

# 探寻宪政之路

从现代化的视角检讨中国20世纪  
上半叶的宪政试验

郭宝平 朱国斌 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

郭宝平 朱国斌 著

# 探寻宪政之路

——从现代化的视角检讨中国 20 世纪  
上半叶的宪政试验

山东人民出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

探寻宪政之路:从现代化的视角检讨中国 20 世纪上半叶的宪政试验/郭宝平,朱国斌著. — 济南:山东人民出版社,2005.1

(公法研究/谢晖,陈金钊主编)

ISBN 7-209-03590-7

I. 探... II. ①郭...②朱... III. 宪法-研究-中国-现代 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 135147 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 8 印张 4 插页 190 千字

2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

印数:1—3000 定价:18.00 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家,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。倘以上著译各有侧重，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

# 弘扬法治精神 真诚支持学术

## 法理文库

- |                             |         |   |
|-----------------------------|---------|---|
| 1. 法治论                      | 王人博 程燎原 | 著 |
| 2. 权利及其救济                   | 程燎原 王人博 | 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础               | 谢 晖     | 著 |
| 4. 价值重建与规范选择<br>——中国法制现代化沉思 | 谢 晖     | 著 |
| 5. 权利的法哲学<br>——黑格尔法权哲学研究    | 林 喆     | 著 |
| 6. 法律对行政的控制<br>——现代行政法的法理解释 | 孙笑侠     | 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度               | 刘作翔     | 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思                | 谢 晖     | 著 |
| 9. 法律解释的哲理                  | 陈金钊     | 著 |
| 10. 义务先定论                   | 张恒山     | 著 |
| 11. 基本法律价值                  | 谢鹏程     | 著 |
| 12. 中国法理念(增订版)              | 江 山     | 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论             | 葛洪义     | 著 |
| 14. 法律思维学导论                 | 林 喆     | 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神             | 范忠信     | 著 |



- |                            |     |   |
|----------------------------|-----|---|
| 16. 德国公法学基础理论(上下)          | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版)           | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政                  | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然                | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革        | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑                | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论                | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道                | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境                | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治                  | 齐延平 | 著 |
| 26. 法律推理与法律制度              | 张 骐 | 著 |
| 27. 权利政治论<br>——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 | 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落              | 肖厚国 | 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观             | 赵 明 | 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治            | 夏立安 | 著 |
| 31. 法律的社会学分析               | 魏 宏 | 著 |
| 32. 司法权威论                  | 季金华 | 著 |
| 33. 程序正义论                  | 徐亚文 | 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力             | 喻 中 | 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构              | 范进学 | 著 |
| 36. 法的合理性研究                | 周世中 | 著 |
| 37. 道与中国法律传统               | 龙大轩 | 著 |
| 38. 语境与工具<br>——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 | 著 |

- |                  |     |   |
|------------------|-----|---|
| 39. 良宪论          | 汪进元 | 著 |
| 40. 法学研究与方法论     | 李其瑞 | 著 |
| 41. 凯尔森法律效力论研究   | 梁晓俭 | 著 |
| 42. 民权与民治的试验     |     |   |
| ——晚清地方自治制度的生成与演变 | 汪太贤 | 著 |
| 43. 法律人的法理阐释     | 胡玉鸿 | 著 |
| 44. 宪政的理念与机制     | 季金华 | 著 |
| 45. 宪政主义与制度转型    | 王怡  | 著 |

## 法 学 论 丛

- |                 |     |        |
|-----------------|-----|--------|
| 人权研究(第一、二、三、四卷) | 徐显明 | 主编     |
| 民间法(第一、二、三、四卷)  | 谢晖  | 陈金钊 主编 |
| 法律方法(第一、二、三、四卷) | 陈金钊 | 谢晖 主编  |
| 中国诠释学(第一、二辑)    | 洪汉鼎 | 主编     |
| 法治社会之形成与发展(上下)  | 徐显明 | 刘瀚 主编  |
| 法解释的基本问题        | 刘士国 | 主编     |

## 公 法 研 究

- |                   |     |   |
|-------------------|-----|---|
| 1. 法治与法律方法        | 陈金钊 | 著 |
| 2. 欧洲:从民族国家到法的共同体 | 李道刚 | 著 |
| 3. 行政法的私权文化与潜能    | 关保英 | 著 |
| 4. 现代行政法的基本理念     | 陈贵民 | 著 |
| 5. 从宪法到宪政         | 谢维雁 | 著 |

- |                                 |         |   |
|---------------------------------|---------|---|
| 6. 西方宪政思想史略                     | 黄基泉     | 著 |
| 7. 选举及其相关权利研究<br>——美国选举个案分析     | 王雅琴     | 著 |
| 8. 证券市场监管与司法介入                  | 金泽刚     | 著 |
| 9. 中国近代自由主义宪政思潮研究               | 石毕凡     | 著 |
| 10. 探寻宪政之路                      | 郭宝平 朱国斌 | 著 |
| 11. 西方立宪主义的历史基础                 | 刘守刚     | 著 |
| 12. 立法机关委员会制度比较研究               | 周伟      | 著 |
| 13. 宪法概念在中国的起源                  | 王德志     | 著 |
| 14. 制度设计与立法公正                   | 汪全胜     | 著 |
| 15. 财产权与宪法的演进                   | 何真 唐清利  | 著 |
| 16. 宪法运作的实证分析                   | 张淑芳     | 著 |
| 17. 和平·秩序·好人政府<br>——加拿大宪法的精神与实践 | 徐亚文     | 著 |
| 18. 宪政视野中的中国城市化研究               | 秦前红     | 著 |
| 19. 宪法的国家结构问题                   | 童之伟     | 著 |

## 私法研究

- |             |         |   |
|-------------|---------|---|
| 中国民法典制定问题研究 | 刘士国     | 著 |
| 企业并购与并购法    | 吴国萍 周世中 | 著 |
| 商标权及其私益之扩张  | 崔立红     | 著 |
| 继承法律制度研究    | 安宗林     | 著 |

# 目 录

《公法研究》总序·····	谢 晖(1)
---------------	--------

## 绪 论

对主题的解读和方法论的说明·····	(1)
--------------------	-----

## 第一章

专制政体的恒久性与宪政资源的极度匮乏·····	(9)
-------------------------	-----

1.1 专制政体与宪法:历史的与比较的考察·····	(9)
----------------------------	-----

1.2 短缺与贫乏的宪政历史资源·····	(14)
-----------------------	------

1.2.1 小农经济与中央集权·····	(15)
----------------------	------

1.2.2 封闭的政治体系与不受制约的政府权力·····	(19)
------------------------------	------

1.2.3 最高权力的绝对集权与执行系统的分权·····	(21)
------------------------------	------

1.2.4 以“礼”治国凌驾于以“法”治国·····	(24)
----------------------------	------

## 第二章

制度转型:立宪的动力和顿挫·····	(30)
--------------------	------

2.1 传统中国政府架构的假象与实质: 对宪政的排斥·····	(31)
------------------------------------	------

2.2 现代化的启动与推展:从技术层面到制度层面·····	(33)
-------------------------------	------

2.3 传统政府在内外压力下的转型·····	(37)
------------------------	------

2.4 从专制政治到民主宪政:动因何在?·····	(39)
---------------------------	------

2.5	君主立宪的得而复失:现代化进程的思考与历史的必然	(42)
2.6	历史的偶然	(46)

### 第三章

共和政体的宪政危机:宪政理念与行为的冲突		(52)
----------------------	--	------

3.1	革命与民主:制宪的矛盾性	(53)
3.2	共和政体中民主政治的表象	(57)
3.2.1	依法组织了三权分立的国家权力架构	(58)
3.2.2	出现了政党政治的迹象	(59)
3.2.3	竞选和民选议会的成立	(60)
3.2.4	制宪工程的启动和正式大总统的选举	(61)
3.3	自由主义宪政民主的中断与威权主义宪法的登场	(63)
3.4	自由主义宪政试验失败之检讨	(68)
3.5	渐进主义的宪政理念:各派政治势力的共识	(72)
3.6	从理性的渐进主义到实践的冒进主义	(75)
3.6.1	执政者对政治发展进程的失控	(76)
3.6.2	缺乏妥协的代价:由不满转为急进	(78)

### 第四章

训政理念及训政模式合理性检讨		(82)
----------------	--	------

4.1	训政概念解读及孙中山的训政理念	(82)
4.2	训政的制度设计与法制化	(85)
4.3	训政成立原因检讨:时势的抉择,还是历史的倒车?	(88)
4.4	训政:与日本、韩国的经验之比较	(94)

<b>第五章</b>	<b>训政即以党治国:新的“监护”模式</b> .....	(100)
5.1	政党、现代政治与政党政治 .....	(100)
5.2	训政时期以党治国:理论、法理及实际运作 .....	(102)
5.2.1	国民党为惟一合法政党 .....	(102)
5.2.2	执政党以党代政之学理与法理 .....	(105)
5.2.3	执政党以党代政之架构 .....	(107)
5.2.4	政府乃执政党一党之政府 .....	(110)
5.2.5	训政时期五权政府之运作 .....	(114)
5.2.6	执政党修改与解释重要法律之权力 .....	(116)
5.2.7	“以党统政”:训政的运作机制 .....	(117)
5.2.8	训政时期地方之党政联系制度和融党于政 .....	(126)
5.3	以党治国:观察、比较与思考 .....	(130)
<b>第六章</b>	<b>训政的推展(一):一党专政下的政治现代化</b> .....	(135)
6.1	训政:不同的期许与解读 .....	(136)
6.1.1	自由主义精英对训政的解读 .....	(137)
6.1.2	地方分立主义以行动解读训政 .....	(140)
6.1.3	中共的政治诉求 .....	(141)
6.1.4	体制内的推进力量 .....	(141)
6.2	训政对现代政治的培育 .....	(144)
6.2.1	现代政党政治的雏形和多党制 格局的形成 .....	(145)
6.2.2	训政具有建立法治的导向 .....	(153)
6.2.3	行政管理具有现代政府的基本特征 .....	(155)
6.2.4	确立了公务员(文官)制度的基本	

- 理念和制度 ..... (156)
- 6.2.5 确立了司法独立的基本理念和制度 ..... (160)
- 6.2.6 确立了现代财政体系 ..... (165)
- 6.2.7 确立了基本的人权保障理念和法律制度 ..... (169)

## 第七章

### 训政的推展(二):未竟的地方自治 ..... (174)

- 7.1 训政前中国的地方自治 ..... (175)
- 7.1.1 帝国末期的绅商自治 ..... (175)
- 7.1.2 筹备立宪过程与地方自治 ..... (176)
- 7.1.3 第一共和国的地方自治 ..... (181)
- 7.2 均权制的地方自治理念 ..... (184)
- 7.3 训政时期地方自治之推进 ..... (185)
- 7.3.1 地方自治之规则 ..... (185)
- 7.3.2 地方自治立法与徘徊 ..... (186)
- 7.3.3 民间主持的地方自治尝试 ..... (189)
- 7.3.4 地方分立主义者主导的地方自治 ..... (190)
- 7.3.5 “新县制”下地方自治之组织 ..... (192)
- 7.3.6 重新厘定市自治制度 ..... (199)
- 7.3.7 对新制度的分析与评价 ..... (200)
- 7.4 地方自治未竟之原因考究与解读 ..... (204)

## 第八章

### 对训政之总结与再检讨 ..... (210)

- 8.1 对训政失败和宪政实现条件的理论思索 ..... (211)
- 8.1.1 制约训政成败的环境和内因 ..... (212)
- 8.1.2 训政目标的调适与方略的选择 ..... (214)
- 8.1.3 对体制选择的事实与道德的评判 ..... (216)

8.1.4 训政与威权政治互为表里 .....	(219)
8.2 训政之延续与实践 .....	(221)
8.3 结论 .....	(222)
主要参考书目 .....	(228)
后记 .....	(238)



# 绪 论

## ——对主题的解读和方法论的说明

从现代化角度考察以普遍价值观为基础的中国的宪政暨政治民主化、制度化进程和政治体制的嬗变,是宪法学和政治学研究的一个新视角。本书即为这种尝试的结果。该视角最大的特点在于,研究者可以在广阔的国内、国际背景下,运用历史的、比较的方法,把宪法和政治制度化过程置于追求现代化的时空流变中加以考察,只就其对现代化进程本身所发挥的作用进行客观描述和学理分析,而未必对其作出政治评价和价值判断。

尤为重要的是,当我们以比较的目光观察宪政的发生发展动力时,就会发现,宪政在西方是其社会、文化自然演进而来,“是一个没有任何人能够预期到的后果”;<sup>〔1〕</sup>而宪政之于中国,则恰恰是在不具备发育土壤甚或排斥之的社会和文化背景下的刻意追求。中国之追求宪政,求强求富的功利性是基本动力,换言之,中国的宪政问题和现代化密切相关。因而,运用现代化理论范式研究宪政,特别是深刻检讨宪政在近代中国所面临的种种际遇和推展宪政的种种得失,进而在学理和政治形态的双重层面上确立宪

---

〔1〕 杜维明著:《儒家传统的现代转化》,中国广播电视出版社1992年版,第378~381页。