

凤凰文库·政治学前沿系列

# CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY

## 宪政与民主

罗伯特·达尔 沃尔特·墨菲 等著  
佟德志 编



凤凰文库  
PHOENIX LIBRARY

凤凰出版传媒集团  
PHOENIX PUBLISHING & MEDIA GROUP  
江苏人民出版社  
JIANGSU PEOPLE'S PUBLISHING HOUSE

凤凰文库·政治学前沿系列

# CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY

## 宪政与民主

罗伯特·达尔 沃尔特·墨菲 等著  
佟德志 编



凤凰文库  
PHOENIX LIBRARY

凤凰出版传媒集团  
PHOENIX PUBLISHING & MEDIA GROUP  
江苏人民出版社  
JIANGSU PEOPLE'S PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

宪政与民主 / 佟德志编.

—南京: 江苏人民出版社, 2008. 8

(凤凰文库·政治学前沿系列)

ISBN 978-7-214-04896-7

I. 宪... II. 佟... III. (I)宪法—研究—美国—民主

政治制度—研究—美国 IV. D971.21—D771.224

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第128731号

- 
- 书 名 宪政与民主  
著 者 罗伯特·达尔 沃尔特·墨菲 等  
编 者 佟德志  
责任编辑 周晓阳  
装帧设计 武迪 姜嵩 许文菲  
责任监制 王列丹  
出版发行 江苏人民出版社(南京市中央路165号,邮编:210009)  
网 址 <http://www.book-wind.com>  
集团地址 凤凰出版传媒集团(南京市中央路165号,邮编:210009)  
集团网址 凤凰出版传媒网 <http://www.ppm.cn>  
经 销 江苏省新华发行集团有限公司  
照 排 南京水晶山制版有限公司  
印 刷 盐城印刷总厂有限责任公司  
开 本 960 mm×1 304 mm 1/32  
印 张 11.75 插页 4  
字 数 340 千字  
版 次 2008年9月第1版  
印 次 2008年9月第1次印刷  
标准书号 ISBN 978-7-214-04896-7  
定 价 33.00 元

---

图书如有印装质量问题,可随时向我社出版科调换。

凤凰文库学术委员会委员 (按姓氏笔画排序)

叶秀山 刘 东 江晓原 许纪霖 杜继文  
李学勤 李 强 汪 晖 张一兵 张海鹏  
陈众议 郭齐勇 洪银兴 钱乘旦

---

凤凰文库出版委员会

主 任 谭 跃  
副主任 陈海燕 吴小平  
成 员 刘健屏 黎 雪 张胜勇 王瑞书 吴星飞  
顾华明 姜小青 黄小初 顾爱彬 刘 锋  
佘江涛 吴 迪 吴 源 胡明琇 章祖德

---

凤凰文库·政治学前沿系列

主 编 许纪霖  
项目总监 刘健屏  
项目执行 蒋卫国

## 出版说明

要支撑起一个强大的现代化国家,除了经济、制度、科技、教育等力量之外,还需要先进的、强有力的文化力量。凤凰文库的出版宗旨是:忠实记载当代国内外尤其是中国改革开放以来的学术、思想和理论成果,促进中西方文化的交流,为推动我国先进文化建设和中国特色社会主义建设,提供丰富的实践总结、珍贵的价值理念、有益的学术参考和创新的思想理论资源。

凤凰文库将致力于人类文化的高端和前沿,放眼世界,具有全球胸怀和国际视野。经济全球化的背后是不同文化的冲撞与交融,是不同思想的激荡与扬弃,是不同文明的竞争和共存。从历史进化的角度来看,交融、扬弃、共存是大趋势,一个民族、一个国家总是在坚持自我特质的同时,向其他民族、其他国家吸取异质文化的养分,从而与时俱进,发展壮大。文库将积极采撷当今世界优秀文化成果,成为中西文化交流的桥梁。

凤凰文库将致力于中国特色社会主义和现代化的建设,面向全国,具有时代精神和中国气派。中国工业化、城市化、市场化、国际化的背后是国民素质的现代化,是现代文明的培育,是先进文化的发

展。在建设中国特色社会主义的伟大进程中,中华民族必将展示新的实践,产生新的经验,形成新的学术、思想和理论成果。文库将展现中国现代化的新实践和新总结,成为中国学术界、思想界和理论界创新平台。

凤凰文库的基本特征是:围绕建设中国特色社会主义,实现社会主义现代化这个中心,立足传播新知识,介绍新思潮,树立新观念,建设新学科,着力出版当代国内外社会科学、人文学科、科学文化的最新成果,以及文学艺术的精品力作,同时也注重推出以新的形式、新的观念呈现我国传统思想文化的优秀作品,从而把引进吸收和自主创新结合起来,并促进传统优秀文化的现代转型。

凤凰文库努力实现知识学术传播和思想理论创新的融合,以若干主题系列的形式呈现,并且是一个开放式的结构。它将围绕马克思主义研究及其中国化、政治学、哲学、宗教、人文与社会、海外中国研究、外国现当代文学等领域设计规划主题系列,并不断在内容上加以充实;同时,文库还将围绕社会科学、人文学科、科学文化领域的新问题、新动向,分批设计规划出新的主题系列,增强文库思想的活力和学术的丰富性。

从中国由农业文明向工业文明转型、由传统社会走向现代社会这样一个大视角出发,从中国现代化在世界现代化浪潮中的独特性出发,中国已经并将更加鲜明地表现自己特有的实践、经验和路径,形成独特的学术和创新的思想和理论,这是我们出版凤凰文库的信心之所在。因此,我们相信,在全国学术界、思想界、理论界的支持和参与下,在广大读者的帮助和关心下,凤凰文库一定会成为深为社会各界欢迎的大型丛书,在中国经济建设、政治建设、文化建设、社会建设中,实现凤凰出版人的历史责任和使命。

## 译者的话

色诺芬(Xenophon)记述了这样一场特殊的诉讼。

公元前406年的秋天,雅典人在一场海战中打了胜仗。但在退兵时,海军十将军<sup>①</sup>却未能收回阵亡士兵的尸体。这在雅典人看来是不可饶恕的,他们大怒而控告他们,十大将则申诉说是因为起了风暴,无法收回尸体。双方争执不下。

作为原告的“人民”提议将此案笼统地交由公民大会投票表决,意在置十将军于死地,而这不符合雅典的法律。在会议上,培西纳克斯(Peisianax)的儿子尤利托勒姆斯(Euryptolemus)及其他一些人均因为违反法律而不赞同这一提议。雅典民众大喊大叫:如果人民想做他们认为是正当的事情但却为那些误入歧途的人从中作梗,那是荒谬的……当一些议员再一次反对这一违宪的提案时,民众的叫喊声再次响起……在民众的压力下,大多数人同意了这一提案,只有苏

---

<sup>①</sup> 另有说法是八大将。参见[英]泰勒:《苏格拉底传》,赵继铨、李真译,北京:商务印书馆,1999年版,第61页。根据吴永泉的注释,被判刑的有十人,但其中一人不在场,一人已死,另有两人逃亡,实际上被判刑的有六人。参见[古希腊]色诺芬:《回忆苏格拉底》,吴永泉译,北京:商务印书馆,1984年版,第5页,脚注。

格拉底(Socrates)坚决反对这一议案。他强调：“不符合法律的事情，他一概不做。”<sup>①</sup>

在这样一场以“雅典人民”为一方，以雅典海军将军为另一方的特殊诉讼中，作为原告的“人民”要求做自己案件的法官。喧嚣的人群置法治于不顾，毫无顾忌地要求民主，他们以嘈杂的叫喊声打倒了每一个人，却无法淹没理性的思考，倔强的苏格拉底成为以“法治”对抗“民主”的最后一人。<sup>②</sup>

这就是色诺芬在《我们时代的历史》一书中讲述的一个案例。案例很简单，但却引起了人们的广泛关注。不但色诺芬在自己的另一部著作中提及此事，而且柏拉图(Plato)、亚里士多德(Aristotle)、阿克顿勋爵(Lord Acton)、哈耶克(F. A. Hayek)、斯东(Stone)、泰勒(Taylor)等人均从不同的角度谈及此事。<sup>③</sup>在西方社会两千多年的文明史中，这一案例在一次又一次的思想反刍中被一遍又一遍地咀嚼，成为人们百读不厌的主题。人们或是直接将它提出来，作为案例来分析；或是把它作为背景，以唤起人们对久远年代的某种记忆。有的时候，人们尽管没有直接提及此事，

---

① Xenophon, *A history of my times Hellenica*, translated by Rex Warner Harmondsworth: Penguin Books, 1978, I, VII, 12-16.

② “苏格拉底只做了一天的主席。第二天，轮到另一人做主席，那人屈服了，十大将含冤而死。[古希腊]柏拉图：《游叙弗伦 苏格拉底的申辩 克力同》，严群译，北京：商务印书馆，1983年版，第69页，脚注。

③ 后来，在《苏格拉底的申辩中》，苏格拉底在为自己所做的辩护中提及此事。参见[古希腊]柏拉图：《游叙弗伦 苏格拉底的申辩 克力同》，严群译，北京：商务印书馆，1983年版，第69页。另外，在《回忆苏格拉底》一书中，色诺芬再次提及此事。参见[古希腊]色诺芬：《回忆苏格拉底》，吴永泉译，北京：商务印书馆，1984年版，第5页。泰勒在所著的《苏格拉底传》亦提到此事。参见[英]泰勒：《苏格拉底传》，赵继铨、李真译，北京：商务印书馆，1999年版，第61—62页。对这一事件的探讨曾被更多的自由主义者提起，如[英]阿克顿：《自由史论》，胡传胜等译，南京：译林出版社，2001年版，第225页；[英]哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来等译，北京：中国大百科全书出版社，2000年版，第二、三卷，第267页。[美]哈耶克：《经济科学与政治——哈耶克政治思想精粹》，冯克利译，南京：江苏人民出版社，2000年版，第338页。



却于无形之中为这一案例提供了一个注解。

霍布斯就曾经明确指出,主权者只有在作为国家公共利益的代表时,才对人民的财产具有最高所有权,主权者如果作为私人利益的代表,就对人民的土地、财产不具有任何权利。主权者如果为了私利而侵害了人民的财产,那么人民就可以到法院,像对待一个普遍的臣民一样对主权者提出诉讼。作为对十将军案的回答,霍布斯指出:“我们既然假设每一个人所做的一切都是为了自己的利益,所以任何人在自己的争讼案件中充当公断人都不相宜。”<sup>①</sup>这与洛克的回答是一致的。洛克在《政府论》一书中亦明确指出:“人们充当自己案件的裁判者是不合理的。”<sup>②</sup>孟德斯鸠尽管没有提及十将军案,但他还是相当肯定地描述过类似十将军案中雅典人的表现:当民主政治原则腐化时,“人民甚至不能容忍他们所委托的人的权力。无论什么事情他们都想自己做,要替元老院审议问题,替官吏们执行职务,替法官们判决案件。”<sup>③</sup>

在当代西方,对这一案例的反思在事实上成为宪政制度的一个基本原则。罗尔斯在《正义论》中明确地做出回答:“法官必须是独立的、公正的,而且不能判决他自己的案子。各种审判必须是公平的、公开的,不能因公众的吵闹而带偏见。自然正义的准则要保障法律秩序被公正地、有规则地维持。”<sup>④</sup>

然而,事实可能并不这样简单。托克维尔在考察美国的民主时就陷入了困顿。他问道:“我认为‘人民的多数在管理国家方面有权决定一切’这句格言,是渎神的和令人讨厌的;但我又相信,一切权力

① [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,北京:商务印书馆,1996年版,第119页。

② [英]洛克:《政府论》,下卷,瞿菊农、叶启芳译,北京:商务印书馆,1964年版,第10页。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,上卷,张雁深译,北京:商务印书馆,1961年版,第112页。

④ [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社,1988年版,第229页。

的根源却存在于多数的意志之中。我是不是自相矛盾呢？”<sup>①</sup>

色诺芬的记述提醒着人们，尽管民主与法治常常相伴而生，但这对孪生子却始终存在着冲突，保持着某种程度的张力。作为基本的制度安排，宪政与民主已经成为西方政治文明的两大支柱。民主制的普遍建立没有消除民主与法治之间固有的矛盾，反而使民主与法治的紧张关系具备了更为重要的理论内涵。美国法学家霍姆斯(Stephen Holmes)指出，宪政与民主之间存在着不可调和的张力，这一张力的存在正是“现代政治思想中的核心神话之一”<sup>②</sup>。

在西方，宪政与民主的选择影响深远，大到政治制度的理论架构，小到违宪审查的程序设计；远到美国制宪会议期间联邦派与民主派的争论，近到2000年大选期间布什与戈尔的诉讼。从一定程度上讲，宪政与民主的均衡是西方政治文明的精神实质，两者的冲突亦构成了它的内在矛盾，这一矛盾又进一步同国家与社会、人民主权与人权、积极自由与消极自由等诸多矛盾联系在一起，塑造了西方政治文明的基本样式。对宪政民主关系的不同认识甚至成为当代西方种种政治思潮的分水岭。无论是居于主流地位的自由主义，还是保守主义，抑或是异军突起的共和主义、社群主义、多元主义等等，都以宪政民主作为理论体系的拱顶石，其他如民主社会主义、新左派、西方马克思主义等政治思潮亦在处理宪政民主关系的问题上形成了自己独特的理论体系。

在传统与现代、权力与权利、宪政与民主等一系列两分法之间，西方政治文明通过冲突的形式达成了内在的均衡。在这里，“国家—社会”的二元分离成为一种基础，民主与法治关系则成为这一分离的

① [法]托克维尔：《论美国的民主》，上卷，董果良译，北京：商务印书馆，1997年版，第287页。

② [美]史蒂芬·霍姆斯：《先定约束与民主的悖论》，载[美]埃爾斯特、[挪]斯萊格斯塔德編：《宪政与民主——理性与社会变迁研究》，潘勤译，北京：生活·读书·新知三联书店，1997年版，第225页。

结论,它向外扩张,显露在政治制度、政治意识、政治行为等三个方面,突出了西方政治文明的二元个性与内在矛盾。以权力的分配与制约、权利的行使与保障为主题的宪政民主制度构成了西方政治文明的核心,它与政治行为、政治意识互为表里,在制度选择上表现为民主与法治之间的冲突与均衡。

宪政与民主的关系反映了西方政治文明在权力的形成与分配、权利的行使和保障等两个维度、多个层面上表现出来的内在矛盾,对它进行认真的理论分析与批判不但有利于我们正确认识西方政治文明的个性特征,而且有利于我们更好地总结西方的经验与教训,为我国的民主法治建设提供智力支持。从实践上看,准确地批判与借鉴西方宪政民主理论,不但有助于正确处理民主与法治的关系,而且对于综合推进公民的有序政治参与和政治稳定,构建以民主、法治为基础的和谐社会都具有重要的意义与价值。因此,研究民主与法治之间的关系,亦有着重要的理论与现实意义。

宪政民主一直是西方政治学理论研究的重中之重,当代西方学术界就宪政民主理论的内在矛盾展开了激烈的争论。不仅像约翰·罗尔斯(John Rawls)、尤尔根·哈贝马斯(Jurgen Habermas)、弗里德里希·哈耶克(Friedrich Von Hayek)、罗伯特·达尔(Robert Dahl)、伊恩·夏皮罗(Ian Shapiro)、萨托利(Giovanni Sartori)这样著名的政治理论家对其予以高度重视,而且像理查德·波斯纳(Richard Allen Posner)、罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)、斯蒂芬·霍姆斯(Stephen Holmes)、弗兰克·米歇尔曼(Frank Michelman)、凯斯·孙斯坦(Cass Sunstein)等一流的法学家也都有相关的著作和论文发表。美国2000年大选后,学术界顶尖的政治学家、法学家,如达尔、波斯纳、德沃金等人纷纷著书立说评判美国宪法在宪政民主关系上的失衡。享誉政治学界的《政治理论》杂志在2001年围绕哈贝马斯提出的宪政民主冲突论进行了专题讨论。然而,国外学者看问题的

立场、视角以及态度与我们并不一样,对这样一个重要问题运用马克思主义的基本立场、观点和方法进行自觉的分析十分重要。

中国语境下的宪政与民主关系常常表现为民主与法治的关系。从中国政治体制改革的角度出发,我国学术界存在民主与法治“和谐共生”和“冲突均衡”两种不同观点,并有“民主为本”和“法治优先”两种不同认识,一些学者还提出了“法治民主”的政治体制改革思路。政治学界的王惠岩、张贤明、麻宝斌、李景鹏、毛寿龙、潘维、唐士其、包亚军、肖滨等人以及法学界的张文显、信春鹰、郭道晖、季卫东、林广华等人均发表过专门论述民主与法治关系的文章,提供了重要的前期研究。然而,以上研究一般都以中国为目标,或者是从总体上论证民主与法治的关系,西方经验只是作为参照系,并没有做重点考察。实际上,相关研究成果在国内学术界仍然比较少见。根据对学术期刊数据库(CNKI)的不完全统计,从1979年到2006年,在篇名中出现“宪政”与“民主”字样的论文仅有145篇,其中,以西方为研究对象的不足10篇。

编者试图在这一领域译介一些西方的成果,以改进这种认识上的不足。2006年,编者出版了在博士论文基础上完成的《在民主与法治之间——西方政治文明的二元结构及其内在矛盾》一书,由人民出版社出版,总体介绍了西方宪政与民主之间的复杂关系,除此之外,编者还翻译完成了达尔在2001年出版的《美国宪政的民主批判》一书,即将出版。编者相信,这些成果的问世必将进一步推动我国学术界对西方宪政民主理论的准确认识,为借鉴西方政治文明的优秀成果做出贡献。

为了加强国内学术界对宪政与民主制度架构,尤其是宪政与民主关系的认识,我们特编译此部文集。本辑论文从宪政与民主的源流与理论出发,对美国宪政民主制度的结构与逻辑进行了审视。全书共分为两篇,上篇为源流篇,下篇为理论篇。上篇主要从历史角度

清理了美国宪政民主制度发展的源流,下篇主要从理论的角度论证了宪政民主制度的结构。

源流篇选取了麦迪逊、杰斐逊、伍德、达尔、胡克等人的论文,以美国制宪革命时期、改革时代、2000年大选等重要的历史阶段为背景,重点考察了美国宪政民主制度形成过程中人们对宪政民主制度内在矛盾的思考。在美国宪政民主制度的形成过程中,宪政与民主之间就存在着张力,而美国宪政民主制度不断发展的历史就是人们根据时间、地点的变换不断地调整这一张力的结果。

理论篇选取了哈贝马斯、墨菲、沃尔德龙、孙斯坦、贝拉米等人的论文,从政治哲学的高度对宪政民主制度的结构与逻辑进行了论证,并揭示了其内在的矛盾与张力,重点放在了对宪政民主制度的理论审视上。宪政民主制度是西方政治二元个性的一个典型反映,它是在国家与社会、人民主权与人权、公共自治与个人自主等一系列二元冲突观念之间的一个均衡。

佟德志

丁亥岁首

# 目 录

译者的话 1

## 源流篇

我们的宪法 3

宪法的民主缺陷 15

民主与宪法 20

制宪者未知的世界 39

民主与司法审查 68

法院至上——布什诉戈尔以及对民主的司法攻击 113

宪政民主与美国政治文明的二元个性 133

## 理论篇

宪政民主：矛盾诸原则之间的一种悖谬联结？ 157

死的权利，活的未来——对哈贝马斯“宪政民主”的回应 174

船与原则——对哈贝马斯“宪政民主”的思考 192

普通法、大陆法与宪法民主 205

论法治国家与民主之间的内在联系	227
司法审查与民主的条件	237
无法律之秩序	263
司法审查、民主与法官的特别资格	283
宪政与民主——政治理论与美国宪法	298
民主失败与法治规制——西方宪政民主理论的内在逻辑	328
附录一 进一步阅读书目	352
附录二 作者简介	360

# 源流篇

---



