

日 本 法 学 著 作 译 丛

肖贤富 主编

宪 法 的 历 史

——比较宪法学新论

[日] 杉原泰雄 著

吕 昶 译
渠 涛

肖 贤 富 校

社会科学文献出版社

Kenpo no Rekishi

by Yasuo Sugihara

Copyright (C) 1996 by Yasuo Sugihara

Chinese translation copyright (C) 1998 by Social
Science Documentation Publishing House.

Originally published in Japanese by Iwanami Shoten,
Publishers, Tokyo, 1996.

根据日本国岩波书店1996年版译出

肖贤富

总 序

现代日本法经历了漫长而又曲折的发展过程，使之成为当今世界较为完备而又有效的法律制度之一。它具有集大陆法系和英美法系之所长，并充分反映本国的社会实际和注意保持东方传统法律文化的优点，适应现代化建设的需要，符合本国的国情，对日本政治经济的发展、科学技术的振兴和社会生活的稳定起到了规范、推进和保障的作用。日本的学者对其法律制度进行潜心的研究，揭示其发展变化的历程，阐明其基本内容及其特点，形成了自己的法学理论和学派。

当前，我们的国家正在为实现依法治国，建设社会主义法治国家而奋斗。它不仅需要完备的立法、公正的司法，从一定的意义而言，更需要观念的更新和它赖以建立的法学理论基础。也许为此需要我们几代人的努力。但是，科学、准确地借鉴外国法及其理论上有益的知识，对于促进法治国家的建设，繁荣我国的法学研究，无疑会起到一定的积极的作用。正基于这一目的，我们精选并翻译了这套《日本法学著作译丛》，分期予以出版。

这套丛书的首批出版，得到了日本国际交流基金的资助，在此谨表谢意。

这套丛书难免会有不足或者不当之处，惠请读者斧正。

1999年6月于北京

中文版前言

本人撰写此书旨在明确两个问题。

第一，首先是人类在近代以前，以及近、现代的各个历史阶段经历了何等艰难困苦的历程，又怎样通过宪法的制定和改革去克服它；其次是在第二次世界大战后的今天，人类需要解决什么样的难题。宪法作为规范政治和社会基本形态的基本法，对解决未来时代政治上和社会上的难题具有开具处方的意义。因此，轻视它就意味着轻视人们在历史上做过的努力，从而难以避免历史性失败的重演。但宪法作为一剂处方开出的依据，只能是过去失败的教训，所以，它又具有难以处理新难题的局限。而宪法学的作用正是在于正确地认识这些难题，并在此基础上指出准确地利用宪法手段解决难题的必要性。

第二，要将在历史的各个阶段引进使用的宪法基本词汇的概念加以明确。因为，即便是使用同样的基本词汇，在宪法的原理或时代发生了变化时，其概念也会随之变化。例如，法国近代宪法与普鲁士1850年宪法中的几乎所有的基本词汇在概念上都不同，这正是因为二者在宪法原理上存在差异。又如，从近代到现代，由于国民的宪法意识发生了变化，所以在同样的资本主义国家也在发生概念上的变化。如果对历史的各个阶段引进并区分使用过来的宪法基本词汇的概念不能依据宪法的历史事先予以界定，就很难形成一种无法对执政者错误地解释、运用宪法（这还要根据对基本词汇的概念的误用、恶用的方法而定）进行批判的

局面。

基于上述目的写成的这本《宪法的历史》，继在韩国出版后，此次承蒙中国社会科学院法学研究所日本法研究中心组织翻译得以在中国出版，作为本书的作者我感到十分荣幸。在此，我首先从日本法研究中心各位研究人员诚恳的治学态度上完全信任他们的学识和对日语的理解能力，并感谢此书中文版的主编肖贤富先生，以及具体负责此书翻译的吕昶先生、渠涛先生；其次还要向在专业图书出版较为困难的今天能够承接此书出版的中国社会科学院社科文献出版社表示谢意。

最后，本人衷心地期望此书能为日中两国之间加强学术文化交流作出一些微薄的贡献，若能如愿将不胜欣慰。

杉原泰雄

骏河台大学法学部长
一桥大学名誉教授
日本学术会议会员

目 录

第一章 绪 论	1
第一节 人类历史进程中的一个特点	1
一、制定社会规则的宪法	1
二、两个课题的综合探讨	3
第二节 为什么要学习“宪法史”	7
一、处在第三个历史转折期的当代	7
二、对目前宪法政治职能的质疑	9
三、日本学习宪法史尤为重要	10
第三节 宪法原理在历史及社会中的相对性	12
一、宪法原理随着时代变化	12
二、宪法原理在同一社会中的相对性	13
三、宪法原理的变化与宪法基本用语的概念 （内容）变化的同步性	15
第二章 近代宪法的三种基本类型	18
第一节 近代立宪主义型的市民宪法	19
一、法国大革命的结构	19
二、资产阶级的宪法构想——近代 立宪主义型市民宪法	21
第二节 外表性立宪主义型的市民宪法	39

一、德国的情况——1850年普鲁士宪法	39
二、日本的情况——1889年大日本帝国宪法	52
第三节 民众的宪法思想	66
一、瓦尔莱的宪法设想	67
二、“巴贝夫密谋”的宪法设想	76
第四节 三种宪法设想的关系	82
第三章 近代立宪主义型市民宪法的明与暗	83
第一节 近代立宪主义型市民宪法的光明	83
一、摆脱封建体制	83
二、国民与权力的新型关系的出现	83
三、保障资本主义的发展	84
四、文学、艺术和科学的发展	85
第二节 近代立宪主义型市民宪法的暗淡	87
一、性歧视	87
二、“自由放任”的体制及其现实	88
第三节 多种多样的社会主义思想和阶级斗争	95
一、多种多样的社会主义思想时代	95
二、19世纪后半叶的阶级斗争	96
第四章 1871年巴黎公社及其宪法设想	99
第一节 引言	99
第二节 巴黎公社宪法设想的特色	100
一、充实人权保障的设想	101
二、走向社会主义的意图	104
三、“人民主权”的原理和充实的地方自治	105
四、军事小国主义	107
五、廉价国家	108

六、宪法设想的历史意义	108
七、巴黎公社和“革命政府”问题	109
第五章 现代市民宪法	113
第一节 现代市民宪法的出现	113
第二节 现代市民宪法的新的对应	114
一、社会国家（福利国家）的对应——对经济自由权的积极限制和“社会权”的引进	114
二、加强参政权的保障	118
三、明文禁止性歧视	120
四、传统的人权保障的强化	121
五、从“议会主义”到“议会制民主主义”	123
六、权力分立制的改观	128
七、加强地方自治	134
八、军事问题的对应	138
九、现代市民宪法为保障人权和民主主义的条件	139
第三节 两种现代市民宪法	141
第六章 苏联、东欧型社会主义宪法与民众的宪法思想	146
第一节 引言	146
第二节 苏联、东欧型社会主义宪法和巴黎公社的宪法设想	147
一、在“人民主权”上对应的差异	147
二、保障市民权利的异质性	151
三、在军事问题上对应的差异	155
四、“党的国家化”的问题	156
五、小结	160

第三节	苏联、东欧型社会主义宪法体制的 崩溃和民众宪法思想.....	161
一、	民众宪法思想的可能性.....	161
二、	苏联、东欧型社会主义的崩溃及其以后.....	161
第七章	从宪法观点看“今天”的课题.....	164
第一节	引言.....	164
第二节	“今天”的主要课题.....	165
一、	为消除近代宪法留下的暗淡面而继续努力.....	165
二、	解决战争和军备的问题.....	166
三、	解决“南北问题”.....	182
四、	加强议会制民主主义.....	184
五、	“今天”人权保障的课题.....	188
六、	民众的宪法思想和社会主义宪法.....	191
第三节	作为“第三转折期”的“今天”.....	192
参考文献	194
作者后记	198
译者后记	199

第一章 绪 论

第一节 人类历史进程中的一个特点

一、制定社会规则的宪法

在人类的历史进程中有一个不可忽视的特点，这就是人类在不断地为共同生活制定规则。特别是近代以来，人类以国家为单位的各个历史阶段，每走过一个艰难困苦的里程，都要通过宪法来制定为克服困难所需要的新规则，以此来继续人类的发展；每经历一段苦难深重的生活，都要通过宪法来确定为消除苦难所需要的新的政治及社会的基本形态，从而进入新的历史阶段。

首先，封建社会是由特权身份和非特权身份构成的等级身份社会。在这种社会，只有极少数有特权等级身份的人才有权利、才是自由人；而没有特权等级身份的大部分是农民，他们被束缚在土地上，无论居住、迁徙的自由还是选择职业的自由都得不到承认，简直就是“农奴”。到了封建社会的末期，国家权力被视为由国王直接从神的手中接受过来，成为国王的所有物，甚至可以用“朕即国家”来说明其地位的存在。这就是由

“王权神授说”而来的所谓“家产国家论”。在这样的社会里，人们认为国民只能绝对服从王权，反抗或拒绝服从王权都是犯罪，甚至做这种事就应该被处以死刑，所以，不具备特权等级身份的国民几乎不可能过上像人一样的生活。这些不具备特权等级身份的人们为能过上像人一样的生活而奋斗的历史始于近代市民革命。在这个革命的过程中，等级身份制度、封建所有制和君主主权被否定，如后所述，开始出现了以人权（特别是自由和形式上的平等）、国民主权和以权力分立为原理的近代立宪主义型市民宪法。

其次，如后详述，第一次世界大战结束后又出现了以魏玛宪法（1919年）为代表的现代市民宪法和苏联型的社会主义宪法，它们取代了以前的近代市民宪法。这些宪法特别要解决的是，在近代市民宪法之下曾经出现的诸如导致平均寿命缩短的低工资、长时间劳动（雇佣劳动者的“人的异化状态”）和性歧视等问题。

特别是在近代以后，人类就是如此地用宪法制定新的规则来改变艰难困苦的生活环境，从而谋求不断发展。在这种意义上，也可以说宪法是对历史各阶段的生活经验进行了批判性的总结。从这一点来看，轻视宪法就有可能使“历史的车轮倒转”，由此则难免导致艰难困苦的生活再现。

在欧洲末期的封建社会里所采用的是基于王权神授说的君主主权。王权神授说的观点是，国王的权力直接由神授予，国王以神在人世间的代理人身份行使王权，而行使王权只对神负责。为路易14世完整地提出这种观点的是当时的太子（后来的路易15世）的家庭教师波舒哀（Jacques Bénigne Bossuet, 1627~1704年）。尤其是在他的《圣书政治学》等著作中，一方面认为尽管国王是神在人世间的代理人，也必须服从神法和自然法，但另一方面又认为神法和自然法的最终解释权属于国王，对于国王认为是在并不违反这些法的情况下做出的事情，国民必须绝对服从。而当国王违反这些法而滥用权力时，将最终通过神对他的裁判，受到严厉的惩罚。

指第一次世界大战后的德意志共和国宪法。——译者

二、两个课题的综合探讨

（一）两个课题

从宪法是对充满苦难的生活经验的批判和总结这一点来看，有关宪法的问题始终要从以下两个层面进行探讨。而宪法的学习和研究也必须从这两个层面展开，并且要将两者综合起来进行。

1. 作为规则问题的宪法问题

无须赘言，所谓“宪法解释论”，就是要明确在宪法中用什么制定政治的及社会的规则，以及宪法条文的意义和与之相关的宪法政治是否可行的问题。例如，在明确日本宪法第9条规定的“放弃战争”是什么样的规则的时候，自然就要涉及到自卫队和驻日美军是违反宪法还是符合宪法这样的具体问题。特别是在日本出版的有关日本宪法的专著或讲义基本上可以说都将此问题作为重点内容。

宪法既然作为一种规则，来规范政治和社会的基本形态，就必将在很大程度上左右国民的生活，所以明确什么是已被制定的规则的解释论是不可或缺的，也是不可被轻视的。如果疏忽这项工作的话，就会使已制定的规则模糊不清，进而导致执政者可以轻而易举地滥用权力，而国民却难以阻止其对权力的滥用。以日本宪法第9条为例，不清楚该条规定了什么，国民就不能有信心地去判断自卫队及其对海外派兵，以及日美安全保障条约是合宪还是违宪，结果就将导致违反宪法第9条的国家政治得以畅通无阻。

2. 作为生活问题的宪法问题

要具体明确宪法的规则（政治和社会的基本形态）及运用此规则的宪法政治与国民生活有什么样的关系以及意义。国民在社会中生活与政治有着密切的关联，宪法通过规范其政治、社会的基本形态，在很大程度上左右着国民的生活。例如，在与政治（权力）的关系上，人权和民主在多大程度上得到了保障，在与社会形态的关系上，所有制、以及劳资关系和劳动条件在多大程

度上得到了保障等，都会对国民生活产生很大的影响。

具体地说，首先，如果宪法将拥有一定数额以上财产或交纳一定数额以上的直接税作为取得选举权或被选举权的条件的話，在这种有限制的选举制度下，处于社会经济地位薄弱的民众阶层就不可能在议会中拥有自己的代表，其结果就是民众阶层没有任何办法为维持或改善自己的生活去要求制定必要的法律；其次，如果宪法只承认资本主义，而在劳资关系方面仍采取承认契约自由的放任态度，劳动条件的法定主义和劳动三权 等就都得不到保障。这样一来，导致平均寿命缩短的低工资和长时间劳动的现象也就会自然地出现了；再次，即使在宪法上得不到承认的政治、社会基本形态，但在现实的政治中，即使有悖于宪法也并非没有可能被积极地创造出来或得到消极的默认。

正是因为宪法和宪法政治对国民的生活有如此重大的影响，所以国民便要去关心或者说不得不关心这些问题了。从这点来看，具体地向国民阐明这些问题，也就成了宪法学研究和宪法学习中的另一个重大课题。如果对这一点不加以明确，国民也就有可能将宪法和宪法政治以“无关”或“不懂”为由而束之高阁。

值得一提的是，关于探讨宪法和宪法政治对国民生活的意义，如后所述，当然包括学习人类在近现代宪法史中的经验。就学习其他国家国民已有的经验而言，正如常言所说的那样，不外乎是为了避免失败而未雨绸缪。谦虚地学习其他国家国民的失败及防止失败的经验，就可以避免自己重复同样的失败。只在自己狭隘的直接经验中考察宪法和宪法政治的状况是傲慢的，只会把国民抛入无谓的险境。正因为人们了解这一点，所以，在近代初期，始于美国和法国的立宪主义政治和宪法原理才得以在短期内风靡世界，在第一次世界大战后，注入了社会国家理念而形成的

指工会的团结权、团体交涉权和争议权。——译者

现代市民宪法进而又席卷了整个资本主义世界。

总之，在宪法学的研究和学习上必须兼顾这两个层面，否则就不能充分地理解宪法问题。

（二）综合的探讨

如上所述，宪法的学习和研究应该从以上两个层面展开，但因为两者在更多的情况下是互为表里的关系，缺少任何一方都难免偏颇，所以在更多的场合还必须将二者综合起来进行探讨。

例如，就某一宪法中的规定大致可以做出多种解释时，哪一种解释是正确的解释，或者说应该采用哪种解释将成为一个问题。有时是可以根据宪法中规定的原则或宪法的原理确定一种解释为正确的，但在不能用这种方法确定时，就只能从国民生活的需要出发来确定解释论的取舍。

另外，也有可能因时代的变化出现任何一种解释都不符合国民生活的现实需要的情况。这时，依据宪法解释的界限和宪法对国民生活应有的意义，提议修改或废除宪法中的该项规定便成为一项重要的课题。

（三）日本的宪法学、宪法的学习和研究

1. 以解释论为中心的宪法学——与国民生活脱节的宪法学

过去，日本的宪法学是以解释论为中心、与国民生活脱节的宪法学，它对探讨“生活中的宪法问题”是极为消极的。正是因为这种宪法解释论没有把国民“放在心上”，与国民的实际生活脱节，自始至终只是从法学技术上对宪法问题进行解释，所以时至今日，宪法学仍没有能像政治学 and 经济学那样，在国民的心目中得到一种亲近感。宪法学家们的学问往往被人们贴上诸如花言巧语、颠倒黑白、诡辩之技，沉溺于与国民生活无关的、不会有任何成果的学问，令人头痛、枯燥无味的学问等标签。

2. 日本的工人运动、市民运动与宪法问题

笔者本不具备足以总结日本的工人运动和市民运动与宪法问

题之间有过何等关系，指出其一般性特点的知识。但是，若将其与西欧各国的情况作一个比较，便基本上可以观察出它有如下一般性特点：首先是使人感到，或许由于有上面所指出的那种状态的宪法学存在，以及人们对那种只以法学技术（有时以解释修改宪法的方式）处理宪法问题的宪法政治表现出的不信任，不仅导致了宪法问题在第一个层面上被轻视，而且在第二个层面上作为国民生活规则的问题也没有处理好。其次可以看到，在国民生活的层面上工人运动和市民运动未曾把应寻求何种宪法（规则）和宪法政治（运用规则）作为主要问题。因此可以说，为国民的生活在宪法中制定必要的规则，并使这种规则和国民生活同时得到维持、维护和发展等观点都没有得到重视。

由此可见，工人运动和市民运动不但无力成为解决宪法问题的主要力量，而且还随时根据当时的形势变化轻易地在宪法问题上不加思索地转变自己应有的态度。

这个运动的主体到昨天为止还一直在标榜自己护宪，而一夜之间就会转过来用支持“解释改宪”来迎合宪法政治的新变化。

在这一点上，日本的情况与西欧以及其他一些国家都不同。在西欧各国，各阶层根据自己生活的利害决定各自的宪法原理，并以人权宣言或宪法草案的形式将其具体化，而在另一些国家，对违宪的批判会成为执政者的致命伤。

3. 新的宪法学习和研究的必要性

据说要当帝王就需要“帝王学”。那么，国民要成为真正的主人翁就需要学习可称之为“主权者学”的宪法。

因为不知道制定政治、社会基本形态的宪法及运用宪法的宪法政治，就不可能发挥出作为主权者的作用。所以，无论是将宪法问题作为规则的问题，还是作为国民生活的问题，或将两者综合起来学习和研究都是必要的。

第二节 为什么要学习“宪法史”

本来，宪法属于国民生活的问题，生活的空间扩大便成为社会，而时间扩展便成为历史。从近代直至第二次世界大战后的今天，宪法的历史充满了人类在各个历史阶段中为摆脱生活上的痛苦而显示出来的聪明才智。我们学习宪法就是为了学到这些聪明才智，为了避免失败而未雨绸缪。而只限于直接经验在狭隘的自我中思考的宪法和宪法政治，都只能给国民带来更多失败的危险。

尤其是在处于历史转折的今天，对于日本来说，鉴于自身宪法历史遗留下来的问题较多，故而学习人类的宪法历史就更显得格外的重要。

一、处在第三个历史转折期的当代

（一）关于日本宪法原理、原则的重要问题不断发生

日本政治的一个特征是宪法政治所占的比重很大。如前所述，宪法在形式上是规定和平、民权和民主主义的形态，而其实质是规定政治、社会基本形态的“法中之法”，亦称“基本法”或“根本法”。在日本之所以宪法政治所占的比重大，一是因为宪法规定的政治和社会的基本形态在政治舞台上频繁引起争论而导致在宪法问题上存在着根深蒂固的意见分歧；二是因为有违宪之虞的政治能够堂而皇之地得以实施。关于这一点单是看一看迄今为止的日本宪法政治一贯以“护宪与改宪”的对立为轴心，又往往只能在“解释改宪”上做文章这些现象便可一目了然。

最近日本的宪法政治不断引发一些诸如和平主义、国民主权、国民代表制、社会国家（福利国家）、文化国家、地方自治等为宗旨足以动摇日本国宪法的原理、原则的问题。其中最有代表性的是：

在彻底贯彻和平主义的宪法下却存在着闻名于世的被称作自卫队的军队，甚至被正式派遣到国外；

日美安全保障体制的存在及其强化的动向；

在国民主权、国民代表制之下，政体结构导致的贪污、受贿不断发生，引起了国民对国会以及政治的不信任；

在社会国家（福利国家）的宪法理念下却出现了19世纪式的“规制缓和”（以减少国家对经济行为的干预为主要内容的国家政策——译者）以及提高消费税税率的现象；

在重视“地方自治”的宪法原则之下却出现了“农村人口过疏与城市人口过密”的不均衡现象等等。

如果说这些关系到宪法原理、原则的重要问题不断发生，正是从根本上动摇政治和社会基本形态的“历史性转折”的特有现象的话，那么，今天我们好像的确是面临着“历史转折”的关头。若果然如此，对于这些不断发生的重要的宪法问题，人们就不应该再说“无关”和“不懂”了。因为如果国民不主动地去理解和解决这些问题，就只会使经济和社会的状况日趋恶化。

（二）世界规模的历史转折

目前处在历史转折点上似乎不只是日本，当在整个世界上，不论是采用什么类型宪法的国家，都以不同的形式出现了历史性转折的征象。例如，苏联、东欧型的社会主义国家，因军备竞赛导致经济和财政的崩溃，由此引发了人们对原有的所有制、统治机构、权利保障等体制的全面批判，从而导致了国家的彻底崩溃。再如，曾经在整個资本主义国家，在各个方面都可以堪称处于领导地位的美国，似乎也由于军备竞赛导致经济、财政陷入一种病态，由此对政治和社会稳定也似乎产生了很大的影响。其中最典型的就治安恶化对人权保障的直接影响。另如，在许多发展中国家，一方面不堪军备重负，又要接受强权政治、经济大国（特别是以美国为首的联合国安全保障理事会的常任理事国）