

中国宪法文化丛书

丛书主编 陈晓枫

中国近现代的中央官署变革： 文化底蕴与制度表达

陈胜强 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

中国宪法文化丛书

丛书主编 陈晓枫

中国近现代的中央官署变革： 文化底蕴与制度表达

陈胜强 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国近现代的中央官署变革:文化底蕴与制度表达/陈胜强著. —武汉:武汉大学出版社, 2013. 8

中国宪法文化丛书/陈晓枫主编

ISBN 978-7-307-10438-9

I. 中… II. 陈… III. 中央政府—政治体制改革—研究—中国—近现代 IV. ①D693.61 ②D63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 199942 号

责任编辑:郭园园

责任校对:黄添生

版式设计:韩闻锦

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 14 字数: 197 千字 插页: 1

版次: 2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-10438-9 定价: 32.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

内容简介

规范宪法学理论强调，西方宪法文化下中央政府的变革，体现为中央官署与宪法变迁的函变关系：宪法变——中央官署变，中央官署变——宪法变，文本变——实质变，人民诉求变——宪法变。在这些函变关系背后，中央政府变革的原动力是人民，基本途径是中央官署的政治实践，中央官署变革和宪法变迁呈现出法治和正当程序统摄下的良性互动关系。

毋庸置疑，宪法本非中国既有之物，而是随着欧美列强的“坚船利炮”舶来。内忧外患之局催生政权合法性基础的更新。经过长期探索，中国建构了近现代宪法体系，并据此组织了中央政府。然中国近现代中央官署变革历程呈现出形式上的立宪主义与实际上的“仪式化”宪法的双重特征。工具主义、文本浪漫主义和权力决断是中国近现代中央官署变革的突出特点。这种实质上的变革特点意味着，中国近现代通过宪法组织中央政府时以维护控权集团的核心利益为宗旨，宪法应当具有的人权保障功能被剥离；控权集团先于宪法存在并通过宪法分配政治权力，并在制宪后通过掌握修宪及释宪权来维护其核心利益。清朝以来的立宪进程昭示了“谁主导制宪比制宪程序本身更为重要”，宪法作为主权者政权合法性的证明文件地位显赫，但作为行为规范体系顶点、其他法律规范的源泉作用却不受重视，宪法仅在凝聚人心和证明政权合法性的工具意义上被强调，成为一种宣示意义上的国家大典。

何以如此？或许，“德命”体系下的“上下一心”（或“同心同德”）传统可资解释。“德命”体系强调政权合法性的证成不通过权力来源上的多数同意和程序原则，统治权威是在法律体系以外获得合法性证明。战争胜负检验的人心向背是“德命”体系的核心，法律体系自身也靠它来证成。这种法从于政、法从于权的传统在历史传习过程中沉

淀下来，极大地影响了中国近现代通过宪法组织中央政府的实践，使其呈现出形式和实质相背离的双重特点。考虑到宪法是一种历史现象、政治现象、文化现象，在进行中国特色社会主义建设时，我们要秉承“三个坚持、三个反对”，以求既立足国情，又择善而从。

本书系教育部人文社会科学研究青年基金项目
“中国宪法变迁与中央政府变革：历史与未来”
(项目批准号：12YJC820009)的结项成果

目 录

第一章 中央官署变革的规范理论	1
第一节 术语的界定	1
一、“中央官署变革”	1
二、关联概念：“宪法变迁”	4
第二节 中央官署变革：函变理论与规范分析	7
一、中央官署变革与宪法变迁的函变理论	7
二、中央官署变革函变理论的规范分析	13
第二章 清末(1901—1911年)的中央官署变革	20
第一节 宪法理念的传入	20
一、宪法理念的传入历程	20
二、宪法理念传入时的冲突及文化整合	24
第二节 危局下的变革——光、宣两朝的中央官制改革	28
一、中央官制改革的背景	28
二、中央官制改革的历程	31
三、清末中央官制改革的分析	34
第三节 清末宪法变迁——《钦定宪法大纲》与《十九信条》	43
一、清末两种宪法文件的出台	43
二、宪纲体系和中央官署变革	44
三、《十九信条》体系和中央官署变革	55
第四节 小结：清末中央官署变革与宪法变迁之关系	61
第三章 民国前期(1912—1928年)的中央官署变革	66
第一节 《临时约法》与中央官署变革	67
一、《临时约法》的出台及中央官署制度设计	67

二、《临时约法》下中央官署的实际运行	73
第二节 强人政治与中央官署变革	79
一、“新约法”与“超级总统制”	79
二、从总统到皇帝：寻找权威与人民的决断	83
第三节 武人干政下的中央官署变革	86
一、武人干政下的中央官署变革：总的描述	87
二、个案分析：武人干政下的国会制宪	95
第四章 训政时期(1928—1946年)的中央官署变革	100
第一节 个人集权向政党集权的转变	101
一、寻求新方案：孙中山的宪法思想	102
二、宪法理念的更新：党国体制	108
第二节 训政初期(1928—1937)的中央官署变革	111
一、从军法之治到约法之治	111
二、《训政约法》与中央官署变革	117
第三节 紧急状态(1937—1945年)下的中央官署变革	124
一、中央官署变革概要	125
二、中央官署变革与宪法变迁的关系	133
第四节 小结	134
一、训政时期中央官署变革与宪法变迁	134
二、训政时期中央官署制度的挑战	137
第五章 宪政时期(1947—1949年)的中央官署变革	144
第一节 四七国宪的中央官署制度设计	146
一、四七国宪的历史来源与变迁	146
二、四七国宪的中央官署制度设计	153
第二节 中央官署的实际运行与宪法变迁	155
第六章 结论	160
第一节 中国近现代中央官署变革的双重特点	161

一、形式特点·····	161
二、实质特点·····	164
第二节 中国近现代中央官署变革的文化基因·····	170
一、被决定的我们：人是传统的“囚徒”·····	170
二、历史的遗产：中国前立宪状态下的中央官署制度及 变革特点·····	172
三、文化基因：“德命”体系下的“上下一心”传统·····	185
余论·····	192
一、新中国中央官署变革和宪法变迁简史·····	192
二、百年宪政历程之启示·····	196
参考文献·····	201

第一章 中央官署变革的规范理论

第一节 术语的界定

一、“中央官署变革”

(一)中央官署的概念

“官署”一词在汉语中的含义是政府机关的通称,^①相应地,“中央官署”就是中央政府机关的通称。与中央官署相近的词语在汉语中还有“中央机构”和“中央机关(或中央国家机关)”。其中,“中央机构”是指一定的社会统治阶级为实现统治职能而建立起来的进行国家管理和社会控制的最高领导机构,它不仅可以指涉一个国家的中央政府机构,还可以指涉政党的中央机构,如我国当前的中央机构不仅包括中央政府机构还包括共产党的中央领导机构,甚至党政以外的企业、团体等组织的最高领导机构也可以称为中央机构。而“中央机关”则是指从事国家管理和行使中央国家权力的机关,包括国家元首、立法、行政、司法及军事机关等,也称为中央政权机关、中央国家机关、中央政府机关。显然,中央机构是中央机关的上位概念,而中央官署跟中央机关的含义基本相同。考虑到中国长久以来使用“官署”、“官衙”指称政府机关的传统^②以及西方法学理论中也不乏称宪

① 《汉语大词典》(第3卷),第1393页。

② “官署”和“官衙(或衙门)”在汉语中的含义都是旧时对政府机关的通称,如《汉书·霍光传》“受玺以来二十七日,使者旁午,持节诏诸官署征发,凡千一百二十七事”;又如清王端履《重治文斋笔录》(卷二):“官衙远市无兼味,烹得池中两鲫鱼。”参见《汉语大词典》(第3卷),第1393页。

法上的中央机关为中央官署的例子,^①加之中央机构的概念过于宽泛,在研究中国近现代的宪法变迁与中央政府的关系时用“中央官署”指代从事国家管理和行使中央权力的统治机构更为恰当。因此,在本书主题下的中央官署实际上就是现代宪法意义上的中央政府,包括立法机关、行政机关(含国家元首、军事机关)、司法机关三个部分。

(二)中央官署变革：西方简史

亚里士多德曾言“人在本性上,是政治的动物”。^②此言一语中的,人类自进入文明社会以来,孜孜追求的是最恰当的统治方式。早在两千多年前,亚氏就反复追问“一般的国家在实际上所能达到的最好政体是什么”,并提出了一切政体都包含的三个要素:议事机能、行政机能和审判机能,“一个优良的立法家在创制时必须考虑到每一因素,怎样才能适合于其所构成的政体。倘使三个要素都有良好的组织,整个政体也将是一个健全的机构”。^③罗马共和政体的实践进一步深化了人类关于统治方式的认知,如曼斯菲尔德所言,“不是我们在亚里士多德那儿看到的各种功能之间的和谐,而是对立因素之间的冲突和畏惧。它通过相互钳制和制衡发挥作用。其方式让我们想到相互对抗的现代分权政体……”^④

中世纪以来(特别是自16世纪以来),对立力量的相互平衡就一直支配着欧洲人的思想,表现在宪法理论中,从博林布鲁克提出真正意义上的权力平衡学说开始,关于政府统治机构对立权力之间的分离和制衡就成为了西方宪法文化下中央官署变革的主流。先是洛克提出

① [德]施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第275-277页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆2008年版,第7页。

③ [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆2008年版,第214-215页。

④ [美]哈维·曼斯菲尔德:《驯化君主》,冯克利译,译林出版社2005年版,第87页。

了立法权与执行权和对外权的区分，且不同的权力不能集中于一个机关手中，即“需要有一个经常存在的权力，负责执行被制定和继续有效的法律，所以立法权和执行权往往是分立的”；^①接着孟德斯鸠将国家生活划分为立法、对外执行和内政执行三个不同的领域，并进而力图实现一种权力对另一种权力的钳制，进而达到权力之间的平衡，即“每个国家都有三种公共权力，即立法权、对外执行权和对内执行权……”^②因“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止”，故“从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力”。^③最终，美国1787年宪法规定了关于中央官署各构成部分之间以及中央和地方间权力的平衡的完美理想——它不仅实行权力的相互制约、相互监督，而且还在很大程度上将各项权力实实在在地予以分离。究其原因，汉密尔顿等开国元勋们认为议会的“一百七十三个专制君主一定会像一个君主一样暴虐不道”，^④而“防止把某些权力逐渐集中于同一部门的最可靠的办法，就是给予各部门的主管人抵制其他部门侵犯的必要法定手段和个人的主动。在这方面，如同其他各方面一样，防御规定必须与攻击的危险相称”。^⑤

从西方两千年来关于中央政府内部关系的论述中，我们可以发现一个基本线索：古代人们关于中央官署的理想是统治机构各个组成部

① [英]洛克：《政府论》（下），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1996年版，第89-90页。

② [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第155页。

③ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第154页。

④ [美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1982年版，第246页。

⑤ [美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1982年版，第264页。

分之间的和谐，近现代以来的中央官署变革是沿着“两权分立^①——三权分立——双重分权(立体制衡)”这样的脉络前行的，中央官署的变革也因而成为宪法中制度变迁的最令人瞩目且取得最大进展的部分。近代以来对分权制衡的鼓吹必然导致立法、行政和司法成为国家活动中彼此分离的组织，且这种相互区分、甚至相互分离的权力平衡模式导致了各官署权力之间的相互作用和相互影响——最重要的是让各方的权力相互牵制，达到均衡，从而保障了近代以来的宪法所要求的权利保护，维护了宪法的权威和稳定。

二、关联概念：“宪法变迁”

(一) 宪法变迁的概念

公法学说史上首次明确提出宪法变迁^②的概念并加以系统研究的学者当推德国学者耶利内克(Georg Jellinek)。在《宪法的修改与宪法的变迁》(1906年)一书中，他明确区分了有意识变更宪法条文的活动和基于事态发展而变更宪法条文的活动，且将前者称为宪法修改，将后者称为宪法变迁。显然，宪法修改依据宪法自身所定的程序对宪法条文加以变更的行为，是一种自觉行动；而宪法变迁则是通过立法、判决国会或内阁的有权解释以及习惯等方式实质变更宪法条文的活动，是一种潜移默化的现象。进而，耶氏指出了导致宪法变迁的五种

① 洛克虽然提出了立法权与执行权和对外权等三种权力的界分，但对外权和执行权实际上是同一种权力，他所谓的三权的分立实际上是“两权分立”。真正提出三权分立的是孟德斯鸠。

② 在汉语中，与变迁相近的词语有“变革”、“更新”。“变革”的含义有二：(1)改革、改变；(2)改朝换代。“变迁”则是指事情或情况的变化迁移。相较之下，变革侧重于“变”，更新侧重于根本性的“变”，而变迁则凸显变化的过程，用于制度的迁移变化显然更为恰当。关于“变革”、“更新”、“变迁”的汉语含义详见《汉语大词典》(第5卷)，第529、534页，《辞海》(第6版彩图本第1卷)，第153、154、710页。

情形:① (1)因议会、政府及法院的解释所生之变化;(2)基于政治上的必要所生之变化;(3)基于宪法上的习惯所生之变化;(4)因国家权力的不行使所生之变化;(5)宪法精神产生的根本变化。其后学者的研究大体未超出耶氏创设的框架。②

考虑到宪政是基于西方文化传统所内生的一种现象,而传统中国是一个有着悠久成文法传统的国度,研究中国近现代的宪法变迁就不能仅止于考察在默默中产生的宪法变更现象。因而,在本书主题下的“宪法变迁”事实上包含了三个方面的内容:一是百年来中国的立宪进程,即宪法在中国产生、发展的经过;二是宪法在中国近现代各时期的修改经过;三是宪法在中国近自然的变更或无形的实质修改,即宪法条文没有发生变化时宪法中的制度和机构回应现实危机导致的宪法内容与精神的实质变动。但这三个方面不是并重的,中国百年来的立宪进程及各时期修宪经过只是为了更好地说明,文化如何影响了中国近现代宪法变迁的启动机制和历史走向。

(二) 宪法变迁与宪法变更

施米特基于“宪法是关于政治统一体的类型和形式的总体决断”③这一实定宪法的概念推导出导致宪法变更的诸多概念:宪法的废弃、宪法的废止、宪法的修改(宪法的修正)、宪法的打破、宪法的中止。④ 其中,宪法的废弃是在废止现行宪法(不仅是一项或几项宪法律)的同时废除宪法由以产生的制宪权,德国由立宪君主式的俾

① 参见[日]阿部照哉等:《宪法》(上),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第72页。

② 在耶利内克之后,史多林(Hsü Dau-Lin)在《宪法的变迁》(1932年)中,也举出了宪法变迁的四种情形:借由形式上不侵害宪法的惯例、以宪法条文为依据的权能不能行使、违宪的惯例以及宪法解释所生之变迁。参见[日]阿部照哉等:《宪法》(上),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第73页。

③ [德]施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第25页。

④ [德]施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第112-114页。

斯麦宪法(1871年宪法)向民主共和制的魏玛宪法(1919年宪法)的转变即是著例。宪法的废止是在废止现行宪法的同时保留宪法由以产生的制宪权,如法国在1848—1852年的革命以及1870年的政变废止了宪法但却保留了人民的制宪权。宪法的修改^①是指修改迄今有效的宪法法律条文,包括无视宪法法律规定程序的修改和尊重宪法法律规定程序的修改(真正意义上的宪法修改),前者如美国制定1787年联邦宪法的行为;后者如美国联邦宪法通过后的大多数宪法修正案。宪法的打破是指在例外情况下仅个别事例违反宪法法律,而其他情况下被打破的宪法法律仍一如既往的有效,也包括无视宪法法律规定程序的打破和尊重宪法法律规定程序的打破,前者如法兰西共和国总统路易·拿破仑·波拿巴在1851年12月2日发动政变解散议会;^②后者如魏玛共和国国民议会在1922年10月27日根据宪法第76条的规定以宪法修正案的形式一次性延长了共和国总统的任期。^③宪法的中止是指某一或某些宪法法律规定的暂时停止效力,如魏玛宪法第48条规定授予共和国总统

① 施米特认为“宪法修改(宪法修正)”一词很不精确,因为它不涉及宪法本身的修改,而仅仅涉及宪法律(宪法法规)的修改。但考虑到“宪法修改”已成为公法学界的通用词,故予以保留。

② 根据法国1848年宪法第68条的规定,议会为一元制的国民议会,不受监督且不可解散,拥有立法、宣战、媾和、批准条约等广泛权力。总统虽有不经议会同意任免政府官员的权力,却无解散议会的权力,但法兰西共和国总统路易·拿破仑·波拿巴在1851年12月2日成功发动政变解散因党派分裂而失去行动能力的议会。

③ 《魏玛宪法》第76条规定:“宪法得用立法手续修改之,但联邦国会欲议决修改宪法,必须有法定人数三分之二之出席及出席议员三分之二之赞成,其决议案始得成立。又联邦参政会对于修改宪法之议决,亦须有所投票数三分之二之多数赞成。若由国民请愿而用国民投票以议决修改宪法,须有多数国民之赞成。如联邦国会对于联邦参政会之修改宪法议决提出抗议时,则联邦总统如于两星期内,不受联邦参政会之要求,不得将此法律公布。”联邦议会据此以宪法修正案的形式颁布的法律规定:“经国民议会选举产生的共和国总统任职到1925年6月30日。”

可临时中止公民的部分基本权利。^①

上述概念皆是导致宪法变更的重要情形，与宪法变迁的概念有着一定的兼容关系。如果谨守狭义的宪法变迁概念，即宪法变迁是“条文在形式上没有发生变化而继续保持其原来的存在形态，在没有意图、没有意识的情况下基于事态变化而发生的一种变更”，^②则宪法变迁跟施米特所说的宪法的打破或宪法的中止更为接近；如果再进一步分析，也可与宪法的修改有共通之处，但它们不是等同的概念。事实上，施米特关于宪法变更的五种表现以及耶利内克关于宪法变迁的界定可以结合起来分析中国近现代的宪法变迁历程，耶利内克宪法变迁的五种情形指出了宪法变迁的具体途径，而施米特宪法变更的五种表现则指出了通过种种途径导致的宪法变迁表现，二者针对的是不同层面的问题。

有鉴于此，在分析中国近现代的中央官署变革时，我们应当从“两个向度”和“三个层面”展开，即：既要分时段考察中央官署制度的兴替，又要分析每一时段中央官署变革的动力、具体途径和表现形式；既要探究微观层面上中央官署变革和宪法变迁的连接途径，又要分析中观层面上通过中央官署实践活动带来的宪法变迁，还要从宏观上把握中国近现代中央官署变革的总体走向。

第二节 中央官署变革：函变理论与规范分析

一、中央官署变革与宪法变迁的函变理论

组织构建是宪法的首要职能，近代以来的西方宪政国家从注重各

^① 该条规定，“联邦总统得临时将本法第 114、115、117、118、123、124 及 153 条所规定之基本权利之全部或一部停止之”。这些可中止的宪法律条文涉及公民的人身自由、住宅不受侵犯、通信自由、表达自由、集会结社自由以及财产权保护等，这就意味着联邦总统在特定情况下可临时中止公民的这些基本权利的一部乃至全部。

^② 秦前红：《宪法变迁论》，武汉大学出版社 2002 年版，第 1 页。

官署间的和谐一致的古代混合政体，发展到强调各官署间的分权制衡的近代分权政体的历程，与近代宪法的变迁相伴而行。中央官署变革与宪法变迁之间呈现出互为函数的相互作用关系：

（一）宪法变，中央官署变

宪法区别于其他法律法规的特性之一是宪法旨在确立一种国家体制，即“融合国家政府之各部，使得其和，节节相关，而成完密整齐之组织，国以治，政以行”，^①这其实是宪法实质上的特点。确定政府机关的组织、职权及相互关系是宪法的重要任务，近代以来的宪法均对中央权力之立法、行政、司法官署的产生方法、组织、职权以及相互关系作出或详或略的规定。目前我们所熟知的宪法概念事实上是18世纪以来美、法市民革命的成果。自18世纪以来，中央官署权力之间的分立就在一种特殊的意义上被看做是自由的、真正的宪法的应有之义，因为它提供了“组织上的保证以防止国家权力的滥用”。^②在资产阶级革命成功之后，宣示基本权利并保持国家权力之间的分离以从组织上将权利保障付诸实施就成为宪法的主要内容，因而，被广为引征的1789年《法国人权宣言》第16条宣称：“凡权利未被保障，分权没有确立的社会，即无宪法。”由此可见，近代以来，权力的分立已成为西方宪法的标志。

在资产阶级革命的前夜，专制君主政体发展到了极致，人民的权利请求被抑制甚至窒息。随着启蒙运动的深入而政治意识已经觉醒、拥有行动能力的人民通过暴力革命推翻专制君主统治，进而颁布保障基本权利的国民法治国宪法，确立对国家权力的行使加以限制和监督的原则，这是近现代宪法得以产生的前提。通过宪法确立中央官署的产生、组织、职权及相互关系即为宪法变迁与中央官署变革的第一对基本关系：宪法变迁导致中央官署的变革。

法国1791年宪法以及苏俄1918年宪法是通过革命变更宪法进而

① 费巩：《比较宪法》，法律出版社2007年版，第4页。

② [德]施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社2005年版，第44页。