

民主与宪政关系的历史检视

——以英美与法德之间的比较为线索*

魏建国

内容提要:民主与宪政分别有着各自的内涵与特质,共时性地概念化、形而上地谈论民主与宪政的关系,可能会遮蔽和忽略掉一些历时性问题。文章以英美与法德之间的比较为线索,通过历时态地考察近现代英美法德四国的民主乃至整个政制绩效不同的深层原因,发现问题的关键可能不在于民主而在于是否有宪政:英美两国的民主是继承宪政基础上的宪政民主,法德两国的民主则是在建立全权制基础上的无宪政民主,宪政有无对英美法德四国民主乃至整个政制绩效的不同产生了根本性影响。纵览英美两国从宪政到宪政民主与法德两国由民主到宪政民主的政制形态发展历程,可得出基本认识:优良政制建设的关键是必要的宪政优位,民主只能对宪政给予补充而不能作为其替代,更不能作为其否定。

关键词:民主 宪政 政制形态 英美 法德

魏建国,黑龙江大学理论法学与法治发展研究中心研究人员,法学院副教授。

“我们忽视他们的观点,就意味着我们不得不重新创造他们已经贡献给我们的东西。”^[1]

一 引言

民主、宪政以及二者之间相互关系,一直是法学、政治学乃至整个政制体系中极为重要的核心概念和制度构成部分,界定清它们的内涵,厘清它们的不同价值与功能,配置好它们之间的关系,无论在理论上还是在实践上都具有重要意义。一般说来,民主与宪政分别有着各自的内涵与特质:宪政的基本内涵与特质可界定为有限政府,宪政一般表现为对国家权力究竟来自哪里并不关切,而对权力必须受到限制则独具情衷,“所有宪政政府本质上都是有限政府”。^[2]而民主意味着多数人统治,“民主意味着多数人统治的观点,是一个非常普遍

* 本文系司法部项目:《民事权利与宪政》(项目编号:06SFB5010)、黑龙江省普通高校青年学术骨干支持计划项目:《诚信社会建设与良法之治关系论》(项目编号:1155G42)和黑龙江省社会科学基金项目:《诚信社会建设与良法之治互动关系研究》(项目编号:08D026)的成果。

[1] [美]阿兰·S. 罗森鲍姆编:《宪政的哲学之维》,郑戈等译,三联书店2001年版,第74页。

[2] [美]C. H. 麦基文:《宪政古今》,翟小波译,贵州人民出版社2004年版,第16页。

的观点。假设你随便问一个人什么是民主,他会说民主就是指人民是最终的决策者。然后,你问他所指的人民是什么,他会告诉你人民指的是大部分人、大多数人。可见,我们所称的多数主义者对于民主的认识是非常普遍而有影响力的。”^[3]最基本的也是最少争议的。本文为减少歧义和行文一致,就取宪政、民主的最基本内涵:宪政的基本内涵为有限政府,民主的基本内涵为多数人的统治。

通过上述内涵、特质比较,我们可以发现民主与宪政并不是一码事。具体言之,民主和宪政分别对应着两种不同的自由观,即认为自由依赖行使权力的积极自由观和自由依赖于约束权力范围的消极自由观。而以民主、宪政为参照的政制形态大致可分四种:有宪政但无民主的政制;有宪政也有民主的政制;无宪政但有民主的政制;无宪政也无民主的政制。在此组合中含有民主的政制有两种:有宪政也有民主的政制;无宪政但有民主的政制。正如戈登所指出的:“我们所谓的‘立宪主义’是指对政治权力的行使施加限制的一种政治制度。正如我们经常强调的,不能把这个概念与‘民主’混为一谈,后者是指参与政治过程的机会向全体公民开放而不加明显限制的一种政体。根据这种定义,如果对多数人民在行使国家的强制性权力中所能做的事情不加以限制,哪怕是直接的民主制也不是立宪秩序。”^[4]拉德布鲁赫也一再强调:“民众参与立法并不完全说明立宪国家的实质。……立宪国家奉为立国之本的自由,除了其积极的一面,除了国民对国家事务的参与外,还有其消极的一面:即特定国家的国民自由,对国家来说应是不可能触犯的个人自由范围的保证,就是国家活动不可逾越的界限的承认。”^[5]

共时性地概念化、形而上地谈论民主与宪政关系,可能会便利和简捷,但由于缺乏具体的语境性和事实性,常常会遮蔽和忽略掉一些历时性问题,进而可能会遮蔽和忽略掉一些更为生动和更为有启示意义的经验认识与常识观点。由于近现代西方不同国家的宪政、民主及其相互之间的不同关系样态都是历史发展的产物,因此,对它们的认知与理解应建基于一种历时态的考察与展现之上。^[6] 本文拟以英美与法德之间比较为线索,历时地考察和展现近现代英美法德四国宪政与民主的关系及对整个政制绩效不同的深层影响,从中求得资鉴。

二 民主在近代英美法德四国中绩效的不同及与宪政的关联

(一) 民主在近代英美两国发挥了较好绩效

其一,民主保障了英美两国政权交接的和平化。1688年“光荣革命”后的英国,一个政党只要赢得了国民大选并占议会的多数,这个政党的首领就自然成为国家的首相,而暴力夺权将不必要也不再被允许,因为民主制度保障各利益集团都有通过选举而获得政权的机会。这也许是民主的最大功绩,以票箱出政权,代替了以暴力出政权。“它可以保证在不使用暴

[3] [美]德沃金:《认真对待人权》,朱伟一等译,广西师范大学出版社2003年版,第164页。

[4] [美]斯科特·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239页。

[5] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第36-37页。

[6] 正如一些学者所言,我们应“致力于展现18世纪在同一时代背景下同时产生的两种政治倾向:自由主义形式的民主制度和另一种我们建议叫极权主义形式的民主制度。这两种思潮自18世纪就并行存在并发展至今天。两者之间的那种紧张状态已经构建了近代史上的一个重要时期,而且现在还在不断地进行着你死我活的斗争,演变成了我们这个时代最至关重要的重要问题……这个问题理所当然地扩展成为我们讨论整个时代特征的概括与缩影。”
[以]J. F. 塔尔蒙:《极权主义民主的起源》,孙传钊译,吉林人民出版社2004年版,第1页。

力的前提下使政府合乎被统治者的意愿。假如一个按民主原则组成的政府不遵照大多数人的意愿执政,人们不用打内战就可以将它推翻,并将那些受到大多数人拥护的人推到政府的执政地位。民主的国家体制中的选举机构和议会就专司此职,它们使政府的更迭得以平稳、无摩擦、不用武力以及不流血地加以完成。”〔7〕美国也正是由于1800年具有分水岭意义的选举政治改变了政权交接方式,杰斐逊称这次选举“就形式来说,是一次真正的像1776年革命一样的政体原则的革命”。因为它标志了美国政党政治、选举政治的确立和通过暴力革命获取政权方式的终结。此后,“美国政治制度的一个最大成就,是不存在叛乱发生的土壤。一个自由的两党制,所有的国民都能享投票权,这已经消除了人们革命的道义权利。在美国,革命不仅在道义上是错误的,在政治上也是完全没有必要的。如果会有一场民主革命的话,那也一定是发生在投票箱内。”〔8〕

其二,与君主制度相比,民主也保证了英美两国公民政治权利的实现,保障了英美两国人民对国家权力的参与与监督,从而提高和改善国家权力的公共服务质量。

(二) 民主在近代法德两国绩效较差

其一,法国在大革命时代,国家权力不仅曾以民主的名义广泛侵人民众私生活领域,导致法国民众私生活遭受了全面压制和打击,而且法国大革命还以“民主”的名义实施了恐怖统治。正是由于上述事实,托克维尔称法国革命建立的民主制度是“民主专制制度”,〔9〕勒庞称其为“集体的暴政”。〔10〕

其二,在德国,纳粹党和希特勒正是通过民主程序上台的,“根据服从大多数人意志的定则,希特勒崛起掌权是合法的。”〔11〕这里所谓“服从大多数人意志”,即指民主表决的原则和结果。然而,通过民主上台后的希特勒所带来的暴政与专制却给世人留下难抹之痛。

(三) 民主绩效不同与宪政有无相关

同是立足于多数人选举为基础的民主制,为什么在近代英美与法德之间产生如此不同的绩效。事实证明,囿于和迁怒于民主本身,并不能说明和解决问题。放宽历史视野,我们会发现大革命时期的法国民主及希特勒上台时期的德国民主,与英美民主在历史背景和前提条件上存在很大不同。英美两国的民主是继承宪政基础上的宪政民主,也称制宪民主。〔12〕或言之,英美两国的民主是尊重和含有宪政的民主。“英国是宪政民主制”。〔13〕美国的民主也是尊重和保有宪政的民主。“当美国人宣誓忠于民主时,他们指的是宪政民主”。〔14〕史实表明,1688年英国“光荣革命”并不是一场推翻社会制度的全面重建,它只是一场宫廷政变而已,它只是在政治层面上,将议会对国王的制约制度化,并且它只是政治制

〔7〕 [奥]路德维希·冯·米瑟斯:《自由与繁荣的国度》,韩光明等译,中国社会科学出版社1995年版,第81页。

〔8〕 [美]苏珊·邓恩:《姊妹革命:美国革命与法国革命启示录》,杨小刚译,上海文艺出版社2003年版,第82页及第240页。

〔9〕 [法]托克维尔:《旧制度与大革命》,冯棠译,商务印书馆1992年版,第197页。

〔10〕 勒庞指出,在法国大革命中,“个人的暴政为集体的暴政所取代,前者是弱小的,因而容易推翻;而后者是强大的,难以摧毁。”参见Gustave Le Bon, *The Psychology of Revolution* (New York, 1913), p. 287。

〔11〕 [美]汉娜·阿伦特:《极权主义的起源》,林骧华译,三联书店2008年版,第400-401页。

〔12〕 “在无限限制的多数民主的相反一极是我们这里所描述的是制宪民主。”参见[美]D. C. 缪勒:《制宪民主:一个解释》,载[加]A. 布来顿等:《理解民主》,毛丹等译,学林出版社2000年版,第86页。

〔13〕 [美]沃尔特·墨菲:《普通法、大陆法与宪法民主》,载佟德志编:《宪政与民主》,江苏人民出版社2007年版,第154页。

〔14〕 [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,序言第1页。

度变革,而几乎丝毫未改变社会习俗和宪政传统。美国所继承的也是英国的宪政传统,“美洲殖民地的政治观念继承了英国的宪政传统,与启蒙运动的绝对君主观几乎毫无关联。……旧有的宪政传统,有意不使权力集中于任何单独的权威,该传统一直在美洲殖民地存在下来。”^[15]而法德两国的民主则是在建立全权制基础上,也称全权民主或无宪政的民主。“法国革命与美国模式不同,其重点并非宪政国家的落实”。^[16]法国《人权宣言》授予立法机构无限权力,但不管“‘最高立法者’的概念从皇帝变为民主选举的议会有多么容易,最高立法者的形象,不管它是一个集体的机构还是一个单个的统治者,都不符合宪政的规范。”^[17]德国的民主也是无宪政的民主。德国的全权制始于普鲁士的开明君主专制时期,第一次世界大战德国战败,帝制崩溃,1919年建立了魏玛共和国。但是,魏玛共和国宪法存在一个重大缺陷:那就是赋予总统的权力过大。^[18]

三 宪政的存在:英美两国政制绩效优良的基石

史实表明,英美两国的宪政民主制之所以能发挥较好绩效,正是与宪政的存在密切相关。宪政民主是由宪政和民主两部分构成的,也即,宪政与民主针对的是不同的问题,不同的事物。然而,现代人为了支持民主而赋予了民主太多的价值和功能,而其中大部分是与民主没有直接关系甚至与民主毫不相干的,并且也超出了民主的能力,而事实上这些大多是属于宪政的价值和功能。换言之,为提倡民主,不少人将原本是宪政的价值和功能记在了民主头上。长期以来,我们习惯于将英美政制绩效优良的原因,归功于民主,而事实表明,可能更多受益于宪政。正是宪政的存在,支撑和保障了英美两国政制绩效的优良。

(一) 宪政的存在使得英美两国在培育民众的民治民主能力方面好于法德两国

宪政能够为民众提供自治空间,而自治空间的存在是培育民众民治民主能力的土壤。近代英国代议制民主的成功就与英国宪政传统下公民自治和公共精神的发达有关。对此,一些学者已明确指出:“首先必须认识到的是,公民的社会责任感如果没有相当程度的提高,就不可能有真正的民主。在这方面,英国的传统可能比法国的传统更值得称道。”^[19]事实上,美国民治民主的发达也源于宪政传统。美国民众民主能力较强就是源自宪政秩序下的自治空间供给和民众具有实践政治经验。在回顾制宪会议辩论的时候,人们很容易为下面的事实感到震惊:与会者大体上都曾当过议员,或者是在州议会,或者是在根据邦联条例建立的国会,甚至曾参加过大陆会议,因而他们参加民主政治是轻车熟路。与英美两国不同,近代早期以来法德两国的宪政和公民自治空间一直处于衰退之中。如,“法国是很久以来政治生活完全消失的欧洲国家之一”。^[20]无宪政,民众就无自治空间,因为“不尊重宪政

[15] [美]弗里德里希·沃特金斯:《西方政治传统——现代自由主义发展研究》,黄辉等译,吉林人民出版社2001年版,第94-95页。

[16] [德]迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第73页。

[17] [美]沃尔特·墨菲:《普通法、大陆法与宪法民主》,第155页。

[18] 魏玛宪法赋予总统具有英国君主的地位——对外代表国家、主持国家重要庆典之外,还给予美国总统式的实权,统帅海陆空三军,有任命总理和国家官吏的大权,其任命权不受议会的约束,同时宪法48条规定总统还有宣布紧急状态的特权。

[19] [英]勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,潘华仿等译,清华大学出版社2002年版,第118-119页。

[20] [法]托克维尔:《旧制度与大革命》,冯棠译,第236页。

的国家,大多压制公民自治”。^[21]

(二) 宪政的存在使得英美两国在保障自由方面好于法德两国

近代英美两国的自由之所以有保障也乃是宪政之功。英国是如此,“虽然不列颠人对于他们在下院和殖民地议会的参与活动都评价很高,但很少有人会认为,仅仅是民众的参与就可以使一部好宪法运转起来,就可以保护个人的自由。”^[22]事实上,信奉和坚守有限政府,反对国家权力无限扩张,一直是英国政治文化和自由传统的主旋律。欧克肖特就曾指出,英国人享有的自由不是从政教分离中产生,也不是从法治、私有财产、议会制政府、人身保护法令中产生,更不是从司法独立中产生,而是从“我们社会缺乏压倒性的权力集中产生的。这是我们自由最一般的条件,它一般得使其他条件都可视为包括在这个条件中。”^[23]美国人的自由之所以有保障也乃是宪政之功。在美国,宪法是“一部由自由授予的权力宪章,而不是如欧洲那样的由权力恩准的自由宪章”。^[24]而大革命时期的法国和纳粹时期的德国,根本不可能有真正自由与权利,原因在于缺乏宪政和有限政府机制,公民的自由与权利完全由全权制政府来安排、来决定。博登海默就曾指出,“在任何自由的政府下,人民都拥有……一些不受国家控制的权利。如果一个政府不承认这些权利,认为其公民的生命、自由和财产无论什么时候都应受到最民主的掌权者的专制处置和无限控制,那么这样的政府归根结底就只是一个专制主义的政府。”^[25]

(三) 宪政存在使得英美两国在保护政治斗争的敌对者方面好于法德两国

值得强调的是,宪政对权力的成功约束,受益者固然是普通的民众,因为这会保障他们不再遭受专横权力的任意侵害。不过,从中受益的还有统治者自己。事实表明,其他政体下统治者的身家性命从未比宪政体制下得到更为安全的保障。在宪政体制下,统治者虽然要忍受对手的责难和挑剔,却不会被竞争对手轻易投入监狱或送上绞架。因为宪政的存在会将人的基本权利置于社会斗争、政治斗争之外,从而使得各利益集团在政治斗争中不能赢者通吃,而只能是部分胜利。经验证明,宪政、基本权利的先定预设,正是英美两国能走上健康民主政治的重要基础。与英美两国不同,近代法国国内政治动荡频繁且剧烈,在近代百余年的历史中出现过五次共和,两次复辟和两次帝制,德国也是以政治迫害而闻名。这些既是法德两国阶级冲突剧烈的产物,更是宪政缺失和全权制的结果。也即全权制容易被某些利益集团利用而借机打击对手。事实上,没有基本权利,宪政作底线往往是引发政治不宽容、政治斗争剧烈的根源。

(四) 宪政的存在使得英美两国在保障分权、法治方面好于法德两国

宪政强调国家与社会的适度分离,“宪政的产生总是基于这样的理由,即确定国家权力的边界并限制国家的管理者……它表明,在国家和社会之间至少存在一种区别或对立,否

[21] [美]让·布隆代尔:《民主与宪政》,载[日]猪口孝等编:《变动中的民主》,林猛等译,吉林人民出版社1999年版,第95页。

[22] [美]戈登·伍德:《民主与美国革命》,载[英]约翰·邓恩编:《民主的历程》,林猛等译,吉林人民出版社,1999年版,第112页。

[23] [英]迈克尔·欧克肖特:《政治中的理性主义》,张汝伦译,上海译文出版社2004年版,第109页。

[24] Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic: 1776 - 1787*, *The University of North Carolina Press*, 1969, p. 601.

[25] [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第56页。

则,就无甚理由为国家制定规则。”^[26]在此分离过程中,宪政强调民众的基本权利外在于国家,这是为了保障基本权利优于或至少平等于国家权力。事实证明,只有如此才能确保个人与国家处于一种分立与平等关系之中,进而为分权、法治的产生和司法独立的发展提供了可能。因为,“从分权的内在的制度性前提条件的观点来看,分权可以被解释为法治。”^[27]“‘法治’意味着公共机构不应当拥有广泛的权力。”^[28]而没有宪政就不会有社会与国家、个人权利与国家权力的分权与平等,当然也就不会有法治和司法独立。从这一点来说,是宪政造就了法治,而不是法治造就了宪政。史实也证明,宪政有无对近代英美与法德分权、法治的存在与发展产生了根本性影响。

1. 宪政的存续保障了英美两国分权、法治的连续性

拥有宪政传统的英国人一直强调,“权利先于任何世俗政府——这就是人法所不能废止或不得限制的权利,这就是源自宇宙最伟大的立法者上帝的权利。英国人的自由权不是君主或议会特许的权利,而是原初的权利。”^[29]认为个人权利与国家权力存在差异、不同和对立,而不是完全一致,英国的分权、法治正是在这一结构下生成和运行的。近代英国 1688 年的“光荣革命”并没有将民主政治混同为宪政政治,也并不认为两者是同一回事,而是在接受和发展代议制民主的同时保留和坚守了宪政和法治传统。一般说来,英格兰法院常常基于这样的原则行事,对于政治和公共事务,比如,征税或征兵,英国普通法院一般不允许公民提起诉讼和行使上诉权,而是强调通过民主和政治途径来解决。但是,在市民社会和私人领域中,英国普通法院强调国家权力与公民之间的关系是一种平等关系。根据自然正义原则,普通法院会将两方当事人置于平等地位,而且会公平地处理双方的法律争议。这一事实也表明,英国已经“把议会制政府的思想嫁接到法治和权力分立的概念上来”。^[30]美国一直坚守着宪政传统,消极自由观也在新大陆得到了延续,“美国自由主义宪政中人权与民主的明显分离是私人领域,也就是市民社会与国家与公共领域分离的一个逻辑结果,自那时起自由主义的基础仍然热衷于坚持宪法基本权利首先是消极的权利的理解。”^[31]可见,“国家一个人”之间二元差异与对立,已经内含于美国宪政传统之中并支撑了美国分权、法治的发展。为了保护个人权利不受“民主制”的侵犯,从 1803 年开始,美国最高法院在首席法官马歇尔的推动下,不仅获得了宣布总统违宪法令无效的权力,而且还获得宣布议会通过的法令违宪无效的权力。“美国已经成为一个具有普遍投票权的民主国家,但这个民主制度依附于个人权利,法院决定这些权利的范围与内容,同时法律又在不断地校正代议制政府与个人之间的平衡关系。”^[32]

[26] [美]丹尼尔·S. 勒夫:《社会运动、宪政与人权》,载宪法比较研究课题组编译:《宪法比较研究文集》(三),山东人民出版社 1993 年版,第 274 页。当代宪法学家迪特儿·格林也指出,“现代宪法立足于国家和社会的分离……一直到完成这种分离,才使现代宪法国家进行的理性限制成为可能”,“可以说,宪法以国家领域和私人领域的划分为基础。不遵守公私划分的任何行为主体或行为方式的存在都会造成宪法难题。”参见[德]迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,第 86、38 页。

[27] [瑞士]丽狭亚·芭斯塔·弗莱纳:《法治在西方主要法律传统中的历史发展》,载夏勇主编:《法治与 21 世纪》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 11 页。

[28] [英]W. Ivor·詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞等译,三联书店 1997 年版,第 213 页。

[29] [美]爱德华·S. 考文:《美国宪法的“高级法”背景》,第 81-82 页。

[30] [英]M. J. C. 维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店 1997 年,第 226 页。

[31] [瑞士]丽狭亚·芭斯塔·弗莱纳:《法治在西方主要法律传统中的历史发展》,第 14 页。

[32] [美]路易斯·亨金:《权利的时代》,吴玉章等译,知识出版社 1997 年版,第 163 页。

2. 宪政的丧失导致了法德两国分权、法治的缺失

事实上,“在整个 19 世纪以及 20 世纪的上半叶……在法国也有如同在英国那样的努力,即想把议会制政府的思想嫁接到法治和权力分立的概念上来。但是,在法国历史上,这种努力有一些重大的差异。”^[33]原因在于法国丢失了宪政传统,而强调社会与国家、个人与国家权力的统一性和一致性。认可和强调个人权利与国家权力的不一致,必然会产生分权,反过来,没有个人权利与国家权力的相区别就没有分权。“不像美国人担心麦迪逊所称的‘立法专制’,相反法国人非常欢迎立法主权……法国《人权宣言》授予立法机构潜在的无限权力,来决定人们可以和不可以享受哪些权利,并以‘公共秩序’和‘公共需要’的名义来对权利进行种种限制。”^[34]事实证明,只要立法机构被接受为至高无上并由立法机构决定个人权利,那么约束立法机构的权利法案与司法独立就无从发展,因为这“不仅与权力分立原则相抵触,而且也与法律下的政府的理想和法治的理想不相融合”。^[35]宪政的缺失,使得纳粹时期德国只有对最高权力者意志的高度服从。“法律和国家元首的意志是一回事”,甚至认为“元首在危急关头利用元首的地位,作为最高立法者直接创制法律……就是在维护法律”。^[36]毫无疑问,没有宪政,没有社会与国家的适度分离与平衡,司法制度只能是政治统治的工具。

四 迷途而返:法德两国向宪政的回归

(一) 谁之错:民主之错还是宪政缺失之错

一段时间以来,学界一直以法国大革命的民主暴政和纳粹党上台为典型事例来论证现代民主的弊端,认为是民主造就了现代专制,扼杀了自由,进而产生一种对民主否定的倾向。事实上,将暴政与专制的原因定位于民主,是会带来诸多不周和讹误的。从经验上观察,英美两国没有出现法德两国的那种民主暴政和极权主义,关键在于有宪政。由上文我们知道,英美两国的宪政是先于民主而存在的,民主的建立并没有破坏和取消宪政。由于近代英美两国是宪政民主国家,因此,当民主在社会生活中得到适用时,就不是毫无拘束的,而是首先必须面对的就是宪政对它的约束与规范。事实上,在宪政框架下,多数人的暴政已成为不可能。宪政、人权是防止民主滑向多数人暴政和极权主义的护栏。英美两国的事实也证明,在真正的宪政民主国家里,多数人暴政和极权主义现象是很难发生的,那是因为宪政提供了防范的方法——一个实行宪政的民主政府一般都会通过“权利法案”和司法独立来对民主进行制衡。恰恰相反,多数人暴政和极权主义多会发生在无宪政的全权制国家里。近代以来,法国的政体在君主独裁政体、共和政体、大众民主政体之间不断游移,但始终没有建立起稳固的宪政制度。魏玛德国的宪政建设也存在诸多问题:在人权方面并未建立起真正的保障制度,表现为缺乏独立的维宪机构、相应的救济权和足以平衡立法权的司法权威。事实上,法国大革命的大多数人暴政、纳粹德国的暴行主要与其宪政缺失存在重大关系,如果宪政制度

[33] [英] M. J. C. 维尔:《宪政与分权》,第 226 页。

[34] [美] 苏珊·邓恩:《姊妹革命:美国革命与法国革命启示录》,第 181 页。

[35] [英] 弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第二、第三卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 306 页。

[36] Kenneth F. Ledford, *From General Estate to Special Interest: German Lawyers 1878 - 1933* (Cambridge University Press, 1996).

是健全的,则法国大革命不会酿成多数人暴政,纳粹的极权主义也不会得逞。所以结论是很清楚的:有错的并非民主,而是宪政的缺失。

(二) 法德两国向宪政的回归

18 世纪末法国经历了国家对社会经济生活的全面控制,而 1804 年《法国民法典》的出现才使上述情况有所改变。近代法国民法典通过强调财产、契约和家庭诸领域私法化的事实,而具有和履行了宪政功能。“从某种意义上讲,法国民法典也确实具有宪法意义;民法典的法律恰恰是将政府的职能限制于承认并执行私人权利的法律领域。特别是在契约法领域,法国民法典以公共政策的名义规定了很少的规范。”^[37] 行政法的发展,也在一定程度上保障了法国民众免受行政的违法侵害。不过,二战之前包括法国在内的大陆国家,并不能防御议会立法的侵害,即假如议会通过的一项法律侵害了公民的权益,就公民而言,除非能迫使该届议会或下届议会将这条法律废除,受害者是毫无办法的。在有了 20 世纪前半期的经历之后,尤其是不断经历了议会可以通过立法形式来践踏人权的事实,二战后欧洲各国产生了一种对立法机构进行制衡的意识。二战后欧洲大多数国家踏上了美国人很久以前就走过的道路:开始将人的基本自由与权利引入宪法之中,作为立法不得染指的领域,并积极建立违宪审查机制来约束议会立法权。事实上,“法国本身已在朝此方向运动(正如其他欧洲大陆国家那样)……逐渐转向执行一种相互制衡的体制,在这一体制中司法权的增长当然是达成平衡的一种必需的工具。欧洲及其他地区行政法院和宪法法院的兴起能为之提供明证。”^[38]

经历了纳粹统治的痛苦,二战后的德国开始对其政制进行反思,认识到优良政体不仅需满足民主的标准,亦要满足宪政的标准。其中,对公民基本权利的保障无疑是宪政最为核心的部分。1949 年,由联邦德国通过的波恩基本法开始把保障公民基本权利作为最重要的内容。为了充分吸取沉痛的历史教训,防止独裁政府践踏人权的悲剧重演,波恩基本法一改魏玛宪法的编排体例,也没有采取美国的宪法结构,而是将公民的基本权利置于基本法的首位,以凸显对公民基本权利前所未有的重视。并开始从宪政的消极自由角度来理解基本权利,即,“基本权利从以前无所不包的国家调控范围中划出一些领域,在其中,居于主导的不再是公共利益,而是私人利益。因此,基本权利在国家和社会之间画出界限。从国家的角度看,这些界限就是其行为的框架,从社会角度观察,它们就是防御权。”^[39] 波恩基本法也同时强调,基本权利是直接有效的法律规范,其直接拘束包括行政、司法和立法在内的所有国家机关。德国联邦议会据此于 1950 年制定《联邦宪法法院法》,联邦宪法法院的主要功能之一就是涉嫌侵犯公民基本权利的议会法律进行违宪审查,以确保基本权利这一普适价值不被议会立法所侵害。

二战后法德两国赋予宪政与基本权利比民主更高的地位和价值,在学理上也是说得通的。表面上看,民主和宪政、基本人权似乎都代表了人民的普遍利益,其实不然,民主是一种争夺统治权的权力政治,更倾向代表变动不居的暂时性多数人利益,事实上并不能代表人们的普遍利益和共同利益。换言之,“政府的平常立法反映得最多的是多数人的偏好而不是所有人的共同利益”。^[40] 与民主不同,宪政是对每个人基本权利的保障,宪政保护公民的基

[37] [美]格伦顿:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社 1993 年版,第 79 页。

[38] [意]莫诺·卡佩莱蒂:《比较法视野中的司法程序》,徐昕等译,清华大学出版社 2005 年版,第 33 页。

[39] [德]迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,第 71 页。

[40] [美]理查德·贝拉米、达里奥·卡斯特里奥:《宪政与民主——政治理论与美国宪法》,载佟德志编:《宪政与民主》,第 237 页。

本权利是事先假定每个个人都享有这些权利,因此,宪政、基本人权才真正代表了人们的普遍利益。也就是说,宪政所强调的公民基本权利,比如生命权、自由权、财产权等,是任何人都享有的,因而宪政在利益代表方面比民主更有普遍性和人民性。^[41] 由于民主所代表的只能是部分人利益,其存在伤害另一部分人利益的可能,即,“在没有宪政的制度化限制的地方,人民的政府很可能堕落成一小部分人的政府。”^[42] 因此宪政有义务将民主这一伤害降到最低程度,否则民主就变成多数人对所有人的专政。作为结果,就是让民主服从宪政,因为只有宪政、基本权利才能保障人民的普遍利益和共同利益。换言之,“政府运转的方式要想免于专断基础上的操纵,那么它必须合理地满足一些宪政主义的条件。”^[43] 宪政对民主最大的规范,在于强调公民的一些基本权利是不受制于任何政治议程的投票,也就是说,无论政治议程中的投票结果如何,公民的这些基本权利都是不能被褫夺的。

[Abstract] Democracy and constitutionalism have their own connotations and characteristics respectively, as the basic connotation and characteristic of democracy have been defined as majority rule and that of constitutionalism, limits on majority decisions. The two are different from each other. To discuss the relationship between democracy and constitutionalism in a conceptualized and metaphysical way, though convenient, yet it may obstruct and neglect some diachronic issues. Through making a comparison of patterns taken by Anglo-American and French-German countries, and by studying both modern and contemporary democracies and deep-seated causes leading to different successes achieved by political systems in Britain, U. S., France and Germany, the author finds out that the master key to the problem may not lie in democracy, but rest with constitutionalism. Democracy practiced in Britain and U. S. is constitutional democracy based on the continuation of constitutionalism, whereas democracy pursued in France and Germany is non-constitutional democracy on the basis of the establishment of the institution of full powers. Whether there is a constitutional government has produced fundamental influence on democracy, even on different successes secured by political systems as a whole in the above-mentioned four countries. Giving a broad overview of the courses of development, from constitutionalism to constitutional democracy in Britain and U. S., and from democracy to constitutional democracy in France and Germany, one can come to the following conclusion basically. That is, the supremacy of constitutional government works as the crux of building up a good political system and democracy may only serve as a supplement to constitutionalism. Democracy can not take the place of constitutionalism, let alone negate it.

(责任编辑:韩 豫)

[41] 对此,一些学者也一再强调,“人,是作为个体的人而不是团体、政党或阶级的人追求意志自由的。甚至议会也不是最高的权威,因为它也是一个具有自身利益的机构。体现人们纯粹的整体意志的唯一方式是让他们全体作为个体同时又表达意志。”参见[以]J. F. 塔尔蒙:《极权主义民主的起源》,第 275 页。

[42] 沃尔特·墨菲:《普通法、大陆法与宪法民主》,第 164 页。塔尔蒙也指出,人们“一旦开始发现大部分人的意志并不一定与普遍的人民意志相同……这样,乍一看是一种民主主义的无限的人民主权的理想,很快地就演变成高压政治的模式。”参见[以]J. F. 塔尔蒙:《极权主义民主的起源》,第 276 页。

[43] [澳]菲利普·佩迪特:《共和主义——一种关于自由与政府的理论》,刘训练译,江苏人民出版社 2006 年版,第 306 页。