

分类号_____

密级_____

U D C_____

编号_____

厦 门 大 学

博 士 后 研 究 工 作 报 告

清末民初的制宪权理论与实践研究

——与近代美、法和日本制宪的比较

刘劲松

工作完成日期 2007年6月

报告提交日期 2007年7月

厦门大学

2007年7月

清末民初的制宪权理论与实践研究

——与近代美、法和日本制宪的比较

CHINA'S THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTION
MAKING IN 1901-1914 YEARS

——COMPARED WITH MODERN USA,
FRANCE AND JAPAN

博 士 后 姓 名：刘劲松

流动站（一级学科）名称：法学

专 业（二级学科）名称：宪法与行政法

研究工作起始时间 2005 年 9 月

研究工作期满时间 2007 年 7 月

厦 门 大 学

2007 年 7 月

厦门大学博士后研究报告著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用博士后研究报告的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交该报告的纸质版和电子版，有权将该报告用于非赢利目的的少量复制并允许该报告进入学校图书馆被查阅，有权将该报告的内容编入有关数据库进行检索，有权将博士后研究报告的标题和摘要汇编出版。保密的博士后研究报告在解密后适用本规定。

本研究报告属于： 1、保密（ ）， 2、不保密（ ）

纸本在 年解密后适用本授权书；

电子版在 年解密后适用本授权书。

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

内容提要

制宪权理论是在近代西方文化环境中成长发展起来的,美国率先开始了成文宪法的制定实践,法国继之,成文宪法的制定遂成为各国政治发展的潮流。国民制宪论是世界制宪史上影响最为持久的制宪理论。从批准方式看,宪法会议和全民公决是最为常见的两种宪法批准方式,为各国所广泛采用。近代日本移植了西方国家的成文宪法,并在实践中取得了成功。日本采取的预备立宪方式,与美、法等国差异明显。日本的预备立宪对清末预备立宪影响极大。

近代中国的制宪运动是从 20 世纪初开始。当时各种制宪权理论异彩纷呈,极大地开阔了人们视野,促进了国民政治运动深入发展。在内忧外患之中,中央政府宣布预备立宪,实行钦定宪法,拟订了详细的预备立宪清单,建立了责任内阁制度,公布了钦定宪法大纲,设置了资政院,推行地方自治,设立了各省谘议局,预备立宪的各项措施有条不紊地进行。然而,辛亥革命的爆发,预备立宪进程被迫中断。预备立宪取得的成效也荡然无存。

民国初年,各种制宪权理论层出不穷,其中包括国会制宪权理论、宪法会议参与制宪权理论、都督参与制宪理论、大总统制宪权理论等等。这些制宪权理论实质上都是国民制宪权的不同表现形态。国会制宪权理论和大总统制宪权理论影响最大。各种制宪权理论的产生程度不同地与国会制宪权有关。

国会制宪权萌芽于各省都督府代表联合会期间,《临时政府组织大纲》由各省代表会制定。《临时约法》由南京参议院制定,开始了民国国会制宪权的先例,并明确规定宪法由国会制定。制宪权至此内化为一种法权。民国国会运作效率低下,严重影响国会权威,国会制宪权因此而受到严重挑战。袁世凯取消国会后,随即组织约法会议,根据强国政府的政治理论,制定《中华民国约法》。《中华民国约法》完全体现了袁派势力集团的制宪理念。

清末民初制宪失败的教训表明:立法权与制宪权应该分离;不同的国家应该适用不同的制宪权理论,不可生搬硬套;宪法是多元势力集团妥协的产物,打击排挤反对派不能解决问题;国会制宪权不适用于多元化社会。

关键词: 清末民初 制宪权理论 国会制宪权 《临时约法》 《中华民国约法》

Abstract

The theory of constitution making grew in the modern west culture environment. The USA took the lead to start the written constitution practice. France continued it. The written constitution then became the tidal current of the various countries political development. The theory of constitution making by nation has wide and lasting affect in the world history of constitution making. According to the authorized way, the meeting of constitution making and the referendum are the most common two ways of constitutions authorization, are used by various countries.. Modern Japan transplanted the western nation written constitution, and had obtained the success in the practice. Japan adopted the preparation constitutionalism way. The way is obvious difference as America and France and other countries. The mode of Japan's preparation constitutionalism is an enormous example of the late Qing Dynasty's preparation constitutionalism.

The Modern China's constitution making started from the beginning of 20th century. At that time various theory of constitution making mutually surged, mutually disputed, enormously widened the people field of vision, promoted the national political activity thorough development. In the internal disorder and foreign invasions, the central authorities announced the preparation constitutionalism, had drafted the detailed preparation constitutionalism detailed list, had established the responsibility cabinet system, announced the ordered by the emperor personally constitution program, had established the Capital Politics Courtyard, carried out local self-government, set up Consult Bureau in the each province, preparation constitutionalism methodically carries on. However, the Rising of 1911 broke out the preparation constitutionalism advancement is compelled to sever. The result of preparation constitutionalism was also nothing left.

In early Republic of China, various theory of constitution making surged, the theory of constitution making by Congress, the theory of constitution making by Constitutional meeting's participation, the theory of constitution making by Commanding Officer's participation, the theory of constitution making by Big President included. All these theory of constitution making is actually differeng forms of the power of constitution making by nation. The power of constitution making by Congress and the power of constitution making by Big President had more effectively. All other theories of constitution making got a connect with the power of constitution making by nation.

The power of constitution making by Congress started from various provinces Commanding Officer government office on behalf of the federation. "Organize Program to Provisional Government". constituted by various provinces Commanding Officer government office on behalf of the federation. "Temporary Provisional Constitution" was formulated by the Nanjing Senate, set a example of power of constitution by Congress, had established the power of constitution making by Congress. The power of constitution making became constitutional power. The power of constitution making by Congress. has the slight defect in the legal principle theory of law. and was challenged by factions. Yuan Shikai dismissed Congress, in fact, which

has destroyed The power of enacting constitution by Congress.throughtout the administrative strength. After dismissing Congress, he copied immediately the American Philadelphia constitution construction conference, began to organize the provisional constitution conference,to revise Temporary Provisional Constitution, according to the firm government's political idea. “Provisional Constitution of the Republic of China” had completely manifested the political theory of the Yuan Faction.

Throughtout the practice of constitution making from late Qing and early Republic of China;it indicates: the power of law making must be seperated by the power of constitution making;differnt theories ought to adopt differeng theories of constitution making;constitution is drafted by mulpluraty group's comprise;the power of is not adopted in the mulpluraty society.

Key words: late Qing and early Republic of China;theory of constitution making;Temporary Provisional Constitution;power of constitution making by Congress; Provisional Constitution of the Republic of China

目 录

前言	1
一、选题意义.....	1
二、概念界定.....	1
三、研究现状.....	1
四、本文结构.....	5
五、难点与创新点.....	6
第一章 近代美、法和日本的制宪权理论与实践	7
第一节 近代美、法的制宪权理论	7
一、制宪权理论的思想渊源.....	7
二、制宪权理论的演进.....	9
第二节 近代美、法的制宪实践	13
一、全民公决.....	13
二、制宪会议.....	20
第三节 近代日本的制宪权理论	25
一、神政论.....	25
二、机轴论.....	26
第四节 明治宪法的制定	26
一、预备立宪的措施.....	27
二、明治宪法的内容.....	29
第二章 清末的制宪权理论与实践	31
第一节 近代中国的制宪起点问题	31
一、维新派反对限制君权.....	31
二、制度局不具分权性质.....	32
三、百日维新没有立宪措施.....	34
第二节 清末的制宪权理论	36
一、清末制宪权理论产生的背景.....	36
二、君主制宪论.....	36

三、国民制宪论.....	38
四、协定制宪论.....	41
五、汉族制宪论.....	42
第三节 清末的制宪实践	43
一、预备立宪原则的确立.....	43
二、预备立宪措施.....	47
三、《钦定宪法大纲》的公布.....	55
四、《宪法重大信条十九条》	60
第三章 民国初年的制宪权理论.....	60
第一节 国会制宪权理论	60
一、国民制宪权理论.....	60
二、国会制宪权理论.....	60
第二节 宪法会议参与制宪理论	63
一、宪法会议观的提出.....	63
二、国会制宪权的缺陷.....	64
三、都督参与的可能性与优点.....	65
四、费城制宪会议可以效仿.....	66
五、国会制宪不一定体现民意.....	67
六、宪法会议应有法定地位.....	67
第三节 行政制宪权理论	69
一、都督参与制宪理论.....	69
二、大总统参与制宪问题.....	74
三、大总统制宪权理论.....	79
第四章 民国初年的制宪实践.....	88
第一节 《临时政府组织大纲》的制定	88
一、各省都督府代表联合会的发起.....	88
二、各省代表的构成及组织结构.....	89
三、《临时政府组织大纲》的制定.....	91
四、选举临时大总统.....	93

第二节 《临时约法》的制定	94
一、南京参议院的职权及组织结构.....	94
二、南京参议院的议员结构.....	95
三、《临时约法》的制定.....	100
四、《临时约法》公布后的社会反应.....	105
五、小结.....	113
第三节 《中华民国约法》的制定	114
一、国会制宪权的取消.....	114
二、约法会议的组织.....	125
三、增修约法的指导思想.....	129
四、增修内容.....	130
五、《中华民国约法》的主要特点.....	133
六、《中华民国约法》的解释.....	135
第五章 清末民初制宪权理论与实践的反思	140
第一节 制宪权理论反思	140
一、立法权与制宪权的分离.....	140
二、制宪权理论的适用.....	142
第二节 制宪实践反思	144
一、国会制宪权不适用于多元化国家.....	144
二、宪法是多元势力集团妥协的产物.....	147

前 言

一、选题意义

清末民初我国的制宪实践，均以失败而告终。原因何在？学者们进行了有益地探索。其中不乏真知灼见，但从制宪权的理论出发，深入探究，这样的研究成果并不多见。本文试图从制宪理论角度出发，与近代美、法、日等国制宪历史进行对比，以期对清末民初的制宪教训重新作出解释，以拓宽人们对清末民初制宪实践的视野，深化对制宪理论的探讨，丰富对制宪理论的认识，因而本选题具有较高的学术价值。

二、时段及国别界定

本文研究的时段为清末民初，大致从 1901 年至 1914 年。这一时期中国的制宪思想异彩纷呈，制宪活动井然有序地进行，几乎所有的重要政治派别都卷入了这场宪政建设洪流之中。这在近代中国制宪历史上绝无仅有。这是其一；其二，这一时期出现在第一次世界大战前，东亚国际环境相对宽松。制宪实践具有相对稳定的外部环境。

清末民初的制宪实践主要以模仿美国联邦宪法和日本明治宪法为主，所以在介绍西方国家的制宪理论和实践时，以美国、法国和日本为主。美国是宪政成功的范例，法国则作为反面教训而被提出。日本明治宪法的制定对清末宪政改革影响较大，其预备立宪方式为清末宪政改革所效仿。因此，所谓西方国家主要指的美和法国。作为比较对象，其时间当然只能选择在清末民初之前。

三、研究现状

1、制宪权理论的研究。到目前为止，对制宪权理论研究有较大贡献的学者主要是法国大革命时期的西耶斯和德国 20 世纪上半叶的卡尔·施密特。

西耶斯的小册子《第三等级是什么？》是近代研究制宪权理论的力作。该书建基于自然法，以社会契约论为纽带，宣称国民是制宪权主体，对特权等级形成强烈冲击。该书的理论突破包括区别创造宪法之权与宪法创制之权、国民是制宪权主体、国民不受宪法约束可以随时动用制宪权等。这是近代以来第一部系统论述制宪权理论的著作。

卡尔·施密特的制宪权理论主要体现在《宪法学说》一书中。该书对之前的制宪理论进行了详细梳理，在此基础上，他提出制宪权实质上是政治统一体对其存在类型和形式的一种有意识地决断。他的制宪权理论基础是存在主义，其主要观点为区别了绝对意义的宪法和相对意义的宪法、宪法的正当性来自政治统一体的存在、制宪权的主体确认等。卡尔·施密特清理了国家主义的长期影响，使制宪权理论重新发扬光大，但他的政治决断论也产生了消极影响。

此外，《政府论》下篇（洛克著）、《论法的精神》（孟德斯鸠著）、《联邦党人文集》（麦迪逊等著）、《美国制宪会议记录》（麦迪逊著）、《论美国的民主》（托克维尔著）、《社会契约论》（卢梭著）、《公法的变迁》（狄骥著）、《宪法学原理》（美浓部达吉著）、《法与国家的一般原理》（凯尔森著）等著作都在一定程度上研究了制宪权。

2、清末民初制宪权理论与实践的研究。到目前为止，还没有有关清末民初制宪权理论的系统论著。对清末民初制宪问题的研究大多从实证角度出发，以议

会政治为中心展开的。临时约法规定了国会制宪，因此国会政治运作成为本文的考察重要点所在。

《清末宪政史》是韦庆远等合著的一部研究清末宪政的力作。该书充分运用了大量的档案资料，对清末制宪的背景、动力、成效、影响等方面作了详细阐述。全书以铺陈为主，向读者展示了清末宪政发展的宏大场面，语多可采，缺点是理论不新。

《二十世纪初中国政治改革风潮》是研究清末制宪的又一部杰出著作，作者侯宜杰。与《清末宪政史》不同，该书大量引用了当时的报刊杂志，充分挖掘舆论对清末立宪的基本看法，与前书相得益彰。

《参议院一年史》是研究民初议会的最早论著，以参议院为研究对象，发表于1913年的《庸言》杂志。该文由两部分构成：第一部分“参议院之沿革”，简要介绍了各省代表会的缘起、南京参议院的形成及截止1912年11月的北京参议院。第二部分“参议院成立前后民国之政局及政府之更迭”，以参议院（包括各省代表会）活动为中心，简明扼要地阐述了民初政局的变化发展和内阁更迭情况。这一部分是该文的重点所在。作者林长民是清末立宪派的重要人物，而且本人又为各省代表会的代表，并始终关注民初临时参议院的变化发展。因此该文叙述较为客观。但因成文过早，没能全面反映民初宪政发展概貌，且个别资料欠考证，易于以讹传讹。

《中华民国开国史》是研究议会史较早的一部著作，刊行于1914年10月。该书以民初议会（包括各省代表会、临时参议院和正式国会）为中心，详细阐述了议会与民初政治发展变迁的关系。全书分“绪论”、“组织政府时代”、“南京临时政府时代”、“北京临时政府时代”和“结论”5部分，共38章，其中22章以上内容以议会为主，书后以附录“民国议会人物表”结束，因此从某种意义上说“开国史”就是“制宪史”。之所以出现这种情况与本书作者——谷钟秀——的经历有关（谷历任各省代表会代表、临时参议院议员和国会众议院议员）。该书详尽阐述了议会与民初政局变化发展之间的关系，立论平实，结构匀称，资料丰富，实为研究民国议会史不可多得的佳作。

《民国之精华》是日本人佐藤三郎编写的一部较早以国会议员为研究对象的资料汇编性著作。1916年由北京写真通讯社刊行。该书由正文和附录两部分构成。正文部分用汉文和英文记载了正式国会参众两院议员（约占议员总数的三分之二）的传略。传略内容包括姓名、年龄、籍贯、所受教育程度、职业及简要成长经历等，具有一定的学术价值。附录为“中华民国议会史”，共有“最初的民意机构”、“南京参议院”、“北京临时参议院”、“第一次正式国会”、“国会停止中”、“第二次国会”6章构成，以日志形式扼要记述了民初国会的主要发展历程。全文用日文写成，没有相应的汉文和英文对照。该书对研究民初国会，尤其正式国会议员的结构分析具有较高参考价值。

以上为研究民初国会问题的第一个高潮。这一时期的研究者可以称为政治家型的研究者，他们或是议会政治的活跃分子，如林长民、谷钟秀，或是对中国议会政治抱有浓厚兴趣的观察者，如佐藤三郎。其研究呈现如下特点：一方面是立论比较公允，注重对历史的客观记述，主观论断色彩淡薄；另一方面又存在着缺乏注解或参考文献等方面的不足。出现这样的不足可能与作者置身于当时政治实践不无关联，认为所引资料信手拈来、随处可得，没有必要注明出处。但这给后来的研究者按图索骥带来了诸多不便。

民初议会研究的第二个高潮出现在20世纪30年代。1928年南京国民政府

成立，大规模的立法活动全面展开，议会史研究再次引起人们的重视。顾敦録的《中国议会史》（木渎心正堂 1931 年版）、杨幼炯编著的《近代中国立法史》（上海商务印书馆 1936 年版）、谢振民编著的《中华民国立法史》（正中书局 1937 年版）等都曾引起广泛影响。此外钱端升等的《民国政制史》、吴宗慈的《中华民国宪法史》等论著都有相关章节涉及到民初议会问题。其中尤以《中华民国立法史》向来为治学者所称道。

《中华民国立法史》（谢振民编著 张知本校订）是以民国议会的立法活动为研究对象的学术论著。我们所说的民初议会完全涵盖于其范围之内。全书分“绪论”、“总论”和“各论”三编。绪论为理论阐述，包括立法概念、立法程序、立法范围、立法趋势，以及中国的法制改革与立法运动的起源等，提纲挈领，要言不烦。总论从宏观上把中华民国的立法机关发展过程分为 10 个时期，其中“制定约法时期”、“制定宪法时期”和“增修约法时期”就是我们所谓民初国会范畴。各论则从微观层面上阐述了各种法律制定与修订的经过，编制上与实质上的要点，阐明立法旨趣、立法主义及立法精神。在同类论著中，该书资料详实（主要以官书档案及当时的名家著述为依据）、结构严谨（宏观与微观论述两相结合，内容全面）、立论公允（以叙述史实为主，并略参学理，但不加批断）而见长。

《中国议会史》（顾敦録著）是这一时期研究民国议会史的名著。全书共有 14 章，从中国议会之滥觞写起，到 1924 年的国会临时会终结。其中第 5-8 章分别为“民国以来之政党”、“各省都督府代表联合会”、“临时参议院”、“第一届国会第一期常会”为我们关注的重点所在。该书叙述了民初国会的发展演变及其主要成绩，简要地总结了这一阶段议会政治的得失情况。值得注意的是，该书参考书籍中罗列的目录有 92 种之多，给后来研究者提供了极其重要的资料线索，具有较高的史料价值。但遗憾的是，其中很多资料没有受到后来者重视，如《参议院公报》、《众议院公报》、《参议院议决案汇录》等等，后来研究者很少利用，这不能不说是一大缺陷。

与第一个阶段相比，民初制宪史研究的第二个阶段明显呈现出下列特征：1、大量官方档案资料引用到著述中，资料更全面更丰富。2、研究范围不断扩大，从最初的国会沿革、国会与政局发展的相互关系及议员结构扩展到国会的立法层面，研究更加深入。3、从作者看，杨幼炯、谢振民等都是当时著名的学者，可称为学者型研究者。因而这一时期的论著一改先前的草创特征，更加科学、精细。

民初议会研究的第三个阶段开始于 1964 年台湾学者李守孔编著的《民初之国会》，止于 80 年代末。在此之前的 20 多年里，似乎没有多少有特色的民初国会史著作问世。除了《民初之国会》外，张玉法的《民国初年的国会》堪称这一时期同类著作中的集大成者。此外，张朋园的《梁启超与民国政治》等论著中也有不少内容涉及民初国会。论文方面，张朋园的《从民初国会选举看政治参与——兼论蜕变中的政治优异分子》（1979 年）、许秀碧的硕士论文《民国二年的国会》（1977 年）等或在方法上或在选题范围上均有所创新或突破，给议会史研究提供了新的视角和方法。

《民初之国会》（李守孔编著）分为“各省代表团之集会与中华民国之成立”、“南京参议院之开幕”、“北京参议院之复会”、“国会之开幕与政党之演变”、“袁世凯之蹂躏国会”、“国会之解散与政党之末路”6 章。全书以议会为中心，侧重阐明国会与政府、国会内政党与政党之间错综复杂之关系。该书的立论依据为“民国初年之政局至为复杂，其关键在于国会与党争。革命党以数十年艰辛缔造之民国，希望纳之于宪政常规。袁世凯则欲实现其野心，造成帝制自为之局面；

加以官僚政客以政党为拥护，操纵其间，而中国因之多事矣。”（见该书绪言）换言之，该书以革命党为民初宪政之推动力、袁世凯为反动力的观点为前提，是一部观点鲜明的意识形态型论著。

1984年，张玉法《民国初年的国会》的发表（《近代史研究所集刊》第13期），标志着民初议会史的研究进入了一个新阶段。张著共由“各省都督府代表联合会”、“临时参议院的成立及其演变”、“正式国会选举与议员背景分析”、“正式国会的组织与政党对峙大势”、“政党与众院议事的关系”、“政党与参议院议事的关系”、“国会停闭及其善后”及“结论”等几部分构成，重点为第一届国会第一期常会。本书以国会为依托，以政党为中心，对国会议员的选举、两院议员的结构状况、国会的组织机构、参众两院议事情况、国会内的激烈党争等问题都有较为细致的陈述与分析，脉络清晰，一目了然。该书资料丰富，引证的中外资料接近200种；方法新颖，引入了统计分析等计量史学方法，对于许多复杂的问题多以列表说明，并表明资料来源及不同资料的异同之处；立论公允，较少主观臆断，能够在充分分析材料的基础上适当加以探讨。但该书结构极不匀称，对各省代表会和临时参议院着墨较少，令人感到美中不足。然而瑕不掩瑜，它仍是迄今为止研究民初国会最为全面的论著，具有较高的资料价值和学术价值。

张朋园的论文《从民初国会选举看政治参与》给国会史的研究提供了新的尝试。该文以现代化理论为指导，以民国二年国会议员选举为切入点，通过引进计量研究的方法，开创了民初国会史研究的新境界，读来令人耳目一新。

台湾学者的议会史研究已经进入成熟阶段，其资料来源已经大大超过前两个时期，不仅有汉文，还有众多的英文、日文等资料作为补充；计量史学等新的研究方法的运用使其研究成果更加厚实，有较强的说服力；其立论依据从意识形态型基本上过渡到学术型，因而思路也更加开阔。但一些基础性的工作，如基本史实的考证，似乎较少有人问津，致使一些有问题的材料一再以讹传讹，这不能不说是一大缺陷。

大陆方面对民初议会政治的研究晚于台湾，起步于80年代初，多以单篇论文或在相关论著中出现，到目前为止，还没有一部民初议会专著问世。单篇论文方面，张亦工的《第一届国会的建立及阶级结构》、宝成关的《民初国会述论》、徐辉琪的《论第一届国会选举》等均属荦荦大端。相关著作方面，辛亥革命史的3部综论性“皇皇巨著”都有专节或专目谈论国会，专题论著如张国福著《民国宪法史》（华文出版社1991年版）、徐矛著《中华民国政治制度史》（上海人民出版社1992年7月版）、刘伟等著《中国近代政体发展史》（华中师范大学出版社1998年版）、彭明等主编：《近代中国的思想历程1840-1949》（中国人民大学出版社1999年版）等也都有专门的章节或目涉及民初国会。

据不完全统计，大陆方面已有的研究集中在总结民初议会政治的失败原因（单篇论文10篇以上）、第一届国会选举（单篇论文4篇以上）等方面，其中探讨最为热烈、意见分歧最大的是对民初议会政治失败原因的分析。概括起来主要有力量对比说和发展时机说两种观点。力量对比说认为，革命、立宪和旧官僚三派势力主导了民初政局发展。前两派以民主政治为理想，有提携可能；后两派大多有士绅背景，也有妥协余地；革命派和旧官僚无论渊源或信用，差异很大，难以融洽。但在民主与独裁较量中，立宪派选择了旧官僚为妥协对象，这就规定了革命派维护民主与法治的斗争只能以失败而告终。发展时机论认为，议会政治的推行必须具备一定的政治、经济和文化条件。20世纪初，中国推行议会政治的时机还不成熟。辛亥革命推翻了皇权，但并不表明中国就具备了实行民主政治的

条件。革命派超越现实，不顾国情，强行推行议会政治，其失败结局自然不可避免。

从已有论著看，大陆学术界的研究特点主要有：资料收集上有若干突破，如《参议院议事录参议院议决案汇编》、《张镇芳存札》等的出现为学者的深入研究提供了便利条件。资料突破的直接后果是澄清了一些基本史实，如《临时约法》的起草者、南京参议院议员人数等；方法上，有些论文运用现代西方政治学民主理论来解释民初议会政治的发展，尽管粗糙，但毕竟是种有益的尝试；目前研究多以同盟会和国民党为民初宪政的推动力、袁世凯为反动力为立论依据，在此基础上进一步探讨国会与政府、国会内部的政党之争，因此这种意识形态型研究已经更加细致、更加完善。不过，就总体而言，低水平重复现象比较严重，鲜有较大创新。

清末民初的制宪问题已有百年研究历程，成绩有目共睹。但不足之处依然明显，如缺乏理论创新、方法研究单一、某些论断有误等。而这些恰是本选题所试图解决的问题。

四、本文结构

本文分五章，主要内容为：

第一章为近代美国、法国和日本的制宪理论和实践。制宪权理论是在近代西方文化环境中成长发展起来的，美国率先开始了成文宪法的制定实践，法国继之，成文宪法的制定遂成为各国政治发展的潮流。国民制宪论是世界制宪史上影响最为持久的制宪理论。从批准方式看，宪法会议和全民公决是最为常见的两种宪法批准方式，为各国所广泛采用。近代日本移植了西方国家的成文宪法，并在实践中取得了成功。日本采取的预备立宪方式，与美、法等国差异明显。日本的预备立宪对清末预备立宪影响极大。

第二章为清末的制宪权理论与实践。近代中国的制宪运动是从 20 世纪初开始。当时各种制宪权理论异采纷呈，极大地开阔了人们视野，促进了国民政治运动深入发展。在内忧外患之中，中央政府宣布预备立宪，实行钦定宪法，拟定了详细的预备立宪清单，建立了责任内阁制度，公布了钦定宪法大纲，设置了资政院，推行地方自治，设立了各省谘议局，预备立宪的各项措施有条不紊地进行。然而，辛亥革命的爆发，预备立宪进程被迫中断。预备立宪取得的成效也荡然无存。

第三章为民国初年的制宪权理论。民国初年，各种制宪权理论层出不穷，其中包括国会制宪权理论、宪法会议参与制宪权理论、都督参与制宪理论、大总统制宪权理论等等。这些制宪权理论实质上都是国民制宪权的不同表现形态。国会制宪权理论和大总统制宪权理论影响最大。各种制宪权理论的产生程度不同地与国会制宪权有关。

第四章为民国初年的制宪实践。国会制宪权萌芽于各省都督府代表联合会期间，《临时政府组织大纲》由各省代表会制定。《临时约法》由南京参议院制定，开始了民国国会制宪权的先例，并明确规定宪法由国会制定。制宪权至此内化为一种法权。民国国会运作效率低下，严重影响国会权威，国会制宪权因此而受到严重挑战。袁世凯取消国会后，随即组织约法会议，根据强固政府的政治理论，制定《中华民国约法》。《中华民国约法》完全体现了袁派势力集团的制宪理念。

第五章为清末民初制宪权理论与实践的反思。清末民初制宪失败的教训表明：立法权与制宪权应该分离；不同的国家应该适用不同的制宪权理论，不可生

搬硬套；宪法是多元势力集团妥协的产物，打击排挤反对派不能解决问题；国会制宪权不适用于多元化社会。

五、难点与创新点

本选题的特色是以制宪权理论为研究的指导思想，与近代西方与日本的制宪问题进行比较。因此，其难点有：（1）评价的参照物选取。如果以西方的制宪标准为参照物，则清末民初的制宪理论与实践一无是处；如果与中国之前时期比较，则这一时期又有很大进步。因此，如何兼顾中西文化价值观念、调适两者关系是一个难点；（2）阅读困难。制宪权理论是西方宪政文化的产物。要想深入理解其精髓，必须进行广泛地阅读。但本人外语水平有限，仅掌握英语一种语言。这在阅读面上就形成了困难。因此，文中可能会有不少转引材料。这与严肃的学术研究精神是不符的。这是又一个难点。

本文在写作过程中，也尝试着解决了以下几个问题：（1）近代中国制宪的起点问题。戊戌变法不是近代中国立宪的起点。近代中国的立宪起点应该出现在20世纪初清末新政期间。（2）清末的制宪理论现状评估；君主制宪权、国民制宪权、协定制宪、民族制宪权等制宪理论相互激荡，构成了清末制宪思想的一大各色。（3）《临时约法》的制定。《临时约法》不是建立在人民主权的基础上；约法的制宪主体具有强烈的排他性；约法的效力存在问题。（4）《中华民国约法》的制定。该约法建立在进化论的制宪理论基础之上，以建设强国政府为目标，限制人民的政治参与，体现了保守思潮的回归。（5）民初的制宪理论梳理。章士钊的制宪观念代表了民初制宪理论发展到新的历史阶段。

第一章 近代美、法和日本的制宪权理论与实践

第一节 近代美、法的制宪权理论

一、制宪权理论的思想渊源

制宪权理论不是凭空产生的，是在近代西方文化环境中成长发展起来的。其中主权论、社会契约论和根本法概念对制宪权理论的形成影响很大。

1. 主权概念。主权概念是现代宪法产生的基本条件。主权产生于世俗王权试图统一政治权力过程之中。在欧洲中世纪，各国政治并不统一，教皇、国王、封建诸侯、自由城市等各种势力在不同领域发挥政治作用，各国并无主权存在的余地。十三世纪以来，诸侯实力衰弱，国王权力逐渐强固，主权概念应运而生。法国学者布丹（Jean Bodin）率先构建了现代主权理论。^①他提出：（1）主权是一种绝对的权力。它不是被授予，也不是被委派，是国家不可或缺的要素。凭借它可以任意处理财物、生命和整个国家。主权者还可以把主权交给他满意的人，因为这是他的财产；（2）主权的权限不受限制。主权与政府权力不同，主权在权限、职能和时间上都是不受限制的，相反，政府的权力却是暂时的，可代表的。他说，国王可以是主权者，但也可以没有具体权力，如在内阁制的情况下。通过这样的区分，主权不再是一种具体的权力，而成为一切权力的最高归属；（3）主权是一种永恒的权力。主权是国家的灵魂，主权的权威在于它本身，主权是国家存在的原则，具体权力的行使都要依靠这个原则。所以，他强调一个国家中的主权是“永恒的”，主权以一个国家的存在为基础，不论政治制度和掌权人数如何，主权作为一种自在之物总是存在的；（4）主权是一种高于法律的权力。主权最重要的特征是立法权和废法权。主权高于法律，法律来源于主权者的意志。主权的第一个特征是对全体人和个人颁布法律的权力，同时，主权者颁布法律不需要在上者、相当者和在下者的同意。主权者免于法律的威力，不必遵守先人制定的法律，也不必遵循自己制定的法律和命令。在这个前提下，主权自然决定宣战、媾和、任命重要官职、赦免、征税、制币等具体权力。^②

布丹的目的虽意在论述君主主权，^③但主权概念产生后，却逐渐脱离特定的历史过程，而具有普适价值，特别是主权与国家之间的关系，其影响延续至今，不曾绝灭。主权是一个国家的核心所在，是国家权力的源泉。主权解决了国家政权统一的原理问题，制宪权在某种意义上就是主权的一种运用，制定宪法首先必须解决主权归属，现代宪法对此都有明确规定。美国宪法开篇即称：“美国人民，为建设更完美之合众国，以树立正义，奠定国内治安，筹设公共国防、增进全民之福利，并谋今后使我国人民及后世永享自由生活起见，特制定美利坚合众国宪法。”我国宪法第二条规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民”。如此等等，不一而足。

^① 根据学者的考察，主权一词在布丹之前即已出现，“主权一开始的时候并不是国王的权力，它只是某些贵族，特别是王室贵族所具备的特殊属性。……在处理其领地的内部事务时，领主不承认任何宗主权，因为每一位领主都是其领地内的主权者。”参见【法】莱昂·狄骥：《公法的变迁》，郑戈译，辽海出版社 春风文艺出版社 1999 年版，第 20-21 页。不过，主权概念在近代政治实践中发挥重要作用自布丹始。

^② 有关布丹的主权理论，参见王沪宁：《国家主权》，人民出版社 1987 年版，第 9-10 页。

^③ 参见【法】莱昂·狄骥：《公法的变迁》，郑戈译，辽海出版社 春风文艺出版社 1999 年版，第 21 页；王沪宁：《国家主权》，人民出版社 1987 年版，第 10 页等。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库