

论普通法立宪主义的贡献与不足

熊林曼*

目次

一、旧宪法的断裂：议会主权与法治原则的张力	(二) 历史层面的批评
(一) 旧宪法正在死亡	(三) 本质层面的批评
(二) 模糊焦点：关于“越权无效”原则的争论	(四) 修正：普通法立宪主义的民主化
二、普通法立宪主义的主张及其理论资源	路径
(一) 普通法立宪主义者的群像与主张	四、动态的宪法平衡：重新思考议会主权与法治的关系
(二) 对传统普通法学说的吸纳：普通法是对个体权利的保障	(一) 法律实证视角的不足
(三) 对自由主义理论资源的发掘：普通法裁判优于议会立法过程	(二) 司法裁判的情境化考量
三、关于普通法立宪主义的批评与修正	(三) 不成文宪法中的权力平衡
(一) 司法层面的批评	五、结语

摘要 普通法立宪主义的兴起旨在回应议会主权所面临的现实挑战，打破越权无效原则的争论僵局，重新定位议会主权与法治原则的关系。一方面承继了柯克、戴雪的传统普通法理论，另一方面又发展了德沃金、富勒的自由主义理论资源，普通法立宪主义旨在重构法院的宪法角色的正当性，将法院塑造为共同体道德论辩的平台。其理论诉求遭到来自司法、历史和本质三方面的质疑，后来的理论修正也并不成功。以当代英国的宪制图景为比照，普通法立宪主义虽然弥补了法律实证立场的不足，但偏离了司法决定情境化的法律实践，也打破了不成文宪法内含的权力平衡。作为一种规范性的理论，普通法立宪主义的解释与建构虽有不足，却是阐释英国宪法多元面向的勇敢尝试。

关键词 普通法立宪主义 议会主权 法治 普通法

1688年光荣革命以来，英国政治权力中心逐渐由国王转向议会，议会主权成为英国宪制的主要特点。与此同时，以柯克法官(Sir Edward Coke)为代表的普通法学者怀着对古代宪法的浪漫想象，将普通法定义为“超出记忆之外”(immemorial)的习惯。^{〔1〕}至此，议会主权与法治原则的关系

*北京航空航天大学法学院博士研究生。本文系2019年国家社会科学基金重大研究专项“以法规备案审查制度彰显社会主义核心价值观研究”(项目编号：19VHJ015)的阶段性研究成果。感谢王锴老师、黄明涛老师、何永红老师对本文提出的宝贵意见。

〔1〕关于普通法与古代宪法的神话的研究，参见[美]J. G. A. 波考克：《古代宪法与封建法》，翟小波译，译林出版社2014年版，第30—55页；泮伟江：《“偏执”的普通法心智与英格兰宪政的奥秘》，载《一个普通法的故事——英格兰政体的奥秘》，广西师范大学出版社2015年版，第129—155页。

是研究英国宪法无法绕开的问题。戴雪(A. V. Dicey)在《英宪精义》中对二者的关系有着精辟的阐述:“议会主权运行所至,必归宿于法律主治,而法律主治不特要求议会出而运用主权,而且要求议会的主权以法律精神而运用。”〔2〕

然而,20世纪以来英国的宪制实践逐渐偏离戴雪最初的设想。20世纪初期的集体主义浪潮和行政权的扩张挑战了戴雪所理解的法治,“二战”后欧盟法的宪法化、司法能动的增强、权力下放政策的推进等一系列变化对议会主权造成冲击,戴雪所坚持的议会主权与法治原则的融合在现实面前逐渐失去了解释力。在此背景之下,英国公法学界出现了关于普通法立宪主义(common law constitutionalism)的论辩。〔3〕

本文主要分为四个部分:一,介绍普通法立宪主义兴起的背景,着重分析兴起前的现实挑战与智识交锋;二,考察普通法立宪主义的理论主张;三,梳理对普通法立宪主义的批评意见以及民主化修正路径;四,从英国的宪制图景中重新思考议会主权与法治的关系。希望借此讨论,评述普通法立宪主义的理论意义与疏漏。

一、旧宪法的断裂:议会主权与法治原则的张力

自20世纪70年代以来,英国社会由强调提供平等的公共服务的贝弗里奇时代转向推崇自由市场和管理主义的撒切尔时代。在新的时代镜像中,公法学者开始重新思考议会主权和法治的关系,近三十年来围绕越权无效原则(*ultra vires*)的争论是这一思考在司法领域的集中释放。〔4〕普通法立宪主义更是直接回应议会主权受到挑战的现实,主张议会主权是普通法发展的产物,“法院可以通过修改或推翻这一原则来限制或消灭议会的权力”。〔5〕

(一) 旧宪法正在死亡

根据英国学者韦农·波格丹诺(Vernon Bogdano)的观点,旧英国宪法包括两个部分:白芝浩阐释的分析进化过程和戴雪提出的议会主权原则。白芝浩坚持以柏克式的概念去理解英国宪法,宪法是不断进化的鲜活有机体。戴雪在《英宪精义》中将议会主权界定为英国宪法的基本原则,捍卫议会主权的至上与绝对。20世纪60年代之后,随着权利话语的蓬勃发展,“多数人暴政”问题成为现实的考量,议会从权利的守护者转变成威胁权利的潜在因素,法院的司法能动性增强,旧英国宪法正在死亡。〔6〕具体而

〔2〕 [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2017年版,第449—455页。关于这一著作的其他译本,参见[英]A. V. 戴雪:《英国宪法研究导论》,何永红译,商务印书馆2020年版。

〔3〕 国内关于普通法立宪主义的研究文献比较少,可以参见李红海:《当代英国宪政思潮中的普通法宪政主义》,载《华东政法大学学报》2015年第1期,第129—136页;姚中秋:《立宪的技艺》,北京大学出版社2005年版,第29—41页;何永红:《政治宪法论的英国渊源及其误读》,载《清华法学》2014年第3期,第33—50页。

〔4〕 关于越权无效原则的争论,可以参见何海波:《“越权无效”是行政法的基本原则吗?——英国学界一场未息的争论》,载《中外法学》2005年第4期,第488—500页;杨伟东:《越权原则在英国的命运》,载《政法论坛》2000年第3期,第109—114页;何海波:《司法审查的合法性基础:英国话题》,中国政法大学出版社2007年版,第3—55页。

〔5〕 Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge University Press, 2010, p.113-125.另外,根据罗杰·马斯特曼(Roger Masterman)和西肖纳·惠亚特(Se-shauna Wheatle)对英国权力分立的理论模式的划分,普通法立宪主义属于强规范模式,主张法院能直接挑战议会主权,做出与议会立法不一致的裁决。See Roger Masterman & Se-shauna Wheatle, *Unpacking Separation of Powers: Judicial Independence, Sovereignty and Conceptual Flexibility in the UK Constitution*, Public Law 469, 469-487 (2017).

〔6〕 参见[英]韦农·波格丹诺:《新英国宪法》,李松峰译,法律出版社2014年版,第356—388页。波格丹诺认为英国宪法的这种改变是受到了自由立宪主义的影响。

言,议会主权遭到以下三方面的挑战:

首先,议会主权原则与欧盟法至上原则之间的冲突加剧。1973年英国加入欧共体,这意味着议会可能要受到更高的法律秩序的约束。在1989年至1998年的法克托泰姆(Factortame)系列案中,英国终审法院(上议院)判决一项1988年《商船法》(Merchant Shipping Act 1988)的部分内容因违背欧共体法而不予适用。^{〔7〕}2002年约翰·劳斯法官(Sir John Laws)在索伯恩(Thoburn)案中提出,英国1972年的《欧共体法》是宪法性法律(constitutional statute),不能通过笼统的立法而废止。^{〔8〕}

其次,自1997年新工党上台以来,政府在苏格兰、威尔士、北爱尔兰和大伦敦地区推行权力下放政策,英国国家结构也呈现出偏联邦制的色彩。^{〔9〕}1998年英国议会通过《苏格兰法》《威尔士政府法》和《北爱尔兰法》,具体规定地方自治权力范围与中央权力保留领域。根据斯维尔惯例(Sewel Convention),未经苏格兰议会同意,英国议会通常不在权力下放的领域内立法,这一宪法惯例同样适用于威尔士与北爱尔兰地区。虽然权力下放不等同于联邦制,议会在理论上随时可以通过立法取消权力下放,但在实践中议会不太可能违背政治惯例。随着权力下放的不断推进,民族分离主义也愈演愈烈。在苏格兰民族党的鼓动下,2014年苏格兰举行了独立公投,挑战英国作为中央集权的单一制国家的宪制安排。

最后,1998年《人权法》的出台赋予法官更大的权力,英国的司法审查逐渐走向“宪法性司法审查”。^{〔10〕}在《人权法》制定之前,大法官赛德利(Sedley)就曾断言议会主权正被“王在议会”和“王在法院”双主权的宪制形式取代。^{〔11〕}之后,随着《人权法》的出台,英国建立了弱型违宪审查机制。虽然议会对法律的有效性享有终局的决定权,但是法院应当按照与《欧洲人权公约》一致的方式解释议会立法和次级立法。在议会立法或次级立法与公约权利相抵触时,法院有权发布“不一致宣告”。“作为宪法的合法性事实,议会应该是至上的;但是作为宪法的实践,议会已经通过制定《人权法》将重大的权力转移给了司法。”^{〔12〕}

总的来看,议会主权受到了挑战。《人权法》在一定程度上反映出立法、行政与司法三者权力分工的变化。虽然英国没有成文宪法,但是《人权法》中的权利却具有成为基本权利的趋势。议会立法的默示废止原则(后法优于前法,前届议会不能约束后届议会)的适用范围受到一定的限制,旧宪法在新的宪制实践中遭到前所未有的冲击。

〔7〕 See *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. (no.2)* [1991] 1 AC 603.

〔8〕 See *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] 3 WLR 247.关于司法审查与英国宪制基础的变迁, see Sir John Laws, *Judicial Review and the Meaning of Law*, in C. F. Forsyth ed., *Judicial Review and the Constitution*, Hart Publishing, 2000, p.173-190.

〔9〕 关于权力下放带来的英国宪法的变化,参见[英]哈利·T.狄金森:《现代英国宪法:改进或颠覆?》,胡琦、任东来译,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2011年第4期,第19—31页;屠凯:《2014年英国宪法学界的焦点:苏格兰公民投票》,载《中国宪法学年刊》第十卷,第219—229页。

〔10〕 Jeffrey Jowell, *Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review*, Public Law 671, 671-683 (2000).

〔11〕 See Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford University Press, 1999, p.2.关于1998年《人权法》对议会主权的影响, see Alison L. Young, *Judicial Sovereignty and the Human Rights Act 1998*, 61 *The Cambridge Law Journal* 53, 53-65 (2002).

〔12〕 K. D. Ewing, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, 62 *The Modern Law Review* 79, 92 (1999).转引自李蕊佚:《议会主权下的英国弱型违宪审查》,载《法学家》2013年第2期,第169页。关于弱型司法审查的研究,可以参见程雪阳:《司法审查的第三条道路——弱司法审查的兴起、发展及其中国意义》,载《甘肃行政学院学报》2011年第5期,第99—115页。

(二) 模糊焦点：关于“越权无效”原则的争论

1977年英国学者威廉·韦德(William Wade)在《行政法》(第4版)中首次提出越权无效原则是司法审查的基本原则,公共机构在权限范围内做决定,但不能超越权限。^[13]对越权无效的遵循意味着议会是英国宪法的轴心,政府和法院服从于议会意图。

十年后,伦敦大学奥利弗(Dawn Oliver)教授针对越权无效原则发起攻击。她指出越权无效不能适用于对非法定权力、君主特权等领域的审查,所以司法审查的基础应当从越权无效转向对个体的保护以及权力的控制。^[14]之后,保罗·克雷格(Paul Craig)、约翰·劳斯、杰弗里·乔威尔(Jeffrey Jowell)和T. R. S. 艾伦(T. R. S. Allan)等学者纷纷加入论战,批评以议会意图为基础的“越权无效”原则,并提出与之对抗的“普通法模式”。“普通法模式”可以划分为以克雷格为代表的温和派和以约翰·劳斯为代表的激进派,前者承认普通法可以为司法审查提供正当性依据,但是并不否认议会主权的存在;后者则认为普通法效力高于议会立法,甚至议会主权本身就是普通法的创造,法院有权推翻议会立法。两派都积极主张司法创造的法律事实,司法审查的正当性可以立足于普通法之上。^[15]而且,越权无效原则因其拥有过大的弹性空间,不能解释司法审查标准的变迁,也不能为现实的权利保障提供切实可行的标准,从而沦为司法创造的“遮羞布”。^[16]

剑桥大学的福赛教授(Christopher Forsyth)和艾略特教授(Mark Elliott)从策略性的角度为越权无效原则做了辩护。他们认识到越权无效原则的缺陷与不足,试图通过修正越权无效以实现司法创造与议会至上的和解。^[17]他们认为,一方面,从实用主义的立场来看,越权无效原则可以为大部分的司法审查提供支持,特别是当涉及对法定权力的审查时;另一方面,对越权无效的否定意味着对议会主权的挑战。在新的宪制秩序未到来之前,议会主权始终是英国宪法的根基,在此基础之上司法造法才得以兴起与发展。“越权原则不是什么‘神话’或者‘遮羞布’,而是议会和法院两个部门之间权力平衡的标志。”^[18]所以,应当以解释性而非对抗性的话语为司法审查提供正当性支持。

这是一场关于司法审查正当性的争论,但是论辩双方的关注点并不相同。来自剑桥大学的艾伦教授认为,虚构的议会意图作为一种议会主权的辩护策略是成功的,却回避了法官宪法角色的合法性这一关键问题。^[19]他指出目前的讨论存在两方面的问题:一是落入形式主义的概念之中。论辩双方纠缠于无益的概念、话语之争,试图寻求简单片面的答案。二是误解了英国的权力分立。在英国的宪制传统中绝对的分权是危险的,司法审查的正当性只有在具体的事实之中才能加以判别。^[20]

所以,关于越权无效的论辩逐渐沦为无益的概念之争,英国公法急需新的理论建构来应对现

[13] See W. Wade, *Administrative Law*(4th), Clarendon Press, 1977, p.40.

[14] See Dawn Oliver, *Is the “Ultra Vires” Rule the Basis of Judicial Review?* in Forsyth, *supra* note [8], at 4.

[15] See Paul Craig, *Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review*, 57 *The Cambridge Law Journal* 63, 63-90 (1998).

[16] See Sir John Laws, *Law and Democracy*, Public Law 72, 79 (1995).

[17] See Mark Elliott, *Legislative Intention Versus Judicial Creativity? Administrative Law as a Cooperative Endeavour*, in Forsyth, *supra* note [8], at 341-369; Christopher Forsyth, *Heat and Light: A Plea for Reconciliation*, in Forsyth, *supra* note [8], at 393-409.

[18] Christopher Forsyth, *Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review*, 55 *The Cambridge Law Journal* 122, 122-140 (1996).

[19] See T. R. S. Allan, *The Constitutional Foundations of Judicial Review: Conceptual Conundrum or Interpretative Inquiry?* 61 *The Cambridge Law Journal* 87, 123 (2002).

[20] 参见[英]T. R. S. 艾伦:《法律、自由与正义——英国宪政的法律基础》,成协中、江菁译,法律出版社2006年版,第65—72页。

实挑战。在此背景之下,普通法立宪主义开始出现,通过联结古典普通法理论与新的宪法实践,重新审视法院在整个宪制结构中的地位。究竟普通法立宪主义能否回应时代需要,本文将进一步梳理普通法立宪主义的理论脉络。

二、普通法立宪主义的主张及其理论资源

普通法立宪主义发端于 20 世纪八九十年代,^[21]主要代表人物有艾伦·约翰·劳斯、杰弗里·乔威尔、保罗·克雷格、奥利弗等学者。目前,普通法立宪主义尚未形成连贯一致的理论体系,不同学者有不同的主张与倾向,但是他们所关注的主题(司法审查的基础、分权、宪法价值与宪法权利等)相对一致,观点彼此相关。

(一) 普通法立宪主义者的群像与主张

根据托马斯·普尔(Thomas Poole)教授的总结,普通法立宪主义主要包括以下六个主张:1. 政治共同体是根据一组基本价值建立起来的;2. 政治决策是(或应当是)在发生争议时确定基本价值的要求的过程;3. 普通法是政治共同体基本价值的主要载体;4. 相比之下,日常的政治并不一定与基本价值相联系;5. 公法由一组高位阶的原则和权利构成;6. 司法审查中的论证和决策是(或应当是)以价值为导向的。^[22] 这些主张可以分为两类论据:一类是描述性论据,另一类是规范性论据。

在描述性论据中,普通法立宪主义者经常引用 17 世纪“古代宪法”的历史材料,特别是大法官柯克的判决,打造司法独立的英国故事,^[23]以论证普通法长期发挥着抵制不正义的立法的功能。保罗·克雷格是这类主张强有力的倡导者,他通过描述普通法的悠久历史说明历史上法院不是以立法意图为限进行裁判,而是以普通法模式进行推理。^[24] 作为法官的劳斯同样注意到柯克判决的重要性,认为柯克的陈述很好地说明了法院在温斯伯里(Wednesbury)案之前就以理性和法律的名义规范权力的行使,^[25]借此表明进化的普通法对道德原则的持久关照。^[26]

在规范性论据中,普通法立宪主义的出发点是社会是由一套关乎人类本质需要的基本价值组成,具体表现为一系列的道德原则,其根基在于康德意义上的自治,即人是目的而不是手段。^[27]

[21] 普通法立宪主义不是英国的“地方性知识”,而是许多普通法国家(包括美国、新西兰、加拿大等)共享的理论思潮,但在不同的国家有不同的理论背景与诉求,本文主要针对英国的普通法立宪主义进行讨论。See Douglas E. Edlin, *Common Law Theory*, Cambridge University Press, 2007.

[22] Thomas Poole, *Questioning Common Law Constitutionalism*, 25 *Legal Study* 142, 142-163 (2005).有学者批评普尔对普通法立宪主义的梳理忽略了普通法立宪主义者内部的观点与方法的差异。See Justin Leslie, *Vindicating Common Law Constitutionalism*, 30 *Legal Studies* 301, 301-323 (2010).

[23] 对于英国古代宪法理论的梳理与检讨,参见于明:《古代宪制、法律职业与主权者革命 重读“司法独立”的英国故事》,载《中外法学》2013 年第 1 期,第 79—94 页;于明:《“不可追忆时代”的用途与滥用——英国“古代宪法”理论的再检讨》,载《学术月刊》2019 年第 5 期,第 88—101 页。

[24] See Paul Craig, *Public Law, Political Theory and Legal Theory*, *Public Law* 211, 211-239 (2000).

[25] *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

[26] See Sir John Laws, *Wednesbury*, in Christopher Forsyth & Ivan Hare eds., *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, Clarendon Press, 1998, p.190.

[27] 虽然基本价值关乎个人自治,但不同学者对基本价值的界定有所不同,如艾伦将自治、尊严、尊重、平等界定为基本价值;奥利弗认为自治、尊严、尊重、身份和安全是人类存在的根本价值。See T. R. S. Allan, *Equality and Moral Independence: Private Morality and Public Law*, in Ian Loveland ed., *A Special Relationship? American Influences on Public Law in the UK*, Clarendon Press, 1996, p.47-78; Dawn Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, Cambridge University Press, 1999, p.55-70.

劳斯认为“公法学者的任务在于追寻一个好的宪法”，他公开挑战议会主权，主张保护宪法权利以及普通法的高级法地位。^{〔28〕} 艾伦反对法律原则与政治道德的割裂，坚持权力的分立与制衡必须在政治道德的语境中展开，议会与法院共享主权，彼此进行宪法上的对话。^{〔29〕} 克雷格和乔威尔虽然坚持普通法模式的正当性，但是清楚地认识到议会拥有最终决定权。^{〔30〕} 奥利弗认为议会虽然受到政治因素的限制，但仍是法律主权者。^{〔31〕}

目前，普通法立宪主义已形成丰富多样的论述，其中艾伦教授在这一领域的著作相对完整、系统。为便于阐发，下文将以艾伦的观点为主线展开论述。总的来说，艾伦的观点可以总结为以下三个方面：

其一，法治是英国立宪主义的原则，法院行为的正当性来自其对法治的捍卫，而非对议会主权的遵循。应当抛弃形式主义法治和议会至上论，坚持法治的实质性意义，保护每个人的自治与尊严。

其二，普通法包含了一套连贯的权利观念和法律原则，在某种意义上，普通法优于议会立法。首先，普通法作为正当行为规则，是对自生自发的规范秩序的认可，反映出共同体的基本价值。而且，通过遵循先例，普通法法官既保持了法律原则的融贯与一致，又不断更新对于权利与正义的认识；其次，司法裁判的个案性很好地协调了公平正义与普遍性规范之间的关系；最后，普通法法院是公共论辩的最佳平台。由于对抗式的诉讼结构和当事人中心主义的模式，法院比议会更能保护论辩自由，体现出平等、尊重个体的宪法精神，从而激发公正裁判与公民责任。

其三，分权是英国宪法的支柱，法院可以根据法治的要求控制议会和政府。法院的角色不限于适用制定法，而且可以诉诸法律原则，甚至是根本的实体性价值，以限制不公正的立法或不合法的行政行为。进一步而言，对议会立法的限制性解释与拒绝承认法律的效力没有明显的界限。

艾伦的理论将基于实践理性的普通法思想发展成关于宪法正义的学说。他所主张的普通法立宪主义以丰富的理论资源作为支撑。一方面，他继承了传统的普通法学说，强调普通法与权利以及道德原则的天然联结；另一方面，他发掘了自由主义理论资源，主张普通法法院是共同体价值决策的平台，在处理有关正义的问题上，普通法裁判优于立法过程。

（二）对传统普通法学说的吸纳：普通法是对个体权利的保障

传统的普通法学说强调技艺理性和对个人权利的保障。这一学说主张普通法作为原则的集合，本身蕴含着宪法道德，提供着一套独立的关于正义和权利的观念秩序。在此基础上，艾伦突破实证主义所主张的制定法优于普通法的观念，以道德观念整合法律，重新思考制定法与普通法之间的关系。

普通法律人强调的是经验的技艺理性而非抽象的形式理性，他们在收集和整理的工作中发现解决争议的方法，逐渐形成关于权利和理性的普遍共识。“法律本身始终在追求一种它不断趋向之完美。”^{〔32〕} 不同于基于政治妥协而制定的议会立法，普通法作为一种进化的理性，不受制于短暂的政府目的，反映出共同体追寻正义、保障权利的过程。关于这一点，柯克有着详细的阐述：

〔28〕 See Sir John Laws, *The Constitution: Morals and Rights*, Public Law 622, 622 - 635 (1996). 对于劳斯观点的梳理与批评, see J. A. G. Griffith, *The Brave New World of Sir John Laws*, 63 *The Modern Law Review* 159, 159 - 176 (2000).

〔29〕 See T. R. S. Allan, *Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review*, 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 563, 563 - 584 (2003).

〔30〕 See Paul Craig, *Competing Models of Judicial Review*, Public Law 428, 428 - 447 (1999); Jeffrey Jowell, *supra* note [10], at 671 - 683.

〔31〕 See Dawn Oliver, *Constitutional Reform in the UK*, Oxford University Press, 2003, p.354.

〔32〕 参见[美]小詹姆斯·R.斯托纳：《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，第35—41页。

因为理性乃是法律的生命,因而普通法无非就是理性而已,它可以被理解为通过长时间的研究、深思和经验而实现的理性之技艺性的完美成就,而不是普通人的天生的理性……通过很多代人的实践,英国法才由无数伟大的、博学的人予以完善和细化,借助于漫长的历史,才成长得对治理本王国而言是如此完美,就像古老的规则可以公正地证明的;没有人会比普通法更有智慧,因为法律乃是理性之圆满状态。^[33]

“立法与司法何者至上”“普通法与制定法何者优先”,此类问题在柯克的语境中并不存在。柯克更关注法律是什么以及如何通过技艺理性将不同的规则糅合成一个整体。“在每一案件中,正是法官受过训练的理性将不同的法源拼合在一起从而发现整个法律(柯克称之为法律的完整感)应该对于摆在他面前的这个问题怎样作答。”^[34]法律整合的问题取代了权力对抗的问题。法律才是最高级的理性,所有割裂法律完整感的行为都可能被判定为无效。违背权利和理性的普遍共识正是对法律完整感的破坏。这一点在邦汉姆(Bonham)案的判决中体现得尤为明显。^[35]正是承继了柯克对于“法律完整感”的强调,艾伦指出制定法和普通法共同构成作为一个整体的“法律之毯”(tapestry of law)。^[36]对二者的法律位阶的固化是一种割裂整体的片面做法,权利观念和道德原则应当完整地支配法律的适用与解释。

艾伦主张普通法与权利的紧密联系以及普通法法院对于法治的重要作用。通过阐述戴雪的法治观,艾伦巧妙地进行了论证。“个人权利作为政治秩序基础的思想蕴涵于戴雪的法治观念。”^[37]不同于一种先验式的定义,戴雪将权利和保障权利的司法救济紧紧联系在一起。他认为权利内化于英国宪法之中,法官可以根据普通法精神做出不同于议会立法意旨的解释。法官的解释是根据技艺理性的再创造,是对个体权利和法治的捍卫。对此,戴雪在《英宪精义》中有着具体的阐述,“政体的生成与人民的生活有密切关系,英宪非一次立法所制定,是千百年来法院替私人权利力争而得到的结果”。^[38]于此,艾伦引用了洛克林对戴雪的评价,认为戴雪的思想混合了“古典与现代的话语:传统与理性……现代制度形式和古代宪制文化”。^[39]

(三) 对自由主义理论资源的发掘:普通法裁判优于议会立法过程

德沃金(Ronald Dworkin)和富勒(Lon L. Fuller)的理论为艾伦的学说提供了论证依据。在某种意义上,德沃金所做的工作与戴雪类似,二者都反对仅仅从程序意义上理解法治,追求一种实质性的正义。^[40]富勒

^[33] 转引自高鸿钧、赵晓力主编:《新编西方法律思想史(古代、中世纪、近代部分)》,清华大学出版社2015年版,第251—252页。原文参见 Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol.1, p.710.

^[34] 见前注[32],斯托纳书,第90页。

^[35] 柯克在邦汉姆案中指出,在许多情况下,普通法可以审查议会的法案,有时可以裁定这些法案无效。因为当一项法令有悖于普遍的权利和理性,或自相矛盾,或不可能实施的时候,普通法可以审查它并裁定该法案无效。See Sir Edward Coke, *Part Eight of the Reports*, in Sheppard Steve ed., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p.275.

^[36] T. R. S. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003, p.14.

^[37] 见前注[20],艾伦书,第392页。

^[38] 见前注[2],戴雪书,第262页。

^[39] T. R. S. Allan, *supra* note [36], at 20.原文参见[英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第215页。洛克林认为戴雪在支持权威与法律的时候混合了“传统与理性、人为理性与意志、霍布斯与柯克、现代制度形式与古代宪法文化”。

^[40] 关于戴雪的法治观与德沃金的整全性理想的比较与分析, see T. R. S. Allan, *Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity*, 8 *Oxford Journal of Legal Studies* 266, 266 - 277 (1988).

主张的法律的内在道德性则与柯克秉持的法律的完整感存在着某些关联，^{〔41〕}超越了形式主义的法治观，尊重人作为负责的理性行动主体。

德沃金坚持政治整全性(political integrity)是一种政治美德，主张“国家依据某一组融贯的原则行动(即使其公民对正确的正义和公平原则实际上是什么有争议)”。^{〔42〕}原则意味着包容复杂的事实与多样的条件，能够更好地关照个人权利而非公共政策，决定的做出需要充分的论辩与理由的证成。而现代议会逐渐成为政府的工具和选民的代言人，主要承担公共政策的制定与立法的职能，无法一致地贯彻原则。

相比之下，司法的正当性依赖于裁判的整全性，法院更能坚持原则的融贯。裁判的整全性要求法官假定法律是根据一套一致连贯的正义(尊重道德权利)和公平(尊重制定法的要求)的原则建构的。在裁判中，法官需要进行建构性的解释，跳脱出“法官是发现还是创制法律的老问题”，从而实现法律文本的意义、法官自身的价值观念与共同体的道德共识三者的视域融合。在这种意义上，“法院是法律帝国的首都，法官是法律帝国的王侯”。^{〔43〕}艾伦转述德沃金的话来说明法官的宪法功能：

他(法官)对法律的结论必须尊重先前司法判决和成文法律的适当要求：那些接受完整解释理想的法官，通过竭力在一些关于人民权利和义务的一致原则中，找寻对他们共同体的政治结构和法律原则的最具建设性的解释来判决疑难案件。^{〔44〕}

艾伦将整全性理论用于解释权力分立，重新思考立法、行政与司法三者之间的关系。首先，不存在不受限制的议会主权，这些限制存在于分权的宪制结构之中。不过，限制范围无法先验地规定，需要根据具体事实判断；其次，司法审查的正当性不再受制于议会意图，而是来源于更深层次的政治道德，适应于权利保护的功能定位。普通法和宪法惯例对议会立法存在制约，对成文法的限制解释相当于在某种情形下拒绝承认法律的效力；最后，行政机关同时受制于议会主权和司法主权，对行政行为的审查应当从两个层次展开：政府对议会的政治责任与法院的司法审查。^{〔45〕}

富勒将法律界定为“使人类行为服从于规则之治的事业”，是“公民与政府之间目的取向互动的产物”，而非“单向度的权威投射”。^{〔46〕}富勒提出八项合法性原则，坚持法律的内在道德与实体正义之间的联系。“根据未公开的或溯及既往的法律来判断他的行为，或者命令他做不可能的事情，这些都是在向他表明：你完全无视他进行自我决定的能力。”^{〔47〕}程序正义保障所有人都可以参与法律规则的识别与评判，进而增进公民的法治认同。

〔41〕 参见[美]富勒：《法律的道德性》，商务印书馆2009年版，郑戈译，第118页。虽然富勒在其著作中直接提到了柯克普通法思想，但是艾伦并未试图寻求富勒与柯克之间的关联。富勒注意到在邦汉姆案中柯克对程序和制度性惯例的重视，柯克所想到的“普通法上的权利”可能是“通过法律取得、后来又被法律夺走的那些权利，也就是通常由溯及既往型法律所呈现出来的那种问题”。

〔42〕 [美]罗纳德·德沃金：《法律帝国》，许杨勇译，上海三联书店2016年版，第132页。

〔43〕 同上注，第178、320页。

〔44〕 见前注〔20〕，艾伦书，第60页。

〔45〕 见前注〔20〕，艾伦书，第65—72页。

〔46〕 见前注〔41〕，富勒书，第124、237页。

〔47〕 见前注〔41〕，富勒书，第188—189页。艾伦在书中也引用富勒的这一论述来表明国家与公民之间并非管理主义的关系，而是政治共同体的道德成员的关系，体现出互惠、公平和对人性的尊重。见前注〔20〕，艾伦书，第37页。

富勒注意到在普通法法院中当事人的参与使得裁判呈现出合作的特征,当事人可以以有利于自己的方式提供证据和选择论辩理由。^[48] 艾伦进一步指出,普通法对程序的重视保障当事人作为自治的道德主体(autonomous moral agent)的尊严,促成关于正义问题的平等对话,从而赋予裁判结果以正当性,普通法司法也具有了类似于民主的内在道德品质。^[49] 普通法裁判体现出对于共享的人类目的的阐释,在当代的语境下演绎为对宪法正义的探寻。所以,富勒对法律实证主义的批判是从实际的统治技术层面转向立宪主义的层面,从工具主义视角转向公民权利视角,表达了一种法治的自由主义或立宪主义理想。^[50]

在此基础上,艾伦将讨论延伸到共和主义的层面。国家与公民之间的关系被视为政治共同体的道德成员之间的关系,普通法裁判维系着成员之间的道德论辩。公民通过对抗式诉讼进行自由论辩,超越个人偏见,从大多数人承认的公正立场参与裁判,达成对他人观点和理由的真诚理解。^[51] 所以,“作为解决正义问题的方法来说,普通法在很多方面都优于立法过程”。^[52]

综上,普通法立宪主义是对英国宪制结构的重新定位。一方面,普通法立宪主义为法院行为提供独立的正当性来源。普通法不仅形塑对制定法的理解,甚至影响制定法的效力;另一方面,普通法立宪主义以道德原则统辖宪制安排,法院成为形塑共同体共识的平台,从而建构以法院为中心的新的宪法秩序。

三、关于普通法立宪主义的批评与修正

普通法立宪主义的兴起与英国国内的政治宪法论和法律宪法论之争有着密切的联系。^[53] 托马斯·普尔教授评价普通法立宪主义为自由规范主义的变体,他认为普通法立宪主义是二元主义的宪制理论,区分立法过程的日常民主政治与普通法法院的宪法政治。^[54] 普通法立宪主义突破了议会至上的传统理解,自然遭到不少质疑和批评,批评者大多从司法、历史以及本质三个层面展

[48] See Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harvard Law Review 353, 364 (1978).

[49] See T. R. S. Allan, *Common Law Constitutionalism and Freedom of Speech*, in J. Beatson & Y. Cripps eds., *Freedom of Expression and Freedom of Information: Essays in Honour of Sir David Williams*, Oxford University Press, 2000, p.30.

[50] T. R. S. Allan, *supra* note [36], at 55 - 61.

[51] T. R. S. Allan, *supra* note [36], at 87.

[52] T. R. S. Allan, *supra* note [49], at 22.

[53] 政治宪法论坚持议会主权与政治责任制,主张政治优先于法律,反对司法至上与权利崇拜,主要代表人物为格里菲斯(J. A. G. Griffith)、汤姆金斯(Adam Tomkins)和贝拉米(Bellamy)等学者。政治宪法论对普通法立宪主义发起过猛烈的抨击,譬如汤姆金斯曾批评司法立宪主义不民主和没效率,并提出与之相对的共和主义宪法论。具体可以参见:[英]亚当·汤姆金斯:《我们的共和宪法》,翟小波、翟涛译,法律出版社2016年版,第17—43页;[英]理查德·贝拉米:《政治宪政主义:民主合宪性的一种共和主义辩护》,田飞龙译,法律出版社2014年版,第1—66页;J. A. G. 格里菲思:《论政治宪法》,田飞龙译,载《朝阳法律评论》2014年第1期,第275—297页。关于政治宪法论与法律宪法论之争,国内已有详尽的研究,在此不再赘述,可见前注[3],何永红文,第42—45页。在文章中,何永红老师认为法律宪法论即普通法立宪论,政治宪法论与法律宪法论是一种“互释”的关系,并不相互排斥,而是相互补充,各自侧重点有所不同。关于政治宪法的研究,可参见王锴:《政治宪法的源流——以英国法为中心》,载莫纪宏、翟国强主编:《中国宪法三十年》(1982—2012),社科文献出版社2012年版,第88—126页。

[54] See Thomas Poole, *Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism*, 23 Oxford Journal of Legal Studies 435, 438, 450 (2003).

开批评。^[55]

(一) 司法层面的批评

司法层面的批评以托马斯·普尔教授为代表,他通过梳理普通法立宪主义的理论脉络,进而提出自己的观点:普通法立宪主义过于理想化,不符合司法实践的真实状况,法院实际上无法承担起共同体的价值决策功能。

普尔基于以下理由展开论述:

1. 诉讼中的三方结构过于狭隘,不能容纳更大范围的竞争性观点,也不能满足公民参与的需求。普通法法院无法成为审慎决定基本价值的公共论坛,更无法承载共和主义的理想。

2. 司法审查所关照的问题过于单一,仅限于当事人权利保障,忽略当事人的行为场域,不具有多元中心式的关怀。司法裁决的逻辑性要求一种相对稳定的法律范式,从社会环境中抽象出争议事实,并予以概念化的表述,划分成一系列严格区分的案件类型。良好的政治论辩是一种系统的论辩,需要考虑到相关的环境与影响,这类论辩无法在单一问题框架下施展。

3. 司法审查标准相对固化,诉讼主张必须基于共同接受的论证类型(如合法性原则、程序正义、正当期待、不合理性原则等)而展开。为了避免司法裁量权滥用和司法干预政治的指摘,法院在新类型的引进和旧类型的灵活解释方面往往反应迟钝。

4. 司法审查具有中间层面的价值,并非直接指向关于正义的根本问题。也就是说,司法论辩的过程更多关注的是权威性(行政行为的合法性)问题而非道德(正当性)问题。一方面,基本价值是相当抽象和概括的,无法为法院裁判提供有益的指导;另一方面,由于司法审查的结构限制(如论辩类型缺乏灵活性、小范围的公民参与等),法院并不能承担起共同体政治审议的功能,更无法成为共同体道德秩序的守护者。^[56]

(二) 历史层面的批评

历史层面上的批评主要以玛格丽特·凯利(Margaret R. L. L. Kelly)为代表,凯利认为普通法立宪主义将普通法等同于法官造法,^[57]对普通法进行了自我设限式的理解,忽视了这一历史事实:所有权力起源于君主统治的誓言(oath of governance)。^[58]普通法可以溯源至盎格鲁-萨克逊时期,具体表现为制定法、判例法、习惯、惯例以及君主特权等。正如黑尔法官(Sir Matthew Hale)所言,“普通法是人与人之间关于正义与权利的普遍规则”。^[59]而且,普通法始终在君主的

[55] 为了行文方便,本文对批评意见进行了类型化划分,实际上不少学者的论述都同时涉及不同类型,有些批评意见也无法被这三种类型完全囊括,譬如前文提及的政治宪法的观点因相对体系就没有进行类型化割裂,另外有学者从机制层面区分宪法上的普通法(constitutional common law)和日常的普通法(ordinary common law),认为日常的普通法裁判的优点(合理性与效率)不能理所当然地推及宪法上的普通法裁判。See Adrian Vermeule, *Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason*, 107 *Columbia Law Review* 1482 (2007).

[56] Thomas Poole, *supra* note [22], at 142 - 163.

[57] 奥利弗和杰弗里·高兹沃斯(Jeffrey Goldsworthy)同样批评普通法立宪主义将法治等同于法官造法,他们是基于捍卫议会主权的立场,主张法治不等同于司法对立法的控制,而是每一个机构共同的责任。See Dawn Oliver, *Parliament and the Courts: A Pragmatic (or Principled) Defence of the Sovereignty of Parliament*, in Alexander Horne, Gavin Drewry and Dawn Oliver eds., *Parliament and the Law*, Hart Publishing, 2013; Jeffrey Goldsworthy, *supra* note [5].

[58] Margaret R. L. L. Kelly, *Common Law Constitutionalism - A Different View*, The Australian Society for Legal Philosophy Conference, on 24 June 2006, p.1 - 33.

[59] Sir Matthew Hale, *The History and Analysis of the Common Law of England*, edited by Charles M. Gray, Univ. of Chicago Press, 1971, p.39 - 40.

誓言所统摄的维度内演进。凯利主要从以下两个方面展开批评：

一方面，普通法立宪主义对普通法的定义过于狭隘，割裂了法律史与立宪史，这种定义是受到了法律史学者的影响。譬如，法律史学者梅特兰(Frederic William Maitland)和波洛克(Sir Frederic Pollock)的研究倾向于关注普通法的法现象或者普通法的实践者，如某些令状或诉讼的发展、涉及财产的私法、法律职业阶层的作用等。在他们看来，普通法不同于制定法，是在诺曼征服之后产生的。梅特兰认为“普通法不是经过制定或颁布的法律，因此它区别于制定法和条例”“普通法是世俗法庭的法律”，^[60]波洛克更是将盎格鲁-萨克逊法律标签化为“过时的规则”。^[61]在此基础上，普通法立宪主义将法官造法与法治等同，普通法成为法律职业阶层的创造物。凯利批评法律史学者的职业视角回避了立宪史的问题，也忽略了法律的来源和法律的社会维度。

另一方面，普通法立宪主义过于关注法院的作用，边缘化君主、人民等在立宪主义中的地位。凯利通过梳理自盎格鲁-萨克逊时期以来的君主的加冕誓言(包括阿尔弗雷德大帝、克努特大帝以及现代的伊丽莎白二世等君主的誓言)，发现历任君主的誓言保持着根本原则上的一致。即使是征服者威廉一世，其加冕誓言仍然确认对王国先前法律的承继，尤其是对忏悔者爱德华时期法律的承继。加冕誓言是君主与人民之间的纽带，赋予君主权力也指引权力的运行，立法权、司法权等公共权力都来源于统治的誓言。同时，君主的誓言意味着对人民的承诺，人民借此参与对君主的挑选与认可，法律的连续和普遍得以保障。

凯利注意到布拉克顿(Bracton)的王权观念继承了盎格鲁-萨克逊“王在法下”的政治传统，即“国王在任何人之上，但在上帝和法律之下，因为法律使国王成其为国王”。^[62]君主根据正义的法律和习惯进行统治，根据平等且仁慈的公正进行裁判，对所有人平等地适用正义和权利，承继良法、祛除恶法。^[63]

所以，普通法是由历代君主确认共同适用于所有人民的规则，法学家应当超越司法的视角，考虑到人民、君主等在立宪主义演进中的作用，而非夸大司法权的作用。

(三) 本质层面的批评

本质层面的批评以安德鲁·C. 斯皮罗普洛斯(Andrew C. Spiropoulos)为代表，安德鲁将普通法立宪主义界定为一种宪法解释的路径，是介于道德哲学路径与原旨主义路径的第三条路。他批评普通法立宪主义是假柏克主义，背离了传统普通法思想对政治与法律的分，最终将普通法混同于道德哲学。^[64]应该强调的是，宪法本应为解决政治争议提供方法框架，而不是为司法过程政治化打开窗口。

根据法官是否可以批评过去的法律实践，安德鲁将普通法立宪主义分为理性传统主义与普通

^[60] [英] F. W. 梅特兰：《英格兰宪政史：梅特兰专题讲义》，李红海译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 16 页。

^[61] Sir Frederick Pollock & F. W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, Cambridge University Press, 1895, p.38.

^[62] George E. Woodbine ed., *Bracton on Laws and Customs of England*, Harvard University Press, 1968, Vol.2, p.33.

^[63] See Margaret R. L. Kelly, *Common Law Constitutionalism and the Oath of Governance: An Hieroglyphic of the Laws*, 28 Mississippi College Law Review 121, 121 - 180 (2008).

^[64] See Andrew C. Spiropoulos, *Just Not Who We Are: A Critique of Common Law Constitutionalism*, 54 Villanova Law Review 181, 181 - 245 (2009).虽然这篇文章主要是针对美国普通法立宪主义的批评，但是批评意见是从传统普通法理念出发探讨法官的宪法角色，同样可以适用于对英国的普通法立宪主义的批评。

法传统主义两种模式,前者认为法官可以批判性地审视先例与法律实践以确保法律的正当性,^[65]后者主张除非法律实践与长期的社会共识相悖,法官不得违背当前实践。安德鲁从两方面批评理性传统主义:

一方面,法官从自由或平等的哲学视角批判性审视法律实践,这不符合传统普通法思想。传统普通法思想主张法官应当运用专业的知识和技巧而不是个人的正义观念寻求法律之内的理性,发现和适用已经存在的法律。理性传统主义的路径不仅忽略了司法克制,而且会破坏司法自身的权威;另一方面,理性传统主义背离了基于人民同意的统治形式。现代民主政治的预设是权利可以通过政治途径获得保护,对正义的追寻不能脱离政治过程。^[66]公民的参与和同意对个人权利保护和共同体发展非常重要,这是公共精神的彰显。

另外,安德鲁立基于美国宪法的自由主义背景,批评理性传统主义错误地将传统普通法思想作为美国立宪主义的主要来源。他指出美国革命是一场真正的革命而不是对英国权利遗产的被动继承。虽然洛克式的自由主义理论不是美国革命思想的唯一构成,但是其是美国建国的底色和基础,并且通过吸收、同化、改造其他的思想(如清教思想、普通法等),形成相对融贯的整体。

所以,普通法立宪主义应当回归到普通法的合理功用,将普通法视作一种开放式的假设前提和制度背景,普通法权利影响对法律文本的解释。但是,除非法律违反宪法的明文规定,法院不能宣布法律无效。

(四) 修正:普通法立宪主义的民主化路径

针对普通法立宪主义受到的批评与质疑,麦吉尔大学的埃文·福克斯-蒂森特(Evan Fox-Decent)通过发展关系性和民主性的概念,把国家机关与公民的关系比作私法上的信托关系(trust-like),从而阐明普通法中的道德原则如何转变成法律义务。^[67]

埃文认为普通法立宪主义需要发展一种理论填补价值与责任之间的空隙。在这里,埃文引入了罗德里克·麦克唐纳(Roderick Macdonald)于1987年提出的关系性理论。^[68]关系性理论的中心思想是:权力的行使要遵循康德式的尊严理念的要求,每个受公共权力支配的人都必须被视为法治的平等的共同受益人。具体而言,可以从以下两个方面进行理解:

一方面,法律义务的产生是基于普遍的关系,而非司法造法的产物,不存在司法对立法的侵蚀。信托人的权利与受托者的义务存在于具体的关系之中,以实际利益和法律利益为基础,从中可以衍生出免于任意对待的权利以及非任意行使权力的法律义务;另一方面,根据关系性理论,应当区分行政行为合法性的判断与权力分立的原则。与侵权或合同等私法关系中权利与义务的形成类似,信托关系中权利和义务是独立于司法审查而存在。埃文进而提出信托关系内嵌的一系列

[65] 关于理性传统主义的研究,可以参考 Douglas E. Edlin, *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, University of Michigan Press, 2008。书中提出了不同于宪法审查的普通法审查,认为法官可以基于普通法原则推翻之前的判例或拒绝执行不正义的法律,普通法构成司法权威的独立来源。

[66] See Michael W. McConnell, *A Moral Realist Defense of Constitutional Democracy*, 64 *Chicago-Kent Law Review* 89, 108 (1988).

[67] 也有学者提出在普通法立宪主义与程序性民主之间寻求中间道路,以期协调法治与民主之间的张力。See Tamas Györfi, *Between Common Law Constitutionalism and Procedural Democracy*, 33 *Oxford Journal of Legal Studies* 317 (2013).

[68] See Roderick A. Macdonald, *On the Administration of Statutes*, 12 *Queen's Law Journal* 488, 493 (1987).

法律原则,包括禁止欺诈和腐败、程序公正等,构成了公共权力机构与人民之间的关系的规范维度。^[69]

关系性理论修正了普通法立宪主义的理论框架,避免了司法至上、法院独大的指摘:一方面,保留尊重个人自治、排除任意支配的价值内核;另一方面,改变普通法立宪主义的方法路径,将视角从法院作为公民论辩的平台的方向转移开来,回避法官宪法角色的正当性的问题。

综上所述,在普通法立宪主义的反对者看来,普通法立宪主义夸大了普通法与普通法院的价值与功能,甚至将普通法与道德哲学等同。普通法成为议会立法所要服从的高级法,规避了司法审查中的反多数难题。而埃文的民主化修正似乎并不太成功,偏离了普通法立宪主义原初的理论诉求。

四、动态的宪法平衡:重新思考议会主权与法治的关系

普通法立宪主义主张法律实践与它们的道德和政治的正当性无法分离,思考以规范性的方式建构理论,以期更好地通过正义与融贯的原则理解相关的法律材料。^[70]对普通法立宪主义的批评指出了其对司法现实的背离以及理论建构的激进。究竟普通法立宪主义的解释与建构是否有力,我们需要结合英国的宪制实践进行思考。

(一) 法律实证视角的不足

传统的议会至上的观点往往体现出法律实证主义的理论叙事,议会主权被看作英国宪法的首要原则,议会立法具有最高的法律位阶,行政机关和法院负责执行议会意图。^[71]但是这种单一的视角无法描述近四十年来英国司法实践的变迁。普通法立宪主义的出现是对这种“一元民主”范式的颠覆,^[72]可以从以下两个方面观察司法实践与普通法立宪主义之间的关系:

一方面,通过援引宪法价值,法院对制定法的解释实际上会限缩或扩张立法意图。

其一,法院运用合法性原则,对议会立法做出符合宪法权利的解释。霍夫曼法官(Lord Hoffmann)在里贾纳(Regina)案中对合法性原则做出了最明晰的阐述:“合法性原则意味着议会必须正视其所作所为,并接受(由此引发的)政治代价,基本权利不能被笼统或含糊的措词所侵害……因此,在没有与基本权利相悖的明确的表达(express language)以及必然的隐含意义(necessary implication)的情况下,法院假定即使最笼统的立法语词也应当受到基本权利的约束。”^[73]

其二,司法实践中发展出宪法性法律与普通法律的区分,1972年《欧共同体法》、1998年《人权法》等法律不再以默示的方式被废止。因为宪法性法律具有不同于普通法律的位阶,规定了更为基本的权利,从根本上影响了议会与法院之间的关系。《欧洲人权公约》的规定很大程度上是对普通法权利进行规范上的表述与补足,《人权法》规定法院应当按照与公约一致的方式解释法律,司

^[69] See Evan Fox-Decent, *Democratizing Common Law Constitutionalism*, 55 McGill Law Journal 511, 511-528 (2010).

^[70] See T. R. S. Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford University Press, 2013, p.5.

^[71] See Jeffrey Jowell, *The Rule of Law*, in Jeffrey Jowell and Colm O’Cinneide eds., *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 2019, p.3-7.

^[72] 艾伦批评以约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)为代表的法律实证主义者仅仅关注法治的工具价值,忽略实体价值的正当性,无法为司法实践提供真正的指引。见前注^[20],艾伦书,第29—37页。

^[73] Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms [2000] 2 AC 115.

法实践中英国法院也经常参照欧洲人权法院的判决。^{〔74〕} 1972年《欧共体法》是欧盟法和英国国内法之间的管道,欧盟法不需要英国议会的重复确认就可以在国内生效,法院可以直接执行相关的欧盟法。虽然2020年1月31日英国正式脱欧,但是欧盟法至上以及直接生效原则在之前脱欧的过渡期仍然继续适用,过渡期结束后根据脱欧协议而保留的欧盟法也会继续生效。

另一方面,在例外的情况下,法院对议会的制衡表现为法院拒绝执行议会立法。根据艾莉森·L. 杨(Alison L. Young)教授的观点,宪法制衡主要体现为防御其他机构对自身宪法地位的侵蚀和积极促进自身的宪法作用。^{〔75〕}

关于前者,最典型的例子是法院在安尼斯米尼克(Anisminic)案中对“排除条款”(ouster clause)的限制性解释,规避议会立法对法院的司法审查权的剥夺。在该案中,1950年《外国赔偿法》明确规定“国外赔偿委员会对于任何赔偿申请所做的决定,法院不得审查”。^{〔76〕} 但是,上议院在判决中认为,法院不能审查的是赔偿委员会在权限范围内的决定,而任何包含法律错误的决定都不是真正有效的决定,所以法院有权审查赔偿委员会基于对法律的错误解释而做出的越权决定。虽然上议院坚称自己是解释法律,但是这种对于合法性原则最严格的运用最终导致“排除条款”在该案中失去效力。

关于后者,比较极端的例子是法官在附随意见中公开挑战议会权威,主张普通法构成对议会主权的根本限制。以杰克逊(Jackson)案为例,斯泰恩法官(Lord Steyn)指出,“在现代英国,戴雪关于议会至上的经典论述是不合时宜的……议会至上仍然是我国宪法的一般原则。它是普通法的建构,法官创造了这一原则……对于司法审查或法院的一般性职责,上议院的上诉委员会或一个新的最高法院可能不得不考虑这是否是宪法之根本,即使是议会也不能废除它”。黑尔法官(Baroness Hale)认为法治是议会立法的最终控制因素,但是她承认对议会的限制是政治和外交上的,而不是宪法上的。霍普法官(Lord Hope)同样肯定法院的能动地位,主张法院执行的法治是英国宪法赖以建立的最终控制因素。^{〔77〕} 后来,霍普法官在保险公司(AXA General Insurance)案中援引了自己在杰克逊案中的意见,展现出他对普通法立宪主义的持续关注。里德法官(Lord Reed)更是直接提及普通法审查,基于普通法中蕴含的基本权利,法院可以对苏格兰议会立法进行审查。^{〔78〕} 虽然一些法官在附随意见中表现出对普通法立宪主义较高程度的接受,但是附随意见并不能形成具有法律拘束力的司法规则,无法被以后的法院所遵照。

综上所述,法院的宪法功能不再局限于对议会意图的恪守,议会立法受到宪法权利的限制,但是限制的范围与程度并不明确。普通法立宪主义的出现弥补了传统实证观点的不足,司法实践的发展显示出对普通法立宪主义一定程度的吸纳,主要体现为通过解释性构造的方式捍卫法治。但法院很少会选择与议会主权直接冲突,更不可能标榜自身为共同体的价值决策平台。所以,普通法立宪主义对司法实践的解釋力仍然比较有限。

〔74〕 虽然欧洲人权法院的判决对英国法院没有法律上的约束力,只是应当被纳入考量范围(take into account),但是英国法院经常遵照欧洲人权法院的判例,逐渐形成亦步亦趋的“镜像原则”。这一原则也招致不少学术上的批评,有些学者认为英国法院应当发展出有关公约权利的本土解释路径,并且与欧洲人权法院的解释形成对话。See Lord Irvine of Lairg, *A British Interpretation of Convention Rights*, Public Law 237 (2012).

〔75〕 艾莉森·L. 杨教授将议会与法院之间的互动模式分为两类:宪法制衡(constitutional counter-balance)与宪法协作(constitutional collaboration)。See Alison L. Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford University Press, 2017.

〔76〕 *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 WLR 163.

〔77〕 *Jackson and others v. Attorney General* [2006] 1 AC 262.

〔78〕 *AXA General Insurance v. The Lord Advocate* [2012] 1 AC 868.

（二）司法裁判的情境化考量

在普通法立宪主义的理论建构中，法院成为政治论辩的平台，法官就像是德沃金笔下的“赫拉克勒斯”(Hercules)，以整全而融贯的方式达至最佳决定。但是在法律实践中，法院的决定不仅仅限于对宪法原则或宪法权利的关照，更多是出自个案中情境化(context)的考量，以维持议会主权与法治之间的平衡。^[79]

即使在涉及制定法“排除条款”的适用问题上，法院也并非绝对恪守自身的管辖权，仅仅考虑司法救济(access to justice)的权利。相反，法院往往“通过在具体的法律措辞和法律原则适用的情境之间的微妙平衡，进而对立法机关或行政机关提出更强或更弱的控制”。^[80]以国际隐私组织(Privacy International)案为例，^[81]初审法院与上诉法院都做出了与安尼斯米尼克案截然相反的判断，主张此案中调查权力法庭(Investigatory Powers Tribunal)的决定不受司法审查。虽然上诉法院的裁决被最高法院推翻，但是这并不影响分析情境考量对法院裁决的作用。^[82]

2000年《调查权力规范法》第67条第8款明确规定“除非国务大臣通过命令另行规定外，法庭的裁定、(赔偿)裁决、命令和其他决定(包括关于它们是否具有管辖权的决定)不得在任何法院提起上诉或受到法院审查”。据此设立的调查权力法庭专门负责审理针对安全局、秘密情报局和政府通讯总部的行为提起的诉讼。上诉人国际隐私组织针对英国政府通讯总部的黑客攻击行为向调查权力法庭提起诉讼，后又针对调查权力法庭的决定向法院提起诉讼。

上诉法院着重考量以下两个因素：其一，立法意图与法律措辞。法律规定的明确程度影响法院对宪法权利的保障强度。2000年《调查权力规范法》设立了一个特别法庭，旨在审查针对情报机构的诉讼，以确保调查权的行使符合人权的要求。同时，审查活动的开展不会泄露机密信息。为此，立法以更加明确、具体的措辞表达排除司法管辖的意图，甚至规定管辖权的错误也被排除出司法审查范围之外。所有的法律错误都可能被归于管辖权错误。虽然安尼斯米尼克案确定法院对于包含法律错误的决定的管辖权，但是这一判断在此案中需要进行重新审视。诉诸法院救济的权利以更加明确的方式受到了限制。其二，调查权力法庭的构成与功能。对不同机关的机构特征和宪法作用的尊重影响分权原则的适用强度。调查权力法庭是具有与高等法院相同的地位和权威的机构，由拥有司法专业知识和独立保障的法官和律师组成。因为相关案件多涉及机密信息，调查权力法庭能够做出不公开审理的决定，从而在不损害国家安全的情况下平衡相互竞争的利益。它有能力做出更好的决定，不需要法院进一步审查，也能很好地维护法治。所以，上诉法院决定尊重议会立法的规定，在本案中司法管辖权的排除并不意味着对权力分立的绝对侵害。

综上所述，个案的具体情境影响着法院的裁判。具体而言，法院对宪法权利、权力分立、法治

[79] 司法裁判的情境化(context)这一表述来源于艾莉森·L. 杨教授对司法实践的考察，强调破除司法至上的迷思。司法化的单一视角忽略了法院决定的情境考量，法院往往会以一种有限的方式做出决定，这是平衡宪法的体现。不过艾莉森·L. 扬认识到行政权对立法权的侵蚀会破坏宪法平衡，强调政治责任制的发展。如果行政机关拥有过大权力，甚至直接主导议会立法，那么在这一例外情况下，法院可以加强法律控制，甚至拒绝执行相关法律。See Alison L. Young, *The Relationship between Parliament, the Executive and the Judiciary*, in Jowell & O’Cinneide, *supra* note [71], at 340-357.

[80] Alison L. Young, *supra* note [79], at 344.

[81] R(Privacy International) v. Investigatory Powers Tribunal [2018] 1 WLR 2572.

[82] 最高法院虽然最终推翻上诉法院意见，但是是以4:3的表决结果支持上诉，多数意见与少数意见存在较大分歧。多数意见认为调查权力法庭的特殊地位并不能作为完全排除司法审查的理由，“排除条款”的明确程度没有到直接对抗合法性原则的地步。法院应当考虑立法目的、背景、法律问题的性质以及重要性等因素，决定在多大程度上维持“排除条款”。See R (Privacy International) v. Investigatory Powers Tribunal [2019] 2 WLR 1219.

等价值的保障强度需要结合具体的情境而判断,综合考量立法意图与措辞、机构功能、机构之间的彼此尊重等多种因素。虽然普通法立宪主义同样注意到宪法原则的实现需要结合案件事实,但是其过于强调法院裁判的整全性,主张法官的决定是对道德原则或者宪法价值融贯而一致的贯彻。这无疑高估了法官在司法判决中的建构作用,不可避免地带有司法至上的印记。所以,整全性的理想与情境化的实践存在着难以弥合的鸿沟,普通法立宪主义的理论建构是有限的。

(三) 不成文宪法中的权力平衡

英国不成文宪法注重权力平衡,在机构彼此的尊重之中维护宪法秩序的良好运转。英国宪法中议会与法院之间的平衡至少包括以下三个方面:

其一,议会主权以自我约束的方式运行,避免权力专断。在1998年《人权法》的法律框架下,议会拥有最终决定权,但是议会往往会积极回应法院的“不一致宣告”。根据英国司法部发布的数据,自1998年《人权法》于2000年10月2日实施以来至2021年12月初,英国法院共做出了44例“不一致宣告”,其中有39例已处理完毕,包括在上诉后被推翻的10例、所涉法律被议会基本或次级立法所修改或废除的15例、通过补救命令被更改的8例、所涉立法在法院宣告时已被修正的5例、通过其他的措施处理的1例。^[83]议会所受到的约束不仅是短暂的政治压力,更多地来自议会所置身于其中的宪法秩序,包含了对于法治、权力分立、民主等价值根深蒂固的承诺。

其二,法院审慎行使权力,保持司法谦抑。大多数情况下,法院对于议会立法的限制是通过解释性构造的方式进行,对议会主权的公开质疑可能为法院带来合法性危机,最终破坏法治。英国法院平均每年做出两例“不一致宣告”,其中相当一部分宣告在上诉审时被推翻,这表明法院对“不一致宣告”的谨慎态度,“法官对一致性解释之边界的探索可以作为说明英国法院自我克制面向的理想素材”。^[84]2017年1月,英国最高法院在米勒(Miller)案中的裁判承认议会主权是英国宪法的基本原则,强调英国宪制的根本变革必须得到议会的同意。没有议会的立法批准,政府不能以皇家特权(royal prerogative)启动脱欧程序。^[85]

其三,议会与法院彼此尊重,避免宪法危机。英国的不成文宪法没有预先规定议会与法院的权力边界以及违宪责任。当议会立法不存在可能的解释空间,法院只能选择与议会直接冲突的方式捍卫法治时,宪法危机不可避免会发生。此时,法院行为的正当性只能综合各方面的反应进行事后判断。这种宪法上的不确定性为权力各方敲响警钟:自我设限,彼此尊重,避免宪法危机。议会与法院都尽量不去探寻对方权力的边界,每一方都会以自我约束的方式行使权力,因为突破边界的行为无异于凝视“宪法的深渊(abyss)”。^[86]所以,英国的不成文宪法不是宪法失序而是宪制平衡,机构之间保有张力、彼此对话,没有一方能够处于垄断地位。

[83] 其余的5例中,有3例政府计划采取补救命令进行更正,有1例计划通过立法更正,还有1例正在考虑以何种方式回应宣告。Ministry of Justice, *Responding to Human Rights Judgments: 2020 to 2021* (Dec. 6, 2021), <https://www.gov.uk/government/publications/responding-to-human-rights-judgments-2020-to-2021>.

[84] 朱学磊:《议会主权体制下的司法审查权及其限度——以英联邦国家为分析对象》,载《比较法研究》2019年第5期,第194页。

[85] 最高法院坚持认为除非立法明确规定法律后果,公投结果只具有建议性(advisory)。而且,以“斯维尔惯例”为代表的宪法惯例不是法律,只是政治实践。所以,脱欧公投结果和“斯维尔惯例”对于议会都没有法律上的约束力,不能获得司法的执行。Miller and another v. Secretary of State for Exiting the European Union [2017] 2 WLR 583.

[86] Mark Elliott, *Parliamentary Sovereignty in a Changing Constitutional Landscape*, in Jowell & O’Cinneide, *supra* note [71], at 53-57.

综上所述,普通法立宪主义挑战议会至上的传统观点,把法院作为共同体的决策平台,但是这一理论不契合英国宪法内在的平衡机理。其试图打破旧宪法、创造新秩序的努力可能会引发宪法危机,进一步撕裂议会主权与法治原则的张力。所以,普通法立宪主义难以为当代英国的宪制提供有力的解释与规范的建构。^[87]

五、结 语

普通法立宪主义的理论建构超越了狭隘的法律实证主义,积极回应法律实践中出现的问题,试图实现政治道德与法律原则的互动。可以说,这是站在宪法学的知识界碑上的一次勇敢的尝试。但是,普通法立宪主义的理论突破也是其遭受质疑的主要原因。在批评者看来,普通法立宪主义一方面诉诸普通法的进化的理性,另一方面又抛弃了普通法克制保守的精神,使得司法造法充满着任意性。原本是为了直面现实问题而兴起的普通法立宪主义在具体的理论建构中反而显得过于激进、背离现实。不成文宪法的内在平衡才是英国宪法的根本所在。

值得注意的是,为人民提供统一性的规范期待是法律的终极使命。在越来越分化甚至撕裂的现代社会中,无论普通法立宪主义的尝试是否成功,其试图超越单一、回应多元,通过司法论辩激发公共精神,以普通法的开放理性实现社会共识的再生产的理论努力仍然值得学习。

Abstract The rise of common law constitutionalism aims to respond to the real challenges faced by parliamentary sovereignty, to break the impasse in the debate over the principle of ultra vires, and to reorient the relationship between parliamentary sovereignty and the principle of the rule of law. Inheriting the traditional common law theory of Coke and Dicey on the one hand, and developing the liberalism theory of Dworkin and Fuller on the other, common law constitutionalism seeks to reconstruct the legitimacy of the court's constitutional role and shape the court as a platform for communal moral discourse. Its theoretical claims were challenged from three perspectives: judicial, historical and essential, and subsequent theoretical revisions were unsuccessful. Compared with the constitutional picture of contemporary Britain, common law constitutionalism, while compensating for the shortcomings of legal positivism, deviates from the contextualized legal practice of judicial decisions and disrupts the balance of power embedded in Britain's unwritten constitution. As a normative theory, the interpretation and construction of common law constitutionalism, while inadequate, is a courageous attempt to explain the pluralistic orientation of the English Constitution.

Keywords Common Law Constitutionalism, Parliamentary Sovereignty, Rule of Law, Common Law

(责任编辑:林彦)

^[87] 有学者认为普通法立宪主义在现实中缺乏规范依据,进而提出重构的对话理论为英国弱司法审查提供正当性论证。参见朱学磊:《弱司法审查体制必要性之证成》,载《环球法律评论》2020年第1期,第142—161页。