



宪法中契约观念的始源与演变

揭 梅

摘 要: 近代古典自然法学派的社会契约论源于早期日耳曼的部落社会契约。中世纪以后,一方面由于世俗王国没有能力对整个社会进行全面掌控,从而使得各种政治力量得以存续,他们在向世俗国王斗争的过程中继承和发展了日耳曼的部落社会契约;另一方面,在同世俗王国竞争的过程中,中世纪的教会不仅发展了社会契约的理论,而且建立了具有社会契约性质的教会法体系。这些因素为近代社会契约论的提出做出了历史铺垫。

关键词: 部落契约; 世俗王国; 封建制度; 教会法

社会契约观念是现代宪政理论的核心前提,在现代宪法政治中随时可以看到契约观念的影响,人们通常也习惯于用契约的观念来评价或批评社会和政治现象。但是,这种观念的起源学界却一直语焉不详,或者将其归之于古希腊罗马自然法学派,或笼统论之曰源于中世纪。前者显然并未注意古希腊罗马社会与近代社会之间的中断,而后者则并未阐明该种观念的始源与流变^①。事实上,大量的史料证明,日耳曼蛮族的部落契约在经历世俗变迁和神权改造之后,与现代宪法理论中的契约观念有着直接和明晰的历史联系。正如美国历史学家学者霍莱斯特所说:“……政府的立宪原则多少世纪以来没有明确的法律规定,中世纪盛期最终订立时,仍是导源于过去欧洲日耳曼的传统。”^②

一、国王立法、民众同意的契约

早期日耳曼部落即存在着浓厚的原始的社会契约的观念。在国家形成之前,部落首领由自由民推选,且受到了诸多限制,塔西佗这样记录:“他们的国王是按照出身推举的,……国王的权力并不是无限的,他不能一意孤行;”^③约束王权的方式之一就是由战士组成公民大会来议决部落的大事,国王在公民大会上并不享有特权,其意见必须通过演讲说服大多数公民方能通过,“如果人们不满意他的意见,就报之以啧啧的叹息声;如果大家很满意他的意见,就挥舞着他们的矛……”^④。这一观念深植于日耳曼人对自由的追求和长时期的战争状态中。这一传统并没有随着日耳曼民族的政治发展而消亡,相反,由于与有发达文化的罗马帝国的不断接触,这种原始的民主制度很快便具有了文字记载,成为日耳曼政治和法律的深厚的传统,并在以后各个时代都提供着最为持久和内在的思想和制度

^① 蒋先福先生认为中世纪的“蛮族法律”是一种传统主义和道德惯例的混合物”,并引用原苏联学者古列维奇的观点,“个人间和社会集团间的纠纷都通过弱肉强食的法则或首领的专断来解决”,以此证明中世纪在政治思想上的荒芜和近代社会契约论对古希腊罗马法的社会契约论的直接继承关系。参见蒋先福:《契约文明:法治文明的源与流》,上海人民出版社 1999 年,第 199~200 页。

^② C. 沃伦·霍莱斯特:《欧洲中世纪简史》,商务印书馆 1988 年,第 20~21 页。

^③ 塔西佗:《日耳曼尼亚志》,商务印书馆 1985 年,第 59 页。

^④ 塔西佗:《日耳曼尼亚志》,第 60~61 页。

资源。

日耳曼的原始社会契约观念的深刻影响之一是将之后所制定的法典都看作是一种契约,并且法典的制定过程和效力作用也带有浓厚的契约色彩。日耳曼的法典化过程从5世纪持续到9世纪,随着对罗马帝国的占领,以及逐渐定居和王国的建立,便有了将习俗法编纂为法典的倾向。由于原始制度没有充分发展便直接进入了较高的文明形式,其内在的民主化因素得到了延续。首先是民众大会或公众集会仍然是成文法典的效力来源,“如部落法需要记载或修改,需要首先召集民众会议,民众会议享有制定法律的最高权力。”^①早期日耳曼法典都能看到这种民众或民众会议“一致同意”(by common accord)的身影。甚至是帝国时期,也是如此,国王仅仅发起立法或提出草案。“伦巴第法令史就是这个样子。其条文归因于国王的努力;人民只是通过它们。勃艮第人的法律也一样,他们的国王耿多巴德可以说:它们的‘法’(lex)产生于‘国王的制定和所有人的共同意愿’。秃头查理也发表过类似的声明,即他的‘法’基于‘国王的命令和人民的同意’而制定。”^②其次且更重要的是,这些法典本身就被称为“公约”：“阿勒曼尼人的第一部法典称为《约章》(Pactus)或《公约》(Agreement),……”^③。

但是,这种部落社会契约不同于现代的社会契约论。首先,部落社会契约建立在血缘关系之上,签约者是氏族成员,契约处理的只是部落内事务;而现代社会契约则建立在独立的个体基础之上,个体不从属于任何社会团体,通过订立社会契约组建政治社会和国家,社会契约所要处理的是公共事务。其次,由于早期日耳曼部落甚至是王国都还不曾有主权观念,其社会契约直接表现为法律;而在现代国家则将宪法上的公权力与私权利的关系理解为社会契约,法律则从中获得效力,而不是直接体现为契约本身。最后,部落契约中不曾包含“权利”这一因素,个体之所以可以订立社会契约是因为他在血缘上从属于该部落;而近代社会契约论则设想每个个体在自然状态中享有自然权利,通过订立社会契约,从而进入到政治社会之中。

进入中世纪,欧洲呈现出两个方面的发展,世俗世界的分裂和精神世界的统一。它们分别从不同的角度继承、发展或批判这种部落的社会契约。

二、统一王权、结构多元的契约

帝国后期,日耳曼各部族就已经开始建立王国。王权的扩大对部落社会契约造成了影响,但始终没能彻底抛弃社会契约。相反,社会契约在两个层面上得以延续和发展:王国的政治结构和封建制度。

在各王国内部,一方面,王国的建立,或者说王国的宪法本身就体现了非常明显的契约性特征。而另一方面,王国的法律同样也保留了日耳曼的传统,即作为与民众之间的契约或公约而存在。

首先,国王和王室的产生充满了契约精神,“首先,他们通常是选任的,至少一个新国王在继位的时候必须经由王国中最重要的人物的批准,并不存在长子继承权或其他类似的自动规则。其次,大家认为国王应根据法律和王国的习惯进行统治,这一意见通常表现在国王的加冕誓词中,并在发生政治危机时得到重申。”^④

其次,王国产生了新的法律渊源。每一部法典的产生都体现了国王对建构国家的渴望和对罗马皇帝的向往;而对新王国的治理则要求对习惯法进行整理并加以编纂。除“公约”外,产生了大量的新的法律渊源。如将国王的立法称为“敕谕”(edictum)和“敕裁”(decretum),法兰克王朝还有“notitiæ”(公告、消息),“brevia”(谕令),“decreta”(圣裁),“auctoritates”(圣意),“edicta”(敕令)等。但当它们真正成为皇家法律时(系国王立法,非人民立法,这个意义上的法律),它们通常以“法令”(Capituli, or Capitularies)

① 梅特兰等:《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》,上海人民出版社2008年,第38~40页。

② 梅特兰等:《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》,第38~40页。

③ 爱德华·甄克斯:《中世纪的法律与政治》,中国政法大学出版社2010年,第6页,同时参见孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,中国政法大学出版社年版第130页。

④ 迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,凤凰出版传媒集团、江苏人民出版社2006年,第18~19页。

这个专门术语为人们所知。”^①这是因为,随着国土面积的扩大,部落成员散居各处,他们已经无法像以前那样出席部落会议,参与部落事务的决议和法律的制定,传统的一致同意的立法方式已经无法实现;而另一方面,对一个国家来说,只有国王才有保障法律实施的强制力,这是散居各处的部落成员无法实现的^②。

但是,这并不意味着王权取代了民众大会,成为法律的唯一渊源。西欧中世纪的历史事实上是专制力量与社会力量不断较量的历史;即便是在君主的力量处于顶峰时期,民众大会仍然存在并在一定程度上限制着君权。这种较量同样体现在立法中。伦巴底帝国之初,君权强盛,受罗马影响较深,因而国王的立法是较为严格意义上的 *leges*(法律)或 *statutes*(制定法)。约一个世纪后,罗泰里国王时期,君权衰退,“为赋予新法以效力,国王将法律(即《罗泰里法令》,由伦巴第国王罗泰里于公元 643 年颁行。)呈交(这与传统做法相符)至‘大会’(the assembly),以获得同意(approval)。”^③“大会”由国家的高级官员和全体持有武器之人组成。”^④法兰克王朝初期,查理曼通过了大量的立法;但意大利却因文明程度较高,社会经济也较发达,民众珍视自己的权利,“意大利人按照他们自己的法律和政治传统,提出了法令在获得法律效力之前都应得到会议同意这一主张。此项要求引起了查理曼的不满,他写信给国王丕平,让他不要理会这一要求,并严格遵循所有的帝国法令。”^⑤但不久,“在公元 832 年,洛泰尔一世(Lothar I)被迫向‘帕维亚会议’(Assembly at Pavia)提交了一部自查理曼以来全部法典的修订本。一部名为‘帕皮尼斯法规集’(Constitution Papienses)的法律汇编得以制定,它包括了许多未被改变的普通法令;……”^⑥中世纪早期的《阿勒曼尼法典》(Alamannic Code)、《巴伐利亚法典》、《利普里安法典》和《撒里克法典》等大多都是君主权与民众力量对比的产物^⑦。最能体现民众力量与君主力量博弈的则是《帕维亚敕令集》(Pavian Constitutions),其正式名称是 *Capitula quæ Lotharius rex, una cum consensu fidelium suorum, excerpit de capitulis Karoli avi sui ac Ludovici genitoris sui*,是国王洛泰尔在帕维亚将所有的立法交给民众大会,由大会来挑选出来的^⑧。

公元 888 年,胖子查理(Charles the Fat)去世^⑨,西欧进入封建制,社会契约又以另一种方式延续。

其实封建制以前,王国事务的处理也采用契约模式。840 年,查理曼的儿子虔诚者路易去世,他的三个儿子就开始为争夺王国而发生激烈的冲突,最终三人于 843 年在凡尔登签订条约,瓜分整个帝国。这为欧洲的所有政治事件开启了一个先例,即通过签订契约的方式,而不是武力征服来解决政治问题。

至于封建制度,其本质就是一种契约。无论是骑士对领主的效忠,还是佃户对领主的劳务,都是建立在领主能够为他们带来保护这一基础之上的;一旦这种保护无法提供,效忠关系即宣告破灭^⑩。正是因为封建制度的地域性和层级性,使得不同地区的封建制度呈现出不同的样式,并且使整个中世纪的西欧呈现为一种混乱的状态^⑪;而贯穿于这一混乱状态的并不是皇权,也不是神权,更不是某一种法律,而是契约。以至于有的学者们将中世纪西欧看做是一个政治上的法律契约体系,“它有一个特色,即是以‘封建契约’(feudal contract)规范领主与下属之关系,……封建关系之形成以约定为基础,双方互有权利、义务,……故关系之形成出于自愿”^⑫。

既然是契约关系,则一旦发生违约行为,就必然会有相应的救济措施。其措施大致有两种:一是组织法庭审理,“如果国王与诸侯间有违反契约之权利义务纷争时,则召开‘法庭’(court),由集体公评

① 梅特兰等:《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》,第 38~40 页,同时参见[英]爱德华·甄克斯著,屈文生、仁海涛译,《中世纪的法律与政治》,中国政法大学出版社 2010 年,第 11~13 页。

② 梅特兰等:《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》,第 22 页。

③ 梅特兰等:《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》,第 26 页。

④ 梅特兰等:《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》,第 37 页。

⑤ 梅特兰等:《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》,第 46~47 页。

⑥ 梅特兰等:《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》,第 56~57 页。

⑦ 梅特兰等:《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》,第 56~57 页。

⑧ 迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,第 116 页。

⑨ 蒋先福:《契约文明:法治文明的源与流》,第 120 页。

⑩ 陈思贤:《西洋政治思想史——中世纪篇》,吉林出版集团有限责任公司 2008 年,第 33 页;迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,第 17~18 页。

之。”^①其二是“撤回忠诚”(diffidatio)或者是解除服从关系^②。

这种以契约为典型特征的封建制度,至少有三个特点对后世的宪政理论产生了影响。首先,政治运作的原则不是强制力,而是约定,而约定的本质则是合意性,即以契约当事各方的一致意见为准。这其中就隐含了以同意为基础的个体权利义务观念。其次是封建制度的分散性和混乱性,即多样性的统一。不同的政治团体和政治诉求可以通过契约的方式统一起来,多元性才是其政治共同体的基础。第三,政治契约一方面要求封臣忠诚于领主,但另一方面同时也限制了领主的权力,使每一个统治者和每一个政府都只享有“有限权力”并且使得“议会协商”(government with a general council)成为政治的基本原则^③。

显然,封建制下的政治契约尚不是真正的社会契约,“封建制度确实是一个契约体系,但一个封建领主与其附庸之间的契约设置并规定了一种预先存在的不平等关系,领主的优势地位并不是由封建契约确立的。”^④

三、从教会契约到社会契约

从社会契约的法律观发展为带有宪法意味的社会契约观,这一步是由教会的政治活动和理论家所做出的,其一是在于世俗王国的竞争以及教会内部的理论改革充分发展了契约宪政观,其二是教会法充分发展了契约原则。

在“授职权之争”中,教会通过将世俗国王的法律解释为国王同臣民间的契约,并将其置于神法之下,从而获得理论上的优势。较早表达了契约论观点的教会理论家是居住于阿尔萨斯的劳滕巴赫的曼尼戈德(Manegold of Lautenbach),他认为:没有人能够自立为皇帝或国王,人民提升某一个人使之高于自己,就是要让他依据正确的理性来统治和治理人民,把他所有的给予每一个人,保护善良的人,惩罚邪恶的人,并使正义施行于每一个人。但是,如果他妨碍或搅乱了人民建立他所要确立的秩序,也就是违反了人民选择他的契约(pactum),那么人民就可以正义而理性地解除服从他的义务。因为他首先违背了将他们联系在一起的信仰^⑤。

当时正值教皇格列高利七世与皇帝亨利四世之间争论最激烈之时。曼尼戈德的这一观点使得教皇在理论上有权废黜世俗皇帝,即国王违背了他与其人民签订的契约之时。也就是说,国王统治的合法性源于一个契约。这种情形在当时尚属少数,但却从未中断。如12世纪的宗教法学家鲁菲努斯(Rufinus)说:“当一个国王即位时,他就和人民订立了一个潜在的契约(pactio quaedam tacita),应允以一种人道的方式统治人民。”^⑥

教会中一直存在着神法、自然法与人定法之间的等级划分,这种将世俗王国及其法律看作是一种契约的观点,恰好解决了为什么教皇有权废黜世俗国王的问题。圣托马斯·阿奎那将法律分为四种:永恒法、自然法、神法和人法。永恒法、自然法和神法都超越于人的理性的,不仅仅适用于人类。只有人法才是专属于人类的。“支撑人法的乃是一种普遍的权威,而不是个人的意志,因为它是为了其共同利益而行使的整个民族经由立法或通过创立习惯这样一种不大明确的方法而达至的一个产物;或者说,人法得到了受托治理该社会而担任公职的人物的批准。”^⑦这样,世俗的国王与民众之间签订的契约也就属于人法的范畴。神法高于人法,因而作为上帝代表的教皇就有权废黜违反了契约的皇帝或国王。契约理论与自然法开始联手。

至此,中世纪西方出现了各式契约,它们有一个共同的特征,即模糊性。所有这些契约都未区分社

① 陈思贤,《西洋政治思想史——中世纪篇》,第33页。

② 迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,第17~18页。

③ 迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,第33~34页。

④ 迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,第17~18页。

⑤ 转引自萨拜因著,托马斯·索尔森修订:《政治学说史》(上),世纪出版集团、上海人民出版社2008年,第292页。

⑥ 迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,第19页。

⑦ 转引自萨拜因著,托马斯·索尔森修订:《政治学说史》(上),第307页。

会契约以及经由社会契约所产生的法律,包括政体、王国的建立以及国王的法律都被认为是契约一部分。而近代的社会契约论则更多的指一种立宪性质的社会契约,或者原始契约,即全体国民的一次性政治决断,建立国家和政体,法律不是社会契约,而是从那里获得效力。中世纪的社会契约与近代的社会契约论还有一步之差。这一步是由法国的法学家博马努瓦(Beaumanoir)和奥地利神学家因格尔伯特(Engelbert of Volkersdorf)跨出,由阿尔色修斯(Johannes Althusius)来完成的。博马努瓦认为,“人民最初选择国王是为了结束他们之间一种前国家的战争状态。”因格尔伯特认为,国家权威的最终来源是上帝的意志,但同时也来自于“一项特殊的意志行动(a particular act of will),一项服从契约(contract of subjection, pactum subiectionis),人们订立这样一个契约,是‘为了接受管理,寻求保护和维持生活’。”^①阿尔色修斯说:“除非是通过臣民及其未来的君主共同同意的约定,除非确定一个双方都应该服从的既定的双向义务,否则任何一个王国和国家都无法建立或形成。一旦这种双向的义务失去了信誉,君主的权力也就终止了。”他认为,包含在这些约定中的条件对最高长官构成了约束,它们不仅包括国家的基本法律,而且还包括摩西十诫(the Decalogue)。这样,一方面他将契约看作是国家或王国建立的基础,另一方面又认为契约对国家的最高长官构成了限制,其内容则是国家的基本法。这就已经与近代的社会契约论相差无几了。

中世纪的神学家中还有许多为社会契约论注入了更多的内容,如库萨的尼古拉(Nicholas of Cusa)就将个人自由的观念作为论证社会契约存在的前提,“既然所有的人天生都是自由的,那么,每一个政府……只能建立在其臣民同意的基础上……通过一个共同的契约,人类社会同意服从其国王……”^②而法国理论家让·博丹(Jean Bodin)的主权(sovereignty)论则为社会契约论提供了现实化的政治场域。

另一方面,教会法本身提供了一个社会契约的现实样本。教会法是随着克吕尼修道院的建立而逐渐产生的,它使整个西欧的修道院形成了一种跨地方的、分等级的和共同的组织,居住在罗马的教皇享有无上的地位和权力^③。但1378年,教会由于对教皇的选举发生争议,罗马和法国的阿维农分别选立自己的教皇,导致教会内部大分裂。1414年,在康斯坦会议上,双方共同推举教皇马丁五世才解决这一问题。于是教皇分别于1415年和1417年发出两道敕令,Haec Sancta(或 Sacrosancta)与 Frequens。前者宣告由各教区推派代表组成宗教议会(the Grand Council),该议会是教会中解释有关教义或其他重大问题的最高权威机构。

神圣的 Constance 大会现今宣告如下:首先,一个大议会在圣灵导引下于斯组成,它代表全教会而直接领受其权力于耶稣;如今所有人,不论阶级职位,甚至教宗亦不例外,都须在信仰上、避免教会分裂上及有关教会兴革事项上服从其决定。同时,亦郑重宣告:任何人,包含教皇在内,不得拒绝服从其颁布之指令、规条或诏令告示,否则都将受惩处。^④

而后一道敕令则规定宗教会议须定期召开,以限制教皇召集宗教会议的权力。^⑤

这两道敕令在教会内部解决了宗教议会的至上性问题,即 conciliar supermacy(议会至上)。这应该是西方法律历史上第一次用社会契约的观念来解决两项准宪政问题的实践。

在基督教的教义中,本身也存在着关于契约的思想。十诫本来就是上帝与摩西之间的一个约定,《新约》中保罗更是直言“一切掌权者乃由上帝所任命”,《撒母耳记》则说“君王之立须经百姓同意,同时彼此相约互有义务。”格拉提安的《歧义教规之协调》记录了这样一种传统,“将教会视为是一个有机的‘社群体’(communitas),它的特色是:成员完全由信徒所组成,本质上也就是一个‘虔信者的集合’(congregation of the faithful,即是 congregatio fidelium 或是 communitas fidelium),由于圣灵的引领,

① 迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,第21~28页。

② 迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,第29页。

③ 哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年,第105~107页。

④ Francis Oakley, *The Western Church in the Later Middle Ages*, Cornell University Press, 1979, pp. 65~66. 转引陈思贤:《西洋政治思想史——中世纪篇》,第15页。

⑤ 陈思贤:《西洋政治思想史——中世纪篇》,第16页。

这个教会不会犯错,故在此之中存在着教会最圣洁的精神,因而它是最高的权力泉源。”^①这意味着教会乃是由各成员自愿结合而成,教会的组织更多的应该按照成员的约定而行事。伯尔曼也认为,教会法同时吸取了罗马法和日耳曼法中的内容,其中就包括日耳曼法中的“社团”(genossenschaft)观念,“它就是自身‘存在的理由’(raison d’être, reason of being);意即谓,成员的意欲结合成社团此一事本身,就构成了社团存在的‘正当性’:‘……这种 Genossenschaft(伙伴关系)的联合与宗旨并非来自一种或神或人的更高权威,而是仅仅来自它自身内部。也就是说,仅仅来自于成员们为达到他们自己所设定的目标而自愿的结合。’”^②基尔克认为,宗教议会至上的观念不仅源于社团这一古老的观念,更是包含了“权利”观念在其中。“每一个群体先天都有一个自然而神圣的权利要求一个良好的统治,以全其福祉。……宗教议会理论把‘整个社群之同意’视为是任何团体自然应有的权利,”^③但这种权利是建立在社团的基础之上的,即是一种社团的权利,而非个人的权利。

综上,教会法意味着每个修道院都享有参与教会事务的权利,教会应根据宗教议会上通过的具有契约性的教会法行事。这与近代的社会契约论相差无几。因而,陈思贤认为这是“中世纪宪政主义”(medieval constitutionalism),“它的核心观念是:每一个人群团体内之治理权之行使都应依据一组全体接受的规约或程序,而群体中的每一个部分都不应被排除在统治过程外。”^④

四、结 论

从原始的部落契约到现代的社会契约,其间经历了王国、帝国、分封以及来自宗教世界的冲击和挑战,它之所以没有消失,反而逐渐壮大,主要的原因是因为:在世俗王国或帝国追求其权力的过程中,始终存在着较大的社会性力量来对抗这种绝对权力的倾向。在王国初期是民众大会,在帝国时期则是各地和各族的贵族,在封建时期则是大大小小的封臣,在中世纪后期则更有着广大的工商阶层,而宗教力量更是贯穿于整个中世纪。虽然中世纪看起来是落后的和混乱的,但正是这种混乱,使所有的政治力量都有足够的生存和发展机会,对君权形成制约,并为社会契约观念的延续和成长提供了空间。换句话说,西欧中世纪所有的政治力量都没有强大到能够对整个社会实施全面的控制,当任何政治力量希图攫取更多的政治权力和利益,或者有走向绝对专制的倾向时,反对的力量就会抛出契约的理论来加以限制。在这一过程中,不同立场的理论家们在契约论中注入了诸如自然权利、原始状态等等概念,使得社会契约论不断丰满,才得以产生近代宪法中的社会契约观。

■ 作者简介:揭 梅,武汉大学法学院博士生;湖北 武汉 430072。

■ 基金项目:武汉市东湖高新开发区委托项目(106-239736)

■ 责任编辑:车 英

① 陈思贤:《西洋政治思想史——中世纪篇》,第17~19页。

② 哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,第262页。

③ 陈思贤:《西洋政治思想史——中世纪篇》,第29~30页。

④ 陈思贤:《西洋政治思想史——中世纪篇》,第10页。