

西方立宪主义的历史基础

刘守刚 著

gong fa yan jiu

公法研究

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

山东人民出版社

本书由上海财经大学资助出版

刘守刚 著

西方立宪主义的历史基础

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

西方立宪主义的历史基础/刘守刚著. — 济南: 山东人民出版社, 2005. 3

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 7-209-03659-8

I. 西... II. 刘... III. 宪法-思想史-研究-西方国家 IV. D911.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 018705 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 13.625 印张 4 插页 310 千字

2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 26.00 元

《公法研究》总序

自古迄今，人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域，以家族社会为私域；近代西方以政治国家为公域，以市民社会为私域。公、私域之划界，造成人类行为规范——法律之分类。众所周知，公、私法之划分，源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为：公法系以保护国家公益为目的，与此相对，私法则以保护私人利益为目的。自此以后，尽管公、私法划界之标准多变，然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来，政治国家与市民社会之分野日显，故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国，虽曾因意识形态影响，反对公、私法划界，但改革实践之现实，总在证明“形势比人强”，“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于，公法、私法两者，究竟谁主谁从、孰本孰末？近年来，一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是，民（私）法学科，趋之若鹜，而公法学科，虽不可说门可罗雀，但亦是相形见绌。究其原因，或曰私法更易趋利，或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举，抑或有知者的固权理解，本无可厚非。但不无遗憾者，两者皆

以误读公法为能事，终致公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄冰，但相继成长之公法，使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特

别如“阳光下的政府法”“行政程序法”“国家赔偿法”等公法，令国家权力只能在公法之下既彰公益，亦保私利。如上情形，大致为近代以来，西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比，吾国法制发展，乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举，皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是，标举革新旗帜之私法学人，每每借市场经济之大纛，惟恐批公法之不足、不深、不透。于是，公法之类，似乎游离于（甚至解构着）市场经济体制。如此，则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外！岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府，而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制，除了幻想，还是幻想；其结果除了失败，还是失败。

基于此种认识，鄙人在主持《法理文库》经验基础上，尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年，原欲以“公法论丛”为此套丛书名，然最近于书肆发现：该丛书名，已有学人捷足先登，故只好另辟门径，以“公法研究”命名之。

令人欣喜者，近几年间，专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有：梁治平等主持之“宪政译丛”；罗豪才主持之“公法名著译丛”“行政法论丛”；罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”“现代行政法论著丛书”；贺卫方等主持之“司法文丛”；陈兴良主持之“刑事法评论”；杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主

持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

序

历史有什么用？法国著名历史学家马克·布洛赫的回答是，历史自有其独特的美感，它千姿百态，令人销魂。我二十多年来的治学，专注于法学史，兼采法制史，既感受到布洛赫所说的历史美感，更体会历史所蕴含的以古鉴今之意。

近百年来，中国的法律制度一直处于艰难的转型过程中。这一艰难，来自于近现代的法律理念及其制度，来自于西方，来自于社会条件完全不同于中国的环境。这一个世纪中国法律移植实践中屡屡出现的水土不服，或者南橘北枳，很大原因来自于我们对所引进的法律，不了解它从何而来，为何而来，如何能适应中国社会。为此，我拟定了一个系统研究外国特别是西方法律史的计划，准备了190多个题目，陆续交给我的博士生，让他们在博士论文中致力于研究外国特别是西方法学、法律制度的渊源及其流变，以期形成法律史研究的规模，促成踏实细致、注重史料的研究风气，为大转型时期的中国法治昌兴，作一小小的贡献。

刘守刚博士的《西方立宪主义的历史基础》一书，是在他的博士论文基础上修改而成的，而他的博士论文正是我上述计划中的一种。中国的宪政理念，始于引进，近代的宪政制度，来自模仿。要成功实现对西方宪政理念和制度的移植，就必须弄清西方立宪主义在历史上的来龙去脉，探讨西方立宪主义实现的种种历史条件。

刘守刚博士这本书从两个方面来研究西方立宪主义的历史基础，一个方面是探讨作为一种理念，立宪主义是如何在西方世界

发生和发展的，另一个方面是研究立宪主义在西方世界实现的历史条件。就前者而言，该书通过建立个体主义、整体主义这样一对政治哲学的理想型作为研究主线，将西方立宪主义的发生发展描述为两种理想型所代表的政治哲学分别发挥作用，不断冲突和融合的结果，其中特别仔细地描述了从古希腊、罗马直至 18、19 世纪立宪主义的变迁过程，最后认为立宪主义成熟的表现是，平衡了两个相互有冲突的基础，即以个体主义占优，以整体主义为辅，将政府看作实现公民利益和权利的工具，强调对政府权力的限制和约束，同时不放弃政府一定程度上的干预责任和伦理目标。就后者而言，该书建构了一个税收推动宪政的模式，来探讨政府在西方立宪主义制度实现过程中的能动作用，并将西方立宪主义的实现逻辑描述为一个从产权到人权的运动过程，来揭示产权保障制度对于市民阶级的形成以及市民阶级在立宪主义实现过程中的能动作用。

当然，就刘守刚博士在研究过程中所建立起来的政治哲学理想型图式、税收推动宪政的模式、从产权到人权的逻辑过程等等，在理论上可以进一步争论和探讨。但对他试图从整体上把握立宪主义的发展及其不断现实化的过程，试图总结出某种逻辑和图式，以供非西方国家在移植立宪主义过程中借鉴等种种努力，还是值得肯定的。除上述有特色的地方外，书中对英法美三国立宪主义的产生、融合及其成熟过程的描述，也颇有启发性。

我不敢保证作者的种种观点能被所有的人或者是大多数人赞同，著作的出版，意味着将它交到读者手中，见仁见智，自有读者个人评判。我只希望该书的出版，能作为汇成大海的一支细流，共同促进对外国法律史的研究，最终推进我国法治化的进程。

何勤华

于上海·华东政法学院

2005 年 1 月

- | | | | |
|-------------------|------|------|---|
| 6. 西方宪政思想史略 | | 黄基泉 | 著 |
| 7. 选举及其相关权利研究 | | | |
| ——美国选举个案分析 | | 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. 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. 财产权与宪法的演进 | 何 真 | 唐清利 | 著 |
| 16. 宪法运作的实证分析 | | 张淑芳 | 著 |
| 17. 和平·秩序·好人政府 | | | |
| ——加拿大宪法的精神与实践 | | 徐亚文 | 著 |
| 18. 宪政视野中的中国城市化研究 | | 秦前红 | 著 |
| 19. 宪法的国家结构问题 | | 童之伟 | 著 |

私 法 研 究

- | | | | |
|-------------|-----|-----|---|
| 中国民法典制定问题研究 | | 刘士国 | 著 |
| 企业并购与并购法 | 吴国萍 | 周世中 | 著 |
| 商标权及其私益之扩张 | | 崔立红 | 著 |
| 继承法律制度研究 | | 安宗林 | 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. 民权与民治的试验 | |
| ——晚清地方自治制度的生成与演变 | 汪太贤 著 |
| 43. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 著 |
| 44. 宪政的理念与机制 | 季金华 著 |
| 45. 宪政主义与制度转型 | 王 怡 著 |

法 学 论 丛

- | | |
|-----------------|------------|
| 人权研究(第一、二、三、四卷) | 徐显明 主编 |
| 民间法(第一、二、三、四卷) | 谢 晖 陈金钊 主编 |
| 法律方法(第一、二、三、四卷) | 陈金钊 谢 晖 主编 |
| 中国诠释学(第一、二辑) | 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 |

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 |

- | | | |
|----------------------------|-----|---|
| 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
——一种宪政民主理论的阐释 | 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
——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 | 著 |

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
——中国法制现代化沉思 | 谢 晖 著 |
| 5. 权利的法哲学
——黑格尔法权哲学研究 | 林 喆 著 |
| 6. 法律对行政的控制
——现代行政法的法理解释 | 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 |

目 录

《公法研究》总序	谢 晖 (1)
序	何勤华 (1)
导 论	(1)
一、本书的研究目的	(2)
二、文献背景	(8)
三、本书的写作方法	(10)
四、本书的框架安排	(12)
第一章	
历史透视下的立宪主义	(14)
一、众说纷纭的“宪法”定义	(15)
二、Constitution 一词在拉丁文中的萌芽	(20)
三、Constitution 一词含义在英语中的发展	(27)
四、机缘巧合下 Constitution 一词含义 在美洲殖民地的成型	(32)
五、立宪主义的确切含义	(42)
六、结论	(51)

思想运动篇

第二章

政治哲学理想型与立宪主义思想史研究 (56)

- 一、政治哲学的两种理想型与立宪主义的思想基础 (57)
- 二、现有立宪主义思想史研究框架及其不足 (63)
- 三、立宪主义的思想要素与立宪主义思想运动研究 (71)

第三章

西方立宪主义在政治哲学上的萌芽 (75)

- 一、西方世界的政治哲学导师：古希腊 (75)
- 二、作为帝国和世界的古罗马 (88)
- 三、中世纪的欧洲 (98)

第四章

近代的来临与个体主义的诞生 (113)

- 一、1500年的转折意义 (114)
- 二、民族主权国家来临的政治意义 (117)
- 三、个体主义的诞生 (122)
- 四、从个体出发建构国家：政治个人主义的形成 (135)
- 五、结论与进一步的讨论 (153)

第五章

近代立宪主义在政治哲学上的诞生 (154)

- 一、苏格兰启蒙运动与英国立宪主义的诞生 (155)
- 二、法国的启蒙运动与法国立宪主义的诞生 (167)
- 三、美国立宪主义的形成 (180)
- 四、结论 (191)

第六章

- 近代立宪主义在政治哲学上的成熟**…………… (192)
- 一、近代立宪主义在哲学上完善的动力…………… (192)
 - 二、贡斯当与法国立宪主义…………… (207)
 - 三、托克维尔与美国立宪主义…………… (212)
 - 四、约翰·密尔与英国立宪主义…………… (221)
 - 五、近代立宪主义发展历程总结
与立宪主义之成熟…………… (231)

现实运动篇

第七章

政府的能动作用与立宪主义的实现

- 一个税收推动宪政的经济学模式…………… (241)
- 一、经济学视野中近代国家的诞生…………… (244)
 - 二、征税权与英国立宪主义的实现…………… (256)
 - 三、立宪主义制度发展和税收动因的
一般理论：税收推动宪政模式…………… (268)
 - 四、多元经济利益推动下的美国立宪主义制度…………… (278)
 - 五、财产权与立宪主义…………… (284)
 - 六、结论…………… (287)

- 小附录 经济学分析方法…………… (289)

第八章

市民阶级的兴起与立宪主义的实现

- 从产权到人权的运动…………… (291)
- 一、立宪主义实现的逻辑过程…………… (293)
 - 二、西方立宪主义实现的起点：中世纪
的产权保障…………… (299)

三、第三等级的兴起：市民社会的初兴·····	(316)
四、君主专制的兴起与市民阶级的形成·····	(328)
五、市民阶级革命·····	(339)
六、法律的革命与人权的保障·····	(359)
七、结论·····	(361)
结束语·····	(363)
附录一 “三权分立”的历史解释·····	(369)
一、两种说服力不够的传统解释·····	(369)
二、一种历史解释：三权分立是政府职能不断 归类和抽象的历史结果·····	(373)
三、另一种历史解释：三权分立是不断探索 制衡政治权力的历史结果·····	(378)
四、结论·····	(384)
附录二 20世纪立宪主义之曲折与回归·····	(385)
一、20世纪立宪主义之曲折的思想背景·····	(386)
二、立宪主义之曲折·····	(392)
三、个体主义的复兴·····	(395)
四、立宪主义之回归与历史的终结·····	(405)
参考文献·····	(409)
后 记·····	(419)