

欧洲近现代历史上宪政民主政制的生成、建构与演进*

韦森**

【摘要】宪政民主政制与社会经济发展之间的关系，是一个值得深入进行理论探讨和实证研究的新课题。本文对西方宪政民主的起源、生成与演变史做了一个鸟瞰式的回顾，以期为未来探究宪政民主与经济发展之间的关系提供一些背景知识。文章第一小节首先从词源和辞义上辨析了西方文字中的“constitution”以及与之对应的中文“宪法”和“宪政”的基本含义。第二、第三和第四节分别对英国、法国和德国近现代宪政民主政制的生成、建构和演变史做了一些简略的历史考察。文章发现，与英国的宪政民主是经由一个相对平和与渐进的过程逐渐生成不同，法国的民主政制则是在大革命急风暴雨中建构出来的。从宪政的实质就是“限政”的视角来看，19世纪末之前的日耳曼民族社会可以被视作为某种在神圣罗马帝国的邦国林立中独存的一种“封建君主立宪民主政体”，条顿（泛日耳曼）民族的政治理念也构成了欧洲各国近代宪政民主政制的三大思想渊源之一。第五小节对近现代欧洲历史上宪政民主政制下的法律制度的生成原因做了理论的和历史的分析。研究发现，从古希腊城邦国（尤其是雅典）到古罗马王政时期、共和国时期以及帝国时期的法律制度、法学思想和政治民主传统，以及古希伯来文化精神和基督教宗教理念，尤其是欧洲中世纪后期发生的基督新教改革，均在近代西方宪政民主政制与法律制度生成、建构和演变中起了某些作用。

【关键词】宪法 宪政民主 法治社会 市场秩序
中图分类号：F09 文献标识码：A

* 基金项目：2006年国家社科基金一般项目“‘李约瑟问题’与晚晴帝国衰落的制度经济学反思”（KRH3046006）。

** 韦森，复旦大学经济学院教授，博士生导师，复旦大学经济思想与经济史研究所所长；地址：(200433) 复旦大学经济学院；E-mail: liweisen@fudan.edu.cn。

一、引言：宪法与宪政概念考

在与华勒斯坦的一次对话中，法国著名历史学家布罗代尔（Braudel，1997年，中译本，第55页）曾深刻地指出：“如果追溯历史，人们就会发现，凡国家势力太强大的地方，资本主义就不能得到充分的发展”。他还接着举例道，“资本主义之所以能在欧洲乃至法国阔步前进，这是因为在一个重要的历史关头，市民社会破除了封建制国家”。据此，布罗代尔认为，如果不事先摧毁国家——无论是封建制的国家或非封建制的国家，资本主义永远也不可能发展起来。布罗代尔还接着指出，就此而言，传统中国就是一个很好的例子。布罗代尔的这一洞识，用我们现在的术语来解释就是：如果政府的科层制过于发达和强大，且对市场经济秩序和人们经济与社会生活管得太宽、太严、太死，人类合作的扩展秩序就不能自发成长。当然，对于布罗代尔的这句话，我们不能解读为国家和政府总是经济运行与社会发展和进步的一种阻碍和窒碍力量。因而，对布罗代尔的这些评论，我们也不能误读为要摧毁国家或不要政府才会生成经济增长的斯密动态机制，而是只有解读为只有用宪政规则约束住了作为国家代表的政府对市场经济的任意掠夺和操控之手，才能有人类合作的扩展秩序的生发和成长的空间和可能。

对于同样一个问题，社会学家韦伯（Weber，1978，p. 974）不是从“国家—社会”二元对立的视角把西方世界兴起的动力机制得以生成的“缝隙空间”视作为源自市民社会对国家的替代，而是把之归结为现代理性国家的形成。按照韦伯对国家体制的两分法，一种形态是“世袭家长制的”（patrimonial）的国家，另一种则是合理与法治型（rational-legal）的国家体制。在后一种国家类型下，一个理性的官僚体制被认为在技术上较为卓越，因而被韦伯（Weber，1978，p. 974）认为直接与资本主义市场经济运作的自然要求相吻合：在这种市场经济中，“公共行政单位的官方企业被委任以在精确的、毫不含糊的、持续且在尽可能快的速度下实施功能”。到底什么是世袭家长制的国家体制，什么是合理与法治型的国家体制？现在看来，韦伯语境中的“合理与法治型的国家体制”，实际上就是近代以来逐渐在西方各国——尤其是1688年英国光荣革命以及美国宪法（1787年）产生以来——逐渐形成的现代宪政民主政制。

这种合理与法治型的国家体制是如何缘起并怎样逐渐在西方近代社会中生成的？从欧洲历史以致从整个人类社会的发展史来看，近代宪政民主政制的源头在英国。尽管从历史上来看，从公元5世纪开始，在威尼斯就出现了

商人民主政体,^①但史学界一般认为,没有英国《大宪章》(Magna Charta)以来的英国宪政民主政制与法律制度的动态演化生成过程,可能就不会有后来的美国、法国和德国的宪政民主,也就没有世界上许多国家的现代民主政治。因此,在研究欧洲近代法律制度与宪政政治的互动演化过程以及作为整体的二者与市场扩展秩序的动态互动时,我们似乎首先应该把目光聚焦在英国近代宪政民主的发端及其演变生成史上。

对于宪政民主政制与一个社会长期经济增长之间的相互关系,近些年来国际经济学界已有不少理论研究和经验考察(Przeworski, 1991; Myerson, 1995, 2000; Barro, 1996; Tavares & Wacziarg, 2001; Barzel, 2002; Persson, 2003, Persson & Tabellini, 2003; Papaioannou & Siourounis, 2004; Rodrik & Wacziarg, 2005; Acemoglu & Robinson, 2006)。这里,仅从英国历史来看,宪政民主政制在大英帝国18世纪到19世纪的崛起中确实起到了一个非常重要的作用(钱乘旦、许洁明, 2002; 魏建国, 2006)。正如专门研究英国历史的中国学者钱乘旦等(2002年,第107页)所指出的那样,在都铎王朝之前,^②英国在各方面都很一般,完全没有出现任何“领先”现象。如果说“资本主义萌芽”这种东西确实在英国近代之前的社会中就存在过,那么,在中世纪的意大利诸城邦国、佛兰德斯,甚至德意志兰的广大地域中都比在近代英国之前的社会中表现得更为突出。由此,钱乘旦和许洁明认为,为什么近代资本主义方式最先在英国成长起来,这里就构成了一个巨大的历史谜团。他们认为,“资本主义发展可能更需要政治和社会的条件,这些条件是‘萌芽’成长的土壤”。很显然,照他们看来,从英国《大宪章》所开始萌生并从都铎王朝时期开始逐渐成型的近代英国宪政民主政制以及宪政民主下的良好运作的法律制度,为近代英国市场经济的扩展和工业革命提供了成长的土壤和必要的社会环境。

如果通过理论考察而认定宪政民主政制确实为西方世界兴起提供了合宜的制度环境,从而确保了西方世界一些主要国家经由近代到当代的长期经济增长和社会繁荣,那么,在21世纪正在崛起的当代中国,回顾西方社会近代宪政民主政制的生成、建构和演进之路,就不仅仅只具有历史学和法学的研究意义了。在本文以下的论述中,我们将对西欧三个大国英国、法国和德

^① 自文艺复兴以来,许多西方思想家就把威尼斯的政府体制归结为一种立宪主义的“混合政体”(stato misto),并把威尼斯共和国的经济归结为“共同控制的资本主义”(威尼斯经济史现代研究者的先驱Frederic C. Lane语,参见Gordon, 1999年,第5章)。根据美国制度经济学家巴泽尔(Barzel, 2002)的研究,西欧资本主义经济形式最早是从威尼斯开始兴起的,且威尼斯共和国在近代史上保持了近千年的商业繁荣,恰恰与这种稳定的、有着内部相互制衡机制的立宪主义的混合政体的民主制度密切相关。

^② 史学界一般把1485年都铎王朝的建立视作为英国近代史的开端。

国的宪政民主政制演化变迁历史做一个鸟瞰式的回顾，然后再分析西欧宪政民主政治生成和演化的历史原因。

在对欧洲近代宪政民主的政制的发展演变过程进行历史回顾之前，看来有必要先从词源上对本文分析的一些相关中外文词汇进行一些历史的考究和语义的辨析。首先要说明的是，现代汉语中的“宪法”和“宪政”，均是从均质欧洲语（Standard Average European）中的“constitution”一词转译而来的。美国宪法学者麦基文（McIlwain, 1947, pp. 23 - 24）曾考证，按照《牛津词典》，“constitution”的原初英文含义是：“the act of establishing or of ordaining, or ordinance or regulation so established”，翻译成中文，其含义为：“制订或颁布的法案，或借此确立的法令和法规”。在罗马帝国的拉丁语中，该词是指代国王立法行为的专门术语。后来，欧洲教会从罗马法中借用了该词，以指代表整个教团或某特定教区的教规。从欧洲基督教会开始，到中世纪后期，“constitution”一词已适用于世俗立法。譬如，在英国法制史上，早在1164年，就曾有过著名的“克莱仑敦政令”（Constitutions of Clarendon）。在其后的数百年中，这个词一直指某一特定的政府立法，以区别于古代的习惯（consuetudo），从而并未在现代意义上指国家的整个法律框架。^① 据我国学者刘守刚（2004年，第408页）考证，“constitution”获得指一个国家有关政府安排之总体法律结构的涵义，始于16世纪后的英国。这一时期，英文在英国正式法律文献中运用的越来越多（相应地，法语用得越来越少），而英语受拉丁语的影响越来越弱。据麦基文（McIlwain, 1947, pp. 24 - 25）考证，在1578年，图卢兹的格里高利（Pierre Gregoire of Toulouse）在《论共和国》（De Republica）一书中已基本上在现代“有关政府组织和架构的法律”意义上使用“constitution”一词了。另据我国学者刘守刚（2004年，第410页）考证，到了18世纪前后，“constitution”一词的含义在英国已经基本固定下来，被用来特指有关政府组织和法律制度的基本原则。这些原则是从一国实际的政制法律制度及其惯例中引申出来的，国王一般不能违反，要改变这些原则，必须经过国会同意等。这些原则，就构成了英国近现代宪政民主政制的基本精神。尽管在英国的宪政民主政制的基本架构以及18世纪的英语中“constitution”中“宪政”、“宪法”的涵义已经基本形成了，然而，当代英语中“constitution”中的“宪法”、“宪政”和“宪制”等涵义最终明确，还是通过1787年北美13个殖民地组成一个统一国家的联邦宪法——《美利坚合众国宪法》——的制定才真正定型下来。

^① 在《社会序制的经济分析导论》一书中，笔者（韦森，2001）已经指出，从词源的历史演化生成含义来看，西方语言中的“constitution”一词的原本含义非常接近中国古汉语中的“制度”、“宪章”的含义。

“通过这部宪法，美国向法国人乃至向全世界传递了‘constitution’一词所包含的这样一些宪法观念：权力分立与制衡、人权保护、成文宪法和人民主权、高级法的特殊地位和特殊修改程序等”（刘守刚，2004年，第421页）。

这里应该指出，从现代英语用法来看，英国英文政治学和法学文献中的“constitution”，更多地是指中文的“宪政”和“宪制”，而非作为一种法律文本的“宪法”（除非开头是大写英文字母）。譬如，尽管在英国1215年的“大宪章”（Magna Charta）和1689年的《权利法案》等宪法性的法律文件，但英国并没有成文的宪法文本。^①然而，这并不影响自13世纪初开始到1835~1838年间的宪章运动（Chartist Movement）的数百年的时间里，英国基本上渐进性地较早形成了较完备的宪政民主制度。

如果能从中英文相关词语的语意上辨析出了宪法与宪政的差别，我们大致也就能理解，所谓“宪法”，是指界定并借以构建一个国家基本制度架构和安排的法律文本；而汉语语境中的“宪政”，则是指建立在“活的”宪法（冯象语。我理解，这活的宪法既能对政府官员的不当行为能进行违宪诉讼的）基础上的民主政治，^②即人们所常言的“constitutional democracy”。宪政较深一层的含蕴是指政府机构的运作和行政行为是以宪法所界定的权力为界限的。换句话说，宪政是指一个政府的存在和运作是合宪的，因而其权力是有限的，是被民意所限制的。美国著名政论家潘恩（Thomas Paine）对“宪政”曾有一句非常精确到位的界定：“宪政不是政府的行为，而是人民建构政府的行为；无宪法的政府，只是无权利的权力”。潘恩还指出：“宪法是先于政府的事物，政府只是宪法的造物”；宪法“之于自由，正如语法之于语言”（Paine, 1945, pp. 302 - 303; part II, Chap. IV, p. 370）。据此来判断，宪政的根本点在于，在政府权力之上，有一套更高的法律即宪法对政府权力及其行政范围进行规约。因此，可以认为，只有在法治和民主约束之下的有限政府，才能构成为宪政。否则，如果政府和任何政党处在宪法之上，宪法本身就会成为一党一派根据自身利益而随意改动的工具，政治家们也随之会把宪法当做贯彻自己意志的手中玩物。在此情况下，即使有宪法，也不会真正有宪政。

① 刘守刚（2004年，第423页）博士非常恰当地论辩道，“与其说英国没有成文宪法，不如说英国没有完整的宪法典”，即美国、法国、德国等世界上一些国家的文本“宪法”。因为，在制约政府强制性权力方面发挥主要作用的法律在英国仍然是成文的，如1215年的《大宪章》、1628年的《权力请愿书》、1679年的《人身保护法》、1689年的《权利法案》、1701年的《王位继承法》、1901年的《国王逊位法》、1911年的《议会法》以及1937年的《国王大臣法》等。

② 有中国学者把宪政定义为：“宪政是以宪法为前提，以民主政治为核心，以法治为基石，以保障人权为目的的政治形态或政治过程”（李龙，1999年，第114页）。

理解了宪法与宪政的实质，我们会明白，一个社会的宪政民主与法治，并不是两个分立的社会机制和社会过程，而是互为条件，互为因果，互相依存，且共同构成了“一枚硬币的两面”。没有建立在“活的”宪法基础之上的宪政民主，政府官员的行政自由裁量权就会无限膨胀，政府官员的行为和决策就不能被限制在人民群众的有效监督和制衡之下，政府公务员的行为也就很难受到法律制度和规范的约束，他们甚至会反过来把法律规则和司法程序掌控在自己手中，因而他们就会实际上高于法律，或者说外在于法律规则的约束范围之外。在这种情况下，即使立法机关制定再多的法律法规，法律也不会有自身的权威。从这种意义上来讲，没有宪政，也就不会有真正的法治。无宪政下的法律，将会如清末中国著名的法律改革家沈家本所说的那样：“有法而不循法，法虽善，与无法等”。反过来看，如果一个社会还没有达至真正的法治状态，也不可能有宪政。因为，在缺乏实际法治和宪政民主的社会中，即使有宪法，实际情形也会如冯象（2004年，第25页）在《它没宪法》一文中所言的那样：“在真实、常态的政法实践中，《宪法》却远非‘活’着的国家权力制度的基本文本”。

对西方文字中的“constitution”一词所含有的宪法与宪政的双重含义的上述把握，不仅仅涉及该词的词源、辞义演化变迁的文字理解，而且在更深层面上自然涉及对西方政治社会史的历史的和现实的解读。在本章下面的分析中，我们希望通过英国、法国和德国宪政民主政制的生成和演变过程的历史回顾，以及通过对现代宪政民主政制在西方社会中生成、建构与演化变迁之原因的理论反思，能为我们今天认识现代宪政民主政制的实质及其在中国未来的实现前景的展望提供一些背景知识。

二、英国宪政民主政制的渐进生成

在对西方文字中的“constitution”以及对中文语境中“宪法”、“宪政”以及之间的相互关系有了词义上的上述理解后，我们先来回顾一下中世纪以来英国宪政民主政治的渐进生成过程。

上面我们已经指出，直到现在，英国都没有一部成文的宪法法典，但毫无疑问，人类近代以来的宪政民主政治确实始发于英国。其中的主要原因恰恰在于“宪法”非同于“宪政”，有宪法，不一定有宪政。宪法，仅仅是指一种法律文本；而宪政，则是指政府的一切行为是以被授予的权力为范围的，或粗略地说，指政府的权力是有限的，是被民意所限制的。理解了这一点，我们就能知道，人类近代以来的宪政民主政制，最初应该是从英国的《大宪章》开始萌发的。

从《大宪章》的历史缘起来看,早在1215年《大宪章》签署前,在早期盎格鲁-撒克逊人统治下的英国社会中,就存在着久远的民主和法制的传统。譬如,如果追根溯源,就会发现,现代英国国会最早就源于早期郡法庭中集中地方代表的惯例。后来,又出现了盎格鲁-撒克逊集会,即英国史上的贤人(Witan)会议。“Witan”们的集会被称为“Witanagemot”(指有教育和学问贤智者的集会)。这种贤人会议本是一个国王的顾问团体,没有具体的组织,人选也要看国王的意旨。不过这种贤人议会在一定程度上开始萌生了英国各阶层民众参政议政的传统。在公元11世纪诺曼底威廉公爵征服英国之后,在英国建立了一种以军事服役为交换条件的土地分封制度和包含着地方政务的司法制度。在政治体制上,诺曼诸王在继承了盎格鲁-撒克逊人习俗惯例的基础上又把诺曼底传统的管理国家的方式移植到了英格兰,其中最重要的就是“御前会议”。这种御前会议,非同于盎格鲁-撒克逊人的贤人会议。这个团体的一部分是大地主,另一部分是由国王特别招来的顾问。御前会议最初执行国王的一般任务,其任务后来分成了若干部门。在亨利一世(Henry I)统治期间(1100~1135年),御前会议有了比较固定的职能,由少数主教、宫廷官员、王室仆役和男爵等组成了一些比较固定的小委员会,其主要任务是协助国王管理财政,管辖地方政府,处理重大案件,受理郡法庭和百户区法庭的上诉,因而其中的成员被称为“法官”。后来,亨利二世(Henry II)任命其中的5个成员组成一个驻在固定地点的法院,在国王的指导下审理各地的重大案件,这就逐渐演变出了“王座法庭”,即由各州市的代表与国王及其御前会议人员所组成的大会议(Magnum Concilium)。之后,这种大议会在威斯敏斯特(Westminster,一译“西敏寺”)的集会最后逐渐转变成了一种国家的立法机构。这实际上就成了近代各国国会制度的起源。

在盎格鲁-撒克逊统治和诺曼底征服后的英国社会中一直就存在着久远的民主与法制传统,加上当时的封建分封制实际上是一种国王和各地封臣所签订的权利和义务平衡的法律契约制度,构成了英国《大宪章》(Magna Carta^①)制定和签署的制度背景。然而,《大宪章》在英国乃至人类历史上的产生却有一些特定历史机缘:在1214年英国对法兰西的战争中打败而失去其在欧洲大陆上的全部土地之后,加上英王约翰(John, 1199-1216)为准备战争而横征暴敛导致的国内危机、民怨沸腾,在此情况下,为了牵制或言束缚住约翰王对贵族和臣民的任意掠夺和暴敛之手,由英国贵族所领导的反叛联盟迫使约翰在温莎堡签订了历史上著名《大宪章》,从而开启了英国

^① 现在看来,现代英语中的“constitution”的含义大致等同于《大宪章》的原初文本中的拉丁语“Carta”。

宪政民主政制渐进生成过程的历史。

从文本来看，有63个条款的《大宪章》还只是临时起草并由约翰王于1215年6月15日在25名男爵的迫使下签署的文件；从性质上来看，《大宪章》也只是英国贵族为保护他们的权利而迫使国王签订的一纸契约，且从具体内容来看，《大宪章》只是“陈述了现有的法律，并未制定任何新的法律”，但就其精神实质而言，《大宪章》对后来英国社会的演变和发展，以及就整个现代人类民主政治的形成和演变而言，其影响却至深至远。《大宪章》最为精髓的条款有：（1）除当时封建制所规定的贡款赋税外，“若无王国一致公意许可，不可征收任何免役税或其他贡金”；（2）“若未经过同等贵族人的依法审判，或是经本国法律判决，任何自由人均不得被逮捕、监禁、没收财产、剥夺法律保障、流放或其他损害”。除此之外，《大宪章》内还包括“禁买卖司法权、禁止随意占领他人土地、决策时须征询贵族意见，若违反宪意，贵族有权推翻国王”等内容。这样一来，尽管从形式上看，《大宪章》只是陈述了英格兰当时存有的经济、法律和行政惯例，但在实质上已为后世的宪政民主政制确立了一些基本原则，包括后来逐渐形成的只有议会批准才具有的征税权，对国家事务的公民参与权和监督权，以及国民自由和公民法权观念等。从保护市场经济秩序的有关条款来看，《大宪章》包含有诸多保护教会权利、城市自由和商人利益的条款。《大宪章》明确还规定国王不能出卖、否定贵族的司法权或对不同的人采取不同的司法制度，这就为13~17世纪英国法律系统的发展和司法程序的不断完善奠定了坚实的基础。从《大宪章》的缘起的历史背景以及其基本内容中，我们不难看出，它明显是限制君权的，或者说君王的权力是受限的和有限的。这实际上也为作为“限政”的宪政开了先河。^①

在当时的情况下，英王约翰当然也意识到《大宪章》限制了他的权力，因此起先拒绝签字。但是，贵族们自有办法。他们组织了军队，把约翰王团团围在泰晤士河边的兰尼米德草地上。约翰王毫无办法，只有当众宣誓遵守宪章，并于1215年6月15日在宪章上加盖了英国的国玺。贵族会议还选出了25位代表监视国王，若违反宪章，就向他宣战。约翰王签署《大宪章》

^① 在《欧洲代议制政府的历史起源》一书中，基佐对英国的《大宪章》予以了高度评价，并独具慧眼地指出：“仅仅承认权利和做出承诺是不够的；这些权利还需要得到尊重，这些承诺还必须得到履行。《大宪章》中的第61条，即最后一条，就是为了提供这种保障。该条款规定，贵族应通过自己的自由选择选出25个贵族，来进行监督大宪章的条款是否得到了贯彻；这25个贵族的权力不受限制：如果国王或者他的代理人纵容自己哪怕是极小地违反了宪章的条例，这些贵族们将在国王面前告发这些恶行，并要求立刻制止这种行为。如果国王不答应该要求，在他们发出传唤40天后，贵族们将有权控告国王，剥夺他的土地和城堡（但他本人、王后及其子女的安全将得到尊重），直到对恶行的纠正措施让贵族满意”（Guizot, 1861, p. 269）。

并宣誓执行之后，并没有遵守宪章的意图，接着发起了一场内战。第二年，约翰王死去，这场争执才告结束。约翰的儿子亨利三世（Henry III）继位后，并不改弦易张，他仍然沿袭其父亲的老路，不肯遵守《大宪章》。于是，贵族再次向国王宣战。其中一位有贤明而有智能的名叫芒特福特（Simon de Montfort）的领袖，率军打败了亨利三世，并在1258年4月武装会见英王，国王再次被迫让步，答应于6月12日在牛津举行有廷臣12人和男爵12人共同组成改革联席会议，并在会议上签署了《牛津条例》。《牛津条例》进一步巩固了《大宪章》以来的宪政民主制度的成果。^①《牛津条例》断断续续地推行了几年，后经过贵族与国王的多次武装冲突，芒特福特最后率军打败了亨利三世，并于胜利后立即召集人民代表（史称“西门会议”），每郡或每市均派两个议员出席国会，从而开始了平民参政的历史。这是公元1265年。再过了三十年之后，当爱德华一世（Edward I, 1272~1307年在位）成为国王时，国会才成为英国政治中的经常性制度。这是大宪章运动的重要成就之一。

爱德华一世执政后，极力推行法制建设，颁布了一系列土地法令、产业管理法和其他法律，议会——英文为“Parliament”——也最后定型于一种常设型的政制机构，并从1343年起，英国议会开始分为上下两院。上院由贵族和僧侣组成，又称“贵族院”（House of Lords），下院则由骑士和平民代表组成，又称“众议院”（House of Commons）。至此，英国宪政民主政制的雏形已经基本形成。在1259年亨利三世时期制定的《威斯敏斯特法案》（Statutes of Westminster）的基础上，英王爱德华一世又于1275年颁布了《威斯敏斯特第一法案》（Statutes of Westminster I），对英国当时的程序法做了重大改革，以保护国民免受来自国王政府官吏的侵害，从而巩固了《大宪章》以来的法律和宪政制度改革初期的成果。尤其是1285年颁布的《威斯敏斯特第二法案》（Statutes of Westminster II），在英国法制史上更具有一个重要的地位。该法案50章几乎涉及了普通法的所有领域，在财产转让与继承、诉讼程序、巡回陪审制度以及保护当事人权益方面均做了详细规定，从而奠定了后来英国普通法制度运作的基础。因之，这两个法案也可以被视作英国宪政史上重要文件。

之后，经历了英法百年战争（1337~1453年）和国内的红白玫瑰战争（1455~1485年），英格兰民族国家也开始在14世纪和15世纪形成。这一

^① 要理解英国《大宪章》的签署和13世纪就开始萌生宪政民主制度的历史原因，除了当时的英国政局和时局安排外，必须理解英国人在很早的历史时期中就形成的法治意识和民主意识。早在13世纪，英国人尤其是贵族和法学家们的“法治”意识就已开始觉醒。譬如，英国历史上的著名法学家、英国判例法之父布莱克顿（Henry de Bracton, 1968, p. 33）在其用拉丁文写的《英国的法律与习俗》一书中就有英国“并非由国王统治，而是在上帝和法律的统治之下”的名言。

时期，英国市场分工不断深化，以羊毛、羊毛制造和出口为中心的制造业和商业贸易开始生气勃勃地发展，教育、科学、文学和艺术水平不断提高，一个现代国家开始萌生。在都铎王朝时期，英国的宗教改革运动率先发生了。从1529~1536年间，英王亨利八世（Henry VIII，1509~1547年在位）与议会联合起来，通过一系列法令，宣布英国教会不再效忠罗马教皇，并开始解散修道院，把教会的财产收缴到王国政府。这些措施不但增加了政府的财政收入，也引起了一些经济变革。同一时期发生的英国圈地运动，又客观上为英国手工业、制造业、采矿业以及国内国际商贸业的发展准备了大量自由劳动力。

上面我们已经指出，1215年签署的英国《大宪章》的最核心内容有两条：第一，“不经国会批准，政府不得征税”；第二，“除了经过同一阶级的人的合法审判，或是依照本国的普通法，任何自由人不得被逮捕、监禁、强占、剥夺法律保障、充军或其他损害”。这一基本精神，到了1628年英国国会通过的“权利请愿书”（Petition of Right）中，得到了重申并使之普遍化：不经国会不能征税；不经法定手续不能逮捕或处死任何人。为了落实《权利请愿书》中保障人权的条款，英国国会在1679年又通过了《人身保护法》（Habeas Corpus Act），即提审法案。如今，《人身保护法（提审法）》的基本原则已经通行于文明世界了，成了现代宪政民主的精髓之一。这一基本原则是：在逮捕任何人时，该人都有权利向逮捕者索取逮捕证书，逮捕者必须说明逮捕的原因，自己属于哪一个机构。被捕者有了这些书面文件，就有权去向当地法院申请提审。如果法院认为逮捕没有理由或理由不充分，则逮捕人的机构就必须在24小时之内释放被捕者。若法院认为逮捕有理由，逮捕机构也必须在24小时内把被捕人送交法院，使被捕者获得公开且公平的司法审判的机会。《人身保护法》是英国对人类宪政民主政制所作的又一重要贡献。在《人身保护法》之后，1689年，英国国会通过并迫使威廉三世（William III，1689~1702年在位）签署了《权利法案》（Bill of Rights）。该法案体现了国王的王权受到议会牵制的宗旨，明确了议会至上原则，从而把国王的权力转移到了国会。更进一步，他们使内阁向国会负责，即国王必须提请获得国会多数的政党来组阁，若国会不信任，内阁必须辞职，或者解散国会，但若新选出的国会仍然不信任内阁，则内阁必须辞职。于是，英国的君主立宪的民主政制通过这次不流血的革命而正式确立下来。这是人类宪政民主史上的一个关键转折点。

1688年光荣革命后，英国近代的君主立宪制的民主政制初步形成了，但英国的宪政民主和法治社会之路还远未完成。18世纪上半叶，英国经济开始了其动态发展，并最终导致了18世纪末和19世纪初的“工业革命”。从英国开始的工业革命，彻底改变了人类社会的面貌。它不仅意味着巨大的

经济增长，而且也引致了社会结构的整体变迁。迅速的经济增长和巨大社会结构变迁，必然要求相应的政治体制改革，结果就出现了在 19 世纪发生在英国的相当广泛的渐进性宪政改革。

从经济和社会结构变迁的原因来看，18 世纪末和 19 世纪初英国工业革命的一个直接后果是城市人口大量增加，并随之产生了城乡分化。随着大工业生产方式的采用，现代企业组织形式和企业制度也开始在英国出现。但是，在 19 世纪初，英国仍然实行着光荣革命后所沿袭下来一百多年的“旧制度”。在当时君主立宪制的旧制度下，议会已经成了英国政治活动的中心，相应地控制议会也就成了各种社会力量和集团之间政治斗争的核心问题。在光荣革命后一百多年的时间，英国贵族一直实际掌控着国家政权，其控制手段就是光荣革命后所形成的一套议会选举与工作制度。在英国的政制安排中，议会分上、下两院。上院是贵族院（the House of Lords），由全体贵族组成，而贵族则由世袭产生，故不存在选举问题。真正由选举而产生的是下院，即平民院（the House of Commons）。因此，下院的选举历来是各政党和各政治派别争夺的焦点。光荣革命后英国所实际实行的一百多年的旧的选举制度，充分保证了贵族可以稳操下院的胜数，从而也维持了大土地财产所有者在国家政权中的控制地位。

在这种旧的选举制度安排中，贵族阶层实际上通过两种手段来控制下院的选举：一是选区的分布；一是选举权资格。在光荣革命后到 19 世纪初实行了一百多年的旧的选举制度中，农村选举权的资格是年收入超过 40 先令的自由持有农。在城镇居民中有选举权资格的人更少，因为在当时英国的多数选邑中实行的是一种身份选举权制。在这种身份选举权制中，财产的多寡并不重要，关键是一个人的身份和地位。结果，在这种极其狭窄的旧选举制度下，英国的选民比例极低。譬如，在 1715 年，有资格的选民只占英国全国人口的 4.7%，到了 1813 年，只剩下 2.5% 了（钱乘旦、许洁明，2002 年，第 234 页）。在这种旧选举制度安排中，议席分配不合理，加上有选举资格的人极少，就为少数贵族寡头通过贿选来操纵选举的腐败行为留出了大量的空间和可能。18 世纪末和 19 世纪初来临的工业革命和机械化大生产方式的一个直接社会后果是工商业企业家阶层和雇用劳动者阶级的人口大量增加，而农村土地所有者的重要性则随之逐渐减弱了。在这种社会格局中，大量国民没有选举权的旧制度安排已经不能适应当时的社会要求了。结果，从 18 世纪末到 19 世纪初，英国各地吁求议会改革的群众请愿运动此起彼伏。经过多年的酝酿和近一年半的激烈争斗，1832 年 6 月 7 日，英国的议会改革法最后由国王签署而正式生效了。这一议会改革的结果是英国的选民人数从 48.8 万人增加到了 80.8 万人，有选举权的人口占当时英国总人口的比率也从大约 2% 增加到 3.3%。1832 年的议会改革法还取消了一些衰败的选

邑，并重新分配了143个下院的议席。在新的议席安排中，有许多席位分配给了工业城镇，从而进一步加强工业资产阶级参政、议政的机会。从历史上来看，1832年的英国议会改革，还只是一次较小的政治制度变革。这次议会改革后，英国贵族依然掌握着政权，土地所有者的利益仍占据优势地位。一个更主要的问题是，1832年英国的议会改革法案虽然扩大了政治代表的基础，但仍不能被称为完整的宪政民主。因为，一方面各郡的出租土地者及不动产所有者都有选举权，另一方面工人阶级却不得参政，因而完全没有从这次改革中获得任何益处。从整体上来看，当时英国人口约有两千五百万，而有选举权的人口还不到百万。这种状况和安排自然使当时已占英国人口很大比例的工人阶级对改革的措施和程度十分不满。因而，在1832年英国第一次议会改革之后不久，便发生了近代英国历史上轰轰烈烈的宪章运动(Chartist Movement)。

19世纪三四十年代发生在英国的宪章运动，最初是由民众对1832年的温和议会改革法案以及1835年的救贫法不满意而引发的。从英国历史上看，宪章运动是英国工人阶级第一次有组织的单独政治运动，而且其目标十分简单明了，就是要求进行彻底的议会改革，使议会成员能真正代表广大民众。宪章运动的纲领体现在1838年伦敦工人协会所公布的《人民宪章》中，其中的基本要求有六项：(1)实行成年男子普选权；(2)每年举行一次议会选举；(3)实行平均选区制，每个选区的选民数应该相等；(4)议员实行薪金制；(5)取消议员的财产资格限制；(6)实行无记名投票。很显然，宪章运动的基本目标是使国会受到选民的控制，也从而使国会具有代表全民的性质。从一开始，英国的宪章运动就主要采取了群众运动的方式，包括征集签名、提交请愿书、大规模的群众集会与游行、出版书籍、办报发表文章，散发小册子等形式。英国的宪章运动有三次高潮：第一次(1838~1839年)在致国会的请愿书上签名者有128万人；第二次(1842年)有330万人，且在这次请愿中，除了要求普选权外，还要求减少工时，提高工资；第三次(1848年)有197万人。这三次请愿均被国会否决。工人的集会、游行和罢工相继遭到镇压，工人运动的领袖们也曾遭逮捕和处刑。结果，从表面上看宪章运动是失败了，好像是一无所获，但实际远非如此。在随后的英国宪政民主政制的历史演变过程中，除第二条外，《人民宪章》的6条要求中有5条在后来均逐一实现了。因此可以认为，尽管英国宪章运动本身从表面上看流于失败，但宪章运动的原则却最终取得了胜利。

从上面对英国宪政史简略回顾中，我们可以看出，就是经由这样一种相对和平和渐进改革的演变过程，英国的宪政民主政制和法治社会逐渐形成且不断完善起来。

三、大革命急风暴雨中的法国宪政民主建设之路

在《民主与独裁的社会起源》这部名著中，摩尔（Barrington Moore, Jr., 1966, pp. 40-41）曾指出，尽管英法两国在近代社会结构有很大不同，但是到了19世纪和20世纪，在宪政民主、法制建设和市场经济扩展方面，两国却出现了某些类似的政治后果。原因在哪里？摩尔首先发现，“在英国民主发展的决定性因素中，拥有土地的乡绅和贵族独立于王权之外。他们部分地接受了商品化农业，以适应那些具有自己的强大经济基础的贸易和制造业阶级的发展，而农民问题已不复存在”。但是，在17~18世纪的法国，却是另外一种情形：“法国社会则是通过另外一条途径进入现代世界的。法国贵族，或更明确地说，它的领导阶层并没有冲破约束而获得高度的独立性，他们反倒成了国王的附属物。……法国上层土地阶级并没有按照英国的方式向商品化农业转化。相反，我们发现法国的波旁皇室（Bourbon Monarchy）基本上是一个靠榨取农民而过活的贵族王朝”。但是，从19世纪初到20世纪，法国和英国一样逐渐地走向了宪政民主之路。一个很重要的原因是，尽管两国的社会结构不同，但是，在18世纪末到19世纪初，法国曾在许多方面学习并开始效仿1688年光荣革命后英国宪政民主政治的运作及实践。

许多历史学家都发现，近代英国的宪政民主制度的渐进型构之路，曾经影响了欧洲周边地区的许多国家，包括法国、荷兰、德国和欧洲其他地区。据历史记载，法国哲学家孟德斯鸠（Charles L. de S. Montesquieu, 1689-1755）就曾对英国的政治制度和法律制度以及其市场组织形式非常赞赏，并把英国的经济、政治和社会体制的运作情况介绍到了法国，从而对法国大革命前后政治体制以及宪政民主政制的型构，均产生了一定影响。谈到法国的宪政观念，英国著名经济学家和农学家杨格（Authur Young, 1741-1820）在1792年旅行法国后，曾用不无嘲讽的口吻说，“constitution”对法国人来说，还“只是个新词；他们使用它时，就好像宪政是照着食谱做的布丁”（转引自 McIlwain, 1947, pp. 1-2）。从杨格这段话的语调中，我们也可以解读出来，法国的宪政民主制度的建设以及法国人的宪政民主观，在近代历史上确实曾受过英国的一些影响。

从12世纪之后，欧洲大陆各地的法律制度如教会法、王室法、城市法、商人法以及海洋贸易法等都有了一定程度的发展。但是，从宪政民主政制的建设方面来看，与英国的宪政民主渐进性的演化有所不同，在世俗政权方面，欧洲大陆各国的君权在16世纪、17世纪以及18世纪反而强化了。15

世纪后欧洲近代历史的实际格局是，从文艺复兴、宗教改革一直到法国大革命之前，除了英国实现了君主立宪制外，欧洲大陆——尤其是法国——基本上处于君主专制时代，尽管有些国家（如德国）的皇权势力非常薄弱。这具体表现在这一时期欧洲大陆各国中央集权的倾向日益加强，等级制度仍然存在，本来在中世纪后期出现的代表议会没有能成为唯一的立法机构，反而在此期间丧失了其重要性。君主专制和国家的寡头政治在当时构成了欧洲大陆各国宪政民主发展的强大阻力。其中，法国的情势最为典型。

从16世纪到17世纪初，法国君主为强化中央集权，与贵族进行了激烈而残酷的争斗。经过宗教战争的大流血和大动荡后，君权终于获胜。波旁王朝的开基君主亨利四世（Henry IV, 1553 - 1610）取得了法国的统治地位后，开始强制压制贵族的权力，随即把政府中的重要官职给了中产阶级官僚，并在其执政后期，逐渐完成了高度中央集权的君主专制体系。1661年路易十四（Louis XIV, 1638 - 1715）登基，号称太阳王。他沿袭了由亨利四世后权高位重的首相黎塞留（Richelieu）和忠实继任者马扎然（Mazarin）所精心创立的政制体制，即一种依靠行政会议辅助的专制政府。这种政制体制扼杀了地方自治权利。在法国各地，市镇的官吏则需由中央政府提名任命，而州行政官就是高度专制的国王驻地方的代表。国王由此在法国各地安排了为自己所掌控的地方权力网络，使各地的权力实际掌握在国王派驻各地的州行政官手中，从而国王也就获得了法国各省和各地的司法和财政的直接操控权。

尽管自亨利四世登基后法兰西国王战胜了封建贵族和地方政治体系的分散化力量，但却没有完全消灭早期法兰克王国遗留下来的带有对政府政治制约因素的制度。从早期罗马帝国民主政制所遗传下来的民主传统也还或多或少地影响法兰克王国中臣民的认识，并在实际社会运作层面也有一定的影响。在当时的法国，尽管最高法庭原本就拥有的对国王的法令进行辩论以及有时拒绝登记该法令的权力被否决掉了，但最高法庭作为一个政治实体仍然存在。另外，虽然地方会议和市议会的行动自由在波旁王朝时期受到了严格限制，但它们在形式上也仍然存在着。当然，从总体看，法国在这一时期达到了空前的政治统一，并实现了强有力的中央集权，从而成为一个强大的民族国家。在这一时期，受文艺复兴和加尔文宗教改革的影响，法国有一个思想文化的繁荣时期，法语也在当时变成了欧洲上层阶级的语言。这一时期法国的经济、社会和人文思想的繁荣和发展，对17世纪末和18世纪初出现的世界性文明的形成起了很大的推动作用。

从政治体制上来看，法国的等级会议在这一时期已经发展成为国家议会，但其内部却缺乏向心力。这一国家议会中三个等级的划分，曾引发了等级利益冲突，从而削弱了国会制约行政权力的功能。在这种政治制度安排

中，第一和第二等级享有很多特权，特别是免税的特权。这些既得利益使他们倾向于与国王合作。于是，当时的法国就只剩下第三等级单独对抗国王，常常徒劳无功地抗拒君主的财政控制。在力量对比悬殊的态势下，由三个等级组成的国会从未取得过立法的权力。自从1614年开会之后的175年间就没有再次开会议事。结果，在这一时期，国家议会似乎已成了“一具僵死的躯壳”。

这一时期君主专制制度之所以能够在法国确立，其原因与法国的民族国家形成后经济社会的变革有关。政治统一的完成，为法国工商业的发展和生产的进步提供了契机，从而在一定程度上有益于近现代市场经济秩序在当时封建社会的母体中发育成长。通往美洲大陆的新航路开辟后，大量贵金属流入欧洲，引起了欧洲的“价格革命”。结果，金银贬值，物价上涨，但这却同时激发了法国上层社会人士极力追求生活的奢华。一些王公贵族生活挥霍无度，政府也债台高筑。在此情况下，法国王室政府不得不发行公债，同时也开始卖官鬻爵。路易十四上台后，淫逸放荡，奢侈靡费，其手下宫廷贵族肆无忌惮地贪污腐败、铺张浪费，从而加重了法国的社会危机。到了路易十四统治的后期，由于无休止的战争和王室贵族的穷奢极欲，法国国库空虚，人民生活在水深火热之中。接着，农民暴动和城市贫民起义时有发生。^①就连说过“朕即是国家”专制国王路易十四也预见到，在他之后就是“洪水”。在此情况下，法国的启蒙运动开始了，推崇理性、平等、自由、民主、科学和反对专制独裁的思想广为播散，并出现了一大批启蒙运动思想家。其中，最重要的有孟德斯鸠（Charles Montesquieu, 1689 - 1755）、伏尔泰（Voltaire, 1694 - 1778）、卢梭（Jean-Jacques Rousseau, 1712 - 1778）以及百科全书派的代表人物狄德罗（Denis Diderot, 1713 - 1784）、达朗贝尔（Jean Le Rond d'Alembert, 1717 - 1783）等人。

1726年，孟德斯鸠卖掉了其家族世袭的波尔多最高法院院长一职，随后在欧洲各地进行了为期3年的旅游。尤其是在英国18个月的考察，对孟德斯鸠的思想影响甚大。访英归来后，孟德斯鸠对英国的法律、政治和经济体制以及君主立宪制的政制制度钦羡不已，并赞誉有加。1734年，孟德斯

^① 在《民主与独裁的社会起源》一书中，摩尔（Moore, 1966, p. 70）曾对这一时期法国的社会矛盾激化、农民起义不断，以及不安定因素加剧的社会格局描述道：“促使变革的矛盾主要集中在下层。君主专制体制下的法国社会自上而下地陷入了四分五裂的局面。由于制度和个人的原因，社会越来越无力控制前面所提到的那些分裂力量。这种崩溃加剧了下层民众的潜在不满情绪，使之日益表面化。有一些证据表明，这些现象已经酝酿了一段时期了。17世纪的史册载满了农民起义（在城市中也有少数人参加）的纪录。这些起义在1639年，1662年，1664年，1670年，1674年，后1675年在法国不同的地区都有发生。然而，普遍的不满情绪本身并不能引起革命。……只有当这种不满情绪很快同更强大的力量结合起来时，它们才在血与火的斗争中帮助摧毁君主专制制度。”

鸠（Montesquieu, 1734/1965）出版了他的名著《罗马盛衰原因论》。在这部著作中，他通过历史论证来反对当时法国的君主专制制度。孟德斯鸠提出，共和国时期的罗马之所以强盛，是因为当时的罗马公民享有自由平等的政治权力，人人都是国家的主人，具有责任心、爱国心、勤勉、勇武、热爱自由等美好品德；而帝制时期的罗马之所以一天天衰亡下去，其主要原因就在于专制统治剥夺了人民的政治权利，扼杀了人民的自由。在这部文笔优美又极其深刻的论著中，孟德斯鸠最后从罗马的兴衰史经验中得出了如下启示：如果一个古老的政权不能适应形势的发展，就会被革命的力量所推翻。1748年，孟德斯鸠出版了他的最重要的著作《论法的精神》（Montesquieu, 1748/1989）。在这部著作中，孟德斯鸠全面和系统地提出了他政体分类论和三权分立说。首先，他将国家政体分为专制政体、君主政体和共和政体这三类。孟德斯鸠指出，在实行专制政体的国家中，既无法律，又无规章，君主按照自己的意志与反复无常的性情统领一切，实行“人治”；在君主政体中，虽然有国王，但国王必须通过由贵族、纳税人和民选议会所组成的中间权力机构来治理国家；在实行共和政体的国家中，全体人民或一部分人民依照民主选举和自己制定的法律来自行治理。在对这三种政体进行分别评述后，孟德斯鸠认为，尽管共和政体很好，但很难运行和操作；而专制政体基于“恐怖”，则应坚决反对；因而只有基于中间权力机构的君主政体，才是理想而又切实可行的制度。根据他本人对英国社会的观察，孟德斯鸠对英国的君主立宪制赞叹不已。正是根据英国的经验，孟德斯鸠发挥了英国政治哲学家洛克（John Lock, 1689/1960）在《政府论》中所提出的分权说，形成了他自己的三权分立理论。按照孟德斯鸠的三权分立说，国家权力应该分成立法、行政、司法三权；且三权必须由不同的人或团体来独立行使，而不能同时落入一人或一个团体之手。孟德斯鸠还提出，为了保证公正，国家的权力必须要设计得互相制衡。孟德斯鸠的三权分立说，对近代世界各国的宪政民主制度的设计和建构影响甚大。首先，美国独立战争（1775~1783年）的领袖们均熟读过孟德斯鸠的《论法的精神》，并把他的分权理论写入了《美国宪法》。另外，虽然1789年开始的法国大革命所最终走向的不是孟德斯鸠所向往的君主立宪制，但孟德斯鸠的宪政思想对法国大革命中以及其后的宪政民主政制的设计和建构的影响却是显著的。譬如，在1789年由法国国民议会所通过并公布的《人权宣言》就明确宣布，“任何社会，如果权利无保障或分权未确立，就没有宪法可言”（第16条）。这显然体现了孟德斯鸠的宪政民主政制的分权思想和主张。

1789年通过法国的《人权宣言》，是人类宪政民主政治演化史上的一个重要文件。这部宣言全文由序言和17个条文组成。正文17条看似简单，但所包含的思想精神和内容却十分丰富，其核心是明确界定人民的权利和保障

这些权利的措施。以此为基点，这些条款又涉及国家法制和政权建构方面的一些基本原则。《人权宣言》的起草者们认为，人们对人权的无知、忘却和蔑视，是公众不幸和政府腐败的主要原因。因此，《人权宣言》第1条就宣布道：“就权利而言，人们生来是、且始终是自由平等的。”接着，第2条对人权的范围和内容做了具体地阐述：“任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由权、财产权、安全权和反抗压迫权。”除此之外，《人权宣言》还根据孟德斯鸠所提出的私有财产是人所禀有的一种自然权利的思想，在第17条明确规定：“财产权是神圣不可侵犯的，除非是合法认定的公共需要所显然必需时，且在公平而预先赔偿的条件下，任何人的财产均不得被剥夺。”概言之，《人权宣言》所界定的人权范围是十分广泛的，涉及财产权、平等权、人身自由权、言论自由权、宗教自由权，以及包括如何确定赋税在内的经济权利等。这些原则为之后法国历次宪法和其他法典的制订，奠定了基本精神基础。除了对各项人权所做的上述规定外，法国1789年的《人权宣言》还对法治原则做了丰富的规定，其中主要有“法是社会公意的表现”，“法律之下人人平等”，“禁止非法拘禁和审判”，“罪刑法定”，“法不溯及既往”，“无罪推定”等。这些基本原则，不仅否定了法国大革命前的封建司法制度，而且作为法治的一些基本原则精神而在现代各国的法律和司法实践中保留了下来，从而《人权宣言》在法国历史上乃至世界宪政史和法制史上均有着极为重要的意义和不可替代的历史地位。在下面的论述中，我们将会知道，尽管近代以来法国一再重新制定和修改宪法，因而法国在共和制（督政府和总统制）与君主立宪制的选择上，以及在国家立法和政府机构的具体设置以及皇帝或总统的权力大小等问题上一再更改，但《人权宣言》所确定下来的这些宪政民主政治基本原则和精神，却基本上保留了下来。由此我们可以认为，作为一个现代民主国家政体之蓝本的宪法原则的基础，以及宪法作为其他法律法规体系的基础，已经为法国《人权宣言》所确立并奠定下来。也只有认识到并理解了这一点，方能理解其后拿破仑为法国近代市场经济秩序和法国市民社会的运作所制定的六法（亦即“拿破仑六法”）体系的制订和实施过程及其现实功效。

在1789年通过《人权宣言》后，法国国民议会即着手制定宪法。1791年，法国国王路易十六（Louis XVI，1754 - 1793）在国民议会和处在大革命激情中的巴黎市民的迫使下，终于签署并批准了“1791年宪法”。“1791年宪法”是法国历史上的第一部宪法。它以《人权宣言》作为前言，并在正文中宣布法国为君主立宪制国家，国家主权属于国民。这部宪法还规定，国家实行三权分立制度，立法权属于选举产生的立法议会，行政权归国王，司法权则由选举产生的法官执掌，且司法独立。从结构上来看，“1791年宪

法”的正文由序言和8篇所组成。正文与作为序言的《人权宣言》的内容相呼应，宣布废除一切封建制度，取消一些特权，废除行会制度。从上述内容来看，尽管法国的“1791年宪法”存在这样或那样的不足与局限，但它所具有的进步意义和历史价值却是不言而喻的。

确立君主立宪制的“1791年宪法”颁布后，其实施却受到了法国国王路易十六的阻挠。原因是，尽管在这种政制制度安排下国王仍拥有很大的权力，但毕竟路易十六还是感到其权威受到了束缚和削弱。为了恢复原来的君主专制制度，一向专横惯了的路易十六开始勾结欧洲大陆反对君主立宪制的封建君主（如普鲁士国王和奥地利皇帝），并会同法国资产经济的右翼势力，来恢复国王的权利，解散议会，以阻挠“1791年宪法”的实施。在这一关键时期，巴黎民众举行了第二次武装起义，宣布停止国王的权力，结束君主立宪派的统治，并接着选举了新议会，称作为“国民公会”（Convention Nationale）。这一国民公会在其1792年的第一次会议上就宣布废除国王，并相应废除“1791年宪法”，并在同年9月22日宣布建立共和国，史称“法兰西第一共和国”。次年，国民公会通过了新的宪法，史称“1793年宪法”、“法兰西第一共和国宪法”或“雅各宾宪法”。

与“1791年宪法”相比，“1793年宪法”在内容上有了很大改变。首先，“1793年宪法”宣布法国为共和国，其结构形式是单一制；其次，这部宪法突出了人民主权和普选制；最后，按照卢梭的主权不可分割论设置国家政权组织，这部宪法规定一院制的立法会议是最高立法机关，从而并没有确立立法、行政、司法三权分立而又互相制衡的政制体制。但是，这一宪法的长处之处在于它更明确规定了公民的权利：“宪法保障全体人民的平等、自由、安全、财产、公债、信教自由、普通教育、公共救助、无限的出版自由、请愿权、结成人民团体的权利，并享有一切的人权”（第122条）。“1793年宪法”在法国历史存在的时间并不长。在法国大革命的急风暴雨中结束了雅各宾党人的短期恐怖统治后，法国的国民公会又在1795年8月22日通过了新的宪法，史称“1795年宪法”或“共和第三年宪法”。该宪法规定实行三权分立原则，立法权则由两院制的立法院所掌握（上院为由250名议员组成的元老院，下院则称“500人院”），行政权则归选举出来的5人督政府，而司法权独立。

由于1795年成立的法兰西督政府无法稳定大革命时期的暴力行动和维持社会安定，面对法国大众的愤懑不平和波旁王朝的蠢蠢欲动，法国政局亟须一个能力挽狂澜和重整社会秩序的强势人物，这就出现了法国近代史上的伟大皇帝拿破仑·波拿巴（Napoleon Bonaparte, 1769 - 1821）。1799年拿破仑上台后，立即着手制定新的宪法。同年12月24日，新宪法经公民表决通过，次日生效。这就产生了1799年法国宪法，史称为“共和国八年宪法”

或“拿破仑宪法”。1804年拿破仑建立帝制后，接着对1799年以及1802年的法国宪法做了若干修改，结果出现了“1804年宪法”。拿破仑宪法以及随后的几个修正案虽然在形式上保留了代议制政府机构，但实际上却是为拿破仑个人专制的独裁统治披上一件合法外衣。1814年拿破仑的大军被反法联盟军事上战败后，拿破仑一世被迫下台，波旁王朝开始复辟。新上台的路易十八（Louis XVIII，1755 - 1824）立即开始仿照英国君主立宪制模式制宪，结果又出现了法国的“钦定宪法”。

在拿破仑一世军事失败而第一次被迫下台后，欧洲大陆诸国曾有一段复辟和倒退的时期，欧洲大陆的宪政民主进程也一度陷入了低潮。例如，在西班牙、那不勒斯、波兰等地，建立宪政民主运动均遭受到很大的挫折。不过，这一段复辟回潮的时间在欧洲近代史上并没有持续太久。原因是1830年发生的法国革命阻止了这一复辟倒退。1824年，法国波旁王朝的新国王查理十世（Charles X，1757 - 1836）接替死去的其兄路易十八登上王位，便明目张胆地反对君主立宪制，企图推翻法国国会制度，但没有成功。1830年7月，巴黎民众起来革命，推翻了波旁王朝的统治。继位的新奥尔良王朝的君主路易·菲利普（Louis-Philippe，1773 - 1850）答应尊重民意，并承诺与国会合作，接着又在1830年制定了一部新的宪法，史称“七月王朝宪法”。

这一时期法国社会的动态发展，在欧洲大陆诸国中引致了一系列连锁反应：比利时起而反抗荷兰人的统治，在独立后制定了一部自由的宪法，希腊这时也变成了一个君主立宪制的国家，瑞士则扩大了其宪政民主制的直接选举的范围。另外，意大利、德意志以及波兰也先后传来了日益响亮的民主诉求和激烈的宪政民主运动。1848年，欧洲发生了争取民主的更大规模的起义和革命，威胁到了维也纳会议后欧洲各保守的君主制国家所确立的世界秩序。但是，在有些国家，这一威胁由于统治者的明智而化解了。譬如英国、荷兰及比利时等几个君主立宪的国家，就由于逐步实行了宪政民主政制而成功地避免了革命，但有着急风暴雨式大革命传统的法国却逃避不了这一威胁。新奥尔良王朝本来实行的也是君主立宪政制，但是它却被一场激进的革命所颠覆了。这场革命发生的主要原因有两点：一是该政权没有能够获得中产阶级的积极支持；二是法国的选举权限制太严，引起了民众的普遍不满。当时，法国民众所憧憬的是大革命和拿破仑一世统治时期的政治平等以及其耀眼的外交成就。对于这两点，新奥尔良王朝既无意愿也无能力提供给他们。由于上述原因，1848年发生的推翻七月王朝的法国二月革命所遇到的抵抗很小，新奥尔良王朝很快就在这场革命中覆灭了。七月王朝覆灭后，新成立的法国临时政府宣布恢复共和制，建立了“法兰西第二共和国”，并很快就答应给民众以普选权。1848年4月23日，法兰西第二共和国成立制宪

议会，着手制定新的宪法。同年11月4日，新宪法获得通过。这就是“1848年宪法”，史称“法兰西第二共和国宪法”。

由于新成立的法兰西第二共和国立宪会议排斥了革命运动中激进的一翼——以路易·勃朗（Louis Blanc，1811-1882）为代表的社会主义者——参与政府，于是在巴黎爆发了激烈巷战，史称“六月起义”。这次事件使第二共和国立宪会议感到有必要加快制宪进程，并相信要建立法兰西的秩序与安全，必须有一个强有力的政府。于是立宪会议开始着手修改宪法，实行总统制，把大权赋予了总统，并在很大程度上使总统的权力不受立法机关的约束。这一规定为法国第二帝国的诞生开辟了道路。由于当时法国的民意被引导到了“稳定压倒一切”上来，人们纷纷把眼光投向了曾给法国带来自豪感的拿破仑家族。在这一普遍的社会心理支配下，拿破仑一世的侄子路易·波拿巴（Louis-Napoleon Bonapartes，1808-1873）在1848年12月的选举中以压倒性的选票当选为总统。在野心勃勃的路易·波拿巴巩固了自己的独裁政治后，即着手准备恢复帝制，于是在1851年12月1日发动了“雾月十八日政变”，旋即解散了国民议会，并随即在1852年1月14日指使其亲信仅用了几个小时就制定了一部新的宪法，这就是“1852年宪法”。新宪法规定，国会下院仍由成年人选举产生，但上院则由总统指定，以牵制下院，而立法权则交给国务会议负责，原为四年的总统任期被改为十年。由于路易·波拿巴仅仅是把宪法作为其实现其独裁统治的工具，因而在1852年12月他把法国再度改制为帝国就毫不奇怪了。这样一来，法国人的“拿破仑情结”使得法国的现代宪政民主建设进程又推迟了好多年。

1852年12月2日，路易·波拿巴通过全民投票而宣布法国改共和制为帝制，他本人旋即成了皇帝，号称拿破仑三世（Napoleon III）。在其称帝初期，拿破仑三世采取一些专制措施，架空议会，使其成为一个虚摆设和橡皮图章。但是，法国社会这时已经不可能在独裁专制的政治体制中运转下去了。之后，随着国内矛盾的激化，工人运动此起彼伏，拿破仑三世不得不调整自己的政策而采取了一些自由化措施。这样，第二帝国在路易·波拿巴的统治下苟延了十几年，直到1870年的普法战争的失败，它才在巴黎人民的起义中退出了历史舞台。

1870年法国的帝制再次被倾覆后，新成立的法国临时政府推行对内镇压和对外卖国的政策，激起了法国民众的强烈不满。于是，在1871年3月18日爆发了新的民众起义，并在3月28日的起义风暴中建立了“巴黎公社”。在巴黎公社运动被镇压下去之后，法国临时政府于1873年成立了新的宪法起草委员会，开始酝酿另一部宪法。1875年1月31日，法国议会以353票对352票的微弱多数勉强通过了关于共和国总统的任命办法及任期决定，含糊地确认实行共和制。接着，议会又相继通过了《参议院组织法》、

《政权组织法》和《政权关系法》。这三个宪法性的文件就构成了所谓的“1875年宪法”，又称“法兰西第三共和国宪法”。这一组宪法性文件实施后，经稍微修改，一直延续到了第二次世界大战后。直到“1946年宪法”的制定，法国才进入了一个相对稳定的现代宪政民主时期。

从上述史实中，我们可以看出，近代以来法国的宪政民主政制建设，是在大革命的急风暴雨般的运动中开始的，也是在波澜壮阔的革命运动中曲折而行的。在这一过程中，法国宪法一再重新制定和修订（有学者曾统计，在法国历史上，曾有17次制宪和修宪），直到1958年宪法（又称“戴高乐宪法”或“法兰西第五共和国宪法”）的颁布，法国的宪政民主制度才基本上成熟并稳定下来。

回顾英法两国近代宪政民主政制的型构和演变史，并对两者加以比较，我们可以非常清楚地发现以下几点重要的差异：第一，与英国的宪政民主是在其中世纪的封建制社会母体中原生性地生成有所不同，法国的近代宪政民主政制则是或多或少受英国政制实践的影响而发生的，在其中，像孟德斯鸠等启蒙学者对英国光荣革命后英国政治制度运作的介绍以及其思想传播曾起了一定的作用。第二，与英国的宪政民主政制是经由一个相对平和的和渐进过程而逐渐生成且至今仍没有一部成文的宪法法典的情形不同，法国的宪政民主政制则是在大革命的急风暴雨和腥风血雨建构出来的，其间，共和制与君主立宪制的交替出现，法国政权也一再更替，所伴随着的是法国宪法一再制定、废除、调整 and 修订。第三，如果说1215年的《大宪章》和1689年的《权利法案》是奠定英国近代宪政民主和法治社会的两块主要基石的话，那么，1789年的《人权宣言》和1804年的《法国民法典》（亦称“拿破仑法典”）则是支撑法国近代以来法律制度及其宪政民主政治的两大拱柱。最后一点需要指出的是，尽管美国宪政民主政制的设计者和构建者深受英法两国的一些思想家——尤其是洛克和孟德斯鸠——以及早期英国宪政民主生成和演化过程的实践的影响，但在美国建国后，其宪法的设计制定以及其民主宪政制度的建设，又反过来对19世纪英法两国的宪政民主的型构与建构产生过一定影响，也从而对现代人类宪政民主政制的扩散与发展发生过极大地推动作用。由于本文论题只限于考察欧洲市场经济的兴起以及其中的法制建设的作用，我们就不再讨论和回顾美国的宪政民主的沿革史了。

四、古代日耳曼社会的民主政治传统与德国 近现代宪政民主的重新建构之路

在分别对英国和法国的宪政民主政制演变史做了上述回顾后，让我们再

来考察一下德国的情形。正如德国的统一的国内市场经济、工业革命以及民族国家的形成在历史上总比英法两国“慢半拍”一样，近现代德国的宪政民主制度的形成与建设从时间上来说也比英法两国晚得多。当然，这并不否定，在早期的日耳曼公社制度中，就有民主政治的思想萌芽和实践，且有学者把条顿（即泛日耳曼）民族的政治理念视作为人类现代宪政民主政制的三大渊源之一。^① 根据一些法制史学家的研究，早在日耳曼部落时期，就有民众大会以及民选王的制度。在早期日耳曼公社中，民众大会是最高权力机关。它有权决定部落中的一切重大事务，包括立法等事项，并具有审判的功能。在日耳曼部落的民众大会开会时，所有成年男子均全副武装参加，由王来主持。在开始时，王的权力并不大，王由民众大会选出，一般出于同一显贵家族。随着氏族贵族和军事贵族势力的增强，在日耳曼部落中也曾出现过“贵族议事会”。有关战争、媾和、土地分配以及对外交涉等重大事务，都先由贵族议事会审议，然后再在民众大会上讨论（Smith, 1928年，中译本，第24页；何勤华，2000年，第6页；何勤华、张海斌，2006年，第145~151页）。从早期日耳曼部落的这些社会实践中，我们可以看到现代民主政治的早期萌芽。

在神圣罗马帝国时期，由于众多邦国林立，封建主地方割据，为了解决教会的神权与皇帝的王权、国王与邦主之间的利益冲突，德意志皇帝、教皇以及大封建主之间经常进行争斗，而每次较量的结果，往往会制定一项“诏书”、“条例”或“合约”之类的宪章性法律性文件（同上，第26~27页），如“鄂图特权”（Otto Privilegien）、^② 《黄金诏书》（Goldene Bulle）（1356年），以及后来的《威斯特伐里亚合约》（Treaty of Westphalia）（1648年）等。这些德国历史上的宪章性法律文件，与其说加强了德意志的统一，

^① 有学者认为，在欧洲历史上，有三项历史因素有助于近代宪政民主政治的出现：第一是基督教伦理的基本原则；第二是条顿（即泛日耳曼）民族的政治理念；第三则是英国早期的盎格鲁—撒克逊会议或称贤人会议制度。具体到日耳曼民族的早期社会实践对欧洲近代宪政民主政制生成的影响，这些学者认为，条顿民族带给欧洲的政治概念是关于自由人之间的协议或契约。因为，在日耳曼人看来，原初的权利平等假定正是奠基在这种契约理念基础之上的。这就构成了后世源远流长的所谓“社会契约论”的理论渊源。这种社会契约论，曾构成了近代宪政民主政制尤其是欧洲大陆民主政治发展的基础理念之一。

^② “鄂图特权”（Otto's Privilege）指公元962年2月13日德皇鄂图一世（Otto I, 936~973年在位）在罗马加冕为神圣罗马帝国皇帝后，与教宗约翰十二世（John XII, 955~964年在位）所订协议中规定的特权，包括鄂图赋予教皇的特权以及德皇拥有对罗马教会的特权。鄂图一世被教皇加冕后，在教皇和教会封建主保证效忠皇帝的条件下，重申教皇和主教们在其领地上享有查理大帝以来历代帝王所授予的独立的行政权和司法权；德国皇帝则反过来对罗马行使最高司法权，可以干预教皇的选举，有权任免主教和修道院长，以及新教皇未经皇帝批准并举行宣誓效忠仪式不得祝圣或加冕等。德国皇帝与教皇之间所签订的“鄂图特权”的目的，是利用教会牵制世俗诸侯和封建领主，并加强王权对教会的控制。

毋宁说他们承认并肯定了各个时期的封建割据状态。但在这些宪章性法律文件中有一点是共同的，那就是对王权的范围均做了一定的规定，也施加了某种限制（尤其是《黄金诏书》和《威斯特伐里亚合约》），并为德国统一前德意志兰疆土上多元的法律体系（尤其是商人法和城市法）的运作提供了最基本的法律依据。

神圣罗马帝国时期德意志兰疆域中的邦国林立和封建主地方割据，加上早期日耳曼公社的民主政治雏形，不但致使帝国皇室的权力实际上很小，而且形成了德国通过封建领主选举方法产生君王的独特历史传统。正如法国历史学家基佐（François Guizot, 1896/1997，参中译本，第196页）所指出的那样：“德国是唯一长期采用封建选举产生君王的国家……德国也是唯一保留教权君王、保留享有真实政治存在和主权的自由式的欧洲国家。”神圣罗马帝国时期的这种独特的政治文化传统，自然为后来的德国宪政民主政制的建构及其独特形式预埋了种子。

1789年的法国革命不仅结束了法国的封建社会历史，同时也对德意志民族和欧洲其他国家的社会生活产生了强烈的震动和巨大的影响。1806年在拿破仑大军的军事征服中，神圣罗马帝国最后退出了历史舞台。然而，这一事件并没有对德国民族国家的形成产生负面影响，反而激发了德意志人的民族意识和渴求德国政治统一的愿望。1813年拿破仑领导的法国军队被反法同盟的联军战败后，从1814年10月到1815年6月，欧洲各国的代表在维也纳召开会议。这次会议的两项内容之一就是制定以普鲁士、奥地利为中心的德意志诸邦国统一的德意志宪法。但是，维也纳会议在这一点上没有取得实质性的进展。尽管维也纳会议通过了《德意志联邦规约》（Deutsche Bundesakte），决定德意志联邦同盟（Der Deutsche Bund），但是这在当时仍无法改变德国诸邦国分裂和各自为政的局面。1815年成立的德意志联邦是根据反对法国大革命的奥地利首相梅特涅（Metternich, 1773 - 1859）为压制自由民主运动和德国统一的运动兴起的目的是成立的，实际上是他用于抑制民族团结与宪政要求的手段。因此，这一安排无法满足德意志国民要求统一和自由民主的愿望。他们痛恨奥地利首相梅特涅的专制制度，甚至支持革命要求。只有在普鲁士，民众中支持专制的人数较多，原因是普鲁士政府实行一种很精明的政策，把强有力的行政控制与有进步意义的行政改革联系起来。1848年的巴黎革命爆发后，德意志南部各邦马上扩大了他们的国会制度，并且要求选出一个德国国会，从而要求实现德国统一。

在这种情势下，1848年5月18日在法兰克福召开了一个由普选产生的德意志国民会议（Deutsche Nationalversammlung），史称“法兰克福国民议会”。这次国民议会的参加者有830人。在这次会议上，议员们对德意志人民的基本权利达成了一致意见，准备仿照法国的做法把对这些基本权利的规

定和阐述作为以后宪法的一部分，并以此为未来统一的国家提供依法治国的法律保障。在同年12月，德国国民议会颁布了《根本权利宣言》，规定了人身自由和法律平等、经济生活自由、经营自由、迁徙自由、出版自由、宗教信仰自由、择业自由以及不受任意逮捕等基本原则（以后1919年的魏玛宪法、1949年的波恩宪法均是以这些基本原则为基础而制定出来的）。

1849年3月，法兰克福国民议会通过并颁布了《德意志帝国宪法》，这部宪法又被称为“法兰克福宪法”。这是一部比较周密的自由宪法。宪法规定一个世袭的皇帝与责任内阁共同负责行政，立法权则交给两院制的国会，下院议员由成年选民选出，上院议员部分选举产生，部分是世袭的。这部宪法还规定，设立最高法院作为帝国最高司法机关，它有权就法律问题裁决各邦之间、政府与议会之间的争端。法兰克福宪法通过和颁布后，被提交到德国各邦政府，以期获得他们的赞成和采纳。但是，由于当时在德国各邦当权的贵族并不愿放弃特权而实行议会制的宪政原则，28个邦表示有条件地接受（但德国国民议会不愿意接受让步），而奥地利、巴伐利亚和汉诺威则完全拒绝接受这部宪法。1849年，被选为德意志皇帝的普鲁士国王弗雷德里希·威廉四世（Friedrich Wilhelm IV, 1795 - 1861）竟然拒绝了这顶桂冠，即表示不承认法兰克福国民会议，法兰克福国民议会的一切努力随之付诸东流，法兰克福宪法也因而未能付诸实施。尽管法兰克福宪法中途夭折了，但它在德国宪政民主建设之路上还是有一定历史意义的。这部综合借鉴美国宪法和欧洲各国宪法优良而经历讨价还价和种种妥协而制定出来的宪法的意义主要表现在两个方面：其一，该宪法对国民基本权利的规定为其后的魏玛宪法和波恩宪法提供了基本原则和依据；其二，它为1871年德意志帝国宪法的有关规定提供了参考。更为重要的是，通过法兰克福宪法对国民权利和各项自由的规定，使得宪政民主和自由思想在德国的疆土上深入人心，从而对19世纪末各项法律（尤其是德国民法典）的制定，以及对整个德国宪政法制史的发展，都产生了重要影响。

1862年，普鲁士国王威廉一世（Wilhelm I, 1797 - 1888）任命俾斯麦为第一任首相。上任后，俾斯麦采用一些铁血手段促进有利于普鲁士的德国统一，史称“铁血宰相”。1866年普鲁士战胜奥地利后，俾斯麦成立了以普鲁士为主导的“北德意志联邦”，并于1867年制定了《北德意志联邦宪法》。1870年普鲁士取得了对法战争的胜利，在普鲁士获胜的狂欢中，俾斯麦在凡尔赛的镜厅宣布统一的“德意志帝国”诞生，普鲁士国王威廉一世遂即成了德国皇帝，俾斯麦则被任命为首相。德意志帝国成立后，立即着手统一宪法的制定工作，通过对《北德意志联邦宪法》某些修改，在1871年由德意志帝国议会通过后由俾斯麦颁布实施。由于这部宪法的许多内容体现了俾斯麦的意志，这部宪法又被称为“俾斯麦宪法”。俾斯麦统一德国后，推行了一种和平与联

盟的政策以孤立法国。俾斯麦的精密的外交谋略，使他成为国际政治的仲裁人。在内政上，德国仍实施压制性政策，但受到了普遍抵制。但当时倡导自由思想的毕竟只有少数知识分子，因而，在19世纪德国民众间对基于主权在民的理念而建立共和政体的愿望并不强烈。当时的政治安排是，立法机构的成立，须得经过国王的许可。当时德意志帝国的国会也是比较软弱和缺乏效率的。它的主要功能是咨询和批评，而不能过问军事与外交问题，而且当时还没有一个全国性的内阁。德国的首相也就是普鲁士王国的首相。内阁阁员只对国王负责，不受下院不信任投票的影响。总之，统一后的德意志帝国并未推进宪政改革，政府是军国主义的，不是民主的。《德意志帝国宪法》的另一个致命的弱点是，它是“根据俾斯麦的身段裁制而成的”（何勤华，2000年，第133页），其表现是宪法规定宰相拥有很大的权力。1890年俾斯麦下台后，德意志帝国宰相的实际权力及其在国家政治生活中作用明显下降了，《德意志帝国宪法》原有的缺陷就暴露出来了，德国的君主立宪制也随即出现了崩溃的征兆。但是，这一时期德国经济的飞速发展，掩盖了当时的社会矛盾和逐渐积累起来的社会问题。从德国经济史来看，在统一后的20多年的时间里，德国便完成了工业革命。在这个过程中，政府对本国的政治生活和经济发展不断加强干预，也同时制定许多统一的经济法规，从而国家在德国的工业革命和现代化经济建设方面起了重大作用。从政治体制上来看，当时的德意志帝国还如马克思所形容的那样是一个“以议会形式粉饰门面，混杂着封建残余，已经受到资产阶级影响，按官僚制度组织起来，并以警察来保卫的军事专制制度国家”（转引自丁建弘，2002年，第234页）。概言之，在统一后，尽管德国在法制建设方面有了很大的进展，但没有立即走向宪政民主政治，而是在当时独特的社会氛围和政治安排中，经由金融寡头和军事工业寡头的利益驱动，以及在德意志强权意志的狂热文化宣传下，德国一步步走向了军事帝国主义，并最终挑起了第一次世界大战。

在1918年第一次世界大战中战败后，德意志帝国覆灭，德国的帝制也随之瓦解。1919年2月，在临时政府领导下，德国国民议会在小城魏玛（Weimar）召开，通过一项具有临时宪法性质的《十条约法》，宣布德国为共和国。同年7月，国民议会又通过了《德意志联邦宪法》，史称“魏玛宪法”，并于8月颁布实施。“魏玛宪法”规定德国仍为联邦制，但实行总统制。除了政体的这些变革外，魏玛宪法还对公民的权利和义务做了详细的规定。这些权利包括：法律之下人人平等、男女平等、迁徙自由、人身自由不可侵犯、住宅不受侵犯、通讯秘密不受侵犯、发表观点自由、和平集会自由、结社自由、选举自由且选举秘密受保障、请愿权、宗教自由，以及信奉道德准则的自由等。除了上述这些近代各国宪法所普遍规定的公民的基本权利外，魏玛宪法还增添了许多新的权利，包括经济方面的权利、社会保障方

面的权利、劳动方面的权利，以及文化方面的权利（何勤华，2000年，第140~141页）。魏玛宪法所规定的较为广泛的公民权利，是在此之前的任何国家的宪法所没有的，因而它的诞生被世界法制史学界一般认为是世界现代宪法史的开端。在第二次世界大战后，魏玛宪法所包含的宪政原则曾对世界各国的宪法制定产生了深远的影响，并为现代各国所广泛仿效。然而，魏玛宪法在德国历史上真正存在的时间并不长。德国法西斯纳粹在第一次世界大战后迅速崛起，他们很快就使魏玛宪法成了一纸空文。只是当德国法西斯纳粹专制政体崩溃之后，宪政民主基础才真正建立起来，德国才真正确立了其宪政民主和自由的经济与社会秩序。^①

从法理学上反思德国的法律发达史，也许有人会发现这样一个悖论：既然直到第二次世界大战后，德国的宪政民主政制还没有真正建立起来，那么，德国的法律制度又如何能在缺乏真正的宪政民主政治的基础上发展起来并运作的？从以上的分析中，我们已经知道，没有真正良序工作的法律制度保证，市场秩序就难能自发生成和不断向外扩展，经济增长的斯密动态机制就难能生成并正常发挥出来。但是，没有宪政民主政制，一个国家的法律制度就很难正常工作。那么这一理论推测是否不适应日耳曼民族和近代德国的市场经济兴起的历史？换句话说，在德国缺乏形式上的宪政民主政制的情况下，德国的法律体系是如何工作的？德国的市场经济秩序又是如何在中世纪的封建社会母体中萌生并艰难地扩展开来的？德国又是如何在19世纪后半叶完成其工业革命的？现在看来，可能有两个特别的社会历史因素导致了德意志民族及其国家在近代以来的独特经济发展道路和独特的经济表现。其一是自早期日耳曼公社和日耳曼法以来日耳曼民族的法治精神，尤其是他们的立约和守约精神。如果从法律的经济分析的视角把制定法看做为人们之间签订的某种正式社会契约的话，那么，人们守约和遵从正式制度性规则的自觉行为和文化精神就是法治意识，而这种法治意识本身也是任何法律制度真正工作并有现实约束力的必要和内在条件。从这一视角来思考问题，在19世纪德国真正实现政治统一并相应地制定出成文的宪法之前，在其独特的法文化传统中，日耳曼民族诸社会中均有各类法律法规存在并确实发生现实的约束力，这一

^① 谈到文化与政治制度的关系时，美国经济学家考德威尔（Bruce Caldwell）曾认为：“说德语的人对民主制度普遍持怀疑态度。法国的经验清楚地表明，大众民主运动能够撕裂社会机体。甚至德国的自由主义者（最有可能赞成自然法学说的团体）也逐渐相信，一个强大的国家是个人自由的最佳保障”（Caldwell, 2004, p. 51）。很显然，考德威尔只是观察了近代德国人的社会制度演变和德国文化精神的关系，而忽略了早期日耳曼公社时期的部落民主政治以及神圣罗马帝国时代的“限政”实践。这里的一个问题是，是否正是近千年的神圣罗马时期的邦国分裂和国家权力分散的历史实践酿就了近代德国社会中人们渴望和追求强国强兵的文化心态、从而德国的宪政民主制度直到第二次世界大战德国战败后才真正逐步建立起来？对于这些问题，我们今天只能说是“不得而知”了。

点就完全是可以理解的了。其二，如果说现代宪政民主的实质就是“限政”——即对国家主权者（the sovereign）及其政府的权力存在着有效的约束和制衡——的话，那么，我们也可以在某种程度上把德国19世纪统一前的社会政治安排视为某种邦国林立的国家安排下的封建君主立宪制的民主政治——尽管还是非常不完备的现代意义上的宪政民主。况且，如上所述，在早期的日耳曼公社中，就有现代民主选举和民主决策实践的萌芽。加之，日耳曼民族社会的近代历史上的几个著名宪章性法律，如《鄂图特权》、《黄金诏书》和《威斯特伐里亚合约》等，已经从一定程度上奠定了中世纪以来德意志各地邦国和城市的法律体系的基础。进入19世纪之后，尽管第一部德国宪法《法兰克福宪法》并没有在历史上付诸实施，但其原则和精神，加上“鄂图特权”、《黄金诏书》和《威斯特伐里亚合约》以来所体现的“限政”原则，已为后来的《德国民法典》等法律体系的实际工作和现实约束力奠定了宪政性原则的基础。其三，在19世纪前的整个近代历史中德意志兰疆域上邦国林立、各封建王侯、贵族和领主地方割据，这种割据的一个历史结果便是德意志皇帝和王室政府的实际权力和管辖范围以及其对社会的控制程度很小，因而这非常像现代宪政民主政治下的社会安排。各诸侯和领主的利益争夺和相互制约，又恰恰有点类似于现代宪政民主政制下多党之间的竞争。^①这种独特的社会政治安排，又恰恰为具有甚浓法治精神的近代日耳曼社会中的法律制度的运作提供了一定的条件和社会基础。由此我们甚至可以把19世纪末之前的日耳曼民族社会视为某种隐性的或者说是一种独特的“宪政民主”政制。到这里，我们对在德国近代经济兴起中的日耳曼民族的独特的法律制度和法文化传统的历史重要作用就不会有多大疑问了。

五、为什么在近现代欧洲历史上逐渐衍生出了宪政民主下的法律制度

在任何人类文明社会中，尤其是在近代和当代发达的经济与社会中，国家和政府均是市场运行和社会发展中的一个必须参与并且必定会参与的现实力量。换句话说，市场运行、经济发展和社会进步，均离不开国家和政府的参与与管理。从欧洲历史和现实来看，也从来没有国家和政府不深深卷入社会的经济活动以及市场运行之中。但是，这里的问题是：国家和政府如何管理国民经济？如何引导社会？如何对待国民？是用强权统治和行政命令控制

^① 当然，各邦国诸侯和封建领主之间的战争和武装冲突自然对市场经济的成长产生过某种破坏性的作用和阻断效应。

社会、命令经济、掌控甚至役使民众？还是用法治手段来规制社会、引导经济发展，并让民众来广泛参与并监督和制衡政府的运作？如果是后者，那么，一个社会又将如何达致后者？从这个理论视角来反思西欧诸国的近代经济社会史，我们会发现，人类社会的现代化过程，既是伴随着市场扩展的经济起飞过程，也是用政治民主机制把皇权抑或/以及政府的行政自由裁量权约束在宪章性法律所划定的权限范围之内的过程，更是一个建立在宪政民主基础之上的近代法律制度的形成和完善过程。由此来认识人类社会的现代化过程，我们会发现，没有较完备的法律体系，就没有良序的市场运作，也就不会有长久的经济增长和社会发展；但是，没有宪政民主，很难有一个良序的和正常运作的法制体系。这已经是为近代欧洲兴起的历史经验所彰明的史实。若对这一史实做一简单的理论概括，就一句话：近代法律体系与宪政民主政治的互动发展，是激发、引致和确保西方世界近代经济兴起的主要社会动力机制。^① 导致一个社会长期经济发展的市场秩序的扩展以及斯密动态机制的形成和发挥，有赖于相对完备且不断改善着的法律制度和宪政民主政体。

进一步的问题是，近代以来西方社会的法律制度与宪政民主政治之间的良性互动是怎样形成的？建立在宪政民主政制基础之上的且确曾工作并不断完善法律结构为什么从近代以来在西欧社会中率先形成？是什么因素和社会机制过程导致了建立在宪政民主原则之上的法律制度变成了西方社会结构的一个内在组成部分？这自然就成了我们今天需要进一步进行理论思考和历史反思的一个重要问题。

从欧洲各国的历史演变过程整体来看，在欧洲各国早期社会的历史、文化和传统中，就确曾存在过各种形式的政治民主和自由的实践，并从而为欧洲中世纪之后各国现代宪政民主政制的逐渐生成和建构预留了某种民主和自由的文化基因。譬如，在《欧洲代议制政府的历史起源》这部名著中，基佐（Guizot, 1861, pp. 11 - 12）对孟德斯鸠所认为的欧洲宪政民主政制“这一崇高的制度是首发源于德国的森林之中”这一判断曾提出过自己的不同看法。基佐认为，“无论是从古代的事实中，还是依照我们所见证的事实，均表明，自从现代国家奠基之日起，代议制形式的政府就不停地在欧洲

^① 正如诺思（North, 1990, p. 129）在谈到从13~16世纪英国法律制度与市场——包括资本市场——过程动态互动发展的历史事实所总结的那样：“在这一演化过程中，国家是一个主角，并且，国家的财政需要与其取信于商人以及公众的程度之间的互动持续地进行着。特别是，资本市场的演化受到了国家政策的极大影响，因为只有当国家能信守承诺，不没收资产，不利用其强制性权力来增加交换中的不确定性时，金融制度的演化才有可能发生，也才有可能建立起一个更有效率的资本市场。对统治者恣意行为的束缚以及能成功地限制国家与自愿性组织的非个人化规则（impersonal rules）的发展，乃是这种制度转型的关键之所在（着重号为引者所加）”。

徘徊。它重复出现的次数和地点是如此之多，它的出现不能归因于任何理论的魅力或任何合作的力量”。^① 在这部名著中，基佐详细地考察了一些欧洲国家在早期国家形成过程中，以及在中世纪时期民族国家的形成过程中，各国代议制政府的历史演变过程。尽管从欧洲各国多样化的现代宪政民主政制的演化生成路径是多样化的，但是从欧洲的社会历史和文化演变的历史过程中，学界一般认为，可能有以下三个方面的综合因素导致了西欧各国近现代法律—宪政制度下的市场经济秩序的发生成和不断扩展。

（一）古希腊和古罗马社会的法制传统及其文化遗产

在西方近代社会中之所以逐渐演化生成了有效激励和规约市场秩序自发类型构并不断扩展的近现代法律制度和宪政民主体制，一个主要的历史贡献因素是从古希腊城邦国（尤其是雅典）到古罗马王政时期、共和国时期以及帝国时期的法律制度、法学思想和政治民主传统。

如果考察西方近代法律制度的历史源头，我们可以直接追溯到古希腊人的法律学说和司法实践。法制史学界一般认为，古希腊的法学理论、法律制度和司法实践，对罗马法有着多方面的影响：（1）古希腊法律的精神，尤其是其中的自然法思想和学说，为古罗马的法学和法律奠定了法理学基础；（2）古希腊哲人关于法治的学说和理论，开启了西方社会历史上的带有浓厚法治意识的文化传统；（3）古希腊尤其是雅典的民主政制理论和实践，^② 为后来罗马共和国以及罗马帝国时期以至西方近代各国的立宪主义（constitutionalism）形成与发展，提供了原初范型；（4）古希腊人较早形成的（保

^① 这里必须指出，在基佐看来，代议制政府的原则和政治民主原则有着许多重大的区别，基佐还一再指出，区分这两点尤其重要。因而，基佐将民主作为一种社会条件加以欢迎的同时，还主张限定特权的范围。这主要是因为，在亲身经历并目睹了法国大革命时期的巨大社会破坏和血腥统治之后，基佐对民主中所潜在的破坏性因素一直充满忧虑。尽管如此，他始终在为公民平等和公民权利而辩护，认为这应该是一个新社会秩序的基本原则。此外，基佐对代议制政府和政治民主之间的区分，应该与基佐政治哲学中对理性统治权和大众统治权的区分联系起来。照基佐看来，与政治民主不同，代议制政府只根据个人依据理性和正义行事的能力来授予权力和政治权利。因而，代议制政府不是纯粹的、简单的大多数人的政府，而是“有资格治理的大多数人的政府”。这里实际上牵涉到政治学的一些基本原理和问题。然而，就现代宪政民主政制的生成演化史的研究来说，基佐对欧洲代议制政府的历史起源的考察完全是适用的，且现代宪政民主政制——尤其是20世纪后一些发达国家逐渐完善起来的宪政民主政制——也基本上符合基佐在19世纪中期对代议制政府的期盼和憧憬。

^② 从人类社会一般历史来看，现代人所说的民主政治，最早是从雅典城邦国自发形成并发展起来的。早在公元前592年，雅典的社会改革家梭伦（Solon，约公元前683年~公元前559年）就通过主持立法而确立了在建立奴隶制基础上的雅典民主政治。梭伦立法曾规定，代表雅典所有公民的民众大会是一切行政、立法和司法权的最终受托者。

护)私有财产的观念,以及与之密切关联着的财产法、契约法、婚姻家庭与继承法,以及司法诉讼制度,一起构成了后来的罗马法律体系以及西方近代社会中不断演进着的法律制度的主要法文化历史渊源。

从西方法制史来看,古希腊的法学观念和法律制度,在古罗马社会中真正得到了沿承和发展。从公元前8世纪到公元后5世纪这段1000多年的历史长河中,罗马社会发展出了人类古代社会中最发达和完备的法律体系,且罗马法学思想之精湛、立法技术之高超,司法程序之完备,堪称为整个人类社会的一笔巨大的精神文化遗产,并实际上对近现代西方诸社会的法律制度形成和法学理论发展,产生过巨大和深远的影响。^①罗马法之所以对欧洲各国近代的法律体系和制度产生如此巨大的影响,其主要原因有三点:

第一,罗马法实际上是一种建立在市场交易和商品生产基础之上的法律体系,从而对人们社会交往尤其是商品贸易中的买卖、借贷、契约和财产关系等都做了非常明确的立法。更为重要的是,罗马私法中的三项基本原则,即民事权利平等、契约自由与神圣、私有财产神圣不可侵犯,成为了西方后世立法的基础。罗马法中的许多具体制度,如法人制度、物权制度、契约制度、一夫一妻制、陪审制度、律师辩护制度等,曾对近代乃至现代欧洲以及世界各国的法律制度和司法实践产生了永久的影响。正因为罗马法如此发达,立法技术如此高超,法律规定如此详尽,以至于连19世纪的伟大思想家马克思都惊叹道:“……一切后来的法律都不能对它作任何实质性的修改”(马克思、恩格斯,1965年,第21卷,第454页)。从这里我们也可以直接推想到,如果没有早期罗马法的巨大法文化遗产,欧洲中世纪的法律制度也许不可能如此这般地生成,近现代西方的宪政民主制度也很难说能从欧洲中世纪的封建社会母体中孕生出来,相应地欧洲近代市场经济秩序也难能冲破欧洲中世纪各地所普遍存在的各种各样的布罗代尔钟罩而自发扩展开来。通过反思历史,现在我们已经非常清楚,西方世界在近代的兴起,正是欧洲中世纪以来市场秩序扩展、法律体系型构以及宪政民主生成这三种因素——或言三种社会机制过程——协同共生和互补发展的一个历史结果,而在这三种因素中,都自然包含有早期罗马社会中所存留下来的历史文化“菌种”。对于这一史实,何勤华、李秀清(2002年,第69~72页)教授等曾考证道,1804年的《法国民法典》(又称“拿破仑法典”),就继承了罗马法学家盖尤斯(Gaius,约公元130~180年)《法学阶梯》中的人法、物

^① 法国著名社会学家莫斯(Marcel Mauss, 1966, 中译本, 第146页)在其名著《礼物》一书中曾深刻地指出:“……正是罗马人和希腊人(可能是继北部和西部闪米特人之后)首创了对个人权利和物权的区分,并把买卖从赠礼和交换中分离出来,使道德义务与契约各自独立,特别是在观念上区别了仪式、法律和利益。通过这样一场名副其实的、可敬的伟大革命,他们超越了那种陈旧的道德性和赠礼的经济体系。”

法、诉讼法体例，而1900年实施的《德国民法典》，则是以东罗马帝国皇帝查士丁尼（Justinianus I, 483 - 565）时代的罗马法学家所编纂的《学说汇纂》为蓝本的，并依此形成了总则、债法、物法、亲属法、继承法五编。欧洲法制史学家们的研究还发现，丹麦、意大利、希腊以及瑞士等国近代所制定的民法典，也仿效了法德两国的私法体系，从而间接地受到罗马法诸多方面的影响。在西班牙，不但在地方立法中受罗马法本身的影响就很大，而且从11世纪后到近现代的一个甚长的历史时期中就直接承认罗马法的法律效力。另外，尽管英国近代以来走出了自己一种独特的普通法制度的发展道路，但自12世纪以来，英国法系在自己的成长与发展中曾多方面接受罗马法的影响，尤其是在14世纪所出现的衡平法以及在19世纪英国国会的一些立法中，我们都可以看到罗马法的巨大影响。除了在西方诸国近代法律制度的形成和发展中曾受过罗马法的直接影响外，另外一个不可忽略的历史史实是，从中世纪末叶开始，罗马法曾被列为欧洲各大学法专业的必修课程，这无疑会通过影响法学家、律界人士以及法官的知识结构和理论思维而间接地在欧洲各国近代法律制度的形成与演化起到一些潜移默化的作用。到了19世纪，以萨维尼（F. C. von Savigny, 1779 - 1861）为代表德国历史法学派，甚至主张直接采用罗马法，认定法理学的主要任务之一是研究“纯粹的罗马法”，以便使其广泛适用于德国。

当然，这里也必须指出，尽管罗马社会对中世纪以来以至近现代欧洲各国的法律制度的巨大和多方面的影响，但罗马社会还不是“第一个法治社会”，甚至连中世纪的法学家和律界人士也明白这一点（Tiger & Levy, 1977, 中译本，第10页）。但是，这并未否定这样一种事实：作为主要适应于调整商品与贸易关系而产生的丰富的罗马法律文献，非常适宜于欧洲中世纪以后市场经济秩序动态发展的法律制度的复制和重塑，并且罗马法适用性本身在中世纪中后期就曾一度得到罗马教廷和欧洲各国世俗君主两方面的支持。这对欧洲中世纪的商品货币关系的发展，以及近代市场经济秩序的萌生和扩展，起了非常重要的历史作用。

第二，在梳理罗马的法律和政治民主传统对近现代欧洲宪政民主政治下的法制制度建设方面的历史遗传作用时，有一点可谓根本性的，那就是在人类法制史上，是罗马人为西方社会近现代的法律和宪政民主制度确立了法学推理基础。正如一位20世纪初的一位法国法制史学家居克（Edouard Cuq）所指出的那样，“罗马人为所有时代确定了法学思维概念”。根据这一点，美国著名宪法学家麦基文（McIlwain, 1947, p. 46）认为，“罗马人对宪政的最伟大且永恒的贡献是，他们对公法（*jus publicum*）和私法（*jus privitum*）做了最明确（与前人相比）的区分。这一区分构成了保障个人权利不受政府侵犯的全部历史的基础，直到今天依然是如此。”通过梳理罗马

法制史和罗马法学家的思想,麦基文(McIlwain, 1947, p. 57)得出如下三点结论:(1)尽管在罗马法文献中有“国王喜欢的就是法律”(Quod principi placuit legis vigorem habet)和“君主不受法律约束”(Princeps legibus solutus est)之类的表述,但罗马宪政的真正实质并不在于这类罗马帝国晚期的专制主义的论断,而在于一条非常古老而深刻的原则:人民,只有整个人民,才是法律权力的最终渊源。因而,“支撑罗马国家的基本学说及真正的指导精神,是宪政主义,而非专制主义”。(2)在意大利开始的文艺复兴前,罗马政治制度的观念已经深深影响了西欧许多新兴国家,而发生这种影响的,主要是查士丁尼主持编撰的法典,而不是罗马的历史或文学等。(3)罗马的法律和政制对近代欧洲政治的决定性影响,并不是意大利文艺复兴后的专制主义倾向,而是中世纪表现出来的强劲的立宪主义。

第三,古罗马社会留给欧洲中世纪以及人类法治史的另一笔巨大遗产是法庭、律师和司法程序制度。法制史学家们的研究发现,经过一千多年的法律制度的创生、演进和司法实践,古罗马社会发展出了一套相对完备的司法体系和法官、律师制度。美国法制史学家赞恩(Zane, 1928年,中译本,第99~101页)曾发现,程序完备的罗马法庭以及由法学家和辩护者所组成的律师阶层,是罗马法律制度运作的两架发动机。在法律界专业人士阶层的推动和监督下,司法程序完备的法庭对法律争议的裁决,极大地促进了法律的进步。^①从人类社会的早期法制史来看,无论是在凯尔特人那里,还是在巴比伦人或希伯来人那里,最初都是祭司们垄断着法律知识,并掌握着法律解释的权利。古希腊人从祭司掌控法律解释和法律案件审理的局面中解脱出来,然而,在他们的政制结构和社会体制中仍然没有一个确保法制运作的法庭制度安排,没有一批能对法律原则及其特点做出一一般性解释的法学家,更没有一批能在法庭上对客户进行辩护的开业律师。到了古罗马共和国时期,这一局面就完全改观了。开始出现一批专业辩护律师阶层,并在罗马法律制度一千多年的演化过程中,出现了为公民裁定案件的专门行政司法官,后来又出现了专门负责处理外国人事务的外事司法官。另外,一大批对法律文献和法学理论进行解释的法学家也开始出现。结果,在古罗马社会的一千多年的法律制度演化过程中,“法律不再是祭司的咒语及其阶级欺骗的工具。普通公民都能参与的博学的职业阶层开始掌握了法律的命运。从此以后,文明世界从没

^① 从这一点来反思中国历史,就会认识到,传统中国长期以来未能自发走向一个法治社会,从而法治化的市场经济秩序未能在传统社会的母体中产生,一个重要原因就是传统中国社会的法律体制中独立的法官和辩护律师阶层未能形成。具体说来,在历代王朝的政治体制安排中,皇室以及朝廷中的立法机关不独立,政府官员(如衙门)的行政与司法功能不分,从而也就不可能形成立法、司法和行政三权分立且相互制衡的民主宪政体制。司法审理和判案与政府官衙的行政职能不分离,从而司法不独立,没有独立的法官和律师阶层,也就永远无力自发产生出一个法治社会。

有脱离这种法律背景，因为，凭着多年的经验，文明人懂得，只有通过这种方式才能保护公民的权利。这一重要的文化概念是罗马留给我们的宝贵遗产”（Zane, 1928年，中译本，第121页）。更为重要的是，不受政府行政掌控的独立法官、法学家尤其是专业律师阶层的出现，是一个法治社会生成的先决条件。正如赞恩（Zane, 1928年，中译本，第100页）所言：“法律史表明，没有职业律师阶层，就不会有法治。”即使是在今天，这一道理仍然适用。

（二）条顿民族的立约、守约精神以及日耳曼部落的早期民主政治理念与实践

在研究近现代欧洲宪政民主政治以及相匹配的欧洲近现代法律制度的起源和生成原因时，一个不可忽略的政治和法律文化渊源就是条顿（即泛日耳曼）民族的民主政治理念和日耳曼民族历史久远的立约和守约的文化精神。在上一节我们已经指出，在早期的日耳曼公社制度中，就有久远的民主政治的思想萌芽和历史实践，以至于很多欧洲法制史学者把欧洲早期历史上条顿民族的政治理念视作为人类现代宪政民主政制的三大渊源之一。这些学者认为，条顿民族带给欧洲的政治概念是关于自由人之间的协议或契约。因为，在日耳曼人看来，原初的权利平等假定正是建立在这种契约理念基础之上的。这就是后世源远流长的所谓“社会契约论”的理论渊源。这种社会契约论，曾构成了近代宪政民主政制尤其是欧洲大陆民主政治发展的基础理念之一。这一点似乎已经是欧洲法制史学界的一项共识。譬如，李秀清（2005年，第1页）教授在《日耳曼法研究》的专著中就曾明确指出：“日耳曼法作为西方法律传统的重要基础，它与罗马法、教会法一起构成了西方法的三大渊源，这已经是学界共识和定论。”

条顿民族的民主政治理念以及日耳曼民族历史久远的立约和守约法文化精神，对英国宪政民主政治下的普通法体系，乃至对欧洲大陆的近现代宪政民主政治以及欧洲大陆近现代法律体系的影响，可以从英、法、德三个国家的法制史和宪政史分别来进行梳理。

第一，从英国历史来看，在作为泛日耳曼民族一个分支的盎格鲁-萨克逊人的入侵、征服和统治时期，以及在后来的诺曼人（从历史上考证亦是泛日耳曼民族的一个分支）的征服和统治时期，早期日耳曼社会中的政治理念、日耳曼法文化精神均对英国后来“原生型”的宪政民主政制以及其独特的普通法体系产生了至深至远的影响。早期日耳曼公社中的民主的实践、理念以及日耳曼法文化对英国社会的早期以及中世纪之后的宪政民主政治的生成演化是如此至远至深，以至于孟德斯鸠在研究英国的代议制政府生成演变史时，把它完全归结到古老的日耳曼制度，说“这一尊贵的制度起

源于森林之中” (Guizot, 1861, p. 48)。^①

在前面我们已经指出,早在日耳曼部落时期,就有历史久远的民众大会以及民选王的制度传统。在早期日耳曼公社中,民众大会是最高权力机关,并在开始时,王的权力并不大,而且王是由民众大会选出。随着氏族贵族和军事贵族势力的增强,在日耳曼部落中也曾出现过“贵族议事会”。有关战争、媾和、土地分配以及对外交涉等重大事务,都先由贵族议事会审议,然后再在民众大会上讨论(何勤华,2000年,第6页)。因而,可以认为,从早期日耳曼部落的这些社会政治实践中,就萌生了欧洲现代宪政民主政治的原初形式和胚芽。早期日耳曼部落的这些原初民主政治形式和政治理念,随着盎格鲁-撒克逊人(其祖先来自欧洲大陆,是日耳曼人中的盎格鲁人、撒克逊人,后来合称为“盎格鲁-撒克逊人”)从公元5世纪起大举进入不列颠岛,也自然被带到了不列颠。^②

① 对于这一见解,19世纪法国著名的史学家和政治哲学家基佐有不同看法,并在《欧洲代议制政府的历史起源》一书中多处进行商榷。基佐(Guizot, 1861, p. 48)认为,孟德斯鸠只是看到了一些历史表面现象和代议制政府的表面特征而误判了历史。他所依据的基本论辩理路是:“无论选举和议会出现在哪里,我们都可以认为,我们发现了代议制因素。”基佐还进一步指出:“根据其外在特征来对政府进行分类,是一种肤浅和虚假的方法;它认为,君主制就是一人执政的政府;贵族统治是几人执政的政府;民主制就是人民执政、权力属于所有人的政府。这种分类法仅仅以某一特殊事实和权利所采取的某种实体形态为基础,只根据决定政府性质和趋势的方法,它无法接触到问题的核心甚或问题本身。这个问题就是,‘统治权(the sovereign power)的来源是什么?其界限是什么?它从哪里来又到哪里止?’”,这里实际上牵涉到政府统治权的最终来源问题。对于这个问题,基佐认为,任何个人和团体都没有天生的权利来获得统治权。因此,在这部著作中,基佐把统治权划分为是将权利授予个人,还是授予理性、正义和真理,并在此基础上提出了一个新的政府分类法。在此基础上,基佐一再指出,只有旨在完成理性、真理和正义之诫命(precepts)的那些政府,才拥有合法统治权,才真正具有统治权威。

② 从英国早期历史来看,在公元5世纪之前,大不列颠岛原是罗马帝国的一个行省,而盎格鲁人(Angles)和撒克逊人(Saxons)原居北海之东的日德兰半岛(德语为Jütland,丹麦语为Jylland),两部落语言风格相近,故合称盎格鲁-撒克逊人,这些盎格鲁-撒克逊人在公元5世纪渡海来到大不列颠岛。在蛮族迁徙不列颠岛(Britain)的浪潮中,罗马政府因内部矛盾和征战自顾不暇,于407年撤回了最后一批驻军。这就给了盎格鲁-撒克逊人一个人主不列颠的良机。不过盎格鲁-撒克逊人对不列颠岛征服的历程并不一帆风顺,他们受到了不列颠岛上的土著凯尔特人(拉丁文称Celtae或Galli,希腊文Kelttoi)的顽强抵抗。譬如,在公元500年前后,传说中的亚瑟王(King Arthur)领导的不列颠人在多塞特郡(Dorset)的巴顿山重创蛮族部落,使盎格鲁-撒克逊人的前进停顿50年。公元550年,盎格鲁-撒克逊人又继续向西进军,有些不列颠人则逃入西部或北部山区,长期坚持反抗斗争。这就在英国历史上西部形成了威尔士(直到13世纪才被征服),而在北部形成苏格兰(18世纪才被纳入英国版图)。盎格鲁-撒克逊人在确立自己的统治地位过程中,同当地的凯尔特人以及后来的丹麦人、诺曼人等长期结合而形成了英格兰民族。在英格兰民族的融合形成过程中,曾出现许多小国,各国互相争雄,战事频繁。后又经历了长达300余年的“七国时代(Heptarchy)”。公元829年,威塞克斯王朝(House of Wessex)的国王爱格伯特(Egbert, 802~839年)统一了各王国,建立了英格兰王朝。正因为盎格鲁-萨克森人的入侵在英国的形成过程中起了一个非常重要的作用,英格兰(England)本身的含义就是“盎格鲁人的土地”的意思(钱乘旦、许洁明,2002年,第19页)。

从公元5世纪一直到13世纪，日耳曼法文化和政治文化精神对英国社会的影响非常显著。譬如，在盎格鲁-撒克逊王国时期，日耳曼部落中选举军事首领的古代习俗就被带到了英格兰，并在此基础上形成了英国独特的贤人会议（Witan）制度。在这种制度安排下，每一位新国王必须经贤人会议正式选举才能合法地行使王权，且这种贤人会议的选举有时还具有选择国王权力的特性。^①譬如，按照基佐（Guizot, 1861, p. 39）《欧洲代议制政府的历史起源》一书中的研究，在撒克逊七王国中，每一个王国都有自己的国民议会，与只关注自己的地产的下层自由民相比，乡绅或土地所有者更可能是议会决议采纳者和执行者。当七王国并为一个王国后，只有一个全体大会建立起来；由于会议在中央所在地举行，与许多地方都相距甚远，所以大土地所有者是唯一经常出席会议的人。这个大会被称为贤人议会（Wittenagemot），即智者（wise men）大会。并且，这种国王选举制和贤人议会制一直持续到后来的诺曼人征服之后。这无疑为英国的宪政民主政治以及受英国宪政民主影响的欧美其他国家的近现代民主选举制度产生了直接或间接的影响。另外一个非常值得注意的历史现象是，在盎格鲁-撒克逊王国时期，国王的权力是有限的，且与其他人一样也受到法律的保护。譬如，按照李秀清（2005年，第121~122页）教授的研究，王权的限制，不仅体现在国王要由贤人会议选举产生这样一种独特原初民主形式上，而且还体现在盎格鲁-撒克逊人的土地法律制度中：“盎格鲁-撒克逊时期，王国的所有土地所有权被模糊地授予民众，而不是授予国王，这与后来封建制时期的法律只是规定国王才是土地的所有者有根本的区别。”一个更为值得注意的历史现象是，盎格鲁-撒克逊的国王与平民一样也受到法律的保护。^②

除了盎格鲁-撒克逊王朝的政治安排中国王受限于贤人会议因而王权是有限的这一“宪政民主政治”的政治文化精神遗产外，英国法制史的研究专家还发现，由于早期英国普通法的主要成分就是自盎格鲁-撒克逊王国时期一直传承下来的一些英格兰社会习俗，因此，在英国普通法的体系形成之初，

^① 比如，公元871年，威塞克斯国王埃塞尔雷德（Aethelred I, 866~871年）驾崩后，在面临着丹麦人大举进攻的国难当头时刻，贤人会议就没有推选国王之子继位，而是选举了此前已经屡建奇功的其弟阿尔弗雷德（Alfred the Great, 871~899）为王。

^② 譬如，按照英国法制史学家 Colin R. Lovell 以及李秀清（2005年，第121~122页）教授的研究，按照当时盎格鲁-撒克逊王国的法律，每个人的住宅均有不可侵犯性。破坏国王的安宁，罚金高达50先令，而破坏普通居民的安宁，只罚6先令。到盎格鲁-撒克逊王朝后期，国王甚至还有权分享所有对私人伤害所应支付的罚款（wite）的一部分。譬如，根据残存的麦西亚王国（Mercia，不列颠岛上“七国时代”的一个盎格鲁-撒克逊王国）的法律，国王的赎杀金为贵族的赎杀金的6倍。另外，在盎格鲁-撒克逊时期之后很长的历史时期中，“国王安宁”这个观念演变为视所有对国王的犯罪即是对国王私人权利的侵犯（Levell, 1962, p. 12）。这就与传统中国 and 任何古代东方社会的政治、法律理念有着根本性的差别。

它在形式上与内容上均与日耳曼法有着不解之缘，或者说受日耳曼的多重影响，且影响至远至深。^① 因此，如果不理解盎格鲁-撒克逊王国时期的贤人会议这种独特的政治安排，不清楚该时期带有甚浓的日耳曼法文化的历史实践，就无法理解为什么在1215年英国贵族能与约翰王（John I, Lackland, 1199 ~ 1216年在位）签署英国《大宪章》这一人类历史上的重大事件，也无法理解在安茹王朝（1154 ~ 1399年，英文为“House of Anjou”，也称“金雀花王朝”，英文为“House of Plantagenet”）时期英国普通法体系会如此扎实地奠基并随后蓬勃地发展。简略地说，盎格鲁-撒克逊王国时代的政治安排、社会习俗和充满日耳曼法文化精神的原初法律制度，实际上构成了后来英国的《大宪章》、议会政治和作为一种习俗法的普通法的历史源起之基础。

公元1066年，诺曼底公国（Normandie）的威廉一世（William I, the Conqueror, 约1028 ~ 1087年）率军跨越英吉利海峡，征服了不列颠，并于同年12月25日在伦敦威斯敏斯特教堂加冕为英国国王。随即，威廉一世在英国建立起了强大的王权统治，并强制推行封建制，即没收反抗的盎格鲁-撒克逊贵族的土地，将其分封给随他而来的诺曼底的封建主。诺曼征服在英国历史上是个重大事件。它加速英国社会封建化的进程，改变了英格兰的历史走向，甚至改变了英格兰的整个文化和语言。然而，从英国法制史的角度来看，尽管诺曼征服对英国的政治和社会结构以及文化均产生了诸多重大影响，并实际上导致英国社会发生了很大变化，但是，在诺曼人在英格兰建立其新政权之后的相当时期中，他们不仅让盎格鲁-撒克逊人的法律继续存在，还保留了盎格鲁-撒克逊人的许多社会习俗，而且还用此作为他们新政权的立法基础。一个典型的例子是，连诺曼底公爵威廉入主英格兰，在形式上也是经过贤人会议的选举认可而完成的（李秀清，2005年，第490页）。但是，诺曼王朝（House of Norman）时期英国社会和政治结构的巨大变迁，自然会重塑并改造具有久远历史的立约和守约法文化精神的盎格鲁-撒克逊法律制度，并在此基础上逐渐演生出了英国近现代的普通法体系。^② 安茹王朝时期的英国社会内部的政治、经济、法律结构以及文化的变迁的一项重大历史性结

^① 按照英国法制史学家哈德森（John Hudson）等学者的研究，英国普通法确立其基础发生在诺曼王朝的亨利二世（Henry II, 1154 ~ 1189年在位）时期，大致到14世纪初爱德华一世（1272 ~ 1307年）已经基本成型（Hudson, 1996）。从英国历史来看，亨利二世及其顾问们以诺曼行政管理传统精神最大限度地保留了旧的社会习俗，曾寻找先前存在于盎格鲁-撒克逊时代的习俗和制度，而不论这样做是否有益处。值得注意的是，亨利二世统治的特征是对先前制度的改进，而非对过去社会习俗的简单沿袭，如把以前民事案件审理中的调查团制与陪审调查团的运用与新的“司法化的”令状制结合起来，从而为后来普通法中的陪审团制奠定了基础（李秀清，2005年，第503 ~ 504页）。

^② 可能正是因为这一点，“英国法被称为唯一存世的日耳曼法”（何勤华、张海斌，2006年，第150页）。

果，就是1215年英国贵族与约翰王签署了在英国乃至人类历史上的重要法律文本《大宪章》，从而标志了人类历史上宪政民主政治的开端。

值得注意的是，随着诺曼征服后英国国家的统一，在威廉一世执政时期，在保留有限王权的政治安排下，实际上是加强了而不是削弱了中央集权。这主要表现为“御前会议”（Curia Regis）和其他中央机构的建立和发展。御前会议在形式上相似于盎格鲁-撒克逊时代的贤人会议，但性质上却与后者大相径庭。御前会议实际上是一种封建性的政府组织机构，因为出席者不是为国家尽义务，而是对国王自身尽义务。然而，尽管御前会议名义上仅为国王的一个咨询机构，但是，在行政、立法和司法还不甚界限分明的诺曼王朝时代，御前会议的组成和职能不时发生变化。这个无定型的机构设置实际上是后来产生英国高等法院、枢密院和内阁的发源地。因此，可以认为，尽管这一时期的御前会议名义上只是王室的一个咨询机构，但实际上它是英国最早的专业性行政职能部门（Adams, 1922, pp. 68-71）。

另外一点值得注意的是，诺曼征服后所建立起来的封建制也曾给英格兰后来的政治与法律制度带来了深远的影响。正如20世纪早期一位英国宪政史学家（Adams, 1922, p. 66）所归纳的那样，诺曼王朝时期英国的封建制对英国后来的宪政民主政制下普通法体系的运作的影响，主要表现在以下几个方面：（1）公民为国家服役仅仅是他从国家获得了土地的一种对价支付，在这个意义上，国家和个人的地位是平等的。（2）国王与其下属的权力是由一个契约来确定的，在未经对方同意之前，谁也无权任意改变双方的这种契约安排。（3）土地占有者仅仅是土地的保有人，而非土地的所有人。这些观念，无疑对后世普通法和英国宪政民主政治的发展产生了深远的影响。^①

① 这里应该补充说明的是，尽管日耳曼人的立约观文化传统和早期日耳曼公社的初民主政治实践对英国13世纪之后逐渐成型的近现代宪政民主政制的生成有着原生的影响，但这绝非是唯一的影响和决定因素。正如我们在本文下面将要指出的那样，基督教文化精神、教会法以及英国新教改革中的加尔文主义以及苏格兰教会的一些神学家的思想也对1688年英国光荣革命后的宪政民主政制的逐渐成型产生了一些直接和间接的影响。我国研究教会法的学者彭小瑜（2003年，第43~44页）谈到教会法在现代宪政民主政制生成中的作用时曾指出：“论及西方宪政民主的起源，传统上有两种偏差。一是以19世纪英国辉格派历史学家为代表的非历史的观点，认为议会制度发源于日耳曼民族热爱自由的天性，是爱德华一世等杰出政治家为实行民主宪政理想奋斗的结果。二是20世纪后期的政治史、政治制度史学者所提出的观点，他们强调政府的功能是统治，是为统治募集财政收入，议会不是某一意识形态的产物，而是征税和进行行政管理的工具……英国国会和中世纪其他国家议会在召集时都声称具有‘完整完全的权威’。这本来是教会法学家用于教会的各级代表会议的概念”。当然，尽管看不到基督教精神、教会法以及欧洲中世纪的罗马教会的科层行政管理实践对英国乃至荷兰和法国等近代民主政制的生成的影响是有问题的，但若反过来否认日耳曼人的立约自由观以及早期日耳曼公社中的民主政治实践对英国乃至欧洲大陆一些国家的近现代民主政治和代议制政府形成的影响也是不可取的。英国乃至欧洲其他国家宪政民主政制的三大历史起源，现在看来都是切实存在的，忽略或否定其中任何一个，都恐怕均有失偏颇。

概言之，在盎格鲁-撒克逊王国到诺曼王朝时期的法律和政治安排中，以及在安茹王朝时期英国早期宪政民主政治的萌生以及普通法的形成过程中，我们均能发现欧洲早期历史上条顿民族的政治理念和日耳曼法文化精神对英国社会乃至英国普通法体系和英国宪政民主政治的多方面的影响。

第二，日耳曼法文化精神也曾对法兰西早期社会中法律和政治制度的产生过久远影响，并实际上在法国近现代的法律制度和宪政民主政治的建构中也起了十分重要的作用。从欧洲历史来看，法国人的祖先是“高卢人”(Gaul)。高卢人亦即希腊人所称的凯尔特人，而“高卢人”则是罗马人对凯尔特人的称谓。从公元前1世纪起，罗马征服者恺撒(Gaius Julius Caesar, 公元前102~前44年)率大军征服了高卢，随后高卢进入了其历史上的所谓“罗马化”时期。从名义上说，这一时期一直持续到公元476年西罗马帝国正式灭亡时为止。从公元4世纪下半叶到公元5世纪，作为日耳曼诸多部族的一个分支西哥特人(Visigoth)开始大举徙居高卢，并在5~8世纪初在高卢西南部的图卢兹和西班牙建立日耳曼国家。尤其是从公元3~6世纪，作为日耳曼诸多部族又一个分支的法兰克人(Franks)越过莱茵河向罗马帝国侵袭、移民，并逐渐占领了高卢北部的大部分地区。之后，法兰克人的首领克洛维(Clovis, 约公元466~511年)于公元6世纪初率部落军队征服了高卢大部分地区，建立了墨洛文王朝(Merovingian, 公元481~751年)。后来，在法国历史上又经历了法兰克人统治的加洛林王朝(Carolingians, 公元751~888年)和查理曼帝国(Charlemagne, 公元768~814年)时期。查理曼驾崩后，法兰克帝国逐渐衰落。公元843年，查理曼的三个孙子在凡尔登(Verdun)签订了历史上著名的《凡尔登条约》，将帝国一分为三，从此开始了法兰西、德意志和意大利的历史。

从法国法制史来看，尽管在法兰克人入主高卢之前，当今法兰西疆域大部分已经经历了罗马人的统治并已经罗马化，从而罗马法传统对这一地域的社会有着久远法律制度和文化影响，但经过西哥特人尤其是法兰克人数百年的统治，也自然把日耳曼法和日耳曼人的立约、守约的法文化精神带到了这片疆域，并从而对后来的法国法律制度和政治结构与安排产生了久远的历史影响，以至于在近现代法国的法律中，仍然保留了许多早期日耳曼部落社会的习俗和日耳曼法中的诸多历史因素。根据李秀清(2005年，第495~498页，第507~508页)教授的研究，不但在欧洲中世纪的法国北部地区采用习俗法(“customary laws”——国内一般翻译为“习惯法”)①地区日耳曼

① 相反，在法国南部地区，不但罗马法传统久远深厚，而且在具体的司法实践中也以罗马法为主，故这些地区被称为罗马法区或成文法区(李秀清，2005年，第495页)。

法有着很大影响，就连后来的法国王室法院也常常引用各地的习俗法来作为审理案件的一般补充，因而可以认为在法国中世纪的法律体系中有着日耳曼法诸多方面的影响。结果，就连《法国民法典》这个近现代私法法典的伟大范例，也是深受罗马法影响的法国南部成文法与以日耳曼习俗法为基础的法国北部法这两种法制传统的巧妙融合物。^①

另外，从法国宪政民主政治的建设与演变历史来看，除了受英国《大宪章》以来的原初宪政民主政治实践的影响以及罗马法和罗马社会的政治实践的历史影响外，早期日耳曼公社部落中的民主政治实践和理念，以及日耳曼人的立约守约精神，显然也是其中的一个重要影响因素。现在看来，自公元843年《凡尔登条约》的签署从而产生法兰西独立国家，到18世纪和19世纪之交的法国大革命时期，法兰西王国的社会结构和政治体制与秦汉以来皇权专制下的传统中国社会有许多相似之处。但是，从法律制度及其司法实践来看，传统中国社会与中世纪后期和近代法兰西王国却有着很大区别。从历史上来看，只是经过从14~15世纪的英法百年战争后，作为战争的胜利者，法国才最终形成一个独立民族国家。法兰西王国形成后，从路易十一（Louis XI，1423~1483年在位）的统治开始，到1793年1月21日路易十六（Louis XVI，1754~1793年）这300多年的时间里，皇权专制不断加强，市场经济也在腐败横生和诸多社会问题不断积累的社会格局中有了很大发展，以至于法国王室以及其政府官员的腐败与政治治理结构，均与明清时期的帝制中国有些相似。然而，从政治体制安排和法律制度上来看，法兰西王国与明清时期的皇权专制的帝制中国也有一些区别。一个显著的区别是在传统中国社会中，司法是内在于政府机构之中，而在法兰西王国，各类法院一直独立于政府各级行政机构之外，并且一直保持着多种法院并存的格局。譬如，在16~18世纪这一历史时期中，尽管法兰西王室法逐渐凌驾于其他法源——如日耳曼法、罗马法、教会法、城市法等等——之上，且大有一统天下之势，但是，在这一时期，在法兰西王国仍然同时存有4种法院，即国王法院、领主法院、教会法院和城市法院（何勤华、李秀清，2002年，第303~306页）。在法兰西王国的各种法院中，尤其是占法国领土3/5的北部习俗法地区，来自早期日耳曼部落和法兰克王国的习俗法仍然占很大比例——尽管在王室法中罗马法的影响逐渐增大。另外，在法国、德国以及其他欧洲大陆国家，由于自中世纪以来就一直存在着多种法律体系和法庭并存

^① 在《法国民法典》中保持了大量的日耳曼习俗法内容，以至于许多欧洲法制史学者认为，《法国民法典》只不过是经过法国大革命洗礼而清除掉了一些封建因素之后的普通习惯（俗）法而已。

的格局，在具体的司法实践中，这些国家采取一种属人法主义，^①即“每个人都可以选择自己所乐意遵从的法律”。^②这种历史遗留下来的多元法律体系并存和相互竞争的格局，实际上为后来法国的宪政民主政治下现代法律制度的建设埋下了伏笔。

如果追溯欧洲宪政民主政治的历史渊源，我们也会发现，尽管位于欧洲大陆的法兰克王国与不列颠岛的盎格鲁-撒克逊王国在皇权专制的程度和其他政治安排上有诸多不同，但是它们均受日耳曼部落民主政治理念的一些历史影响，这即是说，王位的正常传承均采用一种选举与世袭相混合的制度，也就是经过王国的集会从具有王族血统的候选人中选举国王，或者是王国的集会对于前任国王所指定的王位继承人进行确认。^③因而，无论是在不列颠的盎格鲁-撒克逊王国，还是在欧洲大陆的法兰克王国，国王的权力均是有限的和在形式上是“授予的”（李秀清，2005年，第147~148页）。^④由此来看，同样承传了条顿民族原初立约精神和日耳曼初民社会中民主政治理念的影响，英国与法国在原生文化形态上均内含着从日耳曼法文化和政治文化中所遗传下来“限政”——即国王和政府的权力不是无限的——这一原初文化“基因”，因而可以认为，近代之后保护市场经济运行和扩展的宪政民主政治下的法律制度在英国、法国等欧洲国家相继形成，应该或多或少地与早期日耳曼部落的法文化和民主政治的原初理念有千丝万缕的联系。

第三，条顿民族历史久远的立约和守约精神以及早期日耳曼法对近世德

① 按照欧洲法制史学者的研究，日耳曼法具有属人主义的特性。按照这种法律属人主义，法律是一个民族的所有物，每一个民族都有自己的法律和习俗，而且每个民族中每一个人都拥有该“法律”，因而不管他居住何地，都适用此法律。这一规则被人们称作为“法律的属人性”（personality of law）。与之相对的是法律的属地性，即所有居住在同一国家和地区的人均适用同一法律（李秀清，2005年，第456页）。

② 由于在法兰西王国中实行属人法，在法庭上当高卢-罗马人与日耳曼蛮族人同堂同案审理时，审判官开庭时必须先问当事人：“你是在何种法律下生活的？”只是在当事人做出回答后，再进入实体审理程序。

③ 据李秀清（2005年，第128页）教授考证，在法兰克王国的墨洛温王朝时期，还不存在这种小型集会，尽管在这一时期，国王要与王宫中的主要官员和王国中重要人物经常商讨事务，而这些人也就获得了罗马人曾使用过的一个称号“consiliarius”。加洛林王朝时期，这种小型集会才开始变成一个组织机构。到查理曼帝国时期，这种集会被称为“plaid”（被译为御前会议，议事会或国民议会等）。法兰西独立国家形成后，在12世纪晚期，路易九世（Louis IX，1226-1270）将“御前会议”改组，实行两院制，即财务院和司法院，后者名为“巴列门”（Parliament）即王室法院的意思（由嵘，2003年，第135页）。到了13世纪，菲利普四世（Philip IV，1285-1314年在位）又将“御前会议”所属的某些机构分出去而形成一些独立的司法行政机构，如御前会议中的司法部门就分离出去成为“大理院”，还在1302年首次开了召开三级会议的先河（吕一民，2002年，第37页）。

④ 这其中包括国王的权威一方面要受到教会的限制，另一方面也受到贵族领主的制约和限制。

国法律制度以及宪政民主制度无疑有着深远且全面的影响。由于近现代德国的法律和政治制度直接继承了日耳曼政治文化和法文化传统，或者说本身直接就是从早期日耳曼部落社会以及后来的神圣罗马帝国的法律和政治制度中直接演化变迁而来，可以认为，不理解早期日耳曼部落的民主政治传统和日耳曼人的立约、守约精神，也就无法理解为什么在德意志这块广阔的欧洲疆域中神圣罗马帝国时代的政治安排和法律多元化的发展，也就无法理解在19世纪后德国统一后近现代德国的法律制度发达史，更无法理解到第二次世界大战后才在德国真正确立下来的独特的德国宪政民主政治体制。由于这一点在上面我们已经讨论过了，这里就不再复述和进一步分析了。这里，我们只想再重复强调一点，在我们今天研究和反思型塑德国近现代法律制度的早期日耳曼民族的法文化观时，有一点特别值得注意，那就是长期潜存在日耳曼人社会中的源远流长的契约观。从德国历史来看，日耳曼法中所承传下来的契约精神，教会法中所禀有的源自基督教圣经的（与上帝的）“立约观”，与罗马法中保护商品贸易关系中当事人权利的法制意识融合在一起，就产生并型塑了日耳曼人尤其是后来德国工商界人士和一般市民的法治意识和立法精神。这一点应该是理解近现代德国法制史和宪政民主政制演变史的一条主线和轴心。

（三）古希伯来文化精神和基督教理念在近代西方宪政与法律制度生成中的作用

在把握和理解近代以来欧洲各国的法律制度、宪政民主体制与市场经济秩序的互动共生的历史过程时，有一个不能忽略的历史文化因素，那就是源自古希伯来社会及其文化传统中的宗教教义、精神和伦理。在考察以色列人尤其是基督教宗教理念对近现代欧洲诸社会的法律制度、宪政民主体制以及法治化市场经济秩序的型构与发展中的作用时，有以下几点值得特别注意：

第一，在追溯西方法律制度和宪政民主的历史源头时，除古巴比伦法^①之外，其中一个很重要的法律渊源就是古希伯来法。从人类法制史的源流来看，古希伯来法是指从公元前11世纪到公元1世纪希伯来奴隶制国家全部法律的总称，它是古代以色列人社会长期演化的产物。希伯来法源自于以色

^① 从人类法制史的沿革源流来看，由于古巴比伦王国与周边的亚述、赫梯、波斯等国家和地区的交往甚多，其法律对这些周边国家曾产生过很大影响。通过这些国家，古巴比伦的法律也对古希腊和古罗马的法律制度和精神产生了一些影响（何勤华、李秀清，2002年，第10页）。

列人原始公社的习俗,^① 并形成了自己独特的神法体系和法文化传统。古希伯来法中的许多法学理念对古希腊和罗马的法律制度和司法实践有诸多方面的影响, 其中最重要的一点就是法律的超验正义观。因为, 如果认为在宇宙中存在着一个无所不知、无所不能的上帝, 那么, 人们就会很自然地推论出人类社会的所有法律应该符合上帝所制定的法律, 甚至它们本身就被认为是上帝所赋予人们的法律(如旧约中的“十诫”和其他诫命)。按照犹太人的法律思维以及《圣经》“旧约”以及“新约”中的教义, 由于这些超自然的神法原则是永恒不变并具有超验正义的, 世俗的法律的神圣基础就容易确立了^②。就此而论, 树立法律神圣性的最便捷和最有效的方式就是将法律归之为上帝的意志或诫命。其二, 尽管在犹太人的社会中, 对法律的解释起初来自祭司和先知, 而这些祭司和先知们在法律王国中所创立的伟大原则之一是, “每个人在法律面前只对自己的行为以及他自愿为之承担责任的他人的行为负责”(Zane, 1928, 中译本, 第64页)。这样一来, 当每个人以个人责任来替代宗族的原始责任时, 道德与法律均得到了型塑。从人类法制史的历史演化过程来看, 这是希伯来法对人类法律制度的最伟大的贡献之一。与这一点相联系的是, 从圣经的基本教义来看, 犹太民族确立了人可以与上帝进行直接沟通与交流的观念, 这实际上意味着不再需要祭司作为他们与上帝进行沟通中间人或桥梁。尤其是《圣经·新约》中关于上帝为父、世人皆兄弟的观念, 就为在法律之下人人平等的西方社会的法治理念, 奠定了最深

① 希伯来人、以色列人、犹太人和犹太人大体上指的是同一个民族, 只是在该民族的不同历史时期有不同的叫法, 其中也包含些微的差异。犹太人(希伯来语: “יְהוּדִים”)原来是居住在阿拉伯半岛的一个游牧民族, 最初被称为希伯来人, 意思是“渡河而来的民”。根据圣经《旧约》记载, 他们的远祖亚伯拉罕原来居住在苏美尔人的乌尔帝国附近。以色列人的名称是希伯来人征服迦南的过程中开始出现的。到了公元前1025年, 以色列人建立了统一的王国。公元前933年, 统一王国分裂, 北方10支派组成北国以色列, 南方的犹大支派与便雅悯支派组成南国犹大。公元前586年, 耶路撒冷沦陷, 南国犹大灭亡。以色列人沦为“巴比伦之囚”。后来, 波斯帝国消灭了巴比伦后, 犹太人被允许回国重建耶路撒冷圣殿, 以后犹大国相继沦为希腊和罗马帝国的属国。公元前70年, 耶路撒冷被罗马大军攻破, 圣殿被拆毁, 犹太人被迫流落到世界各地, 开始自称为犹太人。“犹太人”(Jew)来自希伯来文“犹大”(Judah)一词的希腊文与拉丁文译名, 最初只是希腊、罗马人对犹太人的蔑称, 后逐渐为世界通用, 失去贬义, 凡以色列民族留存下来的后代均称为“犹太人”。于是犹太人与希伯来人、以色列人一脉相承, 沿用至今, 成为对这个民族的统称。

② 在《信仰与秩序: 法律与宗教的重新谐和》一书中, 伯尔曼(Berman, 1993, 中译本, 第11页)曾深刻地指出: “法律不只是一整套规则; 它是人们进行立法、裁判、执法和谈判的活动。它是分配权利与义务, 并据以解决纷争、创造合作关系的活的程序。宗教也不只是一套信条和仪式; 它是人们表明对终极意义和生活目的的一种集体关切——它是一种对于超验价值的共同直觉和献身。”伯尔曼还进一步指出: “我们不仅把法律看成是社会现象, 还把它视作为心理现象: 它涉及社会秩序的观念、权利与义务的观念, 以及正义的观念, 而它们是每一个社会成员所感受到的东西, 而不仅仅是社会规则体系。另外, 我们不但把宗教看作是一种心理现象, 还把它视作为一种社会现象: 它涉及社会对超验价值的集体关切, 而不仅是单独的个人信仰。”

层的思想和信念基础，也为后来欧洲中世纪后期的新教改革预埋了种子。基督教信仰对宪政民主政治的文化影响，曾被美国当代一位制度经济学家戈登（Scott Gordon，1999年，中译本，第198页）的如下一句精彩的话画龙点睛般地描述出来：“在凡认为‘上帝无所不在’的人的心目中，都会有多元主义的政治制度”（着重号为引者所加）。最后，基督教教义中的法治理念，实际上还通过中世纪的教会法和教会法庭对近现代西欧的法律制度生成演化产生了一些直接的影响。正如赞恩（Zane，1928年，中译本，第53页）所见，中世纪的法官和律师觉得使用《圣经》来确认其法律的公正和尊严是天经地义的事。正是通过这样一些过程和影响渠道，以色列人的法文化理念和基督教的文化精神，在型塑欧洲近代以来的法律制度、宪政民主政制以及近现代的法治化的市场经济体制方面起了一些独特的甚至可以说是不可替代的作用。

第二，在梳理基督教文化传统与中世纪以来西方法律制度的演化生成史的关系时，不可忽略罗马教廷本身的一些早期宗教改革以及教廷神权与世俗封建君主君权之间的冲突以及相互制约在中世纪乃至近代西欧法律制度演化生成中的作用。美国著名的法律史学家、哈佛大学的法学教授伯尔曼的《法律与革命》一书，在很大程度上就是围绕着这个主轴而展开的。现在看来，对于西欧诸社会近代法律体系的生成原因以及与近代市场经济秩序发展的内在关系，伯尔曼与泰格和利维的见解，乍看来有些明显的差异。如上所述，伯尔曼的《法律与革命》一书所强调的重心在于基督教宗教理念对西欧诸法系的影响，因而其历史分析的聚焦点在于11世纪和12世纪之间的政教冲突与社会的思想蜕变这一互动社会演化的主轴（*crux*），由此他认为，至于其后欧洲的发展，包括近代市场秩序的扩展、市民社会的出现以及民族国家的形成，则是由这一时期的政教冲突所衍变出来的欧洲近代法制观念所导致的一些社会结果^①。在《法律与资本主义》的兴起一书中，泰格与利维（Tiger & Levy，1977）则着重回顾并分析商人（包括零售商贩、远程贸易商、银行家、工业企业家等不同身份的工商界人士）对西欧近代法律体系生成的影响乃至改造。在这部著作中，泰格与利维较深入地描述和讨论了这

^① 伯尔曼（Berman，1983，p. 50）认为，在11世纪后期以及12世纪之前，欧洲各地的各种法庭和审判中所使用的法律规则和程序在很大程度上与社会习俗、政治制度和宗教制度并无差异。那时还没有专门的司法机构，没有职业的律界阶层，更没有专门的法律著作。到了11世纪后期和12世纪初期，上述状况彻底改变了，发生了梅特兰所说的“不可思议”的变化：“专职法院、立法机构、法律职业、法律著作，以及‘法律科学’，在欧洲各国纷纷产生。这一发展的主要动力在于主张教皇在整个西欧教会的至上权威以及主张教会独立于世俗统治的诉求。这是一场由教皇格里高利七世在1075年所发起的革命……”。由此，伯尔曼（Berman，1983，p. 99）得出了如下结论：宗教管辖权与世俗管辖权的分立、并存和相互作用，是西方法律传统的一个主要渊源。

些商人阶层在欧洲近代史的不同阶段中如何利用演进中的法律制度（手段）来与当时的封建君主和各地封建领主以及城市行会进行斗争，以致最后取得对社会的统治和控制权。从欧洲的历史演变过程来看，伯尔曼与泰格以及利维的见解均各有道理，因为，伯尔曼的《法律与革命》一书的主旨在于叙述和分析欧洲中世纪西欧诸国法律体系的生成和演化过程，而泰格与利维的《法律与资本主义兴起》则偏重于解释欧洲近代以来市场秩序扩展与法律体系的互动生成和动态演变过程。可以认为，没有伯尔曼所说的教皇格里高利七世的“革命”以及其对欧洲中世纪法律体系形成和社会意识演变的巨大影响，泰格与利维所见的欧洲后来的商人阶层与近代法律制度和市场秩序之间的互动发展，在很大程度上来说是不可能的。就此而论，伯尔曼与泰格和利维的观点从整体上来说是可以互补的，而不是互相矛盾的。

在辨析基督教信仰和希伯来文化传统对欧洲近代以来宪政民主下的法律制度的生成作用和影响时，有一点非常值得特别注意，那就是欧洲中世纪罗马教会内部的科层制以及宗教管辖权与世俗封建主的管辖权的分立、并存和相互制衡，为欧洲近代以来的宪政民主和法治国的形成提供了“胚芽”和“样板”。正如伯尔曼（Berman, 1983, p. 215）所指出的那样：“……教会法学者（*canonists*）对最高统治权（*imperium*）与管辖权（*jurisdictio*）之间的确认，相当于教会政治体（*polity*）的宪法。教会是一个 *Rechtsstaat*（法治国），一个建立在法律基础之上的政体（*state*）。同时，对于教会权威所进行的限制，尤其是来自世俗政治体（*secular polities*）的限制，以及教会内部尤其是教会管理的独特结构对于教皇权威所施加的限制，孕育了某种超越在法治国意义上依法而治（*legality*）的东西，这些东西更接近后来英国人所谓的‘法治’（*the rule of law*）。”到这里，我们可以较为确定地得出这样一种判断了：欧洲近代以来所逐渐形成的法治和宪政民主，与基督教教义信仰、教会内部的治理结构以及其改革和发展之间有着千丝万缕的联系。^① 另外，按照奥地利的著名学者希尔（Friedrich Heer）在《欧洲思想

^① 这里应该指出，尽管我国研究欧洲教会法的专家彭小瑜教授经过多年的研究部分质疑了伯尔曼的在《法律与革命》中一些判断，说他的一些观点“比较陈旧”、“相当粗糙”，甚至“得出的有些结论现在是经不起推敲”（彭小瑜，2003年，第22~23页、第25~26页），但是，彭小瑜也认为，“西方的宪政民主事实上继承了教会法的观念和理论”（同上，第1页）：“在政治思想和政治制度的层面上，中世纪的教会法为近现代西方的宪政主义奠定了基础”（同上，第40页）。彭小瑜（2003，第42页）还特别指出，欧洲12世纪一位重要的教会法学家格兰西（*Domus Gratiani*，简称 *Gratian*，人们常常把这位教会法学家与西罗马帝国的皇帝 *Franciscus Gratianus*（在位于公元375~383年）弄混了）在他编撰的《教会法会要》（*Concordia discordantium canonum*，简称 *Decretum*）中就曾道明了“君王的法律不可凌驾于自然法之上”的思想。按照彭小瑜教授的解读，“这其实是要求君王和臣民在法律面前人人处于平等地位，与近代西方的‘法治’观念（*rule of law*）有相通之处，并且以自然法作为衡量评判国家法令和权威的标准”（彭小瑜，2003年，第42页）。

史》中的说法，早在公元7世纪，在具有4万学众的本尼狄克修道院（Benedict's cloisters）中，就产生了西欧历史上的第一部宪章（constitutional charter），那就是《本尼狄克修会规章》（Benedict's Rule）。希尔（Heer, 1953, pp. 31 - 32）还考证道，在这部《本尼狄克修会规章》中，对修道院院长的职责曾做了明确的界定，明确规定在重要事务上院长要听取每个修士的意见；在次等重要的问题上院长要征求长老的意见。如果院长独断专行，充耳不听修士们的意见，下属修士有权抵制，正如后来欧洲中世纪中期一些修道院的修士起来夺取修道院的控制权一样。由此看来，欧洲中世纪中期甚至早期的教会内部管理体制，实为西欧中世纪后期逐渐形成的欧洲各国的宪政民主下“法治国”政制提供了某种模板，或者说已经具有了宪章之下民主政治的基本雏形。

第三，新教改革对西方近代宪政民主政治乃至近现代法律制度生成和演变发生了至深至远的影响。在回顾反思欧洲近代历史上市场经济秩序自发扩展与法律制度逐渐生成的相互关系时，一个不可忽略的因素就是15~16世纪的基督新教改革^①对西方近现代政治体制和法律制度形成的深远影响。

首先，从欧洲近代宪政民主的生成与演变过程来看，基督新教尤其是加尔文主义的信仰曾对近现代西欧各国近现代宪政民主政制的生成提供了重要的思想资源。正如美国一位学者道格拉斯·F·凯利（Kelly, 1992, pp. 3 - 4）所言：“如果要了解我们的政治制度，就极有必要置身于16世纪早期的社会，去了解那时人们的思想和行为。因为，我们现在有关法律与权利、个人主义与集体主义的政治制度的根源和最初的模式，均是在那个时代奠定的。约翰·加尔文（John Calvin, 1509 - 1564）的思想和著作是对信教改革所引起的欧洲剧变的最强有力的反应之一……加尔文的理论及其在其基础上所形成的制度，所提出的一系列问题，都极大地影响了宗教改革后的西方世界形势”。为什么说加尔文主义的宗教信仰对欧洲16~18世纪的宪政民主政制的形成产生了巨大影响？这里首先是因为，在影响法国、荷兰、苏格兰乃至英国的新教教会改革运动的加尔文派的教义中，一个重要的理念是，“政府必须被宪法约束，显示它服从于上帝的道和初代教会的信仰”（加尔文1541年9月16日致Farel的信中的话，转引自Kelly, 1992, p. 13）。在这一宗教理念的影响下，16世纪后半期，在法国出现的基督教的胡格诺派（Huguenots）曾在法国有过较大范围的发展和思想传播（Skinner, 1978, Vol. 2, Ch. 8）。在胡格诺派的思想家中，弗朗索瓦·霍特曼（Francois Hotman）曾

^① 16世纪欧洲的宗教改革运动形成了基督新教的三大基本派别：路德的信义宗（Lutheranism）、加尔文的归正宗（Reformed Churches）、英国的安立甘宗（Anglican Communion，又称“圣公会”）。此外，新教改革运动中还出现了其他许多激进的新教派别。

于1573年发表了一本《论法兰西宪政》的小册子。在这本小册子中，霍特曼重申了法兰西古老宪政传统的一个重要原则：“国王终其一生只是一名政府官员，如果他不能尽守职责，他就什么也不是，而人民有权废除他”（Franklin, 1969, p. 20）。^① 尽管胡格诺派在16世纪法国的宗教战争中失败了，但是胡格诺派的信仰与政治主张中的宪政思想，却影响了后来的法国以及荷兰、苏格兰、英格兰和北美殖民地的宪政主义思潮（Kelly, 1992, p. 65）。^② 在16世纪的苏格兰，与加尔文主义的“上帝是所有权力存在的合法性的源头”的理念精神上基本一致，苏格兰伟大的宗教改革家约翰·诺克斯（John Knox, 约1505~1572年）基于上帝圣约的观念，更明确提出了上帝同人民的圣约直接赋予了人民反抗一切世俗非正义暴政权力的伟大思想。这一思想曾极大地影响了后来在17世纪30~40年代发生的英国清教徒革命，乃至对后来的英国“光荣革命”和1776年的美国革命也发生了至深至远的影响。研究16~18世纪欧洲政制史的当代学者凯利（Kelly, 1992, p. 70）曾认为，“在很大程度上，‘光荣革命’也就是17世纪英国清教徒革命的最后完成，是圣约运动（国民誓约派）^③所持的那些信念最终赢得了胜利”。凯利（Kelly, 1992, p. 121-122）还认为，在北美殖民地的加尔文主义的清教教会“在圣约观念下的宪政经验，对于北美的社会共同体、殖民政府乃至以后的联邦政府的宪章盟约（这里作者是指1620年11月11日清教徒在一艘船上签订的《五月花号公约》——引者注）的发展都有着直接的影响。长老会的治理模式则以它自己的方式对美国的政体形成有其独特的贡献，如代议制、联邦制、权力的分立与制衡，同时对法官的违宪审查制度也有着深刻的影响”。^④ 除诺克斯外，在17世纪，苏格兰神学家和政治家萨

① 美国一位当代学者富兰克林（Franklin, 1969, p. 19）曾对霍特曼评价道：“这是一名伟大学者对法兰西古老的宪政传统的一次人文主义的梳理，他是那个时代最主要的法学家之一”。

② 富兰克林（Franklin, 1969, p. 45）对此评价道：“尽管这是一次政治上的失败，但这个时期的宪政主义思潮持续地影响了政治思想的发展。国王服从人民和人民的代表，这些代表作为一个整体表达了一种更高的政治权威，这样的观念不是对后来得以独立发展的宪政学说的一种单纯的期盼，而是持久的源泉。”

③ 国民誓约派（Covenanters）是16~17世纪出现在苏格兰的一个基督教新教派。在16~17世纪期间，在苏格兰长老会内部相继签订了《国民誓约》（National Covenant, 1638）和《庄严同盟与誓约》（Solemn League and Covenant, 1643），国民誓约派因此而得名。这一教派的宪政思想在英国光荣革命中起了非常直接和重要的作用。

④ 正如西方一位论者格雷夫斯（Richard L. Greaves, 1980, p. 116）所洞悉的那样：“正是诺克斯，而不是加尔文，更明确地主张人民有正当的权力来反对暴政。就像诺克斯所论证的那样，也像法国的胡格诺派信徒、英格兰新教徒，以及诺克斯的苏格兰的追随者们随后发现的那样，圣约是一个带有令人敬畏的政治力量的观念”。另外，凯利（Kelly, 1992, p. 62）也认为，“诺克斯关于上帝圣约的思想，构成了17世纪30年代至40年代英国清教徒革命的坚实的基础，尤其是在革命的早期”。

缪尔·卢瑟福 (Samuel Rutherford, 1600? - 1661) 的基督教宪政思想也对英国光荣革命前整个苏格兰和英格兰社会产生了深远影响。譬如, 在 1644 年, 作为威斯敏斯特会议的苏格兰委员, 卢瑟福出版了他的最重要的著作《法律为王》(Lex, Rex)。在人类历史上, 这部重要的宪政民主政治理论的著作中, 卢瑟福 (Rutherford, 1644/1980, p. 19) 明确提出, 英国国王也要服从上帝的律法, 并对人民这一权力的源头负责: “人民赋予国王的权力是有限的, 而人民保留的权力则是无限的, 并以此约束和限制着国王的权力。因此, 与人民的权力相比, 国王的权力更小。”正是有了加尔文、诺克斯、卢瑟福等这些基督教思想家的影响, “主权在民”、政府的“有限权力”、“法律为王”以及君主永远在上帝的律法和人民的契约双重约束之下的思想才在法国、荷兰、苏格兰、英格兰等西欧诸国得以广泛传播和深入人心。只有认识到了这一点, 我们今天才能全面理解英国光荣革命的发生及其胜利的思想根源。正如凯利 (Kelly, 1992, p. 69) 所言, 英国 1688 年光荣革命的“胜利显然应该归功于苏格兰诺克斯、梅尔维尔 (Andrew Melville)^① 和卢瑟福的思想, 甚至也应该归功于国民誓约派 (Covenanters) 的成员们。因为这些人宣称国王与人民一样, 也在上帝的圣约之下, 他也必须受到上帝在圣约中的律法 (包括其祝福与诅咒) 的约束。如果国王滥用权力, 也应该被废除”。^②

其次, 基督新教改革思想家的一些理念不仅对 16 ~ 18 世纪英国和欧洲的宪政民主政制的生成产生了重大和深远的影响, 而且对近现代英国和欧洲法律制度的成型和演变也产生了诸多方面的影响。在谈到基督新教改革与西方社会近代法律制度形成之间的关系时, 伯尔曼 (Berman, 1983, p. 30) 曾指出, 基督新教尤其是加尔文主义深深地影响了近代西方法律的发展, 尤其是在英国和美国: “清教徒们发展了路德关于个人良心的神圣不可侵犯性 (sanctity) 的概念以及其在法律上作为反映在财产和契约权中的个人意志的

^① 梅尔维尔 (Andrew Melville, 1545 - 1622) 为 16 世纪苏格兰神学思想家、学者和长老会的宗教改革家。

^② 值得注意的是, 过去学界一般认为, 英国的宪政民主思想主要来源于有“近代自由主义之父”之称的约翰·洛克 (John Locke), 然而按照美国政治思想史的权威学者弗里德里希 (Friedrich, 1964)、英国著名政治思想史大师斯金纳 (Quentin Skinner, 1978)、凯利 (Kelly, 1992, pp. 69 - 70) 以及美国著名华人历史学家张灏 (1989/2006, 第 27 ~ 28 页) 等学者的研究考证, 洛克的宪政民主思想主要来自加尔文主义和早期苏格兰清教徒的思想家们基督教宪政主义思想和政治实践, 甚至法国胡格诺派的教义。凯利 (Kelly, 1992, pp. 69 - 70) 曾考证到, 当苏格兰教会的大议会在 1647 年通过充满基督教宪政民主思想的《威斯敏斯特信条》时, 洛克本人还是在威斯敏斯特教堂里上主日学的一个孩童, 因此他曾深受卢瑟福的《法律为王》的思想的影响。另外, 据张灏 (1989/2006, 第 27 ~ 28 页) 考证, 洛克本人就是一位加尔文教徒, 因而他的政治思想是在很大程度上源自苏格兰清教徒的信仰和教义, 因而较明显受过诺克斯和卢瑟福等苏格兰清教徒神学思想家的政治思想观念的影响。

神圣不可侵犯性的概念。”由此伯尔曼（1983，2003）认为，通过新教改革，路德关于个人的观念转变成了近代西方社会中财产法和契约法动态发展的轴心。当然，伯尔曼也看到，在加尔文和路德所领导的基督新教改革之前，一种精制的和复杂的财产法和契约法在教会和商业社会团体中已经存在了数百年之久，但在路德主义那里，其核心理念变了：“旧规则在一种新的整体中获得了重新改造。自然（物）变成了财产；经济关系变成了契约；良知变成了意愿和动机……企业家能够通过契约关系和经济关系安排他们的生意关系。这样创生的财产和契约权利，只要他们不违背良心，便是神圣不可侵犯的。良知赋予这些权利以神圣不可侵犯性”（同上）。由此，伯尔曼认为，在西方诸国的政府试图摆脱罗马教廷控制的有限意义上的国家的世俗化的同时，所伴随着的却是财产和契约的宗教化甚至神圣化。^①基于这一认识，伯尔曼在对欧洲现代化进程历史原因的理解上与马克思主义经济学家和社会学家有所不同。具体来说，与马克思（1972年，第2卷，第82页）把法律视作为“意识形态的上层建筑”一部分的见解不同，伯尔曼（Berman, 1983, p. 43）将法律视作为西方近代社会基本结构中的一个重要组成部分。照伯尔曼看来，不宜将西方的法律传统仅仅简单地理解为一种政府主权者进行经济和政治统治的工具，而是应该把它视作为一个社会经济和政治发展的一种决定性因素：“如果没有从12世纪到15世纪发展起来的宪法、公司法、契约法、财产法和其他法律部门，当代理论家们所认为的与资本主义画等号的从17世纪到18世纪的经济和政治变迁则是不可能发生的。”另外，按照伯尔曼（1993年，中译本，第58~60页）在《信仰与秩序：法律与宗教的重新谐和》一书的见解，新教改革的另一种形式，即加尔文宗的新教改革，对西方近代的法律制度——尤其是美国的法律——的发展也产生了至深的影

^① 从路德宗改革对西方社会近代法律制度生成和变迁的影响来看，从表面上看，路德宗的宗教改革首先破除了罗马教廷的世俗权威，使欧洲中世纪时期的作为一种神权和世俗权力双重权力机构科层的教会失去了其法律效能。因为这一新教改革破除了欧洲中世纪的两种政治治理科层、教会法和世俗法两种法律制度并立，从而结束了教会科层和世俗政府共同进行司法审判的二元分立状态。路德宗的新教改革，使教会完全退回到专属性灵世界的事务，而不再参与和干预世俗的人间事务。这样一来，新教改革后的教会就成了伯尔曼（1993年，中译本，第56~58页）在《信仰与秩序：法律与宗教的重新谐和》一书中所说的那种“无形的、非政治的、不具法律效能的组织”，从而唯一的法律主权者便是世俗国王或政府的立法者。因此，从直观上来看，路德宗的宗教改革对格里高利七世的革命似乎是一次反动和颠覆。但伯尔曼却认为，基督新教的改革把法从神学教义和教会的直接司法参与下分离出来，却使得西方各国的法律制度得到一个新生和辉煌发展的机会。用20世纪初一位伟大的日耳曼法学家和历史学家的 Rudolf Sohm 的话来说：“路德的宗教改革不但更新了信仰，而且重塑了世界：既是精神的世界，也是法律的世界”（同上，第57页）。路德宗宗教改革的结果，是国家的世俗化（与罗马教廷神权的脱离），并伴随着一个财产关系和契约的超俗化乃至神圣化，或者换句话说，路德的宗教改革在某些方面引致了正式的私有财产制度在近代欧洲各国的普遍生成。

响。照伯尔曼看来,清教徒们除了发展了路德关于个人良知神圣的观念以及在财产权和契约权中的个人意志神圣的思想外,还为近代西方法律制度的发展增添了两个新的因素:其一,坚信基督徒负有改造世界的义务,从而积极地参与政治改革和政府体制的设计。正如当代的一位政治哲学家沃尔泽(Michael Walzer, 1966, pp. 10-12)所见,16世纪的宗教改革起初只是对教会的改革,但一个世纪后,清教徒则寻求“对改革本身的改革”(17世纪的英国著名诗人和政论家弥尔顿(John Milton, 1608-1674)语),即诉求激进的政治改革,亦即作为宗教目标的政治进步。正如上面我们已经指出的那样,清教徒的宗教改革活动以及其政治诉求也促进了近代西方社会中——尤其是美国的——宪政民主制度的产生和发展。譬如,美国的一些清教徒思想家如潘恩(William Penn, 1644-1694)等的政治理想,尤其是其中的关于公民权利和公民自由的理念,就被写入了美国的《独立宣言》和美国宪法之中。这些关于公民权利和公民自由的理念包括言论和出版自由、宗教信仰自由、反对自证其罪的权利、陪审团不受法院控制的独立地位、未经审判不得受监禁的权利,以及其他一些类似的权利和自由。这些基本理念已经构成了现代法律制度和司法实践的一些基本原则。究其起源,现在我们又可以直接追溯到加尔文教派信徒的教众自治主义。

最后,在梳理近代西方诸社会的法律传统与基督教信仰的关系时,一个很值得注意的重要维度是法律与宗教在形式和精神上的相似和相通。^①正如伯尔曼(1993年,中译本,第12~13页)在《信仰与秩序:法律与宗教的重新谐和》一书中所阐释的那样,在人类历史上所有的文明中,法律与宗教都共有四种基本特征:仪式、传统、权威和普遍性。伯尔曼的一个深刻洞见是,与宗教相似,且与传统、权威和普遍性相密切关联的法律的“仪式(性)”非常重要。法律的正式和规范的语词、法律程序的仪规、法庭的庄严布置、法官的威严和袍服,严格的出场顺序、誓言、致词以及某种“戏剧化”的形式场景,与法律本身的效力甚至正义性密切相关。伯尔曼(Berman, 1993, 中译本,第141页)认为,通过其仪式形式和其他与宗教共通的三个特征,“法律被赋予了神圣性。没有了这种神圣性,法律便失去其力量;没有了神圣性,任何强制都将无效,因为强制者本身会腐败。”伯尔曼还接着指出,注重神圣性就是法律的宗教向度。之前,伯尔曼(Berman, 1993, 中译本,第21~22页)还举例道,构成仪式场景的种种符号,不仅

^① 在《信仰与秩序:法律与宗教的重新谐和》一书的导言中,伯尔曼(Berman, 1993, 中译本,第1页)一上来就指出:“法律与宗教是两个截然不同而又彼此相关的方面,是社会经验的两个向度——在所有社会,尤其是西方社会,更特别是在今天的美国社会中,都是如此。尽管这两个方面之间存在着紧张,但任何一方的繁盛发达都离不开另一方。没有(我所谓的)宗教的法律,会退化为一种机械的法条主义。没有(我所谓的)法律的宗教,则会丧失其社会效力。”

决定和影响坐在审判位置上的法官的情感和行为，而且有激发他们无意识或下意识地维护和恢复正义的那种谨守职责的情感。这类仪式符号不仅影响法官本人，而且也能唤起审判过程的所有参与者对公正审理的无意识和下意识的期待和诉求。正如一句英谚语所云：“正义不但被伸张，而是眼见着被伸张。”由法律和法庭仪式性相关联的这种参与者对公平正义的情感、期盼和诉求（包括产权所引起的情感、侵权所引起的情感、对法律和守法责任的义务感、关于相同案件应有相同判决的期盼、满足于公正审判的情感，等等），被伯尔曼称为一种与休谟、亚当·斯密和康德的道德哲学话语中的“道德情感”相类似的一种“法律情感”。伯尔曼（Berman, 1993, 中译本，第23页）还深刻地指出：“法律像宗教一样起源于公开仪式。这种仪式一旦终止，法律便失去其生命力。”

当然，尽管法律和司法——尤其是法庭审理过程——中的仪式性是法律效力的一个重要的形式决定维度，但并非是法律权威性的唯一决定因素。从实质上来说，一种真正有权威并被人们所普遍遵从的法律制度须与某种超验正义和超验价值相通。只有这样，人们在社会生活中遵从法律规则的行为自觉才不完全是出于其理性推理甚至道德判断，而是基于一种信仰，一种伯尔曼所说的那种人们的最深层的直觉和最深沉的献身。从这种视角来看，与某种宗教信仰所密切联系着的法律规则和司法实践，所引发的是人们的“法律情感”、“公正意识”和“守法自觉”，而不仅仅是如当今实证法学派所主张的那样是完全基于人们对法律推理，甚至也不完全像自然法学派所强调的那样基于或出于人类的理性本质，而是把法律所体现的正义视作为人类生活终极意义的一部分。只有法律原则的正义性变成了人们的一种无意识的信念和信仰时，^①法律才和宗教一样在其规范的仪式和程序中获得其权威和普遍性，一个社会的法治才会有其可能。

六、余 论

通过对欧洲近现代历史上三个主要国家的宪政民主政制生成、建构与演化、变迁路径的简略历史回顾，我们发现，尽管宪政民主政治作为与市场经济运行“相配套”的一种社会制度安排有着普世的和普适的意义，但与不同国家的历史传统和文化精神密切关联，尤其是受每个国家的经济社会发展中的诸多历史机缘和其他诸多因素的影响，各国的宪政民主政制建设路

^① 当然，这绝非是说法律原则的正义性是非理性的。这里的意思是说，法律的正义性和公正性必须既符合人们的理性判断，但又超越理性（beyond rationality），或言高于理性。

径出现了一种多样化发展的历史格局。各族国（nations）的文化精神、历史传统的诸多差异，也自然使世界各国宪政民主政制的具体形式和政府的政治运作方式具有各自的特征。尽管如此，各国的现代宪政民主政制的本质却大致趋同于一些基本特征，那就是，宪政民主政制的核心运作理念就是政府的权力是有限的，政府的运作是受种种宪章性法律所制约因而政府官员的行政自由裁量权不是无限的和任意的。一句话说完，宪政就是“限政”，就是法治下的政府行政运作和社会治理。

最后，笔者感到有一点需要在这里强调指出：尽管一般来说人类社会的宪政民主政治从1215年的英国的《大宪章》就开始萌生了，但是，从世界上大多数国家的政治制度演变史来看，真正成熟和实际良序运作的现代宪政民主政治，还只是在第二次世界大战之后的事。不仅法国和德国如此，就连英国这个宪政民主政制的创始者也不例外。譬如，到1688年的光荣革命时期，英国的宪政制度基本上就建成了，但是到了19世纪初，在英国才大约只有占人口比例2.5%的贵族有选举权。经过19世纪30~50年代的宪章运动，到1884年，在英国才有2/3的男子有选举权。到1928年，21岁以上的妇女才和男人一样有投票权。到1966年，英国才有18岁以上的所有公民普选内阁首相的制度。法国妇女有选举权，也是1944年之后的事情，甚至到1974年6月，法国才最终确立了18岁以上公民普选总统的制度。就连美国这个确立普选权较早的国家，原来妇女、黑人和其他少数民族的人并没有选举权，直到1971年3月制定的联邦选举法，才有了美国现在这样的较完备的普选制度。由此可以认为，直到20世纪70年代，英国的宪政民主政治才最终趋于成熟。上述史实告诉我们，人类社会的宪政民主政制建设，并不是离我们甚为遥远的一些历史故事。相比而言，从1901年1月29日大清朝廷发出学习西方变法的“上谕”从而迈开“十年新政”的第一步，到1908年大清王朝颁布《钦定宪法大纲》，中国的宪政民主建设从时间上来说并不比国际上的一些主要国家晚多少。正是基于这一点，我们可以展望和预期，在经历了近30年经济社会改革并取得了巨大经济进步之后，市场秩序迅速扩展和市场经济条件下的社会问题的不断涌出，终将把中国重新推向自己在21世纪的一条独特的宪政民主政制建设之路。

参考文献

1. Acemoglu Daron & James A. Robinson, 2006, *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
2. Adams, George B., 1922, *Constitutional History of England*, London: Jonathan Cape.
3. Barro, Robert J., 1996, Democracy and Growth, *Journal of Economic*

Growth, Vol. 1, No. 1, pp. 1 - 27.

4. Barzel, Yoram, 2002, *A Theory of State: Economic Rights, Legal Rights and the Scope of the State*, Cambridge: Cambridge University Press.

5. Berman, Harold J., 1983, *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass: Harvard University Press. 中译本: 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1996年版。

6. Berman, Harold J., 1993, *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*, Atlanta, Ga.: Scholars Press. 中译本: 伯尔曼:《法律与宗教》, 梁治平译, 中国政法大学出版社2003年版。

7. Braudel, Fernand, 1988, *La Dynamique du Capitalisme*, Paris: Flammarion. 中译本: 布罗代尔:《资本主义论丛》, 顾良、张慧君译, 中央编译局出版社1997年版。

8. Caldwell, Bruce, 2004, *Hayek's Challenge*, Chicago: Chicago University Press. 中译本: 考德威尔:《哈耶克评传》, 冯克利译, 商务印书馆2007年版。

9. 丁建弘:《德国通史》, 上海社会科学院出版社2002年版。

10. 冯象:《政法笔记》, 江苏人民出版社2004年版。

11. Gordon, Scott, 1999, *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 中译本: 戈登:《控制国家: 西方宪政的历史》, 应奇等译, 江苏人民出版社2001年版。

12. Guizot, François, 1896/1997, *History of Civilization of in Europe*, translated by William Hazlitt; edited with an introduction by Larry Siedentop, London: Penguin Books. 中译本: 基佐:《欧洲文明史: 自罗马帝国败落到法国革命》, 程洪逵、沅芷译, 商务印书馆2005年版。

13. 何勤华主编:《德国法律发达史》, 复旦大学出版社2000年版。

14. 何勤华、李秀清主编:《外国法制史》, 复旦大学出版社2002年版。

15. 何勤华、张海斌主编:《西方宪法史》, 北京大学出版社2006年版。

16. Heer, Friedrich, 1953, *The Intellectual History of Europe*, translated by Jonathan Steinberg, Cleveland, Oh.: The World Publishing Company. 中译本: 希尔:《欧洲思想史》, 赵复三译, 广西师范大学出版社2007年版。

17. Hudson, John, 1996, *The Formation of the English Common Law: Law and Society of England From the Norman Conquest to Magna Carta*, London: Longman.

18. 李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版。
19. 李秀清：《日耳曼法研究》，商务印书馆2005年版。
20. 刘守刚：《“宪法”词义的历史透视》，何勤华主编：《法律文化史研究》第1卷，商务印书馆2004年版。
21. 吕一民：《法国通史》，上海社会科学院出版社2002年版。
22. Lovell, Colin R. , 1962, *England Constitutional and Legal History: A Survey*, Oxford: Oxford University Press.
23. 《马克思恩格斯全集》第21卷，人民出版社1965年版。
24. 《马克思恩格斯选集》，第1~4卷，人民出版社1972年版。
25. Mauss, Marcel, 1966, *The Gift: Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies*. trans. by Ian Cunnison with an intro. by E. E. Evans-Pritchard, London, Cohen & West.
26. McIlwain, Charles H. , 1947, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, revised ed. , Ithaca, NY: Cornell University Press. 中译本：麦基文：《宪政古今》，翟小波译，贵州出版社2004年版。
27. Barrington Moore, Jr. , 1966, *Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord and Peasant in the Making of the Modern World*, Boston: Beacon Press. 中译本，摩尔：《民主和专制的社会起源》，拓夫译，华夏出版社1987年版。
28. Myerson, Roger B. , 1995, Analysis of Democratic Institutions: Structure, Conduct and Performance, *Journal of Economic Perspective*, Vol. 9, No. 1, pp. 77 - 89.
29. Myerson, Roger B. , 2000, Economic Analysis of Constitutions, *Discussion Paper*, No. 1291, Center for Mathematical Studies in Economics and Management Science, Northwestern University.
30. Paine, Thomas, 1792, *The Works of Thomas Paine*, London: Printed for D. Jordan.
31. Papaioannou Elias & Gregorios Siourounis, 2004, *Democratization and Growth*, mimeo, London Business School.
32. Persson, Thorsten, 2003, Consequences of Constitutions, *Working Paper* 10170, National Bureau of Economic Research, <http://www.nber.org/papers/w10170>.
33. Persson, Torsten & Guido Tabellini, 2003, *The Economic Effect of Constitutions*, Cambridge, MA: MIT Press.
34. Przeworski, Adam. 1991, *Democracy and the Market*, New York: Cambridge University Press.

35. 钱乘旦、许洁明：《英国通史》，上海社会科学院出版社 2002 年版。
36. Rodrik, Dani & Romain Wacziarg, 2005, Does Democratic Transition Produce Bad Outcomes? *American Economic Review*, Vol. 96, No. 5, pp. 50 - 54.
37. Smith, Munroe, 1928, *The Development of European Law*, New York: Columbia University Press. 中译本：斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学 2003 年重印。
38. Tavares José & Romain Wacziarg, 2001, How Democracy Affects Growth? *European Economic Review*, Vol. 45, No. 8, pp. 1341 - 1379.
39. Tiger, Michael E. & Madleine R. Levy, 1977, *Law and the Rise of Capitalism*, New York: Monthly Review Press. 中译本：泰格、利维：《法律与资本主义兴起》，纪琨译，学林出版社 1996 年版。
40. Walzer, Michael, 1966, *The Revolution of the Saints: A Study in the Origins of Radical Politics*, London, Weidenfeld & Nicolson.
41. Weber, M. , 1978, *Konfuzianismus und Taoismus: Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen: Mohr.
42. 魏建国：《宪政体制形成与近代英国崛起》，法律出版社 2006 年版。
43. 韦森：《社会制序的经济分析导论》，上海三联书店 2001 年版。
44. 由嵘主编：《外国法制史》（第二版），北京大学出版社 2003 年版。
45. Zane, John M. , 1928, *The Story of Law*, New York: I Washburn. 中译本：赞恩：《法律的故事》，孙运申译，中国友谊出版社 2005 年版。

Historical Origin, Formation and Evolution of Constitutional Democracy of Europe in the Medieval and Modern Time

Weisen Li

(School of Economics, Fudan University, 200433)

[**Abstract**] The interrelations and interplay between the constitutional democracy and economic development have been an animated topic in both economics and political sciences in recent years and it deserves further study and exploration in the current situation of the contemporary Chinese society. In order to provide some background knowledge for further study of the interrelations between the constitutional democracy and economic development and for searching a desired way of China political reform in future, this paper tries to give a brief but an overall review of the origin, formation and evolution of constitutional democratic system in the Western Europe in the medieval and modern time. The first section traces the etymological origin, and clarifies the meaning of constitution in the Standard European Average, and it also specifies multiple Chinese translations of the term of constitution? The second, the third and the fourth sections study formation, construction and evolution of constitutional democratic polity in England, France and German respectively. It is found that in contrast to the incremental and relatively peaceful formation of modern constitutional democracy in England, the democratic polity in France was constructed in a long period of violent revolutions. From a point of view that the nature of constitutional democracy is limited power of government, the multiplicity of German states before the 19th century could be regarded as a particular loose constitutional democratic polity in a special kind of feudal-monarchal system? in the German Empire. The fifth section makes a thorough inquiry about the causes and origins of the modern constitutional democratic polity and legal property systems in the Western Europe and finds that the legal system and legal theories and noblemen democratic democracy in Ancient Greek and in Ancient Roman, cultural spirit of the Hebrew and religious beliefs of the Christianity, particularly the Calvinist and Puritan beliefs formed during the Protestant Reform peri-

od in the Western Europe have played some fundamental roles in the formation, construction and evolution of the constitutional democratic polity in the Western Europe in the medieval and modern time.

[**Key words**] Constitution Constitutional Democracy Rule of Law Market Order

JEL Classifications: N13 N23 N43