

从宪法到宪政

谢维雁 著

04

g o n g f a y a n j i u
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

山东人民出版社

从宪法到宪政

增订版



从宪法到宪政
增订版

中国政法大学出版社

谢维雁著

从宪法到宪政

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

从宪法到宪政/谢维雁著. — 济南: 山东人民出版社,
2004. 1

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 7-209-03364-5

I. 从... II. 谢... III. 宪法-研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 122813 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 10.25 印张 4 插页 220 千字

2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 20.00 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。

然则更进之问题在于,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，既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

代序

关于中国宪法学的若干思考

一、如何确定中国宪法学的历史起点？

我国宪法学到底始于何时？学者们至今未形成一致意见。一种意见认为，可以把中国宪法学的历史起点确定为 19 世纪末 20 世纪初。^① 另一种意见认为，宪法学首先兴起于西方国家，19 世纪末，宪法与宪政的理论传入中国，成为中国的一股思潮，^② 换言之，中国宪法学始于 19 世纪末。还有一种意见认为，中国的宪法和宪法学最早产生于 20 世纪初清末时期。^③ 上述三种意见都较笼统，都只界定了中国宪法学产生的大致时间范围，而没有确定较为具体的时间。

确定中国宪法学的历史起点对于了解中国宪法学及宪法产生的背景和发展规律、对中国宪法学自身的反思甚至中国宪法

① 韩大元：《中国宪法学：20 世纪的回顾与 21 世纪展望》，载张庆福主编：《宪政论丛》第 1 卷，法律出版社 1998 年版，第 67 页。

② 罗豪才、孙琬鍾主编：《与时俱进的中国法学》，中国法制出版社 2001 年版，第 54 页。

③ 谷春德主编：《二十世纪中国的法学》，党建读物出版社 2001 年版，第 110 页。

学、中国宪法的未来走向都具有十分重要的积极意义。因此,如何科学地确定中国宪法学的历史起点是我国宪法学中应该认真对待的一个问题。笔者认为,要确定我国宪法学的历史起点,在一些基本问题特别是方法上须作如下说明:首先,宪法学的历史起点应当是以一个对宪法学的产生具有“原初”意义的事件为标志;其次,这一历史事件应当能确定较为具体的时间点;再次,此时所谓“宪法学”不仅不成体系,甚至仅仅具有宪法学的某些特征而不是后来完全意义上的宪法学,也不可能要求出现专业的宪法学著作或具有专业水平。依笔者之见,对西方宪法或宪法制度的介绍应该是我国宪法学最原初的表现。正如有学者指出的,1949年以前的宪法学经历了一个从直观走向理性,从分散到逐步系统化的发展过程,它“最初表现为对西方宪政制度和宪法观念的介绍”。^①因此,对西方宪法或宪法制度的首次介绍可看作是宪法学的起点;最后,以此确定的宪法学的历史起点,是后学者对以前某一历史事件事后的判定,作为宪法学起点的历史事件的当事者则未必认识到该事件在日后宪法学上的价值,更不可能要求他们有宪法学上的自觉。

基于以上分析,笔者将中国宪法学的历史起点确定为林则徐1839年主持编译《四洲志》。主要理由是:

1.《四洲志》对英国议会制度作了介绍,这在中国尚属首次。^②议会制度是英国宪法的核心制度,对这一制度的介绍对我国宪法学确实具有开端的意义。虽然这种介绍还谈不上对西方民主政治制度的深刻认识,也还未从与我国封建专制制度比

^① 胡肖华、肖北庚主编:《宪法学》,湖南人民出版社、湖南大学出版社2001年版,第7页。

^② 张学仁、陈宁生:《二十世纪之中国宪政》,武汉大学出版社2002年版,第6页。

较的角度提出具有建设性的意见,但它提供了对当时封建专制制度进行批判的新的标准或根据。“判断历史的功绩,不是根据历史活动家没有提供现代所要求的東西,而是根据他们比他们的前辈提供了新的东西”。^①就此而言,林则徐主持编译《四洲志》在宪法学上具有十分重要的学术价值。

2.《四洲志》对西方宪法制度的介绍应当是宪法学的重要内容。时至今日,对西方宪法制度的介绍抑或比较研究,一方面仍然是宪法学的重要内容,甚至已形成我国宪法学的一个重要分支学科——比较宪法学。而在西方,比较宪法学自产生以来,已经历了一个多世纪的时间;^②另一方面,它又具有方法论的意义。作为方法,即用比较的方法研究宪法的时间更为悠久,早在古希腊时代就已开始了。^③就我国而言,早在20世纪上半叶,用比较的方法研究宪法就已经成为时尚,并在30年代至40年代出现了一大批有价值的研究成果。^④其中最负盛名的是钱端升、王世杰合著的《比较宪法》,它是在20世纪上半期“对西方宪政理论进行了最全面客观介绍的著作”。^⑤到上世纪80年

① 《列宁全集》第2卷,人民出版社1959年版,第150页。转引自张学仁、陈宁生:《二十世纪之中国宪政》,武汉大学出版社2002年版,第8页。

② 何华辉:《比较宪法学》,武汉大学出版社1988年版,“导论”。

③ 何华辉:《建立新的比较宪法学刍议》,载陈晓枫编:《宪法学研究文集》,武汉大学出版社1995年版,第23页。

④ 杜钢建、范忠信认为,在30年代和40年代,比较宪法研究盛极一时。其成果包括:王世杰的《比较宪法》(1927年),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),王世杰、钱端升的《比较宪法》(1936年)等。(见王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,杜钢建、范忠信为该书所作题为《基本权利理论与学术批判态度》的序言,第1页)

⑤ 杜钢建、范忠信:《基本权利理论与学术批判态度》,载王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,“序”第16页。

代,又有学者呼吁以比较的方法研究宪法,倡导建立新的比较宪法学。^①事实上,介绍是比较研究的一种非常重要的方式。因此,对西方宪法及宪法制度、宪法理论的介绍已然构成宪法学研究的重要组成部分。

如此说成立,则中国宪法学的历史已达 160 余年。如以 1911 年清廷发布的《宪法重大信条十九条》为中国第一部成文宪法,^②则我国宪法典较宪法学晚出 72 年之久。当然,林则徐主持编译《四洲志》还仅仅是中国宪法学的一个时间上的起点,在以后的 160 余年的历史中,中国宪法学可谓命途多舛,至今仍未获得其应有的地位,研究水平也远未达到其应有的高度。当然,将林则徐主持编译《四洲志》作为中国宪法学的历史起点,并不意味着此时宪法学已经有成熟、完整的体系,或者已经成为一个独立的学科。正如有学者指出的,宪法学作为一门学科在中国的出现是 20 世纪初期的事情。对宪法进行真正意义上的研究始于梁启超,他在 20 世纪初即著有《立宪法论》和《各国宪法异同论》等书,开了宪法学研究之先河。^③从学科的意义,说梁启超是宪法学在中国的开山鼻祖,^④是甚为精当的。

除时间概念之外,中国宪法学的起点还有另外一层含义,即当时世界整个宪法学所处的历史阶段。既然中国宪法学源自西方文明的东渐,那么,传入中国那一时期的西方文明或西方宪法

① 何华辉:《建立新的比较宪法学刍议》,载陈晓枫编:《宪法学研究文集》,武汉大学出版社 1995 年版,第 23 页。

② 张学仁、陈宁生:《二十世纪之中国宪政》,武汉大学出版社 2002 年版,第 37 页。

③ 谷春德主编:《二十世纪中国的法学》,党建读物出版社 2001 年版,第 117 页。

④ 见梁启超:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社 2000 年版,范忠信为该书所作题为《认识法学家梁启超》的序言,第 10 页。

学就构成了中国宪法学最初的理论来源,西方宪法学在那一时期的核心概念和论辩话语无疑也就成为了中国宪法学的基础和底蕴。从另一角度看,由于中西方文化的异质性,内含西方文化因子的中国宪法学注定从一开始便与中国传统文化相背离。因此,宪法学的本土化要求异常强烈,而其遭遇的文化抵抗也很强劲。宪法学无法与传统的观念相融合,这导致中国宪法学在很长一段时间,其研究水平低下,仅停留在对西方宪法的概念诠释上(在新中国建立以后中国宪法学又停留在苏联宪法的概念诠释上),缺少针对中国实际的实证研究,难以形成具有内在动力、独立的、自治的、能有效指导中国实践的宪法学研究体制。明了中国宪法的这一起点,有助于我们理解中国宪法学何以缺乏实践功能,何以直到今天也很难说我们有自己的宪法学或者特有的宪法理论等问题。

二、清末至民国时期的“宪政”情结与宪法的兴起

自1898年戊戌变法揭开中国宪政运动序幕以来,中国各种政治力量对宪法、宪政倾注了极大的热情,纷纷打着宪法、宪政的旗号争相登上政治舞台。特别是清末至民国时期,宪法、宪政问题一度成为最重要的政治问题,成为各派政治力量斗争的焦点。但到目前为止,这一时期的“宪政”情结似未引起学界足够的重视。在1908年至1949年的短短41年时间里,各种政治力量公布了一系列宪法性文件,包括:

《钦定宪法大纲》,清政府1908年8月27日公布;

《宪法重大信条十九条》,清政府1911年11月3日公布;

《中华民国临时政府组织大纲》,南京临时政府1911年12月3日公布;

《中华民国临时约法》,南京临时政府1912年3月11日公布;

《中华民国约法》，俗称“袁记约法”，北洋军阀政府 1914 年 5 月 1 日公布；

《中华民国宪法》，又称“贿选宪法”、“曹锟宪法”，北洋军阀政府 1923 年 10 月 10 日公布；

《中华民国训政时期约法》，国民党政府 1931 年 5 月 12 日公布；

《中华民国宪法草案》，简称“五五宪草”，国民党政府 1936 年 5 月 5 日公布；

《中华民国宪法》，国民党政府 1946 年 12 月 25 日公布；

《中华苏维埃共和国宪法大纲》，人民革命根据地时期中共于 1931 年 11 月颁布；

《陕甘宁边区施政纲领》，人民革命根据地 1941 年 11 月颁布；

《陕甘宁边区宪法原则》，人民革命根据地 1946 年 4 月颁布。

另外，还有一些正式公布的地方性宪法文件：1911 年 11 月 9 日的《鄂州约法》，^①1922 年 1 月 1 日公布的湖南省宪法，^②等等。其数量之巨，宪法类别之多，在世界宪政史上都绝无仅有，可谓中国的“宪法奇观”。

出现“宪法奇观”的主要原因是：（1）出现“宪法奇观”受所

① 《鄂州约法》被认为是“中国历史上第一个采用三权分立原则，正式规定人民享有各项民主自由权利的根本法，是资产阶级民主宪政思想的第一次宪法化”。见张学仁、陈宁生：《二十世纪之中国宪政》，武汉大学出版社 2002 年版，第 48 页。

② 湖南省宪法被认为是“省宪运动中惟一完成公布的省宪法”。见张学仁、陈宁生：《二十世纪之中国宪政》，武汉大学出版社 2002 年版，第 123 页。

谓“制度决定论”^①的影响。鸦片战争前夕,清廷已到了穷途末路,经济凋敝,政局动荡,吏治腐败,农民起义不断。鸦片战争的惨败,清廷陷入深度危机之中,天朝的威严丧失殆尽。“中国人渐渐知道自己的不足了”,^②先是在器物上感觉不足,觉得有向西方学习之必要,要“师夷长技以制夷”,于是举办洋务。及至中日甲午一战,洋务运动破产,人们痛切地认识到,西方国家强大的原因不仅在于器物,更为根本的原因在于其政治制度的优越,^③“日本有宪法而强,中国无宪法而弱”。^④于是“觉得我们政治法律等等,远不如人,恨不得把人家的组织形式,一件件搬进来,以为但能够这样,万事都有办法了”,^⑤立宪强国成为了那个时代的基本共识。1904年的日俄战争“使人对于立宪自由增加一层新信仰”:“日本的立宪政治,虽然还不曾得到真正民权自由;但是他施行钦定宪法没有多年,便以区区三岛打败庞大专制的中国,再过十年,又打败一个庞大专任的俄国;于是大家相

① 见萧功秦:《危机中的变革》,上海三联书店1999年版,第151~157页。萧功秦认为,所谓“制度决定论”是指“仅仅根据一种外来制度的‘效能’来决定仿效这种制度,以求实现该制度的‘效能’的思想倾向和观念”(见该书第156页)。

② 梁启超:《五十年中国进化概论》,转引自马作武:《清末法制变革思潮》,兰州大学出版社1997年版,第6页。

③ 这种认识并非是在洋务运动破产后才产生。早在1875年,郭嵩焘就写下《条约海防事宜》,痛斥了当时主办洋务的大臣们把“船坚炮利”看成西洋强盛的主要因素,以为只要筹到大笔款项,买来坚船利炮,便可以巩固海防的主张(见钟叔河:《走向世界:近代中国知识分子考察西方的历史》,中华书局2000年版,第210页)。同时,他认为,“西洋立国,有本有末,其本在朝廷政教,其末在商贾。”(同上书,第212页)由于他首倡“循习西洋政教”,被认为是清末“士大夫阶级中最早主张向西方寻找真理的人物”(同上书,第212页)。但这种认识成为主流思想则是在洋务运动破产之后。

④ 薛刚:《变动社会中的宪政尝试——〈中华民国宪法〉的制定与宪政理想的顿挫》,中国公法网。

⑤ 梁启超:《五十年中国进化概论》,转引自马作武:《清末法制变革思潮》,兰州大学出版社1997年版,第7页。

信‘立宪’两字是确有强国的效力了；仿佛一纸宪法，便可抵百万雄兵”。^①中日、日俄战争被认为是立宪政体战胜了专制政体，^②本是纯粹“舶来品”的宪政及宪法概念自此成为中国的主流政治话语。“制度决定论”表明，国人对传统文化的经世功能已丧失信心。但是，“制度决定论”也消解了宪政尊重人权、保障自由的原生价值，使得“宪政价值在很大程度上被转换成‘为国家强盛提供途径和答案’这样一种‘宪政功能主义’”。^③（2）传统社会政治合法性的丧失是清末至民国时期各种政治力量选择宪政的重要因素。任何一种企图登上政治舞台的政治力量，都极力寻求“合法性”的支持。韦伯曾说，“任何一种统治都试图唤醒和培养人们对其合法性的信念”，一切权力“都要求为自身辩护”。^④中国传统社会政治合法性（实际上是皇权的合法性）的根据有二：一是血统，二是统治手段、措施的适当。二者之间，后者更为根本。我国历史上各王朝的兴替，一般都不是因为血统（即统治者身份的合法性），多是因为统治者的“不道”（即统治手段的非法性）诸如横征暴敛、滥杀无辜等引起的。而现代社会政治的合法性，形式上的根据是经过多数人的同意（即民主），实质上的根据是对人权的切实保障（价值）。到清末，虽然就血统而言皇权并未遭到质疑，但内忧外患使清廷已难以维持其有效统治，这预示了其统治手段、措施的合法性正在“流失”；至辛亥革命前夕，则传统政治社会的合法性业已完全

① 李剑农：《中国近百年政治史》，复旦大学出版社2002年版，第207页。

② 薛刚：《变动社会中的宪政尝试——〈中华民国宪法〉的制定与宪政理想的顿挫》，中国公法网。

③ 王人博：《宪政的中国语境：目标和价值》，载何勤华主编：《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年版，第331页。

④ [德]尤尔根·哈贝马斯：《合法化危机》，刘北成、曹卫东译，上海人民出版社2000年版，第128页。

丧失。因此,近代以来的各种政治力量已不可能再利用传统政治社会的合法性资源,不得不寻求一种对政治合法性的新的解释。从西方传入的宪政理论刚好满足了这一需求。在一个绵延两千多年、在本质上与宪政精神相排斥的国度,要接纳西方宪政制度与理论并不是一件容易的事。但是,19世纪末至20世纪初形成的激进主义思潮^①为此铺平了道路,因为激进主义对传统的否定,正是以西方宪政制度为参照、以西方宪政理论为武器的。尽管多数的政治力量不过是利用宪法、宪政作为一个招牌,并不打算真正地实施宪法,实行宪政;但宪法与宪政问题从此成为各种政治力量斗争的焦点。各种政治力量都希求利用宪法获取其政治合法性,虽然在很长一段时间并没有产生一部具有实质意义并付诸实施的宪法文本,但以制定、修改、维护宪法为中心的长期斗争,却使宪法观念深入人心,从此以后,任何政治力量要取得或控制政权都离不开宪法。可以说,中国近代以来的历史,就是一部各种政治力量围绕宪法、宪政进行斗争的历史。

在这一背景下,宪法问题成为了国家政治生活的中心课题,^②“立宪的口号已经成为当时中国政治的官方语词”。^③这必

① 依萧功秦先生的观点,在19世纪末至20世纪初以来的关键历史时期,中国人所作出的历史选择越来越走向激进;在中国现代化过程中,一种占主流地位的价值倾向是:与自己古老的历史传统作根本的告别,是走向现代化的必要前提。而所谓激进主义思潮,是指“从根本上否定现存旧秩序与制度安排的合理性,否认社会变迁的过渡性与阶段性,力求用某种被人们视为理想的道德秩序,迅速、全面、彻底地取代现存旧秩序与制度体系。”见萧功秦:《危机中的变革》,上海三联书店1999年版,第2~3页。

② 徐秀义、韩大元:《宪法学原理》(上),中国人民公安大学出版社1993年版,第55页。

③ 陈端洪:《从晚清“仿行立宪”谈宪法的概念》,载《法制日报》2002年11月7日。