红海译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 185 页。

[71] 参见[英]梅特兰著：《英格兰宪政史》，李红海译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 214 页。

[72] 参见[英]A. V. 戴雪著：《英国宪法研究导论》，何永红译，商务印书馆 2020 年版，第 119-126 页。

[73] 参见于明：《从都铎宪制到议会主权——英国宪制的现代转型及其美国影响》，《政治与法律评论》2020 年第 1 期，第 25 页。

[74] [英]布莱克斯通著：《英国法释义》，游云庭、缪苗译，上海人民出版社 2006 年版，第 182 页。根据英文版稍作修改。

[75] [英]梅特兰著：《英格兰宪政史》，李红海译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 194 页。

[76] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 194.

若法院不执行法律而是制定法律,那么法官就是独裁的。^[77] 法官已不主张普通法理性至上,《大宪章》亦被解释为道德制约。1714年,J. 福蒂斯丘-阿兰德(J. Fortescue-Aland)提出,柯克阁下说议会法案违反《大宪章》无效,并非是说违反《大宪章》的所有部分而仅指违反其中的道德部分,也就是那些如同自然一般永恒不变的部分;因为没有议会法案可以改变自然之物,使美德成为邪恶,邪恶成为美德。^[78] 洛克主张:“在某种场合,法律本身应该让位于执行权,或不如说让位于这一自然和政府的根本法,即应当尽可能地保护社会的一切成员。”^[79] 这在18世纪大行其道,并非根本法的福音。它表明,根本法已成道德约束,不具法律效力。

如今,绝大多数英国政治家、法律人认为:当今英国宪法上并不存在任何根本法。即便历史上曾经存在根本法,也因其阻碍了议会政体的确立,成为历史发展不必要的麻烦。议会主权要求人们唯一忠诚的“法”是议会制定的实在性的和通常性的法律,而不再是古老的自由与习惯。英国人选择了主权方式,而非根本法模式,解决均衡宪制的政治困境。根本法最终成为关于治理的道德意识,从政法词汇表消失。而美国人在英国根本法历史中发现了司法审查保障高级法的先声,并以极大热情颂扬之。英国传统和美国传统出现了泾渭分明的不同。

三 美国重铸:作为高级法的“法律系统”

麦基文认为美国宪法实践继承的是英国传统,只不过是英国人后来清除掉的传统而已。^[80] 亨廷顿更直白,美国政治制度承继的是英格兰的都铎政体:“17世纪上半叶,英国殖民者带着中世纪末期和都铎时期的政治思想、做法和制度漂越大西洋。这些思想和行为方式在新世界确立起来后,虽然有所发展,但在殖民地时期的一个半世纪里并没有发生根本性的变化”;“20世纪的美国政治制度比同时期的英国政治制度更接近16世纪的都铎政体”。^[81] 美国联邦宪法设计和实践遵循的是英格兰人不断重申的“混合宪制”。美国人将取代根本法的宪法,改造成具有主权能力的法律系统,成就了均衡宪制的升级版。

(一) 传承与断裂

英格兰殖民地的特点是“克隆”:直接拷贝适合殖民地的普通法与制定法。^[82] 北美殖民地建有议会。特许令状规定,殖民地英格兰人享有英格兰人的传统权利。^[83] 北美殖

[77] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, pp. 205-206.

[78] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955, p. 187.

[79] [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第99页。

[80] See Charles Howard McIlwain, *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, Yale University Press, 1910, p. 386.

[81] [美]塞缪尔·P. 亨廷顿著:《变化社会中的政治秩序》,王冠华、刘为等译,上海人民出版社2008年版,第81页。

[82] 参见[英]梅特兰著:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社2010年版,第217-218页。

[83] See Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2017, p. 108.

民地政制与宗主国类似,却用白纸黑字清楚地写成了成文根本法。契约型殖民地普遍订立根本法,例如普利茅斯的《统一根本法》(General Fundamentals)、康涅狄格的《康涅狄格根本法》(Fundamental Orders of Connecticut)、纽黑文的《纽黑文根本协议》(The fundamental Agreement)、罗德岛的《罗德岛统治法》(Government of Rhode Island)。业主式殖民地类似。1669年,洛克帮助卡罗来纳业主起草了《卡罗来纳根本法》(The Fundamental Constitution of Carolina)。1681年,宾夕法尼亚颁布《佩恩自由宪章》(Penn's Charter of Liberties),与殖民地代表签订《宾夕法尼亚治理框架》(Frame of Government of Pennsylvania)。“殖民地时期,规定政府组成和限制政府权力的基本法概念已经开始发展。”^[84]

《独立宣言》公布前后,北美殖民地开始制宪。各州人民借助洛克社会契约论,通过人民协议的方式确立全新生活方式。作为一揽子规划的制宪,早已超出欧洲根本法话语的内涵和形式。美国人要做的并非仅创造政治权力规则,而是发明新的民族生存方式。“fundamental”词汇被弃用,指称“治理条件和形态”的“constitution”正好合用。英国哲学家托马斯·卢瑟福(Thomas Rutherford)的看法——主权属于全体人民,建立文明宪法,形成立法权力——为殖民地人民所接受。^[85]各州宪法由不同于州议会的制宪会议以绝对多数通过。这带来“法律身份难题”：“我们怎样才能认定宪法、权利法案、政制框架甚至民众自己订立的协议就是这一严格意义上的法律？”^[86]法官出场,透过判决申明州宪具有法律地位——“马萨诸塞州最高法院承认1780年宪法的法律地位并加以适用,宣布奴隶制违宪”。^[87]一揽子规划崭新生活的方案具有了法律效力,并构成政治权力的限制。根本法以迂回又隐秘的方式“转世投胎”：它成为宪法的一个侧面,一种属性和必要工具。

州宪制定有两波浪潮：第一波制宪的是弗吉尼亚、新泽西、特拉华、宾夕法尼亚、马里兰、北卡罗来纳。它们都在1776年年内完成,遵循严格权力分立,拒绝制衡原则,确定立法权至上原则——“在绝大多数革命宪法之中,立法机关实际上是无所不能的,……几乎所有宪法均授予立法机关无限权力。六个州宪法没有规定任何措施以阻止立法机关通过普通立法程序修改宪法”。^[88]第二波制宪包括纽约州(1777)、南卡罗来纳(1787)、马萨诸塞州(1780)和新罕布什尔州(1784),反思立法至上,采纳权力分立制衡原则。与此同时,各州宪法普遍将基本权利成文化。权利清单基本是1774年《权利宣言》的大号复制品。^[89]弗吉尼亚、宾夕法尼亚、马萨诸塞等八个州宪法专列《权利法案》,其余州在宪法相关条文中列明基本权利。基本权利从对自由的程序保障到不自证

[84] [美]伯纳德·施瓦茨著：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1990年版，第28页。

[85] See Thomas C. Grey, *Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, 5 *Stanford Law Review* 843, 863 (1978).

[86] [美]爱德华·S.考文著：《司法审查的起源》，北京大学出版社2015年版，第162页。

[87] [美]爱德华·S.考文著：《司法审查的起源》，北京大学出版社2015年版，第202页。

[88] William Clarence Webster, *Comparative Study of the State Constitutions of the American Revolution*, 3 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 64, 82 (1897).

[89] See William Clarence Webster, *Comparative Study of the State Constitutions of the American Revolution*, 3 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 64, 69 (1897).

其罪,从出版自由到选举自由,从陪审团到特别搜查令状,从不得中止法律到无代表不纳税等等。^[90] 这些基本权利,调整着国家与社会的动态结构,作为国家与社会的“整体宪法”兑现了人民规划自己生活方式的革命目标。^[91]

清晰权利清单与概括立法至上形成鲜明对照:“个人自由在宪法中内容大体完善,有强制力的权利法案或者类似条文保护,但对立法权却并无严肃约束。”^[92] 州宪条文和实践表明,保护基本权利的重任被委托给立法权——“即便法官认为恰当制定的制定法违宪,也没有任何一个州宪法明确授权法院无视它们”。^[93] 实践中,少数人的基本权利无法受到保护,不受约束的议会权力带来社会性压迫——“如果多数人由一种共同利益联合起来,少数人的权利就没有保障”。^[94] 由此,“我们的政府太不稳定,在敌对党派的冲突中不顾公益,决定措施过于频繁,不是根据公正的准则和小党派的权利,而是根据有利害关系的占压倒多数的超级势力。”^[95] 新生州宪全面形成和规划了政治共同体崭新的生存形态,在实现根本法成文化的同时,也取代了根本法。制宪是革命胜利的标志,州宪却成为社会多数派的工具,彻底抛弃均衡政体理念。

(二) 变形与再造

1787年联邦宪法设立有力联邦政府,后增添权利法案,重现英国根本法的双峰对峙:国王特权与传统权利——只不过前者变成人民授权的政府,后者变成人的基本权利。联邦宪法成为政治权力的来源(宪法授权),并规定了政治权力的运用方式(分权制衡+联邦制),成为“政治生活中的‘反托拉斯法’”。^[96] 基本权利一面形成个人基本行动空间,约束政府权力,对抗社会多数;另一面保护社会中间团体(教堂、民兵、陪审团),促进公共德性,降低政府代理成本,提升民主品质和效能。^[97] 联邦宪法建立了“既有足够权威来保护和发展各州共同利益、但又不损害各州主权和人民权利的全国性政府”,^[98] 还继承州宪法传统,成为社会与国家的“整体宪法”,全面构造美国人民的生活方式。

联邦宪法自称美国最高法。最高性的根基在“人民性”,^[99] 而非“远古性”。宪法是人民制定的,国会立法是人民代表制定的,“代议机关的立法如违反委任其行使代议权的根本法自当归于无效乃十分明确的一条原则”,“而宪法事实上是,应被法官看作根本大法。……宪法与法律相较,以宪法为准;人民与其代表相较,以人民的意志为准”。^[100] 美

[90] See William Clarence Webster, Comparative Study of the State Constitutions of the American Revolution, 3 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 64, 70-71 (1897).

[91] 参见苏永钦:《再访部门宪法》,《治理研究》2020年第3期,第114页。

[92] William Clarence Webster, Comparative Study of the State Constitutions of the American Revolution, 3 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 64, 83 (1897).

[93] Akhil Reed Amar, *America's Constitution: A Biography*, Random House Publishing Group, 2006, p. 241.

[94] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第266页。

[95] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第45页。

[96] 姜峰著:《立宪选择中的自由与权威》,法律出版社2011年版,第197页。

[97] See Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, 1998, Introduction XII-XIII.

[98] 王希著:《原则与妥协:美国宪法的精神与实践》(增订版),北京大学出版社2014年版,第77页。

[99] See Akhil Reed Amar, *America's Constitution: A Biography*, The Random House Publishing Group, 2006, p. 348.

[100] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第392-393页。

国人民的形成,在内借助“自然权利”哲学的解放效应,^[101]在外借助“宗教仪式”——“《美国宪法》是美国人民主权唯一一次出场时留下的圣言”^[102]——的团结功能。这与欧洲发展出来的古老根本法完全不同。作为人民创设的根本法,“它的后果涉及联邦的生存、联邦各组成部分的安全与福利”,以及它必将证明:“人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府,还是他们永远注定要靠机遇和强力来决定他们的政治组织。”^[103]它是在崭新政治科学指导下的“造神运动”。^[104]“造神”的成果是宪法成为美国人民的身份象征——“美国宪法因而不仅是一套法律体系,而且也是构建美国文化特殊性和政治认同的基础”,^[105]“《美国宪法》对美国人来说,不仅仅是根本法(即确立国家的根本制度),也不仅仅是最高法(其推论是其他法律不得违反宪法),而且是‘我们的法’(our law)”。^[106]美国宪法成为了美国“公民宗教”的图腾。

人民性带来“死手”问题——“没有一个社会能够制定一部永久性的宪法,甚至一项永久性的法律。地球始终属于活着的这一代人。……每一部宪法和每一项法律在 19 年末很自然地开始失效。”^[107]麦迪逊认为,反复求助人民,会使人民失去对政府的尊敬,并释放公众的情感,以至于“参加裁决的是公众的情感而不是理智”,而随着时间的流逝,爱国热情以及对英国的憎恨逐渐消逝,代之而起的必然是反对共和的情感,人民很可能受到“德高望重”之人或者党派代表的左右。^[108]在给杰斐逊的回信中,麦迪逊进一步论述,周期性废止并重新制定宪法,会带来政权真空,破坏代际分工合作(如借债和继承),财产权重新分配会破坏长期生产投入,带来不劳而获的投机心态,一旦民众领袖巧言惑众,必会破坏民主审议能力,彻底摧毁民主。^[109]就此,马歇尔在那个伟大判决中做了法律了结:“人民享有一项原始权利,为了他们未来的政府,确立在他们看来最有益于他们自身幸福的这些原则,这是整个美国的国家结构得以建立的基础。行使这种原始权利的影响极为重大;它不能也不应频繁地被反复行使。因此,这样确立起来的原则被视为根本原则。由于产生这些原则的权威是至高无上的,并且极少能被行使,于是这些原则被设定为永恒不变的。”^[110]美国宪法面向未来的“永恒性”,与欧洲根本法的历史性、习惯性,有截然不同的时间视野。

据考文教授研究,美国法院的“司法审查”奠基于“基本法的原则之上”。^[111]美国宪

[101] 参见[美]卡尔·贝克尔著:《论〈独立宣言〉——政治思想史研究》,彭刚译,江苏教育出版社 2005 年版,第 50-51 页。

[102] 刘晗著:《合众为一:美国宪法的深层结构》,中国政法大学出版 2018 年版,第 113 页。

[103] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆 1980 年版,第 3 页。

[104] 参见姜峰著:《立宪选择中的自由与权威》,法律出版社 2011 年版,第 63-76 页。

[105] 刘晗著:《合众为一:美国宪法的深层结构》,中国政法大学出版 2018 年版,第 111 页。

[106] 刘晗著:《合众为一:美国宪法的深层结构》,中国政法大学出版 2018 年版,第 71-72 页。

[107] 托马斯·杰斐逊著:《致詹姆斯·麦迪逊》,载[美]梅利尔·D.彼得森编注:《杰斐逊集》(下),刘祚昌、邓红风译,生活·读书·新知三联书店 1993 年版,第 1085 页。

[108] 参见[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆 1980 年版,第 258-260 页。

[109] 参见[美]史蒂芬·霍姆斯:《先定约束与民主的悖论》,载[美]埃尔斯特、[挪]斯莱格斯塔德编《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勤、谢鹏程译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版,第 243-247 页。

[110] 《马伯里诉麦迪逊案判词》(1803),裘浩镭译,载刘晗著《合众为一:美国宪法的深层结构》,中国政法大学出版 2018 年版,第 396 页。

[111] 参见[美]爱德华·S.考文著:《司法审查的起源》,北京大学出版社 2015 年版,第 120 页。

法作为形成议会权力的根本法,是优越于议会的“法律”。制宪者构想,法院是人民与政府之间的“中间机构”——“宪法除其他原因外,有意使法院成为人民与立法机关的中间机构,以监督后者局限于其权力范围内行事”,^[112]并进一步主张法官负有“保卫宪法之责”。^[113]但司法审查没有宪法“文字依据”是不争事实。考文教授通过对宪法第三条的细密论证,以及对制宪过程的细致梳理——四分之三的制宪会议领袖公开赞同司法审查,而且“制宪会议上,没有任何别的宪法问题像司法审查这样,得到过全会的充分讨论而成为经过检验的结论”^[114]——主张:“制宪者将司法审查寓于宪法的一般性原理中,因为他们认为这样一来,就没有必要再起草某个专门条款了。”^[115]同时,美国法院的司法审查,绝非仅是法院努力和争取的成果,更有赖国会的认知和承诺:国会不享有主权,并压倒性赞同司法审查。^[116]从“海本案”(Hayburn's Case, 1792)到希尔顿案(Hylton v. United States, 1796)再到马伯里案(Marbury v. Madison, 1803),国会没有否认法院司法审查,而是积极应诉。司法审查为立法机关与司法机关的默契与共识所巩固。从此,宪法成为由法院通过法庭技术适用的实在法。根本法委身宪法之中——“规则并非因为它们是本来的就可以进入宪法,而是因为它们被写入宪法才成为根本的”^[117]——变成宪法修饰词,开始指代宪法在法律秩序中的地位(高级法)和司法机关的宪法作用(守护者)。

宪法是法律由法院适用,这是美国创举。作为民族生存方式的宪法具有法律执行性,是根本法的彻底化与扩大化——不仅涉及政治权力的形成与行使,所有关键性的国家—社会问题也都被法律化。作为民族标签的宪法具有永恒性,由司法解释和适用,成就“司法统治”(Juristocracy)——“在这种政体中,法官是保证所有权力按照宪法价值行事的关键角色。”^[118]政治问题,通过司法技术的体系运算来解决,是这个设计的“遍历性”——“几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题”。^[119]“美国立宪主义的历史,至少在很大成分上是一部将根本法(fundamental law)转化为普通最高法(supreme ordinary law)的历史,并越来越将美国宪法史视为美国最高法院工作史。”^[120]从此,“联邦的安定、繁荣和生存本身,全系于七位联邦法官之手。没有他们,宪法只是一纸空文。”^[121]美国宪法作为革命人民自由设计的“整体宪法”,是美利坚民族的“身份证”;作为人民命令,它自我宣告是美国最高法;它超越代际鸿沟,成为“永恒宪法”;它是法院守护执行的根本法。这样一部超越时间,与人民紧密联系在一起,依靠法院“法律思维”运作的宪法,逐渐成为自我指涉的法律系统。这是超克欧洲根本法的崭新产物,多年后成为极流行的根本法版本。

[112] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第392页。

[113] 参见[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第394页。

[114] [美]爱德华·S.考文著:《司法审查的起源》,北京大学出版社2015年版,第143页。

[115] [美]爱德华·S.考文著:《司法审查的起源》,北京大学出版社2015年版,第148-149页。

[116] 参见[美]爱德华·S.考文著:《司法审查的起源》,北京大学出版社2015年版,第71-72页。

[117] Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 293.

[118] Martin Loughlin, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, 2022, p. 131.

[119] [法]托克维尔著:《论美国的民主》,董国良译,商务印书馆1988年版,第310页。

[120] Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 296.

[121] [法]托克维尔著:《论美国的民主》,董国良译,商务印书馆1988年版,第169页。

四 结语：从地方性到全球化的根本法

20 世纪初,麦基文发现司法审查是英语世界的特有现象。^[122] 洛特林指出,二战前美国宪法是“孤零零”的存在,二战后开始在少量国家传布,20 世纪 90 年代才开始大流行。^[123] “此时,美国模式已经传遍全球,它的很多特征已经成为国际规范。”^[124] 美国宪法的基本设计——总统制、联邦制与司法审查——在全球产生广泛影响。司法审查快速成为全球标配。“到 2005 年,世界上超过 3/4 的国家在宪法中规定了审查合宪性的司法审查制度。”^[125] 与其如日中天相伴而行的是,苏联解体、美国成为唯一超级大国和第三次民主化浪潮。^[126]

根本法起初是法国人对任性王权的情景化应激反应,其后,按照历史和理性被注入不同的本地内容,满足不同政治势力的需求。根本法的“基础—大厦”隐喻发挥着重要引导作用。博丹将之解说成“限制—保障”主权的政治论说。在英格兰,国王用根本法保障王权,议会用之钳制国王特权。它从普通法、理性、自然法中获得灵感和形式,始终被政治势力策略性调用。议会获得主权后,根本法快速消亡,委身为政治权力运用的政治道德。欧洲根本法实践的态势是:当政治势力处于弱势时,他们调用根本法话语;当他们成为主权者时,就将之没入烟尘。但无论如何,围绕和填充根本法的政治审慎诞生了。

美国人将民族形成以及其生活方式全部“根本法”化,并将之命名为“宪法”,然后彻底“法律化”。美国宪法作为根本法对国家—社会做了全面规定,按照因果机制自动运行,由法官对各种扰动和问题做出回答。它是自动运行的保护基本权利的超级法律系统。^[127] 有中国学者提出,宪法写入基本权利,用司法加以保障,才是根本法,并据此提出作为根本法的中国宪法的特色实施方案。^[128] 其实,美国根本法再造是非常“美国本土化”的产物。美国式根本法的流行,与美国实力的关系可能更大,而非单单因为其中的“真理颗粒”。这里引发的追问是:中国宪法上的“根本法”究竟意味着什么?限于篇幅需另文探讨,但可以肯定,它无法仅仅从概念演绎、历史比较中获得“血缘”支持,而只能从谱系学探究中收获“启发”刺激。因此,中国根本法意涵的探索就是非常语境化的研究。

[本文为作者主持的 2021 年度中央高校基本科研业务费项目“公法的关键概念研究”(2021CDSKXYFX009)的研究成果。]

[122] See Charles Howard McIlwain, *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, Yale University Press, 1910, p. 6.

[123] See Martin Loughlin, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, 2022, p. 19.

[124] George Athan Billias, *American Constitutionalism Heard Round the World, 1776–1989: A Global Perspective*, New York University Press, 2009, p. 321.

[125] Donald L. Horowitz, *Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers*, 4 *Journal of Democracy* 125, 125 (2006).

[126] See George Athan Billias, *American Constitutionalism Heard Round the World, 1776–1989: A Global Perspective*, New York University Press, 2009, p. 320.

[127] 美国学者有不同看法。参见[美]阿克曼著:《我们人民:宪法的变革》(修订版),孙文恺译,法律出版社 2009 年版,第 321–324 页;[美]保罗·卡恩著:《政治神学:新主权概念四论》,郑琪译,译林出版社 2015 年版,第 11–18 页。

[128] 参见范进学:《作为根本法与高级法的宪法及实施路径选择》,《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2014 年第 4 期,第 63–65 页。

On Fundamental Law

[**Abstract**] The academic debate on the “fundamental-law” connotation of the Chinese Constitution presupposes Western understandings of fundamental law. However, there is some degree of misunderstanding among Chinese scholars of the preconception and background of Western understandings of fundamental law. They fail to recognize the replacement of fundamental law by the constitution and to inquire into the underlying human intentions behind it. This necessitates intellectual archaeological research on fundamental law. The concept of fundamental law originated in Europe as a political and moral discourse. It emerged as the French response to the demand for curbing the excessive power of monarchs, adapting its content to cater to diverse political needs based on historical context and rationality. With the establishment of nation-states, Jean Bodin transformed it into a political prudence that safeguards sovereignty. The concept and application of fundamental law in France directly impacted the development of legal principles in England through Scottish immigrants to France. In England, fundamental law also served as a tool for political contention; the king utilized it to safeguard his powers while the parliament employed it to regulate royal prerogatives. It encompassed both the foundational political system established by the monarchy and the rationality derived from common law jurisprudence. Rooted in traditional, rational, and natural legal doctrines, it was strategically invoked by various political factions. However, with the ascendancy of parliamentary sovereignty, fundamental law swiftly waned into a mere political morality for wielding political authority. Throughout Europe, fundamental law embodies political prudence accumulated through years of political struggle. The fundamental law of England, which was implemented in the American colonies, facilitated the invention of the American Constitution. This comprehensive constitutional document established the United States and reflected a dual confrontation between the authorized government (the king’s prerogative) and the basic rights of individuals (traditional rights) similar to that found in English fundamental law. Subsequently, fundamental law not only acquired legal status but also underwent a transformation from a noun referring to “certain rules” to an adjective modifying “constitutional nature.” As fundamental law, the United States Constitution comprehensively addresses societal needs through its mechanism-driven functioning, with judges addressing various disruptions and issues. Chinese scholars propose that China implements the constitution in a manner similar to that of the U. S. However, reinventing fundamental law in China is a result of localized adaptation rather than mere replication. Therefore, there is an urgent need for contextual research on China’s own constitution as a “fundamental law.”

(责任编辑:支振锋)