

二十世纪中华法学文丛 ①

比较宪法

王世杰 钱端升 著

中国政法大学出版社

D911
1044

179705

二十世纪中华法学文丛

比较宪法

王世杰 钱端升 著



京电力大 00212721

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

比较宪法/王世杰,钱端升著;范忠信校勘. — 北京:中国政法大学出版社, 1998

(二十世纪中华法学文丛)

ISBN 7 - 5620 - 1634 - 8

I. 比… II. ①王… ②钱… III. 宪法 - 比较法学 IV. D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 01987 号

丛书编辑 丁小宣

责任编辑 宋 军

出版发行 中国政法大学出版社

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号(100088)

电 话 62228801 或 62229803

经 销 全国各地新华书店

印 刷 国家统计局印刷厂

版 次 1997 年 12 月第 1 版

印 次 1997 年 12 月第 1 次印刷

开 本 850×1168 1/32

印 张 16.5

字 数 420 千字

印 数 0,001 - 5,000 册

定 价 24.00 元

A174/08

二十世纪中华法学文丛

总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷，百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。

四年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不分，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不宁惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后天春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅本世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达6000余种，总印行数多达数百万册。本世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近30余年，中国法律和法学一派凋零。70年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历

程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治疗我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是本世纪上半叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁灭的危险。由于印刷技术低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辩读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有损于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅本世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法文学丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法制特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是 50 至 70 年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及

50年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品，因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近20年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了6位本世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案、确定书目、选择版本，并以口头或书面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何更动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深渊，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们

共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛

编委会 谨识

1997年7月于北京

二十世纪中华法学文丛

凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意之，则予以保留。另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

基本权利理论与学术批判态度

——王世杰、钱端升与《比较宪法》

杜钢建 范忠信

一、著述与生平

20 世纪中国学者在宪法学领域的研究水准大致取决于其对基本权利理论的认识程度。在 30 年代和 40 年代,由于学术环境的相对宽松及欧美日本宪法学思想的薰陶,比较宪法研究盛极一时。自从王世杰出版《比较宪法》(1927 年)以后,先后出现程树德的《比较宪法》(1931 年)、吕复的《比较宪法》(1933 年)、周逸云的《比较宪法》(1933 年)、章友江的《比较宪法》(1933 年)、张知本的《宪法论》(1933 年)、萨孟武的《政治学与比较宪法》(1936 年)等等。王世杰的《比较宪法》初版于 1927 年,再版于 1928 年。增订第三版时(1936 年),改由王世杰、钱端升合著。该书在诸多比较宪法研究著作中最具代表性。该书对个人基本权利的认识和对各项宪法制度的比较研究将中国的宪法学研究水平推向了一个新的高度。由于各种原因,1949 年以后中国大陆的宪法学界在比较宪法研究领域至今在总体上还未能达到三四十年的研究水平。

在现代中国比较宪法学者中,王世杰(1891~1981)和钱端升(1900~1990)的影响最大。他们的《比较宪法》一书不仅在 20 世纪上

半叶产生了重大影响,而且在 20 世纪后半叶随着钱端升政治地位的变化而对大陆法学界也有一定的影响。特别是钱端升将《比较宪法》的有关部分纳入《钱端升学术论著自选集》以后,《比较宪法》一书再度引起学术界的关注。

王世杰和钱端升的影响不仅在于《比较宪法》一书所起的思想学术作用,而且在于他们作为政治活动家在当代中国政治法律史上所起的作用。

王世杰(1892~1983),字雪艇,湖北崇阳人;先后获英国伦敦大学政治经济学士,法国巴黎大学法学博士;历任北京大学教授、武汉大学校长、国民党政府法制局局长、教育部长、外交部长、总统府秘书长、行政院政务委员、中央研究院院长,以及国民党中央宣传部长等职。1936 年,王世杰还担任过中华民国宪法草案(五五宪草)起草委员会顾问等职;1949 年随蒋介石去台湾,任“总统府资政”,实为赋闲;此后潜心研究古画,著成《故宫名画三百种》、《艺苑遗珍》二书;1983 年病逝于台湾。逝前叮嘱其女:“切勿在墓碑上刻教育部长、外交部长等官衔,只刻‘前国立武汉大学校长王雪艇之墓’足矣!”此语实为他对自己为学为官生涯的总结。

与王世杰相比,钱端升有着相似的前期为学后期为官的生涯,只是由于“反右运动”和“文化大革命”,钱端升的政治生涯更为曲折。钱端升(1900~1990),上海人,1919 年毕业于清华大学;1923 年获美国哈佛大学哲学博士学位;历任清华大学、中央大学、西南联合大学和北京大学教授;1952 年任北京政法学院院长;1954 年任中华人民共和国宪法起草工作的顾问;1957 年被划为“右派”,被迫发表“认罪书”。在那“检讨不起作用,实事不求是,呼吁不获同情,妻儿不能幸免的多灾多难的岁月里”,^{〔1〕}钱氏不得不多次违心认罪表忠:“解放前,我有过长期的反共、反苏、拥护国民党反动派、亲美崇美的罪恶活动。

〔1〕 钱端升:《钱端升学术论著自选集》,北京师院出版社,第 700 页。

解放后,党和人民不念旧恶,给我以很大的信任和很重要的工作……但我仍站在资产阶级反动派的立场上,心怀不满,不忠于党……。”^{〔1〕}“文革”期间复遭迫害。两次受迫害的罪名中均有“著有《比较宪法》鼓吹反动的资产阶级政治学理论”这一条。1974年起,钱端升担任外交部顾问,1981年于81岁高龄时加入中国共产党;1982年起任全国人大常委会委员、法律委员会副主任、中国法学会副会长;1990年病逝于北京。除《比较宪法》外,还著有《中国政府与政治》、《民国政治史》、《战后世界之改造》等书,译著有《法国政府》、《德国政府》、《英国史》等。

二、《比较宪法》前后版的比较

由于意识形态和其他方面的原因,1949年以后大陆法学界有意无意地降低了王世杰在比较宪法研究领域的开拓者地位。甚至误使青年学者产生一种错觉,以为王世杰没有《比较宪法》个人专著。例如陈盛清在《中国大百科全书·法学卷》有关王世杰的词条中写道:王世杰“著有《比较宪法》(与钱端升合著)等书,用比较方法介绍资产阶级国家制度、政治制度和宪法理论。”此说不确。王、钱合著《比较宪法》比王世杰独著《比较宪法》在内容上有所增加,影响更大。但合著本《比较宪法》只是王世杰独著《比较宪法》的修订增扩本,这一事实长期被忽略了。现在中国政法大学出版社重印王、钱合著《比较宪法》,我们认为有必要指出这一点。希望通过分析两部《比较宪法》的关系及其与其他比较宪法研究著作的联系使读者真切认识王、钱《比较宪法》一书的价值。

王世杰的《比较宪法》(上、下)由商务印书馆初版于1927年,再版于1928年。再版只是重印,除讹字订正和略事补充外,无大改动。

〔1〕《人民日报》,1957年8月4日。

王世杰从1920年起在北京大学讲授比较宪法。该书文稿在整理过程中得到北京大学助教向景的帮助。对此,著者在初版序中提及并致谢。

王世杰著《比较宪法》(以下称前版书)与王、钱合著《比较宪法》(以下称后版书)在体例和内容上大致相同。但后书比前书增加了一些内容。具体增加了哪些内容呢?此书前版(初版、二版)共分五编:绪论、个人的基本权利和义务、公民团体、国家机关及其职权、宪法的修改。此书后版(三版、四版)共分六编,前五编与前版的五编相同,只是增加了第六编“中国制宪史略及现行政制。”该编是在前版第五编第二章“中国制宪问题的经过”的基础上扩充而成。

从各编内容上看,前版与后版的各编章、节、目也无大变化。后版增加内容有:(1)在第一编中,两章的内容基本一样。后版将前版第一章第三节第五目“19世纪以来的变迁”改为“19世纪以来的变迁与最近事例”。后版书第一编第二章第三节“主权问题”的第三目“主权之所在”中增加了“国家主权说”的内容。(2)就第二编而言,后版书将前版书第一章第一节“消极的基本权利——个人自由”中第十二目“个人自由与戒严”扩充为一节,即后版书第二编第一章的第二节“自由与戒严”。后版书将前版书第二编第一章第一节第七目“财产自由”扩充为一节,即后版书第二编第一章的第三节“财产权”。此外,后版还在第二编第一章第一节中增加了一目“通讯秘密自由”。(3)就第三编而言,后版与前版比较,增加了一章,即后版第三编的第四章“公民总投票”。(4)就第四编而言,后版在第一章“议会”增加了一节“议会制度与反议会制度”,即后版第四编第一章的第五节。后版书在第二章“行政机关”中将前版书第二节“行政机关的职权”的第一目“行政机关与立法机关的关系”改为独立一节,即后版书第二章的第二节。此外,后版书将前版书第四编第二章第二节的目、款作了一些调整,包括名称改动和将款改为目。第四编第三章无变化。第四章“联邦制度”中,后版书增加了一节,即后版书第四章的第三节“几个特殊的联

合组织”。(5)就第五编而言,后版书在第五编中增加了“宪法修改的可能性”一章。该章是在前版书第五编第一章第一节“宪法的固定性”基础上修改而成。

后版书比前版书的影响大,从书的内容上看,主要在于增加了“中国制宪史略及现行政制”一编。后版书该编的前三章由前版书第五编第二章“中国制宪问题的经过”改成。后版书第六编第四章“国民政府的机构”是全新的一章。该章使读者从比较宪法和外国宪法的视野转向中国的宪法制度,从而使后版书的读者面更广,也有助于读者进一步在对比中加深对中国宪法的理解。此外,后版书在一些细节上反映出新近的政治理论和各国宪法上的变动。

无论前版《比较宪法》,还是后版《比较宪法》,在体例上都有一个基本特点,这就是对个人的基本权利给予了高度重视,将有关国家机关及其职权的内容安排在个人基本权利和公民团体的编章之后。由王世杰开创的此种比较宪法体例有利于促进宪法学界对个人基本权利的研究和重视。30、40年代的中国宪法学界有点像80年代以前的大陆宪法学界,许多学者对个人基本权利在宪法和宪法学体系中的地位重视不够。个人基本权利与国家机关职权究竟是何种关系,宪法学界在很长时期内缺乏清醒认识。例如,程树德的《比较宪法》(1931年)、周逸云的《比较宪法》(1933年)等,都将个人基本权利的讨论置于国家机关职权之后。基本权利高于政府权力的宪政意识在中国宪法学界一直没有牢固树立起来。民权人权高于国权政权的现代人权宪政观念在20年代已有所传播。在30、40年代的一些比较宪法学著作和当代台湾地区一些比较宪法学著作中,此种观念逐渐得到体现。以王世杰的《比较宪法》为开端,后来吕复的《比较宪法论》(1933年)、章友江的《比较宪法》(1933年)、刘庆瑞的《比较宪法》(1961年)、萨孟武的《中国宪法新论》(1985年)、左瀚生的《比较宪法》(1980年)、张镜影的《比较宪法》(1981年)等都将个人基本权利置于国家机关职权之前,以保障个人基本权利作为国家机关职权的确立和执行的

底线。

然而,轻视基本权利的比较宪法和一般宪法著作也是大量存在的。如程树德的《比较宪法》(1931年)、周逸云的《比较宪法》(1933年)等,都将基本权利内容置于国家机关内容之后。此种思路在1949年以后的中国大陆,不仅影响学者著作,而且影响到宪法的结构。1954年宪法、1975年宪法、1978年宪法均将公民基本权利的章节置后。此种现象直到1982年宪法才纠正过来。至于从学术研究角度和宪法实施方面真正高度重视基本权利,依然还有一个漫长的过程。

三、基本权利与优性发展论

《比较宪法》的作者在人权的概念和性质问题上采取的是历史主义的态度。他们注重历史地考察人权问题。而对天赋人权说和自然法学说持有一定程度的保留。何种权利应当被认为是个人的基本权利,这是随着时代的变化而变化。他们主张将人权分为三类:一类是积极的基本权利或曰受益权;二类是消极的基本权利;三类是参政权。这三类人权在不同时代、不同国家面临不同认识。有的国家宪法承认三类权利都是基本人权或基本权利。有的国家的宪法不将参政权视为基本人权,或不将受益权作为基本人权。人类对这三类人权的认识随着历史的发展而发展。在18世纪法国大革命时期,人们普遍认为参政权与个人自由之间有根本的差别。个人自由被认为是先于国家而存在的“人权”,为一切人所享有。而参政权的赋予与否,则要视年龄、知识、道德等资格而定,个人自由被当作普遍权利,参政权则不必普及于一般人民。法国1789年人权宣言所列举的人权,并无参政权在内。对于此种划分,作者认为殊不精确。因为法律对个人自由,有时亦不能不设为年龄、国籍甚或其他限制。例如未成年者的书信秘密自由及妇女儿童的工作自由,须受法律的特殊限制。就参政权而言,现代国家一般都采行普选权制度,而将历来限制选举权的财产、

性别。教育等各项条件废弃。就普及程度而言,参政权的性质已经发生了变化,成为普遍性权利而同个人自由无重大差异。从承认个人自由,到承认受益权,再到认可参政权为基本权利或人权,这是人类对人权认识历史发展过程。根据这一历史发展过程,作者对三类人权的概念、性质和内容作了深入的探讨。

在关于消极的基本权利的讨论中,作者探讨了人权概念的发展过程。消极的基本权利是指人身自由、言论自由、信仰自由、集会自由等各种个人自由。为使个人知识、道德、与身体上的优性,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。承认个人自由为人的基本权利的观念究竟产生于何时,这在学术界没有一致的认识。作者认为此种观念在古代是没有的。不仅古代东方文化史上没有个人自由观念,而且此种观念在欧洲古代文化鼎盛时代,亦不存在。希腊罗马虽然都曾有过民主政治的历史,“然在希腊罗马民治称盛时代,一般人士,亦皆认国家权力为无限,初未尝承认人民有与国家对抗的基本权利。”^{〔1〕} 作者对个人自由观念所作的历史考察注重两个基本点:一是考察一般人士或普通人们的认识;二是将人权理解为个人与国家对抗的基本权利。基于这两点,断言古代东西方都没有个人自由观念。作者认为个人自由观念产生于欧洲中世纪内。欧洲中世纪内,自然法的观念日渐发达;个人自由的观念,也跟着发展。到了十七八世纪,洛克等人将个人自由视为国家不能侵夺的基本权利。从宪法史上看,1776年美国弗吉尼亚州宪法标志着“个人基本权利入宪的起始”。此外,作者还回顾了美国《独立宣言》,1789法国《人权宣言》和宪法,1791年法国宪法等。他们认为,个人基本权利最初是针对国王权力提出的,此后才进一步发展为针对国家权力。英国早期的法律文书对个人基本权利的认可以限制国王权力为目的。而美法革命时代的权利宣言或人权宣言,则以限制国家一切立法机关的

〔1〕 王世杰、钱端升著:《比较宪法》,中国政法出版社,1997年,第61页。

权力为目的。近代宪法上的个人自由权利观念,从大体上讲,“不能说是以英国那些旧文书为渊源。”^{〔1〕}由此可以看出,作者对个人自由权利观念的历史考察是狭义的,而不是广义的。他们注重的是制度层面的内容,而不是思想层次的内容。如果就思想观念史考察的话,个人自由观念的历史渊源不仅可以追溯到英国早年的权利请愿书等,而且可以追溯到古代希腊智者学派的一些理论。实际上,无论是自然法观念,还是个人自由权利观念,在古代东西方文化中都有其相应的表现形式,考察人权观念的历史发展,对古代文化中的思想渊源是不能忽视的。^{〔2〕}

作者对于近代西方启蒙思想家洛克等人的人权说在历史上所起的巨大作用给予了充分的肯定。同时,他们也对近代天赋人权说的理论弊端进行了实事求是的批评和分析。洛克等人所讲的人权,是指与生俱来的权利,此种权利也是构成人格的要素。所以近代启蒙思想家也称人权为自然权利或天赋人权。国家对于此种人权不得侵犯。作者认为,近代洛克等人的人权说是以国家契约论为基础的。人权实际上被理解为人民最初缔结契约组织国家时所保留的权利,因为人权以不侵害他人权利为限。此种契约国家论的人权观虽然在历史上有过积极作用,但在学理上究嫌空疏。作者指出近代人权说在学理上存在以下几点问题。一是契约说缺乏事实根据。如果说人权是人民缔约造国时保留下来的权利,那么,国家的起源事实上并非基于民约,从而此种人权说也就成为缺少根据的空中楼阁。二是天赋人权或自然权利“只是一种虚玄的论断。”说人权是与生俱来的权利,这在实际上是无法证明的。三是近代人权说通常认为人权先于国家宪法和法律而存在。国家的宪法和法律只能宣示和认可这些权利,而不能创造或赋予这些权利,因为这些权利与生俱来,先于国家存在,是由人民

〔1〕 同上,第63页。

〔2〕 参见杜钢建:《西方古代人权思想述评》,《福建法学》1993年4期。