

战争、革命与宪法

高全喜^{*}

〔内容摘要〕 以战争、革命与宪法的关系为主题,从思想史的角度展开考察,可以揭示现代宪制的发生学。早期现代战争经历了从宗教战争到国家间战争,从国家间战争到内战,再从内战到革命的演变。革命之后,形成了制宪建国、守护宪制和祛除宪制这三个宪法时刻,并可以归结为“革命终结”的宪制路径和“不断革命”的政制路径这两个逻辑路径。战争与革命具有重大的宪法学意义,西方与中国的早期现代的宪制构建,均离不开战争与革命的动力机制。但如何把战争法权转变为一种基于宪法的和平法权,而不是陷入激进革命的宪制覆灭之途,则需要真正落实“革命终结”的宪法精神。

〔关键词〕 战争 革命 宪法 人民战争 革命制宪

笔者在本文讨论的问题是政治宪法学的一个重要主题:战争、革命与宪法,关涉中国现代宪制的发生学。^{〔1〕}然而,谁都知道,我们这个时代的宪制是伴随着枪炮、血泪、屈辱及其光荣而建立起来的,正因为此,笔者深感荣幸,但又有一种无地彷徨的忧思。遗憾的是,关于这个中国宪制的发生学,笔者遍翻时下的中国宪法学,却很少看到有深刻而富有内容的检视,倒是一些历史学和政治学的著述多有涉及。由此,不由得产生一个疑问:这些问题不是宪法学应该关注的内容吗?不是处于转型时期的中国宪制以及宪法学理论需要严肃对待的吗?

前不久,笔者在《人民也会腐化堕落》一文中,^{〔2〕}曾经提出“政治宪法学处理的是一个有关宪制的生与死的成因,它的内在机制、演进路径、动力因素、赋形方式、目的指向以及宪法精神之生灭”的非常时期的宪制理论问题。从这个意义上说,战争与革命在中外历史上,

* 高全喜,北京航空航天大学教授。2010年下半年来,笔者就本文主题在北京大学法学院、中国政法大学法学院、上海交通大学法学院和浙江大学法学院等处进行了学术报告,本文在报告稿的基础上修改而成。感谢上述机构的诚挚邀请,报告时诸位评议人的富有洞见的评论,使我受益匪浅,本文的修订或吸收了他(她)们的一些观点,或有所回应,在此对他(她)们深表谢忱。

〔1〕 发生学,源自希腊语,原本含义是指在地球历史发展过程中生物种系的发生和发展。这个概念不单用于动物种系的发生与发展,还被广泛运用于人文和社会科学领域,反映和揭示自然界、人类社会和人类思维形式发展、演化的历史阶段、形态和规律的方法,其特点是把研究对象作为发展的过程,注重历史过程中的本质性构成因素的作用。

〔2〕 参见高全喜《人民也会腐化堕落——从政治宪法学的视角审视》,载《战略与管理》2010年第9/10期合编本。

尤其是中外现代史上,无疑与宪制有着密切的关系,研究现代宪法,笔者认为离不开战争与革命问题。笔者在本文中展开的研究,便是试图从宪法学的视角,具体一点说,从现代中国宪制的发生学的视角,考察一下战争、革命与宪法的关系问题。

一、古代战争与古典政制

《左传》云“国之大事,在祀与戎。”(“成公十三年”),希罗多德《历史》言“最美好和崇高的事情总不外是征战和狩猎。”⁽³⁾中西两个伟大传统中的政治思想,都很精当地概括了古典政制的一个特征,即战争与宪法以及它们与国家的根本性关系。当然,战争是古典时代的战争,或曰冷兵器时代的战争,宪法是古典时代的宪法,或曰“政制”,或曰“祭祀、礼仪制度”,而国家则是古典意义上的国家。无论是中国春秋战国时期的作为诸侯的国家,还是古希腊罗马时期的城邦国家,乃至中国的秦汉帝国以及晚清前的中国历代王朝或西方的罗马帝国以及中世纪的诸多封建王国,战争与宪法都占据着生死攸关的地位,或者说,战争与宪法是古典国家赖以立足的两个擎天支柱。

通观一部古代史,或一部所谓的古代正史,其中心内容不外有两宗:一是战争,一是政治。战争对于古代政治具有极其重要的意义,我们可以随手举出一些经典案例,如塑造了中国春秋战国格局的著名的城濮之战、长平之战,奠定三国格局的赤壁之战,西方的伯罗奔尼撒战争,罗马与迦太基的战争,等等。这些战争对于一个国家的生与死,对于统治者以及统治方式,对于其内政外交的制度结构,均具有至关重要的意义。对此,可以从军事学、政治学、历史学等多个层面予以分析研究,这类的经典专著也是汗牛充栋。从政治宪法学的角度,关于古典时期的战争与宪法,这里仅仅是提出几个值得我们深思的问题,这些问题有助于我们对于现代宪制形成准确的认识。

(一) 古代宪法或公共宗教以及礼仪与祭祀

成文宪法是一个现代的术语,如果就其本意来说,不外乎一个国家或政治体的立国根基,我所谓的古典宪法指的也是这个意思,关于其词源学的流变考察,这里不予深究。⁽⁴⁾这个宪法在古代与祭祀有关,是由一个特殊的阶层——大祭司们——掌握的,他们处于社会的最高等级,决定着这个社会中的一切重大事务,尤其是杀伐征战之类的国之大事。柏拉图《王制篇》划分的三个社会等级,即统治者、护国者、生产者三个等级很好地描述了古典政制的这个特征。

为什么祭祀在古典社会占据重要的地位呢?孔子修订的中国的《礼记》和库朗热的《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,为我们解开了这个谜。这是因为,祭祀以及由此产生的一系列礼仪制度,构成了一个政治共同体的根本规则,是这个共同体共同意志和共同利益的公共而生死攸关的规则,任何人都(必须)认同、遵守、奉行这套规则或礼仪制

(3) [古希腊]希罗多德《历史》,王以铸译,商务印书馆1997年版,第18页。

(4) 关于西方宪法的古代概念以及流变,麦基文(Charles Howard McIlwain)的论述最为精当,参见[英]麦基文:《宪政古今》,翟小波译,贵州人民出版社2004年版。中国的古籍中也有“宪法”一词,如《尚书》中有“监于先王成宪”,《国语·晋语九》中有“赏善罚奸,国之宪法也”,《旧唐书》中有“永垂宪则,胎范后昆”等,这些指的是典章制度和法令的公布,其中虽然从现代法制的视角看多属于刑法,但也不无有国家大法的意义,相比之下,中国古代的礼仪制度,则具有与西方古典宪法更为相似的意涵,参见注释7和注释8。

度,否则就将被逐出家门或国门,而放逐在古代属于一种远比死刑更为严厉的惩罚。⁽⁵⁾因为古代人的世界观是这样的,他们把家族以及社稷视为个体生命的安身立本之所在,个人是为家族或邦国的子孙繁衍、圣火延续而存在的,难以想象个人可以脱离这个群体而独自存在。所以,所谓的个人权利、礼俗制度、国家政制都是依附于这个共同的祖先亡灵或国家之神。⁽⁶⁾但如何知晓这些关系自己生命之源、活命之根的祖先或神灵的意志呢?这就需要祭祀或占卜等,这就是古代的宗教,由此形成的多少有些神秘的一系列规则,也可以说是古代的宪法,它们规定了古代社会的婚姻制度、土地制度、继承制度等,尤其是公祭,则形成了国家的宗法制度。⁽⁷⁾

由于祭祀具有如此重要的意义,所以,祭司阶层就占据最高的社会地位,甚至是统治者的地位。关于祭司,古代的不同民族都有过记载,他们是与神沟通的人,上通下达,左右社稷,是立法者。《史记·封禅书》中曾经这样写道“周公既相成王,郊祀后稷以配天,宗祀文武于明堂以配上帝”,此后才是制礼作乐,规划社稷。⁽⁸⁾希腊上古也有“不能做祭司,就意味着不能做一国之主”的规矩,⁽⁹⁾《圣经·旧约》写到了大祭司,他们是犹太人最早的领袖,甚至早于“王”的出现,⁽¹⁰⁾摩西就是犹太人的第一个大祭司,他从上帝之处得来的“十诫”成为西方历史上最早的根本大法之一。

(二) 战争与祭祀以及第一次政制革命

在古代社会,虽然战争与祭祀都是国之大事,但相比之下,祭祀具有优先的地位,所以排在前列。这一点是与古代人的世界观和价值观相关联的,战争具有物质性的意义,而祭祀更具有精神性的意义。就具体操作上,每次战争发动之前,古人都要祭祀,占卜,向祖先或神灵祈祷,如战胜归来,则举行盛大典礼,祭祀亡灵,告慰祖先和神灵。关于战争与祭祀的关系,《周礼·夏官司马第四》和《伯罗奔尼撒战争史》等中西方典籍皆有论述。⁽¹¹⁾祭司的地位高

(5) 参见[法]库朗热《古代城邦:古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社2006年版,第184、186-188页。

(6) 参见[法]库朗热《古代城邦:古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社2006年版,第135-144页。

(7) 以礼治国的中国,历代奉若圭臬的至高政治礼典《周礼》开篇即云,“大宗伯之职,掌建邦之天神、人鬼、地示之礼,以佐王建保邦国。”如何掌天神、人鬼、地示之礼?《周礼》曰,“以吉礼事邦国之鬼神示”。吉,善也。吉礼即祭祀之礼。自此,祭礼在华夏五礼中取得了至高无上的地位,历代礼典、正史礼乐志无不依正朔周制将祭祀之吉礼列为首位。《左传·成公十三年》:“国之大事,在祀与戎,祀有执膺,戎有受脤,神之大节也。”将祭祀与战争并列,提到了关系邦国存亡的地位。《论语·述而》,“子之所慎:齐、战、疾”。齐即祭祀斋戒,孔子对于祭是非常慎重的。《礼记》中明确以祭为题的就有三篇,曰“祭法、祭义、祭统”,并《郊特牲》等各篇,从各个角度阐述祭祀之礼的问题。

(8) 根据《史记·周本纪》和《尚书》,周公辅成王之初面对着两件大事,一是通过封禅这个重大宪法性仪式建立合法性,二是平定武庚叛乱。鉴于周制乃周公所创的“常识”,周公必在封禅与平叛之后进行大规模的建规立制,《尚书》中的《大诰》、《康诰》、《酒诰》等篇据司马迁所言皆出于周公,都是“宪法性”文件。

(9) [法]库朗热《古代城邦:古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社2006年版,第163页。

(10) 《圣经·旧约·撒母耳记》里面专门记载了犹太人请求先知撒母耳向上帝传达他们想立王的请求,上帝无奈应允。这是《圣经》对王权起源的说法。从这个说法当中明确可知:(1)先知(祭司)早于王出现;(2)先知(祭司)不是王;(3)先知(祭司)与上帝的关系比王与上帝的关系更亲近。

(11) 司马古代为军职,《周礼·夏官司马第四》不仅记载了大司马(三军统帅)的职责,还有一些小的军职官员专门掌管与军队和战争相关的祭祀事宜,可与其它官职的祭祀职能相对比。库朗热在讨论“战时宗教”的时候列举了修昔底德的《伯罗奔尼撒战争史》第6卷第32节和李维的《罗马史》第29章第27节的相关内容。

于武士,从德性来看,祭祀的虔诚与恭敬,高于武士的勇敢和骄傲。祭司掌握着一个政治体或邦国的命脉,武士则负责守卫它。战争是守卫邦国的最有力的行动,战争的胜负有可能关系一个邦国的安危,但并不能在制度上改变这个国家的本性。所以,柏拉图才在他的等级论中规定护国者居于次席的地位。

战争以及围绕战争所投入的人力、物力、智力,显示的是一个政治体的物质力量,但它不是灵魂,灵魂是宗教信仰。古代宪法一方面在制度层面上与物质性有关,它们调节这些力量的功能、效率等,如军事首领的推选机制、后勤保障制度,以及一个准军事化社会的家庭制度、生产制度、继承制度、公共生活制度,等等。无论是家祭还是公祭,信仰是支配社会制度乃至战争进行的根本性力量,是所有社会制度即所谓宪法规则的根本。所以,古代是一个信仰世界、宗教世界,战争权力以及依附于战争的政治权力并不占据绝对性的地位。

但是,这种情况在古代社会的某个时期,悄悄地发生了变化,也许这个变化经历了数百年乃至千年,但这个时期终于出现了,而且在所有的民族历史中都几乎无一例外地发生过,那就是“王”取代了祭司。政治权力,尤其是伴随着军事权力的政治权力,开始并最终取代了信仰权力,成为邦国的最高统治者,这场重大的政制权力之变可以说是古代社会的第一次政制革命。⁽¹²⁾祭司以及信仰的力量退居其后,掌握政治权力尤其是通过军事战争(无论是对内还是对外)而握有权柄的人成为社会的最高统治者。他们是国家的王,其权力变形为王权或其他形式的政制统治权。

当然,尽管政治权力的强势出现是不可抵挡的,在信仰世界依然有着强大的抗衡力量,它们是政治权力的一种强有力制约,而王制也不是唯一的政治统治形式。例如,古代中国有春秋战国,又有秦汉帝国的皇帝制度,西方古代有贵族共和制、民主制、甚至僭主制、寡头制以及罗马帝国的皇帝独裁制,还有中世纪的神权与王权的二元对峙,等等。但无论怎么说,手握刀剑的政治权力成为社会秩序的中心,宪法不再单纯地从属于信仰世界,而是一步步成为政治权柄尤其是执掌军事权力的统治者的附庸,尽管并不完全如此。因为,宪法除了宗教的高级法背景,还有另外一种力量,那就是民意,即人民的共同意志或人民的同意。但这个力量的真正觉醒业已属于现代性的事物,而且仍然需要政治权力这个工具,其中,现代战争的作用便显得愈发突出了。由此引发现代政制的另外一场革命,或人类史上的第二次革命,即人民制宪的革命。⁽¹³⁾

二、“早期现代”的战争与和平以及现代宪制的发生学

从古典政制到现代政制,这个过程持续了几百年,其间发生了历史性的重大变化,其中的宗教信仰、社会经济、政法制度和思想文化、科学技术等庞大而丰富的内容,远非一部著述所能涵括,也非一家思想所能厘清。就本文的主题来说,笔者感到,“早期现代”的宪制发生学问题,值得大家思考。关于“早期现代”问题,笔者曾有多篇文章加以论述。笔者认为,对

(12) 库朗热基于古希腊罗马政制的演变,把上述意义上的世俗权力取代宗教权力的革命又具体地分解为“四次”,并且深刻地揭示了它们的递进演变之关系。参见[法]库朗热《古代城邦:古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社2006年版。

(13) 关于这个现代的革命制宪,参见高全喜《宪法与革命及中国宪制问题》,载《北大法律评论》(第11卷第2辑),北京大学出版社2010年版。

于我们理解现代社会,尤其是所谓现代性的政治、法律、经济、科学、文化和思想来说,即现代法治、民主、宪政和国家建设、经济社会与文明演进等方面来说,早期现代这个历史时期的思想与制度的产生与构建,具有十分重大的理论与现实意义。⁽¹⁴⁾尤其是现时代的中国还处于一个转型社会,所谓转型,笔者的理解是从根本性上说,还处于一个从前现代到现代(部分地包括后现代)的历史转变阶段,用笔者的话来说,其内在的政治逻辑是与早期现代相一致的。因此,研究早期现代的法政经验,对我们今天致力于促进中国现代政制的良性转型具有重大的启发意义。⁽¹⁵⁾

在上述背景下,审视一番现代宪制的发生学,浏览一下战争、革命与宪法的关系,尤其是对照一下中国百年宪制中所贯穿的战争与革命,就会有别一种意义,就会发现时下流行的主流宪法学理论,无论是传统的有关无产阶级专政的宪法学宣传,还是来自西方20世纪以来的宪法学理论,尤其是所谓的规范性法学、宪法解释学、实证主义宪法学,他们对于早期现代的宪制发生学缺乏深刻的认识,对于这个时期的国家构建和公民社会的培育,对于现代社会(15世纪)以来的战争与革命以及它们对于宪法的决定性影响乃至塑造,对于现代宪制背后的一系列复杂的政治、经济、宗教和军事的内涵,对于早期现代的战争向革命的转型,尤其是革命战争所引发的人民主权的现代宪法学的创制理论等等,缺乏深刻而清醒的认识,因此,就只是限于封闭性的有关权利论的规范性分析和宪法条文的语义学解释,或者沦为意识形态的工具论辩护。

其实,现代宪法学是在早期宪制发育臻于完善、现代国民国家(民族国家)塑造成型之后产生出来的,⁽¹⁶⁾其对于宪法文本以及宪法案例的解释学和规范性分析,以及由此形成的所谓规范宪法学、宪法解释学和实证主义宪法学,等等,都具有理论和实践的意义。笔者对此并没有什么质疑,因为这些理论是早期现代的宪法学(或政治宪法学)生长起来的理论果实,现代战争与革命制宪的目的不就是如此吗?不就是为了达到一个法治文明的和谐社会吗?⁽¹⁷⁾我要质疑的是,现代宪法学自以为是地忽视乃至拒斥自己的发生学机制,回避自己赖以成立的早期现代的制宪历程以及理论基础,将战争、革命、人民、制宪、革命终结、转型政制等问题抛于脑后,这样其实也就抽空了自己的生命活力,因而无法解释宪法规范之所以能够规范、宪法解释之所以能够实施的力量之来源、权威之来源和正义之来源。

从现代宪制的发生学来看,笔者认为,战争、革命与宪法(宪制)具有着关键性的联带关

(14) 参见高全喜《西方“早期现代”的思想史背景及其中国问题》,载《读书》2010年第4期。

(15) 参见高全喜《从非常政治到日常政治——论现时代的政法及其他》,中国法制出版社2009年版;高全喜《宪法与革命及中国宪制问题》、《美国现代政治的“秘密”——从政治思想史的视角审视》,载《战略与管理》2010年第5/6期合编本。

(16) 笔者认为将nation翻译为“国族”,nation state翻译为“国民国家”更为妥当,不过为了便于阅读,下文我还是沿用了流行的词汇。参见[法]西耶斯《论特权/第三等级是什么?》,冯棠译,商务印书馆2004年版,第57页;陈端洪:《制宪权与根本法》,中国法制出版社2010年版,第115-118页;姚中秋《现代中国的立国之道》(第1卷),法律出版社2010年版,第3页。

(17) 参见高全喜《论政治社会——关于中国现代社会的一种政治经济学考察》,载高全喜《现代政制五论》,法律出版社2008年版。另外,关于这个问题的逻辑,宪法学领域的从政治宪法学到规范宪法学和宪法解释学的演变,与经济学领域的从政治经济学到现代经济学的历史演变是一致的,参见高全喜《我们需要怎样的政治经济学?》,载《学术研究》2010年第2期。

系,它们的复杂而综合的交汇活动,构成了现代的国家体制与世界格局的内在动力机制或枢纽纲目,构成了当今我们所面对的国内与国际两个方面的基本格局的基础结构。古典政制的战争属于城邦国家的战争以及帝国的战争,祭祀与宗教虽然在古典政制中占据重要的地位,但并不是战争的中心内容,祀与戎的关系平行地构成国之大事。西方社会经过罗马帝国尤其是中世纪的历史演变,基督教成为一种决定性的力量,不但构成了中世纪政制(帝国与王国的政制)的精神基础,而且教会成为现实的重要力量。我们熟知的授职权之争,便是教会神权与世俗政权二元对峙以及合流的典型表现。关于中世纪的政制不是本文所要讨论的内容,但是,我们看到,就现代政制的发轫来说,中世纪晚期与早期现代战争是一个重要内容,它对于现代宪制具有举足轻重的作用。

现代战争对于现代宪制的影响之所以具有宪法学的意义(而不仅仅是政治学、国际关系学、军事学等方面的意义),笔者认为,是因为围绕着(早期现代的)战争,呈现出一个“宗教战争→民族国家间战争→人民战争”的演变路线。人民战争又包括“制宪战争→护宪战争”的演变,甚至发展到彻底废宪的战争(阶级斗争与无产阶级革命战争)。正是因为战争的主体和战争的实质及其目的发生了根本性的变化,所以,战争就与宪法,与现代宪制的发生学,产生了本质性的关系。现代宪制的发生学是一个重大的主题,包含了极其丰富的内容,只有理解了其内在的发生机制,才有可能真正理解现代宪法和现代宪制,理解所谓的规范宪法学和宪法解释学,而处理上述问题,则属于政治宪法学的研究领域。政治宪法学与宪制发生学具有密切的关系,是这个发生学的理论表述。对其中的战争主题,笔者下面试图做一个富有深层内在逻辑的简要勾勒。

(一) 从宗教战争到(民族)国家间战争

战争是人类的一项重大事务,古代如此,即便今天也是如此。只不过现代战争,尤其是当代战争,采取了另外一些形式,其中,战争与政制关系重大。从战争与政制的关系来看,所谓的古今之变是由战争发轫的,或者说,决定古代社会(包括中世纪)向现代社会转变的一个根本性的要素是战争。但是,考察现代宪制的起源,笔者要指出的是,这个战争经历了一系列本性上不同的演变,正是这个战争性质的变化,决定了古今之变的形态,塑造了现代宪制的底色。下面,我们先讨论第一次的演变,即从宗教战争到民族国家的战争的演变。

我们知道,十字军东征是中世纪晚期的一种重大的战争形式。尽管在这个战争之外,当时的欧洲还有众多此起彼伏的其他形态的战争,如围绕着领土、贸易、管辖权等纷争而引发的战争,但作为宗教战争的十字军东征具有重大的象征意义。⁽¹⁸⁾关于三次大规模的波及世界(东方的中华帝国除外)的战争,有着诸多政治、经济、民族、领土、权力等方面的原因,但它们从性质上说仍然是宗教战争,即由罗马天主教会发动的,以教皇的名义发起的,以基督教神权为旗帜的,欧洲各王国、公国和封建领主积极参与的针对异教徒的世俗性战争。为信仰而战,为“基督教王国”而战,是这场战争的合法性之所在,宗教信仰与教会法是这场战争的法权基础,由此可以调动这个社会的一切力量,政权、封建专属权、领主特权,以及一切其

(18) 中世纪最主要的战争并非十字军东征,而是以诺曼征服、英法百年战争为代表的一系列“准国家”之间为了将领主的领土划归政治共同体的宪法性战争,但十字军东征的意义却并非仅仅是军事的和政治的,实际上更像一种神权政制的“演戏”,它的宗教表演效果大大超过了军事和领土意义上的实际效果。

他的各种法律权力,都让位于这种宗教战争的战争权,或由这个战争权所协调和统辖。可以说,这场战争构成了一个非常的法权时刻,即宗教战争的“战时王国”。原先的这种神权与政权的二元格局,即由教会法管辖的领域和由封建法管辖的领域之平行对峙(耶稣的归耶稣,凯撒的归凯撒),被这个宗教战争的非常时刻打破了。

但是,这种战时的神权王国不可能持久存在,其实从一开始就不是同一性的和稳定的,这一点我们可以从几次十字军东征的不同倡导者和担当者的教皇与君主的战争诉求之分歧看出来。尤其是随着战争的进程以及现实结果,这个战时神权的王国发生了一个重大的变异,这是这场战争的肇始者始料不及的,即本来是希望通过战争进一步加强神权的地上磐石,巩固大一统的教皇主导的基督教帝国的世俗权势和法权结构,但是,宗教战争的结果,却是这个教会帝国的彻底解体。不但西罗马帝国没有恢复,而且天主教会(梵蒂冈)的神权统治逐渐式微,一个崭新的政治主体——民族国家——经过这场宗教战争的陶冶和锻造,开始初露端倪。

十字军东征的正面意义是通过战时王国凝聚起西方人对“西方”(基督教王国)的认同,这种在人为创造的高度军事压力下形成的认同导致了西方在各民族国家形成之前各国的共同性被强化——一种西方或者欧洲意义上的共同性。这种共同性的基础是基督教信仰。这种共同性的存在为欧洲政制(拉丁意义上的世界帝国)的可能性提供了一定的基础,尽管欧洲已经经历了世俗化的过程,宗教色彩已经淡去不少。但是,十字军东征的失败更具典型意义:它标志着以共同宗教理由塑造欧洲统一政治体已经不再可能,或许从西罗马崩溃后就不再可能。因为西方不再拥有能够荡平所有诸侯的中心性武力,连查理大帝都做不到。武装力量的高度分散和多元化决定了欧洲不可能被统一。十字军东征是对多元武装力量的临时使用,而不是内在整合,所以它根本就不可能实现统一的目的,而是使武装力量多元化的局面更加充分地暴露出来。所以十字军东征是注定要失败的,它对各方武装几乎不存在整合性的(宪法性的)规制,所以“战时王国”不可能是稳定的。顺理成章的便是“欧洲内战”。从这个意义上说,武装力量和政治体的世俗性是天生的,宗教理由已经无法将其克服,最终还是落到权力和利益的较量上来,正是这些世俗原因引发了宗教改革,致使基督教分裂,发生了天主教和新教两大阵营之间的战争。这一系列战争是十字军东征与民族国家间战争的过渡形态,前者的政制基础是统一的“基督教王国”,后者是民族国家,宗教战争是披着宗教外衣的民族国家间战争。正是这场战争,不仅导致统一基督教政治共同体不再可能,而且导致了战争法权作为一种国家权力的完全合法化。战争法权的权力主体是国家,已经成为不争的事实状态,进而获得承认,上升为法理状态。

早期现代战争展开了一个全新的主题,那就是纯粹的地上世俗王国,即一个主权政制的构建。无论这个政权是君主制、共和制还是民主制,乃至僭主制、寡头制等,它们都祛除了神权神圣的外衣,开始为了赤裸裸的权力、土地、财富和人间正义等国家理由而战,为了共同福祉、公共利益而战。这样一来,战争作为培育和塑造现代政制的一个极其重要的工具,从宗教战争转变为民族国家之间的战争,或者通过战争而逐渐构建起现代的民族国家。应该指出,民族国家是一个本性上完全不同于古典城邦国家和中世纪封建王国的现代新事物。关于民族国家的性质有多种论述,但其中土地疆域、主权体制和民族认同,是凝聚它们的共同要素,这些都是古典城邦国家闻所未闻的,也是中世纪的神权体制和封建体制所不知道

的。正是现代战争、现代经济、政教分离和启蒙运动等诸多要素,共同催生了这个新事物,其中,战争扮演着决定性开创格局的作用。例如,1648年的威斯特伐利亚和约就是现代民族国家的世界格局的奠基之作,而它的产生显然离不开战争。此前裹挟整个欧洲的持续残酷的三十年战争,是这个和约构建的现实基础,没有三十年战争就没有现代民族国家的第一个世界性格局。

从这个意义上说,三十年战争是十字军东征的宗教战争以来的一个革命性变化,经由它塑造的现代世界秩序,既不同于伯罗奔尼撒战争所塑造的希腊城邦国家时代的世界体系,也不同于罗马共和国和罗马帝国的古典的国家扩张与殖民化,更不同于中世纪的神权与政权的二元化格局。这场战争是缔造现代主权政体的民族国家之间的战争,尽管其中有所谓的神圣罗马帝国以及各种公国、封建领和城市共和国参与,但它们在这场战争中逐渐衰落了,崛起的是新兴的现代民族国家。所以三十年战争的战争与和平,是民族国家之间有关战争与和平的第一波故事,今后这个故事还将不断地以更大的规模和残酷性上演,并进而重新塑造不同的现代国家和新的世界格局。

从理论形态上说,这个进程的理论代言人是格劳秀斯,他的一系列著作,尤其是《战争与和平法权》是三十年战争以及威斯特伐利亚和约的理论总结或理论版。他关于战争法权、和平法权以及海洋自由权的论述,充分展示了那个时代的精神,即不同于宗教神权的现代国家的构建机制的法权。这个法权的关键不是古典的亚里士多德的政治学,也不是阿奎那的神学大全,或者但丁的教会帝国论,而是崭新的基于自然法的战争法权与和平法权。作为荷兰的法学家,格劳秀斯格外重视海洋开放的自由法权。尽管三十年战争基本上是在欧洲大陆腹地展开的,但其理论的核心构建者却是一个面向海洋自由的格劳秀斯。这看上去真有点匪夷所思,但却意涵深厚,在冥冥中预示着数十年乃至数百年后的英美海洋世界霸权的降临。另外两个大陆性的思想家是博丹与普芬道夫。早于格劳秀斯的博丹的主权论强化了民族国家的主权特性(以君主主权的形式出现,在这方面要远比格劳秀斯深邃,格劳秀斯的主权论是非常单薄的),而普芬道夫作为格劳秀斯学派的继承者,全方位地深化和体系化了格劳秀斯的思想。虽然他们的思想不同于格劳秀斯,但由于其陆地性本性,不懂得海洋的法权,不理解海洋的战争与和平对于现代世界的决定性意义,因此,从宏大而实践性的历史大尺度来看,就难以与格劳秀斯比肩了。^[19]

(二) 从国家战争到人民战争(人民革命)及其对于现代宪制的意义

前面笔者论及从宗教战争到民族国家战争的转变,当然,需要指出的是,威斯特伐利亚和约只是这个转变的重大的第一轮标志,具有开启性的意义,但这个过程远没有完结。宗教战争与民族国家战争的双重力量在早期现代的数百年中依然相互冲撞、相互竞争,它们的纷争冲荡贯穿着早期现代的进程,战争、宗教(天主教与各大新教之间)与民族国家三者构成了这个时期的主要因素。例如,路德新教引发的德意志的宗教战争,加尔文新教的扩张以及

[19] 参见高全喜《格劳秀斯与他的时代:自然法、海洋法权与国际法秩序》,载《比较法研究》2008年第4期;高全喜、李卫海《博丹〈主权论〉:翻译、评论及其他》,载高全喜、龙卫球主编《法学沙龙》(第1卷),法律出版社2010年版;林国华《雨果·格劳秀斯的若干问题——〈战争法权与和平法权〉“导言”研究》,载《北大法律评论》(第11卷第2辑),北京大学出版社2010年版。

引发的战争与建国,英国的国教与天主教、清教徒之间的冲突,法国天主教与胡格诺教派之间的冲突,各大君主国、各个王国公国以及神圣罗马帝国的分分合合,直至英国光荣革命、法国大革命、拿破仑战争以及第一法兰西帝国的建立,德国民族主义的兴起,不列颠帝国的崛起,等等。这些西方早期现代的历史内容非常丰富,但在笔者看来,它们都属于后格劳秀斯—威斯特伐利亚和约时代的第二轮世界性格局的构建。虽然宗教(天主教与新教以及新教之间)以及宗教战争是其中的一个重要因素,但这显然已经与中世纪晚期的宗教战争有着实质性的不同,民族国家的要素逐渐取代了巩固基督教神权的“战争时刻”。进入了一个世俗的构建各自民族国家的“战争时刻”。现代国家以及国家体制或国家宪制,成为这个时期的战争之动因和目的。

伴随着宗教的纷争和王权的加强,这个时期(后格劳秀斯时代)的战争就具有了全新的意义,它们与现代国家的构建,与现代宪法与宪制,发生了更为密切的联系,从而从正面构成了现代国家与现代宪制发生学的一个重要组成部分。早期现代的和战争性质的本性上的转变,实际上极大地推进了现代政制(宪制)的构建进程。此前的宗教战争并不具有构建现代民族国家的诉求,格劳秀斯时代的战争虽然已经祛除了宗教一统天下的地位,但这个时期战争的主要的目的还是奠定民族国家的世界秩序,偏重于国际格局的构建。虽然主体已经是现代国家或现代的主权王国了,但并没有就现代国家的内在本质提出更为深入的诉求,对于“谁之国家、何种国家”之类的问题并没有太多的质疑。所以,可以把这个时期的战争性质视为一种基于“单薄的”民族国家为单位的相互之间的构造世界第一个基本格局和秩序。从深层的政治学和宪法学视角来看,这种战争与现代宪制的发生学还是外在的,只是提供了一个世界秩序的背景。至于这其中的民族国家本身的构造,以及宪制的形式与内容、动因和目的等等,是这个格劳秀斯时代的战争法权与和平法权所未能解决的,尽管格劳秀斯在提出主权问题时,也论述了自然权利、社会契约、共和制等问题。

后格劳秀斯时代的战争与和平沿着威斯特伐利亚和约的路径,但其本性又发生了一次重大的变化,即从民族国家之间的塑造世界格局的战争,转变为人民的战争。人民而不是君主、王公诸侯,^[20]成为这个新一轮战争的主体力量,国家之间的战争,君主们的战争,变成了人民的战争。这样一来,一系列重大的宪法问题就出现了。为什么人民要参加战争?战争法权的基础是什么?战争的目的以及正当性何在?战争与和平的关系是什么?如果这个战争是为了塑造一个现代国家,那么,“谁之国家”?所谓的国家理由是什么?人民参与战争与和平,乃至参与国家构建的权利是什么?用什么来约束君主们的战争野心?战争所缔造和捍卫的主权以及政府究竟是什么?它们是如何构造出来的?人民是否有参与乃至决定国家构建的权利?究竟如何参与,是委托、选举,还是签订契约?我们看到,这一系列的重大问题,都是从战争引发出来的,至少都由战争所激发,并与战争的胜负以及和平的降临有着密切的关系,而这一切显然又都是宪法问题,是现代宪制的发生学问题。

[20] 应该指出,马基雅维利是君主论的代表,在他那里没有人民,这是意大利的国情所决定的,马基雅维利的问题主要是如何使王权从教会神权中摆脱出来,属于前格劳秀斯时代的问题。至于霍布斯则是后格劳秀斯时代的问题,他把战争上升为一种抽象的哲学概念,战争状态是其国家哲学的出发点。参见[意]马基雅维利《君主论》,潘汉典译,商务印书馆1985年版;[英]霍布斯《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版。

由于人民被广泛地动员起来,并参与战争,从而就使得战争的性质发生了深刻的变化,人民由此被唤醒。在一系列规模巨大、旷日持久和惨痛剧烈的战争中,人民付出了沉重的代价,他们开始滋生现代的国民意识,不再只是为君主以及君主们的权力、野心、财富和任性而战,甚至不再仅仅是为所谓的民族国家而战,为过去的光荣和新的土地而战,而是要为人民自己而战,为自己的权利、自己的国家和民族而战。最典型的是英国内战、法国大革命期间的内战,以及神圣罗马帝国版图中的内战。英国、法国以及后来的德国,这三个雄霸欧洲的大国,它们的内战以及和平都与上述战争的性质之转变有着密切的关系。这些内战催生了各种现代的政治理论和宪法学说,例如霍布斯的政治与国家思想就产生于英国内战,哈林顿的积极的共和主义思想,乃至洛克的契约论和政府理论等等,都与英国内战不无关系。而法国博丹、波舒哀、卢梭的思想,显然也属于政治宪法学的范畴。这就逐渐形成了两个基本的路径,即英国以及后来美国的路径和法国以及后来德国、俄国的路径。当然更为重要的是,这些理论以及不同路径的思想的成熟,还需要从战争到革命的历史烘炉的锻造。

前面笔者分析了战争性质的几次转变,从宗教战争到国家间战争,从国家间战争到国内战争,可以说,正一步步进入笔者这次本文所要讨论的主题,即战争与宪法,或早期现代的战争与现代宪制的关系。我们已经看到,随着战争的人民性和国内形态使得其塑造现代宪制国家的作用日益凸显。但是,笔者要指出的是,战争本身还不足以成就现代民族—国民国家,不足以成就一个现代的宪制政体、主权国家和法治政府。战争是现代社会转型的动力因,但这个动力因还需要火车头,那就是革命。也就是说,从内战转化为革命,从人民的战争转化为人民的革命,这是有关战争的一次古今之变的重大“革命”,一种天翻地覆的大变革,一次彻底改变人类历史进程的大变革。可以说,任何一个现代国家的奠基,任何一种现代政制和宪制的构建,无不经历了这场人民革命的洗礼,英国如此,法国如此,美国如此,俄国乃至中国都是如此。正像马克思所说的,革命是历史的火车头。当然,“何种革命”,这是这个关于战争、革命以及建国的更为深入的问题,对此,笔者在下面将要讨论。这里笔者将首先分析一下从战争到革命的转变及其重大的历史性意义,尤其是宪法学的意义或现代宪制的发生学的意义。

在此,有一个问题:为什么战争会转变为革命呢?这与这个转变过程的主体力量或担当者有关,即究竟谁是这个战争所捍卫的国家的主人?过去时代的战争主人都是统治者或统治阶级,人民只是被动的参与者,但是通过战争,他们开始觉醒。战争之所以会转变为内战,主要与内政有关,即与一个国家的政治结构以及本性有关。这样,战争就不再是外交层面的,而是内政层面的,是为了国家的统治权力而战。这个统治权力并不仅仅是战争权力,也不是仅仅靠战争的胜利就能完全获取的,这里有一个权力的合法性问题。古往今来战争只是一种暴力,暴力不是政治的唯一本性。对于人民来说,战争的暴力或统治的权力,要具有合法性,要得到人民的认可、接受和主动的服从,这样就催生了现代的宪制,出现了宪法。^{〔21〕}

〔21〕 早期现代的西方哲人一直在力图寻找到战争的 right(权利或法权),而 right 本身作为自然法的基础是一套正义秩序,这个正义的自然法秩序对战争本身进行规制,实际上对于战争的 right 的寻求便是对于战争合法性的寻求。参见〔荷〕格劳秀斯《战争法权与和平法权》,何勤华等译,上海人民出版社 2005 年版;〔德〕普芬道夫《人和公民的自然法义务》,鞠成伟译,商务印书馆 2009 年版;〔德〕康德《永久和平论》,何兆武译,上海人民出版社 2005 年版。

所谓宪法就是一种国家主权的合法性表述,人民的政治意志的决断,其构造的宪制的主要功能是规范政治权力的恣意妄为,保障公民的基本权利和自由。这样一来,宪法的制定或制宪权问题,就成为人民的首要权力,是人民制定宪法。所谓合法性其实就是正当性,这里有一个政治正义的宪制问题,其本源来自人民的同意,或进一步来自公意和自然法(这是对于这个宪制或国家制度的合法性源泉的不同理论表述)。

这个时期的不同国家的内战,看上去出于多种原因,有的是因为继承权之争,有的是为了君主的宗教信仰问题,有的是因为土地与管辖权之争,也有的是贵族起义或农民造反,等等。其实这些原因都不是最主要的,真正的原因乃是最终诉求统治权的合法性,所谓内战就是为了政权的合法性而战。但是,问题在于,如何使得这种合法性权威得到承认呢?尤其是得到人民(包括新老贵族以及新兴的资产阶级等)的广泛而真诚的承认呢?靠暴力?靠战争法权?显然不是。历史地看,旧的统治阶级以及他们所掌握的一整套旧制度,包括军队、警察等国家机器,总是蛮横地抵制、排斥和打击人民对于政权的主动参与,更无法容忍人民掌握政治国家的制宪权和构建国家政体、法律制度的权力,将其视为“叛乱”和谋反,视为“叛国者”和国家的敌人。这样一来,敌对的两种力量就构成了政治性的对决,从而使得国内战争转变为政治革命,人民的战争必然导致人民的革命,因为人民要成为国家的主人,行使国家的主权和统治权。^{〔22〕}

从理论思想的发生发展上看,这个时期可以说是人类历史上的一个黄金时代,只有古典希腊罗马的辉煌思想时代可以与之媲美。这个早期现代的百家争鸣时代,自意大利的文艺复兴开始直至18世纪晚期,经历了启蒙思想阶段,在国家理论、政治经济学、道德哲学和文明演进论等方面,伴随着英国革命、法国革命、美国革命和拿破仑战争以及德意志的民族觉醒,涌现出了一大批思想各异、气质超绝、理论深厚、思想深邃、旨趣迥异,相互之间或精神一致或观点对峙的伟大思想家和理论家,涌现出诸多的思想学派和学说体系的开创者和奠基者,他们直到今天依然熠熠闪光,作为人类前行的灯塔。这些思想理论的故事,笔者在此不去多说,仅就宪法学说以及政治理论来看,尽管有王权国家的捍卫者,如博丹、霍布斯,有天主教神权的守护者,如波舒哀、迈斯特,有新教的倡导者,如路德、加尔文等,但人民的捍卫者却是这个时期的思想理论的主流。即便是上述理论,也并非完全都是反人民的,而是主张代表人民的统治,主权在民,人民制宪,人民有制定政治契约、组织政府的权利,人民有抵抗暴政、反对专制的权利,人民有捍卫生命、财产与自由的权利,人民有不服从乃至反抗和起义的权利等等,这些是天赋人权,是自然法赋予人民的神圣权利。这些基本观点和思想意识,经过启蒙运动,日益成为公民常识,成为政治生活所必须遵守的准则。所以,卢梭、伏尔泰、洛克、潘恩成为这个时期主流思想的代言者和革命的辩护者。

正是在上述思想的倡导下,革命成为人民战争的成果,战争的法权转变为革命的法权,革命具有政治与宪制的正当性,有自然法乃至高级法即神法的正当性。基于上述的理论依据,我们看到,在早期现代的现代国家,几乎无一例外地都发生了人民的反对旧制度的政制和宪制革命。在英国,国王查理一世被送上断头台,经过连年内战和激进共和主义运动以及短暂的复辟,最终爆发了光荣革命。此后不久,革命的烽火在大西洋彼岸的北美殖民地燃

〔22〕 参见高全喜《宪法与革命及中国宪制问题》,载《北大法律评论》(第11卷第2辑),北京大学出版社2010年版。

烧 美国革命是现代政制的一次重大转型,说起来这场革命也是从战争——独立战争——转化而来的。美国的战争与革命催生了一个新的共和国,一部全新的现代宪法和宪制,其制宪立国的根基来自人民。“我们美国人民创建了美利坚合众国”,这是美国宪法的开篇之辞,现代宪制和宪法的合法性与正当性,斩断了与旧制度王室的宗法关系,而与人民直接水乳与共地联系在一起。这是一个新时代的开端。与此同时,法国也爆发了革命,并逐渐发展为一场波澜壮阔的大革命,这场革命虽然伴随着不断的内外战争,但其实质无疑是一场人民的革命,法国大革命宣示的《公民与政治权利宣言》(《人权宣言》)接续美国的独立宣言,把人民的自由、平等等基本的政治与社会权利作为现代政治的立国之本、制宪之本,人民的共同意志和基本权利成为法国大革命的根本,构成现代社会的基础。从英国的光荣革命、美国革命到法国大革命,这三场承前启后的革命,虽然本质上有所不同(笔者将在下文深入讨论),但它们都属于现代性的新事物,与旧制度和旧法统判然有别,通过革命才真正建立起一个个属于人民的现代国家(民族国家或国民国家)。

(三) 早期现代的革命制宪建国之不同形态及其内在逻辑

从宗教战争到国家战争,围绕着何种国家,早期现代战争(与和平)法权唤醒了人民的公民意识,战争转化为人民的战争。人民要建立起一个人民当家作主的现代国家(无论是共和国还是君主国),为此引发了一系列不同性质的内战,并最终导致了人民的革命。通过革命制宪建国,这是早期现代(后格劳秀斯时代)的诸多大国国家命运的共同逻辑。英国、美国、法国。更早一些时期的荷兰革命(在格劳秀斯时代),以及稍后的意大利革命,还有再后来的俄国革命,以及东方世界的中国革命、印度革命等后发国家的革命,从宏大的历史与政治学的层面上看,它们遵循的都是这个革命建国的逻辑。

战争是一种暴力,革命也是一种暴力,从其外在形态上,战争与革命没有什么太大的区别,有些革命本身就是以战争的形式出现的,有些战争也会演化为革命。但是,两者还是有着根本性的区别,即战争属于一种既定的法律秩序之下的有组织的暴力活动,其属于一种格劳秀斯意义上的战争法权,无论是国内法还是国际法意义上的,战争都是有法律规定的。所以,战争没有合法性与非法性之分,只有合法(符合国际法或国内法)的战争,非法的战争就不是战争,而是武装割据、聚众暴乱、强盗行径(海盗、强盗、绿林豪杰、地痞流氓,等等)。但是,战争有正义与非正义之分,格劳秀斯着重探讨的便是战争,尤其是国家之间的战争法权的正义性问题。然而,内战开始改变了战争的性质,战争的合法性问题凸显,究竟是为谁而战,为什么而战,战争的目的何在?战争的正义性是什么?这些问题直接逼迫到法律的国家理由问题,逼迫到“何种国家、谁之宪制”问题。

法律尤其是宪法,在内战、独立战争以及其他的一系列暴力活动中,经受了严峻的考验,甚至发生了革命性的颠覆,所谓从战争转化为革命,其宪法学的意义就是从这个问题开始的。例如,关于起义,关于叛乱,关于里通外敌,等等,这些武装行为,从旧的法律尤其是国家法律来看都是非法行径,是国家重罪,即叛国罪,要受到严厉镇压和制裁。但是,由于国家以及国之宪法正当性受到挑战,国家法律不再是国王的独断意志,而是人民的公意。也就是说,立国立法的根基动摇了,甚至颠覆了,那么这些行为的合法非法与否就成为重大的宪制问题,成为国之大事。所谓战争到革命的转变,其实质即在于此,它们不是暴力的程度、组织方式、胜负结果等问题,而是战争的合法性根基问题,革命指的就是原先的叛乱转变成为起

义,成为国家的构建,最终成为国家制宪的法权。我们看到,英国和法国的两个被人民战争(起义和叛乱)送上断头台的君主,都是以“叛国罪”而被绳之以法的,这个法显然不是旧法,而是人民的新法,是人民制宪权所制定的人民宪法。这就是革命的法权。^[23]

早期现代的历史,从宪法学的意义上说,就是一个从战争法权到革命法权的转变的历史进程,其深层的主题是现代性的制宪建国问题。但是问题在于,革命如同战争一样,是一种暴力行为,战争最终要终结于和平,从战争法权到和平法权的转变是格劳秀斯时代的国际法命题。而革命法权最终所终结的和平法权,其制度形态是什么呢?与格劳秀斯所不加质疑的将和平法权归结于现代国家不同,革命终结的这个和平法权所赖以支撑的是一个现代的新型国家,即现代宪制国家。一个由人民制宪的宪法国家,一个人民的共和国,无论是匿名的,如英国的君主立宪国,还是美国、法国的(联邦)共和国,这个国家本质上都属于人民的国家,是基于人民的共同意志和意愿,通过契约以及委托统治而建立起来的。所以,宪法或宪制是革命法权的终结,是后格劳秀斯时代的和平法权的基石。康德的“永久和平论”是这个时代的理论表述,虽然德国的现实历史远没有实现这一现代宪制的诉求。

战争转变为革命,革命终结于宪法,这个早期现代的故事远不是一帆风顺的,革命具有嗜血的天然本性,宪法与革命之纠结,从宪法革命到社会革命,其悲剧性的命运贯穿着早期现代以来的数百年的历史。从西方到东方,从欧洲到拉美、亚非,这个悲剧直至今天也还没有结束,而是不断涌现出它们的升级版。下面,笔者仅从宪法学的角度对此(不同的革命路径)做一个简要的勾勒,由于内容繁巨,笔者这里只能是有选择地加以论述。笔者的考察是,围绕着战争、革命与宪法,早期现代以及蔓延至后世,在西方的欧美现代国家,甚至包括苏俄、日本,大致说来,有三个历史阶段或宪法时刻,并可以归结为两种逻辑路径。这里笔者主要以英国、美国、法国和俄国四个主要的现代国家的战争、革命与宪法问题加以讨论。此后19世纪以降,尤其是20世纪以降,对于一系列后发国家,这个战争、革命与宪法的逻辑就更为复杂和混乱了,对此,笔者在下文专门论述中国宪制的发生学时,将会有所触及。

1. 制宪建国的战争——革命法权

威斯特伐利亚和约并没有为欧洲奠定持久的和平,这个时代是一个大国兴衰的时代,诸大国的兴起无不经历着战争与革命的剧痛,并通过革命建立起独立而强大的现代民族国家。所以,这里有一个“战争→革命→建国”的逻辑,其中制宪就变得格外重要:谁来制宪、如何制宪?势必引发革命。革命不是请客吃饭,难免付诸于战争。我们看到,英国、美国和法国,都围绕着制宪建国问题发生了革命战争。这里有一个战争—革命的法权问题。

先看英国,英国的战争与革命,并不是一开始就进行光荣的复辟,而是经历了一系列的暴力和动乱。克伦威尔的共和军进行的是赤裸裸的战争与革命,甚至以叛国罪将国王查理一世送上了断头台,建立了人民的共和国,其后在英国实行军事独裁统治长达几十年,其间有为这个激进革命的理论辩护的,还有更加激进的革命倡导,如掘地派运动。但是,最终这场英国的激进革命为光荣革命所终结,看来,在英国这样的有着悠久政治传统的国家,只有托古改制的革命,或“革命终结”,^[24]才能完成政治与革命的转化,成功守护住人民制宪的

[23] 参见[英]杰弗里·罗伯特《弑君者——把查理一世送上断头台的人》,徐璇译,新星出版社2009年版。

[24] 参见高全喜《宪法与革命及中国宪制问题》,载《北大法律评论》(第11卷第2辑),北京大学出版社2010年版。

成果——未成文的宪法以及宪制。英国的共和激进革命流产了,但却成就了光荣革命,关于这个守护革命的宪制问题稍后再谈,现在再看美国的战争与革命。显然,由于没有强大的旧制度的羁绊,美国的战争与革命顺利地缔造了一个人民的共和国,它的建国问题的核心是宪制的联邦主义问题,“战争→革命→建国”,这在美国是没有任何疑议的(一些守旧的保皇派在独立战争后就被迫逃亡加拿大)。所以,如何守护美国的宪法,这是美国革命法权的宪法问题,这个问题在建国时代并没有予以解决,直到美国的南北战争时期,才得到根本性解决。

战争与革命法权的制宪建国问题,最为严峻和影响深远的,可谓开辟了另外一条革命建国道路的,是法国大革命。法国大革命是一个恢宏巨大的主题,笔者在此仅仅从宪法与革命的角度来加以概括。应该指出,法国的旧制度远比英国更为深厚,而加上地缘政治、宗教纷争、王权专制、欧陆中心等一系列原因,其爆发的战争与革命及其制宪建国的结果,就没有英国那样幸运了。或者说,法国大革命的战争与革命从根本就没有终结于一个宪制体制,革命的逻辑总是没有完成,总是陷入不断革命、激进革命、红色恐怖的恶性循环之中,最终搞出拿破仑这个现代僭主,建立起一个法兰西第一帝国,而不久就陷入近百年的政制变乱之中。这与英国经过激进共和制的乱象之后所发生的光荣复辟以及美国的联邦共和国这两个优良、稳固且强大的宪制国家乃至帝国相比,要不幸得多。

从理论上说,早期现代以来的法兰西的国家理论、制宪学说和人民革命的论辩较之其他国家,要丰富、深邃和悠久。博丹的主权论、启蒙思想的革命与批判理论,卢梭的社会契约论,西耶斯的制宪权理论,雅各宾党人的人民专政理论等等,法国思想界为现代政制的“何种宪法、谁之国家”,以及人民、革命、专政等,创制了一系列学说,对后世影响深远。例如,关于王权与主权、民族国家与国民国家,关于人民的共同意志以及人民制宪权,关于公民政治与社会权利宣言,关于自然法与天赋人权,关于组建国民政府、镇压反革命,关于人民民主、阶级专政、暴力恐怖等等,都是发端于法国大革命以及实践于这场亘古未有的革命运动之中。就理论的深刻性和论辩的彻底性来说,法国的诸种学说对于上述早期现代的这个从宗教战争到人民革命再到制宪建国的理论论述,可以说是达到了人类理智的极限,上通下达,辉煌灿烂。不过,从理论气质和总体本性来说,法国革命的理论以及宪制学说是偏激的、亢奋的,对人民和革命给予了过高的寄托,其手段也力求毕其功于一役,一举要打破一个旧世界,凭空建立一个美丽新世界。为了目的,不惜采取任何手段;为了理想,不惜牺牲现实。

问题在于,理论并不等于现实,法国革命的一个最大问题就是它没有能够完成革命制宪的平稳转变,即通过稳固的宪法制度安顿人民革命的制宪激情和意志。虽然大革命期间法国有多部宪法炮制出来,但没有一部宪法得到富有成效的落实,获得人民的广泛拥护,并形成稳固的权威。因此,我们看到,这个时期的法国陷入革命激进主义的狂潮,从君主立宪的斐扬派,到自由共和的吉伦特派,直到激进共和的雅各宾派的专政和血腥恐怖,一部部宪法和宪法性纲要被更激烈的革命狂热和暴力行动所推翻,直至彻底的毁灭,从而为拿破仑的军事独裁扫清了障碍。当然,关于拿破仑以及法兰西第一帝国,关于拿破仑战争以及对于世界格局的影响和对于旧制度的扫荡,则是另外一个故事了,不再属于宪法学的范畴,在此暂且不论。就宪法学来说,法国革命以及法国的革命学说,不但没有通过宪制终结革命,反而陷入毁灭性的不断革命的深渊,不但没有构建起一个宪制国家,反而为人民专政的极权国家开辟了道路,从人民的不断革命论到马克思主义以及俄国革命的无产阶级专政论,一种列宁式

的国家与革命,其理论与实践扶摇而起。

2. 守护宪制的战争——终结革命法权

革命建国、人民制宪,这对于早期现代的政制来说,还只是完成了一半任务,还有更为艰巨的工作要做,法国大革命就是在这个问题上走不出来,从而跌至深渊的。然而,英美政制在各自的战争与革命动荡之后,却是柳暗花明,不但在早期现代的历史上开辟出一条“战争→革命→建国”的终结革命道路,而且这个“革命终结”之宪制国家,前后缔造了两个帝国,主导着世界政治文明长达三百年,直到今天也还没有终结。关于这个“革命终结”的制宪建国的宪法逻辑,笔者在自己的三篇文章中有过较为深入而侧重点不同的论述,一篇是《政治宪政主义与司法宪政主义》,一篇是《革命与宪法及中国宪制》,一篇是《美国现代政治的“秘密”》。这些文章处理的主要是英国和美国如何完成从革命立宪到终结革命收成的宪制问题,其经典理论表述是洛克的政治理论,即通过洛克以及联邦党人,英美完成了早期现代之政制的下半段任务,成功地使各自的现代国家通过宪法,使革命得到安顿,实现了我所谓的“革命终结”。从战争到革命,从革命到终结革命,这里实质上是一个宪法问题,是一个宪法国家的正义的制度实践,从非常政治到日常政治的宪制转变问题。

关于洛克,关于联邦党人,关于英美的革命与终结革命,从宪制发生学的角度,笔者已经进行了充分的探究,它们确实是英美宪制之完整性(包含革命之前后两个部分,或上下两个逻辑阶段,即非常政治与日常政治以及成功转型)的经典表述,在此不再重复,虽然对比法国大革命,它们是应该被反复强调的。这里要讨论的是另外一个与战争、革命和宪法的主题甚为密切的问题,即美国的南北战争问题:从宪法学的意义上,如何看待这次关系美利坚合众国前途与命运的战争?笔者认为,这里仍然有一个与本文主题相关的英美宪制道路中的通过战争加以解决的革命与终结革命的宪法问题。

美国是一个晚近成立的现代国家,说起来它在历史上所经历的战争并不是很多,除了20世纪前半叶的两次世界大战之外,在此之前,影响这个国家之构建的战争只有两次,一次是独立战争,一次是南北战争。其他的一些战事,如对墨西哥的战争,屠杀印第安人的战争等等,都不像这两次战争那样对美国宪制国家具有至关重要的作用。从宪法学的角度看,这两次战争虽然与美国的宪制性命攸关(例如美国宪法学家阿克曼就认为它们是美国宪法的两次危机时刻),但它们的性质却各有不同。独立战争属于建国的革命制宪的人民战争,它虽然形式上是对外的反英国殖民的战争,但真正的战争法权是基于美国人民的共同意志,是一次制宪建国的宪法行为。我们看到,正是通过这场战争,曾经作为英国殖民地的各州人民,被锻造和凝聚起来,形成共同的美国人民,并且在战争催生的制宪活动中,克服了各自独立的形式各异的州市宪章之壁垒,或作为权宜之计的邦联体制,形成了一个唯一的美国宪法,缔造了美利坚合众国。这是一个从战争法权到革命法权,最终落实为宪法法权的美国宪制之路。如果说战争法权、革命法权所依据的是自然法、自然权利以及新教约法和社会契约论等意义上的高级法,那么美国宪法,包括其一系列修正案,则是把这些高级法以一种国家制度的形态构建起来,宪法及其司法审查和宪法解释,就成为维护美国革命制宪成果的最有效手段,由此完成了笔者所谓的从政治宪政主义到司法宪政主义的终结革命的转变。这个从非常政治到日常法治的转型,是英美路线的经典体现,是辉格党人关于英国光荣革命的终结革命之政治叙事的继续或升级版,其所推进的是“独立战争→人民革命→制宪建国→守

护自由的终结革命”的现代国家之路。⁽²⁵⁾

不过,守护革命的宪制成果,真正实施宪法,实现其宪法精神,对于任何一个政体来说,都是不容易的。它面临来自国内外的各种势力的挑战。对此,我一直认为仅仅是司法宪政主义是不够的,因为司法宪政主义以及一般的议会立法的民主化进程,虽然可以解决宪制与政治中的很多问题,但它们的功用只是表现在日常政治之中。当一个国家处于宪法的危机时刻,司法宪政主义和日常民主政治就显得捉襟见肘,非常时期需要非常手段、非常政治,甚至付诸于战争。这就是南北战争的政治宪法学的含义。⁽²⁶⁾美国的这场内战,不同于独立战争,也不同于英国革命,其最核心的意义在于:它是一场捍卫宪法、守护自由平等的宪法战争,是一场护宪战争,是一场贯穿美国宪法精神的终结革命的人民战争。关于这场战争的护宪意义,美国的政治成熟的政治家们是非常清楚的,这从林肯总统的《葛底斯堡的演说》以及林肯与道格拉斯的辩论中体现出来。所以,南北战争既是一场刀枪剑戟的烽火之战,更是一场释宪护宪的理论之战,其围绕的中心是美国宪法,而且这场战争的隐患从一开始就埋藏在费城宪法的构建之中。⁽²⁷⁾

1787年的美国制宪是美国人民的宪法,是联邦党人与反联邦党人共同斗争与合作的产物,尽管在后来添加了十二条修正案,在各种议会的审议中获得多数通过,但两派之间的原则分歧并没有从根本上得到弭平。南北战争就是这个分歧的重大爆发,它致使美国宪法面临严重的危机,美国人民再次经受严峻的考验。虽然政治家们和美国人民寻求各种妥协以使分歧获得解决,但最终并没有实现和平,美国宪法的生与死,不得不通过战争加以解决。从这个意义上看,这是美国宪法的一次重大挫折和失败,和平的、司法的、政治的方法无法化解这个根本性分歧,美国宪制并没有提供一条平坦的日常政治的康庄大道。但是,从另外一个意义上说,这又未尝不是美国宪法的一次升华,一次重大的胜利和凯旋,因为南北战争只是日常政治和日常法治的失败,并不是美国宪法自身的失败。它反而成就了非常时期的美国宪法,为美国宪法的重新复活、美国政制的重新凝聚和美国社会的重新繁荣提供了一个改革的契机。

因为这场战争并不是要彻底推翻和抛弃宪法和宪制(像下面将要分析的法俄路线那样),而是为了宪法原则而战,战争双方都坚持和殊死捍卫它们所理解的宪法,都以各自的宪法原则作为战争的依据,都把真正的宪法作为它们的战争目的,为此不惜付出生命和牺牲。例如,南方的分离主义(这个词本身就是北方强加给它们的,它们并不主张非法的分离,而是依据它们所捍卫的宪法的分离权)理论大师卡尔霍恩就属于反联邦主义的思想传统,他明确指出各州有权捍卫宪法所赋予它们的各种权利。这些权利,例如州的主权,以及各州退出联邦的权利,是先于宪法的联邦权力的。为此,南方各州具有捍卫这些权利的战争法权,所以,它们是为宪法而战。与此相对,以林肯总统为代表的北方各州,否认了南方的权利主张,认为联邦宪法的权力是美国人民作为一个共同体的权力,宪法直接来自人民,包括

(25) 参见高全喜《美国现代政治的“秘密”——从政治思想史的视角审视》,载《战略与管理》2010年第5/6期合编本。

(26) “于是,战争来了。”参见[美]雅法《自由的新生》,谭安奎译,华东师范大学出版社2008年版,扉页题词。

(27) 参见[美]雅法《分裂之家危机》,韩锐译,华东师范大学出版社2007年版;[美]雅法《自由的新生》,谭安奎译,华东师范大学出版社2008年版。

南方各州的人民。因此,联邦宪法作为美国人民的宪法,高于州权,高于州的分离权,为此,美国人民要誓死捍卫这个宪法。既然战争双方都坚持自己的宪法,那么,“谁之宪法、何种宪法”对于美国人民,对于每一个美国公民,就是一个重大的宪法诘问,因为它不但关涉美国的国家命运,而且关涉每个人的生与死。这是美国的宪法时刻,甚至连作为宪法条文的四分之一条款的黑奴这个制宪时妥协的产物,也被重新激活。林肯签署《废奴法案》,从而拓宽了美国人民的宪法内涵,进一步奠定了美国宪法所标榜的自由平等的公民权利原则。

由此可见,南北战争也可谓一个新的制宪行动,美国人民通过参与战争进一步厘清了宪法的原则,达成了新的共识。这个宪法之新,一方面是增加了新的第十三条宪法修正案,废除了奴隶制这个旧宪法的毒瘤,明确规定了黑人享有平等的公民权利;另一方面则是重新奠定了美利坚合众国的国家根基,扭转了国家分裂的危险倾向,从宪制国家的层面上再次确立了自由国家的本性。这些都是通过这场伟大的战争获得的,所谓自由的新生。但是,为什么要说这场战争是一种终结革命的制宪法权呢?其关键在于这场战争不但没有使这个国家解体,反而进一步强化了国家的凝聚力,守护了宪法的精神,即它的自由宪法的新生并不是通过欧陆那种战争—革命的彻底否定性来实现的,而是旧瓶装新酒,依然持守着旧宪法的权威与尊严,重申了被埋没或多少有些迷失的宪法精神。通过战争的剧痛,唤醒了人民的热情,复活了原初的精神。这是一种人民的出场,宪法精神的现身。尤其是战争之后的和解与和平,李将军的墓地被抬上国家的祭坛,从而使美国宪法顺利地非常时刻转化为日常政治,政治家以及人民所守护的宪法,转交给法院,从政治宪政主义转化为司法宪政主义,其遵循的逻辑依然是英国光荣革命的宪制逻辑。这就是我所谓的终结革命的战争与和平法权。

3. 祛除宪制的战争——革命—专政的巴黎公社·苏维埃之路

与英美的“战争→革命→终结革命”的宪制的自由建国不同,早期现代还有另外一条路径,即“战争→革命→不断革命”的建国路径。这个路径又有两种互相关联但依然性质不同的形态或阶段。一种是法国大革命的法国路径,它的结局是拿破仑这个现代僭主及法兰西第一帝国的出现,以及随后数百年的法兰西民族国家的动荡,其中帝国与共和国交替出现,多部宪法现身,但战争与革命频仍。另一种是从法国大革命的废墟中产生的无产阶级专政的革命与武装暴动的共产主义—社会主义道路。

应该指出,关于无产阶级专政的革命建国,已经超越了早期现代的政制范畴,属于19世纪的一种新事物,按照这个政治思想的鼻祖——马克思的历史发展阶段论,它们属于封建主义社会和资本主义社会之后的新社会。不过追溯起来,也可以说这个思想理论的核心观点早在早期现代尤其是法国大革命的思想理论与政治实践中就孕育出来了。例如,卢梭的不平等社会的起源和人民共同意志的思想,西耶斯的资产阶级专政的宪法理论,法国空想社会主义圣西门的集体合作社的设想等等,都是这个无产阶级专政的国家与革命的理论体系的来源之一。不过,马克思主义的阶级斗争和无产阶级专政的理论以及共产主义—社会主义的实践,是一个庞大的历史叙事,内容很多,其演变的形态也很复杂,我这里还是围绕着战争、革命与宪法的主题,讨论一下这个方面的问题。

首先,马克思的阶级斗争和无产阶级专政是一种暴力的革命,是一个阶级推翻另一个阶级的阶级压迫的政治运动,这一点既继承了早期现代的战争与革命的逻辑,又有根本性的不同。如前所述,早期现代的英美乃至法国的战争与革命直至制宪建国的历史,都是以民族国

家和人民与公民,以及主权在民、人民制宪等等为中心的,阶级与阶级斗争并不占据核心地位。虽然西耶斯提出了第三等级的阶级专政,但这个等级在他那里,指的就是全体国民,因此依然是国民或人民的革命。而马克思就完全不同了,他严格区分了不同阶级的本质,把阶级斗争和无产阶级专政视为革命暴力的发动机和核心机制,认为现代历史上的暴力行为,无论是起义、暴动还是武装革命,都必须以工人阶级领导,并以废除资产阶级的国家暴力统治为目标,以建立共产主义为归宿。在他的经典著作《法兰西内战》中,马克思集中考察了巴黎公社,认为这个共产主义的暴力起义,是无产阶级革命的指路明灯。

在此,有必要勾勒一下“专政”这个政治宪法学概念的历史流变。对此,德国宪法学家卡尔·施米特在《当今议会制的思想史状况》一书中有过深入的分析,指出了专政的三个历史阶段的演变。第一阶段的专政是罗马共和国时期的一种特殊制度设置,指的是独裁官行使的一种特定时期的合法的独断权力。第二阶段是法国大革命以及德国帝制时期的一种主权专政,即主权者超越于宪法律的一种特殊权。第三阶段是马克思以及马克思主义的共产制国家的无产阶级专政,这是一种超越于宪法律的阶级专政,以巴黎公社为典范。后来列宁把这种阶级专政与共产党作为工人阶级先锋队的党建理论以及实践结合起来,成为苏联的国家体制,它是以消灭资产阶级以及封建主义等其他剥削阶级,并最终实现共产主义的无阶级社会为目的的。我们看到,这个阶级斗争和无产阶级专政的理论和实践,在英美世界是没有任何实质性影响力的,主要是在欧陆国家,即法国、德国和俄国(前苏联),以及第三世界的后发国家盛行,现代中国当然也是一个主要的舞台。

其次,早期现代战争与革命,致力于构建一种现代的民族国家(国民国家),因此制宪建国是其中心内容,无论这个战争与革命采取什么形式,使用温和或暴虐的手段,其最终的目的都是为了制定一个新的宪法,建立一个新的政治民族,创建一个新的国家。所以,这里有一个战争与革命的法权,并最终归结为人民制宪的宪法权威,因此,建设而非一味破坏,是其基本的性质。但是,阶级斗争与无产阶级专政的政治与革命,却完全是破坏性的,不以构建现代国家,不以制宪建国为根本目的,所以也就没有什么战争与革命的法权,恰恰相反,它们的诉求就是要炸坏这个资产阶级的宪法和国家,毁灭这个资产阶级的法权结构,从头开始建设一个无产阶级和全人类解放的崭新世界。这一点在马克思的《共产党宣言》中,用启示录一般的诗化语言已经说得很清楚了:“共产党人不屑于隐瞒自己的观点和意图。他们公开宣布:他们的目的只有用暴力推翻全部现存的社会制度才能达到。让统治阶级在共产主义革命面前发抖吧。无产者在这个革命中失去的只是锁链。他们获得的将是整个世界。”马克思在《法兰西内战》中则通过对巴黎公社的分析,把这个宣言作为一个类似于圣经中出埃及的故事,榜样性地描绘出来。至于列宁的《国家与革命》则是进一步把马克思的思想东方化,进一步坐实了无产阶级专政的国家性质。

在这一脉相承的现代的极端激进主义的政治想象与革命实践中,我们看到,宪法彻彻底底地被抛弃了,或者被摒弃到一个边缘性的地位。也就是说,宪法在作为后来共产主义妥协产物的社会主义国家那里,发挥着一种服务于阶级斗争和无产阶级专政的工具性作用或国家形式的点缀性作用。宪法的目的是为了更加合法地实现阶级斗争和无产阶级专政,为了消灭敌对阶级,即资产阶级以及其他一切剥削阶级,为了实现社会主义、共产主义的政治、经济和社会目标及使命。这样的所谓巴黎公社宪章和社会主义宪法,与英美路线以及其主

导的西方世界的宪法原则、宪法规范以及公民权利、分权制衡的政体结构、司法独立等等,毋庸置疑是南辕北辙的。

总之,从早期现代的视角来看,关于战争、革命与宪法,这里关涉一个现代宪制发生学的机制与原理。伴随着早期现代的历史进程和诸大国的兴衰,这个宪制发生学又分为不同的历史阶段以及理论命题,每个阶段又演化出不同的路径和理论与实践的形态。尽管很多问题复合地交叉汇集,不是单向度的历史逻辑所能涵盖的,但历史逻辑仍然是一个基本的坐标系。前格劳秀斯时代的战争主要表现为宗教战争,格劳秀斯时代是一个分水岭,它标志着一个基于民族国家的世界体系的初步构建,此后的后格劳秀斯时代,虽然宗教战争仍然扮演着重要的角色,但其枢纽已经演变为国家之间的战争,国家开始成为主体,战争从根本性上开始围绕着国家构建、国家理由和国家利益运转。国家问题的进一步深化,导致国家主权以及归属问题:谁之国家,何种法权?围绕这个国家的合法性问题,战争形式从国家间战争转为内战,内战唤醒了人民的国家和宪法意识,于是人民革命开始了,制宪建国成为后格劳秀斯时代的主题。

人民革命是有别于历史上任何形式的革命的一次破天荒的巨大事变,革命与宪法是这个长达两个世纪的中心问题,人民革命和制宪建国是早期现代最伟大的主题,这个主题彻底奠定了现代社会的根基。但革命的目的是什么?宪法的本质是什么?人民革命的制宪建国制定的是什么宪法,构建的是什么国家?围绕这个根本问题,又演化出两条完全不同的路径,一个是英美的建设性的“革命终结”的宪制路径,一条是法俄的极端革命或不断革命的政制路径。具体一点说,又有三种革命模式,一是英国的光荣革命的宪制,一是美国的“革命终结”的宪制,还有一个是法国大革命的宪制。三场人类历史上的伟大革命,都具有自己的特性,而且都不是一蹴而就的。英国经历了激进共和革命之后的反革命复辟,美国后来也经历了南北战争的洗礼,但无论如何,英美最终都跨过了艰难的挫折,成就了一条坚如磐石的宪制(成文的与未成文的宪法),而法国大革命则是陷入泥潭,终究没有走出来。而且,从法国大革命的失败的宪制中,又催生了巴黎公社以及马克思主义的阶级斗争和无产阶级专政的反宪制道路,这个道路一路下来,固然惊天动地,但也令人错愕神伤。

三、中国现代政制中的战争、革命与宪法

从西方的早期现代转入中国历史,在此笔者不谈论中国古代历史中的战争问题,而是要探究现代历史中的战争、革命与宪法问题。说起来,现代中国史的肇始就是由战争开启的,我们知道,这就是令人屈辱的鸦片战争。这场战争成就了中国的新的历史,由此我们开始了新的时代。所谓新时代,意味着一个新的政统、法统与道统的开始。从宏观的历史逻辑上看,鸦片战争以来的中国历史,非常类似于西方的“早期现代”的进程。十字军东征作为战争,与鸦片战争一样,都是打开了现代之门的战争,虽然战争的原因、进程与成败结局大为不同,但战争与政治、与历史的关系却是相似的,都是文明之战,都促成了古今之变。

(一) 中国近现代历史中的战争法权

从鸦片战争开始,中国现代史(或近现代史或笔者称之为的早期现代史)充满了战争,各种各样的战争及其结局主导着中国历史的走向。第一次鸦片战争、第二次鸦片战争、甲午之战、八国联军入侵等等,这些战争从形态上看,基本上属于国家间战争,但这个国家间战争

具有不同于威斯特伐利亚和约时代的西方国家间战争的性质,即它们不是现代民族国家意义上的国家间战争,而是一个传统的东方清帝国(旧帝国)与西方现代民族国家之间的战争,是西方国家以殖民主义的方式对这个旧帝国的侵略战争。由此,这些战争在笔者看来,就具有如下两层含义:其一,这是中西文明以及文明体制之战;其二,这是古今之战,即西方的现代性与中国的古典性之战。需要特别注意的是,这个中西之战与古今之战的双重性质,随着中国的一次比一次彻底的战争失败,其性质或权重发生了根本性的变化,即从中西之战占据主导演变为古今之战占据主导。为此,费正清提出了所谓导致现代中国变迁的“刺激—反应模式”。^[28]

近现代中国的对外战争是一个大问题,涉及很多重大的方面,例如从魏源《海国图志》提出的“师夷长技以制夷”到洋务运动,直到康梁变法,其中与战争的关联笔者只能一笔带过。在此,仅就战争与宪法的关系这个层面来展开论述。笔者认为,这个层面上的问题是有关现代中国的最为重大的问题,因为它关涉现代中国的国家构建。鸦片战争所开启的并不是国家间的国际秩序问题,即不是中国与西方的平等交往的国际关系问题。对于中国来说,这场战争以及一系列对外战争,其根本性的意义是通过外部刺激,激发了中国的古今之变,即战争为中国打开了一个建立现代中国的道路。尽管这个道路历经曲折、饱受屈辱,但毕竟为现代中国的构建扫清了障碍。

那么,如何看待这场战争的法权呢?笔者认为这个法权具有准威斯特伐利亚和约的性质,或东亚威斯特伐利亚性质。这里的“准”具有两个方面的含义。第一,这个中国与西方列强的战争以及签订的一系列和约,如南京条约、望厦条约、天津条约、北京条约、马关条约、辛丑条约等等,它们所构成的中国与西方的国际关系,具有所谓半殖民地的性质,是不平等的、非正义的,尤其对于中国即清帝国来说,是屈辱的、被动的,它们与大致基于相对法权平等的后格劳秀斯时代的西方国际秩序中的诸多条约、和约是大不相同的。清帝国与西方国家签订的和约是不平等的,主权受到严重侵害,可谓丧权辱国。但是,这些合约、条约毕竟属于国际法意义上的具有约束力的条约。第二,其实,清帝国属于古典的王朝体制,并不拥有、甚至也不愿承担“主权”或主权国家的法权。也就是说,它的基于天下观念和朝贡体制的旧制度,不是现代国家体制,由此,所谓中西之战,这个对外战争,并不是主权国家间的战争,也不可能构建一个现代国际法权的中西关系格局。

然而,这场外来的战争却根本性地改变了中国旧制度的进程。为了保护旧制度的战争,却导致了旧制度的解体,实现了中国自身的古今之变,催生出一个现代的中国,即人民主权的现代国家,这才是这场战争真正的法权意义。这也是一个去“准”的过程,是一部中国近现代的历史,对外战争只是这部宏大历史进程中的一个冲击力,由此唤醒了中国的生命力,即对外反抗西方殖民主义的压迫,追求一个独立、平等的主权国家,对内改变传统的旧制度,实现人民主权和宪政民主。这两个主题统一在一起就是建立新的共和国,这就是这场战

[28] 参见 Teng and Fairbank, *China's Response to the West: A Documentary Survey, 1839 - 1923*, Harvard University Press, 1954, p. 1; 邹谠《二十世纪中国政治:从宏观历史与微观行动角度看》,牛津大学出版社1994年版;余英时《中国思想传统的现代诠释》,江苏人民出版社1991年版;林毓生《中国传统的创造性转化》,生活·读书·新知三联书店1988年版;另外,参见高全喜《西方“早期现代”的思想史背景及其中国问题》,载《读书》2010年第4期。

争的法权之根基,它属于世界性的现代政治议题,是现代性的事业。从鸦片战争到中华民国的建立,这是一部伟大、悲痛而光荣的历史,其可歌可泣的故事足以惊天地而泣鬼神。一系列割地赔款的战争和约,从外部摧毁了清王朝的体制,由此促使中国内部产生了一股变法图强的强大诉求,所变之法就是祖宗之法,就是旧的王朝帝国之法,而要建立的是一个新法,即现代主权国家的宪法。对外战争与宪法就这样联系在了一起。

变法图强是举国上下的共识,但关键是变成什么法,即构建的这个新法统是什么?可以说鸦片战争之后的中国大历史,就是围绕着这个主题展开的。由此有康有为的变法革命和宪法文本,有晚清自己搞的君主立宪,此后又有孙中山的革命党人的临时约法,有袁世凯的宪法,以及其他一系列宪法体制。

直到今天,中国仍然还处在这个现代国家的宪法体制的构建过程之中。从宪法的角度看,这里有一个重大的变化,那就是对外的战争以及战争法权发生了根本性的变化,即战争的中心议题从对外战争演变为内部战争,即内战成为近现代中国的一个重要组成部分。这个逻辑的转变,其实与前面所分析的西方早期现代的战争形态的演变是一致的,即从国家间战争转变为国家的内部战争,内战成为决定国家宪法的实质性力量。虽然,在相当长的时期内,中国与外部列强的战争依然是连续不断的,而且几乎总是以失败告终,这些战争以及和约依然是不平等的、丧权辱国的。但这些已经不是根本性的问题了,它们只是在程度上加重了中国的内部变化,进一步引发和促进了中国的内战,而内战也不是一般意义上的内部分裂、叛乱和武装割据、造反,即便有这些军阀割据、相互开战的大量事例,但它们不是中国近现代战争的主流。中国近现代战争的主流是革命,也就是说,从对外战争到内战,再到革命,这是中国近现代历史与西方早期现代的历史所遵循的共同的战争法权逻辑。

(二) 革命建国的战争法权

关于革命与宪法以及制宪建国的关系问题,笔者在以前的研究中已经有较为详尽的论述。当然,此前的论述并没有切入战争这个维度,现在需要指出的是,战争是与上述革命、宪法以及制宪建国密切相关的。从这个视角看,中西的早期现代都有一个从外部战争转为内战,并进而把内战转化为革命,再转化为制宪建国的过程。“外部战争→国内战争→人民革命→制宪建国”,这是现代政制的逻辑,中国的近现代历史也同样遵循着这个逻辑,只不过作为后发国家,其经历的外部战争更多的是不平等的非正义的西方殖民主义的侵略和压迫,而内部战争则表现为推翻腐败的晚清王朝统治,即所谓的“反帝、反封建是中国近现代的核心主题”。

从制宪建国的发生学看,这里有一个内战转化为革命的战争法权问题,对外战争以及被迫签署的不平等和约,并不具有宪制的意义,要实现中国的现代政制之转型,起决定作用的是国内战争,内战是中国宪制发生学的首要动力。当然,内战在中国由来已久,即便是鸦片战争以来,各种各样的内战也是大量充斥着中国近现代史,诸如农民起义、军阀割据、武装造反等等。但是这些国内战争并不都具有宪制的意义,甚至绝大部分只不过是传统王朝体制中的这类事情的继续,即便是成王败寇,改朝换代,也不具有现代宪制的意义,所以,从它们那里演化不出现代“革命”的法权。笔者认为,在中国近现代历史中,只有那些具有诉求构建新的现代国家或现代政制以及最终落实为制宪建国的战争,才具有革命或现代性的意义。当然,这里所谓的宪法,并不一定非要严格按照西方的形式标准来理解,而是理解为一种契

约、章程或共识,但其实质性的内涵却是建立新的政治体。这样的战争才具有革命的意义,才具有革命建国的战争法权的价值。

从上述议题来看,那些农民起义、军阀割据、聚众造反等等,虽然具有在旧制度下反抗的正当性与合理性,甚至具有传统意义上的革命之含义^[29],但并不具有现代革命的价值。例如太平天国、捻军、义和团等等,各种军阀混战、武装割据等等,它们都不具有现代革命的战争法权意义。辛亥革命以及由此而发动的一系列起义、暴动,以及共产党领导的武装起义、革命暴动等等,却具有现代革命的战争法权意义,因为它们发动的战争具有建立一个新的政治体的诉求,而且最终都通过唤醒、动员人民参与,转化为人民革命,并进而构建了不同版本的宪法和国家,属于制宪建国的历史叙事,例如,中华民国临时约法、中华苏维埃共和国宪法大纲。^[30]对于旧制度、旧法统来说,它们都是革命,不是反叛,这个逻辑与西方的英美法诸国的革命逻辑是一致的。

当然,革命还有另外一种方式,即和平演变或改良主义,并不一定非要通过暴力、战争等手段。我们看到,在西方早期现代和中国近现代历史中,也都有各种各样的非暴力、非战争的改良革命,如晚清制宪运动、英国19世纪的若干次议会改革。但是,总的或从主导性的潮流来看,通过战争的革命方式,尤其是通过战争与革命所唤起的人民运动,成为现代政制的制宪建国的主导方式。英国革命、美国革命和法国革命,无不与战争尤其是内战密切相关。中国就更是如此,晚清立宪和康梁变法都以失败告终,此后革命浪潮风起云涌,战争成为革命的最有效手段。通过战争尤其是革命暴动,彻底打碎、涤荡旧世界、旧制度,从头建设新政权、新世界,这是持续一个世纪的经久不衰的口号。两部共和国的宪法,都是在这个革命激荡下的战争法权中制定出来的。

(三) 战争、宪法与终结革命的法权

关于革命与宪法以及制宪建国的两种宪制道路,即英美的终结革命的宪法精神和法俄的不断革命的宪法精神,笔者在以前的研究中,已经做了充分的论述,下面只是做一些补充,即从战争法权的角度审视一下中国革命建国的发生学。我们知道,辛亥革命是通过一种武装起义的形式而实现的革命建国——中华民国,是亚洲第一个共和国,通过战争看似实现了制宪建国的目的。从法理上说,宪法创制、革命退场,非常时期完成,本来应该进行的是日常时期的宪制建设,即从精神实质上,是从事终结革命的制度建设,这就是宪政主义与法治主义。但是,问题在于,辛亥革命所创制的宪法是不牢靠的,或者说,虽然它具有宪法之名,但并没有得到人民的广泛认同,并没有达成一部真正的人民的契约或宪章,尤其是并没有合法解决旧制度的问题,特别是旧制度中的改良主义政治的问题,没有解决古今体制和新旧体制

[29] 汉语“革命”一词最初出现在《易经》“革”卦中,该卦的彖词说到“天地革而四时成,汤武革命,顺乎天而应乎人,‘革’之时大矣哉”。“革命”在此具有某种天命循环往复的含义。相关文献参见陈建华《“革命”的现代性——中国革命话语考》,上海古籍出版社2000年版;刘小枫《儒教与民族国家》,华夏出版社2007年版;[德]汉娜·阿伦特《论革命》,陈周旺译,译林出版社2007年版。

[30] 《中华苏维埃共和国宪法大纲》是中国第二次国内革命战争时期工农民主政权的根本法,1931年11月在江西瑞金由第一次全国苏维埃代表大会通过,1934年1月由第二次全国苏维埃代表大会修改,共17条。其基本内容为:确定政权的性质是工农民主专政,“这个专政的目的,是在消灭一切封建残余,赶走帝国主义列强在华的势力,统一中国,有系统地限制资本主义的发展,进行苏维埃的经济建设,提高无产阶级的团结力与觉悟程度,团结广大贫农群众在他的周围,同中农巩固的联合,以转变到无产阶级专政”。

的宪制之变问题。

因此, 中华民国的《临时约法》并没有带来和平, 相反, 它从产生那天起, 就与战争密切相关。围绕着这部宪法, 发生了经年累月的战争烽火, 制宪与护宪成为战争的由头, 而其背后, 则是中国近现代历史的“国家理由”之争: 谁之国家, 何种政体? 本来, 按照一般的社会政治进程, 这个问题的争论是通过契约的方式, 由人民通过自主订约的方式, 通过民主制尤其是民主代议制, 甚至全民公决的方式, 总之, 是通过和平、理性、自由的法治宪政的方式达成的。决定“谁之国家、何种政体”这是人民自己的事情。但是, 这只是一种应然的理论诉求。就西方早期现代的历史来看, 这个过程是伴随着腥风血雨的, 革命与战争贯彻其间。于是在革命制宪之后, 围绕着如何守护宪法, 产生了继续革命还是终结革命的路线之争, 形成了英美终结革命与法俄继续革命的两种路径。

中国作为一个后发国家, 18 世纪以来, 逐渐沦为所谓“半封建、半殖民地”国家, 其革命建国的激进主义和战争状态就更是强化了非常时期的严峻性。随着洋务运动和晚清立宪的失败, 中国就走上了一条不断革命的建国道路。第一共和国的宪法不过是一纸条文, 支撑它的到头来还是枪杆子。人民的建国意志并没有凝聚于宪法, 《中华民国宪法》也并不能结束战争(革命暴动等), 带来真正持久的和平。人民的契约在宪法的力量和权威以及正当性并没有获得富有成效的落实时, 就被放逐了。民国政府与北洋军阀之间的战争, 看上去是围绕着宪法之争, 而其真正的主导是强力, 是枪杆子。中国的现代性国家理由, 被枪杆子所劫持。其后的南北双方的多次所谓制宪与修宪, 最终不过是南北两个势力以及相互之间的枪杆子下的游戏而已。

随着国民政府北伐的胜利, 中国现代的“谁之国家、何种政体”之争, 转入了另外一个形态, 进入一个新的时期, 即国共之争。应该指出, 北伐的胜利, 实质性上说, 乃是中国政治进入一个俄国党制国家的标志, 它不是英美政治形态的胜利, 而是法俄政治形态的胜利, 尤其是俄国党制国家的胜利。这个胜利彻底扭转了中国近现代历史的进程, 从此, 中国革命建国就转入了另外一种逻辑, 即党领导人民实现革命建国的重任, 这是中国革命的国家理由。国民党标榜代表人民, 自视有责任、有义务、有能力代表人民、领导人民, 通过战争与革命的手段, 实现建国大业。所以, 孙中山晚年提出了“军政、训政与宪政”的建国三阶段论, 临死之际仍然念念不忘“革命尚未成功, 同志仍需努力”。此后的蒋介石党国体制, 便是以所谓“继承总理遗教”为口实试图继续专权。1946 年制定的《中华民国宪法》在内政的炮声中灰飞烟灭, 在国民党政权溃败到台湾一隅后, 也仍然没有真正得到实施。只是到了 20 世纪 80 年代, 台湾的民主宪政才进入一个新的历史阶段, 即便如此, 战争或内战的阴影仍然是其摆脱不掉的宿命。^[31]

中国共产党作为中国现代革命之后起的政治组织, 更为根本性地继承了俄国十月革命的经验, 在共产党作为无产阶级的先锋队、民主集中制、阶级斗争和无产阶级专政等问题上, 彻底地继承了马克思列宁主义的衣钵, 并创造性地发明了武装斗争、农村包围城市、统一战线等革命手段, 积极地从事武装夺取政权、建立现代国家的革命斗争。毛泽东的名言“枪杆

[31] 关于中国台湾的宪制问题以及与中国大陆的宪制问题之关系, 则是另外一个论题了, 但从战争法权的角度来看, 依然是一个重要的宪法维度, 在此存而不论。

子里出政权”便是共产党与国民党两党斗争、夺取国家政权的根本总结。从这个视角来看,共产党发动的土地革命战争,以及我们熟悉的五次反围剿的战争,都具有军事革命的现代战争法权的意义。不过,由于共产党继承的是苏维埃的体制,是党指挥枪,所以战争法权从属于无产阶级专政的法权,毛泽东将其归纳为新民主主义的路线,而孙中山领导的国民党的与旧制度和军阀的战争则属于旧民主主义的路线。

虽然1937年开始的反抗日本入侵的抗战,暂时中止了中国的党国之间的内战,但并没有从根本性上改变中国内战的性质,只是改变了内战双方的力量对比,改变了政治与军事的形势。抗战胜利之后1946年的宪法流产,致使中国宪政丧失了最后的一线生机,余下来的三年中国内战,是决定中国命运的大决战。蒋介石的国民党败北,共产党通过残酷战争最终夺取了政权,赢得了革命的成果,在1949年光荣建立新中国,即中国历史上的第二个共和国——中华人民共和国,颁布了临时宪法——《共同纲领》,组建了联合政府,并在1954年通过全国人民代表大会创制了第一部宪法。

既然创建了新中国,制定了新宪法,组建了新政府,由此将道统、法统、学统从国民党的党国体制翻转为共产党的体制,将人民英雄纪念碑树立于天安门,一改“叛匪”为人民英雄,那么按照正常的政治逻辑,就应该和平地建设共和国,即社会主义国家体制,所谓宪法创制、革命退场、战争消弭,开始悄悄的“革命终结”进程。这是任何一个通过战争与革命所赢得的政权的政治逻辑,即通过宪法肯定了过去革命与战争的法权的正当性,但从此也意味着这种革命与战争的终结,从此将绝不允许革命与战争的出现。我们看到,即便是一个传统的王朝体制,其改朝换代也是遵循着这个逻辑的。这是胜利者的政治逻辑,是宪法、礼制的逻辑,也是笔者所谓终结革命的逻辑。

但是,毛泽东领导的中国共产党在前三十年政权建设中推行的不是上述逻辑,而是不断革命、永远革命的政治逻辑,是自我否定的逻辑,是无产阶级专政下继续革命的逻辑。这个逻辑是与宪法或宪制的逻辑相对峙的。由此,宪法彻底死亡了,一个现代国家没有了宪法,没有了共同遵循的章程,没有了共识和契约,那么就只有枪杆子的意志力量。于是,国家就陷入无休止的战争状态,即霍布斯所谓自然状态,人人为敌、个个自保。这个状态在文化大革命达到高峰,这个无产阶级文化大革命,是霍布斯笔下的中国版的现代自然状态,战争是这个状态的写照,当然这里的战争是政治学意义上的,不是军事学意义上的。所以,邓小平领导的改革开放三十年,其首要任务便是重建中国的“利维坦”,然后搞洛克的“政府论”,其中当然迫切需要一场中国版的“光荣革命”。我们目光短浅,只是看到了所谓经济改革,大谈社会主义的市场经济与国家物质财富的富足,等等,岂不知这只是一个方面,而另一方面呢?不过,如果是一个政治生命体,这个方面就会生长起来,不以人们的意志为转移的。但愿中国的这三十年以及未来的三十年,我们能有一个“自然状态→利维坦→光荣革命→政府论”的中国版的故事。

(责任编辑:李秀清)