

宪法的自然法

——从考文教授的《美国宪法的“高级法”背景》谈起

熊静波

(浙江大学法学院, 浙江杭州, 310028)

摘要: 考文借高级法为美国宪法的至上性提供了一种解说。依循考文的思路, 阐释了4个相互关联的问题: 高级法如何使得权力获得正当性、合法性; 高级法怎样在宪政实践中获得效力, 使得宪法成为“更高级的法”; 对立法权构成实际限制的司法审查制度与高级法有着什么样的内在关联; 我们从考文的高级法那里可以得到哪些有价值的启示。

关键词: 考文; 高级法; 自然法; 权利

中图分类号: D911

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2004)05-0579-05

对于中国读者来说, 考文教授的长文《美国宪法的“高级法”背景》已不陌生。通过史料梳理, 他力图向人们揭示, 美国宪法具有正统性与至上性不只是因为带来了繁荣, 更因为其深深地植根于深厚的自然法传统之中。作者将这种自然法传统称之为高级法, 着力描绘高级法背景恰是为了彰显美国宪法的自然法理念^[1]。他的文风雄辩、视野开阔, 能给读者留下深刻的印象。不论笔端触及何处, 他的考察总归是基于美国问题意识。作为一种补论, 本文将依循考文的思路阐释4个相互关联的问题: 高级法是如何使得权力获得正当性、合法性; 高级法如何在宪政实践中获得效力并使得宪法成为“更高级的法”; 对立法权构成实际限制的司法审查制度与高级法是怎样的关系; 我们从考文的高级法那里可以得到什么启示。

一、高级法: 作为合法性的一个诠释

从宪政视角看, 美利坚合众国的权力合法性在哪里? 作为理论家, 考文的考察依赖于其对历史的理解。美国的历史固然有梅因爵士所谓的“身份”问题, 可与英国不同, 美国那段历史被打上了“拓荒者”的烙印^①。虽然“从身分到契约”也为历史提供了一

种注解, 但考文没从梅因爵士所谓“从身分到契约”的视角着手。他直接借助了近代自然法理论——社会契约论, 更直接地说, 他对这一问题的回答是借助了洛克等人。

洛克论述自然法的特点在于, 其自然法观突破了科克就英国论英国的狭隘眼界, 他用普遍性的语言强调了一个普遍性的原理。自然法的概念经过他处理之后, 几乎完全融入个人的自然权利之中, 或者说, 完全融入“生命、自由和财产”权利之中^{[2](62)}。自然法与权利的关联主要体现在洛克所谓的“自然状态”。而自然状态在《政府论》被描绘成为一个和平、安全、美好的状态。在其中, 每一个人拥有平等的不可剥夺的生命、自由、财产权利。当然, 自然状态并非伊甸园, 也有对抗和紧张, 大部分人并不遵守公道和正义^{[3](5)}。以这种自然状态作为前提, 不难看出, 为了权利而缔结契约只是一种逻辑上的自然延展。

考文认为, 正是这位英国人洛克将近代自然法思想传送到美国, 他的理论契合了实践。为使美国革命正当化, 杰弗逊等人诉求普世不朽的自然法、自然的神。这些美国宪法的缔造者运用洛克式的近代自然法^②, 并以个人权利为依托, 构筑了全新的、现代意义上的宪政结构, 也构筑了公共权力的新内容和正当性基础。

然而,这种解说不过是资产阶级用以标示其合法性的假定,带有形而上学色彩。“契约真的存在吗?如果是,具体内容是什么?究竟是谁缔约的,如果是先人,我们有必要守约吗?”在富有怀疑精神的休谟的几个质疑之下^[4],契约论在逻辑上的说服力也就显得相当的脆弱了。然而,这里终究不是个逻辑问题,考文借契约论所做的解说是有深刻背景的。

英美法系传统有一个鲜明的特征,即对个人自由的极端重视和对私有财产的无限尊崇,也就是说,英美法具有极端的个人主义特征。较之社会正义,该传统更倾重于个人权利。具体而言,这一种传统疏于对社会提供保障,而热衷于保障个人之间对抗的公平;反对针对个人身体、举动、思想以及经济自由的干预,而热衷于依赖个人的主动性去实施法律维护权利。英美法传统的另一特征是,倾向于把义务和责任附加在受其约束的人身上^{[5](9)}。与大陆法系相比,英美法系重关系的束缚,而不是重法律行为中的意愿。需要指出的是,英美法系的两个传统之间存在着相反倾向,这势必会在个体权利与公共权力之间营造出某种紧张来。

在英国,清教主义者和普通法法院在与王室进行激烈斗争时,采取了一种反政府和社会、保护个人的姿态。在北美大陆,拓荒者坚决要求对个人行为自由的干预要被限定在最低限度。抽象的个人自然权利理论在此背景下成为一面旗帜。该理论所倡导的自然权利,被认为具有理性主义、个体主义、激进主义三大特征,其与权力之间并不具有多大亲和力。自然权利的内蕴与传统相暗合并发挥作用,使得当时的法学家和法律工作者们更多地想到个人而非团体或者关系,并进一步认为,具有古代身份制度表象的任何事物都是错误的^{[5](19)}。如此,权力的合法性何以证成又何以具有至上性?在英美法传统中,契约理论是在这种议题的引领之下成为流行政治话语的。看来,只有将契约论与作为背景事实的特定历史、特定传统联系起来,才能知道考文想要说什么。

西方的契约论不仅为洛克式的权力主体提供了合法性基础,也为霍布斯式的权力主体提供了支持^[6]。考文偏重于洛克的理论意在告诉我们其对于权力合法性的理解,即在理性法背景下,个体权利受到尊重,利益差别与利益冲突得到承认,而且那些拥有自然权利的单子代的人能通过平等商谈订立契

约。

二、高级法:作为动力并具体化为实在法

自然法在考文看来固然居功至伟,可具体内容具有不确定性,谁都难以判断出自然法规定了哪些条款。这自然会成为法律实证主义者据以发难的口实。但是,那种认为自然法全然流于空泛的观点则过于简单化了。这里要提到与自然法形影相随的一个概念,即自然权利,自然法标榜自然权利并以此为评判的标尺。自然法是否得到遵守在很大程度上取决于自然权利是否受到尊重。可以说,自然法是依赖于自然权利获得了实在性,自然权利也是自然法所以“长生”的一种原动力。

自然法、自然权利一直对权力保持着相当的批判力。古典的自然法观融入更审慎的、人类权威的法令之中而施以其主要好处。中世纪的自然法观则是自然法从外部制约和限制权威,普通法发挥了这种功用。而且,正是普通法使得这样的自然法在英国不仅停留在观念层面,还发展出一套制度。

有意义的陈述要么是在分析上为真的,要么是能够经由经验而得到证明的经验命题。

“考文的研究是在阐明高级法成为美国实在法之一部分所由之路……这篇论文的真正主题即在于此^③。”考文所考证的历史不是或者主要不是高级法得到确证的历史,而是高级法获得有效性的历史。考察最初的宪法性文件将使我们看到高级法如何在宪政实践中获得效力。

1215年,约翰王被迫和贵族代表签下限制王权的著名的《自由大宪章》,确立了征税必经被征收者同意的税收法定原则^{7}。1295年颁布的《无承诺不课税法》第一章明确规定:非经大主教、主教、伯爵、武士、市民及其他自由民之自愿承诺,则英国君主或其嗣王,均不得向彼等征课租税,或者摊派捐款^[8]。这在后来发展成为,要议会通过征税法案,必需得先听百姓申诉冤情。

权力的运用得受到维护他人权利这一动机的约束。密尔进一步指出,自由与权威之间的斗争,这在我们所熟知的部分历史中,特别在英国的历史中,是最为显著的特色。爱国者的目标就在于,对于统治者所施用于群体的权力要划定一些他所应当受到的限制;而这个限制就是他们所谓自由。谋取这种限

制,首先要取得对于某些特权即某些所谓政治自由或政治权利的承认。这些自由或权利,统治者方面若加侵犯,便算背弃义务,而当他果真有所侵犯时,那么个别的抗拒或者一般的反抗就可以称为正当^{[9](553)}。最初的宪法文件即是用以限权维权的契约,体现了一定的对抗。

承认对抗,拥有交涉、妥协机制有重要意义。宪政之所以最初在英国得以实现,对于考文而言,是因为英国浸润着尊重个人权利精神的自然法传统。若究其具体历史原因,则可部分地归结为:国王与贵族的势力始终不相上下并形成了长期的对抗、冲突与妥协、和谐的平衡。他们彼此之间不得不承认对方的利益,这使得对话缔约限权维权成为可能。

综上,最初的宪法性文件是于特定历史条件形成的统治契约,也可被看做是外在的自然法与国家法内部之间的连接点。这些宪法性文件在科克提出基本法学说之后实际上已经获得了“至上性”,这直接影响了后来的美国宪法在社会生活中的地位。美国宪法作为“更高级的法”这样一种理念的形成可以追溯至最初的宪法性文件。

追根溯源之后,仍得思考另一个问题,即高级法的正确性在美国宪政中何以能具体化?

在考文眼中,美国的权利系私人化的模式,权利领域属私人领域,人们对政府权力的介入有着本能的戒备心理,甚至可以说是一种恐惧心理^④。保有这种权利观念的个人不会是圣洁无玷的道德羔羊。在安全存续、追求幸福的过程中,个人与公权力主体间以及个人间自然会保持一种紧张,甚或对抗。惟有引入宪政的妥协、交涉机制,方能切实保障国家秩序的建构和个人权利的行使。基于这样的权利观念与实践,考文揭示高级法背景是想告诉人们,正是自然法赋予了美国宪法正确的理念,并通过一系列有效的制度装置使自身的正确性得以具体化。

三、高级法:作为保护个案中权利的手段

柯克法官对 *Dr. Bonham* 案做的附议并没有直接成为美国后来司法审查的渊源,这是因为柯克的时代并没有明确的权力分离和制衡的思想。但是柯克提出的司法审查观念、既应约束国王也应约束议会的基本法观念、法律之下的议会至上等思想深深地影响了美国制宪先贤和美国宪法。实际上,美国司

法审查与英国的普通法审查法令有着一脉相承的传统。

有俗谚云:国会除了不能把男人变成女人,不能把女人变成男人之外,是无所不能的。既然英国奉行“议会主权”,普通法审查何以可能?从传统上看,可以对原因做三点概括:

第一,国会权力固然神通广大,但是不可以违反自然法则。布莱克斯通说:“国会可以做的事情,凡非自然法则尚不可能的,均可在内。甚至于有些人毫不犹豫地用近乎夸张的词语称之为国会万能。”^{[10](36)}显然,布莱克斯通认为自然法不可被僭越。而按照考文的观点,法律是被发现的,不是被制定的,法律不是意志的产物。议会的立法权绝非终极性的权力,因为社会始终保留着一种最高权力,以保卫自己不受任何团体(即便是他们的立法者)的攻击和谋算,有时立法者可能竟愚蠢或者恶毒到对臣民的自由和财产有所图谋,并实施这些图谋。

第二,普通法被视为赋予个人自然权利的法律效力的方式,它存在的目的是为了个人权利。基于这种权利观念,任何一种法律,它的解释永远不可有悖于已被承认的个人权利。普通法不仅要抵制个人的侵害,还得要抵制来自国家的侵害。即使国会明确指出的意思可以解做与这些权利相反的法律,亦不做如是解^{[10](36)}。

第三,重视个人权利,轻视立法权力,这跟英国的清教传统有关。对于普通法传统有着重要影响的清教也一直主张把个人良知和判断置于首位。“给个人自由以生命”,这是清教传统自始至终坚持的。考文提到“独立派运动”“五月花盟约”,个人主义色彩的精神气质正是通过移民特别是那些清教徒们传到美洲大陆。这正如考文所言:“在一个宗教、政治冲突如此紧密地纠缠在一起的时代——就像十七世纪的英国那样——,一个领域中发展起来的思想很容易、而且不可避免地传播到另一个领域。”^{[2](64)}

为保护个人权利而审查法律,这是对传统的呼应,所谓“议会主权”,并不能对制度的建构和演进构成决定性的妨碍。问题在于,当科克所谓的“共同权利和理性”与法令之间存在着抵牾时,若以具有基本法地位的“共同权利和理性”否认法令的效力,议会立法权与自然法、自然权利之间必定存在某种紧张。文中考文提到,晚至第一次大陆会议的召开,还有些人反对依赖任何形式的自然权利。约翰·亚当斯在

他的《日记》中记载道:“最让我们绞尽脑汁的有两个问题,”其中之一就是“我们除了诉诸英国宪法和我们美国的宪章和特许状之外,是否还应诉诸自然法”^{[2](83)}。早期引发过的争论跟上述问题是有着内在关联的,而且类似的异议一直到今天仍然存在^[1]。

既然权利的正当性与规范的实证性之间存在着某种张力,那么正统性、权威性与实在法体系本身的自洽性是如何统一起来的。问题于操作层面会更显复杂。法院为保护个人的自然权利而抵制国家与社会的侵害,实在法则被视为具有约束力的规范体系,而高级法承认传统的同时于更高层面上保护个人的自然权利、抵制社会的强权侵犯。冲突显然是极其强烈的。

问题的正解仍旧在于其传统。对于中世纪的英国来说,它的独特之处在于它有为考文所称道的普通法传统。此传统以遵循先例为重要原则,以法官的专家理性为重要特征,更为重要的是,它发展出了诉讼程序技术极为发达的法院制度,通过该制度高级法被塑造成为“有资格控制权威并且以法的形式控制权威的原则”。之所以能够通过程序控制和消弭不符合保护个人权利精神的权力和权威,是因为在程序中人们可以借助多数人的理性,可以达成某种有拘束力的共识。

仅从马伯里诉麦迪逊案来看,美国的司法审查源于权力之间的对抗与制衡,然而从考文那里我们知道了更多。表面上看,从英国的普通法审查法令到美国的司法审查出现了历史性的断裂,实则不然。从高级法的视角看,对于美国的司法审查认识也决不能停留在其最初的权力制衡功能上。这一制度日渐发挥制约不符合高级法精神的权威、保护个案中的权利的功能。

著名的 *Griswold 诉 Connecticut* 案中,美国最高法院以 7 票对 2 票宣布康涅狄格州的一项反避孕法案无效,理由是该法案对婚姻中的隐私权构成威胁^⑤。虽然此权利在宪法条文中并未载明,可法官却可以依据自然法或者实质性正当程序去宣布法案无效。再如,因为侵害了受宪法第五条正当程序条款保护的、未载明的自然权利(首先是签约自由权),工人保护法以及其他的经济管制和社会福利方面的立法被宣告无效,这方面的案例在上世纪初就已经不少。而类似个案难以穷举。从高级法的视角来看这些个案,我们

不仅能看出一种规范反思机制的实际运作,而且能从功能上看出这种机制的正当性基础何在。

四、高级法:一个超越时空的启示

在法治环境下,正义与权利从来就有着某种内在的关联。一项宪政制度一旦能自然地与权利勾连起来,自身的正统性问题就可以有个说法。考文所以标榜高级法并以其论证正统性,无非是以为,它标明了一种“承认权利的正义”。考察高级法背景下展开的宪政,不难看出,权力合法性的诠释借助了包含自然权利思想的契约论;宪法性文件的诞生亦不过是权利与权力对抗、妥协的产物;司法审查在捍卫宪法尊严的同时,也反应了程序中各主体间有关权利的价值共识。

与西方法治国不同,在我们这个东方古国里没有自然法传统,甚至,连“权利”一词也仅是个舶来品。英美传统对于个人权利的强调,多少带有利己主义倾向,而此点历来恰为我们这个礼仪之邦所戒备。长期以来,由于受马克思主义影响,我国学界谈及人或者人的权利时,既强调自然属性,又强调社会属性,并不以为个人权利与社会国家存在着某种对立关系,个人对国家社会抱有恐惧心理是一种不健康的表现。把宪法和宪政还原成自然法和个人主义传统之类的西式话语对于我们而言是不恰当的。考文的这一思路在中国水土不服。

“星沉海底当窗见,雨过河源隔座看。”借用李商隐这句诗可道尽近百年来中国人的兴亡之感。囿于“文化宿命论”、左右为难,仍会裹足不前。我们必须认识到,传统相异,但是宪政之路上我们与西方有相同的问题。

中国正经历社会转型,市场经济的建立与发展培育了人们健康的权利理念。市场通过奖掖与激励机制教人们认识到:谈论权利不是鼓吹自私自利,更非为标榜利己主义。主张权利是主张个人具有自主性以及个人之所以为人的价值。他人必须得对个体的价值高度尊重。公权力主体亦不得非法侵害公民权利,否则要承担相应的法律责任。一当权利受到侵犯,公民会自然想起利用法律这一利器获取救济。为保障基本人权的实现,国家也做了大量看得见的努力。从程序保护机制来看,目前的民事诉讼、刑事诉讼以及行政诉讼程序已经发挥了相当的功效。特别是行政诉讼程序为公民抵抗和防御来自公权力的

侵害提供了制度保障,具有特别的宪法意蕴。

最近,在宪法规范上确立了“国家尊重与保障人权”的原则,此举表明了政治上的成熟与务实。原则所以能得以确立也反映了围绕权利主题上下呼应所产生的共振效果。从效果来看,这一原则为推动法治建设、力行宪政提供了关键的支点。另外,由于中国没有所谓的高级法背景,一条可资借鉴的进路是:以基本人权、民主宪政为凝聚向心力的焦点,形成整体信念,达成所谓的“宪政认同”。而宪法上的这一更写则有助于把立宪正义的超验之维与舆论公正的共感世界结合成为一个有机的整体。

今天,在公共领域,人们已经能够就权利引发的对抗、纷争展开讨论。权利渐渐成为一种流行话语。接下来的关键问题是,要将由“国家尊重与保障人权”所引发的规范性预期纳入法律程序中,让人们可以借助程序装置对有关宪法基本权利的纷争展开交涉、议论,进而使得基本权利特有的刚性能够通过诉讼渠道被人们感受到。当下,摆在眼前的问题是,真正建立一项中立的、可操作性的违宪审查制度,使得法官能够对立法权侵权以及“抽象行政行为”侵权等案件进行审理。如此,一方面使得基本权利受到保护,另一方面又捍卫了宪法至高无上的权威性。

注释:

- ① 与此相关联的问题是,“单子化”的人如何聚集在一起组成团体。
- ② 社会契约论是一个近代的产物,它是个体主义政治理论与不同的标示,与近代自然法密切相关。参见登特列夫著,李日章译,《自然法——法律哲学导论》,台北联经事业出版公司1984年第1版,第53页。
- ③ Charles M. Whelan 语。参见《美国宪法的“高级法”背景》封底。
- ④ 考文着力彰显“权利先于政府”。“权利先于所有世俗政府——这是人法所不能废止或不得限制的权利——这是源于宇宙最伟大的立法者上帝的权利。”类似的话语正是这种特定文化心理的反应。
- ⑤ Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479 (1965)。

参考文献:

- [1] Robert P. George. Natural law, the constitution, and the theory and practice of judicial review[J]. Fordham Law Review, 2001, (2): 55-56.
- [2] 爱德华·考文. 美国宪法的“高级法”背景[M]. 北京: 三联书店, 1996.
- [3] 洛克. 政府论(下)[M]. 北京: 商务印书馆, 1964.
- [4] David Hume. Essays: Moral, Political, and Literary, ed. Eugene F. Miller[M]. Indianapolis: Liberty Classics, 1985. 480
- [5] 罗斯科·庞德. 普通法的精神[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [6] David Dyzenhaus. “Now the Machine Runs Itself”: Carl Schmitt on Hobbes and Kelsen[J]. Cardozo Law Review, 1994, (8): 23-25.
- [7] 蒋劲松. 议会之母[M]. 北京: 中国法制出版社, 1998.
- [8] 世界宪法全书[M]. 青岛: 青岛出版社, 1997. 1263.
- [9] 马文·佩里. 西方文明史[M]. 北京: 商务印书馆, 1993.
- [10] 阿瑟·库恩. 英美法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2002.

Natural law Idea of Constitution ——A supplement to Higher Law of American Constitutional law

XIONG Jing-bo

(College of law, Zhejiang University, Hanzhou 310028, China)

Abstract: Higher law presented by Professor Korwin accounts for the paramountcy of American constitution law. As a supplement, the article explains four related propositions: Higher law made power just and legitimate; As an impetus, higher law acquired validity in constitutional practice and made the constitution acquire a sense of “higher law”; Judicial review which framed a limitation on legislature has an internal relationship with higher law; China can acquire aspiration from the higher law presented by Korwin.

Key words: Korwin; higher law; natural law; right

[编辑: 苏慧]