

# 自然权利的自明性与证明性

——以洛克为中心

程关松 王文\*

**内容摘要:**洛克认为所有的自然权利都是证明性的,证明的方式有神启和经验。但相对于政府的起源而言,生命、自由、健康、财产和追求幸福的权利又是自明的。美国《独立宣言》和《权利法案》继承了洛克自然权利的自明性,宣布生命、自由和追求幸福的权利是自明的,但未实质化的宪法原则、未完全理论化的宪法原则也未列举宪法权利是证明性的,它们是司法审查的核心内容。司法审查可以通过回溯道德权利的理论渊源审查个案中的宪法权利以支持宪法裁判。

**关键词:**洛克 自然权利 自明性 证明性

美国的宪法权利思想源于洛克的自然权利理论,由潘恩广泛传播,经杰斐逊在《独立宣言》中系统表达,并在《权利法案》中规定。但是,某些宪法权利是自明的还是需要证明的这一问题在美国的宪政体制中并没有达成共识,仍是一个剩余性范畴。自然权利的超验性与经验性、自明性与证明性之间的紧张关系使司法审查中证明问题凸显。

## 一、洛克自然权利的超验性与经验性

由于洛克在论证自然权利的正当性时同时吸收了超验主义和经验主义两种思想,这使得自然权利思想既具有超验性,也具有经验性。洛克认为,自然法是对自然权利的执行,而法治与宪政乃是为了保障和拓展自然权利。所以,法治与宪政都必须以自然法为基础来进行理解。在自然状态中,人们遵守自然法。“自然状态有一种为所有人所应遵守的自然法对它起支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类;人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”<sup>[1]</sup>欲理解洛克的法治和宪政思想就必须重点理解他的自然法观念。斯特劳森认为:“洛克政治学说的立足点要取决于他关于政治社会的起源的自然法学说。”<sup>[2]</sup>弗里德里希认为,自然法乃是“洛克思考的核心,尤其是其论人和政府的所有思想的核心”<sup>[3]</sup>。由于洛克的自然法观念既包含超验

\* 程关松:江西省社会科学院副研究员,法学博士;王文:南昌大学法学院硕士研究生。

本文为国家社科基金重点项目“以人为本与马克思主义法学的基础理论的创新”(编号:05AFX005)和国家社科基金重点项目“党的领导、人民当家作主和依法治国有机统一研究”(项目编号:07AFX0007)的阶段性理论成果。

[1] 英·洛克《政府论》下篇,吕自芳,夏勇译,商务印书馆1964年版,第6页。

[2] 美·约翰·斯特劳森《自然权利与优先》,彭刚译,生活·读书·新知三联书店2004年版,第220页。

[3] 美·卡尔·弗里德里希《超验主义:宪法的宗教之源》,周勇,王丽译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第71页。

成分,也包含经验成分,这是成宪政领域对自然法理解上的不一致。阿穆尔认为:“洛克的自然法观念非常含糊不清,似乎明显存在二种不同的‘自然’;一种与洛克的‘自然状态’学说有关;一种与经院哲学传统中的‘自然法’有关。这种传统认为某些权利来自于人作为理性动物的‘天性’;另一种源自于‘人的自然条件由上帝决定’这样一种观念。”<sup>[4]</sup>在洛克的自然法观念中,不证自明的超验性成分与待证明的经验性成分同时存在。但是,哪些自然权利是不证自明的,哪些自然权利是需要证明的,洛克并没有列出详细的清单。

由于洛克是在反驳菲尔麦有神论的君主论基础上系统阐述自然权利理论的,因此,认识洛克是怎样取材于经院哲学自然法传统中的经验性要素是理解其自然法思想的关键。在这个问题上,洛克拒绝了马基雅维里和霍布斯的实质理性主义传统,因为马基雅维里和霍布斯从否定政治的超验正义和道德评价出发,通过现实主义的考察得出了权力哲学的结论,但最终没有建立自然权利学说。洛克继承经院哲学传统的根本目的就是要避免马基雅维里和霍布斯的结论,建立以自然权利为基础和以自然法为核心的法治和宪政体系。洛克取材经院哲学不是要为宗教神学政治论辩护,而是要为自然权利和自然法提供神圣证明,为法治与宪政提供正当性基础。因此,其超验正义部分不是纯粹神学,而是自然神论。实际上,早在12世纪,法国著名经院哲学家阿贝拉(Peter Abelard, 1079—1142年)就主张“先理解后信仰”的理性主义信仰原则,视理智为信仰的基础。<sup>[5]</sup>阿奎那也采用了这样的方法。

洛克的这一论证策略是对格劳秀斯的继承,也是对斯宾诺莎的继承。<sup>[6]</sup>斯宾诺莎使用了阿贝尔和阿奎那的经院论证策略考察世俗的政治问题,确立了自然与神归一的概念。的确,洛克认为,自然权利是上帝的造物,<sup>[7]</sup>但是,他又指出维护自然权利的自然法可以通过神启和经验证明,在洛克的思想中,理性的自然法成为一个上帝的剩余问题——需要经验加以证明。洛克将纯粹神学的自然法传统转化为一个需要人自身用经验加以证明的自然神问题。洛克自然法的经验性是自然神中的形而下层次,也就是信仰的理解层次;洛克自然法的超验性是法治与宪政的形而上层次,它表明法治与宪政所解决的是自然法的剩余性问题,必须按照自然法的理性要求立法与执行。

## 二、《独立宣言》中自然权利的自明性与证明性范围

洛克理论化的自然权利在《独立宣言》中得到系统表达:“我们认为下述真理是不言自明的:一切人生来平等;造物主赋予他们以某些(固有的和)不可剥夺的权利。其中包括生命、自由和追求幸福。”<sup>[8]</sup>自然权利学说具有双重功能:既要证明人的自然权利的超验性,也要将自然权利置于政治哲学和法哲学的基础地位,作为政治与法律正当性的判准。

关于人的自然权利被认为是“不言自明”的基本权利是美利坚合众国十三个州通过的《独立宣言》版本。<sup>[9]</sup>在杰斐逊交给富兰克林的草稿中,最初写的是“神圣而不可否认的”,后来,无法考证是杰斐逊,还是富兰克林将“神圣而不可否认的”改为“自明的”,<sup>[10]</sup>这种“自明性”不是笛卡尔所说的思辨上的“自明性”,而是当时所说的“常识”上的“自明性”。<sup>[11]</sup>贝克尔认为:“我发现18世纪,自然权利

[4] [美]詹姆斯·阿穆尔:《约翰·洛克与美国宪政》,载[美]阿兰·罗森鲍姆编:《宪政的哲学之辩》,郑文、刘成林译,生活·读书·新知三联书店2001年版,第20页。

[5] *Abelardus and Heloise surprised by Master Fulbert*, by Domains:ca painter Jean Vigaud, 1819.

[6] 前引[2], 44页-50页;阿穆尔书,第316页。

[7] 参见前引[1], 洛克书,第6—7页。

[8] [美]杰斐逊:《杰斐逊选集》,宋普选译,商务印书馆1989年版,第46页。

[9] 参见[美]卡尔·贝克尔:《18世纪哲学家的天启》,柯非武等译,生活·读书·新知三联书店2001年版,第286页。

[10] 参见同上书,第258页。

[11] 参见,天·福格:《福格文集》,马清槐译,商务印书馆1981年版,第9、121页。

的学说被人们公认为一切社会哲学的基础,以至于杰斐逊只要说他是在说“常识”而已,就能为他所表述的理论进行辩护。<sup>[12]</sup>约翰·亚当斯为了贬损杰斐逊的成就,也说杰斐逊在《独立宣言》中只是重复了一个常识。<sup>[13]</sup>杰斐逊并没有去认真论证作为政治哲学和法哲学基础的人的自然权利的超验性与经验性,而是为给反叛英国找一个正当的理论基础。贝克尔认为:“《宣言》上要关心的并不是反叛的理由,它的主要用意是要以某种方式表达这些理由,给反叛找一个道德和认识上的正当基础。”<sup>[14]</sup>这一点从文本的变迁上也能得到印证,但其暗示似乎不止于此。

在《独立宣言》起草到通过的过程中,美国思想家不是没有认识到洛克的自然权利类型中既存在“自明性”的自然权利,也存在“待证明性”的自然权利。在杰斐逊交给富兰克林的草稿中,他的表述是:“我们认为这些真理是神圣不可否认的。”<sup>[15]</sup>在五人委员会给大会的报告清样中的表述是:“我们认为这些真理是自明的。”<sup>[16]</sup>但是,在美国十三个州通过的《独立宣言》版本中的表述是:“我们认为这些真理是不言自明的:人人生而平等;他们从他们的造物主那里被赋予了某些不可转让的权利,其中包括生命、自由和追求幸福的权利。”<sup>[17]</sup>显然,杰斐逊和五人委员会认为“这些”自然权利是自明的,但他们没有阐述也没有证明“哪些”剩余的自然权利是自明的还是需要证明的,他们关注的是“这些”自明的自然权利作为反叛理由的充分性,而美国十三个州通过的《独立宣言》除了承认“这些”自明的自然权利作为反叛理由的充分性外,还暗示存在“其他一些”自明的自然权利以及“待证明的”自然权利。这正是支持美国宪法中存在未列举基本权利的理论基础,也是通过司法审查发现未列举基本权的正当性基础。

### 三、自然权利的自明性与证明性

洛克所列举的自然权利包括生命、自由、健康和财产。<sup>[18]</sup>《独立宣言》所列举的自明的自然权利是生命、自由与追求幸福的权利。这里有三个需要阐明的问题:第一,洛克的自然权利包含追求幸福的权利吗?或者说,《独立宣言》为何将追求幸福的权利替代了洛克的财产权地位且宣布其为不证自明的自然权利?第二,洛克所列举的自然权利都是不证自明的吗?第三,《独立宣言》暗示通过何种方式揭示“哪些”不证自明的自然权利或者如何证明哪些“待证明”的自然权利?

斯特劳斯认为,洛克的自然权利谱系本身包含着追求幸福的权利。首先,洛克在继承霍布斯保全生命的权利的同时,也肯定舒适生活的意义,特别是洛克的财产权理论支持了这一权利主张。<sup>[19]</sup>在这一意义上,洛克承认“生命”与“生活”的不同意义,追求幸福的权利(舒适生活)确认了“生命”的意义。<sup>[20]</sup>斯特劳斯还认为,洛克承认追求幸福的权利与他坚持的享乐主义道德哲学以及承认人的最大幸福在于展示最大的力量的思想密切相关。<sup>[21]</sup>从自我发展角度考察,洛克这一层次上所主张的追求幸福的权利以人的自我实现为目的。

我们可以将洛克的自然权利分为两类:生命、健康主要是 一种消极的权利,它揭示国家的起源,

[12] 前引[9], 卡尔·贝克尔书,第169页。

[13] 参见同上书,第182页。

[14] 同上书,第171页。

[15] 参见同上书,第256页。

[16] 同上书,第265页。

[17] 同上书,第286页。

[18] 参见前引[1], 洛克书,第6—7页。

[19] 参见前引[2], 列维·斯特劳斯书,第240—241页。在这一层次上讨论财产权问题,洛克的财产权思想类似于阿格沃尔的认识。阿格沃尔认为人格意义的财产权是“成为一个人”的定在。(参见[德]阿格沃尔:《法哲学原理或自然法和国家学纲要》,范扬、张金海译,商务印书馆1961年版,第48—49页。)

[20] 参见程江阳:《论可能生活:一种关于幸福与公正的理论》,中国人民大学出版社2004年版,第81—82页。

[21] 参见前引[2], 列维·斯特劳斯书,第254—255页。

标明国家的义务;追求幸福的权利主要是一种积极的权利。阿马蒂亚·森认为:“一种功能活动是一种成就,而可行能力则是实现成就的能力。在某种意义上,功能活动与生活水准有着更加直接的关系,因为它们是生活状态的各个不同方面。相对而言,可行能力则是关于积极自由的概念:你有那些真正的机会去过你可以过的生活。”<sup>[22]</sup>洛克将这种可行能力提升到自然权利的高度。

洛克在讨论自由权的过程中将自由权分在两个领域中进行讨论:自然状态下的自由权与立法状态下的自由权。<sup>[23]</sup>但两种类型的自由权都是消极的。自然状态下的自由权是洛克关注的本体论。他将自由作为与奴役绝然对立的观念来讨论,自由是人的本质。自由权是一项消极的自然权利,这一思想也影响到洛克关于追求幸福的权利的实质内容。洛克认为追求幸福的权利的实质内容也是消极的,即对不幸的否定过程。<sup>[24]</sup>立法状态下的自由权包括政府的义务与个人选择的自由。米尔恩认为:“一种有限标准的人权观念,是能够与不容忽视的人的多样性相协调的。”<sup>[25]</sup>“政府的目的是为自由提供保障,而不是提供自由本身。”

将洛克消极自由的公法意义与黑格尔的自在自为的自由意志<sup>[26]</sup>结合在一起形成了《独立宣言》对追求幸福的权利的表达。《独立宣言》中追求幸福的权利与洛克追求幸福的权利在价值层面上存在差异。洛克承认最低限度的幸福——痛苦的最大限度避免,而美国概念承认最高限度的幸福——快乐的最大限度追求。它是一个开放的概念体系,能容纳所有未列举的自然权利。

美国没有将财产权确认为一项不证自明的自然权利的重要原因与他们将洛克消极的追求幸福的权利说转化为积极追求幸福的权利说密切相关。没有证据表明洛克鼓励资本主义,但美国的资本主义价值取向显著。在美国先哲看来,财产权不是一项消极的不证自明的自然权利,而是一项待证明的积极宪法权利。<sup>[27]</sup>这造成了美国司法审查在财产权领域中的混乱,已引起宪法学者的关切。

洛克认为,将自然法与道德法则上升到证明的科学之列完全可能。无论是自然法的超验部分还是经验部分都应该证明。证明的工具不限于人的理性,还有神启。<sup>[28]</sup>“自然法的超验部分由神启证明,而经验部分由人类理性证明。也就是说,洛克不承认自然法有不证自明的范畴。”

在洛克所处的时代,神启乃是一种可接受的、有效的证明方式,但是,在美国建国时期,神启已不是一种可接受的、有效的证明方式,美国宪法没有人权条款的事实也证明了这一点,自然权利的神启“自明性”受到某种程度的质疑。<sup>[29]</sup>在论证天赋人权时,潘恩将神的权威纳入到历史范畴考察,但是,他将证明的逻辑起点确定在人的一致性或平等上。他认为:“这是一切真理中最伟大的真理,而发扬这个真理是具有最伟大的利益的。”<sup>[30]</sup>《独立宣言》所接受的不证自明的自然权利是指基于人的一致性或平等所推导出的人的权利,<sup>[31]</sup>主要是一种道德上的不证自明。而待证明的自然权利是在道德层次上没有被普遍接受的自然权利。在区分“不证自明性”与“待证明性”问题上,美国接受的是正当性概念而不是神圣性概念。美国宪法没有为“待证明性”提供实质性的证明标准,而是提供了正当程序条款和平等保护条款,目的在于使自然权利的谱系处于开放、发展之中,使自然权利的证明与历史检

[22] [印度]阿马蒂亚·森:《生活水准》,谷文建译,上海财经大学出版社2007年版,第45页。

[23] 参见前引[1],洛克书,第16页。

[24] 参见前引[2],列维·斯特劳著书,第255页。

[25] [英]A. J. 米尔恩:《人的权利与人的多样性:人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,中文版序言第5页。

[26] 参见[德]黑格尔:《法哲学原理或自然法和国家学纲要》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第50页。

[27] Jeremy Waldron, Locke's Discussion of Property, The Right to Private Property, Oxford University Press, 1988, Chap. 4; B. Mepperson, The Political Theory of Possessive Individualism: Replies to Lock, Oxford University Press, 1962, p. 63; Epstein, Locking-up Private Property and The Power of Eminent Domain, Harvard University Press, 1985, Chap. 4; S. Alexander, Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example, Cornell Law Review, Vol. 88, 2003, p. 733-778.

[28] 参见前引[2],列维·斯特劳著书,第206—244页。

[29] 参见同上书,第七次版印本序言,第86—87页。

[30] 前引[1],潘恩书,第141页。

[31] 参见同上书,第142页。

验相关联。”<sup>[32]</sup>这符合英美法系国家的法治传统。

通过何种方式揭示“那些”不正自明的自然权利或者如何证明那些“待证明”的自然权利,笔者将在下文相应部分阐述。

#### 四、宪法权利的自明性与证明性

美国宪法最初没有规定宪法权利,这引起了以杰斐逊为代表的民主党人的极大不满和严厉批评。因此,在宪法颁布不久,就不得不通过《人权法案》作为宪法的正当性基础。南北战争时期,基于战争的需要,美国又不得不通过一系列体现自然权利的宪法修正案。宪法权利的生长与发展表面看来源于一系列的偶然历史事件,实则是历史中的必然。宪法权利逐步占据宪法核心地位。亨金认为:“对其它国家产生最广泛、最深远影响的还是两百年来发展起来并赋予其形式与内容的人权观。1791年增加的《人权法案》,是作为给许多要求将其作为认可宪法条件的人的允诺而制定的,现已成为美国宪法的核心。尽管在其他方面美国宪法在两百年间几乎没有作出重大修订,但南北战争时几个修正案却使英国宪法发生了根本性的改变,它使个人对社会的权利不仅大大拓展,而且实现了全体公民享有统一的社会权利。随着法院对《人权法案》和第14条修正案的发展,这一切构成了美国宪法哲学的最大组成部分。”<sup>[33]</sup>同时,也正是由于人们对人权的认识没有达成一致性,所以《人权法案》就只能以宪法修正案的方式形成。这也使得《人权法案》成为一个最需要宪法哲学提供理论支持的体系。

由于《人权法案》诞生的特定背景以及对人权理解上的差异,宪法权利领域只能达成一些原则性共识,因此,宪法权利领域存在“模糊性”条款或未完全理论化的范畴。德沃金认为:“我们建立政府所依据的宪法理论并不简单地是大多数人的理论。宪法,特别是权利法案,是被设计用来保护公民个人和团体以反对大多数公民可能要去制定的某些决定,甚至大多数人认为它是社会普遍的和共同的利益的决定。这些宪法性限制的一部分是已明确的规则形式……但是,其它的限制则是以常说的‘模糊’标准的形式……宪法的起草者们假定这些限制可以通过求助于个人反对大多数人的道德权利来证明,也可以说,宪法的‘模糊’和明确的规定,对这些道德权利是承认和保护的。这种‘模糊’准则是起草者和颁布者们故意选择的,以取代那些他们可能制定的更具体和更有限制性的规则。但是,他们使用模糊语言的决定确实引起了很多法律和政治上的争议。”<sup>[34]</sup>孙斯坦也认为:“人们通常能够对宪法行为(甚至宪法权利)达成共识,而对宪理论则可能无法达成共识。换句话说,良好的宪法秩序力争通过达成未完全理论化的协议方式来解决,其中包括协商困难问题。有时,这些协议包括对具体个案中存在严重分歧时所共同接受的抽象问题。”<sup>[35]</sup>正当程序条款,平等保护条款和未列举权利理论的实质化都要建立在对自然权利理论的理解基础上,它需在个案中证明这些宪法权利的正当性。

#### 五、宪法案件中的自然权利证明

##### (一)自然权利证明者的资格

自然法需要证明,这是格劳秀斯的一个基本观念。格劳秀斯认为,自然法不是不证自明的规范,

[32] 参见前引[2],列维·寇特力斯书,第1页。

[33] [美]路易斯·亨金:《论美国宪法在国内外》,载[美]路易斯·亨金、约翰·伯特·小罗森塔尔编:《宪政与权利》,冯戈等译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第2—3页。

[34] [美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》,徐春贵译,中国人民大学全书出版社1996年版,第179—180页。

[35] [美]凯斯·B·孙斯坦:《设计民主:论宪法的作用》,金朝武、司金静译,法律出版社2006年版,第61页。

而需要证明,他指出:“自然法的存在可以通过两种方法来加以证明,即先验的证明方法(a priori)和经验证明的方法(a posteriori),前者是相对抽象的证明方法,后者是更为通俗的证明方法,当我们显示某事物符合理性和社会性时,我们可以说是在进行先验推理。但是对于经验的证明方法来说,由于不是建立在绝对可靠的证据之上的,而是建立在或然性的基础之上的,任何事务都被推断为与自然法相一致,因为自然法是被所有国家,或者至少是被相对文明的国家所接受的。”<sup>[36]</sup>格劳秀斯不仅认为自然法需要证明,而且,他还讨论了自然法证明人的资格问题。他谈到,自然法由“法律哲人们”持续不断体验和经验来发现。<sup>[37]</sup>自然法需要证明以及自然法证明人的资格是自然法的两个关键问题。

霍布斯认为:“所有的成文法与不成文法都需要解释。”<sup>[38]</sup>洛克继承了格劳秀斯和霍布斯关于自然法需要证明的观念。由于洛克将经院主义的自然法传统转化为一个需要人类理性证明的自然法问题,因此,谁有资格充当自然法的证明人就成为问题的关键。斯特劳森指出,洛克在谁具有自然法证明人资格问题上存在两种认识:一种认识认为自然法是置于人内心的,人人内心都会感受和遵从自然法则。根据这种表述,洛克认为“人人皆可为尧舜”,自然法铭刻在人们的心中,其证明就是一个自证的过程,无需他人启迪和教导,人们只受内心铭刻的自然法指引,这一思想类似于黑格尔的自由意志;另一种认识认为,自然法由自然法的研习者来证明,因为对自然法的证明需要闲暇或者能力,而一般人从事固定、重复、简单的体力工作,他们不可能证明自然法的存在。<sup>[39]</sup>弗里德里希认为,洛克致力于探究自然法的理性依据。洛克从作为思想的一种推理能力的理性和被理解为“一套道德原理的正确理性之间的明确关系开始辩论,他专注于下面两个问题:(1)我们如何得知自然法;(2)其拘束力是什么。他要表明的是:正确理性的规则不是天生的,它们并不体现天赋观念。相反,它们是人可以借助其天生的推理能力而发现的上帝的命令,并非所有的人都同样地能有这发现,但理性是人的一种基本品质,它出于有关人的基本品性的纯粹事实陈述,即按道德命题推断人有义务遵循其本性而生活。既然天赋观念和传统都不能被视为真正知识的来源,剩下的就只是那些理性由自我存在和上帝存在推导出的认识,以及源于感官的知识。”<sup>[40]</sup>洛克关于自然法的证明者之间的关系似乎存在冲突,而这正是我们理解洛克法治和宪政思想的关键。

前一种观点支持洛克宪政理论中的民主和立法主权思想:“人人都享有惩罚和充当自然法的执行人的权利。”<sup>[41]</sup>这种观点认为自然法是上帝注入到每一个人内心的理性,因此,它就不需要上帝通过教士来启迪,也不需要政治精英的教化,人人都可以感受到自然法的存在,并遵从自然法。

后一种观点支持洛克的君主特权和法官发现自然法的传统。洛克关于人类认识的“白板说”以及他特别强调教育的重要性似乎支持了这一观点。在论特权中,洛克认为在法律没有规定、为了公共利益以及在紧急状态下,对自然法的证明由君主承担。<sup>[42]</sup>这样,在确立民主和立法主权思想的基础上,他又保留了精英主义的必要性。另外,由法学家和法官发现自然法在英国是一种悠久传统,这可能也是洛克认为自然法的证明需要特定的推理能力的原因。

洛克关于自然法的证明主体实际上适用不同领域,要完整理解洛克关于自然法的证明者必须结合他的自然权利学说以及他对自然状态和政治社会的认识综合考察。他认为:“为了约束所有的人不侵犯他人的权利、不相互伤害,使大家都遵守旨在维护和平和保卫全人类的自然法,自然法在那种状态下交给每一个人去执行,使每个人都有权惩罚违反自然法的人,以制止违反自然法为度。”<sup>[43]</sup>由于

[36] 荷·格劳秀斯:《战争与和平法》,何国华等译,上海人民出版社2005年版,第36页。

[37] 参引同上书,第38页。

[38] 英·霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第314—15页。

[39] 参引[6],列维·维特劳弗书,第230—231页。

[40] 参引[美]卡尔·弗里德里希:《超越正义:宪法的宗教之维》,成涛、丁丽主译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第70页。

[41] 参引[1],洛克书,第8页。

[42] 参引参引[1],洛克书,第14章。

[43] 同上书,第7页。



就有与议会立法同等的法律效力,这对后世产生了深远的影响。<sup>[47]</sup>特别是,柯克也讨论了普通法监督议会制定的法律,并有宣布议会制定的法律无效的权力。但是,奥尔特认为,柯克在讨论这个观点时是一种策略考虑,目的还是希望议会能够制约君权。<sup>[48]</sup>霍布斯坚持捍卫君主的主权,并维护主权者制定的民约法,即实在法的权威地位。他强调,无论是惯例还是自然法都必须得到主权者的认可或默示,否则就没有法律效力。值得注意的是,霍布斯认为,主权者任命的法官有对自然法进行解释的权力,而法学家则对自然法的解释只是一种咨询意见或者是一种建议,他们的地位是咨询者。<sup>[49]</sup>柯克与霍布斯在自然法问题上的不同之处在于:柯克认为,法官具有独立解释自然法的地位,他们的地位暗含着宪政体制中有不同于立法权和行政权以外的另一个来源。实际上,柯克的宪政思想已经包含了法官独立的命题以及司法审查的可能性。霍布斯实际上也承认了法官自然法解释者的地位,但是,他认为,从形式上法官对自然法的解释授权于主权者,并且不得与实在法而不是宪法相抵触。洛克沿着柯克的思路建立他的理论体系,他自然也吸收了霍布斯的很多方法。所以,从洛克对宪政与法治的坚持来看,无论他是赞成柯克的观点还是霍布斯的观点,他应该不会排除法官作为自然法剩余性范畴的证明者之一的资格,只是他们的证明资格可能需要受到某种限制,至于应受到怎样的限制则不得而知。曼斯菲尔认为洛克是将司法权归为行政权由君主来行使的,<sup>[50]</sup>这是否是一个误读尚需证明。

## (二)自然权利的证明思路

疑难宪法案件的证立包括“自明”的宪法权利的实质内涵和未列举宪法权利的具体类型的证明。

“自明的”宪法权利的实质内涵的确认与宪法原则密切相关。宪法原则在宪法构造中居于基础地位。但是,宪法原则的适用不同于宪法规则的适用要求比较简单的法学方法。由于宪法原则的高度抽象特征,由宪法原则至宪法裁判之间存在跨越现象,<sup>[51]</sup>并不能自然演绎正当,而是需要补充一系列的演绎前提。这些添加的演绎前提包括宪法解释,或一般法律原则,或宪法教义学,或自由、平等、人权、秩序等抽象的自然法原则。尤其是自然法原则在添加的演绎前提中具有基础地位,因此,宪法原则的适用需要更为严格、更为复杂的法学方法才能证立。

未列举宪法权利具体类型的证明几乎完全是从正当程序条款,平等保护条款以及未列举宪法权利理论中进行法律推理的过程。这一过程实质是法官的造法过程。

人们根据司法审查的态度将司法审查分为司法克制主义和司法能动主义,一般将仅根据宪法明确规定,特别是对行政权表示尊重或遵从政治问题原则的司法审查态度称之为司法克制主义,而将行政行为或政治问题以及疑难宪法案件都纳入司法审查范围的司法审查态度称之为司法能动主义。在司法能动主义中,人们将依宪法解释进行的司法审查称之为温和的司法能动主义,将依法律推理创制宪法原则的司法审查态度称之为激进的司法能动主义。克里斯托弗·沃尔夫认为,美国的司法审查经历了从宪法解释到法官造法的过程。<sup>[52]</sup>温和的司法能动主义以宪法原则为解释起点,而激进的司法能动主义是以宪法理论为推理起点,从而形成了自由主义的宪法解释学模式与共和主义的恢复性司法商谈模式。前者致力于从背景权利中追寻支持“个案宪法权利”的道德权利,后者致力于从制宪的商谈情景中追寻支持“个案宪法权利”的背景规范。

[47] 参见前引[44],戴维·米勒,王农、武静丹译,第141页。

[48] 参见[美]约翰·V.奥尔特:《正当法律程序简史》,杨明成、陈琳译,商务印书馆2006年版,第17—19页。

[49] 参见前引[38],霍布斯书,第215—220页。

[50] 参见[美]哈维·C.曼斯菲尔德:《驯化君主》,冯克利译,译林出版社2008年版,第248页。

[51] 参见[荷]伊芙琳·T.范特福斯:《法律论证原理——司法裁决之证义理论概要》,张其成译,商务印书馆2005年版,第145页。

[52] 参见[美]克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义:自由的保障还是安全的威胁?》(修订版),黄金荣译,中国政法大学出版社2004年版,前言,第1页。