
全国外国法制史研究会学术丛书

20世纪西方 宪政的发展及其 变革

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D911.02
2

全 国 外 国 法 制 史 研 究 会 学 术 丛 书

20世纪西方 宪政的发展及其 变革

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

20 世纪西方宪政的发展及其变革/何勤华主编.

—北京:法律出版社,2005.7

(全国外国法制史研究会学术丛书)

ISBN 7-5036-5689-1

I. 2… II. 何… III. 宪法—研究—西方国家—20 世纪
IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 065842 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/18.125 字数/446 千

版本/2005 年 7 月第 1 版

印次/2005 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5689-1/D·5406 定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

2004年9月20日至23日,由山西大学法学院与华东政法学院联合举办的全国外国法制史研究会第十七届年会在山西太原山西大学法学院隆重召开。来自全国50余个高校、科研机构、出版单位的90多名专家学者济济一堂,以“20世纪西方宪政的发展及其变革”为主题,就20世纪西方宪政的基本走势、20世纪西方立宪主义之曲折与回归、论宪法在私法秩序内的意义、各国宪法变迁方式比较、西方分权制衡说史考略、试析议会主权原则在现代西方的发展变化、《独立宣言》的思想渊源及理论创新等问题展开了热烈的讨论并进行了深入的学术交流。这次会议的成果,就是摆在读者面前的这本《20世纪西方宪政的发展及其变革》。

众所周知,宪政是现代文明国家的政治基础。没有宪政或者宪政制度不完备,我们的经济生活就无法正常进行,公民的基本权利就得不到保证,文化、思想、学术等创造性活动就不能展开,社会的民主、平等、自由也无法实现。

就世界范围而言,现代宪政,无论是其思想观念,还是具体制度,都源自近代西方,尤其是以法、德两国为首的大陆法系,和以英、美两国为首的英美法系的宪政成果,如三权分立,如总统制、内阁制、联邦制、议会制、违宪审查制,如公务员(文官)制,如依法行政,如国家赔偿,如人权保障,如正当程序,如司法独立,如平等选举,如全民公决,如行政救济与行政诉讼,等等。

而近代西方创造的上述宪政成果,在过去的一百年中,在西方各

20 世纪西方宪政的发展及其变革

国又获得了进一步的发展。宪政理念进一步普及,宪政制度进一步完善。而总结 20 世纪西方宪政的发展及其变革的经验,对正在建设新的宪政制度的中国而言是极为有价值的。本书虽然没有能够对西方宪政的发展和变革进行全面的反思和总结,但通过对欧洲宪政的变化、美国宪政的变革、日本及亚洲国家宪政的进步,以及非洲各国宪政的演变四个角度的切入,展开较为充分和深入的学术讨论,为中国当前宪政的发展提供了借鉴。

20 世纪 80 年代中国实行改革开放以来,我们的宪政,从思想观念,到理论研究,到制度设计,都有了长足的发展。西方宪政的各项成果,除个别外,几乎都在学术界的研究范围之内,都在制度设计者的考虑之中,都在民众的关心参与之列。但是,作为一个有着二千多年专制集权历史传统的国家,作为一个经历了近百年吸收、引进和消化西方宪政的过程但又不很成功的国家,在中国要真正确立起现代宪政的理念和制度,还要做许许多多的事情,其中,就包括了关注、研究并借鉴西方最近一百年宪政发展和变革的经验。

本书除了刊登胡桥、刘守刚、方立新、徐钢、叶秋华、刘艺工、曾尔恕等撰写的 23 篇围绕上述主题的专业论文之外,还收录了《法兰克王国的王权论略》(李秀清)、《意大利地区自治制度的宪法变革》(冷霞)、《清末民初关于责任内阁的理解、运用与争论》(肖光辉)、《充满爱恋、挣扎和希望的这方热土:以吴经熊〈超越东西方〉为个案看中国宪政的历程》(谌洪果)、《知情权的法律保障——20 世纪信息公开立法情况简析》(孟红)、《20 世纪国家赔偿理念的制度化模式与时代走向》(季金华)等 9 篇专题论文,它们进一步从历史、比较以及现代宪政的拓展之角度,展开了对西方宪政这一主题的研究。

本书的编辑,一如本研究会学术丛书的前四卷《法的移植与法的本土化》、《20 世纪外国经济法的前沿》、《20 世纪外国司法制度的变革》、《20 世纪外国民商法的变革》(由法律出版社分别于 2001 年、2002 年、2003 年、2004 年出版)的惯例,在主题论文和专题论文之

外,还设置了论点精粹和附录等部分,以扩大本书的信息量和丰富本书的内涵。

本书的编辑,仍由本研究会秘书处承担,负责具体编辑工作的是李秀清教授、冷霞博士、胡建会和胡骏硕士,同时,华东政法学院外国法制史专业的颜晓闽、彭扬、施春强、陈芳洲等硕士也参与了本书的编辑工作。西南政法大学杨联华教授则为本次年会写下了热情洋溢的综述。由于我们的学术水平和专业知识有限,编辑中可能存在各种问题和缺陷,此点还望各位原作者鉴谅。

本次年会得以顺利圆满地举行,得益于山西大学法学院以及其领导王继军院长等的大力帮助和支持;本书的出版,得到了本研究会之挂靠单位华东政法学院的学会活动经费的资助,也得到了法律出版社黄闽社长总编和法学学术中心蒋浩主任的全力支持,本书的责任编辑刘伟俊老师则为本书的编辑出版倾注了大量心血。在此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海 华东政法学院

2005年元旦

目 录

序

一、主题论文

- 3 胡桥/20 世纪西方宪政的基本走势
- 17 刘守刚/20 世纪西方立宪主义之曲折与回归
- 36 方立新 徐钢/论宪法在私法秩序内的意义
- 58 汪全胜/宪法变迁方式比较——兼评我国的宪法修改
- 70 王铁雄 袁兆春/西方分权制衡学说史考略
- 87 叶秋华 柴英/试析议会主权原则在现代英国的发展变化
- 100 项焱/论 20 世纪以来英国议会主权原则受到的挑战
- 124 周子良 王志林/自由与平等:在英国宪政史中的关系及其
演进——从压力集团谈起
- 139 刘艺工/试论 1982 年加拿大宪法
- 150 曾尔恕/试论《独立宣言》的思想渊源及理论创新
- 175 程波/论美国对抗性宪政文化及其在 20 世纪的发展变革
- 196 毕竞悦/版权保护期限的合宪性之争——从美国 1998 年
《松尼·波诺版权期限延长法案》谈起

— 20 世纪西方宪政的发展及其变革

- 206 赵玉意 / 罗斯福新政以后美国联邦最高法院司法审查制度评析
- 220 甘正气 / 《日本国宪法》和平性的消失
- 232 赵立新 / 德国冯·斯坦因的宪政思想与日本明治宪政
- 246 韩君玲 / 关于日本最低生活保障的宪法上的生存权之历史考察
- 268 [日]田村重信 / 20 世纪后期的日本政治变革与法律制度
(李伟群编译)
- 277 简海燕 / 日中宪政近代化成败原因分析
- 290 胡建会 / 大欧洲的新里程碑——解读欧盟宪法条约草案
- 311 夏新华 / 美国宪政主义与 20 世纪非洲宪政的发展
- 324 刘姗姗 / 南非：人权如何从宪政模式的整合中寻求支撑
- 337 张怀印 / 英美宪政模式对尼日利亚宪政的影响
- 352 胡骏 / 南非宪政转型的历史考察

二、专题论文

- 367 李秀清 / 法兰克王国的王权论略
- 384 冷霞 / 意大利地区自治制度的宪法变革
- 404 肖光辉 / 清末民初关于责任内阁制的理解、运用与争论
- 419 谌洪果 / 充满爱恋、挣扎和希望的这方热土：以吴经熊《超越东西方》为个案看中国宪政的历程
- 445 孟红 / 知情权的法律保障——20 世纪信息公开立法情况简析
- 459 徐静琳 / 中西法文化的融合与中国行政法的变革
- 470 季金华 / 20 世纪国家赔偿理念的制度化模式与时代走向
- 485 姚秀兰 / 论我国台湾地区户籍制度及其借鉴

- 498 李文祥/分权原则的理论基础与制度变迁
 510 [日]畠山武道/美国环境法的动向(曲阳编译)

三、论 点 精 粹

- 523 蒙振祥 潘北枝/20 世纪西方四国宪政的发展与变革
 527 孔玲/宪政内涵实质的历史与理论分析
 530 马聪/分权制衡思想的理论与实践
 532 杨联华/20 世纪西方宪政的发展及其变革
 534 巫晓青/关于联邦制的初步思考
 536 苗金春/西方宪政的主题
 539 李求轶/人权与宪政——以人权入宪为主线
 541 蒋岩波/澳大利亚宪法制度
 546 郑祝君/现代美国宪政理论的发展:从纯粹自由主义朝制度主义的转向
 549 刘道强/试论美国宪法的灵活性:以州际贸易条款的演变为视角
 553 孟昭容/宪法宪政和基本人权——谈对英美两个宪法性法律文件的看法
 555 李延铸/美国宪法“贸易条款”及其州际经济的趋同
 558 张飞舟/“国际宪法”——欧洲宪政一体化进程中的新事物
 560 张振国/从“五五宪草”到“中华民国宪法”

四、附 录

- 565 全国外国法制史研究会第十七届年会综述(杨联华)
 569 2003 年度全国外国法制史研究会优秀论文名单

—

主题论文

20 世纪西方宪政的基本走势

胡 桥

当历史尚处在 19 世纪末时,全世界无产阶级的革命导师马克思和恩格斯就已宣告,资本主义只要进入到帝国主义即垄断阶段就逃脱不了腐朽、没落和灭亡的命运。随着 20 世纪的到来,垄断资本主义也如期而至。伟大导师们的预言没有失灵,西方世界的噩耗接连不断,先后爆发了两次世界大战、两次大的经济危机,更重要的是作为代替资本主义的新生力量——以苏联为首的社会主义阵营在“二战”后终于形成了。种种迹象表明,资本主义气数已尽!然而,到了 20 世纪中后期,资本主义在垂死挣扎中竟然起死回生了。人们不禁要问,是什么神奇的药方挽救了濒临死亡的资本主义?也许我们很难找出一份单独的药方,但是有一点是明了的,即宪政是其中的灵丹妙药之一。如果从宪政对于西方国家和社会的贡献来看,把 20 世纪称做西方的宪政时代并不过分。在这一百年里,西方宪政由“虚”走向“实”、由少数人的工具变为大多数人的武器,最终发展成为当今世界一股难以阻挡的历史大潮。站在 21 世纪的门口,回顾刚已逝去的 20 世纪,反思西方宪政走向成功的内在原因、总结其中的经验教训、把握这股潮流的基本走势,对于正在迈向宪政的中国人民来说,显得极为迫切。本文主要从宪政思想角度,对于西方宪政的大致走向发表以下粗浅看法。

一、社会:基本立场和根本动力

20 世纪的西方宪政为何能够成为拯救资本主义的灵丹妙药?为何能够发展壮大?关键在于宪政给西方社会带来了秩序、公正和

效率,使资本主义制度的弊端得到了一定的根治,使广大劳动人民看到了一些希望,因而极大地缓解了日益激化的社会矛盾并给西方国家带来了稳定和繁荣。归根结底,宪政为西方社会的大多数人带来了福利。宪政之所以具有如此神奇的功效,源于其内在的品质和为社会大众服务的基本立场。“宪政作为一种制度,其目的不仅是要防止专制、暴政对个人生命、自由的践踏,保护个体的尊严和价值,保证民主制度的运转安全、理性和可预测,而且还要为人民过上美好的生活提供机会、创造条件、排除障碍、解决难以预见的社会问题,以及随之而来的各种冲突,创造人民的思维习惯,改变人民的生活方式,造就社会的理性文化,促进公民良好性格和美德的形成。”^①可见,宪政和宪法是不同的东西。具体说,“宪法是法律的一种,属于‘社会规范’;宪政是政治制度的一种,属于‘制度’这个范畴。宪法存在于宪法文件中,是纸上的东西;宪政存在于现实生活中,是在实行的东西”。^②因此,宪政是宪法的行动,是一种具体的生活方式,是社会的稳定器。当一个制度能为大多数人带来好处的时候,这个制度便赢得了存在的合理性及合法性,这就是资本主义为什么没有灭亡的根本原因,同时也是西方宪政不断发展的根本动力。

所谓基本立场就是宪政的立足点和出发点,笔者认为社会的基本立场就是最大多数人的立场。边沁说:如果一个行为能引起多数人的快乐而只给少数人带来痛苦,该行为就是国家应该做的。^③边沁的话道出了功利主义是这种社会立场的思想根基。然而,这种社会立场的确立绝不是偶然的,它既是现实需要的产物,也是历史变迁

① 消泽晟:《宪法学——关于人权保障与权力控制的学说》,科学出版社 2003 年版,第 423 页。

② 李步云:“宪政与中国”,载《中国宪法学精粹》,机械工业出版社 2002 年版,第 56 页。

③ 严存生主编:《新编西方法律思想史》,陕西人民教育出版社 1996 年版,第 198 页。

和宪政思想理论发展的结果。

(1)从现实角度看,20 世纪上半叶,西方国家为了解决失业、贫困、饥饿、两极分化、劳资矛盾等严重的社会问题,不得不重视大多数人的利益,并对整个资本主义制度进行修正,最终由行政国家走向福利国家。其中,法律制度上的最大变革是,由个人本位转为社会本位。宪政立场也随之转向社会,即把保障广大劳动人民的基本权利作为宪政的基本立场。从此,西方各国站在社会的基本立场上制定和实施了大量保障大多数人利益的法律。美国 1917 年的第 13 条及 1976 年的第 23 条宪法修正案都是旨在保护社会利益的。从 1914 年的《克莱顿法》、1932 年的保护劳工利益的《诺里斯—拉瓜迪亚法》、1935 年的《国家劳工关系法》、到 1935 年颁布的《社会保障法》等都是有关经济与社会性的法律。法国也于 1945 年制定了《社会保障法》。而德国 1919 年的《魏玛宪法》更为典型,它完全以社会为本位,扩大和加强了对社会经济权利和劳工利益的保障。1946 年的日本宪法,以限制政府的权力、保障全体国民的权利为宗旨,极大地体现了人民民主的思想。随着大量社会性法律的出台,在西方世界,大批穷人、黑人、还有妇女等弱势群体的人权得到了基本保障,宪政因而逐渐获得了最大多数人的支持。可见,西方宪政由最初的个人本位到社会本位从中折射出其基本立场的发展轨迹是,从小写的人到大写的人,由少数人到大多数人。

(2)从历史角度看,1215 年英国的《大宪章》只是贵族和英王达成的协议,1628 年的《权利请愿书》就成了整个富裕阶层以议会为堡垒同国王斗争的成果,1787 年的《美国宪法》中的人民指的是整个资产阶级,还不包括黑人、妇女和无产者,而 1789 年的法国《人权宣言》所指的人民已超出了资产阶级的范围。可见,在十七八世纪,西方宪政主要代表的是贵族和富有的资产阶级的利益,这时宪政仍站在少数有产者的立场上。到了 19 世纪,随着资本主义的迅速发展,资产阶级队伍也日益壮大起来,宪政范围才逐步扩展到所有成年男子、妇

女和非白人种族。随着第一次世界大战的结束和第一个社会主义国家苏联的建立,西方社会民主情绪普遍高涨,宪政开始被全面包裹上大多数人的外衣。但是这时候穷人、黑人、妇女等弱势群体的权利并没有得到重视。直到第二次世界大战后,西方宪政在各种因素的作用下才逐步站到最大多数人的立场上。20 世纪 90 年代,随着苏联解体和东欧各国的剧变,西方自由主义的宪政思想开始在全世界复苏。这标志着西方宪政不仅取得了国内大多数人的拥护,而且已开始走向世界。

(3)从宪政的思想和理论角度看,首先,社会的宪政立场是西方传统的平等对待价值观的直接反映。平等与自由、人权同是十七八世纪资产阶级革命时的基本价值目标,它的核心就是普遍关注所有人的基本权利。正是这种平等对待的理念支撑着最大多数人的宪政立场。平等对待已成为现代宪法的基本内容,“在今天所有实行宪政的国家内,宪法在原则上不分种族、性别、财富或教育程度,对所有公民的基本权利予以平等保护,使之不受国家法律的歧视或侵犯”。^①如果没有平等观,宪政就不可能贯彻于社会的方方面面,也就不会取得全社会的认同和支持。其次,任何行动都离不开理论的支持,社会立场的确立就是西方新宪政理论的产物。20 世纪初,戴雪在哈佛大学讲演时说:“现在盛行的理论……已经越来越有力地倾向于集体主义。作为当然的结果,到 1900 年,放任主义的理论……已或多或少地失去了它原有的地位”。^②人们永远不会忘记耶林“为权利而斗争”的名言、埃利希的法律发展的重心在于社会本身的论断、狄冀的“社会连带”主义、庞德的“社会工程”理论等。在这些法社会学思想的影响下,诞生了新宪政理论,即“宪政理论与宪政实践应当超越对

① 张千帆:《西方宪政体系》(上册),中国政法大学出版社 2000 年版,第 4 页。

② [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军、洪德、杨静辉译,中国政法大学出版社 1989 年版,第 195 页。

专横地行使政治权力加以限制的古典主张,需要从批判的怀疑主义转向思考一个良好的社会如何得以维系、一种良好的政治体制如何通过制度设计在经济效率与公民精神两个方面加以构建”。^① 这一切都为宪政的社会立场提供了直接的理论支撑。

由以上可知,20 世纪西方宪政之所以能取得成功,关键在于它保障了最大多数人的基本人权。尽管最大多数人并不等于全体人民,但是,只要能使多数人的利益得到保护,那么,这种有缺陷的宪政总比迟迟不能兑现的“完美”宪法真实的多吧! 因此,宪政的基本立场决定了人心向背,同时也决定了其前途和命运。具体说,20 世纪西方宪政发展与变革的根本动力正是来源于这种最大多数人的基本立场,而受益的最大多数人反过来又成为推动宪政的强大动力。这样,社会就成为 20 世纪西方宪政的基本立场和发展的根本动力。总之,综观 20 世纪,社会是贯穿于西方宪政的一条主线,而从动态角度看,整个 20 世纪的西方宪政表现出了一种社会化的发展趋势。

二、人权:变革的轴心和根本原因

考察百年来西方宪政的变迁史可知,20 世纪的西方宪政无论怎样发展与变革,万变不离其宗,其自始至终都紧紧围绕着一个基本的轴心,即人权。从宪政的内容看,无论是平等权、生命权、健康权、自由权、财产权、参政权、工作权等传统人权,还是生存权、发展权、和平权、环境权、太空权、受教育权、生育权、社会权、经济权、文化权、网络权等新兴权利;无论是个人人权,还是集体人权;从宪政活动看,无论是政治立宪、经济立宪或知识立宪,还是控权、保权;也无论是宪法诉讼,还是违宪审查,虽然,权利种类花样翻新,令人眼花缭乱,宪政活动形式多样,让人难以把握,但是,再变也都未脱离人权这个轴心。也就是说,西方一个世纪的宪政发展与变革并非杂乱无章、放任自流

^① 李龙:《宪法基础理论》,武汉大学出版社 1999 年版,第 292 页。

的结果,而是以人权为轴心,有目的、有计划奋斗的产物。

众所周知,自由、平等、人权、财产同为资产阶级革命时的基本价值目标,那么为何西方宪政唯独只将人权作为其发展与变革的轴心?要回答这个问题,就必须追溯人权的历史。资产阶级当初为何要革命?就是因为他们没有做人的基本权利,而且要整日受到封建主的盘剥,生存得不到保障。因此,为了实现做人的基本资格,过上体面幸福的生活,他们就要同封建主斗争,就要推翻封建统治。可见,人权是资产阶级当年革命的首要目标。只有实现了做人的基本权利,才可以谈到平等、自由和财产。革命胜利后,资产阶级必须把革命时的人权口号付诸实施,否则,他们就失去了革命的意义。这样,人权必然成为西方宪政的首要或核心的目标,以人权为宪政发展与变革的轴心便是资本主义发展的必然选择。以人权为轴心就是以人为本,也就是以资产阶级自身为本。只不过进入 20 世纪后,随着社会变迁,这里的“人”由小写的资产阶级变为大写的最大多数人了。当然,最大多数人中也包括资产阶级在内,只是在他们的外围挤进了广大劳动人民。可见,以人权为轴心说到底还是以资产阶级为中心,劳动人民只是在客观上得到了一定的实惠而已。但是,无论资产阶级出于何种动机和目的,广大劳动人民从宪政中已得到实惠,这的确是一个不争的事实。也许当我们在讨论宪政问题时本来就不应该从意识形态角度去分析,而应从实证角度去考察宪政的实效,也就是中国人的一句俗语:“不管白猫黑猫,逮住老鼠就是好猫”。因为,宪政本来就是一个实证的概念。总之,以人权为轴心实际上是资本主义思想传统的必然逻辑。

在西方宪政的实施中,由少数人的人权到多数人的权利,再到普遍人权,由国内人权到国际人权,由虚假的人权到真实的人权,由政治权利到经济权利,这是一个漫长而曲折的变迁过程。在 17 世纪资产阶级革命时期,当格老秀斯首次提出“人权”概念,洛克、霍布斯,尤其是孟德斯鸠进一步发展人权理论之后,这时的人权只是一种追求