

忠孝与神圣：宪法上服兵役义务的法理变迁

李富鹏

摘要 本文以宪法服兵役义务为研究对象，借由“五五宪草”第127条和“五四宪法”第103条所提供的两种立宪思路，深入分析服兵役义务的法理基础，并探讨其对当下的现实意义。服兵役义务彰显了国民与国家之间极端的关系，其将个体权利与国家主权的宪法逻辑推到极致，触及了宪法的生命维度。“五五宪草”与“五四宪法”分别淬于抗日战争与朝鲜战争的烽火，保持着宪法对生命的真切回应与战争动员的真实语境。两部宪法性文件对于服兵役义务的论证分别以“忠孝”与“神圣”为法理依据，形成对立的论证理路。在近代中国与国民的双重生死攸关中，建立起了国民与国家的位格阶梯与公民的人格结构。

关键词 服兵役义务 宪法 忠孝 神圣 法理变迁

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2015.05.012

作者李富鹏，中国政法大学法学院、德国马普欧洲法律史研究所博士研究生。

一、对宪法服兵役义务的法理追问

近代中国，制宪与毁宪相继而生，留下了大量的宪法文本与立法论证。今人同此情境，并囿于立场或主义，对于具体条文，往往有相反的判断。古之学者，重例而晓义，“其事与文，所以藉为存义之资也”。^①因此，宪法的体例与框架较之具体条文与表述更具稳定性，也更能揭示宪法的内在逻辑。如是观之，备受争议的“钦定宪法大纲”的简明体例，为理解近代中国的宪法源流，提供了最初的义例与基型。

“君上大权”与“臣民权利义务”两个“章目”构成了中国宪法基本的二元要素。君上与臣民直接面对，一并进入近代法理国家的概念框架，实现着国家正当性和力量性的重构，并衍生出一系列宪法核心主题：国家与国民，主权与人权，权力与自由，权威与尊严。任何理智的主权承担者都

* 本文系教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“中华法系重构中的若干重大理论问题研究”（项目批准号：10JZD0028）的阶段性成果。

① [清]章学诚：《文史通义》，叶瑛校注，中华书局1985年版，第171页。

不会刻意制造二者的对抗，而是试图重塑彼此的位格，谋求类似于“合君民为一体，通上下为一心”的共赢。当“君上大权”抽象为主权观念，“臣民”则徘徊在国民、公民与人民等近似又鲜明的法政概念之间，不断界定自己的位格。每一项基本权利或义务，不仅充实着个体位格的内涵，并且使其与整体秩序建立某种特定关联。其中，服兵役义务彰显了国民与国家之间极端的关系。这种极端的关系，将个体权利与国家主权的宪法逻辑推到极致，触及了宪法的生命维度。宪法规范该如何论证国民个体为了享有生命权却必须危及甚至献出生命的逻辑悖论？在近代中国与国民的双重生死攸关中，如何建立个体国民与国家的位格联系，以至形成完整的位格阶梯与公民的人格结构？

“五五宪草”与“五四宪法”分别淬于抗日战争与朝鲜战争的烽火，保持着宪法对生命的真切回应与战争动员的真实语境。两部宪法性文件对于服兵役义务的论证分别以“忠孝”与“神圣”为法理依据，形成对立的论证理路。本文拟以“五五宪草”第127条和“五四宪法”第103条为分析对象，沿着宪法条文的“制宪痕迹”对上述问题予以回应，并探讨两种立宪思路对当下的现实意义。

二、忠孝：“五五宪草”第127条的法理基础

“五五宪草”的第22、23条明确规定人民有依法律服兵役、公役及公务的义务。第127条与此形成对称逻辑，规定“人民因服兵役、工役或公务，而致残废或死亡者，国家应予以适当之救济及抚恤。”值得注意的是，立法院对于此条的立法说明以“忠孝”伦理为核心，论证严谨。这里先对“五五宪草”第127条进行立法分析，并揭示其背后忠孝法理所发生的近代转变。

（一）对“五五宪草”第127条的立法分析

“五五宪草”共计147个条文，绝大多数条文是比较立法的产物，立法说明多以总理遗教和外国立法例为标准，“以示其本源而明其旨趣”。^②少数条文，立法者以为无须引赘论证，只作简单陈述，如第10条至第17条有关自由权的规定。以传统伦理作为立法理由，仅见两条。^③其中，第127条的立法理由，没有引用任何外国立法例、总理遗教或国民党党义，完全以传统伦理为理据。于此，我们必须追问，立法说明为何挣脱一贯的解释逻辑，于此条款突破体例？

1931年，“九一八”事变发生后，国难严重。1932年，“一二八”事变后，淞沪战起，国难日益深重。同年12月，国民党召开四届三中全会，通过“集中国力，挽救危亡”案，决定起草宪法草案，召开国民大会。^④“五五宪草”公布于1936年5月5日，但《中华民国宪法草案说明书》直至1940年7月才出版，正值抗日战争的战略相持阶段。“宪法草案宣布以来，已引起国人之注意，

^② 如第134条关于义务教育年龄及费用的规定，引用外国立法例27次，包括：德国、土耳其、爱司托尼亚、智利、希腊、南斯拉夫、罗马尼亚、埃及、秘鲁、立陶宛、英国、土耳其、瑞士、智利、丹麦、瑞典、挪威、法国、葡萄牙、匈牙利、希腊、芬兰。其中引用德国3次，爱司托尼亚2次，立陶宛2次，丹麦2次。参见立法院编：《中华民国宪法草案说明书》，文海出版社1930年版，第90-91页。

^③ 除第127条，另一条为128条国家对老弱病残、无生活能力者的救济义务。第128条立法理由引用《礼记·大同篇》的“老有所终，壮有所用，幼有所长，矜寡孤独废疾者，皆有所养。”并将其插在七种外国立法例与“国民党第一次全国代表大会宣言”之间。同注^②，第83-84页。

^④ “中华民国宪法草案之拟订，肇源于民国二十一年十二月中国国民党四届三中全会关于‘集中国力，挽救危亡’案。”同注^②，第1页。

事至足慰，然对于草案条文之涵义，间有未尽明了者。立法院为原起草机关，爰有《中华民国宪法草案说明书》之刊行，逐条诠释，以示其本源而明其旨趣。”^⑤ 无论是“五五宪草”还是“说明书”，其阅读对象都是国人，而第127条的立法说明自然是为国人读后能够“集中国力，挽救危亡”而突破既有体例，并挣脱以总理遗教和比较立法为中心的解释思路。引入“忠孝”伦理，将国民从情感与道义上唤起，以实现宪法之义务。

本章案第二十二及第二十三条曾规定人民有依法律服兵役、工役及公务之义务。人民因尽此等义务，致残废或死亡者，国家应负救济或抚恤之责。以兵役论，人民不畏牺牲，捍卫国土，其杀身成仁，为民族尽大孝，为国家尽大忠者，固应予以表彰，而其遗族尤应为国家所关念，或抚养以安其生活，或施教以宏其造就，此不仅表示笃念勋劳之至意，抑亦为国家养生恤死之责也。其有因伤致残疾者，亦当由国家负救济之责。至于服工役与公务，其服务之方式虽不同，而为国家服务则一，故亦然应予以适当之救济。^⑥

第127条的立法说明，呈现了三重的对应与转化。在事实层面，如果人民因为服兵役而导致“残废或死亡”的情况，国家则承担相应的“救济或抚恤”责任，二者构成法律义务上的对等。其中，抚恤遗族，包括抚养生活、培育造就两方面。在情感层面，人民服兵役的基础，不仅在于法律，更是本于情感的自然生发，即“不畏牺牲，捍卫国土”的强烈意志。或者说，正是真实情感填充了法律义务，才使其发挥真正效力。相应地，国家则产生“笃念勋劳之至意”的国家情感。对于人民的“勋劳”，国家情感的表达必须深沉而永久（笃念），崇高而至极（至意）。在道义层面，“杀身成仁”实现了从事实、情感向道义的转化。生命的价值不能用法律之权利与义务来衡量，因为生命不可量化，更不可利益化。事实层面的人民义务与国家责任的对等，只是法律的调节与弥补，并不构成价值的平衡。情感层面的英勇无畏，虽可歌可泣，却不是服兵役义务的道义基础。日本战士不可谓不勇，却远离道义。因此，道义论证才是根本的一环，它提供了服兵役义务的精神依据，并透露着一个民族的根底所在。“杀身成仁”作为一种极端的特例，实现了从生命到精神的转化，并使得个体国民进入“忠孝”伦理，“为民族尽大孝，为国家尽大忠”。

1933年，民国政府公布《兵役法》，主要借鉴日本；1942年修订，吸收苏联和德国经验。^⑦ 1933年成立兵役科，并逐渐扩充为兵役司（1937年）、兵役署（1939年）与兵役部（1944年），内部下设专门兵役征补机构。^⑧ 但是，实际的征兵动员环节却在地方乡里，实际的征兵工作必须直面国民。1939年1月19日，蒋介石针对地方士绅发表《告全国士绅及教育界同胞书》，以“忠孝”伦理为核心，动员抗战。“我国数千年来，以忠孝为立国之本，修身济世，视此为基，家喻户晓，深入人心……总理阐述我民族道德，特意标忠孝为首，况当今日与暴敌互争生死存亡之时期，更非人人能誓死效忠于国家，竭力尽孝于民族，无以复兴我国家而保我民族。”^⑨ 他鼓励地方士绅对于自己的及龄子弟，“率先亲送应征入伍，或遣送投考各种军官学校”，如此才能倡树风声，“民众

⑤ 同注②，第1页

⑥ 同注②，第82页。

⑦ 参见方秋苇：《抗战时期的〈兵役法〉和兵役署》，《民国档案》1996年第1期，第123-127页。

⑧ 参见黄安余：《简述康张时期国民政府的兵役制度》，《民国档案》1998年第3期，第100-101页。

⑨ 蒋中正：《告全国士绅及教育界同胞书》，《教与学》1939年第3卷第11期，第51页。

自必相率景从”，“尽忠孝之义”。^⑩可见，蒋介石延续了宪草说明的论证思路。或者说，他的发言与“五五宪草”的立法说明都贴合了深藏于国民内心的普遍伦理。

直接针对国民大众的《兵役宣传实施办法》为我们提供了动员入伍的乡里语境和大量细节。^⑪在实际的乡里语境中，不仅有服兵役义务的承担者“入伍士兵”，更存在与之相关的诸多主体与多重关系。全体乡人保障军人家庭之安全；青年和热心分子照顾军人家属的生活。全乡“祠堂庙产”及其收益作为日常救济之资；地方政府另设兵役献金作为抚恤。地方士绅不仅全程参加优待及慰问军人家属，而且组成酬金会，补贴救济抚恤之费。应征入伍的军人身份无疑是引发所有关系的原因，但军人家属却是所有关系的最终承受者，除了安全与财物，更获得了崇高荣誉：送行出征时的匾额与徽章，牺牲殉职后的宗祠牌位。即使已经进入军营中，军营的思想教育与军事管理也与忠孝法理紧密关联。如《防止逃兵办法》有关逃兵预防的第8条规定：新兵入营（队）后，各级官长及政工人员，实施训育。甲、晓之以大义，以启发其爱国爱家爱民族之概念，并激励其同仇敌忾尽忠职务之心理……乙、感之以恩情，使士兵敬之如父兄，视军营如家庭，以期精神团结，乐于效命。^⑫

因此，在实际履行服兵役义务时，我们不仅看到一个宪法意义上的独立人格在承担宪法义务，更看到与此独立人格相关联的众多主体，以及他们所处的家庭、宗族、乡里等生存背景。人并不是抽象的存在，不是理论化地与国家位格直接相连。当他面临生与死的极端情境，而作出“杀身成仁”的根本决断时，他必须突破个人、家庭、宗族、乡里等等的利益算计与情感牵绊，而这层层的突破本身就是“忠孝”的法理。换言之，这层层的突破，亦是层层的贯通。透过家庭与宗族的血缘关系，将个体与国族（民族）、国家建立位格关联。

（二）“五五宪草”之忠孝法理的近代转化

中国人对于孝的情感并不陌生，但是近代的反传统潮流却隔膜了孝的法理，使众多国人误以为孝只是一种私情与私德，阻碍了公德发育，甚至近代国家的产生。若以静态的眼光解剖孝的概念，孝是儿女善事父母，称其为私情与私德未必有错。但是《孝经》第一章“开宗明义”的开篇，孔子即将孝直接提升到治理天下的高度，认为孝的法理才是先王的“至德要道”，并展开了孝的动态过程。

开宗明义章 第一 仲尼居，曾子侍。子曰：先王有至德要道，以顺天下，民用和睦，上下无怨。汝知之乎？曾子避席曰：参不敏，何足以知之？子曰：夫孝，德之本也，教之所由生也。复坐，吾语汝。身体发肤，受之父母，不敢毁伤，孝之始也；立身行道，扬名于后世，以显父母，孝之终也。夫孝，始于事亲，中于事君，终于立身。《大雅》云：“无念尔祖，聿修

^⑩ 同注⑨，第52页。

^⑪ 其第卯条“关于应征募入伍及其家属之宣传”规定：（一）对于入伍士兵及其家属，全体乡人应特加尊重，并拟定办法，由全乡保障其家庭生活之安全，于实施前加以宣传。（二）提拨公款（如祠堂庙产等）以其收益或价额作为救济费用，其办法另定之。（三）倡导兵役献金，救济出征军人自身及其家属，并以此作抚恤，其保管与分发办法，另定之，但以由本县市特设机关保管为原则。（四）由各绅士组成酬金会，以其收入，作为应征优待救济抚恤等费用。（五）发动地方官、公吏及多数孚望士绅参加优待及慰问出征军人家属工作。（六）发动青年或地方热心份子为出征军人家属服务。（七）欢迎出征军人，送牌匾或纪念徽章，给其家属。（八）在乡村建立烈士祠，或在各宗祠内设立烈士牌位。参见军事委员会政治部辑：《推进兵役宣传运动》，军事委员会政治部1941年印，第40-41页。

^⑫ 参见注⑪，第82-85页。

厥德。”^⑬

根据人类的自然情感，相比父母对子女的疼爱，孝并非人的自然本能。孝不是一种无须培育的天然感情，而是个体生命在最为切近的关系中，第一次意识到应该突破自我而回报（孝）他人，是自我与他人的第一次良性互动，恰巧那个他人就是每个人的父母。因此，孝基于私情，却是个体公共性的开端。在动态视野中，孝的私情逐渐扩大为公德。孝之始，不是恭谨奉养父母，而是理解自我生命的来由。生命不是无由的，生命不该仅仅面向自己。因此，生命应突破自我，应顾及与回馈他人。孝之终，仍不是照顾双亲，而是生命终极的自我成就。所谓“扬名”，不是当世，而是“后世”，可见其以立德为旨归。父母子女，既是自然时间与代际的延续，又是德性操行的传递，个体人生因之而具体展开：始于家庭伦理，成于职业操守，终于德性人生。所谓“无念尔祖，聿修厥德”，强调对于先祖的追溯，重点却在延续德性，实现从身体到精神的突破。

孔子利用了孩童在父母膝下承欢的家庭环境，又根据父母两性的不同角色而教会一个生命如何去爱，如何去敬，亦即自我与他人如何保持爱而敬的距离，恰当地开始并持续扩大自己的公共性。^⑭ 中国传统善于因势利导，注重培植根本。根本既固，树木抑或人生便会自然生长。至于具体长势，则多有赖于个体的精神觉悟与人生机遇。《孝经》以庶人、士、卿大夫、诸侯、天子五个等次，概括了个体公共性的持续扩大。庶人之孝是“谨身节用，以养父母”，是对自然人的具体要求。^⑮ 天子之孝是对于天下之人充满爱敬，不敢厌恶，毫无怠慢。因此，天子才能成为国家抽象位格的具体承担者。^⑯ 士是自然人向公职身份的转折点，当个体获得公职身份，对于公务和长官，其公共伦理应更侧重孝之敬的一端，这便是忠。“资于事父以事君，而敬同。”^⑰ 可见，忠君是对孝父的类推，是从家到国的过渡，也是个体从自然人向公民的转变。“庶人章”最后指出，虽然孝有五个等次，个体因为不同的际遇与选择而获得不同的公共维度，但是孝的动态扩大并没有事实上的起点与终结。孝作为一种德性，一种爱与敬的养成，并没有私情与公德的断然之分，而是一种持续的精神觉悟。这种精神觉悟，不是简单的顺从与愚忠，而是以义为判断标准。对于不义的父亲与上级，个体必须极力谏诤，以使不当行为回归“义”的状态。^⑱

“五五宪草”的立法说明正是在传统忠孝法理的基础上，加入近代民族国家的内涵，以实现忠孝法理的近代转化。其中，一个关键表述就是“尽孝于民族，尽忠于国家”。蒋介石《告全国士绅及教育界同胞书》也严格采用了此区分，“况当今日与暴敌互争生死存亡之时期，更非人人能誓死效忠于国家，竭力尽孝于民族，无以复兴我国家而保我民族”。^⑲ 可见，近代民族国家重构与传统忠孝法理之间的内在关联。民族与国家都是近代概念，甚至都可以 Nation 一词涵盖。但是，民族更侧

^⑬ 李隆基注、邢昺疏：《孝经注疏》，金良年整理，上海古籍出版社2009年版，第6页。

^⑭ 圣治章第九：故亲生之膝下，以养父母日严。圣人因严以教敬，因亲以教爱。圣人之教不肃而成，其政不严而治，其所因者本也。父子之道，天性也，君臣之义也。参见注⑬，第48-50页。

^⑮ 庶人章第六：谨身节用，以养父母，此庶人之孝也。故自天子至于庶人，孝无终始，而患不及者，未之有也。参见注⑬，第25-26页。

^⑯ 天子章第二：爱亲者不敢恶于人，敬亲者不敢慢于人。爱敬尽于事亲，而德教加于百姓，刑于四海。盖天子之孝也。参见注⑬，第7页。

^⑰ 士章第五：资于事父以事母而爱同，资于事父以事君而敬……故以孝事君则忠，以敬事长则顺。参见注⑬，第19页。

^⑱ 谏诤第十五：故当不义，则子不可以不诤于父，臣不可以不诤于君。故当不义则诤之，从父之令又焉得为孝乎？参见注⑬，第71页。

^⑲ 同注⑨，第51页。

重血缘、历史与文化关联，而国家则强调政治性。因此，“尽孝于民族”隐含着国民个体对民族国家（Nation State）的天然感情。“尽忠于国家”则是突破血缘、历史与文化的关联，“忠”使国民个体对民族国家产生新型的政治人格。因此，上述的区别用法，体现了近代国家的自我突破与构建。孙中山晚年所作之“民族主义第六讲”对此亦有重要的反思。“要善用中国固有的团体，像家族团体和宗族团体，大家联合起来，成一个大国族团体。结成了国族团体，有了四万万人的力量，共同去奋斗，无论我们民族是处于什么地位，都可以恢复起来。”^②孙中山的“国族”是“家族”与“宗族”的最大化，外延上“国族”与“民族”并无实质差别，也还是 Nation 一词的中国表达。但是，“国族”兼顾了“民族”与“国家”，形成了从“民族”到“国家”的概念关联。“民族”在近代中国的语境中，具有民族自决的反抗含义，从反满到反帝。孙中山作为革命先行者，主要是在民族国家的反抗语境下推行民族主义，但却在晚年有关民族主义的最后一讲中强调“国族”概念，反思家族、宗族与国族的关联，可见其深意。他进而指出从国族（民族）认同到国家认同的忠孝法理。^③

明清时期，中国进入“宗法伦理的庶民化”时代，祠堂与家庙成为凝结个体、宗族与国家的核心场域。^④祠堂与家庙，正是个体从孝到忠的关键。孙中山的反思，也正是由乡下祠堂引起。帝国倾颓，皇权废止，个体生命与国家主权之间的符号关系就此断裂。祠堂中的“忠”字被拆除，但是“孝”字仍旧保留，这意味着个体公共性因家国巨变而向内退缩，但宗族仍就维系着公共性的生命力。孙中山的观察特别生动，“孝字特别大，左边所拆去的痕迹还是新鲜”。无疑强调，孝的法理仍旧扎根人心。如何激发孝的法理，于新鲜痕迹上重新烙印对于国家的忠才是关键。“在国家之内，君主可以不要，忠字是不能不要的。如果说忠字可以不要，试问我们有没有国呢？……我们在民国之内，照道理上说，还是要尽忠，不忠于君，要忠于国，要忠于民，要为四万万人去效忠。”^⑤孙中山深谙孝的法理，“《孝经》所讲孝字，几乎无所不至。现在世界上最文明的国家讲到孝字，还没有象中国讲到这么完全”。^⑥因此，他希望在尽孝于家族、宗族与国族（民族）的基础上，再次打通从孝到忠的国家认同。当皇帝不再是国家主权的承担者，国民必须对国家观念获得新的理解，并对四万万国民所构筑的国民主权产生认同，从而激发新的公共人格。当尽孝于民族成为可能，那么尽忠于国家便只有一步之遥。

当然，尽孝于民族，尽忠于国家，都不是抽象的逻辑演绎，而需要在实际生活中亲身培育，如此才能“不肃而成”。^⑦“五五宪草”的立法者当然深明这个道理。近代民族国家不仅重构着国家主权，也同样冲破着旧有的宗法关系，但是家庭作为基本的自然单位，却仍旧幸存。吴经熊（1899—1986）在“五五宪草”初稿试拟稿之“民族之培养”一章中，加入了别具深意的条文。第 21 条规

^② 孙中山：《孙中山全集》（第九卷），中华书局 1986 年版，第 242 页。

^③ 他写道，“前几天我到乡下进了一所祠堂，走到最后进的一间厅堂去休息，看见右边有一个‘孝’字，左边一无所有，我想从前一定有个‘忠’字。像这些景象，我看见了的不止一次，有许多祠堂或家庙都是一样的。不过我前几天所看见的‘孝’字是特别的大，左边所拆去的痕迹还是新鲜。”同注^②，第 243—244 页。

^④ 朱熹在《朱子家礼》提出祠堂制度，于正德年间进入《大明会典》的“品官家庙”条。嘉靖十五年（1536 年），礼部尚书夏言提出《请定功臣配享及令臣民得祭始祖立家庙疏》，从此，庶民正式获得建家庙的权利。有关明清宗法伦理庶民化以及国家认同的研究，参见郑振满：《明清福建家族组织与社会变迁》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 207—209 页。

^⑤ 同注^②，第 244 页。

^⑥ 同注^②，第 244 页。

^⑦ 同注^③，第 48 页。

定：“民族地位之提高端赖教育，为父母者，于其子女之德智体三育应注意之。”“孝敬父母乃中华民族固有之美德，为子女者应遵守之。”^②虽然这一条文在定稿中被删去，但是我们仍可从中窥见，忠孝法理在近代民族国家养成中的逻辑与意义。

三、神圣：“五四宪法”第103条的法理基础

1949年，中华人民共和国成立，制定《中国人民政治协商会议共同纲领》以下简称“共同纲领”，其中第8条规定，“中华人民共和国国民均有保卫祖国、遵守法律、遵守劳动纪律、爱护公共财产、应征公役兵役和缴纳赋税的义务”。此条除了延续晚清以来宪法规定服兵役义务的惯例外，第一次引入了“祖国”概念，并强调“保卫祖国”是每一个公民的“神圣职责”，凸现了服兵役义务的神圣法理。这里再对“五四宪法”第103条进行立法分析，并揭示其背后神圣法理的近代发生。

（一）对“五四宪法”第103条的立法分析

1954年，人民共和国第一部宪法（“五四宪法”）制定通过。第103条有关服兵役义务的规定，构造了祖国与中华人民共和国、神圣职责与光荣义务、人民与公民等复杂的概念框架。第103条规定：“保卫祖国是中华人民共和国每一个公民的神圣职责。”“依照法律服兵役是中华人民共和国公民的光荣义务。”

如果说“共同纲领”的第8条还处于“国民”式的民国概念体系，那么“五四宪法”则进入了“人民”与“公民”的二元框架。在宪法起草时，毛泽东曾在宪法草案油印打字稿上亲笔批注，在原第十六条“全体公民”的旁边划了两条竖线，在其上方写了“什么是公民”？但对该条文中的“人民”一词并没质疑。其又在该条文“背叛祖国”的后面划了一个插入号，并在上方写了“举行内乱，推翻政府”八个字。^③可见，人民与公民、祖国与中华人民共和国、神圣职责与光荣义务的联系与区分，是我们理解“五四宪法”第103条的关键。

宪法起草委员会第二次全体会议，李维汉说：“宪法中的公民，包括所有有中国国籍的人在內。”邓小平说：“把全体人民改写为全体公民为好。”刘少奇说：“这里的公民包括过去的所谓‘人民’和‘国民’在內。地主阶级分子也是公民，不过是剥夺了政治权利的公民。如果只写人民，就不能包括‘国民’那一部分人了。”^④宪法起草委员会第四次会议，法律小组根据宪法草案座谈会各组召集人联席会议的意见，就“人民”与“公民”概念作为如下区分：第一，人民是国家一切权力的所属者，即国家的主人翁。第二，公民包括一切具有中华人民共和国国籍的人。公民是法律上权利和义务的主体，享受宪法所保障的权利，担负宪法所规定的义务。第三，人民通常用于集体意义，而公民总是用于个别意义。人民是政治概念，指的是各民主阶级；公民是法律概念，表明在法律上的地位。^⑤

^② 吴经熊、黄公觉：《中国制宪史》，上海书店1992年影印版，第798页。

^③ 原第16条：中华人民共和国维护人民民主制度，保护全体公民的安全和一切合法权益，镇压一切反革命活动，惩办一切勾结外国帝国主义、背叛祖国、危害人民、破坏人民民主制度和破坏国家建设事业的卖国贼和反革命分子。参见许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2003年版，第176页。

^④ 转引自注③，第195页。

^⑤ 参见注③，第209页。

可见，人民是各民主阶级，是人民民主专政的主体，是人民主权的实际承担者。国民，并不必然是基本权利的享有者与国家主权的承担者，比如地主阶级已经被排斥在人民之外。因此，国民与人民的一字之差，反映了国民主权与人民主权的天壤之别。由于宪法起草委员会法律组将人民归为集合概念与政治范畴，因此第103条没有提到“人民”字样，但是“神圣职责”的承担者“每一个公民”与“光荣义务”的承担者“公民”的修辞差异，已经暗含了人民以及人民主权观念。“五四宪法”深受1936年苏联宪法的影响，此第103条亦可看作1936年苏联宪法第132条与第133条的结合。^⑩1977年苏联宪法的第62条与第63条，则更进一步指明了原本隐晦的人民主权的语境，以及人民与公民的差异。第62条规定：“苏联公民必须保护苏维埃国家的利益，促进其实业和威信的加强。保卫社会主义祖国是每一个苏联公民的神圣职责。背叛祖国是对人民的极大犯罪。”第63条规定：“在苏联武装力量中服兵役是苏联公民的光荣义务。”1977年苏联宪法第62条第2款与第3款构成明确的对称关系，“保卫”与“背叛”，“公民的神圣职责”与“对人民的极大犯罪”。因此，“五四宪法”的“每一个公民”的单数形式的全称表达，意味着所有“公民”都必须一一站在“祖国”的面前，接受“神圣职责”的根本考验。通过者，归入人民的行列；背叛者，沦为对人民的犯罪。“每一个公民”与“人民”之间存在着隐形鸿沟，两者的媒介正是“祖国”。

“祖国”在“五四宪法”中仅出现一次，即“保卫祖国”，显然侧重在领土层面。1977年苏联宪法第62条第3款之“社会主义祖国”将“祖国”与“社会主义”相捆绑。正因为人民地位与社会主义的国家制度紧密相关，所以背叛社会主义之祖国，才是对人民的极大犯罪。“八二宪法”提及“祖国”达七次之多，因此可以间接提示“五四宪法”中“祖国”概念的隐义。^⑪“八二宪法”序言提及统一战线的组成时，并列“拥护社会主义的爱国者”和“拥护祖国统一的爱国者”，将“祖国”与“社会主义”相区别，体现了不同于苏联宪法的立法考虑。但是“八二宪法”第24条第2款“国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德”之“五爱”，以“爱祖国”为始，以“爱社会主义”为终，隐约勾勒二者之间的关联。若从国家三要素（人口、领土、主权）的框架来分析，苏联宪法之“祖国”，以领土为主，但侧重主权之阶级性质，进而与政府组织形式相关，抹平祖国、主权国家与政府三者的区别。“五四宪法”以及“八二宪法”之“祖国”，以领土为主，兼顾人口之血脉与主权的性质。考虑到“统一战线”主要针对境外起统合作用，而“五爱”则针对内部实行精神文明建设。因此，“五四宪法”大体继承了苏联的立法思路，将“祖国”与“主权”相捆绑，将血脉深藏于阶级，只是更富有迂回的弹性。

“职责”在“五四宪法”中也只使用一次，制宪相关史料对其语义并未明确说明。一般而言，“职责”是一个公法概念，与“职权”相对应，并与“职务”、“职能”、“职位”相关。^⑫人民共和国前后四部宪法的英文版都将“职权”翻译为为 Functions and Powers，“职权”包含了“职能”（Functions）和“权力”（Powers）两个要素。“五四宪法”第46条对于副主席对主席“职权”的

^⑩ 1936年苏联宪法第132条规定：普遍兵役义务是国家的法律。在苏联武装部队中服兵役是苏联公民的光荣义务。第133条规定：保卫祖国是苏联每一个公民的神圣职责。凡违背誓词，投奔敌方，损害国家武装力量，做外国间谍，都是背叛祖国、罪大恶极的行为，应受法律最严厉的惩罚。

^⑪ “八二宪法”对于“祖国”一词的七次使用：序言中提到两次，即“完成统一祖国的大业”和“拥护祖国统一的爱国者”；第24条“五爱”之“爱祖国”，第29条之“抵抗侵略，保卫祖国”，第54条两次提到“祖国的安全”，第55条服兵役义务之“保卫祖国”。

^⑫ 宪法起草委员会第三次全体会议讨论国家公权机关的名称问题时，涉及了国家政权机关是行使“职务”，还是行使“职权”的问题。徐特立认为：“权”字比“务”字重些。“务”是事务，“权”是决定一件事。参见注⑩，第200页。

代行与对主席“职位”的继任作了明确区分。^③当“中华人民共和国主席因为健康情况长期不能工作的时候，由副主席代行主席的职权”。此时，主席虽不行使职权，但仍是名义上的主席。只有当“中华人民共和国主席缺位的时候”，才能“由副主席继任主席的职位”，副主席升格为主席，获得主席职位，便自然执行主席职权。可见，如上五个概念的逻辑起点是“职位”（Office），“职位”作为一种主体位格是其他概念产生的前提。当一个自然人获得了某种“职位”，便获得了公法上的位格，因而具有履行该职位的“职能”和该职位所涉及的“职务”，而“职权”与“职责”则是对主体位格的法律化。于此，我们不禁追问：以基本权利和义务为核心的“公民”位格，到底获得什么“职位”（位格），才承担起保卫祖国的“神圣职责”？公民基本义务、服兵役的“光荣义务”与保卫祖国“神圣职责”三者之间又是什么关系？刘少奇的“宪法草案说明”作了重要提示。

在我们的国家里，人民的权利和义务是完全一致的。任何人不会是只尽义务，不享受权利；任何人也不能只享受权利，不尽义务。宪法草案规定公民必须遵守宪法和法律，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德；并且规定公民有爱护和保卫公共财产的义务，有依照法律纳税的义务，有依照法律服兵役的义务。宪法草案又规定，“保卫祖国是中华人民共和国每一个公民的神圣职责”。宪法草案所规定的这些义务都是每一个公民无例外地必需遵守的。……因为我们的国家是人民的国家，国家和人民的利益完全一致，人民就自然要把对国家的义务看做自己应尽的天职。^④

“宪法草案说明”将公民义务表述为三个层次，其中服兵役的义务是第二个层次的最后一项，而第三个层次只有保护祖国的“神圣职责”。除“公民”外，在论述的起点与终结，“人民”位格作为实质的论述主体反复出现。“公民”与“人民”两个位格构成若即若离的关系。“公民”位格发生在法律层面，是基本权利与义务的承担者；“人民”位格则沟通着法律与政治、规范与价值，是对基本权利与义务的定义者。正是分享了“人民”位格，“公民”才具有了基本义务。或者说，只有承担了基本义务的“公民”，才可以归入“人民”位格。因此，使“公民”承担“神圣职责”的“职位”正是“人民”，因为只有“人民”才会自然地把“对国家的义务看做自己应尽的天职”。

“五四宪法”的立法充分借鉴外国宪法的语言表述，其后又被国家外文局翻译成英文版以利于对外宣传。^⑤因此，“神圣职责”与“光荣义务”的英译或可提示二者的差别。以目前所掌握的有限资料而言，国家外文局对“五四宪法”的英文翻译有两个版本，1954年版和1961年修订版。1954年英文版，将“神圣职责”译为 Sacred Duty，“光荣义务”译为 Honourable Duty。^⑥1961年修订版，在扉页上明确说明在1954年第一版的基础上加以细致修订，以提供更适当的翻译。此版译文对于“光荣义务”未作改动，而将“神圣职责”修订为 Sacred Responsibility。^⑦国家外文局对“八二宪法”的第一版英译，则将“神圣职责”再次修订为 Sacred Obligation。^⑧2004年，“八二宪法”最近一次修订后，全国人大法工委编译了新的英文版本，将“神圣职责”改为最初的 Sacred

^③ “五四宪法”第46条规定：中华人民共和国主席因为健康情况长期不能工作的时候，由副主席代行主席的职权。中华人民共和国主席缺位的时候，由副主席继任主席的职位。

^④ 刘少奇：《关于中华人民共和国宪法草案的报告》，人民出版社1954年版，第68页。

^⑤ 参见韩大元：《外国宪法对1954年宪法制定过程的影响》，《比较法研究》2014年第4期，第56-60页。

^⑥ See *Constitution of The Peoples's Republic of China*, Peking: Foreign Languages Press, 1954, p. 54.

^⑦ See *Constitution of The Peoples's Republic of China*, Peking: Foreign Languages Press, 1961, pp. 42-43.

^⑧ See *Constitution of The Peoples's Republic of China*, Beijing: Foreign Languages Press, 1983, p. 40.

Duty。³⁹ 对于“光荣义务”的义务（Duty）性质，各版英译取得一致。对于“神圣职责”的“职责”含义却形成了 Duty, Responsibility 和 Obligation 三种分歧。Duty, 指依据法律规定应当承担的或者依据约定自愿承担的责任。⁴⁰ Responsibility, 指责任，但有侧重承担责任感的主观倾向。⁴¹ Obligation, 指债（obligatio），是连接两个法律主体，并规定双方在法律上可强制执行的权利义务内容的纽带。⁴² 可见，“神圣职责”（Responsibility/Obligation）较之“光荣义务”（Duty）更侧重公民与人民、公民与祖国之间的位格关联，并强调责任承担的主观状态。⁴³

宪法英译的修订过程，不仅是适当语义的匹配过程，而且是中国对自身与世界的关系的调试过程。有时候强调差异，有时候又倾向相同。法工委的新译本无疑权威，但却抹掉了制宪的历史痕迹和语义差异，并不利于我们对二者的理解。相反，“五四宪法”英译修订版和“八二宪法”英译第一版却给我们提供了发现历史语境的可能。中文语义上，收复台湾、统一祖国的“神圣职责”（Inviolable Duty）与保卫祖国的“神圣职责”（Sacred Responsibility/Obligation）并无差别，但是前者的神圣（inviolable）是属于大地的不可分割、不可侵犯，而后者的神圣（sacred）却有着属神的（sacr）光辉，并时刻暗示着牺牲（sacrifice）的可能。服兵役义务背后的神圣法理正是后者之超越性神圣。

（二）“五四宪法”之神圣法理的近代发生

“五四宪法”之神圣法理的近代表达，肇始于“五四运动”。毛泽东《新民主主义论》以“五四运动”作为中国文化革命的历史分界，“在‘五四运动’之后，中国产生了完全崭新的文化生力军……即共产主义的世界观和社会革命论”。⁴⁴ 可见，在“民主”与“科学”的启蒙旗帜背后，深潜着更为深刻的社会变革，当时震撼中国的口号“劳工神圣”正可代表这股开端，因而成为本文神圣法理的论述起点。

1918年11月16日，蔡元培在天安门庆祝欧战胜利的集会上，喊出了“劳工神圣”的口号。同月出版的《新青年》即以《劳工神圣》为题刊出这篇演讲，并同期发表李大钊《庶民的胜利》和《布尔什维克的胜利》两篇文章。⁴⁵ 三篇文章虽共同撑起了“劳工神圣”的话语，但其中却蕴含着深刻的转折。蔡元培所说的“劳工”，“不但是金工、木工等等，凡用自己的劳力作成有益他人的事业，不管他用的是体力、脑力，都是劳工。所以农是种植的工，商是转运的工，学校职员、著述家、发明家，是教育的工，我们都是劳工。我们要自己认识劳工的价值。劳工神圣！”⁴⁶ 因此，这种“劳工”定义实际上是对传统四民社会之士农工商的现代命名，是对已经失去了话语正当性的“民

³⁹ 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编译：《中华人民共和国宪法》，人民出版社2004年版，第167页。此外，“八二宪法”对于“神圣职责”的另一处表述是在序言中对统一台湾的象征性宣誓，国家外文局和全国人大法工委分别将其译为 Lofty Duty 和 Inviolable Duty。“八二宪法”第42条将劳动界定为“光荣职责”，两版英译分别译为 Glorious Duty 和 a Matter of Honour，后者将劳动排除出义务（Duty）范畴。

⁴⁰ 参见《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第452页。

⁴¹ 参见注⁴⁰，第1190页。

⁴² 参见注⁴⁰，第992页。

⁴³ “五四宪法”第103条借鉴于1936年苏联宪法。因此，引入苏联宪法原文也有助于辨明语义的差异。对中文“神圣职责”和“光荣义务”对应的苏联原文是 священный долг 和 почетную обязанность。其中，долг 指道义上应信守的天职，обязанность 指根据法律应尽的义务。

⁴⁴ 毛泽东：《新民主主义论》，《解放》1940年第98、99期合刊，第36页。

⁴⁵ 参见徐中振：《“劳工神圣”——一个不容忽视的五四新启蒙口号》，《江汉论坛》1991年第7期，第1页。

⁴⁶ 蔡元培：《劳工神圣》，《新青年》1918年第5卷第5号，第439页。

贵君轻”说的现代转化。^⑦

李大钊的“劳工”专指“工人”，并赋予“工人”崇高的道德使命。“须知今后的世界，变成劳工的世界。我们应该用此潮流为使一切人人变成工人的机会，不该用此潮流为使一切人人变成强盗的机会。凡是不做工吃干饭的人，都是强盗。”^⑧此外，这篇题为《庶民的胜利》的演讲，不仅将“劳工”的内涵浓缩于“工人”，更将“工人”的外延扩大到“庶民”。“这劳工的能力，是人人所有的，劳工的事情，是人人可以作的，所以劳工主义的战胜，也是庶民的胜利。”^⑨李大钊认为第一次世界大战的胜利，是“世界人类的新精神”的胜利。“社会的结果，是资本主义失败，劳工主义战胜”；政治的结果，是“民主主义战胜，就是庶民的胜利”。^⑩可见，李大钊的深层逻辑，并不是蔡元培的传统再造，而是“新命的诞生”。^⑪“工人”才是世界革命的新生命，当这个新生命扩展到每一个“庶民”，那么“庶民”所代表的民主主义与国民主权，便会转化为以工人阶级为领导的人民民主专政与人民主权。从此，“国民”属性的“庶民”身份通过阶级性的“工人”概念开始了向“人民”位格的神圣演变。

从此，个体突破了以血缘与传统为核心的忠孝法理，脱离了个体、家族、宗族、乡里以至国族的公共人格拓展路径。以阶级归属与阶级层级为核心的神圣法理，则将重新化为“庶民”的个体归入统一战线、依靠力量、工农联盟、工人阶级以至共产党的公共人格提升之路。对于神圣法理的权威表达，肇始于“五四宪法”序言，而最终形成于“八二宪法”序言中对于各宪法主体的地位表述。^⑫

任何话语和论证的背后，都必然有实际的制度与操作。反之，任何制度与操作，亦必须加以正当化论证。国民党以乡里与宗族为服兵役者提供物质与精神的双重支持，共产党的战争动员则与土地改革、舆论宣传相伴而行。1951年，全国政协一届三次会议上，彭真发表“关于抗美援朝保家卫国运动的报告”，明确指出“一年来我们全国人民在后方的抗美援朝爱国运动，和志愿军在前线的作战相配合，也已经取得了伟大的成绩”。^⑬土地改革与捐献武器运动、订立爱国公约运动、优抚军烈属运动、镇压反革命运动等“抗美援朝保家卫国运动”相伴进行，使得“工人、农民、青年、妇女参加了各种群众团体；各族各界人民群众反帝、反封建的思想觉悟，爱国主义与国际主义的思想觉悟，正在不断提高之中……党和人民政府的各级干部，都在工作中获得了锻炼；工作经验更加丰富了，思想政治水平提高了，都有很大的进步”。^⑭从此，阶级关系替代血缘关系在乡村社会开始占主导地位，在农村阶级斗争中阶级打破了传统社会的家族血缘，使国家形象与权威渗入日常生活。^⑮至于舆论宣传，《人民日报》在朝鲜战争期间刊发了大量社论、报道与来信。其中，经毛泽东亲自审改的三篇社论之一《各民主党派联合宣言——誓以全力拥护全国人民的正义要求，拥护全

^⑦ 参见冯志阳：《从“民贵说”到“劳工神圣”——从蔡元培的民本思想说起》，《史林》2009年第6期，第120-124页。

^⑧ 李大钊：《庶民的胜利》，《新青年》1918年第5卷第5号，第438页。

^⑨ 同注⑧，第437页。

^⑩ 同注⑧，第437页。

^⑪ 当时一评论指出：“难道是认蔡元培作偶像，才把‘劳工神圣’深入人心？想来蔡元培一个人，哪里能够凭空早出‘劳工神圣’这句话，他不过将众人的脑筋里深深地藏着的‘劳工神圣’一声叫破了出来，于是众人都被他喊着，就回答一声‘劳工神圣’。”卢玄：《“劳工神圣”底意义》，上海《民国日报》副刊《觉醒》，1920年10月26日。

^⑫ 参见李富鹏：《中国宪法序言主体构造的历史分析》，中国政法大学2010年硕士学位论文，第16-34页。

^⑬ 彭真：《关于抗美援朝保家卫国运动的报告》，《黑龙江政报》1951年第7期，第18页。

^⑭ 习仲勋：《动员一切力量为完成全省土地改革而奋斗》，载《甘肃日报》，1951年8月29日。

^⑮ 参见靳道亮：《抗美援朝运动与乡村社会国家意识的塑造》，《史学月刊》2009年第10期，第64页。

国人民在志愿基础上为着抗美援朝保家卫国的神圣任务而奋斗》具有代表意义。^⑥ 仅从标题，我们即可发现战争行为的基础是“全国人民的正义要求”和“全国人民的志愿”。只有在“人民”的语境下，战争才是“神圣任务”，而任何人必须“誓以全力拥护”。

因此，一个人不可以选择出生，但却可以选择如何死亡。一个人不能选择父母、家庭、宗族、乡里，却可以通过职业而选择阶级，通过“经济地位”与“政治态度”的双重改变，实现向“人民”位格的不断靠近。因此，服兵役义务之所以“光荣”，是因为服兵役的公民将直面敌人，身陷危险的处境。保卫祖国之所以“崇高”，是因为一个庶民突破血缘，开始承担“人民”位格的“神圣职责”。神圣法理突破自然伦理与家国，以阶级的色带将个体重新植入国家。

四、余论：宪法的位格阶梯与公民的人格结构

战争，是个体与国家的极端状态，二者时刻面临生死考验。战争，又是国家诞生的前奏与政治哲学的思考前提。因此，本文以服兵役义务的宪法规范与立法论证为切入，试图于极端的生存情境中，观察个体与国家关系这一近代中国的宪法主题，并获得对二者深刻关联的初步理解。

“五五宪草”第127条，以“忠孝”为法理，以血缘为纽带，以家族、宗族与国族（民族）为位格中介，将个体与国家连成一体。“五四宪法”第103条，以“神圣”为法理，以阶级为标准，以人民为位格中介，将个体与国家（人民之祖国）铸为一体。因此，两种理路形成了两条迥异而富有启发的宪法位格阶梯。

近代中国虽以民族国家为目标，但是中国问题的复杂性，却突破了民族国家理论的抽象性，而呈现中国自身的具体形态。宗族之血缘与阶级之出身，都以血统为基础。但是，前者强调血统的伦理性，后者侧重血统的经济性，而非民族国家之血统的生物性。因此，在伦理抑或经济的标准下，个体国民并不能均质的直接归属于国家，而必然有中间的组织形态与统合机制。从个体到家庭、家族、宗族，乃至整个国族的持续扩大；从工人到农民、知识分子，乃至统一战线的不断团结，都表明宪法的位格阶梯呈现了“差序格局”：因亲疏远近而形成的等级秩序。^⑦ 因此，两条位格阶梯，不仅是位格的拼合，更是位格的跃迁。从近乎自然物的“宗族”与“阶级”，到近乎拟制物的“国族国家”与“人民国家”。“忠孝”与“神圣”的伦理道义成为支撑跃迁的法理依据。

由于国民（National）与国家（Nation）的同一性，宪法的位格阶梯与公民的人格结构，就是对同一事物的反复表达。位格阶梯的跃迁，就是公民人格的拓展。正是公民人格的内生道义性，才实现了宪法位格的法理展开。因此，宪法的位格阶梯所体现的“差序格局”自然反映为公民人格结构的多层次。如此，我们才能理解，“五四宪法”中基本权利、基本义务、光荣义务、神圣职责的多重表达。基本权利与义务界定着人格结构的根底，而光荣义务与神圣职责则是对人格结构的拓展。本文以服兵役义务为分析对象，就是试图撑开公民的人格结构，以为观瞻。自由是一种空间，是一种划定了空间边界的自由生长。公民的人格结构，不仅划定了自由的边界，同时指出了自由的方

^⑥ 参见王爱民：《毛泽东审改的三篇抗美援朝社论》，《世纪》2013年第4期，第12-13页。另外，《人民日报》刊发的来信中较有代表性的是黄继光母亲邓芳芝给毛主席和中国人民志愿军的两封信，载《人民日报》，1953年1月28日。

^⑦ 参见费孝通：《乡土中国》，观察社1939年版，第22-30页。

向,规定了自由的形状。因此,自由人格呈现着被塑造的不自由状态。并且,人格的不自由的自由生长程度又隐含着公民人格的不平等倾向。在畸形宗法和阶级斗争为主流的时代,这并不鲜见。

于此,我们不免追问:宪法的位格阶梯与公民的人格结构,是否可以进一步抽象?或者说,是否可以去掉位格阶梯的中间态(宗族或阶级)以使国民与国家直接相连?是否可能剥离人格结构的超负荷层次以使公民人格既免于不平等的危险,又获得有尊严的自由生长?

宪法规范的抽象基础不仅是法理与逻辑,还有实然的生活与情感。宪法以“血缘”与“阶级”为纽带,以大量位格中介沟通国民与国家的论证方式,表明了生活实然的严重缺位,必须借助根本法强为弥补。所以,当我们面对“五五宪草”或“五四宪法”时,每一个条文以自己的方式向我们打开的前提,是阅读者足够尊重它存在的依据。无疑,近代中国宪法的位格阶梯与公民的人格结构,呈现了一种实然的过渡状态。不论是宪法位格的建构,还是公民人格的培育,都需要组织形态与统合机制作为孵化器。当旧制度溃散,一切都流动不拘,宪法便充任了统合的枢机。自由(权利)的空间被持续压缩,人格的所有面向都纳入掌控,生存的所有场域都严加管理。当宪法吸纳了生活,政治便吸纳了宪法。这正是两个宪法条文向我们透露的时代信息。

宪法规范的抽象与生活实然的重建,应互为表里。国家或是一种想象的共同体,^⑧但人格则既非一种可看见或可想象的事务与实体,亦非一种对象,而毋宁说是那个直接被体验到的生活亲历。^⑨当我们开始关注生活实然,重建近乎缺失的生活伦理,原本不同的两条宪法位格阶梯,将彼此交汇。血缘就是血缘,职业只是分工;宗族还原为家庭,阶级去魅为社会。在家庭中,我们拥有庄严慈爱的父亲,并成为这样的父亲;在社会中,我们获得公正廉明的上级,并成为这样的上级。公民的人格结构开始分化,并在每个具体的场域获得值得期待和守候的发展。当生活的归于生活,宪法的才能归于宪法。质言之,宪法规范的提取前提,是生活实然的伦理奠基。

【主要参考文献】

1. 立法院编:《中华民国宪法草案说明书》,文海出版社1930年版。
2. 刘少奇:《关于中华人民共和国宪法草案的报告》,人民出版社1954年版。
3. 孙中山:《孙中山全集》(第九卷),中华书局1986年版。
4. 吴经熊、黄公觉:《中国制宪史》,上海书店1992年影印版。
5. 许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版。

(责任编辑:无为)

^⑧ “民族被想象为一个共同体,因为尽管在每个民族内部可能存在普遍的不平等与剥削,民族总是被设想为一种深刻的,平等的同志之爱,最终,正是这种友爱关系在过去两个世纪中,驱使数以百万计的人们甘愿为民族——这个有限的想象——去屠杀或从容赴死。”[美]本尼迪克特·安德森:《想象的共同体:民族主义的起源与散布》(增订版),吴叡人译,上海人民出版社2011年版,第7页。

^⑨ Vgl. Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, Bern: A. Francke, 1966, p. 371.

A Thesis on Jurisprudential Transition of the Duty of Military Service in Chinese Modern Constitutions

LI Fupeng · 146 ·

The duty of military service manifests the most extreme relationship between the national and nation, which deduces the constitutional logic of right and power to the utmost, pointing to the constitution in the subject life aspect. The May Fifth Draft Constitution (1936) and the Constitution of P. R. C. (1954) underwent the baptism of Anti-Japanese War and Korean War respectively, maintaining the distinct response to the subject life and the context of war mobilization. Furthermore, in the two constitutional documents mentioned above, the jurisprudential argumentations of the duty of military service are based on Loyalty-Filialness or Sacredness in opposite ways. On the matter of life and death, both of the constructional documents construct the person ladder from the individual to the nation as well as the person structure of the citizen.

KeyWords: The Duty of Military Service, Chinese Modern Constitutions, Loyalty-Filialness, Sacredness, Jurisprudential Transition

Li Fupeng, Ph.D. Candidate of Max Planck Institute for European Legal History and Law School of China University of Political Science and Law.

Hypercorrection; Institutional Change of Joint and Several Liability in

U. S. Tort Law and its Implications

ZHANG Pinghua · 159 ·

The joint and several liability in American law has experienced an overcorrect process in which the unusual narrow scope of application obtained an expansion but was under close restraint finally, and the balancing of interest which was a model of one-way angle developed into an individual model. The causation, comparative negligence and effectiveness of exonerative settlement constituted the internal elements which gave impetus to the institutional change based on endogenous, and its principal mission was to construct a rational system of rules. The considerations of constitution, public policies, legal functions, legal proceedings and legal culture constituted the external elements which promoted the institutional change based on exogenousness, and its chief aim was to exert the institutional function and to prevent the abuse of joint and several liability. The complicity of elements and driving mechanism are the main cause of hypercorrection. There are two reasons for Chinese laws not to experience overcorrect institutional change. Firstly, requirement of systematism prevents the drastic institutional change based on endogenous ness. Secondly, requirement of policy in transition period trends to require constructing or completing system of rules for joint and several liability.

Key Words Hypercorrection; Joint and Several Liability in Tort Law; Institutional Change Based on Endogenous ness; Institutional Change Based on Exogenous

Zhang Pinghua, Ph.D. in Law, Profressor of Yantai University Law School.