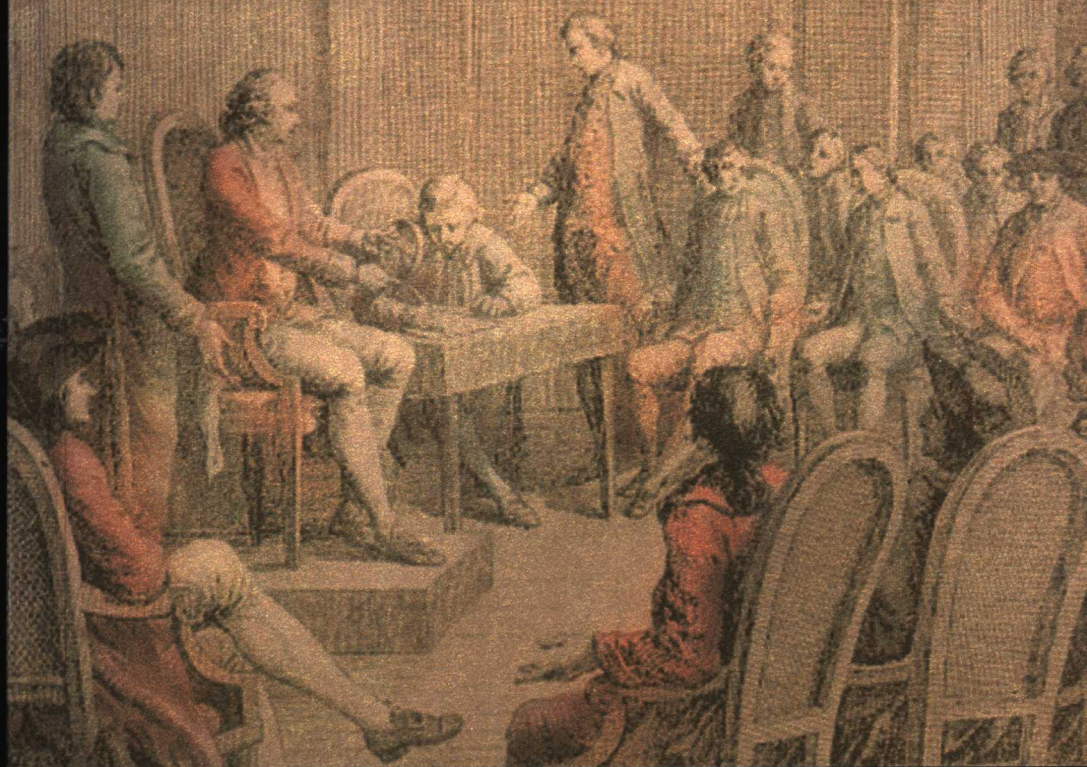


# 美国宪政生成的 深层背景

■ 钱福臣/著

*The Profound Context*  
of The Building of American  
Constitutional System



# 美国宪政生成的 深层背景



钱福臣/著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

美国宪政生成的深层背景/钱福臣著. —北京:  
法律出版社, 2005. 5  
ISBN 7 - 5036 - 5514 - 3

I. 美… II. 钱… III. 宪法—研究—美国  
IV. D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 026423 号

© 法律出版社·中国

<b>责任编辑/曾健 刘辉</b>	<b>装帧设计/乔智炜</b>
<b>出版/法律出版社</b>	<b>编辑统筹/法学学术出版分社</b>
<b>总发行/中国法律图书有限公司</b>	<b>经销/新华书店</b>
<b>印刷/北京中科印刷有限公司</b>	<b>责任印制/陶松</b>
<b>开本/A5</b>	<b>印张/8 字数/216千</b>
<b>版本/2005年6月第1版</b>	<b>印次/2005年6月第1次印刷</b>
<b>法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)</b>	
<b>电子邮件/info@lawpress.com.cn</b>	<b>销售热线/010-63939792/9779</b>
<b>网址/www.lawpress.com.cn</b>	<b>咨询电话/010-63939796</b>
<b>中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)</b>	
<b>全国各地中法图分、子公司电话:</b>	
<b>第一法律书店/010-6399781/9782</b>	<b>西安分公司/029-85388843</b>
<b>上海公司/021-62071010/1636</b>	<b>重庆公司/023-65382816/2908</b>
<b>北京分公司/010-62534456</b>	
<b>深圳公司/0755-83072995</b>	<b>苏州公司/0512-65193110</b>
<b>书号:ISBN 7 - 5036 - 5514 - 3/D · 5321 定价:18.00元</b>	

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

我们将要翻开阅读的《美国宪政生成的深层背景》是一部行文不长的小册子,而且从题目上看似乎也显得有点平淡无奇。但这完全是误解。实际上,该书确属一部高质量的学术专著。该书作者以深刻的法哲学思维,通过对美国宪政的生成的研究,全面而系统地分析和概括了近代以来西方宪政的最基本的精神、经验和主要之点;书中所使用的资料亦丰富而翔实,言简意赅,爽直明快,颇有可读性。依我所知,迄止目前,在类似主题的作品之中,如此独具特色的创造性专著,诚属少见。

在世界史上,美国是第一个以成文宪法为核心的、正式又体系严整地建立起宪政的国家,具有明显的典型性。这是国内外读者所公认的。正像作者指出的,美国宪政生成的背景十分复杂,包括深层的理论思想、历史传统、社会需要、主观条件等诸多因素及其相互交错和结合的结果。同时,它所经历的途程也带有渐进性。从1739年马里兰人民自由权利法案至北美首部成文宪法即弗吉尼亚宪法,从邦联宪法至1787年联邦宪法、再至1789年的10条宪法修正案(权利法案),从立法、行政、司法三种权力的不均衡至马歇尔大法官通过处理1803年马伯里诉麦迪逊案件而确立司法审查制度,先后达半个世纪之久。美国所走过的宪政之路是成功的,经验是可贵的,对后世的影响是巨大的。但不容忽视,

美国宪政的生成中,又内涵着一些容易被忽视的时代的局限性和有产者的阶级偏见。

根据我本人反复捧读的体会,该书所阐发的宪政的理论要义,大体上可以概括为以下几点:

其一,宪政的现实社会基础和目的。宪政的最深厚的根源,是近代西方市场经济的发展。商品交换打破了人的依赖关系(身份关系),导致社会的大分解,使个体从整体的牢固束缚中解放出来。马克思《资本论》所讲的前资本主义制度下商品交换中的“人的法律因素”,现在已成长为强大的现实。那就是个体获得了独立的人格,自由和彼此平等的地位,使其能够自主地支配个人的行为和财产;并且,同他人发生关系,主要是通过契约来进行。这样,社会上到处出现强烈的个人权利的诉求和基本人权的呼吁。随之而来的,以利益为准则又构成多元群体,而各个群体都要求和拥有一定的权力,形成多元权力的格局。在这方面,当年法国托克维尔所赞赏的那种北美自由个人自愿结成的地方自治,起到了巨大的特殊作用。之后,马克思主义创始人对这种地方自治亦给予高度的评价。宪政就是直接建筑在这种个人权利诉求和社会权力多元之上的。不言而喻,西方人包括美国人,并非把宪政本身当作目的,而是把它当做达到每个人自身利益的一种强有力的政治手段。趋利避害乃是人与生俱来的本性,人们奋斗所要取得的一切都超不过利益二字。在前资本主义制度下,从某种意义上说,不允许个人利益的单独存在;而资本主义制度则为个人利益的追求,提供广阔的空间,这就是无处不在的人与人之间激烈的自由竞争和优胜劣汰。在人们的心目中,也不得不默认为这是无可置疑和不可避免的。没有这种普遍的利益驱动,宪政

便不会被创造,即使创造出来也没有意义。

其二,宪政的运行机制。这包括素来东方人所未曾听闻的两个重要内容:(1)人民主权。它经历了古代希腊尤其雅典的民主制,古罗马的“人民”观念、混合政体和私法,尤其是1215年《大宪章》及后来的宪法性文件,而逐渐成长,并为美国人所继受。无疑人民主权与民主制密不可分。但是,从一开始,它所指代的“人民”和“主权”就是不周延的、局限的。还在美国进行制宪之时,奴隶、妇女、纳不起税的白人男子、印第安人等,就不在人民的范围。这不仅没有做到卢梭倡导“公意”基础上的人民主权论,甚至没有达到洛克式的羞羞答答的人民主权论的那种水平。针对这种实际情况,该书作者把人民主权分为理论逻辑上或政治上的人民主权与实际上或法律上的人民主权两种,是非常正确和独到的科学见解。人民主权,在英国是议会主权,在美国是宪法主权。这个事实生动地证明,西方的人民主权通常是滞留于所谓“政治解放”和“法律平等”的层面。(2)分权与制约平衡。有的学者认为分权和制衡是宪政的基石,此话并非没有道理。人民为了保障自己的权利,要求建立强大和统一的国家权力,但又担心过于强大的权力会任意侵害自己的权利,因而同时又追求分权与制衡。分权,既有国家职能部门间的横向分权,也有中央与地方间的纵向分权,明显地是为了防止因高度集权必然带来的任性或专横。制衡,则是为了防止国家权力的某个部分的越权而导致特权。当初,美国制宪者奉行实践中的孟德斯鸠主义,极为鲜明地将国家权力分为立法权、行政权和司法权三个部分,并将作为立法权的议会再掰成两半即参众二院。不过,分立开来的各种权力必然又相互渗透和融合。如果这种

分立是绝对的,那么就会像黑格尔所说,整个国家就会立即土崩瓦解。根据200年的实证经验来考察,美国三权分立的运行,固然出现不少纰漏,但总体上是做得相当成功的,并非像国家主义者描绘的那样糟糕。应当承认,近代以来的民主和法治,从美国人正式地贡献出宪政之后才趋于成熟。

其三,宪政的根本保障,即“法律至上”。法律至上可以理解为法治(法的统治),首先是“宪治”(宪法之治)。严格说,“法律至上”这种绝对化的用语并非很科学,但它作为西方人的传统观念和现实需要是客观的存在。早在亚里士多德的《政治学》中,法治的基本内涵已经得到精湛的阐发。在他看来,法治大大优于人治,法律的统治,犹似神祇的统治。古罗马国家通过立法、主要是私法把希腊人的法治观念加以实证化。即使在黑暗的中世纪,统治者也不得不承认“国王在法之下”的原则。到了17、18世纪,启蒙思想家更直接地把法治作为推翻专制制度的重要口号,使之更加深入人心。美国宪法正是在这种时代大潮中涌现的。所谓宪政,就是以宪法为根本法的法律统治或曰宪政政治。这点,毛泽东在《新民主主义的宪政》的演讲中已经说到了。不过,他在强调“民主政治”时,却没有同样地强调法治。宪政的目的性价值基础是“以人为本”,保证和实现个人的权利或基本人权。但是,商品社会的基本法则是自由竞争。个人权利之间,多元的社会权力之间,以及国家的各种政治权力之间,无不存在着竞争。协调(而不是压制)这诸多的竞争,不使社会成员的利益冲突激化,以维护每个人的所得或应得,所能采取的惟一的办法,就是将这些矛盾纳入宪法和法律的轨道上来。必须指出,近代西方的法治主义是从传统的自然法(高级法)那儿引申出来的,换言之,是

人的理想选择。

统观历史和现实可以知道,宪政是人类文明的发展规律,时代的呼唤,世界运行的大趋势,任何民族国家都无法回避,更不可能阻止。如果说西方国家的宪政是历经 2000 多年的酝酿而自发地生成,那么从理论上说,社会主义国家则应当自觉地实现宪政,把它作为真正的人类解放、人类全面发展的必由之路,进而最终达到“自由人类联合体”的崇高目标。

我所概括和叙述的、对宪政问题的这些粗略想法,仅仅是期冀给读者们阅览这部专著时提供些许参考。

最后,要谢谢钱福臣教授让我为其大作撰写这个小序。

吕世伦

2004 年于中国人民大学寓所



## 导 言

本书名为《美国宪政生成的深层背景》。由于本书书名中所包含的个别词汇可能引起歧义,因而在导言部分对这些词汇的含义做一些限定,对明确本书的研究范围来说是必要的。

1. 本书中的“美国宪政”,主要涉及美国联邦宪政,各州宪政除非与此内容相关,不在本书研究范围之内。

2. 对本书中使用的“宪政”一词的解释和界定是一个比较复杂的工作,需要花费一些笔墨。

“宪政”一词是英文“constitutionalism”一词的汉语对应词,但正如我们所知,这个英文单词的汉语对应词有两个,一为“宪政”,一为“立宪主义”或“宪政主义”,并且有学者认为用“立宪主义”来翻译这个词也许更准确。<sup>〔1〕</sup>但笔者认为,从英文构词和用法上看,“constitutionalism”一词应该有两个意思,一为体现一定精神和观念的宪法制度,一为宪法制度中所体现出来的精神或观

---

〔1〕 韩大元:《亚洲立宪主义研究》,中国人民公安大学出版社1996年版,第2页。

念,而非宪法制度本身。<sup>[1]</sup>正如“federalism”一词同时具有“联邦制”和“联邦主义”两个含义一样。“constitutionalism”一词的前一个含义可以翻译为“宪政”,而后一个含义则可翻译为“宪法主义”或“立宪主义”。因而,将“宪政”和“立宪主义”整合起来才是英文“constitutionalism”的完整含义。相反“宪政”和“立宪主义”任何一个词单独使用,都不能代表“constitutionalism”一词的完整含义。

在我国学界,汉语“宪政”一词的侧重点即是宪法及其制度本身,其直接含义是“宪法政治”或“宪法政府”。而用“宪政”来概括这个意义,可能反映了我国传统上对宪法及其制度中“政治”和“政府”维度的重视和对“个人权利保护”等维度的忽视。由此,“宪政”一词虽然译自西语,但却是一个“中国特色”化了的词。但无论如何,英语“constitutionalism”与汉语“宪政”这个词在含义和用法上还是有着基本的相同之处的,这种相同之处在于:第一,二者的词根都是“宪法”,二者研究的基本对象都是宪法,并大于宪法;第二,二者都涉及宪法中规律性的东西。

基于以上分析,本书对“宪政”一词基本上是在中文含义上的使用,并将从形式、内容和基本原则等几个方面来理解和界定美国“宪政”。从形式上看,美国“宪政”是指宪法制度,即宪法性法律(constitutional law)及其实施和作为其结果的宪法法律关系。从内容上看,美国“宪政”包含政府形式(限权政府)、个人权利保

---

[1] 如,美国学者斯科特·戈登就是在后一个含义上使用这个词的:“简单地说,我用‘立宪主义’来指代国家的强制性权力受到了约束这种观念。”[美]斯科特·戈登:《控制国家——西方宪政的历史》,应奇、陈丽微、孟军、李勇译,江苏人民出版社2001年版,第5页。

护和成文宪法三个维度。<sup>[1]</sup>从基本原则上看,美国“宪政”包含人民主权、基本人权、分权与制衡和法治等四个基本原则。<sup>[2]</sup>

3. 本书的研究范围将“美国宪政生成”的最后时间界定为1803年马伯里诉麦迪逊案所导致的司法审查制度的诞生。理由为:1787年通过并于1789年生效的美国联邦宪法虽然标志着成文宪法和基本的宪政制度的诞生,但成文宪法对美国宪政的目的和手段规定得并不完善。美国宪政的目的是个人权利保障,而宪法中虽然规定了对某些基本权利的保障,但其中并没有像此前各州宪法那样包含一个权利法案;美国宪政实现个人权利保障的主要手段是限权政府,而限权政府的主要机制之一是三权分立与制衡,宪法中虽然规定了三权分立与制衡的基本制度和框架,但并没有规定司法审查制度,由此,使司法权明显地弱于立法权和行政权,使三权之间的制衡无法完全实现。于1791年生效的权利法案则弥补了美国宪法中所规定的宪政制度的第一个不足,而于1803年通过马伯里诉麦迪逊案所诞生的司法审查制度则弥补了美国宪法中所规定的宪政制度的第二个不足,而更重要的是司法

---

[1] 对美国宪政的“成文宪法”维度在这里有必要做两点说明:第一,从形式上看,美国“宪政”是指宪法制度,即宪法性法律(constitutional law)及其实施和作为其结果的宪法法律关系。当然,“成文宪法”只是美国宪法性法律的主要构成部分和标志,并非其全部,即使将宪法修正案作为成文宪法的组成部分,美国的宪法性法律也至少还应包括法院创制的“判例宪法”和总统创制的“惯例宪法”。第二,在西方,成文宪法一词在三种含义上使用:1.它经常指称作为一个成文文件的宪法。2.一部成文宪法或者也许成文的宪法性法律的观念,可能指称区别于“宪法惯例”的成文的制定法。3.成文宪法一词同时涵盖成文宪法、刚性宪法和高级法三种属性。本书所谓的“成文宪法”维度,是在该词的第三个含义上来使用的。

[2] 有人认为联邦制也是美国宪法和宪政的一个重要的基本原则,当然本书也并不忽视这一原则,而是从揭示具有普适性的规律的角度入手来概括美国宪法和宪政的基本原则,并把联邦制原则分别归入分权与制衡和法治两个原则之中进行阐述。

审查制度还是宪政概念中必要因素之一的宪法的实施和发展赖以实现的有效机制。因而美国宪政的最基本的制度的生成到马伯里诉麦迪逊案创造司法审查制度时才得以基本完成。

本书试图追求和体现以下特点：

1. 新颖性。(1)角度新,国内外研究美国宪政的著作很多,但从法哲学角度对美国宪政生成的深层背景进行综合研究的尚未见到;(2)观点新,如提出政治上的人民主权和法律上的人民主权、宪政基因、目的性社会需要和手段性社会需要、主体因素等新的观点和概念。

2. 理论性。本书重点不在阐述和研究人所熟知的史实和问题,而在于从较高的理论层次,揭示具有普适性的规律,因而具有较强的理论性。

3. 涵盖性。美国宪政的生成是西方社会、政治、法律文明发展的结晶,对美国宪政生成的深层背景进行研究势必涉及西方的思想传统和社会传统,因而本研究在内容上具有较大的涵盖性。

4. 借鉴性。美国宪政是现代宪政的典范,且生成时间较早,由此研究美国宪政生成的深层背景能够体现和揭示更强的规律性,并因而具有更大的借鉴意义。

当然,以上的想法只是作者的一厢情愿的想法和给自己确定的一个努力的方向,至于是否实现,实现得如何,则是作者的学术功力问题。

也许有学者会认为,作者选的是一个“老问题”,较难创新。对此,作者也有一个也许仍是一厢情愿的想法,即:在学术研究中,简单重复老问题,“炒冷饭”固然无益,开拓新领域,另起炉灶“造新饭”固然可取,但对虽有涉猎,而系统化、深入化和准确化

远远不够的老问题、老领域做进一步的研究,也即将学术界的某一领域和问题的“夹生饭”煮熟,在某种意义上也许更加困难和重要。本书作者原意是在这方面做点平实的研究和学习,以求对人对己都能有点益处。因而本书主要意在使该问题的研究系统化、深入化和准确化,同时理清某些历史脉络和某些历史现象之间的逻辑关系。如有新意,也并非刻意的追求,而是在学习和研究中的重新发现和归纳。

由于各种条件所限,本书当然会有许多不尽如人意之处。仅作者明确认识到的,就有如下两个方面的问题。第一,本书尚只是一本“论要”性质的著作,有些方面可能言之不详,甚至也可能有些重要的内容和环节根本没有涉猎到。如在“思想基础”方面,对洛克、孟德斯鸠、麦迪逊、汉密尔顿等主要人物的思想论述比较详细,而对其他一些有影响的人物及其思想或没有涉猎或论之不足。第二,有些方面尚不够深入。如,“历史传统”部分,涉及日耳曼人的“个人主义”传统和“王在法下”的传统,但对这种传统产生的根源是什么,作者至今还没有做进一步深入的学习和研究。又如,在涉及欧洲中世纪的社会上的多元政治权力之间的斗争和妥协形成了政治契约,即宪法的时候,作者虽联想到,中国古代春秋战国时也曾存在着类似的政治权力多元和互控的状态,但结果却没有形成妥协和由此产生的政治契约、宪法和法治,而是以“一统”、“霸业”、皇权和专制而告终,但对其深层原因是什么,是否仍归于“商品经济”和“产品经济”的定论,作者本身尚无满意的认识和结论。由于时限催人、精力有限,以上问题和遗憾只好留待以后继续研究和弥补了。

本书认为:美国宪政不是一夜之间被创造出来的,而是在一

定的历史条件和社会条件下生成的。美国著名的政治科学家查尔斯·霍沃德·麦基文(Chales Howerd McIlwain)认为:现代宪法“只是更老、更悠久的阶段的延续,即宪法并不是创造,而是生长,不是国家法典,而是民族遗产”。〔1〕也许笔者更有理由模仿说:美国宪政并不是创造,而是生长,是民族遗产。

本书内容依笔者概括的美国宪政赖以生成的四个深层背景而列为四章:思想基础、历史传统、社会需要和主体因素。本书认为,作为现代宪政典范的美国宪政的生成绝非偶然,而是上述四个深层背景作用和互动的结果。

思想基础部分,主要讨论政治理论对美国宪政生成的重要意义、美国宪政赖以生成的思想基础的基本内容、历史发展脉络以及美国宪法和宪政对这种思想基础的体现。主要观点为:美国宪政赖以生成的思想基础是西方政治理论传统中的人民主权和限权政府思想。人民主权是目的,限权政府则是实现此目的的手段。而人民主权的理论又是为个人权利张目的,与个人权利比较起来,“人民”作为一个集体名词,也仍只有道德意义和政治意义,而无法律意义。人民主权和限权政府思想是美国宪政的价值目标和制度模式赖以设计的理论依据。在西方政治话语中,人民主权具有双重含义,一为政治上和逻辑上的人民主权,一为法律上和实际上的人民主权。作为美国宪政赖以生成的思想基础的人民主权思想是政治含义上的人民主权。美国宪政中的限权政府之“限权”体现在外在和内在两个方面:前者指成文宪法对政

---

〔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。

府权力的外在制约,后者指政府权力内部权力之间的分立与制衡,即政府权力内部的分权与制衡。相应地,作为美国宪政赖以生成的思想基础的限权政府思想也体现为两个方面:一为高级法思想,一为分权与制衡思想。

历史传统部分,主要讨论美国宪政赖以生成的历史渊源和传统因素。主要观点为:从历史渊源上看,美国宪政是对欧洲民主和法治文明继承和发展的结果,尤其是英国的民主和宪政传统与美国殖民地时期的民主和宪政传统继承和发展的结果。从传统因素上看,美国宪政是对欧洲尤其是英国以及殖民地时期的宪政的社会因素和制度因素继承和发展的结果。社会因素即个人权利诉求、政治权力多元和法律至上的社会传统,它们是具有历史传承性的、宪政赖以生成的基本社会因素,因而本书称其为宪政基因。宪政基因生成了相应的宪政制度,体现为宪政的人民主权原则、基本人权原则、分权与制衡原则和法治原则。美国社会一方面继承和发展了英国社会个人权利诉求、政治权力多元和法律至上的宪政基因,另一方面则继承和发展了英国宪政的人民主权、基本人权、分权与制衡和法治等基本原则和制度。

社会需要部分,主要讨论社会需要对美国宪政生成的重要意义,美国宪政赖以生成的社会需要的内容及其相互关系和美国宪政对这种社会需要的具体体现。基本观点为:对美国宪政的生成和性质起决定性作用的深层背景是美国当时的社会需要。这种社会需要包括目的性社会需要和手段性社会需要。前者是以财产权为核心的个人权利保护的社会需要,后者是政府权力的强化与控制的社会需要。前一种社会需要在宪政生成过程中的立宪主体、立宪动机、条文规定和制度设计等几个环节都有充分的体

现,后一种社会需要则在联邦制、成文宪法、权利法案、司法审查和分权与制衡等宪政制度和机制方面充分体现出来。而这两种社会需要在价值观念上体现为自由和安全两种价值的衡量。

主体因素部分,主要讨论主体因素的内容及其对美国宪政生成的重要作用。主要观点为:建立在当时美国社会的物质生活条件基础上的社会需要是美国宪政产生的客观基础和客观动力,而由思想传统和历史传统所培养和孕育并在当时的物质生活条件基础上形成的主体素质和由此产生的能动力则是美国宪政产生的主观条件和主观动力。从最直接意义上说,美国宪政是主体设计的结果,在某种程度上也可以说是作为主体的人创造的。参与美国宪政创造的主体可以分为两个部分,即特殊主体和一般主体。这里所谓的特殊主体是指那些直接参与美国宪法及其权利法案的设计,和后来美国宪政的完善和重新建构的一少部分特殊人物。这些人首先因其职业或地位具有直接参与这项工作的权力,另外这些人还具备完成这项任务的特殊的专业知识、素质和极强的人格魅力和道德品质,因而多是或被认为是杰出人物。这部分主体包括制宪者和法官。这里所谓的一般主体是指具有由传统因素培养和孕育并在特殊的自然环境和社会环境基础上生成的特定素质的一般民众。这是美国宪政赖以生成的更广泛的主体背景。一般主体对美国宪政生成的作用与特殊主体一样不可忽视。

由于美国宪政是现代宪政的典范,其生成规律对其他国家宪政的建设和生成具有借鉴意义,因此本书每章后设“借鉴”部分,结合我国的具体情况,对我国宪政生成问题作相应的分析,供读者参考。



# 目 录

第一章 思想基础 .....	1
一、人民主权思想 .....	7
二、限权政府思想 .....	37
(一)高级法思想 .....	38
(二)分权与制衡思想 .....	47
三、借鉴 .....	61
第二章 历史传统 .....	67
一、历史渊源 .....	71
二、传统因素 .....	73
(一)社会因素 .....	74
1. 个人权利诉求 .....	76
2. 政治权力多元 .....	85
3. 法律至上 .....	98
(二)制度因素 .....	110
1. 人民主权与基本人权原则 .....	110
2. 分权与制衡原则 .....	119
3. 法治原则 .....	125
三、借鉴 .....	128
第三章 社会需要 .....	141