

## 英国议会主权的思想史演变

田飞龙

**内容提要:**英国宪法学叙事中的“普通法范式”影响深远,但不能完整概括英国宪制的核心特征。以“议会主权”为代表性原则的“一元民主制”是英国宪制的核心特征,是英国宪制闻名于世的基础性支撑。主张“司法至上”的柯克传统并非英国宪法学的唯一传统,近代以来的英国数代法学家一直致力于一种“议会主权”学术与制度传统的经验描述与规范论证。布莱克斯通体现了普通法学者的政治成熟,提出了英国宪法中“议会主权”的原则性要素。白芝浩和戴雪在英国成熟宪法实践的基础上完成了英国宪法的“学术法典化”,奠定了“议会主权”的宪法理论框架。二十世纪以来的詹宁斯、格里菲思、汤姆金斯等人则分别从功能主义和共和规范主义的进路推进“议会主权”的理论完善,并在当代英国宪法改革论辩中独树一帜。英国议会主权的思想演变对于支撑英国当代宪法学中的“政治宪法”传统具有核心理论意义,同时也构成深度理解英国当代宪法变革结构性争议及其走向的必要理论基础。

**关键词:**一元民主制 普通法宪政主义 议会主权 学术法典化

田飞龙,北京航空航天大学法学院/人文与社会科学高等研究院讲师。

### 引言:如何理解英国宪制?

英国是现代宪政母国,几乎可以从中寻找到所有现代宪政制度的思想与制度渊源,但也同样因为它太丰富,在整体宪法理论与核心制度特征上似乎不如欧陆及美国显著,近来更有循“成文宪法”改革趋势而欧陆化或美国化之虞。然而,英国宪法学传统中毕竟流淌着保守主义的理论自信与贵族美德,在“司法审查”风靡全球之际,依然不断重述和更新其“议会主权”的思想基础和制度原则,并坚定标举为英国宪法的核心特征。“议会主权”是理解英国宪制的命门。

在美国人阿克曼的眼中,英国宪制的基本特色是“一元民主制”,此外,“柏克式历史

主义”也构成了英国宪制的重要特色。<sup>[1]</sup> 阿克曼在英美宪制之间的类型化区分包藏着自身建立美国特色宪法理论体系的民族主义雄心。<sup>[2]</sup> 实际上,阿克曼的眼光确实比较独到,已经正确识别出了英国宪政的两个基本支柱:(1)与“一元民主制”有关的、源自 1688 年光荣革命的议会主权,以“正当意志”为内核;(2)与“柏克式历史主义”相关的、源自 17 世纪初柯克传统的普通法宪政主义,以“普遍理性”为内核。<sup>[3]</sup> 柯克传统下的普通法宪政主义确曾在 17 世纪英国革命前后发生重要影响,但 1688 年以来的“议会主权”改写了英国宪制的基本框架,或者说使其更加具有现代性。<sup>[4]</sup> 在英国宪法学的话语结构中,“正当意志”与“普遍理性”的对话构成了 1688 年以降的公法学术的主题。由于在英国不存在浓缩为一个文件的成文宪法,宪法与普通法律之间并无位阶和效力的明确区分,故不可能发生美国式的“马歇尔革命”,<sup>[5]</sup>所以在英国宪法学问题意识中并不存在所谓的“反多数难题”,所存在的倒是一种“多数难题”,即议会主权如何接受宪法约束的问题。英国法院对议会法律实行的是一种“柔性司法审查”,<sup>[6]</sup>原则上必须遵奉议会法律的至上性。

由于英国宪法的不成文性,其宪政体制本身尽管比较成熟,但一直处于美国和欧洲成文宪法模式的压力之下,经历着一种成熟状态上的转型和改革。1998 年的《人权法案》和 2010 年的最高法院改革被认为是英国宪法成文化进程的重要标志。学者们已经习惯于用欧美成文宪法的眼光去打量这个曾经的“日不落帝国”、今日在欧美之间不知所从的大国的宪政走向。英国宪法学者博格达诺教授以白芝浩和戴雪的作品作为英国旧宪法的经典表述,而以 20 世纪后半叶开启的英国宪法改革所初步结晶出来的成果作为英国新宪法的框架,但他对于英国宪法改革的精英化特征抱持批评态度,希望进一步的宪法改革能够实现权力分配的大众化并提供更多的政治参与机会,打造一个“人民宪政国家”(a popular constitutional state)。<sup>[7]</sup> 而且,英国坊间早已流传多部成文宪法草案,学者中呼吁英国制定成文宪法的也不乏其人。如果说英国 19 世纪的宪章运动的主题是普选权,那么 20 世纪中后期的宪章运动的主题则是成文宪法。

在博格达诺教授所称的英国新宪法之前,英国宪法学的经典辩题是围绕“多数难题”展开的关于议会主权和普通法宪政主义的二元争议,在学术上分殊为英国的“议会主权”传统和“普通法”传统。出现所谓的英国新宪法之后,这一辩题结构修正为:一方仍然坚

[1] 参见[美]阿克曼:《二元民主制》,汪庆华译,载《法大评论》第四卷,中国政法大学出版社 2005 年版。

[2] 参见田飞龙:《政治正当程序——阿克曼的政治宪法理论及其启示》,《学海》2014 年第 1 期。

[3] 关于普通法宪政主义的思想史考察,参见[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,尤其第一部分“爱德华·柯克爵士对普通法的看法”。

[4] 议会主权对英国宪法现代性的推进是结构性和革命性的,甚至因此造成了这一革命成果在英国本土与殖民领地之间的差异化解,由此导致了包括爱尔兰、苏格兰、英吉利海峡群岛、北美等在内的殖民领地先后以“王权”和“人民主权”对抗“议会主权”的宪法斗争,但就英国本土而言,作为革命成果的议会主权已然巩固,参见 Charles Howard McIlwain, *The American Revolution: A Constitutional Interpretation*, The Lawbook Exchange, LTD., 2005.

[5] 关于美国大法官马歇尔如何借助成文宪法逻辑论证司法审查权的学术考察,参见田飞龙:《大国宪政的异数:比较视野中的“八二宪法”及中国宪政转型》,载《清华法治论衡》总第 17 辑,清华大学出版社 2013 年版。

[6] 关于这一审查模式较为系统的考察,参见李蕊佚:《议会主权下的英国违宪审查》,中国人民大学法学院 2011 届博士学位论文。

[7] See Vernon Bogdanor, *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, pp. 291 - 310.

持“议会主权”传统,另一方则在“普通法”传统之外加上了“成文宪法”因素并日渐占据学术和政治影响的上风,试图将英国宪制由“议会至上”改革为“宪法至上”。

然而,英国现代宪制的基本特色远未过时,博格达诺教授也承认英国新宪法并未完成。对于本文之考察兴趣而言,其重点既不在于英国宪法中的“普通法”传统,也不在于英国新宪法改革中呈现出的“成文宪法”逻辑,而在于作为英国宪制基石的“议会主权”传统,因为这是英国“一元民主制”的本色,而“一元民主制”对于宪政转型国家的意义绝不低于阿克曼的“宪法政治”。这是一种有别于美国式“人民自己”模式的“议会自己”模式。

本文对英国“议会主权”传统的思想史考察主要分三部分进行:第一部分侧重对17、18世纪英国法学家思想论述中的“议会主权”观念予以整合,试图呈现出普通法学者的“政治成熟”;第二部分聚焦于19世纪的英国宪法学,以白芝浩的《英国宪法》和戴雪的《英宪精义》为主来阐述学者对英国宪法的“学术法典化”,呈现以议会主权为代表性原则的“一元民主制”宪法体系;第三部分以詹宁斯和汤姆金斯的宪法理论为主考察二十世纪以来英国公法学者理论视野中的“议会主权”。思想史考察的目的在于为英国“一元民主制”提供思想性解释与支撑,适度制约英国宪法学中的“普通法神话”,为观察与评估当代英国宪法改革提供更加完整的理论视野。

## 一 从柯克到布莱克斯通:普通法学者的“政治成熟”

柯克和布莱克斯通生活在不同的时代。在柯克的时代,英国主权的标志是王权而非议会权力。柯克以遥不可追的普通法的名义向国王和议会要求司法独立和司法审查的权力。那时的王权并非现代宪法意义上的行政权,而是握有立法权和普通法院司法权之外的其他司法权力(比如衡平法院)。柯克的普通法宪政主义尚未触及与民主意志的正面交锋和妥协。这是柯克所代表的17世纪的故事。然而,1688年的光荣革命改变了英国宪制的结构,主权的标志从王权转向议会权力,“议会主权”开始成为英国宪法的第一根本法。<sup>[8]</sup> 尽管由于革命的妥协性,光荣革命之后的宪法依然保持了浓厚的“混合宪法”(mixed constitution)色彩,英国主权的完整结构应该是“国王在议会中”(the king in the parliament),而议会本身又分为作为贵族院的上议院和作为平民院的下议院,但作为1688年之后的英国宪法中的“政治正确”(political correctness)的首要标准,下议院保持最后决策者的地位,掌握了议会主权。而布莱克斯通就生活在这一新的时代。

如果说柯克在17世纪初的“博纳姆医生案”中自信满满地要求对议会法律行使司法审查权是基于当时议会不甚明确的宪法地位的话——这种地位表明不具有主权者地位的议会同时低于国王和普通法院——布莱克斯通承受的是同样的普通法,但却面对完全不同的英国议会。在英国不成文宪法的现代展开过程中,1688年的光荣革命类似于阿克曼

[8] 关于宪法学中的“根本法”概念解释,参见陈端洪:《论宪法作为国家的根本法与高级法》,《中外法学》2008年第4期。

所谓的“宪法政治”。尽管英国的普通法院在推动英国宪法发展过程中贡献极大,但对于1688年光荣革命的处理却非常接近于一种阿克曼意义上的“巩固”,充当了具有代际综合性质的英国新宪法的“维护者”。<sup>[9]</sup> 这种角色调整充分体现在布莱克斯通的《英国法释义》(1765年)之中。英国宪法学因应英国宪法本身的结构变迁,在学术话语上实现了时代更新,布莱克斯通也因此在18世纪取代了柯克的影响力,既承继了柯克传统而成为18世纪英国普通法的代言人,也通过对英国新宪法的政治性理解和消化而开始表达英国现代宪法的“议会主权”传统。

从1765年开始,布莱克斯通陆续出版多卷本的《英国法释义》,包括解释英国法普遍性质的导论和正文四卷(人的权利、物权、私法不法行为和公共不法行为),以“评注”的方式系统整理了英国普通法概念和制度体系,在某种意义上属于对英国普通法的一种学术意义上的“法典化”。《英国法释义》的内容非常丰富,除了较为完整地反映普通法中的财产法、人身法的内容之外,还对英国宪法的现代特征进行了卓有成效的研究和表达。《英国法释义》第一卷已经被翻译为中文出版。<sup>[10]</sup> 生活在新时代的布莱克斯通虽然在《英国法释义》中多处援引柯克的普通法观点,但明确反对柯克关于普通法院司法审查权的主张,提出了“议会至上”这一英国现代宪法的首要原则。

布莱克斯通于1758年10月25日瓦伊那讲座成立之际在牛津大学的演讲构成了《英国法释义》导论部分的第一章。布莱克斯通在这次演讲中通过对孟德斯鸠关于英国宪法观点的部分援引,对英国宪法表达了由衷的赞叹,并以此为根据论证了英国国民学习普通法的义务:

“英国宪法可能是世上唯一一部仅以政治自由和公民自由为管辖对象并以实现这种自由为终极目标的宪法。这种自由的主要特点,确切地说,应当是一种在法律允许的范围内做任何事的权利。而只有当各个社会阶层、各种社会规则都遵循那些合理的行为准则时,这种权利才能得以实现。这种权利保护哪怕是出身最低贱的人,使他们不致受到任何人(包括地位最高的人)的侮辱和压迫。既然每一个公民都可以从维护英国法律中受益,那么每个人自然都有熟悉英国法律的义务。至少他应该对与他切身相关的那部分法律有所了解,以免他身为社会的一员,却对社会加诸他的责任义务一无所知,并因此招致责难或造成诸多不便。”<sup>[11]</sup>

显然,作为18世纪普通法的代言人,布莱克斯通将普通法的自由作为英国宪法的“终极目标”并不奇怪。布莱克斯通的自由观具有这样的规定性:(1)法治原则,即自由只受到法律的限制和约束,排除专断和任意的权力侵害;(2)理性原则,即普通法上的主体及其规则需要符合“那些合理的行为准则”;(3)平等原则,即坚持普通法面前人人平等,法律施与平等的保护,反对特权。这些基本观点在19世纪末戴雪的《英宪精义》中有着进

[9] 对阿克曼政治宪法理论的系统梳理,参见田飞龙:《政治正当程序:阿克曼的政治宪法理论及其启示》,《学海》2014年第1期。

[10] 参见[英]威廉·布莱克斯通著:《英国法释义》(第一卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社2006年版。

[11] [英]威廉·布莱克斯通著:《英国法释义》(第一卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社2006年版,第7页。

进一步的阐释与发展。尽管英国社会未必方方面面都符合这里的规定性,但这是布莱克斯通表达出来的普通法的自由理想,构成了英国宪法的伦理基础和价值核心。

当然,如果仅仅限于显示英国宪法上的普通法的自由观,布莱克斯通就不可能超越柯克了。布莱克斯通对英国宪法的结构性认知已经具有了“政治”(political)的维度,通过对“议会至上”原则的论证表达了对光荣革命成果的普通法承认,尤其是对革命之后更加清晰的宪法分权结构的承认,确立了英国宪法中立法权高于司法权的正统观点。

在第一卷第二章“议会”专题中,布莱克斯通对“议会至上”进行了详细的描述与论证。布莱克斯通首先根据光荣革命之后的英国宪法分权结构对英国议会的结构与地位进行了总结:

“因此,在英国,这种最高统治者的权力被分成两个分支:其一为立法机关,即议会,由国王、上议院及下议院组成;另一支则为行政机关,只包括国王一人。本章的主题将会围绕不列颠王国的议会展开,其拥有的立法权及(当然还有)国家的绝对最高权力是由我国的宪法授予的。”<sup>[12]</sup>

在布莱克斯通的结构化描述中,英国国王既是议会的一部分,又是行政机关的首脑,这是英国宪法的一个非常特殊的制度要素。布莱克斯通在这里肯定了议会立法权及其至上性的宪法基础。在该章关于议会作为一个整体的权力的讨论中,布莱克斯通援引了柯克的有关论述来证成“议会至上”,<sup>[13]</sup>可是柯克不是在“博纳姆医生案”中以普通法的理性反对过议会法律吗?这里需要进行适当的澄清:(1)柯克在此处的论述是将议会作为“高等法院”而非立法权主体对待的,柯克的目标是“司法至上”;(2)柯克与布莱克斯通在分权观念上具有时代性差异,各自站在不同的分权结构上展开论述;(3)布莱克斯通似乎是有意忽略了柯克论述的特定背景和指向,从中摘取有利于“议会至上”的论述。由于《英国法释义》的写作是评注式的,笔者更加关注的是布莱克斯通在“移花接木”之后到底想说些什么。

“在制定及确认某项新法,扩大或限制某项法律的适用范围,撤销、废止或重新启用某项法律及对某项法律加以阐述方面,议会拥有的权力是至高无上且不受约束的。它有权处理的法律涉及所有可能的领域,无论是宗教的还是世俗方面的,是民事、军事、海事方面的还是刑法方面的。任何体制的政府都必须将这种绝对的专制权力交给某个个人或机构,而议会正是英国宪法所选定的托付这种权力的机构。……议会甚至可以对王国的体制或议会本身的组织结构进行变动或重新建立一套全新的体制或结构。简言之,只要不是本质上不可能的事,议会都能做到。……事实确实是,对议会所做的任何事,世上再无其他权力机构可以加以废除。”<sup>[14]</sup>

很明显,布莱克斯通所引述的柯克的有关论述是关于作为“高等法院”之议会的权力

[12] [英]威廉·布莱克斯通著:《英国法释义》(第一卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社2006年版,第167-168页。

[13] [英]威廉·布莱克斯通著:《英国法释义》(第一卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社2006年版,第181页。

[14] [英]威廉·布莱克斯通著:《英国法释义》(第一卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社2006年版,第182页。

的,但他本人的评注基本上都是关于作为立法权主体的议会的权力的。在布莱克斯通的论述中,“议会至上”的宪法原则已经不可置疑,“世上再无其他权力机构可以加以废除”,这里的“其他权力机构”自然包括柯克竭力捍卫的普通法院。根据斯诺维斯教授的进一步考察与整理,布莱克斯通的具体逻辑层次是:(1)议会至上是英国宪法赋予的政治权威,法官拒绝适用议会法律会导致司法权凌驾于立法权之上,造成政府颠覆和政治混乱;(2)在议会法律明显违背理性时,如果法律表述存在解释空间,只能按照公平原则进行合理性推定,不能直接宣布无效;(3)如果上述法律表述明确,则法官必须尊重立法意图。<sup>[15]</sup>那么,难道布莱克斯通对于这样的“议会主权”与他内心之中坚强捍卫的普通法的自由之间的张力就视而不见吗?显然不是,他认为:

“因此为维护本王国的自由,最重要的莫过于确定被委派承担如此重任的议会成员,其正直、勇气和学识都是最为杰出的。”<sup>[16]</sup>

布莱克斯通紧接着用很大篇幅讨论了议员资格及其选举、议会内部的议事规则等问题。显然,布莱克斯通是寄希望于民主选举和理性审议来“驯化”这一新出世的至上权力。此外,布莱克斯通对“议会主权”的承认还因为英国议会体现了“混合政体”的完美性,其内部构造并非一院制的单纯民主制,而是结合了君主政体、贵族政体和民主政体的优点,具有内在的相互制约与平衡的机制。<sup>[17]</sup>正是基于对英国议会内在均衡性与理性的认知,布莱克斯通并不担心自己对作为一个整体的议会的主权性承认会在根本上威胁到他铭刻于内心深处的“普通法的自由”。相反,他很清楚,面对光荣革命的政治遗产,如果一味坚持柯克式的“司法至上”的理性主义论调,普通法的理性和自由不仅不可能在新的宪法秩序内得以扩展,甚至可能因为对议会主权的激烈冲突而不断失城陷地。作为 18 世纪普通法的代言人,布莱克斯通对“议会至上”原则的论证及其理性化的制度分析,显示了普通法学者的“政治成熟”。当然,布莱克斯通的“政治成熟”还进一步表现为对洛克政治理论中具有激进主义色彩的“人民反抗权”的明确拒绝,从而杜绝了人民直接出场进行革命和制宪的法律可能性。他声称:

“任何一种人法都不会对这种摧毁所有现行法律,迫使人们在新的基础上重新建立新的法律体系的做法加以确定,更不会允许这种使所有法律条款失效的极端危险情形的出现。因此只要英国宪法得以继续存在,我们就不妨认定议会权力是绝对的、不受控制的。”<sup>[18]</sup>

所以,在英国宪法学理论中,“人民主权”不是一个特别具有理论地位和实践价值的概念,“议会主权”尽管在性质上是民主的,但坚持严格的阿克曼意义上的“一元民主制”,所以英国的宪制模式只是一种“议会自己”的模式。当然,布莱克斯通在这里的拒绝主要

[15] 参见[美]西尔维亚·斯诺维斯著:《司法审查与宪法》,湛洪果译,北京大学出版社 2005 年版,第 13-15 页;关于针对柯克“司法至上”命题的更加全面细致的学术批评史的考察,参见江青:《博纳姆案:案情、判决及评论》,载姜明安主编《行政法论丛》第 11 卷,法律出版社 2008 年版。

[16] [英]威廉·布莱克斯通著:《英国法释义》(第一卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社 2006 年版,第 182 页。

[17] [英]威廉·布莱克斯通著:《英国法释义》(第一卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社 2006 年版,第 62-64 页。

[18] [英]威廉·布莱克斯通著:《英国法释义》(第一卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社 2006 年版,第 183 页。

是基于政治理由和实践理由,而非学术理由,他最终对议会主权的认定也是有前提的,即“英国宪法得以继续存在”。这是法学家的保守理性所在。对于飘忽而至的革命,从理性上而言既无法预测,也无法阻挡,法学家所能预测和守护的只是既定宪法体系下的法律的确切性。有趣的是,一方面《英国法释义》出版之后深刻影响了北美大陆的法学教育和法治实践,另一方面北美人民又根据洛克的“人民反抗权”理论发动了独立革命,“在新的基础上重新建立了新的法律体系”。

总之,布莱克斯通在《英国法释义》中证成了英国宪法的两个奠基性原则:(1)权力分配原则,即“议会至上”;(2)法治原则,即普通法的自由与理性,前者是英国“议会主权”的核心原则,后者是英国普通法的核心原则。布莱克斯通以其普通法学养和政治成熟对英国光荣革命之后的宪法作出了非常精彩的结构化处理,尽管其中的张力不可能根本消解,但其理论完成了英国宪法学学术话语的转型。布莱克斯通之后的学者将分别从其普通法和议会主权两个维度不断汲取营养。本文关注于“议会主权”学术话语的演化脉络。在19世纪,英国“议会主权”的旗帜传递到了白芝浩和戴雪手中,并由戴雪最终完成了对英国不成文宪法的学术意义上的“法典化”(codification)。如同下文所要展示的,戴雪的工作不是法学家通常所理解的普通法意义上的法治表达,而是严格宪法意义上的结构化整合,而戴雪之所以能够完成这一整合,与布莱克斯通在一个多世纪前的理论奠基工作显然是分不开的。

## 二 从白芝浩到戴雪:英国“议会主权”的学术法典化

在《英国法释义》中,布莱克斯通将英国宪法中的“议会主权”和“普通法的自由”扭结在一起。对于布莱克斯通的“释义”,首先表示不满的是英国功利主义的奠基人杰里米·边沁。1776年,年方28岁的边沁匿名发表了针对《英国法释义》的批评性著作《政府片论》,<sup>[19]</sup>针对《英国法释义》第一卷“导论”的第二部分进行全面而系统的批判,该部分的主题是关于法律普遍性质的研究。边沁在作为整个批判论文之“序言”的阐释中从总体上表明了对《英国法释义》的评价以及选择“导论”第二部分进行批判的理由。边沁首先为读者展示了1870年代的整体知识氛围,即道德界的理论思考与改进落后于自然界日新月异的进展,并提出从方法和精确性上对作为道德界“元伦理”的功利主义原则——“最大多数人的最大幸福是正确与错误的衡量标准”<sup>[20]</sup>——进行发展的必要性。在功利主义原则的基础上,边沁提出了法律改革的伦理要求,认为改革必须是理性的、进步的、符合功利原则的。在此理论框架之下,边沁认为布莱克斯通的作品只是以“释义”的方式满足于对法律现状的说明和维护,其最严重的缺点在于“反对改革”,<sup>[21]</sup>缺乏反思性与批判性,更难以引起理性的改革设计。确实,布莱克斯通以普通法的方式对英国法律体系进行

[19] 参见[英]边沁著:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆1995年版。

[20] [英]边沁著:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆1995年版,第92页。

[21] [英]边沁著:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆1995年版,第93页。

了从概念到理论再到制度的系统总结,并且充分肯定了传统法律的合理性,如果只从这一庞大的体系内部来看,边沁的批评就缺乏立足点和力度。相反,边沁并不是以普通法的方式来批评布莱克斯通,而是首先确立自己的功利主义原则,以此为根据对布莱克斯通作品的“要害”部位进行直接打击。何谓布莱克斯通作品的“要害”部位呢?边沁自然不可能从正文四卷中选择,而是从最具理论色彩的“导论”中进行选择。边沁认为“导论”第一部分虽然“善辩”,但“并无什么启发性的内容,只是些华丽词藻而已”,<sup>[22]</sup>第二部分则不同——“这一部分篇幅虽短,然而却是该书中最显著和最富特性的部分,也是作者独出心裁的部分”<sup>[23]</sup>——其余部分则属于“编撰”而缺乏理论价值。这样,边沁就以功利主义原则跳出了普通法叙事的经验主义框架,其理论后果在边沁的后续作品中得到了充分的展现。对于布莱克斯通通过普通法体系化的方法加以维护的英国宪法的诸多领域,边沁都以功利主义方法提供了理性主义和规范主义的批评性分析与改革建议。

实际上,是边沁而非布莱克斯通把准了 1870 年代之后英国宪法变迁的脉搏。<sup>[24]</sup> 在 1870 年代之后的英国政治中,保守派和自由派围绕议会改革和社会平等展开了长期的政治论辩与博弈,保守派很容易从布莱克斯通那里获得营养,而自由派则拥抱边沁的功利主义。功利主义成为英国 19 世纪自由主义的重要基础。密尔发展了边沁的功利主义,把更加复杂的心理因素(激情、感情、理想等)添加进边沁的以理性为核心的功利主义框架之中。熟谙英国政治思想的龚祥瑞先生认为:“但很不幸,密尔富于人情味的功利主义又有过于复杂之嫌,出现了种种无法解释的问题,从而削弱了他的社会分析……现在所需的是对宪法结构来一番新的批判,要象边沁那样的无畏,但又要比边沁深刻而富于思想。”<sup>[25]</sup> 白芝浩就是在这样的时代和思想氛围中提出自己关于英国宪法中“议会主权”的独特见解的。白芝浩在公法与政治思想方面的著作主要有两本,即《英国宪法》(1867 年,1892 年再版,加上了一则长篇导言)<sup>[26]</sup> 和《物理与政治》(1875 年),<sup>[27]</sup> 前者是从政治视角分析英国宪法的经典之作,后者则是从进化论的角度讨论了民族政治进化的历史条件与规律问题。其中,《英国宪法》被公认为是对英国“议会主权”传统的经典分析与表述。当代英国政治公法理论大家马丁·洛克林称赞白芝浩为英国“19 世纪宪法最敏锐的分析者”。<sup>[28]</sup> 根据龚祥瑞先生的总结,白芝浩的《英国宪法》建立在他自己发展出来的新功利主义的基础之上,这种新功利主义在继承老功利主义的两个基本假设——国家等于负有管理职责的国家机关,国家机关为自己的利益而进行管理——的基础上提出传统与习惯对于人类理性行为的决定性作用并不弱于自利的动机,从而拓宽了人类行为选择的功利根据。<sup>[29]</sup>

[22] [英]边沁著:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆 1995 年版,第 95 页。

[23] [英]边沁著:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆 1995 年版,第 95 页。

[24] 对英国议会及宪法更加激烈的批评来自潘恩,参见[美]潘恩著:《人的权利》,田飞龙译,中国法制出版社 2011 年版;对潘恩批评观点的一个总结,参见田飞龙:《公民潘恩的权利哲学与科学神学》,前引书“重译后记”。

[25] 龚祥瑞:《法与政治——读白芝浩〈英国宪法〉》,《比较法研究》1995 年第 2 期,第 197 页。

[26] 参见[英]白芝浩著:《英国宪法》,夏彦才译,商务印书馆 2005 年版。

[27] 参见[英]白芝浩著:《物理与政治》,金自宁译,三联书店 2008 年版。

[28] [英]马丁·洛克林著:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆 2003 年版,第 18 页。

[29] 参见龚祥瑞:《法与政治——读白芝浩〈英国宪法〉》,《比较法研究》1995 年第 2 期,第 197 页。



在简要廓清从布莱克斯通经由功利主义而到达白芝浩的历史线索之后,让我们回到《英国宪法》本身来看白芝浩如何解说英国宪法中的“议会主权”。如果说布莱克斯通对英国宪法中“议会主权”的原则承认和制度编撰显示了一个普通法学者的“政治成熟”的话,白芝浩对英国“议会主权”的分析则完全抛开了英国宪法中的普通法内容,专注于从政治结构角度对英国宪法进行科学解剖。在整本《英国宪法》中,白芝浩根本没有设立专门章节讨论英国的普通法院及其普通法问题。

如何理解白芝浩的“英国宪法”呢?白芝浩在《英国宪法》的“再版导言”中这样表明自己的学术意图:

“一个著者要想试图素描一部活生生的宪法——一部处于实际运行和效力中的宪法——殊非易事。难处在于,所要描画的对象一直变动不居。”<sup>[30]</sup>

白芝浩通过短短一句话陈述了基于政治视角的英国宪法学的研究对象、研究方法和研究的难点。就研究对象而言,显然就是所谓的“一部活生生的宪法”、“一部处于实际运行和效力中的宪法”。如何研究呢?白芝浩使用了美术中的一个术语,即“素描”,这大体表明作者将运用一种实证主义的科学方法。有何研究上的困难呢?对象的“变动不居”。尽管英国宪法是在悠久的历史岁月里“渐积”而成的,但1860年代的英国宪法处于改革关头,变动很大。白芝浩本人就受到了这种变动的困扰,其《英国宪法》的首版和再版之间发生了重要的议会改革,选举权被扩展至工人阶级。如何在学术上应对这样的变化呢?白芝浩的信念和处理方法是:(1)从实证而非规范的角度正确认识新宪法的“效力”与“实效”的区别,以“实效”为根据展开论述,他坚定地认为:“一部新宪法,只要它辖下的公民在旧宪法环境下长大,只要其辖下的政治家受过该旧宪法的训导,就不会展示其全部的效果。”<sup>[31]</sup>(2)基于上述信念,白芝浩的处理方式是保留原版,只将宪法本身的变化(规范)及已经发生的宪法变化(实效)作为外在素材予以描画。白芝浩有贵族倾向,对1860年代的普选权改革抱持质疑态度,而对英国宪法的稳定性及其效力机制具有足够的信心,他的《英国宪法》就是要从“政治”的角度揭示“变动不居”的宪法表象之下真正沉淀下来的结构与规则。对白芝浩的“英国宪法”,《英国宪法》美国版序言的作者,美国法学家 E. L. Y. 从比较宪法的角度给予了相当精辟的理解与解释:

“对我们来说,它意味着在某个时刻颁布的作为国家最高法律的成文的法律文件。……而英国人没有这种书面文件。国家宪法对他们来说意味着其实际的社会政治秩序——一整套从前代继承下来的且规范当下政府操作行为的法律、习惯和先例。因此,一部关于英国宪法的著作自然使我们联想到它事关英国政治机构和社会生活的结构及其实际运行。……宛如一本木匠手册和一本生理学手册不同一样:前者殆属建造艺术领域,而后者则属自然科学领域。在研究美国宪法时,为了弄清一段印刷文字的含义,我们常忙于探究‘制宪者们的意图’、‘建造的规则’和习律者的学识。而对英国法的研究则使我们更直接地面对事

[30] [英]白芝浩著:《英国宪法》,夏彦才译,商务印书馆2005年版,第5页。

[31] [英]白芝浩著:《英国宪法》,夏彦才译,商务印书馆2005年版,第7页。

实和现象,或者说直面政治活动的规则、社会的变迁和国家的成长。显而易见,这些研究对象适宜于使用科学的处理方法,其目的是探求自然原因和内在法则的运演……”<sup>[32]</sup>

确实,由于缺乏浓缩为一个文件的成文宪法,如何认知和理解英国宪法长期以来依赖于普通法的叙事传统,布莱克斯通对“议会主权”之阐释也基本限于历史和原则的层面。白芝浩抛开既往的叙事传统,在缺乏权威文本的背景下对英国的“议会主权”进行了一次“深描”。这种方法不诉诸传统的普通法方法,也不诉诸美国式的成文宪法解释方法,而是运用社会科学的方法予以分析。然而,白芝浩的这种“宪法学”又不是简单的“历史素描”,而包含了作者对英国宪法的某种特定的规范性理解,这种理解导引出了作者叙述英国宪法的预设框架,即英国宪法的“尊严—效率”二重结构。

看一下《英国宪法》的目录就可以大致了解白芝浩对宪法的特定理解。不同于布莱克斯通对“议会”的尊崇,白芝浩在《英国宪法》首版中将“内阁”作为第一章,并在其中提出了认知英国宪法的“尊严—效率”二重结构;作为主权标志的“议会”(包括君主、贵族院和平民院)则安排在后续章节之中;整体叙述中偏重“内阁制”而非“议会制”。为何白芝浩特别看重英国宪法中的“内阁”呢?我们需要先从“尊严—效率”二重结构入手。这一二重结构的划分是功能主义的结果,而英国宪法与功能主义一直有着非常密切的关系。

在“内阁”这一章中,白芝浩首先批评了两种认知英国宪法的理论模式:一种是三权分立的模式;另一种是混合政体的模式。白芝浩认为这两种模式都不能成立,前者只是哲学家的“纸上作业”,而后者来自于古典的政体学说和共和主义传统,也不能解释英国宪法的现代结构。在此批评基础上,白芝浩提出了自己的“尊严—效率”二重结构:宪法的尊严部分(the dignified part),其功能在于“激发和保留人们的崇敬之心”;宪法的效率部分(the efficient part),功能在于在政治操作中运用来自于尊严部分的崇敬和力量。<sup>[33]</sup>这一分类尽管有着英国宪法的经验背景和解释英国宪法的强烈的理论预期,似乎是为英国宪法量身打造的,但白芝浩并不满足于此,他为自己的分类法提供了关于宪法功能理解的普遍性基础:

“每部宪法都有两个必须达成的目标:先获得权威,然后运用权威。它必须先赢得人们的忠心和信心,然后在政治操作中利用这种崇敬之心。”<sup>[34]</sup>

具体而言,英国宪法的“尊严部分”以王权和王室为代表,“效率”部分则以议会和内阁为代表。在现代政治科学语境下,英国宪法中有争议的自然不是“效率部分”而是“尊严部分”。关于英国宪法中的“尊严部分”,白芝浩面对的是当时存在的两种各执一端的观点:一种观点认为尊严部分没有实际作用,就不应存在,这带有自由派的印记;另一种观点认为尊严部分才是英国宪法的主要制度,是具有重大价值的中枢,这带有保守派的倾向。白芝浩本人对于尊严部分是持肯定态度的,他认为过分贬低或拔高这一部分的实际

[32] [英]白芝浩著:《英国宪法》,夏彦才译,商务印书馆2005年版,第1-2页。

[33] [英]白芝浩著:《英国宪法》,夏彦才译,商务印书馆2005年版,第55,56页。

[34] [英]白芝浩著:《英国宪法》,夏彦才译,商务印书馆2005年版,第56-57页。

价值都是不对的,应从功能主义的角度予以科学的理解。白芝浩提供的理解方式是:

“政制中富于尊严的部分给予政府力量——使它获得动力。政制中富于效率的那部分只是使用了这种力量。政府中体面的部分是必须的,因为其主要力量就建立在这部分的基础之上。就做某件确定的事情而言,它们不一定比一个更简单的政体做得更好;但是它们却是所有工作赖以完成的必要前提。它们养兵,尽管他们不一定打胜仗。”

“对英国宪法典型优点的简单描述是,它的富于尊严的部分是非常复杂且有点堂皇的,是非常古老且颇受尊重的;而它的富于效率的部分是绝对简单而颇为现代的,至少在盛大场合和关键时候是如此。……它的本质因其拥有现代式的简单性所带来的力量而显得孔武有力;它的外观则因其拥有一个更堂皇的时代所显示的哥特式的庄严性而显得富丽堂皇。”<sup>[35]</sup>

白芝浩对英国君主立宪制中的君主因素提供了一种功能主义而非保守主义的解释,能够同时见容于自由派和保守派,这是他的《英国宪法》出版之后即风行英国和海外的主要原因。现代政制是一种理性主义设计下的“效率导向”的政制,英国政制却包容了太多的历史与传统因素,但又是议会制和现代政治的重要代表。白芝浩的框架为英国政制提供了非常精妙的时代化的“正名”。潘恩和托克维尔这样的现代理性主义政治思想家都认为英国没有宪法,在白芝浩看来是极大的误解,而白芝浩的工作就是为了证明英国不仅存在宪法,而且是最好的,甚至好于作为成文宪法巅峰代表的美国。

那么,再回到内阁问题上,白芝浩为何如此看重英国宪法中的内阁呢?这涉及到白芝浩所揭示的英国宪法的真正秘密。白芝浩不满于传统理论对英国立法权与行政权的分权式理解,认为英国宪法的真正秘密就在于立法权和行政权的联合,其连接点就是“内阁”。白芝浩认为“内阁”是立法机构选任的诸多委员会中最强大的一个,担任的是英国的行政机构的职能,内阁首相则成为英国宪法中“效率部分”之首,而女王不过是宪法中“尊严部分”之首。他还表明了与内阁构成及运行相关的两种因素:贵族院成为内阁成员的储备地;内阁会议的秘密原则。对于英国普选权改革带来的下议院的底层化,白芝浩抱持着不信任态度。他对“内阁”的重视显示了运用强大的行政机构维护宪法及政策稳定性、消解普选权改革冲击波的政治意图。白芝浩对“内阁”的分析是对英国宪法“效率部分”的结构原理的深刻洞察,深化了对英国宪法的结构认知。白芝浩对“内阁”的重视根源于他将“内阁”作为英国宪法“效率部分”的枢纽和联动阀,这充分体现在他最终关于“内阁”的宪法定义之中:

“内阁是一个混合的委员会——一个起连接作用的‘连字号’,一个起紧扣作用的‘扣子’,而被连接和紧扣的是国家立法部分和行政部分。从它的起源上讲,它属于这一部分;而从其所起的作用上讲,它又属于另一部分。”<sup>[36]</sup>

以“尊严—效率”二重结构和内阁制原理为基础,白芝浩在后续章节中较为系统地考

[35] [英]白芝浩著:《英国宪法》,夏彦才译,商务印书馆2005年版,第57,61页。

[36] [英]白芝浩著:《英国宪法》,夏彦才译,商务印书馆2005年版,第64页。

察了英国宪法的“尊严部分”和“效率部分”，并在全书的结尾回到了内阁制的评估之上。应该说，这种对英国宪法的功能主义解释相当有说服力，而且白芝浩的文笔相当优美流畅，对英美社会和学界都产生了很深的影响。尽管白芝浩也对自己的功能主义框架进行了适当的普遍化改造，不过其规范属性并不突出，主要还是满足于对英国宪法的实际经验的解读。由于英国宪法缺乏成文特征，学者的解释就成为宪法传统现代表达的一种特殊形式，故英国素有“宪法学家是英国宪法的编撰者”的说法，这就是所谓的英国宪法的“学术法典化”。布莱克斯通和白芝浩尽管在研究方法和理论体系上相距甚远，但所从事的是同一种历史工作。然而，布莱克斯通的缺陷在于1760年代的英国宪法在制度上还不成熟，而且布莱克斯通本人主要是一个普通法学者，其《英国法释义》对英国宪法的总结还不能赋予英国宪法以相对成熟的现代特征；白芝浩的特点在于长于功能分析和经验描述，短于规范论证和体系建构。因此，从布莱克斯通到白芝浩，英国宪法中“议会主权”的“学术法典化”并未完成。对于博格丹诺眼中的英国传统宪法而言，其“学术法典化”的完成历史性地落在了戴雪的身上，主要体现在戴雪出版于1885年的《英宪精义》。诚如龚祥瑞先生所言：“戴雪生活的年代是十九世纪革命的年代，他的宪法论是对古典宪法的概括和总结。”<sup>[37]</sup>

戴雪受边沁和奥斯丁的影响，接受的是规范主义的学术训练，对于白芝浩的功能主义宪法理论，戴雪怎么看呢？一方面，戴雪认为白芝浩“在今代思想家中最能阐发英吉利政治的奥义，使无余蕴。他的《英吉利宪法》不但富于创造力，而且饶有趣味，足以引人入胜”；<sup>[38]</sup>另一方面，对白芝浩侧重宪法惯例的纯粹政治视角在《英宪精义》初版时则有所保留，直到1914年修订时才有所改变。<sup>[39]</sup> 本文之考察以戴雪1885年的《英宪精义》为基准，展现其是如何通过规范主义的方法完成了英国宪法的“学术法典化”，从而续写了英国“议会主权”传统新篇章的。

戴雪对于英国宪法的“学术法典化”不同于布莱克斯通和白芝浩，这体现在他对宪法概念的界定和对英国宪法基本原则的归纳之上。戴雪的概念分类是规范性的，而不是描述性或功能性的。

戴雪的宪法概念建立在对“宪法”的一种二元分类基础之上。由于戴雪的核心学术任务是为英国宪法“正名”，故不可能无视英国宪法的不成文性和存在大量宪法惯例的事实。英国宪法的这一特色以“宪法惯例”的形式进入了戴雪的宪法概念之中。戴雪使用了“规则”(rules)而非“法律”(laws)来表达其宪法规范的基本属性。因此，在戴雪的宪法概念中，宪法不仅仅是“法律”，还包括“惯例”。戴雪这样定义自己的“宪法”概念：

“宪法，就其在英国的用法而言，表现为囊括一国之内直接或间接影响主权

[37] 龚祥瑞：《宪法与法律——读戴雪〈英宪之法的研究导论〉》，《比较法研究》1995年第3期，第312页。

[38] [英]戴雪著：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第99页，因雷老先生的译本多有意译，表达半文半白，有失准确，故本文对《英宪精义》的引用在中译本相关内容可采时采用之，翻译不佳时则直接援引戴雪著作的原文并自行翻译。

[39] 参见夏彦才：《白芝浩和他的〈英国宪法〉——白芝浩〈英国宪法〉译后》，《武汉理工大学学报》（社会科学版）2006年第4期，第554页。

权力之分配或行使的所有规则。”<sup>[40]</sup>

这一定义反映了戴雪对英国宪法传统的规范性认知,即从规则而不仅仅是惯例的角度来界定政治权力。从比较宪法学的角度来看,戴雪时代的宪法学说已经有从权利哲学来加以界定的宪法概念。戴雪以“主权权力”为核心来认知英国宪法,这表明戴雪对宪法概念的把握具有传统“议会主权”的维度。戴雪的这一宪法概念影响到了中国宪法学者对宪法的特定理解和思考,如陈端洪认为“这是宪法的最基本的含义,适用于中国宪法的研究”,<sup>[41]</sup>而翟小波则认为“宪法是关于主权的真实规则”<sup>[42]</sup>。

为支撑这一概念,戴雪具体说明了何为影响“主权权力之分配或行使”的规则:关于主权权力的所有者及其关系的规则;决定主权权力及其所有者如何行使权力的规则;规定王位继承的规则;规定首相特权的规则;规定立法机关的形式及其选举模式的规则;规定部长责任与行动范围的规则;规定领土的规则;规定臣民或公民身份的规则。<sup>[43]</sup> 这表明戴雪的宪法是一种“政治法”(political law)。

这样,戴雪就形成了关于英国宪法的规范性认知框架:

(1) 宪法的概念:关于“主权权力之分配与行使”的所有规则;

(2) 宪法的范围:包括“宪法性法律”(law of the constitution)和“宪法惯例”(conventions of the constitution),二者共同组成了完整意义上的“英国宪法”(the English constitution);

(3) “宪法性法律”是严格意义上的“宪法”(constitutional law)，“宪法惯例”不是“法律”(laws),但属于“英国宪法”的组成部分;

(4) “宪法性法律”可被法院承认和适用,“宪法惯例”不被法院适用,而由其他政治机构适用。<sup>[44]</sup>

比较戴雪和白芝浩,我们就会发现,白芝浩的“英国宪法”主要是指戴雪分类框架下的“宪法惯例”,而戴雪的“英国宪法”则不仅包括“宪法惯例”,还包括“宪法性法律”。戴雪在这里确立了区分“宪法性法律”和“宪法惯例”的标准,即是否能够被法院适用。这是一种司法性标准,而非立法性(法律渊源)标准。为了完成英国宪法的“学术法典化”,戴雪有着作为法学家的充分的法教义学意识。戴雪对“宪法性法律”和“宪法惯例”在宪法学研究中的地位 and 角色是有区分的,他的书名更准确的翻译是《宪法性法律研究导论》,表明其研究的中心是“宪法性法律”,但戴雪生活在英国而不是美国,不可能完全像美国的法学家那样围绕着一部成文宪法和联邦最高法院的宪法判决来展开研究,故其宪法学研究就不得不进行如下的调整:(1)对“宪法性法律”进行基于政治视角的宪法学而不仅仅是宪法解释学或一般法教义学的整理,这反映在他对英国宪法基本原则而非规则的经典“编撰”之上;(2)对“宪法惯例”予以重视,通过“宪法性法律”与“宪法惯例”的关联性

[40] Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan, 1959, Tenth Edition, p. 23.

[41] 陈端洪著:《宪治与主权》,法律出版社2007年版,第149页。

[42] 翟小波:《宪法是关于主权的真实规则》,《法学研究》2004年第6期。

[43] Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan, 1959, Tenth Edition, p. 23.

[44] Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan, 1959, Tenth Edition, pp. 23-24.

解释实现英国宪法的体系化。

戴雪在《英宪精义》之“宪法的研究范围测定”一节中表明了其法教义学的立场。他这样陈述英国法教授的“本分”和“任务”：

“他的本分是在于向英宪的各部分中寻出及提示孰为法律的规则(及受执行于法院之规则)。”

“简言之,英国法学教授有一重要任务,析之可得四层功夫:第一,要勾提一切构成宪法的规则;第二,要分类排比,使之各得其所;第三要一一为之作界,不使互相混淆;第四要于可能范围内阐明各类规则在名理上之相互系属。”<sup>[45]</sup>

然而,这里面似乎存在一定的矛盾:如果某位英国法教授按照戴雪这里的“四层功夫”完成了英国宪法的“学术法典化”,则在其完成的规则体系中,必有诸多规则属于政治性规则而无法被法院适用,于是便超出了戴雪为这位教授设定的“本分”;如果这位教授完全按照“本分”从事,他在工作程序上可以从英国法院的判例体系出发,根据判例法中的规则提炼宪法规则,则势必将不适宜进入“法院”的宪法规则排除在外,从而就不可能完成英国宪法的“学术法典化”。“任务”超越“本分”,这是作为普通法学者的戴雪和作为议会主权论学者的戴雪之间的张力。正是由于存在这样的张力或复合角色,戴雪才同时超越了布莱克斯通和白芝浩,成为英国宪法“学术法典化”的最终完成者,从而也最为恰当地从规范层面对英国宪法进行了系统表达。其实,如果戴雪的职志就是完成英国宪法的“学术法典化”,其完全不必在此严格设定“法院”口径作为学术“本分”,实际上戴雪本人的学术工作也并不局限于单纯的“可司法化”的宪法规则,而是一种体系化的、整全意义上的“学术法典化”。这种困境其实也是法教义学的普遍困境。根据法教义学者的一般界定,法教义学通常需要完成两项基本任务:(1)法律解释;(2)体系化。<sup>[46]</sup>就宪法学领域而言,法律解释可以完全服务于司法目的,但体系化本身不可能完全服务于司法目的。基于政治视角的宪法学,就其规范层面而言,也包含了体系化的理论任务。部门法不必考虑“政治”视角,但宪法学的“体系化”不可能不考虑“政治”视角。或许“体系化”会构成基于政治视角的宪法学和广义宪法教义学(而非狭义的、以司法为目的的宪法解释学)的交叉领域,二者的差异可能在于,前者侧重从宪法整体架构和基本原则的角度认知宪法体系,而后者侧重从宪法规则的角度认知宪法体系。戴雪在确立认知英国宪法的规范性框架之后即展开了英国宪法“学术法典化”(体系化)的工作,在笔者看来,这一工作更侧重原则层面和整体结构,并非专以司法为目的,故笔者将戴雪的这一工作视为基于政治视角的宪法学的学术实例。当然,这只是就戴雪工作中对英国宪法之原则整理而言的,戴雪在总体上仍然主要是一个法学家和“司法宪政主义”的遵奉者。

下面让我们来简要考察一下戴雪在《英宪精义》中对英国宪法的整体性规范建构。戴雪自己深刻意识到这是一项无比艰巨的学术任务。他在作为全书纲领的第五节“宪法的研究范围测定”的结尾处提出了担当这一学术任务的三个指导性原则(guiding princi-

[45] [英]戴雪著:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第109页。

[46] 参见白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,《环球法律评论》2010年第3期。

ples)作为论述的线索:(1)议会的立法主权;(2)普通法律的普遍效力;(3)宪法惯例与宪法性法律的关联性。<sup>[47]</sup>

首先谈“议会主权”,这与戴雪的宪法概念(关于主权的规则)直接相关。戴雪开宗明义,在第一章《议会主权》的开头即表明了自己的主要观点:(1)议会主权的存在是一个法律事实,为英国宪法所长期承认;(2)对议会主权的法律限制并不存在;(3)在英国宪法之下,议会主权具有绝对性。戴雪接着对“议会主权”的结构原则进行了解释:议会主权是国王、贵族院和平民院的“三位一体”,简称为“国王在议会中”(the King in the Parliament)。戴雪这里的观点其实并非首创,他自己也承认布莱克斯通对此已有精辟论述,并摘引了后者的大段文字作为旁证。此外,戴雪另行征引了狄龙(De Lolme)那句关于英国议会的名言:“除了不能易男为女和易女为男外,议会无所不能,这是英国法律家信奉的一个根本原则。”<sup>[48]</sup>具体而言,于法律层面上看,议会主权的法律特征如下:(1)议会可以变更一切法律,无论是根本法还是普通法律,程序相同;(2)在宪法和普通法律之间缺乏显著的法律区分;(3)不存在任何司法或其他权力有权废止议会法案、判其无效或违宪。对于议会法律与普通法院的关系,戴雪从议会主权的角度进行了匡正:“英国法官并不主张或行使废除议会法律的任何权力,而议会法律却可以推翻法官的判决。简言之,法官造法是一种从属性立法,在议会同意的条件下得以实施,并受到议会的监督。”<sup>[49]</sup>当然,戴雪也并非认为议会主权毫无限制,从法律家的观点来看,他也不可能接受一种不受限制的主权,一个庞大的现代“利维坦”。只是,作为戴雪时代的“政治正确”,在不成文宪法的特定语境下,戴雪无法想象和寻找到限制议会主权的适当法律机制。不过,戴雪在《英宪精义》里还是表达了自己对限制议会主权的某种愿景,这反映在“议会主权”这一部分的第三章“议会主权与联邦主义”之中。这一章表面上看是一种对英国与美国宪法的比较研究,但戴雪的两点倾向表明了他的某种理论意图:(1)他的比较宪法研究不像白芝浩那样对英国自身的制度无比自信和乐观;(2)强调联邦主义和法治的关系,隐含着戴雪对美国式的通过联邦制安排限制议会主权的体制的认可。当然,英国后来的宪法发展中确实出现了某种“准联邦制”的倾向,即地方自治,这对于限制议会主权具有一定的作用。此外,戴雪在《英宪精义》中也提到了主权的内部限制和外部限制,只是他对此类限制的宪法机理没有深入探讨。实际上,20世纪以来的英国宪法中出现了诸多关于议会制政府之行为与责任的法律,英帝国体系内宗主国与殖民地的关系重构也构成了对英国议会主权的某种结构性制约,这些发展都是对议会主权的理性化的限制,也是英国宪法着重关注的。<sup>[50]</sup>当然,在戴雪的时代,这些法律机制还不够完备。

除了对“议会主权”的规范性证成之外,戴雪最重要的贡献就是非常清晰而坚决地阐释了英国宪法中“法治原则”的精义。在对“法治原则”的阐释中,戴雪显示了一名英国法

[47] Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan, 1959, Tenth Edition, pp. 34 - 35.

[48] Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan, 1959, Tenth Edition, pp. 39, 41 - 42, 43.

[49] Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan, 1959, Tenth Edition, pp. 91, 60 - 61.

[50] 龚祥瑞先生简要描述了19世纪以来英国议会法的理性化发展轨迹,参见龚祥瑞:《宪法与法律——读戴雪〈英宪精义〉的研究导论》,《比较研究》1995年第3期,第318-319页。

学家的普通法训练背景和对普通法院宪法功能的深刻理解。戴雪认为英国的“法治原则”包括如下三个基本要素:(1)反对专断权力,人民只受法律约束;(2)法律平等,一切人皆平等接受普通法院执行之普通法律的约束;(3)个人权利来自于法院判决而非宪法条文。<sup>[51]</sup> 戴雪在论述这三个基本法治要素的同时激烈批评了法国行政法:(1)基于法治的反专断原则,戴雪反对法国行政法中的自由裁量权(discretion);<sup>[52]</sup> (2)基于法治的平等原则,戴雪反对法国的行政法和行政法院,认为这些制度机制是特权,与英国人的法律平等观念不符。<sup>[53]</sup> 戴雪的法治观念是一种基于英国普通法传统和19世纪古典自由主义理念的现代化产物,是对英国宪法基本原则的经典阐释。然而,戴雪又身处古典自由主义向垄断资本主义转型的阶段,行政法和社会立法的兴起已经逐步成为一种时代趋势,戴雪对此表现了一种保守态度。戴雪的法治观导致英国公法学术中“行政法和行政法学”的理论地位长期无法确立。后来经过詹宁斯、韦德等人的理论修正,英国行政法学才开始发展起来。根据龚祥瑞先生的考察,1930年代,“詹宁斯曾对宪法名家戴雪‘正统’的法治观、宪法论作出历史主义的评论,填补了戴雪所留下的空白——行政权和行政法——阐述了戴雪法学中的个人自由主义本质,并和拉斯基等人携手为工党社会主义的行动纲领奠定了理论基础。”<sup>[54]</sup> 我们看到,尽管戴雪对“议会主权”之遵奉达到了相当高的程度,但他对英国“法治原则”的顶礼膜拜也是无以复加的。事实上,英国宪法的张力恰恰就在于“议会至上”和“法律至上”这两个并存于英国宪法之中的“两个至上”的结构性与原则性关系之中。也许和布莱克斯通一样,戴雪对英国的普通法传统和议会民主制还有着作为英国人的信心,所以对于形式上庞大无比的现代“利维坦”——议会——的主权至上性并无太大的忧惧。

戴雪《英宪精义》的最后部分处理的是宪法性法律与宪法惯例的关系。这又回到了戴雪前面对英国宪法的体系化认知。戴雪以是否能够“司法化”作为区分宪法性法律和宪法惯例的根本标志,并认为不能“司法化”的宪法惯例尽管发挥着实际的宪法效力,但并不属于法律。那些神秘的“宪法惯例”是什么呢?其实主要是涉及议会运行的程序与规则,其责任机制与效力保障主要通过政治过程而非司法过程来完成。戴雪认为宪法惯例相对于宪法性法律具有从属地位,宪法学研究只能在二者的关系脉络中对宪法惯例作出描述与解释,否则就可能脱离了宪法学研究的学术立场。实际上,“宪法惯例”恰恰是白芝浩所认为的英国宪法的主要内容和秘密所在。在基于政治视角的宪法学看来,对议会主权的有效制约恰恰可能来自于这些“宪法惯例”而非可被“司法化”的“宪法性法律”。只有从“宪法惯例”入手,才可能更加有效地消解戴雪确定的英国宪法两大基本原则——议会主权和法治原则——之间的规范性张力。遗憾的是,戴雪尽管在其宪法概念和制度体系中包含了宪法惯例,但对其法律属性和宪法功能之认知与探究缺乏深入的理

[51] Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan, 1959, Tenth Edition, pp. 202 - 203.

[52] Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan, 1959, Tenth Edition, p. 188.

[53] Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan, 1959, Tenth Edition, p. 203.

[54] 龚祥瑞:《法与宪法——读詹宁斯〈法与宪法〉》,《比较法研究》1995年第4期,第414页。



论反思与对待。<sup>[55]</sup>

### 三 二十世纪以来的发展：詹宁斯与汤姆金斯的接力

我们回过头来看英国宪法的“学术法典化”历程，从布莱克斯通到白芝浩再到戴雪，英国宪法中的政治因素最终在戴雪的宪法体系中获得了在既往的普通法学术传统中难以确立的明确地位：(1)作为英国宪法根本原则的“议会主权”被纳入“宪法性法律”的原则之中，且作为首要原则获得确立；(2)作为英国宪法具体机制的“宪法惯例”被纳入戴雪的宪法概念和宪法制度体系之中，作为英国宪法的有机组成部分。戴雪通过《英宪精义》，在体系、结构与基本原则的层面上完成了英国宪法的“学术法典化”，而英国宪法中的政治因素也经由这一整体过程而获得了规范属性与明确地位。

然而，戴雪的“学术法典化”的工作并不意味着英国宪法在理论和制度上的终结。相反，经过戴雪的整理与提升，英国宪法学的研究对象和辩论主题似乎更加明确了。如何限制议会主权显然成为英国宪法学者的共同理论任务，但具体学术路径的分歧则一直存在：是在普通法传统的基础上推进英国宪法的成文化，建立美国式的标准司法审查制度，还是延续英国“议会主权”的传统，通过政治过程的原则论证与制度设计来促进议会与政府行为的理性化？对英国宪法的学术表达是坚持白芝浩式的功能主义描述路径，还是需要寻求某种规范主义的理论基础？这些影响英国宪政走向的根本性理论问题没有被戴雪的“学术法典化”所终结，而是在戴雪工作的基础上进一步获得了深化。20世纪是英国宪法变迁的重要时代，也是英国宪法中“议会主权”传统传承更新的重要时代。在此意义上，戴雪的工作具有承上启下的独特历史作用。

在戴雪的体系中，法院和宪法性法律仍然构成英国宪法的核心，议会尽管在政治原则上具有至高性，但受到戴雪的“法治原则”的有效制约，而行政权与行政法则缺乏明确的理论地位，宪法惯例也只能在与宪法性法律的关联中获得理解与定位。戴雪不同于白芝浩，是一个明确的规范主义者，是追求法教义学体系的法治主义者。上文中将戴雪作为英国宪法“学术法典化”的典型，是因为他从原则与结构而非具体的法律技术层面建构了理解英国宪法整体性所必要的认知框架。这一框架本身尽管带有浓重的普通法痕迹，但却是超越普通法视角的政治结构视角，为后来的批评者和修正者提供了一个恰当的学术工作起点。戴雪对“议会主权”的理论兼容在很大程度上促进了英国宪法中“议会主权”传统的学术发展。

戴雪所确立的英国宪法学正统框架影响深刻，以致于作为“英国公法学的首创者”<sup>[56]</sup>的詹宁斯在1933年出版《法与宪法》一书并提出超越戴雪的英国现代宪法学说时被普遍

[55] 詹宁斯纠正了这一点，认为宪法惯例和宪法性法律一样都是在政治过程中获得遵守的规则，并专章讨论了在戴雪理论中不甚明确的宪法惯例的效力机制，参见[英]詹宁斯著：《法与宪法》，龚祥瑞、侯健译，三联书店1997年版，第55-92页。

[56] 这是龚祥瑞先生的说法，参见龚祥瑞：《法与宪法——读詹宁斯〈法与宪法〉》，《比较法研究》1995年第4期，第414页。

认为是“异端邪说”。<sup>[57]</sup>戴雪恰恰是在古典自由主义行将衰落之际对英国宪法进行“学术法典化”的。他本人后来也注意到了集体主义思潮对英国宪法结构的改变,但囿于自身的理念立场和集体主义改革尚未构成一定体系,他并未对自身的宪法学体系进行实质性的修正。在詹宁斯看来,戴雪的体系已经不适应英国宪法在20世纪的状况了。如果说戴雪是以某种普通法的古典视角试图对1688年光荣革命以来共存于英国宪法内部的“议会主权”和“普通法”予以综合的话,詹宁斯则是从一种社会科学的现代视角对20世纪的英国宪法予以描述和论证。詹宁斯最具代表性的理论作品主要是三部:《法与宪法》、《内阁制政府》和《英国议会》。与戴雪不同,詹宁斯没有固守普通法的“司法”立场,而是面对真实的英国宪法进行原则论证和结构分析。《法与宪法》自1933年出版以来,先后四次再版,成为理解20世纪上半叶乃至整个英国现代宪法的经典作品。这部作品最大的特色就是始终贯穿着与戴雪的“对话”意识。正是在戴雪的框架和基础上,詹宁斯完成了对20世纪英国宪法的再一次的“学术法典化”。在该书中,詹宁斯在某种意义上回到了白芝浩,正面面对英国宪法的政治因素或惯例。他的《内阁制政府》和《英国议会》就是对英国宪法进行学术研究的重要代表。而在《法与宪法》一书中,他也基于更加清晰和明确的“政治结构”的学术意识对戴雪所界定的“法治原则”的三个要素予以清理和批判,认为:(1)行政裁量不等于行政专断,行政法的存在是一个基本事实,行政法学应具有自身的独立地位;(2)法律面前人人平等不能做绝对化理解;(3)基本权利来自法院判决不符合历史事实,英国宪法的诸多内容来自于政治运动和议会立法。<sup>[58]</sup>詹宁斯还对戴雪的宪法惯例论点进行了修正,提高了宪法惯例的宪法地位。詹宁斯对戴雪的批判基本上采取的是一种历史主义的进路,其历史基础在于:1688年以来英国宪法的结构性变迁不可能完全纳入“司法”的框架,而“议会主权”与“内阁制”的发展基本上属于“政治”过程,并不产生于司法过程,而这些进入英国宪法体系的政治内容也具有自身的程序和规则。与詹宁斯具有某种理论联盟关系的拉斯基及其学生也对英国宪法的上述内容作出了功能主义的研究和解释。这里涉及到英国公法研究中的两种理论风格,即规范主义与功能主义。英国宪法中“议会主权”的学术传统与功能主义之间存在着重要的理论关联。马丁·洛克林教授对两种理论风格的区分相当精辟:

“公法中的规范主义风格的根源在于对分权理想以及使政府服从法律的必要性的信念。这种风格强调法律的裁判和控制功能,并因此而关注法律的规则取向和概念化属性。规范主义基本上反映了一种法律自治的理想。相反,公法中的功能主义风格将法律视为政府机器的一个组成部分。其主要关注点是法律的规制和便利功能,并因此而注重法律的意图和目标,并采取一种工具主义的社会政策路径。功能主义体现着一种进化式变迁的理想。”<sup>[59]</sup>

当然,这种二元划分只是一种理想类型方法的运用,并不等于说所有的基于政治视角

[57] 这是詹宁斯本人的说法,参见[英]詹宁斯著:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第1页。

[58] [英]詹宁斯著:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第38-43页。

[59] [英]马丁·洛克林著:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第85页。

的宪法学者都只有“功能主义”面向,也不是说普通法学者对宪法中的政治内容就毫无洞察和关照。<sup>[60]</sup> 例如,规范主义并没有影响戴雪赋予“议会主权”以一定的原则与体系地位,而洛克林本人尽管基本上是一个规范主义者,却对“公法与政治”这样的宪法学命题倾注了大量的学术心力,<sup>[61]</sup> 其在《公法与政治理论》中的那句名言“公法是复杂形式的政治话语”几乎可以作为英国“议会主权”学术传统的宣言。英国宪法学叙事中的功能主义的典型代表可以追溯至白芝浩。当白芝浩在《英国宪法》再版导言(1872年)中声称“所看到的东西每天都在变”<sup>[62]</sup>时,一百年后的格里菲思(J. A. G. Griffith)作为一个当代的功能主义公法学教授,在1978年的演讲中更加彻底地回应并刻画了英国宪法的经验特征:

“英国宪法常在,且每天都在变化,因为宪法恰恰就是每天发生的事情。我们的国家发生的每一件事都是宪法性的。即便什么大事也没发生,那也是宪法性的。”<sup>[63]</sup>

格里菲思教授的这篇演讲接续了英国宪法学中的“议会主权”一脉,并用“政治宪法”予以学术标签化,成为当代英国“政治宪法”(political constitution)传统的学术宣言,其背景正是博格达诺教授所谓的“英国新宪法”时代。从此,“政治宪法”开始逐步取代“议会主权”而成为指涉、涵盖并辩护英国宪法中相关政治内容的核心学术概念。这篇演讲多少带有些情绪化的宣泄,是对英国加入欧共体、国内宪法改革及宪法成文化压力等一系列事件的回应。然而,如果这一脉络的宪法学者仅仅满足于回到白芝浩的功能主义描述传统中的话,其理论竞争力是可疑的,而且除了关于事实的解说之外,对于英国宪法的时代走向未必能够提供多少智识性的贡献。所以,面对从詹宁斯以来基于政治视角的英国宪法学术论述回归白芝浩传统的倾向,英国的部分政治宪法学者加强了规范主义方面的理论工作,试图为英国的“政治宪法”奠定共和主义的理论基础,从而形成可与普通法宪政主义(或曰“法律宪政主义”)相竞争与抗衡的一种“政治宪政主义”(political constitutionalism)。下面以汤姆金斯作为理论个案来加以说明。

汤姆金斯(Adam Tomkins)教授是英国格拉斯哥大学约翰·米勒(John Millar)公法学讲座教授,其于2005年出版的《我们的共和宪法》<sup>[64]</sup>一书对英国公法学界关于“法律宪政主义”(legal constitutionalism)和“政治宪政主义”(political constitutionalism)的争论的梳理相对比较清晰,更重要的是为英国的“政治宪法”明确提供了共和主义的理论基础,补充了相关论述中规范性的匮乏。

汤姆金斯教授首先对英国“政治宪法”的核心规则进行了总结。他认为英国“政治宪

[60] 笔者在运用洛克林的这一二分法梳理中国宪法学理论流派时就曾发现过某种精确归类的困难,参见田飞龙:《中国宪法学理论流派的形成》,载《山东大学法律评论》第6辑,山东大学出版社2009年版。

[61] 国内公法学界对马丁·洛克林的“公法与政治理论”的兴趣非常浓厚,其两部代表性作品已经翻译过来,即[英]马丁·洛克林著:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版;《剑与天平:法律与政治关系的省察》,高秦伟译,北京大学出版社2011年版;其最新的一本综合性的政治公法理论著作《公法之诸基础》(Foundations of Public Law, Oxford University, 2010)也已被收入陈端洪、翟小波主编的“宪政古今译丛”,也由高秦伟教授承担翻译,法律出版社即出。

[62] [英]白芝浩著:《英国宪法》,夏彦才译,商务印书馆2005年版,第5页。

[63] J. A. G. Griffith, *The Political Constitution*, *The Modern Law Review*, Vol. 42, No. 1 (Jan. 1979), p. 19.

[64] 参见 Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005.

法”可以归结为对“政治责任”理念的宪法落实之上,具体而言就是英国的“责任内阁制”。他认为这是一个“简洁”而“优美”的规则,是傲然于世的英国宪法的核心。“政治责任”处理的是英国内阁制政府对英国议会负责的问题,在这一关系结构中,为法学家们津津乐道的普通法院不具有重要作用。与“政治宪法”对应的是“政治责任”,这是一种完全不同于法院可执行的“宪法”意义上的“法律责任”。汤姆金斯将这一政治责任制视为英国民主和“我们英国人民”意志正当性的保障。汤姆金斯的这一概括继承了英国“议会主权”的学术传统并使之更加明确:白芝浩将内阁作为沟通“尊严部分”/“效率部分”、立法/行政的枢纽;詹宁斯专门论述过“内阁制政府”而不仅仅是“议会制政府”。在具体的责任机制上,汤姆金斯认为存在两种形式:(1)极端形式,即不信任投票和内阁总辞职;(2)日常形式,即政府日常性的“政策”、“决定”和“行动”必须获得议会的支持。围绕这两种责任形式,英国的“政治宪法”发展出了丰富的制度程序和机制,这些制度内容构成了英国“政治宪法”的基本体系。进而,汤姆金斯教授在比较宪法的意义上进一步凸显了英国“政治宪法”的独特性。他认为世界各国的宪法都面临着建构一种政府责任制的任务,而欧陆和北美的大部分现代宪法采取的都是一种“法律控制”(legal controls)模式,其理念基础在于法治和人权,其制度选择在于依赖法院和法官,<sup>[65]</sup>而这种“大多数”的选择恰恰构成了英国宪政特色的对立面,从而成为他在后文中竭力批评的一种“法律宪政主义”。在汤姆金斯看来,成为大国宪政的“异数”不仅不是英国宪法的缺陷,而恰恰是其光荣所在。汤姆金斯的理论立场非常明确,认为以“政治责任”为核心的英国“政治宪法”来自于英国宪政秩序内部,是共和主义原理制度化的产物,但学术界和实务界在认知和实践上存在诸多误导,“法律宪政主义”就是一种危险的误导。<sup>[66]</sup>而正是这种误导使得作为英国“政治宪法”核心的“政治责任制”处于严重的挑战之中。<sup>[67]</sup>他的工作就是正本清源,发现和整理英国“政治宪法”的共和主义传统,并据以提出英国宪法改革的计划方案。

那么,作为汤姆金斯对话之对象的“法律宪政主义”到底是什么?其误导性何在?他在该书中做出了相对于其他政治宪法学者更为清晰的归纳与分析。在汤姆金斯看来,法律宪政主义在英国公法学界有着非常强大的学术影响,其中的主要作者未必在所有观点上取得一致,但却分享着基本的学术共识或倾向。根据汤姆金斯的归纳,坚持法律宪政主义的代表性学者包括阿兰(TRS Allan)、杰弗里·乔韦尔(Jeffery Jowell)、唐·粤科弗(Dawn Oliver)以及作为上诉法院法官的约翰·劳斯(John Laws),在部分意义上还包括保罗·克雷格(Paul Craig)。根据这些法律宪政主义学者的学术作品,汤姆金斯归纳出了“法律宪政主义”的六大原则(tenets):(1)法律是一种不但区别于而且高于政治的活动;(2)法律活动的主要舞台在法院;(3)个人应尽可能地保持自由,免于政府的干涉;(4)一旦政府干涉不可避免,该种干涉必须受到理性的限制并具有理性基础;(5)政府干涉的范围及其正当性是应由法官加以决定的法律问题;(6)法律应通过关于合法性的特定规则和一般原

[65] Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005, pp. 1-3.

[66] Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005, “preface”, pp. xii-ix.

[67] Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005, pp. 6-10.

则(如人权)来控制政府。果然,法律宪政主义者运用的就是“法治”和“人权”而非“政治”的方式来限制政府权力的。支撑这些原则的是占据主流地位的法治理论和自由理论,其中的法治理论受到普通法经验的启发,而自由理论(人权理论)显然受到盛行于欧美世界的“消极自由”论(伯林)的影响。汤姆金斯在书中具体分析了这六大原则的理论背景与文献状况。<sup>[68]</sup>那么,这些基本上已经属于比较宪法学“常识”的信条,汤姆金斯认为它们错在哪里呢?汤姆金斯认为可以归结为两点:(1)不民主(undemocratic),具体分解为三个层面,一是缺乏对作为主要决策者的法官的责任机制,二是决策过程缺乏参与和可接近性,三是决策缺乏代表性的民主基础;(2)无效率(ineffective),具体分解为两个层面,一是法院裁判的被动性影响了政策形成的效果,法院不能像议会那样主动制定政策回应社会问题,二是司法审查和司法救济的实际纪录并不令人满意。<sup>[69]</sup>汤姆金斯在这里对法律宪政主义展开的批评同时包含了规范层面(是否民主)和功能层面(是否有效)。

正是基于这种“知己知彼”,汤姆金斯随之展开了关于“共和宪法”之理论基础的探讨。汤姆金斯对英国的公法思想史非常熟悉,他认为作为一种现代的自由主义模式,法律宪政主义直到1990年代中期才成为英国公法思想中的一种纲领性的潮流与形式,而在此之前的公法理论流派基本上可以分为保守主义和功能主义两大阵营。实际上,对于“政治宪政主义/法律宪政主义”这一新式分类法之前的英国公法思想流派的划分,可能洛克林的框架比汤姆金斯的框架更加健全。当然,汤姆金斯在这里也明确提及了洛克林框架的有效性。根据汤姆金斯的论述,他这里的“保守主义”应解释为包括了现代自由主义若干关键因素的“保守主义”,这样就可兼容于洛克林的框架。当然,汤姆金斯的分析优势在于对这两大流派作出了相对洛克林更加细致具体、更加集中于公法领域的探讨。实际上,汤姆金斯在这里列出的“法律宪政主义”的六大原则的理论成熟与制度运用的时间要远早于1990年代中期,而且诸多原则肯定与作为规范主义的“保守主义”相重叠。不过,汤姆金斯的重心显然还是放在了对于英国宪法之共和主义渊源的探究之上。<sup>[70]</sup>

在梳理英国公法思想脉络和共和主义渊源的基础上,汤姆金斯提出了可与“法律宪政主义”之规范基础相竞争的英国“政治宪法”的规范基础,即共和主义的三大主题(原则):(1)反君主制与人民主权;(2)无支配的自由观;(3)政治责任制的制度设计。<sup>[71]</sup>这是汤姆金斯政治宪法理论的精华,也是据以提出相关宪法改革建议的理论基础,下面进行简要的分述。

首先是反君主制和人民主权的问题。英国是一个非常特殊的现代共和国,是伪装成君主制的共和国。在英国公法学的正统理论中,“人民主权”作为理论概念和制度原则的地位都不够突出。与美国的“我们人民”式纯粹化叙事不同,英国宪法的正当性基础在于“议会主权”,其具体结构是“一君两院”,其中的君主和贵族院并不具有程序性的民主基础,而平民院也只是在普选权实现之后才具有了真正的民主基础。英国宪法的正当性基

[68] Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005, pp. 11, 11-25.

[69] Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005, pp. 25-31.

[70] Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005, pp. 33, 33-46, 46-56.

[71] Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005, pp. 57-65.

础在于一种“混合政体”概念而不是纯粹的“人民主权”概念。汤姆金斯认为共和主义的首要原则是人民主权原则,因此主张废除英国君主,去除英国作为现代共和国的“匿名”假象。其实,人民主权只是现代共和主义的基本原则,而古典共和主义的基本原则恰恰在于混合政体体现出来的制约与均衡结构。<sup>[72]</sup> 为何汤姆金斯不能容忍已经在制度上虚化的英国君主呢?除了与现代共和主义的人民主权原则具有形式上的冲突之外,君主的存在还构成了一种破坏共和主义之“无支配的自由”的规范价值,因为英国君主尽管在宪法惯例意义上已被虚化,但仍然作为威胁英国人民享有的共和主义自由的一种因素而存在,并且无法从理论和宪法根本原则上提供真正安全可靠的保障。

其次是无支配的自由观。这是现代共和主义理论家菲利普·佩迪特提出的自由概念,<sup>[73]</sup>被认为是对伯林“两种自由概念”的重要理论修正,也是共和主义在自由主义所依赖的最为核心的概念“自由”上面所发展出来的最具竞争力的概念。这种自由观不满足于伯林式的“无干涉”的自由,在下列两层意义上做出了修正:(1)无干涉不等于无支配,因而不等于自由,其理由是有些社会关系中(比如主奴关系)优势者的仁慈可以实现无干涉,但支配关系依然存在,劣势者仍然处于不自由的权力关系之中;(2)有干涉也不等于有支配,因而也不等于不自由,其理由是合法的积极干涉有可能更好地援助劣势者摆脱支配关系,实现真正的自由。这种自由观修正了消极自由观对国家权力的偏见,承认了合法干预是自由的条件而不仅仅是对自由的限制,这是对共和主义理论的现代发展。<sup>[74]</sup> 然而,这种自由观也确实存在激进之处,比如汤姆金斯据此主张废除英国君主,将君主的存在视为对人民自由的一种“支配”关系,从而将白芝浩视为英国宪法“尊严部分”的王权彻底扫除。这种制度变革并非英国宪法的首要任务,也不大容易获得英国人民自身的赞同,因为他们从英国君主那里已经感受不到支配关系和复辟可能性了,相反,他们感受到的是英国君主所代表的民族的光荣传统和高尚德性,即所谓的“尊严部分”,而这种感受是英国非常独特的一种爱国主义和宪法认同的基础。

再次是对政治责任制的制度设计。这就回到了汤姆金斯所概括的英国“政治宪法”的核心规则。法律宪政主义对于针对政府权力的政治控制机制抱持不信任的态度,鼓噪法律控制和司法审查。汤姆金斯则认为强化议会对政府的控制程序和机制才是英国宪法的特色与优势所在,也是共和主义的原则性要求。

基于上述共和主义的规范基础,汤姆金斯为英国的“共和宪法”(政治宪法)开出了针对性的药方:(1)所有的特权与豁免均应予以废除,如有需要必须通过制定法加以规定;(2)当前的信息自由法应被废除,代之以真正保障“开放政府”(open government)的法律;(3)议会两院均应实行民主选举,且两院自由运行,不受政党忠诚性原则的限制;(4)废除

[72] 关于共和主义源流的理论考察,参见天成:《论共和国——重申一个古老而伟大的传统》,载《公共论丛》第7辑,三联书店2003年版。

[73] 关于佩迪特自由概念的系统阐释,参见[澳]菲利普·佩迪特著:《共和主义:一种关于自由和政府的理论》,刘训练译,江苏人民出版社2006年版。

[74] 关于这一共和主义自由观的演变过程,参见何涛:《佩迪特“无支配”自由观的演变及其共和主义国家观的挑战》,《研究生法学》2009年第4期。

王权,有关权力转移给平民院行使。<sup>[75]</sup>应该说这里的四点建议都是比较激进的,如果全部实现,则英国将完全摆脱其“混合政体”的传统基础,真正将政体的正当性基础建立在“人民主权”之上。比较而言,第(1)和(4)项很难获得作为“人民主权”之主体的英国人民的同意,因为这将意味着完全取消普通法上的特权和作为“尊严部分”的王权,将彻底撕裂英国宪法中传统因素与现代因素的有机联系,而将英国完全置于现代宪法基础之上,这样的英国也许更加符合现代共和主义的规范原则,但很可能由于丧失了传统根基而陷入更加激烈的权力冲突和价值混乱。第(2)项比较可行,“开放政府”确实是增强政府责任制的重要制度机制。第(3)点也有一定的可行性,其中主要涉及贵族院的民主化改造以及议院独立于政党的问题。美国的参议院就经历过从贵族到地区民主性的转变。不过,议院完全独立于现代政党可能只是汤姆金斯的一厢情愿,现代民主政治中的政党在选举和政策制定中的作用日益突出,不可能在制度上完全消除其影响。更加合理的政策建议可能应当是改革选举制度、改善议事规则和立法过程公开,侧重于提升理性审议,而不是屏蔽难以屏蔽的政党影响。

尽管汤姆金斯教授的具体政策建议也许不那么切合“英国国情”,但却严格符合于其自身设定的现代共和主义规范原则。汤姆金斯在一定意义上确立了英国宪法改革的共和主义评价标准,也许具体的改革措施和最终的宪法状况并不能完全符合他的预期,但这种规范性的评价标准无疑对于检验和推动英国宪法改革具有重要的理论意义。<sup>[76]</sup>同样作为政治宪法学者的格里菲思教授尽管缺乏汤姆金斯这样明确的理论规范意识,但其基本论点和政策建议和汤姆金斯有诸多共同之处:(1)法律不是也不可能成为政治的替代物,学界鼓噪的“成文宪法/权利法案/最高法院/”只是将政治决策从政治家之手转到法官之手,这种转移并不能减少相关决策的政治性;(2)人权不过是个个人向统治者提出的一种政治主张,需要通过政治过程而非司法过程获得根本的保障与实现;(3)政治决策应由受民主控制的政治家做出,政治家的责任应该是真实的,而非虚置的;(4)作为民主的最集中体现,平民院应继续得到加强;(5)需要迫使政府摆脱秘密,走向公开;(6)以更强的信息公开和媒体自由来对抗政府威权。<sup>[77]</sup>

---

[ **Abstract** ] Although “the Common Law Paradigm” in the narratives of the British constitution is profoundly influential, it is unable to comprehensively summarize the core feature of the British constitution, namely the “Monistic Democracy” with “Parliamentary Sovereignty” as its representative principle, which serves as the fundamental support of the high reputation of the British constitution. The Coke tradition, which advocates “judicial supremacy”, is not the only tradition of the British constitution. Since the modern age, several generations of British

[75] Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, 2005, p. 132.

[76] 英国“政治宪法”的规范性问题依然是当代学者的讨论重点,近期的集中讨论参见《德国法杂志》2013年第12期的专号,尤其是汤姆金斯教授的学术总结,其中提出了新“混合宪法”的可能性, see Adam Tomkins, What's Left of the Political Constitution? *German Law Journal*, vol. 14, no. 12(2013), pp. 2275 - 2292.

[77] J. A. G. Griffith, The Political Constitution, *The Modern Law Review*, Vol. 42, No. 1 (Jan. 1979), p. 16, 19.

jurists have devoted themselves to the studying of the tradition of “Parliamentary Sovereignty” by empirical depiction and normative argumentation. Among them, Blackstone showed some kind of political maturity as a common law student by identifying the principal elements of “Parliamentary Sovereignty”. Bagehot and Dicey jointly completed the “academic codification” of the British constitution on the basis of mature British constitutional practice, thereby establishing the constitutional theoretical framework of “Parliamentary Sovereignty”. Since the beginning of the twentieth century, Jennings, Griffith and Tomkins have promoted the theoretical perfection of “Parliamentary Sovereignty” through the approaches of functionalism and normativism, thereby forming a new school in the cotemporary debates on the British constitutional reforms. The evolution of the idea of “Parliamentary Sovereignty” is of central theoretical significance to the cotemporary tradition of “Political Constitution”, and constitutes a necessary theoretical basis of in-depth understanding of the structural debates on and trends of development of the contemporary constitutional reforms in Great Britain.

---

---

(责任编辑:支振锋)