

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

(上)





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 (上)

主编 韩大元

中国人民大学出版社

《国家哲学社会科学成果文库》

出版说明

为充分发挥哲学社会科学研究优秀成果和优秀人才的示范带动作用，促进我国哲学社会科学繁荣发展，全国哲学社会科学规划领导小组决定自2010年始，设立《国家哲学社会科学成果文库》，每年评审一次。入选成果经过了同行专家严格评审，代表当前相关领域学术研究的前沿水平，体现我国哲学社会科学界的学术创造力，按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版。

全国哲学社会科学规划办公室

2011年3月

总目录

导 论	(1)
-----------	-------

背景篇

第一部分 中国宪法学说形成与发展的国内背景	(23)
第一章 中国传统文化与近代宪政学说的发展	(23)
第二章 近代宪法学说体现的中国传统法律文化	(62)
第二部分 中国宪法学说形成与发展的国外背景	(88)
第一章 法国宪法学对中国宪法学说的影响	(90)
第二章 美国宪法学对中国宪法学说的影响	(126)
第三章 日本宪法学对中国宪法学说的影响	(186)
第四章 英国宪法学对中国宪法学说的影响	(218)
第五章 德国宪法学对中国宪法学说的影响	(236)
第六章 苏联宪法学对中国宪法学说的影响	(255)

历史篇

第一章 中国宪法学说史的发展概况	(301)
第二章 清末民初到中华民国时期的宪法学说	(326)

第三章	新中国成立到“文化大革命”时期的宪法学说	(445)
第四章	改革开放以来的宪法学说	(483)

范畴篇

第一章	人权概念及其演变	(549)
第二章	基本权利概念及其演变	(653)
第三章	制宪权概念及其演变	(674)
第四章	基本义务概念及其演变	(709)
第五章	公民概念及其演变	(728)
第六章	宪政概念及其演变	(772)
第七章	民主概念及其演变	(822)
第八章	立宪主义概念及其演变	(884)
第九章	共和概念及其演变	(905)
第十章	地方自治概念及其演变	(942)
第十一章	宪法学方法论的演变	(981)
主要参考书目		(1067)
后记		(1071)

目 录

(上)

导 论	(1)
一、中国宪法学说史的基本概念	(1)
二、中国宪法学说史与宪法发展	(8)
三、中国宪法学说史的基本脉络	(9)
四、中国宪法学说史的基本内容	(11)
五、中国宪法学说史的基本特点	(13)
六、中国宪法学说史的研究方法	(17)
七、中国宪法学说史的研究意义	(18)

背景篇

第一部分 中国宪法学说形成与发展的国内背景	(23)
第一章 中国传统文化与近代宪政学说的发展	(23)
第一节 近代中国移植宪政的途径	(24)
第二节 宪政思想在中国的实践历程	(36)

第三节	近代中国宪政之误区	(40)
第四节	近代宪政中传统的缺位	(49)
第二章	近代宪法学说体现的中国传统法律文化	(62)
第一节	近代关于宪法、宪政的基本学说	(62)
第二节	各派观点的中国传统文化烙印	(74)
第二部分	中国宪法学说形成与发展的国外背景	(88)
第一章	法国宪法学对中国宪法学说的影响	(90)
第一节	法国政治法律思想对于法治近代化的意义	(90)
第二节	法国宪法学说传入中国的路径考察	(92)
第三节	法国宪法学说在中国的继受与发展	(100)
第四节	小结	(124)
第二章	美国宪法学对中国宪法学说的影响	(126)
第一节	清末美国宪政思想的输入及其途径	(126)
第二节	清末各派政治力量对美国宪政思想的回应	(141)
第三节	美国宪政思想影响下的民国时期本土言说	(159)
第三章	日本宪法学对中国宪法学说的影响	(186)
第一节	日本宪法学在清末鼎盛的原因	(186)
第二节	清末输入日本宪法学的途径	(188)
第三节	清末输入日本宪法学的载体	(190)
第四节	清末输入日本宪法学的内容	(203)
第五节	日本宪法学对中国的影响	(205)
第六节	小结	(217)
第四章	英国宪法学对中国宪法学说的影响	(218)
第一节	由中国人撰写的介绍英国宪法的书籍	(219)
第二节	介绍英国宪法的外文书籍的译著	(221)
第三节	外国人及清末外交大使为中国引入的英国宪法学说	(222)
第四节	对英国宪政的第一次官方考察	(224)

第五节 小结	(235)
第五章 德国宪法学对中国宪法学说的影响	(236)
第一节 德国国家法及宪法学说发展史	(236)
第二节 德国宪法学说对中国宪法学说的影响	(253)
第六章 苏联宪法学对中国宪法学说的影响	(255)
第一节 苏联时期宪法学说的形成及沿革	(255)
第二节 苏联宪法学说对中国宪法学说的影响	(268)

历史篇

第一章 中国宪法学说史的发展概况	(301)
第一节 中国宪法学说发展的历史背景	(301)
第二节 中国宪法学说发展的阶段划分	(314)
第二章 清末民初到中华民国时期的宪法学说	(326)
第一节 中国宪法学说的起源	(326)
第二节 中国宪法学说的初步形成	(353)
第三节 中国宪法学说的初步发展	(390)
第三章 新中国成立到“文化大革命”时期的宪法学说	(445)
第一节 20 世纪 50 年代的宪法学说	(445)
第二节 20 世纪 60 年代至 70 年代的宪法学说	(470)
第四章 改革开放以来的宪法学说	(483)
第一节 20 世纪 80 年代的宪法学说	(483)
第二节 20 世纪 90 年代的宪法学说	(502)
第三节 进入 21 世纪后的宪法学说	(519)

Contents

(Volume One)

Introduction	(1)
1. The Basic Concepts of Chinese Constitutional Theory History	(1)
2. Chinese Constitutional Theory History and the Development of Constitutional Law	(8)
3. The General Context of Chinese Constitutional Theory History	(9)
4. The Basic Components of Chinese Constitutional Theory History	(11)
5. The Fundamental Features of Chinese Constitutional Theory History	(13)
6. The Research Methods of Chinese Constitutional Theory History	(17)
7. The Significance of Research on Chinese Constitutional Theory History	(18)

Backgrounds

Part 1 Domestic Background of Formation and Development of Chinese Constitutional Theory	(23)
Chapter 1 Traditional Chinese Culture and the Development of Constitutional Theory in Modern Times	(23)
1. Approaches of Constitutionalism Transplantation Adopted by Modern China	(24)
2. The Course of Constitutionalism Practice in China	(36)
3. Misunderstandings of Constitutionalism in Modern China ...	(40)
4. The Omission of Traditions from Modern Constitutionalism	(49)
Chapter 2 Traditional Chinese Legal Culture Reflected by Modern Constitutional Theory	(62)
1. Essential Theory about Constitutional Law and Constitutionalism	(62)
2. Different Opinions Marked with Traditional Chinese Culture	(74)
Part 2 Overseas Background of Formation and Development of Chinese Constitutional Theory	(88)
Chapter 1 Chinese Constitutional Theory Influenced by French Constitution	(90)
1. The Influence of French Political and Legal Thoughts on the Modernization of the Rule of Law	(90)
2. Observing the Ways of Introducing French Constitutional Theory into China	(92)

3. The Adoption and the Development of French Constitutional Theory in China	(100)
4. Conclusion	(124)
Chapter 2 Chinese Constitutional Theory Influenced by American Constitution	(126)
1. Introduction of American Constitutional Thoughts in Late Qing Dynasty	(126)
2. Response to American Constitutional Thoughts by Various Political Forces in Late Qing Dynasty	(141)
3. Domestic Views Influenced by American Constitutional Thoughts in Republic of China	(159)
Chapter 3 Chinese Constitutional Theory Influenced by Japanese Constitution	(186)
1. The Reason of Japanese Constitutional Theory Being Pervasive in Late Qing Dynasty	(186)
2. The Ways of Introducing Japanese Constitutional Theory in Late Qing Dynasty	(188)
3. The Carriers of Introducing Japanese Constitutional Theory in Late Qing Dynasty	(190)
4. The Components of Japanese Constitutional Theory Introduced in Late Qing Dynasty	(203)
5. Influence of Japanese Constitutional Theory on China	(205)
6. Conclusion	(217)
Chapter 4 Chinese Constitutional Theory Influenced by English Constitution	(218)
1. Books Introducing English Constitution Written by Chinese Academics	(219)
2. Translation of Books Introducing English Constitution from Foreign Language	(221)

3. Introducing English Constitutional Theory into China by Foreigners and Late Qing Dynasty's Ambassadors	(222)
4. The First Official Study of English Constitutionalism	(224)
5. Conclusion	(235)
Chapter 5 Chinese Constitutional Theory Influenced by German Constitution	(236)
1. The History of the Development of German Constitutional Law and Constitutional Theory	(236)
2. Influence of German Constitutional Theory on Chinese Constitutional Theory	(253)
Chapter 6 Chinese Constitutional Theory Influenced by Soviet Constitution	(255)
1. The Formation and Evolution of Soviet Constitutional Theory	(255)
2. Influence of Soviet Constitutional Theory on Chinese Constitutional Theory	(268)

History

Chapter 1 Overview of Chinese Constitutional Theory Development	(301)
1. The Historical Background of Chinese Constitutional Theory Development	(301)
2. Phasing the Stages of Chinese Constitutional Theory Development	(314)
Chapter 2 Constitutional Theory during the Period from Late Qing Dynasty to the Republic of China	(326)
1. The Origin of Chinese Constitutional Theory	(326)
2. The Initial Formation of Chinese Constitutional Theory	(353)

3. The Preliminary Development of Chinese Constitutional Theory	(390)
Chapter 3 Constitutional Theory during the Period from the Establishment of P. R. China to the “Cultural Revolution”	(445)
1. Constitutional Theory during 1950s	(445)
2. Constitutional Theory during 1960s and 1970s	(470)
Chapter 4 Constitutional Theory since the Chinese Economic Reform and Opening	(483)
1. Constitutional Theory during 1980s	(483)
2. Constitutional Theory during 1990s	(502)
3. Constitutional Theory in the 21 st Century	(519)

导 论

一、中国宪法学说史的基本概念

中国宪法学发展已有一百多年的历史，在不同的历史时期以不同的形式展现其不同的社会功能。有学者，有学术，有学术活动，自然就有学术研究的载体与形式，也就形成学说的发展史。不管人们是否承认，学术的历史脉络与生命是连绵不断的，处于无法隔断的历史进程之中。中国宪法学说史研究，在逻辑结构上包含四个基本构成要素：（1）中国；（2）宪法；（3）学说；（4）史。如果要对中国宪法学说史总体演变过程进行研究，首先需要在这四个构成要素的逻辑内涵和外延进行界定。只有明确了这几个要素的特定含义，才有可能对中国宪法学说史概念有一个较为清晰、完整的界定。

（一）中国

中国宪法学说史中的“中国”是从空间上对研究对象的限定，即中国宪法学说史的研究对象是中国的宪法学说，而不是外国的或者西方的宪法学说。根据《汉语大词典》的解释，所谓中国是指“古代华夏族建国于黄河流域一带，以为居天下之中，故称中国。后成为我国的专称。全称中华人民共和国”。由此可见，中国首先是一个历史地理概念，泛指在历史上形成的特定地域范围。作为一个历史地理概念，它有两种含义：一种是广义的中国概念，即历史上形成的我国各个朝代的泛称，如秦汉、宋元、明清等于现在皆可以称为中国；另一种是狭义上的中国，专指中华人民共和国。中国宪法学说史中的中国应该是广义的中国，指的是在中国文明发展历史中，中国人关

于宪法的较为系统的看法、态度和观点等。^①

在中国宪法学说史的研究中，需要注意中国宪法学说史与西方宪法学说史的关系问题。在一定意义上，“中国”是与“西方”相对应的概念，但是由于在中国的传统法律文化中并没有现代意义上的“宪法”概念，现代意义上的宪法概念主要是欧风美雨、西学东渐的产物。因此，中国宪法学说史的研究就面临一个无法回避的难题：中国宪法学说史尽管是关于中国本土的宪法学说的梳理和研究，但是其研究对象在本质上与西方的宪法学说具有不可分割的历史联系性，这决定了中国宪法学说发展中浓厚的“西方背景”。这样，中国宪法学说史研究在某种程度上变成了中国人在中国本土研究西方的宪法概念，即所谓的中国宪法学只不过是“西方宪法学在中国”。尽管在宪法传入中国的一百多年中，不少有识之士一直在为“宪法学的中国化”而努力，但是，毕竟“宪法”这个概念是一个舶来品。中国的法律文化传统中尽管存在现代宪法的某些元素或宪政价值的片段，但总体上还缺乏宪法的“保障人权”和“限权”等基本价值内涵，宪法学的中国化仍然是长期的发展目标。因此，在对中国宪法学说史中的“中国”进行限定时，一个比较突出的问题就是：在百余年的宪法学说发展中，大部分内容是中国学人对西方宪法学说的引入、介绍和评说，而缺乏一种学术意义上的反思，没有根据本民族的文化传统、制度结构，独立地建立起一套系统的宪法学说。这是我们研究中国宪法学说史时，需要关注的一个问题。

（二）宪法

中国宪法学说史中的“宪法”是从研究对象上对研究对象的限定，即研究中国学人对宪法概念的基本理解和由此形成的理论体系。宪法学说是关于宪法的学说，而不是关于政治、经济、哲学或者刑法等方面的学说。作为一

^① 在宪法和法律文本上“中国”是具有确定性的概念，如宪法文本上的中国就是中华人民共和国。《全国人民代表大会常务委员会关于根据〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第一百六十条处理香港原有法律的决定》附件三第8项特别规定：任何提及“中华人民共和国”和“中国”等相似名称或词句的条款，应将其解释为包括台湾、香港和澳门在内的中华人民共和国；任何单独或同时提及大陆、台湾、香港和澳门的名称或词句的条款，应相应地将其解释为中华人民共和国的一个组成部分。因此，法律文本和规范意义上的“中国”是广义的概念，具有确定的内涵。在本书中，“中国”主要在历史和概念意义上使用，1949年以前主要指政治共同体意义上的“中国”，而1949年以后则主要指大陆，不包括台湾、香港和澳门地区。

种历史现象，实质意义上的宪法概念自古有之。按照宪法学界的通说，宪法一词起源于古希腊罗马时期，但是其含义与现代意义上的宪法略有不同。中国宪法学说史研究所关注的宪法是具有本土性的概念，即宪法概念产生、发展与演变的过程及其所表现的文化特色。

宪法概念在中国的发展经历了长期的过程。据考察，1893年郑观应的《盛世危言》一书中出现了宪法一词。近代意义上的宪法概念在中国的形成过程中，日本宪法学产生了比较广泛的影响。1905年清政府派5名大臣去国外考察宪政，第一站就是日本。他们考察宪政时曾写道：“考宪法制定之历史，有东西各国之不同。就形式以为言，有三种之区别，即钦定宪法、协定宪法、民定宪法是也……中国制定宪法，于君主大权，无妨援列记之法，详细规定，既免将来疑问之端，也不致于开设国会时为法律所制限。此钦定可以存国体而巩主权者一也。”^①在早期的官方文件中，宪法一词与宪政、立宪等词汇是区别使用的。如1906年9月1日（光绪三十二年七月十三日）慈禧下预备立宪诏书中同时出现了“宪法”、“宪政”与“立宪”等不同词汇。诏书谓：“……而各国之所以富强者，实由于实行宪法，取决公论，君民一体，呼吸相同，博采众长……时处今日，惟有及时详晰甄核，仿行宪政……以预备立宪基础。”在不长的诏书中同时以三个词来说明朝廷实行宪政和立宪的基本思路与理念，笔者认为，这里的“宪法”指的是形式意义上的宪法，即以法律形式确认的成文的宪法文件；“仿行宪政”指的是参照外国的制度，建立宪法制度，并从官制等方面进行改革，赋予宪法以社会过程与社会环境的意义；“立宪”则指制定宪法。

从本体论意义上看，诏书中的宪法、宪政等词汇与当时西方社会所实行的宪政（立宪主义）等概念之间存在着根本差异，但可发现一定的联系性。端方在《请定国是以安大计折》中对宪法的理解是比较准确的：“所谓宪法者，即一国中根本之法律，取夫组织国家之重要事件一一具载于宪法之中，不可摇动，不易更改，其余一切法律、命令皆不能出范围之中。自国主以至人民，皆当遵由此宪法而不可违反。”可以说，宪法、宪政等用语的含义在不同历史时期有所变化，但在学说史上的历史联系并没有中断。

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，中华书局1979年版，第33—35页。

把宪法概念置于学说史的背景下进行考察，能够发现其特定内涵与学术意义。宪法概念在中国宪法学说史上曾经历了立宪——宪法——宪政——立宪主义的变化过程，需要从相关概念的历史变迁中揭示它的内涵。

新中国成立后，宪法概念受到苏联宪法学的影响，但在概念的表述上又具有中国特色，如吴家麟教授在《宪法基本知识讲话》一书中对宪法概念作了如下表述：宪法是国家的根本法，它表现统治阶级的意志，巩固统治阶级的专政，规定社会结构和国家结构的基本原则，规定国家机关的组织、活动原则以及公民的基本权利和义务。^① 1978年以后，学术界对宪法概念的基本认识发生了一些变化，形成了较为一致的宪法定义，如何华辉教授认为：宪法是集中表现统治阶级意志的国家根本法。^②

目前中国宪法学界对宪法概念的认识采取了多元的学术立场，学者们从不同的角度解释宪法概念的文化基础与内涵。如从宪法与国家、社会的关系看，宪法是调整国家生活和社会生活的根本法，国家领域与社会生活领域都属于宪法调整的范围。尽管国家领域与社会生活领域具有不同的特点，但本质上不能脱离宪法的调整。

大体看来，我国关于宪法概念的理解可以分为三种观点。第一种观点认为，宪法是国家的根本法，具体表现为：宪法规定的内容是国家的根本问题，涉及国家政治、经济、文化、外交等各方面的根本制度；宪法的效力高于普通法律，宪法是普通法律制定的基础和依据，普通法律的规定如与宪法相抵触则无效；宪法的制定和修改程序较普通法律更为严格和复杂。第二种观点认为，宪法是阶级力量对比的集中表现或统治阶级意志的体现。宪法是占据统治地位的阶级通过法律的程序将自己阶级的意志表现为宪法，其实质是阶级意志的体现。第三种观点认为，宪法是民主的制度化、法律化，宪法是调整国家权力的分配及运行关系的法律规范的总称。这三种观点各有侧重：第一种观点从形式意义上看待宪法问题，注重宪法的根本性和最高性；第二种观点强调宪法的阶级性，认为其是阶级力量对比的集中表现；第三种观点突出了宪法的规范性，认为宪法是规定国家权力运行的一种规范。此外，也有学者把宪法的概念理解为一种综合性的概念，将以上三种观点或两

① 参见吴家麟：《宪法基本知识讲话》，中国青年出版社1954年版，第1页。

② 参见何华辉：《比较宪法学》，武汉大学出版社1988年版，第17页。

种观点结合起来加以考虑。

在宪法概念的理解上，我们既需要普适性的观念，也需要强调其本土的价值与意义。特别是进行宪法学说史研究时，我们需要采取多元化的宪法概念，从不同的层次来认识宪法、理解宪法。如在中国，揭示宪法的概念需要把握四个层面：第一个层面是价值形态意义上的宪法，无论在文本中有规定还是没有规定，只要人类还要生存下去，为了维护人类尊严、人的体面的生活和有尊严的生命，就必须有宪法。它首先不是规则意义上的，而是一种价值形态的。为什么人类需要宪法？因为宪法表达了人类社会的良心，表达了一个国家的尊严和政治道德。第二个层面是文本意义上的宪法，特别是在研究中国宪法的时候，我们需要分析文本意义上的宪法存在形态，文本里面包含着一种宪法，那么它的宪法是表明了一种规则，是一种规则意义上的宪法概念。第三个层面是生活中的宪法概念或者是运行中的宪法概念。对民众来说，价值形态的宪法、文本意义上的宪法也许远离他们的生活。由于每个人的生活环境不同，对宪法的需求不一样，他们不一定真正感受到一种文本上的或者价值意义上的宪法，但是生活中的宪法主体是公民，因此公民最有资格判断什么才是宪法。当宪法给他们带来一种利益，而且通过宪法实践活动，他们感受到宪法为捍卫人的尊严而存在的时候，这种意义上的宪法概念才存在于公民的生活之中，可以称之为作为公民生活规则的宪法。第四个层面是综合性的宪法概念，它不仅仅是法律的概念，也是政治的概念；它不仅仅是经济的概念，也是文化的概念。这也可称为文化意义上的宪法概念。我们需要从文化的角度来认识宪法，才能适应 21 世纪宪法发展的总体趋势。因为宪法概念所包含的文化价值已经克服了过去的仅仅调整政治生活的政治宪法的缺陷，也克服了《魏玛宪法》以后形成的主要调整经济生活的经济宪法的缺陷。在这个意义上，我国的宪法概念具有深厚的文化基础。

因此，作为中国宪法学说史研究对象的“宪法”，不仅仅指的是国家根本法，更是一种体现为价值理念、文本规则、生活实践和法律文化等不同层面的综合性概念。所以，在对中国宪法学说史之“宪法”进行限时，应当采取一种综合性的宪法观，全面了解宪法在不同层面的多元意义，只有这样才能更加全面地理解作为中国宪法学说史研究对象的“宪法”的精确含义。

（三）学说

中国宪法学说史中的“学说”是从研究内容方面对研究对象的限定，即

研究宪法学说,而不是宪法思想、宪法制度等。这里需要将学说史与学术史、思想史、制度史等相关概念作一个简单区分。按照《汉语大词典》的解释,学说是指“学术上自成系统的主张、理论”,学术是“有系统的专门学问”,思想是“客观存在反映在人的意识中经过思维活动而产生的结果”。学说与学术的不同在于:学说是一种较为系统的理论主张,能够自成体系,并且形成一定的影响;而学术是个人的一种学术观点与学术主张,并不一定形成系统的理论体系,因此,学说一定是一种学术,而学术则不一定能够形成学说。也有学者认为,学术史,就是“辨章学术,考镜源流”^①。学说与思想的区别类似于学说与学术的区别,即思想主要是个人的一种思维活动和结果,并不一定会形成系统的学说。如西方法律思想史之“思想史”,是指西方法律思想史探讨的是人的意识形态,以区别于法律的制度史。制度史研究的是具体实在的法律制度发展的进程,而思想史研究的是人们对法律制度认识的发展史。^②以西方法律思想史与外国法制史为例,思想史与制度史的区别主要在于:西方法律思想史主要研究西方法律思想、理论、观点和学说及其产生、发展和演变的规律,简言之,它是思想史、理论史、学说史,属于理论法学的范畴;而外国法制史主要研究外国法律制度的产生、发展和演变的规律,它是法律制度史,属于历史法学的范畴。^③

因此,具体到宪法上,虽然从表现形式看,宪法制度史、宪法思想史和宪法学说史最终都表现为特定的宪法的理论成果,但是,三者的区别决定了对宪法思想史和宪法制度史的研究代替不了对宪法学说史的研究。宪法学说史是从学术传承、学术积累的角度对历史上存在过的宪法学说的梳理和归纳,而宪法制度史和宪法思想史则仅仅是从制度沿革和思想发展角度对宪法历史过程的一种描述,两者存在着不同的学术理念和价值追求。有学者曾以社会主义学说史为例论证了学说与制度的关系,认为:“社会主义学说史是研究社会主义特别是科学社会主义发展规律的科学。说得具体一点,社会主

^① 陈平原主编:《中国文学研究现代化进程二编》,北京大学出版社2002年版,“学术史丛书”总序,第1页。

^② 参见徐爱国、李桂林、郭义贵:《西方法律思想史》,北京大学出版社2002年版,“前言”第1页。

^③ 参见谷春德主编:《西方法律思想史》,中国人民大学出版社2004年版,第15页。

义学说史是研究空想社会主义的产生、发展的经济基础和社会作用，及其如何变为科学的；研究科学社会主义理论形成的各种客观依据和主观条件。”在学说的关系上，“科学社会主义是一个科学的思想体系或学说，同时又是一种实际的运动和人们所向往的社会制度。这三者是有机联系的统一整体。因此，社会主义学说、社会主义运动、社会主义制度都是在历史中发展的，不应把它凝固化、模式化、教条化”^①。在这种意义上，学说、思想、制度三者是有机联系的统一整体，是相互促进的历史发展关系。

（四）史

中国宪法学说史中的“史”是从时间上对研究对象的限定，即主要是从历史的角度对中国宪法学说发展进程的概括和考察。以历史为线索来考察，首先面临的是中国宪法学说的历史断代问题。尽管中国有几千年的文明历史，但是中国宪法学说的发展却是进入近代以后的事情。因此，中国宪法学说史的研究起点是清末民初时期。^②如果我们认定清末民初是中国宪法学说史研究的历史起点，那么可以大致将中国的宪法学说分为以下几个时期：清末民初时期的中国宪法学说、民国时期的中国宪法学说以及新中国成立以后的中国宪法学说。新中国成立以后的宪法学说又可以分为五四宪法时期的宪法学说、“文化大革命”时期的宪法学说和改革开放后的宪法学说，而后者又可以进一步划分为20世纪80年代的宪法学说、20世纪90年代的宪法学说和进入21世纪以后的宪法学说。

总之，所谓中国宪法学说史，是指中国学人关于宪法的较为系统化、体系化的理论、观点在历史上的发展变化情况。其基本构成要素表现为：在空间上，它将研究视阈限定于“中国”，由此区分于西方宪法学说史；在研究对象上，它将研究对象限定于“宪法”，由此区分于中国政治学说史、中国经济学说史等；在研究内容上，它将研究内容限定于“学说”，由此区分于中国宪法思想史、中国宪法制度史等；在时间上，它将研究视阈限定于“史”，由此区分于中国宪法学说的政治学考察、社会实证考察等。

^① 戴清亮、李良瑜、荣民泰等：《社会主义学说史》，人民出版社1987年版，“导论”第9页。

^② 这与中国宪法学的历史起点是相一致的。中国宪法学的发展一般分为前50年和后50年两个阶段。其中，新中国成立以前的宪法学发展为前50年，具体又可分为宪法学理论输入期（1902年～1911年）和宪法学理论形成期（1911年～1930年）、宪法学理论成长期（1930年～1949年）三个阶段。

二、中国宪法学说史与宪法发展

宪法学说史是宪法学研究的重要内容之一，对于宪法学乃至整个法学的发展都有着重要的理论价值和实践意义。如果一个国家的宪法研究没有演化为一种宪法学说，如果在宪法研究上缺乏本土宪法学说的理论支撑和资源借鉴，那么这个国家的宪法发展与宪政实践无法避免其历史的局限性。

基于其重要理论价值和实践意义，国外法学界对宪法学说史的研究可谓汗牛充栋，不胜枚举。就过程而言，国外宪法学的研究一般都是以本国的宪法学说史的研究为基础展开的，通过对历史上的宪法文件、宪法档案等资料的研究整理，为本国的宪法研究和宪政建设提供资源。在西方宪法学研究中，最重要的研究领域往往是对本国宪法学说发展历程所进行的研究，这种宪法学说史的研究一旦转化为理论成果，就会成为本国宪法文化的理论根据，进而有力地推动着本国宪法文化的发展。例如，在美国，关于宪法学说史的研究，诸如《联邦党人文集》、《辩论——美国制宪会议记录》等，已经成为美国宪法发展的重要理论资源。日本学术界对宪法学说史的研究也是非常重视的。据不完全统计，关于日本明治宪法的制定过程和运行过程的研究成果有三十卷之多。这些对宪法历史的研究升华为宪法学说史之后，就会内化为本国宪法文化的基础，成为本国宪法研究和宪政建设的理论资源。总之，从国外的宪法学发展历程来看，根据历史档案资料等梳理本国宪法学说的发展历史，形成宪法学说史，在此基础上进行宪法理论和宪政建设研究，已经成为各国宪法发展的基本趋势。

宪法学说史的研究的价值是显而易见的，但是，囿于研究视角的问题，目前我国法学界对中国宪法学说史的研究、整理工作还处于起步阶段。当前已出版了若干部从宪法制度发展史、宪法思想发展史的角度研究宪法历史的著作，比较重要的如许崇德教授的《中华人民共和国宪法史》、韩大元教授的《1954年宪法与新中国宪政》、张晋藩教授的《中国宪法史》、徐祥民教授的《中国宪政史》等，这些著作的出版对中国宪法历史的研究具有参考意义。但是，真正从宪法学说发展史的角度对中国宪法百年历史发展进程进行学术梳理的成果付之阙如。宪法学说史研究的空白现状决定了开展中国宪法

学说史研究的重要性和紧迫性。

根据宪法发展的历史经验，宪法学说史与宪法发展之间存在着密切关系：一方面，宪法学说史的发展会推动宪法的发展；另一方面，宪法的发展又进一步丰富宪法学说史的发展，二者之间是一种良性互动关系。

首先，宪法学说史的发展会推动宪法的发展。宪法学说是一个国家的学人关于本国宪法发展情况系统化、体系化的理论总结，是对本国宪法理论和宪法实践的高度概括，是本国宪法文化和宪法传统的高度凝结。在宪法发展史上，宪法学说的出现往往标志着这个国家特定时期的宪法发展达到了一个较高的程度。而每一个新的宪法学说的出现通常又会引发学界对该种学说的争论，这些争鸣性观点的提出又在另一个层面上推动了宪法学的发展。可以说，正是由于宪法学说的“百花齐放，百家争鸣”，宪法学的发展才会获得长远而持久的发展动力。

其次，宪法的发展也会不断丰富宪法学说史的发展。宪法的发展不是孤立的，往往和政治、经济、文化的发展交相辉映，而政治、经济、文化和宪法的发展恰恰是宪法学说发展的基础和根源。作为一种体系化的理论形态，宪法学说也不是孤立的存在，它必须依赖于政治、经济、文化和宪法等各个方面的发展。在这些前提性因素中，宪法的发展对宪法学说的发展产生直接的影响。宪法学说的形成结果仰赖于宪法的发展，也只有在一个宪法充分发展、宪法信仰充分彰显、宪法实践充分落实的社会中，宪法学说的形成才是水到渠成的必然。所以，尽管宪法学说的发展会推动宪法的发展，但是宪法学说的形成和发展在根源上还要依赖于宪法本身。

三、中国宪法学说史的基本脉络

在中国宪法学一百多年的发展与演变过程中，宪法学与政治学、经济学、社会学等不同学科之间形成了一种混合的制度与学术体系。尽管在旧中国宪法发展中出现了一些脱离宪法理性的制度与文本，但就整体脉络而言，不同时代学者们提供的宪法学知识保持着学术关联性，给后人留下了丰富的学术遗产。^①特别是宪法学作为研究宪法现象的知识体系，提倡知识与学术的

^① 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，法律出版社 1998 年版，第 65 页。

历史传承,使宪法学说成为连接知识与经验、现实与历史的纽带。

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系统化的知识体系。宪法学说史是从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,旨在探讨特定概念与范畴体系化的过程。它既不同于宪法发展的历史,也不同于特定时代宪法思想的记载,而是对学术对象变迁的“再认识”。当然,在宪法学说发展中制度、思想与学说之间又保持着关联性,在互动中寻求发展。

在中国,宪法学说史描述与再现了宪法发展的历史事实。在1908年颁布《钦定宪法大纲》前后,我们建立了初步的知识体系^①,追求着一种宪政理想,但学说的历史带有深沉的政治影响。^②以控制国家为目标的宪法,往往要在国家的主导下获得发展的动力。这样一来,早期的中国宪法学说具有浓厚的“国家学说”色彩,特别是与社会学、政治学等学科的关联性中寻求发展。由于“富国强兵”成为中国立宪的指导理念^③,通过学术研究论证国家的正体性与统治的合理性也成为宪法学说发展的内在动力。宪法学者们试图通过学术论证自己国家的“正体性”,即体制的历史基础与渊源。在他们看来,没有对本国历史的认识与把握,不可能产生维护正体性的信心与责任。在一百多年的中国法学发展史上,宪法学历来是最具学术影响力的学科之一,承载着不同时代的历史使命,无论从制宪、修宪还是从公共政策的调整中都可以看出社会生活对宪法学的需求以及宪法学发挥的社会功能。同时,中国宪法学在各种政治现实面前努力保持着学术自主性,传承学术传统,使宪法学的历史脉络得到延续。

百年来的中国宪法学,形成了不同的思潮、理论、主张以及不同学派的学术风格。对百年宪法学学术传统与遗产,我们应采取什么样的学术立场?

^① 参见韩大元:《辛亥革命与宪法学知识体系的转型》,《中国法学》2011年第4期。

^② 有学者在分析“清末宪法草案乙全本”的纂拟时认为,它“是20世纪初中国法学界对以往学习西方宪法学、政治学的成果作出的一次全面总结,其内容涉及了宪法学的各个领域——形成了一部完善的中国早期宪法学体系”。详见俞江:《两种清末宪法草案稿本的发现及初步研究》,《历史研究》1999年第6期。

^③ 1906年9月4日,光绪皇帝颁发了《宣示预备立宪先行厘定官制谕》,指出“……各国之所以富强者,实由于实行宪法,取决公论,君民一体,呼吸相同,博采众长,明定国体,以及筹备财政……时处今日,惟有及时详析甄核,仿行宪政,大权统之朝廷,庶政公诸舆论,以立国家万年有道之基”。

笔者认为，我们需要全面梳理百年宪法学说史的历史，找出经验与教训，在客观地评价宪法学研究现状的基础上进一步推进“宪法学中国化”的进程。基于这种考虑，中国宪法学说史研究的基本思路是试图通过对中国学者自身的宪法学说的梳理工作，揭示宪法学在中国的起源、发展与演变的历史过程，并通过对各个时期宪法学说的变换、传承的梳理，对百年中国的宪法学说的发展流变作一个整体上的考察，同时揭示这种宪法学说的传承关系，揭示我们对宪法观念和宪政理论的曲折继受过程。

在进行中国宪法学说史研究时需要注意的一个问题是，“宪法”这个概念是一个舶来品，是中国法学界在继受西方法律思想和西方法律制度时引入的一个概念。尽管在中国的古典文献中也存在着“宪”、“宪法”之类的词语，但是其意义与现代意义上的宪法有着天壤之别。实际上，不仅仅是中国宪法学，整个中国法学，包括中国民法学、中国刑法学、中国行政法学都是在欧风美雨的侵蚀、浸淫之下的产物。因此，在进行宪法学研究尤其是中国宪法学说史研究的时候，需要明确中国宪法学说史的研究对象之特殊性，注意将“中国”与“宪法”两个概念有机联系起来，而不是将其割裂。因为，由于中国宪法传统的匮乏，在宪法学的研究中，不可避免地要引入、介绍西方的宪法理论和宪法学说，这些是我们进行宪法学研究不可或缺的重要资源。但是，这些源自西方的宪法理论和学说仅仅是西方语境下的产物，能否无条件地适用于中国还有待于实践的证明。因此，在研究中国宪法学说史时，需要将“中国的宪法学说”与“在中国的西方宪法学说”加以区分。中国宪法学人基于本土的宪法文化对宪法的理论进行了系统化的思考，而不仅仅是引进、介绍西方的宪法理论和宪法学说。

四、中国宪法学说史的基本内容

中国宪法学说史的研究是一项综合性的工作，需要综合运用历史分析、实证分析和比较分析等方法来进行研究。从内容上看，中国宪法学说史的研究是系统性和整体性的研究，但是限于资料的搜集与研究的侧重情况，本书虽然名为“中国宪法学说史研究”，但是实际上只是对其中的几个重要专题进行了初步的梳理，因此在内容上仅仅是关于中国宪法学说史方面的专题研究。

本书内容分为三篇：背景篇主要介绍中国宪法学说史形成和发展的国内外背景，其中国内背景部分侧重于揭示中国传统法律文化对中国宪法学说的形成产生的影响；国外背景部分主要介绍域外宪法学说对中国宪法学说的影响，侧重于法国、美国、日本、英国、德国以及苏联等世界宪法发达国家的宪法学说对中国宪法学发展产生的影响；历史篇是关于中国宪法学说史的历史沿革和发展阶段，主要介绍清末民初至今百余年中中国宪法学说形成和发展的基本概况；范畴篇主要介绍宪法中的一些基本范畴在中国的引入和发展情况，如“人权”、“基本权利”、“立宪主义”、“宪政”、“共和”、“民主”、“公民”等概念。这些范畴的发展是中国宪法学说发展的一个缩影或具体体现。本书分为上下两册，其中，背景篇与历史篇具有关联性，合为上册；范畴篇的内容相对独立，单独作为下册。

这三个部分的研究具有内在的逻辑关联：背景篇之所以着重介绍中国宪法学说史研究的国内背景，是为了表明中国传统法律文化对中国宪法学说发展的影响情况，一个国家的宪法学说实际上是该国法律文化的一种体现，深受这个国家传统文化的影响。同理，之所以介绍宪法学说研究的国际背景，是因为中国的宪法学说实际上借鉴于西方，西方国家典型的宪法学说与宪政理念会对中国宪法学说的发展起到重要的影响。如何正确看待西方国家的宪法学说对中国宪法学说的影响，就成为中国宪法学说史研究的重要课题之一。历史篇是关于中国宪法学说史的历史背景和历史发展情况的整理，这是中国宪法学说发展史的主体部分，它实际上是从历史逻辑的角度对中国宪法学说的概括。范畴篇是对中国宪法学说中的一些重要范畴的发展演变的研究。之所以选择这些典型概念作为分析的重点，是因为它们反映了中国宪法学说史发展的基本脉络，从中可以管窥中国宪法学说史的发展演变情况。以上三个部分是中国宪法学说史研究的基本框架，具体到每一部分内容，研究方法和重点内容并不一致。从整体上看，中国宪法学说史研究的重点内容主要包括以下几个方面：

1. 通过对历史档案、文献等资料的收集、整理工作，为中国的宪法学研究和宪法发展提供第一手的历史资料。

2. 研究中国宪法学说百年发展历史中的演变过程，从中揭示中国宪法学发展的基本特点与规律。

3. 研究中国宪法学说发展中的自主性问题。从实证的角度系统研究西方宪法学传入中国的背景、过程,分析中西方宪法文化的冲突和融合问题,研究西方宪法的普适价值与中国宪法的本土学说之间的复杂关系。

4. 研究中国百年宪法学发展史上,不同宪法学说的历史继承性与学术传承性问题。

5. 通过对中国宪法学说史以及“宪法”这一概念的本土化过程的研究,总结出中国宪法学应具有的理论品格与基本的学术风格。

从以上内容可以看出,研究中国宪法学说史并不是仅仅出于历史的同情而对宪法学历史的一种总结,其目的还在为现今的宪法研究和宪政建设提供理论上的支持和借鉴。在“西法东渐”的历史进程中,中国学者为西方宪法理论的中国化作出了卓有成效的努力,提出了根植中国国土、符合中国国情的宪法概念和学说,这对于建设社会主义法治国家、创建具有中国特色的宪法文化都有着重要的参考价值。从长远来看,中国宪法学说史是中国传统法律文化的一个重要的组成部分,也是文化建设的重要内容。将中国宪法学说史的研究放在宪法文化与民族文化建设的框架内予以考察,可以充分彰显其自身所隐含的学术价值与社会价值,从而可以从宪法学历史发展中吸取有益的营养,为宪法的中国化提供理论基础,以完成“宪法学中国化”的学术使命。

五、中国宪法学说史的基本特点

在某种意义上,所谓中国宪法或立宪,不过是各个时代的宪法学说的一种制度化或规范化凝结,是将以理论形态呈现的宪法学说转化为现实中的文本或制度的一个过程。在百余年的宪法学说发展历史中,基于中国的学术传统与国情的独特性,中国宪法学说也呈现出不同于其他国家的发展特点与问题。

(一) 中国宪法学说形成中的内在性与外在性

中国宪法的发展同中国法律发展的大背景一样,都是欧风美雨浸淫下的产物。清末以降,随着西方文化的引入,中国对西方的学习已经由最初的“坚船利炮”的器物层面上升为“开国会、设议院”的制度层面,而在国家的制度建设中,法律尤其是宪法起着决定性的作用,所以宪法的制定和宪政

的实施始终贯穿于中国百年发展的过程之中。在这个漫长的过程中,由于中国传统法律文化的内在缺失,我们的制度建设和宪政发展不得不依靠国外的宪法理论和宪法制度作为借鉴资源,中国传统法律文化遗留下来的治理思想在某种意义上成了西方宪法理论所改造的对象,有时我们不得不依靠西方的宪法知识来指导中国的宪政建设。当然,基于经济全球化的背景,我们并不是完全否认西方宪法理念的普适性,但是根植于西方文化背景中的现代宪法理念在多大程度上能够支撑中国的人治传统,这仍然是一个需要继续研究的问题。尽管如此,在中国宪法发展过程中,对西方理论的学习成为我国宪法发展的一个基本路向,这就使得中国宪法发展呈现出鲜明的外在性特征。中国宪法发展的外在性决定了中国宪法学说发展的外在性。对西方宪法学说的引入与学习、对西方宪法理论的梳理与研究成为中国宪法学说发展中的一项重要工作,由此也形成了一个基本特点,即中国宪法学说形成缺乏内在性,更多地呈现出外在外在性特征。

(二) 中国宪法学说发展中的主体性与自主性

作为民族文化的一种表现形式,宪法的发展应当具有主体性。宪法发展的主体性是指在一个国家应当以本国、本民族的宪法为根本,在此基础上逐步构建符合本民族文化心理、国情的宪法理论与宪法体系。中国宪法学说发展中的外在外在性特征决定了其主体性的缺失。从我国宪法学说发展的历史来看,在清末民国时期,中国宪法学说以西为师,主要效仿日本;在新中国成立后,又另起炉灶,转师苏联。这种对国外宪法的步步仿效,使得中国的宪法学说过多地依靠国外的宪法理论来完善。但是国外的宪法学说是根植于该国的宪法文化之中,以国外的宪法学说来解释中国的宪法实践,往往力有未逮,造成中国宪法学说与中国宪法实践的脱节,使得中国宪法对社会现实的阐释力受到削弱,这种实践与理论的脱节反过来又会影响宪法学说的主体性和自主性的形成,使宪法学说成为宪法学者面壁虚构的书斋理论。离开了实践的滋养,中国宪法学说也难以形成自己的理论体系。

(三) 中国宪法学说发展中的学术独立性与规范性

法学作为一门科学具有规范性和逻辑性。但与西方的法律文化相比,中国的法律,尤其是宪法的规范性相对较差,受政治、经济、文化、社会的影响比较大,尤其是政治、经济因素对我国宪法的影响尤为明显。从1982年

宪法开始，我国宪法已经经过了四次修改，从四次宪法修正案的内容来看，政治、经济方面的变化对宪法变迁的影响最大。宪法变迁的这种特性影响了宪法学说的特点，使得我国的宪法学说也带有很大程度上的实用性或功利性的色彩，缺乏规范性。从基本内容来看，我国宪法学说更多侧重于宪法对社会与国家的适用，大多是为了解决社会、国家中存在的问题而提出的某种对策性回答。从宪法与社会变迁的关系来看，宪法学说适应社会环境的需求是宪法发展所必须直面的问题，也是宪法具有生命力的关键之所在。但是，如果宪法学说过分地迎合社会环境，过分地迎合政治、经济的需要，就会丧失学说的规范性，因此，在宪法学说的发展中，我们既要重视宪法学说的社会功用性，也要重视宪法学说的规范性。

（四）中国宪法学说的开放性与保守性

宪法在中国是一个舶来品，在文化冲突与融合的过程中形成并发展。与此相适应，中国宪法学说带有开放性的品性。这主要体现为中国宪法在汲取国外宪法营养的基础上，逐步结合中国国情，尝试将国外先进的宪法学说引入中国，并使之成为中国宪法学说的重要组成部分。纵观中国宪法学说的百年发展历程，实际上就是虚心学习西方先进的宪法理论、宪政制度的过程。同时，中国宪法学说的发展过程也具有保守性的特征。保守性是宪法的一种属性，主要体现为宪法对既存社会秩序的维护上。宪法实施能够形成宪法秩序，宪法秩序一旦形成，基于宪法的最高性，它就成为社会的最高秩序，国家生活都必须符合宪法秩序而不能违反它。宪法的保守性直接影响并决定了宪法学说的保守性。我国宪法学说的保守性主要体现为两个方面：其一，宪法学说受政治因素的影响较大。宪法具有浓重的政治性特征，政治制度、政治学说对宪法学说具有重要影响。在政治制度和政治学说没有较大变化的情况下，宪法学说的变化就显得尤为困难，这就使得宪法学说的创新非常艰难，体现出保守的一面。其二，由于中国宪法学的起步较晚，还没有形成内在的逻辑体系，无法自足、自洽地发展，宪法知识体系过分迁就社会现实的情况比较严重，宪法知识更新和概念演变较为缓慢，这在一定程度上也导致了宪法学说的保守性特征。宪法学说的开放性使得宪法学吐纳更新，更好地汲取外国资源来促进自身的发展；而宪法学说的保守性又在一定程度上维持了社会的稳定与宪法秩序，使宪法变迁和社会变革以一种稳妥的方式进行。从二者的关系上看，

宪法学说的开放性和保守性之间是一种看似对立、实则统一的关系。

(五) 中国宪法学说的科学性与工具性

在法学界,关于法学是不是一门科学的问题曾经引发过一场激烈的争论。尽管有学者认为法学是一门技术之学,不具有科学的属性,但是,主流的观点还是肯定了法学的科学性。宪法学作为法学的一个重要分支,自然也应当具有法学的科学属性。宪法学的科学性主要体现为宪法学具有完整的知识体系,具有不同于部门法学的基本范畴,具有独特的思维方式和思维习惯。宪法学的科学性决定了宪法学的客观性和价值性。作为一门科学的宪法学具有学科独立性和自治性,可以通过内在的逻辑体系自足发展。在价值性上,宪法学以权力和权利关系为研究起点,着重阐释控制国家权力、保障公民权利的宪法理念,使宪法具有浓郁的价值色彩。与宪法的这种应然理念相对的是,中国宪法学在现实中往往表现出另外一种形态,即宪法的工具性特征比较明显,科学性有所缺失,这主要是受传统法律文化中的法律工具主义思维的影响。在我国的法律文化传统中,“法即刑也”是源远流长、影响至今的一种观念。比如,在宪法功能的理解上,就受到法律工具主义的影响,将宪法仅仅作为治理国家的一种工具来看待。如果以宪法的科学性来看,宪法学具有自己独立的价值,不因国家阶段性目标的不同而失去科学性,不论是在何种情况下,控制权力、保障人权始终是宪法恪守不渝的价值目标。但是如果把宪法仅仅作为一种工具来看,统治者可以根据其现实需要来任意取舍。在价值理念上,宪法学的科学性和工具性有时是相互冲突的,要尽可能缓和二者的冲突,将二者有机融合起来。

(六) 中国宪法学说的专业性与大众性

在宪法学说的发展过程中,专业化和大众化的矛盾问题是一个贯穿始终的问题。宪法学作为一种国家治理之学,具有专业化和精英化的特征,具有自己独特的专门术语和专业思维,不是专门研究宪法的人,很难在短时间内把握宪法的精髓。这种专业化特征对于维持宪法学的科学性、促进宪法学的知识体系的发展是非常必要的。然而,宪法学说的专业化特征导致的一个必然后果是,宪法学知识掌握在少数法学精英手中,普通民众知之甚少甚至根本不予关心。宪法的价值目标是通过对国家权力的限制来实现权利保障。这种价值目标的实现不能单纯依靠法学精英的努力,全体民众的宪法意识的提

高和权利意识的苏醒具有更重要的意义。因此，在宪法学说的发展过程中，应当适当平衡其专业化和大众化价值。从宪法的实践品格来看，宪法学不是空头理论，而是来源于现实并指导现实的国家治理学说，是一种实践之学。因此，宪法学说应当体现社会价值，反映民众需求，强调宪法学的大众化，并通过各种形式进行民众启蒙，向民众普及宪法价值，培养宪政理念，将宪法学说的专业化和大众化有机结合起来，发挥其应有功能。

六、中国宪法学说史的研究方法

在研究方法上，中国宪法学说史研究主要运用历史分析、实证分析和比较分析的方法。中国宪法学说史的整理工作既涉及宪法的“历史”，同时也涉及宪法的“理论”，两者是密切联系的。因此，“史”与“论”的结合是揭示中国宪法学发展规律的基本方法。中国宪法学要立足本国的社会实践，在借鉴国外宪法学的同时，必须重视本国学术传统与历史。在历史分析的基础上，运用实证分析和比较分析的方法对各种散见的历史档案和历史文献进行收集、整理。

1. 历史分析方法。历史分析方法是宪法学研究中比较常见的一种方法，主要是通过纵向的历史发展来展现宪法学发展的一般规律。历史分析方法认为，如同其他客观事物一样，宪法学也是发展变化的，因此，在研究宪法学时，需要追根溯源，弄清它的来龙去脉。在宪法学说史的研究中，历史分析方法主要体现为：第一，宪法学说史的形成本身就是宪法学历史发展的产物，因而在对宪法学说进行整理时，应当将其还原到当时的历史语境中，综合考察其产生的历史背景、历史功能和历史意义。第二，在众多的宪法史材料中寻找、提炼宪法学说，需要对浩如烟海的宪法史料进行考证、分析，而这同样离不开历史分析方法的运用。

2. 实证分析方法。在宪法学说史的梳理中，实证分析方法的作用主要体现为以下几点：第一，宪法学说作为一种理论形态，产生于特定的社会环境之中，又会对社会环境产生积极的推动作用。对于宪法学说产生的社会背景和社会作用，需要运用实证分析的方法去仔细地考察和论证。第二，宪法学说的产生和发展有赖于宪法的发展，而宪法的发展又有赖于社会的政治、经济、文化等各个方面的条件。这些宪法学材料随着历史的发展逐渐累积，

当后世的学人再想利用这些历史材料从中挖掘出有用的信息的时候,就需要对这些庞杂的史料进行检索与考证,如概念的厘定、史实的考证等,都需要运用实证分析的方法。

3. 比较分析方法。由于中国宪法学本身就是西学东渐的产物,因而在研究中国宪法学说史的时候,必须要运用比较分析的方法,主要有两个层面:第一,在横向的比较上,是中国宪法学说和西方宪法学说的比较研究。在根源上,中国的宪法学说起源于西方宪法学说的引入,因此,适当参考和借鉴西方宪法学说史的成功经验,对于我国宪法学说史的发展有着重要的参照作用。第二,在纵向的比较上,是中国宪法学说的历史更替和学说传承之间的比较。任何宪法学说的产生都不是孤立的,需要在充分吸收前人经验的基础上,结合时代特征,才能提出具有创新性的宪法学说。因此,通过历史上前后相继的宪法学说的比较分析,可以看出我国宪法学说的发展脉络与基本进展。

七、中国宪法学说史的研究意义

中国宪法学说史研究的意义可以归结为以下几点:

第一,通过研究宪法学说史,我们可以寻求宪法学与社会发展之间的相关性因素,获得对宪法的整体性认识。如前所述,在宪法制度、宪法思想与宪法学说的三者关系中,宪法学说史的研究对于宪法发展具有重要的意义:一方面,宪法学说史的发展必然会带来宪法的相应发展;另一方面,宪法的良性发展反过来又会促进宪法理论的良性发展。在这个意义上,判断一个国家的宪法理论与宪政实践是否成熟的基本标志之一,就是这个国家是否形成了相对体系化的独立的宪法学说。所以,系统地研究中国的宪法学说史,对历史上存在过的宪法学说进行系统的梳理,不论是对于中国宪法学研究,还是对于中国宪政建设的发展,都具有重要的学术价值和实践意义。

第二,宪法学说史的研究有助于我们在全球化时代保持宪法的学术主体性,突出宪法的“中国问题意识”。由于宪法与法律在功能上存在差异性,法律“全球化”空间是比较大的,但宪法作为充满“民族性”的社会共同体最高规则,始终体现着特定的文化与传统,这一特点在宪法学说的发展过程中表现得尤为突出。面对全球化的新的背景,西方的宪法研究成果和理论依据固然可以成为我们参考、学习的经验,但是由于文化和制度的差异,

它无法直接成为我们研究和发展本国宪法的依据。因此，中国的宪法学要获得真正的发展，还必须立足于中国的宪法文本，面向中国的宪法实践。在历史上，不同时期的学者们形成了不同的学术风格，这些不同时期学者的努力延续下来，形成一条既各具特色又互相关联的思想脉络。这种思想史上的绵延关系就构成了中国宪法学说史的知识谱系，也构成了中国宪法研究发展的基本框架。因此，中国宪法学面对的是中国的宪法文本和宪法历史，必须依靠中国宪法学的本土资源和理论框架。所以，宪法学说史研究的首要价值在于中国的宪法研究和发展必须依靠中国学者的自身努力，必须以中国宪法学说为基本的理论依据，否则，纯粹意义上的中国宪法学研究就会出现知识结构上的不平衡和空白。

第三，中国宪法学说是宪政建设不可或缺的理论资源。“实行依法治国的基本方略，首先要全面贯彻实施宪法”^①，这句话揭示了宪法在宪政建设中的突出地位和重要作用。要想发挥宪法在宪政建设中的作用，就要对宪法进行历史和现实整体性的研究，从而在理论上深刻揭示宪法和宪政建设之间的互动关系。如同修建房屋需要图纸指引一样，宪政建设也需要一种更高层次的理论指导。在中国的宪政建设中，这种更高层次的理论指引主要是指对中国宪法发展的一种总括性研究，包括对中国宪法学说史的研究。

在中国百年宪政的历程中，既有宪法被虚置、宪政被破坏的惨痛经历，也有宪政建设逐步走向正轨的成功经验。如何吸取宪政失败的惨痛教训，总结宪政成功的合理经验就成为关系我国宪政建设能否成功的重要因素。而宪法学说史的研究恰恰是从历史的视角对我国历史上的各种宪法学说和宪法实践的成败优劣进行一种理性分析，从而为我国宪政建设提供历史意义上的参考与借鉴。在这种意义上，中国宪法学说史的研究成为中国宪政建设不可或缺的理论资源之一。

第四，要探索中国宪法学的历史起点，必须系统地梳理宪法学说史的历史文献。宪法存在于历史过程之中，历史的事实是解读宪法价值的基本依据。尽管各国的宪法史有着不同的研究内容与对象，但通常包括宪法规范与宪法现实两个方面。从宪法规范中我们可以发现制宪过程中曾发生的各种争

^① 胡锦涛：《在纪念宪法施行二十周年大会上的讲话》，2002年12月4日。

论、特定宪法的性质与形态、社会共同体与社会成员之间的关系以及国家结构等。以规范或法典形式存在的宪法规范首先被纳入宪法史研究的视野之中。在这个领域中，宪法学文献的发掘、整理是十分重要的。国外关于宪法学说史的研究已经取得了相当丰富的成果，不仅对于宪法自身的理论问题形成了系统的学说体系，而且对于宪政实践也有一整套比较完善的思想体系。当我们汲取西方国家的宪法理念、研习西方宪政经典的时候，通常会为西方学者眼花缭乱的流派与观点之争而叹嗟不已。在某种程度上，正是因为这些观点迥异而又自证其成的学说与流派，使得西方的宪法理论和宪政实践在智慧的撞击中不断前进，形成了蔚为大观的宪法学理论体系，进而推动了整个宪政事业的发展。

但是，囿于学术研究中的某些实践性和功利性因素，目前中国宪法学界对中国宪法学说史的文献整理和研究工作仍处于起步阶段。尽管从宪法制度史、宪法思想史的角度研究宪法历史的著作和文章不断推出，但是，真正从宪法学说史的角度对近百年宪法发展进程进行系统的学术梳理的成果仍显不足。与其他学科相比，中国宪法学体系的不成熟性是客观存在的，其重要原因之一是中国宪法学不重视对自己学术传统的传承。如何改变宪法学的不成熟状态，如何提升中国宪法学的学术品格，就成为每个宪法学人的使命。

第五，宪法学说史研究有助于我们避免重复性研究，进行学术创新。从学术的发展历史看，所谓的学术创新首先应基于对已有学术成果与传统的系统梳理，首先要了解本学科或具体研究主题的学术渊源和历史背景。遗憾的是，我们仍对东西方文化的交汇中形成的中国宪法学的学术背景与渊源缺乏必要的了解，甚至“不知前贤已有的研究，而以为是自我作古，由己原创”。其实，现代社会面临的有些学术命题，我们的学术前辈们已做过系统的研究，但我们仍在进行简单的重复。学术的生命力在于挖掘新资料，寻求新方法，而新观点的“新”在于全面把握本学科的学术脉络，从丰富的学术渊源中获取文化的支撑点，并引导方法的更新。在这种意义上，注重宪法学学术背景与学术关联性的研究，有助于保持宪法学的主体性，使宪法学研究避免盲目重复。

背景篇

第一部分

中国宪法学说形成与发展的国内背景

第一章

中国传统文化与近代宪政学说的发展

宪政是西方近代社会的产物，但其与中国传统文化并非风马牛不相及，这一点已经为近代以来中国的宪政发展与传统文化在冲突中相互渗透所证实。一般来说，制度的移植，尤其是各成体系的文化间价值观的融合，双方必有其相同或相通之处方可进行。固然“不患寡而患不均”的经济观念、“大一统”的集权政治、文化与现代宪政思想有着诸多的不符和冲突，然而，在中国古代社会中并非没有近代宪政的因素。众所周知，中国古代没有现代分权体系的设置，但是我们还应该了解中国古代的官僚机构间有着完善的权力制约体制；中国古代没有现代民主的思想，但却有着与当时社会发展相匹配的民本主义；没有现代的权利意识，但也有着全社会一致认可的“议政”标准——“天下有道，则庶人不议”^①。这种对统治者评判的标准，平衡着社会不同阶层之间，甚至是皇帝与农民间的利益。

^① 《论语·季氏》。

近代以来在仿效西方的变革中,西方宪政思想传入中国,戊戌变法前后,宪政成为坊间热议,清末的预备立宪开始了宪政在中国社会的实践过程。没有人质疑至今已有百余年的宪政发展对中国近现代发展的深远意义和影响,但也没有人能否定宪政在中国的发展并不尽如人意。追寻近代中国宪政的源头,分析宪政在中国发展的特点,探寻中国传统文化与宪政的连接对一代学人来说,仍是任重道远的使命。

第一节 近代中国移植宪政的途径

有学者将1949年前的宪政在中国的发展划分为四个时期,即“逼上梁山”的清末立宪;转瞬即逝的“民主共和”;复辟时期的宪政闹剧;国民党“党治”下的“训政”^①。当代学者也大都持此观点,认为宪政肇始于清末的维新变法和预备立宪,从制度上考察,这一结论无疑是正确的。但是从宪政思想发展的角度加以考察,将清末立宪抑或更早的维新新政作为中国宪政的发端则过于滞后于当时的时代,其忽视了在中国宪政发展中的重要力量——以知识界为主的社会舆论。众所周知,在1898年,光绪皇帝接纳康有为维新变法、实行新政(尚未涉及宪政)主张的时候,“宪法”、“宪政”、“立宪”在中国早已经为人们熟知;而当1905年,清廷宣布“预备立宪”时,宪政已然成为社会舆论的时尚。从1895年中日甲午之战败北到1905年清廷派出五大臣出国考察各立宪国政治情形的十年间,宪政救国成为全社会的共识。因此清末的维新变法和“预备立宪”早已有着思想、舆论的准备和社会的基础。清廷接纳立宪的主张并将其付诸行动,是宪政思想在中国发展之果。思想与制度的发展往往并不同步,思想或为制度的先导,或在制度消失后影响依然存在。宪政思想在中国的传播并得到回应,远远早于制度的建设。

宪政思想移植中国,来自中外两方面的途径,一是西方传教士、使节、学者出于各种目的的传播;二是学者、官员使节、留学生和朝廷根据各自利益和理解的吸收接纳。为了更好地梳理宪政思想在中西文化交流中的传入,我们应该从明中期说起。

^① 蔡定剑:《中国宪政运动——百年回眸与未来之路》,见刘海年等主编:《人权与宪政》,中国法制出版社1999年版。

(一) 西方对中国文化的探讨吸纳证明了中国传统蕴涵着近代“宪法”的因素，明中期至清初的中西交流为“中弱西强”的近代格局埋下了伏笔

明中期传教士来到中国，可以说是发近代中西文化交流之端。那时，西方处在文艺复兴后，启蒙运动和工业革命的前夜，传教士带着使命和敬意来到中国，随着他们的到来，西方的科技与思想开始有局限地传播于中国社会的上层，而中国的历法等也通过传教士在西方有所影响。从《利玛窦中国札记》^①中看，当时中西交流是平等的。1953年加莱格尔在这本书的序言中说：“中国人的高贵品质，他们对自由、秩序和学识的热爱，他们对宗教的热忱，以及他们对正义和伦理观的敏感，再没有比利玛窦对中国人的风俗、法律、制度及政体的概括研究中所阐明的，表述得更清楚的了。”^②直到清初的康熙、雍正时期，中国仍是欧洲向往的地方，中国的儒家学说甚至在西方的启蒙运动中产生了重要的影响。方豪的《中西交通史》总结了中国经济在明清间的西传，他认为18世纪的欧洲启蒙运动，中国学说的影响可以与希腊文化的影响相提并论，有人甚至认为中国的影响多于希腊。方豪总结道：“介绍中国思想至欧洲者，原为耶稣会士，本在说明彼等发现一最易接受‘福音’之园地，以鼓励教士前来中国，并为劝导教徒多为中国教会捐款。不意儒家经书中原理，竟为欧洲哲学家取为反对教会之资料。而若辈所介绍之中国康熙年间之安定局面，使同时期欧洲动荡之政局，相形之下，大见逊色；欧洲人竟以为中国人乃一纯粹有德行之民族，中国成为若辈理想国家，孔子成为欧洲思想界之偶像。”^③研究中西文化交流的专家周宁也总结道：法国路易十四时代（1643年—1715年）中国人的生活方式已经成为欧洲人追逐的时尚，中国的思想也深刻地影响着欧洲。“启蒙主义的大师们，多是中国的仰慕者，他们把孔夫子的格言当作座右铭，让康熙皇帝扮演西方国王们的榜样，于是法国国王、奥地利皇帝纷纷模仿中国皇帝举行亲耕仪式，中国具有悠久的历史、开明的政治与经济制度，对于伏尔泰、狄德曼、

^① 参见[意]利玛窦、[比]金尼阁：《利玛窦中国札记》，何高济、王遵仲、李申译，广西师范大学出版社2001年版。

^② [意]利玛窦、[比]金尼阁：《利玛窦中国札记》，何高济、王遵仲、李申译，“英译者序言”，第23页。

^③ 方豪：《中西交通史》下册，岳麓书社1987年版，第1058页。

杜阁、魁奈那一代人来说,中国是一面旗帜,孔夫子是启蒙运动的守护神。”^①

我们从伏尔泰《风俗论》、魁奈《中华帝国的专制制度》等影响欧洲近代思想的巨著中可以证实 17、18 世纪欧洲的“中国热”绝非虚言,而这种“中国热”也绝非现在有些学者所轻描淡写的那样,以为当时影响欧洲的只是中国的瓷器、丝绸等物质而非思想意识。

伏尔泰在叙述完中国的省部官僚机构设置后,有这样的解释:

“独裁政府是这样的:君主可以不遵循一定形式,只凭个人意志,毫无理由地剥夺臣民的财产或生命而不触犯法律。所以如果说曾经有过一个国家,在那里人民的生命、名誉和财产受到法律保护,那就是中华帝国。执行这些法律的机构越多,行政系统就越不能专断。尽管有时君主可以滥用职权加害于他所熟悉的少数人,但他无法滥用职权加害于他所不认识的、在法律保护下的大多数百姓。”^②

同样,重农学派魁奈在《中华帝国的专制制度》中描述“中国的基本法”时,将儒家的“经书”阐述为“自然法”,并认为在古老的中国存在着一个“最高法庭”,这个法庭的作用在于制止和谴责各种迷信行为,“这个法庭被称作礼制法庭”。魁奈将四书五经称为中国的基本法,并认为“皇帝也必须遵守这些法规”,“因为这些法律创立于经典著作之中,而经典著作被认为是神圣不可侵犯的”^③。

当然也有对中国的批评,比如孟德斯鸠与黑格尔。与伏尔泰、魁奈一样,黑格尔也认为儒家的经典反映出中国的历史、宪法和宗教,但黑格尔同时认为,儒家的经典表现出中国人的“不成熟”。他认为中国终古未变的宪法“精神”就是“家庭的精神”,而“这种家族的基础也是‘宪法’的基础。因为皇帝虽然站在政治机构的顶尖上,具有君主的权限,但是他像严父那样行使他的权限”。由于皇帝的大家长地位,黑格尔认为,中国的臣民们长期处在“幼稚”

① 周宁编著:《2000 年西方看中国》下册,团结出版社 1999 年版,第 626 页。

② [法]伏尔泰:《风俗论》下册,谢戊申、邱公南、郑福熙、汪家荣译,商务印书馆 1997 年版,第 460—461 页。

③ [法]弗朗斯瓦·魁奈:《中华帝国的专制制度》,谈敏译,商务印书馆 1992 年版,第二章“中国的基本法”及第三章“实在法”。

中，荣誉感没有发达，个人依附于家庭、国家，没有独立性等。^①

孟德斯鸠对中国的批评更是尽人皆知，孟德斯鸠认为传教士对中国的赞扬是被中国秩序的外表所迷惑，他认为中国大量典章制度的存在，不过只是说明中国人“曾经想使法律和专制并行，但是任何东西和专制主义联系起来，便失掉了自己的力量。中国的专制主义，在祸患无穷的压力之下，虽然曾经想给自己戴上锁链，但都徒劳无益；它用自己的锁链武装了自己，而变得更为凶暴”^②。

我们无意评价这些西方启蒙的思想巨擘对中国不同的评价孰是孰非，我们从启蒙思想家对中国的讨论中证明了在 17、18 世纪，西方的思想家对中国儒家非同寻常的关注，无论是赞扬还是批评，他们都在努力探索“中国元素”在西方社会发展中的地位。这种探索的本身就是一种承认，即使从孟德斯鸠的批判中，也能看到这样一种承认，即中国在“最初的那些朝代，疆域没有这么辽阔，政府的专制精神也许稍微差些”^③。更无须说伏尔泰、魁奈等，他们已然看到了中国文化与启蒙理想的相通之处。这些相通的思想，比如行政机构对皇权的约束、“礼制法庭”的平等、儒家经典对民生的关怀等等，无不可以在萌发或催生出现代的宪法精神。将中国文化元素注入社会改良中，不是一味地赞赏，也不是一味地排斥歧视，是西方近代社会改良成功的重要经验，也是中国传统文化蕴涵着近代启蒙及“宪法”因素的证明。

与西方对中国经籍典章的深入探究及对中国文化的巨大热忱不同，中国社会对西方的文化则显得淡漠许多。尽管明中期至清初的中西交流在中国社会中波澜不惊，但是交流中，西方所占据的主动地位显而易见，这种主动使西方在吸纳中国文化时有暇从容地甄别判断。而中国上层虽然通过传教士接触到了西方的科学与人文，雍正皇帝甚至身着西方服饰画像；虽然当时中国的知识界已经开始关注到西方的“新说”^④，对西方的奇巧也不无兴趣，但

① 参见 [德] 黑格尔：《历史哲学》，王造时译，商务印书馆 1963 年版，第一部第一篇“中国”。

② [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆 1987 年版，第 129 页。

③ [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，第 129 页。

④ 葛兆光指出：“从十六世纪到十七世纪，从十七世纪又到十八世纪，这几百年里……新知和奇器还是在渐渐进入中国的知识、思想与信仰世界。只是这种‘进入’有两个边界，一是在观念的层面上，依然是在‘西学中源’的认可中，二是在知识的层面上，被当作是实用技术。”葛兆光：《中国思想史》第 2 卷，复旦大学出版社 2007 年版，第 449 页。

总体而言统治者仍将西方视为“夷狄”。对西方文化有猎奇式的兴趣，但却少有普遍深入的分析，更遑论将其用于治国以及改造社会的实践中。清代康、雍、乾三朝，外国使者不间断地来到中国，教皇的使者也数次来华，但是，清廷却“未一次遣使浮海西欧，采风问俗”^①。此时的中国，已经失去了汉唐时期对异质文化主动探求和吸收的兴趣，无论是文化的输出还是对异质文化的接受都处在不自觉的状况中。近代亘古未有的“中弱西强”的变局在这自觉与不自觉间埋下了伏笔。

（二）启蒙——权利——宪政：明末清初启蒙思想家的夭折使中国痛失自我更新的良机

西方的启蒙从中国文化中获取了有益的思想，那么中国社会对传统的思想又持有怎样的看法？

我们首先要定义“启蒙”的含义，如果将“启蒙”理解为人类社会的成熟，将人们从天上的“神”和人间的“王”的笼罩下解放出来，那么作为“人”与生俱来的“权利”就是启蒙思想家要着重阐述的。这种“权利”的思想正是近代西方宪政的基础。^②因为权利思想的复苏，儒家经典中的“民本”思想和现实中中国人的那种安逸生活才格外受到伏尔泰等启蒙思想家的青睐。伏尔泰同意一些人对中国“不发达”的批评，但赞赏中国人随心所欲的生活态度，他说：“中国人没有使任何一项精神艺术臻于完善，但是他们尽情享受他们所熟悉的东西，总之，他们是按照人性的需求享受着幸福的。”^③按着人性的需求生活是自然赋予人的基本权利。而权力则是一种公意的体现，它不能随意剥夺人们的权利，其“不会超出，也不能超出公共约定的界限”^④。启蒙即启发人们的权利意识，并对权力进行制约。宪政思想必以启蒙为前导。

其实在西方启蒙思想家对中国文化争论不休的时候，明末清初的中国也正在经历着一场“启蒙”，这场启蒙与西方相比的不同之处在于：第一，中

① 张星娘：《欧化东渐史》，商务印书馆1947年版，第45页。

② 参见[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第1卷第六章“论社会公约”、第2卷第六章“论法律”、第十二章“法律的分类”。

③ [法]伏尔泰：《风俗论》下册，谢戊申、邱公南、郑福熙、汪家荣译，第460—461页。

④ [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第44页。

国的启蒙思想家只注意到对现实的批判，而没有注意到对异质文化的借鉴。在西方启蒙思想家的著作中，我们可以看到对埃及、印度、中国等世界各地文明的介绍，这种放眼世界的胸怀，使西方启蒙思想家在清算中世纪时不仅能从自身的传统中拿来武器，而且也主动地从异质文化，包括从中国文化中寻找到启蒙的依据。在中国启蒙思想家的著作中，我们看到的仍然是三皇五帝的故事和圣人的训诫。这种局限，也许正是中国的启蒙学者虽能在学界振聋发聩，而始终无法像西方那样将启蒙普及到社会并形成运动的原因之一。第二，西方的启蒙，主要是要将人从“神”的笼罩下、从森严的贵族等级制中解放出来，而中国的启蒙更重要的是将人从“君权”家长式的控制下解放出来。西方启蒙思想家成功地借鉴了中国文化，阐述了人与神的关系。而中国启蒙思想家将限制君权的希望放在“三代以上”的制度恢复和先秦儒家思想上。黄宗羲《明夷待访录》区分了“三代以上”和“三代以下”制度的不同，认为“三代以上”天下为公，制度是公意的体现，是“天下之法”；“三代以下”天下为家，制度是一家一姓私意的产物，是“一家之法”。“三代以上”，君为民立；“三代以下”，臣为君之仆人，民为君之子民。“三代以上”是先秦大儒，尤其是孟子提倡的民本社会；而“三代以下”则是汉之后小儒所维护的君主社会。^①

但是，无论中国的启蒙与西方的启蒙有着怎样的差异，我们还是可以看到其中的共同点，即人的解放，权利意识的觉醒。在西方，强调自我，强调国家权力神圣的同时还强调这种权力来自“社会契约”，在本质上应该是公正的，国家“永远不能对某一个臣民要求得比对另一个臣民更多；因为那样的话，事情就变成了个别的，他的权力也就不再有效了”^②。在中国，启蒙思想家强调“天下”的利益，强调君主应该服从天下。这就是黄宗羲的那句惊醒了许多学者的名言：“古者以天下为主，君为客，凡君之所毕世而经营者，为天下也。”^③

此外，我们还可以体悟到，如果中国的启蒙成功，其生于自身传统的近代社会模式一定不同于西方。尽管中西启蒙思想家都强调相对于神和王的普

① 参见（清）黄宗羲：《明夷待访录》，中华书局 1981 年版。

② [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第 44 页。

③ （清）黄宗羲：《明夷待访录·原君》。

通人的权利，但是这个权利实现的途径并不相同，如黄宗羲说“法愈疏而乱愈不作”^①，因为这个“法”是“天下之法”，是植根于人们心中的“大法”。然而，无论是简约还是严密，中西启蒙思想家对未来社会的权利诉求是一致的，这就是所谓的殊途同归。

但令人遗憾的是明末清初的启蒙未能形成运动而夭折。启蒙思想在中国的天折有客观的原因，即中国传统的圆通和完善，小农经济的分散性和儒家的仁政思想，使当时的人们没有切身感受到“权利”缺失的痛苦，启蒙思想家难以寻觅到社会变革的突破口。启蒙思想家自身的弱点，即传统中国知识层与学界的缺点也是启蒙思想夭折的原因。启蒙思想家虽然对传统进行了史无前例的批判与反省，但他们自身也深受传统的束缚。他们的思想与言行常常不一致，言行的保守削弱了其学说的战斗力。如启蒙思想家对“忠君”的思想都有程度不同的批判，但自身却又都以明朝的遗民自居，身退山林，独善其身。这种传统的处世方式极大限制了其学说的传播。又如，受传统的束缚，启蒙思想家未能对“科学”给予足够的认识。重人文是中国古代学术一大特色，自然科学除服务于政治的天文历算为统治者重视外，其余的则被视为可有可无的雕虫小技。明末清初，西方先进的科技已开始向中国渗透，但这新时代将要到来的标志不仅没有受到朝廷的重视，而且没有受到先进的启蒙思想家的重视。李约瑟引用胡适的话对比了这一时期中西方学术的差异和导致的不同结果：

“胡适曾把这一时期的古典文学的复兴和欧洲同时发生的科学运动作了明晰的对比，他说：‘在顾炎武诞生前四年，伽利略发现了望远镜，并利用它革新了天文学，而开普勒则发表了他对火星研究的结果和他关于行星运动的新定律。当顾炎武研究语言学，并重新订正了古字音的时候，哈维则出版了论血液循环的巨著，而伽利略则出版了天文学和科学方面的两大著作。在阎若璩开始对史书进行考证前十一年，托里拆利完成了他有关气压的伟大实验。接着，玻意耳发表了他在化学上的实验结果，并确定了玻意耳定律。在顾炎武完成他的划时代的巨著《音学五书》的前一年，牛顿已创立了微积分，并完成了对白光的分析。顾炎武在1680年为他的语言学著作的定稿写

^① (清)黄宗羲：《明夷待访录·原法》。

了序言，而牛顿则在 1687 年发表了他的《原理》。’胡适接着道，两者所用的研究方法极端相近，可是所研究的领域却有很大的差异。西方人研究星辰、球体、斜面和化学物质，中国人则研究书本、文学和文献考证。”“中国的人文科学所创造的只是更多的书本上的知识，而西方的自然科学却创造了一个新世界。”^①

中国与这个“新世界”失之交臂，不仅仅只是自然科学的缺位，更为重要的是随着启蒙思想的夭折，权利意识的觉醒也就此停滞，中国传统因此而与宪政无缘。当鸦片战争后西方的权利思想涌来之时，在急切地模仿列强、救亡图存的局势下，批判传统成为开辟中国近代化的必由之路，中国启蒙思想家对传统的更新之论遂被淡漠而束之高阁。

（三）嘉道年间，西方文化强行输入，中国开始重视欧美的政治，近代的启蒙开始了

中国的启蒙思想虽然夭折，但是我们还是应该承认，明中叶以来，中国社会上层和知识界对西方的了解为嘉庆道光年间西方文化的大量涌入做了准备。“至少那个时代的中国知识世界已经储备和接受了西洋新知，离当时西洋最前沿知识的差距并不太大。”^②

然而应该注意的是，西方的“新知”直到乾隆时期也未能使清廷感到危机，王朝仍然沉浸在天朝盛世的美梦中。乾隆时，那场改变了中国在欧洲人心目中形象的“跪拜叩首礼”之争便是最好的例证。1792 年英国马嘎尔尼率团来华，此时英国的工业革命已经百年有余，使团的真正目的在于寻求开掘中国的巨大市场。1793 年以祝贺乾隆八十大寿为由而见到乾隆的马嘎尔尼向清廷提出了在中国派驻使节和允许英国商人在中国更加自由贸易的请求。乾隆拒绝了马嘎尔尼，理由很简单，因为当时的中国与外邦的交往很少从“利”的角度考虑问题。乾隆认为天朝自古重道轻利，不贵“奇巧”，所有之物不仅足以养一方之人，而且依仗着圣人之说和悠久的历史文化，中国理所当然为天下之主。在马嘎尔尼的请求被拒绝的同时，还发生了那场中西交往史上著名的“跪拜叩首礼”之争。按照中国的礼节，马嘎尔尼使团不过

^① [英] 李约瑟：《中国科学技术史》（中译本）第 1 卷第 1 分册，科学出版社 1975 年版，第 311—312 页。

^② 葛兆光：《中国思想史》第 2 卷，第 354 页。

是来自远方的朝贡者，乾隆并不看重使团贡献的奇巧贵重礼品，而一如既往地重视使团来访的政治含义，即臣属天朝。所以，与其他的朝贡者没有什么两样，清廷要求按王朝的礼节，马嘎尔尼见到乾隆时应该行跪拜叩首之礼。但是，出人意料的是，经历了西方工业革命的马嘎尔尼拒绝如此行礼，他要以平等的身份与清朝交往，双方经过协商，改为单膝跪地表示英国对清廷的致敬。我们从这场礼节之争中，可以看到两点：第一点是欧洲经过近代启蒙和革命后，社会发展迅速，正如马克思写于1847年的《共产党宣言》所评价的那样：“它（资产阶级）第一个证明了，人的活动能够取得什么样的成就。它创造了完全不同于埃及金字塔、罗马水道和哥特式教堂的奇迹；它完成了完全不同于民族大迁徙和十字军征讨的远征。”“资产阶级在它的不到一百年的阶级统治中所创造的生产力，比过去一切世代创造的全部生产力还要多，还要大。”^① 欧洲的飞速发展置中国于“不进则退”的境地。发展着的欧洲对中国评价的转变是情理之中的事情。第二点是具有了雄厚经济实力的欧洲，已经开始打算殖民中国了，马嘎尔尼写道：“中国是一尊泥足巨人，只需要轻轻一击，就会扑倒在地。”^② 由此，我们也可以体会到欧洲的价值观与中国不同，在人与人、国与国的交往中，尤其在近代资本主义的发展过程中，强者拥有“话语权”，以国力论文化的优劣、以成败论英雄，在欧洲人看来是天经地义的。马嘎尔尼看到了拥有辽阔疆土和四亿人口的帝国，并不像表面那样强大，中国的军事、国防与西方相比弱不堪击，扩大中西贸易的法律途径远不如诉诸武力更为节省成本和彻底，跪拜礼之争拉开了近代中西交战的序幕。

乾隆后的嘉庆（1796年—1820年）、道光时代（1821年—1850年），中国真正的危机到来了。

西方对中国先是大量的鸦片倾销，后是武力的征服。但殖民扩张的一个

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1995年版，第275、277页。

^② 周宁编著：《2000年西方看中国》下册，第639页。即使现在，西方的许多学者也还在强调西方武力征服中国的必要性，当代美国史学家史景迁认为：“马嘎尔尼勋爵在中国得到的一个更为有趣的收获就是律令的抄本。这本律令带回英国，并由一个跟随马嘎尔尼使团出访的学过汉语的学者译成英文，这澄清了几代英国商人的似是而非的问题——也就是中国与欧洲立法的观念迥然不同，因此求助于法律也许只能加剧而非减缓国际紧张关系。”详见〔美〕史景迁：《追寻现代中国：1600—1912年的中国历史》，黄纯燕译，上海远东出版社2005年版，第141页。

客观的结果是，经过文艺复兴与启蒙将西方近代思想和文化传入中国。1807年英国传教士马礼逊到中国，他第一次将《圣经》译成中文，编撰了《中英一英中大字典》。更重要的是，在他1814年向英国政府提出的建议中，就开始指责中国法律制度的不健全，建议“指派一名推事驻节广州”。1815年（嘉庆二十年）马礼逊又在南洋与他人创办了第一份中文期刊《察世俗每月统纪传》，直到1822年（道光二年）停刊。^①

1819年英国传教士麦都思的《地理便童略传》是作者所见到的在中国最早介绍英国“议会”制度的著作，麦都思言：“（英国）首有国君与各部治理国内之事。下谕出战、约和、建城、军需、铸钱、封官、定生死罪等事，皆归君主意；惟设新律、重粮税，此不归君自定也。惟国内有两大会议，一是世代公侯之会，一是百姓间凡乡绅世家大族之会。但凡要设新律，或改旧律，有事急或加减赋税，则两大会议必先商量之，然后奏与君上定意。如此，国之大事，分与三分，君有一分，众官一分，百姓一分，致君难残虐其民，诸侯不能行霸，百姓不能作乱也。”^② 在介绍美国时说：“花旗国之朝廷，略像英吉利之朝廷，都有两大会议，治理法律、粮税等事，惟花旗国无王，只有一人称总理者治国家事，期在任四年，然后他人得位。”^③

1821年（道光元年）《察世俗每月统纪传》有介绍美国的文章言：“自其设国至今道光元年，只有四十五年。但虽为新国，而其亦有宽大之盛地也。”^④ 1833年由传教士郭实腊在中国境内创刊第一份中文期刊《东西洋考每月统纪传》（1837年停刊）。1834年郭实腊在《大英国统志》中对英国议会制度作了进一步叙述：“且说大英国家，置两公会，一曰爵公会，二曰缙绅公会，大英帝国召集众人，令之议论察夺国政之事，除非皇帝之命，终无权势。”^⑤

尽管鸦片战争前，朝廷中的主流力量并不急于变革，对西方的传教士与使节也屡禁屡却，但是有见识的官僚、士阶层及与传教士接触较多或共同工

① 参见熊月之：《西学东渐与晚清社会》，上海人民出版社1994年版；顾长声：《从马礼逊到司徒雷登：来华新传教士评传》，上海书店出版社2005年版。

② [英] 麦都思：《地理便童略传》，马六甲版英华书院1819年版，第9页。

③ [英] 麦都思：《地理便童略传》，第17页。

④ 《察世俗每月统纪传》卷7。

⑤ [德] 郭实腊：《大英国统志》，1834年，第6页。

作的学者则敏锐地察觉到西学的威力,开始关注西方的政治、风俗和制度,社会各阶层和集团也对西学作出了反应。1817年,两广总督蒋攸銛在上奏朝廷的奏章中注意到了美国的制度“无国主,止有头人,系部落中公举数人,拈阄轮充,四年一换。贸易事务,任听个人自行出本经营,亦非头人主持差派^①”。西方的思想引起了开明官僚和士大夫的关注。我们称林则徐为“开眼看世界”的第一人,是因为在他的身边聚集了一批忧国忧民之士,对西方的学说不再以“夷学”视之,他们承认夷有所长,主张“师夷长技”。1837年梁廷枏开始编修《粤海关志》,对中国古代文献中的“世界观”进行订正,他认为五大洲的存在并非虚言,而欧美文化之“异”且“新”更是中国今后所必须了解的。鸦片战争后,梁廷枏写成的《合省国说》更是对美国的制度进行了系统的介绍,其中虽无“宪政”之名词,但是美国的宪政精神和制度在其书中已经有了大致的描述。如总统就职的宣誓、例(法)对总统权力的约束、“议事阁官”与“宣议处官”(上下议员)的权利、选举制度等等,书中皆有涉及。其中说到“察官专司案牘,按制谳断,既事归审理,则不令与议国事,而会议国事者,亦不复能出兼审理也”^②,已经触及美国三权分立的制度。林则徐1839年以钦差大臣的身份到广州,后又任两广总督。魏源言林则徐主持广州禁烟,“日日使人刺探西事,翻译西书,又购其新闻纸”。林组织人马开始翻译1834年才出版的英国慕瑞的《世界地理大全》(中文译名为《四洲志》),这部书的翻译,开阔了中国人认识世界的眼界;又将法文《国际法》译为中文的《各国律例》。集当时国人认识世界之大成的作品是魏源的《海国图志》和徐继畲的《瀛寰志略》。这些书虽然发表于鸦片战争之后,但却是明末以来,中国有关世界知识的积累。这些书中,对议会、议员,甚至欧美国家的首领称呼各不相同,表现出异质文化融于中国的初始之象,但是西方的思想与学说在中国毕竟有了回应。

促使中国全面学习西方制度的原因,是1840年开始的鸦片战争。在与西方武力冲突的节节败退中,中国社会终于认识到中西的冲突中,出现了“亘古未有”的变局。此时《海国图志》、《瀛寰志略》等介绍西方政治、风俗的力作出现,尽管朝廷对不可遏制的西学仍然采取抵制的态度,徐继畲甚

① 《鸦片战争档案史料》第1册,上海人民出版社1987年版,第20页。

② 梁廷枏:《合省国说》卷2。

至因赞扬华盛顿和美国政治而遭贬，但是迟到的对西学的热情还是在中国出现了，掺入了异质文化的中国近代启蒙开始了。只是这种启蒙，不是中国社会内部发展所产生的需要，而是在外界压力下的产物。

（四）咸丰同治光绪时期“中弱西强”的格局，使宪政成为众望所归的救国之路

鸦片战争后，随着一系列不平等的条约，中国门户洞开。中国也开始向外派驻使节和留学生，与西方签订的一系列不平等条约不仅使中国蒙受了物质上的损失，更为突出的改变是中国自古以来的“文化自信”逐渐终结。柳诒征在《中国文化史》中总结中外条约对中国的影响：协定税率、领事有裁判之权、利益有均沾之例、以及传教游历、售卖洋药、自由建造之事在中国合法。^①其中咸丰八年（1858年）的《中英续约》五十一款更是规定了：“嗣后各式公文，无论京外内，叙大英国官民，自不得提书‘夷’字。”一字之禁，表明中西关系格局的根本改变。严复在总结道光之后中国人对西方的态度时言：“中国知西法之当师，不自甲午（1895年）有事败衄之后始也。海禁大开以还，所兴发者亦不少矣：译署一也，同文馆二也，船政三也，出洋肄业四也，轮船招商五也，制造六也，海军七也，海署八也，洋操九也，学堂十也，出使十一也，矿物十二也，电邮十三也，铁路十四也，拉杂数之，盖不止一二十事。此中大半皆西洋以富以强之基。”^②其中，译署、同文馆、出洋肄业、学堂、出使等事项，对于宪政思想的加速传播有着直接的作用。从中国派驻外国的使节和留学生中产生出以西方宪政为仿效模式的改良家，如直接到过欧美国家的容闳、郭嵩焘、马建忠、薛福成等。郭嵩焘《伦敦与巴黎日记》光绪三年（1877年）的日记中有对英国议会制度的详细记述。^③驻美国的钦差大臣崔国因在《出使美日秘国日记》中更是将美国的强盛归为“三权分立”，在光绪十七年（1891年）的日记中，崔国因记：“美国开国之律由华盛顿订定。政归三处：立例者，议院；行例者，总统；守例者，察院。”^④笔者为寻求“宪政”一词含义和出处，阅读了大量的出使使节

① 参见柳诒征：《中国文化史》，中国大百科全书出版社1988年版，第十三章。

② 转引自柳诒征：《中国文化史》，第778页。

③ 参见郭嵩焘：《伦敦与巴黎日记》，岳麓书社1984年版，第404页。

④ 崔国因：《出使美日秘国日记》，刘发清、胡贯中点注，黄山书社1998年版。

和留学生的日记，在这些人的日记和早期改良家的论著中，西方的议院最受关注，几乎人人都谈到。而“宪法”一词的使用并不普及，尤其朝廷并未加以关注。但相信此时宪法、宪政这种词汇对中国社会来说已经不会陌生。从中日的历史对比来看，此时的日本已经开始实施宪政，并引起了中国知识界的关注。1868年日本开始了明治维新以博取欧洲国家的承认，天皇颁行《政体书》中言：“太政官之权力分为立法、行政、司法三权，以免政权偏重之患。”^① 1871年派岩仓具视率使团考察西方各国的政治近两年；1874年板垣退助上《设立民选议院建议书》，要求实行君主立宪政体；1881年的日本已经开始开国会预备立宪了。而中国方面，1888年康有为奏请改革国政；1889年，慈禧太后归政光绪，此时的日本已经颁布了宪法。在甲午中日战争后，1898年中国开始了维新变法，立宪的思想才开始逐渐被实践。

第二节 宪政思想在中国的实践历程

一、传统在清末的维新变法与预备立宪中遭遇的尴尬

甲午战争之后的宪政历程在各种“中国宪法史”教材中多有阐述，本节不再作过多的陈述。本节的重点在于寻找宪政在中国不尽如人意的原因。

甲午战争对中国人的震撼远非近代以来的其他战争所能比拟，昔日纳贡称臣的日本以一弹丸之国击溃了天朝大国海防，并迫使清政府割地赔款了结战争。此时此刻，国人才切实感到亡国灭族的危机迫在眉睫。究竟是什么葬送了北洋水师？又是什么使大清军队既不敌西洋，又不敌东洋？面对如此的败局和国人的愤慨，清政府中以慈禧太后为核心的实权派“后党”再也无法以装备、夷情为自己的无能开脱诡辩。就是“后党”这一时无奈的哑然失声，开启了早已蓄势待发的维新立宪思潮。甲午之战确实是中国宪政由思想到实践的催生剂。这一战证明了宪政虽发端于西土，却也能适用于东方。日本以弹丸之国而胜中国似乎还证明了：国不在大小，维新立宪则强。对日本的刮目相看，终于使宪政由一股学术“思潮”变为波及全社会的维新变法运动。但也就是从此时起，中国人不得不抛弃了往日的自信与安逸，走上了千

^① 《世界史资料丛刊初集》，生活·读书·新知三联书店1957年版，第75页。

年未曾有过的国体改革之路。

1898年，当年年轻的光绪皇帝接纳了力主立宪的康有为的主张，颁布《明定国是诏》时，议院、国会、立宪等这些西来的名词已为社会广为知晓。以康有为为核心的立宪派将宪政的核心定位在变君主专制为君民共主，宪政的目的更是直接明了：富国强兵，抵御外侮。对皇帝认可并将要推行的宪政，有爱之者，将其视为救国救民的唯一途径，如果不变法、不立宪，中国在世界将无立锥之地，亡国之日指日可待；有恨之者，将宪政视为洪水猛兽，认为此途一开，不仅君主威严扫地，国家社稷难保，而且在中国人心目中比生命还重要的孔孟之道也会因此不复存在。相对爱与恨，更多的人——在西方，这些人也许应该是宪政的推动者——民众对宪政的本身却是无所谓爱与恨的，他们对宪政的本意也没有太多的兴趣，在民族存亡的时刻，他们关注的是宪政对于解救中国的困境究竟有多大的功效，而不是宪政本身的成败或真假。正因如此，在光绪皇帝发出《明定国是诏》后的第103日，以慈禧太后为首的朝中保守势力以软禁光绪皇帝的方式，轻易地结束了这场变法。光绪皇帝的被囚，主张立宪救国的维新派或被绑缚刑场，或被迫亡命天涯，这血腥的变法预示了宪政在中国的历程绝不会一帆风顺。

但光绪二十九年（1903年），日俄战争爆发，战争结果出乎中国朝廷的预料。日本以“蕞尔三岛小国家，把一个庞大的俄国打败，世界舆论，均以为这是立宪与不立宪的胜负。日本因行立宪而胜，俄国因不行立宪而败”。“中国立宪的议论也盛行于此时”，“当时的人都相信立宪是强国的不二法门”^①。而朝中“后党”迫于国际国内的压力，在绞杀了维新变法后，短短数年也摇身一变成为立宪的主持者和推动者。1905年，清廷派出使臣考察立宪国的政治，1906年以光绪的名义颁布了“预备仿行宪政”的上谕，并宣布以九年为期在中国逐步实行宪政。

以宪政纠正中国时弊、改良中国政治的思想，在19世纪的70、80年代开始逐渐兴起。自1840年中西武力冲突以来，三四十年间，“西强中弱”的格局已经成为不争的事实，即使当权者也不得不承认西方的强大。在这亘古未有的变局中，中国人不得不探究西方之所以强，中国之所以弱的原因，宪

^① 吴经熊、黄公觉：《中国制宪史》，上海书店1992年影印版，第10页。

政思想正是在这探究中得到人们格外关注的。综合当时社会改良者的时势论章以及朝中主张变法大臣的奏折,可以看出当时人认为中国之所以不敌西方,原因在于上下相隔,下情不能上达,上意也无法顺畅地下传。“上下相通”、“君民共主”、“重民心”是当时变革者最常用的词汇。西方的议院由于是“众议所集之地”,又是上下相通之枢纽,故而成为主张变革者希望的寄托。19世纪70~80年代的变革者,依然将议院与“三代遗意”相提并论,比如郑观应在说到议院“通上下之情”时说:“即此一事,颇与三代法度相符。所冀中国,上效三代之遗风,下仿泰西之良法,体察民情,博采众议,务使上下无扞格之虞,臣民泯异同之见,则长治久安之道有可预期者矣。”^①深受李鸿章赏识的清廷地方大员朱采也认为议院与中国古代“国有大事,谋及庶人”之遗意相符。^②不过此时的比较已经不同于魏源、徐继畲等人,西方的议院、宪政制度在比较中越来越清晰地展现在时人的眼前,而中国古制却越来越模糊而笼统。

其实,戊戌变法之所以实践了宪政思想,得到当时人的拥护,与皇帝的支持及“托古改制”的形式相联系。康有为作《新学伪经考》和《孔子改制考》,将西方宪政理论贴上孔子之学的标签。《新学伪经考》将中国古代流传的儒家经典归为“(汉)刘歆之伪说”,非孔孟本意,以此颠覆在中国有着两千余年的历史,并始终占据主导地位的儒学价值观。《孔子改制考》更是将孔子说成是主张改制、创设立宪共和理论的先驱。托古改制凝聚了民心,孔子的威望果然如变法者所愿,为立宪开辟了道路。当时人这样评论立宪思潮的冲击:“举国若狂,不可收拾,溜穴倾山,能无惧焉。”^③声势浩大的立宪宣传与孔子的号召力,使宪政思想在中国成为时尚,这也是慈禧在镇压了戊戌变法后不得不接过立宪的旗帜,宣布顺从民意、预备立宪的原因所在。但

^① 郑观应:《易言·上卷·论议政》,光绪年刻本。此书完成于1880年,后在此基础上郑观应又作《盛世危言》。

^② 参见朱采:《海防议》,《洋务运动》第1卷,上海人民出版社2007年版。

^③ 苏舆辑:《翼教丛编·卷4》。苏舆是光绪三十年(1904年)进士,反对变法维新,《翼教丛编》即辑反对变法维新的文章汇编而成。苏舆认为清末“邪说横溢、人心浮动,其祸实肇于南海康有为”,“其言以康之《新学伪经考》、《孔子改制考》为主”。为驳斥变法,苏舆“倡辑诸公论说,及朝臣奏牍,有关教学者,都为丛编,命之《翼教》”。《翼教丛编》所收均为光绪二十四年(1898年)七月以前朱一新、洪良品、安维峻、许应骙、文梯、孙家鼐、孙宝箴、张之洞、王仁俊、屠仁守、叶德辉、梁鼎芬、王先谦等十三人反对变法维新的文章。

是，不容忽视的是托古改制对传统的负面影响显而易见。孔子在中国人心目中的地位远不是西方先哲所能比拟，他除了是“生民未有”的唯一圣人外，还是中国社会几乎全民信仰的对象，这种信仰可以用“准宗教信仰”来形容。康有为托孔子之名而进行的变革，虽在短期内收效甚为显著，但从长远的影响来看，这种“其貌则孔也，其心则夷也”的托古改制无疑是对人们信仰的一种欺骗和摧毁。^①

二、宪政思想在民国时的发展不如人意

自戊戌变法后，中国“救亡图存”之事日见急迫，民国的宪政在迷茫中发展。迷茫的原因在于中国原有的传统和信念被冲破，而宪政理念似乎又不足以或无法成为人们新的信念。频繁的政权更迭，更是将宪法沦为权力合法性的工具和装饰品。对此，孙中山深有感触。早在1895年兴中会广州举事失败，孙中山出亡海外时，便开始研究各国政治源流得失。在研究了各国宪法后，孙中山“独自思想”出了合中西文化为一体的“五权宪法”理论。但这个五权宪法理论在孙中山为临时大总统时制定的《中华民国临时约法》中不见踪影，1924年，孙中山在《五权宪法》演讲中说：“在南京订出来的民国约法里头，只有‘中华民国主权属于国民全体’的那一条，是兄弟所主张的，其余都不是兄弟的意思，兄弟不负那个责任。”孙中山言“五权宪法”主张不被时人接受的原因是：“各国的宪法只有把国家的政权分作三部，叫做三权，从来没有分作五权的。”以孙中山之地位和声望，尚无法在宪法中为传统争得一席之地，可见，自戊戌变法后，短短的十几年间，中国人的孔子信仰、传统自信丧失殆尽，传统话语权在宪政中几乎完全失落。虽然在民国的立宪史上，也曾有过“孔教入宪”的争论，但是与戊戌“托古改制”时一样，入宪的“孔教”不过是政治的利用物而已，孔子早已失去了戊戌变法时所具有的那种几乎达到全民程度的号召力。1916年陈独秀言：“‘孔教’本失灵之偶像，过去之化石，应于民主国宪法，不生问题。只因袁皇帝干涉宪法之恶果，天坛宪草，遂于第十九条附以尊孔之文，敷衍民贼，致遗今日无谓之纷争。”^② 放弃了传统，宪法又成为军阀间角逐权力的工具，20世纪

^① 参见苏舆辑：《翼教丛编·卷6》。

^② 陈独秀：《独秀文存》，安徽人民出版社1987年版，第73页。

的宪政使人感到压抑和迷惘。陈独秀在批完孔教后对宪政也失去了信心，他说：“立宪政治在十九世纪总算是个时髦的名词，在二十世纪的人看起来，这种敷衍不彻底的政制，无论在君主国民主国，都不能将人民的信仰，集会，言论出版，三大自由权完全保住，不过做了一班政客先生们争夺政权的武器。现在人人都要觉悟起来，立宪政治和政党，马上都要成为历史上过去的名词了，我们从此不要迷信他罢。什么政治？大家吃饭要紧。”^①

虽然从1912年至1949年的民国历史中，也不乏传统的守卫者，但是其于社会、于立宪的作为成效甚微。^②而对宪政和传统都失去信心的却大有人在，几乎为社会主流舆论。近代哲学家张东荪如此认识中国近代的不幸：“中国第一个大不幸是鸦片战争时，中国不急起直追来采取西方个人主义的文化，因为那时候采取西方的个人主义还来得及，到了今天乃变成了来不及了。中国第二个大不幸是在今天中国正需要确立个人人格的时候，而偏偏西方已走上资本主义的末流，百弊丛生的时代了。”^③对中国传统，张东荪更不抱有希望，他认为：“倘使中国不与西方交通，闭关自守，自己本有一套东西，虽则这套东西大部分是坏的，然而还有一些自己救济的方法。例如上文所述三点：即乡约的人民自治，无为思想，与容易换朝代，都是对专制君主的暴政之自身免疫素。”^④

第三节 近代中国宪政之误区

一、中国宪政误区缘于我们对“何为宪政”的误解

与世界其他殖民地或半殖民地的国家和民族一样，近代中国的宪政并非发自传统，而是被动地从西方“舶来”。说其“被动”是因为伴随着西方工

① 陈独秀：《独秀文存》，第534页。

② 比如钱穆在《中国文化与中国青年》中写道：“孔子，青年之楷模；《论语》，青年之宝典。此吾先民精血之所贯注，吾国家民族文化之所托命。迷途之羔羊，吾谨洁香花美草荐以盼其返矣。”蔡尚思主编：《中国现代思想史资料简编》第4卷，浙江人民出版社1983年版，第402页。

③ 张东荪：《由宪政问题起从比较文化论中国前途》，见蔡尚思主编：《中国现代思想史资料简编》第5卷，第216页。

④ 张东荪：《由宪政问题起从比较文化论中国前途》，见蔡尚思主编：《中国现代思想史资料简编》第5卷，第216页。

业革命而来的殖民风潮席卷全球，全世界都被西方的殖民风潮拖入了而不是走进了“近代”的进程，中国也不例外。中英鸦片战争以来，效法西方成为当时中国“救亡图存”的唯一选择，在殖民炮火的征服声中，中国无暇从容地寻觅自强之路，以西方为师是当时中国人明智而痛苦的抉择。考察宪政在中国的历程，我们不能不对力倡宪政的思想先驱充满敬意，因为有了他们的勇气和热血，在充满屈辱的历史中找到了自信和希望，在黑暗中看到了光明。也是因为他们的智慧，中国的“近代”在坎坷与曲折中毕竟也发展着，并最终走向自立、自强。

中国宪政误区缘于我们对“何为宪政”的误解。这种误解有些类似于“法治”在近代中国的遭遇。当一批学人对“西人治国有法度”有了认识并呼吁仿效西方推行法治时，中国的政界及社会民众对法治的认识却仍停留在传统层面上，与西来的法治含义南辕北辙。即使一些学、政两栖人物，如梁启超等对西方的法治与中国传统的法治分野也不甚明了，常常混为一谈。比如在《先秦政治思想史》中，梁启超深为中国“法治主义”的失败而惋惜，并以为“礼治主义”的胜利阻碍了中国法治的发展，以致中国古代法治衰败，社会不能日新月异。殊不知，梁启超所言的中国“法治主义”是与君主专制息息相关的，虽然在形式上其与近代法治有类似之处，但它们的本质格格不入，倒是“礼治主义”所倡导的宽容、和谐、开明与近代法治有可连接之处。这种望文生义的混淆，致使20世纪80~90年代，学界还在为区别“法制”与“法治”而劳神，为辨正传统法治与西方法治而费力。我们对宪政的误解较法治更有过之。

考察宪政在西方的缘起，谁都不会否认，宪政在西方产生有着其特定的传统作为基础。近代宪政所要求的权力制衡制度与民主思想在古希腊思想家的论著中即可找到依据。如果我们将古希腊哲人柏拉图的《法律篇》、亚里士多德的《政治学》与近代宪政理论的奠基人孟德斯鸠的《论法的精神》同置案上，翻阅比较，不难看出它们的继承关系。孟德斯鸠对政体类型的阐述，对共和政体与民主政治的制度设计无不镌刻着雅典、罗马城邦制的历史印记，宪政因有了传统的支持和历史的依据而合理并神圣。说到宪政，就不能不说“宪法”，因为宪法是宪政的文本和纲领。西方人是从传统认识或理解宪法的。按照一般的宪政理论，宪法是建立在社会契约基础上的，宪法以

根本法的形式规定公民的基本权利和义务,规定国家机构的职权和相互间的关系。从社会契约的角度阐释,国家的权力产生于公民的委托,而宪法就是国家与公民之间的契约。国家行使权力不能损害公民权利,相反而是应该以保障公民的利益为目的,权力制约的目的则在于防止权力的滥用。宪法的这种契约性质,使每一个生活于此的公民都会感到自己的切身利益系于宪法,感到在实际生活中宪法的不可或缺。更为重要,同时也是被我们所忽视的是,宪法在西方是一种民族精神的凝聚与展现,是传统文化与价值观的肯定与浓缩。正是因为有了这种为全体公民长久以来形成的公认的价值观,“契约”才具有约束力,才不流于形式。

因为与民族精神及传统密切相关,所以不同国家的宪法也不尽相同。“一国有一国的政情;一国人民有一国的政治观念;甲国人民所认为应该入宪的事项,乙国人民或认为不须入宪。”^①这种产生于历史传统与社会风俗习惯并体现人民共同价值观的“大法”,有些类似于中国古代社会的“礼”,在人民的心目中它是至高无上的,是值得追求的。尽管在现实中,它是无法完全实现的理想法,但一旦有人践踏它,便会激起民众的反对,甚至愤怒。法国启蒙思想家卢梭精辟地论证了宪法之所以是“根本大法”的原因所在:“在这三种法律之外,还要加上一个第四种,而且是一切之中最重要的一种;这种法律既不是铭刻在大理石上,也不是铭刻在铜表上,而是铭刻在公民们的内心里;它形成了国家的真正宪法;它每天都在获得新的力量;当其他的法律衰老或消亡的时候,它可以复活那些法律或代替那些法律,它可以保持一个民族的创制精神,而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量。我说的就是风尚、习俗,而尤其是舆论;这个方面是我们政论家所不识的,但是其他一切方面的成功全都系于此。这正是伟大的立法家秘密地在专心致力着的方面了;尽管他好像把自己局限于制定个别的规章,其实这些规章都只不过是穹隆顶上的弓梁,而唯有慢慢诞生的风尚才最后构成那个穹隆顶上的不可动摇的拱心石。”^②

在中国一百多年的宪政史中,人们见到了甚至熟知了“权利”、“分权”、“人权”这些在以往典籍中查找不到的名词,学者呕心沥血地介绍了西方宪

^① 钱端升:《比较宪法》,见《钱端升学术论著自选集》,北京师范学院出版社1991年版,第122页。

^② [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,第73页。

法的种类、宪政的模式，但宪政与历史传统的关系、宪法与民族价值观的关系却被忽视或回避了。在中国悠久的历史中，不乏外来文化冲击的先例，可以说中国文化本身就是不同文化融合的产物。但是这个“融合”不是简单的“拿来”和仿效，而是在自身文化的平台上进行的再创造。外来文化在融合中“中国化”，中国文化在融合中不断更新自我。与日本不同的是，中国的文化属于创造型，在接纳外来文化时要“心领神会”地体悟固有文化与外来文化的相通之处，而不只是“形式”地拿来。外来文化融入中国文化的过程可以用“精琢细磨”来形容，一些适合民族、国家发展生存，可以丰富文化内涵的成分在博大精深的中国文化体系中找到更恰当的表现形式，继续发展；而一些不适合国情民风的成分在甄别和批判中被改造。自东汉以来传入的佛教典型地展现了中国文化的这种融合力与创造性。自汉至唐，佛教在中国发展，也在中国受到批判和改造。有为了信仰而不辞艰辛赴西取经的中国僧人，也有理性分析并质疑佛教原理、社会作用的儒生。正是在这种从容的探讨和分析中，佛教成为中国文化的有机组成部分。佛教因为中国化而焕然一新，更具发展的潜力；中国文化也因为融合了佛教更加生机勃勃。文化的融合力与创造性一向是中国人的自豪。中国近代宪政的不幸在于：宪政西来之际，正值中华民族生死存亡之时，即使真诚赞美宪政的人也无暇从容地品味应与宪政与时俱来的历史文化韵味，更无法如汉唐祖先那样冷静地探求自身文化与这一舶来品之间的相通相异及其磨合途径。不平等、被动，甚至是被迫的接纳与仿效，不但破坏了中国文化的巨大融合力，而且也破坏了她的创造力。在前所未有地对传统文化失去自信的状况下，我们最初是“不得已”，其后是囿于惯性和成见而放弃了“融合”与“创造”的习惯，改为机械地“拿来”。

自戊戌维新后，比较、评价中西文化的异同成为学界时尚，可悲的是此时比较与评价的取舍标准完全是以国力的强弱而论文化的优劣。于是，中国有而西方无者必为社会发展的毒赘，中国无而西方有者又必为中国文化的“缺陷”。失去自信与公正的“比较”，导致的结论只能是抛弃传统，照搬西方，这也是“照搬”成为中国近代法学主旋律的原因所在。实际上，在接受西方宪政时，我们已经不敢奢望“融合中西”、“会通中外”，创造出宪政的新模式，更无法像先人那样在自己的文化中从容开辟出新的领地，培植起新

的土壤来创造性地接受和改造宪政文化,使之融于中国的文化和社会。但是,便捷的照搬,使西方宪政在中国出现了“南橘北枳”的结果。其实,割裂传统的移植,对民族情感和精神的漠视以及对外来文化(宪政)不切实际的期望就是这种“结果”的原因。对此,美国社会法学家庞德倒是旁观者清。在论述中国宪法时,庞德强调中国所需要的是一种具有中国性格,合乎中国国情的宪法,而不必抄袭外国。庞德告诫人们:“立宪政治并非可于短期内专凭理想创造之物。立宪政府必须出一国之人民原有之文物及传统之理想中逐步形成发展,绝非一种长成后可任意由一国移诸他国之物。”无论庞德这一观点的政治目的如何,从宪政的实质和文化交流的规律来说庞德所言都是无可厚非的常识。但是,这一观点在对传统文化早已失去自信的中国法学界却引起轩然大波。违背常识地批判宪政“国情说”竟然成为主导舆论。^①将“适应国情”与“立宪政治”截然对立,甚至认为“适应国情”是为“伪立宪”寻找借口不仅造成了人民对传统的偏见,也造成了人们对宪政及宪法的误解。一方面,以实现宪政为目的的理想者不顾宪政须发自本国习俗、出自人民要求的规律,反而欲借西方宪政替代或改造中国政治与文化;另一方面,深受历史文化熏陶的民众对理想主义者“预设”的宪政模式不仅很难理解,而且漠不关心,出自仿效而非传统风俗的宪法与民族情感严重脱节,只有当它可以作为一种“救亡图存”的工具时人们才对它略感兴趣。所以,无论理想主义者如何地宣扬宪法是“人民之甲冑”,无论统治者如何强调宪法是“根本大法”,脱离了文化与民众的支持,其最终也只能是纸上谈兵或不过只是“西方故事”。

二、政治上的蓄意诱导使宪政的处境更为尴尬

如果说学界急切与不切实际的理想使宪政由西土“文化自然演进的结果”在中国变成“预期而设的用来解决国家和民族生存发展的一种工具”^②,并由此而失去了其存在与发展的社会基础的话,政治上的蓄意诱导则使宪政的处境更为尴尬——这是中国宪政的又一个误区。

自清末始,证明政权合法性成了宪法最重要的功能。因此,“根本大法”

^① 参见王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,第130页。

^② 王人博:《宪政文化与近代中国》,法律出版社1997年版,“引言”。

与风俗、民意风马牛不相及，反倒与政权形同孪生姊妹，其只是出自政权，或政权掌控中的“国会”。清末“大权统于朝廷”的“预备立宪”和北洋军阀政府接二连三的宪政闹剧，不仅使宪政成为政治集团之间较量的工具而失去了其本意，更严重的后果在于它的欺骗性使本来对宪政就陌生的民众产生了误解，甚至反感。民主也好，宪政也好，不仅无法阻止军阀混战，反而成了战火不熄的借口。在民不聊生的社会中，规定在宪法中的公民权利在民众的眼中只能是欺骗。这便是宪法在遭到破坏时，民众之所以冷漠的重要原因。

由绞杀了维新立宪的清廷“后党”宣布“预备立宪”，这个不祥的开端本身就预示了中国宪政之路不会一帆风顺。慈禧赋予宪政的使命荒唐而阴毒：“使我满洲朝基础永久确固，而在外革命党亦可因此消灭。”^①“后党”这种居心叵测的立宪目的，不仅改变了宪政的本意，而且即使作为一种工具，宪政也从立宪派及“帝党”所期望的“救亡图存”的工具完全变为权力的工具。把宪法变成权力依附，不只是慈禧太后的发明，更不局限于清末。在清帝逊位、清廷退出中国历史舞台后，宪政的闹剧却愈演愈烈。名为民国大总统，实为军阀魁首的袁世凯以行政权独大，干扰国会的立法。设立御用性质的“政治会议”，并利用之解散了国会。在袁世凯制下，民国元年（1912年）颁行的《中华民国临时约法》、1913年国会宪法起草委员会拟订的《天坛宪法草案》都成为具文。而1914年5月公布的《中华民国约法》确实是一部不折不扣的“袁记约法”，他所反映的是袁世凯的“独裁”意愿。袁世凯之后，中国宪政的命运并未好转，在军阀混战的环境中，国会掌控于武人之手，在炮火中聚聚散散，开开停停，与其说是讨论国是、反映民意，不如说是在演戏。宪法的制定与出台更是与不同军阀派系实力的消长密切相关。1923年颁布的中华民国第一部宪法《中华民国宪法》竟然是曹锟贿选的遮羞布。如此的宪政，如此的宪法，如何能凝聚起民众的情感，又如何能树立起根本大法的尊严？

当然，在中国的政治舞台上，也不乏宪政的真诚拥戴者。但即使如此，在民族和国家生死存亡的紧急关头，立宪者也只有将宪法作为一种工具。

^① 宋教仁：《清太后之宪政谈》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年间时论选集》第2卷·上册，生活·读书·新知三联书店1963年版，第70页。

1912年《临时约法》的匆忙颁行,1913年《天坛宪草》的匆忙拟订,虽为不得已所为之,但这些匆忙之举,确实给宪政的形象带来了负面的影响,为此后军阀对宪政的利用留下了隐患。“欲速而不达”常常是社会变革失败的原因所在。自1908年《钦定宪法大纲》公布,至1947年的《中华民国宪法》完成,不足四十年的时间中,随着政权的频繁更迭,中国竟出台了十部全国性宪法。中国宪法更替的速度之快是东邻日本的十余倍。

熟知日本宪政历史的梁启超言:“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。西语原字为THE CONSTITUTION,释意犹言元气也。盖谓宪法者一国之元气也。”^①正因为视宪法为元气,日本近代宪法的出台虽亦带有自上而下的“预设”特征,但其确实慎之又慎。梁启超又言:“日本之实行宪法也,在明治二十三年(1889年);其颁布宪法也,在明治十三年;而其草创宪法也,在明治五年。草创之始,特派大臣五人,游历欧洲,考察各国宪法之异同,斟酌其得失。既归而后开局制作之。盖其慎之又慎,豫之又豫也。”^②经过近二十年的教育、学习,可以说宪政已经成为日本的新传统。明治宪法在日本实施了半个多世纪。这种稳定性,为宪法带来了应有的尊严。中国则不然,在人民尚未正确地理解宪政为何物时,基于政治及权力的需要,宪法接二连三地出台了,这种接二连三恰恰说明了“宪法”在中国的无足轻重。正是这种接二连三,破坏了宪法的威严,使宪政在中国无暇形成与权力制衡的力量,民众也无缘领悟到宪政的真谛,形成宪政的传统。问题还不仅仅如此,更为不幸的是,接二连三出台的宪法,只是出自一种“时势”的需要,他与人民的意愿和要求脱节,所以尽管在形式上,几乎每一部宪法都明确地规定了宪法的修改程序,但是这些保护宪法尊严与稳定的程序在权力面前却形同虚设。与此形成对照的是日本国民对宪法的尊重和维护及对修宪的慎重态度。1946年日本公布了战后新宪法,虽然这部宪法深受占领者美国的影响,但从字里行间确实可以看到国民的强烈要求,宪法的“序言”表达了日本国民反对战争的心声:“日本国民正式选出国会代表之行动,决定为我等及我等之子孙,

① 梁启超:《立宪法议》,《饮冰室合集1·饮冰室文集之五》,中华书局1989年版,第1页。

② 梁启超:《立宪法议》,《饮冰室合集1·饮冰室文集之五》,第6页。

确保与各国人民协和而得之成果及自由在我国土散布之恩泽，并防止因政府行为，而再起战争惨祸，特宣言主权属于国民而确定本宪法。”^① 转眼，又是半个多世纪，虽然日本军国主义的传统遇有适应环境不断发作，但被宪法认可的发自日本国民深刻反省的维护和平的新传统一次次遏制住了军国主义的复活。政府官员违宪的言行，会受到来自民间的强烈谴责。因为日本国民深知保护和平、维护宪法就是保护和维护自己应有的安定生活的权利。从这一方面来说，宪法不仅可以遏制政客的贪婪和野心，而且其确实是民众生活的福祉所系。

三、以日本为师是中国宪政的第三个误区

近代以来，中日同是效法西方，变法图强，但日本在“变”中收效颇丰，常能达到预期的目的，而中国却常常在“变”中进退维谷，变的“结果”常出意料，自认为种的是甘甜之“橘”，收获的却是苦涩的“枳”。中日甲午海战后，中国人不得不承认昔日的藩属国日本的实力及其效法西方的成功，中国人的焦躁也因此而生。于是，便有人将效法日本作为变法图强的捷径，将学习的目光从欧美移至东邻日本。一向被学界视为稳健持重的清廷重臣张之洞在其轰动朝野的《劝学篇》中大力提倡留学日本，并明确指出：“游学之国，西洋不如东洋。”其理由是“路近省费可多遣”；“去华近易考察”；“东文近于中文易通晓”；“西书甚繁，凡西学不切要者，东人已删节而酌改之，中东情势风俗相近，易仿行事，事半功倍，无过于此。”张之洞的这一番“事半功倍”的效率主张与中国传统的官僚、士大夫等对事物精益求精、探本溯源的从容风度已迥然有别。为弥补与传统的裂痕，张之洞补充道：“若自欲求精求备，再赴西洋，有何不可？”20世纪初期，中国的变法，包括宪政在中国的引进确实有了一个变化，即从仿效欧美转向学习日本。这种转化的原因当然基于张之洞所言的为使“中国速强”和“中日情势风俗相近”的思想。但遗憾的是这两点在当时人以至今人看来都顺理成章而又重要的理由，恰恰犯了中国文化的大忌。若从文化特征考究，中日间的差距绝不逊色于中西。这就是日本的传统长于“学习”，而中国传统则注重“创造”。

^① 《日本国宪法》（1947年5月3日施行），见〔日〕木下太郎编：《九国宪法选介》，康树华译，群众出版社1981年版。

日本原本就是一个十分会学习的国家，“仿效”是其文化所具有的最大特色和特长。日本人的学习方法也十分简单有效，那就是在取他人之长时几乎可以全盘照收。始于公元645年的大化改革就是以唐代社会为楷模的变革。五十余年后，在日本的大宝元年（公元701年），颁布了几乎与唐律令相同的《大宝律令》，标志着模拟唐朝的改革顺利完成，天皇制国家形成。大化改革的核心就是仿照唐朝的律令制度，建立起从中央到地方一套完整的官僚机构。在中古时期，日本几乎不间断地派遣使节、文人、留学生、僧侣至中国学习。近代，当中国朝野还在为派遣留学生至欧美是否有失国体而争论不休时，日本的重臣、使节、留学生早已远涉重洋，抵达西方考察、学习。当中国仿效日本派出五位大臣至欧洲考察宪政时，日本不仅早已经颁布了宪法，而且已经进入宪法实施期。不失时机的学习，而且在学习中只在意得到什么，不太在乎失去什么——这种“学习型”的传统文化使近代日本在仿效西方时抢占了先机。

中国不同于日本，自秦之后的“大一统”文化一直是中国历史发展的主流。中华文化是一个以中国人为主体的“经营”积累了数千年的文化体系，虽然日本及东南亚一些地区和国家都被包含在这个体系中，或接受了这个文化，但是他们并非是“原创”者。由于是原创者，所以中国人格外珍惜“文化”。但是，中国文化并不封闭，相反，历史证明其具有巨大的融合力。在与其他文化的交流中，中国人强调的是“融会贯通”，是文化的扩容和更新。在学习和吸收中，中国人不仅不会放弃自身的文化，而且会通过种种缓和的途径使对方发生“汉化”，异质文化汉化的过程，便是中国文化更新的过程。这种学习的本身，与其说是学习，不如说是创造更为贴切。所以，中国人在学习中最忌讳形式的照搬和直接的套用。“探本溯源”、“厚积薄发”、“实事求是”是中国人的学习原则。这种学习的方法需要以传统为平台，需要从容甄别、精琢细磨，需要将异质文化中的优良成分演变为自身文化中的有机组成。因为中国属于“创造型”文化，所以在日本可以“速成”的西制，在中国却成效甚少。

我们不能简单地用“优”、“劣”来评价中日两国传统所赐的在“学习”方面所具有的不同特征。历史只是证明了这样一个事实：同是仿效西方，同是实施宪政，日本可以从形式做起，可以直接搬用，中国则不能，即使这样

做了，也不会取得成功。同样，中国在吸收外来文化时的自我更新及新途径的开辟，这样的学习境界日本也难以企及。我们更不能责怪近代许多有识之士在民族生死存亡关头对传统的焦躁，因为历史没有给他们“从容”的条件，更没有给他们精琢细磨的机会。问题的关键在于我们现在是否有耐心寻出适应于自身文化的宪政之路，而不是在急于求成中再次迷失自我。在中国，任何成功的变革，无不是以批判开始，而在继承和融合中圆满完成的。

第四节 近代宪政中传统的缺位 ——礼治的改造与传统文化的发掘

“礼”是中国社会近代以来批判的靶子。经济不发达、社会发展停滞、思想僵化、法治不兴、民权难申，以致落后挨打等，追根溯源无不与国人一向引以为自豪的“礼”有关。“礼”在中国古代社会所受到的推崇和在近代社会中所遭遇的批判，又一次证明了部分国人好走极端的性格。时至今日，靶子已然被打得支离破碎，但令国人始料不及的是“礼”的意识、观念依然顽强地存在并对社会产生着极大的影响。大到永远争论不休的道德与法究竟孰重孰轻，小到对一个人生活中言谈举止的评价，“知礼”、“有德行”依然是对一个人最好的肯定，而“缺德”仍然是对一个人最严厉的斥责和否定。孔子“不学礼，无以立”的告诫在左右和影响着人们的价值观甚至是社会的变革。

实事求是地说，如果不带有以国力强弱论文化优劣的偏见，如果能更客观、理智地审视过去、现在和将来，如果不是用唯一的“标准”或新型“大一统”的一元化价值观来分析判断，我们就会发现：今人对“礼”的批判虽非空穴来风，但古人对“礼”的推崇及“礼”所具有的强大的生命力也不是无缘无故。同时我们还会进一步发现，无论批判还是推崇，在现实以至未来要想完全复兴或完全抛弃“礼”都是不可能的，“改造”成为唯一的出路。由此看来，“礼”完成了古代社会赋予它的使命，而其在现实社会中的作用和走向则取决于今人的作为。“周虽旧邦，其命维新。”我们期待着在中华民族的伟大复兴中，传统的“礼”及礼治在现代社会中的维新，期待着多样化的现代化模式的出现和形成。

一、反思“礼治”

“礼治”，也就是以“礼”组织或管理社会。这个“礼”指人类社会发端伊始时形成的规范和观念。它包括原始的宗教（比如祭祀天地鬼神和祖先）、道德（如对同部落成员的亲善友爱和对敌对者的仇恨）、习惯（日常的生活行为及言谈举止）等等。从这个意义上说，礼治是人类社会尚处在血缘社会时的产物。当时的社会是否有“法”的存在，学界莫衷一是。但可以肯定的是即使当时社会已经有了法律，那也只是当时“礼”的一个组成部分。由此观之，世界各地，无论东方西方，社会的发展都必定经过“礼治”的阶段。“礼治”并非中国古代社会所独有。

问题在于血缘社会瓦解后，世界不同地区的文明开始分道扬镳，各自走上不同的发展道路。而近代全球化的过程中，占有先机的西方，借助着强大的国力和武力，在殖民化的过程中，将西方的发展模式和价值观变为“唯一”。反映在法学上，英国伟大的法学家梅因在其巨著《古代法》中的每一论断几乎都成为“通说”。这些至今被法学界所信奉的通说告诉我们，在习惯法结束，法典时代到来时，只有西方的法律在不断地进步与完善，而其他地区的法律则在静止或停滞之中。梅因自豪地说：“罗马法律学中，有着任何一套人类制度中最长久著名的历史。它所经历的一切变化的性质，已经在大体上得到很好的肯定。从它的开始到它的结束，它是逐步地改变得更好，或向着修改者所认为更好的方向发展，而且改进是在各个时期不断地进行着的，在这些时期中，所有其余的人类的思想和行动，在实质上都已放慢了脚步，并且不止一次地陷于完全停滞不前的状态。”^①梅因认为，西方法律及法律学的发展促进着西方社会的文明，而世界其他地区的法律及法律学的停滞则制约着文明的发展。因此，西方的社会是“进步的”，而其他地区则是“静止的”。在梅因看来，印度尚处在“所有人类各民族历史都曾发生过的阶段，就是法律的统治尚未从宗教的统治中区分出来的那个阶段”。中国与印度相比，虽然已经度过了人类初始时的法律阶段，但“进步似乎就到此为止了。”这主要表现在中国的“民事法律”杂乱无章上：“因为在它的民事法律

^① [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第14—15页。

中，同时又包括了这个民族所可能想象到的一切观念。”不幸的是，梅因这种充满文化和地域歧视的观点不仅为殖民者所弘扬，而且也为被殖民者所普遍地接纳。从此，西方的法律及法律学成为衡量一个国家或地区法律的“进步”与“落后”、“文明”与“野蛮”的标尺，中国当然也不例外。我们因此也就不难理解近代以来中国古代的礼治为什么成为众矢之的。因为按照西方法律的模式与标准，中国古代的“民法”确实缺少“规制”或体系。裁判民间“细事”，可以与西方民法比较的“礼”不仅与血缘社会的“礼”、礼治一脉相承，而且其是一个开放圆通的体系。其内容涵盖中国古代社会的方方面面，大到国家的纲纪，小到普通百姓的行为举止及其之间的财产家庭纠纷。礼，从规范制度上说，其有一定的具体条文，但更多的却是以安居乐业为目的的“熟人社会”的习惯和风俗。从意识形态上说，伦理道德及忠孝节义的价值观才是“礼”或礼治的核心所在。如果说在经历了漫长的习惯法时代，西方根据其经济的发展和所处的地域环境在“清算了氏族制度”后进入了法治社会的话，中国则是根据自身的环境和经济状况选择了“维新氏族制度”后进入了礼治社会。这两种选择本无优劣之分，文明及文化模式的形成与发达原本也是环境、历史所赐，无所谓先进与落后，但在近代以国力及武力的强弱论文化的优劣并臧否文明文化的模式成为风尚时，梅因关于“古代法”的论断便顺理成章地成为定论通说。一切与西方模式不同的法律制度与思想都不可避免地被视为具有缺陷或不合理。迥异于西方法治文明的中国礼治文明成为靶子的原因自不待言。“礼治”在近代似乎成为保守、黑暗、虚伪、野蛮、陈腐、落后等代名词。

自西方用贸易和武力将其价值观推向全球以来，对礼治的反思和批判是全世界的思潮。礼治中虽然包含了许多“应然”之理，但在近代的殖民炮火中都成了迂阔之论。竞争的法则没有“应该”或“不应该”，只有弱肉强食和胜负。强国与弱国的关系是“刀俎”与“鱼肉”的关系，所谓的“平等”不过是强国之间的交易原则。曾将希望寄予“万国公法”上的中国人在吃尽苦头之后，终于明白了“落后就要挨打”这个现实的道理。这个“实然”之理恰恰是中国传统价值观最为鄙视和反对的“以强凌弱”、“以众暴寡”之理。无论如何，如果在近代，中国人仍然不顾现实地坚守着泱泱大国、谦谦君子之风，那后果就不只是“挨打”的问题，而是国破家亡的问题。民族独

立、国家强盛是一个国家立于世界之林的基本前提。如果没有这个前提，平等、民主、话语权也好，民族文化复兴、优良传统继承也罢，都只是一种奢望和空谈。这就是我们应该敬佩和感谢我们前辈不懈努力的原因。他们对“实然”之理的洞察，对世界发展趋势的把握，对传统之学与西学务实而充满智慧的运用，都为实现民族的独立和国家的强盛开拓了道路。正是在前辈努力的基础上，我们现在可以从容地反思礼治，反思近代以来我们在不得已的情况下对传统的偏颇，而且可以平等地去审视中西文化的异同。

对礼治的反思具有普遍的意义。因为礼治是人类社会发展普遍经过的一个时期。也正因如此，礼治更多地包含了人类社会相通的应然之理。

认真地反思礼治，我们会发现人类社会相通的或应该具有的美德，这些美德和“应然”的道理在近代物质的飞速发展中被忽视或淡化了。如果说近代以来的法治告诉我们的多是理智和“实然”之理的话，我们在古老的礼治中却可以寻找到许多人类的共同理想和“应然”之理。

二、反思中国的“礼治”

我们反思礼治和探讨礼治改造的更重要的原因还在于：具有五千年文明史的中国是一个“礼仪之邦”，如果说血缘社会、习惯法时代后，西方创造了法治的文明，那么中国所创造的则是礼治文明。如果我们不以梅因“进步的”、“静止的”划分标准为唯一判断标准，实事求是地说中国的礼治文明并不逊色于同时代西方的法治文明。中国的礼治与西方的法治在模式、价值观方面存在着差异，但并没有进步与落后之分，更无文明与野蛮之别。在政治社会、法典时代中，中国更多地继承了传统，对礼治中包含的应然之理加以理论的归纳，赋予礼治以新的内容和使命。我们应该感谢和敬佩中国先哲的智慧，经过他们的努力和探索，中国的礼治不再只是一般意义上的血缘社会的产物，而成为中华文明的标志，它具有了一般礼治所不具有的特征。

我们可以从基本理论和历史发展两方面对中国的礼治加以反思。

说到礼治的理论，就必然要说到孔子和孔子所创建的儒家学说。礼治由实践上升到理论，并延绵两千年之久，至今影响不绝，且为世界学界瞩目，孔子功不可没。儒家是一个“尊古”的学派，传统的礼治在儒家的学说中得到系统的总结和归纳。让我们重温至今都使国人无法忘怀的儒家的美好理

想：“大道之行也，天下为公。选贤与能，讲信修睦，故人不独亲其亲，不独子其子，使老有所终，壮有所用，幼有所长，矜鳏寡孤独废疾者，皆有所养。男有分，女有归。货恶其弃与地也，不必藏于己；力恶其不出于身也，不必为己。是故，谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作，故外户而不闭，是谓大同。”这段话的意思是：在大道盛行的古代，天下是天下人共有的天下。选拔德才兼备的贤能之人治理国家。人人讲信义而和睦相处。人们的善性处处体现，所以不只是亲爱自己的亲人和抚育自己的子女。因此，整个社会，老者安享天年；壮者各司其职；年幼者得到爱护而成长；鳏寡孤独及有病残的人也得到很好的照顾。男子各有职守，女子各有归宿。财货与力气都为公而用，不必为一己之私而忙碌。因此，人与人间坦诚相处，不必钩心斗角；没有偷窃、抢夺、杀伤人的事情发生，人们外出也不必为防止歹人而关窗闭户。这就是美好的大同之世。可以看出儒家的大同世界充满着理想的色彩，“人性善”则是这个理想世界的基础。正因为对人性充满了希望，所以先秦儒家不仅不压抑人性，而且能够洞察物质并不丰盛的血缘社会中“礼治”的合理成分并加以弘扬。孟子言人有“不忍人之心”，即恻隐之心，故能“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼。”在孔孟的学说中，“民”生来都是身心健全、懂得道理法度的。“民”变恶的原因在于统治者不能自律，不能很好地诱导民之善性，以致上行下效。所谓“性相近也，习相远也”。所谓“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从”。也正因对人性充满希望，孔子、孟子才力主统治者效法先王，实行“以理服人”的王道。王道的特征实际上就是血缘社会礼治的特征，也就是要求统治者视国人为家人，把“教化”而不是“惩罚”作为治国的主要手段。不过，儒家的礼治已经突破了家族血缘的羁绊，而普及到全体人民。国家、家族及整个社会，只要坚信人性的美好，通过教化展现、恢复或弘扬人性，则乱世可救，大同世界可建，尧天舜日可现。因为理想的实现，建筑在民之本性的“张扬”而不是“遏制”或“利用”的基础上，因此先秦儒家对民不敢藐视、不敢怠慢，面对统治者的苛政，孟子甚至发出了“民为贵，社稷次之，君为轻”的呼唤。“民贵君轻”的民本主义正是儒家礼治思想的精华之所在。

说到先秦儒家的礼治，就不能不简单地与先秦法家的法治作一比较。法家在春秋战国是一个蒸蒸日上的学派。尽管有人说儒家与法家在维护君主权

威等方面的主张如出一辙，但谁也无法否认先秦儒法两家在对待传统方面的主张针锋相对。在采用什么样的统治方法、如何对待民众等问题上，儒法两家也有些势不两立。这种对立似乎缘于他们对人性的不同看法。令人深省的是，尽管法家的法治理论与西方法治、现代法治的主张在本质上迥异——一个以维护君主至高无上的权威为目的，一个以制约君主权力，或维护民主为己任——但只要主张法治，无论中西，也不论古今，“人性恶”便是其共同的理论基石。^① 因为人性恶，所以法治的社会以“力”服人，所谓“力多者人朝，力寡者朝于人”。在春秋战国之时，一旦有被分封的诸侯——“伯”的力量胜于天子，天子也只有向强大起来的“伯”寻求庇护，而强大起来的伯便可以“挟天子以令诸侯”或直接兼并他国，代行天子之事。儒家推崇的以理服人的“王道”崩溃了，而以力服人的“伯道”也就是“霸道”兴起。在力的较量中，相互制约而不是相互帮助的“制度”是统治者之所以“有力”的明确而具体的体现，所以法家对以“制度”约束“人”、利用“人”、治“人”格外感兴趣，对“制度”的完善格外关注。儒家所敬佩的“富贵不能淫，贫贱不能移，威武不能屈”的道德君子，所提倡的仁、义、礼、智、信的品格，在法家的眼里是不可能存在的，而所谓“道德君子”不过是一些欲与国家力量、君主权威抗衡的“蠢虫”，这些“蠢虫”借道德的标准削弱了“制度”的力量，是国家富强的绊脚石。我们总结一下儒法两家的不同：儒家相信人善良的本性，顺应人性而提倡人与人之间的相互帮助，社会的和谐，统治者与人民的相互体谅，自上而下的道德自律，最终，儒家认为“功与利”只关乎一时的成败，从历史发展的角度来看并不那么重要。而“是与非”之理却关系到千古的准则，关系到国的根本和人的根本，是人类社会最重要的基础。没有是非的“力”是暴力，没有是非的“君”是昏君，没有是非的“威”是淫威，没有是非的“政”是苛政，没有是非的“法”是虐法，没有是非的“人”是小人。而法家对人的本性有着充分的警惕，按法治的主张，顺应着人性的治理，应该是人与人之间的相互制约，社会的竞争，统治者对被统治者必须示之以威力，以“法”约束之，利用之，镇压之。最终，

^① 有人认为法家的人性论是“好利恶害”，并非“人性恶”论者。但法家有关人性思想的来源是荀子，荀子言人性“甚不美”且公开认为人性本恶。因此，法家“好利恶害”的人性论应该是对人性恶的说明，而不是否认人性恶。荀子因为主张教化而入于儒家，但在人性的主张方面不同于孔孟。

法家将儒家之说视之为迂阔之论，对“是与非”之理并不在意，而只在乎功与利，成与败。因为在社会的竞争及人与人的制约中，“理”似乎远远不及“力”重要和现实。法家告诉了人们竞争中的“实然”之“理”：“理”建立在“力”的基础上——而这一点与近代西方法治告诉我们的道理真的有些相似。

儒家的“礼治”思想虽广为传播，但从孔子之时就屡遭磨难，以致“累累如丧家之犬”的孔子对弟子谆谆告诫“士不可以不弘毅，任重而道远”。在秦朝，儒家遭到灭顶之灾，经书被秦始皇付之一炬。但“焚书坑儒”的极端手段却没有使弘毅的儒士退却，而天下“诵法”孔子之声更是不绝于耳。当前所未有的统一、强大的秦王朝因行法家之学而促使社会矛盾激化，终于短命而亡后，在“理”与“力”的较量中，中国人回归了“理”，明智地选择了“礼治”。随着汉武帝时儒学正统地位的确定，“礼治”复活了。其实，礼治的复活并不是统治者的刻意安排，也不仅仅是统治者的需要而成就。探讨礼治在中国复兴的原因，还是应该归功于礼治中所包含的那种人类社会——无论是血缘社会，还是政治社会——所“相通”的应然之理，归功于儒家赋予礼治的新内容、新形式与新使命。与法家法治相比，“礼治”更体恤弱者，更关爱人民，更注重人的精神需求，更能缓和社会矛盾并使社会各个阶层融洽相处。如果人类社会的生活以健康的“幸福”而不是以“发展”为最终目的，儒家礼治的生命力就永远不会消失。思想深邃的法国思想家伏尔泰对中国人那种不为物质所累、不为发展所累的潇洒给予了充分的肯定：“中国人没有使任何一种精神艺术臻于完美，但是他们尽情地享受着他们所熟悉的东西。总之，他们是按照人性的需求享受着幸福的。”^①当我们遗憾中国传统缺乏近代启蒙，没有“人性”的解放时，中国的古人也许应该庆幸，他们与同时代的西方相比，人性的压抑大为逊色，以致他们尚未感到需要“解放”；当我们惋惜中国传统没有宗教，缺少信仰时，中国的古人也许应该得意自己的“道德选择”，避免了宗教战争的涂炭和对异教徒非人的、令人发指的迫害。

中国的礼治因为儒家而有了一个理论的体系。这个理论体系在中国历史

^① [法] 伏尔泰：《风俗论》下册，梁守锵译，第461页。

发展中虽一脉相承并影响周边地区和国家,但是在不同的时代,这个理论也有着不同的演变和特点。先秦儒家的特色在于理想,在于对人的信任和关怀,在于以礼调和而不是压制人性。至汉代儒家思想定为一尊时,先秦儒家的理想色彩已然大打折扣,对“人”的关怀已经不是缘自人性,而是统治者自上而下的一种恩赐。苛刻一点地说,汉之儒学是为统治者御用而产生的。汉“新儒学”的奠基人董仲舒在阐释儒学的自然观、政治观、价值观时,对先秦儒学多有改造,这种改造一半是为了使儒学更适应时势,一半也是为了投汉武帝之所好,其特点在于实践性的加强。从积极方面说,汉代礼治的复兴容纳了百家之言,对秦朝的传统也采取了中庸的改良方式,即反秦之政而用秦之制。儒家倡导的价值观不仅没有因为秦制的沿用而被破坏,反而如虎添翼,使礼治的可操作性大大加强。礼与法的关系在汉儒的学说中已经不是非彼即此、非此即彼的对立关系,而是和谐统一的制度与原则间的关系。礼治的原则通过制度得到体现。但无论如何,在汉新儒学中,我们已经难以见到先秦儒家那种“独夫民贼人尽可诛之”的民本主张,难以见到先秦儒家那种发自内心的对民的关怀和同情,难以见到先秦儒家那种对人性充满希望的期盼。宋明之时的理学,是儒学发展的又一个时期,理学奠基人朱熹所主张的“礼治”近乎宗教:是存礼治倡导的“天理”,还是留与天理不两立的“人欲”,二者必居其一。当社会主流思想强调“存天理,灭人欲”时,人性的压抑便不可避免。中国社会“以礼教吃人”、“以理杀人”,确切地说始于宋明。毋庸讳言,儒家的礼治,从战国到明清的演变,形式上虽然越来越严密,但其精髓思想——对“人”的尊重、善意、关怀日益减弱,“大同之世”的理想色彩也日益消失,“独夫民贼可诛”的民本观念更是日益淡出。经过漫长岁月的改造,“礼治”越来越成为思想精神控制的工具。如果五四运动的思想先驱提出的是“打倒朱家店”而不是“孔家店”,我们近代对礼治的评价也许就会客观得多。

现在,当我们不必以西方模式为唯一标准,从容地反思中国的礼治时,我们对传统会产生一种与西方启蒙思想家相似的情感,即对我们民族的思想之源充满了敬意和希望。如同古希腊、罗马的传统在西方启蒙思想中重生,我们也期望春秋战国先哲的学说成为民族复兴的理论奠基石。这就是我们重新认识礼治,并探讨改造、更新礼治,而不是一味地批判或抛弃礼治的根本

理由。

三、礼治的改造

我们今天重新认识礼治，不能不感叹春秋战国留给后代的丰富的文化遗产和思想宝库。这个令时人充满了希望、又充满了迷茫的时代造就了理性的儒家、睿智的道家、现实的法家……当我们重新审视春秋战国时的儒法之争时，也不能不感叹历史确实不以一时成败论英雄，当年风靡各个诸侯国的法家之学在汉之后竟无传人；至明清，人们只能从师爷讼棍的秘籍中看到法家的影子。而四处碰壁的“迂阔”之学儒家自汉以来却始终位居“国学”的正宗地位。转眼两千余载，近代随着经济的全球化、东西文化的相互融合、社会结构的转变，我们又处在了选择之中。比春秋战国的人们在“传统”与“非传统”间选择更为复杂和困难的是，近代面临着更多选择的人们在西方的殖民风潮中除了尚“力”，似乎别无他途。因为现实告诉人们，没有“力”就没有发言权，甚至没有生存权。国力的强弱成为文明先进还是落后、文化优还是劣的标准。但历史的发展确实不以人的意志为转移，在“力”的竞争中，一度失去自我，不得不以“力”抗“力”、以“暴”对“暴”的民族，在获取了国家和民族的独立后，不能不反省尚“力”的代价；企图以力控制世界经济、政治甚至文化和价值观的国家、民族也不能不反省“力”的缺陷及其所不能。因为自西方殖民以来，以“力”建立的世界秩序从来没有给世界带来过安宁，也没有给世界不同的人种带来过平等与自由。人类不仅需要发展而且需要稳定，不仅需要竞争而且需要互让，不仅需要制约而且需要和谐，不仅需要个性而且需要沟通，不仅需要“力”而且需要“理”，不仅需要承认接受实然之状态而且需要追求信仰应然之道理——只有如此，人类才会有更幸福、更美好的未来。

从法律的角度观察，礼治的改造在中国至关重要。近代中国的法律变革举步维艰，其中一个重要的原因在于我们无暇定位改革后传统的礼治在新的法律体系中的地位。而“礼治”在新法律体系中的定位，关系到民众对法律的认可和接受的程度。

从宪法的角度来看，如果说中国古代有可以与宪法相比拟高于一般法律意义的法的话，那非“礼”莫属。中国的学者如此认识，比如钱端升在《比

较宪法》中认为中国不但有宪法，而且自《周礼》形成时起，中国的宪法已经具备了成文宪法的形式。^① 外国学者也是如此认为，比如黑格尔认为中国“宪法”体现的精神就是“家庭孝敬”，家族的基础就是“宪法”的基础，“中国纯粹建筑在这一种道德的结合上”^②。孝与道德正是礼治的核心。再来对照卢梭对宪法的定义，我们有理由同意“礼”或“礼治”即为中国古代宪法这样一种比拟。卢梭言：宪法是一切法律中最重要的一种，“这种法律不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，而是铭刻在公民们的内心里；它形成了国家的真正宪法，它每天都在形成新的力量；当其他的法律衰老或消亡时，它可以复活那些法律或代替那些法律，它可以保持一个民族的创制精神，而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量”^③。礼治在中国的古代实际上具有西方宪法的地位和作用，它与民族的情感密切联系。无论是官是民，是贵族是庶民，没有人愿意看到礼治的破坏。礼治的价值观、礼治的精神在每一个生于斯，长于斯的人的心灵中有着不可磨灭的印记。改朝换代、法制变迁都不能影响和动摇人们对礼治的信仰。自三代以至明清，无论盛世还是乱世，都是人们追求的理想。凭借着“礼”的精神和礼治的理想，人民可以在乱世中“兴灭国，继绝世，举逸民”，可以在王朝倾覆、制度破坏的情况下拨乱反正，延续着文明的发展并在对礼治的追求中创建制度。与近代以来宪法遭受践踏而民众反应冷淡的状况形成明显对照的是，“礼”或礼治在中国的古代一旦遭到破坏，民众便会群起而维护之。春秋战国“礼崩乐坏”，不仅出现了以“克己复礼”为己任的儒家，而且在《诗经》中出现了时人对无礼和坏礼言行的严厉斥责和鞭挞：“相鼠有体，人而无礼。人而无礼，胡不遄死。”^④ 直至清末，当修律的内容触及并动摇了礼治的价值观时，便有了礼教派的强烈反对，翻阅一些清人的笔记和野史也可以感到时人对礼治动摇的担忧。礼治在中国古代并不简单地是统治者治国的工具，它还是民众评论君主、臧否官吏的标准。它是一种信念和社会各阶层沟通的渠道，正因如此，“礼”及礼治才成为中国古代的“根本大法”。而清末以来中

① 参见《钱端升学术论文自选集》，第130、141页。

② [德]黑格尔：《历史哲学》，王造时译，第162—168页。

③ [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第73页。

④ 《诗经·鄘风·相鼠》。

国社会发展的基调是弃“礼”扬法（西学意义上的法），在其发展的过程中，尽管有礼教派的反对，但西化已成浩浩荡荡的世界潮流，不可阻挡。然而，从西方搬来的宪法，在中国往往成为远离民众的书生空谈，更使人尴尬的是成为一些政客权力较量的工具。在此，似乎应该对中国近代宪法史上发生的“孔教”入宪之争作一分析。袁世凯执政后，欲“以礼教号令天下”，故极力主张将“孔子之教”定为国是。1913年未公布的《中华民国宪法草案》（“天坛宪草”）第三章第十九条有“国民教育以孔子之道为修身大本”的规定。1916年袁世凯恢复帝制失败并去世，国会开始续议“天坛宪草”并试图完成宪法的制定。“孔教”条文的修改由此成为国会和社会关注的焦点。陈独秀言：“‘孔教’本失灵之偶像，应于民主国宪法，不生问题。只以袁皇帝干涉宪法之恶果，天坛宪草，遂以第十九条，附以尊孔之文，敷衍民意，致遗今日无谓之纷争。”^① 陈独秀坚决反对孔教入宪，以为：“建设西洋式之新国家，组织西洋式之新社会，以求适今世之生存，则根本问题，不可不首先输入西洋式社会国家之基础，所谓平等人权之新信仰，对于与此新社会新国家新信仰不可相容之孔教，不可不有彻底之觉悟，猛勇之决心，否则不塞不流，不止不行。”李大钊也认为：“孔子与宪法，渺不相涉者也……孔子者，历代帝王专制之护符也。宪法者，现代国民自由之证券也。专制不能容于自由，即孔子不当存于宪法。”^② 我们暂且搁置“孔教入宪”的争论的评价，因为在当时，这一问题反映的不只是宪法与法律问题，更不只是学术问题，而是政治和社会问题。分析当时的社会状况，有此几点值得注意：第一，主张孔教入宪的政治势力，是将宪法与孔教作为一种政治斗争的工具而主张的。宪法，为其不太名正言顺的政权披上合法的外衣，孔教为塞民之口提供传统的依据。在袁世凯的“孔教”中，看不到民本的思想，看不到对统治者的约束，所见只是对人民的束缚和控制。这种入宪的“孔教”不只是对西来宪法精神的恶意曲解，而且也是对传统孔子之道的贬损。第二，反对孔教入宪的社会力量，也只是从效法西方、学新弃旧、反对统治者倒行逆施的角度来反对孔教入宪。这种反对似乎有些割裂历史，基于政治的义愤也难免扩大传统的阻碍力。更为重要的是，当时从宪法原理对这一问题的论述十分

① 陈独秀：《独秀文存》，第73页。

② 李大钊：《李大钊文集》第1集，人民出版社1999年版，第245页。

罕见，而民众对此问题的反应更是冷淡。缺乏民族情感的支撑，不发于风俗而总产生于战争（或革命）的近代“宪法”，成为远离民众的政治摆设或点缀。其实，平心而论，中国传统礼治与宪法并非“渺不相涉”，礼治中包含的一些今古相通的道理、一些不能磨灭的民族精神只有在宪法中得以体现时，宪法才是中国的宪法，才能得到民众的关注与维护。当然，体现在宪法中的民族精神，必须是更新、重生了的传统，是经过改造并与现代社会吻合了的礼治，而不是历史上“礼治”的简单拿来。让我们仅举几例证实礼治与现代社会进步思潮或制度的暗合。

众所周知，礼治强调“和谐”，这个“和谐”并不是一团和气，它是建立在人类普遍具有的“敬畏之心”基础上的。这种“敬畏”不是宗教的信仰，但其足以教人远恶向善，使人珍惜人生。

因为敬畏自然，所以中国人要达到的境界是天人合一，而不是征服自然。帝王的天人合一观表现为效法自然而行政令，诸如一年四季的郊祀，对百姓的春教秋罚。一般人的天人合一观表现在顺应自然而生活，诸如“春生夏长秋收冬藏”。因为敬畏，中国人珍惜资源，春夏严禁入山砍伐狩猎尤其禁止猎杀幼兽和怀孕的母兽，禁止入湖泽捕捞。敬畏与珍惜自然，固然发自人类生存的需要，但也体现了对生命力所能及的敬畏之心。

因为敬畏人的生命，中国传统的“人”的观念是普遍的，对人的尊重也是普遍的，没有西方古代那种贵族与贱民、男人与女人甚至种族之别。所以先秦的墨家能感受到“官无常贵而民无终贱”，秦朝的农民能喊出“王侯将相宁有种乎”。中国人同情弱者，反对“以强凌弱，以众暴寡”，主张人与人之间的和平相处和互相尊敬。自西周《吕刑》就强调“不敢侮鰥寡孤独”。中国古代法律将对弱势群体的关怀视为有德的体现。自汉开始的“养老令”，一直将丧失了劳动能力的老年人作为体恤的对象，赐予他们必要的生活用品，免除家人的一些徭役和赋税。“优胜劣汰”、“物竞天择”不符合中国人的价值观。

因为敬畏人生，所以中国传统礼治主张导民以善，珍惜人情，强调人的义务、责任、忍让和自律。中国古代的法律也是如此。学界一向以为中国古代“民法不发达”，或“以刑律为主”。其实这是受到西方学者偏见的影响。中国古代有狱、讼之分。狱事事关罪名、刑名，断之于律；讼事，又称“细事”，是关涉财产之争的纠纷，有些类似现今的民事纠纷，一般断之以“礼”。古代各级官员——县州府衙的长官一项日常的工作就是以礼教民，以

“礼”断讼。断讼的工作量远比断狱要多。所以中国古代不存在“重刑轻民”的问题。“息讼”、“无讼”的礼治教化也不表明中国人的法律观念淡漠。其实，任何一个正常的社会，一个理性的法律机制都不会鼓励而是应该遏制民众的争讼；一个心志健全且有一定道德要求的人也不会将争讼视为荣耀。查士丁尼《法学总论——法学阶梯》第十六篇言：“必须指出，制定和维护法律的人向来非常注意防止人们轻率地进行诉讼，这也是朕所关心的。做到这一点的最好办法在于，有时采用罚金，有时采用庄严宣誓，有时利用害怕丧失名誉的心理来抑制原告或被告的轻举妄动。”而中国没有用罚金、宣誓、丧失名誉的方法来息讼，其所用的只是教化。从效果来看，教化的作用也许比罚金、宣誓、丧失名誉更为有效。礼治在中国古代法律体系中的显而易见的作用有二，一是作为“律”的灵魂，贯穿于刑事法律的条款中和断狱的过程中。由于“礼”的指导和教化，断狱者与一般民众不仅知道触犯刑律的严重后果，而且明白犯罪的可耻，所以其明显有预防犯罪的作用。二是作为断讼及调解的依据，“礼”所强调的日常教育及每一次断讼及调解的过程，也是礼治所倡导的价值观普及深化的过程。此外，礼治更为重要的使命是旌表道德。上至君主，下至黎民都处在一个道德评价的体系中。人们以“礼”为标准评价君主的仁、圣、明或暴、昏、庸；以“礼”评价官吏的德能；以“礼”评价一个人生存的价值。这种道德的相互制约虽然不若法治的制约那样明晰刚硬，但却因合乎情理而更易为社会接受并天长地久。中国礼治从不以激化矛盾为能事，即使与周边地区和国家在价值观产生抵牾的情况下，也不会以武力输出文化。礼治强调和谐，强调尊重不同地区的风俗和人民，主张以理服人的“王道”。回避竞争固然是礼治的缺陷，但其给人以安定祥和的环境，让人有暇去思索人生的意义和价值，这对今天的世界来说并非没有裨益。

上个世纪初，即使对礼治持有激烈否定的革命家、思想家也不能将传统礼治断然割裂。李大钊在论立宪国民的修养时说：“依吾儒忠恕之道，西哲自由、博爱、平等之理，以自重而重人之人格，个人均以此惕慎自恃（持），以克己之精神，养守法循礼之习惯，而成立宪国绅士之风度，于是出而为国服务，自能和衷共济，一心一德而为正当之主持，绝不致演出议场挥拳、白宫斗口之象也。”^①

^① 李大钊：《李大钊文集》第1集，第319页。

第二章

近代宪法学说体现的中国传统法律文化

1840年鸦片战争以来，随着西方列强的侵略加剧，中国陷入了深刻的国家和民族危机之中。为了救亡图存和实现中华民族迅速崛起于世界富强国家民族的梦想，很多有识之士前仆后继地掀起了向西方学习的宪政运动。其间，议院、公法、公权、自由、民主、民权、宪法、宪政、立宪、共和等概念纷纷落户中国。本章仅以近代宪法先行者关于宪法及其部分宪政的观点为基点展开论述，比较这些不同观点并探究它们与中国传统（法律）文化之间的关系。

第一节 近代关于宪法、宪政的基本学说

本节大量选摘了近代一些宪法先行者关于中国宪法的诸多观点。以是否主张限制君（公）权和保障民主权利作为宪法的衡量标准，可以直接得知或推断他们对中国古代有无宪法的看法，总体上可分为三种不同意见。此分类便于对近代宪法观点进行梳理和与传统对照。

一、无宪派观点

这一派的主要观点是总体上以西方的宪法和宪政作为模板，反对专制，力倡民主和规范的宪法和宪政。

鸦片战争以后，中国社会出现千年未有之大变局。一批爱国的知识分子希望师夷长技以制夷，开始注重学习西方的“长技”。对西方法制及宪法问

题关注较早的是王韬和郑观应。张晋藩先生认为,作为西方国家根本法意义上的“宪法”一词,始见于19世纪中后期的中国。王韬于同治九年(1870年)撰写的《法国志略》中,提到法国于1791年“立一定宪法布于国中”。郑观应在《盛世危言后编·自序》中,已经表达了宪法作为国家根本法的思想,“宪法乃国家之基础”,“宪法不行专制严”,“宪法不行政难变”,因此极宜制定宪法。这可以说是中国近代宪政史上重要的开篇。^①据著名史学家韦庆远先生考证:1893年郑观应在《盛世危言》中首次要求清廷“立宪法”、“开议院”、实行立宪政治。^②此时,宪法和议院等概念是作为西方强大之原因的重要政治因素引入中国政治舞台的。

甲午中日战争使国家和民族危机进一步加深,以一代大儒康梁为代表的大批知识分子大力倡导政治维新,推动立宪政治。立宪政治这个模式带着救亡图存和富国强兵的双重重任正式进入中国政治实践中。康有为在《请定立宪开国会折》奏请:“定立宪,开国会,以安中国”。他认为,东西各国之强,皆以立宪法开国会之故。国会者,君与民共议一国之法也。盖自三权鼎立之说出,以国会立法,以法官司法,以政府行政,而人主总之,立定宪法,同受治焉。他建议:“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梁启超在《论中国成文法编制之沿革得失》(1904年)中,引用日本浅井虎夫(《史学杂志》第14卷第8号)中西法律的分类比附表。他认为在国内公法中,中国没有对应的宪法。虽在附言中,梁也说其此附本不能十分正确,因彼我异形,有非可拟伦者。姑录之以备参考。^④但这说明梁大体赞同此观点。在《立宪法议》中他进一步对宪法进行概念界定:宪法何物也?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。^⑤

同时期的严复从西方信奉的进化论中找到了西方国家富强的基础——自

① 参见张晋藩:《中国宪法史》,吉林人民出版社2004年版,第25页。

② 参见韦庆远等:《清末宪政史》,中国人民大学出版社1993年版,第15页。

③ 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,第16—17页。

④ 参见梁启超:《梁启超法学文集》,范忠信选编,中国政法大学出版社2000年版,第173—174页。

⑤ 参见夏新华、胡旭晟等整理:《近代中国宪政历程:史料荟萃》,第24页。

由，并在《严几道先生遗著》中得出与梁启超大致相同的对宪法的界定，即推崇西方君民共守的国家一切法度之根源的宪法。另外，翻译大家的思维使他对宪法二字的翻译和中国古代是否有宪法持谨慎态度。他在《宪法大义》中认为：“按宪法二字连用，古所无有。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。如立名较为无疵，质而解之，即同立法。吾国近年以来，朝野之间，知与不知，皆谈立宪。立宪既同立法，则自五帝三王至于今日，骤听其说，一若从无有法，必待往欧美考察而规，然后为有法度也者。此虽五尺之童，皆知其言之谬妄也。是知立宪、宪法诸名词，其所谓法者，别有所指。新学家之意，其法乃吾国所旧无，而为西人道国之制。吾今学步取而立之。然究竟此法，吾国旧日为无为有，古已用而今废，或名异而实同，凡此皆待讨论思辨而后决……宪法西文曰 constitution，此为悬意名物字，由云谓字 constitute 而来。其义本为建立合成之事，故不独国家可以言之。即一切动植物体，乃至局社官司，凡有体段形干可言者，皆有 constitution。今译宪法二字，可用于国家之法制。置于官司局社尚可用之。独至于人身草木，言其形干必不能犹称宪法。以此推勘，即见原译此名，不为精审。”^①“国之所以常处于安，民之所以常免于暴者，亦恃制而已，非恃其人之仁也。”^②立宪所立之法，不是治民的刑法，而是立“吾伎小人所一日可据以与君为争之法典耳……其无此者，皆无所谓立宪。君上仁暴非所关于宪末也。”^③

五四时期是中国思想和政治发生剧烈变化时期。辛亥革命推翻了中国历史上延续两千余年的专制帝制，颁布了具有资产阶级性质的崭新“宪法”——临时约法，建立起民主共和国。但转眼间，中国社会又退回专制和混乱的状况。这促使很多有识之士对中国传统文化的价值观深刻反思，祭起民主和科学两面大旗，对吃人的传统纲常礼教进行猛烈批判。同时，大力提

^① 严复：《宪法主义》，见王栻主编：《严复集》第2册，中华书局1986年版，第238—239页。

^② [法]孟德斯鸠：《孟德斯鸠法意》上册，严复译，商务印书馆1981年版，第11卷第19章按语，第258页。

^③ 严复：《严几道先生遗著》，见刘桂生、林启彦、王宪明：《严复思想新论》，清华大学出版社1999年版，第218页。

倡个人主义，重视发展个人权利和国民能力。陈独秀在《孔教与宪法》中认为：“孔教本失灵之偶像，过去之化石，应于民主之宪法，不生问题。孔教之精华曰礼教。为吾国政治伦理之根本。其有废为吾国早当解决之问题。应在国体宪法解决之先。盖先之宪法，无非采用欧制。而欧洲法制之精神，无不以平等人权为基础。不可不首先输入西洋式社会国家之基础，所谓平等人权之新信仰。对于与此新社会、新国家，不可相容之孔教不可不有彻底之觉悟，猛勇之决心。否则，不塞不流，不行不止。”^①《吾人最后之觉悟》：“所谓立宪政治，所谓国民政治，果能实现与否，纯然以多数国民能否对于政治，自觉居于主人的主动地位，为唯一根本之条件。自居于主人的主动地位则应自进而建政府，自立法度而服从之，自定权利而自尊重之。倘立宪政治主动地位属于政府而不属于人民，不独宪法乃一纸空文，无永久厉行之保障，且宪法之自由权利，人民将视为不足轻重之物，而不以生命拥护之，则立宪政治之精神已完全丧失矣。是以立宪政治而不出于多数国民之自觉，多数国民之自动，惟仰望善良政府，贤人政治，其卑屈陋劣，与奴隶之希冀主恩，小民之希冀圣王贤相施行仁政，无以异也。”^②胡适在《我们能行的宪政和宪法》中强调：“宪政不是什么高不可攀的理想，是可以学得到的一种政治生活习惯。宪政并不须人人‘躬亲政治’，也不必要人人都能行使‘创制、复决、罢免’各种政权。民主宪政不过是建立一种规则来做政府和人民的活动范围，故称为宪政；而在这个规定的范围之内，凡有能力的国民都可以参加政治，他们的意见都有正当表现的机会，并且有正当的方式可以发生政治能力，故称为民主宪政。这种有共同遵守的规则的政治生活就是宪政。现在我们需要的是宪法是一种易知易行且字字句句都就可实行的宪法。宪政的意义是共同遵守法律的政治，宪政就是守法的政治。如果作为根本大法的条文就不可能实行，就不可能遵守，那就不能期望人民尊重法律，也就不能训练人民养成守法的习惯了。”^③

两次世界大战的爆发使西方列强一时难以大肆干涉中国内政，国内风起

① 张宝明、王中江：《回眸〈新青年〉：哲学思潮卷》，河南文艺出版社1998年版，第418—421页。

② 《青年杂志》，第1卷第6号，见唐宝林编：《陈独秀语萃》，华夏出版社1993年版，第210—211页。

③ 《独立评论》，第242号，见耿云志编：《胡适语萃》，华夏出版社1993年版，第146—148页。

云涌的革命运动和战争对中国的宪政运动发生重大影响。居正和毛泽东就以中国新时期的民主革命目标为宪政的标准。居正在《关于宪法的几个问题》中讲：宪法是近代宪政国家的基本法律，它是依据一国的立法精神规定政治形态的主要规律。宪法的形式往往是顺应各国民族社会进化的特殊需要，经过长时期的艰苦奋斗而始告成的。这种创造宪法的斗争，或者是一种渐进的和平改革运动，或者是演成激烈的流血革命，其所争求的主要目的是非常明显的——一个和平改革的纲领，或是一个革命的主义。当一国的宪政运动业已走上成功之路的时候，虽然宪法的典章，即形式的宪法还没有具体的确定，为宪法内容的各项条款，还没有一一写好，可是为宪政运动目的宪法基础原则或立国的基本精神，很明显的早已随革命的胜利或和平改革运动的胜利而确定了。这些宪法的基础原则或立国的基本精神，是创造宪法的生命力。三民主义的实行，便是我们中国宪政运动的唯一目的。^①毛泽东在1940年1月的《新民主主义论》中指出：“……中华人民共和国，只能是在无产阶级领导下的一切反帝反封建的人们联合专政的民主共和国”；“宪政是什么呢？就是民主的政治”，“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”^②。

一些学贯中西的学者则力图冷静地从学理角度来研究西方宪政模式和优益之处并以此来论证中国的宪法宪政及宪政建设的原因和目的。张友渔讲：“什么是宪政？宪政就是民主政治。就是拿宪法规定国家体制、政权组织以及政府和人民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，无论谁都不允许违反和超越这些规定而自由行动的这样一种政治形态。仿宪政的定义，勉强一句话给宪法下定义：宪法是规定国家体制、政权组织以及政府和人民之间的权利义务关系的国家基本法。我们这样解答‘什么是宪法’这一问题，虽然已不是仅从形式方面来看宪法，而是相当指出了它的实质，但还是不够彻底、不够深入。为了更加彻底地，深入地说明起见，应该略加如下的补充：第一，宪法是力，是强制的力。第二，宪法是一大部分或一小部分社会力量的表现……总之，一句

^① 参见居正：《居正文集》下，罗福惠、萧怡主编，华中师范大学出版社1989年版，第715—719页。

^② 《毛泽东选集》第2卷，人民出版社1991年版，第675、732—733页。

话，宪法是表现一部分社会力量的强制的力。”^①

张君勱在《国家为什么要宪法》中讲：宪法乃是一张文书，所以规定政府权力如何规定于各机关以达到保护人民安全和自由的目的。但并不是一张纸片的文字就够的，而是要靠国民时刻不断的注意，然后宪法的习惯方能养成，然后宪法的基础方能确立。我们为什么要宪法？解答这一问题须先问我们要国家是干什么的。一是维持人民生存；二是保证人民自由；三是造成一种法律的秩序。^②

吴宗慈、张伯烈则认为：“宪法者，欲贯彻人民组织国家之本旨而产生宪法精神。最注重于人民共同之发达而以国家政治为促进人民共同发达之一种手段，非促进国家进步为最终目的也。吾国宪法创造艰难深合此意。”^③

二、有宪派观点

这一派的主要主张是：宪法是国家的根本组织大法。只要有国家存在并运行着，就会有作为根本组织大法的宪法存在，即有国家必有宪法。

康有为在晚年宪法思想发生较大变化，更突出了宪法的“为敌人主专制其国而立也，为去人主私有其国而立也”的功能；同时，也突出强调中国古代已有较贤明的宪法和宪政：“中国危迫甚矣。非空文之宪法所能救也。……宪法何为而立也。为敌人主专制其国而立也，为去人主私有其国而立也，为安国家而官明其职人得其所而立也。昔吾春秋前天子诸侯大夫专制其天下国家而私有之。暴虐其民，孔子乃作春秋定诸侯大夫士民之名分，各尽其职，小大有分，无相侵虞，而中国数千年以治安焉。所谓拨乱世反之正，盖出专制以立宪法，令天下人人皆在宪法之下。故曰春秋以定名分，名分者小之则今文谓之权限大之。即希腊文所谓宪法 constitution。译为刊是条顺是也。希腊之义与中国之礼略同焉。但孔子礼之为义，天地鬼神无不赅统，而宪法则盖为政治名分之大法，少不同也。自汉以后，尊孔教，立六经。于学官朝廷议礼，儒生群臣上书，皆援经义以折中时制。立嗣则引春秋为人后之义。

① 张友渔：《中国宪政论》，重庆生生出版社 1944 年版，第 25—35 页。

② 参见张君勱：《中华民国宪法十讲》，商务印书馆 1947 年版，第 6—9 页。

③ 吴宗慈编：《中华民国宪法史》，东方时报馆 1924 年版，“序”第 2 页。

立太后则引春秋母以子贵之条。乃至以春秋断狱。汉人凡百余事，盖以春秋为宪法。故一大政皆奉为宪法，为圭臬也。然人主有专制之大权，自非贤者也。必不乐俯从圣法，而往往破坏之。虽儒生强毅持经义以与人主争而势必不胜。至清朝群臣奏议引据上谕多为而引经义为少。于是孔子之宪法渐而坠，而人主之专制已极。盖无国会之众力以持其后故也。”^①

相对康有为深挖中国古代宪政精华的做法，李大钊仅主要是从学理上对国家和宪法的关系进行了论述并对宪法的功效及其与行政法的差异加以区分。李大钊在《法学通论》中认为：不论东洋与西洋，不论进步与落后，在世界范围内，有国家必有宪法。各国的差异，只在于是否有一定的成文法典以及有怎样的成文法典。国家因其有一定的组织的秩序始能成立与运作，而此种组织和秩序只有依照宪法才可保持。因此，法学上有“没有宪法则没有国家”的说法。与宪法关系最密切的当属行政法，探究二者的关系则为：宪法举其纲目，行政法揭其细则。一为昭示国家大权所在及其分掌的规则，一为规定执行国家大权的机关组织及其权力范围、分掌的事务及其运作方式诸问题。^②

实际上，有宪派是以孙中山及其追随者为典型和主要代表。他们主要是从宪法和宪政的功效特别是与国家组织的关系方面来谈论宪法和宪政的。孙中山讲：“拿英国的不成文宪法和我们中国专制时代的情形来比较，我们中国也有三权宪法，像现在的第一图。中国宪法包括考试权、君权和弹劾权。君权兼立法权、行政权和司法权。外国宪法分立法权、行政权和司法权，但是立法权兼弹劾权，行政权兼考试权。到底什么叫宪法？简单地说，就是一国的政权分作几部分，每部分都是各自独立、各有专司的。各国的宪法，只有把国家的政权分成三部分，叫作三权，从来没有分成五部分的。五权宪法是兄弟独创出来的。我们现在来讲民主政治，就是要把机器给予人民，让他们自己去驾驶。随心所欲，驰骋翱翔。这种机器是什么呢？就是宪法。五权宪法就是我们近世的汽车、飞机和潜水艇。”^③

另外，有部分民国学者也持有宪派的观点。他们主要对宪法的概念、分

① 康有为：《拟中华民国宪法草案发凡》，上海广智书局1916年版，第2—3页。

② 参见李大钊：《李大钊全集》，朱文通等编辑，河北教育出版社1999年版，第51—53页。

③ 转引自吴经熊、黄公觉：《中国制宪史》，上海书店1937年版，第641—656页。

类和基本特性进行了较为深入的分析 and 界定。刘静文在《中国宪政原理》中认为：宪法乃国家组织的基本体系，具有最高的法律效力，以保持国家的政治生活的安定为目的者也。这个定义包含国家组织的基本法、国家组织的最高法和政治生活的安定三个观念。兹逐一加以必要的讨论，以明宪法的基本特性之所在。^① 张知本讲：“国家之成立，又必须有一定之宪法。所谓宪法，不是专指现代国家所有之成文宪法法典而言，凡组织国家之根本法规，不问为习惯法或成文法，均包括在内。在古代国家成立之始，自然无所谓现代宪法，且亦多未具成文法之形式，但当时之创立，必然有规定国家之组织及其职权之根本法规（宪法）。如尚无此项法规，即尚未能形成其国家。”^②

程树德认为：“宪法依原文直译，即国家组织法之意。日本译为宪法。其用语本于《国语》及《管子》，然仅适用于君主。我国改成约法，较为得之。……宪法者，国法之一部……约法如汉高祖入关，……与民约之旨暗合。”^③

三、区别派观点

这一派主要观点是：中国有实质特性上的宪法，却无近代意义的宪法。即，从宪法实质上的特性看有宪法，从形式特性上看没有。但采用实体意义的宪法和惯用意义的宪法概念则能更清楚地说明区别派的观点并能与实践相符。民国学者大多持此观点。他们对中国的宪法和宪政同西方的宪政对比进行了深入研究，各具特色，主要有三种情况：

（一）对西方的宪法概念进行了明确区分，认为中国虽无形式意义的宪法，但有本土特色的宪法

王世杰、钱端升认为：“单从实质上的特性看，中国自与其他国家一样，历来亦自有其宪法；这种宪法并且已久具成文宪法的形式。中国成文宪法起源于何时，今虽尚难确定，然自唐以后，确长有成文形式的宪典——唐开元时代所颁布的六典，即此类宪典之最古而至今尚未散佚者。该典略仿周礼六官之制，分为理典，教典，礼典，政典，刑典，事典六部；分别规定国家各

① 参见刘静文：《中国宪政原理》，正中书局 1944 年发行，第 1 页。

② 张知本：《宪法论》，中国方正出版社 2004 年版，第 5—31 页。

③ 程树德：《宪法历史及比较研究》，朝阳学院出版部 1933 年版，第 66 页。

重要机关的组织和职掌,及其施政的准则。明清两代的会典,亦即与六典相类。据乾隆钦定大清会典凡例所述,则所谓会典者,系‘以典章会要为义,所在必经久常行之制’;凡‘官司所守,朝野所尊’,皆‘总括纲要’,并入于此项‘国家大经大法’之中。几次数语,已可略见此类宪典之性质。虽凡与国家根本组织有关的事项,未尝悉数并入此类宪典(例如皇位继承问题,仅存于习惯之中,)而此类宪典,究不因一二事项的省略,而失却其成文性质。不过晚近论者上有不愿以宪法之名,施诸专制国家的任何法律者;依他们的看法,宪法为人民权利书,立宪国家必须是承认人民享有若干参政权的国家;一个国家,若绝对不许他的人民参加政权的行使,便不能说是一个宪法国家,或立宪的国家。照此说法,则即仅就宪法的实质言,中国历来便也没有宪法,因为六典、会典之类,尽管可以说是一种根本组织法,却不是一种人民权利书。”

“至就宪法形式上的特性而言,宪法观念尤为西方文化的产物,而为中国文化固有所无:中国历来关系国家根本组织的法律,如六典,会典之类,固系由臣僚草拟,由皇帝裁可颁布;即其他法律(例如历朝刑律)亦俱由臣僚草拟,由皇帝裁可颁布。彼此的制定,初无根本差异。一切法律俱由君主制定,则一切法律之效力相等……不生统属关系。”

“近代宪法与近代人士的宪法观念之异于往昔者,固在形式方面。从形式上的特性看,中国历来既然完全缺乏与近代宪法相似之物。”^①

“宪”及“宪法”为我国旧有名词。从形式特性上讲:宪法效力高于普通法律,修改程序也异于普通法律,此意义上则英、意完全没有宪法;从实质上特性讲:内容上规定国家根本的组织,其事项因国而异。^②

白鹏飞讲:“宪法一语,有数种意义,兹分为下列之三种述之。(一)实质的意义 关于国家之组织,及其作用之基础法则,谓之宪法。详言之,则国家领土之范围,国民之资格要件,国家之统治组织大纲,及国家与人民之关系等基础法则,均包含在内。故就实质意义之宪法言,无论何种国家均有此种宪法。(二)形式意义的宪法 取其实质的意义之宪法,而从其形式观之则与其他一切之法律相同。或用文书制定成文法。或以不文之惯习法即条

^① 王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第13—14页。

^② 参见王世杰、钱端升:《比较宪法》,第1—7页。

理法代之……形式的意义之宪法，即成文宪法也。为英国无之。（三）惯用的意义 为立宪国家，与专制国家相区别之唯一要点。即前者为承认国民有参政权，并确立代议制度，而由国民之代表机关行使之者也。非是，则为非立宪的专制国家。”^①

孙增修认为：宪法有形式上及实质上之特性。究其实质上之特性而言，凡规定国家统治机关组织者，即为宪法，依此标准，我国唐之六典及清之会典，均可谓为宪法。单从形式上之特性观察，则凡人民之生命财产自由权利无不受其保障。故其范围较广而其发达则较迟。考之我国宪法史，产生最早者，则为中华民国临时约法，该法公布于民国元年（1912年）。^② 孙中山有时也有区别派的观点：宪法者，国家之构成法，亦即人民权利之保障书。^③

（二）林纪东、陈茹玄、张友渔等对西方宪政的历史背景及其和社会发展的研究进一步加深，并希图以此方法来对中国的宪政建设和发展给予指导

林纪东在《法律概论》中讲：“宪法是规定国家基本组织，及国家和人民相互间基本权利义务关系的根本法。宪政的具体内容，因国而异。谈到中国宪法的历史，自然要提到中国宪政运动的历史……始于前清季世日俄战争之后。”^④ 在《“中华民国宪法”释论》中，他认为：“宪法者，规定国家之根本组织，人民之权利义务，及基本国策之根本法。……兹所谓根本法，有三意义：一是宪法为所有法令之根据；二是所有法律或命令，均不得抵触宪法，否则无效；三是宪法为国家之基本规范，国家之基本组织与基本作用都规定在宪法之内。”^⑤

陈茹玄认为：“德儒斯苛西尝谓：‘世界未有无宪法之国家。’盖国家必有主权，有主权必有代表主权，或表现主权意志之典则，则以决定政府和人民之关系，为一切权责分配及行使之准绳；此种典则，即宪法也。故美国法律家斯东氏之释宪法谓：‘宪法者，乃最高主权者之意志之表现于法律者

① 白鹏飞：《宪法及宪政》，上海华通书局1930年版，第17—18页。

② 参见孙增修：《中国宪法问题》上，商务印书馆1936年版，第1页。

③ 参见张友渔：《中国宪政论》，第32页。

④ 林纪东：《法律概论》，大东书局1947年版，第75—80页。

⑤ 林纪东：《“中华民国宪法”释论》，大中图书公司1972年版，第1—7页。

也。’照此广义，则凡关于一国政制之大法，性质不论其为柔为刚，效力不论其为久为暂，形式不论其为成文或为习惯成例，皆可谓之宪法。则我中国自有史以来，未尝一日无政府；有政府，自有其组织之决定，与权力之分配法，立国五千年，故无一日不可无宪法也。然此种定义，究嫌太泛。考近代之所谓宪法者，则为民治运动之结果。故宪法为民治之根本法，所以确立政府组织之原则，规定国家政权之分配，及其行使者，其民治精神之存在，故无间于国体之为君主或民主者也。民治之根本法不见于中国之历史。有之，则自最近三十年始。”^①

张友渔辨析：就宪法这个字的基本义言，原来就是组织、制度、原则、基础、规则的意思，因而一个国家的宪法，就是规定一个国家的制度、组织的基本法。保证人民权利的规定，似乎不是一个宪法的必要内容；事实上，有些国家的宪法，也就没有把它规定进去，像法国 1875 年的宪法和德国 1871 年的宪法。但是所谓国家体制和政权组织，不外是各种社会力量的相互关系的具体表现。革命政府是代表人民的政权组织；反动的政府是压迫人民的政权组织。为了使前者能够忠实地、充分地行使人民所赋予的政权，为了使后者不能任意地滥用人民所没有赋予的政权，都应该在宪法中，规定政府和人民相互之间的权利义务关系，简单说，即对于人民的权利的保障。欧战后，各国新宪法关于保障人民权利，莫不有繁密而具体的规定。^②

（三）吴宗慈和杨兆龙等则对宪法和国家、人民之间的关系及其实践研究更深入

吴宗慈讲：宪法的内容是，一方面是规定国家的构成；他方面是保障人民的权利。所谓国家的构成，就是国家体制（在社会主义的苏联，则连成为国家的基础的社会制度也规定在宪法内），政权组织（如依中山先生的权能分开的学说，则主要是治权组织）；所谓保障人民的权利，则不外是在宪法中，明确规定政府和人民相互之间的权利义务关系。^③ 杨兆龙紧密结合中国现实提出中国宪政的重心和实现方式：“就宪政的意义和重心而论，一般常

^① 陈茹玄：《中华民国宪法史》，见沈云龙主编：《近代中国史料丛刊续辑》，文海出版社有限公司 1976 年版，第 1—2 页。

^② 参见张友渔：《中国宪政论》，第 33—34 页。

^③ 参见张友渔：《中国宪政论》，第 32—33 页。

犯的毛病是太重视宪法的条文或原则，而将宪法的制定当作实施宪政的中心工作。须知道：所谓宪政，是与纸面上的宪法有区别的。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。后者只是一些与实际政治尚未发生关系的抽象原则的总称。可谓书本上的宪法。前者是活宪法，后者是死宪法。……所谓宪政的重心，不在宪法本身，而在使宪法原则发挥实际作用的方法。宪政国家不过是一种改良的法治国家……宪政国家等于法治国家加上法律的民主化或法律的民主化的加强……宪政的建设乃是根据国家大法的秩序建设，是最切实而最广泛的秩序建设，其推行之不容或缓，自无疑义。”^①

四、简要评价

（一）主要内涵

无宪派内部又分两派：一是以康梁等的前期观点为代表。即以西方现代模式的国家职能、宪法归类标准（公法）和与专制相对的民权保障的宪法内涵出发来评断中国古代没有宪法。意即寻求和定位不如西方先进的原因之所在。主要观点是利用西方宪政制度，发展中国宪政。救亡图存和富国强兵背景下的急切的心情才使得作者们几乎全盘否定清代专制，希望以列强为模板变法图强，实行立宪政治，师夷长技以制夷。二是以张君勱、张友渔等为代表。即以西方政治上的先进之处作为模板，努力探求中国走上正轨之道。有宪派对西方尤其是英美德日等列强的宪法宪政有不少感悟，进行了利弊分析。一方面对中国古代的政治制度和思想理论优劣进行了深入的宪政因素的研究分析和挖掘评判，意图立足中国发展本国特色的宪政。另一方面，也是以富国强兵为目的或者革命胜利为目的，实践中，很大程度上偏向宪法工具价值而忽视宪法的目的价值。区别派多研究文本意义的宪法，从主权国家及其行政运作的近代理论出发来研究宪法问题；多为宣传介绍西方国家的现代职能，倡导西方意义的宪政；但又难免受到国家民族危难动荡的深刻影响。

（二）三派观点呈现出四个特点

1. 受西方影响巨大。无宪派的主流认为宪法和宪政就应是西方式的先

^① 杨兆龙：《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦璧编，中国政法大学出版社2000年版，第43—46页。

进的且须具有保障民权的内容。有宪派和区别派的主要区别之一是实践上是否把西方近代宪政作为宪政标准和中国古代区分开的问题。实质上,综观三派的观点都有西方宪法和宪政的影子作为参考背景。

2. 易受政治的影响。这使有些学者在一定程度上失去了思考的独立性和批判性。比如,受孙中山影响大的很多学者像萨孟武、史尚宽等专有为五权宪法作注释的大作。

3. 宪法概念不统一。这也说明近代中国的宪政的基点还未达成一致或者说中国宪政还未找到一个共有的平台。同时,有宪派多为革命家、政治家和实践家,宪法论述逻辑上不一定严密。无宪派和区别派多为学者,主要从事理论的研究,所以逻辑上比较严密。

4. 变动性或者说发展性。一是,各派观点区分并不是截然的。二是,有些人物观点逻辑上甚至个人身份前后都不统一可能会同时被划属多派。三是,不容忽视的是,很多宪政先行者宪法思想都有个变化过程。比如,康梁等人晚年宪政思想发生很大转变,不仅是反对共和宪法,还主张缓行宪政,认为中国需要很长时间的预备期。这是不能以“趋于保守”几个字来简单否决的,而需要深究其原因。其中,模仿的对象——西方宪政出现了一个看似光芒万丈到弊端显露的过程也是致因。

总的来说,各派观点都受到西方宪政的影响;但同时,三派观点指导下的宪政建设都是不算成功的。主要原因是西式宪法理论与宪政实践(中国传统和现实)脱节或未衔接好,在实践中又不可避免地受到中国传统文化的深刻影响,因而近代宪政运动在中国土壤中的发展深具中国特色。

第二节 各派观点的中国传统文化烙印

中国传统文化,从观念形态看,就是中国古代思想家所提炼出的理论化和非理论化、并转而影响整个社会的、具有稳定结构的共同精神、心理状态、思维方式和价值取向等精神成果的总和。儒家弘扬着传统文化的主体精神。从广阔的文化视野来审视,传统文化由物质的、制度的和心理的三个层

面的文化所构成。^①

中国传统法律文化的基本精神是人文主义（精神），以政治伦理为轴心，思想导向是君主专制，内容主题是伦理道德。^②

近代中国宪法与宪政总体上是以西方为效法模式。而模仿西方的目的也很明确，主要就是救亡图存和富国强兵。

传统文化深刻地影响着近代宪政运动的方方面面，宪政本身的问题也很多。此处主要从近代宪政运动目的之视角，分两个侧面来探讨中国传统政治伦理文化对前述宪法（宪政）观点及其指导下的宪政运动的影响。

一、政治主导型文化

（一）宪法的“工具”和“术”论

从商鞅到张居正的中国变法史长河来看，几乎都是把新法作为救国或富国强兵的手段，而不是作为治国根本原则。近代宪政运动中，西方宪法和宪政也主要是作为救世或富国强兵的手段被引入中国的（至少客观效果如此）。把宪政置于富强目标之下一直是近代中国宪政理论和实践的基本模式。

从王韬、郑观应到康有为、梁启超再到胡适、陈独秀等，中国人对宪政思想的追求延续了整整三代人。从观念上看，三代的追求是一致的，认为宪政是救中国于危亡的唯一手段，只有宪政才能使中国走向富强。^③

深入一层，可以发现中国宪政的引入主要是借助了中国传统文化中的民本资源。在19世纪七八十年代，维新思想家如郑观应、康有为等所掌握的西方思想资料不多，主要以中体西用为范式，以民本思想解读和接纳西方的议会制度和宪法、民权等概念，提出君民共主的政治改革构想以及设立议院的改革方案，其论证资源主要是“重民”、“治民”、“立君爱民”等传统的民本思想。王韬在《重民上》中说：“天下之治，以民为先，所谓民为邦本，本固邦宁也。”“富国强兵之本”在于“上有以信夫民，民有以爱夫上，上下之交至无隔阂，则君民之情自相浹洽。”康有为亦言：“上师尧舜三代，外采

① 参见刘介民：《中国传统文化精神》，暨南大学出版社1997年版，第9、104—105页。

② 参见王炯华：《中国传统十二讲》，华中科技大学出版社2001年版，第18页。

③ 参见夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第18页。

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。”^① 后来孙中山等人虽把民权作为建国基础，但思想深处仍是为民做主的指导思想，因而有导民训政的实践。而且，孙中山对民权主义中的民本主义印记并未隐讳，相反，时时以民本主义来向民众阐述民权主义的含义。孙中山指出，孔子说：“大道之行也，天下为公。”便是主张民权的大同世界……尧舜的政治，名义上虽然是用君权，但实际上是行民权，所以孔子总是宗仰他们……由此可见，中国人对于民权的见解，两千多年前就想到了。不过那个时候，还以为不能做到，好像外国人说“乌托邦”是理想上的事，不是即时可以做得到的。^②

但是民本的主体是君主而非民主，民本措施不过是君主等当权者更好地为民做主或统治人民的手段。当权者则把宪法与宪政更多解读为“权术”、“法为王者之政”。清末慈禧等人预备立宪和北洋军阀们陆续玩弄立宪骗局就是很典型的例证。

因此，无论理论上还是实践中，无论当权者还是理论家大都把宪政作为普适的救时或救世工具。过分强调宪政的工具作用，以致很大程度上陷入了宪法工具性误区。

(二) 权力至上

“在中央集权形式的国家结构中，皇帝有着独一无二的名分和至高无上的权力，皇权高于一切，这就是这一结构的根本特点。”^③ 中国古代政治制度史的发展变化总是围绕君主主轴的运动。一切规章制度的建立与修订总依据在位君主权威的统治利益和运用方便为取舍标准。中国传统统治策略是外儒内法。从法家看，韩非、慎到、申不害所倡导的“法”、“术”、“势”都是为君主的南面之术服务的；而从孔子所欣赏的子产之“宽猛相济”到董仲舒建议、汉武帝采纳、后世奉行的“德主刑辅”，也基本都是为帝王专制集权卖力的。

张晋藩先生这样描述皇权和法律的关系：一是皇权凌驾于法律之上，法律服从权力。法自君出，皇帝口含天宪，处于“寄之国命”的崇高地位。二

① 王德志：《宪法概念在中国的起源》，山东人民出版社2005年版，第52—53页。

② 参见孙中山：《孙中山全集》第9卷，中华书局1986年版，第262页。

③ 刘泽华、汪茂和、王兰仲：《专制权力和中国社会》，吉林文史出版社1988年版，第15页。

是有诸多为君权至上辩护的理论。比如天命神权论和倡导驯服的伦理道德说,都在为君主专制营造思想环境。总之,法律君属,权力支配法律,法律维护君权,君权凌驾于法律之上,乃中国古代法律的传统。历代有识之士,曾经尝试从理论与实践加以解决。董仲舒以天人感应的天谴说制约皇权差点被汉武帝赐死。黄宗羲尖锐指出君主集政治、军事、立法、司法等大权于一身,是专制制度的最大弊端,以致君主一人好恶混淆天下的公正是非。他提出以天下之法取代一家之法,以分权取代集权,以自治取代专制。但其不仅未产生多少实际社会效果,反而成为清代“文字狱”打击的对象。直至清末立宪“权尊于法”和“法尊于权”的辩论,仍以“大权统于朝廷,庶政公诸舆论”而告终结。^①

近代实践中,宪政也主要成了皇帝或者强权者所利用的争权夺利的手段。中国近代宪政运动中的宪法文本大致可分为四种类型:一是当政者为应对时局被迫制宪以维护自己摇摇欲坠的统治地位的产物,最典型的是《钦定宪法大纲》和《宪法重大信条十九条》。二是革命者为巩固革命的胜利成果而进行制宪的产物。如《中华民国临时政府组织大纲》和《中华民国临时约法》,而后者“与其说是制度的选择,不如说是权力斗争的需要”^②。三是当政者为建立和维护自己的独裁统治而主动进行制宪的产物。如《中华民国约法》、《训政纲领》和《中华民国训政时期约法》,其总体上的本质是强化国民党的一党专政和蒋介石个人独裁。四是民主派的长期制宪努力和当政者欺骗舆论二者合力的产物。如曹锟贿选宪法——《中华民国宪法》和蒋介石1947年敷衍国内外民主进步力量的《中华民国宪法》。^③

(三) 小结

“皇帝是一国的最高权威和主宰,皇权高于一切,大于一切,无所不包。”^④ 中国传统文化是政治为中心的文化,政治几乎统摄着社会的思想、经济等各个方面来为家天下的君主政权服务,或者说中国传统文化是一种以保证皇帝等最高统治者至高无上之权及其安全统治为前提的文化。春秋战国

^① 参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第104—112页。

^② 张晋藩、曾宪义:《中国宪法史略》,北京出版社1979年版,第110页。

^③ 参见卞修全:《近代中国宪法文本的历史解读》,知识产权出版社2006年版,第164—168页。

^④ 杨鸿年、欧阳鑫:《中国政制史》,武汉大学出版社2005年版,第27页。

时代是中国文化的轴心和定型时代,然而综观诸子百家的观点有一个核心,那就是如司马谈所言“务为治者也”。从孔子反对礼崩乐坏、周游列国献计献策到历代主流士大夫和读书人强调学问的经世致用和“天下兴亡,匹夫有责”;从经济上重农抑商、维护帝王的一家之富贵、政治上中央集权越来越强化到思想上三纲五常越来越僵化;从钱穆《中国历代政治得失》考证的中国官制自古乃一从内至外推陈出新的形成过程、瞿同祖《中国法律与中国社会》描述的身份社会到梁治平论证的“贵富合一”和中国传统城市的政治性都可证明这一点。

近代政治与古代有了较大不同,不再以维护统治为唯一目的,中华民族的救亡图存成了时代主题,因而,其服务对象也发生了变化,不仅为专制统治,还为了民族的存续和发展壮大。但近代宪政先行者们一开始就没有打算或者也顾不上用西方的宪政彻底取代中国的政治传统,只是想用它主要解决中国的生存困境问题,宪政的自身价值便成为附带性的了。在对国家和民族生死存亡的焦虑感催逼之下,中国的变革越来越趋向激进。宪政文化从政治上根本解决问题成了近代中国变革的聚焦点。在此聚焦点上,传统文化无法避免地被卷入政治的旋涡,一致为政治的变革所利用、所左右,政治成了评判取舍文化的最高标准。^①

二、社会整体观念

中国传统文化是中华民族精神的载体,集体主义精神则是中华民族优良道德传统的核心。自古以来,中华民族就形成了以公灭私、公而忘私、以民族利益和国家利益为重的特有的民族精神。它是中华民族的强大凝聚力和爱国主义思想的基石。^②

文化传统的深层结构中,思维方式及价值体系是关键部分。因为文化传统是生活方式、行为方式,能制约人们生活和行为方式的重要因素首先应是文化的价值观和思维方式。^③

① 参见王人博:《宪政的中国之道》,山东人民出版社2003年版,第264、537页。

② 参见刘介民:《中国传统文化精神》,前言第4—5页。

③ 参见朱汉民:《传统文化导论》,湖南大学出版社2000年版,第327页。

(一) 集体主义价值观

中国传统哲学崇尚统一，追求和谐，注重实用，强调道德。^①从本质上看主要是人生哲学，把包括人的生命活动和人的社会生活在内的人道作为主要研究对象，道德与政治、道德修养与道德实践、提升精神境界与实现政治抱负、内圣与外王是紧紧结合在一起的，其目的是指引人们去追求一种理想的社会生活和精神生活。^②但儒家所讲的“人”主要不是自我或个体，而是突出“众”、“群”、“民”，即人的群体和社会。在价值取向上，主张把群体放在第一位，要求个人绝对服从群体和社会的利益与道德准则。^③

1. 理想社会说

小康社会和大同社会是中国传统主流的社会生活理想图景。小康社会以家庭感情和义务为基础。家庭关系既有天然的一面，也有礼义制度的一面。大同社会则是超越家庭，基于人类博爱精神的理想社会，其和谐奠基于主体的高度自觉。但无论小康社会还是大同社会都主要是义务本位的，都未涉及个人自由与人格独立问题，其原因就在于出发点是社会整体的和谐与安定，认为社会整体到达了小康或大同，则个人也就自得其所，没有强调的必要。祖先的设计里不是有意忽视个人，但在总的观察问题的特殊视角下无意把个人忽视了。^④对中国文化传统进行深入分析和深思过西方宪政移植对国家富强实际成效的宪法先行者，很多都受到了小康和大同说的影响。

康有为认为：“大同之道，至平也，至公也，至仁也，治之至也，虽有善道，无以加此矣。”康有为借用儒家大同的形式，道德理想上以儒家“仁”的理念为价值内核，同时也统合了佛家的平等观念和西方的平等自由内涵而创立的大同境界，是其寻求社会民主志向和追求至善的道德精神的统一。它是康有为整合其思想的理论架构。^⑤

^① 参见商聚德、刘荣兴、李振刚：《中国传统文化导论》，河北大学出版社1996年版，第27—35页。

^② 参见蔡俊生、陈荷清、韩林德：《文化论》，人民出版社2003年版，第296—297页。

^③ 参见李瑜青等：《人本思潮与中国文化》，东方出版社1998年版，第157—158页。

^④ 参见白祖诗：《中国文明透析》，云南大学出版社2000年版，第114—116页。

^⑤ 参见王人博：《宪政文化与近代中国》，第109—110页。亦参见康有为：《大同书》，汤志钧导读，上海古籍出版社2005年版，第8页。

孙中山认为:《礼记·礼运》中孔子所描绘的大同世界是“人类宝筏,政治极则”^①。孔子的“大道之行也,天下为公”便是主张民权的大同世界。^②居正在《为什么要重建中华法系》一文中写道:“三民主义,如日月经天,江河纬地,其博大精深,正如遗训语示:三民主义,吾党所宗,以建民国,以进大同。”^③

2. 重义轻利或天下为公说

私权(私人利益)文化在中国传统文化受到整体利益的压制。中国几千年的传统是“溥天之下莫非王土,率土之滨莫非王臣”,“以公去私”(《书·周官》),强调从大局出发,个人利益要服从整体利益。

《论语·里仁》里讲:“君子喻于义,小人喻于利。”《孟子·梁惠王上》说:“何必曰利,亦有仁义而已”。《汉书·董仲舒传》提出:“正其谊不谋其利,明其道不计其功。”董仲舒的命题深得后世儒者的敬仰和推崇。从汉至清传统价值观的主流就是重义轻利。儒家尚义反利和重义轻利的观点对我们民族的心态影响最大。这一影响在中国传统伦理文化中积淀了一种深厚的重义轻利传统。^④个人利益在中国文化中属于“私”的范畴和个人利益,而地位远低于“公”的范畴的整体利益。

受此传统影响,近代宪政运动中臣民的私人权利和利益在大众意识中还没有多少要求,先行者们所争取的宪法只是作为不断变幻的“文本”而非作为大众的行动标准存在的。因此,宪政先行者尤其是知识分子的宪政理想和大众的生活现实及追求之间存在巨大差距。

(二) 整体性思维

思维模式是一个民族观察思考和解决问题的稳定的定型化的思维结构。中国传统思维方式主要有三个特征:辩证思维、经验思维和整体思维。官民思维和体用论(中体西用)这个近代“学习西方的范式”就源于中国传统的辩证思维。朝代相因的传统政治模式主要就是总结历史经验教训。而从经典和历史

① 转引自王业兴:《孙中山与中国近代化研究》,人民出版社2005年版,第386页。

② 参见《孙中山全集》第9卷,第262页。

③ 居正:《居正文集》下,罗福惠、萧怡主编,第508页。其实,“语示”出自孙中山手书的黄埔军校训词。

④ 参见张应杭主编:《中国传统文化概论》,浙江大学出版社2005年版,第96—97页。

中寻找解决问题的根据就是“以经验为一切思维的起点和基础”的经验思维方式。^①对中国宪政影响最大的则是整体性思维。中国传统法律文化的总体精神是单向集体本位，先后表现为神本位——家本位——国本位——国·家本位——国·社本位。其共同特点是程度不同地忽视个人价值，用制约个人权利的方法来维护特定的社会秩序。^②近代宪政运动中，虽受到西方的自由民主思想和学说不断冲击，个人的民主、自由等民权地位不断上升，但仍没有从根本上改变这一特点。近代中国特色的富强说和自由说可以充分反映这一点。

1. 富强说

在嘉道年间的经世思潮中，因鸦片战争等打破了天朝大国居于政治文化中心的王道天下的图景，导致中国出现“千年大变局”。在“师夷长技以制夷”的追求中，富国强兵就被魏源等人树为最高价值目标，但还没有完整的近代内容。至19世纪80年代后，洋务派和改良思想家时期的富强说不仅超越了“本富”、“节用”的传统国富教条而且大大发展了19世纪60年代的自强说。以发展资本主义工商业作为富——富强的内容，并明确了把富作为强的前提。李鸿章在《试办织布局折》中认为：西方国家之所以强是因为富，“富国而后能强兵”，“必先富而后能强”^③。这一思路被越来越多的中国人认同，其意义已得以熔铸、提升。薛福成等甚至主张把富强作为治国的政治原则。在观念领域，内容已经更新了的富强进一步被确认为那个时代的最高价值准则。富强已成历史的必然。祭酒王先谦奏：“从来王道不言功利，若外患方张之会，亦难置富强为缓图。”^④随中国社会思潮从求强向求富转化，社会文化的指向也由被动的求生存提升到求发展。在这一目标召唤下，中国人越来越扩大地接纳了西方的文明。^⑤

由生存环境所迫而产生的急功近利的实用心态，加上首先是从西方的民主与它的物质文明成就的双重体察中认识宪政问题的，近代中国的宪政先行者们相信宪法宪政与中国的国家独立富强有着密不可分的联系。“富强为体，

① 参见朱汉民：《中国传统文化导论》，第327页。

② 参见武树臣：《中国传统法律文化》，北京大学出版社1994年版，第63—69页。

③ 李鸿章：《李文忠公全集·奏稿》卷43，吴汝纶编，第1349页。

④ 中国近代史资料丛刊《洋务运动》（六），上海书店2000年版，第96页。

⑤ 参见汪林茂：《晚清文化史》，人民出版社2005年版，第92—136页。

宪政为用”是中国近代以来影响最大、最深、最远的一个宪政文化范式。许多先行者如严复、梁启超、孙中山、陈独秀等都受到此范式的重大影响。可以说，中国近代宪法先行者们的主要目的就是寻求中国社会的富强之道。寻求富强是近代的主旋律，其中也萦绕着“救亡”的强音。富强像一根红线，贯穿近代文化的全部。爱国知识分子思想深处，民权、议院都无独立价值……个人最多也只是作为民族和国家致富致强的一种工具而被记起。^① 严复在西方的自由和国家富强之间建立起联系，并根据国家富强的要求而“自由地对自由的价值进行取舍”^②。“在三民主义这个整体中，实际上体现着孙中山革命理想的三个层次，即以民族主义建立一个民族的国家，以民权主义建立一个国民的国家，以民生主义建立一个社会的国家。在这三个层次的目标中，民族主义和民权主义都具有工具性意义，而惟有民生主义所要创造的社会国家才真正体现了孙中山的终极关怀，那就是国富民强，进入大同之世。”^③

其实，富强与宪政在价值上是存在一定冲突的。如果宪政意味着以保护人民权利和个性发展为中心，那国家富强则是国家集体意义上的，首先要求的是个人对国家的贡献；或者用胡适的话说，就是个人应为国家、民族所承担的责任。当然，人民私权和个性发展与国家发展之间有统一之处，但当二者发生矛盾时，我们近代先行者们的主流价值显然是为国家富强可牺牲个人。这就体现了传统文化中国家整体利益至上的深刻影响。

2. 自由说

当自由这个词汇从西方文化语体中剥离出来传入中国之后，中国人首先从自己的文化，特别是本民族的生存需要出发，对之作了解释，自由被赋予“群”的含义，被看做是实现民族振兴和国家富强的利器。^④

在近世中国对自由问题倾注巨大热情的首推梁启超，鉴于当时的中国情势，他认为中国最急需的是政治自由，即大众参与的政治自由。但主要不是个体权利，而是将其视作新民公德的子项。自由价值主要是对群的能力的增

① 参见王人博：《宪政的中国之道》，第84—89页。

② 王人博：《宪政文化与近代中国》，第530—534页。

③ 牛彤：《孙中山宪政思想研究》，华夏出版社2003年版，第89页。

④ 参见王人博：《宪政的中国之道》，第98页。

进，而不是对个人成长的意义。对群体凝聚力和全国统一的关注使梁启超的自由思想从卢梭主义转到社会达尔文主义：“自由云者，团结之自由，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，团结之自由强而个人之自由减。”即使在最激进的时候，梁启超也未把自由完全交给个人，而且依然受到家族关系为基础的社会伦理观念的顽强影响，他宣布：“服从者自由之母。”^①

严复基本代表了中国近代对西方自由的认识水平，他认为西方的宪政范式是“自由为体，民主为用”。但是为了中国的国家富强他却不惜扭曲西方自由的本意而提出模糊的“国群自由”和“小己自由”的概念。

孙中山对中国自由概念的引入是从分析中西两种不同的历史开始的。他认为：欧洲是君主专制制度发展到极点，人民没有思想言论行动等自由；而中国人的自由，很早就很充分了。他断言：中国正因为一贯“个个有自由，和人人有自由，人人都把自己的自由扩展到很大，所以成了一盘散沙。”孙中山认定了中西这种差别，所以他主张，在国家自由和个人自由的关系上，应该以个人自由服从国家自由，“把国家成一个坚固大团体，非有革命主义不成功。我们的革命主义，便是集合起来的士敏土，能够把四万万人都用革命主义集合起来，成一个大团体。这一个大团体能够自由，中国国家当然是自由，中国民族才能真自由”^②。

居正在《中国宪法的几个问题》中指出：总之，人民的思想虽然应该自由，但国家的力量则必须集中，尤其在这民族国家危急存亡之秋，无论何人，只要是中国国民，不论其属于何党何派，皆应以国家民族之自由平等为重，平心静气来共同为中国制定一个几千百年长治的宪法。我们应知，中国的根本大法——宪法，就是中国民族的生命，也就是国民党的生命。三民主义是全国同胞救国救民的宝典，也就是国民党的灵魂。国民党所领导的中国革命党的运动，必赖全体国民笃行和实行三民主义的五权宪法，始能克奏全功。^③

王世杰、钱端升的《比较宪法》可算是民国或者说是近代宪政运动中宪

① 王人博：《宪政的中国之道》，第99—103页。

② 孙中山：《孙中山全集》第9卷，第281—283页。

③ 参见居正：《居正文集》下，第722页。

法的代表作,其最大特点是在体例上高度重视个人基本权利,将其置于于国家机关及其职权的编章之前。一方面,批判天赋人权学说学理上空疏及缺乏事实根据;另一方面赞同人格发展说,认为个人人格发展与社会进化相联系和为后者所必需。欲求社会全体的进化,不能不给一切人民以各种自由。社会主义倾向和个人主义倾向的人权学说,在个人自由问题上论据异而归宿同,都是力图论证和保障自由权利,实现人的优越发展。个人自由的实质是个人在身体、知识与道德自由活动或表现的权能。个人行使自由权利时,不得违反国家承认个人自由的目的,亦即谋个人的知识与道德或者身体上优性的发展。^①他们关于基本权利和个人自由的人格发展说和优性发展说,以社会全体的进化作为个人自由的最终目标。这很明显受到中国传统文化之社会整体观念的影响。

严复、梁启超、五四时期的学者们乃至民国的宪法专家等对民权自由有很大发展和尊重,从梁启超的“新民”到五四时期的“新青年”都体现出时代感里个人自觉意识的不断提升。但一遇到国家,就不自觉地让西方自由服务于整体的利益和自由。五四时期是从民本到个人本位的大转折时代,却没有实现完全转化。此中,不可否认有着中国传统文化的重大影响。

中国传统文化的影响不仅局限在整体观方面,而且体现在很多方面。孙中山可算是一个集中和典型。在自述其革命思想的基础时,孙中山即明确表示:“中国有一个正统的道德思想,自尧舜禹汤文武周公,孔学而绝。我的思想就是继承这一个正统的道德思想来发扬光大的。”^②他主张宪法是中国民族历史风俗习惯所必需的。

三民主义是孙中山宪政思想的宗旨。民族主义方面,他认为:“民族思想,实吾先民所遗留,无待外铄者也。余之民族主义,特就先民所遗留者,发挥而光大之。并极力主张,发扬中国固有道德、智能,恢复我们的民族自信心。”民权主义方面,他曾谓:“尧舜的政治,名义上虽是君权,

^① 参见杜钢健、范忠信:《基本权利理论与学术批判态度——王世杰、钱端升与〈比较宪法〉》,见王世杰、钱端升:《比较宪法》,第5—13页。

^② 戴季陶:《孙文主义之哲学的基础》,台北“中央文物供应社”1973年版,第34—35页;见林家肯、[日]高桥强主编:《理想·道德·大同世界——孙中山与世界和平国际学术研讨会论文集》,中山大学出版社2001年版,第99页。

实际上是行民权。孟子说‘民为贵，社稷次之，君为轻’，还有‘天视自我民视，天听自我民听’。”由此可见，中国人对民权的见解，两千多年前早已经想到了。在《必先革命而后达共和主义》一文中，孙中山认为：“共和者，我国治世之神髓，先哲之遗业也。我国民之论古者，莫不仰慕三代之治，不知三代之治，岂能得共和之神髓而行之者也。关于民生，他举出：民生两字，是中国向来惯用的一个名词，像周朝所行的井田制度……便是民生主义的事实。”并力言“井田制度，就是民生主义平均地权主张的渊源”^①。

五权宪法是孙中山先生的具体宪政架构。西方的三权架构上加上中国固有的考试、监察二权体现了孙先生以中国国粹改造西方宪政和构造中国特色宪政的努力。^②

俞荣根先生认为，孙中山认同儒家伦理政治伦理法与团体本位的法律本质论，追求天下为公、世界大同的价值目标，注重用民本思想来沟通民权主义。实际上，在将儒家的王道、仁义、民本主义等与西方的民主相融贯的过程中，已对它们作了新的阐释，把它们近现代化了，从而成为他的宪政学说——三民主义和五权宪法——的一种内在精神。所以说，孙中山的学说是一个“真实的民主主义者”对儒家法思想的改造。^③

（三）小结

理想社会说、富强说、自由说、天下为公说等共同促成了中国具有综合目的取向的社会本位的宪法和宪政。

张灏先生认为，康梁一代知识分子与五四人虽然有重大差别，但也有一些共同的东西：他们有着相同的人格和社会理想，都在不同程度上坚持集体主义和民族主义。^④在这方面，王世杰、钱端升、张君勱、萨孟武、张友渔等诸多宪法先行者也都不是例外。

为了救国，近代宪法先行者大多不约而同走向了相同或相反的道路：或

① 《孙中山全集》第2卷，中华书局1986年版，第775页。

② 参见林家肯、[日]高桥强主编：《理想·道德·大同世界——孙中山与世界和平国际学术研讨会论文集》，第99页。

③ 参见俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社1992年版，第647—651页。

④ 参见[美]张灏：《梁启超与中国思想的过渡》，江苏人民出版社1993年版，第212—217页。

者极力否定传统；或者大力为传统辩解，包括在理论上扭曲西方宪法宪政的内涵以为我所用。少数学者对西方宪法宪政概念和运作利弊以及中国社会传统和现实都有着较为冷静的分析，但也逃脱不了爱国和整体主义观念的影响而作出急功近利的同理论不一致的行动或者在宪政理论和制度设计上赞同集权。王世杰、钱端升则努力参与构建和推进中国的宪法与宪政；同时，时刻警惕和批判当权者专权和破法的现象。

整体上，近代宪政运动被救亡图强的忧患意识所笼罩，强烈的政治实用主义对学术和文化作了过多的实用性价值取舍，冲淡了学术研究的冷静，抹杀了政治、理想、现实之间的空隙和张力，影响了近代宪政运动的深度和学术圆满性。^①

传统是不能被截然切断的，它富有韧性地在实践中长久存在，因而极力否定传统的全盘西化的宪政理论，会导致理论和实践的脱节；大力为传统辩解则会阻碍学习西方先进的东西来改造和完善我们的宪政，或者扭曲或裁剪西方的宪政内涵来迎合中国政治，会使传统的利弊都得以发展壮大。其中的集体主义政治架构，若不加以适当调整和有力制约，极易导致专制。

近代宪政运动中，诸多有志之士都在东西两种文化之间徘徊、挣扎和试图突破。但中国传统文化与西方宪政如何对接？对接效果怎样？如何评价和修正完善这些对接才能真正建成适合中国的宪政？这方面的工作，在深度和广度上都还远远不够，以致出现理想和现实、理论和实践的脱节。

从传统文化的影响看，从政治上根本突破中国困境的思路和民族的集体主义精神是影响中国近代宪政运动的传统力量。然而，民族集体主义精神的作用不能简单否定，是不可能也不能完全抹杀的。民族集体主义不仅以其注重个体道德和人格修养、强调人际关系和谐的中和精神以及强调社会集体利益优先的价值观念，对维护新的社会秩序的稳定和谐发挥重要的积极作用，而且，还为社会提供巨大的动力支撑。1840年以后，在中华大地上兴起的这场推动中国向近现代发展转型的社会运动，尽管其方式是学习西方、推动中国的社会变革和文化转型，但是推动这场运动的深层动力却是一种强烈的

^① 参见商聚德、刘荣兴、李振刚：《中国传统文化导论》，河北大学出版社1996年版，第481—483页。

奋发向上的民族意识和爱国主义情操。^①

总之，本国的历史空间和文化条件以及二者所导致的思维方式、行为模式对宪政建设的影响是回避不掉的。因此，重视并把这些因素作为宪政建设的重要组成部分来研究和发展，中国特色的宪政建设才会更加健全和完善。

^① 参见朱汉民：《中国传统文化导论》，第13—15页。

第二部分

中国宪法学说形成与发展的国外背景

在中国宪法学说史的梳理过程中,除了要关注中国学人本身对宪法学说的论述和发展以外,也需要关注外国宪法学说对中国宪法学说发展产生的影响。如果说中国宪法学说基本范畴发展史是从中国宪法学说史的内部构造上对中国宪法学说的发展情况所作的一种描述的话,那么外国宪法学说对中国宪法学说发展史之影响主要是从外部因素上对我国宪法学说在发展过程中所受到的外部刺激和推动的一种分析和总结。宪法,从其起源上看是欧风美雨侵袭下的产物。因此,在对中国宪法学说发展史进行梳理的时候,外国一些发达的宪法理论、宪法学说与宪法实践都会或多或少对中国宪法学说的形成和发展起到一定的影响。因此,虽然中国宪法学说史研究是对中国宪法学说发展史的梳理,但是,这个研究过程却离不开对外国宪法学说对中国宪法学说影响的考察。

外国宪法学说对中国宪法学说的影响体现为多个方面,既有理论上对中国宪法学说的形成与发展的影响,也有对中国宪政实践的发展与推动的影响。因此,在探讨外国宪法学说的影响的时候,需要以一种综合性的思维来看待外国宪法学说的影响问题。尽管世界上的绝大多数宪法发达国家都有可能对我国宪法学说的形成和发展产生一定程度的影响,但是从我国宪法发展的实际情况来看,对我国宪法学说的形成和发展具有较大影响的国家主要有法国、美国、日本、英国、德国、原苏联等。事实上,这几个国家的宪法发展情况也代表了当今世界上主要的宪法发达国家的宪法形式与宪政类型。所

以,通过分析这六个国家的宪法学对中国宪法学说的影响,可以很清晰地看到中国宪法学说在发展过程中所受到的外在因素的影响。

在考察外国宪法学说对中国宪法学说影响的时候,必须要考虑的一个因素是经济全球化给我国宪法学说发展带来的影响。在经济全球化的背景下,法律的发展成为各国宪政建设中都必须面对的一个现实问题。因此,我们在宪法学研究和宪政建设中,尤其是在我国宪法学说的梳理和研究中,要重视经济全球化所带来的在宪政发展道路上的“全球化和本土化”之争。由于在全球化的发展过程中,西方发达国家起着主导性作用,经济全球化在法律领域主要体现为西化,即主要是西方发达国家的规则形态和价值取向。在这种背景下,在宪法学说研究问题上,一个无法回避的问题是以西方文化为主导的经济全球化与以我国宪法文化为主导的宪法学说的关系问题。也即在我国宪法学说的培植当中,如何解决全球化和本土化的关系问题,如何解决本土宪法文化与西方宪法文化的冲突与融合问题。从文化形态的本土性特征上来看,我国宪法学者根据本民族精神、民族意志和我国的实际情况所形成的宪法学说,应该成为我国宪法学说的主导因素。虽然经济全球化的背景意味着我国的宪法学说的发展无法脱离国际的影响而单独存在,但这种影响应该只是一种外在的参考因素,不应该成为影响我国宪法学说的决定性因素。在我国宪法学说的构建中,本土性应该是一种主导性的因素,国际性应该仅仅是一种辅助性的因素。

第一章

法国宪法学对中国宪法学说的影响

第一节 法国政治法律思想对于法治近代化的意义

世界的近代文明发源于欧洲，伴随着地理大发现、文艺复兴运动（Renaissance）和宗教改革运动（Reformation）等重大的历史事件，16世纪成为欧洲与世界近代文明的起点，继而，理性主义（Rationalism）的广泛传播和法国大革命（Revolution）的爆发，成为世界古代文明与近代文明的分水岭。事实上，14世纪末，北欧和地中海两大经济体同时形成，欧洲经济时代终于到来了。当时的法国并没有主导历史的潮流，因为“发展资本主义和现代化的优越路线在13世纪结束前即已确定：这条路线围绕着法国，但始终保持相当距离，并不触及法国”^①。但是法国正处在南北欧的交汇点上，其最终还是抓住了历史机遇成为了“欧洲文化的聚焦点和辐射源”^②。有人称，17、18世纪的法兰西是欧洲思想和心灵上的领袖。^③也有人称，就思想文化领域而言，18世纪的欧洲堪称法国之欧洲。当时的欧洲人为法国启蒙思想家那些顺应时代潮流的新思想、新理论所折服。^④因此，在某种意义

① [法] 布罗代尔：《15至18世纪的物质文明、经济和资本主义》第3卷，施康强、顾良译，生活·读书·新知三联书店1993年版，第115页。

② 张泽乾：《法国文化史》，长江文艺出版社1997年版，第54页。

③ 参见[奥] 弗里德里希·希尔：《欧洲思想史》，赵复三译，广西师范大学出版社2007年版，第497页。

④ 参见吕一民：《法国通史》，上海社会科学院出版社2002年版，第84页。

上,世界的近代文明滥觞于欧洲,而欧洲的近代文明在很大程度上得益于法国。

法国政治法律思想对于世界各国近代宪法的诞生以及后来的宪法实践都产生了重要的影响,法国在启蒙时代涌现了以狄德罗(Denis Diderot)、孟德斯鸠(Montesquieu)、伏尔泰(Voltaire)、卢梭(Jean-Jacques Rousseau)等为代表的一批“百科全书派”政治法律思想家^①,他们关于分权制衡、社会平等、人民主权、社会契约等方面的学说、思想超越了国界,在世界各国广为传播,并通过各国知识精英层的译介和阐释而得到普遍的接受和认同,其巨大的渗透力和影响力成为了世界思想库中的宝贵财富。在这个意义上,他们的政治思想和宪法学说影响并改变了近现代世界各国的法治进程,也决定了此后二三百年间世界各国法治发展的基本路径和方向,比如,在美国宪法制定过程中,制宪会议的代表对于孟德斯鸠的分权学说非常熟悉,他们结合美洲大陆的实际情况进行了创造性的发挥,从而设计出来了比较典型的权力分立与制衡的宪政体制。卢梭的人民主权学说则以其革命性和彻底性而成为世界各国近现代宪法实践的基础性理论,不论是西方国家,还是东方国家,甚至就连那些曾经禁锢在封建王权统治下的国家和民族也在其宪法中表明其对于人民主权的认可和尊重。^②正如李龙教授所言:“如果说英国人在古典宪法理论的创始阶段显示了他们的才华的话,那么法国人在古典宪法基础理论系统方面做了很有价值的工作,从而使宪法学作为一门学科而立于世界科学之林。”^③

除了上述的启蒙思想家之外,法国还出现了很多在宪法学和政治思想方

^① 法国启蒙运动时期,狄德罗、达朗贝尔曾主编《百科全书》,伏尔泰、孟德斯鸠、卢梭、孔多塞、霍尔巴赫等人搁置学说上的争议,积极投身于启蒙运动,参与《百科全书》的编撰工作,因而也被称为“百科全书派”(Encyclopédistes)。

^② 这一点可以亚洲国家中的日本和中国为例,1946年的日本国宪法保留了天皇制,但是和1889年明治宪法相比,一个重要的变化就是承认国民主权,其在宪法序言中宣称:“兹宣布主权属于国民,并确定本宪法。国政仰赖国民的严肃信托,其权威来自国民,其权力由国民代表,其福利由国民享受。”该宪法的第1条则规定:“天皇是日本国的象征,是日本国民统一的象征,其地位以主权所属的日本国民意志为依据。”我国近代在立宪之初曾经固守封建王权至上,拒绝承认国民之主权,但是在1912年的《中华民国临时约法》第1条就明确地宣布:“中华民国由中华人民组织之。”第2条则宣布:“中华民国之主权,属于国民全体。”由此可见人民主权学说的革命性,也足见其影响力之巨大。

^③ 李龙:《宪法基础理论》,武汉大学出版社1999年版,第11页。

面有所创建的人物,如西耶斯(Emmanuel Joseph Sieyès, 1748—1836)、贡斯当(Benjamin Constant, 1767—1830)、托克维尔(Charles Alexis de Tocqueville, 1805—1859)、艾斯曼(Adhemar Esmein, 1848—1913)、狄骥(Léon Duguit, 1859—1928)、马尔伯格(Raymond Carré de Malberg, 1861—1935)等,他们也陆续提出了各自的富有特色的宪法学说和政治思想。像艾斯曼作为古典宪法学理论的集大成者、法国现代宪法学的创始人,其在宪法基础理论方面对于国民主权、权力分立、个人权利和成文宪法等宪法基本原理和制度的概括,构建了一个内容丰富而气势恢弘的宪法学体系。狄骥则以其“社会连带关系理论”为基础来阐述其宪法学说,成为法国第三共和期间的宪法学重要代表性人物之一,其著作和学说曾经在东西方流传甚广,并影响了20世纪初期很多国家的宪法学和宪法实践。马尔伯格则以实证主义法学的立场对法国宪法学说进行批判,对于第三共和期间的“绝对议会主义”(parlementarisme absolu)的做法提出质疑,其基本主张是向政府授权。马尔伯格的宪法学说在法国曾经广为引用,不过相对于上述的宪法学者,其学说在国外的影响力则稍微逊色。

进入当代的法国,仍然以其独立的民族个性影响世界,戴高乐所倡导的宪法理念以及其缔造并主导第五共和的宪法实践同样为世人所瞩目。在某种意义上,法国当代的“半总统制半议会制”的宪法学说和实践甚至成了一种潮流和政治时尚,世界上很多国家特别是亚非各国在其改造传统政治体制、实现政治民主化的进程中对于法国的经验竞相效仿。另外,法国第五共和宪法所设计的宪法委员会以其创造性的实践而同样地成为世界宪法监督制度的成功典范。目前,法国宪法委员会的裁决已经成为法国宪法学中基本的素材和最为核心的内容,其半个多世纪的实践推动法国宪政在一些领域得到一定程度的突破,同时又反过来促进了法国宪法学理论的发展,很多深受法国法影响的国家也纷纷模仿和借鉴法国宪法委员会的制度和实践,这无疑为世界各国宪法和宪法学的发展提供了丰富的研究素材。

第二节 法国宪法学说传入中国的路径考察

中国的近代化过程中不仅仅面临着西方列强的武力威胁,同时也在观念

层次面临着西方文明的冲击和碰撞，这一艰难的蜕变过程既表现在政治、经济、社会各领域的突破和发展，也表现在古老的东方民族对于西方政治法律思想的排斥和接受两难的选择，特别是在封建王权和民主共和政治力量的较量过程中，各种各样的政治法律理论纷至沓来，也必然伴随着政治形势的起伏而消长。法国在近代之初，曾经领欧洲风气之先，在从旧王朝突变为共和政体的过程中曾经经历过多次的反复和曲折，其独特的宪政发展路径无疑为后发国家走向民主共和之路提供了有益的经验，在这期间，各种各样的宪法理论层出不穷，这对于有着相似经历的中国而言无疑更具说服力和指导意义。

总体上看，法国的宪法学说被中国所接受是通过直接和间接的两个途径，所谓直接的途径就是不通过第三方的研究消化而径直面对法国的政治法律思想，通过翻译法文的著作、文章或亲自的体验和经历，将各个时期的宪法学说及其宪法实践引介到国内；所谓间接的途径就是通过法国之外的媒介来接触法国的政治法律思想，学习和理解法国的宪法学说和宪法实践。由于中国近代化进程中日本的崛起成为了直接的刺激源和参照系，因而有很多的内容是通过日本学者的译介而被中国的知识分子所感知的，梁启超就曾经谈道：“壬寅、癸卯间，译书之业特盛……日本每一新书出，译者动则数家，新思想之输入如火如荼矣。”^① 当时及后来，社会上有很多的翻译机构，比如大同译书局、译书公会、浙江译书局、上海通社、上海南洋公学译书院、新民译书局、译书汇编社、国学社、湖南编译社、闽学会等，大量的西方国家的政治法律思想类的书籍被翻译过来，其中也包括孟德斯鸠、卢梭的著作的一些内容，孟德斯鸠的《论法的精神》当时被翻译为《万法精理》，卢梭的《社会契约论》被翻译为《民约论》。当然，除了日本这个媒介之外，通过英文的途径而获得的也不在少数，比如，严复曾经留学英伦，他翻译孟德斯鸠的《论法的精神》的时候就是根据该著作的英文版来作的比较全面的翻译。后来，中国社会的发展走上了“以俄为师”的道路，很多的知识分子更是通过俄国来接受了“革命”的主张。从1789年的法国大革命到1917年的俄国革命以及后来的中国革命，不少学者在研究中国近代化的历史进程的时候都认为，中国通过急风骤雨式的革命而实现社会变革的方式是与法国大革

^① 梁启超：《清代学术概论》，上海古籍出版社1998年版，第97页。

命思潮的影响有着密切的关系,因此,法国的政治法律思想对于中国的影响又多了俄国这个媒介。

一、考察之一:五大臣出洋考察过程中对法国宪政情况的了解

光绪三十一年六月十四日(1905年7月16日),清廷发出《派载泽等分赴东西洋考察政治谕》,其中提到当时的政治形势是“时局艰难,百端待理”,朝廷“力图变法,锐意振兴”,并指出了考察的目的是“考求一切政治,以期择善而从”。起初,清廷派出的出洋考察的五大臣分别是:载泽、戴鸿慈、端方、徐世昌、绍英,但是革命派在五大臣出发的时候发动了暗杀袭击,希望阻止清廷通过立宪的准备活动来收买国人民心的企图,但是,这次暗杀并没有阻止清廷彰显其新政决心,在简单的调整之后,清政府还是坚决地派出了新一批的出洋考察的大臣(最后改由李盛铎、尚其亨代替了徐世昌、绍英)。其中端方、戴鸿慈一行于光绪三十一年十一月二十三日(1905年12月19日)出发,考察德国、美国、奥地利、俄国、意大利诸国,载泽、李盛铎、尚其亨一行于光绪三十一年十二月二十日(1906年1月14日)出发,考察日本、英国、法国、比利时诸国。

光绪三十二年三月二十五日至四月十六日(1906年4月18日—5月9日),载泽、李盛铎、尚其亨一行在法国考察,期间访问了巴黎公董局、司法大审院、巴黎总巡署、户部、国家银行、邮局、陆军士官学校等部门和机构,并“延请彼国政治名家,悉心讨论”,还在法国“南北各境”进行察看,历时52天,是各国考察时间最长的。^①

载泽在到达巴黎之后的第二天觐见了法国总统,履行了必要的程序之后,就特意邀请了法国提审院裁判官金雅士来讲解法国宪政的源与流,载泽在其日记中记载道:“法国未立宪时,君主专制,贵族擅权,政治腐败,人民愁苦。当法王路易第十六时,有召集贵族、教士、民党三党代表聚义之举。时在下自由思想已渐发达,于是请国家立宪之议乃起。”^②载泽还在其日记中比较详细地记述了法国历部宪法发展的概况,即从1791年宪法到

^① 载泽、李盛铎、尚其亨一行其余考察国家中,日本为29天,英国为45天,比利时16天。

^② 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,第630—634页。

1875年第三共和宪法的产生与演进过程，其对于法国宪法发展线索的梳理非常的细致，几乎无一遗漏，并对于历部宪法所规定的基本政治制度也作了大概的描述，足见一行人考察的详细和认真。

载泽等人最后向朝廷提交了《出使各国考察政治大臣载泽等奏在法考察大概情形并再赴英呈递国书折》，其中对于法国的民主宪政实践进行了集中的介绍和评价：“查法兰西为欧洲民主之国，其建国规模非徒与东亚各国宜有异同，即比之英、德诸邦，亦不无差别。……复知其立国之体，虽有民主之称，统治权实与帝国相似。条规既整齐完密，精神尤固结流通，遗其粗而撷其精，可以甄采之处，良亦非鲜。大抵欧洲各国政治，悉根原于罗马旧制，言政法者必先言罗马，政法实得其遗传，而又经拿破仑第一之雄才大略，综揽洪纲，以沈毅英鸷之资，手立立国治民之法，公私上下权限分明，数十年来虽屡经变革，卒易世及为选举，而其理法条目遗意相承，无或稍异。是其所变者，官家之局，其不变者，立法之精，故观其现行成法，大权仍集于政府，居中驭外，条理秩如。其设官分职，则三权互相维系，无轻重偏倚之嫌，其地方自治，则都府秉成中枢，有指臂相联之势。比之英吉利，一则人民先有自治之力，而后政府握其网，一则政府实有总制之规，而后人民贡其议，施之广土众民之国，自以大权集一为宜……惟汰奢之风，自路易十六以来，相沿未革，习俗使然，无关政治。”^①从奏章中可以看出，载泽对于法国模式的特殊性倍加强调，显示其对于法国民主共和政体的排斥立场。

二、考察之二：再次出洋考察宪政大臣对法国宪政模式的立场

光绪三十三年六月十九日（1907年7月28日），袁世凯上了一个重要的奏折和一个附片，其中提出了“请派大臣赴德日详细考察宪法”和“派王宫近支赴英德学政治兵备”^②。出于审慎和缓解内部的歧异的考虑，这一提议为清廷所采纳。光绪三十八年八月（1912年9月），清政府又派遣达寿、汪大燮、于式枚作为考察宪政大臣，分别到日本、英国、德国考察各国宪政制度及其实践，其中李家驹后来接任达寿。考察结束回国之后，这些考察宪政大臣们向清廷呈递其编纂的宪政著作和奏章。宪政考察大臣汪大燮编纂的有

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第14—15页。

^② 夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第53页。

《英国宪政要义》、《国会通典》等宪政著作，达寿编纂了《日本宪法论》、《议院说明》等宪政著作，还提交了著名的《考察宪政大臣达寿奏考察日本宪政情形折》（光绪三十四年（1908年）七月十一日），该奏章列陈详细，分析深刻透彻，并力言改良政体，倡导立宪之世界潮流。一般认为，中国后来之所以在制宪过程中以东洋日本为蓝本，达寿、李家驹等人的第二次宪政考察功不可没。

出使德国的考察宪政大臣于式枚虽然没有考察法国的宪政实践，但是却在其奏章中对法国的宪法发展模式抱以警惕和担心，他特别以法国大革命为例来说明立宪不当可能会给中国带来危险，其在《考察宪政大臣于式枚奏立宪必先正名不须求之外国折》中指出：“窃维各国立宪，多由群下要求，求而不得则争，争而不已则乱……行之而善，则为日本之维新，行之不善，则为法国之革命。昔法之大将辣飞叶，助美洲独立，成大功，负盛名者也。归而不忍法民之荼毒，倡言立宪，欲以治美者，移而治法，而不知情势之不同，一发而不能收，遂致滔天之祸。……盖法国则当屡世苛虐之后，民困已深，欲以立宪救亡，而不知适促其乱。”^①

从这次考察对象的选择和各类考察的成果的分析可以看出，当时清廷及其高级官员们的明确的态度和基本的选择方向，即对于法国的宪法学说和宪政体制总体上是排斥的，法国的共和政体不再列入第二次考察的范围，“博采众长”变换成为“择各国政体与中国政体相宜者”。之所以如此，一则法国的共和体制不符合清廷君主立宪的口味，二则也害怕中国在立宪过程中出现类似于法国宪政发展道路上的诸多问题。

三、考察之三：游历欧洲的官员和学者对于法国宪政实践及其宪法学说的关注

清末有不少官员和学者曾经游历欧洲，他们对于法国的宪法学说和宪法实践都有自己的理解和体会，比如薛福成、黄遵宪、李鸿章、王韬、康有为、黎庶昌等。如黄遵宪，他曾在1832年从日本到美国，之后进一步接触资产阶级的政治主张和政治制度，渐渐地开始形成了关于“变法”、“民权”

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第336—338页。

的政治思想。当时民主革命之学说开始盛行，黄遵宪“初闻颇奇怪，继而取卢梭、孟德斯鸠之说读之，心志为之一变，知太平世必在民主”^①。

薛福成曾经出使英国、法国、意大利、比利时，在欧洲度过了四年半的时间，并出版了《出使英法比义四国日记》，其中涉及法国宪政的评价：“西洋各邦立国规模，以议院为最良。然如美国则民权过重，法国则叫嚣之气过重；其斟酌适中者，惟英、德两国之制颇称尽善。”^②他在比较各国的宪政制度和宪政实践之后提出“君民共主”的制度是最好的。

王韬是近代中国著名的政论家，曾经游历欧洲两年多，其间经过法国，从马赛入法国，然后乘火车去巴黎，然后赴英国。王韬对于法国的风俗民情关注得比较多，言谈之中显示出了新鲜与奇特，比如，他写道：“既抵法埠马赛里，眼界顿开，几若别一世宙。”但是其在文章中对于法国的宪法与政治实践谈论不多。

黎庶昌曾经出使法国，并应邀到议会参观旁听，他对于法国议政院的描述非常的惟妙惟肖，也比较客观：“院不甚巨，绅士集者可二百余人。刚贝达据案中央台上坐，旁置一铃铛。有一绅连次立台下发议，刚贝达不欲其议，数数摇铃止之。其人弗听，下而复上，众皆丑语诋呵。又一绅，君党也，发一议，令众举手，以观从违。举右手者不过十人，余皆民党，辄拍掌讪笑之。当其议论之际，众绅上下来往，人声嘈杂，几若交斗，一堂毫无肃静之意，此民政之效也。”^③

又比如张德彝，他对于法国当时的政治有自己的观察，特别是经历了巴黎公社的过程，在他的《随使法国记》中就记载了巴黎公社事件，这是中国人对于巴黎公社过程较为完整的经历和介绍。但是其中并没有反映出对巴黎公社的向往，只是描述了政治动荡的过程。^④而当时清廷的重臣李鸿章也曾向清王朝申请到欧美游历，作为朝廷的重臣，李鸿章在参观法国的时候受到了格外的礼遇，但是他在其文章中对于法国政治并没有谈太多。

^① 钟叔河：《黄遵宪及其日本研究》，黄遵宪：《日本杂事诗（广注）》，见钟叔河主编：《走向世界丛书》，第546页。

^② 薛福成：《出使英法比义四国日记》，见钟叔河主编：《走向世界丛书》，第197页。

^③ 黎庶昌：《西洋杂志》，见钟叔河主编：《走向世界丛书》，第432页。

^④ 参见张德彝：《随使法国记》，见钟叔河主编：《走向世界丛书》，第287页以下。

这些人中，以康有为对于法国宪法的理解最为深刻和全面，他专门写了《法国革命记》，其中表明了他对于立宪的态度，这明显是对于法国宪法学说及其宪法实践的反思之后的结论：“民愚不知公天下之义则已耳；既知之……安有以一人而能敌亿兆国民者哉？则莫若立行乾断，不待民之请求迫胁，而与民公之，如英之威廉第三后诸主然，明定宪法，君臣各得其分。……而惜路易十六不能审时刚断也，徘徊迟疑，欲与不与，缓以岁月，靳以事权，遂至身死国亡，为天下戮笑，几没其贤也，岂不哀哉？”^①

康有为还在1907年3月6日出版了《法兰西游记》，全书共分为四个部分：(1) 法兰西游记；(2) 法国之形势；(3) 法国兴创沿革；(4) 法国大革命记。透过康有为的笔端，我们可以发现其故有的“只可以立宪不可行革命”的基本主张。

康有为对于法国大革命的认识是这样的：“异党屠尽，则同党相屠；疏者屠尽，则亲者相屠。人人互相猜忌，人人自图保卫；穷则无同无异，无亲无疏。其究也，合数十百万革命者之流血，以成就罗伯卑尔（罗伯斯庇尔）之专制民主；合数千万良人之流血，以复归于一拿破仑之专制君主。然则所以大流血残忍无道者，果何为哉？”^②

康有为还认为：“法之卢骚（即卢梭）、福祿特尔（即伏尔泰）诸人，亦不无阅历短浅、轻于言论之咎。……我中国平等自由已甚，与法全反。立宪之后，恐更有加重征税、密增法律之事。吾恐革夙昔自由之命，而国人一切举动，益不得自由耳！有慕法之革命自由者其深思明辨之。”^③

康有为对于西方的议会制度是比较推崇的，他认为西方国家的“立法出自议院公众之论；民讼皆有陪审辩护之人。人民皆预闻国政，有选举议员之特权；国王皆隶于宪法，无以国土人民为私有”。西方的政治法律是“新世之文明”、“我国所未逮”，应该“舍己从人，折节而师之”，只要“取其长技，择其政律，斟之酌之，损之益之，断之续之，去短取长，一反掌间，而欧美之新文明皆在我矣”^④。

① 康有为：《欧洲十一国游记二种》，见钟叔河主编：《走向世界丛书》，第29页。

② 康有为：《欧洲十一国游记二种》，第43页。

③ 康有为：《欧洲十一国游记二种》，第44页。

④ 康有为：《欧洲十一国游记二种》，第45页。

此外，康有为还比较了“法国与中国事势之异同”，并得出了中法政治迥异，不可以法国为榜样的结论，他指出：“君主、民主之法度，譬犹方药也。方药当对其病，治法当视其时。中国未至其时，而或者妄欲师法，是大谬也。近人以民权革命共和之事始于法，多美法人。岂知侯权既削，而贵族尚压，大僧占产，又承哲学开明之后，事势迫人致然，非法人之独能卓立剽悍而取民权也，是故孟子贵于论其世也。”

应该说，康有为对于法国宪法学说和宪法实践的理解是比较客观的，但是其结论则比较主观，反映了他比较牢固的“立宪保皇”立场。之所以这样说，是因为康有为在欧洲游历时间比较长，亲身体会考察了法国、英国等国的宪政实践，特别是对于法国急风暴雨式的革命及其后果有较为深刻的认识，这一点与西方保守主义思想家有异曲同工之妙，即反对以革命的方式实现社会的变革，而希望借助于既有的政治力量来进行改良，这种宪政发展之路是保守的，而非激进的。这种宪法学说整体上是被中国的宪法学者们和宪政实践所抛弃了，但是其中所蕴涵的深刻的宪法文化意义则需要重新来加以认识。

康有为从小就接受正统的儒家教育，但是两次考秀才，都没有考取，这种经历也促使他思考中国的现实，也开始从失意和苦闷中寻找精神的支撑。后来，他开始把目光转向“西学”。1879年，康有为结识张鼎华（字延秋），从此之后，他“舍弃考据帖括之学”，开始阅读“西国近事汇编”，他还在这冬天的冬天“薄游香港，览西人宫室之环丽，道路之整洁，巡捕之严密，乃始知西人治国有法度，不得以古旧之夷狄视之”^①。光绪八年（1882年），康有为自京应试返南海，归途经过上海，发现了江南制造总局译书所出版的各种西学书籍，这使得他如获至宝，大量购置并开始广泛接触西方的政治理论和社会科学。

辛亥革命后，中国的政局一直处于动荡和军阀混战的状态，各种政治力量纷纷地走上前台，你方唱罢我登场，这种走马灯似的政治实践颇似法国的

^① 康有为：《康南海自编年谱·戊戌变法》第4册，第115页；孔祥吉：《康有为变法奏议研究》，辽宁教育出版社1988年版，第8页。

情形。^① 康有为曾经将当时中国的政治和法国的宪法实践进行比较,并得出了这样的结论:“吾用法国责任内阁之制,则总统、总理日相争轧,黎宋卿、冯华甫、徐菊人之与段祺瑞,至于之战德国、战湖南。甚至于军事二十一条与日本为争具,前几亡国,后起争裂,幸而德败美胜,日本解约,否则中国亡之久矣。此法国共和制之不可行也。瑞士七总裁制广东行之,岑、伍、孙、唐争祸至今,瑞制又不可行矣……十二年来号称共和,而实共争、共乱、共杀,以召共管而已。”^② 民国是以“秦始皇专制之戮,而冒称共和,……”^③ 本来就对君主制怀有特殊感情的康有为在经过辛亥革命实现了共和政治的情况下,面对着纷繁复杂的政治乱局,结合法兰西政治发展的经验和教训,表现出极大的政治保守性,其对中国民主共和的前途没有信心,于是坚守其故有的政治立场,支持各种政治力量的复辟活动,反对共和政体。

第三节 法国宪法学说在中国的继受与发展

总的来说,法国宪法对于中国宪法学说的发展的影响是比较大的,特别是在中国政治近代化之初,不管是保守派还是激进派都从法国的政治法律思想的宝库中获得了有益智力支持,这一方面是因为近代的启蒙运动几个主要的领军人物都在法国,另一方面,也是因为中国对法国大革命思想的接受比较全面。

一、主权学说

主权的理论在现代宪法学理论体系中具有重要的基础性地位,因为宪法被认为是关于国家的构成之法、建构之法,国家的要素有三个,即人民、领

^① 资产阶级大革命之后,法国于1791年建立君主立宪制政体,1792年实现了确立共和政体,即进入了法兰西第一共和时期,1804年拿破仑复辟,建立了法兰西第一帝国,1848年的二月革命又恢复了共和政治,即法兰西第二共和,但是随之就被路易·波拿巴打断,并于1852年建立法兰西第二帝国,直至1875年宪法通过并实施,法国进入第三共和时期,共和政体在法国才比较牢固地确立。如此来考察,法国从1789年大革命到1875年的86年时间,先后经历过君主立宪制政体、共和政体、强人专制政体,反反复复的政治变换成为法国近代政治的主要特点之一。

^② 上海市文物保管委员会编:《戊戌变法前后·致吴佩孚电》,上海人民出版社1986年版,第590页。

^③ 上海市文物保管委员会编:《戊戌变法前后·致吴佩孚电》,第486页。

土和主权，其中前两个是具体的，后面一个则是抽象的，是人为创造出来的宪法学或政治学概念，而这一概念的出现和广泛接受与法国的政治思想密不可分。“国家主权理论的始作俑者”是J. 布丹（Jean Bodin）。在其代表作《共和六论》中，布丹认为国家是被一个最高主权所支配的团体，所谓主权就是“在一个国家中进行指挥的……绝对的和永久的权力”，它是“超乎公民和臣民之上，不受法律限制的最高权力”^①。布丹所提出的主权学说，是现代宪法学的基础理论，也是后来宪法学诸多理论的基础，“人民主权”学说、制宪权与权力的正当性理论等宪法理论与主权学说都有密切的关系。

布丹的主权学说被格劳秀斯、霍布斯、洛克、卢梭等思想家和理论家所继承和发展，而卢梭（Jean Rousseau）作为激进的资产阶级思想家进而明确地提出了“人民主权”学说，他认为人民以社会契约为基础建立国家，其最高权力属于人民，人民行使国家主权就是人民主权。“主权是不可转让的，同样理由，主权也是不可分割的。”^②“主权在本质上是由公意构成的，而意志又是绝对不可代表的”^③。这样，他就将公意和主权联系起来，而置于最高的绝对的位置，他在《社会契约论》中这样描绘公意：“公意永远是公正的，而且永远以公共利益为依归。”^④他将公意和众意进行了区分：“众意和公意之间经常总有很大的差别；公意只着眼于公共的利益，而众意则着眼于私人的利益，众意只是个别意志的总和。但是除掉这些个别意志间正负相抵消的部分而外，则剩下的总和仍然是公意”，“当人民能够充分了解情况并进行讨论时，公民彼此之间没有任何勾结；那么从大量的小分歧中总可以产生公意”^⑤。他特别指出，“为了更好地表达公意，最重要的是国家之内不能有派别存在，并且每个公民只能是表达自己的意见，但如果有了派系存在的话，那么就必须增加它们的数目并防止它们之间的不平等，这种防范方法是使公意可以永远发扬光大而且人民也绝不会犯错误的唯一方法”^⑥。同时，

① [法] 布丹：《国家六论卷集》，英文版，第1卷第八章；见张桂琳：《西方政治哲学——从古希腊到当代》，中国政法大学出版社1999年版，第91页。

② [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第33页。

③ [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第116页。

④ [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第39页。

⑤ [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第39页。

⑥ [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第40—41页。

他还强调“立法权是属于人民的，而且只能是属于人民的”，它作为一种普遍性的权力，属于主权者；而不像行政权那样只限于个别性的行为。^① 卢梭所提出来的主权具有不可转让、不可分割、不可代表，以及绝对性、至上性和不可侵犯性的特征，并以此为基础排斥代表制。卢梭的民主思想很快被人们所接受，并成为大革命时期的主导语言，托克维尔对此曾指出：“起初人们只说要更好地调整阶级关系，但很快就起步、奔跑、直奔纯粹的民主观念。一开始人们引证和评论孟德斯鸠，最后却只谈卢梭了。卢梭成了革命导师，并且始终是大革命初期唯一的导师。”^② 事实上，卢梭的这一具有明显的激进色彩的学说，不仅仅成为法国大革命的预言，而且对于此后的法国社会一直产生着重要的影响。^③

1789年的《人权宣言》和当时的宪法文件在很大程度上直接继承了卢梭政治思想的核心价值，并体现了卢梭“人民主权”学说的基本精神和政治理想。《人权宣言》第3条明确宣布：“所有主权的原则的本质就在于国民享有。任何团体、任何个人都不得行使主权所未明白授予的权力。”第6条则明确地提出：“法律是公意的体现。全国公民都有权亲身或经由其代表去参与法律的制定。在法律面前，所有的公民都是平等的。任何人不得违反。”这显示了法国大革命者对于公意的普遍信赖，他们对于立法者的理性拥有充分的信心，因此，他们将不可让渡的神圣的自然权利通过实在法的形式来规定^④，而理性主义的倾向更增加了这样的判断。因此，美国人在独立之后的那些年里就认同了法律的不完善性的经验，相反，法国人的理性主义乐观轻

① 参见 [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，第78页。

② 转引自 [法] 弗朗索瓦·傅勒：《思考法国大革命》，孟明译，中国社会科学出版社2005年版，第67页。

③ 关于卢梭的学说对于法国社会的影响，弗朗索瓦·傅勒在其《思考法国大革命》一书中有这样的评价：“天才的卢梭也许是思想史上最超前的天才了，因为他发明的（或揣测到的）东西后来纠缠了整个19世纪和20世纪。他的政治思想提前建立了雅各宾主义和革命语言的概念框架，这首先是因为他的哲学前提（个人经由政治而得以实现），其次是在他那里，历史行为新意识与人民本身行使主权的必要条件的理论分析严谨地结合起来了。其实卢梭没有哪一方面该对法国大革命‘负责’，但的确是他无意中自制造了革命意识和革命实践的文化材料。” [法] 弗朗索瓦·傅勒：《思考法国大革命》，孟明译，第48页。

④ Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, 1999, p. 183.

率地认为法律不可能不是完美的。^① 这样，法律的至高无上的地位就被确立起来，不仅仅司法机关不得对其进行审查，事实上还造成了这样的结果——所有的机关对法律进行合宪性审查都是件非常困难的事情，法国后来的宪法发展过程足以说明这一点。

在主权理论方面，马尔伯格（Carre de Malberg）的学说也值得关注。他是第三共和期间法国著名的宪法学家，其基本立场是分析实证主义法学。他提出将人民主权（*souveraineté populaire*）和国家主权（*souveraineté nationale*）相区别。在其名著《法律公意的表达》（*La loi, expression de la volonté générale*）一书中，他进一步将法律和公意联系起来，使得法律的至上性与主权的至上性的联系直接建立起来，他宣称，第三共和不存在任何超越法律的宪法，且“解释应是立法者行为，这再自然不过了……换言之，审查法律是否符合宪法、并解决可能出现的问题，乃是议会在制定法律时的任务”^②。在其著作《国家的一般理论》（*Contribution à la théorie générale de l'État*）中，马尔伯格进一步指出，法律的意志就是公意的表达，就是国民主权的反应，它不能被得到任何的限制，即便是对于公民个人的权利自由也是如此。^③

从更远的历史背景来分析，公意的表达和人民主权与法国历史上的君主主权也是有着内在的联系和一定程度的关联，只不过是王权至上性通过国家主权的过渡形式转化为人民的公意至上。在历史上，国王拥有主权，王权是最高的并且是正义和善的象征，是必要的法律。就是由于其最高性使得它可以高于其他各种特殊的意志，使它们都得受到限制和束缚。国王可以召集王国的三级会议和各种政治团体，但是同时又可以超越于各种政治利益团体之上，并成为把它们团结起来的象征。作为国家主权的表达，法律成为最好的唯一可以保障反抗压迫和少数暴政的东西。法律是没有错的，对法律进行限

① V. S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 《Pluriel》, 1988, pp. 369-373.

② Carré de Malberg, *La Loi: Expression de la volonté générale*, p. 292; 译自 John Bell, *French Constitutional Law*, p. 25。见张千帆：《西方宪政体系：欧洲宪法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 142 页。

③ François Luchaire, *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: Conseil constitutionnel français*, see: *Courseuropéennes et droits fondamentaux*, dir, Louis Favoreu. *Économica*, 1982, p. 54.

制是无效的且是荒谬的。对于法官来说，也非常的清楚。他们反对法律是难以想象的，只有法律而不是法官才有权力说什么是权利。^①

事实上，比卢梭要稍微早一个时代的孟德斯鸠则从分权制衡的角度主张立法权不是绝对的，也应该受其他权力的制约，他同时不主张直接代表制，而是认为“立法权应该由人民集体享有”，“然而，这在大国是不可能的，在效果也有诸多不便，因此，人民必须通过他们的代表来做一切他们自己所不能做的事情”^②。在法国宪法发展史上，也还有另外一些学者对于卢梭的公意说和人民主权学说提出过质疑，像托克维尔在其《旧制度与大革命》一书中就对人民主权学说进行了反思。另外少数公法学家开始认识到这是一个不可接受的现实，但他们仍然被卢梭的众多信徒包围着，因而他们首先要澄清宪法与立法之间的关系，并反驳立法权无限的理论。人民具有至上权力，且这项权力通过宪法而被同时委代给立法与司法机构。尽管议员是由选民直接选举，它们并不具备超越宪法的权力，而是应被宪法所控制，且凡是试图超越宪法控制的立法都应被判决无效。宪法学家奥里乌（Maurice Hauriou）在1929年指出：“根据国家宪法的规则，任何公共权力机构都不具备无限主权，使之在行使权力或履行职能时不受控制……不可控制的主权仅在于国家，且它完全不可委代。所有受到委代的主权皆可被控制。”^③

在1923年的《宪法学教程》中，狄骥（Léon Duguit）全面反驳了卢梭的理论。他指出：“权利宣言体系的作用，乃是定义施加于国家之限制，因而普通立法者必须尊重其所形成的更高原则。宣言并不创造这些更高原则；它们仅识别并庄严宣告之……在理论上，任何当事人都应被授权在任何审判庭前提出违宪申诉，即宣称针对他的立法不能被法院运用，因为它抵触成文或不成文的更高法律（法语 *droit*）；后者支配着普通立法者……根据1789年法国宪法和美国宪法的理解，承认分权原则的国家尤其应达到同样结果。根据这项概念，立法和司法权力在其相应领域内具备同样主权；它们完全互

① Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, 1999, p. 185.

② [法]孟德斯鸠：《论法的精神》上册，张雁深译，第158页。另外，关于孟德斯鸠对于法国宪法发展的影响在下文中有另有详细交代。

③ *Précis de droit constitutionnel* (2nd Ed.), p. 266; 译自 John: *French Constitutional Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 23.

相独立，但它们具备一个共同的上级——选民权力。不论是立法权力还是司法权力，都不能做出抵触选民权力决定的行动。如果立法权力侵犯了宪法规则，那么它就不能把加入这一侵犯的责任强加于司法权力。在其自身领域内，后者仍然是独立主权。如果它被立法权力强迫去违反宪法，那么它在其自身领域内就不再是独立主权，且分权原则以及宪法至上的原则就遭到废弃。”^①

对于布丹的主权学说，我国宪法学者从一开始接触就接受了这一基本的政治学或宪法学术语，一般用来解释国家的诞生过程或国家权力的必要性，但是对其评价和反应则不完全一样。宪法学者张知本在其《宪法论》中就指出：“自法国学者布丹主张‘主权为惟一绝对的而且永久的权力，不受法律及其他国家之限制’以来，多数学者均符合其说，而认定国权为绝对无限制之权力。”张知本认为：“此种学说，在封建时代，尚不无相当理由，而在今日之时代，已是毫无价值。”^②他主要是从国际条约的约束力的角度来对布丹的主权学说进行批判。

宪法学者李毓民主编的《宪法要论》一书就对于主权进行了比较深入的讨论：“主权（sovereignty）这个名词的来源是出自于拉丁语 *Superanus* 这个字本来的意义，仅含有 *Superior*，就是‘出于他人之上’的意思，以后便当作‘最高的’意思来用了，法国的学者鲍丹（Jean Bodin）于1576年在他所著的《国家论》（*La Republique*）里曾说过主权是独立、最高、无上的权力，任何人为的法律都不能限制它。他认为主权是国家的要素。凡属国家则必有一种中心机关，对于其全国人民，享有一种最高权力。这种权力的行使，只受上帝的法律或自然的法律之限制。”作者还讨论了主权的归属、主权的分割以及主权的限制问题。关于主权的归属，作者认为“我国《临时约法》是承认主权属于人民全体的”。作者承认主权不可分割，但是不承认主权不受限制：“至于主权的分割问题，如果认为主权是最高的，为决定国家一切机关的权限之权力，则在法律上自然就没有别的机关去限制

^① *Traité de droit constitutionnel* (2nd Ed.), p. 560; 译自 Arthur von Mehren and James Gordley, *Civil Law System* (2nd Ed.), Boston: Little, Brown & Co., pp. 246-247。见张千帆：《认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性》，《中外法学》2003年第5期。

^② 张知本：《宪法论》，中国方正出版社2004年版，第4—5页。

它,则主权当然是不可分割的。”“至于主权的限制问题,普通的宪法学或政治学者,都认为是应该有无限制的权力。换言之,即国家行使主权的人或机关,他的权力是不受国内外任何方面的约束。但在事实上讲,主权无论其在法律上或形式上是怎样的至高无上,但在行使主权的时候,不能不受限制的。”^①

《政治学与比较宪法》一书中则对于主权问题进行了系统的梳理和较为深入的讨论:“主权(sovcreignty)一语系由中世法国语 *sovrain* 而来的,而 *sovrain* 又是出于拉丁语 *superanus*, 含有权力较高之意,即国王对于诸侯、诸侯对于陪臣,均可称为 *sovrain*。”^②“到了16世纪,法国已经成为中央集权的国家。这个时候,国王的权力对外是独立的,对内是最高的,由是就产生了布丹的主权学说,以为君主有独立最高的主权,所以当时所谓主权非视为国家的权力,乃视为君主的权力。”“但是君权提高了之后,又酿成君主的专制,同时海外贸易的发展亦引起了国内工业的进步。工业愈进步,资产阶级就感觉君权的压迫,而思制限君主的权力,于是民主主义遂成为斗争的武器,而有陆克、卢梭之提倡人民主权。1647年的英国的《英国人协约》、1776年的美国《独立宣言》、1789年的法国《人权宣言》均谓主权属于人民,由是君主主权说又变成国民主权说。”^③

从比较的观点来看,法国对于主权理论的认识是其宪法学说的重要内容,卢梭的人民主权学说则是其中的重镇,并且这一学说在中国得到了广泛的传播和接受,我国后来的宪法学者比较普遍地接受了。从渊源上来看,卢梭所创立的“人民主权”学说是建立在卢梭关于自由、公意、社会契约等基本概念的分析之上的,这既是对布丹、洛克、格劳秀斯等主权学说的发展,也是卢梭提出的富有革命性和创造性的政治理论,它主要体现在其著作《社会契约论》和其他的几部政治学名著之中。人民主权学说在对法国大革命提供直接的理论支持的同时,也为法国及其他国家近代宪法实践提供了最为直接的理论基础。在某种意义上,人民主权学说是对于世界各国宪法发展和宪法实践产生普遍影响力的重要的宪法学说。

① 李毓民主编:《宪法要论》,第28—30页。

② 萨孟武:《政治学与比较宪法》,商务印书馆1936年版,第10页。

③ 萨孟武:《政治学与比较宪法》,第11页。

此外，我国宪法学者从一开始就对卢梭的社会契约论表现出来了较大的兴趣，在接受和评价的过程中，逐渐地趋于客观。卢梭的思想是在19世纪后期经外国传教士介绍到中国的，至20世纪初辛亥革命前夕，卢梭的《民约论》开始被国人广泛的关注。留日学生杨廷栋在1900年将日语版的《民约论》翻译成中文连载于《译书汇编》，并于1902年由当时的文明书局印刷出版，书名为《路索民约论》，这是《民约论》最早的中文完整译本。1916年，马君武又以法文版原著为基础重译《民约论》并作出了积极的评价：“主权在民之原理，推阐尽致者惟卢骚。”^① 邹容在其《革命军》中曾盛赞卢梭的学说为“起死回生之灵药，迫魄还魂之宝方”^②。梁启超于1902年也在《新民丛报》上发表了《卢梭学案》，极力地鼓吹卢梭的学说，在另一篇文章中，他甚至指出：“欧洲近世医国之手，不下数十家，吾视其方最适于今日之中国者，其惟卢梭先生之《民约论》乎！”^③ 自此，卢梭及其社会契约论为中国的知识分子广泛接受。但是，在其后不久，梁启超则改变了其肯定的立场，转而开始质疑卢梭理论的价值。严复也在1914年应梁启超的约请而为《庸言报》撰《民约平议》一文，对于天赋人权说以及卢梭关于“自然状态下的人”和“社会中的人”的区别进行批判，并指出卢梭的民约是17—18世纪“革命独立之旧义”，完全已经过时^④，而且不适合中国国情。

当时，不少的宪法学者在其著作宪法基本理论部分关于国家起源的学说中一般都会谈到卢梭的贡献，将卢梭的社会契约说和神意说、道德说、阶级说、家族说、财产说、实力说相并列。李毓民主编的《宪法要论》一书中就对于卢梭“契约说”的基本问题进行了分析，对于“原人状态”（The state of nature）和“民约”（Social contract）都进行了简单的分析。^⑤

孙中山所提出的民权主义在一定程度上也受到了卢梭思想的影响，在解

① 马君武：《民约论译序》，《马君武集》，华中师范大学出版社1991年版。

② 邹容：《革命军》，见中国史学会编：《辛亥革命》，上海人民出版社1981年版，第335页。

③ 梁启超：《自由书·破坏主义》，《饮冰室合集6·饮冰室专集之二》，第25页。

④ 参见严复：《严复集》，中华书局1986年版，第648页。

⑤ 参见李毓民主编：《宪法要论》，第12页。

释民权的时候他就谈到了卢梭和他的《民约论》。^① 尽管他对于卢梭的天赋人权说和社会契约论并不接受,但孙中山对于民权的强调使他无法摆脱卢梭人民主权学说的影响。在《中华民国建设之基础》一文中,孙中山进一步指出:“政治主权在于人民,或者直接以行使之,或间接以行使之。其在间接行使之时,为人民之代表或者受人民之委托,只尽其能,不窃其权。予夺之自由仍在人民。”^② 这也是孙中山权能分治理论的全面表达,他所设计的民权就是让人民享有直接民权,人民不仅有选举权,还要有创制权、复决权、罢免权等权利,这可以说是在坚持人民主权原则的基础上的一种发挥和创造。孙中山的这种思想后来体现在了临时约法之中,其第2条规定:“中华民国之主权属于国民全体”。后来的1931年训政时期约法、中华民国宪法草案(1936年)以及中华民国宪法(1946年)都有同样的条款,而1946年宪法第25条还规定:“国民大会依本宪法之规定,代表全国国民行使政权”。这是人民主权原则在当时的宪法文本中直接的体现。

民国时期中国的宪法学者们对于各种主权理论也做出精细的梳理和深刻的认识,当时国内流行最为广泛的《比较宪法》(王世杰、钱端升著)一书第二章用了大部分的内容来分析主权问题,其中对于布丹、卢梭、马尔伯格、狄骥的观点都有所提及,对于布丹的贡献、卢梭的人民主权、狄骥的国家主权有限说都进行了分析,对于卢梭的人民主权学说,其认为“这完全是卢梭虚拟的一种理论,初无事实的根据”^③。当然,其对人民主权学说的实际效用也是承认的,但是对于其弱点则特别指出:一则该学说不一定可以建立一个为国民全体谋利益的政府;二则该学说可能危及个人自由。^④

① 孙中山:《三民主义》,岳麓书社2000年版,第79页。为了使五权宪法更加具体、明晰,之后孙中山又对五权宪法作了更深入的论述。他认为:“直接民权才是真正的民权。”欧美的代议制政体属于间接民权,还不是直接民权,在这种政体下,人民无法直接管理政府,总担心政府的力量太大而无法控制。因此,要避免人民惧怕政府,中国就应该把国家政治大权的“权与能”分开,分成“政府权”和“人民权”,“把政府当作机器,把人民当作工程师”。他认为,倘若要真正实行直接民权,使“政府权”和“人民权”之间保持平衡,那么人民方面就应该享有四个“政权”,即选举权、罢官权、创制权和复决权,而政府方面则应该拥有五个“治权”,即行政权、立法权、司法权、考试权和监察权。他坚信,“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”。

② 胡汉民编:《总理全集》第1集,上海民智书局1930年版,第1026页。

③ 王世杰、钱端升:《比较宪法》,第44页。

④ 参见王世杰、钱端升:《比较宪法》,第44—45页。

对于布丹的主权学说和卢梭的人民主权学说，新中国的宪法学者基本上都给予了足够的关注和研究，一般都认为，近代意义的主权观念为法国的布丹所首创，人民主权学说的首创者则是法国的卢梭。^①李龙教授则对于人民主权学说进行了细致的梳理，他提出，人民主权观念萌芽于14世纪的意大利，当时著名的思想家马塞流提出“全权”应以人民整体的名义来行使。在理论上阐释人民主权的是英国著名的思想家洛克。明确地提出人民主权，并将它系统为一种理论，则是法国著名的思想家卢梭。人民主权理论在法国著名的宪法学家艾斯曼那里进一步得到阐释，并将“人民主权”演化为“国民主权”，即国民主权原理。马克思主义批判吸收了人民主权的理论，并以唯物史观为基础充分论述人民是历史的创造者这一原理，并把这一理论与实践紧密结合实现人民主权。^②

对于法国的主权学说，何华辉教授在其专著《比较宪法学》一书中还对于主张“主权否定论”的狄骥的学说进行了介绍，他认为狄骥的主权否定论是其社会连带主义法律学说的一部分。同时，他还认为，法国的《人权宣言》比美国的《独立宣言》更加明确地宣布了人民主权原则，法国第五共和国宪法专辟主权一章，并增加了通过公民复决实现国家主权的形式，这是民主宪政制度的一个重大发展。^③焦洪昌教授主编的《宪法学》一书中则提出，主权理论是对发轫于16世纪欧洲大陆和17世纪英国现代化运动的一种理论上的论证与归纳，但同时也肯定了布丹的贡献。关于人民主权理论，该书中提出，人民主权理论经历了由学说到原则的发展过程。1791年法国宪法将《人权宣言》作为序言记载下来以后，人民主权原则就成了资产阶级宪法的最一般的原则。^④

在诸多宪法学著作中总体上看来，中国的宪法学者对于人民主权原则几乎无一例外地以各种方式予以认同，一般的做法是在对人民主权原则进行全面分析的同时，对于西方国家宪法中的人民主权原则进行保留的评价，但基

① 参见何华辉：《比较宪法学》，第50页；许崇德主编：《中国宪法》修订本，中国人民大学出版社1989年版，第41页；蒋碧昆主编：《宪法学》，中国政法大学出版社1994年版，第19页；张庆福主编：《宪法学基本理论》，社会科学文献出版社1999年版，第180页。

② 参见李龙：《宪法基础理论》，第177—179页。

③ 参见何华辉：《比较宪法学》，第52—56页。

④ 参见焦洪昌主编：《宪法学》第4版，北京大学出版社2010年版，第26—27页。

本上都将“人民主权原则”作为我国宪法的基本原则之一。吴家麟教授主持编写的《宪法学》中就提出,“人民主权原则是应该肯定的”,“社会主义不仅可能而且必须实现这个原则”^①。许崇德教授的《中国宪法》中也提出,“社会主义国家出现以后,也用宪法表现人民主权原则”,“人民主权和国家主权都渊源于全体人民”^②。韩大元教授则进一步将人民主权原则与制宪权理论相联系,他指出:“国民主权所反映的民意的最高性价值与制宪权所体现的社会个体价值的尊重是制宪权正当性的基础。”^③当然,我国宪法学者们在谈人民主权原则的时候更多地强调人民主权的社会主义阶级性质,同时也摒弃了“社会契约论”的理论基础。

从宪法的规定来看,1946年中华民国宪法明确确认了国民主权原则,第2条规定:“中华民国之主权属于国民全体。”新中国成立后,1954年宪法第2条规定:“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。”1978年宪法和1982年宪法重申了该条的规定。^④这表明尽管我国宪法没有明确使用人民主权的表达,但是将人民主权原则作为我国宪法基本原则是有宪法依据的。除了上述直接的宪法渊源之外,这也是马克思主义基本原理的必然要求。只有基于人民主权原则,才能够为我国宪法实践提供最为基础的合法性支撑。有学者就认为,将主权在民的学说奠定在马克思主义国家学说的基础上,抛弃了卢梭的社会契约论的思想,具有了真正的科学性。^⑤有学者则认为,这样的规定表明,宪法不仅确认了人民主权原则,而且还确认了实行人民主权原则的形式。^⑥

二、分权学说

权力分立原则源于洛克的学说,他指出在政治权力之间有必要进行分

① 吴家麟主编:《宪法学》,群众出版社1987年版,第34页。

② 许崇德主编:《中国宪法》修订本,第43页。

③ 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102页。

④ 新中国成立后的四部宪法中,1954年宪法、1978年宪法、1982年宪法都采纳了这一规定,只有1975年宪法作出了如下的规定:“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。”

⑤ 参见蒋碧昆主编:《宪法学》修订版,第44页。

⑥ 参见张庆福主编:《宪法学基本理论》,第182页。

工，由不同的人来行使这些权力，因为“如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权力，这就会给人们的弱点以绝大诱惑，使他们动辄要攫取权力”^①。孟德斯鸠的主要贡献则在于对于洛克权力分立学说的发展，并明确地提出了三权分立的主张，从此，权力分立成为各国立宪、行宪的基本原则。

孟德斯鸠从分权制衡的角度主张立法权不是绝对的，也应该受其他权力的制约，他同时不主张直接代表制，而是认为“立法权应该由人民集体享有”，“然而，这在大国是不可能的，在小国也有诸多不便，因此，人民必须通过他们的代表来做一切他们自己所不能做的事情”^②。孟德斯鸠关于司法权和行政权、司法权和立法权之间的分立的主张成为了后来法国人坚定的政治信念。^③正是由于对分权理论的恪守，同时也由于法国历史上行政权与司法权之间的关系的影响，法国大革命后的宪法制度设计体现了严格的司法权与行政权的分离。1789年人权宣言第16条就明确宣告：“凡个人权利无切实保障和分权未确立的社会，就没有宪法。”由此可以看出，自从孟德斯鸠明确提出分权学说，国家权力之间的分立作为国家权力分配的基本原则就得到了法国人民的接受，并直接地表现在其历史性的宪法文件之中。分权理论不仅仅影响了法国近代的宪法实践，也影响了当代法国第五共和国的宪法制度。当然，法国特殊的历史背景和政治法律传统在很大程度上决定了其对孟德斯鸠的分权理论的解读，也进而影响和决定了法国后来宪法制度的选择。

从时间上来看，孟德斯鸠比卢梭要稍微早一个时代，除了分权学说之外，孟德斯鸠的基本主张还有关于政体认识、关于政治自由的内容、关于法律制度与本民族性格的适应的观点等，但是，他所提出的权力分立的理论则是法国宪法思想中的另外一个富有创造性并具有基础意义的理论，它基本上得到了各国宪法学者较为普遍接受，对于宪法学的发展影响重大，并为各

① [英] 洛克：《政府论》下篇，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1986年版，第91页。

② [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》上册，张雁深译，第158页。

③ 孟德斯鸠指出：“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人民将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。”“如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由实行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。”“如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成同一个机关行使这三种权力，即制定法律权、执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便都完了。”[法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，第153页。

国宪法实践提供了重要的指导原则。

权力分立理论对于中国的影响是颇大的。19世纪末,中国的知识分子开始大量地接触西方启蒙主义思想,以康有为为首的维新派倡言变法,他在《戊戌奏稿》中便明确提出了孟德斯鸠的君主立宪思想,他指出:“近泰西争论,皆言三权,有议政之官,有行政之官,有司法之官,三权立,然后政体备。”^①梁启超在早期的时候也对孟德斯鸠三权分立的理论进行反复的介绍,并将其作为君主立宪的政治纲领。^②早在1901年,孟氏的著作《论法的精神》就被张相文由日文翻译成中文并于1903年在上海文明书局出版,当时的名字是《万法精理》,后来严复又对其进行了翻译并取名为《法意》。而作为较早向中国介绍西方政治法律思想的学者,严复也主张制定宪法,实行“三权分立”之制。^③因此,孟德斯鸠的学说曾深刻地影响过中国法治近代化进程中的宪法实践。虽然我们对于三权分立的理论并没有全盘地接受,但是很多宪法制度上的设计和孟氏的三权分立学说是紧密相关的。后来孙中山更是提出了“五权分立学说”,而“‘五权分立’是由孟德斯鸠的‘三权分立’扩展而来的”^④,王世杰、钱端升所著的《比较宪法》中就指出:“立法,行政,与司法三权的分立,为18世纪以来欧美政治学者的传统思想。孙先生认为此种三权分立主义,尚不足以防止政府的专制,而增进政府的效率。因是,孙先生对于政府机关的组成及其职权的划分,主张五权分立制度。”^⑤由此可见,中国的知识分子和政治家对于孟德斯鸠的分权理论基本上是普遍的接受和认同,特别是孙中山先生五权宪法学说的提出可谓是将孟德斯鸠分权理论与中国政治文明创造性的结合。

1949年新中国成立后的宪法学说中对于分权学说的态度则呈现了分化的态势,一些学者认为,权力分立不宜作为我国宪法的一项基本原则,因为“三权分立”原则的提出在当时虽然发挥过历史进步作用,但是又具有阶级的和时代的局限性。^⑥另外一些学者尽管不主张将权力分立原则作为我国宪

① 康有为:《上清帝第四书》,《戊戌变法》第2册。

② 参见李龙:《宪法基础理论》,第41页。

③ 参见李龙:《宪法基础理论》,第44页。

④ 熊月之:《中国近代民主思想史》,上海社会科学院出版社2002年版,第403页。

⑤ 王世杰、钱端升:《比较宪法》,第393页。

⑥ 参见何华辉:《比较宪法》,第83—96页;许崇德主编:《中国宪法》修订版,第49—54页。

法的基本原则，但是却主张“民主集中制并不排斥国家权力的各部门之间的分工”^①，“各权力相互之间也需要监督”^②。“任何国家都要分权的，不仅行政权与司法权要分立，而且中央与地方也要适度分权，否则国家机器就不好运转”，“我们不搞‘分权制衡’，但应该加强‘权力制约’”^③。还有一些学者则认为，权力制约应该成为宪法的一项基本原则，“这是权力所有者与权力行使者相分离的必然要求”，“由巴黎公社首创、经马克思主义经典作家阐述与强调的监督原则，在社会主义国家的宪法中得到了明确的体现，是权力制约原则在社会主义宪法中的具体表现形式”^④。

在这里还有必要特别指出，从纵向的比较来看，法国的宪法理论和实践的源头主要是两大理论，即卢梭的人民主权学说和孟德斯鸠的权力分立理论。^⑤从人民主权学说与其他宪法学说的关系来看，西耶斯（Sieyes）的制宪权理论，其实就是人民主权学说的转化和延伸，而马尔伯格（Carré de Malberg）的宪法理论其实也是人民主权学说的发展和另一种表达。孟德斯鸠的分权学说则对于法国的宪法理论和实践产生了基础意义的影响，它成为“1789年法国人信仰的精华内容”，并“作为一种明确的意识形态立场而被激烈坚持”，“强烈地并长期地占据了人们的头脑”^⑥。从横向的比较来看，法国宪法学说对于世界的贡献也主要体现在这两个理论，人民主权学说作为宪法和民主实践的基础理论，分权学说则成为了“古典宪法基础理论存在与发展的基石”^⑦，其后的宪法学说几乎都是围绕着这两大理论来展开，它们同时对于法国和其他国家的制宪和行宪活动都产生了决定性的影响。研究法

① 魏定仁、甘超英、傅思明：《宪法学》，北京大学出版社2004年版，第23页。

② 焦洪昌主编：《宪法学》第4版，第40页。

③ 李龙：《宪法基础理论》，第195页。

④ 韩大元主编：《宪法学》，高等教育出版社2006年版，第66页。

⑤ 法国著名的公法学者 François Luchaire 教授就认为法国的宪法思想主要来源于卢梭和孟德斯鸠，卢梭是以古时候对自由的理解来解释自由，自由的基础是民主，拥有民主宪法就完全能够实现自由。而孟德斯鸠则认为自由和权力分立相联系，在这样的政体里，权力制衡权力，就不必再害怕专制主义。制定法律的议员也要和其他的公民一样受制于同样的结果。参见 François Luchaire, Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux (Conseil constitutionnel français, see; Cours européennes et droits fondamentaux, dir, Louis Favoreu. Economica, 1982, p. 54.

⑥ [英] M. J. C. 维尔：《宪政与分权》，苏力译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第165页。

⑦ 李龙：《宪法基础理论》，第12页。

国的宪法学说对于中国的影响,也应该以卢梭的人民主权学说和孟德斯鸠的权力分立理论这两个最富有原创性和基础意义的宪法学说为核心,并结合中国宪法学和宪法实践的发展来进行分析。

三、制宪权的理论

关于制宪权的理论,中国宪法学者对于西耶斯的贡献给予了充分的肯定:“制宪权的理论源于古代雅典、古罗马的法制及其中世纪的根本法思想,但最早最系统地提出宪法制定权概念及其理论体系的学者是法国大革命时期的著名思想家埃马努埃尔·约瑟夫·西耶斯(1748—1836)。”^①

西耶斯著有《论特权:第三等级是什么》一书,正是在这本小薄册子中,他明确地提出了制宪权之说,他认为:“在所有自由国家中——所有的国家均应当自由,结束有关宪法的种种分歧的方法只有一种,那就是要求助于国民自己,而不是求助于那些显贵。如果我们没有宪法,那就必须制定一部。唯有国民拥有制宪权。”^②根据西耶斯的主张,制宪权是属于国民的,但是国民又不受宪法的约束,因为国民的意志是至高的,具有当然的合法性,他进一步指出:“政府只有合于宪法,才能行使实际的权力;只有忠实于它必须实施的宪法,它才是合法的。国民意志则相反,仅凭其实际存在便永远合法,它是一切合法性的本源。”“国民不仅不受制于宪法,而且不能受制于宪法,也不应受制于宪法,这仍无异于说它不受制于宪法。”^③

西耶斯的国民拥有制宪权的主张与卢梭的人民主权学说是有着内在的联系,即都承认国民意志的最高性,只不过卢梭的表达更政治化一些,而西耶斯的表达则更规范一些,更符合法学的需要。从这个意义上,制宪权的理论也可以被解释为是将人民主权学说进一步规范化和法律化。此外,根据他们的主张,制定宪法的权力和立法权是不加区别的混在一起。这在相当长的一段时期影响了法国和许多国家的宪法学说和宪法实践。法国后来不少的宪

^① 徐秀义、韩大元:《宪法学原理》,中国人民公安大学出版社1993年版,第33页。在张千帆教授主编的《宪法学》一书中有类似的判断,见张千帆主编:《宪法学》第2版,法律出版社2008年版,第62页。

^② [法]西耶斯:《论特权 第三等级是什么?》,冯棠译,商务印书馆1990年版,第56页。

^③ [法]西耶斯:《论特权 第三等级是什么?》,冯棠译,第62页。

法学者都坚持认为法律即公意。法国宪法实践中违宪审查和合宪性审查制度在相当长的一段时间里一直没有得到充分的发展，很大程度上是源于其关于人民主权的行使以及制宪权的认识。

对于西耶斯的制宪权学说，近代我国宪法学者通过直接阅读法文材料而有所掌握，比如，王世杰、钱端升所著的《比较宪法》一书中在开篇讨论宪法的特性时就对宪法修改的各种学说进行了梳理，其中就提到了西耶斯的制宪权之说：“以为宪法的修改，尽可由人民随时自由决定其机关与方法，而不必由一定的手续，因为人民即主权的主体。人民既为主权的主体，其意志自不受限制，由是宪法上便不应预定修改的手续；宪法只在束缚议会，只在束缚根据宪法而产生的机关（即法人所谓 *pouvoir constitutue* 者）（注：*pouvoir constitutue* 是本版中的原文，应该为 *pouvoir constitués*），而非所以束缚享有制宪权的人民，或其所选出的制宪机关（即法人所谓 *pouvoir constituant* 者）。法国大革命时代政论家西哀士（Sieyes）（注：西哀士是原文的翻译）是即作此种主张。”^① 作者对于西耶斯的观点显然是不赞成的，因为“依此说而加以推论，人民的制宪权既不受任何预定的限制，则宪法上自不应有规定宪法修改手续的条文”。但是就实际而言，此说的弱点“固甚鲜明”，“倘宪法的修改，应不受预定的限制，则宪法修改一次，便同于革命一次，其修改时的困难与危险，又将达何程度？”作者认为“宪法的修改，应本宪法条文之所规定”，即“关于宪法修改的机关与手续，虽无一定不易的原则，而此种机关与手续之必须规定于宪法，则不容否。卢梭即为此种主张者”^②。

另外，通过翻译外文版的宪法学著作，中国学者也对西耶斯的制宪权学说有所关注和了解。比较有影响力的是在欧宗佑和何作霖所翻译的日本著名的宪法学者美浓部达吉的《宪法学原理》一书，其中就对于西耶斯的制宪权学说进行了全面的讨论，书中将西耶斯翻译做“斯蔼”，对于其提出的 *Pouvoir constituant* 和 *Pouvoir constitués* 两个概念进行了区别，将其分别翻译为“作宪法的权力”和“依宪法而被作的权力”，即现在的宪法学所说

① 王世杰、钱端升：《比较宪法》，第4页。

② 王世杰、钱端升：《比较宪法》，第4—5页。

的“制宪权”和“由宪法所派生的权力”，作者进一步阐释：“作宪法的权力，必要属于国民，而不得以之委任于他人，主权之不可分而属于国民，于此可见；立法、司法和行政，为依宪法而被作的权力。”^①应该说，美浓部达吉的这些认识与王世杰、钱端升在《比较宪法》一书中所谈是相近的，但是其所用的概念相对来说要更为贴切一些。美浓部达吉还对西耶斯的制宪权理论进行了评论，他认为：“斯蔼此说，于理论上是不能维持的；于实际上，其原来的形式，亦不为法国所采用。国民在宪法之上，不受宪法的拘束，就是承认国民有不断革命的权利；恰与专制主义的君主主权说，主张君主的权力超越于宪法之上，无论何时皆可废止和变更宪法，陷于同样的谬误。”^②

在新中国成立之后相当长的时间里，西耶斯的制宪权学说曾经被国内的宪法学者们所忽略，很少看到有关制宪权的研究，但是最近西耶斯的制宪权学说又被宪法学界所“重新发现”。肖蔚云先生在其《新中国制宪权研究》一文开始触及制宪权问题。^③此后，李龙教授也在其专著中对于制宪权的相关问题展开研究。^④徐秀义、韩大元所著的《宪法学原理》（上）中对于制宪权又进行了较为深入和完整的论述。^⑤李步云教授主编的《宪法比较研究》一书中，有专门的制宪权的探讨。^⑥朱福惠教授在其专著《宪法至上——法治之本》一书中结合中国近代宪法失败的教训对制宪权进行了分析。^⑦杨海坤教授在其主编的著作中也对制宪权给予了充分的关注。^⑧张庆福教授也曾

① [日]美浓部达吉：《宪法学原理》，欧宗佑、何作霖译，中国政法大学出版社2003年版，第179页。

② [日]美浓部达吉：《宪法学原理》，欧宗佑、何作霖译，第391页。

③ 参见肖蔚云：《新中国制宪权研究》，《中国法学》1984年第1期。

④ 李龙教授在其专著《宪法基础理论研究》一书中提出了制宪权的定义，他认为制宪权是指统治者按照一定的法律程序，通过立法机关创造宪法的活动。参见李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1994年版，第111页。在其后来的专著《宪法基础理论》中，又在“宪法的制定与修改”部分探讨了制宪权的性质、地位及其行使的情形。参见李龙：《宪法基础理论》，第227—231页。

⑤ 在《宪法学原理》一书中，制宪权被认为是“制宪主体按照一定原则创造作为国家根本法的宪法的一种权力”。参见徐秀义、韩大元：《宪法学原理》，第32页。

⑥ 参见李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社1998年版。第五章的标题是“宪法的创制”，其中第一节就是关于制宪权的探讨，由徐秀义教授主持。

⑦ 参见朱福惠：《宪法至上——法治之本》，法律出版社2000年版。第六部分是“近代中国宪法的失败”，其中关于“近代宪法失败的表现形式”有“制宪权错位”分析。

⑧ 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》，中国人事出版社2001年版；杨海坤主编：《宪法学基本论》，中国人事出版社2002年版。

经专门撰写过《简析制宪权》一文。^①在制宪权的实证研究方面，韩大元教授结合1949年《共同纲领》和1954年宪法的制定过程，运用制宪权的理论进行了历史的分析，同时对于制宪权本身也进行了扩展。^②在《1954年宪法与新中国宪政》一书中，韩大元教授结合新中国1954年宪法的制宪过程来对制宪权进行认识，将制宪权的理论创造性地和中国的宪法实践相结合，对制宪权的功能、制宪权的界限以及制宪机关和制宪程序等问题进行了分析，并对1954年宪法制定的正当性基础加以论证。

概括而言，当代中国的宪法学者认识到“西耶斯的制宪权学说一直影响着立宪国家的宪法制定，并与人民主权的宪法思想是相吻合的”^③，在接受西耶斯的制宪权学说的同时也结合中国的宪法实践进行了一定的发展。韩大元教授认为：“一般意义上，制宪权是国民制定宪法的始原性、创造性权力，它是一种稳定的、最高的权力形态，制宪权的主体是人民，即人民成为制定宪法行为的主体与动力……宪法作为根本法，是人民最高意志的体现，是以契约为纽带建立的社会共同体的价值体系。在此意义上，任何形式的立法权不能改变作为契约的宪法，不得与宪法相抵触。制宪权主体属于人民……而且从规范角度而言，制宪权主体属于人民恰恰是确立宪法最高规范效力的最重要依据所在。”^④也有学者认为：“制宪权的产生与形成及其运用过程离不开国家权力活动，即国家权力是制宪权产生的前提条件，没有国家权力就谈不上完整的制宪权，而且制宪权本身可以被看作是国家权力的重要组成部分或者主要的活动形式。”^⑤还有学者则提出：“制宪权是一种独立的国家权力。从历史上看，制宪权并不是随着国家的产生就产生的……宪法产生以来，在国家政治生活中发挥着重要作用，制宪权也就成为一种十分重要的国家权力。”^⑥

① 参见张庆福：《简析制宪权》，《宪法论坛》第1卷，中国民航出版社2003年版，第221页。

② 参见韩大元：《论1949年〈共同纲领〉的制定权》，《中国法学》2010年第5期；韩大元：《1954年宪法与新中国宪政》，湖南人民出版社2004年版。

③ 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599页。

④ 韩大元：《论1949年〈共同纲领〉的制定权》，《中国法学》2010年第5期。

⑤ 李步云主编：《宪法比较研究》，第214页。

⑥ 李龙：《宪法基础理论》，第229页。

在新中国制宪权问题上,韩大元教授通过历史的分析指出,“新中国制宪权的正当性源于作为制宪权主体的中国人民掌握国家权力的基本事实,即人民政权的性质决定了制宪权的人民性与统一性”^①。在以上分析的基础上,他提出,“《共同纲领》的内容与形式具有一定的规范性,并且从其产生与通过程序看,具有特定历史条件下的民主性基础……这种民主性基础受制于历史条件的制约,尚不足以构成一部严格意义上的宪法所需要的基本条件,因此它并不是新中国第一部宪法”^②。“制宪权在中国社会发展过程中并没有表现为自然法中存在的一种‘始原的创造性’权力,在国家权力的背后实际上存在某种成熟的政治力量,在一定政治背景和政治力量的推动下,进行了制宪任务”^③。也有学者认为,“随着人民主权原理的普及,人民(或国民)自然成为制宪权的主体”,而“在我国,制宪权和立法权都由全国人民代表大会行使”^④。

此外,西耶斯结合其制宪权的学说还提出了关于建立合宪性审查制度的主张,即他提出了在司法机关之外来建立专门的机构进行合宪性审查。这是法国学者和政治人物中较早的关于合宪性审查机构较为系统的认识,但是,对于西耶斯关于合宪性审查的主张,国内的宪法学者很少给予关注。^⑤

四、其他的宪法学说

(一) 贡斯当的宪法思想

贡斯当(1787年出生)是古典自由主义思想的先驱,其最早提出了对集权主义制度形态的系统批判,并发展了经典的自由主义的主张。在英国政治制度与法国的政治制度的比较过程中,贡斯当对自由进行了深入的认识。贡斯当的学说主要集中在《古代人的自由与现代人的自由》一书中。

① 韩大元:《论1949年〈共同纲领〉的制定权》,《中国法学》2010年第5期。

② 韩大元:《论1949年〈共同纲领〉的制定权》,《中国法学》2010年第5期。

③ 韩大元:《1954年宪法与新中国宪政》,第40页。

④ 李步云主编:《宪法比较研究》,第216—218页。但是,1949年共同纲领的制定过程则说明“是由政协筹委会的常委会受人民委托行使了制宪权”。

⑤ 关于西耶斯在合宪性审查制度方面的主张,可以参看李晓兵:《法国第五共和宪法与宪法委员会》,知识产权出版社2008年版。

伊赛亚·柏林称贡斯当对自由的探讨是“消极自由”理论的典范^①，正是基于“积极自由”与“消极自由”的区分，宪法学对公民基本权利保障和国家权力界限的研究才得以有效地联系。因此，“积极自由”与“消极自由”的区分被视为宪法学重要的基础理论。总体上，中国的宪法学者对于消极自由和积极自由的论述比较少，但是这一关于自由权利的分类对于保障公民权利意义重大。因此，我们必须重新审视贡斯当关于自由的分类。事实上，王世杰、钱端升所著的《比较宪法》一书中就对于这一问题展开了论述：“各国宪法有将次述三类权利一概视为个人的基本权利者，亦有不尽视为基本权利者。第一类为消极的基本权利，即人身自由、言论自由、信教自由、集会自由等各种个人自由。为使个人知识、道德及身体上的优性，得以尽量发展，国家对于这些自由，负有不加侵犯与防止侵犯的义务。所以这一类权利，亦可谓为国家对于个人的消极义务。第二类权利，可以谓为积极的基本权利，亦有称为受益权者，如受国家供给最小限度的教育权利，及失业时或受害时受国家救济之权等。为谋个人知识、道德及身体上优性的发育，有时候国家尚须对于个人，积极地履行若干种活动；同时国家的这种积极义务，便构成我们之所谓个人的积极权利。第三类就是参政权，如选举权、被选举权、复决权、创制权、直接罢免权等。这类权利，以参与国家意思的构成，与国家意思的执行，为其内容。”^②何华辉教授在其专著《比较宪法学》中没有沿用先前王世杰、钱端升在《比较宪法》一书中的做法，他将公民权利分为“公民在政治生活方面的基本权利”、“公民在社会生活方面的基本权利”、“公民在个人生活方面的基本权利”^③。这可以视为对王世杰、钱端升在《比较宪法》一书中关于公民权利分类的发展，但是依然可以发现这其中也有“积极权利”和“消极权利”的影子。

（二）托克维尔的宪法思想

托克维尔的宪法学说主要集中在《论美国的民主》（1835年出版）和《旧制度与大革命》（1856年出版）等著作中。作为法国贵族，托克维尔在

^① 参见 [法] 邦雅·贡斯当：《古代人的自由与现代人的自由》，阎克文、刘满贵译，上海人民出版社 2003 年版，第 24 页。

^② 王世杰、钱端升：《比较宪法》，第 61 页。

^③ 何华辉：《比较宪法》，第 206 页。

《论美国的民主》一书中忠实地记载其在美国考察访问的见闻,描述美国宪法实施的过程和各种各样的民主实践,其实是法国人的宪法理念和民主思想的一种折射,即把法国的民主革命、宪法实践的方式和美国加以比较,进而更好地认识法国自己的民主革命、宪法实践,既有对于美国民主革命、宪法实践的褒奖、评价,也有对法国民主革命、宪法实践的反思和有限的批判,因此也可以认为这是法国独有的宪法学说的有机组成部分。^①

我国著名的宪政学者刘军宁先生在研究宪政、民主等问题过程中就深受托克维尔的影响,他指出:“自由的国家未必尽是民主的国家,而民主的制度也未必不会妨碍自由。历史上有许多自由的国家,但其公民对政治的参与却受到严重的限制。”^②对于当代的民主,他认为“二十世纪以来,民主变得更加神圣”,“对民主的威胁,不再是来自公开的敌视,而是来自对民主的过分热衷和颂扬。这种热衷与颂扬,不是给民主以恰当的位置,而是把民主抬高到与自由并驾齐驱的程度,乃至以民主的名义变相地妨碍、抵消自由”。“追求民主只能缘着追求自由的路径才能得到;若放弃自由去追求民主只能导致大革命式的奴役和暴政。这或许是托克维尔为全人类总结的政治教训,这也正是《旧制度与大革命》的价值历久弥新之所在”^③。

总体而言,我国宪法学者对于托克维尔的宪法学说的关注相对来说比较不足,这主要是因为托克维尔的思想属于比较保守的类型,与我们已经熟悉的偏于激进的革命类型的思想不相吻合。

^① 托克维尔在写作《论美国的民主》的过程中始终没有忘记他自己生长的那片土地,这是有过国外中长期生活经历的人自然而然的做法,他自己也曾谈道:“我深信,这一在默默之中经常与法国对比,也是本书成功的主要原因。”[苏]卡连斯基:《阿列克西·托克维尔》,苏联科学院国家与法研究所编:《政治学说:历史和当代论文集》,第87页。转引自《论美国的民主》上卷,董国良译,商务印书馆1988年版“译者序言”。托克维尔在该书的绪论中还指出:“我之所以考察美国,并不单纯出于满足自己的好奇心……我的希望,是从美国找到我们可资借鉴的教训。”详见[法]托克维尔:《论美国的民主》上卷,董国良译,第16页。

^② 刘军宁先生称:“自由与民主,尽管是同为世人所追求的两个目标,但却有着各自的内在逻辑。一旦这两种逻辑互不相容,两者就会发生冲突。这是我读罢法国自由主义思想家托克维尔的《旧制度与大革命》(北京,商务印书馆,1992年)的最大感想。”刘军宁:《当民主妨碍自由的时候》,见刘军宁:《共和·民主·宪政——自由主义思想研究》,上海三联书店1998年版,第85页。

^③ 刘军宁:《当民主妨碍自由的时候》,见刘军宁:《共和·民主·宪政——自由主义思想研究》,第93页。

(三) 狄骥的宪法学说

狄骥是法国法学家、社会连带主义学派的代表人物，曾长期在法国波尔多大学执教，并任法学院教授和院长。他的宪法学说主要集中在《法和国家》、《公法研究》（分两卷：第1卷《国家、客观法和实在法》，第2卷《国家、政府及执政者》）、《社会权利、个人权利和国家的变迁》、《宪法论》、《从拿破仑法典以来私法的变迁》和《公法的变迁》等，其中《宪法论》一书集中地表达了狄骥的宪法思想。他提出了自己独特的国家学说，对于既有的主权观念和公法学说进行了批判。他否定国家主权学说，也否定17、18世纪盛行于西方的社会契约论学说，主张国家不过是强者对弱者的统治，或者统治者与被统治者在政治上的分化而已，而不是社会契约的产物，但是在国家与法律关系上，国家是服从法律的，是为实现法律而存在的。^① 他的宪法学说“曾一度在西方流传甚广，其突出特点就是将宪法置于20世纪初叶资本主义社会现实中加以研究，扩大宪法学研究的视野，从而使宪法学与现实结合得更紧”^②。

在中国法治近代化过程中，狄骥的宪法学说对于中国的宪法学的发展曾经产生过重要的影响。^③ 他的宪法学著作在20世纪初期已经开始受到国内宪法学者的关注，其个别著作已经被翻译成了中文，比如，商务印书馆曾于1930年发行了张明时翻译的狄骥的代表作《宪法学》。有学者就指出：“狄骥的国家学说，在旧中国就已经传入，他的《宪法论》、《公法的变迁》、《拿破仑法典以来私法的变迁》等著作都被译成中文出版。不仅狄骥的法学观点在旧法学界有相当广泛的影响，而且他的国家学说，他的反主权论的观点，在法学界、政治学界也有影响。”^④ 这主要是因为当时国内正值共和制度刚刚确立的初期，中国已经开始摆脱政治近代化初期对于西方世界政治法律思

① 参见王哲：《西方政治法律学说史》，北京大学出版社1988年版，第461—462页。

② 李龙：《宪法基础理论》，第30页。

③ 笔者在研究此课题期间，曾经在南开大学图书馆中找到了20世纪20年代法国出版的狄骥的一些原版的法文书籍，比如，《Traité de Droit Constitutionnel》(I, II, III)，但是今天，我们则很难找到当代一些法国宪法学者的法国原版宪法学专著，这也足见狄骥的宪法学说在那个时代曾经引起了国内学者的关注，其影响力还是颇大的。

④ 邹永贤、俞可平、骆沙舟、陈炳辉：《现代西方国家学说》，福建人民出版社1993年版，第252页。

想简单的好奇,学者和政治人物都开始理性地全面反思国家、社会以及国民的关系,而法国也正好在经历了政治的动荡和反复之后进入了相对比较平稳的第三共和时期,狄骥的社会连带主义对于维护社会稳定,消弭因为政治力量的对立而导致的社会危机有着积极的作用。因此,狄骥的社会连带主义的法律学说对于当时的法国和中国都是非常适合时代需要的一种理论,其关于国家的宪法学说对于国内的政治人物和研习法律的宪法学人来说无疑提供了难得的参照。这正如我国学者所指出:“于20世纪初产生并定型的社会连带主义思想十分典型地反映了这一要求,并传入中国,对中国这一时期的法律产生了重大的影响”,“从国家社会本位主义在‘五五宪草’中的表现可以看出,孙科、胡汉民等的言论与狄骥的社会连带思想有着惊人的一致”^①。

不过,狄骥的建立在社会连带主义基础上的宪法学说并没有历经时代的考验,而是逐渐地被宪法学界和实务界所淡忘。“二战以后,其影响日益减少,到20世纪80年代,几乎很少被人提及,而只能作为一种法文化遗产加以分析和总结而已。”^②这主要是因为其宪法学说在试图否定国家主权的同时却对于国家权力进行现实化的解释,而对于公民个人权利则以其社会连带主义学说来加以平衡。否定天赋人权说,这与世界各国法治发展的潮流和方向并不是非常吻合的。

(四) 戴高乐的宪法理念

戴高乐的宪法思想主要体现在贝叶演说及主政期间法国第五共和宪法的宪法实践方面,包括1958年宪法的制定、1962年宪法修改的成功、1969年宪法修改的失败等。戴高乐在其贝叶演说中深刻地分析了法国人的民族性格和政治文化以及当前的政治困难和目标以及政体变迁的条件和潜在的危险,还提出了他关于未来政治体制的设想,即“强行政,弱议会”的制宪理念,其主张建立现代的政治权威的统治。在第五共和宪政体制的设计上,他提出了半总统制和半议会制政体的主张。^③此外,法国第五共和期间还有一些特立独行的宪法实践,这一切都对我国宪法学说的发展产生了不同程度的直接

^① 夏新华:《近代中国宪法与宪政研究》,中国法制出版社2007年版,第283页。

^② 李龙:《宪法基础理论》,第30页。

^③ 关于戴高乐贝叶演说和法国第五共和宪法的实践,可以参看李晓兵:《法国第五共和宪法与宪法委员会》。

和间接的影响，特别是从中国目前宪法实践的主调来看，稳定压倒一切的宪法实践观，注重对于政治权威的维护，以及对于国家主权的强调等，很多方面都和戴高乐的宪法理念有着内在的相似性。

特别需要提出的是，戴高乐所设计的第五共和的宪政体制在后来演变成成为“双首长制”的宪法模式，我国台湾地区当前的政治实践与其具有某种程度的相似性。由于政治现实和实践的需要，台湾地区不少学者已经对此展开了研究，并有丰富的研究成果。^①事实上，“中华民国宪法”之父张君勱曾将1946年宪法的宪政体制称为“修正的内阁制”，是总统制与议会内阁制外的第三条路。台湾地区也有学者曾认为，台湾的“宪政”实践可能不一定走向法国的“半总统制”模式，有可能走向其他的模式，如总统议会制（德国魏玛宪法模式），也有可能走向俄罗斯式的超级总统制。^②不过，现在台湾地区很多学者谈到双首长制的时候，总是会将台湾的“宪政实践”与法国第五共和进行比较。特别是在1997年对“中华民国宪法”完成第四次修改之后已经实现了“中华民国宪政体制”的重大变迁，即向着类似法国的“半

① 我国台湾地区学者对于法国半总统制的研究已经非常深入，将台湾“宪政体制”与法国宪政体制作比较非常普遍。2010年6月5日，台湾大学政治学系、“中央研究院”政治学研究所筹备处还联合在台湾大学社会科学院专门举办了“半总统制与民主”学术研讨会。这里只列举部分这方面的著作和文章，比如徐正戎、吕炳宽：《半总统制的理论与实际》，台北鼎茂书店1979年版；徐正戎：《“左右共治”——“双首长制”之宿命》，《政策月刊》第59期；徐正戎：《“左右共治”宪政体制之初探——兼论法、我两“国”之比较》，《台大法学论丛》第30卷第1期；徐正戎、张峻豪：《从新旧制度论看“我国”双首长制》，《政治科学论丛》第22期，2004年12月；石之瑜：《权威人格与双首长制》，《美欧季刊》第12卷第4期；朱云汉：《法国宪政体制对“我国”宪改的启示》，《“国家”政策双周刊》第73期；朱云汉：《从法国第五共和“行政权双轨制”看现阶段国会结构与功能调整问题》，《“常务委员会”委托专题研究报告第二辑》。台北：“国民大会秘书处”，1997年；李炳南：《“总统”民选后“宪政”改革的发展——第四次“修宪”之研究》，《“行政院国家科学委员会”专题研究计划成果报告》，台湾大学三民主义研究所主办，台北，1999年；黄锦堂：《台湾双首长制之内涵》，《政策月刊》第59期；林继文：《半总统制下的三角政治均衡》，收录于林继文主编：《政治制度》，“中研院社科所”专书，台北，2000年；黄锦堂：《台湾双首长制的内涵——向总统制或向内阁制倾斜？》，台北财团法人新台湾人文教基金会，2001年；隋杜卿：《“中华民国”的“宪政”工程：以双首长制为中心的探讨》，韦伯文化出版社，台北，2001年；陈志华：《双首长制的迷思——突破总统制的局限与改革趋向》，《行政暨政策学报》，第34期，2002；陈宏铭：《超越总统制与内阁制二元对立的选择：探求“四权半总统制”的时代性》。2004年台湾政治学会年会“关键年代与多元政治”学术研讨会论文；郝培芝：《法国半总统制的演化：法国2008年修宪的宪政影响分析》，《问题与研究》第49卷第2期，2010年。

② 参见苏子乔：《法国第五共和与台湾当前“宪政”体制之比较：以宪政选择与宪政结构为中心》，《美欧季刊》第13卷第4期（1999年冬季刊），第465—515页。

总统制”或“双首长制”过渡。在第四次“修宪”以后，宪政体制之所以被普遍认为是“双首长制”，这既是基于修订后的“中华民国宪法”文本分析的结果，也是当时“修宪”时朝野各政党的共识。在1997年第四次“宪法修改”之前的“国家发展会议”上，国民党方面关于“中央政府体制”的主张所谓的“改良式混合制修宪”，其实不过是法国第五共和半总统制的翻版而已，或者说实际上就是双首长制。在宪政理念上，田弘茂和蔡政文都是半总统制的倡议者^①，他们都曾力劝李登辉采纳双首长制建议，为了达到这个目标，第三阶段“修宪”之前，还曾邀请法国学者 Ooliver Duhemel 和法国宪法委员会主席 Roberti Badinter 到台湾地区访问。民进党方面则在选择双首长制还是总统制问题上有分歧，民进党原本支持的“台湾宪法草案”主张总统制，但是许信良则主张双首长制^②，他还为与李登辉会面推介双首长制，“宪政”僵局终于被打破。^③当然，也有学者指出，“台湾第四次‘修宪’承继着前几次‘修宪’的结果，再以法国第五共和半总统制为师”。但是，台湾地区所进行的“六次‘修宪’并不是全部照搬法国第五共和半总统制，而是以现状再略加调整”。与法国半总统制相比，台湾地区最终形成的“宪政”体制有其独特之处。^④

第四节 小 结

法国的宪法学说是人类思想宝库中的宝贵财富，在近现代政治法律思想中占有重要的地位。它们不仅仅影响了法国和欧洲的民主法治近代化的进程，也为世界各国的民主化浪潮和法治现代化奠定了理论基础。这其中尤其

① 田弘茂，半总统制的倡议者，曾出任“国家政策研究中心主任”，深受李登辉倚重；蔡政文，半总统制的倡议者，曾任“政务委员”。

② 许信良，前民进党主席。1991年和1996年曾两度当选为民进党主席。

③ 参见李炳南：《九七修宪纪实》，世新大学出版中心2000年版；顾忠华、金恒炜编：《“宪改”大对决：九七“修宪”的教训》，桂冠图书公司2004年版；曾建元：《台湾“宪政”体制原理与民主治理实践》，《淡江人文社会期刊》第17期（2003年12月）。

④ 参见钟国允：《宪政体制之建构与发展》，翰芦图书出版有限公司2006年版，第268—272页。到目前为止，“中华民国宪法”已经被修改了七次，除了第五次因被大法官宣告“违宪”而作废之外，其余六次都产生了实质性的结果。引文中采用六次“修宪”的说法是从最终产生“宪法”修改的效果而言的。

以卢梭的人民主权学说和孟德斯鸠的权力分立理论为其中最为重要、最具基础意义的宪法学说。中国宪法学在其发展过程中也受到了以上两个宪法学说的深刻影响。自从中国在近代开始接受立宪主义并选择共和政体，人民主权或国民主权的原則就得到了肯定，五权分立的政体表明国人对于权力分立理论初步的认同。在今天，中国的宪法学和宪法实践仍然摆脱不了这些学说直接或间接的影响，我们仍然需要对这些基本原理进行重新认识和解读。在这个意义上，对于人民主权学说和权力分立理论的认识和解读将决定我国宪法学未来的发展方向，也将为我国的宪法实践提供新的动力和理论支撑。随着我国民主法治进程的不断深化，我们对于外国宪法理论和实践的研究也将会进入一个更加精细、更加深入的阶段。法国丰富多彩的宪法学说和创造性的宪法实践在未来还必将会对我国宪法学研究和宪法实践的发展产生重要的影响。

第二章

美国宪法学对中国宪法学说的影响

第一节 清末美国宪政思想的输入及其途径

一、清末美国宪政思想输入中国的途径

众所周知，19世纪下半叶，帝国列强轰开了封闭的中华大门。面对大变局，进入新语境的古代中国知识、思想与信仰系统受到前所未有的冲击，知识分子、志士仁人不得不打破思想的禁锢，自觉地把视野扩展到西方世界，以重组自己的知识体系，谋求适应新世界的知识重构。“夷之长技”日益备受关注，西学、新知持续形成大入侵的态势。在这种历史背景下，美国宪政思想随着西学的潮流，大致以三种途径，由浅入深地在晚清社会中传播。

（一）来华西人的译介

西方传教士在西方法文化输入中国的过程中发挥了重要的作用。他们自17、18世纪就少量入华，使西方文明在最初以十分主动的姿态进入中国社会。到了19世纪，西方传教士大批涌入中国，当时在华的西人以传教士的数量为最。他们不仅在中国传播宗教和欧洲的古典科学技术，他们还创办报刊，翻译西方书籍，介绍西方的社会制度和风土人情，引起中国社会对自身的反思。虽然本土文化对它有所抵制，但正如费正清所言：“任何国家的历史都是民族主义的——就是说，它总是要把在这个国家的外国人的活动过滤

出去。不错，中国的历史首先是汉族人民创造的，但是外来的人，诸如蒙古和满族征服者也在其中发挥了作用。在同样意义上，基督教教会也产生了影响。”^① 在早期的经济、文化交流中，美国人在人数上占有较大的比例，在交往中发挥了重要的作用。根据东印度公司的记载，1830年，广州的外侨人数为86人，其中美国人59名，其中的裨治文牧师和雅裨理牧师是继马礼逊牧师之后，来到中国的第一批美国新教传教士。^② 从对欧美各国传教士的统计来看，美国占有较大比例。据《中国丛报》1807—1843年的统计，来华的英美等国的传教士共64人，其中美国传教士35人。^③ 另有统计表明，从1830年到1847年，各国新教派到中国的传教士共计98人，其中美国派出73人，占西方各国新教在华传教士总数的三分之二以上。^④ 随着文化交流的深入，这些美国传教士在促进中外文化交流等方面发挥了重要作用。

以美国人为主的来华西人对自身文化的传播大致有三种方式。

1. 著书立说及翻译西方文献

西方的宪政制度最早是夹杂在传教士对西方文明的译介中进入中国的。这种文化推介活动首先表现在著书立说及对西方文献的翻译上。1834年11月，西方传教士与商人及领事在广州联合成立了“在华实用知识传播会”，美国传教士裨治文（E. C. Bridgman）与伯驾（Peter Parker）等人参加了该组织。该组织出版了四卷《东西洋考每月统纪传》与裨治文所著的《美理哥国志略》。这些出版物介绍了美国的地理知识与社会情况，为当时的中国社会提供了一条了解美国情况的途径。尤其是裨治文的《美理哥国志略》，几经修订，首次将美国的政治制度介绍进中国，后来被魏源的《海国图志》与徐继畲的《瀛寰志略》大量征引。但该书并未对美国宪政文化进行系统论述，仅描述了处于宪政制度下的美国社会的景象。如联邦制使“美理哥国有都城之官，有各部落之官”；总统制则表现为在都城的中央政府设“正副统

① [美] 费正清：《伟大的中国革命》，刘尊棋译，世界知识出版社2000年版，第153页。

② 参见[美] 马士：《东印度公司对华贸易编年史1635—1834》第4卷，区宗华译，林树惠校，中山大学出版社1991年版，第240页。

③ 参见梁碧莹：《龙与鹰：中美交往的历史考察》，广东人民出版社2004年版，第159页。

④ 参见李定一：《中美早期外交史（1884至1894年）》，台北传记文学出版社1978年版，第65页。

领”，由选举产生。还论及国会制和地方自治制度，称：“每省择二人至都城，合为议事阁，又选几人合为选议处。至议事阁与选议处皆以每年十二月内之初礼拜一日，齐集都城公所会议……凡国中农务、工作、兵丁、贸易、赏罚、来往宾使，修筑基桥之事皆此时议之。”而“各部落（即地方）为一首领、一副领，议拟人员无定数，公选议事者十余人或数十人无定，各省设一公堂，为首领、副领及士人议事之所。事无大小必经各官合议，然后推行，即不咸允，亦须十人中有六人合意后可行。本省之官，由本省之民选择公举”。此外还介绍了分权制度，即“为审官则不能会议制例，会议制例官亦不能兼摄审问”。法院，即“察院”，其作用是“究人因何不遵法律之故”。如“察院审判不公”，统领可更正“国内刑狱事”^①。

《美理哥国志略》对当时先进中国知识分子的影响是巨大的。梁廷枏在《合省国说》自序中写道：“廷枏奉敕纂《粤海关志》，分载贡市诸国。惟美利坚立国未久，前贤实缺记载，案牘所存，又多系市易禁令，间有得于通事行商所口述者，亦若纷杂难为条绪，欲专著一编不可得。两年忧居，有以其国人新编《合省志略》^②册子示者，初习汉文，而未悉著述体例者之所为。因以前日书局旧所采记者，稍加荟萃成帙，略如五国故事，吴越备史，而详核有加焉。”^③

裨治文之后的十多年间，西人在宪政文化的传播中更加注重制度的细化，往往形成系统化的书面材料，使他国可得而效仿。如美国传教士裨理哲（Richard Quanterman）所著《地球图说》（该书1848年初版，再版于1856年，并易名为《地球说略》）介绍了美国的总统制度：“国无王，有众统领一职，任牧民之责，其任以四年为满。至国之律法制度有各省之智能者至京城会议之，无专主之事也。统领之职，不世及，亦不拘资格，唯择有德者为之。其择也，前统领任满，每省推数人至京城，以所推者书面姓名投于柜

① [美]裨治文：《美理哥国志略》，载《小方壶斋舆地丛抄》第十二帙。转引自聂资鲁：《美国宪法的输入及其对清末民初中国立宪的影响》，见江平主编：《比较法在中国》2005年卷，法律出版社2005年版。

② 参见[美]裨治文：《美理哥国志略》，初版于1838年，在新加坡印行；1844年经修订后，改名为《亚美利格合省国志略》，在香港印行；1861年在上海出第3版，定名为《联邦志略》。

③ 梁廷枏：《各省图说·序》，见《海国四说》，清道光二十六年刻本。转引自聂资鲁：《美国宪法的输入及其对清末民初中国立宪的影响》，见江平主编：《比较法在中国》2005年卷。

中，毕则起视，以推最多者为继焉。”^①

又如，最早将国际法传入中国的美国传教士伯驾。1839年，伯驾受林则徐委托翻译了滑达尔的《国家法》中的片段，供林则徐参考。其后，美国传教士丁韪良1860年在上海督理华美书局时，译出了惠顿所著《万国公法》的大部。这是中国第一部西方法律译书，1864年由京师同文馆出版。此后丁韪良又译著了《公法译通》、《星轺指掌》、《公法便览》、《公法千章》等著作。与此同时，供职于江南制造局的英国传教士傅兰雅也翻译了五种西方法学著作。在《万国公法》中，惠顿以美国为例说明国家主权体现在对内行使统治权的三个方面，即系统阐述了美国三权分立制度，曰：

第一是“上国制法之权（立法权）”，由主权国家制定法律。美国的情况是：“合邦（Union，即联邦）制法之权，在其总会（议会）有上下二房。在上房者，为各邦之邦会所选，在下房者，为各邦之民人所举，总会执权……可定内外通商章程，定外人入籍之统规，定亏空银钱之统规……定水陆捕拿之规……且制法令，以成合盟所任之职。凡此，均属总会之权。”

第二是“首领行法之权（行政权）”，由主权国家的君主或总统行使。美国的情况是：“其主权职事，如此之繁，即有合邦之首领以统行之。首领乃美国之语，所称‘伯理玺天德’者是也。其登位也，系各邦派人公议选举。所派之人，亦为各邦之民，遵循其邦会之定例而公举者也。”

第三是“司法之权”。在美国，“司法之权，在上法院，并以下总会所设立法院，所有干犯合邦律法盟之案，听其审断。故总会并各邦会制法，均归合邦之法司”^②。

1909年后，上海华美书局出版了美国传教士李佳白编译的《欧美强国宪法汇编》，其中对美国宪法的评论颇有篇幅。

2. 通过报纸宣传

西方传教士们基于对报纸传播最广、收效最快之特性的认知，尤为关注报业。截至1860年，外国教会和传教士在中国出版的报刊已达32家，比鸦

① [美] 裨理哲：《地球说略》。

② [美] 惠顿：《万国公法》，丁韪良译，何勤华点校，中国政法大学出版社2003年版，第50—51页。

片战争前增加一倍。到1890年发展到76家,比1860年又增加了一倍。^①尽管这些报纸的主办者或主笔者是传教士,但宣扬教义并不占这些报刊的主要篇幅,新闻报道和介绍西学的时事评论才是它们的基本内容。如《教会新报》,从第5卷开始开辟了四个栏目,即教事新闻、政事新闻、杂事新闻和格致新闻,其中的政事新闻主要是各国消息,这里面就有欧美各国选举和议会开会的内容。

此外,其他西方在华机构或人物也在中国的通商口岸创办了一些中文报刊,他们同传教士一道在报禁严厉的环境中介绍西学,刊载新闻,发表评论,抨击落后,提倡改革,甚至言中国人之不敢言或不能言,这就打破了封建保守势力对舆论的垄断,极大地开阔了中国人的眼界。有关美国及其宪法的介绍与评论即在此时进入中国知识分子视野,1875年《万国公报》称美国百余年来“长享太平,日益强盛”。1881年《万国公报》第55卷,开始连载林乐知的《环游地球略述》,第一次完整地介绍了美国1787年宪法,宪法全文共七条:“一、凡立法权柄总由国会中之元老绅董两院司掌,即上下两院之大臣也,外职不得逾分办理。二、凡行法权柄总归民主主持,位分正副,率任四年。三、凡国中审判总权归国会之司审总院及所属各官。四、凡邦会所办政务,无论何事,系我同联之邦皆当信以为实,不可是此非彼。五、我国政体既立之后,国会及各邦会之中若有三分之二欲修改政体者,许即会同商政。六、凡我同联之十三邦与英战时,无论军需公务所欠银两,或借自别款以及居民,或货从他国,总归新国按数偿还。七、我国联邦内见此政体,或有九邦意属可行,其余数邦纵有意见不合者,我民概行从众,不问其余。”^②1902年8月,《万国公报》第163卷又刊登了《论美国人民权利》,介绍了美国联邦宪法的《权利法案》。

“各报之论说,亦常建议创办路航邮政,改良市政水利,诸凡兴利除弊裕国便民之事,虽不尽为当局所采纳,而促起其注意之力,则甚伟也。”^③史家通议,19世纪下半叶西方自然科学与民主思想在中国登陆立足,洋务思潮、维新思潮在中国相继流行,不可抹杀西人在报刊上的宣传作用。

① 参见方汉奇:《中国近代报刊史》上,山西人民出版社1981年版,第19页。

② 《环游地球略述》,《万国公报》第642卷。

③ 《民国丛书》第2编第49卷,见戈公振:《中国报学史》,上海书店出版社1989年版,第108页。

3. 办学传道

西人特别是传教士们传播宪政文化的另一方式是开办学校。1860年第二次鸦片战争以后，随着通商口岸的增加与传教士进入内地自由的取得，传教活动迅速发展，中国的社会风气逐渐开化，崇尚西学的人逐渐增多，教会学校和在校学生数目也随之增加。到1896年，有36个新教团体在中国活动，且几乎都办有学校，如果再加上罗马天主教方面的数字，显然当时中国有数以万计的学生在接受西式宗教教育。^①

西人办学最初是不受国人重视的，西校甚至因其与外国人的联系而处于不利之地位。例如，北京同文馆的首批学生就被视为向外国人屈膝而备遭奚落、排斥。毕乃德曾言，这些学校“在中国人眼里，和正规的教育观念和体制乃是格格不入的”。但是，随着中国政府对西方学历价值的大力推崇，随着高级官员建立全国性学校体系、以使西学能在其中与儒学占据同等地位的强烈呼吁，社会对西式学校也日益接受。在19世纪下半叶，教会学校的对象往往是无望通过科举向仕途攀登的穷家子弟；到了20世纪初，西人所办学堂就已不限于普及启蒙教育，而是在培育和影响中国下一代精英。1896年，上海的中英卫理公会学院就宣称有2000名校友“遍布在中国的电报局、海关、衙门等单位”。中英卫理公会还在上海办有一个女子学校，“学生来自那些一直拒绝让自己的女儿就读于普通教会学校的上等家庭”^②。

在教会学校兴起的进程中，美国教会与传教士表现得积极活跃，发挥了重要的作用，如1845年美国长老会在宁波创办崇信义塾；1847年美国长老会传教士哈巴安德（Andrew Patton Happer）将其在澳门所办的寄宿学校迁至广州；1848年美国美以会传教士柯林斯（J. D. Collins）在福州设立主日学校；1850年美国监理会传教士秦佑（Benjamin Jenkins）和戴作士（Charles Taylor）在上海郑家木桥建立小学与女学；1851年美国圣教会传教士琼司女士在上海设立文纪女校；1853年美国公理会传教士在福州设立格致书院，耶稣会在上海创办明德书院。1860年第二次鸦片战争以后设立的

^① 参见 [美] 吉尔伯特·罗兹曼：《中国的现代化》，比较现代化课题组译，江苏人民出版社2003年版，第179页。

^② 《中国教会手册》，1896年版，转引自 [美] 吉尔伯特·罗兹曼：《中国的现代化》，比较现代化课题组译，第179页。

著名教会学校中,很多是由美国教会与传教士创办的。1864年,裨治文夫人在北京创立贝满女学,后发展为贝满女中;同年,狄考文(C. W. Matter)与夫人在山东设立蒙养学堂,1876年改名为文会馆;1865年丁韪良在北京设立崇实馆,后改名为崇实中学;1867年美国公理会在通州设立潞河书院,后发展为华北协和大学;1871年美国监理会在苏州设立存养书院;1879年美国圣公会约瑟主教将其早期设立的佩雅学堂、度恩书院合并,在上海成立圣约翰书院,后发展为圣约翰大学;1881年美国传教士林乐知在上海开办中西书院,后发展为东吴大学。^①1860年以后创办的教会学校虽还有不少弱点,但这些学校在课程设置、教材编撰方面大大优于早期的教会学校,它们开设西方自然科学,社会科学及职业教育,有的学校已开始培养法律方面的专门人才。^②19世纪末,至少六个新教传教士开办的学校开设了与西方高校大体相同的教学项目。^③

美国注重在中国办学的原因是多方面的。1868年,美国公使蒲安臣任满后,被总理衙门聘为中国全权特使,访问欧美,但并未授予他订立条约的权力。蒲安臣到达美国后,竟擅自越权,于1868年7月28日与美国订立《中美续增条约》,约定两国人民均可在对方进入大小官学,并受最惠待遇,双方都得在对方设立学堂。^④另外,美国教会认为办学能争取更多群众,尤其是影响上层知识分子,通过教育灌输西方文化乃是使中国“基督教化”的基础,因此特别注重办学。1869年在华基督教学校共有学生4389人,1876年增加到5917人,其中大部分属于美国教会系统。^⑤

在清廷门户已开、中外交流渐趋频繁的背景下,中国政府也开始创办新式学堂,以培养人才,满足对外交流的需要。这些学校中最早的是1862年创办的京师同文馆,其后,又在上海设立广方言馆,在广州设立同文馆,还

① 参见张海林:《近代中外文化交流史》,南京大学出版社2003年版,第172—174页;顾长声:《传教士与近代中国》,上海人民出版社1995年版,第228页。

② 参见张海林:《近代中外文化交流史》,第179页。

③ 参见[美]吉尔伯特·罗兹曼:《中国的现代化》,比较现代化课题组译,第179页。

④ 参见王铁崖编:《中外旧约章汇编》第1册,生活·读书·新知三联书店1957年版,第261—263页。

⑤ 参见Kenneth S. Latourette: A History of Christian Mission in China, New York: The Macmillan Company, 1929, p. 442。转引自陶文钊:《中美关系史(1911—1949)》上卷,上海人民出版社2004年版,第10页。

陆续开设了一些工科学校和军事学校。这些学校已经注意到同各国交涉的重要性，开始设立国际法的课程。其中，同文馆最早将西方近代的国家法引入中国，将其作为一个正式的科目确定下来，为洋务运动中发展起来的其他新式学堂讲求“公法学”树立了先声。^① 1863年，李鸿章在上海设立的广方言馆，也将“学习外国公理公法”列入课程章程，将“外国语言文字，风俗国政”作为学习的任务。在这些学校里，有许多传教士担任教习或总教习，如包尔腾、傅兰雅、丁韪良等。^② 其中，曾先后担任京师同文馆和京师大学堂总教习的丁韪良尤值一提。1869年11月，丁韪良开始担任同文馆总教习，上任后，丁韪良对同文馆的学制进行了改革，分为五年制和八年制两种，这两种学制都将国际法作为学习的主要课程。^③

然而，自19世纪60年代洋务派提倡学习西方科学技术，创办专门学校以后，新式教育的内容局限于语言、技艺等范围，法律学科只是为与他国交涉之目的而设立。直至清末，在变法呼声日趋高涨、改革旧制不可回避的背景下，废科举、兴学堂成为社会变革的重要方面，中国近代比较完整意义上的法律教育方开始生成。其主要表现就是一系列近代大学法科的相继创办。^④ 在这些法科教育的发展历程中，美国传教士也发挥了一定的作用。如1892年，洋务官僚盛宣怀就与美国传教士丁家立共同筹议开办大学事宜。1895年盛宣怀奏请设立了天津中西学堂（1903年改称北洋大学），聘请丁家立为总教习。学堂的学科与修业年限是丁家立按照美国的耶鲁和哈佛等大学的学制为蓝本设立，其中头等学堂开设了律例学门，包括法律通论、罗马律例、商务律例、万国公法等课程。^⑤ 甲午战争以后，在各地不断创办新式学堂的背景下，孙家鼐、康有为及美国传教士李佳白、狄考文等人接连上疏建议或要求清政府在京师设立大学堂。京师大学堂自筹议开办时起就在学堂章程中列有法律分支。据《奏定大学堂章程》，“政法科大学”为大学堂的分科之一，其下设“政治门”与“法律门”^⑥。法律教育的发展，为传播西方法律

① 参见王健：《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社2001年版，第148页。

② 参见顾长声：《传教士与近代中国》，第243页。

③ 参见顾长声：《从马礼逊到司徒雷登——来华新教传教士评传》，第193—194页。

④ 参见王健：《中国近代的法律教育》，第153页。

⑤ 参见王健：《中国近代的法律教育》，第154页。

⑥ 《光绪二十八年正月初六日张百熙奏办京师大学堂疏》，见《光绪朝东华录》，总第4818页。

制度、政治学说创造了条件。

(二) 商人、游客与留学生的宣传

由中国商人、游客与留学生对西方宪政所作的介绍也是美国宪政文化传入晚清的一条主要通道。这些人了解本国国情、熟知本国文化,当他们主动投入西方社会,直接接触宪政文化时,两种文化就会骤然碰撞。这种碰撞显然会使他们在寻求富国、强国道路的过程中引入西方体制的元素,因而,他们对西方宪政的宣传较之西人的译介具有更强的针对性和目的性。

但这种针对性和目的性也是随着国势日渐衰微而逐步加深的,早先的介绍不过是为了给后人认识美国提供更为确切的素材。如曾在美国工作过的福建人林鍼所著的《西海纪游草》,此书是中国人所写的第一部美国游记。在书中,林鍼对美国的政治制度和法律制度非常关注。关于政治制度,他着重记述了美国的选举制:“士官众选贤良,多签获荐”。其解释云:“凡大小官吏,命士民保举,多人荐拔者得售”。他还将美国的总统制概括为“统领为尊,四年更代”,其解释云:“众见华盛顿有功于国,遂立彼为统领,四年复留一任,今率成例。”^①1877年,李圭游历美国,参加费城世界博览会后撰写《环游地球新录》,也介绍了美国的议会制度、总统制度等。

向西方选派留学生始自鸦片战争。此时,大批洋务派人士也认识到了中西方的差距,为了促进中西方交流、摆脱这种局面,他们促成了中国的第一波留学潮。1872年,在容闳的提议下,曾国藩上奏朝廷请求批准容闳的公派留学计划,清廷谕准曾国藩等筹办此事。同年8月,第一批学童在监督陈兰彬、教习容增祥的带领下启程赴美。中国第一波留学运动就此揭幕。这次运动虽因封建守旧人士的破坏而中途夭折,但在很大程度上促进了美国文化的输入,开中国近代留学运动之先河。此后,尤其是中日甲午战争以后,民族危亡敲击着每个中国人的心。出国留学,挽救民族危亡,是当时中国人津津乐道的话题之一,留学救国成为仁人志士们的共同呼声。他们认为日本的强盛是由于大量向欧洲遣派留学生,沙俄的崛起在于派王公大臣出国学习,清朝如果振兴也必须走这条路。自此,中国赴欧美、日本的留学生络绎不

^① 林鍼:《西海纪游草》,见钟叔河主编:《走向世界丛书》,岳麓书社1985年版,第38—39页。

绝，形成了中国近代史上空前的留学生运动。

中日甲午战争使国人意识到国家的衰败并不完全在于科学技术的落后，更在于封建专制的腐朽。心怀变革图存信念的留学生们从灾难深重的半殖民地中国来到强盛的西方，最关心的莫过于先进的科学技术和资产阶级的社会政治学说，许多人出国留学的结果不是变为清政府的奴仆，反而成为反君主专制的斗士。20世纪初，大量留学西方的中国留学生回国后发表许多政论文章，传播美国的宪政思想，言辞间救亡图存的目的性十分明确。其中的代表人物是邹容与陈天华。

邹容于1903年在《苏报》上发表其代表作《革命军》：“吾但信卢骚、华盛顿、威曼……吾见夫法、美等国之无君可忠，而其国人尽瘁国事之义务，殆一日不可缺焉。……立宪法悉照美国宪法，参照中国性质立定。自治之法悉照美国自治法律。”^① 陈天华则通过《猛回头》、《警世钟》、《狮子吼》、《中国革命论》、《论中国宜改创民主政体》等一系列重要著作，介绍西方民主思想：“法人孟德斯鸠法政之不如英善也，为‘万世精理’一书，演三权分立之理，而归宿于共和。美利坚采之以立国，故近世言政治比较者，自非有国拘流犴之见存，则莫不曰：共和善，共和善。”^② 由此可见，在晚清社会，“共和”已成为民间要求变革的众多声音中的独立一支，融入撼动封建专制根基的强大力量中去。

（三）清末官员的出洋考察

中外结合的民间传播为晚清社会输入了美国宪政制度与思想。在当时的社会大背景下，官方也开始有意无意地了解美国的政治制度实践。饱受列强凌辱的清朝政府为了维护岌岌可危的统治，不得不放下“天朝大国”的架子，走出国门，学习西方的政治、法律制度。

洋务运动时期，清政府派遣游历使出洋考察，向国外派遣常驻使节。这些举措的目的是对内借用外洋的盔甲以保护封建躯体，防止新的冲突，避免殖民地化。这些受派遣人员对西方的考察或学习不只停留在“夷之长技”方

^① 邹容：《革命军》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年间时论选集》第1卷·下册，生活·读书·新知三联书店1960年版，第649—677页。

^② 陈天华：《论中国宜改创民主政体》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年间时论选集》第2卷·上册，生活·读书·新知三联书店1963年版，第120—124页。

面，还涉及西方的民主政治领域。如1876年派遣的驻外使节郭嵩焘，在驻外的两年多时间里，就考察了以议会民主和自由选举为特征的西方民主政治的历史和现状。他接触了以亚当·斯密为代表的资本主义经济理论和英国资本主义发展的实际情形，认识到“非民主之国，则势有所不行”，对“中国秦汉以来二千余年适得其反”的封建专制主义提出了批评。^① 1887年，清政府派遣傅云龙等十二人出国游历，这些人也有关于西方民主政治的撰述，如《游历美利加合众国图经》论述美国是“民主之国，与君主之国之制异，厥制以公议为法，以齐民为政，以上下无隔阂为权利”，指出美国政治体制是三权分立，“一曰立法之权，国会是也；一曰行法之权，伯理玺天德是也；一曰定法之权亦曰执法（即司法权），律政官（即法官）是也”^②。政府官员的出洋考察对统治阶级和上层贵族了解美国宪政起了主要作用，并有助于使高级官员逐渐形成对国家进行宪政改革的思想，而美国的宪政制度无疑会成为备选方案中的一项。

1905年6月，清廷在严峻的国内外形势及各派政治力量压力下被迫准备预备立宪，为此派遣五大臣出洋考察。载泽、端方等五大臣兵分两路，两次取道美国，对美国的政治制度进行了较长时间的正式考察。端方考察归来后上《出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏在美国考察大概情形并赴欧日期折》，对在美国的情况进行陈述：“臣等于谒见美国总统后，即由美廷派员导观各处，自公署、学堂、议院，下及商肆、工厂，排日考求。又至美之东境纽约、费城、波士顿等省，阅视一切。所至各处，该国士民无不倾诚相告，又得驻美使臣梁诚会同考核，尽心讨论，诸事更易周悉。计在美境一月有余，未尝片刻安暇，其有不及调查者，并派参随各员分途前往，冀收兼听之效。又于美国行政各部索取现行章程，酌派参随学生译出，以资参考。”最后得出结论是：“大抵美以工商立国，纯任民权，与中国政体本属不能强同。”^③ 而“今日中国之情势，实与日本当时无异”^④，仿日本立宪可以“固

① 参见张海林：《近代中外文化交流史》，第164页。

② 傅云龙：《实学丛书》之《游历美利加合众国图经》，见张海林：《近代中外文化交流史》，第163页。

③ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第7页。

④ 端方：《请定国是以安大计折》，见《端忠敏公奏稿》卷6，光绪三十二年七月初八日（1906年8月26日）奏稿。

国本而安皇室”^①。

由此，清朝官方逐渐形成了君主立宪制度的理论设计，认为美国宪政虽好，但并不适合中国社会，君主立宪较为合适。于是清廷宣布预备立宪和变法，修订了各部门法，在1908年制定了《钦定宪法大纲》，力图建立起与当时德、日类似的君主立宪政体，以求皇位永固。同时对官僚体制、司法机构等也进行了一系列的改革，在一定程度上仿照英美，但主要的学习对象则是日本。

二、清末美国宪政思想在中国的传播

(一) 中国社会先进知识分子对美国宪政思想的传播

西人译介，尤其是众多传教士的努力推介，是美国宪政思想在中国传播的最初途径。它使19世纪中叶的中国社会得以大致了解美国宪政思想与制度。虽然西人的办学办报与泱泱中华的绝对需求相比尚属杯水车薪，而对西方文化的翻译传播也多未成体系，但已经足够使那些急于了解西方世界的国人从这些零星的述介中敏感地捕捉到来自另一个世界的话语，积极地作出回应。开眼看世界的第一代国人的著作大量征引美国传教士关于美国宪政制度的论述（被征引最多的是裨治文的《美理哥国志略》，《海国图志》、《瀛寰志略》中关于美国情况的主要资料即来源于它），折射出西人努力传道的效果，也开辟了广阔的“中国人知西政之始”^②的道路。他们以熟练的文字、简洁的文体完成了对美国宪政的再传播，使西人的译介成果在中国安营扎寨，既鞭策时人思索，也为日后理解和接受宪政预留下思想资源，引燃了颠覆传统思想世界的漫长的导火索。“西学在中国的传播的重要作用在于：中国的各级政府官员、绅士、学子和商人，他们通过阅读西学书籍而发生世界观和政治思想的变化，进而成为晚清一系列社会变革运动的先导者和核心力量”^③。

如林则徐编译的《四洲志》对美国各州的民主议会政治作了介绍：“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

^① 《考察宪政大臣达寿奏考察日本宪政情形折》，见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第41页。

^② 张之洞：《劝学篇·外篇·广泽第五》。

^③ 虞和平：《中国现代化历程》，第一卷“前提与准备”，江苏人民出版社2001年版，第97页。

西业，一曰里勃里先特底甫。即由本部落各择一人，自理其本部之事。小事各设条例，因地制宜，大事则遵国中律例（指联邦政府之法令）……”^①虽然林则徐对美国的地方自治制度进行介绍，但他并没有主张在中国仿行，只是出于一种为禁烟而了解外情的目的。

而魏源在他编写的《海国图志》中，多处提及西方先进的民主政治制度。他关于美国的政治制度的描述有：“二十七部酋分东西二路，而公举一大酋总摄之，匪惟不世及，且不四载即受代，一变古今官家之局，而人心翕然，可不谓公乎！议事听讼，选官举贤，皆自下始，众可可之，众否否之，众好好之，众恶恶之，三占从二，舍独徇同，即在下预议之人亦先由公举，可不谓周乎！”^②此外，《海国图志》还较为具体地涉及总统制的一些情况：“各省衿耆会议于费治弥亚，共推华盛顿为首，身后公举贤者，更代不世及，不久任”，“首领以四年为限。华盛顿在位二次，始末八年，传与阿丹士”^③。“统领每年收各省餉项，除支贮库不得滥用外，每年定例享禄二万五千圆。若非三十五岁以上及不在本地生者，皆不能任此职。例以四年为一任，期满别选。如无贤可代者，公举复任。若四年未滿，或已身没，或自解任，则以副统领当之，副统领不愿，则推议事阁之首，若亦不愿，则以选议处之首护理，设终无人愿当此职，则吏政府移文于各部首领，遍于士民速举焉……副统领亦由民选举，亦四年一任”^④。通过以上描述我们可以看出魏源对美国总统制的推崇，及对推贤者为总统、四年为一任、一变古今世袭之制的任期等制度的赞赏。除此之外，魏源对美国的民主制度的介绍还特别涉及地方议事制度及选举制度等方面：“议事人例非二十一岁以上不得预。常例以三四月为期，如有要事，则无论如何。每年议事多少、几次，亦无定数。前期县官示谕某日某所公议何事，至期耆老通知于众，各将所欲公举之书名纸上，置瓿内，后开瓿以人多公举者为之。选官选人之时，领事亦先质于众，或有人起对，请领事自行裁夺，则领事再语于众曰，如众中有欲吾选者，则举手为号。如举手过半者则可，如未过半则不可，又如（都）[部]中、府

① 沈怀玉：《清季西洋地方自治思想的输入》，《近代史研究所集刊》第8期，第162页。

② 魏源：《海国图志》卷59，《外大西洲墨利加洲总叙》，岳麓书社2004年版，第1611页。

③ 魏源：《海国图志》卷59，《弥利坚即美理哥国总记上》，第1626—1627页。

④ 魏源：《海国图志》卷59，《弥利坚即美理哥国总记上》，第1632—1633页。

中、州中有要事会议，则各县应选人赴会。领事则谓众云：今选人往城会议，当令何人往，众亦将保荐之人录名纸上。置瓿启瓿如前例。”^①

梁廷枏、徐继畲等人也对美国的宪政作了一些介绍，在梁廷枏的《合省国说·序》中。他说美国“未有统领，先有国法”。而“统领限年而易”，“既不能据而不退，也不能举以自代，其举其退，一公之民，持乡举里选之意，择无可争夺、无可拥戴之人，置之不能作威、不能久居之地，而群众听命焉”。据此，他认为美国的这种制度具有其优越性：为统领者“既知党非我树，私非我济，则亦惟有力守其法，于瞬息四年中殚精竭虑，求足以生去后之思，而无使覆当前之悚。斯已耳，又安有贪侈凶暴，以必不可固之位，必不可再之时，而徒貽其民以口实哉！”^②可见他对美国的这种民主宪政制度的称赞在于这种制度可以防止统领“贪侈凶暴”，又可使之“殚精竭虑”。徐继畲则在《瀛寰志略》中介绍了泰西诸国特别是美国的风土人情与政治制度。他写道：“美利坚合众国为国，幅员万里，不设王侯之号，不循世及之规，公器付之公论，创古今未有之局，一何奇也。”^③他盛赞美国总统华盛顿，称：“华盛顿，异人也。”“谢兵柄，欲归田，众不肯舍，坚推立为国主，顿乃与众议曰：‘得国而传子孙，是私也。牧民之任，宜择有德者为之。’仍各部之旧，分建为国，每国正统领一，副统领佐之，副统领有一员者，有数员者。以四年为任满，亦有一年、二年一易者，集部众议之，众皆曰贤，则再留四年，八年之后，不准再留。否则推其副者为正，副或不协人望，则别行推择乡邑之长，各以所推书姓名投瓿中，毕则启瓿，视所推独多者立之，或官吏、或庶民，不拘资格。退位之统领依然与齐民齿，无所异也。各国正统领之中，又推一总统领专主会盟、战伐之事，各国皆听命，其推择之法与推择各国统领同，亦以四年为任满，再任则八年。”“起事勇于胜、广，割据雄于曹、刘。既已提三尺剑，开疆万里，乃不僭位号，不传子孙，而创为推举之法，几于天下为公，駸駸乎三代之遗意。”^④他认为美国在官制方面

① 魏源：《海国图志》卷59，《弥利坚即美理哥国总记上》，第1635页。

② 徐继畲：《合省国说·序》，见张学仁、陈宁生：《二十世纪之中国宪政》，武汉大学出版社2002年版，第8页。

③ 徐继畲：《瀛寰志略》，上海书店出版社2001年版，第291页。

④ 徐继畲：《瀛寰志略》，第277页。

“不设王侯之号”，并且“不循世及之规”，官员“推独多者立之”。有任期的年限，其不在位之后，又“与齐民齿”。

虽然林、魏、梁、徐等人对美国民主政治制度的介绍还不够系统，认识尚不深刻，仅注意到一些表面特征，但已不只是停留在器物不如人这一层面上，《海国图志·筹海篇·议守上》中就谈道：“（即使）尽约夷炮夷艘，可大洋角逐步？不知自反而惟归咎于船炮之不若，是疾误庸医不咎方，而药材之无力。”而且，此等认识对于长期处于封建专制统治下的中国人来说，是出自本国的一缕清风，没有从传教士处间接所得的排外障碍，能让世人为之耳目一新。他们的叙述作为宪政思想传播的先声，对后世宪政思想的产生起到了启蒙的作用。他们的认识“标志着近代中国人在重新认识世界的过程中，由低层次的技术向高层次的上层建筑的演进”^①。

（二）美国宪政思想得益于中国内部社会力量的大胆尝试及传播

在同一时期，下层社会也以自己的方式对传人的西方宪政文化作出回应，其标志之一是太平天国起义。这次起义的领导者颁布了《天朝田亩制度》这一革命纲领，其中乡官的选举制度、男女平等和尊重女权等内容都具有一定的民主色彩，虽未上升到宪政的层面，但在这次革命晚期，出现了能够紧扣当时发展大潮的纲领——洪仁玕的《资政新篇》。在这一闻名于世的文件之中，洪仁玕提出了发展资本主义的时代课题。《资政新篇》的核心内容是介绍和学习西方制度。言及英国时，曰英吉利“于今称为最强之邦”，其最强之因，“由法善也”。言及美国时，曰“花旗邦即米利坚，富足强盛，‘邦长’（即总统）由选举产生，以多人举者为贤能也，以多议是者为公也”，凡遇国家大事如立官、补缺、取士等，都“置一大柜在中廷，令凡官民有仁智者写票公举，置于柜内”，然后当众开票以定取舍。^② 此等溢美之辞足见与清政府分庭抗礼的农民军也已经意识到西方宪制政体较之国内传统智识的进步性。

上层社会在西学大规模入侵的态势下，也不可避免地或积极或被动地扩大了对世界的认知。在洋务运动中后期，出洋考察欧美各国社会制度的人员归国后所做的报告，标志着中国人对世界的认识又前进了一步。与林、魏等

^① 李喜所：《中国近代社会与文化研究》，人民出版社2003年版，第63页。

^② 参见洪仁玕：《资政新篇·法法类》，见张海林：《近代中外文化交流史》，第127页。

人对西方宪政制度所作的较为单纯、零散的介绍相比，他们就议会的组织形式、议会的民主精神和议会制度的效果都作了描述，并对其深层原因作了一定的分析。其中写道，在美国，总统“四年而退，让位于贤”^①。形成这种制度的一个重要原因是教育发达，“国都之内，学堂林立。……文则有仕学院，武则有武学院，农则有农政院，工则有工艺院，商则有通商院。非仅为士者有学，即为兵为工为农为商，亦莫不有学”^②。这样，教育繁兴，人才大批涌现，保证了议会制的推行，也就促使了整个资产阶级社会制度的完善。^③当然，在这些出洋考察人员的眼里，美国议会制度并不是一种完美的模式，因为其“民权过重”这一模式与他们维护封建君主统治的目标背道而驰。

事实上，当时西方各国先进的民主政治制度都得到介绍推广，都为民间和官方关注。但由于1840年鸦片战争中英国对中国的大肆侵略，人们在介绍欧美社会制度时又对美国最为推崇。^④魏源在《海国图志》中的描述，表明了他对美国的评价：“金矿充溢，故以货易货外，尚岁运金银百数十万以裨中国之币，可不谓富乎！富且强，不横凌小国，不桀骜中国，且遇义愤，请驰驱，可不谓谊乎！”^⑤徐继畲《瀛寰志略》一书则将美国首届总统华盛顿说成“寰宇第一流人”，将美国比拟“三代亳岐洛邑”，推崇美国的倾向可见一斑。

第二节 清末各派政治力量对美国宪政思想的回应

19世纪中叶以后，改良派、维新派、革命派以及清政府分别以改革面目相继活跃在中国政治舞台上，在他们的主张中，美国宪政思想有不同程度的反映。改良派和维新派主要主张议会制和立宪制，对英式宪政吸收较多，美国宪政思想的精神与实质多在关于议会制和立宪分权的讨论中有所体现。

① 崔国因：《记论美总统华盛顿》，见《星轺日记类编》卷39《居民·上》。

② 薛福成：《出使英法比义四国日记》，见钟叔河主编：《走向世界丛书》，岳麓书社1985年版，第291页。

③ 参见李喜所：《中国近代社会与文化研究》，第116—117页。

④ 参见李喜所：《中国近代社会与文化研究》，第61页。

⑤ 魏源：《海国图志》卷59，《外大西洋墨利加洲总叙》，第1611页。

而革命派则明确提出仿行美国共和政体的主张,掀起美国宪政思潮在晚清传播的高潮。清政府本身的预备立宪则在综合对比后采取日本宪政模式。

一、改良派对美国宪政思想的回应

改良派是19世纪70年代中后期,直接从洋务思想中分化出来的团体。他们中许多人在洋务运动中被派出国,亲身接触了西方资本主义的“富强”,深切地感受到了中国的落后。尤其是1884年中法战争、1895年中日战争,洋务运动所追求的“船坚炮利”受到了残酷的检验,促使举国精英统一且坚定地认识到,瓦塌毁坏、榱栋崩折不止技术之责,病在政治之制。他们批评洋务派的变法是“小变而非大变,貌变而非真变”^①,言:“夫世固未有政治不修,而其国能富,其兵能强者;亦未有内政不修,而外交能制胜利者。欲判其内政之能修与不能修,此不必问其他,但问其政体之为何,而可以判之矣。”^②一时,许多英才杰士将关注的焦点从仿效西方国家的器物文明转向政体的改良,王韬、马建忠、薛福成、郑观应等便是其中的代表人物。

王韬在《变法》和《变法自强》二文中,明确提出要改革君主专制,实行君主立宪的议院制,从而把学习西方先进的科学技术、发展民族资本主义工商业,同实行西方民主政治制度联系起来。他把当时的西方国家分为“君主之国”、“民主之国”和“君民共主之国”三类,赞美君民共主之国,“上下相通,民隐得以上达,君惠亦得以下逮……犹有中国三代以上之遗意焉”^③。而中国贫弱之源,就在于上下之情不能相通,“揆其由来,即委穷原,参观互证,盖以为上下之情不能相通而已矣”。因此,“欲挽回而补救之,亦惟使上下之情有以相通而已矣”^④。

与他同气相应的马建忠在《上李伯相言出洋工课书》中,同日“议院立而下情可达”、“各国吏治异同,或为君主,或为民主,或为君民之国”。更进一步的是,他对资产阶级三权分立制度作了初步的表述,认为西方国家

① 王韬:《答强弱论》,《弢园文录外编》卷7,辽宁人民出版社1994年版,第293页。

② 端方:《请定国是以安大计折》,《端忠敏公奏稿》卷6,光绪三十二年七月初八日(1906年8月26日)奏稿。

③ 王韬:《重民下》,《弢园文录外编》卷1,第35页。

④ 王韬:《达民情》,《弢园文录外编》卷3,第97页。

“其定法、执法、审法之权分而任之，不责于一身，权不相侵，故其政事纲举目张，粲然可观……人人有自主之权，即人人有自爱之意”^①。

对宪制改良阐述最为精当幽微的是郑观应。在《盛世危言》中，他从设议院与不设议院正反两个方面历数议院的好处，并指出西方国家富强之本在其制度，能“合众志以成城”。“盖闻立国之本在乎得众，得众之要在乎见情。故夫子谓：‘人情者，圣人之田。’言理道所由生也。此其说谁能行之？其惟泰西之议院。议院者，公议政事之院也。集众思，广众益。用人行政，一秉至公。法诚恳，意诚美矣。无议院，则君民之间势多隔阂，志必乖违。力以权分，权分而力弱。虽立乎万国公法之中，必至有公不公、法不法环起交攻之势。故欲借公法以维大局，必先设议院以固民心。泰西各国咸设议院，每有举措，询谋佥同。民以为不便者不必行，民以为不可者不得强。朝野上下，同德同心。此所以交际邻封，有我薄人，无人薄我。人第见其士马之强壮，船炮之坚利，器用之新奇，用以雄视宇内；不知其折冲御侮，合众志以成城，制治固有本也。”^②

在此基础上，他还对议院的社会效用作了说明。“盖有议院揽庶政之纲领，而后君相、臣民之气通。上下堂廉之隔去，举国之心志如一，百端皆有条不紊。为其君者恭己南面而已。故自有议院而昏暴之君无所施其虐，跋扈之臣无所擅其权。大小官司无所御其责，草野小民无所积其怨。故断不至数代而亡，一朝而灭也。”^③同时，议院在举贤上也有良用，“夫国之盛衰，系乎人才。人才之贤否，视乎选举。议院为国人所设，议员即为国人所举。举自一人，贤否或有阿私；举自众人，贤否难逃公论”^④。“考察西定例，议员之论，刊布无隐。朝议一事，夕登日报，俾众咸知。论是则交誉之，论非则群毁之。本斯民直道之公，为一国取贤之准。人才辈出，国之兴也勃焉。诚能本中国乡举里选之制，参泰西投匭公举之法，以遴议员之才望，复于各省多设报馆，以昭议院之是非，则天下英奇之士，才智之民，皆得竭其忠诚，

① 马建忠：《适可斋纪言》卷2。转引自张晋藩：《西学东渐与中国宪政思想的萌发》，《法律史研究》第一辑。

② 郑观应：《盛世危言·议院上》，陈志良选注，辽宁人民出版社1994年版，第47页。

③ 郑观应：《盛世危言·议院上》，陈志良选注，第48页。

④ 郑观应：《盛世危言·议院上》，陈志良选注，第49页。

伸其抱负，君不至独任其劳，民不至偏居于逸。君民相洽，情谊交孚。天下有公是非，亦即有公赏罚。而四海之大，万民之众，同甘共苦，先忧后乐，上下一心，君民一体，尚何敌？国外患之，敢相陵侮哉？”他还强调说：“中华而终自安卑弱，不欲富国强兵为天之望国也，则亦已耳！苟欲安内攘外，君国之民持公法以永保太平之局，其必自设立议院始矣！”^① 从而以议院为枢纽，进一步发挥了君民共主的思想内涵，并把富民与强国联结起来。据此，郑观应总括了西方选举制度与议会制度的优越，表明了自己的愿望，即希望中国能“参泰西投匭公举之法”以达到“上下一心，君民一体”而外莫能侮的目的。

无论是王韬、马建忠还是郑观应，他们在对西方议会制度进行考察的基础上，都将欧美各国的议会组织分成两类：“一为民权专重之国，如米利坚、法兰西、瑞士及南北亚美利加各小国，无君位，仅设首领，以听命于议院者是也；一为君民共主之国，如英吉利、德意志及欧洲各邦，有君位，有议院，遇事民议之，而君断之者是也。”^② 这两种类型之中，认为“美国则民权过重，法国则叫嚣之气过重，其斟酌适中者，惟英德两国之制颇称尽善”^③。因此，与鸦片战争之初人们较为推崇美国的政治制度不同，这一时期，他们对英国的议会制度介绍较多。

随着对议会制度认识的深入，改良派就中国设立议院的组织、程序等具体问题的讨论也日渐热烈，各家主张纷出。随手可考的有陈炽、汤震、何启和胡礼垣。陈炽主张议院的上院由“国家爵命之官”组成；下院由“绅民公举之员”组成，选举的方式是，“县选之达于府，府举之达于省，省保之达于朝，皆仿泰西投匭公举之法，以举主多者为准”。议员选出后，“设院以处之，给俸以养之”。但议院只是议政的机构，至于“事之行否，仍由在上者主之”^④。

汤震则认为：议院由“自王公至各衙门堂官及翰林院四品以上者”组

① 郑观应：《盛世危言·议院上》，陈志良选注，第49—50页。

② 《西征纪程》卷4，《光绪十一年三月二十五日记》，见《游记汇刊》。见李喜所：《中国近代社会与文化研究》，第116页。

③ 薛福成：《出使英法比义四国日记》，第197页。

④ 陈炽：《庸书·议院》，《戊戌变法》第1册，神州国光社1953年版，第246页。

成，“以军机处主之”；下议院由各衙门堂官及翰林院四品以下之人员组成，以都察院主之。^①

何启、胡礼垣提出的具体办法是县、府、省各设议员六十人，“县议员于秀才中选择其人，公举者平民主之”；“府议员于举人中选择其人，公举者秀才主之”；“省议员于进士中选择其人，公举者举人举之”，各“以几年为期”。议员的职责是议政，“地方之利弊，民情之好恶，皆藉议员以达于官。兴革之事，官有所欲为，则谋之于议员；议员有所欲为，亦谋之于官，皆以叙议之法为之，官与议员意合，然后定其从违也”。议院议定之事逐级呈报，直到皇帝，由“主上御笔书名，以为奉行之据，如有未恰，则再议再奏，务期尽善尽美而止”^②。

从改良派设立议院、实行君民共主的坚决主张与强烈呼吁之中，可以想见，宪政思想的张扬在 19 世纪下半叶的中国已然势不可挡。回顾其孕育的过程，自西方传教士东来，向国人展示民主宪政的图画，到林则徐、魏源等加以传播，再到洋务派为仿效西方工业国家的技术而推广西方文明，宪政思想之传承一气呵成，势如破竹。然而，直到爱国的官僚士大夫和地主阶级知识分子将救亡图存的爱国热情同改革政治的宪政理想联系起来，关注西方的制度文明，提出设议院、君民共主的主张，宪政文明才真正登上政治舞台。在长期束缚于封建纲常名教与伦理道德的环境下，在政治上直接提出要实行君民共主，于当时，可谓掷地有声、振聋发聩。即便这些立宪主张较多地停留在笔墨宣传上，而且对宪政的认识肤浅，但自应有其历史地位。^③

二、维新派对美国宪政思想的回应

1895 年中日《马关条约》的签订，具有划时代的象征意义。中国精英的心理彻底失去了平衡，天崩地陷的感觉笼罩全国。翁同龢涕泗横集，在皇帝面前也不免激动；而光绪尽管在公开文书中对主张“地不可弃，费不可偿，仍应废约决战”的人说一些“兼权审处”的话，但私下亦愤然，“台割

① 参见汤震：《危言·议院》，《戊戌变法》第 1 册，第 177 页。

② 何启、胡礼垣：《新政真诠·新政论议》，《戊戌变法》第 1 册，第 196—198 页。

③ 参见张晋藩：《西学东渐与中国宪政思想的萌发》，《法律史学研究》第 1 辑，第 9 页。

则天下人心皆去，朕何以为天下主”^①？“天朝大国”在“蕞尔小邦”的炮口下签订城下之盟，这种忧愤心情和耻辱之感刺痛了举朝文武。就连保守的官员也愤而要求“改革自强”。浙江学政徐致祥奏曰：“今日中倭之事，战不成战，和不成和，实古来未有之创局”。“往岁英法犯阙，未闻割地以求成也，今倭一海岛小国，以中国之全力受困东隅，国将何以为国”？在“国将何以为国”几个字的背后，可以看到他们按捺不住的愤懑痛苦之情。^②在这样的背景下，旨在救亡图存、变革封建专制、实行君主立宪的戊戌变法运动发生了。1898年，光绪帝下《明定国是诏》，起用维新人士，宣布变法维新。新政的内容涉及政治、经济、文教等各个方面，几乎囊括了一切国务要政。维新派还提出了兴民权、开议院、君民共主等资产阶级参与政权、实行君主立宪的主张，使维新变法不限于一场爱国救亡运动，更成为一场深刻的宪政思想文化运动。从康有为、梁启超、严复等人的言论、著作中，我们可以看出他们将宪政思想又往前推进了一步。

梁启超则在戊戌变法前后，连续发表文章，鼓吹民权。他大声疾呼：19世纪为民权之世界，开放民权已成为当今历史的潮流。“是以有国者而欲固其位，则莫如伸民权……处今日生存竞争优胜劣败之世界，非藉民权无以保国权”^③。他又说：“国也者，积民而成。国之有民，犹身之有四肢、五脏、筋脉、血轮也。未有四肢已断，五脏已瘵，筋脉已伤，血轮已涸，而身犹能存者。”^④

严复则介绍和宣传了“天赋人权”理论，并且从批判“君权神授”的传统观念出发，伸张民权。他认为，天下之君民关系是按照“通功易事”的原则建立起来的社会契约关系，是由人民“择其公且贤者，立而为之君”。“其意固曰，吾耕矣，织矣，工矣，贾矣，又使吾自卫其性命财产焉，则废吾事。何若使子专力于所以为卫者，而吾分其所得于耕织工贾者，以事子给子之为利广而事治乎？”他的结论是“斯民也，固斯天下之真主也”。“国者斯

① 《德宗景皇帝实录》卷366，光绪二十一年四月，新文丰出版公司影印本，第2797页。

② 参见《光绪朝朱批奏折》第120辑，中华书局影印本1996年版，第643页。

③ 梁启超：《上粤督李傅相书》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之五》，第61页。

④ 梁启超：《新民说·叙论》，《饮冰室合集6·饮冰室文集之四》，第1页。

民之公产也，王侯将相者，通国之公仆隶也”^①。而且在严复眼里，议会制度和选举制度是最为完美的制度。他说：“是道也，欲民之忠爱必由此，欲教化之兴必由此，欲地利之尽必由此，欲道路之辟、商务之兴必由此，欲民各束身自好而争濯磨于善必由此。”^②而且他在大量翻译西学著作的基础上，开始了广加按语的新的译书方式，这些按语大多是结合中国社会的情况而进行发挥。当严复在翻译《法意》中有关民主自由思想与三权分立原则时，他加上了“其言往往中吾要害，见吾国所以不振之由，学者不可不留意也”的按语，以引发中国读者之思考。

康有为同样持设议院的政治主张。他直截了当地宣称，中国封建政治弊端的根源在于“上体过尊而下情不达”。对此，康有为一针见血地指出：“吾国行专制政体……国安得不弱？”^③针对这一弊病，他在1897年的《上清帝第五书》中，便明确提出设议院的政治主张，在《上清帝第六书》中，介绍了三权分立的原则。在《请讲明国是正定方针折》中，他阐明了自己对三权分立优越性的认识。在《请定立宪开国会折》中，他再次强调“三权鼎立”的重要性和必要性，并提出他的设想：“以国会立法，以法官司法，以政府行政而人主总之”，“立行宪法，大开国会，以庶政与国民共之，行三权鼎立之制”。到那时“人君与千百万之国民合为一体。国安得不强”^④？

这些主张中已十分明显地包含了美国宪政的限权、分权精神，而且形成了比较完整系统的宪政理论。当然，迫于时势，其对于政体的选择不可能超越君主立宪制。康有为提出了当时中国只能实现君主立宪政体的理由，归结起来主要有三点：第一，君主立宪制和民主共和制适应于不同时代。君主立宪制适应于升平世，民主共和制适应于太平世，他认为当时中国正在向升平世发展，所以只能适应君主立宪制。第二，当时中国的根本问题是要反对以国为私而实现以国为公。实行君主立宪制就是为了反对封建君主专制，实现以国为公。第三，君主立宪制与民主共和制在制度上基本一样，不同的只是

① 严复：《辟韩》，见王栻主编：《严复集》第1册，中华书局1986年版，第36页。

② 严复：《原强》修订稿，见王栻主编：《严复集》第1册，第31—32页。

③ 康有为：《请定立宪开国会折》，见汤志钧编：《康有为政论集》上册，中华书局1981年版，第338页。

④ 康有为：《请定立宪开国会折》，见汤志钧编：《康有为政论集》上册，第338页。

前者有所谓“虚君”。他说：“夫立宪君主，与立宪民主之制，其民权同，其国会内阁同，其总理大臣事权与总统同，名位虽殊，皆代君主者。”^① 梁启超同气相应：“君主立宪，政体之最良者也。”^② 在中国只能实行君主立宪，而不能实行民主共和。在他看来，中国的国民缺乏自治能力，如果勉强实行民主共和政体，不但无益，反而会制造混乱，只有尊皇权，实行君主立宪，才是唯一良策。

三、革命派对美国宪政思想的回应

戊戌变法失败后，朝野上下分崩离析，民间抨击政府的声浪进一步高涨，更加丰富的宪政理论和更为剧烈的变革运动的时代来临。^③ 革命派以孙中山、章太炎等为代表，倡导以美国为样板的民主共和思想，与坚持英式君主立宪制度的改良派在宪政的具体主张上分道扬镳。

两派的论争从20世纪初就已开始，到1905年全面展开，其斗争时间之长，规模之大，涉及问题之多，皆是空前的。^④ 在此期间，改良派以《新民丛报》、《清议报》、《时务报》等报刊杂志为阵地，宣扬西方的君主立宪制、议会制等宪政思想与理论。而革命派则以《国民报》、《苏报》、《民报》等报刊杂志为阵地，发表言论，与改良派的观点针锋相对。他们以西方资产阶级革命的历史和学说为理论依据，认为建立民族民主国家是时代的潮流，不可抗逆，在此基础上他们提出了建立资产阶级政党和建立资产阶级共和国的主张。邹容在《苏报》上发表《革命军》，宣传自由平等，天赋人权，批判封建专制，一旦它“干犯人民权利”，“人民即可革命，建立新政府”，而新政府“悉照”美国的法律来保障人民的权力，这可看出邹容对于美国共和制的推崇：

“吾但信卢骚、华盛顿、威曼……”

“吾幸夫吾同胞之得卢梭‘民约论’、孟德斯鸠‘万法精理’、约翰·弥

① 康有为：《共和政体论》，见汤志钧编：《康有为政论集》下册，第682页。

② 梁启超：《立宪法议》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之五》，第1页。

③ 参见何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版，第30页。

④ 参见何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，第39页。

勒‘自由之理’、‘法国革命史’、‘美国独立檄文’等书译而读之也。

“有生之初，无人不自由，即无人不平等，初无所谓君也，所谓臣也……故我同胞今日之革命，当共逐君临我之异种，杀尽专制我之君主，以复我天赋之人权，以立于性天智日之下，以与我同胞熙熙攘攘，游幸于平等自由城郭之中。

“国民者，有自治之才力，有独立之性质，有参政之公权，有自由之幸福，无论所执何业，而皆得为完全无缺之人。

“吾见夫法、美等国之无君可忠，而其国人尽瘁国事之义务，殆一日不可缺焉。

“自格致学日明，而天子神授为皇帝之邪说可灭；自世界文明日开，而专制正体一人奄有天下之制可倒；自人智日聪明，而人人皆得有天赋之权利可享。

“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。各人不可夺之权利，皆由天授。生命自由，乃一切利益之事，皆属天赋之权利。不得侵入自由，如言论、思想、出版等事。

“各人权利，必需保护，须经人民公许，建设政府，而各假以权，专掌保护人民权利之事。

“无论何时，政府所为，有干犯人民权利之事，人民即可革命，推倒旧日之政府，而求遂其安全康乐之心。

“定名为‘中华共和国’。‘中华共和国’为自由独立之国。

“立宪法悉照美国宪法，参照中国性质立定。自治之法律悉照美国自治法律……”^①

陈天华则在《民报》上发表《论中国宜改创民主政体》，称赞美国能采用三权分立的原则建立共和制国家，而中国也宜同美国一样采用共和制。该书说：“法人孟德斯鸠法政之不如英善也，为‘万法精理’一书，演三权分立之理，而归宿于共和。美利坚采之以立国，故近世言政治比较者，自非有国拘流桎之见存，则莫不曰：共和善，共和善。”中国“求乎最美最宜之

^① 邹容：《革命军》，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649—677页。

政体，亦宜莫共和若”^①。

改良派和革命派之争实质是英国式宪政和美国式宪政之争。在改良主义思想家的思想里，有的内容已涉及美国宪政的精神与实质，如马建忠在《上李伯相言出洋工课书》中关于三权分立制度的初步表述，康有为在《请定立宪开国会折》中对“三权鼎立”的重要性的强调，对“三权鼎立”的设想，还有严复对孟德斯鸠《法意》的翻译和评价，表明他们已意识到某些美国宪政原则与机制的优越性，并表达了将其与中国社会结合的愿望。他们不赞同的只是美国的共和制。因此，这二者都对美国宪政思想融入中国人智慧、获得中国人支持助力匪浅。而清末的最后十年中，改良派、革命派的论争促进了大量有关宪政的专著、论文和译文的出版或发表，推动了宪政思想尤其是美国宪政思想的传播，为民国移植美国宪政模式培育了土壤。

四、晚清政府拒绝美国宪政思想的原因

预备立宪是清政府自身的政治革新，而这种政治革新是在民族危亡、国家处于内忧外患之时进行的。虽然美国宪政思想在中国的传播喧嚣一时，但是清政府却选择了日本宪政模式作为蓝本，甚至宪法草案的纂拟都要由日本著名宪法学家北鬼三郎操刀^②，在立宪这一问题上，表现出“事事趋日本”的倾向。这种倾向表现在好几个方面：

从立宪的方针来看，清政府采取“预备立宪”的方针，与日本一开始便确立了预备立宪的方针相同。明治八年（1875年），天皇发布“树立立宪政体诏”，宣布逐步树立国家立宪之政体。清政府则是在1906年宣布“预备仿行宪政”。

从立宪的步骤及期限来看，清政府确立立宪方针之后，于1905年先后派载泽、戴鸿慈、徐世昌、端方等出洋考察，就是仿日本于明治十五年（1882年）派伊藤博文赴欧考察宪政的先例。清廷于1906年宣布“预备仿行宪政”，1908年又发布诏书，确定筹备时间为九年，这个期限完全是照搬日本的。日本在明治十四年（1881年）宣布明治二十三年（1890年）开国

^① 陈天华：《论中国宜改创民主政体》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年间时论选集》第2卷·上册，第120—124页。

^② 参见俞江：《两种清末宪法草案稿本的发现及初步研究》，《历史研究》1999年第6期。

会，期限也是九年。

宣布立宪之后的筹备也大多仿效日本，如以改官制作为预备，就是日本的经验；九年筹备清单所列每年筹备事项的内容，除了旗制问题外，大多与日本所行事项类似。此外，咨政院、谘议局的设立也是根据日本“立议院之基”的精神。

最为关键的是，《钦定宪法大纲》是日本宪法的翻版，它赋予君主莫大的权力，体现了二元制君主立宪制的特征。

其实，中国自君主立宪的尝试失败后，移植美国宪政的主张就已被提出。1902年，章宗元翻译了1787年《美国宪法》及15条修正案，不仅逐句评译，并且根据其他论著整理附加了有关说明。邹容、陈天华等革命民主主义者，以共和为大旗，以美国为榜样，与君主立宪派展开了激烈的论争。在清末筹备立宪之际，清朝官方也专程对美国政治制度之实践进行了了解。然而，为何终归没有选择美国模式呢？这恐怕还得从当时的社会现状、历史传统等多个方面进行思考。

（一）实际情况：立足之本的缺乏、皇室权益的丧失、军事要求的殊途

1. 缺乏美式宪政的立足之本

清末重臣端方曾有一机要之语，曰，“大抵美以工商立国，纯任民权，与中国政体本属不能强同”^①。此言取精用弘，一语道破中国行美式宪政的可能性。当时，在经济方面，中国社会工商业的发展非常有限。虽然帝国主义入侵客观上催生了中国民族资本主义工商业，而且洋务运动后中国农村的自然经济也迅速地解体，但民族工商业的发展水平仍然很低。

中国历代王朝一贯奉行“重农抑商”、“以农为本”的政策，这种政策在清末上层社会中仍存在着一批力量强大的拥戴者，传统的小农业生产受到国家的竭力保护。朝中的顽固派甚至不赞成任何形式的民族工商业和科学文化，极力阻压民间资本的发展。他们反对开矿产、修铁道、建工厂等一切发展资本主义的措施，而一再重复着其所谓“重农抑商”、“重本轻末”的封建主义陈腐理论，竭力保护传统的小农业生产，维护封建主义的经济基础，在当时朝廷上形成了强大的势力。而在民间观念中，人们也倾向于土地的投资，农

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第7页。

业是最安全的产业，土地是最有价值的财富，这种观念使工商业发展的资本受到挤占，且在长期以内，无法想象得见工商足以立国的曙光。

在此情势下民族资产阶级不能形成一支独立的政治力量，不但缺乏呼吁平等、自由、民主、权利的足够声音和强大力量，而且即便偶然得手，也不能为社会提供一个稳定的中间层以保证成果的稳固。民族资产阶级在经济上对封建主义仍然存在很大的依赖性，制约着政体向宪政史上更为先进也更为激进的美国模式靠近，而尽可能作枝节的改革成为最理智和现实的选择。

2. 清政府不能容忍可能导致皇室权益丧失的美国宪政模式

清廷极力维护专制统治的态度，也不利于美国宪政思想的传播。即便是保持清廷统治下的改革这样一种性质的“戊戌变法”，也惨遭慈禧太后镇压，可见当权者对专制权力的热衷。所谓：“宁肯亡国，不肯变法”。义和团运动以后，内忧外患重重堆积，清廷当权者眼看统治难以维持，才不得不下诏立宪。很明显，此时的变法改革者怀有矛盾的心理：一方面，他们希望通过改革恢复清帝国的元气，摆脱备受西方列强欺压和宰割的局面，在国人前树立威信，以维护自己的统治；另一方面，出于对自身利益的考虑，他们又必须为变法设置“君权至上”的前提。要达到“安皇室”、“巩主权”的目的，就必须效法日本、宪法钦定，而不能选择意味着皇室权益丧失的美国模式，是以载泽、端方通过各方考察、比较，最后“理性地”将清朝政府的命运押在君主立宪上。

另外，宣传美国宪政的许多留学生又和排满主义联系在一起，这种不利于清廷统治的情况也引起了清朝的敌意。

3. 政治形势对军事的要求与美国建制殊途

从鸦片战争以来，清政府一败再败，处于任人宰割的悲惨境遇，饱受欺凌的中国人将列强的侵略当做心头之痛，他们想从这种惨境中翻身，“消外患”是亟待解决的政治任务。欲达“消外患”的目的，只有从军事上使自己强大。而美国之制不可能达到这目的，因为美国军队之行政权隶属于行政权之下，且文武不分。“今苟以军队行政权属于国务大臣行政权之下，则军队之势力，必有流于薄弱之忧，如美如法，是其例也。”^①“查美国之制，文武

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第38页。

不分，大统领以文职统帅陆海军，陆海军之将校，亦皆文职，其平时兵额不过六万，犹不及日本警察官之总数，且其兵为义勇，介于雇佣之间，非视为国民当尽之义务，以是之故，美之兵力最为薄弱，倘遇战争，易败难胜。”^①所以他们推崇“军队统帅之权，全握于天皇一人之手”^②的日本模式。他们认为“日本所以克强者，全在乎是矣”^③。

（二）传统文化的排斥：地方自治与大一统、个人本位与社群主义

1. 美国的地方自治思想与中国传统相排斥

美国每个州都有自己的“统领”，各州有充分的地方自治权，可以说“是一块分治的土地”^④，裨治文曾在《美理哥国志略》中干脆把州译为“部落”，反映了国人对美国地方权力之大的认识。以一般中国人的文化认知来说，美国地方分权的这种离心状态的设计是不可思议的。大一统作为学界思想的主流经由千年已经成为社会思想的一部分，“一统天下”既成为每个统治者所追求的目标，也成为民间智识资源的公理。

自秦始皇开始，帝制集权统治在中国持续了两千年，中央集权是否牢固在一定程度上成为社会是否稳定的标志。中国政治史上反复上演过地方势力膨胀形成尾大不掉的局面，然后除之方固国本的剧目。政治经验使中国精英下意识地质疑地方自治的设计。清廷作为入主天下的少数民族统治者对于集权固国的问题更加敏感。平三藩后，清朝中央集权达到中国历史上的鼎盛时期。清末，由于镇压农民起义，曾、左等地方势力兴起的客观状况不但未促进地方自治，反而使官方在中央政策层面更加提防地方权力逃脱制约，密切关注中央集权。美国地方分权的宪政模式根本没有出头机会。

2. 美国较强的个人本位思想与中国传统相排斥

强调社会本位的中国传统思想也不利于美国宪政思想的传播。中国传统强调社会本位，要求从社会整体出发，个人屈从于社会。而美国则“纯任民权”^⑤，强调个人，以个人为本位，以追求个人自由平等为终极目的。在当

① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第39页。

② 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第39页。

③ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第40页。

④ 林达：《我也有一个梦想》，生活·读书·新知三联书店1999年版，第83页。

⑤ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第7页。

时社会,民权观念经康有为、梁启超、严复等人倡导,有了一定发展,但仍没有深入社会各层。因而不能像美国社会一样将它上升为一种信仰。一方面,统治者对民权不予认同,他们认为民权的“操纵之法,则必使出于上之赐与,万不可待臣民之要求”^①。另一方面,其他西方文明各国,或有认同个人本位的,但终不如美国来得彻底。且当时存在与中国同样重视社会本位的德日等国,美国文明自然被挤占为次选。

(三) 传播:宗教为载体的桎梏、语言的障碍、地理的隔断以及国势的吸引

美国宪政制度传入中国较早,但晚清宪政改革却拒绝了美国模式,除政治方面的原因外,在传播方面也存在一些不足之处。清末有对美国宪政制度的零星介绍,但缺乏对宪政思想的有效传播。宪政制度博大精深,有着深刻的思想渊源,通过各种途径进入中国的美国宪政,在现在看来,不过是冰山一角,缺乏系统性和科学性。无论是从传播的广度和深度上,远远没有达到成为治国方略的程度。这种状况又有几方面的原因可考。

1. 以宗教为载体成为美国宪政思想传播的桎梏

以宗教为载体,注定会使得美国宪政思想传播不充分,这是由中国当时的政治现实与社会现实所决定的。

(1) 王室和士大夫对宗教的态度不利于美国宪政思想传播

清初,由于满族是少数民族政权,宗教自由的策略成了巩固政权的手段之一。然而,政权巩固后,统治者开始将儒家传统思想来作为思想奴役的工具,加之顺治帝出家一直是笼罩在王室头上的阴影,故而以后的政权对宗教都采取远离的方针,西方基督教自然也在远离之列。尤其不能为统治者容忍的是罗马教廷与清廷的礼仪之争和传教士参与宫廷的权力之争,这些因素导致清政府实施禁教政策。雍正时期,所有西洋人,除了在京效力的人员外,一律送往澳门,各地天主堂均改为公廨、祠廨或义学。乾隆时代,取缔尤严,一再查禁内地的西洋人与私习天主教者,甚至有被处死的外国教士。嘉庆时期,供奉内廷的西洋人更少,最后连钦天监内也没有他们的位置了。^②鸦片战争后,虽然西方传教活动有了很大的发展,但传教士主要是随坚船利炮进入中国的,统治者对宗教的态度并没有多大改变。

^① 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》上册,第36页。

^② 参见郭廷以:《中国近代化的延误》,《大陆杂志》第1卷第2期,第8页。

在士绅层面，基督教也不能投中国士绅所好。站在统治阶级立场上的士大夫阶层有自己的一套自给自足的思想理论体系，儒学的正统地位也已久经锤炼，根深蒂固。而“传统儒家的正邪观与辟异端精神是中国士大夫仇教的思想背景”^①。从17世纪开始，中国的儒家学者就认为基督信仰是种迷信，是非正统的。他们反问，一个万能的具有怜悯之心的上帝为什么会允许原罪？到太平天国运动时，起义者们声称是基督教徒，而入侵者信仰的也是基督教，中国的士绅们更认定传教士成了他们在执行社会功能方面的对手。对于传教士来讲，为了传播他们的宗教信仰，他们也必然会去质疑由中国乡绅们主宰的社会秩序。他们在一些事务方面与乡绅们竞争，如收养婴儿、救助穷人、赈灾等，希望取代乡绅们的位置。这加剧了士绅们对传教行为的厌恶。以中国士绅们的眼光看，这些入侵的牧师和福音传道言行诡异且粗鲁无礼，又明显带有破坏颠覆中国的目的，颇值敌视。1860年至1899年间，中国爆发了上万起反对传教士的事件，其中有240起对传教士的暴动和袭击^②，足见国人的敌意程度。

(2) 传教行为的性质、目的不免引起国人排斥

从传教活动本身来看，美国传教士在中国传入西方的法律政治制度，对中国法律、思想、文化的发展做出了重要贡献，但是他们是代表西方利益的殖民势力的一部分，其真正目的是传播基督教，他们所提出的“泛基督教论”、“基督教救中国说”反映了其“强烈的宗教文化优越感及殖民主义妄想”^③。当时基督教对中国人来说是一种新的宗教，与传统的宗教信仰有巨大的差异，以宗教为载体进行宪政制度、思想的传播必然遭到当时人们的排斥。

加之，西方传教士大多数是紧随着西方侵略军的刺刀并在其武力保护下进入中国的，这种暴力进入中国的形式很容易引起中国民众的反感和厌恶，而传教士及中国教徒们不仅不注意收敛，反而凭借不平等条约赋予的特权，在中国干预地方政治，包揽诉讼、掠夺财产、亵渎佛儒。另外，很多传教士在华传

^① 庄吉发：《清代教案史料的搜集与编纂》，《清代史料论述》（二），文史哲出版社1979年版，第140—141页。

^② See John K. Fairbank, Edwin O. Reischauer, *China: Tradition & Transformation*. Boston: Houghton Mifflin, 1989.

^③ 王立新：《美国传教士与晚清中国现代化——近代基督新教传教士在华社会文化和教育活动研究》，天津人民出版社1997年版，第504页。

教只是幌子，他们在暗地里为自己的国家搜集情报，或为其充当侵华的翻译，有的甚至还亲自参与侵略活动。他们的种种行为引起了中国民众更大的抵制。

(3) 教派之争妨碍传教士对西方文明的传播

由于教派之间的竞争与矛盾，传教士对西方文明的传播并不充分。先看看罗马天主教和新教之间的竞争与冲突。罗马天主教在中国的传播历史悠久，在1800年，中国天主教就有150 000个教徒，到1870年，达400 000个之多。在中国的天主教牧师1870年有250个左右，到1896年达750个左右。1860年的中法条约允许外国人在中国各地租用、购买土地和建房，教堂从而成了地主，除了管理学校、神学院和孤儿院外，还可以向外出租地产。天主教信仰已深深扎根于中国社会。而新教在中国的传播似乎没有天主教顺畅。在1850年新教才吸收到80个左右的教徒，并且限于澳门、香港和五个港口城市，而传教士也还停留在中国外围。尽管新教徒以每十年翻倍的速度增长，到1870年，他们所吸收的教徒也还不足6 000人。新教的传教点尽管也相应地快速增长——从1860年的14个地方的35个点，到1900年的356个地方的498个点，然而，当1890年新教传教士以1 300的数字比天主教传教士多出一倍时，他们却只有37 000名受圣餐者，而天主教却有500 000名受圣餐者。对新教徒来说，天主教是反基督的，天主教的信仰是一种敌对的信仰。基督教这两个教派之间不仅接触和合作的可能性极小，而且他们之间的竞争和冲突在一定程度上也妨碍了西方传教士在中国对西方文明的传播。^①

以上种种原因阻碍了传教活动的深入发展，使得“教徒的相当大部分是贫民、流浪汉、贩夫走卒、市井无赖及其他社会边缘人物”^②。这些边缘人物对宗教的理解是肤浅的，更多的是借宗教为现实痛苦生活的一时安慰，没有将西方宗教背后的人文精神和传教士带来的清新气息加以领悟和吸收的能力，而且地位的低下和生活的困苦也使他们很少有机会将新的知识上升到政治诉求，或者怀着平和与正义的心态去相信实质上体现较高道德要求的宪政标准。

^① See John K. Fairbank, Edwin O. Reischauer, *China: Tradition & Transformation*. Boston: Houghton Mifflin, 1989.

^② 张海林编：《近代中外文化交流史》，南京大学出版社2003年版，第215页。

2. 东西方语言上存在着难以逾越的障碍

由于东西方文体上的差异，在近代白话文运动建立起一种东西方文体对译的框架之前，把西方语言翻译成文言文一直是困扰传教士的难题。早期传教士在谈论翻译时议论最多的便是译事之难。1607年利玛窦为《几何原本》所作译序便说：“东西文理，又自绝殊，字义相求，仍多阙略。了然于口，尚可勉图，肆笔为文，便成艰涩矣。”利类思在1654年为其所译《超性学要》写的序文中也说：“自惭才智庸陋，下笔维艰，兼之文以地殊，言以数限，反复商求，加增新语，勉完第一支数卷，然犹未敢必其尽当于原文也。”意大利传教士罗雅各也在1633年为其《哀矜行论》写的译序中说“中西音阻，辞未达意，朴陋寡文，所不能免”^①。

19世纪，虽然翻译事业有了一定发展，但传教士仍不能把西方语言翻译成晓畅的文言文。在1838年3月的《东西洋考每月统纪传》上的《亚美利加兼合国》中有一段介绍美国议会的文字：“现今偏地行倒败，商客不利达，其害不尽焉。是以首领按例招列老翁会议定耳，推国之科，免其陷害，倘各人众皆一心，执一见，饶此唇舌，事情如意，及民不期后与焉。”^② 这些语言佶屈聱牙，难以理解，虽然它们为宪政思想的传播提供了一些素材，但是人们对它的理解有很大难度。

从传教士对一些法律术语的翻译，我们也可看出语言上的障碍。如“联邦”就被译为“合邦”、“总郡”；“总统”被译为“皇帝”、“元首”、“统领”、“伯理玺天德”、“魁首领”；“参议院”和“众议院”分别被译为“上房”、“爵房”和“下房”、“乡绅房”；“法治”则被译为“自主之理”^③。这些词语的译法与其本义有很大差别，对它的理解也就增加了难度，有的甚至会造成误解，至于字里行间所包含的宪政精神也就更捕捉不到了。梁廷枏在《合省国说》自序中的说法也从侧面说明了这一问题：“廷枏奉敕纂《粤海关志》，分载贡市诸国。惟美利坚立国未久，前贤实缺记载……有以其国人新编《合

① 陈福康：《中国译学理论史稿》，上海外语教育出版社2000年版，第49—50页。

② 李志刚：《基督教与近代中国文化论文集》，台北宇宙光出版社1989年版，第223页。

③ 何勤华：《传教士与中国近代法学》，《法制与社会发展》2004年第5期。

省志略》^① 册子示者，初习汉文，而未悉著述体例者之所为。因以前日书局旧所采记者，稍加荟萃成帙……”^② 可以看出，美国宪政信息的传播是不充分的。

当然，由于文化方面的差异，晚清开明人士必然以多少有些封建的眼光来接受并传播美国的宪政，必然会存在西方文明中国式翻译的痕迹。但译事如此之难，如此之言不达义，又反过来加剧了他们对蕴藏在宪政背后的丰富的民主、自由思想以及民众文化传统、宗教信仰、历史状况、经济政治条件的误会。他们虽似乎了解文字中的制度，了解美国宪制之好，但终究没有触及知识爆炸和重构的层次，因而当时是难以将美国宪政复制到中国的政治实践中来的。

3. 太平洋从地理上隔断了中国与美国的有效交流

中美的地理位置对中国人进一步了解、接受美国宪政制造了天然的障碍。而日本地域较近，效法方便。因此向日本学习蔚然成风，留学东瀛者不绝如缕。对于留日之优，晚清重臣张之洞在其名著《劝学篇》里说得十分明白：路近省费，易考察；文字、风俗相近，易懂和易仿行。自1905年清廷派五大臣出国考察属意日本后，更多爱国志士选择到日本留学，接受新的思想。据查，到1906年中国留日已达8000人，而1905年到1911年赴欧美的中国留学生总和不过142人。又，自1905年清政府所办留学生毕业考试凡七次，及格人数1388人，而留日学生独占1252人，处于绝对多数，学习政法的即占813人。^③

众多人留学日本，引进日本的法律与思想，使得日本法的翻译成为主流。日本与中国相邻，文化相近，政治体制有着较深的渊源，再加上日本维新变法的成功，给力图摆脱内忧外患的清朝政府以强烈的启示和示范作用，清末立法受大陆法系的影响也就在所难免。留日学生耳濡目染日本宪政模式，更多地接受了日本的君主立宪思想，并将之作为一种解救民族危亡的途

^① 参见裨治文：《美理哥国志略》，初版于1838年，在新加坡印行；1844年经修订后，改名为《亚美利格合省国志略》，在香港印行；1861年在上海出第3版，定名为《联邦志略》。

^② 梁廷枏：《合省图说·序》，见《海国四说》，清道光二十六年刻本。转引自聂资鲁：《美国宪法的输入及其对清末民初中国立宪的影响》，见江平主编：《比较法在中国》（2005年卷）。

^③ 以上数据参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，第377页；[日]实藤惠秀：《中国人赴日本留学生》，谭汝兼、林启彦译，生活·读书·新知三联书店1983年版，第451页。

径，理所当然，美国对他们来讲仍然是“遥远的天堂”。

4. 美国的国势缺乏传播的底气

任何一种文化的推广都得有其坚强的后盾，第二次世界大战后美国得以在世界范围内推行其价值观念，就是以其强大的综合国力为基础。然而在美国建国之初远非如此。1783年美国独立战争胜利，建立起一个统一、独立和初步民主的国家，1784年“皇后号”来华揭开了中美交往的历史序幕。1834年《美理哥国志略》出版，美国宪政思想开始在中国传播。由于美国的国势不如英德等老牌帝国强大，因而在很长一段时期内，其宪政的传播缺乏力度。19世纪末20世纪初，随着美国国势的上升，人们对美国宪政的追求方得以升温，然而，这一时期的传播仍局限于留学人员，缺乏广泛的基础。加之日本迅速崛起，中美两国的交往远不如中日久远与密切，朝野上下更倾向于日本模式，对美国模式的宣扬仍是一种非主流的思想。

第三节 美国宪政思想影响下的 民国时期本土言说

一、作为宪政之基的民生思想之历史演变及最终走向

(一) 民生思想的含义

1. 孙中山对“民生思想”含义的概述

1905年11月，孙中山在讨论撰著《民报》发刊词时，为将平日所提倡之革命“以一民字贯之”，鉴于民族革命政治革命已定名为“民族”、“民权”，经过商议，“遂以社会革命定名民生”^①，贯彻“三大主义皆基本于民”的精神。于是，“民生主义”一词首先在《民报》发刊词中出现。

民生思想的主要内涵总体体现在经济意义上，在于求富。求富的路径是发展工商业，口号是振兴实业。辛亥革命以后，孙中山即提出了“振兴实业”、实现国民经济资本主义现代化的方案。他到处发表演说，热情宣传振兴实业的主张，仅在1912—1913年间，就振兴实业问题发表演说就达数十次之多。在临时大总统任内，他发布了有利于恢复和发展实业的令文函电多

^① 孙中山：《〈民报〉发刊词》，《孙中山选集》，人民出版社1981年版，第75页。

件，还在临时政府内设立了专司振兴实业的实业部。振兴实业的最终目的是什么？振兴实业根本目的就是发展民生。孙中山说，民生问题分为“衣、食、住、行”四个方面，民生主义者“必须有四大主旨：一为国民谋吃饭；二为国民谋穿衣；三为国民谋居屋；四为国民谋走路”。为了民生问题的这四个方面，必须振兴实业，以实现“给养人民”的生产目的。

民生思想在孙中山思想体系中占有重要地位，民权和民族都是为了达到民生这个目的。因此，他在正式解去临时大总统职务的饯别会上说：“……今日中华民国成立，兄弟解临时总统之职。解职不是不理事，解职以后，尚有比政治紧要的事待着手……”^①又说：“我之辞职，实因有更为重大之事务要我操心。……几年前，我们一批人数不多的朋友们在日本会集，创立了中国同盟会。那时我们采取了三民主义：民族、民权、民生。前两个主义因清廷退位而付之实现，现在我们应该实行经济革命。”^②这些话在某种意义上也并非虚词。

孙中山出于对民生主义学说的高度自信，有时在某些表述上存有不严谨之处，其中一个突出的表现是对“民生”作多义性的发挥。他在讲述民生主义时，往往把“民生”同“民生问题”、“民生不遂”、“民生主义”、“社会问题”、“社会主义”、“社会经济问题”、“生活问题”、“生存问题”、“吃饭问题”等术语混同使用，从而使他所用的“民生”概念在外延上作了很大的展伸。但我们如果对之作全面而客观的评析，当可认定，孙中山所讲的“民生”是一个以“社会经济”为本义的概念，其内涵的经济性、物质性是确定的，但又有很大的包容性，应区别其经济性、物质性的基本内核和由于其包含性所展现的种种不很恒定的外延。事实上，民生思想就是达到富民的目的，它与达到富国的目的不完全一致，有藏富于民和聚富于国的区别，前者有利于形成市民社会和庞大的中产阶级。从民生主义的两大部分——平均地权和节制资本——完全可以看出民生主义将导致庞大中产阶级的趋势。

2. 孙中山对传统思想中“民生”含义的吸收

以“民生”作概括主要是考虑到接受度。因为“民生”一词有儒家传统的思想资源作支撑，易于接受。古人所指“民生”，泛指人群或一般的人民

^① 孙中山：《孙中山全集》第2卷，中华书局1982年版，第319页。

^② 孙中山：《孙中山全集》第2卷，第324页。

生活，孙中山对这一概念承袭沿用，国人易于接受。其实，孙中山自己对于概念的定义是很不精确的，如上文所说，他往往对“民生”作多义性的发挥，把“民生”同各种术语混同使用，但他最后最为正式使用的还是儒家传统熏陶下人们熟悉的“民生”一词。他曾经说：“民生主义即时下的社会主义。为什么不学外国直接来讲社会主义，要拿‘民生’这个中国古名词来代替社会主义呢？这是很有道理的，我们应该研究。因为社会主义的范围，是研究社会经济和人类生活的问题，就是研究人民生计问题。所以我用民生主义来代替社会主义，始意就是在正本清源，要把这个问题的真性质表明清楚，要一般人一听到这个名词之后便可以了解。”^① 其实，这个“一般人”即是中国普通老百姓。就像孙中山屡屡把“民生”同“吃饭问题”等同使用一样，都是为了使国人易于理解。

孙中山本人所受的儒家传统的影响也促使他选择“民生”一词概括其思想。孙中山具有浓厚的儒家民本主义的“养民”、“恤民”思想，并且像任何一个儒家人物一样，对儒家大同平等的境界常怀向往。儒家言“养民生之道”、“养民以惠”、“爱民以仁”，孙中山则云：“夫国以民为本，民以食为天，不足食胡以养民？不养民胡以立国？”儒家言“大同世界”，孙中山即云：“真正的社会主义就是孔子所希望的大同世界。”^② 所以，孙中山的民生主义实质上不是社会主义或者别的什么主义，而是儒家的表达。可以说，儒家民本主义的“养民”、“恤民”思想构成了民生主义的基本文化内涵。而儒家大同平等思想是民生主义的支柱之一。

3. 孙中山在民国实践中对“民生思想”含义的新解

正统的儒家思想在某些方面对经济发展有一定的正面功能，如重视教育、勤俭、发愤图强、讲信守诺等，都可以成为推动儒家文化圈经济发展的无形之手，但是正统的儒家思想具有下列的倾向：（1）基本上鼓励安贫乐道的清贫思想，如所谓的孔颜之乐，君子何必曰利等价值观。（2）重分配、轻生产的平均主义思想，如“丘也闻，有国有家者，不患寡而患不均，不患贫而患不安。盖均无贫，和无寡，安无倾”。（3）重农轻商，重文轻技，如“君子不器”。这些价值选择，显然不利于经济发展。一国的经济能否发展，

^① 冯自由：《革命逸史》第3集，中华书局1981年版，第209页。

^② 孙中山：《孙中山全集》第1卷，第1页。

固然取决于多重因素，但在文化上与心理上把求利加以正当化，却是必要的一种“去碍手术”。只有去掉了对求利的敌视，求利者方可能理直气壮地去追求财富。

孙中山的“民生”思想虽然与儒家民本传统有一定的渊源联系，但孙中山并非盲目崇拜儒家人文精神和经济伦理，而是有针对性地承袭和利用，并结合革命宣传的需要进行了创造性的发挥与发展，赋予“民生”新的外延而成为“民生主义”，用他自己的话说，就是“用古人而不为古人所惑”，“役古人而不为古人所奴”^①。

例如孙中山的重农思想是发展近代农业，而不是传统的封建小农经济，同时他也不主张因重农而抑商，因而又大大超越了儒家的传统农本思想。他虽然十分赞赏儒家的大同理想，但并不主张“均分富人之财产”，也不赞同平均主义。有时在不同的场合，论述不同的问题时，孙中山对儒家学说采取了不同的态度，例如他在论述实现民生主义的必要性时赞同儒家“不患寡而患不均”之说，但在另外的场合又说当时的中国是“患贫而非患不均”，首要任务是富国富民。他也没有离开中国的实际，去幻想出现一个大同世界，而是期望通过切实的革命斗争实践，创立一个“人人皆为生产分子”、“丰衣足食、家给人足”，没有剥削、没有压迫的大同社会。因此，孙中山的民生主义，与儒家民生、民本和大同思想虽有某种渊源关系，但绝不是儒家思想的简单综合，而是他“因袭”、“规抚”进而根据中国的国情而“创获”的独特的民主革命思想。孙中山所借鉴者，也不单纯是儒家传统文化，还包括中外其他学说，如其所称：“凡一切学术，有可助余革命之知识及能力者，余皆用以为研究之原料，而组成余之革命学也。”^② 显而易见，孙中山民生思想不是儒家经典的生搬硬套，而是创造发挥。

(二) 民生思想的历史演变

1. 民生思想的形成

早年的孙中山十分重视发展农业，但他对振兴商业的作用也并未忽略。其经济思想与传统“重本抑末”观的显著不同，即是将发展农业与振兴商务密切地结合在一起。因此，他认为：“以农为经，以商为纬，本末兼具，巨

^① 孙中山：《孙中山全集》第6卷，中华书局1985年版，第186页。

^② 孙中山：《孙中山全集》第5卷，中华书局1985年版，第55页。

细毕咳，是即强兵富国之先声，治国平天下之枢纽也。”^① 由于中国社会传统上即重农轻商，所以孙中山还特别强调，欲谋国家之富强，则必须振兴商务。所谓“筹富国者，当以商务收其效也。不然，徒以聚敛为工，捐纳为计，吾未见其能富也”^②。在《上李鸿章书》一文中，他将当时兴商富国的关键概括为“货能畅其流”这五个字，而且提出了做到“货能畅其流”的具体措施：其一是“关卡之无阻难”。即减少关卡对商人的留难，减轻商人的负担，以使商务流通，商业兴盛。其二为“保商之有善法”。采取切实的办法惠商恤商，对商人予以保护。其三是“多轮船铁道之载运”。即大力发展近代交通运输业，为商业的振兴创造便利条件。对于这三项办法，他满怀信心地表示：“无关卡之阻难，则商贾愿出于其市；有保商之善法，则殷富亦乐于贸迁；多轮船铁路之载运，则货物之盘费轻。如此，而货有不畅其流者乎？货流既畅，则财源自足矣。”^③ 此时，孙中山虽然敏锐地意识到经济革命乃“国之大本”，但他尚未投身于政治革命之中，富商之言还未点及社会阶层对政治的触动。

向李鸿章的上书毫无结果，于是孙中山愤然投身于“将振兴中国之责任，置之于自身之肩上”的政治革命中。在此后的十余年中，他多次游历美日英诸国，考察这些国家实现资本主义近代化的经验，满怀信心地指出，中国经过民主革命，将在工业和科学技术方面采用世界上最新的成果，在建设方面，吸取西方先进的经验，避免其走过的弯路，就不难在不长的时间里“举西方文明而尽有之，即或胜之焉”，从而在中国实现资本主义工业化。这时，他的“振兴实业”思想进入了新的发展阶段。他提出了一份《实业计划》，在此文件中孙中山对民生主义的实现途径——振兴实业——有了细致、实际和具体的规划，并且上升到了政制层面。甚至可以说他提出了推进中国工业化进程与社会进步和谐发展的民生主义工业化发展战略，从而不仅打出一面从经济上推动中国资产阶级革命进程的政治旗帜，同时也第一次试图以近代市场经济的思维模式独立思考中国超越西方发达资本主义国家的社会经济现代化之路。

① 孙中山：《孙中山全集》第1卷，第6页。

② 孙中山：《孙中山全集》第1卷，第15页。

③ 孙中山：《上李鸿章书》，《孙中山全集》第1卷，第13—15页。

民生思想是孙中山最早提出的,此后便被作为同盟会的经济纲领。之后,在1923年1月1日的国民党党纲中,被确立为国民党的经济纲领约束全党,这标志着孙中山的民生主张成为国民党重要的指导思想。

2. 民生思想的发展

(1) 民生主义的实现途径是自由式还是集权式经济模式,存在舆论倾向和政治精英的观点分歧。

民国建立伊始,以民族资产阶级为主体的有关经济政策的社会舆论,充盈着民族主义、自由主义的精神。1912年政府工商部召集全国工商会议,这种思想有了集中的表现。工商业者要求改变垄断政策,放任商民自由经营,“嗣后中国事业不应再有官商合办之事实”,“不应含有官营业性质,如作官营业办去,无有不失败者”,“际此时代,当用保护主义,不能用垄断办法”;又要求政府对民族工商业采用特别而积极的保护政策,“出口予以奖励,进口课以重税”;还有提倡国货、仿制洋货,将提倡国货写入中小学教科书等。^①经济自由主义和民族主义思想最有代表性的言论,如“国家之于实业,太上扶植,其次任其自由而弗妄加以干涉,最下者与之争”^②。

在北京政府经济政策的制定者方面,存在张謇与周学熙为代表的政策思想的巨大差异。东南实业领袖张謇认为官营业的垄断做法破坏营业自由、与民争利,因而无不低效以至失败。代表了民初实业界反对官办的呼声。张謇一贯主张缩减官业、扩张民业,目的在于使以往“千万死中求生”的自由的私人资本主义,能够在政府保护扶植下“有所欣恃而获即安”^③。所以,他在就任农商总长时发布公告称:“自今为始,凡隶属本部之官业,概行停罢,或予招商顶办。惟择一二大宗实业,如丝茶改良制造之类,为私人或一公司所不能举办,而又确有关于社会农商业之进退者,酌量财力,规画经营,以引起人民之兴趣,余悉听之民办。”^④

与立宪派领袖和状元实业家张謇不同,身为清朝大吏周馥之子的周学熙

① 参见《工商会议报告录》议决案,工商部1913年版。见徐建生:《民国北京、南京政府经济政策的思想基础》,《中国经济史研究》2003年第3期。

② 《中华实业丛报》第5期,1913年9月1日。

③ 《张季子九录·实业录》卷4。见徐建生:《民国北京、南京政府经济政策的思想基础》,《中国经济史研究》2003年第3期。

④ 《张謇农商总长任期经济资料选编》,南京大学出版社1987年版,第8—9页。

是北洋军阀军事政治集团的一员，他与官营业素有渊源。他以“经济政策”作为整理财政的间接办法，认为“须举公债政策、币制政策、银行政策、产业政策，同时进行，使之收相辅而行之效”^①。至于实业与财政的关系，周学熙是“赋出于工商”论者，认为工商业是作为国家重大财源的主要税收的第一次缴纳者。他持理财以税源为重、税源以产业为重的理财观，视振兴实业为开源理财的必由之路。因此，周学熙在他的“经济政策”的实施方案中，提出要“实行国家社会主义，使各种产业勃兴，大开利源”^②；并规划了云南铜矿、延长石油、利国铁矿、漠河金矿、秦皇岛商埠、海塘船坞、口北铁路、各省铁路，沿江一带实行森林法、开设纺织工厂等十大实业与交通建设项目。

张謇和周学熙对于资本主义发展有着不同的思路和政策主张。张謇主张走自由资本主义之路，而周学熙在财税经济诸方面则表现出强烈的国家主义，即中央集权主义的倾向。

(2) 孙中山在选择自由式和集权式经济模式上观点模糊、矛盾，最终走向了国家主义、统制经济。

尽管孙中山在理论上似乎是认识到发展中小资本和发展国家资本处在同等重要的地位，但当他在实业计划中，罗列包括水陆交通、城市建设、重工业、矿业、农业、水利、造林和移民开发等在内的十大建设项目时，他并没有表明它们究竟是否都属国家经营的范围。道路、港口、市街及重工业含有“独占性质”、“不能委诸个人”，这不难理解，但农业、林业乃至矿业不委诸个人而由国家独占，又是极不现实的。况且，这些项目远没有将所有经济领域包括其中，那么，其余就是容许私人资本经营的？孙中山对国营与私营界限划分的原则，为“凡夫事情之可以委诸个人，或其较国家经营为适宜者，应任个人为之”，“至其不能委诸个人及有独占性质者，应由国家经营之”^③。其中能否委诸个人（即私人，含股份制）、个人有否能力承担、有否独占性质及国家或个人何者经营较为适宜，这些问题的判断，可以因人（利益集团）而异、因时而异、因地而异。所以，国营与私营的界限，其实是模糊不

① 周淑贞：《周止庵先生别传》，第54页。（作者自刊，出版时间、地点不详。）

② 周淑贞：《周止庵先生别传》，第71页。

③ 《孙中山全集》第6卷，第253—254页。

清、随意性极强的。孙中山甚至设想，“将一概工业组成一极大公司，归诸中国人民公有”，这又显示出“一律收归国有”的强烈倾向，与分两路进行的思想自相矛盾。^①

从实业计划有关实现工业化的途径中所隐含的国营事业的巨大范围和前景，以及承认并容许私人资本作为次要成分存在的意图等方面看，孙中山所选择的经济模式的性质是指向国家资本主义的。由于孙中山在国营与私营范围等问题上的矛盾和模棱两可，加上其“追随者”择取与解说的倾向性，这种模糊最终就可能演变为大孔隙，对民国经济政策的制定和实施，对私人资本主义的命运，产生重要的影响。这表现在其后资本主义经济的发展最终走向了国家主义、统制经济。

起初，孙中山之后，出现了国家主义的极端主张。在经济政策思想上，他们提出“国家主义的经济学或国家社会主义”，要用“具体的国家主义的经济主张去代替抽象的个人主义的经济主张，取消人自为战的混乱的经济政策，而代之以国家安排的系统的经济政策”。一方面是对外的“保护主义”，“就是用关税自主征收外货的方法，以防止外国货制造品之多量输入，以保护本国生产者的一定销场，便于使国富不致过度的亏损，国货可以自由的发达”；另一方面是对内的“干涉主义”，就是要“用国家的力量来干涉国民经济生活”，目的是“用国家的能力，来防止个人各为其私利而害及社会的经济生活，并且来调剂私利的自由竞争的冲突，以使一国的人的经济生活都能够平均的发展”。具体来说，就是“对于长远为公众利益所关而不能令私人本其私利去办理的这种企业，国家都要出来办理或监督。如道路、运河、邮电、自来水以及铁道、矿山、银行等事业”，同时以税收来调节分配。本着“国家至上”的原则，他们甚至认为“不但不必推翻或取消现存的政治组织，而且承认国家便可以实现经济生活的公道”^②。

随后，到20世纪30年代初，中国出现了系统的统制经济的思想 and 理论。尤其是1933年到1934年年初，统制经济或计划经济一词，如雨后春笋般出现于报章杂志及著作上，政治家和实业家都附和着舆论的提议，来讨论怎样进行。

^① 参见《孙中山全集》第6卷，第397页。

^② 《国家主义的经济政策》，《国家主义论文集》第2集，中华书局1926年版，第31—38页。

统制经济主张者认为“统制经济的主张，虽在近年来已普遍于各国，而这种经济统制的办法，却早实行于欧战的时候”，经济统制“就是对于国家经济或国民经济，从事业需要方面制定方案来指导或管理”，“有积极推行之必要”^①。或认统制为“轻近各工业国家整齐实业之步骤，以谋对外侵略之最新政策”，中国“可分别缓急以次酌行”。最有代表性的，是学者兼政府官员罗敦伟的言论。罗敦伟担任实业部统计长，他曾经出版《中国经济统制论》等书并发表文章、发布演讲，力主实行统制，可说是该问题的专家。他认为“九一八”事变之后，“真正求得国难出路的基本方策……即是应该实行‘统制经济政策’”。为此，他批评中国的经济学者大半是“自由主义的理想者，不过是一个梦幻”，而“事实告诉我们，许多国家都向统制经济途上进展”，如德国、英国、法国、意大利、美国及日本，苏俄更是如此，各国“差不多是想把政府化为生产的管理机关”。统制对于中国“民族资本之凌乱散漫，社会秩序之纷乱无章，政治社会之变化莫测”，是一剂良方。其后，他将统制分为通常与非常的两类，前者为“实行产业的基本枢纽的金融统制”，“由中央政府的统制机关指导各企业如何进行生产，同时对各种企业的生产进程上又不断加以扶助”，非常统制则是“实行国防中心区域的统制经济建设”。罗敦伟也坦言“中国实行统制经济的条件固然缺乏，实行自由经济的条件也同样缺乏”，在民族资本的危机中，实业部接到来自13个省的工商业者的请求，证明统制是可行的救济之道。他甚至以为“经济的极权实施了，政治的极权自有办法”，可用统制经济“来促进我国政治现代化”^②。

这些情况，一再在中国的舆论界、思想理论界和政界人物的心理上层层加码，始终影响着他们对决策的建议以及决策本身。例如，在1932年，伴随CC派的形成及蓝衣社的建立等极权政治的步骤，国防设计委员会就拟具了一系列的“经济统制计划”，其中主要有：煤料统制计划，粮食统制计划，机械、化工以及轻工业包括棉纺织、碾米、面粉、榨油、火柴等工业的统制计划，交通运输的战时动员与统制计划。到1935年，国民党五届一中全会通过《确定国民经济建设实施计划大纲案》，确定“建设国民经济，必须为全盘之统制”；1937年2月，蒋介石向国民党五届三中全会提出《中国经济

① 邵元冲：《经济统制与人力统制》，《建国月刊》11卷3期，1934年9月10日。

② 罗敦伟：《中国统制经济问题》，《实业部月刊》1卷1期，1936年4月30日。

建设方案》，明确表示“国家统制经济思想”，也就是：“中国经济建设之政策，应为计划经济，即政府根据国情与需要，将整个国家经济如生产、分配、交易、消耗诸方面，制成彼此互相联系之精密计划，以为一切经济建设进行之方针。”^①这也表明以自由式经济模式为核心的“民生思想”滑向了以集权式经济模式为核心的“国家统制经济思想”。

（三）民生思想滑向“国家经济统制思想”之原因探究

1. “市民阶层”的缺失难以保障民生思想的发展

达仁道夫曾经启发我们：一场政治革命虽然能改变政治结构、阶级结构，但如果不建立市民社会，靠反映人民意志的立宪是不可能真正实现宪政的。^②以马克思的阶级意识论，这种说法有为资产阶级粉饰的嫌疑，或者至少有所夸大。但从今天的经验来看，市民社会与民主化进程之间确实存在关联性。市场经济要求政治权力式微，要求国家减少干预，要求体现出民主。尽管市场的过程也是一个不断同政治权力相冲突的过程，尽管由于利益所致，市场经济并不能导致民主化的立即实现，离宪政还有一段距离，但只要不对市场力量自由扩张的效力持盲目的信仰，市场经济及其良性发展出来的市民社会，就是孕育民主政治、稳定宪政的保障。正如北美社会早期民主化的真正动因就源于北美经济的发展和中产阶级社会力量的壮大，美国宪政的历程同样也告诉我们较为庞大的中产阶级或者说稳定的市民阶层决定并保障了民主宪政。由此不难得出结论：中国难采美国宪政模式以及难以保障“民生思想”的实现很可能与中国当时的经济发展水平以及相关的社会阶层有关。在这样的背景下，中国也只有依据民生思想的路径创造出类似于美国中产阶级的市民阶层，民国才有采纳美国宪政的可能。

2. “国家统制经济思想”的政治选择改变了民生思想的基本内涵

国家主义的思想 and 理论，表面上看似乎是五四运动爱国和民主精神的延伸，但其实，它是对近代以来资产阶级民族主义思想的极端化。正是由于其极端民族主义、集权主义的性质，它又是对资产阶级自由主义、个人主义思想的背弃，对于资产阶级的生存和发展产生过犹不及的负面影响。而对不同程度和方式的政府干预的期望，从奖励扶持到经济统制，从官营与民营的并

^① 秦孝仪主编：《革命文献》第79辑，台北“中央”文物供应社1979年版，第389、426页。

^② 参见程华：《市民社会与美国宪政的成长》，《法制与社会发展》2002年第2期。

存到大兴国家（垄断）资本主义（又称“国家社会主义”），是否具备实现的基本社会条件，特别是政治制度的公正性及其效率，政治现代化的程度这个问题在统制经济的讨论中被一再提及，并留下“舍本逐末”、“摧残经济”等担忧。这些包含了国富民强愿望的思想理论，尤其是国家万能、中央极权的思想倾向，与充满个人政治军事野心的、封建性浓厚的军阀政权，或是“一党专政”并对异己力量厉行军事镇压的政权（南京政府），二者相结合或者说相嫁接，最后导致官僚资本主义在中国横行。而且，国家干预经济活动的成果是正是负，取决于政府的有效性，如法制是否完备、国家机关工作人员执行政策能力的高低、贪污是否受到遏制等因素。而国民政府时期这些条件都没有达到完备的状态，用忽视程序的代价来实现最终的目的，最后出现被少数官僚资本家垄断的局面也是在情理之中的事。

正是政府采纳了“国家统制经济思想”，最终改变了民生思想的基本内涵。

3. “建构主义”的民生思想在中国缺少社会认同

法律的“建构主义”和“进化论理性主义”是哈耶克关于法律形成的两种路径。进化论理性主义扎根于西方自身文化传统，是社会自然发展演进的结果，是经验的且非系统的自由理论传统，立基于对自生自发秩序发展的认识。与之相对的是建构论唯理主义，它指的是一个或一些先知先贤们预先的理性建构，立基于思辨的及唯理主义的自由理论传统，旨在建构一种事先存于纸面的社会。孙中山将美国宪政思想引入中国政治继而创立民生思想，走的就是建构主义的道路。民生思想的“建构主义”因为与生俱来的水土不服，缺少社会主体的认同，很难在短时间内深化为一种生活方式，更不可能形成一整套与宪政实践相匹配的宪政观念。

(1) 建构式的宪政体制难以深化为一种生活方式

在移植建构宪政的过程中，中国也的确有了被称为宪法的文本。但是，并不是有了宪法文本就一定有宪政，宪法文本的存在不是宪政实现的充分条件，宪法真正能够和宪政形成内在联系的前提是宪法必须具有真正的权威性。“知道”可以通过很偶然的途径获知（如道听途说），而深刻感知的前提在于它和人们的生活有密切的联系，可以成为人们生活经验的一部分。因此，一部宪法如若真正与人们生活相连，真正被作为法来对待和崇敬，就必

须使其与人们的利益密切相关，而这只能通过赋予其司法适用的功能来实现；就必须使其与人们的思维方式、观念想法紧密相符，而这只能通过其自然内生于民众的文化生活或是在长期适用的过程中细密地渗透入大众心理才能达到。显然建构式的宪政体制在中国走的是渗透式的道路，而这道路漫漫无际，且要赶在制度异化之前，不单是中国，从世界范围内来看成功者也是寥寥无几。

(2) 宪法的实施缺少与之相匹配的宪政观念

要使引入的理论与移植的制度在法律移植国如鱼得水、影响深远，要么移植国与被移植国的文化特质相同，要么移植国社会演进到与被移植国相似的程度。中美文化具有很大的差异性，而且，从前面的论述中我们已经知道，中国近代资本主义发展的水平远远没有达到西方国家自然演进时的程度。而之所以在中国引进美国宪政是出于推动国家发展、富强的目的。自旧中国的衰落引起民族自信心的重创，促使人们急于寻求富强之路开始，“师夷长技以制夷”成为最便利的手段，从取法西方的兵器、声光化电之技到师学西方宪政之术，都被国人确认为足以强国富民的“良药”。在这种确信的督促下，一个西方社会发展的“结果”在中国被提升到了“原因”的位置，于是“宪政”被摆到了显赫的地位之上。如此背景导致改革者们多将目光放置于文法的修订上，宪法的制定与宪政观念的培养被割裂开，宪法的实施并不存在与之相匹配的宪政观念，于是宪法一旦适用起来，异化结果便飞速而至。

4. 与民争富的政府行为扭曲了民生思想的发展

近代政治的目的一直是被催促着的富民强国心态，民生亦是如此。中国宪政的目的是“富强”。步入近世的中国最主要的问题是救亡图存，局势的紧迫性促使人们以最实用的态度对强大文化进行学习与取舍，生存危机使人们接受了西方的富强蕴藏在西方的宪政文化与制度之中的观念。

为了实现富强的目的，一代又一代的志士仁人通过各种方式孜孜不倦地追求宪政。清末王韬、郑观应、陈炽、薛福成等人是这种追求之开拓者，他们坚信西方式议会可以集合众议，消除君民之间的隔阂，达到“君民共和”的新型关系，有了这种关系，君民就能彼此协调一致共同促使国家富强，这也是西方诸国可以纵横四海的根本原因。百日维新仍然是以国家的富强为目

的。康梁等人提出以“立宪”代替“祖宗之法”，其出发点也就在于他们坚信专制主义是阻碍中国富强的障碍物，希望能通过宪政的手段扫清阻碍达致富强。

这一时期唯有严复看到了西方文化中蕴涵着的个人自由的精神与西方强盛的关系，而宪政制度能把导源于个人自由的能量整合成决定国家富强的“公共力量”。个人自由、宪政制度与国家富强的关系始终是他所关注的重点，也正是他把前辈的宪政理念发展成为“富强为体、宪政为用”的文化范式。稍后，孙中山领导的革命党人与康梁的立宪派进行了是共和革命还是君主立宪的大辩论，这场辩论的双方实际上有一点是共同的，那就是大家的目的都是促使国家富强，分歧仅在于实现富强目的的途径到底为何。

主动求富的政府行为并没有不妥之处，关键是求富的目的是藏富于民还是藏富于国，是公民主动求富、保障民主宪政还是国家主动求富反而增加了民主宪政的危险。“取法乎上”是孙中山选择美利坚合众国宪政制度的原因，他坚信这种宪政是中国富强的唯一出路，并希望通过宪制的运作建立起以中产阶级为主的、藏富于民的民生社会。

美国宪政的第一核心是民权，是公民主动式的，自然也是藏富于民的道路。著名的《五月花号公约》，表达了民众自治的理念，那就是相信普通人集合在一起，有足够的理性和智慧管理好他们的公共事务。在历史面前，美国最初的制宪者们意识到：权力导致腐败，绝对权力导致绝对的腐败，如果不制定一部制约权力的法律，而仅仅寄希望于执政者的良心和智慧是绝对行不通的。在美国人的心目中，国家是可怕的利维坦。他们的情感起点是个人、家乡，在他们那里，最弱小的个人自由足以与国家利益相提并论。在美国作为个体的公民按照自己的方式自己管理自己，而国家机构及其成员时刻处在公民的监督之下。这就是人们说的权利制约权力的机制，是公民主动式的。

中国的民生思想，走了一条结果主义的思路，是政府主动式兼具有强烈的政治目的。民生所显示的藏富于民、富国强民是中国宪政“富民”的目的，然而移自美国但又缺乏经济基础的宪政制度在推行的过程中仍然未得到发展自由经济的体制满足。孙中山在制定经济纲领的过程中，对实行自由式还是集权式经济模式态度模糊，使得宪政的上层建筑同其经济基础脱节。尽

管支撑孙中山行宪的信念就是要使中国走向富强,但是采用什么样的经济模式则并不是他考虑的重点。与宪政相配套的自由经济既然未蓬勃发展起来,近代中国又缺少稳定的能够以自身经济实力左右社会的阶层,中国的民众就不具备推动宪政进步的力量。因此,我们总是能够在孙中山的言论和著作或是他颁布的政策、法律中强烈地感觉到一种自上而下的贯彻落实的精神。民众既无能力,则政府只能孤立地行进,这样最终导致后来民国时期资本主义发展为国家资本主义、官僚资本主义。

5. 社会利益多元化表达机制的缺失,阻碍了民生思想的发展

孙中山民生思想的本质在于经济权利上的基本平等和消费资料分配上的大体平均。从自身的贫苦经历和在欧美的切身体会出发,孙中山对资本家无疑没有太多好感,相反他对贫苦大众却怀有深切的同情,这导致了他为社会大多数穷人谋平等幸福的真诚愿望。同时,孙中山又是一个绝对的爱国主义者,他不能容忍自己的国家长期蒙受落后贫困,任人欺凌,因此他选择了国家社会主义,因为在他看来,只有这种主张既能保证国家拥有抑制私人资本的能力和实现平等分配的可能性,又能不损害经济的发展。

尽管孙中山的思想中有强烈的学习美国先进宪政的主张,但是由于跳不出中国传统观念的框架,在利益多元和大同之间他选择了大同,“民生思想”也最终滑向“国家统制经济思想”,宪政的理想更无法实现。

二、美国联邦制思想对中国近代宪政的影响

(一) 晚清中央政府的“地方自治思想”

“地方自治思想”中“地方自治”一词即出自西法联邦制。地方自治实为美国联邦制双重主权模式下的地方权力运作体系。由于体制原因,清朝官方引鉴西法,自然不会糊涂到推崇联邦制。但是晚清于联邦主义中看中了“地方自治”的表述。由于19世纪中叶太平军和其他反叛引发的危机,省级政府突然获得了许多临时性地方权力,使得地方实力派崛起,他们在倾向立宪的同时也主张实行地方自治。出使俄国的大使胡唯德以及谕派考察外国宪政的五大臣、出使法国的孙宝琦、刑部侍郎沈家本等都在立宪折奏提出地方自治的主张。直隶总督袁世凯、两江总督端方等人,更在治下率先试办地方自治。

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》云：“宜先举行者三事……二曰布地方自治之制。今州县辖境，大逾千里，小亦数百里，以异省之人，任牧民之职，庶务丛集，更调频仍，欲臻上理，曷乎其难。各国郡邑辖境，以户口计，其大者亦仅当小县之半，乡官恒数十人，必由郡邑会议公举，如周官乡大夫之制，庶官任其责，议会董其成，有休戚相关之情，无扞格不入之苦，是以事无不举，民安其业。宜取各国地方自治制度，择其尤便者，酌订专书，着为令典，克日颁发，各省督抚分别照行，限期蒇事。”^①

1906年端方《请定国是以安大计折》云：“定国是六项……五曰，定中央与地方之权限。中国各省疆臣，其权力较各立宪国之地方长官为大，此因土地过广，交通不便。若行中央集权之制，则中央统治之力终不能及，而国事反将坐视不理。故欲将一切之权集于中央，实非中国今日之所能行。然其权限，则决不可以不定。盖法治国与人治国之所以异者，一切权限有无法律之规定，亦其最重要者也。凡事无论大小，职无论轻重，皆必各有一定之权限。于其权限之内，可以自由行动，而后万事皆可著手，无牵掣难行之患。今中国则不然，各种行政机关之间，其权限皆无一定，即责任皆无一定，惟视事之来时因宜而与夺之。即如中央各部臣与各省督抚臣，皆为一国重要职司，然其间并无一定之权限，因而一切外交、内政，其相因倚之益甚少，而相牵掣之害甚多。国中之事，因此废弛者，不知凡几。此非参酌各国官制，何者属于政府，何者属于地方，明定权限，必不足以为治。然地方行政不仅官治，又有自治。地方自治制度中国所无，而各立宪国皆有之，亦不可不使于此预备立宪时代中先行演习。”^②

1907年9月，编纂官制的大臣正式通电各省督抚，要求“每府县各设议事会及董事会成立后，再推广设城镇乡各议事会、董事会，由人民选举各城镇乡长等自治机关。以上均受地方官监督”^③。至此，实行“地方自治思想”因政治局势的推动终于成为晚清政府实行政治体制改革总体方案的一个

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第1页。

^② 端方：《请定国是以安大计折》，《端忠敏公奏稿》卷6，光绪三十二年七月初八日（1906年8月26日）奏稿。

^③ 《内务》，载《东方杂志》第4年第8期。

重要环节。同时,清政府谕令“民政部妥拟自治章程。”1909年1月28日清政府正式颁布《城镇乡地方自治章程》^①,1910年2月3日颁布《京师地方自治章程》和《京师地方自治选举章程》^②,6日又颁布《府厅州县地方自治章程》和《府厅州县议事会议员选举章程》。至此,地方自治制度初立规模。

(二) 晚清各派政治势力的“地方自治思想”

康有为于1902年指出:地方自治是强国之道、立国之本,欧美各国之所以能够“横于大地,剪灭东方”,日本明治维新以后之所以能够“骤强”,俄国与中国同为专政政体,但也“强弱异”,原因在于它们实行了地方自治,其“举国之公民,各竭其力,尽其智,自治其乡邑,深固其国本”。中国所以“败弱”,原因在于“官代民治”,因此救中国之道“听地方自治而已”^③。

立宪派的重要代表张謇等,则直接要求仿照日本设立府县议会,所谓“立宪基础,首在地方自治”^④。各方如此之誉其实避开了利害的焦点,勉力遮掩清王朝真正的风险,使中央失势合法化,符合联邦制的走向。

梁启超将自治与民权相连,认为地方自治是伸张民权、实行宪政的基础。在1902年《新民丛报》上,他发表了《民约论钜子卢梭之学说》^⑤,介绍了西方的联邦制。1903年游历美洲,他对美国政治制度的许多方面都有所批评,但特意亲身探询美国联邦制,对其褒奖有加,认其联邦制是美国政治的一大特色,是“共和政体所以能实行能持久之原因也”^⑥。由此可见,即便身为保皇派的梁启超本人,也已经由自治之主张走向了联邦制。

革命派从“地方自治”出发,所演绎的方针更是为清王朝所不乐见。1894年,孙中山创建兴中会时提出的“建立合众政府”的政纲,即明确提炼出美国式联邦制国家的理想,在这一理想的背后则是“人群自治为政治之极则”的思想和各省设立“自治政府”的主张。

在晚清统治的最后十年中,地方自治的倡导者们把乡土之情放入联邦主

① 参见朱寿朋:《光绪朝东华录》,第5742页。

② 这三个章程分载于光绪三十四年十二月二十八日、宣统元年十二月二十三日、宣统二年正月初八的《政治官报》。

③ 康有为:《公民自治篇》,《新民丛报》第5、6、7期。

④ 张謇:《预计地方自治经费厘订地方税界限应请开国会议》,见《张季子九录·自治录》。

⑤ 参见《新民丛报》第11、12号,1902年6月。

⑥ 董四礼:《晚清巨人传:梁启超》,哈尔滨出版社1996年版,第450页。

义宪法理论之中，巧妙地将省自治与人民主权结合在一起，并以此大声喊出了不同于中央集权统治的声音，构成了对清王朝的真正威胁。晚清虽然努力将“地方自治”放在封建传统的叙述结构中阐释，但到底抵不过联邦主义。借由“地方自治”，联邦制思想在中国近代宪政历程中渐渐显身。

（三）南京临时政府时期的联邦制讨论

辛亥革命爆发，各省纷纷独立，这一阶段，联邦主义在中国正式显山露水。如：山东在宣布独立之前，各界联合会曾向巡抚孙宝琦提出八条要求，孙氏代奏清廷，其中一条便为“宪法须注明中国为联邦国体”。最终山东咨议局向清廷提出的八条建议，最后四条的内容为：宪法须注明中国为联邦政体；外官制和地方税皆由本省自定，政府不得干涉；咨议局章程即为本省宪法，得自由改定之；本省有练兵保卫自治之自由。^①

黎元洪在武昌都督府担任都督后，为争取各省的支持，在邀请各省派遣代表到武昌协商的电文中，也强调“建立联邦国家，作为对外交涉”的主张，以争取各省的支持。^②

孙中山则发表谈话：“中国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，于政治上不宜于中央集权，倘用比美联邦制度，最为相宜。每省于内政各有其完全自由，各负其统御整理之责；但于各省之上建设一中央政府，专管军事、外交、财政。则气息自联贯矣。”1912年1月1日，孙中山就任中华民国临时大总统，在就职宣言中，他又阐述道：“国家幅员辽阔，各省自有其风气所宜。前此清廷强以中央集权之法行之，遂其伪立宪之术；今者各省联合，互谋自治，此后行政，其于中央政府与各省之关系，调剂得宜。大纲既挈，条目自举，是曰内政之统一。”^③ 这里，孙中山强调应重视各省的自主权力，重视中央与各省之间的权力平衡，其中“大纲既挈，条目自举”更是体现了联邦制国家中央与地方权限划分的一般特征。与此相应，1911年至1912年诞生的《中华民国临时政府组织大

^① 参见全国政协文史资料研究委员会编：《辛亥革命回忆录》第5集，文史资料出版社1981年版，第294页。

^② 参见谢俊美：《政治制度与近代中国》，上海人民出版社1995年版，第277页。

^③ 《孙中山全集》第2卷，第2页。

纲》、《中华民国临时约法》、《中华民国国会组织法》都以省为单位分配投票权和参议员名额，尤其是《中华民国临时政府组织大纲》，在总统选举和参议院的组成上即为联邦总统制，实质上采纳了美国联邦制的某些思想和制度，因而被学者认为“颇具联邦制之色彩”。

（四）民国北京政府时期局限于学者讨论中的联邦制

民国北京政府时期，联邦主义倒是在“墨水瓶中掀起波澜”，联邦主义正式引起了思想敏锐者的注意。学者们围绕联邦制问题展开了一场笔墨交锋，此等交锋虽然出于对中国现实政治的关注，研究的目的是“经世致用”，但在本质上仍属于学术研究和理论探讨的范畴，思考比较理性，对各自的观点和立场也更加执著。例如，章士钊力言：故窥现今之大势，莫如各省先行自图自立……然后公议建立中国全部政府于各省政府之上，如日耳曼联邦，合众国联邦之例，即谓全中国自立可也。1914年，他在《甲寅杂志》上以秋桐的笔名发表文章，强调联邦制的真正障碍是中央集权国家的历史传统或对此传统的认识。直言从前（是否有）独立的国家并不是建立联邦制的民族国家的前提，（像中国这样的）中央集权制的国家能够、而且应该改造成联邦制的国家，以为组织联邦，邦不必先存于国，“单一国之转为联邦，绝无不合法之处”。有鉴于此，他坚持不同意所谓凡联邦者必先邦而后国的“通例论”，也不放弃“联邦”一词，以此表示不向中央集权制的传统意识形态投降，不向其自我宣称的命名权妥协。

当时，学界提出了联邦制中的一个重要问题，即分权政治的问题。首提者是李其荃。他在1914年7月的一篇文章中写道：“欲谋统一而摄内乱，非有强有力之政府，必不可能固也。故谋统一可，因统一而谋集权则不可。盖以事理言之，吾国定制之宜偏分权，良不易之理也。”^①但对怎样才能建立一个集权与分权的统一体，李氏并没有从理论上加以详尽的论证和说明。

从理论上对这一问题详加以发展的是张东荪和丁佛言。张氏鉴于民国以来的政治混乱，主张“以英美之自治精神提倡于我，而不可以大陆派之帝制精神移植于中国也”。他认为“中国欲图存且强，则非采用英美派之自治不

^① 李其荃：《论中央集权与地方分治》，《中华杂志》第1卷6号，1914年7月。

为功”，“以自治精神为今日解决地方制之终极问题之匙”，强调联邦制之精神在自治，但目前的中国只宜采用联邦制的精神。^① 丁氏认为，中国国情的特别色彩和国基在于地方各省，如能“合各地方为国家之意思以成国家，则建设巩固；集地方势力以监督政府，则政治改良”，故而健全的中国政治体制务必在制定宪法时充分注重中央与地方之权限，其大要是中央取列举主义，地方取概括主义。^② 张、丁之说迅速受到国内思想界的高度重视。章士钊认为，张东荪的文章“甚有价值”，“实是一篇联邦论也”；而丁佛言的文章“其言多可称”，亦为“一绝明无翳之联邦论也”^③。

（五）联省自治运动中的联邦制讨论

1920年前后，关于联邦制的争论已经与来自实际政治中的地方制度问题、宪政问题、联省自治等联系在一起，有关联邦制与自治，联邦制与宪法研究等方面的论文纷纷问世：《太平洋》杂志第三卷的“联省自治专号”、《改造》杂志第三卷的“自治问题研究”与“联邦问题研究”两个专号以及《东方杂志》连续两期的“宪法研究专号”等刊载了大量的这方面的长篇文章。蒋百里的《同一湖谈自治的一封信》、蓝公式的《我的联邦论》、章士钊的《造邦》、李剑农的《民国统一问题》、孙几伊的《自治运动与联邦》和《制宪问题的理论和实际》、宗协万的《宪法应采联省民主制》、陈启修的《我理想之中国国宪及省宪》等是这一时期影响较大的文章。^④

这一阶段，学界对于联邦主义的讨论空前热切，其热切程度与1920年政局上的联省自治运动密不可分。联省自治号为联省，实乃联邦，之所以弃联邦之说而取联省自治，是国人为免分裂之名。因而在名称上作了巧妙的改动。联省自治一词产生于1920年9月，一般认为出自张继，他在回忆中写道：“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。”^⑤ 章太炎自订年谱对此加以证实：“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……”

① 参见张东荪：《地方自治之终极观》，《中华杂志》第1卷7号，1914年7月。

② 参见丁佛言：《民国国是论》，《中华杂志》第1卷9号，1914年8月。

③ 秋桐（章士钊）：《联邦论》，《甲寅杂志》第1卷第4号，1914年。

④ 参见王丽萍：《联邦制与世界秩序》，北京大学出版社2000年版。

⑤ 《张溥泉先生回忆录·日记》，第21页。

会溥泉自欧洲返，余为言近事……溥尔为易各曰：联省自治。”^①

联省自治运动于1920年7月由湖南首先发动，很快波及全国，浙江、云南、四川、广东相继制定省宪，其他如湖北、福建、陕西、山西、贵州、江西、江苏等省也积极酝酿制宪自治。1920—1925年之间，联邦之说如火如荼，盛况空前。

《国民党宪法主张全案》虽称：“取联邦制之宪法。其不可有二：联邦之事实发达未熟，不便强造，减民国团体之力，一也；联邦制束缚国权，不能圆满活动，与现时政治状态不适，二也。故取单一国主义。”但究竟挡不住各省自治之事实，不久，孙中山接受了章太炎的建议和主张，并在1921年1月的《统一南北意见》中，表明他本人正“亟亟从事于联省制”，并将以“余之所持之联省制”^②作为上海和会与北京谈判的“两大条件之一”。8月，孙中山通电各省军政长官，建议于9月1日在广东举行“联省政府代表会议”，以此寻求正在兴起联省自治的西南各省的支持，以与北京政府抗衡。孙中山在《统一南北意见》中还提出，北京政府如果不接受他的“联省”要求，他将以南方统一北方。另外，孙又针对中华民国成立后的“省制问题”以及1920年以后的“自治运动”在1921年5月5日《就任大总统职宣言》中提出了“分县自治”的主张，主张在中央与地方的关系上，中央要分权于各省，各省又要分权于各县，使地方自治与国家统一相结合。^③

1922年3月在上海还召开了国是会议，希望以联邦制形式将自治联合起来。此会由全国商会联合会和全国教育联合会发起，出席者有各省省议会、各省教育会、各省商会、各省农会、各省工会、各省银行公会、各省律师公会、报界联合会之代表。会议由著名宪政专家张君勱执笔，起草通过了两个联邦宪法草案并向社会公布，是推进联邦的典型努力。

（六）民国南京政府时期联邦制构想的式微及原因

1. 民国南京政府时期联邦制构想的式微

广州国民政府北伐占领湖南后，湖南省的自治即被取消，省议会解散；其他各省的自治运动同样也被迫终止。

① 《章太炎年谱长编》下册，中华书局1979年版，第600页。

② 孙中山：《统一南北意见》，《孙中山全集》第5卷，第453页。

③ 参见孙中山：《就任大总统宣言》，《孙中山全集》第5卷，第531页。

1928年，中国进入训政约法时期，颁布《中华民国国民政府组织法》，第一章第1条规定：国民政府统揽中华民国之治权。虽然第六章“规定中央与地方之权限，条约权制度”，但第78条“省置省政府，受中央之指挥，综理全省政务，其组织以法律定之”，联邦之意荡然无存。因为“何者为中央之权，何者为地方之权，并无列举……其与地方权限之分，可随时以法律决定之。且地方之权，亦势必受自中央，法律予夺之要，全在中央，单一国家所应有之制也”^①。

一党专政与联邦分权精神势如水火，此时，大集权的党政一体成了联邦主义的最大阻碍。1932年3月17日，国民政府公布了《国难会议组织大纲》，接着，国民政府又公布了《国难会议议事规则》，规定国民党中央执行委员、监察委员、国民政府五院院长及所属各部委之部长与委员长均得出席会议。第21条为：“本会议设置下列各审查委员会：一、御侮；二、救灾；三、绥靖。”这一条的用意就是将会议议程牢牢圈定在指定的三项内容的范围以内，绝不接受其他提案。然而，会议参加者们抓住这不多的机会，在会期仅有5天的国难会议上作出决议，要求政府应切实办理地方自治，如期结束训政。此议很快遭到指摘，国难会议结束后，时任行政院长的汪精卫和监察院长于右任等连续于5月3、5、6日在各报发表讲话，以放弃训政将危害党国为忧，痛斥地方自治。

至1936年，“五五宪草”出台。基本制度是确立国民党一党专政和蒋介石个人独裁。“五五宪草”第90条明确规定：省设省政府，执行中央法令，及监督地方自治。第99条：省政府设省长一人，任期三年，由中央政府任免之。立法院院长孙科1940年关于此宪草的说明可做注解：“首先：……自治单位为县，而不在省，所以省的性质，实为中央行政区，执行中央法令，监督地方自治，其性质及作用，均系代表中央政府……其次，十年来实际政治经验，省自为政，或军人在地方上掌握政权军权，形成一种半独立状态，乃至妨害国家统一。所以在抗战之前，中央最费力者，在先求国家的统一，消灭一切足以使地方成为半独立状态，形成割据局面的条件。经十余年的教训，中央同人认为国家应绝对统一，既要绝对统一，则不能让地方权力过分

^① 《训政约法内容之说明及批评》，见陈茹玄：《增订中国宪法史》，上海世界书局1947年版。

发展，重蹈覆辙。”^①

抗日战争胜利后，国共重庆和谈，签订了《国民政府与中共代表会谈纪要》（即双十协定）。在此会谈纪要里，双方同意各地应积极推行各地方自治。此后，在政治协商会议上，中间党派指责“五五宪草”削弱各省特殊势力、集权于中央的做法，通过“宪法草案案”之决议，对“五五宪草”进行了重大修正。政协宪草修改原则最后确定“省为地方自治的最高单位”，“省于中央权限之划分依照均权主义之规定”，“省长民选”，“省得制定省宪，但不得与国宪相抵触”。寄望实现均权主义下的地方自治，既使地方自治得到保障，又使“中央的权力受到制约”，从而勾画出一幅国家权力之间纵横交错的立体制衡的网络。然而此案已是联邦主义的强弩之末，国民党当局对联邦主义向来不遗余力地打压，而且成效显著，没有给联邦主义留下实现的机会。联邦制虽一时喧嚣，于国民政府时期却只余微澜。

2. 民国南京政府时期联邦制构想式微原因分析

首先，民主时期联邦制度已经演变成单一国家集权下的地方自治制度。这种制度其实是精英治理和领导下的政治，尤其表现在省辖下之民主政治，即省在省辖下的地方内部有效培养自己的代理人以实现政权合法化建设。这种地方政府主导下的自治类型，需要基层官僚的配合以及民众知识的积累和思想层面上的觉醒等因素发挥积极的作用。然而正是因为这些因素的缺失，预示着联邦主义制度在中国的运用必然只能束缚于中国传统政治运作的机制上。

其次，当时的中国，对于联邦制国家下中央和地方权力的划分也根本没有触及权力运作的原理上来，只是简单地把政府的治理范围（限于省或者一国范围内）作为一个重要的分权指标。这一思想反映到现实中就是军权的地方化和省级人事权的扩大，这严重威胁了中央的权力，也是中国的联省自治走向“武人割据”以至最终破产的重要原因。

三、有关总统制构想在中国的遇冷、异化及其原因分析

鉴于总统制的思想与晚清政府时期所采取的君主立宪思想格格不入，在

^① 杨纪：《宪政要点》，台北文海出版社1981年版，第38—46页。

这一时期总统制构想必然受到冷遇。总统制构想仅存于学者的讨论中，如魏源的《海国图志》、丁韪良 1860 年在上海督理美华书局时翻译的惠顿的《万国公法》之“首领行法之权”（行政权）、1881 年《万国公报》第 55 卷开始间断性连载的林乐知的《环游地球略述》、中国人写的第一部美国游记福建人林鍼所著《西海纪游草》、1877 年李圭游历美国时参加费城世界博览会后所撰的《环游地球新录》、徐继畲系统介绍泰西诸国特别是美国风土人情与政治制度的《瀛寰志略》等。

（一）中华民国临时政府时期革命派的总统制构想

1911 年，辛亥革命促成了社会剧变。湖北军政府在清廷处于土崩瓦解之时，用首义资格通电全国各省，要求各省派代表到武汉举行会议组织临时中央政府。11 月 30 日，代表们集会于武汉，制定并通过了《临时政府组织大纲》。从该宪法性文件中，可见革命派在中国尝试总统制之端倪。

《临时政府组织大纲》本身是政府组织法，但它却具有临时宪法的特殊性质。它规定“施行期限，以中华民国宪法成立之日为止”。它反映了这一时期革命派的总统制思想就是要以美国国家制度为蓝本，确立临时政府为总统制共和政府，实行三权分立的政体原则。《大纲》的主要内容如下：第一，临时大总统和副总统由各省都督府代表选举产生，每省只有一票。大总统既是国家元首，又是政府首脑。总统的权力是：统治全国，统帅海、陆军；经参议院的同意，有权宣战、媾和、缔约等；经参议院同意，有权任用各部部长及派遣外交专使；经参议院同意，有权设立临时中央审判所。在临时大总统之下，分设各部，部长为国务员，辅佐大总统办理各部事务，并对总统负责。第二，参议院是行使立法权的机关。由各省都督府委派三名参议员参加。第三，临时中央审判所为行使司法权的机关，由临时大总统取得参议院的同意后设置。在《临时政府组织大纲》的修正案中，对总统的权力进行了修改：原第 1 条改为“临时大总统副总统皆由各省代表选举之，以得票满投票总数三分之二以上为当选。代表投票数，每省以一票为限”。第 5 条改为“临时大总统得制定官制官规，兼任免文武职员。但制定官制官规，及任命国务各员及外交专使，须得参议院之同意”。第 6 条后增一条，为“临时副总统于大总统因故去职时，得升任之；如大总统有故障不能视事时，得受大总统之委任，代行其职权”。

《临时政府组织大纲》仿效美国，采用总统制，历经了种种对抗和质疑，在万千争议中坎坷出生。与之对抗最有力的是责任内阁制的设计。以宋教仁为代表的一部分资产阶级革命派，是仿效法国建责任内阁制的有力主张者。他们希望由革命党人出面组阁，借以扩大与巩固革命党人在政府中的权力和地位。对此，孙中山表示反对，他说：“内阁制乃平时不使元首当政治之冲，故以总理对国会负责，断非此非常时期所宜。吾人不能对于唯一置信推举之人，而复设防制之法度。余亦不肯徇诸人之意见，自居于神圣赘疣，以误革命之大计。”^① 孙中山又说，辛亥革命后，各省纷纷独立的形势，有如当年美国十三州脱离英国殖民统治而独立的情况，故可仿效美国。最终这种意见占了上风，得到了除宋教仁以外的全体人员的同意，于是决定采取总统制。

这一时期，总统制开始进入中国主流政制，但尚未能顺畅运作开来。而且，孙中山对“唯一置信推举之人”不“复设防制之法度”的态度，和美国总统制的精神恰恰完全背离，不过得一总统之名，不过得一庞大之行政权力，人治之阴影不得摆脱，集权之魑魅不得防治，终于导致在袁世凯欲要崛起之时，《临时约法》向宋教仁力主的责任内阁制转变。

（二）《中华民国临时约法》中体现的总统制构想的式微

1912年1月1日，南京成立临时政府，诞生资产阶级民主共和国。1912年3月11日《中华民国临时约法》颁布，中国宪政自此进入一个新时期。由于袁世凯即将盗取革命果实，《中华民国临时约法》的最大特点就是：努力更改《临时政府组织大纲》确定的总统制，向责任内阁制转变。因而，在《临时约法》的宪政设计中，屡屡可见糅杂混合的痕迹。

事实上，孙中山在当时主持制定《临时约法》的指导思想很明确，一方面他在《中国问题的真解决》一文中表示“我们要仿照你们（指美国）的政府而缔造我们的新政府”；另一方面又要结合中国实际，即特定的历史条件，以法律限制袁世凯的擅权，以防其图谋不轨。因此，最终未坚持总统制的原意，对政制采取相应变动，引入内阁，旨在削弱总统的大权，预防袁世凯的独裁专制，希望能够保障共和制度不遭废弃，以维护民国的命运。从政治制度上说，这种初衷最突出的表现就是用“内阁制”代替南京临时政府的“总

^① 蔡寄鸥：《鄂州血史》，龙门联合书局1958年版，第163页。

统制”。这种用心在条款的字里行间明显地反映出来，就是扩大参议院的职权，缩小大总统的权力，国家事务由内阁负责，总统发布任何命令均须得到国务员的同意和副署，否则无效，并且规定任何国务员须由参议院同意，这就意味着内阁对参议院负责，而不对总统负责，所以总统实际上并无多大的权力。这在当时的国外刊物上也有评论，认为：“限制总统之处甚严……袁大总统已渐入荆棘之中，殊不易排除矣。”

制定《临时约法》之时，中华民国还处于襁褓之中，在中央机关的组织形式上就有总统制和内阁制的争论与更迭，其致命弱点在于着眼个人的因素太多，或者说是因人设事。例如在起草《临时政府组织大纲》时，就有孙中山力主总统制与宋教仁坚持内阁制之争，有人为此而攻击宋教仁，认为他图谋当总理，于是以孙中山的胜利告终；而草拟《临时约法》则是在孙中山将让大总统职位于袁世凯的历史背景之下，可谓因人而异。可以想见，若是孙中山不让位，则总统制是不会改变的。后来的历史也证明了这种由“总统制”到“内阁制”的变动并未给袁世凯造成牵制。

（三）独裁统治下的总统制构想的异化

1. 独裁统治下的总统制思想异化的表现

袁世凯上台伊始，破坏宪制以扩大个人权力。“责任内阁制”作为其眼中钉，自然首当其冲。1912年6月，他“电达宣誓”、“谨守宪法”的墨迹未干，即悍然不顾《临时约法》中关于总统颁布命令必须国务员副署的规定，任命其亲信担任地方大员。1913年《天坛宪法草案》尚且与《临时约法组织大纲》、《中华民国临时约法》之间具有继承的关系，都是孙中山及革命党人为建立民国、限制袁世凯独断专权而制定的，其中对大总统职权的规定虽有少许变化，但从整体上看，这是对宪法中总统规定的完善，实则并未扩大总统的权力，都秉承着总统行使权力要受参议院或国会约束的宗旨。同时，《天坛宪草》还对总统的任期作了明确的规定，进一步规范了对总统的限制。而1914年袁记《中华民国约法》出台，则标志着总统制徒有其名、走向异化。全文计68条，杂采美国、日本及欧洲大陆各国宪法中最偏重行政之条文，再加以别出心裁、独自创作之集权制度，以实行其“一人政治”主义。如确定元首制，大总统只对国民负责，仿美制者也。大总统总揽统治权，统率全国海陆军，独握宣战媾和大权，并有发布命令及与法律有同等效

力之教令等权，则仿日制者也。大总统经参议院之同意，有解散立法院之权，则仿法制者也。人民自由权利统受议院法律之限制，则仿英制者也。至于大总统对于立法院议决法律之否认权，几乎为绝对的，其效力之大，远过美国总统之否认权，而等于旧德意志皇帝之以“不公布”方法可完全取消国会一切法律案者也。

九年后，北洋军阀的后继者曹锟的“贿选宪法”也规定：中华民国之行政权，由大总统以国务员之襄赞行之；大总统公布法律，并监督确保其执行；大总统为执行法律或依法律之委任，得发布命令；大总统任命文武官吏；大总统为民国海陆军大元帅，统帅海陆军；大总统对于外国为民国之代表；大总统经国会之同意，得宣战；大总统缔结条约；大总统依法律得宣告戒严；大总统经最高法院之同意，得宣告免刑、减刑及复权；大总统得停止众议院或参议院之会议；大总统于国务员受不信任之决议时，非免国务院之职，即解散众议院；大总统除叛逆罪外，非解职后，不受刑事上之诉纠。其内容源于袁记宪法，抄袭天坛宪草，特点是在民主的伪装之下实行军阀独裁。因为它想要平息人民对贿选的反抗，以及对袁世凯称帝和张勋复辟的反对态度，不得不在形式上借用资产阶级宪法中有关民主的条款，所以条文上规定：“中华民国永远为统一民主国”，“中华民国之权，属于国民全体”以及“国体不得为修正之议题”。而且在对大总统的规定中，以国会对总统形成表面制衡。但是它师承袁记约法，规定了大总统总揽民国的行政权并为陆海军大元帅，大总统有权“停止众议院或参议院之会议”，并有权解散众议院，这就从法律上确认了行政专横，压倒议会民主。

民国政府的两部著名的宪法性文件《五五宪草》和蒋记《中华民国宪法》同样是顶着西方宪制中总统制的美名，行集权之实。《五五宪草》关于总统那一章完全是从袁记约法中抄袭而来，不啻是袁记约法的翻版。而蒋记约法，其中规定总统权力至高无上，不向任何机关负责，将国民大会放在总统装饰品的地位，将五院异化为总统的附属物和个人独裁的执行机关。总统制思想中的分权制衡之精神荡然无存，总统一词反而为独裁专政提供语词载体，是中国宪政近代化的倒退。

2. 总统制最终在中国异化之原因分析

首先，权力的分立与制衡缺失。

中国自引进总统制以后，国家的三大权力分支从未稳固地互相制衡过。《临时政府组织大纲》是中国第一个宪法性文件，其中明确规定中国实行总统制，实行三权分立的政治原则。然而在其后的宪法中，可以清楚地发现总统行政权急剧膨胀。如后来的袁记《中华民国约法》中就对总统的权力作了很大的调整，不但规定总统任期十年，而且可以连任至无限期，实际上是一种总统终身制。这部宪法将总统的世袭制和终身制用法律的形式确定下来，极大地扩大了行政分支的权力，使立法、司法、行政三权处于不平衡的状态。这种状况其实始自在孙中山手中通过的《中华民国临时约法》，由于政治目的和局势的影响，立法者对宪法上国家权力的配置已开始模糊、不平稳。自始缺乏推行总统制的正确态度，总统制成了政治家手中的工具，而不是通过总统制真正实现权力分立和制衡，以此来保证宪政国家对于人民权利和自由的促进。

其次，不存在限制总统权力的“双重主权”。美国联邦制的重要特征就是三权分立与双重主权^①概念相结合。这种结合既支持了联邦政府内制约平衡制度的发展，又支持了联邦政府和州政府之间的制约平衡制度的发展。从联邦制下各州对于中央政府权力的分权制约里，在中央政府内实行个人集权的总统制获得了合理性。这种地方政府和中央政府行政权力的合理配置既限制了总统权力过多干涉人民的自由和权利，又给予地方政府以充分的行政权来实现对自治区域内人民权利和自由的保障。

^① 双重主权就是指中央政府和地方自治政府具有独立的行政权力的存在，而这两种行政权力的存在既有分工也有合作。

第三章

日本宪法学对中国宪法学说的影响

中国宪法学的百年史虽然不能说由日本宪法学在清末的输入开始，但日本宪法学在清末的输入的确发挥了独一无二的作用，日本宪法学在清末的输入，推动了中国法学，特别是中国宪法学的发展进程，它为中国宪法学的产生奠定了最基本、最重要的基础，历史虽然久远，但其影响至今犹存。客观地认识那一段输入的历史，仍不乏其现实的意义。

第一节 日本宪法学在清末鼎盛的原因

日本学习中国文化的历史十分漫长，即使到了近代，这一过程仍未结束。一直到1887年，日本还曾将许多中国的汉译西方著作（如《海国图志》、《瀛寰志略》、《万国公法》等）翻译成日文，通过中国来学习西洋文化。但这一过程很快就峰回路转，变成了中国学习日本、并经由日本来学习西方，实现中国的近代化。那么，为什么会选择日本作为学习对象，为什么会输入日本宪法学，并形成了日本宪法学擎天一柱的格局呢？

就其政治动因而言，清朝政府和社会对日本以一“蕞尔小国”而雄霸一方深有感触，而日本因其明治宪法而强大，且维护了天皇的权威，故而对日本宪法心向往之。维新志士梁启超曰：“夫政法者，立国之本也。日本变法，则先其本，中国变法，则务其末，是以事虽同，而效乃大异也。故今日之

计，莫急于改宪法；必尽取其国律、民律、商律、刑律等书，而广译之。”^①而日本方面也主动与清政府交好，保全并发展清国，主动输出其法政文化，以抗衡西方的侵蚀。

另外，两国国情民情的相似性，换言之，实施宪政或欲实施宪政的社会背景的相似性，也是清末大量输入日本宪法学的重要原因。两国都有较为明显的国家主义倾向，尊重皇权的文化传统根深蒂固；两国均遭受外来的侵略，学习西方、“富国强兵”成为共同的使命，然而，在船坚炮利之后仍然一败涂地，不得不寻求制度支持的转换；两国同属于东方文化，西方文化掺杂于炮火之中席卷而来，如何消解不同文化之间的冲突，日本已经走在了前面。

除去政治动因和社会背景的相似性之外，推动日本宪法学在中国的传输的重要因素便是文化的原因。同样可以征引梁启超的话来予以说明：“日本与我为同文之国，自昔行用汉文，自和文肇兴，而平假名、片假名等，始与汉文相杂厕，然汉文犹居十六七。日本自维新以后，锐意西学，所繙彼中之书，要者略备，其本国新著之书，亦多可观。今诚能习日文以译日书，用力甚鲜，而获益甚巨。计日文之易成，约有数端：音少，一也；音皆中之所有，无棘刺扞格之音，二也；文法疏阔，三也；名物象事，多与中土相同，四也；汉文居十六七，五也……以此视西文，抑又事半功倍也。”^②也正是基于这种便利，留日学生日增，翻译的日文图书日增，日本宪法学的影响也日益扩大。

基于上述原因，清末在主动引进、吸收日本宪法学，而其时其他国家宪法学的输入远不如日本，则形成了日本宪法学一派独大的格局。清末最早留学的并非日本，第一批留学的当属留学美国的容闳，之后清政府又派出了120名幼童留美，但影响甚微。一者年龄小，流弊多，也难以产生即时的影响，而仅有唐绍仪在日后的政法界是比较出众的。二者留学学习多为理工科，也无法在公法领域发挥作用。清政府也派出了留法、留德、留英等的学生，但基本上都是学习船政、机械制造、军事技术等。而日本之外的国家对华政策不如日本积极，也缺乏传输宪法学等知识的热情。故而，日本之外的

^① 梁启超：《变法通议·译书》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之一》，第69页。

^② 梁启超：《变法通议·译书》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之一》，第76页。

其他国家宪法学虽然在清末也存在,但影响甚微,而且有不少是通过日本的译本而发挥影响的。如此,日本宪法学当仁不让地成为绝对的主导。

第二节 清末输入日本宪法学的途径

日本宪法学传入中国有三大基本途径,第一是大批留日学生的译介,第二是日本教习来到中国讲学,第三是清朝官员的访日考察、日本官员在中国的游历,都与日本宪法有一定关联,也产生了一定的影响。

一、留学生的译介

中国的留学史虽非自日本始,却是以日本为盛。官派留学日本肇始于1896年,当年清政府派出十三名学生前往日本学习。^①之后经张之洞等人极力提倡,而成就空前绝后的盛况。时任湖广总督的张之洞说:“至游学之国,西洋不如东洋:一路近省费,可多遣;一去华近,易考察;一东文近于中文,易通晓;一西书甚繁,凡西学不切要者,东人已删节而酌改之。中东情势风俗相近,易仿行,事半功倍,无过于此。若自欲求精求备,再赴西洋,有何不可?”^②在1906年留日学生数量达到最高峰,一年之中有八千至一万人留学日本。留日学生章宗祥(东京帝国大学)、陆宗輿(早稻田大学)、曹汝霖(中央大学)等在传播日本宪法学方面作出了重要的贡献。他们不仅仅将日本宪法学翻译介绍到中国,而且还将理论应用于实践,在一定程度上影响了晚清政府。

二、日本教习的传授

另一输入途径便是“日本教习”,即来华并在各地学堂讲课培训的日本教师。日本人在中国办学校最早的可以追溯到1890年荒尾精在上海创办的日清贸易研究所,但其并不以中国人为对象。1898年日本东亚同文会在福州开始经营东文学社,日本教习来华从此便开始昌盛起来。到1905年,清

^① 参见舒新城:《近代中国留学史》,中华书局1929年版,第21—22页。

^② 张之洞:《劝学篇·游学第二》,《张之洞全集》第12册,河北人民出版社1998年版,第9738页。

政府为防止留日学生利用日本反抗清廷，决定限制留学，主动聘请日本教习来华讲学。而日本方面亦以清国保全论为基调积极响应，日本教习来华数量在1906年达到鼎盛，该年就有六百人左右。而当时的教育系以法政和师范为主，这些日本教习中从事法政教育的人数也较多。在京师大学堂讲授公法的教习有岩谷孙藏（法学博士，后京都大学教授）、杉荣三郎（法学士，后日本皇室博物馆馆长）、织田万（法学士，后法学博士，京都大学教授）。林荣则以中国总教习的身份担任过岩谷孙藏、杉荣三郎的翻译。在京师法政学堂，担任翻译的有曹汝霖、章宗祥、陆宗舆、汪荣宝、范源濂等人。^① 由这些留日的学生担任翻译也在很大程度上保证了知识传播的准确性。从1907年开始，由于留日学生回国日多、西洋人在华教育事业得到发展、而日本教习亦因其不良行为而受到批评等原因，日本教习逐渐减少。^② 在辛亥革命爆发后，日本教习几乎全部回国，这一传播路径也就从此中断。

三、官员的赴日考察

1905年，清政府决定派遣五大臣出洋考察宪政，开始了清末新政的重头戏。在整个西方宪政考察过程中，日本的宪政经验产生了广泛的影响，考察心得及带回来的相关书籍对清末宪法学的形成具有重要的意义。

清朝中央政府对日本的考察共有两次，第一次主要考察政治，第二次考察宪政。第一次考察由载泽、尚其亨和李盛铎三位大臣负责，从1906年1月16日开始，共考察了29天，主要考察内容包括视察现代设施、与各个阶层的人进行交流并听取日本宪法教授的讲授。根据政府的安排，曾经参加过明治宪法制定过程的伊藤博文^③、金子坚太郎以及著名宪法学家穗积八束等承担授课任务。^④ 第二次对日本宪政的考察是由达寿、李家驹负责，从1907

^① 参见汪向荣：《日本教习》，中国青年出版社2000年版，第68—71、74—75、118、121、131页。

^② 参见〔日〕实藤惠秀：《中国人留学日本史》，谭汝谦、林启彦译，生活·读书·新知三联书店1983年版，第76—80页。

^③ 伊藤博文的访谈内容，见载泽：《载泽日记》，湖南人民出版社1986年版，第578—583页。

^④ 金子坚太郎详细介绍了明治宪法制定的具体过程，可参见《日本宪政略论提要》，《政治官报》第4号，1907年10月29日，第22页。

年12月7日开始,时间较第一次考察更长。与第一次不同,这次考察重点在于宪法问题(日本宪法史、比较各国宪法、议院法、司法、行政及财政六类)。日本政府具体安排讲解的学者有穗积八束、有贺长雄、清水澄等。达寿将其所得编辑成文,计有《日本宪政史》、《欧美宪史》、《日本宪法论》、《比较宪法》、《议院法》等五种共十五册,李家驹为了“舍短从长”,就日本制度“释其义例”,参照欧洲各国“较其异同”,编成了《日本官制通释》、《日本自治制通释》、《日本官规通释》、《日本行政裁判法制通释》等,“都三十余万言”,还有《中国内阁官制草案平议》、《自治制篇》、《官规篇》各一册,以及《日本司法制度考》二册。《日本皇室制度考》、《日本租税制度考》、《会计制度考》等。^①

由于从西方考察宪政回来的大臣们一致肯定并强调日本宪政成功的意义以及模仿的必要性,光绪和慈禧始终关注日本宪政状况,并接受考察宪政大臣的建议,确立了“师法日本”的指导思想。从光绪皇帝去世六个月以前阅读的书目中也可以看出日本宪法的影响。1908年1月29日内务府奏事处交出光绪帝朱笔所列的四十余种书中,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》、《日本预备立宪》、《日本警察讲义录》、《国法学》等书籍。2月17日补进的书中有《日本宪政略论》四部。1909年2月以后陆续呈进的日本宪法方面的书还包括《日本宪法说明书》、《日本政治要览》、《日本宪法疏证》、《日本官制通览》等。^②作为中国第一份中央政府的机关报,《政治官报》刊登了《日本宪法说明书提要》、《日本立宪史谭提要》、《日本宪政略论提要》等提要,以及《日本宪法说明书》、《日本丙午议会》和《日本行政官制》的全文。

第三节 清末输入日本宪法学的载体

日本宪法学经留学生和日本教习传入了中国,在清末,其载体主要有译

^① 参见罗华庆:《清末第二次出洋考政与“预备立宪”对日本的模仿》,《江汉论坛》1992年第1期,第45页。

^② 参见叶晓青:《光绪帝最后的阅读书目》,《历史研究》2007年第2期,第181页。

著、课堂讲义、新闻媒体、吸收日本宪法学知识的自主著作四类。

一、译著

译著构成了日本宪法学传入中国最重要也是今天最易核查的载体。留日学生返回国内或者在日本翻译了大量的日文书籍。除留学生外，各种新成立的译书团体也功不可没。例如，1897年康梁在上海设立的大同译书局，即“以东文为主，而辅以西文；以政学为先，而次以艺学”^①。据《中国译日本书综合目录》，自1896年至1911年，共翻译366部社会科学著作，其中法律方面图书98部，政治方面图书96部。^②这些图书与宪法多有关联。最早翻译的一批日本宪法学著作均于1901年出版：（1）伊藤博文著，沈紘译：《日本帝国宪法义解》，上海，金粟斋；（2）井上馨著，章宗祥译：《各国国民公私权考》，东京，译书汇编社；（3）岩崎昌、中村孝著，章宗祥译：《国法学》，东京，译书汇编社；（4）高田早苗著，稽镜译：《国家学原理》，东京，译书汇编发行所。根据《中国译日本书综合目录》和笔者的搜集，从1901年到1911年间，可直接归入宪法类图书有57部（有个别是不同译本），平均每年5部。其实际数量应为更多。

翻译的不仅有日本学者的宪法著作，也有日本学者翻译的西方宪法学著作，例如：（1）《清议报》（梁启超主编，日本横滨）曾连载了德国学者伯伦知理（Bluntschli）的《国法泛论》，该文是由梁启超从日本学者的翻译（一说吾妻兵治的《国家学》，一说平田东助、平冢定二郎合译的《国家论》）中转译而来；（2）[美]巴路捷斯（J. W. Burgess）原著，[日]高田早苗译，朱学曾等重译：《政治学及比较宪法论》（Political Science and Comparative Constitutional Law），上海，商务印书馆1909年第3版；（3）[法]义佐著，[日]山口松五郎译，王钝重译：《代议政体原论》，大宣书局。

① 梁启超：《大同译书局叙例》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之二》，第58页。

② 参见谭汝谦：《中日之间译书事业的过去、现在与未来（代序）》，见谭汝谦主编：《中国译日本书综合目录》，香港中文大学出版社1980年版，序言第47页。

作者	译者	书名	出版社	地点	时间
伊藤博文	沈紘	日本帝国宪法 义解	金粟斋	上海	1901年
井上馨	章宗祥	各国国民公私 权考	译书汇编社	东京	1901年
岩崎昌、 中村孝	章宗祥	国法学	译书汇编社	东京	1901年
高田早苗	稽镜	国家学原理	译书汇编发 行所	东京	1901年
天野为之、 石原健三	周逵	英国宪法论	广智书局	上海	1902年
高田早苗	稽镜	宪法要义	文明书局	上海	1902年, 1907年再版
辰巳小二郎	戢翼翬	万国宪法比较	商务印书馆	上海	1902年
高田早苗	秦存仁	政体论	时中书社	武昌	1903年
菊池学而	林桀	宪政论	商务印书馆	上海	1903年初版, 1910年第9版
菊池学而	范迪吉等	议会及政党论	会文学社	上海	1903年
民有社	萨君陆编译	国家政府界说	闽学会	东京	1903年
小野梓	陈鹏	国宪泛论	广智书局	上海	1903年
松平康国 编著	麦孟华	英国宪法史	广智书局	上海	1903年
岩崎昌、 中村孝	范迪吉等	国法学	会文学社	上海	1903年
工藤重义编	汪有龄	日本议会史	翰墨林书局	江苏通州	1904年
笈克彦	陈武编译	国法学	湖北法政编 辑社	东京	1905年
伊藤博文	佚名	日本宪法义解	商务印书馆	上海	1905年
上杉慎吉		汉译比较各国 宪法论	株式会社东 亚公司	东京	1906年
清水澄	卢弼、黄炳言	宪法	政治经济社	东京	1906年
末冈精一	商务印书馆编 译所	比较国法学	商务印书馆	上海	1906年
工藤重义编	施尔常	日本议院法	第一书局	北京	1906年
市村光惠	李维翰译、黄 宗麟校	宪法要论	普及书局	上海	1906年

续前表

作者	译者	书名	出版社	地点	时间
	丁德威编译	日本宪法义解		东京	1906年
穗积八束	河北宪政研究社	宪法	群益书局	上海	1907年
丸山虎之助	李铭又	普通选举法	开明书局		1907年
桑田雄三	陶懋立	地方自治	文明书局		1907年
美浓部达吉	孙云奎	国法学			1907年
美浓部达吉	谷钟秀等	府县制郡制要义	东华书局	东京	1907年
美浓部达吉	汪馥年	改正府县制郡制要义			1907年
笕克彦	熊范舆	国法学	丙午社	天津	1907年
富冈康郎	吴兴让	宪法研究书	商务印书馆	上海	1907年
市村光惠	叶翰	最新宪法要论	保定官书局		1907年
江木翼	王运嘉	地方自治模范	至诚书局	上海	1907年
桑田雄三	陶懋立	地方自治	文明书局		1907年
小原新三	王我臧	新译日本议员必携	商务印书馆	上海	1908年
工藤重义编	彭钧	日本议会史	多文社 群益书局	东京 上海	1908年
[德] 耶利内克	美浓部达吉译, 林万里、陈承泽重译	各国宪法源泉三种合编	中国图书公司		1908年
[美] 巴路捷斯	[日] 高田早苗译, 朱学曾、刘莹泽、董荣光重译	政治学及比较宪法论	商务印书馆	上海	1909年第3版
独逸协会	谢永	自治论	商务印书馆	上海	1910年
	商务编译所	宪法大纲	商务印书馆	上海	1910年
小合伸	陆辅	日本府县制郡制要义			1910年
副岛义一	曾有澜	日本帝国宪法论	江西公立法政学堂		1911年
	商务编译所	地方自治精义	商务印书馆	上海	1911年

二、课堂讲义

第二种载体是课堂讲义，即日本的教师、来华的日本教习在课堂上讲授宪法学，或形成文字，或仅限口头表达。应该说，这一部分的内容是最多的，也是对留学生和国内学生影响最直接、最经常的。日本的授课教师在日本或中国直接面对学生，讲述日本宪法学，其影响应超出了其他几种载体。但由于多数未能形成书面的讲义而无法考证，其效果却可能被忽略或低估。当然，也有一部分讲义是形成文字的，例如，京师法学编辑社出版的《法学通论》之附册《宪法》就是由京师法律学堂的笔记所形成。^① 教师是谁，记录者是谁，均不得而知。但从其内容看明显系出自日本宪法学。其他类似的讲义笔记也有出版，但数量有限。

还有一种口述整理，即留日学生对日本教授所讲授内容的记录和整理，大致也可以归入课堂讲义一类，这种载体在研究时也容易被忽视。但这种口述整理对于国内的学生来说也是极好的讲义。例如，1907年上海商务印书馆出版的《国法学》一书，标明的是日本法学博士笈克彦讲述，宁波陈时夏笔述。^② 刘作霖所编的《比较宪法》在其“例言”中指出：“是编为日本美浓部达吉博士所口授，并参考其日本大学之国法学讲义编辑而成，挈领提纲，解说明晰，其重要在比较各国制度之同异，参以批评，使读者恍然于其得失利弊，而知所取法焉。”^③

讲授者	编译者	书名	出版社	地点	时间
美浓部达吉	王运嘉、刘蕃	宪法讲义	宪学社	东京	1907年
美浓部达吉	刘作霖	比较宪法	政法学社		1907年
笈克彦	陈时夏	国法学	商务	上海	1907年初版， 1913年第5版
岩井尊文	熊元翰	国法学（上） （下）	安徽法学社		1911年初版， 1914年第4版

① 参见汪庚年编：《法学汇编·法学通论》之《宪法》，京师法学编辑社1907年版。

② 该书于1913年出版了第5版。前后六年出现五版，不知是基于何种原因。

③ [日]美浓部达吉口授：《比较宪法》，刘作霖编，政法学社1911年版，例言第1页。

三、新闻媒体

清末的媒体已经较为发达,《时务报》、《清议报》、《民报》、《新民丛报》等各种政论性的报纸、期刊、杂志也红红火火地发行造势。这些新闻媒体在传播日本宪法学上也功不可没。这里以《政治官报》为例,对其在输入日本宪法学中的作用作简要说明。

《政治官报》诞生于1907年10月26日(光绪三十三年九月二十日),它是中国第一份中央政府的机关报。清政府之所以刊行《政治官报》,有如下几点原因:第一,公开法制等有益。立法行政公诸国人,其法善,人知其善,不令而行;其法不善,亦可知其不善而从速挽救。公开亦可防止胥吏之害。第二,以官报的形式公开有益。私家报纸有闻即录,语焉不详,混淆视听,且可能泄露秘密。第三,中央官报有必要。虽有地方和一部一省的官报,但亟须汇集通国政治事宜,归纳众流,启发群治。第四,中外均有先例,收效甚佳。《政治官报》的宗旨在于“使绅民明悉国政预备立宪之意,凡有政治文牒无不详慎登载,期使通国人民开通政治之智识,发达国家之思想,以成就立宪国民之资格”。一言以蔽之,“开民智而正民心”^①。

《政治官报》设立于北京东长安牌楼王府井大街,每日一期,16开本,每期一般为22页,1911年8月24日(宣统三年七月一日)更名为《内阁官报》(规格有所提升,成为统一公布中央法令等的机关),一直发行至1912年为止。《政治官报》共计发行1370期,内容包括谕旨、批折、宫门钞、电报、奏咨、折奏、法制章程以及其他文件等。译书类本非《政治官报章程》所列内容,但从第一号《政治官报》便出现了,它与其他公文等有很大差别,公布谕旨、奏折、法制章程等公文均为让民众知晓国家的重要事情,而刊载的译书则是从考察政治大臣的译书中选出的。刊载译书类,或许是清政府希望借此发出某种声音,为此后的行动作出一定的安排或注脚。

译书从《政治官报》第一号开始便连续刊登,每期两页,每页约600字,在每一期《政治官报》中一般占据1/11(约9.1%)的篇幅。译书类共刊载过276期,合计552页,33万余字。《政治官报》译书类完整的目录如下:

^① 《御史赵炳麟请令会议政务处筹设官报局片》、《宪政编查馆大臣奕劻等奏办政治官报酌拟章程折》,见故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》下册,第1059—1061页。

国别	译文	刊号	时间(西历)
日本	日本宪法说明书提要	第一号、第二号	1907.10.26~10.27
	日本自治理由提要	第二号	1907.10.27
	日本地方自治提要	第三号	1907.10.28
	日本立宪史谭提要	第三号、第四号	1907.10.28~10.29
	日本宪政略论提要	第四号	1907.10.29
	日本议会诂法提要	第四号、第五号	1907.10.29~10.30
	日本行政官制提要	第五号、第六号	1907.10.30~10.31
	日本统计释例提要	第六号、第七号	1907.10.31~11.1
	日本统计类表叙论提要	第七号	1907.11.1
	日本岁计预算制度考提要	第七号、第八号	1907.11.1~11.2
	日本丙午议会提要	第八号、第九号	1907.11.2~11.3
	日本丙午预算提要	第九号	1907.11.3
	日本税制考提要	第九号、第十号	1907.11.3~11.4
	日本关税制度提要	第十号	1907.11.4
	日本国债制度提要	第十号、第十一号	1907.11.4~11.5
	日俄战争财政史提要	第十一号、第十二号	1907.11.5~11.6
	日本中央银行制度提要	第十二号	1907.11.6
	日本货币制度考提要	第十二号、第十三号	1907.11.6~11.7
	日本教育行政考提要	第十三号、第十四号	1907.11.7~11.8
	日本现行学制要览提要	第十三号、第十四号、第十五号	1907.11.7~11.9
日本司法纲要提要	第十五号	1907.11.9	
日本陆军行政要览提要	第十五号、第十六号	1907.11.9~11.10	
日英比警察制度提要	第十六号、第十七号	1907.11.10~11.11	
英国	英国宪法正文提要	第十六号	1907.11.10
	英国政治要览提要	第十七号	1907.11.11
法国	法国税债币制要览提要	第十七号、第十八号	1907.11.11~11.12
	法国司法制度提要	第十八号	1907.11.12
比利时	比利时司法制度提要	第十八号、第十九号	1907.11.12~11.13
日本	日本宪法说明书	第二十号~第七十九号	1907.11.14~1908.1.12
	日本丙午议会	第八十号~第一百十三号	1908.1.13~2.22
	日本行政官制	第一百十四号~第二百七十六号	1908.2.23~8.3

那么,《政治官报》自第一号开始即刊载译书,到底发出了哪些声音呢?

第一，立宪取法的对象。《政治官报章程》声称：“凡私家论说及风闻不实之事，一概不录。”^①而译书则纯粹是私家论说，连续刊载，而且连续刊载了257号。如此只能说明该“私家论说”乃官方认可。译书提要虽然源自于译书，但却往往对原作者和原著本身进行部分说明甚至评论^②，且系“考察政治大臣咨送”，亦具有较为浓厚的官方色彩。

从篇目上看，在28篇译书提要中，有24篇提要在讲述日本，占据了86%，而且第一篇即从日本开题，其后连续24篇均为日本宪制等方面的著作。在提要之后，更是完整地刊载了日本的三本著作。从篇幅上看，276号《政治官报》中，日本的著作及其提要有274号，其他国家的仅为6号（含与日本比较者），涉及的仅为英、法、俄、比四国。相形之下，英、法、俄等国制度的少许浪花早已被淹没在日本宪制的滚滚洪流之中。

完整刊登的译书只有三部，分别是《日本宪法说明书》、《日本丙午议会》和《日本行政官制》。在这三本书刊载完毕之后，再也没有刊载其他译书，《政治官报》的“译书类”即不复存在。而这三部书则全部与清末立宪改革密切相关，也可以说是当时最需要了解和普及的知识：宪法是什么？议会怎样运转？官制如何改革？

《政治官报》的译书何以几乎全部为日本宪法及其相关制度的介绍呢？或许，这是基于清朝中央政府多数人对日本宪法的认可，基于清朝中央政府与日本政府对宪法认知和需求的类似。《政治官报》由宪政编查馆主办，官报局负责具体事务。军机处章京华世奎任政治官报局局长，主持编辑。华世奎为前军机处章京答拉密（即军机领班，被呼为“小军机”），正三品，后擢升为内阁阁丞，正二品，地位颇高，但此人并无留日背景。傅范初（候选知府）为官报局科员，同样无留日背景。译书处的总纂为严璩，此人乃严复长子，早年游学英国。故而可以推测，政治官报局选择译书并非出于自己以及译书处总纂个人的背景偏好。但宪政编查馆59人（含总理奕劻等6人）中，

^① 《宪政编查馆大臣奕劻等奏办政治官报酌拟章程折》，见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，第1062页。

^② 例如，《日本宪法说明书提要》评论道：“右日本法学博士穗积八束宪法说明书，共十二次。其承用之学说，大都出于德意志，参佐之以英法，旁及于荷比诸国，而归重于日本。持论反覆详尽，切近事理。”《日本宪法说明书提要》，《政治官报》第一号，1907年10月26日，第19页。附带说明，《政治官报》文不加点。本文所引用者乃笔者予以句读，如有错误，责任自负。

24 人有留日经历, 将近半数。^① 后来具体负责草拟宪法的李家驹、汪荣宝, 也是宪政编查馆的人员, 也是留学日本。这种背景对于政治官报局、宪政编查馆乃至整个清政府的宪法观都是有一定影响的。

当然, 清政府对于日本不及欧美并非无知, 《政治官报》的译书也曾多次提及。例如, 《日本自治理由提要》指出: “日本用是, 亦适以自证其国民之程度, 不及欧美远甚。盖欧美各国之历史, 皆有地方自治而后有国。故至立宪之时, 其国家之原理, 已为其民所周知, 无政府预教民以自治之事也。虽然法令者所以明民, 非以愚民, 日政府固可当之不愧焉。此其所以富强也欤。”^② 《日本地方自治提要》指出: “日本之兵力可与西方强国抗行, 而地方自治则成效尚浅, 时时仰赖政府之维持, 始不隳越。是令人益叹欧美之不可及矣。”^③ 但清政府借助于译书提要说出这些话, 其潜台词似乎是: 即便是日本, 也学不来欧美, 何况我大清?

第二, 立宪的目标。国体问题应该是清政府最为关心的问题。《日本宪法说明书提要》在赞誉穗积八束的同时, 亦表露出对日本宪法国体尊崇、君权巩固的艳羨。它指出: “博士, 日本法学大家也。明治维新初, 随使欧美, 于各国宪法, 既得其渊源, 考其沿革, 于本国国势民情, 尤多经验。本编特发明体裁与模范之迥殊, 形式与精神之互异。日本宪法之改良政体, 国体益以尊崇, 摧抑私权, 君权愈以巩固, 实镕铸欧美而成日本之特色。其中慎始防微之意, 因势利导之方, 博引傍通, 时流露于意言之表, 感情良匪浅已。”^④ 将《日本宪法说明书提要》列于《政治官报》第一号之中, 不可谓不意味深长, 大抵也表明了清末立宪的目标。

第三, 立宪的方法。清末立宪的实际步骤是 1906 年宣布预备立宪, 1908 年颁布《钦定宪法大纲》, 1910 年起草宪法 (“大清天坛宪法草案”^⑤), 1911 年颁布《宪法重大信条》。而这一实施步骤在《政治官报》的译书中也

① 具体名单, 可参见尚小明: 《留日学生与清末新政》第 2 版, 江西教育出版社 2003 年版, 第 159—162 页。

② 《日本自治理由提要》, 《政治官报》第二号, 1907 年 10 月 27 日, 第 20 页。

③ 《日本地方自治提要》, 《政治官报》第三号, 1907 年 10 月 28 日, 第 20 页。

④ 《日本宪法说明书提要》, 《政治官报》第一号, 1907 年 10 月 26 日, 第 19 页。

⑤ 汪荣宝: 《汪荣宝日记》, 文海出版社 1991 年版, 第 924 页以下; 曹汝霖: 《曹汝霖一生之回忆》, 传记文学出版社 1970 年版, 第 46 页。

有印证和说明。《日本宪政略论》为日本男爵金子坚太郎所讲述，该书提要指出：“略谓日本宪法，取法欧美，而能远驾欧美者，其端有三：一在预备时期，从容研究，能将欧美宪法，舍短取长；二在取日本历史上风俗习惯以为基础，而斟酌欧美宪法政治，蕲于适用；三在宪政颁发自上，仅举大纲，不详细目，法律随时可更，宪法百世不易……固日本次第实行转弱为强之所藉，亦我中国于预备宪法时期，所当详核本末，急起以图者也。”^①先预备立宪，再然后制定纲要式的宪法，其基本思路亦为清末立宪所采纳。

在如何起草宪法的问题上，《政治官报》还刊登过赴日考察宪政大臣达寿的一个折子，虽然与译书无关，但却是与译书的原作者讨论而得的。达寿在“与伊藤博文、伊东已代治、及学者穗积八束、有贺长雄等相讨论”之后，上折指出：

今中国当此预备立宪之时，皇太后、皇上倘能于万机余暇慎选廷臣，进讲各国宪法，则细流不择，葑菲有资，当足以辅圣明于万一，实于钦定宪法不无所裨……至于制定宪法，据日臣伊东已代治之言，当日本起草宪法时，天皇以此事专任伊藤博文一人，使之综理一切。凡各项调查、各处建议，均令归伊藤博文一手经理，以专责任，而免意见各执、扞格横生之弊。迨宪法草案既定，复由天皇慎选重臣参列会议，严守秘密。一切草案不准稍有泄漏，盖所以防物议，而恐招暴动也。夫立宪为国家万年大计。当此制定宪法之始，其在下也，争论必力，而在上也，对付易穷，放任不能，干涉不可。朝廷若采英德协定之成例，自不必言。若采日本纯粹钦定之制，则法定于君，非臣下所能参议。然苟非秘密从事，则报章流布，妄肆讥评，鼓吹人心，煽动全国，士夫奔走，伏阙上书。即使祸乱不萌，亦难免一时之纷扰，此又不可不预防者也。^②

而这或许正是钦定宪法大纲的制定过程秘而不宣，甚至至今仍无法查证的原因所在吧。

^① 《日本宪政略论提要》，《政治官报》第四号，1907年10月29日，第22页。

^② 《考察宪政大臣达寿奏国会年限无妨预定折》，《政治官报》第二百九十三号，1908年8月20日，第9—10页。

译书中多次提及制宪应充分考虑自身的历史、国势和民情。译书类第一篇《日本宪法说明书提要》即指出：“谨案各国宪法，于其政体之差别，风俗之习惯，参观互证，必当融会政法之精理，准照国势民情，自立不敝之法典，不得据纸上空谈，遂成定案也。何则？各国宪法，互有情形历史之不同，彼国之所利，未必即利于我；我国之所利，未必即具于彼。倘立法之初，昧于事情，徒袭近似，害即伏于无形，强为附会，弊且出于不备。然则如之何而后可？必经数年之试验，审时会之所趋，不耻效人，不难舍己，详慎改革，以求其适宜。”^①《日本宪法说明书》更是多处指出，日本宪法折中各国做法，而采用了一些有别于欧美的特别制度，实是基于日本自身的考虑。这对于清末立宪是有启发的，《钦定宪法大纲》共23条，虽然是模仿日本明治宪法而来，但相同部分只有8条，占宪法大纲的34.8%；相似部分13条，占56.5%；不同部分亦有2条，占8.7%。

第四，宪政的大端。清末实施君主立宪的重要方面在《政治官报》的译书类均有较为详细的阐发。其一，制定宪法。《政治官报》刊登了《日本宪法说明书提要》、《日本立宪史谭提要》、《日本宪政略论提要》以及《日本宪法说明书》的全文，为制宪做好了必要的思想和舆论准备。其中以《日本宪法说明书》最为详备，七万余字，连续刊载了60号。穗积八束讲述的《日本宪法说明书》共计十二回^②：第一回“立宪政体”，第二回“宪法”，第三回“君位及君主之大权”，第四回“臣民之权利”，第五回“国会制度及上院之组织”，第六回“下院之组织”，第七回“帝国议会之权限”，第八回“国务大臣及枢密顾问”，第九回“法律及命令”，第十回“预算”，第十一回“司法权”，第十二回“地方制度及中央行政各部”。十二回内容并非按照日本明治宪法而讲述，其中有较多的学理分析阐述，这对于宪法知识的宣传具有重要的意义。^③其二，实

^① 《日本宪法说明书提要》，《政治官报》第一号，1907年10月26日，第19页。

^② 《日本宪法说明书》虽为穗积八束多次演讲而完成，但考察政治大臣载泽等仅听过一次，其余演讲则以速记写成。参见穗积八束：《日本宪法说明书·宪法说明小引》，《政治官报》第二十一号，1907年11月15日，第21页。但即便是载泽听的唯一一次，也并非《日本宪法说明书》的第一回，而大致相当于全书的概论。据《载泽日记》记载，穗积八束讲演的时间为1906年1月27日，而讲演《日本宪法说明书》的第一回的时间为1906年3月5日，此时载泽已赴美考察。参见载泽：《载泽日记》，第575—577页。

^③ 考察政治大臣和考察宪政大臣先后考察日本时，日本政府派出伊藤博文、金子坚太郎、穗积八束、有贺长雄、清水澄等人讲解宪法，但刊载《政治官报》的只有穗积八束的著作，金子坚太郎的著作也仅为提要而已。或许正是因为穗积八束的思想更为精到、保守，表达更为娴熟，而更易于被清政府接受之故吧。

施议会政治。《政治官报》刊登了《日本议会诂法提要》、《日本丙午议会提要》、《日本丙午预算提要》以及《日本丙午议会》的全文，为议会或资政院、咨议局的召开提供了充分的思想和技术支持。译书提要首先指出议会的好处：“政府之对议会，代天皇受责任。此天皇不可受责任，而国家事又不能无责任。必如此则天皇可立于神圣之地位，而万几又不忧其不举矣。此立宪国所以永无革命之事也。”^①“有议院而使大臣受责任，则民人之所责难，皆在大臣，而于君主无与。大臣岁岁有任免，君主千古无改易。此立宪国独有之利，一也。又无议会之国，上与下常不相习，遇有敌国外患，民人恒以为此君主之事，而非己之事。故财兵二者，必不能亿兆一心。有议会，则民人知君主之事，即己之事，必出其全力以维持之。对外之勇怯，不可以道里计也。此立宪国所独有之利，二也。有此二利，此宪法所以为政治之纲，而议院所以尤为宪法之本也。”^②连载 34 号的《日本丙午议会》详细记录了日本议会的运转情况，不仅普及了议会知识，也为清朝议会的召开提供了很好的技术支持。其三，实行地方自治。晚清政府十分重视地方自治，各地亦纷纷筹办。^③《政治官报》第二号与第三号刊登了《日本自治理由提要》、《日本地方自治提要》，倍道自治的诸般好处，为清末地方自治的开展提供了必要的舆论支持。“夫地方自治，为立宪之本原。在国家既立宪之后，自治之能力，固可日形发达。而在国家未立宪以前，地方自治，已不能不实行以为他日立宪之预备。”^④“谨案宪政之与非宪政，其原理之不同皆处于一则自上而推之，一则自下而积之之故也。而其良楛之分，即由于此。”“惟自下而积之，则地方人民一切切己之事皆可听其自为，无官吏操切放任之弊，又得于此明习吏事，滋长公德，即以养成异日之人材。而为其上者亦得总揽大纲，不亲细务，既可节劳，亦易尽职，非两利之道哉。”^⑤穗积八束亦盛赞地方自治，并指出：“日本当未开国会之前，最先整顿地方自治制度，于地方设

① 《日本宪法疏证提要》，《政治官报》第一号，1907年10月26日，第20页。

② 《日本议会诂法提要》，《政治官报》第五号，1907年10月30日，第21—22页。

③ 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，第711页以下。

④ 《日本地方自治提要》，《政治官报》第三号，1907年10月28日，第20页。

⑤ 《日本自治理由提要》，《政治官报》第二号，1907年10月27日，第19、20页。

议会，以养国民自治之习惯，实为适当之顺序。”^①而清政府也是按照这一顺序先行地方自治，开设咨议局，再开资政院。其四，改革官制。改革官制是清末预备立宪中的重头戏，也是难唱的开门戏。《政治官报》刊登了《日本行政官制提要》和《日本行政官制》的全文，为改革官制提供了有益的借鉴。《日本行政官制》连续刊载了163号，约20万字，居于《政治官报》刊载的译书数量之首。

《政治官报》虽然发行量不大，但作为清政府的中央机关报，规格高，其发出的声音亦具有最高的权威性。而《政治官报》的译书与清末立宪的史实之间有诸多重合之处，互通款曲，恐非完全巧合。它有意无意地说出了清政府应该向世人说明、或者不得不说但又不便于说的立宪话语。由上观之，说《政治官报》的译书发出清末立宪的先声，当为不虚。

四、自主著作

除却上述三种载体之外，最令人骄傲的还是中国人以日本宪法学为参照撰写的宪法学著作，虽然其出现的时间较晚。清末这一阶段的主要任务便是译介，中国人多数还缺乏自主撰写中国宪法学著作的能力和迫切性。但在输入日本宪法学的过程中，不可避免地会有所思考，会对中国自身的问题进行反思，渐渐地也就有可能写出自己的宪法学著作来。最值得一提的便是梁启超，他虽然没有留学日本，但自1898年流亡日本后，其著作从用词、文风到内容均受到了日本的影响。自其1899年《各国宪法异同论》开始，任公的一系列宪法论著最主要的思想或信息来源便是日本。另外，留学日本法政大学的保廷樑也是这一晚近现象的代表。保廷樑留学日本达七年之久，在1910年出版了《大清宪法论》，他在“例言”中指出，“本书虽以论名，而实仿照讲义体裁。故具体的事由，一若与日本宪法讲义，无甚大差；而抽象的论断，则迥然各异也。”至于各异之处或者说其创新之处，他指出，“东西君主立宪国宪法学说原有三派：一曰君主机关说（又曰机关说），一曰君主统治权主体说（又曰统治权说），一曰君主主权主体说（又曰主权说）。著者因研究之结果，殊觉于意未浹，乃独创一说，以为本书主旨，即君主国权主

^① [日] 穗积八束：《日本宪法说明书·第十二回》，《政治官报》第七十六号，1908年1月9日，第21页。

体说（又曰国权说）事业。本书主旨既未沿袭陈套，故立论自与他本多有未合，幸阅者察之。”^①

第四节 清末输入日本宪法学的内容

清末输入日本宪法学是全方位的，从概念、范畴、思想、学派，到方法、体系，无一不予吸收。囿于篇幅，这里仅介绍基本概念和学说流派的输入概况。

一、基本概念

由于宪法是一个舶来品，故而其相关的概念基本上也要从海外吸收。在日本新造词语输入中国之前，确实有严复等学者力图用自己对西方的理解来创造新词，填补宪法生长的土壤。例如，严复将约翰·密尔的《论自由》翻译成“群己权界论”，就是典型一例。但随着日本译语的汹涌而来，严复的努力迅速被淹没。^②

宪法学的一些最重要的基本概念多数系从日本输入。具体包括：宪法、原则、规则、规范、主权、共和、政治、政府、机关、议会、议员、主席、总理、政党、社团、社会、预算、财政、提案、议案、投票、议决、制约、支配、侵犯、服从、服务、保障、制裁、执行、表决、否决、公开、人格、人权、自由、动议、请愿、自治等等。^③ 这些词有一些是古代汉语就有的，但日本人赋予了新的含义（如共和、民主、自由等），有一些是日本人用古汉字去“意译”欧美语言的词（如主权、议会、政府等），再由中国人输入中国。

在制作新语及改造外来语的时候，现代中国语文出现了一种特殊情况，

① 保廷樑：《大清宪法论》，上海江左书林、模范书局 1911 年再版，例言第 12—13 页。

② 参见 [美] 任达：《新政革命与日本——中国，1898—1912》第 2 版，李仲贤译，江苏人民出版社 2006 年版，第 124 页。

③ 参见高名凯、刘正埏：《现代汉语外来词研究》，文字改革出版社 1958 年版，第 82—98 页。权利、义务也被认为是从日语中引进，但据学者考证，1864 年丁韪良所译的《万国公法》卷一中已有“权利”“义务”之语，日本人也正是从这一著作中引入了这两个概念，这一点日本学者也予承认。参见 [日] 实藤惠秀：《中国人留学日本史》，谭汝谦、林启彦译，第 283 页。

就是用日本人利用汉字制作的外来语去取代来自欧洲语言的汉语外来语。在宪法学中，最典型的便是民主一词。Democracy 一词最初多数是按照读音翻译成了“德谟克拉西”，而日本译语则为“民主”，后来的中文译语也改成了“民主”^①。

为了消除中国人对新词的陌生感，准确地理解这些新的基本概念，中国留日学生甚至日本学者亲自编写辞典来进行阐释。1903年汪荣宝、叶澜编纂了《新尔雅》^②，对国家、政体、立宪政体、立法权、行政权、司法权、政府、机关、议会、法、宪法、公法、母法、强行法、法的渊源、法的解释、公权、选举、言论自由、出版自由、信仰自由、移住自由、家宅自由、身体自由、书信秘密权、起诉权、鸣愿权、参政权、服官权、纳税义务、服兵义务等重要概念均作了解释。1905年，京师译学馆出版了《汉译新法律词典》。^③ 1907年，日本著名公法学家清水澄还特别为中国人编写了《汉译法律经济辞典》，并由留学东京帝国大学的张春涛、郭开文翻译，在日本出版。这些辞典的出版，对于消除新词与旧人之间的隔阂、对于发挥日本宪法学的影响起到了重要的作用。

一旦接受了日本的这些新概念，之后宪法学的思想内容、框架体系、研究方法等实际上就难以摆脱日本的影响，因为研究者的思维已经在接受概念的同时不知不觉地接受了隐含其中的思维。

二、学说流派

在学说流派方面，清末输入的主要是日本宪法学的“正统学派”。自1889年宪法颁布后，围绕明治宪法的解释学问题，形成了日本宪法学上的“正统学派”和“立宪学派”。“正统学派”的代表是井上毅、穗积八束和上杉慎吉等，其核心宪法学思想，是把天皇作为统治权的主体，把国民和领土

^① 高名凯、刘正焱：《现代汉语外来词研究》，第110页。当然，绍荣芬称，“民主”一语，王芝在其《海客日谭》（1872年）便以现在的意义使用了。参见〔日〕实藤惠秀：《中国人留学日本史》，谭汝谦、林启彦译，第325页。但不可否认的是，这一用法十分罕见，直至日本人的译法被引进之后才广为采用。

^② 参见汪荣宝、叶澜编：《新尔雅》，上海明权社1903年版。

^③ 参见日本新法典讲习会著，张缉光主编：《汉译新法律词典》，徐用锡译，京师译学馆1905年版。

作为统治权的客体，强调“君主主义”价值观。19世纪末20世纪初日本宪法学的主流是“正统宪法学”，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，建立了系统的宪法体制。“立宪学派”的基本观点是，伴随着宪法的颁布，日本已成为立宪制国家，因此宪法解释应借鉴西方国家立宪主义的原理，不能仅仅以国体作为前提，提倡“君主机关说”，其代表性学者是一木喜德郎和美浓部达吉等。当时在中国主张立宪的政治家和学者的多数人直接接受了日本“正统宪法学”思想的影响，“立宪学派”的影响力是非常有限的。^①如伊藤博文《日本帝国宪法义解》（1901年）、井上毅的《各国国民公私权考》（1902年）、高田早苗的《宪法讲义》（1902年）、菊池学而的《宪政论》（1903年）、小野梓的《国宪泛论》（1903年）、穗积八束的《宪法大意》（1903年）等。

第五节 日本宪法学对中国的影响 ——以美浓部达吉为例

中国近代法学的产生源自于清末的输入，而近代法学与以往的律学等的最大分歧就在于公法学，特别是宪法思想的贯彻。日本在中国近代法学的诞生中发挥了不可替代的举足轻重的作用，而美浓部达吉的公法学思想在中国的传播则是其中的杰出代表。

一、美浓部达吉其人其说

美浓部达吉（みのべ・たつきち，Minobe Tatsukichi），生于1873年5月7日，卒于1948年5月23日，日本兵库县高砂市人。1897年东京帝国大学（后更名为东京大学）毕业后，在内务省工作。1899年，留学于德国、法国和英国，其中大部分时间在德国度过，将研究中心置于比较宪法史，并醉心于德国公法学家耶利内克（G. Jellinek）的学说。1900年就任东京帝国大学比较法制史助教授，1902年（时年30岁）升格为教授，1908年开始兼任行政法第一讲座，1911年担任行政法第一讲座，1920年开始担任宪法第

^① 参见韩大元：《论日本明治宪法对〈钦定宪法大纲〉的影响》，《政法论坛》2009年第3期。

二讲座教授。先在东京大学开坛授课,后在一桥大学、法政大学、九州大学、早稻田大学、日本大学、中央大学、明治大学等大学讲学,弟子云集,其直接指导的学生宫泽俊义、田中二郎、田上穰治、柳濑良干、鹤饲信成、清宫四郎等亦成为日本战后公法学的一代名家。

美浓部达吉在法学研究上颇有建树,在政治上亦有一定影响。美浓部一生勤勉有加,共有近百部著作问世,文章共计593篇。^①在那个没有电脑的爬格子时代,其写作速度是惊人的。美浓部才思敏捷,记忆力过人,以至于写作时常常文不加点,便可直接刊行。其代表作五百余页的《宪法撮要》便是在短短的一个暑假之内写就,文不加点,几乎没有修改的痕迹。^②第二次世界大战后,已是古稀之年的美浓部仍然笔耕不辍,在不到三年的时间里以超人的努力完成了《改订宪法撮要》、《新宪法概论》、《新宪法逐条解说》、《新宪法的基本原理》、《美国宪法概论》、《日本国宪法原论》、《选举法详说》、《行政法序论》等八部著作,令人惊叹不已。也许正是因为过于勤奋,身材瘦弱的美浓部75岁便与世长辞,其战后行政法新著《行政法序论》成为其未完结的遗著。美浓部的宪法学说由宫泽俊义继承、转由芦部信喜发扬光大,形成今天日本宪法学的通说;其行政法思想由田中二郎继承、转由盐野宏传承至今,形成当下日本行政法学的通说。时至今日,日本仍有不少学者在研究美浓部达吉的思想,其著作也一再重新印刷。^③美浓部达吉在日本公法学史上具有开创性的贡献,堪称日本公法学的鼻祖、宪法学和行政法学的一代巨擘,其地位无可替代。

二、美浓部公法学在中国的输入

美浓部达吉未曾到过中国,其学说却在中国生根发芽遍地开花。这得益

① 文章统计参见[日]松田義男編:《美濃部達吉著作目録》,2009年10月25日,www5.ocn.ne.jp/~ymatsuda/Minobe-mokuroku.doc。

② 参见[日]清宫四郎:《美濃部達吉先生の人と学問》,载《法学セミナー》第157号,1969年4月,第145页。

③ 美浓部达吉的著作多由有斐阁出版,其中《宪法撮要》、《日本行政法》、《日本国宪法原论》等著作由有斐阁自身多次重新印刷;还有其他出版社转印出版,如人文书房(ゆまに書房)在2003年时复刻了《宪法讲话》、《现代宪政评论》、《议会政治研究》三部著作;高见胜利于2007年编辑出版了《美浓部达吉著作集》(慈学社);最新的研究论文有西村裕一的《美濃部達吉の憲法学に関する一考察》(《國家學會雜誌》第121卷第11·12号,2008年12月,第1017—1071页)等。

于美浓部公法学自身的魅力，得益于中国早期公法学者的译介。

(一) 美浓部公法学的译著

据笔者的收集统计，美浓部达吉的著作被翻译成中文的合计 23 部。^① 在外国学者的法学著作被译成中文的数量中，美浓部达吉首屈一指，无出其右，甚至在所有学科中也可能是著作被译为中文最多的一位作者。即便放眼世界法学，一国学者的著作被译成外文的数量，美浓部达吉可能也会空前绝后。被译成中文的美浓部达吉公法学著作如下表所示。

序号	书名	译者或编译者	出版社	时间	备注
1	地方制度要义	作新社译	上海：作新社	1903 年	
2	宪法泛论	袁希濂译	上海：普及书局	1905 年	
3	宪法讲义	王运嘉、刘蕃译	东京：宪学社	1907 年	
4	(改正) 府县制郡制要义	汪郁年译	普及书局	1907 年	原著为 1899 年出版
5	行政法总论	熊范舆编辑	天津：丙午社	1907 年	
6	行政法各论	陈崇基编辑	丙午社	1907 年	法政讲义第一集第四册
7	国法学讲义	金泯澜编译	商务印书馆	1910 年	
8	比较宪法	刘作霖编	政法学社	1911 年	原著为美浓部达吉日本大学之国法学讲义(1905)，政法述义第三种
9	选举法纲要	毕厚、张步先译	北京：内务部编译处	1918 年	原著《选举法大意》1914 年出版
10	日本公用征收法释义	李信臣编译	内务部编译处	1919 年	

^① 该统计不包括同一个书名不同的译本。有学者还指出，另有两部书译成中文，其一是《商事行政法》，日本明治大学编印；其二是《法律概论》，商务印书馆 1937 年版。参见 [日] 美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，周旋勘校，中国政法大学出版社 2003 年版，校者前言第 3 页。但笔者未能核实，美浓部并无此日文著作，前者即便查询明治大学图书馆网站亦不曾查得，故均未统计在内。另外，还有部分著作声明系参考美浓部达吉的著作而成，例如杨树谷编：《地方制度》，政法学社 1904 年版，亦未计算在内。

续前表

序号	书名	译者或编译者	出版社	时间	备注
11	日本警察法释义	李信臣编译	内务部编译处	1919年	
12	宪法学原理	欧宗祐、何作霖译述	上海: 商务印书馆	1925年初版 1927年二版	原著《日本宪法第一卷》1921年出版第1版, 2003年中国政法大学出版社重印
13	议会制度论	邹敬芳译	上海: 华通书局	1931年	2005年中国政法大学出版社
14	日本行政法撮要(上、下)	杨开甲译	上海: 民智书局	1933年	原著 1924年出版第1版
15	行政法总论	黄屈译	民智书局	1933年	
16	行政裁判法	邓定人译	商务印书馆	1933年	原著为1929年出版。2005年中国政法大学出版社重印
17	行政法撮要	程邻芳、陈思谦译	商务印书馆	1934年	据1933年日文第4版译
18	法之本质	林纪东译	商务印书馆	1936年	原著为1935年出版。中文版1966年台湾商务印书馆重印; 2006年中国政法大学出版社重印
19	公法与私法	陈正明译	汉口: 陈正明律师事务所	1937年	原著为1935年出版。黄冯明译本曾列入万有文库, 汉译世界名著系列; 1966年台湾商务印书馆重印; 2003年中国政法大学出版社重印
		黄冯明译	商务印书馆	1937年	
20	日本新宪法释义	陈固亭译	台北: 中正书局	1951年	原著《新宪法逐条解说》为1947年出版

续前表

序号	书名	译者或编译者	出版社	时间	备注
21	各国宪法源泉三种合编	[德] 挨里捏克(现译耶利内克)原著, 美浓部达吉原译, 林万里、陈承泽转译	中国图书公司	1908年	日文原著为1906年出版
22	欧洲大陆市政论	[美] 埃尔巴德著, 美浓部达吉原译, 胡尔霖转译	商务印书馆	1907年第1版, 1916年第4版	日文原著为1899年出版
23	世界最新之宪法	美浓部达吉原译, 王揖唐转译	不详	1922年	原著名为《欧洲诸国戦後の新憲法》, 1922年版

美浓部达吉还有部分论文被译成中文。例如, (1) 程鹏年译:《公共团体(公法人)之观念》, 载于《新译界》第3号, 1906年; (2) 谷钟秀译:《地方自治会之意义及议会参事会之组织》, 载于《新译界》第3号, 1906年; (3) 唐演译:《论日本宪法之立法事项及其范围》, 载于《学海》第1年第2号、第3号、第4号(甲编), 1908年^①; (4) 杜国庠译:《议会者国民之代表机关也》, 载于《宪政新志》第8号, 1910年3月, 第95—102页; (5) 明水编译:《最近欧美各国立宪政治之趋势》, 载于《国风报》第2年第10号, 1911年4月^②; (6) 王宏实译:《议会之质问权》, 载于《学艺》第1卷第2号, 1917年。^③

美浓部达吉翻译的欧美的著作甚至也被转译为中文。除上表中德国著名国法学大师耶利内克的《各国宪法源泉三种合编》^④、美国埃尔巴德的《欧洲大陆市政论》等图书外, 还包括个别论文, 如耶利内克(原译为耶里匿

① 上述三篇篇名参见何勤华、李秀清:《民国法学论文精粹》第2卷·宪政法律篇, 附录之“民国时期宪政论文篇名索引”, 法律出版社2002年版。

② 该文收录于何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹》第2卷·宪政法律篇, 第844—854页。

③ 该文收录于何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹》第2卷·宪政法律篇, 第341—347页。

④ 具体包括《人权宣言论》、《论少数者之权利》和《历史上国家之种种相》。

克)的《宪法变化论》由美浓部达吉撰文介绍,再由杜国庠将其转译为中文,发表于《宪政新志》。^①

(二) 美浓部公法学译著的特点

美浓部达吉有如此之多的著作被译成中文并不是偶然的。它是精心选择的结果,并具有可靠的翻译质量,这为其传播奠定了坚实的基础。

明治时期(1868—1912)的日本公法学界以神权学派的国体论宪法学为主导,美浓部达吉以自由主义、民主主义的立宪学派形象出现,无疑给整个学界带来巨大的冲击。然而,这对于清末民初留学日本的中国学子来说,便如一股春风拂来,美浓部的讲学获得了广大学子的热烈欢迎。美浓部的学说符合他们追求进步、寻找救国救民之路的需求。^②大正时期(1912—1926)直至昭和时期(1926—1989)初期天皇机关说事件发生之际,经过美浓部/上杉论争之后,美浓部学说渐成主流,受到追捧也是理所当然。这一时期美浓部的著作被译成中文是最多的。1935年天皇机关说事件之后,美浓部学说受到打压,而1937年日本侵华战争全面爆发,此后对美浓部著作的翻译陷于停顿。直至战后,才由与日本有颇多接触的陈固亭翻译了美浓部战后的新著《日本新宪法释义》在台北出版,这也是最后一本美浓部的中译著作。

美浓部公法学著作的翻译是精心选择的结果。例如,《宪法学原理》的翻译则完全由陈启修(惺农)先生介绍该书的文章(北京大学《社会科学季刊》第1卷第2号)所鼓动。陈启修1913年在东京大学攻读法科,并在新文化运动中扮演过重要的角色。陈氏在文章中称《宪法学原理》的长处在于原理的研究和及时的研究,在原理上可与耶利内克的《一般国家学》、狄骥的《宪法学》等相媲美,在及时性上更是独步于其他人。^③这种认识是十分专业性的肯定,翻译这样的人推荐的著作应当是值得信赖的。

^① 如此,德儒耶利内克的著作文章早在20世纪初就已借助于美浓部达吉而有了中文译本,实在令人啧啧称赞。只是令人遗憾的是,现如今,这些作品已埋没于故纸之中。《耶利内克氏宪法变化论》一文于2011年经《宪政与行政法治评论》第5卷,重新点校刊载,中国人民大学出版社2011年版,第197—213页。

^② 李大钊1915年在早稻田大学读书的第一学年,其“帝国宪法”课的教授便是美浓部达吉(该门课的成绩为75分)。参见韩一德:《李大钊留学日本时期的史实考察》,《近代史研究》1989年第1期,第305、307页。

^③ 参见[日]美浓部达吉:《宪法学原理》,欧宗祐、何作霖译,序第3—4页、译者之言第1页。

美浓部公法学著作的翻译质量是可靠的，不仅翻译准确，而且译笔流畅。这得益于以下两个方面的保障。第一，译者均有留学日本的背景。这里列举一二：(1)《宪法泛论》的译者袁希濂(?—1950)，1904年东渡，留学东京法政大学。(2)《公法与私法》的译者黄冯明(1912—?)，1933年入九州帝国大学学习行政学，1937年毕业回国参加抗战。(3)《日本新宪法释义》的译者陈固亭(1902—1970)，1932年毕业，公费赴日本入明治大学新闻科学习，毕业后在日本东京帝国大学新闻室任研究员。(4)林纪东(1915—1990)，于朝阳大学毕业后赴日本明治大学研究。(5)《宪法变化论》的重译者杜国庠(1889—1961)，1907年东渡日本留学，相继进入早稻田大学留学生部普通科、第一高等学校预科，再升入第一、高等学校。1916年秋，进了京都帝国大学政治经济科，于1919年毕业，取得经济学士学位。留学时间长达十二年之久。

第二，译者熟识美浓部达吉。前已述及，美浓部达吉在诸多大学讲学，弟子门生不计其数。美浓部达吉著作的某些译者就是曾聆听过美浓部讲课的学生。“博士为机关人格说之倡导者，吾国法界人士之负笈东瀛者，多出其门。”^①例如，《宪法讲义》的译者王运嘉称：“美浓部博士，东儒之泰斗也，任东京帝国大学法科教授，今兼任法政大学讲席，译者从肄业焉。”^②《比较宪法》的编者刘作霖指出：“是编为日本美浓部达吉博士所口授，并参考其日本大学之国法学讲义编辑而成，揭领提纲，解说明晰，其重要在比较各国制度之同异，参以批评，使读者恍然于其得失利弊，而知所取法焉。”^③由此等熟识美浓部的人士翻译，其质量是有保证的。核对原文亦可发现，确实如此。

值得注意的是，美浓部达吉的某些中译著作是没有日文原著的。例如，李信臣1919年编译出版的《日本公用征收法释义》、《日本警察法释义》并没有日文版对应的书。美浓部达吉1936年才在有斐阁出版了《公用收用法原理》。《日本警察法释义》是根据美浓部的讲义和《日本行政法》中警察法而译出的。^④这从另一个侧面也反映出译者对美浓部的熟识程度。

① [日]美浓部达吉：《行政法撮要》，程邻芳、陈思谦译，译者序。

② [日]美浓部达吉讲述：《宪法讲义》，王运嘉、刘蕃译，宪学社1907年版，序言第21页。

③ [日]美浓部达吉口授：《比较宪法》，刘作霖编，例言第1页。

④ 参见[日]美浓部达吉：《日本警察法释义》，李信臣编译，内务部编译处1919年版，例言。

三、美浓部公法学在中国的传播

美浓部达吉如此之多的公法学著作在中国得到了广泛传播,垂之久远,对中国的公法学的产生和发展发挥了重要的影响。

(一) 对中国近代公法学的影响

清末民初的公法学者多接受日本的公法学教育,甚至直接受教于美浓部达吉,对美浓部达吉推崇备至,视其为“日本法学界的耆宿”、“宪法学和行政法学的权威”^①。这里仅以民国期间的著作对美浓部达吉著作的引用为例,来说明美浓部对近代中国公法学的影响。

在民国期间,朝阳大学法律科讲义为名声最大、影响最广的讲义之一,已至洛阳纸贵的地步。其中,钟赓言教授的《宪法讲义大纲》在很大程度上参考了美浓部达吉的著作。《宪法讲义大纲》着重参考的是《日本宪法 第一卷》(即中译本《宪法学原理》)和《宪法讲话》。钟赓言系东京大学法学士,受到美浓部的影响亦是理所当然。在传播外国法方面,如果说美浓部达吉是日本的G. 耶利内克,那么或许可以说,钟赓言是中国的美浓部达吉,继承美浓部,又不拘泥于美浓部。

章友江的《比较宪法》几乎各编各章均会引用、参考美浓部达吉的著作,具体而言包括《宪法学原理》和《议会制度论》两部。^②即便是没有加注说明或者列举参考文献,有的也能很明显看出引用了美浓部的著作。例如,张知本(毕业于日本法政大学)的《宪法论》,在谈及公私法的划分、私法公法化的问题时应当是引用了美浓部的《公法与私法》一书。^③即便是英美法或法国法背景的人,也会时常引用美浓部达吉的著作。举例而言,法国巴黎大学法学博士王世杰和哈佛大学哲学博士钱端升合著的《比较宪法》一书在谈及行政机关制定独立命令时就引用了美浓部达吉的《宪法撮要》。^④

① [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,卷头语第1页。

② 参见章友江编:《比较宪法》,好望书店1933年版。

③ 参见张知本:《宪法论》,中国方正出版社2004年版(原为上海法学编译社1933年出版),第28—29页。

④ 参见王世杰、钱端升:《比较宪法》,第273页。

(二) 对中国当代公法学的影响

在新中国，特别是在法学恢复和发展时期，美浓部公法学仍对中国当代公法学产生持续的影响力。在这一过程中，2003年是一个分水岭。2003年之前，美浓部达吉的著作或通过民国期间的版本，或通过台湾地区的重新印刷，在学术界仍有一席之地。以“法治国家”入宪的1999年年初至2002年年底的四年计算，中国期刊网收录的文章共有27篇引用了美浓部达吉的著作^①，其中，CSSCI杂志、集刊上共有18篇文章22次引用6部美浓部达吉的著作，其中《中国法学》则有4篇文章5次引用之多。《公法与私法》共被引用7次，位居首位^②，《宪法学原理》共被引用5次^③，《法之本质》被引用3次。^④当时台湾书籍仍较难获取，而民国时期的版本更是难以寻觅。十分难得的是，这些文章中多数引用的是民国时期的版本，这一方面体现出学者治学的严谨，另一方面也显示出美浓部达吉学说无穷的魅力和生命力。

自2003年开始，美浓部达吉的五部著作——《公法与私法》、《宪法学原理》、《行政裁判法》、《议会制度论》、《法之本质》，经重新点校，在中国政法大学出版社“中国近代法学译丛”中相继出版。由此，美浓部达吉著作的引用率逐步攀升，人们对美浓部达吉这位百年前的日本学者的青睐不亚于当代中国的法学家。2003年1月至2009年12月，根据中国期刊网的检索，共有278篇文章引用了美浓部达吉的著作。五本书均有引用，但引用率仍以《公法与私法》为最。以《中国法学》为例，共有6篇文章8次引用了美浓

① 参见[日]南博方：《行政诉讼和解的法理》上、下，杨建顺译，《环球法律评论》2001年第1期、第4期，其中几次提及美浓部达吉的著作，因系日本学者的引用，没有统计在该数字中。另外，有两篇文章完全一致，以1篇计算。

② 具体文章见童之伟：《法律关系的内容重估和概念重整》，《中国法学》1999年第6期（2次引用）；王克稳：《论市场主体的基本经济权利及其行政法安排》，《中国法学》2001年第3期；朱晓喆：《自然人的隐喻——对我国民法中“自然人”一词的语言研究》，《北大法律评论》第4卷第2辑（2001年）；赵世义：《为私法正名》，《中国法学》2002年第4期；熊伟：《论税收优先权与担保物权的竞合》，《法学评论》2002年第4期；郁建兴：《国家与社会关系视野中的中国公法变迁》，《浙江社会科学》2002年第5期。

③ 具体文章见刘嗣元：《宪政程序正义论略》，载《法商研究》2001年第3期；馨元：《宪法概念的分析》，载《现代法学》2002年第2期；熊文钊：《宪法是什么》，载《江苏社会科学》2002年第1期（3次引用）。

④ 引用《法之本质》的文章是罗筱琦、陈界融：《交易习惯研究》，《法学家》2002年第2期；罗筱琦：《“交易习惯”研究》，《现代法学》2002年第2期；杨心宇、徐怀宇：《法的本体论思考——对苏维埃法概念的再思考》，《政治与法律》2002年第2期。

部达吉的著作,其中6篇文章均引用了《公法与私法》一书,《行政裁判法》则有2次引用。^①

四、美浓部公法学对中国公法学的影响

美浓部公法学对中国公法学的影响是持久的,对形成和发展中国公法学的贡献是卓越的,也是多方位的。这里仅选取美浓部公法学中较有特色、对当下中国仍不乏现实意义的几点贡献予以介绍。^②

(一) 公法学的古典自由主义底色

“日本宪法学者中从自由的进步的立场解释宪法者,自然首推美浓部达吉氏。美浓部是个自由主义者,为适应时代的发展,在解释宪法学上极力与传统主义者及保守主义者争战,凡关日本宪法有陷入半封建性或保守性的可能者,伊总极力回避,而代之以自由的进步的解释。美浓部氏这样促成资本主义的发展,并助长宪法政治的建设,所以成了日本宪法的权威者。”^③ 国家法人说和天皇机关说便是其自由主义、民主主义的最好表征。美浓部达吉身处君主立宪时代,虽然仍难以脱离忠君思想的羁绊,但比较当时的传统观念,其思想无疑是进步的、自由的。

^① 《中国法学》的这6篇文章是:袁曙宏:《建立统一的公法学》,2003年第5期;沈岿:《行政行为公定力与妨害公务——兼论公定力理论研究之发展进路》,2006年第5期;童之伟:《宪法民法关系之实像与幻影——民法根本说的法理评析》,2006年第6期;应松年、何海波:《行政法学的最新面相:2005—2006年行政法研究述评》,2007年第1期;赵红梅:《私法社会化的反思与批判——社会法学的视角》,2008年第6期;邓刚宏:《论我国行政诉讼功能模式及其理论价值》,2009年第5期。

^② 美浓部达吉最具有代表性的学说国家法人说和天皇机关说,并与东京帝国大学教授国体论者的上杉慎吉展开论争(美浓部/上杉论争)。美浓部在这一论争中获得了学界多数人的支持,其民主主义的志向获得了广泛的共鸣。应当说,明治宪法是由神权主义的国家主义的保守派人士制定的,美浓部达吉能在这种背景下获得论争的胜利是非常不易的。但其学说给人以反国体的印象,这一理论论争在军国主义甚嚣尘上之际,引发了政治上的轩然大波。1935年,天皇机关说在国会中成为问题,被认为违反国体。随即美浓部达吉的《宪法撮要》等五部著作被禁止发行,美浓部达吉因此辞去贵族院敕选议员。这就是著名的天皇机关说事件。美浓部的这一学说虽然在中国有一定介绍,但并没有发挥实际的作用,因为中国已于1912年在亚洲率先实现了共和制。关于天皇机关说的简单介绍可参见胡泽吾:《日本宪法学上天皇机关说之论争》,见何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹》第2卷·宪政法律篇,法律出版社2002年版,第1011页以下;何勤华:《20世纪日本法学》,商务印书馆2003年版,第255—258页;〔日〕宫沢俊義:《機関説事件と美濃部達吉先生》,《法律時報》第20卷第8号,1948年8月,第42页以下;详细介绍可参见〔日〕宫沢俊義:《天皇機関説事件》,有斐阁1970年版。

^③ 胡泽吾:《日本宪法学上天皇机关说之论争》,见何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹》第2卷·宪政法律篇,第1013—1014页。

（二）法解释学的实证路线

在美浓部达吉的著作里，充斥着法解释学的基本路径，他试图用法学的方法而不是政治学或者其他学科的方法去解释宪法和行政法现象。最为明显的是他十分强调宪法学的法学属性。美浓部在其《宪法学原理》一书中有一个非常特别的安排，名为“宪法学原理”，却以“法”开篇，谈法的本质、法学的任务和研究方法、基本观念等，此后四章分别谈国家、统治权和主权、国家的组织、立宪政体，最后一章才是“宪法”。这一安排可不是严重“跑题”，而是与其自身的定位是相关的。它是从法学的角度对宪法进行原理性的分析，而且它只是“日本宪法”的第一卷。遍观美浓部的著作，他十分注重现行法的规定及其适用，即便是《公法与私法》这样原理性的著作中亦是如此。该书除了引述德国、法国的判例学说之外，还大量引用了日本的立法和大审院的判例，判例信手拈来，或褒或贬，所增添的不仅是著作的可读性，更多的是公法学的实证性。

而这种法解释学的研究方法对中国近代的公法学具有相当大的影响。宪法是一门政治性很强的法，可以从政治学的角度去研究，也可以从法学的角度去研究。在清末民初，政治学的研究路径占据主流，在美浓部公法学传入之后，作为法学的宪法学逐渐形成，开拓性的代表者为钟赓言的《宪法讲义大纲》和白鹏飞的《宪法及宪政》，他们均沿袭了美浓部的法解释学的实证路线。在新中国建立之后，整个大陆公法学界在研究方法上出现转向，阶级分析的方法充斥其间。但台湾的公法学研究仍在延续法解释学的实证传统，林纪东的四卷本《中华民国宪法逐条释义》更是将其推至极致。在改革开放之后，台湾的著作通过各种形式影响大陆，宪法学在政治学等方法之外重新建立起了法解释学的研究方法。

（三）公法与私法的相对二元论

公法与私法的划分虽然由来已久，但从原理上探究两者之间关系的著作却是少见的。《公法与私法》一书是美浓部达吉在天皇机关说事件后 1935 年底写就的一部著作，1937 年就在中国同时出现了两个中文译本，一方面足以验证该书的魅力，另一方面也可证明当时中国学者把握美浓部乃至日本法学的及时性。该书对公法与私法的区别及其关系作出了全面的归纳和积极的探索。美浓部反对凯尔森的公法与私法一元论的观点，但也反对过分强调两

者的区别,认为两者并非性质完全不同、适用的原理各异,两者之间有关联,可以相互转换。该学说可以称之为“公法与私法的相对二元论”。

该书自翻译出版以来,一直颇受青睐。林纪东先生曾言,日本法学大家美浓部达吉《公法与私法》“就公法与私法之区别、公法与私法之共通性及特殊性、公法与私法之关联等问题,剖析甚详,洵值一读”^①。以至于出版之后,每每谈及公法或私法,甚至民法学者在界定民法的私法属性时,通常会引用该书。即便在当前,或许正是因为它契合了时下的“公法热”与建设法治国家的社会需求,该书仍有很高的引证率,而且在美浓部的中文著作中引用率最高。

五、垂范长久的美浓部公法学

沧海横流,方显英雄本色。虽然美浓部公法学存在着历史的不足,虽然美浓部的个别著作已沉寂于故纸之中,但它的主体部分仍然光彩夺目,仍是我们案头不可或缺的著作。美浓部公法学历经百年,青春依旧。这种生命力来源于美浓部比较法学的深厚功底,植根于美浓部自由主义的赤子情怀。近百部著作、近六百篇文章,仅从数量上亦可折射出美浓部的努力拼搏。而在国家主义猖獗的年代却能极力倡导自由民主主义,即便面对惊涛骇浪,亦无所畏惧,笔耕不辍。在当时的专制体制下,美浓部及其公法学仍有其用武之地,仍显示出独特的魅力。美浓部达吉本人直接培养了中国近代的诸多公法学人,其风骨和懿德也深深感染了当时的公法学者。体系完整、横跨宪行的美浓部公法学直接哺育了中国早期的公法学,也给中国的公法学的形成和发展提供了不竭的给养,从理论体系到具体的观点均为如此。

这里不妨引述商务印书馆对金泯澜翻译的美浓部达吉《国法学讲义》的介绍,该介绍可作为美浓部公法学的一般评价:

美浓部达吉,日本公法学者之巨子也。本书有四长:一可为完全法学,专就法理观察,无政治见解历史情感搀于其间;二可为世界法学,说明共通法理,不偏于一国一地之特别情形;三可为经验法学,所说明者为现代法律现象,不徒骋于理想;四可为真正法学,力倡国家为统治

^① 林纪东编:《中国行政法总论》,正中书局1947年第5版,第221页。

权主体之论，一扫往日之陈言。^①

该介绍最后还有一句对翻译的评价是“译笔尤雅畅明亮”。以雅畅明亮的笔调精准传递出的博大的美浓部公法学思想，若不能在中国产生持久的影响，恐怕也是一件咄咄怪事吧。

第六节 小 结

用“狂飙突进”来形容日本宪法学在清末输入时的情形并不为过，从其速度、数量、规模、影响的程度均为如此，而其他国家宪法学的影响则相形见绌，中国输入日本宪法学的目的有两个：其一是学习日本；其二是经由日本学习西方。但由于日本也是在学习西方，所以两个目的在很大程度上是重合的。而且由于日本的宪法学将西方的知识“东方化”，便于吸收，甚至以学习日本而取代了对西方的学习。日本宪法学在清末的地位是主导性的，是任何其他国家都无法取代的，它对日后的中国宪法学基本概念、范畴、内容、方法等的发展产生了重要的影响。清末之后的中国宪法学自然难以摆脱日本宪法学的影响。日本宪法学这一绝对的主导直到新的留学英美的学生成才、中华民国政府的对外政策发生转变之后才受到了挑战。但即便是日本宪法学主导格局被颠覆之后，中国宪法学的话语体系仍然无法摆脱日本宪法学的影响，至今犹然。

^① 该介绍刊登于笈克彦讲授、陈时夏笔述之《国法学》（商务印书馆 1912 年第 5 版）的封底版权页。

第四章

英国宪法学对中国宪法学说的影响

1215年的英国，虽然仍处于封建时代，但地方封建贵族与城市行会已经拥有了巨大的势力，且已经超过国王。作为贵族与国王斗争的产物，英王约翰（King John）不得不妥协并与宗教和世俗的大小贵族共同缔结了一部名为《大宪章》（Magna Carta）^①的约法，来限制英国君主的权力，尤其是国王征收捐税的权力。俗称自由大宪章（Magna Carta Liberatum）。^②现代限制意义宪法的种子便以《大宪章》为载体早在英国封建时代就已成功地被播种下。因此，英国被世界各国尊称为“宪政之母”。英国宪政思想对世界各国的宪法都具有极其深远、重大的影响。自然，英国的宪法学对中国产生的影响也不能被忽略。1840年鸦片战争战败，特别是1860年英法联军侵入北京后，当时中国的一些有识之士便深刻意识到，谋求富强不能仅依靠制造武器和机械，更重要的是学习西学的本原。于是，魏源著《海国图志》倡“师夷长技以制夷”之说；林则徐创译西报，以为借镜之资。清朝在总结世界强国的经验教训以后，朝野上下也均以为“鉴于时局之阽危，谓救亡之方旨在立宪”^③。本章选取清末五大臣出国考察宪政及其之前为时间段（即1906年前后），从以下几个方面尝试分析英国对中国宪法学说的影响。

① Great Charter 的拉丁文。

② Great Charter of Freedoms 的拉丁文。

③ 《考察宪政大臣达寿奏考察日本宪政情形折》，《东方杂志》第5年第8期，光绪三十四年（1908年）七月二十一日。

第一节 由中国人撰写的介绍英国宪法的书籍

议会制度滥觞于英国。据笔者考证，议会制度最早被介绍到中国的时间可以追溯到 1821 年。1821 年梁廷枏撰写的长达十四卷的《海国四说》^①中谈及了英国的议会制度。梁先生书中所称之“蘭崙”即是梁先生当时对英国首都伦敦（London）的音译。但在这本书中梁先生用“蘭崙”泛指英国。《海国四说》共花了四卷详细介绍英国的情况，并将这四卷题为《蘭崙偶说》。在《蘭崙偶说》第三卷，梁先生简略提及了英国的议会制度：“其会同议国事署曰巴厘满。凡王新立，先集官民于署，议其可否。大事则王与官民同人署议。会议必三年为期，非录用大臣及刑杀职官，虽兵事亦必下署议准乃行。一切创例、置官及增减税饷、行用楮币，皆由本署转行甘文司分布王处断，或谬误，例责奉行者，由署议所罚。职官则于岁终会覈，别其功过而黜陟之。其中专辖兵丁者曰甘弥底阿付撒布士一人，专司赋税者曰甘弥底阿付委士菴棉士一人。有事则甘文好司官与各部民咸集此会议焉。”^②

而后，林则徐在其 1839 年主持编译的《四洲志》中也对英国的议会制度作了一个简要介绍：“凡国王将嗣位，则官民先集巴厘满衙门会议。……国中有大事，王及官民俱至巴厘满衙门公议乃行。大事则三年始一会议，设有用兵和战之事，虽国王裁夺，亦必由巴厘满议允。国王行事有失，将成行之人交巴厘满议罚。凡新改条例，新设职官、增减税饷及行楮币，皆王颁巴厘满转行甘文好司而分布之。惟除授大臣及刑官，则权在国王。各官承行之事，得失勤怠，每岁终会核于巴厘满，而行其黜陟。”^③

清代思想家魏源依据林则徐所辑的西方史地资料《四洲志》，参以历代史志、明朝以来的《岛志》及当时的夷图夷语，编成了共计 50 卷的《海国图志》。后经修订、增补，到 1852 年（咸丰二年）《海国图志》最终形成了百卷本。《海国图志》也介绍了英国议会的相关情况：“国中大事，王及官、民俱至巴厘满衙门，公议乃行。……凡新改条例，新设职官，增减税饷，及

① 据笔者考证，这已经是最早介绍英国议会制度的书了。

② 梁廷枏：《海国四说》，中华书局 1993 年版，第 136 页。

③ 罗炳良：《林则徐四洲志》，华夏出版社 2002 年版，第 116 页。

行相币皆王颁巴厘满，转行甘文好司，而分布之。^①……设有大事会议，各抒己见……如有按时变通之事，则庶民择其要者，敬禀五爵乡绅之会，大众可则可之，大众否则否之。^②”

以上这些介绍英国议会制度的古籍，实际上将宪法学里探讨的一个极其重要的概念——“公意”引入进中国。中国早期的思想家们谈到英国无一不涉及其议会制度，并且都会对英国议会管理国家的议事方式做详细的介绍。这种体现人民“公意”的民主治国方式犹如一股清泉，流入当时仍处于封建社会的中原大地。尽管虽然国内早期的古籍里面未曾出现过“民主”或者“公意”等词，但这些介绍英国议会制度的书籍实则向国人传播了这样一些理念。

此外，19世纪末，权力制衡的思想在中国先进知识分子中间也广为盛行。1899年，梁启超在《各国宪法异同论》一文中介绍权力分立的基本思想时写道：“行政、立法、司法三权鼎立，不相侵秩，以防政府之专恣，以保人民之自由。此说也，自法国硕学孟德斯鸠始倡之。孟氏外察英国政治之情形，内参以学治之公理，故其说遂为后人所莫易。今日凡立宪之国，必分立三大权。”^③由此可见，国内早期介绍“三权分立”学说的著作误以为该学说描述的是英国的宪政运行模式。然而，“三权分立”的学说被完整地提出来其实是源于一个“美丽的错误”。法国人孟德斯鸠是在英国的宪政模式上总结出来的这个学说，但实际上以议会至上为宪政基石的英国无论是当时还是现在都从未施行过孟德斯鸠所谓的严格的三权分立。因此，所谓以英国宪政运行模式概括出来的“三权分立”学说并非反映了英国宪政的真实面貌。在今天英国工党所提倡的宪政改革中，虽然提出加强政府三大分支之间的“权力分离”，此“权力分离”也并非“三权分立”。英国今天宪政改革中提出的“权力分离”仅仅强调的是三大分支权限的泾渭分明，而不是意在加强机构之间的制衡。议会在英国永远享有至高无上的主权。

① 魏源：《海国图志》，李巨澜评注，中州古籍出版社1999年版，第320页。

② 魏源：《海国图志》，第327页。

③ 梁启超：《梁启超法学文集》，范忠信选编，第2页。

第二节 介绍英国宪法的外文书籍的译著

中国国内学者以著书立说的形式对英国确立的一些近代宪法的基本原则进行了介绍。此外，英国宪法学著作的中文译著，也形成了一个影响中国宪法学发展的重要源头。英国传教士李提摩太（Timothy Richard）翻译了英国人富得力撰写的《列国岁记政要：十二卷》。康有为将该部译作纳入其编辑的欧洲列国变革各书系列丛中，并在百日维新运动期间一并进呈给了光绪帝，以资采择。^① 富得力的这本书后又经美国人林乐知（Y. Allen）口译并经郑昌棫笔述成书。该书于光绪二十七年（1901年）由上海“宝善斋”正式出版成册。虽然受戊戌政变的影响，“朝野上下，咸仰承风旨，于西政西学，不敢有一字之涉及”^②，但是“革新之机又渐渐萌发于下，有志之士翻译欧美及日本之书籍、研究其宪法者渐众”^③。1903年林廷玉将英国人俾芬路以专著形式介绍英国宪政的书——《英国宪法及政治问答》翻译成中文介绍给国人。这也是中国人翻译的第一本由英国人自己撰写的有关英国宪法的著作。

此外，以日本学者翻译的欧美书籍作底本，国内学者再做间接翻译的书也不在少数，如英国学者希西利洛度利科的《英国地方政治》便是赵必振据日本久米金弥译本转译的。另外，作新社从日本转译的《各国宪法大纲》，也收集了英、法、德、日等国关于宪法、君主立宪等方面的内容。蔡文森根据日本元老院的《欧美各国议员典例要略》译本编译了《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国议员的组织情况。清末立宪莫不以日本立宪的经验为主要蓝本，加之康有为、梁启超等大力推动立宪之人也多与日本交善，因此日本学者的著作多被翻译成中文引入中国，其中也包括了日本学者介绍英国宪法的著作，如周逵在光绪二十八年（1902年）翻译的日本学者天野为之、石原健三合著的《英国宪法论》。《英国宪法论》可谓是中国第一部以专著形式介绍英国宪法的著作。次年，上

① 参见梁启超：《戊戌政变记》，中华书局1954年版，第1卷第一章，第19页。

② 《论中国必改革政治始能维新》，《东方杂志》第1年第1号。

③ 《立宪运动之进行》，《东方杂志》第9卷第7号。

海广智书局又出版了麦孟华翻译的日本学者松平康国编著的《英国宪法史》。

第三节 外国人及清末外交大使为中国引入的英国宪法学说

英国的宪法学说以书本为传播载体,促进了中国贫瘠的宪政思想快速萌芽。《南京条约》签订以后,到中国来传教或者教学的英国人也为中国初期的宪法学作出了巨大的贡献。其中最具影响力的当数前任北京同文馆英文教习、后任上海江南制造局翻译馆主管的英国圣公会的传教士傅兰雅(John Fryer, 1839—1928)。他单独翻译或与人合译的西方书籍多达129部。这些西学的译著中除了介绍西方科技的书籍,还包括大量有关西方法学的著作。傅兰雅掀起了当时翻译西学的热潮,也使翻译中心一下从北京转移到了上海。1898年史上著名的戊戌变法唱响中国大地,并且这次百日维新运动的主要参与者都倡导以日本立宪运动之成法为依归。康有为乃此次百日维新运动之中坚力量。在郭嵩焘首倡学习西洋“朝廷政教”二十年后,康有为大讲变法,正式建议朝廷“采万国之良规,行宪法之公议”^①。这两句话便成了维新派“君民共治”的政治纲领。康有为所倡之“公议”其实就是英国议会的体现“公意”的议事方式。在这场轰轰烈烈的立宪运动中,英国传教士李提摩太也积极参与了进来,并建议康有为转请清政府聘日本人伊藤博文为这次立宪运动的顾问。^②

19世纪末民间的学术交流已经为国人了解英国宪政做了很多铺陈。而后,清末派往英国的外交大使也为中国学习英国宪政做出了巨大的贡献。很多外交大使均以日记的形式记录了当时他们在英国的所见、所闻、所感。英国的宪政文明也不可或缺地被囊括其中,并且这些资料无论对当时国人学习英国宪政还是对后世学者研究英国宪政都是一个丰富的宝藏。马克思对清末派遣外交大使出使他国的原因做出过很精妙的概括:“英国的大炮破坏了皇

^① 《戊戌变法资料》第2册,上海神州国光社1953年版,第208页。

^② 参见罗志渊、周异斌:《中国宪政发展史》,上海大东书店增订版,第10页。

帝的权威，迫使天朝帝国与地上的世界接触。”^①再加之光绪元年（1875年）春天，英国驻华使馆翻译官马嘉理（A. R. Margary）在云南被杀，引起交涉。英国自然成为了“天朝帝国”同“地上的世界”接触的首选对象。1876年至1879年，郭嵩焘被任命为出使英国的钦差大臣，但实则是专为“马嘉理案”赴英“通好谢罪”。此公不仅是大清派出的第一位出使外国的正式代表，也是中国历史上常驻西方国家的第一个外交官。

郭嵩焘将其出使英国两年间的见闻，再加之后兼使法国的经历记载成册，题为《伦敦与巴黎日记》。这本日记详细地记载了他对欧洲政治的考察，从中也能领悟到郭公对中西文化的比较研究。源于郭嵩焘先进的思想，《伦敦与巴黎日记》中一则“出国途中”所附的《使西纪程》在当时激起了大清满朝士大夫的公愤。在出使英国之前，郭嵩焘就已在其1875年所写的《条议海防事宜》一文里陈述了一个振聋发聩的观点。他一反当时最为主流的“洋务派”所持的西洋强盛的主要因素为“坚船利炮”的观点，认为改革图强之本当为“循习西洋政教”。郭嵩焘这里所提倡的实为“变法”，因此郭嵩焘也成为了封建末期士大夫阶级中最早主张向西方寻找真理的人物。

郭嵩焘在到达英国第五日的日记中对英国的政党作了一个粗略的介绍：“此间国事分党甚于中国。现分两党，新执政毕根士非尔得，旧执政噶拉斯敦。下议政院入毕党者四百余人，入噶党者亦三百余人，互相攻击争胜。视执政者出自何党，则所任事各部一皆用其党人，一切更张。其负气求胜，挈权比势，殆视中国尤甚矣。”^②之后，他又对应清朝各部大致介绍了英国的政府机关：将外部对应为英国的外交部（Foreign Office），吏部对应为英国的内政部（Home Office），户部对应为英国的财政部（Exchequer），礼部对应为英国的典礼长（Master of Ceremony Office），兵部对应为英国的陆军部（War Office），水师总理对应为英国的海军部（Admiralty），工部对应为英国的工程局（Board of Works），理藩院对应为英国的殖民地办公室（Colonial Office），巡捕对应为英国的警察，理刑之地对应为英国的刑事法庭。郭公使在此则日记中还专门考察了英国的市参议员和市长：“又有一种专管地

^① [德] 马克思：《中国革命和欧洲革命》，见《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1995年版，第692页。

^② 郭嵩焘：《伦敦与巴黎日记》，第101—102页。

方街道者，由民人主之，分段管理，曰阿得门（笔者注：即市参议员 alderman 的音译），总管曰梅得尔（笔者注：即市长 mayor 的音译）。^① 到英国后的第十七日，郭嵩焘便前去旁听了上议院议事，并感叹“律法之严如此”^②。郭嵩焘在英期间还特别拜访了下议院的议员。^③

郭嵩焘对中国的宪政文明的发展自然功不可没。随其赴英的副使刘锡鸿也著了一本《英轺日记》专门对其九个月的旅英生涯作了一个介绍，其中当然对英国国政有所涉及。此外，最早奏请朝廷立宪的是出使法国的大臣孙宝琦。他在奏本中建议“仿英、德、日本之制，定为立宪政体之国，先行宣布中外，于以固结民心，保存邦本”。

第四节 对英国宪政的第一次官方考察

中国宪政史上最值得纪念，也是对整个中国宪政发展产生最为重大、直接影响的事件当数，1905年年底清政府派出五大臣出国考察宪政。五大臣中载泽、尚其亨、李盛铎专门负责考察英国的宪政，并于光绪三十二年（1906年）正月二十日由横滨乘坐美国公司轮船，取道美洲，前往英国。^④ 在这五位大臣中载泽是“贝子衔奉恩镇国公”，属于皇族并深得慈禧的信赖。尽管光绪帝在指派五位大臣时并未排序，然而一般都将载泽视为五大臣之首。因此，载泽是作为清王朝利益的代表去考察西洋宪政的。而清政府将被皇权寄予最大信任的大臣载泽派往了英国考察宪政，这也足以可见当时作为第一大强国的英国在清朝心目中的重要地位。在朝野上下均达成“惟有变法自强为国家安危之命脉”的背景下，详细考察英国的宪政也自在情理之中。

载泽回国以后编译了30部书，呈交朝廷新设的“考察政治馆”（光绪三十三年（1907年）改为“宪政编查馆”）以备采择。其中，涉及介绍英国宪法的书有：1906年太宣书局出版的《代议政体原论》，新民译书局出版的《英国地方自治》、广智书局出版的《地方自治论》；1907年，相继又有上海

① 郭嵩焘：《伦敦与巴黎日记》，第104页。

② 郭嵩焘：《伦敦与巴黎日记》，第107页。

③ 参见郭嵩焘：《伦敦与巴黎日记》，第115页。

④ 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第6—7页。

群益书局出版的《宪法》、上海作新社出版的《法学通论》、广智书局出版的《国法学》、商务印书馆出版的《议会政治论》、文明书局出版的《英国通典》、开明书局出版的《普通选举法》、上海开进学社出版的《地方行政汇编》、上海中国图书公司出版的《英美法》；1910年，商务印书馆又接着出版了《自治论》、《宪政论》、《宪政研究书》，并在1911年出版了《地方治精义》等。这些书虽然只有两本是系统介绍英国的，但是其他的宪法类书都不可避免地涉及英国宪法。毕竟正如载泽领衔的《奏请以五年为期改行立宪政体折》中所言，“宪法滥觞于英伦”。此外，1907年端方呈给光绪帝的考察报告——《列国政要》和1908年上海商务印书馆出版的戴鸿慈和端方合著的《欧美政治要义》也均对英国的宪政作了介绍。

载泽自己还亲笔撰写了《考察政治日记》，将其“邮程所历，身履而目接者，与彼都人士言论之可甄存者，为日录一编”。载泽一行共访问了五个国家，其中在美国停留了15天，日本停留了29天，法国停留了24天，比利时仅14天，而在英国共计停留了43天。^①从停留的时间上看，也足以可见考察宪政的大臣对英国比其他几国寄予了更多的重视。游历完以后，载泽回国途中在其日记里总结了几国对其一行的款待：“日廷款待尚殷，法商欢迎殊盛，英为少简，比为最优。”可见，载泽并不十分满意英国之接待礼数。然而，在汪大燮给光绪帝的奏折中记述了这样一个插曲，即英国牛津大学和剑桥大学分别邀请载泽一行去参观两所学堂并授予了载泽等人博士学位。^②载泽在日记中对此有详细的记载：“屋克斯福大学堂（Oxford，笔者注）丐汪公使介言，亦赠予以笃克罗学位，以文学博士分赠尚、李二使，二十五日至彼学堂受礼。……至谦伯里区大学堂（Cambridge，笔者注），……，进博士绯衣，亦赠尚、汪二使以文科博士、柏锐文科学士之号。”^③在其他几国，却没有任何大学授予过几位大臣如此高的殊荣。

整个旅英过程中最浓墨重彩的一笔，是载泽等人在伦敦时特邀政法学教

^① 参见载泽：《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。笔者是按照其日记计算出来的停留时间。

^② 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第20页。

^③ 载泽：《考察政治日记》，第660页。

员埃喜来到使署讲解英国宪法。^① 遗憾的是, 载泽以及其同去之人的日记中无一人详细地介绍了埃喜来的个人情况。载泽日记唯一提供的两条主要线索即: 埃喜来是个政法教授; 埃喜来将自己所著的两本书《地方自治论》和《宪法解义》相赠。此外, 当时出使英国的大臣汪大燮呈给光绪帝的《会同载泽等考察英国政治事竣折》中写道: “……聘定美国有名政治教习一人, 将英国各部院及其地方自治事务、警察、刑狱、市政、商会一切有关行政治事之法……”^② 笔者主要根据载泽日记里两条线索, 再联系清朝大臣考察英国的时间, 在英国国家档案馆进行了查询。结果显示与大臣所述之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)。但是, 此公系英国人, 并非汪大使奏折中所说的美国人。为了排除这一矛盾的信息并确定到底谁最有可能是载泽所讲的埃喜来, 笔者专门就此与现任伦敦政治经济大学公法学教授的马丁·洛克林取得联系。^③ 经过一番调查, 尤其是从载泽一行获赠之书的书名这个信息, 洛克林教授同样认为应该是珀西·埃喜来 (Sir Percy Walter Llewellyn Ashley)。洛克林教授给笔者的邮件中还写道: “我很确定埃喜来不是一个著名的宪法学者。他是伦敦政治经济大学创办者韦伯斯夫妇 (Webbs)^④ 的朋友, 大概因此才得以在伦敦政治经济大学担任讲师。他可能还担任过英国政府的公务员——所有我在因特网上能查询到的, 就是他担任过英国标准协会的副主席和英国国家肖像馆有一幅他的肖像。”

于是, 笔者又与伦敦政治经济大学档案室的工作人员取得了联系。^⑤ 据伦敦政治经济大学的校历记载, 珀西·埃喜来爵士系英国人, 生于 1876 年, 于 1945 年去世。1899 年到 1908 年, 埃喜来爵士在伦敦政治经济大学担任讲师: 1899 年至 1901 年, 他讲授的是“地方政府”这门课; 1901 年至 1906 年, 他担任“历史与公共行政”一课的老师; 1906 年至 1908 年, 他只讲授“历史”课。校历上记载, 埃喜来爵士在英国牛津大学林肯学院获得了文学

① 参见载泽:《考察政治日记》,第 596 页。

② 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》上册,第 20 页。

③ 这里要特此感谢洛克林教授为笔者查询有关埃喜来的相关信息。

④ The Webbs: Beatrice (1858—1943) and Sidney (1859—1947) .

⑤ 笔者这里要向伦敦政治经济大学档案室的管理人员 Sue 深表谢意,感谢她为笔者精心查阅了其保存的有关埃喜来爵士的所有资料。

硕士 (M. A.)^① 的学位。1898 年, 他荣获了“罗素奖学金”^② 在伦敦政治经济大学学习。珀西·埃喜来爵士的著作有: 1903 年出版的《关于爱尔兰土地问题的随笔: 为 R. B. 霍尔丹所准备》^③、1904 年出版的《现代关税史: 德国、美国、法国等》^④、1906 年出版的《地方与中央政府: 对英格兰、法国、普鲁士和美国的一个比较研究》^⑤、1924 年出版的《欧洲的 100 年, 1814 至 1914: 政治发展的一幅素描》^⑥。其中,《现代关税史》是埃喜来最具影响力的一本著作, 由 R. B. 霍尔丹子爵作序。并且该书还在美国得以印刷出版。1920 年,《现代关税史》的第三版在英国问世。^⑦ 很多国家的图书馆现在都藏有此书, 包括中国国家图书馆。此外, 其《地方与中央政府》一书在 1920 年由法国人路易斯·马丁翻译成了法文在巴黎出版。^⑧ 这五本书在伦敦政治经济大学的图书馆里均有藏本。

然而, 在载泽等前去英国考察宪政的时代, 英国最负盛名的宪法学家非戴雪莫数。戴雪 (A. V. Dicey) 出生于 1835 年, 于 1922 年去世, 享年 87 岁。戴雪 1885 年出版了《宪法学导论》 (Introduction to the Study of the Law of the Constitution), 并于 1915 年将该书更新到第八版。这本书为戴雪奠定了在英国宪法学界的首席地位。1896 年, 戴雪又出版了《与法律冲突有关的英格兰法律的分类》 (A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws)。1905 年, 戴雪以牛津大学佛尼林派教授这样享有

① 在英国获得 M. A. 学位有两种含义: 第一种是泛指所有的文学硕士, M. A. 即 Master of Arts 的缩写; 第二种是由于本科不是学法律的, 硕士转学法律 (时间是两年), 获得的学位也是 M. A., 相当于国内的法律硕士。根据笔者在牛津大学法学院的学习经历, 牛津大学对法学硕士的称呼为 Mjur 或 BCL, 所以埃喜来获得的应是文学硕士学位。

② 即以英国著名哲学家罗素 (Bertrand Russell) 之名设立。

③ See Percy W. L. Ashley, *Notes on the Irish Land Question: Prepared for R. B. Haldane*, London John Murray Press 1903.

④ See Percy W. L. Ashley, *Modern Tariff History: Germany, United States, France, etc.*, London John Murray Press 1st ed 1904.

⑤ See Percy W. L. Ashley, *Local and Central Government: A Comparative Study of England, France, Prussia and the United States*, London John Murray Press 1906.

⑥ See Percy W. L. Ashley, *Twice Fifty Years of Europe, 1814—1914: A Sketch of Political Development*, London John Murray Press 1924.

⑦ 伦敦政治经济大学现藏的就是第三版的《现代关税史》。

⑧ See Percy W. L. Ashley, traduit de l' anglais... par Louis Martin, *Le pouvoir central et les pouvoirs locaux (Angleterre, France, Prusse, États-Unis)*, Paris Press 1920.

至高荣誉的身份撰写了其第三本代表作——《19世纪的英格兰法律和舆论关系之讲义》(Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century)。戴雪是以自己于1898年在哈佛大学法学院授课的内容为基础完成此书的。尽管戴雪的第三本代表作远不及其之前的著作对学术界的影響力大,但是戴雪的宪法学说一直占据着英国宪法学界的统治地位。^①戴雪在85岁高龄时还与瑞特(R. S. Rait)合著了他此生最后一本著作《对英格兰和苏格兰联盟的想法》(Thoughts on the Union between England and Scotland)。五大臣考察英国的宪政是在1906年,此时戴雪是71岁。既然戴雪在85岁高龄时还能写书,那为何英国政府当时不邀请戴雪为前去学习宪政的中国大臣讲解英国宪法呢?

笔者未能从英国的资料中寻找到一个官方的解释,所以这里只能尝试对上述材料作一个粗浅的分析。从埃喜来所著的第一本书《关于爱尔兰土地问题的随笔:为R. B. 霍尔丹所准备》以及其最著名的《现代关税史》请R. B. 霍尔丹^②作序可以看出,R. B. 霍尔丹与埃喜来应该交情不浅。此外,洛克林教授也提到,埃喜来与当时英国非常著名的社会改革家、费边主义学会^③创办者以及伦敦政治经济大学的建立者韦伯斯夫妇私交甚好。虽然埃喜来本人并不是英国历史上的一个著名人物,在英国国家档案馆也难以查到他的相关资料,但是与埃喜来有交情的这三个人物却是英国声名赫赫的历史人物。洛克林教授推断埃喜来能在伦敦政治经济大学任教的原因可能就是因为他是韦伯斯夫妇的好友。因此,当时埃喜来能为清政府派去学习宪政的大臣们讲课,是否也得到其朋友的力荐呢?

R. B. 霍尔丹(1856—1928)是当时英国一位非常重要的政治家(先为自由党人士后为工党人士)、律师和哲学家。他不仅被英王授予世袭爵位成为第一位霍尔丹子爵,还荣获了“蓟花勋章”^④、“功绩勋章”^⑤。此外,他还

① See Richard A. Cosgrove, *Dicey Albert Venn (1835—1922)*, *Jurist, Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press 2004-8.

② 全名为:Richard Burdon Sanderson Haldane.

③ Fabian Society.

④ Order of the Thistle. 英国最古老最高贵的蓟花勋章是与苏格兰有关的一项骑士勋章。

⑤ Order of Merit. 1902年英国爱德华七世建立的功绩勋章,旨在奖励那些在全英国及所有英联邦国家的军队、科学界、艺术界、文学界以及在促进文化方面作出杰出贡献的人。

在枢密院供过职，担任过国王的法律顾问，是英国“皇家学会”^①和“伦敦古物专家学会”^②的成员。R. B. 霍尔丹最先是在爱丁堡大学学习哲学，成绩是“头等优异”（first-class honors）。而后，他去了伦敦研习法律，于1879年开始出庭，继而成为一个非常杰出的大律师。1885年R. B. 霍尔丹以自由党人的身份被选举为议员。1895年，他协助成立了伦敦政治经济大学，由此可以看出R. B. 霍尔丹与伦敦政治经济大学也有渊源。1905年，当时自由党的领袖、时任英国首相坎贝尔（Henry Campbell-Bannerman）任命R. B. 霍尔丹为陆军大臣（Secretary of State for War）。坎贝尔的继任者阿斯奎斯（Herbert Henry Asquith）首相与R. B. 霍尔丹也有密切的联系。1906年，R. B. 霍尔丹开始针对英国军队提出一系列的改革方案，被称之为“霍尔丹改革”（Haldane Reforms）。1912年，R. B. 霍尔丹被自由党政府任命为上议院大法官（Lord Chancellor），后因一个虚假的指控被迫辞职。此后，R. B. 霍尔丹逐渐向工党靠拢。在1923年工党执政后，首相麦克唐纳（Ramsay MacDonald）于1924年重新任命R. B. 霍尔丹为上议员大法官。

再看韦伯斯夫妇的履历。起初在政治上，西德尼·韦伯斯和碧儿翠丝·韦伯斯都将精力集中在地方自治上，而并不热衷于参与议会事务。但是，由于后来发生的一些事使得二人逐渐与政府的关系变得越来越密切。1905年至1909年，碧儿翠丝·韦伯斯受政府委任，成为《济贫法》皇家调查委员会的成员之一。^③在该皇家调查委员会成立前，韦伯斯夫妇就一直对《济贫法》的实际运作情况持有很强烈的批评意见。碧儿翠丝·韦伯斯在委员会里属于少数派。她与西德尼·韦伯斯一起代表少数派的意见合写一份报告书，提交给委员会。韦伯斯夫妇提倡通过政府关注和组织人员发现导致贫穷的特别原因来对抗贫穷。他们的建议被当时的执政者所忽略，但是后一届政府不久却采纳了他们倡导的方式。西德尼·韦伯斯对工党形成起到了核心作用，并从1915年开始直到1925年一直效力于工党的行政机关。1918年，西德尼·韦伯斯大量地撰写了工党的组织章程。1922年至1929年，他作为工党人

① Royal Society。伦敦皇家学会的创立旨在提高自然知识，是一个学术团体，成立于1660年并被认为是现存的历史最悠久的一个学会。

② Society of Antiquaries of London。伦敦古物专家学会是世界上第一个关于古物遗产的学术团体。

③ Royal Commission on Poor Law。1905年，政府建立了该委员会，旨在关注《济贫法》的运作情况。

士被选为议员。1924年，西德尼·韦伯斯被任命为贸易部长；1929年至1930年，他被任命为负责自治领事务的部长^①；1929年至1931年，他又被任命为布政司。^②1929年，西德尼·韦伯斯被封为帕斯菲尔德男爵（Baron Passfield）称号。此外，从1912年开始，西德尼·韦伯斯在伦敦政治经济大学担任了15年的公共行政学教授。

从R. B. 霍尔丹以及韦伯斯夫妇的经历足以可见，三位都备受当时英国执政者的器重。载泽一行考察英国宪政的时间是1906年。1906年，R. B. 霍尔丹成为陆军大臣，这可以被视为R. B. 霍尔丹逐渐走向其政治生涯巅峰的一个起点。同年，碧儿翠丝·韦伯斯是皇家调查委员会的成员，并且英国政府邀请西德尼·韦伯斯协助碧儿翠丝·韦伯斯工作。韦伯斯夫妇一直热衷于倡导地方自治，而埃喜来对地方自治也颇有研究。这大概也是为何埃喜来受聘于伦敦政治经济大学担任讲师的缘由之一。在载泽的日记里还提到一位名叫“韩喀”的大律师请宴，“座中多下议院绅员”。宴会中，英人谈论起“中国之害，莫甚鸦片”，而大家讨论后的结论是中国要禁烟，非立地方之治不可。^③据此，笔者以为“地方自治”之主张可能是当时英国政界一个比较主流的观点。埃喜来当时正好对“地方自治”有一定的研究且有专著出版。因此，当时英国执政者之所以安排他给载泽等人授课，很有可能就是由R. B. 霍尔丹和韦伯斯夫妇这三位当时活跃在英国政界的重要人物将其推荐给英国政府的。

反之，戴雪却是坚决反对“爱尔兰自治”（Irish Home Rule）。戴雪也曾离开牛津大学，成为新成立的伦敦政治经济大学的第一批教授。《与法律冲突有关的英格兰法律的分类》就是戴雪在伦敦政治经济大学任职期间完成的。然而，戴雪的观点却非常旗帜鲜明地站在了韦伯斯夫妇所持的政治观点的对立面。在载泽一行考察英国时，英国国内同时也面临着一个重大的政治问题——爱尔兰的自治问题。在1800年以后，通过与英格兰一起制定了

① Dominions Secretary。这个职位建立于1925年，属于内阁成员的级别，专门负责处理英国与其海外领土（加拿大、澳大利亚、新西兰、南非、纽芬兰、爱尔兰的自由州和南罗得西亚自治殖民地）的关系。

② Colonial Secretary。

③ 参见载泽：《考察政治日记》，第626页。

《联合法令》(Act of Union 1800), 爱尔兰王国正式与英格兰组成联盟。这一议会制定通过的法令自然也是当时宪法学者们竞相争论的焦点。作为宪法学家的戴雪对政治其实也抱有很大的渴望, 使爱尔兰不脱离英国的这个联盟便成为了戴雪晚年核心的政治信条。为此, 戴雪于 1886 年专门出版了《英格兰的案例反对地方自治》(England's Case Against Home Rule) 一书以阐明自己的观点。对爱尔兰要脱离联盟的恐惧使戴雪不知疲惫地工作。他不停地出版刊物和以私人信件的方式与其他人交流, 竭尽所能地反对任何试图修改爱尔兰当时所具有的英国联盟成员的宪法身份。一来因为戴雪所信仰的议会主权原则, 二来因为他细细地解读美国的联邦主义后坚决反对以联邦这种“伪装”的解决方式来修改爱尔兰的宪法地位。戴雪反对组成联邦, 因为他坚信联邦制造的政府形式存在与生俱来的弊端, 并且这一点已被数世纪的历史发展所证明。^①

埃喜来总共给前往英国考察宪政的大臣们上了八天课, 每天上课的时间至少都有两个小时。载泽在《考察政治日记》中尤为认真仔细地记载了埃喜来授课的内容。在第一节宪法课上, 埃喜来给大臣们首先说明了“英国宪法, 数百年来, 逐渐发达……欲以一科律中求宪法之全体, 不可得也”^②。然后, 他以“言三权鼎立之概, 与君主之权限”为授课之开篇内容。一曰造律权(即立法权)全在议院, “英国宪法之最要者, 其惟议院之无量权力乎”! 在讲述立法权之前, 埃喜来教授先对英国国王和议会的关系作了明确的界定。“英国议会, 合君主、贵族、下议院议员三者组织而成。然其真实权力, 归于下议院。何者? 君主之权, 在传议员聚议, 及举行开院典礼, 于颂词中申明何项法律此次由政府请议院核议, 并降谕闭院而已。虽议院议准法律, 必经君主批准颁行, 而君主但据政府大臣申请批准, 从无批驳, 相沿已二百年。凡事经两院议准, 君主无不批行, 已成为不言而喻之定例矣。上议院之权, 不及下议院。万一如遇两议院意见不合, 下议院所争执者, 上议院不得不从。此虽无定例, 然由来已久, 为宪法所认可。故上议院开议, 议

^① Dicey Albert Venn (1835—1922), *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press 2004-8.

^② 载泽:《考察政治日记》, 第 596 页。

员来者绝少；而下议院于上议院不满意之事，从不置意。”^① 对议员的组成，载泽日记中也有详细的记录：上院议员多为世爵，下院议会皆由民主产生。议会如何制定并通过法律，以及“国民年不及 21 岁，及罪人、疯癩、教士、妇女、各久任官”不能为议员，也做了具体的描述。^② 此外，议会拥有决定预算，监督并节制政府等权力。^③ 但是，内阁也有造律之权。“各部大臣所司之各紧要科律，皆由内阁备拟，送议院核议；即由议员呈请颁定者，亦非政府允许不得行。”^④

二曰行政权，由内阁大臣负责，“大臣如不申请，君主固无所为也”。议会之中的多数党魁即为首相。在介绍行政权时，载泽对责任内阁制介绍得较为细致：“各大臣不独各任所司之专责，即对于同寅各大臣之所为，亦有责任。如下议院不以某部大臣之所为为者居多数，或因内阁全体请退，或被劾之大臣独退。首相有节辖各大臣之权。如不以某大臣所为为然，则某大臣须更改己见，或自请退，此皆政府之责任也。”^⑤ 在讨论行政权时，又将行政权分为“中央和地方两端”，而后自然涉及“地方自治”之概念。根据载泽的记载，“（英国）地方自治为各国所推崇取法者”。由此，埃喜来教授花了大篇幅对“地方自治”的“制”加以说明：“其制有二：一为小村落，小市镇。凡村落皆有自治局。……二为大市镇，不归府统治，盖即旧市镇也。”^⑥

三曰执法权（笔者注：也即我们今天所讲的司法权）。这里主要讲了司法独立这个核心原则，以及程序合法原则和最初的国家赔偿概念。“裁判各官，由司法大臣奏任，终身其事，非两议院弹劾，不得黜退。故能独立，不受政府节制，亦不为其无形隐力（笔者注：这里指君主）所动摇。而各裁判亦皆秉正不回，为国人所信服。惟其独立不受制于政府，故能保卫民庶，不使为大臣、勋贵、官吏所强迫、抑制。如以一官令一民为某事，民不从，官只能控诸公堂。裁判官乃察其所令合例与否。如不合例，官虽尊，无如民何。夫发令者为谁合，裁判官不察也；其所察者，在令之合例否耳。裁判官

① 载泽：《考察政治日记》，第 611 页。

② 参见载泽：《考察政治日记》，第 612—613 页。

③ 参见载泽：《考察政治日记》，第 612 页。

④ 载泽：《考察政治日记》，第 597 页。

⑤ 载泽：《考察政治日记》，第 597 页。

⑥ 载泽：《考察政治日记》，第 608 页。

有遵守法律、保护个人之责，如有一人不合例被拘，裁判官可发令释放。倘无罪被拘，致有损失，裁判官可令拘之者赔偿。裁判官于议院所定之法律条例，皆须奉行。至于政府大臣或各局署官员所请，属有违例者，可置之不顾。此司法权之所以能独立也。”^①

对“三权”的介绍，埃喜来向大臣们呈现了英国宪政的一个总体面貌。尔后，埃喜来的授课内容可以归纳成两大核心：一是讲解英国国家机构的大致运作情况，即分别对英国内部、农渔部、户部、藩部、地方自治部、议院、司法部、警察、学部之制度进行了专门的讲述，并演说了英国办理事务之情形；二是重点讲解地方自治的相关内容。八天的宪法课程里，埃喜来不仅在讲解其他内容时多次涉及“地方自治”，并且专门用了一次课详细“来讲英地方自治部规制”：首先介绍了英国分管各种事宜的地方自治部，包括“恤贫”、“卫生”、“庶务”、“财政”、“统计”等司；然后介绍英国的地方自治局。埃喜来认为“至地方自治之制，均由各地方自治局主之”。他先分别介绍了英国乡县、市镇、府（合乡县市镇为府）有多少自治局，然后总结说“大市自治权限较大”。紧接着，他以伦敦的自治局为例对这一结论加以说明，并认为“伦敦之治为英国宪法之起点”^②。

除了专家讲学之外，使团在伦敦还先后拜访了内部大臣、地方自治局监督、学部大臣、农部监督、藩部次官、首相兼总理户部大臣、陆军大臣、海军提督，了解英国政府各部的规章制度。经过对英国宪政的仔细研究和考察以后，光绪三十二年（1907年）三月二十四日载泽等向光绪帝上奏了在英考察的大概情形，认为“英国政治，立法操之议会，行政责之大臣，宪典掌之司法，……百官承流于下，而有集思广益之休；君主垂拱于上，而有暇豫优游之乐。……唯其设官分职，颇有复杂拘执之处，自非中国政体……”^③这也就为我国的宪政发展道路定了一个基调，英国的宪政体制不能作为仿效对象，只有日本、德国这类国家，君主“有独尊之权”，人民“无不服从为主义”，才是尽善尽美的政体。^④

① 载泽：《考察政治日记》，第599页。

② 载泽：《考察政治日记》，第606—610页。

③ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第11页。

④ 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第24—40页。

暂且不论载泽一行宪政考察后得出的结论对与否,首先值得分析的是埃喜来教授^①的授课内容。综观载泽的听课笔记,也可以看出埃喜来并非一个宪法专业的学者。埃喜来并未给大臣们讲述一些宪法的基本原则或者基本理论。或者说,埃喜来仅就当时英国各国家机构实际的运作情况作了介绍,而没有阐述支撑英国议会政府复杂运行机制的原理。即使在讲述“地方自治”时,埃喜来也并未从宪法的角度(即地方自治的相关基本理论,如中央与地方分权等)对该问题加以论述,也只是流于表面地介绍英国地方自治的现状。从而,与其说埃喜来给大臣们上的是“宪法”课,还不如将该门课界定为“政府学”的课程。这恰好也再次印证了笔者将此“埃喜来”推定为彼“埃喜来”的结论:1906年,伦敦政治经济大学的讲师埃喜来担任授课任务正与“公共行政”有关。作为宪法的另一基本范畴——对个人权利的保障,在埃喜来的整个授课过程中几乎未曾提及。唯有在介绍执法权时,谈到“惟其独立不受制于政府,故能保卫民庶”^②。埃喜来所述之“三权”实则更接近美国宪法的基本要素——“三权分立”,虽然他并未明确地在课程里提出这些宪法学的基本理论。

当时在宪法学界占主导地位的戴雪学说并非提倡三权分立。戴雪在其成名作《宪法学导论》提出了三大宪法原则:议会主权原则(parliamentary sovereignty)、法治原则(the rule of law)和宪法惯例原则(constitutional conventions),至今仍是英国宪政的有效原则。戴雪的经典理论影响了英国宪法学的整个进程,其中的宪法惯例原则也是今天英国执政党提出制定一部成文宪法时所面临的障碍。即使继戴雪之后英国又一位伟大的宪法学家詹宁斯(W. I. Jennings)对戴雪的这些观点作出了批判,但是戴雪作为英国宪法学泰斗的地位是不可动摇的。在解决加入欧盟后英国宪法面临巨大挑战时,接受英国传统宪法学教育的法官、律师、学者仍然引用戴雪的观点作为自己的论据。戴雪提出的议会主权原则直接导致了英国至今都无法建立美国式的司法审查制度。因此,可以说这趟英国宪政学习之旅并未给我国宪法学带回当时英国主流的宪法学说和经典的宪法理论。

^① 这里仅是沿用载泽日记中对其的称谓,而实际上埃喜来当时仅为一个讲师。

^② 载泽:《考察政治日记》,第599页。

第五节 小 结

1906年前后的中国如同1215年的英国。1215年《大宪章》在英国诞生，世界上最早的宪政思想也就此萌芽；1908年，清王朝也制定了中国历史上第一部宪法性法律文件《钦定宪法大纲》。尽管《钦定宪法大纲》只用了微乎其微的篇幅规定个人权利，但其同时确实也限制了以前完全不受任何约束的王权。因此，这也是标志着中国宪政起步的一个历史纪元。即使《钦定宪法大纲》不及英国《大宪章》在英国宪政发展史上发挥的作用之大，但中国此间的整个宪政发展史同样为我国以后的宪政发展定了一个基调。综观这段国人学习宪政的史料，提得最多的当数英国的议会制度。议会主权至上原则所包含的“公意”思想早已深深地渗透进中国的宪政理念中。这种“公意”在我国宪政模式的基石人民代表大会制度中也有所体现。与英国坚守“议会至上”的宪法原则一样，我国的人民代表大会制度同样是不可动摇的。这正是因为这样，美国宪政模式的精髓——“三权分立”原则所强调的权力制衡既不被英国所接纳，也不能为我国所采用。从这个角度讲，英国的宪政模式与我国的宪政模式以及宪法文化是相对接近的。因此，英国积累了将近八百年的宪政文明不仅因为其作为“宪政之母”的地位值得我们学习，而且从比较法的角度看，英国宪政的合理经验也是适合我国宪法学研究的。虽然1906年前后，英国对中国宪法学说的影响并非如此巨大，甚至至今我国学者也大多研究德国、日本以及美国宪法学说，但是英国的影响永远不会淡出中国宪法学的发展史。

第五章

德国宪法学对中国宪法学说的影响

第一节 德国国家法及宪法学说发展史

德国国家法学的发展经历了漫长的过程。17世纪初德国即存在以一般原则和思维为理论基础的国家法学。此时的德国国家法以亚里士多德的政治学、经院哲学的自然法理论以及近代西欧的国家理论为理论基础。而严格意义上的一般国家法（*allgemeine Staatsrechtswissenschaft*）则开始于17世纪末。但直到19世纪中期之前，国家法都只不过是现代自然法理论在国家法领域的适用而已，或者至少要披上某种哲学的外衣。^①自然法理论在19世纪逐渐丧失其地位之后，经过短暂的浪漫主义和反理性主义的影响，德国国家法领域才真正开始产生方法论上的争论。伴随着1871年德国统一为一个民族国家，国家法拥有了实证法和成文法的基础，而不再是各种零散的资料汇集，也不再必须依赖于一种形而上哲学。正是从19世纪下半叶开始，德国国家法学才摆脱理性自然法的束缚，步向繁荣。

一、俾斯麦帝国时期的实证主义

一般而言，德国国家法学方法论上的努力始于 Gerber—Laband 学派。

^① H. Kuriki, Die Rolle des Allgemeinen Staatsrechts in Deutschland von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts. Eine wissenschafts- und dogmengeschichtliche Untersuchung, in: AöR 99 (1974), 557.

但魏玛时期才真正展开了国家法意义上的“方法与方向”之争。德国学者 Friedrich Manfred 曾经指出，魏玛时期的“方法与方向”之争缺乏一个真正的前史。^①也就是说，俾斯麦帝国时期的国家法学并不存在真正的“方法之争”。原因在于，Gerber—Laband 体系在俾斯麦帝国时期的国家法理论中占据统治地位。魏玛时期的著名国家法学者 Heinrich Triepel 曾经说过，Laband 的著作“完全统治了不止一代的德意志公法学者”^②。因此，同时代虽然有诸如 Gierke 等人对 Laband 体系的批评，但直到 1918 年，占据统治地位的仍然是 Gerber—Laband 的实证主义。Carl Friedrich von Gerber 在 1865 年出版了《德意志国家法的基本特征》。^③这里值得注意的是，1865 年德国还没有形成统一的帝国，而是处于北德意志联盟这种松散的国家邦联统治之下。因此，当时并没有统一的帝国宪法。但即便如此，Gerber 仍然构建起了新的教义学上的国家法理论，并在后来被称为“国家法上的实证主义”。稍后，1876 年和 1878 年 Laband 出版的两卷本的《德意志帝国的国家法》^④，正式冠之以“帝国国家法理论”的名称，1911 年到 1914 年则更新到第五版，并扩展至 4 卷本，1919 年则由 Otto Mayer 出版了最后一个版本，即第七版的《德意志帝国国家法》。^⑤可以说从 1865 年到 1919 年长达半个多世纪的岁月里，实证主义一直在国家法中占据统治地位。

除了 Laband 本人的信念，即在具体实证法的教义化过程中应当摒弃所有实质性的考量，实证主义出现在当时的国家法理论中也绝非偶然。可以说，国家法中的实证主义由 Gerber 在 1865 年引入具有内在的社会政治因素。1848 年革命的失败，使得自由主义者意识到政治的残酷以及理想与现实之间的差距。于是自由主义者开始放弃激进的主张，谋求与保守的君主制度进行妥协，俾斯麦创建的政治秩序被普遍接受，新的政治关系需要通过法

① M. Friedrich, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlegendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre*, in: AöR, 102 (1977), 166.

② H. Triepel, *Staatsrecht und Politik*, 1927, 8ff.

③ C. F. v. Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865, 2. Aufl. 1869; 3. Aufl. 1880.

④ P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1. Bd. Tübingen 1876.

⑤ P. Laband, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Bearb. von Otto Mayer. - Neudr. d. 7. Aufl. Tübingen 1919, 1969.

学的途径稳定下来。于是在实证法基础上构建的概念体系和逻辑——演绎体系逐渐从私法引入到国家法学领域：由 Gerber 开始，并在 1871 年俾斯麦帝国成立之后由 Laband 发扬光大。

当时的国家法理论，实证主义之所以占据统治地位，有一定的政治、社会因素在内。当时的德意志帝国仍然是君民共治：一半是君主制。一半是民主制。这种君民共存的政治关系在当时的德国可以起到很好的平衡作用，达到各种政治力量的妥协。为维护这种既存的政治关系，在国家法理论中去除政治、社会的因素也就显得理所当然了。而且当时哲学上的混乱状态也导致国家理论和国家哲学的一片混乱。在这种情况下，国家法学要保持独立的状态，就需要从历史、政治和哲学的沉思中脱离出来。Laband 的那句名言，可以说是一言以蔽之，“所有历史、政治、哲学上的沉思……对于具体的法内容 (Rechtsstoff) 的教义 (Dogmatik) 来说并无意义”^①。对历史方法的排斥，源于 Gerber 看到了从世袭国家向现在的君主立宪国家转变的过程中：国家法在德国的发展并不存在历史的延续性；而排斥国家哲学和政治哲学，则在于这种理想化的抽象观念最终会成为毫无根基的“主观观念”^②。Gerber—Laband 的实证主义延续了概念法学的传统。一方面，它指责旧有的实证主义仅仅进行素材汇编的做法。在 1871 年德意志帝国成立之前，这种做法还是很普遍的。当时将零散的国家法资料汇编在一起确实具有重要意义，但在帝国成立、帝国国家法也统一编纂之后，这种做法就显得陈旧和过时。于是，就需要以实证法为基础建构一套严丝合缝的概念体系。因此这种潘德克顿法学又称为“建构主义法学”。另一方面，Laband 的实证主义又要与国家哲学的反思以及政治的考量保持距离。尽管国家法学中法学的方法并不否认国家是通过法加以表达的政治秩序，但国家哲学和政治的考量并不能为实证的国家法和宪法的概念形成提供任何基础。而对于实证法的关注则可以使国家法学更靠近现实 (Wirklichkeit)。从而避免了国家法学的过度抽象化以及脱离当下的具体现实。这也导致一个后果，即启蒙时期以来的国家哲学和国家理论逐渐隐退，而国家法理论则得以彰显。颇具讽刺意味的是，Gerber—Laband 意义上的实证主义以“现实”为缘由排斥了自然法思维和国家

① P. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1. Bd. 4. Aufl. S. IX.

② C. F. v. Gerber, Über öffentliche Rechte, 1852, 8ff., 25ff.

哲学，但后世的反实证主义者同样以“现实”为由反对实证主义的概念体系对现实的脱离。

Laband 的国家法实证主义以及由此展开的逻辑—概念体系，较之于 19 世纪在私法中已经硕果累累的法学实证主义来说并无太大新意，最大特色莫过于其“激进性”。但对于 Laband 在国家法中所引入的“法学”方式和思维体系来说，即便同时期的批评者也并无法否认这一点，即“法学”（juristisch）的思维方式已经成为国家法中绕不开的路径，这种统治一直延续到魏玛早期。这也要得益于当时的国家法还仅仅限于纯粹的国家组织法，基本权利尚未纳入到宪法当中，实践中宪法也并不具备比基本法律更高的效力。也就是说，当时德意志帝国的宪法缺乏一种“高级法”的背景。而在这种情况下，独立的宪法司法（Verfassungsjudikatur）则更谈不上。因此帝国时期的国家法学就很难影响到实践，并为宪法争议提供解决方案，而更多是在实证法的基础上进行概念的构建和体系的内部统一。^①

尽管实证主义在国家法学中占据主流，但国家法的实证主义内部也存在诸多不同。如 Gerber 和 Laband 之间就存在细微的差别。Gerber 的关注点在于以德意志各邦国新产生的宪法文件（Verfassungsurkunde）为基础而发展的法律思维（Rechtsgedanke），从而将其加工成科学的体系。在 Gerber 那里，法学体系是原则（Sätze）与概念的体系，而并不直接依赖于实证的法律规定。与此相反，Laband 的国家法则直接是新的帝国国家法的教义化，只在实证法文本中所包含的规定里进行概念上的加工。Gerber 从实证法中完成了概念和体系上的升华，并反而成为实证法的“对立图景”，而 Laband 则将国家法退回到一种对于新的宪法法来说毫无前提的建构体系。^② 这不能不提到二者所处时代背景的不同。由于 Gerber 时代，统一的实证国家法并未实现，因此 Gerber 面临的任务便是从各邦国不同的宪法法中提取共同之处，在法学上建立一套统一的科学体系，通过这套看似客观理性的科学体系，Gerber 可以将自身的政治观念和反自由主义的理念融进其中，从而反

^① Vgl. M. Friedrich, Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit, in: Archiv des öffentl. Rechts 1986, 200ff.

^② M. Friedrich, Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit, 204ff.

过来成为评价当时德意志各邦国实证的宪法法的标准。^① 由于1871年德意志帝国的统一和帝国国家法的制定，国家法的统一在实践中得以实现，而不必依靠纯粹学术上的概念构想，满足于当时国家法所确定的政治状态，将学术上的概念构想完全建立在制定法和实证法律的基础上就成为可能。因此，Laband完成了从法（科）学（*rechtswissenschaftlich*）上的实证主义向一个通过科学加以引导的法律实证主义（*Gesetzespositivismus*）的转变。不过Gerber与Laband之间的差距并没有想象中那么遥远。因为对于Laband来说，在制定法之外同样存在实证的、有效的法秩序（*Rechtsordnung*）。^② 或者说，对于Gerber来说，一个完整的法秩序的概念体系是其学术的主要追求，而实证法的整理则是服务于这个目标。对Laband来说，概念体系则仅仅是为了填补实证法中所出现的缝隙和漏洞。

Gerber—Laband的国家法实证主义一直得以延续下来，经过Gerhard Anschütz和Richard Thoma，然后一直到受新康德主义影响的Hans Kelsen。由Gerber—Laband开始的实证主义也一直都受到同时代的批评。即便在俾斯麦帝国处于统治地位时，也存在着不同的声音，这种声音概括而言就是一种“实质的宪法思维”。与Laband同时代的Gierke对Laband的批评最为著名。Gierke坚持历史学派的法学传统，将国家视为“现实的社团人格”，认为在国家法中处于中心地位的不是概念体系，而是在历史上具体产生的共同体以及由此产生的共同意志。因此，对于Gierke来说，议会主义的人民代表大会制、联邦国家以及基本权利应该在国家法的教义中占有一席之地，但在当时的帝国宪法中，并没有基本权利的规定。因此Gierke的国家法理论并不

^① Gerber恰好处于时代的转折期，19世纪50年代时Gerber因为动荡的政治形势和各种政治派系的争斗而怀疑是否可建立一个“最终和封闭”的体系，但60年代之后，政治形势逐渐趋于稳定，人们不再担心既存政治状态的崩溃，而是致力于如何保持既存的政治状态，政治的形势最终打消了Gerber的疑虑，使其得以将其在私法中发展的方法移入到国家法当中，建构“最终和封闭”的国家法体系，而对于Gerber来说，法科学的思维方式也不过是对自身政治思维和国家理念的一种表达，方法的探究最终仍要服务于内在于一个时代社会关系中的法哲学潮流，方法的变迁决不仅仅是法理论上的问题，而是与政治情势紧密联系。关于Gerber在科学的建构法学之后所隐藏的反自由主义政治理念可参考Walter Wihelm, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert - Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, 2., unveränderte Aufl. 2003 Frankfurt am Main, 129ff.

^② 关于Laband与Gerber的细微差别可参考Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, II 1800—1914, München 1992, 343ff.

局限于形式意义上的实证法。而对于 Laband 的实证主义来说，其将国家的概念与民法中的公司管理相类比的做法也受到了概念怀疑论者的批评，如 Felix Stoerk 就认为私法中由于容易类型化。因此概念的抽象化是可行的，而公法则完全不同，公法的本质因民族、历史以及经济情势的不同而具有各自截然不同的特征。因此概念的抽象化容易过分忽略具体时代法律图景 (Rechtsgebild) 的具体特征。^①

对于概念和建构法学来说，其优势在于确保法的统一以及法治国的实现，但劣势在于严格的定位于国家实证法和抽象的概念推演，导致不能定位于国家的生活现实，因此一直被冠之以“形式主义”的称号。传统法学上的实证主义一直在努力对法律素材 (Rechtsstoff) 进行加工，并试图确定现行有效的法原则 (Rechtssätze)。不仅仅 Laband 通过对帝国国家法的系统阐述试图实现这一任务，其他同时代的法学家 Georg Meyer、Albert Hänel 和 Gerhard Anschütz 等人同样致力于此。同时代中拒绝此项任务的著名法学家只有 Jellinek 和 Seydel，他们更倾向于契约理论。^② 传统的法学实证主义尽管存有共同的任务，但并非所有的实证主义者都采用与 Laband 相同的处理方式。事实上诸如 Hänel 等人都采取了完全不同的处理方式，而不仅仅局限于传统实证主义的概念澄清和教义建构。相比 Laband，他们更关注实证的宪法法内容的异质性 (Heterogenität) 和不成熟性 (Unfertigkeit)。^③ 在 1871 帝国时期，Hänel 的著作对实证主义国家法学进行了相当程度的审视。而魏玛时期，Anschütz 等人则继承了这一工作，即在实证主义的立场上对 Laband 那种纯粹的概念推演和教义建构进行批判，正如 Anschütz 在评价 Georg Meyer 时所说的一样：“如同他那个时代的大多数人一样，Georg Meyer 是典型的实证主义者……他的视角从来都集中于国家法的现实，他的观察方式实践性超过了理论性……我说这些不是仅仅围绕 Georg Meyer 的观

① 这种批评在 Walter Pauly 看来并不成立，因为 Laband 仅仅用概念来弥补法律中的漏洞，而不是压制被研究的法律体系的具体特征。Vgl. Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, Tübingen 1993, 237.

② Vgl. *Manfred Friedrich, Zwischen Positivismus und materialem Verfassungsdenken - Albert Hänel und seine Bedeutung für die deutsche Staatsrechtswissenschaft*, 1971 Berlin, 18ff.

③ Vgl. *Manfred Friedrich, Zwischen Positivismus und materialem Verfassungsdenken - Albert Hänel und seine Bedeutung für die deutsche Staatsrechtswissenschaft*, 20ff.

点，同时也是说我自己。”^① 尽管这些实证主义者并没有寻求一种元法学的基础，但却尽力在文本的框架内进行语义上的扩充与解释，从而实现自身的政治理念。

但实证主义内部对 Laband 建构主义概念体系的纠正已经无法满足日益增长对实证法的不满情绪。保守的帝国国家法随着 1918 年战争的失败彻底失去了存在的基础，但通过非法的革命所建立的魏玛共和国以及随之产生的魏玛宪法也无法平息在国家法领域所不断增长的“正当性”要求。事实上，魏玛前期的国家法学仍然建立在实证主义的基础上。但进入 20 年代之后，对自由主义的逐渐不满和由此产生的社会问题引发了对实证国家法或者说立法本身的“正当性”（Legitimität）追问，而对于民主、立法、主权以及宪法司法等问题上所存在的争端也引发了最终的方法与方向之争。

二、魏玛时期的方法与方向之争

魏玛时期的方法与方向之争大概可以分为两个部分：实证主义与反实证主义。实证主义的代表当然是 Kelsen，而反实证主义的代表则包括 C. Schmitt、R. Smend 和 H. Heller。这四个人实际上是魏玛时期最为重要的四个人。当然其他人如 Triepel、E. Kaufmann、Holstein 和 Leibholz 也很重要，但相对说来，影响力都不及前述四人。需要指出的是，反实证主义阵营内部也是分歧不断，意见绝非统一。

首先要提到的是 Kelsen。如前所述，Kelsen 的规范实证主义主要来自于新康德主义的马堡学派。马堡学派主要试图通过先验的逻辑分析建构法的科学基础。但无论是 Cohen 和 Stammler 的工作，对于 Kelsen 来说并不能令其满意。因为无论是 Cohen 提到的伦理，还是 Stammler 的法理念都摆脱不了自然法的痕迹。Kelsen 曾评价说，“Cohen 的法哲学，如同 Stammler 的法哲学一样，都是一个自然法理论，而不是实证法的理论，——该实证法理论在康德哲学的理想体系中仅仅属于自然—经验（Natur-Erfahrung）理论的

^① G. Anschütz, Lebenserinnerungen, in: Ruperto—Carola. Mitt. d. Vereinigung d. Freude der Studentenschaft d. Universität Heidelberg, 9. Jg., Bd. 21 (1957), 37ff.

一面。”^① 对于 Kelsen 来说，他的纯粹法理主要目的有两个，一方面是摆脱自然法的独断论影响；一方面是摆脱经验分析的社会科学影响，包括从内在心理实证主义的角度进行的分析和外在的社会经验的因果分析。这被 A. Kaufmann 称为是社会的实证主义，是一种归纳进路的实证主义，与凯尔森的规范——逻辑演绎的实证主义区分开来。^② 凯尔森的主要贡献是将法的实证性与规范性结合起来。法整体上作为经验事实，是一种应然体系，因此，法的内部依照先验逻辑的方式展开，从应然过渡到应然，法秩序是一个金字塔般的层层推演的体系。这种应然与实然的二元区分，保证了凯尔森的纯粹法理与因果科学区分开来。^③

凯尔森的实证主义所面临的批评主要有如下几点：（1）应然到应然的推演体系最终需要一个“基本规范”。这个基本规范无法从任何应然层面上推演过来，只能是“赤裸裸的社会—政治事实”^④。于是凯尔森的整个应然体系或者说规范体系最终是建立在实然的基础之上，从而动摇了整个规范体系的科学性。（2）形式上的演绎使得凯尔森的纯粹法理变成“内容空洞”的形式主义。这种纯粹形式的方法使得纯粹法理成为“毫无血色的外表”，导致了法的“去质化”（Entstofflichung）和“空洞化”（Entleerung）^⑤。纯粹法的理论既没有描述法的社会前提，也没有描述法的后果，只是想当然地将法这种复杂的社会现象消减为“从社会现实中抽象出来的规范逻辑”^⑥。或者

^① Wolfgang Kersting, Neukantianische Rechtsbegründung. Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen, Stammler und Kelsen, in: R. Alexy/L. H. Meyer/S. L. Paulson/G. Sprenger (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, Baden-Baden 2002, 13ff.

^② Vgl. Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004, 72-80, 116ff.

^③ Vgl. Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, 29ff.

^④ C. Schmitt, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, München und Leipzig 1934, 29.

^⑤ Vgl. Arnold Köttgen, Nation und Staat, in: Blätter für deutsche Philosophie 5 (1931), 194; Gerhard Leibholz, Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht (1931), 263; Hans - Peter Schneider, Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz, in: Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main, 1972, 117ff.

^⑥ Martin J. Sattler, Hans Kelsen, in: Staat und Recht, 100, 108.

说,纯粹法的理论是“没有法的法(科)学”^①和“没有国家的国家理论”^②。过度强调方法的纯粹性,反而导致了法的现实性的消退。C. Schmitt认为,如果“出于形式的原因而把任何与这个体系相矛盾的不纯粹因素排除在外”,无疑“忽略了根本的困难”,“方法论的把戏、概念的精确化和机智的批评……仍然没有进入法学的门槛”^③。(3)价值上的盲目,缺乏超实证价值的支撑,容易使法秩序成为权力的附庸,这种观点在第二次世界大战之后尤其具有市场。^④对凯尔森的批评不无道理,但多多少少还是有些误解。凯尔森的做法直到今天仍未过时,那就是法学不应该过问政治,无论政治如何变化,法学只是在实证法的体系内进行应然的演绎。这种做法本无可厚非,或许凯尔森受指摘最多的地方在于法规范,尤其是宪法规范在今天多具有开放性和不确定性的特征。那么这种规范层面的应然演绎似乎在逻辑上就不是那么站得住脚。因为如果宪法规范具有多义性,则逻辑的推演也就很难成立,而势必就需要面临价值决断的问题。但凯尔森早已看到这个问题,并强调从高位阶规范向低位阶规范的过渡过程中,始终会存在某些需要填补的空隙,从而与Laband意义上国家法中传统的实证主义和概念法学区别开来。凯尔森在法的解释中保留了“开放性”的特征,并认为绝不存在“唯一正确”的决定,认为这不过是“法安定性的幻象”^⑤。这种出于价值相对主义的法解释理论,为Kelsen本身所追求的中立——客观的纯粹法理论带来了困难。如何保障法规范解释过程中各种解释可能性不陷入到主观任意当中,就成为Kelsen必须完成的任务。对此,Kelsen的解决办法是通过法(科)学的解释,从而能够确定所有可以设想的“解释变体”^⑥。通过这种对解释变体的确定,凯尔森挽救了其法学体系中的科学性。但新的问题由接踵而生,即面对复杂的社会情势,列举出所有的“解释变体”是可能的么?然而,无论如

① Leonard Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht* (1917), 2. Aufl., Göttingen-Hamburg 1949.

② Hermann Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, in: *ASwSp* 55 (1926), 303, 308.

③ C. Schmitt, *Politische Theologie*, 15.

④ 这种批评主要来自于Radbruch。

⑤ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 2. Neudruck der 1. Auflage Leipzig und Wien 1934, 99ff.

⑥ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, 353.

何，我们必须承认，今天法学讨论的框架仍然没有超出凯尔森的体系，甚至是这种“解释变体”的列举也与今天法学中类观点学的讨论相似。

魏玛时期，在今天很多已被看作天经地义的教义仍然存有很大的争议。比如在 1926 年明斯特举行的德国国家法学者协会年会上，E. Kaufmann 就“帝国宪法 109 条意义上的法律面前平等”^① 做了主题报告，讨论的焦点在于“对于民主宪法来说具有根本意义的平等原则是否应作用于立法，还是仅仅作为法律平等适用的同义反复发挥作用，或者换句话说，只是行政合法性原则的具体化”。这个问题实际上又涉及“法官审查”的问题，以及触及了平等原则和其他基本权利背后所代表的特殊利益是否被贬低或者掩盖的问题。而再衍生下去，则又涉及宪法是否具有高于法律的效力的问题。这并不能通过简单的概念分析就可得出结论，只能试图将“法原则置于历史和政治—社会背景的广阔天地中”^②。在 1927 年于慕尼黑举行的会议中，则就“帝国宪法中法律的概念”^③ 进行了争论：直到今天仍占据“主流”的“形式”和“实质”的法律概念区别受到 Heller 的批评；在 Heller 的报告里，主要针对当时的“形式的法治国思维”，认为形式的法治国仅仅要求国家行为的合法性（Gesetzmäßigkeit）和满足于“法律面前的形式平等”，并不利于保护市民的实质自由和自治，因此超越“国家行为的合法性（Legalität）”提出了“实质法治国”的理解。^④

1926 年在明斯特，E. Kaufmann 作为报告人已经将原来的实证主义在改变了的时代关系中视为“完结”^⑤。Smend 则走得更远，在 1927 年的结束语（Schlusswort）中明确表示自己信奉“新的国家法思维方式”^⑥。就此而

① VVDStRL (Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer), 3 (1927) .

② U. Scheuner, 50 Jahre deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre. I. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre in der Zeit der Weimarer Republik, AöR 97 (1972), 372.

③ VVDStRL, 4 (1928) .

④ Heller 基于“宪法建立在民主的人民立法至上”的思维基础上，通过政治和宪法史上的考量，建立了“统一”的、与民主相适的法律概念，这实际上涉及 Heller 的整个国家理论和国家法理论，即在相互影响和辩证过程中的动态的“政治统一的形成”（politische Einheitsbildung）。VVDStRL, 4 (1928), 第 115 页。

⑤ VVDStRL, 3 (1927), 3.

⑥ VVDStRL, 4 (1928), 96.

言，Holstein 在 1926 的明斯特年会上就已经尝试在这个意义上对 Kaufmann 的报告进行评价。^① 但无论是 Kaufmann 在 1926 年的报告，还是 Smend 和 Heller 在 1927 年的报告都没有包含对新方法的详细描述。Holstein 在其他地方对明斯特年会的报告中指出，“实证的方法从本身出发被推向通过其他引入更高秩序的方法加以克服”^②。对此 Holstein 将这种在 Kaufmann 的报告中提到的“在内容上由法实证主义向法理想主义（Rechtsidealismus）的转变”，称为“与从概念上的形式主义向精神科学方法的转变具有同等意义”^③。遗憾的是，这种关于“精神科学的方法”并没有得到更为精确的描述。

无论是精神科学的方向，还是价值定位的方向，必须要回答的是宪法的正当性或者宪法赖以生存的超实证的价值来自于何处的问题，也就是说那个“实质的法”是什么？Smend 继承生命哲学，通过个体上升为整体的辩证法，将宪法中价值的实现归结于“整合的进程”，即从“自我”概念出发辩证的上升为精神世界整体的“整合进程”，具体到国家法学中则是通过民主的程序，通过在一个个的“更新过程”（作为“精神的生活过程”）中的整合，国家的现实作为“主权的意志联合体（Willensverband）”得以“持续”建立，而这构成了国家的超经验本质。Smend 将“整合进程”与 Renan 的“每日公投（Plebiszit）”和卢梭的“公意”（volonté générale）相提并论。^④ Kelsen 对 Smend 的整合理论进行了激烈批评，认为 Smend 的整合国家理论，是将国家视为“超人”，以嘲讽“对现实的整合”所出现的同时既是经验、又是超经验的这种悖论。^⑤ 对于 Heller 来说，国家并不只是规范秩序，而是人之文化的一部分。作为“文化内容”（Kulturgehalt）的国家“现实”不是纯粹的经验，而仅仅是融入人类现实经历和理解中的“主观精神”。所谓的现实，必然是融合了主观与客观的现实，因此国家法规范必须置于整个社会生活和

① Vgl. VVDStRL, 3 (1927), 55.

② AöR N. F. 11 (1926), 28.

③ AöR N. F. 11 (1926), 31.

④ Vgl. R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Dritte, wiederum erweiterte Auflage, Berlin 1994, 119ff.

⑤ Vgl. H. Kelsen, Der Staat als Integration, (Wien 1930), 2. Neudruckausgabe in einem Band, Darmstadt 1994, 29ff., 35.

社会联系的背景下理解：实证法一方面需要民主程序的协调加以正当化，另一方面也需要通过内在于历史和特定文化的正义原则加以正当化。Heller 试图在规范与现实之间进行结合，其建构的国家理论既不是纯粹规范的、也不是纯粹经验的。但 Heller 面临的难题也很明显，即如何科学化地描述国家法规范所生存的文化背景。^①

对于正当化的描述最为深刻的莫过于 C. Schmitt。Schmitt 的宪法理论从来都是建立在实然和政治现实的基础上的，他的思考方式也从来都属于法社会学的范畴。国家法和宪法的正当性也是建立在同质性（Homogenität）的人民民主（而非议会民主）基础上。在 Schmitt 看来，同质性的人民民主不可能在现实中完全实现。也正因如此，秩序（Ordnung）就会受到威胁，于是就需要专政（Diktatur）以应对例外状态。而专政的正当性则来自于隐藏在多元主义的个别利益后面的“公益”（卢梭意义上），也就是说共同的利益。这种共同利益与其说来自于理性，还不如说来自于感觉。这实际意味着 Schmitt 对寻找实质的正当性来对抗形式的合法性报以极大的热情，并经历了数次思想上的转变。这在 Hasso Hoffmann 的《正当性对抗合法性》一书中即可看出。^② 当 Schmitt 追求其国家与法的实质正当性时，就已经超出了方法的视域，也远远超出了法学的范畴，并不可避免会带有非理性浪漫主义的色彩。也就是说，Schmitt 的政治法学和决断主义（Dezisionismus）始终会遇到如何寻求正当性的难题。今天的基本法中，第 79 条第 3 款有关于基本法修改的实质限制条款和第 19 条第 2 款的关于基本权利的本质内容保障条款，就是 Schmitt 思维的体现，即通过实质的宪法对抗形式上的宪法概念。

现在我们回过头来看魏玛时期的反实证主义潮流，对正当性的刨根问底，最后似乎都摆脱不了脱离法学体系的命运。这种做法对于我们今天的中

^① 关于 Heller 的国家理论可参考 H. Heller, *Staatslehre*, 6., revidierte Aufl., Tübingen 1983, 44—81 页；对于 Heller 的国家理论尽管存在批评的声音，如 P. Badura 认为 Heller 在关于实然与生成的辩证关系中，混淆了概念的内容和概念的对象，从而造成了概念的模糊，参考 P. Badura, *Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre*, 2. Aufl. 1998, 197. 但也有学者认为，Heller 的实质国家理论既有重建国家与社会现实之间联系的一面，也不能轻忽其规范的一面，其克服方法与政治之间分化的努力可能是魏玛共和国中最有意义的尝试，参考 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* III, 183 ff.

^② H. Hoffmann, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 4. Aufl. mit einer neuen Einleitung, Berlin 2002.

国实际上也具有一定的借鉴意义,即孜孜不倦地追求政治上的正当性反思对于宪法学的研究或者说国家法学的研究究竟具有多大的意义?这究竟是一种研究上的促进,还是一种摧毁?实际上,德国在第二次世界大战之后进入基本法时代,就开始对魏玛时期这种争论进行反思。

三、基本法时期的宪法解释方法之争

德国基本法时期较之于魏玛时期最大的变化就是联邦宪法法院的设立,这一点意义重大。这意味着司法可以审查立法的合宪性,意味着宪法的效力高于法律,也意味着宪法实际上拥有了一种超实证的含义在内。可以说,联邦宪法法院在战后德国国家法理论的发展中起到了至关重要的作用,包括联邦宪法法院在重要判决中所采取的方法和宪法理论。在基本法时期,国家法理论中的方法之争实际上转移到了宪法解释的方法之争上。

在提到宪法解释的方法之争之前,有必要对 Radbruch 进行一番分析。因为 Radbruch 试图克服应然与实然之间的矛盾,这种做法值得考察。Radbruch 在方法上继承新康德主义西南德意志学派的传统,在事实与价值之间加入文化,将文化视为事实与价值的结合。也就是说在 Radbruch 的区分中实际上是事实、文化、价值这三个要素,法作为文化之一种是价值关涉的现实。但这种区分实际上并未脱离二元论的范畴,应然与实然之间的鸿沟仍然存在,主体—客体截然分开的模式依然没能克服。但 Radbruch 确实在一定程度上超越了自然法和实证主义:说他不是自然法,因为他视价值为相对主义的;说他不是实证主义,因为对于他而言,价值的探讨并不是没有意义的,科学的价值思考也仍然是有可能的,因为价值体系的数量是有限的,可以在特定形势下,建立一个有关价值的完整体系。他区分了个体的、人格的、超个体的价值,这三类价值的位阶无法通过理性加以解决,只能在特定形势下作出判断,这事实上引入了“现实”对法学的意义。如此一来,他的法学就必然是与特定社会形势相结合的价值法学、实质法学。Radbruch 在早期被视为实证主义者,原因在于他提出的法理念要素中所包含的平等原则、目的理念以及过分强调法安定性

和价值相对主义，在后期实质正义则被置于较高的位置。^①

Radbruch 带来的启示是：价值已经被广泛认为是相对主义的，价值之间的冲突很难通过理性加以解决；在特定情势下，可以对价值进行科学思考；法是价值关涉的，在法律解释中或者说法律案件中引入价值判断是不可回避的；法理论中的根本问题是在特定情势下如何科学地得出相应的价值基础。虽然 Radbruch 的法理论并不是诠释学上的，但实际上已经开始步入这条道路，尽管 Radbruch 与诠释学拥有完全不同的哲学基础，但却殊途同归。而联邦宪法法院所发展出的宪法解释方法也脱离不了上述的问题范围。在基本法时期，宪法解释的方法主要有如下几种：

（一）传统解释学上的方法

这种解释方法恪守 Savigny 以来发展的传统解释规则，如语义、逻辑、历史和体系的解释。采取这种解释方法的前提是将宪法与法律的特性等同起来，即宪法规范具有内容的确定性，宪法案件也可以通过逻辑涵摄的方式加以解决。采用这种方法的代表人物是 Ernst Forsthoff。Forsthoff 强调宪法的安定性和宪法解释的静态特征，认为宪法解释应适用法律解释的规则，在宪法解释中引入价值判断会导致一种司法国的出现，法官成为宪法的主人。^②这种解释方法备受批评，主要因为宪法规范作为实质的原则并不总是意义清晰。实践中联邦宪法法院在很大程度上实际已经脱离了传统解释的方法，Larenz 就批评 Forsthoff 的做法忽略了宪法本身要求应尊重特定价值和意义关联。^③因此，传统解释方法对于宪法而言仅仅具有有限的意义，这是 Kon-

^① Vgl. G. Radbruch, "Grundzüge der Rechtsphilosophie" (1. Aufl. 1914), in: ders., Rechtsphilosophie, bearbeitet von Arthur Kaufmann, Gesamtausgabe, Arthur Kaufmann (Hrsg.), Bd. 2, 1993, 9ff. G. Radbruch, Rechtsphilosophie (2. Aufl. 1932), in: Gesamtausgabe, Bd. 2, 206ff.; R. Dreier, Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Carl Schmitt, in: Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler, 1997, 202ff.; Lukas H. Meyer, "Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung absprechen" - Gustav Radbruch und der Relativismus, in: R. Alexy/L. H. Meyer/S. L. Paulson/G. Sprenger (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, 1. Aufl., 2005, 331ff. A. Kaufmann, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre-und was daraus geworden ist (1991), 231ff.

^② Vgl. Ernst Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. 1976, 130ff.

^③ 参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 235 页。

rad Hesse 在《宪法的基本特征》一书中提出的结论。^①

(二) 类观点的解释方法

类观点的解释方法有时也会译成论题学的解释方法,其产生缘由是有感于宪法的不确定性特征,有必要采取类观点式的、以问题为定位的方法,以弥补传统解释方法的不足。国家法学中有关类观点思维的讨论来自于一般法理上的讨论,类观点学的主旨在于从各种不同的方向对相关问题进行讨论,从而不断发掘“既存”的理解关联(Verständniszusammenhang),论题学一直围绕问题展开。“法学思维是类观点的(topisch)”意味着法学论点并不是封闭的、可以由严格的科学演绎证明的公理。相反,法学论点依赖于主流观点以及被证明的理论(bewährte Lehre)和传统,应该对相应的意见进行同意或者反对,并且不遗漏相关重要的视角(Gesichtspunkt)。因此,对话与论辩是至关重要的。就这一点而言,论题学也因此成为法学修辞学(Rhetorik)、法学论证理论以及各种语言批判理论的助动力。但论题学本身并未形成一种严密的方法论体系。在这一点上,K. Larenz 就认为,如果“论题学”的作用仅限于收集法律上的重要看法和单纯的观点目录,其价值也就极为有限。^②国家法学中类观点解释方法也需要与共识联系到一起,因为要融合各种视角,就必须达成一定的共识。Ehmke 就曾经提到“所有理性和公证思维者的共识”^③。Kriele 尽管批判论题学,认为其未能有效避免宪法解释的开放性和不确定性,但其也属于在论题学的基础上最终定位于宪法政治上的理性论证。^④这种理性论证以商谈的理性为前提。但这种来自于 Habermas 的共识真理基础上的讨论,实际上遭受了 A. Kaufmann 的批评,即共识得出未必是真理,也可能得出“恶”,而从形式的论证规则中所得出的只能是内容空洞的规范含义^⑤,包括 Alexy 在内的法律论证理论都存在这个问题。

国家法学中对论题学的讨论最极端的莫过于 Häberle。在他所谓宪法解

^① Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999 Heidelberg, 21ff.

^② 参见 [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,第 27 页。

^③ Horst Ehmke, VVDStRL 20 (1963), 71ff.

^④ Vgl. Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, 177ff.

^⑤ Vgl. A. Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2., durch ein Nachwort erweiterte Aufl., Heidelberg 1992, 20ff.

释的开放社会中，国家机构、所有公共力量以及所有的市民都参与到宪法解释当中，因此宪法解释就成为一种公共进程。事实上，根据 Häberle 的推论，宪法法院的法官仅仅是民意的中介，所谓的宪法解释也不再是解释，而是冠之以解释的标签，而永远进行具有创造性的宪法变迁，这种公共进程带来的必然是不确定性和任意性。^①

可行的做法是，在已经存在的共识前提下，通过对各种以问题为定位的观点和视角的吸引、积累和比较得出判断。但问题是，在存在激烈的政治冲突时，共识往往不易达成。这种情况下，法院的判决就很难形成。这也是真理共识论受到批评的另外一个方面，即共识在某些情况下往往难以达成。

（三）定位于现实（Wirklichkeit）的宪法解释

定位于现实的宪法解释主要来自于 Smend 的整合理论。Smend 的理论在基本法时期产生了深刻影响。Smend 主要针对传统解释方法在适用宪法时所不能解决的问题，而其解决途径就在于建立一个广泛的、定位于国家与宪法现实的整合理论，从而为个案的解释提供支持。对于 Smend 来说，由于其反实证主义的立场，导致宪法的意义和宪法的现实才是宪法解释的基础与标准，而不是文本和教义的概念体系。宪法的意义来自于 Smend 所构建的整合进程，在整合进程中，国家的生活现实（Lebenswirklichkeit）得以不断建立。宪法正是这种生活现实的表达，同时这种生活现实也在宪法中得以实现。与此相应的就是基本权利被视为是一个民族特定的文化体系和价值体系。^②

在整合理论的指导下，宪法解释的任务就在于“理解”作为一种精神现实的宪法的“意义”和“现实”。从一个宪法的整体意义中推断出宪法规范的内容，这就需要通过精神科学上的、直觉的认知和理解，使不断变化的各种精神的价值感在宪法中汇集在一起。宪法因此需要在自身中接纳所处时代的各种价值观。在某种意义上来说，宪法变得柔软，从而可以将各种可能性设想在其中，宪法在很大程度上变成弹性的、自我补充以及具有变迁能力的体系。在 Smend 看来，具体—历史的宪法现实从属于“客观精神”的自我

^① Vgl. Peter Häberle, JZ 1975, 297ff.

^② Vgl. R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, 188ff.

运动，这是“它们内在的和不言而喻的意义”^①，结果便是对宪法的理解必须包含可变迁性和可补充性。

与此相应，Smend的整合理论事实上与社会学的方法相重合，宪法的规范意义和社会现实之间的二元对立通过整合理论消弭于无形，宪法的解释必须建立在社会学—现象学的知识之上，因此整合理论只是为社会学的宪法解释披上了精神科学的外衣，而在本质上则与社会学的宪法解释暗通款曲。^②

（四）诠释学上的宪法解释

诠释学的宪法解释主要以Konrad Hesse和Friedrich Müller为代表。二者的共同点是实际上都试图将规范与现实结合在一起。Hesse认为宪法解释不能脱离解释者的前理解，而解释者的前理解又受制于具体的历史条件，对于前理解加以证立则是宪法理论的任务。在这里则需要通过类观点学的分析，但为了避免类观点学的多样性和不确定性，Hesse一方面将宪法解释严格局限于具体问题之上，另一方面则发展出宪法解释的原则，从而对各种观点和视角进行加工、遴选。这些原则包括宪法的统一原则、实践的和谐原则、功能正当性原则等。^③ Müller则在规范的具体化过程当中，将规范与现实置于同等重要的地位^④，但规范与现实的目光流转并不能明确描述出规范的具体化过程，也不能确定地得出具体的宪法解释，最终仍然要依赖于不确定的类观点学。也就是说，无论是Hesse还是Müller的诠释学都需要一个宪法理论作为支撑，即便是在每个具体案件中具体解释，一种宪法理论都是必不可少的。这里涉及的就不再是精细的方法论体系，而是政治决断。

① R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 191.

② Vgl. E. - W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik*, in: *ders*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main 1991, 73ff.

③ Vgl. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1999 Heidelberg, 27ff.

④ 关于Müller的方法论可参考Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. 1: *Grundlagen öffentliches Recht*, 8. Aufl., Berlin 2002.

第二节 德国宪法学说对中国宪法学说的影响

一、清末立宪时期的影响

考虑到 1898 年清末立宪前后，德国仍处于俾斯麦帝国的统治之下，当时德国的国家法学和宪法学说主要在 Laband 的法律实证主义统治之下，而并无深刻的方法之争和理论之争。彼时清末立宪所兹借鉴的主要在于制度，而非学说；主要在于静态的借鉴，而不是深入发掘当时德国的国家法和宪法学说的论争；主要看到德国作为世界强国的政治体制优势，而非窥见其深处的各种利益均衡与妥协。因此，在清末立宪时期，德国宪法学说对中国宪法学说的影响极为有限。而在制度借鉴方面，考察清末至辛亥革命时期的宪法著作，可发现当时立宪运动中对各国宪法制度的介绍主要来自日本，关于德国的介绍只是泛泛地散见于一些介绍性著作当中，如从日文转译的《各国宪法大纲》中收集了德国宪法和君主立宪的某些内容，《十六国议院典例》当中也介绍了德国议院的组成情况。

除了制度上的单纯介绍之外，也出现少量宪法学的著作，如袁嘉猷的《中外宪法比较》，清末有影响的宪法学著作主要在梁启超，其中包括《各国宪法异同论》、《宪政浅说》、《立宪政体与政治道德》、《宪法之三大精神》等，从中可以搜集出德国宪法的某些影响。总而言之，这段时间过于强调宪法文本中静态政治制度的影响，而非学说的影响。

二、民国时期的影响

民国对于宪法学说的借鉴较之清末更为积极，但相对来说仍然以制度层面的借鉴为主。中华民国基本对应德国的魏玛时期。这期间德国正处于国家法上的一段繁荣时期，可谓百花齐放。可惜当时中国对于这一时期德国宪法学说、尤其是宪法方法论争的介绍不多。当时对于外国宪法理论的介绍主要以“比较宪法”的形式出现，当时也主要集中于英美和日本。

民国时期有一股比较宪法研究的热潮，代表性的著作有王世杰、钱端升 1936 年所著的《比较宪法》、张知本的《宪法论》、沈端麟的《各国宪法之比较》、萨孟武的《各国宪法及其政府》以及马质的《比较宪法论》等，从

中可以总结出当时德国宪法的影响。德国宪法学说的影响主要集中在留德的张君勱等人,并体现在张君勱本人的立宪态度上。德国从俾斯麦帝国至魏玛共和国的转变,对张君勱的政治观念和宪法思想产生了直接影响,从对张君勱的分析中也可剥离出德国宪法的某些影响。

三、新中国成立后至 1978 年的影响

新中国成立之后的中国宪法学说主要受苏联影响,而较少受到德国宪法学说的影响,但 1954 年宪法的制定和当时的比较宪法中仍然存在些许德国宪法的介绍。

四、1978 年至今的影响

德国宪法学说在新中国的影响最早源于台湾地区对德国宪法学说的研究。随着赴德留学人数的日渐增多,对德国宪法学说的直接介绍也相应昌盛起来。迄今为止,对德国宪法学说的介绍可谓遍及国家法和宪法的各个领域,包括方法论、基本权利以及国家组织法的重要问题都有涉猎。近年来,德国联邦宪法法院的相关案例也日益产生了重要的影响,德国和美国已经成为影响当代中国宪法学最为重要的两个国家。德国宪法学说的影响,主要包括方法论的讨论、宪法解释理论、基本权利理论、包括中央与地方立法权限划分的国家组织法理论以及由联邦宪法法院判例所发展的宪法理论几部分。同时中国目前对于德国宪法学说的借鉴也存在一些不足和缺憾之处。以魏玛宪法为例,对于当时宪法理论的借鉴,过度强调卡尔·施米特的影响,而相应缺乏对汉斯·凯尔森、海曼·海勒和鲁道夫·施门德的介绍,也缺乏对当时政治现状和人文背景的相关介绍。

总体来说,迄今为止,虽然对德国宪法学说的介绍已取得了相当大的进展,但仍然缺乏一定的系统性,经常有一种与时代断裂的倾向,也经常难以与对中国宪法文本的解读联系在一起,这也是今后借鉴德国宪法学说所应注意的问题。

第六章

苏联宪法学对中国宪法学说的影响

第一节 苏联时期宪法学说的形成及沿革

一、20世纪20年代的苏俄宪法学说

(一) 列宁关于宪法的认识

列宁对于宪法与宪政的认识与其从事的俄国革命斗争的实践密不可分。从19世纪末至20世纪前半期，列宁对于宪法的认识经历了要求推翻沙皇专制制度、确立新型的无产阶级专政政权的不同发展阶段，同时，其认识也在不断地完善和深化。以下将以时间为线索，梳理列宁在其革命斗争的不同阶段所体现的宪法思想。

1. 1893年至1904年间的“民主立宪”思想

早在1899年年底列宁在其《我们党的纲领草案》一文中就提出“民主立宪”问题，他认为“在原则上不能把社会主义的胜利同直接的人民立法代替议会这一点联系起来”^①。在沙皇专制制度统治下的俄国，应该把“人民立法”改为“民主立宪”。列宁的民主立宪思想是在与考茨基的论辩中提出的，他之所以反对人民立法，是因为列宁认为俄国的“‘人民立法’有蜕化成帝国主义的‘全民投票’的严重危险”^②。列宁所主张的“民主立宪”，其

^① 《列宁全集》第4卷，人民出版社1984年版，第194页。

^② 《列宁全集》第4卷，第194页。

中包含了三个方面的要求：一是要求一般的民主改革；二是要求采取保护工人的办法；三是要求采取有利于农民的措施。当然，在当时的历史条件下，列宁的民主立宪主张仅是一种构想，若实现这一构想则需推翻沙皇专制制度，成立民主普选的立宪会议才有可能实现。^①

2. 1905年至1917年间的“宪法确认人民权利”思想

列宁这一时期宪法思想的形成背景是，1905年的俄国社会存在三种不同的势力，并分别提出三种不同的立宪主张：一是以沙皇为首的专制官僚阶层，要求维持专制君主政体；二是资产阶级自由派要求采取分权原则，实行君主立宪政体；三是以列宁为代表的无产阶级革命派要求实行民主共和政体。列宁在具体分析了这三种立宪主张的实质后，指出：“什么是宪法？宪法就是一张写着人民权利的纸。真正承认这些权利的保证在哪里呢？在于人民中那些意识到并且善于争取这些权利的各阶级的力量。”^②在这里，列宁既分析了宪法的核心内容，又提出了无产阶级类型宪法的产生只能依靠夺取政权才能实现。

对于无产阶级类型的宪法应当规定哪些内容，在此后1917年4月至5月间召开的俄罗斯社会民主工党第七次代表大会上，这一问题在列宁所作的关于修改党纲问题的报告和相应的决议报告中得到体现，并最终融入和渗透到1918年的苏俄宪法之中。这些内容包括^③：第一，确立人民的专制和单一的议院。列宁提出，俄国社会民主工党（布）应当争取建立一个民主的无产阶级—农民共和国，由人民代表苏维埃逐步取代议会制代表机构，它既是立法机关，又是执行机关。“建立人民专制；国家的最高权力应当全部属于人民代表，人民代表由人民选举产生并且可以由人民随时撤换；人民代表组成单一的人民会议，即单一的议院。”^④需要说明的是，列宁的一院制思想在十月革命后发生了变化，在考虑俄国民族构成的特殊性基础上，苏维埃政权选择了联邦制的国家结构形式和两院制的权力构成形式。第二，确立人民普选制。列宁认为，是否实行真正意义上的普选制，成为无产阶级政权区别于

① 参见吕世伦主编：《列宁法律思想史》，法律出版社2000年版，第216页。

② 《列宁全集》第12卷，人民出版社1987年版，第50页。

③ 参见吕世伦主编：《列宁法律思想史》，第216页。

④ 《列宁全集》第29卷，人民出版社1985年版，第486页。

资产阶级政权的分水岭。他提出：“无论选举立法会议还是选举各级地方自治机关，凡年满 20 岁的男女公民都有普遍、平等和直接的选举权；选举时采取无记名投票；每个选民都有权被选入各级代表机构；议会每届任期两年；人民代表领取薪金；一切选举都采用比例代表制；所有代表和当选人都可以按照大多数选民的决定随时撤换。”^① 第三，确认地方自治和民族自治。列宁的地方自治和民族自治思想是在客观分析当时俄国国情的基础上形成的，也与其建立联邦制和工农代表苏维埃制的思想一脉相承。列宁指出：“实行广泛的地方自治；在生活习俗和居民成分特殊的地方实行区域自治；取消由国家任命的一切地方的和省的政权机关。”^② 第四，确立宗教信仰自由。列宁认为，一方面应当将宗教与国家政权和教育相分离，以防止资产阶级利用宗教欺骗和麻痹人民，削弱和破坏革命斗争，“国家不应当同宗教发生关系，宗教团体不应当同国家政权发生联系”^③。“教会和国家分离，学校和教会分离；学校应具有完全的世俗性”^④；另一方面公民享有宗教信仰自由，“应当宣布宗教是私人的事情”，“任何人都有充分自由信仰任何宗教，或者不承认任何宗教……在公民中间，完全不允许因为宗教信仰而产生权利不一样的现象”^⑤。列宁的这些宪法设想在此后的 1918 年苏俄宪法中均得到了具体的实践。

3. 1917 年至 1924 年间的“真实宪法”与“虚伪宪法”说

十月革命胜利后，1918 年 1 月全俄苏维埃第三次代表大会通过了制定俄联邦宪法草案的决定，同年 4 月成立了由雅·米·斯维尔德洛夫任主席的宪法委员会，负责宪法草案的起草工作。1918 年 7 月 19 日，在全俄苏维埃第五次代表大会上，宪法草案被正式通过并公布生效。这也是人类历史上第一部社会主义类型的宪法。列宁在宣传这部宪法过程中，通过将其与资产阶级类型宪法的比较，剖析两者之间的本质区别。列宁指出：“苏维埃宪法不是按照什么‘计划’写出的，不是在书斋里制定的，也不是资产阶级的法学

① 《列宁全集》第 29 卷，第 486 页。

② 《列宁全集》第 29 卷，第 486—487 页。

③ 《列宁全集》第 12 卷，第 132 页。

④ 《列宁全集》第 29 卷，第 487 页。

⑤ 《列宁全集》第 12 卷，第 132 页。

家强加给劳动群众的东西。”“这个宪法是在阶级斗争发展进程中随着阶级矛盾的成熟而成长起来的。”^①“……这部苏维埃宪法，不是哪个委员会的臆造，不是法学家们的杜撰，也不是对别的宪法的抄袭。世界上还从来没有过我们这样的宪法。这部宪法记载了无产阶级群众反对国内和国际剥削者的斗争经验和组织经验。”^②可见，列宁反复强调新型的苏俄宪法与资产阶级宪法的区别，苏俄宪法是阶级斗争的产物。同时，列宁重点分析了苏俄宪法与资产阶级宪法的本质差异，即资产阶级宪法是虚伪的宪法，建立在虚假民主制的基础上；而苏俄宪法则不注重形式上的平等，而是“民主在世界历史上空前地扩大，是假民主变为真民主”^③。列宁指出：“旧的资产阶级民主宪法大书特书形式上的平等和集会权利，我们的、无产阶级和农民的、苏维埃的宪法则抛弃形式上平等的虚伪词句。”^④“只要看看现代国家的根本法，看看这些国家的管理制度，看看集会自由或出版自由，看看‘公民在法律上一律平等’，那就处处都可以看到任何一个正直的觉悟的工人都很熟悉的资产阶级民主的虚伪性。”^⑤

列宁对宪法的这一认识，对此后社会主义国家制定宪法产生了重要影响。

(二) 斯图契卡宪法思想

斯图契卡(1865—1932)，苏联著名的政治活动家、法学家，曾任苏俄人民委员、苏俄最高法院院长。斯图契卡的法学研究领域主要集中在国家与法的基本理论。他的代表性著述主要有：《论法律的革命作用与国家：法律通论》(1921年出版)、《为革命的马克思主义的法的理论斗争的十三年》(1931年出版)。

斯图契卡并没有直接谈到对于宪法的认识，但在他的一些著述中所论证的法的本质、公民与国家的关系等问题，与宪法存在着密切的联系。

对于法的概念，斯图契卡认为：“法是符合统治阶级利益的社会关系制

① 《列宁全集》第35卷，人民出版社1985年版，第302页。

② 《列宁全集》第35卷，第145页。

③ 《列宁全集》第35卷，第386页。

④ 《列宁全集》第35卷，第61页。

⑤ 《列宁全集》第35卷，第245页。

度（或秩序），并受统治阶级有组织的力量的保护。”^①“法律是符合统治阶级的利益并为这个阶级有组织的武力所保卫的一个社会关系的体系（或秩序）。”^②他在谈到法律的本质时，指出：“不论在任何地方，也不论以任何形式出现，只要人类分成阶级，并且有一个阶级对另一个阶级的统治存在，我们就会发现法律或类似法律的东西存在。”^③“只有从阶级的观点来理解法律，才能明确它的本质，如不明确其本质，则法理学不是旁的，只不过是词上的技巧而已。”^④斯图契卡关于法和法律的本质认识，被认为是他学说理论中的最大贡献。

权利与义务本是法理学中的一对基本范畴，也是法律关系的基本内容。但是，斯图契卡认为，权利与义务是对立、矛盾的，在资产阶级国家里，权利主体体现为资本家阶级，而义务主体则体现为工人阶级。在推翻资产阶级政权统治后，无产阶级革命的胜利意味着，“对立的两极——权利与义务不再对立，工人阶级整体上已不再为资本家阶级从事雇佣劳动，而是为工人阶级劳动，所谓为自己干活了，这样，权利与义务的对立就消亡了。数量转化为质量，这一关系已成为普遍关系。”^⑤在这里，斯图契卡以阶级分析法区分了两种不同类型国家中的权力—义务关系，进而得出在苏维埃政权体制下法律所体现的权利义务关系发生了巨大变化，即由权利与义务的对立和冲突转化为统一和一致关系，权利与义务的主体是同一的，也就是工农两大主体阶级。斯图契卡关于权利与义务关系的学说为此后苏联国家在宪法规范和宪法理论中确定国家利益、集体利益和个人利益的统一性和一致性奠定了重要的思想基础。

（三）马里茨基的宪法思想

马里茨基是苏联时期著名的法理学和宪法学家，他的主要著述有《苏维埃宪法》。马里茨基的宪法和法学思想主要概括为：

① [苏] 斯图契卡：《斯图契卡选集》，莫斯科 1931 年俄文版，第 58 页。

② [苏] 斯图契卡：《苏维埃法律哲学》，哈佛大学出版部 1951 年版，第 17 页以下。转引自 [奥] 凯尔森：《共产主义的法律理论》，王名扬译，中国法制出版社 2005 年版，第 78 页。

③ [苏] 斯图契卡：《苏维埃法律哲学》第 42 页以下。转引自 [奥] 凯尔森：《共产主义的法律理论》，王名扬译，第 85 页。

④ [苏] 斯图契卡：《苏维埃法律哲学》，第 24 页。

⑤ [苏] 斯图契卡：《斯图契卡选集》，第 592 页。

1. 关于法本质的认识

马里茨基的法学理论产生于十月革命后苏维埃政权的初创时期，这就注定了他的法学理论的基本出发点是服务于新生的苏维埃政权，服务于苏维埃法制建设的需要。为此马里茨基对于法的认识，也重点强调了“阶级意志”和“强制力实施”这两个要素，即他认为，法就是由统治阶级基于自己的阶级利益而规定，并受该阶级有组织的暴力所维护。^① 马里茨基的这一观点带有鲜明的时代色彩，并通过后来居上的一些苏联法学家的深入阐述而得以丰富和完善。

2. 关于法治国家的认识

马里茨基提出了无产阶级专政是“法治国家”的观点。他提出：“国家政权的一切机关对法律命令的服从，即对法的服从，具有‘法律制度’的名义，而推行法律制度的国家也就被称为‘法治国家’；苏维埃共和国就是在推行法律制度的条件下实现自己活动的法治国家。”^② 但实际上，当时的苏联社会不可能奉行法治国家的理论。法的地位低于党的指示政策，国家机关及其工作人员遵章办事而非依法办事，这里的“章”主要表现为党的命令指示。此后，至1929年，马里茨基的法治国家思想就受到了批判，将其贴上资产阶级的标签。对于国家实行“法治”还是“党治”也有了明确的结论，即苏维埃法是“无产阶级政策的形式，是无产阶级政治影响的形式之一”^③。

3. 关于公民权利与国家权力的关系

马里茨基认为：“在苏维埃共和国，不管是民事权利还是公共权力，与其说是个人的自由，不如说是他的社会义务。权利就是义务，这就是关于个人主体权利的社会主义观点与西方资产阶级学说观点的根本区别。而既然公民从国家手中获得了自己的权利即自己自由的界限，那么：‘法律未予禁止的就是允许的’这一资产阶级原则在苏维埃制度中应该让位于相反的规定：

^① 参见[苏]马里茨基：《苏维埃宪法》，哈尔科夫出版社1924年版，第27页。转引自杨心宇、李凯：《略论苏联法对我国法学的影响》，《复旦学报》（社会科学版）2002年第4期。

^② [苏]马里茨基：《苏维埃宪法》，第27—28页。转引自杨心宇、李凯：《略论苏联法对我国法学的影响》，《复旦学报》（社会科学版）2002年第4期。

^③ [苏]卡冈诺维奇：《苏维埃国家建设和与机会主义斗争的二十年》，《苏维埃国家与法的革命》1930年第1期，第11—12页。

‘只有法律准许的才是允许的’，因为权利的载体和源泉不是个人，而是国家。”^① 在这里，我们发现马里茨基的这一观点有种似曾相识的感觉，他在解释公民权利的来源时，也将公民的权利与义务融合在一起，并最终将公民附着于国家之内，实现国家利益与公民利益的高度协调统一，这与前述斯图契卡的观点是不谋而合的。马里茨基在其著作《苏维埃宪法》一书中，对于公民权利与国家权力的关系或者说公民与国家的关系作了更为清楚的解释：“权利的缔造者是国家，它是个人权利的源泉。这样，不是个人向国家放弃自己的部分权利，而是国家本身向公民授予权利，即国家为个人规定着其实际上表现自己主动性的自由的范围，而且即使是个人所能表现的这一主动性也是国家给予的，个人所能实现的自由绝对不是为了自己的个人利益，而是为了公共的、整个集体的利益，或者正如法律一直向我们所讲的：‘是为了生产力的发展’。”^② 这也就是马里茨基的著作和其宪法理论能够在当时苏维埃国家内得到传播的主要原因。

二、20世纪30—50年代的苏联宪法学说

（一）帕舒卡尼斯的宪法思想

帕舒卡尼斯（1891—1937），立陶宛人，彼得堡大学法律系毕业。马克思主义法学家，主要研究领域为法学理论。1912年加入布尔什维克党，十月革命胜利后出任外交人民委员部法律顾问，此后升任副司法人民委员，曾任苏联1936年宪法起草委员会委员。其代表作是《法的一般理论和马克思主义》（1924年出版）。^③

帕舒卡尼斯的宪法和法学思想可以概括为以下几方面：

1. 关于法的产生与消亡学说

帕舒卡尼斯紧紧围绕马克思列宁主义的国家学说阐述他的法的理论，同时结合十月革命后确立苏维埃政权、要求消灭剥削阶级的伟大目标，也从工

^① [苏] 马里茨基：《苏维埃宪法》，哈尔科夫出版社1925年第2版，第49页。转引自杨心宇、李凯：《略论苏联法对我国法学的影响》，《复旦学报》（社会科学版）2002年第4期。

^② [苏] 马里茨基：《苏维埃宪法》，第48页。转引自杨心宇、李凯：《略论苏联法对我国法学的影响》，《复旦学报》（社会科学版）2002年第4期。

^③ 本书已被译为中文，杨昂、张玲玉译，中国法制出版社2008年版。

具论的角度提出对法的认识。由于1918年苏俄宪法提出了“第三次全俄工兵农代表苏维埃代表大会的基本任务是消灭任何人对人的剥削，完全消除社会之划分为各阶级的现象，无情镇压剥削者的反抗，建立社会主义的社会组织，使社会主义在一切国家中获得胜利”（第1篇第2章第3条）。“以现今过渡时期为基础的俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国宪法的基本任务，为确立强大的全俄苏维埃政权形式的城乡无产阶级与贫农专政，以便完全镇压资产阶级，消灭人对人的剥削，而奠立没有阶级划分、没有国家权力的社会主义”（第2篇第5章第9条）。因而，依照这一宪法规范的逻辑推论，法包括宪法在内都应当日益走向消亡。在斯大林执政后，以1936年苏联宪法为标志，表明苏联已经建成发达的社会主义社会，相应地法的强制和工具职能应当消亡或者削弱。但是，结果并非如此，斯大林时代所建立的庞大国家机器、强化国家的专政镇压职能，都进一步印证了法的工具作用，即“社会主义法是无产阶级专政的工具”^①。当法能够服务于党的领导、清除异己、加强个人权威时，法的地位具有至上性；否则，法则作为前进中的绊脚石，必须打破或者清除。但无论如何必须承认，帕舒卡尼斯关于“法的消亡”的学说在20世纪20年代占有非常重要的地位，他的学派在“新经济政策”时期可以说统治着苏俄和苏联的法学界。

2. 关于法律的概念

帕舒卡尼斯在解释法律这一概念时，是通过分析法律与意识形态、法与国家、法与道德、法与违法等问题完成的。帕舒卡尼斯否认法律是规范的体系这一观点，认为这种观点具有意识形态的特征。相应地，他将法律理解为一种社会现实，即法律是社会关系的体系，“法是具体社会关系的神秘化形式”，“法律规范社会关系”^②。

3. 关于公法与私法的划分

帕舒卡尼斯认为，只有作为孤立的个人，即自私的利益主体之间关系的法律才是真正意义上的法律。而作为国家和私人之间关系的所谓公法，不可能是真正意义上的法律。因为国家是一个超法律的现象，不可能设想为法律

^① [苏]帕舒卡尼斯：《社会主义条件下的国家与法》，《苏维埃国家》1936年第3期。

^② [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，第33页。

的主体。应当说，这个理论来源于德国的公法与私法二元论。

4. 关于宪政国家

基于当时的历史局限，帕舒卡尼斯尚不能完整地提出和建立宪政理论，甚至对宪政存在明显偏颇的认识，将宪政理论与资产阶级等同起来，进而认为宪政国家是不可能实现的、带有欺骗性的虚幻构想。“宪政国家是一种幻境，但却十分符合资产阶级，因为它取代了消亡的宗教意识形态，在大众的眼中遮蔽了资产阶级的霸权。宪政国家的意识形态比宗教意识形态更加有用，因为它没有完全反映客观现实，只是建立在这种现实之上。”^①

(二) 维辛斯基的宪法学说

维辛斯基（1883—1954），1920年加入苏联共产党，曾任苏联总检察长、苏联人民委员会副主席、外交部部长。从1939年起任苏共中央委员，苏联科学院院士。他的主要研究领域是法学基础理论和刑法学。其主要代表作是《苏维埃社会主义法律科学的基本任务》（1938年出版）。维辛斯基的法学思想和宪法思想可以概括为以下几个方面：

1. 关于法的概念

维辛斯基对苏维埃法学理论的最重要贡献就是提出了对苏联国家和我国影响至深的法的定义：“法是以立法形式规定的表现统治阶级意志的行为规则和为国家政权认可的风俗习惯和公共性规则的总和，国家为了保护、巩固和发展对于统治有利的和惬意的社会关系和秩序，以强制力量保证它的施行。”“法的内容是从社会上占统治地位的某种经济条件或生产条件中产生的。归根到底，生产和交换决定着社会关系的整个性质。法是这些社会关系的调节者。”^② 这个关于法的定义鲜明地强调了法的工具性作用，突出了法对于维护国家统治所发挥的重要作用，当然也隐含着在法与国家的关系上，法要从属于国家并服务于国家。

2. 关于苏维埃法的认识

维辛斯基在提出了关于法的一般学说后，进一步阐明了苏维埃法的概念，他提出：“苏维埃法是劳动人民政权经过立法程序制定的行为规则的总

^① [苏] 帕舒卡尼斯：《法的一般理论与马克思主义》，杨昂、张玲玉译，第98页。

^② 1938年7月16日至19日，在莫斯科召开了第一次全苏法律科学工作者会议，时任苏联检察长的维辛斯基在会上作了题为《苏维埃社会主义法律科学的基本任务》的报告，其中提出了法的定义。

和,反映着劳动人民的意志,这些规则的运用是以社会主义国家所有的强制力量为保证的,其目的在于保卫、巩固和发展有利于和适合于统治阶级的社会关系和秩序。”^①我们可以发现,维辛斯基并没有按照法的定义的公式来解释苏维埃法,也就是说,如果按照公式化的解释方式,苏维埃法也应当是体现苏维埃国家的统治阶级意志的行为规则的总和,但是,在维辛斯基提出这一理论时,苏联已经宣布建成社会主义,剥削阶级和剥削制度已经不存在,尽管存在工人阶级和农民阶级,但已经不是对立的阶级对抗,而是同属于统治阶级的范畴,不存在被统治阶级。这样,至1939年,维辛斯基就修改了他的苏维埃法理论,转而提出:“我们的法规表现了我们在工人阶级领导下正在执行统治并在创造新历史的人民的意志。在我们当中,工人阶级的意志与全体人民的意志相融合。这就提供一个基础,使我们能够说我们苏维埃社会主义的法律是全民意志的表现。”^②但是,维辛斯基的“苏维埃法是全民意志的表现”的观点远没有他的“法是统治阶级意志的表现”这一观点论证深刻,也没有对中国的法律理论和学说产生些许的影响。

(三) 斯大林的宪法思想

在斯大林执政时期制定的1936年宪法对我国宪法学、宪法发展产生了重要影响。同时,也标志着苏联社会主义制度建成。斯大林的宪法理论集中体现在1936年苏联宪法起草制定时期以及对待我国制宪的态度和认识方面。

1. 宪法是国家根本法

这是斯大林在1936年11月所作的《关于苏联宪法草案》的报告中提出的:“宪法并不是法律汇编。宪法是根本法,而且仅仅是根本法。宪法并不排除将来立法机关的日常立法工作,而要求有这种工作。宪法给这种机关将来的立法工作以法律基础。”^③斯大林所形成的宪法属于根本法的认识,主要是基于两方面的根据:一是认为从内容上看,宪法所规定的内容带有根本性和原则性,必须通过普通立法将其具体化,因此,立法机关所进行的日常

^① [苏] 维辛斯基:《苏维埃社会主义法律科学的基本任务》,莫斯科1938年版,第183页。

^② 《苏维埃法律哲学》,第339页。转引自[奥]凯尔森:《共产主义的法律理论》,王名扬译,第164页。

^③ [苏] 斯大林:《关于苏联宪法草案》,见《斯大林选集》下卷,人民出版社1979年版,第409—410页。

立法工作就显得非常重要；二是从宪法与部门法的关系看，也体现了宪法属于根本法的特征，即宪法成为部门法立法的“法律基础”。而若想部门法的立法与宪法保持一致，就必须防止和消除多头行使立法权的现象出现，否则既可能影响新法的权威性，同时也会影响法律的稳定性，正如斯大林在通过1936年苏联宪法前所言：“终究必须铲除不由某一个机关而由许多机关立法的情形了。这种情形同法律稳定性的原则相抵触。而我们现在比任何时候都更需要法律的稳定性。立法权在苏联只应当由苏联最高苏维埃一个机关来行使。”^①

2. 宪法的作用在于确认政权的合法性并稳固政权

斯大林关于宪法与国家政权的密切关系鲜明地体现在他建议中国制定宪法的言论中。在1949年7月刘少奇率领中共代表团访问苏联时，其中的一项任务就是听取斯大林对新中国制宪问题的意见，斯大林认为：“如果你们不制订宪法，不进行选举，敌人可以用两种说法向工农群众进行宣传反对你们：一是说你们的政府不是人民选举的；二是说你们国家没有宪法。因政协不是人民经选举产生的，人家就可以说你们的政权是建立在刺刀上的，是自封的。”^②由此可见，斯大林认为宪法最重要的作用就在于确认政权的合法性以及国家的民主制度，而民主选举所产生的政府又能巩固国家政权。宪法中是否规定民主选举制度以及规定得如何，能够决定一部宪法是否是民主的宪法。斯大林认为，苏联新宪法，将是世界上一切宪法中最民主的宪法，其原因在于1936年苏联宪法规定了普选的、平等的、直接的和无记名的选举制度，这个选举制度将用来鞭策工作做得不好的政权机关。

3. 宪法应当确立党的领导地位

斯大林在《关于苏联宪法草案》的报告中，将宪法确认共产党的领导地位作为1936年苏联宪法的主要特点和最大优点，他说：“新宪法草案确实保留了工人阶级专政制度，同样也毫无变动地保留了苏联共产党现在的领导地位。如果可敬的批评家认为这是宪法草案的缺点，那就只能对此感到遗憾。

^① [苏] 斯大林：《关于苏联宪法草案》，见《斯大林选集》下卷，第416页。

^② 《关于与斯大林会谈情况给毛泽东和中央的电报》，见《建国以来刘少奇文稿》第4册，中央文献出版社2005年版，第536页。

我们布尔什维克却认为这是宪法草案的优点。”^①

4. 宪法区别于纲领

由于宪法作为根本法，同时具有纲领性特点，因此区分宪法与纲领性文件也就成为加强对宪法属性认识的重要前提。斯大林专门谈到宪法与纲领的区别点：“宪法委员会起草新宪法草案时是从宪法不应该同纲领混淆这一点出发的。这就是说，纲领和宪法有重大的差别。纲领上说的是还没有的东西，是要在将来获得和争取到的东西，相反，宪法上应当说的是已经有的东西，是现在已经获得和已经争取到的东西。纲领主要是说将来，宪法却是说现在。”^② 这种区别的意义在于：进一步说明宪法所具有的法的属性，因而宪法也就具有了稳定性和现实性。宪法的稳定有助于国家政权的稳定，宪法的现实性能够激励苏联公民实现奋斗目标的勇气和信心。宪法终究属于法的范畴，而非章程或其他规范性文件，能够运用国家强制力保证实施。

(四) 特拉伊宁 (И·П·Трайнин) 的宪法观念^③

特拉伊宁的宪法观念主要体现在他主编的《苏联国家法教程》(上、下册)一书中，以下将择其要点予以阐述。

1. 关于宪法概念

特拉伊宁对于宪法概念的认识，在坚持斯大林的“宪法是根本法”观点的基础上，又主要从三个方面丰富了宪法的内涵：一是从宪法与国家法的关系方面，强调“苏维埃宪法是苏维埃国家法之基本的和最重要的法源”^④；二是强调宪法具有最高的法律效力；三是从宪法作用的角度，强调宪法“缔定了适合统治阶级利益的社会经济制度及社会政治制度的基础”^⑤。可见，特拉伊宁作为宪法学者对宪法概念的认识，相较于此前的作为政治家的斯大林和维辛斯基等人对于宪法的认识，区别在于适当地侧重从学术角度认识宪法，在研究方法上，强化了科学性而弱化了政治性。

① [苏] 斯大林：《关于苏联宪法草案》，《斯大林选集》下卷，第 408 页。

② [苏] 斯大林：《关于苏联宪法草案》，《斯大林选集》下卷，第 398 页。

③ 在我国法学界享有盛名的还有一位特拉伊宁，全名为阿·尼·特拉伊宁，是苏联时期著名的刑法学家，功勋法学家，其代表作是《犯罪构成的一般学说》。而这里介绍的特拉伊宁，全名为伊·普·特拉伊宁，是苏联时期著名的宪法学家。

④ [苏] 特拉伊宁等编：《苏联国家法教程》上，彭建华译，大东书局 1951 年版，第 47 页。

⑤ [苏] 特拉伊宁等编：《苏联国家法教程》上，彭建华译，第 49 页。

2. 关于宪法的特征

至 20 世纪 50 年代, 特拉伊宁在其主编的《苏联国家法教程》一书中, 开始从宪法与普通法律区别的角度分析宪法的特征, 他认为: “宪法首先在其内容上与普通法律不同。宪法乃是国家的根本法, 它缔定及确定国家制度的基本原理和立法原则, 容许适当的国家机关现行的立法活动及对一切其余问题的调节。”“宪法就其形式及法律效力来说, 与普通法律不同, 因为, 照例, 其通过、废止和修改, 要经过特别繁杂的程序, 而与普通法律的通过、废止和修改所要履行的程序不同。”^① 由此可以梳理出特拉伊宁认为宪法所具有的特征是: 第一, 宪法在内容上与普通法律不同, 宪法主要规定国家制度的基本原理和立法原则, 以及其他的重大问题; 第二, 宪法在效力上与普通法律不同, 宪法具有最高的法律效力; 第三, 宪法在通过、废止和修改程序上与普通法律不同, 宪法需要经过特别严格复杂的程序。这里, 我们可以发现, 我国新中国成立后尤其是 20 世纪 80 年代的宪法学对于宪法概念和特征的认识, 与特拉伊宁及其所代表的一批宪法学者的观念何其相似。

3. 关于宪法的性质

对于宪法性质的认识, 特拉伊宁秉承列宁的观点, 也认为宪法的本质表现了阶级斗争中力量的实际对比关系, 并提出列宁的这一观点, 是关于宪法问题研究的指针, 是马克思列宁主义关于宪法学说的基础。“宪法系以适合统治阶级政权的形式, 以确定对其有益及惬意的秩序”。但他进一步指出, 在研究宪法时, 不能仅限于了解已经制定的国家形式以及公民权利的内容, 还应“指出这些形式和权利如何反映出阶级斗争力量之真实的相互关系”^②。这表明, 特拉伊宁不是简单地沿用列宁关于宪法性质的观点, 而是强调运用列宁的认识论和研究方法去分析解决具体问题, 具体来说, 就是要求认真分析国家形式的选择和公民基本权利的内容中, 如何体现了宪法的性质, 即如何体现了各种政治力量的实际对比关系。这就初步实现了宪法研究从宏观走向微观。

4. 关于公民基本权利

苏联时期对于“权利”的认识, 坚持两个基本点: 一是权利绝非天赋, 不是来源于上帝, 而是源于阶级斗争; 二是权利具有政治性或者说阶级性,

^① [苏] 特拉伊宁等编:《苏联国家法教程》上, 彭建华译, 第 47 页。

^② [苏] 特拉伊宁等编:《苏联国家法教程》上, 彭建华译, 第 48 页。

即资本主义国家和社会主义国家各自具有不同的公民基本权利。特拉伊宁在此前提下,进一步从区分两种不同类型宪法的角度说明了苏联国家公民的基本权利。他认为:“社会主义国家对公民基本权利的承认,系源于劳动者国家本身的性质,在苏联社会,个人利益与社会利益的结合鲜明地表现在各种事实上:国家并不限于个人权利的形式承认及其法律的保障,并用自己的一切活动来创造公民实际的和最完全的享受其权利的物质条件。”“在社会主义社会,公民基本权利规范的实质,在于对权利之各方面的、法律的,首先是物质的保障,其方法是创造足以使公民事实上得以享受此种权利的一切条件。”^①可见,特拉伊宁把公民基本权利能否得到保障和实现作为区别国家性质的标准之一。

第二节 苏联宪法学说对中国宪法学说的影响

一、苏联宪法学说对中国宪法学说影响的过程

在中国法学界,一般认为,苏联法学对中国法学的影响始于20世纪的20、30年代。孙中山“联俄政策”的确立,标志着中国移植苏联法的开端。孙中山“新三民主义”理论的形成、“五权宪法”学说的确立,都在某种程度上能够找到苏联法学理论的影子,以至设立国民大会作为最高权力机关的政治体制,“这种使国家权力统一于国民意志或其代表机构的政权体系,与俄国苏维埃制度下人民代表机关是最高权力机关的政体是一致的”^②。但此后,孙中山逝世后,以蒋介石为首的国民党政府制造了反革命政变,“国民党开始反苏、反共而终止了以移植苏联法为内容的法制变革”^③。

苏联法学对中国法学影响的真正启动并一脉相承地延续下去,是在1921年中国共产党成立之后,并伴随着土地革命时期革命根据地的建立,初期的、并不成熟的法制建设而出现的。此后经历了20世纪30年代的苏维埃政权建设时期、40年代的抗日战争时期和50年代的新中国成立并进行社

① [苏]特拉伊宁等编:《苏联国家法教程》上,彭建华译,第172页。

② 孙光妍、于逸生:《苏联法影响中国法制发展进程之回顾》,《法学研究》2003年第1期。

③ 何勤华等:《法律移植论》,北京大学出版社2008年版,第175页。

会主义制度建设时期。在学术界基本达成的共识是：中国法对苏联法的移植，或者说苏联法对中国法产生的直接影响，止步于20世纪60年代。具体到宪法学说的影响而言，也大体遵循了这一轨迹。以下将依照时间的顺序，分别梳理在不同时期苏联宪法学说对中国宪法学说的影响过程。

（一）20世纪20年代苏联宪法学说对中国宪法学说的影响

在20世纪20年代，就当时的苏联来说，新生的苏维埃政权确立时间不长，1922年作为联邦制的苏维埃社会主义联盟国家也刚刚建立，面临着稳固政权、百废待兴的局面。其法制建设也刚刚起步，当时为了维护新政权的需要，相继在十月革命胜利后颁布了1918年苏俄宪法，在苏维埃联盟国家成立后，制定颁布了1924年苏联宪法。这两部宪法主要体现了列宁的宪法思想，并影响到这一时期以毛泽东同志为代表的中国共产党人所进行的革命斗争，以及初期宪法思想的形成，从而为今后中国苏维埃政权的建立奠定了重要的思想基础。

1. 关于宪法与政权的关系

在20世纪20年代前期，新生的苏俄国家需要维护和巩固苏维埃政权，在苏联成立后，联盟国家则更注重民族关系和各加盟共和国之间的关系问题，而这也与国家政权密切相关。1921年中国共产党成立后，也面临着推翻旧政权、建立新的“革命民众政权”的艰苦斗争。因此，这一时期宪法学说的核心问题是围绕着宪法与政权的关系问题。

在列宁早期的法制思想中，许多内容都涉及宪法与政权关系的论证。在1905年6月24日，列宁曾撰写了一份题为《三种宪法或三种国家制度》的传单，其中论述了三种宪法确认的三种不同的国家制度，即专制君主制、立宪君主制和民主共和制，并分别剖析了三种国家制度所体现的不同阶级本质。这份传单的传播背景正是在俄国第一次资产阶级民主革命时期，针对资产阶级自由派革命的不彻底性，以及资产阶级立宪民主党要求保留君主制、反对共和制的主张而提出的，目的在于使广大俄国工农群众接受民主共和制的主张。在十月革命取得胜利、苏维埃政权建立后，列宁的这种宪法产生于革命斗争、宪法为国家政权服务的思想就更为明确和系统，他在1918年10月撰写的《无产阶级革命和叛徒考茨基》一文中就指出：“苏维埃宪法不是按照什么‘计划’写出的，不是在书斋里制定的，也不是资产阶级的法学家

强加给劳动群众的东西。不，这个宪法是在阶级斗争发展进程中随着阶级矛盾的成熟而成长起来的。”^① 这就表明，只有首先通过夺权斗争，掌握和控制国家政权，才可能制定和产生宪法，而在夺权斗争过程中，无需法律也不能受旧法的束缚，专政是直接凭借暴力而不受任何法律限制的政权。

以列宁为代表的苏联共产党人关于宪法与政权关系的认识，开始影响这一时期以毛泽东为代表的中国共产党人所进行的革命斗争以及对法制的认识。早在1920年，毛泽东就把政治活动与宪法联系在一起，曾经与何叔衡、彭璜等370余人联名发表宣言，要求召开湖南省人民制宪会议，实行湖南自治。但随着湖南自治运动的失败，毛泽东开始认识到通过推行地方自治来实现民主共和制的思想在中国行不通，只能运用无产阶级专政理论，彻底打碎旧的国家机器，以一个新的工农民主政权取而代之。由于当时中国共产党首先面临着争取政权的问题，因此，在这一时期，不可能形成系统的宪法学说，苏联宪法思想所产生的影响也是零散而不系统的。关于宪法与政权的关系问题，应当说在中国的政治学界和法学界曾形成研究的高峰期，如李三无的《宪法问题与中国》、陈独秀的《宪法与孔教》、胡适的《人权与约法》、罗隆基的《论人权》等文章，都从不同的角度提出对宪法的认识以及宪法与政权的关系问题，但这些宪政观念主要局限于对西方宪政思想的介绍，并没有接受苏联宪法思想的影响。

2. 关于宪法与民主的关系

这一时期，以列宁为代表的布尔什维克党非常重视宪法与民主的关系问题，注重以宪法的形式确认国家的民主政体。

列宁在十月革命前后，曾多次阐述其对民主的认识：“民主是国家形式，是国家形态的一种。”^② 而关于宪法与民主的关系，则主要是通过论述宪法对民主形式的确认以及具体的宪法实践来完成的。列宁非常重视未来政权的民主形式的选择，他指出：只要国内还没有选举产生的管理机关，没有人民代表会议，工人和农民就永远无法免受警察和官吏的敲诈勒索、胡作非为和欺凌侮辱之苦。只有人民代表会议才能使人民免受管理的奴役。^③ 而这种民

① 《列宁全集》第35卷，第302页。

② 《列宁全集》（第31卷），人民出版社1985年版，第96页。

③ 参见吕世伦：《列宁法律思想史》，法律出版社2000年版，第209页。

选产生的人民代表会议，就是在 1918 年苏俄宪法中确立的苏维埃人民代表制。1918 年苏俄宪法第 1 条规定：“俄国宣布为工兵农代表苏维埃共和国。中央和地方全部政权均归苏维埃掌握。”第 12 条规定：“俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国的最高权力机关属于全俄苏维埃代表大会，而在代表大会闭会期间，则属于全俄苏维埃中央执行委员会。”1924 年苏联宪法第 8 条规定：“苏维埃社会主义共和国联盟的最高权力机关为苏维埃代表大会，苏维埃代表大会闭会期间，由联盟苏维埃和民族苏维埃所组成的苏维埃社会主义共和国联盟中央执行委员会为联盟的最高权力机关。”^①

中国共产党人对于宪法与民主关系的认识也受到苏俄国家的影响。早在 1925 年 11 月，毛泽东在其《答少年中国学会改组委员会问》一文中就曾提出建立民主政权的思想：“实现无产阶级、小资产阶级及中产阶级左翼的联合统治，即革命民众的统治。”^② 1926 年湖南省召开第一次农民代表大会，并通过了《湖南省第一次农民代表大会宣言》和 40 个决议案，将民主制政体的设想以立法的形式确认下来。在 1927 年 3 月毛泽东发表的《湖南农民运动考察报告》一文中，进一步指出：“农会便成了唯一的权力机关，真正办到了人们所谓‘一切权力归农会’。”^③ 在这里可以肯定，“一切权力归农会”就是“一切权力归苏维埃”的原则的翻版。而将这种民主制政体上升到宪法确认则在 30 年代初得到了实现。

（二）20 世纪 30 年代苏联宪法学说对中国宪法学说的影响

1924 年年初列宁去世后，苏联开始进入斯大林时代。如果说 20 世纪 20 年代是列宁法制思想时代，至 30 年代则进入斯大林法制思想时代。这一时期苏联宪法学说对中国宪法学说的影响更为具体和系统，也开始显现出影响的结果。

1. 苏维埃制：政权组织形式的共同选择

苏维埃人民代表大会制是十月革命胜利后，由布尔什维克党所确立的一种新型政权组织形式，以此区别于资本主义国家的议会制。对于苏维埃制的

^① 文中所使用的 1918 年苏俄宪法、1924 年苏联宪法和 1936 年苏联宪法均源自法学教材编辑部、《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》下册。

^② 《毛泽东文集》第 1 卷，人民出版社 1993 年版，第 19 页。

^③ 《毛泽东选集》第 1 卷，人民出版社 1991 年版，第 14 页。

性质和特点,列宁曾作过专门论述:“苏维埃是新型的国家机构,第一,它有工农武装力量,并且这个武装力量不是象过去的常备军那样脱离人民,而是同人民有极密切的联系;在军事方面,这个武装力量比从前的军队强大得多;在革命方面,它是无可替代的。第二,这个机构同群众,同大多数人民有极其密切的、不可分离的、容易检查和更新的联系,这样的联系从前的国家机构是根本没有的。第三,这个机构的成员不是经过官僚主义的手续而是按照人民的意志选举产生的,并且可以撤换,所以它比从前的机构民主得多。第四,它同各种各样的行业有牢固的联系,所以它能够不要官僚而使各种各样的极深刻的改革容易实行。第五,它为先锋队即被压迫工农阶级中最有觉悟、最有毅力、最先进的部分提供了组织形式,所以它是被压迫阶级的先锋队能够用来发动、教育、训练和领导这些阶级全体广大群众的机构,而这些群众向来都是完全处在政治生活之外,处在历史之外的。第六,它能够把议会制的长处和直接民主制的长处结合起来,就是说,把立法的职能和执法的职能在选出的人民代表身上结合起来。同资产阶级议会制比较起来,这是在民主发展过程中具有全世界历史意义的一大进步。”^①“苏维埃”一词取自俄文中的“COBET”,意为会议、委员会,具有多数人协商、决策的含义。将“苏维埃”作为一种权力组织形式,在20世纪初俄国社会民主工党建立时就开始出现,1905年俄国乌拉尔工厂的工人罢工,首先建立了全权的苏维埃,此后,伊万诺沃—沃兹涅先斯克市的工人建立了工人代表苏维埃,又陆续在彼得格勒、莫斯科等地建立了工人代表苏维埃。但随着1905年俄国革命的失败,苏维埃也停止了活动。“我国1905年的苏维埃,可以说只是腹内的胚胎,因为它们总共只存在了几个星期。显然,在当时的条件下根本谈不上苏维埃的全面发展。”^②只是到了1917年“二月革命”时期,苏维埃这种形式才又开始出现,并酝酿成立了彼得格勒工人代表苏维埃,并于1917年3月初召开了工人和士兵代表苏维埃第一次会议,但当时布尔什维克仅占少数。此后,在俄国大多数城市都建立了苏维埃,总数大约达到555个。在建立地方苏维埃政权的基础上,1917年6月在彼得格勒召开了全俄工兵代表苏维埃第一次代表大会,但未能实现“全部政权归苏维埃”的主张,未能

^① 《列宁全集》第32卷,人民出版社1985年版,第297页。

^② 《列宁全集》第32卷,第297页。

结束两个政权并存的局面。直至1917年10月25日通过武装起义推翻以克伦斯基为首的临时政府，当日召开全俄苏维埃第二次代表大会，发布了列宁的《告工人、士兵和农民书》，宣布一切政权归苏维埃。此后，苏维埃政权组织形式先后在1918年苏俄宪法、1924年苏联宪法、1936年苏联宪法和1977年苏联宪法中得到确认，一直延续到1991年苏联解体。

我国对苏维埃这种政权组织形式的认识形成于20年代，并尝试付诸实践。^①早在1925年中国共产党组织领导的省港大罢工中，就曾按照民主集中制原则建立了罢工组织，并以“省港罢工工人代表大会”作为组织罢工活动的最高权力机关。此后，1927年11月中国共产党又领导了著名的广州起义，并建立了中国历史上第一个工农兵苏维埃政府。1928年年初在建立井冈山革命根据地过程中，又相继出现了遂川、宁冈等县的工农兵民主政府，同年5月，在宁冈县茅坪成立了湘赣边界工农兵苏维埃政府。1928年6月至7月，中国共产党“六大”在莫斯科召开，会议通过了《苏维埃组织问题决议》，其中明确提出：“中国的苏维埃政府的正式名义应当是：中国工农兵代表会议（苏维埃）政府。”依照中国共产党“六大”会议的精神，1931年11月在江西瑞金召开中华苏维埃第一次全国代表大会，会议宣布成立中华苏维埃共和国，并制定颁布《中华苏维埃共和国宪法大纲》（以下简称《宪法大纲》）。在这部宪法大纲中，明确规定了共和国政权的性质、任务以及与苏联国家的紧密关系。《宪法大纲》第2条规定：“中国苏维埃政权所建设的是工人和农民的民主专政的国家。苏维埃全部政权是属于工人，农民，红军兵士及一切劳苦民众的。在苏维埃政权下，所有工人，农民，红军兵士及一切劳苦民众都有权选派代表掌握政权的管理。”第17条规定：“中国苏维埃政权宣告世界无产阶级与被压迫民族是与它站在一条革命战线上，无产阶级专政的国家——苏联是他的巩固的联盟。”这种苏维埃制的政权组织形式一直延续到30年代中后期抗日战争爆发，被各抗日民主根据地所建立的参议会制所取代。

^① 我国已有部分学者对于这一时期是否采用和建立苏维埃制展开详细的论证。基本脉络是：在1927年“四·一二”反革命政变前，斯大林和共产国际不希望中国共产党退出国民党，也反对建立苏维埃政权，以避免出现两个政府的结果；在此之后，以1927年9月中共中央政治局会议通过的《关于“左派共产党”及苏维埃口号问题决议案》为标志，提出宣传苏维埃的思想、成立苏维埃政权的主张。参见韩大梅：《新民主主义宪政研究》，人民出版社2005年版，第39页。

以下将以图示方式比较 1918 年苏俄宪法、1924 年苏联宪法中有关苏维埃制的条款与 1931 年《中华苏维埃共和国宪法大纲》中相关条款的表述。

1918 年苏俄宪法	1924 年苏联宪法	1931 年《中华苏维埃共和国宪法大纲》
第 1 条：俄国宣布为工兵农代表苏维埃共和国。中央和地方全部政权均归苏维埃掌握。		第 2 条：中国苏维埃政权所建立的是工人和农民的民主专政的国家。苏维埃全部政权是属于工人，农民，红军兵士及一切劳苦民众的。……
第 24 条：全俄苏维埃代表大会为俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国的最高权力机关。 第 30 条：在代表大会闭会期间，全俄中央执行委员会为共和国的最高权力机关。	第 8 条：苏维埃社会主义共和国联盟的最高权力机关为苏维埃代表大会，苏维埃代表大会闭会期间，由联盟苏维埃和民族苏维埃所组成的苏维埃社会主义共和国联盟中央执行委员会为联盟的最高权力机关。	第 3 条：中华苏维埃共和国之最高政权为全国工农兵会议（苏维埃）的大会，在大会闭会的期间，全国苏维埃临时中央执行委员会为最高政权机关，中央执行委员会下组织人民委员会处理日常政务，发布一切法令和议决案。

小结： 综上所述，第一，关于国家政权性质的表述，1931 年《中华苏维埃共和国宪法大纲》主要接受了 1918 年苏俄宪法的表述方式，采用“工人和农民的民主专政的国家”一词，与“工兵农代表苏维埃共和国”类似；第二，关于最高权力机关及其常设机关的表述，1931 年《中华苏维埃共和国宪法大纲》融合了 1918 年苏俄宪法和 1924 年苏联宪法，在“苏维埃代表大会”和“中央执行委员会”的词汇使用和机构设置上，均沿袭两部苏维埃宪法。

2. 保障自由与平等权利：宪法的主要内容

通过宪法确认人民的权利和自由，这既是建立无产阶级专政政权的主要任务，也是以列宁为代表的共产党人对社会主义类型宪法的本质认识。在 1918 年苏俄宪法和 1936 年苏联宪法中，均将保障人民或公民的自由与平等权作为其中的重要内容加以规定。以下将以图示方式比较 1918 年苏俄宪法中有关权利与自由的条款与 1931 年《中华苏维埃共和国宪法大纲》中相关

条款的表述。^①

内容	1918年苏俄宪法	1931年《中华苏维埃共和国宪法大纲》
宗教信仰自由	第13条：为保障劳动者享有真正的信仰自由，实行教会与国家分离。学校与教会分离，并承认全体公民均有进行宗教宣传与反宗教宣传的自由。	第13条：中国苏维埃政权以保证工农劳苦民众有真正的信教自由的实际为目的。绝对实行政教分离的原则，一切宗教不能得到苏维埃国家的任何保护和供给费用，一切苏维埃公民有反宗教的宣传之自由，帝国主义的教会只有在服从苏维埃法律时，才能许其存在。
言论、出版、集会、结社自由	第14条：为保障劳动者享有真正表达自己意见的自由，俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国消灭出版事业对资本的从属关系，将一切有关报章书籍及其他任何印刷品的技术与物价手段一律交归工人阶级与贫农掌握…… 第15条：为保障劳动者享有真正的集会自由，俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国于承认苏维埃共和国公民有权自由集会、游行等的同时，将一切适合举行人民大会的场所，连同家具陈设、照明及保暖设备交归工人阶级与贫农处理。	第10条：中国苏维埃政权以保证工农劳苦民众有言论出版集会结社的自由为目的。……打破地主资产阶级经济的政治的权利，以除去反动社会束缚劳动者和农民自由的一切障碍。并用群众政权的力量，取得印刷机关（报馆，印刷所等）开会场所及一切必要的设备，给予工农劳苦群众，以保障他们取得这些自由的物质基础。同时，反革命的一切宣传和活动，一切剥削者的政治自由，在苏维埃政权下，都绝对禁止。
受教育权	第17条：为保障劳动者能够真正获得知识，俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国的任务为给予工人与贫农各方面的完全的免费的教育。	第12条：中国苏维埃政权以保证工农劳苦民众有受教育的权利为目的。在进行阶级战争许可的范围内，应开始施行完全免费的普及教育……

小结：综上所述，1931年《中华苏维埃共和国宪法大纲》中有关保障权利和自由的内容，在结合当时中国革命形势现实需要的基础上，主要参考了1918年苏俄宪法中的相关规定，前述列表中的三项权利自由的内容，为

^① 由于1924年苏联宪法中并未专章列举苏联公民的权利和自由的内容，因而，这里没有对比列入该宪法。

苏俄宪法和《宪法大纲》相一致的部分,此外,还有些权利和自由的内容为两者不一致之处。1918年苏俄宪法中有而《宪法大纲》中没有的权利自由是:外国人民的居留权、公民的平等权。1931年《宪法大纲》中有而苏俄宪法中没有的权利自由是:工人监督生产权、婚姻自由。总体上看,两者相一致的内容居多。

(三) 20世纪40至50年代苏联宪法学说对中国宪法学说的影响

1949年新中国成立后,从50年代开始进入中苏关系的“蜜月期”,也是苏联宪法学说对中国宪法学说产生影响的高潮期。这种影响集中体现在我国1954年宪法的制定过程和最终形成的宪法文本上。

1. 苏联宪法学说在1954年宪法制定过程中产生的影响

苏联宪法学说对1954年宪法的制定产生影响,主要源自两个方面:一是苏联最高领导层的宪法观念对中国领导人产生影响,并进而将这种宪法观念渗透到将要制定的宪法之中;二是苏联占主导地位的宪法理论和宪法学说对1954年宪法的制定产生的影响。在这两方面的影响因素中,第一个因素在当时无疑起到了极其重要的作用。

(1) 苏联最高领导层的宪法观念产生的影响

在1949年新中国成立前夕,由于不具备组建召开全国人民代表大会的条件,因而,1949年9月通过推荐和邀请的方式选派了代表召开了第一届人民政协第一次全体会议,并在会议上通过了起临时宪法作用的《共同纲领》。这部临时宪法在巩固新政权、稳定社会秩序、恢复国民经济、提高人民的政治觉悟等方面都发挥了无法替代的作用。对于《共同纲领》应当存续的期限,从党中央最初的考虑看,是希望《共同纲领》能够在较长的一段时期内适用,也就是说不急于制定一部新的宪法取而代之。但是,这种设想在1952年10月刘少奇率中共代表团赴莫斯科参加苏共第19次代表大会时发生了变化。在中共代表团赴苏前,毛泽东曾委托刘少奇带给斯大林一封信,信中希望斯大林就中国的制宪问题和召开全国人民代表大会问题提供建议。中共代表团到达莫斯科后,斯大林与刘少奇进行了会谈,并提出了他的意见。斯大林提出:如果你们没有准备好,全国人民代表大会可暂不召开,而开政治协商会议。但政协不是人民选举的,这是一个缺点,对外来说,如果有人在这一点上加以攻击,人们会不大了解。同意目前使用共同纲领,但应准备

宪法。斯大林认为，如果你们不制订宪法，不进行选举，敌人可以用两种说法向工农群众进行宣传反对你们：一是说你们的政府不是人民选举的；二是说你们国家没有宪法。因政协不是经人民选举产生的，人家就可以说你们的政权是建立在刺刀上的，是自封的。此外，《共同纲领》也不是人民选举的代表大会通过的，而是由一党提出，其他党派同意的东西。人家也可以说你们国家没有法律。你们应从敌人（中国的和外国的敌人）那里拿掉这些武器，不给他们这些借口。我同意你在信中所提出的意见把共同纲领改变成宪法——基本大法，这种宪法自然是一种粗制品，但有一个宪法，比没有要好……我想你们可以在1954年搞选举和宪法。我认为这样做，对你们是有利的。^①从斯大林的这一段话，可以发现，“斯大林对新中国制定宪法的建议实际上提出了政权的合法性与合宪性的重大问题，促使中共中央重新思考制宪时机问题，并从政权存在与发展的角度认识到以正式宪法确认政权合法性的必要性”^②。随即，在当年12月1日，中共中央下发了《关于召开党的全国代表大会会议的通知》，其中指出，为了充分准备全国人民代表大会的召开，决定于1953年2月5日召开党的全国代表大会，并初步拟定于1953年9月召开全国人民代表大会，并制定宪法。但是，由于后来国内发生的高岗事件等原因，导致第一届全国人民代表大会迟至1954年9月才召开。

由前述事实可知，苏联最高领导层具体来说就是斯大林对宪法及其与国家政权关系的认识，影响和促成了1954年宪法的制定。当然，这并不是说，没有斯大林的建议，中国就不会制定宪法，而是说没有斯大林的建议，中国可能会推迟制宪的时间表，延缓制宪的步伐，因为当时党中央认为：“……三年来我们真正实行了共同纲领，因此共同纲领在人民中及各党派中威信很好。如果我们在今后两三年内制定宪法，势必重复共同纲领，承认资本家的财产及剥削雇佣劳动为合法。但是再过七八年以后，我们又要把资本家的企

^① 参见《关于与斯大林会谈情况给毛泽东和中央的电报》，见《建国以来刘少奇文稿》第4册，第536—538页。

^② 韩大元编：《1954年宪法与新中国宪政》，武汉大学出版社2008年第2版，第51页。

业国有化,再制定社会主义性质的宪法,似乎是有些不好。”^①所以,斯大林的建议,苏联最高领导层关于宪法作用以及宪法与政权关系的分析和认识,成为推进中国1954年宪法出台的重要影响因素。

(2) 关于苏联占主导地位的宪法理论和宪法学说产生的影响

在20世纪40、50年代,苏联占主导地位的宪法理论和宪法学说是什
么?这些主流宪法学说是否进入当时的中国社会?是否对中国的制宪进程产生影响?对于第一个问题可能我们无法提供直接准确的答案,但可以从这一时期我们翻译过来的苏联法学家的著作得到侧面的印证。

在1954年宪法筹备制定前,毛泽东曾要求各政治局委员及在京中央委员抽时间阅读下列各主要参考文件:(1)1936年苏联宪法及斯大林报告;(2)1918年苏俄宪法;(3)罗马尼亚、波兰、德国、捷克等国宪法;(4)1913年天坛宪法草案、1923年曹锟宪法和1946年蒋介石宪法;(5)法国1946年宪法。可以发现,其中首先列举的是1936年苏联宪法和1918年苏俄宪法。说明这两部宪法成为制定1954年宪法的重要参考内容,或者说是依据的宪法范本。此外,截至1954年宪法颁布前,翻译出版了大量苏联宪法学者的著作或教材,以期能够为1954年宪法的制定提供宪法理论的支持。这一时期出版的译作主要有:杰尼索夫的《苏维埃宪法及其发展史》(人民出版社1953年版)、《苏维埃国家与法权基础》(中国人民大学出版社1955年版)、《苏联宪法》(人民出版社1954年版);M. P. 加列瓦的《苏联宪法教程》(五十年代出版社1953年版);司徒金尼根(又译为斯图坚尼金)的《苏维埃国家法》(中国人民大学出版社1953年版);科托夫的《宪法的概念与本质》(人民出版社1953年版)、《欧洲人民民主国家的代表制度》(人民出版社1953年版);卡尔宾斯基的《苏联宪法通论》(人民出版社1951年版)、《苏联宪法》(人民教育出版社1951年版)、《苏联宪法讲话》(人民出版社1951年版);列文的《苏联国家法概论》(本书是根据苏联司法部法律出版局1947年出版的《苏维埃国家与法律基础》莫斯科俄文版本第337—396页译出)、《苏联国家制度》(中华书局1950年版);特拉伊宁的《苏联国家法教程(上、下册)》(大东书局1950年版)。

^① 《关于与斯大林会谈情况给毛泽东和中央的电报》,见《建国以来刘少奇文稿》第4册,第535—536页。

在上述苏联宪法著作中，主要涉及的带有共性的宪法理论和宪法学说是：第一，对于宪法概念和作用的认识。认为宪法应区分资产阶级宪法和苏维埃宪法，苏维埃宪法也称为国家法，“宪法是一国的根本法，它表现统治阶级的意志，巩固其专政，规定社会结构和国家结构的原则，国家机关组织与活动的原则以及公民的权利和义务”^①。苏维埃宪法的作用在于“宪法是已走过的道路的总结，是已争得的种种成就的总结”，“是全体爱好自由的人民争取社会解放和民族解放，争取和平与民主的斗争旗帜”^②。第二，对于宪法本质的认识。将列宁对于宪法本质阐述的经典名言进一步具体化，认为“每种宪法都是在实际存在的社会阶级关系的条件下形成的。所以宪法便反映着该社会的阶级力量的对比关系，反映着阶级的矛盾和斗争。因此，宪法的本质便在于宪法所确立的是什么样的阶级力量的对比关系，也就是说，宪法所表现的是哪一个阶级的意志和专政。”^③ 第三，对于宪法内容的认识。一部宪法应当规定哪些内容，这是在制宪过程中必须考虑的问题，已有的成文宪法典成为直接参照的根据，而苏联宪法学者的学理阐释也起到重要的作用。因此，单独阐述宪法各组成部分内容的著作成为这一时期译著的主要特色，如卡尔宾斯基的《苏联社会制度与国家制度的基础》（时代出版社 1951 年版）和《苏联公民的基本权利和义务》（中华书局 1949 年版）；克拉伏佐夫的《苏联最高苏维埃》（法律出版社 1953 年版）；苏洛诺维奇的《苏维埃代表》（时代出版社 1955 年版）；维辛斯基的《苏联选举制度》（商务印书馆 1949 年版）和《苏联法院和检察机关》（商务印书馆 1950 年版）；列文的《苏联国家制度》（中华书局 1950 年版）。

2. 苏联宪法学说对 1954 年宪法文本的影响

在宪法学界和史学界，达成的共识是：1954 年宪法从篇章结构到基本内容，都受到了 1936 年苏联宪法的影响，两者存在着许多相似点。以下将以图示方式比较 1936 年苏联宪法与我国 1954 年宪法中主要部分的相同之处。

^① 《苏联法律辞典》，转引自魏甄：《五十年来中国人民是怎样为民主宪法而斗争的》，《教学与研究》1954 年第 7 期。

^② [苏] 科托夫：《宪法的概念与本质》，《教学与研究》1953 年第 3 期。

^③ [苏] 科托夫：《宪法的概念与本质》，《教学与研究》1953 年第 3 期。

内容	1936年苏联宪法	1954年中国宪法
国家性质	第1条: 苏维埃社会主义共和国联盟为工农社会主义国家。	第1条: 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。
政权组织形式	第3条: 苏联全部权力属于城乡劳动者, 由劳动者代表苏维埃行使之。	第2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。
生产资料所有制	第5条: 苏联社会主义所有制表现为两种形式: 国家财产(全民财产); 合作社集体农庄财产(各集体农庄财产、各合作社财产)。	第5条: 中华人民共和国的生产资料所有制现在主要有下列各种: 国家所有制, 即全民所有制; 合作社所有制, 即劳动群众集体所有制; 个体劳动者所有制; 资本家所有制。
公民财产所有权和继承权	第10条: 公民对其劳动收入及储蓄、住宅及家庭副业、家常及日用器皿、自己消费及享乐品之个人所有权, 以及公民个人财产之继承权, 均受法律之保护。	第11条: 国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权。 第12条: 国家依照法律保护公民的私有财产的继承权。
言论、出版、集会、结社、游行、示威自由	第125条: 为适合劳动者利益并巩固社会主义制度计, 法律保障苏联公民享有下列各项自由: (1) 言论自由; (2) 出版自由; (3) 集会自由; (4) 游行及示威自由。	第87条: 中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。国家供给必需的物质上的便利, 以保证公民享受这些自由。
人身自由不受侵犯	第127条: 苏联公民有身体不受侵犯之保障。任何公民, 非经法院决定或检察长批准, 不得逮捕。	第89条: 中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民, 非经人民法院决定或者人民检察院批准, 不受逮捕。
住宅不受侵犯	第128条: 公民住宅不可侵犯及通信秘密, 均受法律之保护。	第90条: 中华人民共和国公民的住宅不受侵犯, 通信秘密受法律的保护。
物质帮助权	第120条: 苏联公民年老、患病及丧失劳动能力时, 有享受物质保证的权利。……	第93条: 中华人民共和国劳动者在年老、疾病或者丧失劳动能力的时候, 有获得物质帮助的权利。……

续前表

内容	1936年苏联宪法	1954年中国宪法
男女平等权	第122条：苏联妇女在经济生活、国家生活、文化生活、社会及政治生活各方面，均享有与男子平等权利。	第96条：中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活各方面享有同男子平等的权利。
遵守宪法和法律的义务	第130条：凡苏联公民必须遵守苏维埃社会主义共和国联盟宪法，遵守法律，遵守劳动纪律，诚恳履行社会义务，尊重社会主义公共生活规则。	第100条：中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德。

小结：综上所述，苏联宪法学说在1954年宪法文本上产生的影响，主要体现在：第一，宪法文本的基本结构。1936年苏联宪法共分十三章，146条。我国1954年宪法共分四章，106条。如果仅从形式上看，二者似乎区别较大，但就1936年苏联宪法的篇章内容看，第一章“社会结构”相当于宪法“总纲”部分，主要规定了国家性质、政体形式、经济制度、个人财产和分配原则等内容；我国1954年宪法第一章为“总纲”，本章内容也主要规定了国家性质、政体形式、经济制度、个人财产和分配原则等内容。同时，涉及国家机构与公民权利与义务的编排顺序上。两部宪法均将国家机构部分置于公民基本权利与义务之前，体现了两部宪法在制宪过程中的“国家本位”观念。第二，宪法文本的基本内容。从上述列表可以看到，两部宪法在主体内容上存在诸多相同或相似点，主要涉及国家性质的表述、国家权力的归属、生产资料公有制的表现形式、公民个人财产内容、公民基本权利内容和公民基本义务内容等。第三，宪法条款的文字表述。从前述列表可见，宪法条款之间的排列顺序和特定条款的词语结构，都存在较大的相似度。如1936年苏联宪法中第120条和我国1954年宪法中第93条都是关于公民物质帮助权的条款，这两个条款的语词表述基本相同，其因缘与影响关系可见一斑。

二、苏联宪法学说对中国宪法学说产生影响的途径

苏联宪法学说对中国宪法学说影响的方式，总体上看，主要是通过苏联法学专家直接授课，翻译出版苏联宪法的教材、著作和论文，国内学者著书

立说介绍苏联宪法理论这三种途径实现的。

(一) 翻译出版苏联宪法的教材、著作和论文

有关翻译介绍苏俄宪法和1924年、1936年苏联宪法的活动在“五四运动”后就已经开始进行了。当时我国一批进步知识分子在诸如《每周评论》、《新青年》、《觉悟》、《劳动者》、《东方杂志》等期刊上发表了一些介绍和评论苏俄宪法文章，使中国社会及时了解到苏俄国家的巨变，了解到在新型的工农民主政权的国家中人民的权利和地位。例如，1919年6月29日出版的《每周评论》杂志上，在介绍苏俄宪法时写道：“俄国总算是在政治史上开一破天荒的事业，宪法上规定把私人所有土地、森林、矿产、水力、农器、银行完全收归国有，所有制造及运输等事为工人直接管理，他们俄国人想这样才可以把所有的公用机关（即运输交通、交易及一切关系人民公共生活事业）为工人自己管理。无论什么人必须要工作。”^①此后，1929年出版郑斌撰写的《民主主义的新宪法》（商务印书馆），1935年出版胡庆育的《苏联政府与政治》（世界书局），1937年出版张仲实编译的《苏联新宪法研究》（生活书店）、吴蔼长的《苏联宪法研究》（大公报馆），1940年出版邵力子的《中美英苏宪政运动的教训》（中周出版社）。当时推介苏俄宪法和苏联宪法，无非是为在中国建立人民民主政权、实行社会主义制度推波助澜。

新中国成立后的最初几年，由于我国尚未制定宪法，因而主要是学习和了解苏联宪法，高等院校法律系所讲授的宪法内容也只能是苏联宪法。因此，从1950年到1956年成为翻译出版苏联宪法教材、著作和论文的高峰期。1952年11月12日，教育部还专门发出指示，要求各高等学校制订编译苏联教材的计划。据不完全统计，从1949年到1956年共出版宪法书籍344种，其中著述206种，资料138种；同时还发表了大量的宪法论文。这些书籍和论文涉及宪法总论、中外宪法文献、中外宪法史、中外选举制度、国家机构、民族区域自治、公民的基本权利和义务等。^②其中，从1949年6月到1959年11月，在翻译出版的宪法学专著中，有关苏联的有51部，占总数的4/5。大量译介苏联宪法的目的有二：一是普及宪法基本理论和基础知识；

^① 转引自张德政等：《“五四”时期马克思主义关于国家与法权学说在中国的传播》，《教学与研究》1959年第5期。

^② 引自张庆福主编：《宪法学研究述略》，天津教育出版社1989年版，第79页。

二是为我国宪法的制定提供理论准备。这一时期翻译出版的苏联宪法教材和著作主要有^①：

维辛斯基：《苏联选举制度》（张子美译，商务印书馆，1949年6月版），《苏联公民的基本权利和义务》（沈大珪译，商务印书馆，1949年6月版），《苏联最高国家权力机关暨各盟员共和国及自治共和国最高国家权力机关》（弼道译，商务印书馆，1949年12月版），《苏联法院和检察机关》（张子美译，商务印书馆，1950年版），《苏联国家组织》（吴泽炎译，商务印书馆，1950年3月初版，1951年8月再版）。卡尔宾斯基：《苏联公民的基本权利和义务》（易今译，中华书局，1949年初版，1950年1月再版），《苏联社会制度与国家制度的基础》（清河译，时代出版社，1951年版），《苏联宪法》（沈颖译，人民教育出版社，1951年11月初版，1955年9月再版），《苏联宪法讲话》（沈颖译，人民出版社，1951年11月初版，1953年11月、1954年7月再版），《苏联宪法通论》（沈颖译，人民出版社，1951年11月初版，1953年11月再版），《苏联社会与国家结构》（文昭文译，正风出版社，1952年版）。列文：《苏联国家制度》（李少甫译，中华书局，1950年1月版），《苏联国家法概论》（杨旭译，人民出版社，1951年9月版）。加列瓦：《苏联宪法教程》（梁达、石光译，五十年代出版社1949年9月初版，1950年9月增订版，1953年5月增订再版）。杰尼索夫：《苏联各加盟共和国和自治共和国的结构》（康宝田译，法律出版社，1955年版），《苏联的社会结构》（刘家辉译，法律出版社，1955年版），《苏维埃宪法及其发展史》（中央人民政府法制委员会编译室译，人民出版社，1953年11月初版，1954年7月再版）。法尔别洛夫：《苏联国家法教程》（祝璜译，大东书局，1950年11月版）。司徒金尼根：《苏维埃国家法》（中国人民大学法律系国家法教研室译，中国人民大学出版社，1953年4月版）。科托夫：《欧洲人民民主国家的代表制度》（方蔼如等译，人民出版社，1953年版），《宪法的概念和本质》（人民出版社，1953年11月版）。

这一时期翻译发表的有关介绍宣传苏联宪法的文章主要有：巴拉洛夫斯基的《斯大林宪法的特点》（《人民日报》1949年11月5日），克·莫罗兹的

^① 本部分资料的运用引自张庆福主编：《宪法学研究述略》，第167—176页。

《社会主义国家的宪法》(《光明日报》1953年12月5日),莫洛托夫的《论社会主义宪法》(《新建设》1954年第10期),盖杜科夫的《苏维埃宪法的发展》(《政法论丛》1958年第3期)。

(二) 苏联法学专家直接授课

新中国成立后,面临着百业待兴的局面。无论是经济建设、机构设置还是法制建设,都没有先例可遵循。请求苏联选派不同领域的专家援助就成为当时最主要的解决途径。“向国外派遣大量专家和顾问,是战后苏联从政治、经济、军事、外交和文化各个领域不断扩大对社会主义国家和第三世界的影响的一个重要方面,也是冷战时代社会主义国家之间关系中的一种特别现象。”据统计,1947年至1956年间,苏联向各人民民主国家派出的专家总计达到14 000余人^①,而苏联派往中国的专家人数最多,时间也最长,据俄国档案记载,1950年至1956年间,来华工作的苏联专家就达5 092名。^②在这些专家中,教师所占的比例较少,从1948年至1960年,来华苏联教师总计只有615名。其中,中国人民大学所聘请的苏联教师数量又最多。从1950年到1957年间,中国人民大学先后共聘请了苏联专家98人。“这些苏联专家对中国人民大学全面接受苏联经验起了重要作用。他们主要是通过下列途径发挥作用的:(1)帮助培养教师。1952年以前,主要是先由苏联专家给教师讲课,再由教师去给学生讲课。部分专家也直接给学生讲课。1954年以后,苏联专家着重为教师作专题讲授和系统辅导,并以教研室科学辅导员身份,指导教师从事科学研究工作,提高教师的理论水平。(2)给研究生讲课。根据人民大学和全国高等学校对理论课师资的迫切需要,请苏联专家对政治理论和政法财经专业的研究生进行系统讲课和辅导。据统计,七年间,苏联专家曾为人民大学研究生2 574人讲过课(其中4门政治理论课的研究生2 021人),对培养研究生起了重要作用。1956年以后,培养研究生的任务才由该校教师直接承担。(3)指导教师编写讲义和教材。(4)帮助建立一套

^① 参见《人民日报》,1957年2月23日。

^② 参见沈志华、李丹慧编:《战后中苏关系若干问题研究——来自中俄双方的档案文献》,人民出版社2006年版,第57—58页。

高等教育制度和教学方法。(5) 帮助学校提高教师和在职干部的理论水平。”^①

苏联专家在我国高等学校中的工作,基本上可以分为三个阶段:第一阶段为1949年至1952年,共聘请苏联专家187名,其中政法财经专家52人,占28%。这一阶段苏联专家的主要任务是采用苏联教材直接讲授专业知识的内容。我国高等院校法律系从1950年开始设置、讲授宪法课程,主要有“中国国家法”、“苏维埃国家法”、“人民民主国家法”和“资产阶级国家法”等,除中国国家法课程外,其余课程主要由苏联法学专家讲授,并使用苏联宪法学教材,主要有特拉伊宁编的《苏联国家法教程》、法尔别洛夫著《人民民主国家法教程》以及加拉宁等著《资产阶级国家法提纲》。“应该说,与阅读书本和实地考察相比,通过面对面、手把手和朝夕相处的方式向苏联专家学习,影响更大,成绩更佳,见效更快。”^② 第二阶段为1953年至1957年,共聘请苏联专家567名。这一阶段的主要任务是由苏联专家帮助和指导高等学校设置专业和明确专业的培养目标、修订专业教学计划、制定教学大纲和有关教学法文件、讲课、编写教材、培养研究生、培训师资等。第三阶段为1958年至1960年7月(苏联政府撤退专家),共聘请苏联专家107名,主要涉及理工学科的尖端专业领域。

(三) 开设“苏维埃国家法”课程介绍苏联宪法理论

将“苏维埃宪法”作为一门独立开设的课程,列入我国高等学校的教学体系中,传播苏联宪法理论,是这一时期另一主要特色。

在高等院校中开设“苏维埃宪法”课程始于中国人民大学。中国人民大学最早建立法律系,并于1950年开始招生。随即开设的与宪法有关的课程中,除“中国国家法”、“人民民主国家法”、“资产阶级国家法”外,还包括“苏维埃国家法”课程。这里使用的“国家法”一词,即沿用了苏联的表述方式,直至50年代中期,我国法学界才将“国家法”改称为“宪法”^③。中国人民大学法律系的教学内容和教学模式与苏联相接轨,与国家在设置该校

^① 中共中央党校理论研究室编、刘海藩主编:《中华人民共和国国史全鉴·教育卷》,中央文献出版社2005年版,第93页。

^② 沈志华、李丹慧编:《战后中苏关系若干问题研究——来自中俄双方的档案文献》,第100页。

^③ 董璠舆:《中国宪法学四十年》,《政法论坛》1989年第5期。

时确立的教育方针密切相关,即:“教学与实际联系,苏联经验与中国情况相结合”^①。当时所使用的教材主要是翻译为中文的苏联宪法学教材,授课方式为苏联专家先为中国法学教师上课培训,讲授苏联宪法内容和宪法基本理论,然后再由中国教师为法律系学生讲授。

这一时期所开设的“中国国家法”最初讲授的内容为《共同纲领》,在1954年宪法颁布实施后,该课程讲授的内容则调整为1954年宪法。相应地所使用的教材也为高校教师集体编写,主要有:中国人民大学宪法教研室起草、高等学校法律专业教学大纲审定会议编定:《人民代表大会制度讲话》(重庆人民出版社1955年版)、西南政法学院民法教研组编:《我国公民的基本权利和义务》(重庆人民出版社1955年版)、《中华人民共和国宪法教学大纲》(法律出版社1957年版)、中央政法干部学校国家法教研室编著:《中华人民共和国宪法讲义》(法律出版社1957年版)。但总体上看,教师自编教材数量较少,而且其中也有相当多的内容是介绍苏联宪法的内容,陈盛清就曾提到:“我认为我国法律出版界把注意力过多地放在翻译苏联法学著作方面(当然,翻译苏联先进法律科学著作是必要的),而很少出版关于我国法律工作者自己编写的著作。”^②华东政法学院马克思列宁主义关于国家与法的理论教研组对于当时自编教材的状况就曾作出了客观评价:“我们几年来在教学过程中,主要是根据苏联的教材,参考有关的马克思列宁主义的经典著作,结合一些中国的实际情况,编写大纲和讲义,进行讲授。因而在内容上是苏联的多中国的少,理论多实际少。”^③

三、苏联宪法学说对中国宪法学说影响的内容

(一) 关于宪法的概念

将宪法界定为“根本法”,这种意义上对宪法概念的认识最早可见于梁启超于1899年写成的《各国宪法异同论》,他说:“宪法者,英语称为Constitution,其意盖谓可为国家一切法律根本之大典也。故苟凡属国家之大典,

^① 中共中央党校理论研究室编、刘海藩主编、《中华人民共和国国史全鉴·教育卷》,第1页。

^② 陈盛清:《读李达编的“中华人民共和国宪法讲话”》,《读书》1957年第1期。

^③ 华东政法学院马克思列宁主义关于国家与法的理论教研组:《马克思列宁主义关于国家与法的理论教学改革的初步体会》。

无论其为专制政体（旧译为转制之国）为立宪政体（旧译为君民共主之国），似皆可称为宪法。”^① 但将宪法与“国家法”一词相等同，将宪法界定为“国家法”，则是沿用了苏联对宪法概念的解释方式。在苏联宪法学界，一直习惯于将宪法称为“国家法”，除特指作为法典意义上的宪法外，一般将“宪法”与“国家法”两个概念互换使用。因而，在将苏联著名的法学家列文所著《苏维埃国家与法律基础》一书中有关宪法的部分分离出来翻译为中文时，就以《苏联国家法概论》为名出版发行。列文将国家法解释为：“国家法——这是一个主导的法律部门。它在规定社会——经济组织基础时，也就规定着另一些法律部门的基本原则，再由这些法律部门更详细地来规定社会——经济生活的各方面，如民法、集体农场法、劳动法、土地法等。国家法规定国家政治组织的基础，同时也就固定着另一些法律部门的原则乃至基本内容，而由它们更详细地来规定这个政治组织的个别方面，如行政法、司法法和财政法。”这里具体解释了国家法的含义、地位、内容以及与其他部门法的关系。科托夫在其《宪法的概念和本质》一文中更明确地指明：“实际上宪法就是表现一定的统治阶级意志的法律。”^②

我国法学界对于宪法概念的表述方式所体现的苏联宪法学说的影响，从20世纪50年代一直延续到80年代。20世纪50年代对宪法概念的解释，主要有：（1）孙国华先生在其《谈谈守法》一书中提出：“宪法是我国的根本大法，是人民自己的法律，是全国人民行动的总方向和总的规范。”^③（2）中央政法干部学校国家法教研室在其编写的宪法讲义中指出：“宪法是一个国家的根本法，它反映了这个国家的阶级力量对比关系，是整个上层建筑的一个主要组成部分。”^④（3）刘培华在其编写的宪法讲课提纲中提出：“宪法是国家的根本大法，即国家最根本、最重要的法律。它表现统治阶级有关国家生活的根本方面的意志，它是普通法律的基础。”^⑤（4）蒋碧昆先生在其编

① 梁启超：《各国宪法异同论》，见范忠信选编：《梁启超法学文集》，第1页。

② [苏]科托夫：《宪法的概念和本质》，《教学与研究》1953年第3期。

③ 孙国华：《谈谈守法》，通俗读物出版社1955年版，收入《法理求索》（论文集），中国检察出版社2003年版，第35页。

④ 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9页。

⑤ 刘培华编：《中华人民共和国宪法讲课提纲》，辽宁人民出版社1957年版，第1页。

写的《中华人民共和国宪法名词简说》一书中指出：“宪法是一个国家的根本法律，它规定了社会制度和国家制度的基本原则，具体而言，它确认着特定的经济制度、阶级结构、政治制度、民族关系、国家机关组织体系和活动原则，以及公民的基本权利和义务。宪法反映了阶级力量的实际对比关系，表现统治阶级的意志和利益，并巩固其阶级专政。”^①可见，在宪法概念上，中国宪法学与苏联宪法学的渊源关系非常明显，董璠舆先生曾对此作出总结：“我国对宪法概念的表述，大体上没离开苏联宪法学家所确定的框架，尽管阐述的繁简不一，但内容大同小异，一般包括：宪法是国家的根本法；宪法规定国家的根本制度；宪法是由该社会的经济基础决定的。”^②20世纪80年代对宪法概念的解释，以吴家麟教授主编的《宪法学》教材最具代表性，即：“宪法是国家的根本法，是民主制度的法律化，是阶级力量对比的表现。”^③此外，其他一些不同版本的宪法教科书或者著作也大体沿用了宪法概念的这种界定方式，如王向明先生认为：“所谓宪法，乃是反映阶级力量的实际对比关系的、规定一国的社会制度和国家制度的基本原则的、是民主制度化、法律化的国家根本法。”^④张光博先生认为：“宪法是法的一个部门，与其他任何法的部门一样，都是统治阶级意志的反映，这是宪法同其他法的部门的共性；但它不是法的普通部门，而是国家的根本法，在法的体系中处于首要地位，是法的主导部门。”^⑤这其中仍然可以看到源于苏联宪法学的构成宪法概念的“根本法”、“阶级意志”、“阶级力量对比”等基本要素的影子。

(二) 关于宪法的作用

苏联宪法学者对于宪法作用问题，并没有从宪法理论的角度进行深入研究，没有说明宪法应当具有什么作用，宪法发挥作用的条件是什么，影响宪法发挥作用的原因有哪些。从现实角度看，苏联宪法学者对宪法作用的认识，仅仅局限在区分两种不同类型宪法、并侧重于批判资产阶级宪法的基础

① 蒋碧昆编：《中华人民共和国宪法名词简说》，湖北人民出版社1957年版，第1页。

② 董璠舆：《中国宪法学四十年》，《政法论坛》1989年第5期。

③ 吴家麟主编：《宪法学》，第46页。

④ 王向明编：《宪法若干理论问题研究》，中国人民大学出版社1983年版，第26页。

⑤ 张光博：《宪法论》，吉林人民出版社1984年版，第8页。

上进行阐述,认为“没有一种资产阶级理论能够对什么是宪法、宪法在阶级社会中的作用这些问题给以科学的解释”^①。“资产阶级学者企图把宪法说成一种‘纯粹的’、抽象的规范,把宪法说成为这样一种国家的法律,即在这种法律面前不仅人人平等,而且这种法律似乎是大家所创立的。”可见,对于资产阶级宪法的作用,苏联宪法学者始终采取否定的态度,并将资产阶级宪法作为歌颂和肯定苏维埃宪法的参照物。相应地对于无产阶级宪法或者说是苏联宪法,则不惜以革命的浪漫主义语言予以宣传和褒扬,如“苏联宪法是全体爱好自由的人民争取社会解放和民族解放,争取和平与民主的斗争旗帜”^②。而对于苏联宪法是否已经有效地发挥了应有的作用则予以回避。

我国宪法学界对于宪法作用的认识,从20世纪50年代至80年代,并没有出现理论上的突破。仍然沿袭苏联宪法理论的认识模式,首先区分两种不同类型的宪法;其次从现实性出发,并结合宪法涵盖的各项内容概括总结现行宪法的作用。具体来说,我国1954年宪法颁布实施后,吴家麟先生即撰文宣传这部宪法,“中华人民共和国宪法是人民民主的宪法,是属于社会主义类型的宪法,它和任何资产阶级国家的宪法有着根本的、原则的差别。”“我国宪法是用社会主义法权意识和道德观念来教育全体人民的有力武器,是促进社会主义法权意识和道德观念逐渐形成的巨大力量。”^③这里体现了对宪法作用的预见性说明,主要强调了1954年宪法在培育公民的法律意识和道德观念方面所能发挥的作用,也反映出意识形态在建国之初所占据的重要地位。

20世纪80年代初,随着1982年宪法的颁布实施,我国法制建设步入正常轨道,与宪法有关的学术研究成果开始出现。但最初的宪法书籍和论文多数限于对现行宪法内容的介绍和宣传,或者仍满足于介绍苏联不同时期的宪法。对于宪法作用问题涉及较少,而且往往与介绍宪法内容结合在一起进行讨论。其中最有代表性的有两部著作:一是许崇德先生和何华辉先生合著的《宪法与民主制度》;二是王向明先生编著的《宪法若干理论问题的研究》。

① [苏]科托夫:《宪法的概念与本质》,《教学与研究》1953年第3期。

② [苏]科托夫:《宪法的概念与本质》,《教学与研究》1953年第3期。

③ 吴家麟:《我国社会主义建设的战斗旗帜——庆祝中华人民共和国宪法的诞生》,《教学与研究》1954年第9期。

在《宪法与民主制度》一书中，将“宪法在我国的法律地位与重要作用”专门列题进行阐述，结合我国1982年宪法，提出了宪法在五个方面所能发挥的作用：第一，通过宪法实施，能够充分地发扬人民民主，调动广大群众的创造性和积极性，保证我国的四化建设更扎实、更迅速地胜利进行；第二，能够进一步加强人民民主专政，使社会秩序、工作秩序、生产秩序得到安定，人民的权益得到保障；第三，能够使法律体系完备，建立统一的社会主义法制，使整个社会秩序井然；第四，能够从各个环节上改进国家机关的组织和活动，提高国家机关的效能，加强国家机关与群众的联系，避免官僚主义，促进社会主义经济的发展。^①

在《宪法若干理论问题的研究》一书中，其第三部分就是“宪法的作用问题”，主要从两方面论述了宪法的作用：一是宪法对社会经济基础的作用；二是我国宪法对建设社会主义精神文明的作用。关于宪法对社会经济基础的作用，主要是运用了马克思、恩格斯、列宁的经济基础与上层建筑关系的理论进行阐述，并得出结论：“宪法始终是社会掌握生产资料的统治阶级手中用以巩固其经济统治的法律手段”，“目前资产阶级宪法，作为上层建筑来说，从根本上看，它所维护的是垄断资本主义生产关系，保护的是垄断资产阶级的利益，阻碍着社会的发展。”而“无产阶级宪法的建立是以生产资料社会主义公有制为基础，它对社会主义经济基础的形成、巩固和发展起着积极的推动作用，而且这种作用，随着时间的推移会越来越加强，这是无产阶级宪法较之资产阶级宪法优越的突出表现”^②。

可见，以阶级分析方法并立足于本国现行宪法的内容阐述宪法的作用，其基本思路体现了中国宪法学者与苏联宪法学者之间的承继关系。

（三）关于宪法的本质

关于宪法本质的经典论述首推列宁，他认为宪法的实质在于国家的一切基本法律和关于选举代议机关的选举权以及代议机关的权限等等的法律，都表现了阶级斗争中各种力量的实际对比关系。此后，苏联宪法学者对于宪法本质属性的认识都没有脱离列宁的论述范围。

我国宪法学者对于宪法本质的认识，几乎是毫无例外地引证列宁对于宪

^① 参见许崇德、何华辉：《宪法与民主制度》，第11—13页。

^② 王向明编：《宪法若干理论问题的研究》，第29页。

法本质的经典阐述。在 20 世纪 50 年代出版的一些宪法教材和著作中，就论述了宪法本质问题，如在中央政法干部学校编写的宪法讲义中，就指出：“宪法是一个国家的根本法，它反映了这个国家的阶级力量对比关系，是整个上层建筑的一个主要组成部分。”^① 刘培华编写的《中华人民共和国宪法讲课提纲》中，专门讲授的一个问题就是“宪法是阶级力量对比关系的表现”，更进一步指明：“宪法反映统治阶级的意志”，“宪法反映阶级力量对比的变化”^②。直至 20 世纪 80 年代，仍可以看到以“阶级力量对比关系”作为分析宪法本质的核心表述。例如，在许崇德和何华辉先生所著《宪法与民主制度》一书中，在引用了列宁的宪法本质表述后，将“阶级力量对比关系的变化”与民主制度联系起来，以此具体分析宪法的本质问题，本书他们写到：“阶级斗争中各种力量的实际对比关系的变化导致民主制度的变化，大体上有两种情况：一种是统治阶级与被统治阶级的实际力量对比发生根本的变化，引起统治地位的改变……另一种是两者的力量对比虽有变化，但并不引起统治阶级与被统治阶级地位的相互转化。和这两种变化情况相适应的，国家的宪法和整个民主制度的变化也有两种：与第一种情况相适应的，是民主制与宪法的本质、类型发生变化；与第二种情况相适应的，是民主制与宪法的本质、类型不变，但它们的具体内容会发生或大或小的变革和修改。”^③

在王向明先生编著的《宪法若干理论问题的研究》一书中，专列一题“宪法是阶级力量实际对比关系的表现”来分析宪法的本质，并将列宁关于宪法本质的经典论述从四个方面作出具体分析：其一，宪法从本质上说是体现了统治阶级的意志，它确认的是统治阶级对被统治阶级这样一种阶级关系，它是把统治阶级取得的胜利成果从立法上加以固定起来，把统治阶级认为适合和有利的社会制度和国家制度明确地加以确认。其二，宪法不是一成不变的，是随着阶级斗争力量对比关系的变化而变化的。其三，宪法集中地反映统治阶级的利益和意志，并不是单纯地照顾和体现作为统治阶级成员的个人的利益和意志，而是反映统治阶级的根本利益和共同意志。其四，宪法

① 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》，第 9 页。

② 刘培华编：《中华人民共和国宪法讲课提纲》，第 5 页。

③ 许崇德、何华辉：《宪法与民主制度》，第 14 页。

固然是统治阶级意志的集中反映,但是在阶级斗争中,特别是在工人阶级和其他劳动者尚处于被统治和被压迫的条件下,他们利用宪法,争取和维护工人阶级和劳动人民的切身利益。^①

可见,“宪法的本质=阶级力量对比关系”,这已经成为我们宪法基本理论中的公式化规则。

(四) 关于人民权利与公民权利

在苏联法律体系的概念范畴中,经历了由“人民权利”术语向“公民权利”术语的转变。1918年苏俄宪法将列宁的《被剥削劳动人民权利宣言》作为宪法的第一篇,使这部政治宣言转变为宪法规范,其中涉及的权利主体,多用“工人”、“贫农”、“劳动群众”、“劳动人民”、“工农群众”、“劳动者”等词汇,仅在涉及政治权利条款部分,才间或使用“公民”概念。至1936年苏联宪法才开始以“公民”概念取代“工农群众”等政治性词汇。1936年宪法中第十章即为“公民的基本权利及义务”,列举了公民的劳动权、休息权、物质保障权、受教育权、男女平等权、民族与种族平等权、信仰自由、言论自由、出版自由、集会自由、游行及示威自由、结社自由、人身不受侵犯、住宅不受侵犯、通信秘密受法律保护等各项权利和自由。在宪法中其规范用语由“人民权利”向“公民权利”的转换,体现出几方面的内涵:其一,表明成文宪法由立国之初的“政治纲领型”宪法转型为“宪法规范型”宪法;其二,表明宪法中所确认的享有权利的主体范围扩大,由立国之初的人民范围扩大到公民范围;其三,表明宪法所调整的关系由侧重于阶级关系,转变为侧重于社会关系。这样,在1936年苏联宪法颁布实施后,苏联宪法学界开始加强对公民权利与义务问题的研究,提出“必须重视苏联公民、国家机关和社会团体的具体权利、义务和法律关系,必须保证法律规范规定的义务、权利和法律关系与该规范完全适合”^②。

我国从1931年的《中华苏维埃共和国宪法大纲》开始直至现行的1982年宪法,其中涉及权利主体的术语表述,也基本遵循了苏俄和苏联国家的运行轨迹。《中华苏维埃共和国宪法大纲》中对于享有权利的主体使用了“工

^① 参见王向明编:《宪法若干理论问题的研究》,第17—24页。

^② [苏]C.克契克扬:《法律规范和法律关系》,见《国家和法的理论论文选辑》第1辑,中国人民大学出版社1956年版,第199页。

人”、“农民”、“红军兵士”、“劳苦民众”、“工农群众”、“劳动者”、“妇女”等，仅在涉及政治权利的主体表述上使用了“公民”概念。新中国成立后制定的1954年宪法第三章即为“公民的基本权利和义务”，其中具体列举了公民的平等权、选举权和被选举权、言论自由、出版自由、集会自由、结社自由、游行自由、示威自由、宗教信仰自由、人身自由不受侵犯、住宅不受侵犯、居住和迁徙自由、休息权、物质帮助权等各项基本权利。我国宪法中关于权利主体的规范用语由“人民权利”向“公民权利”的转换，也同样表明阶级构成的变化、社会关系的协调、法治理念的形成和立宪技术逐渐成熟。

（五）关于宪法学体系

1. 苏联宪法学的体系

苏联宪法学或者说国家法学的体系构成有两个基本特点：一是以较大的篇幅阐述国家与法的历史及其相互关系；二是基本上按照苏联宪法的编排顺序作为宪法教材的内容体系结构。例如，卡尔宾斯基所著《苏联宪法通论》一书共十四章，其前面几章分别是国家与法律的历史、苏维埃社会主义国家的基本特点、苏维埃社会主义社会与国家的制度和组织等，后半部分才依照宪法规定的顺序，阐述了苏联的国家政权机关与管理机关的职能、苏维埃法院与检察机关的活动、苏维埃公民的基本权利与义务、苏维埃的选举制度等内容。再如，列文所著《苏联国家法概论》共十章，第一章是国家法的概念、对象、体系及其基本原则，第二章是苏维埃宪法的历史发展，第三章到第十章则依照1936年苏联宪法的顺序分别是苏联的社会结构、国家结构、国家权力最高机关、国家管理机关、地方国家权力机关、法院及检察机关、公民的基本权利和义务、选举制度。

2. 我国宪法学的体系

我国宪法学的体系结构从20世纪50年代开始就基本沿用苏联宪法学的体系构成，董璠舆先生在回顾这一段历史时曾说：“从1950年起，我国大学中开设的《中国国家法》、《苏维埃国家法》、《人民民主国家法》及《资产阶级国家法》，不仅以苏联的教材为范本，甚至有的学校或机关是由苏联专家

直接授业的。”^① 董成美先生也提到：“这一阶段主要是学习苏联，以苏联国家法的教材为主，请苏联专家讲课。当时的教材、教学计划、讲课、课堂讨论等都是苏联模式，叫做‘全盘西化’时期。”^② “1954年第一部《宪法》通过后，才开始有中国自己的宪法学，才逐步加强新中国宪法学的研究。这是在1956年苏联专家回国以后，才比较系统开始的，此后逐步产生了自己的教材。”^③ 这样，在苏联宪法专家的言传身教、教材示范的情况下，当时我国宪法学者所编写的宪法教材或者著作也都采用了苏联宪法教材的体系，这里仅以中央政法干部学校国家法教研室的教师集体编写的教材《中华人民共和国宪法讲义》为例：本书除导论外，共分八章。导论部分根据马克思列宁主义宪法的理论，从宪法的概念、类型和作用三个方面作了分析。第一章“中华人民共和国宪法是人民民主主义和社会主义的宪法”；第二章“中华人民共和国的国家性质”；第三章“中华人民共和国的政治制度”；第四章“中华人民共和国的民族关系”；第五章“中华人民共和国过渡时期的经济制度”；第六章“中华人民共和国国家机构”；第七章“中华人民共和国公民的基本权利和义务”；第八章“中华人民共和国的国旗、国徽和首都”^④。两国宪法学体系的渊源关系和这种直接的临摹方式，在当时就有宪法学的教师 and 学者表示疑虑：“但由于这门课程直到现在也没有切合中国实际情况的教材，我们几年来在教学过程中，主要是根据苏联的教材，参考有关的马克思列宁主义的经典著作，结合一些中国的实际情况，编写大纲和讲义，进行讲授。因而在内容上是苏联的多中国的少，理论多实际少。”“按照马克思列宁主义和中国实际情况相结合的方针，坚持学习苏联法律科学的先进成果”，“教师编写讲义只是根据苏联的教材参考有关的经典著作和兄弟院校有关的讲义进行编写。有些重大的问题，既未很好组织专题讨论，又未进行专题研究”^⑤。可见，对于宪法学的体系和授课内容，都在很大程度上受到苏联宪法学的影响。

① 董璠舆：《中国宪法学四十年》，《政法论坛》1989年第5期。

② 董成美：《宪法学的历史回顾》，《法律学习与研究》1988年第1期。

③ 董成美：《宪法学的历史回顾》，《法律学习与研究》1988年第1期。

④ 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》。

⑤ 华东政法学院马克思列宁主义关于国家与法的理论教研组：《马克思列宁主义关于国家与法的理论教学改革的初步体会》，《法学》1958年第2期。

四、苏联宪法学说对中国宪法学说影响的评价

(一) 宪法学研究“阶级斗争范式”的形成

苏联宪法学的理论基础是马克思列宁主义的国家与法的学说，该学说的基本出发点就是国家的类型划分和法的本质分析。依照马克思的国家理论，将国家区分为资产阶级类型国家和无产阶级类型国家，相应地就将法划分为资产阶级的法和无产阶级的法，或者说资本主义的法和社会主义的法。在马克思和恩格斯合著的《共产党宣言》中就曾提出：“……正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”^① 这是从马克思和恩格斯开始首先对于法的阶级本质给予深刻的剖析，指明了法只能是在社会中占统治地位的阶级的意志和利益的体现，而且法的内容取决于社会的物质生活条件。后来，马克思又提出：一个国家的真正宪法是不成文宪法，而真正的宪法取决于现实的力量对比。此后，列宁进一步指出法律就是取得胜利、掌握国家政权的阶级的意志的表现。宪法的实质在于国家的一切基本法律和关于选举代议机关的选举权以及代议机关的权限等等的法律，都表现了阶级斗争中各种力量的实际对比关系。列宁关于宪法和法律本质的分析，指明了无论是法律还是宪法，只能通过阶级斗争的方式产生，阶级斗争的结果决定产生何种类型和何种内容的宪法和法律。因此，按照马克思、恩格斯、列宁的国家与法的学说建立起来的苏维埃政权和苏维埃法制，也就坚持阶级分析方法梳理国内的阶级关系，划分出不同的阶级阵营，运用阶级分析方法从事法学包括宪法的理论研究。相应地将宪法学区分为资产阶级宪法学和无产阶级宪法学，认为资产阶级宪法学所研究的内容是不科学、不真实和虚伪的；而无产阶级宪法学所研究的内容是科学、真实而且能够实现的。“前苏联法学家对马克思主义经典著作的教条式阐释和推演出的一套系统的理论，它一定程度上能回答阶级斗争条件下的问题，从而树立了它阐述马克思主义法学方面的权威。”^②

宪法学的研究范式问题近年来开始引起学者们的关注，尤其是随着我国

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷，第289页。

^② 蔡定剑：《关于前苏联法对中国法制建设的影响——建国以来法学界重大事件研究（22）》，《法学》1999年第3期。

改革开放、法制建设步入周期性回顾和反思阶段时,这一学术问题就被更多地提及。“范式”一词本是舶来语,源自英文“paradidigm”,是美国科学哲学家、科学历史主义者托马斯·库恩最早提出的,他认为:“‘范式’一词无论在实际还是逻辑上,很接近于‘科学共同体’这个词。一个范式是、也仅仅是一个科学共同体成员所共有的东西。反过来说,也正是由于他们掌握了共有的范式才组成这个共同体,尽管这些成员在其他方面并无任何共同之处。”^①此后,在20世纪80年代我国法理学界引入“范式”理论分析方法,相应地将“范式”一词解释为:“‘范式’是包括规律、理论、标准、方法等在内的一整套信念,是某一学科领域的世界观,它决定着某一时期的科学家观察世界、研究世界的方式。范式为一个时期的科学家集团所共有,持同一范式的科学家因其有着共同的信念、价值标准、理论背景和研究技术而组成了一个‘科学共同体’。”^②应当说将“范式”理论引入法学研究领域,为法学研究提供了一种新的研究进路和分析视角。

根据前述理论,我们将苏联宪法学的研究方法和建构模式概括为“阶级斗争范式”^③,即苏联宪法学将“阶级斗争”作为分析宪法与国家的关系、国家与公民的关系、宪法的作用与本质等一系列宪法现象和宪法关系的贯穿主线。我国宪法学的研究方法从20世纪50年代至80年代也基本采用了“阶级斗争范式”。在“阶级斗争范式”指引下,导致的结果是:第一,在宪法学基本范畴中把阶级性确立为观察、分析和解释宪法现象的基本视角和思维模式,使宪法学自身的体系、结构和文本失去了必要的学术价值;第二,宪法学基本范畴导致宪法学的“政治化”倾向,宪法学逻辑被政治逻辑所代替,学术的社会功能受到严格限制;第三,由于学术的力量无法战胜“阶级性”的逻辑统治,使宪法学失去了作为一门独立学科存在的基础;第四,以阶级性为基本范畴的宪法学理论过于强调服从政治需求的必要性,破坏了宪法学专业知识体系的完整性;第五,宪法学基本范畴的自我认同程度比较

^① 转引自李金国:《我国宪法学研究范式的转换》,《贵州警官职业学院学报》2004年第2期。

^② 张文显、于宁:《当代中国法哲学研究范式的转换》,《中国法学》2001年第1期。

^③ 李金国就在其《我国宪法学研究范式的转换》一文中提出,我国现行宪法学研究范式是“阶级斗争范式”,宪法学界也有其他学者以“阶级斗争法论”、“意识形态论”、“统治阶级意志论”提出类似的表述。参见2003年贵州省宪法法理学研究会年会论文集。

低,没有充分发挥宪法学在知识整合和形成社会共同体意志中的协调功能。^①

(二) 以国家学说为核心的宪法学体系建构

苏联宪法学也称为国家法学,其主体部分就是国家学说,一般约有占1/3的篇幅阐述国家与法的起源、国家的类型和特点、国家与法的关系等内容。可以说,苏联宪法学更像是政治学、国家学、法理学的融合体,欠缺宪法学作为独立法学学科应有的学术品格和特殊的范畴体系。

我国宪法学在20世纪50年代初期也沿用苏联的学科称谓,表述为“国家法学”,直到50年代中期以后才改称为“宪法学”。成立于1950年的中国人民大学仿照苏联教育体制设置了法律系,按照“教学与实际联系,苏联先进经验与中国具体情况相结合”的教育方针确定了法律系的培养目标,法律系下面设有国家与法权理论、国家与法权历史、国家法、民法、刑法五个教研室。从这里不难看出,当时法学研究的主要内容就是国家法。同时,在法律系作为教材使用的《苏维埃国家法》中,第一章就是“苏维埃国家法的对象、体系及渊源”。在我国1954年宪法颁布实施后,法学院系中开始设置“中国宪法学”课程。其中讲授的内容也有相当多的篇幅涉及国家学说。前述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》的章节就体现了这一特点。可见,作为宪法学的学科体系安排基本上是以“国家”为出发点和目的追求进行设计,没有考虑法学学科的属性,不是从宪法现象和宪法范畴入手进行研究。这种以国家学说为核心建构宪法学体系的模式,其渊源就是苏联宪法学。

(三) 轻视宪法基础理论的研究

在苏联时期,当作为法学学科组成部分的宪法学失去其独立的学科地位,依附于或者说融入国家学科时,宪法基础理论就变得无足轻重,关于宪法的概念、宪法的本质、宪法的功能和作用、宪法规范和公民权利等基本问题的认识都服从于社会主义国家法制建设的需要,因而,对宪法基础理论问题的研究既没有可能也没有必要。在20世纪30年代,曾有一些苏联法学家试图拓展法学研究的领域,转换法学研究方法,突破传统的国家学说的樊篱

^① 参见韩大元:《对20世纪50年代中国宪法学基本范畴的分析和反思》,见《1954年宪法研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第335页。

进行学术创新，但其学术争鸣受到批判。

我国宪法学研究中基础理论没有受到足够的重视。查阅从20世纪50年代至80年代的宪法学研究著作和论文，不难发现其中有关宣传和介绍宪法的内容较多，批判资产阶级宪法的内容较多，而涉及宪法概念、宪法规范、宪法关系、宪法权利等宪法基本问题的学术成果很少。张庆福先生编著的《宪法学研究述略》一书中，专门搜集整理了从50年代至80年代宪法学研究的著作和论文^①，这里仅以其中所统计的几类论文的内容和数量来分析观察。关于宪法的对象和体系方面的论文共有23篇，其中研究外国宪法学的有8篇，研究中国宪法学的有15篇；关于宪法的概念、本质和特征方面的论文共有18篇，其中研究和介绍苏联宪法学的有4篇，与中国宪法有关的共14篇；关于宪法基本原则方面的论文共有11篇，而且都是20世纪80年代发表的学术论文，未见50年代的研究成果。尽管本书所搜集的论文未必没有遗漏，但并不影响我们对于宪法基础理论研究薄弱现状的客观评价。

^① 参见张庆福编：《宪法学研究述略》，第189—253页。

历史篇

第一章

中国宪法学说史的发展概况

中国宪法学说史的发展阶段，是从历史发展的角度对中国宪法学说在百余年的发展过程中所形成的阶段性特征所作的概括性描述。清末民初以来，宪法学说和宪政制度借助西学东渐之路涌入中国，在借鉴西方宪法学说和宪政制度的基础上，中国学者自身关于宪法学说和宪政制度的论述与观点也如雨后春笋般涌现，出现了许多卓有成就的宪法学者。这些学者与实践家的努力构成中国宪法学说史研究的历史主线。所谓中国宪法学说史的研究，主要是梳理百余年来这些宪法学者关于中国宪法和宪政的观点与论述。

第一节 中国宪法学说发展的历史背景

在中国，作为一种思想舶来品，宪法是中国学习西方的产物。从历史的角度，中国宪法学说发展始于清末新政时期。在这一时期，有两个突出的事件对我国宪法学和宪政实践的发展都有着深远的意义，分别是晚清的两次出洋考察和《钦定宪法大纲》的颁布。

一、晚清两次出洋考察对中国宪政进程的影响

清朝末年，国势动荡，政局不安。西洋诸强倚仗坚船利炮屡屡入侵中国，一败涂地的清廷束手无策，只能割地赔款求和；而在国内，民变四起，革命浪潮风起云涌。面对内外交困的残败格局，以慈禧太后为首的清政府开始痛定思痛，励志变革，并于1901年1月29日在西安发布“变法”上谕：

“世有万古不易之常经，无一成不变之治法”，表示要更法令、破锢习、求振作、议更张，实行“新政”。从内容上看，变法上谕的旨意和内容实际上构成清政府以后改革的基本措施，为清政府的变法改革确定了基本的制度基调，在一定意义上成为清末立宪运动的先声。因此，1901年变法上谕作为清末“改革运动宪章”，标志着清末立宪运动正式拉开了帷幕。^①从1901年变法上谕的颁布到1908年8月27日《钦定宪法大纲》的颁布，清末立宪运动历经坎坷、屡经波折，其过程可谓是波澜壮阔、一波三折。在这个曲折而又变幻不定的过程中，1905年的五大臣出洋考察政治和1907年的三大臣出洋考察宪政对清末立宪起到了至关重要的推动作用。

（一）1905年五大臣出洋考察政治：非立宪无以救国

清末立宪运动直接起因是1904年的“日俄战争”。俄国是老牌的帝国主义国家，一直将东北视为其传统的势力范围，而日本则是新兴的资本主义强国，在经过明治维新和甲午海战后，实行君主立宪的日本突然崛起，成为东亚的霸主。1904年2月6日，由于两国在东北的利益冲突，蓄谋已久的日本对停泊于中国旅顺口的俄国舰队发动突然袭击，日俄战争正式爆发。日俄两国军队经过多次交战，俄国损失惨重，最终不得不接受失败的命运。这样，历时一年多的日俄战争，终以日本大获全胜告终。小小的岛国——日本居然能够战胜横跨欧亚的俄国，引起了很多人的诧异。在分析其原因时，一些主张立宪的人士认为日本战争“非军队之竞争，乃政治之竞争。卒之日胜而俄败，专制立宪，得失皎然”。“此非日俄之战，而立宪、专制二政体之战也”。“以小克大，以亚挫欧，赫然违历史之公例，非以立宪不立宪之义解释之，殆为无因之果”^②。所以，从清廷立宪改革的视角出发，日本战胜俄国对于清廷的触动震撼作用是可想而知的。

日俄战争的结果无情打碎了清廷君主专制政体可以一劳永逸、永葆万年的迷梦，在朝中开明官员和立宪派人士的推动之下，清政府于1905年7月16日一纸令下，正式宣布派遣大臣出访欧美和日本等立宪国家进行实地考察，重点是考察这些国家的政治制度，尤其是宪政制度方面的情况。清政府派五大臣出洋考察，一方面固然是应付民心之举，另一方面却也表明了清政

^① 参见尚小明：《留日学生与清末新政》，“绪论”第2页。

^② 侯宜杰：《二十世纪初中国政治改革风潮》，人民出版社1993年版，第42、43页。

府不甘落后、锐意改革的姿态。从清政府对西方国家的态度来看，在鸦片战争之前，清廷一直以“天朝上国”自居，对西方这些“蛮夷之国”一直持一种鄙夷的态度。但是，屡战屡败的残酷事实不得不让清政府开始进行一定的反思，承认西方国家在某些方面的确存在着一些值得学习的部分，这实际上也是默认了日本和欧美国家的立宪体制的优越性。

这次出洋派遣的五大臣分别是皇族宗室镇国公载泽、户部左侍郎戴鸿慈、兵部侍郎徐世昌、湖南巡抚端方、商部右丞绍英。在这五人中，既有皇室宗亲，也有地方要员。

按照清政府原来的安排，五大臣“分赴东、西洋各国考求一切政治，以期择善而从”。具体分工是载泽、徐世昌、绍英前往日本、英国、法国和比利时；戴鸿慈和端方前往美国、德国、意大利、奥地利和俄国。1905年9月24日上午，考察政治五大臣准备就绪，就在京城大小官员给五大臣饯别送行之际，革命党人吴樾携带炸弹欲刺杀五大臣，结果吴樾自己被当场炸死，考察团随行官员死伤十余人，其中绍英伤势较重，载泽也受了轻伤，原定的出洋考察时间被迫推迟。

革命党人的暗杀行动，本意是阻止清政府假借考察之名行维护专制之实，但是，由于清政府的考察是应立宪派和当时一些开明要员的奏请而决定的，因而，革命党人的暗杀遭到了立宪派的反对，反而更促使清政府坚定了要考察立宪的决心。出洋考察五大臣之一的端方对外声称：“炸药爆发，奸徒反对宪政，意甚险恶，然益征立宪不可缓也。”一些封疆大吏、地方要员也纷纷致电清廷，指出：“此事必是革命党人所为，盖恐政府力行新政，实行变法立宪，则彼革命伎俩渐渐暗消，所以行此狂悖之举，以为阻止之计。当此更宜考求各国政治，实行变法立宪，不可为之阻止。”^①因而，尽管发生了暗杀事件，但是清政府出洋考察之意却愈加坚决。由于绍英被炸伤重，徐世昌又被任命为新设立的巡警部尚书，所以，清政府改派山东布政使尚其亨和顺天府丞、新任出使比利时国大臣李盛铎代为出洋考察。为了避免革命党人的再次行刺，这次五位出洋考察大臣分别悄悄出京。

1905年12月7日，戴鸿慈、端方乘车出京，19日由上海出洋。载泽、

^① 《时报》，1905年9月25日。

尚其亨和李盛铎 11 日出京, 1906 年 1 月 14 日由上海出洋。其中戴鸿慈一行历经一个多月的海浪颠簸, 于 1906 年 1 月 23 日抵达美国, 接着从纽约出发, 取道英国和法国抵达德国首都柏林, 游历了丹麦、瑞典和挪威诸国后返回柏林, 继续考察奥匈帝国和俄国。之后又考察了荷兰, 途经瑞士, 到达意大利首都罗马, 1906 年 6 月 21 日从意大利启程返回中国, 又经过一个月的舟车劳顿, 于 7 月 21 日回到上海, 8 月 6 日到达天津, 8 月 10 日回到北京。而载泽一行于 1906 年 1 月 16 日抵达日本神户, 考察完日本后前往美国西雅图, 转道美国抵达英国利物浦, 并考察了法国, 最后到达比利时。考察完毕后, 李盛铎留任驻比利时大使, 载泽、尚其亨等人由比利时回国, 于 7 月 12 日回到上海。

出洋考察大臣在海外游历半年有余, 考察了十余个国家, 大多是老牌的资本主义国家和新兴的资本主义强国。从考察对象上的选择, 可以看出这次出洋具有浓重的功利主义色彩。五大臣在出洋考察期间, 拜访了当时各国政治家和皇帝等领导人, 听取了各国政治家和对中国政治改革的看法和建议, 在日本、法国和英国等国系统听取了一些政治学家、宪法学家讲授的宪法和政治方面的课程, 参观了许多在他们看来新鲜好奇的场所, 如水族馆、银行、议院、监狱、博物馆、各类工厂、疯人院、老兵院、动物园和各地著名的大学。通过这种实地考察, 五大臣对西方的宪政制度和政治文明有了切身的体会, 为以后学习西方宪政制度和理论埋下了伏笔。就像端方与戴鸿慈联名上奏的《请定国是以安大计折》所说的那样: “概观各国之土地人民, 殆无一能及我国者, 甚或土地小于我数十倍, 人民少于我数十倍, 而其兵之强、国之富乃转有过于我数十数百倍者……乃知其所以致商强者, 不当于其外交之敏捷求之, 而当于其内政之整理观之。夫世固未有政治不修, 而其国能富, 其兵能强者, 亦未有内政不修, 而外交能制胜者。欲判其内政之能修与不能修, 此不必问其他, 但问其政体之为何而可以判之矣。”^① 因此, 得出的结论是东西洋各国之所以强盛, 是因为采用了立宪政体之故, 而中国之所以屡战屡败, 是因为仍用专制政体之故。而清政府要想在这个弱肉强食的国际社会上生存, “除采用立宪政体之外, 盖无他术矣”。于是, 这才有了清

^① 端方:《请定国是以安大计折》, 夏新华、胡旭晟等整理:《近代中国宪政历程: 史料荟萃》, 第 43 页。

政府的“预备立宪”，“仿行宪政”。

（二）1907年的三大臣出洋考察宪政：师从日本

五大臣回国后，多次向慈禧太后宣介实行君主立宪的益处，慈禧太后也召开多次御前会议，讨论是否立宪以及立宪的时机问题。在是否立宪问题上，载泽上奏的《出使各国考察政治大臣载泽奏请宣布立宪密折》对慈禧触动最大。载泽奏折中指出：“以为宪法之列，利于国，利于民，而最不利于官。”针对君主立宪“防损主权”的论调，载泽反驳说：“不知君主立宪，大意在于尊崇国体，巩固君权，并无损之可言”。总而言之，“以今日之时势言之，立宪之利有最重要者三端：一曰皇位永固。一曰外患渐轻。一曰内乱可弭”^①。

慈禧太后对载泽的奏折颇为赏识，于1906年8月28日，醇亲王载沣、军机大臣、政务处大臣和参与政务大臣袁世凯等奉旨召开会议，讨论载泽和端方奏折，决定是否立宪。在这次重臣会议上，没有人反对立宪，只是在实行方式和推进速度上存在不同意见。在与会的大臣中，徐世昌、张百熙、瞿鸿禨、袁世凯和载沣赞成迅速立宪，可以称为“速立宪派”，而铁良、荣庆和孙家鼐则略表担忧，可以称为“缓立宪派”。这次会议导致了1906年9月1日的仿行立宪上谕的发布。光绪三十二年七月十三日，也即是公历1906年9月1日，慈禧公布《宣示预备立宪先行厘定官制谕》，即是通称的《仿行立宪上谕》，宣布预备立宪，仿行宪政：“……而各国所以富强者，实由于实行宪法，取决公论，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。时处今日，惟有及时详晰甄核，仿行宪政，大权统于朝廷，庶政公诸舆论，以立国家万年有道之基。但目前规制未备，民智未开，若操切从事，涂饰空文，何以对国民荫昭大信。故廓清积弊，明定责成，必从官制入手，亟应先将官制分别议定，次第更张，并将各项法律详慎厘订，而又广兴教育，清理财务，整饬武备，普设巡警，使绅民明悉国政，以预备立宪之基础。……”^②《仿行立宪上谕》的颁布，意味着清末立宪运动开始进入具体实行进程，也为中国的宪政史揭开了新的一幕。

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第173—175页。

^② 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第43页。

仿行立宪上谕的颁布仅仅意味着清政府决定要实行君主立宪，但是究竟是实行哪种模式的立宪政体，清廷还是有些茫然，因为在当时，世界上比较成功的立宪政体主要有英国模式、德国模式和日本模式。为了专门考察西方各国政治体制的特点，在五大臣出洋考察政治之前，清政府于1905年11月25日，设立专门政治体制研究机构考查政治馆，其功能是“择各国政法宜於中国治体者，斟酌损益，纂订成书，取旨裁定”。也就是研究各国政治体制，为清廷的政治改革提供咨询意见。在仿行立宪上谕颁布后，1907年8月，根据庆亲王亦劻的奏请，清政府将“考察政治馆”更名为“宪政编查馆”，意思是当前的重点由考察全面的政治转变为考察具体的宪政。

为了更细致地了解各国君主立宪政体模式的优劣所在，并作为中国的借鉴之资，直隶总督袁世凯上奏，认为应当派请大臣再赴德日等国详细考察宪法。因为“前者载泽等奉使出洋，原考求一切政治，本非专意宪法，且往返仅八月，当无暇洞见源流。……各国政体，以德意志、日本为近似吾国，现奉召确实预备立宪，柯则具在，询度攸资。拟请特简明达治体之大臣，分赴德日两国，会同出使大臣转就宪法一门，详细调查，博访通人，详征故事，何者为入手之始，何者为收效之时，悬鉴照形，立杆取影，分别后先缓急，随时呈报政府核交资政院会议定夺，请旨施行”^①。根据袁世凯的奏请，1907年9月9日，清廷命外务部右侍郎汪大燮为出使英国考察宪政大臣，学部右侍郎达寿为出使日本考察宪政大臣，邮传部右侍郎于式枚为出使德国考察宪政大臣。这次宪政考察的结果最终达成一个共识，即中国目前国体，以行君主权力为中心的大权政治为最善，而欲行大权政治，必为钦定宪法。由于英国是不成文宪法国家不易模仿，德国宪法中的议会对君权限制较多，因而参照日本的君宪政治，实行立宪政体就成为清政府的不二选择。

（三）晚清两次出洋考察的历史影响

晚清两次出洋考察对于清末政治改革运动具有极其重要的意义。在某种程度上讲，清末政治改革可以看作出洋考察的直接后果，正是通过走出国门，经历了欧风美雨的浸淫，才推动了晚清政府的奋发图强，励志改革。晚清两次出洋考察的历史影响主要表现为以下方面：

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第202页。

1. 晚清两次出洋考察，开阔了晚清政府的政治视野，明确了当时世界的整体政治走向，开启了中国走向政治现代化的第一步。清政府的“睁眼看世界”开始于鸦片战争之后，泱泱大国屡败于蛮夷小国的事实使得清廷的一些开明人士有意识地关注国外的政治和经济情况，一些驻外大臣也根据自己的亲身经历介绍欧美世界的基本情况。但是，当时对西方的了解仅仅限于翻译和一些驻外使臣的一些介绍，缺乏明确的重点，也没有形成规模。而到了五大臣和三大臣出洋考察时期，清政府对西方的了解已经逐步加深，五大臣和三大臣出访带回来的信息也远比翻译得来的信息真实、有用，也更有针对性。这两次出洋考察，达成的共识就是中国要想自强、独立于世界，就必须进行改革，走立宪强国之路，这就为近代中国的政治转型奠定了基本格调，清末立宪运动也拉开了中国政治改革的序幕。

2. 晚清两次出洋考察具有鲜明的目的性和一致的连贯性，体现了政治改革的阶段性特征。1905年的五大臣出洋考察主要是考察政治情况，因为，当时的清政府对西方政治不甚了解，虽然想学习西方，但是不知该从何处入手，因而才派遣五大臣出洋考察，考察的对象笼统地限定为“考察政治”。这就表明当时的清政府还没有完全清晰地认识到，清廷落后的原因在于中国宪政制度之落后。而到了1907年三大臣出洋考察宪政的时候，清政府的思路逐渐清晰，也意识到了宪政制度乃立国之本，中国要想独立、自强，必须在宪政制度上进行改革，所以才有了清政府的仿行立宪，才有了在立宪体制上是“师从德国”，还是“师从日本”之争。而三大臣出洋考察宪政的一个直接结果，就是确立了“师从日本”的君主立宪模式。从五大臣的考察政治到三大臣的考察宪政，从中我们可以看出，清政府对政治改革的目标逐渐清晰，也符合清政府的“预备立宪、逐年推行”的渐进性改革思路。尽管，对于清政府的这种渐进性改革方案，很多人批评说是一场“政治骗局”，但是，在当时举国上下对立宪体制不太了解的情况下，这种阶段性的改革方案仍不失为一种稳妥的方式。

3. 晚清两次出洋考察最大的成果就是推动了中国立宪运动的开展，使得近代中国以后的政治变革无不以宪法为根据，以宪政为目标。五大臣出洋考察政治的直接成果是1906年《仿行立宪上谕》的颁布，这标志着清政府的立宪运动已经进入了准备阶段。而三大臣出洋考察宪政的直接结果是

1908年《钦定宪法大纲》的颁布，它标志着清政府的立宪运动正式进入了“预备立宪阶段”。对于《钦定宪法大纲》的宗旨，在宪政编查馆、资政院联合上奏的奏折中有详细体现：“夫宪法者，国家之根本法也，为君民所共守，自天子以至于庶人，皆当率循，不容逾越……一言以蔽之，宪法者，所以巩固君权、兼保护臣民者也……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。虽君民上下同处于法律范围之内，而大权仍统于朝廷，虽兼采列邦之良规，而仍不悖本国之成宪。”^①其所确立的宪政模式是仿照日本的君主立宪模式：“谨按君主立宪政体，君上有统治国家之大权，凡立法、行政、司法，皆归总揽。而以议院协赞立法，以政府辅弼行政，以法院遵律司法。上自朝廷，下至臣庶，均守钦定宪法，以期永远率循，罔有逾越。”^②当然，对于《钦定宪法大纲》的内容，历史上评价不一，有人认为，它是清政府应付革命浪潮的权宜之计，是“假立宪、真专制”的工具；也有人认为，它是清政府寻求变革的一次尝试。但无论对它的历史评价怎样，无法改变的事实是，它是我国历史上第一部宪法性文件，对我国立宪发展和宪政进程都起着不容忽视的作用，而这恰恰是晚清两次考察直接推动的结果。

二、《钦定宪法大纲》的颁布对中国宪法学发展的影响

（一）《钦定宪法大纲》的出台背景

《钦定宪法大纲》是清末立宪运动发展的成果，而清末立宪运动的开始可追溯到1901年的“变法上谕”。1900年相继爆发了义和团运动，以及由此而引发的八国联军入侵中国的战争。在这场强弱分明、胜负早定的战争中，清政府又一次品尝到了战败的苦果。面对泱泱大国屡屡败于蛮夷之邦的残酷现实，为了应对内外交困的残败格局，以慈禧太后为首的清政府开始励志变革，于1901年1月29日，在西安发布“变法”上谕：“世有万古不易之常经，无一成不变之治法”，表示要实行“新政”。“变法上谕”的颁布标志着以自救为宗旨的清末立宪运动的开始。^③

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第56页。

^② 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第57页。

^③ 参见尚小明：《留日学生与清末新政》，“绪论”第2页。

慈禧太后的变法上谕虽然励志图变，但其理念是进行自上而下的改革，采取的措施仅仅限于内部改革，根本没有涉及作为立国之本的皇权政体。真正触动清廷反思皇权政体的，是1904年的日俄战争。日俄战争伊始，战争局势变幻莫测。蕞尔小国的日本能否战胜横跨欧亚两洲的老牌强国沙俄，许多人，尤其是清政府不抱乐观态度。当时国人大多认为，俄国必将赢得这场似乎实力过于悬殊的战争，所以清政府在战争开始不久就制定了倾向于俄国的外交政策，以求讨好于未来的战胜国。然而，当时的一些开明分子尤其是立宪派基于其对立宪、专制政体的深刻认识，得出的结论却是实行君主立宪的日本必将战胜君主专制的沙俄。历时一年多的日俄战争，终以日本大获全胜告终。

日俄战争的结果也使得立宪派的主张深入人心，一时之间，“立宪救国”的口号响彻云霄、声不可遏。当时的舆论普遍认为：“此战诚为创举，不知日立宪国也，俄专制国也，专制国与立宪国战，立宪国无不胜，专制国无不败。”^①随着立宪价值和话语的普及，越来越多的民众意识到，中国欲富国强兵、救亡图存，除了需要坚船利炮之外，更需要立宪法、开国会、设议院，实行君主立宪。中国和俄国两个君主专制大国相继败于立宪国日本的事实也具体而直观地告诉国人，君主立宪政体对于国家兴亡的重要性。这一点，即使连那些一贯保守、反对变革的守旧大臣也不得不承认立宪的重要性，进而有的人转而支持立宪，成为立宪运动中一支不可忽视的推动力量。因而，在舆论的宣传鼓动、立宪派人士的积极推动下，原本和中国没有太大关系的日俄战争却产生了意想不到的结果，使得立宪成为了一种官方、民间和知识分子普遍关注，并达成一定共识的思潮，在某种意义上，成为了近代中国社会中的立宪思潮的导火索。

在这种复杂背景下，清政府于1905年7月16日一纸令下，正式宣布派遣五大臣出访欧美和日本等立宪国家进行实地考察，重点是考察这些国家的政治制度，尤其是宪政制度方面的情况。这些出洋考察大臣回国之后，一致的共识就是“非立宪无以救国”。因此，在这种思想主导之下，《钦定宪法大纲》的颁布也就瓜熟蒂落、水到渠成了。

（二）《钦定宪法大纲》的性质与地位

1908年8月27日，清政府颁布了《钦定宪法大纲》。对于这部宪法大纲

^① 《大公报》1905年4月13日。

的性质与历史地位,学术界形成了基本共识,认为其是中国历史上第一部由官方颁布的宪法性文件。长期以来,学术界对《钦定宪法大纲》评价时,片面地强调其“反民主性”和“反立宪主义”的方面,而对其历史上起到的“限君权”和“保障权利”的功能缺乏客观的评价。部分教科书在评价《钦定宪法大纲》时,大部分的评价是批判性和否定性的。笔者认为,对一百年以前颁布的宪法性文件,应给予客观的、历史的、理性的评价,既要分析其历史的局限性,同时也要肯定其在中国宪法历史上起到的进步作用。目前,学术界对《钦定宪法大纲》的性质及其在中国宪法发展历史上产生的影响虽有不同的评价,但对其作为“中国百年宪法发展史的起点”的认识上还是有普遍共识的。在《钦定宪法大纲》颁布之前,尽管不少有识之士都在呼吁“开国会、立宪法、设议院”,但一直没有转化为具体的宪法文本或制度操作层面,也没有出现过一个正式的宪法或宪法大纲。而在《钦定宪法大纲》颁布以后,学术界对宪法学的研究就有了文本上的依据,以后的历次宪法文件的颁布,也都在某种程度上借鉴或吸取了其历史传统或经验,包括教训。因此,作为中国宪法研究的一个范本,《钦定宪法大纲》因为其历史上的首创自然而然地成为了中国百年宪法学研究中的不可回避的一个文件,成为了百年宪法研究的历史起点。

所以称其为“宪法大纲”而不是称其为“宪法”,是因为这里规定的仅仅是纲目性的要求,而不是具体的宪法条文,也就是说《钦定宪法大纲》是为以后制定“清朝宪法草案”的“准则”,是一种指导未来制宪的“纲要”。大纲共分为两个部分:“君上大权”和“臣民权利义务”,共23条。其中“君上大权”十四条,是大纲的正文主体部分;“臣民权利义务”九条,为正文的附录部分。对于《钦定宪法大纲》的宗旨,在宪政编查馆、资政院联合上奏的奏折中有详细体现:“夫宪法者,国家之根本法也,为君民所共守,自天子以至于庶人,皆当率循,不容逾越……一言以蔽之,宪法者,所以巩固君权、兼保护臣民者也……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。虽君民上下同处于法律范围之内,而大权仍统于朝廷,虽兼采列邦之良规,而仍不悖本国之成宪。”^①

^① 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》上册,第56页。

在分析《钦定宪法大纲》的性质时，需要从两个方面来看待《钦定宪法大纲》：一方面，由于《钦定宪法大纲》的基本精神是“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”，因而在《钦定宪法大纲》中，充斥着“大清帝国，万世一系”，以及“君上神圣尊严，不可侵犯”等带有浓重专制色彩的条文规定，这就表明了《钦定宪法大纲》的本质上是反立宪主义的，存在着历史的局限性，即其宗旨上仍然是一部旨在巩固和强化君主专制传统的封建性质的法典。也正是从这个意义上，才有不少人士斥责清末立宪是一场“骗局”，所以，这种斥责并不是空穴来风。另一方面，我们也要看到《钦定宪法大纲》所反映出来的某些“立宪主义”的精神或原理，其客观上的积极作用是不能抹杀的，具体表现为以下两个方面。

其一，尽管《钦定宪法大纲》在“君上大权”部分罗列了皇帝的诸多大权，但是这种罗列在一定程度上就是对皇帝权力的一种限制。因为，在几千年的专制统治历史中，皇帝的权力是无边无际、威不可测的。然而，写入《钦定宪法大纲》后，就意味着这些权力至少在形式上必须以宪法为依据，也就意味着皇帝必须要以宪法为其统治的合法性根源。如其中第十条规定，君上“总揽司法权。委任审判衙门，遵钦定法律行之，不以诏令随时更改。司法之权，操诸君上，审判官本由君上委任，代行司法，不以诏令随时更改者，案件关系至重，故必以已经钦定为准，免涉分歧。”对于这个条文，以前我们主要以批评为主，认为这是皇帝专权、封建专制的标志。当然，从本质上讲，这种批评是有一定道理的。不过，如果我们从文本规定出发来加以评析的话，也会从中发现某些积极的民主和立宪主义的因素。第一，这个条文确立了司法权的行使主体是“审判衙门”，而不是皇帝和行政机关，这就确立了司法权和行政权分离的原则，而这个原则是近代立宪主义的基本特征之一。第二，这个条文确立司法的原则是“遵钦定法律行之，不以诏令随时更改”，也就是审判的时候，要以已经颁布的法律为依据，即使是皇帝的诏令也不能随时更改。这实际上是对皇帝权力的一种限制，在某种程度上带有司法独立、司法自治的精神，尽管这种意义是非常薄弱的。《钦定宪法大纲》第十一条中规定了皇帝的“发命令及使发命令之权”，其内容是“惟已定之法律，非交议院协赞奏经钦定时，不以命令更改废止。法律为君上实行司法权之用，命令为君上实行行政权之用，两权分立，故不以命令改废法律。”

由此可以看出，皇帝对于生效的法律，也没有随意“更改废止之权”，很明显这是对至高无上的皇权的一种有限的限制，而且在其规定中还透露着一定范围内的立法权、行政权和司法权相分离的三权分立理念。这样一来，原本不受任何限制的专制权力就逐渐地被纳入到宪法的约束之中。这与现代宪法的“限权精神”殊途同归。其实，《钦定宪法大纲》所体现的三权分立和司法独立理念，在奕劻、溥伦上奏的关于《钦定宪法大纲》的奏折中也有体现：“谨按君主立宪政体，君上有统治国家之大权，凡立法、行政、司法，皆归总揽。而以议院协赞立法，以政府辅弼行政，以法院遵律司法。上自朝廷，下至臣庶，均守钦定宪法，以期永远率循，罔有逾越。”^①

其二，《钦定宪法大纲》在“臣民权利义务”部分，确认了公民的一些基本权利。大纲的附录部分标题就为“臣民权利义务”，共有九条，其中前六条是关于基本权利方面的，后三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，其他的大部分基本权利都没有涉及。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”，即一个宪法性的纲领，而不是正式的宪法文本。在奕劻、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。”其实，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，否定其对民权保障方面实际产生的一定的积极意义。如第二条规定：“臣民于法律范围以内，所有言论、出版、集会、结社等事，均准其自由。”第三条规定：“臣民非按照法律所定，不加以逮捕、监禁、处罚。”第六条规定“臣民之财产及居住，无故不加侵扰”，第七条规定“臣民现完之赋税，非经新定法律更改，悉仍照旧输纳”等。这些规定，在一定意义上带有近代立宪主义的某些气息。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是比较空泛，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”，使基本权利获得一定程度上的保障。

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，第57页。

总之,尽管《钦定宪法大纲》带有浓重的封建专制色彩,但是在内容上,它既对以前至高无上的皇帝权力进行了一定程度的制约,又对公民的基本权利进行了一定程度的确认,还在一定程度上体现了立法权、行政权和司法权相互分离的三权分立理念,因而,从整体上看,我们完全可以将其称为一部体现君主立宪精神的宪法纲领。

(三)《钦定宪法大纲》的历史地位与意义

中国宪法的发展已有一百余年的历史。1954年宪法是新中国宪法的起点,这是毫无疑问的。但是新中国宪法史只是中国宪法史的一部分,旧中国宪法史也属于整个中国宪法史的组成部分。这里需要回顾一下1954年宪法制定过程中的一个插曲。1954年9月14日毛泽东主持召开了中央人民政府委员会临时会议,讨论1954年宪法草案中的两个问题。其中一个问题是,修改宪法序言中的一个表述。草案序言中把1954年宪法表述为“我国的第一部宪法”,毛泽东认为,过去中国宪法有八部,如清朝的《钦定宪法大纲》、《中华民国临时约法》等,说1954年宪法是“我国的第一部”不妥,说它是“中华人民共和国宪法”则名副其实。后来,经过讨论把序言中的“我国的第一部宪法”的表述改为“中华人民共和国宪法”。这就表明了制宪者对中国宪法历史的客观态度。

我们研究新中国的历史离不开对旧中国宪法历史的回顾和反思。因为,任何一部宪法都存在于历史过程之中,都必须置于一定的历史环境与宪法传统中,才具有鲜活的生命力。我们研究新中国宪法,同样离不开对我国宪法传统的研究,离不开对我国宪法历史的梳理。对历史的回顾与反思是为了更好的展望未来。因此,在《钦定宪法大纲》颁布一百余年之际,学术界开始集中研究《钦定宪法大纲》,具有重要的理论和实践价值。

在宪法学说史上,纪念《钦定宪法大纲》颁布的意义也是多方面的,可概括为历史文献意义、宪法文本意义和宪法文化意义。作为历史文献意义上的《钦定宪法大纲》,它已成为百年中国宪法历史发展过程中的历史遗产,反映了特定的历史价值;作为宪法文本意义上的《钦定宪法大纲》,它已成为中国宪法发展的历史起点,宪法文本所蕴涵的规范价值贯穿在百年宪法发展过程之中;作为宪法文化意义上的《钦定宪法大纲》,它以其丰富的文化传统反映着中西宪法文化的冲突与融合的过程,记载了“西学东渐”的历史

过程,成为中国宪法文化传统的一部分,展现了宪法性文件背后的宪政价值。有学者认为,围绕《钦定宪法大纲》的制定而出现的学术思潮,学术争鸣,以及学术界和民间对立宪问题的广泛讨论,为早期中国宪法的形成提供了良好的环境与基础。

因此,作为中国历史上的第一部宪法性文件,《钦定宪法大纲》的理论价值和现实意义是不应被忽视的。在中国这样一个缺乏宪法文化传统的国度里,《钦定宪法大纲》第一次以成文宪法的形式确定了国家的基本治理原则,使得宪法观念从此深入人心,成为我国政治变迁中的一个不可或缺的重要因素。在晚清以后的政府更迭中,各届政府无不以制宪、立宪为其首当其冲的要务,无不以宪法作为统治的合法性来源,为以后的法制现代化建设和宪政建设奠定了必要的历史和政治基础,为中国宪法学说史的研究留下了宝贵的学术遗产。

第二节 中国宪法学说发展的阶段划分

对于中国宪法学说史的发展阶段和历史时期,根据不同的标准可以将作其不同划分。这里采取的划分标准是一种粗略性标准,将百余年的中国宪法学说发展分为以下三个阶段。

一、清末民初到中华民国时期的宪法学说

这个阶段是中国宪法学说的起源与初步发展时期。从历史来源上看,中国的宪法学说起源于西方,这自是无疑。尽管在中国的古文书籍中也存在着“宪法”、“宪”之类的字眼,但是,在内涵上,与近现代意义上的“宪法”有着根本性的区别。因此,所谓中国的宪法学说,在其起源阶段主要体现为西方宪法学说的引入与中国对宪法概念、宪法观念和宪法学说的接受。西方宪法学说引入中国并不仅仅体现为一种“刺激—反应”式的被动接受,在这个过程中,中国学者基于中国的法律文化传统与中国学者对西方宪法概念的理解,对西方的宪法学说作出了许多卓有成效的变动与改造,使得原本产生于西方社会,以西方社会为根基的宪法学说能够嫁接、移植到中国的土壤中来。

在这个阶段，我们尤其要注意清末民初时期的中国学者对西方宪法学说的引入情况。从当时学者留下的著作和译作我们可以看出，清末民初时期，中国学人对西方宪法学说的引入和接受也不是一帆风顺的。作为思想的舶来品，西方宪法学说首先面对的一个问题是与中国话语体系的衔接问题。宪法作为一种文化表现形式，反映的是一个国家、一个民族和一个时代的特征，是国家意志、民族精神和时代特征的集中体现。因此，作为文化表现形式的宪法，很难通过语言的翻译来完美无缺地移植到另外一个完全陌生的土壤中去。因此，法律语言尤其是宪法语言的翻译注定是一个艰辛的过程，就像严复所感慨的那样，“一名之立，旬月踟躇”。在这个翻译的过程中，我们不仅看到了中国学人对引入西方宪政制度和宪法学说的迫切心情，而且还体会到了中国学人在引入西方宪政制度和宪法学说的过程中所付出的艰辛。从这种意义上说，中国的宪法学说其实是始于翻译，而不是始于原创。后来的中国学者对宪法学说的发展都是在翻译的基础上形成的，如果没有这些翻译和引入，中国宪法学说的起源和发展也就无从谈起了。

二、新中国成立到“文化大革命”时期的宪法学说

这个阶段是中国宪法学说的曲折发展时期。新中国的成立标志着中国的发展进入了一个新时代，而宪法学说作为记录时代发展和社会变迁的一面镜子，必然也要反映时代的变化和社会的变迁。所以，新中国成立到“文化大革命”时期的宪法学说与这一时期中国政治发展的情况一样，都是以一种曲折发展、螺旋上升的形式发展的。从文本依据上看，新中国的宪法学说主要体现在《共同纲领》和1954年宪法制定过程中的各种学术争论和学说争鸣，尤其是1954年宪法制定过程中，众多的学者提出了许多宝贵意见和建议，这些意见和建议实际上是这些学者的宪法学说的一种具体体现和反映。从整体上来看，这个阶段的宪法学说处于一种曲折发展的过程中。在《共同纲领》颁布后和1954年宪法制定之时，宪法在社会上被关注的程度较高，围绕着1954年宪法的制定，更是展开了一场全民范围的大讨论。1954年宪法的制定大大推动了中国宪法学的发展，使得中国的宪法学说获得了突破性进展。1954年宪法颁布后，围绕着1954年宪法的解释和实施问题，一些学者又进行了颇有意义的探索工作。这些学者关于1954年宪法的制定和实施情

况的意见和建议,对于中国宪法学的发展,以及形成中国的宪法学说起了积极的推动作用。

随着1957年“整风运动”和1958年“大跃进”运动的开展,1954年宪法的命运逐渐发生了转变,并面临着在实践中被废弃的悲惨命运。1954年宪法文本中规定的各种国家制度遭到了破坏,赋予公民的各项基本权利也无法落实,事实上已经丧失了作为最高法应当具有的法律效力。所以,在20世纪60年和70年代,中国的宪法学说基本上处于一种停滞不前,甚至倒退的局面之中。虽然在这段时期中,我们又颁布了1975年宪法,但是,当时对宪法性质和地位的认知,还处于错误的认识之中。这种局面直到“文化大革命”结束后才得以逐渐改变。因此,从整体上看,新中国成立到“文化大革命”时期的宪法学说处于一种曲折发展的过程中。

三、改革开放以来的宪法学说

从1978年改革开放政策的提出到2008年,整整30年已经过去。在这30年里,中国社会都发生了深刻的变化,而在法学界,这种变化体现的尤为明显。30年来,我们不仅确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略,而且还初步建立了社会主义法律体系,标志着我国的法治建设已经取得了明显成效。在法治建设中,宪法以其最高法的地位起着统帅作用。所谓“宪法至上,法治之本”正是宪法作用的真实写照。实际上,宪法学的发展程度在一定意义上代表或者反映了这个国家的法学发展程度,乃至法治发展程度。从发展时期上看,改革开放后的中国宪法三十余年的发展可以分为以下三个时期。

(一) 1978年到1982年间的宪法学

从历史时期上看,改革开放政策的提出,始于1978年12月召开的党的十一届三中全会。在总结历史经验,特别是汲取“文化大革命”的惨痛教训后,党作出把国家工作中心转移到社会主义现代化建设上来的重大决策,实行改革开放政策,并明确了一定要靠法制治理国家的原则,“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究,”成为改革开放新时期法治建设的基本理念。从时间上看,我国的法治发展始于十一届三中全会之后,但是,在宪法学界,对“文化大革命”思想的反思则早于十一届三中全会,始于1978年3

月的修宪。1978年3月5日，第五届全国人民代表大会第一次会议通过了《中华人民共和国宪法》，史称“1978年宪法”。在1978年宪法中，我们已经开始有意识地清算“文化大革命”思想的流毒，在第二章“公民的基本权利和义务”中规定了公民众多的基本权利，如选举权和被选举权，劳动权，受教育权，休息权，获得物质帮助权，控告权，平等权，言论、出版、集会、结社、游行、示威、罢工和宗教信仰自由，人身自由以及住宅权等基本权利和自由。尽管1978年宪法中仍然规定了大量的不符合历史发展的错误规定，比如，“两个凡是”的思想仍然没有被清除，“无产阶级专政下继续革命”的观点依然存在，“以阶级斗争为纲”的口号也依旧保留在宪法中，但是，从整体上看，这一时期的宪法发展处于一种拨乱反正的“复苏时期”，属于亟待发展的萌芽状态。

尽管在规范形态上，1978年宪法仍然强调价值取向上的意识形态因素，但是，由于宪法学作为一种学科本身所特有的独立性，决定了学者的研究可以在某种程度上脱离或者超越宪法文本的局限，从而具有价值启蒙意义上的创新性。通过这一时期比较重要的宪法学方面的文章可以看出，在宪法学发展的初始时期，我国的宪法学研究就具有了某种程度的学科独立性，呈现出了一种不纯粹依赖于宪法文本规定，而更侧重于宪法理念和宪法价值的超越性品格。

与中国学术界的思想解放时间一样，法学界的思想解放也始于1978年年末和1979年年初，其标志性文章是李步云先生于1978年12月6日发表在《人民日报》上的《坚持公民在法律上一律平等》和乔伟先生于1979年5月3日发表在《人民日报》上的《独立审判，只服从法律》，这两篇文章标志着法学界的思想解放开始了。^①而宪法又以其国家根本法、最高法的特殊地位引领了法学界的思想解放风潮。根据“中国期刊全文数据库”上搜索的信息，在1978年到1982年间，所有篇名含有“宪法”的文章数量分别为1978年12篇、1979年4篇、1980年9篇、1981年26篇、1982年166篇。^②

① 参见韩福东：《二十年改一字，从刀“制”到水“治”》，《南方都市报》2008年4月1日。

② 需要注意，这里仅仅是根据“中国期刊全文数据库”所做的不完全统计。事实上，在当时有很多专家学者发表了大量的宪法学方面的文章，只是没有收录到该库中而已，而为了统计方便，笔者仅仅选举了收录该库的文章为样本进行分析。另据杨海坤先生介绍，1980年9月宪法修改委员会成立到1982年12月宪法正式通过的这段时间内，共发表关于宪法修改方面的文章1000多篇。参见杨海坤：《跨入新世纪的中国宪法学》，中国人事出版社2001年版，第9页。

从整体数量来看,当时有关宪法学方面的研究成果还是比较少的,这与当时的整个法学研究处于蹒跚起步的状况是一致的。代表了这一时期中国宪法学发展状况的宪法学文章主要有蒋碧昆先生的《我国社会主义发展新时期的总章程》、张光博先生的《社会主义民主的伟大旗帜》以及许崇德先生的《国家的一切权力属于人民》等文章。^① 尽管这一时期,囿于时代的局限性和法学自身的保守性,法学尤其是宪法学不可能成为社会变革、思想解放的原动力,但是,即使是在那个宪法学备受冷落的时期,以现在的眼光看,当时的宪法学研究仍然具有了较高的学术水准,在某些领域甚至还具前瞻性和战略性眼光,反映了当时的老一辈宪法学者的学术追求和学术尊严。具体而言,这一时期的宪法学研究具有以下两个鲜明的特征:

第一,在我国宪法发展的初始时期,一些宪法学者在30年前已经敏锐地关注到我国宪法学的前沿问题。如马骧聪先生对环境保护的关注,钟岱先生认为我国宪法中应该保留罢工自由的观点,以及康大民先生关于设立宪法法院的建议,现在看起来仍然切中时弊、犹未为晚。例如,康大民先生在关于中国设立宪法法院的建议中分析说:“宪法监督中心问题是解决违宪的问题,即违宪由哪里管,怎么管。外国实行宪法监督的机关,具体形式有多种,但基本形式有两种:一种是由国家权力机关如议会、代表大会或其常设机构等来管;一种是由宪法法院之类的司法机关来管。我认为在我国应当把这两者结合起来。即关于宪法监督的一般任务,如保证权力机关的立法工作的合宪性、对宪法的解释权等,应由国家的权力机关人大常委会来执行。而对于违宪的问题,则应由司法机关来处理。”这种既立足于中国宪法监督的实际情况,又侧重于制度设计的切实的可行性建议,现在看来仍然具有极高的学术前瞻性,与后来的宪法学者所倡导的“复合型违宪审查制度”有异曲同工之妙。^②

第二,在我国宪法发展的初期,宪法学者在关注当时宪法文本和宪法实

^① 参见蒋碧昆:《我国社会主义发展新时期的总章程》,《武汉大学学报》1978年第3期;张光博:《社会主义民主的伟大旗帜》,《社会科学战线》1978年第4期;许崇德:《国家的一切权力属于人民》,《现代法学》1981年第1期。

^② 参见包万超:《设立宪法委员会和最高法院违宪审查庭并行的复合审查制——完善我国违宪审查制度的另一种思路》,《法学》1998年第4期;张洪峰、翟朝阳、王志峰:《关于建立复合型违宪审查制的几点设想——兼议由各省级人大产生全国宪法委员会的新思路》,《湖北社会科学》2004年第6期。

践的同时，对于宪法历史和国外宪法也给予了充分的关注，这种问题意识和对宪法历史传统的关注使得我国宪法在发展伊始就具有了广阔视野和良好心态。例如，在1979年的时候，杨玖生先生和王统先生就发表了关于美国宪法的文章^①，陈宝音先生也发表了关于苏联新宪法的研究^②，这种对国外宪法的关注有助于我国的宪法以一种更开放的心态发展。而且，在关注外国宪法的同时，这一时期的学者也对中国历史上的宪法传统同样给予了重视，如黄汉升先生对“五权宪法”的关注^③，使得我国在宪法发展的初期，就注意到了从本民族传统法律文化中汲取营养的重要性。

（二）1982年到2002年间的宪法学

由于历史的局限性，1978年宪法注定只能成为一个过渡时期的宪法。在1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过现行宪法之后，中国宪法学也随之迎来了发展的黄金时期。相对于其他部门法学，宪法学对宪法文本的依赖程度是比较高的，宪法文本的内容和结构框架直接决定了宪法学研究的内容和结构框架，因而在这个意义上，所谓宪法学首先应该就是宪法注释学或宪法解释学，即对现行宪法文本的注释或者解释。所以，这一阶段的宪法学研究的一个突出特点就是围绕着1982年宪法所确立的宪法结构和所规定的宪法内容进行学理上的阐释和分析，并在此基础上，围绕现行宪法的一些特定问题进行批判性反思，使得宪法文本在规范上和实践上趋于完善。而在宪法结构和规范内容上，1982年宪法都获得了较高的评价，被誉为是“建国以来最好的一部宪法”^④。因而，在这一时期，伴随1982年宪法的颁布实施，各类有关宪法宣传、介绍和评价的宪法书籍和宪法文章如雨后春笋般地涌现出来。仅以1982年12月新宪法颁布到1983年8月期间，就出版了13本介绍宪法的小册子和400多篇文章。^⑤ 据童之伟教授的不完全

^① 参见杨玖生：《一百九十年的美国的宪法》，《复旦学报》（社会科学版）1979年第4期；王统：《略论美国宪法》，《青海民族学院学报》1980年第3期。

^② 参见马骧聪：《宪法与环境保护》，《法学杂志》1981年第4期；陈宝音：《苏联新宪法颁布以来的立法工作》，《国外社会科学》1979年第4期。

^③ 参见黄汉升：《简论孙中山的“五权宪法”思想》，《杭州大学学报》1981年第3期；钟岱：《宪法应否保留罢工自由？》，《法学杂志》1981年第3期。

^④ 杨海坤：《跨入新世纪的中国宪法学》，第9页。

^⑤ 参见杨海坤：《跨入新世纪的中国宪法学》，第41页。

统计,从1982年到1999年,全国发表宪法学论文总计约2900篇,其中涉及公民基本权利和人权的约350篇,仅占全部宪法学论文的12%;专著226本,其中涉及公民权利和人权的著作有32部,且它们多数都是在上世纪90年代之后发表或出版。其余的论文和著作则主要涉及宪法基本原理和国家制度,如宪法的概念、宪法学研究方法和宪法实施保障等多方面的内容。^①

宪法学的发展必然会促进宪法研究队伍的壮大,在1985年10月中国法学会宪法学研究会成立之后,很多省、市、自治区也成立了地方性的宪法学研究会。这些专业性宪法学研究团体的出现标志着宪法学的研究开始走向正规化、组织化和规模化,同时,在宪法学研究会的领导下,宪法学的研究也日益升温,宪法学开始由无人问津的冷门逐渐成为法学界,乃至整个学术界的显学,越来越多的理论法学者、部门法学者乃至政治学者、历史学者都开始关注宪法与宪政问题。^②许多高校不仅成立法学院,而且还设立了“公法研究中心”、“宪法与行政法治研究中心”、“宪政与政治文明研究中心”之类的研究机构,对宪法进行有组织的、专门的、系统的研究。这些专门型研究机构的设立使得宪法研究更加专业化,既有利于研究成果的深化,同时也有利于形成自己的研究风格,如中国人民大学法学院对宪法历史和宪法文本的关注,浙江大学法学院对违宪审查问题的关注,山东大学法学院对宪法解释问题的关注,武汉大学法学院对中国宪政问题的关注,都在法学界产生了积极的影响。从整体上来看,这一阶段的宪法学发展主要有以下三个特征:

第一,宪法学的发展逐渐脱离了前一阶段中的意识形态领域的影响和束缚,开始具有了学术自主性和学科独立性。受苏联宪法学的影响,我国在很长一段时期里宪法学和政治学合二为一,宪法学成为政治学的附属品。尽管政治学和宪法学之间在内容上具有某种程度的关联性,但是,宪法学作为独立的一个法学学科,具有自己的逻辑结构和学科特点。因而,宪法学和政治学在学科内涵上具有各自的独立性。1982年宪法中,我们开始已经有意识地清算“文化大革命”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应有的学术尊严。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,通过宪法内容的挖掘

^① 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 如王希:《原则与妥协:美国宪法的精神与实践》,北京大学出版社2000年版。

阐释，逐渐地实现宪法学发展的规范性和自主性，使得宪法学在逻辑上成为一门独立的法学学科。

第二，这一阶段的宪法学发展受 1982 年宪法的影响较大，在研究内容上以 1982 年宪法所确立的宪法结构为主要内容，在研究进路上以注释宪法学为主。1982 年宪法在宪法结构上主要由“总纲”、“公民的基本权利和义务”、“国家机构”和“国旗、国徽、首都”四部分构成。1982 年宪法所确立的宪法结构对于后来的宪法教科书以及宪法著作影响极大，许多的宪法教材和宪法著作的篇章结构基本上都是按照 1982 年宪法所确立的宪法结构模式展开，基本上全属于一种注释宪法学的研究进路。这种研究进路对于宪法内容的普及和宪法知识的细化有着重要的作用，但是，过分依赖 1982 年宪法所确立的宪法结构，并以之为主流的宪法结构使得宪法教材和宪法著作内容严重同质化、模型化，使得众多的宪法学教材大同小异、如出一炉。这在某种程度上使得宪法学研究因为缺少多元化的表现形式而缺乏思想碰撞所产生的智慧火花，从而在一定程度上限制和扼杀了宪法学的创新性和进步性。

第三，在研究内容上，这一时期的宪法学侧重于宪法导论或者宪法基本理论方面的研究，对公民基本权利和义务、国家机构等具体内容的关注不够，相关的专题性研究专著也不是很多。宪法学是规范国家权力与公民权利基本关系的学科，因此对公民基本权利、国家权力的关注应该始终是宪法学的重心所在。但是，由于我国历史上宪法传统的缺乏，以及宪法资源的有限，这一时期的学者在进行宪法研究的时候不得不筌路蓝缕、从头开始。这就造成了宪法研究中大量的精力消耗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重要却又基本的常识性问题上。

（三）2002 年以后的宪法学

进入 21 世纪之后，中国的宪政建设取得了明显的进步，随之而来，中国的宪法学也有了长足的发展。进入 21 世纪之后的中国宪法学是在经济全球化背景下不断发展的，因此，在这一时期研究中国宪法学以及中国宪法学说，需要结合全球化的背景来进行。从应然形态上，以西方宪法文化为基础的全球化应该服务于以本土宪法文化为基础的本土化，在我国宪法学说构建中积极借鉴外国有益的经验。但是，在实然形态上，西方宪法文化在我国

宪法学说的构建中却喧宾夺主,有时发挥的作用超越本土宪法文化的作用,限制本土宪法文化的发展。造成这种西方宪法文化反客为主局面的原因,既有宪法学者主观方面的因素,也有我国宪法学发展落后客观的原因。在主观上,有的宪法学者过分依赖于西方宪法文化,不重视本国宪法理论资源的挖掘和本国宪政实践的发展,使得前人的宪法研究成果逐渐沦为故纸废墟无人问津,自然无法形成本国的宪法学说。在客观上,宪法文化属于典型的西方文化的产物,在我国传统的中华法系中,从来没有产生过近代西方意义上的宪法概念和观念,因而,传统宪法资源的匮乏决定了我们在宪法研究中只能以西为师,从西方宪法文化中汲取宪法发展和宪政建设必需的营养成分。

从历史上看,中国近现代意义上的法治建设始于清末改制时期。由于军事外交上的屡屡失利,当时的学者们对外国的学习也逐渐由坚船利炮意义上的器物层面,过渡到政治议会意义上的制度层面,最终转变到民主法治意义上的文化层面。由于对本土宪法文化与外来宪法文化的冲突与融合缺乏深入的思考,在宪法学研究中出现了“言必称罗马”或“言必称西方”的现象。于是在中国宪法学的研究中,“中国宪法学”中的“中国”与“宪法学”也出现了价值上的相互冲突,本来应该是研究对象限制意义上的“中国”,却变成了地域性质的限定词,仅仅表明了宪法学的研究地域是在中国;至于中国宪法学中的“宪法学”是不是根据中国的宪法文化和宪法传统而提炼出来的理论学说,则不再是中国宪法学考虑的根本问题之一。这样导致的一个必然后果就是,在中国的宪法学研究中,缺乏自主性的文本话语体系。中国宪法学在发展过程中需要引进借鉴西方的宪法理论,但不能盲目引进。作为文化的一种特殊表现形式,宪法文化同其他文化一样也反映了一国的民族精神和民族传统,根植于本民族精神传统中的宪法文化不能无条件地适用于其他民族国家。因此,即使是在全球化的背景下,在充分参考借鉴西方宪法文化的基础上,中国宪法学的研究仍然要重视本国宪法文化的培养和本国宪法传统,立足于本国的宪法文本和宪法实践,依靠本土学者基于学术的本土性所养成的中国问题意识,以本土化的宪法理论解释中国的宪法现象,分析中国的宪法事例,从而解决中国的宪法问题。这种研究进路,笔者称其为“中国宪法学研究中的中国面向”。

所谓中国宪法学研究中的中国面向，是指在中国宪法学的研究过程中，尤其是在中国宪法学说史的梳理过程中，要以中国为出发点和根本归宿，面向中国的宪法传统，面向中国的宪法文本，面向中国的宪法实践。具体而言，包括以下三个方面：

1. 面向中国的宪法学传统。任何文化与制度都存在于传统之中。中国的宪政建设也必须和中国的宪法传统进行有机的结合才能发挥作用。虽然从制度层面看，中国宪法传统留给我们可资利用的宪政资源是有限的，但是从文化心理层面看，中国的宪法学传统是中国进行宪法研究和宪政建设必不可缺的理论源泉，它不仅可以为我们的宪政建设提供心理支持，而且其自身还是宪法发展与宪法学说的一个不可或缺的重要组成部分。在宪政建设中，单纯引进西方制度虽然可以在一个较短的时期内，建立起一套初步完备的宪政体系，但是，要想使从西方引入的制度发挥其应有的实际效力，却必须要将其融入到本民族的血液中去。如果单纯地视制度引入为宪政建设的唯一目的，那么很有可能出现的情况是，在西方运行良好的制度在中国却会出现与中国国情不相适应的局面。因此，借鉴西方的宪政制度必须以中国的宪法传统为心理支撑，才能彰显出制度上的优越性。中国的宪法传统不仅存在于宪政制度的变革中，更重要的还存在于中国学者通过自身努力所形成的宪法学说中。所以，在中国宪法学研究中，对宪法学说史的研究其实就是对自身宪法传统的一种修复或复原，使得因为政治、经济或其他原因而中断的宪法传统得以恢复并传承下去，最终形成有中国特色的宪法文化、宪法传统和宪法学说。

2. 面向中国的宪法文本。宪法学是关于宪法规范之学，而宪法规范首先体现在宪法文本之中。在这个意义上，中国宪法的文本规定是中国宪法研究的逻辑起点，有关中国宪法学的问题和学说需要围绕中国的宪法文本而展开。任何国家的宪法文本中国都有可能存在这样或那样的局限性。宪法文本的某些规定可能已经不能适应日新月异的现实发展，但是，宪法文本的滞后性并不意味着宪法研究和宪政建设可以脱离宪法文本而超前存在。在当前的宪法学研究中，存在着两种倾向：一种是完全忽略中国宪法文本的存在，在宪法学研究中过分强调美国、德国和日本等西方宪政发达国家的文本和经验。在谈及中国的宪法问题时，往往也不分语境地将本来只适用于某一特

定国家的宪政经验无限放大,使之可以无条件地适用于中国语境。另一种是以盲目批判的眼光来看中国的宪法文本,认为现行的宪法文本是在特定的历史条件下修改的,随着社会形势的发展,原来的一些文本规定,尤其是关于经济政策方面的规定,不再适应社会发展的要求。基于这种思维,他们认为,中国的宪法文本问题太多,甚至一无是处,哪怕在经过多次的修宪后也仍然无法改变其根本缺陷。事实上,现行的宪法文本是宪政建设的规范依据和逻辑起点,对于宪政理念的培养和宪政实践的实施,一直在起着积极的保障作用。即使在宪法文本的某些具体内容的规定上,可能出现时过境迁或与社会现实不相符的情况,我们也应该采取一种谨慎的态度,发挥我们的智慧和所学的专业知识来对宪法进行解释,使其适应社会现实,而不是动辄就主张对其进行修改,要尽可能地维护宪法的安定性,从而维护由此产生的权威性。所以,在中国的宪法研究中,尤其是在中国宪法学说的研究中,必须以中国的宪法文本为依据,充分探讨文本规定和社会现实之间的紧张关系,从而尽可能地将宪法文本的规定转为现实中的制度性规范。

3. 面向中国的宪法实践。法学乃实践之学,宪法学的生命力也来源于宪法实践之中。作为一种规范形态,宪法也必须具有适用性,在法治建设中发挥其应有的作用。但是,由于我们过去认识上的误区,以及宪法实践的阙如,长久以来,在实践中,宪法的最高效力没有得以充分彰显。从理论上讲,宪法的最高法价值首先应该体现在宪政建设的实践上,离开了宪法实践,宪法理论与宪法学说只会沦为无本之木、无源之水。宪法学只有面向鲜活的社会现实,才能源源不断地从社会现实中汲取充分的营养成分,保持其理论之树常青。值得注意的是,中国宪法学必须强调对宪法实践的指导作用。因为法律尤其是宪法,在本质上是“一种地方性知识”^①,具有很强的本土性和民族性。作为一种文化现象的宪法是无法仅仅靠法律移植和制度引进获得真正的生命力的,因而,中国的宪政建设必须依靠中国自己的实践和努力,在社会自身的发展中逐渐成长出一套适合中国国情的宪政制度。从清末立宪到如今,我国的宪法发展已经有了百年历史,在这百年立宪进程之

^① [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,见梁治平主编:《法律的文化解释》修订本,生活·读书·新知三联书店1998年版,第126页。

中，无数的先贤学者为中国的宪政强国之路殚精竭虑，进行了种种理论构建与制度设计。这些先贤学者的思想经过几代人的积淀已经逐渐内化为我们的宪法文化，并成为宪法传统中一个重要的组成部分。所以，在中国宪法学的研究中，来源于我国宪政传统、立足于我国宪政实践并反映我国宪政文化的宪法学说的发展程度标志着中国宪法学的成熟程度。

第二章

清末民初到中华民国时期的宪法学说

清末民初到中华民国时期的宪法学说在中国宪法学说发展史上具有非常重要的地位，它是中国宪法学说发展的起源时期，为今后百年以来中国宪法学说的发展提供了理论基础与制度前提。在历史阶段上，这一时期的宪法学说又可以分为中国宪法学说的起源时期和中国宪法学说的初步形成时期。由于这一时期的有关制宪权理论和中央与地方关系理论的宪法学说比较成熟，所以，为了更好地说明这一时期的宪法学说的发展，本章以制宪权理论和中央与地方关系理论为例，从不同的侧面来展示这一时期中国宪法学说的发展情况。

第一节 中国宪法学说的起源

一、中国宪法学说起源的时代背景

（一）鸦片战争与议会思想的传播

最早向东方介绍西方议会制度的是来自西方国家的传教士。鸦片战争以前，活动在南洋一带的西方传教士，对实行君主立宪的英国政治制度，以及实行民主共和的美国政治制度，作了粗略的介绍。英国传教士麦都思（Walter Henry Medhurst）于1819年编写并在马六甲出版了一本《地理便童略传》，书中介绍了英国的君主立宪制度，英国实行君主、官吏与百姓之间的分权政治，这种分权体制的优越性就是：君不能戏民，民也不能作乱，君

与民可以相安无事。还介绍了英国的刑事审判重证据、采用陪审制的司法制度。这些制度与当时的中国有天壤之别，是当时的中国人闻所未闻的。

1834年，德国传教士郭实腊（Karl Fried August Gutzlaff）在新加坡出版了《大英国统志》，介绍了英国两院制的议会构成和君主与两院的权限。1838年，传教士编写的《东西洋考每月统纪传》又介绍了英国的司法制度。

比较全面介绍美国政治制度的著作，是美国传教士裨治文（Elijah Coleman Bridgman）于1838年在新加坡出版的《美理哥合省国志略》。其中有一段写到：“（统领）例以四年为一任，期满别选。如无贤可代者，公举复任。……国之大政有三：一则会议制例，二者谕众恪遵，三则究问不遵者。……立一国之首曰统领；立各部之首曰首领，其权如中国督抚。”^①介绍了美国的总统民选、任期有限的民主制度和三权分立原则。

西方传教士的这些介绍虽然零星、分散，却第一次向东方的专制帝国吹来了政治思想的新鲜气息，成为鸦片战争后先进的中国人了解西方政治制度的资料来源。但是，鸦片战争前的中国，整个封建统治阶级虚骄自大，不仅帝王宣称“抚育四海”，而且整个知识界也“徒知侈张中华，未睹瀛寰之大”，对外面的世界茫然无知。在广州的清朝官员通过英美商人，也对西方政治制度有所了解，例如，1817年（嘉庆二十二年），两广总督蒋攸铤，在向朝廷报告美国船只走私鸦片问题时曾经说道：“该夷并无国主，止有头人，系部落中公举数人，拈阄轮充，四年一换。贸易事务，任听个人自行出本经营，亦非头人主持差派”^②。这位官员虽然模糊地看到美国政治体制与中国的不同，但却把美国看成由“部落”组成的未开化的“蛮夷”，这也是当时的中国人对于西方世界的普遍看法。在传统的“华夷”观念支配下，国人“对于西方各国派来请求通商修好的专使，一概以贡使看待”，并认为“天朝物产丰盈，无所不有”，“而外来之物皆不过以供好玩”^③。沉醉于“天朝上国”尽善尽美的幻觉中。

鸦片战争揭开中国历史新的一页，也是中国人学习西方的开始。鸦片战争的爆发，尤其是中国在战争中的失败，使封建士大夫中的有识之士认识

① 熊月之：《中国近代民主思想史》，上海社会科学院出版社2002年版，第63、68页。

② 熊月之：《中国近代民主思想史》，第65页。

③ 李剑农：《中国近百年政治史》，复旦大学出版社2002年版，第46、47页。

到：“欲制外夷者，先必悉夷情”，并提出“师夷之长技以制夷”的口号，断言“不善师外夷者，外夷制之”。要和西方列强打交道，并战而胜之，就必须对西方有所了解，而且不但要了解他们，还要学习他们的“长技”。在这种思想指导下，林则徐在广东禁烟期间，就组织人翻译西方的有关资料，编成《四洲志》。接着又先后有魏源的《海国图志》、姚莹的《康輶纪行》、徐继畲的《瀛寰志略》和梁廷枏的《海国四说》等域外史地著作问世。这些著作在介绍外国地理、历史、经济和社会风气的同时，也向人们勾画了西方政治制度的基本轮廓。魏源在《海国图志》（成书于1842年，50卷，1852年增补为100卷）中写道：

“英国之制，相二人，一专司国内之政，一专司国外之务。此外大臣一管帑藏，一管出纳，一管贸易，一管讼狱，一管玺印，一管印度事务，一管水师事务，皆有佐属相助。都城有公会所，内分两所，一曰爵房，一曰乡绅房。爵房者，有爵位贵人及耶稣教师处之。乡绅房者，由士民推择有才识学术者处之。国有大事，王谕相，相告爵房，聚众公议，参以条例，决其可否。辗转告乡绅房，必乡绅大会允诺而同行，否则寝其事勿论。其民间有利病，欲兴除者，先陈说于乡绅房，乡绅酌核上之爵房酌议，可行则上之相，以闻于王，否则报罢。民间有控诉者，亦赴乡绅房具状，乡绅斟酌拟批，上之爵房核定，乡绅有罪，令众乡绅议治之，不与庶民同囚禁。大约刑赏征伐条例诸事，有爵者主议，增减课税，筹办帑饷，则全由乡绅主议。此制欧罗巴诸国皆以同，不独英吉利也。”

在这段文字中，魏源介绍了英国政府内部首相、大臣之间的职务分工，英国议会的构成，以及两院议员的来源。下院议员由“士民推择”的民主方法产生。不论国王还是首相、大臣，都不能独揽大权，议会已经成为国家事务的决策中心，不论是民间利病、兴革，还是刑赏征伐、增减课税，都要“聚众公议”，以“决其可否”。在魏源所写另外一段文字中，国王的“虚权”与议会的“主权”更形成明显的对比，国王行事出现了失误，承行者要承担相应的责任。他说：“如有用兵和战之事，虽国王裁夺，亦必由巴厘满议允。国王行事有失，将承行之人，交巴厘满议罚。”^①

^① 转引自丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，社会科学文献出版社1999年版，第42页。

介绍了英国的情况以后，魏源又不惜笔墨介绍美国的民主制度，在他的笔下，美国的政治制度具有以下特点：其一，官员民选，“本省之官，由本省之民选择公举”，统领和副统领“亦由民选举”；其二，官员和议员的任期有限，其统领、副统领“例以四年为一任，期满别选”，其“议事阁之职”（即参议院），以六年为一任，“以二年为期轮退后，复择新者”，“议事处”（即众议院）“二年为一任，期满别选”；其三，实行三权分立，“国之大政有三，一则会议制例，二则谕众恪遵，三则究问其不遵”；其四，官员不得兼职，“但为审官，则不能会议制例。会议制例官，亦不能兼摄审问也”；最后，实行法治，强调官员守法，“所有条例，统领必先自遵行，如例所禁，统领亦断不敢犯之，无异于庶士，而后能为庶民所服”。介绍之余，魏源对美国政制作出如下评论：“公举一大酋总摄之，匪惟不世及，且不四载即受代，一变古今官家之局，而人心翕然，可不谓公乎？议事听讼，选官举贤，皆自下始，众可可之，众好好之，众恶恶之，三占从二，舍独徇同，即在下预议之人，亦先由公举，可不谓周乎？”^①他认为美国总统职位“不世及”，定期改选，以及“选官举贤，皆自下始”的做法，是一种既“公”又“周”的制度。

与魏源处于同一时代的徐继畲，在1848年写成的《瀛寰志略》中也介绍了英美的政治制度。他对英国议会制度的介绍与魏源大体相同，对美国政制的介绍则强调总统、州长的选举过程中，候选人“或官吏，或庶民，不拘资格”。“退位之统领，依然与民齐齿，无所异也”，不享有任何特权。并且看到美国的最高行政长官是非常廉洁的，“统领虽总财富，而俸额万元之外，不得私用分毫”。与魏源一样，他对美国民主政制也表现出由衷的羡慕：“米利坚合众国以为国，幅员万里，不设王侯之号，不循世及之规，公器付之公论，创古今未有之局，一何奇也！”对华盛顿本人，他更是赞不绝口：“华盛顿，异人也。起事勇与胜广，割据雄于曹刘。既已提三尺剑，开疆万里，乃不僭位号，不传子孙，而创为推举之法，几于天下为公，駸駸乎三代之遗意。其治国崇让善俗，不尚武功，亦迥与诸国异……呜呼！可不谓人杰矣哉。”^②

① 转引自丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第43、44页。

② 转引自丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第51—54页。

名气、影响仅次于魏源、徐继畲的是梁廷枏，以撰写《海国四说》而名世。其中的《合省国说》参考了美国人的著作《合省志略》，对美国的民主制度作出如下描述：

“(美利坚)自立国以来，凡一国之赏罚禁令，咸于民定其议，而后择人以守之。未有统领，先有国法，法也者，民心之公也。统领限年而易，殆如中国之命吏，虽有善者，终未尝以人变法。既不能据而不退，又不能举以自代，其举其退，一公之民，持乡举里选之意，择无可争夺、无可拥戴之人，置之不能作威、不能久据之地，而群听命焉。盖取所谓视听自民之茫无可据者，至是乃彰明较著而行之，实事求是而托之。为统领者，既知党非我树，私非我济，择亦唯有力守其法，于瞬息四年中殚精竭神，求足以生去后之思，而无使覆当前之餽。斯已耳，又安有贪侈凶暴，以必不可固之位，必不可再之时，而徒贻其民以口实哉！”^①

由此我们看到，美国实行的是一套不同于中国的民主制度，在那里，法是“民心之公”，赏罚禁令“咸于民定”。在政府与法的关系方面，美国“先有国法”，后有统领，是一种政府依法产生的新型法权关系。美国统领之所以“力守其法”、“殚精竭神”，是因为统领“限年而易”，其进退“一公之民”，由民来决定，从而把统领置于“不能作威，不能久据之地”，才得以避免“贪侈凶暴”的恶政。他对美国政制的这些分析和理解，要比同时代的其他人深刻得多。

鸦片战争是中国融入国际社会的开端，从此，“华夷隔绝之天下，一变而为中外联属之天下”^②。由林则徐、魏源等人开创的“开眼看世界”的新趋势，是中国人试图从西方文化中寻求应变武器的最初尝试，他们所写的《海国图志》、《瀛寰志略》等著作，也成为中国知识分子学习西方的最早的教科书。魏源等人“通过当代史、世界史地的研究，证明了天朝并非尽善尽美，也不是世界的中心，至于无所不有更是没有根据……传统的天朝上国意识和夷狄观念开始被突破”^③，西学的价值逐渐得到承认。从此，越来越多的中

① 熊月之：《中国近代民主思想史》，第86页。

② 薛福成：《筹洋刍议·变法》。转引自丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，社会科学文献出版社1999年版，第73页。

③ 喻大华：《晚清文化保守思潮研究》，人民出版社2001年版，第19页。

国人认识到，中国之外还有许多先进的国家，它们有着与中国不同的风土人情，它们的政教文化中是有可取之处的。随后而来的一浪高过一浪的侵略浪潮，以及由此加深的民族危机，迫使着中国人在“西法模仿”的道路上继续前行。

从魏源等人的介绍来看，他们对西方的民主政治是肯定的，甚至表现出强烈的羡慕和赞许。那么，这些制度是不是当时的中国应该学习的“长技”呢？当然不是。当时的中国人对西方的了解非常有限，更没有以洋为镜，与中国的制度作比较研究，没有看到中国在政治制度方面与西方的不同和差距。例如，魏源认为，中国与“夷”的差距只是“一战舰，二火器，三养兵练兵之法”，在这三个方面夷有它的“长技”，值得中国学习。为此，他建议设船厂与火器局，以为中国制造成各种轮船和火器之后，就可以战胜西方侵略者。而且，“鸦片战争也并未立即给中国朝野造成太大震动，战争过后，朝野风气依旧，大有雨过忘雷之意，谈不上有民族危机意识。因此，鸦片战争后二十年间，了解西方的渠道较前已大有拓展，而国人对西方的了解甚少进展。林则徐、魏源等人提出的‘师夷长技以制夷’的主张直到过后二十年始付诸实施”^①。当时士大夫中主张“经世致用”的一些有识之士，虽然也揭露社会时弊，提出“更法”和“改革”的主张，但具体措施多集中于河运、漕粮、盐政、吏治、兵政等方面，其指导思想依然是传统的儒家经典，他们认为通过讲礼义、知廉耻、正人心，就可以“补偏救弊”。

（二）西法东渐与自由思想的传播

1856年至1860年发生了英、法侵略中国的第二次鸦片战争。战争的失败、不平等条约的签订和巨额赔款，给中国的有识之士带来剧烈刺激和阵痛，使他们感到耻辱和愤怒。

从19世纪60年代开始，清朝统治集团在内忧外患的形势下发起了“自强”、“求富”的洋务运动，“目的是通过学习西方（最初瞩目于对西方先进科学技术的吸收，后逐步深入到政治、文教和社会伦理方面）增强国力，以巩固清政府的统治”^②。其内容包括编练新式海陆军，制造枪炮舰船、建立外交机构，兴办近代工矿交通企业，设立外语学校（同文馆），派遣留学生

^① 郭汉民：《晚清社会思潮研究》，中国社会科学出版社2003年版，第2页。

^② 周建波：《洋务运动与中国早期现代化思想》，山东人民出版社2001年版，第1页。

等。洋务运动的进行在一定程度上促进了宪法思想在中国的传播。其一，译西书。清政府组织外国人，主要是传教士，在中国编写、翻译了一批史地、政治和法学书籍，如《万国史记》、《列国变通兴盛记》、《泰西新史揽要》、《大英国志》、《法兰西志》、《联邦志略》、《万国公法》、《公法总论》等^①，介绍了英国、美国和法国的立宪制度，以及西方的资产阶级革命史。而《佐治刍言》则是专门介绍西方议会民主制度的书籍。不过，这一时期翻译、出版西方社会、政治方面的著作，还不是一种有意识的自觉行动，当时出版的西书中，多数为兵政学、医学类和工艺格致诸书，“西政名籍，译者寥寥”，并且出版发行量极少，“腹地各省乡僻绩学士，犹往往徒见目录，欲见而不可得”^②。其二，派游历、游学。1866年清政府先后派斌椿随赫德游历西欧，志刚、孙家谷随蒲安臣出访欧美，崇厚率员访问法国；1872年陈兰彬被派率留学生赴美。从1875年开始，清政府又正式派遣郭嵩焘使英，以后出使人员日益增多，至此，中国人对西方政治制度有了直观的感性认识。出使人员在各种笔记、日记、著述中，介绍了西方的议院组织原则、组成方法、议事程序、政党进退等情况，认为议院可以解决“君民隔阂”、“上下不交”的政弊。他们写道：西方国家“君之于臣民，长官之于属吏时相见，仪文简易，上下之间无阂格不通之气，无壅蔽不宣之情”。宋育仁认为议院为欧洲近二百年振兴的根本，他说：“政非议不成，议非众不公，而民不能按户而说，执途而语，故由民举其能者贤者，代民达隐，陈其所利，除其所害，故议院为欧洲近二百年振兴根本。自有议院，而君不能黷武、暴敛、逞刑、抑人才、进佞幸，官不能怙权固位、枉法营私、病民蠹国，故风行景从，即其国国本之所在。”^③也就是说，他认为，人民选举议员组成议会，以代表人民的利益。有了民选议院对于君权和官权的限制，君主和官员才不敢胡作非为，才会有政治的清明和国家的振兴。这种对于议会功能的见解，是相当深刻的。

《天津条约》、《北京条约》等不平等条约签订后，外国人在中国内地游

① 参见熊月之：《中国近代民主思想史》，第109—111页。

② 梁启超：《西学书目表序例》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之一》，第124页；《西政丛书叙》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之二》，第63页。

③ 转引自熊月之：《中国近代民主思想史》，第123页。

历、通商、传教的权利扩大，而外国商人和传教士的到来，仍然是传播宪法思想的重要生力军。传教士不仅编写、翻译西方史地、政法书籍，而且还通过自己创办的中文报纸，如教会新报、万国公报等，报道西方国家的时事、议院选举、总统竞选等情况，开阔了人们的眼界。他们以更加准确的语言介绍了西方的宪法原理。例如，1875年《万国公报》有一篇专业文章介绍了三权分立原则：西方立宪国家的章程大同小异，“即其中最要者言之，不过分行权柄而已，其权柄之所必分者，欲行之有利而不相悖，有益而不相害耳。约举其目，盖有三焉：一曰行政，二曰掌律，三曰议法”。行使行政权的不论称君主，还是称总统，均须“照章程中已定之法及公议堂议定之事办理”；司法权由司法部门行使，其作用是“清厘案牘，分给家产，判断债务”，并且司法独立，“不为朝廷所拘，不受公议堂所制”；立法权归议院，“议法之员有由君派民举者，有悉听民间公举者”^①。可见，其中对三权分立的介绍要比鸦片战争前后的有关著作准确和具体。

天赋人权思想也在这一时期传入中国，《佐治刍言》里有一段写道：“天既赋人以生命，又必赋人以材力，使其能求衣食以自保其生命。故人既有此材力，必当用力操作，自尽职分……故无论何国何类何色之人，各有身体，必各能自主，而不能稍让于人。苟其无作奸犯科之事，则虽朝廷官长，亦不能夺其自主之本分。”^② 这显示出文章的作者对人权原理有着深刻理解，强调了人权在国家权力面前的不可侵犯性，即生命权、身体的自主权作为天赋人权，“朝廷官长”不能任意剥夺。

19世纪60年代以后，民主思想、人权思想、分权思想等，随着“西学东渐”的大潮而来，为当时的志士仁人设计救时方案提供了新的参照系和新的思想资料，对中国的思想界起了一定的思想启蒙作用。而且，早期的维新思想家大都有较为浓重的“西学”背景。例如，早在19世纪50年代就建议沟通君民上下之情的郭嵩焘，他于1875年任职总理各国事务衙门，1876年受命赴英办理外交事宜，不久充任驻英法公使，是近代中国第一位驻外使节。薛福成于1889年出任英、法、意、比四国公使。马建忠于1877年被派到法国后，入巴黎政治学院学习，成为第一个获得法国学位的东方人。主张“君民共治”的

^① 《万国公报》1875年第340卷。

^② 傅兰雅口译、应祖锡笔述：《佐治刍言》，第5页。

王韬，于1848年在上海结识英国传教士麦都思（Dr. W. H. Medhurst）等人，并在传教士开办的墨海书馆工作达13年之久。1862年因“黄畹上书”一事被迫避难香港。在香港，他协助英国传教士、著名汉学家、英华书院院长李雅各翻译儒家经典，并随李雅各到英国考察居住达两年之久。返港后创办《循环日报》并担任主笔。最早提出设立议院主张的郑观应，在维新思想形成前虽然没有到过外国，却与传教士理雅各、傅兰雅、林乐知等有广泛接触，而且多次在传教士主办的《万国公报》、《格致汇编》上发表政论文章，还把一些传教士的整篇文章辑进自己的书中。郑观应曾说：“蒙向与中外达人哲士游，每于酒酣耳热之余，侧闻诸论，多关安危大计，且时阅中外日报，所论安内攘外之道，有触于怀，随笔札记，历年既久，成若干篇。”^①说明他的思想受外国传教士和西人报刊文章的影响很深。严复于1866年即考入洋务派举办的福州船政学堂，学习英文和自然科学知识。1877年被派到英国海军学校留学两年。留学期间，严复除了学习海军专业知识以外，还广泛地涉猎了西方的社会政治学说，翻译了赫胥黎的《天演论》、亚当·斯密的《原富》、约翰·密尔的《论自由》（严复译为《群己权界论》），孟德斯鸠的《论法的精神》（严复译为《法意》）等西方哲学、政治名著。深厚的西学功底，是他提出“民之自由，天之所畀”以及“以自由为体，以民主为用”等著名论断的思想基础，使他对西方议会民主制度的认识更加透彻，远远胜过同时代的其他人。

（三）新兴社会阶层和知识分子群体的出现

1898年，慈禧太后发动戊戌政变，杀害了“戊戌六君子”，毁弃了“百日维新”期间颁布的各种新政，但并没有阻挡住西方政治思想的进一步传播。戊戌政变以后，改良派的骨干梁启超、麦孟华、欧榘甲等逃亡海外，创办了《清议报》、《新民丛报》、《大同日报》等，更加肆无忌惮地宣传民权思想和西方的民主政治学说。在国内，清政府遭到八国联军进北京的重创以后，慈禧太后拾起了变法维新的大旗，开启了清末新政。从1901年到1903年，中国知识界兴起了介绍西方民主政治学说的热潮。这一时期翻译介绍的西方著作有三类：其一，民主宪政著作。西方宪法学著作主要有卢梭的《民

^① 郑观应：《盛世危言》，第116页。

约论》(有人翻译为《民约通义》或《路索民约论》),孟德斯鸠的《万法精理》,约翰·密尔的《自由原理》(今译为《论自由》,严复译为《群己权界论》),斯宾塞尔的《原政》、《女权篇》、《社会学原理》等,伯伦知理的《国家论》、《国法泛论》、《国家学纲领》等。另外,翻译的日本宪法学著作,有《国宪泛论》、《宪法要义》、《宪法法理要义》、《万国宪法比较》、《宪法论》、《英国宪法论》等。其二,各国的民主革命史和重要文献。革命史有《十九世纪欧洲文明进化论》、《法兰西革命史》、《美国民政考》、《英国宪法史》等,重要文献有《美国独立檄文》、《法兰西人权宣言》。其三,对西方思想家和著名政治人物的生平及学术介绍。如梁启超撰写的《卢梭学案》、《民约巨子卢梭之学说》、《法理学大家孟德斯鸠之学说》、《霍布斯学案》、《乐利主义泰斗边沁之学说》、《政治学大家伯伦知理之学说》等。^①

中国人阅读卢梭、孟德斯鸠的著作,始于戊戌变法之前,但那时对西方民主学说的了解是零碎的、不系统的。戊戌政变以后,西方近代民主学说的广泛介绍,使中国的知识分子大开眼界,为他们提供了分析社会政治问题的崭新武器。“从此,他们再也不需到尘封土埋的四书五经和邈无实据的尧舜传说中寻觅反对专制的法宝和依据,而直接挥起从西方找来的兵器上阵了。……一扫先前附会、改制古人的无力做法”^②

1901年以后,受到庚子重创和重商主义影响的清政府,开始反思重农抑商政策的危害性,转而效法西方,采取重商惠工政策。1903年颁旨设立商部,1904年颁布了商律中的《公司律》及卷首的《商人通例》,这是我国历史上第一部正式的商法。从1904年到1908年,依据《公司律》申请登记的公司达272家,核定资本总额近一亿两白银。^③从1903年起,清政府颁布了一批旨在鼓励商人和其他社会人士投资工商实业的章程,主要有《奖励华商公司章程》、《奖励实业章程》、《奖励商勋章程》、《改订奖励华商公司章程》、《援照军功例颁赏商业奖牌章程》、《华商办理农工商实业爵赏章程》等,奖励等级逐年提高,颁奖范围逐年扩大。此外,清末制定的经济法规还

^① 参见熊月之:《中国近代民主思想史》,第334—341页。

^② 熊月之:《中国近代民主思想史》,第342页。

^③ 参见马敏:《商人精神的嬗变——中国近代商人观念研究》,华中师范大学出版社2001年版,第149页。

有1904年的《商标注册试办章程》、《商会简明章程》，1906年的《破产律》、《出洋赛会章程》，1908年的《大清银行则例》等。这些经济法规，打破了“重农抑商”的传统经济政策，对于保护中国工商业的发展起了一定的作用。据官方统计，1912年（含当年）全国共有工厂20 749家，其中使用原动力的363家，非原动力的20 386家。拥有7至30名工人的工厂18 212家，有30至50名工人的工厂990家，有50至100名工人的工厂798家，100至500名工人的工厂514家，500至1 000名工人的工厂181家，1 000名以上工人的工厂54家。其中，纯粹商办企业的比重也有显著增长，1900年前，商办厂矿121家，约占资本总额的40%；1901年至1911年，商办厂矿277家，占资本总额的60%。^①

随着商品经济的发展，中国的社会结构开始发生变革，“这就是从传统的农业社会向近代工商社会的逐步过渡；从过去的四民等级社会向近代职业社会的过渡。在这双重的过渡中，官商关系和国家与社会关系开始发生一些近代意义的变化，一个以工商业的空前发展为基础，以资产阶级化绅商为主干的民间社会开始崭露头角”^②。这个阶层的人数虽然不多，“但跨居绅士和商人两大社会阶层之间，上通官府，下达工商，集社会名望与金钱于一身，把持着最重要的城市组织——商会，具有不可低估的社会活动能量，成为晚清至民国初年最活跃的城市社会势力。很大程度上，中国早期的所谓市民社会实际上就是绅商社会——一个以绅商起主导作用的社会”^③。这股势力是晚清的中国，发起立宪运动的推动力量和民间请愿运动的领导力量。1904年，清政府颁布《商会简明章程》，倡导商民在省会和商业繁华地区设立商会，中小城市设立商会分会，村镇设立商务公所，加速了各地绅商力量的凝聚。到1911年，全国除西藏和内蒙古以外，各省都设立了商会，计有总会56个，分会669个。^④由此，全国以各级商会为纽带，形成了一个大中城市到乡镇的巨大网络。不仅如此，商会的总理、协理和会董均由选举产生，采取少数服从多数的议事规则，使绅商受到一定程度的民主训练。

① 参见严中平：《中国近代经济史统计资料选编》，科学出版社1955年版，第93页。

② 马敏：《商人精神的嬗变——中国近代商人观念研究》，第99页。

③ 马敏：《商人精神的嬗变——中国近代商人观念研究》，第135页。

④ 参见《中华民国元年第一次农商统计表》上卷，北京法轮印字局1914年版，第176—196页。

晚清立宪运动的推动力量，除了新兴的绅商阶层以外，还包括具有新思想的知识分子群体。在清政府推行新政、奖励游学、兴办学堂以后，知识分子队伍也开始发生全面转化，一个受到西方科学文化知识的熏陶，具有近代政治思想意识的知识分子群体开始出现。这个新知识分子群体的一部分是出国留学，主要集中在日本。1902年留日学生只有几百人，1903年增为1000人，1905年猛增至8000人以上。^①他们经过国外的学习和新旧思想的交锋，知识结构基本改观，大部分接受了西方的政治学说。新知识分子的另一来源是国内旧知识分子的转化。1901年以后，官立、公立和私立的学堂逐渐增多，到1905年明令废除科举制度，近代新式教育便完全取代了旧式教育。随着近代文化教育事业的兴起，学校教员、管理人员和在校学生，各级办学机构和教育会，以及新闻、出版界人士的知识结构和思想观念也发生转变，成为新的知识分子。

二、中国宪法学说起源时期的代表性宪法学说

(一) 议会强国论

西方的议会思想，最初是作为立国之本、强国之术，而引入中国设立议会，对外是为了自强和救亡；对内是为了解决中国政治运行中的君民隔阂，通上下之情，实现从君主制向君民共主体制的转变。

要求设立议院，实行君民共主的政治改革思想，最早是在19世纪60年代以后的“自强”思潮中产生，在洋务思潮中孕育出来的。与李鸿章、张之洞等洋务大吏不同，郭嵩焘、马建忠、薛福成、王韬、郑观应等洋务思想家的眼光更为敏锐和开阔。他们虽然都是洋务变法理论的倡导者和积极支持者，但他们又较早发现了洋务运动的弊端和实效不显的问题。王韬曾以尖锐的质疑表达了那一时期人们的思想动向：“机器固有局矣，方言固有馆矣，而何以萎靡不振仍如故也？”^②中法战争前后，这种质疑发展成为公开的批评，宋育仁于1886年在《时务论》中就批评洋务运动对于西方“不师其法，惟仿其器，竭天下之心思财力以从事海防洋务，未收富强之效，徒使国家聚

^① 参见〔日〕实藤惠秀：《中国人留学日本史》，第1、36、39、81页。

^② 王韬：《弢园文录外编·变法自强》下，中州古籍出版社1998年版，第91页。

敛，而中饱私囊”^①。从此，洋务思潮的代表人物发生分化，洋务大吏坚持维护清王朝的封建统治，力图把洋务运动严格限制在工商技艺的范围内；而维新思想家们则开始批评和反思洋务运动的弊端，提出了政治改革的要求。

19世纪70年代至90年代，洋务运动中的有识之士在反思中，继续探索西方的“立国之本”和“强国之原”。他们出国或通过其他途径，对西方有了更多了解以后，几乎都一致认为“议院”是其立国之本，而船坚炮利只是其末。1875年，郭嵩焘在《条议海防事宜》中写道：“西洋立国，有其本末，其本在朝廷政教，其末在商贾。造船制器，相辅以益其强，又末中之一节也。故欲通商贾之气，以立循用西法之基，所谓其本末遑而姑务其末也。”^②他出使英国以后，研究了西方的议会制度，更加明确地指出：“推原其（按指英国）立国之本，所以持久而国势益张者，则在巴力门议政院有维持国势之义；设买阿尔（mayor，市长）治民，有顺从民愿之情。二者相持，是以君与民交相维系，迭盛迭衰，而立国千余年终以不弊，人才学问相承以起，而皆有以自效，此其立国之本也。”^③

陈虬1890年给山东巡抚张曜的条陈中写道：“虬愚以谓泰西富强之道，在有议政院以通上下之情，而它皆所未。”^④

薛福成出使欧洲以后，在《上李伯相言出洋功课书》中也深有感触地说：“忠此次来欧，一载有余，初到之时，以为欧洲各国富强专在制造之精，兵纪之严，及披其律例，考其文事，而知其讲富者以护商会为本，求强者以得民心为要，议商会而赋税可加，则盖藏自足，得民心则忠爱倍切，而敌忾可期。他如学校建而智士日多，议院立而下情可达，其制造军旅水师诸大端，皆其末也。”^⑤

郑观应在《盛世危言》自序中的一段话，准确地反映了早期维新人士的心路历程。他说：“六十年来，万国通商，中外汲汲，然言维新，言守旧，言洋务，言海防，或是古而非今，或逐末而忘本，求其洞见本原，深明大略

① 转引自潘念之主编：《中国近代法律思想》，上海社会科学院出版社1992年版，第106页。

② 中国近代史丛书编写组编：《洋务运动》第1册，上海人民出版社1961年版，第142页。

③ 《郭嵩焘日记》第3卷，湖南人民出版社1982年版，第373页。

④ 陈虬：《东游条议》，《治平通议》卷6，瓯雅堂1893年版，第3页。

⑤ 杨家骆主编：《戊戌变法文献汇编》第1册，鼎文书局1973年版，第164页。

者，有几人哉？……考其风俗利病得失盛衰之由，乃知其治乱之源，富强之本，不尽在船坚炮利。而在议院上下同心，教养得法，……西人立国具有本末，虽礼乐教化远逊中华，然其驯致富强，亦具有体用，育才于学堂，论政于议院，君民一体，上下同心，移实而戒虚，谋定而后动，此其体也。轮船火炮，洋枪水雷，铁路电线，此其用也。中国遗其体而求其用，无论踟蹰步趋，常不相及，就令铁舰成行，铁路四达，果足恃欤？”^①

由此可以看出，早期的维新思想家们并没有完全否定洋务大吏的船坚炮利、设厂制械政策，而是认为这些做法对于国家富强来说是远远不够的，没有抓住强国的根本，因此不可能实现强国的目标。即使“铁舰成行，铁路四达”，也无法与西方列国相对抗（他的论断不幸被中日甲午海战中方的军事惨败所验证）。他们认为西方的“富强之本”在于“育才于学堂，论证于议院”，因此，中国要实现国家富强的目标，还必须学习西方的教育制度、议会制度和护工惠商政策。基于这样的认识，他们开始以西方的议会制度为参照系，运用他们所掌握的比较有限的思想资料，设计中国政治体制的改革方案。至此，作为立国、强国之本的议院制度，开始出现于中国的政体改革方案之中。

郑观应在1875年的《易言》一书中，通过对中西政制的比较，最早表达了设立议院的愿望。他说：泰西列国“其都城设有上下议院，上院以国之宗室勋戚及各大员当之，以其近于君也。下院以绅耆士商、才优望重者充之，以其迩于民也。凡有国事，先令下院议定，祥达之上院。上院议定，奏闻国主。若两院意见符合，则国主决其从违。倘彼此参差，则或令停止不议，或复议而后定。故泰西政事举国咸知，所以通上下之情，期措施之善也”。他认为这种制度“颇与三代法度相符”。他希望中国“上效三代之遗风，下仿泰西之良法”，以实现国家的长治久安。^②

在早期维新思想家们看来，议院是公议政事的组织、上下交通的枢纽，具有消除君民隔阂，通上下之情的功能。郑观应说：“议院者，公议政事之院也。集众思，广众益，用人行政一秉至公，法诚良，意诚美矣。无议院，则君民之间势多隔阂，志必乖违。”同时议院也具有防止昏君施暴和大臣擅

^① 杨家骆主编：《戊戌变法文献汇编》第1册，第103页。

^② 参见夏东元编：《郑观应集》上册，上海人民出版社1982年版，第103页。

权的功​​能，即“有议院，而昏暴之君无所施其虐，跋扈之臣无所擅其权，大小官司无所卸其责，草野小民无所积其怨”。他乐观地认为，设立议院可以实现强国的夙愿，“中国户口不下四万万，果能设立议院，联络众情，如身使臂，如臂使指，合四万万之众如一人，虽以并吞四海无难也”。欲得民心、通下情、张国势、保太平，“必自设立议院始”^①。

在议院的组织方法方面，他们认为西方国家的制度过于“繁重”，“中国猝难仿行，宜变通其法”，并提出了自认为适合中国国情的议院组织方案。他们的议院组织方案可分为两类：一类由王公大臣或者政府官员组成；另一类则是民选议院，由民选议员组成。

陈炽设计的是两院制的议会：上议院即是清政府的“阁部会议”，换一块招牌便成为上议院。下议院由公举产生，被选举人“必列荐绅”，县选之达于府，府举之达于省，省保之达于朝，仿泰西公举之法，“以举主多者为准”^②。

陈虬的方案中，既谈到了中央议院的组织方法，也谈到地方议院的组织方法。地方议院的组织方法是：“令各直省札飭州县，一例创设议院。可即就所有书院或寺观归并改设，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。”中央议院的组织方法是：“主以三公，中设议员三十六人，每部各六，不拒品级，任官公举练达公正者。国有大事，议定始行”^③。可由此见，地方议院是由“书院寺观”归并改设而成的，中央的议员则由朝廷命官担任。这种方案虽然简便易行，但没有“民间委员”，不具备民主的要件。

汤寿潜的思路与陈虬基本相同，两院议员均是清一色的朝廷大员：自王公至各衙门堂官以下各员，无论在正途、任子贡郎四品以上官员均隶属上议院，由军机处主之。堂官以下人员及翰林院四品以下者，均隶属于下议院，而以都察院主之。“每有大利之当兴，大害之当替，大制度之当沿革，先期请明谕得与议者，殚思竭虑，斟酌今古，疏其利害之所以然，届期分集内阁

① 丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第141—144页。

② 杨家骆主编：《戊戌变法文献汇编》第1册，第246页。

③ 杨家骆主编：《戊戌变法文献汇编》第1册，第219—220页。

及都察院，互陈所见，由宰相核其同异之多寡，上之天子，请如所议行。”^①

何启、胡礼垣所设计的则是民选议院，议员一律由公举产生，比较民主。具体方法是：县设六十议员，是谓县议员；府设六十议员，是谓府议员。省设六十议员，是谓省议员。县议员于秀才中选择其人，公举者平民主之；府议员于举人中选择其人，公举者秀才主之；省议员于进士中选择其人，公举者举人主之。在他们的方案中，每一级议院，公举人与候选人的资格，都有不同的“学历”要求，最低一个是秀才。他们之所以主张议员公举，而无世袭议员，是因为他们认为：“政者民之事而君办之者也，非君之事而民办之者也。事既属乎民，则主亦属乎民，民有性命恐不能保，则赖君以保之。”而议员则是连接君与民、官与民的纽带，即“议员者，将出其所学，而施之于政，以济民之困，而养民之和，地方之利弊，民情之好恶，皆借议员以达于官。兴革之事，官有所欲为，则谋之于议员，议员有所为，亦谋之于官，皆以叙议之法为之，官与议员意合，然后定其从违也”。只有议员民选，才能“公器公同，公事公办”，才能达民疾，布公平。他们认为，议员公举并不影响公侯贵族的参政权，不过，这些人的参政也要凭借才德，经过公举这个程序。他们说：“盖议政者惟重才德不重富贵。彼公侯贵介，果长德兼优，人必公举以为政，以摅其抱负，果长德或逊，则不如退归山林，而安富尊荣。”^②

他们对中央议院的集会也作出筹划：“各省议员一年一次会于都会，开院议事，以宰辅为主席。议毕各议员将其本省来岁应行之事，如公项出入，选取人员之件，记名画押公奏，主上御笔书名，以为奉行之据，如有未洽，则再议再奏，务期尽善而止。”考虑到中国地域辽阔，若合各省议会为一处，恐有不便，他们建议：“分中国为四都会，而以京畿所在处为总都会，合而为五，遇外国交涉之事，或关涉数省之件，则议于总都会，其余各省内之事，则议于所属都会，天子以四时巡行四都会，而听其议政，书名颁行。”在何启、胡礼垣的方案里，不但议员全部经过公举产生，而且议院的权力也比较大，君主似乎只有“御笔书名”之权。^③

① 丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第198页。

② 丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第120—122页。

③ 参见丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第124页。

在早期维新人士中,赞成议员民选的还有郑观应。他认为,公举是得到人才的最好方法,“公举之法,即乡举里选之遗意也,汉代行之,得人称盛”。议员应当经过公举产生,因为“议员即民间之委员,由县而府,由府而国。而事之利弊,民之好恶,胥籍委员以达之。为委员者,将出其所学以济民之困,而养民之和。凡军国大政,其权虽决于君上,而度支转饷,其权实操褚庶民”。他还粗略地考察了当时法兰西、比利时、普鲁士、丹麦、英吉利、意大利、瑞士、瑞典等国家的议院“公举章程”,认为“选举议员之例,为民主、君民共主等国最重之典章”,在选举的方式方面“有一乡公举之人,有一县公举之人,有一府公举之人,有一省公举之人”。他认为应该放宽选举人的资格,严格被选举人的资格,“使举人者不限于资格,然后能各供所知;而于所举者必严其限制,然后能杜绝虚声也”。那么,公举之法的实施,需要什么样的社会条件呢?他说:“议院为集众是以求一当之地,非集群器以成一哄之场。必民皆智慧,而后所举之议员乃贤;议员贤,而后议论措置乃得有真是非。否则,徒滋乱萌。”所以,要有效的实施公举之法,就必须广开学校,教育人才。^①

设立议院不仅仅是在野人士的议论,而且写在了清朝官员崔国因的奏折里。崔国因1883年的《奏为国体不立后患方深请鉴前车速筹布置恭折》中,分析了中国的边疆危机,向朝廷提出了储才、兴利、练兵等十项自强之道,其中第九项就是“设议院”,他说:“议院之设,分为上下。其上议院由王公大臣议之,所以率作兴事,慎宪省成,知其大者远者也;下议院由各省民间公举之人议之,所以通幽达隐,补弊救偏,兴利除害,知其小者近者也。夫缙绅之族,食禄之家,其分近于君而远于民,患其不知民隐也,则有下议院以通之;草茅新进之氓,其与闾阎之利病知之至真,祸乱之依伏见之最近,其所短者,唯恐其识见拘墟,不适于用也,则恃上议院以裁之。”^②他还认为,设议院可以使民身居局中,以便设身处地,为朝廷分忧,有利于抽丁增饷。

(二) 君民共主论

从秦朝到清末,君主专制制度在中国运行了两千多年,其运行的规律是

^① 参见丁守和主编:《中国近代启蒙思潮》上册,第152、146页。

^② 转引自熊月之:《中国近代民主思想史》,第133页。

一治一乱、治乱相寻的周期性社会动荡。每当社会动乱、民生凋敝、国势衰微的时候，君主专制制度就会受到人们的批判和攻击。但是，在西方民主思想传入中国以前，人们却始终没有找到一种新的政治制度取而代之。思想家们要么发挥亲民、爱民的民本思想，对统治者苦心劝诫，要么流于乌托邦式的大同空想。而社会的下层则用武器的批判代替批判的武器，发动反抗统治者的武装起义。由于没有新的社会政治理念作指导，农民起义的结果只能是改朝换代，只有朝代姓氏的改变，而没有政治制度的变更。西方民主思想特别是议会思想的传入，使中国人找到了改革君主专制的崭新范本，开启了人们进行政治体制变革的新思路。维新思想家们看到，在当时的世界上，存在着与君主专制截然不同的君民共主、民主等崭新政治体制，使他们看到了彻底清除专制弊端的希望。早期维新人士既批评君主政体，也反对民主政体，主张在中国实行君民共主政体，认为君民共主是世界上最好的政体形式，君民共主的范本是英国的君主立宪制度，从而在中国历史上第一次提出了政体改革的设想，朦胧地表达了人民参政的愿望。

在19世纪60年代，中国人开始以洋为镜，分析中国在政治体制方面与西方的差距。冯桂芬首先看到，中国在以下几个方面与西方存在差距：“人无弃才不如夷，地无遗利不如夷，君民不隔不如夷，名实不符不如夷。”这些比较，已经触及政治的层面，是中西政制比较的开端。他看到，中国不仅在人才使用、资源利用方面“不如夷”，而且在政治制度方面存在严重的“君民隔阂”。从此，消除“君民隔阂”、“通上下之情”，成为维新变法时期的中心政治课题。沿着冯桂芬的思路继续走下去，人们便发现了中国存在“君民隔阂”的制度原因，发现了西方消除“君民隔阂”的崭新方案，并试图把西方的方案移植过来解决中国的政治弊端。不过，就冯桂芬和19世纪60年代前后出现的其他中国人士来说，他们虽然看到了君民关系方面的中西差距，却没有提出解决“君民隔阂”的新方案，而是沿着中国传统文化的老思路，继续弘扬“三代圣人之法”，提出的具体措施不外乎“公黜陟”、“汰冗员”、“许自陈”、“复乡职”，其论证资源依然是孔孟的圣人之言。^①

君民共主方案的提出，始于19世纪70年代，特别是中法战争以后。在

^① 参见冯桂芬：《校邠庐抗议》，杨家骆主编：《戊戌变法文献汇编》第1册，鼎文书局1973年版，第1—39页。

君主、君民共主和民主三种政治体制中，维新人士对君主政体是持批评和否定态度的，郑观应在1875年成书的《易言》中认为，专制制度不是自古就有的，中国在上古三代的时候并不专制，“列国如有政事，则君卿大夫相议于殿庭，士民缙绅相议于学校”。君主独断专行，不让臣民与议，这是后来发生的，“后世不察，辄谓天下有道，庶人不议，又怨于处士横议终罹清流之祸，故于政事之举废，法令之更张，惟在上之人，权衡自秉，议毕即行，虽绅耆或有嘉言，未有上达”。他批评君主制度，是因为这种制度造成了“势位悬殊”和上下隔阂的政治弊端。他说：“夫在上者，即以事权有属，法令在所必行；在下者，亦以势位悬殊，情隐不能相告，于是利于上者则不利于下矣，便于上者则不便于下矣。情意相隔，好恶名殊，又安能措置悉本大公，輿情咸归允惬也哉！”^①王韬对君主专制的批评与郑观应相似，他说：“三代以上，君与民近而世治；三代以下，君与民日远而治道遂不若古。至于尊君卑臣，则自秦制始。于是堂廉高深，輿情隔阂，民之视君如仰天然。九阍之远，谁得而叩之！虽疾痛惨怛，不得而知也；虽哀号呼吁，不得而闻也”^②。

他们也反对法国、美国式的民主制度。宋育仁认为，如果实行法国式的民主，“政之用舍，大臣之黜陟，总统之举废，实举国听于议院，势太偏重，愈趋愈远，遂有废国法、均贫富之党起于后”。陈炽甚至说：“民主之制，犯上作乱之滥觞也。”^③郑观应也说：“美国议院则民权过重，因其本民主也。法国议院不免叫嚣之风，其人习气使然。斟酌损益适中经久者，则莫如英、德两国议院之制。”^④

在君主、君民共主和民主三种政治体制中，他们认为最好的政体是君民共主政体。郑观应在《议院上》一文中说道：“盖五大洲有君主之国，有民主之国，有君民共主之国，君主者权偏于上，民主者权偏于下，君民共主者权得其平。凡事虽有上下院议定，仍奏其君裁夺，君谓然即签名准行，君谓否则发下再议，其立法之善，思虑之密，无逾越于此。此制即立，实合亿万

① 转引自熊月之：《中国近代民主思想史》，第157页。

② 丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第36页。

③ 转引自熊月之：《中国近代民主思想史》，第53页。

④ 丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第141页。

人为一心矣。试观英国弹丸之地，女主当国，用人行政，皆恃上下院议员经理，比年得人土地已二十倍其国，议院之明效，大验有如此者，所以君民共主之国，普天下十居其六，君主之国，十居一二，民主之国十居二三耳。”^①在郑观应看来，君民共主的优点是：可以实现上下的权力平衡，有利于立法的周密和完善，可以团结人心。他不满意君主政体，因为其“弊在独断”，“权偏于上”。他批评美、法的民主政体，是因为这种政体“无君”，危害了君主的地位和权力，与中国的政体差距太大，不可能为当权者所接受。他对君民共主政体推崇备至，是因为这种政体可以实现君与民的权力平衡，民的利益和要求通过议院而获得重视，君主的地位和权力也不会受到丝毫的损害，因此，不会遭到君主的反对，是一种两全齐美的可行方案。他所推崇的政体样板，是英国的君民共主，这又表明他对英国政体的不了解，因为自1688年“光荣革命”以后，英国的国王已经成为“临朝而不理政”、“统而不治”的“虚权”君主，这样的君民共主方案是肯定不会被当时的统治者所接受的。

王韬在《重民下》中表达了与郑观应基本相同的观点，他说：“泰西立国有三：一曰君主国，一曰民主国，一曰君民共主之国。……一人主治于上而百执事万性奔走于下，令出言必行，言出而莫违，此君主也。国家有事，下之议院，众以为可行则行，不可则止，统领但总其大成而已，此民主也。朝廷有兵刑礼乐赏罚大政，必集众于上下议院，君可而民否，不能行，民可而君否，亦不得行也，必君民意见相同，而后可颁之于远近，此君民共主也。论者谓：君为主，则必舜之君在上，而后可久安长治；民为主，则法制多纷更，心志难专一，究其极，不无流弊；惟君民共治，上下相通，民隐得以上达，君惠亦得以下逮。”^②在这里，王韬粗略地分析了三种政体的特征，他之所以向往君民共主，是因为这种体制可以消除君民之间的隔阂，实现上下相通。他所推崇的政体样板也是英国，说什么“英国政治之美，实为泰西诸国所闻风向慕”。

陈炽在1892年写成的《庸书》中，同样主张实行君民共主政体，他说：“今各国君主者，俄罗斯、土耳其是已；有民主者，美利坚、法兰西、瑞

① 丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第143页。

② 丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第136页。

士是已；有君民共主者，英吉利、德意志、意大利是已。所谓君主者，有上议院无下议院，军国大事概掌于官，而民得与闻焉者也。所谓民主者，有下议院而无上议院，朝章国政及岁需之款，概决于民，而君几同守府者也。惟君民共主之国，有上议院，国家爵命之官也，有下议院，绅民公举之员也。院之或开或散，有定期，事之或行或止，有定论，人之或贤或否有定评。国用有例支，有公债，例支已给岁费，公债已备不虑，必君民上下询谋佥同始能动用，公债不足则各出私财以佐之。此所以举无过言，行无废事，如身使臂，如臂使指，一心一德，合众志以成城也。”^①可见，他也分析了三种政体的基本特征，其中对民主国的描述不太准确，因为民主国家不存在君主这个头衔，民主国家的议院构成，也不是只有下议院，而没有上议院。

1894—1895年的中日甲午战争中，自诩为泱泱大国的中国竟为“蕞尔小国”的日本所击败，割地赔款，创巨深痛，战前的虚骄自大被惨败带来的震惊和耻辱所代替，引发了人们对战争惨败原因的探讨，君主专制制度被视为亡国之制，成为人们攻击的靶心。从甲午战争到戊戌变法，人们虽然仍然坚持君民共主的变革思路，但是对君主制的批判骤然激烈，与甲午以前形成明显的对比。他们虽然对君主专制深恶痛绝，但又认为当时的中国还不是废除君主的时候。就连思想比较激进的何启和胡礼垣都说：“民之与国，苟其无君则已，如有君，而其君又非大无道，则必以常得一君为荣。”^②

梁启超认为，君主专制是中国积贫积弱的根源，中国的专制统治者专务“防弊”，“自秦迄明，垂两千年，法禁则日密，政教则日夷，君权则日尊，国威则日损。上至庶官，下至亿姓游于文网之中，习焉安焉，训焉扰焉，静而不能动，愚而不能智。历代民贼，自谓得计，变本而加厉之”。防弊之法使得上下隔绝，民气散软，“外患一至，莫能为救”。他引用西方的格言说：“人人有自主之权”，国人各行其固有之权，国家才能强大。如果一个国家中有些人有权，有些人没有自主之权，那么，这样的国家必然遭殃。人民无权的国家，只能走向灭亡。他说，中国的“防弊者欲使治人者有权，而受治者无权，收人人自主之权，而归诸一人”，使得人人无权，人人无责，因防弊

① 杨家骆主编：《戊戌变法文献汇编》第1册，第246页。

② 丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第296页。

而废事，无一事能举。^①

甲午战争以前，郑观应等人虽然批评君主专制，但措辞和语气都比较温和。甲午战争以后，郑观应在《盛世危言》的增订过程中，明显加重了对君主专制的抨击。^②他引用《淮南子》中的话说：“古之立帝王者，非以奉养其欲，非以逸乐其身，神农憔悴，尧瘦矐，舜黧黑，禹胼胝。由此观之，圣人之君人也，勤民至矣。”“自传贤之局变为世及”，才产生了“以举国为私产，兆庶为奴隶”的君主专制，这种专制到了嬴秦以后更是酷烈至极，表现为“焚书坑儒，以愚黔首，直欲锢天下之耳目，缚天下之手足，为所欲为”。他继承了柳宗元、黄宗羲等人古代立君为民、天下为天下人之天下的思想，否定了“专为鱼肉斯民而天下兆民胥供一人之用”的专制制度的合理性。他认为，专制的高压必然引起臣民的反抗，君主对臣民“缚束愈甚，于是天下之民气愈遏抑而不能伸，天下之民心愈困穷而无所告，郁久猝发，若决江河，不横溃四出，尽溃堤防而不止”。他说：君主“创业之始，挟其假仁小惠，笼络天下，以求遂其大欲。守成之主，并此而去之，百计防维，全其权，固其私，为子孙谋，去古人利天下之心愈远而愈失。此所以治乱相寻，无百年而不变”。他在《自强论》中提出，在中国当此危急之时，要求安图治，就必须变革“乾纲独断”的专制政治，实行君民交泰、上下一心、君民共利的“立君政治”，只有在君民共主之国，政出议院，才能“朝野一心，君民同体，才能上无暴虐之政，下无篡逆之谋”^③。

在批判专制主义思想的戊戌人士中，严复是最有思想深度的一个。他在1895年发表的《辟韩》一文中，批判了韩愈的君权神圣、君主民仆的专制主义思想，在他所使用的的批判武器中，除了中国传统的民本资源外，还引进了西方的“天赋人权”观念，以及王侯将相为国民公仆的民主思想。他看到，在当时的中国与西方，人民在国家生活中的地位有天壤之别，“西洋之民，其尊且贵也，过于王侯将相，而我中国之民，其卑且贱，皆奴产子也”，造成这种巨大差别的原因是：西方国家奉行的是“国者，斯民之公产也，王

① 参见梁启超：《论中国积弱由于防弊》，《饮冰室合集1·饮冰室文集之一》，第97页。

② 其中的《原君》一文题下标明“甲午后续”，即写于1894年以后。“原君”本是黄宗羲《明夷待访录》的首章篇名，郑观应直接拿来作为自己文章的题目。

③ 丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第154—157页。

侯将相者，通国之公仆隶”的民主原理，而中国实行的则是“天子富有四海，臣妾亿兆”的专制思想。

韩愈在《原道》一文中论证了君主专制模式下的君民关系。他认为，帝王是为人民兴利除害、除强去暴而生的，是解决民众温饱疾苦的救世主。他说：“古之时，人之害多矣。有圣人者立，然后教以相生相养之道，为之君，为之师，驱其虫蛇禽兽而处之中土。寒，然后为之衣；饥，然后为之食。木处而颠，土处而病也，然后为之宫室。为之功以赡其器也，为之贾以通其有无，为之医药以济其夭死，为之埋葬、祭祀以长其恩爱，为之礼以次其先后，为之乐以宣其湮郁，为之政以率其怠倦，为之刑以除其强梗。相欺也，为之符玺、斗斛、权衡以信之；相夺也，为之城郭、甲兵以守之。害至而为之备，患生而为之防。”如果没有圣人，人类早就灭亡了。

对这种君主神圣、皇恩浩荡的专制思想，严复运用形式逻辑的方法揭露其荒谬性，他说，如果像韩愈所说的那样，那么，君主及其祖先必定是有羽毛、有爪牙的“非人”，不然，在其出生和成长的过程中，就会受虫蛇、禽兽、饥寒之害而死，又怎能为他人防备患害，为礼乐刑政呢？

韩愈又说：“君者，出令者也；臣者，行君之令而致之民者也；民者，出粟米麻丝、作器皿、通货财以事其上者也。君不出令，则失其所以为君；臣不行君之令，则失其所以为臣；民不出粟米麻丝、作器皿、通货财以事其上，则诛。”对此，严复认为，韩愈“知有一人而不知有亿兆”，连民贵君轻的道理都不懂，这种思想只能带来桀、纣和秦的暴政，这样的君主必然是窃国大盗和最能欺夺者。他们为了保住从人民手中窃取的权力，防止人民“觉而复之”，又必然实行愚民弱民的法令，以坏民才、散民力、漓民德。^①

那么，当时的中国能否彻底消灭君主制呢？严复认为不能，因为时机不到，风俗未成，最根本的原因是人民缺乏自治力。他说：“然则及今而弃吾君臣，可乎？曰：是大不可。何则？其时未至，其俗未成，其民不足以自治。彼西洋之善国且不能，而况中国乎！”中国所采用的体制只能是“与民共治”的君民共主政体。采用这种政体是不得已的，是因为人民不能自治的缘故，而人民之所以不能自治，是因为人民“才未逮，力未长，德未和”。

^① 参见丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第249—251页。

他劝告统治者应该以增进人民的才、德、力为己任。他提出“民之自由，天之所畀”，人民的自由是天赋人权，所以，一旦人民具备了自治能力，统治者就应当把自由“悉复”交还给人民。

在批判君主专制的戊戌人士中，言辞最为激烈的是谭嗣同，他在《仁学》中说：“君统盛而唐虞后无可观之政，孔教亡而三代下无可读之书。”并认为“两千年来之政，秦政也，皆大盗也”，两千年来帝王，皆“独夫民贼”也。为了维护专制统治，他们对于人民“锢其耳目，桎其手足，压制其心思，绝其利源，塞蔽其智术；繁拜跪之仪，以挫其气节，而士大夫之才窘矣。立著书之禁，以缄其口说，而文字之祸烈矣；且即挟此土所崇之孔教，缘饰皮傅，以愚其人，而为藏身之固”^①！

戊戌变法人士否定了君主制度的永恒性，从中国古代的春秋大义和西方的政体学说中汲取营养，提出了由君主到君民共主、再到民主的政体进化思想。梁启超在《论君政民政相嬗之理》一文中，根据《春秋》“公羊三世说”提出“三世六别”的政体进化观点，他说：“治天下者有三世：一曰多君为政之世，二曰一君为政之世，三曰民为政之世。多君世之别又有二：一曰酋长之世，二曰封建及世卿之世。一君世之别又有二：一曰君主之世，二曰君民共主之世。民政世之别亦有二：一曰有总统之世，二曰无总统之世。多君者，据乱世之政也；一君者，升平世之政也；民者，太平世之政也。三世六别者，与地球始有人类以来之年限有相关之理，未及其世，不能躐之。既及其世，不能阙之。”在文章中，他对于各种政体的界定虽然不太准确，但是，他认为民政世是人类社会的最高政体形式，并且，人类社会的政体形式，是随着社会的发展而逐渐进化的，条件不够的时候，不能超越，条件成熟的时候，也不能阻塞。西方国家之所以实行“民政”，是因为其民智甚开、民力甚厚。他认为，日本也是有两千年君主专制历史的国家，而现在“民义之伸，不让英德”，所以，民政的实现“不必待数千年前之起点”。人类发展的规律，是最终步入太平世，他预测“不及百年，将举五洲而悉惟民是从”，对于这样的规律，中国也没有例外，中国的政体也不可能独自不发生变化。^②

康有为在戊戌以后完成的《孟子微》、《论语注》等著作中，也表达了与

^① 蔡尚思、方行编：《谭嗣同全集》下册，中华书局1981年版，第339页。

^② 参见丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第263页。

梁启超基本相同的体制进化思想。他从《春秋公羊传》汲取思想的营养,认为人类社会是不断发展与进步的,从据乱世到升平世再到太平世,而且三世的每一世都有与之相应的政治制度:绝对王政适于据乱世,君主立宪适于升平世,共和制度适于太平世。当人类从较低级的阶段发展到较高级的阶段时,政府的形式也要相应改变。绝对王政是最低级的政府形式,只适合于最低等的文明,它的存在是因为人民尚未开化。而古代的中国已臻文明,且自公元7世纪以来,就受到孔子学说的熏陶,不能被视为野蛮的国家,但是,中国的百姓却在专制下生活了两千年,所以专制政治已经不适合中国。不过他并不主张立即推翻帝制,因为共和政体虽然优越,但并不适合19世纪的中国国情,民主仅适合于太平之世。从社会发展水平来考虑,君主立宪是当时的中国唯一能够采用的政府形式。他认为,社会的发展既不能抑制也不能助长,当一个国家从据乱世进入升平世,就应当及时变法,采用新的政府形式,否则就会发生社会动乱,他说:“今当升平之时,应发自主自立之义,公议立宪之事,若不改法,则大乱生。”^①

(三) 自由民权论

中日甲午战争以后,在对君主专制的痛斥声中,要求民权的呼声也随之兴起。维新人士阐述了民权的含义,为什么兴民权,以及如何才能兴民权,把政治改革的设想转化为具体的权利要求,在中国历史上第一次提出了权利保障问题。

在戊戌维新人士的语汇中,“民权”的含义包括以下三个方面的内容:其一,民权是与“君权”或“官权”相对称的普通老百姓的权利,是多数人的权利,并且人民享有民权不受身份限制,没有尊卑贵贱的差别。何启、胡礼垣说:“民权者,以众得权之谓也。如一万人之乡而论,则五千人之上所从之议为有权,五千人之下所从之议为无权。以中国四万万而论,则两万万以上所从之议为有权,两万万之下所从之议为无权……只问可之者否之者人数众寡,不问其身份之贵贱尊卑也,此民权之大意也”。“权”又是什么呢?“权者,利也,益也”。其二,民权是天赋人权。他们认为“民权者,授之自天”,又说“权者乃天之所为也,非人之所立也。天既赋人以性命,

^① [美] 萧公权:《近代中国与新世界:康有为变法与大同思想研究》,汪荣祖译,江苏人民出版社1997年版,第74页。

则必畀以顾此性命之权。天既备人以百物，则必与以保其身家之权”。民权是天赋的，而不是人立的。人们自保其性命，自顾其身家，是在行使天赋的权利，是不辜负上天所托的表现。其三，民权是国家、政府产生和存在的基础。他们认为，人民的权利由天赋予，但是人们自己并不亲自行使所有的权利，而是选择君主及各级官员，代表人民行使统治权，所以君主和各级官员的权力，都来自于人民的授权。他们说：“一切之权，皆本于天。然天不自为也，以其权付之于民……是天下之权，惟民是主。然民亦不自为也，选立君上以行其权，是谓长民。乡选于村，邑选于乡，郡选于邑，国选于郡，天下选于国，是为天子……天子之权，得褚庶民。”他们还说，国家如公司，议员就是公司的董事，国君则相当于公司的“司理”，掌柜等职则由百官担任。议员由庶民选举，就像董事由股东选举一样。从村官到国君，国家的一切官员都应当是人民选举出来的，当他们执政不善的时候，人民也同样有权利废除他们，所以“选于村者不善，则一乡废之；选于乡者不善，则一邑废之；选于邑者不善，则一郡废之；选于郡者不善，则一国废之；选于国者不善，则天下废之”^①。

他们主张民权，并不是要推翻君权，他们的民权是与君权并行不悖、相辅相成的。他们所主张的民权，是君民共主体制下的民权，而不是民主政体下的民权。他们说：“民权之国与民主之国略异，民权者其国之君仍世袭其位，民主者其国之君由民选立，以几年为期。吾言民权者，谓使中国之君世代相承，践天位于勿替，非民主之国之谓也。”英国、德国、日本等都是民权国，但君主的地位并没有改变。法国之所以改为民主国，也是不得已而为之，是因为该国的君主暴虐，屡夺民权，引起全国的怨愤，从而遭到猛烈攻击。他们认为，一个国家没有君主则罢，一旦有君主，而君主又不是非常的无道，那么，国民必然以得到一个君主为荣耀。他们说：“立国者以有君为荣，利民者以通商为要”，中国应当效仿英国，“国为君主而独重民权”^②。

关于民权的开启，梁启超认为，兴民权不是旦夕可成的事，因为“权生

^① 何启、胡礼垣：《〈劝学篇〉书后》，见丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第288—308页。

^② 何启、胡礼垣：《〈劝学篇〉书后》，见丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第295—296页。

于智”，民权的行使，需要人民具备一定的智慧和能力，在民智普遍低下的情况下，要兴民权就必须首先开民智。开民智、开绅智、开官智，“乃一切之根本”。他说：“今之策中国者，必曰兴民权。兴民权斯固然矣，然民权非可以旦夕而成也。权者生于智者也。”有一分智，即有一分权，有十分智，即有十分权。如果国人的智能，与那些侵略者的智能相等，那么，侵略者虽然能灭我们的国家，但不能灭我们的权利。人民的智慧进化，他们的权利也会日益进化。如果人民的智慧全被堵塞，他们的权利就会全部消亡。所以，“权之与智，相倚者也，昔之欲抑民权，必以塞民智为第一义，今日欲伸民权，必以广民智为第一义”。广民智的方法，一是朝廷大变科举，二是州、县遍设学堂。让学生在学堂中兼学中西，学习政学原理，了解中外情形，这样才能广开风气，消除变法革新的阻力。他又说：“欲兴民权，宜先兴绅权；欲兴绅权，宜以学会为起点”。西方国家的法度之所以无日不改，并且愈改愈便益于人民，是因为“议事者为民间所举之人”。但是，中国的乡绅参与议事有一个顾虑，即“虑其不能任事”，缺乏商议国家大事的能力。因为“民间素不知地方公事为何物，一切条理，皆未明悉，而骤然授之，使其自办，是犹乳哺之儿，而授之以杯箸，使自饮食，其殆必矣”，所以，“欲用绅士，必先教绅士”，使民间的优秀者，每日练习公事。开绅智的最好形式是兴办学会，具体的方法是：每州、县各举数名品行端正、才识敏捷的绅士，集中于学会定期授课，学习中国危亡的原因以及西方强盛的理由，考察政治的本原，讲求办事的条理，“日日读书，日日治事”，使他们具备做议员的基本素质。梁启超认为，开民智与开绅智，都需要借助于官方的力量与支持。然而，当时的许多官吏甚至连地球的形状、欧洲列国的国名都不知道，把国家大事委任给这些没有学问、没有知识的人，怎么可能成功呢！但是，在当时的情势下，要办事又不能不依靠这些人，又不可以其不能办而不办，唯一的办法只有教育他们。所以“开官智，又为万事之起点”。他建议从速设立“课吏堂”，堂中陈设书籍，悬挂地图。以巡抚、司道为校长和副校长，随时稽查；聘请“通人”为教习，评阅功课，培养官吏治事的能力。^①

^① 参见梁启超：《论湖南应办之事》，见丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》上册，第214—222页。

第二节 中国宪法学说的初步形成

清末民初时期，伴随着中国制宪活动的启动与政治体制开始走向近代化，中国的宪法学说亦初步形成，以下我们将该时期具体分成清末预备立宪时期、民国初建时期和北京政府时期三个阶段来进行论述和分析。

一、清末预备立宪时期的宪法学说

这里的清末预备立宪时期主要指的是清末十年。这一时期，中国进行了一场由下推动、由上推行的轰轰烈烈的预备立宪的活动，由此启动了中国政治体制近代化的步伐，与此相伴随，中国的宪法学说也应运而生，主要围绕实行君主立宪的必要性和模式而展开。

（一）实行君主立宪的必要性论争

20世纪初，君主立宪作为一种政治主张，得到了包括资产阶级立宪派和官僚立宪派在内的朝野人士的极力赞赏，他们都对这一政治主张进行了大力的宣传和积极的吁请。其中资产阶级立宪派主要是指张謇、梁启超、康有为等受过儒学的传统教育，同时也接受了部分资产阶级文化的资产阶级知识分子。他们都对现有的封建君主专制政体深怀不满，但他们又不愿与封建势力根本决裂，只是主张在现有基础上，采取和平请愿的方式，敦促清廷实行自上而下的改革，建立君主立宪政体，使中国渐至于富强。为达此目的，他们发表文章，印行报刊，进行君主立宪的鼓动宣传。其中张謇1901年著《变法平议》，主张效法日本，设置议政院和府县议会，并初步规划了设置议院的具体方案，即以“四五大臣领之。此四五大臣者，予以自辟议员之权，慎选通才，集思广益，分别轻重缓急，采辑古今中外政治法之切于济变者，厘定章程，分别付行法、司法之官次第举行”^①。1903年，张謇赴日本考察，归来后思想发生了很大变化。他认为立宪固然要政府先有感悟，主持实施，然而人民也得要一齐发动起来，先用一般团结研究的工夫，所以这一年内，见到官员友人，遇到谈论通讯，都是劝解磋商各种立宪的问题。到了1904

^① 张謇：《变法平议》，见张孝若编：《张季子九录·政闻录》卷2，中华书局1931年版。

年5月,他代张之洞、魏光焘写了一篇《拟请立宪奏稿》。这篇文章,曾经聚集了四五个朋友,斟酌了六七次,方才定稿。这时别省的督抚,也渐有同样的奏请。同年7月,他又和赵凤昌刻了《日本宪法》送到内廷,希望清廷制定宪法,在中国实行立宪政治。^①

1901年,流亡海外的梁启超也在《清议报》上发表《立宪法议》一文,主张在中国实行君主立宪政体。他认为在世界上有君主专制、君主立宪和民主立宪三种政体。他认为君主专制和民主立宪都有弊病,前者君民对立,君主视百姓如草芥,百姓视君主如寇仇,人民极苦,君主亦极危,治日少而乱日多;后者施政方略变化太快,选举总统时竞争又太激烈,也于国家不利;只有君主立宪为最良善之政体:君权有一定限度,重大事务由议院决定,人民之疾苦也可向议院申诉。这种政体世界各国既行之有效,又符合中国的习俗和时势,若在中国实行,将有利而无弊,并“永绝乱萌”。在梁启超看来,君主立宪政体和君主专制政体的根本区别还在于有没有宪法,因为宪法乃是“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也,为一切国家法度之根源”。他还进一步指出,立宪政体代替专制政体是政治体制新陈代谢的必然趋势,地球各国必然同归于立宪政体,中国从专制走向立宪符合时代潮流的发展。他为此提出的在中国实行立宪政体的具体计划是,首先由皇帝宣布实行立宪政体,然后派官员出国考察宪政,设立法局起草宪法并征求民意,讨论5到10年后正式颁布,诏令下达20年后实行宪法。^② 1902年,梁启超的老师康有为写成《公民自治篇》,认为“今中国民智未开,虽未能遽立国会,而各省、府、州、县、乡、村之议会,则不可不立矣”^③。他还发表了给美洲华侨的公开信,极力主张中国由君主专制必须经过君主立宪而后才能实行民主立宪,当时的中国只可行立宪,不可行革命。^④ 他还上折批评清政府的新政只从事枝叶改革,未抓住根本;要求慈禧太后归政光绪皇帝,诛荣禄,罢内监,立宪法;主张效法欧美及日本,“政

① 参见中国近代史资料丛刊:《辛亥革命》(四),上海人民出版社1957年版,第158—159页。

② 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。

③ 康有为:《公民自治篇》,见张枏、王忍之编:《辛亥革命前十年间时论选集》第1卷·上册,第174页。

④ 参见康有为:《答南北美洲诸华侨论中国只可行立宪不可行革命》,《康有为政论集》上册,汤志钧编,第474—490页。

制皆由民公议，议员由民选举，地方由民自治”，从而达到富国强兵的目的。^①

从1902年开始，与资产阶级立宪派关系密切的国内报刊舆论也开始鼓吹立宪主张。这正如当年一家报刊所说：“当世君子，朝持一议曰立宪，夕持一议曰立宪。”^②如同年6月16日，上海的《中外日报》刊文请求清廷“取东西各国已行之法择其善者而行之，斟酌会通，勒为成书，实力施行，务使上自皇室下至庶民皆范围于宪法之列”^③，即制定一部君民皆须遵守的宪法，实行君主立宪政体。1903年4月24日，《大公报》发文指出，现在国家内忧外患已达到极点，都是由封建专制制度造成的，而“图治之根原，首在立宪法，予民权。如此则上下相安，君民一德，联合大群以防外患之来，则中国之前途或犹可补救于万一”^④。1905年2月日俄战争结束时，该刊举行千号纪念征文，获得一等奖的一篇文章认为：“君主立宪者，政体之完全无缺者也。”^⑤1903年，《译书汇编》更名为《政法学报》，大力宣传资产阶级法制思想，谋求“政法学之发达及政法社会之改良进步”^⑥，请求清廷从官制入手改革政治，实行君主立宪。为此，该刊发表《立宪论》一文，明确提出了在中国实行君主立宪的主张。该文认为，由一人政体向数人政体、由独裁政治向立宪政治转变是历史发展的必然趋势，“其为势也，有如万马奔腾，一泻千里；而君主之势，则有如破晓之孤星，荧荧无光彩。以此遇彼，直摧枯拉朽耳”。因此，清廷应该认清世界大势，不失时机地改行君主立宪政体：“民参其政，君综其成，各有权利，各负义务。”并强调指出，是否真正实行君主立宪政体，关乎中国的兴亡：“亡国于斯，兴国亦于斯。”^⑦1904年3月，夏瑞芳在上海创办《东方杂志》，大张旗鼓地宣传立宪主张。日俄战争一爆发，该刊就转载《中外日报》评论文章《论中国前途有可望之机》，

① 参见康有为：《请归政皇上立宪法以救危亡折》，《康有为与保皇会》，上海人民出版社1982年版，第8—24页。

② 《新世界学报》第9期，转引自韦庆远等：《清末宪政史》，中国人民大学出版社1993年版，第98页。

③ 《论时局之可危》，《中外日报》，1902年6月16日。

④ 《论内乱外患有相因之势》，《大公报》，1903年4月24日。

⑤ 方汉奇：《中国近代报刊史》上册，山西人民出版社1981年版，第283页。

⑥ 《译书汇编改名告白》，《译书汇编》第2年第12期。

⑦ 耐轩：《立宪论》，《政法学报》癸卯年（1904年）第1、2期。

期望与我同种而立宪的日本战胜老大帝国俄国,证明“专制政体为亡国辱种之毒药”,黄种将与白种并存于世,使中国政府转向立宪。^①日俄战争之后,该刊又发文指出,俄国之败,“非俄之败于日也,乃专制国之败于立宪国也”^②,有鉴于此,在中国实行立宪势在必行。诸如此类,不胜枚举。

除了利用报刊杂志之外,舆论界还通过翻译外来书籍宣传立宪主张。对此,梁启超曾描绘说:“壬寅、癸卯间,译书之业特盛,……日本每一新书出,译者动则数家,新思想之输入如火如荼矣。”^③为了集体协作,扩大影响,舆论界组织了一些翻译机构,如译书汇编社、国学社、湖南编译社、闽学会等。这些机构所译书籍大多数是关于政治法律方面的。如《万法精理》、《代议政治论》、《政治进化论》、《宪政论》、《日本议会史》、《国体政体概论》、《民约论》等。这些书籍的译出刊布,传播了西方的资产阶级自由民主思想,启蒙教育了国民,扩大了君主立宪主张的影响。

官僚立宪派是指20世纪初伴随着中国近代化运动的进一步深入,因清朝统治阶级内部发生第三次重大分化而产生的一批主张在中国实行君主立宪政体的亲贵大臣^④,主要包括四种人:一是地方督抚中的实力派,如袁世凯、张之洞、程德全、周馥、刘坤一、陶模、锡良、岑春煊、丁振铎、林绍年等;二是出国考政大臣,如载泽、端方、戴鸿慈、达寿、李家驹等;三是驻外使节,如李盛铎、孙宝琦、胡惟德、汪大燮、梁诚等;四是一些希图巩固清廷统治的京官,如军机大臣兼外务部尚书瞿鸿禨、学部尚书张百熙、礼部侍郎唐景崇、会办商约大臣盛宣怀、翰林院侍讲学士朱福诜、翰林院编修赵炳麟、摄政王载沣等。他们或出于消弭革命,或出于富国强兵,或出于争权夺利的目的,都奏请清廷实行君主立宪政体。

最早向清廷建议实行立宪的是驻日公使李盛铎。1901年6月,他在奏折中提出,“变法之道,首在得其纲领。纲领不得,枝枝节节,不独图新政窒碍难行,且恐依违迁就,未睹变法之利,先受变法之害”,认为各国变法

① 参见《记中国前途有望之机》,《东方杂志》1904年第3期。

② 《论立宪为万事之本》,《东方杂志》1905年第10期;《论立宪与教育之关系》,《东方杂志》1905年第11期。

③ 梁启超:《清代学术概论》,上海古籍出版社1998年版,第97页。

④ 清统治阶级内部的第一次重大分化是指19世纪60年代至70年代洋务派官僚的出现,第二次重大分化是指19世纪末帝党与后党的分野。

“无不首重宪纲，以为立国基础。惟国体、政体有所谓君主、民主之分，但其变迁沿改，百折千回，必归依于立宪而后底定”，建议清廷“近鉴日本之勃兴，远惩俄国之扰乱，毅然决然，首先颁布立宪之意，明定国是”，命督办政务大臣参考各国宪法，“撷诸国之精华，体中国之情形，参酌变通，会同商拟，勒为定章，恭候睿裁，请旨颁行，垂为万世法守”^①。十分明了地表达了他的立宪立场。

1902年2月5日，会办商约大臣盛宣怀在奏折中也提出：“泰西政俗，流别不同，有君主专制之政治，有君主宪法之政治，有民主共和之政治，有民权专制之政治，……较量国体，惟日、德与我相同，亦惟日、德之法于我适宜而可用。臣尝谓欲求详备，必博选通达古今之士游历德国，逐事谘询。”^②十分清楚地表明了自己希望清廷仿行日德，在中国实行君主立宪政体的主张。

1902年夏，翰林院侍讲学士朱福诜上奏清廷，认为“处今日而欲挽回世运，收拾人心，固非立宪不可”。他从对付革命的角度指出，“唯有改定宪法，以移天下耳目，震慑薄海之心思，使凡平权自由流血革命之徒，一皆回视返听，而乐为我用”，并建议清廷派遣大臣游历欧美，“采辑各国政治，参用本国制度，定为改宪章程，归国后奏而行之”^③。一针见血地提出了在中国制定宪法，实行君主立宪政体的重要性，并就如何在中国实行立宪政体提出了具体的措施。

同年8月，翰林院编修赵炳麟在上奏清廷时也指出，“欲固国本，必达下情；欲达下情，必行宪法”。他认为，“泰西宪法……皆君民互相保护，互相限制之公义，昔人云泰西以法立国，其国祚多延至千余年，盖恃此耳”。因此，如在中国颁行宪法，就可“君以民为心，民以君为心”，避免“革命之说摇惑众志”。至于采用什么样的宪法，他认为，“民主、联邦宪法断不可行于中国，惟君主宪法其君执一切主权，其民有一切公例，参酌行之，有利无害”^④。既主张制定宪法，消弭革命，又主张在中国不可仿行美国式的民

① 《追录李木斋星使条陈变法折》，《时报》1905年11月28日。

② 《愚斋存稿初刊》卷六，思补楼藏版，第16页。

③ 《摘录海盐朱学使福诜壬寅夏进呈札记》，《时报》1906年2月26日。

④ 赵炳麟：《防乱论》，赵炳麟：《赵柏岩集》第10册，1911年铅印本，第39页。

主宪法，而仿行英、德、日本式的君主立宪宪法。

1904年4月，出使法国的大臣孙宝琦又上书政务处，强烈要求清廷“仿英、德、日本之制，定为立宪政体之国，先行宣布中外，于以固结民心，保存邦本”，并拟请定政务处为上议院，特派资深望重的大员为院长，王公世爵及年老的四品以上官员为议员，定都察院为下议院，特派通达时务富于才智的人士为院长，议员由钦派大员会同院长从翰林院及科道人员中挑选。^①在这里，孙宝琦也指出了实行君主立宪政体的重要性，并主张在中国建立上、下议院齐全的议会，但他又主张在旧官员中选拔议员，表现了他立宪主张的不彻底性。

同年，驻英公使汪大燮以各国盼望中国立宪为由奏请清廷速定办法，驻美公使梁诚也因华侨要求提出此请，云贵总督丁振铎、云南巡抚林绍年、学部尚书张百熙和礼部侍郎唐景崇等也相继奏请立宪。1905年7月2日，袁世凯、张之洞和周馥联衔奏请12年后正式实行立宪政体。袁世凯还单独奏请简派亲贵大臣出洋考察政治。^②正是在朝野立宪派的要求下，清廷于1905年7月9日正式决定遣使出国考察政治，以决定中国是否实行君主立宪政体，并最终派出了端方、戴鸿慈、载泽、尚其亨、李盛铎五大臣周游欧美、日本等14个国家，考察政治。由于在考察过程中开阔了眼界，懂得了专制封闭是中国落后的主要原因，中国要富强，必须学习各国的先进经验，不能坐井观天，夜郎自大。因此，1906年8月，他们归国以后被清廷召见时，“皆痛陈中国不立宪之害，及立宪后之利”^③，并具折会奏清廷，要求“期以五年改行立宪政体”，还强调指出：“保邦致治，非此末由。”^④其中，载泽还在《奏请宣布立宪密折》中指出，实行君主立宪政体有三个益处，即“皇位永固”、“外患渐轻”、“内乱可弭”^⑤，激励清廷力行立宪。1906年9月1日，清廷为了回应立宪派，同时也出于自救的目的，发布上谕，宣称筹备立宪，“详晰甄核，仿行宪政，大权统于朝廷，庶政公诸舆论，以立国家万年有道

① 参见《出使法国大臣孙上政务处书》，《东方杂志》第1年第7期。

② 参见《宪政初纲》，《东方杂志》第3年临时增刊。

③ 《立宪纪闻》，《辛亥革命》（四），第14页。

④ 故宫博物院明清档案部编：《出使各国大臣会奏宣布立宪折》，《东方杂志》第3年第7期。

⑤ 《清末筹备立宪档案史料》上册，第174—175页。

之基”，并令“内外臣工，切实振兴，力求成效，俟数年后规模粗具，参用各国成法，妥议立宪实行期限，再行宣布天下，视进步之迟速，定期限之远近”^①。这道上谕确立了实行预备立宪的基本国策，国家从此进入了预备立宪时期，中国也由此拉开了政治制度近代化的序幕。^②

针对立宪派的君主立宪主张和清廷的预备立宪，资产阶级革命派进行了猛烈的批评，提出了自己的共和立宪的主张。中国革命的先行者孙中山指出：“‘宪法’二字，近时人人乐道，便是满清政府，也晓得派遣奴才出洋考察政治，弄些预备立宪的上谕，自惊自扰”^③，这只是清廷“拿宪法做愚民的器具”^④而已。为了统一行动，集中力量推翻清廷的专制统治，他于1905年8月20日把各个分散的革命派的团体联合起来，组成了全国统一的资产阶级革命政党——中国同盟会，确立了“驱除鞑虏，恢复中华，建立民国，平均地权”的十六字民主革命纲领。^⑤这个纲领明确了国民革命的政治目标——推翻清廷的专制统治，建立资产阶级民主共和国。为了实现这一目标，同盟会领导组织了一系列的反清武装起义，直到最后辛亥革命覆灭了清廷的统治，建立了中国历史上第一个资产阶级共和国——中华民国。在此前后，革命派还对各种以君主立宪对抗民主共和的做法展开抨击：一方面，他们指责清廷实行预备立宪的根本目的是为了“巩固其万年无道之基”^⑥，所以它“决无立宪之望，惟有亡国，故以根本改革为宜”^⑦。另一方面，他们对立宪派关于中国只能行立宪不能行共和的观点展开论战。论战中，革命派强调说，君主专制政体早已过时，君主立宪政体也不适宜中国，中国人民应以武力推翻清廷的专制统治，建立民主共和政体。孙中山指出：“有谓各国皆由野蛮而专制，由专制而君主宪，由君主立宪而始共和，次序井然，断难躐等；中国今日亦只可为君主立宪，不能躐等而为共和。此说亦谬，于修铁路可以知之矣。铁路之汽车，始极粗恶，继渐改良，中国而修铁路也，将用其

① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案资料》上册，第44页。

② 参见卞修全：《立宪思潮与清末法制改革》，中国社会科学出版社2003年版，第16—30页。

③ 《孙中山选集》，人民出版社1957年版，第79页。

④ 《孙中山选集》，第74页。

⑤ 该纲领后来被孙中山阐发为民族、民权、民生三大主义，即旧三民主义。

⑥ 《民报》第26号。

⑦ 戈公振：《中国报学史》，生活·读书·新知三联书店1955年版，第171页。

最初粗恶之汽车乎，抑用最近改良之汽车乎？于此取譬，是非较然矣。”^①还在1897年，孙中山在论及自己的政治理想时就提出：“余以人群自治为政治极则，故于政治之精神，执共和主义”^②，把民主共和当做最好的政治目标。从这种认识出发，他在同立宪派的论战中指出，“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……若全国立宪，此时全国的大权都落在人家手里，我们要立宪，也要从人家手里夺过来。与其夺过来成立宪国，又何必不夺过来成共和国呢？”^③既然民主共和比君主立宪好，“何不为直截了当之共和，而为此不完不备之立宪乎”^④？他的这些思想代表了当时绝大部分革命派的政治主张。

（二）立宪派内部制定宪法的模式分歧

清廷确立了预备立宪的基本国策以后，立宪派内部又产生了新的分歧。其中，清政府内部的一部分官僚立宪派主张在中国制定日本式的二元君主制宪法，实行日本式的二元君主制政体，并推动清政府在1908年选择了日本式的二元君主制政体；而以资产阶级立宪派为主体的多数立宪派从清政府宣布预备立宪之日起，就主张在中国制定议会君主制宪法，实行英国式的议会君主制政体，为此他们做了大量的工作，并在辛亥革命后成功地逼迫清政府将政体变成议会君主制。

1. 二元君主制的初选

出于对日本富强的强烈向往和维护清朝封建君权的需要，加之日本朝野的推动，清政府内部的一部分官僚立宪派很早就主张在中国制定日本式的二元君主制宪法，实行日本式的二元君主制政体。

早在五大臣出洋考政之初，领衔的载泽即对日本不损君权的二元君主制交口称赞：“查日本维新以来，一切政治取法欧洲，复斟酌于本国人情风俗之异同，以为措施之本，……大抵日本立国之方，公议共之臣民，政柄操之君上，民无不通之隐，君有独尊之权。其民俗有聪强勤朴之风，其治体有整

① 《孙中山全集》第1卷，第283页。

② 《孙中山全集》第1卷，第172页。

③ 《孙中山全集》第1卷，第281页。

④ 《孙中山全集》第1卷，第283页。

齐划一之象。”^① 统观载泽的立宪思想，维护君权是其核心，用他自己的话就是“君主立宪，大意在于尊崇国体，巩固君权”。他认为：“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。即偶有行政失宜，或议会与之反对，或经议院弹劾，不过政府各大臣辞职，加紧立一新政府而已。故相位旦夕可迁，君位万世不移。”^② 在日本考察期间，当伊藤博文告诉他“贵国欲变法自强，必以立宪为先务”时，他询问道：“立宪当以法何国为宜？”伊藤回答说：“各国宪政有两种，有君主立宪国，有民主立宪国，贵国数千年来为君主之国，主权在君而不在民，实与日本相同，似宜参用日本政体。”载泽又问：“立宪后于君主国政体有无窒碍？”伊藤回答：“并无窒碍。”并告诫他说：“贵国为君主国，主权必集于君主，不可旁落臣民。”^③ 对此载泽深表赞同。因此，当他回国以后，即上奏清政府，要求仿行日本宪政，因为据他考察，在日本的宪法中，仅规定君主大权的就有 17 条，“凡国之内政外交，军备财政，赏罚黜陟，生杀予夺，以及操纵议会，君主皆有权以统治之。论其君权之完全严密，而无有丝毫下移”^④，如果中国制定这样的宪法，将有利于维护清朝皇帝的统治大权。

清政府确立预备立宪的基本国策以后，为了确立进一步的实施步骤，袁世凯于 1907 年 7 月 17 日上奏清政府，认为“近数十年来，环球各国无不颁布宪法”，“前者载泽等奉使出洋，原为考求一切政治，本非专意宪法，且往返仅八阅月，当无暇洞见源流”。而各国政体，以德日两国为近似，最于中国相宜，所以为绸缪未雨，请“简明达治体之大臣，分赴德日两国，会同出使大臣，专就宪法一门，详细调查，博访通人，详征故事。何者为入手之始，何者为收效之时”。但求发明真理，不必预定回国之期，使能“悬鉴照形，立竿见影”，以周时用。^⑤ 袁世凯的这一奏折把调查各国宪法，起草类似德日的本国宪法提上了议事日程。

同年 8 月 13 日，庆亲王奕劻又奏请改考察政治馆为宪政编查馆，其目

① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案资料》上册，第 6 页。

② 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案资料》上册，第 173—175 页。

③ 载泽：《考察政治日记》，商务印书馆 1909 年版，第 8 页。

④ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案资料》上册，第 173—174 页。

⑤ 参见沈桐生：《光绪政要》卷 33，台北文海出版社 1966 年版。

的之一是“编译东西洋各国宪法，以为借镜之资”，同日奉旨改设。根据不久奏准的宪政编查馆章程，该馆的任务之一是调查各国宪法，编订宪法草案。草案编成以后，“呈由军机大臣阅定，即奏准施行”^①。这一规定使得由该馆起草的宪法草案须经钦定以后才能生效，从而有效地起到了维护君权的作用。8月15日，两江总督端方也上奏清政府，指出：“各国之立宪，制各不同，由专制朝廷颁行宪法者，谓之君主立宪，其君主为万世不易之统，日本天皇常握全国最高统治法权是也。考日本宪政本源，一在万机决于公论，与人民以参议之权，一在振起皇基，使天主之权力不可侵犯，故其帝国宪法与皇室典范，相辅而行。”更加直接地主张清政府仿效日本，“俯从多数希望立宪之人心，以弭少数鼓动排满之乱党”，“迅将我大清帝国宪法及皇室典范二大端，提议编纂，布告天下”，以“永固皇基，常昭法寺”，即制定日本式的二元君主制钦定帝国宪法以起到消弭内忧外患，巩固皇权的目的。^②

正是在以上朝廷重臣的督促下，1907年11月，清政府第二次派员出洋考察，学部侍郎达寿考察日本，外务部侍郎汪大燮考察英国，邮传部侍郎于式枚考察德国。依照宪政编查馆所开的考察要目，他们这次考察的重点是宪法史、比较各国宪法、议院法、司法、行政和财政六大类内容。在这三个考察大员中，达寿对清政府的影响最大。他经过5个月的考察，再次强烈地感到中国应制定日本式的二元君主制宪法。1908年3月，清政府命达寿回京供职。达寿回国以后，将考察所得迅速编辑成文上交清政府，敦促清政府仿行日本，制定二元君主制宪法，实行日本式的二元君主制政体。正是在这部分官僚立宪派的积极推动下，清政府决定制定日本式的二元君主制宪法，实行日本式的二元君主制政体，并于1908年8月27日在国会请愿运动的推动下颁布了确立这一政体的《钦定宪法大纲》。

2. 议会君主制的转轨及其结局

与以上部分官僚立宪派制定日本式的二元君主制宪法的要求相对立，以资产阶级立宪派为主体的多数立宪派从清政府宣布预备立宪之日起，就主张在中国制定议会君主制宪法，实行英国式的议会君主制政体。资产阶级立宪派通过翻译各国宪法，探讨各国宪法产生的背景，从而对各国宪法的优劣和

^① 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案资料》上册，第51页。

^② 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案资料》上册，第46—47页。

民主程度的高下有了一定程度的了解。他们认为，在君主立宪国家中，宪法最好的是英国，其次是德国，最差的是日本。在他们心目中，如果中国制定宪法，就当以英国的议会君主制宪法为蓝本，至于日本式的二元君主制宪法则为他们所深恶痛绝。在他们看来，英国的宪法是一部限制君权，扩张民权的宪法，只有制定英国式的议会君主制宪法，才能在中国实行英国式的君主立宪政体，达到消弭革命、富国强兵的目的。

为了制定英国式的议会君主制宪法，资产阶级立宪派主张在中国实行“国民的立宪”，即“立宪之事，不可依赖政府，而惟恃吾民自任之”^①，“全国国民出代议士以规定宪法，受君主之裁可，而不受君主之规定也”^②。在他们看来，君主立宪制宪法的优劣高下决定于是钦定还是协定，若出于钦定，自是日本式的二元君主制的劣等宪法，若出于协定，则可望制定出英国式的议会君主制的优良宪法。因此，要制定优良的议会君主制的宪法，“万不能如日本为单纯的钦定之形式，若其宪法之内容如何，则在所必争也”^③，“以国民出而公定宪法为入手之方，而不以君主出而独颁宪法为入手之方”^④，必须采取协定的方式，使国民在制定宪法的过程中起到应有的作用，这样才能制定出适合他们要求的民主程度较高的议会君主制宪法，因为宪法不是君主个人的私事，而是与全体国民休戚相关的公事，“宪法之立法权不可不与天下人共享之”^⑤。国家是由国民组成的，国民有权参与包括协定宪法在内的一切国家政事，这样制定出的宪法才能为他们服从和遵守，“宪法乃为有效”。此外，宪法属于法律的范畴，而制定法律必须“本于多数人之同意”，才能“底于完全无缺点之域”^⑥。

关于制定议会君主制宪法的途径，资产阶级立宪派认为只有全体国民起而要求召开国会，使国会具有制定或议决宪法的权力，而国会由国民公举代

① 刘晴波主编：《杨度集》，湖南人民出版社1986年版，第211页。

② 李庆芳：《立宪魂》，中国宪政讲习会1907年印行，第26页。

③ 梁启超：《申论种族革命与政治革命之得失》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年间时论选集》第2卷·上册，第231页。

④ 李庆芳：《立宪魂》，第27页。

⑤ 吴兴让：《国会与宪法》，《北洋法政公报》第67期。

⑥ 李庆芳：《中国国会议》，见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年间时论选集》第3册，生活·读书·新知三联书店1977年版，第119页。

表组成,这样就能使宪法的制定有国民参与,从而达到协定宪法的目的。不仅如此,他们认识到:“政府党之目的,在由政府规定宪法以左右国民,吾辈之目的,在由国民规定宪法以左右政府,彼辈以政府权利为本位,而以政府为手段,吾辈以国民权利为本位,而以国民为手段。”^①因此,他们还主张,制定宪法与召开国会,应以召开国会为先。因为如果在召开国会之前制定宪法,则制定宪法的主体是政府,而制定出来的宪法必然是钦定的二元君主制宪法;反之,如果在召开国会之后制定宪法,制定宪法的主体是国会,而这个国会又是“使国民多数参预政事,使之有协定宪法之权”^②的国会,那么制定出来的宪法必然是协定的议会君主制宪法。这也是以资产阶级立宪派为主体的朝野立宪派在清政府宣布预备立宪以后不久就不断发动国会请愿运动的目的之一。

虽然以资产阶级立宪派为主体的多数立宪派都主张制定英国式的议会君主制宪法,但是如前所述,由于部分官僚立宪派的鼓吹,加之清政府自身维护君权的需要,清政府还是确立了宪法钦定原则,并在国会请愿运动的推动下颁布了以日本的帝国宪法为蓝本的二元君主制的《钦定宪法大纲》。这遭到了当时包括资产阶级立宪派在内的一大批人的反对。但是,清政府没有为这些人的反对所动,在1910年风起云涌的国会请愿运动的过程中仍一再重申宪法钦定原则,并在1910年11月5日命溥伦、载泽为纂拟宪法大臣,要他们遵照《钦定宪法大纲》的精神,在1913年国会召开之前起草一部内容完备的钦定大清宪法。对此,以资产阶级立宪派为主体的多数立宪派愈加觉得争取协定宪法权已刻不容缓,于是,在他们控制下的报刊纷纷发表文章,指责清政府钦定宪法原则的弊端,强调宪法协定的必要性。

《时报》指出,所谓宪法,就是把君民都纳之于管辖范围之内,君民都应当遵守。因此君民应当共同制定宪法,否则偏于独裁,仍未铲除专制之旧根性,不仅不能产生宪法本身所应具有的功效,而且与宪法的原则相背。“今宪法之出于钦定,是不啻明示宪法为在上者之专有物,而不容吾民之置喙也决矣。且颁布宪法既在先,而召集议院复在后,是对于吾民明示不过锡

① 李庆芳:《立宪魂》,第27页。

② 李庆芳:《中国国会议》,见张枬、王忍之编:《辛亥革命前十年间时论选集》第3册,第117页。

予闻政而已，至于参预立宪之权利，夫固早有所靳而莫之予焉。”^①《大公报》也不甘落后，认为假君主大权钦定宪法，稍不审慎，而或演为变相的专制，将会产生无穷的弊害；在当时实行君主立宪的国家，制定普通的法律都必须经过国会，制定宪法更不可能完全由君主决定。国会有包括制宪权在内的完全的立法权的国家才能称为立宪国，反之则为专制国。因此，必须先开国会，而后定宪法、争民权。如果宪法侵夺了人民的权利，损害了人民的自由，不经资政院审议和全国人民公认，“虽钦定颁行，终究归于无效，不得以国会未开遂谓人民无讨论审查之责也”^②。《盛京时报》也宣称，大权政治实际上是登峰造极的专制，其所注意的重点，只是缚住人民的手足，使他们不能自由行动，钳住人民的口舌，使他们不敢畅所欲言，这样做的结果固然可以使统治者心得志满，但他们却不去思考在 20 世纪是否还有专制政体的立足之处。“吾民今日实力未充，固不致显与政府为难。然固人人忿嫉政府，怨毒之所丛，终恐有爆发之一日也”。暗示人们在适当的时候当用暴力手段逼迫清政府制定英国式的议会君主制的宪法，在中国实行英国式的议会君主制政体。^③

尽管以资产阶级立宪派为主体的多数立宪派一再要求清政府制定英国式的议会君主制宪法，但是清政府没有做出任何实质性的让步。辛亥革命爆发后，立宪派进一步借革命逼迫清政府制定英国式的议会君主制宪法，实行英国式的君主立宪政体。1911 年 10 月 29 日，资政院总裁世续等人为了“维人心而靖祸乱”，奏请清政府颁布明诏，颁布和臣民共同协定的议会君主制宪法。至于协赞的办法，“在纂拟之后，钦定之前，先之以协赞，于先朝圣训钦定之义毫无所妨者也”^④。同一天，具有君主立宪思想的军人驻滦州第 20 镇统制张绍曾与第二混成协协统蓝天蔚联名发动兵谏，奏请清政府立即实行英国式君主立宪政体，并提出了 12 条政纲，要求清政府参照执行。如果不答应将士们提出的政纲，一场兵变即将发生。在内外交困之下，清政府为了抚众保位，于 11 月 2 日下令将所有大清帝国宪法即交资政院起草，奏请裁

① 《时报》1910 年 11 月 21 日。

② 《大公报》1910 年 10 月 30 日。

③ 参见《盛京时报》1911 年 7 月 16 日。

④ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案资料》上册，第 96—97 页。

夺施行，以表示朝廷与民众有共同的好恶，能够大公无私地实行宪政。^①同时，原宪法纂拟大臣溥伦、载泽等原来拟定的《钦定大清宪法》草案因与现在的宗旨不合，也全部作废，不再交资政院审议。资政院接到命令，当天即按照张绍曾所提出的 12 条政纲，拟定并通过规定了议会君主制政体的《宪法重大信条十九条》，于第二天（11 月 3 日）上奏清政府，同日获得清政府批准并颁布。资产阶级立宪派和官僚立宪派中的地方督抚多年所追求的政治目标终于得以实现，但三个月以后，清政府即告寿终正寝，《宪法重大信条十九条》所规定的议会君主制政体在中国也最终没有实行。

二、民国初建时期的宪法学说

民国初建时期是指从武昌起义爆发到辛亥革命果实被袁世凯窃取这一历史时期。这一时期，一方面，在革命形势的推动下，君主立宪论逐渐偃旗息鼓，让位于民主共和论；另一方面，由于复杂的革命形势，资产阶级革命派对国家的宪政设计也经历了一个由总统制向责任内阁制过渡的进程。

（一）武昌起义后君主立宪论的消退

武昌起义后，尽管立宪派曾一度借革命成功逼迫清政府制定颁布了议会君主制的宪法文件《宪法重大信条十九条》，但是，面对飞速发展的革命形势，资产阶级立宪派中的大部分人都逐渐放下了他们多年以来苦苦追求的理想，转而投身民主革命，转向了革命。即使像张謇、梁启超这样一贯对君主立宪极其热衷的人，也在挽救清廷无望的情况下，实现了这一转变。官僚立宪派也发生分化，一大批人投身到革命阵营中来，扩大了革命的影响，君主立宪论在中国历史上暂时消退。

1. 资产阶级立宪派的转变

最先转向革命的是以汤化龙为首的湖北的资产阶级立宪派。武昌起义的第二天早晨，革命党人占领了武昌城，但由于原先安排好的领导人或逃或伤，亟须找一位素有声望的人来领导他们，而他们物色的第一个对象就是汤化龙。当天早晨，革命党人派代表去找汤化龙出任军政府都督，汤化龙以文人不知用兵婉辞，但表示愿意在政治民事方面从旁赞佐，并推荐新军第 21

^① 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案资料》上册，第 98 页。

混成协统黎元洪为都督。接着，他和副议长夏寿康、张国溶，议员胡瑞霖、吕逵先、阮敏嵩、刘庚藻，书记长石山俨等人参加了革命党人在谘议局召开的会议。在会上，汤化龙表达了他对首义同志的赞美和欢迎，帮助他们劝促黎元洪出任军政府都督，并说：“革命事业，鄙人素表赞成。但是此时武昌发难，各省均不晓得，须先通电各省，请一致响应，以助大功告成。……此时正是军事时代，兄弟非军人，不知用兵。关于军事，请诸位筹划，兄弟无不尽力帮忙。”^①旗帜鲜明地表达了自己赞同革命的政治立场，并就扩大革命声势、巩固革命成果方面提出了自己符合实际的建议。由于他的这一鲜明的立场深得革命党人的好感，加之他过去的崇高声誉，革命党人认为他是一位值得合作的同志，遂推选他为总参议和民政总长。对此，他欣然接受，并说：“本局（谘议局）为国民代表，原有复兴责任，既经诸君推举，事已成局，自当尽死报命。成则共图勋名，败则生灵涂炭。我汉人从此扬眉吐气，在此一举；我汉人万刃不复，亦在此一举。但愿诸君严守纪律，不可自相残害，方为义师。”^②一方面向革命党人宣誓了自己对革命的忠心，另一方面也提出了自己对他们的期望。

会后，汤化龙为表现自己拥护革命的热忱，又以湖北省谘议局的名义通电各省谘议局，痛数清廷的腐败，呼吁各地响应革命：“清廷无道，自召灭亡……强持专制，维新绝望，大陆将沉。吾皇神明之裔，岂能与之皆亡。楚虽三户，誓必亡秦。非曰复仇，实求自救。武汉义旗一举，军民振臂一呼，满酋瑞澂，仓皇宵遁；长江重镇，日月重光。立乾坤缔造之丕基，待举国同心之响应。特此通电告慰，望即不俟剑履，奋起挥戈，还我神州，可不血刃。诸公久立悬崖之下，同怀伐罪之忧，必当见义勇为，当仁不让，立举义旗，争先恐后。”^③随后，他又和黎元洪一道致电资政院，表达了类似的主张。不仅如此，他还到处发表演说，鼓舞士气，为革命形势的飞速发展做出了很大的贡献。

在汤化龙的带动下，别的立宪党人也纷纷行动起来，为革命奔走效劳。

① 张国淦：《辛亥革命史料》，龙门联合书局1958年版，第83页。

② 李剑农：《武汉革命始末记》，《辛亥革命》（五），第176页。

③ 张国淦：《辛亥革命史料》，第101页。

如胡瑞霖在上面所述的会议之后,“乃奔告商会垫借五万金分配作临时食费”^①,暂时解决了起义军的粮饷问题。10月11日,汉口新军起义,商会会长蔡辅卿、副会长李紫云即到军政分府表示支持,犒劳革命军,并送十万元作为军费。“从十月十一日起,迄汉口陷落,分府一切用度,未动武昌官库分文。”^②他们的这些行动,为革命党人克服困难,坚持斗争,并将革命推向全国起到了十分关键的作用。

此后,湖南、陕西、山西等省的资产阶级立宪派或单独、或与革命党人联合,都先后脱离清廷的统治,宣布独立。对此,《时报》曾发表社论,十分清楚地表明了资产阶级立宪派向革命的这一转变:“言革命于三年以前,诚非万全之策,微论诸君,即记者亦尝持极端之反对矣。若夫今日而倡言革命,则固仁之至义之尽,而丝毫无可迟疑者。试问今日之中国,尚能革命两字,而别商和平改革之方略乎?”^③截至1911年11月27日四川军政府成立,全国已有14个省宣告独立,清廷已陷入四面楚歌的境地。

以上众多转向革命的资产阶级立宪派可以分为两类:一类与汤化龙相似,一见革命爆发,便闻风而动,立即转向革命;另一类则相对保守得多,他们在武昌起义后一段时间内还妄图挽救清廷,只是到了最后看到清廷的败亡已成必然的情况下,才审时度势,放下一贯追求的立宪理想,转入滚滚的革命洪流之中。张謇、梁启超堪称后一类的典型代表。

武昌起义爆发后的一段时间内,为了挽救摇摇欲坠的清王朝,张謇曾奔走于安庆、南京、苏州之间,力图说服这些地区的当政者,让他们立即采取紧急措施以应付时局。他第一个力图争取的对象是安徽巡抚朱家宝,但是当他在10月12日从朱家宝处了解到该省“筹防无款,新军率不可靠”的情况后,便连夜启程赶往南京,极力劝说江宁将军铁良和两江总督张人骏火速出兵支援湖北,妄图用这里的兵力协助湖北把起义镇压下去,不使蔓延扩大。他警告铁良和张人骏,江宁与湖北利害相关,要想保住江宁,必须立即出兵援鄂!然而,由于铁良、张人骏二人只注意保护自己的地盘,加之张人骏与湖广总督瑞澂向有嫌隙,铁良、张人骏二人拒绝了张謇出兵湖北的建议。张

① 李西屏:《武昌首义纪事》,《辛亥首义回忆录》第4辑,湖北人民出版社1961年版,第34页。

② 温楚珩:《辛亥革命实践记》,《辛亥首义回忆录》第1辑,湖北人民出版社1961年版,第55页。

③ 《论国民今日不可存疑虑之见》,《时报》,1911年11月7日。

睿又于10月16日匆忙赶到苏州，游说苏抚程德全奏请解散皇族内阁，惩办祸首，提前宣布宪法，收拾人心，消弭革命。他在替程德全和山东巡抚孙宝琦草拟的奏章中，痛切哀求清廷“宸衷独断”，“上绍祖宗之成法，旁师列国之良规，先将现任亲贵内阁解职，特简贤能，另行组织，代君上确负责任。庶永保皇族之尊严，不致当政锋之冲突。其酿乱首祸之人，并请明降谕旨，予以处分，以谢天下。然后定期告庙誓民，提前宣布宪法，与天下更始。庶簧鼓如流之说，借口无资，潢池盗弄之兵回心而释。用剿易散，用抚易安”^①。10月21日，他又以江苏谘议局的名义致电清廷、请求宣布宪法，召开国会以收回人心。可见，他直到这时尚存挽救清廷、反对革命的孤臣孽子之心。

然而，他的这种想法很快就发生了变化。革命形势的迅猛发展，各省区的纷纷独立，终于使张睿认识到清廷已无可救药。他重新判断时局，认为武力镇压已无前途，于是决定放弃一贯坚持的君主立宪主张，转向共和，从“和平光复”中另谋出路。于是，他派自己的亲信沈惠孚、李平书等人与革命党人合作，于11月3日获得上海光复的胜利。此后，他和雷奋、杨廷栋等人派代表到苏州策动程德全宣布独立。11月6日他在发给袁世凯的电报中也十分明显地表明了这一转变。他说：“旬日以来，采听东西南十余省之舆论，大数趋于共和。以汉满蒙回藏组成合众，而国内响应者已见六省。潮流所趋，莫可如何。公之明哲，瞻信百里，愿征广义，益宏远谟。为神州大陆洗四等国最近之大羞；毋为立宪共和留第二次之种子。”^②在此前后，他还致函铁良、张人骏、张勋，劝他们断然放弃武装反抗，勿作民主共和的绊脚石。^③11月8日，他的家乡通州也宣布独立，地方秩序如常，他的大生资本集团毫无损失，他的哥哥还出任了总司令。这无疑加深了他对革命的认同感。11月12日，他联合伍廷芳等人，致电摄政王载沣，要求清帝退位，赞成共和。电文称：“大势所在，非共和无以免生灵之涂炭，保满汉之和平。

^① 上海社会科学院历史研究所编：《辛亥革命在上海史料选辑》，上海人民出版社1981年版，第988—989页。

^② 上海社会科学院历史研究所编：《辛亥革命在上海史料选辑》，第989页。

^③ 参见张睿：《劝告铁将军函》，《张季子九录·政闻录》卷3；《辛亥革命回忆录》第6辑，中华书局1963年版，第285页。

国民心理既同，外人之有识者议论亦无异致，是君主立宪政体，断难相容于此后之中国。为皇上殿下计，正宜以尧舜自待，为天下得人。”^① 11月21日，他当选为江苏省的临时议会议长。12月初，他赶往上海，与章太炎、宋教仁、黄兴、于右任等革命党人会谈。为了向人们显示他转向革命的决心，他还断然坚辞清廷委任的宣慰使和农工商大臣的职务，并于12月14日将作为清朝臣仆的辫子剪掉寄回家中，公开表明了他与清廷的决裂。

远在海外的梁启超由立宪向革命的转变轨迹与张謇如出一辙。武昌起义爆发以后，为了扑灭刚刚燃起的革命烈火，梁启超急忙从日本赶赴奉天，企图依靠载涛、吴禄贞、张绍曾、蓝天蔚等人掌握的军队，控制北京外围地区，阻止袁世凯入京，并在北京发动政变，驱逐素来与他为敌的奕劻、载泽，拥载涛为内阁总理大臣，以清廷名义，立即召开国会，宣布国会已掌握实权，君主立宪已经实现，幻想使全国人民归附他们，使革命党人再也无能为力。然而，当他11月9日到达大连以后，吴禄贞已被袁世凯派人刺杀。接着，张绍曾也被解除了兵权，同时他又听说蓝天蔚将对自己不利，只得再次逃往日本。回到日本以后，他又发表了《新中国建设问题》，继续主张实行虚君共和制，未能引起人们的重视。最后，在中华民国临时政府已经成立、清帝退位已成定局的情况下，以他为首的海外资产阶级立宪派中的大部分人终于也放下了行之不通的君主立宪主张，向民主共和靠拢。对此，梁启超曾说：“立宪派人不争国体，而争政体。其对于国体，主维持现状……于政体，则求贯彻将来之理想。”^② 换句话说，只要议会政治可以实现，君主立宪和民主立宪都是可以接受的。虽然他们不主张用革命手段来改变现状，但既然革命已经发生，他们就不得不去考虑君主立宪与民主革命的异同之处。议会政治是他们的共同信仰，既然他们的君主立宪理想尚待努力，而转向共和却可能早日实现自己的信仰，不如顺水推舟，以免多走弯路，于国于民于己都不利。

2. 官僚立宪派的分化

在众多的资产阶级立宪派转向革命的同时，官僚立宪派也发生了分化：程德全、熊希龄、朱家宝、袁世凯等汉族官僚出于各自的考虑，也都放弃了

^① 《伍先生公牍》上卷，台湾文海出版社1982年版，第11页。

^② 梁启超：《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86页。

一贯坚持的君主立宪主张，投身到革命阵营中来，从而扩大了革命的影响，加速了满清王朝的灭亡。

1911年11月5日，在张謇、雷奋等人的劝说下，江苏巡抚程德全“知军国之事已无可为”^①，遂宣布独立，出任中华民国的江苏都督，他手下的主要僚属也紧随他成了民国的官员。与此相一致，江苏谘议局也马上改组为江苏省议会，张謇仍任议长，原谘议局议员均改称议员。这些做法避免了江苏发生大的动乱，开创了和平光复的先例，对有些省份产生了良好的影响。

程德全由一个坚定的官僚立宪派转向革命，固然主要由于革命风暴的冲击和资产阶级立宪派的劝告，但是他个人的因素也是造成这一转变的重要原因。辛亥革命后程氏对清廷产生了严重的不满情绪。程德全原来对立宪非常热衷，是出于对清廷抱有幻想，武昌起义以后，“德全向清廷尽最后之忠告，前后疏陈大计，凡四上，其第三疏，张謇代拟”^②。张謇代拟的第三疏要求清廷罢黜后来皇族内阁，另用贤能，提前宣布宪法。当时，革命形势已非常高涨，但是清廷仍执迷不悟，妄图靠镇压来平息危机，不愿答应程的要求，遂对他的奏折留中不发。对此，程德全深为不满，他说：“乃反复敷陈，卒不见听。国体改革以还，日相寻于开争、猜忌之域，吾时于两方淳切劝解，亦均不见听。……驯至今日，纲纪凌夷，道德灭绝，人民困于水深火热，几不可一朝居。呜呼！既然无以对国君，复无以对国人，罪深孽重，夫复何害？”^③对清廷的不满情绪可谓溢于言表，这是他转向革命的内在原因。

此外，在辛亥大潮的冲击下，程德全已预感到清廷由于政治腐败，众叛亲离，必将灭亡。因此，在苏州光复前夕，他已有反正的意向和举动。“苏抚程德全，深明大义，环顾世界潮流，默察国民趋向，早知清廷不纲，必难持久，已有反正之意”^④。当时，程对革命党人在新军中的活动情况了如指掌，但他采取了默认的态度。据当时人回忆：在苏州光复前夜，程德全已和革命党人有了联系，但幕外人不知道。一天傍晚，他坐在抚衙花厅上，忽然赵尔丰的儿子来了。此人在苏州某学校任教师，发现了革命党人的活动，遂

① 朱照：《云阳程公六十寿序》，《辛亥革命江苏地区史料》，江苏人民出版社1961年版，第60页。

② 黄炎培：《辛亥革命中之一人——程德全》，《人文》1931年第2卷第1期。

③ 黄炎培：《辛亥革命中之一人——程德全》，《人文》1931年第2卷第1期。

④ 《辛亥革命江苏地区史料》，第121页。

来向程告密。程听话未竟，立即厉声呵斥说：“此地是什么地方？能容许你这样胡说八道吗？”说罢即举茶送客，赵狼狈而去。^①不仅如此，这一时期，程德全还对清廷采取了一种表面敷衍、实则对抗的态度。“武昌起义后，江督张人骏欲困守南京，而库房缺饷时，电借于苏，藩司左孝同将拨三十万元解南京以充军饷，程怒而勒令截留”^②。

熊希龄（1870—1937），湖南凤凰人，字秉三，光绪进士，选翰林院庶吉士，曾助陈宝箴、黄遵宪力行新政。历任湖南时务学堂提调、出洋考政五大臣随员、奉天农工商务局总办、奉天盐运使、东三省屯垦局会办兼奉天造币厂总办等职。平素与梁启超、杨度交好，曾以款项接济作为资产阶级立宪派喉舌之一的《时报》，是当时力行君主立宪的一个低级官僚。武昌起义爆发时，他正在奉天任，曾打算协助梁启超发动政变，利用清廷名义在中国实行君主立宪。失败以后，由奉天赶往上海。有人问他为何离开奉天，他说：“吾尝以策干赵尔巽，赵不从，则是居与不居等也，故辞归耳。”^③认为赵不合作是政变未遂的原因。

到了上海以后，熊希龄的政治态度开始发生转变，尤其是在他会见了革命党人黄兴、宋教仁等人以后，逐渐表示拥护共和。12月26日，他以湖南共和协会会长名义，代表全会150余人致仍在观望的袁世凯的电报明显地表明了这一转变。该电认为，“现南北人民，既主共和，公独为满室而战，为君主而战”，实在是冒天下之大不韪，逆民意而行。他指出，“满室已失人民之信用，实无再为君主之资格，必须迅速避让，免致涂炭生灵……时不可待，望公毅然速请明诏退位，勿误大局，天下幸甚”^④。告诫袁世凯当机立断，顺应时代潮流，勿作历史的绊脚石。

武昌起义以后，安徽“谘议局及各士绅全以沿江各省会俱宣告独立，皖不独立则上下夹攻，民生涂炭，性命财产势将不保”，两次要求朱家宝宣布独立。^⑤革命党人也与谘议局联系，希望两派联合，“迫使朱家宝援苏抚程

① 参见《辛亥革命江苏地区史料》，第125页。

② 《江苏文史资料选辑》第6辑，江苏人民出版社1981年版，第25页。

③ 丁文江、赵丰田编：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社1983年版，第573页。

④ 林增平、周秋光：《试论熊希龄》，《湖南师大学报》1985年第5期。

⑤ 参见《宣统政纪》第43卷。

德全例，宣告独立”^①。但朱家宝一开始仍以效忠清廷为念，不愿附从革命，并采取两项措施：“第一，认为新军已落入革命党人之手，不足信赖，将之调出城外解散，另调江防营，及巡防营进省以资镇慑。第二，拟捕拿革命党人，以绝后患。”^②对此，资产阶级立宪派十分不满。11月5日，谘议局议长窦以珏、副议长童悒芳等向朱家宝提出三个要求让他答复。这三个问题是：“一、巡抚为地方父母官，如调兵遣将，与革命党决战，试问战起，安徽父老兄弟之生命财产，由谁保护？二、安徽筹款数万万，始能练成一支新军，今一旦将之解散，数万万元化为乌有，而地方安全无人负责，新军必须召回；三、江防营纪律极坏，与市民交易，大半强勒，必须将之调回原地。”^③与此同时，他们还恐吓朱氏，谓革命党人“怀挟猛烈炸弹，相煎太甚，铤而走险，恐全城俱碎”^④。朱家宝对徐锡麟刺杀恩铭一事还记忆犹新，听他们如此一说，十分害怕，遂于11月6日作出答复：“军心如此，民心如此，各省踵蹶而行，我敢独异？请诸公策自保，吾遵奉施行耳。”^⑤他的态度软化，成就了安徽的独立。11月8日，谘议局宣布独立，推举朱家宝为安徽都督府第一任都督。

如果说程德全、熊希龄转向革命是出于对革命的认同，朱家宝转向革命是出于资产阶级立宪派的迫使，那么，作为当时的风云人物的袁世凯由立宪向革命转变则是由于权力利益的驱使。

袁世凯为了当上内阁总理大臣，掌握清廷的实权，一贯对实行君主立宪非常热衷，为此遭到摄政王载沣的疑忌，遂于1909年以他患有“足疾”为名，勒令他“回籍养痾”。武昌起义后，清廷为了利用袁控制的军队镇压革命，就于1911年10月14日重新起用袁世凯，补授他为湖广总督，“督办剿抚事宜”^⑥。袁世凯嫌官小权轻，就以足疾未愈为名，拒绝出山。清廷被逼无奈，在革命形势继续高涨的情况下，于11月1日解散皇族内阁，令袁世凯为内阁总理大臣，重新组织责任内阁，并专门发布上谕，令所有派赴湖北

① 孙传瑗：《安徽革命纪略》，《辛亥革命》（七），第184页。

② 张朋园：《立宪派与辛亥革命》，吉林出版集团有限公司2007年版，第192页。

③ 郭孝成：《安徽光复记》，《辛亥革命》（七），第174页。

④ 孙传瑗：《安徽革命纪略》，《辛亥革命》（七），第185页。

⑤ 张国淦：《辛亥革命史料》，第243页。

⑥ 《宣统三年八月二十三日上谕》，《辛亥革命》（五），第293页。

陆海各军及长江水师仍归袁世凯节制调遣，把中枢大权和前线指挥权统统交给了袁世凯。在这种情况下，袁世凯终于心满意足，便在他的家乡河南彰德“遥领圣旨”，下令北洋军向民军进攻，并于11月中旬进京赴任。

袁世凯在其权力欲望得到满足的情况下，出山之初仍坚持君主立宪，以维持既得利益。这正如他所说：“余出山即抱定君主立宪。”^①为此，11月11日，他派特使蔡廷干、刘承恩过江向革命党人谋求在清廷迅速起草宪法、组织完全内阁、实行英国式君主立宪的前提下和平解决南北问题，理所当然地遭到了革命党人的拒绝。12月初，南北双方开始谈判，他仍在做最后的努力，企图在避免内战、恢复秩序的前提下，维持君主立宪政体。为此，在他派出的谈判代表南下时，他训示说，此次谈判，“君主制度，万万不可变更”^②。

但是，随着形势的发展，他还是放弃了这一政治主张，向革命阵营靠拢，在一定时期内成了民主革命的同路人。造成这一转变的最主要原因是他对权力的更大贪求：攫取中华民国临时大总统的职位。早在11月30日，英国公使朱尔典令英国驻汉口领事出面向湖北军政府转达三项议和条件：（1）双方即日停战；（2）清帝退位；（3）选举袁世凯为大总统。在帝国主义和北洋军的双重压力下，革命党人接受了停战，还将希望寄托在袁世凯身上，向他承诺：如他能赞成共和，则中华民国大总统一席断属项城无疑。并在汉口召开会议，通过虚总统之席以待袁反正归来的决议。身为湖北军政府都督的黎元洪在给袁的信中更声称：“将来民国总统选举时，第一任之中华共和国大总统，公固不难从容猎取也。”^③轻易地把中华民国临时大总统的职位许给了袁世凯。在这种情况下，袁世凯面临两种选择：要么坚持君主立宪，一意孤行；要么顺从共和，攫取总统职位。在权力贪欲的驱使下，他很快抛弃了君主立宪立场，附从革命，尤其是在等到孙中山1912年1月16日保证在清帝退位后辞职让他做临时大总统的许诺后，他的态度更是急转直下。他一面奏请清廷退位说，“海军尽叛、天险已无”，仅靠北洋六镇无法防卫京津，

① 丁文江、赵丰田编：《梁启超年谱长编》，第567页。

② 张国焘：《辛亥革命史料》，第289页。

③ 张国焘：《辛亥革命史料》，第282页。

“虽效周室之播迁，已无相容之地”，除非清帝自行退位，实行共和，别无出路。^①一面唆使北洋将领段祺瑞等人通电拥护共和，电报称：“明降谕旨，宣示中外，立定共和政体。”^②在这种情况下，1912年2月12日，清帝被迫正式宣布退位。由此，袁世凯顺理成章当上了中华民国的临时大总统。

袁世凯附从革命以后，唯他马首是瞻的最后一批主张在中国利用清统治者实行君主立宪的官僚立宪派也迅速作出反应，急速向革命转化。这样，不管是资产阶级立宪派还是官僚立宪派，大多数人都转向了革命，君主立宪论暂时退出了中国历史舞台。

（二）资产阶级革命派的宪政模式之争

资产阶级革命派的宪政模式之争是辛亥革命前后资产阶级革命内部关于在中国进行宪政建设的两种观点的分歧，围绕它所进行的宪政建设与制度设计，在一定程度也引发了民国初年一次又一次的府院之争。

辛亥革命成功后中国应当选择什么样的共和宪政体制，是一个十分重要而又异常复杂的问题。当时可供选择的体制有两种：一种为美国式的总统制，一种为法国式的责任内阁制。在这一问题上，尽管革命派内部不是铁板一块，但早期大多数人无疑是主张效法美国总统制的。早在1894年兴中会成立时，孙中山提出“驱除鞑虏，恢复中华，创立合众政府”的人会誓词，所谓“合众政府”，在当时乃是特指美国式的总统制共和政府。1903年孙中山在檀香山对华侨演说，明确指出“革命成功之日，效法美国选举总统，废除专制，实行共和”^③。1906年秋冬之际，孙中山与黄兴等人在日本制订《中国同盟会革命方略》，提出分三个时期实施革命纲领的构想，明确提出在第三期即“宪法之治”时期，须由国民“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”^④。可见，效法美国，实施总统制，乃是孙中山等人一以贯之的政治主张。

武昌起义之后未逾一月，资产阶级革命派三分天下得其二，新政权的政体建设提上议事日程。1911年11月底至12月初，独立各省代表以大局粗

① 参见爱新觉罗·溥仪：《我的前半生》，群众出版社1964年版，第40页。

② 张国淦：《辛亥革命史料》，第305页。

③ 《孙中山全集》第1卷，第226页。

④ 《孙中山全集》第1卷，第298页。

定,汇集汉口,商议组织中央政府事宜。与会代表拟定的兼具临时宪法与政府组织法性质的《中华民国临时政府组织大纲》决定依照美国的政体模式,实施总统制,选举临时大总统以总摄全国军政事务。^①但是在酝酿临时大总统人选时,因利益冲突,鄂、浙对峙,一时未能产生可为各方接受的人选。12月25日孙中山从海外归国后,打破了临时政府组建中的僵持局面,但同盟会内部却为临时政府的政体选择发生了一场争执。孙中山历来主张总统制,此时自然是不改初衷。出来唱对台戏的是宋教仁。本来,武昌起义之后,当独立各省初感缺乏领导指挥中枢之后,宋教仁曾有拥戴黄兴为总统的想法。^②但在孙中山准备应选临时大总统时,他又改变观点,力主责任内阁制。时人曾这样记载:“同盟会于1912年12月26日假哈同花园公宴总理(孙中山),宋钝初自宁赴会。席次,克强与英士、钝初密商,举总理为大总统,分途向各代表示意。计已定,晚间复集总理寓所,会商政府组织方案。宋钝初主张内阁制,总理力持不可。克强劝钝初取消提议,未决。克强定期赴宁,向代表会商定。”^③与会者除孙中山、陈英士、宋教仁、黄兴之外,还有汪精卫、马君武、居正、张人杰等。孙中山在会上明确阐述了自己的意见:“内阁制乃平时不使元首当政治之冲,故以总理对国会负责,断非此非常时代所宜……余亦不肯徇诸人之意见,自居于神圣赘疣,以误革命之大计。”^④这次会议虽未能说服宋教仁放弃责任内阁制的主张,但同盟会核心领导层多数人的意见已经趋同。会后黄兴前往南京,同正在那里筹建临时政府的各省代表会商推举孙中山为临时大总统。12月29日,17省代表开会选举临时大总统,孙中山以16票当选,3天后宣誓就职。不久以后,临时参议院也在南京成立。于是,中国历史上第一个总统制的共和国政权南京临时政府得以诞生。

但是,此后不久,鉴于《中华民国临时政府组织大纲》的不足,尤其是囿于其作为政府组织法的法律性质,无法对人民的权利义务作出规定,同时出于当时正在进行的南北议和的需要和袁世凯即将接替孙中山出任中华民国

① 该《组织大纲》于1911年12月3日正式公布,于1912年1月2日修正。

② 参见《胡汉民自传》,见《近代史资料》总45号,第54页。

③ 陈旭麓主编:《宋教仁集》上册,中华书局1981年版,序言第9页。

④ 王耿雄等编:《孙中山集外集》,上海人民出版社1990年版,第47页。

临时大总统的现实，为保卫辛亥革命的政治成果，防止袁世凯上台后倒行逆施，搞封建复辟，南京临时政府也迫切希望制定一部国家根本大法来规定国家的根本政治制度。在这种背景下，南京临时政府参议院于1912年3月8日匆匆通过了《中华民国临时约法》，并由孙中山于3月11日予以公布。

与《中华民国临时政府组织大纲》相比，《中华民国临时约法》最重大的改动就是将南京临时政府已经开始实施运作的总统制改为责任内阁制。这一重大改动显然与总统人选的变更有关。南北议和之时，各省代表就有虚位以待袁世凯反正的承诺，孙中山就任临时大总统后，亦曾表示一旦清帝退位、袁世凯表示赞成共和，便辞去所任临时大总统之职。该约法制定之时，清帝退位之事已成定局，袁世凯也已承诺赞成共和。在此情势下，孙中山势不能不履行诺言让位于袁世凯。然而，袁世凯的政治品格，实在让人难以信任。从他戊戌变法以来的政治表现来看，任何一个站在维护民主共和制立场上的政治家都不能不对他心存戒备。孙中山领导中国革命近二十年，其间革命志士为建立民主共和制度付出了巨大的代价，岂会甘心将已经打下的江山拱手让出？但由于力量对比悬殊，又不得不让，只好在让的同时采取措施防范。而防范措施之一就是此前已经施行的总统制改为责任内阁制以防止袁世凯专权和开历史倒车。李剑农先生指出：“从前修改临时政府组织大纲时，宋教仁想把它变为责任内阁制，那些对于宋教仁怀疑忌心的代表先生们，因为要打击宋教仁的原故，拼命的反对，使责任内阁制不能实现。现在所制定的约法，预备在袁世凯临时总统任内施行，又因为要抑制袁世凯野心的缘故，竟把总统制改为责任内阁制了。”^①李剑农先生将从前包括孙中山在内的大多数资产阶级革命派及独立各省人士主张总统制说成是为了反对宋教仁，显然有些以偏概全，但将已经实施的总统制改为责任内阁制的原因归结为限制袁世凯的需要，则应当是符合历史事实的。对此，孙中山自己也辩解说：“至于政府之组织，有总统制，有内阁制之分。法国则内阁制度，美国则总统制度。内阁制度为内阁负完全责任。内阁若有不善之行为，人民可以推倒之，另行组织内阁。总统制度为总统担负责任，不但有皇帝性质，其权力且在英、德诸立宪国帝皇之上。美国之所以采取总统制度，此

^① 李剑农：《中国近百年政治史》，第309—310页。

因其政体有联邦性，故不得不集权于总统，以谋行政统一。现就中国情形论之，以内阁制为佳。”^①至此，他已将此前强调总统制的诸多言辞抛到九霄云外。

革命党人这种“因人设法”的做法，既为袁世凯所不容，又为法律家所诟病。在奸雄袁世凯眼中，今日你革命党人能以一纸《中华民国临时约法》将原已经施行的总统制改为责任内阁制以限制我大权独揽，明日我何尝不能以另一部约法将政体修正过来，重新施行总统制乃至大总统集权制，为我的专权乃至帝制复辟作法律上的依据？而在法律家眼中，虽然这种做法反映了革命党人用心之良苦和政治之幼稚，但这种针对个人而轻率立法改变政体的做法，却在近代中国宪法史上开了一个恶劣的先例。对此，唐德刚先生评价说：“这一着明显地是针对袁世凯而设计的。将来中山如让位与袁，袁大总统的职权和现在孙大总统的职权，就不可同日而语了。实质上，这是同盟会所掌握的参议院对未来的大总统所投的不信任票，如同大相国寺菜园里的一群张三李四想对新到的和尚鲁智深来个下马威，乘他立足未稳，便把他摔到粪窖里去的一厢情愿的安排。谁知力有不逮，反而助长了和尚在菜园里的权威，其结果实非动议人始料所及也。”^②这一评价虽有戏谑的成分，但事实确是如此。随着1912年4月1日孙中山辞去临时大总统职务，南京临时政府终结，《中华民国临时约法》被毁的噩运也就到来了。^③

三、北洋政府时期的宪法学说

北洋政府时期是指从袁世凯窃国到北洋政府垮台长达16年的历史阶段，与前述民国初建时期有重合。这一时期一方面为了维护辛亥革命所确立的共和政治体制，资产阶级民主派继承、发扬了自己的宪法学说^④，另一方面伴随着北洋军阀的一度复辟，君主立宪论曾经一度老调重弹，因此，这一时期的宪法学说明显具有二重性的特征。

① 《孙中山全集》第3卷，中华书局1984年版，第44页。

② 唐德刚：《袁氏当国》，广西师范大学出版社2004年版，第18—19页。

③ 参见杨天宏：《论〈临时约法〉对民国政体的设计规划》，《近代史研究》1998年第1期。

④ 这里的资产阶级民主派是一个比较宽泛的概念，既包括此前的资产阶级革命派，也包括此后历届国会中那些具有民主思想的人。

(一) 资产阶级宪法学说的继承与发展

1. 责任内阁制的维护

袁世凯就任临时大总统后，决定组织一个听命于己的内阁，而资产阶级民主派却想组织一个限制袁世凯权力的内阁。围绕这一问题，双方展开了激烈的较量。在双方讨论内阁总理人选时，革命派坚持内阁总理必须是同盟会会员，总理通过之后，再由总理提出全体阁员名单，请参议院投票。双方在这一问题上争执不下，后来还是列席旁听的赵凤昌提出了一个两全的办法，他认为第一任内阁，是新旧总统交替的一个桥梁，所以国务总理必须是孙中山与袁世凯共同信任的人物，这只有唐绍仪最合适。最好的办法，就是唐绍仪加入同盟会，这样问题便可以解决了。而在此前与同盟会的接触中，唐绍仪早已接受了同盟会的政治主张，此时提出希望加入同盟会。孙中山与黄兴等对这个建议表示赞同，并欢迎唐绍仪加入同盟会，并决定请他出任国务总理。^①袁世凯就任后的第三天，即1912年3月13日正式任命唐绍仪为国务总理，30日又经参议院批准，任命了各部总长。

从表面上看，十个部中有五个总长为同盟会会员，同盟会对此也沾沾自喜，认为已经达到了目的。但事实上，重要的军政大权全部由袁世凯的亲信和部属所控制。袁世凯任命唐绍仪为国务总理，主观上还是把唐看成是自己的私人，期望以他为国务总理的内阁能够听命于己，可唐绍仪担任总理后，却认真行使国务总理的权力。上任伊始，“国务总理唐绍仪毅然主张内阁制，设国务会议，以为执行职权之枢纽”^②，府院之间便形成对峙。以后，唐凭借《中华民国临时约法》赋予的权力，“对于袁的行动，处处不肯放松”^③。袁世凯第一次到参议院发表的宣言书稿，“中间多经唐氏改窜，乃行发表”^④。总统府的职官，“以总统府发一议、出一令，必须经国务院之阶级，且有时驳还，深病之”。唐绍仪却坚持己见，不稍假借。“有时白总统持异议，抗争座上不稍屈”。总统府的侍从武官，每侧目视之，见唐到来，便私下议论：“今日唐总理又来欺侮我总统耶？”袁世凯则抱怨说：“吾老矣，少

① 参见刘厚生：《张謇传记》，龙门联合书局1958年版，第196—197页。

② 白蕉：《袁世凯与中华民国》，《近代稗海》第3辑，四川人民出版社1985年版，第41页。

③ 李剑农：《中国近百年政治史》，第331页。

④ 远生：《政界内形记》，《民初政争与二次革命》上编，上海人民出版社1981年版，第30页。

川，子其为总统。”^① 双方矛盾不断激化，并最终在关于王芝祥的直隶总督任命问题上发生了直接冲突。王芝祥是曾经依附革命派的军政要员，直隶民党运动直省议会公举王为直隶都督，隐含以王牵制在北京就职不肯南下的袁世凯之意。唐绍仪一度同情革命，在南京组阁时，颇赞同以王督直之议。唐人京后，面见袁世凯，以王督直之事相商，“世凯雅不欲，颇相持”^②。不久，唐绍仪电召王芝祥入京，引起直隶五路军界通电反对。袁遂以军界反对为由，委任王赴南京遣散军队。对此，唐拒绝副署，认为政府不应漠视直省议会之议。袁世凯早对《中华民国临时约法》赋予国务员“副署”权不以为然，遂以未经唐副署的委任状，“直接交王芝祥拜领”^③。唐绍仪怒不可遏，于6月14日愤然辞职，并且不待袁世凯批准，单身出走天津。接着蔡元培等四位同盟会阁员也于21日集体辞职，以抗议袁世凯破坏责任内阁制的行为。于是，中华民国的第一届责任内阁从1912年4月21日正式成立，至6月14日唐绍仪辞职，只存在了短短两个月时间便告夭折。

唐绍仪辞职后，同盟会认为要维护责任内阁制，必须走政党政治的道路。为此，同盟会本部召开全体职员大会，决议采取政党内阁主张，除非由同盟会组阁，否则会员概不入阁。6月20日下午，张耀曾、李肇甫、熊成章、刘彦代表同盟会，向袁世凯提出今后应采取政党内阁制，否则同盟会员不再加入。这一要求当即被袁世凯所拒绝。袁世凯宣称：“吾国今日政党方在萌芽，纯粹政党内阁尚难完全成立……余之主义在于得人，但问其才与不才，无论其党与不党。”^④ 袁世凯害怕大局动摇，还要求蔡元培等同盟会阁员不要辞职，遭到拒绝。7月14日，蔡元培宣布，“实现政党内阁之理想”，“是为吾党神圣不可侵犯之条件。有破坏此条件者，不特吾党之败类，而实民国之罪人”^⑤。16日，袁世凯一计不成，电告各省都督，通告对同盟会籍阁员挽留无效。18日，陆征祥提名周自齐等六人入阁替补。由于陆出言不慎，次日表决时被参议院全部否决。7月21日，袁世凯出面宴请参议院六

① 谷钟秀：《中华民国开国史》，见章伯锋、李宗一主编：《北洋军阀》第2卷，武汉出版社1990年版，第2页。

② 林长民：《参议院一年史》，《北洋军阀》第2卷，第12页。

③ 谷钟秀：《中华民国开国史》，《北洋军阀》第2卷，第2页。

④ 《袁世凯与同盟会代表的谈话》，《民初政争与二次革命》上编，第49页。

⑤ 蔡元培：《答客问》，《蔡元培全集》第2卷，中华书局1984年版，第269页。

十余人进行疏通，并有马毓宝、余大鸿、邓玉麟、王天纵等将领召集北京军警特别大会，攻击参议员“挟持党见”，“破坏大局”，“丧心若此，实为人民之公敌”^①。这期间，“参议院所接到讨罪之文，可以盈尺”^②。26日，参议院审议段祺瑞代表陆征祥提出的六阁员名单，除工商总长蒋作宾外，财政部长周学熙、教育总长范源濂、司法总长许世英、农林总长陈振先、交通总长朱启铃均获通过。8月2日，又通过声明退出同盟会的刘揆一为工商总长。由此组成了所谓的超然内阁。但此内阁组成不到2个月，9月22日又因张振武、方维被杀事件再度倒台，接替它的是赵秉钧内阁。

在这个过程中，同盟会继续坚持走政党政治的道路，尤其是宋教仁希望通过争取国会的多数席位，组织政党内阁，架空袁世凯，进而使袁世凯在大选中落选，由黎元洪任总统，以实行真正的责任内阁制。因此，他一方面于1912年8月将同盟会扩大改组为国民党，另一方面在1912年12月至1913年2月的第一届国会大选中积极奔走运动，期望国民党在国会中取得多数，组织责任内阁，使中华民国成为真正的民主国家，这根本就是不切合当时中国实际情况的幻想。“卧榻之侧，岂容他人鼾睡”，袁世凯对宋教仁企图通过组织政党内阁来削夺他的权力的做法，当然是不能容忍的。遂派人于1913年3月20日在上海火车站暗杀了宋教仁，从而以武力宣告了资产阶级民主派所维护的责任内阁制的实际破产。

此后，袁世凯召集了国会，启动了制宪活动，妄图希望通过制定一部正式的中华民国宪法，正式废除责任内阁制，但由于国会中国国民党议员的反对，这一目的没有实现，于是他就解散了国会，另设约法会议，炮制了《中华民国约法》，确立了大总统集权制，正式建立了自己的独裁统治。对此，袁世凯仍不满足，还准备黄袍加身，于1915年筹备复辟，但在第二年全国人民的反对、咒骂声中绝望地死去。

2. 新旧约法之争

袁世凯死后，其死党国务卿段祺瑞本想利用他手中掌握的军事力量，继承袁世凯的衣钵，继续当独裁总统，但在日、英、法、俄、意、比等国公使和西南独立各省的反对下，加之北洋军阀内部的互相倾轧，他暂时放下了这

^① 《北京军警特别大会报道》，《民初政争与二次革命》上编，第73页。

^② 《三日观天记》，《民初政争与二次革命》上编，第89页。

一念头，决定先把黎元洪捧上总统宝座，以后再作他图。遂于6月6日，即袁世凯死的当日通电全国，称袁“因病薨逝，业经遗令依约法第二十九条，宣告以副总统黎元洪代行中华民国大总统之职务”^①。段祺瑞这么做的目的在于，其一，依照《中华民国约法》产生的《修正大总统选举法》第十一条规定，副总统代行大总统职权后，三日内要召开大总统临时选举会进行选举，不能久任。^②其二，在大总统选举时，他可仿效袁世凯的办法，组织御用的选举机构，利用军警威逼选举人员，选举他为大总统，最终实现他的政治野心。其三，他如果能攫取到大总统职位以后，同样可以像袁世凯那样建立集权独裁统治。

段祺瑞的以上做法，立即受到了各方面的强烈反对。国会议员首先反对说：“袁世凯民国三年颁之所谓中华民国约法，全由袁氏一人私意妄自窜乱而成，一切增修程序既与临时约法所载相违背……不发生国法上之效力，民国开基之临时约法，固至今无恙也，现在黎大总统继任，实根据民国二年十月国会所制定大总统选举法第五条之规定，应承继本任总统袁世凯之任期至民国七年10月为止。袁世凯遗命及段祺瑞通告，所称依约法第二十九条，由副总统代理之说，系依据袁世凯三年私造之约法万难承认。”^③随后，6月9日，孙中山也发表《规复约法宣言》，中称：“袁氏凡百罪孽，皆由其以天下为私之一念而来。残暴专制，既无不为，而又以金钱诈术济之，以至于败。今求治无他，一言蔽之曰：反其道而已。庶事改良，或难骤举，至于规复约法，尊重民意机关，则惟一无二之方，无所用其踌躇者。于此时期，而犹有怙私怀伪不顾大局之流，则国人疾之，亦将如疾袁氏。吾辈固甚不愿见此不祥之人，至更遗吾国不祥之事也。”^④同一天，又致电黎元洪说：“今闻于阳日依法就职，良为国庆。中邦专制，历数千年，共和方新，忽被摧挫，去乱图治，愿力反前人所为。有如规复约法，尊重国会，尤不容缓。民国总统，职曰公仆，一切僭制妄作，宜即屏除，庶几气象一变。目前纷纠若定，

① 《国务院通电》，李希泌、曾业英、徐辉琪编：《护国运动资料选编》下，中华书局1984年版，第665页。

② 参见夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第465页。

③ 李剑农：《中国近百年政治史》，第424页。

④ 《孙中山全集》第3卷，第305页。

前途希望无穷。尤企公本高尚之旨趣，宏大之规模，勇毅之精神，精密之条理，与国民从事建设，天下幸甚。”^①

接着，西南独立各省也相继通电，与国会议员和孙中山的反对意见遥相呼应，这其中以6月10日唐继尧的通电最具代表性，最后成为西南独立各省的一致主张，其主要内容如下：“（一）请黎大总统即日宣言国家根本法，当以国会解散以前所公布者为准。（二）请召集以前参众两院议员，速在天津开国会，按法补选副总统，及要求同意任命国务员，组织正式国务院。（三）请撤退抵御护国军所派遣之北军。（四）请下令召集军事特别会议，由各省都督或将军，各派代表在沪开会，议决一切善后军事问题。”对于以上主张，黎元洪表示完全赞成。段祺瑞则坚持说不能以命令变更法律并于22日通电谓：“三年修改之约法，行之已久，今一旦以总统命令宣告废止，复用元年约法，在政府初无成见，恐启后来政府以命令变更法律之渐。”对段祺瑞的这一说法，唐绍仪、梁启超、伍廷芳等人联名通电进行了驳复，认为三年之约法并不成为法律，征诸当前事实更无可疑宣告废止，根本谈不上以命令变更法律。不仅如此，“此次我大总统依法继任，政府对内对外，迭经声明，所依何法？非根据元年约法规定程序所衍生之大总统选举法耶？使三年约法而为法也，一法不容两存，则被该法所废止之大总统选举法，定当非法，云何能依？果尔则何不于6月9日开所谓石室金匱以别求元首？夫我大总统正位，而国内外共仰为合法者，无他焉，以三年约法之不成为法也。又如我公今所长之机关为国务院，国务院者，元年约法上之机关，三年约法所未尝有也。三年约法若为法，元年约法定非法，公所长之院何由成立，今发布院令而中外共许为合法者，无他焉，以三年约法之不成为法也。揆诸法理如彼，征诸事实如此，则三年约法之非法，确成铁案”。对此，段祺瑞仍旧托辞不从。6月25日，海军总司令李鼎新与第一舰队司令林葆懌、练习舰队司令曾兆麟等，集合各巨舰于吴淞口外，发表独立的宣言，称：“黎大总统虽已就职，北京政府仍根据袁氏擅改之约法，以遗令宣布，又岂能取信天下履服人心，今率海军将士于6月25日加入护国军，以拥保今大总统，保障共和为目的，非俟恪遵元年约法，国会开会，正式内阁成立，北京海军部

^① 《孙中山全集》第3卷，第306页。

之命令，概不承受。”冯国璋以淞沪为自己所辖的境地，恐怕海军于己不利，遂电促段祺瑞，要求尽快根本解决这一问题。^①

以上形势，使段祺瑞不得不考虑一个问题，即如果继续坚持沿用《中华民国约法》，必然要像袁世凯一样，落个身败名裂的下场。假若变更策略，表面上恢复《临时约法》，恢复国会，制定宪法，玩弄假共和真独裁的丑剧，就更有利于巩固他的统治。基于这种考虑，1916年6月29日由黎元洪签署，并经段祺瑞副署发布了一道命令，称：“共和国体，首重民意。民意所寄，厥惟宪法。宪法之成，专待国会。我中华民国国会，自三年一月十日停止以后，时越两载，迄未召复，以致开国五年，宪法未定。大本不立，庶政无由进行，亟应召集国会，速定宪法，以协民志，而固国本。宪法未定以前，仍遵行中华民国元年三月十一日公布之临时约法，至宪法成立为止。其二年十月五日宣布之大总统选举法，系宪法之一部，应仍有效。”同一天，黎元洪再次发布命令：“兹依临时约法第五十三条，续行召集国会，定于本年八月一日起继续开会。”^②按照这两个命令，《中华民国临时约法》暂时恢复了效力，国会也于1916年8月1日在北京恢复。此次国会是继民国二年国会开的，因此，史称“国会第二次常会”。在国会中，黎元洪被确定为继任大总统，段祺瑞则当上了国务总理，冯国璋被选为副总统。此后六七年间，虽然国会时开时散，但在其中的资产阶级民主派的努力下，最终制定出了在中国宪法文化史具有重大意义的1923年《中华民国宪法》。^③

3. 孙中山的“五权宪法”学说

这一时期最具特色的当属孙中山的“五权宪法”学说的完善。早在1906年，孙中山在东京同盟会庆祝《民报》创刊周年纪念的演讲中，第一次阐述了“五权宪法”的理论。他说：“兄弟历观各国的宪法，有文宪法是美国最好，无文宪法是英国最好。英是不能学的，美是不必学的。英的宪法所谓三权分立，行政权、立法权、裁判权各不相统，这是从六七百年前由渐而生，成了习惯，但界限还没有清楚。后来法国孟德斯鸠将英国制度作为根本，参合自己的理想，成为一家之学。美国宪法又将孟氏学说作为根本，把

① 以上内容参见李剑农：《中国近百年政治史》，第426—427页。

② 《宪法公言》，1916年10月10日。

③ 参见卞修全：《近代中国宪法文本的历史解读》，第119—124页。

那三权界限更分得清楚，在一百年前算是最完美的了。一百二十年以来，虽数次修改，那大体仍然是未变的。但是这百余年间，美国文明日日进步，土地财产也是增加不已，当时的宪法现在已经是不适用的了。兄弟的意思，将来中华民国的宪法是要创一种新主义，叫做‘五权分立’。”^①这里的五权，是他将前述的行政权、立法权、裁判权（司法权）和中国历史上存在过的考试权与监察权合在一起而提出的一个新名词。

到了1924年，在《民权主义》第六讲中，孙中山对“五权宪法”学说进行了进一步的解释。按照他的解释，“五权宪法”不是简单地划分五种权力，而是为民主而分权。他认为西方三权分立的一大弊端就是不能实现直接民权，而要解决这一问题，就要实行权能分治基础上的“五权宪法”。孙中山认为，代议制政体下，“政府过于专横，人民没有办法来管理。不管人民是怎么样攻击，怎么样颂扬，政府总是不理，总是不能发生效力”^②。这就是政府滥用权力的表现。那么如何解决这一难题呢？他主张实行权能分治，以权制能，处理好民权与政府权的关系，实行真正的民权。为此，他对“政治”的含义进行了这样的解释：“政是众人之事，集合众人之事的大力量，便叫做政权；政权就可以说是民权。治是管理众人之事，集合管理众人之事的大力量，便叫做治权；治权就可以说是政府权。所以政治之中，包含有两个力量：一个是政权，一个是治权。这两个力量：一个是管理政府的力量，一个是政府自身的力量。”^③在这里，他将政治权力划分为权和能：权也就是他说的政权，在民众手里，也称为民权；而能也就是他说的治权，则在政府手中，也可称为政府权。孙中山认为，把国家大权分为政权和治权，分别交给人民和政府，将权与能分开，就可以使人民有权，政府有能，避免政府滥用权力。他还用机器作比喻说：“什么是有能力的东西呢？机器的本体，就是有能力的东西。譬如十万匹马力的机器，供给了相当的煤和水之后，便可以发生相当的能力。什么是有权的人呢？管理机器的工程师，就是有权的人。无论机器是有多少马力，只要工程师一动手，要机器开动，便立刻开动；要机器停止，便立刻停止。工程师管理机器，想要怎么样，便可以怎么

① 《孙中山全集》第1卷，第329—330页。

② 《孙中山全集》第9卷，第340页。

③ 《孙中山全集》第9卷，第345页。

样。好像轮船火车，一开机器，便可以要轮船火车走得很快，一停机器，马上就可以要他不走。所以机器是很有能的东西，工程师是很有权的人。人民管理政府，如果把权和能分开了，也要像工程师管理机器一样。在民权极盛的时代，管理政府的方法很完全，政府就是有大力，人民只要把自己的意见在国民大会上发表，对于政府加以攻击，便可以推翻，对于政府加以颂扬，便可以巩固。但是现在的权与能不分，政府过于专横，人民没有方法来管理。”^①

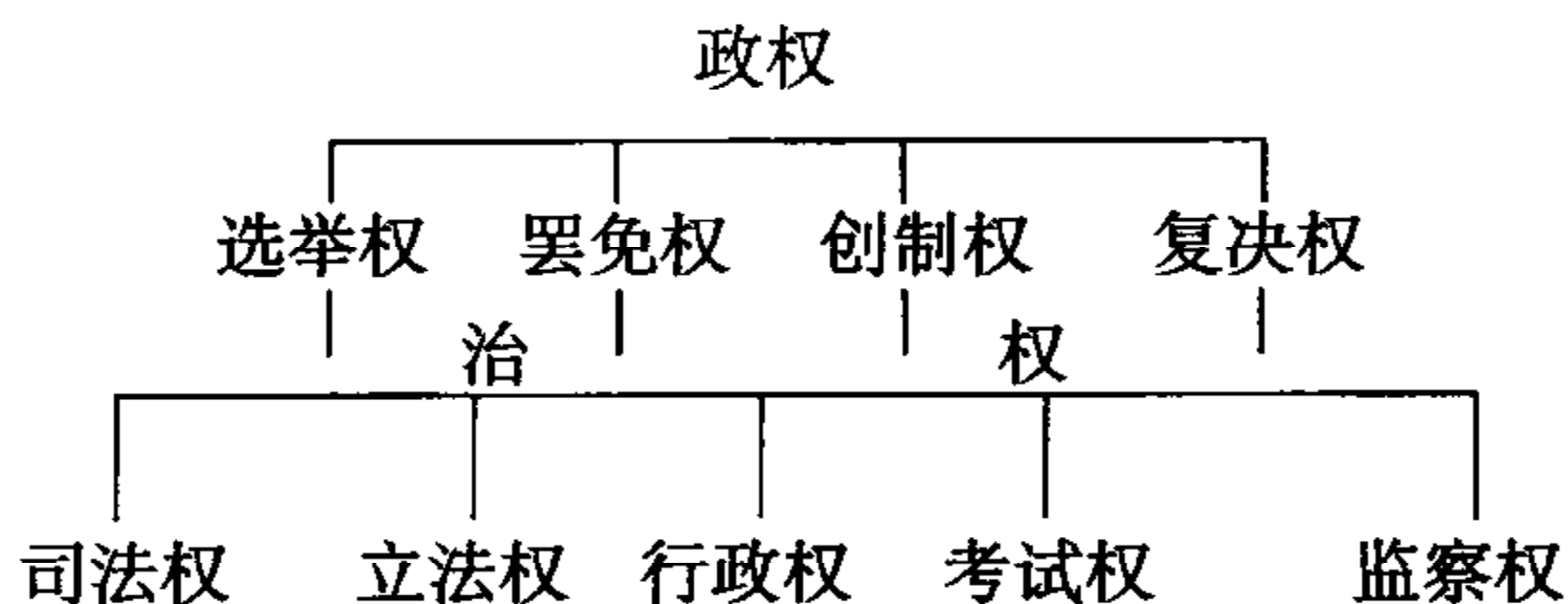
具体来说，人民之权包括选举权、罢免权、创制权与复决权，其中选举权和罢免权是指选举和罢免政府官吏的权力，创制权和复决权是指创制和否决法律的权力：“人民有了这四个权，才算是充分的民权；能够实行这四个权，才算是彻底的直接民权。从前没有充分民权的时候，人民选举了官吏、议员之后便不能够再问，这种民权，是间接民权。间接民权就是代议政体，用代议士去管理政府，人民不能直接去管理政府。要人民能够直接管理政府，便要人民能够实行这四个民权。人民能够实行四个民权，才叫做全民政治。全民政治是什么意思呢？就是……用四万万人来当皇帝。四万万人要怎么样才可以当皇帝呢？就是要这四个民权来管理国家的大事。所以这四个民权，就是四个放水制，或者是四个接电钮。我们有了放水制，便可以直接管理自来水；有了接电钮，便可以直接管理电灯；有了四个民权，便可以直接管理国家的政治。这四个民权，又叫做政权，就是管理政府的权。”^② 政府之能包括五权，即立法权、行政权、司法权、考试权和监察权。我们知道，近代以来，西方资本主义国家按照孟德斯鸠“以权力制约权力”的原则建立起来的三权分立制度，经过长期运作，其弊病已初步显现，对西方的政治体制有深入研究并多次考察的孙中山深知这些弊病，所以他在三权分立的基础上，增加了考试、监察两权，提出了五权分立的观点，主张五权在政府首脑的统帅下，分工合作，创建一个万能的政府：“我们现在要集合中外的精华，防止一切的流弊，便要采用外国的行政权、立法权、司法权，加入中国的考试权和监察权，连成一个很好的完璧，造成一个五权分立的政府。像这样的政府，才是世界上最完全、最良善的政府。国家有了这样的纯良政

^① 《孙中山全集》第9卷，第340页。

^② 《孙中山全集》第9卷，第350—351页。

府，才可以做到民有、民治、民享的国家。”^①

对此，孙中山还专门设计了如下一个图来加以说明：



孙中山还解释说：“就这个图看，在上面的政权，就是人民权，在下面的治权，就是政府权。人民要怎么样管理政府，就是实行选举权，罢免权、创制权和复决权；政府要怎么样替人民做工夫，就是实行行政权、立法权、司法权、考试权和监察权。有了这九个权，彼此保持平衡，民权问题才算是真解决，政治才算是轨道。”^② 所有这些都体现了孙中山对西方宪法学说的借鉴和发扬，但由于受时代和个人思想认识的局限，该学说在实践的手段和方法上都禁不住考验，最终成为蒋介石政权欺骗人民，实行独裁统治的工具。

（二）君主立宪论的老调重弹

这一时期，与前述资产阶级民主派维护共和，继承、发展资产阶级宪法学说背道而驰的，是曾先后发生过袁世凯与张勋的两次复辟帝制的活动，其中在袁世凯复辟帝制期间，杨度与古德诺先后跳出来主张在中国实行君主制，为袁世凯的复辟帝制活动提供理论依据。

1915年3月，杨度写出《君宪救国论》，托其同学，时为袁世凯重要幕僚之一的夏寿田密呈袁世凯，因为他早已通过这位同门窥见袁称帝的野心了，所以才投其所好，想一言为天下先。袁阅后大为赞赏，还亲笔写了“旷代逸才”四字，由政事堂制成匾额颁给杨度。《君宪救国论》分上、中、下三篇，在上篇中，杨度认为共和制下，中国将“强国无望、富国无望、欲为立宪国无望”。首先，强国以军事为最重，“军事教育、绝对服务、极重阶级”，因此需要强调“节制谨严”。如德、日“能称雄于世”，就是因为实行

^① 《孙中山全集》第9卷，第353—354页。

^② 《孙中山全集》第9卷，第352页。

君主立宪，而法、美却因为实行了共和，导致“能富而不能强”，其原因是无法“节制”军队。由此他得出结论：“故共和必无强国，已成世界之通例。”不仅如此，由于中国民众“程度甚低”，缺乏国民教育。在君主时代，当兵的尚且知道为“皇家出力耳”，而现在共和之下，士兵便不知道为谁效命了。“故民国之兵，求其不为内乱足矣。”军队如此，强国无望。其次，他认为：“富国之道，全恃实业，实业所最惧者，莫如军事之扰乱。”而民国以来，战乱频仍。“实业现象，求如前清末年十分之五而不可得。”为什么会出出现这种“战乱”局面呢？他认为，从二次革命后几乎每年一次爆发竞争大总统之战乱，战乱之由，来自“共和”之制。因此，“共和”制下，富国无望。再次，他认为：“共和政治，必须多数人民有普通之常（道）德常识。”而当时中国民众“程度甚低”，显然缺乏道德常识；共和伊始，名为共和实为专制；共和绝不能成立宪，中国要成为立宪国必去“共和”制，否则，欲为立宪国无望。由此，他得出结论：“非立宪不足以救中国，非君主不足以成立宪。”

在中篇中，杨度分析了当时中国的政治继承权问题。他认为，如果中国继续推行“共和”制，则“将来必有竞争大总统之战乱”，因为“今中国四万万万人赖以生存托命者，唯大总统一人”。这样“假使大总统身有不预，一二旬不能视事。斯时海内震动，乱象已成”。他还认为共和制度下无法使政权产生合法的继承人。据此，他认为中国最终走向战乱：“故中国之共和，无论如何终必废弃。”那么怎样才能避免“乱象”呢？唯一的选择就是变大总统为君主皇帝，变共和为君主立宪。杨度还说：“大总统之名义有竞争，君主之名义无竞争。”

在下篇中，杨度是评论清末假立宪与民国建立后的民主立宪。他认为，立宪并非没有在中国尝试，但为什么清末立宪不仅未能给清王朝带来生机，反而招致了革命呢？他认为这是清末立宪的“假”，即假立宪而导致的。即违背了他主张的君主立宪一个“要义”——诚实。他指出：“清室之所谓立宪，非立宪也，不过悬立宪之虚名。”在当时历史条件下，“使清王室真能立宪，则辛亥革命之事可以断其必无。”至于“民国立宪”，在杨度看来，也违背了他所主张的君主立宪的另一“要义”——正当。他认为，“民党之所谓

立宪，亦非立宪也，不过藉立宪之手法，以达革命之目的而已”^①。这样，他便从另一个方面论证了在中国实行君主立宪的必要性。所有以上内容都表明了杨度为袁世凯复辟帝制摇旗呐喊的目的。

1915年8月11日，袁世凯的御用文人，美国政治学家古德诺也发表《共和与君主论》，提出在中国恢复君主制的可能。古德诺认为：“中国数千年以来。狃于君主独裁之政治，学校阙如，大多数之人民智识，不甚高尚，而政府之动作，彼辈绝不与闻，故无研究政治之能力。四年以前，由专制一变而为共和，此诚太骤之举动，难望有良好之结果者也。向使满清非异族之君主为人民所久欲推翻者，则当日最善之策，莫如保存君位，前渐行之于立宪政治，凡其时考察宪政大臣之所计画者，皆可次第举行，冀臻上理。不幸异族政制，百姓痛心，于是君位之保存，为绝对不可能之事，而君主推翻而后，舍共和制遂别无他法矣。由是言之，中国数年以来，固已渐进于立宪政制，惟开始之基，未尽完善。使当日有天潢贵族，为人民所敬礼，而愿效忠荇者，其效当不止此也。就现制而论，总统继承问题，尚未解决，日前之规定，原非美满。一旦总统解除职务，则各国所历困难之情形，将再见于中国。盖各国状况，本与中国相似，故其险象亦同。但他日或因此种问题，酿成祸乱，如一时不即扑灭，或驯至败坏中国之独立，亦意中事也。”在他看来，中国人民的教育程度低下，辛亥革命时期从封建君主制一改为民主共和制，确实有些操之过急，并导致了当前政局的不稳，并有可能破坏中国的独立。因此，他又主张：“以中国之福利为心者，处此情势，将持何种之态度乎？将主张继续共和制欤？抑将提议改建君主制欤？此种疑问，颇难答复。然中国如用君主制，较共和制为宜，此殆无可疑者也。盖中国如欲保存独立，不得不用立宪政治，而从其国之历史习惯、社会经济之状况、与夫列强之关系观之，则中国之立宪，以君主制行之易，以共和制行之则较难也。”而要在在中国恢复君主制，他认为必须具备三个条件：“一、此种改革，不可引起国民及列强之反对，以致近日共和政府所极力扑灭之祸乱，再见于国中；盖目前太平之景象，宜竭力维持，不可使生危险也。二、君主继承之法律，如不明白确定，使嗣位之问题，绝无疑义。则由共和而改为君主，实无

^① 杨度：《君宪救国论》，见刘晴波主编：《杨度集》，湖南人民出版社1986年版。

利益之可言。至君位之继承，不可听君主之自择，吾已详言之。虽君主之威权较尊于大总统，中国百姓习于君上，鲜有知道大总统者，故君主恒为人所尊敬；然仅以增加元首之威权，为此改革，而于继承之问题，未能确无疑问，则此等改革，似无充分之理由。盖继承确定一节，实为君主制较之共和制最大优胜之点也。三、如政府不预为计画，以求立宪政治之发达，则虽由共和变为君主，亦未能有永久之利益。盖中国如欲于列强之间，处其相当之地位，必其人民爱国之心，日渐发达，而后政府日渐强固，有以抗外侮而有余。然苟非中国人民得与闻政事，则爱国心必无从发达；政府无人民热诚之赞助，亦必无强固之力量。而人民所以能赞助政府者，必先自觉于政治中占一部分，而后乃能尽其能力。故为政府者，必使人民知政府为造福人民之机关，使人民知其得监督政府之动作，而后能大有为也。”^① 古德诺的这三点理由显然是自相矛盾的：如果人民有参与政治的能力，就没有必要恢复君主制；如果人民能力不足，恢复君主制也未必就能有所作为，也不能证明共和制就不适合当时的中国。

总之，在袁世凯复辟时期，君主立宪论曾一度老调重弹，但由于与历史潮流不符，伴随着袁氏复辟活动的失败，这种论断很快就被扔进了历史的垃圾堆。

第三节 中国宪法学说的初步发展

清末民初时期，伴随着西法东渐的开始，中国的宪法学说也逐渐由萌芽阶段开始逐渐成长。在中国宪法学说的起源时期，宪法学说的特点主要以引入、学习西方的宪法理论为主。在起源阶段之后，中国的宪法学说进入了初步形成时期，学者开始由起源阶段的不加选择的输入介绍，转变为根据中国的具体情况来有选择性的引介国外的宪法学说，并在此基础上，尝试着构建中国宪法的知识体系。随着我国社会的进一步发展，中国宪法学说也开始逐步进入初步发展的时期。从清末民初到中华民国时期的中央与地方关系学说起源、形成和发展情况，我们可以较为清晰地看出我国宪法学说的起源、初

^① [美] 古德诺：《共和与君主论》，见全国请愿联合会编：《君宪纪实》，1915年9月。

步形成、初步发展的脉络轨迹。

到了民国时候，随着几千年的皇权统治被推翻，新生的中华民国采取一种什么样的中央地方权力配置模式，也成为当时政治家和学者们所共同面临的制度选择和理论难题，所以，无论是在立宪实践中，还是理论论争中，都产生了几次影响较大的联邦制和单一制学说论争。另外，袁世凯倒台、北洋军阀四分五裂之后，也有人试图通过单一省份实现宪政然后联省自治最后全国实现宪政、同时也消除军阀格局的混战局面，并产生了如《湖南省宪法》、《浙江省宪法》、《广东省宪法》等联邦意味十分浓厚的宪法性文件。当时的宪法学界和政治学界，不但对联省自治和省宪投入了极大的理论热情，而且身体力行，如《湖南省宪法》的制定，便与著名的历史学家、在中国政治制度史方面颇有造诣的李剑农的理论支持分不开。

实际上，民国初期制宪史中的主要论争，除了横向的政治架构到底采用内阁制还是总统制外，便是中央与地方关系是实行联邦制还是集权制。当然，由于学理论争与政治纠葛纠缠混杂，所以很难拿一些现成的宪政理论或者政治科学范式来简单套用，这也是近代中国宪政学说梳理的一大吊诡之处。

而在民国变化纷繁的政治世界中，面对中央与地方这个千年难题，我们又岂可忽视一位关键性的人物——孙中山的相关主张和实践呢？孙中山先生处理当时中央与地方关系的思路，早年曾受美国宪法联邦制的影响，加之下野之后不得不依附地方军阀对抗北京政府，所以宣称赞同联邦制。但随着革命实践的展开，尤其是陈炯明事件的打击，使其开始担忧联邦制有可能使中国陷入分裂混战的格局，并试图思考出一条超越中央集权与地方分权的处理中央与地方关系的新思路，这便是孙中山宪政思想中的一个重要内容均权主义。而均权原则，也成为后来国民政府制宪中处理中央与地方关系的基本原则，学界的争议也基本集中于均权原则的前提而非均权本身。^①

另外，民国时期对于地方自治、县政、乡治等国家结构具体制度方面，也有相当数量的理论探讨。有学者曾这样认为，“总的看来，从十九世纪末到1949年这数十年间，关于国家结构形式的纷争，主要热闹在政治斗争层

^① 参见王向民：《民国政治与民国政治学》，上海世纪出版集团2008年版，第226页。

面,从学术角度认真研究国家结构形式的成果是很少的”^①。的确,如其所言,在1949年以前,我国宪法学人所著的宪法学和政治学著作中,专一以联邦制为论述对象的著作并不多。但是,当时并不缺乏关于联邦制和单一制的严肃论争,无论是在制宪实践中,还是理论探讨中。另外,地方自治、县政、乡治等方面的探讨,同样也是当时中国政治建设中的重要话题和国家结构形式研究的重要内容,而且,还有均权主义这样旨在超越单一制和联邦制并被明确写进当时宪法性文件的国家结构学说。所以,尽管民国时期的国家结构学说可能缺乏我们现在所要求的那种系统性、科层性,但这或许只是一种表现形式的不同和思维方式的路径依赖。而且,客观地讲,民国一代学人的知识素养和忧国情怀,包括其对于国人命运之关切,对于处理中央和地方关系这个中国政局中千年难题的思考,都值得我们尊重。本部分的论述大致分为以下两个部分,第一部分梳理近代以来联邦制理论在中国的传播和争论,集中于民国时期的几次联邦制单一制论争,以及20世纪20年代的联省自治和省宪运动中的相关理论与实践,侧重于展示当时宪政学者对于省宪这一重要宪政事件的态度和贡献;第二部分则重点分析了孙中山宪政思想的重要内容——均权学说的理论源流、制宪实践以及学界关于均权学说的有关论争,这也是近代中国宪政学说史中作出的一种试图超越集权与分权的处理中央与地方关系的创造性思考。

一、近代以来的联邦制理论与民国时期的联邦制学说

(一) 西方传教士和早期知识分子对联邦制的介绍

学界在提到近代以来联邦制理论在我国的传播时,一般从鸦片战争之后一部分先知先觉的知识分子对于西方政治法律制度的介绍开始,如魏源的《海国图志》、徐继畲《瀛寰志略》等。实际上,在19世纪40年代中国人编撰的关于认识世界的著述中,很多是以之前来华的传教士关于本国介绍的书籍为蓝本。如我们目前所熟知的魏源的《海国图志》、徐继畲《瀛寰志略》等涉及美国政治法律制度的部分,均以裨治文的《美利坚合省国志略》为蓝本。作者裨治文,美国马萨诸塞州人,为第一位来华的美国传教士,1830

^① 童之伟:《国家结构形式论》,武汉大学出版社1997年版,第13页。童之伟先生在这部著作中,对于国家结构形式这一重要宪政命题作出了相当深入的系统思考。

年来到中国，1832年到1847年担任《中国日报》总主笔达十五年，在向西方世界介绍中国历史地理、风土人情、物产和通商情况的同时，于1834年在广州发起成立“在华传播有用知识协会”，旨在向中国民众传播西方的社会科学文化知识，即他们所谓“有用知识”。在裨治文刊刻于1838年的《美理哥合省国志略》中，对美国的政治法律制度包括联邦制度作了一定程度的介绍，从其书名“美理哥合省国”即可见作者对美国国家结构形式为联邦制的认识和判断。该书曾于1846年易名为《亚美利坚合众国志略》，在广州再版，后又于1862年再易名为《联邦志略》出版^①，在书名中即正式出现联邦的字样。

在裨治文的《美理哥合省国志略》中，首先细述了北美十三个殖民地的建立过程和其后反抗英国殖民通知的过程，在书中收录的《独立宣言》片段中，有“于是合省为一国，合省国之名，由此而来的”说法。在其中卷十四国政二中，提到“合省国制例有五，一曰国例，为二十六省所通行，二曰省例，各省不同，唯各省各守其通例而已”，阐明联邦宪法与各州宪法之别。由于美国的联邦制度很难为当时中国这样单一制的中央集权国家的朝野所认识和理解，所以裨治文等早期来华新教传教士对“United States”一语的翻译便大伤脑筋，起先只能用中国固有的地方行政制度中的“郡”、“邦”这样的原有概念，再加上“合”、“总”、“统”、“兼”、“兼合”这样的字组成新词。我们现在把The United States of America译成“美利坚合众国”。裨治文在《美理哥合省国志略》中，则把United States翻译为“合省国”，在1844年出版的《亚美理坚合众国志略》中，又译为“合众国”，此后一直沿用至今。但在《美理哥合省国志略》出版之前，关于United States的称谓还有许多种，单单在《东西洋考每月统纪传》中就出现了兼郡、合郡、兼列国、兼合国、列省合国、列国、兼合邦、兼合列邦、统邦、总郡兼合邦等多种称呼。裨治文解释他之所以选定“合省国”，是因为，“前各治其地，国不相联，政无专理，后则合其省而以一人为首领”。这可能是第一次对United States概念的比较准确的描述，对当时中国读者了解美国的联邦制度有一定帮助。^②

^① [美]高理文（也译为裨治文）：《美利坚合省国志略》，《近代史史料丛刊》第92号，刘路生点校，见其点校者说明。

^② 参见张施娟：《裨治文的〈美利坚合省国志略〉》，浙江大学博士论文，第86页。

当然,传教士由于国籍、宗教和活动范围等原因,对于其国朝思想的影响毕竟有限,所以尽管后来魏源的《海国图志》、徐继畲《瀛寰志略》等著作中关于西方政治法律制度的部分是以之前来华的传教士关于本国介绍的书籍为蓝本,但其影响力自不可同日而语,很大程度上也正因为如此,这批在鸦片战争之后先知先觉的知识分子被认为是近代中国联邦制思想的最早引介者。如魏源在《海国图志》讲到美国的联邦制时就写道:“各部落自立小首领一人,主理部落之事”,“墨利加北州之部落代君长,其章程可垂奕世而无弊”。颇有赞许之意^①;同时,他还提到了瑞士的联邦制,“初分三部,后分十只部,皆推择乡官理事,不立王侯。”并称之为“诚西土之桃源也”^②。不尽溢美之词。而且,按其观点,正是有了这种“可垂奕世而无弊”的联邦制度,才造就美国政治发展的日新月异。

1864年出版的惠顿著,丁韪良译的《万国公法》,是中国近代第一部正式出版的西方国际法著作,再加上总理各国事务衙门的官方支持,曾对中国的法律界产生重大影响,在该书对于美国政治法律制度的描述中,也涉及了美国的联邦制,如“美国合邦之大法,保各邦永归民主,无外敌侵伐”。1881年《万国公报》开始间断刊登美国传教士林乐知的《环游地球略述》,此文第一次把美国1787年的联邦宪法完整地介绍到中国来^③:

凡立法权柄总由国会中元老绅董两院司掌,即上下两院之大臣也,外职不得逾分办理。二、凡行法权柄总归民主主持,位分正副,率任四年。三、凡国中审判总权归国会之司审总院及所属各官。四、凡邦会所办政务,无论何事,系我同联之邦皆当信以为实,不可是此非彼。五、我国政体既立之后,国会及各邦会之中若有三分之二欲修改政体者,许即会同商政。六、凡我同联之十三邦与英战之时,无论军需公务所欠银两,或借自别款以及居民,或货从他国,总归新国按数偿还。七、我国联邦内见此政体,若有九邦意属可行,其余数邦纵有意见不合者。^④

① 参见魏源:《海国图志》卷60,载《外大西洋美利坚总记》中。

② 魏源:《海国图志》卷47,载《瑞士国》。

③ 参见聂资鲁:《一部宪法和一个时代:美国宪法在清末民初的传入及对民初中国立宪的影响》,《政法论坛》2005年第5期。

④ 林乐知:《环游地球略述》,《万国公报》第642卷,1881年6月4日,第13本,第8144页。

客观地讲，这一时期无论是传教士对于联邦制的介绍，还是率先睁眼看世界的先贤们对于西方政治法律制度的赞美，都是相对粗陋和简单的。从联邦这一词的译法确立过程即可见一斑，且一定程度上也是对其国内时局不满的一种寄托。但毕竟大大开阔了当时国人的视野，而随着近代中国民族危机的不断加深，与西方先进宪政理论的进一步输入，使得一些人开始思索以西方的宪政制度，包括联邦制来作为拯救中国的政治蓝图。

（二）清末革命派和维新派的联邦制思想

尽管维新派和革命派后来对于中国政治发展道路发生了激烈的争论，但在当时，中国危机不在于器物而在于制度，因此必须借鉴西方政治法律制度来进行政治变革这一点上是共同的。而不约而同的是，他们都曾对联邦制表示过相当的兴趣，并试图将其作为解决清末中央地方关系严重失衡、重新整合国家力量的一剂良药。

1. 孙中山的联邦制构想

以伟大的革命先行者孙中山先生为例，他的一生有三分之二在海外度过，曾游历不少国家，对西方政治制度和政治思想，也有切身体会，所以早在其投身革命之初，就未雨绸缪，为革命后的中国定下了联邦共和制的政体蓝图。1894年兴中会创立时，孙中山就将该会的誓词定为“驱逐鞑虏、恢复中华、创立合众政府”，而“合众政府”，据戴季陶在《中华民国与联邦组织》中的解释，即为“明乎合众之组织，而联邦之观念明矣”，也即是说，孙中山早年处理中央与地方关系的构想，是以美国的联邦制为蓝本。^①

武昌起义胜利后，孙中山在回国途中接受记者采访时，再次明确表示中国不应该继续搞中央集权，而是应仿照美国实行联邦制。孙中山是希望通过改变中国国家结构形式，即通过联邦制来完成对社会的改造。^②这种对联邦制的向往，除了和其早年游学海外的经历有关，从更深层次来讲，也和当时救亡图存的大格局有关：变革中国政治，必须取法乎上，“我们为志士的，

^① 参见袁曙宏、董文媛：《孙中山、华盛顿宪政实践及其结果之比较》，《法学》2004年第9期。

^② 参见王双印：《孙中山对于中央与地方关系认识的演讲》，《中国社会科学院研究生院学报》2005年第4期。

总要择地球上最文明的政治法律来救我们中国”^①。用最好的制度，最快的速度，实现保国、保种的目标，是那一代人共同的梦想。

在1906年同盟会机关刊物《民报》第4号上，革命党就提出：“共和政治也，联邦政体也，非吾党日以为建设中国无上之宗旨乎？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。”在《民生主义与中国革命之前途》（《民报》1906年第4号）中，革命党人冯自由也声称：“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”，其他如陈天华、邹容等，也表达了类似的构想。^②

但是，以联邦共和制为基础构建的南京临时政府无财无权、令不出户，中央权威在地方督抚眼里几乎视若无物。所以到了1912年，孙中山开始表示，“联邦制度对于中国，将来不可行，行政方针，主张中央集权”^③；其后，在《国民党宣言》中，他第一次公开主张“建单一之国，行集权之制”^④。

2. 梁启超的联邦制构想

维新派的联邦制构想，以梁启超为代表，早在1897年，在其与湖南巡抚陈宝箴的通信中，提出了湖南自立的主张，而梁启超建议的这种地方自立，实际上是以西方的联邦制度作为楷模的。梁启超认为，在民族危机空前严重的情况下，只有变法可以图存，但依靠清政府中那些官僚变法，实难指望。挽救民族危亡的一个办法就是使一些省份“自立”。这样，若有外国瓜分中国等情况，也可以为中国留一线生路。按照梁的说法，全国各省中，湖南是最有条件自立的。他认为自立并不是割据，并不是完全脱离中央统治，而是在无事时“整顿人才，兴起地利”，一旦外国大举入侵中国，也可使“乘舆播迁，而六飞有驻足之地，大统沦陷，而种类有依恃之所，成为复兴中国的一块基地也”。他在该信中特地注明“西人各行省之自治，其规模条

^① 孙中山：《在东京中国留学生欢迎大会的演说》，《孙中山文集》，团结出版社1997年版，第605页。

^② 参见聂资鲁：《一部宪法和一个时代：美国宪法在清末民初的传入及对民初中国立宪的影响》，《政法论坛》2005年第5期。

^③ 《孙中山集外集》，上海人民出版社1992年版，第340页。

^④ 李明强：《论孙中山的均权主义》，《江汉论坛》2003年第6期，第60页。

理，皆与一国同”^①，说明他试图把西方联邦制的那种地方自治制度移植到中国来，在湖南一省首先实行，作为全国变法的一个起点。^②

戊戌变法失败后，梁启超东渡日本，其间，他发表了不少著述，系统介绍西方的政治法律制度。1902年，梁启超在《新民丛报》上发表了“民约论巨子卢梭之学说”，介绍了卢梭的民主主义思想，在讲到联邦民主制的问题时，梁氏指出：“卢梭曰众小邦相联为一，则其势力外足以御暴侮，内足以护国人之自由，故联邦民主之制优乎尚矣！……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，则其国势之强弱，人民之自由，必有可以震古烁今而永为后世万国法者”，并提出中国“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、乡乡市市各为体，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，则吾中国之政体行将为万国师矣”^③。其后，在梁氏游历美洲期间，也表达了对美国联邦制度的赞赏，认为其是美国宪政制度的一大特色和共和政体得以保全发展的重要原因。^④

尽管孙中山和梁启超在联邦制的实现方式，即建立资产阶级联邦共和国，还是建立保留君主的联邦政体上存在根本分歧，但二者在当时无疑均将联邦制视为重新理顺中央地方关系、整合政治力量的重要手段。当然，客观地讲，他们当时对于联邦制的认识，还不是非常明晰，另外也是出于当时特定的政治需要，而联邦制真正得到相对学理化的讨论，则到了民国时期。

（三）民国初期的联邦制学说传播及相关论争

辛亥革命的炮声，不但结束了满清王朝的统治，也标志着中国开始进入一个新的政治发展阶段，两千多年的封建政治制度宣告终止，取而代之的是漫长的现代民族国家建构进程。而建构现代民族国家，首先面临的即是一个根本性的宪政制度选择问题。所以，新生的中华民国采取一种什么样的中央

① 梁启超：《上陈宝箴书》，见《中国近代史资料丛刊“戊戌变法”（二）》，第534页。

② 参见钱振明、周子东：《近代中国联邦制思想的历史考察》，《政治学研究》1988年第5期，第31—32页。

③ 《新民丛报》第11、12号，1902年6月。

④ 参见李秀清：《近代联邦制的理论与实践：北洋军阀时期省宪运动述评》，《环球法律评论》2001年冬季号。

地方关系配置模式,也成为当时政治家和学者们所共同面临的制度选择和理论难题。因此,无论是在立宪实践中,还是理论论争中,都产生了几次影响较大的联邦制与单一制论争,而由于建国后,我们明确采用单一制的中央与地方关系模式之后相当长一段时间里国家结构形式论争告一段落,这也使得民国时期的联邦制论争成为中国宪法学说史上的一个独特现象。

在民国初期(袁世凯当政时期),尤其是1914年到1916年间这一时期,后来也被有的学者称为是“国内自有联邦论以来全盛时期,也是国人对联邦制进行学理上的深入讨论之始”^①。这段时间内,主张联邦制的著述中,比较有代表性的有戴季陶的《中华民国与联邦组织》、章士钊(笔名秋桐)的《学理上之联邦论》和张东荪(笔名圣心)的《联邦立国论》、等;反对联邦制的则有张君勱《联邦十不可论》、潘力山《封建与联邦》等,双方的主要理论阵地为《甲寅》、《大中华》、《改造》、《东方杂志》、《民立报》和《庸言》等。

1. 戴季陶与《中华民国与联邦组织》

戴季陶有国民党内理论家之称,少年时期东渡日本研习法科,后担任过国民党政府考试院院长等职。二次革命失败后,国民党内相当一部分人转向联邦制,一定程度上也是防止袁世凯大权独揽的无奈应对。

1914年,戴季陶在中华革命党机关刊物《民国杂志》发表《中华民国与联邦组织》的长文(曾于1914年7月出版,9月再版,1917年12月3版,足80余页),该文共分三章,分别讲述了联邦概念,介绍了近代西方联邦国家的基本概况和世界发展趋势,并通过分析中国当时的政治情况和中央地方关系得失,认为中国应当采取联邦制。首先,戴季陶强调了当时中央集权的弊端所在,指出:

中国旧日之政治,名为集权,而实不能集治,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,是以在南京政府时,成各省独自成风之势,及袁世凯当权,更结中央压制地方之果。不特此也,各省相互

^① 李达嘉:《民国初年的联省自治运动》,弘文馆出版社1986年版,第22页。

间冲突无已时，中央党派消长之影响，直接则及于地方官吏。地方官吏为保其位置故，亦遂不能不各自置私。政海恶潮，达于极度。且也，省议会既不成宪法上之机关，而都督民政长乃不能不为中央官吏之走狗。而县之一区域，在法律上无丝毫之保障，政治更无丝毫之位置矣。司法机关，亦为有若无矣。政治状态既若此，人民之权利自由其被蹂躏也非奇。^①

接下来，戴季陶认为，联邦制之于单一制有五利五弊，根据两害相权取其轻，两利相权取其重的原则，中国应实行联邦制；从联邦制的运用范围和中国的历史情况与现状来看，联邦制也适用于中国。所以“中华民国非组织为联邦不可。”“吾人主张中华民国非组织为联邦不可者，有二前提，则统一中国与发达中国是也；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大病根俱绝矣；然后能图民族之融和，然后能图未开发地之发展，然后能奠安国基而免分裂之患。”

其后，戴季陶又发表《对拙著〈中华民国与联邦组织〉之答问》一文。他说，若以“联邦”二字为不适，则“联州”、“联省”皆未尝不可用。戴氏之文，是中国近代历史上第一次系统阐述联邦制的学理思考，之前的维新派也罢、革命派也罢，虽然对联邦制理论、世界上一些联邦制国家的基本政治制度有过一定程度的了解，但并无系统的学理分析，只是对西方宪政制度的一种美好向往，戴季陶该文从联邦制的学理内涵分析开始，针对中国当时实行联邦制的利弊作了切实的思考和精彩的分析，在当时产生了巨大影响，并得到了章士钊、张东荪等人的响应。

2. 章士钊的联邦制学说以及相关论争

章士钊，民国期间著名的思想家、政论家和律师，曾先后留学日本、英国，研习法政思想，并于1912年主笔《民主报》，后又创办《独立周报》，宣传西方政治法律思想。1914年，章士钊创办《甲寅》杂志，先后以秋桐为笔名，发表了《联邦论》（《甲寅杂志》第1卷第4号，1914年）、《学理上之联邦论》（《甲寅杂志》第1卷第5号，1914年）、《联邦论答潘君力山》（《甲寅杂志》第1卷第7号，1915年）、《联邦论再答潘君力山》（《甲寅杂

^① 戴季陶：《中国民国与联邦组织》，见章开沅编：《戴季陶集》，华中师范大学出版社1990年版。

志》第1卷第9号,1915年)等文,阐述其关于联邦制基本理论方面的相关观点,同时回应当时其他学者对于联邦制的各种质疑;再加上潘力山的《读秋桐君学理上之联邦论》(《甲寅杂志》第1卷第7号,1915年)、《再读秋桐君之联邦论》,(《甲寅杂志》第1卷第9号,1915年)等回应文章,该杂志遂成为当时讨论联邦制的重要理论阵地。

章士钊讨论联邦制学说的最初缘起,鉴于对张东荪和丁佛言文中相关联邦制观点的正本清源。张东荪在《地方制之终极观》(《中华杂志》第一卷第7号)一文主张“联邦制之精神在自治,吾人但求自治,不必有联邦之名”,并认为中国在形式上不必先分邦,然后再联成国,“以自治精神为今日解决‘地方制之终极问题’之匙,徒争制度之形式,则失之矣。简而言之,今日解决地方制问题,当绝对采取能发展自治精神之制度,故存废皆非所问。特省制既存,则不必更张,徒增纷挠耳”^①。丁佛言在《民国国是论》(《中华杂志》第一卷第9号)中则认为中国的国基在于各省,犹同美国的国基在各州,主张在宪法中划清中央与各省的权限。章士钊因张、丁二人之论,在《甲寅杂志》第1卷第4号中发表《联邦论》一文,指出张东荪的“先邦后国之论”无据可知,且“反复推寻惟决其以欺庸众耳”,还有其“联邦之害不在联邦之实而在联邦之名”之说难以自圆。^②而章士钊对于联邦制理论的系统阐释,则在其随后发表的《学理上之联邦论》一文之中。

(1) 《学理上之联邦论》

与当时提倡联邦制的人士一般从联邦制如何适合中国国情、适合当时政治局势、实行联邦制将会给中国带来哪些好处等颇具功利色彩的角度论证不同,章士钊由于曾游历西方多年、并对西方法政学说进行了系统研习,因而其论证是从学理角度出发,通过追溯西方相关政治法律学说和制度实践,拨开当时人们对于联邦制的一些模糊认识,进而从理论上为联邦制正名,是为《学理上之联邦论》。所以,作者开宗明义,他指出“联邦之论、初起于国内,正副两面之说弥引而弥长,非本篇所能罄其百一,故以学理为题,读者当知其一定之界。综计本文所谈,皆关于联邦自身观念”^③。

① 章士钊:《联邦论》,《甲寅杂志》第1卷第4号。

② 参见朱秀蓉:《试论北洋政法时期的联省自治思想》,《云南大学学报(法学版)》2004年第4期。

③ 章士钊:《学理上之联邦论》,《甲寅杂志》第1卷第5号,下同。

在该文中，章士钊首先针对“联邦者需先有邦而后有国”（实际上是对美国联邦制度产生历史的绝对化），结合法国历史上对于“法兰西联邦”的倡议，法国社会学家蒲鲁东《联邦主义》的相关论述，以及当时法国公法学家艾斯曼（法国古典宪法学理论的集大成者和法国现代宪法学的创始人）和狄骥（法国公法学者，社会连带学派理论提出者）对于联邦主义学说的鼓吹，并结合当时英联邦政治构成状况（联合王国当时包括英伦、爱尔兰、苏格兰、威尔士），指出在联邦国的组成方面，邦不必先于国；同时，章文援引中南美诸国，如哥伦比亚、墨西哥、巴西等国，由单一国进为联邦国的政治实例，以及当时德国著名宪法学家耶利内克（19世纪德国公法理论的集大成者）关于“夫联邦之各邦、或者于建国之时，既已先存，或者于建国之后，始行加入”等观点，说明“联邦者需先有邦而后有国”并非金科玉律，“单一国之转为联邦，决无不合法理之处”。所以，“单一国之创设联邦，盖属于宪法变迁之事，而非国本破坏之为”。

接下来，章士钊针对当时人们对于联邦制下各邦地位问题的模糊认识，指出“邦非国家，与地方团体相较，只有权力程度之差、而无根本原则之异”。章氏认为，“此说之受病出，乃未暇细为联邦与邦联之分”，且论者“于联邦之邦字，颇多拘泥，如所谓地方权限，赖国家赐予者，不得为之联邦，即为邦字所缚之故”。章士钊以德派和美派对于联邦中各邦权限的不同观点，认为“合于吾国国情为尤，适者从之，不可先主一说以奴其他也。言者之病，似在墨守得人之论、而未悟德人在德言德。吾不为德，即难生吞其说，而无所变通”。有论者曾援引德国的拉班德（德国著名国法学者）“联邦制中土地人民属于邦权直辖，此邦又隶于国权之下，邦之疆域、间接为国之疆域、邦之人民、间接为国之人民”的观点。章文指出，英国宪法学者戴雪对此并不认同，即使是同样的德国宪法学者，耶利内克也持相反观点。而且，德国、美国和拉美诸国，在联邦制的具体运作方面各不相同，所以不必将其中一种模式视为唯一选择。

最后，章士钊强调，“实行联邦，不必革命，所需者舆论之力而已”，通过对西方联邦制度相关理论学说的梳理和制度演进的分析比较，回应了当时当局对联邦制“偶有言之，辄指目为暴乱”的独断做法。

（2）章士钊和潘力山关于联邦制的论争与章士钊对于联邦学说传播的意义

章士钊关于联邦制中“组织联邦，邦不必先于国；邦非国家，与地方团体相较，只有权力程度之差，而无根本原则之异；实行联邦，不必革命，所需者舆论之力而已”的相关观点，遭到了潘力山的激烈质疑。潘力山主张，“联邦之制，邦必先于国而存在，中国既有国而无邦，不可于已存之国而更析之为各邦，此其一。邦与地方团体相较，前者之权力本所固有，后者之权力乃由国家所赋予，与中国之地方团体其权力既有国家赋予之，纵令多所赋与而其为地方团体之性质仍无异，不可谓之为联邦，此其二。一制之行必先于一国之根本制度不相背，中国既为单一国，今欲变更为联邦，则其实行必待于革命，此其三”^①。其观点可谓与章士钊针锋相对，并与章士钊的《联邦论答潘君力山》，同时刊登在《甲寅杂志》第1卷第7号上，加上同时刊登于《甲寅杂志》第1卷第9号的《再读秋桐君之联邦论》（潘力山）和《联邦论再答潘君力山》（章士钊）两文，在深化联邦制的学理探讨的同时，也使得联邦制成为当时政学两界的热门话题。^②

与当时一部分学者主张存联邦制之实、隐联邦制之名的做法不同，章士钊坚决主张保留联邦一词，并通过一系列理论论述和阐明了联邦制的相关学理，厘清了当时对于联邦制的一些错误看法和无端指责，对于当时联邦学说在中国的传播可谓功莫大焉。

章士钊认为，联邦制在中国实行的真正障碍是当时中国中央集权的历史传统，按照他的说法，中国曾经失掉一次建立联邦制的机会，即辛亥革命爆发后，各省宣布从清朝独立的时候，而各省当时之所以不能将其独立或自治的地位一直维持到民国时期，就是因为自治、联邦等词在大一统的历史文化传统中被认为是异端邪说。也正因为如此，有学者虽然认可联邦制的相关优点，却又避免使用联邦一词。尤其在中文中，“邦”本就与“国”含义相同，具有主权之意。所以，在《学理上之联邦论》等文章中，章士钊一方面理清联邦之邦意为“地方团体”（原则上相当于历史上的省，只不过这种地方团

^① 潘力山：《读秋桐君学理上之联邦论》，《甲寅杂志》第1卷第7号。

^② 这场论争的相关论文，也可参见由这场论争的主角章士钊编撰的《甲寅杂志存稿》，商务印书馆1925年版。

体较之于一般地方团体权力更大而已)，而非主权国家；一方面坚持继续使用“联邦”一词，指出放弃该词就意味着向中央集权的意识形态投降，意味着向其自我宣称的命名权妥协。正是由于这种中央集权和武力的传统使得“联邦”一词在当时被视为“异教邪说”，从而具有某种不合法的意味，所以必须保留“联邦”一词。并揭示中央集权的传统与“联邦”一词的负面含义之间的联系，同时通过教育运动使得公共舆论对联邦制及其优点有个相对明晰的认识，而且要说服舆论相信联邦制是代替革命的唯一方式。^①

3. 张东荪的联邦制学说

张东荪，曾用笔名圣心，民国时期著名的哲学家、政论家和报人。张东荪的一生，徘徊于学术与政治之间，是学界与政界的活跃人物。一方面在哲学上造诣颇深，另一方面也对国家政治时局抱有深刻关切，积极地扮演着一个政论家的角色。张东荪对上层统治集团，一贯持批评的态度，发表了大量时论性文章，抨击专制，宣扬民主和宪政思想，主张走以法治国的道路。^②而其在民国初期联邦制的讨论热潮中，同样留下了重要一笔，1915到1916年间，张东荪先后在《新中华》、《甲寅杂志》等刊物上以圣心为笔名发表了《联邦立国论》、《联邦之性质与精神》、《耶内纳克联邦之公权论》、《联邦制度与宪法制定》、《美利坚各邦之宪法与政府》等文章，堪为当时联邦制鼓吹者中的重要一员。

1915年刊印的《新中华》第一卷第1号，刊有张东荪的三篇讨论联邦制的文章，《联邦立国论》、《联邦之性质与精神》、《耶内纳克联邦之公权论》。在《联邦立国论》中，张东荪首先指出：“中华民国将采用何种制度为最适宜乎？”“吾之解决此问题一言以蔽之为采用联邦制可也。”至于若何为联邦制？秋桐（章士钊）的定义为“联邦者，凡关于全民族事务者归于中央政府理之，凡事件不为共同利益所存，由各邦政府理之是已”，张东荪则认为，“论制度当先言组织后及事务于权限”，所以，章士钊所言事务之划分固然正确，但也可以组织辅之，“联邦组织者，二重政府是也，夫统一国之下级自治未尝无地方政府，二者有已异乎？故吾人于此定义必紧接一句，联邦

^① 参见[美]杜赞奇：《从民族国家拯救历史：民族主义话语与中国现代史研究》，见王宪明、高继美、李海燕、李点合译，江苏人民出版社2008年版，第177—178页。

^② 参见龙常安：《张东荪的联邦制思想》，《同济大学学报（社会科学版）》2007年第6期。

之地方政府乃非中央政府所创造”，联邦之定义既竟，当进而论证联邦之是否足以立国，为此需深究联邦之利弊，中国采取联邦制第一之利在于“合乎历史之趋势”，第二之利在于“明乎政力向背而为之分配”^①。

既然“中国此后之制度宜采取联邦制”，则接下来的问题即是“联邦制的性质为何如”。张东荪不赞同章士钊关于“联邦之邦与地方团体并无根本不同，区别只在权力程度不同而已”的论断，而是赞同耶内纳克关于联邦国性质的观点，即“联邦之邦，一方面具有地方性质，如同地方自治团体，另一方面则具有国家性质，与非主权国家属于同一范畴；联邦具有国家性质，就是因为它有自组织权，能依自有之法律组织自身机构；联邦既有自组织权，则就有独立统治权”，所以，“地方政府所行使者，中央政府所赋予之权，邦政府所行使者，其本有之权利，不过经中央政府之容许而已”，也即是说，联邦之邦与地方团体，并非仅仅是权力程度不同而已，而是在权力来源、权力范围、与中央政府之关系等方面，均有实质性的差别。^②

诚如有学者所言，张东荪的联邦制思想，实际上是一种从中国的现实政治出发的思路，他希望通过在地方建立联邦，在中央建立内阁这样的框架，完成从单一制国家到联邦制国家的转变。而且，张东荪的联邦观是与他的宪政法治思想和调和的哲学思想分不开的，联邦制能够实现自治与分权，一方面能使国家政治气象常新，另一方面则能防止国家权力损害人民权利，妨碍人民自由。^③ 按照张东荪的观点，联邦制“乃在地方之真能服从中央，真能拥护中央，绝不在中央之强力压制地方”^④，既符合中国国情，也是医治当时中国中央与地方关系混乱的一剂良药，可谓挽救时局，实现国家真正统一的有效途径。

只是，在袁世凯称帝失败病亡之后，近代中国陷入了大小军阀混战的格局，民国初期的联邦制讨论，虽然较之以前的政治口号标榜具有了明显的学理论证色彩，但仍然被当时的政治现实所无情打破。

① 张东荪：《联邦立国论》，《新中华》第1卷第1号。

② 参见张东荪：《吾人之理想之制度与联邦》，《甲寅》第1卷第10号。

③ 参见龙常安：《张东荪的联邦制思想》，《同济大学学报（社会科学版）》2007年第6期，第94页。

④ 张东荪：《吾人之统一主张》，《正谊》1914年第1期。

4. 反对联邦制的相关学说

(1) 梁启超的《新中国建设问题》

早在1911年，辛亥革命爆发之后，梁启超在其堪称个人理想建国蓝图的《新中国建设问题》一文中，就改变了其早年赞赏联邦制的做法，转而认为联邦制并不符合当时中国的政治现实。开篇，梁启超即提到：“我国之大一统逾两千余年，单一国、联邦国之问题本无从发生也”，自一月来各省相继宣布独立，有识之士始思考此义，以谋结合其厉害若何？其进行方法若何？^①主张联邦者举出了中国地方博大单一、中央政府无法有效治理、各省之利弊各省自知故自治最佳等理由；反对联邦者则认为联邦制下无法形成强力政府、无法安定蒙藏边疆、且缺乏足够的历史根基等理由。梁启超虽然承认双方各自理由的合理性，但从其后面论证，还是倾向于反对联邦制。

按照梁启超该文中的观点，“国家为一种有机体非一时所骤能意造也”，所以，其政治现象之变化必根基于历史。接下来，他考察了瑞士联邦、德意志联邦、北美联邦的历史：瑞士邦太小不必细论；德意志各邦在中世纪即已存在；美各邦原为自治领以说明联邦国中各自治单位久已存在，形成联邦不过是寻求一种恰当的国家形式。中国如“骤欲效之”，很难产生好的效果。因为在中国并不存在德、美等联邦国中那样的自治单位，“夫德之各邦，美之各州，其内部之构造，实与一国无异者也”如非要把中国改造成联邦国，即“将由何道乃得成为联邦国体？”除非把中国现有的二十多个省改造成二十几个邦国，显然不大现实，也不利于国家的统一安定。

而且，梁启超认为，“联邦国不过单一国之过渡”，最终还需归于单一，只是“求之而未得乃以联邦为一时之权宜”，即“前此仅有群小国本无一大国乃联小以为大也”，“若前次为一大国乃剂之为群小更谋联之为一大国”实为多此一举。当然，由于辛亥后各省处于割据状态的现实，“人人忧将来统一之艰，然后心理乃趋于此”，所以需研究如采用联邦国体需注意哪些问题。第一为联邦中各邦首长之资格问题。德国为世袭，美国为公选，澳洲为中央任命，前二者中国均难以效仿，第三者与现在之行省制度无多大差别故无变革必要。第二为联邦与中央之权限。美国为联邦国之典范，然地方权限盲目

^① 参见梁启超：《新中国建设问题》（1911年），《梁启超法学文集》，范忠信选编，第316—323页。

扩大导致南北战争的惨痛教训，而中国近代以来内忧外患的民族危机，更是需要一个强力的中央政府而非放权地方，“治今日之中国，实当以整齐严肃为第一义。”同时，在联邦的区域、联邦与旧朝之关系、联邦与藩域等方面，也存在诸多问题，用梁启超的话说，就是“万一力薄不任，而于大联邦内复分为小联邦，小联邦内复分为更小联邦，则中国成齏粉矣”，“吾国今日所要求者，首在得一强固统一之中央政府”。

可见，与章士钊认为辛亥革命后中国曾存在一个实行联邦制的契机不同，梁启超认为，当时如果实行联邦制，若处理不当，很有可能造成国家分裂、民族分立、边疆不稳的局面，具有明显的国家主义倾向，虽然梁启超当时对于联邦制还存在这样或那样的误解，但他这种对强力政府的渴求，如果放在近代中国民族政治危机深重的大环境之下，或许略可释然。另外，梁启超也非主张回到清朝君主集权的老路上，而是主张在宪政的框架下增强中央政府的一种制度构想。

(2) 张君勱的《联邦十不可论》

张君勱是近代中国学术史和政治史上的一位重要人物，一方面，倡导新儒学、参加过多次哲学论战，被认为是现代新儒学的重要人物；另外一方面，从民国肇造即开始从事政治活动，追随梁启超从事过立宪活动，参加过民国以来的多次立宪讨论，尤其是1946年宪法的制定中更有“民国宪法之父”的美誉，而在民国初年的联邦制讨论中，也扮演了重要角色，其代表作即刊于《大中华杂志》的《联邦十不可论》。

在当时的联邦制讨论中，由于张君勱在日本和德国学的都是政治和法律，所以其留学回国后就有不少人询问他关于联邦制的看法，于是张君勱便将其三年前写就的《省制条议》加以扩充，以《联邦十不可论》为题发表在梁启超主编的《大中华杂志》第2卷第9期上。从此文标题即可看出，当时张君勱在联邦制的态度上，和梁启超一致，而与张东荪、章士钊的观点刚好相反。^①

反对联邦制的惯常观点，即联邦制的产生需先有各邦而后有联邦，章士钊对这一指责的回应则是在联邦国的组成方面，邦不必先于国，即“夫联邦

^① 参见郑大华：《张君勱传》，第49页。

之各邦、或者于建国之时，既已先存，或者于建国之后，始行加入”，美洲新起诸国即是例证。但张君勱指出，在世界联邦制国家中“先邦而后国者，其治常一成而不易，先国而后邦者，常颠倒错乱，历数十年而后定”。而南美诸国实行联邦制有一定的“势”与“因”，即南美诸国大都是西班牙和葡萄牙的殖民地，在拿破仑称霸欧洲之后，才相继与其宗主国脱离关系，建立新的国家，因此南美诸国大都“无一统深远之历史”。加上其比邻美利坚合众国实行了联邦制，且强盛了起来，它们“相与规慕之而唯恐之不肖”，同时，联邦制纷纷在南美诸国建立起来，施行结果实际上也并不尽如人意。^①

张君勱认为，当时主张采取联邦制的人，往往是因为“徒愤中央政府之暴戾，转而求政治基础于地方，乃盛创联邦之说”，但并未深究中国有无实行联邦制的可能。按照他的观点，实行联邦制需具备三个条件：省或州宪法的厘定、省或州主权的确立、省或州自治基础的形成。而中国当时三个条件无一具备，所以在当时所谓联邦制只能是一厢情愿的空想。从税收、军事、国家统一等方面看，中国也不能实行联邦制。晚清以来，地方尾大不掉、分离倾向严重，“今以泱泱大国见称于世者，唯持此统一外形尔”，如再用联邦制，则连这个统一的外形恐怕都很难维持。所以，由于条件不具备，在美、德、瑞等国行之有效的联邦制，不可能像章士钊、张东荪等人主张的那样，能作为改良中国政治的良药。这就像民国建立以后，从西方移植而来的责任内阁、议院监督、司法独立、预算同意等制度不能改良中国政治一样，假如不顾条件具备与否，硬要生搬硬套的话，结果必然是画虎不成反类犬，“非特其制不性，而他弊乘之”，墨西哥即为前车之鉴。^②

其时，反对联邦制的学说主要发表在梁启超主办的《大中华杂志》、《庸言》等杂志上，有学者认为，梁启超、张君勱等反对联邦制的观点是维护北洋政府的中央集权统治、是倒向北洋军阀政府、代表资产阶级上层力量的保守知识分子。^③ 这未免失之公允，也缺乏同情的理解。实际上，赞同联邦制也罢，反对联邦制也罢，其讨论诱因固和当时中国北洋政府集权的政治现实

^① 参见孔祥东：《试论民国初关于国家体制的一场争论——〈大中华杂志〉与联邦制之争》，《吉首大学学报》（社会科学版）2006年第6期。

^② 参见郑大华：《张君勱传》，第49页。

^③ 参见徐矛：《中国资产阶级探索联邦制理论五十年》，《复旦学报》（社会科学版）1989年第2期。

有关,但近代中国边疆不稳、民族危机深重、人民长期习惯大一统观念也是事实,双方论争的目的,也是使中国早日摆脱积贫积弱的格局,迈向强国之列。另外,和清末对于联邦制往往停留在口头的政治动员上不同,民国初期的联邦制讨论具有了相当的学理研究色彩。

(四) 联邦学说的中国实践——联省自治与相关理论论争

民国初期的联邦制讨论,本由反对袁世凯的大权独揽而起;而在袁世凯称帝失败,北洋系内部分崩离析之后,近代中国进入了军阀混战时期,国内时局日益混乱;所以,此时的联邦制讨论,除了在学理上继续深入,也更具有如何才能结束军阀割据、实现国家真正统一的政治目的。

这一阶段的联邦制论争,已经深入到联邦制具体落实运用的一些环节,如自治问题、缩小省区问题、地方制度问题、联省政府问题等。当然,万变不离其宗,其实质仍然是中央与地方的权力分配这一宪政制度架构的核心命题。当时,《太平洋》杂志第三卷的“联省自治专号”,《改造》杂志第三卷的“自治问题研究”与“联邦问题研究”两个专号,《东方杂志》第十九卷连续两期的“宪法研究专号”等,均发表了大量关于联邦制的长篇文章,较有影响的有:杨端六的《时局问题之根本讨论》、兰公武的《我的联邦论》、章士钊的《造邦》、李剑农的《民国统一问题》(三篇)和宁协万的《宪法宜采联邦民主制》等。^①而在其中,1917年创刊于上海的《太平洋杂志》,是继《甲寅杂志》后颇有影响的自由主义刊物,也是1917年后联邦学说传播的重要阵地。其主要撰稿人李剑农、周鲠生、王世杰、杨端六等,多是留学英国、日本攻读政治、法律、经济的知识精英(李剑农、杨端六先后担任主编)。^②李剑农也因此成为民国时期继章士钊、张东荪之后,联邦学说研究的又一重要人物。同时,这一时期的联邦制讨论、对当时中国的现实政治格局也产生了重要影响,这便是20世纪20年代初期的联省自治运动。

1. 李剑农的联邦制学说

李剑农,民国时期著名史学家、政治学家,曾留学日本、英国研习法政思想。1916年袁世凯称帝失败病亡之后,广大人民原以为民主共和制度会

^① 参见徐矛:《中国资产阶级探索联邦制理论五十年》,《复旦学报》(社会科学版)1989年第2期。

^② 参见邓丽兰、王红霞:《法政学者的宪政诉求:略论〈太平洋〉派学人的宪政思想(1917—1925)》,《福建论坛》(人文社会科学版)2006年第3期。

得以恢复，结果情况反而更为糟糕。由于当时统治中国的北洋系丧失了一个公认的政治权威而四分五裂，中国陷入了军阀混战的格局。当时学者在饱受军阀混战痛苦之余，看到国内没有一支力量足以统一全国，提出了通过联省自治，实行联邦制，实现国家统一的设想。李剑农在英国留学3年，对英美各国的政治制度作过深入的研究，对英国的议会政治和为解决殖民地纠纷问题而实行的联邦制特别欣赏。^①在1917年至1925年曾发表大量联邦制方面的文章，并且亲自参与了联邦制的具体政治实践——担任湖南省宪法起草委员会主席、湖南省政务院院长，负责起草湖南省宪法。在李剑农的这些联邦制论述中，尤以《民国统一问题》（三篇）为代表。

在《民国统一问题》（篇一）中，李剑农认为那种地方草案“稍近于联邦或于地方相当自由权即目为破坏统一、器器反对，实徒见其冥顽之可笑”，所以，其主旨并非为联邦论张目，而是急欲纠正那种通过中央集权实现国家真正统一的冥顽之论。本来，“近世环球各国为联邦之组织者亦颇不少、期间以富强称者亦未尝无，吾国人对于联邦之名词何竟畏之如蛇蝎”^②，这也许与他们形成的错误的政治进化观有关，因为在他们看来，国家组织形式就其权之集散可分为单一、联邦、邦联三级，“凡由邦联而进于联邦，由联邦而进于单一，斯为进化；若其国本为单一组织，而复改为联邦，即为分裂之见端。盖既由单一变为联邦势将由联邦而复变为邦联终且至于完全分离也”，中国数千年一直习惯于单一国形式，忽然听到联邦之论，加上他们接受的似是而非的政治进化论，自然认为联邦为分裂之见端。李剑农以德国昔日由统一之君合国集散为邦联后又统一为联邦国但却并未进一步转变为单一国、英帝国当时虽为单一国但地方处于分治状态，可仍未采取联邦制而导致分立呼声进一步加剧的政治事实，得出了两条结论：第一，联邦不必进入单一，也属于进化；第二，由单一走向联邦，不仅不会分裂，反而是巩固政权的最佳选择。单一、联邦和邦联之间，并非直接、线性的进化退化关系曲线，中国采取联邦体制，并无分裂危险，也更符合当时中国的政治现实。

^① 参见萧致治：《李剑农：世界级大史学家——纪念李剑农逝世40周年》，《武汉大学学报》（社会科学版）2003年第1期。

^② 李剑农：《民国统一问题》篇一，《太平洋杂志》1917年第1卷第8期。

而在《民国统一问题》(篇二)中,李剑农认为试图武力统一全国“无论事实上能与不能,皆属根本观念上之大错误”;北洋军以国家正统自居试图消灭地方势力只会激起地方更强烈的军事反抗,进而陷入以暴制暴的恶性循环。俾斯麦运用铁血政策的终点不是以武力征服全德国,而是最后选择以契约的方式建立联邦制为最终目标。北美十三州脱离英国独立后建立联邦宪法前是松散的邦联体制,而华盛顿也没有采取武力统一政策,最后选择联邦体制作为解决国家难题的办法,和平契约式的联邦主义成为上策。真正的解决之道是因势利导,通过中央与地方财政的有序划分,使得地方有稳定的财政收入,军费由中央统一开支,军费统一,军权也会渐渐统一。^①“何谓财政划分问题之先决问题?政治问题是也。何者谓今日中国政治问题?民治问题是也,亦即地方自治问题,中央集权制与地方分权制之争论是也。使吾国而采用中央集权制也,则无所谓财政划分问题。使吾国而采行地方分权制或联省自治制也,则财政划分问题,断为先务之急”^②,即通过采取一种类似于经济联邦主义的和平契约思路,而非中央武力征服以暴易暴,来实现国家统一。

而从1917年《民国统一问题》前两篇刊发到1922年,武力统一似乎仍然不能看到希望,地方仍处于军阀割据状态,于是,就有了1922年刊于《太平洋杂志》第3卷第7期的《民国统一问题》(篇三)。依旧是本着只有联邦制才能完成民国的真正统一的主旨,李剑农认为,“民国统一的进行程序,以制定联邦宪法为起点、以废去督军为止境;逆说为欲废督必先裁兵、欲裁兵必先统一、欲统一必先确定联邦制”。虽然当时废督口号喊得很凶,但如不真正裁军废督只能流于形式。而要裁军,退伍士兵的安置便成为一大民生难题,所以“除了承认各省一部分的自治权使各省人士保留相当的自治活动”(即采取联邦制),“中国要想真正统一、达到裁兵废督不过是一个梦想罢了”。联邦制的实现,可以先由各省制定省宪选举代表再制定联邦宪法,也可由国会制定联邦宪法规定中央地方权限划分各省再制定省宪。但在当时,旧国会一方面腐朽不堪,另外一方面其权威性本来就打折扣(孙中山在南方组织非常国会与之对抗),国宪的制定也是断断续续不尽如人意。相反,

^① 参见龙常安:《李剑农联邦制思想研究》,《兰州学刊》2007年第12期。

^② 李剑农:《民国统一问题》篇二,《太平洋杂志》1917年第1卷第9期。

各省的省宪运动倒是如火如荼，所以，可先有各省选出代表制定出联省宪法的大纲，然后交国会通过，以完成宪政统一大业。而且，这种做法即使在世界宪政的母国英国也有先例，所以也不存在不合法理之处。^①由省宪到联邦宪法实现国家的法理统一，再以统一国家的权威裁兵废督，荡涤政治流弊，其核心就在于联邦制。所以，20世纪20年代初期的联省自治运动，堪称联邦学说的地道中国实践。

2. 联邦学说的中国实践：联省自治

如前所述，20世纪20年代以来，武力统一的希望迟迟不能看到，地方军阀割据混战不但百姓生灵涂炭、名义上统一的中国也很可能被西方列强所瓜分蚕食，所以，通过联邦制实现国家的真正统一，就成为当时很多联邦学说支持者的理想。早在1914年，戴季陶在其《中华民国与联邦组织》中就提出了“联省”一词。该文还探讨过联省与自治的关系，认为联省“既可以统一，复可以自治”，已颇有“联省自治”的意味。一般认为，1920年，张继正式提出“联省自治”一词。^②

1920年，湖南省长赵恒惕首先发通电，主张“建筑联邦化之单一国”，并提出“当国宪未成立以前，谓各省必不可制省宪，亦未免近于拘泥”。谭延闿以湘军总司令名义通电宣布湖南自治。当时旅居外地的湖南人士也赞成湖南自治，而熊希龄还请梁启超代拟“湖南自治法大纲”寄至湖南。该年11月，湖南正式宣告自治，并首先提起制定省宪法的程序，当时中国联邦学说的重要研究者被任命湖南省宪法起草委员会主席、湖南省政务院院长，负责起草湖南省宪；1921年11月，在经过了起草委员会的起草、审查会的审查后，对省宪草案进行了全省总投票。该草案以获得1800余万票而得到通过，并于1922年1月1日正式公布。其后，浙江、广东也纷纷制定省宪，江苏、四川、云南、广西、贵州、陕西、江西、湖北、福建等省，也或由省议会公布宪法会议组织法，或由行政当局宣言制宪自治，或由专门人士起草宪法。^③而汪馥炎、李祚辉等人，更制订出了《中华民国联省宪法草案》，主

^① 参见李剑农：《民国统一问题》篇三，《太平洋杂志》1922年第3卷第7期。

^② 参见徐矛：《中华民国政治制度史》，上海人民出版社1992年版，第438页。

^③ 参见李秀清：《近代联邦制的理论与实践：北洋军阀时期省宪运动述评》，《环球法律评论》2001年冬季号。

张“中华民国为联省民主国”。由全国商会及全国教育联合会等在上海组织召开的代表中国各省区民间组织的“国是会议”^①上，委托张君勱、章太炎等人起草的所谓“国是会议宪法草案”，也主张“中华民国为联省共和国”。

尽管很多人不承认先省宪后国宪为联邦制，但省宪运动及以其为基础试图通过联省实现国家真正统一的联省自治大潮，堪称联邦学说在中国政治环境下的一次尝试，也自然使得学界关于联邦制的讨论得以进一步深入，前述李剑农的《民国统一问题》（篇三）即是当时联邦论者对联省自治理念的一个系统阐释，刊登该文的《太平洋杂志》第3卷第7期，明确称该期为“联省自治”专号^②；当时的《改造杂志》、《东方杂志》等，也结合联省自治的现实，刊登了大量讨论联邦制的文章。

1922年的《东方杂志》第19卷第17号，刊登了数篇讨论联省自治的文章，其中胡适的《联省自治与军阀格局》与陈独秀的《联省自治与中国政象》两篇观点针锋相对、加上论者双方在知识界的地位，略可一观：陈独秀认为与其说是联省自治，不如说是联督割据，而督抚专权，正是清末以来中国中央与地方关系混乱的根源，所以不能再以联省自治为理由来为督抚们增加权力、联邦制无法完成统一，必须建立一个全国性的统一政府；胡适则认为军阀割据是中国政治乱象的现状，但不是根源所在，“用集权形式的政治组织，勉强施行于这最不适于集权政治的中国”才是“今日中国军阀割据的一个大原因”，所以要想打倒军阀，首先必须通过联邦制消除集权组织。也有论者以《集权与联邦皆不能推翻军阀》^③为题，认为胡、陈二人将联邦与军阀混为一谈实际上是混淆了手段和现状的关系，联邦、单一均不能与军阀直接等同，也没有哪种形式有利于军阀。

省宪、省宪与国宪之关系等联邦制的具体实践问题，也是当时联邦学说

^① 1921年10月，全国商会及全国教育联合会在上海召开联席会议，决定发起召集“国是会议”，这一会议由上海总商会及江苏省教育会倡导，1922年5月，在上海召开成立大会，组成“中华民国八团体国是会议”，所谓八团体指的是各省的省议会、商会、教育会、农会、银行公会、律师公会、报界联合会及工会的代表。

^② 该期中，李剑农《民国统一问题》篇三定调，另有杨端六《中国统一之过去、现在及将来》、松子《释联省自治》、周梗生《省宪与国宪》、唐德昌《联省自治与现在之中国》、王世杰《论联邦与邦联书》、北大六教授《分权与统一商榷书》等，其主题均为探讨联邦制的相关学理以及省宪、联省自治与中国统一等联邦制的具体实践问题。

^③ 参见佚名：《集权与联邦皆不能推翻军阀》，《东方杂志》第19卷第17号。

论争的重点所在。1922年的《苏社临时特刊》，第1期主题为省宪，第2期主题为地方自治，专门组织研讨江苏、陕西、四川等地的省宪草案或者省宪法会议组织法，以及世界各国的地方自治制度。^①陈启修的《我理想中之中国国宪与省宪》通过追溯清末以来的历次制宪运动，批判了制宪万能、制宪粉饰、制宪为一时政治手段等错误观点，认为必须将制宪视为一种共同生活方法模式的根本改造，所以理想中的中国宪法研究应该基于哲学的理想、中国现状、中国政治经济之趋势及将来的推测、外国现例、外国前例等方面来考虑。基于上述五点，理想中的中国宪法应为联合的共和国；而在诸种联邦制模式中可采取俄国模式，除了与国家经济及国际政治有重要关系之事务外，其他权力概归“特定的各统治团体”等。周鲠生的《读广东省宪法草案》、李敬思的《湖南省宪法问题》等则对当时广东、湖南等地的省宪就立法技术、适应程度、可行性等方面作了研讨。李剑农这位当时重要的联邦制学说倡导者、湖南省宪法起草的主持者，也结合湖南省宪的制订实施，著有《由湖南制宪所得的教训》等文，总结省宪、联邦制等政治实践的经验教训。所以，有学者称，“省宪运动就是在联邦制的反对者与赞成者的争吵声中进行的”^②；这实际上也说明，此时的联邦制研讨已不仅仅是一种单纯的学理玄思，而是具有明显的政治实践意味。

但很大程度上，民国时代沸沸扬扬的所谓联省自治，不过是清末地方自治的一种延续，而那些醉心于联邦制的学者所依赖的对象，也只能是清末北洋练兵的产物，大小地方军阀，而这恰恰又和当时中国富国强兵、保国保种的大目标相背离，这也是那些学者常被诟病之处，但在当时，要达至这种政治实践，除了依赖于目标同样并不单纯甚至只是试图给自己地方割据披上一层宪政的合法性外衣的地方军阀，似乎别无他法。^③所以，当1926年后北伐军一路势如破竹、大小军阀纷纷被歼时，所谓联省自治，也自然成为“皮之不存，毛将焉附”的理论空想。不过无论如何，它是当时中国人试图通过改

① 如张君勱在该期上刊有《英德美三国市制及广州市制上之观察》一文。沈铨、瞿钺等则讨论了中国地方自治制度的沿革和过渡时代如何实现地方自治等主题。

② 李秀清：《近代联邦制的理论与实践：北洋军阀时期省宪运动述评》，《环球法律评论》2001年冬季号。

③ 参见张鸣：《失败的自治和必须正视的难题》，《读书》2007年第3期。

变军阀混战格局、通过和平方式实现国家真正统一的一种政治努力。而且,由于此后此前,中国均为单一制的中央与地方关系模式,联省自治运动也可以说是联邦学说在中国历史上仅有的一次政治实践。

而随着1928年后张学良宣布东北易帜后国民政府结束北洋军阀统治的同时,也完成了形式上的统一。国民政府时期的中央地方关系处理模式,名义上依据的是孙中山先生在《建国大纲》中所确定的均权原则,而实际上很大程度上则行集权之实。此后,关于联邦学说的讨论也逐渐告一段落。尽管仍有《联邦政治》、《世界联邦主义》等^①著作问世,但基本上集中于对西方联邦制度的介绍,当时对于中央与地方关系的研讨,已主要集中于省制、县政、乡村治理等具体内容。因此,一般认为,北洋政府时期对于联邦制的讨论,是近代中国联邦学说传播的高潮,此时关于联邦学说的几次讨论,无论是论争力度,还是与政治实践的密切程度,都为中国历史上所罕见。

(五) 联邦学说与近代中国: 一个简单总结

从来华传教士对联邦学说的最初介绍,到清朝末年维新派、革命派均将联邦制视为处理中央与地方关系的政治方略之一,再到联邦学说在民国的几次学理化、系统化的理论论争及联省自治等相关宪政实践,联邦思潮成为近代中国中央地方关系学说上的一个独特现象,这自和近代中国时局动荡、思潮迭起的社会、制度、知识的大转型有关。所以,梳理联邦学说在近代中国的传播与论争,我们很难将其与近代中国政治、社会、文化全方位变迁的大背景剥离开来。

1. “建国时代”的宪政学说: 近代中国联邦学说的勃兴背景

曾有学者认为,在民国政治学家撰写的“政治学概论”或“政治学原理”中,很少有论述“中央与地方”的章节,其原因是西方国家中央与地方关系业已确定,需要做的仅是比较各国模式以及沿革趋势,即“治国”问题,而民国政治学家讨论的中央与地方关系更多地是集中在“建国”领域。^②实际上,一种新的概念范畴、学说、思潮的萌发与兴盛,往往恰恰是在这样的新旧制度、知识更替之时。联邦学说在近代中国滥觞之时,刚好是

^① 如高鲁:《世界联邦论》,中华书局1931年版;陈茹玄:《联邦政治》,商务印书馆1934年版;萧金芳:《欧洲联邦问题》,1946年版等。

^② 参见王向民:《民国政治与民国政治学》,上海世纪出版集团2008年版,第226页。

旧的中央大一统格局逐渐解体、新的中央地方关系制度正缓慢生成的时期。民国时期关于中央与地方的学说论争之所以呈现多元化的局面，或许恰恰就在于这种特定的“建国时期”才为法政学说的多元化提供了知识需求的可能。

宪法学说本质上是一种实践性的学说，它和现实政治具有相当密切的关系。民国时期联邦学说之所以得以系统化、学理化的讨论，固然和当时论者对于联邦学说的认识进一步深入有关，但更深层次的原因，恐怕还在于当时新生的中华民国需要明确到底采取一种什么样的中央地方关系配置模式这一宪政制度选择问题；甚至，从某种程度上，是这种到底是联邦制还是单一制的制度选择，才刺激和勃发了当时政学两界关于联邦制的学理讨论。例如，当时的宪法学界和政治学界的一些学者，不但对联邦制理论论争投入了极大的热情，而且身体力行，亲自参与相关宪政模式设计和联邦制实践探索，如《湖南省宪法》的制定，便与著名的历史学家、在中国政治制度史方面颇有造诣的李剑农的理论支持分不开。

而且，这也并非中国的特例，西方关于联邦制的系统讨论和知识生产，也是在其面临现实的制度选择之时，《联邦党人文集》最开始是为了坚定美国1787年制宪时美国人民选择联邦制而非邦联制的信心；德国国法学说中对于联邦制的讨论，也是基于当时统一建国的现实政治需求使然；英国虽然不是联邦制国家，但在联邦学说发展史上却占有重要地位，其原因就在于19世纪末期20世纪初期英帝国面临殖民地独立运动的政治难题后，不得不思考如何运用联邦制的方式确保英帝国的最大政治利益^①，所以，当时加拿大、澳大利亚、印度等原大英帝国的殖民地在独立后均采取了联邦制的中央地方关系模式。

2. 策论性与功用性：近代中国联邦学说论争的呈现形式

如前所述，近代中国的联邦学说，和当时特定的政治实践息息相关，因而很大程度上呈现出一种策论性和功用性的表现形式。但这是否就意味着当时相关论争缺乏足够的学理内涵呢？恐怕未必，虽然早期传教士和先知先觉的知识分子们对联邦制的最初认识仅仅停留在单纯的异国风情式的介绍阶

^① 参见王丽萍：《当代国外联邦制研究概述》，《政治学研究》1996年第4期。

段,清朝末年维新派和革命派对联邦制却已经有了进一步的深入了解,而民国时期的几次联邦制论争则具有了相当的学理色彩。

就几次论争的参与者而言,章士钊、张东荪、张君勱、李剑农等人均曾留学海外研习西方法政思想,在相关论争时对联邦制相关学理和西方联邦制制度实践也颇为熟悉。以章士钊的《学理上之联邦论》为例,先后援引了蒲鲁东、艾斯曼、狄骥、戴雪、耶林内克、拉班德等十余位西方学者的学说观点,其中,艾斯曼、狄骥为法国公法学大家,戴雪为近代宪法学的重要奠基人、耶林内克与拉班德在德国公法学说史上也占有重要地位,可见其对当时西方法政学说颇为熟悉、了解的也相当全面。^①另外,当时的学者在进行联邦制讨论时,除了注意到当时西方法政学说的不同观点、对相关制宪实践也未停留在条文梳理的层面上,而是深入探究不同国家各自制度设计背后的深层原因,如民族习惯、政治传统、社会背景等。毕竟,宪政学说并不仅仅是一种纯粹的学理研讨或者沙盘推演,而是和现实政治息息相关的实践性学说。

而且,与我们现在进行学术讨论时常常出现的“唯美主义”不同,当时的学者在总结梳理西方联邦制学说、实践时并未将目光仅仅局限于美国、德国等几个发达国家,而是“欲寻译一切可资被利用的材料和经验”^②,例如,当时学者对于加拿大、澳大利亚、瑞士、哥伦比亚、墨西哥等国家的联邦制度的产生背景、运行状况的重视和了解,可能让我们当今出于和平时代的后世宪政学者也颇自惭形秽,如有民国宪法之父美称的张君勱,就曾颇为赞同加拿大宪法中中央地方权限划分模式。^③

另外,即使由于这种宪政学说很大程度上具有的功用和策论性质,在某些方面没有达到理论上的完美自洽,我们也应报以一种同情的理解。因为其本意即在于宪政制度设计而非单纯的理论建构,所以,尽管从形式上看,民国时期宪政学者的很多著述都以很短的策论的篇幅出现,即使是长篇著述,

① 刘星认为,民国时期的中国法学,并非单纯的“西学东渐”或者“次殖民地风景”,中国法学在当时本身即为世界法学的一部分,见其《一种历史实践:近现代中西法概念理论比较研究》中相关论述;当时的中西法学交通史的发达与顺畅,可能超出我们现在的评价。

② 萧公权语,《如何研究宪草》,《燕京新闻》1943年2月6日。

③ 参见张君勱:《宪政之道》,清华大学出版社2006年版,第22页。

也饱含着深厚的宪政救国情怀。当今处于和平安定环境下的我们，更应以一种同情的理解的态度来看待前辈们在复杂政局下为求宪政美好蓝图之如履薄冰的复杂形态。

3. 救亡与统一：近代中国联邦学说论争的现实政治语境

近代中国，所面临的两个根本性问题，即在于对外如何抵制外国势力的侵略与压迫，尤其是他们趁清末民初政局动荡之际试图瓜分蚕食新疆、西藏、东北、蒙古等中国领土的狼子野心；对内，则是完成国家的实质性统一，结束清末以来中央与地方关系的混乱局面。而当时联邦学说的论争，实际上也是基于这样一种“救亡与统一”的现实政治语境，而非一种单纯的学理探讨。

因此，民国时期无论是主张联邦论者，还是反对联邦论者，都把很大的论述篇幅放在联邦制是否能解决中国救亡图存、国家统一这一现实宪政命题上，这并非当时的学者缺乏对联邦学说的足够了解，而是一种特定时空背景下特定种族之根本性任务要求的必然反应。如梁启超在《新中国建设问题》中便坦言，“联邦制所最难处置者，则蒙回藏诸藩疆也”，“尔来强邻介煽，久已生心外向”，“故今者建设伊始，当刻刻以蒙回藏疆为念，务使不自屏于中国之外”。其时，英国觊觎西藏、沙俄蚕食新疆、东北则是日俄争夺之地，如何确保中国的边疆安全，是当时联邦制论争的一个重要争议所在。主张联邦制者认为“蒙回藏疆，各为联邦，自由加入，可免分裂”，反对联邦制者则认为“蒙回藏疆，更无各自成联邦之理。标此以期结合，事实等于抛弃”^①。所以，当时的联邦制论争，是能否确保国家领土不被瓜分的一个现实政治策略。^②

另一方面，当时中央政府欲武力统一，地方则拥兵割据的混战现状，也使得联邦制论争成为能否实现和平统一的一个现实政治权衡。联邦制的讨论之所以得以深入，就在于当时一些学者试图通过联邦制来结束军阀割据、实现国家真正统一，如李剑农的《民国统一问题》三篇，其核心均在于武力统一并不可取，只有通过联邦制才能真正实现国家统一，而只有国家在法理上

^① 梁启超：《新中国建设问题》（1911年），《梁启超法学文集》，范忠信选编，第316—323页。

^② 也正因为如此，在民国初年的制宪争议中，对于领土条款是否明确列出，也是争议不断，其目的均是为了确保国家的领土完整与边疆安全。参见夏新华、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，第201页中记载的民国初年各政党在首届国会制宪中关于领土条款如何规定的讨论。

得以统一,才能结束军阀混战的政治乱象,即“民国统一的进行程序,以制定联邦宪法为起点、以废去督军为止境;逆说为欲废督必先裁兵、欲裁兵必先统一、欲统一必先确定联邦制”^①。

所以,当时的联邦学说论争,实际上是在一种外部列强环伺、内部军阀混战的乱世格局之下进行的,而论争本身也是为了解决中国现实的救亡图存与国家统一问题,可以说是一种具有明显时代性与本土性的学说论争,因此,论争双方的着重论述篇幅都在联邦制是否适合中国,是否能给中国带来好处这一我们今天看来明显具有功利色彩的一种所谓宪政工具主义,但在当初,却又似乎是前辈们身处内外交困之复杂政局的一种宪政救国情怀和现实自我定位。处于和平年代的我们,一方面应一种同情的理解的态度来看待前辈们在乱世之中为求宪政美好蓝图之如履薄冰的复杂形态;另一方面,也只有将论争置身于当时救亡图存的政治语境之下,或许才会对先哲们在进行联邦学说争论时之所以采取那样一种论述方式有一个妥帖的把握。

4. 话语反复与政局迷雾:近代中国联邦学说的复杂与吊诡

近代中国联邦学说论争中一个颇有意思的现象,就是论争者对于到底是否赞同联邦制往往会出现明显的前后立场不一。如孙中山早年曾试图仿效美国建立联邦政府,但发现新成立的南京临时政府政令不出百里,严重缺乏权威,进而对联邦制产生怀疑,可其后为了赢得西南军阀的信任和支持以对抗北洋政府,所以不得不同意支持联邦制,直到陈炯明叛变才彻底认定联邦制不适合中国国情。又如,梁启超东渡日本期间曾译介了不少联邦学说,但民国肇造之时却认为联邦制不利于国家统一,且在之后的民国制宪中也反对实行联邦制,其主办的《大中华杂志》、《庸言》等杂志也成为联邦制反对论调的主要阵地。如果说孙因为是政治家,其所秉持话语多受其政治利益影响的话,梁启超虽然游弋于政学两界,对民国政治也有重要影响,但本质上仍为一名学者。这种话语上的反复和政治格局的错综复杂,使得近代中国联邦学说更显复杂和吊诡。

而且,民国时期著名宪政学者张君勱对于联邦制的态度,也曾发生过这样的话语转向。民国初期其拟定的《省制条例》,基本上采取国权主义的思

^① 李剑农:《民国统一问题》篇一,《太平洋杂志》1917年第1卷第9期。

路，强调中央政府的权威；1916年发表的《联邦十不可论》（以《省制条例》为蓝本修改），仍然认为实行联邦制需具备三个条件：省或州宪法的厘定、省或州主权的确立、省或州自治基础的形成，而中国当时三个条件无一具备，所以在当时所谓联邦制只能是一厢情愿的空想；但到1922年联省自治运动风起云涌，其受“中华民国八团体国是会议”委托起草“国是会议宪法草案”之时，却主张“中华民国为联省共和国”。原因何在，可参见其解释“国是会议宪法草案”的《国宪议》中“心迹自陈”：

昔余持论，举联邦不可行于吾国之古有十。朋友见余拟国宪草案，纯以联省为建国之方。有观面诘责者。有移书相询者。余以为，此立言之方法不同耳。非对于国情之观察有变更焉。昔之所以告国人者曰，必省民能自握省权……凡此应具之条件，我既无一而具，于是断言联邦之不可行。自今上溯民国初年，盖十余年耳。问国情会有丝毫变化乎。唯有答曰：否否。所不同者，则狡黠如项城逝矣；军人各据一省，而全国成分崩离析之局；在此基础上而求灭国是所谓邦，由邦国而进为联邦国。岂非蒸沙为饭、缘木求鱼乎。……余曰，立国之法，不外二途，自中央而地方者，此统一国家也；自地方而中央者，此联邦国家也。而研究者手中之次第，其先中央乎，其先各省乎，我断然不疑曰：先各省而已矣。何也，五洲之上，北美，联邦国也；南美，联邦国也；澳洲，亦联邦国也……夫世界之大势如彼。而我中央之久已不见信于国人又如此，则今后立国之基础，舍联邦其奚由哉。夫省之范围，地小而人稀，故集中一省之人才、财力以谋之，则效易见，而较有把握；且一省中，多切实自利害问题，少架空之政策问题，是否易定；而人与人之竞争，逊于中央。所以谋省政，易于谋国政。此则我之所以以联省政治导国人也。故我之所谓联邦者，其基础尚待于创造，非以目前割据之局为联邦也。我昔以此为条件不具，故云不适于联邦者；又以彼条不具，故云不适于联邦。今我易其词曰，当具此条件而后可以为联邦；而具彼条件，而后可以为联邦，措辞虽异，而精神则同。此则我之良友与明眼之国人，必能辨识之矣。

从张君勱的自述中，可以看出，其之所以改为赞同联邦制，一是除了美、德等发达国家采取联邦制外，第一次世界大战后苏俄、南非等一些新兴国家也

采取联邦制，一时联邦制有成为世界大潮之势；二是当时北洋军阀控制的中央政府“久已不见信于国人”，而联省自治活动则如火如荼。所以，尽管是短短的几年时间，当时的国际、国内政治格局却发生了重要变化，而这也对论者对于联邦制在中国的实现前景的判断产生了直接影响，尽管其口头上声称“此立言之方法不同耳。非对于国情之观察有变更焉”，但通过由“以此为条件不具，故云不适于联邦者；又以彼条不具，故云不适于联邦”到“当具此条件而后可以为联邦；而具彼条件，而后可以为联邦”的措辞变化，显然可以看出作者对于当时中国能否实行联邦制已经抱着一种相对乐观的态度。

所以，要想理解近代中国联邦学说论争中出现的这种话语反复现象，除了需要对当时中国政局变迁要有足够的把握，还需了解当时世界范围内的联邦制大潮对于中国的影响程度。用柯伟林的话说，就是“民国时代的中国历史是由它的对外关系的性质所界定、塑造、并且最终必须依此来解释的。对于民国时代，寻求某种有特色的中国中心的历史表述却未必恰是好处，因为这一时代的所有大事都具有国际层面的影响”^①。当然，民国政治所呈现出的国际化进而对相关宪政学说内容变化的影响，很大程度上是基于当时中国在世界政治格局中所处的半殖民地格局使然。

同时，这种话语反复，也使得我们在梳理近代中国联邦学说论争中涉及一些特定人物的评价时，很难简单地给予其一个“联邦论者”或者“反联邦论者”的简单标签，而是必须将其学说放在特定的政治语境下加以分析。民国史事由于政局利益而呈现出一种错综复杂的乱象，加之其中很多论者并非纯粹的书斋式学者，而是本身就游学于政学两界，这无形中增加了对包括联邦学说论争在内的近代中国法政学说进行梳理的难度。当然，从另一方面讲，或许正是这种特定时空背景下宪政话语及其政治语境的复杂与吊诡，才是学说史梳理的意义和魅力所在。

二、民国时期的中央与地方关系学说

(一) 问题的提出：民国时期的中央与地方难题

从某种程度上讲，中国幅员辽阔、南北迥异、民族众多的地理特征，决

^① [美] 柯伟林：《中国的国际化：民国时代的对外关系》，《二十一世纪》第44期，1997年12月。

定了如何处理中央与地方的关系成为一个千年难题，要么是藩镇割据中央羸弱不堪，要么是中央集权地方半死不活，似乎除了汉代，很难真正出现我们今天所说的那种保持中央的统一领导、又充分发挥地方的主动性和积极性的双赢格局。^①而这一格局到了中国最后一个王朝——清朝末期，更是愈演愈烈：由于镇压太平天国起义的需要，原来的中央集权体制不得不向地方督抚专权转化，而这也直接导致了清王朝的覆亡，并深刻影响着其后民国的政局发展。^②

诚如有学者所言，民国时代沸沸扬扬的所谓联省自治，不过是清末地方自治的一种延续，而那些醉心于联邦制的学者所依赖的对象，也只能是清末北洋练兵的产物，大小地方军阀，而这恰恰又和当时中国富国强兵、保国保种的大目标相背离，这也是那些学者常被诟病之处，但在当时，要达至这种政治实践，除了依赖于目标同样并不单纯甚至只是试图给自己地方割据披上一层宪政的合法性外衣的地方军阀，似乎别无他法。^③所以，当北伐军一路势如破竹、大小军阀纷纷被歼时，所谓联省自治，也自然成为“皮之不存、毛将焉附”的理论空想。

孙中山先生的均权主义，正是意在超越联邦制和集权制，提出一种解决中国中央地方关系问题的新思路。在国民政府漫长的立宪过程中，虽然几经反复，均权主义基本上被视为处理中央地方关系的基本准则；只是由于不同的政治利益，中央政府和地方势力对于均权的具体制度构建给出了截然不同的答案；当时学者对此也众说纷纭。所以，透过民国法政学说中的均权话语，恰可凸现其时政治世界中的利益博弈，也可妥帖理解先哲们乱世危局中

① 地理对于政体的影响，在西方法政学说史中是一个悠久的历史话题，如柏拉图、亚里士多德政体学说中对地理因素的强调，此后，地理成为了政体研究中不可或缺的问题。在近代，地理问题更是受到了政治学家们的高度重视，霍布斯、孟德斯鸠、汉密尔顿、托克维尔等思想家，都对此问题作出了深邃的思考和论述，其中最典型的就是被扣上了“地理决定论”大帽子的孟德斯鸠。具体到中华帝国，按照钱穆先生的说法，似乎除了汉代的郡国制度能基本上做到既保持中央权威又对地方充分放权的强地方与强中央共赢的局面（见钱穆《中国历代政治得失》，生活·读书·新知三联书店2001年版），也可参见张鸣《失败的自治和必须正视的难题》（《读书》2007年第3期）中对于中国历代处理中央地方关系得失的分析。

② 太平天国之后，湘系、淮系实力大增，呈尾大不掉之势。而接手清朝政权的袁世凯，也是从天津小站练兵起家。袁死后北洋军阀四分五裂，民国虽号称共和，但实为军阀混战之势。

③ 参见张鸣：《失败的自治和必须正视的难题》，《读书》2007年第3期。

破解中央地方难题的宪政努力。

虽然孙中山由于当时政治格局变化和自身认识的转变，其观点也曾发生多次变化，但要想系统理解民国时期的中央地方关系学说思想，我们就无法对其有关论断视而不见。一方面，无论是当时国民党政权处理中央与地方关系的法政实践，还是当时与中央权威对抗的地方势力，都频频援引均权主义等中山遗训作为其政治合法性的主要来源；另一方面，当时很多著名的法学家，抛开有官方背景的孙科、胡汉民、居正等，即使是萧公权、杨幼炯、陈之迈、张金鉴等政治色彩相对中立的学者，甚至是张友渔这样的红色法学家，也深受中山先生相关主张的影响。

而“同样的名并不具有同样的实”，民国复杂纷乱的政治格局，注定了这种表面上一致的合法性引用背后可能只是为了满足不同的政治利益。虽然各方都高唱均权话语，坚持总理遗训，但中央强调，要实现均权首先需要满足政治统一所以地方不得对抗中央；而地方势力为了自保，则强调相关事项属于地方事务按照均权思路中央不得干涉。同时，由于孙中山先生本身是一位政治实践家而非政治理论家，且均权学说又是其晚年提出很难完满修改，所以，透过民国法政学说中的均权话语，恰可凸现其时政治世界中的利益博弈，也可妥帖理解先哲们乱世危局中破解中央地方难题的宪政努力。另外，以铜为镜、以史为鉴，尽管中山先生的均权主义被很多人认为仅仅是一种理想化的东西，尽管民国时期基本上未解决中央与地方难题，但对于恰逢先哲们求之不得的太平盛世之行宪环境，思考近一个世纪前宪政先驱们的“失败的遗产”，似乎并非全无意义。

（二）均权主义：理论源流与基本主张

所谓宪政，从功能意义上来讲，不外是国家基本政治权力的体制型塑，从横向来说，是立法、行政、司法等政治权力的分立制衡；从纵向来讲，则是中央与地方的权力关系问题。在孙中山的宪政思想中，横向的权力配置是其著名的五权宪法思想；从纵向来讲，即是均权主义。虽然后者也同样被国民党政府的制宪者认为是其处理中央与地方关系之政治合法性的来源，对当时宪法学说发展也产生重要影响，但似乎关注度远不如前者。这一方面也许和人们总习惯于关注横向的权力配置有关，如我们一提宪政，往往会本能地想到三权分立等西方宪政学理而不顾在中国这样一个幅员辽阔南北迥异的多

民族大国中纵向的权力配置同样是一个千古难题；另一方面，也许是由于均权说的正式提出已经是1924年，即孙中山的生命晚期，且其关于中央与地方关系的政治主张，在他的政治生涯中也由于不同的政治局势和政治对手被冠之以不同的政治面貌。

1. 均权主义的前世：徘徊于联邦制和集权制之间

孙中山的一生，有三分之二在海外度过，曾游历不少国家，对西方政治制度和政治思想，也有切身体会，所以早在其投身革命之初，就未雨绸缪，为革命后的中国定下了联邦共和制的政体蓝图。1894年兴中会创立时，孙中山就将该会的誓词定为“驱逐鞑虏、恢复中华、创立合众政府”，而“合众政府”，据戴季陶在《中华民国与联邦组织》中的解释，即为“明乎合众之组织，而联邦之观念明矣”，也即是说，孙中山早年处理中央与地方关系的构想，是以美国的联邦制为蓝本。^①这种对联邦制的向往，除了和其早年游学海外的经历有关，从更深层次来讲，也和当时救亡图存的大格局有关：变革中国政治，必须取法乎上，“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”^②，用最好的制度，最快的速度，实现保国、保种的目标，是那一代人共同的梦想。但是，以联邦共和制为基础构建的南京临时政府无财无权、令不出户，中央权威在地方督抚眼里几乎视若无物。所以到了1912年，孙中山开始表示，“联邦制度对于中国，将来不可行，行政方针，主张中央集权”^③；其后，在《国民党宣言》中，他第一次公开主张“建单一之国，行集权之制”^④。

但不久，孙中山下野，袁世凯成为大总统，并建立中央集权的威权体制，即使是袁死后的北洋军阀政府，仍以削弱地方势力统一全国作为政治目标。孙中山要想与北京政府相抗衡，只能依靠沿海和西南的地方军阀势力，而地方军阀为了使自己的地盘免遭中央蚕食，又提出“联省自治”或联邦制的政治口号；为了获取他们的支持，孙中山尽管内心已不再认同联邦制，但也不便反对，有时甚至不得不公开表示支持，如在1916年杭州省议会的演

① 参见袁曙宏、董文媛：《孙中山、华盛顿宪政实践及其结果之比较》，《法学》2004年第9期。

② 孙中山：《在东京中国留学生欢迎大会的演说》，《孙中山文集》，第605页。

③ 《孙中山集外集》，第340页。

④ 李明强：《论孙中山的均权主义》，《江汉论坛》2003年第6期。

讲中,孙中山称,“若地方自治已发达,则政治即可完善,而国家即可巩固。兄弟此次返回,即注意于此。诸君试披览地图,西半球无一非共和国,法美两国之能日渐旺盛,要以注意地方自治为根本。”^①

民国的政局总是变幻莫测、出人意料。1922年,陈炯明的叛变使得孙中山一方面不再对依靠地方军阀取得革命胜利抱有任何幻想,同时也彻底认定,联邦制并不适合当时中国军阀混战、分崩离析的政治格局。他认为:“联邦制将起离心力的作用,它最终只能导致我国分裂成为许多小的国家,让无原则的猜忌和敌视来决定他们之间的相互关系。中国是一个统一的国家,这一点已牢牢地印在我国的历史意识之中,正是这种意识才使我们能作为一个国家而被保存下来……而联邦制则必将削弱这种意识。”^②

所以,在痛感中央集权使得中国落后挨打、同时又给北洋政府武力统一以口实,联邦制又不适合中国国情的情况下,孙中山开始思考一种新的中央地方权力配置机制,这便有了后来成为国民党政府处理中央与地方关系问题理论依据的“均权”论。

2. 均权主义的基本主张

中央与地方的关系问题,一直是困扰民国政局的一大难题,尤其是在国民党政府完成形式统一之前。作为中国革命的先行者,孙中山多年也一直思索如何破解中央集权与地方割据之难题,在其徘徊于联邦制与集权制之时,也曾有一些模糊的均权萌芽思想,如在接受法文报纸《中法新汇报》总编辑莫耐斯梯埃采访时说:“我个人赞同汲取美利坚合众国和法兰西共和国的各自长处,选择一种间于二者的共和体制。我们很想借鉴其他民族的经验。”^③其曾试图融合法国和美国的政体形式,而美国为典型的联邦制国家,法国则为中央集权国家。但其均权思想的基本确立和正式提出,则到了其生命的晚年。1923年,孙中山在《发扬民治说帖》一文中指出,均权原则是实现民治的关键所在,并主张以县代替省作为自治的基本单位。^④

① 《孙中山全集》第3卷,第345页。

② 《孙中山全集》第5卷,第518页。

③ 《孙中山集外集》,第340页。

④ 参见《孙中山集外集》,第37、38页,亦可参见李明强:《论孙中山的均权主义》,《江汉论坛》2003年第6期。

在1924年1月，孙中山为了改组国民党，召开了第一次全国代表大会，会议通过了《中国国民党第一次全国代表大会宣言》、《中国国民党总章》、《组织国民政府必要之决议案》等文件。在《中国国民党第一次全国代表大会宣言》的第三部分《中国国民党政纲》中，对内政策（乙部分）第一条，既开尊名义“关于中国及地方之权限，采均权主义、凡事务有全民一致之性质者，划归中央；有因地制宜之性质者，划归地方，不偏于中央集权制或地方分权制”^①。由此，均权主义被正式提出，并试图超越中央集权制和地方分权制的传统的中央地方权力配置模式。其后，在《国民政府建国大纲》的第17条，也规定“在此期间，中央与省之权限，采均权制度，凡事务有全国一致之性质者，划归中央；有因地制宜之性质者，划归地方，不偏于中央集权制或地方分权制”^②。

用其早期的一段话来表述，即是，“今之政治家，有主张地方分权者，有主张中央集权者，惟仆则欲出一貌似模棱之说曰：两者皆为仆所赞同，一国之外交当操持于中央，无分于各省之理，美国吾人所引为共和先进者也，但外交事件，则仍不属于各州；其余如海、陆军、邮电事业等，亦不能分其权于地方，此仆表赞同于集权者也”^③。所以，孙中山的均权主张，既可以说是对传统中央与地方权力划分模式的一种混合，也可以说是对其的一种超越。这一点在孙中山后面的一则讲话中表述得更为明显：

夫所谓中央集权、或地方分权、甚或联省自治者，不过内重外轻、内轻外重之常谈而已。权之分配，不当以中央或地方为对象，而当以权之性质为对象，权之宜属于中央者，属之中央可也；权之宜属于地方者，属之地方可也。例如军事、外交，宜统一不宜分歧，此权之宜属于中央者也；教育、卫生，随地方情况而异，此权之宜属于地方者也。更分析以言，同一军事也，国防固宜属之中央，然警备队之设施，岂中央所能代劳，是又宜属之地方矣。同一教育也，滨海之区，宜侧重水产；山谷之地，宜侧重矿业、或林业，是固宜予地方以措置之自由，然学制

① 《孙中山全集》第9卷，第123页。

② 《中华民国法规辑要》第1册，第14—15页，中央训练团编印，转引自夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第597页。

③ 《孙中山全集》第3卷，第322页。

及义务教育年限,中央不能不为划一范围,是中央亦不能不过问教育事业矣。是则同一事实,犹当于某程度以上属之中央,某程度以下属之地方,彼漫然主张中央集权、或地方分权、甚或联省自治者,动辄曰某取概括主义,曰某取列举主义,得勿嫌其笼统乎?凡此诸说,皆与权力分配本题无关,要之研究权力之分配,不当挟一中央或地方之成见,而惟以其本身之性质为依归、事之非举国一致不可者,以其权属于中央,事之应因地制宜者,以其权属于地方,易地域的分类,而为科学的分类,“斯为得之”此乃近世政治学者,所已知已行,初无俟聚讼为也。^①

所以,孙中山先生均权主义的核心,即在于“权之分配,不当以中央或地方为对象,而当以权之性质为对象”,其中央与地方的权力划分,不是一种数量上的权力关系平均,而是依据事务的基本性质而定,所谓“权之宜属于中央者,属之中央可也;权之宜属于地方者,属之地方可也”。

由于孙中山并非专门的政治理论家,其均权主张虽写进了国民党的最高文件并作为处理中央与地方关系的基本原则;但他关于均权主义,并无客观严谨的体系和细致周密的论证;所以要理解孙中山的均权思想,必须与其相关宪政思想联系起来。例如,孙中山均权思想的理论前提,实际上是其一贯的权能分立说,即“政权”和“治权”的划分,孙中山将把国家的政治大权一分为二,一个是政权,即民权,就是人民权,人民“管理政府的权”,是国家权力主体,包括选举、罢免、创制、复决四大权力;一个是治权,即政府权,是政府“替人民做工”的权,包括行政、立法、司法、考试和监察五权。政权和治权的分立,两权交给不同的主体行使,从而达到政权对治权的有效支配,它们之间不是相互制衡的关系,而是单向的主权者与执行者之间的关系。而中央与地方所均之权,实际上是治权而非政权,政权是不可分割的。同时,均权的实现,地方自治不可或缺,按孙中山的主张,地方自治的主体应该是县而非省,这一方面是因为中国地域辽阔以县为单位公众便于参与,另外一方面恐怕也是由于当时各省地方势力坐大严重影响中央权威使然,毕竟,如给省以充分的自治权,加上其本身就有的财力和军力,中央政府必然政不出户,而以县为单位,一定程度上或可收昔日“汉主父”堰推恩

^① 《孙中山集外集》，第 32—33 页。

之效。

因此，要想理解孙中山均权主义的意义所在，我们还必须考虑到民国当时中央与地方的关系现状；另外，孙中山的身份毕竟是一位政治家而非政治学家或者宪法学家，他的理论更在于解决迫在眉睫的现实问题，而非理论自身的完美精巧。当然，他对于民国宪法学说的影响，恐怕是任何一位正牌的宪法学者或者政治学者所无法比拟的。实际上，包括民国一代的宪法学人，又何尝不是本着这样一种忧国情怀，所以当时的宪法学说从理论而言，也许有不甚完满和粗糙之处，但却均是为了解决其时政治世界中特有的现实命题，无法理解这一点，我们也就自然无法理解先辈们当初的良苦用心。

（三）民国立宪史中的均权实践：以中央地方权限划分和省的地位之规定为中心

孙中山的均权主义，意在超越联邦制和集权制，改变当时中央羸弱、地方割据、百姓涂炭的政治乱象；然而，遗憾的是，在其提出均权主义不久，就与世长辞。此后的国民党政府执政者，虽然内部依旧纷争不断，表面上都尊称“依据建国大纲、总理遗教”，也曾试图用孙中山的均权理论来处理中央与地方关系；但中央的执政者和地方势力，基于不同的政治利益，对“均权”的内涵和所需要的制度构建给出了截然不同的理解。

1. 《太原扩大会议约法草案》与《训政时期约法》^① 中对于中央地方权力配置的比较

1928年12月29日，张学良宣布“遵守三民主义、服从国民政府、改易旗帜”，至此，北洋军阀格局的时代宣告结束，国民党政府实现了形式上的统一。但仅仅一年半以后，就爆发了规模浩大的中原大战，阎锡山、冯玉祥、李宗仁等地方军阀势力与在国民党内权力斗争中被蒋介石排挤的以汪精卫、陈公博为首的国民党改组派和以邹鲁、谢持为首的西山会议派，联合起来指责以蒋介石为首的南京政府训政而不公布约法，是违背“总理遗教”，宣布要召集“国民会议”来制定约法，并推举出汪精卫等七人为约法起草委员会委员，后由于军事局势的转变，转往太原。1930年1月27日，反蒋派公布了由汪精卫起草的《中华民国约法草案》（《太原扩大会议约法草案》）。

^① 两部法案原文均见《中华民国法规辑要》第1册，转引自夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第824、833、834页。

《太原扩大会议约法草案》第54条规定,“国权之关于国家事项者,依本约法行使之,国家之关于地方事项者,依本约法及地方法规行使之”,其后的第55条,列举了有国家立法并执行之的十七条事项,第56条列举了十五条有国家立法并执行或委任地方执行之的事项。第59条规定,“依本约法规定,凡事权不归于国家者,均为地方之事权”。紧接着的第60条规定,“除第55条及第56条列举之国家事权外,如遇新事项发生,其性质应属于国家者,得由国民政府提请约法解释委员会之解释,以该事项归于国家事权之内。”由上述规定可见,虽然《太原扩大会议约法草案》在中央地方权力配置方面遵循了孙中山先生“权之分配,不当以中央或地方为对象,而当以权之性质为对象”的“总理遗训”,但在具体操作中,对于中央权力,采取了列举的立法方式,而将列举之外的所有权力划归地方所有。“如遇新事项发生,其性质应属于国家者,得由国民政府提请约法解释委员会之解释,以该事项归于国家事权之内”,即如果有新的事项发生争议,要想归于国家事权,需要国民政府提请约法解释委员会之解释,而约法解释委员会则由蒋介石一派所完全掌控。也就是说,《太原扩大会议约法草案》在中央地方权力划分的实际制度构建方面,是明显向地方势力倾斜的,尽管同样声称依权之性质而划分的均权主张。

1931年,以蒋介石为首的南京国民政府通过《中华民国训政时期约法》,共八章89条,这也是国民党政府的第一部宪法性文件。《训政时期约法》设专章规定中央与地方权限问题(第六章,计有六条),该部分的第一条(即第59条)开宗名义,强调“中央与地方之权限,依建国大纲第17条之规定,采均权制度”,但紧接着第60条规定“各地方於其事权范围内,得制定地方法规,但与中央法规抵触者无效”,第61条、第62条规定了中央和地方课税方面的划分问题,第64条规定“凡一省到宪政开始时期,中央及地方权限应依建国大纲以法律详细定之”。也就是说,在《训政时期约法》中,关于中央地方权限划分问题,是明确按照《建国大纲》中所确立的均权原则进行构建的,而且在该部分的第一条中还专门规定均权制度,作为处理中央与地方权限问题的基本准则以示强调。但是在第七章政府之组织中,第一节中央制度和第二节地方制度的具体制度构建的规定中,第65条规定“国民政府总揽中华民国之治权”,实际上已经是一种变相的中央集权。

更值得玩味的是两部法令中对于省的地位的不同规定。在《太原扩大会议约法草案》的第五章地方制度中，第一节为省制，其中第141条规定“依建国大纲第16条，凡省到达宪政开始时期，该省国民代表会得自定省宪，自选省长，省宪不得与国宪相抵触”；而在《训政时期约法》中第78条则规定“省置省政府，受中央之指挥，综理全省政务，其组织以法律定之”。《训政时期约法》虽然规定“省宪不得与国宪相抵触”，但可“自定省宪，自选省长”，几乎是一种高度的自治状态，而且其中第144条规定的省政府的诸项职权更是包揽地方政治、行政、军事、财政等基本权力。而在《训政时期约法》中，第78条规定“省置省政府，受中央之指挥，综理全省政务，其组织以法律定之”，也即是说，省政府必须接受中央指挥，是中央的下属机构。

所以，尽管《太原扩大会议约法草案》与《训政时期约法》中对于中央地方权力配置方面都号称遵守“建国大纲、总理遗教”，依均权主义而定，尤其是《训政时期约法》还设专条明文强调，但《太原扩大会议约法草案》中的地方自治色彩浓厚，具有很大程度的联邦色彩，而《训政时期约法》则强调“国民政府总揽中华民国治权”，有明显的中央集权倾向。时隔仅仅一年半的两部法令，虽然都将孙中山先生提出的均权主义作为自己制度构建的合法性基础，但由于其背后所代表的政治利益的不同，呈现出截然不同的两种理解思路。我们常说宪法应当与政治相分离，但宪法在很大程度上又何曾与政治分立过，尤其是在基本政治秩序处于尚未确立状态的所谓“宪政政治”时期。^①甚至，在某些特定语境下，宪法问题，完全就是政治问题。

2. 五五宪草立法过程中对于均权的不同制度建构及其政治蕴涵

“九一八”事变之后，整个中国陷于内忧外患、风雨飘摇之中，国民政府内外要求“结束训政、实施宪政”的呼声渐高。迫于压力，1932年12月通过的《国民党四届三中全会决议》决定起草宪法。1933年，成立了孙科为委员长、吴经熊、张知本为副委员长的宪法草案起草委员会，并通过了《宪法草案起草原则与研究程序》。在《宪法草案起草原则与研究程序》的《宪法草案起草原则二十五点》中的第22条，规定“省毋须制定省宪”；《宪

^① 参见[美]阿克曼：《我们人民：宪法变革的原动力》，孙文凯译，法律出版社2003年版，关于宪政政治和常规政治的界分。

法草案研究程序表》的戊部，专门讨论了地方制度问题，“中央与地方之权限应如何划分？关于这一点，总理的主张，是采均权主义。将来我们规定宪法时，是把中央的权都列举出来，余下的权，是地方的呢，还是把地方的权都举出来，余下的是中央的权，或者把中央和地方的权都列举出来，免得将来发生问题”^①。从表面上看，列举中央还是列举地方是个立法技术的选择问题，但技术的背后，是赤裸裸的政治利益，轻则讼争不断，重可引发政治危机。

其后，先由吴经熊、张知本、薛毓津等拟出个人草案，然后以“吴稿”为底本，参考各方意见以及张知本的稿件，开会审查，草案于主稿人会议三读通过。初稿草案拟成后，提交宪法起草委员会讨论，先后开十一次会议逐条讨论，《中华民国宪法草案初稿》遂告完成。然后进入初稿审查程序并完成《宪法草案初稿审查修正案》，经七次讨论，于立法院三读通过后呈报国民政府，再经国民政府审查两次后，立法院第三次三读通过，于1936年5月5日有国民政府明令宣布，史称“五五宪草”。而在整个立宪过程中对于均权主义本身作为原则虽无异议，但具体如何构建，不同的立法序言背后蕴涵着深厚的政治旨趣。

(1) 个人草案中对于均权主义的规定以“吴稿”、“张本”为主。

讨论了立宪的基本原则、程序、注意事项后，先由几位宪法起草委员会成员拟出个人草案，这其中吴经熊所拟的草案成为后来的底本。在吴稿中，第153条规定，“中央与地方采均权制，凡事务有全国一致之性质者，划归中央，有因地制宜之性质者，划归地方”，再一次明确强调了孙中山先生确立的均权主义作为处理中央地方关系的基本准则，而在具体制度构建上，以154条和155条列举了“中央立法并执行”或者“由中央立法并执行或由地方执行”的事项，第156条规定“凡未列举于前二条者有地方立法执行之”，但规定“其性质于中央及地方均有关系者，由有中央立法执行或委托地方执行，或由中央规定原则由地方立法并执行，唯在中央未有表示以前，其管辖权属于地方”。客观而论，该条规定完全遵循了中山先生“权之分配，不当以中央或地方为对象，而当以权之性质为对象”的立法思路，同时也兼顾了

^① 《宪法草案起草原则与研究程序》，见夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第863、865页。

中央权威和地方的自主性，应该说具有相当的立法技艺和政治智慧。我们也可以吴本中涉及中央地方关系具体事务的工商业兴办为例，其中第 158 条规定，“地方之天然富源与大规模之工商事业因资力不足，不能由地方单独发展或兴办者，中央应予量力协助，所获纯利中央地方各得一半”，同时照顾到中央地方利益，又颇具现代契约精神，可谓是前述第 156 条规定的制度层面的良好体现。在省的地位方面，吴本规定省长由省民代表会选出，但系由其选举三人提请国民政府择一任命，实际上省长的任命权仍然很大程度上掌握在中央手中，同时“省长受中央之指挥，执行省内之行政，省长代表省民处理省务，监督全省县自治”^①，也即是说，吴本中的省，并非联邦制中的自治单位，无明言可否制定省宪，也不是自治单位，而只是监督全省县自治。

除了吴稿，张知本所拟的宪草初稿（下简称“张本”）部分内容后来也被采用。“张本”共分四个部分，基本原则、民族、民权、民生。其中民权部分第二节为中央与地方之权限（第一节为人民之权利义务），第 33 条、34 条和吴本一样以列举的方式规定了中央立法执行或可令地方执行的事项，第 35 条规定“依本法所定，其事务行者不属于中央者，由地方制定单行法并执行之”，由此可见，“张本”虽然没有专门明列均权主义名号，但其立法宗旨还是按照中山先生之以权之性质为对象的立法思路。在省的地位方面，“张本”中省长由“省民大会就具有候选资格者选任”，较之“吴稿”中央人事掌控的色彩明显更弱；另外一条省长的职权是“处理并监督全省自治行政外，该省内中央行政受中央之指挥命令执行之”，同样赋予了更大的自由度。

所以，无论是“吴稿”还是“张本”，基本上都贯彻了中山先生的均权主张，只不过前者更多一点强调中央的人事掌控（实际上也不是完全控制），后者给予地方更多自由度。同时，从立法语言的措辞和安排来看，即使是学者所拟草稿，中山先生的相关主张之影响莫不深入骨髓，例如张本的体例安排完全是按照孙中山先生的三民主义的划分而来。而吴经熊曾游历海外多年，被认为是当时可以沟通东西方的世界级法学家和“人中之龙”的旷世奇才，张知本也曾在日本的法政法学研习法律。即使如此，二者的法学思想和

^① 吴经熊、黄公觉：《中国制宪史》下册，商务印书馆 1937 年版，第 793—832 页。

立法实践仍然深受一位没有受过多少系统法学教育的政治家的影响。可以毫不夸张地说,孙中山对于民国宪法学说的影响,恐怕是任何一位正牌的宪法学者或政治学者所无法比拟的。其中蕴涵,对于我们今天重新梳理民国宪法学说史,恐怕颇需认真对待。

(2) 从草案初稿到正式文本:均权主义的变通还是曲解?

1933年8月31日起至11月16日,主稿委员先后开会十八次,拟成《中华民国宪法初稿草案》,其中设专章规定中央地方权限:第62条明言宣告“中央与地方采均权制,凡事务有全国一致之性质者,划归中央,有因地制宜之性质者,划归地方”,与吴稿相同,袭用《建国大纲》。对于中央事项第63条列举说明,未列举者“由地方制定单行规章,或由中央制定原则地方制定规章;但地方之规章与中央法律抵触者无效”,省制方面,规定“省为中央直接管辖之行政区域”,“省长由省参议会就行政院原所提出之候选人五人中选出一人,由国民政府任命之,任期三年。军人非解除军职三年后,不得为省长候选人”^①。前述吴稿中,省长由省民代表会选举三人提请国民政府择一任命,掌控权很大程度上属于中央;张稿则由地方选举产生;正式的《中华民国宪法初稿草案》则采取了折中的办法,是由中央(行政院)提出人选(五人,选择面更宽一些)地方选举产生(与吴稿程序刚好相反),所以其人选最后的产生实际上是中央地方妥协之结果。同时新增加关于“军人非解除军职三年后,不得为省长候选人”的规定,也是基于民国时代军人干政割据一方的特定局使然,而这一新增加条款,也为后来的历次修改稿和“五五宪草”的正式文本所采用。表面上看,似乎颇为烦琐,立法技术不高,但实际上却是当时政治情势所迫而不得不为之。阅读宪法史,如对当实政治格局缺乏足够的理解,很容易下片面的断语,对宪政先辈们也自然很难谈得上“同情的理解”。

《中华民国宪法初稿草案》拟成后,宪法起草委员会先后开十一次会议逐条讨论,最后于1934年2月23日修正通过,《中华民国宪法草案初稿》遂告完成,中央与地方权限和省的地位等关键问题和《中华民国宪法初稿草案》相比未作变动,仍然采取了孙中山先生的均权主张。宪法初稿完成后,

^① 吴经熊、黄公觉:《中国制宪史》下册,第833—861页。

宪法草案起草委员会即告结束，孙科另派傅秉常等三十六人为宪法初稿审查委员，整理各方意见，拟具审查修正案。^①

但在拟定的《中华民国宪法草案初稿审查修正案》中，《中华民国宪法初稿草案》中的“中央与地方权限”一章被删除，省长由中央政府任命，所以初稿一出，马上批评如潮，被指责为“完全采取行政集权制”，“中央集权之倾向，至为明显；与中山先生主张省长民选、地方自治以县为起点者，似有未能吻合者”^②。虽然如此，其后立法会正式通过的《中华民国宪法草案》、《中华民国宪法草案》（修正）、一直到国民政府正式宣布的《中华民国宪法草案》（“五五宪草”）^③，中央地方权限问题、省制方面等争议问题仍然维持不变，呈现出明显的中央集权色彩。

而这明显有悖于中山先生提出的均权主义，与“五五宪草”前言中所强调的“遵照创立中华民国之孙先生之遗教”似乎自相矛盾。所以，在1940年立法院院长孙科在国民参政会第五届大会上就“五五宪草”草议的经过及其内容的说明中，专门予以解释：

其实，省的性质不全是地方，根据总理遗教，国民政府建国大纲第十八条规定“县为自治之单位，省中央与县之间，以收联络之效”。可见自治单位为县，而不在省，所以省的性质，实为中央行政区。……省长系中央任命，非民选，省参议会系咨议机构，非立法机关，这对建国大纲的规定，似乎不无出入，因为建国大纲第十六条规定，“凡一省全数之县皆达完全自治者，则为宪政开始时期，国民代表会得选举省长，为本省自治之监督”。但总观建国大纲体系所规定，对宪政实施，系由下而上，先需县能自治，一省全数之县，能行纸质，然后行宪政，其第二十三条规定“全国有过半数省分达至宪政开始时期，即全省之地方自治完全成立时期，则开国民大会决定宪法而颁布之”，今日为适应国家之需要，在县自治未完成前，提前召开国民大会，颁布宪法，所以不能不将省的性质，略予变通。其次，十年来实际政治经验，省自为政，或军人在地方上掌握政权军权，形成一种半独立状态，乃至妨害国家统

① 参见夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第941页。

② 陈茹玄：《增定中国宪法史》，第217—222页。

③ 中间由于抗战中断，宪草未正式交付表决，未生效。

一。所以在抗战之前，中央最费力者，在先求国家的统一，消灭一切足以使地方成为半独立状态、形成割据局面的条件。经十余年的教训，中央同人认为国家应绝对统一，既要绝对统一，则不能让地方权力过分发展，重蹈覆辙。这样在现阶段上，省既不成地方单位，则建国大纲第十七条所谓，在此期间（即一省全数之县委皆达完全自治时期），中央与省之权限采均权制度。凡事务有全国一致之性质者，划归中央；有因地制宜之性质者，划归地方；不偏于中央集权或地方分权。此案的应用，不在中央与省间，而在中央与县间，这是略予变通的。立法院草拟宪草时，对于均权，曾详细讨论，但因为上述的原因，未另为一章，但在五章第二节第一百零四条，有如下的规定：“凡事务有因地制宜之性质者，划为地方，自治事项，属于县。”^①

所以，按照国民党政府的官方解释，“五五宪草”在精神是完全尊奉的“三民主义”为建国原则来起草的，其内容则参照“五权宪法”、建国大纲所规定；但因为应目前环境及近年经验，故对建国大纲，非墨守其条文，而系尊奉其精神，针对目前的环境，十余年的政治经验，予以引用的。并以世界上近代宪法变迁迅速、修改频繁的现象作为自己修改建国大纲条文规定的一种合法性解释。^②但这种修改到底是变通还是曲解，并不难判断。也正因为如此，在后来的《“五五宪草”修正案》说明中，不得不对未专门列中央地方权限作出解释，尽管这种解释相当苍白无力。

（3）“期成宪草”的拨乱反正

1939年9月9日，国民参政会第一届第四次大会在重庆召开。会上，陈绍禹、左舜生、张申府、王造时、张君勱等分别提出关于制定宪法与开始宪政的提议。审查委员会经唇枪舌剑形成审查报告后，于当月16日下午大会第七次全体会议通过，并形成《请政府定期召集国民大会实行宪政决议案》，该决议要求政府“明令定期召集国民大会，制定宪法，实施宪政，并由议长指定参政员若干人组织国民参政会宪政期成会，协助政府促成宪政”^③。蒋介石在此次参政会大会结束前即指定由黄炎培、章士钊、褚辅成、左舜生、

① 杨纪编：《宪政要览》，第38—46页。

② 参见杨纪编：《宪政要览》，第38—46页。

③ 邹韬奋：《关于宪政提案的一场舌战》，《国民参政会纪实》上，重庆出版社1985年版。

张君勱、傅斯年等 19 人组成“国民参政会宪政期成会”。11 月 17 日，国民党五届六中全会通过《定期召集国民大会并限期办竣选举案》，决定 1940 年 11 月 12 日召集国民大会。由此，修宪工作正式提上日程，抗战期间第一次宪政运动掀起高潮。3 月 20 日，宪政期成会举行第三次全体会议，后形成《国民参政会宪政期成会提出中华民国宪法草案（五五宪草）修正草案》（即“期成宪草”）。

在“期成宪草”的原文中，与“五五宪草”相比，中央与地方关系一章被重新添入，明言“凡事务有全国一致之性质者，划归中央，有因地制宜之性质者，划归地方”。期成委员会的诸次讨论中和各地的宪政座谈会中，也时有人提出要增加“中央与地方”一章（如香港外勤记者联谊会宪政座谈会上成舍我参议员对于修正案大要的说明）^①从某种程度上讲，“期成宪草”中重新强调中央与地方权力配置采取均权原则的做法，是对“五五宪草”中过于强调中央集权进而违背中山先生遗训的一种拨乱反正。

3. 均权主义的余韵：“1947 年宪法”

抗战结束后，1946 年 1 月 10 日召开的政治协商会议通过了修正“五五宪草”之十二项原则，其中第 8 条原则明言：“确定省为地方自治最高行政单位。省长民选。省的制定省宪，但不得与国宪抵触，依照均权主义划分权限。”除了进一步强调要“依照均权主义”，还有一个大胆的变化即是，省的地位有了大幅度的提高，可以制定省宪，这个立法规定以前仅仅在汪精卫等制定《太原扩大会议约法草案》中出现过，而当时其目的是为了与蒋介石政府的中央权威对抗。同时，这与孙中山先生原来建国大纲关于均权的制度设计也有所不同。按照孙中山的观点，省原本为县和中央之间的联络单位而非最高自治机关。其后正式通过的宪法草案，也基本遵循了这十二项原则，而作为十二项原则的主要提出者张君勱，也因此博得“民国宪政之父”的美誉。

其后，在 1946 年 3 月 8 日宪草审议委员会协商小组的首次会议上，国民党代表王宠惠提出“省不能自制省宪，只能制定地方自治法规”等三项主张；会议一时陷入僵局，后经各派商议，加上周恩来的从中斡旋，达成包括

^① 参见夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，第 1076 页。

“省宪改为省自治法”在内的三项协议，制宪活动重告开始。^① 1946年11月初，政协会议完成了“五五宪草”修正案草案，仍然将中央与地方之权限单独列为一章，重申均权原则，省县制度单独作为一章，省作为最高自治机关的制宪原则也得到确认。^②

1946年12月25日，国民大会三读通过《中华民国宪法》草案，次年元月1日公布，即1947年宪法，这也是国民党政府在位期间正式颁布的唯一一部宪法。在《中华民国宪法》（“1947年宪法”）的第十章，专门列明中央与地方权限，前两条（第107、第108条）列举了有“中央立法并执行”和“由中央立法并执行之，或交由省、县执行之”的事项，第109条、第110条列举了省、县立法并执行的事项。在分别列举之后，第111条规定，“如有未列举事项发生时，其事务有全国一致之性质者属于中央，有全省一致之性质者属于省，有全县一致之性质者属于县，有争议时，由立法院解决之”。地方制度方面，第112条规定，“省得召集省民代表大会，依据省县自治通则，制定省自治法，但不得与宪法抵触。省民代表大会之组织及选举，以法律定之”，第113条规定省自治法应包含省设省议会，省议会议员由省民选举之；省设省政府，置省长一人，省长由省民选举之等内容，省与县之关系。属于省之立法权，由省议会行之。第114条规定“省自治法制定后，须即送司法院，司法院如认为有违宪之处，应将违宪条文宣布无效”。

由上述规定可知，与“五五宪草”和《训政时期约法》相比，《中华民国宪法》（“1947年宪法”）中对于中央与地方权限的划分明确遵循了孙中山先生，即“权之分配，不当以中央或地方为对象，而当以权之性质为对象，权之宜属于中央者，属之中央可也；权之宜属于地方者，属之地方可也”。其具体制度建构，就建国大纲而言，也更具有针对性，第107至第111条四个条文中不仅“均权”的原则有了明晰的表示，而且中央地方的职权事项，也有了确定的列举；不仅省的自治权充实了，县的自治权也得到了保障。^③ 同时，按照《中华民国宪法》的规定，省作为最高自治机关的地位被正式确认，这实际上已经超过了孙中山建国大纲中原来的制度构想，而是一种更高

① 参见郑大华：《张君勱传》，第415页。

② 政治协商会议“五五宪草”修正案草案，见荆知仁：《中国立宪史》附录，第574—593页。

③ 参见萧公权：《宪法与宪草》，《宪政与民主》，第123页。

程度的均权。当然，经过国民党、共产党、其他党派反复较量，第120条最后规定为制定“省自治法”而非“省宪”，也足可说明宪法本身很大程度是政治利益妥协的产物，宪政秩序的形成，离不开不同利益群体和不同阶级、阶层之间的妥协与平衡。另外，如果采用“省宪”，则不免有联邦制的嫌疑，而与当时中华民国单一制的国体不符，所以，把“省自治法”改为“省宪”，这个修改从逻辑上讲也是必要的，实际也未根本动摇省的自治地位。

但随后不久，解放战争爆发，这部国民党政府时期唯一颁布的正式宪法也成为一纸空文，均权主义在民国立宪史中的体现，也成为最后的绝响。而这段时间从《中国国民党政纲》和《国民政府建国大纲》正式提出均权主义作为处理中央地方关系的基本准则，到《训政时期约法》虽然列明均权主义而无任何具体制度构建，再到“五五宪草”几经反复的起草过程之后确立的中央集权色彩明显的对均权主义的曲解和“期成宪草”对“五五宪草”的拨乱反正，一直到最后《中华民国宪法》（1946年）作为国民党政府时期唯一一部正式颁布的宪法中明确宣告采取均权原则并将省的地位升格为最高自治单位，立法内容的变迁，背后是纷繁复杂的政治利益之争和政治局势的朝夕瞬变。然内战爆发，再美好的理想制度建构也终沦落为一纸空文。

“均权主义”在民国立宪史中二十年的变迁史，既使人怅然于前辈们在复杂政局下为求宪政美好蓝图之如履薄冰的复杂形态，也不得不感叹和平安定的政治格局对于宪政秩序确立和公民权利保障之重要意义。

（四）民国宪政学说中的均权理解：以萧公权、陈之迈的“均权与均势”之争为例

在民国时期涉及中央地方关系问题的相关宪政学说中，北洋初期讨论联邦制和地方自治为多，如秋桐（章士钊）和潘力山在1914年—1915年甲寅杂志上关于是否实行联邦制的论战。1920年到1924年，随着湖南、广东、浙江等省省宪运动和联省自治的开展，讨论省宪和联省自治论述的大量增加，当然，也有为数不少的介绍西方国家地方制度的论述，包括我们时下学界都不太注意的加拿大、瑞士等国的中央地方权力划分实践的介绍和相关学说的译介。所以当时的宪法学说，从理论而言，也许有不甚完满和粗糙之处，但却均是是为了解决当时政治世界中特有的现实命题，具有超乎寻常的时效性和策论性，这自是当时宪政学人们于国难危局之时一腔忧国情怀使然。

无法理解这一点，我们也就自然无法理解先辈们当初的良苦用心。

如前文所述，虽然孙中山由于当时政治格局和自身认识的变化，其观点也曾发生多次变化，但要想理解民国时期，尤其是国民党政府统治时期的中央地方关系学说，我们就无法对其有关论断视而不见。毕竟，当时国民党政权处理中央与地方关系的法政实践，基本上还是依孙中山所确立的均权原则为依据。另外，当时很多著名的法学家，抛开官方背景明显的孙科、胡汉民等，即使是萧公权、杨幼炯、陈之迈等相对中立的学者，甚至是张友渔这样的红色法学家，也深受中山先生相关主张的影响。

1. 均权制度的相关著述

例如，张金鉴曾编著有《均权主义与地方制度》、潘公展曾著有《权能划分与均权政治》等。吴详春在《三民主义半月刊》1929年第3卷第8期上刊有《从国体问题论及均权制度》，真之在《民众三日刊》1931年第1期上刊有《以建设求统一以均权求共治》，黄公觉刊于《社会建设》1933年第1卷第2期的《宪法上关于均权之规定》，金鸣盛刊于《政治评论》1933年第70期和第94期的《均权问题与将来之地方政治》和《宪法初稿中之均权制及地方制度》；对于国民党立法体系形成过程具有举足轻重作用的国民党元老胡汉民，曾在《三民主义月刊》1934年第2、3、4期上连篇刊有《论均权制度》、《再论均权制度》、《军权与均权》等文章；邱昌渭在《三民主义月刊》1934年第4期上刊有《论均权与联邦》；赵海金在《中央周刊》1939年第1期上刊有《论均权主义的研究》、张金铨在《三民主义半月刊》1943年第3期中刊登的《论均权主义的真实意义》，史靖载于《民主半月刊》1947年第1期的《评宪法的民主性和均权性》等。^①

杨幼炯的《均权制度与地方政府》一文，首先从地方政府制度之确定对于国家统治之重要性说起，引证孙中山《民国五年载上海政见演说会将严词》上关于地方自治重要性的相关论断，阐明地方自治之意义；接下来，作

^① 在上海图书馆《全国报刊索引数据库》(1920—1949年)，从1928年到1948年以均权为片名做检索结果为77篇，1928年4篇，1929年4篇，1930年1篇，1931年4篇，1933年7篇，1934年13篇，1935年12篇，1936年2篇，1939年2篇，1940年5篇，1941年2篇，1943年4篇，1944年3篇，1945年1篇，1946年4篇，1947年7篇，1948年2篇；作者有谢瀛洲、张友渔、王芸生、张金鉴、君衡(萧公权)、胡汉民、金鸣盛、汪精卫、黄公觉等。

者分析了中国古代郡县制度对于民权行使的不便之处和中山先生以县为自治单位的意义所在；第三部分以近代西方各国采取的中央集权和地方分权两种模式的具体制度构建和各自利弊；第四部分阐明均权制度的基本原则，即均权制度是折中于集权与分权制度之间取其所长而弃其短，均权制度下的地方政府是以“民治均权”为原则，由集权到均权必须经过扩大地方政府的职务范围和增加地方政府的权力两个阶段，均权制度下地方政府应有独立的立法权可制定省宪但不得与国宪相违背，各省官吏、财政应自治但关于处理国家事务地方官吏应该听从中央的指挥，均权制度下的地方政府，是以民权为原则的，而且特质则在于地方政府的官吏的民选与四个政权的运用等。^①作者杨幼炯，习政治学，曾任国立中央大学等多家大学教授和中央通讯社总编、国民政府立法院立法委员等职，兼具宪政学理和立法实践，该文也通过对欧美各国地方制度的比较研究，阐明了孙中山均权理论的基本原则和实现要旨所在。而从作者的具体行文而言，孙中山对于其宪政学说的影响足可见一斑。

2. 萧公权、陈之迈的“均权与均势”之争

由于孙中山先生本身是一位政治实践家而非政治理论家，且均权学说又是其晚年提出，很难完满修改，加上学者之间政治志趣的差异。其对于均权主义的理解也往往立场迥异；接下来，笔者就以1936年“两广事变”期间萧公权、陈之迈两位学者对于“均权”的具体含义的一场论争为例，对此加以说明。

在《独立评论》二零八号中，陈之迈刊有《论中央与地方关系》一文，认为：“两千多年来，中央政府总是高悬集权为理想，制为层层监视的官员或机关，希望监视者与被监视者彼此牵制，中央从中贯彻其势力。同时，两千多年来，地方政府的官吏纵然在拜命之初是最忠君爱国的，一到了地方，便感到中央统制的掣肘，而发生一种反集权的心理。”这种反集权心理表现为封锁地盘、组织地方军队、与其他地方联合起来对抗中央，甚至是借着外国势力对抗中央。为了避免这类事情发生，“中央应该放弃其集权梦想，而产生一种合宜的‘中央地方权责划分纲领’，地方政府应该同中央政府通力

^① 参见杨幼炯：《均权制度与地方政府》，《中山文化教育馆季刊》1935年第2卷第2期。

合作，而在这两点上，‘中央比地方更重要’，实现均权的图景，在中央与地方的诚意磋商。”陈文虽然由古代地方制度开始，但意在借古喻今，而其所提出的补救办法中则是对于中央与地方关系确立一均权的权责划分纲领，而在处理中央地方关系问题上，更强调中央的责任，实际上是指的1936年6月1日，广东军阀陈济棠与新桂东联合举兵反对蒋介石进而引发内战可能的政治危机中，责任在于国民党中央政府对于两广地方势力，尤其是桂系李宗仁、白崇禧部的不信任，该危机要想和平解决，中央应该作出更多努力。^①

萧公权则在《独立评论》二一零号上发表《均权与均势》一文，首先指出中国历史上并非总是处于统一集权状态，陈文中所言的那种反抗中央的心理是一代政治衰败后的非常现象而非“天下一统”盛世的正常现象，地盘主义的盛行原因在于地方长官总揽军、政、财大权的集权而非中央集权。进而，萧公权指出，均权在政治学上虽然有理论优势，但须认清其适用的条件：第一，实行均权，须以政治统一为条件，而不可用“均权”为应付地盘主义的工具，地盘主义者胃口大，与其均权无异于与虎谋皮；第二，均权制度的施行，必须待各级政府大体上养成“法治”的习惯，国内和中央的政治或军事纠纷已解决，不然，任何均权的规定，不免成为具文。所以，萧公权认为陈热心于均权制度的实现似乎过于轻视了政治统一对地盘主义让步的危险，于统一不兼容的中央与地方分权，实在只是均势，而不配成为均权。为实现真正的均权，必须消灭地方集权，地方政府必须军民分治，全国军令必须统一与中央，地方必须自治以消除地方专制和培养地方政治能力。所以真正均权的实现，当从比较踏实的工作上努力，不可把希望放在一切应变的政治磋商上面。

陈之迈则在二一一号上以《论均权与统一》作为回应，认为萧公权混淆

^① 两广地方实力派自1931年以来即处于独立、半独立状态，与南京中央政权相对峙。蒋一直处心积虑要消灭两广的割据势力。2日，两广成立军事委员会和抗日救国军，以陈济棠为委员长兼总司令、李宗仁为副总司令，进兵湖南。蒋一面调集军队入湖南防御，一方面收买陈济棠的部属。7月，粤空军司令黄光锐率飞机七十余架叛陈投蒋，接着粤军第一军军长余汉谋也通电拥护南京政权，就任蒋委任的广东绥靖主任兼第四路军总司令职。陈济棠不战自败，7月18日通电下野赴港。蒋解决了广东陈济棠后，使转而对付广西，数十万大军从广东、湖南、贵州、云南四面包围广西。广西也征集上10万军队把守边关，摆出决斗架势。后来在调停下，双方妥协，南京答应白崇禧、李宗仁提出的“确定抗日计划”等条件。9月中旬，蒋介石、李宗仁在广州会晤，言归于好，广西问题遂和平解决，从而结束了两广与南京蒋氏政权对峙的状态。

了集权与统一，指出“实行联邦均权的国家也是能统一的，统一的对待名辞是瓜分格局，联邦的对待名词是单一的国家。所以不必学民初之时一样，认为提到联邦就是存心破坏统一，二能在合理的原则上建造一个中央地方权责清明的均权制度”。萧公权以《均权与联邦》作为回应，指出联邦与均权不能等同，《建国大纲》之立法原意显然是指单一而非联邦，陈之迈对中央政府与地方当局抱有商谈均权而消灭地方主义的想法注定是幻想，“希望陈济棠、李宗仁、白崇禧能证明我的错误”。

如果仅就特定历史事实而言，陈济棠、李宗仁、白崇禧确实部分证明了萧公权的错误，因为两广危机确实是在程潜、居正等人的调停下和平解决；而非萧公权所主张的效仿美国南北战争、在万不得已的情况下动用武力实现政治统一。但就整体历史情势而言，当时地方军阀格局的情势并未有任何好转，这一从晚清开始的地方专权现象一直到共产党夺取政权后才得以解决。^①

具体到对于均权主义的理解，萧公权倾向于中央权威，强调均权的实现首先在于政治的统一，均权不等于均势，所以必须消除地方军队势力实现军民分治。而陈之迈则认为地方与中央对抗的原因首先在于中央对地方的不信任，所以责任应该在于中央。客观而论，绝对的均权毕竟是一种政治理想，自然存在倾向地方还是倾向中央的问题。在当时的政治格局中，国民党中央政府与地方势力之间实际上呈现出一种典型的霍布斯式丛林状态，彼此之间谁都很难谈得上真正的信任。虽然当时的地方势力不乏一些治理所辖疆域政绩殊为不错者，两广事件中的桂系即经营广西多年成绩卓著；但这种半独立状态毕竟不利于全国范围内的政治治理和国力整合。

事实上，从晚清到民国，西方殖民者挟制中国的一个重要因素，即是设立大大小小的殖民地或是扶植亲信势力。一个国家公民人权的彰显，宪政机制的良性运作，一个稳定统一的政治秩序是基本的前提，不管这种安定的大环境和稳定的政治秩序是通过战争还是和平手段获得。同时，也不是所有的政治危机的解决都需要通过战争的手段，两广事件的和平解决即是例证，从1908年中国颁布第一部宪法性文件《钦定宪法大纲》正式公布到《中华民

^① 参见苏力：《重读毛泽东〈论十大关系〉第5节》，《中国社会科学》2004年第5期。

国宪法》(1946年)沦为一纸空文,其间无论是晚清、北洋或者国民党政府时期,也不是没有通过和平协商的手段达致宪政的可能,只是这需要高超的政治智慧、大无畏的民族责任担当,以及宽容和妥协的宪政精神。

(五) 民国法政学说的某些特质和研究民国宪政学说史的一点浅见

近代中国的立宪活动,可谓异常频繁,单单是国民党政权,上述其奉为政治合法性和立宪依据的《国民政府建国大纲》,到国民党政府成立后结束军政所颁布的《训政时期约法》,到“五五宪草”漫长曲折、几经反复的制宪过程,再到《中华民国宪法》(1946年)的正式颁布。可以说,制宪、修宪过程几乎伴随了其短暂的统治过程,除了期间因为抗战的影响和后来解放战争的爆发而中断,即使是抗战时期,也不断有政治派别包括国民党内部宪政抗日救国的主张涌现,而纵观其制宪、行宪始终,都以“依照建国大纲,遵循总理遗训”作为其立宪合法性来源。民国时期的这种政治实践,也深深影响到了当时的学术发展思路,使得民国时期的法政学说(尤其是国民党政府统治时期),呈现出了一种截然不同的路径依赖模式。

国民党政府统治时期漫长的制宪、修宪过程,使得当时宪法学者很大一部分精力,放在了对于现行宪政制度的设计或者宪政实践的回应上,其学说呈现出明显的时效性和功用性。这一时期对于均权、五权宪法、地方自治、县治、省的地位之争的相关学术著述,我们都可以从其宪政实践中找到理论诱因。即使是当时学者对于西方宪政学说的译介,也不完全是纯粹的学术引进,而抱有直接的功用目的,如萧公权在《宪法与宪草》一文中所言,即是“欧美主要民主国的宪法、中外学者所著宪法的书籍论文等,都值得我们翻检与寻绎”^①。我们可以以当时法政学说研究的当事人,也即上文中的论战主角之一,民国时期著名的宪法学家、政治学家萧公权的一篇短文中的说法为例,虽然萧先生的上述说法仅是针对宪草的研究而言,本身也属一家之言,但从其言论中,却可管窥出民国宪法学(尤其是国民党政府统治时期)的某些特质:

^① 萧公权:《如何研究宪草》,《燕京新闻》1943年2月6日。实际上,民国时期对于西方宪政学说的了解,并不是像我们现在那样仅仅局限于几个发达国家,而是欲寻译一切可资被利用的材料和经验,例如,当时对于加拿大、瑞士等国家的地方制度的了解,可能让我们当今处于和平时代的后世宪政学者自惭形秽。

中国的宪政以中山先生的遗教为根据，我们不可不对三民、五权、权能划分等加以深切的了解；我们应当把全部的条文细细加以寻绎看这些条文是否能够充分地表现中国宪政的根本精神？是否条理一贯？文字是否确当？我们要查看宪草所拟定的制度是否合乎国情、便于运用、是否能有效率？因此研究材料是十分丰富的，除了宪草本身以外，孙先生的著作，宪政的重要法规、民国以来的宪法、约法。宪草、欧美主要民主国的宪法、中外学者所著宪法的书籍论文等，都值得我们翻检与寻绎。

我们推动宪草研究的目的，除了希望国人贡献真知灼见，以使宪草在经修改而至于完善以外，就是要引起国民对于宪政的兴趣，组成国民对于宪法的了解。宪政是民主的法治，除非人民对于宪法有兴趣、有认识，宪政是不能成功的，我们所当重视的不是学术的得失，而是全国民意的可否。^①

由于民国宪政学说的研究很大程度上具有功用和策论的性质，所以其意在宪政制度设计而非理论上的完满自治；从形式上看，民国时期宪政学者的很多著述都以很短的策论的篇幅出现，即使是长篇著述，也饱含着深厚的宪政救国情怀。由此，当今处于和平安定环境下的我们，更应以一种同情的理解的态度来看待前辈们的复杂态。

是故，民国法政学说的梳理和理解，需要注意以下四个方面：

首先，相关学说内部的脉络层次、学术移植状况固然重要，但学术本身据以产生的背后深层社会动因也同样重要。而这并不是简单的概念史梳理就能够完成的，也不是规范科学意义上的宪法学所能胜任的。需要的是对当时特定话语背后之历史语境与政治情势的妥帖把握和小心求证。我们常说宪法应当与政治相分离，但宪法又何曾与政治分离过，尤其是在基本政治秩序处于尚未确立状态的所谓“宪法政治”时期。甚至，在某些特定语境下，宪法问题，完全就是政治问题。如在民国制宪过程中，虽然各方都高唱均权话语，坚持总理遗训，但中央强调要实现均权首先需要满足政治统一，所以地方不得对抗中央，而地方势力为了自保则强调相关事项属于地方事务，按照

^① 萧公权：《如何研究宪草》，《燕京新闻》1943年2月6日。

均权思路中央不得干涉，这完全是一种不同政治利益之间的博弈。

其次，如前所述，就民国法政学说而言，对当时宪政学者产生影响力的也许不仅仅是孟德斯鸠、卢梭、洛克或者凯尔森、狄骥、拉斯基等西方学者，即使当时的宪政学者，萧公权、吴经熊、陈之迈等，都具有深厚的西方宪政学说背景。而孙中山作为国家基本政治纲领的缔造者，其相关主张在当时的宪政实践，可以毫不夸张地说，对于民国宪法学说的影响，恐怕是任何一位正牌的宪法学者或者政治学者所无法比拟的。其中蕴涵，对于我们今天重新梳理民国宪法学说史，恐怕颇需认真对待。

再次，涉及民国法政学说，萧公权、吴经熊、张君迈等学者的论说固然重要，但是，更深层次影响民国法政实践的一些同时具有政治家和法学家身份者，如孙科、胡汉民、居正等，包括孙中山这位国民党政府立宪基本纲领的缔造者的相关宪政理念，是否同样应该加以注意。而且，孙科、胡汉民、居正本身具有相当的法学造诣，都有大量法政著述问世。

最后，或许我们不应该仅仅关注西方的宪法学理论，还应该关注那些发生在中国大地上的宪法现象。例如，就中国这样一个幅员辽阔、南北迥异的多民族大国，决定了如何处理中央与地方的关系成为一个千年难题。民国时期的法政学人，在国难危局之时尚且思考宪政的中国样式，虽然五权宪法、均权主义从理论上讲有这样或那样的不足，但终归是当时中国人针对自己政治命运的一种宪政思考。毕竟，中国人的宪政命题，最后还要靠中国人的智慧和努力去解决。民国一代的宪法学人，其学说在今天看来或许就理论、逻辑等方面而言有这样或那样的缺陷，但那种为本国宪政大业孜孜以求、鞠躬尽瘁的献身精神，探讨适合中国国情的宪政样式的本土意识，以及危局之际挺身而出为国寻求宪政美好蓝图的责任担当，都值得当今处于一个安定的大环境和统一的政治秩序的后辈的学习，无论是作为一个公民，还是作为一个公法学人。

第三章

新中国成立到“文化大革命”时期的宪法学说

社会主义新中国成立后，昭示着中国宪法学说的发展进入了一个新的阶段，尤其是《共同纲领》和1954年宪法的制定和颁布，标志着中国的宪法学说发展进入了一个新的历史阶段。但是，随后而来的整风运动和“文化大革命”又使得中国宪法学说的发展进入了相对低谷的时期。

第一节 20世纪50年代的宪法学说

从文本依据上看，新中国的宪法学说起源于《共同纲领》和1954年宪法。《共同纲领》和1954年宪法的制定和颁行，为新中国宪法学理论体系的建立奠定了基础。在20世纪50年代特定的社会背景下，宪法学理论通过不同的形式对宪政体系的建立与发展产生了学术影响力。但由于当时宪法学理论体系还没有建立，缺乏宪法学传承的历史条件，宪法学理论发挥的作用是有限的，宪法理论与实践之间也出现了一些冲突。成熟的宪政制度需要成熟的宪法理论的支持，实践的理性源于理论的影响力与价值。在20世纪50年代中国宪法学说的梳理过程中，对中国宪法学基本范畴研究状况的学说梳理具有典型意义，因为一门学科的生命力首先表现为基本范畴和学术规范的确立。宪法学作为研究宪法现象的知识体系，应确立表明其独立学科的范畴与学术话语。中国当代宪法学发展正处于社会转型时期，需要认真反思六十年来宪法学范畴发展的历史过程，以中国社会的发展为背景，建构中国宪法学基本范畴。因此，在这个意义上，对20世纪50年代中国宪法学基本范畴学

说的梳理就成为系统整理 20 世纪 50 年代新中国宪法学说的一个突破口和重要内容。

一、1954 年宪法制定时期的宪法学说

在 1954 年宪法的制定、宣传和实施过程中, 宪法学理论产生了一定的学术影响, 发挥了专业知识的功能。《共同纲领》和 1954 年宪法的制定和颁行, 为新中国宪法学理论体系的建立奠定了基础。中国宪法学者以 1954 年宪法的制定和颁布为契机, 运用马克思主义的法学理论和方法, 参照革命根据地时期和国外(主要是苏联)的制宪和行宪经验, 对 1954 年宪法进行了广泛的宣传和研究, 并在批判旧法观点的基础上, 对建立新的社会主义宪制提供了必要的理论基础。

(一) 学者参与制宪过程的途径与主要研究成果

从比较宪法的角度看, 制宪过程是一种利益的冲突与协调过程, 需要在政治决断、宪法文化与宪法环境之间寻求合理的平衡。而这种平衡的确立一方面取决于政治家的政治智慧, 而另一方面又取决于宪法学知识的专业化程度, 特别是学者在制宪过程中所扮演的功能与角色。学术界的参与, 有助于把学术的理性和成果反映在制宪过程之中, 以保持宪法体制的客观性和理性。在各国制宪史研究中我们都可以发现学者们的理论贡献和具体的参与所产生的重要作用。在研究 1954 年宪法的过程中人们比较关注学术界的参与情况。有学者认为, “在新中国制宪的时候, 中国的法学人才可以说各个层次的都有。然而, 这些人却基本上没有派上用场”^①。这一评价虽指出了 1954 年宪法制定过程中学者参与不充分的问题, 但其表述并不完全符合事实。在当时的历史条件下, 制宪者们比较重视学者的意见, 为学者参与制宪过程提供了必要的形式和途径。

首先, 在 1954 年宪法的制定和宣传过程中, 中国法学界取得了一定的研究成果。据不完全统计, 1949 年到 1956 年共出版宪法书籍 344 种, 其中著述 206 种, 资料 138 种, 还发表了大量的论文。它们涉及宪法总论、中外宪法文献和宪法史、中外选举制度、国家机构、民族区域自治、公民的基本

^① 张鸣:《制宪仪式背后的曲衷——从共同纲领到 1954 年宪法》, 公法评论网 www.gongfa.com/zhangming54xianfa.htm。

权利和义务等。^① 当时宪法学著述主要是介绍、宣传《共同纲领》和 1954 年宪法方面的著作，如吴德峰编的《中华人民共和国宪法讲话》（1956 年）、李达著的《谈宪法》（1954 年）、李光灿著的《我国公民的基本权利与义务》（1954 年）、吴家麟的《宪法基本知识讲话》（1954 年）、张何著的《什么是人民代表大会制度》（1955 年）等。这一时期，我们初步建立了宪法学课程体系，如 1954 年中国人民大学国家法教研室提出了《中华人民共和国宪法学大纲》等。在 1954 年宪法草案讨论时期，全国人民所表现的热情和积极参与意识与当时宪法学工作者普及宪法学知识是分不开的。

其次，从宪法制定程序看，学者的参与存在着一定的空间。宪法起草委员会 33 名委员主要由政治家和民主党派组成，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、彭真和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。另据王铁崖教授回忆，1954 年宪法制定时，宪法起草委员会设立了法律小组，由钱端升为组长，成员有费青、楼榜彦和王铁崖。他回忆说，当时这个小组对宪法草案中与国际法有关的问题进行了讨论，如国家代表权、庇护权、战争和条约缔结权等。虽然小组成员曾有过讨论宪法与国际法关系的想法，但没有进行具体的讨论。^②

最后，学者对 1954 年宪法制定过程的参与还表现为对草案进行的讨论和论证。宪法起草委员会正式审议以前，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成 17 个座谈小组，每一组设了 2 至 4 名召集人。在召集人名单中我们可以发现当时有代表性的学者，如张澜、罗隆基、费孝通、沈钧儒、黄炎培、章乃器、张奚若、侯外庐、马寅初和张志让等学者。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围绕着宪法的专业性问题，表现出了学术价值的追求。^③

^① 参见文正邦等：《共和国宪政历程》，河南人民出版社 1994 年版，第 54 页。

^② 参见王铁崖：《宪法与国际法》，见《钱端升纪念文集》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 7 页。

^③ 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 117—147 页。

当然,由于受当时社会环境的影响,宪法学理论研究和学术功能客观上存在着一定的局限性,但宪法理论对1954年宪法制定和实施过程中产生的实际影响是不可否认的。

(二) 关于宪法基本理论问题的研究

1. 宪法概念与研究方法

在20世纪50年代,学术界对宪法概念的认识主要集中在宪法是国家根本法的认识上,并从基本范畴上将宪法与普通法律区别开来。而对宪法本质的认识主要集中在对宪法的阶级本质的讨论,并且引进了不少前苏联关于宪法概念和本质的理论。

在20世纪50年代,多数学者首先从阶级本质上将社会主义宪法与资本主义宪法区别开来,并从理论上阐述了社会主义宪法较之于资本主义宪法的优越性。从马克思列宁主义的国家学说出发,分析了资本主义的宪法和社会主义的宪法。当时的基本认识是:资产阶级革命胜利以后,资本主义国家通过宪法将新的资产阶级的生产关系和政治关系确定下来,构成了资产阶级国家的社会制度和政治制度。而苏联十月社会主义革命成功以后,又改变了资产阶级的生产关系和政治关系,建立了保护劳动人民利益的社会主义生产关系和工人阶级对资产阶级进行统治的政治关系,前苏联用宪法把这种新的生产关系和政治关系确定下来,便形成了苏联的社会制度和国家制度。因此得出每一种类型的宪法,都有其相应的阶级本质。而且将世界各国的宪法大体分为两种类型:一是资产阶级类型的宪法,是代表资产阶级利益和反映资产阶级意志的,就其本质来说是剥削阶级的意志,是反人民的宪法;二是社会主义类型的宪法,是代表劳动人民利益和反映劳动人民意志的,按其本质来说,是反剥削者的宪法,是人民的宪法。

有的宪法学者得出对宪法的两点基本认识:第一,从宪法所反映的阶级关系来看,宪法是表现统治阶级的意志的,它反映了统治阶级对被统治阶级的经济统治和政治统治;第二,从宪法所反映的阶级演变来看,它又是阶级力量对比和阶级斗争的总结,资产阶级类型的宪法反映了资产阶级力量的强大及其斗争胜利的总结,而社会主义类型的宪法则反映了工人阶级力量的强大及其斗争胜利的总结,并将这两点认识归结为宪法的本质。同时又指出认识宪法的这种阶级本质,不能仅仅从宪法的形式上去了解,而必须从宪法的

实质上去了解。^① 而且认为社会主义类型的宪法也有两种不同的形式：一种是以苏联为代表的社会主义宪法，它贯穿着彻底的社会主义原则，其表现就是土地、森林、工厂、矿山及其他生产工具和生产资料都归社会主义国家所有，以及剥削制度和剥削阶级的消灭，社会中已经没有彼此对抗的阶级，而社会由相互友爱的工人阶级和农民组成并在工人阶级的领导下共同执掌政权等；另一种形式是人民民主宪法，也就是以工人阶级为领导而进行的资产阶级民主革命在取得胜利以后所制定的代表人民利益的宪法。这种宪法的阶级本质，体现着工人阶级领导的以工农联盟为基础的阶级意志，从而把主要生产资料的公共所有制和人民代表大会制度固定下来。根据这种理论分析，学者们认为，1954年宪法是人民民主性质的宪法，是属于社会主义类型的宪法。

以意识形态为基本出发点分析宪法现象是20世纪50年代中国学者研究宪法的基本方法，表明当时的宪法理论的价值取向。但也有学者们关注了宪法本身具有的法律性质，提出了宪法、国家与法律的联系与区别。^② 如有学者认为，宪法是国家最基本的法律，规定一个国家的国家制度和社会制度的基本原则、国家机关的组织与活动原则以及公民的基本权利和义务。在分析宪法概念时学者们特别强调，研究作为国家的根本法律的宪法时，必须研究国家和法律的关系，揭示宪法的法律性质。吴家麟在《宪法基本知识讲话》一书中对宪法概念做了比较概括的表述：宪法是阶级力量对比关系的表现；宪法是国家的根本大法；宪法是社会的上层建筑的一部分。^③ 关于宪法与普通法律的区别，学者们提出的基本观点如下：

第一，宪法确立了国家的社会制度和国家制度的基本原则，规定的都是国家政治、经济、文化等方面的根本内容，而普通法律规定的都是国家和社会生活的某一方面的具体内容。

第二，宪法是普通法律的基础，国家制定法律要以宪法为立法依据和立法基础。

第三，宪法制定和修改的程序是按照一种特别程序，而这种程序比一般

① 参见孟光：《人民宪法讲话》，华南人民出版社1955年版，第1—5页。

② 参见李达：《中华人民共和国宪法讲话》，人民出版社1956年版，第1页。

③ 参见吴家麟编：《宪法基本知识讲话》，中国青年出版社1954年版，第2—5页。

普通法律的制定和修改程序更为严格。

第四,如果普通法律与宪法相抵触时,则普通法律无效,事实上,一切普通法律都是根据宪法并为了贯彻宪法而制定的。

2. 制定宪法的基础与功能问题

在20世纪50年代,学者们对制宪背景和功能问题给予了一定的关注,论证了制宪的正当性问题。有的学者认为,有共同纲领的情况下制定宪法的理由是:第一,因为宪法是法律,是有强制性的,正式通过的宪法是一切国家机关和全体公民必须遵守的,无论哪一个机关或哪一个人违反了宪法,就要受到法律的制裁。书刊报纸上的言论,都没有强制性,党的决议和指示仅对党员有约束力,因而也不是法律。而只有行使中华人民共和国立法权的唯一机关即全国人民代表大会才能制定对一切机关和全体公民具有强制力的宪法和各种法律,全国人民代表大会通过了正式的宪法,就等于说全国人民批准了宪法中所规定的各项基本内容。第二,在当时的历史条件下,恢复国民经济和正在进行的有计划的经济建设取得了一定的成就,随着人民生活的大大改善,人民的政治积极性也已经大大提高,因此在当时制定宪法就是扩大人民的民主权利,使国家进一步民主化的需要。^①第三,我国虽然在1949年由中国人民政治协商会议通过了一部《共同纲领》,但《共同纲领》仅仅是载明了中国共产党在较短时期的基本政策,只能起到临时宪法的作用,并不能够代替宪法,当我国进入有计划的经济建设的阶段,国家就首先要有一部规定社会结构和国家结构的原则,国家机关组织和活动的原则,以及公民基本权利和义务等方面的根本大法,即宪法。

关于制定宪法的功能,当时的学者们主要从以下三个方面进行了分析。

首先,1954年宪法是中国人民一百多年来英勇斗争历史经验的总结,也是中国近代关于宪法问题和宪政运动历史经验的总结。而制定宪法就是为了用法律的条文巩固和保障我国人民在革命斗争中已经取得的胜利果实。

其次,提出了1954年宪法的性质与制宪功能的统一性。制定宪法不仅是为了巩固已有的革命果实,更重要的还是要为逐步过渡到社会主义社会奠定基础,为了更好地推动社会主义社会的建设,用宪法来保证我国建成社

^① 参见陈翰伯:《迎接祖国第一部宪法》,中国青年出版社1954年版,第15—16页。

会主义社会。

最后，为体制转换提供合法性基础。制宪对一个独立的国家而言是主权独立的标志和“入场券”，也是建立新的国家体制和法律体系的依据。学者们从不同的角度提出了合法性与合宪性的意义。

3. 1954年宪法和《共同纲领》的关系

学者们普遍认为，1954年宪法是以《共同纲领》为基础制定的，同时又是《共同纲领》的发展。说1954年宪法以《共同纲领》为基础是因为，《共同纲领》里面规定了许多基本原则，像有关《共同纲领》的总纲，有关政权机关、经济制度、民族关系，以及人民的权利和义务等主要部分，都在1954年宪法里被肯定了下来。说1954年宪法是《共同纲领》的发展是因为，建国后国家在各方面都有发展，出现了新的情况，《共同纲领》的规定已经不能完全适应当时的需求，宪法需要在《共同纲领》的基础上向前发展一步。即《共同纲领》里一些过时了的条文，就可以不再规定了，而《共同纲领》里的一些规定，当时仍然需要，但原先订的内容比较简单，需要进一步完善，如关于人民民主制度、公民的权利和义务等，从法律上保证我们国家进一步民主化，以及公民基本权利的逐步扩大。

在宪法的法律性与纲领性问题上，学者们指出了前苏联和中国制宪环境的不同。前苏联宪法上记载下来的，都是已经争取到的革命成果，这是因为当时苏联已经建成了社会主义社会，我们国家则正在向社会主义过渡，所以我们的宪法是过渡时期的宪法，它应该根据过渡时期的特点来制定。因此，1954年宪法不仅要把已经争取到的革命成果记载下来，巩固下来，还应该把过渡时期的正在进行（即不是现在已经实现的东西）的社会主义改造的方针和政策，规定在里面。^①

1954年宪法草案刚刚出台的时候，有的学者将宪法草案的基本特点表述为如下四个方面：

第一，宪法草案的第一个基本特点，是它反映了我国从新民主主义社会到社会主义社会过渡时期的根本要求，根据这一草案所制订的宪法，就是过渡时期的宪法。

^① 参见《讨论宪法草案对话》，通俗读物出版社1954年版，第17页。

第二, 宪法草案的第二个基本特点, 是它反映了我们国家的人民民主的性质, 根据这一草案所制订的宪法, 也就是人民民主的宪法。

第三, 宪法草案的第三个基本特点, 是它规定了公民的基本权利和义务。这种规定, 完全建立在社会利益和个人利益完全一致的基础之上。根据这一草案所制订的宪法, 也就是公民权利的保障书。

第四, 宪法草案的第四个基本特点, 是它保证了国内各民族在平等基础上的友好、互助和合作。根据这一草案制订的宪法, 也就是民族平等的宪法。

总之, 根据宪法草案所制定的宪法是社会主义类型的宪法, 它符合我国由新民主主义社会到社会主义社会过渡时期的实际情况。

4. 公民基本权利问题的研究

第一, 国家、社会与公民权利关系的基本认识。

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的实际, 发展了基本权利的内容与类型。

在基本权利主体方面, 1954年宪法采用了公民的概念, 使主体的特征与表述更为明确。在基本权利条文方面, 1954年宪法扩大了基本权利的范围, 条文共19条, 而共同纲领只有5条, 增加的幅度较大。在基本权利内容上, 有些条文是新增加的, 如宪法规定的劳动权, 劳动者的物质帮助权, 休息权等。有些条文虽在共同的纲领中有规定, 但1954年宪法在表述上更为规范。

在宪法结构的安排上, 1954年宪法把公民的基本权利和义务列为第三章, 置于第二章国家机构的后面。这种结构的安排是否合理, 当时制宪过程中争论比较大。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, 主要理由是先有公民的权利, 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。强调了国家权力对公民权利形成与实现过程中的作用，但没有充分认识到国家、社会与个人之间的合理关系。在当时看来也许是一种“形式”问题，并不具有实质性意义。到了1982年宪法修改时，公民基本权利这一章列为宪法的第二章，则从原理上理顺了国家与公民的关系。

第二，公民基本权利范畴。

1954年宪法颁布后，宪法学界出版了有关宣传1954年宪法的著作，其中公民基本权利和义务方面的书籍比较多。学者们从不同的角度分析了公民、权利、义务等基本范畴。20世纪50年代建立起来的公民基本权利体系理论对以后的中国宪政制度的发展产生了重要影响。

在基本权利主体上，学者们首先明确了公民的概念。认为“凡是具有一个国家的国籍的人，都是该国的公民”。公民是在法律上的称谓，依照宪法的规定，公民可以享受一定的权利和承担一定的义务。公民中既包括人民，同时也包括敌人，但不同的公民具有不同的地位。

在基本权利的性质上，1954年宪法否定了权利的天赋性质，确立了权利具有特定阶级内容的基本范畴。当时，学术界普遍公认的公民权利的概念是：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，而这种可能性受国家法律保护。公民主观上具有某种实现行为的主观条件，同时客观上受法律的保护，通过各种物质条件，法律上的权利变为实际生活中的权利形态。在基本权利分类上，1954年宪法规定的基本权利涉及社会生活和国家生活的各个方面，代表性的分类有：平等权；政治权利与自由；宗教

信仰的自由；人身不可侵犯的自由；社会经济权利；文化教育权利。^① 杨化南著的《中华人民共和国公民的基本权利与义务》一书论述基本权利时也采用了相同的分类方法。在说明宪法规定基本权利的性质与具体特点时，学者们强调了权利的广泛性、普遍性、平等性与真实性，并以此为基础比较了社会主义宪法与资本主义宪法，强调基本权利的阶级性与物质保证性。

（三）在宪法草案的全民讨论中宪法理论发挥的功能

20世纪50年代是中国社会建立社会规范体系与制度的时期，面临着大量的建设国家体制的任务。在《共同纲领》下的国家体制是过渡性的、临时性的体制，需要向常规体制方向发展。对宪法草案的全民讨论实际上是国家体制的转变所需要的社会基础，是发展民主的基本形式之一。在20世纪50年代初，宪政体制的确立与价值的社会化过程中，民主成为主要的价值追求，是思考宪法问题的出发点和基本方法。在民众的观念与思想体系中，宪法实际上是民主的代名词，还不能从法治的角度认识宪法，对宪法的理性缺乏必要的理解。在全国各地进行的各种形式的宪法草案的宣传与讨论中，当时的学术界发挥了重要作用，从学术的角度提供了认识宪法和分析宪法的素材与方法。

在草案公布后不久，中国政治法律学会理事会通过决议，拥护宪法草案。决议认为，宪法草案总结了中国人民长期革命的丰富经验与新中国成立以来政治、经济与文化方面的新成就，用法律形式固定了人民革命第一阶段的胜利成果，表达了中国人民在现有基础上继续前进，走向社会主义的根本愿望。决议要求全国政治法律工作者，认真学习与深入研究宪法草案，积极地参加讨论，向人民群众作广泛的宣传，来贯彻中央人民政府委员会关于广泛讨论宪法草案的决议。沈钧儒在“中国政治法律学会第一届理事会第五次会议”上的讲话中特别谈到了法律工作者在宪法草案讨论与宣传过程中的作用问题。他认为，从我们法律工作者的地位来看，在我国人民有了自己国家的根本大法之后，我国人民民主法制无疑地将获得进一步的加强和发展，宪法所确定的一些重大的政策原则，将需要重新制定许多细密的法律和法令来保证它们的实现，各级法院和检察机关将担负起更大的责任，来保证和监

^① 参见辛光编：《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13页。

督全体人民遵守国家的宪法和法律，并和一切违法行为进行斗争。他同时强调，在我们从事法律科学研究的学术工作者面前，出现了很多新的重大课题，需要我们在马克思列宁主义理论的指导下，百倍地努力来研究和发扬我们人民宪法的原理原则，从理论上总结我国在建立和健全人民民主法制方面的丰富经验，以便对我国今后的立法工作、司法工作和政法工作和法学研究，提供有益的帮助。

为了从宪法理论上向人民群众宣传宪法草案，宪法学界的一些学者们发表了文章和学术论文，并编写了通俗易懂的小册子。如杨化南在《中华人民共和国宪法是建设社会主义的根本法》一文中对宪法草案的基本精神与特点进行了分析，认为宪法草案适合过渡时期的社会经济和文化特点，提出了实现过渡时期总任务的三个条件：一是以中国共产党为领导的人民民主统一战线；二是国内各民族的友爱、互助和团结；三是同苏联、各人民民主国家的友好团结。周方在《人民代表大会制度是我们国家的基本制度》一文中着重分析了宪法草案规定的人民代表大会制度的基础、内容与特点，提出了民主价值是人民代表大会制度的基本精神的结论。他特别谈到，人民代表大会制度的基本原则是民主集中制，并把它解释为广泛的民主和集中处理国事，指出宪法草案的全民讨论是民主集中原则的具体体现。为了解决全民讨论过程中的原则和方法问题，邓初民发表了《讨论、宣传中华人民共和国宪法草案的思想准备工作和方法》一文，对宪法草案的分析方法、理论基础和几个认识问题进行了分析。在宪法概念的基本问题的理解上，认为具有科学性的宪法理论是马克思主义宪法的理论，体现了宪法的科学。当时人们对宪法的基本理解是：宪法是国家的根本法，它是阶级斗争的产物和总结，是阶级斗争中阶级力量对比关系的表现，它是依据占有生产资料的阶级的意志创造出来的，并且具有最高的法律效力。在宪法的本质、内容和形式问题上，当时强调了三者的辩证统一关系，即既需要分析宪法的本质，同时也要分析体现本质的宪法形式问题。尽管宪法的基本特征是宪法的阶级本质，但“也不能不估计到每一宪法所区别于其他宪法的形式因素”。1954年6月，张友渔在北京市宪法草案讨论委员会上做了三次有关宪法草案的报告。在6月7日所做的《中华人民共和国宪法草案的基本精神和主要内容》的报告中，他从一般的宪法原理入手，对草案（初稿）的内容进行了说明和宣传。在分析宪法的

基本概念的基础上,他提出宪法主要是规定国家权力的性质、任务以及这些权力的范围、程序、工具等,主要规定社会制度、一般的国家制度和公民的权利与义务。^①他认为,我们的宪法是属于社会主义系统,但不能完全抄袭苏联的宪法,宪法草案的基本特点是:实际性,即切合中国实际,是实事求是的,如在国家主席制度、民族自治机关体系、所有制制度等方面体现了中国特色;过渡性,即从新民主主义向社会主义社会的过渡;纲领性,即从总体上规定国家的政治、经济和文化制度。在6月11日所做的《中华人民共和国宪法草案主要条文的解释》的报告中,对草案修改稿的主要条文做了系统的学理解释,为人们从宪法理论角度理解宪法草案提供了必要的知识背景和方法。有的学者认为,在讨论宪法草案时正确的方法是:既要对结构、文字进行分析,也要重点分析宪法草案的本质问题,掌握宪法的精神实质。有些宪法文章,对资产阶级宪法制度与实质问题进行了批判,强调了社会主义宪法的优越性。

为了配合宪法草案的讨论,学者们除发表专业文章外,还撰写了一些介绍、宣传宪法草案的小册子,以通俗易懂的语言向群众讲解宪法理论与草案的内容。如通俗读物出版社出版了《讨论宪法草案对话》一书,以生动活泼的形式讲解草案中涉及的基本宪法理论与制度问题。如在问及宪法与其他法律的区别时,书中回答说:“宪法是最根本的法律,国家制定法律,要根据宪法规定的原则来制定,也就是有了宪法,制定别的法律就有了依据。可以说,宪法是最根本的法律,不管什么法律如果违背宪法,那就必须作废或修改它,宪法就是法律的法律。”^②当时出版的著作对宪法的法律性与宪法的实施问题给予了一定的关注,在说明草案的基本内容与意义时通常都谈到了宪法实施问题。如《谈我国宪法草案基本内容》一书在分析宪法重要性的基础上提出,全体人民和一切国家机关都要按照宪法办事,不许任何人破坏宪法,违反宪法。谁破坏宪法,谁违反宪法,谁就是破坏人民利益,国家就要用法律制裁他。^③

① 参见张友渔:《宪政论丛》下册,群众出版社1986年版,第16页。

② 《讨论宪法草案对话》,第5页。

③ 参见《谈我国宪法草案基本内容》,通俗读物出版社1954年版。

(四) 宪法学理论与宪法实施问题

根据宪法保障制度的基本理论，宪法实施首先需要建立严格而有效的宪法保障体制，在各种制度的相互作用中实现宪法原则与精神。但是，在制定1954年宪法的过程中，主要关注的焦点是国家政策的制定与国家权力体系的建设问题，对宪法实施本身却没有给予制度层面上的关注。从宪法文本看，只在全国人大职权中规定了“监督宪法的实施”，但具体如何监督，通过什么程序监督等问题并没有作出具体规定。由于受当时历史条件的限制，制宪者和一般民众对宪法实施问题的重要性缺乏必要的认识，更没有从体制的角度思考可能出现的违宪问题。当时1954年宪法所采用的监督体制主要借鉴了前苏联1936年宪法体制。当然，这并不是说人们对宪法监督体制问题没有思考，实际上学术界对宪法实施问题也进行了一定的探讨。

1954年中国政治法律学会编写的《宪法分解参考资料》以宪法类型为基础，对苏联、蒙古、朝鲜、美国、法国、日本、印度、罗马尼亚、德国等16个国家宪法进行了类型学的比较。其中两个问题与宪法保障有关。一方面，第三部分中比较了“监督宪法实施的规定”，把保障体制分为四种形式：由最高国家权力机关及国家管理机关监督制，如前苏联等；由最高国家权力机关的常设机关监督制，如蒙古和朝鲜；由最高国家权力机关监督制，如罗马尼亚等；由最高国家管理机关监督制，如匈牙利等。^①另一方面，在本书中还专门讨论了“法律、命令、决议与宪法相抵触”时的处理与原则等问题。当时，把法律与宪法相抵触的处理方法分为四种体制：一是由最高国家权力机关处理；二是由最高权力机关常设机关处理；三是由国会处理；四是由司法机关处理等。该书作为专业研究团体提出比较宪法方面的参考书为人们了解国外宪法的基本知识和发展动态提供了必要的背景和线索。特别是，在当时社会发展还处于封闭的状态下，对国外宪法制度，尤其是宪法保障体制的介绍产生了一定的学术影响。但是，由于受当时历史环境的局限性，学术的研究成果没有直接影响到制宪过程，制宪者们对宪法实施问题没有给予必要的关注。

学术界的学者们在著作中也在不同范围与程度上谈到了宪法实施问题，如吴德峰等所著的《中华人民共和国宪法讲话》一书第八讲专门说明了“为实施宪法而斗争的问题”。在说明遵守宪法的重要性以后，认为“破坏宪法

^① 参见中国政治法律学会编：《宪法分解参考资料》，人民出版社1954年版，第14页。

与违反宪法是犯罪的可耻行为,因此,必须养成严格守法的精神和习惯,把遵守宪法看做是人民所应有的道德和责任”。在讨论宪法草案的过程中,一些民主党派也在一定程度上表达过对宪法实施是否顺利等问题的关注。但总的来讲,1954年宪法保障体制没有得到社会的普遍关注,更没有从制度上建立解决违宪的机制与程序。

通过以上分析,我们可以发现1954年宪法制定与运行过程中宪法理论发挥了一定的功能。在20世纪50年代特定的社会背景下,宪法学理论通过不同的形式对宪政体系的建立与发展产生了学术影响力。在宪法起草委员会的讨论、全国政协草案的讨论、中央人民政府委员会的宪草讨论等各个不同阶段都能发现学者们的学术努力与探索。^①在1954年宪法规范的合理性、宪法语言表述、宪法内容的合理组合等方面,学术界发挥的影响力是不可否认的。同时我们注意到,由于当时宪法学理论体系还没有建立,在缺乏宪法学传承的历史条件下,宪法学理论发挥的作用是有限的,宪法理论与实践之间也出现了一些冲突。成熟的宪政制度需要成熟的宪法理论作为基础,实践的理性源于理论的影响力与价值。同时,追求宪法正义的一批学者的良知与期待也是宪法制度发展的内在动力。在这个意义上,当我们研究1954年宪法时,不能忘记以前学术界为制宪所付出的努力,不能忘记制宪过程中学者们所表现出的社会责任、学术追求与学术贡献。

二、20世纪50年代中国宪法学基本范畴研究的学说梳理

在中国宪法学发展历史上,20世纪50年代是宪法学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的关系构成了宪法学的基本框架与方法特色。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面对的重要学术问题。^②

^① 参见韩大元编著:《1954年宪法与新中国宪政》,第345—388页。

^② 在2004年,围绕1954年宪法制定50周年这一主题,学术界举办了各种讨论会,发表了一定的研究成果,但注意力主要集中在对作为实定法的1954年宪法的研究,对1954年宪法制定过程中宪法学的影响、宪法制度的建立与宪法学基本体系之间的联系、50年代的宪法学对新中国宪法学发展产生的影响等问题缺乏必要的学术论证。

在作者看来，当代中国宪法学的发展也无法完全脱离 50 年代宪法学所建立的基本范畴与方法论的学术影响。作为人类智慧之学的宪法学理论的创新应在历史事实所提供的环境与背景下进行，尊重历史与维护社会共同体价值是宪法学发展的价值基础。因此，当我们反思与分析中国宪法学基本范畴与方法时，有必要客观地评价 50 年代宪法学形成的背景、历史贡献与时代局限性。本文试图对 50 年代中国宪法学基本范畴与方法进行实证分析，探讨其中的学术经验与教训，为建立 21 世纪中国宪法学基本范畴提供有益的基础。

（一）20 世纪 50 年代宪法学形成的社会背景

20 世纪 50 年代是新中国宪法学的初创阶段，也是宪法学基本范畴初步建立的时期。从 50 年代中国社会所处的特定环境看，宪法学体系的形成反映了当时政治、经济与文化发展的客观需要，面临着价值与事实关系的选择与判断。其直接的推动因素主要有：

1. 制宪的社会需求。宪法与宪法学是不同的范畴与概念。虽然两者有着共同的价值目标与追求，但具体的构成与社会功能是不同的。50 年代的宪法学建立，直接受制宪活动的政治选择与宪法学知识专业化的影响。为了完成制宪任务，政治家们需要动用可能的政治和知识资源，为制宪提供丰富的学术支持。从比较宪法的角度看，制宪过程是一种利益的冲突与协调过程，需要在政治决断、宪法文化与宪法环境之间寻求合理的平衡。而这种平衡的确立一方面取决于政治家的政治智慧，而另一方面也取决于宪法学知识的专业化程度，特别是学者在制宪过程中的功能与角色。学术界的学术理性与学者的积极参与，有助于把学术的理性与成果反映在制宪过程之中，以保持宪法体制的客观性与理性。

2. 法制的初创与学者的社会责任。在新的国家体制建立时，学者的理论贡献是十分重要的，特别是政权合法性的取得往往需要学术的支持与逻辑论证。在整个 50 年代，国家面临的重要任务是建立统一的法律体系，维护法律秩序。在政权的性质与学者的社会功能问题上，50 年代面临的学术问题是非常复杂的，在新旧制度的转型过程中学者客观、中立的学术理性产生了重要的社会影响。特别是，在彻底废除“旧法统”的社会环境下，如何继承旧时代学术传统是社会关注的重要问题。

3. 在 1954 年宪法制定过程中，学者们获得了一定的参与空间。国家宪

法起草委员会 33 名委员主要由政治家和民主党派组成,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。另据王铁崖教授回忆,1954 年宪法制定时,宪法起草委员会设立了法律小组,由钱端升为组长,成员有费青、楼榜彦和王铁崖。他回忆说,当时这个小组对宪法草案中的与国际法有关的问题进行了讨论,如国家代表权、庇护权、战争和条约缔结权等问题。小组成员曾有过讨论宪法与国际法关系的想法,但没有进行具体的讨论。^①另外,不可忽视的问题是学者们还参与了对草案的讨论和论证。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—4 名召集人。在召集人名单中我们可以发现当时具有代表性的宪法学或政治学界的学者,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、张志让等学者。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围绕着宪法学的专业性问题,从宪法学基本理论角度对各种草案的内容进行了分析。^②

4. 在旧中国宪法学向新中国宪法学“转型”过程中形成了 20 世纪 50 年代宪法学特定的内容与学术风格。如前所述,在一百多年的中国宪法学成长过程中,宪法学无法回避陷入政治权力旋涡的命运,有时不得不沦为“政治婢女”。但在中国社会发展中,宪法与宪法学遵循着不同的发展途径与逻辑,政治对宪法学的影响力并不是绝对的。即使在宣布废除“六法全书”的政治环境中,宪法学的命题、逻辑与学术影响仍然具有一定的生命力,对 50 年代宪法学基本范畴的确立提供了有益的理论支持。特别是,通过“旧时代”宪法学者的学术活动,旧中国建立的宪法学体系与传统得到了一定程度的继承。因此,讨论 20 世纪 50 年代宪法学基本范畴并不仅仅限于 50 年代的社会环境的分析,也需要讨论对前五十年宪法学历史传统的评价与继承

^① 参见王铁崖:《宪法与国际法》,见《钱端升纪念文集》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 7 页。

^② 参见韩大元编著:《1954 年宪法与新中国宪政》,第 117 页。

问题。^①

(二) 20世纪50年代宪法学的基本范畴

宪法学基本范畴是特定的概念,是人们对不同时代宪法现象的高度概括和提炼。不同时代的宪法学有不同的主题,体现不同的宪法学范畴。作为人类理性思维的逻辑形式,宪法学的存在以各自的范畴体系为条件和存在形态。作为新中国宪法学创立时期的50年代宪法学也确立了适应当时社会发展需求的自身范畴体系与研究方法。

在50年代出版的宪法学著作和论文中,我们首先发现学者们的范畴意识主要表现为对宪法阶级性命题的情结与理论论证上。可以说,50年代宪法学的基本范畴(基石范畴)是阶级性命题的学术论证。阶级性范畴基本上概括了当时社会存在的宪法现象与社会问题,同时反映了当时宪法学的基本概念、规则与具体表述方式,是人们解释宪法现象的基本方法。

首先,按照阶级性范畴,多数学者从阶级本质上将社会主义宪法与资本主义宪法区别开来,把宪法分为资本主义与社会主义两种类型。当时的基本认识是:资产阶级革命胜利以后,资本主义国家通过宪法将新的资产阶级的生产关系和政治关系确定下来,构成了资产阶级国家的社会制度和政治制度。而苏联十月社会主义革命成功以后,又改变了资产阶级的生产关系和政治关系,建立了保护劳动人民利益的社会主义的生产关系和工人阶级对资产阶级进行统治的政治关系,苏联用宪法把这种新的生产关系和政治关系确定下来,便形成了苏联的社会制度和国家制度。因此得出宪法每一种类型,都有其相应的一定的阶级本质。资产阶级类型的宪法,是代表资产阶级的利益和反映资产阶级意志的,就其本质来说是剥削阶级的意志,是反人民的宪法。而社会主义类型的宪法,是代表劳动人民的利益和反映劳动人民的意志的,按其本质来说,是反剥削者的宪法,是人民的宪法。

其次,根据阶级性这一基本范畴,有的宪法学者提出了对宪法问题的基

^① 如民国时期宪法学者张知本的《宪法论》是有代表性的宪法学著作,采用了比较规范的学术范畴与体系。他把宪法学分为三编:第一编,绪论,涉及国家概念与宪法概念;第二编,人民之权利与义务,包括总论、平等权、自由权、受益权、参政权、人民之义务;第三编,国家机关的组织与职权,包括总论、行政机关、立法机关、司法机关、考试机关、监察机关、地方制度等。以国家和宪法概念为出发点的宪法学体系,比较全面地反映了当时宪法学基本内容与体系,较好地结合了体系的完整性与命题的具体性。

本认识。宪法概念的定位是确立宪法学范畴的基本条件,其理论判断与认识方法决定了宪法学的基本框架与要素。当时对宪法阶级性的基本认识是:第一,从宪法所反映的阶级关系来看,宪法是表现统治阶级的意志的,它反映了统治阶级对被统治阶级的经济统治和政治统治;第二,从宪法所反映的阶级演变来看,它又是阶级力量对比和阶级斗争的总结,资产阶级类型的宪法反映了资产阶级力量的强大及其斗争胜利的总结,而社会主义类型的宪法则反映了工人阶级力量的强大及其斗争胜利的总结,并将这两点认识归结为宪法的本质。同时又指出认识宪法的这种阶级本质,不能仅仅从宪法的形式上去了解,而必须从宪法的实质上去了解。^①根据这种理论分析,学者们认为,1954年宪法性质是人民民主的宪法,是属于社会主义类型的宪法。

再次,以阶级性为基本出发点分析宪法现象是20世纪50年代多数中国宪法学者研究宪法的基本方法。但在当时的历史条件下,学者们在遵循宪法学基本范畴的前提下,也在努力使宪法学范畴的解释“中国化”,在具体范畴的层面上寻求宪法学的专业化途径。如有的学者关注了宪法本身具有的法律性质,强调宪法学研究中区分宪法、国家与法律的重要性。^②认为,宪法是国家最基本的法律,规定一个国家的国家制度和社会制度的基本原则、国家机关的组织与活动原则以及公民的基本权利和义务。在分析宪法概念时学者们特别强调,研究作为国家根本法律的宪法时,必须研究国家和法律的关系,揭示宪法的法律性质。吴家麟在《宪法基本知识讲话》一书中对宪法概念做了比较概括的表述:宪法是阶级力量对比关系的表现;宪法是国家的根本大法;宪法是社会的上层建筑的一部分。^③关于宪法与普通法律的区别,有学者提出了如下基本观点:(1)宪法确立了国家的社会制度和国家制度的基本原则,规定的都是国家政治、经济、文化等方面的根本内容,而普通法律规定的都是国家和社会生活的某一方面的具体内容;(2)宪法是普通法律的基础,国家制定法律要以宪法为立法依据和立法基础;(3)宪法制定和修改的程序是按照一种特别程序,而这种程序比一般普通法律的制定和修改程序更为严格;(4)如果普通法律与宪法相抵触时,则普通法律无效,事实

① 参见孟光:《人民宪法讲话》,华南人民出版社1955年版,第1—5页。

② 参见李达:《中华人民共和国宪法讲话》,第1页。

③ 参见吴家麟编:《宪法基本知识讲话》,第2—5页。

上，一切普通法律都是根据宪法并为了贯彻宪法而制定的。^①

最后，以阶级性为基本范畴的宪法学在综合性规范体系中确立自己的学科和理论框架。新中国宪法学体系最早主要借鉴了苏联的宪法学理论，并主要以苏联模式为自己的发展模式，导致宪法学理念与特定社会环境之间的矛盾。但从宪法学内部知识体系的组合与具体理论的构成看，50年代宪法学也包含着一些“非苏联”的内容与特色。传统中国宪法学的思想、理论与方法，一定程度上影响了50年代宪法学形成过程。即使在以阶级性为基本范畴的宪法学体系占主导地位的背景下，当时的一些学者们也在一定范围内探讨了与中国社会现实有密切关系的具体范畴与概念。除阶级性范畴外，当时的宪法学研究还采用了其他的范畴。如李达在《中华人民共和国宪法讲话》一书中，采用的范畴主要包括：宪法问题与法律问题、宪法经验与历史经验、民主与自由、公民与人民、平等与普遍性价值、义务与基本义务、社会主义与人民民主主义、国家与法律、国家与社会等。^②在本书中李达试图从宪法—国家—法律的角度建立宪法学体系，强调“当我们研究这个国家的根本法律的宪法时，必先研究国家和法律的意义”，并论证了“宪法虽然是国家的根本法律，但它仍然是一种法律”的命题。从国家存在的正当性出发，说明宪法与法律的不同功能与性质是李达宪法理论的重要特色，他同时给我们提供了以阶级性为基石范畴，以国家、法律与宪法为基本范畴的新中国宪法学的理论框架。^③1955年出版的《学习宪法若干问题解答》一书，虽是一本通俗性的著作，但其中也可发现具有宪法学专业价值的几种范畴：制宪与宪法制定活动、宪法与纲领、人民民主与民主集中制、国家机构与社会力量、主权与领土、私有财产与公共利益等。

从50年代出版的几本专门写公民基本权利和义务的著作中我们可以看到基本权利和义务的基本范畴。如杨化南写的《中华人民共和国公民的基本权利和义务》建立了如下基本权利体系：平等权、政治权利和自由、人身自

① 笔者认为，目前有关宪法与法律的区别方面的理论，我们基本上沿用了50年代的表述，没有实质性的发展。

② 参见李达：《中华人民共和国宪法讲话》。

③ 《中华人民共和国宪法讲话》一书的框架是：第一章宪法及宪法之史的考察；第二章我国宪法是社会主义类型的宪法；第三章我国的国家制度和社会制度；第四章国家机构；第五章公民的基本权利和义务。

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。^①以权利、自由与基本权利为基本概念说明宪法体制是当时学术界普遍关注的研究思路与方法。

以上是对50年代宪法学基本范畴的一般性的分析。从严格的意义上讲,50年代宪法学所确立的基本范畴是不成熟的,范畴中包含着一些矛盾与冲突,但从宪法学的历史发展看,仍有其存在的合理基础。

(三) 20世纪50年代宪法学基本范畴的影响与评价

宪法学基本范畴是宪法历史与逻辑的统一,历史背景是我们评价宪法学社会功能的重要尺度。我们知道,新中国宪法发展的源头是1954年宪法,直到现在1954年宪法的精神仍体现在现实宪法制度的内容与具体运行过程之中。同样的道理,新中国宪法学发展的历史渊源仍然是50年代所建立的宪法学体系。从21世纪中国社会发展的客观要求出发,建立规范、开放和多样化的宪法学基本范畴是宪法学者需要完成的重要历史使命。而完成这一历史使命的前提就是对宪法学历史的反思,要实事求是地评价50年代宪法学的历史贡献与历史局限性。

如前所述,50年代宪法学有它自身的知识体系与范畴,并以自己的专业话语(虽然不成熟)回答了社会实践的要求,为刚刚建立的国家政权提供了合法性的理论基础。同时,我们看到,在第一部宪法的制定和宣传过程中,学者们确立了宪法学的专业性与范畴意识。因此,1954年宪法的历史贡献中自然包含了50年代宪法学的历史功能。笔者认为,对50年代宪法学基本范畴的评价应坚持历史、客观、宽容的原则,需要从历史与学术使命的相互关系中合理地作出评价。如对阶级性基本范畴的分析,我们不能简单地否定其价值,而是要探讨这一范畴存在的社会与历史背景,给予符合历史事实的评价。从宪法学说史与宪法史学的角度看,把阶级性作为宪法学基本范畴也存在一定的历史合理性,表明了当时宪法存在的真实的国内和国际环境,体现了当时宪法学所承担的社会功能。可以说,阶级性这一范畴中既有一定的历史合理性,同时也表现其历史的局限性。

50年代宪法学给新中国宪法学发展提供的资源中有些是消极或负面的,

^① 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。

需要从学术的角度澄清与评价。其历史局限性主要表现在：第一，在宪法学基本范畴中把阶级性确立为观察、分析和解释宪法现象的基本视角和思维模式，使宪法学自身的体系、结构和文本失去了必要的学术价值；第二，这一基本范畴导致了宪法学的“政治化”倾向，宪法学逻辑被政治逻辑所代替，学术的社会功能受到严格限制；第三，尽管 50 年代的宪法学者们，试图建立与新的社会结构相适应的宪法学基本范畴，但由于学术的力量无法战胜“阶级性”的逻辑统治，使宪法学失去了作为一门独立学科存在的基础；第四，以阶级性为基本范畴的宪法学理论过于强调服从政治需求的必要性，破坏了宪法学专业知识体系的完整性；第五，宪法学基本范畴的自我认同程度比较低，没有充分发挥宪法学在知识整合和形成社会共同体意志中的协调功能。

（四）建立当代中国宪法学基本范畴

建立科学的宪法学基本范畴是中国宪法学走向成熟的重要标志。当宪法学开始成为“显学”，并在社会生活中呈现出越来越多的亮点时，宪法学界应注意完善自身体系，提高专业化水平。什么是宪法学基本范畴，如何确立宪法学基本范畴？基本范畴的构成要素是什么？基本范畴内部的各个要素是通过何种形式发挥作用？基本范畴的普遍性与特殊性价值如何评价？基本范畴的历史性与现实性是如何结合问题都是学术界需要研究与解释的重大课题。反思与分析 50 年代宪法学基本范畴的目的是正确定位当代中国宪法学历史基础与现实使命，使宪法学成为人类对宪法理性思维的逻辑形式与规则，并以此为基础建立专业化、规范化的宪法学知识体系。

1. 建立宪法学基本范畴的原则

在讨论宪法学基本范畴以前，我们首先需要对基本范畴本身作出学术评价。范畴作为哲学的基本命题，它指“反映事物本质属性和普遍联系的基本概念”^①。按照基本范畴的理论，宪法学基本范畴回答的问题是：在宪法世界中哪些属于宪法现象的本质属性？哪些概念是最普遍、最本质的宪法概括？在我国，有关宪法学基本范畴的讨论是从 20 世纪 80 年代开始的。在思考中国宪法学理论体系的过程中，有的学者注意到了宪法学基本范畴的确立

^① 《中国大百科全书》哲学（一），中国大百科全书出版社 1987 年版，第 200 页。

问题。^①另外,在宪法学理论体系、宪法学研究逻辑起点、宪法学研究对象、宪法学调整方式等问题的探讨中也涉及了宪法学自身范畴的若干问题。不过,学术界对基本范畴的关注程度是不够的,缺乏理论与方法论方面的论证,满足于“用中国的资料论证西方的宪法理论”,导致概念与现实、原则与理论、事实与价值的冲突,造成宪法学过于“大众化”的现象,直接影响了宪法学的社会功能。

在建立中国宪法学基本范畴的过程中需要坚持的基本原则是“历史与逻辑统一”,通过对各种宪法现象的分析,揭示宪法发展的历史过程与逻辑联系,再现宪法社会形成的历史环境。自“范式理论”产生后,在社会科学研究中,学者们普遍采用了“范式”的概念,以寻找研究问题的系统的思考方式与思维框架。库恩认为,“范式”是常规科学所赖以运作和成立的理论基础和实践规范。由于社会现象的复杂性与意识形态性,学者们在研究某一问题时必然涉及普遍接受和运用的概念、模式、基本的理论框架与研究方法等。宪法学作为社会科学的组成部分,在理论研究与实践过程中也需要确立共同的“研究范式”或核心范畴,以保持宪法学理论基础和实践规范统一。

按照“历史与逻辑统一”原则,在建立中国宪法学基本范畴时,我们需要解决的理论与实践问题是:

首先,在中国宪法学基本范畴与宪法学基本问题之间建立互动的价值联系,重视宪法存在的历史与现实环境,以宪法基本问题的解释与解决为基本出发点;

其次,中国宪法学基本范畴应当在文化传统与现代性之间寻求合理的平衡,在中国国情和文化背景下建立新的研究范式;

再次,在范畴的主观性与客观性统一中寻求对基本范畴的学术共识,提倡学术研究的规范化,以范畴为基础建立宪法学专业化体系;

最后,合理地解决宪法学基本范畴的动态性与稳定性之间的关系,在社会变动中保持基本范畴的相对稳定性,使范畴的内容与人们的思维模式之间

^① 如张广博:《宪法学基本范畴再认识》,《法学研究》1987年第3期;李龙、周叶中:《宪法学基本范畴简论》,《中国法学》1996年第6期。李、周两位学者提出的宪法学基本范畴由五对范畴构成: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。

保持其内在的一致性。

2. 宪法学基本范畴的构成

从研究范式看，宪法学研究范式可分为本体论、认识论与方法论三个部分。^① 宪法学本体论主要涉及宪法在现实世界中的形态与表现，要求学者们探求宪法的正当性与真实性的价值，描述人类所追求的宪政制度。宪法学认识论主要涉及宪法学研究者与作为研究对象的宪法现象之间的相互关系问题，即研究者应遵循什么样的研究规则与程序解释客观的宪法世界，并解决宪法问题。宪法学方法论主要涉及研究者解释和说明宪法现象时采用的方法与具体步骤等。宪法学研究范式的三个部分是相互联系的，共同形成宪法学研究的普遍性规则与实践的基础，如对宪法学本体论的不同分析和观察，直接影响研究者对宪法现象的认识水平与程度，而对宪法现象的不同认识又在一定程度上决定研究者的研究方法与研究步骤。按照宪法学范式理论来考察宪法学发展历史，我们可以发现，实证主义宪法学与自由主义宪法学的争论实际上是围绕不同的研究范式而进行的，宪法学正是在不同范式之间的更新与持续性的发展中不断完善自身的理论体系。研究范式所体现的规范与现实、事实与价值、理想与实践之间的互动与开放性实际上要求针对不同研究对象所确定的特定范式的多样性。对某种特定研究范式的盲目推崇与应用并不是合理的选择，应当承认由社会现象多样性而造成的研究范式之间的多元性，应鼓励学者们基于对学术的信念与真理的追求，不断挖掘新的范式，或者重新认识与解释同一范式内部的构成要素。

按照宪法学研究范式，宪法学基本范畴建立的标志或基本条件是符合历史、现实和逻辑发展要求。作者认为，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，即宪法学应成为发现与维护人的基本尊严的“人学”，它的发展实际上是解决人类的生存与发展问题的，是解决人类在生存与发展过程中如何最大化地实现人自身需求的科学。这一范畴体系的特点是：在选择基本范畴原则上，考虑了中国宪法学历史、理论与现实的统一；把宪法学具有的普遍意义与中国

^① 参见张小劲等：《比较政治学导论》，中国人民大学出版社2001年版，第60页。

国情结合起来,有助于避免现实与范畴之间的矛盾;有利于揭示“中国宪法学”成立的历史与现实条件,区分“中国宪法学”和“中国的宪法学”^①;有利于保持宪法学基本范畴的历史性与开放性;有利于建立综合化的宪法学体系。为了完成历史赋予中国宪法学的使命,中国宪法学应在宽容和严肃的形态中实现自己的发展,防止理论的庸俗化与功利主义倾向,实现宪法学的通俗化与平民化。

笔者认为,在中国建立和完善宪法学基本范畴的基本途径是走“宪法学中国化”的道路,提倡宪法学在中国社会中的具体范式与具体运用,确立中国宪法学的主体性,建立中国的宪法学理论体系与学术风格。具体地讲,宪法学中国化的命题强调了外来宪法学的合理因素与本土社会宪法现实的结合,使宪法学成为能够合理地解释本国宪法现象的学术体系与学术取向,建立具有本土特色的宪法学理论、规则与方法。在世界宪法学的发展史上,宪法学的本土化一直是影响宪法学理论发展的主要趋势与学术潮流,各国通过本土化的宪法理论解决本国面临的大量的宪法问题。由于宪法制度与理论本身具有鲜明的时代特点与地方性,各国在发展宪法学体系时普遍注意把外国社会发展中积累的合理的经验与本国社会的具体特点相结合,不断地开发具有本土特色的宪法理论。

宪法学中国化是综合性和开放性的概念,经过时代的变迁最后确立为宪法学发展与完善的学术发展形式。在建立中国宪法学基本范畴的过程中强调宪法学中国化的意义主要在于:

(1) 宪法学作为研究宪法现象的知识体系,其本质的价值在于解决本国实践中存在的宪法问题。由于各国处于不同的发展阶段,具有不同的历史、文化与传统,社会发展中所面临的宪法问题也是不同的,很难采用一种统一的理论体系或方法解决自己的宪法问题。外国的宪法学范畴或研究方法是在该国的历史与传统中孕育和诞生的,虽不能否认其一定程度的普遍性价值,但它首先是该国政治、经济、社会、文化等综合因素的体现,具有该国的理论特色。因此,当我们运用外国的宪法学范畴解决本国宪法问题时,需要考

^① “中国宪法学”是指宪法学的中国学派,是宪法学发展与宪法实践结合的产物;而“中国的宪法学”是指宪法学普遍原理在中国社会中的具体应用及其效果的评价。当“中国的宪法学”发展到一定程度后便形成“中国宪法学”。

虑特定理论产生与存在的社会脉络 (contexts), 客观地分析所移植的理论或方法的文化承受能力, 避免简单的移植或模仿。

(2) 中国社会中存在的宪法现象的特殊性也要求形成和确立中国化的宪法学基本范畴。宪法的价值在于为社会共同体提供解决现实的宪法问题的框架, 并为人权价值的社会化提供有效的理论支持与价值基础。当代中国社会正处于变革时期, 改革的实践不断向宪法学提出新课题, 并推动宪法学研究的不断创新。随着社会改革的深入, 越来越多的社会深层次的矛盾逐渐暴露出来, 表现其解决这些矛盾的困难。对这些问题的解决目前中国宪法学理论所能提供的资源是非常有限的, 仅仅以外国宪法理论解决问题也可能遇到认识与实践、价值与事实、方法与现实之间的矛盾。

(3) 建立中国化的宪法学范畴有助于为当代中国社会发展提供理论支持。现代中国宪法学面临两个重要课题: 一是认真总结宪法发展的经验, 为进一步深入研究宪法学寻找新起点; 二是对正在发生的宪法范式的转型提供认识基础, 为建立 21 世纪中国宪法学体系寻找基点。而上述两个目标的实现都与宪法学中国化的命题有关。在寻找宪法学研究起点时, 首先需要清醒地认识中国社会结构的特点与宪法在社会文化语境下的特殊意义, 并从宪法文化价值出发思考现代宪法的理念问题。另外, 宪法范式的转型中我们也需要关注宪法存在的社会背景与社会生活中的宪法意义。

(4) 宪法学固有的“反思——批判意识”的学术品格也是宪法学中国化的认识与逻辑基础。宪法学作为研究宪法现象的知识与价值体系, 具有强烈的反思与批判的学术品格, 在宪法实践中不断地发现理论体系中存在的问题, 提倡不同学术观点之间的争鸣, 以理性的态度评价传统宪法学的价值与不足, 鼓励理论创新, 推动宪法学理论的发展。反思与批判意识既适用于对本国宪法学理论的评价, 也适用于对外国宪法学理论的评价, 这样才能实现宪法学的科学精神。

总之, 在建立中国宪法学基本范畴的过程中需要把中国社会当做自己的立足点、出发点和归宿点, 建构能动地解释和反映中国社会现实并与宪政普遍性价值相结合的宪法学体系。这种客观性实际上决定了中国宪法学不能不具有有一定形式和程度的“中国化”特色, 并体现宪法学基本范畴的自主性与多样性。

第二节 20世纪60年代至70年代的宪法学说

一、20世纪60年代至20世纪70年代有没有宪法学说

在中国百年宪政史上,20世纪60年代至70年代这20年颇不寻常,可以说是一个极为特殊的年代。其中横跨这两个年代的1966—1976年,对于宪法学说的发展,更是具有极为特殊的意义,因为从1966年到1976年,在中国爆发了一场史无前例的“文化大革命”。十年“文化大革命”,国家正常的政治、经济、文化和社会秩序被彻底打乱,公认的社会政治、经济、道德伦理和历史文化等价值观念被完全颠覆,科学研究被视为洪水猛兽。在所有社会科学的研究中,法学研究是被冲击得最为严重的领域之一,其中的宪法学研究,更是成为谁也碰不得的重灾区。然而,奇特的是,在法律虚无主义达到登峰造极程度的这两个年代(20世纪60年代和70年代,尤其是“文化大革命”时期),居然还产生了两部宪法(即1975年宪法和1978年宪法)。从这个意义上来说,1975年宪法和1978年宪法,可算得上是在特殊的年代、特殊的条件下产生的特殊产物。作为特殊年代、特殊条件下产生的特殊产物,1975年宪法和1978年宪法在中国宪政建设史上,具有其特殊意义。围绕着1975年宪法和1978年宪法所进行的有关宪法制度、宪法思想与宪法学说及其相互关系的研究,也必然存在着不同于其他阶段的独特之处。

一般而言,有法律制度才有法律思想和法律学说。没有法律制度,就根本谈不上有什么法律思想和法律学说。当然,法律学说和法律思想对法律制度也有一定的反作用。但是,通常情况下,有没有法律颁布,即有没有法律制度,是一个根本性的问题。离开了法律文本即法律制度,法律思想和法律学说就都成了无源之水和无本之木,就没有存在的可能。众所周知,中国的宪法和法律都是由中国的最高权力机关即立法机关全国人民代表大会或全国人大常委会制定的。但是,自1966年7月7日第三届全国人大常委会举行第三十三次会议通过了关于延期召开第三届全国人大第二次会议的决定以后,一直到1975年1月13日召开四届人大一次会议,在长达8年零6个月的时间里,全国人大及其常委会没有举行过一次会议。自1959年4月全国

人大第一次会议至1966年7月全国人大常委会的最后一次会议期间，除了对已经指定的《军官服役条例》进行修改，批准《商标管理条例》和《外国人入境居留旅行管理条例》，以及批准17项民族自治地方人大和人民委员会组织条例外，全国人大及其常委会没有制定一项法律，很多国家重大的问题都是由党内决定实施的。其实，不仅仅是20世纪60年代和70年代，早在20世纪50年代，中央政法小组就曾在《关于人民公社化后政法工作一些问题向主席、中央的报告》中，提出民法、刑法、诉讼法已经没有必要制定，导致立法工作全国停顿。实际上，从1954年宪法颁布到1975年宪法修改期间，我国没有一部法律出台，没有一套基本法律的配套设施。正因为除宪法外的民法、刑法、诉讼法等许多基本法律自20世纪50年代到70年代都是一片空白，使得多少相关专家在研究本学科学说史时，面对着这几十年的法律制度空白（包括法律思想和法律学说的空白）而望“法”兴叹，甚至遗憾终身。

但与此同时，一个极为奇特的现象是：在新中国成立以来60年的历史中，我国先后颁布了4部宪法和31条宪法修正案，即使在20世纪60年代至70年代这一极为特殊的年代和极为特殊的社会环境下，还颁布了两部《宪法》，即1975年宪法和1978年宪法。这是特殊时代、特殊历史条件下的特殊产物。一般情况下，有宪法就有宪法制度，有宪法制度就有宪法思想和宪法学说。20世纪60年代至70年代因有两部宪法出台，则必有与其相对应的宪法思想和宪法学说。

二、为什么说20世纪60年代至70年代有宪法学说

作为社会意识形态之一的宪法学说，其产生、存在和发展都建立在一定的主客观条件的基础上。没有一定的主客观条件，宪法学说既不可能产生，也不可能存在，更不可能发展。宪法学说能不能存在和发展，主要应从宪法学说存在的社会历史条件、制度文本条件和思想理论条件三个方面去加以把握。

1. 从宪法学说存在的社会历史条件看

宪法学说与所有社会意识形态一样，都是社会存在的产物，其产生和存在都需要具备一定的社会历史条件。按照宪法学界主流的观点，宪政就是

“民主的政治”^①，宪法学说就是关于民主政治的学说。民主的对立面是专制，民主政治是对封建专制的反抗。反对封建专制，倡行民主政治，是宪法学说存在的重要社会历史条件。换句话说，不管是什么社会，只要它反对封建专制，倡行民主政治，它就具备宪法学说存在的社会历史条件。值得注意的是，由于“自近代以来，世界历史的演进，已使‘民主的政治’带上了多种色彩，这多种色彩，不但表现在形式上的丰富多彩，而且还表现为实际内容或阶级内容上的重大差异，但不管多种‘宪政’之间有多少不同，它们相对于专制制度来说，都是一种‘民主的政治’。自然，这种‘民主政治’的民主程度如何，是否是完全真正彻底民主政治，还要进行具体的分析。但无论如何，从历史进化的角度观察，民主政治相对于专制政治来说，确是一种历史的进步”^②。按照这一标准来判断，无论是孙中山领导的民族资产阶级革命时期的宪政实践，还是南京国民政府时期的宪政运动，也无论是北洋军阀时期的“立宪”活动，甚至清朝末期预备立宪的“新政”与“立宪”，都无不具备宪法学说存在的社会历史条件。而以最广大人民群众民主政治为内容的中国共产党领导的社会主义社会的宪政运动，与上述社会相比较，其民主政治的深度与广度，更是无与伦比。因此，作为社会主义初级阶段发展历程之部分的20世纪60年代至70年代，没有理由不具备宪法学说存在的社会历史条件。

2. 从宪法学说存在的制度文本条件看

社会历史条件是宪法学说存在的重要条件或必要条件，没有一定的社会历史条件，宪法学说不可能产生，更不可能存在和发展。但社会历史条件不是宪法学说存在的充分条件。仅有宪法学说存在的社会历史条件，还不能说一定就有宪法学说。如果说社会历史条件是宪法学说存在的根本条件，那么，宪法文本或宪法制度就是宪法学说存在的直接条件。没有宪法文本或宪法制度，再好的社会历史条件也不会平白无故地产生宪法学说。从这个意义上说，凡是有宪法学说的社会或时代，必定有宪法文本或宪法制度的存在。

^① 毛泽东在《新民主主义的宪政》一文中说：“宪政是什么呢？就是民主的政治。”《毛泽东选集》第2卷，人民出版社1991年版，第732页；许崇德在《社会主义宪政的不平凡历程》（《中国法学》1994年第5期）一文中说：“宪政的实质是民主政治，再加上形式要件，宪政应该是实施宪法的民主政治。”

^② 王永祥：《中国现代宪政运动史》，人民出版社1996年版，第1—2页。

从清政府制定的《钦定宪法大纲》、“十九信条”，到辛亥革命时期制定的《临时政府组织大纲》、《中华民国临时约法》；从北洋政府制定的《中华民国宪法草案》（“天坛宪草”）、《中华民国约法》、《中华民国宪法》，到南京国民政府制定的《训政纲领》、《训政时期约法》、《中华民国宪法草案》（“五五宪草”）、《中华民国宪法》；从人民革命根据地政权制定的《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》，到中华人民共和国的《共同纲领》、1954年宪法、1982年宪法，无不成为当时各社会历史阶段宪法学说存在和发展的文本依据或制度依据（无论这些宪法文本或宪法制度的实质是真民主政治还是假民主政治，民主政治的程度如何）。可见，没有宪法文本或宪法制度存在而有宪法学说存在的现象是不可思议的，也是不可能存在的。从这个意义上说，1975年宪法和1978年宪法这两个宪法文本或宪法制度的存在决定了20世纪60年代至70年代宪法学说的存在必定是不可置疑的客观事实。

3. 从宪法学说存在的思想理论条件看

宪法学说存在的思想理论条件，主要是宪法学说与宪法制度、宪法思想的相互关系。

在《现代汉语词典》中，“制度”^①有两层含义：一是要求大家共同遵守的办事规则或行动准则；二是在一定历史条件下形成的政治、经济、文化等方面的体系（显然，宪法制度属于第二层含义）。“思想”^②也有两层含义：一是客观存在反映在人的意识中经过思维活动而产生的结果。思想的内容为社会制度的性质和人们的物质生活条件所决定，在阶级社会中，思想具有明显的阶级性；二是念头和想法（显然，宪法思想属于第一层含义）。“学说”^③则只有一层含义，即指学术上的有系统的主张或见解（宪法学说显然是指关于宪法的有系统的学术主张或见解）。既然“思想的内容为社会制度的性质和人们的物质生活条件所决定”，而“制度”又“是在一定历史条件下形成的政治、经济、文化等方面的体系”，那么，“制度”当为建立在一定经济基础即经济制度之上又包括经济制度在内的国家政治、经济、社会制度的有机整

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2005年版，第1756页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，第1290页。

③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，第1547页。

体。“制度”与“思想”之间，大体上当属社会存在与社会意识的相互关系，“制度”决定“思想”。推而广之，有什么样的宪法制度，就有什么样的宪法思想。尽管“思想”与“学说”都具有主观思维的属性，但“学说”与“思想”相比较，侧重于学术上有系统的主张和见解。而“思想”的范围比较宽泛，它既包括学术上有系统的主张和见解，也包括学术上不成系统的主张和见解，还包括非学术的见解和主张，即念头和想法。推而广之，宪法思想当比宪法学说宽泛，而宪法学说则比宪法思想专深。因此，宪法学说理应建立在宪法思想的基础上。有了宪法思想的宽厚，才有宪法学说的专深。而不是相反。

一般说来，在宪法制度、宪法思想和宪法学说三者之间，应该是先有宪法制度，后有宪法思想，在有了宪法思想的基础上，才能形成宪法学说。在宪法制度、宪法思想和宪法学说的逻辑链条中，宪法思想作为宪法制度与宪法学说的逻辑中介，具有双重或双向作用，它受宪法制度的制约，也反作用于宪法制度；它作用于宪法学说，也受宪法学说的影响。由于“在阶级社会中，思想具有明显的阶级性。”所以，具有阶级性的宪法思想，既可以反作用于宪法制度，也可以影响宪法学说。但是，宪法思想对宪法制度的反作用或指导作用的力度和深度，又无不与宪法学说在宪法思想背后的影响和支撑息息相关。不论这种影响和支撑是显性还是隐性，是直接还是间接，是正面还是反面。因为宪法思想与宪法学说之间的影响和作用也是双向的，宪法学说在受宪法思想作用的同时，反过来也对宪法思想有一定的影响。

由于宪法思想的宽泛性，及其与宪法学说同为主观意识的属性，宪法思想和宪法学说之间，在一定范围内具有某种重叠性。在一定程度上，两者的区分具有相对性。或者说，在特殊情况下，宪法思想就是宪法学说，宪法学说也是宪法思想。

据《现代汉语词典》，“宪法”是“国家的根本法。具有最高的法律效力，是其他立法工作的根据。通常规定一个国家的社会制度、国家制度、国家机构和公民的基本权利和义务等”^①。从这一定义中，我们不难确定，宪法是国家制度的标志和表现形式，宪法的存在意味着宪法制度的存在，有宪法就有宪法制度。结合上面的论述，我们可以得出下面的结论：一般来说，

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，第1481页。

有宪法就有宪法制度，有宪法制度就有宪法思想和宪法学说。但是，在社会政治环境极度不正常的情况下，学术性的宪法学说有可能被非学术性的宪法思想所压抑或替换。其结果往往是：宪法思想以其非学术性凌驾于学术性的宪法学说之上，宪法学说则以其去学术性湮没在非学术性的宪法思想里。

三、20世纪60年代至70年代的宪法学说是什么

由于有1975年宪法和1978年宪法的存在，因此，宪法制度在20世纪60年代至70年代的存在不容置疑。又由于宪法制度是在一定的宪法思想指导下建立起来的，故宪法思想在20世纪60年代至70年代的存在也不容置疑。同理，宪法思想的存在也决定了宪法学说具有存在的理由。至于20世纪60年代至70年代的宪法学说究竟是什么，却不是一句话所能说清的。实际上，它与中国共产党自1957年起，以反右派斗争扩大化为标志，以阶级斗争为中心的“左”倾错误倾向的发展演变，有着极为密切的联系。

从1957年起，极左思潮开始在中共党内占据主导地位。在“左”的思想影响下，中共对国内政治形势估量失误并对国内主要矛盾作出错误判断，出现了反右扩大化和“反右倾机会主义”、“大跃进”的错误。在1957年，党的八届三中全会（扩大）作出了无产阶级和资产阶级的矛盾、社会主义道路和资本主义道路的矛盾是社会主义主要矛盾的错误估计；在1959年的庐山会议上，反对“右倾机会主义”和对彭德怀的错误批判，使得党在阶级斗争方面“左”的错误更加严重起来；1962年召开的党的八届十中全会，则使党在阶级斗争问题上“左”的错误观点进一步系统化和理论化。八届十中全会公报指出：“在无产阶级革命和无产阶级专政的整个历史时期，在由资本主义过渡到共产主义的整个历史时期，存在着无产阶级和资产阶级之间的斗争，存在着社会主义和资本主义这两条道路的斗争，我们千万不要忘记。”这个错误的理论最终导致了“文化大革命”的爆发。在“文化大革命”爆发的1966年，毛泽东进一步将其阶级斗争为纲的“左”的错误理论和实践概括为“无产阶级专政下继续革命的理论”。这一理论便当然成为20世纪60年代至70年代尤其是横跨了十年的“文化大革命”的指导思想。毫无疑问，这一理论也不可避免地要成为“文化大革命”时期毛泽东亲自建议下起草的1975年宪法

的主要指导思想。^①即使是“文化大革命”之后、党的十一届三中全会之前起草的1978年宪法,也未能摆脱这一指导思想的严重影响。显然,“文化大革命”的指导思想和理论依据,相对于1975年宪法和1978年宪法的产生而言,就是那一时期的宪法思想,也是那一时期的宪法学说。这一融宪法思想和宪法学说为一体的指导思想,集中表现在这两部宪法文本和关于这两部宪法的修宪报告之中,其中又主要集中在1975年宪法文本和张春桥1975年1月13日在第四届全国人民代表大会第一次会议上作的关于修改宪法的报告中。

以阶级斗争为根据,从而导致全面专政的所谓“无产阶级专政下继续革命”的理论,作为1975年宪法所奉行的指导思想,主要体现在宪法文本的序言和总纲部分。如宪法序言中提出:“社会主义社会是一个相当长的历史阶段。在这个历史阶段中,始终存在着阶级、阶级矛盾和阶级斗争,存在着社会主义同资本主义两条道路的斗争,存在着资本主义复辟的危险性,存在着帝国主义、社会帝国主义进行颠覆和侵略的威胁。这些矛盾,只能靠无产阶级专政下继续革命的理论 and 实践来解决。”又如在总纲中规定:“无产阶级必须在上层建筑其中包括各个文化领域对资产阶级实行全面的专政。”这一指导思想也体现在修宪报告中。修宪报告明确指出,“反映我国人民坚持无产阶级专政下继续革命的共同愿望,就是我们这次修改宪法的主要任务”。在这一修宪报告中,还完整地表述了毛泽东关于党在整个社会主义历史阶段的基本路线的观点:“社会主义社会是一个相当长的历史阶段。在社会主义这个历史阶段中,还存在着阶级、阶级矛盾和阶级斗争,存在着社会主义同资本主义两条道路的斗争,存在着资本主义复辟的危险性。要认识这种斗争的长期性和复杂性。要提高警惕。要进行社会主义教育。要正确理解和处理阶级矛盾和阶级斗争问题,正确区别和处理敌我矛盾和人民内部矛盾。不然的话,我们这样的社会主义国家,就会走向反面,就会变质,就会出现复辟。我们从现在起,必须年年讲,月月讲,天天讲,使我们对这个问题,有比较清醒的认识,有一条马克思列宁主义的路线。”修宪报告明确指出,“这条基本路线是我们党的生命线”,“也是我们这次修改宪法的指导思想”。由此可见,1975年张

^① “‘文化大革命’的思想、政策、经验等得以浸透在这部宪法里,并且表露无遗。无论从形式上或者从内容上看,1975年宪法是极‘左’思潮严重浸润的一部宪法。”许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第495页。

春桥关于修改宪法的报告，既是 1975 年宪法修改的指导思想，又是关于 1975 年宪法的宪法学说，更是关于 20 世纪 60 年代至 70 年代我国宪法的宪法学说。

这一宪法学说，总的来讲，就是“无产阶级专政下继续革命”的学说。该理论的核心是：一大批资产阶级的代表人物、反革命的修正主义分子，已经混进党内、政府内、军队里和文化领域的各界，相当大的一个多数的单位的领导权已经不在马克思主义者和人民群众手里。党内走资本主义道路的当权派在中央形成了一个资产阶级司令部，它有一条修正主义的政治路线和组织路线，在各省、市、自治区和中央各部门都有代理人。过去的各种斗争都没有解决问题，只有实行“文化大革命”，公开地、全面地、自下而上地发动群众来揭发上述黑暗面，才能把被走资派篡夺的权力重新夺回来。这实质上是一个阶级推翻一个阶级的政治大革命，以后还要进行多次。

具体来说，这一理论或学说包括以下几方面内容：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其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。“无产阶级专政下继续革命”这个概念，在特定的历史背景下具有特定的含义，其实质，就是在无产阶级取得了政权并且建立了社会主义制度的条件下，还要进行一个阶级推翻另一个阶级的政治大革命。它是在社会主义社会阶级斗争问题上“左”的错误观点的总概括。1975 年宪法对这一理论的指导地位的规定，实际上就是确认了“文化大革命”的合法性，从而给阶级斗争扩大化和极左错误提供了根本法依据。

但是，“无产阶级专政下继续革命的理论”作为 20 世纪 60 年代至 70 年代的宪法学说，其表现形式和表现程度以及对于宪法制度的反映力度，在长达二十余年的时期里，也有一个不断变迁的过程，把这一变迁过程加以区分，对于我们更准确地把握这一时期的宪法学说，很有帮助。

四、宪法学说在 20 世纪 60 年代至 70 年代的三个阶段

宪法学说在 20 世纪 60 年代至 70 年代的不同阶段中，有着不同的表现，必须分别加以研究。从 20 世纪 60 年代到 70 年代，宪法学说的变迁可以划

分为三个阶段：

(一) 第一阶段：从 1960 年到 1965 年

这一阶段，党在阶级斗争问题上“左”的错误观点比 50 年代后期更加系统化、理论化，使得 1954 年宪法受到破坏，宪政建设走下坡路。非学术的宪法思想被阶级斗争为纲的观点所浸润，使得宪法学说的研究囿于政治环境的紧张，宪法研究的学术机构形同虚设，宪法研究的学术会议销声匿迹，宪法研究的范围逐渐固守于经典作家关于阶级斗争和无产阶级专政的若干内容，宪法研究的形式亦局限于对经典作家有关阶级斗争和无产阶级专政的某些文本的阐释和解说，宪法研究在学术期刊中由学术性文章为主逐渐转向以大批判文章为主，宪法研究的论著，其学术性也逐渐向政策性甚至政治宣传性蜕变，例如，当时中国宪法学学术力量较为集中的中国人民大学^①，仅在 1962 年编写了一本由中国人民大学出版社铅印的，内部发行的、比较系统的、其他学校也都愿意参考的教材。^②之后，由于种种原因，宪法课程科学性和学术性被抽空，到了 1965 年、1966 年“四清”以后，宪法这门课都被取消了。^③又如，当

^① 参见中国宪政网<http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=2561>，韩大元、胡锦光 2003 年 4 月 3、12 日采访许崇德：《新中国宪法学的创建与发展》。中国人民大学最早的几届研究生、本科生，“如先在人民大学后到宁夏大学的吴家麟教授、武汉大学的何华辉教授、吉林大学的张光博教授、中国政法大学的廉希圣教授、中国人民公安大学的吴杰教授、北京大学的魏定仁教授等，还有后来一直在人民大学的王向明教授、董成美教授，等等。当时就是我们这些人，站在新学科（新中国宪法学——笔者注）的最前列。”另参见蒋碧昆：《毕奋宪法文丛》上卷，武汉出版社 2006 年 7 月版，“新中国宪法史与我的教研生涯（代序）”，第 1 页。“1950 年春季，我由华北大学的第三部考入新中国成立后首创的新型大学——中国人民大学法律系（本科）学习。”“1954 年毕业后，不到半个月，又回到中国人民大学进修国家法即宪法。”

^② 参见中国宪政网，韩大元、胡锦光 2003 年 4 月 3、12 日采访许崇德：《新中国宪法学的创建与发展》。

^③ 参见中国宪政网，韩大元、胡锦光 2003 年 4 月 3、12 日采访许崇德：《新中国宪法学的创建与发展》。“深层次的原因是：第一，受政治运动的冲击。在反右派中，我们教研室大伤元气。几个教研组的组长大都被打成右派，先后调离了教研室。第二，1956 年以后，特别是在反右派运动以后，宪法在我国社会生活和国家生活中的作用已经大不如前，某些宪法规定甚至成为了批判的对象，如公民在法律面前人人平等原则、被告人有权获得辩护等。既然宪法都不发挥作用了，宪法学也就不重要了。第三，当时的中国社会政治第一、政治挂帅，社会生活就是国家生活，国家生活就是社会生活，在法学中，宪法学又是政治性最强的，因此在研究上存在着各种禁区导致宪法学的内容简单化、政治化，而本学科的科学性、学术性几乎不存在。在这种背景下，这一学科有什么存在的必要呢？”另参见董成美：《宪法学的历史回顾》，《法律学习与研究》1988 年第 1 期，“（19）52 年院系调整后，全国法律系的院校由原来的 34 所减少到 6 所，旧中国的法学教授许多人被重新安排了工作。在这个背景下，全国宪法学研究人员仅有二三十人。”

时国内法学期刊中最有影响的《政法研究》^①在1961—1966年（总第41—62期）六年中，一共刊发了288篇文章，其中，刊发非学术性的会议公报、声明、决议、公约等类型的文章87篇，“活学活用毛主席著作”类型的文章45篇，教学研究类型的文章23篇，大批判类型的文章31篇。具有学术性的文章仅102篇，其中，论述无产阶级专政、阶级斗争一类的文章就有67篇。

（二）第二阶段：从1966年到1975年

这一阶段，党在阶级斗争问题上“左”的错误在“文化大革命”中发展到极端，形成了完整的“无产阶级专政下继续革命”的理论。在1975年宪法中，明确规定以“无产阶级专政下继续革命”的理论作为其指导思想，这就确认了“文化大革命”的合法性，从而给阶级斗争扩大化和极“左”错误提供了根本法的依据，宪政建设遭受重大挫折。在这种极为特殊的历史条件下，非学术的宪法思想完全以阶级斗争作为唯一内容，凌驾于学术性的宪法学说之上，学术性的宪法学说则完全丧失了学术性，湮没在非学术的宪法思想里，成为政治的附庸和婢女。宪法学说与宪法思想已经没有办法区分开来而融为一体。仍以学术期刊《政法研究》为例：《政法研究》1966年出版了第1、2期之后就被迫停刊。在停刊前的最后一期即1966年第2期中，总共设置了3个栏目，一共刊登了27篇文章。其中，第一个栏目刊登7篇，包括中共中央的决定、新北京市委的决定、中国政治法律学会拥护中共中央改组北京市委决定的声明、重要报刊社论，还有姚文元和戚本禹的批判文章等；第二个栏目是《向反党反社会主义的黑线开火，坚决把社会主义文化大革命进行到底》，共16篇，全部是大批判文章；最后一个栏目是《活学活用毛主席著作》，共3篇文章。又以《全国报刊索引》为例：1975年宪法颁布后，当年的《全国报刊索引》曾在第3、4、5期开辟专栏，索引学习四届人大文件和学习新宪法的文章。第3期开辟了两个专栏：《学习四届人大文件，贯彻四届人大精神》专栏共索引了44篇文章，其中，1975年宪法文本、修宪报告、政府工作报告和各种会议公告等9篇，余下的35篇全部是报纸刊登的学习心得类文章。《学习新宪法》专栏索引了86篇文章，也全部是报纸上刊登的学习心得类文章。其中讲无产阶级专政和阶级斗争的有46篇。第4期的专栏是《学习四届人大文件，贯彻四届人大精神》，索引了22篇文章，

^① 由中国法学会的前身中国政治法律学会主办。

其中 19 篇是学习新宪法的心得,讲无产阶级专政的有 10 篇。第 5 期的专栏是《学习新宪法》,索引了 8 篇文章,全部是有关无产阶级专政的。

(三) 第三阶段:从 1976 年到 1979 年

这一阶段,“文化大革命”已经结束,整个国家正处于亟须从“文化大革命”的极左错误中走出来的拨乱反正时期的前夜。而当时党中央的主要负责人却提出“两个凡是”的错误方针,继续坚持“无产阶级专政下继续革命”的“左”的错误倾向。因此,1978 年宪法的修改,仍然保留着“文化大革命”的阴影与伤痕。

首先,在宪法文本中,指导思想“左”的倾向仍然很明显。1978 年宪法在序言中明确宣布:“根据中国共产党在整个社会主义历史阶段的基本路线,全国人民在新时期的总任务是:坚持无产阶级专政下的继续革命,开展以阶级斗争、生产斗争和科学实验三大革命运动,在本世纪内把我国建设成为农业、工业、国防和科学技术现代化的伟大的社会主义强国。”“我们要坚持无产阶级对资产阶级的斗争,坚持社会主义道路对资本主义道路的斗争,反对修正主义,防止资本主义复辟,准备对付社会帝国主义和帝国主义对我国的颠覆和侵略。”

其次,在修改宪法的报告中,强调这次修改宪法的指导思想是:高举毛泽东的伟大旗帜,完整准确地体现毛泽东关于无产阶级专政下继续革命的学说,巩固和发展“无产阶级文化大革命”的成果。

这就说明,在 1978 年宪法的文本和修宪报告中,仍然没有摆脱“无产阶级专政下的继续革命”这一错误思想的指导。而由于陷入极左泥坑的宪法思想还未能从极“左”的错误倾向中走出来,也导致急欲走出极左错误困扰的宪法学说仍然不能从此前一贯的注释性思维或解说性思维中摆脱出来,迟迟不能回归学术性的规范性研究,甚至继续以政治性宣传的形式出现在世人面前。宪政建设积重难返。宪法学说“左”声依旧。

仍以《全国报刊索引》为例。1978 年宪法颁布后,当年的《全国报刊索引》曾在第 4、5、6、7 期开辟了《学习新宪法,宣传新宪法,遵守新宪法》等专栏,共索引文章 210 篇,其中讲无产阶级专政的文章有 75 篇,只不过一部分讲无产阶级专政的文章,已经在行文中将无产阶级专政的概念用社会主义法制的概念加以替换罢了。

五、结语

如前文所述，任何宪法学说的产生、存在和发展，都建立在一定的主客观条件的基础上。20世纪60年代至70年代的宪法学说诞生在与其他社会历史阶段所共有的社会历史条件、制度文本条件和思想理论条件的基础之上。因此，20世纪60年代至70年代的宪法学说必然具有其他社会历史阶段宪法学说的共性。

1975年宪法和1978年宪法，是在极为特殊的年代和极为特殊的历史条件下产生的，是一种极为特殊的现象。由特殊的宪法文本和宪法制度所产生的宪法思想和宪法学说，也无疑具有其特殊性。这一结论也是不容置疑的。

20世纪60年代至70年代的宪法学说，与其他社会历史阶段的宪法学说相比，有以下几个特点：

第一，20世纪60年代至70年代的宪法学说的地位具有其特殊性。一般而言，宪法学说相对于宪法思想和宪法制度，有一定的独立地位，宪法学说不等于宪法思想，也不等于宪法制度。但是在20世纪60年代至70年代，宪法学说却不存在自己的独立地位。政治取代了学术，学术性的宪法学说被政治性的宪法思想所湮没，宪法学说沦为宪法思想的附庸和婢女。

第二，20世纪60年代至70年代的宪法学说的内容具有其特殊性。宪法文本、宪法制度和宪法思想丰富的内容，决定了宪法学说内容所应具有的丰富性。但是，在20世纪60年代至70年代，宪法学说的内容却丧失了其本应具有的丰富性、多元性和鲜活性，沦落成为单一的、冷冰冰的、赤裸裸的阶级斗争学说。

第三，20世纪60年代至70年代的宪法学说的形式具有其特殊性。宪法学说与宪法思想之间的最大区别，是宪法思想主要以政治性、政策性、宣传性、意识形态性作为自己的内容和形式。宪法学说则主要以自己丰富的学术内容、系统的学术研究、新颖的学术观点、深刻的学术见解和高远的学术境界表现出来。然而，在20世纪60年代至70年代的宪法学说里，我们看不到任何有系统的学术研究、学术见解、学术问题和学术境界，因为几乎所有的学术期刊都被迫停刊，经常能见到的只有“两报一刊”，那里充斥的都是“梁效”们宣传阶级斗争为纲理论的大批判文章。

研究20世纪60年代至70年代的宪法学说，并不是为了批判它，也不

是为了肯定它，而是要站在中国百年宪政建设、中国百年宪法学说的历史长河中认识它，总结它，反思它，透视它。20世纪60年代至70年代的宪政变迁，在中国百年宪政史上，也许并不引人注目，其宪法制度、宪法思想尤其是宪法学说，在某些人的眼里，也许只是一片空白。的确，放眼宪政建设浩浩荡荡的国际性潮流，在宪政价值面前，中国20世纪60年代至70年代的宪法发展及宪法学说，的确有令人痛心、令人扼腕叹息的地方，但也不乏给世人以深省和启示之处。宪法绝不是某一个国家的专利，宪政也绝不是某一个民族的资源，宪法学说更不是某一个年代的特产。宪法是人类智慧的结晶，宪政是社会前行的必然。中国百年宪政史已经表明并将继续表明：有什么样的社会历史条件，就有什么样的宪法制度，也就有什么样的宪法思想和宪法学说。宪政之路，没有停顿^①；宪法学说，没有空白^②：不管它以什么样的形式表现出来。任何时期的宪政建设及其宪法学说，在这个民族的宪政史和宪法学说史上，都必然有它特定的地位和独到的思想与文化价值。

^① “把‘宪政’理解或界定为‘宪政就是民主的政治’的提法比较适宜”，“不管各种‘宪政’之间有多少不同，它们相对于专制制度来说，都是一种‘民主的政治’”。“在这种政治制度下，封建专制主义的‘朕即国家’的逻辑行不通了。”参见许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2003年版，第876页。

^② “至于1975年宪法和1978年宪法，虽然反映了极‘左’的路线和思潮因而很不完善，但从本质上讲，这两部宪法还并没有失去社会主义的属性”。参见王永祥：《中国现代宪政运动史》，第1—2页。

第四章

改革开放以来的宪法学说

改革开放以来，中国的宪法学说逐步步入正轨，围绕中国的宪法问题与宪法理论，产生了许多颇有理论价值和实践意义的宪法学说。中国的宪法学说开始进入快速发展阶段，尤其是进入 21 世纪以后有了长足的发展，开始初步形成自己的宪法学说。

第一节 20 世纪 80 年代的宪法学说

受时代的局限和学者自身知识结构、人才结构的影响，在整个 80 年代，宪法学研究在基本理论的研究、学科体系的建设、研究方法的创新等方面，都处于起步和探索阶段，没有产生具有影响力的宪法学说，宪法学的发展还很不完善。就研究内容来说，宪法学的研究主要将重心放在宪法学基本原理的探求上，以完善宪法学教材为主，重点阐释宪法文本的含义，实践性和应用性都不强。因此本节将结合 80 年代的时代特点、学者的知识结构、学科的发展背景及实际成果，对 80 年代的宪法学说作简单的梳理。

一、80 年代宪法学说的背景

根据马克思主义的逻辑与历史一致的原理，即“历史上的那些哲学系统的次序，与理念里的那些概念规定的逻辑推演的次序是相同的”。“那在科学上是最初的东西，必定会表明在历史上也是最初的东西”。因此，要梳理 80 年代的宪法学说，必须结合所处的时代背景、宪法学本身的学科背景以及学

者的知识结构来进行研究。

(一) 宪法的时代背景

1978年,是中国宪法学的重要关节点。随着1978年十一届三中全会的召开,党重新确立了党的马克思主义的思想路线、政治路线和组织路线,开始全面纠正“文化大革命”及其以前的错误,实现了伟大的历史性转折。与改革开放的步伐相适应,作为根本法的宪法也要承担起应有的历史使命,确认党在探索社会主义改革开放和现代化建设的成果,并为改革开放和现代化建设提供理论和法律依据。特别是1978年宪法的颁布,对在我国建设社会主义的背景下建立新的法律秩序发挥了重要作用。因此,探讨80年代的宪法学,必须结合1978年十一届三中全会的召开所实现的历史转折,将宪法学的拨乱反正和发展的起点提前到1978年。

正是从时代背景出发,我国的学者在对宪法学的发展进行历史分期时,都将1978年作为宪法学发展的起点。如董璠舆在建国四十周年总结宪法学的历史时,认为这40年宪法的历史,大致可以分为三个阶段:(1)新宪法学的产生和初步发展阶段(1950—1956年), (2)宪法学的发展受挫折发展阶段(1957—1977年), (3)宪法学的大发展阶段(1978年到现在。)①童之伟教授认为,宪法学是一门世俗的学问,必须尽可能参加社会的发展进程才会有自己的地位。20世纪70年代末以来宪法学研究的历史,也是宪法学人努力影响中国社会进程的历史。概括而言,这个历史进程大体上可划分为三个阶段②:第一个阶段,为1978年至1982年;第二个阶段,可设定为1982年至2000年;第三个阶段,为2000年至今。

(二) 学科的发展背景

由于我国特殊的政治历史事实所决定,我国的宪法学在1957年到1977年之间基本处于停滞不前的状态,甚至在某种程度上出现了倒退的局面,一大批宪法学者受到不公正的待遇,被剥夺了进行宪法学研究和教学的机会。即便是1976年“四人帮”被消灭后,“四人帮”虽被粉碎了,但其“左”的影响在1978年宪法中还继续存在,如“全面专政”、“资产阶级专政下继续革命”、“以阶级斗争为纲”和“大鸣、大放、大辩论、大字报”等,宪法学

① 参见董璠舆:《中国宪法学四十年》,《政法论坛》1989年第5期。

② 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3期。

者虽重新活跃起来，但拨乱反正，正本清源的工作尚待进行，这是大发展的准备时期。

经过十一届三中全会等所起的思想解放和本源清源的洗礼，老一辈宪法学者积极探索宪法学所应承担的历史使命，重新探索宪法学的恢复和重建及发展问题。80年代的宪法学就是在这种百废待兴的大背景下起步的。1982年宪法的修改，总结了过去宪法的经验和教训，发挥广大宪法工作者的积极性，从此他们坚持四项基本原则和坚持改革开放，坚持理论联系实际，为建设具有中国特色的宪法学体系做出努力。

这一时期的宪法学，出现日新月异的发展局面。根据“中国期刊全文数据库”上搜索的信息，在1978年到1982年间，所有篇名含有“宪法”的文章数量分别为1978年12篇、1979年4篇、1980年9篇、1981年26篇、1982年166篇。^①在这一时期，伴随1982年宪法的颁布实施，各类有关宪法宣传、介绍、评价的宪法书籍和宪法文章如雨后春笋般涌现出来。仅仅1982年12月新宪法颁布到1983年8月期间，就出版了13本介绍宪法的小册子和400多篇文章。^②

学科的发展背景也直接决定了这一时期宪法学的主要成果表现为基本理论的建构和教材的重建完善上，应用性和实践性的成果相对较少。结合到学者所处的历史背景和学科发展背景，有学者指出，综观自1978年以来的近三十年，其中前二十年中国宪法学研究显然在总体上侧重于对宪法基本原理和国家制度的研究，最近这十余年在公民基本权利和人权保障方面的论文和著作有所增加。^③这种概括是非常切中要害的。早在1989年，学者许崇德教授和王玉明就撰写了《十年宪法学的回顾与展望》，发表在《法学家》1989年第6期。该文认为，十年中，我国宪法学学者将学术注意力集中在以下问题上，产生了一些理论成果。如关于宪法的概念问题、关于宪法的起源问题、关于宪法规范的特点问题、关于我国宪法序言的法律效力问题、关于我国的立法体制问题、关于我国的国家元首问题、关于议行合一问题、关于人权和公民权问题、关于农村基层政权建设问题、关于我国的国家结构形式问题、关于我国宪法的内容问题、关于我国宪法的修改问题、关于我国的人民

① 参见杨海坤主编：《跨入新世纪的中国宪法学》，第9页。

② 参见杨海坤主编：《跨入新世纪的中国宪法学》，第41页。

③ 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3期。

代表大会制度问题、关于我国宪法的选举制度问题、关于我国宪法的实施保障问题。而董璠舆在《政法论坛》1989年第5期发表的《中国宪法学四十年》一文中,认为,宪法学所关心的问题,集中在关于宪法的概念问题、关于宪法分类问题、关于宪法规范的特点问题、关于宪法序言的法律效力问题、关于维护世界和平与促进人类进步问题、关于人权问题、关于我国的国家立法权问题、关于注释宪法学与科学宪法学问题、关于宪法教材中的宪法理论问题等。

(三) 学者的知识背景

与我国的政治背景和学科发展背景相适应,80年代的资深宪法学者多数于50年代初期接受宪法学教育。所学习的宪法学知识主要以原苏联宪法学基本理论为主。反映这一时期中国宪法学发展状况的代表性著作是许崇德和何华辉合著的《宪法与民主制度》。^①宪法学方面的论文主要有蒋碧昆先生的《我国社会主义发展新时期的总章程》、张光博先生的《社会主义民主的伟大旗帜》以及许崇德先生的《国家的一切权力属于人民》、《关于我国元首的理解》等文章。^②尽管这一时期,囿于时代与法学自身的局限性,法学尤其是宪法学不可能成为社会变革、思想解放的原动力,但是当时的宪法学研究仍然具有较高的学术水准。特别难能可贵的是,一些宪法学者以敏锐的视角关注到我国宪法发展的前沿问题,如前述马骧聪先生对环境保护的关注,钟岱先生认为我国宪法中应该保留罢工自由的观点,以及康大民先生关于设立宪法法院的建议,现在看起来仍然切中时弊、犹未为晚。^③

二、80年代的主要宪法学说

(一) 法治学说

1. 法治不同于法制

法制和法治在相近似的意义上使用。法制和法治既有联系,又有区别。

^① 参见许崇德、何华辉:《宪法与民主制度》,湖北人民出版社1982年版。

^② 参见蒋碧昆:《我国社会主义发展新时期的总章程》,《武汉大学学报》1978年第3期;张光博:《社会主义民主的伟大旗帜》,《社会科学战线》1978年第4期;许崇德:《国家的一切权力属于人民》,《现代法学》1981年第1期。

^③ 参见马骧聪:《宪法与环境保护》,《法学杂志》1981年第4期;钟岱:《宪法应否保留罢工自由?》,《法学杂志》1981年第3期。

法制和法治毕竟是两个不同的概念，各有自己特定的含义和作用，两者是不能等同的，也是不能相互替代的。^① 法制是法律制度的简称。包括法律和与法律的制定、执行、遵守有关的各项制度。有了法制，不等于就实行了法治。法制是国家法律制度的简称，凡有国家，就有法制。从奴隶制、封建制到资本主义国家、社会主义国家，都各有自己的法制。从广义上理解，法制也包括法律的制定、执行和遵守等有关的各项制度。任何一个国家都有法制，但并不都实行法治，因为实行人治的国家也有法制。法制既可用于实行人治，也可用于实行法治。法治作为一种治理方式，是相对于人治的治国理念、方式、原则等。法治作为人治对立面的特定含义是不能用法制来代替的。我国先秦法家所主张的“法治”，是为维护封建君主专制制度服务的，虽然在历史上起过进步作用，却不是今天所讲的法治。^②

法治以法制为基础和前提条件，法制以法治为目标和归宿。如果一个国家没有一整套法律和法律制度，没有法制，或者法制不健全，就谈不上法治。而一个国家经过各种努力制定各种法律和法律方面的制度，建立和健全自己的法制，其目的在于实现法治。^③ 只有确立了法制的权威，任何人包括最高领导人都依法办事，才是法治。社会主义法制需要有马克思列宁主义的理论指导，又要坚持法治的原则，反对人治。

2. 法治区别于人治

人治和人的作用不能混淆。^④ 有些人认为法律是人制定的，也要靠人去执行，因而法治和人治要结合起来。在看待法治与人治的问题上，有四种主张，即（1）要人治不要法治的人治论；（2）要法治不要人治的法治论；（3）法治与人治结合的结合论；（4）摒弃法治、人治的提法的摒弃论。^⑤ 在讨论中，没有人明确支持和赞同人治论，人治论遭到彻底否定。

有学者专门探讨了法治与人治的区分标准^⑥，认为法治是宪法的基本原

① 参见李步云：《论法治概念的科学性》，《法学研究》1982年第1期。

② 参见浦增元：《关于坚持实行法治的几个问题》，《社会科学》1989年第10期。

③ 参见何华辉：《比较宪法学》，武汉大学出版社1988年版，第82页。

④ 参见浦增元：《关于坚持实行法治的几个问题》，《社会科学》1989年第10期。

⑤ 参进程燎原：《从法制到法治》，法律出版社1999年版，第41页。

⑥ 参见何华辉、马克昌、张泉林：《实行法治就要摒弃人治》，见《法治与人治问题讨论集》，群众出版社1980年版，第53—54页。

则之一。法治原则是与人治原则的对立物的面目出现的。法治和人治都是治国的手段。但是,由于法治中,作为主要依据的法律是由人制定的,其执行也依赖于人。法律是治国的前提,人治状态下也是如此。因此,有的学者以此为依据,否定纯粹的法治原则的存在,认为法治与人治不能截然分开,必须相互结合。

人治与法治并不是简单地从是否有人的作用和是否运用法律来决定的。在治理国家中有人的作用不等于人治,有法的存在不等于法治。划分法治与人治的最根本的标志,“应是看在法律与个人(或少数统治者)的意志发生矛盾冲突的时候,是法律的权威高于个人意志,还是个人意志凌驾于法律之上。凡是法律权威高于个人意志的治国方式都是法治;凡是法律权威屈于个人意志的治国方式都是人治”^①。

3. 从法制到法治

法制主要意味着有法可依,而法治意味着法律的地位和法律的权威性。也就是说,法治包含着价值考量,法治意味着民主,意味着法治之法是良法,而法制中的法既可是民主的法,也可是专制的法。^②而社会主义的法治,是法制建设的指导思想和主要内容。社会主义法制要健全和发展,必须坚持法治的理论和原则。^③

尽管“社会主义法制的作用是重大的,但是作为社会主义国家各种法律和各种有关法律方面的制度总和的社会主义法制,毕竟是静态的。只有当它由静态变为动态的时候,即只有它所包含的法律和法律制度付诸实施的时候,才能发挥其应有的作用。而这种由静态到动态的过程,也就是法制的运用过程,即法治的实施过程”^④。随着学术研究的发展,也随着我国对社会主义法治国家建设规律认识的加深,建设社会主义法治国家已经载入我国宪法。

(二) 宪法的本质说

1. 宪法是政治力量对比关系的集中体现。

根据经典马克思主义的观点,法律是统治阶级意志的体现,是阶级统治

① 何华辉:《比较宪法学》,第73页。

② 参见李步云:《论法治概念的科学性》,见《法学研究》1982年第1期。

③ 参见王礼明:《论实行社会主义法治》,见《法治与人治问题讨论集》,第96页。

④ 何华辉:《比较宪法学》,第82—83页。

的工具。从法律特征来说，宪法也是法律，区别于普通的法律，宪法是国家的根本大法。从政治内容来说，宪法乃是民主制度的法律化。因此，对于什么是宪法，除了从法律特征和政治内容两个方面进行分析以外，还需要进行阶级分析，弄清楚宪法与阶级斗争的关系。从阶级观点来看，宪法无非是阶级力量实际对比关系的表现，宪法是一定社会阶级基础的上层建筑。^① 列宁曾经说，宪法的实质在于：国家的一切基本法律和关于选举代议机关的选举权以及代议机关的权限等等的法律，都表现为阶级斗争中各种力量的实际对比关系。这是对宪法的阶级本质最为深刻的揭示。这包含两个方面的内容：宪法表现了阶级斗争中取得胜利的阶级的意志和利益；各种阶级力量实际对比的变化在宪法中都有所反映。^② 由此可以看出，宪法是统治阶级意志和利益的集中表现，阶级力量对比关系的变化是影响宪法内容的主要因素。

阶级斗争中各种力量的实际对比关系导致民主制度的变化，大体上有两种情况：一种是统治阶级与被统治阶级的实际力量对比发生根本性的变化，引起统治地位的改变，旧的统治阶级被推翻，新的统治阶级上台执政；另一种是两者的力量对比虽有变化，但并不引起统治阶级与被统治阶级地位的互相转化。和这两种变化情况相适应，国家的宪法和整个民主制度的变化有两种：与第一种情况相适应的，是民主制与宪法的本质、类型发生变化；与第二种情况相适应的，是民主制与宪法的本质、类型不变，但它们的具体内容会发生或大或小的变革和修改。^③ 世界各国宪法发展变化的历史，实质上就是阶级关系的变化史，从而也是民主制度变化的历史。

2. 宪法是集中表现统治阶级意志的国家根本法。

与对宪法本质的概括相适应，学者们概括出宪法作为法的本质特征，即“宪法是表现为根本法的统治阶级的国家意志”^④。但是，宪法作为表现为根本法的统治阶级的国家意志，宪法学者并不是一开始就这样认为的，有人认为是“宪法的本质只能是对社会主体根本权利的确认”^⑤。

① 参见张光博：《宪法论》，吉林人民出版社1984年版，第12页。

② 吴家麟主编：《宪法学》，第21—36页。

③ 参见许崇德、何华辉：《宪法与民主制度》，第14页。

④ 鲁卫平：《浅谈宪法的本质属性》，《法学评论》1985年第6期。

⑤ 晏埏：《试论宪法的本质》，《唯实》1989年第4期。

以往社会主义国家的学者在解释宪法的概念时,普遍强调宪法的阶级性,这固然有利于解释宪法的实质内容,但却忽视了其形式上的特征。而且即便在实质方面的界定,也仍存在着明显的缺陷,诸如宪法是“以特定社会经济基础的上层建筑”的宪法概念就显然是不恰当的,因为其他法律,乃至政治、文学、艺术和宗教等都是建立在特定社会经济基础之上的上层建筑。但是,科学的概念是反映我们所研究的对象应该具有的特殊属性的一种思维形式,它要求反映出一个事物得以区别于其他事物的本质特征。宪法是“统治阶级意志和利益的集中体现”,宪法的这一本质属性“决定着它在法律体系中的形式方面的特殊性。尽管这种特殊性只是形式上的,但它能使宪法的本质属性表现得更加明显,更为深刻,因而也应该成为宪法概念的重要组成部分”^①。因此,“合理的宪法概念应该是:宪法是集中表现统治阶级意志的国家根本法”^②。

(三) 宪法最高效力说

在宪法作为国家根本法,具有最高的法律效力方面,学者们取得了普遍的共识。因为宪法规定的是国家的根本制度和根本任务,宪法规范规定了各种法律规范性文件在法律体系中的效力等级和相互关系。^③它反映了中国人民最根本的利益和要求,是国家的根本大法,因此具有最高的法律效力。^④

宪法具有最高的法律效力,所以,宪法是国家进行立法工作的法律基础,是制定普通法律依据,立法机关必须根据宪法所确定的根本原则来制定普通法律。普通法律不能违背宪法精神,凡与宪法相抵触的法律,都没有法律效力,应该废止或修改。^⑤一切国家机关、政党、社会团体、企业、事业单位以及全体公民遵守宪法,以之为最高的行为准则,约束自己的行为。^⑥

在理解宪法的最高法律效力方面,还需要进一步明确,宪法不仅是一般

① 何华辉:《比较宪法学》,第16页。

② 何华辉:《比较宪法学》,第16页。

③ 参见骆伟建:《宪法规范是法律规范》,《法学》1985年第12期。

④ 参见崔敏、于迟:《试论宪法的最高法律效力》,《法学杂志》1982年第3期。

⑤ 参见《中华人民共和国宪法简明教程》,山东人民出版社1985年版,第12—14页;王叔文:《宪法是治国安邦的总章程》,群众出版社1987年版,第21—22页。

⑥ 参见王向明:《宪法若干理论问题的研究》,第8页。

法律的基础和依据，而且人民所必须遵守的最高行为准则。^①为此，必须强化宪法权威。而宪法权威的具体内容和特征主要表现在以下两个方面，在国家和社会管理的所有行为规范中，宪法的地位最高、效力最大。一切机关、组织和个人都必须以宪法为根本的行为规范。^②

（四）宪法序言的效力说

宪法序言确认了制宪者阶级的革命成果，宣布他们所建立国家的基本原则、基本纲领和治国方案。其规定的内容都是国家制度的根本性问题，并指导宪法正文的立宪精神。那么，宪法序言的法律效力如何呢？对于宪法序言的效力，主要有三种不同的主张，而具有代表性的主张，则认为宪法序言是宪法的重要组成部分，具有当然的法律效力。

1. 没有法律效力

有学者认为，我国宪法序言是叙述性文字，不构成规范性内容，序言所确认的原则等内容非常抽象，不能作为具体的行为规范，也不构成法律规范表达的形式，因此不具有法律效力。只起说明、解释或类似宣言的作用，不具有规范性，不具有法律效力。

《宪法》的序言没有法律约束力，其理由主要有三个方面，一是从形式上看，序言不是条文式的规范化语言。二是从内容上看，序言很大一部分叙述的是从1840年鸦片战争起到中华人民共和国成立前后的史实。这些政治历史的理论，谁去触犯它，又如何能以“违法”、“违宪”令其承担法律责任。三是从具体问题来看，序言中确认在马克思列宁主义、毛泽东思想指引下……而第二章公民的基本权利和义务中，第36条第1款规定：“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。”任何宗教者都是有神论，显然与马克思列宁主义的无神论相对立。以这些为依据，这些同志认为，四项基本原则由于是在序言中规定的，既然序言没有法律约束力，这四项原则也就不具有法律效力。^③

① 参见王叔文：《论宪法的最高法律效力》，《法学研究》1981年第1期。

② 参见何华辉、周叶中：《论进一步强化宪法权威》，见《何华辉文集》，武汉大学出版社2006年版，第185—186页。

③ 参见许务民：《否定四项基本原则是违背宪法的——宪法序言没有法律约束力的观点不妥》，《法学》1987年第4期。

2. 宪法序言具有效力

有学者认为,宪法文本是一个整体,宪法序言的产生是由制宪者的需要和宪法的规范性特点所决定的。它记载着拥有制宪权的阶级所取得的胜利成果,宣布他们建国的原则、纲领、方案。它所宣布的都是制度性的根本问题。它构成本文的指导原则。宪法本文的各种规定不能违背宪法序言所宣布的原则;而宪法本文的各个条款的实施也只有和宪法序言所宣布的原则相结合才能有明确的目的。序言作为宪法的主要组成部分,无可置疑的和其他条文一样具有最高的法律效力。我国宪法序言具有法律效力,因为宪法序言是宪法的有机组成部分,具有法律规范性,序言不是简单的回顾历史或记载制宪过程,而是概括总结了我国革命和建设的主要经验,明确规定了我国宪法的基本原则和指导思想,宣布了人民的国家主人地位,规定了今后国家的根本任务和奋斗目标,特别是宪法序言的最后一段文字,明确表明了法律规范性。

宪法是一个整体,绝不能把宪法分割成有效力的部分和没有效力的部分。全国人大在通过宪法时,从整体上赋予了宪法以最高法律效力。作为宪法不可分割的有机组成部分,宪法序言当然不能脱离有效的宪法整体而成为没有法律效力的独立体。如果序言的内容没有法律效力,那么,反映党的基本路线的国家根本任务就会失去宪法保障。^①

3. 部分效力说

何华辉教授根据对宪法具有完全的法律效力和不具有法律效力两种观点的分析,认为两种观点都具有片面性。宪法序言的法律效力,必须根据其表达的具体内容,具体分析以确定其效力。首先,序言中记载历史事实的部分完全没有法律效力,确认基本原则的部分须和宪法正文的规范内容结合起来才具有法律效力,属于规范性表达的部分具有完全的法律效力。^②例如,我国宪法序言的部分内容具有法律效力,如四项基本原则以及宪法序言的最后一段文字和有关政协制度的规定,但是,有些内容则不具有法律效力,如关于历史回顾的内容。

^① 参见许崇德:《许崇德全集》第1卷,中国民主法制出版社2009年版,第38页。

^② 参见何华辉:《何华辉文集》,武汉大学出版社2006年版,第7—8页。

(五) 议行合一说

在 20 世纪 80 年代的宪法学界，关于议行合一的学说，几乎成为学界的通说，获得广泛的认同。具有代表性的理解是，如著名学者许崇德教授等认为，议行合一是指决定国家重大事务权力的机关有权组织其他国家机关执行其决定的制度。议行合一并非局限于决定和执行国家重大事务的权力由同一个国家机关行使，还表现在有权决定国家重大事务的机关有权组织其他机关执行其决定的情况。^① 议行合一，是社会主义宪法的基本原则之一。我国的议行合一，可以有两种理解和两种贯彻落实的方式。一种是实质上的议行合一，二是实质而兼具形式的议行合一。前者指权力在实质上真正统一于人民，而无须讲求行政与立法在形式上是否合并成一个机关。所谓实质而兼具形式的议行合一，是指权力真正统一于人民，同时行政与立法在组织形式上不分，是一个机构，即不仅在实质上权力应是统一，而且组织机构也是合二为一的。这两种表现在新中国的历史上都存在过。

讨论我国的议行合一，总是和西方三权分立的思想相伴随相对照的。学者们认为，任何形式的政权组织，都是依据一定的原则建构起来的。迄今为止，两种不同性质的政权组织形式据以组建的原则分别是“三权分立”和“议行合一”。其中“三权分立”是资产阶级政权组织形式赖以组建的基本原则，“它包括分权与制衡两项基本原则。所谓分权，是指把国家权力分为立法、行政、司法三个部分，分别由三个国家机关独立行使；至于制衡，则是指导这三个国家机关在行使权力的过程中保持一种互相牵制与互相平衡的关系”。

而“议行合一”是社会主义政权组织形式赖以建构的首要原则，“它的原始含义是社会主义的人民代表机关兼管立法和行政”^②。马克思、恩格斯曾多次强调，无产阶级政权决不能搞分权制、议会制，而应当通过“议行合一”的形式实现把一切政治权力集中于人民代议机关之手。从实践形态看，巴黎公社是无产阶级夺取并掌握政权的第一次尝试，它所创立的“议行合一”政权组织形式还只是一个雏形，当然不可能十分完备，但却回答了工人阶级夺取政权后用什么形式来治理国家的重大课题，其基本原则具有深远的意义。列宁之所以这样强调“议行合一”，是因为只有这样才能实现全部国

^① 参见许崇德、王玉明：《十年宪法学的回顾与展望》，《法律学习与研究》1989年第4期。

^② 何华辉：《三权分立与议行合一的比较研究》，《法学评论》1987年第3期。

家权力集中到与人民群众有紧密联系的苏维埃,使权力代表机关能够监督和纠正执行指挥机关的工作,从而“消灭自巴黎公社时起就已暴露的议会制的缺点,特别是立法权和行政权分离、议会脱离群众等缺点”^①。

而列宁领导下的苏维埃政权,将立法权和行政权统一起来坚持了“议行合一”的原则,但并没有完全照搬巴黎公社的一些具体做法,而是建立了适合苏联实际情况的政权组织体系。由全俄苏维埃代表大会行使国家最高权力,大会休会期间由全俄中央执行委员会行使其权力,当时的中央政府是人民委员会,列宁被选为人民委员会主席,成为世界上第一位无产阶级国家的政府首脑。人民委员会对全俄苏维埃代表大会及全俄中央执行委员会负责,后二者有权监督撤换政府官员。这样苏维埃共和国的立法权和行政权便统一于最高国家权力机关。全俄苏维埃代表大会与人民委员会机构是分开的,并依据不同的分工,各行其职。这比巴黎公社时立法与行政机构未明显分开、职能混同,有了发展。^②

当然,对于议行合一,也有不同的观点。有学者认为,如果是指议行合二为一,即两种职能由同一个国家机关行使,则应该推论出议行合一不是我国国家机构的组织原则。^③而且从实践历史看,巴黎公社在前期是实行议行合一的体制,后期则不是实行议行合一的体制。苏俄1918年所确立的俄国政权体制也不是早期巴黎公社式的议行合一体制。议行合一的好处有两点:首先,与资产阶级议会不同,人民代表机关并不是清谈馆,而是统一行使国家权力的国家最高权力机关。其次,对地方机关特别是基层政权来说,实行议行合一可以精简机构,统一事权。当然,其有明显的缺陷,如议行合一不但否定了立法机关与行政机关的分权,也否定了立法机关与行政机关的分工,前者是正确的,后者则难以做到。议行合一有时会成为由执行机构来行使立法权和行政权,这种体制容易把代表机构架空,会降低甚至取消代表机关的作用。不利于实行权力机关对行政机关的监督,因为如果行政机关与立法机关合二为一,就会形成自己监督自己的局面,很难使监督落到实处。议行合一是一种机构集权制,是一种过时的政治体制。从我国宪法的文本看,

① 《列宁选集》第3卷,人民出版社1995年版,第738页。

② 参见王益玲:《谈“议行合一”的由来和发展》,《新视野》1987年第5期。

③ 参见王玉明:《议行合一不是我国国家机构的组织原则》,《政法论坛》1989年第4期。

我国现行的政权组织原则不是议行合一。^①

因此，议行合一主要指决定和执行国家重大问题的权力由同一个国家机关行使的制度，主要表现在议与行两种职能由同一个机构承载，如果不是由同一机构承载，就不是议行合一，而是议行分离。当然，议行分离不是绝对的分，在议优于行的前提下的议行分离实质上是一种议行统一的关系。

（六）宪法监督问题的研究

1. 宪法监督的价值

宪法监督，是指国家和社会采取积极的和消极的各种措施，保证宪法不受违反，并得到完全的、正确的实施的一种法律制度。^② 有学者认为，建立和完善宪法监督机制在国家民主与法制建设过程中的重要地位，指出“宪法监督的重要性不仅在于保证宪法本身的贯彻执行，更为重要的是宪法是一个国家民主制度的基石和法律制度的核心，如果没有严格的宪法监督，不能确保宪法的实施，国家的民主制度必然遭受破坏，法律制度也必然因之不能完善地建立起来”^③。因此“一个国家为了保证它的宪法的实施，必须防止一切违反宪法的活动”，必须建构一套行之有效的“处理各种在执行宪法过程中所产生的争议”之机制或制度。^④

对于宪法监督的功能，有学者根据对美国司法审查制度的考察，认为宪法监督具有以下功能：第一，根据统治阶级在不同时期经济、政治的需要，灵活地解释宪法，为统治阶级进行有效统治提供法律依据。第二，调整统治阶级内部矛盾的有效工具。如何调整好统治阶级内部纠纷，使统治阶级内部各成员的利益得到协调。第三，缓和国内阶级斗争和民族矛盾的有力工具。^⑤ 而对宪法实施的实际执行和检查进行对照，发现宪法学研究长期来沉闷落后的主要原因在于宪法监督制度的贯彻落实不够，而宪法实施是确立宪法权威的关键环节。^⑥

① 参见吴家麟：《议行不宜合一》，《中国法学》1992年第5期。

② 参见陈云生：《谈宪法监督》，《法学杂志》1988年第2期。

③ 何华辉：《论宪法监督》，《武汉大学学报》1982年第1期。

④ 参见何华辉：《论宪法监督》，《武汉大学学报》1982年第1期。

⑤ 参见韩大元：《美国司法审查制度在政治生活中的作用》，《法学评论》1985年第3期。

⑥ 参见周叶中：《宪法实施：宪法学研究的一个重要课题》，《法学》1987年第5期。

2. 宪法监督的类型

有学者根据宪法监督的不同情况,对宪法监督进行了类型化研究,将宪法监督分为事前监督和事后监督、具体的审查监督和抽象的审查监督、普通程序的审查监督和特殊程序的审查监督、根据宪法条文的审查监督和根据宪法文件的精神或一般原则的审查监督。^①也有学者将其分为宪法自身保障、普通立法保障、党和人民的监督和深入持久地进行法制教育。^②

3. 宪法监督制度的模式

学者们借鉴从西方国家违宪审查的模式和制度的合理经验,结合中国的实际,探索中国的违宪审查制度模式和机构设置问题。进一步完善宪法监督制度,发挥全国人民代表大会各专门委员会的作用、赋予各级权力机关一定的违宪审查权、制定违宪审查的程序法、建立专门的宪法监督研究机构和汇编违宪案例。^③

有学者从凯尔森的关于宪法法院理论的考察中,认为要克服司法审查和最高权力机关审查的缺陷、人大常委会的会期和工作程序、专门委员会的职权等不利于发挥人大常委会的宪法监督职能,使宪法某些条文形同虚设。因此有必要建立宪法法院的违宪审查模式。^④

也有学者主张建立专门的宪法监督机关。如果设立专门性的宪法监督机关,把原来属于全国人大及其常务委员会的宪法监督职权交给这个专门机关行使,对于减轻最高国家权力机关系统的工作压力、加强宪法监督工作,可能是较为有利的。^⑤专门机关的组织与活动的基本原则应该是从属于全国人民代表大会并且实行民主集中制。一方面它应由全国人民代表大会组织起来,并接受全国人民代表大会的领导和监督。另一方面,专门机关也应具有一定的独立行使职权的能力,否则难于发挥它的作用。根据这个原则,专门机关的名称以全国人民代表大会宪法委员会为宜,它的组成人员应由全国人

① 参见陈云生:《宪法监督的方式》,《法律科学》1988年第3期。

② 参见吴家麟:《论新宪法实施的保障》,《河北法学》1983年第1期;蒋碧昆:《宪法实施的几个问题》,《当代法学》1987年第3期。

③ 参见徐秀义、胡永革:《谈谈宪法监督制度》,《前线》1985年第8期;肖金泉、徐秀义:《略论违宪》,《法学杂志》1984年第4期。

④ 参见胡肖华:《展望中国宪法法院》,《比较法研究》1989年第1期。

⑤ 参见何华辉:《论宪法监督》,《武汉大学学报》1981年第1期。

民代表大会选举产生，它在行使职权时，对于特别重大的宪法监督问题应随时向全国人民代表大会或全国人民代表大会常务委员会请示汇报，对一般的宪法监督问题的处理，也应定期向它们作综合性的工作报告。

也有学者认为，我国宪法监督专门机构的地位和职权，可以参照罗马尼亚的宪法与法律委员会、匈牙利的宪法委员会、苏联的宪法监督委员会与南斯拉夫、波兰的宪法法院的设立和职权的确定，并根据我国的具体情况来综合考虑。一方面，为了推进我国社会主义民主与法制建设的进程，我国宪法监督必须大大加强，因而其专门机构应该具有很高地位和很大职权；另一方面，我国人口众多，情况复杂，国家大事必须由最高国家权力机关来集中和统一。其他国家机关由国家权力机关产生，对国家权力机关负责，受国家权力机关监督，既是社会主义民主集中制的要求，也是符合我国国情和历史传统的政治模式或格局。因此从当时的情况来看，将宪法监督专门机构设在全国人大及其常委会之下较为适宜。^①

（七）权利义务对等

1. 享有权利上的平等

宪法规定，公民在法律面前一律平等。这个规定既是社会主义法制的—个基本原则，也是国家调整公民基本权利义务关系的一个指导原则，即确认了我国公民基本权利和义务的平等性。许崇德教授认为，宪法规定的公民在法律面前一律平等，是指适用法律上的平等，而不是立法上的平等。有学者认为，法律在立法上是平等的，这是错误的，因为法律是有阶级性的，此外还有其他因素的制约。法律只能体现工人阶级和广大人民的意志和利益，不能反映被统治阶级的意志和利益，所以人民同敌对势力和敌对分子在立法上是不能讲平等的。否则，我国的法律不能成为打击敌人、惩罚犯罪，保护人民，保护四化建设的有力工具。国家在立法过程中，要有其他方面的考虑，如对妇女、儿童、残疾人的特殊权利保护的立法。

因此，我国公民基本权利和义务的平等性表现在，在宪法范围内，我国公民不分民族、种族、性别、职业、家庭成分、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，一律平等地享受权利和承担义务。有学者特别指出，我们

^① 参见杨泉明：《关于我国增设宪法监督专门机构的探讨》，《四川师范学院学报》1989年第4期。

一方面确认公民基本权利和义务的平等性,另一方面又强调宪法和法律的阶级性,这是不是自相矛盾了呢?这并不矛盾,是因为我们所说的公民基本权利和义务的平等性,是以宪法的规定为前提的,而新宪法草案关于公民基本权利和义务的规定,是完全符合以工人阶级为领导的广大人民的根本利益的。对于反革命分子和某些严重的刑事犯罪分子,我们就要剥夺他们的政治权利。所以,公民权利义务的平等性,绝不意味着我们让反革命分子和革命人民讲“平等”。总之,宪法所确认的是法律面前的权利义务平等,它的基本精神在于反对任何超越宪法和法律的特权。

2. 权利义务的一致性

我国现行《宪法》关于公民基本权利和义务的规定具有一致性即统一性。如规定:“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。”

有学者认为,我们在认识这些条款时,要解决两个方面的问题,一是公民的权利和公民的义务毕竟是两个概念,两个范畴,不可混同。前者是指国家赋予通过法律保护公民能够享受的某种权益,它要求客观和主观两种可能性组合,使之成为现实。但这种权利,公民享受与否由其自定,既可享受,亦可放弃,悉听自便,法律不予约束,这称之为授权性规范。公民义务则是国家要求任何一个公民都必须承担的某种责任,不得加以拒绝,否则具有强制性的法律就要给以制裁,这称之为义务性的规范。二是指公民的权利和义务的相互关系,对立的统一,两者不可脱节,即是不能只享权利而不尽义务,反之亦然。

我国公民权利和义务的一致性,还表现在二者的相辅相成、相互促进上。如果人民自觉地履行了义务,创造出更多的物质和精神财富,又会进一步扩大公民权利的范围和得到更充分的物质保证。这种良性循环,将加速我国现代化建设事业的发展,使国家根本任务得以早日实现。

在我国,公民权利义务的一致性,也表现在某些具体权利同义务、义务同权利的统一上。宪法把劳动权和受教育权规定为既是公民的权利又是公民的义务。劳动和受教育,都具有权利和义务的双重属性。

3. 权利受限制

公民权利与义务统一的不可分割性,其本身就意味着公民的权利与自由

要受到一定的限制。对此，我国现行《宪法》作了明确的规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”有学者认为，本条的立法精神含有双重意义，一是任何国家的公民权利和自由，都是法定的；二是任何公民权利和自由，也都是相对的，即要受限制。^①

其实，无限制的自由是从来不存在，也不可能存在的，在任何国家里，自由都只是在宪法和法律范围内的自由，都要受宪法和法律的限制，只不过限制的内容和目的不同罢了。在宪法和法律上对公民的自由作必要的限制，这是世界各国的通例。我国前几部宪法没有这方面的规定，应该说是一种缺漏。应该把公民权利义务的一致性以及正确行使自由权利的界限从理论上和实践上讲清楚，使得每个公民都能正确地享受公民的权利和自觉地履行公民的义务。^②

当然，学者们主张的权利受限制思想，主要表现为受客观条件的限制及受其他公民合法权益的限制，还没有认识到为了公共利益的需要所进行的权利限制等理论。

4. 权利的法律保留

学者们研究公民的基本权利时，大多认为，我国公民的基本权利和义务与国家密不可分。公民的基本权利和义务，还须通过其他部门法来保证实现。也就是说，公民的权利和义务的落实，必须根据部门法的具体化，才能得以保障和具体化，否则，公民无法向国家主张基本权利。同时，公民的基本权利和义务既不能终止，也不能另行产生，对于权利的剥夺和义务的免除，都必须依法进行。^③

三、80年代宪法学说的评价

基于对我国80年代所处历史背景、学科发展背景和学者知识背景的考察，以及对这一时期主要宪法学说的梳理，可以看出这一时期的宪法学说具

① 参见蒋碧昆：《论我国公民基本权利和义务的类别及其关系》，《法律学习与研究》1988年第2期。

② 参见吴家麟：《论我国公民的基本权利和义务》，《法学杂志》1982年第8期。

③ 参见陈云生：《公民基本权利和义务的法律特征》，《政治与法律》1985年第6期。

有以下特点。

(一) 重建宪法学教材体系与对现实问题的理论回应相结合, 宪法学理念不断更新

由于历史与现实的原因, 宪法学通常被视为充满“政治性”的知识体系, 作为为经济基础服务和政治斗争服务的工具, 因此宪法学者也将宪法学作为确认阶级利益的工具, 盲目地为政治现实服务, 缺乏作为学科应具有学术性与批判精神。这种盲目地为现实服务的立场影响了 1982 年宪法颁布后宪法学的发展。当然, 这一时期的宪法学也在知识体系上努力克服意识形态领域的影响和束缚, 寻求学术自主性和学科独立性。尽管政治学和宪法学之间在内容上具有某种程度的关联性, 但是, 宪法学作为独立的一个法学学科, 具有自己的逻辑结构和学科特点。因此, 从 80 年代开始, 宪法学呈现从政治性向法的属性的转变, 宪法学没有停止对自身学术自主性和学科独立性的追求。

在宪法学教材体系建设上, 在 1982 年宪法通过之后的宪法学研究中, 学者们往往从宪法学自身的逻辑出发, 完成对宪法文本的注释。由于受时代发展的局限, 这一时期的宪法学主要在总论和教材建设方面取得了积极的进展, 其中吴家麟教授主编的《宪法学》奠定了 80 年代后中国宪法学教科书的基本框架与体系。

但是, 宪法学对现实问题的理论回应方面, 没有发挥出宪法学应有的实践性和批判性功能, 没有产生出推动宪法走向实践的违宪审查理论的变革和制度实践, 也没有产生对公民基本权利保障有直接意义的公民基本权利理论的革新。对公民基本权利的研究, 仅限于理论层面探讨宪法文本中的权利义务一致、法律面前平等及较低层次的公民权利限制理论的研究。所以这一时期的宪法学说表现出浓厚的政治色彩, 限于对教材所涉及内容的理论探讨, 限于从政治学和哲学资源中寻求宪法学相关范畴。

(二) 围绕文本含义的注释和怀疑中推进宪法学学术水平的提高

有学者指出, 在一般意义上, 宪法学是以宪法文本为基础的, 但由于我国的宪法文本在一定的历史时期是存在严重缺陷的, 在如何既要保证社会秩序的合法性, 又能寻求必要的合宪性基础; 如何重塑被破坏的社会基本价值观等方面, 宪法学界承受了学术与现实政治的双重压力。改革的价值要求尽

快建立新的宪法秩序，并提供相应的理论支持。但由于学术积累与学术环境的不成熟，改革初期宪法学提供的理论支持是非常有限的。这一特点决定了我国在改革过程中始终伴随着“合宪性”的争议，民众和学术界对宪法与改革关系的评价受到意识形态的深刻影响。当时面临的学术问题是，既要围绕宪法文本进行普法和阐释，发展出带有注释宪法学影子的宪法学特色，又要完善宪法教材，避免宪法学脱离生活实际，因此要保持宪法学的批判性和建构性。^①

正是由于宪法文本的价值与意义受到了人们的怀疑，也由于改革开放所带来的价值观的变迁，社会价值观的冲突与矛盾不可避免，在宪法学恢复过程中就反映为围绕文本含义的注释和怀疑中推进宪法学学术水平的提高，既要注释宪法文本，又要发挥出宪法文本在规范社会现实中的作用，同时对宪法文本的变迁与完善提出建构性学术主张。伴随着历次修宪，宪法文本在宪法学研究中的作用越来越突出。比如，学者们围绕着1982年宪法所确立的宪法结构和所规定的宪法内容进行学理上的阐释和分析，并在此基础上，围绕现行宪法的一些特定问题进行批判性反思，使得宪法文本在规范上和实践上趋于完善。

（三）宪法学的发展与宪法年轻学者的培养和成长相同步，迎来了宪法学的必然变革

据童之伟教授的不完全统计，从1982年到1999年，全国发表宪法学论文总计约2900篇，其中涉及公民基本权利和人权的约350篇，仅占全部宪法学论文的12%；专著226本，其中涉及公民权利和人权的著作有32部，且它们多数都是在20世纪90年代之后发表或出版。^②从这一统计可以看出，80年代的宪法学研究主要集中在宪法学原来的研究上，对国家权力的架构等研究投入精力很多，而对公民基本权利这一实践性很强的领域则研究很少。

造成以上研究局面的原因，与宪法学者的人才结构，以及宪法学者对自

^① 参见韩大元：《中国宪法学的学术使命与功能的演变——中国宪法学30年发展的反思》，《北方法学》2009年第2期；韩大元：《中国宪法学研究三十年：1978—2008》，《湖南社会科学》2008年第5期。

^② 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3期。

身研究队伍的培养和成长有直接关系。80年代宪法学研究,老一辈学者是在研究宪法学问题的同时,集中精力培养宪法学年轻人才。而宪法学年轻人才的培养和成长,具有与老一辈学者成长的同步性。同时,年轻学者具有容易接受新观点、新事物的特点,在面临学习西方宪法理念、宪法制度等方面,吸收了很多有益的养料,为90年代年轻学者的成长,为年轻学者在90年代研究宪法学方面作出开创性贡献,做好了知识与理念上的准备。正是在这个意义上,20世纪90年代及其以后的宪法学,出现了研究公民基本权利的规范含义、宪法的规范性、稳定性与适应性及宪法与社会变迁等为主要内容的宪法学,也出现了在方法上将宪法的规范性与经验性相结合的学术趋向,以克服宪法学过去仅满足于现实而牺牲规范性价值的思维方式,适度地强调规范的意义。

第二节 20世纪90年代的宪法学说

20世纪90年代,改革开放已经十余年,宪法学界在经过20世纪80年代的思想解放和学术积累以后,进入了一个学术繁荣期,在近三十年中的中国宪法学说史上,起到承前启后的作用,占有重要学术地位。

一、20世纪90年代宪法学说发展的背景

整体上看,90年代的宪法学说呈现各种观点交锋、碰撞的景象,对近年来的宪法学发展产生了较大的影响。学术研究注重传承性与创新性,20世纪90年代的宪法学说的的发展是以20世纪80年代宪法学的发展为前提的,同时,也具有特有的时代与专业背景。

1. 宪法学发展的新的时代背景

经过改革开放十余年的发展,我国的经济社会事业在20世纪90年代已经取得了长足的进步。新的社会现象不断涌现,社会转型已经初现端倪,这些均为社会科学研究、为法学研究提出了新的课题与要求。宪法学研究,由于其学科特点的原因,对社会变革的回应更加直接与强烈,这从1988年—1999年短短的12年间,历经三次修宪可以得到证实。法律以社会为基础,法律与其他社会现象保持一种较为密切的关系,20世纪90年代我国社会高

速、全面发展的景象使得宪法学者们会关注宪法与经济、文化等社会现象的关系，因此会有经济宪法、文化宪法的提法；对社会发展回应的诉求，使得宪法解释学的出现成为一种必然结果；宪法与社会现实的一致性的关系原理，在高速的社会发展面前，会使得学者们在把握和理解两者关系上出现困惑和分歧，因此会有良性违宪论的争议。

2. 宪法学前辈在 20 世纪 80 年代的辛苦耕耘

新中国成立以来的宪法学在历经 20 世纪 60~70 年代的挫折发展后，终于在 80 年代迎来了学科发展的春天。在 50 年代受到过系统、专业的宪法学教育的老一代学人，克服各种物质及身体上的困难，进入了宪法学研究的高产期。在以吴家麟教授、许崇德教授、肖蔚云教授、何华辉教授、王叔文教授等为代表的老一代宪法学人的辛苦耕耘下，当代宪法学的知识体系、学科范畴等初步形成。这无疑为 20 世纪 90 年代宪法学的进一步、更加专业化的发展提供了坚实的研究基础。

3. 宪法学研究队伍力量的快速成长

经过 20 世纪 80 年代的学科发展，宪法学的专业建设在 20 世纪 80 年代中后期纷纷取得了新的突破，新中国第一批宪法学博士点开始出现。据资料统计，中国社会科学院法学研究所在 1984 年取得宪法学博士点，并实现招生。^① 中国人民大学的宪法学博士点批准于 1986 年。^② 北京大学的宪法学专业于 1989 年设立博士点。^③ 武汉大学的宪法学于 1990 年取得博士学位授予权。^④ 上述几所院校均较早开展宪法学博士培养。到 20 世纪 90 年代中期以后，上述几所院校的宪法学博士开始规模化地进入研究队伍，并迅速成长为我国宪法学研究的青壮力量，时至今日，这些学者已经成为我国宪法学研究中的中坚力量和领军人物。

① 参见 <http://www.iolaw.org.cn/faxuexi/doctor.asp>。

② 参见 <http://grs.ruc.edu.cn/yygk.asp?lm2id=50&lm2=研究院概况>。

③ 参见 http://www.law.pku.edu.cn/article_one.asp?MID=20038206426728&MenuId=20038206416577&menuname=学院概况。

④ 参见 <http://www.ccwhu.com/html/xuekejianjie/2009/0223/92.html>。

二、20世纪90年代主要的宪法学说、宪法研究热点及争议

在笔者看来,所谓宪法学说,是指能够产生较大学术影响的、围绕宪法范畴研究的学术观点,既可以是一个观点体系,也可以是关于具体概念和命题的学术判断。宪法学说往往体现在宪法著作、文章以及演讲中。据笔者统计,在有较大学术影响的法学杂志上发表的宪法文章有300余篇,其中《中国社会科学》1994年至1999年发表的宪法文章共2篇,《法学研究》1994年至1999年发表的宪法文章共15篇,《中国法学》1990年至1999年发表的宪法文章共36篇,《中外法学》1994年至1999年发表的宪法文章共22篇,《法学家》1994年至1999年发表的宪法文章共21篇,《法学评论》1990年至1999年发表的宪法文章共41篇,《现代法学》1990年至1999年发表的宪法文章共43篇,《法商研究》1994年至1999年发表的宪法文章共29篇,《法律科学》1990年至1999年发表的宪法文章共39篇,《政法论坛》1990年至1999年发表的宪法文章共20篇,《法学》1990年至1999年发表的宪法文章共65篇等等。代表性的著作有:徐秀义、韩大元著的《宪法学基本原理》,张庆福主编的《宪法学基本理论》、《宪政论从》,以及李步云主编的《宪法比较研究》等。

(一) 宪法解释学的框架

在宪法的理论中,宪法解释具有特定的功能。所谓宪法解释,是指特定主体按照一定的原则和程序阐明宪法含义的行为。宪法解释是探求宪法规范客观内涵的一种活动,其目标在于追求解释的合理性、正当性和宪法秩序稳定性价值。由于宪法规范与宪法条文具有模糊性、抽象性、开放性和广泛性等特点,几乎所有的宪法条文都需要通过宪法解释的活动作出客观的解释。具体来讲,宪法解释的特有功能包括以下几个方面:其一,阐明宪法用语的准确含义。由于宪法是国家根本法,规定国家和社会的基本原则和基本制度,这就使得宪法条款往往比较原则抽象,不容易理解,加上人们的政治立场、法律意识、文字理解能力不同,对同一条款可能出现仁者见仁、智者见智的理解,甚至作出截然相反的解释,这不利于宪法的贯彻执行,所以要由权威机关作出统一的解释。其二,补充制宪时留存的缺漏。由于现实的复杂多变和人们认识能力的局限性,宪法在制定时难免存有疏漏,应该规定的

事项被遗漏了，当然也有可能是制宪者根据当时的情势，认为有些事项暂时不作规定为宜从而有意识地予以保留。如果因为这些缺漏或保留造成了宪法争议，则往往需要通过解释来作补充说明。其三，适应新形势发展。任何一部宪法或者宪法中的某些内容总有其时代局限性，即是说宪法在制定时不可能对未来的一切都准确预测而确立无遗。社会客观实际的变化往往是不以人的意志为转移的，当历史条件发生改变，原来的规定过时，某种新情况没有相适应的宪法条款，但又来不及或者没有必要立即修改宪法。^① 在这种情况下，为了保证不至于出现法律鞭长莫及的局面，就需要对宪法中原来某些规定作出新的扩充解释，使之继续有效以适应新的情势。其四，违宪审查的需要。对于立法机关制定的某项法律或者政府实施的某种行为，有人认为违宪，有人认为没有违宪。那么它到底是否违宪，如何认定？首先就要对认为被违反了的宪法规定进行解释，作出确切的说明，这样才便于比较分析，才能最后作出判断。

进入 21 世纪以来，宪法解释学日益得到重视和长足发展，关于宪法解释的专题研讨会以及著作日益增多。如在 2002 年 9 月 14 日，中国人民大学宪政与行政法治研究中心举办了“现代宪法解释理论、规则与程序”专题学术研讨会。会议就宪法解释基本范畴、宪法解释功能、宪法解释程序以及国外宪法解释理论研究的新动态等问题进行了专题研究。^② 再如在《宪法学专题研究》一书中，林来梵教授主张规范宪法学、郑贤君教授本人相信“宪法哲学”成立的可能性，而韩大元教授则一直倡导宪法解释学方法，致力于推进这一方法的研究与实践。^③ 但在笔者看来，21 世纪以来，宪法解释的发展及成熟，得益于 20 世纪 90 年代学者们对宪法解释学提出的初步研究框架。

早在 1990 年，《现代法学》杂志发表了王玉明教授的文章《论宪法解

① 有学者认为“解释权运用的极限就是修宪权的开始。在大部分情况下，规范与现实之间的冲突并不十分激烈，属于宪政运作中不可避免的‘正常冲突’。可以通过宪法解释对宪法文字进行扩展而使现实的合理需求为规范所包含。只有在规范与现实冲突十分激烈而达到‘违宪’程度时，才考虑动用修宪权的可能性”。见徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学原理》，中国人民公安大学出版社 2001 年版，第 287 页。

② 参见韩大元等：《现代宪法解释理论的发展趋势——“现行宪法理解：理论、规则与程序”学术研讨会综述》，《法学家》2003 年第 2 期。

③ 参见韩大元、林来梵、郑贤君：《宪法学专题研究》，第 5 页。

释》，系统论述了宪法解释的概念、原因、原则、机关及效力等宪法解释的基本问题。^① 胡弘弘博士认为，宪法解释在我国是最近几年（就1995年时期的情况而言）才单独提出的一个宪法问题。随着社会不断前进和发展，政治、经济形势的不断变化，调整不同社会关系，以宪法为立法依据的普通法日益增多。这就提出一个问题，立法时如何以宪法为依据？如何理解与宪法不相抵触原则？审查法律、法规等文件是否违宪时如何解决对宪法含义产生的分歧？这就涉及对根本大法的解释问题。解释学随着人们对其逐渐的重视，带有一些本体论的因素，但它首先是一种方法论。一般说来，当文理解释能得出明确、妥当的结论时，就没有必要进行论理解释。当文理解释能得出多种结论或不够明确妥当，就必须进行论理解释。但论理解释也必须是在法律条文可能具有的含义内进行。我国的宪法解释规则体现为：（1）对于一般文字按通常含义理解，力求限制在公民所能预测的含义范围。专业术语按专业性含义理解。（2）考虑立法意图，避免显然有悖立法目的的解释出现。（3）要适应客观存在的社会发展趋势，避免导致荒谬的结论。在运用不同的规则时，要服从我国宪法总的指导思想和最高目的，要有利于国家团结安全；要有利于社会进步原则；要维护整个国家法制的统一性。

除了对宪法解释进行体系化地研究，还有学者开始了专题式的研究，也形成了卓有见解的观点。王磊教授认为，宪法解释是连接宪法与违宪之间的一座重要桥梁。宪法解释机构是宪法解释制度之关键和核心，宪法解释机构实质上为解决违宪问题的机构。我国的全国人大及其常委会可以对宪法进行解释，但无论是全国人大常委会，还是全国人民代表大会，都不能作为专门的宪法解释机构。与全国人大及其常委会相反，我国的最高人民法院却应当充当严格意义上的宪法解释机构。这与人民主权的宪法原则并不冲突，也不是西方分权原则的体现。^② 韩大元教授等对宪法解释的主观性和客观性问题进行了探讨，认为，法律实证主义主张按照宪法原意，通过对宪法条文的逻辑推理，达到绝对客观的宪法解释；自由主义法学视宪法解释为“造法”而非“寻法”，解释者的主观性既不可避免，也为实现社会正义所必需。二者都失之偏颇。宪法解释既不可能绝对客观，也不应成为解释者的主观“恣

^① 参见王玉明：《论宪法解释》，《现代法学》1990年第4期。

^② 参见王磊：《试论我国的宪法解释机构》，《中外法学》1993年第6期。

意”，我们只能寻求一种相对客观的解释。这就需要约束解释者的主观性，包括制宪者意图约束、宪法基本精神约束、客观的历史进步方向约束、解释规则约束以及解释者人格的自我约束。^①

之所以说在 20 世纪 90 年代，学者们提出了宪法解释学的框架，并形成一种学说，原因在于：其一，尽管学者们在 20 世纪 90 年代关于宪法解释的研究成果不是非常丰富，也不是非常深入，但这种研究本身使得 21 世纪以来，宪法解释学成为宪法学的一种研究方法或者说学术流派奠定了学术基础；其二，学者们的研究在当时来讲，具备一定的系统性、体系性，并具有开始走向专题式的趋势；其三，学者们的研究，还只能说是为宪法解释学的形成提供了初步的框架。关于宪法解释学的诸多学术命题的研究，仅仅是初步展开。

（二）规范宪法学的提倡

进入 21 世纪以来，规范宪法学成为宪法学发展中的一种重要流派或者说研究方法。但是在 20 世纪 90 年代以林来梵教授为代表的一些学者已经开始提出规范宪法学的概念，在当时的宪法学界如一股清流，沁人心脾，但是其中的诸多概念尚未详细及充分地论证，可称之为规范宪法学的初倡。

在 20 世纪 90 年代，这种学术观点的核心内容是，中国宪法学者首先必须超越以宣传宪法精神、解说（而非解释）宪法内容的那种传统理论，而去探究更为本源的、更为形而上的、真正以宪法现象为研究对象的基础理论，才能超度出形而下世界的那种无常的苦海。^②

在规范宪法学看来，规范宪法学与规范宪法有密切的概念关系。在我国，实在的宪法规范之所以发生如此频繁的变动，稳定的宪法秩序之所以难以形成，意味着中国尚未确立起一种类似于美国现代宪法学家 K. 罗文斯登 (Karl Lowenstein) 所谓的“规范 (normative) 宪法”意义上的宪法规范，为此不能一味地或笼统地去针砭促成这种宪法规范变动的外在的“非规范行为”。K. 罗文斯登认为：一个国家、一个社会要产生出名实相符的宪法，即“成活的宪法”，就要向它提供对其成活是恰到好处的“水土条件”。要实现宪政主义，权力持有者和权力对象双方都有必要从那种专制主义统治技术的

^① 参见韩大元、张翔：《试论宪法解释的客观性与主观性》，《法律科学》1999 年第 6 期。

^② 参见林来梵：《规范宪法的条件和宪法规范的变动》，《法学研究》1999 年第 2 期。

传统习惯中觉醒过来。宪法仅仅具有法律效力还不足以成为成活的宪法。宪法必须在国家和社会的怀抱里成长；反之，国家和社会也必须在宪法的臂弯之内成长。易言之，宪法与社会必须进入一种“共同栖息”的关系。在这种情形之下，宪法的规范驾驭着政治过程；相反，权力过程也能“适应和服从”宪法规范。这种情形之下的宪法，就是规范宪法，它犹如“一件合身的、并且经常被穿着的衣服”。K. 罗文斯登认为：西欧以及美国等国家的宪法就是这种规范宪法的典型。宪法的规范性并非自我可以设立的，而是有赖于实践的验证。^①

规范宪法学认为，规范宪法的生成需要具备一定的条件。“规范宪法”是一个国家作为产业社会发展到一定阶段上的独特现象，而未必是“革命成功有了民主事实”之后的普遍产物。当前中国社会主义市场经济的形成和发展，对于将来中国规范宪法的形成也具有至关重要的意义。如果说，社会主义市场经济的发展必然带来中国社会产业发展，那么，这种社会主义市场经济虽然曾经并且也正在继续冲击着中国现行的实在的宪法规范，然而也正是这种作用力，在为将来中国规范宪法的形成和发展创造条件。对于规范宪法的形成来说，这就是一种不可或缺的历史准备，一种不能不加以完成的历史课题。只有通过改革开放以及社会主义市场经济的形成和发展这样一个必要的历史阶段，中国宪法最终才能修成正果，成为具有实至名归的规范宪法；而在其间，宪法的变动、尤其是宪法的变迁和宪法的修改这两种形态上的宪法变动现象是无可回避的。^②

（三）宪法学新体系的构建

经过 20 世纪 80 年代的观察和反思，学者们认识到，当时的宪法学体系已经暴露出诸多的缺陷，已经无法满足宪法学发展和社会发展的需要，因此，宪法学新体系的构建成为 20 世纪 90 年代，宪法学界的一大热点研究动态，学者们笔耕不辍，形成了内容各异，甚至针锋相对的观点，总结来看，可以分为以下几大观点或者学说。

1. 社会权利作为宪法学新体系构建的基石范畴

童之伟教授主张用社会权利分析方法重构宪法学体系。他认为，首先，

^① 参见林来梵：《规范宪法的条件和宪法规范的变动》，《法学研究》1999 年第 2 期。

^② 参见林来梵：《规范宪法的条件和宪法规范的变动》，《法学研究》1999 年第 2 期。

采用社会权利分析法构建宪法学体系比采用阶级分析方法更符合社会主义初级阶段的要求，有利于在宪法学研究中坚持以经济建设为中心和通过加强民主与法制的研究为经济建设服务。其次，社会权利关系，是一国之内最基本、最普遍的社会关系。再次，只有从社会权利入手进行重构才能实现重构所追求的理论 and 实践目标。另外，从分析社会权利入手较之分析其他范畴入手具有更多的优点。社会权利具有几种基本属性：第一，社会权利的所有关系具有历史的可变性；第二，社会权利的总量具有递增性；第三，社会权利构成要素间存在关联互动性；第四，社会权利结构存在阶段性变化；第五，社会权利在其发展过程中显露出向社会分布状态无限接近的属性。社会权利分析方法是指从分析社会权利入手，以把握其基本属性，尤其是其分解和再分解的规律为基础来认识和阐释宪法现象的一种学理方法。重构宪法体系需要做的第一个方面的工作是，用社会权利分析方法阐释各种宪法现象，用其贯穿和展现既有的全部宪法学范畴。在新的体系中，现有的宪法学范畴全部保留，只需将他们按社会权利分析方法的要求予以重新安排。另一个方面的工作是，按分析社会权利展现的社会权利关系体系逻辑结构的要求，对现行宪法学体系的内容进行丰富和补充。^①童之伟教授进一步指出，新的宪法学体系的范畴架构分为基石范畴和基本范畴。基石范畴只有一个，即社会权利。基本范畴包括：公民权利、国家权力、社会剩余权利、社会总体权利、法律义务和宪法。^②

赵世义教授和邹平学教授对此提出了不同的主张。赵、邹两位教授首先反对社会权利的概念。认为，“社会权利”不是从宪政实践经验中归纳出来的；也不能从宪法学理论中推演出来，总之，根本不存在什么“社会权利”。其次，赵、邹两位教授认为社会权利分析方法是以前两个误解为前提的，即误认世界观和方法论为同一概念，混淆了法律部门和法学体系。再次，赵、邹两位教授认为社会权利分解规律在逻辑上是并不成立的。^③

刘茂林教授基本赞成童之伟教授的观点。认为社会权利作为一个概念应

^① 参见童之伟：《用社会权利分析方法重构宪法学体系》，《法学研究》1994年第5期。

^② 参见童之伟：《论宪法学体系的范畴架构》，《法学研究》1997年第5期。

^③ 参见赵世义、邹平学：《对〈用社会权利分析方法重构宪法学体系〉的质疑》，《法学研究》1995年第1期。

当说是真实的、有内涵的。社会权利概念完全可以作为新的宪法学体系的逻辑起点。并进一步指出现有的宪法学体系的缺陷：(1) 现有的宪法学体系主要是适应宣传和普及宪法知识或在高等院校进行中国宪法教育而逐步建立起来的，基本上是以注释宪法文本为中心而构建的教科书的体系，因而缺乏系统的有学科特色的专业基础理论。(2) 现有宪法学体系在整体结构上体现的是国家至上的神韵，难以适应社会主义市场经济的要求和民主法制建设的长远需要。(3) 现有宪法学体系实际上仍是以阶级性为其基石范畴的，因而从整体上说落后于新的历史时期的需要。(4) 由于基石范畴不明确，现行宪法学体系结构松散，随意性大，各构成部分之间缺乏明显的逻辑联系。^①

2. 宪法学新体系的五大范畴论

李龙教授和周叶中教授认为，重构宪法学理论体系是我国宪法学发展的必然趋势。但如何构建则是仁者见仁、智者见智。李、周二位教授认为，任何一门学科体系的构成主要决定于两大要素；一是基本范畴；二是基本范畴间的逻辑联系。因此，研究宪法学的基本范畴是推动宪法学基础理论研究，进而是重构宪法学理论体系的关键。在他们看来，宪法与宪政是宪法学范畴体系的逻辑起点。主权是人权的根本保障，而人权是主权的出发点，因此，主权与人权是宪法的第二对范畴。一个国家离开了国体与政体，也就不成其为国家了。因此，国体与政体是宪法的第三对基本范畴。公民的基本权利是宪法的核心，权利和义务不可分，因此，公民的基本权利和基本义务是宪法的第四对基本范畴。国家权力是国家主权的具体表现，国家机构是国家权力的物质承担着，因此，国际权力和国家机构是宪法的第五对基本范畴。^②

3. 宪法学新体系的二元论

董和平教授认为，宪法学的新体系应包括理论体系和学科体系。我国宪法学理论体系重构的基本思路，即宪法学理论内容应包括四个相互联系的基本部分：宪法基础——宪法权利——宪政体制——宪政实施。宪法基础是通过对宪法和宪法学基本理论问题的研究，辨析宪政精神和宪政机理；宪法权利是对人权要求具体化的公民基本权利的研究；宪政体制是对国家基本

^① 参见刘茂林：《也谈宪法学体系的重构》，《法学研究》1995年第5期。

^② 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。

制度设置与运行的民主机理研究；宪政实施则是对宪法要素与实现条件的研究。就其内在结构而言，第一部分是基础，第二、三部分是主体，第四部分是重点，四者结合构成宪法学理论研究的完整体系，而这一体系的研究基点是民主与人权保障。就宪法学的学科体系而言，宪法学是以宪法和宪政为研究对象的法学学科，而对宪法和宪政的全面研究包括历史研究、社会研究、本体研究和比较研究。对宪法的历史研究是从自身纵向发展的角度探讨宪法与宪政制度产生、发展和变化的规律，由此形成中国宪法思想史、外国宪法思想史、中国宪政制度史和外国宪政制度史等学科。对宪法的社会研究是从周边社会因素与宪法制度的相互渗透、相互影响和作用的角度，分析宪法和宪政制度发展、变化和存在、生效的原因和规律，研究宪制的构成与实现，由此产生宪法社会学、宪法政策学和宪法意识、宪法文化、宪政秩序与宪制学研究分支。对宪法的本体研究侧重于从宪法和宪政制度的现状总结其一般特点和规律，由此形成宪法学原理、中国宪法、外国国别宪法、宪法规范学、宪法立法学等研究分支。对宪法的比较研究则是将宪法和宪政制度置于人类政治发展的历史过程和各种复杂的政治、经济、文化等社会联系中，将一国宪法制度置于各国宪法制度的同类之中，通过对特定宪法制度在各国不同历史时期立法和运转状况的全面比较分析，研究宪法制度发挥作用的具体条件和规律，找出宪法立法和宪政运作的最佳途径、方法和质点，由此形成国别比较宪法史、各国比较宪法史、宪法规范比较研究、宪法制度比较研究、宪政环境比较研究和比较宪法学原理等分支学科。宪法学就是由上述四个研究角度形成的各个分支学科构成一个纵横联络、有机联系的学科群。^①

（四）学科交叉视野中的宪法学研究

作为一门社会科学，宪法学与其他社会科学，如经济学、政治学、社会学、历史学、哲学等学科之间存在着密切的联系。宪法学与其他学科之间的交流与合作，一方面为宪法学研究提供了丰富的知识素材和理论基础，另一方面，宪法学与其他学科之间研究领域的交叉与重合，也促成了宪法经济学、宪法社会学、宪法史学、宪法哲学等新的边缘性学科的发展。因此，宪法学方法论要保持开放性，需要多种方法的综合运用，而在研究方法上，解

^① 参见董和平：《也论宪法学理论体系和学科体系的重构》，《法律科学》1994年第5期。

释学、经济学、社会学、政治学、历史学、哲学等学科的研究方法亦可运用到宪法学研究之中。这种宪法学研究方法的多样化与综合化,既有利于以宪法价值为基础的知识共同体的建立,也有利于综合性的宪法学研究方法论的形成。

在20世纪90年代,学者们的研究视野逐渐打开,注重吸取其他学科的营养,来丰富宪法学的研究,并形成了有较大价值和较大影响的观点,在这其中,经济宪法和宪法文化的提法较为突出。

1. 经济宪法

赵世义教授是经济宪法的主要提倡者。他认为,市场经济是法治经济,宪法是法治的基石,市场体制的孕育成长需要宪政制度的协调配合。将视野局限于政治宪法、过于注重定性分析的传统宪法学理论显然不能适应经济建设与宪政建设同步发展的要求。在西方学术界,正式将经济学和法学结合起来研究的努力,始于20世纪20年代的制度经济学;到70年代美国法学家波斯纳吸收经济学家科斯等人的成果,创立了法律经济学;从宪法的角度研究经济发展,把经济学与宪法学联系起来研究,则始于以美国经济学家布坎南为代表的公共选择学派。回顾宪法学与经济学理论交融的历史,有助于宪法学关注经济宪法,借鉴经济学的原理和方法研究宪法问题,实现宪法学研究领域的拓展与研究方法的更新。经济学在宪法领域的开拓和渗透,法学对经济学方法的吸纳,已经对传统宪法学理论形成挑战。传统宪法学的研究方法单一而片面,只讲定性分析和规范分析,忽视定量分析和实证分析,定性分析被简化为揭示宪法的阶级性,规范分析被局限于宪法条文注释,因而难以说明复杂的宪法现象。宪法学不得不面对挑战,创新理论,走向经济宪法学。在经济学把政治、宪法作为自己研究领域的同时,宪法学也应向经济方面拓展。研究市场关系、市场机制及其对宪法的影响,形成经济宪法的理论。^①

徐秀义教授和韩大元教授也较为关注经济宪法的概念,并做了概念上的比较考察。“经济宪法”问题是由德国宪法学家F. 伯姆最先提出的。目前,在德国、法国、美国、日本和韩国等国家,“经济宪法”已经成为学者们公

^① 参见赵世义:《经济宪法学——宪法学与经济学理论交融的历史启迪》,《法律科学》1997年第3期。

认的宪法学范畴，并受到专门的研究，经济宪法学理论体系的基本框架正在形成。^①文正邦教授也提出要注重对宪法进行经济学论证或者说对经济进行宪法学论证。^②邹平学教授虽然没有提出经济宪法的概念，但时主张对宪法的经济属性予以关注和研究。^③

2. 宪法文化

除了经济宪法的概念，在20世纪90年代也有学者从宪法与文化相结合的视角，对宪法文化进行了研究。

朱福惠教授和范毅教授认为加强对宪法文化的研究有利于我们从人类政治法律文化的历史进程中去获得对宪法理论的更为全面的理解，从而加深对宪法本质的认识。从宪法产生的角度来看，宪法既有强烈的阶级性，又有丰富的思想文化内容，这正是宪法同其他部门法相比独具的特征。在强调宪法的阶级性的同时，也不要忽视了宪法的文化属性。宪法所确认的一些基本原则是人类社会政治文化发展的结果，它既具有一定的历史进步性，又成为宪法的重要内容，所以宪法的概念既要包含其阶级性，又要明确其调整的社会关系，才能全面地揭示宪法的本质。^④朱福惠教授还认为宪法和宪政文化具有一些显著的特征：即宪法及宪政文化对商品经济的依附性；宪政文化的民主性；宪政文化的互融性；宪政文化的政治性。^⑤

（五）良性违宪的争议

在20世纪90年代的宪法学界，关于良性违宪的争议是当时的重大热点问题，有不少学者参与其中，形成了不同的观点。

1. 良性违宪肯定说

郝铁川教授在1996年提出了良性违宪的概念。所谓良性违宪，就是国家机关的一些举措，虽然违反当时宪法的个别条文，但却有利于发展社会生产力，有利于国家和民族的根本利益，是有利于社会的行为。良性违宪在宪法的演进过程中，是一个不争的事实，原因在于：其一，总的来说，法律相

① 参见徐秀义、韩大元：《宪法学原理》上，中国人民公安大学出版社1993年版，第206页。

② 参见文正邦主编：《走向21世纪的中国法学》，重庆出版社1993年版，第173页。

③ 参见邹平学：《应注重对宪法经济属性的研究》，《法学》1995年第12期。

④ 参见朱福惠、范毅：《略论宪法产生的文化条件》，《法学评论》1995年第3期。

⑤ 参见朱福惠：《宪政文化论略》，《宪法学研究文集》，武汉大学出版社1996年版，第77—80页。

对于社会现实的发展具有滞后性；其二，中国的立宪制度不够完善。当然，良性违宪也是需要限制的，即要有权威的鉴定机构以及时间上的限制。^①

2. 良性违宪否定说

童之伟教授反对良性违宪的提法。认为，一切违宪行为都危害人民根本的、长远的和全局的利益，都是对法治的严重破坏，严格地说，都是恶性的。“良性违宪”也是违宪，同“恶性违宪”没有实质差别，同样必须追究违宪责任；“良性违宪”比“恶性违宪”更可怕、更值得人们警惕，更容易在宪法意识薄弱、不习惯法治、不少人时刻想要突破宪法“束缚”的我国社会找到市场，所以，相对而言，我们在理论上和实践上应当特别注重遏制“良性违宪”；对于改革中出现的新问题，可以经过法定程序以宪法修正案的形式解决，不可期望法外解决，而绝不能允许法外解决。^②

3. 宪法的规范价值尊重说

韩大元教授认为，在遵循宪法规范基本原则与基本精神的前提下，同宪法规范的某些内容不一致的事实的存在并不影响宪法功能的发挥。特别是反映社会发展的客观要求，具有现实基础的改革措施不应理解为违宪现象。讨论中涉及的所谓的“违宪”现象实际上只是一种由于规范的滞后性而引起的冲突，从其性质与表现形式而言并不属于违宪的范畴。社会现实中出现的违背当时宪法规定的措施、提法，如果是符合人民的根本利益，符合社会发展的客观要求的话，不应把它人为地归入违宪范畴，而应作为正常冲突的概念来加以分析。

处在社会转型时期的中国，为了保证宪政体系的稳定与宪法的最高权威性，更应该强调规范的价值。建设法治国家是我们追求的目标，而法治国家的标志之一是宪法规范的价值普遍受到社会的尊重，宪法调整具有“最高的价值”。当社会变革的要求通过宪法规范的内在机制具有合宪性时才有可能出现稳定而有效的宪法秩序，宪法才有可能成为指导人们行为的准则。^③

^① 参见郝铁川：《论良性违宪》，《法学研究》1996年第4期。

^② 参见童之伟：《“良性违宪”不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法》，《法学研究》1996年第6期。

^③ 参见韩大元：《社会变革与宪法的社会适应性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论》，《法学》1997年第5期。

三、20世纪90年代宪法学发展的影响

总结、梳理20世纪90年代的宪法学说，并对近些年的宪法学发展进行对照比较，发现20世纪90年代的宪法学对近些年的宪法学术发展产生了广泛深入的影响。

(一) 学说发展特点

与20世纪80年代的宪法学发展相比，20世纪90年代我国宪法学说及学术的发展呈现出鲜明的特点。

1. 宪法学研究专业化的凸显

20世纪80年代的宪法学更多意义上，是对新中国成立以来宪法学发展的恢复以及新的学科体系建设的初步探索。宪法学研究中的阶级分析法还占有主导地位，在宪法学与政治学、宪法学与法理学的学科分野上还不是非常清晰。20世纪90年代的宪法学，由于时代背景的变化、研究队伍学历层次的提高、宪法学研究范畴日益达成共识等因素的具备，宪法学研究专业化的色彩比较突出。

2. 宪法研究方法的多元化雏形

20世纪80年代宪法的研究方法以阶级分析法为基本方法，对宪法自身的研究主要是注释式的研究。而20世纪90年代的宪法研究方法呈现出多元化的雏形。有学者主张将宪法学的学科专门分析方法从阶级分析方法改造成社会权利分析方法。^①有学者初步提出了规范宪法的概念，这与其说是一种概念，不如说是一种研究方法，而且21世纪的宪法研究也显示了规范宪法分析方法的运用及日益成熟。

需要说明的是，尽管在20世纪90年代，出现了宪法研究方法多元化的趋势，但是这些方法本身也需要进一步的完善，因此只能说是雏形。

3. 宪法研究风格的初步形成

宪法学的研究风格是学者个人乃至学者群体在一定时期内研究兴趣、研究方法等的综合反映。20世纪90年代，随着为数众多有较高学术素养和学术使命意识的中青年宪法学者走到宪法研究的前台，宪法的不同研究风格开

^① 参见童之伟：《宪法学研究方法之改造》，《法学》1994年第9期。

始初步形成。如有的学者学术兴趣流连在宪法与法理之间,重于宪法基本理论的宏观研究;有的学者重视宪法文本、宪法规范的研究等。

4. 宪法学研究的本土意识与国际眼光

宪法学的研究,必须根植于本国的法学土壤,立足解决本国的宪法问题,这是一国宪法学体系形成的内部要求,也是宪法具有实践属性的基本反映。因此有学者主张,中国宪法学的发展需要以中国社会自身的条件与需求为基础,使之成为解释与解决中国社会宪法现象的学说。21世纪中国宪法学的发展中本土化将成为表现中国宪法学本质特征与学术风格的重要内容与标志。^①但是,随着世界一体化进程的发展,宪法学研究走向国际化是一种必然的趋势。中国宪法学本土化与国际化是同时存在的现象,对于宪法制度的发展具有同等的价值。^②因此,宪法学研究也必须具有世界眼光。宪法学研究的本土意识是主体意识的反映,宪法学研究的世界眼光是开放心态的要求。宪法学研究的本土意识和世界眼光不但不矛盾,而且相得益彰。

5. 宪法学专题研究的展开

专题研究是深化宪法研究的基本要求和标志。在20世纪80年代,由于各种条件的限制,宪法专题研究几乎没有展开,20世纪90年代学者们展开了一些专题研究,如宪法学体系的重构、经济宪法、宪法诉讼、规范宪法等,这既是宪法学发展的反映,也推动了宪法研究的深化。21世纪初期,有三位学者共同完成的《宪法学专题研究》^③一书就是对宪法专题研究一定程度上深化的成果。

(二) 学术发展图景

20世纪90年代的宪法学对本世纪初期宪法的发展产生了广泛的影响。在20世纪90年代宪法学发展的基础上,新世纪的宪法发展会展现以下几个图景,这从近年来宪法学的发展中已经得到印证,而且也会是今后我国宪法学发展的主要趋势。

1. 注重对宪法文本的研究

宪法文本是宪法规范和宪法条文的综合体现。一国的宪法文本既包含普

① 参见韩大元:《当代中国宪法学的发展趋势》,《中国法学》1998年第1期。

② 参见韩大元:《当代中国宪法学的发展趋势》,《中国法学》1998年第1期。

③ 参见韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》。

适性的宪法精神、宪法价值，又规定了该国的宪法制度。宪法根本法功能的发挥以及法治国的建设，宪法文本是基础和前提。注重对宪法文本的研究，会形成对宪法文本的了解、对宪法的尊重以及宪法研究的科学客观的态度，也是解决本国宪法问题的基础和根本。文本分析作为宪法研究的逻辑起点，要求宪法学研究必须面向中国的宪法文本。宪法学是关于宪法规范之学，而宪法规范首先体现在宪法文本之中，这就意味着，所有关于中国宪法学的问题、学说必须围绕中国的宪法文本而展开。与西方国家的宪法文本相比，我们国家的宪法文本可能具有这样或者那样的局限，宪法文本的某些规定可能已经不能适应日新月异的现实发展，但是，宪法文本的滞后性并不意味着我们的宪法研究和宪政建设可以脱离宪法文本而超前存在。

2. 重视宪法解释的功能

由于宪法规范与宪法条文具有模糊性、抽象性、开放性与广泛性等特点，几乎所有的宪法条文都需要通过宪法解释的活动做出客观的解释。我国处于社会转型期，社会现实和宪法文本之间的不一致是比较客观的现象，因此重视宪法解释的功能更具有实际意义。韩大元教授认为，社会转型时期宪法解释的功能主要在于：宪法解释有助于多元价值的协调与平衡；有助于通过有说服力的宪法解释解决社会生活中可能出现的冲突；有助于通过宪法解释形成社会的共同体意识与共识，为形成社会最低限度的价值体系提供条件；有助于在全社会普及宪法知识，推动宪法规范的社会化；有助于合理地确定公共利益的界限等。^①

3. 加大基本权利研究

国家权力和公民权利是宪法的两大基本范畴，从国家权力和公民权利的基本关系来看，公民权利产生国家权力，国家权力服务公民权利，因此说，公民权利是宪法本身和宪法研究的基石。但是在以往的宪法学研究中，公民权利并不占有突出部分，包括20世纪90年代的宪法研究尽管关于公民权利的研究有所增加，但比重仍然较少。笔者认为，在21世纪宪法的学术发展中，应加大基本权利的研究。这至少存在两大基本功能，一则，公民基本权利研究是区分宪法学科和与宪法相近的学科如政治学、法理学等学科的主要

^① 参见<http://www.studa.net/guojiafa/060524/11265160.html>。

标准,把研究重心放在公民基本权利上,有利于体现宪法学独立的学科价值。二则,我国处于大的社会转型期,有关基本权利的、含有社会冲突的宪法事例大量存在,加大基本权利的研究,能够解决社会现实问题,体现宪法的学术实践性。有关基本权利研究的课题,既包括基本权利的理论,也包括具体的基本权利,如环境权、生活保障权等社会权利,甚至一些传统的自由权利仍然存在研究的价值和空间。

4. 关注宪法事例

有学者曾指出,将宪法归于理论法学是欠科学的。宪法作为根本法,主要规定了国家根本的社会制度和国家制度,公民的基本权利和义务、国家的各项基本政策等内容,这中间确实有许多理论问题需要解决,但这些规定都是很具体的,是需要去实施的。如果将宪法局限于理论研究和学术探讨的范围,否认或无视宪法的应用性,势必会削弱其最高法律效力的地位,不利于宪法的实施。^①笔者认为,宪法的法律形式表现为包含着宪法规范的宪法文本,宪法规范必然具有实践性,因此宪法学是批判性和实践性矛盾统一的学科。宪法事例是宪法规范和社会现实相互作用的结果,反映了中国社会变革时期的基本价值观的变化与社会主体对宪法的需求与期待。韩大元教授认为,在某种意义上,宪法学生命力的强弱不在于其理论研究成果的多少上,而在于其对社会现实的解释力的大小上。所以,要想保持宪法的旺盛的生命力,宪法学必须要关注鲜活的社会现实,从千变万化的社会实践中源源不断的汲取营养,从而保持宪法学自身的丰腴。以前的宪法学研究对实践性的关注是远远不够的,大多数的宪法学教科书和宪法著作大多是空而论道,仅仅就以一种理论来解释另一种理论,或是闭门造车,将思维局限于狭窄的书斋中而于鲜活的社会现实隔绝。由于研究成果大多是与世隔绝,无法引起社会各界的兴趣和共鸣。因而,就造成了一方面众多的宪法学研究成果束之高阁,无人问津,另一方面社会上发生的大量宪法性事件缺乏理论上的解释,得不到宪法层面的解决。长此以往,宪法在社会上被讽为闲法,沦为法治进程中的过客就不足为怪。^②近年来一个好的现象是,通过近几年出现的宪法实践中的个案,社会成员们开始认识到宪法与自己生活之间的利益联系,从

^① 参见剑忠:《将宪法归于理论法学是欠科学的》,《法学》1991年第7期。

^② 参见韩大元:《中国宪法学研究三十年:1978—2008》,《湖南社会科学》2008年第4期。

宪法生活中的被动角色变为积极发现宪法问题，并以个体的力量推动宪法实践发展的积极角色。^①最近两年，中国人民大学宪政与行政法治研究中心每年年底评选和发布年度十大宪法事例，宪法事例研究日益成为宪法学新的研究热点。

第三节 进入 21 世纪后的宪法学说

一、进入 21 世纪后的中国宪法学

进入 21 世纪以后，中国宪法学获得迅速发展，宪法学的研究也逐渐步入正轨，公民的宪法意识也不断增强^②，这就为宪法学的发展和转型奠定了良好的基础。以 1982 宪法文本为依据，中国的宪法学研究有了重要进展，其研究内容开始趋于细化，其学术品格也逐步提升。总的来看，这一时期的宪法学研究突破了传统注释宪法学的体例束缚，呈现出了多元化、专业化和前沿化的发展特点。在宪法学的研究内容已经不再仅仅拘泥于注释宪法学的结构体例，具有了多种体例模式；同时在研究方法上，这一时期的宪法学也开始有意识的吸收和借鉴国外宪法学的发展经验，引入了一些实证研究方法，为中国宪法学的发展注入了新鲜的血液。

第一，宪法学发展的多元化特征。宪法学发展的多元化是指宪法学的研究打破了 1982 年宪法所确立的固定结构模式，涌现了众多的、具有较高学术水准的宪法学教材和著作。这一时期比较有代表性的宪法学教材是张千帆著的《宪法学导论——原理与应用》和胡锦涛、韩大元著的《中国宪法》。张氏所著的《宪法学导论》共分八章，分别为第一章宪法（学）是什么、第二章宪政制度及其思想渊源的形成与发展、第三章宪政审查与宪法效力、第四章国家结构形式、第五章政府组织形式、第六章政党与选举、第七章权利的理论基础和第八章权利的宪法保障。这种纯粹以宪法自身的逻辑内容为章节结构的教科书安排体系在万众一面、呆板枯燥的教科书中宛如一道春风，

^① 参见韩大元主编：《中国宪法事例研究（一）》，法律出版社 2005 年版，第 1 页。

^② 参见韩大元、王德志：《中国公民宪法意识调查报告》，《政法论坛》2002 年第 6 期。

问世伊始就引起宪法学界的强烈关注,社会反响良好。^①而胡、韩合著的《中国宪法》则分为三篇:上篇宪法总论,共五章;中篇公民基本权利与基本义务,共十一章;下篇国家机构,共五章。在总共二十一章内容中,关于公民基本权利方面的内容占据了一半还多,这种对基本权利的重视反映宪法学在发展过程中鲜明的价值取向。^②这些教材的出版,不论是在结构体例上还是在价值内容上,对于我国的宪法学发展和宪法学研究来说都具有里程碑式的开创意义,标志着我国宪法发展的多元化时代的来临。

第二,宪法学发展的专业化特征。宪法学发展的专业化特征是指宪法学研究突破了以前宪法研究中的面面俱到、泛泛而谈的问题,开始走向专题化的研究,即围绕一个问题层层推演,从而挖掘出宪法学中的最本质的核心命题。这种“小切口、深分析”的研究思路对于宪法学研究中的专业化素养的培养,具有积极的促进作用。在进入21世纪后,中国的宪法学发展已经进入了一个百花齐放、百家争鸣的时代。由此可以看出,宪法学经过二十余年的积累与发展,已经初步走出了“幼稚”的状况,开始走向了成熟与独立。学者关注的学术命题也逐渐脱离了政治命题的束缚而具有真正的学术独立性。这种学术独立性主要体现在宪法学研究中宪法命题的把握上。宪法学者正在努力营造宪法学发展的“专业槽”,使得宪法学与相关的法理学、政治学逐渐脱离开来从而具有自己的逻辑自足性。如学者们对平等权、选举权、宪法解释、宪法责任等学术命题的关注,实际上就是创建宪法学的学科自主性的一种尝试。

第三,宪法学发展的前沿化特征。宪法学发展的前沿化是指宪法学的研究紧密关注学术界的前沿性问题,紧扣宪法发展的时代脉搏,使得宪法学能在与时俱进的宪政建设中引领时代潮流,走在法学界的前沿。宪法是国家根本法,直接关切国家发展与社会进步的大局,因而,宪法学的研究必须直接面向国家发展与社会进步的事实,关注我国宪政进程中的热点、难点、焦点问题,探讨在新形势下如何将宪法文本中的规范转化为现实中的制度。宪法学发展中的这种实践性转向为宪法学的发展提供大量的、鲜活的实践素材。由于我国现在还缺乏切实有效的违宪审查制度,那么在这种背景下,如何解

① 参见张千帆:《宪法学导论——原理与应用》,法律出版社2004年版。

② 参见胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2004年版。

决社会上发生的众多的违宪事件维护宪法的权威，就成为宪法学必须考虑的一个问题。宪法学研究中的这种实践性面向极大地促进了宪法学的发展，使得宪法学开始自觉的面向中国的宪法实践、依据中国的宪法文本、解决中国的宪法问题，而这对于中国宪法学的发展来说，才是真正的根本之道。

从过去几十年法学发展的基本情况来看，我国的宪法学发展在整体上已经步入正轨，进行了一个迅速发展的良性阶段，宪法学和宪法实践之间也开始呈现出了一种互动局面：宪法学理论水平的深入为宪法实践的实施提供了理论证明，而对宪法实践的解释和论证有反过来促进了宪法学理论水平的提升。从整体上看，进入 21 世纪以后，我国宪法学的发展中呈现了以下几个鲜明的特点，这些特点也基本代表了中国宪法学发展的基本方向。

第一，中国宪法学的研究树立了现代宪法学的基本理念，使得宪法学走上了专业化、科学化、规范化的发展之路。宪法学理论发展的重要成果首先表现为更新了传统的宪法学理念，逐步确立了适应社会变革的合理的宪法学理念，使宪法学的学术性与价值性获得了社会的广泛承认与认同。近年来，宪法学的政治性与学术性价值的评价问题引起了学术界广泛的讨论。由于历史与现实的原因，宪法学通常被视为充满“政治性”的知识体系，只是盲目地为政治现实服务，缺乏作为学科应具有学术性与学术品位。在反思中国宪法学发展经验时，学者们普遍感到“政治化”的宪法学与法治国家的建设目标的冲突，认为这种现象既不利于宪法学自身的发展，同时也不利于法治国家的建设。为了建立宪法学的政治性与法律性之间的合理关系，部分学者们一直致力于宪法法律性问题的研究，把法律性作为认识与解释宪法现象的逻辑基础与出发点。学者们普遍认为，宪法本质上是法律，具有法律的一般特征，它虽然反映政治的需求，但一旦形成为宪法规范后便具有控制和制约政治权力运行的功能，并不受政治需求的制约。由于宪法观念的变化，以研究宪法现象为对象的宪法学理念也从政治性知识体系变为以研究宪法学学术性为中心的知识体系，即研究作为法的宪法现象，在探求法的属性的基础上建立宪法学自身的理论体系。学者们在宪法学研究过程中从价值与事实的角度强调了宪法学应具有的独立的学术性价值与品位，研究科学意义上的宪法学。当然，迄今为止宪法学的政治性与学术性关系问题还没有完全得到解决，也有学者强调宪法是“政治性”，认为宪法学研究与政治价值是不可分

割的,或者认为应研究“政治法”意义上的宪法学等。由于长期以来宪法学受政治权力的影响,宪法学研究的基础、研究内容、研究方法等方面仍保留着浓厚的政治色彩,但作为今后的发展趋势,宪法学应追求自身的学术理念与思想,体现学术的科学性。^①可以乐观地估计,随着宪法学知识体系自主性的增强,宪法学一方面与政治学等学科共享方法论上取得的成果,同时也在根据宪法学知识体系的特点,增强其自身的特点。由于宪法学与政治学等学科在发展过程中存在着一定的历史联系,完全切断方法论上的学术联系是不可能的,但因各自的研究对象不同,在方法论上强调专业性是十分必要的。

第二,中国宪法学研究已经开始自觉地进行方法论意义上的反省,初步建构了综合性的宪法学方法论体系。在我国宪法学研究中,研究方法所具有的多样性、公共性与科学性的价值长期被忽略,严重阻碍了宪法学研究的进一步深入发展,更遑论与世界上其他国家宪法学研究在同一平台上的沟通交流。在宪法学研究中,学者们积极关注宪法学方法论问题,并试图在实践中具体运用。但面对中国宪法学面临的大量的宪法问题,如果仅仅坚持单向度的科学立场和实证立场,难以完成时代赋予的历史使命,无法充分表达宪法学的人文精神和价值原则。在宪法学研究方法上,我们仍发现了一个不能回避的问题,总体上宪法学研究方法仍不成熟,缺乏方法论上的自觉。主要表现为:在方法论的理念上,如何把握方法论中体现的学术理性是仍值得探讨的问题;在方法论的分类上,过于强调政策性的阐释,对规范与解释学中具体运用的技术性、程序性的要素缺乏必要的关注;在比较的视角上,学术界仍然把宏观研究作为基本学术倾向,不善于运用针对具体微观问题的研究方法;在研究方法的价值取向上,由于宪法学知识体系仍缺乏自主性,在研究方法上过分依赖于西方宪法学的研究方法,对适合自身社会结构与传统的方法论体系的建构缺乏系统的理论反思;在方法、知识与范式的相互关系上,我国宪法学仍缺乏从方法论角度探讨学术研究范式的学术积累与必要的问题意识等。所以,建构综合性的宪法学方法论体系是中国宪法学需要完成的重要课题,它对于寻求学科独立、自觉运用宪法学方法及发挥宪法作用具有重要的意义。在综合性宪法学方法论体系的建构中,我们需要处理好规范与价

^① 参见韩大元:《社会转型时期的中国宪法学研究(1982—2002)》,《法学家》2002年第6期。

值、逻辑与事实之间的关系，积极发挥宪法解释方法的功能，进一步重视定量分析方法，增强宪法学学术命题的实证基础。与此同时，必须还要强调宪法学研究方法的开放性，以综合的思维解决现实的宪法问题。作为一门社会科学，宪法学与其他社会科学，如经济学、政治学、社会学、历史学、哲学等学科之间存在着密切的联系。宪法学与其他学科之间的交流与合作，一方面为宪法学研究提供了丰富的知识素材和理论基础，另一方面，宪法学与其他学科之间研究领域的交叉与重合，也促成了宪法经济学、宪法社会学、宪法史学、宪法哲学等新的边缘性学科的发展。因此，宪法学方法论要保持开放性，需要多种方法的综合运用，而在研究方法上，解释学、经济学、社会学、政治学、历史学、哲学等学科的研究方法亦可运用到宪法学研究之中。这种宪法学研究方法的多样化与综合化，既有利于以宪法价值为基础的知识共同体的建立，也有利于综合性的宪法学研究方法论的形成。

第三，中国宪法学研究开始有意识的关注宪法学的规范自主性和逻辑自足性问题，初步具有了独立的学术品格。宪法学作为一门独立的法学学科，有其自身的学科独立性，这种学科独立性既是宪法学成为一门独立的法学部门的主要特征，也是宪法学区别于其他部门法的内在依据。宪法学的学科自足性主要体现为宪法学的规范自主性和逻辑自足性上。宪法学的规范自主性主要体现为，经过多年的发展，宪法学已经初步形成了一套比较完整的规范体系，在规范体系中来表达规范背后的价值。所以在宪法学的规范体系中，宪法规范与宪法价值之间是一种既相互纠缠又彼此分离的双向关系，一方面宪法价值必须表现为一定的规范才能具有实践意义上的可操作性，另一方面宪法规范又有意无意地同宪法价值保持一定的距离，以最大限度保有其规范自主性。宪法学的逻辑自足性主要表现为宪法学的发展与其他部门法学的相对独立性上。尽管宪法学的产生与发展与政治学、经济学以及民法学保持着各种渊源关系，但是，在其发展过程中，宪法学逐渐脱离政治学、经济学乃至部门法学的束缚，开始具有了自己的规范体系和价值目标，初步具有了自己的逻辑自足性，可以依靠宪法学中的特有的宪法解释方法来证成宪法规范的适应性。宪法学的逻辑自足性意味着宪法学不再需要依赖于其他学科或部门法，而可以单独的予以存在和发展。这种宪法学的规范自主性和逻辑自主性特征就表明了宪法学作为一门学科具有了学科独立性。中国宪法学研究走

向学科独立性的重要表现在于具体问题研究中的宪法文本意识的增强和宪法解释学方法的自觉运用,这同时也表现了宪法学对自身的学科定位、核心命题和研究进路的反躬自省。

第四,中国宪法学研究开始以面向中国实践为目标、以解决中国问题为使命,在发展趋势方面呈现了鲜明的本土性、实践性特征。宪法学是一门实践的科学,解释和解决本国在社会变革中出现的各种实践问题是宪法学存在的社会基础。基于学者的历史使命,在中国宪法学研究中,越来越多的学者把学术的关注点集中在中国问题的解决,突出了学术研究的中国问题意识。这种本土化的发展趋向对于解释中国的宪法问题、形成中国的宪法学说、创建中国的宪法流派都有着实效性促进作用。尽管囿于现有的制度框架,我国还没有实效性的违宪审查制度,宪法的实践性尤其是司法适用性比较差,但这并不意味着宪法学与社会现实之间的完全隔离。事实上,现实生活中发生的很多宪法争议,都可以用宪法原理予以解决:或者是运用宪法原理解释宪法事件,阐释现实中遇到的事件或制度所蕴涵的宪法原理,或者是从现实问题的关注中,探索宪法规范和制度的良性化,建构符合本国国情的宪法学理论体系问题。而这种对现实生活的关注,既是宪法学获得生命力的源泉,又在客观上推动了宪法学研究方法的研究与更新。这种对社会现实发生的众多案例事实的分析和研究,要求研究者以一个司法官的视角,甚或以法官的名义,就事例中所触及的宪法规范、原则、原理、精神等问题进行有根有据的深入阐释;要求研究者必须首先立足于宪法规范与宪法原则,并对相关宪法规范、宪法原则和宪法精神进行学理解释,或宪法诠释,或宪法论证,抑或宪政建构,来为司法实践与学术研究提供宪法法理之养料。^①因此,在中国社会转型与发展过程中,宪法学研究逐渐从深邃的纯粹思辨理论研究变成一种应用性、实证性的研究,成果的学术价值越来越得到社会的广泛承认。

二、进入 21 世纪后的宪法学说

中国宪法学的发展直接推动了中国宪法学说的发展,而众多宪法学说的出现又会反过来进一步促进宪法学的发展。在进入 21 世纪以后,中国宪法

^① 参见韩大元:《中国宪法学方法论的学术倾向与问题意识》,《中国法学》2008 年第 1 期。

学研究有了长足的进展，不论是在宪法基本原理上，还是在宪法实践上，宪法学越来越发挥举足轻重的地位，“依法治国首先要依宪治国”的理念已经深入人心。在宪法学的发展进程中，宪法学说的促进作用显而易见，尤其是在涉及重大宪法争议的时候，典型性、代表性、主导性的宪法学说的出现往往对宪法争议的解决起到釜底抽薪的功效，而这些宪法学说的出现又是宪法学研究取得突破性进展的重要标志。从2001年至今，中国宪法学的发展遇到了很多理论和实践上的问题，引发了很多理论和实践上的争议，其中比较有代表性的争议有关于“宪法司法化”的争议、人权条款入宪引发的争议以及物权法草案违宪与否引发的争议。

（一）宪法司法适用的争议及其基本学说

关于“宪法司法化”的确切定义，法学界至今没有一个定论，按照一般的看法，所谓宪法司法化，“就是指普通法院或特设法院在普通诉讼程序或特定程序中适用宪法，判断法律等规范性文件及其他直接依据宪法行使公共权力的行为是否符合宪法的做法。它包含两个层次的含义：一是将宪法作为判断当事人之间权利与义务纠纷的法律依据，即宪法的适用；二是将宪法作为判断当事人之间权利与义务纠纷的法律依据的依据，即违宪审查。”^①也即是说，宪法司法化实际上包括“违宪审查”与“司法判断”两个方面的内容。由于学者关注的重心不同，对其中任一个方面的强调并不意味着对另一个方面的否定，这仅仅意味着学者们对自己心目中的宪法司法化模式的一种预设。因此，对于宪法司法化内容的差异与分歧并不成为否定或拒绝宪法司法化的充足理由。从整体上来看，法学界关于宪法司法化的态度可以大致归结为以下三种学说：

第一种观点为肯定说，认为司法机关可以直接援引宪法作为司法审判的依据，宪法具有司法适用性。肯定说主张宪法可以直接进入司法程序，理由如下：第一，最高人民法院是由全国人大产生并对其负责、受其监督的国家审判机关，无权拒绝适用全国人大制定的法律（包括宪法）；第二，对某些问题，在宪法有规定而部门法无规定的情况下，允许法院直接引用宪法规定的做法能够保障宪法规范的实现；第三，以宪法为直接法律依据，有利于增

^① 徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学基本原理》，第331页。

强公民的宪法意识,强化宪法权威。

第二种为否定说,认为在司法机关不能依据或者直接援引宪法规范作为司法审判的依据,也即是认为宪法规范不具有司法适用性。否定说认为在司法中直接适用宪法会存在许多制度上的缺陷和不便:第一,宪法规范比较原则、抽象,不便操作,不能作为司法判决的直接依据;第二,若承认宪法可作为司法判决的直接依据,则宪法的解释权和自由裁量权由法院享有,这无异于法官造法,与法院在我国现行政治体制中的地位与权限相矛盾;第三,公民宪法意识淡薄的原因是宪法作为根本法的基本功能没有得到应有发挥,而不在于法院是否直接依据宪法审理案件。^①否定说的主要规范依据是来源于最高人民法院的两个批复。

第一个批复是1955年7月30日的最高人民法院给新疆高级人民法院所作的《最高人民法院关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的批复》。该批复中认为:“你院(55)刑二字第336号报告收悉。中华人民共和国宪法是我们国家的根本法,也是一切法律的‘母法’。刘少奇委员长在关于中华人民共和国宪法草案的报告中指出:‘它在我们国家生活的最重要的问题上,规定了什么样的事是合法的,或者是法定必须执行的,又规定了什么样的事是非法的,必须禁止的。’对刑事方面,它并不规定如何论罪科刑的问题,据此,我们同意你院的意见,在刑事判决中,宪法不宜引为论罪科刑的依据。此复。”在该批复中,确立了宪法不能在刑事审判中作为论罪科刑的依据的原则,从而在刑事审判领域否定了宪法的司法适用性。

第二个批复是1986年10月28日的最高人民法院给江苏省高级人民法院的《最高人民法院关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》(法(研)复[1986]31号),该批复中说:你院苏法民(1986)11号请示收悉。关于人民法院制作法律文书应如何引用法律规范性文件的问题,经研究,答复如下:“根据宪法、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法的有关规定:国家立法权由全国人民代表大会及其常务委员会行使;国务院有权根据宪法和法律制定行政法规;各省、直辖市人民代表大会及其常务委员会,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规;民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经

^① 参见张松美:《关于建立中国宪法诉讼制度的思考》,《浙江学刊》2001年第2期。

济和文化特点，制定自治条例和单行条例。因此，人民法院在依法审理民事和经济纠纷案件制作法律文书时，对于全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律，国务院制订的行政法规，均可引用。各省、直辖市人民代表大会及其常务委员会制定的与宪法、法律和行政法规不相抵触的地方性法规，民族自治地方的人民代表大会依照当地政治、经济和文化特点制定的自治条例和单行条例，人民法院在依法审理当事人双方属于本行政区域内的民事和经济纠纷案件制作法律文书时，也可引用。国务院各部委发布的命令、指示和规章，各县、市人民代表大会通过和发布的决定、决议，地方各级人民政府发布的决定、命令和规章，凡与宪法、法律、行政法规不相抵触的，可在办案时参照执行，但不要引用。最高人民法院提出的贯彻执行各种法律的意见以及批复等，应当贯彻执行，但也不宜直接引用。”在该批复中，最高法院确立了在民事审判中依据和引用法律、法规、参照规章的适用原则，没有将宪法纳入人民法院制作法律文书时应当引用的法律规范性文件的范围中，因而也是间接否定了宪法的司法适用性。

第三种为区别对待说，认为在司法审判中是否能够援引宪法规范不能一概而论，要具体分析、区别对待。周伟教授认为，可以确定人民法院制作法律文书时直接援引宪法条文的形式是：第一，人民法院制作刑事审判法律文书时，不得直接援引宪法条文作为定罪科刑的法律依据。第二，人民法院制作民事和行政审判法律文书时，可以直接援引宪法条文作为裁判涉讼行为合法性的法律依据。第三，人民法院制作法律文书时，对涉讼行为的法律效力，可以直接援引宪法条文确认其合法性，不能在民事或行政裁定书中直接援引宪法条文作为法律依据。第四，人民法院制作法律文书时援引宪法条文，适用于确认侵犯宪法基本权利的违法行为的性质，不得援引宪法其他条文的规定确认涉讼行为的法律效力。第五，人民法院制作法律文书援引宪法条文作为审判的法律依据，必须结合援引其他法律条文；如果没有其他法律条文可以援引，须结合最高人民法院的司法解释，一般不单独援引宪法条文作为裁判的直接依据。^①因此，根据周伟教授的观点，在司法审判中能否援引宪法作为裁判依据或者说宪法是否具有适用性，根据具体情况加以具体分析。

笔者认为，宪法作为国家根本法，自然具有法的规范属性，《宪法》序

^① 参见周伟：《人民法院援引宪法条文制作法律文书探析》，《江苏社会科学》2002年第1期。

言最后一段宣布：“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力。全国各族人民、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，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”《宪法》第5条第四款规定：“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。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。”这里的一切国家机关自然包括国家司法机关，因此，司法机关也负有遵守宪法的义务，或负有以宪法为根本的活动准则，维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。在司法审判中援引或者适用宪法是司法机关遵守宪法的一种表现，因此，肯定司法机关的宪法适用权并无不妥。另外，《宪法》第126条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这里人民法院依照的“法律”应该是一种广义的法律，不单单是人大及其常委会制定的议会立法。例如，1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过的《行政诉讼法》第52条规定：“人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。”从该条可以看出，法院审理案件的依据不仅仅包括狭义的法律，还包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。因此，《宪法》第126条规定的“法律”是一种广义上的法律，不仅仅包括狭义法律，还包括更高层次的宪法和较低层次的法规等。所以，从《宪法》第126条可以解释出人民法院可以依照宪法规定来行使审判权，从而使得宪法具有司法适用性。在我国的司法实践中，人民法院在司法判决中援引宪法的现象曾多次出现，比较有代表性的案件有《中华人民共和国最高人民法院公报》1988年第2期公布的沈涯夫、牟春霖诽谤案，1988年10月14日最高人民法院批复的张连起、焦容兰诉张学珍案，《中华人民共和国最高人民法院公报》1999年第5期公布的刘明诉铁道部第二十工程局二处第八工程公司、罗友敏工伤赔偿案，《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第5期公布的龙建康诉中州建筑工程公司、姜建国、永胜县交通局损害赔偿纠纷案，齐玉玲诉陈晓琪、陈克政、山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东省滕州市教育委员会姓名权纠纷案，以及广州市三水食品有限公司诉黄浦区劳动和

社会保障局案。

从以上案例可以看出，在司法判决中援引宪法进行裁判在我国司法实践中已经是屡次出现之事，在司法机关的多个判决以及最高院的司法解释中都没有明确否定在司法判决中援引宪法规范的正当性，更没有明确否定宪法的司法适用性。需要注意的是，根据2008年12月8日最高人民法院审判委员会第1457次会议通过的《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》（法释〔2008〕15号），最高院就齐玉苓案所做的《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》（法释〔2001〕25号）已被废止，废止理由是“已停止适用”，但对于停止适用的理由没有说明。尽管最高院2008年12月8日发布法释〔2008〕15号司法解释废止了法释〔2001〕25号司法解释，但这是针对齐玉苓案个案而言，而不是针对所有有关在判决中援引宪法的司法判决和司法解释。因此，在最高院出台更明确的司法解释之前，我们无法从最高院的法释〔2008〕15号司法解释中得出不能在司法判决中援引宪法或者宪法不再具有司法适用性的结论。

（二）人权条款入宪后的宪法学发展

2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国宪法》第四次修正案，其中《宪法》修正案第24条规定：“宪法第三十三条增加一款，作为第三款：‘国家尊重和保障人权。’第三款相应地改为第四款。”此次修宪中所新增加的“国家尊重和保障人权”条款，由于其对人权的旗帜鲜明的张扬，而被人们习惯称为“人权条款”^①。此次修宪的意义，也往往被简称为“人权入宪”，严格地讲，“人权入宪”的提法并不严谨，因为，在此次修宪之前，在我国宪法文本中就已经存在着大量的人权性规定，如在《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”的章节中，就规定了

^① 基于不同的标准，“国家尊重和保障人权”条款可以有不同的简称，如林来梵教授就将“国家尊重和保障人权”条款按照其组成字数的多少简称为“九字条款”。参见林来梵、季彦敏：《人权保障：作为原则的意义》，《法商研究》2005年第4期。与此相类似的还有对我国《宪法》修正案第13条“依法治国，建设社会主义法治国家”的简称，如童之伟教授认为，可以“将记载宪法第13条修正案的条文按其根本特征概括地简称为‘法治条款’。”参见童之伟：《法权与宪政》，山东人民出版社2001年版，第619页。另外我国宪法文本中的人权条款也有狭义和广义之分，狭义的人权条款仅指《宪法》第33条第3款规定的“国家尊重和保障人权”条款，广义的人权条款泛指包括狭义人权条款在内的所有权利性条款。如无特殊说明，本文所指人权条款一般是指狭义人权条款。

公民大量的基本权利和自由,而这些基本权利和自由都可以看做是我国公民所享有的人权的具体表现形式。因而,从严谨的角度考虑,此次修宪的意义可以简称为是“人权概念入宪”或“人权条款入宪”。因为,尽管在我国的宪法文本中存在着大量的人权性规定,但是,在立法表述上并没有用“人权”这个概念明确表达出来,而是借助于“基本权利”、“自由”、“权益”等词语表达出来。而此次修宪,在中国制宪史上首次将“人权”概念引入到宪法文本之中,因而就具有里程碑式的时代意义,必将在中国宪政史上留下浓墨重彩的一笔。^①如果说1991年11月1日国务院新闻办公室发布的《中国的人权状况》白皮书掀起了新中国人权研究的第一波高潮的话,那么人权条款的入宪则是为人权研究掀起了第二波高潮。

作为一个概括性条款,人权条款在我国宪法文本中究竟具有什么性质的作用呢?这是在研究人权条款时无法回避的一个基础性问题。只有在对我国宪法文本中的人权条款的规范性质进行清楚定位的基础上,对人权条款的作用、效力以及人权条款和其他宪法条款的关系的研究才有可能。在我国的理论界,限于不同的立场和观察视角,对于人权条款的性质界定也是仁智互见、莫衷一是。从整体上来看,主要存在以下三种学说:

1. 宣示性条款说。该说认为,我国宪法文本中的人权条款在性质上主要是一种宣示性条款,其作用主要是起到一种表明立场和态度的价值宣示功能。宣示性条款说可以看作我国最高权力机关在人权条款上的一种官方定位,在2004年3月8日第十届全国人民代表大会第二次会议上,时任全国人民代表大会常务委员会副委员长王兆国作了《关于〈中华人民共和国宪法修正案(草案)〉的说明》的报告,其中在涉及人权条款的时候介绍说:这次修改,主要基于两点考虑:一是,尊重和保障人权是我们党和国家的一贯方针,这次把它写入宪法,可以进一步为这一方针的贯彻执行提供宪法保障。二是,党的十五大、十六大都明确地提出了“尊重和保障人权”。在宪法中作出尊重和保障人权的宣示,体现了社会主义制度的本质要求,有利于推进我国社会主义人权事业的发展,有利于我们在国际人权事业中进行交流

^① 在1946年《中华民国宪法》序言中有“巩固国权、保障民权”,在其第二章中,标题为“人民之权利与义务”,这里的“民权”和“人民之权利”实际上表达的是人权思想,但是没有采用“人权”概念的表述方式。

和合作。^①从王兆国同志的草案说明中可以明确地看出,在此次修宪中写人人权条款,目的是“在宪法中作出尊重和保障人权的宣示”,是为了表明“我们党和国家的一贯方针”。这也就意味着人权条款的作用主要是一种“宣示”功能,表明我们党和国家在人权保障上的一种立场。由于王兆国同志的特殊身份,我们可以将其草案说明看做是最高国家权力机关对人权条款原意的立法解释,是权威的官方解释。在学术界,汪海燕博士也主张:“由于宪法规范的抽象性以及人权的宽泛性,所以作为宪法规范对人权的规定在很大程度上只能表明一种宣言性的姿态,即国家尊重人权。人权保障具体内容及其实现必须依赖于其他部门法的规定。”^②

从以上论述我们可以看出,宣示性条款说的基本主张是:第一,宪法文本中的人权条款主要是一种价值宣示作用,用以表明我们在人权保障方面的一种方针、立场、态度或姿态;第二,作为一种宣示性条款,宪法文本中的人权条款不具有直接的规范约束力,要想发挥人权条款的人权保障内容,有必要在其他部门法中加以规定,依靠其他部门法对人权条款的落实和细化,从而实现人权保障的功能。所以作为宣示性条款的人权条款具有价值宣示性和效力间接性的特点。

2. 纲领性条款说。该说认为,我国宪法文本中的人权条款主要是一种概括性、指导性的纲领性条款。所谓“纲领性是指目前现实生活中还不存在,需要经过努力才能达到的方向和目标”^③。因此,将人权条款看作是一种纲领性条款,意味着人权条款是作为人权保障的方向和目标存在的,不是现有法定法体系中人权保障现状的如实描述。纲领性条款在我国宪法文本中通常是规定国家的基本政策、基本原则、基本方针、基本制度,因此,纲领性条款在内容上往往也可以被称为政策性条款。这里的政策性条款和纲领性条款是一体两面的关系:一个条款可能从特征上说是纲领性条款,如果从内容上说可能是政策性条款。如杨海坤教授认为,“‘国家尊重和保障人权’作为一个概括性条款载入宪法,表明我国在走向以保障人权为核心的宪政道路上又迈出了新的坚实步伐”。“这一纲领式、宣言式的同时具有最高法律效力

① 参见王兆国:《〈中华人民共和国宪法修正案(草案)〉的说明》。

② 汪海燕:《解读“国家尊重和保障人权”》,《当代法学》2005年第2期。

③ 胡锦涛:《中国宪法问题研究》,新华出版社1998年版,第130页。

的条款,对今后我国公民基本权利内容的规定以及基本权利保障机制的完善肯定会带来积极的影响”^①。在这里,杨海坤教授将人权条款看作是一种纲领式、宣言式的概括性条款。

通过纲领性人权条款的方式来规定人权的意义具有其独特的价值和意义,对于其意义,徐显明先生有过系统的论述。徐显明认为,用宣言来表达人权和在宪法中设专章规定公民基本权利,一般被认为属于同类,都应在列举人权细目之前有一个对人权的纲领性规定,以表达国家对人权的最基本态度。徐显明教授认为,“这一纲领性或总原则性的人权条款至少蕴涵两层意义:其一,它是一个国家在政治方面的最高道德。政治的政治伦理性要靠这一条款表现,所有政治家都要表示按照对人权予以尊重的政治理念去进行国务活动,当政治家不能尊重基本人权时,其要依该原则承担政治伦理和法律上的双重责任;其二,纲领性人权条款是对公民进行人权推定和对政府进行责任推定的根据,缺乏这一总原则,人权列举就是机械的和死板的。公民只能在列举的人权领域中获取权利,未列举的和立法时认识不到而在日后出现却又不能及时补充人权法上的那些人权就会出现争议。如果一国的人权状况都是在事先设计的舞台上表演的而不管现实中多么丰富多彩,这种人权仍然是悲哀的和残缺不全的。所以人权的纲领性条款不仅是一种人权立法技术,更重要的它还是国家对人权的原则。”^②

从以上论述可以看出,纲领性条款说的基本主张是:第一,宪法文本中的人权条款在性质上主要是一种纲领性、总则性的概括性条款,集中体现了国家在人权方面的基本理念和基本目标,具有应然性;第二,在内容上,纲领性条款往往体现为国家的基本政策和基本原则,因而,人权条款作为纲领性条款之具体表现,也体现了国家的基本国策和基本原则。第三,人权条款作为国家人权保障的总原则,具有人权推定功能。由此可见,作为纲领性条款的人权条款,既可以看作是国家基本政策的规范性体现,也可以看作是国家人权保障原则的概括性表达,这可以看作是公民基本权利条款的补充性原则。所以,作为纲领性条款的人权条款具有应然性、政策性和补充性的特点。

^① 杨海坤主编:《宪法基本权利新论》,北京大学出版社2004年版,第1—9页。

^② 徐显明:《制度性人权研究》,武汉大学1999年博士论文,第102页。

3. 原则性条款说。该说认为,我国宪法文本中的人权条款主要是一种概括性、抽象性、普遍性的原则性条款。在表现形式上,宪法规范主要由原则性规范和规则性规范组成,人权条款则属于其中的原则性规范,因而在规范性质上主要表现为一种原则性的存在。原则性条款说在形式上与纲领性条款非常相像,都体现为一种概括性条款,但是二者在本质上具有不同之处,二者的不同主要体现为宪法原则与宪法政策的不同:宪法原则是宪法精神的内在体现,具有根本性和稳定性的特征,轻易不发生变化;而宪法政策则是国家的政治、经济、文化、社会等政策在宪法文本中的体现,具有时代性和变动性的特征,经常会随着国家政治、经济、文化和社会形势的变化而变化。在原则性条款说内部,又存在着法律原则说、宪法原则说和基本权利原则说三种学说。

第一,法律原则说。这种观点认为,宪法中的人权条款是国家法律体系的一项原则或基本原则,在人权保障法律体系的建构和完善中,具有重要的指导性作用。这里的法律当然是广义上的法律,包括宪法、议会法律等在内,泛指包括宪法在内的所有法律性文件的总和。代表性观点有:郑永流、程春明、龙卫球等教授认为,“从宪法上看,将人权作为一项法律的基本原则明确写进宪法,以完善法律的人权制度体系”^①。关今华教授认为,“人权入宪为建立健全我国的人权保障法律体系打下了一个坚实的法律基础……人权作为一项重要原则入宪,必然带动我国整个人权保障方面的法律体系的改革、发展、充实和完善”^②。将人权条款看做国家实在法体系中的法律原则或基本原则源于在理论上对人权的定位,如果将人权看做国家法律体系的原则,那么即使写入宪法之后,人权仍然会作为法律原则或法律基本原则而存在。在这种观点之下,写入宪法中的人权条款也是以国家法律体系的原则或基本原则的面貌而出现。

第二,宪法原则说。该说认为,人权条款写入宪法之后,就成为一项宪法原则,具有宪法原则的性质。“在宪法学理论中,宪法原则是指构成宪法规范和宪法行为之基础和本源的综合性、稳定性原则和准则。……宪法原则

① 郑永流、程春明、龙卫球:《中国宪法应如何设置人权》,《政法论坛》2003年第6期。

② 关今华:《人权保障法学研究》,人民法院出版社2006年版,第559页。

是宪法的灵魂,或者说是宪法的精神实质”^①。在宪法原则的分类中,根据宪法原则的抽象程度和影响程度为标准,又可以将宪法原则分为宪法一般原则与宪法基本原则之区别。如果以这种分类为依据,根据学者在表述人权条款时的程度侧重,又可以将宪法原则说分为比较笼统的宪法原则说与特别强调的宪法基本原则说两类。

比较笼统的宪法原则说认为人权条款是以宪法原则的性质出现在宪法文本的,至于这里的宪法原则是宪法一般原则还是宪法基本原则,单从文字表述上无从判断。比较代表性的观点有:周觉认为:“‘国家尊重和保障人权’写入宪法,使尊重和保障人权由党和政府的主张上升为人民和国家的意志,确立为国家根本大法的一项原则,这对于加强人权法制保障,推动中国人权事业的进步和政治文明的发展,具有重要的现实意义和深远的历史意义。”^② 信春鹰教授指出,“尊重和保障人权”作为宪法原则,将对我国的立法起到重要指导作用,将指导国家机关及其工作人员的工作;将指导人与社会的协调发展。将指导人与环境和资源的协调发展。^③ 秦前红教授认为,“基本人权原则作为宪法原则的实质是使保障人权成为宪法的出发点和归宿,成为判断宪法是否为良宪的重要标准”^④。从以上主张可以看出,宪法原则说主张人权条款在写入宪法文本之后,是以宪法原则的身份出现的。作为宪法原则,人权条款具有统领宪法价值、指导宪法规范的宏观抽象性价值。

特别强调的宪法基本原则说认为,宪法文本中的人权条款不仅仅是一种宪法原则,更是宪法中的一项基本原则。在宪法学中,宪法基本原则的地位和影响性要远远高于宪法一般原则。因此,将人权条款定位为宪法基本原则而不仅仅是宪法原则,意味着人权条款地位的提高和价值的提升。该说的代表性观点有:汪进元教授认为,“2004年的宪法修正案将‘国家尊重和保障人权’作为一项基本原则载入宪法之中,为公民权利和自由的扩大及完善提

① 徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》,第184页。

② 周觉:《认真贯彻“国家尊重和保障人权”的宪法原则积极推动人权法制保障不断发展》,中国人权研究会编:《“人权入宪”与人权法制保障》,团结出版社2006年版,第7页。

③ 参见信春鹰:《国家尊重和保障人权》,《求是》2004年第9期。

④ 韩大元主编:《比较宪法学》,高等教育出版社2008年版,第60页。

供了原则性依据”^①。严海良博士认为，人权条款所确立的人权保障原则，“在规范意义上，它是立宪主义的一个重要标志，是作为宪法诸原则中最核心的原则而存在的”^②。从以上论述可以看出，宪法基本原则说实际上是宪法原则说的一种深化和升华，将人权条款的地位上升到宪法基本原则或宪法根本原则的高度。作为宪法基本原则，人权条款不仅是宪法其他条款的价值原则，而且还是宪法具体原则的存在依据。

第三，基本权利原则说。该说认为，宪法文本中的人权条款是统领基本权利条款的概括性条款，是宪法文本中的基本权利部分内容的基本原则。^③该说的直接依据是人权条款在宪法文本中的位置。在我国宪法文本中，人权条款在设置模式上属于基本权利模式，将人权条款规定于基本权利条款中，这就使得人权条款在形式上属于宪法第二章“公民的基本权利和义务”中的一个条款，在内容上属于基本权利条款的组成部分。在规范性质上，因而也被视为是宪法中的基本权利部分的概括性规定和原则性条款。该说的代表性观点有：见李步云教授认为，人权条款是“统领其他人权条款的概括性规定，确立了人权保障的基本原则。即使宪法没有列举的人权也应受到人权保障条款的保障。这种概括性规定与列举性规定相结合的立法技术，构成人权保障的铜墙铁壁”^④。而对于人权作为基本权利原则的意义，夏勇教授认为，“人权作为权利领域里公认的基本原则总是在规设其他权利方面具有逻辑上的优势”，在这个意义上，夏勇教授把人权比作是“多产的权利之母”，是衍生其他权利的母体。^⑤从以上观点可以看出，基本权利原则说主张，作为基本权利领域里的一种概括性的原则性规定，人权条款的主要作用体现为对于基本权利的人权推定功能上。作为基本权利原则，人权条款统领整个《宪法》第二章中的基本权利部分，是宪法文本中的具体基本权利的抽象表达，

① 汪进元：《良宪论》，山东人民出版社2005年版，第180页。

② 严海良：《人权论证范式的变革——从主体性到关系性》，社会科学文献出版社2008年版，第343页。

③ 从逻辑关系看，基本权利原则也应该属于宪法原则的范畴。这里为了突出基本权利原则的独特属性，将基本权利原则作为一个单独的原则予以阐释。

④ 李步云：《人权入宪的重要意义》，见李步云、龚向和等：《人权法的若干理论问题》，湖南人民出版社2007年版，第171页。

⑤ 参见夏勇主编：《走向权利的时代》，社会科学文献出版社2007年版，第5页。

也是解释宪法文本中每一个具体基本权利的必须参考的背景性因素。

4. 复合性条款说。该说认为,对于我国宪法文本中人权条款的规范性的解释,不能仅仅局限于一种思维,而应采取一种扩张性的思维方式,将其视为一种复合性的存在。这就意味着人权条款不仅仅表现为一种国家价值观意义上的价值宣示,而且还表现为一种代表国家基本政策走向的纲领性规定,同时还表现为具有指导性、抽象性和普遍性的原则性条款。该说的代表是韩大元教授,他认为,中国宪法文本中人权条款的解释可以考虑以下要素:一是作为宪法原则意义上的人权;二是国家价值观意义上的人权;三是转化为基本权利内容的人权。具体而言,作为宪法原则意义上的人权,人权具有约束一切公共权力与社会生活领域的效力;作为一种国家价值观意义上的价值宣示,把人权纳入到国家价值观体系有助于进一步明确国家的目的,形成国家整体的价值观,确立国家活动的基本目标与追求。国家公共政策的制定,特别是国家的立法活动不得脱离国家基本价值观。作为基本权利内容存在的人权,与宪法中的基本权利之间存在价值上互换的空间与多样化形式。^①因而,在存在形式上,人权条款表现为一种复合性的存在。

综上所述,在人权条款的性质界定上存在着宣示性条款说、纲领性条款说、原则性条款说和复合性条款说四种学说,而在原则性条款说中又存在着法律原则说、宪法原则说和基本权利原则说三种观点。这些学说都从不同的侧面揭示了人权条款的性质,具有一定程度上的合理性。在上述学说中,笔者倾向于原则性条款说中的基本权利原则说,理由如下:

首先,在人权条款的设置模式上,我国宪法文本中采取的基本权利模式,即将人权条款设置在基本权利条款中。这样一来,我国宪法文本中的人权条款在从属关系上,就成为《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”中的一个组成部分。在具体条款规定上,人权条款规定在《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”部分的第1条中,也即是《宪法》条文第33条中。根据大陆法系的潘德克吞立法模式,在具体的条文规定之前,往往设定一个一般性规定,作为具体法律条文的概括性的条款,一般称其为“总则”。具体到每个不同章节部分的条文规定之前,也往往为该章节内容设定一个一般

^① 参见韩大元:《宪法文本中“人权条款”的规范分析》,《法学家》2004年第4期。

性规定，作为总则性条款。我国作为大陆法系国家，自然受到潘德克吞立法模式的影响。因此，在我国宪法具体条文之前，我们设有“总纲”作为我国宪法的总则性条款。而在第二章“公民的基本权利和义务”部分，我们又有《宪法》第33条作为统领整个《宪法》第二章的总则性条款而存在。因此，在性质上，人权条款及其所属的《宪法》第33条是作为《宪法》第二章的总则性条款而存在的，是解释第33条之后的基本权利和基本义务条款所必须考虑的基本原则和背景性因素。因此，在形式上，人权条款位于《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”中，自然可以将其解释为基本权利部分的概括性条款和一般性原则。

其次，从人权实现的效力场景来看，“国家尊重和保障人权”的基本内容是规定国家对人权的尊重和保障义务，但是，这里的人权是一个抽象性的概念，只有宏观上才有意义，在微观上，必须将人权转化为一个个具体的权利，人权保障才有可能。而在宪法全文中，宪法保护的权力一般表述为基本权利。这样人权条款中的人权概念与宪法文本中的基本权利概念就存在着一个规范通约性，如何将人权条款中的人权转化或解释为宪法文本中的基本权利，是充分发挥人权条款的人权保障功能的必不可少的前提性因素之一。作为一种原则性条款，人权条款是一种抽象性存在，需要结合具体的基本权利条款加以保障落实，否则，人权条款就仅仅具有国家价值观意义上的价值宣示功能和国家基本政策表达意义上的纲领性条款功能，而无法发挥其应该具有的人权保障功能和权力制约功能。虽然在原则性条款说中，存在着法律原则说和宪法原则说等不同学说，但是如果从人权保障立场加以分析的话，这些观点在人权保障方面都存在着一些逻辑上的难题，如法律原则说认为人权条款是指导国家法律体系的一项基本原则，这就使得人权条款的价值意义从宪法层面大大退缩到法律层面，不利于人权保障在更高层面的展开。而宪法原则说将人权条款视为宪法中的一项原则，却忽视了人权条款规定在《宪法》第二章“基本权利和义务”中的现实，使得宪法第二章“公民的基本权利和义务”与《宪法》第一章“总纲”的关系在逻辑上发生矛盾。因为，我国宪法中的原则或基本原则都是规定在《宪法》第一章“总纲”之中的，总纲之下的内容都被看做具体的规则性条款或具体内容的原则性条款，而不是整个宪法的原则性条款。如果将人权条款视作宪法原则或宪法基本原则的

话,就会使得我国宪法文本中的逻辑关系发生错乱,使得人权条款游离于基本权利条款之外,而成为统率整个宪法文本的概括性条款。如果是这样的话,当初在修改《宪法》的时候,就没有必要将人权条款规定在宪法第二章第33条之中了,而是直接规定在宪法序言或者宪法总纲中了。但是当时在修宪时,立法机关并没有采纳将人权条款规定在序言或者总纲之中的建议,而是规定在第二章第33条中,这就意味着与规定在宪法序言或在总纲中的不同。因此,从人权保障的逻辑场景来看,人权条款的最主要功能是为宪法文本中的基本权利及其内容提供规范性保障以及为未写入宪法文本中的基本权利提供概括性补充。在文本逻辑上,是统率整个《宪法》第二章的概括性条款和原则性规定。

(三) 物权法草案违宪引发的学说争议

对于物权法草案是否违宪的问题,法学界一直争论不休,有违宪说和合宪说两种代表性观点。违宪说和合宪说各有其理论依据。

在法学界尤其是宪法学界,对于物权法违宪的观点主要集中在以下几个方面:第一,物权法中所确立的公私财产一体保护原则违反了宪法中的区别保护的规定;第二,物权法草案中并没有写明“根据宪法,制定本法。”字样,因而缺少合宪性基础;第三,物权法作为民法之重要组成部分,主要是调整平等主体之间的权利义务关系,规定征收征用条款,缺少正当性依据。下面详细述之。

1. “公私财产平等保护违宪论”

这种观点认为,我国是社会主义国家,公有制经济是我国经济的经济基础,公有财产在国家财产体系中具有优先的地位,因而,在公私财产保护问题上,我国宪法的立场是鲜明的,就是优先保护公共财产,因而,《物权法》草案将公私财产平等予以保护,不符合我国宪法的规定,违反了宪法的基本原则。这种观点的主要代表人物是童之伟教授。

童之伟教授通过对宪法文本中对公有财产和私有财产的规定不同分析,指出我国宪法中对公私财产的保护坚持的是区别保护原则,而不是平等保护原则,因而物权法草案中的平等保护原则违反了宪法规定,从而是违宪的。童之伟教授认为,所谓区别保护,也称差别保护、优先保护,指的是在各种主体的财产权中,对国有财产给予特殊保护。如果按宪法文本的文义来

解释宪法，那么，我国现行宪法对不同主体的财产权从而物权的保护应理解为差别保护，不应理解为平等保护。因为，我国《宪法》对公有财产的地位的规定表现在一系列条款中，不是只反映在第12条的“神圣不可侵犯”几个字上。这个系列主要包括如下内容：第6条规定公有制是“社会主义经济制度的基础”，要求“坚持公有制为主体”；第7条规定国有经济“是国民经济中的主导力量”、“国家保障国有经济的巩固和发展”；第12条规定“社会主义公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。”而对于私有财产，2004年修宪前，只有其中列举的若干种生活资料受宪法保护。2004年通过的宪法修正案在一定程度上改变了这种情况，确认了“公民的合法的私有财产不受侵犯”，“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”。通过对宪法文本中的公私财产保护条款的对比，童之伟教授发现这些有关条款在语言上很直观地显示了几点区别：（1）公有财产神圣不可侵犯；私有财产受保护但不是神圣不可侵犯的；（2）公有财产前有“社会主义”的定语，这表明宪法将这种财产的地位和命运与社会主义的地位和命运联系起来，而且没有“依法”二字，表明对它的保护是无条件的；私有财产没有这种宪法地位和现实地位，自然也没有享受这种宪法待遇。此外，私有财产还在逻辑上被区分为合法的和不合法的，表明保护是有条件的；（3）国家得“保障国有经济的巩固和发展”，对国有财产的保值增值承担有特别的义务；对其他主体财产没有这种义务。基于以上判断，童之伟教授认为，我国宪法中对于公私财产的保护实行的是一种区别保护原则，物权法草案中所确立的平等保护原则，的确违反了宪法的规定。^①

2. “无宪法根据违宪论”

除了公私财产平等保护涉嫌违宪以外，物权法草案中尤为受人批评的地方则在于其草案中无“根据宪法，制定本法”的规定。因为，在现代宪政理念中，宪法是国家根本法，在一国的法律体系中具有着至高无上的地位，不仅其他的部门法不能违反了宪法的规定，而且在合法性来源上，其他的部门法也必须以宪法为依据，从宪法那里获得自身的合法性根据。因此，在宪法

^① 参见童之伟：《〈物权法草案〉该如何通过宪法之门》，《法学》2006年第3期。

观念深入人心的国家里,普通法律依据宪法来获得自身的合法性根据已经成为一个基本性的法律常识。也正是基于这种法律常识,不少学者对物权法草案中没有规定其宪法根据问题百思不得其解,就只能指责其缺少宪法根据了。对于,物权法草案中是否有必要规定其宪法根据问题,著名宪法学家韩大元教授有过系统的论述,现转述如下。首先,韩大元教授认为,民法学者之所以没有在物权法草案中规定其宪法根据问题,可能有其自己的考虑。因为,1986年制定的《民法通则》第1条立法目的中规定:“根据宪法和我国实际情况,总结民事活动的实践经验,制定本法。”而《物权法(草案)》第1条规定:“为明确物的归属,保护权利人的物权,充分发挥物的效用,维护社会主义市场经济秩序,维护国家基本经济制度,制定本法”。从第1条中我们看到,《物权法(草案)》并没有明确写“根据宪法制定本法。”根据上述的理论分析,尽管,在法律条文中写不写“根据宪法”,并不实质上必然影响法律本身的合宪性基础,但在宪法文本和解释学上,却存在着值得探讨的问题。物权法草案中不写“根据宪法”可能有以下几种解释:一是作为基本法律的物权法当然要根据宪法,没有必要特别地宣明其立法依据;二是立法上的疏忽,没有特别仔细地思考立法依据的表述问题;三是基于宪法和民法上不同原理的特殊考虑,认为作为私法的物权法没有必要写“根据宪法”,以回避因公法介入私法而可能出现的争议。这样可能的解释就是,宪法是国家的根本法,而民法是市民社会的“根本法”,是以个人自治为原则的,规定私法规则的法律,没有必要以公法的规则为基础,宪法规定的内容恰恰是公法规则,不写“根据宪法”可以满足民法保持其“私法”品格的需求。但是韩大元教授认为,从物权法在我国社会主义法律体系中的地位、性质、功能与社会效果来看,在《物权法》第1条中明确写“根据宪法”是必要的,其理由在于:(1)作为基本法律,在立法目的上明确写“根据宪法”是其法律性质的要求;(2)有利于全面地表述物权法的基本价值,有利于从整个法律体系的角度理解物权法的性质;(3)有利于从宪法秩序的角度评价物权法存在的社会价值与功能。物权法是私法,但它存在于宪法秩序之下,受宪法制度,特别是基本经济制度的制约,《物权法(草案)》第1条“两个维护”目的实际上明确了物权法应承担的某“公法”功能;(4)有利于揭示宪法变迁与民法发展之间的关系。从《物权法(草案)》制定的环境与基本

条件看，没有宪法确认的市场经济制度，没有宪法对私有财产权地位的充分肯定，没有宪法对国家基本经济制度的确认，物权法的制定也会失去必要的社会基础。因而，物权法是在宪法秩序下，对宪法规定的基本原则、基本权利的具体化，但物权法草案的制定过程中，没有充分地从宪法的角度去分析和解释一些问题，没有强调必要的宪法思考与思维，导致了设计内容和理解上的一些误解和混乱。所以，韩大元教授的结论是：物权法草案第1条没有规定“根据宪法”至少从立法内容和技术层面上是不妥的，需要在修改中增加规定。^①

3 “征收征用条款不当论”

这种观点认为，从法律性质上来看，物权法属于私法的范畴，调整的是平等主体之间的人身和财产关系，而征收征用问题则是一个公法的问题，涉及国家权力机关对公民私人财产的关系问题，因而，在一个以私法为根本特征的法律中，试图解决公法上的问题，则存在着明显的不当之处。例如，有学者主张，“对于公益征收、征用制度的规定，必须要靠行政法来完成，而不能由民法来承担。因为公益征收、征用本质上是政府行政权力的行使，如果由民法来调整此等公权行为，必将导致民法自身的异化。而且，该制度的重心在于控制公权力的行使，所以才有非经正当程序合法的私人财产权不受征收的原则，而这里的程序毫无疑问指的是行政程序。公益征收、征用制度还有一个重要内容就是对私人财产权的公共限制必须给予公平补偿，而这种补偿属于行政补偿，也没有疑义。所以，何谓公益征收征用、怎么进行、如何补偿等不宜在属于民法的物权法中规定。应当说，在宪法当中规定公益征收、征用制度是各国宪法的通例。”我国《宪法》在第13条中也对公益征收、征用制度作了规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。因此，该学者指出：“第一，公益征收、征用是典型的行政权行使行为，应属于行政法上的制度，必须通过制定相应的行政程序法和行政补偿法进行规定。而且，基于公益征收、征用产生的纠纷和救济也只能在行政法范畴内通过行政复议或行政诉讼加以解决，私法手段没有办法实现。第二，鉴于宪法已经有了公益征收、征

^① 参见韩大元：《由〈物权法草案〉的争论想到的若干宪法问题》，《法学》2006年第3期。

用规定,在物权法乃至民法当中再作类似但又不具实际操作性的规定没有什么现实意义,而且从其他国家的民法典立法情况看,也难以找到类似的先例。第三,退一步讲,如果非要在物权法当中规定公益征收、征用制度不可,也必须正视当前国际上和现实生活中该制度已经发生的变化,先处理好前文所述的物权法的规定与无形财产权法、民法总则之间的关系,并解决好管制征收即准征收的定位以及征收和征用是否应当统一的问题。如果上述问题没能得到解决,那么物权法草案就根本没有必要规定公益征收、征用制度,而应当取消有关内容。”^①对于这种观点,不少的学者持同样的态度,认为“征收、征用权虽然是一种超越私权的独立权力,但在现代社会,法律确认或规定征收制度的意旨不在于强调此权力的合理性,而在于如何限制其对私人财产权所可能造成的剥夺与限制。世界各国因此在以宪法对征收加以确认的同时,多制定系统的征收征用法。将与物权法规范异质的征收制度规定进物权法,既会加剧我国征收征用制度的混乱,又会破坏物权法的纯洁性、科学性,同时也可能降低人们对限制征收征用权之必要性的认识,应加紧制定系统的征收征用法。”^②因此,在物权法中规定征收征用条款的确不符合物权法的私法特性。

与物权法违宪说相应对立的另一派主张可以称之为物权法合宪说。对于物权法违宪说所列举的物权法违宪的三种表现,合宪说也不是全部都一概否定,对于物权法草案中缺乏“根据宪法,制定本法”的条文,合宪说也提出了批评,认为这是对宪法的最高性的一种漠视和不尊重;对于物权法草案中所规定的征收征用条款,合宪说也认为将其规定在物权法中并不合适,至少有违宪之嫌。但是对于违宪说所斥责的公私财产平等保护原则,不少宪法学者则提出了异议,认为物权法草案所规定的公私财产平等保护原则,并没有违反宪法的规定。平等保护合宪说的观点主要表现为以下四种方面:

1. 郝铁川教授的实质合宪说

郝铁川教授认为,要判断物权法草案是否违宪,不能仅仅从宪法条文的形式性规定来看,更应从宪法的价值等实质性的精神来加以判断。如果从实质性因素加以考察的话,物权法草案并没有违反宪法的基本价值和基本原

^① 刘勇:《物权法草案第49条应当取消》,《政治与法律》2006年第4期。

^② 朱广新:《物权法不宜规定征收征用制度》,《云南大学学报(法学版)》2006年第3期。

则，因而在实质上是合宪的。郝铁川教授论证说，现代私法是宪法和其他一切部门法的基础。虽然宪法是一国之根本大法，但其基本原理来源于私法。宪政的基本原理，简单地说，就是适度约束公权，保障私权的正确行使。私法学首先具有适度约束公权的作用，因为私法自治原则明确要求未经自然人和法人请求，公权不介入私人生活；私法也防止自然人和法人滥用私权，诚实信用原则、公序良俗原则、公共利益原则等均为此而设。因此，或许从现行宪法条文来看，《物权法（草案）》没有对国有财产给予特殊保护，与之发生了抵触，但根源在于现行宪法不完善，一是宪法对经济领域是否要涉及过多，二是宪法是否要借鉴私法理念。如果不顾这些事实，仍然主张要守住宪法“形式合宪”的底线，大有“恶法亦法”的味道。郝铁川教授进而说，物权法草案中规定平等保护原则并不是反对对国有资产给予足够的保护，但这种保护可以通过制定单行的法律，在产业政策、非竞争领域的准入等方面推进国有资产的壮大。如果硬要在《物权法》里给予特殊保护，丢弃身份（主体）平等这一现代市场经济基本特征，那将会给国际上不承认中国是一个市场经济国家的人提供口实。因此，宪法的实质性因素考虑，物权法草案中所规定的公私财产平等保护原则并没有违反宪法的规定。^①

2. 焦洪昌教授的民事领域合宪说

焦洪昌教授通过宪法文本的分析，得出了三点结论：第一，历部宪法均高度重视保护公共财产，并且有两部宪法明确规定公共财产“神圣不可侵犯”；第二，虽有曲折，但历部宪法都承认公民有一定的财产权，并加以必要的保护；第三，我国对财产宪法保护的基本方法是分类，即将财产分为公共财产和私有财产。一般而言，宪法上的平等保护包含两种意思，即形式平等和实质平等。前者强调适用规则的平等，也就是法律面前一律平等。后者主张制定规则的平等，相当于相同情况相同对待，不同情况差别对待。在财产的保护方式上，对财产的宪法保护和对财产的法律保护是性质不同但又有紧密联系的两种保护机制。由于宪法是国家的根本法，具有最高的法律效力，因此，宪法保护便成为对财产保护的前提和基础。法律保护是对财产在某一领域的保护，若在该领域中存在宪法所规定的实行差别对待的条件，则

^① 参见郝铁川：《〈物权法草案〉违宪之我见》，《法学》2006年第8期。

需要对不同的财产实行差别对待；若该领域不存在宪法所规定的实行差别对待的条件，则须对各种不同的财产实行平等的保护。焦洪昌教授认为，“在当下《物权法（草案）》是否违宪的争论中，核心问题是对公共财产和私有财产是否应该平等保护。从性质上讲，物权法属于私法，在我国法律体系中属于民法，它调整平等主体之间的财产法律关系，适用于民事领域，在该领域中，不存在公共利益的问题，也就是不存在对公共财产和私有财产实行差别对待的条件。因此，《物权法（草案）》对公有财产（包括国家和集体的财产）和私有财产的平等保护的原则与我国宪法的公共财产和私有财产的差别对待具有本质区别。这样区别的在于，宪法着眼的是人的实质平等，平衡的是自由与公平的价值，设定的是公有制为主体的多种所有制共存的制度形式，表现为公共财产与私有财产的区别，而物权法调整的是流通领域的财产问题，不管是国家、集体还是个人的财产，在流通领域都不享有特权，应受到物权法的同样关怀。概言之，宪法保护公共财产是为了公共法益，为了在制度上实现人的自由和平等；宪法保护私有财产是为了实现人的尊严和价值，使公民能够防御和抵抗政府的非法侵犯；物权法保护财产权是为了维护公平、公正的市场经济秩序，使产权明晰、流通顺畅，使有恒产有恒心的愿望成为法律上的事实。”在将适用领域区分为民事领域和公共领域的基础上，焦洪昌教授的结论是《物权法（草案）》并不违宪。^①

3. 张千帆教授的“正当用途合宪说”

张千帆教授认为，宪法的用途有“误用”和“正当用途”两种，一些学者以物权法违宪为借口，对物权法上纲上线地进行批判，是对宪法的一种“误用”，因而从宪法的“正当用途”来看，物权法并没有违宪。当然，说物权法草案从“正当用途”上没有违宪，并不是说物权法不存在着违宪的可能性，事实上，物权法也是有可能违宪的，但它所可能违反的不是“违宪论”所指控的“政治方向”，而是在法律上可实施的具有确定内涵并关乎具体权利的条款。归根结底，宪法不是政治口号，更不是制约中国经济发展的障碍。在其所规定的宽松的制度框架下，它容许我们的立法机构自由地发展符合社会现实需要的法律；它只是要求，法律必须符合一些人类社会发展所共

^① 参见焦洪昌：《物权法的合宪性分析》，《法学》2006年第3期。

同承认的理性。这些理性原则的目的并不是维持我们中某些人所坚持的一成不变的教条，而是以法律上可操作的方式呵护最大多数的最根本利益，这才是宪法对中国社会的最根本的用途。张千帆教授指出，改革开放以来，中国社会取得了许多进步，但也确实暴露出许多问题。我们的法治状况还远不能令人满意，官员贪污腐败现象严重，社会分配存在着贫富不均和两极化趋势，等等。但是我们需要现实和理性地看待中国社会所面临的问题，并真正找到问题的症结所在，而不是将情绪发泄在物权法草案上。当然，这并不是说对物权法不能提出任何建议和意见，我们可以要求《物权法（草案）》在其管辖范围内完善制度设计，更妥善地保护国有、集体和私人的财产，更有效地保证被征收的农民和城市居民获得公正的补偿，更准确地体现宪法平等原则。这才是宪法的正当用途。^①

4. 韩大元教授的精神合宪说

韩大元教授认为，判断物权法草案中的平等保护原则是否违宪不能简单地从宪法表面的条文出发，还要根据宪法的实质变迁情况以及这种变迁背后所体现出来的精神来综合加以考虑。具体地说，判断一部法律是否与宪法相抵触，主要看三种因素：法律内容是否与宪法明文规定内容相一致；法律内容是否与宪法的基本原则相抵触；法律的内容是否与宪法精神相抵触。从宪法与《物权法（草案）》的关系上，尽管存在原理或条文的规定上不衔接的一些问题，但从它的基本规定和价值趋向看，体现了人权保障的基本原则和要求，是我国宪法保护的财产权的具体化，有利于使公民具体享受宪法所赋予的财产权。有些内容的不完善，如条文之间的矛盾，条文与宪法之间的合理衔接等问题可以在审议过程、表决程序和实施过程中得到合理解决。^② 对于韩大元教授的观点，全国人大常委会法制工作委员会民法室主任负责人给出了官方意义上的说明。认为，判断物权法的平等保护原则是否违宪，要从宪法中的市场经济条款入手，要从市场经济的基本精神出发，而不能单纯依靠某一个孤立的条文。宪法规定，“国家实行社会主义市场经济”，物权法规定平等保护是由市场经济的特点决定的。市场经济就要求市场的主体享有相同的权利、遵循相同的规则、承担相同的责任。如果说市场主体不平等，那

^① 参见张千帆：《宪法的用途与误用》，《法学》2006年第3期。

^② 参见韩大元：《由〈物权法草案〉的争论想到的若干宪法问题》，《法学》2006年第3期。

么我们国家的市场经济肯定就没法搞。所以实行平等保护,有助于完善我们国家平等竞争、优胜劣汰的市场环境,只有实行平等保护,才能坚持我们国家的基本经济制度。同时认为,宪法规定,国有经济是主导,公有制经济是主体,非公有制经济是市场经济的重要组成部分,它们在国民经济中的作用和地位是不同的,按照国家宏观经济政策,在公共资源配置、市场准入方面,对不同所有制经济也有所区别,对关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域,必须确保国有经济的控制力,这方面主要通过经济法、刑法、行政法调整,这与物权法的平等保护并不矛盾。因此,从宪法的精神以及市场经济的精神来看,物权法中所规定的平等保护条款,尽管在形式上可能与宪法中的某一个条文有不和谐之处,但是从实质精神来看,并没有违反宪法的规定,不存在着违宪的问题。^①

总之,中国法学学术研究中,相比较于民法、刑法等拥有自己较为成熟的理论体系的学科,宪法学相对还不成熟,其中一个最主要的判断依据就是中国宪法学缺少自己的学术传承和学说积累。因此,如何繁荣宪法学的发展,如何提升中国宪法学的学术品格就成为每个宪法学人的艰巨使命。而要改变这种情况,首要的一个前提就是百花齐放、百家争鸣,在论辩交流的过程中,取其所长、补其所短,最后形成比较成熟的学术观点和学术流派。因此,在这个意义上,能否形成中国宪法的学术观点和学术流派是衡量中国宪法学研究是否真正成熟的重要标志之一。

^① 《人大常委会法工委民法室负责人表示,物权法草案符合宪法规定》,参见新浪网<http://news.sina.com.cn/c/2006-12-30/093910898635s.shtml>。

