

清
慕

法
治
论
衡

高鸿钧 主编
余盛峰 鲁楠 副主编

宪制

卷一（上）



第17辑

清华大学出版社

第17辑

宪制与制宪（上）

高鸿钧 主编
余盛峰 鲁楠 副主编

清华

法治论衡



清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本辑为“中国宪法”专号,旨在研究近现代中国宪法理论与实践的重大前沿问题,并对其主要领域和层面进行反思、总结、梳理与探索,既有理论评析,又有历史考察。作者既有宪法领域权威学者,又有学界中坚新锐。诸君平实言理,从容著文,注重理论而关切实际,文章具有很强的可读性。本书有助于我们全面反思中国宪法实践的经验与教训,为我国应对宪法建设、依法治国等问题,提供了很有价值的理论和信息。对于中国的法治建构具有重要借鉴价值。

适合法学、政治学与历史学等领域的研究者及相关专业学生阅读,对政府官员和关心宪法与法治改革的社会各界人士,亦有重要价值。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

清华法治论衡. 第17辑,宪制与制宪(上)/高鸿钧主编. —北京:清华大学出版社,2013

ISBN 978-7-302-31577-3

I. ①清… II. ①高… III. ①法治—文集 ②宪法—文集 IV. ①D902-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第030707号

责任编辑:方洁
封面设计:傅瑞学
责任校对:王荣静
责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印 张:26.75 字 数:358千字

版 次:2013年3月第1版

印 次:2013年3月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:48.00元

目 录

卷首语

- 中国宪法学的挑战和机遇 张千帆 (1)
- 原宪 鲁楠 (6)

主题文章

- 道统、儒家与宪法秩序 姚中秋 (9)
- 宪政、宪政资源与宪政时刻 陈弘毅 (29)
- 孙中山、“五五宪草”与“中华民国宪法”之制定
..... 吕炳宽 (51)
- “失败的遗产”之宪政悖论解读
——国家建构视野下的清末民初地方自治
..... 常安 (80)
- 英美宪政的近代中国之旅——反思从戊戌变法到“四六宪法”
的宪政认知与实践 马剑银 (106)
- 民初私拟宪法草案初步研究
——以总统解散权之争为核心的展开 王进文 (126)
- “五四宪法”文本中“司法”的缺失及其影响 李秀清 (152)
- 中国宪法的制度改进与路径选择 程洁 (164)

大国宪政的异数：比较视野中的“八二宪法”及中国宪政转型	田飞龙	(178)
个人主义视域中“八二宪法”修改的宪政理念之嬗变	汪江连	(220)
政治宪法学的得失	余盛峰	(242)
龚祥瑞宪政思想研究	褚宸舸	(257)

域外法音

全球宪政主义：意识形态与演变	[美]刘岱伟 & 米拉·沃斯蒂戈 著 徐霄飞 译 林建志 校	(273)
自由的宪法与国家的宪法：评《全球宪政主义意识 形态及其演变》	程 洁	(371)

法治纵论

现代国家、国家理性与政治决断 ——基于系统理论的概念重构	陆宇峰	(383)
公民不服从：不仅仅是权利 ——德沃金“公民不服从”思想解析	李鹿野	(399)
编后记	高鸿钧	(418)

CONTENTS

FOREWORD

- The Challenges and Opportunities of Chinese Constitution Study
 Zhang Qianfan (1)
- On Constitution Lu Nan (6)

MAIN TOPIC

- Confucian Orthodoxy and Constitutional Order
 Yao Zhongqiu (9)
- Constitutionalism, Constitutional Resources and Constitutional
 Moment Chen Hongyi (29)
- Sun Zhongshan, May Fifth Draft Constitution and the Enactment
 of the Constitution of the Republic of China
 Lü Bingkuan (51)
- The Local Autonomy in the Late Qing Dynasty and Early
 Republic of China from the View of “State-Building”
 Chang An (80)
- Anglo-American Constitutionalism in Modern China: The
 Reflections on Chinese People’s Cognition and Practice of
 the Constitution Ma Jianyin (106)
- On Constitution Drafted by Private Citizens in Early Republic
 of China Wang Jinwen (126)
- Lack of “Justice” in the Text of the 1954 Constitution and its

Impact	Li Xiuqing	(152)
Institutional Improvements and Path Choice in Chinese Constitution	Cheng Jie	(164)
The Oddity of Big Powers' Constitutionalism; the 1982 Constitution and the Constitutional Transition of China within Comparative Perspectives	Tian Feilong	(178)
The Evolution of the Concept of Constitutionalism in the Revision of 1982 Constitution: An Individualism Perspective	Wang Jianglian	(220)
The Gains and Losses of the Political Constitution	Yu Shengfeng	(242)
Research on Gong Xiangri's Thought of Constitutionalism	Zhu Chen'ge	(257)

TRANSLATIONS

The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism	David S. Law & Mila Versteeg, trans. by Xu Xiaofei, proofread by Lin Jianzhi	(273)
Liberal Constitutionalism and Statism Constitutionalism: A Note on The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism	Cheng Jie	(371)

COMMENTS & REVIEWS

Modern State, Reason of State and Political Decision—Concepts Reconstruction Based on System Theory	Lu Yufeng	(383)
Civil Disobedience: It Is Not just about Right—An Analysis of Dworkin's Civil Disobedience Theory	Li Luye	(399)
Editors's Notes	Gao Hongjun	(418)



卷首语

中国宪法学的挑战和机遇

张千帆*

自 1982 年颁布以来,中国宪法实在不容易,因为一直没有得到很好地实施,有点像 30 岁没嫁出去的“剩女”,或没娶媳妇的“剩男”。这个比喻也许不恰当,但是我们不必否认这个事实,尤其是宪法学者不能否认,否则,法学同行会对我们这个职业有看法。假如要说我们的宪法还实施得不错的话,那我一定可以论证,埃塞俄比亚的宪法也实施得很好,说不定比我们更好。有人说我们的宪法实施了,因为 30 年来依据宪法制定了大量法律,但如果这就是衡量宪法“实施”的标准的话,那么埃塞俄比亚的宪法必然也实施得很好,因为它肯定也有大量法律是依据宪法制定的。那些没有宪法审查的国家“实施”得尤其好,因为所有法律都被认为是依据宪法合宪制定的,法律的数量很可能比我们还多得多。所以,按照这种标准,世界上没有一个国家的宪法会“实施”得不好,但是这样的“实施”有意义吗?即便从“马工程”宪法学教材的编写经历来看,“宪政”这两个字还是不让提。宪政是什么?不就是宪法的实施吗?如果连宪政都不让提,这样的宪法能

* 北京大学法学院教授。

实施好吗？

如果说中国宪法不容易，那么中国宪法学就更不容易了，因为宪法不实施，尤其是没有司法适用，宪法学研究就失去了现实素材。“巧妇难为无米之炊”，中国宪法学就是一场“无米之炊”。许多人认为美国宪法学家了不起，却伯、阿克曼、孙斯坦等大名耳熟能详，他们的著述既优美又厚重，但是不要忘记，他们的成果是建立在丰富的行宪实践基础上的，哪一篇论文、哪一本专著不是引证大量宪法判例？如果放在中国环境下，他们也施展不开、奈何不得。在宪法适用完全不存在、宪法判例一个也没有的情况下，21 世纪的中国宪法学还算做得不错，基本上脱离了政治口号和意识形态话语体系。在这个意义上，宪法学者都不容易，不妨先自我庆贺一下。但是，宪法研究的现状是否能满足社会的需要、时代的要求？我认为还是存在很大的差距。

宪法研究对于当代中国社会的作用是毋庸置疑的。不论“十八大”之后如何，中国改革今后的主要任务就是落实宪法、改革体制。宪法实施得如何，也是衡量中国未来改革成败的首要标准。如果说最近 30 年的基调是经济改革，那么今后 30 年的改革首先是政治和法治改革，执政党必须完成从革命到宪政、从人治到法治的转型。在这个过程中，我们需要研究中国社会出现的大量现实宪政问题，并借鉴其他国家的宪政经验，尤其是发展中国家在走向宪政过程中的转型经验和教训，因而，宪法学者是有大量工作要做的。但是对比这个要求，我们在研究方向上存在很大的偏差。以下，我主要谈三个方面的问题。

首先，理论研究所占的比重仍然过大。除了法理学之外，宪法学是法学各门派中最注重理论的，我还没有看到有哪个学科像宪法学对理论和方法如此情有独钟。当然，我不是说不能做理论研究，对基本概念、基本原理、解释方法的研究显然是必要的，但是研究了那么多年，这些问题今天已经是常识了，没有必要让那么多的人尤其是年轻人“研究”这个领域。特别要注意的是，理论研究不能成为回避现

实问题的借口——反正宪法解决不了什么实际问题,不如研究解决问题的“方法”。这是不行的。我经常把宪法学比喻为炒菜,中国宪法学的基本困境就是无菜可炒,所以就有那么多人去研究“菜谱”。但是你想,一群人围着了一口空锅,能发明出什么菜谱呢?这和不下水游泳,而去研究游泳的“方法”有什么两样?这样的“方法”再漂亮也是花架子,下不了水的。

学者一旦闭门造车,炮制出来的“方法”往往沦为脱离社会和现实需要的空想,很容易走偏。政治宪法学就是一个例子。我曾在其他场合对它进行严厉批评,将它的主张定性为“宪法虚无主义”。当然,学术有自由,我们显然无权标榜自己正确,而且我要承认政治宪法学者的思想很活跃,不像许多传统宪法学者那样沉闷,但我还是要说,它的方向错了。我尤其想奉劝青年学者,勿为流言所惑,不要随便凑热闹,做学术不能有太强的功利心。国内经常是某某“理论”看上去很红火,许多人投入时间精力“围观”,结果没几分钟热度,到头来发现不过是个陷阱而已。

我还想提醒年轻人,理论和方法这些“菜谱”是我们这些即将退休的人“玩”的,你们目前的主要任务是采摘,大家不要都守着“中国宪法”这口空锅。你们趁着年轻,要多行动、多实践、多研究具体问题,不要还没入道,就老气横秋地理论长、方法短。我经常对学生说,方法论其实是等闲之辈琢磨的事情,高手从来是原创者。爱因斯坦写过什么相对论的“方法论”吗?没有,他创造的理论解决了别人解决不了的实际问题,别人才来学习他的“方法”。事实上,解决一个问题的“方法”可以有无穷多种,但是人们看重的只有实际上解决了那个问题的方法。

因此,宪法学研究要回到中国宪法的真问题。中国宪法确实没有判例,但是有没有可以研究、值得研究、需要研究的现实问题?青年宪法学者有没有可以采摘的宪法之果?众所周知,这方面的问题和素材是大量的,多得我们无暇顾及。每年、每月、每周都有重大社会事件发生,而几乎每一个这样的事件都和宪法有关系。虽然中国

宪政的官方路径迄今不通,但是民间宪政越来越活跃,为宪法研究提供了大量素材和需要解决的问题。但是在绝大多数情况下,我们宪法学者对这些问题是集体失语的。我比较仔细地翻阅了今年宪法学年会的三大本论文集,发现大部分仍然在高谈阔论理论和方法问题。几十篇论文讨论重要现实问题的甚少。如果我们避重就轻,回避中国宪法需要解决的真问题,那么我们的研究便不可能受到社会关注。倒不是说宪法研究一定要产生社会影响,但是我们不会否认,宪法研究必须有社会价值,没有价值的研究很快会被社会遗忘。

最后,比较宪法研究还有待进一步深入。进入 21 世纪以来,宪政发达国家的宪法实施机制、横向与纵向分权机制、宪政与民主关系等问题的研究已经取得长足的进步,但是对发展中国家的宪政转型机制却几乎一无所知。印度是邻国,也是宪政大国,但是我们眼里的印度就只有贫穷和陋习。泰国也是邻国,但我们对泰国的“知识”就是军事政变和红衫军闹事。对中东欧、对拉美、对非洲国家则所知更少,以至《中国震撼》断言几乎所有的宪政民主转型都是失败的,也没有哪个宪法学家出面驳斥,因为我们也只是和那位作者一样以旅游者的身份跑马观花了一些国家而已。韩大元教授正在组织翻译《世界各国宪法》文本,很有价值,但文本翻译只是起点,远非终点,不能代替具体制度研究。尤其是很多发展中国家和中国一样,“潜规则”盛行,文本未必能读出太多东西。这就要求我们深入这些国家的宪法实践,研究它们宪法制度的实际操作以及在转型过程中遇到的宪政难题。但是在宪法学年会的三大本论文集中,只有一篇关于发展中国家的宪法,而且还是比较单薄的,并未引用任何原文文献。

宪法学之所以出现大批新生力量跑去研究“理论”、“方法”,而不是中外宪政的现实问题,和中国的舆论环境、评价体制和民族心态是分不开的。不仅中国宪政的现实问题没人敢碰,而且系统研究外国宪政也成了一件吃力不讨好的事情,不仅需要花费大量时间打语言基础,还要辛苦挖掘支离零散的个案材料,而且研究出来的东西往往也会受到“南橘北枳”、“不合中国国情”等“外国知识无用论”的指责,

而随便忽悠出来一个以“中国”冠名的“理论”却能一夜成名、叱咤一时,一个大标题加上一堆新名词就能镇住一大帮人。这类不知所云的“理论”在政治上极其安全,一般不愁出版发表的渠道,甚至经济效益甚高。现在年轻的博士在做论文的时候就发愁毕业之后找工作,找到工作之后又发愁发论文、评职称、买房子、结婚养子,生存和竞争压力反而比老一辈学者大得多,不容易静下心来研究一些真问题,受到短期名利诱惑也在情理之中。但无论如何,这样做最终是对自己不负责任。等人到暮年再发现自己原来一事无成,那个时候就不能再怪“文革”之类的外在因素浪费了自己的光阴,而只能怪我们的懒惰和投机取巧耽误了自己的发展。

由于我们研究了本来不该重点研究的问题,应该研究的问题却无人研究,从而导致本来有限的宪法学研究资源的大量浪费。我们经常发现,民间关心社会现实问题,但是往往不具备必要的知识基础,不少民间人士提出的主张在我们看来激进、幼稚甚至离谱,而我们这些有学术功底的人却不去关心中国社会的真问题。如果这种状态持续下去,中国未来的宪政改革就无法具备必要的知识积淀。

转型中国面临着巨大的风险和挑战,但同时也为我们提供了巨大机遇。对于中国未来的改革来说,宪法不应该是最无用的法,而应该是最有用的法;宪法学不应该是最无用的学科,而应该是最有用的学科;宪法学家不应该是最无用的法学家,而应该是最有用、最博学、最伟大的法学家。无论学者的年龄、层次如何,只要方向正确并付出适当的努力,这个目标都是可以达到的。我尤其想提醒年轻的宪法学者,不要错失这个时代赋予我们的伟大机遇。

原 宪

鲁 楠*

定分止争之谓法，音调谐和之谓律，纲常元典之谓宪。故宪者，万法之法，众律之律也。万法纷纷，由宪而生；众律纭纭，自宪而始。是故，立法者首倡制宪，修律者尤重宪制，纲举乃可目张，根深方能叶茂，此至简至深之理也。

《礼记》云：祖述尧舜，宪章文武。宪章二字，由是始出。尧舜之道，爱众而任贤，文武之政，重德以配天。大道既行，天下为公，此宪章之真精神也，亦华夏元气之所由出，仁人魂梦之所由寄。尧舜顺乎大道，乃能禅让；汤武应于天德，方可革命；周公体于民心，才行共和。禅让、革命、共和者，实吾民族首创，暗藏民主胚囊，民权滥觞，民治初构也。

然三代以降，天下为家，大盗蜂起，窃国者众。阳儒阴法，名实分离；王霸互用，道术并行。独夫民贼，行权于上，愚夫愚妇，效忠于下，陈陈相因，乃至千年。

历朝历代，每有英主，选贤任能，励精图治，乃成贞观之治，康乾

* 中国人民大学法学院博士后。

盛世。其后之君，声色犬马，亲昵奸佞，以致王朝土崩，天下鱼烂。虽时有贤臣名将，志士仁人，欲救苍生于水火，拯大厦之将倾，而不可得也。何故？化天下为一姓之私，悬百姓于一人之智也。在此之下，纵君相分权，六部分工，士人抗礼，王朝衰败犹不可挡，乃至天下大乱。如此政道，千年轮转，偶有中兴，旋即衰歇。

每临末世，天下饥馑，饿殍遍野，易子相食；外敌侵袭，烧杀掳掠，屠城清村，十室九空。王朝继替，百年轮回，人间惨剧，每每上演。一人之罪耶？一姓之罪耶？悲夫！吾国吾民，兴亡俱苦，竟至于斯。

谭嗣同言：“二千年来之政，秦政也，皆大盗也”。大道既隐，天下为私，愚诈相生，蝇营狗苟。宪章之精神，文明之元气，皆将至死。纵有周公再现，孔子复生，必涕泪伏案，乘桴浮于海矣！

尧舜之道既隐，文武之政不存，大同之梦已没，膏肓之病日深。井泥不食，旧井无禽，己日乃革，除旧布新。

恰欧风施于东土，美雨降于神州。昔日蛮夷，忽成新主，天朝上国，沦为屏藩。物华天宝，人杰地灵之地，实乃萧条落后，蒙昧野蛮之域；雄州雾列，俊采星驰之国，竟是万马齐喑，衰朽沉沦之邦。一时之间，民主、法治与圣经、鸦片齐来，科学、技术携坚船、利炮毕至。泥沙俱下，美玉与顽石同列，鱼目混珠，仁义与霸道并陈。

华夏精英，中心摇摇，伤于内忧，痛于外患，仓皇四顾，苦寻良方。毁经、硝烟于前，购船、铸炮于后。以夷制夷，以夏变夷，中体西用，富国强兵。卅年洋务，备尝苦辛，甲午一战，烟消火灭。方知三千年未有之变局，非惟关乎器物，亦关乎制度也。后有康梁，公车上书，慷慨陈词，倡言变法，不意萧墙祸起，百日而斩。方知变法，非惟关乎常法，亦关乎宪法也；非惟关乎士人，亦关乎国民也。有新国，方有新政；有新民，方有新法。欲有新国、新政、新民、新法，但凭奏议，徒恃改良，将天下之公意，付一人之私心，可乎，不可乎？

幸有孙文，观东西之政，察古今之变，知民主共和、宪政法治乃天下大势，浩浩荡荡。此非华夏所能扭转，非中国所能自外也。故弃君宪而倡共和，废君主而行民主，捐特权而普民权，置改良而就革命。

以一人高呼，倾腐朽大厦，使故国神州，人崭新纪元。孙文之力，何以至此？天下为公，四字而已矣！

天下为公，能得民心；天下为公，能集群智；天下为公，能行民主；天下为公，能伸民权！宪章之真精神在此，大同之真理想亦在此也。

四九之后，国共异政，两岸分途，各分西东。台湾地区效法欧美，民主改革，两党执政，五权宪法，分权制衡，虽经跌宕，终至平稳；大陆师事苏东，偶像崇拜，不断革命，导致天下震荡，民心思动。后改弦更张，重建法治，推进民主，改善民生。改革开放，三十余载，几臻于盛世。由是可知，天下为公，正理也；民主宪政，正道也。

海阔鱼跃，人性本爱自由；圆颅方趾，众生原本平等；俯仰天地，庶类本无差别；环顾东西，道理原无不同。制宪行权，只秉公意，权出议会，但听民声；保障民权，允许选择自由；民主监督，防范权力滥用。开辟公域，庶政公诸舆论；司法独立，纠纷诉诸法庭。保护市场，但须节制资本；赋权政府，只为惠及民生。依此制宪，国富民强；依此宪制，物阜民丰。大道既行，天下为公。

道统、儒家与宪法秩序

姚中秋*

当舜、禹禅国之际，皋陶诫命于禹曰“修思永”。^① 此为政治生命体之永恒意识的初次记载。凡立国者、立宪者、治国者，均冀望于其宪法秩序之稳定性乃至永恒性。具有此种品性之宪法秩序，亦为邦国最重要之共同福利。然而，宪法秩序何以稳定而永恒？曰：道成秩序，道成宪法秩序。顺乎邦国之大道、守护邦国之道统的宪法秩序将是稳定的，因而具有永恒性。

一、道与宪法秩序

何为道？道与宪法间之正确关系为何？《春秋繁露·楚庄王篇》：^②

* 北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院教授。

① 《尚书·皋陶谟》。

② 《春秋繁露·楚庄王篇》。

今所谓新王必改制者，非改其道，非变其理。受命于天，易姓更王，非继前王而王也。若一因前制、修故业，而无所改，是与继前王而王者无以别。受命之君，天之所大显也。事父者承意，事君者仪志，事天亦然。今天大显已，物衰所代而率与同，则不显不明，非天志。故必徙居处、更称号、改正朔、易服色者，无他焉，不敢不顺天志而明白显也。若夫大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义，尽如故，亦何改哉？故王者有改制之名，无易道之实。

综合《春秋繁露》其他各篇，尤其是《三代改制质文篇》，或可确认，董子所说之“制”，并非此处“徙居处、更称号、改正朔、易服色者”所能涵盖，其内容极为丰富，尚包括爵禄之制、继嗣之制，乃至法律之气质也即支配性原则、精神。凡此种种，皆为治理之大法，故董子所言之“制”，大体接近于今人所说之宪法。

至于董子所谓“大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义”，实皆为道之现实存在形态，以一个常用的现代词汇，或可更为准确地从整体上刻画它们：文明。道成文明，当然不是形而上学意义上的道，而是较为具体的道，大体而言是共同体的治理之道。只是，此处所说“治理”对象乃是立体的：从人之心、身，到人与人所结成的各种群，乃至邦国、天下。

董子之“有改制之名，无易道之实”已经界定宪制与文明、与道的正确关系。而董子此说实有所指，盖当时有倡改道者，所谓“古苟可循先王之道，何莫相因”？^①事实上，此一主张大约起自春秋之末，法家倡之尤力，董子之后亦有人坚持。《盐铁论·遵道篇》即记载了“改制不易道”与“改制须易道”两种观点之激烈交锋：^②

丞相史进曰：晋文公谄而不正，齐桓公正而不谄，所由不同，俱归于霸。而必随古不革，袭故不改，是文质不变，而

① 《春秋繁露·楚庄王篇》。

② 《盐铁论·遵道篇》。