

## 宪法政治中的审议与协商<sup>〔\*〕</sup> ——从英国脱欧公投的宪法学分析说起

○ 唐 飞

(上海交通大学 凯原法学院, 上海 200240)

〔摘 要〕从英国脱欧公投的宪法学分析入手,对英国议会主权理论进行批判性分析。英国宪法中政治主权与法律主权的划分存在着结构性张力,通过引入宪法政治与审议民主<sup>〔1〕</sup>理论,有助于化解政治主权与法律主权之间所存在的这种张力,并借助审议民主理论去完善全民公投制度。审议民主是一种高阶民主,政治与法律理论应当从宪法政治的角度去理解审议民主。

〔关键词〕脱欧公投;议会主权;审议民主;宪法政治

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2017.12.009

### 一、“人民必得出场”:英国脱欧的政治宪法学反思

在短短的两年时间内,英国发生了两场举世瞩目的全民公投(referendum)。在 2014 年的苏格兰独立公投中,面对未来不确定性的担忧,苏格兰选民最终选择了保留在一个统一的联合王国之内。然而在 2016 年的第二场全民公投的结果却是“脱欧派”以微弱优势战胜“留欧派”,让盲目乐观、毫无心理准备的人们大跌眼镜。英国脱离欧盟的结果引发了英国和世界政治经济的短期剧烈动荡和长期不确定性。时任英国首相卡梅隆辞职以承担发动脱欧公投的政治后果;在随后的 2017 年大选中,由于脱欧议题的复杂性与分裂性导致产生了一个没有任何

---

作者简介:唐飞,上海交通大学凯原法学院博士后研究人员。

〔\*〕本文系教育部人文社会科学重点研究基地北京大学宪法与行政法研究中心重大项目“协商民主与国家治理现代化研究”(项目编号:16JJD820003)子课题“西方协商民主理论、技术与影响路径研究”的阶段性成果;上海交通大学凯原法学院“宪法与国家治理研究中心”阶段性学科建设规划内容。

政党过半的“悬峙议会”。特蕾莎·梅不得不与其他小党联合组阁，根本无法实现其选前所希冀的通过大选组成一个“稳固且强有力的政府”，从而挟民意与欧盟谈判的目的。在随后启动的脱欧谈判果然并不顺利，欧盟以强硬的姿态面对英国的分裂行为，甚至是有可能拒绝给予英国所希望的欧洲经济区成员待遇。2017年5月至11月，英国与欧盟进行了六轮谈判，一直毫无实质性进展，英国有可能面临“硬脱欧”的黯淡前景，而这可能会对英国贸易、金融以及整个社会经济的发展产生巨大打击。在英国脱欧的影响下，一时间欧洲各国疑欧主义运动或者其他各种地方分离主义倾向也都此起彼伏，并形成亲欧盟的建制派精英与反欧盟的民粹主义运动的对立。

英国脱欧公投带来的冲击举世瞩目，英国脱欧公投的前因、后果与未来也受到世人关注。英国脱欧的原因林林总总有很多，譬如说，英国保守主义与光荣孤立的传统对欧外交政策、民族主义与反全球化情绪的日渐浓厚、中东长期动荡带来的难民潮对欧盟一体化政策的冲击、全球反恐局势的恶化，以及政治精英为了党派利益而有意操弄民意，等等原因不一而足。这些社会背景、政治态势与社会思潮原因在很多文章中已经谈及，但是从宪法学角度对英国脱欧公投的制度结构进行反思的文章似乎还尚不多见。本文就试图从英国脱欧公投的制度背景谈起，从政治宪法学的角度进行进一步的思考。

实际上，全民公投在英国宪法体系中并没有确定的位置，人民主权思想也并非英国宪法的直接基础，因为自光荣革命以来，议会主权理论一直都是英国宪法的拱顶石。对议会主权理论作出最早最系统概括的，是18世纪英国宪法学家布莱克斯通，并得到后世戴雪等宪法学家的继承和发展。根据布莱克斯通的解释，英国议会拥有一种“万能权”：“在制定及确认某项新法，扩大或限制某项法律的适用范围，撤销、废止或重新启用某项法律及对某项法律加以阐述方面，议会拥有的权力是至高无上且不受约束的”，亦即是说，议会是英国宪法“委托”主权的机构。<sup>[2]</sup>需要强调的是，英国宪法学说并不反对人民主权的思想，正如著名的辉格党人柏克所说：“虽然政府是一种有着神圣权威的机构，但它的形式和它的经管者，却通通源出于人民”<sup>[3]</sup>。但是，前有英国内战和共和国时期的惨烈教训，后有法国大革命血流成河的惨状，英国主流政治思想反对不受限制的激进民主思想，英国宪法中的人民主权因素必须以议会主权、代议制和法治的形式表达出来。在英国人看来，不受限制的激进民主在实质上是“革命和宪法的热忱的借口之下太频繁地脱离了自己的真正的原则”，“脱离产生了革命和存在于宪法之中的那种坚定的、审慎的(deliberate)而又深思熟虑的精神”<sup>[4]</sup>。柏克引用古希腊政治思想表示，直接民主在大型国家从来没有成功实践过。就18、19世纪的英国政治状况而言，英国民主制度有了相当程度的发展，其形态是以基层为主的，集中于议会选区内的选举与市镇社区的内部事务。即便是19世纪至20世纪初期发展起来的相对激进的全国性民主政治运动，轰轰烈烈的宪章运动将政治目标集中于争取普选权和议会改革，相对而言很少脱离既有宪制框架。<sup>[5]</sup>

正是这个原因,1975年的英国第一次全国性的全民公投(恰巧是关于英国的欧共同体成员身份)的合宪性就受到了广泛质疑,反对者质疑全民公投是否与议会主权这一宪法根基相容。实际上,就连两党领袖都对全民公投持反对态度。据记载,时任工党籍首相哈罗德·威尔逊曾经坚决反对举行有关于欧共同体成员身份的全民公投,只是后来迫于党内分裂的压力才不得不改弦更张,但他仍然坚持该次公投是“特殊状况”。<sup>[6]</sup>时任反对党领袖的撒切尔夫人也同样反对在英国举行全民公投,她后来在自传中斩钉截铁地表示:“我的立场是彻底地反对整套全民公投的理念,因为全民公投是违宪和非英国(un-British)的实践。”撒切尔夫人第一次以反对党领袖的身份在下议院发言就是坚决反对就欧共同体成员身份举行全民公投:

此次采取全民公投的方式完全就是提出一个疑问:何种问题需要举行全民公投?一个可能的回答是需要更改宪法的时候。可是,根据英国传统很难定义什么是更改宪法,因为英国宪法是如此的有赖于惯例与先例。

如果的确存在恰当的宪法依据,也就是说如果确实能够明确定义宪法惯例的话,一次全民公投也许是可以接受的。然而这就意味着英国会走向成文宪法或部分成文宪法,有如其他民主国家一样,这对议会主权的影响深远。<sup>[7]</sup>

在工党的强推之下,英国于1975年举行了第一次全国性的全民公投,并最终通过公投决定保留英国的欧共同体成员身份。此后英国举行了大大小小几十次全民公投,包括若干次地方权力下放公投,以及2011年的议会选举制度改革投票和2014年的苏格兰地区独立公投两次较为瞩目的公投。但是这些公投大多都波澜不惊,没有引起重大变革;2014年的苏格兰地区独立公投期间虽然存在着种种不确定性,但最终有惊无险地维持了联合王国的国家统一。

20世纪70年代以来,英国政治家所推动的重大宪法改革几乎都经历了全民公投这一程序,由人民“出场”对重大宪制问题进行全民公投似乎成为了一项宪法惯例。英国政治学家卡瓦纳曾经乐观地评价说:“在1970年代,全民公投还被认为是非常有争议的一种方式,如今已被牢固地确立为宪法的一个组成部分。”<sup>[8]</sup>

## 二、“人民出场”与两种主权间的张力

其实,议会主权理论的集大成者戴雪却并不反对全民公投;他反而主张英国在解决爱尔兰自治问题上采取全民公投的方式。然而,卡瓦纳和戴雪并没有完全意识到全民公投与议会主权之间的张力,全民公投的宪法地位究竟如何实际上仍然是一个悬而未决的问题,全民公投与议会立法权、人民主权与议会主权之间并不存在着天然的协调。法律与政治有相分离的一面,但政治也为法律提供正当性基础,同时法律也应当吸收政治,从而为政治提供有序规则。换句话说,全民公投需要在宪法体系中有恰当的宪法地位。

从理论上而言,立法至上的议会主权的确意味着议会可以通过立法进行全民公投,因此,表面上看来议会主权并不与全民公投相矛盾。但是,议会主权从

逻辑上还意味着“议会不得约束继任者”原则,也就是说:“上届议会不可以限制下届议会,现行法规却可以被后来的法律所取代”<sup>[9]</sup>。因此,无论之前议会如何进行立法,后来的议会都可以完全拒绝承认全民公投的结果。所以议会主权下的全民公投只能是无约束力的咨询性公投,并没有法律意义,缺乏适当的宪制地位。但在另一方面,在启蒙之后的现代西方社会,民主理念本身已经成为政治社会最重要的正当性来源之一,作为一种民意表达机制的全民公投具有高度的政治正当性基础。

从法律上而言,自 20 世纪 70 年代以来,英国所有的全民公投都是无约束力的(no-binding)咨询性投票。这些全民公投要么其结果并非重大宪制问题,要么就是投票结果与议会大多数议员的意志相同,因此并未彰显两种主权的相互张力。而脱欧公投之所以引人注目,除了英国脱欧的重大政治影响之外,就在于公投结果最终与议会大多数议员的意愿相互矛盾,这实际上有宪制危机和政治僵局(deadlock)的潜在局面。根据官方公布的公投结果,脱欧阵营以 51.89%对 48.11%的微弱优势取得胜利。然而,时任英国两党领袖、大部分内阁大臣和超过四分之三的议会议员却都支持留在欧盟;新继任的首相特蕾莎·梅和大选新产生的议会议员仍然大部分是留欧派。根据 2017 年“脱欧程序案”中英国最高法院的明确裁决,启动脱欧程序必须由议会立法才能最终决定:“2016 年的全民公投具有重大的政治意义。但是,其法律意义却应由英国议会通过法案授权来决定,……由公投结果的执行而产生的对英国法的改变必须在英国宪法许可的方式下进行,这种方式就是议会的立法。”<sup>[10]</sup>在公投中失败的亲欧派正是希望借英国议会投票的契机推翻全民公投的结果,反对党工党也利用议会授权政府启动脱欧程序的机会为保守党制造政治障碍。

戴雪在《英宪精义》中将主权划分为法律主权和政治主权两种:所谓法律主权就是议会主权理论上“不受法律限制的立法权”,这是一个纯粹的法律概念;而所谓政治主权,就是一个国家的最高意志,在英国它就是多数选民的意志。法律主权与政治主权存在着不一致的可能性:一方面,戴雪认为,现代立宪民主制的基本原则就在于“议会的法律主权从属于国民的政治主权”<sup>[11]</sup>;另一方面,戴雪又强调虽然政治主权在政治上具有至上性,但它并非法律事实,没有直接的法律效力。因此,全民公投的结果仅为政治事实而非法律事实,缺乏法律效力;除非议会承认全民公投的结果并将其转换为法律。他在《英宪精义》中强调:

故自英宪言之,宪法常有所准备以宣扬选民的意志,务使此项意志在最后期间常为国中之最大及最高势力。虽然,如此说法,只可谓政治的事实,决非法律的事实。是何以故?则以法院执法不必理会选民的意志故。<sup>[12]</sup>

但是,戴雪对这两种主权如何协调起来并未过多着墨,他只是对法律与政治的关系做了简略陈述:“大概言之,长久来看,议会中的代议制部分的长久意愿很难与英国人民或相当选民的意愿相违背;下议院的多数决议往往就是英国人民所期许的”<sup>[13]</sup>。戴雪相信,英国的代议制民主就能够将议会的法律主权与国民

的政治主权协调起来,所以议会主权本质上就是一种“受限的万能权”(restricted omnipotence),但这种限制又并非是法律体系上的。戴雪的这种说法显然是太乐观了。一旦人民出场直接表达政治意志,便具有比代议制代表们更高的正当性与权威性,任何政治机关都无法漠视。如果没有宪法体系内的机制将人民直接意志予以法律表达,便存在着宪法危机的潜在危险。议会主权与人民主权之间如何协调起来,便成为最为重要之问题。

在脱欧公投中,最终在特蕾莎·梅首相的强力推动下,议会投票决定授权政府启动脱欧程序,最终结果有惊无险;但是这样的一波三折本身就意味着宪制危机甚至是政治危机的不确定性,因为议会在法律上完全有权违背全民公投的结果一意孤行。虽然长远来看戴雪可能是对的,但却忽略了当法律主权与政治主权相冲突时导致政治僵局、宪制危机乃至放大政治冲突的可能性,从而在长远上冲击英国的宪制体系,这是简单依靠代议制无法解决的。因此,在制度设计时显然不能寄希望于戴雪所说的“长期一致”,而是需要为全民公投找到恰当的宪法位置。

从某种程度而言,纯粹的代议制和议会主权存在着部分“民主赤字”。其实晚年戴雪也意识到了他早前理论中对代议制民主的过分乐观情绪,意识到了英国议会主权体制中的寡头制发展倾向。<sup>[14]</sup>所以,在重大宪法问题上人民当然有权直接表达意志,全民公投是对代议制的有益补充,人民通过全民公投直接决定根本性的宪法制度。正如陈端洪教授振聋发聩的表达:“人民必得出场”<sup>[15]</sup>。但是全民公投本身依然存在着经典政治思想家所担心的民粹主义危险,也与英国宪法中的议会主权存在着制度结构上的张力。因此,在民主理念日益成为现代政治正当性基础的今天,议会主权必然面临着“人民必得出场”时刻的挑战。

### 三、宪法政治中的审议民主:人民主权作为一种法权结构与政治正当程序<sup>[16]</sup>

英国著名宪法学家、政治学家波格丹诺一直便是全民公投的倡导者,他在脱欧公投结束后即撰文表示:反对脱欧的议会将不得不遵循脱欧公投的结果,这已经在英国宪法中引入了人民主权的新原则,而这种情境“虽然不在法律上、但在实践上已经悬置了议会主权”;议会主权原则的缺陷在于议会“缺乏足够的正当性独自做出某些根本性的政治决断”。<sup>[17]</sup>正如前文所述,一方面,戴雪小心翼翼地区分了法律主权与政治主权两个维度,并将议会主权限于法律主权和法律理论讨论的范畴之内;但是另一方面,法律与政治又并非绝然对立的两个独立领域,即便戴雪本人在相关论述中也没有完全坚持法律与政治严格分离的法理学立场。<sup>[18]</sup>相对应的是,合律性(legality)与正当性(legitimacy)两个概念之间也存在着相互联系与转换的关系。因此,宪法制度中的议会主权也同正当性问题具有高度的相互关系,波格丹诺的批评并非无的放矢。克雷格也认为,议会主权的政治基础在于戴雪对代议制民主的乐观假定之上,但这种假定却并不是充分的。<sup>[19]</sup>

当代美国宪法学家阿克曼也持类似的批评,他将英国的议会实践的“理想化版本”视为一种“一元民主制”(Monistic Democracy),阿克曼显然批评这种认为一次性的民主选举就能够赋予议会“全面的立法权威”的学说失之片面。<sup>[20]</sup>与之相对应的“二元民主制”是阿克曼最为重要的学术贡献之一。根据阿克曼对二元民主制的理解,民主政治过程可以划分为日常政治与宪法政治两个层面。所谓宪法政治,就是在非常状态下,由人民或人民的特别代表在更加严格的公共审议中就重大宪法问题做出决定的“高级立法程序”,人民直接行使人民主权;而日常政治,则是在“高级立法”的框架下,由人民代表和民选官员针对一般性社会事务进行日常立法与常规管理的过程。在阿克曼对美国宪法史的解释中,建国制宪、内战重建与罗斯福新政都属于美国宪法史上的宪法政治时刻,它们都深刻地改变了美国的宪法结构。

从问题意识而言,阿克曼的理论具有高度的美国化特征,他对二元民主制的具体解释也是基于美国宪法的历史语境之中的,因此二元民主理论的具体论述有特殊性的一面。<sup>[21]</sup>但是,“日常政治—宪法政治”二阶划分的方法论模式在政治思想史上源远流长,并非仅仅是狭隘的美国例外主义立场可以涵盖的,因而二元民主理论仍然具有普遍性的理论推论意义。在西方政治思想史上,马基雅维利的共和主义理论就开启了这种二阶划分的滥觞,包括卢梭、西耶士和施米特等后世思想家都做出了同样的思考。<sup>[22]</sup>在英美政治思想史上亦不例外,洛克的政治思想中就蕴含了二元民主理论的雏形,洛克在《政府论》对“契约”“信托”与“立法”的划分就体现了二元民主理论的基本思路:人们由社会契约结成政治社会,组成具有统一政治行动能力的“人民”;人民通过“信托”(Trust)的方式制定宪法、创立政府;选举出的政府根据人民的信托授权行使立法权、行政权。<sup>[23]</sup>当代美国著名政治哲学家罗尔斯甚至在对阿克曼理论讨论的基础上直言:“立宪民主制就是二元论的”。<sup>[24]</sup>此外,与欧陆政治思想类似的“根本法”理念也在英国政治思想史上源远流长,英国宪法理论中仍然保留了可以与二元民主理论对勘的根本法与议会立法的二元法律渊源。<sup>[25]</sup>

在西方政治思想史上,如何理解人民和人民主权有两种完全不同的思路。卢梭在《社会契约论》中对人民的理解是第一种思路,这种思路将人民理解为实质性的人民实体,人民主权的宪法政治时刻就是人民“肉身”直接出场——正如陈端洪教授的概括:“主权者必须行动起来,而主权者行动的唯一方式是人民集会”<sup>[26]</sup>。德国公法学家施米特把卢梭的话说得更极端,他直接表示:“一国人民的直接意志表达的自然形式是,聚在一起的人群以口头——即喝彩——方式表示赞成或不赞成。喝彩是一切民族自然的、必不可少的生命表现。”<sup>[27]</sup>另一种截然相反的思路则常见于非欧陆政治哲学影响下的法学家、政治科学家和经济学家等,例如边沁、奥斯丁、凯尔森、熊彼特、达尔等著名学者。虽然这些学者的学科背景不同、具体论述不同,但大体而言,他们都基于各种不同版本的实证主义原则,将“人民意志”形式化和技术化为法定程序下的私人意见的聚合与表达的

机制——也就是各种“建制化”(institutionalized)的选举、投票和民意调查;除此之外,所谓的“人民意志”“人民主权”更多是一种修辞或意识形态。

两种思路固然皆有正确的一面,但又皆有不可取之处。卢梭式的人民主权将宪法政治时刻理解为颇为民粹主义的“人民”“肉身”直接出场。然而这种出场常常由于没有任何规范与程序的缘故,往往只是一时一刻、转瞬即逝的喧嚣舆论,甚至所谓“民意”经过一番吊诡的逻辑转换后成为政客的肆意操弄政治的工具。这在历史上屡见不鲜,难怪乎批评者会认为“人民主权—制宪权理论成为了一种机械降神,即一种可以为任何政治行为进行事后论证的理论装置”<sup>[28]</sup>。另一方面,实证主义和形式主义的建制化理解又忽视了政治生活中鲜活的和只能“不言自明”的一面,民意调查、听证会、投票都无法完全表达出公意(general will),这种理解忽视了大量法律规范无法表达的非建制化的政治形式;而人民主权和制宪时刻恰恰就往往以各种非建制化的方式运作,甚至是“无中生有”地创造出新的政治秩序。正如施米特曾经说过的一句话:“如果‘制宪’议会企图在这个时候回避决断,人们就会在制宪议会以外、以暴力或和平方式作出这种决断”<sup>[29]</sup>,这句话固然非常民粹,但政治和法律理论显然无法忽视这种非常态政治存在的可能性。此外,在批评者还看来,这种投票机器产生的结果本身就是结构性分裂的“数字决定论”:仅以微小胜率赢得的脱欧结果未必就真正代表了民意,而是一种“强制”。<sup>[30]</sup>

这两种理解都没有正确地把握到“人民”的内在结构形式问题:卢梭式的“人民”放弃和否认了人民可以具有组织起来的内在结构,人民最终不过是一群“乌合之众”;而实证主义式的理解则误以为“人民”只可能以机械的形式主义方式呈现,其余非建制化的政治形态要么被忽略,要么被视为虚构。阿克曼对宪法政治的具体论述可能为美国式的,但其具有普遍意义的学术贡献就在于打破了以上两种非此即彼的思路的局限性,以新的方式重新思考和表达人民主权。阿克曼对美国历次宪法政治的历史解释实际上将人民主权刻画为了一种高阶的“审议民主”(deliberative democracy)模式,人民通过审议民主的方式组织起来。阿克曼在《我们人民:奠基》中曾经如此激情澎湃地表达他对宪法政治的审议民主式理解:

这并不是说这一时期的动员了的慎思明辨是和哲学的研讨会类似。它实际上更为民主,更加活力四射,更具有复调色彩,会有大量的激情和人格特质;行动和争辩;戏剧和辩论——其中利益关涉如此之大,无法想象还有其他的处理方式。这其实是高级立法在面对最大挑战时的关键点:高级立法能够引导这些相互竞争的派系就公共观点进行激情四溢的交流,在他们试图动员一般民众对其主张予以深切和广泛支持的时候,能够回应彼此的批评吗?……简而言之:这一制度鼓励各种反对者彼此沟通,还是鸡同鸭讲?<sup>[31]</sup>

根据这种审议民主式的理解,“人民”既不是“某种超人存在”的实体,也不是

喧嚣一时的乌合之众,也绝非仅为纯粹法律程序下的投票统计数字,而是政治精英与普通公民之间的“持续互动过程”。通过这种“互动过程”,人民主权实质上体现为一种非建制化的但又具有内在“法权结构”和“政治正当程序”的特别政治形态,从而真正表达人民的意志与决断。在阿克曼的历史叙事中,宪法政治既发生在国会、总统和法院的建制化法律机构里,也发生在各种非建制化的政治公共领域中——人民主权和宪法政治既不是凯尔森式机械形式主义的,也不像施米特那样遁入政治神秘主义。阿克曼反复强调的是,通过这种更具有“公共审议”(public deliberation)精神的政治互动,宪法政治抛弃了日常政治中的党派偏见与党争,将全体人民的注意力集中于重大宪法问题的对话与决定上来。借用康德政治哲学的表达,宪法政治中的人民主权就是人民持续的“理性的公共运用”过程。

#### 四、全民公投、审议民主与二元民主理论

阿克曼在其巨著《我们人民:奠基》开篇中有一个颇有雄心壮志的疑问:难道美国宪法的解释只能是“作为智识的殖民地,借用欧洲范畴来解释其国家身份的意涵吗”?阿克曼因而拒绝美国主流宪法理论的“非历史理解”,从而在美国宪法史的基础上提出了二元民主理论。<sup>[32]</sup>也因此人们往往据此理解二元民主理论的语境特殊性。不过,阿克曼同时作为宪法(史)学家和政治哲学家,其理论是既基于具体语境背景,又具有普遍借鉴意义,他仍然有将其理论要义普遍化的雄心壮志。在一处脚注中,阿克曼如此评论当时英国尚属新生事物的全民公投:

我们正文概述的是已经被广为接受的英国理论,现代英国实践演进的方向预示着二元制立法正获得日益广泛的承认。……尽管这些“咨询性”公民投票的结果在技术上对议会不构成约束,它们通常被看成民意的表达,所以比日常的议会立法模式具有更高的权威性。考虑到先例在英国宪法中的作用,这些公民投票会形塑未来的政治实践。实际上,1978年,保守党的公民投票委员会建议在宪法性法律文件(根本条款)制定的时候引入公民投票,即“对宪法进行的任何根本改变都需要进行公民投票”。<sup>[33]</sup>

其实,从阿克曼在批评一元制民主理论时所用的“理想化版本”(idealized vision)的措辞就可以看出,他并不认为英国议会实践本身就是“一元制民主”。反而他认为全民公投是英国宪法中的二元制民主要素。所以,除去阿克曼叙事中的美国元素,我们可以将二元民主制与宪法政治理解为一种高阶的审议民主理论,从而进行一些普遍化的推理与应用。

从定义上来说,审议民主不仅仅是一种民主形式,更是一种“通过提供有利于参与、交往和表达的条件而促进平等公民自由讨论的一种社会和制度条件框架”。<sup>[34]</sup>在此定义之下,存在着程序主义与实质主义两种不同的审议民主理论趋向,前者强调通过优化代议制民主中的规范程序以实现更好的公共审议,而后者则认为一定程度的制度伦理条件是审议民主的前提。两种理论趋向并没有孰是



孰非之分,但是由于人们往往更关注于审议民主理论中的程序问题,从而往往将审议民主与参与式民主等相似的概念混淆起来,并将审议民主的实践局限于常规政治层次。但是从政治哲学的角度出发,审议民主更重要的性质在于它是一种关注政治正当性(political legitimacy)的民主理论,审议民主尤其关注于“当根本性政治问题出现危机时”(罗尔斯语)如何进行审慎决断,因此审议民主理论决不能忽视它在宪法政治层面所扮演的角色。阿克曼对美国宪法史的刻画就为人们如何阐述宪法政治中的审议民主提供了丰富的启示。例如,宪法政治具有“形式上的法外性(illegality)”“群众激情”“公共精神”“高度理性”四个重要的特征;又例如,在阶段上,宪法政治有着“示意”“提议”“动员审议”和“法典化”四个大致清晰的先后次序。<sup>[35]</sup>

在阿克曼看来,英国的全民公投已经具有了二元民主和宪法政治的因素,但是仍然有待由政治家进行改革和由理论家进行阐释。这正和本文最初的分析一样,全民公投在宪法体系中的地位尚待厘清。例如,究竟什么情况才表明一项宪法政治的动议已经开始得到人民的广泛讨论并有必要进入全民公投议程,即阿克曼所谓的“示意”,从而防止全民公投只是因为政治精英试图通过操作议题来获取党派利益。又例如,如何保证投票是人民“动员了的深思熟虑”的结果,从而防止盲目投票。还例如,议会脱欧法案并没有规定如何把全民公投的政治事实转换为生效法律,政治主权如何与议会主权协调起来,亦即如何通过制度衔接实现阿克曼所说的“法典化”。从时间跨度而言,阿克曼也强调宪法政治是一个漫长的公共审议过程,需要经过不同方式的制度检验以确定这就是“人民的声音”,而非一次投票就能够盖棺定论。

宪法政治、审议民主理论对议会主权与全民公投的理论与实践可以作出一些有益启示;另外一方面,也通过于此我们可以从现实政治的角度观察在西方国家中宪法政治与审议民主的理论有着怎样的现实可能性。当然,正如学者们再三强调的,阿克曼的具体理论具有美国特殊语境,用二元民主制解释英国宪法并不等于一定需要在英国引入成文宪法等具体做法。

### 注释:

[1]英语中的 Deliberative Democracy 在中文语境中有“协商民主”“审议民主”和“慎议民主”等多种译法,其中“协商民主”是最为通用的译法。Deliberative/deliberation 一词同时具有协商、审议和审慎思考的含义,结合下文对阿克曼宪法政治概念的讨论,尤其是 deliberation 所蕴含的审慎思考的哲学意味,本文将 Deliberative Democracy 译为“审议民主”。

[2][英]布莱克斯通:《英国法释义(第一卷)》,游云庭、缪苗译,上海:上海人民出版社,2006年,第181-182页。

[3][英]柏克:《美洲三书》,缪哲选译,北京:商务印书馆,2003年,第261页。

[4][英]柏克:《法国革命论》,何兆武、许振洲、彭刚译,北京:商务印书馆,1999年,第6页。

[5][英]狄金森:《十八世纪英国的大众政治》,陈晓律、宋涛等译,北京:商务印书馆,2015年;[英]甘米奇:《宪章运动史》,苏公隽译,北京:商务印书馆,1979年。

[6][8][英]卡瓦纳:《英国政治:延续与变革(第四版)》,刘凤霞、张正国译,北京:世界知识出版社,

2014年,第72、72页。

[7]Margaret Thatcher, *The Path to Power*, New York: Harper Collins, Chapter X. 根据 Amazon 电子版。

[9][英]卡瓦纳:《英国政治:延续与变革(第四版)》,刘凤霞、张正国译,北京:世界知识出版社,2014年,第66页。戴雪关于议会不可能约束自身的讨论参见[英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,北京:中国法制出版社,2001年,第139—145页。

[10]英国最高法院:《吉娜·米勒等诉英国政府“脱欧”程序案(终审判决书概要)》,涂云新译,《复旦当代法学研究》2017年春季卷。

[11][12][英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,北京:中国法制出版社,2001年,第429—437、147页。

[13][英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,北京:中国法制出版社,2001年,第154—155页。译文根据英文进行了重译。

[14]何永红:《法律、主权与民主:戴雪宪法学说的政治之维》,《临沂师范学院学报》2010年第1期。

[15]陈端洪:《人民必得出场:卢梭官民矛盾论的哲学图式与人民制宪权理论》,《北大法律评论》2010年第1期,第117—145页。第一节小标题也借用了陈端洪教授题目,在此致谢。

[16]“法权结构”与“政治正当程序”的概念分别借用自翟志勇和田飞龙两位老师,一并在此致谢。参见翟志勇:《人民主权是一种法权结构与公民行动》,《学术月刊》2013年第10期;田飞龙:《政治正当程序:阿克曼的政治宪法理论及其启示》,《学海》2014年第1期。

[17]V. Bogdanor, “After the Referendum, the People, not the Parliament, are Sovereign”, *Financial Times*, December 9, 2016.

[18]对戴雪打破法律与政治严格分离的讨论和戴雪法律理论的政治哲学基础,可以参见何永红:《法律、主权与民主:戴雪宪法学说的政治之维》,《临沂师范学院学报》2010年第1期。

[19][英]布拉德利:《宪法与行政法》,程洁译,北京:商务印书馆,2008年,第107页。

[20][31][32][美]阿克曼:《我们人民:奠基》,汪庆华译,北京:中国政法大学出版社,2013年,第6—8、315、2页。

[21]相关讨论参见田雷:《重新理解美国宪法:阿克曼宪法理论的用途与误用》,《北大法律评论》2010年第2期。

[22]萧高彦:《共和主义、民族主义与宪政理论:鄂兰与施密特的隐蔽对话》,载中国台湾:《政治科学论丛》第27期;高全喜:《论宪法政治:关于法治主义理论的另一个视角》,《北大法律评论》2005年第1期。

[23]相关讨论参见唐飞、郭忠华:《契约、信托与洛克的人民制宪权理论》,《浙江学刊》2016年第4期。

[24][美]罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,南京:译林出版社,2011年,第215页。

[25]J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, England: Fred B Rothman & Co, 1985.

[26]陈端洪:《人民必得出场:卢梭官民矛盾论的哲学图式与人民制宪权理论》,《北大法律评论》2010年第1期,第139页。

[27][29][德]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海:上海人民出版社,2016年,第126、57页。

[28]杨陈:《作为机械降神的人民制宪权:陈端洪教授制宪权理论的内在困境》,《浙江社会科学》2013年第11期。

[30]吴冠军:《从英国脱欧公投看现代民主的双重结构性困局》,《当代世界与社会主义》2016年第6期。

[33][美]阿克曼:《我们人民:奠基》,汪庆华译,北京:中国政法大学出版社,2013年,第278页注释第31。

[34]乔舒亚·科恩:《协商民主的程序与实质》,载[美]塞拉·本哈比编:《民主与差异:挑战政治的边界》,黄相怀、严海兵等译,北京:中央编译出版社,2009年,第101页。

[35][美]阿克曼:《我们人民:奠基》,汪庆华译,北京:中国政法大学出版社,2013年,第192、293—318页。阿克曼在第二卷《转型》中,又对宪法政治的阶段作出了五阶段的划分,但其基本理论精神是一致的。

〔责任编辑:刘姝媛〕