

国家社会科学基金项目

Reflections in the History of
Western Constitutionalism

西方宪政史论

程汉大◎著



中国政法大学出版社

国家社会科学基金项目

西方宪政史论

*Reflections in the History of
Western Constitutionalism*

程汉大◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

西方宪政史论/程汉大著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 4
ISBN 978-7-5620-5800-7

I. ①西… II. ①程… III. ①宪法—法制史—西方国家 IV. ①D911. 02

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第052836号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 24.25
字 数 380千字
版 次 2015年7月第1版
印 次 2015年7月第1次印刷
定 价 60.00元

导 论 / 1

- 一、宪政含义三维 / 1
- 二、“宪政三元”及其结构 / 3
- 三、宪政四大特性 / 11
- 四、宪政的两种历史形态和三个历史阶段 / 24

第一章 古典宪政的兴衰 / 30

◎第一节 雅典民主宪政 / 30

- 一、雅典宪政的起源 / 30
- 二、从贵族宪政到民主宪政 / 33
- 三、雅典宪政的特点及其局限性 / 47

◎第二节 罗马共和宪政 / 65

- 一、罗马城邦的建立与宪政的起源 / 66
- 二、平民斗争与宪政的发展 / 67
- 三、罗马宪政的组织结构 / 69
- 四、罗马宪政的核心机制 / 76
- 五、罗马宪政的衰亡 / 101

◎第三节 宪政缘何发源于希腊罗马 / 107

- 一、原始民主遗风与希腊罗马宪政 / 108

二、社会经济结构与希腊罗马宪政 / 114

三、城邦国家与希腊罗马宪政 / 116

第二章 中世纪的宪政碎片 / 123

◎第一节 散乱的宪政元素 / 124

一、封建制度中的宪政元素 / 124

二、基督教中的宪政元素 / 128

三、自治城市中的宪政元素 / 135

四、思想领域的宪政元素 / 141

◎第二节 威尼斯共和宪政 / 150

一、建立背景与发展过程 / 150

二、体制结构：分权与制衡 / 153

三、突出特点：自由与法治 / 171

四、结语：城邦宪政的余波 / 180

◎第三节 佛罗伦萨共和宪政 / 182

一、社会历史背景 / 182

二、市民斗争与宪政的起源和发展 / 185

三、宪政结构与特点 / 188

四、家族集权与宪政的衰亡 / 196

五、结语：宪政价值和局限性 / 201

第三章 现代宪政的兴起 / 204

◎第一节 英国宪政生发之路 / 204

一、早期弱势国家下宪政传统的萌生 / 205

二、封建集权君主制下宪政传统的成长 / 208

三、绝对君主制下宪政传统的延续 / 225

四、17世纪革命与现代宪政的建立 / 234

五、结语：国家与社会的良性互动 / 246

◎第二节 美国宪政成功之道 / 248

一、殖民地时期的宪政经验 / 248

二、独立初期的宪政探索 / 255

三、宪政体制的确立 / 260

四、根本制度 / 270

五、结语：经验理性与建构理性的有机结合 / 284

◎第三节 法国宪政坎坷之途 / 289

一、大革命的爆发与宪政进程的启动 / 289

二、君主立宪派的立宪尝试 / 291

三、雅各宾派专政：走进悖论 / 298

四、挣扎于理想与现实之间 / 314

五、二元制宪政理想及其破灭 / 319

六、走出悖论：共和宪政的确立 / 323

七、结语：理想与现实的悖论 / 331

◎第四节 德国宪政艰难之旅 / 334

一、权力兴邦 / 335

二、权力立国 / 340

三、魏玛宪政短春 / 349

四、权力脱缰 / 355

五、劫后重生 / 360

六、结语：桀骜难驯的权力 / 368

主要参考文献 / 370

后 记 / 381

导 论

一、宪政含义三维

宪政 (constitutionalism) 是西方政治传统的精髓,也是当今世界政治文明的标志。

完整意义上的宪政是依据符合宪政原理的宪法 (多为成文但亦可不成文) 而建立的能够有效限制国家权力和保障公民权利的国家政治制度,^[1] 因此, 广义的宪政包括宪理 (constitutional principles)、宪法 (constitutional law) 和宪制 (constitutional system) 三维含义。其中, 宪理属于理念范畴, 存在于意识形态中; 宪法属于规范范畴, 书写在法典规章中; 宪制属于制度范畴, 运行于社会实践中。三个维度分别对应于法学上的“应然”、“法定”、“实然”和哲学上的“价值”、“规范”、“事实”两组概念。

宪 理	宪 法	宪 制
应 然	法 定	实 然
价 值	规 范	事 实

三维之中, 宪理最为抽象, 高悬云天, 属于“形而上”; 宪制最为具体, 脚踏实地, 属于“形而下”; 宪法位于中间, 是连接二者的媒介, 兼具抽象与

[1] 2004 年, 美国前总统小布什在美国国庆演讲中说: “人类千万年的历史, 最为珍贵的不是令人炫目的科技, 不是浩瀚的大师们的经典著作, 而是实现了对统治者的驯服, 实现了把他们关在笼子里的梦想。”其中的“对统治者的驯服”、把统治者“关在笼子里”, 是对宪政概念最为通俗生动的解读。

具体“双重特性”，^{〔1〕}堪称“形而中”。通过宪法，无形宪理转化为宪法规范并进而物化为有形宪制，是为从理论到实践、从静态到动态的道成肉身过程；反过来，宪理和宪法也在宪制的运行中经受检验并根据其社会效果不断得以修正调整，是为从实践到理论、从动态到静态的反馈与升华过程。于是，休谟所说的“应该”（ought to）和“是”（is）两个逻辑上“遥远的世界”便通过宪法纽带统一起来，^{〔2〕}此时的宪法“同时体现为‘应该’和‘是’”^{〔3〕}。套用老子的“道器变通”理论，宪理相当于无形之“道”，宪制相当于有形之“器”，宪法相当于“化而裁之推而行之”的“变通”。^{〔4〕}一部人类宪政史，既是宪理价值不断法律化为宪法规范进而制度化为政治实践的历史，又是宪制实践不断孕生宪法规范进而上升为宪理价值的三级互动历史，亦即宪政的形而上、形而中、形而下三维面相日趋同一（但又永远不可能完全同一）的历史，因此，真正的宪政都是“应该”与“是”、“道”与“器”合二为一、形神兼备的有机整体。或者说，在应然层面，宪理、宪法、宪制是不可分割的。

然而，由于宪理、宪法、宪制都具有相对独立性，需经两级转化才能真正融为一体，而每一级转化都存在着断裂的可能，因此，三位一体“只是理论上可能，而在事实上，他们中间却经常存在着差异和隔离”^{〔5〕}。当宪法与宪理之间发生断裂时，宪理就虚化为空谷玄音，宪法则因灵魂缺失而徒有其

〔1〕 拉兹说：“一种法律理论必须解释法律作为事实和作为准则的双重特性”（〔美〕拉里·亚历山大等编著：《宪政的哲学基础》，付子堂等译，中国政法大学出版社2007年版，第197页）。作为根本法的宪法自然也具有具体事实和抽象准则的“双重特性”。

〔2〕 “应该”与“不应该”、“是”与“不是”分别作为价值判断和事实判断的两个不同哲学命题是英国哲学家休谟最先提出来的，二者的关系问题被学界称之为“休谟问题”。休谟说：“在我所遇到的每一个道德学体系中，我一向注意到，作者在一个时期中是照平常的推理方式进行的，确定了上帝的存在，或是对人事作了一番议论，可是突然之间我却大吃一惊地发现，我所遇到的不再是命题中通常的‘是’与‘不是’等连系词，而是没有一个命题不是由一个‘应该’或一个‘不应该’联系起来的。这个变化虽是不知不觉的，却是有极其重大的关系的。”〔英〕休谟：《人性论》（下册），关文运译，商务印书馆1980年版，第509页。

〔3〕 〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第429页。

〔4〕 老子说：“形而上者谓之道；形而下者谓之器。化而裁之谓之变；推而行之谓之通。”《系辞上传·第十二章》。

〔5〕 《张友渔文选》编辑委员会编：《张友渔文选》，法律出版社1997年版，第158页。

名,此时的政治制度即使与宪法完全一致,也是与宪政风马牛不相及的,萨托利称这种宪法为“名义性宪法”。“名义性宪法只是组织性的宪法,即是组织而不是约束特定政体中政治权力运转之规则的集合……它只是坦率地描述无限的、不受节制的权力的体制。它不是一纸空文。它只是与宪政主义的目的的无关。”^{〔1〕}因此,“名义性宪法”通常只是为专制权力量身定做的遮羞外衣。当宪法符合宪理但却与现实制度发生断裂时,宪法就变成了空中楼阁,看起来美轮美奂,实际上是镜花水月,萨托利称这种宪法为“装饰性宪法”、“圈套性宪法”,^{〔2〕}列宁称其为“一张写着人民权利的纸”。^{〔3〕}“装饰性宪法”是可望而不可即的海市蜃楼,是统治者用以欺世盗名的空头支票,实际结果只能是有宪法而无宪政。正因为存在以上两种断裂的可能,因而自近代以来,虽然越来越多的国家都制定了宪法,以至于宪法成了现代国家的必要构件之一(当今世界唯有英国、以色列和新西兰没有成文宪法,然亦有不成文宪法),但名副其实的宪政国家却屈指可数,一如詹姆斯·肖特维尔所言,尽管时下“每一个国家都有一部宪法”,但“只有极少数国家才有宪政主义”^{〔4〕},这意味着目前世界上的多数宪法是或某种程度上是“名义性的”或“装饰性的”。

鉴于宪政含义的三维属性,宏观上的宪政和宪政史研究必须兼顾宪理、宪法、宪制三个层面,而不能单纯局限于某一层面,尤其不能单纯局限于与宪理和宪制都有可能脱节的宪法文本的规范层面。但是,在微观实证研究中,出于分析问题的需要又经常不得不把宪理、宪法和宪制加以区分,亦即狭义地使用宪政概念,此时的宪政等同于宪制。

二、“宪政三元”及其结构

麦基文说:“宪政有着亘古不变的核心本质:它是对政府的法律限制;是

〔1〕〔意〕G. 萨托利:“宪政疏议”,载刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,三联书店1996年版,第114~115页。

〔2〕〔意〕G. 萨托利:“宪政疏议”,载刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,三联书店1996年版,第115页。

〔3〕《列宁全集》(第9卷),人民出版社1984年版,第448页。

〔4〕〔美〕华尔特·墨菲:“宪政主义”,张千帆译,载《南京大学法律评论》2000年秋季号,第2页。

对专政的反对；它的反面是专断，即恣意而非法律的统治。”^{〔1〕}作为一种与专制相对立的政治制度，宪政有其基本的内涵要素及其结构形态。当然，在这个问题上学界的具体看法是不尽一致的，^{〔2〕}但多数学者认为，或者说所有宪政学者都不否认的是，自由（人权）、法治、民主是宪政的三大基本要素，可简称“宪政三元”^{〔3〕}。如我国宪法学家李步云先生说：“宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理，以实现一系列民主原则与制度为主要内容，以厉行法治为基本特征，以充分实现最广泛的人权为目的的一种政治制度。”^{〔4〕}

不过，宪政并非是自由、法治、民主的简单拼凑，而是按照一定的结构关系组成的三合一有机体。因为三者的价值位阶有所不同：自由是宪政的目的性要素亦即终极价值所在，法治和民主是宪政的工具性要素亦即实现自由的手段。因此，宪政与自由的关系，宪政与法治和民主的关系，分别属于两种类型，而且，在后一类型中，宪政与法治的关系和宪政与民主的关系也略有差异。

（一）宪政与自由

自由是“人所固有的东西”^{〔5〕}，是“人的本质”^{〔6〕}，追求自由“是人类根深蒂固的一种欲望”^{〔7〕}。但是，由于人是社会动物，自由从来不是孤立的

〔1〕〔美〕C. H. 麦基文：《宪政古今》，翟小波译，贵州人民出版社2004年版，第16页。

〔2〕例如，美国哥伦比亚大学宪法学教授路易斯·亨肯提出宪政“九要素”说，这包括：依宪法而治的政府、分权制、联邦主义、人民主权和民主政府、司法审查、独立的司法、控制的警察、民控的军队、个人权利。蔡定剑：“法治与宪政”，载《北京市政法管理干部学院学报》2002年第4期，第2~3页。印度德里大学历史学教授雷乔迪休里提出“八要素”说，这包括：公民基本权利宣言，普遍、平等、秘密的选举制，分权与制衡，代议民主制，多党制，两院制，联邦制，司法独立。张文显、信春鹰：“民主+宪政=理想的政制——比较宪政国际讨论会热点述评”，载《比较法研究》1990年第1期，第6~7页。

〔3〕“宪政三元”是何家栋在“宪政三元：自由、自治、民主”一文中首先提出的。参见<http://www.aisixiang.com/data/11471.html>，2012年4月12日访问。这里借用该术语，但其中的“自治”换成“法治”更为恰当。

〔4〕李步云：“宪政与中国”，载宪法比较研究课题组编：《宪法比较研究文集》（2），中国民主法制出版社1993年版，第2页。

〔5〕《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1993年版，第63页。

〔6〕《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1993年版，第167页。

〔7〕〔美〕博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第278页。

个人存在，而是“一种社会性自由”^{〔1〕}。就是说，“自由只有通过社会秩序或在社会秩序中才能存在，而且只有当社会秩序得到健康的发展，自由才可能增长”^{〔2〕}。所以卢梭说：“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中”^{〔3〕}。根据启蒙思想家霍布斯的社会契约理论，人类之初处于自然状态，生活资源极度匮乏，社会管理极端落后，公共秩序混乱不堪。为争夺有限的可用资源以求生存，人与人之间充满了冲突与斗争，社会呈现为“一切人对一切人的战争”状态，与“丛林世界”相差无几，这样的社会显然是无自由可言的。对此悲观假定，持乐观态度的洛克和卢梭虽然不完全认同，但二人也都认为自然状态中存在着某些限制人类自由的障碍，当这些不利障碍“在阻力上已超过了每个个人在那种状态中为了自存所能运用的力量”，当自然状态“已不能继续维持，并且人类如果不改变其生存方式就会消灭”时，^{〔4〕}人们便自发地约定或公认某些基本社会规范，成立国家政府并赋予其强制力，将冲突控制在一定秩序范围内，以约束个体之间的侵害行为，保护社会自由，于是，国家和政府应运而生。

国家政府的建立使个体冲突受到了有效抑制，社会由此进入有序状态，个人安全获得了基本保障。与此同时，个人所享有的天然自由也受到一定的限制，而且，人们还必须面对一个新的更大的自由威胁——国家权力。因为国家政府是个“人造的人”^{〔5〕}，既由人所建立，又由人所组成，同样具有趋利避害、追求自身利益最大化的天性，所以国家总是本能地倾向于集中与扩张权力。加之国家组织化程度高，又占有最强大的社会资源，垄断着合法暴力，所以在国家“利维坦”面前，民众个体永远是弱者，个人自由如同一根芦苇一样脆弱不堪。这意味着国家政府既可能是个人自由最有力的保护神，也可能是个人自由最危险的侵害者——如果权力失控的话，其危险的严重程度较之“丛林社会”有过之而无不及，以至于有人断言：“残民之祸，恶国家

〔1〕〔美〕埃里克·方纳：《美国自由的故事》，王希译，商务印书馆2002年版，序第30页。

〔2〕〔美〕查尔斯·霍顿·库利：《人类本性与社会秩序》，包凡一等译，华夏出版社1999年版，第300~301页。

〔3〕〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2005年版，第4页。

〔4〕〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2005年版，第18页。

〔5〕〔英〕霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第1~2页。

甚于无国家”^[1]。内含于国家中的这一深刻矛盾，被美国经济学家诺思概括为“国家悖论”^[2]。职是之故，自国家产生后，如何控制国家权力便成为自由能否得到切实保障的关键所在。^[3]为此，人类又开始了新的探索。历经数千年的努力，尝试过无数的方式与方法，也付出过惨重的代价，最终人们发现，宪政是达此目标的最佳制度选择。因为宪政就是马克思所说的“自由人的联合体”^[4]，天生就是为自由而出现、为自由而存在的，一如萨托利所言：“无论过去和现在，立宪制度事实上就是自由主义制度。可以说，自由主义政治就是宪政。”^[5]

（二）宪政与法治

宪政赖以限制权力、保障自由的主要手段是法治。

顾名思义，法治就是“法的统治”（Rule of Law），而且是“良法之治”。对此，亚里士多德曾作过经典解释，他说：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^[6]亚氏所说的“良好的法律”，即道德上善良、价值上公正、功能上优良的法律，此乃法治的前提。几千年来，亚氏的这个法治定义被历代思想家无数次引用，学界早已耳熟能详。在国内，人们习惯于将法治解读为“依法治国”、“人人遵法守法”或者概括为十六字方针：“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。这种解释虽然通俗易懂，但却存在含义笼统、要旨不明之嫌，因为“国”者有“国府”、“国民”之分，“人”者有“治人者”、

[1] 独秀：“爱国心与自觉心”，载秋桐（章士钊）主编：《甲寅》一卷四号（1914年11月）。

[2] 诺思在进行经济学研究时发现，国家政府既可以通过税收、价格管制等措施来合理配置资源，弥补市场机制的缺陷，促进经济发展，增进社会福利，也可能为了自身利益，采取违背市场规律的政策，阻碍经济的发展，损害公共福利。因此，“国家的存在是经济增长的关键，然而国家又是人为经济衰退的根源”（[美]道格拉斯·C. 诺思：《经济史中的结构与变迁》，陈郁等译，上海人民出版社1994年版，第20页）。诺思的“国家悖论”同样适用于国家与自由的关系领域，并且“已经成为现代自由观念最主要的困境之一。一方面，国家似乎是对自由的一种威胁：我们要捍卫的公民自由通常是将国家行为作为主要的针对目标。另一方面，国家似乎又是自由的保障者”（[英]彼得·斯特克、大卫·韦戈尔：《政治思想导读》，舒小昀等译，江苏人民出版社2005年版，第167页）。

[3] 罗素说：“世界是没有希望的，除非权力能被驯服，从此不为这个或那个狂热的暴君集团服务。”[英]伯特兰·罗素：《权力论》，靳建国译，东方出版社1988年版，第22页。

[4] 《马克思恩格斯选集》（第1卷），人民出版社1995年版，第294页。

[5] [美]乔·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社1993年版，第313页。

[6] [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1983年版，第129页。

“治于人者”之别，“法”者有“良法”、“恶法”之异，所以很容易被人误解，使之简单化而等同于“以法治国”（Rule by Law）亦即“法制”，甚至被别有用心的人曲解利用，将其异化为“以法治民”。准确地说，法治的重点或本质内涵应是“依法治政府”、“依法治权力”，它首先意味着掌握公权力的政府遵法守法，而且所遵之法应为良法。因为如前所述，在一个国家中，自由的最大威胁不是个体公民的违法侵权行为，而是政府的违法滥权行为。个体公民的违法侵权行为，危害范围和程度相对较小，而且可以求助于政府公权力比较容易地获得法律救济，而政府一旦违法滥权、践踏自由，公民个体很难进行有效的抵制和纠正，故而有“个人违法之恶再大也是小恶，政府违法之恶再小也是大恶”以及“独裁政权是对人类伤害最大的恶疾”之说。^{〔1〕}正因如此，法治锋芒所向首先是国家政府，而非社会大众。对此，哈耶克说：“法治的意思就是指政府在一切实行动之中都受事前规定并宣布的规则约束——使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中会怎样使用它的强制力，和根据对此的了解计划他自己的个人事务。”^{〔2〕}总之，确保国家政府依法施政用权才是法治的真谛，而这一点正是宪政的本质要求所在，所以法治注定成为宪政的命脉，二者关系直接而密切，须臾不可分离，“没有无宪政的法治，亦没有无法治的宪政”^{〔3〕}，“宪政国家与法治国家是名异而实同的东西”^{〔4〕}。

（三）宪政与民主

民主是宪政赖以限制权力、保障自由的另一手段。

由人民广泛参与的民主选举、民主立法、民主决策、民主监督等构成的民主制度，既是限制国家政府权力的重要途径，又是实现公民自由权利的基本方式，所以民主是宪政的另一内涵要素。但是，民主毕竟是一朵“带刺的玫瑰”，内含着诸多危害自由的潜在风险。因此，民主与宪政既有相互依存的

〔1〕 2012年9月28日，突尼斯总统在联合国大会上发言，要求联合国正式发表一份宣言，宣布“独裁政权是对人类伤害最大的恶疾”，并且建议联合国设立国际宪法法庭，以便审查世界各国的宪法是否符合联合国人权宣言以及用来制约和审理各国违反本国宪法的所有行为。

〔2〕 [英] 弗雷德里希·奥古斯特·冯·哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社1997年版，第73页。

〔3〕 李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版，第146页。

〔4〕 郝铁川、陆锦碧编：《杨兆龙法学文选》，中国政法大学出版社2000年版，第46页。

一面，又有彼此冲突的一面，二者的关系较之法治与宪政的关系要复杂得多。

首先，民主有可能通过神化抽象的“人民”而导致具体的“人”被虚置化。萨托利指出，“词源学民主的一个天然产物是‘人民崇拜’，即大谈人民而实际上对他们不屑一顾”，因此，有些所谓的人民崇拜者实际上“总要造出一个虚无缥缈的理想的人民偶像”，而“制造一个理想的人民偶像常常同完全蔑视实际存在的人民相伴而生”^{〔1〕}。结果，虚拟的“人民”越是崇高伟大，具体的公民个体就越是一钱不值。所以，意大利学者拉吉罗说，民主并不能防止因“巨大权力集中于往往是虚构多数的手中”而导致“真正的暴君统治”。^{〔2〕}当代法国史学家傅勒也认为，被神化的人民主权不会给宪政留有任何余地，它必将成为“极权主义之母”。^{〔3〕}

其次，在广土众民的现代国家条件下，民主只能采用代议制，奉行“多数统治”原则，这又可能导致“多数人暴政”、“民主专制”。^{〔4〕}因为多数人未必一定代表公平正义，有时候在激情、偏见或眼前利益的驱使下也可能意气用事，做出错误决策，侵害少数人的自由权利。孔多塞定理证明，假如某一集体的成员在两个方案中进行正确选择的概率平均高于1/2，且各个成员独立进行投票，那么，该集体通过表决实现正确选择的概率会随人数的增加而增加，无限趋近于1，但在参与成员进行正确选择的概率平均低于1/2的情况下，随着人数的增加该集体进行正确选择的概率将趋近于零。而且，“民主专制”因为披着“多数同意”的合法外衣而更具迷惑性和危险性，“对少数人的压迫会扩大到远为更多的人的身上，会比我们所能畏惧的单一的王权统治更加残暴得多”^{〔5〕}。所以在勒庞看来，个人暴政在多数暴政面前根本不值一提：“前者是弱小的，因而是容易推翻的；而后者是强大的，难以摧毁的。”^{〔6〕}

〔1〕 [美] 乔·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社1993年版，第27页。

〔2〕 [意] 圭多·德·拉吉罗：《欧洲自由主义史》，杨军译，吉林人民出版社2001年版，第352页。

〔3〕 [法] 弗朗索瓦·傅勒：《思考法国大革命》，孟明译，三联书店2005年版，第232页。

〔4〕 所谓的“多数人暴政”、“民主专制”，究其实质不过是打着“多数人”和“民主”旗号的少数人甚至个人的专制。

〔5〕 [英] 埃德蒙·柏克：《法国革命论》，何兆武译，商务印书馆1998年版，第165页。

〔6〕 [法] 古斯塔夫·勒庞：《革命心理学》，佟德志、刘训练译，吉林人民出版社2004年版，第235页。

据此,阿克顿提醒人们,民主“在一定限度内有益,超过限度则有害:它是自由的最诚挚朋友,或是其最无情的敌人,这要看它是混合的还是纯粹的”^[1]。

最后,在代议民主制下,“多数统治”的原则只能通过选举等委托政治代理人的形式来实现,亦即权力的所有和权力的行使需要分离开来,这里面内在地隐藏着权力失控和走向专制的巨大危险。因为权力是否专制关键不在于权力如何产生(尽管与后者有着密切关系),而在于权力的配置结构和权力的运行是否有“定则指导”。^[2]况且,根据莫斯卡的经验事实研究,“在所有社会,只要存在一个政府,掌握并行使公共权力(统治者)的总是少数人,而多数人(被统治者)事实上从未能参与政府,而只是服从罢了”^[3]。少数当选的政治精英们因为有自己的利益需求和七情六欲,并非只是对多数选民惟命是从的机器人,在人类自利本能的驱使下,他们有可能辜负甚至背叛多数人的愿望而独断专行。所以,民主产生的权力同样存在专制的可能。

上述种种缺陷说明“民主是一场伟大的冒险”^[4]。而要化解民主的潜在专制风险,必须与法治结合组成宪政,亦即借助法治以限制民主的适用范围、规范民主的运行过程、审查民主决策的结果。譬如,人的生命权、自由权、财产权、言论出版自由权、信仰和集会结社自由权等,就不可受制于多数票决,必须“从民主过程中清除出去”,“从这个角度看,宪政实质上是反民主的”^[5]。不过,这种“反民主”的最终目的是确保民主扬长避短,所以从根本上说,宪政“并不是旨在反对民主,相反,却能巩固和加强民主体制”^[6]。据此,布隆代尔断言:“一方面,没有宪政,民主是无能的,因为它需要法律的保护;另一方面,没有民主,宪政便失去了它至少在当代社会中合法存在

[1] [英] 阿克顿:《自由史论》,胡传胜等译,译林出版社2001年版,第54页。

[2] [英] 弗雷德里希·奥古斯特·哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅等译,中国社会科学出版社1997年版,第72页。

[3] [意] 加埃塔诺·莫斯卡:《政治科学要义》,任军锋等译,上海人民出版社2005年版,第2页。

[4] [意] 让·布隆代尔:“民主与宪政”,载[日] 猪口孝等编:《变动中的民主》,林猛等译,吉林人民出版社1999年版,第101页。

[5] [美] 埃尔斯特、[挪] 斯莱格斯塔德编:《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勤、谢鹏程译,三联书店1997年版,第224页。

[6] [意] 让·布隆代尔:“民主与宪政”,载[日] 猪口孝等编:《变动中的民主》,林猛等译,吉林人民出版社1999年版,第85页。

的一个主要理由。”^{〔1〕}正因如此，“在当代，基本的民主政治的形式、过程均是体现为宪政的，理想的政制必须既是民主的，又是宪政的，宪政构成了我们判定当代民主政治的基本标尺。”^{〔2〕}

总之，在宪政“三元结构”中，自由与法治、民主是一种体用关系：自由为体，是宪政之目的，高居上位；法治、民主为用，是保障自由的手段，等而下之。如果说自由是宪政的内在灵魂，那么，法治、民主就是宪政的外在形体。其中，法治与宪政的契合度较之民主与宪政又略高一筹：法治与宪政是“一而二、二而一”的关系，可谓是相辅相成、相得益彰的关系；民主与宪政的关系是“对手之间的联姻”^{〔3〕}，除了有相互契合的一面外，还有彼此紧张的一面，亦即在相辅相成关系中还夹杂着一层相反相成的关系。惟其如此，民主和宪政是可分的，而法治和宪政是不可分的。也因如此，当民主与法治不能齐头并进（通常如此）时，先法治、后民主（英美两国最为典型）应是一种正确的选择。不过无论如何，对于宪政来说，法治和民主都是必不可少的，也（应）是不可分割的，换言之，无论法治抑或民主，之于自由宪政，都仅是必要条件而非充分条件，因为法治和民主都不是一个自给自足的体系，二者必须彼此携手、相互扶持才能双双立于不败之地。特别是在法国思想家贡斯当和英国哲学家以赛亚·伯林相继提出了“古代人自由”与“现代人自由”^{〔4〕}、“积极自由”（指个人有干什么的自由）与“消极自由”（指个人不受外界干涉的自由）^{〔5〕}等概念后，人们越来越清晰地认识到，对于宪政自由，法治和民主犹如人之两腿、鸟之两翼，缺一不可。通过法治，解

〔1〕〔意〕让·布隆代尔：“民主与宪政”，载〔日〕猪口孝等编：《变动中的民主》，林猛等译，吉林人民出版社1999年版，第101页。

〔2〕白钢、林广华：《宪政通论》，社会科学文献出版社2005年版，第137页。

〔3〕〔美〕史蒂芬·霍姆斯：“约束与民主悖论”，载〔美〕埃尔斯特新、〔挪〕斯莱格斯塔德编：《宪政与民主——理性与社会变迁研究》，潘勤、谢鹏程译，三联书店1997年版，第225页。

〔4〕贡斯当说：“古代人的目标是在有相同祖国的公民中分享社会权力：这就是他们所谓的自由。而现代人的目标则是享受有保障的私人快乐。他们把这些对私人快乐的制度保障称作自由。”〔法〕邦雅曼·贡斯当：《古代人的自由与现代人的自由》，阎克文、刘满贵译，上海人民出版社2005年版，第40页。

〔5〕伯林说：“成为某人自己的主人的自由，与不受别人阻止地做出选择的自由……是两个在逻辑上相距并不太远的概念，只是同一个事物的消极与积极两个方面而已。”〔英〕以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第200页。

决国家权力的配置与运行方式问题,保证消极自由的安全;通过民主,解决国家权力的来源与归属问题,保证积极自由的实现;法治和民主连为一体,自由才能得到完整而切实的保障。如若不然,轻则致自由残缺不全,重则令自由化为乌有,因为“自由的一种形式制约着另一种形式,正像身体的这一部分制约着另一部分一样。只要某一种自由成问题,那末,整个自由都成问题。只要自由的某一种形式受到排斥,也就是整个自由受到排斥——自由的存在注定要成为泡影”^[1]。

三、宪政四大特性

具体的宪政都与特定的时间、空间、国家相联系,形式多种多样。但是,透过形色各异的外表,一切宪政无不具有以下四大特性:

(一) 逻辑起点:人性有恶

任何政治制度都以某种或明或暗的人性预设作为逻辑起点,宪政制度是以人性有恶论为核心的悲观人性论为预设前提的。这种人性论认为,人虽是理性动物,但人所能接收到的知识信息和人脑处理知识信息的思维能力总是不完备的,所以人的理性是有限的,人人都难免犯错。更重要的是,人既脱胎于动物,又高于动物,所以不但具有动物所共有的自利性,而且具有动物所没有的无止境的需求和欲望,^[2]因而难免做出损人利己的恶行。理性的有限和德性的欠缺,这两大固有弱点决定了人性是不完美的和靠不住的,尤其是手握权力的人,更容易恶性膨胀,因为权力是最能诱发人性之恶的强效“春药”。

最早提出人性有恶论的是古希腊学者。柏拉图说:“人性总是把人类拉向贪婪和自私,逃避痛苦而毫无理性地去追求快乐。”^[3]亚里士多德说:“人类倘若由他任意行事,总是难保不施展他内心的恶性。”^[4]进入中世纪,人性有恶论与基督教的原罪说结合在一起,在西方世界更加深入人心。近代以来,人性有恶论成为西方学者思考一切政治法律问题的基本出发点。英国哲学家

[1] 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1993年版,第94~95页。

[2] 马克思说:“人以其需要的无限性和广泛性区别于其他一切动物。”《马克思恩格斯全集》(第49卷),人民出版社1993年版,第130页。

[3] 张桂琳:《西方政治哲学》,中国政法大学出版社1999年版,第21页。

[4] [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1983年版,第319页。