

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

王怡 著

宪政主义：  
观念与制度的转捩

## 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)
<b>第三章 宪政与民主</b> .....	<b>(66)</b>
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)
<b>第四章 宪政与约</b> .....	<b>(141)</b>
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)
<b>第五章 宪政的超验基础 .....</b>	<b>(188)</b>
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)
<b>第六章 宪政与分权 .....</b>	<b>(262)</b>

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)
<b>第九章 宪政与联邦主义 .....</b>	<b>(348)</b>
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)
<b>第十章 中央与地方：以 SARS 事件为例 .....</b>	<b>(363)</b>
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)
<b>第十一章 立宪政体中的赋税问题 .....</b>	<b>(383)</b>
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

先约束。

制度约束权力，观念约束制度。我将在先约束视为宪政主义的一个内核，“约束”一词，可以将宪政的制度设计和宪政的超验价值这两个方面勾连起来。也使“约”（圣约、誓约和契约）成为我构建宪政观的一以贯之的最高范畴（参见本书第四章）。宪政的权利在先性的确立，或说宪政主义对于自由在价值序列上所体现出的自负，在思想史上大概有三个主要的渊源：一是源自古希腊、在中世纪结合基督教精神通过阿奎那等神学家得以延续、而后在近代复兴的自然法传统；二是源自罗马法而后主要在英国得到了确立的法治（rule of law）与司法的传统；三是近代以来的古典自由主义传统。

这三大传统具有某种交叉性，自然法的精神，用罗马法学家西塞罗的话表示，就是“为了自由，我们才服从法律”。这种传统认为天地间有一种高于世俗法律之上的价值，一种更高级的“法”存在。这是一种超出或者先于人类经验范围的“自然权利”，更脍炙人口的说法叫做“天赋人权”。自然法为制定法悬置了一个高贵的价值目标。当圣经说耶和华以自己的形象创造了亚当，并俯身迁就与罪人立约，在人类史上展开由神主宰的爱与公义的救赎计划。于是每个个体的生命和权益因为直接与神建立起渊源，从而获得了不被怀疑的平等性。因此基督教信仰为自然法提供了更为坚实的超验根基、自由内涵和道德基础。用马丁·路德的话说，“我的自由和良知，是神的话语的囚徒”。在近代，当休谟提出“法律之下的自由”（freedom under the law），自由价值在法治那里获得了程序性的表达，从而成为宪政主义的阿基米德支点，宪政制度得以展开，以此撬动和控制国家，实现对于权力的驯服和有效的驱使。

自然法所称的自然权利和休谟的“法律之下的自由”，在

英国思想家洛克那里得到了法律化的阐述，一个著名的表达式就是“生命、自由和财产”。这种个人权利的在先立场，构成了宪政对制定法和国家行为之优劣的判断权，因为“最愚蠢的一个想法，莫过于认为一切法律都包含着正义的内容”，无论这些法律是以君王的名义或者人民的名义制定的。

在英国的法治传统中，也接受了源于自然法传统的权利在先前提。英国宪法学鼻祖戴雪说，宪法性法律“不是个人权利的来源，而是其结果”。这说明权利的在先性或说超验性，是英国宪制和法治传统的一个起点。之间体现了一种政治上的卑谦态度，即将整个国家机器的建构放在对个人权利的一种近乎神学一般的尊重之下。臣服在这种观念之下的政体，权力的运作才比较令人放心。这样的政法制度及其执政者，具有一种本质上的谦卑，和对一种价值权威的顺服。超验价值的存在，恰恰是对政法秩序本身的超验性的彻底否定。只有当一种近乎神学的在先观念的约束力被现实政治所接受，政治本身才不会被神圣化，建立在强制力之上的人类的政治共同体，才不会成为任何一种超验的政治理想的载体和工具。宪政就是这样的一种政体。

同时，顺服在个人权利的在先约束之下的“法律”概念，也就具有了一种高于君王或人民意志之上的超验地位。这种顺服，使法律和政治摆脱了任何意义上的意志论和对任何人间力量的偶像崇拜。法的概念在本质上就意味着对意志的超越，不管这个意志来自君王或者民众中的多数。这样的信念也是现代宪法概念的一个起源，是对“宪法（法律）是主权者意志的体现”这种实证主义立场的高傲的拒绝。正是那种追求所谓非政治化、非价值化、形式主义的法学倾向，使宪法的概念在当代社会极度宽泛化，成为对“任何国家形式”的一种法律化阐

释。于是各种宪政的制度安排如代议制议会、民主制选举、司法独立及分权制衡等，仅仅成为对国家的一种品格要求，就像对个人的品格要求仅仅到诚实、善良、勤奋等为止一样。而不是基于国家和政体在来源和性质上的一种“非如此不可”的本体论的要求。这样的实证主义立场，在各种反宪政的如形而下的国情论、本土资源论，形而上的国家主义论、决断论等理由面前，完全无力抵挡，从而助长甚至催生了各种宪法和宪政产生断裂的政治现实。所以自由主义思想家哈耶克批评纯粹法学的代表人物凯尔森，认为他的实证主义立场使他成为“极权民主的捍卫者”<sup>①</sup>。这种批评在一个宪政制度已根深蒂固的社会中，听上去略显苛刻。但某种放弃宪政主义价值约束的实证道路，一旦放在一个缺乏宪政制度及其价值背景的后进国家，譬如对一个“伊拉克或古巴的凯尔森”而言，“极权民主的捍卫者”这种说法，甚至还显得过分善意和宽宏大量了。

## 1.2 什么样的宪法

从观念上说，宪政是对宪法内涵的界定，它要回答的问题是“究竟要什么样的宪法”？界定的最低限度包括了个人权利在先性的确立和一个受到制衡的“有限政府”目标。从制度上说则包括了分权制衡、代议制民主、司法审查以及两院制、联邦制等具体的宪政技术。从实践上说，宪政也可以理解为一个“建立并推动某类政治制度”的历程，也就是一个有着明确方

---

<sup>①</sup> 哈耶克：《法律、立法和自由》第一卷，邓正来译，中国大百科全书出版社2001年版，第238页。



向的立宪过程<sup>①</sup>。从近代历史看，宪政这一术语是迟至美国革命后的制宪活动才正式贡献出的一个概念<sup>②</sup>。从那时起大约150年间，宪政概念与作为立宪结果的宪法概念，它们的内涵都是和谐而统一的。当人们谈论宪法，人们也就是在谈论宪政或宪政的外观设计。

在过去几个世纪中，普通民众、宪法学家、甚至政治学家都倾向于把宪法及其权利法案看作即便不是“到乌托邦去的通行证”，也是反对专制的重要保证。然而，今天的事实却已不再如此。现在对宪法中公民权及参与权法案的侵犯（而不是遵守），在大多数国家中已是司空见惯的事情。民主主义的、看上去完美无缺的魏玛宪法在纳粹德国的命运，以及当代一些国家的一党体制、法西斯独裁者和各式各样的军政府对新宪法的颁布和宣传，在实质上使人们放弃了以往那种把宪法视为政治体系的核心看法。

——《布莱克维尔政治学百科全书》

这样，20世纪后半叶以来，成文宪法的概念在作为政治婢女的法学家手中，开始变得可能与宪政毫无瓜葛。按学者萨托利的分类，只有当一部宪法是以保障个人自由为目的的“保障性宪法”，并能够得到有效施行和维护的时候，施行这样的宪法才能称之为宪政。但事实是“所有国家都有一部宪法，但只有某些国家才是‘宪政’国家”。萨利托把那些形式主义的宪法称之为“名义性”的或“装饰性”的宪法。前者是指某种不受制约的“无限政府”的政治体制，也通过宪法来获得法律

<sup>①</sup> “立宪主义”（constitutionalism）辞条，《布莱克维尔政治学百科全书》（修订版），中国政法大学出版社2002年版，第183页。

<sup>②</sup> 哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第9页。

化的表达。这是一种“丑话说在前面”的宪法。而后者是指一部宪法在表达上和真正的“保障性宪法”并没有多大区别，只不过现实中却几乎被束之高阁甚至背道而驰。这是一种立牌坊式的宪法，萨利托干脆称之为“冒牌宪法”。

### 1.3 概念的交待

这样的背景下，宪政或宪政主义（constitutionalism）就成为一个主要是政治学的、而非法学的关于构建国家政法制度的核心概念。一个对宪法进行价值评判的“打假”工具。有时这个词也被法学家译为立宪主义。在本书中，我同时使用这三个概念。当侧重于描述一种政法制度时，多用宪政或宪政制度。侧重于描述一种在先的观念体系及其与思想史的勾连时，使用宪政或宪政主义。而在侧重于描述历史经验的演进时，有时也使用立宪主义一词。同时由于宪政作为一种人类政治共同体的理想，尤卿对渴求宪政转型的后进国家来说是一个可能漫长的，包括了制度确立和价值涵养的过程。因此在法学的学科视野下和侧重于“制宪”环节讨论的时候，我使用立宪主义；而在政治学的学科视野下以及在涉及价值涵养的整全性讨论时，则使用宪政或宪政主义。

在思想史上，宪政所接纳的个人权利的在先性和对权力的警惕与制衡，正是近代自由主义思想的精髓。正如英国人约翰·杰温斯波所说：“对政治的怀疑是现代自由主义的根本精神”。自由主义在本质上是一种政治学说，而非抽象的哲学思潮。宪政正是自由主义的政治与国家学说。从既有理论和历史经验看，也只有一种宪政，那就是自由主义的宪政。考虑到确立个人权利的在先性对那些非自由主义的、甚至专制主义传统特别浓厚的后进国家来说，可能是异常艰难和十分模糊的。因此我