

程
洁
著

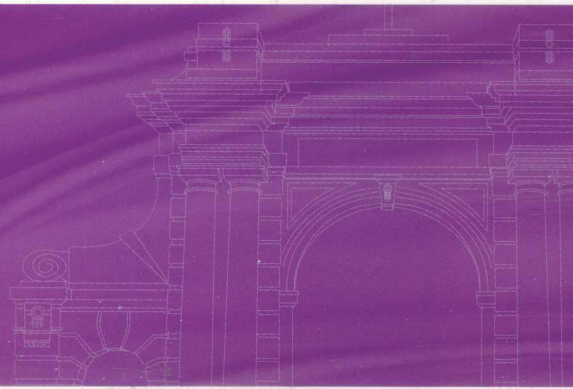
治道与治权

中国宪法的制度分析

清華法學文叢



清華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

程浩著

山道与治权

中国宪法的制度分析

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

治道与治权:中国宪法的制度分析 / 程洁著. —
北京:法律出版社,2015.1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7563 - 1

I. ①治… II. ①程… III. ①中华人民共和国宪法—
研究 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 036218 号

治道与治权:中国宪法的制度分析

程洁著

责任编辑 易明群
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 14 字数 220 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7563 - 1

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

程 洁

清华大学法学院副教授，加拿大不列颠哥伦比亚大学法学院（UBC A. Peter Allard Law School）特聘副教授（2014~2016）。中国政法大学法学学士（1993年经济法专业）、法学硕士（1996年宪法学与行政法学专业），北京大学法学博士（1999年宪法学与行政法学专业）。自1999年北京大学法学院毕业后，一直任教于清华大学法学院。主要研究领域包括：宪法学说史、港澳台与内地法律关系、土地征收征用法律问题、信息自由与信息安全、司法政治、法经济学等。主讲宪法学、中国宪法理论与实践、比较宪法、香港澳门基本法、宪法文献选读、公法学等课程，也曾经开设公民权利救助法律诊所。

主要代表作品包括《宪政精义——法治下的开放政府》（独著，中国政法大学出版社2002年版）、《宪法与行政法》（译著，商务印书馆2008年版）等，并曾经在《中国法学》《法学研究》等专业期刊发表了多篇学术文章。曾经作为访问学者和访问教授赴多国访学及授课，包括2003~2004年作为富布莱特高级访问学者赴美国耶鲁大学法学院（Yale University Law School）访学，2013年秋季作为内森·分斯特多可访问教授访问美国哥伦比亚大学法学院（Columbia University Law School），2015年秋季作为贝斯·李访问副教授在美国密歇根大学法学院（Michigan University Law School）授课。程洁副教授还曾经在法国巴黎政治学院、香港大学、香港中文大学、挪威奥斯陆大学等地访学或授课。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在任 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心的对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

目 录

导 论 中国宪法的制度分析	001
第一章 宪法、治道与治权	013
第二章 清代的部族政权与君主制的危机	027
第三章 开明专制与清末君主立宪	047
第四章 民国初年的共和主义、制宪与宪制	071
第五章 孙中山的宪政观与国民党训政	093
第六章 社会改良与宪政初始	114
第七章 新民主主义与联合政府	136
第八章 社会主义与民主集中制	157
第九章 宪法变迁与治道反思	181
第十章 宪制改进与路径选择	200
后 记	213

导论 中国宪法的制度分析

目 次

- 一、从文化宪法论到制度宪法论
- 二、中国宪法变迁的制度分析
- 三、本书的篇章结构

王，人求多闻，时惟建事，学于古训乃有获。事不师古，以克永世，匪说攸闻。惟学，逊志务时敏，厥修乃来。允怀于兹，道积于厥躬。惟敦学半，念终始典于学，厥德修罔觉。监于先王成宪，其永无愆。

——《尚书·商书·说命下》

政治文化论和宪法文本研究有助于理解中国宪法的属地性特征及宪法规定的现状。但是两者对宪法的制度改进和道路选择却有其固有的局限性：两者都存在画地为牢、故步自封的危险，使其对宪法问题的理解陷入“只能如此”（囿于文化或规定）的被动接受或自我催眠，或者看不到转机而玩世不恭甚至丧失理想和原则。与之相对，宪法的制度分析认为，从功能上来看，宪法作为实现治理目标的法律，需要解决的主要问题是集体目标的形成和维护，而制度设计是决定上述目标实现成效的关键。在这个过程中，制度设计虽然不排除文化和意识形态塑造宪法理念和制度的作用，但是无论文化或文本都不是决定性的因素。将这一思路引入中国宪法研究中，不但为进一步探讨宪法变迁和制度改进提供了新的分析框架，也有助于重新审视中国宪法的历史和发展路径；而后者，恰恰是制度改进的基础。质言之，有必要将中国宪法思

想和政治实践还原为实现国家治理目标的制度选择,进而尝试归纳中国宪制安排的内在逻辑与路径,并最终探寻宪制改进起点、目标与可能性。

一、从文化宪法论到制度宪法论

理想的宪法是既符合价值诉求目标,又能够实现治国理政目标的权力组织法。不过,纵观宪法历史,能够实现上述目标的国家并不多见:全世界 200 多个国家中,同时满足经济富足(发达国家)和政治自由民主的国家不到三分之一,即使能够长期保持政治稳定有序的国家也不到一半。^①对这一现象的说明,政治文化理论一度颇有市场。例如基督教传统特别是新教伦理被视为现代宪法价值观的重要思想来源。^②广义的政治文化既包括所谓民族精神这样的社会理想,也包括对诸如司法独立、行政集权及社会分层的认同和理解。^③宪法发展的不均衡是文化论成为解释地区差异的重要原因。例如,虽然日本和印度都采纳了美国式的违宪审查,但是实施的效果差别很大。同样,与美国一样采取总统制的拉美国家不但未能促进政治团结,反而为军政府独裁提供了制度支持。^④文化论导致人们对制度的普适性产生怀疑。甚至认为所谓的宪政理想不过是建立在西方民族优越感的(ethnocentric)基础上,强加于其他国家的价值和理念。^⑤

虽然宪法确实具有鲜明的价值取向,但是文化论者将宪政理想归结为“地方性知识”^⑥并与地缘政治挂钩,却容易导致宪法发展的特殊主义和例外

① See The Failed States Index: http://www.foreignpolicy.com/failed_states_index_2012_interactive.

② [美]卡尔·弗里德里希:《超验正义》,周勇、王丽芝译,三联书店 1997 年版。

③ Daniel P. Franklin, Michael J. Baun (eds.) *Political Culture and Constitutionalism: A Comparative Approach* (1994), from Vicki Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 2006, pp. 213-219.

④ H. W. O. Okoth-Ogenda, *Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (1993), Carlos Santiago Nino, *Transition to Democracy, Corporatism and Presidentialism with Special Reference to Latin America*, in *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (1993), both from *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 2006.

⑤ Edward McWhinney, *Constitution-Making: Principles, Process, Practice* (1981), from Vicki Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 2006, pp. 207-211.

⑥ 苏长和:“民主政治的误区及转向”,载《光明日报》2013 年 5 月 28 日。文章因提出要將西式民主从普世知识降为地方知识而引发质疑和讨论。

主义横行,丧失了基本原则和立场。此外,虽然文化论可以解释一些宪法制度和表现的差异,但是我们也不难发现,具有相同或类似文化背景的地区,完全可能形成不同的宪法体系:例如美国和加拿大虽然文化上具有同质性,但是却采取了不同的政府形式(总统制和议会内阁制),其联邦制的模式差别也很大。同样受中国传统文化影响的中国大陆、香港地区和台湾地区不但具有不同的政治生态,而且采取了不同的宪制构架。^⑦此外,即使文化因素确实对体制和制度具有影响力,文化也和制度一样,不是一成不变的,特别是会因制度而发生转换。

与文化论相比,制度论虽不否认,但也不强调宪法的文化和意识形态层面,而是认为,在给定的宪法目标下,宪法的制度设计而非政治文化决定了宪法实施的成败。对宪法的制度分析以现代制度经济学的研究成果为基础,特别是以公共选择理论和制度变迁理论为代表,为认识和理解宪法及宪法问题带来了新的视角和思路。因此,我们将这种思路称为制度论。

对宪法制度论来说,宪法是一个集体(国家)的共同行动准则,其存在的意义主要有两方面:一是固化集体的共同目标,如自由、民主、平等、繁荣、富强、正义等;二是确保上述目标能够获得持续的支持和认同。显然,一个最简单的做法是将上述目标写入宪法,以起到宣示的作用。不过,仅仅将目标写入宪法典并不能提供足够的保障。要确保宪法所预设的目标能够获得持续的支持和认同,需要综合各种条件,进行审慎的制度安排。因此,尽管宪法的价值观和目标很重要,但是一旦目标确定,更具有挑战性的宪法问题却是宪法的制度设计,也就是本书所希望讨论的宪制问题。

一个国家希望通过宪法确定的目标具有实质性的意义。例如,自由、平等、博爱即是法国的国家精神,也是法国1789年和1958年宪法的内容。^⑧美国建国之初,《独立宣言》开篇即谓,“我们认为下述真理是不言而喻的:人人生而平等,造物主赋予他们若干不可让与的权利,其中包括生存权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利,人们才在他们中间建立政府……”因

^⑦ 大陆实行民主集中制,人民代表大会是最高国家权力机关,同时宪法规定了党的领导;香港地区实行分权政治,采取分散式司法审查;台湾地区实行五权分立体制,由司法院大法官会议进行集中合宪性解释。

^⑧ 法国宪法第2条。

此,自由、平等和追求幸福的权利可以被视为美国的建国目标与国家精神。英国没有成文宪法,但是自 Dicey 以来,“议会主权”被视为英国宪法的基本原则:虽然议会作为一种代议政治的形式可以视为制度安排,但是议会主权本身同时承载了多元民主的内涵。

不过,无论国家意识形态为何,每一部宪法都必须解决国家存在的实际问题,这些问题包括但不限于:防止国家内部纷争、避免国家分裂、促进国家统一与发展、人民自由与幸福等目标。由于上述问题适用于所有国家,因此也有人称之为宪法所具备的社会功能。^⑨

例如,宪法对言论自由权的规定,既可以视为自由主义意识形态的产物,也可以从维护参与公共决策过程中的各方面畅所欲言这一功能性角度理解。又如,私人财产权的设定既可以作为一种资本主义所有制形态,也可以将之视为一种激励机制,鼓励多劳多得、约束政府或其他人出于嫉妒或贪婪而无偿征收征用私人财产。再如,为了防止国家或社会由于某种巨大的争议而陷入对立或分裂,通过宪法或宪法裁判明确作出规定,从而使得争议性话题不再占据政治议程,断绝社会各方的纠结和纠缠。例如,美国立宪时南方各州和北方各州对蓄奴问题存在争议,宪法制定时,该问题被搁置起来,但是默许南方各州蓄奴。直至 1865 年,参众两院通过宪法第 13 条修正案,明确否定了奴隶制存在的合法性。同样在美国宪法中,为了防止地方保护主义而规定各行政区都必须执行其他区划的判决和裁定。^⑩

由于宪法是一个国家(人民)为自己设定的目标及为实现目标所作出的制度保障,从制度经济学的角度看,这些宪法制度都可以视为一种自我约束式的预先承诺机制(pre-commitment),^⑪为了实现最终的目标,事先对近期的活动进行安排,以鼓励接近目标的行为、断绝背离目标的意念甚至惩罚偏离初衷的决定。对个人来说,这可能意味着自己给自己设定下限,如韩信“背水一战”,置之死地而只能一往无前。对国家来说,各种自我限制也服务于最终

^⑨ Randall Peerenboom, *The Social Foundations of China's Living Constitution* (January 26, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1542463> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542463>.

^⑩ Cass Sunstein, *Constitutionalism and Secession*, 58 U. Chi. L. Rev. 633 (1991), Vicki Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 2006, pp. 192 - 194.

^⑪ Thomas Shelling, *Economics or the Art of Self-Management*, in *The American Economic Review*, May 1978, Volume 68, Issue 2.

的目标:例如规定同一领导人不能兼任不同性质部门的负责人或者规定领导人任期不超过两届,就是预先设定心理预期,断绝某些人担任领导之后专权的可能性。

尽管不同国家在不同时期的宪法致力实现的目标不同,其为了要实现目标而需要采取预设措施这一点是共同的。而正是基于这一认识,宪制安排具有相对独立性,其“中立性”,或曰“价值无涉”的方面,使我们可以从更加技术性的层面(而非意识形态)认识既有的制度安排。事实上,对不同制度进行价值中立的分析由来已久。从历史上看,当亚里士多德将政治制度区分为民主制、君主制和贵族制时,就试图避免对其进行简单的价值评判。在他看来,无论是君主政体、民主政体还是贵族政体,都有可能实现善治或堕落为暴政。^⑫ 亚里士多德甚至明确表示,他最为赞许的是中产阶级主导的政体,认为这种政体可以避免平民政体和寡头政体常见的党派之争。^⑬ 揭示宗教传统和社会发展之间价值关联的马克斯·韦伯也力主“无预设前提”和“价值无涉”的研究,^⑭他认为学者的任务是分析各种制度而非传播某种教条。^⑮ 相反,许多带价值判断的分析总是容易演变为概念的混战:如各种体制都自称为“民主制”时,对民主和专制的批评就丧失了意义,只能进一步纠结于“什么是真正的民主”和“民主的程度”等问题。当然,我们也可以认为这从一个侧面反映出简单的民主——专制二分法不足以解释当代国家的政治现实。

二、中国宪法变迁的制度分析

对中国宪法的制度分析仍然处于初级阶段。一方面,中国的法律体系接近大陆法系,成文法被赋予很高的权威,宪法性法律和政治实践虽然大量存在,但是往往得不到正名。例如《立法法》《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》都是典型的宪法性法律,但是由于中国存在宪法典,通常不以宪法性法律称之,从而淡化了这些法律的宪法性。在官方的法律体系中,

^⑫ [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1996年版,第175~230页。

^⑬ 同上书,第206~207页。

^⑭ [德]马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,韩水法、莫茜译,中央编译出版社1999年版,第149~157页。

^⑮ [德]马克斯·韦伯:《学术与政治》,冯克利译,三联书店1998年版,第38页。

这些法律仅仅被称为“宪法相关法”。^⑩另一方面,一些基于制度分析进行的宪法研究因为强调政治过程研究并质疑司法审查的意义,使得这些研究或者被归入“政治宪法”范畴,^⑪或者被认为服务于特定的政治取向。例如,苏力在《何为宪制问题》^⑫和《当代中国的中央与地方分权——重读毛泽东〈论十大关系〉第五节》^⑬中分别提出了如何认定宪制内涵以及如何认识中国宪法处理中央地方关系的原则问题。尽管文章的作者一再强调其方法论上的意义,但其结论的争议性使得作者研究的路径和方法意义被削弱了。

本书尝试通过制度分析认识中国宪法,对中国宪制存在的初始状态(initial institution)、历史沿革与运行模式进行研究。这一角度希望中国的宪法研究能够走出政治文化论的束缚,从功能主义的角度,从规范国家治理的制度安排角度理解宪法,包括正式和非正式的制度安排。由于政体相对稳定,中国宪制的核心问题是治道和治权的选择。辛亥革命之前清廷立宪的目标是改进君主制,在政体不变的前提下探寻治道变迁的可能性;辛亥革命开创了共和制政体,之后君主制虽然短暂复辟,但很快就重新“共和再造”并从此再也没有恢复帝制。因此,其后宪法或曰宪制的变迁和选择也主要是治道和治权的选择。当然,任何制度都不是凭空产生的,制度的形成和发展取决于其初始状态与发展路径。因此,中国现行的宪法制度不是由宪法文本所决定的;相反,中国历史上的治道和治权安排决定了宪法文本的现状,这是理解宪法变迁的锁匙。

中国历史悠久,历史研究也一向深受重视。因此,有必要说明制度分析框架下历史研究有哪些特别之处,与传统历史研究的联系和区别何在。首先,既往的研究偏重于文化论和文本分析,相应地,对中国宪法的历史研究也主要集中于政治文化和制宪史研究。与此相对,制度分析的研究对象不仅包

^⑩ 例如,国务院新闻办2011年发表的《中国特色社会主义法律体系》白皮书指出,截至2011年8月底,中国已制定38部宪法相关法方面的法律和一批行政法规、地方性法规。

^⑪ 高全喜:“宪法政治学的兴起与嬗变”,载《交大法学》2012年第1期。

^⑫ 苏力:“何为宪制问题”,载《华东政法大学学报》2013年第5期。

^⑬ 苏力:“当代中国的中央与地方分权——重读毛泽东《论十大关系》第五节”,载《中国社会科学》2004年第2期。

括正式制度(成文法典),还包括非正式制度(不成文实践)。^②其次,制度研究中的历史分析拒绝历史决定论,认为历史发展不是线性地、必然地朝向某一结果(例如封建——资本主义——社会主义),而是在各种内因、外因和偶然性因素决定下,存在各种可能性。^③最后,传统历史研究和制度分析中的历史研究都注重历史事件对推动历史的影响。制度分析则特别强调路径依赖(path dependence)以及历史节点(historical conjuncture or critical juncture)对制度发展的影响。路径依赖类似于物理学中的“惯性”,一旦进入某一轨道(无论是“好”的还是“坏”的)就可能对这种路径产生依赖。某一路径的既定方向会在以后的发展中得到自我强化。人们过去做出的选择决定了他们现在及未来可能的选择。好的路径会起到正反馈的作用,通过惯性和冲力,产生飞轮效应,国家发展因而进入良性循环(virtuous circle);不好的路径会起到负反馈的作用,进入恶性循环(vicious circle),国家可能会被锁定(lock-in)在某种无效率的状态下而导致停滞。而这些选择一旦进入锁定状态,想要脱身就会变得十分困难。^④

以下从文献梳理的角度,对一些较有代表性的宪法史研究进行简要的总结,并以此为例说明既有研究与制度分析中的历史研究之不同。

《中国近代宪政宪法史略》^⑤一书采用马克思主义政治经济学的分析方法,探讨了从清末改良主义变法运动到1946年《陕甘宁边区宪法原则》为止的“三种宪法”,^⑥及自清末以来的各种“伪”宪法、以《中华民国约法》为代表的民族资产阶级民主共和国宪法以及新民主主义的宪法。该书是1949年后

^② Rogers M. Smith, Historical Institutionalism and the Study of Law, in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen and Kieth E. Whittington, Oxford University Press, 2010.

^③ Pierson, Paul & Skocpol, Theda. "Historical Institutionalism in Contemporary Political Science", in Ira Katznelson & Helen V. Milner (eds). *Political Science: State of the Discipline*. New York: W. W. Norton, 2002, pp. 693 - 721.

^④ Stan Liebowitz, Stephen Margolis, Path Dependence, in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. *The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 981 - 998. 不过,本文作者认为在市场条件下,消费者通过比较和选择,可以淘汰很多低效率产品,从而解决潜在的路径依赖性问题。

^⑤ 蒋碧昆:《中国近代宪政宪法史略》,法律出版社1988年版。

^⑥ “三种宪法”的提法最早见于刘少奇:《关于中华人民共和国宪法草案的报告》(1954年9月20日)。

国内较早专门研究制宪史的专著,其所采取的阶级分析方法和线性历史发展脉络在许多后来的研究中仍有体现。

《近代中国宪政史》²⁵(以下简称《宪政史》)一书的时间跨度与《中国近代宪政宪法史略》(以下简称《宪政史略》)大致相同,但是对新民主主义宪政的研究延长到了1949年《中华人民共和国政治协商会议共同纲领》。与《宪政史略》一书不同的是,该书的主要分析框架是君主立宪与民主共和。相应地,该书对制宪过程和不同宪法的批评没有采取“三种宪法”的评价标准,也没有过多地依赖国家属性对不同宪法体制进行批评,而是相对强调立宪前后政党政治对宪法创制和实施的影响。只是,该书的历史观仍然是线性的。

《中国现代宪政运动史》²⁶(以下简称《运动史》)对中华民国时期的宪法思想和宪法体制进行了梳理。该书虽然名为“运动史”,但是除了对抗战后期到新政治协商会议期间的民主宪政运动进行了描述之外,其余的部分并未涉及宪法和宪政如何成为公民运动的主题、运动如何动员、如何组织等问题,其在政治制度方面的研究与《宪政史》一书多有重合。

《近代中国对民主的追求》²⁷一书对清末至1949年政治协商会议的政治运动史进行了梳理,可以视为一部立宪运动史。该书作者注意到,中国追求政治民主的过程有一个非常明显的现象,就是任何发展和进步都是通过大量挫败和失败取得的,而且这些挫败和失败往往具有重复性。但是,作者认为根本原因在于,中国既有的社会状况即所谓的“国情”没有实质性的改变,“舞台限制了戏剧的演出”。²⁸这一结论反映出中国立宪民主发展进程中的路径依赖问题。但是为何民主运动未能促成社会条件的改变?作者并没有尝试进行系统的分析。

最后,《宪政文化与近代中国》²⁹的研究对象是清末到1920年五四运动前后的中国政治思想和代表人物。该书展现出西方自由民主思想进入中国之后,知识界产生民族主义立宪思想与自由主义立宪思想,或曰宪政价值与

²⁵ 殷啸虎:《近代中国宪政史》,上海人民出版社1997年版。

²⁶ 王永祥:《中国现代宪政运动史》,人民出版社1996年版。

²⁷ 徐宗勉:《近代中国对民主的追求》,安徽人民出版社1996年版。

²⁸ 徐宗勉:《近代中国对民主的追求》,安徽人民出版社1996年版,第11页。

²⁹ 王人博:《宪政文化与近代中国》,法律出版社1997年版。