国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

中国宪法学说史研究

（下）

国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

中国宪法学说史研究

（下）

主编　韩大元

中国人民大学出版社

策划编辑：陈松涛　高　媛
责任编辑：刘玉翠　杜宇峰　郭燕红　黄丽娟　曹江红　王书悦
装帧设计：肖　辉　彭莉莉

图书在版编目（CIP）数据

中国宪法学说史研究（上下）/韩大元主编．
-北京：中国人民大学出版社，2012.3
（国家哲学社会科学成果文库）
ISBN 978-7-300-15193-9

Ⅰ．中… Ⅱ．韩… Ⅲ．宪法－法制史－研究－中国 Ⅳ．D921.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 027328 号

中国宪法学说史研究

ZHONGGUO XIANFA XUESHUOSHI YANJIU

（上下）

韩大元　主编

中国人民大学出版社 出版发行
（100080　北京中关村大街 31 号）

涿州市星河印刷有限公司印刷　新华书店经销

2012 年 3 月第 1 版　2012 年 3 月第 1 次印刷
开本：710 毫米×1000 毫米 1/16　印张：68.75
字数：1 021 千字　印数：0,001－2,000 册

ISBN 978-7-300-15193-9　定价：298.00 元

邮购地址 100080　　北京中关村大街 31 号
中国人民大学出版社读者服务部　电话（010）62515195　82501766

目 录

（下）

范畴篇

第一章 人权概念及其演变 …… （549）
第一节 人权语词的传入 …… （549）
第二节 19 世纪末 20 世纪初的“人权”概念 …… （552）
第三节 新文化运动前后“人权”概念的发展 …… （564）
第四节 人权运动中的“人权”概念 …… （575）
第五节 三四十年代的制度性“人权”概念 …… （585）
第六节 新中国成立前中国共产党的人权呼吁 …… （598）
第七节 改革开放 30 年来的“人权”概念 …… （609）
第二章 基本权利概念及其演变 …… （653）
第一节 基本权利概念的形成 …… （654）
第二节 基本权利概念在 1954 年宪法文本上的确立 …… （664）
第三节 20 世纪 50 年代的基本权利概念 …… （665）
第四节 20 世纪 80 年代以后的基本权利概念 …… （671）

第三章　制宪权概念及其演变 ……（674）
第一节　清末的制宪权理论 ……（674）
第二节　国会制宪权的确立与衰落（1912—1914） ……（684）
第三节　行政制宪权理论 ……（697）

第四章　基本义务概念及其演变 ……（709）
第一节　义务与基本义务概念的引入 ……（709）
第二节　新中国成立后基本义务概念的发展 ……（716）
第三节　20 世纪 90 年代以来的基本义务概念论争 ……（720）

第五章　公民概念及其演变 ……（728）
第一节　公民概念的引入 ……（728）
第二节　公民概念的发展 ……（749）
第三节　公民的本质 ……（760）

第六章　宪政概念及其演变 ……（772）
第一节　清末民初的“宪政”概念 ……（772）
第二节　毛泽东的“宪政”概念 ……（779）
第三节　20 世纪 40 年代“宪政”与“民主”的表达 ……（786）
第四节　“宪政”与“民主”：曲调未谐的变奏 ……（798）
第五节　“法统”与“宪政”、“民主” ……（805）
第六节　当代中国有关“宪政”概念的研究 ……（818）

第七章　民主概念及其演变 ……（822）
第一节　关注“民主”概念 ……（822）
第二节　中国式“民主”概念的形成 ……（823）
第三节　中国“民主”概念的发展 ……（829）
第四节　中国宪法中的“民主”概念 ……（837）
第五节　从“民权主义”到“人民民主专政” ……（848）
第六节　“民主”与“宪政”的中国语境 ……（881）

第八章　立宪主义概念及其演变 ……（884）
第一节　“立宪主义”概念在中国的提出 ……（884）

第二节　立宪主义学说在近代中国的兴起 ……（889）
第三节　“立宪主义”概念在当代中国的发展 ……（898）

第九章　共和概念及其演变 ……（905）
第一节　共和思想的源与流 ……（905）
第二节　中国对共和思想的继受 ……（917）

第十章　地方自治概念及其演变 ……（942）
第一节　中国传统社会的地方自治观 ……（942）
第二节　政治学叙述中的地方自治 ……（950）
第三节　法学叙述中的地方自治 ……（959）
第四节　地方自治与联省自治 ……（967）
第五节　小结 ……（979）

第十一章　宪法学方法论的演变 ……（981）
第一节　导论 ……（981）
第二节　清末时期宪法学方法的运用状况 ……（983）
第三节　民国时期宪法学方法的运用状况 ……（992）
第四节　宪法学方法的运用状况（一） ……（1023）
第五节　宪法学方法的运用状况（二） ……（1047）
第六节　小结 ……（1065）

主要参考书目 ……（1067）
后记 ……（1071）

Contents

(Volume Two)

Categories

Chapter 1 Concept of Human Right and its Evolution …… (549)
1. The Introduction of 'Human Right' …… (549)
2. The Concept of Human Right from Late 19th Century to the Beginning of 20th Century …… (552)
3. The Development of the Concept of Human Right around the Time of the New Culture Movement …… (564)
4. The Concept of Human Right during the Human Right Campaign …… (575)
5. Institutional Concept of Human Right from 1930s to 1940s …… (585)
6. The Appeal to Human Right by Chinese Communist Party before the Establishment of P. R. China …… (598)
7. The Concept of Human Right in the Past Thirty Years after Reform and Opening up …… (609)

Chapter 2 Concept of Fundamental Right and its Evolution …… (653)
1. Formation of the Concept of Fundamental Right …… (654)

2. The Recognition of the Concept of Fundamental Right by 1954 Constitution …… (664)
3. The Concept of Fundamental Right during 1950s …… (665)
4. The Concept of Fundamental Right after 1980s …… (671)

Chapter 3 Concept of Constituent Power and its Evolution …… (674)
1. The Theory of Constituent Power in Late Qing Dynasty … (674)
2. The Establishment and Fading of Parliamentary Constituent Power (1912—1914) …… (684)
3. The Theory of Administrative Constituent Power …… (697)

Chapter 4 Concept of Basic Obligation and its Evolution …… (709)
1. Introduction of the Concept of Obligation and of Basic Obligation …… (709)
2. The Development of the Concept of Basic Obligation after the Establishment of P. R. China …… (716)
3. Discussion and Debate on the Category of Basic Obligation since 1990s …… (720)

Chapter 5 Concept of Citizen and its Evolution …… (728)
1. Introduction of the Concept of Citizen …… (728)
2. Development of the Concept of Citizen …… (749)
3. Nature of Citizen …… (760)

Chapter 6 Concept of Chinese Constitutionalism and its Evolution …… (772)
1. The Concept of Constitutionalism during Late Qing Dynasty to the Republic of China …… (772)
2. Mao Zedong's Concept of Constitutionalism …… (779)
3. The Expression of Constitutionalism and of Democracy during 1940s …… (786)
4. Constitutionalism and Democracy: Disharmonious Variation …… (798)

5. Legally Constituted Authority, Constitutionalism and Democracy ..... (805)
6. Recent Research on the Concept of Constitutionalism in China ..... (818)

Chapter 7 Concept of Democracy and its Evolution ..... (822)
1. Attention to the Concept of Democracy ..... (822)
2. Formation of Chinese Style Democracy ..... (823)
3. The Development of the Concept of Chinese Democracy ..... (829)
4. The Concept of Democracy in the Context of Chinese Constitution ..... (837)
5. From Democratism to People's Democratic Dictatorship ..... (848)
6. Democracy and Constitutionalism in the Context of China ..... (881)

Chapter 8 Concept of Constitutionalism and its Evolution ..... (884)
1. The Concept of Constitutionalism Brought Forward in China ..... (884)
2. The Theory of Constitutionalism Booming in Modern China ..... (889)
3. The Development of the Concept of Constitutionalism in Contemporary China ..... (898)

Chapter 9 Concept of Republicanism and its Evolution ..... (905)
1. The Origin and Streams of the Idea of Republicanism ..... (905)
2. Adoption and Development of the Idea of Republicanism by China ..... (917)

Chapter 10 Concept of Local Self-Government and its Evolution ..... (942)
1. Local Self-Government in Chinese Traditional View ..... (942)
2. Local Self-Government in Political Science ..... (950)
3. Local Self-Government in Legal Science ..... (959)
4. Local Self-Government and Self-Government by United Provinces ..... (967)
5. Conclusion ..... (979)

Chapter 11 Evolution of Constitutional Law Methodology …… (981)
1. Introduction …… (981)
2. The Application of Constitutional Law Methodology in Late Qing Dynasty …… (983)
3. The Application of Constitutional Law Methodology in the Republic of China …… (992)
4. The Application of Constitutional Law Methodology in P. R. China Ⅰ …… (1023)
5. The Application of Constitutional Law Methodology in P. R. China Ⅱ …… (1047)
6. Conclusion …… (1065)

Reference …… (1067)
Postscript …… (1071)

范畴篇

中国宪法学说的发展是一种综合性的发展，不仅体现为宪法理论的体系性的发展，而且还体现为某些特定的概念与观点的提出与发展。在中国宪法学说史的梳理过程中，除了可以按照历史发展的沿革顺序将中国宪法学说划分为清末民初到中华民国时期的宪法学说、新中国成立到“文化大革命”时期的宪法学说，以及改革开放以来的宪法学说以外，还可以以宪法学说中的基本范畴或者核心概念为视角，将这些基本范畴或者核心概念作为观察中国宪法学说发展史的一个参照。因此，研究中国宪法学说基本范畴发展史的意义在于，它提供了一个考察中国宪法学说发展的观察视角，使抽象、笼统的宪法学说史的考察转化为对具体的基本范畴或者核心概念的考察。

在宪法学的发展中，基本范畴是一个重要的因素。任何一种宪法理论或者宪法学说，都需要一定的范畴作为其基本的构成要素。在某种意义上，范畴的界定或者发展决定了这种理论与学说的发展程度，因此，基本范畴是理论或学说发展的逻辑前提和基础，如果基本范畴界定不清或者基本范畴选取不当，那么在基本范畴基础上建立的理论体系的完整性将会受到影响。所以，判断一种理论或一种学说是否成熟的标准之一就是要看该理论或者该学说是否形成了一套完整的基本范畴体系。具体到中国宪法学说史的发展而言，中国宪法学说在百余年的发展历史中，已经初步形成了一套既能反映宪法学的基本要素，又能充分体现宪法学说的独特属性的基本范畴体系。在这些基本范畴体系中，人权、基本权利、公民、宪法、宪政、民主、立宪主义、地方自治、共和、宪法方法论等核心概念，构成了中国宪法学说发展的基本框架，这些核心概念在中国的引入、发展，从一个侧面反映了中国宪法学说的引入与发展程度。为了更好地梳理中国宪法学说发展的基本情况，就需要从核心概念的发展史中展现中国宪法学说的发展史。

在观察视角上，从基本范畴或核心概念视角来展现中国宪法学说史的发展，实际上是从中国宪法学说史的构成要素或者内在组成部分层面，来展现中国宪法学说发展的全貌。

第一章

人权概念及其演变

第一节　人权语词的传入

中国近代人权思想是在对封建专制制度的批判中继受西方人权观念而产生的，“人权”这个语词则是从日本输入中国的。自19世纪80、90年代开始，近代中国实际上对日本的法律新词采用了拿来主义，尤其是对那些没有日文假名连接而完全用汉字表述的概念术语几乎是全部照抄。[①] 据实藤惠秀在《中国人留学日本史》一书中的统计，来自日语的现代汉语词汇达844个(原表只有784个词汇，由于原作者与译者分别发现新资料，故增补为844个词汇)[②]，甚至有人认为那一时期中国的外来语新词汇源于日本的达四分之三[③]，政治、法律及经济术语是其中的主要部分。“人权”这个语词即由日本法学家译造而后为中国人所接受与使用的。[④]

菲塞林格著、津田真道译的《泰西国法论》[⑤] 被认为是日本“人权”汉

---

① 参见李贵连：《二十世纪初期的中国法学》，《中外法学》1997年第2期。

② 参见［日］实藤惠秀：《中国人留学日本史》，谭汝谦、林启彦译，第327页。

③ 参见费正清、刘广京编：《剑桥中国晚清史》下卷，中国社会科学出版社1993年版，第420页。

④ 参见［日］实藤惠秀：《中国人留学日本史》，谭汝谦、林启彦译，第327页。

⑤ 参见《明治思想史年表》，见［日］松本三之介：《国权与民权的变奏》，李冬君译，东方出版社2005年版，第187页。

字语词最早被表达出来的著作。[①] 例如，“法论的本意，是让人民保持自主自立之权。某个国家曾有剥夺人的一切人权而把活人变成跟死人差不多的刑罚，不过现在已经没有了。”“人民相互拥有自己的权利，这叫人权。”[②] 就目前资料所论证的，康有为是最早把日文汉字“人权”语词介绍给国人的。大约 1897 年，基于向国人介绍西学的目的，康有为编写了《日本书目志》[③]，其中包括草野宣隆译的《人权宣告辨妄》一书。[④] 康有为刊行于 1902 年[⑤]的《大同书》中大量出现“人权”语词（主要在戊部之后），如“各有自立自主自由之人权”，“此其侵天界而夺人权，不公不平莫甚矣”等。[⑥] 梁启超在文章中最早使用人权语词大约是在 1899 年，在《论中国与欧洲国体异同》中说，“欧洲自今世以来，学理大昌，天赋人权平等同胞之声，遍满全洲”[⑦]；1900 年在《十种德性相反相成义》中说：“故文明国之得享用自由也，其权

---

① 参见［荷］菲塞林格：《泰西国法论》，［日］津田真道译，1868 年。另见徐显明：《制度性人权研究》，1999 年武汉大学博士学位论文；［日］须藤瑞代：《近代中国的女权概念》，《山西师范大学学报》2005 年第 1 期。

② 在津田真道那里，人生来就有的权利被称为“人权”，而“民权”是所谓“国民参加政治的权利”即参政权。详见［荷］菲塞林格：《泰西国法论》，［日］津田真道译，1868 年。

③ 《日本书目志》刊行于 1898 年春，但梁启超在 1897 年 11 月 15 日出版的《时务报》第 45 册上就发表了《读日本书目志书后》一文，文中还引述了《日本书目志》一书的序言。可知《日本书目志》当写于 1897 年 11 月 15 日之前。参见梁启超：《读日本书目志书后》，《饮冰室合集 1・饮冰室文集之二》，中华书局 1989 年版，第 52 页。

④ 另有《民法财产编人权部释义》和《日本民法人权讲义》两书，但此两书名中的“人权”显然是与财权相对的概念。

⑤ 《大同书》的写作年代，学者们则多有疑义，较为通行的说法是《大同书》成书于 1902 年。《大同书》的甲部和乙部于 1913 年发表于《不忍》杂志，较完整的稿本则刊于作者逝世 8 年后的 1935 年。康有为在 1919 年所写的《大同书题辞》中明确地将《大同书》的写作年代定为 1884 年。有学者考察，1883 年康有为阅读西学达到一个高潮，阅读范围包括《东华录》、《万国公报》、《西国近世汇编》、《海国图志》、《瀛寰志略》等报刊和著作，其有关西方、科技和未来世界的讨论为《大同书》提供了新的知识背景和想象力的源泉，因此《大同书》的写作始于 1884 年并非康有为的不实之词，1902 年只是康有为对已有手稿进行较为系统的修订和大规模增补的一年，《大同书》的思考、撰述、修订、增补持续了二三十年的时间。康有为因其长女康同薇通晓日语，故有条件接受和使用各种日译汉字语词，其 1898 年上半年曾为光绪帝写《日本变政考》，以编年体形式介绍日本从明治维新起到开国会时止的全部政治法律活动。而在 1898 年时，“人权”语词在日文中已被接受和使用了。《大同书》的基本内容和思想，基本上属于康氏前期思想的范围，虽久未刊行且“秘不示人”，但他的亲密学生特别是梁启超却在很多地方都谈过或透露过。不能排除康有为早于梁启超而使用了日文汉字“人权”语词。

⑥ 参见康有为：《大同书》，古籍出版社 1956 年版。

⑦ 梁启超：《论中国与欧洲国体异同》，《饮冰室合集 1・饮冰室文集之四》，中华书局 1989 年版，第 65 页。

非操诸官吏，而常采诸国民。中国则不然，今所以幸得此习俗之自由者，恃官吏之不禁耳；一旦有禁之者，则其自由可以忽消灭而无复踪影。而官吏之所以不禁者，亦非尊重人权而不敢禁也，不过其政术拙劣，其事务废弛，无暇及此云耳。”① “人权”语词也走入报章和字典。如1902年《大公报序》曰：“泰西之盛强无他道焉公而已矣。国有议院公人权也，商有公司公大利也，凡学有会公智术也……故人权发达”②。“以公理论天赋人权男女平等，以性灵论大小脑筋有生同具，女子灵淑性质更优于男子”③。1903年汪荣宝、叶谦编的《新尔雅》中也出现了“人权”语词，只不过是用来解释其他概念的。在解释“统治者与被统治者之关系由两者间之约束而成者，谓之约束国家”时，他们说“自近世天赋人权之说张，久握大柄之君主，不得私其权为己有，约束国家之所以成立也。”④ 同年，柳亚子因“读卢梭《民约论》，倡天赋人权之说，雅慕其人，更名曰人权，字亚卢”⑤。斯时，人权口号在民主派人士中已成风靡之状，邹容、陈天华、秋瑾等革命志士都在其书文中疾呼人权。1911年辛亥革命结束了中国持续两千年之久的封建帝制，建立了资产阶级民主共和国——中华民国。在南京临时政府存在的三个多月里，颁布了许多法律法令，直指前清王朝的各种陋规“辱及子孙、蹂躏人权”，宣布“人权神圣”，“对于国家社会的一切权利，均须一体享有，毋稍歧异，以重人权，而彰公理”，以“拥护人权为第一要义”⑥。人权观念也成为报界宣传的热点，有的报纸直接将人权作为自己的宗旨，甚至冠以“人权”之名，如《人权报》。可以说，在20世纪初的中国，“人权”语词已经十分流行。

“人权”概念传入中国的一百多年，是中国历史极为复杂多变的一百多年。绵延半个世纪的革命与战争，翻天覆地的制度大变革，持续数十年的动荡与浩劫，30年来曲折向前方兴未艾的改革与开放，风雷激荡的岁月里有

---

① 梁启超：《十种德性相反相成义·自由与制裁》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之五》，第45—46页。

② 《大公报序》，《大公报》1902年6月20日。

③ 《兴女学议》，《大公报》1902年8月12日。

④ 汪荣宝、叶谦编：《新尔雅》，沈云龙主编：《近代中国史料丛刊》第44辑，文海出版社有限公司印行，第8页。

⑤ 《柳亚子文集·自传·年谱·日记》，上海人民出版社1986年版，第8页。

⑥ 邱远猷：《近百年来中国人民反对帝国主义争取人权的斗争》，见冯卓然、谷春德主编：《人权论集》，首都师范大学出版社1992年版。

着数不清的思想和文化的论战交锋。在沧桑历史的风云变幻中，“人权”语词更是历经坎坷，起起落落，人权的价值和内涵也随着历史时代的变迁而发生着变化。一个世纪里，人权在被践踏被蹂躏被侮辱中也被热切地期盼和追求，在救亡与启蒙的内在紧张中寻求着生机，在个人主义、集体主义、国家主义的竞争中艰难定位，在社会的发展中实现着主体与内容的扩张，在时代的大变革中进行着从工具理性向价值理性的转换。梳理这一百多年来中国人权概念的发展变化，具有极为重要的价值和意义。

第二节　19 世纪末 20 世纪初的“人权”概念

引言　康梁的人权先声

19 世纪 40 年代后，封建地主阶级改革派、早期资产阶级改良派、维新派、革命派等等的进步思想家们，对中国绵延两千年的专制制度展开了猛烈的抨击。龚自珍、王韬、郑观应、康有为、梁启超、谭嗣同、严复、何启、胡礼垣、孙中山、邹容等等是其中的杰出代表。而康有为是最早把“人权”语词介绍到中国来并使用“人权”语词的思想家，也是真正从学理上根据古今中外思想史的丰富资料详细推究人权原理的第一人。[①] 自康有为开始，人权思想与“人权”概念在梁启超、严复、何启、胡礼垣、孙中山等等的著作中大量出现，康有为和梁启超这一批思想家可以被称为近代中国第一批人权思想家，从他们的著作中可以看到 19 世纪末 20 世纪初“人权”概念的特征。

一、“天”赋人权——接续中国传统文化的“人权”概念

康有为、梁启超、严复等近代中国第一批人权思想家，是在对中国传统文化有着精深的理解之后又接受了西方人权思想的，因而，他们是用中国传统文化的资源来理解人权的，而在他们阐释人权时，又开发和借用中国传统文化资源，尤其是中国传统的人道主义思想和良心理论。换言之，他们所理解和阐释的“人权”概念已经不是单纯地从西方输入的人权概念，而是烙上

① 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，汕头大学出版社 2007 年版，第 33 页。

了中国传统文化印记的人权概念，是开发和借用中国传统文化中的理论和概念来理解和阐发的人权。

康有为把人道主义作为其人权思想的理论依据。他对“仁”的理解归于孟子的“不忍之心”。他认为，人在天地中，故人为天地之心，而仁又为人之心，仁是世间一切善中最高的善。仁的本义在于博爱平等，“孔子本仁，最重兼爱”。通过将人道释为仁道，进而释为平等博爱，康有为努力发掘出孔子仁学的永恒意义，这就是将人视为宇宙间最可尊重的，要求将人视为衡量政治法律制度乃至一切事物的标准。“凡有害于人者则为非，无害于人者则为是。”① 去苦求乐是康有为认定的最高的人道主义原则，根据去苦求乐的人道主义原则，康有为深刻揭露了黑暗的社会制度给人们带来的种种苦难：“压制之苦”、“阶级之苦”、“卑贱之苦”、“贫穷之苦”、“刑狱之苦”等等。在这种社会制度下，人间只不过是“一大杀场大牢狱而已”②。为了解除人类的苦恼，康有为提出了破除九界这一救苦之道，这九界分别是：“国界”、“级界”、“种界”、“形界”、“家界”、“业界”、“乱界”、“类界”、“苦界”。这九界在康有为看来是人类遭受痛苦的根源，欲去九界，须明人权。康有为还从解放人类、拯救人类、天下大同的意义上倡导人权。

梁启超把良心视为人权的根基，他的良心说将孔子的性善观、孟子的良心观、王阳明的致良知论，同近代西方的理性良心说结合在一起。他称赞康德哲学抓住了权利理论的基础，康德哲学所追求的“真我”也就是梁启超倡导的“良心”，它是人所固有的不受外界力量支配的自由意志，是人之所以为人的关键所在。梁启超说“人而不服从良心”，“此正我丧我之自由也”③。在良心问题上梁启超的思想与康德哲学的一致之处在于认为良心不是取得的，而是人本来就具有的。人之所以可尊可贵，人之所以应该享有良心自由权，就在于人在本质上能够按照良心指示的方向前进。孟子讲人有四端，其中每一端都是面向所有人的，都具有对象的普遍性。梁启超继承了儒学这一优秀传统，并同西方自由意志论相结合，将儒学的良心说或性善论转化成符合现代精神的思想。梁启超强调“良知之外，别无知矣”，并断定致良知论

---

① 康有为：《大同书》，中华书局 1935 年版，第 282 页。

② 康有为：《大同书》，第 2 页。

③ 梁启超：《近世第一大哲康德之学说》，《饮冰室合集 2・饮冰室文集之十三》，第 62 页。

是“今日学界独一无二之良药”[①]。人只要返之于内，“返诸最初之一念”，“向内用力”，人就可以求得“良知”。梁启超主张向内用力，就是要人认识到自己的良心良知，认识到人的类存在，唤醒人的自我意识。

“天”是中国传统文化的独特概念之一，按照中国传统思想观念，“天”是最崇高最神圣且具有无限权威的控制人类万物的力量，是自然的化身。“天”也是康有为等思想家用以表达人权思想的一个概念。例如，严复把《社会契约论》翻译为《民约论》，把“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中”翻译为“民之自由，天之所畀”。严复认为，人“皆为天之赤子”，他借用“天”与“民”的语词表达的天赋人权观是：“夫自由一言，真中国历古圣贤之所深畏，而从未尝立以为教者也。彼西人之言曰：唯天生民，各具赋畀，得自由者乃为全受，故人人各得自由，国国各得自由，第务令毋相侵损而已。侵人自由者，斯为逆天理，贼人道，其杀人伤人及盗蚀人财物，皆侵人自由之极致也。故侵人自由，虽国君不能，而其刑禁章条，要皆为此设耳。”[②]自然权利说经过康有为的论证转化为具有中国特色的“天赋人权说”[③]。人权被康有为视为一种天权，是天赋予人类的。天先于人类而存在；天也先于人权而存在。在康有为那里，人权源于天，也就是源于人性和人道。康有为的“天赋人权论”并非以天为主，他只是借用传统“天”的概念来论证人权民权的神圣性。他的人权论归根到底还是以人为主，强调仁性人道。以天权论人权，这反映出康有为将西方人权观念与中国传统文化相汇通相结合的努力。[④] 康有为早年的思想以《大同书》为代表，极言天赋人权。康有为说：“全世界人欲去家界之累乎，在明男女平等各有独立之权始矣，此天予人之权也；全世界人欲去私产之害乎，在明男女平等各自独立始矣，此天予人之权也；全世界人欲去国之争乎，在明男女平等各自独立始矣，此天予人之权

---

①　梁启超：《德育鉴·知本》，《饮冰室合集 7·饮冰室专集之二十六》，第 24 页。

②　严复：《论世变之亟》，王栻主编：《严复集》第 1 册，第 2—3 页。

③　据现代著名日本宪法学家佐藤幸治的考据，最早表达“天赋人权”的文献是明治 6 年（1873 年）由青木周藏（1844—1914）依据木户孝允（1834—1877）嘱托执笔而成的《大日本政规》，这其中有“保护各人固有的天赋的权利”的内容。把“天赋人权”作为一个完整概念予以表述的却是通晓英、法两国文字的加藤弘之。其在所著《国体新论》（1875 年）中首次把“natural right”（自然权）译为“天赋人权”。参见徐显明：《制度性人权研究》，1999 年武汉大学博士学位论文。

④　参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第 38 页。

也；全世界人欲去种界之争乎，在明男女平等各自独立始矣，此天予人之权也；全世界人欲致大同之世、太平之境乎，在明男女平等各自独立始矣，此天予人之权也……”① 康有为批判封建专制主义的“三纲”“失人道独立之义，而损天赋人权之理”，用“天之子”的概念来表达人人平等，说“人皆天所生也，同为天之子，同此圆首方足之形，同在一种族之中，至平等也”②。人人“同为天之子”这一说法破除了几千年封建皇帝独占“天子”位置的传统观念。对于“父为子纲”，康有为认为，“人非人能为人，天所生也，托藉父母生体而为人，非父母所得专也。人人直隶于天，无人能间制之。”③ 康有为在《大同书》庚部第十章《总论欲行农工商之大同则在明男女人权始》中，详细表达了天赋人权、男女平等的思想。他说，“人者，天所生也。何是身体，即有其权利，侵权者谓之侵天权，让权者谓之失天职。男与女虽异形，其为天民而共受天权一也。人之男身，既知天与人权所在，而求与闻国政，亦何抑女子攘其权哉？女子亦何得听男子擅其权而不任其天职？……以公共平等论，则君与民且当平，况男子之与女子乎！”④ 梁启超对天赋人权思想的表达是：“天生人而赋之以权利，且赋之以扩充此权利之智识，保护此权利之能力，故听民之自由焉，自治焉，则群治必蒸蒸日上；有桎梏之者、戕贼之者，始焉窒其生机，继焉失其本性，而人道乃几乎息矣。”⑤ 梁启超高呼“人人生而有应得之权利”⑥，梁启超所倡导的应有之权是从应然的角度对人权概念的概括。他提出的人权概念虽然还较简单，但已揭示出人权的应然性或应有性，触及人权的基本性质。人权首先是应有权利，是主体对自我意识的觉悟的表现。人类只有坚持不懈地将人权作为应有权利来追求，才有可能逐渐使这种应有权利外在化为法定权利，进而实在化为实有权利。

---

① 康有为：《大同书》，第 252 页。
② 康有为：《大同书》，第 65 页。
③ 康有为：《大同书》，第 66 页。
④ 康有为：《大同书》，第 199 页。
⑤ 梁启超：《新民说·论进步》，《饮冰室合集 6·饮冰室专集之四》，第 58 页。
⑥ 梁启超：《新民说·论义务思想》，《饮冰室合集 6·饮冰室专集之四》，第 104 页。

二、人权的主体（之一）——普遍人权主体

起源于西方的古典人权概念，由于西方文化的种族特征和性别特征，其人权主体并非是普遍的，在理论上它是有限的。从19世纪中叶到20世纪上半叶，在西方人权理论发展的第二个阶段，主流人权理论不仅在推动人权主体的普遍化上鲜有进展，相反，许多资产阶级思想家还创造了五花八门的学说来为有限的人权主体理论辩护。这些理论至20世纪中叶在第二次世界大战中被发挥到了极致。所以，在西方是直到二战以后《世界人权宣言》的通过才标志着形式上的普遍人权主体在理论上的确立。西方人权主体理论经历了一个从“有限主体”到“普遍主体”的扩展过程，这种扩展是人权概念形成之后几个世纪里人们付出巨大代价才追求得到的结果。①

19世纪末20世纪初，在西方主流人权理论还处于种族主义、性别歧视甚嚣尘上的时期，中国的“人权”概念就接受了西方人权理论中最先进的部分，主张人权主体的普遍性。这一点说明中国“人权”概念对西方人权概念的接受是有选择的。例如沈家本在批判虐待囚徒时，强调犯人“同为人类，何独受此”②。康有为则是从“解放人类拯救人类的意义上倡导人权的”③，他的人权概念中人权的主体包括“全世界人”。他说“全世界人欲去家界之累乎，在明男女平等各有独立之权始矣，此天予人之权也；全世界人欲去私产之害乎，在明男女平等各自独立始矣，此天予人之权也；全世界人欲去国之争乎，在明男女平等各自独立始矣，此天予人之权也；全世界人欲去种界之争乎，在明男女平等各自独立始矣，此天予人之权也；全世界人欲致大同之世、太平之境乎，在明男女平等各自独立始矣，此天予人之权也……”④

西方古典人权理论在人权主体上最初是排除女性的，西方主要国家争取男女平等权的斗争十分漫长，男女平等权在法律上的逐渐落实是在20世纪尤其是第二次世界大战以后。中国的“人权”概念在人权主体上不仅没有遗漏女性，相反极为重视女性的人权主体地位，争取男女平等权。20世纪初

---

① 参见徐显明、曲相霏：《人权主体界说》，《中国法学》2001年第2期。
② 《监狱访问录序》，《寄簃文存·卷六》。
③ 杜钢建：《中国近百年人权思想》，第34页。
④ 康有为：《大同书》，第252—253页。

沈家本主持清末修律时即参酌“西人男女平权之说”①，反省男尊女卑的封建传统观念。如前所述，康有为在《大同书》中极力倡导男女平等，提出“男与女虽异形，其为天民而共受天权一也”②。严复、梁启超等都大力宣传妇女解放运动，主张实行男女平等。严复说：“夫民主既以道德为精神矣，则平等自由之幸福，何独于女子而靳之?”③ 梁启超对法国《人权宣言》的批评体现了他对人权平等性的深刻理解。他指出法国《人权宣言》虽然规定凡人都应恢复人的资格，但实际上忽视了女子的权利，“因为他们是women，不是men，说得天花乱坠的人权，却不关女人的事。”④ 他认为女子和男子一样都是享有人权的主体，女权运动应该成为“人权运动”的重要组成部分。他甚至将女权运动直接称作人权运动，并极力赞成和提倡作为人权运动的女权运动。他表示：“女权运动，无论为求学运动，为竞业运动，为参政运动，我在原则上都赞成；不惟赞成，而且十分认为必要。”⑤

三、人权的主体（之二）——从个人到国家（集体）

西方人权概念的起源是以个人主义思想为基础的，但“人权”概念传入东方后，为东方集体主义思想所转化。例如在日本，最早的马克思主义经济学家河上肇在评价东西方“天赋人权”的差别时曾精辟地指出：“在西方是天赋人权，而民赋国权，在日本则正好相反，是天赋国权，国赋人权。”⑥ 追求国家自由与独立的国家主义始终是日本明治维新的精神支柱，人权、民权则在国家主义之下，如苏峰在批判民权运动时所说，“当时的民权自由论，其名为民权，而其实是国权。”⑦ 近代人权观念传入中国以后，也展现出两种不同的思想倾向：一种倾向以严复为代表，强调个人自由在社会共同体中的价值，注重从保障个人自由出发来构建政治法律制度。此种以自存为前

---

① 《死刑唯一说》，《寄簃文存·卷三》。

② 康有为：《大同书》，第199页。

③ ［法］孟德斯鸠：《孟德斯鸠法意》，严复译，商务印书馆1981年版，第七卷严复按语，第150—151页。

④ 《人权与女权》。

⑤ 《人权与女权》。

⑥ 转引自［日］森一贯：《“天赋人权”与“优胜劣败”》，见［日］山中永之佑编：《日本近代国家的法构造》，木铎社1983年版，第452页。

⑦ 转引自［日］松本三之介：《国权与民权的变奏》，李冬君译，第94页。

提、以个人自由为核心的人权观可以被称为个人本位主义人权观。另一种倾向以梁启超为代表，强调个人权利必须同公共权力相调和，主张集体或团体的利益高于个人自由，注重从保障集体或团体的利益出发讲求个人权利的发展。[①] 一百多年来，个人本位的人权观在中国始终没有占到主流地位，而是被边缘化、被挤压，甚至被集体本位所同化。

严复和康有为都从个体本位人权观转为集体本位人权观。作为近代个人本位人权观的第一个代表，严复接受了近代西方个人主义自由观的影响，赞同资产阶级个人主义的利己观。他认为性善不止于利人且首先要利己，“生民有欲”乃“天赋之人性”，是任何力量都无法剥夺的，人的本性在于求利即自存，利己与利人相结合，“两利为利，独利不为利”，利己固然需要利人，而利人最终也是为了利己。[②] 严复所译《群己权界论》全书的宗旨，即着眼于划定一个完全属于个人的权利区域，在这个区域内个人可以对抗外界，包括政治权威的干涉。自我本位是严复人权法思想的理论基础，这使得严复的思想与中国传统的伦理法律观截然不同。中国传统的伦理法律观的出发点不是自我的自存自在，而是如何待人及物，将自我淹没在对他人他物的义务之中。严复认为，待人与存我，这是两个完全不同的立场。待人注重的是义务责任；而存我注重的是自由权利。正是这一基本区别导致中西在政治法律社会等多方面都有差异。例如在政法方面，“中国最重三纲，而西人首明平等，中国亲亲，而西人尚贤，中国以孝治天下，而西人以公治天下，中国尊主，而西人隆民”[③]。严复批评儒家学说中“重义轻利”是违反人性的。康有为的《大同书》中所蕴涵的人权观具有明显的个人本位主义倾向。遗憾的是，这一思想路线并未贯彻始终，随着后期的思想变化，国家本位主义倾向日益占上风，后来他终究放弃了人权独立自由平等的主张而赞成集权专制。

梁启超则是团体主义和国家主义思想路线的开创者，他将人权民权都纳入了团体主义和国家主义框架，这一思想在将近一个世纪中一直在人权思想

---

① 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第105页。

② 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第51页。

③ 严复：《论世变之亟》，王栻主编：《严复集》第1册，第3页。

领域占据着主导的甚至有时是垄断的地位。[①] 梁启超在强调权利思想的同时，强调国民应该具备国家思想，把国家看作高于个人、高于政府、高于外族和高于世界的神圣不可犯的最高存在。他的国家本位主义不仅是对严复的个人本位主义的否定，而且也是对康有为的世界主义和博爱主义的否定。梁启超人权法思想的爱国主义精神突出地表现在他关于民族生存权的主张上。他将废除不平等条约、废除领事裁判权和收回关税权都视为中国人民“生存自卫权”的根本要求。他坚定地宣告：“无论何国，倘若不承认我们的国家生存自卫权——即改约，我们宁可暂时或永久和他断绝国际关系。”[②]

在个人本位主义与国家（集体）本位主义的冲突竞争中，后者占据着上风，表现之一即“民权”对“人权”的排挤。民权与人权是两个带有不同价值取向的概念，人权的实现程度与民权的实现程度虽然有联系，但二者在性质上是有区别的。民权所代表的是一个“群”的范畴，人权在本质上是一个“个体”的概念，是个人本位主义的。民权的原生含义是公民参与城邦权力的资格，与君主或贵族的权力相对立，近代以来以议会政治为其体现；而人权则意味着个体在国家、社会中应拥有的基本价值、尊严和权利，是确定国家权力的界标。因为民权与人权两者之间具有的不同价值，所以在文化上民权容易与民主主义、民族主义、国家主义结缘，而人权则与法治主义、自由主义、个人主义有着亲缘关系。两者相比，对民本这种中国本土资源的回忆，使民权更容易为中国文化所容纳接受。事实上，近代以来的中国在接受西方宪政文化时首先认同的是民权，而不是人权。[③] “后者（指人权）作为一个个体概念毕竟远离中国的文化传统，两者间有着太多的隔膜与悬离。而民权作为一个‘群’的概念不仅可以在中国文化中得以解释，而且这一传统也为接受西方宪政文化提供了一种文化合法性的外衣”[④]。例如孙中山，作为集体主义的一个代表，他早期赞成个人自由天赋人权，后期则把集体意义上的民权作为直接奋斗目标，甚至反对个人自由和天赋人权。孙中山首倡的“国家自由”说认为中国遭受列强侵略的原因是“自由太多，没有团体，没

---

① 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第 83 页。
② 梁启超：《为改约问题警告友邦》，《饮冰室合集 5・饮冰室文集之四十一》，第 106 页。
③ 参见王人博：《论民权与人权在近代的转换》，《现代法学》1996 年第 2 期。
④ 王人博：《宪政的中国之道》，第 78 页。

有抵抗力，成一片散沙”，因此“个人不可太过自由，国家要得完全自由”①。孙中山讲的国民主要是从“国民全体”意义上而言的，国民全体被作为与君主个人相对立的权利主体看待。由于“国民”概念摆脱不了个体含义，单个个人也可称之为国民，所以随着孙中山的集体本位主义倾向日益膨胀，后来他更多地喜欢使用“人民”的概念来解释民权主义。“人民”一词纯属集体性质的表述，任何单个个人是不能称之为人民的。②

四、人权的内容——以“自由”为核心

从人权的内容上看，康有为等人所理解和倡导的人权是以自由权与平等权为主的，尤以各项自由为核心。这既是由于当时西方人权还处于第一代人权的发展阶段，也由于自由与平等的匮乏正是19世纪末20世纪初中国社会存在的严重的人权问题。

康有为认为平等和自由是人权的基本精神和基本内容。人权的基本特性就在于权利的平等性，而人权的核心内容就是基本自由权。康有为十分重视自由权，自由在他看来是实现大同理想的基础。他强调：“近者自由之义，实为太平之基。”③ 他所讲的独立是“各有自立自主自由之人权”④，独立的核心便是自由。主张人有自主之权，这在康有为的时代是许多思想家的人权主张。将人权理解为人人享有的自主之权，此种观念反映出当时社会上普遍要求从各种封建关系中获得解脱的愿望。在基本人权范畴中，康有为论述最多的也是人身自由权，这样的关注表明了当时人身权问题的急迫性。在人身自由方面，他曾向清帝上书，要求废除妇女裹足；抨击各种人身奴役现象，主张严格依法律程序办事，严禁非法拘禁和非法拷打。对于民国时期国民党政府和地方军阀任意侵犯公民人身自由的现象，康有为在其晚年的著述中也多有揭露和批判。康有为积极倡导思想言论自由，认为国家政府应当是人民的，人民有权利批评和反对国家政府的政策。如果将不同政见视为叛逆不道

---

① 孙中山：《三民主义·民权主义·第二讲》，《孙中山全集》（九），中华书局1986年版，第281—282页。

② 参见杜钢建：《孙中山的人权思想》，见（网刊）http://www.148com.com/htm/2222/373495.html。

③ 康有为：《大同书》，第161页。

④ 康有为：《大同书》，第134页。

甚至处以刑罚，则完全背离了立国为公的宗旨。他指出："盖以国为公，人人各自由，发其心志知识……若叛逆不道等词，乃专制君国，自私其国，以抑民意者，岂共和国所宜有哉。"① 康有为赞成人人各发其心思议论，即使有偏激的言论也应允许存在。康有为将财产权也视为天赋人权，他在不同时期和不同程度上还分别倡导过集会自由、结社自由、选举自由、迁徙自由、法律面前人人平等、信仰自由、新闻自由、学术自由等。

梁启超将生命与自由视为人的两大基本要素，"二者缺一，时乃非人"②。在《新民说·论自由》中，他反复强调"自由者，天下之公理，人生之要具，无往而不适用者也"。这充分显示出梁启超对自由人权的热忱追求和无限向往。他还在《新民说·论权利思想》中将作为自由权利的精神视作"形而上"的存在，将肉体生命视为"形而下"的存在；认为存在的这两种形式不可分离，相互依存，但"形而上"高于"形而下"。康梁等人对参政权也十分重视。梁启超明确指出，人民之有参政权，其当然之权利也。"梁启超将参政权视为基本自由权利的重要组成部分。他在《新民说·论自由》中将自由分为四类：政治自由、宗教自由、民族自由和生计自由。他认为政治自由在当时中国是最为急需的，而在政治自由中"参政问题"又是"中国所最急者"之一，参政自由权被视为基本自由权的重要内容。梁启超还明确提出抵抗权思想，他的抵抗权主张受到儒家抵抗权思想的影响。儒家在世界上最早提出抵抗权问题。儒家倡导的抵抗权形式有多种，其中包括拒绝为暴政暴君服务；自由出国远离暴政暴君；易位和放伐暴君，更换政府；以及诛暴君诛独夫等激烈的革命行动。③ 梁启超沿着儒家的这一抵抗路线进一步提出了抵抗权主张："使不幸而有如桀纣者出，滥用大权，恣其暴戾，以蹂躏宪法，将何以待之？使不幸而有如桓灵者出，旁落大权，奸雄窃取，以蹂躏宪法，又将何以待之？"④

严复十分注重强调自由，将自由视为神圣不可侵犯的。他认为，中国与

---

① 康有为：《康有为政论集》下册，汤志钧编，第1122页。

② 梁启超：《十种德性相反相成义·自由与制裁》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之五》，第45页。

③ 儒家的抵抗权思想的详细情况，参见杜钢建：《新仁学　儒家思想与人权宪政》，香港京狮企划出版社，第193页。

④ 梁启超：《立宪法议》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之五》，第2页。

西方之所以民风不同，原因就在于人在国家中的地位不同，在西方国家人是自由的，在中国人则是不自由的。中国“自秦以降……皆以奴虏待吾民”，剥夺人作为人的权利。由于国家“以奴虏待吾民”，久而久之，“民亦以奴虏自待”，逐渐丧失了独立自主的意识。当一个个体不是独立的人，不是社会的主体，也就不会把国家利益视为自己的利益，缺乏对社会和国家负责的内在动因。西方国家则因崇尚“自由”，发展个性，人人都有自主自尊观念，由此，便会产生主人意识，视国家利益为自己的利益。严复十分强调个人对自由的获得。他认为，“然政欲利民，必自民各能自利始；民各能自利，又必自皆得自由始；欲听其皆得自由，尤必自其各能自治始。”① 在“体用”问题上，严复超越了地域与国别的界线，反对“中学为体、西学为用”，主张“中学有中学之体用，西学有西学之体用”，“以自由为体，以民主为用”，民主是自由在政治领域的一种表现。② 他的自由观的基本精神是，人人在“物竞天择”的原则下自由竞争，使每个个体通过竞争而达到“自主”。严复提倡保障人身自由权，主张省刑，提倡言论自由、学问自由、思想表现自由及一般行为自由。

五、“人权”——救亡与富强的工具

李泽厚先生对近代中国作出了“救亡压倒启蒙”的结论。J. 格里德说：自由主义在中国之所以失败，“是因为中国那时正处在混乱之中，而自由主义所需要的是秩序。自由主义的失败是因为自由主义所假定应当存在的共同价值标准在中国并不存在，而自由主义又不能提供任何可以产生这类价值准则的手段。它的失败是因为中国人的生活是由武力来塑造的，而自由主义的要求是，人应靠理性来生活。简言之，自由主义之所以在中国失败，乃因为中国人的生活是淹没在暴力与革命之中，而自由主义则不能为暴力与革命的重大问题提供什么答案”③。在近代中国，从鸦片战争开始，民族利益和国家利益始终是近代中国知识分子思维的不变坐标。在西方被作为个人权利、个人价值的“人权”传入中国后，不仅被转化为带有集体本位和国家本位的

---

① 严复：《原强》，《严侯官文集》，光绪二十九年（1903 年）作新译书局出版，第 54 页。

② 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第 56 页。

③ ［美］格里德：《胡适与中国的文艺复兴》，鲁奇译，江苏人民出版社 1993 年版，第 378 页。

权利概念，并被理解为救亡与富强的工具。

例如严复高唱“自由”，他显然已经悟到了自由的精髓，认识到自由就是做一个人愿意做的事情并以不妨害他人为前提。但他提倡自由的最深动机却是国家富强，因而他的自由主张，就出现了今人常说的“误读”。他说，国家的富强“必自民各能自利始；民各能自利，又必自皆得自由始”。“自由”是“民自利”的工具，“民自利”又是“国家富强”的工具。严复提倡“平实地说实话求真理”的言论自由，其目的也是言论自由可以开民智、增民德，从而有利于国家富强。① 在严复的思想中，虽然也强调对“群”、“社会”、“国家”的权力设定界限，但在少数人的自由与国家利益发生矛盾时，他主张个人自由必须让位于国家利益。他认为，在列强环伺的大背景里，最要争者是“国群自由”而非“小己自由”：“小己自由，非今日之所急，而以合力之强，杜远敌人觊觎侵暴，为自存之计”，“故所急者，国群自由，而非小己自由也。”② 在辛亥革命的胜利成果被窃取糟蹋、民主共和夭折后，严复坚信“今日所急者，非自由也，而在人人减损自由，而以利国善群为职志”③。严复最终为了利国善群而放弃了自己对个人自由的追求，成为了保皇派。

梁启超所主张的人权最终要服从于他的爱国主义。他说：“我的中心思想是什么呢？就是爱国；我的一贯主张是什么呢？就是报国。”④ 许多人从民族主义的立场来接受和肯定人权。梁启超和严复都曾在他们的言论和著作中，强调民主是民族独立、国家富强所不可缺少的条件。辛亥以前的革命派也是从这一视角来理解民主的。邹容于 1903 年在《革命军》中强调西方的民主思想是中国“起死回生之灵药”。“民主建国”不是从自由、平等的价值原则出发，而是从发挥群体潜力以达到政治统一的角度来考虑的。开设议院也是为了国家富强，梁启超断言：“问泰西各国何以强？曰：议院哉！议院哉！”人权的价值是强调个人自由和个性解放，而近代中国知识分子对人权的移植和接受并非为个人自由和平等而战，更多强调的是把自由当做打击封

① 参见严复：《群己权界论·译凡例》，第 4 页。
② 《严复集》第 5 册，第 1298 页；第 4 册，第 985 页。
③ 《严复集》第 2 册，第 337 页。
④ 转引自董方奎：《梁启超与护国战争》，见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第 110 页。

建专制的武器，很少涉及个人权利不可侵犯的观念内涵，或者是从摆脱民族危机的立场，强调为群体（组织、国家）的自由而革命。[①] 让中国摆脱贫弱、实现富强，是那个时代进步的知识人魂牵梦萦的主题。

康有为、梁启超等近代中国第一批人权思想家们，对中国近代人权观念的形成作出了开创性的、伟大的、不可磨灭的贡献。他们的人权思想是近百年中国人权思想的缩影，近百年中国人权思想的种种困惑和死结都可以在他们的著述中找到，尤其是他们的集体主义或国家主义人权观的思想。[②]

第三节　新文化运动前后“人权”概念的发展

引言　新文化运动树起“人权”旗帜

呼唤“人权”是新文化运动的一个重要内容。在新文化运动的前后十多年间[③]，随着社会形势的不断变化和西方新思想的不断传入，以陈独秀等人为代表的思想家们的人权思想也不断发生着变化。新文化运动伊始，“人权”口号就被响亮地喊出。1915 年陈独秀为《青年杂志》作创刊词《敬告青年》[④]，其中“人权”语词使用了三次：为阐释“人各有自主之权……不以自身为本位，则个人独立平等之人格，消灭无存”而引证欧洲的“解放历史”时，说“自人权平等之说兴，奴隶之名，非血气所忍受”；在阐释“科学”的功用时，说“近代欧洲之所以优越他族者，科学之兴，其功不在人权说下。若舟车之有两轮焉”；又说，“国人而欲脱蒙昧时代，羞为浅化之民也，则急起直追，当以科学与人权并重。”在新文化运动前期，以陈独秀为代表的激进民主主义者倡导个人本位，极言自由平等，他们所阐发的人权与西方 17、18 世纪的第一代人权是一脉相承的。在新文化运动后期，随着西方第

---

① 参见马振超：《近代中国对人权观念的认知与解读》，《北京科技大学学报（社科版）》2005 年第 1 期。

② 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第 33 页。

③ 国内学界一般认为，新文化运动始于 1915 年（或 1917 年），止于 20 年代，1919 年为前后两阶段的分界。美国学者 J. B. 格里德在《知识分子与现代中国》（单正平译）一书中对新文化运动的起止时间作了明确的界定。他认为新文化运动前后大约是 12 年，从 1915 年到 1927 年（第 235、236 页）。1917 年《新青年》杂志创办。1919 年的五四运动是新文化运动的高潮。

④ 参见《青年杂志》第 1 卷第 1 号（民国四年（1915 年）九月十五日发行）。

二代人权的兴起以及马克思主义新思潮的涌入，陈独秀、李大钊等人的人权思想逐渐发生了变化，“人权”概念被注入了新的内容。

一、人权的主体（之一）——个体人

否定个体的价值是中国封建伦理观的核心。鲁迅先生曾指出，中国人从来就没有争取到做“人”的资格，至多只不过是奴隶。严复开辟了近代中国个人本位的人权观，这一思想路线在新文化运动时期为陈独秀等人所传承和发扬。倡言个人的解放、“遵个性而张精神”、确立个人的尊严和价值，成为新文化运动的重要成就。

新文化运动的一个重要贡献就是认识和阐释了“个体人”。知识分子们提倡个性解放，要求打破封建观念的重重束缚和压迫，呼唤人性的复归，使个人获得独立的人格和尊严，获得人身自由、思想自由、政治权利、经济独立和自由，充分发挥个人才智，追求正当的个人利益等等。

陈独秀被称为中国人权主义第一人，现代中国“人权主义”的旗号是陈独秀最早提出的。陈独秀说：“思想言论之自由，谋个性之发展也。法律之前，个人平等也。个人之自由权利，载诸宪章，国法不得而剥夺之，所谓人权也。”[①] 从1915年《青年杂志》创刊开始，从爱国家到爱宪政爱权利，从反对帝国主义到反对封建主义，提倡自利主义和个人本位主义，陈独秀的人权思想逐渐走向成熟。他的人权思想的成熟是在各种因素的对立和矛盾中完成的。其中自利主义、利他主义、唯心主义、唯物主义、个人主义、集体主义、国家主义、社会主义等等，包括当时所有可能出现的各种价值主张都能在他的人权思想中找到一定的位置。他的人权理论的基调是清晰可见的：这就是个人本位主义人权观。[②] 陈独秀丰富和发展了严复以来的个人本位主义人权理论，他的人权观点和主张至今仍然具有重要的历史参考价值。陈独秀指出，“法律上之平等人权，伦理上之独立人格，学术上破除迷信、思想自由，此三者为欧美文明进化之根本原因”。他大声疾呼“伦理的觉悟，为吾人最后觉悟之最后觉悟”[③]。陈独秀明确号召人的解放，自主、自由、独立

---

① 陈独秀：《东西民族根本思想之差异》，《青年杂志》第1卷第4号（1915年12月25日）。

② 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第115页。

③ 陈独秀：《吾人最后之觉悟》，《新青年》第1卷第6号（1916年2月15日）。

和平等应该成为人权的基本特性，这些特性所体现的精神便是个人本位：人也各有自主之权，不以自身为本位，则个人独立平等之人格，消灭无存。[①] 他宣称："人权者，成人以往，自非奴隶，悉享此权，无有差别。此纯粹个人主义之大精神也。"[②] 陈独秀针对中国传统种种破坏人权的现象，明确指出："欲转善因，是以个人本位主义，易家族本位主义。"[③] 可以说，陈独秀对人权的理解是十分透彻的。

陈独秀个人本位人权观在他对个人与国家关系的探讨中可以得到进一步印证。他指出："集人成国，个人之人格高，斯国家之人格亦高；个人之权巩固，斯国家之权亦巩固。"国家由个人集成，国家理应成为"为国人共谋安宁与幸福之团体"，"国家者，保障人民之权利，谋益人民之幸福者也"[④]。强调个人自由、个性发展、个人平等、个人本因，这是陈独秀个人本位主义人权观的基本特征。在提倡个人本位主义的同时，陈独秀还对家族本位主义进行了揭露和批判。他将中国封建社会的根本特征归结为与个人本位主义相对立的家族本位主义。他指出宗法制度有四大恶果：一曰损坏个人独立自尊之人格；一曰窒息个人意思之自由；一曰剥夺个人法律上平等之权利；一曰戕贼个人之生产力。这四大恶果中，每一项都是对人权的侵害。陈独秀对家族本位的批判是十分有力和有益的，但是将中国封建社会的根本特征归结为家族本位主义则是不够的。与个人本位主义相对立的是集体本位主义，家族本位主义只是集体本位主义的表现形式之一。以个人本位主义易家族本位主义固然必要，但更重要的是要以个人本位主义易集体本位主义。家族本位主义固然是人权主义的敌人，但还不是大敌，人权主义的大敌是国家社会本位主义。[⑤]

胡适对人权也十分关注。1914 年 1 月 5 日胡适在日记中说，"今日吾国之急需，不在新奇之学说，高深之哲理，而在所以求学论事观物经国之术。以吾所见言之，有三术焉皆起死之神丹也：一曰归纳的理论；二曰历史的眼

---

① 参见陈独秀：《敬告青年》。
② 陈独秀：《东西民族根本思想之差异》，《青年杂志》第 1 卷第 4 号（1915 年 12 月 25 日）。
③ 陈独秀：《东西民族根本思想之差异》，《青年杂志》第 1 卷第 4 号（1915 年 12 月 25 日）。
④ 陈独秀：《东西民族根本思想之差异》，《青年杂志》第 1 卷第 4 号（1915 年 12 月 25 日）。
⑤ 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第 118 页。

光；三曰进化的观念。”[①] 因此，他所关心的问题有三点：一，泰西考据学；二，致用哲学；三，天赋人权说之沿革。[②] 胡适的人权观是明确的“健全的个人主义”，或称“易卜生主义”。他于 1918 年 6 月 15 日在《新青年》第 4 卷第 6 号上发表《易卜生主义》一文，借易卜生来表达自己的个人主义观念。他说，“易卜生生平却也有一种完全积极的主张。他主张个人须要充分发达自己的才性，须要充分发展自己的个性。他有一封信给他的朋友 George Brandes 说道：我所最期望于你的，是一种真正纯粹的为我主义，要使你有时觉得天下只有关于我的事最要紧，其余的都算不得什么……你要想有益于社会，最好的法子莫如把你自己这块材料铸造成器……有的时候我真觉得全世界都像海上撞沉了船，最要紧的还是救出自己。”（《尺牍》第八十四）“这样生活，须使各人自己充分发展——这是人类功业顶高的一层，这是我们大家都应该的事”（《尺牍》第一六四）。他批评社会与个人的相互损害，说“社会最大的罪恶莫过于摧折个人的个性，不使他自由发展”。“社会最爱专制，往往用强力摧折个人的个性（individuality），压制个人自由独立的精神。等到个人的个性都消灭了，等到自由独立的精神都完了，社会自身也没有生气了，也不会进步了。”“发展个人的个性，须要有两个条件。第一，须使个人有自由意志。第二，须使个人担干系、负责任。”“自治的社会，共和的国家，只是要个人有自由选择之权，还要个人对于自己所行所为都负责任。若不如此，决不能造出自己独立的人格。社会、国家没有自由独立的人格，如同酒里少了酒曲，面包里少了酵，人身上少了脑筋，那种社会、国家决没有改良进步的希望。”[③] 胡适将新文化运动的意义归结为“重新估定一切价值”[④]，认为新文化运动与欧洲文艺复兴运动的相似点之一，就是重视人并重新发现人的价值，热切地期望新文化运动能够使“个人开始抬起头来，主宰了他自己的独立人格；维护他自己的权利和自由”[⑤]。

胡适认为“个人”的概念当然包括男人和女人。胡适看到美国妇女有相

---

① 胡适：《胡适留学日记》上，安徽教育出版社 2006 年版，第 84 页。

② 参见胡适：《胡适留学日记》上，第 84 页。

③ 胡适：《易卜生主义》，《新青年》第 4 卷第 6 号，1918 年 6 月 15 日。

④ 胡适：《新思潮的意义》，见欧阳哲生编：《胡适文集》（二），北京大学出版社 1998 年版，第 327 页。

⑤ 胡适：《胡适口述自传》，唐德刚译，华文出版社 1989 年版，第 191—193 页。

当强的个人意识、权利意识、参政意识和社交能力，积极地参与社会活动，争取女性的政治权利。[①] 胡适认为欧美的妇女已经领会到了独立人格的真谛，即只有人格独立的个体才能称之为自由的人，才有可能成为对社会有贡献的人。胡适大胆预言只要妇女的个人意识觉醒了，在不久的将来妇女将成为社会不可忽视的重要力量。[②] 自 1918 年始胡适以《贞操问题》、《李超传》、《美国的妇人》、《大学开女禁的问题》、《女子解放从哪里做起》、《娜拉》、《终身大事》等一系列文章，猛烈抨击封建礼教对女子的残害，力倡妇女解放，主张妇女与男人同样具有独立的人格，应平等地享有权利，不应附属于男性，妇女有依自己的意志选择婚姻的自由。他提倡女子应有同男子一样接受现代教育的权利，而且女子不但要学习新的科学知识，也要学习在社会上做人的方式方法。在新文化运动的倡导下，北京大学于 1920 年春开始招收女子旁听生，不久中国第一位女教授出现于北大的讲坛。

李大钊等人也特别关注女性的人权主体地位。李大钊批评“现代欧美的 Democracy，仍然不是真正的 Democracy。因为他们一切的立法、言论、思想都还是以男子为本位，那一半妇女的利害关系，他们都漠不关心”[③]。他号召各阶层妇女联合起来参与争取人权的活动，要求法律切实保障妇女的政治权利和社会权利。

二、人权的主体（之二）——社会人

如何认识“人”，从本质上决定着如何认识“人权”。新文化运动时期，西方的社会主义思潮开始兴起。胡适在 1914 年的日记中记到：“今日西方政治学说之趋向，乃由放任主义（Laissez faire）而趣（趋）干涉主义，由个人主义而趣（趋）社会主义。”[④] 西方社会主义思想在东方的传播，影响着当时的知识人对“人”的认识很快就从西方 17、18 世纪的独立的“原子式”的个体发展到 20 世纪初的“社会人”。

社会主义思潮的兴起和“社会人”观念的转变，对新文化运动时期的

---

① 参见胡适：《胡适留学日记》，海南出版社 1994 年版，第 171—173、191 页。
② 参见胡适：《胡适留学日记》，第 88 页。
③ 李大钊：《妇女解放与 Democracy》，《李大钊全集》第 3 卷，人民出版社 2006 年版，第 69 页。
④ 胡适：《胡适留学日记》上，第 265 页。

“人权”概念产生了极大的影响，表现为个人本位的人权概念开始向社会主义的“人权”概念转化。例如高一涵认为随着社会的进步和公共生活的发达，在公共生活之中的个人绝不是个人的个人，乃是社会的个人。因而国家不仅仅是守夜人，还是裁判官——调节个人与社会间的关系。这一认识表达了一种积极的国家观。[①] 陈独秀所倡导的人权也受到空想社会主义者巴贝夫、圣西门、傅立叶等人的影响，从主张政治平等进而主张社会平等，将人权与社会主义学说相结合，主张废除私有权制度。陈独秀的人权思想经历了三个发展阶段：最初其宣传科学与人权，追求个人本位的人权；中间发展到追求社会主义人权并鼓吹阶级斗争和专政；最后又回到高呼“人权自由主义”的《新青年》时期的思想境界，重新倡导人权民主运动，并认定真的社会主义在理论和实践上都必须是尊重人权自由的社会主义。陈独秀是中国最早认识社会主义的人权主义精神的共产党人。[②]

李大钊关于个人主义的认识发展过程也大致可以分为三个阶段。1918年以前，他极力介绍和宣传个人主义，倡导个性解放、个人自由和独立自主的人格。1919 年和 1920 年，李大钊逐渐确立了马克思主义观，这一时期他主要是从经济学说史角度出发来认识个人主义。1921 年李大钊发表《自由与秩序》一文，将个人主义与社会主义相结合。在这篇文章中，他从个人与社会的不可分离的联系得出结论，明确指出“个人与社会并不冲突，而个人主义与社会主义亦决非矛盾”。李大钊主张“合理的个人主义”和“合理的社会主义”，反对不要社会秩序的极端个人主义，也反对不顾个人自由的极端社会主义，认为极端个人主义固然是有害的，极端社会主义也同样是有害的。“真正合理的个人主义，没有不顾社会秩序的；真正合理的社会主义，没有不顾个人自由的。”[③] 在此基础上，他倡导和要求经济社会权利尤其是劳动者的权利，提出“以后的经济学，要以劳动为本位，以劳动者为本位”，赞同“个人主义向社会主义、人道主义过渡”[④]。

---

① 参见高一涵：《政治学纲要》，神州国光社 1941 年版，第 126 页。转引自文卫勇、舒琪琳：《五四前后高一涵的人权思想》，《中共南昌市委党校学报》2004 年第 2 卷。

② 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第 122 页。

③ 李大钊：《自由与秩序》，《李大钊全集》第 3 卷，第 253 页。

④ 李大钊：《我的马克思主义观》，《李大钊全集》第 3 卷，第 18 页。

三、人权的内容（之一）——倡导思想言论自由

人的解放首要的是精神的解放，精神的解放必然要求思想言论自由。思想言论自由是新文化运动时期知识人的执着追求，是他们所珍视的“人权”的重要内容。

陈独秀对思想言论自由有着深刻的认识，视其为“文明进化的第一重要条件”[①]。陈独秀主张的言论自由是不受法律限制的言论自由。他认为，言论自由首先是批评和反抗法律明文的言论自由，如果言论不能反对现行法律的话，也就没有自由。陈独秀在《法律与言论自由》一文中明确提出，法律只应拘束人民的行为，不应拘束人民的言论，因为言论要有逾越现行法律以外的绝对自由，才能够发现现行法律的缺陷，而无法创造出比现在更好的法律。他认为，思想本身并无罪恶可言，“无论新旧何种思想，他自身本没有什么罪恶，但若利用政府权势，来压迫异己的新思潮，这乃是古今中外旧思想家的罪恶，这也就是他们历来失败的根源。”[②]

陈独秀认为言论自由的核心是政治言论自由，而政治言论自由首先是发表反对政府反对法律的言论的自由。如果人们对政府和法律不能发表批评和反对的意见，也就无所谓言论自由。“若认为人民发言反对政府或政府中某一个人，即为有罪，则只远在二千年前周厉王有监谤之巫，秦始皇有巷议之禁，偶语之刑，汉武帝更有腹诽之罪，彼时固无所谓言论自由也。而廿世纪之民主共和国，似乎不应有此怪现象”[③]。言论自由不仅包括政治言论自由，而且包括其他言论自由。在其他言论自由中，陈独秀针对中国社会假话空话流行的弊端，提倡说老实话的自由。他指出：“个人不说老实话，其事还小；政府使人不敢说老实话，事情已经够严重了；社会不容许人说老实话，则更糟。”[④] 陈独秀认为统一思想的提法在根本上就是同思想言论自由相悖的，是有毒害的不可能实现的幻想。“统一思想信仰，根本是一个荒唐无稽的幻

---

① 陈独秀：《旧党的罪恶》，《陈独秀著作选》第1卷，上海人民出版社1993年版，第493页。
② 陈独秀：《旧党的罪恶》，《陈独秀著作选》第1卷，第494页。
③ 陈独秀：《辩诉状》，《陈独秀著作选》第3卷，第320页。
④ 陈独秀：《说老实话》，《陈独秀著作选》第3卷，第496页。

想。”① 大量历史事例表明，思想不仅不应该统一，而且实际上也统一不了。他笃信马克思主义和社会主义，但并不主张以它们来统一人们的思想，而是提倡不同思想信仰通过充分的言论自由进行竞争。

新文化运动时期对思想言论自由的重视在当时许多学者的思想中都有表现。如高一涵在《共和国家与青年之自觉》一文中就高度强调舆论言论自由的重要性。他说，“道德之根据在天性，天性之发展恃自由，自由之表现为舆论”。“共和国家之本，则在舆论。”高一涵提出，“一须有敬重少数意见与独立意见之雅量，不得多数之威势，抹煞异己之主张。二多数舆论之起，必人人于其中明白讨论一番，不得违性从众，以欺性灵。三凡所主张，须按名学之律，以名学之律为主，不得以一般好恶为凭。”②

李大钊从思想的性质、特点、价值以及思想言论自由等方面，论述了危险思想也应有言论自由的问题，对思想有无危险性的问题，李大钊指出思想本身不具有危险性，与思想相关的危险是人们压迫思想的行为。“思想本身没有丝毫危险的性质，只有愚暗与虚伪是顶危险的东西，只有禁止思想是顶危险的行为。”③ 李大钊认为，思想言论自由是导向光明与真实的途径，只有思想言论充分自由地表达时，才能够保障人生达于光明与真实的境界。“无论什么思想言论，只要能够容他的真实没有矫揉造作的尽量发露出来，都是于人生有益，绝无一点害处。”④ 李大钊认为，禁止思想言论自由犯了使人愚昧和虚伪的罪恶；思想言论自由有利于人们辨别光明与愚昧、真实与虚伪。异端邪说也应该让大家都了解它。如果人人都认为它是异端邪说，大家自然就不会相信它。“假使一种学说确与情理相背，我以为不可禁止，不必禁止。因为大背情理的学说，正应该让大家知道，大家才不去信。若是把它隐蔽起来，很有容易被人误信的危险。”⑤ “禁止人研究一种学说的，犯了使人愚昧的罪恶，禁止人信仰一种学说的，犯了教人虚伪的罪恶性。”⑥ 最后，思想自由本身也是禁止不了的。李大钊指出：“禁止思想是绝对不可能

---

① 陈独秀：《各党派应如何巩固团结》，《陈独秀著作选》第3卷，第472页。
② 高一涵：《共和国家与青年之自觉》，《青年杂志》第1卷第1号。
③ 李大钊：《危险思想与言论自由》，《李大钊全集》第2卷，第344页。
④ 李大钊：《危险思想与言论自由》，《李大钊全集》第2卷，第345页。
⑤ 李大钊：《危险思想与言论自由》，《李大钊全集》第2卷，第345页。
⑥ 李大钊：《危险思想与言论自由》，《李大钊全集》第2卷，第345页。

的，因为思想有超越一切的力量。监狱、刑罚、苦痛、穷困，乃至死杀，思想都能自由去思想他们，超越他们。”① 思想是绝对的不能禁止的自由，具有超越的力量。“你怎样禁止他、制抑他、绝灭他、摧残他，他便怎样生存、发展、传播、滋荣，因为思想的性质力量，本来如此。”② 既然思想自由是绝对禁止不了的，保障言论自由、促成思想自由便是社会文明进步的唯一途径。李大钊还不断地揭露和抨击政府随意侵犯言论自由和出版自由的罪恶行为。

四、人权的内容（之二）——第二代人权社会权的兴起

20 世纪初西方人权理论中第二代人权——社会权开始兴起，新文化运动时期我国“人权”理论的发展与西方人权理论的发展是同步的。

胡适关注通过“社会的立法”增进社会福利。1920 年 5 月在《研究社会问题的方法》一文中，胡适说，欧美各国的工人，都能要求政府立法，因为好些事是他们自己的能力所办不到的，好像身体损伤保险，生命保险，子女的保护和工作时间的规定，都是要靠社会的立法才能办得到的。国家是一种替社会造福的最有用的工具。③

五四运动前后，高一涵的人权观即涵盖了西方人权理论中“第一代人权”的主要方面以及正在形成中的“第二代人权”的一些因素。④ 1930 年高一涵在《政治学纲要》中提出了“人民的基本权利”的概念，将“人民的基本权利”划分为三种。一是消极的基本权利，即人身自由、言论自由、信仰自由、集会结社自由等等。二是积极的基本权利，如一切人民有受最小限度教育的权利，老幼残疾者有享受国家特别救济的权利，劳工阶级有享受国家特别保护的权利等。三是参政权，如选举权、创制权、复决权、罢免权等等。高一涵的这一思想在新文化运动中即已萌发。他认为第一种和第三种是“政治的基本权利”，第二种是“经济的基本权利”，“经济的基本权利”是一

---

① 李大钊：《危险思想与言论自由》，《李大钊全集》第 2 卷，第 345—346 页。

② 李大钊：《危险思想与言论自由》，《李大钊全集》第 2 卷，第 346 页。

③ 参见胡适：《研究社会问题的方法》。

④ 参见高一涵：《政治学纲要》，神州光社刊 1930 年，第 131 页。转引自文卫勇、舒琪琳：《五四前后高一涵的人权思想》，《中共南昌市委党校学报》2004 年第 2 卷。

切人民个个都能享受的最小的普通权利，凸显了经济权利的基础性作用。高一涵阐述了“经济的基本权利”的具体内容，即“全劳动收益权”、“生存权”、“劳动权”。“全劳动收益权”指“凡是劳动者生产的东西，都应该完全归劳动者自己享用”。而“生存权”指的是“人类既已生存，就该有保持生存的权利，不能使一部分人连生命都不能维持”。“劳动权”指“凡有劳动能力的人，在私企业者之下，不能得到劳动的机会者，都有要求给予劳动机会的权利”。高一涵认为，经济问题不解决，政治问题万不能解决，人民得不到经济上的平等权，便不能受政治上的自由权。真正能保障人民经济上的平等权的宪法，可以算作全体人民的“权利书”，真正保障人民全体权利的政治，才可以算作“全民政治”①。

李大钊关于生命权、生存权的讨论反映出他的人权思想具有个人主义和社会主义的双重性质，他关于生命权特别是自杀权的主张，表现出他受到个人主义人权观的影响，他关于生存权特别是劳动权、休息权的主张，表现出他受到社会主义人权观的影响。个人本位主义观点认为生命权为个人拥有，个人有权结束自己的生命。李大钊关于自杀问题的观点便属于个人本位主义的范畴。他在研究各种关于自杀的观点以及自杀原因后得出结论：“人在不与他人以迷惑与烦累的范围内，应该有他处分自己生命的自由”②。李大钊在愤怒谴责社会黑暗的同时声明：“我们应当承认一个人于不直接妨害社会，迷惑他人的范围内，有自己处决他自己的生命的自由权。”③ 生命权应当彻底地是个人的权利，法律和社会既不应剥夺生命权，也不应禁止个人结束自己的生命。这是李大钊的个人本位主义生命权的观点。如果说在生命权问题上李大钊的观点是彻底的个人主义观点的话，那么在生存权问题上，他的观点则具有浓厚的社会主义性质。生命权属于自由权的范畴；而生存权则属于社会权的范畴。在生存权中又可以分出劳动权、勤劳权、休息权、受教育权、团结交涉权、团体行动权等等。李大钊对生存权的这些问题都分别在不同程度上作过论述。李大钊根据当时的社会条件提出了代表劳工运动的“三八”主张，即工作八小时，修游八小时和休息八小时。他指出工作是人所必

① 高一涵：《省宪法中的民权问题》，《新青年》第 9 卷第 5 号。
② 李大钊：《论自杀》，《李大钊全集》第 4 卷，第 35 页。
③ 李大钊：《青年厌世自杀问题》，《李大钊全集》第 3 卷，第 118 页。

需的。工作、修游和休息在李大钊看来都是劳动者应保护的权利。为增进这些权利，李大钊还提出改善工人境遇的其他一些主张，如八小时以外工作加薪；假期停工给薪；男女同工同酬；含有危险性工作应格外优待，取缔童工，多设正当娱乐场所及设备，等等。李大钊关于生命权和生存权的看法，吸收和继承了近代个人主义和社会主义理论的合理成分。①

五、“目的性人权”的萌芽

与第一代人权思想家更强调民权、人权对于民族与国家的意义和重要性相比，新文化运动时期的学者探讨更多的是个性解放与民主政治的实行，肯定个人的价值、自由、尊严，肯定个人享有的各种权利，包括参与国家政治生活的权利。在新文化运动之前，“中国人所理解的民主基本上只是一种政治制度，以为建立民主政治就是成立国会、制定宪法等等，属于单纯的政治构造，而忽视其社会的特别是文化、思想的深层内涵。通过新文化运动的洗礼，人们才真正懂得，肯定个人价值和个性自由，在民众中普遍树立‘自由自主之人格’，乃是建立民主的不可缺少的思想基础。没有个性解放，没有人权意识和自由精神，政治民主就建立不起来”②。

虽然陈独秀等人在肯定个人的自由和欲望、宣扬个性自由个人价值时，仍不时会联系民族与国家的命运、社会的生存发展，仍然自觉不自觉地把人权看作是救国的工具，但他们已经是以一种全新的心态理解了人权以及个人与国家的关系。例如高一涵撰写了《国家非人生之归宿论》一文，指出国家是人为了自身的需要而建立的，国家有保护人民权利的义务，人民权利是国家权力的基础，那种为了国家可以尽损国民权利的主张是本末倒置。③ 在他们的眼里，人权的首要价值是对个人而不是对国家的，人权更多地“意味着人应当把人当作人平等对待，人应按自己的意愿活着；它意味着每一个有良知的人应从自己生存的群体里体验自己的境遇，体验对自己的态度”④。可惜的是，由于迫在眉睫的“救亡”，新文化运动时期的知识人没有能够把价

---

① 参见杜钢建：《中国近百年人权思想》，第145页。

② 徐宗勉、张亦工等：《近代中国对民主的追求》，安徽人民出版社1996年版，第214—215页。

③ 参见高一涵：《国家非人生之归宿论》，《青年杂志》1915年第1卷第4号。

④ 王人博：《宪政的中国之道》，第92页。

值性人权的信念坚持到底，人权最终仍然要被归结为民族复兴与国家富强的工具。

第四节　人权运动中的“人权”概念

引言　人权运动的源起与主要内容

新文化运动之后，中国处于动荡变革之中，社会政治势力和文化阵营都急剧分化。新文化运动的思想启蒙催生了以“人民立宪”来保障人权实践的“省宪运动”。中国早期的人权观念在“省宪运动”中获得了进一步的发展。“省宪运动”始自“自治运动”，以1920年的湖南通电全国宣布自治为运动之始。“自治运动”要求的最高成果是产生一部反映一省民意的“省宪法”，然后在宪政之下达到自治。“省宪运动”失败后，一场更大规模的“人权运动”继之而起。“人权运动”是20世纪20年代末30年代初主要由大学教授发起的要求立宪及以宪法保护人权和进行政治改革的运动，是中国现代史上冠以人权之名、以人权为内容的引人注目的政治运动，集中反映了“人权派”对国家改造的整体性设想。它继新文化运动和“省宪运动”之后，领“民权保障运动”、“冤狱赔偿运动”之先。这五大运动被视为20世纪上半叶中国人权启蒙与人权制度保障的一个小规模演习，基本上完成了由人权启蒙向人权制度保障的转移。

20年代末的中国处于水深火热之中，经济上的贫穷、落后使中国人民的生存权几至不保。蒋介石名义上统一中国施行“训政”，实则推行独裁专制的一党专政，对其他各派思想进行压制和迫害。1929年3月，国民党三全大会正式宣布军政时期结束，训政时期开始，确立孙中山先生的主要遗教“为训政时期中华民国最高根本法”，并通过了《训政时期政府、人民行使政权、治权之分际及方略案》，规定“中国国民党是最高权力机关”，独负全责，于必要时“得就于人民集会、结社、言论、出版等自由权，在法律范围内加以限制，中国国民须服从、拥护中国国民党、暂行三民主义”。三全大会确立了国民党“党治”的独裁统治的合法性。3月26日，上海特别市党部代表陈德征（时任上海特别市教育局长）在三全大会上提出《严厉处置反革命分子案》，提议：共产党、国家主义者、第三党及一切反三民主义分子

均属反革命，对他们“凡经省党部及特别市党部书面证明为反革命分子者，法院或其他法定受理机关应以反革命分子处分之”。针对这一提案，崇尚民主与法治等自由主义思想的胡适便写了一封信给司法院院长王宠惠，问“王博士对此种提议作何感想”，同时又将这封信送给国闻通讯社发表，但被当局检查扣去。几天后，陈德征发表了“不容胡说博士胡说”的评论。[①] 4月20日，国民党下达了一道《人权保障令》。《人权保障令》颁布后，安徽大学一个学长因为语言上顶撞了蒋介石而被拘禁了好几天。后来又有唐山两益成商号的经理被当地驻军一五二旅指为收买枪支而拘去拷打监禁等侵害人权之事。

人权无保障及专制独裁的现实，加上这几件事的发生，使胡适等一些留学欧美归来的大学教授们忍无可忍，于是由胡适率先向国民党发难，1929年5月胡适在《新月》第二卷第二期上发表了《人权与约法》一文，拉开了“人权运动”的序幕。自第二期至第九期，胡适还先后发表了《知难，行亦不易》、《我们什么时候才可有宪法》、《新文化运动与国民党》、《人权与约法的讨论》等文章，罗隆基发表了《专家政治》、《论人权》、《告压迫言论自由者》、《我对党务上的“尽情批评”》，梁实秋发表了《论思想统一》、《孙中山先生论自由》、《资产与法律》（译作），还有黄肇年的《共产主义的历史的评价》（译作）、《苏俄统治下之国民自由》，刘英士的《社会主义之基础知识》，潘光旦的《说才丁两旺》等等。1930年1月，胡适、梁实秋、罗隆基将部分文章选编而成《人权论集》一书，由新月书店出版发行。

“人权运动”是以胡适等为核心的中国自由主义知识分子们在20世纪二三十年代中国思想文化舞台上一次光彩夺目的亮相。他们都受自由主义的熏陶，崇尚西方的自由、民主、人权、法治和宪政，主张人的独立和自主，呼唤人的自由和解放，要求尊重个人的价值和尊严，特别要求保障人的思想自由和言论自由。他们凭着自己的卓越理性、社会良知、真诚信念和独立的人格，对当时的社会问题真诚思考、大胆发言，对国民党的一党专政、专制独裁、压迫异己、侵犯人权的种种行径忍无可忍而大声反抗，揭露中国“人权破产”、“分赃政治”的状况，阐释人权的基本理论，针对国民党统治下人权

① 参见胡适：《人权与约法》，《新月》第2卷第2期。

无保障的现状提出了系统的人权主张。从他们对人权概念的表述、人权内容的分析、人权价值的把握中不难看出，他们已经领悟了人权的真义，并且真诚地为人权的实现努力奋斗。他们对人权的理解和阐释，对今天中国的人权研究和人权建设具有十分重要的理论价值和现实意义。

一、人权的主体——普遍的个体

人权派常用的表述人权主体的语词有“人民”、“国民”、“全民”，偶尔也用“公民”、“人类”、“私人”、“各个”等。如胡适在《人权与约法》中说：“我们今天最感觉痛苦的是种种政府机关或假借政府与党部的机关侵害人民的身体自由及财产”；“我们就不知道今日有何种法律可以保障人民的人权”[①]。在《我们什么时候才可有宪法》中说：宪法的大功用不但在于规定人民的权利，更重要的是规定政府各机关的权限；人民需要的训练是宪法之下的公民生活。[②] 罗隆基在《论人权》中说：承认中国人民人权已经破产；人权是人民生活上必要的条件；人权就是人类做人的一切必要的条件；人权，是人的生命上一些必要的条件，是人的生活上一些必要的条件；国家的主权在全体国民；法律是人民公共意志的表现；人民在法律上一律平等；国家应保障国民私有财产；人权的首要原则在保障人民的生命；国民有劳动权；人民有工作权；工人有罢工权等等。

虽然用语多样且常用“人民”这样的集体性语词来表达人权主体，但从人权派的思想中可以看出，人权派所理解的人权主体是个体而不是集体。这是由人权派的自由主义背景所决定的。人权派所归宗的是完全的外来的自由主义，人权派的“人权运动”也是自由主义长期浸润的结果。人权派的领军人物胡适在留学美国期间师从杜威，是美国新自由主义的忠实信徒。胡适曾总结道：“我的思想受两个人的影响最大：一个是赫胥黎，一个是杜威先生。赫胥黎教我怎样怀疑，教我不信任一切没有充分证据的东西。杜威先生教我怎样思想，教我处处顾到当前的问题，教我把一切学说理想都看作待证的假

① 胡适：《人权与约法》，《新月》第2卷第2期。

② 参见胡适：《我们什么时候才可有宪法?》，《新月》第2卷第4期。

设，教我顾到思想的结果。这两个人使我明了科学方法的性质与功用。”[①] 胡适借鉴了杜威对“新个体主义”的论述，并将其吸收转化为“健全的个人主义”。借助于介绍易卜生的思想，胡适阐释了自己对个人主义的看法，认为“健全的个人主义”对个人提出的第一个要求就是个性解放和个人自由，摈弃所有旧道德和旧传统，使人真正成其为人。胡适阐释“真的个人主义”具有两大特征，“一是独立思想，不肯把别人的耳朵当耳朵，不肯把别人的眼睛当眼睛，不肯把别人的脑力当自己的脑力；二是个人对于自己思想的结果要负完全责任，不怕权威，不怕监禁杀身，只认得真理，不认得个人利害”[②]。杜威的新和平主义思想则影响着胡适反对暴力革命，主张一点一滴的社会改良。胡适认为，社会改造的决定性力量来自具有健全人格和自由独立精神的个人，而“树人”之道则在教育。社会改良不可能一蹴而就，他说：“就我个人而言，我更喜欢一步步做起。我已认识到，没有通向政治体面与政治效率的捷径。中国的革命者们也想得到这两样东西，但他们是想通过一条捷径——通过革命，来得到它们。我个人的观点是：‘无论发生什么事，让我们去教育我们的人民。让我们为我们的后代打下一个他们可以依赖的基础。’”[③]

人权派的另一位主要人物罗隆基则宗奉费边社主要成员、英国著名工党政治学者哈罗德·拉斯基。拉斯基的思想可以说是自由主义、改良主义和民主社会主义的混合。作为一位自由主义者，拉斯基极为重视个人的自由与幸福，认为社会组织和国家的目的就是设法使人们所享有的一系列自由权得到充分的保障，为此国家必须推行民主政治，公民必须享有充分的思想言论出版结社集会等一系列自由。[④] 作为一位民主社会主义者，拉斯基主张国家的职能不仅仅满足于不侵犯公民的政治权利，还要积极创造条件解决生产资料私有带来的社会贫困和两极分化问题，并通过改良来渐进地达到社会主义。[⑤] 拉斯基的思想对罗隆基、王造时等产生了深刻的影响。

---

① 胡适：《介绍我自己的思想》，见欧阳哲生编：《胡适文集》（五），北京大学出版社 1998 年版，第 508 页。

② 胡适：《非个人主义的新生活》，《新潮》第 2 卷第 3 号，（1920 年 4 月）。

③ 胡适：《胡适留学日记》（三），《胡适作品集》第 36 册，第 250—251 页。

④ 参见［英］拉斯基：《现代国家中的自由权》，商务印书馆 1959 年版，第 46 页。

⑤ 参见［英］拉斯基：《国家的理论与实际》，王造时译，商务印书馆 1959 年版，第 44 页。

二、人权的概念与属性——做人条件说与人权的时间性、空间性

人权派所理解的人权既不是建立在神学和自然法基础之上，也不是建立在功利主义基础之上，其人权的理论基础是实用主义。人权派认为人权就是一些做人的“权”，人权是做人的那些必要的条件。[①] 人权是做人所必需的一些条件，是人之为人的必要条件，亦即人的生命和生存的需要。做人的条件包括这样几个层次：第一，做人要有生命，维持生命是做人的出发点。而要维持生命，就要有衣、有食、有住，所以谋取衣、食、住的机会，就成了做人的必要的条件，这一部分表现为工作权。第二，是身体安全权。第三，维持生命并不是做人的唯一目的，做人还要有做人的快乐，培养人格、发展个性也是做人的条件。最后，个人始终是人群中的一分子，个人的幸福与人群全体的幸福发生着连带关系，因此达到人群可能之至善也是做人的条件。因此罗隆基把人权定义为：“人权是做人的那些必要的条件。人权是衣、食、住的权利，是身体安全的保障，是‘个人成至善之我’，享受个人生命上的幸福，因而达到人群完成人群可能的至善，达到最大多数享受最大幸福的目的上的条件。”[②]

针对当时有人提出的人权已经过时、“人权二字当不能再留于吾国目前约法之中”的说法[③]，罗隆基对人权与民权作了区分。他认为，人权是做人的权利，民权是在政治的国家里做国民的权利。有不是国民的人，但没有不是人的国民。所以，人权比之民权范围更大、更重要、也更为基本。可以说，人权包含民权，民权只是人权中偏重政治的一部分。“要做民，更要做人；要民权，更要人权。”[④]

人权派认为，人权具有时间性和空间性。人权是人的生命上和生活上的一些必要的条件，而人的生活上的要求是随时间、空间变化各有不同。在某个时代或某个地点，人们生活上的条件，某几项已经具备了，某几项依然缺

---

① 参见罗隆基：《论人权》，《新月》第 2 卷第 5 期。

② 罗隆基：《论人权》，《新月》第 2 卷第 5 期。

③ 参见章渊若：《约法刍议》，《时事新报》1929 年 4 月 9 日，转引自罗隆基：《人权，不能留在约法里?》，《新月》第 3 卷第 7 期。

④ 罗隆基：《人权，不能留在约法里?》，《新月》第 3 卷第 7 期。

乏，人们要求的内容和奋斗的趋向，不能不受环境的支配。人权派主张的人权，绝对不是抄袭欧美人的陈物，这也是由人权的时间性和空间性决定的。[①]

人权派认为在中国现状之下缺乏的做人的必要的条件，即为目前所必争的人权。假使仿照英国大宪章的办法，那么目前中国恐怕列举三千条也不算多。罗隆基暂时提出了35条（实际上只有34条，第26条缺）拟为“做国内拥护人权的人的参考”[②]。这34条人权主要包括以下内容：参政权、私有财产权、劳动权、生命权、受救济权、人格权、尊严权、受教育权、思想言论出版集会自由等等，以及主权在民、法律面前人人平等、司法独立、法律正当程序、法律不溯及既往等等重要原则。

三、人权的内容（之一）——生命权与人身安全

人权派认为，生命权与人身安全权是最基本的人权。他们把保障人的生命与安全作为政治组织或国家义不容辞的责任。人权是做人的条件，要“做人”，首先要有生命，维持生命是做人的出发点。要维持生命，就要满足人在衣食住等各个方面的生理需求，要为人们创造获取衣食住的机会，因此就衍生出劳动权。要维持生命，还有赖于他人对你生命权的尊重，尤其是国家政府的尊重和保护。人权派的首要人权就是维持人的生命和人身安全，国家的功用在于保障人权，首要就是保障人民的生命安全。国民维持生命的方法，是用劳动力去换取衣食住的条件，因此国家就有责任供给人民劳动的机会，国民失业就是国家失职。政府在灾荒年月赈济灾民不是慈善事业，而是国家在保障人权上应尽的义务。对生命的剥夺，必须经过合法的程序，“任何国民，凡未经法庭判处死刑者，国家任何官吏，不得以命令处任何人死刑”。当时的中国，在蒋介石的法西斯独裁统治下，国民的生命与人身安全都得不到保障，无数人被随意逮捕、羁押、施以酷刑甚至杀害。加上连年战祸，自然灾害频仍，经济趋于破产，人民极度贫困，民不聊生。人权派认为，国家的功用在于保障人权，而首先要保障人民的生命和人身安全，但国民政府都未尽到职责，国家失职。

---

① 参见罗隆基：《论人权》，《新月》第2卷第5期。

② 罗隆基：《论人权》，《新月》第2卷第5期。

四、人权的内容（之二）——思想、言论自由

在所有的人权中，人权派最重视的是自由，在自由中，人权派又认为最重要的人权是思想言论自由。

罗隆基认为，自由两字是指自己自主地发展，自由的秘诀是勇气，对他所知为错误的事情缄默不言的人不算自由的人。[①] 革命只是要拿回我们的自由，并不主张剥夺他人的自由。革命是在求公平，不是求报复。[②] 自由的范围包括生命、财产、契约、言论、集会、信仰、家庭生活等，国民自由就是这些自由的总称。[③] 个人自由与国家并非是绝对不相容的，团体缺乏团结力，并不完全是由于个人自由充分的缘故，而是另有政治、经济、社会、地理、历史、种族的原因。强迫人民牺牲他们的自由，而自由牺牲之后就不一定有团体自由，“十个奴隶加起来不是一个自由人”。个人的自由与国家的自由并不是相冲突的。国家在国际关系上应该有它的自由，个人在国家团体里应该保存他的自由。国民要合作、要互助、要团结，然后国家才可以在国际上站得住，国家才可以有自由。一个自由的国家可以保障个人的自由，个人无自由，这样的国家是不值得爱护的。中国，在国际上应争国家的自由，国内，应用法律来范围政府的行动，规定执政人员的职权，以保障并增加个人的自由。[④] 争个人的自由，便是为国家争自由；争个人的人格，便是为国家争人权。自由平等的国家不是一群奴才建造得起来的。[⑤]

人权派认为思想言论自由是最重要的人权。言论自由之所以成为人权，根本原因是它的功用。它是做人所必须的条件。[⑥] 是人就有思想，有思想就要表现他的思想，要表现他的思想，他非要说话不可，他要说自己要说的话，说他要说的话就是发展个性、培养人格的道路。这是“成至善之我”的门径。有了言论自由，才可以把思想贡献给人群。这是人对社会的责任，是人群达到至善的道路，是人群最大多数享受最大幸福的道路。

---

① 参见［英］拉斯基：《服从的危险》，罗隆基译，《新月》第3卷第5、6期合刊。
② 参见罗隆基：《汪精卫论思想统一》，《新月》第2卷第12期。
③ 参见黄馨年：《苏俄统治下之国民自由》，《新月》第2卷第6、7期合刊。
④ 参见于季：《两句不通的格言》，《新月》第3卷第2期。
⑤ 参见胡适：《介绍我自己的思想》，《新月》第3卷第4期。
⑥ 参见罗隆基：《论人权》，《新月》第2卷第5期。

人权派认为，言论自由就是“有什么言，出什么言，有什么论，发什么论的意思，言论本身绝对不受何种干涉”①。用命令禁止言论，是非法的行动，是违背言论自由原则的。即使立法机关、司法机关用法律的招牌来范围言论，也是违背言论自由原则的。言论自由就是指法律不得干涉言论而言的。言论的本身是绝对不受法律限制的。法律不能干涉言论，只能迫言论者负言论的责任而已。言论自由不应有度量或多少的限制。② 压迫言论自由的危险比言论自由的危险更危险。真正好的主张及学说，不怕对方的攻击，不怕批评和讨论，取缔他人的言论自由，适见庸人自扰。对方的攻击，果能中的，取缔他人的言论自由，是见敌而怯。适足以示弱，适足以速亡。可以说，思想自由是一切思想的自由，是绝对的自由，不能说一些种类的思想可以绝对的自由，而另一些种类的思想是相对的自由。③

五、人权的内容（之三）——财产权的保障

人权派也非常重视财产权与工作权等经济社会权利。财产权是实现包括生命权在内的其他权利的重要工具。罗隆基认为，国家应该保障公民的私有财产，一切不经法定手续的没收都是侵犯人权。国家对任何国民的一切没有相当报酬的强迫劳动，都是对国民财产的侵占。人民在赋税、公债等经济上的付出，及国家财政的预算决算，国家对外举债、缔结关系到国家或一部分国民财产的条约，都必须经过人民直接或间接的同意和承认。全民向国家提供的供给，必须用于涉及全民的事业，不经法定手续，不能移充任何个人或任何私人团体的费用。国家财政应绝对公开，国家的财政行政与财政审计应绝对分列且地位平等，同时向国家负责。军队由全民供养，所以军队的费用也应列入国家预决算，经过人民直接或间接的同意。军队的责任在保护全民的权利，军队对私产的侵犯，如霸占民房、强迫差役或勒索供应，均为侵犯人权的举动。由此造成国民财产上的损失，国民有向政府提出赔偿的权利。人权派谈及关涉国民财产权的问题时，更多地讨论了政府财政问题，认为财产权的保障起自对财产管理权的争取。罗隆基说，“我们如今不埋怨政府的

---

① 罗隆基：《告压迫言论自由者》，《新月》第2卷第6、7期合刊。
② 参见罗隆基：《告压迫言论自由者》，《新月》第2卷第6、7期合刊。
③ 参见罗隆基：《汪精卫论思想统一》，《新月》第2卷第12期。

苛捐杂税，只问政府的一切收入，得到了人民的同意了没有？不责备政府的虚耗白费，只问政府的一切开支，得到了人民的同意了没有？如今政府的一切收入和开支，姑无论帐目怎样，法律上的根据在哪里？”罗隆基提出：“我们如今的要求，还是财政部在国家的收入和支出上一个预先的通盘的计划，我们要我们应有的财政管理权。”①

六、人权与国家、宪法、法治、宪政的关联

人权派认为人权是先于国家和法律而存在的，国家和法律的功用与目的在于保障人权。国家存在的价值，完全以它功用的效能大小为转移。人民对国家服从的重要的条件，就在保障人权，保障人民生命上那些必须的条件，什么时候国家这个功用失掉了，人民对国家服从的义务就告终了。国家失去功用的理由，最大的是国家为某私人或某家庭或某部分人集合的团体所占据。它的功用改变了它的本性，它就成了某个人或某家庭或某私人团体的国家。它就变成了某个人或某家庭或某私人团体蹂躏大多数国民人权的工具。人要做国民，人更要做人。人的义务，要在社会上做人，不止在国家做民。国家承认我们在社会上做人的必须的条件，就是承认人权。② 罗隆基的人权理论根植于社会而不是国家，将社会、人与国家、公民两对范畴相比较来论证人权的地位。

法律是为保障人权而产生的，法律是人权的产物。只有人民自己制定的法律，人民才有服从的责任，这是人权的原则之一。法律的目的在谋最大多数的最大幸福，只有人民本身，才知道他们本身的幸福是什么，才肯为他们本身谋幸福。人权与法律关系的结论就是：法律保障人权，人权产生法律。到了人民所要的法律不能产生，或者产生了法律失了效力的危险的时候，人们就得运用革命人权。革命的人权永远在人民手里，是人权最后的屏障。

人权派认为人权只有在法治确立之下才能得到保障，法治的确定首先要制定宪法，宪法是法治的基础，因之宪法是人权保障的前提。人权的保障除了依赖宪法规定外，还必须有相应的救济手段。宪法也是宪政的基础和起

---

① 罗隆基：《我们要财政管理权》，《新月》第3卷第2期。

② 参见罗隆基：《“人权”释疑》，《新月》第3卷第10期，《讨论》栏。

点，宪政是一个过程，而不是一个点。宪法是宪政的一种工具，有了这种工具，政府、人民都受宪法的限制，政府依据宪法统治国家，人民依据宪法得到保障。有逾越法定范围的，人民可以起诉，监察院可以纠弹，司法院可以控诉。宪法有疑问，随时应有解释的机关，宪法若不能适应新的情势或新的需要，应有修正的机关与手续。修正的机关和手续应受人民与舆论的监督，党也应该遵守宪法，受宪法的约束，否则党就成为特权阶层，法治就不成其为法治。党与遵守宪法并不相冲突，宪法可以成为党的纲领和主张的载体，宪法可以实现党的宗旨。① 人权派认为，国民党应该觉悟宪法的必要，参加约法运动，否则国民的自由便没有保障，国民党便只能受武人军阀的摧残与支配。宪法与训政不矛盾，训政必须依靠宪法才能真正完成。训政之下须有宪法，宪法规定人民有参政能力，人民参政的过程本身就是一种最好的训政。② “民治制度的本身就是一种教育”，“民治制度本身便是最好的政治训练”，“宪政之治正是唯一的入塾读书”，“唯其不会入塾读书，故急须读书也”③。宪法的主要目的不仅仅在于规定人民的权利，更重要的是规定政府各机关的权限。④ 只有政府和党遵守宪法和法律，才能去要求公民遵守宪法和法律，因之政府官吏和党员知法、懂法、守法、护法，是实行宪政和法治的首要问题。⑤ 法治有以下三层意思：第一，法治的真义是执政者的守法。第二，法治的重要条件不止在国家的基本大法上承认人民权利至上的原则，而在原则施行上要有审慎周详的细则。法治要注重“法定的手续”。第三，在法治的国家，一切罪案要于法律上有详确定义、肯定的范围，亦即罪刑法定。⑥

《新月》杂志掀起的人权问题讨论是20世纪几次人权讨论热潮中最引人注目、最具有理论意义的一次。“人权运动”的代表人物胡适在现代中国文化革新中的重要地位已为世所公认。他对于当时中国的重大社会、政治、文化、思想问题的自由主义观点具有开风气的作用。可以毫不夸张地说，胡适

---

① 参见胡适：《我们什么时候才可有宪法》，《新月》第2卷第4期。
② 参见胡适：《我们什么时候才可有宪法》，《新月》第2卷第4期。
③ 胡适：《我们什么时候才可有宪法》，《新月》第2卷第4期。
④ 参见胡适：《我们什么时候才可有宪法》，《新月》第2卷第4期。
⑤ 参见胡适：《我们什么时候才可有宪法》，《新月》第2卷第4期。
⑥ 参见罗隆基：《什么是法治》，《新月》第3卷第11期。

是中国自由主义人权思想的旗手。由严复引入、由陈独秀开创的自由主义人权思想路线在胡适这里趋于成熟。如果说严复和陈独秀在倡导自由主义人权观的同时，都不同程度地发生过动摇，出现过游离和徘徊，那么胡适在人权问题上的自由主义观点则始终如一，毫无保留。

人权派的自由主义人权观是20世纪上半叶人权思潮的最高峰。人权派夹在国共两党之间，两面不讨好，最后以失败告终。但人权派发动的“人权运动”，是中国历史上最有价值的一次人权思想的启蒙运动。人权派提出的关于人权、自由、民主、法治、宪政、训政等等理论，以及关于经济、教育、人口、财政等各方面的改革设想，即使在今天也仍有极大的借鉴意义。

第五节　三四十年代的制度性“人权”概念

北伐胜利之后，国民党掌握了全国政权，开始排除异己、实行一党独裁的专制统治。在国民党的专制独裁之下，中国的人权状况每况愈下。日本帝国主义自1931年起开始了侵华活动，至1937年起全面侵华。三四十年代的中国已经过了新文化运动的启蒙，人权思想已经有一定的传播。对内反对国民党侵犯人权的种种暴行，对外抗击日本侵略、追求独立自主，这两大人权追求互为表里、相辅相成，出现了民权保障同盟这样的人权组织，有冤狱赔偿运动、人权运动这样的人权活动。抗日战争胜利后，中国共产党与民主人士把争取人权、反对内战、民主建国作为人权斗争的目标。三四十年代成为中国百年人权发展史中人权思想与人权活动十分活跃的一个阶段。

一、民权保障同盟的“人权”概念——政治性人权

1932年12月18日，宋庆龄与蔡元培、杨杏佛、黎照寰、林语堂等5人联名发表宣言，10天后举行中外记者招待会，发起组织了民权保障同盟。宋庆龄担任主席，蔡元培、杨杏佛、鲁迅、林语堂、邹韬奋、王造时、胡适、蒋梦麟等等一大批学者义无反顾地站到了人权的旗帜下，为人权奔走呼号。他们中有自然科学家、社会科学家、作家、新闻记者、编辑、出版家、律师，几乎都是各个领域第一流的人物，包括了当时的左、中、右各种政治

倾向的人士。[①] 民权保障同盟的活动是中国又一次争取人权、保障人权的集体壮举。

民权保障同盟的宗旨为："以唤起民众努力于民权之保障"[②]，以呼请、抗议、致信、通电、视察、面求等方式进行人权保障活动。同盟宗旨第一项中说，"为国内政治犯之释放与一切酷刑及蹂躏民权之拘禁杀戮之废除而奋斗。本同盟首先致力于大多数无名与不为社会注意之狱囚。"[③] 同盟首先以对政治犯的释放要求为主要目的，至少也要"予国内政治犯以法律及其他之援助，并调查监狱状况，刊布关于国内压迫民权之事实，以唤起社会之公意"[④]。除对政治犯的特定救助活动和对狱囚的关注外，同盟还主张"协助为结社集会自由、言论自由、出版自由诸民权努力之一切奋斗"[⑤]。

民权保障同盟把人权与民权两个概念作了明确区分。与政治相关的权利称为民权，与政治无涉的权利称为人权。民权保障同盟认为，政治性权利与其他权利相比更为重要，因此民权保障特别以政治犯受侵犯的政治权利为保障和救助对象。民权保障同盟对人权的追求是超越国界的。同盟成员就包括左翼外国记者史沫特莱。1933 年 5 月 13 日，宋庆龄、蔡元培、杨杏佛、林语堂、鲁迅、史沫特莱等同盟领导人，代表中国民权保障同盟到德国驻上海领事馆递交抗议书，抗议德国法西斯惨无人道地蹂躏人权的罪恶行径、谴责希特勒对犹太人的迫害和屠杀。

1933 年 6 月 18 日，民权保障同盟总干事杨杏佛被国民党暗杀，之后同盟停止活动。中国民权保障同盟存在的时间虽然仅仅半年，但他们对民主、人权尤其是政治权利和自由的追求，在国内外得到了普遍的同情和支持，产生了极大的影响。

二、冤狱赔偿运动中的"人权"——冤狱救济权

30 年代中期，全国律师协会及各地律师公会等法律职业团体为主体，

---

① 参见傅国涌：《文人的底气——百年中国言论史剪影》，云南人民出版社 2007 年版，第 158 页。

② 《中国民权保障同盟章程》第二条，见《中国民权保障同盟》，中国社会科学出版社 1979 年版，第 3 页。

③ 《中国民权保障同盟》，第 3 页。

④ 《中国民权保障同盟》，第 3—4 页。

⑤ 《中国民权保障同盟》，第 4 页。

发起了一场旨在消除冤狱和使受冤人获得国家赔偿的人权救济运动，即冤狱赔偿运动。

1927 年 5 月 27 日，南京国民政府刚刚建立，上海律师公会就呈文建议制订人权保护制度，通令施行。呈文指出："依出庭制度，凡人被官署拘押者，必须在 24 小时内解送法庭审问。否则，被押人及其亲友得提出法庭状，请求法庭提审。未决拘留赔偿制，对于被拘押人最后确定判决宣告无罪者，其因拘押所受之损失，由告诉人、告发人或国库负赔偿责任，并登报恢复其名誉。"① 1931 年全国律协第三次代表大会通过了"建议政府对于过误裁判施行国家负责赔偿责任之制度案"。1933 年第五次代表大会又通过了沈钧儒等人合提的"请立法院即颁制冤狱赔偿法案"的提案，该提案上达立法院后被搁置。1934 年律协第六次代表大会在广州举行，会议决定设立以沈钧儒为首的冤狱赔偿特别委员会，随后又组成了由 41 人为委员的"冤狱赔偿运动委员会"，正式启动了冤狱赔偿运动。

"冤狱赔偿运动委员会"确定的冤狱种类有：（1）过失冤狱。此类冤狱大都由证据不足、侦查不细、审理不周等类原因所致。（2）故意冤狱。此类冤狱大都因抹煞事实、采证不公、司法贿赂、舞弊枉判所致。（3）权威冤狱。此类冤狱系指个人操纵、党部指命、权力干预所致。全国律协所办之《法学丛刊》于第 3 卷第 3 期出版《冤狱赔偿运动专刊》，从理论上指导各地律师公会开展运动，确定每年 6 月端午节所在周为"赔偿运动周"，6 月 5 日为冤狱赔偿运动日。上海律师公会是这场运动的主角，律师们分赴报社、电台及影戏院等公众场所发表演讲和发送冤狱赔偿法的宣传品，运动获得了社会各界广泛的同情与支持。《申报》评论说："以期实现国家赔偿制度，而使冤狱者得有所救济。此种保障人权之运动，诚最近值得注意之事件。"②

冤狱赔偿运动的直接诉求是请定国家赔偿法律。1935 年 5 月 5 日，冤狱赔偿运动委员会在苏州召开第一次全体委员会议。会议审查通过了《冤狱赔偿法草案》、《冤狱赔偿运动工作大纲》和《冤狱赔偿宣言》。"草案"共 16 条，详细规定了冤狱赔偿法律关系的成立、赔偿的义务主体、赔偿的对象以

① 《上海律师公会建议人权保护制度案》，《法学丛刊》1930 年 3 月创刊号。

② 《申报》1935 年 5 月 16 日。

及赔偿的程序等。[①] 这是我国第一部旨在保障人权，实现国家赔偿冤狱的法律草案。1936 年 5 月 5 日，国民党公布《中华民国宪法草案》，简称《五五宪草》。《五五宪草》第二章人民之权利义务写入了国家赔偿制度的专条："凡公务员违法侵害人民之自由或权利者，除依法律惩戒外，应负刑事及民事责任，被害人民就其所受损害，并得依法律向国家请求赔偿。"[②] 以此为据，1937 年 1 月，国民党中央政治会议决定由立法院起草冤狱赔偿法，6 月 2 日案成，案名为《无罪被押受刑补偿法》，6 月 25 日下午立法院举行临时会议审议该案，结果决议该案"重付法制、刑法两委员会审查"，这一决定拖延了《冤狱赔偿法》的通过。不久，发生卢沟桥事变，抗战爆发，《冤狱赔偿法》被迫搁置，冤狱赔偿运动也自行终止。

冤狱赔偿运动的一个积极结果是推动中国起草了历史上第一部国家赔偿法草案，《五五宪草》也因规定了国家赔偿内容而被评价为除临时约法之外的国民政府制定的最好的一部宪法草案。《无罪被押受刑补偿法》最后虽然并未正式颁布实施，但冤狱赔偿运动无疑已经唤起了民众人权救济的意识，也为公权力的滥施无度划定了一个警示的界限。

冤狱赔偿运动表明，人们对人权的认识已从文化和概念上升为制度，追求人权的制度性保障。用运动发起者的话说就是"若无冤狱赔偿制度，则所谓人权保障，仅属粉饰文明"[③]。没有救济的人权是虚假的，这种认识是人权观念的一次升华。

三、抗战时期"人权运动"中的"人权"概念（之一）——人权就是做人的权利与要求

抗战时期，大批文化人避居香港。1938 年初民主人士周鲸文来到香港创办《时代批评》半月刊。1941 年《时代批评》杂志发起人权运动征文，出版《人权运动专号》（73 期和 74 期合刊），栏目包括"人权运动的理论"、"摧残人权的事实"、"怎样展开人权运动"、"人权运动的广大意见"等，共

---

① 参见《法律评论》第 12 卷第 32 期，1935 年 6 月 9 日；《冤狱赔偿运动今日举行扩大宣传》，《申报》1935 年 6 月 5 日。

② 《中华民国宪法草案》第 26 条。

③ 《申报》1936 年 6 月 7 日。

有一百多篇文章，基本上代表了40年代初人们对人权的理解。

关于人权主体，他们提出了人权享有者的范围应扩大，提出了很有中国特色的“老百姓权”。指出“过去人权运动所争取的是属于一部分人类的人权，不是属于全体人类的人权”，现在的人权运动尤其要关注劳苦大众们的人权。人权的主体是“不问阶级，地位如何”，“应当不论年龄、性别、籍贯、家财等等。凡是人，便可以享受人权。”对于当时要求妇女“回家庭去”的论调及一些政府部门禁用女职员的通令、消息，他们也提出了针锋相对的批评，要求“所有的职业部门一律向妇女开放，对于职业妇女的怀孕和生产更切实加以保护，普遍的设立托儿所，解除职业妇女的困难，争取独立的经济权，保障妇女救国的自由”①。

在《人权运动纲领》中，周鲸文说：“我们——中国善良的人民，为了挽救国家民族，为了恢复自己作人的权利，面对着祖国的危机与黑暗，不能不喊出愤怒的吼声，不能不表示斗争的行动”。《人权运动纲领》明确指出，人权是“作人的基本权利”，号召大家要“以人的资格”努力奋斗，对外反抗帝国主义、抵抗侵略，对内反抗封建势力、专制独裁，并反对绝对主义的文化思想的统治，反对人剥削人的经济制度，要求“神圣不可侵犯的作人的权利”②。《人权运动纲领》分析了人与社会、国家的关系，认为人的社会的最崇高的意义，就是使每个人都活得美满愉快，都活得像人。只有使每个人都活得像人，这个社会才有光明。国家的存在是为人，人的存在不是为国家。我们每个人是为自己活着，同时为别人活着。活着要成为一个“人”，就要以“人的资格和国民的身份”在公共生活中享受下列权利：个人的生命权、身体自由权、居住自由权、思想自由权、言论出版的自由权、信仰的自由权、集会结社自由权、职业自由权、公开审判权、反对暴力权、最低生活资料的享用权、管理国家事务权。这些是人的基本权利，是做人的权利。没有这些权利，人就不能活得像人。保障了这些权利，不仅人才能活得像人，而且社会才能进步、文化才能开发、民族的解放才可期待、国家的伟大才有了正确的基础。

在人权的来源问题上，从《人权运动专号》中的文章来看，当时大多数

---

① 曹国智：《妇女与人权运动》。

② 周鲸文：《人权运动纲领》。

作者对天赋人权持批判的态度。如张友渔指出，“在当时反封建压迫的民主革命运动上，这种天赋人权说确曾发生伟大的摧毁恶势力的效用，但它的理论基础和事实根据，自今天看来，却都是不稳固的。”“民权不是自然的产物，而是历史的产物，不是天所赋予而是人的斗争的成果。这种主张，无论在理论上或事实上，都是正确的。”① 他们认为天赋人权这一“玄学色彩浓重极了”的理论具有伟大的历史功绩，但它是有缺陷的，“人权须是政治的而非自然的”，因此“Natural right”应为“Political right”所代替。

《时代批评》杂志还专门辟了一个栏目来批判国民党政府对人民权利的侵犯，包括对言论、出版、研究、讲学各方面的限制。从人权运动中的文章来看，当时“人权”、“自由”、“民主”、“社会主义”等等都是一些很有号召力的概念，人权的观念已经是广为流传、深入人心，人们关注的人权问题涉及政治、经济、文化等各个方面和社会各阶层，关注的问题都非常现实，但对人权的基本理论问题基本上没有太多深入的讨论。马克思主义者与自由主义者在这一观点上所持的人权观念非常相似，我们已经很难以一般的标准——如自由主义者主张“第一代人权”优先于“第二代人权”，而马克思主义者则相反；又如自由主义者主张自由权，马克思主义者主张生存权等——来作出区分，顶多只能以实现人权的途径——是否通过暴力革命消灭私有制实现社会主义——来区别。出现上述特点的原因大致有两个，一是抗日统一战线的建立，在人权这样敏感的政治问题上各派思想的主张趋于中间化；二是当时中国出现的人权观念已经与世界同步。②

抗战时期，西方人权已经发展到第二个阶段，即已经从要求第一代人权即公民政治权利发展到要求第二代人权即经济、社会、文化类权利。抗战时期中国的人权运动从哪里开始、以什么为主要诉求，《人权运动专号》的作者对此展开了讨论。一些人认为尽管人民的生活很糟糕，但最缺乏的还是政治权利尤其是言论自由、集会自由、结社自由等权利，主张中国的人权运动要从头开始。如金仲华在《保障舆论与保障人权》中说，思想与言论自由乃是最基本的人权，这种基本的人权受到限制，人类就成了精神上的囚徒，等

---

① 张友渔：《人权运动与三民主义》，见周鲸文、邹韬奋等：《论人权运动》，合新出版公司 1941 年版。

② 参见文卫勇：《抗战期中的人权诉求》，《江汉评论》2006 年第 5 期。

于失去了灵魂的木偶。大部分作者在肯定第一代人权的重要作用的同时，认为当前的人权运动要定位于后者。社会主义思潮对当时中国人权观念的影响非常大，《人权运动专号》较普遍地关注了无产阶级（或劳苦大众）的经济权利、生存权利及权利的实现等。周鲸文在《人权运动纲领》中说，最重要的是“反对人剥削人的经济制度”。沈志远在分析今日人权运动的特质时提出，20 世纪的人权运动与过去的人权运动相比，在性质、规模、任务和对象上都完全不同，20 世纪的人权运动的主导权在产业庶民阶级的手里，其对象不是一国之内的横暴者，而是统治和奴役全世界人类的暴力统治和金融贵族。只有消灭一切人对人的剥削，人类才有真正的自由平等可言。①

四、抗战时期“人权运动”中的“人权”概念（之二）——人权与抗战

在人权运动中，人权与抗战关系是一个重要的主题。许多文章直言揭露当时人权无保障的事实、批评政府排除异己、以抗战为理由限制人权，认为人权能够促进抗战而不是阻碍抗战，人权能够促进抗战力量的整合和增强，为了抗战坚持到底，每一个人都不能被歧视、被排斥、被迫害，首先要争取国民应有的一切权利。

如茅盾说：“敌人在沦陷区的欺骗麻醉的工作，有非空洞的民族意识的宣传所可抵制，老百姓虽没有学问，却懂得人与奴之分，敌人要使他们为奴，我们便当使他们为人，给以人权，使为自己的主人，明白了是给自己打仗，那就是持久抗战的必要之道。所以在今天提出人权运动就是加强抗战的力量。”② 邹韬奋在《党派与人权》一文中批评国民党压迫摧残“异党分子”，认为“人权必须得到保障，然后才能巩固党派团结。党派的团结合作，可以继续保证人权能切实得到保障”。他们讥评当时的抗战是“党办抗战”，中国是“民主其名，专制其实”。

韩幽桐指出，人权是民主政治的基本内容，人权运动是民主政治的初步运动和启蒙运动。人权运动必然发展为民主运动，民主运动也常以人权

---

① 参见沈志远：《人权运动与民族解放》。

② 茅盾：《人权运动就是加强抗战的力量》。

运动为基础。即便是在抗拒外辱的严重时期，人权和民主仍然是值得追求的价值。韩幽桐还对有人提出的在战争期间政治宜独裁不宜民主、人权更没有必要保障的观点进行了批驳，认为在当前的抗战中，人民和国家的利益是一致的，没有矛盾，保障人权也并不会妨碍国家的御侮行动。恰恰相反，只有保障人权才能使人民勇于发挥他们对于国事的意见，集思广益，集中人力共御外侮。[①] 在抗战时期，宪政建设不仅不能停止，而且还要加强加紧。

人权要靠人们努力去争取。对争取人权的手段有很多不同的主张，有的主张在法律范围内通过合法的手段，有的主张暴力革命，有的主张废除私有制走社会主义道路。基本可以区分为自由主义人权观和共产主义人权观。例如董秋水在《人权斗争论》中主张，争取和保障人权基本的出发原则是一切属于人民和战斗决定一切。他认为，如果不能从经济基础、生产关系、经济机构上去解决问题，就无法改变这个社会。只有消灭一切剥削阶层和特权阶级，人们才能得到解放，才能获得真正的人权。他号召所有不愿做奴隶的人们亲身起来战斗，积极参加对外抗战和对内政治斗争，要求民族解放、民族独立、民主自由、民生幸福，争取做人的权利。另外《人权运动专号》的作者往往想一揽子解决问题，“彻底实现人权”，而不是一点一滴合法斗争的改革。

五、中国民主同盟的“人权”概念（之一）——人权的民主化

中国民主同盟是新民主主义革命时期成立的一个爱国民主党派，是中国民主党派的一次联合，它从产生之日起就以保障人权、实行宪政为己任，并为此进行了不懈的努力与斗争。

中国民主同盟的最初组织形式是统一建国同志会，成立于 1939 年 10 月，由黄炎培、梁漱溟、章伯钧、沈钧儒等主张抗日的党派领导人和张澜等社会贤达在重庆酝酿成立。同年 11 月 23 日，经青年党、第三党、救国会、职教社、乡建派、无党派人士一些负责人公推黄炎培为主席，讨论并制定了《统一建国同志会简章》和《统一建国同志会信约》。《简章》中明确表明了

---

① 参见韩幽桐：《人权运动与民主政治》。

该会是“以巩固统一积极建国为帜志”①。《信约》规定：中国今后唯需以建设完成革命，从进步达到平等，反对一切国内的暴力斗争及破坏行动；宪法颁布后，立即实施宪政，成立宪政政府；凡遵守宪法的各党派，一律以平等地位公开存在；一切军队属于国家，统一指挥，统一编制；不赞成以政权或武力推行党务，反对一切内战；主张尊重思想学术的自由等等。② 统一建国同志会文件中的这些规定，体现了民盟最初的人权理念，即人民的结社自由、学术自由，这些自由是民盟成立的宗旨，是对国民党当局实行一党专政、打击排斥异己政策的反抗。

1941 年 1 月，国民党顽固派悍然发动了震惊中外的“皖南事变”，“各小党派及中间派对国民党大为失望，深感为民主与反内战而团结之必要”③。因此，统一建国同志会决定扩大改组为中国民主政团同盟。为了宣传同盟的政治主张，9 月 18 日中国民主政团同盟的中央常委梁漱溟赴香港创办了同盟的机关报——《光明报》。《光明报》宣传抗日，反对妥协，呼吁抗战建国是国人共勉之大业；要求实行民主，厉行法治，认为眼前最迫切的要求为加强国内团结，而民主精神是团结之本，政治上实现民主是国家团结的前提；主张“先以言论的自由为精神自勉”④，要求尊重和保障学术自由、言论、出版、集会、结社等自由。10 月 10 日该报发表了《中国民主政团同盟成立宣言》、《中国民主政团同盟对时局主张纲领》等重要文献，宣布了中国民主政团同盟以保障人权为目的的政治主张和斗争目标，要求政府保障人民享有政治、经济、军事、社会各方面的权利和自由。《光明报》宣传人权思想，揭露国民党当局迫害人权的事实，极大地启发了人民的权利意识。

为了适应民主运动的发展，促进民主政团同盟的凝聚力，1944 年 9 月 19 日，中国民主政团同盟在重庆上清寺特园召开了全国代表会议，决定取消同盟的团体会员制，同盟组织去掉了“政团”二字，改为“中国民主同盟”，讨论通过了《中国民主同盟纲领（草案）》，主张“要建立一个十足道

---

① 《中国民主同盟历史文献》，文史资料出版社 1983 年版，第 1 页。
② 参见《中国民主同盟历史文献》，第 223 页。
③ 《皖南事变》（资料选辑），中共中央党校出版社 1982 年版。
④ 《中国民主同盟历史文献》，第 4 页。

地的民主国家”。中国民主同盟的成立标志着中国的民主党派开始联合起来宣传人权思想，呼吁政府切实地保障人权。

中国民主同盟在其临时全国代表大会的政治报告中宣称，“人是目的，社会一切政治经济的组织，只是人类达到做人目的的工具，人是一切组织一切制度的主人”①，表明了以个人主体地位为本位的人权观。

中国民主同盟认为，“民主”这个名词，原来是“民众统治”的意义。民主是人类生活的一种方式，是人类做人的一种道理。民主制度承认人是自己的主人，承认人的尊严与价值是平等的，人人做人的机会应该是平等的。人人有了自由平等这些权利，人人做了自己的主人，人人能够达到做人的目的，使人人得到最大的发展，这就是民主。在一个社会里，人人做人，人人做自己的主人，一切政治经济的组织都成了这个目标的工具，这就是民主。人民是国家的主人，人民组织国家唯一的目的，只在谋全体人民的福利。②为了达此目的，人民组织政府以保障人身、思想、信仰、言论、出版、集会、结社等自由，政府的存在就是为了谋全体人民的福利，应当由全体人民所有、管理及享有，不得被一人或一部分人独占独享。

基于中国人权惨遭践踏的现实，中国民主同盟要求国民政府切实保障人民在政治、经济、社会等方面的基本权利。民盟认为当前中国的“政治、外交、军事、经济、财政以及文化与教育，一切一切都生了问题”，这些问题“假定不从多方面予以彻底的改善，其结果，可使整个的国家在战时与战后蒙受极不良的影响”③。因此，民盟所提倡的中国要成为“一个十足道地的民主国家”，指的是社会的各个方面都要民主化。

鉴于国民党一党专政的残酷现实，中国民主同盟把人民的政治权放在首要位置，主张政治的民主化，结束党治，保障人民的各项政治权利。《中国民主同盟纲领（草案）》第一条明确规定：“民主国家以人民为主人，国家之目的在谋人民公共之福利，其主权属于人民全体。”④ 人民应有选举与被选举的权利。民盟认为：“选举为民主政治的基础，民意机关的代表及地方自

① 《中国民主同盟历史文献》，第75页。
② 参见《中国民主同盟历史文献》，第74—75页。
③ 《中国民主同盟历史文献》，第258—330页。
④ 《中国民主同盟历史文献》，第26页。

治的官吏，必实行真正的民选。国家必须建立健全良好的选举制度，必铲除党部操纵选举，官吏刨制选举的恶弊。”① 由于国民党当局实行一党专制，独揽政权，使得“现在一切民意机关的代表，都是由党部和政府指定和圈定”②，导致“国事必包揽于一党之手，才智之士，无从引进，良好建议，不能实行，则而所谓民主，无论搬出何种花样，只是空有其名而已”。因此，国家要建立健全良好的选举制度，国民党当局必须放弃一党专制，不干预和操纵选举，实行真正的民选，代表没有学历资格限制，“取销自参议会及乡镇代表考试条例”③，由人民真正选举代表组成民意机关行使管理国家的权利，民意机关的代表应当是能真正地代表民意，是“一本天下为公之旨，选贤与能”④。

民盟认为，经济的民主化意味着政府的任何政策绝对不能一意孤行，必须听从民众的建议。人民对政府的经济、财政政策有知情权。民盟主张：“财政绝对公开，凡预算、决算及增加人民负担之措施，必须交由现有民意机关审查通过”；“关于增加租税，募集公债，以及带有强迫性之储蓄等事项，必须征求民意机关之同意”⑤。民盟目睹了人民经济权利遭践踏、而少数官僚资本大发国难财的现实，大声疾呼：国家要保障人民之生存权、工作权与休息权，要实现经济的民主化，要平均财富，消灭贫富阶级以保障人民经济上之平等。《中国民主同盟纲领（草案）》第二条确认人民私有财产，并确立国有及公有财产。人民对于自己私有财产的权利应当由法律明确规定，任何党派、组织不得以命令、法令限制人民的私有财产权。人民还有生存权、工作权与休息权。国家要“保障人民之生存权、工作权与休息权，并暂用原有之地方团体或亲属关系之基础，谋老弱、鳏寡、孤独、残废者之生养”⑥。

民盟认为，关注人民的社会地位、保障人民的社会权利，是民主国家的一个重要标志，此即社会权的民主化。民盟认为，人民应当享有受教育

① 《中国民主同盟历史文献》，第 16 页。
② 《中国民主同盟历史文献》，第 16 页。
③ 《中国民主同盟历史文献》，第 8 页。
④ 《中国民主同盟历史文献》，第 16 页。
⑤ 《中国民主同盟历史文献》，第 33 页。
⑥ 《中国民主同盟历史文献》，第 28—29 页。

的权利，教育的目的在于“养成独立人格，培植善良风气，发展民主精神”。民盟提出应“保障人民享受教育平等权利，初等教育一律强迫入学，中学教育应尽量推广，对于贫苦之优秀青年，并保障其得受高等教育”。“政府应切实制订计划。于限定期间内，彻底消灭文盲，并积极推广各式补充教育。”“普遍设立职业学校，以适应国家工业化之需要。”① 人民有从国家获得帮助、得到救济的权利。国家负有“倡导民族优生之职责，并应竭力推广公共卫生事业，建立公医制度，担负人民医药及休养之供应。”“国家应办理社会一切保险事业，推行疾病、死亡、老年、残疾、失业、妊孕等保险政策，以保障人民生活之安全。”② 1945 年 1 月 15 日民盟发表《对蒋介石新年文告发表时局宣言》，进一步主张，国家应“保障人民之最低生活，改善士兵及公务人员之待遇，对战时战后之受灾人民，尤应统筹救济”③。

六、中国民主同盟的“人权”概念（之二）——人权的制度化

中国民主同盟认为，“建立一个十足道地的民主国家”是人权保障的基础和前提。只有在民主制度下，才有可能实现人民的权利和自由。

要在中国实现和保障人权首先要建立民主制度，废除国民党的一党独裁。民盟认为，在中国阻碍人权的最大障碍就是国民党的党治政策和蒋介石个人的权力的急剧膨胀、唯我独尊。民盟主席张澜在《中国需要真正民主政治》一文中，对国民党当局奉若神明的“党治”的实质进行了揭露：“什么是党治？党治并不是政党政治，他是不愿意有其他党存在，而且是否认他党存在的。他是某一党获政权之后，就高唱‘以党治国’，实行一党专制，视国家为一党所有。”因此，“党治”的实质是“党即国家，与所谓朕即国家，毫无二致”④。名为“党治”，实为专制。针对国民党当局实行言论、思想、出版的统治与检查，实行党化教育，在学校内设置特务机构，任意逮捕宣传民主自由的教员、学生，私设审判机构，任意处置民主人士，诸如此类

---

① 《中国民主同盟历史文献》，第 29—30 页。
② 《中国民主同盟历史文献》，第 30 页。
③ 《中国民主同盟历史文献》，第 37 页。
④ 戚如高、潘涛：《张澜与中国民主同盟》，广东人民出版社 2004 年版，第 91 页。

种种摧残自由、制造恐怖的做法，民盟主张应立即结束党治，建立民主的政府。①

在1944年9月19日全国代表会议上通过的《中国民主同盟纲领（草案）》中，中国民主同盟集中论述中国人权保障制度的构想，提出制定以保障人权为价值取向的宪法，以宪法为基础重新建构国家机构，人民直接或间接地行使管理国家的权利，政党合法化、平等化，国家法治化。具体措施包括：第一，实行立宪政治，制定宪法实行宪政，厉行法治。民盟主张："一个国家，应有其根本大法，即早日颁行其有关人民权利义务与政府权责的民主宪法，宪法之制成，应由国民代表推举若干人参加议定，再开国民大会决定而颁布之，全国上下，共同遵守，即一国之元首，亦应严为遵守，不得以己意变更法律。"② 任何人或任何政党都必须按照法律的规定行事，不得以命令改变、违背法律。第二，政党地位合法化、平等化，承认各党派公开活动的权利，规定政党活动合法化。民盟认为，如果一个国家"除掉一个在朝的执政党而外，绝对不许其他在野的党派合法的存在，公开的组织，甚至不仅从政治的活动上限制着他们，乃至从事社会事业或其他的正当职业，也要因党派的关系受着显然的歧视"③，这便不是民主国家。民盟主张国民党当局应当立即结束一党专政，开放党禁，承认各党派公开合法地位，立即释放一切的政治犯，召集党派会议，产生战时举国一致的联合政府。④ 各党派本着负责的原则参政议政，自由地发表言论，不受党派关系的限制或者司法机关的违法处罚。第三，实行地方自治。民盟主张，中国实行地方自治，县以下实行自治，由人民普选的代表直接行使管理地方的权力，县以上设县议会、省议会，中央设国会，代表人民行使主权。民盟认为地方自治是民主政治的基础，实行地方自治对于培养人民行使管理国家的职权、培养人权意识有着积极的意义。国家实行普选制度，"民众代表，应由民众的自由意志直接推选，不得由一党的党部人员和同政府官吏来指定人选，使人照名单推

---

① 参见《中国民主同盟历史文献》，第31页。
② 戚如高、潘涛：《张澜与中国民主同盟》，第93页。
③ 《中国民主同盟历史文献》，第18页。
④ 参见《中国民主同盟历史文献》，第36—37页。

选，或加倍推选，再由党和政府圈定”①。第四，按照分权原则和议会制原理，设立国会、总统副总统、行政院、大理院、文官院，分别行使管理国家的职权。国会为代表人民行使主权之最高机关，由参议院和众议院构成，有制定法律、通过预算、宣战、媾和、弹劾罢免官吏及宪法赋予的其他职权。参议院由各省省议会及各少数民族自治机构选举的代表组成，众议院由全国人民直接选举的代表组成。国家设总统副总统各一人，由国会、省议会及各少数民族自治机构共同选举产生。国家设行政院，为行政最高机关，行政院设院长一人，由总统提出人选，委以组院之权，对众议院负其责任。国家设大理院，为最高的司法机关。大理院设院长一人，院长及全国法官皆为终身职，司法绝对独立，不受行政及军事之干涉。国家设文官院，掌管文官之参试、任用、铨叙、考绩、薪给、升迁、惩戒、退休、养老等事务，以奠定国家之文官制度，文官选拔实行公开竞争之考试制度，非经考试及格者不得任用。文官院院长及全国事务官应超然于党派之外。第五，实现军队国家化。民盟认为，中国历史证明“中国之兴必兴于统一，中国之亡必亡于不统一”②。国共两党之间的矛盾、纷扰，其利害已“不只及于两党本身，乃关系整个民族之命运”。因此“军队国家化，即谓军队须属于国家，军人只能效忠于国家，非任何个人所得而私有！亦非任何党派所得而私有！”③ 民盟主张，“人民只有在保卫国家的对外战争上，有当兵纳税的义务，绝对没有在进行内战上服从任何命令的责任。”④

第六节　新中国成立前中国共产党的人权呼吁
——以《新华日报》中的“人权”为主

中国共产党在创立之初就响亮地喊出人权的口号，举起人权的旗帜。在1949年前，中国共产党有三个执政时期，即苏区、陕甘宁边区和解放区，

① 戚如高、潘涛：《张澜与中国民主同盟》，第93页。
② 《中国民主同盟历史文献》，第6页。
③ 《中国民主同盟历史文献》，第38—39页。
④ 《中国民主同盟历史文献》，第39页。

在人权立法方面都取得了一定的成就。[①] 《中华苏维埃共和国宪法大纲》、《陕甘宁边区施政纲领》、《陕甘宁边区宪法原则》中都规定了共产党领导下的人民享有的基本权利，一些革命根据地则制定了专门的人权保障方面的法律文件，如1940年11月11日公布施行的《山东省人权保障条例》、1941年11月17日通过的《陕甘宁边区保障人权财权条例》、1941年11月23日公布的《冀鲁豫边区保障人民权利暂行条例》、1942年11月6日通过的《晋西北保障人权条例》、1943年2月21日公布的《渤海区人权保障条例执行规则》、1948年4月13日的《哈尔滨特别市政府布告——为禁止非法拘捕、审讯及侵犯他人人权等行为事》、1948年5月《豫皖苏边区行政公署训令各级政府切实保障人权，严禁乱抓乱打肉刑逼供》、《修正淮海区人权保障条例》。

除人权立法与人权实践，中国共产党还不遗余力地宣传人权、呼吁人权。《解放日报》[②] 和《新华日报》[③] 集中地表达了三四十年代中国共产党的人权主张。尤其是创刊于1938年的《新华日报》，是抗日战争和解放战争时期中国共产党创办的第一种全国性机关报，是抗战初期中国共产党在国民党统治区唯一公开出版的大型日报。《新华日报》的发行几乎伴随着抗日战争与解放战争的全过程，在长达9年的时间里，宣传共产党的纲领路线和方针

---

① 国民党在人权立法方面也有建树，先后起草的宪法性文件有：1930年的《太原扩大会议约法草案》、1931年的《中华民国训政时期约法》、1934年的《中华民国宪法草案》、1936年的《中华民国宪法草案》（即《五五宪草》），以及1946年国民大会通过、1947年正式生效的《中华民国宪法》。在这些宪法性文件中，基本权利和自由均规定在第二章，紧接第一章“总纲”之后，且均以“人民之权利义务”为标题，内容也大致相当。1936年的《中华民国宪法草案》规定的基本权利极为详备，包括下述一些内容：（1）平等权，中华民国国民，无男女、种族、宗教、阶级之区别，在法律上一律平等；（2）人身自由权，人民有身体之自由，非依法律，不得逮捕、拘禁、审问或处罚；（3）不受军事审判的权利，人民除现役军人外，不受军事审判；（4）居住自由，人民有居住之自由，其居住处所，非依法律，不得侵入、搜索或封锢；（5）迁徙自由，人民有迁徙自由，非依法律，不得限制之；（6）表达自由，人民有言论、著作及出版之自由，非依法律，不得限制之；（7）通信自由，人民有秘密通信之自由，非依法律，不得限制之；（8）宗教信仰自由，人民有信仰宗教之自由，非依法律，不得限制之；（9）集会结社自由，人民有集会结社之自由，非依法律，不得限制之；（10）财产权，人民之财产，非依法律，不得征用、征收、查封或没收；（11）人民有依法律请愿、诉愿及诉讼之权；（12）参政权，人民有依法律选举、罢免、创制、复决之权；（13）考试权，人民有依法律应考试之权；（14）国家赔偿权，凡公务员违法侵害人民之自由或权利者，除依法律惩戒外，均应负刑事及民事责任；被害人民就其所受损害，并得以法律向国家请求赔偿。这些人权立法在国民党的一党专政、专制独裁之下都沦为具文。

② 1941年5月15日创刊，1947年3月27日停刊，共出2 130期，历时近六年。

③ 1938年1月11日正式创刊，1947年2月28日被国民党当局封闭。

政策，发表毛泽东、周恩来、刘少奇等共产党领导人的许多重要讲话、文章，揭露国民党的独裁统治，同时也对包括蒋介石在内的国民党高级领导人的抗日言论以热情欢迎的态度予以登载，并为民主党派和各界知名人士提供一个比较自由的讲坛，沈钧儒、黄炎培、陶行知、郭沫若、茅盾、柳亚子、邓初民、马寅初、张西曼、胡厥文、胡子昂等一批学者、教授和社会活动家，经常为《新华日报》撰稿。《解放日报》是抗日战争和解放战争时期中国共产党在延安的中共中央机关报。1941 年《解放日报》创刊不久就发表了题为《天赋人权 不可侵犯 切实保障人民权利》的文章，高举着人权的旗帜。[①]《解放日报》提出，民主与不民主的尺度，主要地要看人民的人权、政权、财权及言论、出版、集会、结社、信仰、居住、迁移之自由权及其他权利是不是得到切实的保障。《解放日报》对解放区和国统区的人权事件都予以批评，要求尊重人权、保障人权，严禁非法拘捕，实施提审法，改革司法，提出平民的人身自由是政治民主的标尺。[②]

比起《解放日报》，《新华日报》创刊时间更早、发行时间更长、发行范围更广、讨论人权更多，代表了中国共产党在三四十年代的基本人权主张，本节主要选取《新华日报》并结合毛泽东、周恩来、刘少奇等的文章、谈话等，来解读中国共产党的“人权”概念。

一、人权与民主

1937 年 5 月毛泽东在中国共产党全国代表会议上指出：为了建立抗日统一战线，没有国内民主不行；“所以争取民主，是目前发展阶段中革命任务的中心的一环。看不清民主任务的重要性，降低对于争取民主的努力，我们将不能达到真正的坚实的抗日民族统一战线的建立……抗日民主互为条件……民主是抗日的保证，抗日能给予民主运动发展以有利的条件”。1944 年 6 月 12 日毛泽东答中外记者团时说，“中国的缺点，一言以蔽之，就是缺乏民主。中国人民非常需要民主，因为只有民主，抗战才有力量……民主必须是各方面的，是政治上的，军事上的，经济上的，文化上的，党务上的以

---

① 参见《天赋人权 不可侵犯 切实保障人民权利》，《解放日报》1941 年 5 月 26 日。

② 参见《保障人权》，《解放日报》1942 年 1 月 27 日；《平民人身自由是政治民主的标尺》，《新华日报》1946 年 2 月 8 日社论。

及国际关系上的，一切这些，都需要民主。”关于民主与抗战，毛泽东的正式讲话几乎都强调：“只有民主，抗战才能有力量”；“中国缺乏民主，只有加上民主，中国才能前进一步”；“没有民主，抗日就抗不下去，有了民主，则抗他十年八年，我们也一定会胜利。”

《新华日报》的文章更以美国南北战争时期和第二次世界大战中美国的总统选举为例来说明民主主义是生命的活力，这种伟大的活力是经得起战争的考验的。即使在二战中，“各个真正的民主国家，议会中照常有着公开的辩论和对政府的责问，舆论上照常有着各种对于政府的人事机构政策尖锐的批评，人民照常有集会结社、选举罢免的自由，而象可以影响一国元首的那样的大选也仍照常举行。这一切都说明了，民主制度不仅是在战时完全可以适用，而且在战时运用得更加灵活，范围更加扩大了”①。强调“民主第一”的口号实在是十分必要，认为当时中国最迫切的问题是实行民主，有了民主，一切问题都可迎刃而解。要老百姓和军队合作，当然得使老百姓享有民主自由。所以，实行民主是最重要的关键。② 《新华日报》的文章反对因国民程度不高而拒绝民主，认为应用民主政治教育人民、提高人民，民众自身的民主生活是他们受到训练和教育的最好、最迅速的方式。正是在民主制度之下更容易教育和训练民众。③

二、人权的主体——人民

从人权主体方面来看，共产党所理解的人权是人民的权利，明确提出勾结敌寇的人和汉奸及破坏抗战和团结的反动的顽固派是不能享有人权的。例如，毛泽东提出，“全国人民都要有人身自由的权利、参与政治的权利和保护财产的权利，但是不包括勾结日寇汉奸以及破坏抗战和团结的反动的顽固派，他们没有说话的资格。”④ 刘少奇也提出，“这个政权保障一切抗日人民的民主权利，如人民的言论、集会、结社、出版、居住、营业、思想的自由。任何人只要没有勾结敌寇和汉奸的行为，没有破坏与反对抗日军队的行

---

① 《民主主义是生命的活力》，《新华日报》1944 年 11 月 15 日。
② 参见《没有民主一切只是粉饰》，《新华日报》1945 年 2 月 12 日。
③ 参见《民主政治问题》，《新华日报》1939 年 2 月 25 日社论。
④ 毛泽东：《在陕甘宁边区参议会的演说》，《解放日报》1941 年 11 月 22 日。

动，没有违犯政府法令的行为，不论他是属于何党何派，属于哪一阶级、阶层，政府一律保护。一切党派只要抗日、不反对民主，一律有合法的地位。”① 同样用“人民”这个语词，但共产党所用的“人民”与30年代胡适、罗隆基等人在“人权运动”中所用的“人民”是不同的，“人权运动”中所用的“人民”是泛指“普遍的个体人”，共产党的“人民”则有明显的阶级属性和明确的适用范围。

在共产党的人权立法中，人权主体的阶级性有具体的表述。《中华苏维埃共和国宪法大纲》规定，苏维埃政权是属于工人、农民、红色战士及一切劳苦民众的，在此前提下，在苏维埃政权领域内的工人、农民、红色战士及一切劳苦民众享有的基本权利有：在苏维埃法律前一律平等；言论、出版、集会、结社的自由；婚姻自由；受教育的权利；信教自由；少数民族的自决权；妇女享有参加社会经济的、政治的、文化的、生活的权利等。在陕甘宁边区时期，基于建立抗日统一战线和建设民主政治的需要，人权主体的范围有所扩大，除汉奸都予以保护。《陕甘宁边区施政纲领》规定，保证一切抗日人民（地主、资本家、农民、工人等）的人权、政权、财权及言论、出版、集会、结社、信仰、居住、迁徙之自由权；人民享有以任何方式，控告任何公务人员非法行为的权利；保护私有财产，在土地已经分配区域，保证一切取得土地的农民之私有土地制；普及国民教育，奖励研究自由；依据民族平等原则，实行蒙、回民族与汉族在政治、经济、文化上的平等权利，建立蒙、回民族的自治区，尊重蒙、回民族的宗教信仰与风俗习惯。

三、人权的内容（之一）——人身权与广泛的自由权

从人权的内容上看，有时“人权”概念仅指人身权利，常常与“财权”相对应。例如1941年11月17日通过的《陕甘宁边区保障人权财权条例》即把“人权”与“财权”并列。再如下述表达：人权受到了政府的保障，非依法律由合法机关依照合法手续不能任意逮捕，并且必须依照法律，以合法程序予以审判和处置。财权受到保障，人民的私有财产，完全受到法律的保护。② 更多情况下，人权的内容涵括了人身权、各种自由权、政治权利和经

---

① 《刘少奇选集》上卷，人民出版社1981年版，第175页。

② 参见《董必武选集》，人民出版社1985年版，第110—112页。

济社会权利。

自由权是当时共产党所呼吁与争取的一项主要权利。他们所争取的自由权的内容相当广泛，除人身自由外，还包括思想自由、言论自由、新闻自由、出版自由、学术自由、创作自由、教育独立、集会结社自由等各项自由。1944 年 3 月 12 日周恩来在延安各界纪念孙中山先生逝世十九周年大会的演讲中提出，“我们认为欲实行宪政，必须先实行宪政的先决条件。我们认为最重要的先决条件有三个：一是保障人民的民主自由；二是开放党禁；三是实行地方自治。人民的自由和权利很多，但目前全国人民最迫切需要的自由，是人身居住的自由，是集会结社的自由，是言论出版的自由。人民的住宅随时可受非法搜查，人民的身体随时可被非法逮捕，被秘密刑讯，被秘密处死，或被强迫集训，人民集会结社的自由是被禁止，人民的言论出版受着极端的限制和检查，这如何能保障人民有讨论宪政发表主张的自由呢?”① 1944 年 6 月 12 日毛泽东答中外记者团时也说，“只有建立在言论、出版、结社的自由与民主选举政府的基础上面，才是有力的政治。”在《联合国宪章》颁布后，他们还以《联合国宪章》为依据，来争取言论、出版、集会、结社、选举、罢工、游行、示威的自由，以及教授治校、不受党化的权利。②

在思想和学术自由方面，主张“某一思想的合不合逻辑，是不是不道德，是否危害到国家民族的利益，学术思想自有它自己的规律，应让学术思想自己来解决，不应由外力来干涉，由政治力量从外面来加以干涉。主张思想自由，正是为的要来加强思想自身的规律，要让这个规律在思想的自由开展、自由发展之中壮健起来，坚强起来。思想愈能自由，它的是非曲直，愈能明晰而周密”③。

呼吁言论自由和新闻自由。认为罗斯福把言论自由列在四大自由的第一条，丘吉尔把言论自由列在七项标准的第一项，都充分说明了言论自由的重要性。提出“有民主就有言论自由，没有言论自由就不是民主，民主与言论自由是分不开的”④。言论自由是民主政治的基本，是人类社会进步必具的

---

① 1944 年 3 月 12 日周恩来在延安各界纪念孙中山先生逝世 19 周年大会上的演说词。

② 参见《新华日报》1946 年 1 月 18 日。

③ 潘梓年：《论学术思想的自由问题》，《新华日报》1944 年 3 月 26 日。

④ 《言论自由与民主》，《新华日报》1944 年 4 月 19 日。

条件。没有言论的自由便不可能有真正的民主，不民主便不能团结统一，不能争取胜利，不能建国，也不能在战后的世界中享受永久和平的幸福。因此不仅在平时需要言论自由，在战时更需要言论自由。“言论出版限制使人民愚昧和无知，是民主还是独裁就看有无言论自由，通讯与言论自由乃是民主自由的基本要素。若没有这种自由，则失去说话自由权的个人，必同时失去其他自由，自由既丧失，那就与奴隶无异，不能算是国民。一个国家，如果其所统治的人民没有起码的说话自由，则其统治必属独裁。而以现时术语称之，则为法西斯的专制，断乎不能是民主。所以争取言论和通讯的自由正就是争取民主的先着。”“作恶扣压新闻必造成自由的衰落。一个国家的前途发展或停滞，向前或落后，繁荣或衰落，最好的测验器是这一个国家的报纸能不能、敢不敢代表舆论。”批评“目前的事实，是报纸和舆论分了家，舆论被埋没在每一个人民的胸坎中，报纸杂志离开了现实”。提出“要建设真正的民主政治、自由世界应从报纸能尽自己的责任、替人民服务、用公正的舆论来监督政府指导政府开始”。“报纸与舆论的合一，应该是当前最迫切的人民的要求！”①

要求出版自由。指出，“出版是文明的指标，文明国常以民间出版事业之兴盛而自豪，常以其民间出版物的品质之优良、种数与数量之众多而自豪。文明国在宪法中不仅保证人民思想、信仰、言论、出版之自由，而且明文宣告放弃检查制度或禁止采用检查制度。真正的出版法就是人民自由出版之保障书，其任务在保障民间的出版事业有自由可享，人民的自由出版是思想信仰良心学术言论自由集中的反射镜。”② “一个国家的出版业情况就是这个国家的文化情况、民主程度的最正确的测验器。要真正做到出版自由，必须彻底废除现行检查办法，还必须在纸张、印刷、交通运输各方面都有充分自由的保障。”③

争取学术自由、创作自由、教育独立。认为学术自由就是自由研究、自由讨论，不受非法干涉。只有在法西斯的国家才会把学术自由当做洪水猛

---

① 《新闻自由——民主的基础》，《新华日报》1945 年 3 月 31 日；《言论自由：新闻事业的活力之源》，《新华日报》1944 年 9 月 1 日社论。

② 《出版法之修正》，《新华日报》1946 年 2 月 18 日专论。

③ 《出版业的危机》，《新华日报》1945 年 6 月 26 日。

兽。中国需要学术自由，学术自由是民主政治的奠基石之一。提倡教育独立，是真正的学术自由。[①] 主张“废除党化教育，保障教学自由，恢复学府的尊严”。《新华日报》借黄炎培、郭沫若、陶行知、夏衍、茅盾、沈志远、翦伯赞等一批民主文化人士的言论，来主张尊重学生的人权。认为民主制度下的教育家最基本的方针就是要发展人格教育，培养青年的独立人格、精神自由。[②] 在对青年人的思想训练问题上，反对思想统制、思想灌输。认为思想是活的，要启发、要引导，使被训练者自觉地自愿地走上正确道路，否则便不能发生作用。由不信仰走到信仰，只能经过说服、引导，只能是自觉的自愿的，而不是强迫的命令的。[③] 认为对青年千万不应以武力对付，对付赤手空拳的学生，实在无动用武力之必要。当保障其身体、言论、集会、结社等基本自由。青年们对于政治问题的态度，不应躲避隔绝，而应多研究多辩论，以期真正了解，这是民主和思想学术的自由。[④]

共产党批评国民党对集会、结社实行严格的特许制度，认为集会、结社自由是人民的基本权利之一，不能稍加侵犯。国民党的法令要求负责筹备游行的人员，须于事前将姓名、年龄、职业、住址、游行宗旨、集会地点、进行日期及时间、经过路线等呈报当地“治安主管机关”，散发的印刷品和张贴的标语须事先送当地“治安主管机关”审查，此种法律令是限制人民游行自由的法令。有了这个“法”的根据，今后各地当局更可以随意于事先防止、临时禁止一切人民团体之游行。人民游行已无自由可言了。[⑤] 英美民主国家的人民集会、结社，无论性质、地点及参加者的职业、性别如何，事前均无须请求警察许可，亦无须报告警察。当集会、结社者违犯普通刑法时按普通刑法治罪，否则听其自便在所不禁。特许制度就是把人民的基本自由交给行政机关控制，人民要集会、结社必须去请求“恩准”，反之就构成“犯法”行为。批评国民党赋予军警宪兵及行政机关以任意干涉和解散人民集会、结社的权力，认为将如此广泛的权力交给官署，便是给以侵害人民自由

---

① 参见庄沙音：《论学术自由》，《新华日报》1942 年 10 月 11 日。
② 参见《新华日报》1944 年 6 月 25 日。
③ 参见《让思想冲破牢笼》，《新华日报》1941 年 6 月 2 日。
④ 参见《新华日报》1945 年 12 月 11 日。
⑤ 参见《人民自由又遭损害，内政部颁限制游行法》，《新华日报》1946 年 5 月 13 日。

的全部权力。而英美警察在平时根本没有解散人民集会、结社之权，只有认为某种集会可能发生骚乱时，才可以禀准内政部，当场宣读骚动法，使会众自动解散；假如警察机关判断错误，还须负一定责任。①

四、人权的内容（之二）——民主政治权

共产党赞成罗斯福提出的四大自由②，赞美美国的民主制度富有力量，尤其赞同美国人民批评政府的自由和权利。

认同民主政治“有一个基本点是相同的，那就是政权为人民所握有，为人民所运用，而且为着人民的幸福和利益而服务。这样的政权必然尊重和保障人民的自由权利；使失掉自由权利的人民重新获得自由权利；没有失掉自由权利的充分享有自由权利；特别是言论、出版、集会、结社，这些作为实行民主政治的基本条件的人民的最低限度的自由权利，是必须切实而充分地加以保障的”③。

要求真正的、平等的、普遍的选举。选举权是一个民主国家的人民所必须享有的最低限度的、起码的政治权利。凡是真正的民主国家，就必须让人民享有选举权。只要是这个国家的人民，那就除却“精神缺陷”或“被法院判处褫夺公权”的人们外，一达到成年，都应享有选举权，不能加以任何性别、种族、信仰、资产、教育程度、社会出身乃至居住年限等限制条件。另一方面，每一个人民也只应享有一个选举权，不能依据任何性别、种族、信仰、资产、教育程度、社会出身乃至居住条件等优越条件，而取得一个以上的选举权。人民有了选举权，不仅是可以选举代议士，而且是可以选举政府官吏；不仅是可以选举地方官吏，而且是可以选举中央官吏。特别是代表人民的所谓代表机关，不论是国会也好，国民大会也好，必须由人民自己选举代表组成，否则这种机关，便不是民意机关。人民要享有同等的被选举权，如果事先限定一种被选举的资格，甚或由官方提出一定的候选人，那么纵使选举权没有被限制，也不过把选民做投票的工具罢了。真正的普选制，不仅选举权要“普通”、“平等”，而且被选举权也要“普通”、“平等”；不仅人民

---

① 参见《集会结社自由的实现》，《新华日报》1946年2月18日社论。

② 参见《罗斯福的广播演说：四大自由》，《新华日报》1943年7月31日社论。

③ 《民主第一》，《新华日报》1943年9月15日社论。

都要享有同等的选举权，而且人民都要享有同等的被选举权。要彻底地、充分地、有效地实行普选制，使人民能在实际上享有“普通”、“平等”的选举权、被选举权，则必须在选举以前，保障各地方团体及人民有选举之自由，有提出议案及宣传、讨论之自由，有集会、结社、言论、出版的完全自由权。[①] 对于认为中国广大人民文化水平太低是否有运用选举权的能力的怀疑，也予以有力的解答，认为选举的能否进行和能否进行得好，关键在于人民有没有发表意见和反对他人意见的权利，在于人民能不能真正无拘束地拥护某个人和反对某个人，至于选举的技术问题并不是无法解决的。[②]

共产党不主张一党专政，而主张政治民主，主张各党各派各界各军的联合专政，即统一战线的政权，实行三三制。1940 年刘少奇指出，“有人说：共产党要夺取政权，要建立共产党的‘一党专制’，这是一种恶意的造谣和污蔑。共产党作为民主的势力，愿意为大多数人民、为老百姓服务，为抗日各阶级联合的民主政权而奋斗……只要一有可能，当人民的组织已有相当的程度，人民能选举自己所愿意的人来管理自己事情的时候，共产党就毫无保留地还政于民，将政权全部交给人民所选举的政府管理。共产党并不愿意包办政府，也是包办不了的……共产党除了人民的利益与目的外，没有其它的利益与目的。”

共产党也反对行政官署向民众团体委派重要主持人员的制度，认为人民集会、结社原本是自己的事情，他们有权根据自己的意志来决定组织的形式和选举与任用一切负责人员，而不应该遭受外力之牵制与干涉。政府硬要指定职位，派遣人员，甚至政府指派的“书记”一揽大权，全都包办，使人民团体也改变了原来的性质与功用。[③]

共产党主张释放政治犯，严惩虐待和私刑拷打犯人的非法行为。共产党指出，真正的法治和非法治的分别，不在法律之有无，亦不在人民之是否守法，而在于所谓的法是否最后渊源于民主的公意，所谓的守法是否执法机关的本身行为也须依照一定的法律。真法治必须建立在民主的基础上，作为民

---

① 参见《论选举权》，《新华日报》1944 年 2 月 2 日社论。

② 参见力民：《中国需要真正的普选——人民文化水平低，就不能实行民选吗?》，《新华日报》1946 年 1 月 24 日。

③ 参见《集会结社自由的实现》，《新华日报》1946 年 2 月 18 日社论。

主政治之表现形态的法治，要求国家必须有一个真正上下共守的根本法——宪法。宪法的作用，主要在保障人民的权利，而限制政府的权力。人民应当有立法权、选举权、复决权、罢免权、创制权等权利。谈宪政和谈民主的先决的问题是保障人权，而首先要使人民有言论的自由。①

五、人权的内容（之三）——经济社会权

作为马克思主义和社会主义思想的追随者，共产党极为关心劳苦大众的生存权和工作权，追求经济社会权的保障，要求经济的独立、自由、民主。共产党提出，自由的思想和独立的经济生活有着密切的关联。中国要进步，就必须实现政治民主，又必须实现经济民主，而就整个社会说，实现政治民主还是为了实现经济民主。彻底实现经济民主，没有政治民主的保障是不可能的。②

在1946年4月23日陕甘宁边区第三届参议会第一次大会通过的《陕甘宁边区宪法原则》中③，规定了6条“人民权利”，其中经济社会权占有极为重要的地位。这6条分别是：（1）人民为行使政治上各项自由权利，应受到政府的诱导与物质帮助。（2）人民有免于经济上偏枯与贫困的权利。保证方法为减租减息与交租交息，改善工人生活与提高劳动效率，大量发展经济建设，救济灾荒，扶养老弱贫困等。（3）人民有免于愚昧及不健康的权利。保证方法为免费的国民教育，免费的高等教育，优等生受到优待，普施为人民服务的社会教育，发展卫生教育与医药设备。（4）人民有武装自卫的权利。办法为自卫军、民兵等。（5）边区人民不分民族，一律平等。（6）妇女除有与男子平等权利外，还应照顾妇女之特殊利益。

新中国成立前，“人权”是中国共产党高举的一面旗帜。中国共产党所理解的“人权”概念是一个阶级性人权概念，而不是普遍人权概念。尽管在不同的阶段，人权主体的范围有所不同，有时是一个阶级，有时是几个阶级的联合。如在苏区，争取的是无产阶级的人权，而在抗日战争时期，争取的

---

① 参见《法治与人权》，《新华日报》1944年7月20日。

② 参见《群众》周刊第10卷第16期，1945年8月25日。

③ 《陕甘宁边区宪法原则》包括“政权组织”、“人民权利”、“司法”、“经济”、“文化”等5部分，共25条。

是抗日统一战线中无产阶级、小资产阶级等几个阶级的人权。

第七节　改革开放30年来的“人权”概念

引言

新中国成立以后相当长一段时间里，人权这个语词被贴上了资产阶级的标签，人权研究被视为禁区，人权概念被打入冷宫。[①] 这种状况一直持续到改革开放。

如果以10年为一个阶段来进行分析，那么1978到1988的这10年，是在矛盾冲突中探索人权突破的10年。1978年5月，《光明日报》发表了《实践是检验真理的唯一标准》一文，掀起了我国理论界思想解放的大潮。1978年12月18日—22日，党的十一届三中全会实现了新中国成立以来伟大的历史转折，人权研究也得以逐渐开始展开。1978年12月6日，《人民日报》发表了李步云教授《坚持公民在法律上一律平等》的文章，提出公民包括敌对阶级分子，这是法学界突破思想理论禁区的第一篇文章。1979年6月19日，《光明日报》发表了徐炳的《论人权与公民权》一文，正面阐述人权理论。1979年10月31日《人民日报》又刊登了李步云与徐炳合作的《论我国罪犯的法律地位》的文章，从理论上阐述了罪犯的公民地位，首次提出了罪犯合法权利的保障问题。包括罪犯在内的公民都在“法律面前人人平等”，这样的观点引起了人们思想上很大的震动，引发了法学理论界和法律实务界关于罪犯法律地位的大讨论。大讨论直接推动了法学界的思想解放，对当时的社会无疑是珍贵的人权启蒙。1979年报纸杂志上发表的人权类文章达到四十多篇，几乎是新中国成立以来30年发表的人权类文章的总和。[②] 80年代初，哲学界和伦理学界展开了对人性、人道主义和人的异化问题的讨论，为人权研究的开展做了有益的铺垫。此后，关于人权观、公民的各项基本权利、国际人权文件和人权保障机制等等的研究都在一定程度上得以展开。1982年

---

① 例如新中国首任司法部长史良，1946年上海成立中国国际人权保障会时曾任理事，她的律师桌上还摆着“人权保障”的座右铭，但新中国成立以后却不再见她使用“人权”这个语词。

② 根据《中国人权年鉴》（附录2 中国人权论文译文、论著译著一览表）的统计。

《宪法》专章规定了公民的基本权利，奠定了人权保障的宪法基础。当年中国理论界权威杂志《红旗》发表文章，提出“社会主义与人权是一致的”，“宪法规定的原则，使中国保障基本人权有了最坚实的基础”。宪法中规定的公民的人身权利、政治权利、劳动权利等等，“都是基本人权的具体表现”。这是中国人权研究的重大转机。[①] 1985 年邓小平在谈到人权问题时说：“什么是人权？首先一条，是多少人的人权？是少数人的人权，还是多数人的人权，全国人民的人权？西方世界的所谓‘人权’和我们讲的人权，本质上是两回事，观点不同。”[②] 这段谈话承认了人权这个概念，并区分了两种根本不同的人权观，对人权研究具有极大的指导意义。然而，由于新中国成立以来的历史原因，同时由于 70 年代末以来以美国为代表的一些西方国家借“人权外交”歪曲和攻击我国的人权状况，80 年代整体的理论环境并不完全适合深入研究人权问题。这一时期的人权研究主要是批判地介绍西方人权观和人权发展史。尽管也有一些文章强调社会主义“尊重人权”，并以不同形式驳斥把人权定为“资产阶级口号”的看法[③]，但人权概念在大量文章中仍然被误解。“人权是资产阶级的口号”、“人权不是无产阶级的口号”、“人权口号是虚伪的”、“马克思主义的旗帜上没有人权”等等批判文章仍见诸报刊，人权问题的理论禁区无法突破，人权问题的研究也出现反复。

1989 到 1998 的这 10 年，是打破人权禁区、敢于与西方进行人权对话、开始融入世界人权发展主流的 10 年。1989 年 4 月 4 日《中华人民共和国行政诉讼法》通过，对行政权进行监督和制约，标志着人权保障的制度建设有了重大突破。同时期，有学者对某些人权问题持续进行探索和研究。[④] 1989 年 7 月 20 日江泽民在全国宣传部长会议上的讲话中指出，要解决如何用马克思主义观点来看待“民主、自由、人权”问题，提出要用马克思主义的基本观点正确而通俗地解释民主、自由、人权。在接续的几年里，江泽民陆续表达了对人权的观点：对于中国来说，最重要的人权就是生存权；几十年

---

① 参见孙哲：《新人权论》，河南人民出版社 1992 年版，第 124 页。

② 邓小平：《搞资产阶级自由化就是走资本主义道路》，《邓小平文选》第 3 卷，人民出版社 1993 年版，第 125 页。

③ 参见孙哲：《新人权论》，第 125 页。

④ 参见孙哲：《新人权论》，第 125 页。

来，中国共产党领导中国人民始终不渝地为争取和实现自己的人权而奋斗；民主和人权都是相对的、具体的，而不是绝对的、抽象的，观察各国的民主、自由、人权状况时，离不开那个国家的历史文化传统、经济发展状况和社会制度；人权问题说到底是属于一个国家主权范围的事，坚决反对利用人权问题干涉别国内政。[①] 1991 年 3 月 2 日中宣部召开人权问题小型座谈会，传达了江泽民有关人权问题的批示，号召研究人权问题。与会者都赞成对人权问题开展深入的讨论，实事求是地研究我国人权的状况与问题，回应西方的挑战。人权禁区开始打破了。当时，北京高校、科研部门及报业传媒组织的人权座谈会、讨论会接二连三地举行，人权成为热门话题。1991 年 11 月 1 日，国务院新闻办公室发表了《中国的人权状况》白皮书，这是中国政府向世界公布的第一份人权官方文件。[②] 人权白皮书称人权是一个伟大的名词，强调实现充分的人权是长期以来人类的共同理想。这是新中国成立以来政府文件首次正面肯定人权概念在中国政治中的地位，举起了人权的旗帜。人权白皮书发布以后，人权研究的大门终于打开了，盲目排斥人权的局面迅速改观，出现了研究人权的热潮，中国的人权研究和人权制度保障开始走上正轨。虽然之后由于某些原因，人权研究也遭遇了一些风波和打击，但思想解放的潮流却是不可逆转的了。[③] 1997 年 4 月 7 日江泽民在会见法国国防部部长时谈到，中国政府根据人权的普遍性原则和具体国情，努力实现人民的生存权和发展权，极大地提高了人民享受经济、社会和文化权利的水平。与此同时，中国不断完善民主与法制建设，保障人民的公民权利和政治权利。国与国之间在人权问题上存在一些不同的看法，是正常的、难免的。有分歧并没有什么了不起，重要的是通过什么途径解决这些分歧。中国历来主张对待人权问题，只能通过平等和相互尊重基础上的对话与交流来处理。[④] 谈话对人权的普遍性原则作出明确肯定，并再次表达了与世界各国就人权问题交流对话、共同促进世界人权事业的开放态度。1997 年 9 月党的十五大召开，

---

① 参见《中国领导人谈人权》，见人权网 http://www.humanrights.com.cn/human/node_1973.htm。

② 参见郭道晖、陶威：《人权禁区是怎样突破的》，《法学》1999 年第 5 期。

③ 参见吕世伦、仕中：《人权研究中的一场风波》，《法学》1998 年第 5 期。

④ 参见《中国领导人谈人权》，见人权网 http://www.humanrights.com.cn/human/node_1973.htm。

党的报告中首次出现了“人权”语词。十五大报告的第六部分“政治体制改革和民主法制建设”明确指出：“共产党执政就是领导和支持人民掌握管理国家的权力，实行民主选举、民主决策、民主管理和民主监督，保证人民依法享有广泛的权利和自由，尊重和保障人权。”1997 年和 1998 年，中国政府分别签署了《经济、社会和文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》。这两大人权国际公约的签署，标志着中国与其他国家缩小了在人权问题上的分歧，中国的人权建设融入了世界人权发展的主流。1998 年，江泽民在美国总统克林顿访华时宣告：由于社会制度、意识形态、历史传统和文化背景都不相同，中美两国在实现基本人权的途径和方式上也不同，双方对一些问题的看法不一致和存在分歧，这是不奇怪的。中国政府庄严地承诺：促进和保护人权和基本自由。①

1999 到 2008 这 10 年，是中国人权脚踏实地、勉力前行的 10 年。在这 10 年里，人权在多个方面、多个领域踏实进取成就斐然。人权成就的显著标志之一就是两次宪法修正案的通过，尤其是“人权”语词被载入宪法。1999 年，江泽民在谈到人权问题时多次表示：中国政府对人权问题是非常重视的，人权是历史的产物，它的充分实现是同每个国家的经济文化水平相联系的逐渐发展的过程；集体人权与个人人权，经济、社会、文化权利与公民、政治权利，是不可分割的。中国尊重国际人权文书中关于人权的普遍性原则，但同时认为，由于各国社会制度、文化、历史传统和经济发展程度不同，保护人权的具体措施和民主的表现形式应有所不同。中国愿意继续在平等和相互尊重的基础上同有关国家开展人权对话与交流，以增进相互了解，妥善处理分歧。② 1999 年 3 月 15 日，第三次宪法修正案通过，确认了依法治国的基本治国方略，迈出了人权保障的一大步。2001 年 2 月全国人大常委会批准了《经济、社会和文化权利国际公约》，为国际人权公约在中国的实施打开了大门。2002 年 11 月，党的“十六大”报告在论述“坚持和完善社会主义民主制度”部分中提出：“健全民主制度，丰富民主形式，扩大公民有序的政治参与，保证人民依法实行民主选举、民主决策、民主管理和民

① 转引自冯林主编：《中国公民人权读本》，经济日报出版社 1998 年版，第 485 页。

② 参见《中国领导人谈人权》，见人权网 http：//www. humanrights. com. cn/human/node _ 1973. htm。

主监督，享有广泛的权利和自由，尊重和保障人权。”将“尊重和保障人权”确立为社会主义政治文明及新世纪新阶段党和国家发展的重要目标。2003年《行政许可法》进一步规范行政权力的运行；同年8月1日《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》施行，收容遣送制度被废止；同年9月1日，《法律援助条例》正式实施；超期羁押开始得到清理；社区矫正的试点开始展开。2004年3月14日，十届人大二次会议通过了第四宪法修正案，“国家尊重和保障人权”被载入了宪法，公民合法的私有财产受到更严格的保护，社会保障制度条款成为生存权保障的基石。此次修宪，14条修正案中有12条与人权相关，尤其是“人权”语词的入宪，首次将“人权”从政治理念提升为法律概念，人权成为宪法价值的核心，这标志着人权精神导入宪法、中国进入了一个人权保障的新时代，这是新中国宪政建设尤其是改革开放以来，人权进步的最重大成果之一，是中国民主宪政和政治文明建设的一个伟大事件，是中国人权发展的一个重要里程碑。《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十一个五年规划的建议》中，也提出要“尊重和保障人权，促进人权事业全面发展”。2006年3月，十届全国人大四次会议批准的《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》明确提出，“尊重和保障人权，促进人权事业的全面发展”，首次将人权事业的发展作为现代化建设事业的重要组成部分纳入国家发展规划。2007年10月，党的十七大报告首次把人权事业的发展作为党和国家事业发展的一个重要方面在党代会报告里加以总结。报告指出过去五年“人权事业健康发展”，提出要“尊重和保障人权，依法保证全体社会成员平等参与、平等发展的权利”。十七大通过了《中国共产党章程（修正案）》，党章修正案充实了总纲关于发展社会主义民主政治的内容，强调要坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一，走中国特色社会主义政治发展道路，增写了坚持基层群众自治制度，同时增写了尊重和保障人权，建立健全民主选举、民主决策、民主管理、民主监督的制度和程序等内容。在“人权”语词入宪的激励下，人权研究、人权教育和人权实践都取得了极大的发展，刑事诉讼法、民事诉讼法、律师法等人权保障法的修改稳健深入地进行，《政府信息公开条例》、《劳动合同法》等法律法规的实施，人力资源和社会保障部农民工工作司的成立等等，都为公民权利的保障增添了新的力量。

“在人权研究方面”，1990 年中宣部拟定了 8 个研究课题，确定了负责主持研究的单位，着手收集资料编写“人权研究资料丛书”，丛书由四川人民出版社于 1993 年出版，为以后的人权研究提供了资料支持。1991 年 3 月 12 日《中国法学》编辑部和中国法学会研究部联合召开了“如何开展人权与法制问题的理论研究”的座谈会，到会的二十多位专家学者一致认为研究人权问题必须首先解放思想消除顾虑，应当站在马克思主义的历史唯物主义高度，汲取古今中外人权思想中属于人类共同文明成果的精华，参照当代国际公认的准则，丰富马克思主义人权理论。会议还提出了一系列人权理论选题供研究参考。① 1991 年 6 月 18 日—21 日中国社会科学院法学研究所召开人权理论研讨会，来自全国教学、科研和实际部门的近七十名专家、学者出席了会议。会议从法学的角度对人权的概念、马克思主义人权观与西方人权观的原则界限、资本主义人权制度的分析与评估，对社会主义中国的人权保障、主权原则与人权的国际保护等 5 个专题进行了讨论。②《人权白皮书》发表后，11 月 4 日中宣部又召开了较大规模的人权讨论会。此时，谈论人权在中国已形成一股新潮。

中国社会科学院成立了人权研究中心，积极开展人权理论研究、人权政策研究、人权两公约研究、外国人权著作翻译、人权资料建设等工作。如 1992 年 7 月开始编写《中国人权百科全书》，历时 5 年完成（1998 年 5 月出版）。人权理论研究方面的内容涉及：社会主义人权的基本理论与实践；人权的三种存在形态；人权、社会发展权与法定权利；作为道德权利的人权与作为法律权利的公民权；人权的普遍性与特殊性；个人人权与集体人权；人权的道德基础；自然权利说的历史来源；发展中国家与人权；亚洲国家的人权观；妇女与人权；联合国关于妇女人权保护机制的健全与完善；国际人权法与对妇女的暴力行为；转型时期中国乡村贫困妇女生存权和发展权的实现；立法中的人权——平等、自由、安全；国际新秩序与人权；人权共同标准的根据；国际人权、人权共同标准、国家主权；人权国际保护与国家主权；人身权利的法律保障；宪法与人权保障；国际人权公约的实施机制等

---

① 参见郭道晖、陶威：《人权禁区是怎样突破的》，《法学》1999 年第 5 期。

② 参见李林：《把人权理论研究引向深入——中国社会科学院法学研究所人权理论研讨会综述》，《中国法学》1991 年第 5 期。

等。人权对策研究方面涉及健全国内人权保障法律制度和中国的人权政策等一系列重大问题，包括：关于人权的概念；中国应高举社会主义人权旗帜；划清对人权的国家保护和以人权为借口干涉别国内政的界限；关于生存权的不同观点及其宜采取的立场；发展权是实现各项人权的必要条件；现代人权发展的三个特征；发展中国家对人权问题的主要观点；主权与人权的问题；关于香港人权的法律问题；取消对少年犯罪适用死刑缓期二年执行的问题；制订律师法可参考国外法律援助的建议；中国社会主义市场经济法律体系构想及法律制定；废除“收容审查制度”、“类推适用制度”、“反革命罪”；刑事法制发展与民主权利保障；刑事政策与公民权利保障；罪刑法定原则与人权保障；被害人刑事诉讼权利及其保障问题研究；限制自由刑与人权保障；死刑与人权保障；关于合并、削减刑法中死刑条款的意见和建议；关于实施排除违法取得刑事证据资料证据效力原则的若干建议；无罪推定与罪刑法定；刑事审判简易程序与公民权利保障；滥用职权罪与公民权利保障；囚犯的权利保障；关于侵犯公民人身权利犯罪的立法完善；中国刑法修改与人权保障；刑事法制的公正性；法国新刑法典关于法人犯罪的规定；国外关于改善被害人境遇的两项制度。以上研究成果在修改中国《刑事诉讼法》和《刑法》以及在完善整个刑事立法方面，都起到了一定的作用。在人权两公约研究方面，认为《经济、社会和文化权利国际公约》与《公民权利和政治权利国际公约》是当今国际上最重要的人权法律规范，对于确立统一的国际人权标准和保障机制具有十分重要的意义。人权中心向中国政府有关部门建议，中国应当尽快签署加入国际人权两公约，因为这两个公约是世界各国人民长期斗争的结果；加入“人权两公约”已是国际潮流；中国加入“人权两公约”具有充分条件和坚实基础；加入“人权两公约”有利于进一步完善中国的人权保障制度等等。[①] 除中国社会科学院人权研究中心之外，全国许多教学、科研和实务部门的大量专家学者投入到与人权相关的研究工作，人权研究的范围不断扩展，研究走向深化和细化，研究成果不断涌现，形成和发展了一系列人权学说。

人权研究与人权教育的目的，就在于增进对人权的普遍理解、尊重、遵

① 参见李林：《人权：研究与传播》，《环球法律评论》2001 年第 3 期。

守和保障。改革开放以来，中国的人权理论和人权实践获得了迅速发展[①]，回顾和反思改革开放以来的人权研究，对今后的人权建设极为必要。

一、关于人权概念的理论

几乎所有的人权问题都与人权概念的解释相关。人们在不同的意义上使用人权一词，所表达的主张甚至会截然相反。人权概念的复杂性，既有历史的、现实的因素，也与人权本身作为一个学术问题十分宽泛和复杂有关。对人权及其历史的解释，包含着对政治、经济、法律、哲学、宗教、伦理的诸多问题乃至整个人类历史的解释。而人权原理中的所有问题，包括人权的主体、内容、分类、来源、保障等等，从宽泛的意义上都可以视为人权的概念问题。

学者们从不同的角度对人权进行定义。例如，有的在道德意义上使用人权一词，将人权与人性、人道、自然、道德等相联系。有的在法律意义上使用人权一词，将人权与公民权利甚至国家意志等同。有的强调人权中的个人自由与政治性权利，甚至认为人权的内容仅限于此，有的则强调经济、社会、文化类权利，有的强调自决权、生存权、发展权、环境权等新人权。有的将人权视为适用于所有国家和人民的最低标准，有的则将人权视为所有国家和人民努力去实现的理想目标。有的从个人主义、个人自由、社会分裂的角度理解人权，有的则从社会连带、集体主义、文化传统的角度解释人权。[②]

有学者归纳了我国学术界关于人权概念的四种观点学说。一是人性固有权利说，认为人权是人性中固有的那些权利，如果没有这些权利，人就不能生活得像个人。二是权利的最一般形式说，认为人权是人的社会权利和私人权利的抽象和概括，是权利的最一般形式。三是平等权和自由权统一说。四

---

① 改革开放以来，人权这个概念时常受到非难，甚至引发相关的风波，人权前进的道路充满艰辛。我们不会忘记孙志刚、余祥林、杜培武、李思仪这样一些名字，不会忘记矿工、农民工、黑砖窑劳工这样一些群体，不会忘记 SARS 事件、安徽阜阳毒奶粉事件、厦门 PX 事件、重庆钉子户事件、三鹿结石奶粉事件这样一些人权事件，不会忘记不同的人们以不同的方式为人权的点滴进步而付出的努力与巨大代价。

② 参见夏勇：《人权概念起源——权利的历史哲学》，中国政法大学出版社 2001 年版，原版序言，第 176、221—222 页。

是资产阶级特权说。①

还有学者归纳并评价了我国学术界关于人权概念的六种观点学说。一是人权就是做人的权利，人权即作为一个人所应该享有的权利。认为这一类定义至少在逻辑上有同义反复之嫌。二是人权实质上就是公民权、公民基本权利或人民的基本权利。认为这类定义把人、公民、人民等几个概念混同，致使逻辑上不周延。三是人权是指公民的自由、平等的权利。认为这种界定在逻辑上仍不周延。四是人权是得到社会承认的人的一切权利，人权的性质和范围取决于人们的物质生活条件。认为这一类定义具有相当的合理性。五是人权是人按其自然属性和社会本质所应当享有的权利，强调人权的“应有”。六是从价值哲学角度来界定人权，人权是人的价值的社会承认，是人的价值的一种社会表现形式。这几位学者提出，人权即人的权利，是人（或其结合）应当享有和实际享有的、并被社会承认的权利的总和。②

具体来说，还有下列一些关于人权概念的理论。有学者认为，人权即人的权利，它反映了人在社会关系中的地位，是一定主体的一种资格和优势，是被一定社会意识或社会规范认为是“正当的”行为自由。人权的性质和范围受社会的经济结构以及相应的文化发展的制约，归根到底决定于人们的物质生活条件。③ 权利就是人的价值，人的地位，人的尊严；只要是人，他就有人的权利，就有人的价值，就具备人的地位。④ 人权是指在一定社会历史条件下受到法律认可的公民享有的权利。⑤人权就是指在一定生产方式中生活的一切人或绝大多数人有资格享有自己所需要的东西。⑥ 人权是一定社会或一定国家中受到认可和保障的每个人实际拥有和应当拥有的权利的最一般的形式。⑦ 生活在不同国家的人由于受到不同的历史背景、社会制度、文化传统和经济发展水平等的制约和影响，因而他们享受的权利不可能是一样

---

① 参见饶方：《人权与法制理论研讨会综述》，《中国法学》1991 年第 4 期，第 41 页。

② 参见罗玉中、万其刚、刘松山：《人权与法制》，北京大学出版社 2001 年版，第 3 页。

③ 参见孙国华主编：《人权：走向自由的标尺》，山东人民出版社 1993 年版，第 48 页。

④ 参见张春津：《人权论》，天津人民出版社 1989 年版，第 43 页。

⑤ 参见杨庚：《论人权的本质》，见冯卓然、谷春德主编：《人权论集》。

⑥ 参见叶立煊、李似珍：《人权论》，福建人民出版社 1991 年版，第 1 页。

⑦ 参见郑杭生主编：《人权新论》，中国青年出版社 1993 年版，第 4 页；郑杭生、谷春德主编：《人权史话》，北京出版社 1994 年版，第 9 页。

的。[①] 有学者提出整体人权概念，即人权是社会成员的主观要求与社会客观条件许可的统一。[②] 有学者强调人权不仅仅是道德权利、应当权利、法定权利，更是千百万人日常生活中实实在在享受着的权利。[③] 有学者认为，人权本质上是一种经济权利，是一定阶级的经济利益在政治上和法律上的表现。[④] 有学者把人权界定为自由和平等的权利，人权就是人的自由权和平等权，是权利的最一般形式。[⑤] 还有学者从人民和公民权的角度定义人权，认为“人权实质上就是公民权”，是“对公民基本权利的一种称谓”，“是人民的基本权利”，“不指涉和涵盖公民的全部权利，而仅指涉那些基本的和普遍的权利”[⑥]。还有学者认为，人权是“得到社会承认的人的一切权利，其中包括宪法所规定的公民权利”[⑦]。有学者认为，人权是每一个生物意义上的人得到尊严保障所必须享有的权利。[⑧] 李步云教授认为，人权是人依据其自身的本性即自然属性和社会属性所应当享有的权利。[⑨] 沈宗灵教授认为，人权是人们从价值、道德观念出发而认为作为个人或群体的人在社会关系中应当有的权利和应当履行的义务。人权是一种价值观念、道德观念的体现，因而人们就有不同的人权观。[⑩] 韩大元教授认为，人权最初是从道德权利中发展起来的，其基本含义是作为人应该享有的自由，表明人生存的基本资格。人权作为道德权利，具有超国家与超实定法的性质，即人权在一般情况下以道德的赋予与社会伦理的力量存在。人权实定化以后便成为基本权或基本权利。人权源于自然法，是一种自然权，具有永久不变的价值上的效力，表现为价值体系。[⑪] 卓泽渊教授认为，人权是人所应当享有的权利，是以人的自然属性为基础、社会属性为本质的、人被当做人来对待的属于人的权利。[⑫]

---

① 参见庞森：《当代人权 ABC》，四川人民出版社 1991 年版，第 5 页。

② 参见万鄂湘、郭克强：《国际人权法》，武汉大学出版社 1994 年版，第 2 页。

③ 参见李云龙：《人权问题概论》，四川人民出版社 1998 年版，第 1—4 页。

④ 参见董正平：《两种人权的经济根源》，见冯卓然、谷春德主编：《人权论集》，1992 年版。

⑤ 参见胡义成：《商赋人权论》，《陕西师大学报》1991 年第 6 期；孙哲：《新人权论》，第 34 页。

⑥ 乔伟：《论人权》，《文史哲》1989 年第 6 期；吴家麟主编：《宪法学》，第 325 页。

⑦ 孟春燕：《坚持马克思主义人权观 反对资产阶级人权观》，《人民日报》1990 年 9 月 17 日。

⑧ 参见徐显明主编：《人权法原理》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 103 页。

⑨ 参见李步云主编：《人权法学》，高等教育出版社 2005 年版，第 10 页。

⑩ 参见沈宗灵：《人权是什么意义上的权利》，《中国法学》1991 年第 5 期。

⑪ 参见韩大元：《宪法学基础理论》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 200 页。

⑫ 参见卓泽渊：《法治国家论》，法律出版社 2003 年版，第 43 页。

张恒山教授认为，“人权是人们在文化认同的基础上，社会依据无害性标准所确认的，对人的生存、发展具有必要性的基本行为的正当性。”① 齐延平教授认为人权是人区别于动物的基本条件，人权就是做人的起码条件，不具备这些条件，就不能算是完整意义上的人。人权的意义可以从三个层面予以说明，在道德层面，人权是指人应该享有的权利，在政治层面，人权是指可以对抗公共权力的权利，在法律层面，人权是法律制度的灵魂。②

夏勇教授探索了人权概念的起源，研究其产生的条件、过程和原因，探讨其理论来源和制度来源。人权的发生乃是基于人类共同的要求，人权概念是整个人类文明演化的产物。他认为，作为一个名词，人权在语义学上有固定的含义，作为一项伦理原则，人权在哲学上有特定的由来和属性，作为一个法律概念，人权在法学上有特定的主体、客体和分类。一种比较清晰、比较一致的人权概念是有可能确定的。没有人权概念的确定性，便没有人权概念的多样性。夏勇教授认为，人权是由“人”和“权利”两部分构成，依其本义，是指每个人都享有或都应该享有的权利，是“人人的权利”。人权包括两层含义：第一层指权利，即“是某某权利”，第二层指观念或原则，即“每个人都享有或都应该享有权利”。前者是它法学意义上的权利，后者是关于人的一些原则，它由若干关于人及人类社会应该怎样对待人、尊重人的判断、命题或原则构成，可简称为“人道”。一般说来，人权概念是由权利和人道这两个概念构成的，是这两者的融合。人权学说离不开权利学和人学这两门学问。③

徐显明教授认为，人权是人的价值的社会承认，是人区别于动物的观念上的、道德上的、政治上的、法律上的标准。它包含着“是人的权利”、“是人作为人的权利”、“是使人成其为人的权利”和“是使人成为有尊严的人的权利”等多个层次。随着第三代人权的出现，我们对人权的认识又加深了：人不仅仅应该有尊严，而且应该获得全面发展。人权应当是使人成为有尊严并且获得全面发展的权利。但是，人权的这个体系还没有终结，它仍然是开放的。和谐权应该可能成为第四代人权的代表。人权中的“人”，可以解释

---

① 张恒山：《法理要论》，北京大学出版社 2002 年版，第 391 页。

② 参见齐延平：《人权与法治》，山东人民出版社 2003 年版，第 9 页。

③ 参见夏勇：《人权概念起源——权利的历史哲学》，原版导言。

为“自然人”、“人民”、“市民”、“公民”、“国民”、“民族”、“种族”、“集体”甚至法人，它回答的是主体问题。人权中的“权”，可以解释为“自然的权利”、“市民的权利”、“国民的权利”、“人民的权利”、“公民权”、“基本权”、“宪法权”、“公民的基本权利”等，它回答的是人权在所有权利中的地位问题。并不是所有被人享有的权利都是人权，也不是尚未被人享有的权利就不是人权。人权的旗帜刚刚树立起来的时候，还没有资产阶级共和国，这一时期的人权只有观念上的意义和政治斗争上的意义。此前的人权，如果由远及近追寻它的轨迹，只能称其为人权的萌芽、人权的要求、人权的思想和到18世纪中期后才形成的人权理论。作为制度意义上的人权，是资产阶级国家建立之后才有的事情。资产阶级国家形成之后，人权随着进入法律领域而被分解为两部分，一部分被认为先于国家和高于国家，这部分仍被直呼为人权；另一部分被认为后于国家和基于国家，认为它们是与政治共同体紧密相连的权利，这部分被称为公民权。①

人权是具体的、历史的和发展的，人权的概念也会随着历史的前进而不断发展变化。

二、人权的主体

（一）人权主体决定说

有学者提出，在人权主体与人权内容之间，人权主体决定着人权内容。人权主体问题不能简单地归结为只“关系到人权的适用范围”②，而应该认识到，人权主体理论除了在知识论的意义上回答“谁的权利”，从而使人类免于在这一问题上的困惑外，还在整个人权理论中具有重要地位，并对人权救济和人权保障具有不可替代的实践功能。首先，有什么样的人权主体，就对应着什么样的人权体系。按逻辑分析，不是先确定了人权的内容，然后再去寻找有资格享有它们的主体。虽然人权的实践往往把某些人权主体排除在

---

① 参见徐显明：《法理学教程》，“人权与自律”一章，中国政法大学出版社1994年版；徐显明：《人权研究无穷期》，《政法论坛》2004年第2期。

② 李林、蒋兆康、莫纪宏等：《以马克思主义为指导深入研究人权理论》，《法学研究》1991年第5期。自1991年人权理论研讨会的综述对这种观点作了概括性表达之后，人权主体只关系到人权的适用范围这种对人权主体的理解，一直被人们视为理所当然，几乎可以从目前所有关于人权的理论中推导出来。如李步云主编：《人权法学》，第10页。

人权保障之外，因此人权斗争在很大程度上也可以被视为扩展人权主体的斗争。这是人权的主体与人权关系的另一个方面，是人权制度性保障的问题，与人权主体决定说并不悖逆，而且，人权主体决定说可以为这样的人权斗争提供支持。恰恰相反，人权主体是先于人权而存在的，人权正是人权主体在道德上和法律上所要求的权利。因此，所有的人权理论都是建立在对人权主体预设的基础上的，人权的全部内容最初都是从人权主体出发的。其次，对人权的全部研究，不仅均需以如何使主体享有最充分的人权为逻辑起点，也以如何使主体享有最充分的人权为最终目标。人权研究要服从与服务于人权主体，人权的价值只能和必须通过人权主体的满足来体现。成熟的人权理论和科学的人权研究，首要的是对人权主体的研究。再次，在人权主体与人权内容这两大构成要素中，不仅是人权主体决定着人权内容，而且使人权与其他任何类型的权利相区别的，也不是人权内容，而是人权主体。进而言之，人权与其他权利的最大区别就在于主体的区别。其一，人权主体只能是人，而其他权利的主体则可以是多种多样的，国家、政府、群体、法人等等都可以成为种种权利的主体，动物的权利、植物的权利、自然的权利等等概念也都被提出。其二，人权主体必须是普遍的，人权不能忽略任何一个具体的人，人权的普遍性首先就是人权主体的普遍性，人权的概念中天然地包含着主体要素，人权的正当性也体现在人权的普遍性中，而其他权利却并不要求主体的普遍性。最后，人权之所以成为人权也只能在人权主体的理论中找到说明。人权不能简单地解释为“人享有的或者应当享有的权利”，而应当突出“把人作为人看待”所必须具有的权利这一层含义。[①] 总之，人权是从人的存在和保障人的尊严中产生的权利，是把“人”作为“人”看待所必不可少的权利。

阐明人权主体与人权内容之间的这样一种关系，对人权的理论研究并且对人权的保障实践都是十分有益和必要的。第一，人权的正当性要求人权主体的普遍性，而如果只是从形式上承认普遍主体，而对具有差异的人权主体的特殊要求置若罔闻，则构筑起来的人权体系实际上又抹煞了人权主体的普遍性，从而消解了人权的正当性。所以人权主体关联着人权的正当性。第

① 参见夏勇：《人权概念起源——权利的历史哲学》，导论。

二，人权主体的确定性是人权内容确定性的前提条件，在人权内容上的种种争论，往往源于对人权主体的不同预设，离开人权主体而讨论人权的内容与体系是不可能的，而人权的内容与体系的缺陷必然导致人权保障的不充分。如果能够意识到在人权主体上的分歧所在，厘定人权的内容将获得一种新的考量工具。第三，既然人权的全部研究，都需以如何使人权主体享有最充分的人权为逻辑起点和最终目标，则自觉地对人权主体的更全面的分析考察，将可预期地提高人权保障的水平。长久以来人权理论对权利内容的重视已经导致了对人权主体的遗忘。对人权主体的研究大致可以在两个向度上展开，一是对人权主体的哲学辨思，其目的在于从哲学、政治学、伦理学等的立场上认识人，从而大致确定人权的内容；二是从历史与现实的实证角度，考察人权主体从一般意义上的人向法律主体的转化，以及此种转化对人权实现的意义和影响，目的在于为人权的实现提供法律与制度的保障。①

（二）普遍人权主体说

1991 年在中国社会科学院法学研究所召开的人权理论研讨会上，有少数人认为，人权的主体是人民，只有工人、农民、知识分子和热爱社会主义的爱国者才享有人权。也有人认为，人权的主体是公民，应用公民权代替人权。大多数与会者认为，人权的主体是一切人，属于敌我矛盾的人也应享有生命权、人格权等人权。人权不同于公民权，公民权不能取代人权。因为公民权的主体是公民，而人权的主体则是一切人，包括无国籍人和外国人。公民权只是人权的法律表现形式，而人权的内容要比它更为宽泛。公民权是国内法概念，而人权既与国内法有关，又与国际法有关，既与法律规范有关，又与其他社会行为规范有关。如果用公民权取代人权，实际上就否定了人权的国际性和人权的国际保护。②

徐显明教授认为人权主体必须是普遍的人。人权的普遍性首先就是人权主体的普遍性。认可人权具有普遍性是当今世界的共识，从主体的角度揭示人权的普遍性更具有特别的历史意义。主体的普遍，既是人权的要求，也是人权之作为人权的独特价值所在。人权与特权的差别，并不在权利的内容上

---

① 参见曲相霏：《论人权的主体》，2004 年山东大学博士学位论文。

② 参见李林：《把人权理论研究引向深入——中国社会科学院法学所人权理论研讨会综述》，《中国法学》1991 年第 5 期。

有不同，而只在享有权利的主体的范围不同。人权主体普遍性的栅栏一旦允许有了豁口，人权马上就不成其为人权，而蜕变为特权。在权利与普遍的主体结合之前，所有的历史权利都是特权，没有人权。主体的普遍是人权区别于任何一种历史权利的最显著的特征，主体的普遍也是权利自身发展过程中一次质的飞跃。①

莫纪宏教授也指出，在语言学上，“普遍”一词意近于“共同”。正如《世界人权宣言》所宣称的那样，每一个人都享有该宣言中所确认的所有的权利和自由，而不得因为种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他观点、民族或者社会起源、财产、出生或者其他情况加以区别对待。基于上述规定，最适合用来注释“普遍人权”中“普遍”一词意义的是“每一个人”。不难看出，在解释《世界人权宣言》中普遍人权的意义时，使用享有人权的主体的普遍性来注释普遍人权的内涵更能体现普遍人权的特征。②

人权从近代到现代发展的历史也是人权主体逐渐普遍化的历史。古典人权理论并未确立普遍人权主体，在启蒙运动及资产阶级革命时期的人权理论以及当时的人权宣言中，人权的主体指的是特定的人而不是普遍的人，人权主体在理论上就是有限的。主体模糊不清的古典人权理论其表面上的自相矛盾可以用当时流行的契约理论来解释，即“政治契约”中的“人人”或“每个人”等带有普遍性的字眼，理所当然仅指参与订立契约的人，而不包括契约之外的人。从 19 世纪中叶到 20 世纪上半叶，在人权发展的第二个阶段，作为社会主流思想的人权理论不仅在推动人权主体的普遍化上鲜有进展，相反，许多资产阶级思想家还创造了五花八门的学说来为有限的人权主体理论辩护。这些理论至 20 世纪中叶在第二次世界大战中被发挥到了极致。正是在这场史无前例的大灾难中才孕育出了对普遍性人权的迫切需要和真切追求。人权问题第一次不再是一个国家或一个地区范围内的问题，不再是一个少数人集团或阶级范围内的问题，不再是某一个人权原则的问题，而是世界范围内的、每个人的问题。1948 年 12 月 10 日，联合国在巴黎夏娃宫通过了《世界人权宣言》，它明确宣告世界各地“人人有资格享受本宣言所载的一切权利和自由，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍

---

① 参见徐显明：《对人权的普遍性与人权文化之解析》，《法学评论》1999 年第 6 期。

② 参见莫纪宏、宋雅芳：《论国际人权公约与国内宪法的关系》，《中国法学》1999 年第 3 期。

或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别”。联合国大会宣布：《世界人权宣言》为所有人民所有的国家共同努力的目标。宣言在措辞上还特意以“所有人民”（all people）代换了“所有男子”（all men）。《世界人权宣言》标志着普遍人权主体在理论上终于确立。这就是人权“从有限主体到普遍主体”的发展过程。①

作为人权主体的普遍的人，不是附加着理性、财富、种族、肤色、性别、伦理道德等种种条件的人，而应该是经验意义上的、生物学意义上的、具体的每一个人。② 人权关注的不是“什么样的人”而是“是不是人”，只要都是人，就应享有人权。谈论人权，必须把人抽象为“生理学意义上的人”或“人类学意义上的人”。只有这样，才能坚决杜绝任何借口人的社会性差别而赋予或剥夺人权，才能真正使一切只要是人的人都能统一地平等地享有人权。历史和现实也一再证明，人的社会性差别一直是剥夺许多人人权的根本原因，只要纠缠于人的社会性差别，就不会有真正的普遍的人权，要让每个人都享有人权，就必须抽象掉人的一切社会性差别。人权坚持“人是目的”，从人权要求的本质来看，人权所指的人确实仅仅是指“原始的人”、“未加道德判断的人”、“任意一个有自由意志的生命”。因为如果不是“原初的人”而是附加着复杂社会性差别的人，那么人权的享有就没有了统一性和平等性，也就不会有真正的人权。③

还有学者区分了形式上的普遍人权主体与实质上的普遍人权主体。经验意义上的、生物学意义上的、具体的每一个人，与启蒙运动所诞生的人相比，其内涵已经发生了完全的变化。如果把启蒙运动的那个过程称为人的诞生的话，那么人的内涵发生变化的这一过程就应该称为人的重生。所有的人权理论都建立在对人权主体的预设之上，因而人权的普遍性不仅要求人权主体形式上的普遍性，更要求人权理论揭示存在殊异的人权主体各自的独特性，承认并尊重存在差异的人权主体对人权的特殊和特定要求。④

（三）集体与个体

第二次世界大战以后，人权由单纯的国内问题发展为世人共同关心的重

---

① 参见徐显明、曲相霏：《人权主体界说》，《中国法学》2001 年第 2 期。
② 参见曲相霏：《自由主义人权主体观批判》，《人权研究》2004 年卷。
③ 参见邱本：《无偿人权和凡人主义》，《哲学研究》1997 年第 2 期。
④ 参见曲相霏：《自由主义人权主体观批判》，《人权研究》2004 年卷。

大国际问题。人权问题成为国际法调整的对象后，人权理论发生了在主体上、内容上和保障方法上的三大变化。其中，主体的变化就表现为人权由过去单纯的个人人权发展为以种族、民族为构成内容的集体人权。[①] 集体人权的概念一经提出，马上引起极大的争论。

西方学者大多采个人主义与自由主义的立场，强调人权的主体是个体，认为集体人权与个人人权是对立的，认为第三世界国家重视和宣传集体人权是为了取代公民、政治权利，甚至担心集体人权可能成为某些第三世界国家反对西方民主的借口。但东方与第三世界的学者们既不否认人权是“人”的权利，又强调人权是一个历史的范畴和社会的范畴，人权既是个人的权利也是集体的权利。集体人权与个人人权是辩证统一的关系，任何人权包括集体人权都必须最终体现为个人人权，集体人权是个人人权得以充分实现的先决条件和必要保障，同时某些集体人权也是个人的人权，如发展权、和平权、环境权等，既是集体人权，也是个人人权。[②] 我国人权白皮书指出，中国政府不仅十分注重保障个人人权，而且注重保障集体人权，明确肯定集体权利属于人权。

李步云教授主张，人权的主体主要是指个人，但也包括一些群体，如妇女、儿童、残疾人、少数种族或民族、消费者、失业者等等，同时还包括民族、一国人民、全人类。集体人权是相对于个人人权而言的某一类人所应享有的人权，其权利主体是某一类特殊社会群体，或某一民族与某一国家。集体人权包括国内集体人权与国际集体人权两类。国内集体人权，又称特殊群体权利，主要是指：少数民族的权利、儿童的权利、妇女的权利、老年人的权利、残疾人的权利、罪犯的权利、外国侨民与难民的权利等等。国际集体人权，又称民族人权，按照现今国际社会通常的理解与承认，它主要是指民族自决权、发展权、和平与安全权、环境权、自由处置财富和资源权、人道主义援助权等。一国人民作为国际集体人权的主体，主要反映在发展权中。国家、政府都不能成为人权的主体。全人类或各国人民作为国际集体人权的主体，主要反映在环境权及和平与安全权中。集体人权与个人人权的界限并不是绝对的，无论是国内集体人权还是国际集体人权，从某一角度上看同时

---

① 参见徐显明：《人权主体之争引出的几个理论问题》，《中国法学》1992 年第 5 期。

② 参见白桂梅：《论新一代人权》，《法学研究》1991 年第 5 期，第 1—6 页。

也可以是个人人权。个体人权是集体人权的基础，集体人权是个体人权的保障。①

郭道晖教授认为，集体权利一般是指某一社会共同体的公共权利，个体权利一般是指社会个体的私有权利，二者不完全是多数人利益与少数人利益的关系，更不是集体主义还是个人主义的区别。集体权利不是个体权利之和，集体公权利也不能在量与质上分割为个体私权利。法律上存在着复杂多样的权利形态，包括个体私人权利、个体协同权利、群体共有权利、个体共有权利、集体公共权利、社会共享的公共权利、个体与集体并有的权利等等。集体权利一般是指某一社会共同体的公权利——公有权利或公共权利，如国家、民族、社会团体政党、群众团体、企业事业单位等法人组织以及国际组织的公权利。个体或个人权利一般是私权利，是个人的私有权利或私人权利。公共权利一般只能由集体组织所享有，由集体通过其法定代表人来行使，不能分割为一个个的私有权利。群体权利是指具有共同利益与相同身份或处境的个人，在其所属的某一社会特殊群体中同等享有的权利，如在妇女、儿童、老人、残疾人、华侨、宗教界、少数民族、种族、外国人、无国籍人等等群体中的每一分子，都与同一群体中的其他分子一样，享有同等的特殊权利。公民也可以说是一个大群体。集体权利与个体权利之间存在着平等并存、互不侵犯和相互依存、相互制约、相互转化以及相互对立或对抗的辩证关系。把社会主义人权与资本主义人权的本质区别归结为是重视集体人权还是重视个体人权的区别，或提出“集体权利高于个体权利”的一般命题，都是不恰当的。社会主义国家既重视集体权利，又十分重视个体权利。在一定意义上，集体权利归根到底是为实现个体权利这一最终目的服务的。②

万鄂湘教授则提出社会成员说。认为人权的主体是具有一定资格的社会成员，可以分为国际社会成员和国内社会成员。国内社会成员是国内人权法比如国家宪法、宪法性法律和其他保护人权与公民权的专项法律的主体。这

---

① 参见李步云：《论个人人权与集体人权》，《中国社会科学院研究生院学报》1994 年第 6 期；李步云：《人权的两个理论问题》，《中国法学》1994 年第 3 期；李步云主编：《人权法学》，高等教育出版社 2009 年版，第 10 页。

② 参见郭道晖：《论集体权利与个体权利》，《上海社会科学院学术季刊》1992 年第 3 期。

类主体主要是受一国政府管辖的本国公民、外国侨民、无国籍人、难民、被依法剥夺公民权和人身自由的刑事犯、战时敌国人、战俘、伤病员等等，或由上述成员组成的具有某方面的共同利益的社会团体，如家庭、工会组织、宗教团体、少数民族等等。国际社会成员是国际人权法，比如国际人权条约和习惯法的主体。这类主体主要是国家、民族和种族。由于国际法与国内法有着必然的联系，因而，有些国内人权法的主体也可能成为国际人权法的主体，或是一个主体同时兼有国际、国内两重性。例如，国际上有专门保护妇女、儿童、难民、战俘、无国籍人的公约，这些人由于其所属国或所在国参加了这类公约而直接成为国际人权法的特殊保护对象，受到双重保护。再如国家，由于它是国际人权法和国内人权法的制定者，在国内法上它是人权的义务主体，国家承担着保护本国人民、外国侨民、敌国居民和战俘的基本权利的义务；作为国际法上的义务主体，国家负有责任尊重其他国家的主权和国际人格，与其他国家和平共处以及履行国际公约的义务。①

李林教授认为，国际人权的主体是一个包容广泛的概念。国家是国际人权的主要主体，同时也包括公民、无国籍人和难民，还包括妇女、儿童、种族、民族，乃至全人类。他认为，从人权的主体来看，人权本质上只能由人所享有。作为人权主体的人，主要的和基本的是指个人，然后才是个人的延伸——群体如妇女、儿童、老人、残疾者等，集体如种族、民族等，人民即全人类。当然，在某些文化类型中，如儒家文化和伊斯兰文化，奉集体为本位，“人”首先被解释为一个代表民族或者文化群的国家的集体概念，个人从属于这个集体，在这些文化里，集体才是主要的和基本的。无论以个人为优先，还是以集体为本位，并不会从根本上动摇人权的主体为“人”这个基本属性。凡不属于“人”这个范畴的主体，原则上不应当纳入人权概念的范畴。②

王晨光教授也认为，集体人权的概念可以从人的社会性的角度来理解。也可以从人类社会存在和发展的需要角度来理解。集体人权并非个人人权的简单复合。依社会组织的性质和规划，它可以表现为团体的、民族的和社会

---

① 参见万鄂湘：《论人权的整体概念》，《武汉大学学报》1993 年第 5 期。

② 参见李林：《国际人权与国家主权》，《中国法学》1993 年第 1 期；李林：《人权概念的外延》，《学习与探索》1999 年第 5 期。

的人权。其中后两项是当今社会尤应注意的集体人权。它们包括：民族自决权、民族生存权、独立权、发展权、环境权，等等。集体人权不仅有理论上的根据，而且也是一种客观存在。①

还有学者认为，相对于个人权利而言，集体人权是指某一类具有共同特征的人作为一个整体所享有的权利。在个体人权、集体人权之外，还有民族人权，即广大第三世界国家的民族与国家生存和发展的权利。既然人通常被分为个体的人、集体的人、作为国家公民的个人，那么把人权分为个人人权、集体人权和民族人权便可以构成相应的三位一体的完整权利体系。② 还有学者认为，人权主体包括个人、特殊集体（妇女、儿童、老人、残疾人、囚犯等）、民族（特殊的人种和文化所组织起来的人群）、国家（主权是国家的人权的特殊表现）、第三世界（当今世界的发展中国家）。③ 还有学者认为，“民族、人民和人类的权利，属集体人权。”④

基于对人权主体泛化的担忧，学者们对人权的主体进行了深入的探讨。徐显明教授等梳理了人权主体范围扩展的历史，指出与已成公论的人权内容的“三代”划分相似，人权主体范围的扩展也大致可归纳为三个过程，即“从有限主体到普遍主体”、“从生命主体到人格主体”、“从个体到集体”，整个近代人权主体理论都以此三个过程为中心展开。由民族权利、种族权利演变而来的集体人权，在二战以后才成为被争议被接受的概念，它属国际人权法的范畴，在国内法领域原则上不使用。把集会、结社、游行示威等人权也看作集体人权，则显然是对这些人权的误解。因为集会、结社、游行自由就其属性来说是个人的表现自由，它们与人的言论、出版自由一样，是同一序列的表达个人思想、情感、要求、愿望等的法定方式。这些权利是个体自愿行使的，集体或群体是集会、结社、游行自由行使后的结果，是人权行使过程中的衍生物，个人在群体或集体中始终保有独立表现的地位。⑤ “国家在

---

① 参见王晨光：《人权内容的划分及其作用》，《北京大学学报》1992 年第 3 期。

② 参见孙哲：《新人权论》，第 54 页。

③ 参见严存生：《论人权的主体》，见《当代人权》，中国社会科学出版社 1992 年版。

④ 常健：《人权的理想·悖论·现实》，四川人民出版社 1992 年版，第 87 页。

⑤ 参见徐显明：《人权主体之争引出的几个理论问题》，《中国法学》1992 年第 5 期；徐显明、曲相霏：《人权主体界说》，《中国法学》2001 年第 2 期。

任何时候都不是人权的主体。”①

张文显教授提出，集体人权的主体主要指主权国家、国家或政治意义上的民族，不是社会文化或人类学意义上的民族和作为整体的人民。不能凭着自己的主观意念，随心所欲地把集体人权的主体泛化至国内法领域中各种集体和社会团体。在国内法领域，不宜引入“集体人权”的概念，但在国际法领域，“集体人权”则是不能放弃的旗帜。人权是属人的或关于人的权利，人权的主体主要是个体，即马克思所说的“有感觉的、有个性的、直接存在的人”，“从事实际活动的人”，“可以通过经验观察到的发展过程中的人”。人权主体与权利主体是两个不同的概念，权利主体是宽泛的，而人权主体则是限定的概念。把人权主体主要限定于个人，并把人权界定为个人权利，使之成为一个与集体权利、社会权利、国家主权相对应的独立的范畴，具有理论与实践上的意义。第一，符合人权的真实意义；第二，使人权能够量化，从而使我们有可靠的根据判断一个国家的人权状况；第三，提醒人们注意人权概念的局限性，即人权作为个人权利，只是各种权利中的一种，不能涵盖和代替其他主体的权利，如集体权利、国家权利、社会权利等。无论在哲学意义上，还是在普通语义上，都不能把以个人权利为主要存在形态的人权视为抽象之物，而仅把集体权利和社会权利看作是具体的。“个人”与“人”是不同的概念，“人”是一个高度抽象的概念，其抽象的程度要高于集体、社会、国家，而“个人”则是比较具体的概念，其具体的程度高于集体、社会、国家。如果硬要在个体权利与集体权利、社会权利之间区分出抽象权利与具体权利的话，毋宁说集体权利、社会权利才是较为抽象的权利，而个体权利则是比较具体的权利。该学说认为，个人权利与集体权利、国家权利等一样，都是对正当利益的确认，均应受到法律平等的保护。重视个体权利并不会导致个人主义，允许并鼓励个体充分行使法律权利，正是保障和促进公共利益实现立法目标的必要途径之一。② 也有学者表达了类似的观点，例如：抽象而论，人权即集体权利与个体权利的有机统一，人权的产生、人权的实现与发展以及人权的保障，都是在社会集体中得以进行的。人权，在不

---

① 徐显明：《人权研究无穷期》，《政法论坛》2004 年第 2 期。

② 参见张文显：《论人权的主体与主体的人权》，《中国法学》1991 年第 5 期；张文显：《人权·权利·集体人权》，《中国法学》1992 年第 3 期。

同的时期、不同的方面又表现为集体性的权利。但是，这并不否认，人权在本体上就是个体的权利。[①] 有学者主张享有权利的主体最终是个体，而不是集体，所有的集体概念（国家、人民等等）最终都必须落实到个体头上。“权利”是作为个体不受集体侵犯的保障而产生和发展起来的，失去个体主义的背景，“权利”也就失去了意义。因此，在处理一个国家内部事务中，集体概念过分宽泛。只有在对外事务中，这类概念才可能有用。[②]

对集体人权这个概念不论是持肯定的立场还是持否定的立场，首先都要抱着审慎和认真的态度把问题研究清楚。有学者通过分析自决权等所谓的集体人权，对集体人权的概念提出质疑。在国际人权法中，自决权是人民的权利，但自决权也是一项个人人权，在自决权中包含着个人与国家及政府之间传统的人权关系，即国家与政府不是自决权的权利主体而是自决权的义务主体。在此意义上，自决权可以理解为集体性的个人人权。“集体人权”这四个字从语法上理解，“集体”是人权的定语，“人”是人权的主体，“权”是人权的内容。如果把集体理解为人权主体的话，那么集体人权概念中就会出现“集体”与“人”两个主体的冲突。否定自决权也属于个人人权这一层含义，直接把“人民”这个抽象的虚拟的人格作为人权主体对待，在理论上和实践中都是有害无益的。如果不对集体人权这个具有修辞意义的概念作出清晰阐述的话，它就极易堕落为集体主义、民族主义和极权主义的工具，从而产生巨大的危害。尤其是当这个集体实际上往往与国家有着某种密切的联系时，集体甚至会暗暗地转化为国家或政府本身。考虑任何人权问题都不能不首先从个人出发，不能放弃方法论上的个人主义。虽然充分实现个人的人权需要全面地或部分地发展集体的某种权利，但集体的权利不论对个人的人权有多么重大的意义，都不意味着必须把集体的权利称为人权，否则人权就会成为一个无所不包的概念。应该把人权限定为个人权利，法人的权利、集体的权利与人权这些概念可以并列使用，而不必把法人、集体等等的权利都称为人权。[③]

有学者对集体作为独立的权利主体并认可集体人权提出了质疑：其一，

---

① 参见罗明达、贺航洲：《论人权的个体属性》，《政法论坛》1993 年第 1 期。

② 参见张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版，第 487—488 页。

③ 参见曲相霏：《论人权的主体》，2004 年山东大学博士学位论文。

有没有可能伸张一个集体的权利，就是集体作为权利主体是否可能；这里说的是集体的行动能力问题。其二，是不是有必要甚至必须主张集体的权利，就是集体权利的必要性问题。集体权利所强调的重心确实不同于个人人权。集体作为权利主体，可能使人权理念本来的核心被淡化了，即人权作为一种对抗国家的、以个人的权利为中心的权利的理念被淡化了。这对于人权发展的影响值得深思。在人权的理解上附加过多的意识形态色彩和主义之争，虽然人权之争很难完全摆脱这种种的主义，不利于达到不同立场之间的对话，并不利于达成共识以接近真理。[①] 还有学者指出，集体人权观念的危险在于，在个人人权之外又树立了一个人权主体，从而使得个人作为人权主体的至高无上地位受到动摇，也为以集体的名义侵夺个人人权提供了口实。这是从人权实践可能导致的后果来看的。集体主义确实是构成社会合作的一种珍贵品性，但当集体主义成为压制个人自由的一般性理由时，它的危害简直无以复加。因为集体这一名称掩盖了太多的差异和个人选择，集体的意志有时以民意、公意、社会利益、公共利益的面目出现，不啻一种不折不扣的压迫。抽象的集体意志与专制联系在一起，美好的公意也可能是灾难的根源。[②]

（四）特殊人权主体说

人权主体的具体表现形态是普遍人权主体的具体化。所有的人权都要为主体所享有，人权作为一项普遍性权利，所有的自然人在享有人权上毫无差别。但有些人权，仅是享有并不能够满足主体的要求，主体要获得其所蕴涵的利益还需要实际地行使它。行使的人权，是动态的外向的，虽然它也普遍地无差别地为每一个自然人所享有，但并不是每一个自然人都能够行使它，不会行使、行使不充分或行使不当都会造成对主体自身或他人权利的侵害。在现实生活中，大部分自然人因主观或客观的各种因素，仅凭其自身无法充分或正当地行使其人权，从而成为行使人权时需要来自社会或他人的特殊照顾与保护的弱者主体。妇女、儿童（未成年人）、老人和身体障碍人（包括身体残疾、智力迟钝和精神障碍）因其自然条件而成为最大数量的弱人权主体群体。难民、无国籍人、外侨、战俘、战时伤病员和战时平民等是国际人权法领域的弱人权主体。在一些特殊法律关系中，由于一方处于弱势地位或

---

① 参见叶传星：《人权概念的理论分歧解析》，《法学家》2005 年第 6 期，第 47—48 页。

② 参见姜峰：《多元世界中的人权观念》，见徐显明主编：《人权研究》（第 2 卷），第 18—19 页。

受到特殊要求，而使其人权保障具有特殊性。公务员、政务员、军人和警察等，是代表国家掌握和行使公权力的公权力人。作为自然人，公权力人的人权主体资格毫无疑问，但由于其掌握和行使着国家权力，公权力附体使他们比一般的人权主体更加“强大”，如不对其行使权利施以严格的限制，公权力极易沦为其暴虐的工具，因此，以“强大”为特征的公权力人就成为人权主体中的特殊一类，而传统的人权理论也总是把公权力代表人作为人权的对立面加以约束。另一方面，公权力人为了履行职责，有时不得不放弃某些权利，如军人和武装警察在训练和执行任务的过程中，其生命权、健康权、自由权等人权会受到挑战，而公务员则因其职业需要，在言论自由、表现自由、参与政治活动、兼职等方面受到限制，从而成为特殊的人权主体。与公权力人在特殊法律关系中的强大特征正好相反，犯罪嫌疑人、受刑人等则因接受刑罚这种处境，其尊严权、健康权、不受虐待和歧视权等权利极易受到侵犯，而成为特殊法律主体。由于宗教、语言、种族、肤色等原因而成为一国的少数者的也是现代社会的弱者人权主体。此外还有边缘主体，是指其是否具有人权主体的资格在人权理论中尚颇多争议，处于“是”与“非”的边缘，最具典型性的边缘主体是胎儿，与之相关的问题是普遍的生物学意义上的人从何时开始可称之为人，未出生的胎儿是不是人权的主体，堕胎是不是侵犯人权等等。

在普遍人权实现的过程中，对这些特殊的人权主体，若不考虑到他们各自的特殊情况而给予特殊的保护，其人权将失去真实性。承认特殊性人权是对人的形式平等的扬弃和对人的实质平等的追求。特殊性人权所派生的特权与作为历史权利的特权有着质的差别，前者仅仅是普遍性人权实现的手段，而后者除了自身再别无目的；前者的权利主体是普遍人权主体中的弱者和障碍人，而后者的主体恰恰是排除了弱者与障碍人之后的社会强者；前者使社会权利的总和增多了，而后者却使社会权利的总和减少了。①

三、人权的内容

当今世界，人权已经成为人文社会科学领域最复杂、最有争议的重大问

---

① 参见徐显明、曲相霏：《人权主体界说》，《中国法学》2001 年第 2 期。

题之一。人们之所以对人权的看法和理解有如此多的歧见和争论，一个重要的方面是因为人权的发展史充满了理想与现实、传统与变革、道德与法律等冲突运动，而且因为文化类型、历史传统、政治理念、经济利益等的差异，致使人们对人权概念的外延产生了不同的认知和解释。人权与其他权利在主体、内容、存在形式、来源、保障方式等方面都存在着差异，并不是所有的权利都是人权。

（一）人权体系开放说

对人权的内容，李林教授等强调，人权观念是历史和文化的产物，不同的历史条件和文化背景，对人权概念的外延有不同的理解和界定。西方国家对人权概念外延的理解，主要强调第一代人权——公民权利和政治权利；发展中国家则主张第一代人权和第二代人权——经济、社会和文化权利是相互关联、密不可分的。人权概念的外延是一个不断丰富发展的开放系统，应当在最广泛的意义和最大包容度上考虑这个概念所涉及的范围，既要防止将人权概念的外延泛化和庸俗化，又要保证它的开放性、兼容性和科学性；既要正确对待人权概念外延过去的“扩张史”，又要正视它在未来的发展扩充。①

徐显明教授认为，人权首先是使人成其为人的权利，历史上有很多的因素使人不成其为人，所以人权在取得的时候就是人们获得做人的权利，使人成其为人。第二次世界大战结束以前的人权文本里找不到尊严权，尊严权是在二战结束以后才出现，这个时候人权的定义事实上已经丰富了。人权是使人成为有尊严的人的权利。但是随着第三代人权的出现，我们对人权的认识又加深了：人不仅仅应该有尊严，而且应该获得全面发展。人权应当是使人成为有尊严并且获得全面发展的权利。但是，人权的这个体系还没有终结，它仍然是开放的。和谐权应该成为第四代人权的代表。②

（二）全面人权说

西方有些人权学说认为，只有公民权利和政治权利是人权，而经济、社会、文化权利等等不是人权，仅表示一种希望、理想、目标。例如 M. 克兰斯顿提出了确定人权的三个标准：实用性、最重要性、普遍性，认为经济、社会、文化权利不符合这些标准，因而不能包括在人权内，或至少与公民、

---

① 参见李林：《人权概念的外延》，《学习与探索》1999 年第 5 期。

② 参见徐显明：《人权研究无穷期》，《政法论坛》2004 年第 2 期。

政治权利不是同一种意义上的权利。

中国人权观认为，经济、社会、文化权利与公民、政治权利都是人权体系中不可分割的组成部分。例如王晨光教授认为，人权是一个整体概念，其中包括许多方面的内容。尽管在不同的历史时期和国度其内容有增删变化，但根据现行的各国法律规定及国际法文件，人权概念仍有公认的基本内容。人权内容的不同方面可以根据不同的标准划分为不同的类别。通常，按人权主体的不同可以将其划分为个人人权和集体人权；按人权内容的性质可将其划分为政治和公民权利与经济和社会权利。上述划分是各国人权理论研究中普遍承认的划分方法。我国的人权白皮书实际上也按照这种方法将人权划分为个人人权和集体人权；生存权、人身权和政治权利与经济、文化、社会等方面的权利。①

（三）首要人权说

中国人权白皮书指出，“人权首先是人民的生存权，没有生存权，其他一切人权都无从谈起。”生存权是首要人权的学说认为，生存权就是人的生命存在的权利，是一个涉及人本身的生死存亡的问题，人的存在是谈论任何人权的先决条件。生存权是第一位的人权，是享有其他一切人权的根本前提和基础。马克思恩格斯在《德意志意识形态》中指出“我们首先应当确定一切人类生存的第一个前提也就是一切历史的第一个前提，这个前提就是：人们为了能够‘创造历史’，必须能够生活。但是为了生活，首先就需要衣、食、住以及其他东西。”② 人必须首先解决好吃、喝、住、穿的问题，然后才能从事其他活动。生存权不仅包括人的生命安全不受非法剥夺和侵害的权利，而且包括每一个人为维持生命的存在所必需的衣、食、住以及其他生活条件获得基本保障的权利。获得基本生活保障，免于饥寒和贫困，是生存权概念的一个特别重要的实质内容。生存权是首要人权的观点，与《世界人权宣言》及其他国际公约的精神是相一致的。《世界人权宣言》规定了人人享有“一个符合人的尊严的生活条件”和“享受为维持他本人和家人的健康和福利所需要的社会服务”权利，《经济、社会、文化权利国际公约》也确认人人享有“免于饥饿的基本权利”。生存权是首要人权的学说，认为不同的

---

① 参见王晨光：《人权内容的划分及其作用》，《北京大学学报》1992 年第 3 期。

② 《马克思恩格斯全集》第 3 卷，人民出版社 1960 年版，第 31—32 页。

国家由于不同的国情，在实现人权的具体路径上，可以选择人权优先发展的重点。而生存权是首要人权的理论是符合中国历史与国情的。中国一百多年来的历史说明，国家不独立，人民的生命安全没有保障，其他一切人权都无从谈起。新中国成立后经过半个多世纪的努力，我国已经基本解决了温饱问题，实现了人民的生存权，这是一项了不起的成就。但是，我国人口众多、人均资源相对贫乏、经济文化比较落后，温饱的基本解决还不足以保证人民的生存权不受威胁，作为一个发展中国家，生存权过去是现在仍然是中国人民的首要人权。①

还有学者提出生存权和发展权是首要的人权，是人权概念的核心内容。生存权是享受其他权利的前提和基础。发展权是保证人们享有权利不断广泛的基本条件。生存权和发展权是被压迫民族、被压迫阶级渴望摆脱贫困和落后及奴役的集中表现。发展中国家争取独立权、生存权和发展权的斗争，给人权理论和实践注入了新鲜内容，使生存权的内涵有了巨大的发展。②

郭道晖教授则提出政治权利是当今中国的首要人权。他认为只讲人权的阶级性，否认普遍性；只考虑“多数人的人权”而忽视“少数人的人权”；片面强调“主权高于人权”、“集体人权高于个体人权”；或只讲“生存权是首要人权”，忽视政治人权居先的价值地位，这些观点都有失偏颇。人权是自然性与社会性、阶级性与普遍性的统一，抽象地强调“主权高于人权”，有可能为以“主权压人权”的专制政权提供理论支持。当今中国的首要人权应是政治人权。③

杜钢建教授提出以言论自由为首要人权的观点。他认为，在当前人权理论研究中，首要人权的研究应该引起充分重视，首要人权概念的出现使人权范畴的分类进一步深化。在基本人权中进一步划出首要人权，有助于深入揭示人权范畴的层次性、关联性和互动性。在过去半个多世纪中，国内外条件决定我国人民所要争取的首要人权是生存权。生存权所要解决的主要问题是人民的衣食温饱问题，这的确是过去我国在人权方面所面临的首事任务。几

---

① 参见董云虎：《生存权是首要的人权》，见《人权民主自由纵横谈》，同心出版社 1994 年版。

② 参见杨庚：《论生存权和发展权是首要的人权》，《首都师范大学学报》1994 年第 4 期；董正平：《两种人权的经济根源》，见冯卓然、谷春德主编：《人权论集》。

③ 参见郭道晖：《人权的本性与价值位阶》，《政法论坛》2004 年第 2 期。

十年来，经过人民的艰苦努力，我国在生存权方面取得了举世瞩目的成就。正如政府的人权白皮书所宣布，我国人民的温饱问题已经基本解决。温饱问题基本解决了，生存权问题也就基本解决了。随着生存权问题的基本解决，我国现实的首要人权便发生变化。今后几十年我国人民的首要人权不再是生存权。自由权特别是言论自由权，将成为我国人民的首要人权。①

四、人权的形态

（一）人权三形态和四形态说

1990年徐显明教授在《论权利》一文中指出，权利具有应有权利和被法律实定后的权利以及实现的权利等不同的形态。法律不是权利的母亲，法律是权利呼唤的结果。权利存在于每一个人的由物质生活条件所决定的要求之中。② 1991年李步云教授明确提出人权的三种存在形态说，认为从人权的实现和存在形态上看，人权可以分为应有权利、法定权利和实有权利三种形态。从本来的意义上讲，人权就是指人的“应有权利”，法律规定的权利不过是人们运用法律这一工具使人的“应有权利”法律化、制度化，使其实现能得到最有效的保障。因此，法定权利是制度化了的人权。法定权利与应有权利相比，虽然是一种更为具体、明确、肯定的规范化的人权，但不能说它同应有权利是一回事，在法定权利之外，还存在着应有权利，应有权利的存在也不以法定权利的存在为转移。人的应有权利在法律没有予以确认和保障之前，是在现实社会生活中客观存在的。而实有权利，则是指人们实际能够享有的权利。在一个国家里，法律对人的应有权利作出完备规定，并不等于人权状况就很好了，在法定权利与实有权利之间往往是有差距的。从应有权利转化为法定权利再转化为实有权利，这是人权在社会生活中得到实现的基本形式。随着人类文明的发展，三者间的外延会接近，但永远存在着矛盾，应有权利永远大于法定权利，法定权利永远大于实有权利。正是这种矛盾推动着人权不断地得到实现。③ 张文显教授又提出人权的四种形态说，即应有权利、法规权利、习惯权利、现实权利。应有权利是人权的最初形态，它是

---

① 参见杜钢建：《首要人权与言论自由》，《法学》1993年第1期。

② 参见徐显明：《论权利》，《文史哲》1990年第6期。

③ 参见李步云：《论人权的三种存在形态》，《法学研究》1991年第4期。

特定社会的人们基于一定的社会物质生活条件和文化传统而产生出来的权利需要和权利要求，是人作为人应当享有的权利。广义的应有权利包括一切正当的权利，即法律范围内外的所有的正当权利。狭义的应有权利特指当有、而且能够有、但还没有法律化的权利。习惯权利是人们在长期的社会生活过程中形成的或先前社会承传下来的，表现为群体性、重复性自由行动的一种权利。习惯权利也是法外权利，对法规权利的确认起着某种根据或制约的作用。法规权利是通过实证法律明确规定或通过立法纲领、法律原则加以宣布的、以规范与观念形态存在的权利，也称为“客观权利”。法规权利不限于法律明文规定的权利，也包括根据社会经济、政治和文化水平，依照法律的精神和逻辑推定出来的权利，即推定权利。一般来说，在法律没有明文禁止或强制的情况下，就可以作出人权推定。现实权利即主体实际享有与行使的权利，这种权利是通过主体的主观努力而实现的，所以也称为“主观权利”[①]。也有学者主张，习惯权利不能成为人权的一种形态，因为习惯权利有合理与不合理之分，合理的习惯权利已被法律所认可，因而可以归结为法定权利，即习惯权利作为与法定权利同时存在的一个特殊领域，只有在和法律同时并存且习惯是法定权利前身的场合下才是合理的。[②]

（二）规定的人权与推定的人权说

这种理论认为，人权有规定的人权与推定的人权两种不同的形态，前者指的是对人权纲领性或原则性的规定以及对人权的列举性宣告，后者指的是从人权的纲领性或原则性规定中推定出的人权内容。该理论认为，在人权有可能被列举宣告的时候，应尽量避免使用推定的方式。因为，人权在需要推定的时候，时常冒着被公权力侵害的危险。被推定出来的人权如果缺乏制度上如立法解释或司法判决对其认可的效力，则其仍是可以随意被人曲解和践踏的。所以，要使人权推定有效，就必须确立国家义务的推定，即国家权力要对公民生活予以干预必须负有自证根据的义务。人权推定只有与国家的义务推定共同作为制度存在时，人权推定才可能有效。作为技术意义上的人权

---

① 张文显：《论人权的主体与主体的人权》，《中国法学》1991 年第 5 期。

② 参见陈兴良：《论人权及其刑法保障》，见《当代中国刑法新视界》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 206—207 页；吕世伦主编：《马克思恩格斯法律思想史》，法律出版社 1991 年版，第 110 页；焦洪昌：《国家尊重和保障人权的宪法分析》，《中国法学》2004 年第 3 期。

推定，指的是从人权的原则或某项母体性权利中推演出新的人权或子权利的方法，如从政治权利中推演出知情权，从知情权中推演出信息自由权等。规定的人权与推定的人权共同组成人权在内容方面的体系。①

制度性人权，或称“作为制度的人权”，指的是人权从法定到事实的一整套转换与保障的机制。制度性人权中既包括“法定的人权”形态，又包括“实有的人权”形态，是两种形态的人权在制度状态下的有机整合。制度性人权是把人权从人的要求、到思想家的论述、到立法者的设计、到事实上的享有这一全过程用最一般化的方法完整予以表达的概念。②

五、人权的来源

尽管人权这一概念被提出已有三百来年的历史，但人权的基础或人权的来源是什么，这个问题始终没有得到令人满意的解释。近二十年来，不少中国学者也苦苦思索人权的本源问题，提出各种不同的见解，主要有：

（一）商赋人权说

商赋人权说认为，马克思主义的唯物史观指示了透过经济关系揭示人权秘密的科学方法。人权的基本含义是自由和平等，而它们都是商品交换发展的产物，商品交换在观念的、法律的、社会的和政治的上层建筑中反映为人权，人权又反过来从上层建筑的不同层次维护商品交换。因此，马克思主义的人权理论体系可以称作“商赋人权论”。对商品经济的产生及在它的基础上形成的自由平等的历史考察也证明了人权的商赋模型。自由平等不是资本主义的专利，自由平等的人权是社会主义应有之义。由于社会主义经济是有计划的商品经济，社会主义人权以集体人权为主导取向，同时充分尊重个人人权，与资本主义的个人主义人权观有根本区别。③ 人权首先是商品交换关系的产物，人权的产生和发展归根结底受制于社会经济结构，同时也受社会文化发展水平的制约。④

（二）国赋人权说

人权的斗争得来说，源于新中国成立初期到 50 年代以后的一些宪法教

---

① 参见徐显明：《论人权的体系与分类》，《中国社会科学》2000 年第 6 期。

② 参见徐显明：《论人权的体系与分类》，《中国社会科学》2000 年第 6 期。

③ 参见胡义成：《商赋人权论》，《陕西师大学报》1991 年第 6 期。

④ 参见王锐生：《人权研究的哲学方法论》，见冯卓然、谷春德主编：《人权论集》。

科书，认为中华人民共和国公民的基本权利是斗争得来的。张光博教授认为，“人民掌握了国家主权，才能获得人权，人权是经过革命、经过夺取政权争来的。不是天赋人权，也不是商赋人权，而是国赋人权。”①

（三）生赋人权说

这种学说认为：人权是社会历史的产物，是社会一定生产方式的产物，是社会一定经济关系在制度上、政治上和法律上的表现。人权是社会一定生产方式或经济关系赋予的，可简称为“生赋人权”，由于社会存在着不同的生产方式或经济关系，从而产生不同的人权。② 人权问题是随着私有制和阶级对立的出现而产生的，而人权理论是资本主义商品经济的产物。人权不是天赋的，不是与生俱来的，是一定社会关系的产物，是资本主义商品经济发展的产物。③

（四）学赋人权说

学赋人权说认为：人类的生命本质是对遗传信息和文化信息的获得、拥有、复制、表达、利用、创造和处置的过程。人权就是人类能动的信息学习和展示的条件、机会、方式和结晶。因此，是学赋人权而不是神赋、天赋、商赋、法赋、制赋或教赋人权。历史上，信息的匮乏、垄断、扭曲和虚假，导致人类对物质和信息的双重依附、人类信息本质的异化和人权的扭曲以至丧失；在社会全面信息化的今天，信息的丰富化、优质化和开放化，为现代人真正回归和成为信息主体、全面保障和实现人权提供了充分的可能，把这种可能转化为现实的基本条件、方式和途径，就是全面建设与形成学习化社会和全员开展终身学习运动。④

（五）无偿人权和凡人主义说

邱本提出的无偿人权说和凡人主义说认为，人权是人之成为人所必不可少的权利，人是人享有人权唯一的也是最充分的理由。人权的主体是人，不管以什么道德标准所区分出的好人和坏人，只要他们还是人，那么就应享有

---

① 张光博：《关于宪法学的几个理论问题》，《人民之友》2000 年第 12 期。

② 参见叶立煊、李似珍：《人权论》，第 4 页。

③ 参见冯卓然：《关于人权研究几个问题的思考》，王正萍：《马克思主义的人权理论与实践》，见冯卓然、谷春德主编：《人权论集》。

④ 参见傅松涛：《信息主体、学赋人权与终身学习》，《学术研究》2003 年第 5 期。

人权。实质上，人权是用生理学家的眼光看人，而不是用道德学家的眼光看人，人权只看是不是人而不看人有无道德。人权的享有主要不是以道德为标准。因为：一是道德标准往往因人因事因地而异，不易界定，无法操作，如果人权的享有以道德为标准，那么人权的享有就会极端任意，容易导致应该享有人权的没有享有人权，不应该享有人权的却享有人权，而且还会导致利用道德标准不一而滥用道德标准去赋予人权或剥夺人权；二是不管道德如何界定，但在价值评判上，道德总是崇高的，是对人的高层次要求，但生活在“尘世间”的人们，大多是“凡夫俗子”，他们中有很多人是人但未必是“道德的人”，如果他们都不应该享有人权，这不合乎人权的本质要求，也不合乎社会现实。

每个人的人权都是神圣不可侵犯的，而正是因为每个人的人权都是神圣不可侵犯的，因而也就意味着每个人都负有不侵犯任何其他人人权的神圣义务。这种义务是一个人享有人权的前提条件，如果一个人不履行这种义务，违反了自然人权的要求，根据公正原则，社会自然要对他本人人权的享有加以相应的“报复”。可见，自然人权从形式上看是没有限制、无条件的，但从本质上看是相互制约、互为条件的，这种制约和条件内在于自然人权本身。相反，如果不像自然人权理论那样，而是认为“每个人并非生来就有一系列权利，这些权利也不是在任何情况下都不可剥夺、不可让渡，不是终身无条件拥有的”，那么这也就意味着每个人的人权并不都是神圣不可侵犯的，从而也就意味着每个人并非都负有不侵犯任何其他人人权的神圣义务。这种部分的肯定其实就为破坏人权打开了方便之门，这才是真正地放纵鼓励破坏人权。

一般性权利和义务的关系，它并不完全适用于人权。人权是一种特殊的权利，这种特殊性在于人权具有必要性、普遍性、平等性和至上性。所谓必要性，是指人权是人之成为人所必不可少的权利，不享有人权就不成其为人。人权的必要性表明人权首先关注的是作为人是否享有了人权，而不是作为人是否尽到了义务。所谓普遍性，是指不管什么人只要是人就都享有人权。人权的普遍性表明人权的享有主体遍及一切人，既包括能尽义务的人，也包括不能尽义务的人。所谓平等性，是指所有人所享有的人权都是同质等量的，谁也不能多享有，谁也不能少享有。人权的平等性表明尽义务多的人

不能多享有人权，尽义务少的人不能少享有人权，不能尽义务的人也享有人权。人权的至上性表明其他权利和义务不得与人权相冲突，为了人权可以牺牲其他权利和义务。人权的上述性质，决定了人权不可能固守一般性权利和义务的关系，而有着自己独特的权利和义务关系。第一，一个人享有人权，却不尽任何义务。第二，一个人享有人权，却不尽对等义务。第三，一个人享有人权，只尽消极义务。这种消极义务就是“不妨碍别人同等地享有人权”①。

（六）人性说（自然属性和社会属性说）

李步云教授等指出，1991 年以来我国多数学者已倾向于认为，人权的本原应从人的自身即人的本质中去寻找，而不可能是任何外界的恩赐。其中，一种观点认为，人权的本原包括社会属性与自然属性两个方面；另一种观点认为，人权仅来源于人的社会属性。李步云教授等认为，人权源于人的本性，这种本性包含自然属性和社会属性两个方面。所谓社会属性是指，人是生活在各种人与人之间的社会关系中。人的利益与道德、他们的思想与行为都不可能不受到各种社会关系的性质与特点的影响和制约。人权是一种社会关系，是人与人之间的利益关系与道德关系，是社会生活中受以正义为核心的一套伦理观念所支持与认可的一种人的利益分配、追求与享有。从人权的本原问题上看，人的社会属性对人权的意义有两点：一是社会关系是人权存在的一个前提条件，如果是一个人生活在这个世界上，即人不是生活在人与人之间的社会关系中，就不会存在人权与人权问题。二是人权、人权制度和人权思想都受一定历史时期的社会经济、政治、文化制度的影响与制约，人权的内容及其实际能够享有的程度，是伴随着人类的物质文明、制度文明与精神文明的日益发展而不断进步和提高的。人的自然属性，包括三个基本的要素：天性、德性、理性。首先，人性是指人的天性。人的生命不受肆意剥夺，人的人身安全不受伤害，人的人身自由不受侵犯，人的思想自由不受禁锢，人的最低生活得到保障，人有追求幸福的权利等等，都是人的天性和本能。天性的具体内容，是生命、自由、幸福（福利）。其次，人性是指人的德性，其主要内容有平等、博爱、正义。人是一种有伦理道德追求的高级

① 邱本：《无偿人权和凡人主义》，《哲学研究》1997 年第 2 期。

动物，这是人区别于一般动物的一个根本点。人生性就有“同情心”、“怜悯心”和“恻隐心”，并在人与人之间相互依存、帮助的交往中逐渐养成以正义感为核心的一套伦理道德观念。当说到人权的本来含义是一种“应有权利”时，它就已经含有道德的意蕴。当我们依人道主义原则救助弱势群体，依现代民主理念既要服从多数又要保护少数时，人权的伦理性是显而易见的。再次，人性是指人的理性。理性是个多义词，不同学者往往赋予它不同的含义。①

（七）道德良心说

人权被认为是源于道德的权利，沈宗灵教授认为，人权原意是指某种价值、道德观念，因而是一种道德意义上的权利和义务。道德不同于法律，但道德意义上的权利这一命题是可以成立的。② 夏勇教授也认为，人权是人之作为人应该享有的权利，它在本质上是道德权利，不是法定权利。人权属于道德体系，要靠道德原理来维系。人类社会是道德社会，人是道德动物。有三个相互关联的原理在人权道德基础的形成中起到核心作用：（1）人应该而且可以享有不依赖实在法而且高于法定权利的权利；（2）这种权利根据人人平等、人都具有作为人的相同的尊重和价值的法则，并因此应该为一切人享有；（3）这种权利应该而且可以通过某种社会制度形式表现为法定权利。这三个原理形成了人权的内核，构成了人权原理的框架。③

张恒山教授认为，人权指的主要是一切人对于政府而享有的权利。政府和法律应当确认人权，但不是人权的依据。由于人权的对应面不是自然，所以人权也不是来自于自然。人权来自于人民自身，并且只能来自于人民自身。人权来自于人民并不是指人权简单地来自于人民对政府的要求，而是指来自于人民相互间的确认。人民中的各个个体相互确认每个个体享有的权利，这是人权形成和存在的真正依据。一切人权都和人的要求、需要、欲望有关。人的各种要求、需要、欲望能否被接受为人权，要受到某些评价标准

---

① 参见李步云：《论人权的本原》，《政法论坛》2004 年第 2 期；陈佑武：《论人权的人性基础》，《求索》2007 年第 7 期。李步云主编：《人权法学》，第 39 页。

② 参见沈宗灵：《人权是什么意义上的权利》，《中国法学》1991 年第 5 期。

③ 参见夏勇：《人权概念起源——权利的历史哲学》，附录Ⅱ“人权道德基础初探”；夏勇：《人权的推定与推行——米尔恩人权观点评述》，《中国法学》1992 年第 1 期。

的检验。人们并不是根据自利本能来对人的各种要求、需要、欲望作出评判的。人的自利本能可以使各个个人对自我、对外界进行评判，但不能形成统一的评判标准。从理论上看，自利本能使人在意识上是相互隔绝的。自利本能使每个人在意识上只考虑自己，而不考虑他人。自利本能使每个人在利益上只认知自己，不认同他人。当每个人被自利本能限制在自我、自我利益的封闭而又狭小的圈子里时，人们是无法对同一事物、同一问题作出同一评判的。

有学者进一步认为，当在心理上把自己想象成为一个处境最不利者时，主张人权就能够满足每一个人保护自己的心理需要，于是人权首先从人的自私性上获得了解释。但是一个人只有自利心就不大可能要求人权而牺牲自己的眼前利益。人权的正当性就只能获得道德上的解释和说明，这就是同情心。人权不仅是以我为主体面向他人的思考，而且伴随着我站在他人的立场上思考着他人的思考，同时相对于别人来讲我也是一个他人。在这样一种面对面的关系中，才能产生人权。人权以人的同类感为基础，以人对人的恻隐之心和爱心为基础。道德良心是如此珍贵，可能稍纵即逝，《世界人权宣言》的起草者们明显地已经洞察到了这一点，所以他们不遗余力地推动宣言早日通过，因为他们十分清楚，随着战争记忆的逐渐模糊，现实的利益纷争会一点点地瓦解人们在战争中建立起来的同情，被战争所激发的恻隐之心也会渐渐淡化，到那时，通过普遍人权宣言的希望将会化为泡影。儒家思想中丰富的良心资源可以作为人权的来源。良心概念是儒家的一个基石性概念。良心是无法束缚的善性，是人道，是仁爱之心，爱人之心。人的怜悯、同情，也要转变为行动。良心要外在为自由，外在为人格尊严，否则就不能确立起人权保障的内在原则。良心是一种善根，而这个善根要生长发芽、根深叶茂，却需阳光雨露、精心培育。儒家思想中虽然有着丰富的道德资源，但儒家却只是强调内在的修养，而忽视了以外在的制度把稍纵即逝的良心留下，这大概是儒家之所以没有发展出人权概念的原因之一。①

六、人权的属性

（一）人权的普遍性和特殊性、绝对性和相对性、共性和个性说

人权的普遍性与特殊性、绝对性与相对性问题，是人权哲学中一个极为

① 参见曲相霏：《人权的正当性与良心理论》，《文史哲》2005 年第 3 期。

重要的理论问题，它不仅关系到人权的主体和内容，关系到人权保障和实现的方式，也与国际人权标准、人权与主权的关系等密切相关。对此问题，学者们进行了深入的论述。

李林教授从国际视角对人权的普遍性与相对性问题进行了分析。在当今世界，人权已不仅仅是一种国别层面、区域层面或者国际层面的制度化和法律化现象，同时也成为一种影响全球的普遍文化现象。人权普遍性与相对性的讨论，主要围绕着以下几个问题进行：人权的概念、人权的根据、人权观念的文化整合。人权普遍主义主张，人权是人之作为人，仅仅因为他（她）是人所享有的权利。这种权利是生而有之的、普遍的、无条件的和不可剥夺的，是任何地方的任何人毫无例外所享有的权利，因此存在着普遍的人权价值和共同的人权标准，每个国家都应当尊重这种价值并执行这个标准。人权相对主义认为，人权是有条件的、社会的和相对的权利，它在不同的国家的存在和实现依赖于特定的经济社会条件和文化传统，各个国家应该根据自己的情况确定具体的人权标准。相对主义主要分为道德相对主义和文化相对主义两种，但广义而言，道德仍处在一个社会的文化体系中，可包含在文化相对主义之中。①

人权的普遍性这一范畴，一般认为包含了三个向度：主体的普遍性、内容的普遍性以及价值的普遍性。② 普遍人权的理念是建立在人的尊严基础之上的，人权普遍性的根源是人权的价值，维护、巩固人之为人的基本尊严，人权普遍性重在人权精神的层面。人权的特殊性则重在人权的历史和实践层面。由于各国历史境遇不同，人们对人权的情感和理解也是不同的。人权的普遍性与特殊性问题是一个学术问题，同时也是一个政治问题，但更是一个态度问题、信仰问题。人权标准是一个应然的价值问题，人权实践则是一个实践的技术问题。在价值问题上，人权标准的普遍性是第一位的，而在人权实践的技术问题上，人权的特殊性则是需优先考虑的。③

李步云教授曾于1992年发表《社会主义人权的理论与实践》一文，提

---

① 参见李林：《人权的普遍性与相对性——一种国际的视角》，《学习与探索》2006年第1期。

② 参见齐延平：《论普遍人权》，《文史哲》2002年3期；李海星：《普遍人权研究述评》，《兰州学刊》2006年4期。

③ 参见齐延平：《人权与法治》，山东人民出版社2003年版，第34、112页。

出了人权是共性和个性的统一，并对人权的普遍性和特殊性的含义及其理论依据作了分析。1998 年李步云教授又发表了《论人权的普遍性和特殊性》的文章，对人权的普遍性、特殊性的基本含义以及它们赖以存在和发展的基础，进行了较为深入的探讨。2007 年，李步云教授又与杨松才合作发表《论人权的普遍性和特殊性》的文章。李步云教授等认为，人权既有普遍性又有特殊性，人权应是普遍性与特殊性的统一。①

李步云教授等认为，人权普遍性的具体内涵主要表现在三个方面：首先，人权的内容是普遍的，即存在一个各国都应当普遍尊重和遵守的人权共同标准。联合国通过了几十个关于人权的国际文书，是人权普遍性的一种体现，其目的与宗旨就是为各个国家的国家机构、社会组织提供一个保障人权的共同标准。国内外学者通常认为，人权的普遍性主要是指人权内容的普遍性。其次，人权的权利主体是普遍的，即人人都应当享有人权。再次，人权的义务主体也是普遍的，即任何国家毫无例外地承担尊重与保障人权的主要责任。人权普遍性的理论依据是：首先，人权源自人的本性和人所固有的人格、尊严与价值。而人的本性是相通的，任何人都应当有其不可剥夺的尊严与价值。其次，全人类有着共同的利益。全人类的共同利益使人权共同标准的制定和实施成为必要和可能。再次，全人类有着共同的道德。

俞可平教授认为，人权是全人类的基本价值，具有普遍性和特殊性。但是，就其现实性而言，人权却具有极大的局限性和相对性。这种局限性和相对性表现在：（1）人权并不是从来就有的，它是人类历史发展到近代资本主义阶段的产物；（2）阶级社会中，人权在相当程度上以特权的形式存在；（3）相同的社会历史背景下，人权的内容及其现实状况往往极不相同。人权作为人类的基本价值，是评价社会进步和发展的综合性标尺。人权具有自明性、普遍性、不可让与性和不可侵犯性等特性。人权的自明性是指人权不必挣得、不必由谁赐予，而是每个人都应该拥有的权利。凡是政府或他人给予个人的恩惠、让步、许诺都不是人权。人权的普遍性是指这些权利为每个人所拥有，这种普遍性可称为权利主体的无限性。人权的不可让与性是指这些权利体现着健全的人性，人们不能转让其人性，因而也不能放弃或转让这些

---

① 参见李步云、杨松才：《论人权的普遍性和特殊性》，《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期；冯卓然：《关于人权研究几个问题的思考》，见冯卓然、谷春德主编：《人权论集》。

权利。人权的不可侵犯性是指这些权利不能被剥夺，每个人都有权反抗对自己的任何不公正的侵害。就人权的不可剥夺性、不可侵犯性和自明性而言，个人对人权的拥有是绝对的。但是，人权实际上是个人与社会的相互关系的一个方面，因而人权的行使是相对的，个人在行使人权时不得妨害他人和社会的正常活动。①

徐显明教授则认为，那种被世界普遍认可的人权是普遍性人权，它适用于全人类，而在普遍性人权之外又存在着特殊性人权，它适用于不同的国家和地区，人权的普遍性并不否认人权的特殊性，但普遍性人权与特殊性人权并不是并列的权利关系，即二者的关系并不是同一层面上割裂对立的关系，而是不同层面上彼此联系的关系。人权的特殊性具有两层含义。第一是指特殊的人权主体所享有的人权的特殊性。特殊的人权主体主要是指妇女、儿童、老人、残疾人等社会弱者，以及种族、宗教、语言、文化意义上的少数人及被捕人、受刑人、无国籍人等群体。在普遍人权实现的过程中，对这些特殊的人权主体，若不给予其特殊的保护，其人权将失去真实性而成为可望而不可即的画饼充饥式的人权。承认特殊性人权是对人的形式平等的扬弃和对人的实质平等的追求。特殊性人权所派生的特权与作为历史权利的特权有着质的差别：前者仅仅是普遍性人权实现的手段，而后者除了自身再别无目的；前者的权利主体是普遍人权主体中的弱者和障碍人，而后者的主体恰恰是排除了弱者与障碍人之后的社会强者；前者使社会权利的总和增多了，而后者却使社会权利的总和减少了。人权特殊性的第二层含义是，不同的国家和地区由于历史传统、文化、宗教、价值观念、资源和经济等因素的差别，在追求人权的充分实现的过程中，其具体的方法手段和模式可以是多种多样的，只要不违背保障人权的基本原则，就不该强求一致。②

（二）人权的相互依赖性与不可分割性说

在《维也纳宣言和行动纲领》中，将人权从原来的按种类排列改为按字母顺序排列——公民的（civil）、文化的（cultural）、经济的（economic）、政治的（political）和社会的（social）权利。这一排列具有象征意义，它不仅从形式上打破了自由权与社会权之间的差异，而且也消除了社会权利内部

---

① 参见俞可平：《人权与马克思主义》，见《当代人权》，中国社会科学出版社 1992 年版。

② 参见徐显明：《对人权的普遍性与人权文化之解析》，《法学评论》1999 年第 6 期。

各种权利之间的机械分类，还弥合了不同权利重要程度的区分。这表明，不同国家和地区的人们在对基本权利与人的尊严之间关系的认识上又前进了一步。更多的人开始趋向于认为，人的尊严的实现是需要不同面向的多重权利合力维护的事情。这一更接近事物本质的认识，无疑为实践中推进各类权利的保护奠定了理性基础。[①] 从根本上讲，所有的基本权利服从于人的尊严，它们共同构成以维护人的尊严为目的的相互关联和不可分割的客观价值秩序。这是人权的相互依赖性与不可分割性的根源所在。

人权的不可分割性和相互依赖性，并不排除人权发展路径的多样性和人权发展战略的差异性。不同国家甚至是同一国家在不同的历史时期，基于自己的社会发展水平以及不同的历史、文化和宗教背景，作出适合自己的人权发展安排。这与人权的上述性质并不矛盾。社会经济发展水平不同，人们面临的人权问题就不一样。西方国家作为人权历史进程中的先行者，已经建立起了比较完善的人权保障制度，但这是在其工业化完成、社会经济已经获得极大发展的基础上实现的。在工业化的过程中，西方国家为人权的保障和发展储备了必要的社会资源。而发展中国家由于种种因素的限制，社会经济发展水平较低，社会财富总量尚不丰裕，无力全面推动和发展其人权事业、实现人权体系中的各项权利。对于它们而言，贫穷和落后是对人权最大的危害，因此，发展经济、解决生存权和发展权问题往往是它们最迫切的任务。[②]

（三）人权的政治性、阶级性、法律性说

徐显明教授论述了人权政治性的四种含义。其一，人权的制度性建立，是政治斗争的结果，资产阶级从反对封建特权中取得和无产阶级从反对资产阶级的阶级特权中取得，用的都是政治斗争的方法。故凡谈争取人权，必谈政治斗争甚至政治革命。其二，人权的对立面是国家权力，人权与国权总是处于对立统一之中，国权如何对待人权，便成为人权评价国权的政治标准。一国最理想的状况，是公权力与私权利的和谐一致，两种权利的矛盾值降到最低点的时候，人权状况就是最好的时候；当二者矛盾无以复加的时候，斗争便要爆发。国家权力始终是人权矛盾的对方。国家存在一天；与人权便矛

---

① 参见郑贤君：《论宪法社会基本权的分类与构成》，《法律科学》2004 年 2 期。

② 参见徐显明主编：《国际人权法》，法律出版社 2004 年版，第 22 页。

盾一天；在国家消亡的时候，人权与国家的矛盾才可走向消亡。人权与公权的对立性与斗争性决定了人权始终具有政治性。现代社会，在人权被国家工具化、意识形态化和政治化之后，人权受国家侵害的几率更加提高了，特别是一些善以人权为棒打压他国的军事大国，人权在其意识形态中更是被政治化了。其三，在人权的救济和保障的手段中，本能地有自我救济途径，即当通过行政的、司法的方式无法得到保障，或在法律上被穷尽了一切救济手段之后，人权主体可以用抵抗的方式抵制人权侵压，抵抗权由此也被称为“革命的人权”。由于抵抗总是指向恶政或恶法，其遭受的可能是变本加厉的打压，所谓“压迫深反抗重”，抵抗甚而更激烈，人权的这种反抗性格此时往往被称为政治性。其四，在人权的体系中，政治权利和公民权利本身就是政治的组成部分，公民对于国家的态度、能动性和参与程度都构成了一国政治的重要内容；人们的政治权利可以改组政府、变更法律、决定政体，这一切又都是政治活动。①

李步云教授等认为人权有政治性与意识形态的一面，也有超政治与超意识形态（这里主要是特指政治意识形态）的一面，这同人权的普遍性和特殊性密切相关。就国内人权而言，有的人权，如选举权、知情权、言论自由等政治权利与自由，是同政治与政治意识形态分不开的；它们的内容与形式及其实现的方式与程度，同一个国家的国家制度、政党制度及其政治意识形态有密切的联系。有的人权，如生命权、人格权等基本人权，残疾人权利、妇女、儿童权利等等，就不应受不同党派、不同政见的影响而应得到普遍的与同样的尊重。就国际人权而言，有的人权问题是属于国内管辖事项，应当按照国家主权原则由一个国家自主处理；有的人权问题则属于国际管辖事项，如侵略与侵略战争、种族灭绝与种族歧视等等严重危害国际和平与安全的国际罪行，国际社会的所有成员，包括社会制度不同的国家，都应当予以反对。许多属于人道主义性质的人权，如对难民与无国籍人的保护，禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚，也应当是超政治和超意识形态的。如果不承认人权有超政治意识形态的一面，把任何人权问题都同政治和政治意识形态联系在一起，就是“人权的政治化”和“人权的意识形态

① 参见徐显明：《制度性人权研究》，1999 年武汉大学博士学位论文。

化”，这是一种不正确的和有害的理论与实践。①

人权的概念含有阶级性的属性。人权理论是在阶级斗争中产生的，也是在阶级斗争中发展的，它是对社会的阶级斗争的反映。在不同的历史时期，人权理论总是服务于特定的阶级或集团的，实际上从来就没有实现过“普遍的”、“超阶级的”人权。马克思曾说：“平等地剥削劳动力，是资本的首要的人权。”② 这是经典作家对资产阶级人权的批判。恩格斯说：“从中世纪的等级转变为现代的阶级的时候起，资产阶级就由它的影子，即无产阶级，经常地和不可避免地伴随着。同样地，资产阶级的平等要求，也有无产阶级的平等要求伴随着。从消灭阶级特权的资产阶级要求提出的时候起，同时就出现了消灭阶级本身的无产阶级要求……无产阶级抓住了资产阶级的话柄：平等应当不仅是表面的，不仅在国家的领域中实行，它还应当是实际的，还应当在社会的、经济的领域中实行。”③ 人权是阶级的，它由阶级整体性提出，也为阶级平等分享，凡实行大规模差别对待的时候，总是以阶级为理由。④

（四）人权的道德性、利己性和无害性说

徐显明教授认为，人权具有道德性，它带有对己的自利性与对人的互利性双重属性，该两性中的任何一项如果被消除，人权都将是令人讨厌的。这就预示着，如果人权对己是无利的，反而成为社会或国家打压自己的工具，那么人们宁可不要人权。人权的利己性或自私性是人权对于人首要的价值，没有它满足使人成其为人的一般性功能，人权就必然是异化了的东西。同样，人权如果对一人是有利的而对他人是有害的，人权也绝不会得到他人的尊重，对他人的无害性是人权成为社会性权利的基本条件。一个人尊重另一个人，在把他人看作是自己同类的时候，这种尊重还是在道德和人道范围内的，如果这种尊重是通过对他人权利的尊重然后达到对人的尊重，这种尊重就有超越道德的意义，而进入不得侵和不可侵的法律的领地，这时候对人的

---

① 参见李步云：《论人权的普遍性和特殊性》，《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期。

② 《马克思恩格斯全集》第 23 卷，人民出版社 1972 年版，第 324 页。

③ 《马克思恩格斯全集》第 20 卷，人民出版社 1971 年版，第 116 页。

④ 参见杨庚：《论人权的本质》，陈新夏：《关于人权的阶级性问题》，见冯卓然、谷春德主编：《人权论集》；徐显明：《制度性人权研究》，1999 年武汉大学博士学位论文；刘瀚、李林：《马克思主义人权观初探》，《中国法学》1991 年第 4 期；范燕宁：《人权理论的历史发展》，见冯卓然、谷春德主编：《人权论集》；俞可平：《人权与马克思主义》，见《当代人权》。

尊重是通过对法律的尊重而被强制进行的。他人的受尊重在这里同时变成了人的道德和法律的双重义务。当然，人们认同这一义务的前提是他人人权对己的无害性，这样，人权对己的有利性和对他人的无害性就统一在了一起。“脱离社会整体”是指个人权利与社会权利的对立，统一中的对立是统一的基础，当个人权利与社会权利或国家权利有了不同范围的划分时，个人权利才有成立的可能。在那些无法区分个人与社会的人类形态中，个人的利益都通过社会表达，这样的社会便没有个人的存在。人权的上述特征，在恩格斯那里，基本上都是从道德上评价的，所以他的结论是：凡是人权都是脱离了人的本质的利己主义的权利。这是最深刻的人学上的结论，人权如果不能获得上述利己性的证明，便无以证实其应然的终极价值。正因为其具有这种利己的同时又无害于人的道德属性，它才成为人人需要而为法律所力保的东西。①

张恒山教授认为，许多学者看到了人权的必要性特征，而无视人权的无害性特征，从而单纯从人的需要、要求、利益的角度去阐释人权的依据。这种阐释无法将人类的许多恶性的需要、要求以及损他性的利益追求从真正的人权概念中驱逐出去。这种阐释也无法说明人类的法治社会之所以将罪行严重的杀人犯的生命和一般罪犯的自由加以剥夺的理由。由这种阐释很可能推论出人类法治社会对一切罪犯加以惩罚的基本手段——剥夺自由刑——是为无理。事实上，无害性是一切利益和自由能被称为人权的首要的、最基本的前提条件。人权首先在于它的无害性，其次才是它对人的需要、要求加以满足的必要性。无害性是一个人的利益、需要、要求或者行为的正当性的充分证明；而正当性又是“权利”这一概念的最本质的内涵。所以，可以说，无害性是所谓人权的最基本的特征。因为无害性是人的利益、需要、要求或行为在经受了“不得损害他人”这一最基本道德规范的检验后才确定的，所以，人权不是先定的，而“不得损害他人”这一最基本道德义务规范才是先定的。②

七、中国传统文化与人权

有学者提出发掘中国传统文化中的人权思想和人权资源。有学者认为，

---

① 参见徐显明：《制度性人权研究》，1999 年武汉大学博士学位论文。

② 参见张恒山：《论人权的道德基础》，《法学研究》1997 年第 6 期。

人权理论可以分为五个层次，其中包括人权意识、人权思想、法律上的人权等等，在博大精深的中国传统文化中有丰富的人权意识和人权思想。[①] 有学者认为中国古代曾出现过人本主义的思想，比如孔子的“仁”，墨子的“兼爱”、孟子的“民为贵”、黄宗羲的“天下为主”、王夫之的“天下为公”等等。有学者将中国古代人权观念的特点概括为“君轻民重”的民本思想、“礼法结合”的法制思想、“先义后利”的价值思想、“以和为贵”的中和思想、“经国济民”的经济思想、“天下为公”的大同思想。[②] 也有学者专门论述了儒家的人权思想，认为儒家人权思想体现在：对人之主体的深切关爱；对人的生存权极大关注；“立人”“达人”思想是实现人权的一种比较理想的途径。[③]

也有学者对中国现代思想脉络进行探讨，认为 19 世纪末 20 世纪初当时的开明有识人士创立了一种在中国传统思想中未知的概念，这便是“人权”。康有为最先发现了“人”以及它的“客观自然存在性”和“个体存在性”，他向往一个“新世界”，在那里“人”可以自由享受各种权利和无穷的乐趣。随后的严复和谭嗣同各自以其自己的方式阐明了“人”的自由和平等思想；梁启超将前面所有的思想结合，将这种具有“主体性”和“公民性”特征人定义为“新民”[④]。

夏勇教授和徐显明教授等致力于发掘中国传统文化中的和谐精神以提升和统摄近代以来的人权观念。夏勇教授认为，中国传统文化中没有产生人权概念，但人权与中国传统并无根本的冲突。人权作为一种道德权利既然是内发的、普遍的，就不可能脱离一个民族的道德传统和存乎“百姓日用”的社会习俗。人文主义是中国传统文化的根本特征。中国传统文化中的某些道德原理，如“仁、义、礼、智、信”，与现代人权原理有许多可沟通之处。人权所包含的人道精神和大同精神，在中国传统文化中不仅存在，而且相当丰富，中国缺少的主要是法治精神。从人权思想的逻辑结构来看，古代人权思

---

①　参见黄楠森、云翔：《挖掘中国传统文化中的人权思想》，《人权》2002 年第 5 期。

②　参见吴忠希：《中国人权思想史略——文化传统和当代实践》，学林出版社 2004 年版，第 20—38 页。

③　参见汤恩佳：《论儒家的人权思想》，见陈启智等主编：《儒家传统与人权·民主思想》，齐鲁书社 2004 年版，第 23—28 页。

④　黎晓平：《中国现代人权观念的起源》，《中国法学》2005 年第 1 期。

想在逻辑上由超验权威观念、平等人格观念、本性自由观念构成。中国历史上虽未出现人权思想，但在中国古代思想里，无疑存在着超越于实在法之上的道德法观念以及人格平等观念。自由观念在儒道佛三家那里也很充沛，只因它是内向的、自足的、超脱的，很少与社会利益关系中的自利、自卫和对抗相联系，才未曾推转出权利观念来。权利概念的引入为先进的知识分子反省和转化传统提供了概念工具和自由主义的伦理原则，五四运动前后谈论人权的中国知识分子已经比较准确地把握了人权概念的基本意蕴。他们指出，当代世界的人权原理其实在某种程度上已经开始超越西方传统的人与人之间的消极的相约相制的关系。应该用中国传统的和谐观念去统摄、推升人权。从应用的意义上讲，人权与和谐不仅相容，而且相济。和谐乃宇宙之根本，是深刻伟大并有着永恒生命力的理念。中国传统中礼的文化品格就在于整体的、自然的和谐精神。在西方文化史上，人与自然、人与人、人的灵魂与肉体是分裂、对抗的。根植于冲突与对立的传统人权观已不能应对现代社会文化多元的挑战，人权原教旨主义者的坚守、人权政治学的庸俗实用化、人权法理学的技术性进步，都在戕害着人权本身固有的批判精神。而在中国文化传统里，不存在西方那样的紧张关系。中国文化固有的和谐精神，与源远流长的西方人权文明传统相互交融、化合，将把人权推进到一个新的时代——和谐权本位时代。①

一百年中，中国的人权语词几经沉浮、几起几落，内涵多有演变。与西方的人权概念相比，中国的人权概念既有与西方人权概念同步发展的一面，又有自己的显著特征；既有胡适等所坚持的自由主义人权概念，又有以梁启超等为代表的国家主义人权概念；既有新文化运动中萌发的目的性人权概念，也有着眼于国家救亡富强的手段性人权概念；既有普遍个体人权概念，也有阶级性人权概念和集体人权概念。如果把自由主义与个人主义作为人权概念的出发点，则一百年间中国的“人权”概念与普遍人权概念多有差距。

① 有关和谐权的文章，可参见夏勇：《人权概念起源——权利的历史哲学》，“人权与人类和谐”；徐显明：《和谐权：第四代人权》，《人权》2006年第2期；齐延平：《和谐人权——中国精神与人权文化的互济》，《法学家》2007年第2期；张晓玲：《中国文化中的和谐精神对当代人权发展的意义》，《理论前沿》2003年第18期。

第二章

基本权利概念及其演变

在中国宪法学发展历史上，20 世纪 50 年代是承前启后的重要历史时期。旧中国五十多年的宪法学成长历史与新中国宪法学历史使命之间的价值与事实关系，构成了中国宪法学的基本框架与方法论特色。无论学者们采取何种研究方法或研究态度，在中国社会结构与背景下分析宪法学的历史时，50 年代宪法学所具有的时代特色与学术风格是不得不关注的重要学术命题。笔者认为，尽管当代中国宪法学正处于“宪法学国际化”的背景之中，其内涵与学术领域得到了扩大和发展，但从宪法学的学术思想与基本命题看，当代中国宪法学并没有跨越 100 年来宪法学历史传统所积累的基本知识环境与学术命题，在一些基本的学术命题上仍在继承着传统宪法学的学术遗产与成果，延续着宪法学学术思想的脉络。宪法学是人类共同追求正义与幸福的知识体系，也是人类学术智慧的结晶，反映了通过宪法治理国家的共同经验。在不同的国家和历史发展阶段，宪法的历史必须接受价值与事实的严格检验，但宪法学相对来说更具有一种公共性价值，它为学术思想的发展与传承留下了广阔的空间。尊重学术历史与维护学术共同体价值是宪法学发展的社会基础。

从比较宪法学的角度看，基本权利的历史和学术遗产集中体现一个国家宪法学的传统与学术品格，反映了探求宪法价值的共同经验和文化的特性。本章的主要任务是，通过对文献的梳理和分析，探讨中国宪法文化背景下，基本权利概念形成与发展的过程，力图揭示中国宪法学本身的历史与价值基础，为我们客观地思考中国宪法学未来的发展提供有益的历史文献基础。

第一节　基本权利概念的形成

我国宪法学界普遍接受一个命题，即基本权利是宪法学的基本范畴之一[①]，但学术上没有系统地解释基本权利概念与宪法文化之间的关系，还没有进行对基本权利文化基础的系统研究。从学说史的角度看，我们需要回答“基本权利在中国是如何形成的?”这一学术命题。笔者认为，基本权利范畴是对特定时代宪法存在的价值与事实的高度概括，反映了宪法学的基本功能与学术趋向。基本权利范畴的研究首先要从历史和文化角度进行，需要从历史事实中挖掘基本权利的学术遗产与传统。

一、外国宪法文化与基本权利概念的不同表述

由于各国宪法发展的历史具有不同的背景，宪法文化呈现出多样性，具体表达基本权利内涵的语言是不同的。基本权利的英文表述是“fundamental rights”，《牛津法律大词典》对它的解释是：“一个不精确的术语，一般用来表示国民基本自由或为政治理论家，尤其是美国和法国的政治理论家们所主张的自然权利”[②]。德国宪法学区分了人权与基本权，认为“基本权”概念反映了宪法上的权利。在美国，一般采用“基本的人权”（fundamental human rights），同时也有学者采用“宪法上的权利”。法国自1789年“人权宣言”以来，区分“人的权利”与“市民的权利”，后来普遍采用“公共自由或公共权利”的概念，体现出法国宪法文化的特点。日本在移植西方立宪主义的过程中，学者们采用了不同的表述，如人权、基本权、基本人权、宪法上权利等。有学者认为，“一般而言，在人权一词前面加上一个形容词‘基本’称为‘基本人权’者，其意义大致上与人权相同。在这里所谓的‘基本’，并未代表太多的意义，人权即等于基本人权”[③]。在韩国，伴随着西方人权思想的发展，从国家独立与富强的理念出发，在不同的历史发展时期形成了“人权”、“基本

---

① 当然，在学术界有几种不同的表述，如宪法权利、基本权、基本权利、基本的权利、基本人权等。考虑到中国宪法文本的规定、学术传统和学术界约定俗成的提法，本章统一用基本权利。

② ［英］戴维·M·沃克：《牛津法律词典》，光明日报出版社1989年版，第364页。

③ ［日］中村睦南：《关于人权概念》，见《法学教室》第206号（1997年11月号），有斐阁1997年版。

权”、“宪法上保障的权利”等不同的概念。各国基本权利发展的历史表明，基本权利的不同表述与内涵的变化，实际上反映了各国的历史与文化传统。①

二、基本权利概念在中国的产生

（一）宪法学学术文献中的表述

为了便于说明基本权利的产生过程，首先需要说明权利概念在中国文化语境下的起源与演变。对此，学者们已经进行了有价值的研究。② 根据学者们的研究成果，在中国，包括权利在内的一些术语与西方宪政文化背景下形成的概念之间缺乏价值上的关联性。如“权利”一词在古文中主要指权势和利益，作动词用时，是指权衡利害，与西方 right 具有的正确、理应等价值判断大不相同。故 20 世纪初熟悉西方思想的严复就不同意用“权利”译 rights，而主张用具有道德含义的“民直”和“天直”来表示。这表明 rights 传入中国和 democracy 传入中国类似，都是用一个中文里原有但意义和西方观念不同的词来表达现代新观念的。③

早在 1830 年传教士编的《东西洋考每月统记传》中，传教士用了一个词组“人人自主之理”来表达 rights，但该用法在相当长时间中没有被中国士大夫接受。1864 年出版的《万国公法》一书中，出现了“权”、“权利”、“人民之权利”、“人之权利”、“私权”、“人民之私权”、“自然之权”等不同的词汇。其中，对“权利”的解释是：“凡一国，自主自立者，皆有权，准外人入籍，并可以土著之权利授之”④。对人民之权利的解释是：“各国在己之疆内，按律行事，在疆外各处，其事亦为坚固，唯不得与各国人民之权利，有所妨碍，此各国之友谊也”。一般认为，从此“权利”一词才和西方

---

① 西方学者对基本权起源问题的研究，主要基于对基本权形成历史与法文化的传承经验，均是以希腊与罗马时期为研究之出发点。参见陈慈阳：《基本权核心理论之实证化及其难题》，翰芦图书出版有限公司 2002 年版，第 13 页。

② 如王人博：《宪政文化与近代中国》；夏勇：《中国民权哲学》，三联书店 2005 年版等。

③ 参见金观涛、刘青峰：《中国近现代观念起源研究和数据库方法》，《史学月刊》2005 年第 2 期。这种情况也出现在日本移植西方立宪主义理论的过程。如权利一词还不能表达拉丁语 ius、英语 right、德语 Recht、法语 droit 中包含的“正”和“直”的基本内涵。对荷兰语 regt 的翻译过程进行详细探讨的熊谷开作认为，日本翻译“权利”一词时，遗漏了“诚实”、“正直”、“裁判所”等基本概念。参见［日］青木人志：《西洋法与日本人》，光文社 2005 年版，第 117 页。

④ 王健：《“沟通两个世界的法律意义”——晚清西方法的输入与法律新词初探》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 164 页。

rights 观念明确对应起来。[①] 当然，《万国公法》中“权利”一词的意义主要指国家的合法权力和利益，并没有直接地与个人自主性相关联，是从国家的观念与立场上进行思考和判断的。

由此可见，权利观念一开始传入中国时就已经偏离 rights 的主要意义，是用中国传统“权利”观对西方现代观念进行“格义”的结果。[②] 据统计，从 1900 年到 1915 年，自主性的理念适用范围从国家（群体）拓展到个人，权利的意义比较接近西方文化中的原有含义。[③] 到 1919 年后权利出现“技术化”的趋势。权利内涵的演变从一个侧面说明中国宪法学语境下的“基本权利”观念的起源与演变有着不同于西方的背景和过程。因此，语义演变的分析既需要考察词义学上的变化，同时也要考察语义背后价值内涵的变迁过程。

在中国宪法学历史上，何时出现基本权利一词是需要考证的学术命题。[④] 有台湾学者认为，“基本权利历史悠久，但却无法确定基本权利起源何时，也无法确定哪一个基本权利为最先产生的基本权利”[⑤]。据笔者的初步考察，早在清末新政时，端方等人考察西方国家宪政后出版的《欧美政治要义》和《列国政要》（1907 年）中对各国宪法中的权利与自由的内容进行了“中国式”的解读。如端方介绍欧美政治中“义务”与“权利”这对概念时，谈到“凡所享人权及公民权不因信仰他教而至被侵夺，其所负公民及国家之义务亦不因信仰他教而得弛负担”[⑥]。在谈西方的通信自由时，他还提到：“吾国人而欲享宪法之权利乎？”[⑦] 这时已出现“人权”、“公民权”、“宪

---

① 参见金观涛、刘青峰：《中国近现代观念起源研究和数据库方法》，《史学月刊》2005 年第 2 期。

② 参见金观涛、刘青峰：《中国近现代观念起源研究和数据库方法》，《史学月刊》2005 年第 2 期。

③ 参见金观涛、刘青峰：《近代中国“权利”观念的意义演变——从晚清到〈新青年〉》，见“中央研究院”《近代史研究所集刊》第 32 期（1999 年 12 月）。

④ 分析基本权利一词有两种基本方法：一是从形式意义上分析基本权利演变的过程；二是从实质意义上进行分析，即使没有出现“基本权利”表述，但实质内容具有基本权利的性质。因文献的限制，此处采用以形式意义的分析为主、实质意义的分析为补充的方法，旨在梳理基本权利发展的历史过程。

⑤ 法治斌、董保城：《宪法新论》，三民书局 2003 年版，第 94 页。要解释基本权利具体产生过程是一件学术难题，涉及不同的学术领域，需要系统地梳理各种文献知识，但为了分析基本权利与文化的关系，起源问题的研究又是不可回避的。

⑥ 张海林：《端方与清末新政》，南京大学出版社 2007 年版，第 164 页。

⑦ 张海林：《端方与清末新政》，第 170 页。1946 年吴拨征在《论宪法的目的与功用》一文中论证公私法区别没有意义时特别提出：在自由主义国家所认为民法上的权利，在共产主义或社会主义国家却以之为“宪法上的权利”。见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃》第 2 卷·宪政法律篇，法律出版社 2002 年版，第 59 页。

法之权利”等词汇，虽存在内涵与价值的不确定性，但词义上具有与“基本权利”相接近的某些因素。1915 年周作人在《新村的精神》中写了一句话：“人人有生存的权利，所以应该无代价的取得衣食住。但现实生活中，人的基本权利完全可能由于出身、经济状况等条件的制约而达不到。如果把权利等同于道德，对于贫穷的人来说，个人权利毫无意义，即权利是不可欲的”①。《晨报》副刊 1919 年劳动节专号发表过“渊泉”的《人类三大基本的权利》一文，提出人类三大基本的权利是“劳工的生存权、劳工的劳动权和劳工的劳动全收权”；该文还提出“要保障人类三大基本的权利，非使我们的劳动者在政治上、社会上、经济上占得中心的地位”②。1922 年 8 月 13 日，罗敦伟撰写的《湖南省宪法批评》一文提到了“经济的基本权”概念。该文批评湖南省宪法没有“经济的基本权，实在是一个大缺点”。他指出所谓“经济的基本权”，包括全劳动收益权、生存权和劳动权。③ 学术界对基本权利问题的讨论，还影响到了当时正在进行的制宪活动。1923 年 1 月 11 日，在宪法起草委员会第 54 次会议讨论“生计章”草案时，宪法会议成员林长民即提到了“基本权”和“基本权利”的概念。他指出，国家必须设法限制个人的财产权和经济自由权，他认为“盖能破坏人生来基本权者，一为财产，一为营业，一为私人自由买卖交易。如对此等不加以注意，势必造成资本阶级，足以破坏人生基本权利”④。1923 年 4 月 17 日，宪法起草委员会通过“生计章”草案，在草案说明书中，林长民再一次提到了“基本权利”的概念，并提出生存权是“人生基本权利”⑤。这或许是我国第一次提及“基本权利”概念的官方文书。

在整个 20、30 年代，国家权力受基本权利约束的理念开始形成，个人基本权利的价值受到学术界的重视。其原因主要在于：一方面基本权利的形成过程中外国法产生了重要影响，另一方面从中国传统的权利思想中逐渐培育出“民权人权高于国权、政权的现代人权观念”⑥。以这种基本权利思想的发展为

---

① 金观涛、刘青峰：《中国近现代观念起源研究和数据库方法》，《史学月刊》2005 年第 2 期。

② 庄福龄：《中国马克思主义哲学传播史》，中国人民大学出版社 1988 年版，第 69 页。

③ 参见罗敦伟：《湖南省宪法批评》，《东方杂志》第 19 卷第 22 号（宪法研究号），1922 年 11 月 25 日。

④ 《宪法起草委员会第 54 次会议录》，第 4 页。

⑤ 林长民：《增加生计章之理由》，见国宪起草委员会事务处：《草宪便览》，1925 年 8 月，第 108 页。

⑥ 杜钢建、范忠信：《基本权利理论与学术批判态度》，王世杰、钱端升：《比较宪法》，序言，第 5 页。

背景，学术界开始改变不重视基本权利与国家权力关系的状况，以理性的态度探讨基本权利理论。据考察，在宪法学著作中比较早使用“基本权利”一词的是张卓立，他在翻译《德国新宪法论》（1926 年商务印书馆）一书时，提到“德人的基本权利与义务”①。1927 年，王世杰、钱端升在《比较宪法》一书中对基本权利概念进行了比较系统的分析。该书第二编的标题是“个人的基本权利及义务”，将国家机关及其职权的内容安排在“个人基本权利和公民团体”的编章之后。在书中，作者认为，在现代国家的宪法中，规定个人基本权利义务的条文，大都成一重要部分。“基本权利”及基本义务尚非一般宪法所习用的名词。我们称用“基本”二字，无非要表示这些权利，是各国制宪者所以为个人必不可缺少的权利。书中作者认为，“何种权利应认为是个人的基本权利，这自然随着时代的思潮与各国制宪者的见解而异”②。以这种基本权利的理念为基础，作者把基本权利分为消极的基本权利、积极的基本权利和参政权。这是中国宪法学者对基本权利的内涵所进行的比较系统的理论阐述，对后来基本权利理论的发展产生了重要学术影响。虽然，上述的学术命题仍存在一些不确定的内容，但其分析中蕴涵着国家与个人之间的关系，认为基本权利是“制宪者所以为个人必不可缺的权利”，反映了基本权利所具有的一些特征。

到了 1929 年学术界出现了“基本权”的提法，即朱群宗于 1929 年 4 月 15 日在《社会科学论丛》第 1 卷发表了一篇论文，题目是《基本权的法律观》。③ 张知本于 1933 年出版的《宪法论》中概括了当时比较有代表性的宪法学基本范畴，系统地介绍了当时的宪法学基本理论和基本制度。该书的基本范畴主要有：宪法与国家；权利与义务；国家机关组织与职权；地方制度等。其中，人民的权利与义务是构成本书理论框架的基本要素，可称之为核心概念。1935 年尹斯如编著的《宪法学大纲》也把人民的权利义务作为宪法学上的基本概念来把握。朱采真的《宪法新论》（1929 年）第二编是民权论，详细讨论了“宪法上的基本权利”问题等。1933 年吴经熊在《宪法中人民之权利及义务》一文中重点说明了人民作为权利和义务主体在宪法体系

---

① 《民国时期总书目》（法律），北京图书馆 1985 年版，第 66 页。

② 王世杰、钱端升：《比较宪法》，第 61 页。

③ 参见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃》第 2 卷·宪政法律篇，附录。

中的地位与作用，强调权利作为历史的产物，具有社会性和时代性，并认为“权利的社会性和时代性是权利来源”，但文中并没有涉及权利的“基本性质”，也没有具体区分人民和公民的异同。同年章友江出版的《比较宪法》第二编是“人民基本权利和义务”①。1944 年伍启元的《宪政与经济》中分别谈到了“人民之基本权利”。1933 年，在评论张君劢先生提出的“人民基本权利三项之保障之建议”一案时，张友渔提出“人民基本民主权利的保障”的概念，积极评价“人民基本权利”的意义。“人民基本权利”包括人身自由、结社集会自由、言论出版自由。他认为，这三项人民基本权利虽然并不包括全部民主权利，却已经涉及了重要的三项，并提出“一个国家是否民主，必须以此三项为重要的标帜”②。

可以说，进入 30 年代后，学术界开始区分人权、权利与基本权利，并试图解释基本权利所体现的要素。如对人权概念，丘汉平认为，所谓人权，就是与生俱来的自然权利，换言之，没有这种权利，人是不能生存的。③ 他认为，《大宪章》一方面是规定几种基本权利，一方面却是人民与英王订定的契约。④ 在说明人权与权利关系时，他说：宪法中的人权是列举的。就是说人民之权利，宪法明白承认之。这种意思，无异于是说人民的权利是宪法所给予的。没有宪法就没有人权，要有人权就要有宪法。这是很不通的，很矛盾的。因为人之生存权利是先宪法而存在的，既然承认人权是与生俱来的，那么宪法的规定是不必的。⑤ 这种认识基于他对宪法功能的基本认识，即“制宪的目的在于限制统治者的权力以达到人权的保障”。在分析保障人权的方式时，他认为：就是把人民认为应享的基本权利，先去迫令统治阶级——的承认，后来便——规定在宪法。倘若有任何人违背宪法的规定，就依照宪法的规定制裁。而在张君劢的论文中，人权与基本权利或权利并没有严格的区分，他对人权的解释基本上接近于基本权利的价值内涵，如在《人权为宪政基本》一文中指出：国家对于人民，无论权力怎么强大，总要划定一

---

① 何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃》第 2 卷·宪政法律篇，第 629 页。

② 张友渔：《宪政论丛》（上册），群众出版社 1988 年版，第 150 页。

③ 参见丘汉平：《宪法上关于人民之权利规定之商榷》，《丘汉平法学文集》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 311 页。

④ 参见丘汉平：《宪法上关于人民之权利规定之商榷》，《丘汉平法学文集》，第 311 页。

⑤ 参见丘汉平：《宪法上关于人民之权利规定之商榷》，《丘汉平法学文集》，第 312 页。

个范围，说这是你的命，这是你的财产，这是你的思想和你的行动范围。在这范围内，便是各个人民天生的与不能移让的权利。在这个范围内，国家是不能随便干涉强制的。在这个范围内，各个人享有的权利，便叫人权。[①] 他在引用 Wattel 的一句话时说："所以这叫人权或人民之基本权利"[②]。

据对民国时期发表的两千多篇宪政论文的统计看，大部分论文没有直接使用"基本权利"一词。1949 年以前出版的三十多部宪法学著作中大部分学者采用了"人民之权利义务"，很少直接用"基本权利"的表述。[③]"人民之权利义务"概念是当时学术界普遍采用的用语，虽然基本权利一词还没有成为学术界普遍接受的概念，但各种论述中已包含着基本权利的一些价值内涵，表明学者们开始从国家与公民关系的角度思考基本权利的历史功能问题。

（二）宪法草案与文本中基本权利的表述

学理上的基本权利与宪法草案中的具体表述是有所不同的。有学者对《钦定宪法大纲》以来的各种宪法性文件中出现的权利条款进行了分析，认为"我国历部宪法条文中国家权力配置始终占较大比重，而对基本人权的规定仅占很小的比例"[④]。但从《钦定宪法大纲》中列举的"臣民权利"内容看，实际上包含着一定程度的"基本权利"的内容。大纲的附录部分名为"臣民权利义务"，共有 9 条，其中前 6 条是关于基本权利方面的，后 3 条是关于基本义务方面的。从基本权利的范围上看，《钦定宪法大纲》规定的范围还是比较狭窄的，仅仅涉及了人身自由、言论、出版、集会、结社等少数几项，其他基本权利没有涉及。因而，单从大纲文本的内容来看，很难说当时的民权保障是充分的。不过，需要注意的是，《钦定宪法大纲》仅仅是一个"大纲"，即是一个宪法性的纲领，不是正式的宪法文本。在亦劻、溥伦上奏的奏折中也明确申明："宪法大纲，其细目当于宪法起草时酌定。"评价宪法和评价宪法大纲的标准应该是不一样的，所以不应该以《钦定宪法大纲》中的保障民权措施缺乏有效性、广泛性为理由否定其对民权保障实际产

---

① 参见张君劢：《宪政之道》，第 156—157 页。

② 张君劢：《宪政之道》，第 157 页。

③ 参见《民国时期总书目》（法律），第 55—75 页。

④ 侯宇：《权利的困惑与无奈》，见郑州大学宪法与行政法研究中心编：《社会转型时期宪政建设问题国际研讨会论文集》，2007 年 5 月 21 日—22 日。

生的积极意义。如第 2 条规定："臣民于法律范围以内，所有言论、著作、出版及集会、结社等事，均准其自由。"第 3 条规定："臣民非按照法律所定，不加以逮捕、监禁、处罚。"第 6 条规定："臣民之财产及居住，无故不加侵扰。"第 7 条规定："臣民现完之赋税，非经新定法律更改，悉仍照旧输纳"等等。这些规定，在一定意义上带有近代立宪主义的气息。尽管其当时的称谓是"臣民"而不是"公民"，尽管其规定的基本权利的内容还比较空泛，范围也比较狭窄，而且还是规定在"附录"中，但从历史的观点看，这些内容都是对公民基本权利的某种"确认"，为基本权利的保障提供了依据。

20 世纪 30 年代出现的一些民间宪法草案中曾出现"基本权利"的表述，如薛毓津所拟的《中华民国宪法草案》第一编的名称是"中华民国人民之基本权利与经济权利"，在第三章"人民之基本权利"中具体规定了个人权利、家庭、集会结社、公权与公职、宗教、教育、幼权等。王宠惠的《中华民国宪法草案》第二章是"国民"，在列举国民行使的基本权利后，他特别提到了"规定"这些内容的意义，认为"本条将国民最重要及最易受行政侵犯，或为立法机关摇动之自由，载诸宪法，以为民权之保障，此为成文宪法之通例"①。

在 20 世纪 40 年代革命根据地的宪法性文件中，值得关注的一个事实是，在 1946 年 10 月制定的《中华民国陕甘宁边区宪法草案》（第六稿）第 16 条中规定："本宪法的列举及未列举之人民自由权利，均受宪法之保障，不得以法律或命令侵犯之"。这是中国宪法性文件中规定"未列举权利"保护问题的最早的表述。② 到了 1937 年，正式出版的《苏联宪法》中译本把第九章翻译为"公民的基本权利及义务"。此外，1949 年出版的《朝鲜宪法》中译本把第二章翻译为"公民的基本权利与义务"。

三、基本权利概念形成过程中的外国法影响

以上简要分析了 1949 年以前基本权利概念形成的过程，提供了解释基本权利与文化关系的一些文献资料。从整体上看，1949 年以前基本权利概念的内涵是不确定的，与同一时期的外国宪法学中的基本权利概念相比，缺

① 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料芸萃》，第 290 页。

② 参见《谢觉哉日记》，人民出版社 1981 年版，第 1001 页。

乏文化的主体性与价值内涵的完整性。在基本权利形成过程中，中国的社会结构和文化背景为基本权利的“中国化”提供了必要的资源，但外国基本权利理论所起的知识铺垫作用是不可忽视的。

中国宪法学的历史起点是19世纪末20世纪初[①]，经历了宪法学的“输入”与文化冲突期（1902—1911）、宪法学的形成期（1911—1930）、宪法学的成长期（1930—1949）三个阶段。在不同的历史发展时期，宪法学体系中的基本权利在中西文化的冲突与融合中选择了“中国化”的途径。外国宪法的理论提供了一定的价值上的参照，但并没有起到建构价值内涵的作用。对中国基本权利形成过程产生重要影响的国家主要有德国、日本、法国、美国等，其中产生直接影响的国家是日本，其表现是：在清末立宪时，日本宪政体制是清末立宪的主要参照系，明治宪法所体现的宪法理念成为《钦定宪法大纲》的基础；当时主张立宪的政治家和学者多数直接受到日本宪法思想的影响，如康有为、梁启超等人在日本系统地研究和介绍了宪法理论，而西方宪法理论又是通过日本传播的；早期中国宪法学形成过程中引入的宪法学著作大部分是日本的宪法学著作，如井山毅的《各国国民公私权者》（1902）、高田早苗的《宪法讲义》（1902）、菊池学而的《宪政论》（1903）、小野幸的《国宪法论》（1903）、穗积八束的《宪法大意》（1903）、田中次郎的《日本宪法全书》（1905）、伊藤博文的《日本宪法要义》（1905）等；明治宪法制定的主要参与者与国体宪法学学者的宪法思想对早期中国宪法理论产生了重要影响。20世纪20、30年代日本宪法学的主流是“国体宪法学”，模仿德国公法理论，强调国家利益与天皇的地位，在“富国强兵”理念的指导下，建立宪政体制。

据学者考察，1895年出版的黄遵宪的《日本国志》“为近代中国输入了全新的宪政理论思想，同时也为清末的宪政改革提供了重要的借鉴”[②]。他作为清政府首任驻日参赞，对日本实施明治维新后的社会变化与宪政实践进行了考察，提出了比较完整的宪政理论体系。比如，通过考察自由民权运动，他提出“民权”思想，认为民之权利来源有二：一曰天赋人权；二曰社会契约。他谈到：论义理，则谓人受天地之命以生，各有自由，自主之道；

---

① 参见韩大元：《中国宪法学：20世纪的回顾与21世纪展望》，见张庆福主编：《宪政论丛》第1卷，法律出版社1998年版，第67页。

② 张锐智：《黄遵宪〈日本国志〉中的宪政思想及其影响》，《法制与社会发展》2006年第2期。

论权利，则谓君民父子男女各同其权。[①] 同时，他系统地提出民权的基本范畴[②]，认为自由权、平等权、参政权与结社权是民权的基本内容。从光绪皇帝最后阅读的书目中也可以看出日本宪法的影响。据统计，1908 年 1 月 29 日内务府向光绪皇帝呈送的四十余种书中，就有《日本宪法说明书》、《日本宪政略论》、《比较国法学》、《宪法论》、《宪法研究书》、《各国宪法大纲》等书籍；2 月 17 日补进的书中有《日本宪政略论》等。这些书籍大部分涉及立宪方面的内容，而日本宪法方面的书籍又占据主流。[③] 以日本的经验为参照系而提出的权利理论，对于中国早期的宪政实践和权利理论发展产生了重要影响。

自 20 世纪 30 年代后，出现了研究新民主主义宪政理论的成果，进一步丰富了中国宪法学的内容。从 30 年代开始，一些进步学者介绍和研究苏联宪法上的基本权利理论，出版了一批苏联宪法的著作，如丁奇夫的《苏维埃宪法浅说》(1930)、梁孔译的《苏联宪法解说》(1930)、郑斌编著的《社会主义新宪法》、张仲实的《苏联宪法教程》等。到了 40 年代，部分学者又引进了美国、法国等国的基本权利理论。如 40 年代哈佛大学法学院院长庞德作为南京国民政府司法行政部顾问，通过发表演讲、发表论文等形式，系统地介绍美国的宪政理念与基本权思想。庞德 1947 年在全国司法行政检讨会上发表《近代司法的问题》以及《法律教育第一次报告书》(1946)、《论中国宪法》(1946)、《比较法及历史在中国法制上应有之地位》(1947) 等。在《论中国宪法》一文中，庞德专门谈到人民权利之保障问题，讨论了“个人之权利与政府之职权应如何划分，其界限因时因地而不同，考历史所昭示于吾人者殊不一致，对于人民权利之规定实非易事”。庞德主张，中国宪法能否规定“个人对于违宪之法律向法院请求救济的权利，应视中国之环境而定”[④]。可以看出，1949 年以前的中国基本权利概念与体系受到了中国传统宪

① 参见张锐智：《黄遵宪〈日本国志〉中的宪政思想及其影响》，《法制与社会发展》2006 年第 2 期。

② 民权在中西方具有不同的文化内涵与传统。有学者认为，民权在西方，非指个体意义上的权利，仅为促成国家法律对群体利益的关注与认同，特别是少数民族、妇女等法律上的权利，是平等价值向国家法律层面进一步渗透的体现。在我国，“民”也始终是一个“群”的概念，既与西方个体意义上的自主权利相去甚远，也不能涵括所有宪法上的基本权利。参见郑贤君：《基本权利宪法构成及其实证化》，《法学研究》2002 年第 2 期。

③ 参见叶晓青：《光绪帝最后的阅读书目》，《南方周末》2007 年 5 月 31 日。

④ 杨兆龙：《杨兆龙法学文集》，法律出版社 2005 年版，第 547 页。

法文化与外国宪法的综合影响，体现了中国基本权利文化的多样性与综合性。

第二节　基本权利概念在1954年宪法文本上的确立

1949年9月29日通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》是中国宪法史上第一部具有新民主主义性质的宪法性文件，起到了临时宪法的作用。《共同纲领》没有专章规定公民的基本权利，而是在第一章总纲中规定了公民的基本权利，主要有：选举权和被选举权；思想、言论、出版、集会、结社、通讯、人身、居住、迁徙、宗教信仰及示威游行的自由权。从内容看，虽然在文本上没有直接采用基本权利一词，但所规定的权利都属于基本权利范畴，集中反映了政治权利与自由的基本内容。

在制定1954年宪法时，如何规定基本权利与义务受到较多关注。首先，1954年宪法调整了《共同纲领》的结构，即把基本权利主体由“国民”改为公民，并专章规定公民的基本权利与义务。其次，把基本权利列为第三章，置于第二章国家机构的后面。[①] 再次，1953年中共中央办公厅发布的“中华人民共和国宪法草案初稿”（第一部分）和1954年宪法草案中，都以“基本权利”的形式规定宪法典中的权利与义务部分。这种体例一直延续到

---

① 关于这种结构的安排是否合理，当时制宪过程中争论是比较多的。在全国政协宪法草案分组联席会上，第四组、第八组讨论中有些人提出公民基本权利第三章与第二章应该对调，主要理由是先有人民的权利，然后产生国家机关。在说明宪法草案宪法结构时，田家英说：“宪法各国有各国的形式。我个人看法，章节次序不是原则问题。原来起草时为了把各个概念概括起来，使人看得清楚，所以分了这些章节。每一章是一个概念，四章是四个概念。第一部分总纲，是国家的根本制度、国家的总任务和国家的根本政策。第二部分国家组织系统。国家是阶级专政的工具、机器。这部分就是说，国家机器有这么一些东西。至于标题，还可以考虑。第三部分公民的基本权利和义务。一方面，它是政治制度的一个部分；另一方面，它规定了国家机关的权力来源及公民在国家中的政治地位。第四部分国旗、国徽、首都。这是国家主权以及国家根本的政治思想的象征。关于第二章与第三章是否对调，各国宪法写法不一致。我曾说过，我们的宪法和阿尔巴尼亚的宪法很相似。但这一点上却不同，阿尔巴尼亚的宪法是把公民的权利和义务放在总纲里。我们所以把公民的权利和义务放在后面，是因为公民的权利是在政治制度中产生的，并且前边已经讲过国家的一切权力属于人民，把公民的权利放在后边，并不会贬低公民的地位。”这个说明实际上反映了当时制宪者和学术界对公民权利与国家权力相互关系的基本理解，但没有充分认识到国家、社会与个人之间的合理关系，强调了国家权力对公民权利形成与实现过程中的作用。当然，结构上的前后顺序问题，在当时看来也许是一种“形式”问题，并不具有实质性意义。参见韩大元编著：《1954年宪法与新中国宪政》，湖南人民出版社2004年版，第437页。

现行宪法文本，成为中国宪法典的基本结构与特色。在1954年宪法文本中直接采用“基本权利”一词的主要原因是：(1) 制宪过程中主要参考了一些人民民主国家宪法典，如苏联宪法、朝鲜宪法、蒙古宪法、罗马尼亚宪法、保加利亚宪法等，其中受苏联宪法的影响是比较大的；(2) 通过《共同纲领》的实施，社会与国家关系得到了必要的调整，需要从国家与公民关系的角度明确公民的宪法地位；(3) 从宪法学的规范意义上看，1949年以前开始出现的“权利”、“自由”、“宪法上的权利”等词汇，无法涵盖基本权利应具有的内涵，需要以新的用语反映权利实践的要求；(4) 学术界积累的有关基本权利的研究成果客观上提供了一定的可能性。

在基本权利的类型上，1954年宪法保留了《共同纲领》关于基本权利方面的规定，同时根据五年来社会发展实际，增加了基本权利的内容与类型。有些条文是新增加的，如劳动权、劳动者的物质帮助权、休息权等。有些条文虽在《共同纲领》中有规定，但1954年宪法在表述上更为规范。

第三节　20世纪50年代的基本权利概念

一、20世纪50年代基本权利概念发展的背景

在基本权利概念的发展过程中，20世纪50年代是重要的历史时期。随着制宪活动的开展，基本权利问题从理论命题成为实践活动，引起了社会各界的广泛关注。旧的“法统”被否定并不意味着旧时代宪法学的完全消失与对旧时代宪法学者作用的否定。新中国建立初期，留在大陆的真正算得上“宪法学家”的学者不多，如何发挥他们的作用是当时制宪过程中必须面对的问题。来自所谓“旧时代”的学者们，在有意或无意之中继承着宪法学的历史遗产，在新的政权体系下努力建立新的宪法学基本范畴。在整个20世纪50年代，特别是1954宪法的制定前后，宪法学者们进行了不同形式的理论思考与学术活动。如国家宪法起草委员会33名委员主要由政治家和民主党派人士组成，但其中也包括了马寅初、张澜等学术界的代表。宪法起草委员会下设的一些机构中也有部分学者参与。在讨论宪法草案的过程中，中央指派董必武、彭真、张际春等同志组成研究小组，并请周鲠生、钱端升为法律顾问，叶圣陶、吕叔湘为语文顾问，对宪法草案的内容进行了具体的讨论

与专业论证。如在全国政协宪法草案座谈会上，学者们针对宪法草案发表了许多学术见解。宪法起草委员会划分 17 个座谈小组，每一组设了 2 至 4 名召集人。在召集人名单中可以发现许多宪法学或政治学界的著名学者，如张澜、罗隆基、费孝通、沈钧儒、黄炎培、章乃器、张奚若、侯外庐、马寅初、张志让等。根据目前保留下来的当时讨论的档案材料，学者们对草案的讨论基本上是围绕着宪法学的专业问题，从宪法学基本理论角度对各种草案的内容进行分析。①

在基本权利概念和体系的把握上，制宪者和参与制宪过程的学者们对苏联和东欧的宪法学理论和宪法制度给予了很多的关注，并以此为基础建构新中国宪法学的基本体系和范畴。但由于各种政治、经济与文化等复杂因素的影响，苏联宪法学基本范畴对新中国宪法学产生的影响是有限的。在基本权利问题上，学者们一定程度上关注了适合于中国实际的宪法理论。即便是在确立以“阶级性”为核心范畴的情况下，中国宪法学仍然在努力寻求适合中国话语的概念与体系，使理论概念扎根于中国的社会环境与土壤之中。在这一点上，中国宪法学表现出了一定程度的自主性与学术主体意识。

二、20 世纪 50 年代基本权利概念与体系

基本权利在宪法文本上确立后，学术界以文本为基础进行了概念与理论问题的研究。通过对 50 年代出版的专门论述基本权利的学术著作的分析，笔者认为，从整体上看，基本权利一词成为学术界普遍采用的概念，初步确立了与当时历史发展实际相适应的基本权利体系，为建立新中国宪法学基本权利体系奠定了基础。

1. 在基本权利概念方面，有的学者试图根据权利内容和重要性程度区分权利与基本权利的界限。如吴德峰认为，“宪法上规定的基本权利是我国公民的基本权利，也就是最主要和最根本的权利，它是我国公民各种权利的法律基础，至于一般权利，则由各种法律根据宪法所制定的原则来规定。”② 在这里，他实际上提出了判断基本权利的标准，即对公民个人来说“最重要和最根本的权利”，但具体如何确定“最重要和最根本的”标准，书中并没

① 参见韩大元编著：《1954 年宪法与新中国宪政》，第 117 页。

② 吴德峰等：《中华人民共和国宪法讲话》，湖北人民出版社 1954 年版，第 106 页。

有具体说明。

在基本权利的论述方面，值得关注的一个问题是权利的主观性与客观性。根据50年代的权利理论，权利意味着公民可以而且能够采取某种行为来获得自己的利益，这种行为的可能性包括了主观可能性与客观可能性。从主观可能性的角度看，主体要有实现利益的主观条件，而主观性价值的实现要与客观条件相结合，要通过国家的作用，特别是国家所提供的物质条件得到实现。把基本权利的价值形态分为主观与客观两个方面，并以客观条件来判断权利实现的社会效果是分析基本权利的一般理念，反映了宪法文本与宪法理论中的基本权利之间的分离与一定程度的冲突。

当然，从当时的学术环境看，基本权利性质问题还没有引起学术界必要的关注，多数学者在权利与基本权利的区别问题上没有确立学术自觉。如辛光在《中华人民共和国公民的基本权利和义务》一书中，对权利概念做了较系统的探索。他认为：为了正确地认识我国公民的基本权利和义务，首先，必须了解马克思列宁主义关于公民、公民权利和义务的概念，了解我国公民权利和义务的本质和特征，然后才可能进一步具体地认识其各项权利和义务的内容，以树立我们对待权利和义务的正确态度。[①] 对于公民权利的基本概念，他认为，所谓公民权利就是国家法律所确认的公民实现某种行为的可能性，而这种可能性是受着国家的保护。但当时没有具体提出基本权利的概念，学者们所理解的基本权利实际上是法律权利概念内涵的扩展，即基本权利是具有鲜明阶级性的“实现某种行为的可能性”，通过行为来谋求利益是基本权利概念的一般内涵。

2. 对基本权利的性质问题，学者们的基本看法是：基本权利是国家赋予的一种权利，“是中国人民长期进行英勇奋斗的革命斗争的结果”，是革命的胜利和中国人民解放的标志。[②] 有学者说得更为明确：我国宪法规定的人民权利，不是“天赋”的，而是人民革命斗争的果实。[③] 也有学者认为，“我国宪法关于公民的基本权利和义务的规定，就是用立法形式记载了人民争得

---

① 参见辛光编著：《中华人民共和国公民的基本权利和义务》，湖北人民出版社1955年版，第2页。

② 参见李光灿：《我国公民的基本权利与义务》，人民出版社1956年版，第6页。

③ 参见辛光编著：《中华人民共和国公民的基本权利和义务》，第7页。

的各种权利和自由，并做出了一些具体规定，来保证公民真正享受这些权利和自由”①。对于宪法上规定基本权利的意义，有学者认为，“我国宪法上规定的公民的基本权利和义务，对每个公民都有特别重要的意义。这些权利和义务的规定，就确定了每个公民在社会生活、国家社会中的地位”②。辛光指出：我国宪法确定了我国公民的法律地位，其地位的重要标志就是规定了公民的基本权利和义务。③

这种对基本权利来源的认识根本上否认了基本权利的“天赋性”，只能在合法性范畴内解释基本权利，从性质上否定权利的应有状态与实有状态的分类，把基本权利纳入整体阶级性的范畴之内，肯定国家政权对基本权利性质的决定性作用。这一点区别于西方国家基本权利发展过程，反映了不同的文化与政治哲学。

在哪些权利可以成为基本权利问题上，学者们主要借鉴了苏联基本权利理论，主张以国家与个人的关系和现实生活中的重要性程度来判断。当时的苏联宪法理论认为，个人的法律地位最终决定于法定的权利和义务，其中宪法规定的基本的权利、自由和义务对形成个人的法律地位具有决定意义。因为这些权利、自由和义务最充分地反映了苏维埃国家与公民个人之间存在的相互照应、相互负责、互相制约的关系。④ 在这一理论的影响下，中国学者们通常以个人在社会生活中体现价值的程度来认识基本权利的功能，并进行分类。

3. 基本权利的保障与社会功能。50 年代的宪法学者们十分重视基本权利实现的物质条件与社会现实条件。这也许是受到了苏联宪法关于基本权利实现制度的影响。在批判资本主义国家宪法基本权利实现的虚伪性的同时，为了突出社会主义宪法的优越性，以基本权利实现的真实性来表达社会主义宪法的优越性是可以理解的。如胡其安认为，“我国宪法关于公民基本权利的规定的最主要的特点之一，就是在赋予公民以民主的权利和自由时，不只

① 李光灿：《我国公民的基本权利与义务》，第 2 页。
② 杨化南：《中华人民共和国公民的基本权利和义务》，第 105 页。
③ 参见辛光编著：《中华人民共和国公民的基本权利和义务》，第 1 页。
④ 参见辛光编著：《中华人民共和国公民的基本权利和义务》，第 10 页。

是在形式上加以宣布，而且对实现这些权利和自由提供了物质条件”[①]。在所有宪法学著作中，学者们区分了形式意义的权利与实质意义的权利，强调了物质条件对基本权利实现产生的影响。对基本权利的这种解释表明了当时学术界对基本权利存在形态的基本认识，没有从应有和实有形态上进行思考，把基本权利只理解为现实存在形态中的概念。

4. 基本权利的体系。从50年代出版的几本专门研究公民基本权利与义务的著作中，我们可以看出学者们对基本权利体系的学术思考。杨化南撰写的《中华人民共和国公民的基本权利和义务》建立了如下的基本权利体系：平等权、政治权利和自由、人身自由、宗教信仰自由、社会经济权利、文化教育权利、华侨的正当权利、居留权。[②] 李达对基本权利的分类是：公民的平等权利；公民的政治权利和自由；宗教信仰自由；公民的人身不可侵犯的自由；公民的社会经济权利；公民的文化教育权利；保护国外华侨的正当权利和利益；中华人民共和国的居留权。[③]

在20世纪50年代出版的基本权利著作中，李光灿对基本权利的分类是有一定特色的，他根据基本权利的具体内容进行了类型化，细化了基本权利的特点与内容。他的分类是：在法律上一律平等；选举权；言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由；宗教信仰自由；人身自由和住宅的不受侵犯、通讯秘密受法律的保护、居住和迁徙的自由；劳动的权利；劳动者的休息权利；劳动者的获得物质帮助的权利；享受教育的权利；进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由；妇女的平等权利；对于任何违法失职的国家机关工作人员的控告权利。[④]

辛光对基本权利的分类是：将公民所享有的基本权利，概括为平等权利（公民在法律上一律平等、男女平等、民族平等）、政治权利和自由（选举权和被选举权、政治自由、公民对于任何违法失职的国家机关工作人员有控告的权利）、宗教信仰自由、人身不可侵犯的自由（人身自由、通信秘密、居住和迁徙的自由）、社会经济权利（劳动权、休息权、物质帮助权）、文化教

---

① 胡其安：《我国公民的基本权利和义务》，华东人民出版社1954年版，第4页。
② 参见杨化南：《中华人民共和国公民的基本权利和义务》，中国青年出版社1955年版。
③ 参见李达：《中华人民共和国宪法讲话》，人民出版社1956年版，第212页。
④ 参见李达：《中华人民共和国宪法讲话》，第9页。

育权利（教育权、进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由）。[①]

楼邦彦对基本权利的分类与上述有所不同，他以基本权利发挥效力的领域为标准进行划分。具体的分类是：法律面前人人平等是基本权利和义务的一个总的原则；在国家生活和政治生活方面的基本权利有选举权和被选举权、言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由；个人自由方面的基本权利包括宗教信仰自由、住宅不受侵犯自由、通信秘密、居住和迁徙的自由；在经济生活和文化生活方面的基本权利有劳动权、休息权、物质保障权、受教育权、科学研究和文学艺术创造自由等；国外华侨的正当的权利和利益的保护等。[②]

三、对20世纪50年代基本权利概念与体系的总体评价

在制宪过程中如何规定基本权利体系与当时的学术研究环境有着密切的关系。以阶级性为基本出发点分析宪法现象是20世纪50年代法学界的基本学术倾向与学术风格。但在当时的历史条件下，学者们在初创宪法学基本范畴的过程中，缺乏可借鉴的模式，在很大程度上受到了苏联宪法学基本范畴的影响。可以说，新中国宪法学基本范畴的主要理论源头是苏联宪法学，学术界主要是在苏联宪法学的中国化理解方面作出了努力。

苏联宪法学的主要影响主要表现在：在概念上，基本接受了苏联宪法学上的权利和基本权利概念，以阶级性作为宪法分析的基本认识工具；在基本权利性质与功能上，彻底否定了基本权利的价值多样性，以国家性来代替社会价值体系，使基本权利价值限定在国家意识形态之内；在基本权利分类上，虽不完全照搬苏联的经验，但在基本理念上仍受其影响：苏联对基本权利采取了分类研究方法，把公民基本权利分为社会经济权利、政治权利和人身权利，并根据基本权利存在的具体领域具体分为社会经济生活领域内的基本权利、文化领域内的基本权利、国家社会领域内的基本权利、社会政治生活领域内的基本权利、个人生活领域内和人身权利领域内的基本权利等[③]；在基本权利的具体解释上，苏联宪法学对基本权利理论产生的影响也是不可

---

① 参见辛光编著：《中华人民共和国公民的基本权利和义务》，第13页。

② 参见楼邦彦：《中华人民共和国宪法基本知识》，新知识出版社1955年版，第170—171页。

③ 参见陈宝音：《国外社会主义宪法论》，中国人民公安大学出版社1997年版，第143页。

忽视的。

那么，如何客观地评价苏联宪法学的影响？笔者认为应采取历史的、客观的态度。如果从历史主义的眼光看，苏联宪法学的影响以及我国20世纪50年代建立的基本权利理论存在着一定的客观基础与合理性。与西方基本权利哲学与理念相比，两者之间既存在区别，也存在着一定程度上的联系。区别点主要表现在：首先，基本权利形成的社会生态不同于西方社会，不能简单地以西方的基本权利价值来衡量中国宪法体制中的基本权利价值。西方的基本权利以个人为出发点，而50年代的中国学者们思考基本权利时，往往以国家、集体为基本出发点，反映了各自的社会结构。其次，基本权利价值内涵有所区别。西方社会的基本权利主要存在于个体对抗国家权力的结构之中，具有明显的防御性质，遵循着西方社会的政治哲学。而在苏联和50年代的中国，基本权利并不是以个体与国家权力之间的对抗为主要特征的，而是以相互合作、协调为价值取向，是一种在国家主义体制下，以“和谐与共存”为目标的社会治理模式。再次，在西方的基本权利理论中，国家作为实现基本权利的义务主体是明确和具体的，而在50年代的中国宪法文本和基本权利理论中，实现主体比较模糊，社会个体缺乏对基本权利价值的切身感受和对国家履行义务的监督。

但另一方面，20世纪50年代形成的基本权利价值形态与基本权利理论的普遍性价值之间也存在着一定的共同点：首先，从义务主体看，当时的学术界虽然没有明确提出“基本权利实现的义务主体是国家”的命题，但从强调基本权利实现的条件特别是物质条件的情况看，实际存在着国家（社会）在基本权利实现过程中的责任与方式；其次，当时虽然采用了“和谐—合作”的基本权利哲学，但在具体基本权利的解释和相互关系的说明中，也在一定程度上关注了因利益不一致可能出现的矛盾（对抗），并给予了一定的理论说明；再次，从国民—公民—人民概念的变化看，当时的基本权利理论并没有完全放弃基本权利应具有的个体性，力求在反映政治共同体价值的“人民”与反映个体价值的“公民”之间寻求合理的价值平衡，以保障个体的利益。

第四节　20世纪80年代以后的基本权利概念

由于1957年后出现了社会政治环境的变化，20世纪50年代初步形成的

基本权利概念与体系受到政治意识形态的深刻影响，失去了进一步发展的社会基础与环境，处于长期停滞状态。在长达二十多年的中国社会发展中，基本权利只作为宪法文本上的概念而存在，失去了学术的和实践上的功能与意义。直至 20 世纪 80 年代后，伴随着宪法学的恢复与发展，作为学术概念的基本权利重新回到中国宪法学者的学术视野之中。

20 世纪 80 年代初，宪法学著作中有关基本权利的论述与研究是比较少的。如 1983 年吴家麟教授主编的《宪法学》将公民的基本权利和义务设为一编，但其内容只占全书篇幅的 12%。[①] 当时，学术界普遍的看法是，宪法是国家的“总纲领、总章程”，强调其在经济发展、社会进步中的工具性价值，宪法学界普遍关注了宪法总论、国家制度等方面的内容，而忽略了其在人权保障方面的终极性价值。

基本权利理论的系统化研究开始于 20 世纪 90 年代，其学术起点是基本权利概念与特别行政区居民基本权利的分析[②]，而体系化的研究则始于 2000 年以后。2000 年后的基本权利研究出现了专题化、理论化与体系化的趋势。随着国外宪法学理论的大量借鉴与吸收，美国、德国、日本等国家的基本权利理论与相关的判例通过翻译等形式影响了我国宪法学界。

2001 年最高法院作出“齐玉苓”一案的司法解释后，围绕基本权利效力、宪法与私法、教育权的宪法救济、宪法与司法关系等问题引发了学术争议。但值得我们反思的问题是，当宪政、宪法、自由、权利等词汇成为大众化话语的时候，我们似乎只是描述其语言本身的意义，很少从语言背后的价值去体验或感悟其内涵。比如，基本权利范畴问题上，我们介绍了大量的国

---

① 童之伟教授曾经对我国具有代表性的宪法学教科书和著作中的公民基本权利的内容进行了分析，他指出：1996 年许崇德教授主编的《中国宪法》将公民的基本权利和义务设为一编，内容约占全书篇幅的 9%；2002 年肖蔚云教授主编的《宪法学概论》将公民的基本权利和义务分上下两章设为一编，内容约占全书篇幅的 12%；2004 年许崇德教授主编的《宪法》将公民的基本权利和义务设为一编，内容约占全书篇幅的 19.5%；2004 年张千帆教授主编的《宪法学》将公民基本权利分为人权总论、人权分论两章设为一编，内容约占全书篇幅的 23%；2004 年胡锦光教授、韩大元教授合著的《中国宪法》分为总论、公民的基本权利与基本义务和国家机构三编，基本权利部分约占全书篇幅的 30%。参见童之伟：《中国 30 年来的宪法学教学与研究》，《法律科学》2007 年第 6 期。

② 如王叔文：《论香港特别行政区居民的基本权利和义务》，《法律科学》1990 年第 5 期；徐显明：《“基本权利”析》，《中国法学》1991 年第 6 期；周永坤：《论宪法基本权利的直接效力》，《中国法学》1997 年第 10 期；童之伟：《宪法学社会权利分析模型的思想蕴含》，《法律科学》1996 年第 4 期等。

外理论，但学术概念的历史背景、与特定宪法体制之间的关系等问题缺乏必要的学术判断，习惯于用国外的学术术语描述与分析中国的宪法现象。在基本权利性质上，有的时候我们只强调“对抗性”价值，但忽略了宪法文化的差异性，也就是“对抗性”背后的“协调性”元素，同时没有很好地思考西方国家在基本权利传统上呈现出的多样性。同样，在宪法和宪政概念的理解上，我们关注了基于宪法公共性而产生的普适性价值，而缺少对社会特殊性价值的关注。

2004 年人权条款入宪后，人权与基本权利的关系以及概念的定位重新作为学术命题纳入宪法学的视野之中，由此，长期沉寂在文本中的基本权利走向实践形态，给宪法学界带来了新的学术课题。人权条款的入宪使得我国宪法中原有的基本权利体系具有了极大的开放性，大大拓展了基本权利体系的主体范围和内容。这种开放性主要体现在：第一，人权条款入宪拓宽了我国宪法中的基本权利的主体范围。我国宪法第二章“公民的基本权利和义务”规定基本权利的主体是公民。在人权条款入宪后，宪法中的人权主体就变成了“人”，不仅仅是公民，也包括外国人和无国籍人等。这样，基本权利的主体范围也随之扩大。第二，人权条款入宪拓宽了我国宪法中的人权内容。我国宪法以明示的方法列举了公民的 27 项基本权利。从人权的价值性以及基本权利体系的开放性上看，对基本权利条款应作扩大解释，将没有写入宪法但与人的尊严和价值又密不可分的那部分权利——如生命权、罢工自由、迁徙自由、诉权等——从人权条款中解释出来。因此，从宪法的基本权利体系演进到人权体系，既反映了中国的人权观和宪法观的深刻变化，也表征了中国宪法学的发展与进步。

第三章

制宪权概念及其演变

第一节　清末的制宪权理论

清末是制宪权理论引入我国的初期阶段。这一时期，各种制宪权理论纷纷出现，互相辩驳，一时呈现出蓬勃发展的趋势。其中影响较大的制宪权理论包括君主制宪论、国民制宪论、汉族制宪论、协定制宪论等。

一、君主制宪论

君主制宪论的系统阐述者为梁启超。1901 年，梁启超开始积极鼓吹在中国实行君主制宪。他认为立宪情形有四种类型：一种是君主顺时势而立宪法，其特点是君安国宁，如普鲁士、日本等国；第二种为君主被民众所迫而立宪，是为民主立宪，如法国及南美洲诸国；第三种为民思立宪，但君主不许，而民间又无力革命，于是谋刺君相，如俄罗斯；第四种为举国昏蒙，百政废弛，君民均不知立宪而被他族消灭，如印度。不消说，在这四种类型中，君主顺应时势制定宪法为最佳方式。

具体来说，梁启超认为君主制宪的好处在于：（1）可以巩固君权、官权。而这一目的可以通过明定民权予以实现。梁启超说，各国宪法，无不规定民权。如果没有民权，君权有限则难以维持；如果没有民权，官权有限也难以保证。所以，“民权者，所以拥护宪法而不使败坏者也”。换言之，如果君主制宪，则客观上可收到保护君权、官权之效。（2）可以保存皇位，杜绝

混乱于萌芽之中。梁启超认为，如果立宪，则君主主权所属一定，而“岂有佥任得乘隙以为奸者乎？大臣之进退，一由议院赞助之多寡，君主察民心之所向，然后授之，岂有操、莽、安、史之徒，能坐大于其间者乎？……（君主施政）则由大臣反复宣布于议院，必求多数之共赞而后行。民间有疾苦之事，皆得提诉于议院，更张而利便之，而岂有民之怨其上者乎?”（3）可以消弭革命。梁启超指出，中国今日大患，远在外侮，近尤在内讧。“内讧之起，实缘人民睹国家之积弱，求其所以然之故。因见夫他国政治实有以优于我者，而坐是以致富强；返观本国事事落后，积其不平，遂以执政为怨府”。所以近来革命悖逆之言盛行。武力催压断不可行，平天下之气的最佳办法是颁布宪法，“抑今日靖内难于未萌，舍此无他道也”。他警告说，立宪是世界政治发展的理势，如果君主不能顺应时势制定宪法，而“以人力而欲与理势为敌，譬犹以卵投石，以蜉撼树，徒见其不知量耳”。在这种情况下，皇位势必难保。他断言：民主立宪是君主专制压迫的结果。“使英人非虐待美属，则今日之美国，犹澳洲、加拿大也。”

尽管充满期待，梁启超还是认为立宪之事应该慎重，应根据本国的历史和文化传统，适合本国的人民程度，而不是任意抄袭他国宪法条文以为己用。他强调，中国目前国民素质低下，还不适宜立刻立宪，最快也要 10 年或 15 年，中国才能论及立宪。然而，在此之前，必须有所预备。“宪法者，万世不易者也，一切法度之根源也，故当其初立之也，不可不精详审慎，而务止于至善。”他的制宪建议包括上议院组织务求完备、司法权独立、定责任内阁制、地方自治务求完备等等。

为了使君主制宪有条不紊地进行，梁启超还拟订了一个循序渐进的制宪方案：（1）请皇上涣降明诏，普告臣民，定中国为君主立宪之帝国，万世不替；（2）宜派重臣三人，游历欧洲各国及美国、日本，考其宪法之同异得失；（3）所派之员既归，即当开一立法局于宫中，草定宪法，随时进呈御览；（4）各国宪法原文及解释宪法之名著，当由立法局译出，颁布天下，使国民咸知其来由，亦得增长学识，以为献替之助；（5）草稿既成，未即以为定本，先颁之于官报局，令全国士民皆得辩难讨论，或著书，或登新闻纸，或演说，或上书于立法局，逐条析辨，如是者五年或十年，然后损益制定之，定本既颁，则以后非经全国人投票，不得擅行更改宪法；（6）自下诏定

政体之日始，以二十年为实行宪法之期。①

梁启超的君主制宪论有着广泛而深远的影响。1906 年 8 月 26 日，考察政治大臣载泽多次奏请立宪，强调立宪最重要的好处有三："一曰皇位永固。立宪之国，君主神圣不可侵犯，故于行政不负责任，由大臣代负之。既偶有行政失宜，或议会与之反对，或经议院弹劾，不过政府各大臣辞职，别立一新政府而已。故相位旦夕可迁，君位万世不改。""一曰外患渐轻。今日外人之侮我，虽由我国势之弱，亦由我政体之殊，故谓为专制，谓为半开化而不以同等之国相待。一旦改行宪政，则鄙我者转而敬我，将变其侵略之政策，为平和之邦交。""一曰内乱可弥。海滨洋界，会党纵横，甚者倡为革命之说，顾其所以煽惑人心者，则曰政体专务压制，官皆民贼，吏尽食人，民为鱼肉，无以聊生，故从之者众。今改行宪政，则世界所称公平之正理，文明之极轨，彼虽欲造言，而无词可藉，欲倡乱，而人不肯从，无事缉捕搜拿，自然冰消瓦解。""立宪之利如此，及时行之，何嫌何疑！"② 仔细比较两者观点，不难发现，一脉相承。

梁启超的观点在上谕中也得到了体现。1906 年 9 月 1 日，两宫正式宣布预备立宪。其要点一是承认中国既存问题，"（中国）国势不振，实由于上下相睽，内外隔阂，官不知所以保民，民不知所以卫国。而各国之所以富强者，实由于实行宪法，取法公论，君民一体，呼吸相通，博采众长，明定权限，以及筹备财用，经画政务，无不公之于黎庶。又兼各国相师，变通尽利，政通民和有由来矣。"二是采取措施，渐进立宪。③

梁启超提出的君主制宪论更多的是基于政治考量。虽然当时中国与众列强对抗中再遭败绩，但他对中央政府依然抱有信心。毕竟中央政府是个政治实体，对全国还有较强的控制力。此外并无人或团体能够取代现行政府。这是问题的关键。君主制宪论即为对君主地位的一种肯定。如果提倡民主制宪，则有否定君主意味；否定君主则意味着革命。就当时情形而论，中国难以在外患之后再次经历革命。君主制宪论在某种程度上可以有效地避免革

---

① 参见梁启超：《立宪法议》，《饮冰室合集 1 · 饮冰室文集之五》，第 6—7 页。

② 《出使各国考察政治大臣载泽奏请宣布立宪密折》，见《清末筹备立宪档案史料》上册，第 173—176 页。

③ 参见《宣示预备立宪先行厘定官制谕》，见《清末筹备立宪档案史料》上册，第 43—44 页。

命，维持国家命运。但同时他对君主也不无担心，因而提出在宪法草案拟订后，应该交由“全国士民辩难讨论”，然后“损益制定”。这种设计可谓用心良苦。

二、汉族制宪论

梁启超的君主制宪论成为近代中国制宪权理论发展的起点。制宪权理论的蓬勃发展则在1905年之后。1905年，清政府决定派人出国考察政治，立宪政治改革呼之欲出。在这种情形下，制宪主体问题引起广泛关注，制宪权理论空前丰富起来。当时朱执信、胡汉民、汪精卫等人，基于反清的革命理念，极力否认满人制宪的合法性地位，大力宣扬汉族制宪论。概括起来，其主要理由如下：

1. 民族融合是制宪的必要条件。满族损害汉人，自定特权，当然缺乏制宪资质。朱执信提出，制定宪法不在于条文，“其民协同而能自治，然后宪法生”，所以，“能宪治者，惟民族之同”。但现实情况是：满汉之间相互仇杀由来已久，而无丝毫友好和谐相处的迹象，“则其协同之不可望明矣”；如果立宪，满人特权必然废除，其“必无从得营业”，两族矛盾因而加深，更加难以协同；就汉人而言，首在复仇，去暴政则居其次，大辱未雪，大欲未偿，“纵有条文而立宪之治不可举”。他举例说，奥、匈之所以分离，即在民族之间不能调和。荷兰、比利时也是如此。所以，朱执信强调：“民族统一为于近世立宪最强之势力，若数国之民，种性各异，其中有政治能力优者，则并服其劣者，于政治上为最良。”他引用美国人的评论：“故今日中国而欲立宪也，必汉族之驱并满族而后能为之。何者？政治能力汉族之优于满洲百十，而满洲固不可扶植者，与之合同适以自累也。”他指出，满汉和谐相处才能论及制宪，不可能宪法制定后满汉才会和谐相处。汉人不能忘国仇，二百多年如一日。立宪之前都不能友好相处，立宪之后更不可能。“抑且民族之合也，必无无所持以合者，其能力足以相辅而后有合可言，否则直摧除之而已。满洲于我果何所益于我乎，而损者则不可胜计。然则满汉之界固不能破，亦无取于破之者也，知其二者不能并立，则直去其一耳。”因此，他强调，制宪问题首先看“能不能”，然后看“欲不欲”，其结论是：“能立宪者惟我汉人，而汉人能革命始能为立宪，则欲以立宪对抗于革命者，可以

废而返矣。”① 完全否定了满人制宪的合法性与可能性。

2. 劣等民族即使制定了宪法也是恶宪。朱执信否定满人制宪的合法性时，一个重要理由是满族是一个劣等民族，不具备制定宪法的可能性。这种观点在反清人士中相当普遍，几乎成为共识。胡汉民认为：“以吾多数优美之民族，钳制于少数恶劣民族之下，彼不为我同化，而强我同化于彼，以言其理则不顺，以言其势则不久，是故排满者，为独立计，为救亡计。”满族以“恶劣之民族，而篡据我政府”，而现政府之为恶又是“根据于种性，无可剪除”，故“虽有伪改革而恶劣如故，即亟亟然袭用欧美之宪章成法，而恶劣亦如故”②。

3. 满族制宪只是一种笼络汉人的策略，不可信。汪精卫提出，现在的政府是异族政府：“非我族类，其心必异，彼惧其族之孤，而虞吾之逼，乃为是以牢笼我，乃遽信之乎！”“盖民族不同，而因征服之关系，同为国民者，征服者则恒居于优势之地位，而牵制被征服者，俾不得脱其羁绊，而被征服者即甚无耻，亦未有乞丐其沾溉者，非惟势所不能为，亦义所不当为也。”因此，满洲政府的所谓立宪是一种政治策略，汉人不要上当。中国立宪要想成功，只有推翻满人统治，取得独立，由汉人主持，方能实现。③

排满人士鼓吹的汉族制宪权实质上是一种狭隘的民族制宪权，是汉族的制宪权。这种汉族制宪权是特定时代的产物，具有强烈排他性。西耶斯反对法国的特权等级时，曾发表过类似看法。他说：“第三等级为什么不把那些继续狂妄地自诩为征服者种族的后裔并承继了先人权利的所有家族，一律送回法兰克人居住的森林中去呢?”④ 排满人士否定满人制宪的观点无疑与此有异曲同工之处。汉族制宪权是把双刃剑：一方面它具有民族自决的性质，适应了 19 世纪以来民族自决的历史发展潮流，革命色彩浓厚；另一方面它又具有肢解政治统一体的后果。中国不同于欧洲，虽然民族之间间或存在征

---

① 朱执信：《论满洲虽欲立宪而不能》，原载《民报》第 1 期，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年时论选集》第 2 卷·上册，第 115—119 页。

② 胡汉民：《“民报”之六大主义》，原载《民报》第 3 期，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年时论选集》第 2 卷·上册，第 374—375 页。

③ 参见汪精卫：《民族的国民》，原载《民报》第 1、2 期，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年时论选集》第 2 卷·上册，第 97 页。

④ ［法］西耶斯：《论特权·第三等级是什么?》，张芝联译，商务印书馆 1990 年版，第 24 页。

伐行为，但经过千百年来的民族融合，中国的政治统一体已经形成。汉族制宪权恰恰具有瓦解这种统一的倾向。这一观念与国人的统一心理背道而驰，所以，民国成立后，汉族制宪权自然消亡，代之以国民制宪权。

三、国民制宪论

自从法国大革命前夕西耶斯提出制宪权理论以来，国民制宪论影响逐渐扩大，也为我国人所接受。国民制宪论在清末成为舆论关注的一种重要的制宪权理论，其中以李庆芳和雷昭性的介绍最有条理。

李庆芳从哲理、历史和法理三个方面全面论述了国民制宪的必要性：

1. 从哲理上看，人类是政治动物，对于政治有各自表达意思的自由，如果强行抑制则相当危险。一个人的意思，必然以一个人的权利为本位；少数人的意思，必然以少数人的意思为本位；“若国民多数出而公定宪法，则此宪法为多数国民合成意思之表现。”李庆芳认为，人生于世，常以利己为原则。如果一个人或少数人的意思左右多数人，则多数人容易蒙受损害，社会秩序因此不易保障，国家危险莫过于此。这是其一。其二，个人不可能脱离社会组织而存在，而国家恰恰是个人躯壳及精神幸福的有力保障，如果国家政事不使国民参与，则个人为什么要珍惜社会珍惜国家？所以专制国家，法律愈严密，人们对于法律的破坏力也越大，法律于是成为具文。所以，如果“颁布宪法，而出于君定，或执政诸人之定，民之视宪法，直不关痛痒耳”。只有“使国民多数参与政事，使之有协定宪法之权，则凡法之出自自定者，其爱之也必深，守之也必固，行之也必毅，宪法乃为有效”。一国之中，如果多数人有爱法、守法、行法之心，这才是真正的立宪国家。所以，国民立宪，于哲理上有确切不移之根据。

2. 从历史上看，世界各国无不循家长政治、族长政治、酋长政治、贵族政治或君主政治、立宪政治序列演进。质言之，任何国家莫不由一人政治或少数人政治而趋向多数政治。处于 20 世纪世界的国家，没有不立宪而国家能存在的情况。“此事实之不可掩者也。”中国趋于多数政治，一则时势使然，一则历史演进的必然。中国将来以宪法为根本法，实行立宪政治，“若（宪法）出于独裁，而不出于国民之公定，则宪法程度必低，仍不能为地球上文明法治国”。因为宪法程度的高低，以独裁及公定为标准。英国宪法可

谓最优，即其宪法出于民定；俄国宪法为下等，出于独裁。中国将来宪法之优劣，“则全争此独裁、民定之毫厘”。他强烈期望中国“立宪而归本于国民”。国民立宪，在事实上有确切不移之根据。

3. 从法理上看，宪法是根本法，也是基本法。所谓根本法，即由宪法之中，可以生长无数法律；所谓基本法，即在宪法之上，可以附丽无数法律。李庆芳指出，宪法为国民的合成意力，所以，“宪法之程度，亦视国民合成意力之程度为正比例”。宪法既然为合成意力，则其制定，“不可纯任一人意力或少数人之意力”。他区分了法律与命令，认为“凡定一法律，必本于多数人之同意……未有以一人或少数人之规定，不得众分子之公意，而可以成为法律者”。命令则不然。君主及中央国务大臣，以至各地方长官，都有发布命令的权力。但这只可谓命令，而不得谓法律。他希望中国将来颁布宪法，宜使其为法律，而不宜使其类于命令，由君主独裁。“若不本于国民之合成意力，是所谓命令的宪法，岂不贻法学家以笑柄？……国家既立宪，此其法无在不与国民有密切关系。以国民之合成意力，而表现为宪法，宪法乃底于完全无缺点之域。”所以国民立宪，于法理上有确切不移之根据。①

李庆芳的国民制宪论综合了欧美的功利主义、社会契约等政治理论，加以消化吸收，理论性较强，自成体系，在当时别具特色。

雷昭性则从国民主权角度阐释了国民制宪论：

1. 宪法是国民主权的一种运用。雷昭性认为，“国家权力唯一之渊源实在于国民。”美国的联邦宪法、法国大革命时期的宪法等等，都是国民主权思想发现于政治实际的著名事例。他说：“……主权中包含国家完全之权而皆属于国民，君主仅受委任为国民之公仆。然则公仆不能治其事，主人起而自收其权，乃至当不易之理。”雷昭性从欧洲历史的发展角度回顾了国民制宪的由来：国民为国家的主体，总握国家主权。不仅对于国内政治法律，一切由国民主持，即对于国际交涉，也无不以国民为最高机关，自行办理。受委托直接办理事务的人，无非国民一分子，任满之时，仍还其权于国民。不过，后来权势转移，上下颠反，受委托者反过来居于主位，僭窃主权，跋扈嚣张，国民反受其鱼肉。但国民虽驯至孱弱不振，以听太阿倒持，而有历史

① 李庆芳：《中国国会议》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年时论选集》第3卷，第117—119页。

往事以萦回于心脑，终于奋发激励，恢复已经失去的主权，宪法因此而产生。所以，他强调："宪法即国民恢复主权，以规定为国家之常经，宪法即国民主权所创，而非宪法畀国民以权力也。是则由国民主权以孕育宪法，非由宪法以发生国民主权。"①

2. 制宪的原动力来自人民。雷昭性指出，宪法形式上规定了君民上下的权利义务，实际上是限制政府权力，而予人民以参政权。人民所得之权，实分自政府。政府本不想分其权，而人民又一定要得到其应有之权，于是人民与政府即立于竞争地位。既然处于竞争地位，则得失分寸，必视其能力大小为转移。政府以能压制一分，即少去一分权；人民则以能竞争一分，即多获一分利。上盈下朒，彼消此长。人民如果不与政府磨荡精神，疲劳心力，必不能如愿以偿。而比较人民与政府能力，又不啻有霄壤之别。各国人民为了争取权利有时不免采取激烈冲突方式。由此，雷昭性强调："宪法者，大都由激烈时代，人民逼迫而成，非可由平和时代，政府酝酿而成者。更切实言之，则由人民逼迫而成者其宪法真，由政府酝酿而成者其宪法伪。"②

雷昭性的国民制宪论有两个基本特点：一是国民主权论，国民是国家权力的唯一来源，制宪权为国民主权的一种运用；二是抗争论，即宪法是人民与政府抗争的结果，没有抗争便没有真宪法。

比较李庆芳和雷昭性的国民制宪论，最明显的差异在于后者引进了主权概念，前者在此问题上则含糊其辞。之所以出现这种区别，与他们的政治理念密切关联。李主张改革，希望以此国民制宪论说服当局，以渐进方式实行立宪。也因为如此，他更多地侧重法理论述。而主权概念从其产生一刻起即具有革命性质，是对旧秩序的一种否定，容易造成社会动荡。雷昭性是一个激进派人物，主张革命，因此他的国民制宪论，首先明确主权在民，进而强调立宪的有效方式在于抗争。他的国民制宪论充满了革命气息。

国民制宪论是制宪权理论发展的主流，近代制宪理论即从国民制宪论开始。但国民制宪论在清末影响不大。其一，该论是在自然法、契约论等近代

---

① 雷昭性：《中国立宪之观察与欧洲国会之根据》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年时论选集》第3卷，第703页。

② 雷昭性：《中国立宪之观察与欧洲国会之根据》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年时论选集》第3卷，第698—699页。

西方政治价值观念中孕育发展起来的，而中国文化与西方文化不同，向来注重服从，缺乏权利意识、个人观念，民众接受国民制宪论需要一个过程。其二，国民制宪论将落归于汉族制宪论。清末满汉民族矛盾相当尖锐，很多人多从满汉关系角度观察社会问题、政治问题。当时汉族人口占整个国家人口的90%以上。如果实行国民制宪理论，则必须采行选举制度；如果采行选举制度，则必对汉族人有利；如果对汉族人有利，则满族优越地位将会不保。所以从民族关系看，国民制宪论无异于革命。当局者当然不会轻易同意。可以说，清末独特的政治生态环境决定了国民制宪论的尴尬处境。

四、协定制宪论

就当时实际的政治状况而言，汉族制宪论、国民制宪论无疑具有革命意味，君主制宪论因满人主持而似乎又不合时宜。那么，如何协调君民之间的制宪权之争呢？君民协商制定宪法的观念应运而生。其理由大体如下：

1. 从历史演进过程看，宪法是君民协定的产物。有人认为，在欧洲18世纪以前，专制荼毒很深。卢梭对此深为不满，创立社会契约论。法国大革命期间，以此论为基础，公布了《人权宣言》。此后欧洲大陆各国，或罢市停工，或革命流血，制成宪法，国家基础终于奠定，专制之威，难以复延。“是宪法规定，固原本于下，而非成制于上者可知矣”。维也纳会议后，民主思想遭受挫折，君权神圣一时风靡。路易十七乘机以君权为基础，制定宪法，各国纷纷仿效，专制毒害再次笼罩欧洲。但为时不久，人民运动重新崛起，造成激烈竞争。竞争的结果，君民调和，宪法以君民共定为准。至于所谓钦定宪法，“渺无闻焉”。

2. 中国只能采取协定宪法形式。就制定主体而言，宪法可分为三种：一是协约宪法，即宪法形成于君民协约，普鲁士等国采取此制；二是民约宪法，即宪法形成于人民协议，如法兰西等国；三是国约宪法，即宪法形成于联合国家协议，如德意志联邦。按照这种划分方法，中国只能采用协约宪法形式。因为中国现势，并非基于平等国家的联合，则国约宪法不可行。民约宪法非不能实现于今日，但政府提纲摄权，圈禁海内苍生，压制民众，如何实现人权伸张？协约宪法则最为切实可行，“盖人民既有要求，而君上复有退让，两相防维，以巩固不拔之基，斯亦如何美备者”。而且既然名为宪法，

则规定以后，无上无下，均应以共守为原则，所以除协定之外，再也没有第二种手段可行符合宪法之名。

主张君主协定制宪论者不在少数。《大公报》指出，中国立宪，如果只是“由少数之人制成宪典，如部定之各项章程”，这种宪法如何值得珍惜？制定宪法必须由国民参与，因为“宪法之立，以国民公认为准，故必有代表国民者而会议决定之，乃可以颁行国中无滞碍难行之弊”①。

从专制向立宪过渡中，君民协定制宪是一种常见的制宪形式，是君主和国民之间的妥协。协定制宪实质上是多元势力单位之间的一种妥协，而妥协恰恰是宪法稳定的前提条件之一。妥协可以出现在君主与国民之间，可以出现在多元势力单位之间，也可以出现在政党之间。协定制宪是以承认其他势力单位为基础，具有较强的现实意义。国民制宪论的优点是为宪法制定提供原理支持，但国民毕竟只是一个抽象的概念。如果它能被设立起来行使日常职能，按部就班地完成公务活动，它就失去了国民的品质。那么，国民制宪如何实现？协定制宪就是一种很好的选择。不过，协定制宪以妥协为基础，如果力量对比过于悬殊，协定制宪当然无法成功。力量显示的方式很多，如舆论压力、军事对抗、政治抵制等等。在清末，体制内各省都督要求制宪的呼声很高，国民运动也渐成气候，舆论影响不断扩大，协定制宪的社会基础初步形成。然而，民族矛盾的快速发展，国民立宪心态的日趋激进，满族当局的种种疑虑，一切都使协定制宪归于泡影。

清末，各种制宪权理论层出不穷，相互激荡，互相辩驳，极大地开阔了人们的视野，促进了国民政治运动的深入发展。无论稍早出现的君主制宪论，还是后来出现的国民制宪论、协定制宪论或汉族制宪论等，对近代法学观念的传播无疑都具有积极意义。这在此前已经开放的 60 年中是前所未有的。各种制宪权理论的出现，标志着清末多元化社会正在形成，国民作为政治统一体的构成分子已经意识到了自己的存在，并提出了政治诉求。各种制宪权理论，究其实质，是对传统君主专制思想的一种否定，是对特权政治的否定，是对宪法秩序的追求，标志着法治观念在中国已经沛然发展，不可遏止。

---

① 《论中国立宪之要义》，原载《大公报》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年间时论选集》第 1 卷·下册，第 943 页。

第二节　国会制宪权的确立与衰落（1912—1914）

国会制宪权在辛亥革命发展过程中确立，由《中华民国临时约法》内化为一种法权。国会制宪权在确立和法理方面均存在缺陷，但它对民初制宪权理论的发展具有极其重要的作用。

一、国会制宪权的确立

国会制宪权是在辛亥革命发展过程中确立的。武昌首义后，各省纷纷响应。至1911年11月7日，宣布独立的省份已达14个。为了协调独立各省统一行动，11月11日，江苏都督程德全、浙江都督汤寿潜联名致电上海都督陈其美，提议在上海设立临时会议机关。电文称："自武汉事起，各省响应，共和政治已为全国舆论所公认……（美国独立战期间）所以苦战八年，收最后之成功者，赖十三州会议总机关有统一进行维持秩序之力也……吾国上海一埠，为中外耳目所寄，又为交通便利、不受兵祸之地，急宜仿照美国第一次（大陆）会议方法，于上海设立临时会议机关，磋商对内对外妥善之方法，以期保疆土之统一，复人道之和平。务请各省举派代表，迅即莅沪集议。"① 集议方法为：各省旧时谘议局各举代表一人，各省现时都督府各派代表一人，均常驻上海，两省以上代表到会即行开议，续到者随到随议。集议大纲有：公认外交代表、军事进行的联络方法、对清室的处置。

程、汤通电次日，江苏都督府代表雷奋、沈恩孚，浙江都督府代表姚桐豫、高尔登，即通电各省，商议结合办法，电云："鄂省起义，一月有余，各省响应，现在光复省分，已十有四，尚无结合办法。外交迫逼，对外举动，急须统一……各省即设政府，应各派代表仿美国独立后第一、第二次会议，速筹结合……现由江苏、浙江两省共同发起临时国会……事机急迫，乞即日举员来会"②。11月15日，江苏都督府代表雷奋，沪军都督府代表袁希洛、俞寰澄、朱葆康，福建代表林长民、潘祖彝，在上海江苏教育总会举行第一次会议。经议决，"各省都督府代表联合会"（简称各省代表会）正式宣

① 《民立报》1911年11月14日。

② 上海社科院历史研究所编：《辛亥革命在上海史料选辑》，上海人民出版社1966年版，第1063页。

告成立。

各省代表会的代表由各省都督府委派，以协调起义各省的行动为宗旨，类似美国独立战争时期的大陆会议，具有临时代议机关的性质。它的成立推动了革命形势发展，悄然开始了中国的共和立宪试验。

各省代表会履行临时国会职权的第一个重要标志是制定了《临时政府组织大纲》。12 月 2 日，各省代表齐集武汉，议决制定《临时政府组织大纲》，并推举雷奋、马君武、王正廷起草。次日表决，全体代表 10 省 22 人一致通过。大纲共 4 章 21 条，内容主要有：（1）临时大总统。临时大总统由各省都督府代表选举产生，以得票满投票总数三分之二以上者当选，每省一票。临时大总统有统治全国、统帅海陆军之权，经参议院同意，有宣战、媾和及缔结条约、任用各部部长及派遣外交专使、设立临时中央审判所等权力。（2）参议院。参议院以各省都督府所派之参议员组成，拥有包含宣战、媾和及缔约等内容的部分外交权，审查临时大总统提交的各部部长及外交专使之任命批准权，议决临时政府预算、检查临时政府出纳、议决全国统一税法、币制及发行公债事件等财权，以及议决暂行法律权等，参议员每省以三人为限，其派遣方法，由各省都督府自定。（3）行政机关。行政机关设外交、内务、财政、军务、交通五部，各部所属职员之编制及其权限，由部长规定，经临时大总统批准施行。

《临时政府组织大纲》规定了政府组织形式，具备了宪法的主要特征。大纲第 21 条还规定：临时政府组织大纲施行期限，以中华民国宪法成立之日为止。由此观之，大纲在法律上也具有临时宪法的性质。换言之，各省代表会确实履行了临时国会的职能。各省代表会制定《临时政府组织大纲》，开启了中国国会制宪的实践。

国会制宪权的法律地位是由《中华民国临时约法》确立的。《临时政府组织大纲》仓促通过，缺点甚多。1912 年南京参议院自行组织编辑委员会，拟具《中华民国临时约法草案》，于 2 月 7 日付院审议，中间经过审议、二读，历时月余，3 月 8 日完成三读，3 月 11 日由临时大总统公布。《临时约法》第 54 条规定：“中华民国之宪法，由国会制定。”《国会组织法》于 1912 年 8 月 10 日公布，其第 20 条规定：“民国宪法案之起草，由两院各于议员内选出同数之委员行之。”第 21 条规定：“民国宪法之议定，由两议会合行

之。”至此，国会制宪权的法律地位正式确立。

从国会制宪权的形成过程看，不能说没有缺陷：一是各省代表会代表的产生办法不具有选举性质，不能代表国民。各省代表会的代表绝大多数由都督委派，而都督为军政长官，不具备民意性质。美国大陆会议的代表均由民意机关选举产生，各省代表会代表的产生办法不能与之比拟。二是各省代表会的职能似乎有越权嫌疑。根据发起者的目的，各省代表会职权为公认外交代表、军事进行的联络方法、对清室的处置等三项。但各省代表会却自行拟定《临时政府组织大纲》，自行表决公布，与其最初成立的目的相违背。大纲又没有得到各省都督或谘议局等民意机构批准。所以从法理上看，各省代表会制定大纲不免有越权嫌疑。三是南京参议院是否有权制定宪法性文件有较大争议。《临时约法》由南京参议院制定，南京参议院由各省代表会发展而来，其参议员在产生办法、职权范围等方面与各省代表会一样存在瑕疵，合法性有限，难以取得普遍认同。四是《临时约法》的效力值得怀疑。根据笔者考察，1912 年 3 月 8 日约法全案表决时，参议员出席人数上午为 31 人，下午为 26 人。当时参议院法定人数至少 66 人。依据《参议院议事细则》，参议院开议，“对一般法律、财政及重大议案，只须有半数以上之议员到会，即可开议”；表决时，“以多数为准，其可否同数时，议长得以己意决之”①。即使视《临时约法》为一般法案，根据这一规定，其出席人数至少也应该在 33 人以上。所以，从程序角度看，约法是否有效有待商榷。② 如果《临时约法》无效，国会制宪权的合法性也就连带出现问题。五是《临时约法》规定国会制宪权有越权嫌疑。中华民国宪法由谁制定南京参议院无权确定；民国宪法“由两议会（即未来民国宪法中的参议院和众议院）合行”更是剥夺了将来宪法的选择权。因为未来国会的组织形式应该由未来宪法规定，而不应该由《临时约法》规定。六是国会制宪权的条文规定过于笼统，含混不清，容易造成理解上的混乱。《临时约法》第 54 条只是笼统地规定宪法由国会制定。众所周知，宪法制定包括一系列程序，常见的是：制宪权的授予→宪草的拟订→宪草的审议→宪草的表决→宪法的批准→宪法的生效，等等。在成文宪法国家，这些程序通常由不同机关来完成，至少不会由一个机关独自完

① 张国福选编：《参议院议事录参议院议决案汇编》，北京大学出版社 1989 年版，第 226 页。

② 参见刘劲松：《南京参议院人数与临时约法的效力》，《近代史研究》2005 年第 1 期。

成，除非是钦定宪法。而《临时约法》只是规定宪法由国会制定，显然失之简单。因为规定过于含糊，这些条文后来也成为反对国会制宪权的一个重要理由。

其实，南京参议院确定国会制宪权时，当时临时政府内部也有过不同意见。南京临时政府成立后，宋教仁任法制局长。宋在 1 月 27 日以前拟订了《中华民国临时政府组织法草案》。30 日，临时大总统孙中山将宋拟订的草案送参议院，作为编订民国组织法的参考。31 日，参议院开会讨论此案，与会议员一致认为："宪法发案权应归国会独有，而国会未召集以前，本院为唯一机关，故临时组织法应由本院编定。今遽由法制局纂拟，未免逾越权限，虽声称为参考之资，而实非本院所必要。"① 参议院退回了政府提交的《临时政府组织法草案》，政府也未作过多计较，默认了国会制宪权。当时同盟会员在临时政府和参议院中均占据优势地位，所以无论哪个机关制定约法均不会产生不良后果。这大概是临时政府不与参议院计较的原因所在。

二、国会制宪权的缺陷与弊端

国会制宪权的法理缺陷从它产生之后就引起争论。1912 年 5 月，《民立报》主笔章士钊刊文，提醒南京参议院议员不当议及国家根本问题。他的理论基础是立法与造法的区别。章士钊说："立法者，乃根据一定之原则而立为法；造法者，则立法以外并原则而自造之也。"在议会万能的英国，并无立法与造法之区别，但大陆国家对此却颇为重视。必须牢记："立法之议会权力终有限。惟造法之议会，始足当英文中万能之义。而万能之义之最易表现者，乃在制定宪法，或改造宪法，或采除宪法与普通法之界限。"② 质言之，章士钊希望参议院以临时国会性质的机构不要行使制宪的权力，区分了立法权和制宪权。但甚为可惜，他没有进一步论述立法权与制宪权的区别，也没有就《临时约法》规定的国会制宪权是否合法作出评论，反而极力维护《临时约法》的合法性质。

康有为明确指出了国会制宪权的内在缺陷。他说，宪法强调三权鼎立，

---

① 转引自张国福：《民国宪法史》，华文出版社 1991 年版，第 54 页。

② 章士钊：《告参议员》，原载《民立报》1912 年 5 月 1 日，《章士钊全集》第 2 卷，文汇出版社 2000 年版，第 245 页。

行政、司法与立法同隶于宪法之下，所以制定宪法必须开国民大会讨论才能取得公平。参议院以立法机关而独揽制宪大权，剥夺了行政、司法之权，不可谓公平，其害不可思议。[①] 就笔者阅读所及，在1912—1913年间，像康有为、章士钊那样提出立法权和制宪权应由不同机关行使的观点并不多见，而且已有的观点往往就事论事，因为不满意《临时约法》而否定南京参议院的合法性，很少就制宪权和立法权的关系进行系统论述。

相反，不少舆论认为，既然现在已经是民国，则国民行使主权，但国民不可能自动组织起来制定宪法，在这种情况下，必须由某个机关代表国民制宪。国会就是这样一个国家机关。这种认识促使国民制宪权朝着国会制宪权转化，进而体现在《临时约法》，内化为一种法权。《大共和日报》于1912年3月26日发表社论，题为《否认临时约法》，表示："国民为共和国主人之有主权者，参议员为都督府差官之无主权者，故国民对于参议院之《临时约法》有不承认之权，此最简明之理由也。"换言之，如果参议员由国民选举产生，那么参议院制定的《临时约法》则不存在效力争议。这种观点在民初相当普遍。

我们知道，国会制宪权在成文宪法国家极为少见。宪法与普通法律的区别，在古代希腊、罗马即已被提出。近代美、法制宪时期对此有着明确区分。美国费城制宪会议讨论宪法的批准方式时，麦迪逊曾记录一位代表的发言："各邦议会不过是各邦宪法的产物，不能大于它们的创造者。就他所知，这些宪法中没有一部赋予邦议会这种权力；据他所知，有些邦宪法中没有提到这种权力，没有赋予邦议会以批准宪法的权力。"[②] 法国大革命前夕，西耶斯指出：宪法是根本法，并非指它们可以独立于国民意志之外，而是因为根据根本法而存在和行动的那些机构，绝不能与国民意志相抵触。"宪法的每一部分都不能由宪法所设立的权力机构去制定，而是由立宪权力机构去制定。任何一种受委托的权力都不得对这种委托的条件作丝毫更动。"[③] 这是区别制定宪法的权力与宪法设定的权力的著名论断。这一论断几乎成为后来各国制宪的通用公式。但在清末民初，国人好像没有深入介绍过制定宪法的

---

① 参见康有为：《共和平议》，《康有为政论集》下册，汤志钧编，第1025页。

② ［美］麦迪逊：《辩论：美国制宪会议记录》上册，尹宣译，辽宁教育出版社2003年版，第399页。

③ ［法］西耶斯：《论特权·第三等级是什么?》，张芝联译，第59页。

权力与宪法设定的权力之间的区别。或许也因为如此，国会制宪权在法理上并没有受到系统而严厉的批评。

从理论上说，国会制宪权的缺陷相当明显：国会是宪法创设的机构；宪法创设的机构制定宪法理所当然地会扩大自己的权限，压制其他国家机关。当然，这只是理论上的一种推测，在实践中可能还有其他问题。美、法两国制宪之所以采用制宪会议，除了法理上的理由之外，实际上也是一种政治选择。就美国而言，《邦联条例》建基于各州议会的一致同意之上，此一规定使联邦许多事务难以展开。如果由制宪会议批准宪法，则可绕开各州议会的杯葛，以诉诸人民的形式获取更大的权威；就法国而言，特权等级是各种困难的根源所在。在三级会议体制下，第三等级的利益很难得到保证。所以西耶斯直接把国民设定为制宪权主体，但全体公民直接行使制宪权又不可能，所以制宪会议方式应运而生。可见，无论美国或法国，制宪会议的出现无异为一种革命性的选择。也正因如此，美、法两国也只是从法理上否定了国会制宪权的可能性[①]，没有实际的教训可言。中国的情况则与美、法两国差异很大。中国之前没有行宪的教训，当时对西方的宪政文化了解得也不深入，南京参议院同盟会籍议员匆忙制定《临时约法》，除了时人对制宪权理论认识的因素外，政治因素也是重要考量：当时孙中山辞去临时大总统一职，同盟会在行政机关的影响大为衰退。为了防制袁世凯，同盟会制定了《临时约法》，并在约法中规定宪法由国会制定。所以，民初国会制宪权的确立，除了认识上的原因外，更多的是一种政治选择。

国会制宪权在法理上有明显的缺陷，在政治上有国会专制的危险。这些缺点从 1912 年下半年开始充分暴露出来。章士钊总结了国会制宪的种种弊端，大致有三：其一，国会制宪容易激起党争。恶性党争在民国初年臭名昭著，章士钊对此也深恶痛绝，力主在制宪机构中戒绝党争。他说："普通立法机关，乃党争之盘涡，其使之然者，则政权之为饵，而私人利益之所存也。"[②] 其二，议员缺乏制定宪法的能力。章士钊表示："议员来自田间，代

---

① 美国 1780 年前的州宪和 1801 年的《邦联条例》可视为国会制宪，但那种国会制宪权的理论前提和民众的心理基础是社会契约论，而这些价值观念在清末民初并没有成为国人的共识，不能简单类比。

② 章士钊：《宪法会议之主张》，原载《独立周报》1912 年 12 月 29 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 632 页。

表民意，其识足以对于一法而定其然否，或不足以制成一法以待人之然否，而立案贵有特识，非成于专家之手，必至破裂不完，此固不独宪法然也。即一切法罔不如是。”① 所以，他提出，在国会之外，“必设法制局，以精于法学者掌其事……宪法由国会议定，草案不必即由国会提出”②。其三，国会兼任立法与制宪两重职能，难以分身制宪。章士钊表示，普通立法机关立法范围很广，头脑易乱，心志不专，法律颇难入细。而且“普通立法机关，号曰立法，而实节节与行政有连，行政上之事由，每能遮断立法上之程序，宪法会议则独立于政府之外，此弊亦可免”③。

章士钊的几点认识点出了国会制宪的弊端所在。十多年后，当人们回头省视国会制宪历史时，愤怒之情溢于言表，对国会制宪的认识也上升到了一个新的理论高度。章士钊慨叹：“国会者，宪法上之一机关耳。其权限皆由宪法赋予。今将赋予权限之据，操之于己，伸缩从心，损益在口。自私自利，本人类之弱点，在国体奚独不然?”民国以来，国会制宪无不揽权于己，“决无斟酌适宜之制”采行，即为明证。④ 梁启超则试图求诸国民，提出国民制宪，强调这是“国民自卫之第一义”⑤，以此反对国会制宪。素有民国宪法之父称誉的张君劢愤愤然曰：“议员而议宪也，是国会之权力，而他人莫可如何焉；议员而不议宪也，是亦国会之权力，而他人莫可如何焉。议员以制宪议员之资格，争阁员同意权也，是国会之权力，而他人莫可如何焉；议员又以制宪议员之资格，争议会不解散之权也，是亦国会之权力，而他人莫可如何焉。总之，国会之上，无判断国会之是非者，则国会自身之权限，及国会与他机关之关系，皆须国会自为制定，而他人不能过问。此则国宪之所以至今无成，而国会议员诸公，虽日日为本身为本机关谋私利，而举国四万万之众，皆无法阻止之也。”他感慨：“以制宪之业，属之国会议员，此当

---

① 章士钊：《宪法起草问题》，原载《独立周报》1912 年 10 月 27 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 602—603 页。

② 章士钊：《宪法起草问题》，原载《独立周报》1912 年 10 月 27 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 603 页。

③ 章士钊：《宪法会议之主张》，原载《独立周报》1912 年 12 月 29 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 633 页。

④ 参见章士钊：《裁兵与造法》，原载《中华新报》1920 年 1 月 1 日，《章士钊全集》第 4 卷，第 120—121 页。

⑤ 梁启超：《国民自卫之第一义》，《饮冰室合集 4・饮冰室文集之三十五》，第 28 页。

日之大错也。”① 当然，这些追悔都只是事后的一种慨叹。

三、国会制宪权的修正尝试

《临时约法》确立了国会制宪权，不过，民初国会议事效率低下②，其制宪能力受此牵连而遭到质疑。1912 年下半年，杨度等人在北京组织宪法起草预备会，程德全、张謇等人在南方酝酿建立类似机构，并试图修改《国会组织法》，以参与宪法制定。蔡锷于 1912 年 12 月 17 日密电大总统袁世凯，提出行政机关影响国会制宪的策略。③ 就在同一天，直隶都督冯国璋、河南都督张镇芳联名致电北方各省都督，谋求支持程德全，干涉国会制宪。④ 一时间政潮暗涌，国会制宪权受到严重挑战。这其中以章士钊的宪法会议论最有影响，也最为系统。

章士钊不反对宪法由国会制定。他说：“或议别设民选机关，专议宪法，亦非时势所许。”⑤ 但他区分了宪法起草权和宪法表决权，试图借此分享国会制宪权。章士钊表示，根据《临时约法》第 16 条“中华民国之立法权，以参议员行之”，其意为，中华民国之参议院，乃可制定一切法律；《临时约法》第 38 条又规定“临时大总统，得提出法律案于参议院”，其意为，法律案之起草，可由他机关行之。所以，法律案为大总统交议，参议院议决，在法律上无害于参议院制定法律之权。以是之故，《临时约法》第 54 条“中华民国之宪法，由国会制定”，自然可以解释为不必包含起草在内，“一如国会制定一切法而可由他机关起草然”⑥。在这里，章士钊的制定含义与表决相同。进一步说，章士钊不反对国会制宪，实际上是不反对宪法由国会表决，并不意味着他支持宪法由国会起草。相反，他极力主张表决权与起草权应该分开，国会不适宜起草宪法。这才是他区别宪法表决与宪法起草的真正目的所在。

---

① 张君劢：《宪政之道》，第 102—103 页。

② 主要表现为立法成效低下、频繁倒阁、滥用监督权等，国会专制在民初一时成为共识。

③ 参见曾业英编：《蔡松坡集》，上海人民出版社 1984 年版，第 627—628 页。

④ 参见《张镇芳存电》，转引自张学继：《民国初年的制宪之争》，《近代史研究》1994 年第 2 期。

⑤ 章士钊：《宪法起草问题》，原载《独立周报》1912 年 10 月 27 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 603 页。

⑥ 章士钊：《宪法起草问题杂论》，原载《独立周报》1913 年 1 月 12 日、19 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 711 页。

鉴于民初议会的弊端可能导致国会制宪存在种种缺陷，章士钊提出，应该在国会之外专门设立一机构以起草宪法，使国会“别得一宪法草案以为准据，从而施以讨论，乃便而有益之事也”。他强调，虽然宪法由国会起草，但不能禁止其他团体先行起草，以为预备，“果此种先驱之草案良而有力，是固可以影响国会，使之据以发议也”①。章士钊鼓吹另设宪法起草机关，不过他没有给该机关命名，为叙述方便，我们不妨名之为宪法会议。②

宪法会议论的一个前提是国会制宪不一定代表民意。国会制宪论认为，宪法当以民意制定，不仅宪法表决需要民意决定，宪法拟订也应以民意决定，而国会制宪可以体现民意。也就是说，如果在国会之外另设机关起草宪法，则无法代表民意。章士钊并不反对宪法制定应该体现民意，他表示，在其他国家，国会内的辩论与国会外的情感呼吸相通，深为表里，能够代表民意。但现在的参议院并不能代表民意。他举例说：“记者以新闻为业者也，于朝政亦非绝不留心，独至国会组织法之通过，记者于上海商务印书馆将该法印成小册时，始获读其全文而注意焉。前此乃不审参议院曾于编制宪法之事有所规定。此固可曰记者一人之顽钝也，而南北新闻数十种，京沪政客数百辈，迄未闻有一语讨论其得失，即参议院议员开议此条时，其曾对于欧系美系之分，悉心斟酌焉否，尚是疑问。此种麻木不仁之政象，言之诚可痛心，而民意未尝一表见焉，则可断言也。”③

当时有舆论认为，美国费城制宪会议开启了宪法会议的先例，中国也可以借鉴美国的制宪经验，效仿费城制宪会议方式。但有人对费城制宪会议有不同理解。1913 年 1 月 8 日，《国光新闻》评论称：“考美国宪法之修正，实始于千七百八十六年安那波里之会议④，汉密尔图乃利用商法会议，变而为

---

① 章士钊：《宪法起草问题》，原载《独立周报》1912 年 10 月 27 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 601—603 页。

② 章士钊大张旗鼓地提出在国会之外另设宪法草拟机关，但他仅从概念角度阐发，并不注重政治实践。他主张设立的国会之外草拟宪法的机构也没有固定名称，有时称法制局，有时称宪法会议。他曾以《宪法会议之主张》为题宣扬其主张，此处以宪法会议观命名其制宪主张。

③ 章士钊：《宪法起草问题杂论》，原载《独立周报》1913 年 1 月 12、19 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 711—712 页。

④ 安那波里会议，现译为安纳波利斯会议。安纳波利斯为马里兰州的一个地名。1786 年 9 月，北美 5 个州的代表在安纳波利斯召开会议，以协调各州之间的商业贸易政策。会后，与会代表建议于次年 5 月在费城召开一个会议，以修正现行的《邦联条例》。安纳波利斯会议常被视为费城制宪会议的开端。

宪法会议，其非于国会之外，另立一起草宪法机关也可知矣。”也就是说，中国制定宪法，也不必于国会之外另设一宪法起草机关。章士钊对费城制宪会议的解释恰好与之相反。他认为，安纳波利斯会议诚为谈论商情而设，但费城会议非安纳波利斯会议的化身，谈不上是由安纳波利斯会议演变而来。他强调：“兹两会之有关系者，则美以施行同盟条款之故，败微迭见，财政紊乱，骤不可理，外人之轻侮，与内部之冲突，其度相乘以高，而中央政府无法以救正之，其尤感痛苦者，则诸州各以其烦重之法，窘迫商人，以致州与州之间，商况绝不振，安那波里之会议，即欲侵权于康格雷，使之振之，而为同盟条款所限，议不得要领，又感念他种政弊，咸源于条款之不良也，遂决议报告康格雷，请于次年召集宪法会议，为根本大计之解决。此费拉德费亚会议之所由来也。此会由康格雷所召集，自开会以迄闭会，康格雷始终旁立，且其会为秘密会，会中讨论何似，康格雷且不与闻。惟召集此会时之通告，明定宪法编订后，当提送康格雷及各州议会候其表决耳。然则美之设为宪法会议，确‘于国会以外，别立一起草宪法机关’。”① 换言之，费城制宪会议模式可以效仿。不仅如此，章士钊还指出：“宪法起草，属之国会以外之团体，乃法学上之一种主张，无可非难，必觅先例以证实之，已属落后一层，至架浮词以摧败其例，使不成立，尤无谓也。今即谓费拉德费亚会议不可以为法矣。而其理论之涵于宪法中者，又何法以毁灭之也。盖美利坚宪法之第五章，订明康格雷可以州议会三分之二之请愿，召集宪法会议，提出修正案。是合众国之仅有费拉德费亚会议资吾论证者，亦自一七八九年后其宪法未曾大修改使然耳，其主义固颠扑不破也。且美利坚各州皆有宪法，而其编制或修改之手续，类皆取资于特别会议，其例之可举，如费拉德费亚者，正未可一二数，议者又何以为言乎？”②

对国令制宪权的另一修正是都督参与制宪的主张。1912 年 12 月，程德全、梁启超等发起宪法起草委员会，提出由都督派遣代表组织宪法起草委员会起草宪法。舆论一时骚然。有人提出，立法之事由都督举人为之，是以行

---

① 章士钊：《宪法起草问题杂论》，原载《独立周报》1913 年 1 月 12、19 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 710 页。

② 章士钊：《宪法起草问题杂论》，原载《独立周报》1913 年 1 月 12、19 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 710 页。

政部干预立法部，万不可行。章士钊表示了不同意见。他指出，因为制宪机关之重要，“当以人物之出于各政治中心者居之，于是而思及各省。夫所谓政治中心者，本无间于行政立法，有以行政为中心者，亦有以立法为中心者……今吾国各省之政治中心，果安在乎？是固不得不谓都督也，是故以都督为委员之所自出，乃从政治中心着想，而非从行政一面着想。前参议院之由各都督谴员而组织之，其原理亦犹是也”①。在章士钊看来，都督派人起草宪法的优点十分明显：“一、都督确为各省自治之中心，光复之时，且多出于一人转旋之力，自前清以至今兹，各省政治之参有民意者，盖不多见焉。二、多数抉择之力不正，而国中优秀之人物，转易得之少数人推举之中，其故则多数选择，为群众心理之作用，一人推举，为纯正心理之作用，而群众心理，最易失其常轨，而在智识低下之人民尤甚也。三、多数人之意盲而横，以其拥有最高之机关，清议莫我责也。都督则恒觉清议之盾其后，不敢过于放恣。即有党见，亦不至公然暴露，固不必尽然，大致或不差也。四、其尤当注意者，则代表与委员，大异其趣，代表者赋有最终之议决权，而委员则终当以意还质之主人翁，故都督所推派之委员，容或以党见而误大计，其量决不如人民代表之甚，何也？人民代表，固终有权发最后一言也。”②

宪法会议的优点恰恰是国会起草宪法的缺点所在。其一，宪法会议可以避免党争。如果设立专门机关起草宪法，与行政两不相涉，也无课税与处理岁入权，则不偏不党之士，容易入选；同时热心党务者，也宁愿投身于普通立法机关，而不争加入宪法会议。在这种情况下，宪法会议成员可充分利用学识与经验，而不致被浮感所蔽；也可以保持独立姿态，不至扼于党信，可就实际情况，予以批评，有所提议。这样一来，“党派问题，常不在宪法范围以内，事不相关，党潮亦无由起，此其最长处也”。其二，宪法会议可以觅得专门制宪人才。章士钊提出，国会议员任期过长，且议员选举容易流于卑劣。这两种弊端使高尚之士不愿做议员。而宪法会议为期甚短，又容易引起富于理想公而忘私之国民参与制宪，所以“此种会议，其能力与道德之高

---

① 章士钊：《宪法起草问题杂论》，原载《独立周报》1913 年 1 月 12、19 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 708 页。

② 章士钊：《宪法起草问题杂论》，原载《独立周报》，1913 年 1 月 12、19 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 713—714 页。

度，均在国会之上”。而且如果会议纯为宪法而设，会员可倾全力注于制宪一点，则国会因同时行使制宪与立法职能而造成的“头脑易乱，心志不专，法律颇难入细”的弊端也可避免。

章士钊制宪观的一个独特之处还在于宪法起草机关应该有法定地位，其原因大致如下[①]：

第一，机关不由法定，决无整齐严肃之精神。章士钊说：“参议院法定者也，而议事时尚呈纷乱苟偷之现象，何况自由联合之团体乎。且讨论宪法非寻常立法可比，其所须整齐严肃之度又较国会有加焉，非法定乌乎可?”

第二，机关不由法定，议事程序难以用法律手段维持。他说：“会员之出入于会场与之俱者，仅一热心耳，而热心之故有三：一，本案将发生何种效力毫无把握。二，能者过负审查核议之职，厌心易生。三，无谓之攻诘曰多，明敏者每思奉身以退。兹三敌者，非法律莫能克之。苟无法律，此会或竟以故中辍亦未可料。”

第三，机关法定可以保证制宪会议秘密进行。章士钊认为宪法只能在秘密会议下草拟：“其所以然者，则会员用何派发生，在情理上自带有何派之臭味。然两方所见终不能无所出入，苟其会为公开，则此种出入之点将不可见。何也，以彼无法逃避举主之督责也。例如中央政府主张以命令代法律，不恤与根本法相背。推一人与会以期贯彻其说。惟是人者，其所见不必与之同，即同而亦有等差焉。以政府之目视而手指也，彼虑以此失其活动之地位，终会不敢有异词。又如一党以省长民选为职志，必以此点著之宪法，推一人与会以期贯彻其说。惟是人者，其所见不必与之同，即同而亦有等差焉，以本党之目视而手指也，彼虑以此失其活动之地位，终会不敢有异词。是其会虽勉强卒事，而致胜者全属偏见，其结果不过集各种偏见而权之，其量多者乃得奏凯以去，其案以是形而入者将仍以是形而出。吾人希望其各本爱国之忱，对于一事详体各方面之利害，悉心以探究者，乃无有也。美人之论费拉德费亚会议也，谓所提之计划，从无一人死守其一以为终不可变。每条文自提出以至成立，以所经之变换多，文义从不一致，其美乃不可得收也。是亦何贵有宪法会议乎，亦何必不听其淘入国会党潮之中乎。尤有邀

① 参见章士钊：《宪法起草问题杂论》，原载《独立周报》1913 年 1 月 12、19 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 720—722 页。

者，会而不能秘密，即有强毅之会员能保持独立之言论，其主张之力断难达于逻辑上应到之域。例如有会员某挟其绝强之理由拟取消一党必争之一点。是党之与会者亦将屈服之，而会外之党员闻之而哗噪也，始攻之于新闻，继诉之于暴力，会中之讨论因无法进行。此秘密一说，自美人主张于费拉德费亚会议，其理遂无以易也。而欲图秘密则非法定不可。盖自由集合团体，会员无特立独行之决心，亦不觉有缄口结舌之必要，且谁订定破坏秘密之戒律相与守之，此尤首当处之者也。”

第四，机关法定可确保草拟机关独立。章士钊表示：“所贵乎宪法会议者，良欲如英儒穆勒言，提取全国之精英聚于一处，如货物之宿于总栈焉，且志在此物之必售也。机关即属法定，论者已虑国会之相难，果此论而可恣，则自由草案又宁足邀国会之一盼乎。机关而法定也，吾特有法律上之地位，会员必得出席于国会相与辩明，外间更藉舆论之力，冀幸有如哈密敦、梅狄生之流，本其拥护美利坚宪法之精诚之雄辩以拥护吾宪法，朝著一论，夕草一书，使理论灿列，昭不可欺。国会诸公即有数四情感横决之徒，亦慑于公论不欲自逞。如是，始可望草案之有效。否则此草案之达于国会与否尚无必然之保证，且不问其他也。”

与同时代的其他人一样，章士钊的制宪观源于临时参议院的种种不当行为。他着重探讨了国会制宪的诸多缺陷和宪法会议的内在优势，尤其反对把党争带进制宪过程中。他承认国会制宪的合法性，并试图在法律范围内争取在国会之外另设宪法起草机关。作为一种主张，他的宪法会议观无可厚非。章士钊的政论在民国初期有着广泛影响，在某种程度上，可以认为是他发起了关于宪法会议草拟宪法问题的激烈讨论。他的许多观点十分新颖，流传甚广，如他关于大总统有权参与制定宪法的观点，较之民国宪法顾问有贺长雄提前了数月之久。然而，章士钊的宪法会议观也有很多不足之处，不够系统，也不够务实，如对于主权与宪法关系等许多制宪理论的重要问题均没有给出满意的解释。

章士钊的宪法会议论并不否认国会制宪权，而是试图以宪法会议分享国会制宪权，参与制定宪法。这种宪法会议参与理论客观上可以满足多元政治势力参与宪法制定的愿望，同时又能够维护国会制宪权。然而，章士钊没有党派势力背景，宪法会议论未能付诸实践。不过，尽管如此，他对民初制宪

理论发展所发挥的作用是无法否认的。

第三节　行政制宪权理论

民初行政制宪权有两种类型：一是行政参与制宪论，二是行政主导制宪论，两者产生的法理基础完全不同。行政参与制宪论包括都督参与制宪和大总统参与制宪两类，行政主导制宪论为大总统制宪论。

一、都督参与制宪论

从严格意义上说，行政参与制宪论并非是对国会制宪权的否定，而是一种修正。都督参与制宪是行政制宪论的一种重要形式。都督参与制宪论的理论来源大致有两种：一是都督政治中心论。已见前文，此不赘述。二是都督弥补国会制宪缺陷论。此处都督参与制宪论即为此种概念。

梁启超是都督参与制宪论的重要倡议者。他认为宪法由国会议员起草，“似于慎重宪法之义，有所未尽”，应该专设机关起草宪法。其理由为：

1. 起草人员不宜太多。这是个人数多寡的问题。梁启超认为，国会委员制和专设机关制，表面上看起来好像区别不大，但国会两院合计议员八九百人，选举宪法起草委员时，在势不能太少。即使选出议员的十分之一，已经嫌多。

2. 拟定草案宜坚守秘密。梁启超担心草案起草过程中，如果不能保持秘密，有可能受外界影响，系统紊乱。他认为中国人缺少保密习惯，专设机关比国会制宪更容易保密。

3. 国会议员未必都适合编纂宪法，宜聘请国内最有学识经验之人，使专心致志起草宪法，以止于至善。宪法为国家根本法，不宜仅限于国会一个机关，以隘其途。

4. 起草委员会可以聘请东西公法学大家为顾问，以收集思广益之效。国会如果聘用外人为顾问，有失威严。

5. 起草人员不可有丝毫党派意见。国会为政党竞争的场所，政党意见势必搀杂其间，政党分野难以消灭。其结果或致历久不能脱稿，或牵合迁就，不成系统，贻毒国家。而专设机关则可解决这个难题。

6. 草案宜尽快完成，然后提交国会表决，正式政府才能尽早成立。

在这 6 条理由中，梁启超认为第 3 条、第 5 条“于国家之安危荣悴，有莫大关系焉。愿爱国之君子，平心察之”。

为此，他提议另设机关起草宪法，定名为“民国宪法起草委员会”，约以四五十委员组织之。其取得委员资格之法，由大总统、副总统各指定 3 人，由参议院在本院议员中选举 3 人或 5 人，各省荐选每省 2 人（其荐选之法，由都督推荐 3 人，提出省议会，省议会于此 3 人中选定 2 人；其选定 2 人中，必须有 1 人非本省籍贯者），由各大政党已有本部在京师，其本部成立在一个月以前者，每党选 1 人。①

根据梁启超的建议，宪法起草委员会人数三分之二以上为各省都督选定，是名副其实的都督参与起草，国会议员人数仅为一成左右。该方案完全贯彻了都督参与制宪的原则。

梁启超等人的建议得到了热烈响应。据《时事新报》1913 年 1 月 27 日载，其时已有 17 省都督赞成。蔡锷表示：“夫宪法者，国会之所从出也。未有宪法，则国会何由发生？然则草案之预定，匪但于中国之现情不背，亦且于共和之原理无违。”② 国会制宪权一时受到多省都督挑战。

梁启超倡议的都督参与制宪论与其说是弥补国会制宪权的缺陷，倒不如说是一种政治选择。从梁启超列举的国会制宪权缺陷看，并没有充分的法理支持，恰恰基于政治考量。从政治角度看，该论恰恰是当时部分都督设计的参与制宪的重要环节之一。在章士钊等人鼓吹于国会之外另设宪法起草机关的同时，部分都督也在策划如何绕过国会，影响制宪。蔡锷就是其中的热心人物之一。1912 年 12 月 17 日，蔡锷密电大总统袁世凯，提出影响国会制宪的策略：第一步，密召梁启超、杨度等人迅速拟订宪法草案；第二步，宪法草案由各省都督提出，以资研究；第三步，将草案交国会议决；第四步，若议员有所主张，总统认为滞碍难行，则通电各省，寻求支持；第五步，他与各都督联名抗争，拥护中央。

梁启超的倡议完全与蔡锷的设想吻合。也就是说，他们提议的都督参与制宪更多地是基于政治考虑，实际上也是如此。蔡锷反对国会制宪，理由主

---

① 参见梁启超：《专设宪法案起草机关议》，《庸言》第 1 卷第 3 号。

② 曾业英编：《蔡松坡集》，第 631 页。

要为：(1) 现在国基未固，外患方殷，必须有强固有力之政府。民权只能视国权为伸缩，国权巩固而后民权才有发展之期。(2) 宪法为国家根本法，制宪时应该体察本国现势与历史民情，而不是取他国印版之文，谬相仿效。(3) 国会制宪“难保不偏重党见，趋于极端，徒为仿制行政首长之条规，致失国家活动之能力”。临时政府时期中央政府软弱，实为临时约法造成的恶果。[①] 换言之，蔡锷没有就国会制宪的法理缺陷展开系统的批评，而只是就事论事，提议都督参与制宪。

各省都督和梁启超等要求设立宪法起草委员会，所持理由主要有二：一是宪法不应由国会制定，二是宪法制定机构应该没有党见。从总体上看，这两点难以成为宪法起草委员会设立的充分条件。

1. 宪法不应由国会制定。蔡锷在长篇电文中提出，国会是宪法所设立之机关，没有宪法，哪有国会？所以设立宪法起草委员会并无不妥当之处。这一说法有较强的说服力。如前所述，宪法创设之权和创设宪法之权的区别自法国大革命之后几乎成为各国制宪的通用公式，各国多通过特定机构和特定程序制定宪法。但须注意，美、法提出这一制宪原则时，具有革命性质，是对之前政治方式的一种彻底否定。美国否定的是州议会的宪法直接批准权，法国否定的是整个特权等级。而美、法的这种革命性选择之所以奏效，则与两国自然法、人民主权、社会契约论等观念深入人心有关。当时美国人深信：只有经过人民同意的政府才是合法的政府。同样，只有经过人民批准的宪法才会取得更大的权威。人民主权的第一原理深入人心，而这一理论具有较强的说服力，州议会无法提出更强劲的反对理由。而在法国，社会契约论对宪法制定的影响世人共知，西耶斯直接把国民设为制宪权主体因而也容易被普遍接受。蔡锷如果坚持宪法一定要由宪法起草委员会制定，则无疑从法理上剥夺了国会制宪权。而国会制宪权是临时约法授予的，这一举动就是否定临时约法，因此也有革命性质。但这种革命理论能否取得支持，殊难逆料。因为当时中国法治观念还没有普及，十分缺乏自然法、人民主权、社会契约等近代西方的宪政文化观念，权利意识也相当淡薄，传统的集权思想影响还很强大。中国既然是民国，则主权在民，蔡锷以都督身份通电全国，参

① 参见曾业英编：《蔡松坡集》，第627—628页。

与运作设立宪法起草委员会，这一行为似与其都督身份不符，至少省议会比他更能代表民意。所以，在这种文化背景和特定身份情况下，他试图以创设宪法之权与宪法创设之权的区别论寻求支持，在理论上是有难度的。不过，蔡锷没有对此理论进行发挥，也没有直接反对国会的法定制宪权，依然赞同宪法由国会表决，只是想通过宪法起草委员会来表达各省都督对宪法问题的看法。

2. 宪法制定机构应该没有党见。不少人认为，国会存在党见，不利于制定宪法。确实，在此倡议之前，有些国会政党往往置国家利益于不顾，竞逐一党之私而无所不用其极。但有什么证据表明国会就真的无药可救呢？凡事都有个逐步完善的过程，国会政治也是如此。如果因为国会有党争就取消其制宪权，岂非有因噎废食之疑？谁能保证其他制宪方式能够避免党争？美国宪法之父麦迪逊早就明确指出，党争是人类社会政治生活不可避免的一种现象。既然无法消除，那就只能采取适当的方式去引导，以避免少数人侵害多数人的利益，或多数人侵害少数人的利益。回避不是解决问题的办法，采取暴力形式压制或威胁，与专制何异？相反，从近代以来世界范围内的制宪现象来看，宪法的持久生命力往往与制宪时的党争有密切关系。在一定意义上，可以说宪法的生命力来自党争。美国联邦宪法制定时，制宪会议代表党派倾向明显，大州与小州，南方与北方，各种不同的利益集团和思想观念相互辩驳。如果说在近代制宪现象中，党派只是作为一种政治倾向在发挥作用的话，那么现代宪法则多为各种政党协商的结果。[①] 反面事例是：法国 1793 年宪法、1795 年宪法基本上由一种势力控制，没有党争，但同时制定出来的宪法也没有了生命力。这种特征在世界制宪现象中十分普遍。从理论上看，多元势力协商制宪是有利于宪法稳定的。既然党争不可避免，那么就让各种不同意见充分表达，在妥协的基础上达成一致。宪法生效后，党派就可以利用宪法及配套法律维护自身利益，宪法因而得到尊重，其生命力因为党派竞争而有了一定保障。

从总体上说，以上两点很难成为设立宪法起草委员会的理由，国会制宪

---

① 例如，1948 年联邦德国制宪时，制宪议会委员会由 65 名代表组成。其中，基督教民主联盟—基督教社会联盟的代表 27 名，社会民主党代表 27 名，自由民主党代表 5 名，德意志党 2 名，中央党 2 名，共产党 2 名。德国制宪不但没有回避党派，反而明确了政党代表比例。

权的地位无法因此动摇，所以临时大总统袁世凯提交设立宪法起草委员会案理所当然地遭到了临时参议院的拒绝。

二、大总统参与制宪论

1. 大总统参与制宪的法理依据

各省都督争取参与制宪受挫时，另一种行政制宪论——大总统参与制宪论——又浮出水面。与都督提出的理由不同，大总统制宪权的提出无论于法于理均有较强的说服力，对国会制宪权形成较大冲击。

大总统参与制宪论来源于对《临时约法》的解释。章士钊较早提出大总统有参与制定宪法的权力。1913 年 1 月，章士钊撰文指出：根据《临时约法》第 16 条“中华民国之立法权，以参议员行之”，其意即为，中华民国之参议院，乃可制定一切法律；《临时约法》第 38 条又规定“临时大总统，得提出法律案于参议院”，其意即为，法律案之起草，可由他机关行之。所以，法律案为大总统交议，参议院议决，在法律上，雅无害于参议院制定法律之权。以是之故，《临时约法》第 54 条规定“中华民国之宪法，由国会制定”。自然可以解释为不必包含起草在内，“一如国会制定一切法而可由他机关起草然”①。章士钊的目的固然在于提醒草拟宪法与表决宪法之区分，但间接却表明了大总统有参与宪法制定之权。这与他赞同程德全提议修改国会组织法以使行政部门可以对制定宪法表达意见有异曲同工之处。

大总统制宪权论于 1913 年正式国会制定宪法期间广为流行。其时，民国政府宪法与法律顾问有贺长雄发表《共和宪法持久策》一文，公开提出大总统有参与制宪之权。有贺长雄指出：“制定共和政体之宪法，须注重国民心理。苟国民心理以为不公平，虽宪法成立，亦难持久。而此不公平之点，即为异日破坏宪法之根源。”他对国会制宪权表达了不同意见。他说，三权分立是共和政体的要素，但“现在国会议员利用其有制定宪法全权，务扩张国会权力，显违三权分立之旨，偏向二权分立主义（即国会政府制）”。他以《天坛宪草》为例，攻击国会通过制宪，扩充权力。这些权力包括任命国务总理须经众议院同意、众议院对国务员的不信任投票、行政诉讼隶属普通法

---

① 章士钊：《宪法起草问题杂论》，原载《独立周报》1913 年 1 月 12、19 日，《章士钊全集》第 2 卷，第 711 页。

院、国会委员会问题。

有贺长雄撰写此文的目的是对国会制宪的弊端表示不满，尤其认为以上四点对行政权独立有莫大影响，与国民心理中的三权分立原理不合。他不反对国会制宪，但强调大总统也有参与制定宪法之权：（1）根据《临时约法》的精神，“实许大总统参与制定宪法事业”。有贺说，《临时约法》第55条规定：临时大总统有提议增修约法之权。“盖制定《临时约法》时，临时大总统始在北方就职，不能与议，故许其制定后有提议增修之权。事后尚许其提议增修，事前反不许其主张意见，揆诸约法之精神，决不如此。”① （2）美、法制宪时期有大总统预闻宪法事业之先例。美国议定宪法时，“国民三十万出众议院议员一人，华盛顿实主张其说”。法国制宪时，正式大总统马克马洪“命外务大臣布罗利向国民会议之宪法起草委员会提出宪法草案，是即法国现行宪法（指法国1875年制定的宪法——笔者注）之原案”。（3）袁世凯已经当选为正式大总统，其人“本为前清皇帝让出统治权改为共和政体时，委任以组织共和统一南北全权之人，又为曾任临时大总统一年有余，亲尝甘苦，为民国行政最有经验之人，又为将来中华民国宪法成立，总揽民国政务、对于民国国民之幸福发展负大责任之人。此人既已被选就职，而于制订宪法之大业不使与闻，其事无论何人皆有不公平之慨。”尤为重要的是，“因不公平之故而议定与国民心理相违之宪法，是将奈何？宪法苟与国民心理相违，必有乘机立于国民与国会之间阴施离间之术，然后诉强有力之一部分国民而改造宪法者。”法国1852年革命就是例证。②

民国政府的另一宪法顾问古德诺则表示大总统应有宪法公布权。古德诺刊文说，《临时约法》虽然没有明白规定大总统对于制定宪法之权，但起草者却隐含了大总统有宪法公布权。他说，《临时约法》第30条以大总统为全国之代表，公布法律，此条似已表明起草者之意。《约法》第55条以提议增修约法之权授予大总统，第38条规定，大总统得提出法律案于参议院（今之国会），第46条国务员及其委员得于参议院出席发言。这些规定无不隐含大总统有参与制宪之权。除了美国外，其他各国均有总统提议修宪权，因此，他说：“吾以为大总统实有宪法上之权，提议全部宪法之草案，如提出

① ［日］有贺长雄：《共和宪法持久策》，《申报》1913年10月31日。

② 参见［日］有贺长雄：《共和宪法持久策》，《申报》1913年10月31日。

法律案之例；或提议修改宪法，如提议增修约法之例；并得派遣国务员，其委员对于宪法之问题出席发言于议会，如约法第 46 条。”此外，他还表示，就事实而论，大总统总揽国务已有两年经验，对于约法良否之点，必能言之精切，为他人所不及，因而大总统对于宪法有讨论之权，实为极有裨益之事。国会何必以法律上文字之争点致起权限之辩论?[①]

无论章士钊或有贺长雄或古德诺，他们对大总统参与制宪的理论阐释不能说没有道理。问题在于，谁有权解释《临时约法》?《临时约法》对此并没有规定。这一疏漏无疑容易造成立法机关和行政机关的冲突，而事实发展也是如此。

2. 大总统参与制宪的实际要求

1913 年 10 月 18 日，大总统袁世凯咨请宪法会议，要求宪法公布权。其理由如次[②]：

(1) 根据《临时约法》，大总统有法定宪法公布权。咨文称，《临时约法》第 19 条内载参议院之职权一：议决一切法律。第 54 条内载：中华民国之宪法，由国会制定。第 22 条内载：参议院议决事件，咨由临时大总统公布施行。第 30 条内载：临时大总统公布法律等语。凡此规定，均属前参议院在约法上议决法律及制定宪法之职权范围。民国议会成立以来，依《国会组织法》第 14 条规定，民国宪法未定之前，《临时约法》所定参议院之职权，为民国议会之职权，则民国议会无论系议决法律事件，抑系制定宪法事件，皆应以《临时约法》暨《国会组织法》所定程序为准，实无丝毫疑义。

(2) 大总统有公布宪法的先例。咨文内称：宪法未施行以前，约法之效力与宪法等。民国元年，前参议院议决《临时约法》时，业于是年 3 月 11 日咨送临时大总统公布有案，而《临时约法》第 56 条并定有本约法自公布之日施行各明文。夫与宪法效力相等之约法，既经前参议院议决，咨送大总统公布于前。则依照民国立法之先例，无论此次议定之大总统选举法案，或将来议定之宪法案，断无不经大总统公布，而遽可以施行之理。总之，民国议会对于民国宪法案，只有起草权及议定权，实无所谓宣布权，此为《国会

---

① 参见［美］古德诺：《中华民国宪法草案之评议》，转引自王健主编：《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 122 页。

② 参见《政府公报》1913 年 10 月 23 日。

组织法》所规定，铁案如山，万难任意摇动。大总统选举法案，既为宪法案之一部分，若执《临时约法》上之制定为词，即谓制定云者，可包宣布在内，是必《国会组织法》无第 20 条及第 21 条起草及议定之专条而后可。否则，宪法会议对于大总统选举法案，除起草议定以外，绝不能蹂躏及于《临时约法》第 22 条暨第 30 条之公布权。

（3）要求宪法会议明确大总统宪法公布权。咨文称，《临时约法》规定的制定含义有二：一曰临时大总统得制定官制、官规；一曰中华民国的宪法由国会制定。如果说国会对于宪法兼提案、议决、宣布三者，则大总统对于官制、官规之制定权，亦必兼提案、议决、宣布三者后可。那为什么大总统的制定权须受本条但书拘束，而国会之制定权不受本法各独立条文拘束呢？可知民国立法程序，约法本有一贯之精神。大总统侵及国会的议决权，当然为约法所不许；国会侵及大总统的公布权，同样为约法所不容。本月 5 日，准咨大总统选举法案，本大总统虽经查照来咨饬局照登，然不过出于一时委曲求全之苦心。而国家立法各有定程，以如此重要法案，所有公布手续，竟不依与宪法效力相等之《临时约法》暨《国会组织法》办理，窃恐此端一开，今日民国议会之职权，既可以自由轶出于约法规定范围以外，而独欲以遵守约法者责政府，服从约法者责国民，固失双方情理之平，尤非民国前途之福。究竟来咨所称饬登之大总统选举法案，是否即应依照约法公布施行之规定办理，将来民国议会制定宪法案，应否依照《国会组织法》第 20 条、第 21 条之规定，以起草议决为限，事关立法权限，亟应咨询国会，从速答复。

对袁世凯的咨文，宪法会议以宪法草案未成、没有开议机会为由，未予答复。

三、大总统主导制宪论

大总统主导制宪通过约法会议实现，约法会议源于政治会议。政治会议原是国务总理熊希龄召集的一种行政会议，目的在于讨论地方行政事宜。[①] 凡是年龄在 35 岁以上，于行政界经验 10 年以上，明于世界大势，品学兼优

① 参见《东方杂志》第 10 卷第 6 号，1913 年 12 月 1 日。

者，应即每省选派两员来京，如该省有驻京人员合格者，也可派充。会议召集以后，适逢国民党国会议员资格被取消，政府因利乘便，改名为政治会议。政治会议由总统特派 8 人、国务总理特派 2 人、各部总长各派 1 人、法官 2 人、各省 2 人、蒙藏事务局数人组成。政治会议实际上是由大总统召集而设立的一种咨询机构，并不具有法定性质。

政治会议成立后，黎元洪等提出建议，要求仿造美国费城制宪会议先例，赋予政治会议以修改《临时约法》的权力，“历考中外，改革初期，以时势造法律，不以法律造时势。美为共和模范，而开国之始，第一次宪法，即因束缚政府不能有为，遂有费拉德费亚会议修正之举。是役也，全体会员无不有政治之经验，其会议之所议决，多轶出原有宪法范围以外，而自操制定宪法之全权，论者不诋为违法。先例具在，可为明征。现在政治会议已经召集，与美国往事由各州推举之例正同。请大总统饬下国务院，咨询各员以救国大计。若众意咸同，则共和政体之精神，即可因兹发轫。即例以南京政府以十四省行政官代表着参议院，其完缺大相悬殊，正与华盛顿修正宪法若合一辙”①。

政治会议拒绝了黎元洪等美意，提议大总统另设造法机关，主要理由为：“政治会议，由中央政府及各省各地方委员组织而成……既为政府之咨询机关，即无参预增修根本法律之职责。”根据大总统增修约法的要求，该会建议：“本会议依据法理，参之时势，佥以为宜于现在之咨询机关及普通之立法机关以外，特设造法机关，以改造民国国家之根本法，既可示天下以尊重约法之意，且与该兼领都督黎元洪等以时势造法律之意相符……且有此一造法机关，将来约法修定以后，凡附属于约法之各种重要法案，即可由其制定，庶不至国家要政，因此久悬。”②由此看来，造法机关即为修宪机关。

造法机关的职能和组织方式也由政治会议议定。政治会议表示，造法机关既以增修《临时约法》及其附属于约法的重要法案为其职权，即应称为约法会议；组织约法会议的议员采用选举方法；选举区划取都会集中主义；选举资格，取人才标准主义。这样，既符合我国选贤与能之遗意，又合乎各国限制选举之良规。

---

① 《东方杂志》第 10 卷第 8 号，1914 年 2 月 1 日。

② 《东方杂志》第 10 卷第 8 号，1914 年 2 月 1 日。

袁世凯公布了《约法会议组织条例》，同时不忘顺带抨击南京临时参议院组织，称："《临时约法》，成于南京临时参议院。其时该院议员，系由十四省原派代表所改组。及约法制定以后，统一政府成立，约法所称之参议院，已与最初组织之参议院不同。然组织该院之议员，亦仅系按照约法所定选举方法办理，均不足以昭郑重。此次政治会议议决约法会议组织条例，所有议员选举方法，均系折衷厘定，以视制定约法之前参议院，其议员之纯由选派而来者，不惟显有指派选举之各殊，抑且准诸法理事实而悉当。"①

《约法会议组织条例》共22条②，其主要内容有：

1. 规定了约法会议职权。条例第1条规定，约法会议，以议决增修约法案，及附属于约法之重要法案，为其职权。

2. 规定了约法会议的议员组成。议员由京师选举会选出4人，各省选举会每省选出2人，蒙、藏、青海联合选举会选出8人，全国商会联合会选举会选出4人组织而成。

3. 规定了选举人资格。凡有中华民国国籍，年满30岁以上之男子，而认定其有下列资格之一者，列入选举人名册：(1) 曾任或现任高等官吏而通达治术者；(2) 曾由举人以上出身而夙著声望者；(3) 在高等专门以上学校3年以上毕业而研精科学者；(4) 有万元以上之财产而热心公益者。选举人之调查，选举监督得因便宜，以现住于该选举监督驻在地方者为限。蒙、藏、青海得以在京之王公世爵世职及其他相当人员，全国商会联合会得以在京之职员及其他殷实会员，由选举监督认定其为通达治术或热心公益者，列入选举人名册，不适用前面四种类型之规定。

4. 规定了被选举人资格。凡有中华民国国籍，年满35岁以上之男子，而认定其有下列资格之一者，列入被选举人名册：(1) 曾任或现任高等官吏5年以上而确有成绩者；(2) 在内外国专门以上学校，习法律、政治之学3年以上毕业，或曾由举人以上出身，习法律、政治之学而确有心得者；(3) 硕学通儒富于专门著述而确有实用者。前项被选举人，各省选举会不以本省人为限，其他选举会不以地方为限。

5. 规定了选举办法。(1) 选举日期以教令确定。(2) 选举监督的确定：

---

① 《东方杂志》第10卷第9号，1914年3月1日。

② 条例内容详见《东方杂志》第10卷第9号，1914年3月1日。

京师选举会选举监督为内务总长；各省选举会选举监督为各省民政长；蒙、藏、青海联合选举会选举监督为蒙藏事务局总裁；全国商会联合会选举会选举监督为农商总长。(3) 选举人名册、被选举人名册，选举监督至迟须于选举日期前 3 日告成；被选举人名册至少以满被选举人定额 2 倍为限；当选人以列名于被选举人名册者为限。(4) 选举会非选举人满被选举人定额 10 倍以上时，不得开会；但蒙、藏、青海及全国商会联合会选举会得因便宜以 5 倍以上为限。(5) 投票方法。选举会之选举，用记名单记投票法，以得票较多数者为当选；票数相同，以抽签定之。(6) 当选资格确认。当选人资格，非经约法会议议员资格审定会审定合格后，不为确定。约法会议议员资格审定会，其组织以教令定之。约法会议议员资格审定会于审定当选人合格后，由审定会给予议员证书，其审定不合格者，行知该选举监督开会另选。

6. 规定了约法会议的议事程序。(1) 人数要求。约法会议非有总议员三分之二以上之出席不得开议，非有出席议员三分之二以上之同意不得议决。(2) 议长产生。约法会议设议长 1 人，副议长 1 人，由议员互选之。以得票过半数者为当选，投票至二次无人当选时，以第二次得票较多者 2 人决选之。(3) 约法会议议决事件，咨由大总统裁可公布之。(4) 约法会议会议时，政府得派员出席，发表意见，但不得加入议决。

约法会议名为增修约法机关，不过其职能并不合法。政府既然认约法会议为修法机关，则必须承认《临时约法》的合法性。《临时约法》第 55 条规定："本约法由参议院议员三分之二以上或临时大总统之提议，经参议员五分之四以上之出席，出席员四分之三之可决，得增修之。"但约法会议显然不是参议院。两者的职权不同，产生办法也不相同。所以约法会议增修《临时约法》并不合法。政府解散国会，无异于一场革命。袁世凯对此不无认识。在政治会议训词中，他说："是以本大总统，际此内讧外患纷至沓来之顷，不惜以藐焉一身，支撑危局。时而身命财产，陷于危险之地，则不妨牺牲一己之身命财产，以保护全国人民之生命财产；时而名誉陷于危险之地，亦不惜从而牺牲之，以付诸身后之公论，以期巩固政府、整饬内政，而伸展国力。"① 革命意味隐然其中。如果袁世凯能够像革命党人那样公开承认革

① 袁世凯：《政治会议开会训词》，章伯锋、李宗一：《北洋军阀 1912—1928》第 2 卷，武汉出版社 1990 年版，第 1394—1395 页。

命事实而不是遮遮掩掩，造法机关性质倒也明确，不如直接称之为制宪会议。但他却力图维护法统，谋求法理依据，以合法形式掩盖宪法革命之实质。如此一来，弄巧成拙，约法会议的非法性质更为明显。

约法会议的议员产生完全贯彻了有限人民主权原则，对选举人和被选举人的资格限制非常严格。资格限制主要体现在教育、行政经验和财产三个方面，绝大多数国民因此被排除在选举范围之外。这种资格限制选举产生的政治只能是一种精英政治，与民国的性质相距甚远。南京参议院议员选举时，规定“其选派方法，由各地方自定之”，十分含糊；约法会议的选举方式则相当明确，因而也是一种进步。约法会议的议员选举规定了京师选举会 4 人、蒙藏青海联合选举会 8 人、全国商会联合会选举会 4 人，这种比例代表制的规定值得肯定。尤其照顾到全国商会和硕学通儒者，实际上承认了中国社会的多样性和多元利益单位的存在。仅从制宪角度看，约法会议议员的产生办法不无可取之处。

约法会议实质上是制宪会议，是以增修《临时约法》为名行使制定约法之实。只不过这种制宪会议没有合法外衣罢了。约法会议的成立完成了政府增修《临时约法》的组织机构，保障了政府强固的制宪理论得到彻底贯彻。从与大总统的关系看，约法会议无疑为大总统的御用机构，大总统制宪权由约法会议而全面实现。

第四章

基本义务概念及其演变

第一节　义务与基本义务概念的引入

一、义务概念在清末的提出

现在我国宪法学界在讨论公民的义务时一般使用“基本义务”的概念，然而最初人们使用的是“义务”概念。

据笔者所查资料，在宪法学意义上最早使用“义务”概念的中国学者是梁启超（1873—1929），他在1899年《各国宪法异同论》一书的第六章“臣民之权利及义务”中讨论了宪法上的“臣民义务”，他写道：“厘定臣民之权利及职分，皆各国宪法中之要端也。如言论著作之自由，集会结社之自由，行为之自由，居住之自由，所有权利（如某物为我之所有，他人不能占夺者，谓之为所有权利），请愿权利（请愿者，如欲做某事，先请之于行政官或与此事有交涉之人是也。其详别著之）及其他重大之各权利，并纳税义务，兵役义务，及其他重大之各义务，皆须确定之。但各国所定宽严亦异。”[①]此后，陈武先生在1905年9月15日发行的《国法学》一书对“义务”作了较详尽的分析，他认为：“义务者乃法律上之人格者被法律所发动必要之意力也，其要素有二：（一）本质，义务之本质即意力，与权利之本质同。

① 梁启超：《梁启超法学文集》，范忠信选编，第9页。

（二）内容，通俗之意谓推行利益之意力即权利，推行不利益之意力即义务，故权利即利益，义务即不利益，其说非也，义务之本质为意力，本质之内容为利益，非不利益即为义务也。”并明确提出“公法上之义务”的概念，认为：“公法上之义务即国家或国家认定之权力团体对于分子而行使权力之时由法律上之人格被法律所发动必要之意力之谓也。”又把公法上的义务区分为个人在公法上的义务和国家在公法上的义务，其中个人在公法上之义务可区分为两类：一是“勤务给付之义务，举其重大者言之如服兵役义务是也”；二是“物之给付之义务，举其重大者言之如纳税之义务是也”①。

随着1905年清朝廷派载泽、端方等五大臣出洋考察各国政治，“义务”一词开始被官方广泛使用。例如，1905年，出使各国考察政治大臣载泽等奏请以五年为期改行立宪政体折写道：“诸国臣工，方以致君泽民，视为义务，未闻有一己之私。阻挠至计者。”② 在日本考察情形中称：“……人人知纳税充兵之义务，人人有尚武爱国之精神……”③端方在1906年8月26日《请定国以安大计折》中也论及“义务”：“彼不知而责，以不当怨，何如使尽知之，且要其赞成之，不仅使之无怨，且使彼踊跃以尽纳税之义务之为得乎。”“所谓人民有纳税之义务，人民有当兵之义务，载在宪法之中者，亦有不待教而能知，不待刑而自勉者矣。”“一钱一物皆取于民，苟人民不知官吏之所为，则必疑其滥用图私，而不踊跃于纳税之义务。”④ 1907年被清政府委派的考察宪政大臣达寿在1908年8月7日奏考察日本宪政情形折中指出：“夫立宪之国家，其人民皆有纳税、当兵之义务，以此二义务，易一参政之权利，君主得彼之二义务，则权利可以发展，国家得此一权利，则国家思想可以养成。”⑤ 1908年8月27日，宪政编查馆资政院会奏宪法大纲暨议院法选举法要领及逐年筹备事宜折写道：“东西君主立宪各国，团体不同，宪法互异，论其最精之大义，不外数端：一曰君主神圣不可侵犯，二曰君主总揽统治权，按照宪法行之，三曰臣民按照法律，有应得应尽之权利义务而

① 陈武等编：《国法学》，法政编辑社出版1905年版，第135、137、143页。
② 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第39页。
③ 《清末筹备立宪档案史料》上册，第6页。
④ 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第45、46、50页。
⑤ 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第59页。

已……故一言以蔽之，宪法者，所以巩固君权，兼保护臣民者也。臣等谨本斯义，辑成宪法大纲一章，首列大权事项，以明君为臣纲之义，次列臣民权利义务事项，以示民为邦本之义。”[①]同日，清朝廷颁发的《钦定宪法大纲》附列出了“臣民权利义务（其细目当于宪法起草时酌定）”，明确规定：“臣民按照法律所定，有纳税、当兵之义务”，“臣民有遵守国家法律之义务。”[②]

清末官方对“义务”概念的使用，反过来又在很大程度上促使了“义务”概念在学界的推广。例如，1910 年出版的、保廷樑所著的《大清宪法论》第二章“臣民”中第三节的标题即为“臣民之义务”[③]。

二、义务概念在南京临时政府和北洋军阀时期的广泛使用

清末官方和学者对“义务”概念的使用，对此后特别是民国时期的官方和学界对“义务”概念的广泛使用产生了重大影响。

1912 年 3 月 11 日孙中山以临时大总统名义公布的《中华民国临时约法》第二章“人民”中第十三条规定：“人民依法律有纳税之义务。”第十四条规定：“人民依法律有服兵役之义务。”1913 年 10 月 31 日国会宪法起草委员会拟定的《中华民国宪法草案》（即《天坛宪草》）第三章“国民”中第十七条规定：“中华民国人民依法律有纳租税之义务。”第十八条规定：“中华民国人民依法律有服兵役之义务。”第十九条第一款规定：“中华民国人民依法律有受初等教育之义务。”1914 年 5 月 1 日袁世凯操纵的所谓“约法会议”公布的《中华民国约法》（即“袁记约法”）第二章“人民”中第十一条规定：“人民依法律所定，有纳税之义务。”第十二条规定：“人民依法律所定，有服兵役之义务。”1923 年 10 月 10 日颁布的《中华民国宪法》（即曹锟“贿选宪法”）第四章“国民”中第十九条规定：“中华民国人民依法律有纳租税之义务。”第二十条规定：“中华民国人民依法律有服兵役之义务。”第二十一条规定：“中华民国人民依法律有受初等教育之义务。”这些官方的宪法性文件、宪法草案和宪法典所使用的都是“义务”概念。

在这一时期，受官方的影响，学者们在讨论宪法上的公民义务时广泛使

---

① 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第 125—126 页。
② 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第 128 页。
③ 保廷樑：《大清宪法论》，第 480 页。

用的也是“义务”概念。例如，1913 年梁启超所起草的《进步党拟中华民国宪法草案》第二章“人民”第五条为：“中华人民依法律所定，有纳租税之义务。”第六条为：“中华人民依法律所定，有服兵役之义务。”第七条为：“中华人民依法令所定，有从事一切公职之权利及义务。”[①]王宠惠在 1913 年 3 月出版的《中华民国宪法刍议》中草拟的“宪法草案”第二章“国民”第十一条拟写为“国民依法律之规定有纳税之义务”（他还特别说明“本条仿照约法第十三条规定”），第十二条拟写为“国民依法律之规定有服兵役之义务”（他也说明“本条仿照约法第十四条规定”）[②]。1914 年熊元翰在《国法学》中写道：“人民服从国家之主权，盖服从者实国家存在之要件也，各国宪法设人民之义务一节定有征兵及纳税义务之事特揭其重要者耳，盖征兵及纳税之义务固以法律定之，而他之义务不必均当法定也。”“必有法律规定以后始有权利义务，固权利义务由法律之规定发生，非天赋也。”[③] 1922 年张君劢代表上海国是会议国宪草议委员会草拟的《中华民国宪法草案》第九章为“国民之权利义务”，其中第八十五条为“中华民国人民有纳税之义务”[④]。1925 年王馥炎、李祚辉合编的《中华民国联省宪法草案》第十三章为“国民之权利及义务”[⑤]。可以说，“义务”在当时已经成为正在构建的中国宪法学的一个基本范畴。

三、基本义务概念的提出及其在南京国民政府时期的使用

王世杰先生在 1927 年出版的《比较宪法》中最先使用“基本义务”概念[⑥]，书中的第二编“个人的基本权利及义务”之下专门设立“人民的基本义务”一章（第二章）。他当时指出：“‘基本义务’尚非一般宪法所习用的名词”。之所以称用“基本”二字，无非要表示这些义务，是各国制宪者

---

① 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第 252 页。

② 王宠惠：《王宠惠法学文集》，张仁善编，法律出版社 2008 年版，第 28 页。

③ 熊元翰编：《国法学》（上），安徽法学社 1914 年版，第 55、57 页。

④ 张君劢：《国宪议》，商务印书馆 1922 年版，第 163 页。

⑤ 王馥炎、李祚辉合编：《中华民国联省宪法草案及说明书》，泰东图书局 1925 版，第 118 页。

⑥ 1927 年，钱端升在为王世杰的《比较宪法》做的书评《王世杰氏所写的比较宪法》中指出：“……就内容及结构而言，本书与法国式的宪法书颇相近似，本书大别为六部分：一论国家及宪法的概念，二论人民的基本权利与义务……”钱端升：《王世杰氏所写的比较宪法》，《现代评论》第 157 期（1927 年）。

“所认为个人必不能免除的义务”。从书中可以看到，王世杰先生使用“基本义务”概念，也主要是受到外国宪法有关规定的影响。他在书中专门提到，1919年德国宪法第二编以“德国人民的基本权利与基本义务”为标题；南斯拉夫1921年宪法第二章以“国民的基本权利及基本义务”为标题。①

王世杰还论述了为什么现代宪法会规定基本义务。他指出：“国家所以必须承认那些权利，乃因为那些权利为个人优性发展的条件，然个人优性的发展，亦非单单由承认那些条件之所可实现。为使个人优性得以发展起见，国家尚不能不强迫人民履行若干种义务。所以现代一般国家的宪法，于宣示个人权利而外，往往同时宣示人民的义务。”他以法国、德国为例，分析了欧洲各国宪法规定基本义务的发展变化，特别是范围扩大、内容扩大并增设新义务的情形。②

“基本义务”概念提出后，部分学者也开始使用这一概念。例如，1934年阮毅成在其所著的《比较宪法》中写道：“人民对于国家既有如许之基本权利，自亦同时应负有若干基本的义务。所谓基本的义务，在近代各国宪法中，不外六种即服从法律，缴纳租税，服役兵役，受最低限度教育，工作劳动，服劳国家等是。”③ 1934年李毓民编的北平法律函授学校讲义《宪法要论》第五章标题就是“人民的基本义务”，他还分析了各国宪法纷纷规定基本义务的原因，指出：“从前的法律观念是以个人为本位，所以宪法偏重在人民的权利，对于人民的义务，则很少规定。现在的法律观念要以社会为本位，所以各国为注重社会利益和发展计，对于人民的义务也不能不详为规定。”④ 1934年章渊若著的《现代宪政论》第六章在讨论“制宪原则”时使用了“基本义务”概念：“吾人欲救时艰，自应将人民对于国家社会之基本义务，如守法、纳税、卫国、求知、工作、劳动、运用财产、造福社会诸端，加以严密的规定。”⑤ 1934年夏，梅汝璈在对1934年7月公布的《中华民国宪法草案初稿审查修正案》（也就是《五五宪草》的前几稿）进行评议时，

---

① 详见王世杰、钱端升：《比较宪法》，第57、129页。
② 详见王世杰、钱端升：《比较宪法》，第129—131页。
③ 阮毅成：《比较宪法》，商务印书馆1934年版，第57页。
④ 李毓民编：《宪法要论》，北平聚魁堂装订讲义书局1934年版，第119、120页。
⑤ 章渊若：《现代宪政论》，中华书局1934年版，第119页。

对第二章“人民之权利义务”提出了改善的建议，并使用了“基本权利与义务”、“基本权义”的概念：“依作者之见，本章命名似不如改为‘人民之基本权利与义务’。其故有三：①本章所举之权义为例示的性质，非列举的性质。换言之，人民之权义甚多，本章不过择其荦荦大者数端例示而已。只是，名之为‘基本权义’，自较正确。②本章所采既为间接法律的保护主义，则冠以‘基本’二字，尤属必要。③在欧美宪法或政治著述中，对于此类权义大都称其为‘基本权义’。”① 1945 年梁栋在《宪法的基本认识》一书中也使用了“人民的基本义务”概念，对宪法上人民的义务进行了阐述。② 1947 年谢瀛洲先生还对“基本义务”的含义及其宪法意义提出了自己的看法，他认为：“人类之社会关系，日趋复杂，人民应尽之义务，断非如是单纯，宪法所举亦其中之重要者而已。故德国魏玛宪法定其章名为人民之基本义务，以示基本义务之外，尚有其他义务之存在。其实一切义务，均基于法律而产生，如服兵役之义务，后基于兵役法，纳税之义务，后基于各种税法，教育义务，后基于国民教育法，宪法所示，亦只为一种立法之方针而已。立法机关，假欲以法律课人民以其他义务，而无背于宪法之精神者，人民亦不得以宪法所未规定为理由而拒绝履行。”③

然而，值得指出的是，“基本义务”概念在中国的产生并不等于这一概念马上就得到了普及并且成为了当时中国宪法学的基本范畴。在 20 世纪三四十年代仍有许多学者使用“义务”、“人民底义务”、“国民之义务”、“人民之义务”、“人民的义务”、“人民义务”、“国民义务”、“公民义务”等诸多概念。例如，1930 年孙晓村在《宪法 ABC》一书中写道：“人民底义务，具体言之，可分七种……”④ 1930 年白鹏飞在《宪法及宪政》一书的第六章“国民之权利与义务”中专节讨论了“国民之义务”（第五节，其标题即为“国家之义务”）⑤。1930 年王赣炜在《比较宪法学》一书中写道：“国民义务之重

---

① 梅汝璈：《宪法草案初稿修正案评议》，原载俞仲久、吴经熊校正：《宪法文选》，上海会文堂新记书局 1936 年版，第 1001—1029 页，见梅小璈、范忠信选编：《梅汝璈法学文集》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 200 页。

② 详见梁栋：《宪法的基本认识》，国民图书出版社 1945 年版，第 50—52 页。

③ 谢瀛洲：《中华民国宪法论》，上海监狱 1947 年版，第 82 页。

④ 孙晓村：《宪法 ABC》，世界书局 1930 年版，第 58 页。

⑤ 白鹏飞：《宪法及宪政》，上海华通书局 1930 年版，第 90 页。

要者据多数宪法之所定不出于服兵纳税两种。”①又如，翁敬棠1931年1月在《法令周刊》第一次特刊上发表的《中国根本法与各国宪法几个问题》一文中写道：“至关于人民义务，如纳租税、服兵役等固属应有文章。”②1931年程树德在《比较宪法》一书中阐述道：“人民对于国家有服从之义务，然在专制政体时代，则为无限之服从，而立宪国家人民于法律范围内始有服从之义务，普通宪法上所规定者凡有两种：第一，兵役之义务……第二，纳税之义务。”③1933年11月，吴经熊在上海青年会发表演讲的题目就为“宪法中人民之权利及义务”④。张知本在1933年由上海法学编译社出版的《宪法论》一书第六章的标题即为“人民之义务”⑤。费巩在1934年出版的《比较宪法》一书第二编“公民与国家”第一章“人权保障”中的第一节标题即为“公民义务之性质”⑥。1945年萨孟武在《宪法提要》一书中使用的概念是“人民的义务”⑦。

从上可知，“基本义务”在当时尚未成为宪法学的基本范畴。在当时的宪法性法律、宪法草案和宪法文本中也没有使用“基本义务”的概念，如1931年制定的《中华民国训政时期约法》和1936年制定的《中华民国宪法草案》（即《五五宪草》）以及1946年制定的《中华民国宪法》的第二章标

---

① 王龑炜编：《比较宪法学》，前人1930年发行，第99页。

② 何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃》第2卷·宪政法律篇，第96页。又如，吕复在《比较宪法论》一书中也是使用“人民义务”的概念：“人民对于国家有其义务，然在宪法上有明定者，有不必明定者。宪法上虽明定人民义务，非谓除此而外，即无义务也。”（详见吕复：《比较宪法论》，中华印书局1933年版，第110页）。再如，1937年吴经熊、黄公觉所著的《中国制宪史》及1945年章友江所著的《比较宪法》等书也是使用“人民义务”概念。详见吴经熊、黄公觉：《中国制宪史》下册，商务印书馆1937年版，第681页；章友江：《比较宪法》上册，生活书店1945年版，第382页。

③ 程树德：《比较宪法》，华通书局1931年版，第241页。

④ 吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第105页。1933年6月，吴经熊以个人名义在报纸上发表的《中华民国宪法草案初稿试拟稿》第三篇“民权”中的第一章为“人民之权利义务”（详见吴经熊：《法律哲学研究》，第335页）。

⑤ 张知本：《宪法论》，殷啸虎、李莉勘校，第170页。1933年在吴经熊宪法草案发表后，张知本所拟的《中华民国宪法草案》第三章“民权”的第一节标题也为“人民之权利义务”（详见夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第887页）。又如，1945年胡经明在《宪法纲要》一书中指出：“人民之义务在现代各国宪法中，不外六种：（一）服从法律（二）纳税（三）服兵役（四）服公务（五）劳动（六）教育。”（详见胡经明《宪法纲要》，独立出版社1945年版，第106页）。

⑥ 费巩：《比较宪法》，世界法政学社1934年版，第103页。

⑦ 萨孟武：《宪法提要》，大东书局1945年版，第70页。还有其他学者使用“人民的义务”概念，如储玉坤编所著的《中国宪法大纲》，中华书局1948年版，第250页。

题均为“人民之权利义务”，而没有使用“基本义务”的概念，这也影响了“基本义务”概念的普及并使之成为宪法学的基本范畴。

第二节　新中国成立后基本义务概念的发展

从上可知，在新中国建立前，“基本义务”在中国宪法学界并没有成为广泛使用的概念，当然也没有成为宪法学的基本范畴。

然而，新中国成立后，特别是1954年宪法（尤其是1982年宪法）制定以来，“基本义务”成为宪法学界讨论公民义务时的基本用语，成为宪法学著作特别是几乎所有的宪法学教科书的基本概念，“基本义务”实际上也就成为了中国宪法学的基本范畴。

1954年宪法制定后，当时出版了一批宣传宪法的小册子，这些小册子均对公民的基本义务作了介绍和阐述。例如，1954年刘青等所著的《宪法常识讲话》[①]、1954年北京市民主妇女联合会编著的《中华人民共和国宪法六讲》[②]、1955年楼邦彦所著的《中华人民共和国宪法基本知识》[③]、1956年李达所编的《中华人民共和国宪法讲话》[④]、1957年刘培华编写的《中华人民共和国宪法讲课提纲》[⑤]、1957年中央政法干部学校国家法教研室编著的《中华人民共和国宪法讲义》[⑥]都对“我国公民的基本义务”、“公民的基本义务”进行了专门阐述，对我国宪法所规定的公民基本义务作了介绍。其中，楼邦彦在《中华人民共和国宪法基本知识》中写道：“中华人民共和国公民除享有各种基本权利之外，还对社会对国家尽一定的基本义务。”[⑦]刘培华在《中华人民共和国宪法讲课提纲》中指出：“公民义务，就是国家要求公民所必须履行的一种责任。公民的基本义务，就是公民最主要、最根本的义务。

---

① 参见刘青等：《宪法常识讲话》，工人出版社1954年版，第29页。

② 参见北京市民主妇女联合会编著：《中华人民共和国宪法六讲》，中国青年出版社1954年版，第29页。

③ 参见楼邦彦：《中华人民共和国宪法基本知识》，新知识出版社1955年版，第174—185页。

④ 参见李达编：《中华人民共和国宪法讲话》，人民出版社1956年版，第235—243页。

⑤ 参见刘培华编写：《中华人民共和国宪法讲课提纲》，辽宁人民出版社1957年版，第143—144页。

⑥ 参见中央政法干部学校国家法教研室编：《中华人民共和国宪法讲义》，法律出版社1957年版，第291—301页。

⑦ 楼邦彦：《中华人民共和国宪法基本知识》，第174—185页。

我国宪法所规定的公民的基本义务有：遵守宪法、法律和劳动纪律，遵守公共秩序和尊重社会公德，爱护公共财产和依法纳税，保卫祖国和依法服兵役等。”[①]此外，当时还有学者专门撰写了有关公民基本权利和义务的专著。例如，胡其安著有《我国公民的基本权利和义务》（华东人民出版社 1954 年出版），辛光著有《中华人民共和国公民的基本权利和义务》（湖北人民出版社 1955 年出版），杨化南也写了一本《中华人民共和国公民的基本权利和义务》（中国青年出版社 1955 年出版），李光灿著有《我国公民的基本权利与义务》（人民出版社 1956 年出版）等。上述小册子和专著的出版及它们对“基本义务”的介绍和讨论，不仅表明“基本义务”成为了当时人们学习和讨论的热点之一，已成为人们的基本用语，而且为“基本义务”概念的广泛使用并成为我国宪法学的基本范畴起了很大的作用。在很大程度上，我们可以说，在 1954 年至 1957 年间，“基本义务”已经基本上成为我国宪法学的一个基本范畴。

众所周知，在 1957 年之后，我国“左”的思想泛滥，特别是后来又发生“文化大革命”，法学研究被停止，宪法学也不例外，连宪法学课程的教学活动都不复存在。当然，“基本义务”范畴在那个时代也就消失了。直到 20 世纪 70 年代末，随着 1975 年宪法和 1978 年宪法的制定以及“文化大革命”的结束，宪法学的教学和研究才逐步恢复，“基本义务”概念也才恢复使用，并开始有少量的小册子和宪法讲义对我国“公民的基本义务”进行介绍和阐述。例如，1976 年吉林铁道局工人理论组和吉林大学法律系宪法学习小组编写的《学习〈中华人民共和国宪法〉问答》、1978 年余先予等编写的《新时期治国的总章程》、1979 年北京大学法律系宪法教研室编写的《中华人民共和国宪法讲义》均对我国公民的基本义务进行了简单的阐述。[②]

“基本义务”概念真正被广泛使用并成为我国宪法学的一大基本范畴，是 1982 年宪法之后的事情。在 1982 年宪法制定后，“基本义务”成为了宪

---

① 刘培华编写：《中华人民共和国宪法讲课提纲》，第 143—144 页。

② 参见吉林铁道局工人理论组、吉林大学法律系宪法学习小组编：《学习〈中华人民共和国宪法〉问答》，吉林人民出版社 1976 年版，第 79 页；余先予等编写：《新时期治国的总章程》，上海人民出版社 1978 年版，第 112—116 页；北京大学法律系宪法教研室编：《中华人民共和国宪法讲义》，西南政法学院国家与法的理论教研室 1979 年翻印，第 200—224 页。

法学著作特别是宪法学教材的基本内容。例如，1982 年萧蔚云、魏定仁编著的《宪法学概论》在“公民的基本权利和义务”一章中对“资产阶级国家宪法对公民基本义务的一般规定”、“社会主义国家宪法对公民基本义务的一般规定”、“我国宪法关于公民基本义务的规定”作了阐述。[①] 1983 年吴家麟主编的《宪法学》在第四编“公民的基本权利和义务”中较系统地阐述了“资产阶级宪法规定的公民基本义务”、“社会主义国家公民的基本义务”、“我国公民的基本义务”[②]。又如，1988 年何华辉所著的《比较宪法》在第二编“宪法规范的比较研究”的第三章“公民的基本权利”中对“公民的基本义务”进行了探讨和比较，并指出“宪法所规定的公民义务是公民的基本义务”[③]。1989 年许崇德主编的《中国宪法》第十一章“公民的基本权利和义务”中专门设节讨论“我国公民的基本义务”[④]。1999 年蒋碧昆主编的《宪法学》、俞子清主编的《宪法学》和许崇德主编的《宪法》均在“公民的基本权利和义务”一章中专门设节讨论“我国公民的基本义务”或“公民的基本义务”[⑤]。2000 年董和平、韩大元、李树忠著的《宪法学》在第三编“基本权利与基本义务”中设立了专章讨论“公民的基本义务”[⑥]。2000 年周叶中主编的《宪法》也在“公民的基本权利和义务”中设立专节阐述“我国公民的基本义务”[⑦]。2000 年许崇德主编的《宪法学》、2002 年杨海坤主编的《宪法学基本论》、2004 年胡锦光和韩大元著的《中国宪法》、2006 年韩大元主编的《宪法学》，以及 2008 年吴家清、杜承铭主编的《宪法学》等宪法学教材均设立了专章讨论“公民的基本义务”[⑧]等等。值得提及的是，1982 年宪法制定后，一些学者还撰写了有关公民基本权利和义务的专著，对基本权

---

① 参见萧蔚云、魏定仁编：《宪法学概论》，北京大学出版社 1982 年版，第 264、268、294 页。

② 吴家麟主编：《宪法学》，第 341、355、386 页。

③ 何华辉：《比较宪法学》，武汉大学出版社 1988 年版，第 245 页。

④ 许崇德主编：《中国宪法》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 425 页。

⑤ 蒋碧昆主编：《宪法学》修订本，第 295 页；俞子清主编：《宪法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 251 页；许崇德主编：《宪法》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 184 页。

⑥ 董和平、韩大元、李树忠：《宪法学》，法律出版社 2000 年版，第 423 页。

⑦ 周叶中主编：《宪法》，高等教育出版社 2000 年版，第 278 页。

⑧ 许崇德主编：《宪法学》（中国宪法），高等教育出版社 2000 年版，第 385 页；杨海坤主编：《宪法学基本论》，中国人事出版社 2002 年版，第 165 页；胡锦光、韩大元：《中国宪法》，法律出版社 2004 年版，第 305 页；韩大元主编：《宪法学》，高等教育出版社 2006 年版，第 325 页；吴家清、杜承铭主编：《宪法学》，科学出版社 2008 年版，第 325 页。

利和基本义务进行专门阐述。例如，1983 年张庆福、皮纯协著有《我国公民的基本权利和义务》（四川人民出版社 1983 年出版），1987 年张友渔著有《公民的基本权利和义务》（天津人民出版社 1987 年出版），张庆福、王德祥著有《我国公民的基本权利和义务》（群众出版社 1987 年出版），孙荣生编著有《我国公民的基本权利和义务》（民族出版社 1987 年出版），福建人民出版社在 1985 年也出版一本《谈谈我国公民基本权利和义务》。可以说，这些专著和众多宪法学教材极大地促进了“基本义务”概念在我国宪法学界乃至整个法学界的广泛使用，并使之成为我国宪法学的一个重要的基本范畴。

综上我们不难看出，“基本义务”在新中国成立后成为法学界的基本概念并且在事实上成为了中国宪法学的基本范畴，与新中国成立后所制定的四部宪法的规定有密切的关系。1954 年宪法、1975 年宪法和 1978 年宪法的第三章标题，以及 1982 年宪法第二章标题，均为“公民的基本权利和义务”。可以说，“基本义务”首先是各部宪法的基本概念①，由此也成为我国宪法学的基本范畴。

显而易见，1975 年宪法、1978 年宪法和 1982 年宪法之所以规定“基本义务”，与新中国第一部宪法即 1954 年宪法的“基本义务”规定有直接的联系。值得思考的是，在新中国成立前，“基本义务”概念没有普遍使用，而在新中国建立之初这一概念也没有广泛使用，1949 年起临时宪法作用的《共同纲领》也没有出现“基本义务”的概念。②那么，为什么 1954 年宪法会

---

① 对于宪法文本中的“基本权利和义务”，学术界一般不是理解为“基本权利”和“义务”，而是“基本权利”和“基本义务”。这种理解和解释，应该是正确的。1982 年 11 月 26 日彭真在第五届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》中就明确使用了“基本义务”的概念：“草案规定了公民对于国家和社会应尽的各项义务。大家都遵守和履行公民的这些基本义务，才能保障大家都享受宪法规定的公民权利。”全国人大常委会办公厅秘书二局编：《中国宪法文献通编》，中国民主法制出版社 2004 年版，第 64 页。

② 《中国人民政治协商会议共同纲领》第 8 条规定：“中华人民共和国国民均有保卫祖国、遵守法律、遵守劳动纪律、爱护公共财产、应征公役兵役和缴纳赋税的义务。”第 9 条规定：“中华人民共和国境内各民族，均有平等的权利和义务。”1949 年 9 月 22 日，周恩来在阐述“人民政协共同纲领草案的特点”时使用的是“国民的义务”概念：“……在改变以前，他们不属人民范围，但仍然是中国的一个国民，暂时不给他们享受人民的权利，却需要使他们遵守国民的义务。这就是人民民主专政。”（全国人大常委会办公厅秘书二局编：《中国宪法文献通编》，中国民主法制出版社 2004 年版，第 289 页）。直到 1952 年，有学者在解释《共同纲领》第 8 条时仍认为，“本条规定中华人民共和国的国民所应尽的义务”（朱星江编：《中国人民政治协商会议共同纲领解说》，上海文工书店 1952 年版，第 26 页），而没有使用“基本义务”概念，这在很大程度上也证明，即使到了 1952 年，“基本义务”也没有成为我国法学界普遍使用的概念。

出现“基本权利和义务”的提法呢？这主要是受苏联 1936 年宪法的影响。1954 年 1 月 15 日，在杭州主持宪法起草工作的毛泽东向北京的刘少奇等中央领导同志发电报，提出为方便政治局讨论宪法草案初稿，望各政治局委员及在京的中央委员阅读 1936 年苏联宪法以及罗马尼亚、波兰、德国、捷克等国宪法。[①]显然，1954 年宪法的制定深受 1936 年苏联宪法的影响。据韩大元教授的比较分析，1954 年宪法（草案）与苏联 1936 年宪法相同的部分有 33 条，约占 1954 年宪法的 32%；1954 年宪法（草案）与苏联 1936 年宪法相似的部分有 29 条，约占 1954 年宪法的 28%。[②]其中，公民基本权利和义务的规定更不例外，甚至标题的名称都相同，1936 年苏联宪法的第十章标题是“公民的基本权利和义务”，1954 年我国宪法的第三章标题也是“公民的基本权利和义务”。正如韩大元教授所指出的，1954 年我国宪法草案是“在借鉴苏联 1936 年宪法的基础上，根据中国社会发展的实际情况，以中国共产党的基本宪法观为基础，规定了公民的基本权利与义务”[③]。

第三节　20 世纪 90 年代以来的基本义务概念论争

一、关于“基本义务”是宪法学的基本范畴的明确提出及其分歧

最早对宪法学基本范畴这一问题进行专门研究的是张光博教授，他在 20 世纪 80 年代撰文认为宪法、国体、政体、国家区域结构、法制、权利、义务、国家机构是宪法学常用的基本范畴[④]，首次明确提出“义务”是宪法学的基本范畴。进入 90 年代，在 1994 年李龙教授也提出“义务”是宪法学的基本范畴，他提出了民主与法制、权利与义务、国体与政体、单一制与联邦制、国家权力与国家机构、人民与公民等 6 对共 12 个基本范畴。[⑤] 1996 年，李龙教授与周叶中教授撰文认为，宪法学的基本范畴应该包括宪法与宪政、主权与人权、国体与政体、基本权利与基本义务、国家权力与国家机构

---

① 参见韩大元编著：《1954 年宪法与新中国宪政》，第 68—70 页。
② 参见韩大元编著：《1954 年宪法与新中国宪政》，第 104、115 页。
③ 韩大元编著：《1954 年宪法与新中国宪政》，第 95 页。
④ 参见张光博：《宪法学基本范畴的再认识》，《法学研究》1987 年第 3 期。
⑤ 参见李龙：《宪法基础理论研究》，武汉大学出版社 1994 年版，第 37 页。

等 5 对基本范畴[①]，第一次明确提出“基本义务”是宪法学的基本范畴。

此后，特别是近些年来，越来越多的宪法学者明确强调，“基本义务”是宪法学的基本范畴之一。例如，有学者认为，公民的基本义务是与公民的基本权利相对应的一对宪法学范畴。[②]王世涛教授认为，与公民的基本权利一样，公民的基本义务从来就是宪法学的基本范畴之一。[③]青年学者夏泽祥认为，源于西方的宪法学理论本身所具有的价值指向、政治权力对宪法发展和宪法学研究的干预、宪法学者对宪法价值的维护及其对社会现实的批判这三种因素，使得我国的宪法学基本范畴呈现出四种历史类型：一是稳定的宪法学范畴——基本权利与基本义务；二是相对稳定的宪法学范畴——国家权力与公民权利；三是特殊的宪法学范畴——党治和阶级性；四是发展变迁中的宪法学范畴——人权。[④]黄建水教授认为，从宪法范畴所反映宪法关系的各个要素来看，可以把宪法学范畴体系划分为主体范畴、客体范畴、内容范畴、关系范畴和价值范畴等五类，其中“基本义务”是宪法学的内容范畴之一；从范畴的层次看，可以把宪法范畴划分为一般范畴、基本范畴和核心范畴等不同层次，其中“基本权利与基本义务”是宪法学的基本范畴；从宪法学范畴体系的结构关系来看，可以把宪法学范畴划分为根范畴、干范畴、枝范畴和叶范畴，其中“基本权利与基本义务”是宪法学的枝范畴。[⑤]刘旺洪教授等认为，中国宪法学的范畴体系应当是“一个核心、三对范畴”的结构体系，即人权是宪法学的核心范畴，基本权利和国家权力、职权和职责、基本权利与基本义务是宪法学的三对基本范畴。[⑥]

需要指出的是，事实上“基本义务”已经成为我国宪法学的基本范畴，但对于“基本义务”作为宪法学的基本范畴，迄今为止我国宪法学界尚未完全达成共识，还有一些分歧。主要分歧有三：

---

① 参见李龙、周叶中：《宪法学基本范畴简论》，《中国法学》1996 年第 6 期。

② 参见秦前红主编：《新宪法学》，武汉大学出版社 2005 年版，第 120 页。

③ 参见王世涛：《宪法不应该规定公民的基本义务吗？——与张千帆教授商榷》，《时代法学》2006 年第 5 期。

④ 参见夏泽祥：《我国宪法学基本范畴的历史类型》，《河南省政法管理干部学院学报》2006 年第 5 期。

⑤ 参见黄建水：《中国宪法学的范畴体系探析》，《商丘师范学院学报》2007 年第 4 期。

⑥ 参见刘旺洪、屠振宇、严海良：《第三次会商：中国宪法学的范畴与方法——第三届“中国宪法学基本范畴与方法”学术研讨会综述》，《金陵法律评论》2007 年秋季卷。

一是不承认（至少是不明确强调）基本义务是宪法学的基本范畴。例如，有学者认为，应当把公民权利与国家权力作为宪法学的基石范畴。[①]有的学者认为，宪法学新体系的核心范畴应当包括：宪政、宪法、宪法关系、宪政权利、宪政主体、宪政行为、宪政案件、宪政诉讼、违宪行为、宪政责任等。[②]有学者倾向以公民权利与国家权力为宪法学的基本范畴，并主张在宪法学中称它们为“宪法权利”与“宪法权力”，以体现宪法学的特点。[③]有学者主张，构成中国宪法学基本范畴的要素主要包括：国家—社会；宪法—法律；立宪主义—民主主义；人权—基本权利；主权—国际社会。其中，最核心的范畴是人权—基本权利。[④]还有学者认为，当代中国宪法学基本范畴可概括为 7 组 14 个范畴，即民主与共和、宪法与法治、基本权利（人权）与国家权力、宪法职权与宪法责任、宪法规范与宪法效力、宪法救济与宪法诉讼、宪法概念与宪法解释。[⑤]这些学者均未将“基本义务”列举为宪法学的基本范畴。

二是承认基本义务是宪法学的基本范畴，但未使用“基本义务”概念，而使用“法律义务”、“义务”、“公民义务”、“宪法义务”等概念。例如，童之伟教授认为，宪法学的所有范畴分为重要范畴和一般范畴两部分，基石范畴和基本范畴构成重要范畴，其他的范畴都是一般范畴或普通范畴。社会权利为基石范畴（核心范畴），公民权利、国家权力、社会剩余权利、社会总体权利、法律义务、宪法等 6 个概念为基本范畴。[⑥]后来，这位学者将上述范畴中的“社会权利”均改称为“法权”，“社会总体权利”改为“总体权”，“社会剩余权利”改为“剩余权”，“公民权利”改为“权利”，“国家权力”改为“权力”，“法律义务”改为“义务”等。[⑦]又如，范进学教授将宪法学基

---

① 参见文正邦、付子堂：《略论宪法学的理论支点》，《探索》1992 年第 3 期。

② 参见叶必丰：《论依法治国与宪法学的新体系》，《法学评论》2000 年第 6 期。

③ 详见杨海坤主编：《跨入新世纪的中国宪法学——中国宪法学研究现状与评价》，中国人事出版社 2001 年版，第 905 页。

④ 参见韩大元：《对 20 世纪 50 年代中国宪法学基本范畴的分析与反思》，《当代法学》2005 年第 3 期；韩大元：《宪法学基础理论》，第 33 页。

⑤ 参见范进学、杨阿妮：《中国宪法学基本范畴体系新论》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2009 年第 6 期。

⑥ 详见童之伟：《论宪法学新体系的范畴架构》，《法学研究》1997 年第 5 期。

⑦ 参见童之伟：《法权与宪政》，山东人民出版社 2001 年版，第 10、466—522 页。

本范畴概括为5对，即：（1）人权和国家权力；（2）基本权利和宪法义务；（3）宪法规范与宪法效力；（4）宪法责任和宪法救济；（5）宪法诉讼与宪法解释。[①]再如，一位青年学者认为，宪法学范畴体系是一个以“国家权力—公民权利”与“国家权力—公民义务”为基本范畴、以“国家职责”为基石范畴、以“人权”为终结范畴，外加若干普通范畴构成的体系。[②]这些学者均没有使用“基本义务”概念。值得指出的是，在我国宪法学界，有许多学者将“基本义务”与“宪法义务”这两个概念互用，认为“基本义务”又称为“宪法义务”[③]。有学者认为，对于基本义务，不同的人有不同的称呼，有的将它称为宪法义务，有的叫它公民义务，也有将它称为宪法的基本义务。事实上，这些词所指的是同一个概念。基本义务的称呼突出了这些义务的基本特性；宪法义务的称呼则突出了这些义务由宪法加以规定的形式特点；称为宪法的基本义务最能全面反映概念所反映事物的特点；而公民义务容易被误解为广泛意义上的义务，最好不要用这样的称谓。[④]但也有学者认为，“公民基本义务”也好，“（公民）宪法义务”也罢，其含义都存在着不同解说或者存在内涵不定或具有歧义的问题，主张用“宪法中公民义务”这一直接描述、内涵明确清晰的概念取代“公民基本义务”、“宪法义务”等有争议的概念。[⑤]

三是对基本义务与基本权利作为宪法学的一对范畴提出质疑。例如，有

---

① 参见刘旺洪、屠振宇、严海良：《第三次会商：中国宪法学的范畴与方法——第三届“中国宪法学基本范畴与方法”学术研讨会综述》，《金陵法律评论》2007年秋季卷。

② 参见夏泽祥：《宪法学范畴体系论纲》，《东吴法学》2008年春季卷，第25页。

③ 例如，朱国斌：《中国宪法与政治制度》，法律出版社1997年版，第242页；蒋碧昆主编：《宪法学》修订本，第263页；杨海坤主编：《宪法学基本论》，第165页；刘茂林：《宪法学》，中国人民公安大学出版社、人民法院出版社2003年版，第251页；殷啸虎：《宪法学要义》，北京大学出版社2005年版，第245页；文正邦主编：《宪法学教程》，法律出版社2005年版，第229页；李勇、蒋清华：《论公民的宪法义务——基于宪法的平衡精神》，山东人民出版社2008年版，第43页，等等。值得提及的是，林来梵教授指出，宪法义务包括两种类型：第一种是一般人在宪法上所应承担的义务，即通常我国宪法文件以及宪法理论中所言的“公民的基本义务”；第二种类型则是特定的主体、主要是国家机关或公共权力主体以及实际的权力持有者（如国家公务人员）在宪法上所应承担的义务，如我国现行《宪法》第5条第4款规定：“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律”，即属于此种类型。参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社2001年版，第235页。

④ 参见杨海坤主编：《跨入新世纪的中国宪法学——中国宪法学研究现状与评价》，第223页。

⑤ 参见姜新蕾、商继政：《论宪法中公民义务》，《天府新论》2008年第2期。

学者认为，为了调整不同主体之间各种基本权利的相互冲突，增进社会公共利益，国家就不得不要求全体公民履行一定的基本义务。从某种意义上说，公民的基本义务并非直接基于其所享有的基本权利而产生，而是通过国家权力这一媒介的作用而形成的。基本权利的享有主体（公民）与基本义务的承担主体（公民）是处在两种不同的具体法律关系之中。与公民的基本义务构成对应关系的范畴，应为国家的某种特定的权力（如公民的纳税义务对应国家的征税权）。[①]有学者更是明确地指出，尽管公民权利和公民义务都是宪法学的基本范畴，但二者相互之间缺乏逻辑上的对应关系，不能构成一对范畴，与公民义务配对的范畴应当是国家权力。[②]

二、关于宪法应否规定基本义务的争论

总的看来，虽然“基本义务”在新中国成立后成为我国历部宪法的基本概念，在宪法学界也成为了一个基本范畴，但却鲜有学者对“基本义务”这一基本范畴进行专门研究，相关论文不多，专著则更少，正如林来梵教授所指出的：“涉及基本权利的论述和诠释便大有汗牛充栋之观；相反，有关基本义务的理论研究，则相对被偏废及至冷落。”[③]然而，值得提及的是，进入21世纪，我国宪法学界出现了一场宪法应否规定基本义务的讨论和争论。在很大程度上，我们可以说，这场争论在实质上也是一场关于基本义务是不是宪法及宪法学的基本范畴的争论。

最先是刘军宁先生在2001年撰文认为，宪政的宗旨是限制政府的权力，保护个人的自由。宪政之下宪法也应当符合这一宗旨。在宪法中罗列很多义务会改变宪法作为保护权利的文件的性质，宪法的目的既然是确立有限政府，其矛头当然是针对国家的。如果在宪法中大量规定公民的义务，其结果必然是掉转了宪法的矛头，把它对准了公民，而不是本应对准的政府和掌权者，这样的宪法便是反宪政之道而行之的宪法。说宪法不应该给公民规定义务，并不是在主张公民可以为所欲为，或者说公民不应该承担任何义务。公民应该承担义务，但是这些义务只能从公民所享受的自由与权利中产生，不

---

① 参见林来梵：《论宪法义务》，《人大法律评论》2000年卷第2辑，第153、166、167页。

② 参见夏泽祥：《宪法学范畴体系论纲》，《东吴法学》2008年春季卷，第29页。

③ 林来梵：《论宪法义务》，《人大法律评论》2000年卷第2辑，第149页。

存在任何独立于权利与自由之外的自在的义务。如果人民希望对自己的行为加以约束，他们可以通过他们的代表在议会中立法，如制定规范普通人行为的刑法、民法、婚姻法、赔偿法等，如制定禁止在公共场所吸烟的法令等。①

接着，蔡定剑先生在 2002 年撰文认为，宪法是一个以约束政府权力，而不是以要求公民履行义务为目的的法律。从法理上说，宪法不应为公民设定义务。因为我们不能解释宪法规定公民基本义务的意义何在：它是想说这些义务重要必须履行，还是想给公民义务划定界限呢？除宪法规定的义务外，法律还能给公民设定义务吗？如果可以，这两种义务又是什么关系呢？宪法规定公民义务的许多法理问题难以解释。如果说公民有承担宪法义务之说，政府就有权依宪法的规定而强制公民履行义务，这样可能会导致政府对公民义务的滥行，那么政府的权力就太大了。政府要公民承担义务必须要有明确具体的法律规定，政府严格依法律办事。对公民履行义务实行严格的法定制度，不可依宪法原则从事，是为了防止政府权力的滥行，加强对公民权利的保护。这就是为什么在宪法中对公民义务的规定采取可有可无态度的意义所在。②

张千帆教授在 2005 年更是明确提出了“宪法不应该规定公民义务”的观点。他认为，宪法不应该规定公民义务，因为这是普通法律的任务。基于契约论的根本出发点，宪法的目的是防止这些法律过分侵犯任何理性公民都不可能同意放弃的基本权利，因而没有为义务条款留下任何余地。宪法所规定的法律义务只是针对政府机构，尤其是立法机构，而非针对私人，因而不可能在法律意义上追究私人的宪法义务。因此，现行《宪法》第 33 条规定“任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务”，可以说混淆了宪法和法律在性质上的重要区别。而且，现行宪法有关公民义务的规定大都是多余、含糊和难以实施的。似乎除了造成误解之外，

---

① 参见刘军宁：《宪法是防范谁的？——兼论为何公民的义务不能写入宪法》，《议报》2001 年 8 月 25 日。转引自莫纪宏主编：《宪法学》，社会科学文献出版社 2004 年版，第 373 页；王世涛：《宪法不应该规定公民的基本义务吗？——与张千帆教授商榷》，《时代法学》2006 年第 5 期。

② 参见蔡定剑：《关于什么是宪法》，《中外法学》2002 年第 1 期。到 2006 年，他又进一步提出，从宪法产生的最初原因看，宪法是不应该规定公民义务的，因为宪法是人民对政府的契约，它的目的在于授予政府权力，从而约束政府权力的滥用。公民受制于政府和法律，而政府和法律受制于宪法。公民承担法律义务，而不能承担宪法义务。参见蔡定剑：《宪法精解》第二版，法律出版社 2006 年版，第 238 页。

宪法的公民义务条款发挥不了任何法律作用。①

对于张千帆教授的观点，王世涛教授提出了质疑。他认为，根据社会契约论和西方国家宪法文本，不能得出宪法不应该规定公民基本义务的结论。宪法主要规定权利而普通法律主要规定义务的观点既有悖于法理，也不符合中外立法实践。他论述道，从社会契约论的个人向国家让渡权利的假定以及个人与国家所达成的契约，应当推导出公民与国家的权利与义务的双重关系，而并不是张教授所理解的社会契约仅在于保障个人的基本权利的单向目的。可以说，张教授对契约论的误读是导致其宪法唯基本权利论的思想根源，以至于张教授毫不留情地否弃了中国的宪法学人普遍信奉的宪法原则："任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务"，认为其混淆了宪法和法律在性质上的重要区别。同时，王世涛教授指出，宪法和普通法的主要区别在于法律效力的不同，宪法是"高级法"，但宪法和普通法在规范的内容上恰恰存在着一致性，这表现为宪法作为原则性规范和法律的法律，普通法律只能在宪法规范中寻求自身的价值取向和扩展空间。宪法是人权的保障书，根据这一基本宪政精神，普通法律应当确认和扩充公民权利，怎么能够"主要规定公民义务"？如果宪法主要规定公民权利，而普通法律主要规定公民义务，那么宪法中规定的公民权利如何具体化，如何贯彻实施？宪法和普通法的权利义务划分意味着宪法和普通法之间的一脉相承的血肉联系被割断。中国的立法实践表明，普通法律都是在宪法原则指导下制定的，权利保障的宪政精神贯穿于所有的立法活动中。可以说，每一部普通法律都是权利法案。中国的公民权利体系就是以宪法的基本权利为核心、以普通法律所确认的权利为主体而展开的。此外，宪法有关公民义务的规定并不"模糊"，有关公民义务中的"荣誉"和"利益"等概念都有清晰的内涵，宪法使用这些概念是宪法作为根本法所具有的高度的原则性和概括性的结果，正是由于宪法的这一属性，才使得宪法更具有包容的精神和持久的适应能力。而且，在实际上法律上的概念和术语应当具有一定的概括性，如各国宪法中普通规定的"权利"、"自由"本身即具有概括性，正是这些看似模糊的概念蕴涵的宪政原则指引着民主宪政的发展。②

---

① 详见张千帆：《宪法不应该规定什么》，《华东政法学院学报》2005 年第 3 期。

② 详见王世涛：《宪法不应该规定公民的基本义务吗？——与张千帆教授商榷》，《时代法学》2006 年第 5 期。

韩大元教授认为，在宪法中规定基本义务具有必要性和正当性，主要表现在如下几点：（1）从近代宪法发展看，作为宪法的基本价值与目标，民主与人权价值的实现并不仅仅依赖于基本权利的范畴，它需要国家与政治共同体提供的必要保障，基本义务的价值实际上蕴涵在宪法所实现的基本目标之中。（2）从宪法与政治共同体的关系看，为了保持社会共同体存在与发展的基础，一方面公民获得基本权利，而另一方面社会共同体也需要公民通过基本义务的履行来承担共同体发展所需要的政治的、社会的责任，在某种意义上讲，基本义务的存在是维持社会共同体与社会秩序的客观基础。（3）从基本权利与基本义务的关系看，两者存在的共同基础是形成与持续维护社会共同体与社会秩序的发展，进而确立稳定的宪法秩序。（4）从宪法文本的比较看，世界多数国家宪法文本都规定了不同形式的公民基本义务。（5）基本义务是开放性的价值体系，现代宪政体制下的基本义务不是以单纯服从为特点的传统义务，也不是脱离宪法基本精神的义务，它是在宪政体制下维护社会共同体的基本条件，适应了社会全面发展的需要。如环境保护的义务、受教育的义务等都不是对个性发展的限制，而是个性全面发展的需要。①

针对少数学者提出的宪法不该规定公民义务（即基本义务）的主要理由，李勇、蒋清华在他们所著的《论公民的宪法义务》一书中提出了宪法应该规定公民义务（即基本义务）的十大理由：（1）正是基于契约论，宪法中才有义务的规定；（2）懂得放弃一些权利从而获得更多的权利和保障，才是人类的理性选择；（3）是否规定公民义务不应成为宪法与普通法的区别；（4）宪法不能得以实施的主要原因并不是“宪法负担过重”；（5）西方国家宪法文本中也并非看不到公民义务；（6）公民宪法义务是确认现代国家合法性的法律形式——宪法的必要构成要素；（7）宪法中公民义务的规定是为了有效地实现宪法权利；（8）人性中有恶的一面，如贪婪、自私、懒惰等，不受监督的权利也有滥用的可能，在宪法中规定公民的义务是监察和督促公民作为主权者应尽职责的必要手段；（9）公民宪法义务能够实施；（10）公民宪法义务不是所谓“专制”的“试金石”，而是宪法发展的趋势。②

---

① 详见韩大元主编：《宪法学》，第326—328页。

② 详见李勇、蒋清华：《论公民的宪法义务——基于宪法的平衡精神》，第216—221页。

第五章

公民概念及其演变

第一节　公民概念的引入

一、“公民”落户中国

从汉字词源学角度考证，“公”和“民”都有着丰富的含义。

“公”是一个会意字。小篆字形，上面是“八”，表示相背，下面是“厶”（“私”的本字）。合起来表示“与私相背”，即“公正无私”的意思。本义：公正，无私。以下8种解释都能从一定角度说明“公”的含义：（1）公，平分也。[①] 背厶谓之公，或说，分其厶以与人为公。[②] 公之为言公正无私也。[③] 兼覆无私谓之公。[④]（2）公气（正大，公正）；公素（公正质朴）；公洁（公正廉洁）；公慎（公正谨慎）；公诚（公正诚实）。（3）共，共同。如：天下有公利而莫或兴之，有公害而莫或除之。[⑤]（4）公患（共同的忧患，共同的祸患）；公拟（共同拟定）；公律（公认的规律）。（5）公共，公家，公众的，与“私”相对。如：“汉之为汉，凡四十年矣，公私之积，犹可哀

① 参见《说文》。
② 参见《韩非子·五蠹》。
③ 参见《春秋·元命苞》。
④ 参见《贾子·道术》。
⑤ 参见（清）黄宗羲：《原君》。

痛。”[①]（6）公中（公众；大伙儿；公家；公有的；引申为谁也不管的）；公揖（向众人所作的一个揖礼）；公本（公众的奏本）；公欲（公众的欲望）；公饯（公众举行的饯行宴）。（7）属于国际间的问题。如：公海；公元；公尺，公里。（8）雄的，雄性的。如：公畜。

“民”也有多解：（1）从古文之象。古文从母，取蕃育意。古代指黎民百姓，平民，与君、官对称。如：民，众萌也。从古文之象[②]，“萌”表示精神上的黑暗和无知。民，氓也。[③] 古者有四民，有士民，有商民，有农民，有工民。[④] 夫民神之主也。[⑤] 天子曰兆民，诸侯曰万民。[⑥] 黎民阻饥。[⑦] 民不适有居。[⑧] 民可使由之，不可使知之。[⑨] 吾人关，秋毫不敢有所近，籍吏民，封府库，而待将军。[⑩] 民为贵，社稷次之，君为轻。[⑪]（2）泛指人。如民受无地之中以生。[⑫] 食者，民之本也。[⑬]

“公”和“民”连在一起组成一个新词，是近代以后才出现的，在中国传统文化中并不存在“公民”这一概念。马克斯·韦伯就此曾指出：“在西方之外，从来就不存在城市公民的概念。”[⑭]

没有民主政治、没有独立个人的地位，以及森严的封建等级，是造成近代中国以前“公民”概念缺失的主要原因。于君，传统中国一直是实行皇帝专制，“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”，民主政治无从产生。偶有圣贤明君重视人民，也只是民本思想的流露。于民，公民无须享有和行使政治权利，无须做自己的主人，只需做一个安分的守法主体、一个顺从的

---

① （汉）贾谊：《论积贮疏》。
② 参见《说文》。
③ 参见《广雅》（土著者曰民，外来者曰氓）。
④ 参见《谷梁传·成公元年》。
⑤ 参见《左传·桓公六年》。
⑥ 参见《左传·闵公元年》。
⑦ 参见《书·舜典》。
⑧ 参见《书·盘庚上》。
⑨ 参见《论语·泰伯》。
⑩ 参见《史记·项羽本纪》。
⑪ 参见《孟子·尽心下》。
⑫ 参见《左传·成公十三年》。
⑬ 参见《淮南子》。
⑭ ［德］马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，彭强、黄晓京译，陕西师范大学出版社 2002 年版，第 22 页。

义务主体即可。

同时，个人没有独立的人格，更不能享有独立的公民地位。在传统中国，国家实际上是一个扩大了的家族组织。而与此相对，西方社会的原子是个人而非家族。因此，西方人富于个性主义的人格意识构成了西方文化中自由主义的基础；而东方的政治社会则是以家族结构为本位的家国同构，个人自由依附于家族才能生存，才能有地位。在这种制度背景下，“公民”个人难以生成。

另外，强烈的封建等级制严格固定了所有人的身份，公民无从产生。在中国古代社会，一贯奉行君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲。奴婢、奴才、臣子、臣民等都遵循严格的等级界限，每一等级不可逾越。三纲五常的长期教化侵蚀了人的心灵，使民众安于这种等级划分，并习惯成为顺民。

“公民”一词是舶来品，在我国传统里只有“百姓”，“百姓”就是可以鱼肉的对象，平等对于他们来说是没有的。从历史上看，公民概念所隐含的国民意识发端于近代中国，最初进入中国人的政治语汇应该是在 20 世纪初的近代文人志士介绍西方宪法的著作中。

第一个向中国人介绍西方“公民”的人可能是梁廷枏。据考证，鸦片战争后不久，梁廷枏就在《合省国说》之中介绍了美利坚民主制度，其中就提到了经选举而产生的美国“统领”（总统）乃“一公之民”。“一公之民”的真实含义应当是一个公众选举之民，即服从公意的人。这种公民概念尚未与现代公民含义吻合。康有为是较早提出近代意义的“公民”概念的人，也是最早主张“立公民”的人。[①] 上海预备立宪公会也曾发《公民必读初编》小册子。[②] 有学者认为，公民一词引进自近代的日本，其原意指的是作为行使参政权等公权的主体。[③]

---

① 参见王振东：《人权：从世界到中国》，党建读物出版社 1999 年版。

② 《公民必读初编》发行不到一年，印刷 26 次，其中有不少由官方或团体订购，向下分发。上海最大的新式出版机构商务印书馆也不失时机，大量印售此类书籍，且服务十分周到。它刊登广告称：“本馆编印中外政法各书将及百种，非特为咨议局议员者应亟研究，凡我国民皆当取而读之。欲知各书内容，本馆印有书目提要，函示即寄。”《上海商务印书馆告白》，《预备立宪公会报》第 18 册封底。转引自闾小波：《从议会主义到宪法主义》，载《近代中国》第 11 辑，上海社会科学院出版社 2001 年版。

③ 日本宪法目前沿用“国民”用语，在日本，——规范宪法学的一种前言只有《劳动基本法》、《教育基本法》中使用“公民”这一用语。转引自林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，第 85 页。

西方的文艺复兴和启蒙运动首先是发现了个体的“人”和个体的“公民”，而中国清末启蒙思潮则是发现了国家的“国民”或“公民”。对生活在清末民初的中国知识分子来说，近代史上纷繁复杂的社会激荡与政治变革，为他们提供了丰富的理论素材。晚清先进的知识分子对社会政治的热心研究源于面对西方列强对中华民族的侵略而激发出来的忧患意识与进取精神，他们表现出强烈的民族主义情怀与国家主义倾向，这种倾向必然会渗透到他们的思想理论中。[①] 面对救亡图存的时代主题，建立近代民族国家、实现民族独立和国家富强，几乎成为19世纪末20世纪初中国先进知识分子的共同追求。为了建构启蒙理论和国家理论，晚清知识分子将“公民”一词引入中国，一些学者亦在公民意义上使用“国民”一词。在近代中国公民的发展史上，不可忽略的人物至少有严复、康有为、梁启超、孙中山以及胡适等。

二、近代公民观的代表人物及其思想

（一）康有为：功利性地使用国民一词

在康有为的心目中，“公民”指的是“世界公民”或“公政府”的公民。这种对于公民的理解显然和大同世界观念联系在一起，具有明显的理想色彩。当清政府推行新政时，康有为积极鼓吹“公民自治”，提出要“立公民”，即君主立宪政体下有选举权和被选举权的国民。康有为认为，所谓公民，就是指“人人有议政之权，人人有忧国之责，故命之曰公民”。康有为还根据西方一些国家区分公民的标准，提出了获得公民资格的条件，即“住居经年，年二十以上，家世清白，身无犯罪，能施贫民，能纳十元之公民税者”。这种以财产、年龄和居住年限等为标准的公民标准，显然受到了法国和美国等国家的影响。康有为还对“立公民”的种种好处进行了分析，他认为，设“公民”有四益：爱国之心日热，恤贫之举交勉，行己之事知耻，国家之学开智。康有为提出，公民身份意味着一定的政治权利和政治身份，只有具有公民资格的人才能被选举为议员和地方官。通过立公民，让国民奋发图强，为争得公民资格而积极纳税，增加国家收入。在他看来，中国之贫弱就在于国人无权，而国家所有的权力和责任都及于一两个人。“故有公民者强，无公民者弱；

① 参见杨峥：《梁启超宪政文化观》，《湖北教育学院学报》2007年第1期。

有公民虽败而能存，而无公民者经败而即亡。”由此可见，在康有为的设想之中，公民与国民是两个不同的概念，公民意味着更多的政治权利和政治义务，“立公民”的目的在于在国人之间形成政治身份的差异，促进国民向公民的积极转化，因此，这种公民的理解很大程度上具有精英主义色彩。

（二）梁启超的“新民观”

梁启超一生涉猎甚广，是中国较早使用“公民”一词的人。梁启超的思想以善变著称，典型地表现出社会大变革时期的时代特征。

1. 维新变法时期梁启超的“群”思想

论述梁启超的公民观，不可绕过的是他的“群”思想。梁启超的“群”的概念取自康有为，“启超问治天下之道于南海先生。先生曰‘以群为体，以变为用。斯二义立，虽千万年之天下可已。’”①

维新派主张实行君主立宪，面对中国两千多年的封建君主专制的传统，他们从理论上重新界说君民关系。他们认为中国“自秦迄明，垂二千年，法禁则日密，政教则日夷。君权则日尊，国威则日损。上自庶官，下自亿姓，游于文网之中，习焉安焉，驯焉扰焉，静而不能动，愚而不能智，历代民贼自谓得计，变本而加厉之，及其究也，有不受节制，出于所防之外者二事，曰夷狄，曰流寇。二者一起，如汤沃雪，遂以灭亡。于是昔之所以防人者，则适足为自敝之具而已”②。君权尊则国威损，道出中国落后的根本原因。西方政治学认为政治分析的起点，应当是社会的起点，这就是团体的形成。社会是由众多团体组成的，他们是产生政治的基础。③ 但当时的中国没有产生西方那种完善成熟的市民社会，对西方的初步了解使维新派认识到“社会”的重要性。因此，梁启超只能借助中国古代固有的“群”的概念，来阐述他的思想。

他认为，群体观念的养成，首要的是“慎独”。“以群术治群，群乃成；以独术治群，群乃败。己群之败，他群之利也。”④ 对掌权者而言（在梁启超的思想中，主要是指君），就是放弃长久以来“孤家寡人”的身份，成为“众”之一员；对民而言，就是将自己看成群体中的一员。其实是号召“上

---

① 梁启超：《说群序》，《饮冰室合集 1・饮冰室文集之二》，第 3 页。
② 梁启超：《论中国积弱由于防弊》，《饮冰室合集 1・饮冰室文集之一》，第 96 页。
③ 参见［美］莱斯利・里普森：《政治学的重大问题》，华夏出版社 2001 年版，第 25 页。
④ 梁启超：《说群序》，《饮冰室合集 1・饮冰室文集之二》，第 4 页。

下相通”形成整体。他所想所作的无不是为使本民族在世界过渡的历史大环境中逃避掉“劣败之数”。由于进化规律，“能群与不能群”、“能不能以群术治群”就成为这个物种乃至民族能不能避免被淘汰的重点。

群如何形成？梁启超论述“以一身之所需求所欲望，非独力所能给也；以一身之所苦痛所急难，非独力所能捍也，于是乎必相引相倚，然后可以自存”①。也就是说群的产生是因为个人需要实现自己利益和保护自身安全。而群之既成，必然对外会产生本群体与他群体之间关系的需求，必然会对内产生如何处理本群人之间关系的需求。

通过对群的概念的描述，梁启超系统地提出了公民与国家间的关系、政府与国家间的关系、国家与国家间的关系、国家与世界间的关系：“一曰对于一身而知有国家，二曰对于朝廷而知有国家，三曰对于外族而知有国家，四曰对于世界而知有国家。”② 这样就必然产生“大我”和“小我”的界限，以及公观念和私观念的矛盾。矛盾的处理要求区分公德与私德，要求有国家的观念，由此体现出新民思想的必要性。

2. 流亡日本时期梁启超的新民思想

1898 年流亡日本，对梁启超来说是个人的一大不幸，因为这使他失去了在不远的将来实现其改良主义理想的机会和权力。但从思想方面来说，流亡则是一次意外的良机。无疑，在日本的几年是梁启超思想最富创造性的时期。首先在《清议报》、而后在《新民丛报》上，他接连不断地提出一些新观念、新理想。其中最有影响力的是直到 1902 年他才在题为《新民》的连载文章中较为系统地提出自己的道德和政治思想。③

不过，近代中国最先提出新民问题的是严复，他在 1895 年的《论世变之亟》中，论及西洋和中国的强弱异势，颇偏重“人”、“民”或“人民”的因素。在《原强》一文中，更把“民”视为国家强弱的根本。④ 他说：“及今而图自强，非标本并治焉，固不可也……标者何？收大权、练军实，如俄国

① 梁启超：《新民说》，宋志明选注，辽宁人民出版社 1994 年版，第 104 页。

② 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 22 页。

③ 参见［美］张灏：《梁启超与中国思想的过渡（1890—1907）》，崔志海、葛夫平译，江苏人民出版社 1997 年版，第 106 页。

④ 参见李喜所主编：《梁启超与近代中国社会文化》，天津古籍出版社 2005 年版，第 2 页。

所为是已。至于其本，则亦于民智、民力、民德三者加之意而已……至于民智之何以开、民力之何以厚、民德之何以明，三者皆今日至切之务，固将有待而后言。”① 虽然如此，系统全面地论述“新民思想”则始于梁启超。

严复立基于进化论的“开民智”、“鼓民力”、“新民德”的公民吁求，揭示了维新派启蒙理论的思想主题，梁启超的新民说进一步发挥了严复进化论式的公民启蒙理论。《新民说》是中国早期启蒙名著，其主题是革新国民思想、培育公民精神的“新民之道”。在《新民说》中，梁启超开宗明义地以“新民之道”为中国富强之道，并将“新民”归为“今日中国第一急务”。在他看来，欲振兴中国，内治则重在提升国民文明程度，外交则须以民族主义立国。积民而成国，故民族主义必须以“新民”为基础。梁启超的公民理论是围绕民族国家的建构而展开的。他理想中的“新民”，为现代欧美民主社会富有公共精神的“公民”，他有时亦称之为“国民”或“市民”。

(1)“国民”和“公民”的含义及使用

“国民”与“公民”概念的使用，在近代中国社会是极其重要的。在中国的传统观念中，到处充斥“臣民”、“子民”、“小民”、“草民”等字眼；在人们的内心世界里，充满着“圣上英明”和“小民岂敢”的崇圣和自贬意识。晚清先进知识分子终于发现了“国民”或“公民”，知道作为一个国家的“国民”或“公民”，有义务也有权利，人格皆平等。这有着巨大的意义。同时，有了“国民”或“公民”这两个浓缩着近代意识的概念，因此也为近代思想启蒙提供了方便。可以说，“国民”或“公民”在中国的流行，标志着中国思想界进入了一个崭新的时代——从臣民观念向公民观念过渡的时代。②

“国民”一词在先秦就已出现，《左传》中就有“先神命之，国民信之”③之说，汉诸侯王藩国内之民也称国民，其基本含义是“一国之民”。康有为在戊戌变法期间多次使用“国民”一词，其基本含义是一个国家的人民，是个民族主义范畴。

但给“国民”一词赋予近代意义的是梁启超。“中国人不知有国民也，数千年来通用之语，只有以国家二字并称也，未闻有以国民二字并称者。国

---

① 严复：《原强》，《严复集》第1册，王栻主编，第14、15页。

② 参见陈永森：《辛亥革命时期公民权利思想的启蒙》，《福建师范大学学报》2004年第5期。

③ 《左传·昭公十三年》卷24。

家者何？国民者何？国家者，以国为一家私产之称也……国民者，以国为人民公产之称也。国者积民而成，舍民之外，则无有国，以一国之民，治一国之事，定一国之法，谋一国之利，捍一国之患，其民不可得而侮，其国不可得而亡，是之谓国民。”① 他后来又说道，“有国家思想，能自布政治者，谓之国民”②。

而“公民”一词最早出现在《韩非子·五蠹》中，一是指弃私利而愿为公共利益、国家出力的人。韩非子认为，“就安利如辟危穷”是人的本性，所以“公民少而私人众”③。二是指朝廷直接控制下的臣民，谓“君主之民”或“公家之民”④，这是相对于依附私人地主的农民而言。

1899 年，梁启超在他的《国民十大元气论》中说道：“人而不能独立，时曰奴隶，于民法上不认为公民；国而不能独立，时曰附庸，于公法上不认为公国”⑤。之后他又在《论自由》一文中提及“公民”：“凡生息于一国中者，苟及岁而即有公民资格，可以参与一国政事，是国民群体对于政府所争自由也。”⑥ 梁启超这里的“公民”指的是在法律上有独立自由权、在政治上有参与权的国家成员。

梁启超还强调：“公民之资格，可以参与一国政事，是国民全体对于政府所争得之自由也。”⑦ 他认为，由“部民”而进为“国民”，为文明与野蛮的分水岭。部民群族而居，自成风俗；而国民则有国家思想，能自布政治。梁启超对公民的参与式的政治自由的关注，体现了其由人民参与的公共精神而促进国家独立的民族主义诉求。

（2）新民思想的部分内容

梁启超的新民思想就是要通过“补所本无以新我民之道”来形成“国民独具之气质”。他倡导从两方面入手：“一曰淬厉其所本有而新之，二曰采补

---

① 梁启超：《论近世国民竞争之大势及中国前途》，《饮冰室合集 1·饮冰室文集之四》，第 56 页。
② 梁启超：《论国家之思想》，《饮冰室合集 6·饮冰室专集之四》，第 16 页。
③ 韩非子：《五蠹》。
④ 韩非子：《五蠹》。
⑤ 梁启超：《国民十大元气论·独立记》，《饮冰室合集 1·饮冰室文集之三》，第 62 页。
⑥ 梁启超：《新民说·论自由》，《饮冰室合集 6·饮冰室专集之四》，第 40—41 页。
⑦ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 56 页。

其所本无而新之。二者缺一，时乃无功。”① 由此可见，“新民”将是中西文化融合的产物，亦即“君子”与“公民”的结合。当然，新民说的重点，还在于采补中国所缺乏的西方公民精神。在梁启超看来，与英美公民相比，中国人所最缺乏而亟待采补的是公德、国家思想、进取冒险、权利意识、自由、自治、进步、自尊、合群、生利能力、毅力、义务思想、尚武、私德和政治能力等现代公民所必备的品德素质。梁启超新民说的要旨，就在于改造国民精神而培育现代民族国家的公民。

在向外学习的内容中，梁启超最强调民德、民智、民力的本源地位。“今论者于政治、学术、技艺，皆莫不知取人长以补我短失，而不知民德、民智、民力实为政治、学术、技艺之大原。”② 可以看出，梁启超已经提出了其“新民”的主要纲领，就是要新民德，开民智，鼓民力。他要的就是这种政治人、道德人统一的新的公民。

第一，公德与私德。在梁启超“德”的思想中，公德和私德是两个很重要的概念。他强调群己的区分，号召国民要有群的意识。“人人独善其身者谓之私德，人人相善其群者谓之公德”③。在定义公德和私德这两个概念时，梁启超用到“善”这个词语，善的不同指向成为了区别私德和公德的标准。“无私德则不能立”，“无公德则不能团”④，私德发扬是个体的立身，公德发扬是群体的凝聚。

在讨论二者的关系时，梁启超首先指出，“二者皆人生所不可缺之具也”，“私德与公德，非对待之名词，而相属之名词也。”⑤ 即两者是相辅相成缺一不可的关系。但是两者的发生发展是有侧重有先后的，要先培育私德。“故一私人而无所私有之德性，则群此百千万亿之私人，而必不能成公有之德性，其理至易明也。”“是故欲铸国民，必以培养个人之私德为第一义；欲从事于铸国民者，必以自培养其个人之私德为第一义”⑥，私德是公德的基础，公德是私德的推广，“公德者私德之推也，知私德而不知公德，所缺者

① 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第7页。
② 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第9页。
③ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第16页。
④ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第16页。
⑤ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第162页。
⑥ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第163页。

只在一推；蔑私德而谬托公德，则并所以推之具而不存也。故养成私德，而德育之事思过半焉矣”①。可以看出，梁启超认为只要私德养成了、养好了，那么德育的事情就已经完成了一大半了。但是最后的落脚点还是在公德上，“知有公德，而新道德出焉矣，而新民出焉矣”②。

第二，国家思想。梁启超提出的第一条公德就是认同民族国家，具有国家思想。他从四个角度来引导人们认识国家：“国家思想者何？一曰对于一身而知有国家，二曰对于朝廷而知有国家，三曰对于外族而知有国家，四曰对于世界而知有国家”③。也就是从这四个角度来看待民族国家，处理好这四个方面的关系。

“民不知有国，国不知有民”是梁启超文章中常常出现的一句话。梁启超曾感叹道：“我支那人，非无爱国之性质也。其不知爱国者，由不自知其为国也”④。从种族和宗教的角度看，西方国家自古希腊起，就处在实力相当的民族与民族的较量中，这种内外的冲突，使西方民族自然地产生了对国家的需求和国家的观念，“也就是对外族而知有国家”。而中国自战国之后，秦国一统，始称“天下”，与外交往莫不以天朝上国自称。从“东夷、南蛮、西戎、北狄”的称谓就可以看出，汉族与周边民族的不平等。汉族文明本身的吸引力和国力的强大带来的是这种不对等的民族交流和冲突，这使得整个华夏民族缺乏对外的危机感，因而也缺乏对国家的认同感。所以，首要的是培育个体对国家的认同。

有了国家的观念，就要对自身在国家中的角色有所认识。中国自统一之后，天下便为一人私产。君权的合法性来自天，“故吾中国自秦汉以来，数千年之君主，皆以奴隶视其民。民之自居奴隶”⑤。中国的国民少有权利，而多有义务。没有权利的义务必然会带来政治上的冷漠，而现代西方国家政治权力的合法性是建立在“同意”的基础上。“西人以国为斯民之共产，王侯将相者通国之公仆隶”⑥，这种差异性的认识，必然会带来对个人与国家

① 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第163页。
② 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第21页。
③ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第22页。
④ 梁启超：《爱国论》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之三》，第66页。
⑤ 梁启超：《爱国论》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之三》，第73页。
⑥ 梁启超：《爱国论》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之三》，第75页。

关系、个人与政府关系、国家与政府关系的思考。

在处理个人和国家关系中，梁启超常论及“合群”，也说到“利他”：“合群之德者，以一身对于一群，常肯细身而就群；以小群对于大群，常肯细小群而就大群。”① “人人焉知吾一身之上，更有大而要者存，每发一虑、出一言、治一事，必常注意于其所谓一身以上者。”② 他强调要有整体的观念，言行处世都要兼顾大局利益。而这种利他和合群，并不是牺牲个体利益的。在梁启超的理论中，“善能利己者，必先利其群，而后己之利亦从而进焉。”“固不必侈谈‘兼爱’，以为名高，亦不必讳言‘为我’，以自欺蔽。”③ 这样的公民与国家就能达到一种互利的状态。

第三，权利义务思想。在《论权利思想》中，梁启超开篇提出，“人人对于人而有当尽之责任，人人对于我而有当尽之责任。”④ 权利观念是为了有益于群。在论及权利思想缺失的时候，他认为对自己不负责任是直接害群，对他人不负责任是间接害群。

“权利何自生？曰生于强”⑤。权利来源于竞争，因为竞争让强者制服弱者，从而得到了权利。梁启超这种对权利的理解脱离了西方公民社会传统的“天赋人权”的观点。他没有承认权利的与生俱有和平等，却在解释在现实政治中权利（权力）的运用和践行存在差别。他强调强而得权，优而得权，目的是要促进国民保全团体的权利，对群负起责任。

梁启超认为，权利为人之生存最重要的条件，无权利者与奴隶、禽兽无异，权利意识的强弱关乎其人的品格。他的权利观凸显其新民说的民族主义取向：国民由私人所集而成，国权由私人之权利所聚而成；国家如树，权利思想则如根。

自由是公民最基本的权利之一，梁启超亦论述过自由。他对自由的看法亦未脱群体主义倾向：“自由云者，团体之自由，非个人之自由也。野蛮时代个人之自由胜，而团体之自由亡；文明时代团体之自由强，而个人之自由

---

① 梁启超：《十种德性相反相成义·独立与合群》，《饮冰室合集 1·饮冰室文集之五》，第 44 页。
② 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 23 页。
③ 梁启超：《十种德性相反相成义·利己与爱他》，《饮冰室合集 1·饮冰室文集之五》，第 49 页。
④ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 42 页。
⑤ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 43 页。

减”[①]。他虽将自由归为天下之公理、人生之要具，以及欧美立国之本，但其倡言的“真自由”或“文明之自由”，则为团体自由而非个人自由。他强调，团体自由是个人自由的基础，个人自由离不开团体自由。“身与群校，群大于身，诎身伸群，人治之大径也。”[②]因而，梁启超的自由实际上是民族的、集体的自由。[③]

关于权利与义务的关系，梁启超虽持调和观点，但他显然更注重义务的价值。在他看来，“人人生而有应得之权利，即人人生而有应尽之义务，二者其量适相均。”[④] 权利与义务的平衡是文明社会的特点。然而，权利归根结底源于义务。“权利何自起？起于胜而被择。胜何自起？起于竞而获优。优者何？亦其所尽义务之分量，有以轶于常人耳。”[⑤] 这种进化论式的以义务释权利的权利理论，体现了新民说群体本位的价值取向。

3. 公民与民族国家

民族国家的存亡是梁启超一直关注的主题，但积民而成的国家的生死存亡与国民是分不开的。

梁启超心目中的公民典范是盎格鲁—撒克逊人。他曾说“五色人相比较，白人最优；以白人相比较，条顿人最优，以条顿人相比较，盎格鲁撒克逊人最优，此非吾趋势利之言也，天演界无可逃避之公例实如是也。”[⑥] 在他看来，欧洲各民族中，以条顿人中的盎格鲁—撒克逊人最为优胜，其独立自助之风最盛，纪律秩序观念最厚，常识最富，权利意识最强，最富有坚忍和保守的性格，并且重实业而不尚虚荣。盎格鲁—撒克逊人承袭了条顿人的自由精神和罗马文化，形成了一个富有特性的民族，并组织民族国家。其创立代议制度，使人民皆得参与政权，集民意为公意，合民权为国权，又能定团体与个人、中央政府与地方自治的权限，而各不相侵，由此民族全体得以应于时变而发达。[⑦]

---

① 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 61 页。
② 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 62 页。
③ 参见陈永森：《辛亥革命时期公民权利思想的启蒙》，《福建师范大学学报》2004 年第 5 期，第86 页。
④ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 142 页。
⑤ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 142 页。
⑥ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 12 页。
⑦ 参见梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 10—15 页。

梁启超的新民说是一种东亚的民族主义公民理论，立基于民族主义和社会达尔文主义，民族的生存竞争始终是其立论的理论宗旨和学理依据。他认为，今日世界是民族主义的时代，西方列强以民族帝国主义称雄世界，“故今日欲抵挡列强之民族帝国主义，以挽浩劫而拯生灵，惟有我行我民族主义之一策；而欲实行民族主义于中国，舍新民末由”①。同时又强调：“在民族主义立国之今日，民弱者国弱，民强者国强”②。他认为，在竞争的进化世界中，最富于公民精神的盎格鲁—撒克逊人为主中之主，强中之强。中国传统有可以使人为一个人、一家人、一乡人、一族人和天下人之资格，却唯独缺乏可以为一国国民之资格。而列国并立、弱肉强食、优胜劣汰的时代，如果缺乏国民之资格，则决无以生存于世界。在梁启超的新民说中，西方的进化论个人主义已转变为一种中国的进化论民族主义。

梁启超的新民说立基于进化论民族主义，其基本逻辑是：在优胜劣汰的进化世界，民族之间的生存竞争最终将取决于公民素质的优胜。因而，在梁启超新民说的理论框架中，民族主义与公民精神是不可分割的。他指出：“民族主义者何？各地同种族同言语同宗教同习俗之人，相视如同胞，务独立自治，组织完备之政府，以谋公益而御他族是也。”③ 显然，这一“民族主义”概念，已融入了梁启超的公民精神中的合群、独立、自治、国家思想、公德等要素。

如果说英美公民精神以个人本位和权利观念为基本特征，那么，梁启超的民族主义公民理论则具有浓厚的道德主义和群体主义倾向。他倡言“公德”最力，认为道德的本质在于利群，各国道德虽因文野之差等而不同，但无不以能固其群、善其群、进其群为目的。中国道德长于私德而最缺公德，因而亟待发明和提倡公德，而公德之目的即在利群。

“国家思想”是新民说的新观念。梁启超批评中国人缺乏国家思想，不具备“国民之资格”。在他看来，竞争为文明进化之母，而国家则为进化竞争中的最大团体。“国家为最上之团体”④，“国也者，私爱之本位，而博爱之

---

① 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 6 页。
② 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 10 页。
③ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 5 页。
④ 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 25 页。

极点。”[①] 进化世界的优胜劣汰，归根结底取决于国民的合群与否，以及其公共观念的强弱。真正富有公共观念的人，常不惜牺牲其部分私益甚或全部私益，而以拥获公益。

梁启超于美国游历回来之后，开始赞成伯伦知理的国家理论。依据伯伦知理的国家理论，国家主权在于国家本身，国家有最高的本质和最根本的目的，人民只是国家的工具，当国民的私利与国家的集体利益冲突时，国民就应该为国家作出牺牲。因此，国家是第一位的，而个体的公民则是第二位的。[②]

梁启超认为，要让个体强壮，就要让个体彼此竞争；但他又认为内部竞争可能导致整体利益受损，从而使整体失去竞争力，以至于在与其他整体对抗中而被淘汰。因此，个人主义和自由主义都是对国家整体有害的。在他看来，国民的权利意识固然重要，但首要的还是要具备国家意识、公德意识、义务意识、合群意识，只有这样，国家才能在民族帝国主义时代生存下来，国民也才能最终生存下来。

4. 小节

“公民”这一在西方表征现代国家人民权利的国民身份，在中国成为一种必须脱离愚昧的“国民性”而文明开化的新人理想。而担当启蒙使命的，是一小部分先进的知识分子。

梁启超通过办学校倡导提高国民素质；通过办报馆传达最新信息，使国民了解中国了解世界，破旧立新，号召国民爱国报国；通过翻译西书以使国民了解西方的社会政治学说；梁启超还倡导新小说，利用新小说传播新思想，他认为小说是最能感召普通民众的，希望能从“新民”到“改良群治”。

梁启超通过这些“新民德、启民智、开民力”的具体途径和措施，大力地宣传了新民思想，不仅批判了封建制度，也为 20 世纪初期中国的革命运动准备了力量。《新民说》通过中西对比的论述，对国民劣根性进行了鞭辟入里的揭露，对后来新文化运动有先导作用。

《新青年》是继《新民丛报》之后成为民初启蒙运动的思想路标。新文化运动的“新青年”话语与梁启超的“新民”说一脉相承，亦以改造国民性

---

① 梁启超：《新民说》，宋志明选注，第 25 页。

② 参见梁启超：《政治学大家伯伦知理之学说》，《饮冰室合集 2・饮冰室文集之十三》，中华书局 1988 年版，第 88—89 页。

和培育公民精神为宗旨，并且承袭了晚清启蒙运动的社会达尔文主义观念，而种群的“优胜劣汰”和“物竞天择”，仍是五四知识分子启蒙思想的重要理念。只是，在经历革命思潮的激荡以后，新文化人的公民观念更趋激进，其“以科学与人权并重”的思想革命，具有更为鲜明的自由主义色彩。五四知识分子的公民话语突破了晚清梁启超式的民族主义公民理论，而输入了西方的个人主义思想。

（三）孙中山的国民观

孙中山先生认为，中国之所以未能走向富强和现代化的一个重要原因，就是因为国民的素质不高，有劣根性。因此，为实现现代化，需要对国民进行改造。此时，孙中山的国民观念其实等同于公民。

1. 国民的劣根性[①]

第一，知识程度不足。孙中山认为，“中国人民知识程度之不足，固无可隐讳者也。且加以数千年专制之毒，深中乎人心，诚有比于美国之黑奴及外来人民知识尤为低下也。”国民知识程度低下，导致国民崇拜鬼神的文化心理。孙中山揭示道：“我中国之民，俗尚鬼神，年中迎神赛会之举，化帛烧纸之资，全国计之每年当在数千万。此以有用之财作无益之事，以有用之物作无用之施，此冥冥一大漏卮，其数较鸦片为尤甚，亦有国者所当禁也。”

第二，家族主义观念浓厚。孙中山讲道：“中国人最崇拜的是家族主义和宗族主义，所以中国只有家族主义和宗族主义，没有国族主义。外国旁观的人说中国人是一片散沙，这个原因是在什么地方呢？就是因为一般人民只有家族主义和宗族主义，没有国族主义。中国人对于家族和宗族的团结力非常强大，往往因为保护宗族起见，宁肯牺牲身家性命……至于论到对于国家，从没有一次具极大精神去牺牲的，所以中国人的团结力，只能及于宗族而止，还没有扩张到国族。”

第三，不尚自由。孙中山认为：“中国古代人民‘耕田而食，凿井而饮’，原是很自由的。而老子所说底‘无为而治’，亦是表示人民极自由底意思。当时底人民有了充分底自由，不知自由之可贵，至今此习仍存，故外人初不知其理，甚异中国人民之不尚自由也。若在欧洲底历史，则与此不同。

---

① 参见郑永军：《辛亥革命后孙中山国民性改造思想探析》，《贵州社会科学》2003 年第 2 期。

欧洲自罗马亡后，其地为各国割据，以人民为奴隶，在近世纪底时候有许多战争发生，都是为争自由而战。”“中国人只晓得讲改革政治，不懂得什么叫自由。中国历代底皇帝，他只晓得要人民替他完粮纳税，只要不妨碍他祖传帝统就好，故外国人批评中国人不晓自由。”其实是“欧俗人不自由，故争自由。中国尚不竭自由，故不知自由”。

第四，缺乏积极进取的精神。孙中山强调：“中国近代之积弱不振，奄奄待毙者，实为‘知之非艰，行之惟艰’一说误之也。此说深中于学者之心理，由学者而传于群众，则以难为易，以易为难。遂使暮气畏难之中国，畏其所不当畏，而不畏其所当畏。由是易者则避而远之，而难者又趋而近之。始则欲求知而后行，及其知之不可得也，则惟有望洋兴叹，而放去一切而已。闻有不屈不挠之士，费尽生平之力以求得一知者，而又以行之尤为难，则虽知之而仍不敢行之。如是不知固不欲行，而知之又不敢行，则天下事无可为者矣。此中国积弱衰败之原因也。”由于国人深中“知之非艰，行之惟艰”传统学说之误，形成了墨守成规、不思进取的文化心理。

第五，从盲目排外到崇拜外国。由于中国长期处在“闭关时代”，故“华人排外性根久伏”，有种“荒岛孤人的思想”。这影响了利用外资外才“以图中国富强”。但随着国门打开，许多人又从“反动外国”走向另一极端的“崇拜外国……事事都仿效外国”，对事物“根本不去研究”。孙中山的这种描述，实则揭示出国民人格在情感方面的一个缺点，即缺乏理智，过于情绪化。

2. 新国民必需的素质

第一，有知识有文化的国民。

科学文化是人类智慧、理性与文明的积极推动力。孙中山明确认识到，中国要摆脱贫穷落后地位，走向富强文明道路，切实提高民族文化素质，是一项建设富强国家的战略性任务。当国家真正实现“智者不致失学而嬉，而愚者亦赖学以知理，不致流于颓悍，妇儒（孺）亦皆晓诗书”时，也是国家经济文化繁荣进步、洗刷掉愚昧无知的耻辱之时。历史证明，国民文化素质提高，才可能养成近代国民意识。孙中山说：“国家进化由野蛮而进于文明。人类亦然，由无知识而进于有知识，脱离旧观念，发生新观念；脱离旧思想，发生新思想。”孙中山肯定，国民素质提高，不仅会促进经济发展，同时也是对国家政治民主化建设的有力推动。他认为民主政治之所以被野心家

之流祸乱如此，就是“国人因缺乏新思想，放弃权利，国中政权遂为一般强盗官僚乘时而操纵之。民国十年来所以如此大乱，其原因亦即在是”。

第二，有新道德的国民。

新国民要有爱国心。孙中山认为：“做人的最大事情是什么呢？就是要知道怎样爱国，怎么样可以管国事。”而在那个特殊的年代，孙中山认为爱国主义和革命民主主义是一致的。要使中国从贫弱落后的半殖民地半封建地位，转变成为繁荣昌盛的资本主义强国，必须敢于拼搏，勇于牺牲，视死如归，贡献自己的一切，包括宝贵的生命。

新国民要有社会公德。孙中山认为，提高国民道德素质，还必须努力养成社会公德意识，形成健康的社会风尚。孙中山指出，树立社会公德，就要“明德新民，首涤旧污”，从改革封建落后的风俗习惯做起，移风易俗，养成积极向上的道德风尚。净化人的灵魂、转移社会风气是提高国民素质和精神文明建设水平的重要条件。孙中山提出，民国建立后，要坚决废除“奴婢之蓄养”、“缠足之残忍”、“发辫之屈辱”，肃清“鸦片之流毒”、“闹娼聚赌”、“酗酒闹事”以及“阳风水”等等愚昧落后与封建陋习，建立健康良好的生活方式和协调的人际关系。至于废除封建等级制与称谓及跪拜礼，建立人格平等、相互尊重的新的人际关系，以及实行“卫生之制”、讲求文明礼貌，那更是改善国民素质的应有之义。

新国民要讲究自由平等。孙中山指出要克服等级依附意识，树立“自由平等”的观念，主张把自由平等的意识注射到人的内心，使人之心理上都倾向共和，倾向自由平等。

新国民要有“乐观之精神”、“坚忍之毅力”、“一往向前去做”的行动。孙中山所讲的乐观坚忍，就是要对事业充满信心，“勇猛进取”，怀一腔“奋勉之气”。他告诫国民，要“敢于革命”，以变革求进步；要“富于冒险”，日本维新、欧美进步正是有赖于此；要勇于行动，“百折不回、一往向前去做”。他反复阐述“知难行易”，旨在强化人们的信心意志，促使国人积极践行。在孙中山看来，乐观、坚忍和行动的重要性就在于“事业以活动而成功，活动以坚忍为要素，世界万事惟坚忍乃能成功”。在此，他表述了一条心理学的基本原理：事业成功以行动和维持行动的信心意志为前提。于是他说：“乐观者，成功之源，悲观者，失败之母”，醒国民千万不可受“悲观畏

难、怠惰退缩‘无形之敌’侵入”，“自心反对”，最终“一事无成”。

新国民应有开放心态，同时又不可“附和盲从”。针对国人惯有的盲目排外心态，孙中山指出，国家能否富强的重要因素，在于国人“欲不欲”与外界交往。他呼吁国民应以开放心态“欢迎外国之雄厚资本、宿学人才和精练技术”，如此便可“图中国之富强”。同时，孙中山谆谆告诫人们，不可对外国“一味的附和盲从”、“失却自信力”，而是要冷静分析中西长短，“照自己的社会情形去做”，这才是正确的态度。

第三，有强健体魄的国民。

体魄强健是国民素质的重要基础，也是提高国民综合素质的重要因素。孙中山认为：“夫欲将国力之坚强，必先图国民体力之发达”。但长期以来，我国人民生计较为艰难，营养严重不良，加上其他一些不良的生活方式和习惯，致使国民的体能素质每况愈下。孙中山把饮食同国民健康联系起来，充分肯定其对增强国民体质的积极作用。孙中山认为，饮食数量和质量都与国民健康有直接关系。食量不足，热量不够，则生元（指细胞，引者注）必取身内所蓄积之脂肪，以供燃料；脂肪既尽，则取及肌肉。故饮食不足之人，立形消瘦者此也。孙中山主张必须禁绝吸食鸦片、缠足等损害身心健康的恶习与陋俗。孙中山提出：“今日进化之人，文明程度愈高，则去自然亦愈远，而自作之孽亦多。如酒也，烟也、鸦片也、鹘肩也，种种戕生之物，日出日繁，而人之嗜好邪辟亦以文明进化而加增，则近代文明人类受饮食之患者，实不可胜量也。”由此可见生活方式是否科学合理，更成为决定国民身心健康的重要因素。他还明确提出“体育为民族健康之本，应视为教育之先，努力倡导”，指出加强体育锻炼的重要性。

三、近代中国：从臣民、国民到人民、公民

（一）从“臣民”到“国民”

我国的立宪运动是从清朝末年开始的，标志性事件是以颁布《钦定宪法大纲》作为预备立宪的纲领，但它仍未脱离几千年来的君臣关系的影响。它在最后专章规定“臣民的权利”，所有的“民”均被称作臣民[①]，仍需要接受

① 在封建社会，君、臣、民是不同的等级代称，但在民主革命冲击的严峻形势下，清王朝无可奈何地将三元等级关系改为君—臣民的二元关系了。

三纲五常的约束。此后，清王朝在辛亥革命的压力之下，企图力挽颓势，于1911年10月30日仓促出台了《重大十九信条》。无论这部宪法性文件是否可信，有意思的是，当时的摄政王载沣“还装模作样去太庙宣誓拥护”①。《重大十九信条》不再使用“臣民”，而采用了“国民”的提法，但也仅在第七条规定：“上院议员由国民于法定特别资格中公选之。”除此，通篇不提人民或国民的权利和义务。

尽管在近代立宪运动史上，《钦定宪法大纲》、《重大十九信条》一直被视作清王朝“假借立宪之名，行抵革命之实”的作品，但法律文件从“臣民”到“国民”的转变却是在这一过程中悄然完成的。这种明文表达至少说明清王朝意识到形式平等的重要性，显示了一定的积极意义。

当然，学术上的宪法用语被官方接受，说明清王朝深感立宪之必要，但为时已晚。两千多年前，我们的祖先发明了君臣、君民、官民以及君子与小人等概念，并且以此规范人们之间的政治关系。而当我们接受外来词“国民”时，也就意味着我们对政治关系产生了新的认识。

（二）“国民”与“人民”同时使用

1912年颁布的《中华民国临时约法》（以下简称《临时约法》）庄严宣布：“中华民国之主权，属于国民全体。”但令人颇感意外的是，除该条之外，在规定基本权利和义务的时候使用的却全部是“人民”一词。而“人民”究竟何指，语焉不详。随后出台的《选举法》亦规定了种种限制人民选举权利的条件，如“只有具备年纳直接税二元以上和价值五百元以上的不动产，在选区内居住二年以上，并具有小学毕业文化水准，才能享有选举权”。至于被选举权更是设置了种种限制，印证了“人民”是对有产者的称谓。因此，有学者对《临时约法》所使用的人民概念作阶级分析，认为“实际上它所指的只限于资产阶级本身，而不包括广大劳动人民在内”②。

1913年由当时所谓的“中华民国国会宪法起草委员会”拟定的《天坛宪法草案》，则更加明确地规定：“凡依法律所定属中华民国国籍者，为中华民国国民”，首次提及国民资格的认定，在基本权利义务的规定上则沿袭前

---

① 蒋碧昆：《中国近代宪政宪法史略》，法律出版社1988年版，第85页。此举尽管只是虚有其表，但在形式上颇有点“效忠宪法”的味道。

② 蒋碧昆：《中国近代宪政宪法史略》，第130页。

文件使用的“人民”。自此，1914 年《中华民国约法》（又称“袁记约法”）、1923 年的《中华民国宪法》（又称“贿选宪法”）皆依此作出规定。

此后，1931 年的《中华民国训政时期约法》以及民国政府后来拟定的《中华民国宪法草案》（又称《五五宪草》）、制定的《中华民国宪法》（1946 年）大同小异，皆以“国民”指称国家权力的归属主体的每一分子，以“人民”概称权利义务主体。但《训政时期约法》增加了两条规定，即第六条：“中华民国国民，无男女种族宗教阶级之区别，在法律上一律平等。”第七条：“中华民国国民，依建国大纲第八条之规定，在完全之自治县，享有建国大纲第九条所定选举、罢免、创制、复决之权。”对比国民党第一次代表大会宣言中的一句话：“盖民国之民权，为民国之国民乃能享之，必不亲授此权于反对民国之人，使得借以破坏民国”①，似乎已经说明，民国时期“国民”的整体范围与“人民”的范围是一致的，只是“国民”表现的是个体，而“人民”表现的是集体。这为日后接受“公民”一词埋下了“伏笔”。

（三）“公民”的使用

近代著名的宪法学教材之一《比较宪法》专辟有“公民团体”一编，其中认为：“公民这个名词，系指享有参政权的人民而言。因为某一国公民所享有的参政权，其范围或与另一国公民的参政权不同。所以公民这个名词，在一国有一国的含义。”② 该编并阐述公民团体的三种情形：（1）在有些国家，政权完全操诸政府，甚或操诸政府中一个独裁君主，国民并无任何机会去参加国家政策的决定，如 1905 年以前的俄国等。在这类国家中，公民团体直可谓全不存在。（2）在另有些国家，公民团体是存在的，但公民的职权限于选举，如现今的英法两国。此时公民可与选民混称。（3）在还有些国家，公民团体不独享选举权，并且享有直接立法与直接罢免官吏议员等权，如瑞士及美国各邦等。此时，选民不能代替公民这个词。

孙中山早在《中华革命党总章》中规定了“革命时期”党员享受不同待遇的三种身份（等级身份），并把党员和非党员的区别限定为公民和非公民的区别：“（1）凡于革命军未起义之前进党者，名为首义党员；首义党员悉隶为元勋公民，得一切参政、执政之优先权。（2）凡于革命军起义之后，革

① 《中国国民党历次代表大会及中央全会资料》，光明日报出版社 1984 年版，第 11 页。

② 王世杰、钱端升：《比较宪法》，第 133 页。

命政府成立以前进党者，名为协助党员；协助党员得隶为有功公民，能得选举及被选举权利。（3）凡于革命政府成立之后进党者，名曰普通党员；普通党员得隶为先进公民，享有选举权利。”至于“非党员，在革命时期内，不得有公民资格，必待宪法颁布之后，始得从宪法而获得之”①。孙中山关于革命党人身份的认识与共和公民身份有着极大的差异，他所强调的是政治等级和特权，而公民身份强调的则是同等形式的平等民权和人权。但这种缺乏民主平等观念的等级国民思想在当时却被用作了“训政党治的重要根据”②。由此可以窥见“公民”的特殊地位以及与其相关的政治权利内涵。

国民政府于1929年颁布的《乡镇自治施行法》规定，中华民国人民在本乡镇区域内居住1年，或有住所达2年以上，年满20岁，经宣誓登记后，为乡镇公民，有出席乡镇区民大会及行使选举、罢免、创制、复决之权。惟消极之限制：（1）有反革命行为经判决确定者；（2）贪官污吏土豪劣绅经判决确定者；（3）褫夺公权尚未复权者；（4）禁治产者；（5）吸用鸦片或其他代用品者。强调某些国民并不能登记为公民，没有选举权。③ 该自治施行法还取消了以前的自治法规对选民各种性别、财产、资历和文化条件的限定，如年纳直接税2元以上者；有动产或不动产500元者；曾任或现任公职或教员者；曾在高等小学以上学校毕业或有相当资格者等等。此时公民与国民之间的区别主要在于是否能够行使参与政治的权利。

“公民”一词首次出现在新民主主义的法律文件上，是1934年第二次全国苏维埃代表大会修改通过的《中华苏维埃共和国宪法大纲》，其中第4条写道：“在苏维埃政权领域，工人、农民、红色战士及一切劳苦民众和他们的家属，不分男女、种族、宗教，在苏维埃法律面前一律平等，皆为苏维埃共和国的公民。”为使工农兵劳苦民众真正掌握着自己的政权，《苏维埃选举法》规定：“凡上属苏维埃公民，在十六岁以上者皆有苏维埃选举权和被选举权，直接派代表参加各级工农兵苏维埃的大会。”并在第13条中再次使用“公民”一词：“一切苏维埃公民有反宗教宣传之自由，帝国主义的教会只有

---

① 《中华革命党总章》，见《孙中山全集》第3卷，中华书局1984年版。

② 徐贲：《从宪法的形式性看中国宪政问题》，见www.libertas2000.net/gallery/ConChina/xvben.htm。

③ 转引自谢振民：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第699页。

在服从苏维埃法律时才能许其存在。”该文件通篇表明“苏维埃政权属于工人、农民、红色战士及一切劳苦民众”，仅在规定选举权和“政权公共利益”的场合使用公民概念。这与近代宪法理论的阐述是一致的。制定文件者并未意识到该问题，或许这只是一个单纯借鉴、仿效苏联文件的一个做法，因为在此后颁行的《陕甘宁边区施政纲领》、《陕甘宁边区宪法原则》里则完全看不到“公民”一词的影子，同时也不再使用“国民”一词，一律采用“人民”作为基本权利义务的主体。

政治话语的变迁反映着政治文明的转型。近代中国“臣民”到“国民”是一大进步，“国民”到“公民”则是悄然的一大变化，而“人民”一词作为基本权利享有主体的用语以《临时约法》为肇端，此后几乎没有什么变化。

第二节　公民概念的发展

一、新中国：“公民”与“人民”

（一）《共同纲领》：国民一词的悄然变化

1949 年的《共同纲领》不仅继续沿用“人民”作为基本权利的享有主体，而且在主权归属者上也同样使用“人民”，如第 12 条规定“中华人民共和国的国家政权属于人民”，几乎抛弃“国民”一词的运用。但《共同纲领》并没有完全弃而不用，而是在其有关义务的条款中使用“国民”这一用语。[①] 如第 4、5 条在规定各项权利时，主体采用的是“人民”一词，而在第 8 条[②]规定义务时主体却分明采用“国民”一词，其次是在第 42 条提倡公德时，再次采用了“国民”。这是一个非常有意思的微妙变化。在近代，特别是中华民国的宪法性文件几乎都是将国民作为主权的归属者的，而新中国成

---

① 参见《共同纲领》第 8 条。这一现象值得注意，在讲到权利时，使用人民这一概念，在讲到义务时，则使用国民这一概念。也就是说，我们如果反过来使用时，可能会有些不习惯，那么我们的习惯性又是什么呢？又是什么时候导致的？又在什么时候，我们决定用“公民”一词来包容人民和国民，作为法律上的用语？

② 该条原文是：“中华人民共和国国民均有保卫祖国、遵守法律、遵守劳动纪律、爱护公共财产、应征公役兵役和缴纳赋税的义务。”

立后第一部宪法性文件却将国民作为义务主体使用。难道真的是因为“敌人用之，我便否之”的心态吗？

实际上，关于“人民”和“国民”之间的分别，周恩来在《关于〈共同纲领草案起草经过和纲领的特点〉的报告》中作了辨析。“人民”是指工人阶级、农民阶级、小资产阶级、民族资产阶级，以及从反动阶级觉悟过来的某些爱国民主分子。“而对官僚资产阶级在其财产被没收和地主阶级在其土地被分配以后，消极的是要严厉镇压他们中间的反动活动，积极的是更多地要强迫他们劳动，使他们改造成为新人。在改变以前，他们不属于人民范围，但仍是中国的一个国民，暂时不给他们享受人民的权利，却需要使他们遵守国民的义务。”[①] 他强调这就是人民民主专政的一个体现。可见，作为“人民”内部的国民与“非人民”的国民在享受权利上存在天壤之别。

（二）公民概念的正式使用

通常认为，新中国最早使用“公民”的规范性文件是1953年公布的《中华人民共和国全国人民代表大会及地方各级人民代表大会选举法》，其第4条写道：“凡年满十八周岁之中华人民共和国公民，不分民族和种族、性别、职业、社会出身、宗教信仰、教育程度、财产状况和居住期限，均有选举权和被选举权。”但通篇除此一处外，竟难再见到公民一词。立法机关对选举法正式使用“公民”代替“国民”并没有作出解释[②]，而当年邓小平同志所作的关于该选举法草案的说明中，也丝毫没有提及采用“公民”一词的理由和意义。同期的相关报刊也没有对此作出说明。

如果在当时以“公民”代替“国民”不是一个非常令人注目的问题，那么就一定存在人们认为理所当然的理解和运用。进一步追问下去，人们理所当然的理由又是什么呢？有些学者认为，此举一方面表示出新中国对国民党旧法统的彻底摒弃，另一方面也体现出与世界在使用词语上的一致。这两点理由虽未见于各种著述，但有一定的道理。因为废除国民党政府的六法传统，一并抛弃其惯常用语，是符合当时的阶级斗争情绪的。但并非完全不用“国民”这个词，如《共同纲领》即将之作为义务主体来使用的。影响我们

---

① 《人民日报》1949年9月26日，转引自许崇德主编：《中国宪法参考资料选编》，中国人民大学出版社1990年版。

② 我们试图寻找当时的立法背景资料，以及当时对“公民”代替“国民”一词的社会反映，但未果。

采用公民的另一因素，主要是 1918 年《俄罗斯苏维埃社会主义联邦共和国宪法》（以下简称《苏俄宪法》）的影响，如其中关于选举法的一篇，规定：但是凡年满 18 周岁的俄罗斯公民，不问信仰、民族、居住情况如何，都有各级苏维埃的选举权和被选举权。①

谁影响了“公民”一词的使用？有理由相信，来自苏联的影响超过了世界上其他任何一个国家。首次出现“公民”一词的 1934 年《中华苏维埃共和国宪法大纲》，对“公民”的使用似乎显得并不经意，只是由于在革命斗争初期需要以苏联为榜样和方向，所以不仅在“苏维埃”名称上照搬了，而且在某些具体款项上，也保持着与苏联宪法性文件的高度一致。如 1918 年《苏俄宪法》第 64 条规定：“凡俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国的下列男女，不问其信仰、民族、居住情况等如何，凡在选举日前已满 18 岁者，均享有各级苏维埃的选举权及被选举权。”第 20 条规定：“俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国鉴于各民族劳动者的一致性，对于居住俄罗斯共和国境内从事劳动并属于工人阶级或不使用他人劳动的农民中的外国人民，给予俄国公民的一切政治权利，并承认各级地方苏维埃有权不经任何繁杂手续给予此等外国人民以俄国国籍的各项权利。”② 而对我国近代产生过较大影响的日本，无论是 1889 年的《大日本帝国宪法》，还是 1947 年的《日本国宪法》，都没有使用过“公民”一词。

1953 年 4 月 3 日《中央选举委员会关于选民资格若干问题的解答》对“居留于我国境内的外国人有无选举权和被选举权”的回答是：“凡是居留于我国境内未取得中华人民共和国国籍的外国人，无选举权和被选举权。其业已取得中华人民共和国国籍，并具有公民资格、年满十八周岁者，有选举权和被选举权。”这个回答将“业已取得国籍者”和“具有公民资格”作为并列的两个条件。同时，为准备全国人民代表大会及地方各级人民代表大会选举、做好选民登记工作而颁发的《全国人口调查登记办法》第 3 条规定：凡

---

① 但也有几类人不得享有选举权和被选举权，如以谋利为目的而使用雇佣劳动的人，依靠资金、企业和财产收入为生的人，私商、贸易及商业中间人，僧侣和宗教人士，旧警察机构、宪兵特别团及保安所职员和代理人，旧俄皇族成员等等。参见任允正、于洪君：《独联体国家宪法比较研究》，中国社会科学出版社 2001 年版，第 9 页。

② 苏联 1977 年《宪法》第 59 条曾这样写道：“苏联公民必须遵守苏联宪法和苏联法律，尊重社会主义公共生活规则，无愧于苏联公民的崇高称号。”可见在苏联，公民一词带有强烈的价值倾向。

中华人民共和国国民，均应进行登记。这样的法律规定似乎表明，国民是具有中华人民共和国国籍的人，而公民资格是一个内涵更加丰富的词汇，并不是取得国籍的当然结果。取得国家国籍即成为一个国家国民，但若没有取得公民资格，就不一定是一个国家的公民。

问题是，比较《共同纲领》中“中华人民共和国人民依法享有选举权和被选举权”和《选举法》中“凡年满十八周岁之中华人民共和国公民……均有选举权和被选举权”，有理由认为，这是一个用“公民”一词代替“人民”一词，而不是通说中代替“国民”的问题。在具体的选举权主体身份上，用“公民”这样的一个个体概念来代替“人民”集体概念，反映了立法上的成熟，因为作为需要具体操作和执行的选举法最终都不得不落实到个体身上。

无论怎样，1953 年《选举法》实际上仍按传统习惯[①]，在参政权主体的原意上沿用“公民”作为选举权和被选举权的主体，而“国民”在新中国成立后悄然演变成为义务主体。不少学者认为，新中国成立初期的《共同纲领》是在“公民”的意义上使用“国民”[②]。这实际上是错误的理解。然而这一变迁并未引起足够的注意，如《宪法学全书》把公民解释为“通常具有一个国家国籍，并根据该国的宪法和法律规定，享有权利并承担义务的人”；把“国民”解释为“具有一国国籍，依该国宪法和法律规定享有一定权利并承担一定义务的人，一般指公民”[③]。

（三）公民概念的普遍使用及正式明确

从 1954 年宪法开始，“公民”这一用语不仅用于表示一般的基本权利的享有者，同时也指基本义务的承担者。“自此，公民这一概念的法的内涵发生重大嬗变。”[④]“国民”作为一个独立的概念从宪法性文件中消失，除了与“经济”、“生产总值”等组成另外意义的词汇。“人民”由先前表达基本权利的主体转而仅仅适用于表明主权归属者的身份。此后，相继制定修改的三部宪法中，均广泛采用“公民”这一概念，同时亦不再独立使用“国民”这一概念。

但是直到 1982 年宪法颁布，公民含义才得以明确。其第 33 条规定：

---

① 指的是人们观念中的习惯，如旧时公民是指具有参政权的人。

② 许多人认为这时候的“国民”一词同“公民”一词含义相同。见各类宪法学教材。

③ 姜士林等主编：《宪法学全书》，当代世界出版社 1997 年版，第 27—28 页。

④ 林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社 2001 年版，第 85 页。

“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”它表明，在我国，公民除须具有中华人民共和国国籍外，没有另外的资格限制。由此，不仅公民的范围得到扩大，而且公民之间的资格平等性也得以彰显。当然具体到每一项公民权利时，由于权利本身不同，公民权利能力和行为能力的享有并不完全一致。

一国成员一旦具有公民的身份，那么原先与人有关的其他身份或属性，诸如阶级、集团、地域、民族、性别、职业、信仰、地位、经历等差别，在法律面前一概变得狭隘了。此时，每一个社会成员都摆脱了各种关系成为国家中的一个最小单位，共同的身份决定了具有某些共同的“人性”。这就是公民身份与其他身份的区别。

（四）公民概念在法律上的误用

按照我国宪法的解释，公民就是具有我国国籍的人。但是这种主体身份不是用在所有的法律中都是协调和相适应的。如《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第二章的标题是“公民（自然人）”，这种表述民事主体的方式延续在以后的各种法律文件和民法著述中。在中译本的大陆法系国家如德、意民法典中，关于民事主体部分的规定却不曾有这种现象。事实上，民法上的民事主体在汉语语境中的表述曾历经数次变化：在 1929 年国民政府的民法典中是“自然人”，在 1949 年新中国成立以后的各种法律文件中改称为“公民”，在 1986 年《民法通则》中被折中地称为“公民（自然人）”。

但“公民（自然人）”的标题的确容易引起误解，即自然人为公民的别称，两者可以套用。实际上，“自然人”与“公民”这两个概念在外延上都是不同的。在中国境内，公民仅指中华人民共和国公民，而自然人则不仅包括中国公民，也包括外国人和无国籍人。可见，自然人的范围大于公民的范围。而《民法通则》基于这种尴尬的写法，不得不在第 8 条第 2 款规定：“本法关于公民的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外。”

二、公民概念的法律确认

（一）现代国家的公民概念

“公民”一词普遍地适用于国家的全体成员，是从资产阶级取得革命胜

利，建立资产阶级国家开始的。为了不与近代资产阶级革命后组成的民族国家相混淆，这里所表明的现代国家主要指建立相对稳定的政权之后延续至今的国家，所探讨的公民概念也基于这些国家宪法对公民的有关规定。

“公民”概念并没有被所有现代各国宪法所采用，一些国家的宪法就采用“人民”或“国民”的概念。如德国 1919 年《魏玛宪法》第二编的题目是“德国人民的基本权利和义务”，第 109 条规定“德国人民在法律面前一律平等”。《日本宪法》则采用“国民”这一概念，第三章题目是“国民之权利及义务”，第 10 条规定“日本国民应具备之条件由法律规定之”。1987 年的《大韩民国宪法》规定主权属于国民，一切权力来源于国民，通篇没有“公民”、“人民”二词。在一些君主政体的国家，如沙特阿拉伯、卡塔尔、摩洛哥等，国家主权控制在君主手中，也只有“国民”、“臣民”而无“公民”。

在宪法中采用“公民”这一概念的国家，其意义也不完全相同。概括起来主要有两种：一是指具有该国国籍的人，采用这种意义的国家居多数；二是指具有该国国籍并具有一定条件的人。资产阶级革命胜利后，资产阶级国家的宪法在相当长的一段时间里，都对公民规定了种种限制条件。随着人民争取自身权益活动的开展，这种法律上的限制越来越少。但现在仍有少数国家的宪法，除规定公民必须具有该国国籍外，还规定了一些其他条件，包括年龄条件、文化条件、谋生手段等。如《秘鲁宪法》第 80 条规定：“公民是成年的男女秘鲁人，年满 18 岁的结了婚的人和获得权利能力的人。”《墨西哥宪法》第 34 条规定，“公民需有正当的谋生手段。”《厄瓜多尔宪法》第 15 条规定：“凡是年满 18 岁的能读会写的厄瓜多尔人，不分性别，都是公民。”显然，现代国家对公民的附加条件已经从宗教、血统、性别的禁锢中脱离出来。

当然，虽然这些国家的宪法在规定公民条件上存在差异，但却有一个共同的前提条件，即具有本国国籍。

（二）国籍论

1. 国籍立法的必要性

在 18 世纪末和 19 世纪初，国籍问题才比较详细地由法律进行规定。此前，欧洲一些封建国家把人口按等级和职业团体等分成不同类别，并按个人

隶属的类别的不同决定他们各自不同的权利和义务。当时，等级和职业团体等的隶属关系在法律上具有重要意义，但国家的隶属（国籍）相对并不重要。首先，随着资产阶级国家的产生，由于这些法律壁垒的废除，国家的隶属取得了重要意义，国籍法的制定成为必要，因为是否具有某国国籍，意味着是否享有该国的政治权利。如法国大革命以后，法国宪法规定国民享有选举国会代表参加立法的权利。其次，由于国际贸易和交通的大力发展，人口的流动也大为增加，而国家是在特定领土内对特定人口行使其权力，决定特定人口则是一国国籍法的目的。最后，本国人同外国人所享有的权利和承担的义务既然不能完全相等，也有必要制定取得和丧失国籍的法律。

2. 国籍对于个人的意义

只有国家才有权赋予个人以国籍。国籍是指个人作为特定国家成员而隶属于该国家的一种法律上的身份。它既是国际法上的一个概念，又是宪法上的概念，但它主要由国内法规定。众所周知，国际法是主权国家交往的规则，而国籍是主权国家保护本国公民的一个标志。国籍是同外国人资格相对应的。任何个人，如果不是一个国家的国民，对这个国家来说就是外国人。或许可以断定，国籍这一概念最初只是一国之“民”在同外国交往时才需要的标志，在一国之内则没有什么不同，一国之“民”都是平等的。

一个人具有该国国籍，就同这个国家发生了一种特别的法律关系[①]：他就被认为是该国的国民，他对该国享有外国人所不能享有的一些权利，承担外国人所不能承担的义务。例如，就国内法来说，一国国民一般享有政治权利，如选举权和被选举权，并承担服兵役的义务，而外国人则不能享有和承担这种权利和义务；国民对其本国可能犯叛国罪，而外国人对于侨居国则不可能犯这种罪。就国际法而言，一国对侨居在外国的本国国民有权予以保护，并有义务接纳其回国；而对外国人，则原则上既无权予以保护，也无义务接纳其入境，但有权予以驱逐出境。

总之，国籍不仅是一个人的法律身份，是一个人在国内享有权利和履行义务的先决条件，也是侨居国外的公民寻求母国外交保护的法律依据。它使一个人在心理上产生对某个国家的归属感，公民基于归属感而产生对国家公

① 参见李浩培：《国籍问题的比较研究》，商务印书馆 1979 年版，第 5 页。

共利益、公共事务关心的情感。

3. 国籍取得方式：原始国籍和继有国籍

原始国籍又称出生国籍（nationality by birth），是指一个人在一生中所具有的第一个国籍。赋予原始国籍的标准有三：一是血统主义[①]，二是出生地主义，三是折中主义。血统主义主要以父母的国籍来确定国籍。这种确定方法起源很早，主要从家族或部落的成员身份发展而来。出生地主义则以出生地所属的国家的国籍为标准，它是封建制度的产物，因为封建主和臣民的关系以土地为基础，封建主将土地授给臣民，臣民即对封建主承担效忠和服兵役的义务，而封建主则对臣民许诺保护。但纯粹采用这两种主义作为立法原则的则很少，大部分国家采取的原则是折中主义，即或是血统主义为主、出生地主义为辅，或是出生地主义为主、血统主义为辅。

继有国籍是指一个人出生以后根据有关事实而由一个国家给予的国籍。继有国籍有两类：第一类是根据当事人的意思（如自愿申请入籍和选择国籍）而取得；第二类是不根据当事人的意思而根据法律规定取得，如由于婚姻、收养、准婚生、移转领土或接受公职等等事实而根据有关国内法规定取得的继有国籍。

一个人丧失某一特定国家的国民身份就是丧失国籍。丧失国籍分为自愿丧失和非自愿丧失。自愿丧失国籍以当事人的意思为基础，可以声明放弃国籍，或申请解除国籍。非自愿丧失国籍，不以当事人的意思为转移。它或者是法律规定的当然结果，或者是主管机关根据法律规定剥夺当事人国籍的结果。

为了解决多重国籍问题，当今各国都允许丧失国籍。但联合国 1948 年的《世界人权宣言》规定："人人有权享有国籍。任何人之国籍不容无理褫夺，其更改国籍之权利，不容否认。"该宣言对非自愿丧失国籍的做法持否定态度。

4. 因国籍而产生的权利和义务

由于公民活动范围和参与的法律关系并不限于国内，因而可以将公民的

---

① 李浩培先生认为血统主义这个名词不很恰当，容易使人误解国籍是按照人种而赋予的，即按照父母的血统或种族而决定的。特别是人种国籍的观念曾被希特勒法西斯作为侵略的借口，血统主义这个名词的不恰当就显得更为突出。李先生提出较好的代替名词是"基于亲子关系的国籍"。

权利和义务分为两类，即在本国具有的权利和义务，与在国际上具有的权利和义务。

因国籍而产生的权利义务，因各国不同的国内法而产生不完全一致的权利和义务。如我国，不管是原始国籍还是继有国籍，其法律后果是一样的。而美国，取得原始国籍与取得继有国籍享受的权利和承担的义务并不相同，如取得继有国籍的人不得当选为美国总统。

因国籍而产生的国际法上的权利和义务分为两个方面：在国际公法上，国籍的意义在于确定个人和特定国家的关系。具有国籍就要承担对本国效忠的义务和接受管辖的义务，也有权请求国家对其实行外交保护。在国际私法上，国籍既是适用属人法的一个重要连接点，也是国家能够对在外国的侨民在其民事权益受到侵犯而作为原告回到本国进行诉讼时，行使管辖权的一种根据。

（三）现代公民概念之特点

在现代法学中，公民是指具有某个国家国籍的个人。一个人具有某个国家的国籍，通常就被认为是该国的公民，享有该国宪法和法律规定的权利，并必须履行相应的义务。这个概念反映出公民的四个特点：

第一，公民是自然人的一种法律上的身份或资格，或者说是一种权利义务主体的身份或资格。自然人是一种没有附加任何人为色彩或制定法价值的个人，是自然出生，具有五官百骸、血肉之躯，并区别于其他动物的人。在法学中，自然人是相对于法人而言的。同时，公民作为自然人，是指个人而非群体的一种身份。尽管在古罗马，人与自然人有明显不同[①]，但对于现代社会来说，一个自然人必定是一个个人。

第二，公民概念反映了个人与国家之关系的一个方面。公民是民族国家

---

① 在古罗马，人与自然人存在差别。当一个人（homo）具备足以使其获得权利能力的条件时，在技术用语上称为“人（persona）”。即便他不是罗马人，作为罗马社会的权利主体，首先必须是人（自然人），同时还需要具备其他基本条件：是自由的（status libertatis），就市民法关系而言，还应当是市民（status civitatis）。在一定限度内，享有按照意愿处置自己的人生和行动的自由权，是“自由人”，完全丧失者是“奴隶”。自由人又根据其取得自由的方式的不同而分为生来自由人和解放自由人：前者因出生而自由，后者则是在摆脱奴役后才获得自由。反过来也可见三种不同身份：丧失自由地位，是“最大人格减等”；丧失市民身份是“中人格减等”；最小人格减等是因收养、自权人收养、归顺夫权的婚姻或者脱离父权而丧失有关的家庭权利。参见［意］彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 41 页。

共同体的构成主体。公民身份不是自然获得的，而是经过政治共同体制定的基本法律（如宪法）认定后得到的，“公民”身份的出现总与国家的确立分不开。属于某一国家的公民，就意味着享有该国法律赋予的权利，包括请求国家保护的权利；同时负有该国法律所规定的义务，包括接受国家管理的义务。国家及其权力形式的出现及公民身份的确立，标志着人民与国家权力之间一种崭新关系的建立，即国家权力与公民之间确立了一种制度化的权利与义务关系。而且，公民概念蕴涵着“主权在民”的原则，它意味着国家及其一切权力属于具有公民资格的所有人，而非某一个人或某一些人。

第三，公民概念反映了公民之间的平等关系。它意味着所有公民在法律面前是完全平等的，凡具有这个国家国籍的人都享有同样的权利，承担同样的义务。因为他们都具有一个相同的身份即公民。不管担任何种职务，从事何种工作以及具有何种出身，他们都是平等的公民；法律不承认任何特殊公民。平等是公民概念最重要的特点。由于公民概念是在资产阶级反对封建等级制度的革命中普遍化的，相对于封建社会“君主一人为上，其余皆为臣民”来说，公民“破除等级，承认人格平等”的意义就尤为突出。

第四，公民资格的取得与丧失是以国籍的取得与丧失为转移的。判断公民资格的唯一标准是他是否具有该国国籍。但具体确定出生国籍和继有国籍的条件，则是一个国家主权范围内的事情。这种确定往往不可避免地带有历史的痕迹，它使公民不仅仅是一种法律身份，而且还是一种政治身份，因而也使国籍的确立掺杂了复杂的政治因素。

三、“公民”的习惯用义与文本含义之间的落差

上面对于公民概念的追溯，仅仅局限于对规范性文件使用“公民”的追溯，缺少对同时代的公民概念在观念上、现实中的习惯运用状态进行考察。而现实的公民概念和观念的公民概念最能说明公民概念的文化延续。国民、公民、人民的概念的变迁几乎都与当时的时代背景有关，却又几乎没有任何规范性文件作出说明。[①] 所以，尽管 1982 年宪法已经明确公民的含义，但是

---

① 周恩来所作的《关于〈共同纲领草案起草经过和纲领的特点〉的报告》对“人民”与“国民”作了一些区别，但邓小平所作的《关于〈选举法〉草案的说明》以及刘少奇所作的《关于中华人民共和国宪法草案的报告》均没有对使用“公民”一词作出解释。

在明确定义和实际使用上存在距离，在习惯用义与文本含义上存在落差。

或许，我们可以试着从普通民众、学术界、政治人物的“公民”观念来考察公民一词，这样的分类可能会招致批评：人为破坏“公民”的平等性。但实际上，这样分类反而使我们对观念中的“公民”有一个更全面的认识，因为不同人物的观念对政治法律会产生不同的影响。

1. 普通民众使用的“公民”。尽管在日常生活中，人们极少使用“公民”这个词，多是用“百姓”、“草民”、“居民”等等词来代替，偶尔使用公民往往是在以下几种情况发生：（1）我是公民，我当然有权参加选举……（2）你是国家公民，你应该以国家或集体的利益为重……（3）我是国家公民，所以，我有责任……（4）我是一个中国公民，所以对于祖国，我有归属感……[①]热爱祖国是一种公民自然情感的流露。总体而言，“公民”多是用来表达政治情感的。

2. 学术思想中的公民用语。大致分为两种情况，一种是研究与公民相关的其他问题，以法律规定的公民概念为基点；另一种是以公民为主要研究对象的理论[②]，则将公民局限于参与公权力行使，影响公共决策，关注公共利益，富有公共责任感的那部分人。学者徐国栋在《论市民——兼论公民》一文中，明确写道：“如果采用市民的标准，我们说一个法律规定的人性标准较低；如果采用一个公民的标准，我们说一个法律规范的人性标准较高。”[③]

3. 政治人物言语中的“公民”。政治精英的语言总是更能准确地反映一个国家占主导地位的意识形态。

人们观念中的“公民”远比宪法中的“公民”丰富。很久以来，似乎人们认为相对于政治国家，“每个公民生命的目的就是为国效力，为公献身，在政治机器上恪尽‘螺丝钉’和‘齿轮’的角色所赋予的职责”[④]。而且应知

---

① 上述四种情况，只是随机在熟人面前的询问，虽不具备科学调查的要素，但亦能说明普通民众对于“公民”的反应。

② 如马长山：《从主人意识走向公民意识》，《法律科学》1997 年第 5 期；丛日云：《构建公民文化》，《政治学》2000 年第 3 期；徐国栋：《论市民——兼论公民》，《政治与法律》2002 年第 4 期；褚松燕：《公民资格定义的解释模式分析》，《政治学》2002 年第 5 期；萧瀚：《走向公民时代》，见 www.gongfa.com；梁波：《当代中国公民政治参与的制约因素》，《求实》2002 年第 5 期；丛日云：《论传统政治教育到公民教育》，见政治文化研究网，以及周鸿陵先生举办的公民网站，等等。

③ 徐国栋：《论市民——兼论公民》，《政治与法律》2002 年第 4 期。

④ 刘军宁：《美德与黑暗的时代》，《共和·民主·宪政——自由主义思想研究》，第 350 页。

“公民角色在道德上要高于个人在家庭中扮演的角色，公民所参加的政治生活也要高于个人的工商业生活”①。无论这种意识是多么偏离公民的本质，或是多么接近公民的本质，公民的公共责任、公民对于国家的权利、公民的公共意识在我国却没有太大的变化。

第三节　公民的本质

在我国，公民概念的历史并未循着公民概念在西方的发展规律演绎。但发展到当代，在概念的法律使用上，我们却走在同一条道路上（指国与国之间的法律交流），可是在公民的文化底蕴和主体意识上则有巨大的差异。这种差异让我们迷惑了：公民到底是什么？梳理公民概念在我国的历史发展，追问公民含义在法律文本与习惯用法上的落差，是因为对于公民概念的确到了需要澄清的时候。

一、当前公民概念的缺陷

尽管“公民”的出现具有重要的价值，公民概念的接受也使个人的法律身份得以确定，但现代法学理论中的公民概念并非完美无缺。参看我国各类宪法教材可以发现，介绍公民概念时，往往出现一种无法解释的逻辑错误，即以国籍作为定义项，而介绍国籍的时候，又以公民为定义项。两者存在循环解释的嫌疑，概念的内涵始终没有得到明确揭示。

同时，人们对“公民”一词的实际运用与理论上的“公民”概念也不相符合。假如我们不考虑包括词典撰写人在内的大多数人给“公民”所下的定义，而是考虑一下他们把这个词实际用于我们这个时代的方式，就会发现，公民这个词绝不仅限于“具有一个国家国籍的自然人”。这样就会造成理解上的错位——按照具有一国国籍的人可称之为公民，我们基本上可以判断一国公民的大致范围②，但当我们强调一个国家的公民文化、公民意识，或者强调保障公民的某项权利时，我们却抛开了公民的理论定义。

---

① 何增科：《市民社会概念的历史演变》，《中国社会科学》1994 年第 5 期。

② 此处只能判断大致范围，主要是因为国籍取得方式具有多样性，以及出生国籍并无明确的登记手续。

这一问题还体现在，我们经常使用不同的术语来表述公民这一个体，却只在特定的语境下使用公民这一术语，如“国民”、“市民”、“人民”等等。例如“civil”一词有多种含义：公民的；政府的、国家的、社会的；公民间的；世俗的；市民的；文明的等等。翻译者总是根据该词在不同语境下的具体含义进行取舍。那么，翻译者根据什么观念进行取舍呢？取舍的标准又是什么？

毫无疑问，使用上的混乱和模糊，最终会削弱公民一词的应有之意。这里不存在大众不能准确掌握概念的可能性，仅有的可能性是概念没有准确地反映事物的本质，没有准确总结人类的认识成果。纵观以上现象，现代法学研究中的公民概念至少存在以下不足：

（一）“公民”与“国民”的差异模糊

众所周知，“公民”与“国民”之间存在差异，但却并未在概念中得到反映。如公民籍和国籍的意义就不完全相同，国籍主要以隶属于一国因而服从该国主权这个概念为基础，而公民籍除了包含这一概念外，还包含政治权利的享有。在一些国家中，经常存在是国民而非公民的人，如在法国，殖民地的土著居民虽然具有法国国籍，是法国国民，但不是法国公民。美国1940年国籍法典第101条也把国民分为两类：一是美国公民；二是虽非美国公民但对美国负有永久效忠义务的人。当菲律宾尚未独立的时候，菲律宾人被认为不是美国公民，而是美国国民。在1952年美国移民和国籍法中，国民和公民的区别仍然存在。

在英文和法文中，“subject”、“sujet”这两个名词也常被用作“national”的同义语。但严格地讲，它们之间也有差异。前者的正确意义是被治者，即受某一公众权力支配的人或隶属于某一主权的人。所以被治者的意义较国民的意义为广。如甲国的被保护国的国民，虽然没有甲国国籍，也是甲国的被治者，而且居留在甲国的外国人，也可以说是甲国暂时的被治者（sujets temporaires）。在中文中，这两个词向来被译作“臣民”，因为他们时常指实行君主制国家中的国民。

（二）“公”之意蕴的欠缺

公民有一个非常重要的修饰字“公”。“公”有许多含义，大致与公共、公平、公正、公开等密切相连。“公”对应“私”，与公民相对的所谓私民，

是指注重个人利益或相关利益，以其个人的私利及其因自然人身份而衍生的人际关系为行事的法则和前提的自然人。“公民”理念则与之相反，是指以国家和社会的成员身份而存在的政治人和社会人。他关注公共利益，直接或间接地参与公共事务，爱护自己赖以存在的政治共同体。当公民触及与国家和社会利益的相关问题时，他会以公民的身份为优先，克服其作为私民的利益与人际关系。

以“国籍”为定义项的公民概念只反映出“民”的含义，而无法传递“公”的信息。此意蕴之欠缺使公民的本质属性无从体现。

（三）“公权利”主体地位之蒙蔽

公民是公权利之主体，是作为与国家相对应的一方主体出现的。公民与政治国家之关系，经西方早期的社会契约论者得以充分展示。社会契约论为国家和社会起源提供了一种解释，即在自然状态下的个人为避免“人总是与他的邻人处于战争状态”（霍布斯语）或者为每个成员“谋福利和保护他们的财产”（洛克语），而彼此同意让渡某些自然权利，结成社会，建立统治机构，确定统治者。依社会契约论，统治机构、统治者虽然是平等主体自愿协商的产物，但它们一经产生即独立于公民个体。即使在现代社会，公民也只能通过复杂的投票程序，对统治机构和统治者施加间接影响。尽管社会契约学说推导出的一些结论遭到自边沁以来的一些思想家的批判，但该学说采用的思维方式及其确立的价值目标却越来越具备普遍意义，这一点即使是社会契约论的批判者也从未否定过。公民概念得以存在的公民与国家关系模式，则表现为公民与国家相互对立的格局。

以国籍为前提的公民概念，却缺乏表现公民在国家与公民之间关系模式中的主体地位，缺乏公民积极或主动地位的内涵揭示，单方面表现了公民作为一国公民的消极或被动地位，如接受管理、享受保护等等；无法反映公民权利和公共权力的本质关系，无法体现公民与国家（或公民权利与公共权力）关系的普遍意义，即以国家与公民两极对立的假定为基础，构建公共权力来源于公民权利且归属于公民的理论前提。

二、公民资格的标准

现代公民概念表现出的“公民”与“国籍”的关系不足以说明公民的本

质，反倒是“公民资格”与“公民”之间相互支撑。公民资格与国籍既有联系又有区别。就其联系而言，一个人具有公民资格必然具有国籍，但一个人取得国籍则不一定具有公民资格。在某些国家中，公民只是国民的一部分，具有该国国籍就具有国民身份但不一定具有公民身份。就其差异性而言，公民资格概念的外延比国籍的外延要狭窄一些。具体到特定国家的公民概念，其实是一种公民资格的法律认定，并不能作为严格意义的公民定义。

（一）公民资格的确定

公民资格的历史和人类定居的共同体一样悠久，它规定哪些人是或哪些人不是某一共同社会的成员。[①] 考察公民资格有助于我们了解公民概念的本质。一般来说，影响公民资格确定的因素主要有以下几项：

1. 血统。血统是一种传统的影响因素。正如梅因指出的，城邦的“共和政治是因为来自一个原始家族祖先的共同血统而结合在一起的许多人的集合体。——在早期共和政治中，所有公民都认为，凡是他们作为其成员之一的集团，都是建筑于共同血统上的”[②]。古希腊、古罗马人血统的归属往往决定其公民资格，或是正宗公民或是归化公民。即使是在现代，我们发现出生国籍的确定原则之一就是血统主义，即以自己父母的国籍为自己的国籍。

2. 性别。在现代以前，性别一直被视为公民资格认定中的当然因素。在古代城邦中，公民资格往往限于纯属本邦血统的男性自由民。在斯巴达，整个征服者部落的成年男子都是公民。在雅典，奴隶、妇女、外邦人均不能进入公民集团。尽管现代社会强调男女平等，但在行使政治权利上仍存在性别歧视。如科威特虽然于 1962 年颁布宪法，设立了民选议会，但选民必须是“年满 21 岁、在本国出生、有文化的男性公民”，广大妇女仍被排除在国家政治生活之外。不过总体而言，20 世纪席卷资本主义世界的女权运动进一步扩大了公民的范围，发展了公民概念的外延。

3. 财产。在古代城邦的演进中，财产一直是影响公民资格的重要因素。如梭伦改革时就将公民按照战时可提供的财产多寡分为四个等级：五百斗级、骑士级、双牛级、步兵级。在很长一段时间，只有贵族和有一定财产的人才具有公民资格，因贫穷等原因不能履行公民义务者自然就失去公民权。

---

① 参见［澳］巴巴利特：《公民资格》，谈谷铮译，台北桂冠图书公司 1991 年版，第 1 页。

② ［英］梅因：《古代法》，沈景一译，第 74 页。

到了近代，财产差别被打破，但具有公民资格的公民仍然可能因财产状况而产生不同的政治地位。如法国 1791 年宪法规定，只有积极公民才享有选举权与被选举权。积极公民是指在王国的任何地方，至少已经交纳了相当于 3 个工作日价值的直接税，并需提出纳税收据。不言而喻，交不起税的人自然没有选举权。

4. 国籍。资产阶级革命胜利、建立民主制度之后，通过宪法和法律，将国籍作为公民资格取得的基本条件，财产的多少等其他外在差别都不能对公民资格的取得产生任何影响。对公民资格的第一反应就是每个人共同的、普遍的、平等的身份，而不产生其他任何含有阶级或阶层色彩的身份，如工人、农民；或有关权力、地位或金钱象征的角色，如干部、业主等等。在这个意义上，取得国籍即取得公民资格。但在有的国家，继有国籍的取得并不必然立即获得公民资格。如美国，不仅取得国籍的法律后果不同——有公民与非公民之分；而且取得原始国籍与取得继有国籍在享受权利和承担义务上也不同，如取得继有国籍的人不得当选为美国总统。①

5. 年龄资格。年龄资格很少直接成为公民资格，但实际上，一国宪法规定的每一项公民权利，只有当公民达到一定年龄后才有能力行使。而在这个法定年龄之下的“政治行为”往往并不视为公民权利的行使，在法定责任追究上也极其宽松，因为政治行为的选择需要一定的智识，智识及判断能力又是同年龄大致对应的。

6. 地域。本应是一个当然的确定性因素，一国公民资格往往赋予居住在当地的人。但在某些历史阶段，地域也会成为一种特别考虑的因素。如在 1945 年以前的法国，公民主要是指法国本土的人，他们享有完全政治权利；而殖民地的人则被视为“法国臣民”或“法国被统治者”，不享有完全政治权利。

当然，上述因素通常是一种或几种作用于公民资格的确定，只有在某些特殊情况下，统治者可能全然不顾这些标准而放宽公民资格的限制。

从宪政实践看，各国宪法都非常注重公民资格的认定。公民本身在各国的演变过程不尽相同，因此各国立法规定也呈现出一定变化。公民资格是指

---

① 参见徐显明主编：《公民权利义务通论》，群众出版社 1991 年版，第 98 页。

对公民的一种权能的认定，关于何种人可以享有公民身份，以及作为具有公民身份的人究竟有哪些权利和义务，各国均持特定立场。因此，并不存在一种普遍适用的、决定公民必要权利和义务的原则。例如：

《菲律宾宪法》（1986 年 10 月 12 日制宪委员会通过，1987 年 2 月 2 日全国公民投票表决）第四章“公民资格”第 1 条规定属于公民的情形（此前法条均用“人民”“人”的概念作者注）：

> 本宪法通过时已是菲律宾公民者；
>
> 其父或其母为菲律宾公民者；
>
> 其母为菲律宾公民，其本人于 1973 年 1 月 17 日以前出生并在成年后选择菲律宾国籍者；
>
> 依照法律规定入籍者。

《新加坡宪法》第 53 条至第 69 条规定了十分详尽的公民资格。新加坡公民的身份得以下列方式取得之：出生、世系、登记或注册、入籍等五种途径。

《印度宪法》（1949 年 11 月 26 日制宪会议通过）第 5 条到第 11 条规定了公民资格。

《葡萄牙共和国宪法》第 4 条规定：“凡依法取得或者根据国际协定视为取得葡萄牙公民资格者，均为葡萄牙公民。”

《智利共和国政治宪法》第二章专章规定国籍和公民，如第 13 条规定：“年满十八岁、未被判处重刑的智利人为智利公民。公民拥有投票权、获得民选职务权和宪法与法律给予的其他权利。”当然首先必须是智利人，即取得国籍。并在第 17 条规定：“下列情况丧失公民身份：1. 由于丧失智利国籍；2. 由于被判重刑；3. 由于被指控犯有法律确定为恐怖行为的罪行。”

《希腊共和国宪法》（1975 年 6 月 7 日通过）第 4 条是关于公民资格的有关问题，其中规定“担任公职”、“按其收入分担公共负担”、“保卫祖国”、“贵族称号或者等级头衔不得授予希腊公民并一概不予承认”。

马来西亚联合邦议会于 1952 年通过《马来西亚联合邦公民权修正法令》，强调公民权不等于国籍。

（二）公民资格的特点

人们很自然地将公民资格描述为参加共同体或共同体的（正式）成员资

格，并且是共同体的完全成员资格，一方面公民资格是某政治共同体成员资格的同义语，另一方面公民资格又是由一系列权利和责任所确定的法律地位的表征。

公民资格由主权国家依法律确定和认可，是官方对个人被接纳入政治体系的确认。[①] 有些人尽管也生活在一国之中，可是只要他没有被国家的法律认可具备公民资格，那么他就只能在这个国家以非公民的身份生活。

公民资格的取得意味着完全的公民权利和公民义务的享有和承担。公民资格是“大家分享和大家接受的一种好处和负担”。一个人取得公民资格，就意味着被“授予一个共同体的完全成员的一种地位（身份）”[②]，所有被授予这种地位的人在权利和义务上一律平等，不会出现一部分公民享有一部分权利和义务，另一部分公民享有全部的权利和义务。

公民资格意味着公民在政治领域的积极参与。公民可以通过积极参与政治生活而建构公共生活。古希腊城邦的公民资格与近代民主制民族国家的公民资格之主要区别，就缘于两政治共同体的规模或范围。[③] 对亚里士多德来说，公民资格就是城邦统治集团的特权地位。在近代民主国家，公民资格的基础是通过选举参与行使政治权利的资格，而且这种参与扩大到整个社会。巴伯认为，政治领域是公民资格定义的根本领域，公民之所以是公民，是因为他们讨论并参与政治。[④] 社群主义者甚至强调，只有拥有公民资格，社群成员才能感觉到自己在决定其社会前途方面起着重要作用，他担负着集体决策的责任，并作为社群的一员投身于共同利益。

此外，《不列颠百科全书》从权利和义务角度对公民资格的特点进行了一般意义上的简约解释：“公民资格指个人同国家之间的关系，这种关系是，个人应对国家保持忠诚，并因而享有受国家保护的权利。公民资格意味着伴随有责任的自由身份。一国公民具有的某些权利、义务和责任是不赋予或只

---

① 参见［美］托马斯·雅诺斯基：《公民与文明社会》，柯雄译，辽宁教育出版社 2000 年版，第 293 页。

② T. H. Marshall, *Class, Citizenshhip, and Social Development-Essays*, Garden City, N. Y.: Doubleday, 1964, p. 72.

③ 参见［澳］巴巴利特：《公民资格》，谈谷铮译，第 2 页。

④ See Benjamin Barber, *Strong Democracy: Participatory Politics for a new age*, Berkeley: University of California Press, 1984, pp. 117-119.

部分赋予在该国居住的外国人和其他非公民的。一般地说，完全的政治权利，包括选举权和担任公职权，是根据公民资格获得的。公民资格通常应负的责任有忠诚、纳税和服兵役。”①

由上观之，只有具有公民资格的人才可以享有公民的权利和履行公民的义务。相比国籍因素，公民资格的实质更能反映公民概念的本质。

三、公民概念的本质

概念是反映事物的范围和本质的思维形式。任何反映现实事物的概念都有确定的内涵和外延。内涵是概念对事物本质的反映，外延是概念对事物范围的反映。事物之所以成为某事物决定于其质的规定性。事物的范围主要指事物的量的规定性。探索公民的概念，落脚点在于探寻公民的本质。通过前述历史演变的认识，我们发现“公民”概念的一些特点。

（一）公民是自然人在政治共同体之下的一种角色，关注共同体的利益超过了私己利益

人在面临不同生活时可能扮演不同角色：置身政治生活，他是公民；置身经济生活，他是市民；置身家庭生活，他是父母、夫妻或子女。每一种角色都各自独立存在，没有一种角色能够统摄其他角色。如果历史上曾经有过以“家”代“国”，以“政治”代替“经济”的时期，那么按照现在的评判标准，当时人的发展一定不是正常发展，当时的社会秩序一定是畸形社会。

事实上，每个个人作为人来说，可以具有个别意志，而与他作为公民所具有的公意相反或者不同。② 从两者的意志上，说明作为个别的自然人不同于公民。

“自然人完全为自己而生存……公民则是整体的一部分……良好的社会制度是最善于改变人心的制度，它剥夺人的绝对生命，赋予他以相对关系的生命，把所谓的‘我’移植到共同的单一体中，也就是说一直在社会的‘我’之中，这样，他就不再以为自己是一个单一体，而是整体的一部分，只有在共同体之中才感觉到自己的存在……在社会秩序中，一个人如果还要保存他的自然感情的优越地位，永远跟自己相矛盾；那么，他就永远既不是

① 《不列颠百科全书》第4卷，中国大百科全书出版社1999年版，第236页。

② 参见［法］卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第28页。

人，也不是公民。”①

但这些角色都是由同一自然人来承担。人在不同的社会关系中有自己不同的利益要求，有着良好法治的国家，这些利益大多数时候是协调一致的。但不排除这些利益可能发生冲突，这时，他必定会有所取舍。沃尔泽将公民看作一个受特定传统决定和对社会意义达成一致的特定社会的平等成员，对共同体的存续都同等关注。如果共同体面临危险，那么，所有公民都必须集合起来保卫共同体，因为共同体的价值高于所有其他价值。并且，这种政治共同体表现出一种封闭性和排外性，强调在一定领域之内各成员的紧密关系，否定共同体外其他角色的深入。

在希腊、意大利的城邦生活中，一个自由人同时具有两种身份。首先，他是特定城市国家的市民，在这个意义上，他属于他自己，是一个私人，谋求自己的利益。其次，他是特定国家的公民，在这个意义上，他不属于自己而属于国家，是一个“公人”，必须在必要时牺牲自己的个人利益去维护公益。② “如果采用市民的标准，我们说一个法律规定的人性标准较低；如果采用一个公民的标准，我们说一个法律规范的人性标准较高。”③ 实际上我们这样纯粹地划分“私利”、“公益”并不合理，因为所有“私”“公”的前提是个人的基础性人权得以实现。

（二）公民的本质——参与、监督国家权力的行使

从城邦到民族国家，尽管共同体疆域从小国寡民的城邦扩大到了疆域广阔、人口众多的国家，但公民的内涵并未发生实质性变化，民主仍是公民的民主。在古希腊，奴隶、自由民与公民的本质差别，关键在于是否享有和行使政治权利，而不在于生存或致富。在代议民主制下，公民是国家主权的让渡者，也是民主政治的基本参与单位。

公民基于国家而产生，民主制度的建立和运行使公民作为国家权力的行使主体成为可能。它意味着表现一定意志（这种意志系国家意志）的国家机关，如依照宪法规定进行的“公民投票”、“公民审查”等意义的公民，皆是指由具有选举权的人构成立法机关，作为这一意义的公民，行使着宪法意义

---

① ［法］卢梭：《爱弥尔》第1卷，李平译，商务印书馆2007年版，第54页注释3。

② 参见徐国栋：《市民社会与市民法》，《法学研究》1994年第4期。

③ 徐国栋：《论市民——兼论公民》，《政治与法律》2002年第4期。

上的国家机关的职能。

伴随着统治疆域的扩展，公民外延的扩大，公民内涵的简化，导致公民的范围扩大，公民权享有的主体增多。但是主体的增多，并不意味着公民内涵的稀释，公民参与监督国家权力的核心本质仍然没有改变。公民由原来直接参与和监督国家权力的行使，转变成为间接参与和随时可以行使监督权利的主体，公民的本质内涵依然存在。

公民的本质没有变，变的只是我们对人与公民关系的认识。在古希腊，独立于社会的个人概念尚未出现。在当时的人们看来，个人的本质是“在某一个共同体之中”。这种“在……之中”，对个人而言不是偶然的，而是人的本质。亚里士多德的名言“人天生是个政治动物”中的“人”，即指城邦公民。当希腊人和罗马人同样说到“人”的时候，他们指的也是他那个城邦里的公民。而在我们看来，一个人的存在不能简化为公民身份。一个人不仅仅是集合起来的全体会议的一员，而且还是一个个人。也就是说，今天我们所谈论的“人”与“公民”不同于古代的“人”与“公民”。因为随着社会的进步、人类共同体的发展，人不仅仅是一个国家的公民，他还兼具其他身份。这时候的人是一个丰富的、饱满的、独立的人。

但公民的内涵随着资产阶级的胜利愈益简单化，公民的身份愈益普及之时，我们发现，人类政治史上竟然还有宪法性文件划分了“积极公民”和“消极公民”，规定了当选立法会议代表的财产资格，这样就导致当时全法国只有30%的公民真正拥有选举权。相对于人权原则来说，这是一种历史的倒退，可它正好反过来印证了人们对公民与非公民之间仍然以其政治身份界定的心态。

（三）公民概念应体现公民的本质

《布莱克法律辞典》对美国“citizen”词条[①]作了如下解释：“One who, under the constitution and laws of the united states, or of a particular state, is a member of the political community, owing allegiance and being entitled to the enjoyment of full civil rights.”这可以说是一个最能反映公民本质的定义，只是它特指美国公民。

当公民范围得到极大发展时，公民概念是否也应有相应的改变呢？我们

---

① See *Black's Law Dictionary*, Hery Campbell Black, M. A, fifth Edition by the publisher's editorial staff. ST. PAWL. MINN. West Publishing Co, 1979, p. 167.

应该避免定义误区，因为概念的发展总是围绕着其本质进行的。根据前述认知，我们可以概括公民是一个具有某个国家国籍，并有权参与公共权力的行使与监督的人。

在这里，“参与公共权力的行使与监督”使用的“有权”一词，只是指一种权利享有，可以随时介入，也可以暂时搁置。它不同于古希腊的公民，必须以参加议事审判来表明公民身份。

采用“参与公共权力的行使与监督”，而不直接运用“有权行使政治权利”的用语，是为了避免与我国刑罚中的“剥夺政治权利”相冲突，避免使那些被判处剥夺政治权利刑罚的人被错误地剥夺检举权、申诉权或其他参与政治方面的权利。

一个概念有其不能承受之重。有学者认为，公民概念在其沿革历史中历经了指称所谓“公权”的主体这一漫长阶段，而作为宪法权利一般主体的概念设置，该概念则恰恰有待注入“个人”或一种“私”之存在的本质要素。[①] 作为宪法权利一般主体的公民概念，一方面既从我国传统的“公”的政治法律文化对它的投影中继续获得某种神圣色彩，另一方面又必须彻底廓清该种传统文化在其外延上的那些投影，才足以确立其应有的法的内涵。这种对我国现实缺乏私的观念的焦灼跃然纸上，但是现实对公民“私利”关注的需要并不意味着修改概念就可以满足。增加概念的负荷，只会使得概念的精确使用变得困难。相反，让公民是公民，政治是政治，市民是市民，不使公与私混于一种概念，而是试图擦亮它们，使这些概念更加鲜明地呈现在人们面前。

四、澄清公民本质的意义

澄清公民的本质不仅有助于概念范畴的统一与交流，而且也有助于公民意识的树立，最终为法治建设奠定匹配的思想文化基础，其意义在于：

第一，它能消除公民概念在使用上的混沌状况。绝大多数人都能意会“公民文化”与“市民文化”、“公民”与“国民”之间的差异，却无法言传其间的差别。一些组合的英语词汇也往往会有不同的译法。这种在任何时候都要靠人们意会，借助一定的语境来判断的方法，的确无助于概念的运用。

---

① 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法的一种前言》，第86页。

而用“国民”代替现在“具有一个国籍的人”的“公民”概念，不仅不会产生太多的繁复手续，不会引起理论的混乱，而且会令这两个同时存在的概念具有各自所能表达的范围，使其在外延上更加明确。

第二，它能解除许多原有概念无法解释的语言矛盾。如这样的一个三段论，“中华人民共和国公民有依照法律服兵役的义务”——“被剥夺政治权利的罪犯也是公民”——“被剥夺政治权利的人也有服兵役的义务”，常常使我们在解释结论错误时遇到阻力。

又如人权与公民权，到底是并列关系，还是种属关系，并不很清楚，但一旦弄清了公民概念的本质，就不至于将公民权利理解为大杂烩的权利，也不至于就人权是否入宪的问题争论不休。人权是基于一个纯粹的人的身份而享有的基本权利，公民权利则是基于公民身份而享有的权利。

又如在翻译上，能避免将 civil rights 和 citizen rights（或 rights of citizens）混淆。有位学者曾指出，civil rights 未必可理解为公民权利，而应理解为前国家或“宪法以前”的权利，以及市民社会中所确立的市民权利，其核心仍是自由权。[①] 前者由资产阶级革命时所争取的市民权利而来，可称之为民权；后者则是指公民权利。人权对应的是 human right，（市）民权则是 civil right，公民权则是 citizen rights，自然权利对应的是 natural rights。

第三，它有利于公民主体意识的建立，使一个具有一国国籍的人获得“公民”身份，更多地意识到自己的权利和义务，警惕“国家公权力”的侵犯。这也有助于树立公民精神，建设公民社会，为法治目标奠定文化基础。

总之，公民是具有某个国家国籍并有权参与该国公共权力行使与监督的人。自被引入中国以来，“公民”在法律文本上的发展与在习惯意涵上的发展并不一致，笔者认为，尽管不同国家的法律文本对公民的界定不尽相同，但是公民的本质不曾改变过。公民概念在中国是作为舶来品而“落户”的，围绕着它的并不总是一片与之相生相融的土壤。可幸的是，在意识领域，人们仍然以其固有的政治内涵使用“公民”。唯有在这个意义上使用“公民”，我们才能形成与宪政相契合的公民文化，发挥公民参政的积极性，提高公民之主体地位，建设健全的公民社会。

---

① 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法的一种前言》，第 79 页。

第六章

宪政概念及其演变

第一节　清末民初的“宪政”概念

一、词源学意义上的中国式“宪政”

日本知识分子在明治维新前深受中国传统文化熏陶，后来虽然“脱亚入欧”，但在译介西方政治法律名词时，通常仍以汉字进行翻译，这些名词后来又通过旅日学者的译介传播到中国。这种通过借词（loanword，即“外来语”、“外来词”）的方式创制新语词，是一种普遍的社会语言现象。[①] “宪政”一词在日本的创立就属于这种情况。

“宪政”（Xian Zheng）属于“来自现代日语的外来词”，即是由日语借用汉字来翻译欧洲词语（特别是英语词语）时所创造的。英文 constitutional government，日语拉丁化的表达是 kensei，用汉字翻译作“宪政”。而与之相关的“宪法”一词，则是源自古汉语的日本汉字词语，其日语拉丁化的表达是 constitution kenpō。[②] 日本最先使用中文“宪法”一词，始见于圣德太子十七年宪法，非今日之含义，西洋观念进入日本后，始用“国宪”二字表

---

① 参见冯天瑜：《新语探源——中西日文化互动与近代汉字术语生成》，中华书局 2004 年版，导论。

② 参见刘禾：《跨语际实践——文学，民族与被译介的现代性（中国，1900—1937）》，宋伟杰译，第 390、409 页。

达，到了明治十年（1877 年）才改用“宪法”二字。①

“宪”在古汉语中的最基本意义就是法律或者典章。《说文解字》曰：“宪，敏也。敏者，疾也。谧法博文多能为宪。引申之义为法也。”《尔雅义疏》注云：“宪，表也，盖标表亦所以为法矣。”《佩文韵府》释曰：“宪，法也。”古语中有“监于先王成宪”（《尚书》），“赏善罚奸，国之宪法也”（《国语·晋语九》）等说法。“宪”有时还表示最重要的法律之意。《尔雅·释诂》说：“宪，至法也。”《周礼·天官·小宰》疏曰：“宪，为至令云。”类似的用法还有“作宪垂法，为无穷之规”。（《汉书·萧望之传》）在这个意义上，古代帝王的命令有时也称为“宪”，有所谓“口含天宪”之说。“宪法”一词，最早在“县法示人曰宪法”（《周礼》）中指的是公布法令。当然，古汉语中的“宪”、“宪法”并非现代意义上的“宪政”、“宪法”②，但是其汉语原意对于日语借用其翻译西学词汇，以及中国人后来对日语汉字词汇的进一步理解与引介，势必产生重要的影响。

二、梁启超：宪政是立宪政体

梁启超是中国近代历史上第一个定义“宪政”的学者。他在 1899 年戊戌变法失败后流亡日本期间写作的《各国宪法异同论》一文中，首次提出：

> 宪政（立宪君主国政体之省称）之始祖者，英国是也。英人于七百年前，已由专制之政体，渐变为立宪之政体……以至今日非徒能不失旧物而已，又能使立宪政体益加进步，成完全无缺之宪政焉。③

20 世纪初期以后，梁启超转向从民主立宪政体角度理解宪政。因为

---

① 参见［日］我妻荣：《新法律学大辞典》“宪法”词条，董璠舆等译，中国政法大学出版社 1991 年版，转引自陈端洪：《宪政初论》，见陈端洪：《宪治与主权》，第 4 页。

② 对此，严复在 1906 年年底为安徽高等师范学堂学生讲演《宪法大义》时就已指出：“按宪法二字连用，古所未有以吾国训诂言仲尼宪章文武、注家云宪章者近守具法。可知宪即是法，二字连用，于辞为赘。今日新名词，由日本稗贩而来者，每多此病。”“可知今日吾人所谓立宪，并非泛言法典。”严复：《宪法大义》，《严复集》第 2 册，王栻主编，第 238、240 页。

③ 梁启超：《梁启超法学文集》，范忠信选编，第 2 页。在这篇文章中，梁启超还多次提到“宪政”一词。例如，“政体频变盖各国宪政之成就不过数十年尔”，“若英国之宪政则不然，自近古以来，非如各国之有大骚动，故能次第进步，继长增高。又各国之宪政多由学问议论而成，英国之宪政，则由实际上而进”，“宪政之国，在欧洲则除俄罗斯、土耳其之外，其余各国皆是也”。

“立宪政体”包括了君主立宪政体和民主立宪政体。所以，梁启超是从“立宪政体”这个意义上理解宪政的。在1901年6月7日《清议报》上发表的著名《立宪法议》一文中，他提到：

> 世界之政有二种：一曰有宪法之政亦名立宪之政，二曰无宪法之政亦名专制之政。采一定之政治以治国民谓之政体，世界之政体有三种：一曰君主专制政体，二曰君主立宪政体，三曰民主立宪政体。立宪政体，亦名为有限权之政体。①

1911年2月，他又提出宪政与非宪政的差别有三，但其核心是是否行议会制度：

> 学者言宪政之所以示别非宪政者有三：民选议院其一也，责任内阁其二也，司法独立其三也。故语宪政之特色，实惟前二义。而议院与内阁，又必相倚而始为用，二义实一义也。②

1908年他认为，立宪政体与专制政体的区别，在于“国会之有无”，有国会的国家才是“立宪国”③。1910年，他从是否将国家权力再予分立的角度界定“立宪政体”，认为“政体之区别以直接机关之单复为标准。其仅有一直接机关，而行使国权绝无制限者，谓之专制政体；其有两直接机关，而行使国权互相制限者，谓之立宪政体”④。1911年，继主张开明专制后，他又改变立场倡导虚君元首的议会内阁制，认为“立宪政体，以君主不负政治上之责任为一大原则。其所以示别于专制政体者，惟在此点”⑤。

值得重视的是，梁启超以国会的存在、权力分立和议会内阁制作为宪政实质性标志，实际上已经间接地将宪政与民主勾连了起来。他将“宪政”解读为“立宪政体”，确有政治方面的良苦用心：旨在打消清廷的改革顾虑，使得立宪、宪政等话语获得体制承认，使得宪政运动得以在制度层面展开。

---

① 梁启超：《立宪法议》，《梁启超全集》第2册，北京出版社1999年版，第405页。

② 梁启超：《敬告国人之误解宪政者》，吴松、卢云昆等点校：《饮冰室文集点校》第2册，云南教育出版社2001年版，第1078页。

③ 梁启超：《中国国会制度私议》，吴松、卢云昆等点校：《饮冰室文集点校》第2册，第967页。

④ 梁启超：《宪政浅说》，吴松、卢云昆等点校：《饮冰室文集点校》第2册，第957—958页。

⑤ 梁启超：《立宪国诏旨之种类及其在国法上之地位》，吴松、卢云昆等点校：《饮冰室文集点校》第2册，第1062页。

前文所述“宪政”、“立宪政体”就是在《各国宪法异同论》中“政体”一章论述的。为论述国体与政体之区分，他还在 1899 年 4 月至 10 月《清议报》上连载《国家论》一文。①

梁启超政体和国体分立的观点与其后清廷官员达寿不谋而合。清廷学部右侍郎达寿从 1907 年 9 月到 1908 年 7 月在日本访问，在伊东巳代治的帮助下，得到了穗积八束、有贺长雄、太田峰三郎等著名学者的指导，回国后归纳整理了比较宪法、日本宪法史、议院法，涉及司法、行政、财政等六个方面的材料，凡五编十五册。达寿认为“国体”指的是国家统治权，因根植于历史之中而不发生轻变，但存在君主国体和民主国体两种类别；而政体则可随着时势的变化而变化，其中亦有立宪和专制的区别。达寿以日本的情况为例，论述政体的转换和国体没有关系，即采行立宪的政体可以照样维持君主国体。②

“国体”的概念，后来孙中山、毛泽东也对其进行了再定义③，从而成为了当代中国宪法学的重要概念之一。

值得重视的是，梁启超用来解释“宪政”的“立宪政体”一词最早源于 1887 年黄遵宪《日本国志》。④ 黄遵宪说：

---

① 参见梁启超：《〈饮冰室合集〉集外文》下册，夏晓虹辑，北京大学出版社 2005 年版，第 1226—1236 页。

② 达寿在《考察宪政大臣达寿自日本归条陈宪政事宜》中提出：“政体取于立宪，则国本固而皇室安。宪法由于钦定，则国体存而主权固。”“政体云者，盖别乎国体而言。所谓国体者，指国家统治之权，或在君主之手，或在人民之手。统治权在君主之手者，谓之君主国体，统治权在人民之手者，谓之民主国体。而所谓政体者，不过立宪与专制之分耳。国体根于历史以为断，不因政体之变革而相仿。政体视乎时势以转移，非如国体之固定而难改。”故宫博物院明清档案部编：《清末预备立宪档案史料》上册，中华书局 1979 年版，第 25、26 页。

③ 孙中山提出，“此消长倚伏之数，固不必论其国体之为君主共和，政体之为专制立宪，而无往不如是也。天相中国，帝制殄灭，既改国体为共和，变政体为立宪，然而共和立宪之国，其政治之中心势力，则不可不汇之于政党。”孙中山：《中国国民党宣言》（1912 年 8 月 13 日），《孙中山全集》第 7 卷，中华书局 1985 年版，第 3 页。毛泽东在《新民主主义论》一文中指出，所谓国体问题“就是社会各阶级在国家中的地位”，所谓政体问题“那是指的政权构成的形式问题，指的一定的社会阶级取何种形式去组织那反对敌人保护自己的政权机关”。毛泽东：《新民主主义论》（1940 年 1 月），《毛泽东选集》第 2 卷，人民出版社 1991 年版，第 676、677 页。毛泽东在《论人民民主专政》一文中曾对新中国的国体进行全面的论述。参见《毛泽东选集》第 4 卷，人民出版社 1991 年版，第 1480 页。

④ 《日本国志》是记叙、介绍并重点研究日本明治政改之书。黄遵宪于 1876 年 8 月中举，次年随大使何如璋出使日本。1877 年冬至 1881 年任驻日参赞，其后曾任驻旧金山总领事、驻英参赞、驻新加坡总领事等职。

四月废左右院，置元老院、大审院，敕建立宪政体……召集地方官以通民情、图公益，渐建立宪政体……朕亲裁之立宪政体，盖谓仿泰西制，设立国法，使官民上下分权立限，同受治于法律中也……开国会之说，为迟为速，彼此互争；或英或德，又彼此互争。喧哗嚣竞，哓哓未已。而朝廷之下诏，已以渐建立宪政体许之，民论其究竟不敢知矣。①

《日本国志》1887年夏季完成后风靡中国，朝野震动。② 梁启超与黄遵宪私交甚好，他通读《日本国志》并为之写了“后序”。序中称颂该书“其志深，其旨远”，还谈到此书对他的影响：“中国人寡知日本者也。黄子公度撰《日本国志》，梁启超读之，欣怿咏叹黄子，乃今知日本，乃今知日本之所以强，赖黄子也。又懑愤责黄子曰，乃今知中国，知中国之所以弱。”梁把《后序》发表在著名的《时务报》上，加深了《日本国志》对于当时中国社会的影响。③ 而该书中提到的新名词，诸如“立宪政体”等概念，也为知识界所熟知和广泛使用。

“立宪”一词也源自黄遵宪的引介。该词最早见于1879年黄遵宪《日本杂事诗》，主要用于介绍外国政党：“曰立宪党”④。戊戌变法中，康有为“奏为请定立宪，开国会，以安中国”⑤。“立宪”一词在1830至1895年之间很少使用，1900年之前，使用次数也不多。1902年之后，“立宪”一词使用逐渐增多，这与《新民丛报》的创办有关。因为立宪派和革命派的辩论，1906年“立宪”一词的使用次数曾达到最高峰。⑥

---

① 黄遵宪：《日本国志·国统志三》，上海古籍出版社2001年版，第46—50页。

② 光绪在戊戌变法前夕，曾两次命令翁同龢进呈《日本国志》，从中学习明治维新的经验。李鸿章和张之洞在看了《日本国志》之后，也都深有感触。李鸿章在对《日本国志》的察批中称：“叙述具有条例，如职官、食货、兵、刑、学术、工艺诸志，博稽深考，于彼国改法从西，原委订证，尤为赅备。意在于酌古之中，为匡时之具。”张之洞说：“详阅所呈日本国志，条例精详，纲目备举，寄意深远，致功甚勤，且于外洋各国风俗政事，俱能会通参考，具见究心时务。”中国史学会编：《戊戌变法》第四册，上海神州国光社1953年版，第324页。傅斯年也曾指出该书对康有为的影响：“康有为之论日本维新，是辗转得之于公度。”傅斯年：《人境庐诗草跋》，见黄遵宪：《人境庐诗草》，中国青年出版社2000年版。

③ 参见黄遵宪：《日本国志》，第1003—1004页。

④ 黄遵宪：《日本杂事诗》，见钟叔河辑注点校：《日本杂事诗广注》，湖南人民出版社1981年版，第38页。

⑤ 康有为：《请定立宪开国会折》（1898年8月），见《康有为政论集》上册，汤志钧编，第338页。

⑥ 参见高超群：《百个现代政治术语词意汇编》，见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，附录二，第497页。

立宪政体的简称“宪政”一词虽然最初使用不及“立宪政体”与“立宪”广泛，但由于梁启超的使用，以及他对于清廷立宪活动的影响力[①]，至少在1906年9月1日清廷颁布预备立宪诏书，宣布“时处今日，惟有及时详晰甄核，仿行宪政”[②] 之后，“宪政”一词已成为社会上普遍使用的概念。

三、严复：立宪是众治

将“宪政”与“民主”概念明确相对接，始于严复。1905年夏，严复应上海基督教青年会延请，作了八次讲演，明言“立宪为何事”。随后讲稿被刊登在《政艺通报》上，并被《广益丛报》等数家报刊转载，1906年又由上海商务印书馆出版单行本，改名为《政治讲义》，影响广泛。萧公权在《中国政治思想史》中认为该书是中国人自己撰写的第一部政治学著作。在这本书中，严复提出：“近者吾国方议立宪，立宪非他，即是众治。众治则不得不用从众代表一制”[③]。

据考证，《政治讲义》是在19世纪英国剑桥大学近代史教授约翰·西莱（Sir John Seeley）的《政治科学导论》（An Introduction to Political Science）的基础上翻译、改写而成的。[④] 因此，严复将“立宪”视为“众治”（民主）的观点，也就有了一些西学中用的底色。

当然，严复的“民主”思想实质上是国家主义的。他虽然将立宪理解为众治，但是他的“众治”之“民”是抽象意义上的，属于“群”的范畴，而不是“个体”的概念。这与孙中山有着某种暗合。严复认为，只有把君主权改为民主权，才能使国家的权力得以充分运用，国家才能富强。史华兹认为，严复错置密尔思想的重心，以富强作为首要目标，个人自由和权利成了

---

① 梁启超直接介入高层政治决策的事实，以1906年6、7月间，他为清廷派遣的出使各国考察政治大臣戴鸿慈与端方代拟的五篇奏稿为例证，这些代拟手稿近来均已发现。参见夏晓虹：《从新发现手稿看梁启超为出洋五大臣做枪手真相》，《南方周末》2008年11月13日，第23版。

② 故宫博物院明清档案部编：《清末预备立宪档案史料》上册，第43页。

③ 严复：《政治讲义》，《严复集》第5册，中华书局1986年版，第1311页。在此前《宪法大义》一文中，严复还提出立宪就是改变政体。“所谓立宪者，乃自其深者、精者、特别者而言之，乃将采欧美文明诸邦所现行立国之法制，以为吾政界之改良。故今日立宪云者，无异云以英、法、德、意之政体，变中国之政体。”严复：《宪法大义》，《严复集》第2册，第240页。

④ 参见戚学民：《严复〈政治讲义〉文本溯源》，《历史研究》2004年第2期。

达致富强的工具，群体自由压倒了个人自由。[①] 李泽厚认为，严复一方面以自由为体，充分地了解了个人自由的重要性，另一方面又把国家的自由、富强和救亡的目标置于个人自由之上，从而构成了严复无法解决的矛盾。[②]

四、孙中山：宪政是民权主义实现的政治机制

孙中山的思想和梁启超、严复一脉相承，与西方宪政理念有着一定差别。基于国民性的认识，孙中山在体认宪政乃富强之术的基础上，采用了权能分立的学说。基于此，对于西方宪政概念所强调的限权，孙中山是根本反对的。他在反思民国初年议会政治，借鉴西方政治制度发展的基础上，提出人民有权、政府有能、权能分治的“万能政府”理论，旨在克服议会政治下行政权受到牵制而趋于软弱无能的弊端。

在此基础上，孙中山提出了他的宪政学说：宪政作为军政、训政、宪政建国三部曲的最后一个环节。在《国民政府建国大纲》中他规划为：

> 国民政府本革命之三民主义、五权宪法，以建设中华民国……建设之程序分为三期：一曰军政时期；二曰训政时期；三曰宪政时期……宪法颁布之日，即为宪政告成之时，而全国人民则依宪法行全国大选举。国民政府则于选举完毕之后三个月解职，而授政于民选之政府，是为建国之大功告成。[③]

在《建国方略》中他更是把宪政提升为“革命”的最终目的和归宿：“第三为建设完成时期，拟在此时期施行宪政……此宪政时期，即建设告竣之时，而革命收功之日。此革命方略之大要也。”[④] 按照孙中山的规划，宪政时期是由人民掌握政权、政府掌握治权，由政权控制治权的时期。宪法的颁布是宪政建成的标志，当达到宪政之时，也就意味着实现了“人民主权”即民主，宪政体制下的国民大会本身就是行使直接民权的一种形式。孙中山从宪政的功能角度定义宪政，将宪政与民主（孙中山更多地使用“民权主义”，关于民主与民权主义的关系，下文“民主”概念部分详述）相勾连，

---

① 参见［美］本杰明·史华兹：《寻求富强：严复与西方》，江苏人民出版社 1996 年版。

② 参见李泽厚：《中国近代思想史论》，人民出版社 1979 年版，第 278—284 页。

③ 孙中山：《国民政府建国大纲（1924 年 1 月 23 日）》，《孙中山全集》第 9 卷，第 126—128 页。

④ 孙中山：《建国方略·能知必能行（1917—1919 年）》，《孙中山全集》第 6 卷，第 204—205 页。

民权主义与宪政实际是一个硬币之两面，宪政就是实现民权主义的政治机制。对此，孙中山哲嗣、亦是《五五宪草》主要推动者之一的孙科解释道："宪政的实施，就是民权主义的实行"，"如果宪政不能进行，则民权便无从实施，三民主义也无从实现，而所谓政治建设，也只等于一句空话了。"①

但是，孙中山的民权宪政观带有一些理论和实践上的矛盾。他反对代议制，主张国民大会行使直接民权，但又搞权能分立，实际是架空了国民大会，国民大会只是一个行使国家主权的抽象载体。在20世纪40年代，如何对待孙中山的民权宪政理论，实际关系到具体宪法制度的设计思路，也关系到议会政治、代议制在中国的可行性。在野党派（包括中共）极力主张建立西方式的宪政体制，因为只有在这种政党政治的宪政体制下，他们才有可能享有政权和与国民党抗衡。

值得一提的是，孙中山的民权主义已关注到苏维埃国家政治体制，他认为西方代议政体流弊不少，他说："近来俄国发明一种政体，这种政体，不是代议政体，是'人民独裁'政体……比较代议政体改良的多"②。这种观念与毛泽东后来的"人民民主专政"的思想暗合，而对此进一步的研究，将在后文详述。

第二节　毛泽东的"宪政"概念

1940年2月20日在延安各界人民宪政促进会成立大会上，毛泽东发表了关于宪政、宪法问题的演讲。毛泽东说：

> 中国缺少的东西固然很多，但是主要的就是少了两件东西：一件是独立，一件是民主……宪政是什么呢？就是民主的政治。刚才吴老（即吴玉章——引者注）同志的话，我是赞成的。但是我们现在要的民主政治，是什么民主政治呢？是新民主主义的政治，是新民主主义的宪政。它不是旧的、过了时的、欧美式的、资产阶级专政的所谓民主政治；同时，也还不是苏联式的、无产阶级专政的民主政治……什么是新民主主

① 孙科：《实施宪政的几个问题》，《孙科文集》，台湾商务印书馆1970年版；转引自杨永华主编：《中国法律思想通史》第11卷，山西人民出版社2001年版，第540页。

② 孙中山：《民权主义·第六讲》，《孙中山选集》下卷，人民出版社1981年版，第722页。

义的宪政呢？就是几个革命阶级联合起来对于汉奸反动派的专政……所以现在的宪政运动是争取尚未取得的民主，不是承认已经民主化的事实。①

这次演讲的背景是中国战时第一次宪政运动。抗战中“宪政”话语的提出，源于第三种力量的推动。日本侵华打破了国民党的威权统治。抗战初期，国民党因为要动员社会力量抗战，放松了对社会的政治控制和压制，国内政治空气较为轻松。1937 年国民党中央邀请各在野党派及社会名流召开庐山座谈会，对各党合法地位初步承认。1938 年 3 月国民党召开临时全国代表大会通过《中国国民党抗战建国纲领》，并决议在国防参政会的基础上设立国民参政会。以国民参政会为平台，许多人阐发民主诉求，将宪政与抗战、民主联系起来，把矛头指向国民党的政治软肋和敏感问题——“党治”。在 1939 年 9 月国民参政会一届四次会议上，许多提案阐明了结束党治、实行宪政的必要性。蒋介石迫于政治压力不得不公开承认“总理倡导三民主义，其民权主义的最终目的，就是民主政治”，“实施宪政问题，也就是推行民主政治问题”②。但他仍然坚持维持党治训政的模式不变，“在抗战没有结束以前，当然是军事第一、胜利第一，要以军政时期的工作为主，而一面积极进行训政的工作”③。

国民党一直调动各种资源试图牢牢把握宪政话语制度化的主导权，并且用各种办法将民间宪政呼声纳入体制内渠道予以化解。宪政话语在 1939 年、1944 年分别形成两次高峰的原因，也与国民党“政府推动”有关。而此种推动的动机之一，就是要回应并消解民主的呼吁，将体制外的民主运动吸收纳入体制内的制宪程序当中，通过对宪政话语权的控制与垄断来消解民主诉求。抗战中“宪政”话语成为执政者政治动员的工具，是政治权威的一种议题建构。政治权威一方面把“宪政”与加强其领导地位联系起来，另一方面也和加强民众守法意识，维护社会秩序的论述相联系。

---

① 毛泽东：《新民主主义的宪政》，《毛泽东选集》第 2 卷，第 731、732、733、735 页。

② 蒋中正：《国民政府主席蒋中正训词》，见重庆市政协文史资料研究委员会等：《国民参政会纪实》下卷，重庆出版社 1985 年版，第 1305 页。

③ 蒋中正：《议长蒋中正闭幕词》，见重庆市政协文史资料研究委员会等：《国民参政会纪实》上卷，重庆出版社 1985 年版，第 429 页。

动员是“把国家的武装力量由和平状态转入战时状态，以及把所有的经济部门（工业、农业、运输业等）转入供应战争需要的工作”①。作为一个政治学范畴，“政治动员”主要用于描述政治权威对公众行为的某种诱导或操纵。之所以实施这种诱导或操纵，通常是为了达到某一特定的政治目标。政治动员是现代社会中一种广泛存在的政治现象，政治动员是自上而下的，而政治参与是自下而上的。②

“宪政”作为一种政治动员工具，既是政治权威的一种议题建构，也依靠大众的认同。作为一种“议题”，“宪政”在全民抗战阶段首先是和“抗战”与“建国”问题联系起来的。

国民党在1938年3月临时全国代表大会通过《中国国民党抗战建国纲领》，国民政府也在1939年3月12日公布《国民精神总动员纲领》，提出“国家至上民族至上，军事第一胜利第一，意志集中力量集中”等共同目标，将“抗战”与“建国”作为“始能免沦于奴隶灭亡之境，而跻于自由平等之域”③ 的指导方针。对抗战与建国的关系，汪精卫在第一届国民参政会第一次会议开幕词中这样解释：“抗战与建国是同时并行，非抗战不能建国，非建国不能抗战。我们尤须知道抗战建国是一件事，不是两件事：就它抵御外患的行动来说谓之抗战，就它健全本身使之不断的增加力量来说谓之建国，所以抗战建国其实是一件事。”蒋介石在第一届国民参政会第五次会议开幕词中也说，“抗战是我们当前紧要的任务，建国是我们最后的目的。”④

论证“抗战”与“建国”关系的目的，在于强调“数十年来，中国外受强邻的侵略，内受封建残余势力的束缚。欲求民主政治之实现，必有一个强有力的中央政府，集中全国民众的力量，加以训练，为之领导”⑤。

按照三民主义的政治哲学，“建国”的目的是实现宪政，因此宪政就成

---

① 《现代汉语词典》，商务印书馆1996年版，第303页。

② 参见孔繁斌：《政治动员》，见张凤阳等：《政治哲学关键词》，江苏人民出版社2006年版，第296页。

③ 《拥护〈抗战建国纲领〉决议案（一九三八年七月十二日大会通过）》，见重庆市政协文史资料研究委员会等编：《国民参政会纪实》上卷，第192页。

④ 《议长蒋中正开幕词》，见重庆市政协文史资料研究委员会等编：《国民参政会纪实》上卷，第666页。

⑤ 《议长汪兆铭开幕词》，见重庆市政协文史资料研究委员会等编：《国民参政会纪实》上卷，第157页。

为“抗战建国”口号中的一个重要方面了。蒋介石在国民党十一中全会开幕词中说：“建国的工作千头万绪，事项很多，但第一要紧的就是要先确立我们的政治建设，而政治建设的基础，就在于宪政的实施”①。而“实施宪政决不是公布一部宪典所能了事，实施宪政的实质何在，国民能崇法守法，国民的代表能扶助政府推行法令，这就是实施宪政”。“我们并不反对人们现在来谈宪政，但希望大家从事实上来实现宪政。我们最需要宪政的实质而不是宪政的条文。”②

由此看来，当权者一方面把宪政与加强其领导地位联系起来，另一方面也和加强民众守法意识、维护社会秩序相勾连。这种政治宣传上对“宪政”的阐释在重庆《中央日报》社论《抗战时期的宪政》一文中也有反映，该文从宪法与宪政的区别谈起，得出“必须于注意宪法草案之外，多多注意并努力于地方自治”，将对中央政府的立宪诉求转化到各级地方政府以及具体事务之上，“目前谈宪政的人们，与其坐而‘清谈’，不如加倍努力于民众教育运动”。另外，从“宪法本来是处常的法，不是处变的法，是百年根本大法，不是一时的救急丹药”，把当下的立宪诉求，以“国家对外战争正在紧急的时期，最要紧的是如何战胜敌人的问题”为由，搁置到抗战最后胜利以后来进行。③

在官方逐渐掌握“宪政”话语权之后，民间的宪政话语逐渐变成了一种贵族式的清谈运动。蒋介石曾对黄炎培等人说：“各方民主潮流之高涨，是抗战七八年来一种收获，唯不宜借此攻击政府，除此一点外，民主潮流越高越好”④。对此，有史家敏锐地读出潜台词：“政府即国民党一党制政府，不能攻击政府也实质上便是不能攻击一党制，如此民主潮流越高，便越脱离民主轨道。”⑤

---

① 转引自萧公权：《宪政与民主》，清华大学出版社 2006 年版，第 53 页。

② 《今日之宪政问题》（重庆《中央日报》1939 年 9 月 14 日），见重庆市政协文史资料研究委员会等编：《国民参政会纪实》上卷，第 599 页。按照该文后面所指，这里所谓“推行法令”之“法”指的是《训政时期约法》。

③ 参见《抗战时期的宪政》（重庆《中央日报》社论），见重庆市政协文史资料研究委员会等编：《国民参政会纪实》上卷，第 600—601 页。

④ 邓野：《联合政府与一党训政：1944—1946 年间国共政争》，社会科学文献出版社 2003 年版，第 36 页。

⑤ 邓野：《联合政府与一党训政：1944—1946 年间国共政争》，第 36 页。

正如后文所要论证的，1940 年至 1947 年中国实际存在民主与宪政两个不同的社会政治运动，宪政话语与民主话语具有时效性、背离性和场域性的特征。宪政话语反映了体制内知识分子的呼声，民主话语反映了体制外知识分子的诉求。在 20 世纪 40 年代的党派关系和政治实践中，国民党一直以“主人”自居，反映到表达上就反复强调政府的“法统”①，强调在承认现有体制（即当时训政体制和《约法》）的前提下，商谈其他党派参加政府的问题。为了应对“法统”，中共则提出“民主的才是合法的”，通过质疑国民政府的党治体制本身，来颠覆其所建立秩序的正当性。

这种“民主”与“法统”之争不应只看作是“口水战”，这里面实际包含了政治利益和政治事实的问题：作为“主人”的国民党因为已经占据了执政者的地位，从其政治利益出发，更多的是强调维持现状，逐渐改良。但站在其他党派“客人”角度，“法统”就变成继续独裁、专制的借口。

在这种情况下，在野党如何超越清议式的宪政，将“宪政”话语转化为“有饭大家吃”的民主权利（特别是参政权）诉求？中国共产党在党内发出指示，要求各级党的基层组织：“积极的主动的参加与领导这一民主宪政运动，使之成为发动广大民众，实现民主政治的有力的群众运动”，要求国民政府“立刻实现人民言论、集会、结社、出版、信仰自由之民主权利，作为召集国民大会实施宪政的先决条件”。开展宪政运动的方法为“各地应成立国民宪政促进会的群众团体……迫使国民党采取比较进步的办法，同时不拒绝同各党派讨论临时折中办法，并严厉批评各种反对国民大会、反对宪政、反对民主的言论与行动。”②

毛泽东关于“宪政就是民主政治”的论断，就是在这种语境下产生的。在同时期中共思想家吴玉章和张友渔的论著中，其实都有类似表述。吴玉章在和毛泽东的同次演讲中指出：

> 现在我们要实行的宪政是新民主主义的宪政……首先他必须是反帝的，即抗日民族统一战线的民主。他不为一个阶级或少数资产阶级及一个政党所专有，而是各阶级、各党派、各民族，除了汉奸卖国贼而外都

① 法统问题的详细研究参见后文。

② 《中央关于推进宪政运动的第二次指示》，见中央统战部、中央档案馆编：《中共中央抗日民族统一战线文件选编》（下），档案出版社 1985 年版，第 336 页。

有平等权利的‘全民性的民主’……其次他必须是反封建、反官僚、反贪污腐化、反一切黑暗专制势力的民主，他是为了反对倒退坚持进步以求得政治光明的民主。①

张友渔在毛泽东演讲前一个月内曾两次撰文提出：

什么是宪政？宪政就是民主政治。因为所谓宪政就是拿宪法规定国家体制、政权组织以及政府和人民相互之间权利义务关系而使政府和人民都在这些规定之下，享受应享受的权利，负担应负担的义务，无论谁都不许违反和超越这些规定而自由行动的这样一种政治形态。②

什么是宪政运动？简单说，就是要求实现立宪政治的运动。而所谓立宪政治，实质上，就是民主政治；宪政运动，也就是民主运动。我们知道，立宪政治的主要特征，是拿宪法规定国家体制、政权组织以及政府和人民相互之间的权利义务关系，而使政府和人民都在这些规定之下，享受应享有的权利，负担应负担的义务。无论谁，都不许违反和超越这种规定自由行动。这无疑地，对于独裁的专制统治者，特别是封建的君主是一种限制，是一种拘束。所以，要求立宪政治的运动，也是反独裁，反专制，反封建的民主政治运动。③

1943 年 9 月中国国民党第十一中全会决议筹备召开国民大会促进宪政实施，这之后形成战时中国第二次宪政运动。1944 年 3 月 1 日，毛泽东代表中共中央政治局在党内通知《关于宪政问题》一文中，再次表达了参加宪政运动的真实政治意图：中央决定我党参加此种宪政运动，以期吸引一切可能的民主分子于自己周围，达到战胜日寇与建立民主国家之目的。④

在民间宪政运动变成一种贵族式清谈的情况下，中共及其领导人敏锐地提出“宪政就是民主政治”，使“民主”和“宪政”相勾连，给国民党政府

---

① 吴玉章：《吴玉章同志在延安各界宪政促进会成立大会上的讲话》，《解放》周刊 1940 年第 120 期，第 8 页。

② 张友渔：《宪政与宪政运动》（1940 年 1 月 27 日），《张友渔文选》上册，法律出版社 1997 年版，第 137 页。

③ 张友渔：《中国宪政运动之史的发展》（1940 年 1 月 1 日），《张友渔文选》上册，第 123 页。

④ 参见毛泽东：《关于宪政问题》，见中共中央文献研究室编：《毛泽东文集》第 3 卷，人民出版社 1996 年版，第 90 页。

进行政治施压。这种将“民主”要求通过宪政话语管道来表达的做法，更容易得到体制内的承认，也得到其他在野党派的呼应。青年党的领袖李璜说：“民主若没有党派的合法公开地位以及公开竞选的自由权利，那就不能有真正民主，即使有也是一种形式而已，是假象而已”①。左舜生等说：“但吾人所要求者，为宪政之实质，绝非宪政之空名；所期待者，在先有一适宜于宪政滋长之民主环境，而不是一纸白纸黑字之宪法。”② 民盟主席张澜说：“中国没有民主，就永远没有办法。中国今天需要的是真正民主。”③ 他于1943年发表长篇论文《中国需要真正的民主政治》，提出“真正的民主政治”的五条标准：

> （1）政治的主权，一定要在全体国民的手里，而不是在一个人手里……（2）众人的公事，应由全体民众来直接讨论处理，此谓直接民主政治。倘若这个做不到，至少也应由全体民众推选代表，来组织议政机关，讨论国事，监督政府，以实行所谓间接民主政治……（3）民众代表，应由民众的自由意志，直接推选，不得由一党的党部人员会同政府官吏来指定人选与圈定……（4）地方人民及其代表之参与中央政事者，应能自由行使选举、罢免、创制、复决四权，决不可消减其权力，尤不得有利诱威胁之事。（5）一个国家，应有其根本大法，即早日颁行有关人民权利义务与政府组织权责的民主宪法。④

“宪政”与“民主”这种话语的转换，反映了中国人在引进西方知识与制度方面的实用主义态度。毛泽东对“宪政”与“民主”的互释，是政治家、社会活动家们在政治宣讲、舆论宣传中所使用的方式。“宪政”是一类“宏大话语”，这类“大词”有着极强的解释空间。毛泽东对“宪政”的定义，是在具体政治实践中的理性选择，是由社会政治运动中的具体实践所决

---

① 李璜、左舜生：《参政员李璜、左舜生发表谈话》（重庆《新华日报》1944年9月5日），见重庆市政协文史资料研究委员会等编：《国民参政会纪实》下卷，第1294页。

② 左舜生等：《请先实现民主措施从缓召集国民大会以保团结统一而利抗战建国案》，见重庆市政协文史资料研究委员会等编：《国民参政会纪实》下卷，第1470页。

③ 张澜：《关于民主的谈话（1944年8月28日）》（《新华日报》1944年9月16日），见四川师范学院《张澜文集》编辑组编：《张澜文集》，四川教育出版社1991年版，第201页。

④ 张澜：《中国需要真正的民主政治》，见四川师范学院《张澜文集》编辑组编：《张澜文集》，第187—188页。

定的，是一种话语策略。政治家利用话语技巧，试图打破概念的原有界限，利用对方的话语平台和资源来论证或解释，以达到自己的目的。在这里，毛泽东就是利用了西方“宪政”、“民主”两个概念中原有的关联性以及中国人对其认识和表达的模糊性。

需要强调的是，毛泽东将“宪政”与“民主政治”相联系，并非仅仅是一种话语斗争策略，也是一种具体的政治实践。伴随着1940年3月6日毛泽东《抗日根据地的政权问题》一文的发表，陕甘宁边区“三三制”政权的建立与运作，已将宪政是民主政治的思想落实到了具体的政权模式上。①

由上可知，当代中国有关“宪政”概念的研究与争论，从事实及学理上都无法绕过毛泽东“宪政是民主的政治”这个典范性定义；追溯宪政学说史源流，此用语本引自近代日本的译词，经黄遵宪的引介进入中国，最早的重要定义可见诸梁启超有关“立宪君主国政体之简称”的见解，有别于国体的范畴；梁启超有意识地将国体与政体两分，以减少政治改革的阻力。而严复则明确将立宪与众治相对接，惟其所谓的“民”，乃是抽象意义上的概念；此后孙中山曾在建国三阶段和民权主义的理论下，将宪政理解为民权（民主）实现的政治机制以及建国的目标。而毛泽东的典范性定义一方面沿承前人之源流，另一方面又以当时政治现实为基础，以实现政治利益为目的，属于一种政治话语，同时也是一种政体模式之概括。这种中国式的独特的“宪政”概念不能从西方公法学的语境中得到圆满解释，而应看作是当下政治实践和公法理论相结合的政治话语。

第三节　20世纪40年代“宪政”与“民主”的表达

如果说20世纪40年代整个中国正处在“历史三峡”当中，那么在当时，真正三峡上游城市重庆——国民政府的陪都，所蓬勃发展起来的社会政治运动则实是在“激流险滩处”。对于这场运动，许多学者定性为民主运动，因为争民主是这场运动的核心口号之一。虽然这段历史最终靠的是“枪杆子”来“收官”，站在革命史观的立场评价其为“与虎谋皮”之举抑或“第

① 参见韩大梅：《新民主主义宪政研究》，人民出版社2005年版，第184页。

三条道路”的破产也无不可，但不免抹煞了当时人们的些许令人扼腕的真诚努力。在有些学者那里，这段历史往往也被称为宪政运动或立宪运动。虽然最终立出的那部《中华民国宪法》及其“法统”在 1949 年戛然而止，标示这场旨在以宪法和法律重建中国社会政治秩序的努力付之东流，以致这部宪法本身、宪政运动的过程亦成为有些戴着“有色眼镜”的宪法史家嘲笑、批评的对象。但是，殊不知在海峡的对面，我国台湾地区这部“宪法”却依然存活，至今统制着当地的社会政治生活。对这段历史“一棍子打死”的做法，似不够公允与客观。①

笔者之所以选择 20 世纪 40 年代作为考察个案，主要是基于以下两点考虑。首先，20 世纪 40 年代是中国近代社会走向民主、宪政的一次重要契机。民主、宪政成为当时社会的主流话语，形成一种社会集体行动或社会潮流。如果说整个近代中国正处在“历史三峡”当中，那么此时所蓬勃发展起来的社会政治运动则正是在“激流险滩处”。从某种意义上说，20 世纪 40 年代就是中国近代的“宪法时刻”②。其次，毛泽东有关“宪政”、“民主”的典范性定义正是以此为背景提出的。如果对当代中国有关“宪政”、“民主”概念的研究状况进行梳理，就会发现各种观点都无法绕过以毛泽东为代表的中国共产党人在 20 世纪 40 年代的定义。

因此，笔者选择了 1940 至 1947 年这个时段来考察。笔者关注的问题是上述时段内两个话语（即宪政话语与民主话语，本章中所有使用引号的“宪政”“民主”特指此种话语而言）在期刊篇目中使用频率的发展变化，以及与此现象有关的作为西方舶来品的宪政与民主理念在 20 世纪 40 年代社会政治秩序建构中的角色、功能与互动。

---

① 据笔者阅读所及，国内宪政史的研究大体有三类：一是侧重立宪史实的考察，二是侧重宪法文本的比较，三是侧重对某个人宪政思想的研究。这些研究存在以下问题，一是制度史和思想史脱节；二是主要停留在资料整理、介绍的层面，通史性的著作多，但专题研究少；三是关于中共、亲共的民主党派的资料和研究较多，对国民党人士或反共民主人士（例如陈启天、张君劢等）研究不够，甚至介绍性工作也才刚刚起步。近代史的研究过去主要侧重于政治史、斗争史，近十几年来现代性问题（转型问题、“革命”话语的反思）、现代国家中的知识分子的命运等已成热点。但比较而言，对 20 世纪 30 年代的研究成果较多，涉及 20 世纪 40 年代的较少。

② 当既有宪法秩序与主流政治实践无法回应变迁社会的需求时，国民的意志便会被动员起来关心公共事务或进行公共辩论，从而形成新的宪法典范，这时的宪法变迁彰显人民的意志，超越常态政治中的立法形式，代表了最高的政治正当性，并被日后常态政治奉为圭臬。详见阿克曼的《我们人民》三部曲。

后文采用数据库方法和文献分析方法，利用数据库统计对出现在1940年—1947年书刊篇目中的几个关键词——宪政、民主，以及宪法、国民大会（国大）等进行分析考察，以此为基础提出问题。然后通过文献分析，通过对文本、史实与话语之间进行互证，进而对问题作出合理化的解释。

一、1940年—1947年期刊篇目中“宪政”、“民主”使用频率

（一）研究数据库的构建与理论预设

本章进行统计分析的对象是自建的1986条期刊篇名数据库，该数据库由笔者借助以下两个数据库的资料组成。

一是《民国时期期刊篇名数据库》（2006年版）[①]，利用此数据库对1940至1947年的期刊篇目中含有“宪政”、“民主”、“宪法”、“国民大会（国大）”四个关键词的刊物进行检索，并删除篇目中是法律法规名称、短讯、人名、地名、机构名等无用、重复信息，保留1925条篇目。

二是《民国时期宪政论文篇名索引》[②]，从该索引中获得上述四个关键词的有效信息共计61条篇目。

特别说明的是，上述篇名中基本没有当时的报纸信息，并非报纸不重要，而是囿于客观条件（例如人财物之局限），难以搜罗齐全。

本章的研究对象是“宪政”与“民主”，但为了辅助分析，笔者还对“宪法”、“国民大会（国大）”进行了检索统计。

选取四个关键词的理论预设有两个方面：

首先，四个话语均呈正相关性。

因为当代中国有关“宪政”概念的研究与争论，从事实及学理上都无法绕过毛泽东“宪政是民主的政治”这个典范性定义。因此，预设“民主”为

---

① 参见上海图书馆《全国报刊索引》编辑部：《民国时期期刊篇名数据库（2006年版）》，见http://bksy.clcn.net.cn（2006年12月30日校内访问）。该数据库由上海图书馆《全国报刊索引》编辑部整理。上海图书馆收藏了中国近现代期刊（1853至1949年）18000余种，占此年段全国期刊出版总量的75%，其中民国时期期刊的收藏和保存尤为完整。《全国报刊索引》编辑部依托上海图书馆丰富的馆藏资源，一直致力于民国时期期刊的回溯与整理，先后编辑出版了《民国时期期刊篇名数据库》（目前最新版本是2006年版），数据量达300万条左右，是国内目前研究民国时期珍贵历史史料不可多得的检索工具，该数据库支持年份、篇名、作者等检索方式。

② 参见陈灵海、刘娟娟：《民国时期宪政论文篇名索引》，见何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（第2卷·宪政法律篇），附录。

“宪政”的辅助话语。基于宪政的前提是要有宪法之存在的学理，选择“宪法”。基于国民大会（国大）的制宪和民意代表的功能，且国民大会本身又是民主的制度体现，因此选择“国民大会（国大）”。

其次，影响篇目关键词数量变动的主要因素是政治。

新闻学界通说承认媒体的双重属性：政治（阶级）属性和商业属性并存。在20世纪40年代除了《申报》等一些著名的都市报和小报外，许多有政党背景的报刊商业元素较低，主要扮演政治宣传工具，而非现代的文化消费品的角色。媒介的生产主要是因为政党的政治需要，次要才是获取商业利益。因此，对媒体内容的支配是自上而下的，而非自下而上的。另外，媒体和作者的关系上，媒体扮演的是“把关人（守门人）”的角色，传播者（媒体及其编辑）都不可避免地要站在自己的立场与视角上，对信息进行筛选与过滤。因此，篇目关键词数量变动未必都反映社会需求（社会关注度），但一定反映了刊物或作者的政治倾向或政治背景。

为了便于统计，笔者假设在短时期内（特别是同一年度内），媒体的总数量和作者数量变化波动不大，此二者可以被看作恒量。通过排除媒体数量和作者数量两个因素，作为社会知识群体的一种知识生产方式（写作）本身，以及这种写作的结果（相关文章数量的增减），就成为反映社会政治、舆论、观念变化的一面镜子。

（二）“宪政”、“民主”频率变化所反映出的现象

根据上述数据库的统计，可以看到1940年至1947年四个关键词基本概况（图1），并以此得出“宪政”与“民主”的三大基本规律。

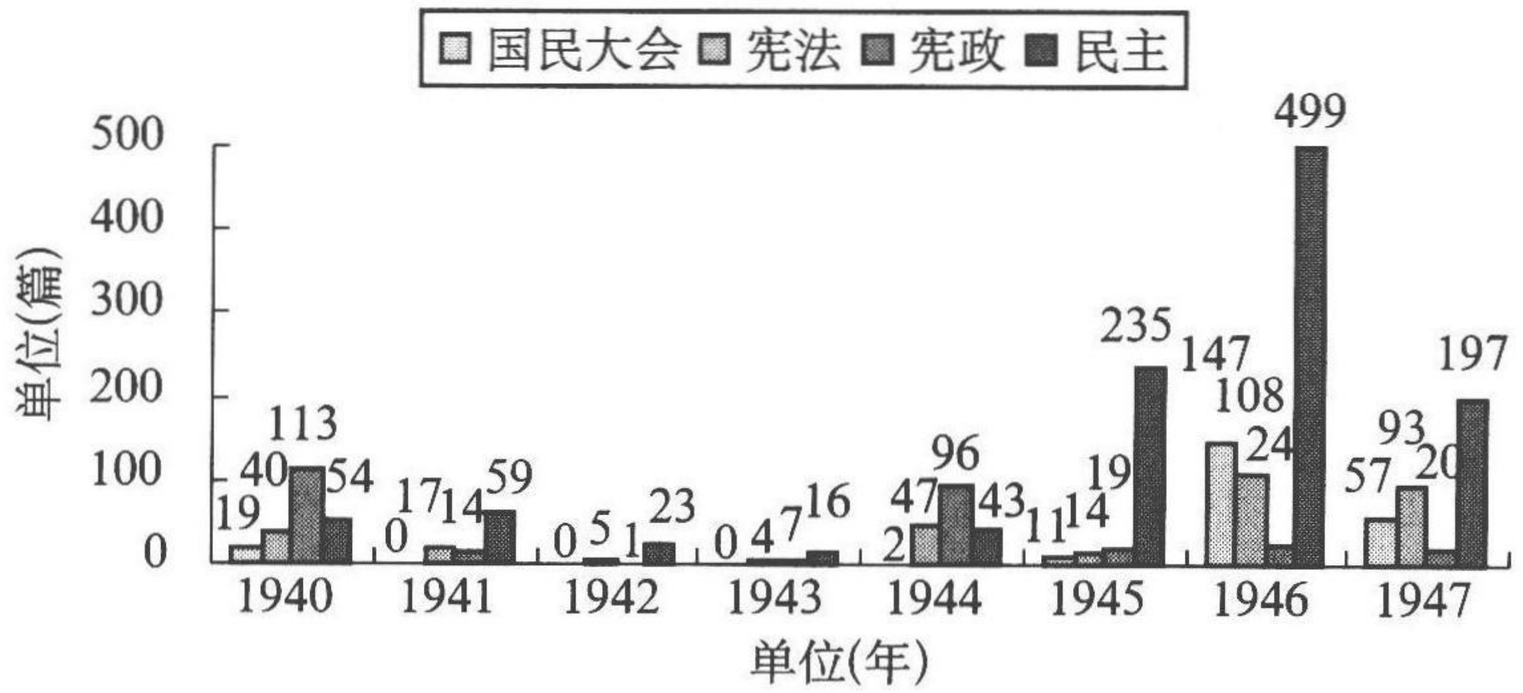


图1　1940年—1947年四个关键词基本概况

1.“宪政”与“民主”的时效性

时效性是指“宪政”、“民主”随着不同时间起伏波动。不仅二者在同一时间段出现的频率有差异，而且即使同一关键词，在不同年份的变化也较大。其实，波动本来是正常的，但过于剧烈的波动则令人不得不思考其背后的原因。

以“宪政”为例，在 1940、1944 两个年份的数量明显高于其他年份，分别达到 113 篇和 96 篇，而临近年份 1941 年、1945 年则分别降至 14 篇、19 篇（图 2）。

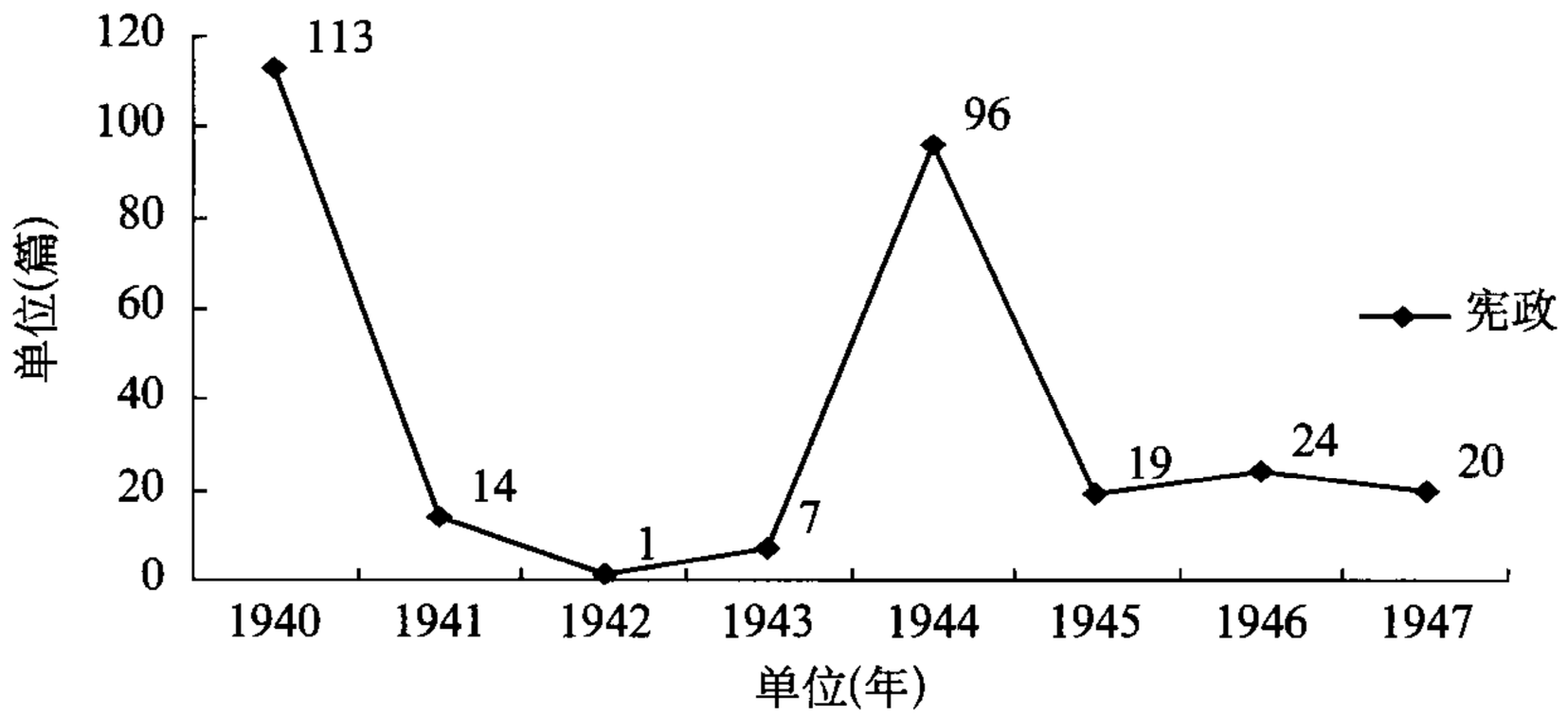


图 2　1940 年—1947 年“宪政”出现频率

再看“民主”的出现频率，则是在 1945 年、1946 年分别达到高点，其他的年份（特别是抗战胜利以前）一直低迷不振（图 3）。

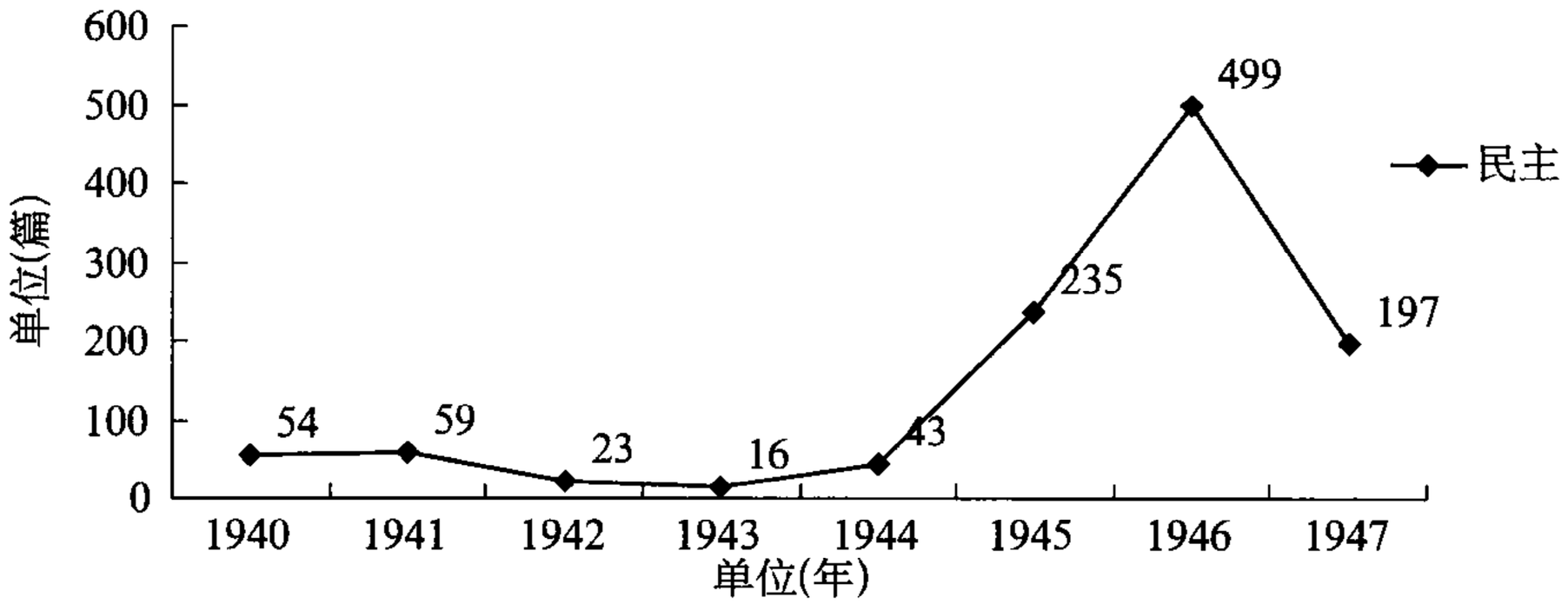


图 3　1940 年—1947 年“民主”出现频率

为了考察这种时效性是否具有普遍性，笔者又考察了“宪法”、“国民大

会（国大）”，发现也是如此（图 4 和图 5）。

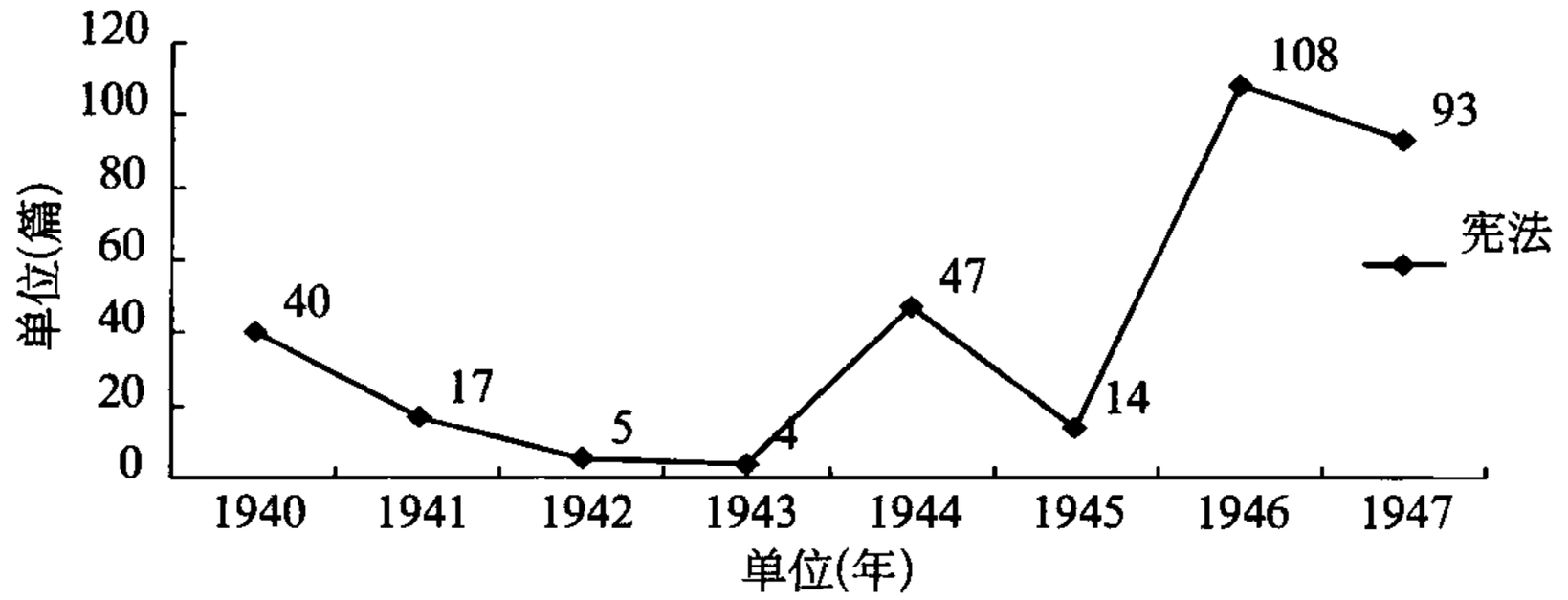


图 4　1940 年—1947 年“宪法”出现频率

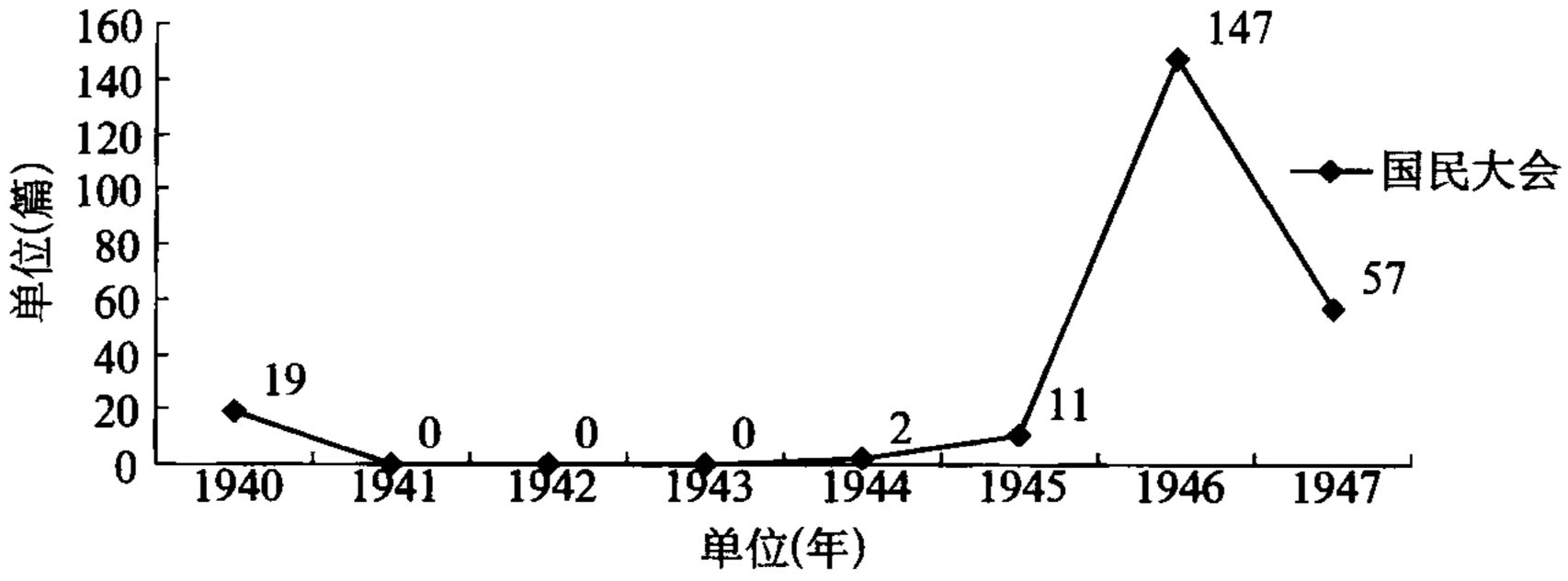


图 5　1940 年—1947 年“国民大会”出现频率

“宪法”和“国民大会（国大）”都在 1946 年达到高点，而前者在达到最高点之前，在 1940、1944 两年分别有两个小的高潮，这与“宪政”的频率变化趋势是相同的，也部分印证了前文关于“宪政”、“宪法”、“国民大会（国大）”具有正相关性的预设。

2. “宪政”与“民主”的背离性

为更好地对比观察，笔者将图 2、图 3 合并在一个图表中，形成图 6，通过该图发现，“宪政”与“民主”明显有某种背离性，即在发展趋向上相反。例如，在 1944 年以后，“民主”一路上扬，而“宪政”却逐年呈下降的趋势，至 1946 年两者达到背离的顶峰。

因时而动反映了“宪政”与“民主”作为话语的共性，但在固定的共同历史场景中（如同一个年份），二者为何背离？由此可以引出另外一些问题：

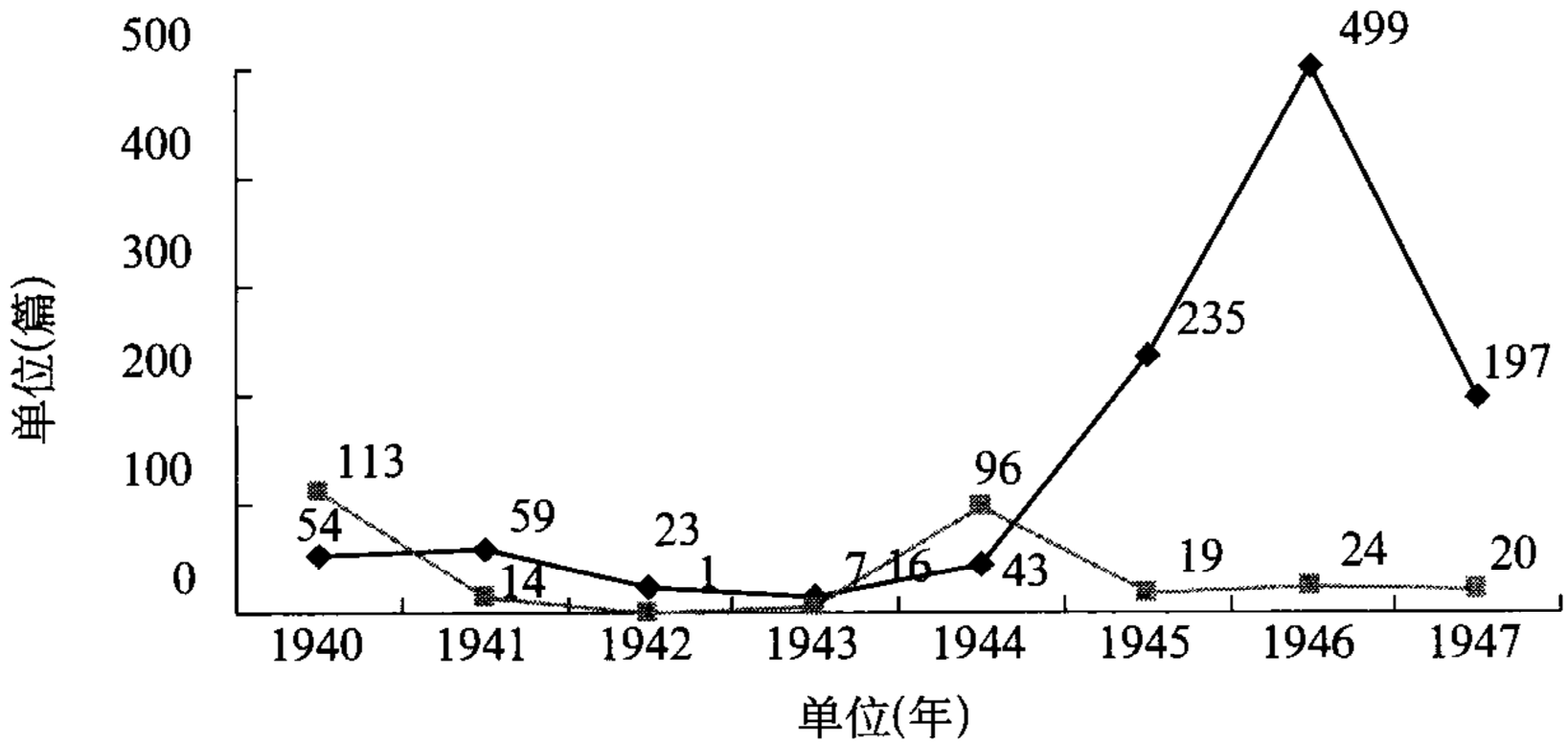


图 6　1940 年—1947 年期刊篇目中“宪政”“民主”之比较

“宪政”与“民主”的背离是因为宪政与民主内在理论上的紧张，还是外在因素的影响？如何解释毛泽东“宪政是民主的政治”这种典范性定义与这种背离性的关系？

进一步研究则会发现，“宪政”与“民主”是不同的人在不同刊物上进行论说的。

3.“宪政”与“民主”的场域性

“宪政”与“民主”既是一定时间内的产物，也是一定场景下的作品。笔者利用上述数据库分析统计了作者的信息后，发现“宪政”与“民主”的话语表达者（核心作者群）是有所区别的。例如，表 1 反映了“宪政”、“民主”作者群体的差异，两个作者群中，只有一个人（叶青）重复。

表 1　　“宪政”与“民主”的表达者

排序	“宪政”的核心作者群		“民主”的核心作者群	
	作者	发文数量	作者	发文数量
1	杨幼炯	6	邓初民	11
2	章渊若（章力生）	6	严景耀	9
3	张知本	5	叶青	8
4	林桂圃	5	李公朴	8
5	万流	4	马叙伦	8
6	陈觉玄	3	茅盾	7
7	梁寒操	3	张文元	6

续前表

排序	“宪政”的核心作者群		“民主”的核心作者群	
	作者	发文数量	作者	发文数量
8	新武	3	罗隆基	6
9	陈海澄	2	王赣愚	5
10	陈烈甫	2	彬然	5
11	陈序经	2	林焕平	5
12	北鸥记	2	石啸冲	5
13	狄侃	2	章伯钧	4
14	刘子健	2	怀湘	4
15	无咎	2	雪峰	4
16	杨兆龙	2	陈柏心	4
17	叶青	2	施复亮	4
18	张文伯	2	周建人	4

即便作者群的“井水不犯河水”是某作者喜好、擅长写某类话题文章所致，但是，根据话语载体（姑且称作“核心期刊”）信息的统计（表 2），可以发现在发文数量前十位的刊物中，“宪政”与“民主”前五位都不一样，重复的只有两个刊物（《中央周刊》和《大学》（成都））。

表 2　　“宪政”与“民主”的载体

排序	“宪政”的核心期刊		“民主”的核心期刊	
	刊物	发文数量	刊物	发文数量
1	中华法学杂志	30	民主周刊（昆明）	70
2	上海周报（上海）	23	民主（上海）	62
3	三民主义半月刊	16	中央周刊	44
4	中国青年（重庆）①	15	文萃	43
5	中山月刊（重庆）	14	大学（成都）	29
6	中央周刊	14	民主政治	29
7	大路（泰和）	10	中华论坛	27
8	中外春秋	8	民主世界	25
9	大学（成都）	8	民主世纪	24
10	内地通讯	6	大众生活（上海）	23

① 并非共青团中央委员会机关刊物《中国青年》（1941 年第 3 卷第 5 期出版后停刊直至 1948 年 12 月在河北平山复刊）。

这从某种意义上说明，论说宪政与民主的知识群体（或刊物）分属不同的群体。下面的问题则是，“宪政”与“民主”各是由哪些群体论说的。对此，将在下文中进一步分析。

二、“宪政”、“民主”表达者和载体的政治背景分析

（一）“宪政”的表达者与载体

本章分析的材料主要是表1、表2所提供的信息。为了更全面地了解20世纪40年代“宪政”的表达者，笔者根据大型回溯性书目《民国时期总书目·法律（1911—1949）》[①] 和《中文法学与法律图书书目》[②] 中的“旧法书”，统计了题名出现“宪政”字眼的信息书籍（参见图7）。如果比较此图和图2，会发现在1940年和1944年书、刊都达到了波峰。唯一的区别是书籍方面在1946年—1948年的数据较高。

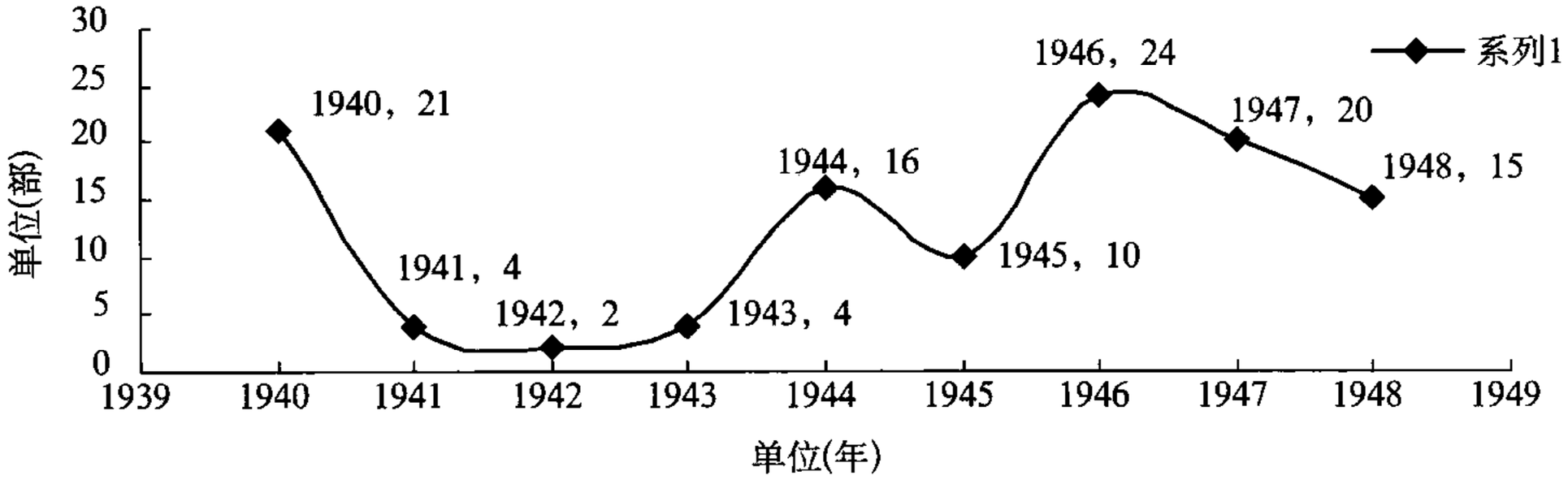


图7　1940年—1948年“宪政”、“宪法”著作出版量

为了更全面地了解40年代“宪政”的表达，笔者还根据书目数据，统计此期间公开出版过“宪政”、“宪法”书籍的作者姓名，制成下表。

表3　　出版“宪政”、“宪法”专著的作者名录

发表著作数	作者姓名
三部	萨孟武、刘士笃、刘静文、罗志渊（其中一部与人合著）、金鸣盛
两部	韩幽桐、陈盛清、叶青、平心（邵翰齐）

① 参见北京图书馆：《民国时期总书目·法律（1911—1949）》，书目文献出版社1990年版。

② 参见西南政法学院图书馆：《中文法学与法律图书书目》（1—5册），西南政法学院图书馆印1984年。

续前表

发表著作数	作者姓名
一部	杨幼炯、章友江、陈长蘅、巴人、白芒、艾生、王清彬、茹春浦、张映南、潘念之、何炯、贺伯鹏、王宠惠、宗鲁、李宗黄、江寅、杜光埙、林桂圃、王世杰、钱端升、董霖、孙科、陈北欧、陈世材、张仲实、章渊若、张申府、张友渔、伍启元、曹绍濂、楼邦彦、梁栋、吴人初、金良本、胡经明、江海潮、陈启天、傅况鳞、童沂、潘公展、费孝通、杨劲支、罗香林、邹韬奋、陈烈甫、王子兰、张知本、范予遂、陈雪涛、熊伯履、邓充闾、张君劢、何永佶、郭垣、谢瀛洲、陈定闳、罗异斌、童琢如、李楚狂、耿文田、刘宗禄、郑彦荣、段林台、储玉坤、朱观、王孙录、刘宗禄、郑彦棻、曾资生、张道行、张世杰

上表与本章前一部分表 1 刊物核心作者群（“宪政”与“民主”的表达者）进行对比，根据笔者目前掌握的资料，对作者们的职业背景介绍如下：

表 4　　“宪政”核心作者的职业背景

姓名	1940—1947 年的主要身份
杨幼炯	中央大学、暨南大学等校教授，建国法商学院院长，《中华日报》总主笔，立法院立法委员，宪政实施促进委员会常务委员。1949 年去台湾后续任“立法委员”。
章渊若	中央大学、暨南大学、东吴大学法学教授。国立劳动大学校长，国民大会代表。1948 年 7 月任国民政府侨务委员会副委员长、上海市政府秘书。
张知本	《五五宪草》起草专家，知名法学家，立法委员、国大代表，1949 年 1 月出任司法行政部部长。
林桂圃	《三民主义周刊》创办人，1948 年当选立法院立法委员及立法院法制委员会委员。
梁寒操	桂林行营政治部主任、军事委员会总政治部副部长、国民党中央宣传部长、国防最高委员会副秘书长、国民党三民主义理论委员会主任委员。国大代表及立法委员。
陈烈甫	厦门大学政治学教授。
陈序经	西南联合大学法商学院院长、教授，南开大学教务长兼政治经济学院院长及经济研究所所长。
杨兆龙	立法院宪法起草委员会专员，中央大学教授。西北联合大学法商学院院长。教育部参事和法律教育委员会秘书长，并任中央大学、东吴大学重庆分校、朝阳法学院法学教授。抗战胜利后，任司法行政部刑事司司长、最高法院检察署代理检察长。
叶青	国民党著名的政治理论家，国民党中央宣传部副部长。

续前表

姓名	1940—1947 年的主要身份
萨孟武	中央政治学校专职教授，中山大学法学院院长（1946—1948）。
刘士笃	重庆市潼南中学校长，监察委员。
刘静文	中央大学政治学教授。
罗志渊	国立政治大学行政系教授，1947 年立法院专门委员，后赴台湾。
金鸣盛	立法院立法委员。
韩幽桐	西北联大教授，救国会常务委员。1946 年以后任东北行政委员会委员、教育委员会委员、民族委员会委员，松江省教育厅厅长。
陈盛清	国立英士大学刑法教授，国立暨南大学、国立同济大学民、刑法教授。
平心（李平心）	1941 年上海沦陷后入狱，出狱后住上海法藏寺阅读和整理经史资料。中国民主促进会创始人之一。

由此看来，主张“宪政”的知识分子多是体制内的知识分子，他们或为国民党、国民政府内高官与智囊，或为学术地位已得到公认的大学教授、社会贤达。

此外，从表 5“宪政”载体的背景中可以看到，刊发“宪政”类的文章以陪都重庆有官方背景的专业理论刊物为主。

表 5　　“宪政”核心刊物简介①

刊物名称	编辑部所在地	刊物性质或主办方
《中华法学杂志》	重庆、上海	中华民国法学会主办的学术刊物
《上海周报》	上海	大众刊物
《三民主义半月刊》	重庆、南京	中国国民党机关刊物
《中山月刊》	重庆	中山学社主办的综合性刊物
《中央周刊》	重庆、南京	国民党中央党部主办的刊物

（二）“民主”的表达者与载体

根据前文“民主”核心作者群名录，“民主”表达者的职业背景如下（表 6）：

① 本表与下文表 6 主要参考以下资料：方汉奇：《中国新闻事业通史》第 2 卷，中国人民大学出版社 1996 年版；陈旭麓、李华兴：《中华民国史辞典》，上海人民出版社 1991 年版；张宪文、方庆秋、黄美真：《中国民国史大辞典》，江苏古籍出版社 2001 年版。由于资料缺乏，很多刊物的信息暂付阙如。

表 6　　**“民主”核心作者的职业背景**

姓名	1940—1947 年的主要身份
邓初民	朝阳学院政治系主任。中国民主同盟中央委员。
严景耀	犯罪学家，燕京大学社会学系教授。
李公朴	民盟云南省支部执行委员，《民主周刊》编委。民盟中央执行委员和民主教育委员会副主任。社会大学副校长兼教务长，《民主教育》月刊主编。
马叙伦	抗战期间困居上海，专事著述。抗战胜利后，中国民主促进会发起人。
茅盾	著名作家，社会活动家。
罗隆基	中国民主政团同盟成员，《民主日报》社长，重庆政治协商会议民盟方代表。
王赣愚	南开大学、西南联大法学教授。
林焕平	民族革命通讯社香港分社社长、香港南方学院院长、大夏大学教授。
章伯钧	中国民主同盟常委、组织部长。
施复亮	学者，文化界救国会领导人。民主建国会创始人中央常委和副主席。
周建人	生活书店、新知识书店编辑。中国民主促进会理事。

由上可知，主张“民主”的知识分子多是具有“第三种力量”或亲共背景，有些是体制外的知识分子。40 年代初期民盟成立后，吸纳了大多数此类知识分子。

表 7　　**“民主”核心刊物简介**

刊物名称	编辑部所在地	刊物性质或主办方
《民主周刊》	昆明、北平	中国民主同盟云南省支部出版的刊物
《中央周刊》	重庆、南京	国民党中央党部主办的刊物
《文萃》	上海	上海政治性周刊
《中华论坛》	重庆、上海	中华民族解放行动委员会（中国农工民主党前身）主办刊物
《大众生活》	香港	综合性时事周刊

（三）表达者与载体的比较

综上所述，我们既加深了对“宪政”、“民主”场域性的认识，又能发现以下几个规律：

第一，“宪政”、“民主”的表达者主要是知识分子，这些知识分子中，许多是“海归”，特别是有法学、政治学、社会学学习经历的人不在少数。这些人的参政模式有三种：第一种以个人身份入官方政治系统成为职业官

僚；第二种是坚持以自由知识分子的身份留在民间，与官方系统和党派政治保持距离，而通过“文人论政”的方式批评官方政治和党派政治，鼓吹个人自由和民主宪政；第三种是自由主义者联合组党，试图以独立于激进主义和保守主义之外的“第三种力量”[①] 强行打入政治系统。

第二，“民主”的载体主要是昆明、上海等高校集中地的社会大众刊物。

笔者检索主流的专业刊物《中华法学杂志》，发现其很少发表包含“民主”标题的文章。在 1940 至 1947 年间总数 1126 篇“民主”的文章中，只有 4 篇是由《中华法学杂志》刊发的。《中华法学杂志》更加关注宪法具体制度问题。

需要说明的是，事实上有许多刊物难以用政治立场和背景来区分判断，表达者有时也只代表个人而非“组织”[②]，对表达者与载体进行非此即彼的两个群体的划分只是韦伯意义上的“理想类型”，是进一步研究的工具。

第四节　“宪政”与“民主”：曲调未谐的变奏

如果说语言作为一种符号，在并无客观联系的对象间建立一种貌似存在联系的关系，那么当原始的意象转化为“所指”，原始意象的表达形式成为“能指”，二者之间就产生了间距和紧张关系。宪政话语与宪政、民主话语与

---

① 有人认为“第三种力量”分为四种类型：一是抗日高潮中逐渐形成的遍及全国各大城市抗日的群众性团体和组织（例如，冠之以“救国会”之名的救亡团体）；二是国民党内部坚持孙中山联俄联共、扶助农工革命路线的国民党左派（如第三党）；三是不赞成阶级斗争，试图运用改良手段进行社会改造的团体与个人（如中华教育职业社、乡村建设派）；四是既反对中国共产党的政治路线，又反对国民党专制统治的政党（如中国国家社会党、中国青年党）。它们虽然有很大分歧，但在“坚持抗日反对妥协”、“实行政治改革以使国家政治走向民主化轨道”两个基本问题上，则表现出共性。参见闻黎明：《第三种力量与抗战时期中国政治》，上海书店出版社 2004 年版，第 1—5 页。皖南事变以后，中共党内曾对这些中间派的政治立场有一个通报：“可以大体分为三类：一是小资产阶级的代表，如救国会及第三党，与我最接近，是最同情我们的；一是民族资产阶级的代表，如黄炎培、张澜等，对大资产阶级不满，但在紧要关头，便成和事佬；一是失意政客，如张君劢、左舜生等，希望从国共纠纷中谋自己升官发财的利益。但在得到参政会主席团位置后，面目就变了。但因他们都反对国民党的一党专政，黄炎培、左舜生、张君劢、梁漱溟等正在发起组织‘民主联盟’以求自保和发展，所以仍是一种中间地位。”《中共中央一九四一年三月政治情报》（一九四一年三月二十二日），见重庆市政协文史资料研究委员会等编：《国民参政会纪实》下卷，第 918 页。

② 谢泳：《西南联大知识分子群的形成与衰落》，见许纪霖编：《20 世纪中国知识分子史论》，新星出版社 2005 年版，第 400 页。

民主之间无疑也反映了“能指”与“所指”的矛盾，但是因为“宪政”与“民主”在20世纪40年代均指向中国社会秩序建构的相同问题，所以这种矛盾实际上可以用一个比喻来解释，即“宪政”与“民主”在40年代吹奏的是同一曲谱，但因为吹奏的人不同，吹奏的场景亦不同，所以这场合奏变成了曲调未谐的变奏。

一、背离性背后的同一性

前文曾根据刊物篇目的关键词出现的频率描述了“宪政”与“民主”的时效性、背离性与场域性，对于“宪政”与“民主”背离性形成的原因，笔者提出一孔之见。

站在西方语境中，宪政与民主“所指”和“能指”均是不同的。民主主要提供了一种政治合法性的标准，同时也提供一种决策机制，这种决策机制在西方表现为代议制的制度框架，而宪政则强调对国家权力的限制，以保障公民权利的实现。民主与宪政之间内在的紧张关系，表现为宪政要求限制民主的权力。宪政应该是针对民主制度的一种批判性制度框架，民主使国家的一切权力完全取决于通过普选表达出来的公共意愿。宪法则保障国家权力的自主性，使之不受专制决断的干预，避免这些权力受到具有无限权力的人民的压力，以免造成“多数”侵害“少数”的多数人暴政。例如，在宪政的制度中，强调司法独立，司法机关通常不是由民主选举程序产生。从上述意义上说，“宪政实质上是反民主的。”①

从西方宪政与民主的概念来看，民主在“主权在民”这个意义上实现了一种对现实制度（在现代社会主体是法律制度）的法外之理的价值关怀。类似的统治正当化的论证，在中国古代社会主要由“道统”概念来实现。而宪政主要在制度层面，利用一种限权机制来完成秩序化的现实安排。因为民主的各种实现形式——直接民主、间接民主（代议制）等等，都要在宪政的框架内才能得到真正良好的实现。

没有宪政的民主，正如基佐所警告的，“民主是战争的呼声；它是多数下层人反对少数上层人的旗帜。这个旗帜有时是为了最合理的权利而举起，

① ［美］埃尔斯特等编：《宪政与民主》，潘勤、谢鹏程译，第224页。

有时是为了最残酷、最邪恶的激情而举起；它有时是为了反对最不公正的篡权者，有时却是为了违抗最合法的权威。”① 当卢梭把人民宣布为主权者的时候，他对国家权力的终极来源问题作出了一种解答。但这种回答同时也潜在地对民主政治构成了最大威胁。强调人民不可“分割”不能“代表”，便难以把人民主权转化为一种可操作的制度安排：如果把它转化为制度安排，将势必走向民主政治的反面——假民主名义行专制之实的极权主义民主。② 因此，在操作层面建立一套有效运作的“宪政”装置，对民主就显得至关重要。

而没有民主的宪政，同样面临少数人权利的保护难题。民主的出发点应该是个人的价值和自由，保护包括少数人在内的所有人的公民权利既符合平等的价值要求，也符合社会发展规律。少数人与多数人应平等地享有权利，平等地受到保护。这种思想观念的根源在于人权的普遍性，并且是以人的尊严和价值为前提。多数与少数是可以相互转化的，谁都不能保证自己永远属于大多数，同一个人也并不一辈子全是占据多数或优势。③

站在中国近代语境中，笔者认为，“宪政”与“民主”是两个不同的能指，但一定程度上指向一个同样的“所指”。背离性与同一性看似矛盾，其实是统一的。背离现象的背后是同一性的实质。这种同一性当然仅仅是指向的同一性，而非二者完全是一回事。

站在表达的角度即从现象上看，主要是两个群体在分别使用这两个“话语”。但从表达的实质内容上看，二者又是相同的，“宪政”与“民主”都要完成制度设置与价值关怀的双重功能。对“宪政”而言，除了作为秩序基础，还要完成作为建国目标的“道统”功能。就“民主”而言，除了对“党治”的批判，还要将权利诉求制度化为一种控权限权的模式。因此“宪政”

---

① 邓恩编：《民主的历程》，林猛等译，吉林人民出版社 1999 年版，第 149 页。

② 在这个意义上，罗素把卢梭称为“与传统君主专制相反的伪民主独裁的政治哲学的发明人”。[英] 罗素：《西方哲学史》下卷，何兆武、李约瑟译，商务印书馆 1984 年版，第 225 页。

③ 民主的核心是少数服从多数，也可以说是多数统治、决定少数，但它并不意味着可以忽视或损害少数人的权利。对少数人的权利给予关注，甚至扩展到动物权益的保护，无非是将自己置于距离第一块多米诺骨牌倒下的地方更远些。更何况从历史经验来看，真理往往掌握在少数人手中，社会也往往是靠少数人的血和生命作为代价而得以前行，如果我们能以更理性更宽容的态度看待少数人的权利问题，社会文明进步的步伐一定会更快些。

与“民主”可以互释。毛泽东关于“宪政是民主政治”的论断正是这种同一性的典型表达。

话语背后的“古今之争”展现了“能指”与“所指”的矛盾。这种“紧张关系”就是：在沟通古人与今人、融合过去与现在、从“大视域”的观点看历史事件和历史人物时，既要“丢弃自己”，以便设想古人之处境，避免以今度古、以今解古，又要“不只是丢弃自己”，而要同时“也把自身一起带到过去的视域中去”以便“理解”过去，避免古今隔离。这种既区别又结合的矛盾或“紧张关系”，是一个理解历史的过程，也是包括理解在内的历史实在自身显示的过程。①

但也应当看到，实践中“宪政”与“民主”的互释，更多是政治家、社会活动家们在政治宣讲、舆论宣传意义上所使用的。在这种场景下，“宪政”和“民主政治”表达了同一个意思：建立一种秩序，这种秩序既要有一种能够操作的制度框架，又要具有某种道德号召力和正当性指引功能。

与此相对，在专业学术领域，特别是有着深厚欧美法学背景的民国法学界，“宪政”与“民主”的区别当然不言而喻。例如，杨兆龙说：“如果用数学的公式表达出来，宪政国家便等于‘法治国加上法律的民主化’或‘法律的民主化的加强’。这就是说宪政实现的条件不外两种：（1）实行法治；(2) 使法律的内容或精神民主化或加强其民主化的程度。”② 萧公权也说：“我个人也相信宪政是一种政治的生活方式，并不是高远玄虚的理想”，“宪政是过程也是目标”。“什么是民主？我们的简单答复是：人民有说话的机会，有得到一切言论和消息的机会，有用和平方式自由选择生活途径的机会，有用和平方式选择政府和政策的机会。”“宪政思想至少包括三义。一曰国家当有至尊无上之基本大法以规定政府之职权。二曰人民权利应受此大法之保障，不容任何人士之法令之侵削。三曰国家治权当以法律为最高之形式。”③

“宪政”与“民主”是一类“宏大话语”，有着其独特功能。说“大话”是一个民族生存的基本底线，如果没有对自己问题的真正意识，就只能放弃

---

① 参见张世英：《哲学导论》，北京大学出版社 2002 年版，第 277 页。

② 杨兆龙：《宪政之道》，原载《中华法学杂志》第 3 卷第 5 期（1944 年 5 月），《杨兆龙法学文集》，第 457 页。

③ 萧公权：《宪政与民主》，第 26、160、35 页。

“说大话”的权利，让别人规划自己的未来，去走别人的路。但是，“中国的社会病是在国际关系中的地位不平等。换句话说，中国一向被别人当作了姨太太、兔子或娼妓”。“中国近百年来之历史乃一部建造近代的现代的国家之失败史，亦即企求独立平等、憧憬法治之历史。”① 法治也罢，宪政民主模式也罢，无不是西方强势文化输出的结果。近代以来中国人正是在西方的步步紧逼下，逐步丧失了这种说“大话”的勇气和资格。

二、同一性背后的中国秩序建构问题

（一）互释中的“实用主义”立场

既然“宪政”与“民主”都是指向中国社会秩序建构问题，为什么由两种话语来表达呢？这是政治实践的理性选择，是由社会政治运动中的具体实践所决定的，是一个政治宣传策略。在表达上，“宪政”有时表达民主的内涵，起到了民主这个概念的功能。而“民主”有时又表达了宪政的内涵，起到宪政所欲实现的效果。

“宪政”与“民主”的互释，一方面表现了政治家话语技巧的运用，即都试图打破概念话语的原有界限，利用对方的话语平台和资源，论证解释实现自己的目的；另一方面，双方也利用了西方两种概念中原有的关联性以及中文表达的混沌性，侧重于对自己有利一面的强调，各取所需。

其实，20 世纪 30 年代初期胡适等自由主义知识分子就发起“人权保障”运动，知识分子中产生了“民主与独裁”的论战。② “宪政”在 1939 年左右由第三种力量提出，目的在于争取自由、权利。但国民党政府很快调动一切资源，逐渐接过“宪政”的接力棒，掌握了“宪政”话语权，民间的宪政话语逐渐变成了一种贵族式的清谈运动，影响力渐弱。在这种情况下，第三种力量和中国共产党将“民主”作为一种口号提出，实际上仍然是表达了一种改变现存社会秩序的诉求。由此形成这样的变奏：

国民党方面大讲“宪政”，并试图将“民主”变为“民意”，纳入体制内的制宪过程中，而第三种力量和中国共产党则打出“民主”牌，试图将“民

---

① 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，清华大学出版社 2005 年版，第 21、25 页。

② 参见顾昕：《民主思想的贫瘠土壤——评述一九三〇年代中国知识分子关于“民主与独裁”的论战》，见许纪霖编：《二十世纪中国思想史论》，东方出版中心 2000 年版，第 362—410 页。

主”转化为质疑“法统”、对抗体制内制宪的利器，最终给国民党政府施压，逼迫其开放政权，放弃专制。

从国民党方面来看，强调西方宪政概念中“秩序化”意义，而舍弃了“限制权力”的内涵，并试图在制度设置上将“主权在民”之“民”抽象化（例如《五五宪草》当中“国民大会”的设置），于是形成了在野党所强烈反对的，即形式上喊宪政而实质上实行的专制独裁。

从在野党方面看，则着重强调民主概念中政治合法性的内涵以及宪政中的限权机制，试图以民众代表的身份参与政治，改变现有的政治格局。但这种“民意代表”，因为没有程序性的委托机制，被蒋介石讥为“空谈”，斥为“分赃”。

这种对宪政与民主各取所需式的解读，实际上反映了中国人在引进西方知识与制度方面的典型实用主义态度。中国人不缺乏实用主义的精神，儒家讲经权的区分。“经”是原则，应当坚持，但是遇到具体情况时应当具体分析，可以权衡。这种权变是孔子在《春秋》里就确定的原则。工具意义上的“宪政”、“民主”渗透了实用主义的精神。政治家们过于强调权变，以至于在表达与实践之间就产生了差距。

（二）中国近代秩序建构的难题

要建立一个稳定的社会秩序，上述实用主义的立场如何能够实现中国近代社会秩序建构中的双重任务：既要有一种具备可操作性的制度框架，而这种制度框架又内含具有道德号召力的正当性指引功能的价值。前者是权威，而后者是信仰。前者也许可以通过知识引进、制度移植来实现，而后者则有赖于一种新文化的重建或重塑。在这个过程中，还面临信仰与权威的冲突，以及自由与秩序的矛盾。

一方面，中国近代面临着“道统”与“政统”的分裂。“政统”危机可以通过战争与制度建设来完成，但“道统”危机则有赖于文化与信仰的重建。

权威与信仰的冲突问题在国内论者那里往往转化为一个中国化的命题——“法律信仰”是否可能?[①] 当中国知识分子谈论“法律信仰”问题时，

① 参见张永和：《法律不能被信仰的理由》，《政法论坛》2006 年第 3 期。

其实背后有着一个语境，即中国社会的精神信仰的危机带来了法律的精神危机，其源于一百年来中国社会精神转型的历史，对传统文化的否定导致凝聚中国社会的精神力量的丧失。①

法律作为权威首先要合法，但是如果法律不具备合法性基础，在实践中是否就不是权威？正如“恶法”并不是等于没有效力的法，一个没有合法性基础的政权也是民众不得不服从的权威。但是，最终权威是建立在某种心理认同的基础上，从这个意义上，如果法律秩序不具有正当性，法律的权威也就不存在。

另一方面，一言以蔽之，秩序与自由的矛盾，就是中国社会秩序建构的道路选择问题：是“政府推进”还是“自然演进”？是需要一个强有力的“大政府”来为我们规划这种秩序，并赋予我们宪法、法律下的自由，还是需要一个强大的充满自由的社会，以此为基础组织一个权力受到许多限制的“小政府”？

这种道路的选择，必须以对中国社会结构的深刻认识为基础。对中国社会不同的认识导致不同的道路选择。梁漱溟先生晚年曾解释他与毛泽东对于中国社会的不同认识。②

在20世纪40年代，秩序问题当然是首要问题。没有一个强有力的政府，非但民主法治不能建成，连民族国家的生存也不能实现。但是，对秩序的重视，往往又隐含了对自由的限制。而对自由的强调，有时又是打破现有秩序的先声。③ 急剧的社会转型打破了原有的社会平衡，旧的规范已被打破而新的规范尚未建立，社会变迁造成社会规范的紊乱，社会成员因此变得越来越难以控制。也许自由诚可贵，但自由正如许多事情一样，是“一抓就死，一放就乱”。治乱循环，如同轨道，如何掌握“收”“放”的限度，取决

---

① 参见郭忠：《试论当代中国社会转型时期法律的社会精神基础》，《法学家》2006年第4期。

② 梁漱溟认为毛泽东强调阶级竞争，自己则认为贫富贵贱可以流转相通，中国社会呈散漫状态，中国人喜欢调和。参见［美］艾恺采访，梁漱溟口述，一耽学堂整理：《这个世界会好吗：梁漱溟晚年口述》，东方出版中心2006年版，第81、97页。

③ 托克维尔通过对法国大革命起源的观察，认为：“革命的发生并非总因为人们的处境越来越坏。最经常的情况是，一向毫无怨言仿佛若无其事地忍受着最难以忍受的法律的人民，一旦法律的压力减轻，他们就将它猛力抛弃……而且经验告诉我们，对于一个坏政府来说，最危险的时刻通常就是它开始改革的时刻。”［法］托克维尔：《旧制度与大革命》，商务印书馆1992年版，第21页。

于政治家的智慧与审慎。

第五节　“法统”与“宪政”、“民主”

一、熟悉而又陌生的“法统”

对“法统”的概念我们是既熟悉而又陌生的。熟悉它，是因为翻开国内中国法制史教材，最后部分都要提到《关于废除国民党六法全书和确定解放区司法原则的指示》这个文件，都会讲到废除“伪法统”、“废除六法全书”事件。“法统”概念已经伴随着国民党政府“六法全书”和“伪宪法”淡出我国法学界。乃至1984年版的《中国大百科全书·法学卷》和很多法学类辞书都没有收录该词条。近年来，因为涉及重新评价废除六法全书问题，我国学界才有较少论著提及此概念，但关于其概念内涵以及源流等问题，至今研究阙如。

涉猎中国宪法学说史料，就会发现“法统”一词贯穿了中华民国国家政权和宪政建设的始终，也是当时宪法理论与实践中的核心问题，研究中国宪政史乃至台湾问题都不能回避此概念。

笔者认为“法统”的内涵是三位一体的，由相互联系的三个方面构成：一是统治权力的正当性；二是宪法和法律体系本身；三是法律传统。三者的关系是，统治权力的正当性必须通过一定的宪法和法律体系等制度（如国民大会或者人民代表大会等民意机关、以宪法为主导的宪政体系）来支撑，而统治权力、宪法和法律体系往往是在一定法律传统中形成的，具备一定的文化和程序性。

二、“法统”一词的传统文化渊源

“法统”既非舶来词，那么在中国传统文化中必有其渊源。中国传统文化中的佛教“法统”观、儒家“道统”观，其核心之“统”与“正统”，构成了“法统”概念的文化内核。

“法统”一词最早是佛教范畴，指佛法的传承系统。佛教在南北朝时出现了很多宗派，每宗下又分几个小派。每个宗派各有其法的传承，也就是法统。在佛教文献中，法的含义多种多样，用法及其内涵比较复杂。《佛学大辞典》将法的诸含义分为任持自性、轨生物解两类。前者指各自本性的一切

存在，后者指认识之标准、规范、法则、道理、教理、教说、真理、善行等，即令人产生对一定事物理解之根据。同一法门系统者，犹如世俗之亲友眷属，称为法类、法眷；继承者称为法子、法嗣、法弟、法孙；其相承次第，称为法脉、法系、法流、法统。

法统概念之产生，表明佛教对中国本土文化的回应和吸收，佛教注意到中国宗族中以“血统”为核心的凝聚力形式，在进行制度建设时，首先确立本宗的法统。法统对于一个宗派来说，是存在和发展的历史依据，同时也容易形成宗派内部的凝聚力，有利于宗教的发展，这种凝聚力，既是对同一法门的认同，也是对宗主地位的认可。①

佛教传到中国以后对儒家文化提出了挑战，韩愈在《原道》中最早提出所谓“道统”的概念。他认为，儒家之“道”与佛教之“法”一样，是圣圣相传的。“古圣人之道”就是尧、舜、禹、汤、文、武、周公、孔子、孟子，一直到以后儒者所承担的道。道统就是先王之道传授的系统，道统之“端”，因为在中国早于佛教，就更具有中国文化正统性。韩愈之后，朱熹在《中庸章句序》中则对道统做了集大成的总结：“中庸何为而作也？子思子忧道学之失其传而作也。盖自上古圣神继天立极，而道统之传有自来矣。其见于经，则‘允执厥中’者，尧之所以授舜也；‘人心惟危，道心惟微，惟精惟一，允执厥中’者，舜之所以授禹也。尧之一言，至矣，尽矣！而舜复益之以三言者，则所以明夫尧之一言，必如是而后可庶几也。”“夫尧、舜、禹，天下之大圣也。以天下相传，天下之大事也。以天下之大圣，行天下之大事，而其授受之际，丁宁告戒，不过如此。则天下之理，岂有以加于此哉？自是以来，圣圣相承：若成汤、文、武之为君，皋陶、伊、傅、周、召之为

① 佛教在南北朝传入中国后，出现了很多宗派，在中国领域有汉语系、藏语系和巴利语系三大系统。汉语系佛教主要有天台宗、三论宗、法相宗、律宗、净土宗、禅宗、华严宗、密宗等。每宗下又分几个小派。这些宗派各有其法的传承。以佛教禅宗为例，据《坛经》，师（惠能）云：“古佛应世，已无数量，不可计也。今以七佛为始。过去庄严劫毗婆尸佛、尸弃佛、毗舍浮佛；今贤劫拘留孙佛、拘那含牟尼佛、迦叶佛、释迦文佛是为七佛……从上诸祖，各有秉承，汝等向后递代流传，毋令乖误。”如果具体到各位禅师之下的独自系统，都单独编出法系。在编制禅法传承世系时，特别注意正出和旁出，以正出为经，旁出为辅。惠能之后，结束了代代单传的制度，门下龙象各为一方法主，就依诸宗的小世系传承排列。这种正旁之分，也和族谱中的正庶之分在形式上相似。某一个具体的禅宗宗门下，于禅宗的寺院组织中，方丈是寺院的中心，对方丈衣钵的继承，有德者承之。参见董群：《略论禅宗对儒家伦理的会通——以礼、孝、忠为个案的考察》，《东南大学学报》2000 年第 3 期。

臣，既皆以此而接夫道统之传；若吾夫子，则虽不得其位，而所以继往圣、开来学，其功反有贤于尧舜者。”①

道统者，道之统绪。“道”是中国思想传统中的核心概念。其本意是道路，亦具有行走之意。如果将其与“理”相联系，又指万物之规律。古人将其政治理念和礼制秩序的精神价值概括为“道”，既表达政治的终极价值根据和意义根源，又关涉立法权的根据，目的在于将政治理念、精神价值同具体的政制模式、执政者相区别，给现实政治寻找一个正当性根据。中国传统文化中有“道统”和“政统”（治统）之别。古代圣贤和知识分子代表的是“道统”，而皇帝和官员代表的是“政统”。道统确立国家的立国之本，皇帝按照圣人之道来治理国家。道统批评矫正政统，同时又给政统提供合法性，使政治秩序合理、合法、合乎人道与稳定。古代社会之道与统治者之德往往是相关的。统治者“为政以德”，就体现了“圣人之道”。所谓“从道不从君”，统治者离道失德，致使天下失序，对其“革命”就是顺天“弘道”的正当之举。

不管是“道统”还是佛教“法统”，核心在于“统”。“统”之古义有三：一是，丝头；二是，一脉相承的系统（多指政治文化诸方面的）；三是，统领，起统领作用的原则、准绳。

第一个含义是其本意。统训为纪，本意是扎丝束的线头（《说文》：“统，纪也”，“纪，丝别也”）。“纪”又引申为记载，特指将资料贯通在一起的一种历史体裁。习惯上，纪偏重指经过整理的记载，记泛指记载。② 统纪两字互训，有时也合称统纪，作为史学的别名。这是因为古时编纂史书，在同一时期并存几个政权的情况下，最重要的是要找到记载始点和记载的时间标准，这与抽丝时要找到线头之意暗合。那个被选定的标准就是“正统”，由此形成长期支配过中国人的头脑的正统观念，正统观是“困扰中国历代王朝的政府及其学者达两千年的一个核心观念”③。从现代文化哲学角度看，

---

① 朱熹：《四书集注》，三秦出版社 1998 年版，第 21—22 页。

② 参见王力主编：《王力古汉语字典》，中华书局 2000 年版，第 920、910 页。

③ 所谓“正统之确定，为编年之先务，故正统之义，与编年之书，息息相关”。饶宗颐：《中国史学上之正统论》，上海远东出版社 1996 年版，第 1、3 页。从古人董仲舒、欧阳修、顾炎武，到近代顾颉刚、梁启超，都论及“正统”问题。今人著作如余英时的《道统与正统之间》、罗志田的《夷夏之辩与道治之分》、饶宗颐的《中国史学上之正统论》、杨念群的《中国历史上的“正统论”及其“蛮性遗留”》、张博泉的《中华一体的历史轨迹》等。

“统”就是由某一思想、文化或政治的发端与承接的源和流所构成的一以贯之的连续性和整体性。前述“统”的引申义中，其动词意义是把东西统率起来，名词意义是贯穿起来的序列。该序列在时间、空间中的存在，就是我们所谓的“传统”的含义。

佛教“法统”、儒家“道统”观念，为近代中国“法统”概念的运用，提供了一个文化上的铺垫和媒介。

三、代表“法统”的“民主”和“宪政”

（一）北洋政府时期的“法统”之争

近代“法统”概念的独特性在于，其早期尽管被很多人使用，但是却未详细界定。因此，不妨从语用学的角度来考察一下此概念在什么情境下，用来描述什么内容。

近年来作为20世纪中华法学文丛重印的《中华民国立法史》，分别用“法统分裂时期”、“恢复法统时期”、“废弃法统时期”作为章节标题。民国宪法实践中，经常会出现所谓“法统”之争。特别是民国北洋政府时期，不论是哪派军阀上台，都不得不极力操纵国会，制定约法或宪法。这种事实和现象实际上反映了传统“道统”观对近代政治生态的影响。

军阀为了追求一套合法的外衣，争法统是形式，本质是争道统，争“正统”地位，谁是正统谁就可以控制、垄断制宪权，从而主导制宪的过程与结果，而制宪权是一种先于宪法的权力，其本身可以不受宪法规范的约束。但是，中国道统观念的一个重要内容是只认定一个政统，违背这个政统就是叛逆。所以不同派系军阀都把控制北京政府当做重要目标，同时，又都用不同的宪法、国会作为争权夺利的道具。

“宋案”之后，孙中山走上再次革命之路，所以南方政府是不承认北京政府合法性的，而北京政府也由于各种法律问题造成武夫频频干政，国会不能召开。

民国初期重视立宪而不重视行宪的事实说明，当时中国人仅仅对“法统”作形式主义的理解，仅仅追求宪法（法律）形式上的完备，追求议会的“合法律性”，却抛弃了“法统”背后的“正当性”。因此，似乎谁控制了宪法谁就当然具有了“正统”地位，这实际上是一种虚幻的

“拜物教”①。后来成为新中国宪法学奠基人的张友渔在1926年1月16日一篇《法统与饭碗》的文章中不无讽刺地说：

> 恢复法统的调儿，一天一天高唱起来了……主张恢复法统的人们，也许知道约法不完全，伪宪无价值……他们所谓法，当然是指策士的方法、道士的法术之类的法。所谓统者，也不过就是这些法的继续。策士的方法、道士的法术，无非是为了吃一碗饭而想出来的害人利己的办法，主张恢复法统者，老实说，也就是要保持他们的“吃饭老法子”罢了。②

他在1926年4月15日的一篇文章中继续抱怨：

> 什么合法政府，不合法政府，恢复宪法，恢复约法，黑法，白法，短法，长法，闹得人们耳聋眼花了。虽然所谓政府也者常把法律看做不值一文的破纸，而民众们偏偏死守法律，这也许是怪现象罢？③

《剑桥中华民国史》认为，“人们在1916—1928年间费了大量精力去草拟宪法，争论条文，谴责对手违背宪法，祝贺同盟者恢复宪法。另一方面，1916年后，随着派别冲突的每一次循环，政治家立宪花招中的谎言明显增加，民众对民国政权的支持相应下降。最终结果是使自由共和国的观念信誉扫地，并产生了一系列权威主义政权中的第一个，即国民党的国民政府。”之所以当时国会、宪法被认为是权力正当性的根据，和当时宪法学说及民主共和思潮有关，“在个人主义的西方，宪法被视为保护个人权利和调整不可避免的利益冲突的准则。在中国，宪法被视为凝聚集体力量的当前社会目标的基本声明，也被看作推动舆论、防止错误的手段”。所以宪法被视作“现

---

① 石毕凡认为，清末立宪运动发生以来，各种政治力量已不可能再利用传统合法性资源，不得不寻求一种对政治合法性的新的解释，从西方传入的宪政理论正好满足了这一转向。近代不论是哪派军阀上台，都不得不极力操纵国会，制定约法或宪法，希求利用根本大法来获取统治的合法性，力图从形式上使武力统治罩上合法化外衣，宪法沦落为军阀统治的掩饰和他们刺刀上的花环。这种依靠军事力量组建的政府，权力基础很大程度上依赖于军事权威，其形式合法性难免受到其他社会力量的质疑和挑战。由于人民实际上从来就没有享受到宪法上所载明的权利，同时统治者垄断制宪权，国家权力的形式合法性与实质合法性面临严峻挑战。参见石毕凡：《近代中国自由主义宪政思潮研究》，山东人民出版社2004年版，第9、51页。

② 张友渔：《张友渔文选》上册，第7页。

③ 张友渔：《张友渔文选》上册，第15页。

代国家的标志的组成部分。宪法为统治者要求承认其合法性提供了根据”①。

（二）抗战及国共谈判时期的“法统”之争

国民党政权的取得虽然也是革命的结果，但取得政权后，为了维护、垄断其独占地位，国民党也要祭起“法统”的大旗。

为了论证国民党政权的正统性，居正提出三民主义：

> 纵的方面，继承尧舜禹汤文武以来先圣先贤一脉相承的道统；横的方面，博采世界群哲的学说，更从而折衷斟酌之……今后一切法制、法规、法令、法例，凡可以形成法律者，无论在创法方面、或执行方面、或读法方面、或解释法方面，不仅以贯彻三民主义为要旨，且必须以三民主义为最高指导原则。②

1943年3月蒋介石发表由陶希圣执笔的《中国之命运》，借提倡民族主义来美化传统文化，进而反对“个人本位的自由主义与阶级斗争的共产主义”。该书强调蒋介石的道德思想和政治思想继承了国父的革命遗志，更随国父之后，嬗接了中华民族五千年的道统，其实是想抢道统，以强化其政统。③

在抗战时期，因为敌后的抗日民主政府还没有为中央政府正式承认，因此有人攻击这种政府是不合法的。对此，刘少奇提出，近一百年来，争取中国的独立自主和人民的民主自由是中国革命的两大任务。敌后的抗日民主政权的合法性不在于中央政府的承认，而来源于以两大任务为宗旨本身所具有的合理性。国民党政府因为置民族存亡人民幸福于不顾，是不合法的，而在敌后建立的抗日民主政府，在实质上是最合法的。刘少奇说：

> 什么叫合法和不合法？在目前抗日战争时期，民族利益高于一切，抗日利益高于一切，这就是全国人民最高的法律原则。政府的一切法律

---

① ［美］费正清：《剑桥中华民国史》下卷，中国社会科学出版社1994年版，第287—288页。

② 居正：《为什么要重建中国法系》，见罗福惠、萧怡编：《居正文集》下册，华中师范大学出版社1989年版，第504、507页。

③ 有史家敏锐地指出：“蒋介石对道统一项，自然不会放过……其实孙中山根本没有说过他的思想是承继中国道统的”。“蒋介石既然是上继尧、舜、文、武，直到孙中山的道统，还有谁有资格和他争政统吗?”详见汪荣祖、李敖：《蒋介石评传》（《李敖大全集》25），中国友谊出版公司2000年版，第490、491、489页。

命令，都应该是为着保护民族的利益，保障抗日的胜利。三民主义、抗战建国纲领，就是目前法律的基础。那末，在敌后建立抗日民主政权，实行民主政治，实行三民主义，实行抗战建国纲领，实行民族利益、抗日利益高于一切的原则，这就是最合法的。而不实行的，是不合法的……大多数人民承认的，选举的，就是合法的。相反，大多数人民不承认的，反对的，自己把持霸占的，就是非法的。抗日民主政权由人民选举，是合法的。其他政府不是人民选举的，就是非法的。如果中央政府实行三民主义与抗战建国纲领，就应该承认敌后抗日民主政府，并以它作为地方政府。中央政府不予承认，只能证明中央政府人员的违法，违反了三民主义、抗战建国纲领这个法律基础，中央政府不“还政于民”，不改组为抗日民主政府，也是不合法的。①

1945年重庆谈判中，蒋介石的谈判条件之一就是坚持“法统”。在1945年8月29日的日记之中，他列出三条：

一、不得于现在政府法统之外来谈改组政府问题。二、不得分期或局部解决，必须现时整个解决一切问题。三、归结于政令、军令之统一，一切问题必须以此为中心也。②

当时就有人敏锐地指出：

在政治协商会议中，一切政治问题争执的核心，就是“法统论”问题，政府代表所坚持的，就是法统论的维护。所谓法统，简单的说，它在意识形态上是过去儒家“道统”观念的继续；它在政治意义上是想发生封建社会中各个王朝“正统”观念的作用；它的目的是要说明当前政权的合法性、独占性和排他性的理由，说明当前政权存在的理由，最后并企图借此达到当前政权连续不变的存在的希望。③

（三）革命和反革命的“法统”之争

“法统”之争在40年代末发展到白热化，国民大会得以召开，宪法的颁

---

① 刘少奇：《论抗日民主政权》（1940年12月），《刘少奇选集》上卷，第175、176页。

② 秦孝仪编：《总统蒋公大事长编初稿·第五卷》下，台北财团法人中正文教基金会2003年版，第2655、2656页。

③ 伍丹戈：《法统论》，《平民》1946年第1、2、3期合刊，第15页。

布，把中国共产党和民主同盟置于完全“非法”的位置。中国共产党在战争大局甫定，就开始谋划另起炉灶召开政治协商会议，这时发生了废除“伪法统”事件。

1949 年 1 月 4 日，毛泽东为新华社撰写的一系列评论的第一篇《评战犯求和》中，简要评论了蒋介石 1949 年元旦发表的《新年公告》。蒋介石在其中开出的和谈“五项条件”之一，就是“中华民国的法统不至中断”。对此，毛泽东辛辣地反讽：“确保中国反动阶级和反动政府的统治地位，确保这个阶级和这个政府的‘法统不致中断’。这个‘法统’是万万‘中断’不得的，倘若‘中断’了，那是很危险的，整个买办地主阶级将被消灭，国民党匪帮将告灭亡，一切大中小战争罪犯将被捉拿治罪。”① 10 天后，也就是 1949 年 1 月 14 日，毛泽东对蒋介石《新年文告》作出正式回应，提出同国民党和谈的“八项条件”：

> 这些条件是：（一）惩办战争罪犯；（二）废除伪宪法；（三）废除伪法统；（四）依据民主原则改编一切反动军队；（五）没收官僚资本；（六）改革土地制度；（七）废除卖国条约；（八）召开没有反动分子参加的政治协商会议，成立民主联合政府，接收南京国民党反动政府及其所属各级政府的一切权力。中国共产党认为，上述各项条件反映了全国人民的公意，只有在上述各项条件之下所建立的和平，才是真正的民主的和平。②

这是 1949 年 4 月中国共产党代表团和以张治中为首的国民党政府代表团进行和平谈判的基础。在这里，废除伪宪法和伪法统的问题，已被毛泽东响亮地作为政治宣言提出来了，而且法统前被冠以“伪”字。

紧接着，1949 年 2 月，中共中央发出《关于废除国民党六法全书和确定解放区司法原则的指示》。

纪坡民提出，从毛泽东宣布“废除伪法统”到当时担任中共中央法律委员会主任的王明起草“废除六法全书”文件，使事情发生了带有实质性的重

---

① 毛泽东：《评战犯求和》，《毛泽东选集》第 4 卷，人民出版社 1991 年版，第 1382 页。

② 毛泽东：《中共中央毛泽东主席关于时局的声明》，《毛泽东选集》第 4 卷，第 1389 页。

要变化。[①] 对于纪坡民的研究结论，张希坡提出了质疑和反驳。[②] 总的说来，当代学界关于废除伪法统事件的研究成果并不太多。[③]

在毛泽东作出正式回应1个月后，新华社（陕北）1949年2月14日播发《关于废除伪法统》一文，我国当代法学界对“法统”概念的基本观点和理解，大都源于此。新华社这篇问答体的文章是中共中央对废除伪法统事件的官方解释，也代表着对“法统”之争政治上的详细论证，这里摘录部分内容如下：

> 国民党政府的所谓“法统”，是指国民党统治权力在法律上的来源而言。国民党反动派欺骗人民说：他们的反人民的统治是“合法”的“正统”。他们欺骗人民说：国民党的统治权力，是根据一九四七年元旦国民党政府颁布的“宪法”；这个“宪法”，是根据一九四六年十一月国民党政府召开的“国民大会”；这个“国民大会”，是根据一九三一年六月国民党政府公布施行的“训政时期约法”；如是等等，并向上追溯而一直至于国民党的成立……旧统治阶级及其辩护者常常散布一种欺骗，似乎先有一定的法统，一定的宪法和法律的传统，然后才根据这种传统的宪法和法律而产生某种国家政权。这种欺骗是与历史的真相完全不符的。历史的真相是：任何法统，任何宪法和法律，在阶级社会中只能由一定的阶级在阶级斗争中来创造，在取得国家政权以后来创造，借以有系统地表现这种国家政权的性质，表现一定历史时期中阶级与阶级的关系，这种关系的基础乃是生产关系即对于生产资料的占有关系。任何国家政权都是一定的占有主要生产资料的阶级或阶级的联盟用暴力来对于

---

① 纪坡民认为：第一，毛泽东宣布“废除伪法统”，基本是应对国民党谈判求和的一种政治策略；经过王明起草的“废除六法全书”的文件，就成为我党领导的解放区和后来新中国司法工作必须贯彻执行的中央正式决定。第二，毛泽东在宣布“废除伪法统”时，这个“伪法统”究属何指并不清楚。对“伪法统”，可理解为指蒋介石为发动内战附加在《宪法》、《刑法》上的“动员戡乱令”、“紧急治罪法”等反共反人民镇压民主力量的单行的特别条款；也可以理解为是指国民党撕毁“政协决议”，它的政府不合法，因而是“伪法统”。如果说毛泽东究属何指还不明确，那么经过王明这个文件，就完全确定无疑了。“伪法统”就是“六法全书”，“废除伪法统”就是“废除六法全书”。纪坡民：《〈六法全书〉废除前后》，《南方周末》2003年3月20日。又参见纪坡民：《产权与法》，三联书店2001年版，第288—302页。

② 参见张希坡：《废除伪“法统”就是废除以国民党〈六法全书〉为代表的一切反动法律——兼评对“中共中央废除国民党〈六法全书〉指示”的某些不实之词》，《法学杂志》2005年第1期。

③ 相关成果有：池海平、俞华权：《历史的必然选择与中国法治的出路——反思建国初期对旧法统的废除》，《理论月刊》2003年第5期；李龙、刘连泰：《废除〈六法全书〉的回顾与反思》，见李龙主编：《新中国法制建设的回顾与反思》，中国社会科学出版社2004年版，第19—51页；褚宸舸：《“法统”及其传统文化渊源》，《当代法学研究》（复旦大学法学院内刊）2004年第4期。

其他阶级施行有系统的专政，借以保护这一个或几个阶级的利益，并镇压被统治阶级的反抗的机关。有了什么样性质的国家政权，才有什么样的宪法和法律系统，才有什么样的法统。被统治阶级必须用暴力推翻旧的统治阶级的暴力，才能夺取国家政权。因此，革命的阶级必须废除反革命统治阶级的反革命法统，从新建立自己的革命法统。国民党政府的所谓法统的真实内容是什么呢？它自称其法统上承辛亥革命后的南京临时政府和一九二五年至一九二七年的广州和武汉政府。事实上，辛亥革命后的南京临时政府是一部分资产阶级和一部分地主阶级联合的带有旧民主主义色彩的专政；但是这个政权只存在了一个多月，就被封建军阀袁世凯所夺取。一九二五年至一九二七年广州和武汉的政府是无产阶级在不同程度上参加了的，小资产阶级、资产阶级以及一部分地主阶级联合的，带有不同程度的新民主主义色彩的专政；但是这个政权由于一九二七年四月至七月以蒋介石、汪精卫为首的国民党举行了血腥的政变以后，就被推翻了。国民党反动派背叛了革命，背叛了孙中山和他在一九二四年中国国民党第一次全国代表大会时订定的革命的三民主义，屠杀了人民，投靠了帝国主义，而建立了大地主大资产阶级对于全国人民的恐怖的反革命专政。这个反革命专政是如此孤立，以至蒋介石的所谓“法统”继承的每个关节，都不得不用阴谋的政变、恐怖、贿买、伪造等方法来实行。因此，不但人民大众从来不承认他的所谓法统，就连自由资产阶级和国民党内的某些人也不愿意加以承认。蒋介石集团所继承的，实质上是曾国藩、袁世凯等封建买办阶级对外出卖祖国对内残害人民的反革命传统。而自太平天国以来，经过辛亥革命以至一九二五年至一九二七年大革命的不完全的革命传统，则已由在一九二七年以后继续坚持革命的中国共产党所继承和发扬光大。中国人民在中国共产党的领导之下，不但继承了过去的不完全的革命传统，而且正在用完全新式的革命斗争建立着自己的完全革命的新传统，也就是革命的法统。蒋介石集团因为要坚持地保存其反革命的权力而反抗革命的权力，所以不承认革命的法统而坚持其反革命的法统……中国人民在彻底地推翻国民党反革命统治的基础上，即将建立独立、统一、民主、富强的人民民主的新中国，即中华人民民主共和国。这个人民民主政权代表全国绝大多数人民，包括工人、农民、独立劳动者、手工业者、知识分子、自由资产阶

级和开明士绅。什么是这个人民民主政权的权力来源呢？它不是根据任何先前存在的宪法和法律系统，不是根据任何先前存在的法统，它是无产阶级领导的、人民大众的（以工农联盟为基础的）反帝反封建反官僚资本的大革命的胜利的结果。①

四、当代学者对“法统”的不同阐释

（一）对阶级性的强调

20 世纪 80 年代以来部分辞书中的表述，基本沿袭了 1949 年《关于废除伪法统》中的观点。例如《辞海》（缩印本）法统词条：“剥削阶级指其统治权力在法律上的来源。他们谎称先有一定的宪法和法律的传统，根据这种传统产生的国家政权才是‘合法’的‘正统’的”②。

有些法学的专业性辞书这样表述（括号中为不同辞书的不同表述）：法统指法律的传统（法的历史传统或宪法性法律的传统）。剥削阶级认为（谎称）法统是统治权力的法律依据，每一个国家先有一定的法律传统，根据这种传统产生的国家政权才是“合法的”“正统的”，从而是不可动摇的。其实（马克思主义法学或无产阶级认为），国家政权并不来源于法律，任何宪法和法律都是一定阶级在取得政权后，为维护和巩固其政权而制定的（法律是掌握政权的统治阶级根据自己的需要和可能制定或认可的）。无产阶级（从总体上）不承认反动阶级的法统，而是在彻底打碎旧的国家机器的同时，废除旧的法统（批判地吸取旧法中有益的合理因素，建立自己的法律制度，并逐步形成自己的法律传统）。③

（二）对正当性的强调

任何一种人类社会的复杂形态都面临一个正当性的问题，即该秩序是否和为什么应该获得其成员的忠诚的问题。如果站在政治哲学角度，法统本质上是政权的正当性。部分辞书揭示了法统的合法性内涵。例如《现代汉语词

---

① 新华社：《关于废除伪法统》，《人民日报》1949 年 2 月 16 日，第 1 版。

② 《辞海》（缩印本），上海辞书出版社 1979 年版，第 906 页。

③ 参见乔伟主编：《新编法学词典》，山东人民出版社 1985 年版，第 631 页；《法学辞典》编辑委员会：《法学辞典》第三版，上海辞书出版社 1989 年版，第 657 页；邹瑜：《法学大辞典》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 1023 页；王启富、陶髦：《法律辞海》，吉林人民出版社 1998 年版，第 1095 页。其中《法学大辞典》提出，法统一般指法律的传统，也还专指依据一定法律制度所形成的统治秩序和状态。

典》："法统，宪法和法律的传统，统治权力的法律根据。"① 我国台湾地区出版的《辞海》、《中文大辞典》："法统谓于法律关系上有正当系统，即在法律上有合法地位，犹言正统也。"②

（三）对文化性的强调

武树臣先生把支配法律实践活动的价值基础，称为"法统"，价值基础社会化的过程，其中包括立法、司法的基本方式，称为"法体"。"法统"和"法体"之间有一个沟通两者的渠道，即法律思维活动。他认为，一个民族或国家的"法统"和"法体"是长期形成的，因而也是相对稳定的，而法律思维活动则是相对活跃、变动的，由"法统"经法律思维活动再到"法体"的静与动的统一，便构成了整体的法律实践活动。③

俞荣根先生在《道统与法统》一书的《自序》中提到：道统是中国文化史上的固有范畴。法统除了阶级性的一面，还有民族的、文化的品性。法统便是法系的基本精神，是法系之魂。中华法系之法统是与儒家之道统相一致的中国古代法所一以贯之的文化精神。像道统一样，它也薪火相传，自成统系。④

晚近出版的《中华百科大辞典》认为：法统泛指法的历史传统。即法律中具有永恒价值的因素。国家统治阶级为说明其统治权力的合法和正统，将他们制定的法律制度视为永恒的、世代相传、恪守不变的传统制度。马克思主义法学认为，一切法律均具有阶级性，无产阶级夺取政权后，应当废除旧的传统，建立适应无产阶级统治秩序的法律制度。⑤

历史文化是精神和价值的载体和表现，历史文化具有凝聚功能，因为它体现了世代相传的亲缘意识和社会成员的认同感，其规范功能通常以无形的方式表现出来，主要对行为的合理性和正当性进行道德判断与评价。正如杨兆龙较早谈到的，新的法律或后产生的法律吸收旧的或先产生的法律，这种事实的发生不是偶然的，而是有必然性的。实际上当一个新政权建立以后，它只能制定一些主导性的或关键性的法律规范，但这些也不一定是完全从"无"中创造出来的，至于那些辅佐性或从属性的法律规范，绝大部分是过

---

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，商务印书馆 1983 年版，第 297 页。

② 《辞海》最新增订本，中册，台湾中华书局 1982 年版，第 2622 页。《中文大辞典》第 19 册，（台北）中国文化研究所 1968 年版，第 8017 页。

③ 参见武树臣等：《中国传统法律文化》，北京大学出版社 1994 年版，第 35 页。

④ 参见俞荣根：《道统与法统》，法律出版社 1999 年版，第 27—28 页。

⑤ 参见《中华百科大辞典》，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 48 页。

去长期经验智慧累积的结果。①

（四）对程序性的强调

季卫东把程序作为解决中国法治问题的枢纽，指出个人如果不把利益转变成权利，那么这种利益是不安定的；国家如果不把服从转变成义务，那么这种服从是不可靠的。实现这种转变的装置是程序。缺乏程序要件的法制是难以协调运行的，硬要推行之，则极易与古代法家的严刑峻法同构化。其结果，往往是治法存，法治亡。因此，程序应当成为中国今后法制建设乃至社会发展的一个真正的焦点。在一定条件下，把价值问题转换为程序问题来处理是打破政治僵局的一个明智的选择。② 基于此理论，他对宪法最高效力的基础究竟何在，改宪的根据和条件又是什么的问题，提出宪法的本质在于一种特殊的规范结构和公正程序，而不仅仅是个强权归谁、舆论倾向哪一方的问题……程序不是万能的，但程序越来越成为最基本的价值根据并反过来对实质内容本身也施加深远的影响。③

夏勇进而认为，法统就是程序法则。他提出价值法则、政治法则和程序法则分别体现人本与自由、人民主权和程序正义，用中国传统的术语来表述，就是分别代表道统、政统和法统。价值法则与政治法则、程序法则的关系，是道统与政统、法统的关系。用儒学的话讲，是内圣与外王的关系。④

在另一篇文章中，夏勇再次强调了“程序法则”的重要性。

> （中国）弱于规范化、程序化的制度安排，把注意力主要投向革命、起义或政治运动、社会运动，夺取政权后，也难以按照民主和法治的原则解决程序合法性问题。最弱处，不在以人为本的价值法则，也不在人民主权的政治法则，而在关于制度理性的程序法则。推翻一个政权，往往是道统、政统、法统的同时毁灭。⑤

其实，将“法统”理解为程序法则、程序正义有比附之嫌，说价值法则与政治法则、程序法则的关系，是道统与政统、法统的关系，是内圣与外王

---

① 参见杨兆龙：《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，第17页。

② 参见季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第85、10、11页。

③ 参见季卫东：《宪政的新范式》，《读书》2003年第12期。

④ 参见夏勇：《中国宪法改革的几个基本理论问题——从“改革宪法”到“宪政宪法”》，《中国社会科学》2003年第2期。

⑤ 参见夏勇：《民本与民权：中国权利话语的历史基础》，《中国社会科学》2004年第5期。

的关系，似乎缺乏更精细的论证。

第六节　当代中国有关“宪政”概念的研究

据国家图书馆的馆藏文献统计，1980 年至 1995 年这 15 年间，标题中含有“宪政”一词的严格学术著作尽管只有两部[①]，但 20 世纪 80 年代末期我国出版的专业词典中已有“宪政”的词条，解为：“宪政，以宪法为中心的民主政治，即民主与法制的结合，构成政权的组织形式。”[②] 当代中国有关宪政概念之研究的活泼化，始于 20 世纪 90 年代[③]；其后，“宪政”一词基本变成了法学界风靡的概念话语[④]，及至晚近，出现了前述“宪政概念取消论”及相关的争论。

陈端洪是我国当代较早研究“宪政”概念的学者之一，他明确断言：宪政就是有限政府，其指向一套确立与维持对政治行为和政府活动的有效控制技术，旨在保障人的权利与自由。[⑤] 此定义与 20 世纪 80 年代辞书对宪政的

---

① 分别是新中国宪法学奠基人之一张友渔的文集及其指导的博士陈云生的专著。参见张友渔：《宪政论丛》，群众出版社 1986 年版；陈云生：《民主宪政新潮：宪法监督的理论与实践》，人民出版社 1988 年版。陈著是根据其博士论文（《宪法监督的理论与实践》，中国社会科学院，1987 年）修改而成的。除此以外，还有戴鸿慈：《出使九国日记：清末出洋考察宪政的五大臣之一的日记》，湖南人民出版社 1982 年版，以及上海社会科学院法学研究所编译室编译：《各国宪政制度和民商法要览》（欧洲、非洲、美洲、大洋洲、亚洲分册），法律出版社 1986—1987 年版。

② 《宪法词典》，吉林人民出版社 1988 年版，第 351 页。《宪法学词典》（山东大学出版社 1989 年版，第 692 页）定义与此相类似。

③ 较早的期刊论文主要有张文显、信春鹰：《民主＋宪政＝理想的政制》，《比较法研究》1990 年第 1 期；林喆：《宪政概念的辨析》，《中国法学》1993 年第 2 期。值得注意的是，“宪政”一词 20 世纪 90 年代已经开始在博士学位论文中出现，国家图书馆馆藏 1996 年之前以“宪政”作为题目关键词的博士学位论文，最早的是 1990 年中国社科院王叔文指导的刘笑君的《论有中国特色的社会主义宪政建设》（中国社会科学院宪法学专业，1990 年）。其后还有北京大学的两篇博士论文，一是研究台湾问题的，由赵宝煦、李景鹏教授指导的姚礼明的《台湾宪政体制的变迁》（北京大学政治学理论专业，1992 年）；一是近代法律史方面，由张国华教授指导的赵雅君的《宪政理想的执着追求者：论梁启超的宪政生涯和宪政思想》（北京大学，1993 年）。武汉大学何华辉指导的三篇博士论文题目都出现“宪政”，分别为周敏的《宪政程序论》（1994 年）、邹平学的《宪政的经济分析》（1995 年）和唐崇银的《论中国公民权利需求与宪政动力机制转型》（1996 年）。

④ 根据国家图书馆馆藏的统计，1996 至 2000 年书名中含有“宪政”一词的学术著作分别为 3、9、3、3、3 部，2001 至 2007 年则分别跃升至 6、10、11、32、20、24、21 部。以“宪政”作为题目关键词的博士论文有 130 篇，2004 年（含 2004 年）以后的有 84 篇，2003 年以前的有 46 篇（其中仅 1999 年就有 8 篇）。

⑤ 参见陈端洪：《宪政初论》，《比较法研究》1992 年第 4 期，见陈端洪：《宪治与主权》，法律出版社 2007 年版，第 5 页。

理解相比，已有很大的不同。

邹平学较早从宪政概念的定义方法上，总结出我国五种具有代表性的宪政概念：一是，以静态描述为主，兼含动态的界定。[①] 二是，从实质要件和形式要件两个方面的定义。[②] 三是，突出民主政治的要义，以动态描述与静态概括并重。[③] 四是，以宪法的动态过程来展示宪政的要素。[④] 五是，通过对宪政与民主、自由的实际关系的辨析来认识宪政。[⑤] 通过分析，邹平学认为中国学者普遍接受毛泽东给宪政所下的定义。[⑥]

从整体上梳理 20 世纪 90 年代中期至末期“宪政”话题兴起之时的著作，可以看到三条学术脉络，体现了迥异的学术旨趣。

一是，引介西学与西方制度，主要代表性著作首推梁治平、贺卫方主编的、由北京三联书店出版的“宪政译丛”[⑦]。至今影响较大的还有刘军宁的专著及其后张千帆的体系书。[⑧] 除此以外，还有刘向文、宋雅芳的专著和刘海年等主编的中国—瑞士宪法国际研讨会文集。[⑨]

---

① 认为宪政是一种政治形态，以我国宪法学奠基人张友渔的定义（后文详述）为代表。

② 许崇德认为毛泽东所指出的宪政就是民主政治，构成宪政的实质含义。再加上形式要件的话，那么宪政应是实施宪法的民主政治。参见许崇德：《社会主义宪政的不平凡历程》，《中国法学》1994 年第 5 期。类似表述亦可参见李龙主编：《宪法基础理论》，第 143 页。

③ 认为宪政是宪法确认和规定的民主政治制度及其实施。参见张庆福：《宪法与宪政》，见许崇德主编：《宪法与民主政治》，中国检察出版社 1994 年版，第 11—12、42 页。类似表述亦可参见张庆福主编：《宪法学基本原理》上册，社会科学文献出版社 1999 年版，第 39、55—56 页。

④ 认为宪政是包含民主、人权和法治三要素的一个动态的实践过程。参见郭道晖：《宪政简论》，《法学杂志》1993 年第 5 期。

⑤ 参见杜钢建：《新宪政主义与政治体制改革》，《浙江学刊》1993 年第 1 期。

⑥ 参见邹平学：《宪政界说》，《法学评论》1996 年第 2 期。

⑦ 该译丛中，1996 年出版的包括：[美] 路易斯·亨金：《宪政·民主·对外事务》（邓正来译）；[美] 路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔编：《宪政与权利：美国宪法的域外影响》（郑戈等译）。1997 年出版的包括：[美] 埃尔斯特、[挪] 斯莱格斯塔德编：《宪政与民主：理性与社会变迁研究》（潘勤、谢鹏程译）；[美] 斯蒂芬·L·埃尔金、[美] 卡罗尔·爱德华·索乌坦：《新宪政论：为美好的社会设计政治制度》（周叶谦译）；[美] 卡尔·J·弗里德里希：《超验正义：宪政的宗教之维》（周勇、王丽芝译）；[美] 肯尼思·W·汤普森编：《宪法的政治理论》（张志铭译）；[英] M. J. C. 维尔：《宪政与分权》（苏力译）；[英] W. Ivor 詹宁斯：《法与宪法》（龚祥瑞、侯健译）；等等。

⑧ 参见刘军宁：《共和·民主·宪政：自由主义思想研究》；张千帆：《西方宪政体系》上下册，中国政法大学出版社 2000—2001 年版。

⑨ 参见刘向文、宋雅芳：《俄罗斯联邦宪政制度》，法律出版社 1999 年版；刘海年等主编：《人权与宪政》，中国法制出版社 1999 年版。

二是，中国宪政史的研究。[①] 宪政史的研究至今方兴未艾，这与当代学者试图通过对中国近代经验与学理资源的梳理与重述，以历史叙事表达现实关切的惯性思维不无关系。

三是，立足中国当下问题，此类著作数量较少。[②]

与 20 世纪 90 年代初中期许多学者直接给宪政下定义不同，其后大部分学者回避进行“宪政是某某”的全称判断，而是从宪政所包含的要素角度进行分析性阐释。例如，钱福臣认为，内涵最大的宪政定义包括了法治、人民主权、民主、分权与制衡、人权五个要素，而内涵最小的宪政定义是限权[③]；信春鹰提出宪政五要素说，内中包括人民主权的宣示，法治与分权制衡的政府，违宪审查机构的设立，稳定的司法独立制度的保障，尊重和保障个人权利[④]；李步云提出三要素说，认为民主是宪政的基础，法治是宪政的重要条件，人权保障则是宪政的目的[⑤]；周叶中主编的教材主张四要素说，认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。[⑥]

如果对上述论著研读后就会发现，不论哪种观点，都无法绕过以毛泽东为代表的中国共产党人在 20 世纪 40 年代对宪政的定义，即：“宪政是什么呢？就是民主的政治。”可以说，毛泽东的这个定义，能够视为当代中国有关“宪政”概念的典范性定义之一。

---

① 2000 年以前的主要著作参见王永祥：《中国现代宪政运动史》，人民出版社 1996 年版；殷啸虎：《近代中国宪政史》，上海人民出版社 1997 年版；王人博：《宪政文化与近代中国，法律出版社 1997 年版》；迟云飞：《宋教仁与中国民主宪政》，湖南师范大学出版社 1997 年版；姜平：《中国百年民主宪政运动》，甘肃人民出版社 1998 年版；殷啸虎：《新中国宪政之路（1949—1999）》，上海交通大学出版社 2000 年版。

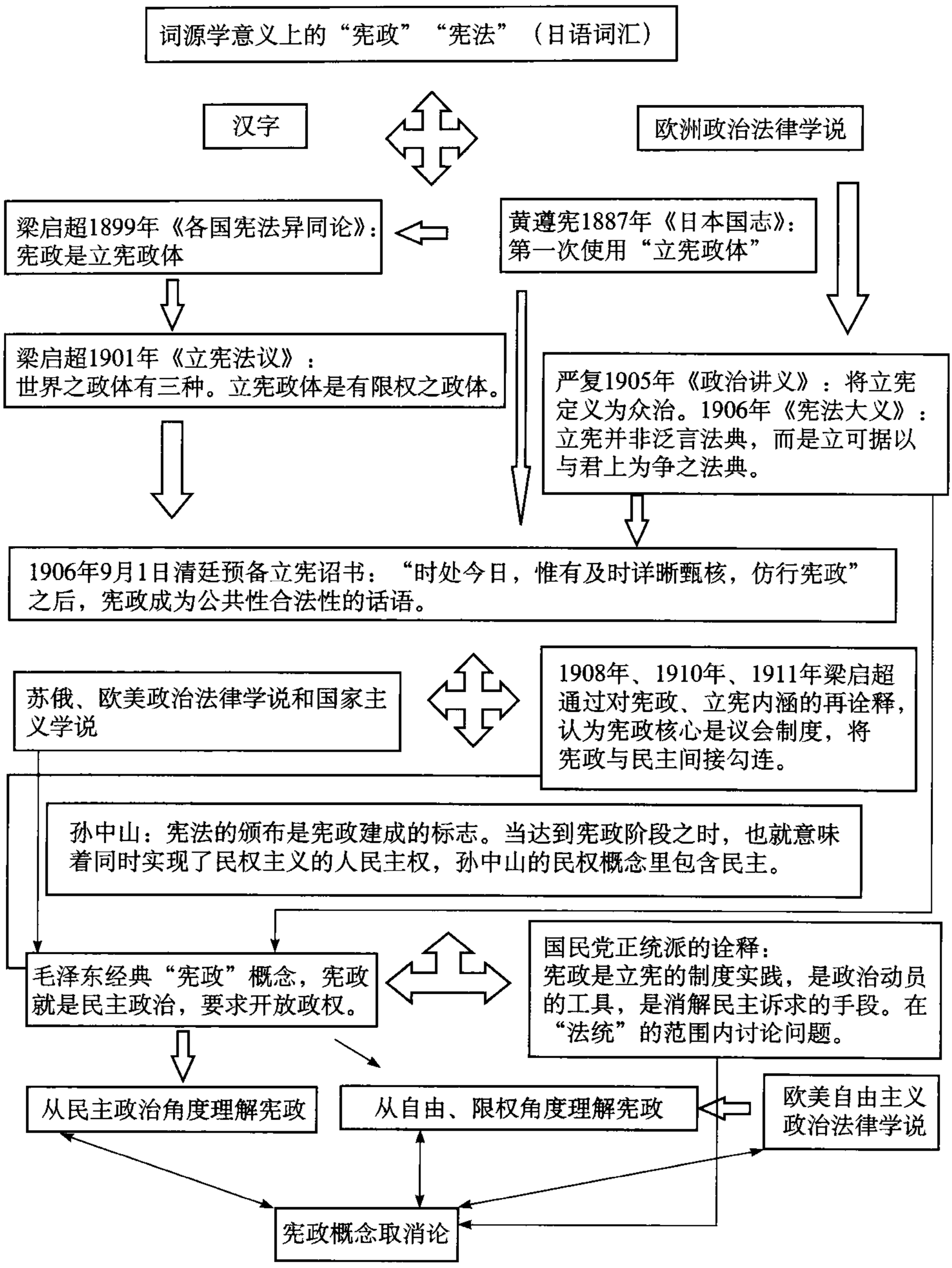
② 参见何华辉、李龙主编：《市场经济与社会主义宪政建设》，武汉大学出版社 1997 年版；莫纪宏：《宪政新论》，中国方正出版社 1997 年版；张庆福主编：《宪政论丛》第 1 卷、第 2 卷，法律出版社 1998—1999 年版。

③ 参见钱福臣：《宪政哲学问题要论》，法律出版社 2006 年版，第 3—21 页。

④ 参见信春鹰：《宪政：现代宪法的精髓》，李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社 1998 年版，第 149—151 页。

⑤ 参见李步云：《宪政与中国》，李步云、张文显主编：《法理学论丛》第 1 卷，法律出版社 1999 年版，第 589 页。

⑥ 参见周叶中主编：《宪法》第 2 版，高等教育出版社、北京大学出版社 2005 年版，第 177 页。



中国式“宪政”的概念发展图

第七章

民主概念及其演变

第一节　关注“民主”概念

2006年俞可平教授有关“民主是个好东西”的通俗表达，掀起了晚近关于中国式“民主”的讨论。[①] 有人强调民主的普适性，反对以国情为借口来抵制民主化进程。也有人认为民主属于西方的话语体系，主张中国应当在意识形态领域积极和勇于开展与西方的竞争，解构“自由民主”的话语系统，实事求是地总结中国人的生存方式，给出关于“中国道路”或者“中国模式”的理论解释。但也有学者指出类似争论并不在一个层面，不是同一个问题：“民主一经产生，就具备了普世意义，从英国、美国推行民主以来，全世界2/3的地区都实现了民主，可见其普适程度。但民主在哪个地区以什么形式出现，则肯定因国别而异，因民族而异”[②]。

在晚近讨论中，民主概念的分歧，主要是在民主含义上存在“程序性”与“实质性”的争议，在民主过程上，存在“自上而下”与“自下而上”的争论。长期以来，对民主的忧虑主要在操作层面，第一，担心“公决”滑向民粹，乃至造成多数者的暴政（暴民政治）。第二，担心人民当家作主难以通过制度来操作，人民往往从“被代表”到“被代替”，形成个别精英的

---

① 参见俞可平：《民主是个好东西——俞可平访谈录》，社会科学文献出版社2006年版。

② 朱学勤：《2007：思想在破局，改革要开放——朱学勤访谈录》，《南方都市报》2007年12月31日，2008年1月1日。

独裁。

现实中的困惑需要我们回顾历史。在我国，民主是在什么样的语境中使用？民主概念是怎样在近代中国百余年这个“场域”中发展起来的，它与宪政存在什么样的关系？本章将通过对相关学说的回溯以及学说和历史事实的互释来回答。

第二节　中国式“民主”概念的形成

一、民主概念在西方的产生和发展[①]

民主观念在西方发源甚早，但它在西方传统的政治思想发展中，常常是毁多誉少。从实证角度而言，民主作为一种政治体制，已有 2 500 年历史，而在头 2 300 年，它一直被看作是个“坏东西”，直到最近一百来年，才时来运转，被当做“好东西”[②]。

民主的原本含义在古希腊被界定为“人民的统治”。所谓民主，无非是公民参政，亲自决定和管理城邦的公共事务，也就是公民自己治理自己。民主的概念有多种，但“人民的统治”是一个广泛认同的概念。在日常生活中，民主较多地被人们用来指称一种集体行为。[③]

柏拉图在《理想国》中提出了“民主”的好坏之分，亚里士多德在《政治学》中，则以为民主是正常情况下最好的体制。[④]

中世纪视“民主”为一种特定的古代政体，“民主”一词在中世纪并不属于描绘政治和社会状况的概念，只是学者谈及亚里士多德理论的时候，“民主”才以学术用语出现。中世纪多数学者因袭了亚里士多德关于怀疑

---

① 限于篇幅和论述侧重点的考虑，本部分侧重于对影响中国近代民主思想的西方定型时期（18 世纪中叶到第一次世界大战之前）的民主思想进行梳理，而对近二十年特别是晚近的西方民主思想的发展予以省略。

② 王绍光：《民主四讲》，生活·读书·新知三联书店 2008 年版，第 2 页。

③ 民主最早就是人类在生产和生活中组织活动的一种决策方式。社会成员能够参与影响公共利益的决策，乃是辨识民主的一个关键要素。参见［美］科恩：《论民主》，聂崇信、朱秀贤译，商务印书馆 1988 年版，第 10 页。

④ 丘吉尔后来有句名言“民主是最坏的政体，只不过其他政体更糟糕”。这种对民主的理解，参见后文张灏关于所谓“低调的民主”的概括。

“纯民主”或“绝对民主”可行性的观点。霍布斯后来所提出的社会契约说，旨在论证专制主义的合理性，具有明显的反民主性质。与此不同，斯宾诺莎也考察了三种类型的国家，即民主制、贵族制和君主制，他不主张君主制，而拥护民主政体。

民主在西方受到一致的肯定是18世纪中叶以后的事。方维规认为，1780年至1800年是现代民主思想崛起的关键年代，从根本上说，现今“民主”概念的词义，产生和发展于法国大革命前后并得到广泛传播。一方面，“民主”彻底从学者用语转变为常见的政治概念，用于某些党派的自我界定或者描述政体特色，亦偶尔见之于政府文献。另一方面，随着“民主”概念的广泛使用，其词义获得了很大扩展，增加了一般社会和历史哲学内涵。①

康德在1795年的重要著作《论永久和平》中谈论政府形态以及国家如何使用政权的时候指出，一个国家非共和即为专制。他用非此即彼的两种体制取代了传统的亚里士多德式的三种形态：君主制、贵族制和民主制（其变态政体则相应为僭主政体、寡头政体和平民政体）；也避开了孟德斯鸠《论法的精神》中所划分的君主制、共和制和独裁制。康德认为，君主制同样能够在变革的道路上达到共和的革命目的。“共和”在康德理论里不但成了民主思想的大概念，而且达致历史哲学之价值取向概念的高度。在他看来，重要的是精神力量，是应该如何统治，他认为只有代议制的共和国才是未来可取的体制，所有其他非代议制政府形态都是畸形的怪物。方维规认为，康德的观点来自时代的启迪。1793年通过的《法国宪法》宣称主权属于人民。法国大革命实践上并没有打消那种传统的、对纯民主的怀疑，恰恰相反，极端民主的宪法更加深和助长了这种疑忌。因此，在革命以后的复辟时代，欧洲语言中的“民主”和“民主主义”，多半是带有防范意味的责骂用语，这也正是“民主”概念开始传入中国的时候。②

方维规进而认为，从法国大革命时代起，“民主”概念不再囿于体制和国家形态，获得了历史性和思想上的扩展，“民主”成了一个社会和精神概

---

① 参见方维规：《“议会”、“民主”与“共和”概念在西方与中国的嬗变》，《二十一世纪》2000年第4期。

② 参见方维规：《“议会”、“民主”与“共和”概念在西方与中国的嬗变》，《二十一世纪》2000年第4期。

念，成了一种有关民主原则的学说。它并不完全依赖于政体，即便是君主立宪制，同样可以实现民主政治，其依据是一种原始的社会契约，是以众人意志为基础的法治思想，这就摆脱了亚里士多德以国家形态为依据的民主制，而使“民主”成了一个发展趋势和历史运动之概念。①

张灏认为，从18世纪中叶到第一次世界大战可以说是民主思想定型时期，影响中国近代民主思想的，也是这个时期的西方民主思想。

在这一时期，西方的民主思想，大致而言有两种类型：高调的民主观与低调的民主观。高调的民主观的前提认为民主是为实现一种道德理想而产生的制度。在西方近代思潮，如共和主义，法国大革命前后的激进主义，19世纪的新黑格尔主义，以及社会主义、无政府主义等，都有其显著的形迹。高调的民主观对于西方民主参与以及立宪政体在思想上的发展曾有很重要的贡献，但同时它也往往带有集体主义与乌托邦思想的倾向，卢梭与马克思的思想就是显例，他们都认为民主是为实现一个道德理想而设的制度。②

低调的民主观不认为民主是以实现道德理想为目标，而是针对人性的有限而构想的一种制度，我们既然无法在本源上根除人的自私自利，那么只有以制度在效果上去求绳范与疏导，这就是民主的功能。西方近代思想中对人性的有限的自觉有两个源头，一个是来自犹太教与基督教传统的人性罪恶观，一个是来自西方近代自文艺复兴以来对人性观察所积累的现实观。低调民主观认为民主只是一种制度、一种程序，一则为保护个人的权利不受外来的侵害（不论这侵害是来自其他的个人或政府专制或多数群众的独断），二

---

① 参见方维规：《“议会”、“民主”与“共和”概念在西方与中国的嬗变》，《二十一世纪》2000年第4期。

② 卢梭的民主观念，是基于他对自由的两种观念（自然的自由与政治的自由）。政治的自由是指只有在人类群体的生活中才能实现的自由。卢梭相信政治自由在古希腊罗马的城邦政治里曾经真正实现过。卢梭的民主观也就是根据古典共和主义而构想的，因此它是以集体主义为基调而又非常理想化的：在民主共和政治之下，不但人人自由而且个人自由的归趋是一个和谐无私的社会。马克思的民主观，对于当时“自由主义式的民主”的抨击不遗余力，认为其只是资产阶级的工具，因此是虚假的、有名无实的制度。在他要建立的理想社会里面不仅每个个人有自由，而且全体有自由，个人的意志与卢梭所谓的全体意志达到完全的契合，而“真民主”，也就是所谓的“直接民主”，便是到达这个理想社会的必经之路。因此马克思与卢梭一样，认为民主是为实现一个道德理想而设的制度，在这种制度构思里面是含有强烈的集体主义精神与乌托邦主义色彩的。参见张灏：《中国近代转型时期的民主观念》，《幽暗意识与民主传统》，新星出版社2006年版，第229—230页。

则为让自私自利的庸庸大众，不论是个人或团体，能够把他们彼此冲突的权益，以讨价还价、你迁我就的方式，互相调节，彼此妥协，和平地共营群体生活。因此，民主没有什么崇高的目标。诚如密尔所强调的，民主不过是为了适应人性的自私自利而发展的一个勉强可行的制度。这种思想在《联邦党人文集》中表现得比较明显。①

二、中国“民主”概念的起源

西方民主思想在中国的发展遵循了先概念引进和介绍，后政治运动和政治实践推动的路径。对于“民主”一词在中国文化语境下的起源与演变过程，熊月之、方维规、金观涛、刘青峰、王人博、桂宏诚等学者已经进行了有价值的研究。②

“民主”一词，中国古已有之。先秦文献中，其含义为人民的统治者（帝王别称）：“天惟时求民主，乃大降显休命于成汤。”③“天命文王，使为民主。”④《左传·文公十七年》云：“齐君之语偷。臧文仲有言曰：民主偷必死。”蔡邕为《文选》所谓“肇命民主，五德初始”注曰：“民主，天子也”。中国最早表达类似于西方民主思想的是黄宗羲，他在《明夷待访录》一书中提出“民为主、君为客”，但并未使用“民主”一词，相反则用“人主”来称呼皇帝。

徐继畬的《瀛寰志略》是中国最早介绍西方民主制度的重要著作，但该书并没有使用“民主”一词。近代中国最早用“民主”来翻译西方社会制度的，是1864年由总理衙门斥资翻印的丁韪良（W. A. P. Martin）主译的《万国公法》一书。据金观涛的统计，“民主”一词在《万国公法》中使用了18次。马西尼（Federico Masini）曾指出，《万国公法》中的“民主”是

---

① 参见张灏：《中国近代转型时期的民主观念》，《幽暗意识与民主传统》，第230页。

② 参见熊月之：《中国近代民主思想史》修订本，上海人民出版社2002年版；方维规：《“议会”、“民主”与“共和”概念在西方与中国的嬗变》，《二十一世纪》2000年第4期；金观涛、刘青峰：《从“共和”到“民主”》，《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》；王人博：《庶民的胜利——中国民主话语考论》，《中国法学》2006年第3期；桂宏诚：《中国立宪主义的思想根基：道德、民主与法治》，社会科学文献出版社2009年版；桂宏诚：《中华民国立宪理论与1947年的宪政选择》，（台湾）秀威咨讯科技股份有限公司2008年版。后文相关部分主要综述和借鉴上述学者的研究成果。

③ 《尚书注疏》卷17，周书，多方第二十，第256页。

④ 《尚书注疏》卷15，周书，洛诰第十五，第230页。

Republic 的误译。[①] 对于此观点，金观涛通过对照该书中英文，认为“民主”不完全是与 Republic 对译，也用于翻译 Democratic Republic 和 Democratic Character。[②] 例如，该书几处使用“民主”之处，有时指涉西方现代民主国家，“民主”与“国”联用：“即如一千七百九十七年间，荷兰七省有变，法国征之……于是易其国法，而改作民主之国。”[③] 另一处则是“美国合邦之大法，保各邦永归民主，无外敌侵伐”[④]。方维规发现，民主作为一个相当模糊的概念，并不专指 Democracy。这可以通过几部较早的西洋人编撰的双语辞书而发现。例如，马礼逊的《五车韵府》（1822）将 Democracy 诠释为“既不可无人统率亦不可多人乱管”。麦都思《英汉字典》（1847）将 Democracy 译为“众人的国统，众人的治理，多人乱管，小民弄权”。罗存德《英华字典》（1866）中的 Democracy 为“民政，众人管辖，百姓弄权”。这些诠释都直接来自西方历史上对“民主”概念的理解，或曰某种说法，甚至可以追溯到其发端时代。而在马氏《五车韵府》、麦氏《英汉字典》和罗氏《英华字典》中，人们很难领略到民主概念的嬗变历史，也看不到 19 世纪西方对民主的思考所带来的结果：古典民主和现代民主、传统概念和民主政体之现实之间已经产生的巨大的鸿沟。就这方面而言，上述三套很有影响的辞书对“民主”概念的译释已经过时，从某种意义上来说是古而又古的。这是因为译介者和接受者几乎没有在理论上对“民主”一词加以探讨，人们往往只是了解了一些海外的新鲜事。[⑤]

方维规认为，用“民主”来翻译 Democracy 是受一定历史和文化影响的。“民主”等概念的译介与阐释，与民主思想在中国的传播相关。有些词汇在翻译的过程中，由于文化背景的不同和理解的差异，故而出现了很多不同的译名，如鸦片战争以前，郭实腊等人在《东西洋考每月统记传》（East-

---

① 参见马西尼：《现代汉语词汇的形成——十九世纪汉语外来词研究》，汉语大词典出版社 1997 年版，第 54、172—173 页。

② 参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第 250 页。

③ 丁韪良主译：《万国公法》第一卷，崇实馆存版 1864 年，第 20 页。

④ 丁韪良主译：《万国公法》第二卷，第 13 页。

⑤ 参见方维规：《“议会”、“民主”与“共和”概念在西方与中国的嬗变》，《二十一世纪》2000 年第 4 期。

ern Western Monthly Magazine）中提出的“自主之理”或“民自主”[①]。19世纪90年代之前，中国知识界对“民主”概念多半囿于介绍而缺乏认同感，在关注民主制度的时候，缺乏推翻君主专制的胆略和想象，多推崇英德或日本式“君民共主”，即君主立宪式的民主。金观涛则发现，甲午战争前，用来译Democracy的除了“民主”，主要还有“民政”一词。[②] 鉴于Democracy一直存在不同的译法而且极不固定，加之它在传入中国的时候多半和政体相连，这就和Republic结下了不解之缘。又因为Republic在19世纪还没有较为固定的中文对应概念，在19、20世纪之交才较多地以“共和国”译之，因此，“民主”常常身兼二职：既有西方Democracy的本来含义，又指Republic。甚至进入20世纪以后，用“民主（之）国”对应Republic亦不属罕见。所以方维规认为，Democracy和Republic这两个西方概念在进入中国以后的很长一段历史时期内基本上是同义的，时人并没有刻意用汉语明确区分这两个概念，给人的印象只是遣词造句或修辞上的区别，而不是两个概念的界定和阐释。[③]

在我国，西方民主制度的最初引入一般是与不同政体的介绍（尤其与议会和选举）联系在一起的。“民主”概念传入中国的时候，主要不是民主思想或作为一种政治信仰的理念，而只是其体制形态和操作方式。这种体制形态和操作方式，主要是议会制。据研究，Democracy一词进入中国并不晚于议院、议会和国会（最初译名“巴厘满”）。在19世纪中叶，《海国图志》等介绍世界概况的重要著作中，我们不难发现，时人主要介绍的是美国和英国议会，这与西方这个时期民主探讨的主要倾向极为有关——这就是贬低直接

---

① “此民自主治国，每三年一次选首主，以统摄政事。这便是‘自主之理’”（《北亚米利加合郡》）。“自此以后，美理哥民自主操权，掌治国也”（《华盛顿言行最略》）。“时势如此，城邑兴隆，闾阎丰裕，至国公之权渐衰，由是民尚公论自主之理也……上古南与北省合一统治政，后七省逐西班雅之兵，操自主之理兼摄国政，无王无君，而择总督，治理国政”（《荷兰国志略》）。

② 例如，李鸿章曾询问日本驻华官员森有礼：“日本是民政之国，抑君主之国?”李鸿章、森有礼：《照录李鸿章与森有礼问答节略》，第93页。1873年张德彝谈到法国局势：“初七日，巴里闻各处失守，国君被俘，众议改为民政”。张德彝：《随使法国记》，岳麓书社1985年版，第64页。1881年日本出版的《哲学字典》也用“民政”来译Democracy。参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第256页。

③ 参见方维规：《“议会”、“民主”与“共和”概念在西方与中国的嬗变》，《二十一世纪》2000年第4期。

民主，倡导间接的代议制民主，其决定性因素是来自美国的典范：在法国大革命失败以后，美国和英国成了理论界关注的代议制民主的样板。①

第三节　中国“民主”概念的发展

一、清末至新文化运动前的“民主”概念

金观涛利用思想史数据库统计了从1864年至新文化运动之前“民主”一词的使用情况（见表1）。

表1　“民主”的意义分类统计（1864—1915）②

意义分类	皇帝			民选的国家元首			不同于世袭君主的另一种政治制度			人民作主和人民统治			总数
态度	＋	0	－	＋	0	－	＋	0	－	＋	0	－	
1864		0			1			15					16
1875								6					6
1877								2					2
1878								1					1
1880								1					1
1881					1			1					2
1883								5					5
1884								2					2
1885							3	12				3	18
1886								2					2
1887								13					13
1890					2								2
1892							1		1				2
1893							9	3	1				13
1894					4			4					8
1895					37			108					145
1896					19			27		5	7		58
1897		2			29		11	92	54				188
1898		1			20		8	51	15	1	2	10	108
1899		1			2		2	35	1			3	44

① 参见方维规：《“议会”、“民主”与“共和”概念在西方与中国的嬗变》，《二十一世纪》2000年第4期。

② 参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第253—254页。

续前表

意义分类	皇帝			民选的国家元首			不同于世袭君主的另一种政治制度			人民作主和人民统治			总数
态度	+	0	−	+	0	−	+	0	−	+	0	−	
1900					3		1	22					26
1901					2		9	75	6	3	2	15	112
1902		1			3		19	112		0	3	64	202
1903					7		27	63		12		43	152
1904							18	241			101	2	362
1905					2		4	81		2	18	9	116
1906					4		22	147		5	7	8	193
1907							1	72		1	6	7	87
1908							6	33		3	4		46
1909							1	110			17	2	130
1910								22		1		3	26
1911					2			5				11	18
1912								22					22
1913					2		2	108			3		115
1914								18			2		20
1915								111		3	3		117

金观涛的研究得出以下几个结论：

第一，19 世纪“民主”一词主要在四种意义上使用。第一种是传统意义的“民之主”。第二种是“民主之”，即人民支配与人民统治。第三种是与世袭君主制相对立的政治制度，如“民主国”。第四种是与第一种相类似的外国的民选最高国家领袖。仅从民选角度理解民主，就会忽略代议制和宪法。

第二，人们使用该词的四种意义的价值取向和喜好是随着社会发展变化而变化的。1896 年至 1900 年间，中国能接受民主的第三种含义，和西学中源说有关。[①] 将“民主”理解为和中国传统政治相反的制度是该词的主要意义。特别是甲午战争后，儒家伦理受到怀疑，中国人开始寻找新的社会组织的出路，这时民主观念开始普及，“民主”的话语使用出现第一次高峰。“民主”的使用，在 1904 年、1906 年、1909 年和 1913 年出现了高峰。但甲午战争后，引起人们关注的是民主的第三种意义，1900 年中国引进西方政治

① 肯定民主制度的人将民主的来源比附为三代时期的制度。例如梁启超 1896 年曾认为：“西史谓民主之局，起于希腊罗马；启超以为彼之世非民主也。若以彼为民主也，则吾中国古时亦可谓有民主也”。梁启超：《与严幼陵先生书》，《饮冰室文集之一》第一册，第 108 页。

制度以后，民主的第二种意义引起广泛关注，革命派主张全民参政、伸张民权，立宪派则反对全民参政，因此，对“民主”的批评和肯定都引起争论，同时，民主的负面影响开始被人们关注。例如，民主所导致的多数人的暴政，在20世纪初，梁启超翻译《国家论》时，认为大众参政会引起民主专制。[①] 在1906年的《开明专制论》中，梁启超进一步阐述，由于中国民智未开，尚不具备民主立宪的国民资格，民作主往往引起大乱，造成民选统治者进行专制的结果。[②] 在20世纪的前15年，民主的第二和第四种意义的负面评价一直存在。因此，金观涛教授指出，指导清末民初预备立宪和政党政治的思想理念不是民主思想，而是共和Republicanism思想，暗含了精英政治之意。[③] 这可以通过图1民主与共和的使用次数的区别体现出来。

二、新文化运动时期的“民主”概念

中国现代民主观念是在五四新文化运动中成熟的。有研究表明，五四运动前的“民主”观念，主要有四重：民选国家元首、大众参与、代表制（是作为传统儒家道德精英主义和西方代议制混合的代议制）、对政府权力的宪政约束。1919年以后，由于辛亥革命后移植西方民主政治和议会制度的尝试屡遭失败，前两者意义被强调，而后两者意义被逐渐淡化。[④]

使用“民主”一词在当时具有极普遍代表性的是陈独秀的《驳康有为共和平议》。该文写作的背景是张勋复辟之际，康有为在《不忍》杂志上发表《与徐大傅书》和《共和平议》两篇鼓吹君主立宪的文章。康有为从当时政治无序、经济困窘、腐败丛生和外交失败等方面批评民初政局，认为这是民主共和的恶果，主张救中国必须回到君主立宪。陈独秀虽然同意康有为对当时民主政治造成的种种危机的描述，但不同意其结论。他认为社会危机的根

---

① 参见梁启超：《政治学大家伯伦知理之学说》，《梁启超法学文集》，范忠信选编，第46—67页。

② 参见梁启超：《开明专制论》，《梁启超全集》第三册，北京出版社1999年版，第1470—1486页。

③ 参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第260、262页。Republicanism和Democracy相比，更强调参政者的道德，强调政治作为公领域和私领域的区别。共和作为一种政体，是与君主制相对而言的。它的起源不仅来自古希腊的民主理论与实践，而且更多地来自亚里士多德对希腊民主的批判。古典共和政体最显著的特点在于它是由公民美德维系的政体。现代共和主义与混合政体、分权制衡、法治、代议制等宪政原则结合在一起，是对直接民主的一种限制。

④ 参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第276页。

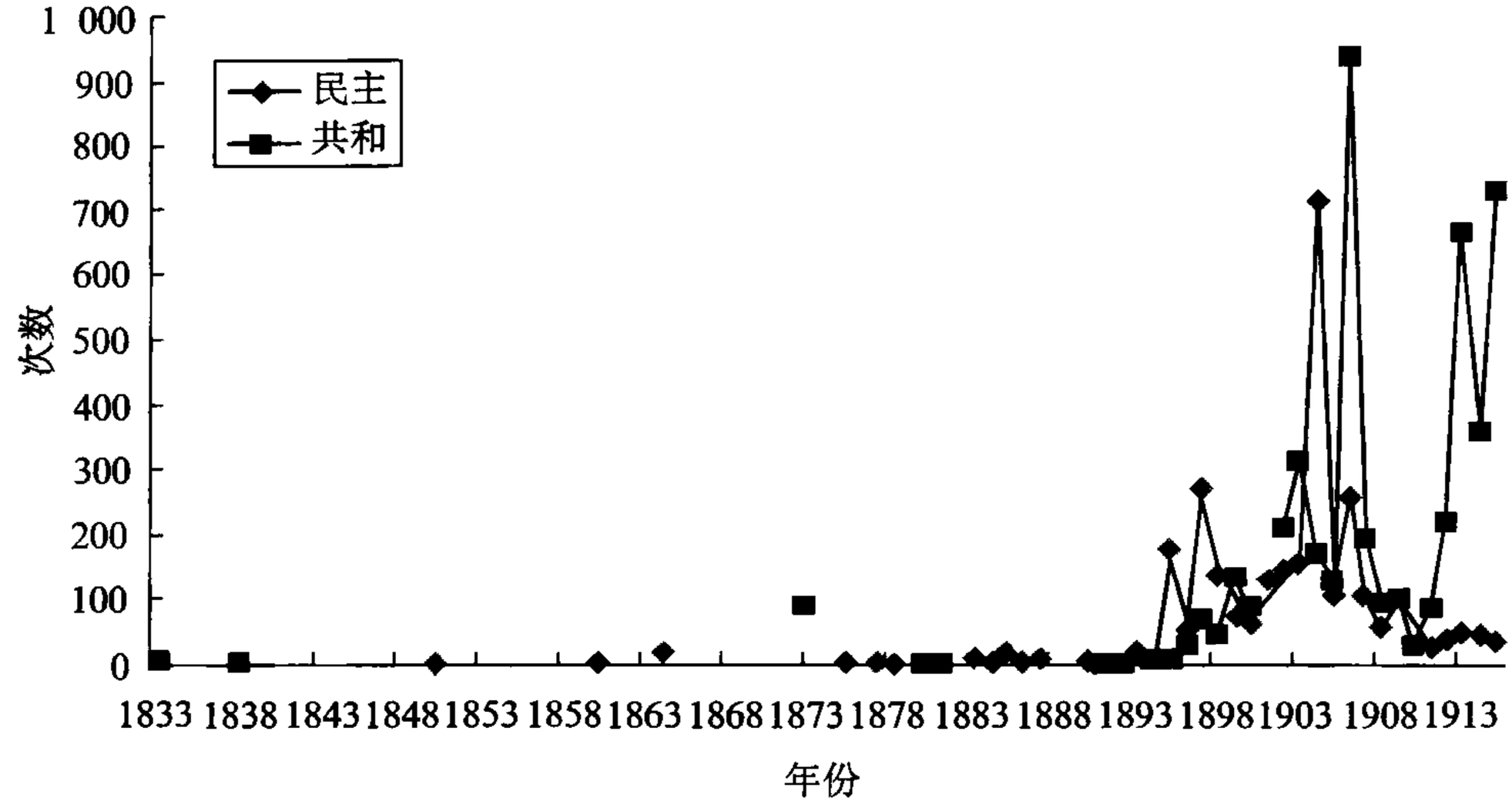


图 1　“民主”与“共和”的使用次数（1864—1925）①

源是当时推行的民主共和并非真正的民主制度。②

金观涛发现，该文使用“民主”一词共 55 次，其中 54 次的含义是同君主对立，1 次用于表达西方社会制度。这说明，在新文化运动中开始较集中使用“民主”一词，是发生在民权立宪失败，帝制复辟，以及康有为等力倡君主立宪之际，新知识分子群体为了旗帜鲜明地反对君主立宪的复辟，不得不运用与君主制对立的政治术语“民主”来表达自己的理念。

“民主”这个词在新文化运动中虽然比“科学”、“自由”和“权利”这些词使用得少，但比“民权”却多了几十倍。这表明，在新文化运动中，知识分子纷纷改用“民主”来代替“民权”的意思。“民主”是中国文化现代转型中自己创造的新词，它压倒由日本传入的“民权”一词，代表着新文化运动深刻的中国本土性质。

姜义华指出，“民主”一词在五四时期就具有极大的含混性和歧义性。③金观涛则为《新青年》杂志中的民主意义进行了分类统计，指出民主意义的

---

① 参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第 263 页。

② 参见陈独秀：《驳康有为共和平议》，《新青年》第 4 卷第 3 号（1918 年 3 月 15 日）。

③ 参见姜义华：《彷徨中的启蒙——〈新青年〉德赛二先生析论》，《文史知识》1999 年第 5 期。

含混性和歧义性只是1919年以后的事（见表2）。

表2　　《新青年》中“民主”及其相关词汇的意义分类统计[①]

态度 / 义项 / 卷数	正				中性				负			
	民主	民治	德谟克拉西	总数	民主	民治	德谟克拉西	总数	民主	民治	德谟克拉西	总数
1 1915年9月—1916年2月	6	0	0	6	19	0	0	19	2	0	0	2
2 1916年9月—1917年2月	4	5	0	9	16	0	0	16	1	0	0	1
3 1917年3月—1917年8月	10	2	0	12	25	0	0	25	0	0	0	0
4 1918年1月—1918年6月	57	1	0	58	0	3	0	3	0	0	0	0
5 1918年7月—1918年12月	14	14	0	28	0	7	0	7	0	0	0	0
6 1919年1月—1919年11月	16	10	5	31	23	0	1	24	0	0	0	0
7 1919年12月—1920年5月	13	91	3	107	13	1	0	14	0	1	0	1
8 1920年9月—1921年4月	11	35	12	58	43	36	1	80	35	0	22	57
9 1921年5月—1922年7月	17	3	11	31	32	2	2	36	75	3	5	83
季刊 1923年6月—1924年12月	10	4	17	31	74	14	2	90	125	14	35	174
不定期刊 1925年4月—1926年7月	7	1	25	33	47	0	7	54	372	6	68	446
总数	165	166	73	404	292	63	13	368	610	24	130	764

① 参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第277页。

从中可见，在1919年以前，民主的意义非常明确，它指的就是和君主对立的西方现代政治制度。1919年以后，在表达民主理念的用词上也发生了变化：人们开始使用“德谟克拉西”和“民治”来指涉democracy。[①] 而不同倾向的人在使用“民主”、“民治”和“德谟克拉西”来表达民主观念时，其内涵也大不相同，这是民主概念被重新定位的结果，1925年以后，在《新青年》中，“民主”多用于指资产阶级民主制度和政党，多重的“民主”含义已大为减少，这标志着新的“民主”意义已经确定下来了（见图2）。

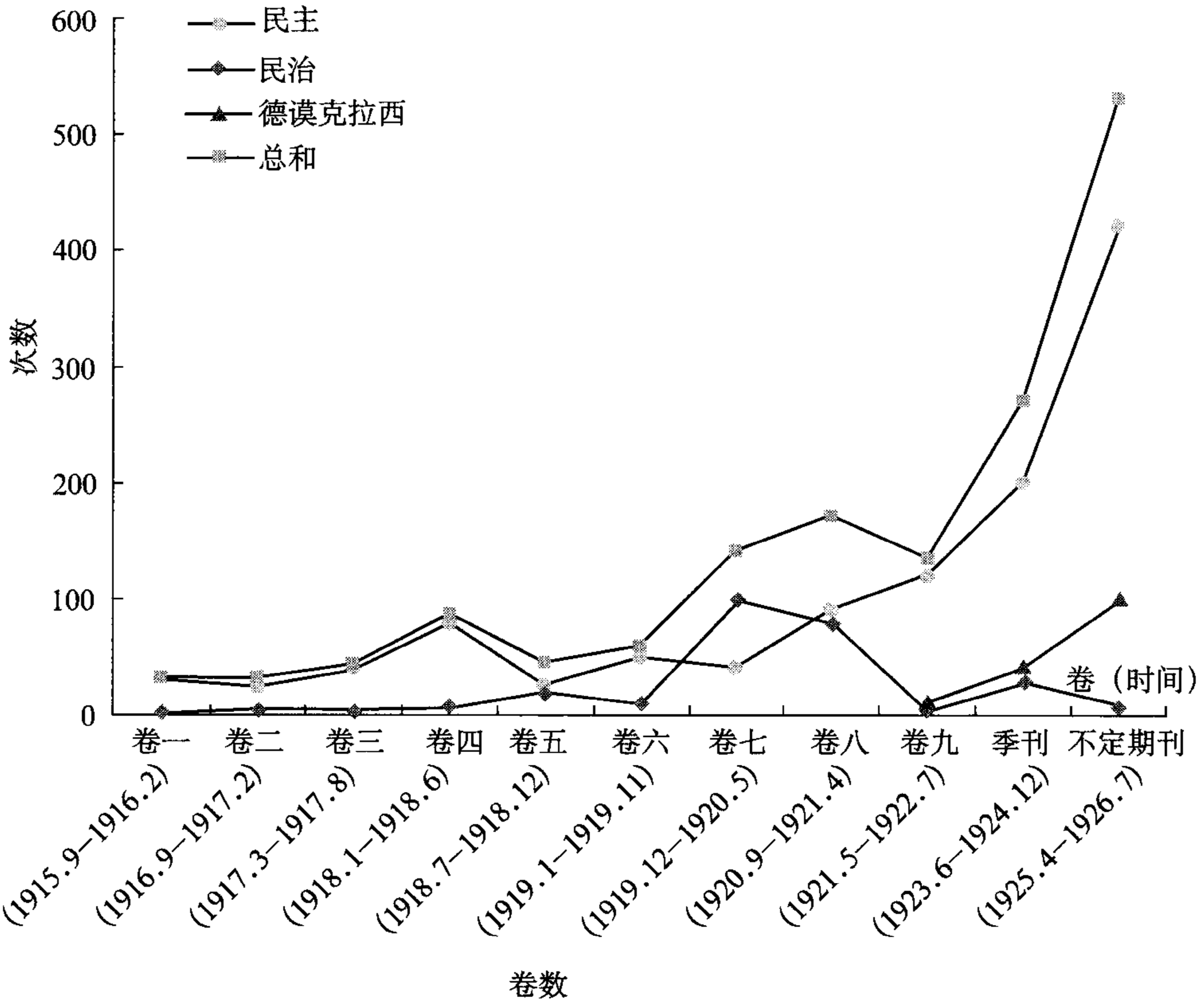


图2　《新青年》中“民主”、“民治”和“德谟克拉西”的使用次数[②]

① 参见李大钊：《由经济上解释中国近代思想变动的原因》，《新青年》第7卷第2号。

② 参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，法律出版社2009年版，第279页。

在新文化运动前，人们尚无代议制（民主政治）带来社会失序的切身体验。民主代表一种和君主对立的西方政治理想，必定同时包含了国家元首民选、多数支配、代议制这三重含义。在这三种意义中，代议制是一个核心，它将元首民选和多数支配有效地结合成为一种可实施的政治制度。民国初年的民主尝试，特别是议会政治失败以后，“民主”概念逐渐将议会政治和选举程序排除在外，缺少了代议制，也就缺乏多数支配和国家元首民选之间的联系，民主不仅变得难以操作，而且也将出现价值意义的真空。因此，必须重新塑造民主的价值基础。这时，社会主义思想传入中国，恰恰填补了这个真空。

1918 年以后，中国民主概念的转型，导致 20 世纪民主观同 19 世纪民主观的重大差异。对民主意义再定位的第一个因素是基于它同君主的对立。新文化运动中人们普遍认识到儒家伦理是君主立宪复辟的基础，而反对君主必定要破除儒家伦常等级，把平等作为一种新道德来提出。正如李大钊所说：“政治上民主主义的运动，乃是推翻父权的君主专制政治之运动，也就是推翻孔子的忠君主义之运动。”①

据王人博的研究，1919 年前后，中国的知识界开始用“平民主义”或者与之相近的词汇翻译 Democracy。② 毛泽东在 1919 年《湘江评论》的创刊号中，首先把 Democracy 翻译成“平民主义”。同时期的李大钊虽然还不清楚用什么样的汉语词汇翻译 Democracy，但他已敏锐地注意到了 Democracy 可能对中国具有的新意义或新价值。1918 年，他在一篇为曾琦（后曾为青年党领袖）著作所做的跋中对 Democracy 做了这样的解释：

> （一）我们神圣的青年，应该知道今日的 Democracy，不仅是一个国家的组织，乃是世界的组织。这 Democracy 不是仅在人类生活史中一个点，乃是一步一步的向世界大同进行的一个全路程。我们拥护 Democracy，不是单管国内的事，不管国外的事，就能成功。必要把世界作活动的舞台，把自国的 Democracy 作世界的 Democracy 一部分去活动，才能有成功的希望。因为德国的军国主义若不打破，世界的 De-

① 李大钊：《由经济上解释中国近代思想变动的原因》，《新青年》第 7 卷第 2 号（1920 年 1 月 1 日）。

② 参见王人博：《庶民的胜利——中国民主话语考论》，《中国法学》2006 年第 3 期。

mocracy 都要危险。亚洲若有一国行军国主义，象德国一样，我们中国的 Democracy 总不安宁。我们要求 Democracy，不是单求一没有君主的国体就算了事，必要把那受屈枉的个性，都解放了，把那逞强的势力，都摧除了；把那不正当的制度，都改正了，一步一步的向前奋斗，直到世界大同，才算贯彻了 Democracy 的真义。所以君主虽退，一派的军阀一样跋扈，我们 Democracy 的运动，应该愈加猛激。资本阶级或中产阶级的 Democracy 若已获得，紧接着社会主义，就是 Democracy 中的一个进程，不要把他看作与 Democracy 是两个东西。我们目前唯一的要求，乃在把我们中国的 Democracy 维持得住，使他有个向上进步的基础，不为世界民主的障碍就是了。①

王人博解读上文后认为，被李大钊重塑的 Democracy 概念，除了保留了在与君主政体相对立的“新型政体”这层语义外，还增扩了四层含义：第一，它是个人主义的一种价值预设，伸张每一个被抑制的个性是 Democracy 最基本的价值；第二，Democracy 是销蚀特权的溶剂，社会的基本平等是其重要语义；第三，它是一种合理的制度，包括个性的维护、平等的制度架构和合理的财产分配等；第四，它还意指一种和平的世界秩序，意味着一种国家间的平等关系。这对于任何一个生长在悲惨祖国的中国知识分子来讲，是对列强构筑的世界格局的一种起码的正义要求。②

同一时期，陈独秀则把 Democracy 译为“民主主义”，并依据林肯的“by people”（由民）而不是“for people”（为民），来解释民主主义，强调 Democracy 一词中的人民主体性。他明确反对“民本主义”这样的译法，认为它容易与中国传统的民本思想相混淆。同年，陈独秀又发表了《实行民治的基础》一文，根据美国哲学家约翰·杜威的民主思想，陈独秀把 Democracy 又译为“民治主义”，他认为，Democracy 包含了四层含义：分别是政

---

① 李大钊：《跋〈国体与青年〉》，《教学与研究》1979 年第 5 期。该文写于 1918 年 12 月，发表在 1919 年 1 月 16 日出版的《国体与青年》上。这篇文章长期以来没有被提及和重视，不见著录于国内外各种有关大钊同志著作的目录。参见刘埜：《关于李大钊同志的佚文——〈跋〈国体与青年〉〉》，《教学与研究》1979 年第 5 期。这篇文章在经历“文革”大民主灾难之后被“重新”发现，不仅在李大钊所处时代，而且在“文革”后的“民主”学说史上也颇令人感到意味深长。

② 参见王人博：《庶民的胜利——中国民主话语考论》，《中国法学》2006 年第 3 期。

治的民治主义；民权的民治主义；社会的民治主义；生计的民治主义。前两项的内容有：一个真正代表民意的代议机构，一部能够保障人民权利的宪法，受保护的权利包括言论、出版、信仰和居住的自由等。后两项是：消除阶级特权和贫富差悬，实现人格平等和社会平等。①

金观涛认为，对民主意义定位的因素，是如何实行多数统治。一旦排除了代议政治，便很难实现在尊重个人权利的基础上的多数统治。唯一的方法是高度强调民主背后的道德和意识形态价值，用道德强制来实现人民和多数的支配。这时，逻辑上只有两种可能：一是用意识形态政党来体现普遍道德价值和公共意志，由党的专政体现多数统治；二是展开以纯化道德意识形态为目标的群众运动，实现所谓群众道德统治的大民主。事实上，这恰恰是新文化运动后民主观念在大多数中国人心目中的理解。②

第四节　中国宪法中的“民主”概念

下文将对宪法（包括草案）文本中的“民主”概念进行考察，旨在从制度上发现中国式“民主”的典范性定义。

一、民国初年宪法中的“民主”

关于“民主”的规范，在1912年《中华民国临时约法》中就存在，《中华民国临时约法》第一章《总纲》第1、2条分别规定：“中华民国由中华人民组织之。”“中华民国之主权，属于国民全体。”类似的规定还有1914年《中华民国约法》第一章《国家》第1、2条：“中华民国，由中华人民组织之。”“中华民国之主权，本于国民之全体。”

但我国宪法文本中最早出现“民主”一词，是在1913年10月31日国会宪法起草委员会拟定的《中华民国宪法草案》（也被称为《天坛宪草》）中。其第一章《国体》第1条规定：“中华民国永远为统一民主国。”1919年第二届国会（即安福国会）组织的宪法委员会议决的《中华民国宪法草案》第一章《国体》第1条规定：“中华民国永为统一民主国”。在该草案说

① 参见陈独秀：《独秀文存》，安徽人民出版社1987年版，第220页。

② 参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第263页。

明书中，针对国体中使用“民主”一词而不使用“共和”，宪法起草者还专门阐释其中法理：

> 近年国内法家颇有指摘“民主”字二，谓不如用共和之名称。顾民国定名在先，宪法制定在后，不得以今日之宪法变更中华民国之名称也。且就宪法学者之分类言之，共和国之中尚有少数共和贵族、共和国民。共和之别仅言共和，其界说犹属不明。若民主之名称则已含有共和之义，与少数贵族之共和制度俨然有别矣。①

其后，在1923年10月10日颁布的《中华民国宪法》（即“贿选宪法”）中，第一章《国体》也规定：中华民国永远为统一民主国（第1条），第二章《主权》规定中华民国主权，属于国民全体（第2条）。

值得一提的是，段祺瑞执政府组织的国宪起草委员会于1925年12月11日三读通过的《中华民国宪法案》中，民主概念有两处意义：

一是，第一章《国体及主权》规定：中华民国永远为民主共和国（第1条），中华民国之主权本于国民全体，依本宪法之规定行使之（第2条），这是“民主”与“共和”首次在宪法文本中连用。

二是，该草案第十三章《教育》规定：全国教育以道艺并重，发挥民主精神为宗旨（第150条），首次将民主和精神连用，标志着民主已成为当时的主流价值。

二、南京国民政府宪法中的“民主”

由1928年10月3日中国国民党中央执行委员会第172次常会议决，10月8日国民政府公布《中华民国国民政府组织法》，该法第1条规定：“国民政府统揽中华民国之治权。”其序言宣称：

> 中国国民党本革命之三民主义，五权宪法，建设中华民国，既用兵力扫除障碍，由军政时期入于训政时期，允宜建立五权之规模，训练人民行使政权之能力，以期促进宪政，奉政权于国民。兹谨本历史上所授予本党指导监督政府之职责，制定国民政府组织法。

---

① 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第511页。

1932年的《中华民国训政时期约法》虽然在第2条规定“中华民国之主权属于国民全体”，但按照建国三阶段学说，国民并不能行使实际权力，在“训政时期由中国国民党全国代表大会代表国民大会行使中央统治权。中国国民党全国代表大会闭会时，其职权由中国国民党中央执行委员会行使之”（第30条）。选举、罢免、创制和复决四种政权之行使，由国民政府训导之（第31条）。行政、立法、司法、考试和监察五种治权，由国民政府行使之（第32条）。

1936年的《中华民国宪法草案》（《五五宪草》）规定：中华民国为三民主义共和国（第1条）。中华民国之主权属于国民全体（第2条）。国民行使中央权力的制度平台就是该草案第三章第27至第35条规定的“国民大会”制度。国民大会之组织，国民代表之选举、罢免及国民大会行使职权之程序，以法律定之（第35条）。

国民大会以下列国民代表组织之：每县市及其同等区域各选出代表一人，但其人口逾三十万者，每增加五十万人，增选代表一人，县市同等区域以法律定之；蒙古、西藏选出代表，其名额以法律定之；侨居国外之国民选出代表，其名额以法律定之（第27条）。

国民代表之选举，以普遍、平等、直接、无记名投票之方法行之（第28条）。中华民国国民年满二十岁者，有依法律选举代表权，年满二十五岁者，有依法律被选举代表权（第29条）。

国民代表任期六年。国民代表违法或失职时，原选举区依法律罢免之（第30条）。

国民大会每三年由总统召集一次，会期一月，必要时得延长一月。国民大会经五分之二以上代表之同意，得自行召集临时国民大会。总统得召集临时国民大会。国民大会之开会地点在中央政府所在地（第31条）。

国民大会之职权如下：选举总统、副总统，立法院院长、副院长，监察院院长、副院长，立法委员，监察委员；罢免总统、副总统，立法、司法、考试、监察各院院长、副院长，立法委员，监察委员；创制法律；复决法律；修改宪法；宪法赋予之其他职权（第32条）。

紧接着1936年5月14日国民政府还公布了《国民大会组织法》、《国民大会代表选举法》（同年7月4日修正；同年9月17日再修正），1936年7

月 1 日国民政府公布《国民大会代表选举法施行细则》。

1938 年 3 月国民党于武昌召开临时全国代表大会，制定《抗日救国纲领》，决定组织国民参政机关，国民参政会因此成立，并于 1938 年 7 月召开第一届第一次会议。其成员为各党领袖或名流专家。1939 年 9 月，第一届国民参政会第四次会议在重庆举行，通过《召集国民大会实行宪政决议案》，呈请国民政府明令定期召集国民大会，制定宪法，实行宪政。会后，民主宪政运动再度蓬勃兴起。议长蒋介石指定张君劢、章士钊、左舜生、钱端升、黄炎培、傅斯年等十九人为宪政期成会委员，组织成国民参政会宪政期成会，协助政府促成宪政案，主要搜集关于宪法草案各项资料及有待研究之问题。11 月，国民党五届六中全会决定 1940 年 11 月 12 日召开国民大会。1940 年 3 月，宪政期成会汇集各方面对于《五五宪草》之意见，依宪草全文逐条讨论，分别删改或补充，提出宪法草案修正案，提交国民参政会审议。4 月 6 日，第一届国民参政会第五次会议讨论通过《草拟中华民国宪法草案修正案》（史称“期成宪草”）。

“期成宪草”对《五五宪草》最大的改动，是增设“国民大会议政会”这一机构，并扩大国民大会的职权，设宪法解释委员会行使宪法解释权，由国民大会议政会、司法院、监察院各推举三名委员组成，委员长由委员互推。在“期成宪草”中，总统权力受到一定程度的限制，人民对于政府也可以进行有限度的监督。

“期成宪草”第三章《国民大会及国民大会议政会》规定：国民大会为中华民国最高权力机关（第 27 条）。国民大会闭会期间，设国民大会议政会（第 37 条）。国民大会议政会议政员为一百五十人至二百人，由国民大会互选之。国民大会议政会议政员之选举不依地域分配；但每省最少应有二人，蒙古、西藏及侨居国外之国民，最少应各有三人（第 38 条）。国民大会议政会议政员之任期为三年，连选得连任（第 39 条）。国民大会议政会议政员不得兼任公务员（第 40 条）。国民大会议政会每六个月集会一次；但必要时，议长得召集临时会（第 44 条）。其第 41 条规定了国民大会议政会之职权如下：

1. 在国民大会闭会期间议决戒严案、大赦案、宣战案、靖和案、条约案。

2. 在国民大会闭会期间复决立法院所议决之预算案、决算案。

3. 在国民大会闭会期间，得创制立法原则，并复决立法院之法律案。凡经国民大会议政会复决通过之法律案，总统应依法公布之。

4. 在国民大会闭会期间，受理监察院依法向国民大会提出之弹劾案。国民大会议政会对于监察院提出之总统、副总统弹劾案，经出席议政员三分之二决议受理时，应召集临时国民大会，为罢免与否之决定。监察院对行政、立法、司法、考试、监察各院院长、副院长之弹劾案，经国民大会议〔政〕会出席议政员三分之二通过时，被弹劾之院长、副院长即应去职。

5. 国民大会议政会对于行政院院长、副院长，各部部长，各委员会委员长得提出不信任案。行政院院长副院长，各部部长，各委员会委员长经国民大会议政会通过不信任案时，即应去职。国民大会议政会对于行政院院长、副院长不信任案，须经出席议政员三分之二通过，始得成立。总统对于国民大会议政会对行政院院长或副院长通过之不信任案，为不同意，应召集临时国民大会为最后之决定；如〔为〕国民大会维持国民大会议政会之决议，则院长或副院长必须去职，如国民大会否决国民大会议政会之决议，则应另选国民大会议政会议政员，改组国民大会议政会。

6. 国民大会议政会对国家政策或行政措施，得向总统及各院院长、部长、委员会委员长提出质询，并听取报告。

7. 接受人民请愿。

8. 总统交议事项。

9. 国民大会委托〔之〕其他职权。

国民大会议政会制度为国民党强烈反对，参政会秘书长王世杰在第一届五次会议上宣读了议长蒋介石的意见，说将“期成宪草”及其所附建议送政府斟酌处理，由是不了了之。9 月 18 日，国民党中央执行委员会常会以战争紧张、交通阻隔等因素，议决国民大会延期召开，“期成宪草”亦被搁置。

抗战结束后，1946 年 1 月 10 日政治协商会议召开，政治协商会议通过《修正“五五宪草”之十二项原则》，其精髓是用五权宪法的“旧瓶”，装西方国家宪法的“新酒”，例如张君劢提议通过的将“国民大会虚置化”的制度设计：“全国选民行使四权，名义之曰国民大会”；立法院和监察院共同行使西方民主国家议会的职权，行政院与立法院的关系相当于西方责任内阁与

议会的关系，而总统不负实际政治责任。政协原则公布后，中共及民主党派兴高采烈，国民党如丧考妣，强烈反对。

当时任政协会议秘书长的雷震曾回忆道：

> 政协宪草修改原则，系欲调和中山先生五权宪法“权能分立”的理论与世界民主国家宪法的基本原则。换句话说，在形式上则尽量采行五权宪法的政治制度，以满足国民党人之要求，而在实质上则要保持人民的代表能够监督政府，和政府必须对人民的代表机关负责之政制，以举民主政治之实。因为大部分国民党人总想把中山先生遗教的精神，尽量纳入于宪法之中……至根据遗教是否能够建设真正的民主政治，他们成见极深，认为唯有实行五权宪法才能建立民主政治，而议会制度则否。其他党派人士则相信“议会政治”的民主政治，欲以立法权控制行政权，使行政与立法之间有制衡的作用……他们以为必须如此，才是真正的民主政治，亦惟有如此，社会才能获致进步，人权与自由才可获得保障。①

国民党二中全会于同年3月16日又通过“修改宪草原则”之决议如下：“一、制定宪法，应以建国大纲为最基本之依据。二、国民大会应为有形之组织，用集中开会之方式行使建国大纲所规定之职权。其召集之次数应酌予增加。三、立法院对行政院不应有同意权，及不信任权。行政院亦不应有提请解散立法院之权。四、监察院不应有同意权。五、省无须制定省宪”等。是时孙科乃将国民党意见与各党派代表在宪草审议会继续协商。至三月中旬对于修正宪草原则终得新协议，结果如下：一、国民大会为有形组织，行使四权。二、取消政治协商会议“修改宪草原则”第六项（即立法院之不信任权及行政院之解散权等）。三、取消省宪改为“省得制定省自治法”②。

1946年11月初，宪草审议委员会完成《五五宪草修正案》（后改称《中华民国宪法草案修正案》，也称“政协宪草”），经过国防最高委员会通过之后，即由国民政府送交立法院审议。立法院对修正案没有作出讨论和修改，只将该案送呈国民政府，转送国民大会，以完成立法程序。

1946年11月5日，在中国共产党和民主同盟拒绝参加的情况下，国民

---

① 雷震：《制宪述要》，《雷震全集》第23卷，桂冠图书股份有限公司1989年版，第9页。

② 陈茹玄：《增订中国宪法史》，台湾文海出版社1947年版，第255页。

党召开国民大会（制宪国大），将政协会议拟定的《中华民国宪法草案修正案》交由大会讨论。“政协宪草”中，国民大会权力缩小；行政院对立法院负责，立法院既为政权机关又为治权机关，权力明显扩大。国民大会对“政协宪草”修改不大，12 月 25 日宪法草案三读完毕，并表决通过，《中华民国宪法》遂告完成。

《中华民国宪法》在第 1 条“中华民国基于三民主义”之后增加“为民有、民治、民享之民主共和国”，旨在消解三民主义的党派色彩。其第 2 条规定：中华民国之主权属于国民全体。在第三章《国民大会》中规定，国民大会依本宪法之规定，代表全国国民行使政权（第 25 条）。第 27 条规定国民大会之职权如下：选举总统、副总统；罢免总统、副总统；修改宪法；复决立法院所提之宪法修正案。关于创制、复决两权，除前项第三、第四两款规定外，俟全国有半数之县市曾经行使创制、复决两项政权时，由国民大会制定办法并行使之。在第十二章《选举、罢免、创制、复决》中规定：创制、复决两权之行使，以法律定之（第 136 条）。

三、中华人民共和国宪法中的“民主”

从 1949 年《中国人民政治协商会议共同纲领》开始，宪法文本中的“民主”一词主要在以下语境中使用：

在《共同纲领》中，其《序言》中提出了“人民民主专政”、“爱国民主分子”、“人民民主统一战线”、“民主党派”、“爱国民主分子”、“新民主主义”等带有“民主”字眼的词汇：

> 中国人民由被压迫的地位变成为新社会新国家的主人，而以人民民主专政的共和国代替那封建买办法西斯专政的国民党反动统治，中国人民民主专政是中国工人阶级、农民阶级、小资产阶级、民族资产阶级及其他爱国民主分子的人民民主统一战线的政权，而以工农联盟为基础，以工人阶级为领导……中国人民政治协商会议一致同意以新民主主义即人民民主主义为中华人民共和国建国的政治基础，并制定以下的共同纲领，凡参加人民政治协商会议的各单位、各级人民政府和全国人民均应共同遵守。

在《总纲》中则出现“新民主主义”、“人民民主主义”、“人民民主事

业”、“人民民主国家”的字眼，具体分布在：

> 中华人民共和国为新民主主义即人民民主主义的国家，实行工人阶级领导的、以工农联盟为基础的、团结各民主阶级和国内各民族的人民民主专政，反对帝国主义、封建主义和官僚资本主义，为中国的独立、民主、和平、统一和富强而奋斗……（第 1 条）中华人民共和国必须镇压一切反革命活动，严厉惩罚一切勾结帝国主义、背叛祖国、反对人民民主事业的国民党反革命战争罪犯和其他怙恶不悛的反革命首要分子。（第 7 条）中华人民共和国联合世界上一切爱好和平、自由的国家和人民，首先是联合苏联、各人民民主国家和各被压迫民族，站在国际和平民主阵营方面，共同反对帝国主义侵略，以保障世界的持久和平。（第 11 条）

《政权机关》一章中，则提出“人民民主统一战线”和“民主集中制”：中国人民政治协商会议为人民民主统一战线的组织形式（第 13 条）。各级政权机关一律实行民主集中制（第 15 条）。宪法其他部分则出现了“新民主主义”、“和平民主”等词汇。中华人民共和国的文化教育为新民主主义的，即民族的、科学的、大众的文化教育（第 41 条）。中华人民共和国对于外国人民因拥护人民利益参加和平民主斗争受其本国政府压迫而避难于中国境内者，应予以居留权（第 60 条）。

1954 年宪法及其之后的三部宪法，“民主”一词主要出现在《序言》《总纲》中，属于宪法中的纲领性条款，即带有目标性、原则性的条款。

1954 年宪法序言中，提出“人民民主专政”、“新民主主义”、“民主阶级”、“民主党派”、“人民民主统一战线”等词汇：

> 结束了长时期被压迫、被奴役的历史，建立了人民民主专政的中华人民共和国……中华人民共和国的人民民主制度，也就是新民主主义制度，保证我国能够通过和平的道路消灭剥削和贫困，建成繁荣幸福的社会主义社会……我国人民在建立中华人民共和国的伟大斗争中已经结成以中国共产党为领导的各民主阶级、各民主党派、各人民团体的广泛的人民民主统一战线……我国同伟大的苏维埃社会主义共和国联盟、同各人民民主国家已经建立了牢不可破的友谊……

1975 年宪法序言中只在“取得了新民主主义革命的伟大胜利，开始了

社会主义革命和无产阶级专政的新的历史阶段”一句中出现了“新民主主义”一词，其他民主词汇都已消失，代之以“专政”、“革命”色彩的词汇。

1978年宪法序言中出现了“新民主主义革命”、“爱国民主党派”、“又有集中又有民主”的字眼：

> ……取得了新民主主义革命的彻底胜利，在1949年建立了中华人民共和国……我们要巩固和发展工人阶级领导的，以工农联盟为基础的，团结广大知识分子和其他劳动群众，团结爱国民主党派、爱国人士、台湾同胞、港澳同胞和国外侨胞的革命统一战线……要在全国人民中努力造成又有集中又有民主，又有纪律又有自由，又有统一意志、又有个人心情舒畅、生动活泼那样一种政治局面，以利于调动一切积极因素，克服一切困难，更好地巩固无产阶级专政，较快地建设我们的国家。

1982宪法（现行宪法）序言中则出现“民主自由”、“新民主主义革命”、“人民民主专政”、“社会主义民主”、“民主的”、“民主党派”等词：

> 中国人民为国家独立、民族解放和民主自由进行了前仆后继的英勇奋斗……取得了新民主主义革命的伟大胜利，建立了中华人民共和国……我国社会逐步实现了由新民主主义到社会主义的过渡……工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政，实质上即无产阶级专政，得到巩固和发展……中国新民主主义革命的胜利和社会主义事业的成就，是中国共产党领导中国各族人民，在马克思列宁主义、毛泽东思想的指引下，坚持真理，修正错误，战胜许多艰难险阻而取得的……中国各族人民将继续在中国共产党领导下，在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想指引下，坚持人民民主专政，坚持社会主义道路，坚持改革开放，不断完善社会主义的各项制度，发展社会主义市场经济，发展社会主义民主，健全社会主义法制，自力更生，艰苦奋斗，逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化，推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展，把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家……已经结成由中国共产党领导的，有各民主党派和各人民团体参加的……广泛的爱国统一战线……

从1949年后的四部宪法的“总纲”来看，1954年宪法出现了包含“人

民民主国家”、“民主集中制”、“人民民主制度”等词汇的纲领性条款：

> 中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家。（第1条）中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。全国人民代表大会、地方各级人民代表大会和其他国家机关，一律实行民主集中制。（第2条）一切国家机关工作人员必须效忠人民民主制度，服从宪法和法律，努力为人民服务。（第18条）中华人民共和国保卫人民民主制度，镇压一切叛国的和反革命的活动，惩办一切卖国贼和反革命分子。（第19条）

1975年宪法的“总纲”中出现“民主集中制”、“民主协商”、“又有集中又有民主”的提法。

> 中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使权力的机关，是以工农兵代表为主体的各级人民代表大会。各级人民代表大会和其他国家机关，一律实行民主集中制。各级人民代表大会代表，由民主协商选举产生。（第3条）大鸣、大放、大辩论、大字报，是人民群众创造的社会主义革命的新形式。国家保障人民群众运用这种形式，造成一个又有集中又有民主，又有纪律又有自由，又有统一意志又有个人心情舒畅、生动活泼的政治局面，以利于巩固中国共产党对国家的领导，巩固无产阶级专政。（第13条）

1975年宪法的“总纲”中出现“民主集中制”、“民主原则”等提法，在“国家机构”部分出现“民主协商”字眼：

> 各级人民代表大会和其他国家机关，一律实行民主集中制。（第3条）国家坚持社会主义的民主原则，保障人民参加管理国家，管理各项经济事业和文化事业，监督国家机关和工作人员。（第17条）全国人民代表大会由省、自治区、直辖市和人民解放军选出的代表组成。代表应经过民主协商，由无记名投票选举产生。（第16条）地方各级人民代表大会都是地方国家权力机关。省、直辖市、县、设区的市的人民代表大会代表，由下一级的人民代表大会经过民主协商，无记名投票选举；不设区的市、市辖区、人民公社、镇的人民代表大会代表，由选民经过民

主协商，无记名投票直接选举。（第 35 条）

1982 年宪法（现行宪法）的“总纲”中出现了“人民民主专政”、“民主集中制”、“民主选举”、“民主管理”的提法：

中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。（第 1 条）中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则。全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督。（第 3 条）国有企业依照法律规定，通过职工代表大会和其他形式，实行民主管理。（第 16 条）集体经济组织实行民主管理，依照法律规定选举和罢免管理人员，决定经营管理的重大问题。（第 17 条）

通过表 3，可以看出：

第一，民主是宪法的政治基础范畴概念，例如，人民民主专政、新民主主义、人民民主统一战线这些词汇。

第二，民主是国体的范畴，例如，人民民主专政一词。

第三，民主是政权活动原则范畴，例如，民主集中制。

第四，民主是国家基本制度的原则，例如，民主制度、民主协商、民主选举、民主管理这些词汇。除了一些纲领性规定，宪法上具体的民主制度一般有三种：民主选举、民主协商（决策过程的民主）、民主监督（决策评价的民主）。

第五，民主还作为褒义性的形容词使用，例如，民主党派、爱国民主分子。

表 3　　“民主”在中华人民共和国宪法文本中的使用情况统计

	序　言	总　纲	国家机关	其他部分
《共同纲领》	人民民主专政、爱国民主分子、人民民主统一战线、民主党派、爱国民主分子、新民主主义	新民主主义、人民民主主义、人民民主事业、人民民主国家	人民民主统一战线、民主集中制	新民主主义、和平民主
1954 年宪法	人民民主专政、新民主主义、民主阶级、民主党派、人民民主统一战线	人民民主国家、民主集中制、人民民主制度	无	无

续前表

	序　言	总　纲	国家机关	其他部分
1975 年宪法	新民主主义	民主集中制、民主协商、又有集中又有民主	无	无
1978 年宪法	新民主主义革命、爱国民主党派、又有集中又有民主	民主集中制、民主原则	民主协商	无
1982 年宪法	民主自由、新民主主义革命、人民民主专政、社会主义民主、民主的、民主党派	人民民主专政、民主集中制、民主选举、民主管理	无	无

这些词汇在一部宪法中，大多数只出现过一次，但有些词汇反复出现过多次。例如“人民民主专政”，在共同纲领及新中国四部宪法文本中分别出现了 3 次、1 次、0 次、0 次和 3 次，其发展轨迹值得下文进一步研究。

第五节　从“民权主义”到“人民民主专政”

一、作为民权主义的“民主”概念

中华民国南京政府成立后，“民主”概念是通过“民权主义”来表达的。中华民国南京政府以三民主义作为指导思想。三民主义（民生、民权、民族）在作为民国制宪基础的《建国大纲》[①] 中，“民权主义”的含义最贴近民主思想。

有研究表明，孙中山习惯以“共和”一词来表达国家元首由公举产生的政治，其使用“民主”一词，往往指“人民为一国之主”的意义，与君主一词相对。而我们现在所谓 Democracy，孙中山习惯用“民权”一词来表示，其民权话语已包含了民主的内涵。在中国近代宪法学说，特别是孙中山的宪法理论中，“民权”和“民主”两个概念，“共和”和“代议”两个概念，所指都是相同的。[②]

对于“民权”的含义，多数学者达致共识的是，民权和民主两词的意义在

① 《建国大纲》由孙中山提出，并经 1924 年中国国民党第一次全国代表大会议决。

② 参见桂宏诚：《中华民国立宪理论与 1947 年的宪政选择》，第 98—106 页。

很长时间内基本是相同的。[①] 下文主要研究孙中山“民权主义”中的民主观。

孙中山提出：

> 把民同权合拢起来说，民权就是人民的政治力量……政治两字的意思，浅而言之，政就是众人的事，治就是管理，管理众人的事便是政治。有管理众人之事的力量，便是政权。今以人民管理政事，便叫做民权……民权之萌芽虽在二千年前之希腊、罗马时代，但是确立不摇，只有一百五十年。前此仍是君权时代。君权之前便是神权时代……讲到民权史，大家都知道法国有一位学者叫做卢梭。卢梭是欧洲主张极端民权的人。因有他的民权思想，便发生法国革命……民权这个名词，外国学者每每把他和自由那个名词并称，所以在外国很多的书本或言论里头，都是民权和自由并列……欧美人民最初的战争是为自由，自由争得之后，学者才称这种结果为民权。所谓“德谟克拉西”，此乃希腊之古名词。而欧美民众至今对这个名词亦不大关心，不过视为政治学中之一句术语便了；比之自由二个字，视为性命所关，则相差远了。民权这种事实，在希腊、罗马时代已发其端。因那个时候的政体是贵族共和，都已经有了这个名词，后来希腊、罗马亡了，这个名词便忘记了。最近二百年内为自由战争，又把民权这个名词再恢复起来。近几十年来讲民权的人更多了，流行到中国也有很多人讲民权……推到实行民权的原始，自美国革命之后，人民所得的头一个民权，是选举权。近来瑞士的人民，除了选举权以外，还有创制权和复决权。人民对于官吏有权可以选举，对于法律也应该有权可以创造、修改。创制权和复决权便是对于法律而言的。所以美国许多人民现在得到了四种民权：一种是选举权，二种是

① 当代有代表性的论著是沟口雄三、孙广德、谢放、王人博等的研究。沟口雄三认为，中国语境下民权一词，表达“作为反君权的民权”、“作为地方分权的民权”、“作为国民权的民权”和“生民权问题的民权”四个面向。参见［日］沟口雄三：《中国民权思想的特色》，原文载台北《中国现代化论文集》，孙歌译校，见夏勇编：《公法》第1卷，法律出版社1999年版，第3页。孙广德则对清末民初时人对民权的理解有详细梳理。参见孙广德：《清末宪政运动时期民主政治之提倡》，《国立政治大学学报》第71期（1995年10月），第1—34页；谢放：《“张之洞反对民权”说剖析——兼析19世纪后期中文词汇“民权”与“民主”的涵义》，《社会科学研究》1998年第2期；谢放：《戊戌前后国人对“民权”、“民主”的认知》，香港《二十一世纪》第65期（2001年6月）；王人博：《民权词义考论》，见《宪政的中国之道》。

罢官权，三种是创制权，四种是复决权。[①]

由此可以看出，孙中山的民权主义主要指公民的政治权利，民权主义的落实实际就是实行民主。孙中山在《中国革命史》中说："中国历史上革命，其混乱时间所以延长者，皆由人各欲帝制自为，遂相争相夺而不已。行民主之制，则争端自绝，此自将来建设而育之者也。有此三者，故余之民权主义，第一决定者为民主，而第二决定则以为民主专制必不可行，必立宪然后可以图治"[②]。所以孙中山理论语境中的"民主"一词，原本不是 Democracy 的意思，而是人民来当一国之主（即国家元首）。

但是这种民主制度，又不是代议制的民主，而是全民的民主。

孙中山在《民权主义》中批评了代议制和"猪仔议员"，提出"全民政治"的发展方向：

> 人民被选成议员之后，在议会中可以管国事。凡是国家的大事，都要由议会通过，才能执行；如果在议会没有通过，便不能行。这种政体叫做"代议政体"，所谓"议会政治"。但是成立了这种代议政体以后，民权是否算得充分发达呢？在代议政体没有成立之先，欧美人民争民权，以为得到了代议政体便算是无上的民权……欧美人民从前以为争到了代议政体，便算是心满意足。我们中国革命以后，是不是达到了代议政体呢？所得民权的利益究竟是怎么样呢？大家都知道，现在的代议士都变成了"猪仔议员"，有钱就卖身，分赃贪利，为全国人民所不齿。各国实行这种代议政体都免不了流弊，不过传到中国，流弊更是不堪问罢了。大家对于这种政体如果不去闻问，不想挽救，把国事都付托到一般猪仔议员，让他们去乱作乱为，国家前途是很危险的。所以外国人所希望的代议政体，以为就是人类和国家的长治久安之计，那是不足信的……近来俄国新发生一种政体，这种政体不是代议政体，是"人民独裁"的政体。这种人民独裁的政体究竟是怎么样呢？我们得到的材料很少，不能判断其究竟，惟想这种人民独裁的政体，当然比较代议政体改良得多。

---

① 孙文：《三民主义·民权主义》（1924 年 1 月至 8 月），《孙中山全集》第九卷，中华书局 1986 年版，第 254、256、264、271、273、312、313、325 页。

② 孙文：《中国革命史》（1922 年 1 月 29 日），《孙中山全集》第九卷，第 61 页。

> 但是我们国民党提倡三民主义来改造中国，所主张的民权，是和欧美的民权不同。我们拿欧美已往的历史来做材料，不是要学欧美，步他们的后尘，是用我们的民权主义，把中国改造成一个“全民政治”的民国，要驾乎欧美之上……中国革命以后，要仿效欧美实行民权，欧美的民权现在发达到了代议政体，中国要跟上外国实行民权，所以也有代议政体。但是欧美代议政体的好处，中国一点都没有学到；所学的坏处却是百十倍，弄到国会议员变成猪仔议员，污秽腐败，是世界各国自古以来所没有的。这真是代议政体的一种怪现象。所以中国学外国的民权政治，不但是学不好，反且学坏了……今日我们主张民权，是要把政权放在人民拿握之中。那么，人民成了一个什么东西呢？中国自革命以后，成立民权政体，凡事都是应该由人民作主的，所以现在的政治又可以叫做“民主政治”。换句话说，在共和政体之下，就是用人民来做皇帝。①

民权主义的具体落实，就是五权宪法的政治制度。在《建国大纲》中，孙中山直接提出，在制度上而言，民权主义就是“对于人民之政治知识能力，政府当训导之，以行使其选举权，行使其罢官权，行使其创制权，行使其复决权”②。当然，他的这种制度构建的前提是“权能分立”的“政治保姆论”，是建立在对人性的基本假设之上。③ 而孙中山“权能分立”的关键则是“直接民权”，也就是我们现代所谓的“直接民主”。

在实现“全民政治”、“直接民主”的途径方面，孙中山提出民权包括选举、罢免、创制、复议四大政权，而政府则有行政、立法、司法、考试、监察五项治权。

> 人民有了这四个权，才算是充分的民权；能够实行这四个权，才算是彻底的直接民权。从前没有充分民权的时候，人民选举了官吏、议员之后

① 孙文：《三民主义·民权主义》（1924年1月至8月），《孙中山全集》第9卷，第313—314、319页。

② 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第598页。

③ “这个权能分别的道理，从前欧美的学者都没有发明过。究竟什么是叫做权与能的分别呢？要讲清楚这个分别，便要把我从前对于人类分别的新发明再拿来说一说。我对于人类的分别，是何所根据呢？就是根据于各人天赋的聪明才力。照我的分别，应该有三种人：第一种人叫做先知先觉……第二种人叫做后知后觉……第三种人叫做不知不觉。”孙文：《三民主义·民权主义》（1924年1月至8月），《孙中山全集》第9卷，第323页。

便不能够再问，这种民权，是间接民权：间接民权就是代议政体，用代议士去管理政府，人民不能直接去管理政府。要人民能够直接管理政府，便要人民能够实行这四个民权。人民能够实行四个民权，才叫做全民政治。全民政治是什么意思呢？就是从前讲过了的，用四万万人来做皇帝。四万万人要怎么样才可以做皇帝呢？就是要有这四个民权来管理国家的大事……这四个民权，又叫做政权，就是管理政府的权……在政府一方面的，是要有五个权，这五个权是行政权、立法权、司法权、考试权、监察权。用人民的四个政权来管理政府的五个治权，那才算是一个完全的民权政治机关。有了这样的政治机关，人民和政府的力量才可以彼此平衡。①

“全民政治”“直接民主”的实现，孙中山设计了下文的“五权宪法”的制度。

二、“民主”在五权宪法理论中的体现

孙中山认为代议制度并不符合主权在民的说法，如果仅仅局限于代议制度，主权在民就流于空谈，在《中华民国建设之基础》一文中，他提出“官治”与“民治”的对立：

夫主权在民之规定，绝非空文而已，必如何而后可举主权在民之实。代表制度，于事实于学理皆不足以当此，近世已能言之矣……权在于官，不在于民，则为官治；权在于民，不在于官，则为民治……民治则不然，政治之权在于人民，或直接以行之，或间接以行之……予夺之自由仍在于人民，是以人民为主体，人民为自动者。此其所以与官治截然不同也。②

“民治”如何实现，孙中山总结为：

欲实现民治，其方略如左：（一）分县自治。分县自治，行直接民权，与联省自治不同者在此……（二）全民政治。人民有选举权、创制权、复决权、罢官权，详见建设杂志全民政治论。以上二者，皆为直接民权，前

① 孙文：《三民主义·民权主义》（1924年1月至8月），《孙中山全集》第9卷，第350—352页。

② 该文为民国十一年（1922年）为上海新闻报三十周年纪念而作，中华书局版《孙中山全集》未收录。中国国民党中央委员会党史委员会编：《国父全集》第二册，中国国民党中央委员会党史委员会1989年版，第351—353页。

者行于县自治，后者行于国事。（三）五权分立……（四）国民大会……综上四者，实现民治必由之道，而其实行之次第，则莫先于分县自治。盖无分县自治，则人民无所凭藉，所谓全民政治，必无由实现。无全民政治，则虽有五权分立、国民大会，亦终未由举主权在民之实也。①

也就是说，孙中山的全民政治理论有两大制度基础，一是国民大会制度，二是地方自治制度。② 这两大制度都要在将来的五权宪法中有所体现。

按照孙中山对以下治国机关图（见图 3）的解释，“除宪法上规定五

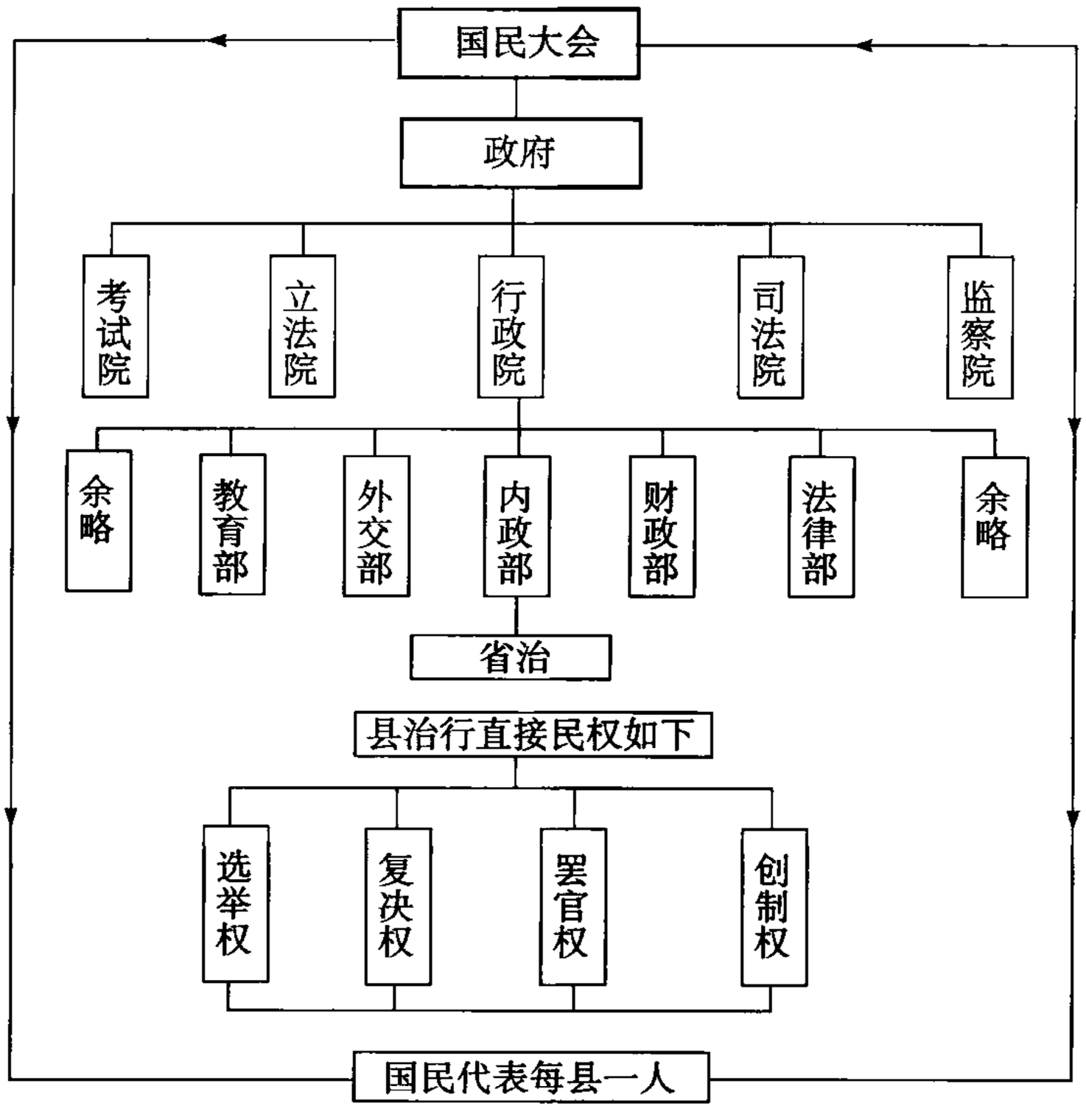


图 3　孙中山五权宪法下的治国机关图③

① 中国国民党中央委员会党史委员会编：《国父全集》第 2 册，第 353 页。

② 这两项制度都是目前在我国大陆法学界研究较少的领域。

③ 参见孙文：《五权宪法》（1921 年 3 月 20 日），见夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第 589 页。

权分立外，最要的就是县治，行使直接民权。直接民权才是真正的民权。直接民权凡四种：一选举权，一罢官权，一创制权，一复决权。五权宪法如一部大机器，直接民权又是机器的制扣”①。

三、“人民民主专政”理论中的“民主专政”

（一）“民主专政”概念的外国学说史②

专政（dictatorship）也可译为独裁，其作为拉丁文最早出现于古罗马，意出自古罗马的军事独裁官（dictator）体制（罗马共和国在遭遇战争时的一种非常体制），即授予军事统帅以不受罗马法本身限制的短期独裁权力。③“专政”意味着不受法律约束，是一种与紧急状态（通常是战争）相联系的临时措施，不是一种正常的执政方式，在这一点上它与“专制”概念是不同的。作为一种战时独裁，“专政”意味着民主的中断，有“专政”则无“民主”，所以“民主专政”的提法在民主和专政各自的源意义上是相互矛盾的。但以后“民主专政”概念兴起和风靡，导致萨托利在其《民主新论》一书中，专辟一章《另一种民主?》对此进行批评，认为“民主专政”和“人民民主”这些词汇的出现，导致了民主概念上的“词语之战”④。

近代的“专政”一词，作为政治概念起源于法国大革命。在雅各宾派专政时期，罗伯斯庇尔提道，专政“是自由与它的敌人之间的战争状态，而宪政则是胜利了的及和平时期的自由政体”⑤。

伴随着近代工人运动的兴起，“无产阶级专政”概念在“专政”概念基础上产生。其最先出现于法国工人运动中，由布朗基派最先提出。马克思和

---

① 孙文：《五权宪法》（1921 年 3 月 20 日），见夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第 590 页。

② 本部分内容主要参考金雁、秦晖：《“无产阶级专政”与“人民专制”——1848—1923 年间国际社会主义政治理念的演变》，《当代世界社会主义问题》2007 年第 3 期。

③ 战争结束后，独裁官即卸任交权于元老院，而元老院则许诺不追究其在独裁期间的行为。按当时惯例，对军事独裁官的授权为期仅半年，延期则需要再次授权。由于屋大维后来改称元首（princeps），罗马进入帝制时代后，军事独裁官之制便不再存在。

④ ［美］萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，上海人民出版社 2009 年版，第 519、520 页。

⑤ М・Робе спьёр，Избранные сочинёния・т・3，м・1965・стр・91. 转引自金雁、秦晖：《“无产阶级专政”与“人民专制”——1848—1923 年间国际社会主义政治理念的演变》，《当代世界社会主义问题》2007 年第 3 期。

恩格斯提出“无产阶级（或工人阶级）专政”这一概念的历史背景是，1848年德国革命发展到内战状态，当时普鲁士自由派首领康普豪森在群众支持下上台执政，但他忙于筹备立宪议会而没有用强硬手段控制局势，结果反对宪政的各邦当局举兵反扑，很快推翻了康普豪森政府。马克思就此评论说：在这种状态下“任何临时性的国家机构都需要专政，并且需要强有力的专政。我们一开始就指责康普豪森没有实行专政”，“正当康普豪森先生陶醉于立宪的幻想时，被打垮的政党就在官僚机构和军队中巩固他们的阵地”①。1850年马克思在《1848年至1850年的法兰西阶级斗争》一书中，提到1848年法国革命激化成为内战时，无产阶级“团结在被资产阶级叫作布朗基思想的共产主义周围”，这种思想“就是宣布不间断革命，就是实现无产阶级的阶级专政”②。马克思赞同布朗基派的“革命专政”理论，主要是赞同它不畏镇压、以暴抗暴的立场。然而，对布朗基派“革命专政”的另一个含义，即依靠“先进的少数”来强制“落后的多数”，马克思和恩格斯一直反对。这后一含义意味着，不仅革命中要用暴力对抗镇压者的暴力，而且革命后的和平条件下也要以“专政”来对付“落后者”，即所谓“革命成功后的革命专政”。恩格斯后来多次提及“专政”，对布朗基主义和民粹主义的“革命成功后的革命专政”理论进行了严厉批判。因此，在后来被苏联国家意识形态认为是论述无产阶级专政的最经典文献的1871年《法兰西内战》中，实际上通篇并未出现“无产阶级专政”这个概念，最初版本中也没有“专政”这个字眼。

金雁、秦晖认为，在俄国革命实践中，列宁用俄国民粹派的“专制”偷换了马恩的“专政”概念，将先进者强迫落后者作为政治常态，这是导致后来国际社会主义运动分裂的根本原因。

俄国民粹派思想传统中，“人民专制”的主张源远流长，这种思想虽然也有以暴抗暴之意，但本质上却是“英雄驾驭群氓”理论的衍生物，在俄国有着深厚的社会土壤。从民粹派的先驱车尔尼雪夫斯基，到特卡乔夫、涅恰也夫、吉霍米洛夫等俄国民粹派思想家都认为，由于“多数人”顽冥落后，必须由先进的少数对其实行强制。除了俄国本土文化渊源，“人民专制”和

① 《马克思恩格斯全集》第5卷，人民出版社1958年版，第475页。
② 《马克思恩格斯全集》第7卷，人民出版社1959年版，第104页。

前述布朗基派的“优秀分子专政”极其相似。在民粹派理论影响下，早在1902年，列宁就明确地表达过先进者应当对落后的“多数”实行强制的观点：之所以需要无产阶级专政是因为俄国是个农民国家，而落后的农民，即俄国国民的大多数是靠不住的。如果无产阶级能够得到农民的支持，“那就根本用不着谈论‘专政’了，因为那时完全能够保证我们获得如此压倒的多数，以至专政大可不要了”①。在他看来，俄国需要“无产阶级专政”的根本原因，是因为多数人即农民的“落后”使民主不利于“无产阶级”。这里的逻辑，列宁在晚年一次未发表的谈话中讲得很清楚：我们从来都不讲自由，而只讲无产阶级专政！我们实行无产阶级专政，是因为它是服务于无产阶级利益的政权。因为俄国本来意义上的工人阶级，即产业工人阶级只是（俄国人中的）少数，实行无产阶级专政就是为了这些少数人的利益。只要其他的社会成分还没有服从于共产主义所要求的经济条件，这一专政就将延续下去。过渡时期，即专政时期，不瞒你们说，将是一个非常漫长的时期，可能要有四五十年的时间。②

金雁和秦晖认为，这种最“革命”的“民主专政”理论，距离真正的君主独裁只有一步之遥，后来的国际社会主义运动分裂（包括苏南冲突）的根本原因就在于其思想中的“民主”与“专政”之争。③

（二）中国“人民民主专政”概念的提出

关于“人民民主专政”这一概念的产生，首先应该看作是中国共产党内对于国体和政体多年实践探索的产物。

张希坡认为，说人民代表大会制度是抄袭苏联的“苏维埃”制度，不符合历史真实情况。因为早在1924年—1927年的第一次国内革命战争时期的工农运动中，就出现了人民民主专政和人民代表大会制度的萌芽，当时有以下三种形式：省港大罢工中的省港罢工工人代表大会和省港罢工委员会、农民运动中的农民代表大会和农民协会、上海工人三次武装起义中建立的上海

---

① 《列宁全集》第6卷，人民出版社1986年版，第215—216页。

② 参见列宁：《同西班牙社会主义工人党代表团的谈话》，ВопросыисторииКПСС·1964·N011。转引自金雁、秦晖：《“无产阶级专政”与“人民专制”——1848—1923年间国际社会主义政治理念的演变》，《当代世界社会主义问题》2007年第3期。

③ 参见金雁、秦晖：《“无产阶级专政”与“人民专制”——1848—1923年间国际社会主义政治理念的演变》，《当代世界社会主义问题》2007年第3期。

市民代表大会和上海市民政府。第二次国内革命战争时期有工农民主专政和工农兵苏维埃代表大会制度，抗日战争时期有抗日民主专政和参议会制度。抗日民主专政和参议会制度的实施，为人民代表大会制度的确立，提供了重要经验。解放战争时期，随着解放区的不断扩大，特别是进入大中城市之后，革命根据地的政权建设，正处在由参议会制度逐步向人民代表会议的过渡阶段。其过渡形式在农村实行土地改革之后，是在贫农团和农会基础上逐步建立区乡（村）两级人民代表会议，在城市则建立各界人民代表会议。①

关于政体建设的经验，毛泽东曾在1940年1月《新民主主义论》中总结道：

> 这里所谈的是“国体”问题。这个国体问题，从前清末年起，闹了几十年还没有闹清楚。其实，它只是指的一个问题，就是社会各阶级在国家中的地位。资产阶级总是隐瞒这种阶级地位，而用“国民”的名词达到其一阶级专政的实际。这种隐瞒，对于革命的人民，毫无利益，应该为之清楚地指明。“国民”这个名词是可用的，但是国民不包括反革命分子，不包括汉奸。一切革命的阶级对于反革命汉奸们的专政，这就是我们现在所要的国家。②
>
> 至于还有所谓“政体”问题，那是指的政权构成的形式问题，指的一定的社会阶级取何种形式去组织那反对敌人保护自己的政权机关。没有适当形式的政权机关，就不能代表国家。中国现在可以采取全国人民代表大会、省人民代表大会、县人民代表大会、区人民代表大会直到乡人民代表大会的系统，并由各级代表大会选举政府。但必须实行无男女、信仰、财产、教育等差别的真正普遍平等的选举制，才适合于各革命阶级在国家中的地位，适合于表现民意和指挥革命斗争，适合于新民主主义的精神。③

在1945年4月24日《论联合政府》中毛泽东指出：

---

① 参见张希坡：《我国人民民主专政和人民代表大会制度之演进》，《法学家》1998年第5期。

② 毛泽东：《新民主主义论》，《毛泽东选集》第2卷，人民出版社1991年版，第676页。

③ 毛泽东：《新民主主义论》，《毛泽东选集》第2卷，第677页。

新民主主义的政权组织，应该采取民主集中制，由各级人民代表大会决定大政方针，选举政府。它是民主的，又是集中的，就是说，在民主基础上的集中，在集中指导下的民主。只有这个制度，才既能表现广泛的民主，使各级人民代表大会有高度的权力；又能集中处理国事，使各级政府能集中地处理被各级人民代表大会所委托的一切事务，并保障人民的一切必要的民主活动。①

由此可以看出，政体意义上的“民主集中制”、“人民代表大会”等概念提出较早，相比较而言，中国共产党内提炼出“人民民主专政”的概念则稍晚。

1947年10月10日《中国人民解放军宣言》中保留“成立民主联合政府”的口号，但开始提出实行东欧国家所称的“人民民主制度”的主张。

1948年4月1日，毛泽东在晋绥干部会议上讲话，谈到建立民主联合政府的主张。

“人民民主专政”在中国共产党党内最早出现的，是1948年6月中共中央宣传部根据毛泽东的指示重印的列宁《共产主义运动中的“左派”幼稚病》一书第二章“前言”的一段文字。列宁指出：“从资本主义向共产主义过渡，当然不能不产生非常丰富和多样的政治形式，但本质必然是一样的：都是无产阶级专政。”② 编印者提出：

> 列宁在书中所说的，是关于无产阶级专政。今天在我们的中国，则不是建立无产阶级专政，而是建立人民民主专政……人民民主专政是无产阶级领导的、人民大众的反帝反封建反官僚资本的新民主主义的革命，这种革命的社会性质，不是脱离一般资本主义，乃是建立新民主主义的社会与建立各个革命阶级联合专政的国家，而无产阶级专政则是推翻资本主义，建设社会主义。③

1948年9月，毛泽东在中共中央政治局会议上首次使用了“人民民主专政”的提法，他说：“我们政权的阶级性是这样：无产阶级领导的，以工

---

① 毛泽东：《论联合政府》，《毛泽东选集》第3卷，人民出版社1991年版，第1057页。

② 《列宁选集》第3卷，人民出版社1995年版，第140页。

③ 《新华日报》（太行版）1948年6月15日。

农联盟为基础，但不是仅仅工农，还有资产阶级民主分子参加的人民民主专政。”①

1948年12月，季米特洛夫提出：人民民主制度在执行无产阶级专政的职权，苏维埃制度和人民民主制度“是无产阶级专政的两种形式”②。这说明人民民主制度实质上是无产阶级专政的提法，已被国际共产主义运动认可。

1948年12月底，毛泽东在为新华社写的1949年新年献词《将革命进行到底》中，正式公开提出“在全国范围内推翻国民党的反动统治，在全国范围内建立无产阶级领导的以工农联盟为主体的人民民主专政的共和国”③。

1949年1月14日，苏联派米高扬访问中国。据师哲回忆，毛泽东对米高扬作了更明确的表示：“我们的新政权将是在工农联盟基础上的人民民主专政，而究其实质就是无产阶级专政。政府的组成是各党派、社会知名人士参加的民主联合政府，但国家政权的领导权是在共产党手里的”④。

新华社于1949年2月8日摘译发表《真理报》总编波斯伯洛于1月21日在纪念列宁逝世25周年大会的报告中对于“人民民主”的认可：人民民主政权在解决从资本主义到社会主义过渡的各种问题方面，起着无产阶级专政的作用。⑤

1949年3月，在中共七届二中全会上，毛泽东进一步使“人民民主专政”这一概念明确化，并对人民民主专政的领导力量和阶级力量做了界定：“无产阶级领导的以工农联盟为基础的人民民主专政，要求我们党去认真地团结全体工人阶级、全体农民阶级和广大的革命知识分子，这些是这个专政的领导力量和基础力量”⑥。

据刘建平考证，中国共产党提出“人民民主专政”概念，源于当时国际局势发生从反法西斯同盟到冷战的根本性变化，特别是同苏联、斯大林有着

---

① 《毛泽东文集》第5卷，人民出版社1996年版，第135页。
② 《季米特洛夫选集》，人民出版社1953年版，第314页。
③ 《毛泽东选集》第4卷，人民出版社1991年版，第1375页。
④ 师哲：《在历史巨人身边》，中央文献出版社1991年版，第376—377页。
⑤ 参见《人民日报》1949年2月10日。
⑥ 《毛泽东选集》第4卷，第1436—1437页。

复杂的联系。“人民民主”（Popular Democracy）曾经是一种统一战线理论。早在30年代中期，意大利共产党领导人陶里亚蒂便提出了一种“新民主主义”思想。战后初期，东欧国家在组织联合政府的建国实践中明确称：“具有许多社会主义民主的因素，也具有许多资产阶级民主的因素”的社会制度为“人民民主制度”。也就是说，“人民民主制度”是东欧国家共产党所设想以联合政府领导人民通过长期的和平建设走向社会主义的政权形式。苏联推行“两个营垒”战略以后，加强了对东欧国家的控制。在共产党情报局成立大会上，苏联对东欧国家使用了“新民主制度”、“人民民主制度”等指称。但东欧国家此时还没有完全理解苏联希望在意识形态，从而在国际政治上控制东欧的意图。苏南冲突为苏联彻底肃清“铁托分子”，强化对东欧国家的意识形态指导提供了契机。但在美苏冷战和苏南冲突的国际政治背景下，“人民民主制度”被苏联强行赋予“无产阶级专政”的实质，这就导致了政府改组为共产党单独执政，并以专政的力量推动迅速向苏联模式的社会主义过渡的社会政治结果。①

中国共产党曾经坚持人民民主专政区别于无产阶级专政的观点，党内对提出“人民民主专政”口号，并在联合资产阶级问题上产生过犹疑。但当苏联因中国共产党的军事胜利，转而重视并加紧影响中国革命的时候，中国共产党也迫于自身的需要，接受了“人民民主专政实质上是无产阶级专政”的理论规定。1949年6月底，为纪念中国共产党成立28周年，毛泽东发表《论人民民主专政》一文，全面、系统地阐述人民民主专政理论。《论人民民主专政》一文发表时，正值新政协会议开始筹备不久，这不但是对未来中国加入苏联为首的社会主义阵营“一边倒”政策的公开表态②，也是对未来政制中“国体”问题进一步予以明确。

（三）毛泽东对“人民民主专政”的典范性阐释

毛泽东认为，“人民民主专政”提出的背景和目标是：

---

① 参见刘建平：《苏联、斯大林与中国共产党的人民民主专政理论及其体制的确立》，《中共党史研究》1997年第6期。

② 毛泽东说：“到现在为止，中国人民已经取得的主要的和基本的经验，就是这两件事：（一）在国内，唤起民众……（二）在国外，联合世界上以平等待我的民族和各国人民，共同奋斗。这就是联合苏联，联合各人民民主国家，联合各其他各国的无产阶级和广大人民，结成国际的统一战线。”毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》第4卷，第1472页。

西方资产阶级的文明，资产阶级的民主主义，资产阶级共和国的方案，在中国人民的心目中，一齐破了产。资产阶级的民主主义让位给工人阶级领导的人民民主主义，资产阶级共和国让位给人民共和国。这样就造成了一种可能性；经过人民共和国到达社会主义和共产主义，到达阶级的消灭和世界的大同。①

毛泽东认为人民民主专政就是人民民主独裁，就是对敌人专政和给人民民主的结合。他说：

> “你们独裁。”可爱的先生们，你们讲对了，我们正是这样。中国人民在几十年中积累起来的一切经验，都叫我们实行人民民主专政，或曰人民民主独裁，总之是一样，就是剥夺反动派的发言权，只让人民有发言权。②

> 人民是什么？在中国，在现阶段，是工人阶级，农民阶级，城市小资产阶级和民族资产阶级。这些阶级在工人阶级和共产党的领导之下，团结起来，组成自己的国家，选举自己的政府，向着帝国主义的走狗即地主阶级和官僚资产阶级以及代表这些阶级的国民党反动派及其帮凶们实行专政，实行独裁，压迫这些人，只许他们规规矩矩，不许他们乱说乱动。如要乱说乱动，立即取缔，予以制裁。对于人民内部，则实行民主制度，人民有言论集会结社等项的自由权。选举权，只给人民，不给反动派。这两方面，对人民内部的民主方面和对反动派的专政方面，互相结合起来，就是人民民主专政。③

毛泽东认为，人民民主专政和孙中山“民权主义”的区别就是谁领导谁的问题，人民民主专政是由工人阶级领导的：

> 一九二四年，孙中山亲自领导的有共产党人参加的国民党第一次全国代表大会，通过了一个著名的宣言。这个宣言上说：“近世各国所谓民权制度，往往为资产阶级所专有，适成为压迫平民之工具。若国民党之民权主义，则为一般平民所有，非少数人所得而私也。”除了谁领导

① 毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》第4卷，第1471页。
② 毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》第4卷，第1475页。
③ 毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》第4卷，第1475页。

> 谁这一问题以外，当作一般的政治纲领来说，这里所说的民权主义，是和我们所说的人民民主主义或新民主主义相符合的。只许为一般平民所共有、不许为资产阶级所私有的国家制度，如果加上工人阶级的领导，就是人民民主专政的国家制度了。①
>
> 人民民主专政的基础是工人阶级、农民阶级和城市小资产阶级的联盟，而主要是工人和农民的联盟，因为这两个阶级占了中国人口的百分之八十到九十……人民民主专政需要工人阶级的领导……我们的二十八年，就大不相同。我们有许多宝贵的经验。一个有纪律的，有马克思列宁主义的理论武装的，采取自我批评方法的，联系人民群众的党。一个由这样的党领导的军队。一个由这样的党领导的各革命阶级各革命派别的统一战线。这三件是我们战胜敌人的主要武器……总结我们的经验，集中到一点，就是工人阶级（经过共产党）领导的以工农联盟为基础的人民民主专政。这个专政必须和国际革命力量团结一致。这就是我们的公式，这就是我们的主要经验，这就是我们的主要纲领。②

1949 年 9 月，中国人民政治协商会议通过的《共同纲领》序言中指出："中国人民民主专政是中国工人阶级、农民阶级、小资产阶级、民族资产阶级及其他爱国民主分子的人民民主统一战线的政权，而以工农联盟为基础，以工人阶级为领导。"《共同纲领》的制定标志着人民民主专政政权的完全建立。

（四）"人民民主专政"概念在中国的发展

许崇德认为，新中国成立之初，无论革命任务还是社会性质，都曾经历过一个从新民主主义到社会主义的过渡或转变时期，与此相适应，人民民主专政也经历了一个从新民主主义政权到无产阶级专政的过渡或转变时期。③

1952 年 6 月毛泽东在中央统战部呈送的《关于民主党派工作的决定》上批示：在打倒地主阶级和官僚资产阶级以后，中国内部的主要矛盾是工人阶级与民族资产阶级的矛盾，故不应再将民族资产阶级称为中间阶级。随后逐渐开展了对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造。

---

① 毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》第 4 卷，第 1477、1478 页。

② 毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》第 4 卷，第 1478、1479、1480 页。

③ 参见许崇德：《试论我国政权性质的转变》，《民主与法制》1981 年第 11 期。

1952 年 10 月，刘少奇率中共代表团赴莫斯科参加苏共十九大，他受毛泽东的委托，就中国向社会主义过渡的设想，向斯大林征求意见，其中一个问题就是中共中央关于召开全国人民代表大会和制定宪法的设想。斯大林赞成中共关于向社会主义过渡的设想，同时提出，为了驳斥国际上敌对势力对新中国的攻击和便于中国更好地开展建设事业，中国应该将召开全国人民代表大会和制定宪法的时间提前。斯大林建议可在 1954 年进行选举和通过宪法。斯大林说："敌人可用两种说法向工农群众进行宣传，反对你们。一是说你们没有进行选举，政府不是选举产生的；二是国家没有宪法。政协不是选举的，人家可以说你们是用武力控制了位子，是自封的；共同纲领不是全民代表通过的，而是由一党提出，其他党派予以同意的东西。你们应从敌人手中拿掉这个武器。我同意你们的意见，把共同纲领变成国家的根本大法。"①

经过毛泽东审改的关于党在过渡时期总路线的《宣传提纲》对中国革命的历程作了权威性理论界定：中华人民共和国的成立标志着新民主主义革命基本结束和社会主义革命的开始。相应地，中共中央 1953 年 12 月 19 日发出《关于目前政权性质问题的指示》，并将人民民主专政和无产阶级专政本无实质上的区别的意见在党内高干层面进行了传达：中央认为人民民主专政和无产阶级专政本无实质上的区别，省级以上高级干部了解这个问题是有必要的，但对一般干部这样解释和宣传却是不适宜的……这是因为：（1）从实际上说，现在的政权的统一战线的组成并没有妨碍共产党和工人阶级的领导……如果广泛地宣传它实质上是无产阶级专政，就势必引起许多民主人士的不安、不满和种种揣测，引起资产阶级的恐慌心理，这在目前时期就是不利的，不策略的……（2）从理论上说，毛泽东同志在《新民主主义论》和《论人民民主专政》两书中都已明确说明我们的政权是无产阶级领导下的各革命阶级的联合专政，是工人阶级（经过共产党）领导的以工农联盟为基础的人民民主专政，这个说明对于中国工人阶级在目前和今后一个时期中的领导地位是适合的，不加修改并无不便，如目前即加以修改则反而不便。因此，各地领导机关应注意控制这一问题的宣传，停止在广泛的干部中关于人

① 穆兆勇：《新中国第一部宪法的诞生》，《南方周末》2003 年 8 月 21 日。

民民主专政实质上就是无产阶级专政（即实质上由共产党一个党决定纲领政策和计划）的宣传和讨论……①

1954年宪法第1条规定：中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家。而序言中规定：中国人民……建立了人民民主专政的中华人民共和国。我国当代学者认为，这里的“人民民主国家”就是指“人民民主专政”的国家。② 但是，第一届全国人大产生的政府，10个副总理中已经没有一个党外人士。

1956年刘少奇在八大政治报告中提到，新中国成立以后，人民民主专政实质上就已经成为无产阶级专政了。③

1956年4月25日，毛泽东在《论十大关系》中开始使用“无产阶级专政”一词，“无产阶级政党和无产阶级专政，现在非有不可，而且非继续加强不可”。“无产阶级专政不能没有很大的强制性”，并认为“无产阶级专政”没有过时。④

1956年11月15日毛泽东在八届二中全会上提出大、小民主的分类：有几位司局长一级的知识分子干部，主张要大民主，说小民主不过瘾。他们要搞的“大民主”，就是采用西方资产阶级的国会制度，学西方的“议会民主”、“新闻自由”、“言论自由”那一套。他们这种主张缺乏马克思主义观点，缺乏阶级观点，是错误的。不过，大民主、小民主的讲法很形象化，我们就借用这个话……近年来，党内和党外都有人要求实行大民主。其实，要求在人民内部实行大民主的提法是错误的。究竟什么叫大民主呢？大民主是用来对付敌人的，从我们的历史上看，陈胜、吴广揭竿起兵以抗秦，王莽废子婴而篡汉，东汉灵帝时黄巾起义，汉晋之际曹操、刘备、孙权分争天下，清朝的洪秀全、杨秀清等搞金田起义……是大民主的做法；我们搞革命推翻蒋介石的做法，也是大民主的做法，这次举行反对英法侵略埃及的示威游行，也是大民主。应该说我们是赞成搞大民主的，但是必须确定：大民主是

---

① 参见中共中央文献研究室编：《建国以来重要文献选编》第4册，中央文献出版社1993年版，第682—683页。

② 参见许崇德主编：《宪法学（中国部分）》第2版，高等教育出版社2000年版，第142页。

③ 参见《刘少奇选集》下卷，人民出版社1985年版，第205、242页。

④ 参见《毛泽东文集》第7卷，人民出版社1999年版，第303页。

用作对付敌人，反对统治阶级的，在人民内部是不能用大民主的。同样，帝国主义、阶级敌人对付我们也是用大民主的手段……其实，我们对付敌人一向是采取大民主，只是在今天国内阶级矛盾已经基本解决的情况下，我们对付资产阶级不是采取大民主，也不希望采取大民主，而是用整风的办法，微风细雨般地进行思想教育的办法。但是，在阶级矛盾没有解决之前，我们对于敌对阶级向来是采取大民主的……当然，大民主也可以适用于对付官僚主义分子，因为存在着严重的官僚主义，脱离群众，工作中造成很大的损失、恶果，到了群众忍无可忍的时候，他们为什么不可以用大民主来反对官僚主义分子？

毛泽东认为，大民主的主要形式就是“四大”，即“大鸣、大放、大字报、大辩论”。在中共八届三中全会上，毛泽东说：1957 年中国革命创造了一个最革命最生动最民主的群众斗争形式，就是大鸣、大放、大辩论和大字报。革命的内容找到了适合自己发展的形式。从此无论大是大非、小是小非的问题，无论是革命的问题、建设的问题，都可以用辩论的形式去迅速地解决。

毛泽东针对“大民主”的提法，进而提出了“小民主”。他说：“人民内部的问题和党内问题的解决的方针，不是采用大民主而采用小民主”。匈牙利搞大民主，时间不长，可是要三年才能恢复元气，所以还是搞小民主好。在同新闻出版界代表谈话时他说：“现在搞大民主不适合大多数人民的利益。有些人对别人总想用大民主，想整人，到了整自己，民主就越小越好。我看在文学、新闻等方面，解决问题要用小小民主，小民主之上再加上一个‘小’字，就是毛毛雨，下个不停。”① 在毛泽东眼里，小民主的形式主要是整风。

1962 年 1 月 30 日，毛泽东在“七千人大会”上讲话时，将“无产阶级专政”和“人民民主专政”两个词并用。他指出：没有民主集中制，无产阶级专政不可能巩固。在人民内部实行民主，对人民的敌人实行专政，这两个方面是分不开的，把这两个方面结合起来，就是无产阶级专政，或者叫人民民主专政。我们的口号是：无产阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政。无产阶级怎样实行领导呢？经过共产党来领导。共产党是无产阶级的先进部队。无产阶级团结一切赞成、拥护和参加社会主义革命和社会主义建设的阶级和阶层，对反动阶级，或者说，对反动阶级的残余，实行专政。

---

① 《毛泽东文集》第 7 卷，人民出版社 1999 年版，第 160、264 页。

“文革”期间，“人民民主专政”一词被废弃不用，改用“无产阶级专政”一词。1975年宪法《序言》中包含这样一段话：

> 中华人民共和国的成立，标志着中国人民经过一百多年的英勇奋斗，终于在中国共产党领导下，用人民革命战争推翻了帝国主义、封建主义和官僚资本主义的反动统治，取得了新民主主义革命的伟大胜利，开始了社会主义革命和无产阶级专政的新的历史阶段。

其《总纲》第1条规定：“中华人民共和国是工人阶级领导的以工农联盟为基础的无产阶级专政的社会主义国家。”1978年宪法《总纲》第1条沿袭1975年宪法的规定。

1981年6月党的十一届六中全会在《关于建国以来党的若干历史问题的决议》中指出：“必须巩固人民民主专政，完善国家的宪法和法律。”1982年宪法中，把“无产阶级专政”的提法改为“人民民主专政”，并在宪法《序言》中，把“人民民主专政即无产阶级专政”修改为“人民民主专政，实质上即无产阶级专政”。

我国目前的主流宪法学说认为，人民民主专政是指工人阶级领导的，以工农联盟为基础的，对人民实行民主、对敌人实行专政的一种国家政权。其特点是工人阶级（通过共产党）是国家政权的领导阶级；工农联盟是阶级基础及以知识分子为依靠力量之一；包括了对人民民主和对敌人专政两个不可分开的方面；爱国统一战线是人民民主专政的重要特色。

人民民主专政的实质即无产阶级专政，是因为：两者有共同的理论基础；人民民主专政政权是由工人阶级经过它的先锋队中国共产党来领导的。这是无产阶级专政的根本标志；人民民主专政政权是以工农联盟为基础的，这是无产阶级专政的最高原则；人民民主专政政权执行的是社会主义改造和社会主义建设的任务，现在正担负着社会主义现代化建设的任务，以建设高度文明、高度民主的社会主义强国，为实现共产主义打基础，同时也保持着国家的专政职能。这些任务反映出人民民主专政仍然担负的是无产阶级专政的伟大历史使命。①

我国宪法学说认为“人民民主专政”的提法不能等同于“无产阶级专

---

① 参见许崇德主编：《宪法学（中国部分）》第2版，第144—145页。

政”，这是因为人民民主专政的提法有如下优点：第一，更能够适应我国的社会和阶级状况。第二，更加全面确切地反映了我国人民政权的民主和专政这两个方面的政治内容。第三，更符合我国政权建设的历史传统。①

（五）中国“人民民主专政”学说的反思

以毛泽东为代表的中国“人民民主专政”理论从20世纪40年代提出，后来成为宪法中新中国国家性质的权威表述，发展至今。在学说史意义上，在毛泽东时代语境下，“民主专政”具有独特的内涵。

第一，民主主体和专政对象随历史的发展、社会情势的变化而变化。

从这个意义上说，其是阶级斗争过程中具有“动态”的民主。毛泽东的民主观念是建立在社会阶级“人民”与“敌人”这种分层的基础上。在国家政权下，社会中大部分人属于民主的主体，里面又分为领导阶级（工人阶级）、阶级基础（工农联盟）和团结的对象（统一战线）。另一部分人属于专政的对象，它们是少数的社会制度破坏者，或者一部分刑事犯罪分子（主要是国事罪等具有重大危害性的犯罪）。人民与敌人的分界并非固定且清晰明了，其相互之间会时刻转化。有人借用费孝通的理论，把这种分层形象地称为“人民的差序格局”②。也有学者提出，在人民民主专政的国家，总有一小部分人被视为潜在的“敌人”。这种民主首先更多的是一种斗争原则和策略。③

中国历代政治权威凡是通过“革命”手段成为政治权威的，不能否定自身“革命”起家的基础，不然自己的革命行为就于法无据，但又不能允许他人对自己“革命”。孟庆涛注意到毛泽东后期“无产阶级专政下继续革命”理论就是这种矛盾心态的反映，而其典型文本就是1975年宪法。在1975年宪法中，有两个重要语词是“人民”和“我们”。“人民”在宪法文本中高频率出现，如“我国各族人民”、“人民革命战争”、“我国人民”……表明在制

---

① 参见许崇德主编：《宪法学（中国部分）》第2版，第145—147页。

② 李建勇：《论毛泽东思想中“人民”的“差序格局”性质》，《毛泽东思想研究》2006年第4期。“差序格局”是费孝通在《乡土中国》一书中提出的一个关于中国传统乡村社会关系的重要概念。他认为中国人传统的社会网络以血缘、亲缘和地缘为纽带，“己”处于伦理和认知的中心，其他一切关系，都由“己”而派生，社会格局好像把一块石头丢在水面上所发生的一圈圈推出去的波纹，被圈子的波纹所推及的就发生联系，圆心与圆心外一圈圈散开的涟漪，构成了社会“不断扩展的秩序”。“差序格局”的核心，是根据社会关系的亲疏程度，强调爱有差等。

③ 参见赵国伟：《走向宪政——中国现代民主的演变历程》，吉林大学博士学位论文2005年12月，第109—110页。

宪者看来，它是一个非常重要的概念表述。该宪法中还用了大量“我们……”的语式。[①] 宪法成功实现了“我们”和“人民”这两个集体性概念的对接，“我们”就是“人民”。“我们”和“人民”也就都具有政治身份区分的功能，可以与“他者”和“敌人”区分开。“我们”一词就把具有最高政治身份的政治权威和最普通的大众拉到一起，构成了一个拉近彼此政治身份的统一体，而把“你们、他们”推得更远并且使其构成“敌人”序列。“无产阶级专政下继续革命”，“继续革命”表明是不断革命，其实质是把革命看作是一个指向将来美好社会的过程。[②]

民主主体和专政对象的划分并不遵循明显的价值规则和客观事实。人民和敌人这种政治性的区分，需要政治权威的决断。“所有政治活动和政治动机所能归结成的具体政治性划分便是朋友与敌人的划分”[③]。毛泽东一生惯用社会阶级分析的方法，对“谁是我们的朋友，谁是我们的敌人”进行决断。一旦某人被最高领袖视作国家的“敌人”，只要领袖一声号召，人民起来就可以实现重大事件的决定权，也体现了国家主权之所在。在人民的强大力量下，通过“大民主”方式，实行“群众专政”和“全面专政”，该人就可以瞬间由“人民”变成“敌人”，这种令人瞠目结舌的转变，在“文革”中是被历史证明过了的。

第二，“民主专政”中“民主”的主要意义在于提供国家权力正当性的论证。

革命过程中，“民主”为国家政权的建立提供了路径、方法和意识形态方面的支持。如前文所论证的，中国共产党在 20 世纪 40 年代与国民党的斗争中，就提出“民主的才是合法的”观点，通过质疑国民政府的党治体制本身，来颠覆其所建立秩序的正当性，建立自己的正当性。当从革命形式向国家政权形式转变的过程中，“群众运动”、“群众观点”也是抵御官僚主义的利器。

因为“民主”主要在于提供国家正当性的论证，作为“公意”，它是一

---

① 如“我们必须坚持中国共产党在整个社会主义历史阶段的基本路线和政策，坚持无产阶级专政下继续革命……”，“我们要巩固工人阶级领导的以工农联盟为基础的各族人民的大团结，发展革命统一战线”，“在国际事务中，我们要坚持无产阶级国际主义”。

② 参见孟庆涛：《革命与秩序——以中国 1975 年宪法为例》，西南政法大学硕士学位论文 2005 年 4 月，第 7、8 页。

③ ［德］卡尔·施米特：《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社 2003 年版，第 138 页。

种不受限制的民主，还原到制度层面，就只好采用群众运动，即人民集体上街、欢呼喝彩的“大民主”形式。投票选举并不能完全实现民意，当群众对领导人欢呼喝彩时，人民民主才在事实上真正实现。从毛泽东晚年多次接见红卫兵可以看出，他对这种广场“大民主”的偏爱，他认为只有通过这样“无法无天”的“天下大乱”才能得到“天下大治”。

从梁启超“开明专制论”，到孙中山“训政”理论，乃至毛泽东的“人民民主专政”、“无产阶级专政下继续革命”，“民主专政”的观念在中国近代的兴起和统治，有着内在的思想脉络。

张灏先生对中国转型期民主思想进行研究，他发现中国知识分子比较倾向“高调的民主观”。一方面，从民族主义的观点去认识民主，强调民主是民族独立、国家富强所不可少的条件，即“民主救国”。另一方面，从传统道德的社群取向去认识民主，强调超越个体而肯定那共同的宇宙或社会整体，“公”的观念就代表这种整体取向。民主是代表一种大公无私的精神。这种精神可以与民族主义结合，视民主为一种群策群力、团结爱国的思想。它也可以与乌托邦主义结合，因而视民主代表一个大同社会，这种乌托邦式的民主思想表现了集体主义的精神。因此，中国式“民主”是一种全民主义的民主。全民主义（Populism）是指变种的、卢梭式的民主思想，发源于近代欧洲，而常见于20世纪的亚洲及拉美地区。这种思想认为，在一个民主社会，人民全体是至高无上的政治主体。人民全体不是指社会中全体人民总数的集合，而是指一个道德的总体，有其独立的生命与意志。民主政治就是追求这种公意的表现。在中国转型时代，全民主义是以反抗传统儒家的精英权威主义的思想面貌出现的。它一方面舍弃以往精英主义认为圣贤君子是政治主体的观念，另一方面它强调有别于少数精英的人民大众才是政治的主体与历史的动力。从转型初期开始，一般知识分子都认为全民主义就代表民主思想。无政府主义与社会主义输入中国以后，这种全民主义演变为一种在政治上认同一般低下层劳苦大众的意识，对中国近代民主思想与政治文化的影响深远，在近代知识分子的民主观念表层之下，精英主义和全民主义形成一种吊诡的结合。①

① 参见张灏：《中国近代转型时期的民主观念》，《幽暗意识与民主传统》，第231—236页。

张灏认为，这种精英主义不仅反映传统的圣贤崇拜，同时也反映一种客观环境的现实需要。当时知识分子有一种思想困境：一方面在理论上他们强调群众是神圣的，传统的天意已被人民的“公意”取而代之；另一方面就实际情况而言，他们也知道人民大众的愚昧与落后，需要提高他们各方面的素质。一方面他们在理论上宣扬群众是历史的动力；另一方面他们也知道一般人民在现实情况下，往往不是处于积极主动的地位，而是处于消极被动的地位。基于这种困境，他们有以“先知先觉”自居的需要，去从事宣传、教育工作，以提高群众的素质。① 不论是梁启超的“新民说”，提高“民智、民德、民力”的呼吁，还是毛泽东所谓“积二十八年的经验，如同孙中山在其临终遗嘱里所说‘积四十年之经验’一样，得到了一个相同的结论，即是：深知欲达到胜利，‘必须唤起民众，及联合世界上以平等待我之民族，共同奋斗’”②。“有了人民的国家，人民才有可能在全国范围内和全体规模上，用民主的方法，教育自己和改造自己，使自己脱离内外反动派的影响（这个影响现在还是很大的，并将在长时期内存在着，不能很快地消灭），改造自己从旧社会得来的坏习惯和坏思想，不使自己走入反动派指引的错误路上去，并继续前进，向着社会主义社会和共产主义社会前进。”③

精英主义和全民主义的结合使转型时代的民主思想带有相当的不稳定性与脆弱性。因为精英权威主义的逻辑加上危机时代的种种客观环境，很容易使人感觉需要一个强有力的政治中心，以应付危机与变局。所以老子说：“大道废，圣人出”。张灏先生说，在五四新文化运动时代，民主思想大量散播以后接着而来的是一个政治权威主义笼罩的时代，表面上看去似乎是一个吊诡，而实际上是有其思想内在的联系。④

但也应该看到，在权威主义的主流民主理论统治下，中国近现代不乏英美自由主义的民主观念的传播，也形成了民主概念的另一个思想脉络。例如，以《新月》杂志为中心的 20 世纪 30 年代的人权运动。胡适提出宪政与民主是由政治精英推动实行的，责任的承担者理应是政治精英，而不应该政

---

① 参见张灏：《中国近代转型时期的民主观念》，《幽暗意识与民主传统》，第 234—235 页。
② 毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》第 4 卷，第 1472 页。
③ 毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》第 4 卷，第 1476 页。
④ 参见张灏：《中国近代转型时期的民主观念》，《幽暗意识与民主传统》，第 236 页。

治家患病给民众吃药。“人民对于宪法的效能的根本怀疑，对宪法根本不信任，完全是政府自身造成的：官吏军人党部自身不愿守法；政府立法之先就没有打算实行，所以立了许多纸上具文；宪法中列举的条文总是空泛的原则，没有附加的详细施行手续，都成了无效力的具文，这是中国的根本法不能得人民信仰的一个根本理由。”① 罗隆基认为：“二十世纪一个真正的民主政治的政府，一定要具备这两个条件：（一）有一个人民委托的治权，（二）有专家智识的行政。”② 人权运动反对以训政为名，行独裁之实，反对借口中国没有民主的传统、人民不知如何在法治下生活，而拒绝实施民主政治。胡适提出，民主政治本身就是民众接受政治训练的极好学校。③ 40 年代萧公权曾指出，中国民众对民主宪政理念虽然认识不足，但不应当通过训政，而应当通过在实行宪政过程中培养人民的政治能力来解决。长期以来，一些政治家和学者有将中国宪政与民主失败归因于“国民性”的理论，这其实犯了本末倒置的错误。主张训政者有两点错误：“第一，他们以为宪政是高程度的政治，低程度的人民不能尝试。第二，他们把预备宪政和实行宪政打成两橛，以为必先有训政，然后能有宪政。”针对这种错误认识，萧公权提出：

> （一）宪政随时可以开始，但比较完美宪政的实现需要经过相当时日的推广与进步。（二）由低度宪政到高度宪政实现的过程，在实质上包含一个学习的（也可以说教育的）过程，而且学习的过程和实行的过程融为一片，不容分割为先后的段落。（三）宪政是过程也是目标……从少数有政治能力的人做起是过程，养成多数人的“民治气质”以达到“全民”“普选”的目标。④

以 20 世纪 40 年代中后期的《观察》杂志、50 年代我国台湾地区《自由中国》杂志为中心，形成了以储安平、雷震、殷海光等为代表的强调自由民主思想的知识分子群体。

---

① 胡适：《制宪不如守法》，见何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃》（第 2 卷·宪政法律篇），第 304—307 页。

② 罗隆基：《我们要什么样的政治制度?》，《新月》第 2 卷第 12 号。

③ 参见胡适：《〈人权与约法〉的讨论》，《新月》第 2 卷第 4 号。

④ 萧公权：《宪政的条件》，《宪政与民主》，第 26、27 页。

四、当代中国社会的民主概念

萨托利在《民主新论》中讥讽说，不证自明的是，人民民主是个赘词。因为民主这个词本来就有人民权力的含义。卡尔·波普针对第二次世界大战之后民主概念存在着一种词语之战的现状，提出我们无须在词语上，在民主这个词的真实或基本含义这种假问题上争论不休，你可以选择你喜欢的无论什么名称。但萨托利反对此观点，他认为，争论肯定不是关于词语的争论，但它是以词语作为手段进行的。词语是我们的争论中不可分离的一部分。如果观念会造成后果，词语肯定也会造成后果，因为观念之手戴着词语的手套。某个观念要由某个词来传达。以某种方式为一个事物命名，与建议如何解释该事物是一样的。[①] 当下西方学界对于民主的含义众说纷纭。古典民主论认为，民主就是按照人民的意志进行政治统治。精英民主论认为，民主就是人民投票决定权力的归属。多元民主论认为，民主就是多种利益集团的相互作用。参与民主论认为，民主就是人民参与政治决策。

我国学界对于民主的含义，代表性的观点：一是，国家形态说，认为民主就是以多数人的意志为政权基础的国家形态。二是，政治统治说，认为民主就是以人民为主体的政治统治；民主就是以民意为基础的政治统治。三是，组织形式说，认为民主就是统治阶级平等地执掌国家政权的组织形式。四是，制度说，认为民主就是按照多数人的意志管理国家和社会事务的制度或者是由统治阶级中多数人管理国家的制度。五是，制约说，认为民主就是人民群众对政府权力的制约。六是，机制说，认为民主就是按预定程序作出决策或改变决策的机制。[②] 其中，比较通俗且主流的观点认为，民主就是人民主权、人民意志的实现，就是人民自己创造、自己建立、自己规定国家制度，并运用这种国家制度决定自身的事务。概括地说，民主应是人民当家作主。[③]

20 世纪 80 年代至今我国的宪法学主流观点是，将民主分为作为国体的

---

① 参见［美］萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，上海人民出版社 2009 年版，第 510、520 页。

② 参见王寿林：《当代中国社会主义民主论》，中共中央党校出版社 2002 年版，第 21、22 页。

③ 参见李铁映：《论民主》，人民出版社、中国社会科学出版社 2001 年版，第 26 页。

民主和作为政体的民主两类。即认为作为国体的民主是我国现行宪法关于人民民主专政的国体的表述（第1条），以及第2条“中华人民共和国的一切权力属于人民……人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务”。而作为政体的民主就是我国的人民代表大会制度。

有学者认为，长期以来，我们往往对作为国体的民主和作为政体的民主不加区分，把两者混为一谈。其实，这两个方面的民主是既有联系，又有区别的。与专政相对的民主即作为国体的民主，是指民主的类型、民主的实质，即哪个（或哪些）阶级、哪些人是国家的主人，享有民主。在这一点上，资产阶级民主同无产阶级民主或社会主义民主，有着本质的区别。作为政体的民主，是指在一个国家里享有民主的那些阶级和人通过什么具体形式和具体制度实现其作为主人的权利。社会主义初级阶段民主建设的任务，主要是大力加强作为政体的民主建设，建立和健全具体的民主制度，使人民当家作主的地位和权利切实得到实现，从而逐步解决政体和国体不相适应这个矛盾。①

还有学者认为，国家制度意义上的民主包含三个原则：人民主权、平等、少数服从多数。从三个原则来看，民主既包含着国体的意义又包含着政体的意义。人民主权原则很显然是属于国体的范畴，少数服从多数的原则和平等原则是属于政体的范畴。马克思主义经典作家常常从国体和政体两个意义上去论述和使用民主这个概念。民主问题既是国体问题又是政体问题。在社会主义国家，民主作为内容，它要实现人民民主，实现人民当家作主，保证人民群众在国家中的主人翁地位，这是国体问题。民主作为形式，它要解决怎样通过人民代表机关的形式和民主集中制的组织原则来反映体现和集中人民的意志，或者通过人民公决的形式来反映和集中人民的意志，以实现人民管理国家的权利，这又是政体问题。②

20世纪70年代末实行改革开放政策以来，中国共产党深刻总结正反两方面历史经验，领导人民进入了中国社会主义民主政治建设的新时期。中国共产党对中国特色的宪政民主有了新的认识，相继提出：没有民主就没有社

---

① 参见王贵秀：《作为国体的民主和作为政体的民主》，《理论前沿》1987年第3期。

② 参见李元书：《国体、政体与民主》，《学习与探索》1985年第2期。

会主义，就没有社会主义的现代化；必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化；依法治国，建设社会主义法治国家；发展社会主义民主政治，建设社会主义政治文明；坚持共产党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一；以人为本，执政为民，构建社会主义和谐社会等治国理念。近年来，中国共产党的执政理念发生了变化，突出了以人为本的思想，中国领导人在不同场合多次谈到民主问题，对“民主”予以正面评价。[①]“民主”成为人们追求的一个独立的政治价值，也是每个公民政治权力的真实实现，构成了每个人全面自由发展的必要方面。

2005年10月19日中国政府发表《中国的民主政治建设》白皮书，首次以白皮书的形式系统总结中国特色社会主义民主政治的经验。[②]

《中国的民主政治建设》白皮书归纳了中国社会主义民主政治的四项特色：

第一，中国的民主是中国共产党领导的人民民主。中国的民主政治制度，是中国共产党领导中国人民创建的。中国民主政治制度的发展和完善，是在中国共产党领导下进行的。中国共产党的领导从根本上保证了人民当家作主。中国共产党领导、支持和保证人民当家作主的具体实现形式：一是领导人民通过人民代表大会制度掌握国家权力，以此保证国家制定的法律和方针、政策能够体现人民的共同意志，维护人民的根本利益，保障人民当家作主。二是领导人民依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务，以此保证国家各项事业的发展符合人民的意愿、利益和要求。三是领导人民实行基层民主，由群众依法办理自己的事情，通过民主选举、民主决策、民主管理、民主监督，实行自我管理、自我教育、自我服务。四是领导人民严格贯彻公民在法律面前一律平等的原则，使公民享有法律上、事实上的广泛的自由和权利，尊重和保障人权，维护公平与正义。通过这些制度和法律保障，人民真正作为国家的主

---

① 参见汉广整理：《胡温论民主等普世价值》，见中国选举与治理网http：//www. chinaelections. org/NewsInfo. asp? NewsID=122521，2010年1月20日最后访问。

② 参见中华人民共和国国务院新闻办公室：《中国的民主政治建设》（2005年10月），见中华人民共和国中央人民政府网http：//www. gov. cn/zwgk/2005—10/19/content _ 79539. htm，2010年1月20日最后访问。

人，运用属于自己的公共权力和各项公民权利去维护和实现自己的利益。

第二，中国的民主是由最广大人民当家作主的民主。人民当家作主是中国社会主义民主的本质。中国的民主不受资本的操纵，不是少数人的民主，是最广大人民的民主。在中国，享有民主权利的人民范围包括一切不被法律剥夺政治权利的人。

第三，中国的民主是以人民民主专政作为可靠保障的民主。人民民主专政，一方面要求在人民内部实行最广泛的民主，尊重和保障人权，保证国家权力掌握在人民手中，为人民服务；另一方面要求对破坏社会主义制度、危害国家安全和公共安全、侵犯公民人身权利和民主权利、贪污贿赂和渎职等各种犯罪行为，依法使用专政手段予以制裁，以保障最广大人民的根本利益。

第四，中国的民主是以民主集中制为根本组织原则和活动方式的民主。实行民主集中制，就是要求充分发扬民主，集体议事，使人民的意愿和要求得到充分表达和反映，在此基础上集中正确意见，集体决策，使人民的意愿和要求得以落实和满足。实行民主集中制，还要求“尊重多数，保护少数”，反对无政府主义的“大民主”，反对把个人意志凌驾于集体之上。

《中国的民主政治建设》白皮书分“符合国情的选择”、“中国共产党领导人民当家作主”、“人民代表大会制度”、“中国共产党领导的多党合作和政治协商制度”、“民族区域自治制度”、“城乡基层民主”、“尊重和保障人权”、“中国共产党民主执政”、“政府民主”、“司法民主”十大部分。白皮书认为当下“民主政治”的内涵包括：

第一，人民代表大会制度是中国人民当家作主的根本政治制度。人民通过全国人民代表大会和地方各级人民代表大会，行使国家权力。

第二，中国共产党领导的多党合作和政治协商制度是当代中国的一项基本政治制度。2005 年 2 月，中国共产党颁发《中共中央关于进一步加强中国共产党领导的多党合作和政治协商制度建设的意见》，在总结多党合作和政治协商的历史经验和成功做法的基础上，进一步明确了多党合作和政治协商的原则、内容、方式、程序等，为健全完善中国特色社会主义政党制度指明了方向。中国共产党领导的多党合作和政治协商制度的政治优势在于：既能实现广泛的民主参与，集中各民主党派、各人民团体和各界人士的智慧，

促进执政党和各级政府决策的科学化、民主化，又能实现集中统一，统筹兼顾各方面群众的利益要求；既能避免一党执政缺乏监督的弊端，又可避免多党纷争、互相倾轧造成的政治混乱和社会不安定团结。

第三，民族区域自治是在国家统一领导下，各少数民族聚居的地方设立自治机关，行使自治权，实行区域自治。中国采用民族区域自治的办法解决民族问题，是根据本国的历史发展、文化特点、民族关系和民族分布等具体情况作出的制度安排，符合各民族人民的共同利益和发展要求。中国宪法和民族区域自治法，对民族区域自治及其实施作出明确规定。民族区域自治制度是中国的一项基本政治制度。

第四，扩大基层民主，是完善发展中国特色社会主义民主政治的必然趋势和重要基础。目前，中国已经建立了以农村村民委员会、城市居民委员会和企业职工代表大会为主要内容的基层民主自治体系。广大人民在城乡基层群众性自治组织中，依法直接行使民主选举、民主决策、民主管理和民主监督的权利，对所在基层组织的公共事务和公益事业实行民主自治，已经成为当代中国最直接、最广泛的民主实践。

第五，尊重和保障人权，保证人民依法享有广泛的权利和自由，是发展社会主义民主的内在要求。社会主义民主，就是国家的一切权力属于人民，人民切实享有宪法和法律规定的公民权利。中国的社会主义民主，是建立在公民各项权利得到保障和不断发展基础上的民主。

第六，民主执政，就是中国共产党要坚持为人民执政、靠人民执政，保证人民当家作主，坚持和完善人民民主专政，坚持和完善党和国家的民主集中制，以发展党内民主带动和发展人民民主。2004 年 9 月，中共十六届四中全会作出《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》，将民主执政与科学执政、依法执政，确立为中国共产党执政的基本方式，开启了中国共产党加强民主执政能力建设、提高民主执政水平的新阶段。

第七，政府民主，就是各级政府按照民主执政的要求，围绕“形成行为规范、运转协调、公正透明、廉洁高效的行政管理体制”的目标，大力加强行政能力建设，体现了科学民主决策、依法行政和加强行政监督的民主精神。

第八，司法民主，就是司法在制度和程序上，坚持法律面前人人平等和

罪刑法定等原则，通过实行审级制度、回避制度、公开审判制度、人民陪审员制度、人民监督员制度、律师制度、法律援助制度、人民调解制度等，维护和实现司法公正，保障人民的民主权利和公民的合法权益。

《中国的民主政治建设》最后还强调了中国的民主政治建设遵循的原则：第一，坚持中国共产党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一。这是中国发展社会主义民主政治最重要、最根本的原则。第二，发挥社会主义制度的特点和优势。第三，有利于社会稳定、经济发展和人民生活水平的不断提高。第四，有利于维护国家主权、领土完整和尊严。第五，符合渐进有序发展的客观规律。中国社会主义民主政治建设是一个不断提高人民当家作主的实现程度和水平的历史过程。

在 2007 年 10 月中共十七大报告中，胡锦涛专门阐述要“坚定不移发展社会主义民主政治”，提出“要健全民主制度，丰富民主形式，拓宽民主渠道，依法实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督，保障人民的知情权、参与权、表达权、监督权”。有学者据此将中国当下的民主制度概括为四个方面：以选举民主为主要标志的人民代表大会制度；以协商民主为主要标志的政治协商制度；以直接民主为主要标志的群众自治制度；以党内民主为主要标志的党的各项制度。①

除此以外，当代宪法学说中值得一提的民主概念还包括公众参与制度。

这首先是因为近年来中国所出现的一大批公众参与事件所催生。例如，近年来关于环保和城市规划领域的公众参与运动如火如荼。越来越多的城市居民参加到与之相关的城市规划的制定及决策过程中，成为公众参与领域的一道亮丽的风景。2001 年的南京紫金山观景台诉讼②，2002 年的武汉长江堤坝内成片高档住宅被拆除，2004 年的嵩山少林寺景区圈地事件，2005 年的圆明园湖底铺膜事件等都有公众参与的身影。而比较典型的是 2007 年厦门

---

① 参见包心鉴：《中国特色社会主义的民主制度》，《学习时报》2008 年 4 月 7 日。

② 南京市规划局违反我国《风景名胜区建设管理规定》和《南京市总体规划》、《南京市中山陵园风景区管理条例》的规定，批准在紫金山最高峰头陀岭建设观景台，计划投资 3 000 万元，受到了广大市民的反对。东南大学两位教授因此向南京市中级人民法院提起诉讼，但是中级人民法院认为其没有原告资格而不予受理。两教授又起诉到省高院，可是仍未受理。最终在有关部门的干涉下，决定爆破观景台。然而，在爆破之前至少已投入 1 000 万元。参见蒋德：《紫金山要建观景台——谁也无权破坏紫金山》，《法制日报》2001 年 10 月 23 日。

的 PX 项目事件。①

中国宪法与行政法学界对公众参与的研究，渐成热点，出版了大批论著，产生了一些相关理论观点。②

有研究将我国的公众参与分为以下模式：知情式参与、诉求式参与、协商式参与、合作式参与、创制式参与。从系统论角度看，还可以分为输入性的参与，例如确立公众对公共决策的动议权和谈判与协商机制，为政府决策提供动力和信息，公众参与使得决策进入议程。决策过程中的交互性参与，对决策及其过程的监督，使政府增强责任感，减少决策失误。还有输出性参与，即对政府的政策加以贯彻和执行。③ 公众参与的关键是参与之后对政府的影响力有多大，政府的回应体现了政府对公众参与的态度，直接影响公众参与决策的广度和深度。参与本身并不意味着政府具备了回应性，也并不意味着就实现了民主表达的机制。要把参与不仅作为表达意愿的方式，而且变

① 厦门 PX 项目是指台资企业腾龙芳烃（厦门）有限公司投资的，将在厦门海沧区兴建的计划年产 80 万吨对二甲苯（PX）的化工厂的项目，选址距离厦门岛仅 16 公里，距国家级风景名胜区鼓浪屿及市中心仅为 7 公里。该投资项目得到厦门市委、市政府的鼎力支持。2007 年 3 月，在以中国科学院院士赵玉芬为代表的 105 位全国政协委员联署了“关于厦门海沧 PX 项目迁址建议的议案”，但本议案并未通过。6 名院士也曾阻拦该项目，但未获成功。因为项目投产是国家发改委批准的，国家环保总局在项目“迁址”问题上根本没有权力。自 2007 年 5 月 20 日开始，有人通过手机短信在厦门市民中间传播反对 PX 项目的信息，号召市民游行。在短时间内，短信相互转发，愈演愈烈。在市民中环保人士的反对下，厦门市政府在 5 月 30 日宣布缓建 PX 项目。2007 年 6 月 1 日上午许多厦门市民手绑黄色丝带，齐聚厦门市政府前广场，进行“散步”，表达拯救厦门、反对 PX 项目的决心。新媒体时代的民意表达，以及 6 月初厦门市民理性、和平的“散步”事件，让当地政府的执政能力面临空前考验：沸腾民意与强势政府、环境保护与经济发展，孰重孰轻？在民意的推动面前，厦门市政府启动公众参与程序。12 月 5 日，厦门海沧环评完成，开始征集公众意见。12 月 13 日厦门市举行重点区域（海沧南部地区）功能定位与空间布局环境影响评价公众参与座谈会。50 名市民代表、43 名市区两级人大代表和政协委员，以及中国环境科学研究院副院长舒俭民等专家出席座谈会。最终，政府决定 PX 项目迁建漳州。参见《保卫厦门发起者讲述厦门 PX 事件始末》，《中国新闻周刊》2007 年第 48 期，另见新浪新闻网http：//news. sina. com. cn/c/2007 - 12 - 28/101314622140. shtml，2009 年 12 月 1 日最后访问。《厦门官方首次公开回应 PX 项目》，见新浪新闻网http：//news. sina. com. cn/c/2007 - 12 - 20/103314564687. shtml，2009 年 12 月 1 日最后访问。

② 参见王锡锌：《公众参与和行政过程 ：一个理念和制度分析的框架》，中国民主法制出版社 2007 年版；王锡锌：《行政过程中公众参与的制度实践》，中国法制出版社 2008 年版；王锡锌主编：《公众参与和中国新公共运动的兴起》，中国法制出版社 2008 年版；蔡定剑主编：《公众参与：欧洲的制度和经验》，法律出版社 2009 年版；蔡定剑主编：《公众参与：风险社会的制度建设》，法律出版社 2009 年版。

③ 参见李伟权：《政府回应论》，中国社会科学出版社 2005 年版，第 210—211 页。

为监督政府决策和监控政府行为的一种重要手段。[①] 因此，政府公共决策回应程度如何，体现了一个国家的民主化程度。

章剑生对如何保障公民旁听会议制度进行了研究。公民旁听国家机关的相关会议，是公民实现知情权的一种具体方式，也是公民作为国家权力主体，参与、了解国家事务的重要途径。全国人大常委会从第七届开始就设立了旁听席，邀请工、青、妇等群众团体派员旁听常委会会议。在此之前或者此后，全国许多省、市、县人大常委会也相继建立了公民旁听制度。旁听权的规范基础是《宪法》第 2 条第 3 款，即“人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务”。这里的“各种途径和形式”主要是指：通过工会、妇联等群众性组织和其他各种组织形式，参与国家管理；通过职工代表大会等各种形式，管理经济和文化事业；通过村民委员会和居民委员会等形式，管理基层社会事务；通过宪法规定的公民各项政治权利的行使，参与国家的政治生活。旁听属于行使公民政治权利的范畴。到目前为止，中央层面的法律还没有规定旁听会议的权利，但是实践中，以及越来越多的地方性立法都规定了这种公民参与的方式。

章剑生指出，限制或者剥夺公民旁听权利的行为性质是实质意义上的“行政行为”。就行为的形式而言，它有时由人大常委会办公厅（室）作出，人大常委会办公厅（室）固然不是行政机关，但就实质而言，这种行为是对公民个人权利的一种强制性限制或者剥夺。判断实质意义上的行政行为以行为的内容为标准，而不应考虑该行为是由何种国家机关作出。[②] 这是因为，“国家之行政事务固然主要由行政机关执行之，但并非完全由行政机关执行之。在一定范围内，立法及司法机关亦可能作出行政行为。立法及司法机关亦有本身之人事、财产、秩序维持以及其他立法及司法之行政事务。此外司

① 政府回应可以分为职能型回应、诉求型回应、责任型回应和超前型回应。职能型回应是对政府本职工作的基本要求，指在行政管理活动中，从本职工作出发，针对政府公共服务的内容，在力所能及的范围内予以解决或者给予答复。诉求型回应是政府关注民生、了解民意的重要活动。对于各种事件，以及民众所迫切解决的问题，政府及时应对、有效处理。有些诉求若以现有法律无法解决，还需要政府以政策或者公共决策方式来回应。责任型回应反映了政府处理社会危机的能力，对于社会管理过程中的一些重要的新问题，一个负责任的政府理应进行政策创制和制度创新。超前型回应是政府超越一般民众，以远见卓识对社会发展进行规划和采取预见性的管理措施。参见李伟权：《政府回应论》，第 68—69 页。

② 参见章剑生：《作为公民参与的“旁听权”及其公法保障》，《法治研究》2009 年第 2 期。

法机关就非诉讼事件及律师登录所为之处置亦属行政行为之性质”①。所以，章剑生指出，从旁听会议权的权利救济机制看，最有可能的是行政诉讼程序。②

很多学者关注到了人肉搜索与公民隐私权保障问题、网络管制限度等“网络民主”问题，其中更值得关注的是群体民意的形成机制和群体化事件问题。③ 网络在我国的迅速发展使得民众比以往任何一个时期都更为容易地加强联系和彼此影响，但也为群体观念极端化提供了更为便捷的平台。网络环境的特点决定了观点的表达需要极端和偏执。这是因为网络汇集了大量的信息源，只有激烈的观点才能引起人们较为普遍的关注，而所有表达者的意图无非是吸引观众和说服观众。网络世界存在比较强烈的修辞主导性优势（网络民意往往因具有爆炸性的帖子所聚集，而发帖者所持观点往往又是比较激进的，跟帖者同样也要具备较强的修辞优势），使得主张者的观点和意见更为激烈。④ 民意具有的不确定性风险和可操作性困难是客观存在的事实。因此，出现对于“网络民主”如何重视的问题。网络信息通常和主流纸质媒体互动，才能形成舆论。从近年来中国的“彭水诗案”、“稷山文案”到近期的“灵宝帖案”，从瓮安的“俯卧撑”到昆明的“躲猫猫”，事件发展路径大都沿袭着先从网络传播到主流媒体介入，造成舆论高压之后，再以更高行政权力介入的方式来终结。⑤

总而言之，当代“民主”概念出现弥散化的趋势，很多民主概念被提

---

① 陈敏：《行政法总论》，台湾新学林出版有限公司 2007 年版，第 2 页。

② 《行政诉讼法》规定，可以被提起诉讼的是行政机关和行政机关工作人员作出的具体行政行为。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 1 条规定：“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。”在这里，最高人民法院用“具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员”之词语，表述了“行政行为”的主体不限于行政机关，任何“机关和组织及其工作人员”只要行使了“国家行政职权”，它对外所作的意思表示，即为行政行为，行政相对人不服的，即可提起行政诉讼寻求法律救济。参见章剑生：《作为公民参与的“旁听权”及其公法保障》，《法治研究》2009 年第 2 期。

③ 关于群体观念的形成，国内外专家学者有很多理论。西方学界的共识是，一个群体的各位成员针对某一问题进行讨论之后，该群体会作出比讨论前的任何一个成员的观点都更加极端的决定。当代中国由于社会转型带来的诸多问题，群体观念的极端化更容易受到强化。尤其是弱势群体所形成的民意，带有非常强烈的政治抗争性，并不总体现法律所欲达到的正义价值。

④ 参见姜斌：《司法中群体观念的形成机制》，《浙江社会科学》2010 年第 3 期。

⑤ 参见褚宸舸：《网络政治化是不可避免的》，香港《二十一世纪》2009 年第 6 期。

出，也很难形成关于民主概念的统一认识。也还有学者指出，为了避免出现“民主”所导致的诸多风险，最好的办法是将宪政和民主相结合，民主必须是宪政的才是合理的。①

第六节　“民主”与“宪政”的中国语境

在西方公法学语境下，宪政与民主有很多的联系。“主权在民”即是宪政的原则之一，这表明了两者在价值追求和某些原则上的相同性，而且两者都曾借助社会契约和自然法作为其理论基础。从历史事实看，宪政乃是民主的产物，民主构成了宪政的基石。

但是，内在联系并不能表明两者不存在紧张关系。传统立宪主义以及当代成熟的宪政理论一般是围绕“控制国家权力或政府权力”这层含义来界定宪政的，这是“宪政”一词原始（经典）的含义。民主主要是提供了一种政治正当性的标准，同时也提供一种决策机制，这种决策机制在西方表现为代议制的制度框架。

民主倾向于让人民来掌握统治权以达到其目标，宪政则重视有限政府和法治之类的制度安排。民主通常建立在乐观的人性论基础之上，而宪政则建立在悲观的人性论基础之上。② 民主与宪政之间内在的紧张关系，表现为宪政要求限制民主的权力。从这个意义上也可以说，“宪政实质上是反民主的。”③

在近代中国，宪政与民主落实在政治实践层面，立刻显示出内在的分歧和紧张关系。在我国，卢梭的民主思想要比洛克、密尔的自由思想影响大得多，民主的呼声要远远高过对宪法权威的追求。④ 宪政与民主的分歧根本在于两者背后的正当性基础不同：是注重立宪的权威，还是权力的来源？卢梭

---

① 参见燕继荣：《民主之困局与出路——对中国政治改革经验的反思》，《学习与探索》2007 年第 2 期；徐友渔：《中国式民主的模式和道路》，《同舟共进》2007 年第 12 期。

② 参见张凤阳等：《政治哲学关键词》，江苏人民出版社 2006 年版，第 115 页。

③ ［美］埃尔斯特、［挪］斯莱格斯塔德编：《宪政与民主：理性与社会变迁研究》，潘勤、谢鹏程译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版，第 224 页。

④ 我国学者对卢梭思想进行反思的较早力作是朱学勤所著的《道德理想国的覆灭——从卢梭到罗伯斯庇尔》，上海三联书店 1994 年版。

式的民主强调权力的正当性源自人民主权与公意，而自由主义则强调宪政，旨在通过权力制衡的政治体制保障公民自由。民主派注重人民主权，相信只要权力来源于人民，政治的正当性便在其中。在民主派看来，核心问题是谁掌握权力，只要主权在民，人民掌握了政权，共和就能实现，他们重视的是国家由谁来统治。而以梁启超为代表的立宪主义者更重视的是政体，即国家如何统治，是否按照宪政的原则统治。梁启超把宪政（立宪）看作政体问题，他更关心的是权力制衡与政府管理的秩序化，因为只有宪法下的秩序才能给予政治斗争以有序的空间。宪政派认为，最高权力究竟来自哪里并不重要，重要的是立宪，权力要受到宪法和法律的限制。政治博弈的结果是“民主”压倒“宪政”，在一浪高过一浪的汹涌的民主大潮推动之下，1949 年所建立的共和国并非一个以对公共权力保持高度戒备的宪政为其制度正当性，而是以人民主权为基本观念的国家。①

其实，毛泽东之所以形成或接受了“宪政即民主”的定义，主要是敏锐地洞见了当时中国所存在的民主主义潮流是一种可以汲取的政治资源，用以对抗政治上的敌对力量，统合国家的各种政治势力，从而建构新的国家体制，并以民主赋予这种国家体制以正当性。但是，以民主赋予国家体制正当性，往往被理解为是一种超越法秩序的即时性政治行为，一次赋予即为完成，所以，在国家体制建构完成之后，除非民主的资源在特定的情形下仍可资利用，否则就可以安置在形式化的政治架构之上，成为无须具体化在现实的政治生活之中的图腾。这也是“宪政概念取消论”产生的观念根源之一。

本章对“民主”概念的研究表明，19 世纪至 1919 年期间“民主”的含义比较明确：一是传统含义“民之主”，二是人民支配和人民统治，三是和世袭君主制相对立的政治制度，四是民选国家最高领袖。其中第二、三种意义使用最多。但是 1919 年以后，对民主概念的分歧越来越大。其原因在于民国初年共和政治的失败造成共和理念（对政府权力的宪政约束和作为儒家精英主义和西方代议制混合物的代表制）被否定以及新文化运动狂飙下民主价值的重估。1919 年以后的民主观念更多强调的是大众参与和人民统治，而忽视宪政的建立。人民统治意味着多数人统治，如果排除了代议制，要实

---

① 参见许纪霖：《近代中国政治正当性的价值冲突和内在紧张》，《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2008 年第 1 期。

现多数统治就只有两种方式，一是由全民直接统治（“文革”时的大众参与与此相关），二是由代表普遍道德价值和公共意志的政党实行专政（毛泽东的人民民主专政即源于此）。[①] 1923 年以后“民主专政”在民主的多重含义中凸现出来，1940 年毛泽东甚至在《新民主主义的宪政》中提出：什么是新民主主义的宪政呢？就是几个革命阶级联合起来对于汉奸反动派的专政。这里的“宪政”强调的是“民主专政”，其针对的是国民党“一党专政”，但这种“民主专政”最后发展为“文革”中的无产阶级革命下的全面专政，实质演变为个人专制，教训不可谓不深。

法学、哲学、社会学对合法性问题的关注角度是不同的。法学对合法性的关注主要集中在权力的制度安排，即谁，凭什么获得权力？在什么限度内正当地行使权力？我们首先是根据现行的法律来判断权力的获得与行使是否合法，其次，法律应该如何规定，其本身的正当性，即一个社会的权力关系如何安排则是道德哲学、政治哲学关注的问题。以上均是应然问题，但实然问题，即特定社会形态中获取合法性的不同途径，就成为社会学研究的核心。

按照现代宪政理论，即使强力为国家产生的主要因素，国家仍不能凭强力以为根据。国家如欲强制人民的服从，自须于强力而外另觅伦理的根据。[②] 这种根据就是国家权力运用的目的，第一是要对外保护国民的安全，第二是要对内维持社会的秩序，第三是要促进人民的道德、知识，与物质幸福的发展。

中国宪政话语的兴起，其底色不可能摆脱近代以来思想与制度的背景。在人民主权确立以后，更重要的是政体的制度建设，但另一方面，如何通过宪法来建立和完善宪政的机制和结构，尤其是如何在宪法规范的框架之内适当且有效地限制公共权力，以保障公民的基本权利，并由此赋予政治权力的正当性，则是中国社会未来发展中无法绕开的历史课题。

---

① 参见金观涛、刘青峰：《从“共和”到“民主”——中国对西方现代观念的选择性吸收和重构》，见《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第 252—281 页。张朋园通过对中国近代四次国会选举的考察，发现其越来越走样，弊病百出。参见张朋园：《中国民主政治的困境 1909—1949：晚清以来历届议会选举述论》，吉林出版集团 2008 年版。

② 参见王世杰、钱端升：《比较宪法》，商务印书馆 1999 年版，第 63—64 页。

第八章

立宪主义概念及其演变

“宪法和立宪主义是宪法学的基础概念，两者从不同范围与程度上反映宪法与社会生活的相互关系”，“如果说宪法概念表现一种静态的价值体系的话，立宪主义概念则反映一种指导社会生活的动态的价值体系”。立宪主义（constitutionalism）是“一种依据宪法治理国家的政治原理”[①]。纵观百年中国宪法学说史，与“立宪主义”这一概念相关的学说的发展，呈现出三大特点：（1）先有与立宪主义概念相关的概念，后才出现“立宪主义”的概念，即先有“立宪”等概念，后才有“立宪主义”概念；（2）虽然开始没有“立宪主义”的概念，而且后来这一概念的使用也较少，但一直存在立宪主义的主张和学说，即先有立宪主义的主张，后才有“立宪主义”概念；（3）近十几年来，“立宪主义”概念重新受到学者们的重视，对其认识不断深入，然“宪政主义”概念与“立宪主义”概念呈并驾齐驱之势。

第一节　“立宪主义”概念在中国的提出

一、立宪概念在中国的产生

关于谁在中国最早提出君主立宪思想，史学界存在不同的看法，至少有三种意见。第一种意认为，晚清思想家、被尊为中国第一位报刊政论家和第一

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，自序和第 1 页。

报人王韬（1828—1897）是第一个提出君主立宪的中国人，早在19世纪70年代，他就在《重民篇》中清楚地表明了他的君主立宪主张；第二种意见认为，王韬虽在《重民篇》中大谈君主立宪的优越性，但未明确说在中国实行它，而清末著名实业家、思想家和维新派代表人物郑观应（1842—1922）在19世纪70年代撰写的《论议政》中，明确要求在中国实行君主立宪，也就是说，在中国，君主立宪首倡者的地位应属郑观应；第三种意见则认为，早于王韬、郑观应，近代第一个受过西方高等教育的中国留学生容闳（1828—1912），早在1860年11月9日向太平天国干王洪仁玕提出的七条改革建议中提出的“民政政府”，便是君主立宪政府，也就是说，容闳才是中国君主立宪的首倡者。①

在中国历史上谁最早提出立宪思想，有待进一步考证。然而，据笔者所查阅到的资料，我国历史上第一位明确使用“立宪”概念者则是郑观应。他在其撰写的名著《盛世危言》五卷本付梓的同年，即1894年（光绪甲午年），在《与文君道希、郑君苏龛论立宪开国会书》中首次使用“立宪”一词。他写道：“六洲大启，万马东来，势急时危，群忧臣辱，识时之士佥谓非上下一心开国会、立宪法不足以求艰危。”“需者事之贼也，若徒云预备，而不求实济，虽迟至十年，立宪亦难收美满之效果耳。故欲请立宪，必从实际上讲求；速开国会，将应行各事分别先后办理。无论何党，当以国利民福为前提。际此危急存亡之秋，尚可因循延误乎!”②而后，郑观应在《上摄政王请速行立宪书》、《上孙燮臣师相条陈时事书》、《致朱晓岚观察书》、《致姚伯怀太守书》、《致广州商务总会总协理书》、《与潘兰史征君论立宪书》、《复香山自治研究会书》、《致潘兰史征君书》、《与潘兰史征君感论时局书》、《致农工商部关均笙书并录寄南洋邱菽园》、《上顺德邓宫保书》、《致邓毓生太守书》、《致〈中国商务日报〉总编辑潘兰史征君书》、《与李际唐太史书》、《致英国博士李提摩太书》、《致龙伯扬参议书》、《致伍秩庸侍郎书》、《与潘君兰史、何君阆樵论选举参议院议员宜先注重道德》、《与许君如山、杨君昭白论宪法》、《与潘兰史、何阆樵两君论共和书》、《与陈次亮部郎书》、《上粤督张安帅请禁赌书》、《致潘兰史征君论中外强弱由于礼教不同书》、《致梁燕孙京卿书》、《与崇道院同善社和平会诸君论各国政治书》等一系列的上书、书信和文章中，大量

① 参见袁鸿林：《再谈谁在中国最早提出君主立宪》，《史学月刊》1985年第4期。

② 夏东元编：《郑观应集》下册，上海人民出版社1988年版，第285、1547页。

使用“立宪”、“早开国会、颁布宪法”、“锐行宪政，速开议院”、“开国会、立宪法”、“立宪法、开国会”、“立宪政体”、“宪政”、“立宪政”、“真立宪”、“假立宪”、“立宪之义”、“立宪时代”、“立宪之制”、“立宪精神”、“立宪国”、“速定宪法”、“立宪国体”、“立宪国家”、“民主立宪”、“君主立宪”、“立宪之道”、“颁布宪法”、“君主立宪国”、“定宪法、开学堂”等概念。①

随后，清末维新派代表人物、中国近代启蒙思想家康有为（1858—1927）和梁启超（1873—1929）等人也先后使用了“立宪”、“立宪法”、“定宪法”等概念，他们都属于中国历史上最早一批使用“立宪”等概念之人。1898年1月29日，康有为在奉诏而作的《外衅危迫分割洊至急宜及时发愤大誓臣工开制度新政局折》（即著名的《上清帝第六书》）中指出：“日本之始也……考其维新之始，百度甚多，惟要义有三：一曰大誓群臣，以定国是；二曰立对策所，以征贤才；三曰开制度局，而定宪法。”②康有为在同年7月代内阁学士阔普通武所写的《请定立宪开国会折》中明确写道：“奏为请定立宪，开国会，以安中国，恭折仰祈圣鉴事。”“臣窃闻东西各国之强，皆以立宪法开国会之故，国会者，君与国民共议一国之政法也。盖自三权鼎立之说出，以国会立法，以法官司法，而政府行政，而人主总之，立定宪法，同受治焉。”“伏乞上师尧舜三代，外采东西强国，立行宪法，大开国会，以庶政与国民共之，行三权鼎立之制，则中国之治强，可计日待也。”③

梁启超④在1899年所写的《各国宪法异同论》中写道：“宪法者，英语称为Constitution，其义盖谓可为国家一切法律根本之大典也。故苟凡属国

---

① 参见夏东元编：《郑观应集》下册，第287、291、293、295、299、301、302、303、304、306、309、310、312、315、317、319、321、322、323、324、360、383、392、403、406、420、428页。

② 详见姜义华、张荣华选注：《大同梦幻——康有为文选》，百花文艺出版社2002年版，第56页。

③ 详见夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第16、17页。

④ 范忠信教授认为，“懂不懂宪法学，决定了一个人能不能成为一个近代法学家，因为这是中国传统法学与中国近代法学的根本分野所在”。梁启超在宪法学方面，著有《各国宪法异同论》、《立宪法议》、《论立法权》、《宪法之三大精神》、《中国国会制度私议》、《宪政浅说》、《立宪政体与政治道德》、《责任内阁释义》、《开明专制论》等论文和著作。梁启超不仅是“中国近代最杰出的法学家”，而且“更是宪法学在中国的开山鼻祖，有无可争辩的创始人地位。在梁氏法学著作中，篇幅最大的是宪法学著作。说梁氏首先是一位宪法学家或许更准确”。详见范忠信在选编《梁启超法学文集》时所作的序言：《认识法学家梁启超》，见梁启超：《梁启超法学文集》，序言第2、4、10页。

家之大典，无论其为专制政体（旧译为君主之国）为立宪政体（旧译为君民共主之国），似皆可称为宪法。”“政体之种类，昔人虽分为多种，然按之今日之各国，实不外君主国与共和国之二大类而已。其中于君主国之内，又分为专制君主、立宪君主之二小类。但就其名而言之，则共和国不与立宪国同类。就其实而言之，则今日之共和国，皆有议院之国也。故通称之为立宪政体，无不可也。”“全世界上之立宪君主国、共和国等，其名称虽同，至其国内之实情，则皆各国不同。”“宪政（立宪君主国政体之省称）之始祖者，英国是也。”“法律云者，虽为总括国家一切法律规则之称，然于立宪国则惟以经国会议定者称为法律。”“立宪国之法律，无不经国会议定者。”[①]梁启超在1901年6月7日出版的《清议报》第81册上发表的《立宪法议》一文中进一步指出：“世界之政有二种：一曰有宪法之政（亦名立宪之政），二曰无宪法之政（亦名专制之政）。”“世界政体有三种：一曰君主专制政体，二曰君主立宪政体，三曰民主立宪政体。”“宪法者何物也？立万世不易之宪典，而一国之人，无论为君主、为官吏、为人民，皆共守之者也，为国家一切法度之根源。此后无论出何令，更何法，百变而不许离其宗者也。”“立宪政体，亦名为有限权之政体；专制政体，亦名无限权之政体。有限权云者，君有君之权，权有限；官有官之权，权有限；民有民之权，权有限。”[②]

二、立宪主义概念的第一次提出

虽然包含立宪主义精神的“立宪”、“立宪法”、“宪政”、“行宪政”、“立宪政体”、“立宪国”等概念出现较早，在19世纪末就提出了，而且在出现后很快传播开来，被广泛使用。然而，“立宪主义”这一概念的出现则较晚，直到20世纪三四十年代才首次提出。王世杰[③]、

---

① 梁启超：《梁启超法学文集》，范忠信选编，第1、2、8页。

② 详见侯宜杰选注：《新民时代——梁启超文选》，百花文艺出版社2002年版，第35、36页。

③ 王世杰（1892—1983），字雪艇，湖北崇阳人。先后获英国伦敦大学政治经济学学士、法国巴黎大学法学博士，历任北京大学教授、武汉大学校长、国民党政府法制局局长、教育部部长、外交部部长、总统府秘书长、行政院政务委员、中央研究院院长、国民党中央宣传部长等职。1936年，王世杰还担任中华民国宪法草案（《五五宪草》）起草委员会顾问。1949年去台湾，任“总统府资政”。1983年病逝于台湾。

钱端升[①]在1936年出版的《比较宪法》第六编“中国制宪史略及现行政制”中首次使用了“立宪主义”概念：“戊戌政变的前后，除却康梁‘变法’运动外，诚然尚有孙中山先生的革命运动。孙先生的兴中会已于光绪二十四年（1898）成立。但该会当时之所注重，只在种族革命；该会当时的宣言，亦尚未提出立宪主义。”“光绪三十一年（1905）夏历六七月，清廷仿日本明治十五年派伊藤博文赴欧考察宪政的先例，先后派载泽、戴鸿慈、徐世昌、端方、绍英出洋考察政治。盖日俄之战既终，不独多数士子纷纷主张立宪，即驻法使臣孙宝琦，以及二三疆吏亦先后以立宪为请；清廷迫于众议，乃有此举……同年十月复令政务处王大臣筹定立宪大纲；并仿明治十六年设宪政调查所先例，诏设考察政治馆，并以该王大臣等为大臣。这是清廷正式承认立宪主义之始。”[②]《比较宪法》一书至少有3处出现了“立宪主义”一词，除上述2处之外，还有1处在该书的序言中。钱端升、王世杰在“增订三版序”中写道：“本书自初次刊行以来，业经十年。这十年是各国宪法变动比较剧烈的一个期间：或则修改旧宪；或则另制新宪；或则宪法条文虽未修改，而政制的实际已经大变。此种变动的内容如何，其对于立宪主义的影响又如何，固为本书读者所急应了解者；本书的订正及补充，乃亦刻不容缓。”[③]

需要说明的是，“立宪主义”概念的提出极有可能是在1927年，即王世杰在1927年出版的《比较宪法》就可能使用了“立宪主义”的概念。因为王世杰、钱端升在1936年合著出版的《比较宪法》是王世杰1927年独著出版的《比较宪法》的增订第三版，提及“立宪主义”概念的第六编“中国制宪史略及现行政制”是在原书第五编第二章“中国制宪问题的经过”的基础上扩充而成的。[④]从目前所查找到的资料来看，可以说，王世杰先生是“立宪主义”概念使用的第一人。

---

① 钱端升（1900—1990），上海人。1919年毕业于清华大学，1923年获美国哈佛大学哲学博士学位。历任清华大学、中央大学、西南联合大学和北京大学教授。1952年任北京政法学院院长，1954年任中华人民共和国宪法起草工作顾问。1957年被划为“右派”，“文革”期间又遭迫害，两次受迫害的罪名中均有“著有《比较宪法》鼓吹反动的资产阶级政治学理论”这一条。1974年起担任外交部顾问，1982年起任全国人大常委会委员、法律委员会副主任委员、中国法学会副会长。1990年病逝于北京。

② 王世杰、钱端升：《比较宪法》，第345、347页。

③ 王世杰、钱端升：《比较宪法》，增订三版序。

④ 参见王世杰、钱端升：《比较宪法》，增订三版序。

还要指出的是，王世杰、钱端升在《比较宪法》中尚未对“立宪主义”概念的含义作出明确的解释。

另外，值得一提的是，辜鸿铭先生在上个世纪 20 年代初曾经使用“宪政主义”的概念，写过《宪政主义与中国》一文，发表在 1921 年《亚洲学术杂志》第 1、2 期合刊上，但他是用英文写的。①

第二节　立宪主义学说在近代中国的兴起

一、早期立宪主义强调立宪

人们一般认为，主义是指对客观世界、社会生活以及学术问题等所持有的系统的理论和主张。②由此，我们可以说，立宪主义也就是一种关于立宪法、行宪政的比较系统的治国主张。这样看来，虽然“立宪主义”概念产生于 20 世纪三四十年代，但立宪主义几乎是在 19 世纪末郑观应提出“立宪”概念的同时就开始出现。在很大程度上，“立宪”概念提出之日，就是“立宪主义”发轫之始。

在“中日和”之年（即日本强迫清政府签订《马关条约》的 1895 年），郑观应在《与陈次亮部郎书》中指出：“若开国会、立宪法，不致上下相蒙。”③ 在“德议已成，青岛允借”的 1898 年，郑观应提出“时事日艰，杞忧曷既，亟宜开国会、立宪法，固结民心，同御外侮”④。在 1895 年至 1897 年间，他在所写的《治乱歌》中猛烈抨击了不立宪法之害：“宪法不行专制严，官吏权重民太贱，妄谈国政罪重科，上下隔阂人心涣。”⑤后来，在《与潘兰史征君论立宪书》中他明确指出：“尝闻立宪利于国、利于君、利于民，不利于官。何谓利于国、利于君、利于民？盖宪法立则上下无偏，君民共守，而酷吏不得假君上之权，任意虐行，下民感激，咸知爱国，则本固邦宁

---

① 详见黄兴涛等译：《辜鸿铭文集》，海南出版社 1996 年版，第 175、626 页。

② 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》修订本，商务印书馆 1996 年修订第 3 版，第 1643 页。

③ 夏东元编：《郑观应集》下册，第 360、1547 页。

④ 夏东元编：《郑观应集》下册，第 290 页。

⑤ 转引自侯宜杰：《关于首倡君主立宪者之我见》，《文史哲》1989 年第 5 期。

是也。何谓不利于官？既设议院，即举议员，遇有奸官墨吏，是处议员可以布告径请政府公黜，各日报必为之指摘，势难掩塞，而贪官污吏有所畏惧是也。若不立宪，则大、小官员恃专制之权，动辄借端勒索商民，无所不至。然民情非昔日所比，恐压愈甚抗愈力，将有不测之祸耳。”①在《上顺德邓宫保书》中他强调：“变法而不立宪，如树之无根”，“立宪者变法之根柢也”，“非上下同心不能立宪，非立宪不能固民心，非民心固不能长治久安。”②在《致伍秩庸侍郎书》中进一步他指出：“至所谓宪法为一国之母法，必先有良好之宪法，然后各种法律始有所根据。其要不外限制政府之专横，保障人民之权利。故立国于地球上，谓有宪法为立宪，无宪法则专制；有宪法为法治，无宪法则为非法治。其关系之要重如是。”③在《致龙伯扬参议书》中郑观应强调：“泰西各立宪国，其君臣无不受治于法律之下，而司法独立之精神适足以震往古而铄来今，为神明不可侵犯。亟望我公与议院诸公条陈政府，速定宪法，并简精干廉明之吏能守法律者，合力维持，庶几司法与立法、行法三权鼎峙而不摇。”④在《与许君如山、杨君昭白论宪法》中他进一步强调：“承示国家自身惟一在定宪法，无宪法则无一定之国是，而国家安得有标准。所论甚韪。然立法、司法、行政三权并重，实为立宪国家神圣不可侵犯之高贵机关，而泰西各立宪国所遵行而不悖者也。”⑤显然，郑观应不仅仅是简单地提出立宪，他对立宪及宪法本身已经有了较深刻的认识，而且提出了比较系统的限制政府专制之权、保障人民权利的立宪思想和主张。正因为如此，有学认为“正因郑观应最早提出制定宪法，限制君权，保障民权，主张民主、平等，反对封建专制，唱出了时代的最强音，近代中国首倡君主立宪的桂冠理当奉献给他”⑥。在很大程度上，郑观应的立宪思想已经发展成为一种立宪主义，至少是立宪主义的萌芽。⑦

---

① 夏东元编：《郑观应集》下册，第300页。

② 夏东元编：《郑观应集》下册，第310页。

③ 夏东元编：《郑观应集》下册，第321页。

④ 夏东元编：《郑观应集》下册，第319页。

⑤ 夏东元编：《郑观应集》下册，第323页。

⑥ 侯宜杰：《关于首倡君主立宪者之我见》，《文史哲》1989年第5期。

⑦ 有学者认为，先有议会主义，后才有宪法主义。详见闾小波：《从“议会主义”到“宪法主义”——从魏源到孙中山民主诉求之检讨》，见上海中山学社编：《近代中国》第11辑，上海社会科学院出版社2001年版。

进入20世纪后，立宪主义的主张成为一种社会思潮，在辛亥革命前夕达到一个高潮。1901年梁启超在日本创办的《清议报》上发表了《立宪法议》，1902年康有为以海外数百万华侨代表的名义拟写了《请归政皇上立定宪法以救危亡折》上呈清廷。他们有关君主立宪的主张[①]，在国内外产生了广泛的影响，标志着君主立宪思潮的兴起。[②]自1902年起，国内报刊舆论开始鼓吹立宪（还有创办报刊宣传立宪的，如1902年梁启超创办了《新民丛报》），经常刊发要求立宪的文章，甚至在1903年8月18日光绪皇帝寿辰时，天津《大公报》还刊登了“一人有庆，万寿无疆，宪法早立，国祚绵长”的祝词。一些开明官僚也开始主张立宪，如1904年驻法公使孙宝琦上书建议清政府“仿英、德、日本之制，定为立宪政体之国”，引起了社会舆论的强烈反响。总之，当时的立宪思潮已有如火如荼之势。为此，当时有人指出：“十九世纪欧洲民政之风潮，越二十世纪而入于亚洲……于是遍四万万人中所谓开通志士者，莫不喘且走以呼号于海内外曰：立宪！立宪！立宪!!!”也正如当时一些报刊所说的：“今日立宪之声，洋洋遍全国矣，上自勋戚士臣，下逮校舍学子，靡不曰立宪立宪，一唱百和，异口同声。”“立宪”二字，已成为中国士大夫之口头禅了。自1905年在中国领土上发生的日俄战争中立宪的小日本战胜了专制的大俄国之后，国内立宪之舆论日盛一日，朝野上下议论纷纷，一些朝官和封疆大吏也跃跃欲试。湖南巡抚端方、出使日本大使杨枢、直隶总督袁世凯、两江总督周馥、湖广总督张之洞、两

---

① 有学者认为，梁启超的立宪主义思想的精要之处是同时内含了“限制君权”和“国民创出”两个方面。概括来说，他提倡立宪，但首先要直面担当立宪政治的“民”处于“民智未开”的状态，因此他认为在实现真正的立宪政治的“民政世”阶段到来之前，只能实行“君民共主”的立宪君主制。而为了制约传统的绝对君权，他构想确立责任内阁制，并将代表“全国各方面的势力”、“民意”的议会这一机关放在非常重要的位置。但是，既然议会是作为代表“民意”的一种“意志机关”，其最终就必须有待于摆脱“民智未开”的状态，有待于能够参加“普通选举”的“国民”的存在。在此，梁启超面临当时他所认识到的中国国民的“民智”状况，陷入了苦闷当中。而为了从“专制君主”和“未成熟的国民”的进退两难中摆脱出来，他提倡“新民说”，即改造具有“奴隶根性”的中国人的国民性，通过教育国民创造出“新民”，同时主张在这种改造实现之前，实行不是通过革命的立宪共和制，而是作为“过渡时代”的一种“开明专制”的君主立宪制。参见林来梵、凌维慈：《中国立宪主义的起点——对清末君主立宪主义的一个省察》，《社会科学战线》2004年第4期。

② 由此，有学者认为，中国人开始接触立宪主义，并关心宪法，正如梁启超的论文《立宪法议》（1901年）的发表所显示的那样，是从康有为、梁启超等人亡命日本之后才开始的。参见林来梵、凌维慈：《中国立宪主义的起点——对清末君主立宪主义的一个省察》，《社会科学战线》2004年第4期。

广总督岑春煊等纷纷上奏立宪。1905 年 9 月，清政府委派五大臣考察西洋各国政治。1906 年 9 月 1 日，清廷终于发布了《宣布预备立宪先行厘定官制谕》，宣布“仿行宪政”。立宪思潮的兴起酿成了清廷预备立宪，而宣布预备立宪，又反过来推动立宪思潮的发展并促其走向高潮。1906 年后，宪政研究会、预备立宪公会、宪政讲习会等立宪社会团体纷纷成立；《宪政月刊》、《预备立宪公会报》、《公民日报》、《政论》等宣传立宪的报刊纷纷创办；立宪派发动了一次又一次的请愿活动。1910 年爆发的四次全国性国会请愿热潮更使立宪思潮涨到了顶峰。[①]有学者认为，中国清末君主立宪运动的结局，虽然被 1911 年的辛亥革命所切断，但它既是中国君主立宪主义的终点，也是中国整个立宪主义的真正起点。[②]

值得注意的是，近代中国的立宪主义与西方的立宪主义不尽相同。正如一位学者所指出的，中国人从西方所认识到的“立宪”或“宪政”，虽被认为是能够让中国国家富强的方法，其实是从“开议院”或“开国会”的意义上来认识的，都应该归于形成近代“民主”思想的内涵。然而，西方立宪主义思想的核心价值并不在于“民主”，而是基于自由主义思想所推衍出的“有限政府”及“法治”。那么，为什么在中国式的立宪主义思想里，彰显的是“民权”与“民主”思想，以及体现此一思潮脉络的“开议院”或“开国会”制度形式，而缺乏以“有限政府”为价值的西方“宪政”与“法治”之观念？除了中国百年来亟欲建立近代西方主权独立的民族国家为理由外，中国人基于对人性持乐观看法而推衍出来的“内圣外王”思想，恰好与西方对人性持悲观谨慎态度所推衍出的宪政或法治观，可谓是形成西方与中国式立宪主义的分野。[③]

二、梁漱溟、杨兆龙等人关于“宪政是最后的成果，宪政的重心不是制宪”的学说

如果说清末的立宪主义主张侧重于强调立宪的重要性，重点在呼吁立

---

① 参见黎仁凯：《近代中国社会思潮》，河南人民出版社 1996 年版，第 200—231 页。

② 参见林来梵、凌维慈：《中国立宪主义的起点——对清末君主立宪主义的一个省察》，《社会科学战线》2004 年第 4 期。

③ 详见桂宏诚：《中国立宪主义的思想根基》，第 200、250、251 页。

宪，其提出者以政治家为主，其政治性强而学说性较弱，那么在辛亥革命后，进入民国时期，围绕“中华民国宪法”的制定问题，立宪主义的主张则开始重视宪政的实现，其提出者以学者为主，其学说性增强，更具宪法学说之味，王世杰首次提出“立宪主义”概念就是一个标志。特别是到了19世纪三四十年代，中国的立宪主义到达一个新的高峰（固然，“立宪主义”这一概念一直很少被使用），立宪主义发展成为两种不同的宪政学说。①

从清末预备立宪到民国约法，特别是经过五四新文化运动，宪政、民主、科学和人权诸项，均已成为一般知识界人士和青年学生不言而喻的公理和宗教，被认为系中国所应掌握并可解决“中国问题”的神圣法宝。②梁漱溟等人却主张“中国此刻尚不到有宪法成功的时候”，宪政是最后的成果，不要急于制宪，而应先培养新生活习惯等。

著名的思想家、哲学家、有“中国最后一位儒家”之称的梁漱溟(1893—1988）认为，宪政是一种政治，“宪政是一个国家内，统治被统治两方面，在他们相互要约共同了解下，确定了国事如何处理，国权如何运行，而大众就信守奉行的那种政治”。他指出，“宪政并不建筑在宪法上面。宪法不过是事情确定之一种形式”，宪政建筑在“势”和“理”上，建筑在“外力”和“内力”两种力量上。（1）所谓“势”或“外力”，就是“谁亦不敢欺侮谁”。他说：“宪之所以由立，盖有其不得不立者也。质言之，正为彼此都有力量而不可抹杀之故。既经要约而生了解，随后亦就只有循守遵行下去。”“宪政是建筑在国内各阶级间那种抗衡形势之上。”（2）所谓“理”或“内力”，就是精神力量。他讲：“自由平等，民主，并非全由外铄，而是人心所本有之要求。人类社会不徒有‘势’，亦还有‘理’。例如：对于某些道理的信念，正义感，容人的雅量，自尊心，责任心，顾全大局的善意，守信义的习惯等等，亦是宪政所由建立，及其所由运行之必要条件。我所谓内力，或自力或精神力量，即指此。假若没有这一面，宪政亦岂可能！”

梁漱溟认为，中国几千年来之所以没有产生宪政，中国近数十年宪政运动之所以失败，就是因为中国既没有各种相互抗衡的“外力”，又没有精神力量即“内力”。他说：“宪政之出现西洋，实由西洋社会充满了各种力量，

---

① 参见上官丕亮：《值得重温的两种立宪主义学说》，《法学家》2008年第4期。

② 参见许章润：《宪法与账单》，《读书》1998年第3期。

此为中国数千年不产生宪政对照来看，尤为显然。——我意盖指中国缺乏阶级。又若论英国宪政成绩之好，则不能不归功于其精神力量。——此又可与中国近数十年宪政运动之失败，相对照。”①

梁漱溟还认为，“一种政治制度不寄于宪法条文上，却托于政治习惯而立。西方政制在我国并没有其相当的政治习惯，全然为无根之物。”而且，“西洋这种制度所由产生，全在其向前争求不肯让步之精神。所争求者，一是个人种种自由权，二是预闻公事的公民权（或参政权）。这些问题一经确定下来，便步入宪政，而且宪政所赖以维持而运用者，还靠此精神”。“这种精神，实在是宪政的灵魂。但中国自 1911 年革命后，徒袭有西洋制度之外形，而大多数人民的根本精神却不能与之相应。”②

由此，梁漱溟对于宪政问题的态度有了很大的转变，“以前认宪政为救急仙方，今则知其为最后成果了”，“宪政可以为远图而非所谓急务”③，甚至认为“中国此刻尚不到有宪法成功的时候”。“所谓宪法大抵为一新政治构造之表见。政治构造依于社会构造为其一层一面。果其有宪法之成功也，则是中国新社会之构造，已大体形成。”“制宪非急务，果有心乎制宪，且先从事乡村建设运动”，即“养成新生活习惯，新礼俗，以建立中国新社会的组织构造”，等等。④

曾经担任东吴大学法学院院长、1948 年被海牙国际法院评为世界 50 位杰出法学家之一的杨兆龙先生（1904—1979）持类似的观点。他认为，所谓宪政（Constitutional Government）是与纸面上的宪法（Constitutional Law）有区别的。前者是实际政治受宪法的抽象原则支配的结果，或宪法的抽象原则在实际政治上的具体化，可谓“在实际政治上已发生作用的宪法”（Constitutional Law in Action）；后者只是一些与实际政治尚未发生关系的抽象原

---

① 梁漱溟：《宪政建筑在什么上面?》，《大公报》（重庆）1944 年 5 月 1 日，详见中国文化书院学术委员会编：《梁漱溟全集》第 6 卷，山东人民出版社 1993 年版，第 463—468 页。

② 梁漱溟：《谈中国宪政问题》，《民宪》（重庆）1944 年第 1 卷第 2 期，详见中国文化书院学术委员会编：《梁漱溟全集》第 6 卷，第 491、492 页。

③ 梁漱溟：《谈中国宪政问题》，见中国文化书院学术委员会编：《梁漱溟全集》第 6 卷，第 498 页。

④ 参见梁漱溟：《中国此刻尚不到有宪法成功的时候》，《大公报》（天津）1934 年 4 月 22 日，详见中国文化书院学术委员会编：《梁漱溟全集》第 5 卷，山东人民出版社 1992 年版，第 467、470 页。

则的总称，可谓“书本上的宪法”（Constitutional Law in Books）。前者是“活宪法”（Living Constitutional Law）；后者是“死宪法”（Dead Constitutional Law）。我们实施宪政，不仅要确立一套抽象的宪法原则，并且还要设法使这一套抽象的宪法原则由死的东西变成活的东西，由书本上的东西变成在实际政治上发生作用的东西。所以，“宪政的重心，不在宪法的本身，而在使宪法原则发生实际作用的方法”①。

杨兆龙认为，第一次世界大战以后，世界上有宪法的国家不少，但真正称得上“宪政”的国家只有很少的几个，而这几个国家的宪法并不怎么高明。例如，作为西方近代宪政运动的策源地的英国，其宪法的大部分至今仍未脱离不成文法的范畴，其内容及范围不确定，其效力并无特别保障。而美国的宪法虽然是成文的，但就内容及立法技术而论，也不及其他国家的宪法。那么，为什么只有英美等国实现了宪政呢？主要原因是“在英美等国，大家并没有把宪法形式的好坏与内容的繁简看得太重，而能够将大部分的精力用到如何使宪法的抽象原则在实际政治上发生作用，即如何使‘死宪法’变成‘活宪法’的问题上面去”②。

杨兆龙指出，中国过去几十年来宪政实际发展的进度何以如此慢？其主要原因就是：我们一向太偏重抽象的宪法原则，即“死宪法”，而没有把精力集中到“活宪法”的培养工作方面去。实施宪政的中心工作不是“制宪”，而是“宪法生命素”的培养。“重法的风气乃是法律的‘生命素’”，而“所谓‘重法’就是‘真心诚意’地奉行法律，也就是信仰法律而见之于实际行为的一种风气”。“宪法生命素”就是尊重和信仰宪法、笃信力行宪法规定或原则的风气，在生活行为上培养一种合乎宪法精神的习惯。③

三、张佛泉、胡适、萧公权等人关于“宪政随时可以开始”的学说

上世纪二三十年代北京大学政治系教授张佛泉（1907—1994）认为，自清末以来中国不能行宪政的重要原因是，国人对宪政有一种误解：“他们将

---

① 杨兆龙：《宪政之道》，1944年5月《中华法学杂志》第3卷第5期，详见《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，第43—44页。

② 杨兆龙：《宪政之道》，《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，第44页。

③ 参见杨兆龙：《宪政之道》，《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，第45、55、59页。

宪政看得太死板。他们所理想的宪政是硬化了的空洞理想。他们将这理想悬得高不可及，悬在我们生活之外。我们要想行宪政，我们须用几十年的功夫去准备，伸长了手去摸它。”梁启超主张的“开明专制”和“新民教育”、孙中山的“训政之说”以及梁漱溟的“乡村建设运动”，都属于此类，他们的“宪政概念一样是高悬在外，是死板的”。张佛泉认为，这样的宪政观念根本是错了，宪政“它应是个活的生活过程，决不是个死的概念”。“宪政随时随处都可以起始。有了一点宪政力量，便容它发挥出来；再有多的，再容它发挥出来。”他主张，“宪政要从少数有政治能力的人做起。”①

现代著名学者、新文化运动的领袖之一胡适（1891—1962）同样认为，“民主宪政不是什么高不可及的理想目标，只不过是一种过程”，“宪政随时随处都可以开始，开始时不妨从小规模做起……从幼稚园做起，逐渐升学上去。”②他指出，宪政是“可以学得到的一种政治生活的习惯”，唯一的学习方法就是实地参加这种生活，“宪政的学习方法就是实行宪政”，这就如同学游泳必须下水，打网球必须上场一样。但千里之行，始于足下，“这个下学而上达的程序是不能免的”。胡适主张，宪政“先从有限制的选举权下手，从受过小学教育一年以上的公民下手，跟着教育的普及，逐渐做到政权的普及”，同时“现在需要的宪法是一种易知易行而且字字句句都可实行的宪法。”③

现代著名政治学家、曾任燕京和清华等大学教授的萧公权（1897—1981）基本上赞同张佛泉、胡适的观点，认为“宪政是一种政治的生活方式，并不是高远玄虚的理想”，宪政随时可以开始，“除实行宪政外，别无其他训练宪政能力的方法”，认为梁漱溟等先生的错误“只在不知道于实行宪政中求宪政之进步”，同时他主张：(1)“宪政随时可以开始，但比较完善宪政的实现需要经过相当时日的推广与进步”；(2)“由低度宪政到高度宪政实行的过程，在实质上包含一个学习的（也可以说教育的）过程，而且学习的过程和实行的过程融为一片，不容分割为先后的段落”，不能把“预备宪政”

---

① 张佛泉：《我们究竟要什么样的宪法?》，1937 年 5 月 30 日《独立评论》第 236 号，详见张忠栋等主编：《民主·宪政·法治》上，台北唐山出版社 2001 年版，第 91—96 页。

② 胡适：《再谈谈宪政》，原载 1937 年 5 月 30 日《独立评论》第 236 号，转引自王人博：《宪政文化与近代中国》，第 497 页。

③ 胡适：《我们能行的宪政与宪法》，原载 1937 年 7 月 11 日《独立评论》第 242 号，详见张忠栋等主编：《民主·宪政·法治》上，第 687—688 页。

和“实行宪政”打成两截；(3)“宪政是过程也是目标，而目标即是过程的一部分”，由幼稚园的宪政“逐渐升学上去”是过程，大学的宪政是目标，“从少数有政治能力的人做起”是过程，养成多数人的“民治气质”以达到“全民”“普选”是目标，而“要实现较圆满的宪政，只有从较幼稚的宪政做起”①。

值得注意的是，萧公权还强调：“实行宪政固然可以（并且应当）随时起始，而培养民治气质的教育也应当时刻注重。”“幼稚园的宪政也应当有最低限度的条件。读书识字便是其中之一。此外还有两个极端重要的条件：（一）一般的人民有尊重法律的习惯，（二）一般的人民其依法发表政见并服从多数的习惯。”②

四、两种立宪主义学说的共识

上述两种立宪主义学说，在表面上有很大的不同：一种认为宪政是最后的成果和结果，另一种主张宪政随时可以开始，但在实质上它们也有共同之处：“他们都认同中国最后将以实现真正的宪政为归宿”③，而且他们都重视尊宪守法习惯的培养，例如，梁漱溟主张“养成新生活习惯，新礼俗”；杨兆龙强调“宪法生命素”（即“合乎宪法精神的习惯”）的培养；萧公权强调“人民有尊重法律的习惯”和“依法发表政见并服从多数的习惯”。张佛泉、胡适同样也主张尊宪守法习惯的培养。张佛泉曾说：“几年来我曾屡次为文，指出我们应该努力养成一种民治的精神、气质”④；胡适曾经指出：“制宪之先，政府应该要在事实上表示守法的榜样，养成守法的习惯，间接的养成人民信任的心理，这才是宪政的预备。宪政的预备不在雇人起草，不在征求讨论，而在实行法律”，“总而言之，制宪不如守法。守法是制宪事业的真正准备工作。”⑤

同时，近代立宪主义学者还清醒地认识到，尊重宪法、信仰宪法、遵守

---

① 萧公权：《宪政的条件》，原载1937年6月13日《独立评论》第238号，详见萧公权：《宪政与民主》，第26—27页。

② 萧公权：《宪政的条件》，详见萧公权：《宪政与民主》，第27、28页。

③ 许章润：《抗战前后的两种宪法观》，《二十一世纪》1998年6月号，详见许章润：《说法 活法 立法》，中国法制出版社2000年版，第102页。

④ 张佛泉：《我们究竟要什么样的宪法?》，见张忠栋等主编：《民主·宪政·法治》上，第93页。

⑤ 胡适：《制宪不如守法》，《独立评论》第50号（1933年5月14日），详见何勤华等主编：《民国法学论文精萃》（第2卷·宪政法律篇），第307页。

宪法、维护宪法的风气和习惯这种“宪法生命素”的培养不是一日之功，而是一项长期的工作，不能急于求成，要作长远打算，但同时又强调对宪政的实现要有信心。比如，杨兆龙先生明确指出：“宪法既容易为一般人所忽视；尊重宪法的风气便比较难以树立，而宪法的原则便常会失效或变质。所以要推行宪政，在政府及社会方面特别要有一批领导分子以身作则，引起一般人的重视与信仰，而在生活行动上造成一种合乎宪法精神的习惯。”“宪法生命素”的培养，“虽非一朝一夕可以做到，然而决非不能成为事实。只要大家看清楚宪政的实际性质而真心诚意以赴之，避免空言，崇尚实践，不取巧，不畏难，在上者以身作则，在下者因化成俗，则宪政的实现，是中华民族很有把握的事情。”“我们很希望拥护宪政运动的人今后能从根本处着眼……多做一点准备工作，先奠定宪政精神基础！”①

近代立宪主义学说强调宪政的重心不在于制宪，而在于尊宪守法习惯的培养，不在于“死宪法”的制定，而在于“活宪法”的培养，这一立宪主义学说在修宪机关动辄修宪、宪法学者们也大谈修宪的今天，不能不让我们深思！

第三节　“立宪主义”概念在当代中国的发展

一、“立宪主义”概念的重新出现与发展

1949 年新中国成立后，特别是“文革”期间，由于众所周知的原因，长期以来宪法学的研究不受重视，甚至完全停止。在相当一段时期内，我国没有宪法学说，当然也不存在宪法学说史以及宪法学说范畴史，不会有“立宪主义”的学说范畴史。

值得高兴的是，1978 年改革开放之后，特别是 1982 年宪法颁布以后，我国的宪法学研究开始恢复。“立宪主义”这一概念也在新中国的宪法学说史中再次出现。这一概念首先重新出现在译文之中。张启新所摘译的日本《法律学家》1982 年 5 月号上的《国际宪法协会》一文，发表在《国外社会

---

① 杨兆龙：《宪政之道》，《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，第 59、60 页。

科学文摘》1982 年第 11 期上[①]，东北师范大学外研所王业华翻译的日本东京大学出版会所编的《政治学入门》一书中的一部分《政治社会和政治制度》，刊登在《延边大学学报（社会科学版）》1983 年第 1 期上。[②]这两篇译文在新中国建立后首先使用了“立宪主义”一词。当然，可以说在翻译中使用“立宪主义”这一个概念是受日文的影响，因为日文中的“立宪主义”使用的就是汉字“立宪主义”。

值得指出的是，在新中国的宪法学说史上，第一位系统地使用“立宪主义”概念进行宪法学研究的学者，是韩大元教授。他从上个世纪 90 年代初开始对“立宪主义”进行专门研究，并发表了一系列的论文。他撰写的论文《日本近代立宪主义产生的源流——以明治宪法制定过程中的文化冲突为中心》，发表在《比较法研究》1992 年第 2、3 期合刊上；论文《亚洲立宪主义：发展与源流》，发表在《法学家》1993 年第 1 期；论文《市场经济与中国特色立宪主义走向》，发表在《法学家》1994 年第 6 期；论文《立宪主义与经济发展——亚洲的经验》，发表在《法制与社会发展》1995 年第 1 期；论文《亚洲立宪主义概念初探》，发表在《法律科学》1995 年第 4 期；论文《略论立宪主义社会效果的评价》，发表在《法学评论》1995 年第 6 期。而且，1996 年 11 月，韩大元教授在中国人民公安大学出版社出版了其专著《亚洲立宪主义研究》，该书是在他的同名博士论文（1994 年 6 月答辩通过）的基础上撰写而成的。《亚洲立宪主义研究》一书的第二版又于 2008 年 4 月由中国人民公安大学出版社出版。

自 1992 年韩大元教授开始使用“立宪主义”概念以后，这一概念在我国法学界特别是宪法学界的使用逐渐多起来了。在“中国期刊全文数据库”中，笔者以“立宪主义”为关键词进行检索，1992 年 1 月至 2011 年 4 月间共有 170 篇论文（其中 2000—2011 年间达 147 篇），而 1911 年至 1991 年总共只有 3 篇。以“立宪主义”为篇名进行检索，1992—2011 年间也有 54 篇论文（其中 2000—2011 年间达 44 篇），而 1911 年至 1991 年总共仅有 1 篇。同时，以“立宪主义”为题（或者题目中有“立宪主义”一词）的著作也出

---

① 详见《国际宪法协会》，张启新译、钱君华校，《国外社会科学文摘》1982 年第 11 期。

② 详见东京大学出版会编：《政治社会和政治制度》，王业华译，《延边大学学报（社会科学版）》1983 年第 1 期。

现了多部。[①]相对于新中国成立后长期以来的研究空白，上述数据显然表明“立宪主义”概念已经开始并且越来越受到学者们的重视，“立宪主义”概念的使用在逐渐增多，对于“立宪主义”的研究在增多，“立宪主义”这一概念在我国宪法学界开始普及，“立宪主义”这一概念已经成为我国宪法学的一个基本范畴。

二、立宪主义的含义

对于什么是立宪主义，直到 1995 年仍有学者强调立宪主义的阶级性，认为立宪主义是近代资产阶级民主政治的一种主张。由选举产生代议机构，制定宪法，实行立宪制度。一切国家机关的权力和公民的权利义务，都应以宪法作为准则，以防止任何机关，特别是行政机关和个人对权力的滥用。它在欧洲资产阶级革命时期，由资产阶级代表人物反对君主专制，建立资产阶级民主共和国时，具有一定的进步意义。[②]

可喜的是，韩大元教授等大多数学者在立宪主义的界定上坚持立宪主义的普世价值，认为立宪主义是依宪法治理国家的一种政治原理，是依宪法制约国家权力和保障人权的原理。[③]陈弘毅教授强调，立宪主义（constitutionalism）是一种关于人类社会应如何组织国家及其政治生活的规范性思想，其精髓在于以宪法和法律来规范政府的产生、更替及其权力的行使，藉以防止人民的人权受到政权的侵害，并进而确保政权的行使能符合人民的利益。[④]刘守刚博士也持类似的观点，认为立宪主义就是以宪法或一系列法律（超出

---

① 除 1996 年韩大元教授出版了专著《亚洲立宪主义研究》（2008 年《亚洲立宪主义研究》第二版在中国人民公安大学出版社出版）之外，相关著作还有：刘守刚《西方立宪主义的历史基础》（山东人民出版社 2005 年版），朱孔武《财政立宪主义研究》（法律出版社 2006 年版），刘志刚《立宪主义视野下的公法问题》（上海三联书店 2006 年版）；王守田《立宪主义的源流和发展》（知识产权出版社 2007 年版），朱海波《论现代立宪主义的文化基础——理性主义与自然法哲学》（法律出版社 2008 年版），桂宏诚《中国立宪主义的思想根基：道德、民主与法治》（社会科学文献出版社 2009 年版），以及刘志刚《立宪主义语境下宪法与民法的关系》（复旦大学出版社 2009 年版）等。

② 参见许崇德主编：《中华法学大辞典：宪法学卷》，中国检察出版社 1995 年版，第 332 页。

③ 参见韩大元：《市场经济与中国特色立宪主义走向》，《法学家》1994 年第 6 期；韩大元：《亚洲立宪主义概念初探》，《法律科学》1995 年第 4 期；韩大元：《亚洲立宪主义研究》，第 1、2 页；韩大元：《亚洲立宪主义研究》第 2 版，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 2 页。

④ 参见陈弘毅：《论立宪主义》，陈弘毅：《法理学的世界》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 108 页。

政府任意修改能力之外）来有效约束政府强制性权力、保障人权这种观念。[①]

三、立宪主义与立宪

关于立宪主义与立宪的关系，一般认为二者有密切的联系，但又有很大的区别，立宪主义不等同于立宪。比如，韩大元教授认为，立宪主要是指制定宪法，而且后发国家制定的宪法可能仅仅是装饰性宪法或者名义性宪法，建立“立宪独裁”（固然，即使存在“装饰性”宪法的国家仍可存在着一定形式的立宪主义哲学）。立宪主义虽以立宪为条件，但它本身又高于立宪价值。立宪主义并非仅指立宪活动，其价值在于反映和实现宪法精神。从立宪到立宪主义并不是一个自发的演变过程，它需要一种普世性原理的概括和提炼。[②]也就是说，立宪并不一定反映和体现制约权力和保障人权的立宪主义原理。“有宪法并不一定有立宪主义局面。因为，历史上曾经存在过的一些宪法，虽具有成文宪法的形式，但宪法本身并没有自觉而全面地反映人权的理念。因此，实际上难以在社会生活中得到实施，更谈不上立宪主义原理的实现。”[③]这种“没有全面地反映人权的基本价值”的立宪和宪法，甚至在“实际上成为反立宪主义的代名词”[④]。

四、立宪主义与立宪思想

韩大元教授认为，立宪思想通常表现为围绕立宪而出现的各种主张与观点，为制宪活动提供思想与理论基础，立宪思想有时反映“在国家中占统治地位的阶级在各个历史时期的根本利益和愿望”[⑤]。尤其是，制宪者本人的立宪思想对立宪主义的实现会产生非常重要的影响。在研究立宪主义历史

---

① 参见刘守刚：《西方立宪主义的历史基础》，山东人民出版社 2005 年版，第 44 页。该学者又认为，“立宪主义”一词，既可以理解为一种制度（在这个意义上多用宪政制度一词），也可以理解为一种系统的理论，主要指的是有关宪政制度的系统理论。参见刘守刚：《20 世纪西方立宪主义之曲折与回归》，见何勤华主编：《20 世纪西方宪政的发展及其变革》，法律出版社 2005 年版，第 47 页。

② 参见韩大元：《亚洲立宪主义研究》，第 2、10、11 页；韩大元：《亚洲立宪主义研究》第 2 版，第 2、16、17 页。

③ 韩大元：《亚洲立宪主义研究》，第 10 页。

④ 韩大元主编：《比较宪法学》，高等教育出版社 2003 年版，第 28 页；韩大元、林来梵、郑贤君：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 56 页；韩大元：《宪法学基础理论》，第 51 页。

⑤ 孔令望：《略论立宪思想》，《法学》1988 年第 3 期。

时，有必要对初期立宪思想做一些考察，从思想背景中挖掘立宪主义的内容。[①]也就是说，学者们已经认识到立宪思想未必与强调制约权力和保障人权的立宪主义原理相符，包含立宪主义的内容。

五、立宪主义与宪政

国内有一些宪法学者把宪政与立宪主义视为一回事，将它们看作是英文constitutionalism的不同翻译，认为宪政（constitutionalism）也称“立宪政体”、“立宪主义”[②]。但值得注意的是，现在有越来越多的学者开始认识到立宪主义与宪政的区别，而且二者的英文也是不同的：立宪主义为constitutionalism，而宪政是constitutional government。[③]

韩大元教授认为，宪政（constitution government）一词源于西方，从英文的含义而言是指以宪法为依据的民主形式，就其实质而言是体现“有限政府”的制度或理想。有时，宪政又表现为宪治（the rule of constitution），指宪政秩序的状态。宪政有时还表现为“民族及国家基础的生活秩序”(Politische verfassung)。无论是宪政秩序，还是生活秩序，宪政的实现需要一种原理的指导，也就是说，有条不紊的宪法秩序，乃是一种原理的具体化和展现，这种原理源于立宪主义的思想与价值。所以，宪政与立宪主义在内容方面有许多相似之处。但就其活动形式和功能而言，两者又有所不同。宪政更强调宪法精神实现过程的制度与宪法秩序，通常指一种运用立宪主义宪法的国家政治形态，即宪法国家（Verfassungsstaat）。而立宪主义主要强调指导宪法实施的各种原理，即反映分权、人权与民主的因素。因此，从原理论的角度看，立宪主义概念概括了宪法形成与运行的全过程，即创立、实施、实现宪法精神的总过程的概括。[④]

---

① 参见韩大元：《亚洲立宪主义研究》，第11页；韩大元：《亚洲立宪主义研究》第2版，第17页。

② 例如，周叶中主编：《宪法》，第176页；胡肖华、肖北庚主编：《宪法学》，湖南人民出版社、湖南大学出版社2001年版，第34页等。

③ 杨兆龙先生早在上个世纪40年代就将宪政与英文Constitutional Government对应（参见杨兆龙：《宪政之道》，《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，第44页），而不是对应于英文Constitutionalism，这对于通常把Constitutionalism翻译为“宪政”的当下中国宪法学界有很大的启示，有助于我们理解立宪主义（Constitutionalism）的范畴。

④ 参见韩大元：《亚洲立宪主义研究》，第12—13页；韩大元：《简论宪政概念的宪法学说史意义》，《法学》2008年第3期。

许崇德教授认为，宪政（constitutional government）与立宪主义（constitutionalism）是两个既相区别又相重叠的概念。宪政是国家治理的方式、状态，也是一种政体或者政治制度。立宪主义则是一种主张、学说，是争取实现民主政治理想的一种理论；但当立宪主义被理解为现存的制度的时候，它又可以是同宪政的概念相重叠。①

朱福惠教授认为，将立宪主义定位在保障人权和制约政府权力的原理上是比较科学的，宪政是指宪法实施的结果，而立宪主义则是一种宪法法理，即依据这种法理来制定宪法并实施宪法。②

六、立宪主义与宪政主义

杜钢建教授认为，Constitutionalism 一词传入中国后有多种译法，“立宪主义”、“宪法主义”、“宪政主义”是从不同角度对同一词的不同译法。③

对于宪法主义与立宪主义，韩大元教授认为，宪法主义与立宪主义都是依照宪法治理社会生活的原理，但宪法主义这一原理或原则中通常不涉及它所依据的宪法本身的正当性或价值判断问题，而立宪主义所依据的宪法通常是保障人权与权力分立的宪法，以满足宪法实施的前提条件。因此，把宪法主义与立宪主义等同是不妥当的。④

值得关注的是，在学界通常与“立宪主义”混用的“宪政主义”概念⑤的使用也越来越多。在“中国期刊全文数据库”中，笔者以“宪政主义”为

---

① 参见许崇德：《浅谈宪政》，见北京市法学会宪法学研究会编：《宪法论坛》第 2 卷，中国民航出版社 2006 年版，第 12 页。

② 参见朱福惠：《立宪主义宪法规范的法理诠释——兼论中国宪法规范的特殊性》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2006 年第 3 期。

③ 参见杜钢建：《新宪政主义与政治体制改革》，《浙江学刊》1993 年第 1 期。来自我国台湾地区的桂宏诚博士也指出了这一点，当前中文对 constitutionalism 有“宪政”或“宪政主义”或“立宪主义”等译名。参见桂宏诚：《中国立宪主义的思想根基：道德、民主与法治》，第 36 页。

④ 参见韩大元：《亚洲立宪主义研究》，第 14 页。

⑤ 据笔者在“中国期刊全文数据库”上检索，郁景祖在《当代世界社会主义问题》1986 年第 2 期上发表的《阿拉伯社会主义的主要理论及渊源》一文是新中国成立后首次使用“宪政主义”概念的。随后，周为青在《上海社会科学院学术季刊》1989 年第 1 期发表的论文《中外宪法学若干基本命题的内在矛盾》、陈端洪在《比较法研究》1992 年第 4 期上发表的论文《宪政初论》、杜钢建在《浙江学刊》1993 年第 1 期上发表的论文《新宪政主义与政治体制改革》，先后使用“宪政主义”概念之后（比如陈端洪在《宪政初论》一文中认为，“宪政主义意味着在政府与公民的关系中对政府进行法律限制，在被治者的权利与自由和政府的有效运作间谋求微妙的平衡”），使用“宪政主义”概念的宪法学者逐渐多了起来。

关键词进行检索，1992 年 1 月至 2011 年 4 月间共有 262 篇论文（其中 2000—2011 年间达 251 篇），比同期以“立宪主义”为关键词的论文 170 篇要多。以“宪政主义”为篇名进行检索，1992—2011 年间也有 56 篇论文（其中 2000—2011 年间达 55 篇），与同期以“立宪主义”为关键词的论文 54 篇相当。同时，学界也出版了以“宪政主义”为题的著作。[①]可以说，“立宪主义”、“宪政主义”这两个范畴的开始使用和发展几乎是同步进行的，这是因为二者属于同一个问题，甚至可以将二者视为同一范畴，在很大程度上它们只是英文 constitutionalism 的不同翻译，因而许多学者将二者通用。目前看来，这两个概念在我国宪法学界的使用呈现出并驾齐驱的趋势。

也有学者认为，尽管 constitutionalism 可以翻译为“宪政”、“宪政主义”或“立宪主义”，但在使用“立宪主义”时，“语境”上所要凸显的实在意义便包括存在着一部成文宪法，在使用“宪政”或“宪政主义”时，则与宪法成文与否无关。[②]

韩大元教授认为，英语 Constitutionalism 的主要译法有宪政主义、宪制主义、宪法主义、立宪主义、立宪政治、宪政、议会中心主义、责任政治等，这几种译法实际上反映了不同时期、不同历史阶段人们对宪法和立宪主义概念的认识程度。就 Constitutionalism 原意来说，立宪主义与宪政主义的译法相对来说更接近一些，而其中立宪主义的译法相对准确一些。因为，立宪主义是依宪法制约国家权力和保障人权的政治原理，在制宪、行宪与修宪等不同环节上起着价值引导和原理的指导作用，其中制宪是立宪主义运行的基础与前提，没有制宪活动，难以形成行宪的过程。宪政主义也十分接近 Constitutionalism 的意义，有时可与立宪主义通用，就其内容本身而言没有实质性的区别。他表示，他采用立宪主义一词的主要根据在于：立宪主义提法遵循了立宪与行宪的一体性原则，能够准确反映“宪法所负载的历史经验”，在宪法原理体系中是约定俗成的词汇。另外，国际宪法协会组织的学术讨论会正式使用的词汇也是立宪主义。[③]

---

① 例如，王炎编：《宪政主义与现代国家》，生活·读书·新知三联书店 2003 年版；王怡：《宪政主义：观念与制度的转捩》，山东人民出版社 2006 年版；等。

② 参见桂宏诚：《中国立宪主义的思想根基：道德、民主与法治》，第 81 页。

③ 参见韩大元：《亚洲立宪主义研究》，第 2 页。

第九章

共和概念及其演变

“共和”作为一个重要的宪法学概念，对中国人来说并不陌生，因为我国的国名是“中华人民共和国”。从词源学的角度看，“共和”这个概念并不是舶来品。在我国古代的典籍中就曾出现过“共和”词汇。据《史记》记载，公元前 841 年，西周镐京的“国人”因不堪厉王的暴政，举行暴动。厉王被逐于彘（今山西霍县），“由召公、周公二相行政。号曰共和”[①]。就这段记载来看，我国历史上的“共和”乃是一种政治安排，其所表达的是一种由贵族分享国家权力的统治方式。这种意义上的“共和”和我们今天所说的“共和”完全是两码事。今人所言之共和是从西方引介的概念，具有宪政的意涵，其与自由、平等、民主和法治一样具有同等的价值。

第一节　共和思想的源与流

一、古典共和思想

在西方传统的政治理论中，“共和”通常是在国家体制形式的意义上使用的。如亚里士多德在《政治学》中将政体分为君主制、贵族制和共和制三种。他认为政体以一人为统治者，凡能照顾全邦人民利益的，通常就称为君

① 关于“共和”还有另一种说法，据《竹书纪年》记载，厉王被放逐后，共伯和受诸侯爱戴，代行王政，号“共和”。按照此说，“共和”只是西周以统治者的名字命名的一个年号，与作为政体形式的“共和”并无任何联系。

主制；凡政体以少数人为统治者，为贵族制；凡政体以群众为统治者而能照顾到全邦人民公益的，为共和制。[①] 近代以来的学者大多以国家元首产生方式不同来区分君主制和共和制。一般认为，如果国家元首为世袭的，则称为君主制；如果国家元首由直接或间接的民主选举产生的，则称为共和制。到20世纪后半叶，在世界192个国家中有145个国家实行了共和制。从历史角度考察，共和制国家的历史以近代资产阶级革命时期为分界线，大致可以分为两个时期，其中，在这之前的时期为古典共和制时期。这一时期，涌现了很多关注共和国命运的思想家，如亚里士多德、西塞罗、普利比乌斯、马基雅维利、哈林顿和卢梭等人，他们的思想被称为“古典[②]共和主义”。所谓共和主义，用概念分析的方法是很难加以定义的，只能笼统地说，是关于共和制国家的理论。因为“共和主义的政治观相互之间有实质性的差别；并没有一种能够被称作共和主义的统一观点”[③]。因此，我们只能从共和主义者的学说之间找到一组共同的原则或主张。

（一）制衡

谈到“制衡”，马上会想到亚里士多德在《政治学》中有关职能分立的论述。他认为在一切政体中都有三个要素，其一是议事职能部分，它主要考虑城邦的一般公务；其二为行政职能部分；其三为审判（司法）职能部分。[④] 这段话被许多学者认为是“分权”的论述。然而，正如有的评论家所说的，“这种解释是站不住脚的。亚里士多德在这里只不过是认识到了甚至

---

① 参见［古希腊］亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆2006年版，第35页。

② 借用波考克（J. G. A. Pocock）在《古典时期以降的公民理想》中所使用的“古典”含义，本书所谓之“古典”具有双重意义：首先，指它对我们具有某种权威。“这种权威源于已经以持久的、经典的形式所表达的‘理想’”（波考克：《古典时期以降的公民理想》，吴冠军译，刘擎校，原载《知识分子论丛》之二《共和、社群与公民》，江苏人民出版社2004年版，第30页）；其次，“古典”是指一个历史时期。通常认为“古典”时期是指地中海的古代文明，尤其是公元前5世纪、4世纪的雅典和从公元前3世纪至公元1世纪的罗马。关于共和主义传统的起源，学界有争论。一些人倾向于认为其起源于古罗马，而卢梭则坚持主张它起源于斯巴达，黑格尔和当代的一些学者则认为共和主义传统可以追溯到更早的雅典。本书倾向起源于雅典的观点。共和主义在罗马共和国之后，在中世纪文艺复兴时期的意大利城邦中，最为典型的是威尼斯得以复兴。威尼斯共和国的政府形式和近代资产阶级革命后普遍建立的共和国政府形式有很大的差异，因此，我们把近代资产阶级共和政体建立之前一段时期的理论也作为古典共和主义理论。

③ ［美］凯斯·森斯坦：《超越共和主义复兴》，应奇、刘训练译，见应奇、刘训练编：《公民共和主义》，东方出版社2006年版，第282页。

④ ［古希腊］亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，第96页。

对没有像他那样从事分类工作的任何人都显而易见的东西：所有有序的统治都是由立法职能、行政职能、司法职能构成的。他并不认为这三种职能应该体现于不同的机构之中，更不用说通过这三种职能的相互作用和相互依赖就能起到控制权力的作用了。”① 有职能分立不一定有制衡，但共和国的政体中的确有制衡的因素。“制衡”构成共和政体的一个要素，主要因为在共和国的政治制度体系中引入了“对抗原则”。如罗马共和国的政治机构包括元老院、执政官等各种行政官员以及公民大会。元老院是顾问机构，但其“建议”具有重要作用，有时甚至起决定作用；最高行政官由两名执政官组成，其由选举产生。其中任何一人的决策都可能遭到另一名执政官或保民官的否决；保民官拥有否决行政官员对公民进行惩罚的权力，甚至拥有对违反平民利益的公民大会的法案和元老院的法令进行否决的权威。但就其地位来讲，其只不过是普通的行政官员；公民大会是立法机关。通过这样的安排，国家的至上权力被分散到各种不同的机构中，从而防止了任何人企图把权力扩张到主宰者地位的危险。

不过，不同于近代以来的自由主义者把权力分立、法治等作为形成制衡的要素，普利比乌斯、西塞罗等古典共和主义者是通过讨论什么是良好的政府形式这样的问题，来展开他们心目中制衡图景的。普利比乌斯认为君主制、贵族制和民主制，任何一种单纯的政府体系都不会永久存在，唯有混合政府是最稳定的，因为与其他政体相比，混合政府能够抵抗衰退。普利比乌斯考察了斯巴达克，他认为莱克格斯整合了最佳政府的所有优点和特征，以便使没有一种因素变得过于强大，因为每种权力都受到其他权力的抵抗。通过这种方式，他使斯巴达克的政治体系长期保持平衡状态。普利比乌斯认为在罗马共和国中，三种政府因素都可以找到：元老院是贵族因素，公民大会是民主因素，执政官是君主因素。三者是平等、和谐、平衡的，这样就使共和国建立了最好的政治秩序。有学者断定，15世纪和16世纪的共和主义理论家们都是混合政府学说的支持者，“他们捍卫混合政府的理由是，它在共和国的制度框架内为各个社会集团提供了广阔的空间，并保证最高权力的各个方面（立法、商议和管理）得以恰当地

① ［美］斯科特·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，第86页。

执行”①。

（二）公共优先

“共和国”一词来源于拉丁文中的 rus—publica，意为公共事务或公共利益。因此，“共和国并不是什么特殊的政府体制。它完全体现了政府应当据以建立与行使的宗旨、理由和目标”②。共和国就是一个促进公共利益、共同财富和共同事业的国家。古典共和主义者当然并不否认个人的权利和自由，甚至认为政府负有保护个人权利的责任。西塞罗在《论义务》中就谈到，促使个人放弃天然自由组成政治社会的动机是安享财产的欲望，国家的任务是保护个人的生命、财产和自由。

第一，把个人权利的实现同特定的公民身份联系在一起。在《政治学》中，亚里士多德把“公民”（polites）界定为一个既实行统治，同时又是被统治的人。也即，公民同时具有主动制定法律和被动服从其他公民所制定法律的特质。亚里士多德提出这个命题的前提条件是他对公与私、城邦与家庭进行了区分。他认为一个人要有资格成为公民，他必须是一家之主；在家庭中，奴隶和女人的劳动满足他的需要，使他能有闲暇时间自由地与其他同等的人投身于城邦事务。因此，在他看来，一个理想公民应当将公共利益或公共善（public good）置于私利之上。虽然亚里士多德并不否定私人偏好，但他坚持认为公共领域比私人领域更重要，因为人只有在公共领域中，才能发挥最高能力。基于此，亚里士多德认为只有自由的、具有理性讨论公共利益能力的人才适合成为公民。马基雅维利在《李维史论》中也认为，自由只有通过公共生活以公共利益为导向的政体中的成员身份才能获得。因此，无论在雅典，还是在罗马共和国，能够享有参与公共事务权利的只能是少数人。

第二，强调法律对个人自由不构成限制，认为个人自由寓于国家自由之中。在个人自由和国家法律的关系上，霍布斯和边沁主张法律本身就是对自由的一种威胁。霍布斯认为臣民的自由只有在主权者未对其行为加以规定的事物中存在；边沁也声称：所有强制性的法律，尤其是所有旨在创造自由的

---

① ［意］莫里奇奥·维罗里：《共和主义的复兴及其局限》，刘训练译，见应奇、刘训练编：《公民共和主义》，第 156 页。

② ［美］潘恩：《潘恩选集》，马清槐等译，商务印书馆 1982 年版，第 243—244 页。

法律，都将尽可能地取消自由；而詹姆斯·哈林顿则主张法律是由全体平民制定的，目的只是保护每一个平民的自由（否则的话，就是他们咎由自取了）。通过这个办法，个人的自由变成了共和国的自由。[①] 因此，共和国是一个“法律的帝国，而不是人的帝国”。

第三，在公共利益和个人利益发生冲突时，强调公共利益至上。卢梭在《社会契约论》中指出：“我们每个人都以其全部力量共同置于公意的最高指导之下，公意永远是公正的，而且永远以公共利益为依归。”[②] 因此，一旦主权者要求一个公民为国家服务，就应该立即去做。因为“主权者既然由组成主权者的各个人所构成，所以主权者就没有、而且也不可能有与他们的利益相反的任何利益”[③]。

由于古典共和思想强调公共领域而轻视私人领域、重集体利益而轻个体利益，个人的福祉永远要对公共善让步，因此有学者认为，这样的公民理想可能会造成独裁的合法性，正如凯斯·桑斯坦所评价的：“共和主义对于私人利益服从公共利益的信念具有一种专制主义的、甚至是神秘主义的危险”[④]。“事实上所有当代形式的多数独裁都会利用这种强调公共精神的公民观，在这些政权中所谓‘好公民’是指那些放弃一般道德考虑，完全接受权威所认定的公共善的人。”[⑤]

（三）公民美德

公民美德是古典共和主义的一项原则。在古典共和主义者看来，城邦或共同体代表了一种崇高的道德理想，其目标在于创造一种没有支配、人们能够彼此平等相待的共存形态。由于公民个人是城邦或共同体的一部分，城邦或共同体自由、平等地创造和维护依靠公民在积极参与政治事务时养成的良好的德行。因此，在古典共和主义者的观念中，公民美德是和城邦或共同体的事务紧密联系在一起的。亚里士多德强调：“所有的公民都应该有好公民

---

① 转引自［意］莫里奇奥·维罗里：《共和主义的复兴及其局限》，刘训练译，见应奇、刘训练编：《公民共和主义》，第158页。

② ［法］卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第35页。

③ ［法］卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第23页。

④ ［美］凯斯·桑斯坦：《超越共和主义复兴》，应奇、刘训练译，见应奇、刘训练编：《公民共和主义》，第276页。

⑤ 林火旺：《自由主义社会与公民道德》，《哲学与文化》第22卷（1995年12月）第12期。

的品德，只有这样，城邦才能成为最优秀的城邦”；而所谓“好公民的品德”就是“应该懂得作为统治者，怎样治理自由的人们，而作为自由人之一又须知道怎样接受他人的统治”①。西塞罗则认为：“品德的存在完全取决于对它的使用；而对它最高贵的使用便是治理国家”②。

公民美德具体说来，包括：（1）正义。在古典共和主义者看来，正义是共同的善，它是共和国建立的基础。正义体现着平等观念，所有公民都是平等的。（2）友谊。古典共和主义者认为，维系共和国的纽带是公民个人之间的公民情谊，其中每个人皆视他人为自由的伙伴，这种友谊可以消除权利主体之间的各种纷争。（3）爱国精神。孟德斯鸠曾经说过，热爱祖国的美德是共和政体的原则。在古典共和主义者们看来，爱国是一种基于公民身份经验的政治激情，它的鞭策力可以推动公民履行公民义务。西塞罗说：“为了我的同胞公民的安全，我愿意以个人的危险换取所有人的安宁生活……祖国并非仅仅为了使我们便利，给我们的现实一个安全的庇护所，为我们的安宁提供一个安静的隐居地；相反，她给予了我们这些有利条件，她就可以在她需要时使用我们的勇敢和才华中的更大和更重要的部分，留给我们个人使用的，仅仅是她的需要得到满足之后而可能留下来的那些。”③ 对他们来说，爱国就是热爱共和国。这里的“共和国”包括法律、风俗、习惯、政府、宪法，以及由此形成的生活方式。

（四）法治

法治是共和政体的一项原则。亚里士多德在《政治学》中专门讨论了法治与人治的关系，他认为，“凡是不凭感情因素治事的统治者总比感情用事的人们较为优良，法律恰是没有感情的。”④“法治应当优于一人之治。”⑤ 洛克认为：“谁握有国家的立法权或最高权力，谁就应该以既定的、向全国人民公布周知的、经常有效的法律，而不是以临时的命令来实行统治。”⑥ 卢梭则把是否实行法治作为判断共和国成立的标准，他说：“凡是实行法治的

---

① ［古希腊］亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，第30—31页。
② ［古罗马］西塞罗：《国家篇 法律篇》，沈叔平、苏力译，商务印书馆1999年版，第12页。
③ ［古罗马］西塞罗：《国家篇 法律篇》，沈叔平、苏力译，第17页。
④ ［古希腊］亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，第51页。
⑤ ［古希腊］亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，第53页。
⑥ ［英］洛克：《政府论》下篇，叶启芳、瞿菊农译，第80页。

国家——无论其形式如何——我都称之为共和国”①。

这里值得强调的一点，就是古典共和主义者强调的是依形式意义的法律之治。形式意义的法律是由立法者制定，而立法者往往被赋予无限权威，因而其并不是法律的拘束对象。卢梭即认为，人民作为“主权者除了立法权力之外便没有任何别的力量，所以只能依靠法律而行动”②。主权者在行使立法权的时候是否受到限制呢？卢梭认为除了它的命令必须以一种一般化的形式加以表达外，“并没有而且也不可能有任何一种根本法律是可以约束人民共同体的，哪怕是社会契约本身”③。

二、西方近代共和思想

近代以来西方国家的政府形式普遍采用的是共和政体，人们普遍认为这种政府形式是以自由主义为理论基础建立起来的。共和主义和自由主义是两种完全不同的理论形态，它们之间存在着相当的紧张关系，比如，在公共利益和私人利益发生冲突时，共和主义强调为了促进公共利益，可以轻视私人利益；而自由主义则把促进私人利益放在首位，甚至当做国家的目标。再比如，在公共领域和私人领域之间的关系上，共和主义强调私人领域从属于公共领域，主张公民要关心公共事务，要有参与公共事务的责任，在民主参与过程中进行所需要的政治德行的培育。与共和主义不同，自由主义强调政府的权威应局限于公共领域，非公共领域则属于个人自由的范围。每一个人可以自由追求其认为最适当的生活方式，只要不违反公共领域的规范，政府不得以任何理由干涉个人活动。公民可以不必关心政治，政府也不重视公民德行的培育等等。在此种情况下，一个很自然的问题是：古典共和思想能否为以自由主义为理论基础的共和制政府所兼容？

近些年来，人们研究发现，虽然共和主义和自由主义是两种截然不同的理论形态，但它们都是关于共和制政府的理论，它们之间存在着密切的学术关联性。就像意大利哲学家莫里奇奥·维罗里所指出的，自由主义政治理论借用了大量共和主义的原则，包括对一切形式的绝对权力的敌视、分权等。

---

① ［法］卢梭：《论人类不平等起源和基础》，李常山译，商务印书馆 1962 年版，第 53 页。

② ［法］卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第 114 页。

③ ［法］卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第 22 页。

他说："从历史的角度看，自由主义最强健的原则是从古典共和主义那里继承而来的，而由它自己构造的思想和思维方式却是其概念中最为薄弱的部分。"[①]本书同意维氏的观点，认为历史上自由主义对共和主义原则是具有继承性的，这表现在如下三个方面：

第一，在制衡方面。古典共和主义理论中已包含"制衡"的要素，但如前所述，这种"制衡"不是通过权力分立，而是通过将君主制、贵族制和民主制每种政府形式的所有优点都结合起来形成混合政府的形式来实现的。在古典共和主义者看来，"制衡"对共和政体的维护，相对来讲是次要的因素。他们认为好政府依赖于具有为"公共善"负责的公民的德行，保证共和国接受优秀的人的治理比让公民在一切公共事务决策中有发言权更为重要，因而柏拉图主张好政府的关键是选择最优秀的人作为统治者，而一旦其成为统治者，就不许对其进行控制。然而古典共和国的实践却表明，对公民美德的依赖会使共和国经常处在暴政和无政府状态之中。

鉴于此，近代自由主义者主张一个好的共和政府应该依靠制度的制衡，而不是依赖公民优良的美德；他们相信只要各种政治和社会制度的设计是最佳的，则公民的道德优劣与否则是次要的。麦迪逊反对柏拉图不许对选举的统治者进行控制的思想，认为"立法权、行政权和司法权置于同一人手中，不论是一个人、少数人或者许多人，不论是世袭的、自己任命的或选举的，均可公正地断定是虐政"[②]。他指出，"一个选举的专制政体并不是我们争取的政府"；我们所争取的政府不仅以自由的原则为基础，而且其权力也要在几个机构中划分并保持平衡，以致没有一种权力能超出其合法限度而不被其他权力有效地加以制止和限制。[③]针对孟德斯鸠提出的"一切有权力的人都容易滥用权力"问题，汉密尔顿等人给出的对策是"野心必须用野心来对抗"[④]，指出立法权、行政权和司法权不能集中在同一个人或机构之手，否则自由就不复存在。今天分权制衡已经成为共和政体进行制度设计应遵循的

---

① ［意］莫里奇奥·维罗里：《共和主义的复兴及其局限》，刘训练译，见应奇、刘训练编：《公民共和主义》，第158页。

② ［美］汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第246页。

③ 参见［美］汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，第254页。

④ ［美］汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，第264页。

一个基本原则，但其最早是受共和主义“制衡”学说的影响以及对古典共和国实践的反思。

第二，关于民主的形式。古典共和国，无论是雅典还是古罗马，实行的都是直接民主制，由那些具有公民身份的人参与城邦或共和国的事务。虽然共和国具有公民身份的人数较少，但雅典参加公民大会的法定人数就达6 000之多，实际有资格参加大会的人数要比这多得多。“在任何协商集团中都存在着基本的限制条件，它起源于这样一个事实，一次只能有一位演说者能够被倾听并得以理解。两个或多个人给同一个听众同时演讲，只会制造噪音，并引起混乱。”① “一次一个”规则，意味着随着组织规模扩大，组织中每一个成员表达自己思想的机会就将减少，而领袖人物的主导性将逐渐增加，最终导致民主安排让位于寡头政治。因此，在古典共和国，理论上每一个公民都有发言权，但实际上，在讨论中处于支配地位的，无一例外地属于较高社会阶层中的少数精英，“那里通常可看到一个演说家或一个手腕高明的政治家左右一切，好像独掌大权一样”②。因此，直接民主的共和政体规模只适合于小国寡民。

在以自由主义原则为基础的共和政体中，公民对政治的参与仍是共同体存在的正当性基础。但公民人数较古典共和国时期的人数大为增加，因为只要满足法律上规定的条件，任何人都可以具有公民资格。为了克服古典共和政体规模过小的弊端，自由主义的共和政府理论发明了代议民主机制以弥补直接民主的不足，即公民通过选举产生代表组成代议机关，由其代表人民行使立法权。这样，通过代议机制就使共和制能适用于幅员广大和人口众多的国家。由此可见，自由主义的共和制政府理论的代议制民主是在共和主义直接民主的基础上发展起来的，二者构成了现代民主的两种具体形式。

第三，关于法治。法治是共和政体的一项原则，很多古典共和主义者都是法治的倡导者。近代自由主义者同样强调法治，虽然其法治内涵与古典共和主义者讲的法治并非完全相同，例如古典共和主义者强调依形式意义的法

---

① ［美］文森特·奥斯特罗姆：《复合共和制的政治理论》，毛寿龙译，上海三联书店1999年版，第90页。

② ［美］汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，第298—299页。

律之治，而近代自由主义者强调依实质意义的法律之治；古典共和主义者强调立法者不受拘束，而近代自由主义者认为立法者应受具有最高规范效力的宪法约束，等等。但其基本理念是一致的，即共和国人们的行为要受法的支配，体现共同体意志的法的权威大于共同体成员个人的权威。

综上所述，自由主义的共和制政府理论并不是抛弃了共和主义思想而进行的创造，它继承、吸收了共和主义的一些有益成分，并在克服和修正古典共和主义理论弊病的基础上进行了理论上的完善。因此，从表面看，自由主义思想和共和主义思想存在着对立，但实质上，正如有学者指出的，这种对立“基本上可以说是一种虚假的对立”①。

三、西方当代共和思想

当代共和主义是20世纪60年代以来的现代西方学者在研究古典共和主义思想的基础上形成的社会思潮。在60年代之前相当长的一段时间内，西方的学者很少讨论共和思想，然而在60年代以后，情况发生了变化，很多西方学者开始转向对共和理论的研究。这一变化具有深刻的社会背景，主要有两个因素：第一个是从上世纪60年代起，美国等西方国家的公共生活出现了衰落现象，如公民缺少奉献精神、参与社会事务的动力减弱、公共道德缺失、个人意志极度膨胀以及精神空虚等。90年代后期，美国“公民复兴全国委员会”和“公民社会委员会”开展了对美国市民社会的研究。两个委员会的研究针对的是所谓的“美国进步的悖论”，即一方面，美国在世界上是无可争议的经济、军事和技术超强国家，另一方面，其社会病理之多在世界上也是位居前列。之后，“公民复兴全国委员会”发表了题为《旁观者的国家：公民不参与是如何削弱美国的及我们能够做什么》的报告，指出造成美国社会病理之多的主要原因是公民的不参与，因此应促进个人的公共活动，提升公民行为。“公民社会委员会”发表了题为《呼吁市民社会：为什么民主需要道德真理》的报告。报告的结论是：美国的公民性危机首先是哲学的和道德的问题。报告称，自我治理所不可缺少的品质是关于有人情味的人和良好生活本质的某些道德观念所产生的结果，当人们生存的道德基础遭

① ［美］凯斯·森斯坦：《超越共和主义复兴》，刘训练译，见应奇、刘训练编：《公民共和主义》，第299页。

到忽视时，留下来的就只有力量（power）一个字了。[①] 对于美国出现的这种现象，西方国家的一些有识之士认为这是自由主义极度发展所导致的必然结果。克服这些社会弊病，不是自由主义本身能够解决的。

第二个因素是全球化带来的一些影响。我们今天正生活在一个全球化的时代。全球化增加了属于不同国家和地区之间的人员、物质和信息之间的紧密联系、相互影响与相互依赖。正像前联合国秘书长安南所说："全球化的世界就像一艘小船…… 如果有人生病了，所有的人都会面临感染；如果有人愤怒了，其余的人很容易面临伤害。"[②] 在面临地球变暖、环境公害以及疾病威胁等全球性问题时，人类正在结成一个命运共同体。在这种情况下，个人基本权利的实现不能只寄托在限制、规范国家权力，也不能只寄托在主权国家履行尊重和保障的义务上。它要求在国家层面，各主权国家就影响公民权利的全球化问题共同协商和通力合作；而在主权国家内部，除了规范国家权力和国家善尽尊重、保护和实现公民权利的义务外，还需要人们培养负责任的情感，像对待个人权利和私人事务一样，对共同所面临的公共事务承担起责任。而自由主义排除公民个人的责任在其中所起的作用，这显然是不能适应全球化要求的。

面对时代提出的上述问题，西方一些政治学者和制度经济学者们开始试图用共和主义观念思考如何建构、完善制度，他们提出建设美好社会的目标不是靠掌权的少数精英就能够实现的，它需要全社会和每个人的共同努力。在所有研究共和主义的学说中，值得关注的是波考克（J. G. A. Pocock）和斯金纳（Quentin Skinner）两位学者的观点，他们研究的对象虽然都是古典共和主义政治自由，但是研究结论大相径庭。

波考克是引领共和思潮复兴的代表性史学家，他对文艺复兴时期的共和主义思潮以及其后对英国、美国革命的影响进行了开创性的历史分析。他的学术目的就是要表明在人类智识史上，除了自由主义的历史之外，还贯穿着共和主义的历史，前者的主题是法律和权利，而后者的主题则是依据德行来思考人格。在他的著作中，波考克同意本杰明·贡斯当等人关于共和主义政治自由观的通说，认为它是一种强调政治参与和公民德行的积极自由。他

---

① 参见任晓：《基金会与美国精神》，《美国研究》2003 年第 2 期。

② 杨力伟：《全球化的两种面孔》，《开放时代》2003 年第 3 期。

说："修辞学家与人文主义者所运用的共和词汇乃是一种积极自由的观念：它主张人作为政治动物，惟有在公共生活中践履积极的行动，其本性方能加以完成，而自由意指实现此种公共生活阻碍之不存。是以，城邦所拥有的自由乃在统治，而公民必须参与统治权以同时达到治理与被治"①。在他看来，共和思想家强调的是公民参与统治权的行使及其在民主参与过程中所需政治德行的培育，而不像自由主义所着重强调的公民具有统治者所不能侵犯的权利，必须通过法律主治来免除统治者以及其他公民不当的干涉。因此，波考克认为共和主义的精神与自由主义无法兼容。

斯金纳和波考克同属于"剑桥学派"，也是引领共和思潮复兴的风骚人物。不过，斯金纳对共和主义政治自由的性质及其历史根源进行了完全不同的诠释。他在《现代政治思想基础》(1978)、《马基雅维利》(1981) 等一系列著作中，反对学界认为共和主义自由为积极自由的通说，主张共和自由观的本质在于强调个人行动不受干涉的消极自由。而这种个人的消极自由唯有在共和国才有可能得到最佳保障。因为个人自由的行使必须以公共善为基础，倘若公民对自由的追求凌驾于公共善的维护之上，则会使国家面临腐化的危险。为了克服公民易遭腐化的天性以及确保公民通过奉献于自由政体的公共善而实现个人的消极自由，最重要的机制便是强制性的法律。② 在他看来，法律维系了公民的个人自由以及集体的政治自由，它是公共善的基础。法律能够改变人性的腐化状态，并强制公民采取符合德行的行动，因此，公民必须通过法律的强制才有可能获得真实的自由。基于这样的逻辑，斯金纳提出共和主义传统所着重强调的德行以及善尽公民义务等理想，相较于自由主义过分强调个人权利的观点，更能维系共和政体的稳定。然而，德行必须通过强制性的法律加以塑造。由于斯金纳的观点改变了共和主义传统的立场，把共和主义政治自由定位于消极自由，这使得共和主义成为补足自由主义的论述。因此，学界一般将之称为"修正共和主义"。

佩迪特受斯金纳理论的影响，也把共和主义的自由定位于消极自由。他曾把自由主义者的消极自由观和共和主义者所持的消极自由观，用一个形象的比喻来加以区别：自由主义自由观所主张的不被干涉状态好比是球体在没

---

① 转引自萧高彦：《史金纳与当代共和主义之典范竞争》，《东吴政治学报》2002 年第 15 期。

② See Quentin Skinner, *Machiavelli on the Maintenance of Liberty*, Politics 18, 2: 3 - 15. 1983.

有任何轨道的平面上的任意移动；而共和主义自由观则好比是沿着轨道而运转的球体，它不断移动的状态构成一种不被干涉的状态，但其运动所具有的轨道正像是强制性法律所发生的导正作用。人的行动在法律主治的社会中，才能有轨道依循不至堕入腐化状态，并获得真正的不被干涉的消极自由。①

第二节　中国对共和思想的继受

虽然在中国古代的典籍当中就有“共和”概念，但是从宪法学说史的角度看，我国大规模使用“共和”概念是在辛亥革命前后，即清末民初那段时期。而且，时人所使用的“共和”内涵也并非我国历史上的“周、召共和”，而是近代以来蕴涵着宪政价值的西方“共和”。从存在形态上来看，西方的“共和”在我国经历了这样一个过程：首先，其表现为某些人的观念、思想；其次，当这种观念、思想被政治上的团体认可时，共和表现为一种政治上的要求；再次，当政治上的要求为宪法确认时，则表现为宪法制度和原则；最后，当宪法中确立的制度在实践中予以落实时，共和则表现为一种宪政的事实状态。共和的上述观念、要求、制度和事实这四种形态，特别是前三种形态，都是在清末民初，即 19 世纪末 20 世纪初前后，二十年左右的时间完成的。之后，民主共和的观念已经深入人心，中国的主要任务已经不是要不要建立共和国，而是建立什么样的共和国问题。

一、清末民初宣传共和思想的刊物和文献

19 世纪末 20 世纪初，中国正处在一个向何处去的十字路口。清政府腐败无能，列强瓜分中国，人民处于水深火热之中。严峻的国际及国内政治环境迫使中国一些有识之士必须在继续延续帝国制度传统和建构新的民族国家之间作出选择。以孙中山为代表的共和主义者作出的选择是通过暴力革命的手段，推翻君主专制统治，建立共和国家。为了宣传共和思想，落实共和理念，当时的共和主义者通过出版各种刊物和著作来宣传民主共和思想，其思想之活跃，丝毫不逊于春秋战国时期。典型的有：

---

① 转引自萧高彦：《史金纳与当代共和主义之典范竞争》，《东吴政治学报》2002 年第 15 期。

（一）《苏报》和邹容的《革命军》

《苏报》于1896年6月26日创刊于上海。初创时，内容多刊发市井琐事和一般社会新闻。1900年《苏报》的所有权被湖南举人陈范购得，之后，陈范在报纸上刊登了一些政论性文章来宣传维新变法思想，面貌略有起色。1902年冬，《苏报》特辟“学界风潮”专栏，公开支持学生的爱国运动和革命活动，并约请蔡元培、章太炎、吴稚晖、章士钊等激进人士为核心作者和编辑队伍，报纸开始为全国学界所注目。1903年，《苏报》聘请爱国学社社员章士钊担任主笔，宣传革命和共和思想，由此，《苏报》发生了根本性的变化，它在国内众多的报刊中独树一帜。章士钊担任主笔期间，刊发的最有影响的文章是对邹容所著《革命军》的评价和章太炎《驳康有为论革命书》的摘录。

《革命军》是邹容（1885—1905）撰写的两万多字的小册子，该书1903年5月由上海大同书局出版，章太炎为之作序。该书共七章，核心思想有三：一是以革命推翻封建君主专制统治。邹容把封建君主制看作是一切不平等、不自由的罪恶之源，从而提出杀尽天下君主，“以儆万世不复有专制之君主”，“以复我天赋之权利”的主张。二是提出革命前后的教育任务。邹容认为革命有野蛮革命和文明革命之分。野蛮革命，是有破坏无建设，造成恐怖时代，为国民增祸乱；文明革命，是有破坏有建设，为国民争取自由、平等、独立、自主一切权利，为国民增幸福。“革命之前，须有教育，革命之后，须有教育。”教育国民知道平等自由大义，有政治法律观念。三是提出要建立的资产阶级民主共和国的蓝图，具体拟定了二十五条纲领，其基本点是：（1）确定建立以后的共和国名为“中华共和国”；“中华共和国为自由独立之国”，“全国无论男女，皆为国民”，“凡为国人，男女一律平等，无上下贵贱之分”；国民除有“承担国税、保卫国家之义务外，享有言论、思想、出版等自由权利，人民权益受到政府保护，不得侵犯”。纲领特别强调“无论何时，政府所为有侵犯人民权利之事，人民即可革命，推倒旧日之政府”，“更立新政府”。（2）实行资产阶级议会制。“于各省中投票公举一总议员，由各省总议员中投票公举一人为暂行大总统，为全国之代表人；另举一人为副总统。建立中央政府，为全国办事之总机关”。地方实行自治。（3）参照中国国情，制定中华共和国宪法。（4）坚持与各国平等，对外独立的外交政

策。《革命军》在中国近代史上第一次系统地提出了建立资产阶级民主共和国的政治主张，有论者称之为近代中国的《人权宣言》。

《苏报》对《革命军》中的思想进行了高度评价，这些言论，引起清政府的惊恐。《苏报》于1903年7月7日被查封。

（二）《民报》和孙中山的“三民主义”

《民报》是中国同盟会的机关报，该报1905年11月26日创刊于东京，是一个大型月刊，设有论说、时评、谈丛、选录等栏目，每期6万至8万字。先后参与编撰工作的有胡汉民、汪精卫、陈天华、朱执信、廖仲恺、章太炎、刘师培等。孙中山在为《民报》撰写的发刊词中，第一次将同盟会的主张概括为民族主义、民权主义和民生主义。因此，宣传“三民主义”就成了《民报》的主要内容。《民报》发行期间，刊发的有关民主、共和方面的文章包括：

1. 陈天华（署名思黄）：《论中国宜改创民主政体》，载《民报》第1号。文章表达了作者向往共和之心切，而对民主共和制度本身论述甚少。

2. 汪精卫：《民族的国民》，《民报》第1、2号连载。文章分两大部分，第一部分谈民族主义，着力论述满汉不可调和的关系；第二部分谈国民主义，主要论述满汉人民权利不平等。欲达国民主义，必先行反满革命。

3. 胡汉民：《〈民报〉之六大主义》，载《民报》第3号。六大主义，即颠覆现今之恶劣政府；建设共和政体；土地国有；维持世界之真正平和；主张中国、日本两国之国民的联合；要求世界列国赞成中国之革新事业。

4. 汪精卫：《驳〈新民丛报〉最近之非革命论》，载《民报》第4号。文章认为中国不革命就谈不上立宪，谈不上民主。认为革命是建立宪制的唯一手段。

5. 汪精卫：《希望满洲立宪者盍听诸》，载《民报》第5号。文章论证满洲政府不可能真立宪。

6. 汪精卫：《再驳〈新民丛报〉之政治革命论》，载《民报》第6、7号，文章论证革命主义且只有革命主义能达政治革命之目的，即推翻专制建立共和。

7. 汪精卫：《满洲立宪与国民革命》，载《民报》第8号。文章第一部分力证满人借立宪之名以行中央集权之实；以立宪为饵，以中央集权为钓，

阳收汉人之虚望，阴植满人之实权。第二部分讨论当下汉人应如何办。他主张，要积极参与地方自治团体，多办一事，多占一份权力，如警察、教育等事，此意亦颇可取，对助长民主观念亦有益。

除了大力宣传“三民主义”以外，《民报》还介绍世界各国的资产阶级革命运动和民族解放运动，介绍西方的新文化和新思潮，其中包括社会主义思潮和无政府主义思潮。《民报》出版后，受到国内外同盟会和同情革命的知识分子的热烈欢迎，最高发行量达到 17 000 份。1910 年 2 月，《民报》终刊。

（三）《新青年》和陈独秀的《旧思想与国体问题》

1915 年 9 月 15 日，陈独秀主编的《青年杂志》在上海创刊，该刊从 1916 年 9 月起改名为《新青年》。“二次革命”失败后，中国时局变化使陈独秀认识到，欲“救中国、建共和，首先得进行思想革命”。1917 年《新青年》第 3 卷第 3 号刊登了陈独秀一篇文章《旧思想与国体问题》，更好地表达了他创立《新青年》的初衷。他说：“数年以来，创造共和、再造共和的人物，也算不少。说良心话，真心知道共和是什么，脑子里不装着帝制时代旧思想的，能有几人？西洋学者尝言：‘近代国家是建设在国民总意之上。’现在袁世凯虽然死了，袁世凯所利用的倾向君主专制的旧思想，依然如故。要帝制不再发生，民主共和可以安稳，我看比登天还难！”“如今要巩固共和，非先将国民脑子里所有反对共和的旧思想，一一洗刷干净不可。因为民主共和的国家组织、社会制度、伦理观念，和君主专制的国家组织、社会制度、伦理观念全然相反，一个是重在平等精神，一个是重在尊卑阶级，万万不能调和的。若是一面要行共和政治，一面又要保存君主时代的旧思想，那是万万不成。而且此种‘脚踏两只船’的办法，必至非驴非马，既不共和，又不专制，国家无组织，社会无制度，一塌糊涂而后已！”他还说：“这腐旧思想布满国中，所以我们要诚心巩固共和国体，非将这班反对共和的伦理文学等等旧思想，完全洗刷得干干净净不可。否则不但共和政治不能进行，就是这块共和招牌，也是挂不住的。”① 陈独秀把改造思想的任务更多地寄托在青年人身上，希望新一代青年能够提高觉悟和进行观念更新，勉励青年崇尚自由、进步、科学，要有世界眼光。

---

① 陈独秀：《旧思想与国体问题》，《新青年》第 3 卷第 3 号，1917 年 5 月 1 日。

1919年1月第6卷改组编委会由陈独秀、钱玄同、高一涵、胡适、李大钊和沈尹默轮流编辑。在五四运动前后，该刊物主要宣传提倡民主、科学的内容，曾刊载鲁迅的短篇小说《狂人日记》、《孔乙己》、《药》，李大钊的论文《庶民的胜利》、《布尔什维主义的胜利》，陈独秀的论文《新青年罪案之答辩书》等，在宣传马克思主义、反对封建伦理道德、呼唤人性的觉醒等方面发挥了积极的作用。1920年9月，《新青年》成为上海共产主义小组的机关刊物，1923年6月成为中国共产党中央委员会的理论性机关刊物，1926年7月停刊。

二、代表性人物之共和思想

（一）孙中山的共和思想

在中国近代史上，孙中山是以伟大革命家、革命先行者的身份被列入共和国史册的。在其一生中，他领导过多次革命，其中名垂青史、并对中国民主共和国家的建立起到决定性作用的是辛亥革命。我们以辛亥革命为分界线，将孙中山的共和思想大致分为两个阶段，第一个阶段是在辛亥革命之前这段时期，孙中山的共和思想的主要内容集中在为什么要选择共和道路，以及如何实现共和目的这两个方面；第二阶段是在辛亥革命之后，他的思想主要表现在共和制度建构，特别是处理中央和地方的关系上。

第一阶段：孙中山辛亥革命之前的共和思想。

孙中山辛亥革命之前的共和思想主要表现在如下几个方面：

1. 把共和作为新国家建构的制度选择。自鸦片战争以后，清政府政权统治的合法性面临越来越深刻的危机，有识之士提出了各种解决方案。以孙中山为代表的革命派提出的解决方案是推翻君主专制制度，效法法国和美国，建立共和政体。孙中山为何选择共和作为新国家的制度构想？我们从1897年8月孙中山和宫崎寅藏的谈话中可知，有两个主要原因：一个是孙中山认为“共和者，我国治世之神髓，先哲之遗业也”。也就是说，中国人曾经历过共和，至今仍然钦慕的“三代之治”，早已“实能得共和之神髓而行之者也”；另外一个原因，孙中山认为共和政治具有革命上的便利。他认为中国历史上朝代更迭时，“亘数十年不能统一，无辜之民为之受祸者不知几许”[①]。之所以这

① 《孙中山全集》第1卷，中华书局1981年版，第172页。

样，是因为举事者都没有共和思想。现在，要想使老百姓免受长期战争之苦，必须发动“迅雷不及掩耳之革命”。同时，要像美国共和政府那样，采取“野心必须用野心来对抗”的办法，“使英雄各充其野心。”美国开国元勋汉密尔顿等人在《联邦党人文集》第51篇中讨论建立“共和政府”（republican government）时谈到：“防止把某些权力逐渐集中于同一部门的最可靠办法，就是给予各部门的主管人抵制其他部门的必要法定手段和个人的主动。”这个最可靠办法就是“野心必须用野心来对抗（Ambition must be made to counteract ambition）”[①]。同时，孙中山看到，华盛顿虽然为独立战争时期的领袖，但并非因为是领袖而自然成为总统，他仍然是由各州公举产生。由此孙中山想到“使英雄各充其野心”。“充其野心之方法，唯作联邦共和之名之下，其夙著声望者使为一部之长，以尽其材，然后建中央政府以驾驭之，而作联邦之枢纽。方今公理大明，吾既实行此主义，必不至如前此野蛮割据之纷扰，绵延数纪，而枭雄有非分之希望，以乘机窃发，殃及无辜。此所谓共和政治有革命之便利者也。”[②]

2. 通过革命手段实现共和的目标。关于实现共和目标的手段，在1897年与宫崎寅藏的谈话中，孙中山即明确指出：“夫共和主义岂平手而可得，余以此一事而直有革命之责任者也。”[③] 之后，孙中山在《民报》一周年的讲话中，在谈到民族革命和政治革命的关系时再次讲到革命的目的。他说，有人说民族革命是要尽灭满洲民族，这话大错。“民族革命的原故，是不甘心满洲人灭我们的国，主我们的政，定要扑灭他的政府，光复我们民族的国家。”“将来民族革命实行以后，现在的恶劣政治固然可以一扫而尽，却是还有那恶劣政治的根本，不可不去。中国数千年来都是君主专制政体，这种政体，不是平等自由的国民所堪受的。要去这政体，不是专靠民族革命可以成功。我们推倒满洲政府，从驱除满人那一面说是民族革命，从颠覆君主政体那一面说是政治革命，并不是把分作两次去做。讲到政治革命的结果，是建立民主立宪政体，照现在这样的政治论起来，就算汉人为君主，也不能不革命。佛兰西大革命及俄罗斯革命，本没有种族问题，却纯是政治问题；佛兰

① ［美］汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，第264页。
② 《孙中山全集》第1卷，第173页。
③ 《孙中山全集》第1卷，第173页。

西民主政体已经成立，俄罗斯虚无党也终要达这目的。中国革命之后，这种政体最为相宜，这也是人人晓得的。”①

这段话中，孙中山讲到政治革命的结果是建立民主立宪政体，在这里面的“民主”和“共和”是什么关系？我国学者方维规在他的一篇文章中谈到“民主”和“共和”的关系时曾指出：“‘民主’在传入中国的时候，主要反映的是体制概念而不是思想性，是概念的静态表层描写而不是动态深层阐释，所以在十九世纪很长一段时期内，西方的‘民主’（Democracy）和‘共和国’（Republic）这两个概念在汉语译释中并没有严格的区分。换言之，对当时的许多译介者来说，‘共和国’自然是‘民主国’”。“因此，‘民主’常常身兼二职：既有西方 Democracy 的本来含义，又指 Republic。甚至进入二十世纪以后，用‘民主（之）国’对应 Republic 亦不属罕见。Democracy 和 Republic 这两个西方概念在进入中国以后的很长一段历史时期内基本上是同义的。”② 据此，孙中山所讲的民主立宪政体实际上就是共和立宪政体。

3. 在与君主立宪派的论战中宣传共和思想。从 1905 年到 1907 年间，以梁启超为代表的立宪派人士在《新民丛报》上不断发表文章，宣传君主立宪思想。梁启超认为国体无论共和制还是君主制都可以立宪，他说：“政体诚能立宪，则无论国体为君主为共和，无一而不可也。政体而非立宪，则无论国体为君主为共和，无一而可也。国体与政体，本截然不相蒙。”③ 梁启超的主张是君主立宪。他的主要观点是：第一，君主专制国里，“革命绝非能得共和，而反以得专制”。因为在他看来以武力得天下者，必仍以武力维持之。几乎没有一个人肯自动放弃武力，把权力交还给没有实力与政府相抗衡的人民。美国华盛顿之能于革命独立后，放弃武力，而接受民选为总统，是因为革命之始，他就是十三州所委托者，而十三州早已实行民主自治制度。这与君主专制下，民间起而革命迥乎不同。第二，梁启超认为当时中国不具备实行民主共和的条件。他认为民主共和制度最关键的运作机枢在议院，故

---

① 《民报》第十号（东京 1906 年 12 月 20 日）民意（胡汉民）《纪十二月二日本报纪元节庆祝大会事及演说辞》。

② 方维规：《“议会”、“民主”与“共和”概念在西方与中国的嬗变》，《二十一世纪》总第 58 期。

③ 梁启超：《国民浅训》，《饮冰室合集 8・饮冰室专集之三十二》，第 3 页。

人民必须具有实行议院政治之能力。而考察人民之有无实行议院政治之能力，可从两方面看：一为由人民选出的议员大多数有无“批判政治得失之常识”；二为须有发达完备之政党。梁启超认为，这两个条件只有在国民程度较高的国家，如英国和美国等国方可。以中国而论，则绝不可得。因为中国的国民程度较低，中国人向无自治之习惯，更无团体生活的训练；且人各自私，不知有社会，不知有国家，公益心无从培养。因此，梁启超断言：“今日中国国民非有可以为共和国民之资格者也，今日中国政治非可以采用共和立宪制者也。”① 按照梁启超的观点，由于“人民程度未及格”、“施政机关未整备”，即使君主立宪也不能实行。他的结论是：“与其共和，不如君主立宪，与其君主立宪，又不如开明专制。”②

面对立宪派的宣传，以孙中山为首的革命派在1905年11月26日出版的《民报》上，对立宪派的观点进行反驳。据有关学者考证，革命派在《民报》近四十篇论战文章中，仅六七篇谈及民主共和问题，且所涉甚浅。其余文章皆为反复论证反满及暴力革命之必要或宣传民生主义的内容③，主要作者为陈天华、汪精卫和胡汉民。孙中山对立宪派的批驳，主要体现在他于这期间所做的一些演讲当中。1905年8月，孙中山在给东京中国留学生的演讲④中，针对立宪派的观点谈到这样两个问题：

第一，民主共和适合中国。梁启超提出社会制度的演进遵从由野蛮而专制、由专制而立宪、由立宪而共和这样的顺序，不可躁进。因此，我们中国的改革最宜于君主立宪，万不能共和。孙中山认为“此说大谬”。但是，孙中山并不是从法理上进行分析，而是采用比喻的办法进行反驳，他说：“我们中国的前途如修铁路，然此时若修铁路，还是用最初发明的汽车，还是用

---

① 梁启超：《开明专制论》，《饮冰室合集3·饮冰室文集之十七》，第67页。

② 梁启超：《开明专制论》，《饮冰室合集3·饮冰室文集之十七》，第13页。

③ 参见耿云志：《从革命党与立宪派的论战看双方民主思想的准备》，《近代史研究》2001年第6期。

④ 《在东京中国留学生欢迎大会的演说》是孙中山一生中最重要、最精彩的演说之一。该演说收录在《孙逸仙演说》一书，其旨意在于将现满族朝廷推倒，实行共和政治。《孙逸仙演说》最初保存在日本档案馆，后被收录在《孙中山全集》第1卷。据《孙中山全集》的编者说明：本文“据吼生（吴）笔记《孙逸仙演说》（东京欢迎会会员一九〇五年九月三十日版）”。（广东社科院历史所等编：《孙中山全集》第1卷，第282页。）而日本外交档案中的《孙逸仙演说》版权页记载则为：“演说者：孙文，笔记者：吼生，印送者：欢迎会会员。”（转引自孔祥吉、村田雄二郎：《〈孙逸仙演说〉与〈灭汉种策〉——对日本档案中两份重要反满文献之考察》，《福建论坛》2006年第10期。）

近日改良最利便之汽车，此虽妇孺亦明其利钝。所以君主立宪之不合用于中国，不待智者而后决。”

第二，针对立宪派所讲的中国国民程度较低，此时还不能共和的说法，孙中山指出：“我们人民的程度比各国还要高些。”他说美国百年前不过一野蛮之地，后来与外人交通，“由野蛮一跃而为共和”。我们中国人的程度要比美国土民程度还要高。“所以我们决不能说我们同胞不能共和，如说不能，是不知世界的进步，不知世界的真文明，不知享这共和幸福的蠢动物了。”他又说：“若创造这立宪共和二等的政体，不是在别的缘故上分判，总在志士的经营。百姓无所知，要在志士的提倡；志士的思想高，则百姓的程度高。所以我们为志士的，总要择地球上最文明的政治法律来救我们中国，最优等的人格来待我们四万万同胞。若单说立宪，此时全国的大权都落在人家手里，我们要立宪，也是要从人家手里夺来。与其能夺来成立宪国，又何必不夺来成共和国呢?”

第二阶段：孙中山辛亥革命之后的共和思想。

1911 年孙中山领导辛亥革命推翻了在中国长达两千多年的封建君主专制统治。对于孙中山领导的辛亥革命的意义，1997 年党的十五大报告这样评价孙中山和他所领导的辛亥革命：“一个世纪以来，中国人民在前进道路上经历了三次历史性的巨大变化……第一次是辛亥革命，推翻统治中国几千年的君主专制制度。这是孙中山领导的。他首先喊出‘振兴中华’的口号，开创了完全意义上的近代民族民主革命。辛亥革命未能改变旧中国的社会性质和人民的悲惨境遇，但为中国的进步打开了闸门，使反动统治秩序再也无法稳定下来。”① 以今天宪法学的视角来看，辛亥革命为共和由理念和要求转化为宪政制度和事实创造了条件，为人们思考在新的制度下，如何配置国家权力之间的关系，如何处理中央和地方的关系提供了重要契机。

1. 孙中山关于国家权力分立的学说。共和国家不同于以往的君主专制国家的特点是：在君主专制国家，国家的一切权力属于君主，君主是国家元首，其基于世袭而产生，与人民没有关系，人民只是君主的臣民；而在共和国家，国家的一切权力属于人民。国家元首由拥有选举权的人民直接或间接

① 江泽民：《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪》（在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告），1997 年 9 月 12 日。

选举产生，其接受人民的委托而行使权力。正如美国开国元勋麦迪逊所说：共和政府“从大部分人民那里直接、间接地得到一切权力，并由某些自愿任职的人在一定时期内或者在其忠实履行职责期间进行管理。对于这样一个政府来说，必要条件是：它是来自社会上的大多数人，而不是一小部分人，或者社会上某个幸运阶级”①。共和政府在从人民那里取得权力以后，并不是由元首，或者其他的某一个机关来行使全部权力，而是要把这个权力通过宪法在不同国家机关之间进行配置。西方国家最典型的配置方式是按照孟德斯鸠的思想将国家权力划分为立法权、行政权、司法权，分别配置给国会、政府和法院来行使，这三种权力彼此之间保持平衡，“以致没有一种权力能超出其合法限度而不被其他权力有效地加以制止和限制”②，通过“三权分立、互相制衡”这样的机制来保证人民选举产生的政府不是专制政府。

孙中山在三权分立的基础上，创造性地提出了“五权分立”学说。所谓“五权分立”就是将人民委托给国家行使的权力划分为立法、行政、司法、考试、监察③五权，然后分别归五个独立的部门来行使。之所以加上考试权，按照孙中山的理解，是因为政府官吏无论是选举得来的，还是委任得来的，皆有很大的流弊。“所以将来中华民国宪法，必要设独立机关，专掌考选权，大小官吏必须考试，定了他的资格，无论那官吏是由选举的，抑或由委任的，必须合格之人，方得有效。这法可以除却盲从滥举及任用私人的流弊……但是这考选权如果属于行政部，那权限未免太广，流弊反多，所以必须成了独立机关才得妥当。”④

之所以把监察权独立出来，孙中山认为：“中国从古以来，本有御史台主持风宪，然亦不过君主的奴仆，没有中用的道理。就是现在立宪各国，没有不是立法机关兼有监督的权限，那权限虽然有强有弱，总是不能独立，因此生出无数弊病。比方美国，纠察权归议院掌握，往往擅用此权挟制行政机关，使他不得不頫首听命，因此常常成为议院专制。除非有雄才大略的大总

① ［美］汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，第193页。

② ［美］汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，第254页。

③ 孙中山1906年于《民报》创刊周年庆祝大会的演说中所说的五权包括立法、行政、司法、考试、纠察，辛亥革命后，在他的演说中把“纠察”改为“监察”，二者没有大的区别。

④ 《孙中山全集》第1卷，第330页。

统，如林肯、麦坚尼、罗斯威等，才能达行政独立之目的。况且照正理上说，裁判人民的机关已经独立，裁判官吏的机关却仍在别的机关之下，这也是论理上说不去的，故此这机关也要独立。”①

2. 孙中山关于中央和地方关系的思想。武昌起义后，各省响应，共和政治已为全国舆论所公认。《中华民国临时约法》把这种获得广泛共识的关系以根本法的形式确定下来，这样，国家和人民之间的关系这个根本问题就得已解决了。然而在共和政府的体制之下，中央和地方的关系如何处理，也即国家的结构形式到底是联邦制还是单一制，这个问题一直是辛亥革命以后相当长的一段时间内悬而未决的问题。当时社会上相当一部分声音是仿效美国，建立联邦制国家，并且湖南、广东、四川等省已经制定省宪法，开展联省自治运动。那么，孙中山在中央和地方的关系上是什么态度呢？我们从他的讲话中，可以发现孙中山的思想是变化不定的。以孙中山对联邦制的态度为例。1911 年 11 月，孙中山在与《巴黎日报》记者的谈话中，认为中国应实行联邦制。他说：“中国于地理上分为二十二行省，加以三大属地即蒙古、西藏、新疆是也，其面积实较全欧为大。各省气候不同，故人民之习惯性质亦各随气候而为差异。似此情势，于政治上万不宜于中央集权，倘用北美联邦制度实最相宜。每省对于内政各有其完全自由，各负其整理统御之责；但于各省上建设一中央政府，专管军事、外交、财政，则气息自联贯矣。此新政府成立，不必改换其历史上传来之组织，如现时各省本皆设一督或一抚以治理之，联邦办法大致亦复如是。但昔之督抚为君主任命，此后当由民间选举。即以本省之民，自为主人。形式仍旧，而精神改变，则效果不同矣。”②由此不难看出，孙中山对仿效美国实行联邦制，大为赞赏。然而，到 1912 年 8 月，国民党成立时，孙中山的态度已有非常大的变化，体现在经孙中山认可的《国民党宣言》当中。宣言明确提出国民党“以求完全共和立宪政治为志者也”，其党纲斟酌损益，概列五事，其一“曰保持政治统一，将以建单一之国，行集权之制”；其二“曰发展地方自治，将以练国民之能力，养共和之基础，补中央之所未逮也”③。从《国民党宣言》内容来看，孙中山明

① 《孙中山全集》第 1 卷，第 331 页。
② 《孙中山全集》第 1 卷，第 563 页。
③ 《孙中山全集》第 2 卷，中华书局 1982 年版，第 397 页。

显是主张实行中央集权，建立单一制的共和制国家，发展地方自治只是作为“练国民之能力”的手段，目的是“补中央之所未逮也”。

之后，孙中山对联邦制的态度又发生了变化。1921 年，孙中山在广州就任临时大总统发表宣言时，明确支持“省宪”运动：“窃维破坏建设，其事非有先后，政制不良，则政治无术。集权专制，为自满清以来之秕政。今欲解决中央与地方永久之纠纷，惟有使各省人民完成自治，自定省宪法，自选省长，中央分权于各省，各省分权于各县，庶几既分离之民国，复以自治主义相结合，以归于统一，不必穷兵黩武，徒苦人民。”①按道理来讲，作为大总统对外发表的宣言，应该有一些公信力，孙中山应信守承诺，但是在宣言发表后没有多久，孙中山又开始极力反对联邦制。他说：“十多年来，我国一般文人志士想解决中国现在的问题，不根本上拿中美两国的国情来比较，只就美国富强的结果而论。以为中国所希望的，不过是在国家富强；美国之所以富强，是由于联邦，中国要象美国一样的富强，便应该联省；美国联邦制度的根本好处，是由于各邦自定宪法、分邦自治；等到省宪实行了以后，然后再行联合成立国宪。质而言之，就是将来统一的中国变成二十几个独立的单位，象一百年以前的美国十几个独立的邦一样，然后再行联合起来，这种见解和思想，真是谬误到极点。”孙中山接着指出：“美国的富强，是各邦统一的结果，不是各邦分裂的结果。中国原来既是统一的，便不应该把各省再来分开。中国眼前一时不能统一，是暂时的乱象，是由于武人割据作护符。若是这些武人有口实来各据一方，中国是再不能富强的。如果以美国联邦制度就是富强的原因，那便是倒果为因。”②

孙中山为何在中央和地方的关系上对实行联邦制如此反复呢？这主要是因为孙中山毕生信念是在中国建立单一制的共和国家，在中央和地方的关系上实行中央集权。在中央集权的基础上，地方实行有限度的自治，即在县以下自治。关于县以下自治，孙中山最早是 1916 年 7 月 15 日在驻沪粤籍议员欢迎会上提出的，他说：“言地方分权而以省为单位者，仍不啻集权于一省也。故不为此项问题之研究则已，苟欲以精密之研究，则当以县为单位……代议政体旗帜之下，吾民所享者只一种代议权耳，若底于直接民权，则有创

---

① 广宇主编：《东方巨人孙中山》下卷，内蒙古人民出版社 1998 年版，第 1940 页。

② 《孙中山全集》第 9 卷，中华书局 1986 年版，第 304 页。

制权，废制权，退官权。但此种民权，不宜以广漠之省境施行之，故当以县为单位，地方财政完全由地方处理之，而分任中央之政费。”① 之后，孙中山又有几次提到县自治，其中最后一次是在1924年4月12日的《国民政府建国大纲》中，他指出：“每县地方自治政府成立之后，得选国民代表一员，以组织代表会，参预中央政事。”“县为自治之单位，省立于中央与县之间，以收联络之效。”②在了解了这一点之后，我们再回过头来看，孙中山之所以在不同场合和时间讲到对联邦制的支持，乃是基于形势所迫，他希望藉此能获得当时已主联省自治的西南诸省实力派对其北伐事业的支持，后来因为愿望没有实现，转而攻击联邦制。因此，孙中山实际上是把承认联邦制作为换取他人支持其武力统一中国的一个工具，具有明显的功利主义色彩，其一心所期待并努力实现的是在中国建立中央集权的单一制共和国。

孙中山一生致力于宣传共和思想，追求共和目标，并把建立和维护共和制度作为毕生事业，这是孙中山值得后人敬仰和钦佩之处。不过，囿于时代的局限和现实需要，其思想也难免有着一定的局限。这种局限性主要表现在对西方共和思想的理解上。以今天宪法学者的学术眼光和所掌握的知识来观察，西方的政治思想家在讨论“共和”时，他们通常是在两种意义上使用的。一种是在制度层面，把“共和”作为一种体制形态或操作方式。如总统制、议会内阁制、半总统半议会制、委员会制等。以美国的总统制而言，总统为国家元首，又是政府首脑，其由选民间接选举产生，对选民负责，行使国家元首权和行政权；国会由参议院和众议院组成，两院议员都由选民直接选举产生，有一定任期，国会行使国家立法权。在总统和国会之间的关系上，总统不对国会负责，也无权解散国会；国会除了依法对总统提出弹劾以外，无权罢免总统。法院行使审判权，其有权对国会通过的法律以及政府的行为进行司法审查，但法院的法官须经总统提名、参议院批准、总统任命，是具有可操作性的制度构架。另一种是价值层面，把“共和”作为一种价值体系来理解。上文对西方话语系统中所使用的“共和”内涵的梳理，主要是从价值层面。在“共和”价值系统中，包括公民参与、法治、制衡、公民美德等这样一些要素，这些要素我们可以概括为“共和精神”。“共和精神”是

---

① 《孙中山全集》第3卷，中华书局1984年版，第323页。

② 《孙中山全集》第9卷，第129页。

建构共和政体的价值基础。缺少共和精神的共和制度，只具有共和制的外观形式，其在政治运作过程中是不稳定的。

按照共和的这样两个层面，查遍当时的有关文献，我们发现孙中山当时在引介西方的“republic”时，主要是从制度层面来看共和，即把“共和”作为一种国家形式来理解。孙中山在1912年8月13日的《国民党宣言》中说：“此消长倚伏之数，固不必论其国体之为君主共和，政体之为专制立宪，而无往不如是也。天相中国，帝制殄灭，既改国体为共和，变政体为立宪，然而共和立宪之国，其政治之中心势力，则不可不汇之于政党。”① 在这份宣言中，孙中山区分了“国体”与“政体”，也指出了“君主”与“共和”为“国体”上的区别，而“专制”与“立宪”则属于“政体”之分。② 因此，在孙中山的头脑中，共和就是一种国家元首产生方式的制度形态，而对共和的价值内涵，孙中山却给忽略掉了。

比如，公民参与。它是共和的一个基本价值，通过公民参与，以公民自治为基础的政治共同体才能建立和存续。按照亚里士多德等古典共和主义者的观点，人是政治动物，唯有在公共生活中践履积极的行动，其本性方能加以完成。因此，公民必须参与统治权，才能同时达到治理与被治。孙中山显然没有注意到共和的这个价值，或者说低估了普通民众的参与在共和制度的建立和维系中的作用。1905年，孙中山和黄兴、章太炎等在日本制定了《中国同盟会宣言》，其中，孙中山把共和制度的建立分为三个时期：第一期为军法之治，以三年为限。这个时期，军队与人民同受治于军法之下；地方行政，由军政府总揽。第二期为约法之治，以天下平定后六年为限。此时期，军政府把地方自治权归当地人民，地方议会议员及地方行政官皆由人民选举。军政府和人民之间的权利义务，都规定于约法。第三期为宪法之治。“军政府解兵权、行政权，国民公举大总统及公举议员以组织国会。一国之政事，依于宪法以行之。”按照孙中山的理解，之所以分这三个时期，是因

---

① 转引自桂宏诚：《孙中山的“共和”观念及其渊源》，《国父纪念馆馆刊》2006年第17期，第48—59页。

② 其实，其他引介者在对共和的认识上也和孙中山一样持有同样的看法。比如梁启超就认为万世一系的“君主”与公举国家元首的“共和”，此乃“国体”上的区分，而无论国体为“君主”、“共和”，在“政体”上则皆可采用“立宪”。“夫立宪与非立宪，则政体之名词也；共和与非共和，则国体之名词也。”（梁启超：《盾鼻集·异哉所谓国体问题者》，《饮冰室合集8·饮冰室专集之三十三》，第88页。）

为中国国民起初尚不具备共和国民资格，等到国民资格养成以后，共和国就建立起来了。因此，他说："俾我国民循序以进，养成自由平等之资格，中华民国之根本，胥于是乎在焉。"① 由于思想上忽视了普通民众政治参与的价值，导致了当时的革命派把共和国建立的基础放在一小部分人身上，他们主要依靠的是海外华侨、青年知识分子和国内会党等少数人，而这些人不足以成为建构共和制度的中坚力量。辛亥革命后，孙中山领导建立的共和国很快被袁世凯的独裁统治所取代，一些政治理论学者和社会学者把原因归结为革命派没有进行广泛的社会动员，孤军奋战，这是有一定道理的。

再比如，法治。法治是共和政体的一个原则，没有法治，共和国就无法维系。因此，西方，无论古典共和国还是近代以来的共和国，都重视法治。法治，不仅表现为正常的宪政状态下一切公权力的行使皆依法而为，更表现为在非常状态下，当发生宪政危机时，能够将政治问题法治化解决。这在共和国建立初期，显得尤为重要，其在一定程度上决定了共和国未来的走向。孙中山领导建立的资产阶级共和政府建立以后，发生了几件直接影响共和国命运的事件，但孙中山都没有采取法治的方法解决。以中华民国建立后不久发生的张振武案为例。张振武是武昌起义的领导人之一，曾任湖北军政府的军务部副部长。副总统黎元洪一方面推荐他出任大总统顾问，暗地里却密电袁世凯，要求"将张振武立予正法"。理由是："虽为有功，乃怙权结党，桀骜自恣。赴沪购枪，吞蚀巨款。当武昌二次蠢动之时，人心皇皇，振武暗煽将校团乘机思逞"②。于是，袁世凯和陆军部长段祺瑞下令，于 1912 年 8 月 15 日晚将张振武逮捕，16 日凌晨 1 点在军政执法处枪决。袁世凯、黎元洪、段祺瑞处理张振武案的行为方式，在传统的人治社会中是习以为常的事情。但是，在共和制度下，这是破坏法治、严重侵犯人权的行为。因此，这件事在当时立即激起轩然大波，舆论和各界人士纷纷声讨；参议员也提出质询。湖北 20 位参议员曾联名质询，并正确地指出："共和国全赖法治，惟法律乃能生杀人，命令不能生杀人。惟司法官乃能执法律以生杀人，大总统不能出命令以生杀人。""约法所载大总统有特赦之权，并无特杀之权。盖有罪者，大总统可以特权生之，无罪者，无论何人，不得以特权死之。"可偏偏"大

① 《孙中山全集》第 1 卷，第 296—298 页。

② 朱宗震、杨光辉编：《民初政争与二次革命》，上海人民出版社 1983 年版，第 110 页。

总统、副总统乃口衔宪章，意为生杀……无可缄默，不能不一探其究竟也”[①]。在维护共和与破坏共和力量对比悬殊的情况下，作为共和制度的维护者，孙中山比较恰当的做法应当是抓住这个机会，一方面利用新闻舆论持续不断地对破坏法治的行为进行揭露、批评，另一方面是通过法定途径发挥各级议会监督、质询和弹劾的权能，使破坏法治的当权者受到约束和牵制，甚至制裁，同时对公民进行法治教育。而事实上，孙中山却没有这么做，他不但不给予谴责，而且还帮助袁世凯开脱，说“张振武一案，实迫于黎之急电，不能不照办……致一时不察，竟以至此”。正如有学者所说的：“孙中山当时根本没有意识到这是支持还是破坏民主、法治制度的严肃斗争。”[②] 孙中山的这一做法，使当时的共和国丧失了一个使各方面行为纳入法治轨道的机会，从而也为共和国的失败埋下了伏笔。后来，袁世凯利用孙中山在一些重大问题上的一再处理不当，最终建立了帝制，葬送了共和国。民初的共和经验表明，推翻了君主专制本身并非就等于建立了共和制；也并非把国号从“帝国”改为“共和”，把“皇帝”换成“总统”，把“大臣”改为“部长”，共和政体就轻而易举地建立了。使共和变成一种宪政状态，必须引入共和的价值内涵，从根本上改变制度设计和治国方式。

（二）陈炯明的复合共和思想

近代以来，任何一个共和制国家，其国土面积无论大小，人口无论多少，统治者都是把这个国家的国民分到不同的地域去分而治之。首先，要有一个有权威的中央政府对内对外代表国家，然后再把全国分成若干个大的行政区域，并建立相应的政府对区域内的事务进行管理。这样就形成了中央政府和地方政府之间的权限划分问题。我们以中央政府和地方政府“分权”的程度不同，把国家分为单一共和国和复合共和国。从实践形态看，单一共和国的特点是国家权力主要集中在中央政府，地方政府的权力来源于中央政府的授权，代表中央政府在本地方行使国家权力，一些重大事项决策权集中在中央，地方政府一般只有执行权和建议权。基于单一共和国的上述这些特点，人们又习惯将之称为中央集权的国家。

---

① 朱宗震、杨光辉编：《民初政争与二次革命》，第119—122页。

② 袁伟时：《从孙袁妥协到“二次革命”政治策略与民初宪政的历史经验》，《战略与管理》2000年第6期。

关于复合共和国的特点，汉密尔顿在《联邦党人文集》中曾经进行了描述。他说："在一个单一的共和国里，人民交出的一切权力是交给一个政府执行的，而且把政府划分为不同的部门以防篡夺。在美国的复合共和国里，人民交出的权力首先分给两种不同的政府，然后把各政府分得的那部分权力再分给几个分立的部门。因此，人民的权利就有了双重保障。两种政府互相牵制，同时各政府又自己控制自己。"① 从美国的宪政实践来看，美国之所以被称作复合共和国，是因为：首先，它的中央政府是选民选举产生的共和政府；其次，美国的各州、州以下的县以及其他更低层的政府都是共和的自治体。所有这些共和自治体都是面对公民个人的，个人是同时属于范围不同的很多乃至无数个共和体。"复合共和，是关于自治、非集权、多样性的宪制安排。"② 复合共和国，通常又被称为联邦制国家。

辛亥革命在解决了国家权力和人民权利之间的关系问题以后，关于中央和地方权力之间的关系问题便开始凸现出来。孙中山所提出的方案是建立单一的、中央集权的共和国家，其所采取的手段是以武力统一全国。与孙中山的救国方案相对应的是以和平妥协的手段实行联邦制，建立复合共和国。梁启超、陈炯明、胡适、李大钊、章太炎等均支持这一方案。其中，最具代表性的人物是陈炯明，他怀着一颗赤诚之心，真心希望通过这种方案来结束纷乱频仍、人民长期苦于战乱的四分五裂的中国乱局，建立一个民有、民治、民享的真正民主共和国家。

陈炯明有关地方自治的思想，有史料可查的文献，最早可见于 1909 年 11 月，他向广东省谘议局提出的《筹办城镇乡地方自治议草》，他建议从省到镇乡迅即设立省、城镇乡地方自治筹办机构，"专研究城乡自治办法"，培训干部，推进地方自治事宜。③ 辛亥革命后，在经历了短暂的民主共和、袁世凯帝制、张勋复辟、段祺瑞执政一系列政治变换之后，陈炯明地方自治的思想日渐明确，思路更加清楚，提出了以地方自治为基础、建立复合共和国

---

① ［美］汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，第 265—266 页。

② 刘军宁：《联邦主义：自由主义的大国方案》，《自由与秩序：中国学者的观点》，中国社会科学出版社 2002 年版。

③ 参见段云章、倪俊明：《陈炯明的理想和道路——以民主联邦制为考察中心》，《中山大学学报（社会科学版）》2008 年第 5 期。

家的救国方案。

陈炯明的复合共和思想，主要集中在 1919 年到 1931 年这段时间。期间，据统计，他所撰和授意、赞同有关联省自治的论著、指令、告示、函电等，达数十万字。[①] 其代表性的文献有：(1)《联省自治运动》(1922)，文章详细阐述了陈炯明主张实行联省自治的理由和建设方略、实行方法；(2)《中国统一刍议》(1927)，该文对联邦制作了更全面的论述和描绘，陈炯明认定联邦制是实现中国统一、独立、民主、富强的最佳方案。此外，他的思想还散见于《闽星发刊词》(1919)、《不为罪恶的奴隶》(1919)、《评康戴两君论革命的书》(1919)、《闽星日报宣言》(1920) 等文献当中。在这些文献中，陈炯明坚信：地方自治为中国达到共和的唯一之路，并一直为此奔走呼号。即便 1933 年 9 月，陈炯明在香港临终时，口中犹呼："共和！共和！"[②]，表达出他至死仍坚持联邦制的信念。陈炯明的复合共和思想主要集中在如下几个方面：

第一，论证了在中国实行联邦制，建立复合共和国的必要性。辛亥革命后，孙中山矢志不忘以武力统一中国，建立单一的中央集权的共和国家。由于其忽视普通民众的广泛参与，并在一些重大事情上处理失当，孙中山发动的"二次革命"、"护法运动" 等一再遭受失败，人民生活于战乱之中，国家统一遥遥无期。这使陈炯明认识到，"今日欲恢复中国之和平，只有一法，即以一切权柄归诸人民。人民希望和平，苟彼等能合力以表示意见，则和平实现矣。"[③] 他说："兵权政权非可以统一中国，袁、段是其证明。故必另寻一方式，使人民得有全权，由人民发展其权力以统一之。"[④] 这另一方式，在陈炯明看来就是中央和地方分权，实行联邦制。在建设方略中，陈炯明指出："政治组织之根本，在于规定中央与地方之权限；规定之方式，古今万国不外中央集权与地方分权两种。大抵国小民寡，集权之制容或可行，否则无不用分权制者。美之合众，德之联邦，皆分权制。""中华民国由光复各省

---

① 参见段云章、倪俊明：《陈炯明的理想和道路——以民主联邦制为考察中心》，《中山大学学报(社会科学版)》2008 年第 5 期。

② 段云章、倪俊明编：《陈炯明集》增订本下卷，中山大学出版社 2007 年版，第 1165 页。

③ 段云章、倪俊明编：《陈炯明集》，中山大学出版社 1998 年版，第 560 页。

④ 段云章、倪俊明编：《陈炯明集》，第 566 页。

所共同构成。其所有地方分权之制，本属于自然。”

陈炯明还分析了实行地方分权的好处，一是可以消除国内长期战乱。陈炯明认为国内长期战乱，就是因为“中央与地方之权限尚未规定，遂成纷扰之媒，起分裂之渐。中央恶各省之异己，而思以兵力制服之；各省患中央之专制，而思以兵力抵抗之，兵革既起，政治之纷乱，乃愈不可收拾矣”。二是可以密切与人民的关系。陈炯明指出，中央和地方分权，实行联邦制，并非单纯为了解决一时的战乱问题，还有另外的原因是“近世以来，国家与人民之关系愈密，则政事愈繁，非如古之循吏可以宽简为治，一切政事皆与人民有直接之利害，不可不使人民自为谋之。若事事受成于中央，与中央愈近，则与人民愈远，不但使人民永处于被动之地位，民治未由养成，中央即有为人民谋幸福之诚意，亦未由实现也”。基于此，陈炯明认为，“规定中央与地方之权限，当取地方分权主义，其条理则中央政府之职权取列举主义；地方职权取概括主义。”①

第二，阐述了集权与统一、自治与分裂之间的关系。反对地方分权的人针对当时倡言联省自治、主张地方分权的观点，指出各省名为自治，实为割据，其实质是各军阀拥兵自重，“自治”即是分裂，要结束这样的分裂只能使用武力。孙中山亦提出相同观点。主张联省自治的人针锋相对地指出，“自治”并不是分裂，不能在“国家统一”与“中央集权”之间画等号。陈炯明就指出：“盲论之士，往往以主张‘分治’，即为破坏‘统一’，曾不知‘分治’与‘集权’，本为对称之名词，于‘统一’何与？……民国以来，正坐盲论者误解‘集权’为‘统一’，于是野心者遂假‘统一’以夺权。”② 换句话说，“联省自治”不是要把中国分裂为几十个独立省。“统一”不能误解为“集权”，“分权”不能误解为“分裂”，“自治”也不能误解为“独立”。世界上实行“联邦制”的国家，如美国、加拿大、瑞士等国，它们是“统一”、“地方分权”、“地方自治”的国家，但它们不是“分裂”、“中央集权”、“地方独立”的国家。

第三，指出中国实现统一必须依赖法治。辛亥革命以后，孙中山一直希望通过武力来解决中国的统一问题，陈炯明对此表示反对。陈炯明的救国思

① 段云章、倪俊明编：《陈炯明集》，第 872 页。

② 段云章、倪俊明编：《陈炯明集》，第 662 页。

路是秉持联省自治主义，以法治统一中国。陈炯明曾在不同的场合中谈到法治统一问题。现摘取1922年陈炯明见诸报端的言论[①]：

（1）1922年8月10日，陈炯明在惠州与《士蔑西报》记者的谈话中指出："我渴望中国能有与美国相仿的宪法，以较大的自治权赋于各省，以管理民政。中国需要一个坚强的中央政府，以统管所有军事、司法、外交等事宜。若以武力促成更好的宪法，那是错误的办法。孙中山从前主张以武力推翻满清是对的，但他现在想用武力来建设民国，却是行不通的。我当然极力赞成统一，但统一必须先行制宪。"

（2）1922年8月13日，陈炯明在向《字林西报》记者的谈话中，亦指出："吾国自共和肇造，内乱不绝，统一之图，须臾不可再缓。惟是统一根本在于法律，诚能由法律而致统一，则国家永无分崩之虞。惟自建设共和以来，国土之所以分裂者，胥由政府与地方之权限不明，文武官吏遂不复守其本分，争权攘利之所致。夫国家大权属于人民，人民不自争，乃为他人所篡窃。而中央政府受自国人托付之大权，遂为三数武人所瓜分。今吾人欲免分崩之祸，首在建强固之中央政府；而欲建强固之中央政府，第一步则在修改法律，使适于时势之需要，定一种制度，俾吾人政府深合于人民政府，由人民管理，而为人民办事之原则。是以鄙意拟采用美制，使大权配分于全国，不复为少数人掌握，庶人民获有管理之机会。凡中央权限一一胪举，而规定之。地方权限亦为概括的规定，中央官吏任免操诸政府，地方官吏置易由乎人民，于是官吏任免之际将不复发生争端，武人既不复能要求位置私人，国库亦不能擅侵，政府毋事乎阴谋，而政治阴谋以绝，于是合通省人民制定省宪。则各省为全省人民所共管，军阀亦不复能要求为一己之地盘，而于废督裁兵，亦能更进一步。"

（3）1922年8月21日，陈炯明在与黎元洪代表白逾桓谈话时，再次阐明了法治统一的观点。他说："国乱有年，非谋统一不可。但真正统一，须建筑于法治上，乃能永久运用，而不再分裂。民国纷乱，在于中央地方权限不分，军事民政各不归位，故民政应分权者，中央乃改而集权，军事应集权者，中央反令各省据为己有。今欲塞乱源，制治本，应从制宪着手，略取美

① 资料来源于陈炯明研究中心在互联网上公布的"陈炯明言论摘要"专题，内容详见http://www.chen-jiongming.com/WenZi/YanLun/ZhuYue/ZhuYue.html。

制度，定为联邦宪法。”

（4）1922 年 9 月 6 日，陈炯明与美国领事谭尼（R. P. Tenney）谈话时指出：“袁世凯、段祺瑞、孙中山，而现在吴佩孚都想以武力来统一中国，这是错误的办法。正确的办法，应以法律来统一中国。换言之，制定一好宪法，而颁布实行之。”

（5）1922 年 10 月 31 日，广东在给吴佩孚的电报中指出：“联省自治亦统一手段。宪法告成，共守宪法，勿虑割据。若阳托统一之名，实则抗命截税，斯真割据。粤省现本自治精神，以俟宪典告成时，拥戴宪法上之中央。”

第四，描绘了“自治”救国的具体方案。20 世纪初，无论以梁启超为首的立宪派还是以孙中山为首的革命派都提出过救国的设想。梁启超认为中国国民程度“未及格”，还不适宜实行共和，最好的选择是实行开明专制。而孙中山则认为国民的共和资格需要经过约法之治或者说训政时期来逐渐养成。按孙中山的设想，训政时期需由政府选派考试合格人员，协助各县筹备自治，即进行县政建设和训练民众行使权利、履行义务，在达到规定的标准后，始能实行县自治。一省全数县已实行自治时，始可结束训政，实行宪政。全国过半数省份开始实行宪政时，才能召开国民大会，颁布宪法。与孙中山不同，陈炯明改造中国的重心，从一开始就放在基层，主张民有、民治、民享，自下而上发展。1921 年 2 月 17 日，陈炯明接受了北京《字林西报》记者的采访。陈炯明在采访中说：“今日吾人已确信中国如再欲以君主政体或武力专制相统一，已断乎不能……吾人改造中国，必须由下而上，不当由上而下。吾人今已在数县内着手试办，即由乡村做起，将彼等组织为十一区域，而以委员会治理之。将来一县中各小区域一律组织自治……则所有县知事及其他地方官以及省议会议员，均将人民公选。迨此项制度普行于各县，并于省议会中有之代表，则省长即由此等代表（即省议员）选出。以后省长只对人民负责……吾信吾广东如试行而成功，则他省人民必纷纷效法。而此种运动将遍于全中国。吾人倘能得一二省加入，即可与彼等联合，而逐渐推广至其余各省，最后使中国成为一大联省政府也。”[①] 陈炯明的这个方案，简言之，就是“联乡治区，联区治县，联县治省，联省治国是也。析言

① 段云章、倪俊明编：《陈炯明集》，第 560—561 页。

之，即全国政治组织，以业治为经，域治为纬，组成五级政制。自乡治以上，各级构成分子均以区域职业两种团体为基本单位，其顺序则以乡自治为基础。由此基础，层建而上之，则为区、为县、为省、为国是也”①。因此，在陈炯明的自治方略中，他强调“以人民自治为极则”，各省先自治而后联治，然后召集国民会议，制定宪法，成立民选的中央联治政府。通过这样的途径，复合共和国家才可建成。正因为如此，他把描述这一构想的主要之作冠以《中国统一刍议》之名。

如何评价陈炯明的复合共和思想？以往论者多站在主张建立单一共和国的角度进行评论，由此对陈炯明负面的评价比较多。作为宪法学的研究者，我们主张以价值中立的立场，客观地分析、评价其思想对中国宪政的意义。无论是孙中山以武力统一中国的单一共和思想，还是陈炯明以法治统一中国的复合共和思想，其区别都属表面现象，而其实质是采用何种理念、步骤与方式来统一中国的问题，就此而言，无所谓谁是谁非。然而，就共和之本来意义来讲，共和不只是制度形式，更是价值体系。陈炯明的复合共和理论中更多地包含了价值内容，比如他把人民自治作为“极则”，注重公民自下而上地参与公共生活，以求在参与中使公民达到治理与被治，在参与中培育公民对共和的情感；同时，反对“昌言革命”、“以力争经营天下”的做法，把法治作为政治活动的基础等等，这一切更接近西方的共和理想，也符合现代宪政的价值理念。

尤为值得注意的是，陈炯明不但提出了这些思想，而且直接实践他的理念。1918 年 12 月，陈炯明率领援闽粤军进驻福建漳州后，广州军政府两次任命他出任福建省长一职，他都予以拒绝，他坚称：“炯主张以闽治闽，以民治民，盖地方分治之基，国家统一之法，悉原于是。”② 1920 年他从福建回师广东后提出：“今日以后，广东者，广东人民共有之，广东人民共治之，广东人民共享之”③ 的设想，并希望把广东建为模范省，以影响和促进中国的统一。从 1920 年开始，陈炯明授意或亲自主持制定了《广东省暂行县自

① 段云章、倪俊明编：《陈炯明集》，第 1087 页。

② 转引自段云章、倪俊明：《陈炯明的理想和道路——以民主联邦制为考察中心》，《中山大学学报（社会科学版）》2008 年第 5 期。

③ 段云章、倪俊明编：《陈炯明集》增订本上卷，第 491 页。

治条例》（1920 年 12 月）、《广东省暂行县长选举条例》（1920 年 12 月）、《广东全省教育委员会组织法》（1921 年 2 月）、《广东省自治根本法》（1921 年 6 月）、《广东省宪法之通过草案》（1921 年 12 月）等多项有关地方自治的法案和条例。《广东省宪法之通过草案》于 1921 年 12 月 19 日通过，其开宗明义地指出“广东省为中华民国自治省”，省长由全省公民投票选举之；县为省之地方行政区域，并为自治团体。设县长由全县公民直接选举，呈请省长任命，执行省之地方行政，及县行政，并监督县以下之自治机关。宪法草案通过以后，广东省的自治活动自下而上逐级展开。有论者把 20 世纪初与陈炯明同唱“联省自治”人物归为两类：一类是怀着正当的理想和抱负，希望通过“联省自治”来结束国家四分五裂的乱局，真正建立一个民有、民治、民享的共和国家的人士；另一类是标榜“联省自治”，藉此保存现有实力，以获取更大范围统治权的军阀和依附他们的政客。[①] 陈炯明无疑属于前者，他矢志不忘复合共和思想，并予以践行。他的思想和精神都是留给后人的一份宝贵财富。

（三）20 世纪初期共和思想的特点

20 世纪初期共和思想的引介者，他们大都有过在国外留学或者因受国内的政治迫害而在国外避难的经历，对国外的制度比较了解，因此他们的思想历程大都包括两个阶段：

第一个阶段，是用他们所观察到的西方政治制度来批判中国旧有的学说和制度，并简单地采用“拿来主义”态度把西方的制度作为中国新国家制度建构时效仿的对象。无论是邹容的《革命军》中为建立民主共和国而拟定的二十五条纲领，还是孙中山早期所提出的“使英雄各充其野心”之法都有这样的痕迹。也就是说，这个时期，他们的思想不是建构主义的，而是解释主义的、批判主义的。为了实现心中效仿的目标，他们写了许多脍炙人口的文章，花费许多精力甚至不惜牺牲生命奔走呼号。尽管在今天看来，他们所作的努力在学说史上并没有多少创新的价值，但是在当时来讲，他们的思想还是起到了教育和启蒙的作用。

第二个阶段，是他们能够理性地看待西方的制度，在借鉴西方的制度时

---

① 参见段云章、倪俊明：《陈炯明的理想和道路——以民主联邦制为考察中心》，《中山大学学报（社会科学版）》2008 年第 5 期。

研究中国国情，并在此基础上提出自己创新的主张。孙中山在辛亥革命以后，多次讲到中国在政治制度设计时要体现中国国情问题。他解释说，中国几千年以来，社会上的民情风土习惯与欧美的大不相同。中国的社会既然和欧美不同，所以管理社会的政治制度，自然也是和欧美不同，不能完全仿效欧美，照样去做，像仿效欧美的机器一样。[①]根据掌握的资料，孙中山明确讲到的与欧美共和不同的地方至少有两个：

第一个不同是关于国名的意义。1916 年 7 月 15 日在驻沪粤籍议员欢迎会上，孙中山讲道："顾仆尚有一重大意志，欲白于今日者，诸君知中华民国之意义乎？何以不曰'中华共和国'，而必曰'中华民国'？此'民'字之意义，为仆研究十余年之结果而得之者。欧美之共和国，创建远在吾国之前。二十世纪之国，当含有创制之精神，不当自谓能效法于十八九世纪成法，而引为自足。共和政体为代表政体，世界各国，隶于此旗帜之下者，如希腊，则有贵族奴隶之阶级，直可称之曰'专制共和'。如美国则已有十四省，树直接民权之规模，而瑞士则全乎直接民权制度也。虽吾人今既易专制而成代议政体，然何可故步自封，落于人后……代议政体旗帜之下，吾民所享者，只一种代议权。若底于直接民权则有创制权、废止权、退官权。但此种民权，不宜以广漠之省境施行之，故当以县为单位……如是数年，必有一庄严灿烂之中华民国发现于东大陆，驾诸世界共和国之上矣。"[②] 这段话中，孙中山说明何以称"中华民国"而不称"中华共和国"的原因。简单来说，孙中山想要凸显的观念是，"民国"是指"民权"之国，即由人民直接行使民主权利的国家；而"共和国"则是指采用"代议政体"，亦即"间接民主"的国家。由此可看出，孙中山采用"中华民国"的国名旨在强调与国外的代议制共和政府之不同。

第二个不同是提出"五权宪法"学说。孙中山认为"宪法在政府中的作用，好比是一架机器"。西方各国宪法只把国家政权分作三部，叫做三权分立，从来没有分作五权。"五权宪法是兄弟创造出来"[③]。孙中山之所以把宪法分作"五权"，是因为孙中山认为："宪法者，为中国民族历史风俗习惯所

---

① 参见孙中山：《三民主义》，岳麓书社 2000 年版，第 132 页。
② 《孙中山全集》第 3 卷，第 323 页。
③ 孙中山：《孙中山选集》，人民出版社 1981 年版，第 572 页。

必需之法。三权为欧美所需应，故三权风行欧美；五权为中国所需应，故独有于中国。诸君先当知为中国人，中国人不能为欧美人，犹欧美人不能为中国人，宪法亦犹是也。适于民情国史，适于数千年之国与民，即一国千古不变之宪法”①。他总结辛亥革命后中国实行“三权分立”的实际后果，是好处一点没有学到，所学坏处是百十倍，弄得国会议员变成猪仔议员，分赃贪利，为全国人民所不齿。之所以出现这种情况，孙中山认为，这是因为中国的历史和社会与外国完全不同，“如果不管中国自己风土人情是怎么样，便象学外国机器一样，把外国管理社会政治硬搬进来，那便是大错”②。因此，他认为，我们“不是应学欧美，步他们后尘”；要用我们民权主义，把中国改造成一个“全民政治”民国，应驾于欧美之上。

① 孙中山：《孙中山全集》第1卷，第444页。
② 孙中山：《孙中山选集》，第764页。

第十章

地方自治概念及其演变

地方自治是近现代民主宪政体制的基石。地方自治法是近现代宪法规范体系的重要内容之一，同时，地方自治也是宪法学说体系的基础性概念。考察地方自治这一概念的流变，是总结和归纳宪法学说史不可缺少的课题。在我国宪法学说的产生和发展史中，一直包含着异常丰富的地方自治学说，它至少从清末贯穿至整个民国时期，构成这一时期宪法学说的核心内容之一。展望未来，地方自治正在重新确立它在宪法学理论与实践中的重要地位。本章主要以时间为序对地方自治学说的演变进行梳理，首先考察我国传统社会的地方自治思想，其次研究清末民初时期中国传统社会的地方自治观在西方地方自治观的冲击下发生了哪些变化，再次关注民国中后期发达的地方自治法学说，最后专门讨论民初的联省自治学说。

第一节　中国传统社会的地方自治观

一、中国传统社会存在地方自治思想吗?

目前我国宪法学术界通常认为，地方自治乃是产生于西方社会的政治制度[①]，与之相对应的地方自治观念，也同样来源于西方的政治思想。考察我

① 参见《中国大百科全书》(法学卷）中“地方自治”条，中国大百科全书出版社 1992 年版。马小泉先生也说，“近代意义的‘地方自治’(local self-government）是欧美资产阶级革命初期，为反对封建专制、争取参政权利而提出的一种地方政治设制，是西方资本主义政治文化和历史条件的产物。”马小泉：《清末地方自治与宪政改革》，河南大学出版社 2001 年版，第 23 页。

国清末和民国时期的宪法学说，其间有着极为丰富的地方自治思想。按照上述有关地方自治思想来源的认识，清末和民国时期的地方自治学说当然是从西方政治思想中移植而来的。有学者曾指出："近世中国的地方自治思想，萌生于19世纪60年代至90年代中期。就总体而言，促成其萌生的外在原因是西方政治文明的启示和中西国力强烈对比的刺激，其供给的途径既包括西方思想的引入，也包括外来势力的入侵。"① 这种认识具有代表性，即中国传统社会不存在地方自治的观念，近代的西化构成了我国宪法学说史中的地方自治学说的历史起点。

地方自治"西方移植"起点说反映了学界有关中国宪法学历史起点的一般看法，即中国宪法学的许多概念与原理多是西方的舶来品。诚如韩大元教授所指出的，中国宪法学是在学科体系所需要的客观环境和条件还没有成熟的背景下，在传统文化与西方文化的冲突与矛盾中形成并得到发展的，其形成和发展首先经历了"输入"期，早期的中国宪法学理论是从对西方宪政文化的介绍、传播中形成的。② 然而，地方自治的概念是否具有一定的本土性和特殊性？它是否与宪法学的其他一些概念一样起源于西方社会并移植于中国？中国传统社会真的不存在地方自治的观念吗？

在认为地方自治是西方舶来品的判断下，有学者认为，最早的地方自治观念是清末立宪运动中开明的官员士绅和进步思想家继受西学提出的宪政改革的一种目标、内容或措施。据考证，冯桂芬为提倡地方自治之第一人，其在1861年的《校邠庐抗议》中最早提出了地方自治思想。③ 笔者阅读了清末民初的相关档案资料，的确未发现比冯氏更早提出地方自治的论者，而且根据后世学者的考证，也都认可冯桂芬在提倡地方自治方面的首创地位。然而，考察冯桂芬在《校邠庐抗议》中的论述，却让人质疑地方自治思想是西方舶来品的判断。

冯桂芬在《校邠庐抗议》一书的《复乡职议》篇中提出了地方自治的主

---

① 汪太贤：《近世中国地方自治主张的最初提出及其表达》，《西南民族大学学报（人文社科版）》2004年第5期。

② 参见韩大元：《宪法学基础理论》，第11、12页。

③ 参见汪太贤：《近世中国地方自治主张的最初提出及其表达》，《西南民族大学学报（人文社科版）》2004年第5期。

张。但该章的文字论述并不能表明冯氏的地方自治主张受到了西方地方自治思想的影响，因为他没有引用任何西方的政治理论，也没有提到西方的地方自治制度，相反，他是通过引用、修改和发扬中国古制和固有学说来论证其地方自治的主张。冯桂芬在该章中首先引用柳宗元“有里胥而后有县大夫，有县大夫而后有诸侯，有诸侯而后有方伯连帅，有方伯连帅而后有天子”的说法和顾炎武“大官多者其世衰，小官多者其世盛”的论述，并以此为起点来提出自己的地方自治主张，即“折衷周汉之法”，恢复乡亭之职，其由当地人公举，“真能亲民，真能治民”，从而达到“风俗日新”、“教化日上”的目的。① 因此，该章内容基本上沿袭了我国传统社会中有关地方制度的主张，不能将之看作是移植了西方的地方自治思想。②

柳宗元不是主张地方自治的，他主张郡县制，反对“封国土、建诸侯”的封建制。柳氏经常被引用的这句话“先有里胥后有天子”，从表面上看，他的政治权力起源观是地方起点论，即政权是从小范围（个人和地方）到大范围（君主和国家）进行的合治，只有通过层层的联合与合并，才能使人获得生存的外部凭借，预防和纠正相互之间的纷争。但究其本质，他的政治权力的结构观是“君主（或中央）中心论”的，即认为，非通过郡县制使君主直接统治天下，无以防止“列侯骄盈”、“黩货事戎”、“天下乖戾”③，或者用萧公权的说法，是“明智有力者运强权以行公理”④。

与此相比，顾炎武的政治思想则更重基层和地方，他的“寓封建之意于郡县之中”⑤ 的观念是尽人皆知的。有趣的是，顾氏在《日知录》中也引用了柳宗元在《封建论》中对政治权力起源的论述，然而，顾氏比柳宗元走得更远。在《日知录》的《乡亭之职》篇中，顾氏提出，“天下之治，始于里胥，终于天子，其灼然者矣。故自古及今，小官多者其世盛，大官多者其世

---

① 参见冯桂芬：《校邠庐抗议》，《复乡职议》篇，见谢俊美主编：“醒狮丛书”，中州古籍出版社1998年版，第92、93页。

② 当然，不可否认的是，冯桂芬之所以提出地方自治思想显然是受到了西方政情和政治理论的刺激。冯氏属于较了解西方政情的开明士大夫，有史料证明西方的地方自治是他积极了解的对象之一，但这也只能说明西学的刺激是冯氏提出地方自治主张的外因，而不是其地方自治思想的来源。

③ 柳宗元：《封建论》，《柳宗元集》（第2册第3卷），中华书局1979年版，第71、72页。

④ 萧公权：《中国政治思想史》，辽宁教育出版社1998年版，380页。

⑤ 顾炎武：《顾亭林诗文集》，中华书局1983年版，第12页。

衰。兴亡之途，罔不由此。”[①] 因此，除了认同柳宗元的政治权力地方起点论，顾炎武的政治权力运行观也是以地方为中心的，易言之，欲使天下安定，应当首先从完善乡里基层组织开始。顾氏在以《日知录》为主的各种论著中具体构想了地方制度的框架，基本上也是恢复古乡亭之职，建立自足的地方自治组织，可见冯桂芬的主张大体上是延续了顾炎武的说法。秋风先生曾将顾氏的建议解读为两个主张：第一个主张即社会自治，使乡里基础组织发挥社会组织和伦理维系作用，第二个主张即分权给地方，实现地方政府自治。[②]

在顾氏看来，治官之官的“大官”多，则中央政权庞大，而治民之官的“小官”多，则官员多服务于基层，能直接与民众接触，体察民情。这背后蕴涵的意义是，政权的运行尽可能贴近民众和地方，才会产生“人民乐业”、“国家富足”的结果。在《日知录》的“省官”篇，顾氏更明确地表达了政治运作应当以基层民众为中心的想法。顾氏引用了晋代名臣荀勖的说法，“省官不如省事，省事不如清心。”[③] 也就是说，精简官员不如精简事务，精简事务不如保持清静的心境。只有政治权力的运行能够保持清静，使民自为治，与民休息，才能避免官员别出心裁和节外生枝地谋求私利。在顾氏来看，这正是治道的“探本之言”。可见，顾氏的政治主张是极倾向于地方自治的。[④]

从顾氏的以上论断出发，笔者认为可以回溯到春秋时代老子所提倡的“清静无为”的政治主张。老子在《道德经》第 29 章说：“将欲取天下而为之，吾见其不得已。天下神器，不可为也。为者败之，执者失之。”这显然是告诫人们，天下乃是自然的“神器”，非人力（或者毋宁说是“君主”或“中央政府”）所能左右，言外之意，中央无为，而地方自治。在第 57 章中，他以更为明确的措辞再次表达了类似的思想：“我无为，而民自化；我好静，而民自正；我无事，而民自富；我无欲，而民自朴”，也就是说，政府无为，

---

① 顾炎武撰、黄汝成集释：《日知录集释》，花山文艺出版社 1990 年版，第 363 页。

② 参见秋风：《封建制与郡县制》，《21 世纪经济报道》2006 年 11 月 23 日。

③ 顾炎武撰、黄汝成集释：《日知录集释》，第 378、379 页。

④ 值得注意的是，在明清之际持类似观念或主张的并不仅限于顾炎武一人，只是相比较而言，顾氏的主张最为明确和清晰。该时期的思想家，如黄宗羲（梨洲）等，都有类似的地方观念。黄宗羲的地方自治思想，可参阅其《明夷待访录》的《方镇》篇。

百姓自治（“自化”、“自正”、“自富”和“自朴”）。至于为何要提倡自治，老子在第49章中解释道，“圣人无常心，以百姓心为心……百姓皆注其耳目，圣人皆孩之”。因此，老子治国安邦的核心思想概括起来就是“无为而治”，它涵盖了当代宪法中的地方自治、人民自治和市民自由。

中国传统社会的地方自治思想构成了近代中国在西方政治思想的刺激下重新提出地方自治的前见和基础，因为它们甚至在相当长的时期内一直是清末论者提出地方自治观念所采取的基本形式。据此，笔者认为，西方的地方自治思想是使中国传统社会地方自治思想被重新激发的外因，但并不构成中国宪法学说的地方自治思想的渊源。

在地方自治思想的整理方面，我国清末和民国时期的地方自治著作虽然数量相当可观，但多以考察实践中的制度演变史为主，极少涉及地方自治的概念和学说的演变史，例如，民国时期各种地方自治的论著，往往从周制（甚至黄帝时期）开始追述我国地方自治制度的演变史。[①] 当然，也有一些著作对地方自治学说史进行了简单的考证，如陈天海先生在《中国地方自治》一书中以极短的篇幅追溯了“古代地方自治之思想”，其中列举老子、孔子、孟子、管子、柳宗元等人的有关言论。[②] 造成这种现象的可能原因是，当时的学者们仅专注于将地方自治问题作为研究对象加以讨论，而缺乏从学术共同体的立场对学说本身的关注。但是，缺乏对地方自治思想内容的研究并不等于地方自治本身不存在。

二、中西方地方自治观念的主要差异

中国传统社会已经存在地方自治思想，而清末立宪运动又在中国引进西方地方自治思想，因此，可以预见的是，中国的传统地方自治学说自清末起必然在中西方观念的冲突与夹击之下有所变化。考察清末及以后中国地方自治学说之演变应该是本部分的重要问题之一，但在讨论此问题之前，有必要首先明晰中国传统社会地方自治观念与西方社会地方自治观念的差别，只有先识其差异，才能知道其冲突的结果和变化的原因。二者的差别可以从地方

---

① 例如，黄哲真：《地方自治纲要》，上海中华书局1935年版；何炳贤：《地方自治问题》，上海北新书局1930年版。

② 参见陈天海：《中国地方自治》，上海镜台书屋1932年版。

自治观产生的社会环境、地方自治观的实质内容、地方自治观的形式以及地方自治的内部结构四个方面进行阐释。

（一）乡村的自治观与城市的自治观

乡村自治观与城市自治观所体现的差别是指两者所产生的社会环境与社会基础的不同，或者说是基于乡村（环境）的自治观与基于城市（环境）的自治观。

众所周知，中国传统社会的主体是农业社会。人们生活的重点或主要范围是在农村，而不在城市。费孝通先生在《乡土中国》中写道："无论出于什么原因，中国乡土社会的单位是村落，从三家村起可以到几千户的大村……乡土社会的生活是富于地方性的。地方性是指他们活动范围有地域上的限制，在区域间接触少，生活隔离，各自保持着孤立的社会圈子。乡土社会在地方性的限制下成为生于斯、死于斯的社会。"① 在以村落为单位而富于地方性的乡土社会中，人们习惯于悠闲的生活方式，因此，逍遥自由、清静无为的政治观是极有市场的，按照老子的叙述："小国寡民。使有什伯之器而不用；使民重死而不远徙。虽有舟舆，无所乘之；虽有甲兵，无所陈之。使民复结绳而用之。甘其食，美其服，安其居，乐其俗。邻国相望，鸡犬之声相闻，民至老死，不相往来。"② 我国历朝历代，在其鼎盛的时候，在政事的治理上，都有一个共同的秘诀，简言之，就是"内用黄老，外示儒术"③。所谓"内用黄老"，当然是政府在统治上追求无为、自我约束，以使民间自由发展。

由于乡村式的社会环境的影响，中国传统社会的地方自治观念也是一种极为安逸和闲散的田园式自治观，它讲究的是政府的清静无为，个人的修身养性。这种地方自治观因其安逸而缺乏为争取自治而斗争的动力，因其闲散而缺乏自治共同体的组织力与凝聚力，不以官治或中央政府的他治为对抗之对象。

但与此不同的是，西方社会的地方自治则为城市自治。从其产生的地理环境来看，近代西方的地方自治制度④产生于商品经济高度发达的欧洲城

---

① 费孝通：《乡土中国》，三联书店 1985 年版，第 4 页。

② 《道德经》第 80 章。

③ 南怀瑾：《老子他说》，复旦大学出版社 2002 年版，第 4 页。

④ 正是在这种背景下产生的地方制度及其蕴涵的自治思想对近代中国产生了影响。

市，它是城市为争取其经济利益和市政管理上的自主权与君主的专制王权进行对抗的产物。城市原本是君主的领土并处于君权的统治之下，但随着手工业、商业的发展，城市中的市民阶层力量增强，有些商业交通上特别重要的城市通过市民阶层的斗争，成为自由市。[①] 而其获得自治的手段不仅包括金钱的赎买，还有各种形式的武力斗争和政治博弈。正是在这种特定的地理、政治与经济背景下产生和发展的西方近代的地方自治思想，必然会有其特殊之处。这一特殊之处在于，这种地方自治观念，具有积极的目标和突出的组织能力，非以积极的目标灌输于地方自治观，则城市中的商业利益及市民自由就无法在专制的君主领地上得到伸张，非以突出的组织能力和凝聚力，则不足以在对抗王权的政治斗争和武力斗争中取得胜利。

（二）安逸的自治观与战斗的自治观

安逸的自治观与战斗的自治观的差别是指两者在自治的内容或实质方面的不同。

在中国传统社会中，以乡里为主要存在形态的地方不可能由于商业利益而像西方的城市那样与中央政府（或君主）形成激烈的对峙，而且事实上，中央政府多奉行“重农抑商”的政策，通过这种方式早已经预防了任何可能的经济对峙的出现，因此，其地方自治观总以追求安逸的乡村生活为内容。在清末地方自治学说普及的过程中，很多人批评中国传统民风失之闲散，例如，黄遵宪曾认为，中国传统社会的广大民众，“对于政府不知有权利，对于人群不知有义务……以如此至愚极陋之民，欲望其作新民，以新吾国，其可得乎！”[②] 此种情形不外是长期生活于安逸观念中的结果。

但在西方地方自治制度出现的过程中，由于城市是商业和贸易高度发达的区域，人口、空间、文化和非农业活动又都高度集中，市民阶层为获得商业贸易等方面的自由发展，不仅有脱离原属专制王权的企图，也有争取自由的动力和条件，其自治活动在遭遇君主的否定之后，就会自然而然地采取一种武力、经济或政治上对峙的姿态。

中国早期政治思想中所流露出来的地方自治观，多带有非常明显的田园式风格，老子所用的“小国寡民”的措辞中就足以证明这一点，中国传统社

---

① 参见黄继忠、夏任凡：《城市学概论》，沈阳出版社 1990 年版，第 10 页。

② 黄遵宪：《黄遵宪致梁启超书》第 35 号，《中国哲学》第 8 辑，三联书店 1982 年版，第 385 页。

会的地方自治观以修身养性为目标。而在西方政治思想中，既然地方自治需要以防御君主专制为目标，也就不可避免地带有斗争的色彩。总而言之，修身养性，潜在的法则是安逸；防御和抵抗君主专制，潜在的法则是战斗。

（三）闲散的自治观与组织的自治观

闲散的自治观与组织的自治观的差别主要是指两者所主张的自治在形式上的不同。

中国传统社会的地方自治观是闲散而缺乏组织力的，这是由以乡村为主的社会环境所决定的，同时与安逸的内容也不无关系。梁漱溟先生曾明确指出："地方自治之不易推行于中国，其困难即在组织能力。团体生活，为中国社会素所未有。"① 在《中国文化要义》中，他更详细地描述了团体观念缺乏对中国传统社会的自治主义的影响："地方自治体欠明确欠坚实，与官治有时相混。此谓其有时似属自治，有时又代以官治，一时一代兴废无定。且其组织、权限与区划，亦变更无常。即以民国以来言之，县以下基层组织忽而并大，忽而划小。制度纷更，几于朝令而夕改；单是名色，不知换了多少次。"② 这种现象不仅与古代中国，而且与近代中国的政治实践，当然也包括1949年以来的政治实践，是相当吻合的。

而西方的地方自治观念极为强调组织的自治，也就是要形成一个自治团体，以自治团体作为主体来争取自治权。这与他们的生活环境相关，城市中的各种资源相对集中，人们的联系当然也就更为密切，易于结成聚集体。考察欧洲近现代的地方学说，将地方自治划分为两个方面，一是住民自治，一是团体自治。所谓"团体自治"，是指"将地方自治委之于独立于国家的团体，由团体在自身的意思与责任之下进行自治的这一自由主义性质的、地方分权性质的要素"③。这种团体自治的观念正是组织化的地方自治观的表现。

（四）乡绅自治与市民自治

在中国传统社会的地方自治思想中，乡绅和宗族的地位是非常重要的。从顾炎武论述地方自治思想时开始，人们就以恢复周、汉两代的乡亭之职为理想。当然，这里的恢复乡亭制度并不是完全照搬周制和汉制，而是有所改

---

① 《梁漱溟全集》第5卷，山东人民出版社1992年版，第321页。

② 梁漱溟：《中国文化要义》，上海人民出版社2003年版，第86页。

③ ［日］芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社2006年版，第320页。

变。其设想大体上是发挥乡绅在自治活动中的影响力，一方面处理自治之事务，另一方面也接受官府的考核。如，顾炎武在主张当地人主治以外，还强调“三年，称职，为真；又三者，称职，封父母；又三年，称职，玺书劳间；又三年，称职，进阶益禄，任之终身”①，冯桂芬后来也说：“其有异绩殊誉功德在闾者，许入荐举，有违过者随时黜之。”② 在实践中，除了汉代仿行周代的乡亭式自治以外，其他时期乡绅都受到官府较为严格的控制，因此，后世的学者多有对此种自治持批评态度的，“不过这种自治，用现代政治理论观分析之，实际上是官治的延伸，与其说是自我管理，不如说是政府政治控制和行政管理的一种技巧。士绅治理，不是来自民众的委托，而是政府的委托，作为政府治理民众的工具，秉承政府政令，管理乡村事务。这是集权行政下的一种土著自治”③。这种现象的出现，与前述几个特征有着直接联系，正是由于其松散、缺乏组织化，官治得以乡绅为媒介而介入基层自治的过程。

然而，西方社会的地方自治思想较注重市民在自治活动中的作用。这多与其自治制度最初产生时，城市中的市民阶层较为强大并且常常是自治运动的中坚力量有关。若再往深处言之，则还会关联到西方社会源远流长的民主观念。在近现代西方的地方自治学说中，强调住民或居民的自由，将地方自治划分为住民自治与团体自治，团体自治突出了自治的组织化特征，而通过住民自治则可以看出市民阶级在自治体系中的作用，这与其近代及以前的自治思想显然是一脉相承的。

第二节　政治学叙述中的地方自治

本节主要介绍冯桂芬以及与他处在同一时期的主张地方自治的维新派人士，如郑观应、王韬、薛福成、马建忠、汤震、何启、胡礼恒、陈虬、陈炽、黄遵宪、梁启超等人的地方自治思想。

---

① 顾炎武：《顾亭林诗文集》，第 13 页。

② 冯桂芬：《校邠庐抗议》，《复乡职议》篇，见谢俊美主编：“醒狮丛书”，第 93 页。

③ 郭宝平、朱国斌：《探寻宪政之路：从现代化的视角检讨中国 20 世纪上半叶的宪政试验》，山东人民出版社 2005 年版，第 175 页。

一、地方自治的内容

在西学的冲击之下，开明的士绅官员与进步的思想家展开了地方自治的介绍和研究，主要包括：

（一）提倡乡董自治

乡董自治的观点是以中国古制为依据的。清末时期最早提出乡董自治者为冯桂芬，他在《复乡职议》中对地方自治的最重要的建议就是恢复周汉时期的乡亭之职，他还提出了自己的具体设想，即“县留一丞，或簿为副。驻城各图，满百家公举一副董，满千家公举一正董，里中人各以片楮书姓名保举一人，交公所汇核，择其得举最多者用之。皆以诸生以下为限，不为官，不立署，不设仪杖，以本地土神实祠为公所。民有争讼，副董会里中耆老，不服则送正董，会同两造族正，公听如前；又不服，送巡检。罪至五刑送县，其不由董而达巡检或县者，皆谓之越诉，不与理。缉捕关正、副董指引，而不责成。征收由正、副董劝导，而不与涉手。满五千家设一巡检，全乎为官如今制。惟以邻群二三百里内无山川间阻之地，诸生幕职荐举者为之。丞簿由巡检升除，丞簿月给养廉三五十金，巡检半之；正董薪水月十金，副董半之，有过者随时黜之。”①

继冯氏之后，郑观应、陈炽等都曾介绍过乡董自治。这样的主张早在顾炎武时就已经提出了，只不过清末重新提出并经过了些许的修正。乡董自治的观念本身仍然沿袭着中国传统社会注重乡绅自治的观念，但随着西方自治学说的输入，对乡董自治的提倡日益减少了，这表现在起初人们还试图将中国的乡绅与西方地方自治中的名誉职联系在一起，通过乡董引导自治，发展地方实业，但到了民初时期，乡董自治的观念基本上见不到了。

（二）开设地方议院

郑观应是清末立宪运动中最早提出设立（国家）议院的，他也较早论及了地方议院与地方自治的问题。在《盛世危言》中，郑氏指出：“本中国乡举里选之制，参泰西投匦公举之法，以遴议员之才望。”② 从当时的学说来

---

① 冯桂芬：《校邠庐抗议》，《复乡职议》篇，见谢俊美主编：“醒狮丛书”，第93页。

② 郑观应：《盛世危言》，见中国史学会编：《中国近代史资料丛刊·戊戌变法》（一），上海人民出版社1957年版，第57页。

看，论者多对西方的地方议会制赞赏有加，并有仿行之意。比如，维新派的代表人物之一黄遵宪曾如此评价日本从西方引进的地方议会制："府县会议之制仿于泰西，以公国是而伸民权，意甚美也……是制之建，人人皆谓政出于民，于地方情弊宜莫不洞悉。"① 在1901年，张謇在《变法平议》一书中，主张仿行日本的地方自治制度，"设府县议会"，实行地方自治。② 当时有关地方议会的主张多是中西合璧式的，但初期的论者多没有直接论述地方议院开设的具体办法。

最早详细论述设置地方议会的是浙江人陈虬，他在《治平通议》的《救时要义》篇中也认为，应当以中国古法为基础，同时变通泰西之法，开设地方议院，"何谓开议院？泰西各有议院，以通上下之情，顾其制繁重，中国猝难仿行。宜变通其法，令直省札饬州县，一例创设议院，可即就所有书院或寺归并改设，大榜其座，国家地方遇有兴革事宜，任官依事出题，限五日议缴，但陈利害，不取文理……择优议行"③。此外，同时期的汤震、陈炽等人对地方议院的开设都有较为具体的建议，其中涉及议院的形式、当选议员的资格等诸多问题。

（三）改革地方官制

地方官制不同于前述的乡董制，乡董不属于政府官员，而是自治职员，但地方官员则是国家的地方行政官员。在中国传统的郡县制下，地方官员多由中央派出，且异地为官，向中央政府负责，经常被调换。这种地方官员由中央派出的集权体制存在诸多弊病，顾炎武就曾对这一问题提出过改革思路，顾氏在《郡县论》中提倡，"罢监司之任，设世官之奖，省辟属之法"，"必用千里以内习其风土之人"任县令，经过若干年试用后，称职者"任之终身"，并且要求"使县令得私其百里之地"④，也就是说，要撤销中央派往地方的监督官员，让熟悉当地情况的当地人担任县令，使其有能力管理当地的事务。

---

① 黄遵宪：《日本国志》，见沈云龙编：《近代中国史料丛刊续编》第10辑，台湾文海出版社1974年版，第424页。

② 参见张謇：《变法平议》，《张季子九录·政闻录》。

③ 陈虬：《治平通议》，见中国史学会编：《中国近代史资料丛刊·戊戌变法》（一），第228页。

④ 《顾炎武诗文集》，《郡县论》篇，第12—15页。

在清末时期，集权体制的弊端就更为明显。如在 1898 年初，黄遵宪回国代理湖南按察使，在湖南襄助推行新政，其间曾发表演讲力陈中国古代地方官制的缺陷。他将朝廷任命的地方官称为“宴会之生客，逆旅之过客”，并称这种官僚制度是“举吾身家性命田园庐墓”，“委之于二三官长之手，曰是则是，曰非则非。而此二三官长者，又委之幕友书吏家丁差役之手而卧治焉，而画诺坐啸焉”①。

改革地方官制是清末地方自治学说中不可缺少的一部分。冯桂芬在《校邠庐抗议》的《公黜陟议》篇中就以地方选举为思路对改革地方官制提出了设想。② 在冯氏之后，郑观应、陈炽、宋恕等人都倡议改地方官员由当地选举。例如，郑观应在《盛世危言》里指出，“国以民为本，而治之道，莫切于亲民之官，生乱之源，莫急于病民之政，所谓天下得人，则天下治也，此之谓也……国家设官，本以为民，其与民最亲，而贤否得失之间，动关国家之治乱者，尤在州县”，因此，地方官的选任尤其重要，其“选举之政操之民间，用土人或久居其地者为官，无回避本省之例，听讼之事，派以陪审，而肆威作福之弊祛，列以见证，而妄指诬陷之弊绝”③。

（四）谋求地方的振兴

当晚清政府在与西方的对抗中经历了军事、政治上的失败之后，国人发展实业的观念受到刺激，实业的振兴成为举国关注的焦点。当时的地方自治思潮在这种大背景下就会自然地与地方的振兴联系在一起。地方自治论者在提倡地方自治时，往往会论述地方实业的振兴，即认为地方自治体制是振兴地方实业的必由之路，而此处的“实业”的范围是非常广泛的。从当时所论及的范围来看，至少包含了政治、商业、教育、交通、农业、警察等。例如，康有为曾主张设立民政局，他在 1898 年 1 月的《上清帝第六书》中提出，“每道设一民政局，督办新政，每县分设民政分局，派员会同地方绅士治之，除刑狱赋税暂时仍归知县外，凡地图、户口、道路、山林、学校、农工、商务、卫生、警捕，皆次第举行”④。而黄遵宪则

---

① 黄遵宪：《黄公度廉访第一次暨第二次讲义》，见《湘报》，中华书局 1965 年影印本，第 5 号。

② 参见冯桂芬：《校邠庐抗议》，《公黜陟议》篇，见谢俊美主编：“醒狮丛书”，第 72 页。

③ 郑观应：《盛世危言》，见中国史学会编：《中国近代史资料丛刊·戊戌变法》（一），第 62—63 页。

④ 参见《康有为政论集》上册，汤志钧编，第 216 页。

侧重日本仿效欧美所建立的警察制度，他曾说："有国家者欲治国安人，其必自警察始。"① 在黄遵宪的观念中，"警察一局，为万政万事根本"②，它被赋予很多的使命，包括清查户口、巡查街巷、清疏交通、调节纠纷以及改造罪犯等各个方面。

二、地方自治之必要性

在清末的地方自治学说中，除了构想地方自治制度的具体内容以外，有关地方自治之必要性的论证也是不可缺少的内容。从这一时期的论著来看，人们论证地方自治的必要性的角度是非常宽泛的，大体上可以列举为以下几个方面。

第一，地方自治为治世准则与立国之本。这种思路往往会超脱于（中国之）政治实践的层面，抽象地从治世之道或政治统治的根本原则出发，论证自治是治世的准则，也是各国的"立国之本"。例如，梁启超在《新民说》的《论自治》篇中说："凡善良之政体，未有不从自治来也……以地方自治为立国之本，可谓深通政术之大原，而最切中国当今之急务。"西方各国均以地方自治制度为根本之准则，中国政治落后的原因之一就是地方自治不够发达，因此，发展地方自治也是当今中国之"急务"。这种思路本身表明，清末民初时期的地方自治论者极为关心政治统治的一般原理，往往从这些终极理念中推演地方自治的需求。

第二，地方自治可增强国力，是强国之道。这是一种实用主义的进路，认为地方自治能够求得地方实业的发展，从而带动整个国家的富强。从清末民初时期的著述来看，这种观念是极为普遍的。例如，留日学生曾这样论证地方自治与实业发展的关系："地方自治制最完全者，其实业必最隆起。地方自治制与实业要有密接之关系……在今日则以实业之组织，寓地方自治之组织，即借地方自治之组织，以益发实业之组织。一乡里为之，一州县为之，一省为之，则不患抗拒外人之无所凭借……吾民族欲自发达其实业……为保国保种之目的者，非亟亟趋向于地方自治之规模而进行不可。"③ 当然，地方自治能增强国力并不单纯是通过促进实业的发展来实现的，其改善政

① 黄遵宪：《日本国志》，见沈云龙编：《近代中国史料丛刊续编》第10辑，第421页。
② 黄遵宪：《黄遵宪致梁启超书》第33号，见《中国哲学》第8辑。
③ 《"列强在支那之铁道政策"译后》，《游学译编》第5期。

治、增强地方和国家活力的功能也都与强国的目标联系在一起。

第三，地方自治是立宪的前提和要素。这种思路将立宪作为共识性的前提，认为地方自治是实现立宪的必由之路。清末时期的论者多有这种看法，例如，《南方报》在光绪三十一年（1905 年）刊发的一篇文章认为，通过开办地方自治，使地方人民公举地方官员，公议地方政事，为立宪创造一定的前提条件，地方自治是立宪的预备，因此，“中国今日之立宪，当以地方自治为基础”①。学说上的这种观念也影响到清廷的立宪活动，例如，在清廷于 1908 年 8 月 27 日发布的《九年预备立宪逐年推行筹备事宜谕》中，“所有人民应行练学自治教育各事宜”② 也被作为预备立宪的环节之一。

第四，地方自治可保民生、厚民气、伸民权。这种思路常常将国家生存的基础寄托于民众，而地方自治可以培育公民参政的责任力和能力，可以提高国民意识，伸张民众的权利。例如，黄遵宪曾提出：“自吾随使东西，略窥各国政学之要，以为国之文野，必以民之智愚为程度。苟欲张国力，伸国权，非民族之强，则皮之不存，毛将焉附？国何以自立？苟欲保民生，厚民气，非地方自治（不可）。”③ 这种观念在清末时期虽然已经是人们论证地方自治必要性的一种思路，但由于君主制的存在，其地位并不突出。到了民国初期，由于摆脱了清朝君主制的束缚，伸民权随即渐渐成为地方自治的第一必要性。

三、中西思想交汇的地方自治观

从前文对这一时期的地方自治观念的分析和列举可以看出，自清末立宪运动以来，中国传统社会固有的地方自治观念在西方地方自治思潮的冲击下发生了一些变化。这些变化体现在当时地方自治政策的论述中，如“恢复中国古制或以之为基础”并“参酌泰西地方自治之法”等。这种变化的特征反映在如下几个方面：

第一，开始包含个人权利的观念。中国传统社会通常将地方制度作为实现国家统一的附属制度乃国家制度的辅助物。在最开始介绍西方地方自治

---

① 《论立宪当以地方自治为基础》，《南方报》光绪三十一年（1905 年）七月十六日。

② 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第 124 页。

③ 黄遵宪：《黄遵宪致梁启超书》第 33 号，见《中国哲学》第 8 辑，第 384 页。

时，论者也较多地从维护国家统一的立场上来提倡地方自治，这或许是出于使其地方自治主张易于被中央政府接受的考虑，这种情况不仅仅反映在呈交中央政府的奏折文书中，也体现在论者向大众普及地方自治知识的作品中。清政府于1908年颁布的《城镇乡地方自治章程》第1条即开宗明义地规定："地方自治以专办地方公益事宜，辅助官治为主。"① 因此，当时的地方自治观念沿袭中国历来之传统，缺乏对个人权利的关注。汪太贤教授在总结这一时期的地方自治观的立论基础时曾指出，"在自强求富宗旨之下提出地方自治主张时，似乎总是与西方制度相关，但在其立论的思想基础或价值取向上，往往又回归于传统，总是与西方观念相去甚远。具体而言，早期地方自治提出的立论基础并非西方意义上的民治、民主观念，至多为一种初级的中央与地方的分权精神，以及从古代民本思想引申出来的'养民'、'生民'、'保民'等治民理念，其价值取向无非是'君民不隔，上下同心'。"② 然而，随着对西方地方自治观念的了解的深入，这种情况逐渐发生转变，人们将个人权利引入了地方自治的范畴，认为地方自治是"伸民权"的重要举措。梁启超曾明确提出："抑民权之有无，不徒在议院参政也，而尤在地方自治。地方自治之力强者，则其民权必盛，否则必衰"，因此，地方自治者，"民权之第一基础也。"③ 尤其是在清政府被推翻以后的地方自治学说中，"伸民权"、"人民民主的试验场"等诸如此类的关注基层民权的提法就变得更为常见了。从不具有个人权利的观念，到逐渐以西学为借鉴提倡在地方自治中实现个人权利，这是中西地方自治观念在清末中国交汇的第一个表现。

第二，向组织化的自治偏移。中国传统社会的地方自治观念是松散、闲散和缺乏组织的，这一特征在清末以后有被逐渐扭转的趋势。在考察西学和向西方借鉴的过程中，论者逐渐接受了强调组织的西方自治观念，越来越重视自治组织和自治团体在实现自治中的作用。例如，留日学生曾在1903年撰文认为，中国地方自治之基础极厚，但成效极少，原因在于没有自治机关，因此，应当"组织地方自治机关"，具体措施包括：就各地方固有之绅

---

① 《政治官报》，光绪三十四年（1908年）十二月二十八日，第445号。

② 汪太贤：《近世中国地方自治主张的最初提出及其表达》，《西南民族大学学报（人文社科版）》2004年第5期。

③ 梁启超：《答某君问德国日本裁抑民权事》，《饮冰室合集2·饮冰室文集之十一》，第52页。

士，联合成一自治体；自治体宜分议决与执行二机关；分任机关之事者，由绅士中互相投票公举；机关议事必以多数为可决；机关之职员悉为名誉职。[①] 从上述主张中可以看出，“自治体”大体上已经具有西方地方自治学说中地方自治团体（公法人）的雏形，而机关之职员为名誉职的想法就是来自于欧陆的地方自治实践。这种看法在中国传统社会的地方自治论中是看不到的。到民国时期，它已经形成非常发达的团体自治的论述，认为团体自治是地方自治的核心，此时，西方的自治观念已经基本上取代了中国传统社会的自治观。

第三，开始具有积极的目标。在中国传统社会以农业为社会背景的地方自治观中，人们大多讲究清静无为和个人的修身养性，而在实践中，乡里组织受政府委托监督维持当地治安，帮助政府实现其统治职能，因此，乡里组织多是消极和被动地充当官治的辅助物。虽然乡里组织在一定程度上承担着公益事业、济贫互助等职责，但与西方以城市自治为基础的那种进取的、开拓的甚至冒险的自治精神相比还有很大差距。在西方地方自治观念的冲击之下，这一时期的地方自治主张，对地方自治赋予了特定的、实际的目标，包括振兴地方实业、发展地方交通、普及当地教育等等。通过地方自治来求得当地之振兴也是引进西方地方自治观念之后而形成的新想法。这种变化与整个社会环境的变化有直接的联系，中国传统社会不追求商业的发展，只维持社会的安定。而清末在经历了军事、政治上的种种失败之后，整个国家和社会的观念都倾向于发展实业和增强国力，地方士绅成为发展实业的主力军。在根本的政治统治观和统治环境发生变化的条件下，地方自治就被赋予了谋求振兴等一系列的特定社会使命。

以上从主要方面总结了在西方地方自治观的冲击之下，清末民初时期的地方自治观在内容上的变化。当然，这些变化并非是那种从一个极端转向另一个极端的根本性剧变，而只是一个主要取向的变化，是一个逐步转化的过程。笔者试图用“中西思想交汇的地方自治观”来形容这一时期地方自治学说的总体特征，或者可以将这一时期的地方自治主张定性为“中西合璧式”的地方自治观。

---

① 参见攻法子：《敬告我乡人》，《浙江潮》第 2 期。

这些变化发生的原因是多方面的。主要是学说传播的载体——地方自治倡导者，一些开明的绅士从一开始就主动地了解西方政情，展开对地方自治的研究，后来地方自治学说逐渐被采纳。在中西交流日益频繁的过程中，大规模地向西方学习的重要群体是留洋学生。大量的旅日和留学欧美的留学生，带着西方化的地方自治思想归国，这些人都成为地方自治学说的智识载体。例如，马建忠、魏瀚、林藩、游学楷、高而谦、王寿昌、柯鸿、许寿仁等均曾在法国留学。

四、政治学叙述中的地方自治

中国传统社会的地方自治思想尽管内容极为丰富，但从学科的归类来看，更多地属于政治思想史的范畴，是某种形式的“政治哲学”，或者至多是法律思想史，还谈不上是一种典型的法学的或宪法学的学说，不能称之为“地方自治‘法’学说”。在清末民初时期，由于中西思想的交汇是一个西学成分日益增加的过程，因此，“中西思想交汇的地方自治观”，其中不少内在的观念都与中国传统的学说渐行渐远，但这一时期的地方自治学说仍然维持着传统的政治学的叙述风格，体现在以下几个方面：

第一，从总体上看，清末民初时期的多数地方自治论述是从政治统治正当性的维护、民权的伸张、实际的统治与管理便利等方面来着眼，虽然也有关于如何建构具体制度的阐述，但总免不了动辄向受众展示抽象的原理，甚至就原理而论原理。笔者并不反对这样的叙事方式，但是，若单纯地依靠这种研究方法，显然不是典型的法学进路，而是政治哲学的进路。当然，也可以勉强将之纳入宪法思想研究的范畴，但这并不是典型的法学叙述方式。如果从一个更为宽泛的背景出发，中国传统社会根本就不存在近现代意义上的法学，更何谈典型意义上的地方自治法学说呢？

第二，清末民初时期大体上是一个地方自治制度正在倡议创立的时期。中国传统社会的地方制度随着朝代的更替越来越倾向于中央集权，到了明清之际，中央集权的程度几乎已经到了无以复加的程度。在经过了这样长时期的中央集权政制之后，要想重新发展地方自治，免不了要花大量的精力来向当局和民众论证其合理性，而在当局和民众接受地方自治的观念以前，关于地方自治制度的具体设计、地方自治法的轮廓的讨论，显然只能居于一个次

要位置。在地方自治的主张被当局采纳以后，地方自治提倡者也仍然需要借助一系列的政治观念在民众中普及地方自治原理。因此，法学研究意义上的地方自治法学说在这一阶段还没有全面展开的外部条件。

第三，即使是此一时期有关地方自治制度的建构的具体建议，也往往是从地方组织的结构出发，例如地方议院的开设、地方官员如何选举等等。这样的论述更像是在讨论一个关于政治组织的章程，而不是在公法学上阐明法律主体和法律关系。当然，这要归因于地方自治法律体系的缺乏，在一种缺少实定法规范的条件下，实证主义的、规范主义的地方自治法学说不可能产生。

第三节　法学叙述中的地方自治

清末的地方自治思想到民国时期继续受到西学的影响，国共两党的北伐战争（1926 年—1928 年）结束后，地方自治学说发展到了另一个阶段，论者们开始将法律意义上的地方自治从政治学意义的地方自治中区别开来，进行了法学式的讨论。

一、法律意义上地方自治的出现

在笔者查阅的范围内，最早将法律意义上的地方自治从政治学意义上的地方自治中区分出来的是民国时期的周成先生，他在 1929 年 8 月出版的《各国地方自治纲要讲义》中，将地方自治的意义区分为并列的两层：第一，所谓“自治者”，“以非专任之官吏而参与于国权之行政之谓也”，也就是说，凡“立法司法及行政事务，非由国家之吏执行者”，皆称之为自治；第二，所谓“自治者”，“于一定之限度内，地方团体有法律上之人格者，离乎国家而独立之谓也”①。在对这两种意义进行了区分以后，他又明确地指出，前者为政治意义上的自治，而后者则为法律意义上的自治。② 如此对地方自治的意义进行二重区分，意味着地方自治已经不再停留于单纯的地方政权组织的基本原则（即地方民主、地方自由的原理等），而是在法律的意义上进入

① 周成：《各国地方自治纲要讲义》，上海泰东图书局 1929 年版，第 2、4 页。

② 参见周成：《各国地方自治纲要讲义》，第 8、9 页。

地方自治法体系的规范框架与分析模式。

之后，政治意义的地方自治与法律意义的地方自治的区分，也就是人民（住民）自治与团体自治之间的区分，就成为了地方自治研究中的通说。例如，林众可所著的《地方自治概论》（1931 年 9 月）也坚持了人民自治与团体自治的区分。①

黄永伟的地方自治研究巨著——《地方自治之理论与实施》对地方自治的概念进行了深入研究，并提出政治意义上与法律意义上之地方自治的区别："政治上之意义之所谓地方自治，地方行政在规定之相当范围内绝对不受国家之干涉，一切实际事务之执行，必由地方人民公选之名誉职员应其责任；法律上之意义之所谓地方自治，凡一种团体以执行国家内公共行政为目的，为规定之相当范围内，得于国家监督之下，依一己之独立意思，而处理其一己之事务之谓也。"②

黄哲真的《地方自治纲要》（1935 年 10 月）在研究地方自治的含义时，将地方自治区分为广义（政治学意义）与狭义（法律学意义）上的自治，前者为"人民自治"，后者则为"团体自治"③。

叶春的《地方自治》（1946 年）在介绍地方自治的含义时，也直接从政治上与法律上区分地方自治，并在地方自治法的意义上提出地方自治团体的团体自治观。④

由上可见，每一部研究地方自治的作品都承认地方自治的政治意义与法律意义之间的区别，认可人民自治与团体自治的区分。关于从政治意义上的地方自治中剥离出法律意义上的团体自治的原因，何炳贤有精辟的解释："我们首先要明白，自治的组织，不单纯是设立几个机关便算了事，其最低限度的条件，是自治团体的形成，这个团体，对内是民意的集团，是政权行使的所在；对外不独是民意的代表，且是民众合组的法人。"⑤ 可见，通过自治团体这样一种形式，不仅有助于在内部集合民意，也有利于在外部以法人的形

---

① 参见林众可：《地方自治概论》，商务印书馆 1931 年版，第 9 页。
② 黄永伟：《地方自治之理论与实施》，南京提拔书店 1934 年版，第 1—2 页。
③ 黄哲真：《地方自治纲要》，上海中华书局 1935 年版，第 2—3 页。
④ 参见叶春：《地方自治》，福州教育图书出版社 1946 年版，第 1 页。
⑤ 何炳贤：《地方自治问题》，上海北新书局 1930 年版，第 123—124 页。

式伸张民意。若是缺少团体自治的内涵，尽管地方可以设置自治机关，进行地方选举，管理地方事务与财政，但却无法以有效手段克服政治意义上的地方自治的松散性，从而为国家之官治挤压地方自治留下便利。也就是说，团体自治能够在法律上形成一道屏障，通过将地方自治团体与国家的关系纳入法律的调整领域，保障地方自治的实现。当时的论者强调地方自治团体与国家的区别，试图通过地方自治团体的形式来排除国家对地方自治的可能的不当干预，保证自治免于国家的官治的危害。

由于法律意义上的团体自治概念的采纳，在 20 世纪 30 至 40 年代间，中国的地方自治学说已经自觉和明确地进入了标准的公法学研究范式，其研究素材多以各类地方自治法规为主，其研究侧重点多集中于地方自治团体，研究方法亦多采用文本分析、规范分析和实证分析，因此，地方自治完全进入了法学叙述的范畴。但是，这其中亦有不足之处，当时的地方自治法著作仍然沿袭传统，多称为“地方自治”、“地方自治概要”、“地方自治之研究”、“地方自治的理论与实施”等，而很少冠之以“地方自治‘法’”的名称，只有若干法律法规的汇编采用了“地方自治法规”、“地方自治法规汇编”、“地方自治法令”或“地方自治法令解释”的字样。

二、法律意义上地方自治出现的原因

第一，地方自治法律规范的规模化和体系化。在缺少法律规范的情形下，显然难以对地方自治进行法律学意义上的研究。在清末立宪运动的晚期，清政府颁布了《城镇乡地方自治章程》（1908 年）、《厅州县地方自治章程》（1909 年）等地方自治法规，但还没来得及做学说理论上研究，清政府的地方自治改革就成为历史了。到民国初期，虽然起初保留了清政府地方自治改革的些许成果（该改革刚刚实施不久），但袁世凯的中央集权措施、各地军阀割据、北伐战争的爆发等等，使地方自治的实施在动荡的环境中备受挫折。期间，中央政府也曾制定若干地方自治法规，比如，1923 年 10 月颁布的《中华民国宪法》[①]，在当时各地方和民众普遍要求自治的背景下，明确肯定了地方自治体制，其中规定地方分省、县两级，省县均为地方自治团

① 即 1923 年 10 月 10 日的“曹锟宪法”，该宪法虽因“贿选”问题而有失名誉，但在学术的意义上，仍不失为一部优秀的宪法。

体，以宪法典确认地方自治制。这在中国立宪史上还是第一次。在北伐战争结束之后，地方自治法体系逐渐完善起来，1929 年 6 月 5 日的《县组织法》、1929 年 10 月 2 日的《县组织法施行法》、1929 年 10 月 2 日的《区自治施行法》、1929 年 9 月 18 日的《乡镇自治施行法》、1930 年 5 月 3 日的《市组织法》、1930 年 7 月 19 日的《乡镇坊自治职员选举及罢免法》等等，有二十多部地方自治法规相继出台，极大地吸引了地方自治研究者的兴趣，也为学者提供了分析、研究和批评的实证素材。

第二，地方自治研究方法的转变。在清末立宪运动时期，人们往往从政治学原理出发对地方自治展开研究，如地方民主、地方选举、地方自由等角度，动辄涉及政治学与宪法学的基本理念，其讨论的范围又极为广泛，缺少规范与实证的分析。但随着地方自治法律体系的完善，人们开始获得了具体的研究素材，从而在研究方法上，由抽象的理论研究转为对具体问题的研究，比如文本分析、实证分析和法解释学的方法等。陈天海的《中国地方自治》（1932 年 1 月）一书即对法条进行了文本分析，书中很多部分将法条原文照录，辨其利弊，评其得失，在进行有效的文本分析的同时也保留了一定有价值的实在法资料。其他自治论著，也会提到实定法的条文，在阐释地方自治原理时，常引据法条作为佐证。这种现象在以前的地方自治研究中是较为罕见的。文本方法与法释义学既可以被作为法律意义上地方自治学说出现的原因，也可以将其作为法律意义上地方自治学说出现所带来的结果。

第三，法德日地方自治学说的影响。在欧美和日本，以公法人理论为基础的团体自治观念在它们的地方自治学说中极为盛行，尤其是法国和德国。直至今天，论者依旧强调团体自治观的重要性。这些宪法学说从团体自治的角度出发，讨论地方自治团体的法律人格。[①] 从我国 20 世纪 30 至 40 年代的地方自治著述来看，学说上在提到团体自治的概念时，往往都指明团体自治是来自法国和德国的观念，而政治意义上的人民自治则多来源于英国法。[②] 而日本的地方自治学说深受德国法的影响，与德国学说存在借鉴

---

① 可参见［法］Michel Verpeaux，*Droit des collectivités territoriales*，Paris，Presses Universitaires de France，2005。

② 这种情况极为普遍，例如周成的《各国地方自治纲要讲义》、《地方与新县制》（作者及出版信息不详）等。

甚至继承的关系。例如，日本学者清水澄说："所谓地方自治，系公共团体，以自己的机关，处理属于团体以内的政治事务。"① 这就是以德国法上的团体自治观为基础的。实际上，"清末地方自治，十之九取法日本。而日本的地方自治，则多取法欧洲，特别是德国"②。德国的团体自治观极可能是以日本为媒介而传播至我国的。当然，这是一个法考据学上需要研究的问题。

以上三个原因的解释并不是说政治意义上的地方自治遭到了否定，只是说研究的重点或主体内容发生了偏移。从这一时期的地方自治论著来看，人们还是会用特定的篇幅（但不是主要的篇幅）来论证地方自治的种种益处（如从民生、民权主义或建设的方面）③，仍旧沿袭着政治学的叙述方法，只是从这时起，政治学的叙述方式再也无法占据地方自治研究中的主导性地位了。

三、地方自治团体的概念与要素

地方自治团体的概念在清末时期就已经出现。梁启超早在 1907 年就曾使用"地方团体"的提法，他认为："地方团体自治者，国家一种之政治机关也。就一方面观之，省中央政府之干涉及其负担，使就近而自为谋，其谋也必视中央代谋者为易周，此其利益之及于地方团体自身者也。就他方面观之，使人民在小团体中为政治之练习，能唤起其对于政治之兴味，而养成其行于政治上之良习惯，此其利益之及于国家者，盖益深且大。"④ 将地方团体作为国家的"政治机关"之一，梁启超仍然将地方团体与政治学的话语体系联系在一起，反映出当时对地方团体的认识仍然不够明确，也缺少公法学的内涵。到民国时期，在法律意义的团体自治含义中，地方自治团体已经居于核心的位置，它是地方自治的主体。因此，这一时期的地方自治著述多将"地方自治团体"（或称为"地方自治体"、"地方公共团体"和"地方团体"）作为最重要的内容加以研究。就学说的价值而言，其中最显著和最重要的莫

---

① 转引自熊素：《地方自治问答》，1947 年 11 月出版，第 1 页。

② 郑永福、吕美颐：《论日本对中国清末地方自治的影响》，《郑州大学学报》（哲学社会科学版）2001 年第 6 期。

③ 例如，陈安仁的《地方自治概要》仍从这样的角度来分析地方自治的必要性：除却官僚政治之弊害；辅助政党政治之不及；养成人民对政治之责任心与能力；适合经济政策之运用。

④ 梁启超：《政闻社宣言书》，《政论》第 1 期。

过于对地方自治团体的概念与要素的看法。

（一）地方自治团体的概念

就地方自治团体的概念的研究而言，周成的《各国地方自治纲要讲义》是此问题的奠基之作。该书在介绍各国的地方自治制度之前，首先分析了地方自治的主体，即地方团体。在定位上，地方团体与公共组合同为公共团体，公共团体与国家合为公法人，而公法人再与私法人合为法人，该书又曾附带研究了法人和公法人的基本理论，对诸如“法人否定说”、“法人抑制说”和“法人实在说”等均有评述。地方团体就其性质而言，“乃领土团体（gllretolpeetchaft）之一种，与国家同其形体，以一定之土地为基础之人民团体也。故地方团体对于其地域之关系，与国家对于其领土之关系相同，于其所属之地域内，有发动国家所赋予之统治权之能力，凡居住或寄留于其地域内之人民，概须服从之。在于同一地域内不容有与之同行之他之公共团体发动其权力焉”①。由此可见，当时的地方自治研究已经完全在法律上采纳了团体自治的观念，并且辅之以完善的公法人理论为背景。

另外，该书还以专门的一节来论述自治团体与国家之间的区别，不仅包括法律人格的不同，还指国家之统治权乃国家所“固有”，而地方团体的统治权必“由国家赋有而始得享有之”②。这种结论是“传来权说”的代表，尽管在今日的地方自治理论中已经完全被“制度保障说”所取代，但在当时是通行的观点。

陈安仁的《地方自治概要》（1930 年 6 月）在研究地方自治的含义时，从“地方团体在法律上之人格”方面着手，对地方自治的定义是“在于一定限度内之地方团体，有法律上之人格，离国家而独立之谓”③。这与前述的周成的地方团体观是一致的，但与周成不同，该书将具有独立法律人格的地方团体作为地方自治制度的本旨，“原来自治制度之本旨，在于使地方团体，独立之人格者，不受国家之干涉而处理团体之公共事务，在此意义，不是使之绝对与国家相对立，绝对不受国家之干涉，因为地方团体，在法律上虽具

---

① 周成：《各国地方自治纲要讲义》，第 16 页。

② 周成：《各国地方自治纲要讲义》，第 19 页。

③ 陈安仁：《地方自治概要》，上海泰东图书局 1930 年版，第 26 页。

有人格，可离国家而独立，但是在一定之限度内，而不是在于一定之限度外，此意义如明了，而后地方自治，乃能不致误解也”①。

诸如此类讨论地方自治团体之概念的论著很多，多基于公法的立场来论述地方公共团体的法律人格的独立性。叶春的《地方自治》（1946 年 3 月）尽管在篇幅上较为单薄（仅百余页），但该书明确提出了“地方自治团体”与“行政区域”的差别。地方自治团体是一定地域范围内地方自治的主体，而行政区域是专属于国家的，是国家在各局部实现国家行政职能而划定的区域，虽然二者可能常常发生重合。②

（二）地方自治团体的要素

除了地方自治团体的概念以外，地方自治团体的要素也是论者们热衷研究的一个问题，从时间上来看，人们对地方自治团体的要素的研究要比对地方自治团体的概念的研究略晚。

陈天海的《中国地方自治》（1932 年 1 月）从“自治之区域”、“自治区之住民及选民”、“自治之机关”、“自治事宜及自治机关之权限”、“自治经费”和“自治之监督”等方面来分析民国成立之后的地方自治。③ 虽然他并没有明确地提出地方自治团体的要素，但采取“自治之区域”、“自治之机关”、“自治事宜及自治机关之权限”来分析民国成立以后的地方自治制度，与地方自治团体的要素是相关的。

黄哲真在《地方自治纲要》（1935 年 10 月）中专门研究了地方自治团体的构成，将之列举为“为公共目的而活动的人民”、“国土内一定的土地”、“表示和执行公共意思的机关”、“国家赋予的自治权”这四项，认为这些是地方自治团体的“不可或缺的要素”④。刘骞纲在《地方自治之研究》（1941 年 7 月）中认为地方自治团体的要素有区域、居民与自治权三种。⑤

对地方自治的要素进行列举和划分是具有现实意义的。首先就地方自治

---

① 陈安仁：《地方自治概要》，第 28 页。
② 参见叶春：《地方自治》，第 124 页。
③ 参见陈天海：《中国地方自治》，第 40—44 页。
④ 黄哲真：《地方自治纲要》，第 16 页。
⑤ 参见刘骞纲：《地方自治之研究》，重庆青年书店 1941 年版，第 91 页。

的实施而言，其与地方自治团体的要素紧密联系在一起。其次就地方自治团体的区域而言，涉及如何决定自治区域的大小，是以县域为主[①]还是也包括省域，如何通过土地的丈量合理地划定各地方自治团体的范围。再次就人民而言，则涉及普查户口，以确定自治的人数规模。当时的地方自治论者并没有仅仅停留在从理论上厘清地方自治的要素，而是针对各个不同的要素，分别研究了前述这些微观的实际问题。[②] 可见，这一时期的地方自治学说，不仅理论深刻，而且更关注实践中的微观问题。

四、西化的地方自治法学说

到民国中后期，地方自治已经成为一个法律内含极为完善的概念。地方自治团体以及地方自治的各种关系已经纳入了公法调整的范畴，无论是研究的内容还是研究的方法都具有浓厚的法学风格。而在清末的地方自治运动中，虽然人们逐渐察觉到西方地方自治观念注重团体自治的特点，也提出了地方团体的说法，但还没有刻意将之纳入法律调整和法学研究的范畴。而民国中后期的论著已经完成了地方自治学说形态向法学层面的转化，脱离了单纯就政治理念而论政治理念的状况。

但是，此时的地方自治学说是完全的西化的产物。以公法人为背景的地方自治团体的相关理论是西方公法和地方自治观念的核心部分，而它对中国传统社会的地方自治思想来说是完全陌生的。如果说清末民初的地方自治思想是中西文化交汇的产物，其底蕴是中国传统地方自治思想在西学的冲击下正在发生着转变，那么，这一时期法学意义上的地方自治学说，其主体部分已经看不到中国传统社会地方自治思想的影子，已经实现了完全的“西化”，被欧美尤其是法德的团体自治观念所占据。也只有在这个意义上，地方自治是西方舶来品的说法才能成立。当然，正如前文所指出的，既然中国传统社会没有法学，那么它当然也就没有地方自治法学。

---

① 在孙中山先生的地方自治蓝图中，县处于最基础和最重要的地位，他认为，“一县之自治团体，当实行直接民权”，省对此来说“太过广漠”，而县则“大小适合”。

② 当时的地方自治论著往往在介绍这些不同的要素时，分别研究各个要素在实践中的具体问题，如刘骞纲的《地方自治之研究》以专门的章节来研究这些要素在实践中的具体问题；又如沈慰霞：《地方自治》，中国教育研究社（出版年份不详），第 81 页及以下。

前文对中国近代地方自治学说演变的梳理，并非想证明中国地方自治学说的自主性与自足性从而满足盲目的民族自尊心，也并不是要推翻“地方自治乃西方舶来品”的命题，只是尝试对这一命题的过程进行具体的分析，以避免和纠正一种简单化的理解。

第四节　地方自治与联省自治

1920 年 7 月 22 日，湖南督军谭延闿通电全国，表示湘人治湘、湘省自治，其后获得浙江卢永祥、广东陈炯明和云南唐继尧等地方实力派人物的响应。由此，中国近代地方自治运动走向高潮，拉开了联省自治运动的序幕。伴随实践上的变化，宪法知识界也对联省自治进行了广泛的研究，许多学人如梁启超、蔡元培、章炳麟等都主张依照美国联邦制，由各省自制省宪法实行自治，张东荪、丁世泽、潘力山等也发表文章表示支持联省自治。当然有政府和学者对联省自治持悲观、怀疑甚至否定态度，从学说演变的角度来说，正反双方的论点具有同样的价值，都值得研究。随着 1926 年北伐战争的开始，联省自治的学说和实践最终销声匿迹了，但联省自治的思想与观念却构成了中国地方自治学说演变史中的重要篇章。

一、联省自治的思想萌芽

联省自治分为“联省”与“自治”，所谓“联省”是为省的联合，所谓“自治”是为省内的地方自治。以下通过两个层次，一个是西方联邦制思想的输入，一个是地方学说的发达，分别论述。

（一）西方联邦制思想的输入

在清末立宪运动开始之前，联邦制就已经进入中国人的视野。1843 年，魏源在《海国图志》一书中曾经分别介绍瑞士和美国的联邦制度。在“瑞士国”篇中，曾有“分十二头目，各自为治，不相统属”[①] 的描述。在“弥利坚国即育奈士迭国总记”篇中，魏源这样对美国进行总括式的介绍：“西洋称部落曰士迭，而弥利坚无国王，止设二十六部头目，别公举一大头目总理

① 魏源：《海国图志》，李巨澜评注，中州古籍出版社 1999 年版，第 314 页。

之，故名其国育奈士迭国，译曰兼摄邦国。”[①] 其中“育奈士迭国”是“United States”的音译，而“兼摄邦国”作为意译表达了一些对联邦制的大概印象，“联邦”这一名称却还没有被采用。在该篇的具体介绍中，魏源基本上清楚地介绍了美国联邦制的框架，其中包括诸如联邦总统（勃列西领）、国会（衮额里士）、联邦最高法院（苏勃林）以及州（部落）的总体情况。在介绍州的体制时，魏源指出：“各部落自立小总领一人，管理部落之事。每部落一议事公所，其官亦分二等，一曰西业（即 senator），一曰勃里先特底甫（即 representative）。即由本部落各择一人，自理其本部之事。小事各设条例，大事则必尊国中律例。”[②] 魏源的目的只限于介绍，在他之后 50 年，中国人中才出现了倡导实行联邦制的言论。

根据胡春惠教授的考证，在中国倡导联邦思想者，很可能以孙中山先生为最早。[③] 他在光绪二十一年（1895 年）兴中会香港总会誓词中提出“建立合众政府”，而“合众政府”一词显然是借用了美国的概念，可以被解释成联邦制。而两年之后，在横滨与日本友人的谈话中，他明确提出“自治”与“联邦共和”的意旨。[④]

6 年之后，梁启超也提出了明确的联邦制主张。[⑤] 梁氏在 1901 年所写的《卢梭学案》中指出：“卢氏以为瑞士联邦诚太弱小，或不免为邻邦所侵轶。虽然，使有一大邦效瑞士之例，自分为数小邦，据联邦之制以实行民主之政，则其国势之强盛，人民之自由，必有可以震古烁今而永为后世万国法者。卢氏之旨其在斯乎，其在斯乎？”而“我中国……民间自治之风最盛焉，诚能博采文明各国地方之制，省省府府，州州县县……各为团体，因其地宜以立法律，从其民欲以施政令，则成就一卢梭心目中所想望之国家，其路为最近而其事为最易焉，果尔则吾中国之政

---

① 魏源：《海国图志》，李巨澜评注，第 397 页。

② 魏源：《海国图志》，李巨澜评注，第 401 页。

③ 参见胡春惠：《民初的地方主义与联省自治》，中国社会科学出版社 2001 年版，第 100 页。

④ 参见孙文：《中国必革命而后能达共和》，台北中央文物社出版之《国父全集》，第 452 页。转引自胡春惠：《民初的地方主义与联省自治》。

⑤ 马勇先生认为梁启超为最早在中国明确提出联邦制之人，这显然不如胡春惠教授的考证准确。参见马勇：《20 世纪 20 年代“联省自治”的理论与实践》，见《中国社会科学院近代史研究所青年学术论坛》2000 年卷，社会科学文献出版社 2001 年版。

体行将为万国师矣”①。与孙中山的制度模式不同，梁启超观察到的是欧陆的联邦制情形。

到了 1903 年，邹容在上海公共租界所著的《革命军》以及章炳麟在《苏报》写的《革命军序》，就更明确地提出要推翻清政府，并建立与美国相仿的联邦制。② 其后，联邦制主张已经变得极为常见，例如，冯自由于 1906 年在《民报》上撰文称：“共和政治也，联邦政体也，非吾党日以为建设新中国无上之宗旨乎？然使吾党之目的而达，则中国之政体将变为法国之共和、美国之联邦。”③

无论是孙中山、梁启超还是其后来者，对联邦制的论述存在着两个共同点：第一，都对联邦制表达了强烈的向往，没有停留在仅仅“介绍”西方联邦制政体的范围内，而是明确地提出了中国应实行联邦制的主张。第二，其政治主张都不是来源于中国传统社会的政治理念，而是受到了西方政治实践与政治思想的刺激，试图将西方的联邦制原理（尤其是美国的联邦制）适用于中国的实践。这也说明联邦制理论并不是中国传统社会固有的，而纯粹是从西方政治理念中移植的，是典型的“西学东渐”。

中国传统社会缺乏联邦制思想的情况，可以从孙中山先生对以往中国政治实践的描述中得到更进一步的理解：“观中国古来之历史，凡经一次之战乱，地方豪杰，互争雄长，亘数十年。不幸无辜之民，因之受祸者，不知几许。其所以然者，皆由于举事者无共和之思想……故各逞一己之兵力，非至并吞独霸不止。”从秦以来就习惯了郡县制的国人，似乎从来没有考虑过联邦制的可能性。而清末民初时期有了联邦制知识的普及，又加上国家正好处于地方军阀“各逞一己之兵力，非至并吞独霸不止”的状况下，人们自然而然地会想到借鉴联邦制，“在联邦共和之名下，夙著声望者，使为一部之长，以尽其材，然后建中央政府以驭之，而作联邦这枢纽”④。由此可见，联省自治实践和学说的出现与西方联邦制思想的输入具有直接的联系。

---

① 梁启超：《卢梭学案》，《饮冰室合集 1・饮冰室文集之六》，第 110 页。

② 参见邹容：《革命军》。

③ 冯自由：《民生主义与中国政治革命之前途》，原载《民报》第 4 期（1906 年 5 月），见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年时论选集》第 2 卷・上册，第 423—424 页。

④ 孙文：《中国必革命而后能达共和》，见台北中央文物社出版之《国父全集》，第 452 页。转引自胡春惠：《民初的地方主义与联省自治》。

（二）地方自治学说的发达与普及

不能简单地将联省自治等同于联邦制。在联省自治的提法出现以后，即使是当时的知识界对联省自治与联邦制的关系也是有争论的。从字面的意义上讲，联省自治极为强调“自治”的内涵，这甚至比“联邦制”的称法更为明显。

如前文所述，中西地方自治观念的交汇使清末民初的地方自治学说极为发达。在联省自治的理论提出之前，地方自治学说在我国知识界已经成为常识，并且是知识界和部分政界人士所共同努力的目标。梁启超在 1907 年即已指出：“今地方自治之一语，举国中几于耳熟能详。”① 即使在联省自治运动中，那些反对联省自治（多将联邦制与联省自治等同）的论者，也都是支持地方自治的。② 这需要客观地区分联省自治、联邦制与地方自治的关系。

在清末的地方自治改革中，地方自治的范围不断扩大，从城镇乡到厅州县，再扩大到府，只有省一级未能列入地方自治的范畴。胡春惠教授在追溯民国初期的地方主义与联省自治时，曾经专门分析辛亥革命以后地方主义的扩张以及舆论上对地方自治的倡议。省在民国初年就已经成为地方主义的一个重要载体，学说上也存在不少积极引导和利用省的作用、发展地方自治的主张。③ 在民初国家政治分裂、南北双方均无力实现统一的背景下，政治实践自然而然地形成了以省为界限的情形。因此，地方自治从基层扩大到以“省”为范围是自然而然的结果。

地方自治学说在两个意义上构成了联省自治的思想萌芽。一方面，地方自治强调乡镇市县等的自治，而这些基层的自治是联省自治内涵中除了联邦制以外的一个不可或缺的内容。另一方面，地方自治学说促进了将自治主体扩大到省的观念，从而与联邦制理论一起，直接导致了“联省”的主张。

二、联省自治的提出

在辛亥革命开始之前，联省自治的主张就已经以联邦制的形式被提出

---

① 梁启超：《政闻社宣言书》，《政论》第 1 期。

② 例如，陈独秀曾将联省自治等同于武人割据而加以反对，但对于地方自治，他则是一直坚决主张的。

③ 参见胡春惠：《民初的地方主义与联省自治》。

了。山东省在宣布独立之前，山东各界联合会曾向巡抚孙宝琦提出八条要求，请孙代奏清廷，其中就有这样的表述："宪法须注明中国为联邦政体"；"外官制、地方税，皆有本省自定，政府不得干涉"；"谘议局章程，即为本省宪法，得自由改定之。"① 这种主张反映了当时的政治形势，清政府在其末年已经丧失了对地方的掌控力，各省基本上处于各自为政的状况，而辛亥革命之后成立的南京临时政府，也出于同样的原因而具有深厚的联邦制色彩。此时，虽然舆论上有倡议地方分权，但占主流的政治主张仍然是尽量谋求国家之统一（此处的统一实以中央政府是否掌控全国为标准），尤其是梁启超领导的进步党，将自己放在支持袁氏中央政府的立场上，倾向中央集权，屡屡撰文批评地方分权主张。后经袁世凯的"洪宪帝制"，梁启超与进步党意识到中央集权的谬误，不得不由中央集权说转为地方分权说，地方分权的说法逐渐占据了主流。特别是自袁世凯死后，地方势力更成尾大不掉之势，南北两个中央政府均无力实现统一但又强求统一，以致出现了省际兵祸连连的状况。在这种背景下，联省自治的主张寄托着和平统一的期望，逐渐成为立宪运动的中心话题。

联省自治的主张最早出现在湖南省，或者至少是以湖南为背景出现的。湖南地处南北要冲，南北两个中央政府为求武力统一均以湖南为必争之地，因此，湖南受兵祸之害最甚。1920 年 5 月，湖南督军谭延闿率领湘军将张敬尧的北洋军驱逐出湘。随即在同年 7 月 22 日的通电中，谭延闿表示，"盖民国之实际，纯在民治之实行，民治之实际尤在各省人民组织地方政府：施行地方自治，而后权分事举，和平进步，治安乃有可期"，"近年海内明达之士，对于国家之组织，尤主张联邦合众制度，或主张地方分权制度"，"各省自治，为吾民共同之心理"，因此，要"顺应民情"，实行民治，"采民选省长制，以维湘局"②。

从谭氏的通电中可以看出，联省自治的概念明确地有两个内涵，一个是实行联邦制度，另一个是在各省内实现民治，也就是所谓的地方自治。前者

---

① 郭孝成：《山东独立状况》，见《辛亥革命资料丛刊》第 7 册，上海人民出版社 1957 年版，第 323 页。

② 王无为编：《湖南自治运动史》上编，上海泰国图书局。转引自胡春惠：《民初的地方主义与联省自治》。

被认为是实现国家和平统一和根除战乱的手段，后者是维持湘省局势的对策。在谭氏看来，两方面都是“顺应民情”之举。而在其后浙江、广东等省表示支持湘省自治的通电中，大体上都遵循了这种思路，例如，浙江都督卢永祥在1921年6月4日的通电中使用了这样的措辞：“先以省宪定自治之基础，继以国宪保统一之旧观，改弦更张，斯人正本清源之道。”① 也就是首先通过制定本省的宪法或自治根本法，实现省内的自治，发展本省的政治、经济、教育和实业，然后再以国家宪法的形式恢复国家统一。

以上政界人士的通电中虽然包含联邦与自治的主张，但没有正式使用联省自治的名称。从内容上讲，谭延闿算得上主张联省自治的政界第一人，也因此有人将其误作为联省自治概念的首倡者。但联省自治的说法首先是在知识界出现的。孙卓认为，“联省自治”这个口号是浙江人章太炎提出来的。② 史料证明，这种说法存在不实不尽之处。“联省”一词最早提出者是戴季陶，而“联省自治”则是张继（溥泉）最先提出的。

戴季陶为了反对袁氏的中央集权而主张过联邦制。他在1914年曾撰文提到：“若云联邦二字为不适，则此系形式上之问题，而非实质上之问题也。倘新造术语以命之，则‘联州’‘联省’皆未尝不可用。”③ 可见，戴季陶刻意使用“联省”的提法是为了避免人们将自己的政治主张与独立或分裂混淆在一起。这种做法是经过慎重考虑的，因为当时各省或多或少存在分裂事实，尤其是边远的西藏、内蒙、新疆等地。

到了1920年9月，鉴于湖南业已宣布湘人治湘，各省的自治力量进一步伸张的事实，张继则首次提出了“联省自治”的概念。他在回忆录中写道：“民国九年……游西班牙，不久即返，赴湖南。适太炎主张自治同盟，余易名曰联省自治。”④ 对这一说法，章太炎自己也在自订年谱中加以证实：“方是时，湘、川皆以恢复故土为号。余既议湘、川同盟，知军政府必不受，则以自治同盟说……会溥泉自欧洲返，余为言近事……溥泉为易名曰‘联省

---

① 转引自《新浙大事记》。

② 参见孙卓：《联省自治与湖南省宪法》，《百年潮》2005年第3期，第52页。

③ 戴季陶：《中华民国与联邦组织》，《民国》第1卷第3期、第4期。

④ 张继：《张溥泉先生回忆录·日记》，文海出版社1985年版，第21页。

自治'。"① 此处，不管是章太炎首提的"自治同盟"，还是经过张继改进的"联省自治"，都已经是非常明确的观念，即省内实施自治，省际则以联合组成同盟或联邦。

三、联省自治的内容与表现形态

联省自治的概念一经正式提出，就成为20世纪20年代中国宪法学说中最时髦的词汇之一。支持者与同情者大有人在，而反对者也不乏其人。在知识界，从学说上对联省自治的概念、内涵与可行性进行研究的论著数量相当可观，基本上能够达成共识。联省自治的内容和表现形态主要有：

（一）联邦制

联邦制理论构成了联省自治的重要的思想来源。而联省自治的内容有相当一部分是以联邦制为中心而展开的，因此，联省自治的第一个表现形式就是联邦制。

当时联省自治的提倡者为了避免人们对联邦制的偏见，巧妙地将联邦的"邦"置换成"省"，但其主张的实质仍然是联邦制。张东荪曾指出："吾人但求自治，不必有联邦之名"；"吾以为联邦之害不在联邦之实，而在联邦之名。"② 这种观念非常有代表性。当然，这种改个称呼的方法是不可能逃脱人们对联邦制的质疑的，因此，联省自治论还需要找到进一步的支持和论证。反对者多认为联省自治会成为军阀割据的借口，从而导致国家分裂。对此，陈炯明的反驳可谓极为有力，他说："盲论之士，往往以主张'分治'，即为破坏'统一'，曾不知'分治'与'集权'，本为对称之名词，于'统一'何与？北美合众国成例俱在，岂容指鹿为马！民国以来，正坐盲论者误解'集权'为'统一'，于是野心者遂假'统一'以夺权。"③ 联省自治不仅不主张分裂，反而在承认现实的条件下试图通过和平与联合的方式实现民治与统一。

在支持实行联邦制的理由论证中，戴季陶在《民国》杂志上所发表的

---

① 汤志钧编：《章太炎年谱长编》下册，中华书局1979年版，第600页。

② 张东荪：《地方自治之终极观》，《中华杂志》第1卷第7号，1914年7月。

③ 陈炯明：《致卢永祥赞成浙江制宪自治之通电》，《华字日报》1921年6月4日。该电内容可参见段云章、倪俊明编：《陈炯明集》增订本，第623页。

《中华民国与联邦组织》可谓是一篇有代表性的作品，其中他指出了四点理由：第一，革除中国旧日政治之弊病，“中国旧日之政治，名为集权，而实不能集权，地方能自治，而又无自治之权，直言之，则地方无宪法之保障，故事事受中央之干涉，中央鞭长莫及，故往往重要事项，亦委之地方，以至中央强，则成行政上之专制，中央弱，则生地方跋扈之忧，历代历史可为殷鉴。若行联邦制度……中央与地方既无冲突之忧，于是专制与革命之两在病根俱绝矣”。第二，国土广大，习俗不齐，民情各异，“苟行联邦制，则关于各省单独利害之立法，可以全归之于各省立法部，中央立法部可致力共同立法事项，而地方立法部更可尽其省立法之责，事分则易治”。第三，因势利导，以除省界之害，“苟行联邦制，则省民可以其爱省之心，以图省之发达，而随互相助之原则，以图各省之融洽，不相侵而相维，不相忌而相助，省界之害除，而省界之利收矣”。第四，“民族相异宗教相悬之地域，不适于中央集权政治也……治之之法，惟有保障其自治权……然后能图民族之整合，然后能图未开地之发展，然后能奠安国基而免分裂之患”①。

戴季陶的几点理由，涵盖了当时支持联邦制的各种观点。可惜的是，联省自治运动只是制定了数部省宪法，所谓的联邦政府或中华合众国政府始终仅仅存在于人们的构想中。②

（二）地方自治制

当然，联省自治不同于联邦制。联邦制，在于各邦联合以为联邦之意，而联省自治则不然，它除了注重各省联合以为联合政府之外，更注重省内部的自治。在联省自治运动中，恰恰不是省的联合，而是省内自治结构的构建。前述张东荪的“但求自治，不必有联邦之名”的言论即是证明。此外，很多论者除了在国家宪法的层面涉及联邦制以外，多将论述的中心集中在如何在省内实现地方自治。例如，毛泽东于 1920 年 6 月 23 日曾在《湖南改造促成会复曾毅书》中针对湖南省宪运动主张道：往事我们不说，今后要义，消极方面，莫如废督裁兵；积极方面，莫如建设民治。以现状观察，中国二十年内无望民治之总建设。在此时期，湖南最好保境自治，划湖南为桃源，

---

① 戴季陶文分别载《民国》第 1 卷第 3 期，第 1—48 页，及第 1 卷第 4 期，第 104—105 页。

② 例如，陈炯明曾在《建设方略》中构想中华民国联省政府的组织与职能。参见段云章、倪俊明编：《陈炯明集》增订本，第 948 页。

不知以外尚有他省，亦不知尚有中央政府，自处如一百年前北美诸州中之一州，自办教育，自兴产业，自筑铁路、汽车路，充分发挥湖南人之精神，造一种湖南文明于湖南领域以内……湖人自决主义者，门罗主义也。湖南者，湖南人之湖南。湖南人不干涉外省事，外省人亦且不可干涉湖南事，有干涉者仍抵抗之。

当时的政治实践表明，地方自治制的分量显然要远远高于联邦制。这是因为，所谓联邦制，只能停留在一种主张或构想的阶段。而地方自治制则在“省”的范围内由学说转化为一种实在的过程。在以广东为首的实施或筹备联邦自治的省份，自治改革产生了一些令人欣慰的成果。陈炯明领导的广东“自治模范省”的建设体现在制订县自治条例，民选县长，民选县议员，整顿财政，禁烟禁赌，裁兵减政，发展实业、交通和教育等方面。对此，当时的报章杂志、外国驻华使节的评论等均有肯定与同情。

总之，地方自治是联省自治的基础。只有包含了地方自治的内容，联省自治才能在根本上成为消除武人割据、实现国家和平统一的手段，地方自治试图在省的范围内逐渐消解军阀的专权，它与军阀专制是对立的。例如，联省自治运动期间负责主持起草“福建省宪法”的王孝泉先生曾精辟地指出：“分权仅在于省，养成一省之集权，其流弊与中央集权等。”① 如果单纯地将联省自治与联邦制混同，剔除地方自治的内容，联省自治就真的可能沦为军阀割据的借口了。

（三）省宪法及其性质

在联省自治学说和实践中，省宪法处在一个极为重要的位置。由于国宪阙如，缺少具备充分合法性的中央政府，因此，各省政权只能依靠省宪来获得其统治权的来源，同时谋求地方自治在省内的发展，以排除其他省份的军事入侵行动的正当性。在联省自治运动中，以湖南为首倡，浙江、广东、山东、四川、贵州、福建等省都制定了省宪法。

在各省宪法中，以湖南、浙江和广东三省的宪法影响最著，其他省份对这三部宪法多有模仿。② 这些省宪的内容，都涉及以下方面：宣示省民的权利，规定省权与国权的划分，设置省政府的政权组织，以及确认和规定省内

---

① 王孝泉：《福建省宪法之今昔观》，《厦门大学季刊》1926 年第 1 期，第 6 页。

② 参见严泉：《“联省自治”运动中的省宪研究》，《学术界》2005 年第 6 期，第 92 页。

的地方自治制度。在地方自治的范畴内，有两点值得注意：第一，地方自治制度是省宪法的重点内容，并且规定得非常全面，涉及地方自治的主体、地方自治组织、地方自治团体的自治权限，以及地方自治权的保障与监督等方面。尽管这些规定基本上仍然停留于文本而几乎没有来得及付诸实施，但至少反映了当时地方自治的研究水平。第二，省宪法对省的定位几乎无一例外的是“中华民国之自治省”，而没有提到“联邦”或“邦”，这可以解释成制宪者或许担心由于采用联邦制的措辞而受到人们的批评和误解。但省宪的名称足以表明联邦制的立场。在第一部省宪——《湖南省宪法》——的起草过程中，人们考虑过使用“自治根本法”的名称，如梁启超应邀为湖南草拟的即是《湖南自治根本法》草案，但最终采纳的是省宪法的称谓。这种相互矛盾的现象反映了联省自治运动支持者的含糊和犹豫。

四、联治民主制——联省自治学说的延伸

在联省自治的实践与学说走到历史尽头的同时，还有一种相继的宪法学说应该引起论者的注意，这就是陈炯明的“联治民主制”主张。

从国民党政治斗争的立场出发，陈炯明是个地地道道的“叛徒”，但陈炯明个人并不像传统正史所描述的那样仅仅是个反面角色。[①] 在联省自治时期，他在广东推行的广东“自治模范省”的建设，基本上是围绕落实省内地方自治而展开的，他也发表过若干有关自治主义的论著。客观地讲，陈炯明只是孙中山的“武力统一论”的叛徒，却是联省自治论的忠实贯彻者。在联省自治运动失败以后，他在晚年继续着自己有关政治自治主义的思考（这种思考当然也属于中国宪法学说的构成部分），并且在 1927 年冬的《中国统一刍议》中提出了联治民主制的主张。

按照陈炯明的设想，所谓联治民主制，“简言之，即联乡治区，联区治县，联县治省，联省治国是也。折言之，即全国政治组织，以业治为经，域治为纬，组成五级政制。自乡治以上，各级构成份子均以区域职业两种团体

---

① 较为客观的评价请参见《陈炯明集》（段云章、倪俊明编）及其书评，赵立人：《客观评价陈炯明：兼评〈陈炯明集〉的出版》，《学术研究》1999 年第 3 期；李吉奎：《还历史以本来面目：读〈陈炯明集〉书后》，《中山大学学报》（社会科学版）1999 年第 1 期。与传统正史截然相反的看法，请参见陈定炎先生（陈炯明之子）的著述。

为基本单位，其顺序则以乡自治为基础。由此基础，层建而上之，则为区、为县、为省、为国是也”[①]。在联治民主制中，每上一级的议会都由下一级议会和职业团体选举产生，再由同级议会产生政治委员会和行政首长，这种结构明显是一种由个人到地方、再由地方层层“联”至国家的自治主义和联合主义的结构。美国学者诺克认为，联治民主制在精神上极类似于美国的杰弗逊式乡镇（Jeffersonian township），“实有其无政府主义‘极端分权’（extreme decentralization）的根源”[②]。而在传统的地方组织内加入职业性团体的成分，是受到了无政府主义泰斗巴枯宁的影响。巴枯宁的无政府主义思路是以职业团体代替政治组织，而陈炯明则兼取分权主义与分职主义。

从陈炯明的联治民主制主张中，我们可以感受到地方自治与无政府主义的深刻关联。近代中国的很多自治主义者都在学说上带有无政府主义的色彩。正像学者王怡所总结的那样，“当时绝大部分受到无政府主义影响的人，几乎都清一色主张地方自治、反对中央集权。”[③] 陈炯明的联治民主制，在学说上向人们展示出地方自治主义与无政府主义思想的深层关联。

如果再深入地挖掘联治民主制的内涵，就会发现，联治民主制只是陈炯明宏大政治理想的一小部分。他在《中国统一刍议》中指出，中国的国家目的应当包括以下三个方面：

> 第一目的：在完成中华整个民族的国家，实行其有共治共享之元（原）则。中华民族合汉、满、蒙、回、藏五个种族而成，此五个种族，同居中国，同一国籍，同在一个统治权之下，共同生活，历有朝代，构成整个的中华民族，已无复分五族之必要。若强分之，是自叛其民族也。世谓五族共和，及国民党以国内民族许其自决，皆根本错误。而予外蒙、西藏为外人侵略之资，其愚妄诚不可及。故第一目的，在完成中华一族的国家，因而中华民国应为中华全民族之所共有、共治、共享也。

---

① 陈炯明：《中国统一刍议》，段云章、倪俊明编：《陈炯明集》增订本，第1087页。

② Albert Jay Nock，*Our Enemy*，*the State*，New York，Free Life Editions，1973，56.

③ 王怡：《地方主义与四川——在川大的演讲》（2005年11月23日），北大法律信息网。胡春惠教授也指出：“那时有无政府主义倾向的人，往往都会是联省自治运动的支持者。”胡春惠：《民初的地方主义与联省自治》，第132页。

第二目的：在完成亚洲主人翁一员的国家，准备联亚运动，使亚洲成一组织，可为世界大组织之柱石。世界如谋大同，当以亚洲、美洲、欧洲各自联合，完成三大组织，以为未来世界创立一大组织之柱石。中国适为东亚一大古国，广土众民，并亚之中，莫与比伦，尤当发挥四亿民族之力量，肩负创造亚洲新文明之使命，而不容一日之放弃。

第三目的：在完成世界创造者一员的国家，务使文化增进，尽量贡献世界，并协谋国际和平的运动，以及全人类共同生活的运动，而为其创造者之一员。①

由此可见，陈炯明将自治主义与联合主义发挥到了极致，他从小的政治单位出发，即个人、国内的区、乡、县、省，再到建立亚洲联邦，最后再与欧洲联邦、美洲联邦组织各国无军备的“万国联邦”，并认为，“万国联邦”就是人类要踏入“无国界，无种界，无人我界”的“大同世界”。

从时代背景上看，陈炯明的联治主义理想在一定程度上受到了当时出现的国际联盟的影响。国际联盟（The League of Nations）是美国总统威尔逊提出和倡议的，尽管在今天看来国际联盟是一个具有严重缺陷和局限性的国际组织，但在当时，它对人们的影响是非常大的。根据胡春惠教授的考证，国际联盟的思想对当时的中国知识界产生了不小的影响，就连梁启超都专门撰写了《国际同盟与中国》一文，对民约精神和联合精神大加褒奖。②

从联治民主制的政治设想中不难看出，陈炯明的地方自治主张已经从联省自治升华为一种新的形式，这种新的形式剔除了对政治实践的迁就，从而更加形象地表达了自治主义的本质，也有助于我们更加清楚地认识联省自治的内涵。就当下的宪法学说而言，不难发现联治民主制与我国现行宪法所设置的人民代表大会制政制结构的某种相似性。这是否能从侧面提示出人民代表大会制中的自治主义、联合主义甚至无政府主义的思想根源，是一个值得深入思考的课题。

---

① 陈炯明：《中国统一刍议》，段云章、倪俊明编：《陈炯明集》下卷，第990页。

② 参见胡春惠：《民初的地方主义与联省自治》，第123—126页。

第五节　小结

近代中国的地方自治观念经历了一个渐进的演变过程。若以现代自治理念作为衡量标尺，中国传统社会的地方自治观尚不知法律意义上的团体自治为何物，只具有自治的政治意味，同时，它缺少民主主义的要素，因此，只能是一种“准”政治意义的自治。在清末民初的交汇期，地方自治学说带有浓厚的中国色彩，中国传统社会的地方自治思想构成了清末民初地方自治学说的前见和基础。西方地方自治学说一方面与中国传统自治学说交错在一起，另一方面也在影响中国传统自治学说，赋予其现代民权民主观念。无论中西地方自治观念如何交融，都没有超出政治意义上的地方自治的范畴，因此，这一时期的变化是相对平缓的。

到了民国中后期，地方自治学说完全围绕法律意义上的团体自治而展开，从政治意义上的地方自治完全转向法律意义上的地方自治，这种转向将中国地方自治带入了全新的领域，从而出现彻底的西方化现象，学说变化也因此显得急遽了。当然，这并不是说政治意义上的地方自治遭到了否定，只是说研究的重点或主体内容发生了偏移。从这一时期的地方自治论著来看，人们仍然会以特定的篇幅来论证地方自治的种种益处，沿袭政治学的叙述方法，只是从这时起，政治学的叙述方式再也无法占据地方自治研究中的主导地位。

可见，所谓地方自治的西化说是一个有限度的结论。只能说，西方自治学说的主要作用在于使中国传统社会的地方自治获得了法学学说的形式，并且在一定程度上影响了中国传统自治学说的政治内涵。因此，只有当宪法学说被严格限定在法学意义上时，西方化的结论才是可以成立的，考虑到政治自治与法律自治的不可分割性[①]，西方化也至多在数量上实现了二分之一强。

从时间上看，政治意义上的地方自治的变化发生在清末民初，当它完

---

① 政治意义的住民自治与法律意义的团体自治都是地方自治本旨的不可缺少的含义。参见［日］阿部照哉、池田政章、初宿正典、户松秀典：《宪法——总论篇、统治机构篇》，周宗宪译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 449 页。

成其启蒙作用而退居幕后时，法律意义的地方自治才逐步确立，到了民国中后期形成通说。在今天看来，民国中后期的地方自治学说与现代的自治学说并无二致，也符合现代各国所建立的地方自治法律制度。1949 年以后，台湾地区继承了近代中国地方自治学说的遗产，在实践中基本确立了地方自治法律制度，但是在大陆，“地方自治”的表述被摒弃不用，“新中国无论在官方文件或在理论学术中涉及我国的地方制度以及与此有关的问题时，均摈弃‘地方自治’的字眼。根据毛泽东的学说，中国的体制叫做民主集中制”①。

① 许崇德主编：《各国地方制度》，中国检察出版社 1993 年版，第 4 页。

第十一章

宪法学方法论的演变

第一节　导　论

关注方法的运用状况与沿革传承，是学说史研究的一项重要功能。专门以宪法学方法论这项基本范畴为内容，关注其在百年宪政历程中的范畴沿革史的专题研究，能使这一功能获得集中体现。

然而，与其他基本范畴的范畴史研究不同，关于宪法学方法论的范畴史研究，并不是仅仅纯粹地考察该术语的沿革史，而是可以从两个意义上去理解：其一，宪法学研究以及宪法解释、宪法适用[①]中各项方法的运用状况；其二，对前者的方法要素与其背后的哲学立场进行概括总结、并展开外向性的哲学探究所形成的理论。后者可称为有意识的宪法学方法论，它包含了完整的宪法学方法论理论体系的构成，即具体方法以及对其展开外向性的哲学探究所形成的理论两个层面。[②]在严格意义上，只有后者才可称为宪法学方法论。相比较而言，前者只是宪法方法论关注的素材，即宪法学研究方法运用的具体现象，尚未有意识地去关注并形成一般意义上的方法“论”；但是，在宽泛的意义上，前者也形成了一定的方法风格，体现着一定的价值立场，

---

① 在应然意义上，宪法解释、宪法适用中方法的运用状况较之宪法学研究中的方法，对于宪法学方法论的研究具有原生性的素材价值；但在近百年来的行宪史中，宪法解释与宪法适用常常不同程度地处于被搁置状态，于是宪法学研究中的方法运用状况，成了中国宪法学方法论研究主要关注的对象。

② 参见林来梵、郑磊：《关于法律学方法论》，《法学》2004 年第 2 期。

其中的诸多内容可以被合理地纳入、连缀到宪法学方法论的范畴与视野中进行研究，于是，可对应地称之为无意识的宪法学方法论。作为考察中国宪政百年宪法学说史的一个专题范畴，这种“放宽观察的视角”[①] 的研究是重要的；因为从宪法学传入中国至 20 世纪 90 年代后期宪法学方法多元化的端倪次第呈现[②]之前，这段时间内的宪法学研究以及宪法解释、宪法适用中方法运用的考察，主要是前一种意义上的宪法学方法论；从这个角度，需通过分析学者们在运用具体方法时的一般特点与价值取向，去发现蕴藏在这些具体方法背后的认识论基础与基本立场。

在百年宪政中的不同历史时期，中国宪法学所面临的现实问题有所不同或各有侧重，这也体现在不同阶段的方法论运用状况上。在合理划分阶段基础上的分阶段考察，有利于分析与展示不同历史时期宪法学方法论运用状况的阶段特点以及宪政百年中宪法学方法论沿革的一般规律。关于宪法学方法论的范畴史研究，方法的运用特征、哲学立场自然应成为划分阶段的基本分类标准；与之相关，宪法文本的更替，也是一项重要的考量因素。如拉德布鲁赫所言，法释义学乃本义的法学或狭义的法学[③]，宪法释义学或宪法解释学是宪法学的核心，该方法是宪法学方法论的核心；与之相关联，宪法文本是作为宪法学研究对象之宪法现象中的核心要素。然而，宪政百年中频繁更替的宪法文本并非均能成为划分阶段的分界点，其中部分纯粹是宣示政治理念、进行政治斗争的过渡性产物；而那些因立宪立场的变化而对宪政问题给出不同回应方式的宪法文本，带来了宪法学研究风格的变化，则是阶段划分中重要的考量因素，这在客观效果上也使阶段划分显得较为清晰和直观。1908 年的《钦定宪法大纲》、1912 年的《中华民国临时约法》、1954 年与 1982 年的《中华人民共和国宪法》，即属于此类宪法文本。当然，研究风格的变化与其说是随着新宪法文本的颁布而立刻显现，毋宁说是通过一定时期的积累而逐渐呈现，而在宪法文本颁布前后的方法论状况不会出现明显的反差，但这并不影响将宪法文本作为阶段划分的考量因素。

---

① 取语于历史学家黄仁宇先生“放宽历史的视界”的治史理念。

② 参见 林来梵、郑磊：《所谓“围绕规范”——续谈规范宪法学的方法论》，《浙江学刊》2005 年第 4 期。

③ 参见［德］拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2005 年版，第 113—114 页。

综合前述方法的运用特征、哲学立场、宪法文本等因素，百年宪政中宪法学方法论状况可大致分为如下四个阶段：清末、民国、新中国成立至1982年宪法颁布前、1982年宪法颁布以来。

第二节　清末时期宪法学方法的运用状况

中国宪法学起步于清末，它的起步构成了“中国传统法学与中国近代法学的根本分野”[①]。通过移植西方宪法理论起步的中国宪法学，在19世纪末20世纪初的初始阶段，比较方法自然成为最先被广泛运用的方法；早期的中国学者通过比较宪法和外国宪法开始认识并研究宪法理论。清末时期宪法学理论引入与研究的途径，主要是介绍与翻译。[②] 在介绍与迻译西方国家宪法制度与宪法理论的过程中，一方面，不可避免地会展开比较；另一方面，这项活动本身，就是比较方法的一种运用方式，并构成了比较宪法学展开的一项基础性工作和重要方面。

一、清末时期的宪法学译介活动

根据对当时与宪法学相关的文献的考察，清末关于宪法学的译介活动，可以分成前后两个阶段：

（一）知识性介绍时期

第一个阶段是知识性介绍时期，时间大致是19世纪40年代至90年代。在这个时期，关于他国宪法制度、宪法理论的介绍已经开始出现，主要夹杂在介绍西方各国的相关著述中。

林则徐是中国官员中、也是国人中最早注意到西方宪法制度的，他于1839年开始主持编译的《四洲志》[③]（1842年出版），系统介绍世界五大洲政治历史地理知识，其中，对西洋的议会，特别是英、美、法三国的上下议院

---

① 范忠信：《认识法学家梁启超》，《政治与法律》1998年第6期。

② 另可参见蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，清华大学出版社2005年版；俞江：《近代中国法学语词的生成与发展》，俞江：《近代中国的法律与学术》，北京大学出版社2008年版，第14页以上。

③ 该书主要译自1836年由英国学者慕瑞（Hugh Murray）编辑的《世界地理大全》，林则徐根据梵典分大地为“四大部洲”之说，题写书名为《四洲志》。

进行了介绍。从现有文献来看，这可视为中国宪法学萌芽的一个标志。[①] 1840 年，林则徐又组织翻译了《各国律例》。[②]此后，魏源受遣戍新疆途中的林则徐之托，在《四洲志》的基础上编撰《海国图志》，其中有关宪法的部分在引述《四洲志》之外，还进一步介绍了美国的民主政治，涉及联邦制度、选举制度、议会制度等方面。徐继畬耗时五年完成的巨著《瀛寰志略》(1846)，传达了较此前的著述更为清晰可读的宪法学知识，对美国、英国、法国等的政治制度有所讨论，其中，称英国上院为“爵房”、下院为“乡绅房”，颇为传神。洪仁玕在 1859 年所著的《资政新篇》和《立法制演谕》中，基于其在香港的多年生活中对西方国家法治文化的见识，主张中国应由古代法律走向近代文明，由专制主义、惩罚主义到人道主义、法治主义。[③] 在冯桂芬的《校邠庐抗议》(1876) 中，《公黜陟》一章专门谈论选举制度，将西方的选举观念嫁接到中国历史上的相似事实，由此认为选举在中国古已有之，并倡言中国也当采行选举制度，主张中书以上的官吏有选举六部长官的权利，地方知府以上的官吏也当由选举产生。王韬 1870 年从欧洲归来后，于次年撰写的《法国志略》中介始了法国宪法的制定。[④] 1882 年出版的《弢园文录外编》，主要讨论了西方议会制度，其中突出论述了英国议会政治，认为其特色是“君民共主”，其突出优势在于“上下情通”，由此开创性地提出“君民一体”的观点，并主张“朝廷有兵刑礼乐赏罚诸大政，必集众于上下议院，君可而民否，不可行；民可而君否，亦不可行也，必君民意见相同，而后可颁之于远近。此君民共主也”[⑤]。这在当时堪称石破天惊之论，日后不少人袭用他的说法。郑观应于 1893 年出版《盛世危言》，汇总了其 20 年来在《申报》上发表的时论性文字，比较研究了英国、日本等国家的宪法制度，在力言中国应设议院时，对国人教育程度不足、智慧未开等现实因素

---

① 也有学者称林则徐的《四洲志》是中国宪法学的“一个时间上的起点”，但这“并不意味着此时宪法学已经有成熟、完整的体系，或者已经成为一个独立的学科”。谢维雁：《关于中国宪法学的若干思考》，《重庆三峡学院学报》2004 年第 4 期。

② 有学者认为，《各国律例》无疑是近代西方法学传入中国的起点。参见俞江：《近代中国法学语词的生成与发展》，见俞江：《近代中国的法律与学术》，第 1 页。

③ 参见邱远猷：《洪仁玕与中国法律近代化》，《中州学刊》1993 年第 6 期；邱远猷：《洪仁玕——主张中国法律近代化的第一人》，《淮北煤炭师范学院学报（哲学社会科学版）》2001 年第 5 期。

④ 参见郑贤君：《20 世纪中国宪政思想体系及演进特征》，《法商研究》2001 年第 3 期。

⑤ 王韬：《弢园文录外编》卷 1，“重民下”，中华书局 1947 年版，第 19 页。

也有所顾虑。

在这个时期，以传教士为代表的来华西人的引介，也发挥了较重要的作用。一方面，前述著作写作中所需要的大部分资料来自西方人士。例如，林则徐的《四洲志》，即以英国人慕瑞所著的《世界地理大全》为蓝本，并参考美国传教士裨治文（Elijah Coleman Bridgeman）的《亚美理驾合众国志略》，得到进一步的信息；徐继畬的《瀛寰志略》更直接得到英国驻福州领事的帮助，增加了不少新的资料。另一方面，西方传教士直接出版的著述中有一定篇幅介绍宪法制度。英国传教士麦都司于 1819 年在新加坡出版《地理便童传略》一书，提及英国和美国的国会，可能是中国读者最早得悉的西方议会著作。长期在江南制造局担任编译工作的英国人傅兰雅（John Fryer，1839—1928）出版的《佐治刍言》(1885)，半译半著，推崇“议会制度”为各国政令内第一良法，建议中国如果仿效，当以英国的君主立宪为模型。美国传教士林乐知（Young John Allen，1836—1907）主编的《万国公报》(1874—1906）是传教士在华创办的最有影响力的杂志，出版长达 32 年，对各国的宪法制度有不同侧重的介绍。①

概观这个时期宪法学知识的传播活动，与其说是宪法学研究，不如说是宪法学的引人，介绍与转述是引人西方宪法制度与宪法理论的主要方式，甚至在前 30 年间“并无袭用的意念”②。虽然《资政新篇》、《立法制演谕》、《弢园文录外编》等著作已经相对较专门且系统地涉及了宪法学内容，但总体而言，这个时期的著述所涉及的宪法学内容尚较为浅显与零散，并不系统。经过这个时期的萌芽，国人对西方的宪法制度有了初步的了解，为较系统地引进宪法学乃至戊戌变法等宪法实践做了知识上的积累。随着这种了解的深入，国人需要比较系统地认识宪法学知识，较广泛地分析中国在近代落后的原因并寻求制度出路，比较方法因此得到了更多运用。

（二）成规模翻译时期

19 世纪 90 年代至 1911 年，即戊戌变法前后至清政府灭亡前，是清末宪法学译介活动的第二个阶段。在这一时期，翻译成为宪法学的主要传播途

---

① 参见张朋园：《中国民主政治的困境，1909—1949：晚清以来历届议会选举述论》，联经事业出版股份有限公司 2007 年版，第 8—9、14—19 页。

② 张朋园：《中国民主政治的困境，1909—1949：晚清以来历届议会选举述论》，第 45 页。

径，出现了一定数量的、具有一定专门性与系统性的宪法译著，专门介绍西方宪法制度与理论。

例如，周逵根据日本天野为之、石元建三的译本转译了《英国宪法论》（广智书局 1895 年版），章宗元译《美国宪法提要》（文明书局 1902 年版），王鸿年译日本穗积八束著的《宪法法理要义》（1902 年），邓国璧译日本穗积八束著的《宪法大意》（开明书店 1903 年版），袁希濂译日本美浓部达吉著的《宪法泛论》（普及书局 1905 年版），卢弼、黄炳言根据日本清水澄的《宪法篇》翻译了《宪法》（昌明公司 1906 年版），莫安仁译英国维克师著的《英国宪法辑要》（1909 年），陈文中译日本法曹阁编纂的《宪法论纲》（群益书社 1910 年版），作新社从日本转译的《各国宪法大纲》，辑有英、法、德、日等国关于宪法、君主立宪等多方面的内容，蔡文森根据日本元老院的《欧美各国议院典例要略》译本编译的《十六国议院典例》，收集了英、美、德、法、意、奥、比、丹、荷、日、葡、西、瑞等 16 国议院的组织情况，徐惟岱翻译了《美国宪法》和美国人海丽生的《美国宪法纂释》，林志钧翻译了《日本预备立宪之过去事实》、英国比几斯渴脱著的《英国国会史》（翰墨林编译印书局编译）。其中，从日本翻译或转移的书籍在数量上占据主导地位，除了前述的《美国宪法提要》、《英国宪法辑要》、《各国宪法大纲》之外，尚有《国法学》（岩崎昌、中村孝合著，1901 年翻译完毕）、《日本帝国宪法义解》和《日本皇室典范义解》（均为伊藤博文著，1901 年翻译出版）、《宪法要义》（高田早苗著，稽镜译，上海文明书局）、《万国宪法比较》（又译《万国现行宪法比较》，辰巳小三郎著，戢翼翬译，上海商务印书馆）、《各国宪法略》（出洋学生编辑所编译，上海商务印书馆），等等。

在这个时期，中国学人自主编撰宪法学著作所应有的知识与方法积累，从整体上看尚比较薄弱；但相关文献表明，少量中国学者撰写的宪法学著作与文章已经出现，且都较广泛地运用了比较宪法学的方法。例如，袁嘉猷的《中外宪法比较》（文明书局 1907 年版），成应琼、刘作霖编的《宪法泛论》（上海法政学社 1907 年版），何启、胡礼垣合著的《新政真诠》（1899 年），保廷樑撰写的《大清宪法论》（1910 年）。其中，《新政真诠》以开议院为中心论点，主张“民权”论代替“君民一体”论，强调民权为强国之本，西方因重视民权而强，中国因忽视民权而弱，而重振民权在于开国会，是清末舆

论的一大突破。[①]《大清宪法论》于宣统二年（1910 年）出版，次年发行第二版，该书通过对日本宪法学进行体系性的比较研究，在内容结构上，从国权总论、国权主体、国权机关、国权作用、国权基础等方面对清朝宪法进行了论述，是一部以日本宪法学为参照撰写的宪法学著作。[②]

清末自主撰写宪法学著述的学者中，影响最大、数量较丰的，要属梁启超。可以说，梁启超是近代中国知识分子中宪政理论和知识最丰富、最系统的人，梁氏法学著作中，篇幅最大的是宪法学著述，这些著述于清末在数量和内容上占据主导地位，对当时的政治实务以及后来的宪法与宪法学发展产生了深远的影响。梁启超在这个时期的重要著述包括《各国宪法异同论》(1899 年)、《立宪法议》(1901 年)、《论立法权》(1902 年)、《开明专制论》(1905 年)、《宪政浅说》（1910 年）、《立宪政体与政治道德》（1910 年）、《中国国会制度私议》(1910 年)、《责任内阁释义》(1911 年)、《宪法之三大精神》(1912 年)，等等。在范忠信教授看来，这些著述是自戊戌变法至中华人民共和国成立前的半个多世纪里最权威的宪法学著作。[③]

另一位学者是严复。这位因《天演论》而出名的翻译家、思想家对宪法学理论也多有思考与建树，严复译介了西方宪政思想的一些名著，并通过附加大量按语的方式阐明自己的宪政观念。严复翻译了穆勒的《论自由》，初名《自由释义》，1903 年正式出版时改名为《群己权界论》，在翻译过程中，他站在中庸的立场，关注国群和小己自由的界限；1904 年至 1909 年，严复翻译了孟德斯鸠的《论法的精神》，取名《法意》，增补了三百多条按语，这是严复所有译著中按语最多的，可见他对此书的感触之深。在这个时期，严复还发表了诸多宪法文章，例如，1905 年发表的《论国家于未立宪以前有可以行必宜行之要政》，1906 年根据演讲而编成的《政治讲义》、《论英国宪政两权未尝分立》、《续论英国宪政两权未尝分立》，根据 1906 年 12 月在安徽高等学堂演讲中国时势和立宪实质而编成的《宪法大义》等。

这些著述在方法上，无不在引介、比较西方宪政制度的基础上展开对于

---

① 参见张朋园：《中国民主政治的困境，1909—1949：晚清以来历届议会选举述论》，第 8—9、14—19 页。

② 参见保廷樑：《大清宪法论》，“例言”，第 12—13 页。

③ 参见范忠信：《认识法学家梁启超》，《政治与法律》1998 年第 6 期。

立宪的阐述。可见，这些著述既是这个时期最有影响的宪法著作，也是反映这个时期比较方法运用状况的典型例子。

二、清末时期宪法学方法运用状况评析

从第一个时期知识性的介绍，到第二个时期系统性翻译乃至论著成规模出现、核心观点的提出并形成体系，可以认为，中国宪法学初步形成于19世纪末20世纪初。[①]在此期间，比较宪法学在移植西方宪法理论的过程中开始形成和发展起来，成为最早建立的宪法分支学科之一。通过前述分析，我们可以发现：早期的中国学者是通过比较宪法和外国宪法来研究宪法理论的，比较宪法和外国宪法的经验与认识，构成了中国学者思考中国宪法问题、中国宪法学体系的知识基础与方法基础。[②]由于受中国社会特殊的制度与历史背景的制约，清末时期比较方法的运用体现出如下一些特点。

首先，从具体方法的运用状况看，比较方法的运用在清末宪法学研究中可谓一枝独秀。

作为本义的法学或狭义的法学之法解释学[③]的形成与成熟，有赖于政治的稳定、法律正当性受到普遍认可以及法律权威的形成，在清末大部分的时间内，宪法解释方法赖以展开的文本基础或被普遍认可的宪法惯例尚不存在，能勉强充当宪法文本功能的1908年《钦定宪法大纲》、1911年《宪法重大信条十九条》出台不久，尚来不及展开并过渡为《钦定宪法》，就随着清政府被推翻而灰飞烟灭；而自古以来积淀的关于君臣关系、朝廷与臣民关系、国家运行等方面的惯例与习惯，在清末越来越多地受到质疑乃至非议，在法律近代化等过程中，没有被赋予宪法惯例或宪法习惯的地位。因此，宪法解释学展开的平台在当时并不存在。宪法解释学尚未展开，意味着宪法学进路的独立性并没有受到有意识的关注：在关注实践问题的过程中，宪法学进路与政治学进路等相关的研究进路是混合在一起的。其原因是，一方面这

---

① 韩大元教授认为，可以把中国宪法学的历史起点确定为19世纪末20世纪初。详见韩大元：《中国宪法学：20世纪的回顾与21世纪展望》，见张庆福主编：《宪政论丛》第1卷，第67页。

② 参见韩大元：《当代比较宪法学基本问题探讨》，《河南省政法管理干部学院学报》2003年第4期。

③ 参见［德］拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，第113—114页。

套从西方舶来的宪法学知识体系在清末的积累尚浅，也无力用专业的宪法学方法对实践问题条分缕析，另一方面由于近代的实践问题需要更根本的政治思考，而这种思考需要的是百科全书式的思想家。方法论运用的此种背景与状况，使得后人很难用现代的专家眼光去遴选“法学家”、乃至第一位宪法学家。与宪法解释学的境遇相同，其他方法也因为宪法历史尚无或尚短以及宪法学的学术积累尚浅而未能展开。

比较方法的运用，在清末的宪法学研究中最为普遍。这不仅仅是清末学人民间性的学术活动，清政府也有意识地组织翻译机构，例如，1861 年总理各国事务衙门、1906 年宪政编查馆设立专门的翻译机构，江南制造局设立译书处。清末宪法学译介活动，对于宪政、民权、自由、议会制度、国家权力的构成等宪法学的核心问题均有涉及，基本上形成了宪法学的知识体系。从学理的角度看，总体而言，这个积累过程对各项比较法素材尚缺乏全面透彻的把握，也谈不上在此基础上展开评价和提炼，而比较法方法的运用还停留在对外国法的简单介绍和直接参照的较低层次上，清末的短暂时间也不允许有足够的时间展开充分的研究，去厘定宪法学这项外来知识体系与传统文化的关系。关于中国传统文明与西方宪政文明之间体、用关系的争论，虽然一直存续着，但在比较方法的运用中，厘清两者的关系却并非那么容易。

一来，由于中西方文化之间的异质性，孕育于西方文明中的宪法学作为一项外来文化的引入，注定从一开始就会出现与中国传统文化背离的倾向，一方面宪法学的传播遭遇到传统文化的顽强抵抗，另一方面也对宪法学在中国扎根提出了强烈的本土化要求。在清末宪法学的介绍过程中，前一个方面被更为明显地感受到：传统观念的拘束对于比较方法的运用和宪法论著的出版带来了较大的消极影响。例如，徐继畬出版《瀛寰志略》，导致其从福建巡抚下台，此后 30 年间知识界噤若寒蝉，鲜见谈论西方议会者。[①]郭嵩焘是对西方宪法制度有深入观察又颇有见解的使节，不料其所著《使西纪程》出版后即被保守派指责为“叹羡西洋国政”，离经叛道，旋被销毁，其介绍与见解无从与国人分享，而使英日记《郭嵩焘日记》直到 1980 年才公之于世，

① 参见张朋园：《中国民主政治的困境，1909—1949：晚清以来历届议会选举述论》，第 8 页。

相去百年有余，自然没有发生过任何影响。①

二来，清末中国士绅官僚精英在译介宪法学时，在观念上体现出宪政乐观主义，倾向于把西方宪政制度视为一种可以适于各种不同文化与社会环境的普适性制度、一个无须验证就可予以接受的政治神话（political myth）；但在具体理解上，倾向于用中国传统的观念和旧有事物来比附新传入的宪法理论，这突出体现在引入体系化的日译汉语法学概念之前的翻译活动中。②比附理解是比较方法运用初期所忌讳的，在日本法学家大木雅夫看来，对作为比较项的外国法律制度的认识是比较方法运用程序的第一阶段，这里的关键在于形成客观的认识，这项活动必须尽可能地置身于与那个国家的法律家完全相同的环境中，尽可能摆脱先入为主地把自身固有的知识结构以及对本国法律的印象投影到外国法上，因为这常常伴随着危险的结果；德国比较法学家甚至建议忘记本国法、按照外国法的原样去认识它，认为这是一条铁的法则。③在诸多部门法中，宪法是最难用中国传统的观念和旧有事物来比附的，先入为主的自我中心主义对比较宪法学方法的展开会带来不利影响。“民权”概念的使用状况是比较法运用中这种比附理解的典型体现。清末的论述中，“人权”概念虽然得到了一定程度的运用，但总体而言，受到“民权”概念的排挤，其使用频率难以与后者相提并论。④然而“民权”概念所承载的并不是完全意义上的西方近代的人权观（human rights）或者政治参与权（civil right），而是糅合了中国儒教古典的民本主义理念与西方的民主观、人权观。虽然这种糅合在一定程度上是因为“民权”概念更容易为国人所接受，但在国家与个人的对峙关系上却偏离了立宪主义的基本立场。当然这种比附理解在引入宪法学知识的初期也是难以避免的，不仅作为知识体系是全新的，对于研究材料的获取与把握的能力也有待提高：前述宪法学在清末传播的第一个时期，多来源于传教士、外国领事等来华西人，即使先后在1868年与1887年有过两次大规模的集体出洋，其中虽然也有郭嵩焘、黎庶昌等见解较为透彻的人士，但总体而言观察并不深入，所见都限于表面。随

① 参见张朋园：《中国民主政治的困境，1909—1949：晚清以来历届议会选举述论》，第34页。

② 详见俞江：《近代中国法学语词的生成与发展》，俞江：《近代中国的法律与学术》，第5、10页。

③ 参见［日］大木雅夫：《比较法学》，范愉译，法律出版社1999年版，第90—92页。

④ 参见曲相霏：《十九世纪末二十世纪初人权概念在中国的使用》，《法学家》2008年第4期。

着知识的积累与理解的深入，比较方法运用中的这种比附现象才逐渐减少。

其次，从指导思想看，比较宪法方法在清末的运用具有强烈的工具主义色彩。

内忧外患的窘迫形势构成了当时比较宪法学方法运用的背景，与对西方器物文明的青睐旨在“师夷长技以制夷”相同，对西方宪法理论进行译介的目标同样被明确地定位于甚至局限于救亡图存。在此背景中，宪法学的知识体系，与其说是一套法学知识体系，不如说首先是一个救亡图强的政治话语体系。宪法制度与思想受到关注，也显然不是出于纯粹研究的目的，而是带有强烈而急切的济世情怀，相信宪法作为现代政治的技术具有不可替代的工具价值，而且宪法是一种普适的政治工具。①

到预备立宪时期，关于宪法在国家中的根本地位，清政府与立宪派、革命派终于在这套话语体系中形成了一定的共识。然而，关于宪法价值观的分歧仍然明显：清政府试图通过宪法巩固皇权，立宪派多从限制君权和官权的角度阐述宪法的内涵，革命派主要从推翻皇权、权利保障以及国民公意的角度解读宪法。②但是，清政府与立宪派、革命派间所面临的共同背景是：一方面，在形成于传统自然经济基础上的君主专制以及与此相适应的人治文化的消极影响下，社会公众的观念意识与实行宪政的要求之间存在巨大的鸿沟，正所谓民智未开；另一方面，当时中国立宪变革的力量与强烈诉求并不是预先存在的，而是在坚船利炮的逼迫下认识宪法学，救亡图强是立宪改革中压倒性的目标。这一点使得清末乃至 20 世纪初中国立宪主义的各种运动，就不可能产生出个人与国家相互对峙的思想，而且更有甚者，与重视国民个人的权利相比，自然更倾向于重视“国家”，即显然是向“国家优位”的倾斜。这可谓是我国百年宪政“起点的偏向”③，这种偏差也导致了以方法论个体主义（methodological individualism）为哲学立场的宪法学方法论无从产生。此种情状，是一向安逸的天朝大国面临西方冲击时的一种宿命，如当代著名学者、哲学家袁伟时教授所评述的，即使是“一代启蒙大师梁启超也

---

① 参见陈端洪：《论宪法作为国家的根本法与高级法》，《中外法学》2008 年第 4 期。

② 参见王德志：《论宪法概念在近代中国的转型》，《法学家》2004 年第 5 期。

③ 林来梵、凌维慈：《中国立宪主义的起点——对清末君主立宪主义的一个省察》，《社会科学战线》2004 年第 4 期。

被国家主义引入歧途”[①]；而方法论上的偏差和盲目反过来又强化了宪法学基本立场上的偏差。

同样基于立宪动力源泉的外部性与救亡图强的紧迫使命感，匆忙起步的宪法学，对那些被认为能解决燃眉之急的宪法制度、宪法理论首先予以关注，就在所难免。这一方面形成了前述比较宪法学一枝独秀的情状，另一方面使得对宪法学本体论的关注优先于对认识论的关注，而没有对宪法学方法的运用状况自觉地展开反思并形成相关论述。只有宪法学说有了一定的积累，对方法论的自觉关注才可能开始。

此外，日本宪法是清末时期宪法学比较研究的一个重要对象；但在 19 世纪下半叶，两国的宪法学基本上是处于相同的起跑线上的，且在一开始同样视宪法学为救亡图强的工具这一点上具有近似性。迥异的发展进程，与对包括宪法在内的制度文明之重要性的认识程度，以及比较方法运用过程中是否运用了体系性思维是相关的。其中，我国自觉地将制度文明作为救亡图强的工具，严重滞后于对器物文明重要性的认识。梁启超在 20 世纪 20 年代撰写的《五十年来中国进化概论》中，用“器物—制度—文化”来概括鸦片战争以来，中国向西方国家学习的过程，而日本的情况正好相反，从 1868 年明治维新起，西方政治法律制度就成了日本学习的重点[②]，这个反差，正好导致几乎同时萌芽、且都起步于比较宪法方法运用的两国宪法学，在宪法学形成初期就表现出了发展水平上的明显差距，乃至日本宪法学在清末居然成为中国宪法学比较研究中最主要的一个对象国家，中国宪法学的一些概念在很大程度上也借鉴于日本。[③]

第三节　民国时期宪法学方法的运用状况

清末的君主立宪运动，被 1911 年的辛亥革命切断，但以之为分界点，

---

① 袁伟时：《民初宪政挫败与启蒙》，《经济观察报》，2007 年 10 月 22 日第 45—46 版。

② 参见李贵连：《二十世纪初期的中国法学（续）》，《中外法学》1997 年第 5 期。

③ 19 世纪末形成的零散的、意义关联松散的汉译法学概念，在 20 世纪初被逻辑严密、抽象性、体系性的日译法学概念所覆盖和替代，大部分语词在中国宪法学中沿用至今，奠定了中国宪法学的概念基础。参见俞江：《近代中国法学语词的生成与发展》，俞江：《近代中国的法律与学术》，第 19—20 页。

宪法学的引入与研究活动却进一步延展并扩大。[①]民国时期前后延续 38 年，内忧外患的总体形势虽然没有改变，但诸部宪法文本或草案的颁布与讨论，为宪法学研究提供了文本对象，而民国后的学术环境相对趋于宽松，三十余年的时间又使这个时期的宪法学研究在时间上有了较大的回旋余地。民国时期的宪法学研究在清末迻译与引介成果的基础上，继续向前发展。知识结构的变迁，使得“懂不懂宪法学，决定了一个人能不能成为一个近代法学家”[②]，于是，民国时期法律思想的一项重要特征就是，十分关注宪法与宪政思想的研究：几乎所有的法律家们都对宪法与宪政问题给予充分的关注，有关宪法与宪政方面的研究在法学各个学科中是最为充分、最为透彻的，研究领域涉及现代宪政思想的方方面面。[③]

一、民国时期宪法学方法运用状况

在这样的时代背景下，宪法学方法论的运用呈现出相对丰富的面貌，关于宪法解释学、比较宪法学、宪法史学三类方法的运用，均出现了丰富的成果。

（一）宪法解释学

如前所述，法学本质上是一种解释学性质的学问，其他诸般方法的运用最后都要化约到对文本的解释过程中去，宪法学也概莫能外。民国共和政体确立后，法律创制工作全面展开，宪法与宪法相关法律是民国时期不同阶段的执政者在其执政期间的立法重点，从 1912 年《中华民国临时约法》到 1946 年《中华民国宪法》，先后出现的多部宪法文本或宪法草案，虽然更迭频繁，但毕竟为宪法释义学的展开提供了文本对象。一般来说，民国时期每制定一部宪法或形成一部草案，学者们都会据此撰文或立著展开自己的解说。围绕不同时期的宪法文本，出现了以运用宪法释义学方法为主的诸多成果。

---

① 有学者认为，辛亥革命“既是中国君主立宪主义的终点，也是中国整个立宪主义的真正起点”。详见林来梵、凌维慈：《中国立宪主义的起点——对清末君主立宪主义的一个省察》，《社会科学战线》2004 年第 4 期。

② 范忠信：《认识法学家梁启超》，《政治与法律》1998 年第 6 期。

③ 参见韩秀桃：《略论民国时期法律家群体的法律思想》，《安徽大学法律评论》，2004 年第 4 卷第 1 期，安徽大学出版社 2004 年版。

关于中国宪法的研究，在民国初期至20世纪20年代末，主要是1912年的《中华民国临时约法》和孙中山五权宪法思想的展开，出版的著作主要有：范迪吉等编的《宪法精义》（群学社1912年版），王宠惠的《中华民国宪法刍议》（广益书局1913年版），谢瀛洲的《五权宪法大纲》（民智书局1926年版、商业印刷局1926年版），萨孟武的《五权宪法》（新生命书局1930年版），金鸣盛的《五权宪法创作论及试拟稿》（开明书店1930年版），等等。此外，也存在对其他宪法文本或草案进行论述的著述，例如，《中华宪法平议》（万兆芝译述，中华书局1919年版）对1913年《天坛宪草》进行了阐释。这些著述初步形成围绕《中华民国临时约法》文本的五权宪法理论体系，并对扩大孙中山民主宪政思想的影响起到了积极作用。

20世纪三四十年代的研究，主要是对当时北洋政府和国民党政府的约法、宪章、宪法等进行说明、探讨以至质疑、批判，其中以围绕1936年《五五宪草》和1946年宪法的论著居多。例如，潘大逵的《中国宪法史纲要》（上海法学编译社1933年版），张知本的《宪法论》（上海法学编译社1933年版），陈茹玄的《中国宪法史》（世界书局1933年版），吴经熊与金鸣盛的《中华民国训政时期约法释义》（会文堂新纪书局1937年版），吴经熊与黄公觉的《中国制宪史》（上海商务印书馆1937年版），陈长蘅的《五权宪法草案精义》（重庆正中书局1940年初版），潘念之的《宪法论初步》（生活书店1940年版）和《宪法基础读本》（生生出版社1944年版），平心的《中国民主宪政运动史》（进化书局1941年版），宪兵学校编的《宪法草案教程》（重庆编者刊1942年版），张友渔的《中国宪政论》（生生出版社1944年版），张仲实的《中国宪政研究》（生生出版社1944年版），刘静文的《中国新宪法论》（独立出版社1940年版）、《中国宪政原理》（正中书局1942年版），罗家衡的《中华民国宪法刍议》（又名“五五宪法修正案”，上海自由出版社1945年初版、1946年再版），五子兰的《中国制宪问题》（中国印书馆1946年版），邹韬奋的《宪法草案研究》（大众书店1946年版），费孝通的《民主·宪法·人权》（生活书店1946年版），耿文田的《中华民国宪法释义及表解》（上海商务印书馆1947年版），张君劢《中华民国宪法十讲》（上海商务印书馆1947年版），李楚狂的《中华民国宪法释义》（正中书局1947年版），谢瀛洲的《中华民国宪法论》（上海监狱1947年版），段

林合的《中华民国宪法释义》(山西省图书协会 1948 年版)。[①]

在民国时期的法学刊物中，几乎每一期都有有关当时法律的解释性著作、法学讲义等法律书籍的宣传广告，其中也不乏关于宪法解释学著作的宣传。[②]

这些解释性的作品在阐述的重点上主要分为三个方面，一是对于法律中的一些名词术语的解释，二是对法律条文进行直接的解释，三是对照条文进行法理解释。其中有的学者直接将后两种解释模式混合使用，既解释法条，又阐述法理。[③]严格说来，这个时期的宪法学著述所展开的注解与评议，只是在说明文义的层面上运用宪法解释学，如耿文田在《中华民国宪法释义及表解》的编者例言中明确写道：其著述的宗旨在于宣扬时代精神、增加国民对宪法的彻底了解，于是行文“注重诠释、不尚理论”，文字力求简洁明了，避免晦涩难懂。[④]由于宪法话语对于一般民众来说尚属陌生，解释学的这类运用特色对于宣扬宪法精神、普及国民对宪法的认识，具有积极意义。这些宪法著述以宪法内容为基础，形成较为统一的宪法学知识体系。

除了上述关于宪法解释学方法的运用外，专门针对宪法解释学方法的系统论述在民国文献中几乎未见。由于宪法文本的频繁更迭，对于宪法运行诸环节的关注也更多地着眼于宪法制定、宪法修改问题，关于宪法解释权、宪法保障等问题的讨论并不多见。[⑤]

与宪法解释学密切相关的传统的法律实证主义方法，在民国法学人中已

---

① 参见上海地方志办公室：《法学专业志》，见 http://www.shtong.gov.cn/node2/node2245/node74288/node74296/node74417/node74419/userobject1ai90459.html，2008 年 5 月 17 日访问。

② 这一时期的法律杂志主要有：1911 年创办的《法学会杂志》、1914 年创办的《法政周报》、1916 年创办的《法政杂志》、1918 年创办的《法政学报》、朝阳大学 1923 年创办的《法律评论》、1928 年创办的《法律丛刊》，1931 年创办的《现代法学》和《政治经济与法律》、1932 年创办的《法学特刊》、1935 年创办的《法学论丛》和《法学杂志》、1936 年创办的《中华民国法学会会报》、1948 年创办的《新法学》等等。

③ 参见韩秀桃：《民国时期法律家群体的历史影响》，《榆林学院学报》2004 年第 2 期。

④ 参见耿文田：《中华民国宪法释义及表解》，上海商务书馆 1947 年版，“编者例言”。该书较有特色之处是，将 1946 年宪法各章的意义脉络，用十六章“表解”的方式绘制出来，详见该书第 181—208 页。

⑤ 关注宪法解释权、宪法保障等问题的文献主要有：王馥炎：《宪法的修正与解释》，《新中国》1919 年第 1 卷第 2 号；李孝华：《宪法之保障》，《珞珈月刊》1935 年第 2 卷第 7 期；胡毓杰：《宪法解释权之商榷》，《法令周刊》1935 年第 269 期；刘静文：《现实政治与宪法解释权》，《学识》1949 年第 3 卷第 2 期；等等。

经受到了较多的关注，这些著述以各类法政杂志为主要平台，根据相关统计，近代各类法政杂志中涉及分析法学的论文有 38 篇，除了清末 1 篇外，1911 年至 1949 年 37 篇。[①]其中，影响较大的包括，燕树棠的《英美分析法学对于法学之最近贡献》[②]、《法律之制裁》[③]、《论法律之概念》[④]、《国家与法律》[⑤]，王风瀛的《说研究法律之方法》[⑥]，端木恺的《中国新分析法学简述》[⑦]，孙渠的《续中国新分析法学派简述》[⑧]，刘季涵等人译的《奥斯丁氏法律与主权学说》[⑨]，阮毅成的《凯尔逊政法学说概要》[⑩]，王世杰的《法律与命令》[⑪]，温崇信的《奥斯丁的法律论与主权论》[⑫]，李述贤的《边沁的法律思想》[⑬]，赵之远的《法律观念之演进及其诠释》[⑭]，高承元译的《Kelsen 纯粹法论之基本观念》[⑮]，等等。宪法解释学的核心正在于传统法律实证主义，相关方法与观点的介绍为民国时期宪法解释学的展开积淀了一定的理论基础。

（二）比较宪法学

与清末宪法学引入时期一样，比较宪法学的方法也是民国时期宪法学研究中广泛运用的方法。较之清末时期对西方法律思想和政治制度要么盲目崇拜要么据传统排斥的简单判断，民国的学人逐渐开始有鉴别地接受西方的学说和观点，同时结合中国传统文化基础进行相关的学术研究。清末时期比较

---

① 参见《民国时期基础法律论文篇名索引》，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》，法律出版社 2003 年版。

② 参见燕树棠：《英美分析法学对于法学之最近贡献》，《社会科学季刊》1924 年。

③ 参见燕树棠：《法律之制裁》，《社会科学季刊》1924 年。

④ 参见燕树棠：《论法律之概念》，《社会科学季刊》1936 年。

⑤ 参见燕树棠：《国家与法律》，《社会科学季刊》1930 年。

⑥ 参见王风瀛：《说研究法律之方法》，《法学季刊》1924 年第 1 卷第 8 期。

⑦ 参见端木恺：《中国新分析法学简述》，《法学季刊》1930 年。

⑧ 参见孙渠：《续中国新分析法学派简述》，《法学季刊》1930 年。

⑨ 参见刘季涵等人译：《奥斯丁氏法律与主权学说》，《法学杂志》1933 年。

⑩ 参见阮毅成：《凯尔逊政法学说概要》，《国立中央大学法学院季刊》1930 年第 1 卷第 3 期。另参见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

⑪ 参见王世杰：《法律与命令》，《社会科学季刊》1930 年。

⑫ 参见温崇信：《奥斯丁的法律论与主权论》，《政治期刊》1935 年。

⑬ 参见李述贤：《边沁的法律思想》，《东吴法声》1934 年。

⑭ 参见赵之远：《法律观念之演进及其诠释》，《社会科学丛刊》1934 年。

⑮ 参见高承元译：《Kelsen 纯粹法论之基本观念》，《中华法学会杂志》1937 年。

宪法学的运用，相对而言主要在于较纯粹地引介西方宪法内容与宪法制度；民国时期则在引介的同时，以外国宪法的经验与认识为基础，解释与评价本国的宪法文本与宪政实践，开始思考并基本形成了比较宪法学体系。

民国时期的比较宪法学著述十分丰富，撰写体例主要有两种，一种是按照国别展开比较研究，一种是按照专题展开比较研究。

按照国别展开比较研究的著述中，有的对多个国家展开综合比较，有的则是针对单个国家的专论。前者如，储玉坤编著的《战后各国新宪法之研究》（南京正中书局 1936 年初版）概述了第一次世界大战后德国、意大利、奥地利、波兰、苏俄、中国等 6 国产生新宪法的政治背景以及宪政运动的状况；龚钺的《欧美各国现行宪法析要》对欧洲和美洲 48 个国家当时施行的宪法加以介绍；萨孟武的《各国宪法及其政府》（重庆南方印书馆 1943 年初版、1944 年再版）分 7 章介绍英、美、瑞士、法、苏、意、德等 7 个国家的制宪历史与现行宪法的内容；曹绍濂的《欧美民主宪法》（上下册，贵阳文通书局 1944 年版）分 5 篇介绍英、美、瑞士以及法国第三共和国宪法的由来、特性与内容，前加一个绪论阐述宪法学的基本原理与制度，等等。[①]关于单个国家的专论，以介绍美国、苏联的书目数量最多，其次是日本、英国等国，这部分文献除了部分专著外，主要以翻译为主。[②]

采用按照专题展开比较研究的体例的著作更为多见，较有代表性的著作有：王赓炜的《比较宪法学》（北京编者刊 1912 年初版），王世杰的《比较宪法》（上海商务印书馆 1927 年），郑毓秀的《中国比较宪法论》（上海世界书局 1927 年版），程树德的《比较宪法》（朝阳大学法律科讲义，朝阳大学 1927 年版、上海华通书局 1931 年版），丁元普的《比较宪法》（1931 年），汪馥炎的《比较宪法》（上海法政学院 1931 年版）、《比较宪法纲要》（上海法学书局 1934 年版）、《宪法纲要》（上海商务印书馆 1937 年初版、1938 年再版），章友江的《比较宪法》（北平好望书店 1933 年版），吕复的《比较宪法》（1933 年版），周逸云的《比较宪法》（上海大众书局 1933 年版），张知本的《宪法论》（上海法学编译社 1933 年版），费巩的《比较宪法》（上海法政学社 1934 年版），王世杰、钱端升的《比较

① 参见北京图书馆编：《民国时期总书目（1911—1949）·法律》，书目文献出版社 1990 年版，第 60 页。

② 参见北京图书馆编：《民国时期总书目（1911—1949）·法律》，第 64—67、75—76 页。

宪法》(1936 年)，沈瑞麟的《各国宪法之比较》（上海商务印书馆 1936 年版)，萨孟武的《宪法新论》(1943 年)、《宪法提要》(1947 年)，胡经明编著的《五权宪法与各国宪法》（上海正中书局 1946 年版)，马质编的《比较宪法论》(1948 年)，等二十余部。[①] 其中，王黻炜的《比较宪法学》分总论、国家之基础、国家之机关三篇，就宪法的主要问题对欧美各类型的宪法加以比较研究；程树德的《比较宪法》采用了总论、国家统治权、领土及人民的三篇体例，总论中从国家、国体、宪法三方面概述美洲各共和国状况，第二篇比较研究统治权的性质、统治机关、国家统治的作用等内容，第三篇比较研究公民的权利与义务。汪馥炎 1937 年初版的《宪法纲要》分宪法、国家、人权与公民权、议院制度、行政制度、法院制度六篇，比较研究各国的宪法制度及其沿革，并引证民初时期的宪法与《五五宪草》进行比较。费巩的《比较宪法》分绪论、公民与国家、国家之形势、政府之形式四篇，以各国宪政经验比较于中国宪政，展开评论。在专著之外，各类期刊上介绍外国宪法制度与理论的文章大量出现，例如，郁嶷的《德国宪法与我国宪法之比较》[②]，杨兆龙的《最近德国宪法上分权制度之变迁》[③]，李铁铮的《欧战后立宪的趋势与我国约法》[④]，王馥炎的《法国制宪与中国制宪之史的比较观》[⑤]、《美国成文宪法发达小史》[⑥]，田文超的《欧美宪法之趋势与五权宪法》[⑦]，刘静文的《英国宪政的运用》[⑧]，民标的《法国新宪法》[⑨]，钱端升的《德意志国会及国会议员》[⑩]，等等。

除了论著之外，民国时期先后出现了四百余种外国法学译著[⑪]，从数量上

---

① 参见王世杰、钱端升：《比较宪法》，杜钢建、范忠信为该书所作题为《基本权利理论与学术批判态度》的序言，第 1 页；韩大元：《当代比较宪法学基本问题探讨》，《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 4 期；北京图书馆编：《民国时期总书目（1911—1949）·法律》，第 76—79 页。

② 参见郁嶷：《德国宪法与我国宪法之比较》，见邓毓怡主编：《宪法论丛》第 1 卷，1924 年。

③ 参见杨兆龙：《最近德国宪法上分权制度之变迁》，《法学杂志》1940 年 10 月第 11 卷第 2 期。另见郝铁川、陆锦碧编：《杨兆龙法学文选》，第 67—92 页。

④ 参见李铁铮：《欧战后立宪的趋势与我国约法》，《新时代半月刊》1931 年第 1 卷第 1 期。

⑤ 参见王馥炎：《法国制宪与中国制宪之史的比较观》，《法学丛刊》1933 年第 2 卷第 3 期。

⑥ 参见王馥炎：《美国成文宪法发达小史》，《教授与作家》1934 年第 1 期。

⑦ 参见田文超：《欧美宪法之趋势与五权宪法》，《福建文化月刊》1935 年第 2 卷第 4 期。

⑧ 参见刘静文：《英国宪政的运用》，《学识》1947 年第 1 卷第 4 期。

⑨ 参见民标：《法国新宪法》，《震旦法律经济杂志》1948 年第 4 卷第 1 期。

⑩ 参见钱端升：《德意志国会及国会议员》，《清华学报》第 8 卷第 2 期。

⑪ 这个数字包含了清末的译著，但主要出现在民国时期。参见何勤华主编："中国近代法学译丛"，中国政法大学出版社，总序。

看，民国时期法学界关于宪法学迻译的作品稳中有升。其中具有代表性的译著有，美国保罗·S·芮恩施著的《平民政治的基本原理》（罗家伦译，上海商务印书馆 1925 年版），日本美浓部达吉著的《公法与私法》（黄冯明译，上海商务印书馆 1937 年版）、《宪法学原理》（欧宗佑、何作霖译，上海商务印书馆 1925 年版）以及《议会制度论》（邹敬芳译，华通书局 1931 年版），美国豪古德著的《现代宪法新论》（龙大均译），日本森口繁治著的《选举制度论》（刘光华译，上海商务印书馆 1935 年版），英国布勒德著的《英国宪政史谭》（陈世第译，上海商务印书馆 1936 年版）①，美国巴路捷斯著的《政治学习及比较宪法论》（日本高田早苗原译，刘莹泽、朱学曾、董荣光重译，上海商务印书馆），美国温泽尔著的《美法英德四国宪政比较》（杨锦森、张莘农译，中华书局 1913 年版），德国布伦迺特著的《德国新宪法》（张卓立、欧宗祐、何作霖译，上海商务印书馆 1926 年版），英国戴雪著的《英宪精义》（雷宾南译，上海商务印书馆 1930 年初版），英国黑德兰·莫黎（Headlam Morley）著的《欧洲新民主宪法之比较的研究》（该书有两个译本，一个是黄公觉译，张知本校，上海神州国光社 1930 年版；另一个是李铁铮译，周鲠生校阅，上海太平洋书店 1931 年版）②，英国詹姆斯·布赖斯著的《现代民治政体》（张慰慈等译，上海商务印书馆 1931 年版），英国白芝浩著的《物理与政理》（钟建闳译，上海商务印书馆 1933 年版），法国狄骥著的《公法的变迁》（徐砥平译，1933 年版）、《宪法学》（张明时译，上海商务印书馆 1938 年版）以及《宪法精义》（梅仲协译），奥地利凯尔森著的《纯粹法学》（刘燕谷译，中国文化服务社 1943 年初版），等等。从原著和原作者的挑选来看，这个时期在翻译对象的挑选和鉴别能力上有所提高，这也在一定程度上表明了比较宪法学方法运用水平的提高。

民国时期还出现了较多数量的关于各国宪法的汇编，据不完全统计，有 24 本之多。这些汇编，有的简单罗列他国宪法，或者将民国时期的中国宪法文本也对照汇集其中，例如，商务印书馆编译所编译的《法美宪法正文》（上海商务印书馆 1911 年初版），陈锡符、萨孟武译述：《世界新宪法》（上

---

① 以上 7 部已为中国政法大学出版社推出的“中国近代法学译丛”收录，重新点校、勘校出版。“中国近代法学译丛”已推出的 28 部译著中（截至 2008 年 4 月），涉及宪法学的译著有 8 部，其中除清末 1 部外，其余 7 部都出现在民国时期。

② 参见北京图书馆编：《民国时期总书目（1911—1949）·法律》，第 77 页。

海商务印书馆 1922 年初版），宋汝梅、何基鸿编的《宪法要览》（上下篇，北京商务印书分馆 1922 年初版），沈钧儒、何基鸿编著的《宪法要览》（上下篇，北京商务印书分馆 1922 年初版），立法院编译处编译的《各国宪法汇编（第 1、2 辑）》（上海汉文正楷印书局 1933 年出版）、《各国宪法汇编（续编）》（上海汉文正楷印书局 1934 年出版）；有的按不同主题摘编各国宪法条文，例如，罗志渊编著的《各国宪法分类汇编》（重庆大东书局 1945 年初版、1946 年再版）将比利时、瑞士、意大利、法国、日本、德国、波兰、土耳其、西班牙、苏联、中国等十多个国家的成文宪法，按国家体制、人民权利义务、政府组织、政务典制、宪法之修正五类摘编条文。①

比较宪法学方法的运用并不限于上述这些比较宪法专论与译著，对当时宪法进行解释的相关著述，均不同程度地对西方国家的相关宪法制度进行了比较。

这些系统运用比较方法形成的比较宪法学专著中，最具代表性、最负盛名的是王世杰、钱端升合著的《比较宪法》，它被认为是 20 世纪上半期“对西方宪政理论进行了最全面客观介绍的著作”②。该书源于王世杰的独著《比较宪法》，这本独著本身在比较宪法学方法的运用上已具有很高的造诣，曾多次再版，上海商务印书馆先后于 1927 年 9 月、1929 年 1 月、1930 年 8 月、1933 年 7 月多次发行该书。在此书基础上，王世杰、钱端升合著的《比较宪法》，上海商务印书馆于 1936 年 12 月发行初版，此后在民国时期增订三版：1937 年 6 月、1947 年 12 月、1948 年 6 月。新中国成立后，上海商务印书馆、中国政法大学出版社先后多次再版该书。③该书在比较宪法学方法的运用中，进行了诸多有意义的尝试：（1）在比较宪法学体系上，作者打破了以国别为标准的比较方法，而较成熟地采取了以“现代宪法上规定的问题为标准，在各个问题之下，介绍各种不同的规定和不同的意见”。（2）在篇章结构的安排上，作者把比较宪法学内容分为第一编绪论，第二编个人的

---

① 参见北京图书馆编：《民国时期总书目（1911—1949）·法律》，第 81—84 页。

② 王世杰、钱端升：《比较宪法》，杜钢建、范忠信为该书所作题为《基本权利理论与学术批判态度》的序言，第 1 页。

③ 参见罗鑫整理：《王世杰著述目录稿与王世杰研究资料目录（雪艇先生逝世二十五周年纪念）》，见http：//jyw. znufe. edu. cn/flsxsw/articleshow. asp? c _ class=5&id=2268&c _ page=1，2008 年 5 月 1 日访问。

基本权利及义务，第三编公民团体，第四编国家机关及其职权，第五编宪法修改。这种体例安排的特点是：在比较宪法学理论中合理地处理了国家、社会与个体的关系，对个人的基本权利问题进行了较系统的研究与介绍，表明作者的基本权利理念。（3）把宪法修改独立成编是本书结构的重要特色之一，表明作者对宪法变迁问题的关注。①

从发表的成果与影响来看，民国时期比较宪法学方法领域最杰出的学者，要数王世杰。根据对相关文献的整理，在王世杰出版的 20 本专著、刊发的 147 篇论文中②，许多重要成果都是比较宪法学运用的典范，除了《比较宪法》之外，尚有《议院制与社会主义》、《女子参政之研究》、《公民票决制之比较研究》、《论联邦制之基性与派别》、《列国法律上之中国人》、《财产权性质之新义》等。③

作为中国近代法学教育之翘楚的东吴法学院，也是民国时期运用比较方法的重要平台和旗帜。在其成立之时，即被冠名为“中华比较法律学院”(Comparative Law School of China，简称“比较法律学院”或“法学院”)。各类比较法课目一直是其课程中的核心与特色，孙晓楼（1932—1939 年在东吴法学院任教并兼任副教务长职）在其 1935 年出版的《法律教育》一书中，专门论述了比较法研究对于交往日益密切的时代的必要性。即使在 20 世纪 20 年代后期，在中国主要法典的制定、政府对法律教育的干预扩大、1937 年教学计划由 5 年减至 4 年等因素的影响下，甚至在 1940 年后，讲授比较法的使命与信念“始终是该法学院的特色所在”。30 年代，东吴的比较

---

① 参见韩大元：《当代比较宪法学基本问题探讨》，《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 4 期。

② 这些文献主要发表于但并不完全出现于民国时期。参见罗鑫整理：《王世杰著述目录稿与王世杰研究资料目录（雪艇先生逝世二十五周年纪念）》，见http：//jyw. znufe. edu. cn/flsxsw/articleshow. asp?c _ class=5&id=2268&c _ page=1，2008 年 5 月 1 日访问。

③ 这些成果包括《比较宪法》，上海商务印书馆 1927 年 9 月（1929 年 1 月、1930 年 8 月、1933 年 7 月）版；《比较宪法》，（王世杰、钱端升合著，增订三版），上海商务印书馆，1936 年 12 月（1937 年 6 月，1947 年 12 月，1948 年 6 月）版；《议院制与社会主义》，《太平洋》1921 年 3 月 5 日第 2 卷第 10 号；《女子参政之研究》，北京大学新知书社 1921 年版；《公民票决制之比较研究》，《北京大学社会科学季刊》1922 年 10 月第 1 卷第 1 号；《论联邦制之基性与派别》，《北京大学社会科学季刊 》1925 年 3 月第 1 卷第 3 号；《财产权性质之新义》，《北京大学社会科学季刊》1923 年 10 月第 2 卷第 1 号；等等。参见罗鑫整理：《王世杰著述目录稿与王世杰研究资料目录（雪艇先生逝世二十五周年纪念）》，http：//jyw. znufe. edu. cn/flsxsw/articleshow. asp? c _ class=5&id=2268&c _ page=1，2008 年 5 月 1 日访问。

法科目占据总课程的三分之一，以 1934 年为例，东吴法学院公布的课程就有：（1）中国法，（2）近代大陆法，（3）英美法，（4）罗马法以及（5）国际公法和国际私法，课程设计可谓遍涉古今法律，采用了“纵横兼有的方法”；本着最广泛的课程设计方针，甚至曾开设“意大利法西斯社团法”。诸多课程用英语教学，学生还要学习法律拉丁文。[①]在师资结构上，法学院最初以外国人为主，20 年代之后，有更多的华人导师加入了法学院，但基于比较法的运用，东吴法学院在西学东渐以及东学西渐的过程中，一直发挥着重要的促进作用。其中，1921 年，年仅 23 岁、正在美国密歇根大学法学院留学的吴经熊用英文在《密歇根法学评论》上发表了“Readings from Ancient Chinese Codes and Other Sources of Chinese Law and Legal Ideas”（《中国古代律法典籍及中国律法与法学思想渊源》）[②]，此文收到了霍姆斯（O. W. Holmes）大法官“热情洋溢的回信”和论文评述。[③]只有在深谙外国法律制度与理论的基础上向外国人介绍本国制度与文化，才可能获得如此高的赞许，包括比较宪法学在内的比较法学在东吴大学的成熟程度，由此可见一斑。

整个民国时期，比较宪法学成果最辉煌的时代在 20 世纪 30 年代和 40 年代，这是中国与世界的交流非常开放的时期，学术环境相对宽松，在欧美及日本宪法学思想的熏陶下所进行的积累已经形成一定基础。前面列举的比较宪法学的诸多代表性作品中，绝大部分集中出现于这两个年代，此时的比较宪法学研究可谓“盛极一时”[④]。

20 世纪 30 年代，学者张鼎昌专门就比较法研究方法本身进行了思考，认为这项方法具有五大功效，其一是兼具分析法学派、历史法学派、哲理学

---

① 参见［美］艾莉森·W·康纳：《培养中国的近代法律家：东吴大学法学院》，王健、贺卫方译，《比较法研究》1999 年第 2 期。

② John Wu，“Readings from Ancient Chinese Codes and Other Sources of Chinese Law and Legal Ideas”，*Michigan Law Review*，Vol. 19，No. 5（Mar.，1921），pp. 502-536.

③ 关于吴经熊与霍姆斯之间的通信，又有题为：“The Letter of Holmes and Wu”，*Law Quadrangle Notes*，The University of Michigan Law School，Vol. 31，No. 3，1987，pp. 33—34。该文的中译文《吴经熊与霍姆斯通讯选——沟通两种文化和四代人的通信》，郭兰英译，李嘉熙校，见湘潭大学法学院编：《湘江法律评论》第 2 卷，湖南人民出版社 1998 年版，第 216—226 页。

④ 王世杰、钱端升：《比较宪法》，杜钢建、范忠信为该书所作题为《基本权利理论与学术批判态度》的序言，第 1 页。

派、社会学派等各学派之所长；其二是通过比较研究之结果，可推定法律本质之正论；其三是在比较基础上更能创造新学说；其四是使国际判决的得出显得公允；其五是裁判官可依据比较资料补充法律之缺陷，而避免纯由其个人主观玄想来补充。此外，国别比较法、人种别比较法、法系别比较法、法律问题比较法，是比较法研究的四大方法。①

（三）法史学方法

基于一定时期的宪法史展开与宪法学积累，法史学的关注进路也在这个时期的宪法学研究中开始运用。

这些关于宪法史的作品主要沿着两个径路展开：一是对民国以来的制宪史和行宪史进行梳理和评价，这个过程中，法史学的方法与宪法解释学的方法通常结合在一起使用；二是在比较研究过程中，对西方比较法素材进行法史学的研究，比较宪法学的方法与法史学的方法结合在一起。这二者体现出民国时期宪法学对于多种宪法学方法的综合运用。此外，对一些文献进行比较研究的过程，也涉及对中国古典法律思想及制度的回顾②，由于宪法制度乃近代市民阶层兴起后的产物，在我国封建时代的功能等价物并不多见，因而这一路径主要出现在法史学的研究中，在专门关于宪法或宪法学的研究中并不多见。

第一个进路的研究是主要的，民国时期出现了诸多关于民国宪法史料的编辑以及关于民国宪法史的论述。民国频繁更迭的宪法性文件，为宪法史研究既提供了丰富的素材，也提供了叙述的线索。这个进路的研究的写作体例，主要是以自清末至写作时的历次立宪运动为线索，分章叙述历次立宪运动的情况并予以评价，然后附以立宪活动的相关文本与资料。例如，李根源纂辑的《中华民国宪政史案》（国闻编辑社 1914 年版），吴宗慈的《中华民国宪法史》（北京东方时报馆 1924 年版、上海大东书局 1927 年版），陈茹玄的《民国宪法及政治史》（上海政治学社 1928 年版），岑德彰的《中华民国宪法史料》（上海新中国建设学会 1933 年版），潘大逵的《中国宪法史纲要》（上海会文堂新记书局 1933 年版），陈茹玄的《中国宪法史》（世界书局 1933 年版），潘树藩的《中华民国宪法史》（上海商务印书馆 1935 年版），吴经

---

① 参见张鼎昌：《比较法之研究》，《中华法学杂志》，1937 年新编第 1 卷第 9 号。

② 参见孔庆平：《三位民国法学家关于中国法理自觉的探讨》，《清华法学》2007 年第 3 期。

熊、黄公觉的《中国制宪史》（上海商务印书馆 1937 年版），杨幼炯的《近代中国立法史》（上海商务印书馆 1937 年版），平心的《中国民主宪政运动史》（上海进化书局 1937 年版），谢振民编著的《中华民国立法史》（张知本校订，南京正中书局 1937 年初版、1948 年再版）[①]，钱端升主编的《民国政制史》（上海商务印书馆 1939 年出版，1946 年增订），周异斌、罗志渊的《中国宪政发展史》（上海大东书局 1947 年版），陈茹玄的《中国宪法史》（上海世界书局 1947 年版），曾资生的《中国五权宪法制度之史的发展与批评》（上海商务印书馆 1948 年版）。

岑德彰在 1933 年将民国建立之后二十余年间出现的宪法史料汇编成《中华民国宪法史料》一书，分三篇分别收集政府（包括中央政府和地方政府）所公布的宪法性文件、议决而没有公布的宪法性文件、私人草拟的宪法性文件。[②]此类关于民国时期的中国宪法汇编在 20 年代至 40 年代间不下 20 部[③]，为当时以及后来对民国制宪史的研究提供了便利。

吴经熊、黄公觉的《中国制宪史》（上海商务印书馆 1937 年版），洋洋洒洒一千余页，分 3 篇叙述，第一篇回顾了清末至 1933 年的制宪运动并对之进行分析评价，作为第二篇展开的背景；第二篇分 56 章详细记载了历时三年有余的《五五宪草》议宪活动，内容包括促成制宪的原因、宪法草案起草委员会的组织、进行程序、宪法草案研究程序表、各类决定、说明等作者参加立法院的议宪活动所获得的大量第一手资料；第三篇附录记载了与立宪相关的摘要、言论、历次所拟的稿件原文、附属法规等内容。

钱端升主编的《民国政制史》，在第一篇中按临时政府时期、临时约法时期、新约法时期、法统放弃时期、初期之国民政府、近年之国民政府六个时期，详尽地研究了辛亥革命至 20 世纪 30 年代后期中央政府权力分立格局的沿革，第二篇对省制沿革的介绍则按照各类地方国家机关分章展开叙述。该书作者云集，有萨师炯、郭登皞、杨鸿年、吕恩来、林复光、冯震等学者，在抗战期间多次重印，并曾经在日本出版译本。

---

① 《五五宪草》制定后，在 1937 年掀起宪政书籍的出版高潮。

② 参见岑德彰：《中华民国宪法史料》，上海新中国建设学会 1933 年版。

③ 参见北京图书馆编：《民国时期总书目（1911—1949）·法律》，第 84—86 页。

谢振民编著、张知本校订的《中华民国立法史》的体例较为成熟，其阐述的民国以来的立法历史中，历次立宪运动占据了相当的篇幅，除了历史性叙述外，还在前面加上了概括性的绪论和总论两篇。第一篇绪论涉及立法的意义、程序、范围、趋势、中国法制之沿革、中国立法之起源等内容。第二篇总论以历次制宪活动为标志，划分了制定约法时期、制定宪法时期、增修约法时期、审议宪法时期、法统分裂时期、恢复法统时期、废弃法统时期、递嬗党治时期、实施训政时期、宪政开始时期等 10 个时期展开总括性的介绍。第三篇各论中则区分宪法、行政法、自治法、商法等部门法分章叙述，其中第一章宪法叙述了历次制宪运动的文本、草案，以及各省宪法。

李根源于 1914 年纂辑的《中华民国宪政史案》是较早开始这个研究进路的文献，但其研究结构与这一进路的一般体例有所不同，从其出版年份可知，该书仅收录了 1913 年宪法起草委员会成立至 1914 年袁世凯改造约法这一阶段的史料，包括“天坛宪法草案”的制定经过等内容，分制宪、干宪、宪哄、宪祸、攘宪 5 个部分展开。

此外，平心于 1937 年出版的《中国民主宪政运动史》的体例也略有不同，以太平天国为起点，以大革命时期为焦点，分太平天国与民主运动、清末的启蒙运动与变政运动、从辛亥革命到护法战争、从五四运动到二七运动、大革命前夜的民主运动、大革命时代的民主运动、大革命后的政治形势与民主运动、抗战后的民主运动 8 章阐述了民主宪政运动的沿革。

除了对自身宪法史的关注，民国时期也出现了关于西方各国宪法史的著述以及翻译作品，结合比较宪法学与法史学方法展开研究，也就是前述第二个进路的研究。

代表作品如潘大逵的《欧美各国宪法史》（上海大东书局 1931 年版）叙述了英、美、法、意、瑞士、德、苏等 7 国的宪法史，曾友豪的《英国宪法政治小史》（上海商务印书馆 1931 年版），程树德上课的讲义《宪法历史及比较研究》（朝阳学院出版部 1933 年初版）分宪法总论、国家要素论、国家机关 3 篇比较中外宪法文本，叙述第一次世界大战后各国宪法的变化趋势，以及赵南柔、周伊武编辑的《日本制宪史》（南京日本评论社 1933 年版），英国 S. Rend Brott 著的《英国宪政史谭》（陈世第译，上海商务印书馆 1936 年版）。

二、民国时期宪法学方法运用状况评析

总体而言，民国时期宪法学的发展，形成了厚实的积累，并开创性地展开了体系性表达，已从清末单纯翻译或附以己意的译述式研究，发展到宣誓“重建中国本位法系”口号下各类会通中西式的写作。这与宪法学方法运用的丰富与趋于成熟相联系，基于前述文献的考察，可对民国时期宪法学方法运用状况的特点作如下评析：

（一）宪法解释学的展开缺乏稳定的宪法秩序

就宪法解释学的文献而言，频繁出台的宪法文本为宪法解释学的展开提供了丰富但却不够稳定的素材，阐释与评述各项宪法文本的文献虽然丰富，但总的来说，并没有形成具有标志性的成熟的宪法解释学成果，这与民国时期的宪政环境与学术积累有关。

1. 宪法文本的频繁变化

中国的20世纪，实际上可称之为“立宪法的世纪”[①]，这一点在民国时期体现得尤为明显。随着各种政治势力的更替，民国期间的宪法频繁地更替着，前后经历了：

（1）1912年《中华民国临时约法》。

（2）1913年《天坛宪草》，这个草案贯彻了民主共和精神，为袁世凯所不容。宪法草案通过三天后，袁下令撤销国民党议员的议员资格，使议会无法达到法定开会人数，宪草未能获得通过。

（3）1914年《中华民国约法》（袁记约法）。该约法使袁世凯成为独裁元首。

（4）1916年宪草。1916年袁亡，黎元洪就任大总统，同时成立宪法会议，以《天坛宪草》为基础重新起草宪法，结果便为1916年宪草。1917年6月，国会被解散，宪草未通过二读程序，立宪程序停顿。

（5）1919年宪草（安福国会宪草）。1918年，北京成立“新国会”，又称“安福国会”，于1919年通过新的“中华民国宪法草案”，同时废止1916年宪草。

---

① 林来梵、凌维慈：《中国立宪主义的起点——对清末君主立宪主义的一个省察》，《社会科学战线》2004年第4期。

（6）1923 年《中华民国宪法》（“贿选宪法”或“曹锟宪法”）。1922 年，第一次直奉战争结束，国会得以开会，以制宪为主要任务，曹锟为吸引议员凑足法定人数开会，以便选举自己为总统，以公然发给与会人员 5 000 元为诱饵。1923 年 10 月 10 日，宪法会议公布宪法。

（7）1925 年宪草。1924 年，第二次直奉战争后，段祺瑞就任“中华民国临时执政”，组织“国宪起草委员会”起草“中华民国宪法案”，但始终未能提交立宪机构讨论。

（8）1928 年《训政纲领》。1925 年国民政府成立，1928 年 6 月 9 日北伐军入北京，10 日，南京国民政府成立，国民党中央常务会议议决《训政纲领》。在“训政”的口号下，人民成了受国民党监护的无政治行为能力的“被监护人”。

（9）1931 年《中华民国训政时期约法》。在《训政纲领》基础上，1931 年 6 月 1 日通过了《中华民国训政时期约法》，开创了中国宪法史上的“党治宪法”先例。

（10）1936 年《五五宪草》。1927 年，国民党中央执行委员会决定训政以 6 年为期，1935 年行宪。此《中华民国宪法草案》于 1936 年 5 月 5 日公布，但不久爆发全面抗战，立宪之举中断。

（11）1946 年《中华民国宪法》。1946 年 11 月，国民党召开没有共产党及民主党派参加的国民大会，通过《中华民国宪法》，于 1947 年元旦公布，同年 12 月 25 日生效。

（12）1948 年《动员戡乱时期临时条款》。1948 年 4 月 18 日，国民大会通过此条款实际上中止了 1946 年宪法的效力，公开实行独裁统治。

这里列举的尚只是最重要的一些宪法、临时宪法（约法）或宪法草案，还没有包括同样变动频繁的组织法、选举法。这 12 部宪法性文件中，正式通过的宪法或约法 5 部（其中 3 部是约法），宪草 5 部（不包括 1930 年“太原中华民国约法草案”等合法性较成问题的宪草、1922 年“八团体国是会议”起草的《国是宪草》等民间团体起草之宪草，以及联省自治运动中的省宪草案）。民国政权在大陆存续的 38 年间（1912—1949），不计其各部宪法的相关修改，仅宪法或宪草的颁布就有 10 部，平均不到 4 年的时间就有一部新的宪法草案公布。在这个年代里，宪法尚且飘忽，皮之不存，毛将焉

附，宪法解释学同样难逃此命运。

导致宪法文本频繁更替的原因是错综复杂的政局与连年战争动乱的时局。以至于前述宪法文本严格从形式上来看，真正生效的宪法（除去约法）只有 1923 年“曹锟宪法”和 1946 年宪法，而两者施行的时间加起来不到两年，且两者生效时国家并不统一。[①]如同夏勇教授所言：“清末民初是一个张扬政治理想的时期，一个基于政治理想而展开政治斗争的时期，不是一个制度建设的时期，一个脚踏实地践行法治的时期。”[②]但枪炮作响法无声，宪法解释学的成熟与发达得以成就所需要的稳定的宪法秩序也就难以存续。这个时期的宪法学人张扬其立宪理想的途径，不是通过宪法解释学的技艺，而是通过对已有宪法文本的批判、对将来宪法文本的建言[③]，即将制宪的消息和宪法文本或草案的颁布一样，是促成宪法研究成果涌现并达致高峰的一项重要因素，使得民国围绕宪法文本展开的研究构成了一道“立宪宪法学”的风景。

2. 价值共识的缺乏

宪法文本的频繁变化也说明了，虽然民主宪政在民国已经形成了话语潮流，但是实定宪法秩序应承载何种价值、应选用何种建国方案，在民国时期的各种政治力量以及民众之间，并没有达成共识。各派政治力量此消彼长的变化中，宪法成为它们争夺的“名器”，旨在使自己的统治取得“合法性”，这虽然与以往的“成则为王，败则为寇”的权力斗争逻辑相比具有重大进步，但也仍然是这一逻辑的延续。这也是为什么诸多宪法或宪草中的内容，除破坏宪法的“临时条款”以及政府组织的条款、国民党党治的条款得到实施外，凡涉及真正现代宪政原则的几乎未见兑现。无奈乎胡适发出倡导“制宪不如守法”，政府首先要守法，消除人民不信任法律的状态[④]，基于共识而守法并在守法中积累共识是制宪的真正准备工作。有学者认为，民国时期的法律当此处境，所面临的最大威胁，并非来源于政治和学术上的反对（因

---

① 参见周永坤：《中国宪法的变迁——历史与未来》，《江苏社会科学》2000 年第 3 期。

② 夏勇：《飘忽的法治——清末民初中国的变法思想与法治》，《比较法研究》2005 年第 2 期。

③ 参见民国时期的法律学人的角色，与其说是法律的解释者，不如说是民国法律的参与制定者与批判者。参见韩秀桃：《民国时期法律家群体的历史影响》，《榆林学院学报》2004 年第 2 期。

④ 参见胡适：《制宪不如守法》，《独立评论》1933 年 5 月第 50 号。

为反对的势力均已微乎其微），而在于其自身能否真正成为人们乐于遵守的规范。[①]究其背后的原因，仍在于价值共识尚待积累，法律与社会处于脱节状态。

价值共识的缺乏，不仅体现在立宪活动中，也体现在宪法学研究中，由此成为宪法解释学无从深入发展的又一原因。吴经熊在1934年的一篇文章中提出：20世纪30年代左右的法学理论的时代精神，“可以说是怀疑和中心思想的缺乏”[②]，这对于20世纪前十年至40年代的宪法研究是适用的。

3. 学术积累的欠缺

宪法解释学的发展不仅需要基于民众价值共识形成稳定的宪法秩序，还需要宪法学人在宪法解释学的原理和技艺上形成一定的积累。但宪法学和宪法一样，是一种舶来品，其积累的时间并不长久，更有甚者，其积累的环境并不稳定。

著名学者蔡枢衡先生在民国时期殚精竭虑找出中国法学质低量微的一个重要原因，在于“学人的能力不够大”[③]。这个观点也适用于民国宪法解释学的发展状况。但是，这与其说是学者作为个体的学术能力问题，不如说是学者作为整体的学术传承与学术积累的火候尚嫌不足。

（二）比较宪法学的体系化发展

清末至民国时期，宪法学的发展经历了一个从直观到理性，从分散到逐步系统化的发展过程，比较宪法学方法的运用过程中尤其体现出这一点。[④]如前所述，比较方法的运用在清末宪法学中可谓一枝独秀，从知识性介绍到成规模的翻译时期，无不如此，介绍和翻译是当时宪法学知识传播的主要途径，中国学人自主编撰比较法文献，虽然已经出现，但整体上看尚薄弱。在民国时期，（1）多项方法的运用使得比较宪法学在宪法学科体系中已非唯我独尊，但从方法运用的成果来看，其主导地位仍然存在：与其他两项方法的运用相比较，比较方法的运用相对而言，更为成熟；民国时期涉猎宪法学的

---

① 参见孔庆平：《三位民国法学家关于中国法理自觉的探讨》，《清华法学》2007年第3期。

② 吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，《东方杂志》1934年第31卷第1号。另参见吴经熊、华懋生编：《法学文选》（1935年编辑），中国政法大学出版社2003年版，第87—88页。

③ 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第32—41、98页。

④ 参见谢维雁：《关于中国宪法学的若干思考》，《重庆三峡学院学报》2004年第4期。

学人中，绝大部分都有出色的比较宪法学知识背景，谙熟某个或某些国家的宪法制度。（2）这个时期的比较宪法学运用，已经脱离清末单纯介绍和翻译的途径，体系化的比较宪法学著述开始成规模地出现，其体系也趋于成熟和稳定，形成了按国别和按专题两种比较宪法体例。（3）在比较项的选择上，视野也更为开阔；比较对象以及翻译和介绍对象的选取更为慎重，附着了更自觉的学理思考，诸多更为经典和权威的著述被引入国内。虽然蔡枢衡在1947年指出中国法学之总体乃一幅“次殖民地风景图”①，但也有学者指出，比较方法的运用上，近现代的中西法学关系是复杂的、相互裹挟的，民国学人是带有自觉的本国意识，并不那么“总体上是‘西方进入中国’的”、而单纯的模仿、“拿来”、唯西学理论是尊②，如民国法律学者所说，一切学习是在“世界各国法律思想之趋势与时俱进”中展开的，是在“一切学术之性质与时俱进”的精神中展开的。③民国学者在对“重要法学理论”的“选定”上，较之清末，任意性和零散性大为降低，系统性与全面性以及对西方法学主流的把握能力大有进步。而且，根据刘星教授的考察，民国时期的选定已不仅仅是西方法学中“选定”的一个简单延续而只作对他国的“选定模仿”的情形，而是开始基于本国传统与现状自觉探求学理，在比较对象、介绍对象的选择上出现了对“西方重要法学”的“选定”变异的情形，除了考察这些法学理论是否占据通说地位、是否是皇皇正论，还关注其是否契合中国、是否表达了学人自己对中国宪政问题的看法。④

比较宪法方法的运用在民国时期得以体系化与成熟化，其原因主要在于三个方面。其一，民国时期学术环境相对宽松，在比较宪法学趋于成熟的20世纪30年代和40年代尤其如此，宪政文明与传统文化之间的纠结虽未彻底厘清，但前者经过数十年的传播与讨论，后者对之的阻挠作用已经不如清末那样强大。其二，学术积累已经达到一定的程度。比较方法的运用自清末

---

①　蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第60页。

②　参见刘星：《民国时期的“法学权威”——一个知识社会学的微观分析》，《比较法研究》2006年第1期。

③　参见丁元普：《法学思潮之展望》，《法轨》1934年第1卷第2期；陈启修：《护法及弄法之法理学的意义》，见何勤华、李秀清编：《民国法学论文精萃（第1卷·基础法律篇）》，第231页。

④　参见刘星：《民国时期的“法学权威”——一个知识社会学的微观分析》，《比较法研究》2006年第1期。

的宪法学开始，在其所经过的年月里，长期受到欧美日本宪法学思想的熏陶。[①] 甲午战争以后，尤其是在清末实行所谓的新政以后，法政人才日渐被社会各界所重视，留学生学习的主要专业开始转向法政，人数增多并渐成规模；民国以后，民主共和话语的流行，又大大激发了留学生学习法政的热情。大部分留学生学成回国的时间都是在民国之后，他们以自己留学西方的经历，充当的既是西方法律知识的传播者，又是民国各个时期主要法律法规的制定者；既以自己的法律知识来解释当时的法律，又以自己的法律素养对当时法律中的缺陷提出种种批评。他们的学术研究和理论成果既丰富了近代中国法学教育活动，又完成了对近代中国法学学科体系的构建。[②] 在这个过程中，比较宪法学的发展有了更厚实的外国法基础与学术积累。其三，民国法学期刊的发达。“粗略统计，从清末到 1949 年，陆续创办的法政杂志大约有 150 种，其中，清末 20 种；民初至 1926 年 30 余种；1927 年至 1949 年 90 种。”[③]这些法政类期刊中，除了法政综合类者，还有诸多以宪政为专题的法政专题类刊物，例如，《宪法新闻》、《宪法公言》、《公民杂志》（上海公民杂志社，1916）、《四川筹备省宪周刊》（四川省宪法会议筹备处，1923）、《民权》（广州民权社，1923）、《人权》（月刊，北京人权杂志社，1925）、《法医月刊》（上海司法行政部法医研究所，1934）、《民宪半月刊》（重庆民宪半月刊社，1944）、《宪政》（月刊、宪政出版服务有限公司，1944）、《民权月刊》（成都民权月刊社，1948），等

---

① 参见韩大元：《当代比较宪法学基本问题探讨》，《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 4 期。

② 参见韩秀桃：《民国时期法律家群体的历史影响》，《榆林学院学报》2004 年第 2 期。

③ 程燎原：《中国近代法政杂志的兴盛与宏旨》，《政法论坛》2006 年第 4 期。另一组统计数据是：根据对京沪等地图书馆资料文献的多方搜集和统计，清末至民国期间先后出版的法律专门杂志有 77 种之多（除日本所办之外），其中，清光宣之际 3 种；民元至 1923 年间 8 种；1927 年至 1937 年间 41 种；1938 年至 1945 年 9 种；1946 年至 1949 年 16 种。“南京十年”是近代中国法律期刊历史上最兴旺发达期；法律之学吸引了国人浓厚的研究兴趣，并带来了更多的智力上的投入。参见王健：《说说近代中国的法律期刊》，《法律科学》2003 年第 5 期。此外，根据刘馨的统计，民国时期高等院校创办的学术期刊大致包含两类：一类是综合性期刊（相当于大学学报），内容以刊载各学科学术论文和科研成果为主；另一类是专门性学术期刊，这其中包括高等院校各院系和一些研究机构主办的期刊，主要刊载某一学科的信息和学术成果。就刊载法学的学术期刊而言，除政法专业院校学报和综合性大学中法律院系、研究机构主办的专门性期刊外，各高校的学报类期刊亦重视对法学研究论文的发表。详见刘馨：《民国时期高等院校学术期刊的出版与法学研究》，《比较法研究》2005 年第 3 期。

等。[①]期刊出版业的发达，为宪法学论述尤其是介绍和比较他国宪法制度与理论提供了充裕的平台。此外，民国法学教育的展开、学术讨论以及援引外国宪政经验就宪政时势展开评论，都促使学术积累更加厚实，终于在30年代和40年代喷薄而出。

（三）宪法社会学方法的运用被忽视

民国时期的宪法学虽然不缺乏广义的社会科学意义上的宪法学之方法的运用，以及对狭义的社会学意义上宪法学方法的强调，但对于后者的运用则是被忽视的。[②]民国时期大量舶来的制度与理论能否与传统制度相互嫁接，应当是宪法社会学关注的一个重要课题，但这个时期宪法社会学方法的运用则显得苍白。

民国许多法学家也指出了当时法学研究中“法律自法律，社会自社会”的断裂格局，例如：王伯琦指出“法律与社会脱了节”，蔡枢衡认为，“中国法与中国法的历史脱了节”[③]，中国社会基本上仍将中国过去的是非善恶的标准作为行动的标准，然而法律已认同西方的是非善恶的标准为标准。[④]蔡枢衡认为，二十世纪以来中国的法学学者可分为沈家本派和反沈家本派的对立，后者留恋于农业社会的伦理道德，主张法律道德合一论；前者则对西方法学理论拳拳服膺，带来了中国法学的次殖民地风景图。两者形成了当时中国法律思想之特质即“有人无我，有古无今”之状况。[⑤]这种判断也适用于当时的宪法学研究，这与宪法社会学方法的缺位存在联系，即对当时的社会现状以及具体宪法制度的运行状况缺乏足够的关注。如蔡枢衡所判断，欠缺对一切有关的社会科学知识的把握并融会贯通，是清末以来各个法学派别在研究中的共同缺点。[⑥]

在民国时期，法律与社会、宪政文明与传统文化的冲突，虽然已经不像

---

① 参见 程燎原：《中国近代法政杂志的兴盛与宏旨》，《政法论坛》2006年第4期。

② 以不同学科方法对宪法学产生影响为依据对宪法学研究所采用的方法进行分类，可以划分为两类：传统方法，即法教义学意义上的宪法学，以及社会科学意义上的宪法学。后者具体又包括（狭义的）社会学意义上的宪法学、政治学意义上的宪法学、经济学意义上的宪法学、哲学意义上的宪法学等。参见林来梵、郑磊：《宪法学方法论》，见中国人民大学宪政与行政法治研究中心编：《宪政与行政法治评论》第3卷，中国人民大学出版社2007年版，第142—147页。

③ 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第29页。

④ 参见孔庆平：《三位民国法学家关于中国法理自觉的探讨》，《清华法学》2007年第3期。

⑤ 参见蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第32—41、98页。

⑥ 参见蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第63页。

宪法学传入伊始的清末时期那样尖锐，但这种张力仍然是普遍存在的。在夏勇看来，“在畅快的政治批判和激烈的社会斗争的背后，掩藏着深重的文化危机”，即欧美中心主义与中国本土文化之间的冲突。若难以解决此种文化危机，政治变革就只能作出策略性选择，所谓国情论、渐进论是作为策略而出现，制度上的中西会通也带有策略色彩，其原因在于，“中国还缺乏应有的或足够的客观条件和主观经验来从事真正本土主义的法治思考和制度建设”[①]。这个问题常常转化或夹杂着旧道德与新法律孰是孰非、孰善孰恶的争论，以及证成或证伪西方法律在中国的正当性的争议，法社会学在此领域颇有用武之地。法社会学通常在两个方面发挥重要作用，一是在法秩序形成前通过调查研究相关现象并作出说明解释，以供立法参考，二是对实定法的运行实效进行考察、评判。在从传统向近代国家转型的过程中，如何嫁接传统与舶来的宪法制度，使宪法制度植根于当时的社会现状，宪法社会学方法当发挥其重要的作用。

孕育于19世纪末的西方法社会学，在民国时期已经引入我国，法社会学的成果已经开始出现[②]；但在宪法学领域这类成果基本上是缺位的。从整体上看，运用宪法社会学方法考察，宪法具体制度的社会实效与传统习俗相连接、提炼宪法制度的规范内涵等问题，在民国时期的宪法学研究中是缺失的。

尽管如此，作为宪法社会学方法存在之前提问题——生活中的宪法与书本上的宪法的区别，仍为当时不少学者所认识到。例如，杨兆龙在《宪政之道》中指出，“宪政”（constitutional government）与纸面上的宪法（constitutional law）是有区别的，前者是在“实际政治中发生作用的宪法”（constitutional law in action），是“活宪法”（living constitutional law），“‘宪政运动’决不是以往那些狭义的‘制宪运动’可比，它是近代各国学者所提倡的‘活法运动’之一种，是一种‘活宪法的培养运动’。实施宪法的中心工作不是‘制宪’，而是‘宪法生命素’的培养”[③]。也有学者基于民国时期正处过渡时代，强调“偏重于法律的动力学（legal dynamics）而忽略法律的静力学（legal statics）”，认为学者的任务在于“联合起来研究社会的情形和

① 夏勇：《飘忽的法治——清末民初中国的变法思想与法治》，《比较法研究》2005年第2期。

② 参见汤唯：《法社会学在中国——西方文化与本土资源》，科学出版社2007年版。

③ 杨兆龙：《宪政之道》，《中华法学杂志》1944年5月第3卷第5期。

需要；待社会的情形和需要研究出来了，就不难再想更正和补救的方法”[①]。

（四）方法运用的综合化倾向

尽管社会学意义上宪法学方法的运用缺位，但是在术语上，民国的法学人还是十分愿意运用社会法学等语词来表示其方法风格，强调多元方法的综合运用。

传统法律实证主义方法传入中国后，民国学人开始运用实证主义方法分析当时的一些法律现象，例如王世杰主张运用“分析法学关注法律规则普遍性的特征”来阐释“法律的形式定义”[②]，燕树棠提出采用“法律与政治、道德相分离”的观点来研究“国家与法律”的问题。[③]但民国学者对这种分析方法的运用，并没有拘泥于纯粹的传统法律实证主义的一元立场，而是主张多元方法的并用，端木恺称此为“新分析派法学”，其中的代表人物是吴经熊。在端木恺看来，吴经熊旨在“造成一个纯粹的科学——只问法律的实情，不问它的美恶，更不问它应当如何”。正因为这种努力与“奥斯丁相和，所以替他所主张的法学，命名为新分析派了”；但另一方面，中国新分析派法学不同于英美传统的分析法学派，“分析法学派究竟不是分析派，不是奥斯丁直传下来的统系”[④]。不同之处在于，“新分析派法学”遍取分析法学、社会法学和心理学法学各家学说，互相联络运用之。吴经熊对西方法学发展之趋势的判断是，“现今的法学是从闭关自守的状态转到门户开放的境地了”[⑤]，他所设想的法学图景是一种基于多元的新型一元论：“将来的一元论也得以现代的多元论所发见的种种事实为张本而建设一个能够吸收并且调和各种新的和旧的分子的体系。”[⑥]王风瀛推崇的调和理想与实际的法社会学方法也以兼容哲学方法、

---

① 吴继熊：《法律的基本概念》，《改造》1922 年第 4 卷第 6 期。

② 王世杰：《法律与命令》，见吴经熊，华懋生编：《法学文选》（1935 年编辑），中国政法大学出版社 2003 年版，第 26—27 页。

③ 参见燕树棠：《国家与法律》，《社会科学季刊》，1930 年。

④ 端木恺：《中国新分析法学派简述》，见吴经熊，华懋生编：《法学文选》（1935 年编辑），第 233—234 页。

⑤ 吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，《东方杂志》第 31 卷第 1 号，1934 年。另参见吴经熊、华懋生编：《法学文选》（1935 年编辑）；何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》，第 355 页。

⑥ 吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，见吴经熊、华懋生编：《法学文选》（1935 年编辑），第 109 页。另参见高维联：《中国法学思想之国际地位》，《法学季刊》1930 年第 4 卷第 3 期；何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》，第 373 页。

历史方法、分析方法等各派方法之所长为重要特点。[①]

（五）关于宪法学方法论的系统反思缺位

民国学人对于宪法学的思考基本上是在本体论上展开的，对于属于认识论范畴的宪法学方法论问题并没有专门、系统的研究。在笔者所收集文献的范围内[②]，不仅没有出现专门以宪法学方法论为研究主题的文献，其他部门法方法论同样也没有。[③]但是在法理学或法哲学的层面上，关于法学方法或法学研究方法的专门思考是存在的，并对宪法学方法论产生了影响。《法律学方法论》[④]、《正负法论：辩证法的法律学方法论》[⑤] 是两部以法学方法论冠名的专著，两书都采用“法律学方法论”的术语，该术语借鉴了日本学者多采用的“法律学的方法论”之谓，在中文中可对应理解为“法律学意义上的方法论”[⑥]。用“法律学”代替“法学”，并不存在意义上的变迁，而只是更突出对实定法秩序的强调；然而，两书虽然借鉴了这个术语，但在具体的叙述中，并没有明显地体现出这个意蕴[⑦]，其内容也主要涉及对诸种法学方法的评介，而不是严格意义上的学术研究成果。

---

① 参见王风瀛：《说研究法律之方法》，《法学季刊》1924 年第 1 卷第 8 期。另参见吴经熊、华懋生编：《法学文选》（1935 年编辑）；何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》，第 198—201 页。

② 笔者收集的文献，主要参考浙江大学图书馆百万册数字图书库（http：//www. cadal. zju. edu. cn/Index. action）与中国人民大学图书馆民国文献库中的民国文献。《民国时期总书目·法律》（1911—1949）这部大型回溯性书目主要收录北京图书馆（现中国国家图书馆）、上海图书馆和重庆市图书馆收藏的中文图书，分学科出版。《民国时期宪政论文篇名索引》，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 2 卷·宪政法律篇）》。《民国时期基础法律论文篇名索引》，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

③ 有一本《行政法学方法论之变迁》（［日］铃木义男等著、陈汝德等译）虽然名为方法论，其内容仍是围绕行政法知识体系展开的。

④ 参见李祖荫：《法律学方法论》，国立湖南大学法学学会出版，该书于 1944 年完稿，并于其后出版，具体出版年月不详。

⑤ 参见高承元：《正负法论：辩证法的法律学方法论》，广州高承元律师事务所 1948 年版。

⑥ 有关日本学者就此术语的沿用状况，可参见［日］田中成明：《法理学讲义》，有斐阁 1994 年版，第 22 页以下；［日］平野仁彦、亀本洋、服部高宏：《法哲学》，有斐阁 2002 年版，第 189 页以下。

⑦ 参见林来梵、郑磊：《法律学方法论辩说》，《法学》2004 年第 2 期。

这两部专论中，前一部的作者是李祖荫教授[①]，他以民法学研究与教学见长，书中介绍的各种方法的例证主要来自民法。这本小册子是在作者 1936 年于天津法商学院所作的学术演讲“研究民法的方法——综合的方法”的基础上删增而成的。[②] 书中介绍了注释研究法、历史研究法、比较研究法、社会学研究法、哲学研究法等五种具体方法，在此基础上，作者推出其所倡导的兼采五个方法、冶于一炉的综合研究法，并认为“中外法律学之趋势，舍‘综合方法’而外，别无他法”[③]。在其综合方法的谱系里，并没有对五类方法依据重要程度进行区分，注释研究法虽然是首先予以叙述，但该方法之不可缺少的原因，仅仅被表述为：“法典词句，往往不易明晓，任其‘囫囵吞枣’地过去，不求甚解，向进一步作高深的研究，恐怕更非易事”[④]，而不是在捍卫实定法秩序之安定性的意义上进行理解，因而，作者认为，“注释方法的鼻祖，当推我国”，注释方法在汉朝已经盛大，唐律的疏议、大清律的集解、历代的十三经注疏都是这种方法的运用。[⑤] 由此可见，该书虽取名“法律学”方法论，但并没有从法律学的意义上强调实定法的重要性；虽取名法律学方法“论”，但更多的内容仅涉及对具体方法的言说，而没有对方法背后的价值立场、哲学立场进行论述。然而，这本以演讲稿为基础的小册子，毕竟明确提出了“法律学方法论”的范畴，并将方法论问题在法学领域内作为一个专门的问题进行有意识的探讨；作者虽然以民法为主业，但书中也涉及一些宪法个例。

高承元先生系民国时期知名学者，供职于中山大学法学院，同时于广州外交部兼职。[⑥] 其所著的《正负法论：辩证法的法律学方法论》，旨在创造“辩证法的法理学”，在对自然法学、现实法学等学派进行介绍和批判的基础上，展开

---

① 参见李祖荫（1899—1963），法学家，字麋寿，祁阳文明铺人。1927 年从北平朝阳大学法律系毕业，即入日本明治大学专攻法学。1930 年回国后任燕京大学讲师，同时兼任北京大学讲师。1937 年，任北京大学法律系教授。北平沦陷后受聘为湖南大学法律系教授。1943 年，任湖南大学训导长，不久，担任该校法学院院长。1949 年初，出任湖南省教育厅厅长，任内对保护长沙的教育事业、促进湖南和平解放作出了贡献。新中国成立后，任中央法制委员会委员，兼任民事法规委员会主任，同时兼任北大教授。主要著作有《比较民法总则纲要》、《比较民法总则编》、《中华民法总则评论》、《民法概要》、《法律学方法论》等。

② 参见李祖荫：《法律学方法论》，第 4 页。

③ 李祖荫：《法律学方法论》，第 31 页。

④ 李祖荫：《法律学方法论》，第 10 页。

⑤ 参见李祖荫：《法律学方法论》，第 9 页。

⑥ 高承元于 1948 年出版了其用纯粹法学方法撰写的大学讲义《法学绪论》。有学者认为，这是民国时期唯一一本关于纯粹法学研究的本土专著。参见李刚：《中国近代法政杂志与分析法学研究》，《政法论坛》2007 年第 6 期。

对辩证法的方法与矛盾法论的阐述；进而通过“正负法论”来论述有关矛盾的定律在法学上的应用，其中，“正负”是指矛盾的两个方面，作者主张把现行的种种矛盾的法律关系放在辩证法的基础上来研究，包括联系互动律的适用和矛盾合一论的适用，并以劳工法、民法、行政法、刑法、宪法、国际法等为例加以具体论述。作者认为，“因研究方法上之差异，于是发生法律本质认识上之差异”，各类法学学派的观点据此可以区分为自然法论、现实法论、矛盾法论三类，其中矛盾法论对应着辩证法派，现实法论具体又包含分析法论、历史法论、社会法论、理性法派、逻辑法派等。本书原是作者 1931 年在成都大学讲学时所用讲义的第二篇，1932 年曾以《法律学之根本改造》为题发表在《读书杂志》上。1937 年订正，用“景善”笔名，改用现书名出版，抗战胜利后重新订正。

除上述两部专著外，专门关注研究方法或涉及方法问题的文章也并不少，例如，王风瀛的《说研究法律之方法》①，万德懿的《怎样研究法律》②，章渊若的《怎样研究法律科学》③，沈庆侅的《法学方法论》④，朱显祯的《法律解释论》⑤，吴经熊的《关于现今法学的几个观察》，罗鼎的《法律解释上之英美法源》⑥，胡恭先的《法与道德分化之由来及其趋势》⑦，孙晓楼的《今昔法律的道德观》⑧，钟焕新的《法律与道德》⑨，阮毅成的《法律与事

---

① 参见王风瀛：《说研究法律之方法》，《法学季刊》第 1 卷第 8 期，1924 年。另参见吴经熊、华懋生编：《法学文选》（1935 年编辑）；何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

② 参见万德懿：《怎样研究法律》，《青年》1935 年第 1 卷第 23 期。另参见《民国时期基础法律论文篇名索引》，第 911 项，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

③ 参见章渊若：《怎样研究法律科学》，《文化建设》1935 年第 1 卷第 8 期。另参见《民国时期基础法律论文篇名索引》，第 915 项，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

④ 参见沈庆侅：《法学方法论》，《法学季刊》，第 1 卷第 6 期。另参见《民国时期基础法律论文篇名索引》，第 996 项，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

⑤ 参见朱显祯：《法律解释论》，《社会科学论丛月刊》1930 年第 2 卷第 8、9 期合刊。另参见《民国时期基础法律论文篇名索引》，第 432 项，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

⑥ 参见罗鼎：《法律解释上之英美法源》，《法律评论》1923 年第 10—17、19—20 期。另参见《民国时期基础法律论文篇名索引》，第 80 项，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

⑦ 参见胡恭先：《法与道德分化之由来及其趋势》，《安徽大学月刊》1933 年 5 月第 1 卷第 4 期；何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

⑧ 参见孙晓楼：《今昔法律的道德观》，《法学杂志》1931 年第 6 卷第 2 期；另参见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

⑨ 参见钟焕新：《法律与道德》，《法学论丛》1936 年第 2 期。另参见《民国时期基础法律论文篇名索引》，第 938 项，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

实》[①]，等等。

在《说研究法律之方法》一文中，王风瀛认为，18 世纪的哲学方法纯偏于理想；19 世纪的历史方法及分析方法的出现，一方面“其注重实在，不尚空论”，“从现实之法律，求共通之真理，足以一矫哲学方法虚想妄断之弊”，但另一方面两者“盖专就已经发达之法律制度，究原竟委，分条缕析，虽足助长吾人之理解，未能促进法律之改善，固步自封，因循旧习，法律之进步，终不可期。此又历史与分析方法受人指摘之处也”。因而，他推崇兼容各派方法之所长、调和理想与实际的法社会学方法。[②]

吴经熊在《关于现今法学的几个观察》中明确提出，“建设一个法律的方法论”是“建设新法学”必需的两步工作之一。法律的方法是评判的方法，不同于自然科学的方法，后者不能径直适用于法律裁判，必须悉心研究和改良法律的方法，这是法律的任务。这种法律的方法论在吴经熊看来，是“一个能够吸收并且调和各种新的和旧的分子的体系”[③]。

尽管专门关注法学方法论的著述并不丰富，但民国法学人已经意识到方法在促进西方法学发展以及辨认西方法学流派中的重要作用[④]，因而翻译、介绍乃至有意识地梳理西方各类法学流派观点、方法及其延承的著述并不少见。考察中国政法大学出版社策划的“中国近代法学译丛”已推出的 28 部译著中（截至 2008 年 4 月），涉及法律思想史上相关学派与学者方法倾向的译著有 4 部：美国法社会学家庞德的《庞德法学文述》（雷宾南、张文博译），德国司丹木拉的《现代法学之根本趋势》（张季忻译），日本牧野英一的《法律上之进化与进步》（朱广文译），日本铃木义男等著的《行政法学方法论之变迁》（陈汝德等译）。相关的文章有维华于 1931 年发表的《法理学与近代法律变迁之趋势》[⑤]，梅汝璈在 1932 年发表的《现代法学之趋势》[⑥]，

---

① 参见阮毅成：《法律与事实》，《时代公论》1935 年第 3 卷第 44—45 期。另参见《民国时期基础法律论文篇名索引》，第 937 项，见何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃（第 1 卷·基础法律篇）》。

② 参见王风瀛：《说研究法律之方法》，《法学季刊》1924 年第 1 卷第 8 期。另参见吴经熊、华懋生编：《法学文选》（1935 年编辑）。

③ 吴经熊：《关于现今法学的几个观察》，《东方杂志》1934 年第 31 卷第 1 号。另参见吴经熊、华懋生编：《法学文选》（1935 年编辑）。

④ 参见 李刚：《中国近代法政杂志与分析法学研究》，《政法论坛》2007 年第 6 期。

⑤ 参见维华：《法理学与近代法律变迁之趋势》，《南大周刊》1931 年第 110 期。

⑥ 参见梅汝璈：《现代法学之趋势》，《法律评论》1932 年第 435、436 期合刊。

丁元普在1934年发表的《法学思潮之展望》[①]，丘汉平在1925年发表的《现代法律哲学之三大派别》[②]，萧邦承在1934年发表的《社会法律学派之形成及其发展》[③]，薛祀光在1928年发表的《剌德布鲁夫的相对主义法律哲学》[④]，朱显祯在1929年发表的《德国历史法学派之学说及其批评》[⑤]，阮毅成在1930年发表的《凯尔逊政法学说概要》[⑥]，章渊若在1929年发表的《狄骥氏的私法革新论》[⑦]，刘遐龄在1947年翻译的《十九世纪法国革命后之法学思潮》(Alexander Alvarez著)[⑧]，等等。

除了前述关于法学方法论的一些系统专论以及介绍各类法学思潮的大量著述之外，反思清末以来法学方法之运用状况的学者，仍有人在，蔡枢衡就是其例。蔡枢衡认为，人们在研究和思考中，总是有意识或无意识地使用着方法，并遵循一定的思维法则；没有方法论并不必然违反思维法则，但也有违反思维法则的可能性；方法论的自觉思考有助于减少这种违反思维法则的可能性。蔡枢衡以此考察清末以来法学研究的状况，一方面，指出缺乏有意识的方法论的方法运用仍存在合法则的一面：

> 本来，人类的头脑自身中是蕴涵着法则适合性的。这法则适合性也可说是经验的结果。思维相当发达的人们，纵使没有学过方法论，思维的路线都会或多或少适合法则。反沈派没有意识的方法论，但是反沈派会把法律和社会不适合，法律和历史不连接二个问题当作反对沈派的理由。同样，沈派也没有意识地把握住方法论，但是沈派会把立法政策当作挡箭牌。这都是人类头脑合法则的可能性很好的证据。[⑨]

另一方面，蔡枢衡也指出，缺乏有意识的方法论的方法运用仍存在反法则的一面：

---

① 参见丁元普：《法学思潮之展望》，《法轨》1934年第1卷第2期。

② 参见丘汉平：《现代法律哲学之三大派别》，《法学季刊》1925年第2卷第8期。

③ 参见萧邦承：《社会法律学派之形成及其发展》，《法轨》1934年第2卷第1期。

④ 参见薛祀光：《剌德布鲁夫的相对主义法律哲学》，《社会科学论丛》1928年第1卷第1号。

⑤ 参见朱显祯：《德国历史法学派之学说及其批评》，《社会科学论丛》1929年第1卷第10期。

⑥ 参见阮毅成：《凯尔逊政法学说概要》，《国立中央大学法学院季刊》1930年第1卷第3期。

⑦ 参见章渊若：《狄骥氏的私法革新论》，《东方杂志》1929年第1卷第3期。

⑧ 参见Alexander Alvarez：《十九世纪法国革命后之法学思潮》，刘遐龄译，《中华法学杂志》1947年第6卷第3期。

⑨ 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第63页。

可能性的正反同时存在的。人类头脑虽然一面保有合法则的可能性，同时也包藏着反法则的因素。这反法则的因素也可说是经验之偶然的真理性之结果。沈派太看重了政治对于法律的本质性，忽略了政治对于社会的形式性。所以免不了反沈派要把法律和社会不适合这问题作理由来反对。反沈派太看重了法律对于社会的形式性，而不知政治对于法律也有本质的作用，所以尽管叫破了喉咙，也得不到立法政策的共鸣。这种缺憾的填补，只有把握方法论。①

在蔡枢衡看来，方法论的功能就在于有意识地消除反法则的一面：

方法论本来不过是整理了的思维法则，也只是指导思维的技术。然正为的是已经整理了的思维法则，假使意识的把握住了，便可避免和发现思维的谬误；也正为的是指导思维的技术，假使意识的把握住了，可以节约思维浪费的和帮助思维的深入。②

与此同时，蔡枢衡也指出关注方法论存在的难度：

不过，方法论上所谓质和量、本质和现象、形式和内容、根据和条件、目的和因果、作用和反作用、可能性和现实性、必然性和偶然性等等一连串范畴之抽象的把握，并不是困难事。困难在：一切社会现象都不外是这几个范畴的交互错综，互为因果。应用的时候，特定范畴内容的性质和交互作用质量的确定，不仅须有正确的世界观，还要能于社会科学各部门曾有相当广泛而深邃的理解……所以方法论之正确妥当的运用，决不是一件容易事。③

在自觉思考法学方法论的同时，蔡枢衡对清末以来的沈派和反沈派进行批判，提炼出了新的世界观、法律观和方法论，并在此基础上形成了第三立场最一般的基本观念：第一应该是自我的，第二应该是觉醒的，第三应该是体系的。④ ……因为是体系的创造，所以创造者需要有意识地把握方法论。⑤

---

① 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第63—64页。
② 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第64页。
③ 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第64页。
④ 参见蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第60页。
⑤ 参见蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第63页。

他并对方法论在第三立场中的作用做了浓墨重彩的强调：

> 没有方法论既然是沈派和反沈派共通的缺点，方法论之意识的把握和正确妥当的运用，应该是第三阶段或第三立场的特色，也是体系构成必不可缺的条件。假使第三立场没有方法论和方法论的正确运用，结果必和沈派和反沈派殊途同归，趋于平庸，充其量只有产生东扯西凑的解释论和常识论之可能。换句话说，没有方法论及其正确的运用，就算不得是真有历史意义的第三立场……①

尽管上述阐述针对的是整个法学的研究状况，但就宪法学方法论的情况而言，尤其如此。

与宪法学领域、乃至法学领域关于方法论的研究著述的缺乏形成对比的是，在相关学科中，思想方法论、科学方法论、经济学方法论和社会学方法论等有关方法论的研究文献非常丰富，这些文献中翻译占据了相当的比例。② 宪法学领域缺乏对方法论的自觉与反思，也是造成宪法学研究中政治伦理色彩过浓以及忽视宪法社会学方法等问题的原因之一。

---

① 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，第64页。

② 思想方法论方面的文献有，艾思奇：《思想方法论》，生活书店1936年版（1939年第4版）；王光汉：《思想方法论》，中华书局1942年版；［美］杜威：《思想方法论》，上海世界书局1935年版；［法］笛卡尔：《方法论》，上海商务印书馆1934年版；［法］笛卡尔：《笛卡尔方法论》，上海商务印书馆1935年版，等等。科学方法论方面的文献有，胡明复：《科学方法》，上海商务印书馆1916年版；王星拱：《科学方法论（科学概论第一卷）》，北京大学出版部1920年版；汪养仁编：《科学的性格诊断方法论》，上海商务印书馆1935年版；刘及辰：《科学的经济学方法论》，北平时代文化社1936年版；汪敬熙：《科学方法漫谈》，上海商务印书馆1938年版；申自天：《科学方法论》，工商学院1939年版；石兆棠编：《科学的方法论》，中华书店1949年版；F. W. Westaway：《科学方法论》，徐曼韦译，上海商务印书馆1935年版；［英］A. N. Whitehead：《科学与近代世界》，上海商务印书馆；［法］潘加勒（Poincare，Henri，1854—1912）：《科学与方法》，上海商务印书馆；［日］户坂润：《科学方法论》，辛垦书店1935年版；萨力凡（Sullivan，J. W. N.）：《科学的精神》，上海商务印书馆，等等。社会学方法论方面有，陈豹隐讲述：《社会科学研究方法论》，好望书店1932年版；社会科学会主编：《社会科学讲义》，（第一集）上海书店印行；沈志远：《社会科学基础讲座》，香港智源书局1947年版；［德］韦布夫妇（Webb，Sidney，Webb，Beatrice）：《社会研究法》，上海商务印书馆1932年版；［法］涂尔干（Durkheim，E.）：《社会学方法论》，上海商务印书馆1929年版，等等。经济学方法论方面有，刘絜敖：《经济学方法论》，上海商务印书馆1937年版；［英］凯尼斯博士：《经济学方法论》，柯柏年译，南强书局1929年版；［俄］宽恩：《新经济学方法论》，上海南强书局；［苏］阿贝支加乌斯、杜科尔：《政治经济学方法论》，上海一般书店1937年版；胡洛斯基（Wolowski，L.）、罗齐尔（Roscher，William）：《经济学历史方法论》，上海商务印书馆1934年版；拉皮多士：《政治经济学方法论》，社会科学研究社1949年再版，等等。

（六）宪政工具主义的取向

民国时期的宪政制度建设与宪法研究仍然是伴随着民族主义的极度焦虑感出现的，并在不断处理频繁爆发的民族生存危机的过程中逐渐建立起自己和以往帝国形态相区别的合法性。[①] 虽然随着宪法学的发展，个体权利与自由的保障这项宪法核心精神，较之清末获得了更多更准确的认识，但“致用”与“求是”[②] 作为宪法学研究的两项宏旨，前者占有相当重要的分量。清末宪政工具主义色彩体现在将宪法作为摆脱内忧外患的工具，与其不同，民国时期的宪法首先作为两类工具被使用着：作为政权合法性的正名工具，作为追求国家富强的工具。各种政治力量均打着宪法、宪政的旗号争相登上政治舞台，宪法、宪政作为政权合法性来源的角色得到了高度的强调。这也影响到宪法学的研究对象和研究视角，更多是民主、共和、宪政等宏观层面以及与此相关的国家机构，对基本权利的理论与事件的关注则明显不成比例，论述的风格带有较浓的政治哲学色彩。民国时期发达的法学刊物，无不以救时救国和匡扶天下为重任，各份刊物频频在发刊词中表述其创刊动机：中国处于“国难关头”和“荆天棘地之中”[③]，而“法政之学”为“救国之学”[④]。从事宪法学研究的学人多不是纯粹的学者，很多人游走于学政两界。

浓厚的工具主义会导致将那些舶来的宪政价值工具化的倾向，也会出现将之浪漫化的倾向。所谓工具化的倾向，就是在工具理性的支配下，奉宪政为民族复兴、国家富强的圭臬，但在这个因果逻辑中，宪政作为工具具有可替换性，因而出于实现后一项价值的需要，宪政这项工具是可牺牲的、可被取代的。迷信工具的浪漫主义是与此对应的另一个极端倾向，制度决定论是浪漫主义的典型表现，在引入和考察宪政机制的过程中，抽象地关注制度的

---

① 参见杨念群：《为什么要重提“政治史”研究》，《历史研究》2004 年第 4 期。

② 根据程燎原的概括，近代法政杂志的宗旨不外乎两途：（1）求中国法治（现代法政体系）的建设；（2）求中国法学（现代法政之学）的盛昌。前者为“致用”，后者为“求是”。“致用”必以“求是”为基石，“求是”又以“致用”为鹄的。参见程燎原：《中国近代法政杂志的兴盛与宏旨》，《政法论坛》2006 年第 4 期。

③ 中华民国律师协会常务委员会：《发刊词》，《法学丛刊》1930 年第 1 期。另参见程燎原：《中国近代法政杂志的兴盛与宏旨》，《政法论坛》2006 年第 4 期。

④ 徐公勉：《法政学交通社杂志发刊词》，《法政学交通社杂志》1907 年第 1 期。另参见程燎原：《中国近代法政杂志的兴盛与宏旨》，《政法论坛》2006 年第 4 期。

功效，而忽视了功效与实现该功效的种种条件的关联[①]，也就是前文所述的法律与社会的脱节，从这个意义上讲，宪法社会学视野的缺乏，与宪政的工具主义取向下的浪漫主义有暗合之处。

第四节　宪法学方法的运用状况（一）

1949年，随着中华人民共和国的成立，建立了新型宪法秩序，民国的旧法统、旧宪法秩序被彻底抛弃，从清末、民国绵延至此的宪法学积累被同时抛弃。新中国的宪法学，从一个新的起点，开始了不同于清末、民国的发展道路，沿革至今，已走过了60多年的历程。伴随着政治命运的曲折发展，这60多年的宪法学发展也可以划分为宪法学发展的初创期（1949—1957）、宪法学发展的曲折发展时期（1957—1965）、宪法学发展的停止期（1966—1976）、宪法学的恢复与繁荣时期（1978年至今）等四个阶段。[②]从宪法学方法运用状况角度考察，前三个阶段乃至1982年宪法颁布之前的状况具有较多的近似性。总体而言，宪法学方法在前三十余年与近三十年来的运用状况，体现出较大的差异。但两者之间处于连续性的演变过程中，很难以一个事件作为明确的分界点，自1978年至80年代，宪法学方法论均处于前一个阶段向后一个阶段逐渐演变的过程[③]，1982年宪法的颁布是最适合被视为区分标志的事件。从新中国成立至现行宪法的颁布，宪法学方法论的运用状况展现出与此前全然不同的情形。在这一阶段，宪法学方法运用直白地服务于人民民主专政、服务于阶级斗争，阶级分析方法是其主导性方法，我们基本上可以用“专政宪法学”或者“政治宪法学”来概括这一时期宪法学知识体系与方法论运用的状况。

一、专政宪法学的方法运用状况

马克思主义作为学术研究的指导思想，在新中国成立后前三十余年的宪

---

① 参见萧功秦：《与政治浪漫主义告别》，湖北教育出版社2001年版，第313页。

② 参见韩大元：《面向21世纪的中国宪法学》，《法学家》1999年第5期；韩大元：《中国宪法学上的基本权利体系》，《江汉大学学报（社会科学版）》2008年第1期。

③ 从专政宪法学经由解说性宪法学向解释性宪法学演变，整个解说性宪法学的发展过程都处于这一过渡阶段之中。

法学研究中得到自觉、彻底、全面的贯彻。这不仅体现在宪法学研究中的一些特色方法上，还体现在其研究对象的侧重上。

基于马克思主义指导思想，法学研究所确立的三项基本方法，即阶级分析方法、经济分析方法和历史分析方法，在宪法学研究中均得到不同程度的体现；其中阶级分析方法是首先获得广泛运用的方法，也是这个阶段宪法学研究中最具有特色的一项方法。在这些基本方法之外，比较宪法学也获得了一定程度的运用，较之民国时期，该方法的运用有较大的萎缩，但以苏联为主要比较对象则是一个明显的特色。

（一）阶级分析方法

阶级分析方法作为专政宪法学的标志性方法，是新中国成立以后三十余年宪法学研究中的主导性方法，这也是该时期的宪法学研究可用专政宪法学概称的主要原因。

以《政法研究》[①] 为例，自其 1954 年发行创刊号至 1966 年停刊，所刊载的运用阶级分析方法以及体现法律的阶级性的文献比比皆是，例如，张鑫的《法律科学与阶级斗争》（《政法研究》1958 年第 1 期），张懋的《彻底与资产阶级法权观念决裂》（《政法研究》1958 年第 6 期），吕剑光的《学习无产阶级专政学说的体会》（《政法研究》1959 年第 1 期），欧阳涛的《资产阶级宪法在帝国主义国家的彻底破产》（《政法研究》1959 年第 4 期），协之的《论无产阶级的自由观与资产阶级的自由观》（《政法研究》1959 年第 6 期），王云生的《驳“阶级斗争熄灭”论和“专政消亡”论的观点》（《政法研究》1960 年第 1 期），吴云琪的《帝国主义国家是垄断资产阶级残暴专政的工具》（《政法研究》1962 年第 4 期），许崇德的《列宁对资产阶级宪法的批判》（《政法研究》1963 年第 4 期），赵震江的《一切国家的实质都是一定阶级的专政——学习列宁著作札记》（《政法研究》1964 年第 1 期），刘瀚的《学习列宁关于过渡时期法的阶级性的理论的几点体会》（《政法研究》1964 年第 4 期），冯起勋的《学会用阶级斗争观点看问题》（《政法研究》1965 年第 1 期），林瑞信的《加强阶级斗争观点与群众观点》（《政法研究》1965 年第 2 期），恕农的《彻底摆脱资产阶级世界观的影响》（《政法研究》1965 年

---

① 《政法研究》当时由中国政治法律学会主办，1954 年发行创刊号，创刊始为双月刊，在 1961 年或 1962 年变为季刊，1966 年停刊，1979 年复刊，是《法学研究》杂志的前身。

第 2 期)。

其中，专门论述阶级分析方法的文献亦不乏其篇，例如，刘波的《阶级分析方法是无产阶级革命者的战斗武器》(《政法研究》1960 年第 4 期)，曹子丹的《谈谈政法教学为政治服务的几个问题》(《政法研究》1962 年第 2 期)，这些文章是新中国宪法学较早专门关注研究方法的作品。

根据当时文献关于阶级分析方法的阐述，所谓阶级分析的方法，其全称是“马克思列宁主义阶级分析的方法”，是指“站在无产阶级立场上，用阶级斗争的观点去具体分析和观察社会问题的方法。简单地说，就是对一切问题，必须用阶级观点去看”。这种方法被认为是“马克思列宁主义观察社会现象最基本的方法”，是“历史唯物主义关于阶级和阶级斗争理论的具体运用”。阶级分析方法之所以必要乃至重要，是基于这样一项前提判断：“在阶级社会中，社会上的各种各样的事件都是阶级斗争的反映”，而“只要阶级存在，阶级斗争存在，阶级分析的方法就永远不会过时”，因此，“离开阶级分析的方法，就不能真实地深刻地认识各种各样的事件”。这种必要性和重要性尤其体现在“复杂的阶级社会中”，在这种社会中，“由于阶级地位不同，人们的思想、要求和行动，也各不相同……为了从这些复杂的社会现象中，对各种事件作出科学的判断”，更加“必须运用阶级分析的方法”。因此，阶级分析方法的重要性被认为是毋庸置疑的。此方法的运用之妙，在于“必须在一切革命斗争中坚持党的阶级路线”，而在各种阶级立场中，无产阶级立场与资产阶级立场形成了一种非此即彼的关系，因而“站稳无产阶级立场是坚持阶级分析方法的根本条件”[①]。甚至可以说，阶级分析方法在专政宪法学中不仅仅是一般意义上所运用的方法，而且是在谈科学研究的方法问题之前的一个非常重要的原则，即“党性原则”的主要内容。[②]

阶级分析方法几乎在所有的宪法问题上都获得绝对化的使用。即使对于表述相近、相同的规范，也可借助阶级分析方法解读出其背后不同的阶级本质。根据该方法，维护剥削阶级利益和巩固其统治地位的根本思想，在法律的制定上可以通过不同的形式表现出来，但其根本的思想，只能是保障剥削阶级作为统治阶级的利益和地位，是反人民的。例如国民党统治时期的伪宪

① 刘波：《阶级分析方法是无产阶级革命者的战斗武器》，《政法研究》1960 年第 4 期。

② 参见［苏］业夫根尼耶夫：《怎样进行科学研究工作》，《华东政法学报》1956 年第 1 期。

法也有明文规定言论、集会、结社等自由的条文，而我们的中华人民共和国的宪法，如果从字面和形式上看也有相似的条文，但就制定这一条文的思想来说，则与“旧法”思想是根本对立的。旧思想是欺骗劳动人民、维护剥削阶级的阶级统治的，是仅仅指保证剥削阶级的自由而言的。①

此外，阶级分析方法的泛化使用以及关于法律阶级性的绝对化，还体现在新中国成立后三十余年法学教育的演变过程中。1953 年“院系调整”之后，全国设立法律系的大学从 34 所减少到 6 所，即 4 所“政法院校”与中国人民大学法律系、东北人民大学法律系，“政法教育”代替了传统意义上的法学教育。如果把此处的“政法”理解为“法律”和“政治”的合成词，把“政法教育”看成“法学”和“政治学”的院校高等教育，恐怕是脱离语境而望文生义的。此“政法”之“政”，是“专政”，而不是“政治”；“政法”之“法”，是融化在“专政工具”之内的法律。根据当时对“政法院校”与大学法律系的分工，后者的任务是培养从事政法理论工作的人才，前者的基本任务在于“为国家培养合乎社会主义革命和社会主义建设需要的政法专门人才”，即培养从事“专政工作”的干部。为实现这一培养目标，必须坚持“又红又专的培养方向”，使培养出来的人才“既具有明确的政治态度，又具备一定的阶级斗争知识和技能”。在教学中，非常强调“坚持政法教学与当前阶级斗争实践相结合”，并贯彻“政法教学为政治服务”的要求。②然而，随着“文革”时期政治运动此起彼伏，即使是基于这种分工下的政法教育，也在强大的运动冲击波之下一再萎缩，一度完全消失。③由此可见，在法学研究中将阶级分析方法绝对化，即使对于强调法律阶级性的法学研究以及法学教育本身，也具有强大的消解作用。

阶级分析方法的运用与关于法律的阶级性的本体论观点相关联。法律作为上层建筑中的制度体系与文化现象，其阶级属性不可否认，但与阶级分析方法的泛化使用相关联的，是对法律的阶级属性的突出强调。杨兆龙在 1956 年发表的文章《法律的阶级性和继承性》中，概括了当时关于法律阶级性研究中的“几个不正确或似是而非的看法”，其所批评的观点正是那个

---

① 参见王治安、陈纯铮、姚胎斗：《难道旧法思想可以吸收吗?》，《华东政法学报》1956 年第3 期。

② 参见曹子丹：《谈谈政法教学为政治服务的几个问题》，《政法研究》1962 年第 2 期。

③ 参见方流芳：《中国法学教育观察》，《比较法研究》1996 年第 2 期。

时期、尤其是后来无法无天的“文革”时期的流行观点，这些观点的共同点是法律的阶级属性被绝对化，错综复杂的社会历史被简单地归结为阶级斗争的历史，摒弃了阶级关系之外的其他社会关系。例如，法律的起源是决定法律的阶级性的唯一标准，凡是产生在某一个阶级社会里的法律规范，永远具有那个阶级社会的阶级本质；法律规范的阶级性是固定的、一成不变的，凡被某一个阶级社会的统治阶级采用过的法律规范，永远是为那个阶级服务的，不能改为其他阶级服务，即或被另一个阶级采用，也仍旧保护着原来的阶级本质；法律形式是法律的阶级性的可靠标志，凡是形式相同的法律，其阶级性也相同；一个法律体系内的法律规范在反映阶级利益或立场时，其作用是一样的，没有主次之分；认为一个国家的法律只有一个阶级性，一个国家的法律规范，不问其性质如何，都只能为那个国家的统治阶级服务。①

虽然阶级分析方法占据垄断性的通说地位，但仍有学者中肯地强调法律的共同性和继承性，杨兆龙即是其中的一位。前述《法律的阶级性和继承性》一文是他坚持这种观点的一篇代表性文章，该文批评了当时流行的几个“不正确或似是而非的看法”②，与他同时在方法论上强调“重视法律的政治性并不等于可以忽视法律的专门性和科学性”③ 的观点是相联系的。这些观点在当时是难能可贵、乃至振聋发聩的；只是在当时那种一切以政治正确为标准的气候之下，阶级分析方法的绝对化虽然时日不长、却已根深蒂固，这些声音是不可能成为主流的。④相反，反右运动一开始，这位正当壮年的法学大家便首先被定为右派，从此厄运连连，而阶级分析方法在此后的法学研究中仍然甚嚣尘上，并进一步绝对化。

从关于阶级分析方法的阐述以及对法律的阶级性的认识来看，阶级分析

---

① 参见杨兆龙：《法律的阶级性和继承性》，《华东政法学院学报》1956 年第 3 期（1956 年 12 月 15 日发行）。另参见《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，第 2—4 页。

② 杨兆龙：《法律的阶级性和继承性》，《华东政法学院学报》1956 年第 3 期（1956 年 12 月 15 日发行）。另参见《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，第 1 页以下。

③ 杨兆龙：《法律界的党与非党之间》，《文汇报》1957 年 5 月 8 日。另参见《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，第 41 页。

④ 这类观点在当时非但不可能成为主流，有些还在反右运动中被编辑成《政法界右派分子谬论集》（中国政治法律学会编，法律出版社 1957 年版）出版，以供批判。参见张群：《读〈政法界右派分子谬论汇集〉》，《读书》2004 年第 3 期。

方法既不构成一项纯粹法学方法乃至宪法学方法，也不是主要用于分析宪法现象的方法，而是马克思列宁主义关于阶级斗争的观点在社会科学中的泛化使用现象在宪法学上的投影，鉴于宪法学与政治现象的密切关系，较之其他社会科学领域以及法学其他部门法，这项方法在宪法学中得到更为充分的运用和强调。根据社会阶级状况以及阶级斗争的观点展开的这项方法，从方法谱系上看，属于宪法社会学的一个支流。它全然不同于法学安身立命看家方法的法解释学，或者说规范逻辑实证主义（Normlogischer Positivismus）意义上的法解释学。阶级分析方法所关注的实然是法的阶级事实，但它不同于同样关注法之事实的经验实证主义（Empirischer Positivismus），虽然“理论联系实际”在表达上得到了无以复加的强调，但在方法的实际运用中实际上是放弃了实证主义式的科学主义立场，而代之以意识形态说教。根据孔德对人类精神发展历史三个阶段的划分，即神学阶段、形而上学阶段、实证主义阶段，此类政治文宣类的思维模式基本上对应于神学阶段，阶级分析方法正是证明并巩固这个政治神话的主要方法。

（二）以苏联为主要比较对象的比较宪法学

比较宪法学方法在新中国成立后三十余年的宪法学研究中继续得到使用，但在比较研究对象上，则出现了严重的不平衡格局。新中国成立后，大规模地引进了苏联法学，在当时，无论是法学研究还是法学教育，都形成了苏联比较法素材和苏联模式一统天下的格局。

对《政法研究》1966 年停刊前所刊发的文章进行统计，可以发现，在涉及外国法律制度介绍、比较的文章中，苏联宪法理论译文或对苏联宪法制度的阐述占据了明显的主导地位，涉及其他国家比较研究的数量极少，而且要么是对西方宪法制度的批判，例如：金默生的《关于目前资本主义国家议会的作用问题的商榷》（《政法研究》1956 年第 4 期），郭纪的《不许美国干涉我国司法主权——驳斥美帝国主义对我国法院依法惩办华理柱的叫嚣》（《政法研究》1960 年第 2 期），要么是对东欧社会主义国家的介绍，例如，民主德国库尔特·葛尔纳的《德意志民主共和国的法院与陪审员》（《政法研究》1956 年第 6 期）。关于苏联宪法学的翻译与比较文章中，有关于苏维埃国家建设的，例如，杰尼索夫的《苏维埃社会主义国家是苏联建设共产主义的武器》（《政法研究》1954 年第 3 期），库德利雅夫切夫的《大规模建设共

产主义时期的苏维埃国家》(《政法研究》1959 年第 4 期)；有结合五四宪法全民讨论而刊登的特列其雅可夫的《苏联宪法草案的全民讨论》(《政法研究》1954 年第 2 期)。关于苏联监督制度、司法制度，包括法院制度和检察制度的研究也占据较高的比例，例如，章友江的《苏联国家监督的三个主要特点》(《政法研究》1955 年第 4 期)，章友江的《苏联国家监察部的两个主要工作方法》(《政法研究》1956 年第 1 期)，康·戈尔谢宁的《苏维埃法院及其在巩固社会主义法制中的作用》(陈定宏译，《政法研究》1955 年第 3 期)，尤·柯兹洛夫的《苏维埃国家管理机关对劳动人民的控诉的受理》(用常译，《政法研究》1955 年第 3 期)，杰尼索夫的《苏维埃国家的法院和检察机关》(《政法研究》1954 年第 4 期)，阿·柏儒格诺夫的《苏维埃法院的教育作用》(《政法研究》1955 年第 2 期)，亚·尼·米舒金的《苏联共产党第二十次代表大会与苏联审判机关和检察机关的任务》(《政法研究》1956 年第 6 期)，《政法研究》1955 年第 6 期还专门刊登了围绕司法制度的“访苏特辑”。为保证对苏联法学比较研究的顺利展开，《政法研究》在创刊的 1954 年，连续三期开辟了“苏联法学名词解释”专栏，其中两期涉及的是苏联宪法名词：《宪法名词解释》(《政法研究》1954 年第 2 期)，《苏联宪法名词解释介绍》(《政法研究》1954 年第 3 期)，苏联法学的一些名词被有意识地引入，最典型的例如，“国家和法的理论”这个学科名称即是沿用苏联的用法。《政法研究》刊登的比较宪法研究文章具有偏向苏联的倾向，就如同自其创刊号开始一直刊登的“征稿简约”中所写的，“关于苏联政法实际工作和理论研究的介绍”，“无论著作或翻译均欢迎”①。当时的另一份重要刊物《华东政法学报》的“稿约”中同样明确表示欢迎“对苏联和人民民主国家法学家的法律学说的介绍，以及有关这方面的翻译”稿件。②

1956 年创刊、专门刊登译文的《政法译丛》中，介绍与比较苏联法学的文章的主导地位更是明显。除了翻译少量他国法律文献外，该杂志所刊登的基本上是清一色的苏联法学文献。不仅翻译苏联学者的学术著作，而且关注苏联法学杂志的社论。在 1956 年第 6 期的文章中，翻译苏联法学杂志的社论就达 10 篇之多，其中与宪法相关的 8 篇，有 6 篇来自《苏维埃国家和

① 《政法研究征稿简约》，《政法研究》1954 年第 1 期等。

② 参见《稿约》，《华东政法学报》1956 年第 1 期。

法》杂志的社论。如《苏维埃国家和法》杂志社论：《进一步创造性地研究国家与法的一般理论问题》（《政法译丛》1956 年第 2 期）；《进一步发展苏维埃国家法科学》（《政法译丛》1956 年第 2 期）；《消息报》社论的《村苏维埃主席》（《政法译丛》1956 年第 2 期），《苏维埃国家和法》杂志社论的《加强法律科学在苏维埃立法法典编纂工作中的作用》（《政法译丛》1956 年第 3 期），等等。[①]从翻译的苏联文章的主题格局来看，和我国当时法学研究的主题取向十分接近，有关于法的阶级属性的文章，例如，法尔别尔的《论法的阶级意志性》（《政法译丛》1958 年第 4 期）；有关于宪法基本原则的文章，例如，洛巴诺夫的《苏联最高苏维埃活动中的社会主义民主原则》（《政法译丛》1958 年第 4 期）；有关于宪法历史的，例如，盖杜科夫的《苏维埃宪法的发展》（《政法译丛》1958 年第 3 期）；有关于苏维埃国家的职能的，如皮斯科琴的《关于现阶段苏维埃国家的职能问题》（《政法译丛》1958 年第 4 期）；司法制度的文章也占据较大的比例，例如，巴然诺夫的《1871 年巴黎公社的司法委员会》（《政法译丛》1957 年第 2 期），包勒迪列夫的《社会主义司法的四十年》（《政法译丛》1958 年第 1 期）；有翻译苏联学者对他国宪法制度的介绍，例如柯约赫恩的《资产阶级国家执行机关反动作用的加强》（《政法译丛》1957 年第 6 期），克里莫夫、吉里拜尔曼的《资产阶级议会》（《政法译丛》1957 年第 6 期），沙巴德的《现代资产阶级国家学说的一些特点》（《政法译丛》1958 年第 3 期），安纳托里也夫的《垄断资本主义阶段的美国选举和两党制》（《政法译丛》1958 年第 6 期），梁兴的《美国总统选举制》（《政法译丛》1958 年第 5 期），拉金斯基的《美国人谈美国司法制度》（《政法译丛》1958 年第 6 期），巴格莱的《美国对罢工权的限制》（《政法译丛》1958 年第 1 期），列别节夫的《现阶段捷克斯洛伐克人民委员会》（《政法译丛》1958 年第 6 期）。

《政法研究》、《政法译丛》均由中国政法学会主办。1953 年 4 月正式成

---

① 这八篇社论中的其他四篇是：《苏维埃国家和法》杂志社论：《苏联共产党第二十次代表大会和苏维埃法学的任务》，《政法译丛》1956 年第 4 期；《社会主义法制》杂志社论：《苏联共产党第二十次代表大会和我们的任务》，《政法译丛》1956 年第 4 期；《苏维埃国家和法》杂志社论：《将法律科学学位论文的质量提高一步》，《政法译丛》1956 年第 6 期；《苏维埃国家和法》杂志社论：《更深刻地研究和批判资产阶级的法学》，《政法译丛》1956 年第 6 期。

立的中国政法学会，在其章程中明确强调，“介绍苏联法学理论及政治法律工作的先进经验”是学会的一项重要宗旨。①

此外，从 1952 至 1956 年，中国翻译、出版的苏联法学教材有 165 种之多。②中国人民大学法律系在苏联法学的引介和比较研究中发挥着龙头作用，其中一项重要职能是为全国高校法律系培养师资和从事法学研究的专家，苏联的法学教材在中国人民大学经过翻译、整理、改写，成为各大学统一使用的法律教科书。③ 1957 年出版的诸多法学书籍中，苏联学者的国家法著述占据了相当比例，例如，苏联学者基里钦柯的《苏维埃国家法》、苏联学者法尔别洛夫等合著的《外国社会主义国家法》。④

苏联宪法学的影响，在学科名称上也得到了体现。新中国成立后，我们放弃了“法学”这个一直沿用的习惯用法，而代之以沿袭于苏联的“国家与法的理论”，以从名称上明确表明整个法学学科的研究对象包括国家理论和法律理论。⑤国家和法本应成为宪法学研究对象的侧重点，但却泛化为整个法学关注的研究对象，从表面上看是宪法学问题获得了突出的强调，但实质上获得强调的是灌输了意识形态内容的“宪法学”问题。

在苏联著述大行其道的同时，有一些来自西方的译著仍然在出版，尽管数量非常少。这些译著基本上是商务印书馆在 20 世纪 50 年代末开始出版的，例如，钱克新翻译的《宪法论》（法国狄骥著，上海商务印书馆 1959 年 2 月初版），沈景一翻译的《古代法》（英国梅因著，商务印书馆 1959 年 6 月版），张雁深翻译的《论法的精神》（法国孟德斯鸠著，商务印书馆 1959 年 10 月版）。但出版这些译著的动机在于树立批判西方资产阶级宪法思想的靶子。例如，李祖荫教授在为《古代法》写的一个“小引”里指出：

> 梅因在本书中收集了有关古代法的若干材料，它对我们研究古代法

---

① 参见《中国法学会历史沿革》，见 http://www.chinalawsociety.org.cn/profile/yange.asp，2008 年 10 月 8 日访问。

② 参见汤能松、王清云、张蕴华、阎亚林：《探索的轨迹——中国法律教育发展史略》，法律出版社 1995 年版，第 389 页。

③ 参见方流芳：《中国法学教育观察》，《比较法研究》1996 年第 2 期。

④ 参见《1957 年的苏联法学研究工作》，《法学》1958 年第 5 期。

⑤ 参见周新民等：《关于法学研究对象的讨论》，《政法研究》1964 年第 3 期。

有一定的参考价值。但是他对这些材料的分析和推断是从资产阶级立场和唯心主义的观点出发的，因此在阅读本书、特别是利用书中材料的时候，应当持分析批判的态度，不要被它的花花絮絮的资料和似是而非的议论所迷惑。商务印书馆将本书重译出版，作为学术批判材料，这是很有必要的。

1959年出版的《宪法论》中也写着类似的“出版说明”，其最后一段这样写道：

> 狄骥的法学思想已经成为现代资产阶级法学中的一种极为反动的思潮，在中国的资产阶级法学家当中也发生过一定的影响。为了肃清这种反动思想的影响，马克思列宁主义的法学家有必要对狄骥的反动著作进行彻底的批判，以利于巩固我们的工人阶级专政。本馆出版这一本书，就是供我国学术界进行批判用的。①

而《论法的精神》的序言不大一样，也许因为孟德斯鸠所处的时代在马克思之前，译者对于孟氏的评论相对来说还比较温和。②

树立批判靶子的出版目的，并不仅仅体现在这些译著的序言或出版说明中，书籍出版后，相关的批判性文章也随之出现，例如，杨玉清的《庞德——实用主义法学在中国的传播者——对庞德“学说”中几个观点的初步批判》（《政法研究》1955年第3期）；顾维熊的《反动的庞德实用主义法学思想》（《政法研究》1963年第3期）；王绎亭、顾维熊的《狄骥的社会连带主义反动国家观》（《政法研究》1965年第4期）。

从苏联文献中转手翻译，也是介绍和评价西方宪法思想的一个重要途径，例如，凯契克扬的《孟德斯鸠的政治观点和法律观点》（《政法译丛》1957年第5期）。其中，土曼诺夫对西方法学流派的介绍尤受关注，其多篇文章被翻译，在《政法译丛》上发表，例如，《近代资产阶级法学中的社会学派和心理学派》（《政法译丛》1957年第6期）；《现代规范学派》（《政法译丛》1957年第6期）；《现代资产阶级法学理论中的“连带关系

---

① ［法］莱翁·狄骥：《宪法论》第1卷，钱克新译，上海商务印书馆1959年版，“出版说明”第3页。

② 参见贺卫方：《1949年后中国的法律翻译》，《中国政法大学学报》2007年第1期（创刊号）。

说”》（《政法译丛》1958 年第 1 期）；《“复兴的自然法”理论》（《政法译丛》1958 年第2 期）。

针对诸多是站在无产阶级立场上展开的说教式的批判，一些学者在研究方法和研究立场上提出了一些中肯的观点，例如，周新民以关于孟德斯鸠的研究为例提出了一些看法：第一，研究孟德斯鸠既必须从当时的历史条件出发，又必须从当前的实际条件出发；第二，既要了解他的各种理论，又要抓住其重点；第三，必须坚持正确的观点，并掌握充分的材料；第四，必须贯彻百花齐放、百家争鸣的方针，发表各种不同的见解，自由展开学术讨论。[①] 1956 年的《政法译丛》刊载的《苏维埃国家和法》杂志的社论也如此说道，对资产阶级的法学，更深刻地“研究”和“批判”要同时展开。[②]对于当时流行的不负论证义务而进行口号式批判的现象，这些观点无疑是十分重要的，只是并没有纠正研究实践中的批判风格。

在 20 世纪 50 年代，出版了大量苏联译著、比较文章以及其他国家少量译著。有学者认为，这一方面体现了那种激烈地反法治的社会构建思路是如何造成了法律翻译与民国法学翻译传统的几近断绝，另一方面，那些受到欧风美雨洗礼的法学家还是心有不甘，试图在被允许的范围内通过翻译延续那种似乎已成绝响的传统香火。但是，随着环境的逐渐恶化，即使是这种努力，也终于在 60 年代初期完全终止。[③]

（三）研究对象分布情况

新中国成立后三十余年的宪法学在研究对象上的侧重，也体现出较鲜明的特点。笔者考察了《政法研究》自 1954 年 5 月创刊至 1966 年停刊期间所刊登的 179 篇宪法学文章的研究对象[④]，这些论文虽没有穷尽当时公开发表的所有宪法学论文，但作为当时权威性的法学刊物，其刊登的宪法学文章的内容分布，是当时宪法学研究中研究对象分布的典型

---

① 参见周新民：《对研究孟德斯鸠学说的几点意见》，《政法研究》1962 年第 2 期。

② 参见《苏维埃国家和法》杂志社论：《更深刻地研究和批判资产阶级的法学》，《政法译丛》1956 年第 6 期。

③ 参见贺卫方：《1949 年后中国的法律翻译》，《中国政法大学学报》2007 年第 1 期（创刊号）。

④ 因为资料所限，该表格未考察 1961 年的期刊。考察以这些期刊中所刊登的文章为限，不包括各类文件、活动、学术动态、名词解释等内容。

代表（见表 1）。

表 1　　179 篇论文研究领域分布

领域 / 项目	宪法基本理论	国家机构	基本权利	总计
篇数	102	71	6	179
比例	56.98%	39.66%	3.35%	100%

从表 1 可以明显看出，在宪法基础理论、基本权利、国家机构三大板块中，内容属于基础理论与国家机构部分的论文占据了绝对的比例，其中以基础理论部分尤为突出，其数量超过了国家机构与基本权利部分之和。基本权利部分的论文较少，与其在宪法理论中的重要地位不成比例。

进一步考察这些宪法学论文具体的研究主题分布，可分别对三大板块中的研究主题作如下分析。

首先，考察关于宪法基本理论的 102 篇论文的具体的研究主题分布（见表 2）。

表 2　　宪法基本理论中的研究主题分布

领域 / 项目	国体	政体	国家结构形式	经济制度	宪法史	方法	其他	总计
篇数	30	3	7	5	3	4	50	102
比例	29.41%	2.94%	6.86%	4.90%	2.94%	3.92%	49.02%	100%

宪法基本理论中的研究主题较为丰富，其中以对国体问题的研究为主，这个时期有较多数量的宪法学文章集中围绕人民民主专政或无产阶级专政问题展开，在这些研究中，马克思主义与列宁主义的国家学说以及毛泽东关于人民民主专政的论述是两个研究重点。关于人民代表大会制度的文章，笔者将之统一归入国家机构部分，若将这些文章也统计在内，政体这个主题也是一个研究的重点。国体和政体问题被认为是马克思主义政治学的基本问题，分别用来指称国家的阶级性质和阶级内容、政府组织形式，国体是根本，国体决定政体。梁启超在 1915 年发表的《异哉所谓国体问题者》最早区分了两者：“夫立宪与非立宪，则政体之名词也；共和与非共和，则国体之名词也。”毛泽东在《新民主主义论》（1940 年）中

沿用了这对概念，将国体定义为社会各阶级在国家中的地位。此观点为新中国成立后历部宪法所采用，并成为新中国成立后宪法学研究中国体问题的通说。新中国成立后的历部宪法对国体和政体均分别予以明确规定，其中，国体的表述从1949年《共同纲领》的“工人阶级领导的、以工农联盟为基础的、团结各民主阶级和国内各民族的人民民主专政”国家，到1954年宪法第1条规定的“工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家”，至1975年宪法第1条被修改为“工人阶级领导的以工农联盟为基础的无产阶级专政的社会主义国家”，再到1982年宪法，改回“人民民主专政”，同时在序言中表明“人民民主专政，实质上即无产阶级专政”。在法学的视野中，国体与政体原本是同样附丽于政府之上的两项属性，但我国宪法学研究为突出强调国体的根本性地位，将两者予以割裂。这一方面使得宪法学研究在国体问题上分散了较多的注意力，导致对政府权力性质的研究空洞化，而对政府权力形式的研究表面化。[①]另一方面，国体问题具有极强的政治性，本属于政治科学的关注领域，将之生硬地拉入宪法学研究之中，模糊了宪法学与政治学的学科分野，也加重了宪法学研究的政治与专政气息。

我国是单一制国家，民族区域制度对于纯粹的单一制是一种例外，关于国家结构形式的7篇文章中有5篇专门考察了这个例外。关于经济制度的5篇论文的研究主题带有明显的时代烙印，围绕过渡时期的经济制度、农业合作化等问题展开。宪法史的考察以及法史学方法的运用，在新中国成立后三十余年里大大地萎缩了，《政法研究》中只有寥寥3篇文章涉及宪法史方面，其中两篇阐述《中华民国临时约法》，另一篇是回顾新中国成立后的宪法学发展史。50年代的另一个重要刊物《华东政法学报》虽然在“稿约”中较突出地将“整理、研究和总结我国法律科学的遗产”列为受欢迎的稿件[②]，但在其停刊前3年的发行经历中（1956年创刊，1957年、1958年更名为《法学》），在宪法领域几乎没有见到宪法史类的文章。[③]有作者指出，“我们

---

① 参见秦前红、涂四益：《国体政体之分可以休矣》，《改革开放30年与我国公法学的发展研讨会论文集》，中国政法大学主办，2008年6月。

② 参见《稿约》，《华东政法学报》1956年第1期。

③ 与宪法史研究最相关的文章，恐怕要数缪杰：《略论韩非的法治主义》，《法学》1957年第3期。

反对继承旧法，但我们却要认真地研究旧法和旧法学”①，但真正红火的恰是“研究‘旧法’的意义和态度”的讨论文章。②专门探讨方法问题的，有4篇论文，它们是：刘波的《阶级分析方法是无产阶级革命者的战斗武器》（《政法研究》1960年第4期）；张友渔的《对研究方法的一点意见》（《政法研究》1962年第3期）；王子琳、王嵩山的《〈国家和法的理论〉究竟应该讲些什么?》（《政法研究》1962年第3期）；周新民等的《关于法学研究对象的讨论》（《政法研究》1964年第3期）。他们所关注的方法正是专政宪法学的典型方法：阶级分析方法以及理论联系实际的方法，严格说来，这既不是法学意义上的方法，也不是宪法学所专用的方法，但从这些文章对方法问题、研究对象问题的自觉关注，可以看出当时学者对方法问题在一定程度上的重视。

表2中归入“其他”的文章，是那些难以归类的宪法学文章，这类文章占有较高比例是基于两项原因：第一，当时宪法学科缺乏独立的自觉性，极低的学科门槛使得严格意义上的宪法学文章并不多见，而难以辨别究竟是宪法文章抑或是政治学或其他学科文章，意识形态之说教的文章比比皆是。为了忠实反映当时宪法学研究的现状，笔者并没有用严格的宪法学标准来统计宪法学文章。第二，纳入统计的这102篇文章中，大量学科属性并不明确的文章，在研究领域的归类上也存在较大的困难，许多难以归入国家机构、基本权利或某个宪法学基本理论领域的文章，被笼统地纳入“其他”部分，其他类文章占有较大比例，正是学科专业性、独立性欠缺的表现。

其次，考察关于国家机构的71篇论文的具体研究主题（见表3）。

---

① 万山：《驳“继承祖国法的遗产论”》，《法学》1957年第3期。

② 《华东政法学报》1956年第3期组织了一组研究“旧法”的意义和态度的文章，包括：《关于“旧法”问题座谈会的综合报导》，陈文彬的《在“百家争鸣”中谈两个问题》，韩学章的《新法学不是“旧法学”的简单继承者》，周原冰的《如何对待法学遗产》，洪文澜的《把“旧法”和“旧法”思想区别开来》，王治安等的《难道“旧法”思想可以吸收吗?》，孙晓楼的《关于中国法学遗产的看法》，杨峰的《关于法学遗产和接受“旧法”思想问题的看法》，俞承修的《对在法学中贯彻“百家争鸣”的一些意见》。其后也有这类文章陆续发表，例如：高炳：《谈旧法》，《法学》1957年第1期；万山：《驳“继承祖国法的遗产论”》，《法学》1957年第3期；许建国：《肃清旧法观点克服右倾思想巩固人民民主专政》，《法学》1958年第4期。

表 3　　国家机构中的研究主题分布

领域 / 项目	国家机关总论	人民代表大会与选举制度	司法机关	人民公社	其他	总计
篇数	2	10	43	15	1	71
比例	2.82%	14.08%	60.56%	21.13%	1.41%	100%

国家机构，是宪法基本理论之外的另一个关注重点。其中，研究司法机关的文章最为丰富，内容涉及审判制度、检察制度、监督制度以及其他制度，虽然检察制度、监督制度是社会主义宪法制度中较有特色的制度，但多数文章仍然是关于审判制度的，其中又以批判性文章为主，例如对司法独立的批判、对美国司法制度的批判。在 1958 年的《政法研究》中，关于“驳斥资产阶级右派分子的谬论”的文章占据了大量篇幅，其中诸多是围绕审判机关展开的，例如，冯若泉的《驳贾潜的“审判独立”的反党谬论》(《政法研究》1958 年第 1 期)，康树华的《“司法独立”的反动本质》(《政法研究》1958 年第 2 期)，戴修瓒、王之相的《无法无天的美国司法》(《政法研究》1955 年第 2 期)。人民公社制度作为新出现的一项制度，在宪法学文章中也受到了较大的关注，这些文章对于该制度的合理性、政社合一以及人民公社的组织原则——民主集中制均有所涉及。对人民代表大会的研究与人民民主专政的国体或者选举问题常常结合在一起，除了对我国人大制度的关注外，还存在一些关于议会制度的比较研究，例如，王家福的《略论资产阶级议会制度》(《政法研究》1963 年第 3 期)，赵震江的《学习列宁关于议会斗争问题的论述》(《政法研究》1963 年第 4 期)。就国家机构的基本理论问题的研究，在这个时期并不多。

再次，考察关于基本权利的 6 篇论文的具体的研究主题（见表 4)。

表 4　　基本权利中的研究主题分布

领域 / 项目	概述	劳动权	财产权	总计
篇数	2	1	3	6
比例	33.33%	16.67%	50%	100%

有关基本权利的研究是这一时期宪法学研究的薄弱环节，这不仅体现在有关基本权利的文章总数上只占整个宪法论文的 3.35%，所涉及的具体权

利形态非常有限，仅仅涉及劳动权和财产权，而且关于财产权的论述主要是关于私人所有权的定性问题，与经济制度相关联，而不是纯粹的基本权利角度的分析。

二、专政宪法学方法运用状况评析

宪法学在新中国成立后至现行宪法颁布的三十余年间经历了三个阶段：新中国成立后至1956年，宪法学在全新的起点上搭建着知识体系，也形成了宪法学在20世纪50年代前期的短暂繁荣；1957年至1978年，宪法学完全被“边缘化”，甚至失去了作为知识体系存在的基础[①]；1978年至1982年，在宪法学拨乱反正的反思中恢复其知识体系。前述阶级分析方法以及以苏联为主要比较对象的比较宪法学方法两项特色方法在这三个阶段均不同程度地运用着：两者在第一个阶段确立其在宪法学研究中的主导方法地位并迅速地被泛化使用；在第二个阶段，两者尤其是前项方法，被绝对化地使用，乃至完全荡平了新中国成立后的宪法学本来就不高的门槛；在第三个阶段，两项方法的运用在反思中被弱化。

通过这些方法的运用所形成的专政宪法学知识体系，未必带来传统宪法学所认可的那种知识增量，但这并不意味着宪法学的空白。有什么样的社会经济文化条件，就会有什么样的宪法思想和宪法学说，同时也会有什么样的方法被采用乃至占据主导地位。这个时期独特的方法运用，为宪法学方法论提供了诸多反思素材，形成了宪法学说史上一道独特的风景。

（一）阶级分析方法的自我取消性：宪法学传统的双重断裂

阶级分析方法与专注于苏联的比较方法，在这一时期越来越被广泛而深入地运用，直至“文革”结束后才得到系统的反思。与两项方法的运用并行的，是宪法学知识体系在这个时期的两度断裂：与两项特色方法在宪法学中确立主导地位同时发生的，是清末、民国半个世纪积累起来的宪法学传统被割断；而在两者被迅速泛化直至绝对化后，20世纪50年代初步形成的新中国宪法学知识框架自身也被抛弃。

如前所述，民国的建立中断了清末的立宪活动，但清末的宪法学传统被

---

① 参见韩大元：《中国宪法学研究30年：历史脉络与学术自主性》，《中国法学》2008年第5期。

延续下来，新中国的建立则将宪法学传统与旧法体系一并中断，被中断的宪法学体系不仅包括本体论的知识体系，也包括认识论的宪法学方法论的积累。1949 年 2 月，中共中央发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》；同年 4 月，华北人民政府颁发了《废除国民党的六法全书及一切反动的法律的训令》；同年 9 月通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》第 17 条规定："废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民司法制度。"以上述《共同纲领》以及两个文件的相关原则为指导思想，加之对宪法学的科学性与学术性认识的偏差，"不少同志对于建国前的宪法学，以至整个法学，一律不加分析地予以彻底否定"①，从而以新中国的成立为新的开端，在全新的宪法秩序上开始新的宪法学体系的探索。这项宪法学体系的全新属性，不仅体现在本体论知识上，而且体现在属于认识论的方法论运用上。宪法学方法论运用的全新性，也就是其自清末、民国延续而来的方法传统的中断，这体现在两个方面：一方面，在民国时期的宪法学研究中并不见长的阶级分析方法，一跃成为新中国成立后三十余年间宪法学研究中的主导性方法；另一方面，比较宪法学等在清末、民国时期同样被广泛运用的方法，在新中国成立后，无论是研究对象的结构与侧重，还是方法运用所体现出的风格，均大有不同。

50 年代的宪法学发展也形成了初步的知识积累，在 1954 年宪法的框架内，它有进一步发展和积聚的巨大空间。但随着阶级斗争思想的绝对化，知识体系的中断又一次发生，这次是针对以阶级斗争方法之运用而形成的宪法学知识体系本身。这是一个值得反思的现象，它说明专政宪法学的"自我取消性"，这体现在对宪法学方法运用的自我取消，进而也体现在对宪法学自身的自我取消，其实质是"专政"对"宪法"的取消，因为专政与宪法并列本身就是一种悖论。

这次断裂之后的二十余年间，宪法学被彻底边缘化，基本已经很难寻觅可称之为"宪法学"的知识内容以及"宪法学"方法的运用。1975 年宪法和为纠正其立场而出现的 1978 年宪法两个文本的存在，使关于宪法的言说

① 许崇德：《中国宪法》修订本，第 7 页。

并未中断，这种言说可概括为“无产阶级专政下继续革命的学说”，其主张包括：第一，在整个社会主义历史阶段，始终都存在着阶级、阶级矛盾和阶级斗争；第二，阶级斗争必须年年讲，月月讲，天天讲；第三，资产阶级就在共产党内；第四，无产阶级必须在上层建筑中包括各个文化领域对资产阶级实行全面专政；第五，“文化大革命”是一个阶级推翻一个阶级的政治大革命；第六，像“文化大革命”这样的政治大革命，以后还要多次进行。[①]阶级分析方法在这里被予以绝对化的使用。

宪法传统的长期断裂导致知识积累的匮乏。“文化大革命”结束后，为弥补宪法研究与学习资料的匮乏，出现了转印台湾地区宪法学文献的书籍。例如吴经熊等著、刁荣华主编的《中国法学论著选集》（汉林出版社印行1976年版），书中收录的宪法学文章包括林纪东的《论五权宪法的基本精神》、洪力生的《宪法与自由权》、谢瀛洲的《人民的自由权及其保障》、田炯锦的《论选举权与罢免权》、萨孟武的《论宪法的修改》。由于被绝对化的阶级分析方法在“文革”后余威犹存，出版说明中仍有意提示：“由于法律本身具有鲜明的阶级性，书内有些内容与无产阶级专政针锋相对”。

需要指出的是，宪法制度可以在一夜之间取缔、宪法学传统可以在强权的压制下断裂，但宪法观念的荡涤清除却非易事。自从辛亥革命开始，革命与立宪就在我国取得了联系，这种制宪逻辑可以说是法国逻辑的延续；从中国自身历史来看，它在新中国成立后仍然延续着，1954年制宪是辛亥革命“革命、进步与立宪”逻辑的延伸，1954年宪法被认为更进步，就是因为新民主主义的革命被认为比旧民主主义革命更进步。[②]

阶级分析方法的主导与我国“革命宪法”[③]、革命型法制的法秩序结构是对应的。新中国废除《六法全书》、切断前半个世纪的法学积累，新中国法制建设与法学研究几乎从零开始，这是革命思维的延续，“革命宪法”的特征也逐渐显出端倪，至“文革”时期发展到登峰造极的地步，“彻底砸烂公检法”。1975年宪法对“无产阶级专政下继续革命的理论”予以确认，即使“文革”后拨乱反正中颁布的1978年宪法，也仍旧规定了“无产阶级专

---

① 参见范毅：《试论1960年代至1970年代的宪法学说》，《山东社会科学》2009年第4期。

② 参见陈端洪：《论宪法作为国家的根本法与高级法》，《中外法学》2008年第4期。

③ 夏勇：《中国宪法改革的几个基本理论问题》，《中国社会科学》2003年第2期。

政下继续革命的理论”。然而，需要辨别的是，与“以阶级斗争为纲”方法的片面强调及其造成的恶果直接挂钩的，是“左”的指导思想的干扰，这并不是马克思主义宪法学的必然结果。①

（二）比较国别的倾向性选择：苏联宪法制度与宪法理论垄断比较对象

新中国成立初期的宪法学切断了与此前五十年的宪法学传统的联系，但同时，又建立起了另一种新的联系，即与苏联宪法学的联系。与立宪实践活动一样，新中国的宪法学理论从其发端时起，就走上了倾向性移植苏联宪法理论的道路，而且这方面的移植较立宪活动走得更远。②

在运用比较宪法学方法的比较对象中，苏联宪法制度与宪法理论一统天下，使得苏联宪法学对新中国成立后中国宪法学的建立与发展发挥了重大的作用，包括宪法学方法运用的基本立场、基本观点以及基本知识框架。但这也带来了背离传统宪法学立场的后果，苏联宪法学最鲜明的特征是宪法学的意识形态化，强调宪法的阶级意志，彻底否定资产阶级宪法制度与理论；由此它就体现出极强的教条性、理论体系的封闭性等特征。这些特征在新中国成立后三十余年间的宪法学研究中得到日益明显的体现；从 1957 年反右运动直至“文革”结束前后，这些特征在所谓的“宪法学”方法的运用中淋漓尽致地体现出来。当然，此种状况一方面被苏联宪法学的引入所加剧，另一方面也要看到，正是苏联宪法学方法体系和知识体系迎合了新中国成立初宪法学意识形态化的需要，它才得以成为垄断性的比较对象。申言之，偏向性比较苏联宪法制度与宪法理论所产生的影响，既是一种客观效果，也是一种主观目的。

比较法的运用，在某种程度上也是宪法学者克减官方对宪法学彻底意识形态化之主观目的的一种方式。有学者认为：苏联法律著作的引进，其功效与其说是一种对于制度有直接推进的力量，不如说是使那些老一辈法学家在一个新政权奠定之后，在一个不讲求法制的时代仍然能够有一些涉及法律的活儿可干。一些苏联著作的翻译，包括一些苏联法学家来华讲学，与其说是基于 50 年代建设法制的强烈内在动力，不如说是全方位学习“老大哥”过

---

① 参见孙国华：《中国法学幼稚过吗》，《检察日报》2008 年 10 月 20 日，第 8 版。

② 参见李秀清：《20 世纪 50 年代中国移植苏联宪法的实践与理论》，《华东法律评论》第 1 卷，法律出版社 2002 年版，第 44、48 页。

程中的一种应景文章，较之宪法学的比较研究更受重视的，是引进苏联的技术，尤其是军事工业和重工业方面的技术的迫切而真诚的心情。[①]在这个意义上，苏联宪法学垄断比较宪法学研究对象对中国宪法制度与宪法学带来的客观影响也不必被绝对化地估计。

（三）纯粹的意识形态言说

所谓纯粹的意识形态言说，就是学者不是从中立的角度分析和评判宪法制度等宪法现象，而是简单地以官方立场为预设，沿用其思维方法和言语系统，以维护、肯定和宣传这种预设、思维和言语为目的展开宪法学研究，放弃对宪法现象的反思和批判。各国的宪法制度与宪法理论均可视为在不同程度上以不同方式展开的意识形态言说：宪法规范承载着政治共同体的价值共识，附丽于特定实定宪法秩序的宪法理论则包裹着相对应的意识形态，但宪法理论的言说毕竟不是意识形态本身的言说。而将两种言说等而化之，纯粹的意识形态言说压倒宪法学话语、替代宪法学话语，则正是新中国成立后三十余年间宪法学方法运用中的源生性特征，前述的其他特征都可从此中找到原因。

这种言说方式，极大地影响乃至决定着宪法学方法运用过程中的解释能力和叙述魅力。这个时期宪法与宪法学的政治意识形态正是人民民主专政、无产阶级专政，这些思想在宪法学中被毫无隐讳地予以直白表述，笔者用“专政宪法学”概括这个时期宪法学方法的运用状况，正取意于此。体现政治口号式的叙述风格的论文标题俯拾皆是，例如，《巩固人民民主专政，把我们祖国建设成伟大的社会主义国家》[②]，《巴黎公社的原则以此又一次地胜利了——纪念巴黎公社八十四周年》[③]，《为保卫马克思列宁主义的国家学说而斗争》[④]，《阶级分析方法是无产阶级革命者的战斗武器》。[⑤] 这在 1957 年之后的文章中体现得更为明显和普遍。在 1958 年后的国家法文章中，意识

---

① 参见贺卫方：《1949 年后中国的法律翻译》，《中国政法大学学报》2007 年第 1 期（创刊号）。

② 参见蔡云岭：《巩固人民民主专政，把我们祖国建设成伟大的社会主义国家》，《政法研究》1954 年第 2 期。

③ 参见熊锡元：《巴黎公社的原则以此又一次地胜利了——纪念巴黎公社八十四周年》，《政法研究》1955 年第 2 期。

④ 参见蔡云岭：《为保卫马克思列宁主义的国家学说而斗争》，《政法研究》1958 年第 4 期。

⑤ 参见刘波：《阶级分析方法是无产阶级革命者的战斗武器》，《政法研究》1960 年第 4 期。

形态的言说基本上已经完全拆除了宪法学的门槛。

前述阶级分析方法，是意识形态式的言说方式的标志性方法，马克思列宁主义是其指导思想。从方法的特质来看，基于马克思列宁主义，而在法学研究确立的三项基本方法，即阶级分析方法、经济分析方法和历史分析方法，与传统宪法学及现代宪法学中的某些方法具有对应关系：阶级分析方法属于宪法社会学方法的一个子类型，经济分析方法与宪法经济学有亲缘关系，历史分析方法则与法史学方法近似。但前后两者之间的区别也是明显的：这首先体现在，马克思列宁主义指导下的这些方法在分析、阐释宪法现象的过程中，其价值立场是鲜明且先定的，所有的分析与研究活动都旨在证明已经被预设为正确的观点的正确性，在于为实定制度的合理性作旁白，其方法运用中的价值先定性与宪法社会学、宪法经济学、法史学方法运用中的价值中立性的努力形成鲜明对比。阶级分析方法最明显地在意识形态立场的指向下，取消了宪法社会学方法科学实证的属性，成为一种以“证明”与“辩护”为目的的方法。[①]其次，马克思列宁主义指导下的这些方法与对应方法的区别还在于，前者方法运用中作为基础之原理的纯正性，即较纯粹地基于马克思列宁主义的基本原理，而排斥相左的观点与原理。而一般意义上的宪法社会学、宪法经济学、法史学方法，在各自对应的关注领域中，较开放地借鉴对应的交叉学科的各色方法、各类观点，从这个意义上讲，马克思列宁主义指导下的方法分别是这些对应方法的一个分支。所不同的是，马克思列宁主义是为意识形态服务的一项理论基础，其在方法运用中具有不可撼动的地位。《政法研究》的“征稿简约”中所列的第一项受欢迎的“著作或翻译”就是“马克思列宁主义关于国家与法律的理论与历史研究”[②]，马列主义国家学说成为这个时期宪法学文献论述中不可绕过的内容，专门论述这一内容的文献也不在少数，例如：何思敬的《马克思的国家与法权学说》（《政法研究》1954 年第 1 期），蔡云岭的《为保卫马克思列宁主义的国家学说而斗争》（《政法研究》1958 年第 4 期），杰尼索夫的《马克思关于社会主义革命和无产阶级专政学说的胜利》（《政法译丛》1958 年第 5 期）。同样作为意识形态之直白言说，在马列主义指导下的苏联宪法学受到了排他性的青睐，

① 参见梁成意：《论中国宪法学方法论的转型》，《法商研究》2007 年第 3 期。

② 《政法研究征稿简约》，《政法研究》1954 年第 1 期等。

其成为比较宪法学方法运用的全部对象，与我国宪法学的意识形态特征具有互为因果的关系：苏联宪法学的输入不是法学意识形态化的唯一原因；但是，法学意识形态化发展到根深蒂固的地步，与苏联法学在中国先入为主和无从替代的地位不是没有关系的。①

作为纯粹的意识形态言说的宪法学所关注的焦点，自然是意识形态内容，而不是作为传统宪法学关注焦点的宪法规范或宪法文本，也不是各类关于宪法的社会现象。因而脱离规范、脱离社会现实而对意识形态的内容泛泛而谈，在宪法学方法的运用中不可避免地会出现。但在宪法学方法的运用中，理论联系实际却被多次强调，一直没有中断。1965 年的 4 期杂志中每期都开辟了与理论联系实际的两个专题：一个是“活学活用毛主席著作专题”，另一个是“关于法学研究、政法教学贯彻理论联系实际方针的笔谈”。两个专题的 4 期文章分别刊登 16 篇文章和 14 篇文章，基本上是未分学科的抽象性宣讲，直接涉及法学研究的有两篇：王文灿的《法学研究工作应该坚持贯彻理论联系实际的方针》（《政法研究》1965 年第 1 期），李文学的《实践是法学研究的最好课堂》（《政法研究》1965 年第 3 期）。虽然数量不多，但这个时期的宪法学研究中，理论联系实际是一个重点。张友渔的《对研究方法的一点意见》就是一个典型，该文通篇对这个问题进行了论述，认为理论与实际的关系是，“理论是分析实际的武器，但理论脱离了实际就成了教条”，联系两者就“要用马克思列宁主义，也就是辩证唯物主义与历史唯物主义这个理论作为武器来分析实际问题；要从实际出发，对具体问题进行具体分析”，“不从实际问题出发，不总结实际经验，而坐在书斋里死啃教条，玩弄概念，当然不会得到正确的研究结果”；因此要“走出书斋，接触实际，进行调查研究，而研究的结果，可能完全不同”，“要善于辨别表面现象、假象和事物的本质，正面经验、反面经验和部分正面部分反面经验”。具体到对法的认识就要求认识到“社会主义国家的法有其共同特征，但由于社会主义各国情况不完全一样，在共同特征中，也还具有各自的特征。即使在一个社会主义国家内部，由于各个发展阶段的具体情况，法也不能完全相同”②。

---

① 参见方流芳：《中国法学教育观察》，《比较法研究》1996 年第 2 期。

② 张友渔：《对研究方法的一点意见——在关于社会主义阶段法的性质和作用问题座谈会上的发言摘要》，《政法研究》1962 年第 3 期。

为捍卫自身的意识形态内容的正当性和正确性，这个时期的宪法学对于非我族类的宪法学观点，保持着高度的警惕，并以意识形态的方式展开批判。1953 年 4 月正式成立的中国政法学会，在其章程中明确强调，“批判资产阶级反人民、反科学的政治法律观点”是学会的重要宗旨之一。[①]法学研究工作的“党性原则”和阶级分析方法的一项要素就是“要对各式各样歪曲马克思列宁主义科学的现象，进行不可调和的斗争，要无情地揭露资产阶级的虚伪科学”[②]。《政法研究》在“征稿简约”中，明确将“关于旧国家、旧国家学说、旧法制、旧法学的批判”列为受欢迎的稿件。[③]《华东政法学报》的“稿约”中同样明确表示欢迎“对资产阶级的政治法律学说的研究与批判(包括对国民党反动派的国家与法的学说的批判)”的稿件。[④]批判性成为专政宪法学方法运用的一项重要特点：这不仅表现为言语的表述上具有战斗性，标题中高频率地使用“驳”、“批判”、“反动”等词汇，而且所批判的对象，覆盖了较多类型的内容。1966 年停刊前的《政法研究》上所刊发的内容中，有对资产阶级宪法思想的笼统批判，例如，严景耀的《资产阶级宪法的虚构性与危机》(《政法研究》1954 年第 2 期)，谭叔辩的《批判资产阶级宪法的讨论提纲》(《政法研究》1954 年第 3 期)，《同资产阶级政治法律思想彻底决裂　法学研究工作来个大跃进》(《政法研究》1958 年第 3 期)，张懋的《彻底与资产阶级法权观念决裂》(《政法研究》1958 年第 6 期)，周景芳的《发扬我们的光荣传统，清除政法工作中的资产阶级法律思想》(《政法研究》1958 年第 6 期)，唐一人的《对资产阶级国家“陪审制度”的批判》(《政法研究》1956 年第 1 期)，康树华的《资产阶级“三权分立”学说的虚伪性和反动本质》(《政法研究》1959 年第 6 期)。也有诸多文章专门针对美国宪政制度的各环节展开批判，例如，欧阳涛的《资产阶级宪法在帝国主义国家的彻底破产》(《政法研究》1959 年第 4 期)，吴磊、陈启武的《美国对黑人的种族歧视》(《政法研究》1963 年第 3 期)，许崇德的《美国总统的反

---

① 参见《中国法学会历史沿革》，见 http://www.chinalawsociety.org.cn/profile/yange.asp，2008 年 10 月 8 日访问。

② ［苏］耶夫根尼耶夫：《怎样进行科学研究工作》，《华东政法学报》1956 年第 1 期。

③ 参见《政法研究征稿简约》，《政法研究》1954 年第 1 期等。

④ 参见《稿约》，《华东政法学报》1956 年第 1 期。

人民本质》（《政法研究》1964 年第 1 期），华学思的《约翰逊的“民权咨文”是欺世惑众的大骗局》（《政法研究》1965 年第 1 期），李浩培的《论美国总统行政命令对人民基本人权和自由的摧残》（《政法研究》1962 年第 2 期）。还也有毫无芥蒂地挑战西方法学名家的宪法思想的批判，例如杨玉清的《庞德——实用主义法学在中国的传播者——对庞德“学说”中几个观点的初步批判》（《政法研究》1955 年第 3 期），顾维熊的《反动的庞德实用主义法学思想》（《政法研究》1963 年第 3 期），高树异的《为垄断资产阶级服务的现代“新自然法”学说》（《政法研究》1963 年第 4 期），张宏生、王林的《艾尔力许的社会学法学、自由法学的反动本质》（《政法研究》1963 年第 4 期），王绎亭、顾维熊的《狄骥的社会连带主义反动国家观》（《政法研究》1965 年第 4 期）。专政宪法学对于新中国成立前旧法思想的批判更是毫不含糊，例如，萧永清、康树华的《旧法观点的反动性及其危害》（《政法研究》1958 年第 4 期），郑绍文的《必须彻底划清新旧法的界限》（《政法研究》1958 年第 3 期），李达的《胡适的政治思想批判》（《政法研究》1955 年第 1 期），张晋藩的《批判胡适关于宪法问题的学说》（《政法研究》1955 年第 4 期），张晋藩的《批判胡适关于国家问题的集中谬说》（《政法研究》1956 年第 2 期），万峰的《批判梁漱溟对于中国国家问题的反动观点》（《政法研究》1956 年第 1 期）。1958 年之后，资产阶级右派分子的谬论和修正主义成为了新的批判重点，1958 年的《政法研究》关于“驳斥资产阶级右派分子的谬论”、“批判修正主义”的文章占据了大量篇幅。如前所述，这个时期鲜有西方译著出版，其动机也在于树立一个批判西方资产阶级宪法思想的靶子。

尤其典型的一个例子是，如前所引，1956 年杨兆龙于《华东政法学报》上发表的文章《法律的阶级性和继承性》中，批评了当时关于法律的阶级性的研究中的“几个不正确或似是而非的看法”，很快，在反右运动的背景下，批评此文此作者的文章如雪片般飞来，以《法学》（《华东政法学报》在 1957 年后改名《法学》）为例，在 1957 年刊发的文章中，前三期关于此问题的讨论尚能在较纯粹的学术意义上展开，发表了方今的《也谈法的阶级性和继承性》（第 2 期），杨峰的《论法的阶级性的统一性》（第 2 期），梅耐寒整理的《关于法的阶级性和继承性的讨论》（第 2 期），万山的《驳“继承祖

国法的遗产论”》（第 3 期），郭宇昭的《略论法的继承性》（第 3 期）。但到第四期以后，这项讨论升级为攻击性较强的批判，相关的文章包括：杨峰的《论杨兆龙篡改法律定义的本质》（第 5 期），潘念之的《驳杨兆龙关于法律继承性的谬论》（第 6 期），梅文秋的《杨兆龙否定法律阶级性的反动性》（第 6 期），傅季重的《驳杨兆龙“过分强调法律的政治性忽视了它的专门性和科学性”的谬论》（第 6 期），李仲成的《驳斥右派分子杨兆龙对肃反运动的诬蔑》（第 6 期），梅耐寒的《杨兆龙——蒋家忠臣、庞德信徒》（第 4 期），笠型熹的《不要被右派分子杨兆龙的谬论所欺骗》（第 6 期），《上海法学界揭发、批判右派分子王造时、杨兆龙反党言行》（第 4 期），以及《上海法学界继续驳斥右派分子王造时、杨兆龙》（第 5 期）、《法律界深入批判杨兆龙的谬论》（第 6 期）等。

第五节　宪法学方法的运用状况（二）

法制荒芜的状态随着“文化大革命”的终结而结束，与之相对应，宪法学研究随着拨乱反正的展开得以恢复并翻开了新的一页。这个过程自 1978 年全面修改宪法时就已开始，但由于“两个凡是”的思想仍然没有被清算，“无产阶级专政下继续革命”的观点仍然存在，“以阶级斗争为纲”的口号仍然保留在宪法中，因而这一时期宪法学的发展“处于一种拨乱反正的‘复苏时期’，仍然处于一种亟待发展的萌芽状态中”①。到了“1982 年宪法颁布前后，被沉寂了将近 20 多年的宪法学价值重新获得社会认可，凡是关心中国发展与命运的人们都把目光转向宪法制度与宪法学的发展与变化”②。1982 年宪法的颁布，为此后的宪法学研究提供了一个有效而相对稳定的文本基础，成为宪法学研究方法转向的一个标志。

笔者将这种转向称为由专政宪法学向解说性宪法学的转向。基于 50 年代后期以来阶级分析方法过度泛化以及宪法学沦为纯粹的意识形态言说等经

① 韩大元：《改革开放 30 年与中国宪法学研究的进展》，《改革开放 30 年与我国公法学的发展研讨会论文集》，中国政法大学主办，2008 年 6 月。

② 韩大元：《中国宪法学研究 30 年：历史脉络与学术自主性》，《中国法学》2008 年第 5 期。

验教训[①]，这个阶段的宪法学从一开始就有意识地开始努力摆脱专政宪法学之依附性。然而，《宪法》第62条第2项赋予全国人大的“监督宪法的实施”的职权，第67条第1项赋予全国人大常委会的“解释宪法，监督宪法的实施”并没有切实地运行起来，也缺少相关的程序与制度设计，而宪法学学术传统的积累需待时日，因而在政治话语的包围中确立学科独立性的努力，并不能一蹴而就。纵览1982年宪法颁布至今的宪法学方法运用状况，解说性宪法学的方法占据了通说地位，此种宪法学方法论形态，一方面摆脱了专政宪法学但仍残留了其些许影响，另一方面正迈向解释性宪法学但尚未成就之。申言之，从专政宪法学迈向解释性宪法学若无法一蹴而就，解说性宪法学就成为必经的过渡形态。

在解说性宪法学占主导的总体情况下，20世纪90年代后期以来，特别是进入21世纪之后，方法多元化的端倪在宪法学研究中次第呈现，开始出现了诸多新方法的探索。这些方法虽然尚未能撼动解说性宪法学方法的通说地位，却丰富着宪法学研究的智识资源与方法资源，并为解说性宪法学向解释性宪法学的转向提供积极的智识积累与方法积累。笔者关于解说性宪法学阶段的考察，则依此分前后两个部分分别展开。

一、解说性宪法学主导下的宪法学方法运用状况

解说与解释之别，打一个不完全恰当的比方，就如同展览中的解说小姐的介绍与考古学家的解释之别，解释甚至还会超过考古学家所做的工作。[②]解说基本上是对文本或政府为文本设定的意义框架进行照搬式的说明或描述，放弃或拒绝解说者之价值立场对解说方案的影响，这类似于宪法解释学中的主观原意说。从这个角度看，解说性宪法学与宪法解释学有一定的相似性。然而，两者有着本质的区别：解说性宪法学又可被称为“证明性宪法学”，在宪法学研究中，一方面把宪法本身作为已存的真理，并运用实践中

---

① 各个学科的发展均基于这种类似的反思活动：后30年的学术研究是以对前30年的反思特别是方法论上的反思为基础和起点的，逐步破除了政治独断和教条主义思想在学术研究中的干扰。参见刘曙光：《三十年学术发展的几个主要特点》，《云梦学刊》2008年第4期。

② 参见林来梵、郑磊：《所谓“围绕规范”——续谈规范宪法学的方法论》，《浙江学刊》2005年第4期。

的宪法现象予以证明，在客观上放弃了从实存宪法秩序中提取规范因素以促进宪法的发展；另一方面，将宪法规定本身等同于实践中的宪法现象，以之证明外在的政治命题的正确性，客观上放弃了通过宪法规范调整政治活动的可能，而是完全服从于政治。其思维如下图所示：

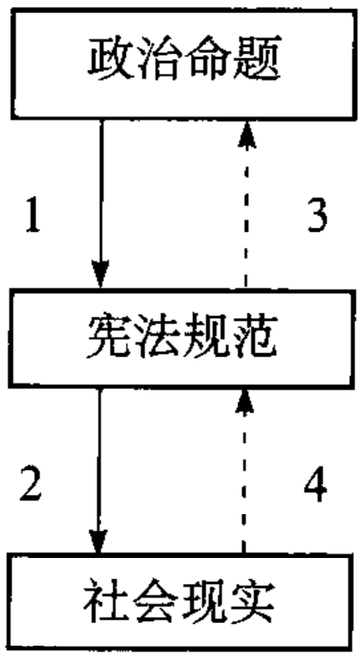


图 1　解说性（证明性）宪法学中政治命题、宪法规范与社会现实的关系图

解说性宪法学偏重于箭头 1、2 的贯彻、落实（宣示性）功能和箭头 3、4 的证明功能，忽视箭头 3、4 的反哺、发展功能。因而，解说性宪法学不具有实践性，只有一种单纯的、单向的确认，而成为意识形态宣传的一个部分，其话语方式受“文革”遗风影响，采用那种独断式而不是论证式的言说风格。与之不同，宪法解释学虽然同样以实定宪法秩序为基础和藩篱，但不固守于此，因而不放弃从实存宪法秩序中提取规范性内涵，以实现宪法的发展。进而言之，解说性宪法学是一种解说者主体性缺位的方法论运用，而解释性宪法学是解释者主体性在场的方法论运用。

（一）普通方法的无特定性状况

“根本方法—普通方法—具体方法”是可用来考察解说性宪法学之方法论状况的一个分析框架。所谓宪法学的根本方法，是指宪法学的思想前提，例如，强调在研究方法的运用中将事实与价值、实存与当为加以分离，或者将两者熔为一炉加以运用，或者采用“马克思主义宪法学的研究方法”。宪法学的普通方法是指宪法学研究中通常所用的方法，例如，阶级分析方法、历史分析方法、比较分析方法。根本方法和普通方法是密不可分的，前者决定了后者的具体内容，而后者又受到前者的制约。但两者又具有不同的品

格，一般而言，在成熟的宪法学方法论中，宪法学的根本方法可在较大程度上借鉴其他学科的方法，而普通方法则不应该放弃自己的特定性。宪法学的具体方法，只不过是将宪法学的根本方法和普通方法贯彻到宪法学研究过程中所体现出来的具体手法或技巧，直观地呈现出学术的风格、品位和特色，由于它存在于宪法学方法论的具体展开形态这一层次之上，因而具体、微妙，难以一概而论或一一列举殆尽。①

解说性宪法学的根本方法是“马克思主义宪法学的研究方法”，这在表述上与专政宪法学并没有区别，但不同于后者在方法运用中对阶级分析方法的片面强调，解说性方法正是在对此种状况的方法运用进行反思的基础上进一步坚持“马克思主义宪法学的研究方法”。这种方法是在马克思和恩格斯所创立的辩证唯物主义和历史唯物主义的基础上形成的，为认识和分析法的本质属性提供了逻辑上的整体统摄，实现了经济、社会和哲学的三维方法视角。马克思主义法学方法论的主要特点表现在：它把法律现象置于整个社会系统中加以考察，深入分析法律与经济、法律与阶级的内在联系，从而形成了科学的法学思维抽象和宪法学理论体系的叙述方法。②成熟的马克思主义宪法学具有五个方面的基本特征：（1）马克思主义的科学世界观和有关基本原理渗透和熔铸到宪法学中，成为宪法学的有机组成部分和活的灵魂；（2）符合中国的基本情况，能够更加有效地服务于国家的现代化建设和民主法制建设；（3）成熟的马克思主义宪法学应当是理论主导型的宪法学；（4）其专业基础理论应当具有先进的思想蕴涵、能够包容迄今人类政治法律文明的全部积极成果，并为其在我国的进一步发展提供理论动力；（5）其专业基础理论部分和研究宪法规范的部分应当顺畅贯通、有机整合、融为一体。③与此五方面的基本特征相比，我国宪法学或者说马克思主义宪法学尚不成熟。在解说性宪法学看来，不成熟的原因不在于马克思主义宪法学研究方法本身，而在于“没有正确坚持马克思主义，使马克思主义不能充分发挥其对法学研究

---

① 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，第7、28、30、42、48页。

② 参见蔡伟、李其瑞：《经济、社会和哲学：马克思主义法学的三个方法论贡献》，《江海学刊》2007年第1期。

③ 参见童之伟、刘茂林：《论构建成熟的马克思主义宪法学——关于加强宪法学自身建设的思考》，《法商研究》1996年第4期。

的指导作用”，尤其是其所强调的“理论联系实际”没有切实得到贯彻。①

从80年代开始，许多宪法学教科书开始对宪法学的研究方法作出系统的列举和论述。吴家麟教授较早提出了四种方法：（1）阶级分析，（2）历史分析，（3）比较对照，以及（4）联系实际。②许崇德教授将之发展为五种方法：（1）理论联系实际，（2）本质分析（或阶级分析），（3）历史分析，（4）比较分析，（5）系统分析。③

这些方法都属于宪法学的普通方法，而从宪法学之根本方法的角度看，它们都属于“马克思主义宪法学的研究方法”，虽然马克思主义的经典作家们基本上皆无此定论，但解说性宪法学在马克思主义宪法学的旗帜下一直以来将其作此系统化表述。从这些方法的名称及其在我国宪法学研究中的发展历程来看，它们大多是传统社会科学中的老方法，而且不仅马克思主义哲学在应用，马克思主义政治学、社会学也在应用，因而实际上应视为“社会科学的一般方法”，尤其是政治学、法理学、法社会学中都在突出应用的方法。仅仅从这些方法的运用状况，无法体现出宪法学方法所具有的某种固有属性，这是解说性宪法学的“方法无特定性状况”④。

这种“方法无特定性状况”是从专政宪法学中延续而来的。在表述上，专政宪法学同样以“马克思主义宪法学的研究方法”为根本方法，并列举多项普通方法。所不同的是，从专政宪法学现实的演变历程来看，阶级分析方法被片面地强调并绝对化，压缩了其他几项也被列举到的“社会科学的一般方法”的使用空间，乃至消解宪法学研究本身存在的空间。而解说性宪法学正是基于对这段历程的反思而从专政宪法学演变而来，区分两者的标志就在于阶级分析方法在普通方法中所处的地位：不同于专政宪法学将之绝对化，阶级分析方法在解说性宪法学中已降为一项平常的普通方法而不具有显赫的地位，而且其地位经历了一个不断下降的过程，例如前面列举的，吴家麟教授将之列于宪法学的四种方法的第一种，在许崇德教授其后出版的教科书

---

① 参见吴家麟：《在马克思主义指导下开创法学研究的新局面》，《宁夏大学学报（人文社会科学版）》1983年第1期。

② 参见吴家麟主编：《宪法学》，第11页以下。

③ 参见许崇德主编：《中国宪法》，第17页以下。

④ 林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，第29页。

中，阶级分析方法被相对地降低了位阶序列，而且采用“本质分析”方法的名称来代替传统理论中所说的“阶级分析”方法。[①]虽然在解说性宪法学展开的过程中，也有学者坚持将阶级分析方法作为研究宪法学的基本方法，并置于诸种方法之首[②]，但在超越了专政宪法学的解说性宪法学之中，这种观点已无法占据主流。然而，解说性宪法学在“方法无特定性状况”上，并没有超越专政宪法学，这反而成为两者的共同特征。

不过，“方法无特定性状况”却成为了区别解说性宪法学与解释性宪法学的外在性表征。前述“社会科学的一般方法”并不是不能为宪法学研究所用，相反，宪法学在一定范围、一定程度上借鉴这些方法不仅是必然的，而且是必须的。因为宪法学以宪法现象为研究对象，广义的宪法现象包括这样六个方面的要素：

1. 宪法规范：主要包括宪法典、宪法性附属文件、宪法判例等；

2. 宪法意识：其中包括宪法学说、宪法思想史以及人们的宪法感觉等；

3. 宪法制度：指的是根据宪法规范、并为了将宪法规范付诸实现而被组织出来的国家和代表机关、行政机关、司法机关以及地方公权机关等机关装置的有关制度；

4. 宪法关系：围绕规范、意识和制度三要素所展开的特定社会关系；

5. 规范等三要素的生成的历史；

6. 不同法系、不同国家的宪法规范、宪法意识、宪法制度之间的相互差异、相互影响以及形成这种关系的条件。[③]

对于上述各种宪法现象，其他不同社会学学科均可从自身出发选择其中一个角度进行研究，如法理学、法社会学可侧重探讨宪法规范及宪法意识与特定的社会条件或背景之间的关系，政治学则可分析宪法规范及宪法意识生成的政治条件或背景。然而，作为一个部门法的宪法学，则须对其进行全面的研究，根据日本宪法学家小林直树的概括，这种全面的研究包括两个方面：一方面是为解决现实中具体的宪法问题而进行的研究，由此形成了宪法领域中的实用法学，包括宪法解释学和宪法政策论等领域；另一方面则与其

---

① 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，第28页。

② 参见田军：《宪法学原理》，南京大学出版社1991年版，第17页。

③ 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，第36页。

他社会学科中的相关研究一样，将宪法现象作为一种社会现象加以客观认识，由此形成理论宪法学，其中包括宪法原理学、宪法社会学、比较宪法学、宪法史以及宪法学说史或宪法思想史等领域。其中，宪法解释学或注释宪法学是其他学科所鞭长莫及的领地，这里所使用的方法是其他社会学科所不具备的特定方法，是“宪法学自身所特有的方法”，即宪法解释的方法。[①] 甄别解说性宪法学与解释性宪法学的标志，就是看这项“特有的方法”是否成熟。

而“社会科学的一般方法”在解说性宪法学与解释性宪法学中均有运用，但两者中宪法解释方法的成熟程度不同，因此衍生出“社会科学的一般方法”运用状况的不同。不同于解释性宪法学在成熟的宪法解释方法的基础上运用这些“社会科学的一般方法”，解说性宪法学由于没有自己所固有的方法或者这种固有方法尚不成熟，因而彻底地依赖于其他社会学科在“方法论上的救济”，而且只是“依样画葫芦”式地、生搬硬套地像其他社会学科应用这些方法那样应用，同时还不知不觉地借用了这些学科中的某些论点去直接代替宪法学意义上的分析和论述。这一方面导致解说性宪法学付出了“自我迷失”的代价，难以独立地建构本学科的理论体系，另一方面无法通过宪法学特有的方法分析和解决宪法问题，提供宪法学固有的智识贡献。[②]

（二）注重社会科学意义上的宪法学

与解说性宪法学在普通方法上的无特定性相对应的，是其对社会科学意义上的宪法学的偏重。如董璠舆教授所指出的，“新中国的宪法学从一开始就标榜科学的宪法学”。这一点在解说性宪法学阶段仍然延续着。然而，宪法学的科学性虽然是宪法学的一个重要方面，但并不是全部，董璠舆教授在 20 世纪 80 年代末敏锐地指出这种认识的偏差：在宪法学的两大部门（宪法解释学和宪法科学）中，“宪法解释学是从认识文义开始”，也受到“解释者的立场所决定的价值判断”的影响，若“把宪法注释学视为宪法科学时，不但对宪法注释学的方法、性质、意义、作用、界限等不明确，对宪法科学的方法、性质、必要性等（也）尚未认识到”。因为宪法

---

① 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，第 36 页。

② 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，第 30—31 页。

解释学采取“宪法典注释”、“宪法规范解释”的形式，是以文本为“界限”的实践，在相互对立的解释中以何者为正确，是由何者更忠实于法典和法律条文来决定的。那种没有基于宪法典、宪法规范而提出的历史的、社会的或政治的主张，可称之为“政治论”、“政策论”或者“立法论”，即宪法科学。宪法科学又可称为“社会科学的宪法学”，其概念体系是生产关系—阶级关系—宪法关系，经济基础—上层建筑（政治—宪法），宪法关系—宪法意识—宪法规范—宪法制度。宪法制度以宪法规范的存在为前提，宪法规范以宪法意识为媒介，也反作用于“宪法关系”、“阶级关系”、“生产关系”等关系。[①]虽然解说性宪法学对这些范畴多有着力，但是，宪法解释学才是本义的宪法学，其他意义上的宪法学需在此基础上展开才是有源之水、有本之木；于是，因为没有以完善的宪法解释学为基础，宪法科学的繁荣尚“有待宪法学家的努力”，或者说“尚不存在作为社会科学的宪法学”[②]。

然而，对于作为社会科学的宪法学尚不成熟的原因，解说性宪法学并不认为在于宪法解释学的缺位，相反，其认为那种对宪法文本和宪法相关之政策作旁白性注释的研究状况就是解释性宪法学的原貌，而改变这种研究状况的出路就在于向作为社会科学的宪法学迈进。如有学者在上个世纪末称：“在新的世纪里，中国法学必将由注释法学上升为理论法学。”[③]有学者更为清晰地将研究状况与前进方向概括为：“但迄今为止基本上还是注释宪法学，宪法科学或社会科学宪法学的繁荣，当有待宪法学家的努力。”[④]

（三）赢得学科独立性的努力仍在继续

与无特定性的普通方法以及注重社会科学意义上的宪法学相联系的，是解说性宪法学未能形成宪法学独立于其他学科的专业槽。如有学者所评价，解说性宪法学将主要精力放在对宪法的旁白和宣传上，铸就了宪法学的“注释性”，导致了宪法学独立性的丧失，也使宪法学丧失了对宪法文本的“批

---

① 参见董璠舆：《中国宪法学四十年》，《政法论坛》1989 年第 5 期。
② 董璠舆：《中国宪法学四十年》，《政法论坛》1989 年第 5 期。
③ 李步云：《21 世纪中国法学展（笔谈）》，《中国法学》1994 年第 2 期。
④ 董璠舆：《中国宪法学四十年》，《政法论坛》1989 年第 5 期。

判”功能，从而降低了宪法学的品位。[①]这也体现在其研究对象的内容分布上。

解说性宪法学文献在关注的研究对象之内容分布上，和50年代的宪法学研究状况存在类似之处：侧重于宪法总论或者宪法基本理论方面的研究，对公民的基本权利和义务、国家机构等具体内容的关注不够，相关专题性研究专著不是很多。虽然国家权力与公民权利是宪法的两大支柱，对公民基本权利、国家权力的关注应当始终是宪法学的重心所在，但由于我国历史上宪法学传统的多次断裂以及宪法理论积累的严重匮乏，这一时期的宪法学研究不得不筚路蓝缕、从头开始。这就造成了宪法学研究中大量的精力耗费在宪法基本理论的介绍、宪法基本价值的弘扬以及宪法基本框架的确立等基本问题上。根据《中国法律图书总目（1999—2000）》所收集的73部宪法学著作所涉及的内容来看（详见下表），我国宪法学研究总的内容比例失衡问题是非常严重的，这种研究内容的显著失衡实际上反映了宪法学发展中的非理性状态。[②]

表5　　1999年—2000年间宪法学著作内容的比例表[③]

领域 / 项目	宪法基本理论	公民的基本权利和义务	国家机构	特别行政区	总计
篇数	57	5	5	6	73
比例	78%	7%	7%	8%	100%

张千帆也作出类似的概括，指出解说性宪法学主要注重阐释宪法文本所体现的某些抽象原则，将眼光放在“人民”、“国家”、“主权”等宏观概念，在方法论上采用整体主义的立场。[④]

如前所述，从方法论运用状况来看，解说性宪法学极大地摆脱了“文

① 参见谢维雁：《关于中国宪法学的若干思考》，《重庆三峡学院学报》2004年第4期。

② 参见韩大元：《改革开放30年与中国宪法学研究的进展》，《改革开放30年与我国公法学的发展研讨会论文集》，中国政法大学主办，2008年6月。

③ 参见《中国法律图书总目（1999—2000）》，法律出版社2002年版，第30—42页。转引自韩大元：《改革开放30年与中国宪法学研究的进展》，《改革开放30年与我国公法学的发展研讨会论文集》，中国政法大学主办，2008年6月。

④ 参见张千帆：《从“人民主权”到“人权”——中国宪法学研究模式的变迁》，《政法论坛》2005年第2期。

革”时期将宪法学视为纯粹的意识形态言说的情形。1982 年宪法开始已有意识地清算“文革”时期的意识形态观念对宪法学造成的不利影响，尽可能地恢复宪法学自身的品格。因而，在 1982 年宪法通过以后的宪法学研究中，学者往往从宪法学自身的逻辑内容出发，努力发掘宪法学发展的规范性和自主性，以使得宪法学能够成为一门独立的法学学科。[①]然而，由于行宪实践被包裹在政治的襁褓中的状态并没有彻底改变，尽管宪法学的独立程度较之行宪实践的独立程度走在前面，但宪法学作为政治话语之注释性旁白的色彩并没有完全褪去，从而体现了解说性宪法学对政治话语的依附性。就解说性宪法学的演变脉络而言，其发展逻辑基本上是“政治化法学而不是法学化政治”[②]。

二、多元宪法学方法在解说性宪法学主导下的次第呈现

20 世纪 90 年代后期以来，特别是进入 21 世纪之后，方法多元化的端倪在宪法学研究中次第呈现，开始出现了诸多新方法的探索。解说性宪法占据主导的总体格局虽然没有改变，但这些新方法的先后探索与运用，积累了若干种类的个性，形成了宪法学方法的个性化趋向。这主要表现在以下两个方面：一方面，一些在方法论上觉醒的学者力图打破传统解说性方法一枝独秀的局面，形成了自身在研究方法上的个性。这种趋向不是单一的，有各种各样的个性开始崭露头角，渐次形成方法多元化的景象。当然这些新的方法之间是很难截然分开的，对于一个学者来说，即使其较倾向于或较擅长运用某种方法，但常常是综合地运用几种方法。另一方面，这些个性化的积累正逐渐汇聚起我国宪法学在方法论上的个性化特征，为巩固我国宪法学的学科独立性并推动其发展提供了方法上的动力。

这些方法论个性未必已经形成了固定的理论模式，而均处于尝试、形成与发展的过程中。因而，它们尚不构成严格意义上的宪法学方法“论”，也未构成成熟的方法“学派”或“流脉”，用“风格”（style，或称“样式”）可以相对妥帖地概称这些方法论个性。英国法学家洛克林借用韦伯的“理想

---

① 参见韩大元：《改革开放 30 年与中国宪法学研究的进展》，《改革开放 30 年与我国公法学的发展研讨会论文集》，中国政法大学主办，2008 年 6 月。

② 谢晖、崔英楠：《变法与革理——20 世纪中国法学发展的逻辑》，《文史哲》2000 年第 2 期。

类型”对“风格”作出如下描述：在特定的作品中显现出某种精神、文化或价值体系，即使这些作品并未明确将其表述出来，它是某种既非固定，也非完成的事物。①

在当下宪法学方法论的个性化趋向、多元化趋向中，根据方法的个性，借助这些方法运用者的自称或评价者所运用的标签，可列举出这样一些方法风格：宪法解释学，其代表人物是韩大元②、范进学③、张翔；规范宪法学，其代表人物是林来梵④；法政宪法学，其代表人物是陈端洪⑤、强世功⑥、翟

① 参见［英］马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆2002年版，第82—83页。

② 韩大元教授与张翔副教授的相关成果，部分已收录于韩大元等：《现代宪法解释基本理论》，中国民主法制出版社2006年版。张翔副教授近年相关成果尚有：《宪法学为什么要以宪法文本为中心?》，《浙江学刊》2006年第3期；《祛魅与自足：政治理论对宪法解释的影响及其限度》，《政法论坛》2007年第3期；《宪法学：法学方法与政治判断》，《江苏行政学院学报》2008年第4期，等。

③ 范进学教授近年在宪法解释学方面的成果主要有：《宪法解释主体论》，《中国法学》2004年第6期；《宪政与方法：走向宪法文本自身的解释——宪法学之研究方法转型》，《浙江学刊》2005年第2期；《从规范分析宪法学到宪法解释学——中国宪法学研究范式转型之宪政意义》，《河南省政法管理干部学院学报》2005年第2期；《对话商谈与方法多元——论中国宪法学研究方法》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第6期。专著包括：《宪法解释的理论建构》，山东人民出版社2004年版；《认真对待宪法解释》，山东人民出版社2007年版。

④ 林来梵教授倡导规范宪法学的代表作是：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》（法律出版社2001年版）。此书出版前，林教授对中国宪法学的方法论问题进行着一以贯之的比较与反思，前期的成果有：《〈现代中国宪法论〉（日文版）评介——兼论中日宪法学家各自研究的方法与特色》，《中外法学》1995年第6期；《关于中日两国宪法学研究特色的比较探讨》，《法学家》1997年第4期；《规范宪法的条件与宪法规范的变动》，《法学研究》1999年第2期；《为宪法呼唤规范性》，《法学研究》1999年第3期，等等。此书出版后，林来梵教授关于规范宪法学较为重要的成果有：《法律学方法论辩说》（与郑磊合作），《法学》2004年第2期；《法律实证主义的故事》，《浙江学刊》2004年第2期；《所谓“围绕规范”——续谈规范宪法学的方法论》（与郑磊合作），《浙江学刊》2005年第4期；《论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》（与张卓明合作），《中国法学》2006年第2期；《有关社会科学方法论的反思——来自法学立场的发言》（与翟国强合作），《浙江社会科学》2006年第5期；《宪法学思考中的事实与价值》（与翟国强合作），《四川大学学报》2007年第4期，等等。

⑤ 陈端洪教授的相关代表作有：《革命、进步与宪法》，《法学研究》2004年第6期；《政治法的平衡结构——卢梭〈社会契约论〉中人民主权的建构原理》，《政法论坛》2006年第5期；《人民主权的观念结构——重读卢梭〈社会契约论〉》，《中外法学》2007年第3期；《论宪法作为国家的根本法与高级法》，《中外法学》2008年第4期，等等。相关的部分文章收入其论文集：《宪治与主权》，法律出版社2007年版。

⑥ 强世功教授的相关代表作有：《宪法司法化的悖论——兼论法学家在推动宪政中的困境》，《中国社会科学》2003年第2期；《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思》，《中国社会科学》2005年第1期；《文本、结构与立法原意——“人大释法”的法律技艺》，《中国社会科学》2007年第5期，等等。

小波[①]；主权宪法学，其代表人物为周叶中[②]；普通法宪法学，其代表人物是姚中秋[③]，等等。这些方法论风格构成了当下宪法学方法论的有力说。应该说明，上述的列举是非常片面的，只是列举了关于宪法学方法论问题有专门论述的部分学者，从数量上，只体现和反映了当下宪法学者的冰山一角，诸多重要的学者以及重要的学术观点，限于分析框架与篇幅未能包括在其中。另外，同一个标签所涵盖的各位学者虽然具有类似之处，但其主张与方法风格仍会呈现出较大的差异。

下文选取这些方法风格中的宪法解释学、规范宪法学与法政宪法学，以此为例介绍近年来宪法学研究中所呈现的方法多元化倾向。

（一）宪法解释学

对“宪法解释学”的称谓，当下学者们的主张并不是停留在传统实证主义的立场，其倡导的方法风格也没有局限于法教义学意义上的那种解释学，而是强调以宪法文本为中心的多种方法的综合运用。之所以采用这项术语标签，是基于以下两项考虑。首先，需要区别作为一项解释活动的宪法解释与作为一项具体方法的宪法解释，在宪法解释活动中，须综合运用各类方法，其中处于基础与核心地位的仍然是传统的宪法解释方法，即狭义的宪法解释学，而作为术语标签的“宪法解释学”是在广义上运用的，它既旨在强调狭义解释学的根本地位，又用来概称宪法解释活动中所需要的各种方法以及对

---

① 翟小波博士的相关代表作有：《代议机关至上，还是司法化?》，《中外法学》2006 年第 4 期；《代议机关至上的人民宪政——我国宪法实施模式的解释性建构：以宪法观、行宪历史和条文类型化为基础》，《清华法学》2007 年第 2 期；《宪法是关于主权的真实规则》，《法学研究》2004 年第 6 期，等等。

② 周叶中教授的相关代表作有：《宪法学理论体系的反思与重构》（与周佑勇合作），《法学研究》2001 年第 4 期；《宪政中国初论》（与邓联繁合作），《中国法学》2002 年第 6 期；《宪政中国道路论——对第四次宪法修正案的宪政解读》（与邓联繁合作），《中国法学》2004 年第 3 期；《宪政中国战略标志论——宪法思维基本问题研究》（与邓联繁合作），《求是学刊》2005 年第 1 期，等等，其部分作品收入：《宪政中国研究》上下两册，武汉大学出版社 2006 年版。

③ 又名秋风，独立学者，研究奥地利学派经济学理论，主持“奥地利学派译丛”的出版，亦致力于研究“普通法宪政主义理论”，同时关注中国古典观念、制度及现代中国的宪政进程。代表性专著：《立宪的技艺》（北京大学出版社 2005 年版）。翻译了大量关于普通法立宪主义的著述，包括：《哈耶克传》（［英］艾伯斯坦，中国社会科学出版社 2003 年版），《财产、法律与政府——巴斯夏政治经济学文粹》（［法］巴斯夏，贵州人民出版社 2004 年版），《法国大革命讲稿》（［英］阿克顿，贵州人民出版社 2004 年版），《普通法与自由主义理论：柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》（［美］斯托纳，北京大学出版社 2005 年版），《哲学家与英格兰法律家的对话》（［英］霍布斯，上海三联书店 2006 年版），《自然法的观念史和哲学》（［德］海因里希·罗门，上海三联书店 2007 年版）等十余种。

这些方法反思所形成的理论。其次，采用这个术语标签是为了区别于宪法修改。宪法解释与宪法修改是转型时期缓和宪法文本与现实的冲突、实现宪法发展的两大途径；然而，全国人大常委会的宪法解释权并没有切实地运行起来，问题的解决被过多地寄希望于宪法修改，对此，强调宪法解释思维，是采用宪法解释学这个称谓的另一项考虑。[①]从选择称谓的这两项考虑，已可以大致看出宪法解释学的学术主张，体现出其对于我国宪法实施状况以及宪法学方法运用状况的判断。

宪法解释学针对宪法实施与宪法研究的情状，浓墨重彩地强调宪法文本的重要性，主张“宪法规范的至上性”[②]，“宪法文本是宪法解释的起点与目标”，“宪法学以对宪法文本的理解和阐释为根本内容”[③]。其中，宪法文本或宪法规范的外延，并不局限于成文宪法典的文本，而是包括了“宪法制定规范、宪法核、宪法修改规范与宪法律”等表现形式，从而“不同的规范之间形成不同的等级系列”[④]，只是成文宪法典的文本处于等级序列的顶端。虽然转型时期的宪法处于发展与完善中，使得宪法解释学的立场受到一定的限制，但这绝非排除、乃至放弃解释学立场的原因，甚至恰恰是要强调宪法解释学、避免其被淡化的原因，因为这对改造宪法权威缺失、尊重文本意识缺失的传统具有重要的现实意义。

在尊重文本的基础上，宪法解释学同时认识到必须保持宪法学的开放性，综合采用各类宪法学方法是宪法学发展的现实需求。但是，开放性并不导致主观恣意。宪法解释学为此直面宪法主观性和客观性这对始终存在于解释理论中的矛盾，主张：宪法解释既不可能绝对客观，也不应成为解释者的主观“恣意”，倡导在宪法学的开放性语境中，寻求一种相对客观的解释。[⑤]

宪法解释学不仅在理论主张中体现出浓厚的现实关怀，同时，在其理论运用中，也试图兼顾宪法学理论意义上的体系性与“宪法事（案）件评析相

---

① 参见韩大元、林来梵、郑磊：《宪法解释学与规范宪法学的对话》，《浙江学刊》2008 年第 2 期。
② 韩大元：《论宪法规范的至上性》，《法学评论》1999 年第 4 期。
③ 张翔：《宪法学为什么要以宪法文本为中心?》，《浙江学刊》2006 年第 3 期。
④ 韩大元：《论宪法规范的至上性》，《法学评论》1999 年第 4 期。
⑤ 参见韩大元、张翔：《宪法解释的主观性与客观性》，《法律科学》1999 年第 6 期。

关的分析理论的构建”[①]，并通过宪法事案评选活动[②]、宪法事案评析文章的组稿与出版[③]等形式，在有权宪法解释的制度平台缺失的背景下，直接推动宪法学方法在事案评析中的运用，确立“面向实践”、“面向生活”的宪法学形象。

（二）规范宪法学

要理解规范宪法学，需要同时把握两个基本的出发点，即这项学说秉承了“规范（性）法学”（theory of legal norm）的深厚传统以及有关“规范宪法”学说的理想。与这两个基本点大致相对应，其理论内涵呈现出复合结构。

“围绕规范形成思想”，是关于规范宪法学第一层含义的精练表述。[④]这一层次承接了传统“规范法学”（theory of legal norm）的方法特征，其问题意识在于：在中国宪法学的发展历程中，本已微弱却构成法学基石的法律实证主义传统，在20世纪宪法学积累的两次中断后，显得严重缺失，因此需要进行补课、予以强调。这个层面思考的重要性还来源于“宪法现象的逻辑结构”。宪法现象主要包括了宪法规范、宪法意识、宪法制度以及宪法关系四大要素。[⑤]其中，宪法规范显然处于轴心的地位；其他要素虽然对宪法规范产生着巨大的影响，但这种影响的结果最终都必须凝结为宪法规范的内在要素才具有意义，否则就不可能构成所谓的“宪法现象”[⑥]。基于这些原因，规范宪法学强调：必须让宪法学返回规范，确切地说就是返回到适度地接近

---

① 韩大元主编：《中国宪法事例研究（二）》，法律出版社2008年版，“序言”。

② 自2006年始，中国人民大学宪政与行政法治研究中心每年通过一定程序评选、并通过研讨会发布当年的“十大宪法事例”。这些事例从不同的角度反映了公民人权意识状况以及人权的保障程度。详见中国宪政网www.calaw.cn。

③ 相关成果参见韩大元主编：《中国宪法事例研究（一）》，《中国宪法事例研究（二）》，《中国宪法事例研究（三）》，法律出版社；胡锦光主编：《宪法学原理与案例教程》，《2007中国典型宪法事例评析》，中国人民大学出版社；范进学教授组织中国人民大学诸多博士生在《山东社会科学》多次组稿进行宪法事案分析，例如秦强：《“孟母堂事件”与宪法文本中“受教育条款”》，《山东社会科学》2007年第2期；张震：《“方言学校”事件评析——以我国宪法文本中普通话条款的规范分析为路径》，《山东社会科学》2007年第5期，等等。

④ 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，“绪论”第4页。

⑤ 参见［日］阿部照哉、池田政章编：《宪法》（一），有斐阁1975年版，第114页以下（山下健次撰写部分）。转引自林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，“绪论”，第1—2页。

⑥ 林来梵：《所谓“围绕规范”——续谈方法论意义上的规范宪法学》，《浙江学刊》2005年第4期。

规范主义（Normativismus），但又不至于完全退到法律实证主义的那种立场。[①] 立足于这一立场，宪法学的核心任务应该在于探究宪法规范，而考量那些围绕这一轴心展开的其他宪法现象，则是为完成上述任务服务的次阶任务。换言之，它的“终极关怀”不在于考量规范背后的那些现象，而在于探究规范本身；它恢复了规范科学应有的本来面目，并力图围绕规范形成思想。“规范宪法学”之谓，首先正取意于此。当然，返回规范并不意味着逃避现实、拒绝价值。规范宪法学没有一直退回到19世纪德国法学式的“纯粹的规范科学”，因而没有刻意地将一切政治的、历史的、伦理的考量一味地加以排除。恰恰相反，规范宪法学有意识地划清其与传统法律实证主义的界限，适度地吸收多元的方法应对各类宪法现象，力图使规范宪法学能达至“可上九天揽月，可下五洋捉鳖”的解释力。由此而言，第一个层面所强调的对规范的一种“围绕”，可具体演化为三种样态，简明表述如下：（1）以宪法规范为焦点。指的是直接进入宪法规范内部，在宪法框架内对各种价值进行分析、梳理与整合，并对宪法规范本身作出解释，这其实就是宪法解释学，或者说主要是传统的教义学法学意义上的宪法学（当下中国宪法学者以宪法解释学所标称的方法风格，已不限于此）。（2）以宪法规范为终点。通过运用其他人文社会科学的方法研究宪法现象，并在最后逼近宪法规范。如从哲学的理论高度鸟瞰宪法现象、以社会学的实证方法分析宪法现象，并在最终阐明和解释宪法规范的方法，就属于不应被完全排斥的这种路径。（3）以宪法规范为起点。在此方面的具体化应用，就是立足于对宪法规范的阐释，然后进入其他领域，包括进入政治学的研究，甚至可以从宪法规范的研究入手，然后捕捉当今的政治动态。[②]这三种路径中，最重要的当然还是第一种，即传统的宪法解释学或者说是传统法教义学意义上的方法，申言之，规范宪法学的舞者，毕竟是在“戴着镣铐跳舞”。

规范宪法学不仅不排斥多元的方法，对于“围绕”什么样的“规范”这

---

① 参见林来梵，《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，“绪论”第4页。

② 有关这三种路径的整理，最早可参见林来梵：《今日宪法学：方法与机遇》（在钱塘宪政会议上的主题发言，2004年6月）。林来梵在其《互惠正义：第四次修宪的规范精神》（载《法学家》2004年第4期）一文中，运用了后两种方法：先从互惠正义这个哲学概念出发，把握第四次宪法修正案，其间以宪法规范的阐释为终点；而后又以宪法规范为起点，对第四次修宪进行政治学意义上的解读。

个超越法教义学的终极问题，也保持着适度的开放性，这构成了规范宪法学第二层含义的意蕴。“价值是如何进入规范的”、“规范是如何形成的”等类似问题属于这个层次。“规范宪法”在这个层次，借用了美国宪法学家罗文斯坦（Karl Loewenstein）所提出的“normative constitution”这个宪法分类概念。在罗氏于20世纪50年代提出的带有实质性意义的存在论式的三分理论（名义宪法、规范宪法、语义宪法）中，规范宪法是指体现了立宪主义精神、并具有规范实效性的宪法规范，这是宪法规范的一种理想形态。[①]基于对规范宪法的学术愿景，规范宪法学试图在规范与事实命题以及规范外的价值命题之间架起可信赖的桥梁，对各类理论素材表现出极大的包容性：从米勒“目光之流转往返”于规范与事实之间的等置模式，到拉伦兹对价值取向的评价行为进行合理审查和批评的尝试[②]，从罗尔斯倡导的规范正义论[③]，到哈贝马斯在理想的言谈情境之上构设的商谈理论[④]，以及阿列克西通过法律论证理论进行达至实践理性的程序自然法典的尝试[⑤]，规范宪法学都保持关注并进行借重。

（三）法政宪法学

法政宪法学的学术主张之所以用这个称谓或者用“政法宪法学”来指称，是因为其在以宪法文本为基础展开宪法学研究的过程中，十分强调直接面对政治话语对宪法学所产生的影响。例如，陈端洪借用英国公法学家洛克林的话来明确表达这种立场：“公法只是一种复杂的政治话语（political discourse）形态，公法领域的争论只是对政治争论的延伸。”[⑥]

然而，法政宪法学有意识地直面政治话语的立场，与前述专政宪法学或解说性宪法学学对待宪法文本与政治话语的态度是存在本质区别的。如前所

---

① 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，“绪论”第8—9页。

② 参见［德］拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版公司1996年版；［德］恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版。

③ 参见［美］罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版。

④ 参见［德］哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店2003年版。

⑤ 参见［德］阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版。

⑥ ［英］马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆2002年版，第8页。陈端洪广泛运用此命题，参见陈端洪：《公法是复杂形式的政治话语——2007年上学期〈法与政治理论〉课程开讲词》，见《法学家茶座》第15辑，山东人民出版社2007年版。

述，专政宪法学或解说性宪法学将宪法文本单纯视为政治命题的宣示，是对政治命题之正确性的证明和体现，其立场具有明显的倾向性；而法政宪法学将关于政治命题或宪法文本本身之正确性问题搁置在法学的考察之外，对宪法文本进行相对中立的考察。具体而言，对于主流政治话语，专政宪法学或解说性宪法学以宪法为工具并予以捍卫；法政宪法学则相对超脱，主要关注进入了宪法文本的价值，并对相关的政治命题进行提炼。对于宪法文本，专政宪法学或解说性宪法学十分强调宪法作为根本大法的最高权威，但这是将其正当性与相关政治话语的正当性相绑定的；法政宪法学则基于法学固有的立场强调宪法文本的独立价值，并基于此尊重其权威性。在理论的表达上，专政宪法学或解说性宪法学习惯于借用政治学乃至政治话语的相关术语与通俗表达，法政宪法学则注重对各类政治哲学理论、法学理论等的梳理与延承。

三种有力说都强调宪法应相对独立于政治、宪法学应有独立于政治学等学科的专业槽，但在程度上，宪法解释学与规范宪法学更强调这种独立性，法政宪法学则在强调独立性的基础上，对其背后的政治话语表现出更直接的关切并进行更直白的表述。例如，翟小波批评我国宪法学研究存在“名教癖”的问题，并带着强烈的学术担当感指出宪法学者应该解释真相，名教癖、形式癖都是法律虚构，即掩盖（或诬蔑或粉饰）真相，回避现实。这种批判主要是针对处于主流地位的解说性宪法学而发，对于“名教癖”的批判也不等于对宪法文本的背离，但对于真相若不区分社会学意义上的真相和规范意义上的真相而笼统予以强调，对于文本的立场就难免基于社会现实而发生微妙的偏移。虽然批判法学也批判“制度拜物教”（institutional fetishism）[①]，但法政宪法学不同于批判法学所主张的政治宪法学方法。[②]其区别不在于批判法学更为直白的表述，不在于批判法学旗手昂格尔（Roberto Mangabeira Unger）更畅快淋漓地指出：“法即政治”，法律与政治之间无藩篱，司法裁判与政治、意识形态辩论是同质的[③]；不要企图将法律与政治分

① R. M. Unger, *Social Theory: Its Situation and Its Task*, Verso (1987), pp. 200-201.

② 参见孙笑侠、周婧：《一种政治化的法律方法——对昂格尔法律方法论的解读》，《环球法律评论》2007 年第 4 期。

③ See e. g. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press (1986). Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, 36 J. Leg. Educ. 518 (1987).

离，因为那不过是在掩盖事实。二者本质上的不同在于批判法学多主张的政治宪法学方法发生在经历了“法律发达史”的法治发达国家中，是法律形式主义已走过了头导致了“制度拜物教”与“悲观主义的进步改革论”倾向，产生了诸如无法更好地救济那些最需要帮助的底层人民等问题后，才提出的补救性主张。这是不同时期的主张，与法律主义尚待生根发芽的语境不可同日而语。

法政宪法学并不是仅仅专注于写实主义的描述而不追求立宪主义的理想，只是在思维上界分两者：一方面对“生动的政治内涵”进行描述性的提炼，而对良好宪法结构的思索则在另一方面同时展开。法政宪法学认真对待宪法文本的态度特征，体现在这种双重视野上。这种分裂的思维和方法或许是转型时期宪政问题的宿命。但若滑向绝对化区隔两者的倾向，则会带来以下两项弊端：限缩了宪法解释者在宪法框架内的作为，具有规范力的活的宪法通过两个思维层面之间的良性互动促进宪法发展的途径也受到了限制。因此，政治宪法学以揭示宪法规范所包含的“生动的政治内涵”为己任，拒绝解说性宪法学对宪法规范进行宣教式的解释，而代之以系统的学理思考。但向规范中所填充的政治内涵是不是已经具有了规范力的事实，需要明辨。否则，在客观上会使宪法被利用，以只是基于通俗意义理解的“存在即合理”之逻辑来为政治现实正名。

前面列举的三种宪法学方法的有力说，都在不同程度上运用着探讨“适合中国的良好的宪法结构”与揭示“宪法之生动的政治内涵”并行的复眼式思维，区别于解说性宪法学。解说性宪法学将两者等而视之，并用主流的意识形态话语进行表达。而宪法解释学与规范宪法学针对我国宪法实施与宪法研究的状况，竭力主张宪法与政治话语的区别、宪法学与政治学等其他人文社会科学的区别，强调宪法文本的重要性，在相对区分良好的宪法愿景与“生动的政治内涵”的基础上试图实现两者的良性互动。如果存在量上的比较的话，相对而言，对于宪法文本，尤其是成文宪法典文本的重要性，宪法解释学较规范宪法学的强调程度略高一些；而对于促进宪法发展、促进规范宪法的生成，规范宪法学的重视程度略高一些。法政宪法学则明确区分两者，在此基础上侧重于规范主义宪法观的描述性功能而认定其在转型时期的受限性，对“生动政治内涵”的直白提炼与良好宪法愿景的探索分别展开。

由此，三项有力说与当下通说，以对文本的重视以及与政治话语的距离为坐标，可以大致绘图如下：

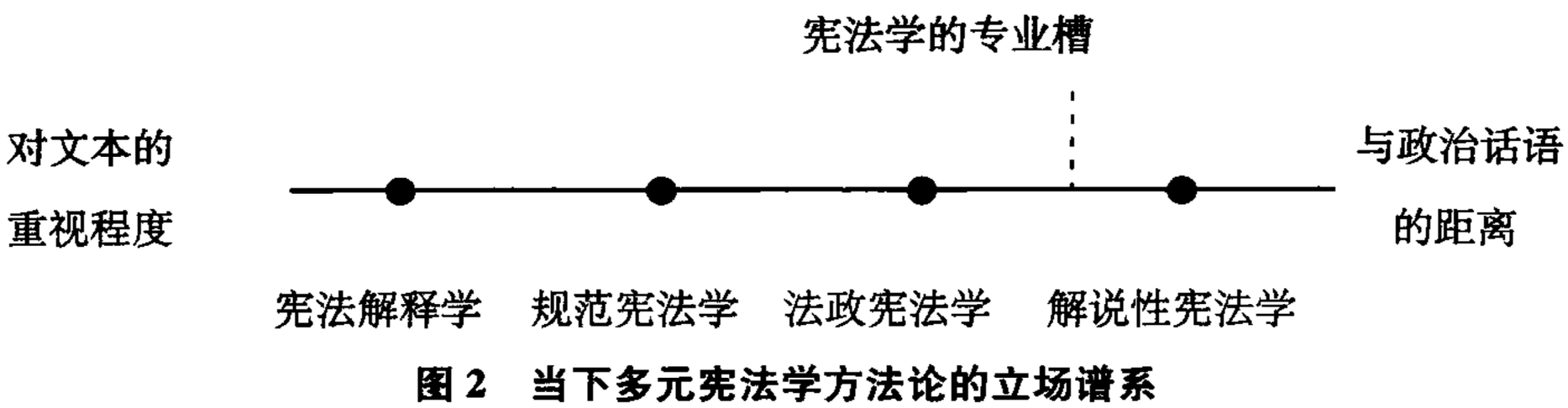


图 2　当下多元宪法学方法论的立场谱系

第六节　小　结

中国宪法学百余年历程，开始于泱泱天朝上邦遭遇“三千年未有之大变局”时，在救亡图存的尝试中急切地引入宪法学知识体系，故而比较宪法学的方法受到青睐，但由于时局和时间所限，没有来得及对引入的宪法学框架在方法论上进行自觉的反思。“富国强兵”理念满足了制宪、行宪的政治需求，也支配着宪法学者的头脑，但对学术自主性则带来了明显的负面影响：伴随着“西学东渐”而成长起来的中国宪法学，从一开始就缺乏自主发展的环境与传统。①

1911 年的辛亥革命切断了清末的君主立宪运动，但宪法学发展仍在此前的基础上继续前行，迻译与引介成果更加广泛而丰富。虽然内忧外患的总体形势没有改变，甚至连年战火纷飞，但诸部宪法文本或草案的颁布与讨论，毕竟为宪法学研究提供了文本对象。然而走马灯似登场的宪法文本极大地助长了工具论的宪法观，宪法解释学、比较宪法学、法史学方法在很大程度上围绕着频繁的立宪活动展开，构成“立宪宪法学”的景象。宪法学在这三十余年里取得了长足的发展与厚实的积累。

1949 年新中国成立，建立了新的宪法秩序，清末、民国绵延至此的宪法学积累被抛弃，重新形成的是专政宪法学的方法风格。以阶级分析方法为主导的宪法学方法在 50 年代前期，也围绕着 1954 年宪法取得了颇有特色的

① 参见韩大元：《中国宪法学研究 30 年：历史脉络与学术自主性》，《中国法学》2008 年第 5 期。

成就。然而，由于阶级分析方法的自我取消，1950 年后期乃至之后的三十余年时间，专政宪法学的弊端被推向极端，宪法学传统几乎再次断裂。

1982 年宪法颁布实施以后，宪法学研究努力摆脱专政宪法学之依附性特征，强调宪法文本的重要地位，试图促成纯正的中国宪法解释学传统。但由于制度空间与学术积累等方面的原因，这个过程需要一定时日，在这个过程中就形成了解说性宪法学占据通说地位的方法论运用图景。90 年代后期以来，特别是进入 21 世纪之后，方法多元化的端倪次第呈现于此图景中，并已形成了宪法解释学、规范宪法学、法政宪法学等诸多学术主张，这些方法正为解说性宪法学向解释性宪法学的转向进行着积极的智识积累与方法积累。

虽然是百余年宪法学方法论运用状况梳理，但并不意味着这自觉的宪法学方法论反思与研究已经存续了百余年，恰恰相反，它刚刚开始。如前所述，方法论可以从作为运用工具的角度去理解，也可以作为知识体系的方法论理解。在 90 年代之前，缺乏对方法论的自觉而系统的思考，而主要是不自觉地运用着方法论，因而主要是从作为运用工具的方法论角度去理解。宪法学方法成“论”，即严格意义上的宪法学方法论探讨，是在 90 年代后期宪法学方法的多元化格局的背景下，经过了方法论的哲学反思之后，才开始进入体系化的进程之中。从这个意义上说，百年宪法学方法论的梳理只是为刚刚走向体系化的宪法学方法论提供了一个知识脉络与背景。

主要参考书目

故宫博物院明清档案部编．清末筹备立宪档案史料（全二册）．中华书局 1979 年版

张枏，王忍之编．辛亥革命前十年间时论选集（全三卷）．生活·读书·新知三联书店 1960，1963，1977 年版

中国史学会编．中国近代史资料丛刊·戊戌变法（全四册）．神州国光社 1953 年版，上海人民出版社 1957 年版

中国史学会编．中国近代史资料丛刊·辛亥革命（全八册）．上海人民出版社 1957 年版

夏新华，胡旭晟等整理．近代中国宪政历程：史料荟萃．中国政法大学出版社 2004 年版

何勤华，李秀清主编．民国法学论文精萃（第 2 卷·宪政法律篇）．法律出版社 2002 年版

蔡尚思主编．中国现代思想史资料简编（全五卷）．浙江人民出版社 1982—1983 年版

北京图书馆编．民国时期总书目（1911～1949）·法律．书目文献出版社 1990 年版

魏源．海国图志（全四册）．岳麓书社 2011 年版

王韬．弢园文录外编．辽宁人民出版社 1994 年版，中州古籍出版社 1998 年版

徐继畬．瀛寰志略．上海书店出版社 2001 年版

梁廷枏．海国四说．中华书局 1993 年版

郑观应．盛世危言．陈志良选注．辽宁人民出版社 1994 年版

郑观应．郑观应集（上下册）．夏东元编．上海人民出版社 1982，1988 年版

郭嵩焘．伦敦与巴黎日记．见：钟叔河主编．走向世界丛书．岳麓书社1984年版

载泽．考察政治日记．见：钟叔河主编．走向世界丛书．岳麓书社1986年版

康有为．拟中华民国宪法草案发凡．上海广智书局1926年版

康有为．欧洲十一国游记二种．见：钟叔河主编．走向世界丛书．岳麓书社1985年版

康有为．大同书．中华书局1935年版，辽宁人民出版社1994年版

康有为．康有为政论集（全二册）．汤志钧编．中华书局1981年版

梁启超．饮冰室合集（全十二册）．中华书局1989年版

梁启超．梁启超法学文集．范忠信选编．中国政法大学出版社2000年版

梁启超．新民说．宋志明选注．辽宁人民出版社1994年版

章士钊．章士钊全集（全十卷）．文汇出版社2000年版

孙中山．孙中山全集（全十一卷）．中华书局1981—1986年版

严复．严复集（全五册）．王栻主编．中华书局1986年版

陈炯明．陈炯明集（上下卷）．段云章，倪俊明编．中山大学出版社1998年版，2007年增订版

居正．居正文集（全二册）．罗福惠，萧怡编．华中师范大学出版社1989年版

陈独秀．陈独秀著作选（全三卷）．上海人民出版社1993年版

李大钊．李大钊全集（全五卷）．人民出版社2006年版

王世杰，钱端升．比较宪法．中国政法大学出版社1997年版

张君劢．国宪议．商务印书馆1922年版

张君劢．中华民国宪法十讲．商务印书馆1947年版

张君劢．宪政之道．清华大学出版社2006年版

吴宗慈．中华民国宪法史．北京东方时报馆1924年版

谢瀛洲．中华民国宪法论．上海监狱1947年印行，五南图书出版公司1976年版

白鹏飞．宪法及宪政．上海华通书局1930年版

程树德．比较宪法．上海华通书局1931年版

程树德．宪法历史及比较研究．朝阳学院出版部 1933 年版

吴经熊，黄公觉．中国制宪史（上下册）．商务印书馆 1937 年版，上海书店 1992 年影印版

吴经熊．法律哲学研究．清华大学出版社 2005 年版

陈茹玄．中华民国宪法史．上海世界书局 1933 年版

费巩．比较宪法．世界法政学社 1934 年版

萨孟武．宪法提要．大东书局 1945 年版

张友渔．中国宪政论．重庆生生出版社 1944 年版

丘汉平．丘汉平法学文集．中国政法大学出版社 2004 年版

张知本．宪法论．中国方正出版社 2004 年版

杨兆龙．杨兆龙法学文选．郝铁川，陆锦碧编．中国政法大学出版社 2000 年版

杨兆龙．杨兆龙法学文集．艾永明，陆锦璧编．法律出版社 2005 年版

王宠惠．王宠惠法学文集．张仁善编．法律出版社 2008 年版

刘静文．中国宪政原理．正中书局 1946 年发行

林纪东．中华民国宪法释论．大中图书公司 1972 年版

石中琇．宪政论丛．中华书局 1984 年版

谢瑞智．宪法词典．文笙书局 1979 年版

陈茹玄．增订中国宪法史．上海世界书局 1947 年版

蔡枢衡．中国法理自觉的发展．清华大学出版社 2005 年版

［日］美浓部达吉口授，刘作霖编．比较宪法．政法学社 1911 年版

［日］美浓部达吉讲述，王运嘉，刘蕃译．宪法讲义．宪学社 1907 年版

罗志渊，周异斌．中国宪政发展史．上海大东书店 1947 年版

荆知仁．中国立宪史．联经出版事业股份有限公司 1984 年版

［苏］特拉伊宁等编．苏联国家法教程．彭建华译，大东书局 1951 年版

［苏］杰尼索夫主编．苏联大百科全书·宪法卷（选译）．人民出版社 1954 年版

［苏］帕舒卡尼斯．法的一般理论与马克思主义．杨昂，张玲玉译．中国法制出版社 2008 年版

楼邦彦．中华人民共和国宪法基本知识．新知识出版社 1955 年版

李达．中华人民共和国宪法讲话．人民出版社 1956 年版

吴家麟主编．宪法学．群众出版社 1983 年版

王向明．宪法若干理论问题的研究．中国人民大学出版社 1983 年版

何华辉．比较宪法学．武汉大学出版社 1988 年版

蒋碧昆．中国近代宪政宪法史略．法律出版社 1988 年版

许崇德．中华人民共和国宪法史．福建人民出版社 2003 年版

张晋藩．中国宪法史．吉林人民出版社 2004 年版

何勤华．中国法学史．法律出版社 2006 年版

王人博．宪政文化与近代中国．法律出版社 1997 年版

王德志．宪法概念在中国的起源．山东人民出版社 2005 年版

卞修全．近代中国宪法文本的历史解读．知识产权出版社 2006 年版

韩大元编著．1954 年宪法与新中国宪政（第二版）．武汉大学出版社 2008 年版

韩大元，林来梵，郑贤君．宪法学专题研究．中国人民大学出版社 2004 年版

梁漱溟．东西文化及其哲学．商务印书馆 1999 年版

梁漱溟．中国文化要义．上海人民出版社 2011 年版

张灏．幽暗意识与民主传统．新星出版社 2006 年版

张朋园．中国民主政治的困境（1909—1949）：晚清以来历届议会选举述论．吉林出版集团有限责任公司 2008 年版

金观涛，刘青峰．观念史研究：中国现代重要政治术语的形成．香港中文大学出版社 2008 年版

丁守和主编．中国近代启蒙思潮（上中下）．社会科学文献出版社 1999 年版

王健编．西法东渐——外国人与中国法的近代变革．中国政法大学出版社 2001 年版

萧公权．中国政治思想史．辽宁教育出版社 1998 年版

李剑农．中国近百年政治史．复旦大学出版社 2002 年版

熊月之．中国近代民主思想史（修订本）．上海社会科学院出版社 2002 年版

后 记

(一)

选择“中国宪法学说史”作为研究课题，我经过了长时间的思考。在二十多年的宪法学教学与研究中，我发现学术界对学说史、思想史等基础性学科缺乏必要的关注，相关的研究成果比较少。毋庸讳言，与大约同时起步的经济学、社会学、哲学等学科相比，法学在学术的思想性、纯粹性和前沿性方面有待进一步提升。有些研究成果仅仅把产生于西方法治发达国家特定语境中的理论、学说和制度不加理性选择和分析地介绍、移植到中国来，使得中国的法学研究缺乏学术研究应有的体系性和创新性，学术规范性和自主性不足，也在一定程度上导致法治建设毫无甄别地简单重复西方法治路径。“学术者，天下之公器也”，某种意义上可以说，一国的学术研究水平反映了这个国家的文化发展和文明发达程度，也反映了学术共同体的责任与尊严。要想成为在国际上具有影响力的大国，绝不能在学术研究上拾人牙慧、步人后尘。在他人的话语体系中亦步亦趋，永远不会有文化上的创新和自主性。

基于这种问题意识与学术责任，近些年来学者们开始关注中国法学，尤其是中国宪法学研究的自主性问题。如果从 1908 年晚清政府颁布《钦定宪法大纲》宣布预备立宪、仿行宪政起算，中国的宪法发展已经有了一百多年的沧桑历史。百余年中，不同时期的宪法学人呕心沥血、殚精竭虑，为宪法学发展献言献策，为中国的宪政建设付出了艰辛努力。他们的学术观点和理论，经过历史的过滤和文化的积淀，逐渐发展成为反映当时社会时代特征的宪法学说。我们认为，中国的宪法研究和宪政建设，除了要借鉴当今世界法治发达国家的成功经验以外，更重要的还是回归本源，

研究百余年来中国宪法学发展史，认真体会、借鉴中国学人留下的宝贵学术财富和经验教训。

（二）

2007年，“中国宪法学说史研究”课题获得国家社科基金一般项目立项（批准号：07BFX071）。在研究过程中，我们发现难度超乎想象。首先是史料的搜集问题。研究中国宪法学说史，首要的工作是史料的搜集和整理，只有在较为完备的历史资料的基础上才能提炼出相应的宪法学说。但是历史研究容不得半点浮夸，要以史料说话，有几分材料说几分话。为了尽可能完整地收集宪法史料，课题组成员运用各种资源，先后在中国人民大学、中国社科院法学所、武汉大学、浙江大学、山东大学等院校机构的图书馆复印了清末民初时期的各种书籍，特别是在中国第一历史档案馆、国家图书馆古籍馆影印复制了大量珍贵史料。花费不菲，但物超所值。这些素材不仅为中国宪法学说史研究提供了第一手资料，而且为后人系统研究清末民初时期的宪法史料提供了条件。

初步收集了相关史料之后，面临的第二个难题是如何从浩如烟海的史料中提炼、升华出体系化的理论学说。宪法学在发展过程中形成了宪法制度史、宪法思想史和宪法学说史等专业化的知识体系。尽管宪法学说史与宪法制度史、宪法思想史密切相关，但它们之间存在着明显的不同。从研究内容上看，宪法制度史是从宪法发展的制度变革层面来研究宪法的发展历程；宪法思想史是从宪法发展的思想流变层面来研究宪法的变迁过程；而宪法学说史则是从宪法发展的学术积累层面研究宪法学产生与发展的过程，考察宪法的历史积淀，旨在探讨不同时期特定概念与范畴体系化的过程。它既不同于宪法发展历史，也不同于特定时代宪法思想的记载，是对学术对象变迁的“再现”与“再认识”。

在以往宪法学的研究中，我们往往侧重于制度史、思想史层面的研究，对学说史关注不够。中国宪法学一百多年的发展历史中，各种宪法观点或思想如星辰闪耀，璀璨多辉。但是，是不是所有的宪法观点、主张都可以称为学说？究竟什么样的学术观点、主张才可能称为宪法学说？这些问题困扰课题组很长时间。因为没有现成的范本可供参照，一切工作都是筚路蓝缕，从

头做起，其史料收集之困苦、学术梳理之辛劳、学说提炼之艰难，确是冷暖自知，难与外人道也。

在收集了基本史料、确立了总体框架后，还要解决史料的精准度问题。由于年代久远，很多宪法史料逐渐毁弃，现存的可用资料有时还互相龃龉，难以印证。为此，我们通过各种途径，尽可能通过第一手资料整理出相对可信的结论。例如，在研究清末五大臣出访的相关史料时发现，载泽考察英国宪政的时候，曾邀政法学教员埃喜来去使署讲解英国宪法。但在载泽和与其同去之人的日记里，均没有对埃喜来个人情况的详细介绍。《载泽日记》提供的线索有两条：埃喜来是位政法教授；埃喜来将其所著两书《地方自治论》和《宪法解义》相赠。根据这两条线索，课题组成员在英国国家档案馆进行了查询。结果显示，与这位“埃喜来教授”最相匹配的应该是珀西·埃喜来爵士（Sir Percy Walter Llewellyn Ashley）。但此人系英国人，并非如五大臣奏折中所说是美国人。为了排除这一矛盾的信息，确定到底谁最有可能是载泽所讲的“埃喜来”，该专题负责人李蕊佚博士与伦敦政治经济学院（LSE）公法学权威马丁·洛克林教授取得联系。经过一番调查，洛克林教授认定此人应该就是珀西·埃喜来爵士（Sir Percy Walter Llewellyn Ashley）。几番详细考证，给五大臣讲解宪法的教授身份终于尘埃落定。

（三）

“中国宪法学说史研究”探讨的是宪法学作为一门知识体系传入中国并在中国立足、发展与演变的学术变迁过程。从地位上看，宪法学说史是宪法学体系的重要内容之一，是宪法学学科发展不可或缺的组成部分。尤其是在经济全球化的背景下，如何既保持本土宪法文化的自主性，又保持宪法文化的开放性，是我们应关注的一大现实问题。我们研究本课题的基本思路是：如果我们要在“西法东渐”的过程中、在西方宪法学话语占据主导优势的背景下保持自身法律文化的主体性，就必须深刻认识自身法律文化尤其是宪法文化的现代价值，而揭示这种价值的结构与功能，需要从对中国宪法学说史的梳理和体系化研究开始。

基于这种考虑，课题组试图通过对中国学者自身宪法学说的系统梳理来

揭示宪法学在中国的起源、发展与演变的历史过程，对百余年来中国宪法学说的发展流变做整体上的考察，并通过对宪法学说传承过程的呈现，客观地揭示我们对宪法观念和宪政理论曲折的继受过程。

研究中国宪法学说史并非仅出于历史的怀念与同情，还希望对当今宪法学研究和宪政建设提供理论上的支持和借鉴。在西法东渐的进程中，中国学者为西方宪法理论的本土化作出了卓有成效的努力，提出了若干根植中国、符合国情、具有本土特色的宪法概念和宪法学说。这些理性的成果对于我们建设社会主义法治国家、创建具有中国特色的宪法文化具有重要的参考价值。从长远来看，中国的宪法学说是中国传统法律文化的一个重要组成部分，是中华民族文化建设的重要内容。因此，我们需要将中国宪法学说史的研究置于文化建设的框架内考察，彰显其隐含的学术价值与社会价值，力求在宪法学发展进程中汲取有益营养，为宪法学中国化提供理论资源和学术动力。

当然，学说史研究是一项复杂的系统工程，它不仅需要跨学科的知识，更需要对学术和历史的虔诚与客观的态度。从历史和现实视角准确地把握宪法学说史的脉络与变迁规律需要付出学术努力。本课题虽然在基本资料收集和知识脉络的梳理上取得了一定进展，发表了二十多篇（册）与课题相关的阶段性成果，但由于学术水平的局限，仍不能完整地描绘出丰富的学术传统，在学术史的概括与话语的转换上也存在一些不足。本书采用的是专题的研究方式，尽管在写作和统稿中做了诸多努力，力求内容表述上的统一，但各专题之间难免还有内容或资料上的重复。可以说，本书对中国宪法学说史的研究仅仅是一个开始，我们希望继续跟踪学术动向，拓展研究领域，争取经过若干年的努力，完成多卷本、体系化，同时能够全面反映中国人宪法学思想与智慧的《中国宪法学说史》（多卷本）。

（四）

本书是集体作品，课题组全体成员都付出了艰辛的努力。本书的研究与写作分工是（以篇章节先后为序）：

韩大元（中国人民大学法学院教授，法学博士）：导论，历史篇第三章第一节、第四章第三节，范畴篇第二章；马小红（中国人民大学法学院教

授，法学博士）：背景篇第一部分第一章；孙振庆（山东省济宁市中级人民法院，法学博士）：背景篇第一部分第二章；李晓兵（南开大学法学院副教授，法学博士）：背景篇第二部分第一章；陈秋云（海南大学法学院教授，法学博士）：背景篇第二部分第二章；王贵松（中国人民大学法学院副教授，法学博士）：背景篇第二部分第三章；李蕊佚（清华大学法学院博士后研究人员，法学博士）：背景篇第二部分第四章：李忠夏（山东大学法学院副教授，法学博士）：背景篇第二部分第五章；刘春萍（黑龙江大学法学院教授，法学博士）：背景篇第二部分第六章；秦强（全国宣传干部学院，法学博士）：历史篇第一章、第四章第三节；王德志（山东大学法学院教授，法学博士）：历史篇第二章第一节；卞修全（中国政法大学法学院教授，法学博士）：历史篇第二章第二节；常安（西北政法大学行政法学院副教授，法学博士）：历史篇第二章第三节；范毅（南京财经大学法学院教授）：历史篇第三章第二节；冯家亮（中国法学会法律信息部副研究员，法学博士）：历史篇第四章第一节；张震（西南政法大学行政法学院副教授，法学博士）：历史篇第四章第二节；曲相霏（中国社会科学院国际法研究所副研究员，法学博士）：范畴篇第一章；刘劲松（江西师范大学历史文化与旅游学院副教授，历史学博士、法学博士后）：范畴篇第三章；上官丕亮（苏州大学王健法学院副教授，法学博士）：范畴篇第四章、第八章；胡弘弘（中南财经政法大学法学院教授，法学博士）：范畴篇第五章；褚宸舸（西北政法大学行政法学院副教授，法学博士）：范畴篇第六章、第七章；杨福忠（中共河北省委党校副教授，法学博士）：范畴篇第九章；王建学（厦门大学法学院助理教授，法学博士）：范畴篇第十章；郑磊（浙江大学光华法学院副教授，法学博士）：范畴篇第十一章。全书由主编修改审定。

需要说明的是，本书背景篇第二部分第二章“美国宪法学对中国宪法学说的影响”原来由济南大学法学院讲师刘伟撰写，并撰写了相关成果。然而，刘伟博士在完成部分初稿后不幸病故。海南大学法学院陈秋云教授重新撰写了这一章。课题组全体成员对刘伟博士的去世深表惋惜和哀悼。

在本课题研究过程中，课题组秘书秦强做了大量具体工作；在书稿

校对、资料核查等工作中，于文豪、田伟、郑海平、胡悦、杨小敏、沈子华、柴华、李样举、李秀鹏、王帅一等付出颇多心力，在此一并表示感谢。

韩大元

2012年2月16日