

高全喜 著

立憲時刻

论《清帝逊位诏书》

奉旨朕钦奉隆裕太政院选举为总理大臣，当兹新旧代谢之际，宜有南北统一之方，即由袁世凯以民军代表讨论大局，议开与民军协商统一办法。总期人民安堵，海宇义安，仍合满汉蒙回藏五族完全领土露于野，徒以国体一皇帝得以退处宽闲，优游岁月，长受国民之优礼，亲见郅治之告成，岂不懿欤！北方诸将亦主张于后。政院选举为总理大臣，当兹新旧代谢之际，宜有南北统一之方，即由袁世凯以、内审舆情，特率皇帝将与民军协商统一办法。总期人民安堵，海宇义安，仍合满汉蒙回藏五族完全领土为公之义。袁世凯前经资皇帝得以退处宽闲，优游岁月，长受国民之优礼，亲见郅治之告成，岂不懿欤！全权组舆情，共和政府，与民军协商统一办法。总期人民安堵，海宇义安，仍合满汉蒙回藏五族完全领土为一义。袁世凯前经资皇帝得以退处宽闲，优游岁月，长受国民之优礼，亲见郅治之告成，岂不懿欤！钦此。



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

高全喜 著

立憲時刻

论《清帝逊位诏书》

广西师范大学出版社

· 桂林 ·

图书在版编目(CIP)数据

立宪时刻：论《清帝逊位诏书》/ 高全喜著. ——

桂林：广西师范大学出版社，2011.7

ISBN 978-7-5495-0647-7

I. ①立… II. ①高… III. ①宪法-法制史-研究-中国-清后期

IV. ①D921.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 116234 号

广西师范大学出版社出版发行

桂林市中华路22号 邮政编码：541001

网址：www.bbtpress.com

出版人：何林夏

全国新华书店经销

发行热线：010-64284815

山东人民印刷厂泰安厂印刷

开本：700mm×1000mm 1/16

印张：10.5 字数：136千字

2011年7月第1版 2011年7月第1次印刷

定价：25.00元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与印刷厂联系调换。

目 录

一 中华民国肇始之宪法创制 / 5

二 《清帝逊位诏书》的宪制背景 / 27

1. 《临时约法》的宪法短板 / 32

A. 革命建国问题 / 34

B. 人民制宪问题 / 43

2. 从《十九信条》到《清帝逊位诏书》 / 52

三 《清帝逊位诏书》释义 / 71

1. 《清帝逊位诏书》之颁布 / 71

2. 《清帝逊位诏书》之宪法价值 / 82

A. 中国版的“光荣革命” / 83

B. “袁世凯条款”与帝制复辟 / 105

C. 三个优待条件及宪法与文化蕴含 / 116

D. 《清帝逊位诏书》语境下的“中华人民” / 134

E. 古今变局中的“天命流转” / 143

后 记 / 161

我要为它唱一曲挽歌，

作为辛亥革命百年的别一种纪念。

本文选取百年中国历史中一页似乎久已被人遗忘的篇章——《清帝逊位诏书》，试图从政治宪法学的视角挖掘其中那份富有生命的机理，其实这个政治生命早已化为一百年来中国之命运的内在构成，并为当今的中国政治所分享，只是我们把它遗忘了，甚至不负责任地把它丢弃到历史的垃圾堆里去了。殊不知它恰恰是我们弥足珍贵的传统。在今天这样一个万众纪念辛亥革命百年志的时刻，我为什么要刻意选取《清帝逊位诏书》这个篇章，作为我的别一种纪念呢？其主要缘由在于我认为，辛亥革命为构建中华民国——中国历史上的第一个现代国家、亚洲第一个共和国——做出了伟大的贡献，但是，这个现代意义的中华民国，并不是辛亥革命只手构建起来的，而是一种源自古今中西交汇的历史合力共同构建起来的。无论是从现实的社会力量，还是从宪制的构造形式来看，中华民国肇始之际的国家创制，皆表明它是由各种制宪力量氤氲汇合而形成的。所谓现代中国的宪法精神，应该是这种制宪合力的精神体现，而这之中，以《清帝逊位诏书》为代表的中国传统王制的改良主义这份优良遗产，无疑也一并融入到了现代中国的宪法精神之中。在我看来，作为现代中国——中华民国宪制的一个重要构成，《清帝逊位诏书》不啻为一种中国版的“光荣革命”。

一 中华民国肇始之宪法创制

西方现代国家的构建，大多都是基于各自的宪法，即便是没有成文宪法的英国宪制，也依然有其未成文的宪法，尤其是一系列宪法性法律文件，它们担负着塑造国家政体的构建性功能，属于“活的宪法”。^{〔1〕}但是，反观中国的现代国家之构建，作为第一共和的中华民国，其宪法却是一直处于风雨飘摇、名实不副的政治吊诡之中。从历史文本上看，我们有一系列所谓的宪法，或临时性质、草案性质的宪法性法律，例如，宪法教科书中告诉我们，早在中华民国成立之前，清王朝 1908 年就曾颁布《钦定宪法大纲》，1911 年武昌起义之后，现代中国开始了立国制宪的艰巨工作。先有 1912 年 3 月 11 日颁布的《中华民国临时约法》，其后南北统一，中华民国宪法开始正式酝酿，1913 年国会成立，是年 7 月 12 日成立宪法起草委员会，10 月 31 日拟就《中华民国宪法草案》（即《天坛宪草》），但这个草案旋即夭折。1914 年袁世凯解散国会，重新组织一个“约法会议”，制定《中华民国约法》，此后一步步走上帝制复辟之路。袁世凯洪宪帝制破灭后，中华民国的宪法创制重新开始，历经十

年，1923年国会通过《中华民国宪法》（曹锟宪法），但这部宪法实际上已经名存实亡，根本起不到塑造民国政制的构建性作用。

但是，没有一部完整的名实具备的宪法文本，是否就意味着中国之现代国家就没有确立起来呢？是否就意味着中华民国没有自己的根本法呢？对于这个问题，我们不能简单予以回答。一方面，应该指出，缺乏一部真正体现人民制宪权的现代宪法，这确实是一个遗憾，也正因为此，第一共和国的历史才充满了政治暴乱、军事内战、军阀割据和独裁专制；但是，另一方面，也应该看到，中国数千年历史上的第一个现代国家毕竟出场，一个现代中国降生了，尽管这个新生的现代中国，其出生证——中华民国宪法，不是那么完美，但直到今天，我们仍然还是这个现代共和国的历史传人。

因此，对于百年中国的现代政治，我们应该回到历史的语境中，探索 and 发现真实的“中国宪法”，为此我曾经提出过一组概念，即“非常政治”与“日常政治”。考察中国现代政治史，不能照搬西方成熟国家的宪政经验。中国的现代国家构建经历着一个从非常政治到日常政治的转型，这一转型的政治逻辑主导着中国的宪法创制，我们不可能一下子就制定出堪称完备的宪法文本，也不是一举就完成了立宪时刻的国家构建，而是处于一个较为漫长的立宪过程，面临着一次又一次的立宪时刻。^{*}我们不能机械地以所谓宪法规范、宪法格式或宪法名目来考察或解读中国

^{*} 关于立宪时刻中的“非常政治”与“日常政治”问题，我基本认同卡尔·施米特有关这个问题的观点，即他区分了“宪法”与“宪法律”，并认为宪法的实质并不在于其规范性，而在于其政治性，作为一种根本政治决断，它仅仅涉及政治统一体的存在类型和形式。宪法律则是一批

具体的宪法法规，其有效性完全依赖于作为根本政治决断的宪法。相对于宪法来说，宪法律是派生的、次要的，仅仅具有形式上和技术上的有效性。^[2]但我在对这个非常政治的本质理解上，与施米特又有两点重大的不同：第一，我不认为这个非常政治及政治决断，就一定是一种绝对区分敌友的生死对立的非此即彼性质，“和平”也是一种非常政治之决断，格劳秀斯的战争与和平法权、康德的“永久和平论”皆具有政治宪法学的本质蕴含，而施米特却把敌友斗争绝对化了、终局化了；第二，就非常政治与日常政治之二元区分来看，两者之间还有一个相互转化的时刻以及机制，对此，美国宪法学家阿克曼的二元民主观以及他对转化机制的分析更有说服力，尤其对于现代中国之肇始创建来说，我认为从非常政治到日常政治的转化机制，具有更为重要的理论与实践意义。^[3]

的百年宪制，解读中华民国肇始之际的宪法创制，而是要深入到中国制宪时刻的历史场景之中，从中华人民这一现代共同体的政治命运之视角来发现和解读中国的宪法。从这个角度来审视中华民国肇始之宪法，我认为有两种方法论的不同，或呈现出两种宪法观。第一种是文本主义的宪法观，这种观念以客观的历史文本为研究对象，从规范主义的应然态度出发，按照现代的宪法理论或宪制框架，分析或解读那些冠名为“宪法大纲”、“临时约法”、“宪法草案”、“民国宪法”之类的宪法文本。^[4]还有另外一种方法论，即政治宪法学的历史主义宪法观，这种观念不囿于既有的宪法文本，也不单纯从现成的规范主义出发，而是从现代政治的发生学来解读和审视中华民国之宪法，力求在众多或明或暗的历史资料中，挖掘那个活的民国之宪法，洞开现代中国的政治之源。

所以，这种方法论寻求的就不是死的宪法文本，而是民族国家（或

国民国家、国族)^[5]的宪法精神，它关注的是现代中国的宪制起源。大致包括如下几个方面：第一，现代国家是如何塑造出来的？第二，现代国民是如何塑造出来的？这两个问题是根本性的宪法问题，关涉作为现代政治的“中国”^[6]这个共和国宪制构造的本性，以及作为“中华人民”^[7]这个共同体主体资格的本性，它们是如何在宪法中表述的，以及宪法是如何以此来塑造现代中国的；第三，这里又必然涉及两个相关性的宪法问题，一个是现代中国与旧传统帝制的关系，另外一个现代中国与外部列强（作为帝国主义和殖民主义的西方现代国家）的关系。上述三个方面的问题，是现代中国的宪法所必然面对的根本性问题，是纲领性的宪法问题，在此之下，才有所谓常规性的宪法问题，即贯穿中华民国数部宪法（包括临时约法、宪法草案等）的所谓总统制与内阁制、中央政府与地方自治、政党组织与国会选举等诸多引发争议的宪法问题。^[8]上述这些问题固然是宪法问题，但我认为它们不是建国时刻或制宪时刻的根本性问题，套用卡尔·施米特的一对宪法概念，它们只是属于“宪法律”性质的问题，不属于“宪法”问题。^[9]

应该指出，“中华民族”^{*}从其创生至今依然是一个政治上尚未走向成熟的民族，一个对于其民族精神，尤其是其民族的公共精神，或曰

* 虽然“中华民族”这个概念在20世纪初叶就被当时的思想界人士提出，例如梁启超在1902年的《中国学术思想之变迁之大势》一文中提出“中华民族”一词，但囿于满汉畛域，当时立宪派对此并没有给予过多重视，革命党人创始之初倡导的是驱除鞑虏、恢复中华，他们心中的“中华”主要指的是汉族。后来革命党人受到朝野立宪派的影响，修正了狭隘的汉族主义民族观，提

出“五族共和”的建国思想，但《临时约法》使用的是“中华人民”，1946年《中华民国宪法》使用的是“中华民国人民”等词语，“中华民族”并未进入国民党的宪法。1949年中华人民共和国成立之后，虽然中国共产党也强调民族团结、民族平等，在各部《中华人民共和国宪法》中使用了“中国各族人民”等词语，但作为一个政治性的词语概念，“中华民族”至今仍然没有进入中国的现行宪法。关于“中华民族”概念，20世纪80年代费孝通曾经有一个经典性的概括：“中华民族作为一个自觉的民族实体，是近百年来中国和西方列强对抗中出现的，但作为一个自在的民族实体，则是在几千年的历史中形成的。”^[10]不过，费氏所论主要是民族学乃至社会学意义上的，作为宪法学意义上的“中华民族”概念尚需给予进一步的考察研究，本文下面有关《清帝逊位诏书》的论述，将涉及这个宪法学意义上的中华民族之构建问题。

共和立宪精神，严重缺乏政治自觉的民族。惟其如此，这个民族才会在一百年来的国家建设中屡屡重蹈覆辙，一步步陷入革命激进主义的泥潭。在当今的语境下，我们要和平地致力于国家建设，就必须回到现代中国的历史源头，去发现第一共和国的“立宪时刻”，发现这个非常时期的真实“宪法”以及宪法精神。

按照传统宪法教科书的想法，《中华民国临时约法》是中华民国立国之宪法，或具有临时性质的中华民国之宪法，由于《中华民国宪法》因《天坛宪草》之流产和袁世凯洪宪帝制的阻挠并没有如期制定出来，孙中山二次革命所护之法也是这个《临时约法》，致使《临时约法》在中国立宪史中就显得格外重要。对此，本文要提出一些不同意见，我并

不认为《临时约法》是中华民国立国之唯一性的宪法性宪法,《临时约法》只是中华民国“立宪时刻”的一组宪法性法律中的一个文本,并不单独构成中华民国立国之唯一性临时宪法,或者更准确一点说,《临时约法》只是代表了南方(南京)革命政权所诉求的立国之宪法,并不代表全体国民尤其是北方(北京政府所代表的)民众的共同意志和政治决断(关于辛亥革命、南北和议、清帝逊位、民国创制的过程及其它它们如何构成了政治宪法学意义上的中华民国之“立宪时刻”,在下文第二、三两节我将展开论述)。深入中华民国肇始之际宪法构造的历史场景之中,我们就会发现,现代中国的宪法创制,并不是由一个宪法文本——《临时约法》体现的。我认为中华民国之宪法,或中华民国创制之“立宪时刻”的宪法,乃是由一组宪法性法律所共同构成的,更准确一点说,所谓一组宪法性法律,就是《临时约法》和《清帝逊位诏书》两个宪法或宪法性法律文件,它们作为姊妹篇共同构成了中华民国“立宪时刻”之宪法,它们才是作为民国肇始之立国根基的根本法。*

* 从制宪史的角度审视,东西方现代国家的制宪建国并非一种形式,例如,美国是根据成文宪法《美利坚合众国宪法》立基建国的,但也有基于一组宪法性法律建国的,英国光荣革命之建国,就非一部成文宪法立国,而是由一组宪法性法律组成的未成文宪法赖以立国的,诸如1688年的《宽容法》、1689年的《权利法案》、1701年的《王位继承法》,以及历史悠久的《大宪章》,它们共同构成了一组奠定英国作为现代国家之基的宪法性法律文件。按照宪法教科书的通论,成文法国家之宪法,具有独一无二之特性,其立国只能依据一部排他性宪法所构成,旧宪法因新宪法之颁布

实施而丧失效力，从应然角度来说，在一个国家发生时效的只能是一部宪法，至于宪法内容之增删，也只能通过宪法修正案的方式实施。成文法国家也有所谓宪法性法律，一般指的是除了宪法之外的一些重要的涉及国家制度的法律文件，如组织法、立法法、选举法等等，这些宪法性法律可以是多个、一组或多组，由于这些法律的管辖范围不同，其时效可以同时并存，并不冲突。未成文法国家之宪法，或者说，未成文法之国家，其国家构建实质上也是需要依据宪法而创制立国的，但这个未成文之宪法，不是以排他性的成文宪法形式出现，而是以宪法性法律文件的形式出现，而且这种宪法性法律可以是多个法律文件，或一组宪法性法律文件，从时效性来看，这些宪法性法律是以逐渐添附的创制方式产生的，新的宪法性法律文件并不全然否定或取缔旧宪法性法律的效力，它们可以同时发生宪法性法律效力，例如，英国 1225 年《大宪章》的部分条款至今还有效力。关于这些法律的效力，可以由议会确认和解释，也可以由法院裁决形成司法案例，甚至可以在政治实践中成为议会、法院遵循的宪法惯例。^{〔11〕}

依据上述所论，我在此所主张的中华民国肇始之宪法是由一组宪法性法律所构成，就面临一个宪法学问题需要解决，即根据辛亥革命前后革命党人包括孙中山、黄兴、宋教仁等领袖的大体一致的意见，新成立之中华民国是效法美国及其他成文法国家，通过制定一部宪法为立国之根基，1912 年 3 月 11 日颁布的《临时约法》是为了随后制定正式的《中华民国宪法》而草创，遂有第五十四条：“中华民国之宪法由国会制定，宪法未施行以前本约法之效力与宪法等。”所以，无论是根据革命党人的制宪理念还是制宪的历史事实来看，中华民国之制宪过程，遵循的是成文法国

家的宪法创制路径，从这个意义上说，中华民国建国创制之宪法不可能是由一组宪法性法律文件组合构成，而只能由一部宪法独自担纲，在此宪法未制定施行之前，由临时约法担当临时宪法之功能。故我的上述主张不成立。如果说《临时约法》以及《清帝逊位诏书》是一组宪法性法律文件，从成文法国家的法制形式来说，或许也成立，即在正式的宪法——《中华民国宪法》业已施行的同时，在这个宪法之下，《临时约法》乃至《清帝逊位诏书》暂且可以说是一组宪法性法律，但这组宪法性法律的位阶要低于当时的现行宪法，而且它们并不完全，或有遗漏，因为按照这套成文法理据，在《临时约法》之前的《中华民国临时政府组织大纲》（1911年12月3日由在南京的代表联合会制定颁布）、之后的《国会组织法》（1912年8月10日由在北京的国会参议院制定颁布）和《大总统选举法》（1913年10月4日由制宪会议制定颁布）等一系列法律，都可以纳入宪法性法律的范围。显然，这个意义上的宪法性法律分类，并不是本文所述观点的真实而恰切的含义。我所要表述的观点是，《临时约法》和《清帝逊位诏书》作为一组或姊妹宪法性法律，它们实质上担负的乃是像英国那样的未成文法国家所拥有的宪法性法律之功能，与《宽容法》、《权利法案》和《王位继承法》相类似，在它们之上并没有一个发生效力的现行成文宪法，或者说，它们这组法律就是未成文的宪法。但是，这种情形在中华民国肇始之际却似乎是不存在的，因为，中华民国制宪者的代表其选择的宪制形式是制定成文宪法，而且民国初年，有《临时约法》，有多个版本的《宪法草案》（有待通过），最后还有1923年《中华民国宪法》，所以，说现代中国之发生——中华民国之“立宪时刻”有一组英国宪制意义上的宪法性法律存在，是说不通的，

只可以说有美国、德国、日本等宪制意义上的宪法性法律。

尽管从形式理据上与教科书相抵牾，我为什么仍然还要做如此之主张呢？在此我愿借用马克斯·韦伯的一组重要的概念：工具理性与价值理性，来展开阐释我的观点。也就是说，尽管形式上中华民国的法制体系不存在英国那样的宪法性法律文件，我们走的是成文法创制路线，但是，从中华民国法制的宪法价值意义上，我们与英国的宪制与法制体系并不矛盾，从本质理据上看，中华民国肇始之宪法创制其目的是通过制宪而构建一个共和国，建国是宪法的实质或目的因。围绕着这个建国之制宪目的，就出现了一个所谓的“立宪时刻”，这个时刻的宪法其本质价值是卡尔·施米特意义上的“宪法”问题，而非“宪法律”问题。在这个非常的“立宪时刻”，制宪机关（代表人民主权的制宪者，可以是制宪会议，也可以是国会，甚至某些作为主权者的受托人个人组成的小组或委员会）如果按照例行的一部成文宪法制定的形式要求，即正常的制宪程序步骤，不能如期创制出一部宪法时，或者制定的宪法不能有效施行时，那么这种成文法的制宪模式实质上就失去了存在的理由，即在这个“立宪时刻”尽管它的形式理据存在，但价值理据业已死亡，在这种情况下，成文法的宪法创制徒有虚名，而实际上则是一种价值理性主导的制宪过程在发生作用，在此只能是未成文法的宪法创制过程，也就是说，如果这个国家——如中华民国，在其肇始之际，并没有立即瓦解或崩溃，而是依然在有效地运行着、存在着，尽管还没有达到一个宪法完备的根基稳固的良性状态，这说明这个政治共同体的凝聚力量以及权威甚至正当性（legitimacy）依然有效，那么支撑着这个政治体的就不可能仅仅是政治强力或暴力，而是一种宪法性的力量，这个宪法