



宪政古今译丛
Ancient and Modern
Constitutionalism

丛书主编
陈端洪 翟小波

〔英〕杰弗里·马歇尔
Geoffrey Marshall 著

刘刚译

宪法理论

Constitutional Theory



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

宪法理论

Constitutional Theory

[英]杰弗里·马歇尔 著
Geoffrey Marshall
刘刚 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



宪政古今译丛
Ancient and Modern
Constitutionalism

丛书主编
陈端洪 翟小波

图书在版编目(CIP)数据

宪法理论/(英)马歇尔著;刘刚译. —北京:法律出版社,2006. 2

ISBN 7-5036-6088-0

I. 宪… II. ①马…②刘… III. 宪法—法的理论 IV. D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 158751 号

© Oxford University Press 1971

Constitutional Theory was originally published in English in 1971. This translation is published by arrangement with Oxford University Press and is for sale in the Mainland(part) of The People's Republic of China only.

《宪法理论》原著以英文于 1971 年出版。该中译本由牛津大学出版社授权法律出版社在中国内地独家出版销售,翻印必究。

著作权合同登记号:

图字:01-2005-6107

法律出版社·中国

责任编辑/高如华

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/9.125 字数/189 千

版本/2006 年 6 月第 1 版

印次/2006 年 6 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

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

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

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

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-6088-0/D·5805

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

© Oxford University Press 1971

Constitutional Theory was originally published in English in 1971. This translation is published by arrangement with Oxford University Press and is for sale in the Mainland (part) of The People's Republic of China only.

《宪法理论》原著以英文于1971年出版。该中译本由牛津大学出版社授权法律出版社在中国内地独家出版销售，翻印必究。

杰弗里·马歇尔 (Geoffrey Marshall 1929–2003)

英国著名的宪法学者。曾参与哈罗德·拉斯基的著作整理工作；50年代末，受聘于英国牛津大学女王学院；1993年，被任命为学院院长，直至1999年退休。在1957 – 1981年期间，还担任英国最权威的法学杂志《公法》(Public Law)的副主编。其他的著作有：《一些宪法问题》、《警察与政府》和《宪法惯例》等。



宪政古今译丛

Ancient and Modern
Constitutionalism



宪政古今译丛

Ancient and Modern
Constitutionalism

《现代宪法》

Modern Constitutions

[英] K. C. 惠尔著 翟小波译

《宪法理论》

Constitutional Theory

[英] 杰弗里·马歇尔著 刘刚译

《法律、自由与正义——英国宪政的法律基础》

*Law, Liberty, and Justice — The Legal Foundations of
British Constitutionalism*

[英] T. R. S. 艾伦著 成协中、江菁译

《卢梭以来的主权学说史》

History of the Theory of Sovereignty Since Rousseau

[美] 小查尔斯·爱德华·梅里亚姆著 毕洪海译

序 言

在本书中,我努力简单勾勒出研习宪政的学生需要面对的一些基本问题,无论他们从政治学家还是从法学家的观点入手,都需要面对这些问题。本书对它们的论述并不充分,而且,在这些问题上,绝大部分都需要一本书来探讨。诸如主权和宪法修改之类的问题,与法的性质和法律系统这样的问题非常类似,严格来说,它们属于法理学和政治哲学关注的对象。其他像行政豁免和公共秩序这样的论题,则属于英格兰、美利坚和英联邦各国宪法中的具体而棘手的问题。虽然该书被列入 August 法律公司的 Clarendon 系列中,但这是一本为政治学家而不是法律学人撰写的书,而且我非常明白,在本书所涉及的领域中,人们必须谨思慎行,我力求做到最好,但如有疏漏,尚请见谅。

杰弗里·马歇尔
1971 年 1 月

那么,从形式上看,你可以把宪法当作一系列观念的内核。在或大或小的程度上,围绕着这个内核并部分与它重叠的是宪法性法律……最后,在该内核之外,但却与之交错且支撑着它的是宪法理论,我们可以把宪法理论定义为一系列历史观念的集合,这些观念描述了实然层面的宪法和应然层面的宪法。这些观念中的一部分实际上已或多或少地明确体现于成文宪法中……另外一些将被规定在相对稳定的宪法性法律中;还有一些仍处于一种多少有些游移不定的状态,然而,它们却是形成国家政策的原始材料。

爱德华·S. 考文
1964年《美国宪法史》

目 录 Contents

序言

导论 / 1

第一章 法与宪法 / 4

第一节 奥斯丁的观点 / 5

第二节 梅特兰的批评 / 7

第三节 戴雪的学说及批评者 / 9

第二章 国家、王室与行政机关 / 16

第一节 “国家”的含义 / 18

第二节 国王与王室 / 21

第三节 王室与公众 / 30

第四节 制定法中的“国家” / 33

第五节 “国家”、“政府”和“主权者” / 37

第三章 立法权与主权 / 43

第一节 主权的不可分割性与不受限制性 / 44

第二节 主权与限制 / 53

第三节 枢密院在拉纳辛格案中的判决 / 64

第四节 主权、本土性与独立 / 68

第五节 有争议的主权：罗德西亚的情形 / 76



第四章 法官与立法者 / 86

- 第一节 宪制及结构性差别的影响 / 87
- 第二节 对司法态度的刻画 / 93
- 第三节 司法态度与社会正义 / 96
- 第四节 丹宁勋爵对司法角色的论述 / 102
- 第五节 对“自制主义”的纠正 / 107

第五章 权力分立 / 115

- 第一节 一些未成定论的问题 / 116
- 第二节 分立的形式 / 118
- 第三节 权力分立与司法审查 / 123
- 第四节 权力分立与政治问题 / 129
- 第五节 分立、委任与权力混合 / 133
- 第六节 立法—行政分立的萎缩 / 134
- 第七节 司法机关的分立 / 138
- 第八节 “分立”概念的不足之处 / 145

第六章 公民权利 / 146

- 第一节 程序限制 / 148
- 第二节 可实施的实体权利 / 151
- 第三节 司法能动与自制 / 153
- 第四节 公民权利与经济权利 / 155

第七章 法律下的平等 / 158

- 第一节 平等地受法律约束 / 160
- 第二节 国家与个人在法律面前的平等 / 162
- 第三节 对平等的否定 / 164
- 第四节 平等、私与自由 / 170

第八章 言论与集会自由 / 179

- 第一节 密尔对自由表达的辩护 / 181
- 第二节 言论与公共秩序 / 186
- 第三节 美利坚的自由言论原理 / 195
- 第四节 作为事前约束的“限制” / 197
- 第五节 自由言论的潜在“例外”及其“绝对性” / 200
- 第六节 言论与其他利益的“权衡” / 203
- 第七节 言论的“优势地位” / 204
- 第八节 “明显且现存危险”标准 / 206
- 第九节 “倡导—煽动”的区分 / 209
- 第十节 不属于宪法保护的“言论” / 213
- 第十一节 受“秩序规则”约束的自由言论 / 217
- 第十二节 “拓展的”或“象征性”言论 / 218

第九章 不服从法律的权利:公民不服从 / 226

- 第一节 “法律”、“政治”和“道德”义务 / 226
- 第二节 服从法律义务涉及的一般性问题 / 230
- 第三节 义务的“限度” / 233
- 第四节 “公民不服从”的含义 / 235
- 第五节 服从的义务:来自民主和宪政的论点 / 237
- 第六节 法治 / 240
- 第七节 经“同意”的政府 / 241
- 第八节 “存在撤销途径”的论点 / 244
- 第九节 对有效法律的公民不服从 / 245
- 第十节 效力不确定或存在争议情况下的义务 / 251

参考书目 / 258**案例索引 / 267**



立法索引 / 272

术语索引 / 274

译后记 / 281

导 论

我需要对本名为《宪法理论》的书做些说明。在英格兰，“宪法理论”并非经常使用的短语，而且，我也没有把握能够轻而易举地界定它。三十多年前，在早期版本的《法与宪法》一书中，艾弗·詹宁斯（Ivor Jennings）爵士曾谈道，“我们需要一部五卷本的宪法论著，在前一千页中，将罗列出公法的一般原则，同时，该论著还将详尽讨论和分析那些在欧洲大陆权威作者的类似作品以及英格兰的政治学论著中已经阐述的思想”。毫不奇怪，没有人曾试图写这样一本书；而且，由宪法学者写出的英格兰政治学论著，也注定是让人失望的作品。

《宪法理论》可能比较妥当地描绘了艾弗爵士所构思的论著的前一千页的目录。宪法



理论的大部分内容都很难与传统的政治理论截然分开。也许它的范围可大致界定为：关于政府的立法、行政和司法部门的一般观念的汇集。至于到底有哪些一般观念，可能会存在争议。其中一种一般观念涉及与政府结构和运作有关的概念性或比较性问题——比方说，诸如“宪法”、“国家”、“主权”、“权力分立”或“司法审查”这类观念的运用和含义。另外一种一般观念可能涉及与宪政的目的或目标有关的概念性或批判性问题，这些目的或目标包括自由、平等、公共秩序及公民权利保护。

在不列颠和美利坚，政府公开宣扬的目标在原则上是相似的，然而，被设计用来推进这些目标的政府三个部门的组织结构却互不相同。碰巧，世界上大部分制宪运动都反映了英格兰的集权和美利坚的分权这两种针锋相对的主张——前者体现的是立法至上的理论，其思想渊源可追溯至霍布斯；后者依据¹的是权力机关之间平等与相对自治原理，该原理部分导源于洛克哲学中的有限政府权力和自然法思想。与这些区别相伴生的是司法机关的不同角色以及保护公民权利与自由的不同方式。

因此，在接下来的第一章到第四章中，我主要探讨英格兰宪政体制中政府三个部门的权力及其相互关系，在该体制中，立法机关被认为是最高或主权机关，行政和司法部门都要从属于它，而且，立法机关的权力范围不受（就像事实证明的那样）任何实质的限制；公民的自由和平等通过立法自制和政治与宪法惯例的作用得到保持。

在第五章至第八章里，我更加详尽地考察了公民权利和自由，并试着与美利坚分权体制下的保障机制做一些比较。在那里，公民权利并非由立法多数最终决定，而是部分规定在一纸

正式的权利宣言中,该宣言通过对立法和行政行为进行司法审查来实施。最后一章涉及许多生活在盎格鲁—美利坚社会中的人们所认为的一项根本的政治和道德权利——那就是,当情形需要时,反抗压迫性法律并做出公民不服从行为的权利。

对诸如“宪政”、“正当程序”、“法律面前的平等”、“司法独立”以及“公民自由”这些术语的使用,表明英美这两种政府体制在观念上和所追求的目标上有重叠之处。只有看一看外国是怎样看待和实施这些观念和目标的,才能充分理解它们在本国的确切地位。无论如何,对英格兰人和美利坚人来说,审视一下这些原则都是学习宪法的一种恰当方式。人们也可以相信,宪法理论一直是,并将仍然是政治科学的重要组成部分,因为对治理行为进行理论总结,本身就是一种典型的政治行为。 2

第一章

法与宪法

我们可以用这样的问题开篇：“什么是宪法？它在我们宪制中的作用是什么？”实际上，正像梅特兰 (Maitland) 在《英格兰宪法史》一书中所评述的那样，“宪法”几乎根本就不是法律文件中的专门术语。他接着讲道：“我并不关心这一术语是否曾出现在制定法中，或者哪个法官自告奋勇地为它下定义。”^{〔1〕}尽管如此，还是有一些作者认为，需要认真探究并明确厘定这一概念。这些作者所遇到的困难部分产自实践，部分源于理论。人们努力为宪法下定义，其中一个目的就是想说明，我们该怎样在法律制度中使用“宪法”一词，这是一个由来已久的问题——比如说，这些人想要划定宪法与行政法，或公法与私法之间的界线。人们探究

〔1〕 *The Constitutional History of England* (1908), p. 527.

“什么是宪法”这一问题的另一个目的在于,他们想弄清楚,在严格意义上的法律中所包含的宪法性规则,和通过政治常例或宪法惯例而确立的宪法性规则之间,到底有没有明确的区别。戴雪(A. V. Dicey)在《英宪精义》一书中讨论过这个话题,此后,围绕戴雪的观点而产生的许多批评和辩护意见,都是为了厘清这一区别。但是,这场争论有时已经融入到一个更加普遍的问题中,那就是,能否把宪法看做奥斯丁学派法理学意义上的实在法。约翰·奥斯丁(John Austin)在其《法理学的范围》一书中陈述的要点已充分显示出他给予该问题的理论关注。

第一节 奥斯丁的观点

奥斯丁说:“我所称的‘宪法’,是指实在道德或实在道德与实在法的混合物,它规定最高政府的组织形式或结构——在某段时间内,主权可能存在于一个人或许多人身上,而宪法就规定这一个人或这许多人中每个成员的特征。”^[2]由于奥斯丁认为,法律是主权者发布的命令,而宪法又是来限定这个主权者的,所以,对他来说,宪法不可能是真正的实在法,就是理所当然的。然而,他确实认为,宪法中有一部分是由实在法组成,他的依据是,当主权没有寄予一个国王身上,而是属于一个集合体时,该集合体或集合主权者的个别部分或个别成员就可能受到针对他们所发布的命令的约束,而且,这些部分或成员还要在法律上遵守规定了他们在政府框架中的地位的那些规则。奥斯丁暗示,当把不列颠主权议会中的各部分或各成员当作一

[2] *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H. L. A. Hart (1954), pp. 258-9.