

JIEJIAN YU YIZHI WAILAI XIANFA WENHUA YU ZHONGGUO XIANZHI FAZHAN

夏新华 丁 峰 著

借鉴与移植

外来宪法文化与中国宪制发展



中国政法大学出版社

JIEJIAN YU YIZHI WAILAI XIANFA WENHUA YU ZHONGGUO XIANZHI FAZHAN

夏新华 丁 峰 著

借鉴与移植

外来宪法文化与中国宪制发展



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

借鉴与移植：外来宪法文化与中国宪制发展/夏新华，丁峰著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 2

ISBN 978-7-5620-6639-2

I. ①借… II. ①夏… ②丁… III. ①宪法—文化研究—中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 032261 号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 10.75
字 数 250 千字
版 次 2016 年 2 月第 1 版
印 次 2016 年 2 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元



c o n t e n t s

绪 论	001
一、选题缘起与研究意义	001
二、研究思路与研究内容	002
三、研究方法	005
第一章 理论铺陈与文化寻源	006
第一节 宪法文化与宪法移植	006
一、法律文化与宪法文化	006
二、法律移植与宪法移植	011
第二节 英美宪法文化的形成与特性	015
一、英国宪法文化的形成与特性	015
二、美国宪法文化的形成与特性	022
第三节 法德宪法文化的形成与特性	028
一、法国宪法文化的形成与特性	028
二、德国宪法文化的形成与特性	035

第四节 苏联宪法文化的形成与特性	041
一、苏联法律文化的历史变迁	041
二、苏联宪法文化的形成与发展	044
三、苏联宪法文化的主要特性	047
第二章 外来冲击与能动反应	050
第一节 外来冲击：西方传教士的宪法译传与政治参与	050
一、国门洞开与西学涌入	050
二、西方传教士的宪法译传	053
三、西方传教士在清末立宪中的政治参与	065
第二节 能动反应：晚清先贤对欧美宪法文化的体认与传介	070
一、晚清开明士绅的推崇	070
二、使节使团成员的体认	076
三、法科留学生的传介	083
四、出版界的译评	085
第三章 日德英制与宪政仿行	089
第一节 择善而从出洋考察	089
一、两次出洋考察概观	089
二、出洋考察的终极目标	093
第二节 近采日本	094
一、西学从东方涌来	094
二、日本使团出洋的示范效应	098
三、《明治宪法》对《钦定宪法大纲》的影响	102
第三节 远法德国	107
一、德国青岛专门学堂法政科	107

二、普鲁士宪政的间接影响	110
第四节 取法英制	114
一、议会制对清末立宪的影响	114
二、君主立宪制对清末立宪的影响	133
第四章 美式共和与民初立宪	145
第一节 总统制对民初立宪的影响	145
一、辛亥革命前对总统制的推崇	145
二、《中华民国临时政府组织大纲》中的总统制	148
三、民初有关总统制的争议	150
四、《中华民国临时约法》对总统制的改造及影响	152
第二节 联邦制对民初立宪的影响	156
一、辛亥革命前对联邦制的推崇	156
二、辛亥革命后联邦制在中国的实践	160
三、联省自治运动与省宪的颁布	163
四、《联省宪法草案》与“曹锟宪法”中的联邦制	171
五、“联省自治”的争论与联邦制的没落	174
第五章 混合政制与本土选择	179
第一节 民初总统制与内阁制混合之肇始	179
第二节 北洋政府时期多元化宪制模式探索	183
一、法国宪法文化在中国的历史际遇	183
二、中国知识精英对《魏玛宪法》的追慕	189
三、总统制与责任内阁制的工具性运用	194
第三节 国民政府时期宪法文化的本土化	225
一、从三权分立到五权宪法	226
二、从训政约法到总裁制的建立	233
三、兼容共存：近代中国本土宪制特色初成	240

四、庞德对中国法制本土化的推动	248
第六章 以俄为师与制度创新	256
第一节 苏联宪法文化影响中国的历史考察	256
一、发端时期：十月革命后国共“走俄国人的路” ...	256
二、奠基时期：革命根据地对苏联宪法的仿行	262
三、高潮时期：新中国成立初期“全盘苏化”	269
四、延续时期：中苏交恶后对苏宪的背离与衰退 ...	271
第二节 苏联宪法理论的传播与影响	275
一、苏联顾问开设宪法讲座	275
二、苏联教师直接传授	278
三、苏式宪法学教育体制的推行	282
四、宪法学研究的推动	283
五、宪法学方法的运用	284
第三节 苏联宪制模式与五四宪法的制定	290
一、为何选择苏联宪制模式	290
二、斯大林的三次制宪建议	292
三、毛泽东与“五四宪法”的制定	298
四、刘少奇与“五四宪法”的制定	304
五、斯大林宪法对“五四宪法”的影响	309
第四节 苏联宪法制度的移植与转换	313
一、人民代表大会制度的影响	313
二、选举制度的影响	317
三、民族区域自治制度的创造性转换	321
参考文献	324
后 记	334

绪 论

一、选题缘起与研究意义

近世中国，西法东渐。随着外来宪法文化的输入，中国传统政治文化发生了聚变，新兴的资产阶级出于对君主专制政体的痛恨，视西方的政治体制为“良法美意”，把学习、移植西方政体作为努力目标；另一方面，西方列强出于各自目的，也极力推动中国政治体制形式上的西化。于是，在宪法文化及其制度上，借鉴与移植外来宪法文化成了一股潮流。民国时期，学术界对此就颇有研究，并有精到的时评：“吾国维新动机以感受外力压迫为主因，故国内政治思潮恒与世界有关，且有几分摹仿性质。前清之宪政运动，开口必曰日本如何如何。辛亥以后之共和运动，开口必曰法国如何，美国如何。欧战后之改造运动，不曰俄式革命如何，即曰德式革命如何。”〔1〕

当今学界对 20 世纪中国宪法史的研究十分重视，成果颇丰，不胜枚举。但总体而言，仍缺乏对外来宪法文化这一特殊的法律文化现象在近代以来中国的移植与传播进行追本溯源的逆向研究和深层次的思考。虽然有一部分学者从国别法制史和

〔1〕 愚厂编辑：《省宪辑览》之甲编“省宪概论”。

全球化的角度研究了外来宪法文化与近代中国立宪的关系，^{〔1〕}但仍然没有能够从宏观上和整体上对此提供一个清晰的研究图景。可见，外来宪法文化对中国宪政发展的影响，虽为学界所重视，然而，外来宪法文化究竟如何在中国产生影响？其影响的途径与方式有哪些？其结果如何？诸如此类，值得深入研究。

因此，加强外来宪法文化及其对近代以来中国宪政建设影响的研究，将有利于全面、深入地把握近代以来中国宪法文化的发展与演变，揭示出中国宪政建设的规律性；有助于准确把握中国国情，探索适合中国的宪政道路，培育本土特色的宪法文化；也可以为中共十八届四中全会提出的以宪治国，建设法治中国提供有益的历史借鉴与启迪。

二、研究思路与研究内容

宪法文化之于中国而言是“舶来品”。近代中国的宪政思想主要来自西方，与中国传统相涉不多，与西方宪法文化有着明显的师承关系。从某种意义上说，它是西方宪法文化在古老的中国文化土壤中的衍生。自清末西方宪政思潮涌入中国开始，几乎每一次立宪活动均不同程度地受到了外来宪法文化的影响，日本、欧美及苏俄的宪法文化均曾分别成为中国不同时期立宪活动的仿效对象。因此，本书在结构上分六章，以时间为经纬，以借鉴与移植为主线，重点考察英、美、法、德、日等欧美主要国家的宪法文化，以及苏联的宪法文化对近代以来中国立宪

〔1〕 如何勤华、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）、聂资鲁：《美国宪法对近代中国立宪的影响》（法律出版社2008年版）、胡建森：《中国公法三十年（卷四）——外国公法译介与移植》（北京大学出版社2009年版）、叶秋华、王云霞、夏新华等：《借鉴与移植：外来法律文化对中国的影响》（中国人民大学出版社2010年版）以及肖光辉：《法律移植与传统法律文化的变迁》（山东人民出版社2010年版），等等。

的影响。

从宪法移植的大背景看，西学涌入的外来冲击与中国知识界的能动反应是相伴而生的。西方宪法文化通过外国传教士传入中国后，不仅为中国的知识群体考量中国现实问题提供了新的视角，而且也提供了相关的术语、概念、范畴和观点等技术性的认知工具。西方宪政的学理也构成了阐释中国宪政及其思想的基点，西方的法治传统开始渗入中国法学界。事实上，正是西方宪法文化的诸多要素，如民主、共和、人权、公民、自由等概念和原则，以及政体、国体、代议制、总统制、联邦制、责任内阁制、地方自治、政党制等基本宪政制度，被中国的知识分子置于“中国语境”重新诠释后，转化为中国式的宪政理念，并形成了“宪政—富强”“宪政—工具”的思维逻辑，宪政的实用功能和工具性价值从一开始就被提到超乎寻常的高度，这对未来中国的宪政发展产生深远影响。

清末法制变革，预备立宪，宪政初行，就移植外来宪法文化的国别而言，可谓是“仿日德而取英制”。由于外来宪法文化是在“西学从东方涌来”的大背景下进入近代中国人的视野之中的，故清末立宪照搬了日本立宪的经验，无论是对宪法含义的理解、立宪程序，还是宪政的模式选择、立宪内容的设定，基本上以日本立宪经验为参照系。德国的宪法文化主要是通过日本对普鲁士宪政的模仿而移植到中国来的。这也是“远法德国，近采日本”的立宪策略的具体化。及至民国，日、德宪法文化的影响犹存。英国是近代君主立宪制最为典型的国家，其宪法文化于1840年前后开始进入中国，清末立宪中出于皇位永固的目的，重点移植的是英国的议会制、君主立宪制以及责任内阁制。

近世中国先贤对美国宪法文化最先感知的乃是作为宪法规

范的美国宪法典，其次是作为美国宪政制度的主要构成部分的联邦制、总统制等。踏入共和的中国人将美国式的民主制度作为挽救危局的方案，积极鼓吹移植美国宪政制度来创新未来中国的政治。

事实上，无论是孙中山短暂的中华民国临时政府，还是袁世凯及其北洋军阀当政的北京政府，乃至后来的南京国民政府时期，总统制和责任内阁制的较量和竞争从未停止过。这个时期也是中国宪政史上宪法文本颁布最多，宪制模式选择最多样化，混合政制探索最活跃的特殊时期，堪称宪法文化的“万花筒”。法国作为欧洲大陆第一个系统地形成宪法文化的国家，其宪政体制成为近代资产阶级立宪运动的理想模式，产生了世界性的示范效应，为宪政后发国家立宪政治提供了榜样和参考。但法国宪法文化在中国的际遇则与英美乃至德国迥异，在清末民初经历了从被极力抗拒到大力推崇、致力效仿的过程，反差非常强烈，可谓跌宕起伏。与此同时，也出现了德国魏玛共和宪制模式的中国化尝试，以及美式总统制与英式责任内阁制的工具性运用。在混合政制的探索过程中，《临时约法》开总统制与内阁制混合之肇始，至南京国民政府时期，从三权分立到五权宪法的实践，从训政约法到总裁制的建立，实现了外来的总统制和责任内阁制在中国的本土化兼容共存，近代中国本土特色宪法文化初步成型。

而苏联宪法文化自 20 世纪 20 年代开始影响中国，历经十月革命后国共“以俄为师”的发端时期、革命根据地“仿行苏宪”的奠基时期、新中国建国初期在“一边倒”背景下取法苏联宪制模式的高潮时期，以及中苏关系恶化至改革开放后对苏联宪法文化的背离与延续等四个时期。苏联宪法文化对中国的影响广泛而深远，涉及宪法理论的传播和宪法制度的移植等方

方面面。中苏领袖人物在宪法文化的输出与输入的动态过程中起的作用举足轻重。苏联宪法文化影响中国的过程实则是中国对苏联宪政由被动接受到主动移植,由片面认同到创造性转换的历史过程,“拿来主义”与“实用主义”并存,值得深刻反思。

三、研究方法

本书将综合运用历史研究法、文献研究法和比较研究法等具体研究方法,借助“冲击—反应”理论模式,突出“借鉴、移植与影响”三大关键词。在纵向和宏观上,叙述近代以来外来宪法文化在中国的移植和借鉴,然后在横向和微观上,重点考察域外主要国家宪法文化对近现代中国立宪的影响。介绍西方宪政理论与制度的目的在于突出借鉴的价值,对外来宪法文化在中国的移植过程的必要叙述将有利于对其本土化的结果评估及其原因分析,进而突出其影响。

第一章

理论铺陈与文化寻源

第一节 宪法文化与宪法移植

一、法律文化与宪法文化

(一) 文化与法律文化

文化是一个多义性的概念,据国外学者统计,仅有影响的文化定义就有近 200 种。^{〔1〕}英国人类学家爱德华·泰勒对文化的定义颇具经典性:“所谓文化或者文明,乃是包括知识、信仰、艺术、道德、法律、风俗以及其他人类作为社会成员而获得种种能力、习性在内的一种复合整体。”^{〔2〕}而美国著名的人类文化学家露丝·本尼迪克特首次指明了“文化”的“民族精神”内涵。^{〔3〕}一般而言,文化具有社会性、系统性、稳定性、继承性、可变性、地域性、开放性和包容性等特性。

法律的产生与存在,都有其特定的文化背景。美国法学家

〔1〕 方汉大:《比较文化学》,广西师范大学出版社 2003 年版,第 29 页。

〔2〕 [英] 爱德华·泰勒:“文化之定义”,顾晓鸣译,载庄锡昌等编:《多维视野中的文化理论》,浙江人民出版社 1987 年版,第 98 页。

〔3〕 [美] 露丝·本尼迪克特:《文化模式》,王炜等译,浙江人民出版社 1987 年版,第 218~219 页。

博登海默说：“法律是一个民族文化的重要部分。”〔1〕这说明，法律作为文化的一种特殊表现形式，与文化存在极为密切关系。法律的产生、存在与发展，既与社会的经济条件、政治环境相联系，也与该法律所产生、存在的社会文化密不可分。法律文化如同政治文化、宗教文化、伦理文化等一样，是构成人类整体文化大系统的一个子系统，是受整体文化影响的一种亚文化，或者说是文化现象中的一种特殊形态。按照张文显的说法，法律文化之所以特殊，就在于“它是以法律现象为特定内容，与人的法律生活相联系的，而法律现象和法律活动则均属于社会的上层建筑”。〔2〕作为文化子系统中特殊的法律文化，具有物质依附性、政治功能性、普遍适用性、实践性、实用性、历史连续性、民族性、互融性等基本特性。〔3〕

法律文化的概念内涵十分丰富。弗里德曼作为美国学者中关于法律文化理论的最早提出者，他对法律文化的理解是：“共同制约法律制度并且决定法律制度在整个社会文化中地位的价值与观念。律师和法官有怎样的训练方式和习惯？民众对法律的想法如何？集团或个人是否愿意求诸法院？人们向法律家求助的目的何在？当他们求助于其他官员或仲裁人时又怀有怎样的目的？人们是否尊重法律、政府以及传统？阶级结构与法律制度的运用与否之间存在着怎样的关系？取代正规的社会控制手段和在它之外的还有哪些非正规方式？哪些人喜欢怎样的控制方式，为什么？”〔4〕弗里德曼有关法律文化的理论对其后美

〔1〕〔美〕E. 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，“中文版前言”，第1页。

〔2〕张文显：“法律文化的释义”，载《法学研究》1992年第5期。

〔3〕参见刘作翔：《法律文化理论》，商务印书馆1999年版，第158~170页。

〔4〕〔美〕H. 埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社2002年版，第13页。

国的法律文化观以及世界各国的法律文化观均产生了重大影响。

中国学者对法律文化的解释也见仁见智。笔者推崇梁治平先生对法律文化所作的广义和狭义的区别。他说：“广义的法律文化应该能够囊括所有法律现象：法律观念、法律意识、法律行为、法律的机构和实施、法律制度和作为符号体系的法典、判例，以及不成文的惯例和习惯法等等。狭义的法律文化则主要指法（包括法律、法律机构和设施等）的观念形态和价值体系（包括知识、信念、判断、态度等），与此有密切关系的人类行为模式也应包括在内。”^{〔1〕}由于广义的法律文化能够囊括所有法律现象，适合于更加宽泛的阐释，故本书所涉及的法律文化一般作广义的理解。

（二）宪法文化的概念和类型

1. 宪法文化的概念

宪法文化是法律文化的一个重要组成部分，法律文化的定义决定了宪法文化的主要构架。宪法是宪政的前提，宪政是民主和宪法实施的结果。一般而言，宪法文化是由宪法规范、宪法制度、宪法思想、宪法心理及宪法意识等宪法现象组成的一个有机整体。本书中所言之宪法文化是基于广义的理解，涵盖了宪法文化的制度层面和意识层面，亦即表层结构和深层结构。

首先，作为制度层面的宪法文化包含了宪法典和宪法制度两部分，体现为物质形态，容易被感知。在成文宪法国家中，宪法典由一系列宪法规范所构成，这些规范规定了国家机关的组成及其活动原则，公民的基本权利与义务，国家的政治、社会、经济制度等内容，通过对宪法规范的分析可以了解一国政治制度的性质、政体形式，因此它直接反映统治阶级的意志和

〔1〕 梁治平：《法辨：中国法的过去、现在与未来》，贵州人民出版社1992年版，第12～13页。

利益。在不成文宪法国家中，宪法由惯例、宪法性文件等形式表现出来，如英国的《权利法案》《王位继承法》等，通过这些宪法性规范也可以了解到英国宪政的特色和英国政治制度的构架。宪法制度是指依照宪法的规定而形成的各种制度，如政治制度、经济制度、文化制度和司法制度等，依照宪法组成的各种政治机构以及这些机构的活动原则也是宪法制度中不可分离的部分。

其次，作为意识层面的宪法文化主要表现为宪法思想、宪法观念和宪法心理活动。宪法心理是人们在相对长的时间里形成的对宪法的价值、态度、信仰的一种评价准则体系，它处于意识层面的最深层、靠人的直感难以把握，只有通过分析一个民族的文化与历史传统、通过分析一个民族的各种政治、经济思想等才能把握它。宪法心理的特点在于它与传统政治法律文化具有历史继承性和广泛性，而且一经形成就不易改变。宪法意识是指人们对于宪法的初步认识和价值判断，它是宪法心理在更高层次的反映。宪法思想比宪法意识又高一个层次，它是指人们对于宪法的系统而全面的理论，是人们通过自己的学习产生的对宪法现象的理论化和体系化的认识和评判。宪法思想的传播会导致宪政运动的发生，甚至一国的宪法思想传播到别的国家，并被别国的知识界所接受，成为别国宪法文化中的一部分。

2. 宪法文化的类型

依据不同的分类标准，我们可以将世界各国的宪法文化分为不同的类型：

第一，以社会制度作为划分标准，可分为社会主义宪法文化和资本主义宪法文化。此种划分标准能揭示宪法文化的政治属性和阶级本质。资本主义的宪法建立在生产资料私人占有制

的基础之上，其立宪的指导思想是资产阶级启蒙思想家提出的“天赋人权”和“三权分立”学说，其价值观念是个人主义和自由主义；而社会主义的宪法建立在生产资料公有制为主体的基础之上，其立宪的指导思想是马克思主义的人民主权和民主集中制原则的学说，其价值观念是社会主义的集体主义。

第二，以历史发展阶段作为划分标准，可分为古典宪法文化、近代宪法文化和现代宪法文化。此种划分便于探寻世界宪法文化发展的历史轨迹，揭示其基本规律。所谓古典宪法文化，指的是古希腊罗马时期的民主政治。近代宪法文化从中世纪英国自由大宪章签署而产生，至今已有数百年的历史。特别是世界性的资产阶级革命后，运用宪法来规范国家的政治生活已成为文明国家普遍采用的方法，宪法文化具有了世界属性。至第一次世界大战结束止，资本主义国家普遍开展立宪运动。现代宪法文化是指1918年苏俄宪法产生至今世界性宪法文化的发展，这一阶段宪法文化整体发展的总体趋势是，社会主义宪法文化得到发展，大批独立的民族国家纷纷制定宪法，资本主义宪法文化在改革中缓慢发展。

第三，以文化传统作为划分标准，可分为西方宪法文化和非西方宪法文化。所谓西方宪法文化，在地域上主要以西欧为中心，在文化传统上主要是继承了古希腊罗马政治法律思想的宪法文化。非西方宪法文化是指其文化传统与古希腊罗马的古典政治法律思想没有继承关系，而是西方宪法文化移植到本国后与本土文化的结合而形成的，在价值观念和宪法思想上与西方宪法文化有诸多不同的宪法文化类型。西方宪法文化传播并移植到这些国家后，这些国家不仅在社会进程中的“自然过程”被打断，其文化上的“自然过程”也被打断，开始了对西方宪法文化的接受和认同。但是接受和认同的过程也是西方文化与