



面向 21 世纪 课 程 教 材
Textbook Series for 21st Century

西方宪法思想史

李 龙 主 编



高 等 教 育 出 版 社
HIGHER EDUCATION PRESS

面向 21 世纪课程教材
Textbook Series for 21st Century

西方宪法思想史

主 编 李 龙

副主编 秦前红 林来梵

曾宪义 张国清



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

内容简介

本书是“面向 21 世纪课程教材”。作者在多年学术研究的基础上,对于西方宪法思想发展史按照古代、近代、现代的历史分期,以“制衡论、民主论、人权论、宪政论”四大宪法思想的主题为线索,对从古希腊、罗马、中世纪、启蒙运动,直到现代宪法思想的转型、新自然法学派、新自由主义、经济分析法学派和新宪政主义的代表性人物的宪法思想作了介绍。

图书在版编目(CIP)数据

西方宪法思想史/李龙主编. —北京:高等教育出版社,2004.7

ISBN 7-04-015001-8

I. 西... II. 李... III. 宪法-思想史-西方国家-高等学校-教材 IV. D911.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 013240 号

策划编辑 王卫权 责任编辑 陈虹 封面设计 于涛
版式设计 范晓红 责任校对 王雨 责任印制 孔源

出版发行 高等教育出版社
社址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100011
总机 010-82028899

购书热线 010-64054588
免费咨询 800-810-0598
网址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>

经销 新华书店北京发行所
排版 高等教育出版社照排中心
印刷 化学工业出版社印刷厂

开本 787×960 1/16
印张 29.75
字数 560 000

版次 2004 年 7 月第 1 版
印次 2004 年 7 月第 1 次印刷
定价 37.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

主要作者简介

李 龙 浙江大学、武汉大学教授,博士生导师,中国法学会常务理事,法理学研究会副会长。代表性著作有:《人权理论与实践》,《邓小平法制思想研究》,《宪法基础理论》;代表性论文有:《宏观调控与法的功能》,《法治模式论》,《论马克思主义法学的创立》。

Li long , Professor, Tutor of Doctoral Students, Zhejiang University and WuHan University , Standing Member of the Council of China Law Society , Deputy Chairman of the Jurisprudence Branch of China Law Society . Major works include *The Theory and Practice of Human Rights* , *Studies in Deng Xiaoping's Thought of Legal System* , *The Fundamental Theory of Constitutional Law* ; Major academic theses include *Macroeconomic Regulation and the Functions of Law* , *On the Patterns of Rule of Law* , *On Founding of Marxist Jruisprudence*.

林来梵 浙江大学法学院教授、博士生导师、法学博士(日本),中国法学会宪法学研究会理事。主要研究领域为宪法学、法学理论。代表性著作有:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》、《中国的主权、代表与选举》等。

Lin Laifan, Ph. D (Ritumeikan University, Japan) , Professor of Law of Zhejiang University, Supervisor of Doctors. Research Field: Constitutional Law and Legal Theory. Representative works: one of *Introductions to Theory of Normative Constitution and Sovereignty* , *Representation and Election in China*.

秦前红 武汉大学法学院教授、博士生导师、法学博士,中国法学会宪法学研究会理事。代表性著作有:《宪法变迁论》;代表性论文有:《依法治国与宪法至上论》、《评法权宪法论的法理基础》、《论司法独立审判权与表达自由》、《论社会主义宪政》、《论宪法权力》。

Qin qianhong, Ph. D , professor, doctor supervisor, Wuhan University Law School. Specialty in Constitution. Representative Book and Articles: < *On the Changing of Constitution* > , *Rule of Law and Supreme Constitution* , *On Socialism Constitutionalism*.

II 主要作者简介

曾宪义 中南民族大学法学院教授,中国法学会宪法学研究会理事,法学理论专业、宪法学与行政法学专业硕士生导师。教学和研究的领域:法学理论、宪法与宪政制度、西方政治法律思想。代表性著作:《民族地区现代化进程中的民主法制建设》、《法治与文明》(主编)、《西方近现代政治法律思想》(合著);代表性论文:《论人民当家作主》、《面向 21 世纪民族地区的民主发展》。

Zeng Xianyi, Professor of South - Central University for Nationalities, Member of the Science of Constitution Branch of China Law Society, Tutor of masters. Academic domain: the theory of law; constitution and constitutionalism, western political and legal thought. Major works include: *Construction of Democracy and Legality in the Modernizing Course of Nationality Areas*; *Rule of Law and Civilization* (chief editor); *Western Thought of Politics and Law in Mordern Times* (coauthor). Major academic theses include: *On the People to Be Masters of the Country*; *On the Development of Democracy of Nationality Areas in 21 Century*.

张国清 浙江大学法学院教授、浙江大学法理与制度研究所副主任哲学博士,主要从事现代西方政治哲学的研究和翻译工作。2002—2003 年作为访问学者在荷兰鹿特丹伊拉兹马斯大学从事西方法理学的研究工作。研究领域还包括后现代、法治、市民社会等。

Zhang Guoqing, Ph. D., Prof. of politics and jurisprudence at College of Law, Zhejiang University in China, Associate Director of Institute of Jurisprudence & Institution of Zhejiang University, one of the main researchers and translators of modern western political philosophy in China. 2002 to 2003, he was a visiting-scholar at Erasmus University Rotterdam for one year to research western jurisprudence. And he is also interested in the themes such as postmodernism, rule of law, and civil society.

目 录

导言/1

上篇 古代宪法思想

第一章 古希腊的宪法思想/8

- 一、柏拉图 8
- 二、亚里士多德 25

第二章 古罗马的宪法思想/41

- 一、波里比阿 41
- 二、西塞罗 47

第三章 中世纪的宪法思想/59

- 一、教会法学派 59
- 二、人文主义法学派 74
- 三、马基雅弗利 87
- 四、布丹 95

中篇 近代宪法思想

第四章 宪法与启蒙运动/104

- 一、科克 104
- 二、孟德斯鸠 115
- 三、卢梭 123
- 四、休谟 133
- 五、康德 141
- 六、黑格尔 150

第五章 宪法与近代革命/162

- 一、洛克 162
- 二、潘恩 172
- 三、麦迪逊和汉密尔顿 178
- 四、杰弗逊 191
- 五、贡斯当 214
- 六、马歇尔 223

第六章 宪法与自由放任/229

- 一、托克维尔 229

二、埃斯曼	240
三、耶利内克	246
四、拉班德	256
五、戴雪	265

下篇 现代宪法思想

第七章 宪法思想的现代转型/278

一、美浓部达吉和宫泽俊义	278
二、狄骥	286
三、施密特	296
四、比尔德	310
五、詹宁斯	316

第八章 新自然法学派的宪法思想/328

一、马里旦	328
二、罗尔斯	338
三、德沃金	355

第九章 新自由主义的宪法思想/366

一、伯林	366
二、诺齐克	377
三、哈耶克	387

第十章 经济分析法学派的宪法思想/409

一、经济分析法学的宪法思想	409
二、波斯纳	422
三、布坎南	431

第十一章 新宪政主义/445

参考文献/458

后记/463

Contents

Introduction/1

Archaian Constitutionalism

Chapter one The Constitutionalism of Ancient Greece/8

- One Plato 8
- Two Aristotle 25

Chapter two The Constitutionalism of Ancient Rome/41

- One Polybius 41
- Two Marcus Tullius Cicero 47

Chapter three The Constitutionalism of the Dark Age/59

- One Religionary Jurisprudence 59
- Two Legal Humanism 74
- Three Niccolo Machiavelli 87
- Four Jean Bodin 95

Neoteric Constitutionalism

Chapter four Constitution and the Enlightenment/104

- One Edward Coke 104
- Two Cuharles Louis Montesquieu 115
- Three Jean Jacques Rousseau 123
- Four David Hume 133
- Five Immanuel Kant 141
- Six Georg Wilhelm Friedrich Hegel 150

Chapter five Constitution and Revolution/162

- One John Locke 162
- Two Thomas Paine 172
- Three James Madsion and Alexander Hamilton 178

Four	Thomas Jefferson	191
Five	Benjamin Constan	214
Six	John Marshall	223

Chapter six Constitution and Allowing Unrestrained Freedom/229

One	Charles Alexis de Tocqueville	229
Two	Adhemant Esmein	240
Three	Georg Jellinek	246
Four	Paul Laband	256
Five	Albet Venn Dicey	265

Modern Constitutionalism

Chapter seven Modern Transition of the Constitutionalism/278

One	Minobe Tatsukichi	278
Two	Lon Duguit	286
Three	Carl Schmitt	296
Four	Charles A. Beard	310
Five	William Ivor Jennings	316

Chapter eight The Constitutionalism of Neo Natural School of Law/328

One	acques Maritain	328
Two	ohn Rawls	338
Three	Ronald M. Dworkin	355

Chapter nine The Constitutionalism of Neo Liberalism/366

One	Isaiah Berlin	366
Two	Robert Nozick	377
Three	Friedrich August Von Hayek	387

Chapter ten The Constitutionalism of Economic Analytical School/409

One	The Constitutionalism of Economic Analytical School	409
Two	Richard Allen Posner	422
Three	James M. Buchanan	431

Chapter eleven Neo Constitutionalism/445

Bibliography/458

Postscript/463

导 言

西方宪法思想源远流长。它纵贯两千余年历史,荟萃欧美各国宪法思想的鸿篇巨制,集西方法律文化之大成,积宪政兴衰之探索,其思想内容丰富,博大精深,影响深远,实为人类管理国家智慧的结晶。总体而言,大都涉及如下主题:

制衡论——宪法思想的灵魂

“没有分权,就没有宪法”。1789年法国《人权与公民宣言》这一名言,既是对过去西方宪法思想之科学总结,也是对未来宪政制度的理论支撑。事实上,制衡论是贯穿西方宪法思想的一条主线,更是整个西方宪法思想的灵魂。从古希腊亚里士多德的政府“三职能”,到洛克、孟德斯鸠、汉弥尔顿等人的“分权制衡”;从西塞罗设计的共和国,到当代西方亨金等人的新宪政观念,都是对制衡论的不断探索和不断深化,并通过从实践到认识、从认识到实践的长期反复,业已形成理论基础扎实、制度设计精辟的宏大的科学宝库。在这宝库中,名著汗牛充栋,名言万古流传,“没有制约的权力必然导致腐败”业已成为人类共识。

“制衡论”的前提是分权,核心是权力制约,目的是保障人权,这就是制衡论的要义。它不仅包括理论层面,有雄厚的人文基础;而且包括制度层面,有科学的体制设计。制衡论使西方宪法思想光彩照人,制衡论使宪政制度深得人心,制衡论使宪法成为治国之法,制衡论使宪政与保障人权紧密融合。

宪政是宪法思想和宪法规范的伟大实践。从17世纪起,资产阶级革命席卷欧美,到19世纪中叶,夺取政权的资产阶级思想家和政治家,相继建立了宪政国家,无论英国的“法的统治”(rule of law),还是德国的“依法进行统治”(rule by law),乃至美国的“宪法主治”(rule of Constitution)等模式,也无论是古典宪政观念,还是20世纪中期提出的新宪政论,都是以分权制衡作为实现宪政的初衷。当然,新宪政论者在“分权制衡”的基础上,还强调了执政者通过良好的制度安排,更好地为民众谋福利,更好地保障与促进人权实现,从而达到控权(权力)和保权(权利)的有机统一。

民主论——宪法思想的基础

“民主”一词源自希腊文 *demokratia*, 由 *demos* 与 *kratas* 两词合成, 原意是“人民的权力”。我国学者在翻译时异曲同工: 哲学家解词, 译为“人民主权”; 法学家释义, 译作“多数人的统治”; 历史学家溯源, 翻为“平民的政府”(因为历史上最早使用“民主”一词, 是古希腊的雅典民主共和国)。其实, 意思都是一样的。

古往今来, 无论哪个宪法思想家、法学家, 无不论及民主问题。他们从不同的层面角度和视野, 对民主问题提出了各种真知灼见。有的认为民主就是“人民的自治制度”; 有的提出“民主就是指主权属于人民”; 有的倡导民主就是“人人享有平等权的政体”。当然, 说的最生动、最具体的, 则是 19 世纪美国总统林肯, 他把民主归结为“民有”、“民治”、“民享”(the government of the people, by the people, for the people)。这里的核心, 就是指“主权属于人民”几乎每一部西方国家的宪法, 都有类似的条文。

“人民主权”成为近代西方国家宪法思想的基础不是偶然的, 而是宪法学家在长期的探索中得出的共同结论。当然, 它有一个发展过程。最早提出与论证主权这一科学概念的是法国著名的公法学家布丹。他认为主权是一个国家的最高权力, 具有不可分割、不可转让、不可代表的属性。他的这一认识, 从此开启了主权理论的大门。但遗憾的是, 他倡导的是“君主主权”, 从而使他的思想随着民主论的升华而往往被人遗忘。卢梭顺应时代潮流, 提出和论证了“人民主权”的理论, 并将其与人民共和国、法治直接联系起来。这一划时代的理论, 很快成为西方宪法思想史上的明珠, 被公认为宪法的基本原则, 并先后写进了各国的宪法。当然, 在近代宪法思想史的宝库中, 还有艾斯曼的“国民主权论”、戴雪的“议会主权论”(巴力门主权)、狄骥的“无主权论”, 以及“有限主权论”和“主权让渡论”等等。尽管其中有的是从国际关系上而言的, 但总体上都属于主权归属问题。应该说, 近代西方绝大多数宪法学家, 都主张“人民主权”。

“人民主权”成为近代西方宪法思想的基础, 它使宪法成为举世公认的根本大法, 使之成为立国之法、治国之法、强国之法和正义之法。在“人民主权”理论指导下, 西方国家为创制宪法, 捍卫宪法作了不懈的努力, 并取得了可喜成果。

马克思主义宪法理论, 吸收和借鉴了“人民主权”的思想, 并把它表述为“一切权力属于人民”, 使之成为社会主义国家制度的核心和根本准则, 使人民真正成为了国家的主人。我们必须坚持这个原则, 发扬这一原则, 并将这一原则贯彻到一切活动之中, 使其与“三个代表”重要思想直接结合起来, 为实现“依法治国, 建设社会主义法治国家”奠定牢固的基础。

人权论——宪法思想的价值追求

人权思想自古有之,但作为一种理论,作为一种制度,则是近代荷兰人的创举,并历经了较长的演进过程。如果说古典自然法学派的开创者们,诸如格劳秀斯、斯宾诺莎等,就从人类理性出发,提出了“天赋人权”这一令人向往却又难于说清的思想。英国思想家、法学家洛克则把这一理论系统化四个基本观点:(1)人权是天赋的,与世俱来;(2)人权的基点是个人,人人皆有;(3)人权是超阶级的,不分贵贱,不分尊卑,不分男女;(4)人权首先包括生命权、自由权、平等权、健康权和财产权,而财产权是核心。在这个基础上,人权理论又经历了规范化、法律化、国际化的若干阶段,发展成为系统的理论体系。

人权与宪法有不解之缘,人权立宪几乎是宪法学家公认的结论。尽管在宪法史上又有政治立宪、经济立宪(或财政立宪)之说,但保障人权始终是宪法的出发点与归宿。这不仅从英国的不成文宪法中宪法性文件诸如《自由大宪章》、《权利请愿书》、《权利法案》等等得到有力的证明,而且更能从所有的成文宪法中得到更详细、更具体的证明。“宪法是人权的保障书”,不仅是宪法学家的至理名言,而且成为了整个人类的共识。

西方宪法学家论证人权的理论和制宪的实践,留下了丰富的遗产。人们不会忘记近代史上柯克与英王的争论和主持起草的《权利请愿书》、潘恩的《人权论》与他主持撰写的法国《人权与公民权宣言》、麦迪逊和汉弥尔顿合写的《联邦党人文集》和他们同杰弗逊等人参与起草的美国1787年和1791的宪法修正案(《权利法案》);当然我们也不能忘记戴雪的《英宪释义》及其补充的几个序言、马里旦的《人与国家》和他参与起草的《世界人权宣言》、德沃金的《认真对待权利》和他的权利哲学等等。这些宪法宏论、宪法思想和人权理论,确实永留人间。

随着社会的进步和文明的发展,人权早已不仅仅停留在思想、理论层面,业已成为整个人类共同关注的实践,成为作为国家根本法的宪法的价值追求。不少国家的宪法已设立专章对人权的具体内容加以确认,世界各国共同订立了两个人权公约,各地区也制订了不少的人权宪章,人权问题早已超出了宪法的范围,成为举世关注的大事。但是遗憾的事件时有发生,破坏和侵犯人权的案例令人痛心,一些西方国家负有不可推卸的责任。因此,研究人权制度和人权的实现仍然是宪法学家、法学家和其他社会科学共同面临的重大问题,仍须继续深入探索。

宪政论——宪法思想的行动纲领

西方的宪法学家们无不论及宪政,尽管他们的观点和视角不尽相同,对宪政的含义也未达成共识,但他们都几乎一致地把实现宪政当作行动纲领,经过两百余年的设计与建设,使西方国家的宪政大都成为现实。当然,其局限也不可避免。

如果对宪法学家的宪政理论进行概括,我们至少可以发现:他们的宪政理论和欧美的宪政实践,大致包括:

第一,“宪法至上”是宪政的精神支柱。宪法至上来源于法律至上,最早始于柏拉图和亚里士多德的法律权威思想。近代以来,在西方资产阶级革命和建立政权的初期,首先出现的问题就是国王与法律发生矛盾时怎么办?按照宪法学者的回答:法律至上,即按法律办。其次出现的问题就是法律与其他社会调控手段如法律同道德、宗教发生矛盾时怎么办?法学家们的回答仍然是法律至上,即按法律办,并实施政教分离的原则。最后,当法律形成一个巨大的体系时,便出现法律部门与法律部门之间、法律规范与法律规范之间发生矛盾怎么办这样的问题。宪师大师们的回答是:宪法至上,并在制宪的实践中,将这一观点直接写进了宪法。戴雪的《英宪释义》之所以广泛传播,就在于他坚持和论证了上述观点。

第二,代议制度是宪政的制度安排。宪政是行动中的宪法,必须落实到制度安排中,必须见诸于法律秩序里。代议制度正好能满足宪法基本理论和基本原则的要求,使民主由口号变成现实,能保障人民主权原则、分权制衡原则和人权原则的实现。现代国家,并非小国寡民,只有代议制度才能体现人民的意志和要求。当然,代议制度毕竟是一种间接民主形式,在政治文明高度发展的今天,直接民主形式非常重要,宪法学者对民族自决、地方自治、人民自治均作了充分的论证,并有科学的制度设计。这些制度安排既是宪政的主要内容,也是实现宪政的重要途径。当然,代议制度的形式是多样的。西方的议会制和政党政治不适合中国国情。我国必须坚持和完善人民代表大会制度。

第三,法治是实现宪政的基本原则和方式。在法学家看来,法治与宪政是两个不可分割的概念,甚至可以说是两个同义词,两个同心圆,它们相互渗透、相互促进、相互补充和相互融合。从法治的视角看,宪政是法治的最高表现形式;从宪政的视角看,法治是实现宪政的基本原则和方式。其实,法治既是一种治国的理念、模式和方略,也是一种治国的体制、机制和方式,就后者而言,它完全可以成为实现宪政的基本原则和方式,就前者而言,法治与宪政则完全一致。因此,

宪法大师和学者仍在他们的著作中无不论及法治问题,甚至可以说,无不讲法治的宪法理论,更无不讲法治和宪政实践。必须指出,20世纪以来,宪法学家们的研究重点集中在宪政秩序和法治秩序上,他们认为没有良好的秩序,宪政也好,法治也罢,实际上都是空谈。

当然,在宪政理论的发展中,也有古典宪政论和新宪政论两个发展阶段,前者侧重于分权制衡,后者侧重于新的制度设计,目的均在于维护人权,促进社会进步和发展。同时,由于认识和时代的局限,他们的理论都有这样或那样的不足,甚至还有错误,我们只能取其精华、弃其糟粕。

(浙江大学 李龙)

上 篇

古代宪法思想