



面向 21 世纪 课 程 教 材 Textbook Series for 21st Century



北京市高等教育精品教材立项项目

全国高等学校法学专业核心课程教材

宪 法

Constitutional Law

张千帆 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D921.01/36

2008



面向 21 世纪课程教材

Textbook Series for 21st Century

全国高等学校法学专业核心课程教材

宪法

Constitutional Law

主 编 张千帆

撰稿人 (以姓氏拼音为序)

陈新民 程 洁 郭相宏

黄建军 牟宪魁 上官丕亮

王四新 张千帆 朱应平



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

宪法/张千帆主编. —北京:北京大学出版社,2008.1
(面向21世纪课程教材)

ISBN 978-7-301-13230-2

I. 宪… II. 张… III. 宪法-中国-高等学校-教材 IV. D921

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第192949号

书 名: 宪法

著作责任者: 张千帆 主编

责任编辑: 薛 颖

标准书号: ISBN 978-7-301-13230-2/D·1679

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 33.75印张 638千字

2008年1月第1版 2008年1月第1次印刷

定 价: 42.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

内 容 简 介

作为法学核心课程的本科教材,本书体系完备、分析透彻、资料翔实,既照顾学界通说,又有鲜明的特色。

全书按照宪法通例,分“概论”、“基本权利”、“国家结构与组织形式”三编,共十章,简单明了地勾勒出宪法学的知识架构与体系,同时突出教学重点与难点,对宪法权利和基本理论多有新颖独到的阐释,旨在培养学生的权利意识和宪法理念。作者在体例设计上也独具匠心,将各级标题设为一个个宪法问题,引导学生带着问题进入正文;“推荐阅读”则不仅列出学习各章内容必读的经典文献,而且给出精要的推荐理由,对于读者的进一步研读大有裨益。

全书以中国宪法为出发点,以经世致用为导向,以学生兴趣为中心,不时穿插对典型案例的评析,从宪法的角度解读社会热点事件,及时收录最新宪政动态,以求教学内容与时俱进。这些特点都使得本书与传统宪法教材的说教面孔迥然不同。通过阅读本书,读者不仅可以了解宪法基本知识,也能够从中感受到宪政的亲切与务实,甚至体味出宪法学的精深与曼妙……

作者简介

陈新民 德国慕尼黑大学法学博士,台湾“中央研究院”法律学研究所研究员,台北大学司法系合聘教授。主要研究兴趣是宪法与行政法学,发表学术论文七十余篇。代表作有《宪法基本权利之基本理论》、《公法学札记》、《军事宪法论》、《宪法导论》、《社会役制度》、《法治国家论》、《德国公法学基础理论》、《中国行政法学原理》、《法治国公法学原理与实践》。

程洁 法学博士,清华大学法学院副教授。主要研究兴趣:宪法与港澳基本法。代表作有《宪政精义:法治下的开放政府》、《瑞典的议会监察专员》(译著),在《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表论文多篇。

郭相宏 太原科技大学法学系副教授,西南政法大学法理学在读博士生。主要研究领域为法社会学和宪法学。代表作有《宪法学基本原理》,在《法学评论》等学术期刊上发表学术论文三十余篇。电子邮箱:gxh360@126.com。

黄建军 法学硕士,南京航空航天大学法律系副教授。主讲宪法学、行政法学课程,并执教过西方法律史、新闻传播法等课程。主要研究方向为宪政和行政法治等。代表作有《宪政、法治与经济发展》(合著)、《依法行政问题研究》(合著)。电子邮箱:jjhuang2000@163.com。

牟宪魁 日本山口大学博士,山东大学法学院副教授、硕士生导师、东亚法律研究中心主任。研究方向为违宪审查、民商法。在日本的学术刊物上发表了日文博士论文(30万字)中的第三章。代表作有《日本宪法诉讼制度论的课题与展望——以司法消极主义的根源与反对设立宪法法院的主流学说为中心》,载《法商研究》2006年第1期。电子邮箱:muxiankui@sohu.com。

上官丕亮 法学博士,苏州大学王健法学院副教授。主要从事宪法学的教学和科研工作。代表作有《中华人民共和国宪法释义》(参编)、《跨入新世纪的中国宪法学——中国宪法学研究现状与评价》(副主编)、《宪法学基本论》(副主编)、《宪法基本权利新论》(副主编)等书。在《政治与法律》等刊物上发表宪法学论文多篇。曾主持并完成或正在主持江苏省教育厅、中国法学会、司法部的

科研项目多项。电子邮箱:shangguanpl@sina.com。

王四新 法学博士,中国传媒大学政治与法律学院副教授,中国人权研究会理事。主要研究领域为人权和大众传播法基本理论。代表作有《网络空间的表达自由》,发表学术论文二十余篇,参与《人权公约评注》等书的翻译、《大众传播法学》等书的撰写等工作以及“中国人权教育研究”等多项人权项目。

张干帆 美国得克萨斯大学奥斯汀分校政府学博士,北京大学法学院教授,博士生导师,中国宪法学会副会长,《南京大学法律评论》主编。主要研究兴趣:比较宪法与比较行政法,宪政工程与经济发展,比较政治哲学与公共选择实证分析。代表作有《市场经济的法律调控》、《自由的魂魄所在——美国宪法与政府体制》、《西方宪政体系》,主编国家“十五”规划教材《宪法学》,合著《宪政、法治与经济发展》,组织翻译《宪法决策的过程——案例与材料》和《哈佛法律评论·宪法学精粹》,并发表学术论文与评论一百二十余篇。电子邮箱:qtz@pku.edu.cn。

朱应平 法学博士,华东政法大学副教授、宪法教研室主任。代表作有《论平等权的宪法保护》、《跨入新世纪的中国宪法学》(参著)、《宪法学》(参著)、《宪法基本权利新论》(参著)、《澳大利亚法律发达史》(参著)、《行政复议司法化:理论、实践与改革》(参著)、《公共治理与社区建设》(参著)、《宪法学教程》(副主编)、《西方宪法史》(合著)等。电子邮箱:zhuyingping1@yahoo.com.cn。

前 言

北京大学出版社委托我主编“面向 21 世纪课程教材”中的宪法教材。我由于原先主编过一本《宪法学》教程,深恐自己“黔驴技穷”、难有新意,所以原想让他们另请他人主持此事,但承蒙他们好意坚持,只好勉力而为。但是问题依然存在:在国内各种法学教材几近泛滥的环境下,如何保证这不是一本“多余的书”?毕竟,编者的创造力和想象力是有限的,况且学科结构本身不是没有限制。虽然宪法是一门“通法”,宪法学是一门“通学”,各部分首尾相连、环环相扣,因而融会贯通者几乎可以从其任何一部分内容开始,以任何一部分内容结束,但是一本“标准”教材还是有一个最自然、合理的结构,至少在特定编者眼中是这样。因此,至少和那本《宪法学》相比,这本书究竟新在哪里?

在结构上,《宪法学》没有单独的一章宪法史,本书弥补了这一缺憾,专设了“宪法的创制与发展”一章。另外,本书简化了中央和地方关系的内容;权利部分则有相应扩展,专门增设了“表达自由”一节。这是因为这本书的主要对象是本科生,而大多数院校在一年级就开设宪法课。作者的普遍意见是突出宪法权利的重要性,培养新生的“权利意识”。宪法权利的内容确实很多,不仅有理论,更有丰富多彩的实践,在一两章内难以言尽。美国宪法教材的通例也是在自由权(法律正当程序)和平等权(法律平等保护)的一般权利之后,单独设言论与宗教信仰自由作为特别权利,理由无非是这些内容的篇幅和重要性。因此,本书对此——尤其是对于包括言论自由在内的政治性权利——有所侧重,因为它们对于现阶段的中国社会和制度发展确实至关重要。但在总体上,本书的结构还是相当“标准”的:共分概论、基本权利、国家结构与组织形式三编,主要是因为这一结构比较符合中国宪法文本的结构,而中国宪法又是本书的重点。

本书之“新”主要还是在于人。除了学养深厚的陈新民教授是作者队伍里唯一比我年长的,其余都是近年来在宪法学界崭露头角的青年才俊。国内宪法学界近几年来蓬勃发展、新人辈出。依我观察,和前辈相比,青年宪法学者的教育背景更纯正、学术功底更扎实、知识结构更完备,日后必将是中国宪法学界的中坚力量,因而以他们为主来编写“面向 21 世纪”的这本教材是再恰当不过了。重要的是,当今宪法学界的主流声音是大致趋同的,尤其是年轻人的思维模式和研究方法基本上已步入正轨,逐渐远离意识形态色彩浓烈的政治话语,走向一种以功能主义为导向的法律科学。以此作为我们的基本共同点,我相信我们会写一本与众不同而有独立价值的宪法学教材。

在体例上,本书基本上按常规体例,唯一的“创新”之处——如果算得上“创新”的话——是尽可能将章节之下的标题设为问题,每一小节、每一小段都围绕

所设的问题来写。这么做的目的是突出宪法(学)的实用性,使宪法学者都关注读者普遍关注的问题。在某种意义上,本书就是为了回答读者可能感兴趣的一些宪法实际问题而写的。

在内容上,我们努力转向以中国为主,以其他国家的制度为参照背景。这也是对我们的一个挑战——在目前中国宪法没有进入诉讼、除了个别例外还没有任何案例的状态下,我们能否写出那么多有意义的东西?这本书的回答似乎是肯定的。当然,本书不应该也不可能局限于谈论中国宪法;即便是中国宪法的内容,也是在比照其他国家的宪法理论和实践中展开的。

本书的主导思想大致有三个。第一,以中国为出发点,用宪政的普遍原理来分析和解构中国宪法;第二,以实用为导向,理论为实践服务,多分析中国的案例和法条;第三,以学生为中心,简明扼要、深入浅出,不是只写我们自己熟悉或感兴趣的東西,不要让大一的学生望而却步。现在既已成书,看来第一和第二个目标已经基本实现,虽然今后仍待完善。但是第三个目标却未必完全实现了,尤其是我们的青年学子都非常认真地对待自己的任务,恨不能在有限的空间穷尽自己平生之学,结果书的分量可能对于本科教材来说还是有点厚重。

这也是很正常的。现在的书都是越写越厚,宪法学教材也是这样。这一方面表明宪法学的内容越来越丰富,因而是好事;另一方面,相对来说,厚书是比较好写的,薄书要写好则要求非凡的功底。首先,作者要收集、吸收、消化大量法条、判例、历史事件,去充实普遍和抽象的原则,这就是一个从薄到厚的积累过程;没有这个过程,法律就只是几条索然无味的条文和大而无当的原则。然后,通过自己的思维融会贯通、提炼升华,才能用自己的理解把原则重新表达出来,这才是从厚到薄的过程。

本书撰写分工如下:

第一章:陈新民

第二章:程 洁

第三章第一节:朱应平,第二节:牟宪魁

第四章:张千帆

第五章第一节:上官丕亮,第二节:郭相宏

第六章第一、五节:郭相宏,第二节:王四新,第三、四节:黄建军,第六节:朱应平

第七章:黄建军

第八章:上官丕亮

第九章:牟宪魁

第十章:郭相宏

我们感谢北京大学出版社的信任和支持,尤其是责任编辑薛颖的认真校读和中肯意见。本书的顺利出版显然离不开他们的努力。

张千帆

2007年10月

目 录

第一编 概 论

第一章 宪法的基本概念与理论	(3)
第一节 宪法的意义	(3)
第二节 宪法的分类	(15)
第三节 宪法的序言	(24)
第四节 宪法总纲	(28)
第二章 宪法的创制与发展	(48)
第一节 宪法的历史沿革	(48)
第二节 中国制宪史:清末与民国时期的制宪实践	(54)
第三节 中国制宪史:社会主义时期的制宪实践	(65)
第四节 中国宪法变迁的基础与方向	(73)
第三章 宪法的实施与解释	(80)
第一节 宪法的实施	(80)
第二节 宪法的解释	(93)

第二编 基本权利

第四章 基本权利的理论	(115)
第一节 权利的基本概念	(115)
第二节 权利的基本性质	(125)
第三节 权利保障的作用	(145)
第五章 个人与社会权利	(170)
第一节 个人权利	(170)
第二节 社会权利	(202)
第六章 政治权利	(223)
第一节 政治权利概说	(223)
第二节 表达自由	(225)
第三节 民主、选举与宪法	(253)
第四节 中国选举制度	(272)

第五节 其他政治权利	(288)
第六节 政党制度	(301)

第三编 国家结构与组织形式

第七章 立法机构	(329)
第一节 “议会至上”与“三权分立”	(329)
第二节 议会的结构与组成	(341)
第三节 议会的职权和运作	(350)
第四节 中国的立法机构	(358)
第八章 行政机构	(386)
第一节 基本概念	(386)
第二节 国家元首	(390)
第三节 行政机关	(402)
第四节 地方政府	(410)
第九章 司法机关	(420)
第一节 司法权的基本理论	(420)
第二节 中国的现行司法体制	(436)
第三节 中国司法权的课题	(454)
第十章 中央与地方关系	(470)
第一节 国家结构形式	(470)
第二节 中国的中央与地方关系	(483)
第三节 地方自治	(501)
第四节 地方保护主义	(516)

第一编

概 论

第一编介绍宪法学的一些基本问题,共分三章,分别讨论了宪法的基本概念与理论、宪法的创制与发展以及宪法的实施与解释。

第一章介绍了宪法的概念、类型、结构和功能。在此基础上,第二章探讨了西方国家和中国宪法的起源与发展。当然,宪法文本只是一个起点,而绝非宪政的终点;如果宪法不能得到实施,或者宪法解释偏离了宪法的原意,那么再伟大的宪政理念、再完美的宪法规定也必然落空。因此,第三章重点讨论了宪法实施的机制和宪法解释的方法。事实上,宪政的全部问题都可归结为如何实施与解释宪法。

第一章 宪法的基本概念与理论

第一节 宪法的意义

一、宪法的功能是什么？

(一) 宪法的出现——人类法政文明发展的最高峰

宪法和其他各种法律规范一样,都是一种拘束人类行为的准则。它包括了要求为一定行为或是不准为一定行为的命令,因而应当获得拘束力。宪法成为国家整个法律体系中的一环。20 世纪初期,奥地利著名宪法学家汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)所提出的“法规金字塔”模式中,居于最顶端的地位。

宪法享有法规金字塔顶端崇高地位的原因,是因为宪法规范的内容在传统上是针对国家行为,也就是作为国家根本大法,规范国家政府之组织、人民基本权利之保障及国家发展之方向。宪法既是根本大法,因此法律不能抵触宪法,宪法即成为国家“万法之法”(norma normans; Norm der Normen)。宪法能实质上发挥此种最高拘束力之国家,即可称为宪政与法治国家。

世界上有许多国家公布宪法、实施宪政,但也有不少国家堂而皇之公布宪法,但却阳奉阴违甚至理直气壮地违背宪法、实施独裁。但唯有前者之情形,才能承认一个国家已步入立宪国家之林,代表其法政文明的最高度发展。

以人类政治与法律制度发展的历史来做观察,而且特别是以 20 世纪这个自然与人文科学发展最迅速的一个世纪而论,世界各国几乎实施了各种各样的国家与政治制度——各种式样的独裁、资本主义的民主制、君主立宪制、民主法治……这些都为我们后人提供了很好的实验素材,让我们检验何种政制及国家模式最能符合人类理性主义,并给国家人民带来最大的幸福。

经过一两百年的近代史淬炼之下的现代理智判断,国家应当选择实施宪政主义,已是无可置疑的决定了。这同样表示专制政府的形式已遭淘汰。在专制时代,国家权力的拥有者可以对人民生杀予夺;到了宪政时代,国家一切依宪法所定来运作,相差何以千里计。一纸宪法的效力竟如此强大,其地位如此崇高,当然是历经人类智慧长久的思辨,才会使宪法获得如此权威的效力。

对于宪法所担负的使命,观察来自政治层面或法律层面的差异,例如以“政治宪法”(politische Verfassung)或“法律宪法”(rechtliche Verfassung),可分别讨论宪法的政治意义及法律意义。两者并不截然独立,而是可以相互影响。

(二) 宪法的政治意义

宪法也可以称为是“政治的法”(political law),这是因为宪法和其他法律不同,一般的法律都是以明确的立法目的以及尽量语意明确的文字,来规定一定的行为与不行为之义务,而涉及政治判断的地方不多。但宪法却是一个具有高度政治意义的法规范。宪法由其产生的历史因素,就可以说明宪法不可避免的包含许多政治判断与政治价值的因素。

最明显说明宪法与政治之间密切关联的宪法学理论,莫过于德国 20 世纪魏玛共和国时代著名的宪法学者卡尔·史密特(Carl Schmitt)所提出的“决定论”(dezisionismus)。卡尔·史密特认为,每一部宪法的产生都是“力”的作用。易言之,每一个国家、每一部宪法的诞生,不论是君主立宪或民主立宪,都不是当然的产物,而是经过力量斗争的结果。因此,这个促使宪法诞生的“制宪力”便决定了宪法的内容及其总精神的依据。这便是“决定论”强调“政治之力”的立论。^①

卡尔·史密特的说法固然符合西方宪法产生的客观史实,但是这种见解将宪法产生的动力与宪法诞生后所应该产生的最高拘束力混为一谈,甚至认识前者可以拘束、影响后者,无疑是宣布了宪法的“宿命论”,也会降低宪法的法治意义,使之沦为政治的工具。因此,卡尔·史密特的“决定论”最后演变成德国法西斯政权背弃《魏玛宪法》的理论依据,便种因于此。

宪法固然含有高度的政治意义,可以称为“政治的法”,但是宪法并不从属于现实的政治力量,反而是宪法自从诞生后,便割断了“制宪力”的脐带,转而来约束所有国家政治的行为并控制所有政治权力。在这种新的国家政治力量与宪法的关联上,宪法在政治方面的任务成为国家权力的组织与运作的基本原则。

这个意义有静态与动态两个层面。在静态方面是组织的建构,也就是国家应设置何种机关来行使统治权力并界定各机关的权力。这涉及国家组织的权限界分以及公权力的合法性来源问题。在动态方面,宪法同样提供了规范国家公权力的运作以及其他政治行为的程序规定,例如国家权力机关的运作、法律的制定、行政与公权力的执行等。这些都是“动态”的程序,亦应在宪法的规范下进行。因此,宪法便将国家的政治行为导入一个已经事先设想而形诸文字的“秩序与形式的状态”(in-Ordnung-und in-Form-Seins)之中。^②

^① 卡尔·史密特的这种决定论,强调了制宪力的优越,也导出了史密特所主张的“修宪界限论”的著名理论。依此理论,任何修宪都不能变更制宪者的重要内涵,亦即修宪力不能挑战、凌越制宪力,否则就变成推翻宪法的革命行为。

^② 这也是德国魏玛时代另一个著名的宪法学者赫曼·黑勒(H. Heller)所提出的理论。参见 H. Heller, Staatslehre, 5. Aufl., 1983, S. 283.

因此,宪法能够产生规范及调和各种国家“权力”的最高权威,也使得国家执政者事实上所拥有并产生实质的“力”,可以被宪法所创设的“法”秩序加以约束。这种以一纸宪法可以发挥的功能,便是决定一个国家权力运作的方向与界限。^①

中国《宪法》第5条第3款规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”;第4款规定:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究”。这些便是宣示这种宪法最高性的条文。

(三) 宪法的法律意义

所谓法学意义上的宪法,是以法治原则来讨论宪法的意义。虽然法治原则不应只具有法学的意义,也应有政治层面的理念与制度——如社会主义法治国家的理念、公民基本权利的保障,但是法治强调由宪法以降各级法规(法律、行政命令等)与法理所形成的规范与价值体系来规范国家的一切生活。就此意义而言,宪法的任务即由其产生的规范方式——即对所有法规享有的“最高性”——来显现。通过“宪法优越性”(Vorrang der Verfassung)之原则,辅以达到此原则的附属制度,例如宪法解释、违宪审查权、政党违宪解散等制度,宪法也成为提供国家与人民在法律生活许多“当为”(sollen)规范的来源。因此,法律意义的宪法通过有组织的国家公权力机关(如行政机关与法院)之执行以及有系统的法学方法之诠释,使宪法以有限的条文形成一个内容丰富且不至于一成不变的广阔价值与规范体系。宪法在此“法领域”内享有最活泼的生命,也就是所谓“活的宪法”(living constitution)。因此,现代民主国家中宪法的规范力虽然无所不在^②,但最明显且最频繁的出现宪法被适用与遵守的情形,则无疑在此“法领域”之中。^③

另外,宪法的另一个任务是确定国家发展的方向。这个可以划归在宪法“总纲”内的条文,使得国家政治、经济与社会具备“恒定性”,不会因为日后负责国家政策的决定者之更替,而变更了国家权力追求的理想路线,例如宪法的人权

^① 德国19世纪社会主义的先驱者以及著名的政治学家拉萨尔(Ferdinand Lassalle, 1825—1864)于1862年发表的《论宪法的本质》(über Verfassungswesen)的演讲稿,将宪法定位为“有效规范国家现实权力关系之典章”,并且将宪法的问题主要当成“权力问题”(Machtfrage),也是整个社会结构所系的“秩序政策”(Ordnungspolitik)。一部宪法能够生存,依靠的是国家的现实权力与白纸黑字的宪法的完全配合。一部良好宪法不可或缺的品质在于契合权力的现实面(verfasste Realitaet),而非仅仅是方针式的期待与目标。因此,拉萨尔的看法一针见血地描述了宪法与国家现实权力的密切关系。H. Heller, aaO., S. 282; B. Ruethers, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, 2. Aufl., 1993, S. 125.

^② 张千帆主编:《宪法学》,法律出版社2004年版,第24页。

^③ E-W Boeckenfoerde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes—Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, in: U. K. Preuss (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 58.

保障、国家权力的组织与界限之规定。因此,宪法的价值判断条款可以积极地促进国家整体秩序的安定性与稳定性。这些属于“方向指针”的宪法规定将在本章第四节讨论。

二、“宪法”是从哪里来的?

(一) 外国宪法之语源

宪法系由英文(constitution)、法文(constitution)及德文(Verfassung)翻译而来,而三者又由拉丁文(constitutio)演变而来,其本义为组织、结构或组成。

早在古希腊时代,亚里士多德在其《政治学》(politica)中已经出现了原始的宪法概念,认为国家应该有一个组成的根本大法,作为立法与国权行使之指导原则。宪法是关于国家权力如何分配、谁拥有最高权力、人民应遵从何种社会目标等的规范。而法律则是依此宪法而制定的法规,使国家权力得以执行并制止违法的行为。因此,亚里士多德认为,认同一个国家,必认同其宪法,同时宪法被废止也代表国家灭亡;产生一部新宪法,也象征一个新国家的诞生。^① 这个“规范公众之法”(rem publicam constituere)的名词即为日后英、法文“宪法”名词的滥觞。但是希腊时代的宪法理念只是理论性的探究,尚未形成国家制度。同样的,在欧洲14世纪,法国也有可拘束国王的“基本法”(lois fondamentales; lex fundamentalis)或“宪法”(lois constitutionnelles);神圣罗马帝国也有“基本法”(leges fundamentales),然而仅限于极特定的事项(如对于贵族或僧侣征税或是诸侯选举),尚未具备宪法的特征。但是“宪法”(lois constitutionnelles)一词已正式见诸文书,二百年后的启蒙运动即择此“宪法”之语而更易其义。

(二) 中国宪法之语源

1. 古代“辞同意异”的宪法用语

中国古代典籍中亦不乏述及“宪”或“宪法”,例如《左传·襄公二十八年》:“此君之宪令”;《国语》:“赏善罚奸、国之宪法”;《管子·七法》:“有一体之治,故能出号令,明宪法矣”;《管子·立正》:“正月之朔、所官在朝,君乃出令布宪;宪已布,有不行宪者,罪在不赦”;《韩非子·定法》:“法者,宪令着于官府,赏罚必于民心,赏存乎慎法,而罚加乎奸令者也”;《中庸》:“仲尼祖述尧舜、宪章文武”;《晋书·张华传》:“晋吏及仪礼宪章”;《唐书》:“永垂宪则,贻范后世”等。这些“宪”或“宪章”都是指国家典章法令,即国家实证法令。另外,“宪”字亦普遍表示“纪律”、“权威”之意义,例如宪台(御史台)、大宪或上宪(长官)、宪纲(官职尊卑)、“宪兵”(维持军纪之兵种)、明清时代监察御史之“纠察风宪”(纠

^① G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1960. S. 506.; C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 4.

察公务员之操守、纪律),可见“宪”字仍为偏向“纪律”方面的用语。而今日我们所理解之现代意义的宪法,则是标准的日本“舶来品”。

2. “舶来品”的宪法用语——由日本传来的“宪法”

日本自中国唐代时实行“大化革新”接受汉字以降,法令使用汉字,和中国文字之意义无甚差别,“宪”字亦然。日本史上出现的“圣德太子宪法 17 条”(圣德太子于公元 539 年摄政,622 年去世),德川时代公布的“宪法部类”,都类似中国古代典籍,将“宪”(宪法)当成典章、法令。到明治维新时,已有学者翻译 constitution 为“政则典范”、“建国法”或“根本律法”。依日本法学名家穗积陈重的分析,日本宪法史上第一位将 constitution 译为汉字“宪法”者,系曾任日本司法大臣的箕作麟祥(1846—1897 年)。箕作麟祥在明治六年(1873 年)出版的“法兰西六法”中首开先例。以后明治天皇在明治八年公布的诏敕中正式提及“立宪政体”,明治十五年复遣伊藤博文赴欧洲考察宪法,明治二十三年(1889 年)公布宪法,现代意义的宪法即在日本获得承认。^① 箕作麟祥其实只是法学者中使用“宪法”之第一人而已,之前已有人引进天赋人权思想到日本。日本德国研究(德意志学)创始人加藤弘之(1836—1916 年)在庆应三年(1867 年)出版《立宪政体略》,首先将德语之宪法(Verfassung)一词由先前其翻译的“大律”(1861 年出版的《邻草》)转译为宪法及立宪政体。故追本溯源,加藤弘之实为“宪法”一词之创始人。

近代中国的现代化,以及学术与生活用语,与留学生在清朝末年大举赴日研习“东学”(日本学术),有密不可分关联。宪法概念及用语的传入中国也是同样的情形。依作者初步考证,最早将日本的宪法用语引进中国的是清廷派驻日本的外交参赞黄遵宪。黄遵宪在光绪十三年(1887 年)所著《日本国志》卷三、《国统志》卷三及卷十四、《职官志》二中,已有“渐建立宪政体”之叙述。按该书之资料收集至明治十三、十四年为止,即明治天皇诏敕中正式提及立宪政体(明治八年,1875 年)之后五六年,伊藤博文越洋考察宪法前二年,似为清朝最早将“宪政”用语介绍至中国者。^②

但无论如何,至迟在 19 世纪末,清朝朝野对于宪法的概念已经十分清晰。例如康有为在第五次上书光绪皇帝(光绪二十三年,1897 年 11 月)中已建议“采择万国律例、定宪法公私之分”,可见宪法一词于此时已正式引进中国。至光绪三十年(1904 年)张之洞奏请清廷立宪,“宪法”一词已被赋予了现代的意义。

^① [日]穗积陈重:《法窗夜语》,日本有斐阁大正 5 年(1916 年)版,第 172 页。

^② 但是,黄遵宪在《日本国志》也有提及“宪法”之处——凡地方官(县长)每年一度至京会议宪法,名曰地方官会议,但此处之“宪法”仍只是典章法令之通说,仍未能视为新意义之宪法也。因此黄遵宪对于宪法是采“新旧交杂”的认知。