

宪政

论丛

第1卷

CONSTITUTIONALISM
REVIEW VOL. 1

■ 张庆福 / 主编

法律出版社



宪 政 论 丛

(第1卷)

张庆福 主编

本期执行主编 莫纪宏

徐 高

法 律 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

宪政论丛 第1卷/张庆福主编. —北京: 法律出版社,
1998

ISBN 7-5036-2336-5

I. 宪… II. 张… III. 宪法-理论-研究-世界-文集
IV. D911.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 28141 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂印刷

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/17.25 字数/420 千

版本/1998 年 4 月第 1 版 1998 年 4 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-2336-5/D·1953

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

《宪政论丛》编辑委员会

顾问：王叔文

主编：张庆福

副主编：陈云生 莫纪宏

编辑委员会委员：（按姓氏拼音顺序）

陈云生 冯 军 李 忠 莫纪宏 吴新平 张焕光 张明杰

张庆福 周汉华 周卫平

《宪政论丛》第1卷编辑委员会

主 编：张庆福

执行主编：莫纪宏 徐 高

前 言

宪政是建立在宪法基础上的政治制度。

人类宪政的历史是人类解放自己的历史。从 1215 年英国的《自由大宪章》开始，到 1789 年法国的《人和公民权利宣言》，作为宪政的宣言书，旨在鼓吹人权，即人作为人应当享有的权利。人类数百年的宪政史都是为了防止人类被自己所创造的社会制度所奴役，因此，民主、自由、平等、人权成为人类宪政运动的主题。

作为人类宪政运动的最主要的物质成果，宪法取代神权、君权，这是人类共同的愿望。宪法的产生，改变了人们关于国家权力与公民权利相互关系的基本观念。在宪法所规定的社会制度下，国家权力不能自我生长，而是由反映社会共同体全体成员意志的社会权力通过宪法形式派生的。因此，直接操作国家权力的组织和个人不是国家权力的所有者，只有社会权力的主体——社会共同体全体成员才是国家权力的所有者。这种全新的国家权力所有制关系就是“人民主权”原则。在宪法所规定的社会制度下，公民权利并不来源于国家权力，而是产生于宪法和法律。宪法和法律是公民权利约束国家权力的武器。在宪法和法律的旗帜下，个人、集体和国家三者的利益得到了有机地协调，人的尊严得到了社会充分的尊重，个人的价值得到了最大程度地实现。“法治”成为现代社会中核心的价值理念。

宪法、宪政是资产阶级反封建的斗争成果。自产生以来，对人类社会的制度、价值、理想发生了巨大的影响。“讲到宪法，资产阶级是先行的。英国也好，法国也好，美国也好，资产阶级都

有过革命时期，宪法就是他们在那个时候开始搞起来的”。（《毛泽东选集》第5卷，第127页。）在当今世界，宪政实践具有了多重性。社会主义宪政在充分吸收人类社会各种宪政实践经验的基础上为人类社会实现宪政理想建立了新的里程碑。

我国的社会主义制度是建立在社会主义宪法基础之上的。新中国成立以来，我国共制定了四部宪法，即1954年宪法、1975年宪法、1978年宪法和1982年宪法。尽管社会主义宪政实践曾经走过曲折的道路，但是，自从党的十一届三中全会提出社会主义法制建设16字方针（即有法可依、有法必依、执法必严、违法必究）以来，宪法和法律在社会生活中的地位受到了充分地尊重。党的十五大正式提出了“依法治国、建设社会主义法治国家”的治国方略，实施宪法、完善社会主义宪政成为面向21世纪我国社会主义法制建设的首要任务。依法治国的核心就是依宪治国。社会主义法治国家就是以宪法为基础建立起来的高度民主、富强和文明的国家。可以说，没有宪法，就无法依法治国；没有宪政，就不可能建成社会主义法治国家。

在依法治国原则成为全社会的主旋律的法治背景下，如何完善我国的宪法制度，充分实践社会主义宪政是摆在我们面前的重要课题。社会主义宪政不可能在没有理论准备的环境下得到良好的实践，只有丰富的宪法理论才能培育和造就社会主义宪政生长的条件。坚持依法治国原则指导、实践社会主义宪政是前无古人的伟大壮举，需要我们认真地去开拓和创造。我们需要自己的宪法理论。

在宪法学研究相对滞后的现状下，宪法学者任重而道远。贯彻依法治国的治国方略，需要在坚持社会主义法制统一原则的前提下，全面地、系统地构造适合于社会主义各项事业健康发展的社会主义法律制度。宪法是根本大法，宪法学也应该成为法治社会的显学。

中国社会科学院法学研究所宪法、行政法室全体研究人员长期以来致力于我国社会主义宪政制度的理论研究，并参与了大量的立法实践。为了推动我国的宪法学研究事业，建立属于我们自己的宪法学理论，为贯彻“依法治国、建设社会主义法治国家”的治国方略，实践社会主义宪政作出一份贡献，向社会推出以研究宪政制度为主的《宪政论丛》。《宪政论丛》反映国内外宪法学界、政治学界和其他部门法学界的最新研究成果。同时也为优秀的宪法学和政治学的博士论文和硕士论文提供发表的园地。欢迎法学界专家、学者都来关心《宪政论丛》的选题、成果、质量，以保证《宪政论丛》能够在发展我国宪政理论方面有所建树，不负编辑初衷。

张庆福

1997年11月16日

目 录

1	前 言	
1	宪法与宪法的回顾与展望	
1	中国宪法 100 年：回顾与展望	张庆福 李 忠
65	中国宪法学：20 世纪的回顾与 21 世纪展望	韩大元
100	面临 21 世纪的宪法学：评析与前瞻	童之伟
122	国家赔偿法研究	
122	中日国家赔偿法：比较与研究	胡建森
173	宪法监督与宪法保障研究	
173	现代国家的违宪审查与人权保障	李 岩
208	德国联邦宪法法院的抽象审查权	刘兆兴

- 235 论法国宪法监督体制 胡锦涛
271 论苏联宪法监督委员会的成立和实践 刘向文
290 试谈俄罗斯联邦的宪法保障制度 刘向文

306 宪政译丛

- 306 宪法学说的 50 年 (日) 高见胜利著 崔智友译
——一个备忘录
328 司法权与违宪审查制论的 50 年
(日) 户波江二著 莫纪宏译
346 法国的“法治国家论”与宪法法院
——路易·法布奥罗与多米尼克·卢梭的理论
(日) 中村义孝编 莫纪宏译
367 分权民主论的 50 年
(日) 山内敏弘著 崔智友译

388 中日 21 世纪宪法与行政法 研讨会论文

- 388 中日 21 世纪宪法与行政法研讨会综述
392 亚太地区各国宪法的发展及权利和义务价
值观的冲突与融汇 陈云生
417 社会自治与现代宪政 莫纪宏
427 宪法保障中的生存权问题 (日) 大须贺明
436 立宪主义——其现状与课题 (日) 浦田贤治
443 行政立法与当代行政法 周汉华
——中国行政法发展方向论略
481 行政自由裁量权及其控制理论 张明杰
496 日本的行政诉讼 (日) 大滨启吉

504	法治行政的原理	(日) 首藤重幸
511	宪法学研究动态	
511	1997 年中国法学会宪法学研究会学术研讨会综述	
518	1997 年中国法学会宪法学研究会年会论文摘要	
528	1997 年宪法学研究综述	

宪法与宪法的回顾与展望

中国宪法 100 年：回顾与展望

张庆福* 李 忠**

自 1898 年资产阶级改良派发动戊戌变法以来，至今已有近 100 年的时间了。在这坎坷艰辛、豪迈雄浑的 100 年中，中国人民为了追求民主，实现共和，倾注了几代人的心血，付出了沉重的代价，终于建立了中华人民共和国，在历史上第一次以主人的身份建设自己的国家。“悟以往之不谏，知来者之可追”。在我国改革开放和社会主义现代化建设承前启后、继往开来的重要时期，在世纪之交的历史关头，总结和概括我国宪政建设的经验教训，探索和揭示社会主义民主宪政建设的客观规律，对于推进我国的民主和法制建设，促进经济发展，维护社会稳定，巩固民族团结，必将具有极其重要的现实意义和深远的历史意义。

一、中国宪法的历史回顾

（一）近代史上三种不同类型的宪法

在中国近代史上，曾经出现过三种不同类型的宪法，即清朝、北洋军阀以及国民党南京政府制定的虚假宪法，资产阶级民主共

和国宪法和工人阶级领导的、工农联盟为基础的人民共和国宪法。

1. 清朝、北洋军阀和国民党南京政府制定的虚假宪法

中国最早的宪法源自清末，是一个地地道道的舶来品。虽然早在春秋战国时期就有“宪令”、“魏宪”之谓，但都是指国家的典章制度和普通法律。中国近代意义上的宪法一词是晚清时期转承日本人箕作麟祥的译法而来的，是中外古今的“合璧”。

无论是从制度意义上，还是从观念形态上来看，中国历史上都从未产生过近代意义上的宪法。近代意义的宪法起源于欧洲17、18世纪资产阶级革命时代，是民主政治的法律化、制度化，有着雄厚的社会经济基础——市场经济，强大的阶级支撑力量——资产阶级以及悠久的历史文化遗产——超然正义观念^①。其核心和精髓是政府权力须受限制的“有限政府”思想。这种被誉为“西方世界对人类文明所作的最大贡献”的宪法是绝对不会在古老、封闭的中华帝国产生的。中华帝国与其他东方古国一样，有着悠久历史的农业文明造就了汪洋大海般的自然经济。小农经济的封闭性、分散的劳动者力量的软弱性成为农民崇尚权力、仰赖王权“赐给他们雨水和阳光”的深刻经济根源。“归根到底，小农的政治影响表现为行政权力支配社会。”^②因而自秦汉以来，中央集权的封建“大一统”格局就成为中国历史发展的主流，封建帝王因世袭的身份合法地统治着中华帝国。在这样的社会经济环境中，不具备滋养宪法孕育、产生和生长的土壤。

如果说近代意义的宪法一词降临中华大地仅仅是语义上的“旧瓶装新酒”，那么“新酒”装入“旧瓶”却是一个充满腥风血

^① 超然正义渊源于古希腊的“最高法”观念。人们认为，政治团体要受法律支配，而其法律来源于一种普遍存在的、神圣的、永恒的自然理性。这种认识为罗马共和国的法学家们、中世纪的经院哲学家们所承继，并成为启蒙思想家思想的重要来源。

^② 《马克思恩格斯选集》，第1卷，人民出版社，1972年版，第693页。

雨、激越悲壮的过程。

1840年，鸦片战争的枪炮声震惊了沉睡的中华“睡狮”，随之而发生的一系列对外战争的失利和丧权辱国条约的签订以及以太平天国运动为代表的风起云涌的国内农民战争，动摇了满清封建王朝的统治基础，中华帝国处于风雨飘摇之中。一个关系到国家安危的紧迫而严峻的问题摆在了每一个中国人的面前：中国往何处去？

在所谓的“同（治）光（绪）中兴”时期，一批封建士大夫首先发动了旨在学习西方“利器”的洋务运动，但很快被1895年甲午战争的硝烟所吞噬。事实证明，仅靠“坚船利炮”改变不了中国的命运。因而甲午海战后，以康有为、梁启超、谭嗣同为代表的一批激进知识分子打出了学习西方“制度”，变法图存的口号。1905年在中国辽东半岛进行的日俄战争，以日胜俄败而告终结，人们更是认为这是“立宪胜专制”的结局，“仿行立宪”的呼声因之而高涨。当慈禧等守旧分子看到，如再不变法，不但会招致国内人民的反对，引发新的革命运动，更为重要的是，还会失去帝国主义的支持^①，危及自己的统治地位，立宪却有“皇位永固”、“外患渐轻”、“内乱可弥”三大利益，他们开始进行了变法。1905年五大臣出洋考察宪政，1906年宣布“预备仿行立宪”，1908年出台了《钦定宪法大纲》。

《钦定宪法大纲》以日本宪法为蓝本，由君上大权14条和作为附则的臣民权利义务9条组成。开宗明义规定：“大清皇帝统治大清帝国万世一系，永永尊戴。”皇帝统揽立法、行政和司法大权，议院只是听命于皇帝的咨询机关。百姓不称“公民”，而叫“臣民”，享有的权利以附则规定，不仅残缺不全，而且只有在法定的

^① 西方帝国主义为了在中国获取更大的利益，对于清廷的“立宪”活动，从政治、经济和舆论上，尤其是经济上大力支持。

范围内才可以行使，而依照清廷在此之前颁布的特别法规，就可使这些“臣民权利自由”化为乌有。这种基于“声望”^①（prestige）的法律移植，在君主权力方面，其宗师日本天皇也望尘莫及。这是一部披着合法外衣的专制主义宣言书。

《钦定宪法大纲》出笼后，不但遭到以孙中山为代表的资产阶级革命派的激烈攻击，也使相当一部分立宪派人士大失所望^②。于是，革命形势一日千里，如火如荼。1911年10月10日，武昌起义爆发，各省纷纷响应，宣布独立。统治阶级阵营迅速分化瓦解，阶级力量对比发生了根本性的变化。为了挽救灭顶之灾，清廷被迫作出重大让步，仅用了3天时间就炮制出了具有临时宪法效力的《重大信条十九条》，拟制了一种对皇权进行重大限制，接近于责任内阁制的政治体制。但这只不过是杯水车薪而已。随着清王朝最后一位皇帝溥仪的逊位，清末的立宪丑剧刚刚拉开序幕就草草收场了。

北洋军阀和南京国民党政府制定的宪法也归属于第一种宪法类型。在这两个政权统治时期，军阀混战、民不聊生、政局动荡，宪法成为继传统的统治秩序和世袭制合法化基础崩溃之后使统治者政权合法化的“遮羞布”，少有可圈可点之笔。

在北洋军阀统治时期，外国资本经常占有中国产业资本的70%~80%，帝国主义凭借其雄厚的经济实力，支持北洋军阀各派势力竞相角逐最高统治权力，在中国历史舞台上上演了一幕幕制宪丑剧。不过1913年10月31日中华民国国会通过的《中华民国宪

① 意大利比较法学家R·萨科认为，声望是法律模仿的两种基本原因之一，是指接受国所移植的法律因具有成功业绩或较高质量而为其他国家和地区所自愿接受。转引自沈宗灵：《论法律移植与比较法学》，载于《外国法译评》1995年第1期。

② 立宪派的主要代表人物梁启超抱怨道：“夷考其实，无一如其所言，而徒为权位之争，势力之倾轧……庶政不举，对外之不竟，视前此且更甚焉。”梁启超：《饮冰室文集》之19，第48页。

法》(草案)(因宪草在天坛祈年殿完成,也称《天坛宪草》)倒是值得一提的。依据1912年《临时约法》和同年颁布的《国会组织法》选举产生的制宪会议,虽然称不上是民选机关,但他们抱定法律至上的观念,特别是在若干制宪委员被捕杀的白色恐怖之中,屡拒诱胁,敢于把袁世凯提出的《临时宪法修正案》、公布宪法权、派人参加会议等要求一而再、再而三地加以拒绝,并在《天坛宪草》中确立了旨在限制总统权力的责任内阁制,这种精神殊为可贵。但在袁世凯的统治之下,宪草自然最终流产了。急于称帝的袁世凯一脚踢开了制宪会议之后,自导自演,炮制出了一部总统握有如封建帝王般权力的“袁记约法”。袁世凯称帝失败后,其继任者曹锟先是于1923年5月以1356万元的代价上演了一幕“猪仔议员”贿选大总统的闹剧,并在同年10月10日颁布了仅用不到7天时间就制定出来的《中华民国宪法》。这部宪法高唱“民主”、“共和”,实际上把总统置于国会之上。不到一年,自称“无论经何种事变,永不失其效力”的“贿选宪法”,就随着直系军阀的垮台而被扔进了历史的垃圾堆。曹锟倒台之后,又有皖系军阀头子段祺瑞的段记宪草因国民代表大会的难产而胎死腹中。

北伐战争胜利后,中国进入了以蒋介石为首的南京国民党政府统治时期。帝国主义对中国经济命脉的控制权开始转移到帝国主义的在华代理人、以四大家族为首的官僚资本家手中。国民政府1931年颁布的《中华民国训政时期约法》、1936年的“五五宪草”以及1946年的《中华民国宪法》也就不能不成为确立国民党一党专制和蒋介石个人独裁的“民主”外衣了。

2. 资产阶级民主共和国宪法

1912年3月11日中华民国南京临时政府颁布的《中华民国临时约法》,是中国制宪史上仅有的一部资产阶级性质的宪法,也是中国近代史上的第二种宪法类型。该部宪法破天荒地对我国的政权建设进行了卓有意义的一次尝试。

在辛亥革命推翻清王朝之后,南京临时政府跨越了被马克思·韦伯称为依靠个人超凡魅力而建立合法化政权的阶段,直接进入了基于成文法律来确认统治者权威的理性——法制时期^①。《临时约法》第一次确立了“主权在民”的资产阶级民主原则,全面地肯定了人民的权利自由,建立了立法、行政、司法“三权分立”的分权模式,规定中华民国是单一制国家。这是资产阶级民主共和国方案的代表作。毛泽东同志曾高度评价这部宪法的“革命性、民主性”^②。孙中山制定《临时约法》是试图以此捍卫资产阶级的革命成果,防止已经窃取政权的袁世凯实行个人独裁。但由于资产阶级上层分子的妥协性、软弱性^③以及革命的中、下层缺乏领导民主革命走向胜利的才干和力量^④,这部在旧中国唯一可称得上近代意义的宪法还未颁行,就决定了其束之高阁的历史命运^⑤。但就《临时约法》在中国制宪史上的地位和意义而言,足以彪炳千秋。它首先在有着两千多年历史的中华帝国确立了“帝制非法”、“共和合法”的观念,使袁世凯称帝、张勋复辟成为历史的笑柄。其次,孙中山领导的“护法运动”不惜以武力来维护宪法的权威和尊严,也在中国的宪政史上留下了光辉的一页。

① 韦伯认为,为了统治地位的长期稳固,任何统治者都必须把政权建立在合法性基础之上。合法性原则有三种表现形式:基于传统、世袭基础上的合理化原则,基于个人超凡魅力而建立的合理化原则和建立在法制基础上的合理化原则。不同历史时期的统治可能涉及这三种原则的相互结合,但有一种形式居于主导地位。参见[美]安东尼·奥罗姆著:《政治社会学》,上海人民出版社1989年版,第78~79页。

② 《毛泽东选集》第5卷,第126页。

③ 在很大程度上,资产阶级的上层分子是仰赖与帝国主义和封建主义的联系来扩大雇佣和剥削积累的,因此他们并不希望彻底推翻封建制度,取消帝国主义的在华利益。辛亥革命后,他们立即从事诱胁革命党人向袁世凯妥协等破坏勾当。

④ 资产阶级中、下层政治、经济力量弱小,却不肯放手发动农民,寻找自己的同盟军,仅把希望寄托于会党组织和新军,但都先后遭到失败的命运。

⑤ 《临时约法》于1912年3月11日由孙中山颁布实施,但袁世凯已于3月10日正式就任临时大总统。

3. 以工人阶级为领导、工农联盟为基础的人民共和国宪法

以工人阶级为领导、工农联盟为基础的社会主义类型宪法是中国制宪史上第三种类型宪法。这种宪法萌芽于民主革命时期党所领导的革命根据地制定和颁布的宪法性文件，包括1931年11月中华苏维埃第一次全国代表大会制定的《中华苏维埃共和国宪法大纲》、1941年11月由陕甘宁边区第二届参议会通过的《陕甘宁边区施政纲领》以及1946年4月陕甘宁边区参议会第一次会议上通过的《陕甘宁边区宪法原则》等。这些宪法性文件都体现了以工人阶级为领导、工农联盟为基础的人民民主政权的精神。其中，《陕甘宁边区施政纲领》所规定边区政权实行的“三三制”^①原则，是根据团结抗日的需要而制定的。在革命根据地时期根据地代表机关制定的宪法性文件，以及根据这些文件建立的人民民主政权，为新中国的宪法和政权建设提供了可行的范式，积累了宝贵的经验。

从清末开始的宪政运动到中华人民共和国成立，中国人民追求民主宪政的历史经验表明：

第一，只有社会主义才能救中国，资产阶级宪法方案在中国行不通。在中国近代史上，宪法的命运与整个国家的命运是紧密联系在一起。清王朝、北洋军阀和国民党政府把宪法作为装点门面或苟延残喘的工具，自然遭到人民的唾弃，而一心致力于“驱除鞑虏，恢复中华”的民族资产阶级所提出的方案也在现实面前碰了壁。孙中山的“五权分立”，宋教仁的“责任内阁制”，只是一厢情愿的幻想，宋教仁还成为议会政治的牺牲者^②。以中国共

^① “三三制”是指在边区政权组织中，中国共产党、各民主党派和无党派人士各占三分之一。

^② 宋教仁为了真正地实行责任内阁制，参加并领导了国会竞选活动，使国民党议员取得多数席位。正当宋教仁准备以多数党领袖身份进京组阁之际，不幸于1913年3月20日被袁世凯的党羽暗杀身亡。