

宪法概念 在中国的起源

王德志 著

gong fa yan jiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

山东人民出版社

宪法概念

在中国的起源

王世杰 著

王世杰 著
《宪法概念
在中国的起源》
王世杰 著

王世杰 著
《宪法概念
在中国的起源》
王世杰 著

王世杰 著
《宪法概念
在中国的起源》
王世杰 著

王世杰 著

王德志 著

宪法概念在中国的起源

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法概念在中国的起源/王德志著. — 济南: 山东人民出版社, 2005. 6

(公法研究/谢晖, 陈金钊, 肖金明主编)

ISBN 7-209-03709-8

I. 宪... II. 王... III. 宪法-研究-中国
IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 051914 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 11.125 印张 4 插页 250 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

印数 1—2500 定价: 22.00 元

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可

厚非。但不无遗憾者，两者皆以误读公法为能事，终致公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄

冰,但相继成长之公法,使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”“行政程序法”“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持

之“刑事法评论”；杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

序

近年来,我国宪法学理论有了很大的发展,宪法学者以强烈的历史使命感,从不同角度探讨了宪法学的基本范畴、宪法的基本原理和基本制度,为发展中国宪法学的理论体系而辛勤的耕耘着。宪法概念是宪法学的基本范畴,也是宪法学者关注和研究的热点问题,新的研究成果相继问世,对宪法概念进行了比较研究和价值分析。王德志的《宪法概念在中国的起源》一书,运用历史分析和价值分析的研究方法,探讨了宪法概念在中国的历史变迁,分析了以权力控制和权利保障为价值取向的宪法价值观在中国的起源,考察了鸦片战争以来,中国学术思想在政府与个人相互关系方面的转变,分析了这种转变的历史背景和思想渊源。以国家权力和个人权利为主线,分析了近代中国的各种社会力量对宪法的不同价值认知和价值追求,以及这些认知和追求在政治斗争和政治制度层面的表现,阐述了中国学术思想变迁对政治制度变革的促进作用。这一研究成果的问世,不仅具有重要的学术价值,而且对于发展中国宪法理论、完善中国宪政制度具有一定的实践价值,对于中国宪政思想史的研究,具有一定的启示作用。

王德志近年来致力于宪法学原理和中国宪政思想史的研究,已经取得了初步的研究成果。值此新著出版之际,作为他的导师,我感到由衷的高兴。我愿意把这一成果推荐给学术界和广大读者,并希望有更多的以宪法学基本范畴为研究对象的著作问世。

韩大元

2005年5月24日

目 录

目 录

《公法研究》总序	谢 晖(1)
序	韩大元(1)
引 言	(1)
第一章	
宪法概念的萌芽	(6)
1.1 宪法概念萌芽的思想条件	(7)
一、鸦片战争前西方传教士对议会制度的	
片段介绍	(7)
二、中国人对西方议会制度的初步认识	(9)
三、西学东渐带动西政东渐	(14)
1.2 君民共主思想的形成	(18)
一、君民共主思想的产生	(19)
二、对君主专制制度的批判	(23)
1.3 议会思想的萌芽	(29)
一、议院主张的提出	(30)
二、议会思想在戊戌期间的发展	(37)
1.4 民权呼声的兴起	(45)
一、民权的含义	(45)

二、民权的作用	(47)
三、民权的开启与保障	(49)
1.5 宪法概念萌芽时的特点	(51)
一、以民本思想解读和接纳民主制度	(52)
二、民本思想与民主思想混同	(55)
三、维护传统文化的主体地位	(58)
四、对纲常名教的批判与否定	(61)
第二章	
宪法概念的产生	(69)
2.1 宪法概念产生的条件	(69)
一、思想条件	(69)
二、社会条件	(71)
2.2 宪法概念产生的标志	(79)
一、对民本思想的超越	(79)
二、根本法观念的确立	(85)
三、宪法价值观的确立	(88)
2.3 宪法概念产生的历程	(91)
一、立宪派宪法概念的产生	(91)
二、清政府宪法概念的产生	(101)
三、革命派宪法概念的产生	(108)
第三章	
宪法概念的类型	(110)
3.1 立宪派的宪法概念	(110)
一、宪法的内涵	(110)
二、君主立宪制宪法的构成要件	(116)

3.2	革命派的宪法概念	(140)
	一、宪法的内涵	(140)
	二、对民主共和国宪法的构想	(145)
3.3	清政府的宪法概念	(147)
	一、宪法概念的内涵	(147)
	二、宪法概念中的民本情结	(154)
	三、宪法概念的实践	(157)

第四章

宪法概念的冲突	(165)
---------------	-------

4.1	立宪派与革命派的论战	(165)
	一、立宪派的主要观点	(166)
	二、革命派的主要观点	(181)
4.2	革命派对钦定宪法的批判	(185)
4.3	立宪派对钦定宪法的抗争	(190)
	一、关于宪政内涵的争论	(190)
	二、对于开办国会时间表的争论	(201)

第五章

宪法概念的初步实践	(206)
-----------------	-------

5.1	进行官制改革	(207)
	一、官制改革的设想	(207)
	二、官制改革的争论	(213)
	三、官制改革的方案	(224)
	四、官制改革的特点	(226)
5.2	成立咨议局和资政院	(230)
	一、统治阶层内部对于议院问题的讨论	(230)

二、咨议局的成立及其活动	(240)
三、资政院的成立及其活动	(256)
5.3 推行地方自治	(266)
一、统治阶层对地方自治的认识	(266)
二、对地方自治章程的规范分析	(274)
三、地方自治的施行	(282)

第六章

宪法概念的演变	(286)
----------------------	--------------

6.1 民权宪法的短暂优势	(289)
6.2 重国权还是重民权	(290)
6.3 国家自由还是个人自由	(294)
6.4 宪法是巩固阶级专政和统治秩序的工具	(303)
6.5 宪法概念的发展趋势	(308)

结束语

.....	(320)
-------	-------

参考文献

.....	(333)
-------	-------

后 记

.....	(341)
-------	-------

引 言

宪法是调整个人与政府之间,以及政府内部各部门之间相互关系的法。它是人民制定的、以权力控制和权利保障为价值取向的、由社会强制力保障实施的根本法。中国的古典文献中虽然有宪法这个词汇,然而那时的“宪法”与“法”一样,并不具备权力控制和权利保障的价值取向。民本主义和专制主义理论所主张的,不是控制公共权力,而是对权力的依赖和权力无限。在中国的传统文化中,个人的价值以及个人相对于他人、社会 and 国家的自主地位被忽视,个人消弭在国家和社会之中,缺乏权利观念,难以形成控制公共权力的个人主体意识。通过控制公共权力来保障个人权利的宪法价值观,是在近代由西方传入中国的,并引发了近代中国的政治与法律变革。也就是说,中国人从权力控制和权利保障的角度解读宪法概念,起始于近代中国的社会政治变革,体现在清末的维新运动、立宪运动和革命运动之中。

本书的写作以史料分析为基础,主要探讨了以权力控制和权利保障为价值取向的宪法概念,在中国萌芽、产生的条件、标志及其特点;探讨了社会变革时期,各种政治力量对宪法价值的不同认识和追求,以及它们之间的矛盾和冲突;探讨了宪法概念在中国产生和演变的基本规律。宪法概念在中国的起源有以下几个特点:

其一,宪法概念在中国的起源,与中华民族的民族危机和历

史命运相联系,在自强和救亡思潮中萌芽,在政治变革方案中确立,是中华民族奋发图强、与时俱进的产物,是先进的中国人向西方学习救国真理的产物。在中国近代历史上,中华民族的危机每加深一步,自强和救亡的思潮就向前推进一步,经历了从振兴经济和军事到进行政治制度变革的转变,在政治制度的变革思路方面,又经历了从议会、民权到立宪、革命的转变。在中国近代史上,从维新派到改良派,再到立宪派和革命派,那些宣传自由和民权,主张政治革新的人士,都是虔诚、热烈的爱国者,因为爱国和救国,所以要维新,所以要变法,所以要革命,所以要立宪。宪法概念在中国的起源史,就是中华民族的自强史,就是中华民族的爱国史。作者在阅读中国近代思想资料的过程中,经常看到他们感人肺腑的语言,经常听到他们振聋发聩的呐喊。作者写作论文的过程,也是接受爱国主义教育的过程。

其二,宪法概念在中国的起源,不是“原发型”的而是“继发型”的,不是从中国的文化土壤里自然生成的,而是为了政治变革的需要人为设计出来的,是西方宪法原理与近代中国的政治变革诉求相结合的产物。宪法概念的思想渊源是西方的宪法原理,这些思想材料不是在中国社会发展的进程中形成的,而是从西方文化中移植过来的。当时,那些先进的中国人因为爱国的心切,救国的心急,把西方的宪法文化和宪政模式仓促之间移植到中国,而这种宪法文化在西方的形成和演变已经有几百年甚至上千年的历史,在西方国家已经有深厚的社会基础。这种文化被移植到中国以后,必然产生与中国传统文化的矛盾、冲突和融合。早期维新时期,维新思想家们还没有考虑宪法文化与中国传统文化的关系,他们一方面主张设立西方式的议会,实行西方式的君民共主,一方面主张取器卫道,维护中国传统文化的主体地位,不允许对传统文化有丝毫的怀疑和动摇。到了戊戌变

法时期,宪法文化与中国传统文化的冲突才凸显出来。这时的维新思想家不但批判君主专制制度,而且批判纲常名教,从而提出了重塑中国传统文化的任务。一定的社会政治制度是以特定的文化氛围为基础的,正如中国的君主专制制度以三纲五常为精神支柱一样,西方的民主制度是以人文主义为思想基础的。人文主义重视个人的价值和个人的主体地位,强调个人的自治、自由和平等,而中国的传统文化重视团体的价值和团体的主体地位,强调个人对团体的隶属和服从,两者在文化价值观上存在较大差异。民主制度绝不可能生存于严等级、别贵贱的文化土壤里,要在中国实行民主宪政制度,就必须改造和重塑中国的传统文化。而中国传统文化在中国人的思想意识中已经根深蒂固,它是君主专制制度在中国经久不衰的思想根源,对其进行改造不可能是一朝一夕的事。

其三,从宪法概念在中国的产生和演变看,人们对“宪法是什么”存在不同的认识,对宪法概念的界定可分为三种类型:(1)宪法是规范、限制国家权力,以保障基本人权的国家根本法;(2)宪法是巩固国家权力并限制个人权利和自由的国家根本法;(3)回避了在国家权力与个人权利相互关系上的价值判断,只是从宪法的地位和效力、宪法的内容、宪法的阶级本质三个方面阐述宪法的内涵。这三种宪法概念有一个共同点,都认为宪法是国家根本法,但是,在根本法的价值取向和追求方面,却存在矛盾和冲突。第一和第二类宪法概念没有回避宪法在国家权力与个人权利问题上的价值判断,但两者的价值判断正相反。每一种价值判断都与相应的宪法理论相联系,并在制宪指导思想以及宪法文本中得到体现。不同的社会政治力量从不同的宪法概念出发,构筑了各不相同的政治体制,并围绕宪法价值观进行了激烈的政治斗争。第三种宪法概念在国家权力与个人

权利的关系上,采取暧昧态度,缺乏追求真理的理论勇气,不能为国家的政治生活和人们的宪法意识提供明确的指导。

其四,民本思想是中国传统文化的一部分,并一直对近代中国的政治思潮产生着巨大的影响。郑观应、王韬等维新思想家,就是从民本思想出发解读和接纳西方议会制度以及君民共主政体的,并且把民本政治与民主政治混同;戊戌变法时期,康有为从中国古代的民本思想和民本实践出发,得出了中国自古就存在议院的结论;在清末立宪运动中,于式枚等清朝官员,也是在民本资料中找到了中国自古就是立宪国的证据。但是,民本思想与宪法原理是两种完全不同的思想体系,在民本主义的思想基础之上所产生的只能是仁政,而不可能是宪政。中国历史上的民本思想家们,一直希望统治者爱民、为民,但政治运行的结果总是统治者的病民和害民,他们一直没有找到使统治者爱民、为民的有效办法和制度。对此,本作者在著作中已经多处提到,并进行了详细论述。限制国家权力的宪法概念之所以在中国产生,就是因为近代中国的思想家们在思想渊源上跳出了民本主义的藩篱。应当明确的是,21 世纪的中国所要建设的是宪政国家,而不是仁政国家,建设宪政国家的思想基础只能是立宪主义,而不可能是民本主义。“人为谋”不如“自为谋”,这一点已经为中国历史所反复证明。依靠几个圣君贤相治理国家,对于保障社会成员的利益来说,是永远都靠不住的。民本政治是统治权力不受社会制约的政治,治者的地位不为被治者所左右,由此产生的最好政治形态至多是“开明专制”。要建设以民主、法治、人权保障和权力制约为特征的宪政国家,我们就必须在思想渊源上割断与民本主义的联系,在政治运行上就不能用“为民作主”替代民主,在价值观念上就不能混淆“民之主”与“民为主”。

关于本著作的创新之处,本作者认为主要有以下几点:其