

王怡 著

法理文库

宪政主义： 观念与制度的转捩

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪政主义:观念与制度的转捩/王怡著. — 济南: 山东人民出版社, 2006. 4

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 7-209-03977-5

I. 宪... II. 王... III. ①政治制度-理论研究
②宪法-法的理论-理论研究 IV. ①D033②D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 027834 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武斌

宪政主义:观念与制度的转捩

王怡 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社址:济南市经九路胜利大街39号 邮编:250001

网址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规格:32开(140mm×203mm)

印张:15.375

插页:4

字数:350千字

版次:2006年4月第1版

印次:2006年4月第1次

印数:1-2500

定价:31.00元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0633)8221365

惟愿公平如大水滚滚，使公义如江河滔滔。

——《旧约·阿摩司书》5：24

天下神器，不可为也。为者败之，执者失之。

——《老子》第29章

在整个西方宪政史中始终不变的一个观念是：人类的个体具有最高的价值，他应当免受其统治者的干预，无论这一统治者为君王、政党还是大多数公众。

——弗里德里希《超验正义》

从道不从君。

——荀子《臣道》

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | | | |
|-------------------|-----|-----|---|
| 1. 法治论 | 王人博 | 程燎原 | 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 | 王人博 | 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | | 谢晖 | 著 |
| 4. 价值重建与规范选择 | | 谢晖 | 著 |
| 5. 权利的法哲学 | | 林喆 | 著 |
| 6. 法律对行政的控制 | | 孙笑侠 | 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | | 刘作翔 | 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | | 谢晖 | 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | | 陈金钊 | 著 |
| 10. 义务先定论 | | 张恒山 | 著 |
| 11. 基本法律价值 | | 谢鹏程 | 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | | 江山 | 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | | 葛洪义 | 著 |
| 14. 法律思维学导论 | | 林喆 | 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | | 范忠信 | 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政 | | 童之伟 | 著 |

- | | | |
|---------------------|----------|---|
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 | 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 | 著 |
| 27. 权利政治论 | 范进学 | 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 | 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 | 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 | 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 | 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 | 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 | 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 | 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 | 著 |
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 | 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 | 著 |
| 38. 语境与工具 | 苗金春 | 著 |
| 39. 良宪论 | 汪进元 | 著 |
| 40. 法学研究与方法论 | 李其瑞 | 著 |
| 41. 凯尔森法律效力论研究 | 梁晓俭 | 著 |
| 42. 宪政的理念与机制 | 季金华 | 著 |
| 43. 法律论证与法学方法 | 戚 渊 郑永流等 | 著 |

- | | | |
|-------------------|-----|---|
| 44. 私人之间的监控与惩罚 | 桑本谦 | 著 |
| 45. 社会学视野下的法律秩序 | 杨力 | 著 |
| 46. 自然的权利 | 张锋 | 著 |
| 47. 法律论证导论 | 焦宝乾 | 著 |
| 48. 法律推理论 | 陈锐 | 著 |
| 49. 宪政主义:观念与制度的转换 | 王怡 | 著 |
| 50. 法典的理性 | 孙新强 | 著 |

公法研究

- | | | |
|---------------------|---------|---|
| 1. 法治与法律方法 | 陈金钊 | 著 |
| 2. 欧洲:从民族国家到法的共同体 | 李道刚 | 著 |
| 3. 行政法的私权文化与潜能 | 关保英 | 著 |
| 4. 现代行政法的基本理念 | 陈贵民 | 著 |
| 5. 从宪法到宪政 | 谢维雁 | 著 |
| 6. 西方宪政思想史略 | 黄基泉 | 著 |
| 7. 选举及其相关权利研究 | 王雅琴 | 著 |
| 8. 证券市场监管与司法介入 | 金泽刚 | 著 |
| 9. 中国近代自由主义宪政思潮研究 | 石毕凡 | 著 |
| 10. 探寻宪政之路 | 郭宝平 朱国斌 | 著 |
| 11. 西方立宪主义的历史基础 | 刘守刚 | 著 |
| 12. 各国立法机关委员会制度比较研究 | 周伟 | 著 |
| 13. 宪法概念在中国的起源 | 王德志 | 著 |
| 14. 制度设计与立法公正 | 汪全胜 | 著 |
| 15. 宪法运作的实证分析 | 张淑芳 | 著 |

- | | | |
|--------------------|-------------|---|
| 16. 人民主权论 | 肖君拥 | 著 |
| 17. 刑事诉讼与基本人权 | 林劲松 | 著 |
| 18. 财产权与宪法的演进 | 何真 唐清利 | 著 |
| 19. 宪政视野中的中国城市化研究 | 秦前红 曾哲 | 著 |
| 20. 舆论监督权论 | 周甲禄 | 著 |
| 21. 政府采购国际法律制度比较研究 | 姚艳霞 | 著 |
| 22. 德国行政法 | [印]M. P. 赛夫 | 著 |

法 学 论 丛

- | | | |
|-------------------|--------|----|
| 人权研究(第一、二、三、四、五卷) | 徐显明 | 主编 |
| 民间法(第一、二、三、四、五卷) | 谢晖 | 主编 |
| 法律方法(第一、二、三、四、五卷) | 陈金钊 | 主编 |
| 中国诠释学(第一、二、三辑) | 洪汉鼎 | 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上下) | 徐显明 刘瀚 | 主编 |
| 法解释的基本问题 | 刘士国 | 主编 |

目 录

第一编 观 念

| | |
|---------------------|--------|
| 第一章 宪政主义的诠释····· | (3) |
| 1. 宪政与宪法····· | (4) |
| 1. 1 何谓宪政····· | (4) |
| 1. 2 什么样的宪法····· | (7) |
| 1. 3 概念的交待····· | (9) |
| 1. 4 宪政的原则····· | (10) |
| 2. 宪政与司法····· | (13) |
| 2. 1 主权者的自我约束····· | (13) |
| 2. 2 司法宪政主义····· | (17) |
| 3. 宪政与乌托邦····· | (30) |
| 4. 宪政的第三波····· | (35) |
| 第二章 宪政的共和遗产····· | (38) |
| 1. 什么是“共和”?····· | (38) |
| 2. 混合均衡政体····· | (42) |
| 3. 牛顿天体力学和道家思想····· | (45) |
| 4. 美德与政治共同体····· | (50) |
| 5. 复合的共和制····· | (54) |

| | |
|------------------------|-------|
| 6. 新共和主义 | (58) |
| 7. 小结 | (64) |
| 第三章 宪政与民主 | (66) |
| 1. 人类生而平等 | (67) |
| 2. 民意的合法性 | (72) |
| 2.1 政治合法性 | (72) |
| 2.2 民主的合法性 | (77) |
| 3. 民意之外的合法性 | (84) |
| 3.1 君主制的混合合法性 | (84) |
| 3.2 权力的人格化 | (87) |
| 4. “罪己诏”和孔多塞定理 | (91) |
| 5. 人民主权和直接民主 | (100) |
| 5.1 “议会主权”与人民主权 | (100) |
| 5.2 直接民主与人民主权 | (106) |
| 5.3 “议行合一”与直接民主 | (110) |
| 6. 选举制度 | (113) |
| 6.1 限制人事特权 | (114) |
| 6.2 民选的“贵族” | (117) |
| 6.3 代议制下的选举 | (119) |
| 7. 立法游说 | (131) |
| 第四章 宪政与约 | (141) |
| 1. 公法中的约 | (141) |
| 1.1 约的神圣性 | (141) |
| 1.2 《圣经》中的四重约 | (143) |

| | |
|--------------------------|--------------|
| 1. 3 从圣约到宪约 | (150) |
| 1. 4 社会契约论 | (161) |
| 1. 5 小结 | (170) |
| 2. 私法中的约 | (172) |
| 2. 1 契约和契约自由 | (172) |
| 2. 2 契约和结社 | (180) |
| 第五章 宪政的超验基础 | (188) |
| 1. 自然法传统 | (188) |
| 1. 1 自然法 | (188) |
| 1. 2 自然权利 | (191) |
| 1. 3 在先约束 | (196) |
| 1. 4 价值约束和文本约束 | (200) |
| 2. 财产权 | (204) |
| 2. 1 私有财产的神圣性 | (204) |
| 2. 2 基督教的财产观 | (207) |
| 2. 3 财产权的正当性 | (210) |
| 3. 基督教传统 | (216) |
| 3. 1 超验正义 | (216) |
| 3. 2 政教分离 | (221) |
| 3. 3 中世纪教会宪政 | (234) |
| 4. 天道 | (238) |
| 4. 1 奉天承运 | (243) |
| 4. 2 屈君伸天 | (249) |
| 第六章 宪政与分权 | (262) |

| | |
|--------------------|-------|
| 1. 分职与分权 | (262) |
| 2. “私臣”和“公仆” | (267) |
| 3. 三权分立 | (270) |
| 3.1 混合政体 | (270) |
| 3.2 洛克 | (273) |
| 3.3 孟德斯鸠 | (277) |
| 3.4 修正 | (282) |

第二编 制度

| | |
|-----------------------|-------|
| 第七章 中国近代宪政经验 | (295) |
| 1. 清末立宪的观念演变 | (295) |
| 1.1 自由与民权 | (295) |
| 1.2 自由为体，民主为用 | (297) |
| 2. 清末立宪的超验之维 | (300) |
| 2.1 立宪对合法性资源的剥离 | (300) |
| 2.2 “半人半神”的虚君立宪 | (302) |
| 3. 辛亥革命后的立宪迷误 | (304) |
| 3.1 君主立宪与民主共和 | (305) |
| 3.2 内阁制与总统制 | (310) |
| 3.3 联省自治与中央集权 | (313) |
| 3.4 政党政治与党治国家 | (319) |
| 第八章 宪政与中央集权 | (322) |
| 1. 本土化与异地为官 | (322) |
| 2. 中央集权下的地方政制 | (328) |

| | |
|------------------------------------|--------------|
| 3. 地方的人格化 | (334) |
| 3.1 从“分公司”到“子公司” | (334) |
| 3.2 以地方的发债权为例 | (337) |
| 3.3 司法权的地方性质 | (339) |
| 第九章 宪政与联邦主义 | (348) |
| 1. 联邦主义 | (348) |
| 2. 纵向分权 | (350) |
| 3. 乡镇精神 | (355) |
| 4. 单一制与联邦制 | (357) |
| 5. 两院制 | (359) |
| 第十章 中央与地方：以 SARS 事件为例 | (363) |
| 1. 财政分权与地方主义 | (365) |
| 2. 外部性 | (370) |
| 3. SARS 的外部性问题 | (372) |
| 4. SARS 疫区的外部性问题 | (374) |
| 5. 隔离：外部性与行政目标的差异 | (377) |
| 6. 结语 | (381) |
| 第十一章 立宪政体中的赋税问题 | (383) |
| 1. 赋税的合法性 | (384) |
| 2. 税收法定原则 | (389) |
| 3. 赋税水平 | (395) |
| 4. 直接税和间接税 | (397) |
| 5. 赋税合法性的危机 | (401) |

| | |
|----------------------------------|-------|
| 第十二章 地方选举制度的转型 | (408) |
| 1. 乡镇的自治和限政：以步云直选为例 | (408) |
| 1. 1 制度冲突：选举与人事 | (410) |
| 1. 2 直选与代议：基层民主的两种 前瞻方向 | (415) |
| 1. 3 限制乡政府的权力：选举和制衡 | (421) |
| 1. 4 乡镇自治和社区领袖 | (424) |
| 2. 社区和村委会选举 | (433) |
| 第十三章 法治与自治：以大学为例 | (440) |
| 1. “教育权力”与宪政转型 | (440) |
| 1. 1 教育权力的兴起 | (440) |
| 1. 2 围绕“民办教育”的立法冲突 | (443) |
| 1. 3. 教育权力与受教育权的宪法冲突 | (448) |
| 2. 高校的法律性质 | (451) |
| 3. 自治模式与事业单位模式 | (454) |
| 4. 国家出资与大学自治 | (458) |
| 5. 大学的诉讼浪潮 | (462) |
| 6. 团体罚及其限度 | (466) |
| 7. 结语 | (473) |
| 后 记 | (476) |

第一编
观念

第一章

宪政主义的诠释

我们已有的宪法性法律，不是个人权利的来源，而是其结果。

——戴雪《宪法性法律研究导言》

世界是没有希望的，除非权力能被驯服。

——罗素

本编将集中论述古典宪政主义和现代宪政主义所提供的理论与技术，及其背后那些根深蒂固的价值传统。我试图以一种知识复原的方式，将这种对宪政传统的论述镶嵌到我在中文语境和时代处境下对宪政主义的观念推进中去。我不主张以规范学术的方式将对非汉语知识的讨论和汉语知识的加添截然分开。这是我与规范学术界扞格不通的地方。我对社科学术的基本立场，就是人类知识传统在中文学术语境中的复述和生长。而不是以一种想像中的中立客观，以汉语的方式讨论非汉语知识。这种方式制造了一个顽固的他者意识，长期以来造就了知

识的断裂，使知识和思想无法以一种整全性的方式在汉语语境中得以推进，甚至不能真正落足，成为汉语知识的一部分。我的上述学术理念，显而易见来自于两个立场，一是我对某种知识和观念传统的整全性和本体论的预设，一是我对时代处境和汉语语境的切身体察。我的论述中将处处凸现这两个方面，但我不准备特别为这样的普遍性预设辩护。因为任何一种预设都在学术自由的范围内，无论它是否长期以来已经被大多数学者所鄙弃，甚至是被强迫性的及时代性的怀疑。

1. 宪政与宪法

我们只有做法律的奴隶才能获得自由。

——西塞罗

1.1 何谓宪政

究竟何谓宪政？主流的看法大概来说，宪政是一种以法治为形式、司法为屏障，以民主为基础、分权制衡为手段，以保障个人自由为终极目标的政法体制。宪政国家大多有一部成文的宪法（constitution）作为限制政府权力和保障个人权利的依据，也有像英国、以色列这样，因为特殊的历史传统或立宪道路而欠缺一部成文宪法的例子。但有没有一部自称为宪法的文件，不是判断一个国家是否践履宪政的依据。有人曾引用毛泽东在上世纪40年代“延安宪政促进会”成立大会上的讲话，解释“宪政就是民主的政治”。这个说法是对宪政的误解。宪政的核心价值不是民主，而是自由。第一关注的是，个人自由是否在价值上和制度安排上被视为对政法制度的、最根本的在