

研究宪法起源应重视历史主义原则

——答陈守诚、崔卓兰同志

赖元晋

陈守诚、崔卓兰同志写的《宪法是资产阶级在资产阶级革命时期搞起来的》^①一文(以下简称《陈文》),对拙作《关于宪法起源的探讨》^②提出批评并系统阐述了宪法产生于近代的观点。《陈文》旗帜鲜明、结构严谨,在论证宪法形式和内容的统一、近代宪法与近代民主法制的相互关系等问题时颇有精辟见解,读来使人兴奋。《探讨》有许多没说清楚的地方,《陈文》也有些我认为欠妥之处。一并提出,与两同志研讨。

关于宪法形式与内容的统一问题

《陈文》认为:应该从法的内容和形式的统一来考察宪法起源,关于国家根本问题的法规只是在资产阶级民主制下才能从普通法律中分离出来,在形式上取得高于普通法律的地位,才成其为宪法;同时批评我仅仅从内容上区别根本法和普通法,没注意法的形式问题。我感到这些论证是《陈文》中最有力量的部份。拙作的确没对法的形式问题作具体分析,这应感谢两同志的批评。不过《陈文》只是从理论上分析了近代宪法在形式上的特征,而忽视了这种特征有一个漫长的形成过程,把宪法与普通法的分离看成资产阶级革命时期突然产生的现象。这就不对了。

在阶级社会初期,由于日常经济生活的需要,当时法律在内容上多为民法、刑法,根本法的内容既简略且多散见于普通法律中。但在商品经济较发达并实行民主统治形式的古代希腊,为了在法律上肯定平民与贵族、民主派与反民主派争权斗争所造成的政治制度的变化,关于国家机构和公民权利的立法被提到很重要的地位,开始出现许多有关国家根本问题的单行法规,这可说是根本法与普通法相分离的最初步骤。此外,由于法律日益繁复,便产生了对法律进行分类的需要,公元前五世纪雅典已把具有普遍性和永久性的法与其他法律区别开来并确立了对二者的不同立法程序。特别是由于民主制需要维护国家根本法规不受具体法或行政指示的破坏,雅典已出现了护法官和法制法庭,制定了对违背根本问题法规的立法进行控诉的“违宪立法起诉制”,这些都是根本法与普通法相分离的重要步骤。正是在此基础上,古希腊产生了最早的宪法思想,亚里士多德研究了希腊一百五十多个城邦的根本法,系统分析了各种政体形式的优劣,还详细记述雅典宪法的演变过程,他在这些研究中已经把国家根本问题法规与普通法律区别开,认为前者具有高于普通法律的地位,是国家法制的基础。这已是较明确的宪法观念了。在古代罗马也可看到类似的分离现象,罗马共和国凡人民大会制定的法,专称“法律”,以与其他国家机关颁布的法令区别开,而在这种“法律”中大多为关于

国家根本问题的法规。到罗马帝国时期，罗马法已明确区分为公法与私法两个部门，罗马皇帝的诏书、敕令在罗马法中更具有最高法律效力，专称“宪法”。这种“宪法”虽也包含一些属于普通法的法令，但大多是有关帝国建制的规定。正因如此，后世才沿用“宪法”这个古拉丁词称呼根本法。

罗马法律制度随着帝国的灭亡而中绝。欧洲封建国家初期的法律只是习惯法汇编即蛮族法典，内容杂乱无章，不但没有什么法的部门区分，连道德规范与法权规范也混淆不清。以后随着商品经济的发展和政治法律的进步，也开始从习惯法中分离出有关国家根本问题的单行法规。《耶路撒冷宪章》这部最典型反映欧洲封建秩序的根本法文件，就是从西欧、特别是法国北部的封建习惯法中产生出来的；1215年英国自由大宪章的许多内容可追溯到九世纪的习惯法典即《阿勒弗烈法典》；十三世纪德国两部习惯法典——《撒克森法鉴》和《士瓦本法鉴》已包含了关于德国皇帝由七个大封建诸侯选举产生的内容。到十四世纪这些根本法内容便从普通法中分离出来成为国王诏书形式的单行法规，这就是著名的1356年《黄金诏书》。

我国法学界一般都认为封建时代国家根本法规大都以国王诏书或国王与封建主的条约的形式出现，轻易为国王践踏，没有真正执行，也不具最高法律效力，因而不能视为宪法。《陈文》也持此观点。但是这种流行观点是值得商榷的。封建国王撕毁自己签署的诏书和条约，践踏自己的诺言，这的确是家常便饭，但我们不能以此推断以诏书、条约形式出现的封建根本法规都没认真执行过，都没有最高法律效力。应该说，这些法规如果适应当时当地的社会政治状况，符合统治阶级中势力最强大集团的利益，那么它们就能长期执行，国王想撕毁也毁不了。《黄金诏书》适应德国政治分裂的状况，符合势力强大的地方诸侯的利益，虽然极不合皇帝的心意，皇帝也无法摆脱它的约束，而不得不多次重申恪守它的条规。从十六世纪起，皇帝当选时还经常发布《当选条例》，进一步扩大诸侯权力和缩小皇室权力而不断强化《黄金诏书》的效力。更有甚者，欧洲三十年战争后签订的1648年《威斯特发里亚和约》中竟有一专约规定德国的政治结构，明文规定德国各种政治势力都必须遵守《黄金诏书》及帝国其他法律，从此《黄金诏书》的最高法律地位就受到国际条约的确认和欧洲列强的尊重，皇帝更无法违背。这样，从十三到十九世纪初，《黄金诏书》作为德国实际上的宪法前后执行了四个半世纪。波兰的情况与此类似，1573年国王亨利颁布的《亨利条例》也在波兰执行了二百多年，每届国王当选就职都必须宣誓遵守《条例》的条款，它也成了事实上的宪法文件。

英国自由大宪章的情况比较复杂，但也更典型。大宪章在颁布后的几十年确实先后多次受到国王的破坏、践踏，但每次都遭到贵族骑士以至市民的反抗，甚至引起内战，而且每次都以国王确认大宪章的法律效力而结束。最后，爱德华一世在1297年颁布《宪章确认》令^③，承认宪章的法律效力，宣布今后一切判决均不得违背宪章的条款，才结束这场长达八十多年的宪章斗争。到十四世纪，爱德华三世又正式下诏宣布一切法律如违背大宪章一概无效。这样，大宪章事实上便成了高于一切法律、国王必须遵守的最高法。这种地位直到十七世纪初以前都保持不变。《陈文》认为大宪章一经颁布“就抛到一边，根本没有认真执行，实际上也不是宪法”，这是不符合历史事实的。相反，正因为它长期被执行，在人们心中形成宪法习惯，十七世纪英国资产阶级才能利用这种习惯号召人民同破坏大宪章的国王作斗争，发动资产阶级革命和制定资产阶级宪法。

总之，根本法与普通法律的分离过程在近代资产阶级革命以前早已开始，某些根本法文件事实上已具有最高法地位，为近代宪法形式上的特征准备了一些前提。不仅如此，这一过程

也不是与资产阶级宪法的产生同时完成的。近代宪法刚产生时并没马上从普通法律中独立出来，最早的近代宪法即英国宪法就是如此。英国宪法带有前资本主义时期根本法的形式，是由一系列宪法性法令、惯例和判例组成的。十七、八世纪最重要的宪法文件如1689年《权利法案》、1701年《王位继承法》和1679年《人身保护法》都是一般的国会立法，在形式上与普通法律并无区别。我们只是根据它们的内容判明它们具有宪法性质；惯例在英国宪法中也居于极重要地位，英国内阁制就是根据十八世纪上半期的一系列惯例而形成，没有任何成文法律依据。英国宪法至今仍保持这种落后的形式当然是现代宪法中的例外现象，但在十七、八世纪，在成文宪法出现以前，它却是符合宪法发展规律的现象，说明近代宪法曾有过只具有近代宪法内容而不具有近代宪法形式的阶段，反映了近代宪法与古代宪法在形式上的连续继承关系。如果按照流行的说法，一切具有宪法内容但在形式上没有独立于一般法律的根本问题法规一概不得视为宪法的话，那么作为近代‘宪法之母’的英国岂不也要被摒于宪法史之外而与《陈文》所要论证的宪法起源于十七世纪的英国的观点相矛盾吗？

古代中古的根本法虽然已开始与普通法律相分离，甚至已成为实际上的最高法，但是在近代以前，这种最高法地位一般没有法律上的明确规定，也没产生制定和修改宪法的特殊法律程序。只是到近代，随着成文宪法的出现及其最高法地位获得法律上的确认和制度上的保证，才跨出根本法与普通法相分离的决定性步骤，从而基本上实现了宪法的内容与形式的统一。正因如此，古代中世纪终究只是宪法史上的幼年时期，换句话说，当时的根本问题法规只是萌芽状态的宪法。

但是也应看到，资产阶级所做到的只是宪法形式与内容的基本统一而不是完全统一。宪法按其特征本应明确规定国家的社会性质和政权的阶级性质，但在资产阶级国家，这些关于国家最根本的问题的内容只反映于民、刑法和某些宪法条文中，在宪法中，却没有明确的规定。只有在社会主义国家，这些根本法内容才完全从普通法律中独立出来，明确载入宪法，从而达到宪法内容与形式的完全统一。我们并不以此为标准否认资产阶级宪法是宪法。同样，我们也不应以资产阶级宪法的形式为标准否定古代根本法的存在。

关于宪法内容的继承性问题

《陈文》中正确地指出，在不同历史阶段，国家根本问题的内容不同，解决这些问题的方式不同，因此关于国家根本问题法规的内容和形式也不同。（其实，我在《探讨》一文中也论述过这种区别）但这只是问题的一个方面，另一方面是，不同历史阶段的根本问题法规在内容和形式上还存在某种连续继承关系。可惜《陈文》只是从经济、政治与法律的相互关系上论证宪法在内容上的主要特征——资产阶级民主制度的法律化，因此认为宪法只能产生于近代。并且断言：宪法“不是一般法律制度的产物，而必须是以民主制度为特征的近代法制的产物”，这就把近代宪法的政治经济根源与它的法律来源对立起来，否认近代宪法与以往的法有任何继承关系。这种看法都是值得商榷的。

首先，作为资产阶级民主制度的法律化的宪法显然就是近代宪法，它当然只能产生于近代。但我们不能以这种近代宪法的内容为标准去苛求古人，把不符合这一标准的古代根本法规都摒于宪法史之外。

不仅如此，虽然近代宪法的内容主要是由资本主义经济基础决定的，但是有些内容也是有历史渊源的，它总是要汲取以往根本法规的一些法律概念、法律条文和原则。例如‘民主’

一词就出自古希腊，‘共和国’一词出自古罗马。代议机构不是近代人凭空创造，古代中古便存在过奴隶主或封建主的代议机构，如罗马元老院、波兰和英国中古时期的国会、中古城市的市议会等。古代民主制国家已出现立法、行政、司法机构的某种虽不严格的分工，也都规定过公民的某些政治权利和承认公民在法律上的平等地位。这些就为近代宪法中的三权分立原则、在法律面前人人平等的原则提供了某些材料。虽然古代民主制度及其根本问题法规因罗马帝国的灭亡而中绝，与近代宪法没有直接联系，但对近代宪法的形成仍发生重大影响，资产阶级革命时期的西方政治思想家们在制定近代政治制度的方案时大都把古代希腊、罗马作为楷模，从中汲取不少法律材料，以至于将古代制度理想化和现代化。

撇开这种间接的继承关系不谈，最早形成于英国的近代宪法两大基本内容——确立代议制国家机构和规定公民权利也都直接来源于中世纪，英国‘国会’(Parliament)一词原是十一世纪诺曼人带入英国的一个法语词汇，意为“大会议”。自由大宪章第一次规定了‘大会议’的政治形式，从1365年骑士和城市代表参加国会后，它就逐渐演变为常设的代议机构，1341年国会开始分为两院。在13—14世纪已确立了国会的一定立法权、行政监督权和极大的财政权，从1297年起，非经国会同意国王不得征税这一原则就最终在法律上固定下来，这一原则被西方学者视为英国宪法的精髓，一直沿袭到现代。此外，被西方学者视为近代公民权的基础的人身不可侵犯原则以及最早体现这一原则的1679年《人身保护法》也起源很早，十二世纪亨利二世就制定过关于每个自由民都有权取得法庭令状和要求将其案件交国王法庭审理的法律。自由大宪章又明确规定未经合法判决，任何自由民人身财产不可侵犯的内容，这些都是《人身保护法》的法律来源。这一法令还明确规定，今后凡人身保护令状必须开首写上“遵照英王亨利二世第三十一年法律”的拉丁文字样，更清楚说明这一宪法文件与古代法律的继承关系。总之，近代宪法的两大内容都不是十七世纪英国革命中凭空产生，而是利用和改造已有的封建宪法文件和宪法习惯的结果，而且这次革命本身就是从国会与国王间的宪法斗争开始的。在这场斗争中，国会力图按资产阶级利益解释和捍卫自由大宪章等宪法文件，把国会变成国家最高权力机关。1628年国会通过《权利请愿书》这一著名宪法文件，提出不依据法律国王不得侵犯臣民个人自由和未经国会批准国王不得强制征税的宪法原则，并明确地以自由大宪章和1297年《不得征税条例》为其法律根据，这可说是资产阶级制定宪法时利用改造封建宪法文件的典型例证。上述宪法的历史继承现象在其他各国远不如英国这么明显，因此有人把它看成英国例外现象。我们认为，英国宪法的产生过程确实有其民族的和历史的特点，但其他各国在制宪时已有现存的英国宪法可仿效，不必从本国历史中去搜集法的材料，也是造成这些国家宪法产生过程不同于英国的重要原因。而且既然英国是近代宪法之母，那么它同中古宪法的源流关系在很大程度上也说明了近代宪法与古代的法的连续性。

当然，宪法的继承性、连续性只是表现在宪法的某些(而不是全部)概念、条文本身，而绝不是这些概念和条文所包含的社会阶级内容；我们也不能以法的连续性来抹煞不同历史时代的宪法在阶级性质上的巨大区别。例如英国中世纪的国会按其性质毕竟只是封建等级会议，十六世纪后才演变为资产阶级反封建的政治中心；中世纪人身自由权也只具贵族特权性质，毫无近代人权的意义，它以后被资产阶级利用，才具有了新的阶级内容。还应看到，阶级性质的这种区别也引起宪法内容的巨大区别。例如，在国家机构的组织和活动方面，古代宪法文件只有零碎的、局部的规定，近代宪法则有系统、完整、严格的规定；在公民权利方面，古代既不存在普遍的公民权，也没有象近代宪法那种关于公民的政治、经济、文化教育和宗

教信仰的自由权利的较全面的规定。因此，从宪法内容来看，古代和中古的根本法文件也是极不完备的、萌芽状态的宪法。

宪法的阶级性与宪法的内容和形式虽然有密切联系，对后者起决定性作用，但是宪法的法权规范与它的阶级性也有区别。这表现在不同时代宪法在法权规范上有其继承关系。《陈文》中正确指出了法权规范与它的阶级性的联系，却没有注意二者的区别，以至于把二者混同起来，作者对古代中古宪法文件的批判就贯穿了这种观点。例如他们用古代民主制的阶级狭隘性来批驳希腊在狭隘的‘公民’范围内也实行过在法律面前人人平等的原则的观点。实际上，雅典关于全体公民皆不得因债务而丧失人身自由、公民都有参加公民大会和担任任何公职的法律就体现了这一原则。希罗多德最早明确写道：“民主制的优点首先在于它最美好的名声，即在法律面前人人平等。”大哲学家德谟克里特也指出，实行公民权利的平等是雅典国家保卫雅典人的自由的必备条件。《陈文》似乎没注意到这些历史事实。此外，《陈文》以自由大宪章“仅仅是解决国王与封建主的矛盾”、《耶路撒冷宪章》和《黄金诏书》“不过是国王与封建主之间权力分配的条约”、中古政教协议“不过是教权与王权互相斗争互相妥协的产物”为理由否认它们具有根本法性质。实际上这些批判只能说明这些文件的阶级性质，都不能说明它们没有根本法内容，也不能说明它们与近代宪法没有历史联系。至于《陈文》所说古代雅典“在统治阶级内部也没有实现在法律面前人人平等的原则”、自由大宪章“根本没有认真执行”，这也只能说明法律的实际运用，却不能否认法律本身的存在。在这里，《陈文》似乎把法权规范与它的实际运用也混同起来。

总之，宪法起源问题不仅涉及到法权理论，而且首先是法的历史问题，不仅要从经济、政治与法的相互关系的角度，而且要从法的具体历史的角度进行分析。应该重视历史主义原则，就是说，既要看到政权的经济基础与阶级性质对宪法内容的决定作用，也应注意宪法发展的相对独立性，即它自身的历史继承性；既不要把古代根本法规现代化，抹煞它们与近代宪法的区别，也不宜把近代宪法作为考察古代宪法的标准，否认古代根本法的存在。

其他几点意见

可能由于疏忽，《陈文》对一些理论和历史问题的提法似有不当之处，顺便提出供两同志参考。

一、《陈文》正确地指出了民刑法的发展早于根本法，但他们提出的主要原因——“人们对经济关系的认识必定先于政治关系”、“(古代)人们的阶级关系离开经济关系就没有更多的内容，国家的活动仅仅围绕保护私有制而进行的”——这些似不符合历史唯物主义观点。应该说，任何时代的阶级关系总是表现为一定的政治关系，而且政治关系比经济关系较容易为人们所认识；国家维护私有制的活动本身就是一种政治活动，国家的主要职能一开始就主要是镇压被剥削者的反抗和对外军事活动。民刑法的发展之所以早于根本法，不是古人只懂经济关系而不懂政治，而是由于实际生活的直接需要。

二、《陈文》把古今政体形式分为专制与共和两类，把绝对君主制、等级君主制、某些总统制国家和法西斯国家都归于专制政体，似不恰当。政体形式宜分为君主制与共和制两类，总统制应属于共和制，法西斯国家有的实行共和制(如德国)，有的实行君主制(意大利、日本)。而且并非一切封建君主制都是专制制度，在欧洲历史上等级君主制与绝对君主制是封建君主制度的不同发展形态，在等级君主制下，国王权利受到封建等级会议极大限制，因此不

是专制的，在绝对君主制下国王拥有绝对的无限制的权力，才是封建专制制度。《陈文》把一切封建君主都称为专制国王，是不妥当的。

三、《陈文》说，在专制制度下，国家法律以最高统治者的意志为转移，而在共和政体下，法律成了整个统治阶级意志的集中表现。作者在这里本想说明专制制度是人治而不是法治国家，但这种表述造成的结果却是：只有在共和政体下法律才是整个统治阶级意志的表现，因此才成其为法律；专制制度下法律只表现最高统治者个人的意志，因而失去法律的性质。这样一来，专制制度下就根本不存在法律了。应该说，在任何时代，法律都是统治阶级意志的集中表现，法治与人治的区别不在它们的法律是否反映了整个统治阶级的意志，而主要在于当法律与统治者个人的意志发生冲突时，何者具有最高法律效力。

四、《陈文》对雅典民主制和波兰共和制的历史地位作了一个总的概括，说它们“只是原始民主制在人类进入阶级社会后在局部商品经济较发达地区保留下来的一种残余”，“从根本上不适应奴隶社会和封建社会生产方式的要求，不利于镇压奴隶与农奴的反抗，因此逐渐被完全的专制制度所代替”。这段话有不少差错。(1)雅典民主制不仅仅是原始民主制的残余，它在民主形式上比后者发达复杂得多，更不必说具有完全不同的性质；波兰贵族共和制确立于十六世纪欧洲资本主义萌芽时期，与原始民主制更无多少关系。(2)雅典民主制推动了奴隶制经济的繁荣和文化的昌盛，这是公认的事实。只能说希腊城邦林立的状态不适应奴隶制的进一步发展。(3)雅典在元前四世纪以后，先后被并入马其顿帝国和罗马帝国，但雅典内部仍保持自治和民主管理形式，并没变为“完全的专制制度”。(4)贵族共和时期的波兰是欧洲商品经济最不发达的地区之一，而且这种政体正是以此为存在的原因。(5)波兰共和制的历史作用是强化了反动农奴制度，不利于国家统一和资本主义关系的产生，而不是“不适应封建生产方式的要求”。(6)波兰共和制没有发展为“完全的专制制度”，而是被俄、普、奥三国瓜分亡国。

五、《陈文》为了说明宪法是民主制度的法律化，认为“资产阶级统治形式的全面民主化是资产阶级法制和宪法产生的直接原因”。但是实际上，在资产阶级统治建立后的相当长时间内，其民主制度即令从形式上看也很不完备、很不全面，存在许多非民主的方面。只是经过长期争取民主权利和政治民主化的斗争，到十九世纪下半期以后，欧美主要资本主义国家才基本上达到资产阶级政治民主化。至于“全面民主化”，即《陈文》所说的全体居民拥有完全平等的政治权利，则要到近几十年才基本实现。例如美国英国分别在1920、1928年，才实现包括妇女在内的普选权。《陈文》没看到资产阶级政治民主化是个长期斗争过程，而以“全面民主化”作为宪法产生的原因。这样一来就可能引伸出一个想象不到的结论：宪法产生于现代！

《陈文》虽然存在上述一些差错，但从整体上看还是很有价值的。本人才疏学浅，谬见不少，希望同志们指正。

注释：

- ① 《宪法是资产阶级在资产阶级革命时期搞起来的》，载《武汉大学学报》1982年第一期。
- ② 《关于宪法起源的探讨》，载《武汉大学学报》1981年第二期。
- ③ 1297年《宪章确认》令又称《不得征税条例》，该文件现存拉丁文本和法文本，内容大同小异。请参见W·斯塔布斯著《英国宪法史》第二卷。
- ④ 希罗多德：《历史》Ⅱ，80。