

读书

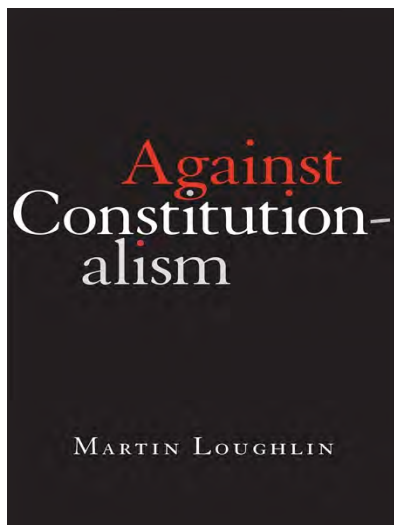
刘林娜

作者刘林娜为威斯康辛大学法学院法学博士

评《反对立宪主义》

题记：为了避免未来的操纵，中国将来的民主化道路应该脱离施米特和民粹主义的影响，发展以“普世价值”（如《零八宪章》所表达的基本原则）为基础的宪政。

马丁·卢弗林(Martin Loughlin) 2022年出版了《反对立宪主义》(Against Constitutionalism)，对立宪主义作为一种现代普世价值进行了深刻批判，并提供了一个引人入胜的新视角。与强调宪法(立宪主义)在宪政民主中继续存在的必要性的主流思想相反，卢弗林认为，坚持立宪主义的“意识形态”实际上通过将宪法提升为一种“公民宗教”而损害了民主。具体来说，卢弗林谴责当代司法机构在“权利革命”中的作用。他的看法是，政府行为被法院作为“审计



马丁·卢弗林《反宪政主义》
哈佛大学出版社，2022年

员”审查，以遵守新自由主义者所拥护的抽象原则。¹该书分为三部分讨论了这个论题。第一部分描述了启蒙时期“立宪主义”的理论渊源；第二部分批判性地分析了宪法权利和选民权力之间的交集；第三部分提出宪法被理想化和被夸大的作用，现在正威胁着宪政民主的完整性。

《反对立宪主义》的第一部分，追溯了在18世纪末立宪主义成为一个拥有规范性内容的术语，及宪法被定位为“基本法”的过程。²第一章至第三章主要阐述了支撑古典宪政的价值(如法治和分权)，作者描述了这些价值如何随着“大政府”的发展而发生变化。³这一前提之上，第四章提出的观点是，古典宪政和古典自由主义的理想在现代国家都无法真正实现。因此，卢弗林认

为，宪政在20世纪中期由于受到哈耶克式的立宪主义的重大影响而被重新认识。哈耶克主义将宪政视为一个“通过要求政府保护市场和个人自由来约束政府的项目”。⁴在这一章节中的最后，卢弗林强调，宪法应在其起草时间的背景下进行理解，将宪法或宪政视为不可改变都是错误的。

第二部分认为，真正的宪政民主应该与立宪主义的概念相区别。卢弗林认为，理想的宪政民主能让制宪权和宪法权利这两个不可调和的价值不断进行对话，从而保持了政权的“动态”品质。⁵卢弗林在此引用了卡尔·施米特对制宪权的定义，即它是“决定国家制度形式的政治意愿”，同时也维护了该宪法的秩序。⁶另一方面，卢弗林认为宪法权利是自然权利和洛克的个人权利在基本法中融合的最终产物。然而，他认为，在现代实践中，宪法权利在当今已不再被视为基本权利，而是被视为与立宪主义相关的抽象价值之一，从而支配着制宪权。在对形式主义的某种隐晦的批判中，卢弗林提出，民主被一种“不确定的状况”所维持；简而言之，“不确定的状况”是禁止制宪权力支配的政治力量。⁷

最后，第三部分包含了卢弗林对现代或普遍宪政的主要顾虑。他认为，宪法的作用已经“从一个集体自我决策的工具转变为政治身份的象征”。⁸这些象征性的表述还必须包括“不断扩大的”模糊特征，这些特征规定政府有义务保护消极权利，然而其限制则由法官来界定。⁹因此，卢弗林认为，法官现在成了“理想化和总体化的无形宪法”的仲裁者，从而极大地影响了一个正常运作的民主国家所需的权力分立。¹⁰这就是卢弗林所说的“宪法化”的过程，其中“宪法主义通过个人权利而不是机构权力的棱镜被重新解释”。¹¹他认为，这种由法官创造的“无形的宪法”，“消解了宪法理性和政治必要性之间的界限……[并且]既依赖政治理性又依赖法律理性”。¹²

在他的结论中，卢弗林警告读者，继续崇尚立宪主义——也许还有古典自由主义和新自由主义——作为全球化的必要理想，有可能使宪政民主进一步退化。立宪主义“支持了行政部门的不当扩张，同时赋予司法机构作为施米特式‘机动立法者’的地位，并为公共政策把关，这两种发展都使政府疏远了人民的制宪权。”¹³从根本上说，卢弗林总结说，“反对立宪主义的论点在于，它所建立的统治体系不可能得到民众的支持。”相反，他提出了“宪政民主的政治概念”，认为它最适合实现平等自由的目标。¹⁴

在该书中，卢弗林对宪政的现代问题进行了仔细分析，在如今民主衰落的背景下，尤其具有现实意义。然而，他的主要论点和历史叙述中的一些内容有待商榷，同时也遗留了一些需要进一步澄清的问题。

在第一部分，卢弗林对古典自由主义的早期阶段进行了理想化的描述，随后描述了随着国家规模的扩大和选举权的增加，这些原则逐渐失去了原有的意义，并且在大政府的时代已经无法实现了。可以说，这种观点有些狭隘。自由主义原则的含义发生了变化以适应更多的人在法律下获得选举权，就这点而言，这是对些原则的发展，而不是对它们的歪曲。卢弗林似乎部分地认识到了这一点，因为他引用了阿克曼(Ackerman)对宪法的定义；这个定义的前提是，宪法及其信条从根本上是可以讨论和发展的。¹⁵虽然学术界对(例如)法治的程度和性质仍有激烈争论，但他们已经很难继续认为这一理想与它的起源毫不相干了。法治和其他古典自由主义原则在宪政民主国家已被广泛接受和利用，这一事实也支持了以上观点；法治在全球范围内的力量增长，强有力地驳斥了卢弗林所暗示的、那些思想原则不应该被认为是普世的观点。¹⁶

接下来,卢弗林就政治发表了不同的见解。虽然没有人会对政治主体参与政治的必要性提出异议,但他对依赖于政治意愿的“不确定的条件”的提倡却引起了人们的关注。¹⁷他对形式主义的批判和对施米特的制宪权定义的引用,尤其成问题。众所周知,施米特的思想影响了德国的纳粹主义。施米特的宪法权力概念及其对形式主义的偏离的一个更现代的例子,可以在中华人民共和国找到。

中国共产党主导的中国的政府当然不是宪政民主,但其理念反映了施米特的影响,并接受了类似的、依赖政治决断的“不确定性”。¹⁸归根结底,这种政治决断是由主权者决定的,这一前提也与施米特思想一致。¹⁹不要形式主义的束缚、“党章就是宪法”的观点得到了吹捧现任政权的学者以及政府的支持。卢弗林主张通过“民主构成和民主问责的程序”展示的政治意愿应该是宪法的基础,这听起来不错,但它必须有具体的实施基础,也就是形式主义,否则,就像在中国,这些程序有可能沦为统治者的工具。

因此,为了避免未来的操纵,如果中国走上民主化的道路,中国的宪政应该脱离施米特的影响。这是一个重要的问题,因为中国政府和宪法理论家都认为施米特的思想很有吸引力。例如,目前中国的一些宪法学者中所流行的“民粹主义浪潮”,就深受施米特的影响。民粹主义与施米特的思想的基本要素是相似的,都经常与人民主权混为一谈。民粹主义和施米特的制宪权概念要求人民在建立一个宪政政府时,不受任何法律标准的约束。换句话说,对人民或所谓代表人民的“主权者”,不应存在任何限制。

为了避免这样的后果,有必要做出一定的法律限制以确保权力不被政治人物篡夺,这包括形式主义;为了防止这样的情况再次发生,中国必须从民粹

主义中走出来,以发展以“普世价值”为基础的宪政,比如《零八宪章》中所表达的那些。

鉴于卢弗林对“政治需要”在紧急状态下不适当地影响宪法的批评,他在形式主义的问题上的定位也令人困惑。卢弗林似乎在某种程度上承认,在不太正式的情况下在考量中包含政治因素是可取的。澄清这些要点将为卢弗林关于政治参与的立场及其与宪法的关系提供有益的信息。

最后,他将“权利革命”描述为宪政民主退化的主要——如果不是唯一——原因,是很难站住脚的。卢弗林将权利的优先化描述为二战后全球化的一个几乎是无意的后果,他否认了国际法和国际人权法在经典自由主义理想下的有意培养。自由主义强调实施强有力的宪法法律和宪法权利以禁止这些普世价值的退化。该书几乎没有提供关于司法如何取代立法行动或阻碍政治参与的例子,但在美国最高法院可以找到司法能动主义的例子。

美国最高法院推翻了法院在罗伊诉韦德案中保护个人堕胎权的判例,²⁰对数千万人的生活造成了影响,有些影响甚至是致命的。这被描述为少数人的暴政。²¹理论上,卢弗林会称赞这一决定是对过度司法的纠正,因为堕胎权在美国宪法和联邦立法中都没有明确的保护。然而,这种观点忽略了问题的根源。在美国,更恰当的做法是,将罗伊案和其他“创造”权利的实质性正当程序案件视为法院对体制和政治失误的回应,这些失误使州内的比例代表制丧失了功能。²²在这方面,典型的例子包括有争议的选区划分(gerrymandering)和对选举程序的其他操纵。²³其他一些制度安排也不利于公平的政治参与;²⁴这反过来又进一步使体制更有利于少数人,乃至已威胁到多数人基本权利。与卢弗林的说法相反,权利革命并没有削减美国的

民主,反而起到了维护民主的作用。

讽刺之处在于,卢弗林在批评立宪主义的普遍性的同时,提出了一个普遍性的问题,而这个问题几乎无助于我们理解民主衰落背后的实际原因。他的批评虽然有丰富的理论贡献,但没有充分考虑成功的民主国家的宪政实践。它没有认识宪政受到的威胁不是来自那些有政治头脑并企图干涉国家的法官,而主要来自那些为了权力而企图颠覆宪法的政治人物。

综上所述,《反对立宪主义》为立宪主义的历史及其现代发展提供了一个新的视角。虽然它对权利革命和立宪主义的危险的阐述最终并没有说服力,但它表达了解决宪政民主国家的系统性问题和阻止独裁蔓延的必要性紧迫性,并推动了关于重视人权和普世价值的辩论。

注释

1 Martin Loughlin, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, 2022. <https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674268029>.

2 同上,第 32 页。

3 同上,第 23 页。

4 同上,第 23 页。

5 同上,第二节。

6 同上,第 83 页。

7 同上,第 107-108 页。

8 同上,第 24 页。

9 同上,第 130 页。

10 同上,第 24 页。

11 同上,第 159-161 页。

12 同上,第 24 页。

- 13 同上, 第 150 页。
- 14 同上, 第 202 页。
- 15 同上, 第 146 页。
- 16 “Explore the Map,” *Freedom House*, 2022, <https://freedomhouse.org/explore-the-map>.
- 17 Loughlin, 前注 2, 第 107 页。
- 18 中华人民共和国宪法, 序言 (1982)。
- 19 [English] Carl Schmitt, *Constitutional Theory* translated by Jeffrey Seitzer, Duke University Press, 2008, 265-266.
- 20 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- 21 “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization,” *Oyez*, August 17, 2022, www.oyez.org/cases/2021/19-1392.
- 22 61% 的美国人支持堕胎的权利, 2% 的人支持有限的堕胎机会, 而 37% 的人认为在所有情况下都应该是非法的。Hannah Hartig, “About six-in-ten Americans say abortion should be legal in all or most cases,” *Pew Research*, June 13, 2022, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/06/13/about-six-in-ten-americans-say-abortion-should-be-legal-in-all-or-most-cases-2/>。
- 23 Gerrymandering 被定义为: “为政治利益重新划定选区边界”。它涉及 “由一个政党精心划定选区边界, 使其赢得某个特定的席位, 或者更广泛地说, 它比其对手赢得更多的席位”。“Gerrymandering”, *Oxford Reference*, 2022, <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095849914>.
- 24 例如, 公司为选举活动提供捐款的能力是无限的, 这使得前者以及游说者和利益集团拥有不同的选举权。