

《中华民国临时约法》的文化透视

陈晓枫

(武汉大学法学院,湖北武汉430072)

[作者简介] 陈晓枫(1955-),男,河北望都人,武汉大学法学院法律学系教授、博士,主要从事法学研究。

[内容提要] 《中华民国临时约法》(1912)因具划时代的历史意义而备受推崇,它是我国第一部资产阶级宪法性文件,然而“临时约法”的制定者并未充分考虑到中国当时的实际,终使之成为一纸空文,但从宪法文化上看,“临时约法”的命运反映的是更广阔的文化传统对于“大典”和“朝纲”的处理法则。

[关键词] 临时约法;宪法文化;突变

[中图分类号] DF 02

[文献标识码] A

[文章编号] 1000-5374(1999)06-0033-04

南京临时政府所制定的《中华民国临时约法》,不仅被称作是第一部也是中国惟一一部资产阶级性质的宪法文件,而且因为它是孙中山先生领导南京临时政府期间制定的而使临时约法的评赞者对之推崇备至。然而“临时约法”颁布后不久,就被袁世凯歪曲,中央权力的运行违背约法,完全按一元总统制的模式运转,随后,“临时约法”被袁世凯所践踏,而约法中所规定的责任内阁制政体,直至北洋政府灭亡、终半封建半殖民地之时代,再也未被其它政权采用过。

“临时约法”存续效力之短促,以及它所制颁的政治体制影响力之微弱,其原因是复杂的。除了对参与约法制定的政治力量进行各种分析,甚至对袁世凯个人品质分析以外,法律文化传统的制约作用是不容忽视的,而恰恰是这种至关重要的法学理论研析,多年来被忽视了。因此,笔者试图按法文化学的突变原理,对“临时约法”进行透视。

一、宪法文化的“突变”与继承问题

宪法文化为传习而来的观念沉积,在晚清“仿行宪政”之前,中国并无宪法性法律,此前所已积淀而成的各种观念、思维结果及制度创设,实际归属于政

治文化的范畴。但是宪法在中国作为一种文化“突变”现象,本身是不同的文化观念激烈冲突的结果,^①也是不同的价值取向通过宪法创制这一事实而在宪法问题上所进行的重新排列。那么经过突变之后所产生的宪法,就在其文化内涵中保留了造成这种突变的主要文化基因,从而在行为模式或特征上,出现与同一政治文化相同的性质规定。

“宪法”一词传入中国,始源于日语。日本在明治维新前后,曾将来自拉丁文的 Constitution 译为“律例”、“国制”、“朝纲”,后又译为“建国法”、“国宪”,日本人箕作麟祥将其译为“宪法”。^②戊戌变法失败之后,梁启超满腔忧愤,东渡日本,大量研析宪法文献,并将日文中的日语汉字直接移植于汉语,他给宪法下的定义是:“一国之人,无论为君主为官吏为人皆共守之者也,为国家一切法度之根源。此后无论出何令、更何法,万变不许离其宗旨者也。”^③此后五大臣出洋考察,清廷宣布仿行宪政,直至颁行《钦定宪法大纲》,中国第一部宪法性文件公诸于世,“宪法”一语大体上是在梁启超所议定义内使用。

中国人虽然于1908年颁制了《钦定宪法大纲》,从此开启了制宪先河,但是当时所谓“仿行宪政”,只是在传统政治文化的限定以内,从“朝纲”“国典”的

意义上,运用中国的政治文化观,对传入的“宪法”进行了文化重构。首先从目的而论,“仿行宪政”并非限制专制,反在巩固君权,以求“皇位永固”。其次,“宪法”的地位及其作用的观念,梁启超认为,宪法是治国之“术”的一种,称之为“群术”。他说“普治国者,知君与民,同为一群之中一人,固以知夫一群之中所以然之理,所常行之事,使其群言而不离,萃而不涣,夫之谓群术。”^④依“术”来解读“宪法”,直将宪法解读为君主所操作的手段,是遵从了传统价值秩序的序列。孙中山先生对宪法的理解,也未完全从民主政治、权利制衡来认识,而只是从中提取了“共同遵守之大法”的寓意。他曾说明:“我们封建专制时代……也有宪法。”^⑤再次,对近现代宪法确立的标志之一——近代议会制度,也从工具主义的视角,进行了中国文化解读。冯桂芬、观观应等首倡开设议院之士,所要求的只是“育才于学堂,论政于议院,君发一体,上下同心,移实成虚,谋定而后动。”^⑥因此,直至《钦定宪法大纲》颁世之时,中国人用传统政治文化观念传播“宪法”的学说是“将以改造现政府,而不欲动摇国家之根本”,“不在国体而在政体,不争于主而争乎宪。”^⑦

中国的宪法产生,代表了继受法的宪法“移植”。宪法的产生都意味着在原有的政治文化体系中,集团与个体均发生了政治行为的若干准则、须接受国家根本法强制的这种突变。但是经突变产生的宪法文化,仍承接了原有政治文化的行为模式指令,其为宪法制度接受的部分,则上升到宪法文化的制度层面,作为规范结构的组成部分;其不能为宪法制度承认的部分,则潜入宪法文化的隐形结构部分,通过思潮或学说来表现其指令作用。在继受的意义,宪法文化内涵来自于同质的政治文化,在模式和指令的意义上,与政治文化保持着同一的质的规定。

二、法律工具主义与大典 为置律的文化传统

中国在历史上,存在视法律为统治工具的传统。这种工具主义的传统在立法上的突出特征,就是强调法律的合用性,忽视法律的公平、正义属性,重视法律为“治之柄”、“治之具”的属性,漠视法律应有的正当程序属性,注重法律“言出法随”等与权威的联系,而无视法律不同部门、不同渊源的逻辑联系。这种传统致使一部法律颁布之后,如果实施中发生阻碍,或立法者因为皇位继承等出现更替,就往往会出现该部法律论为置律的现象。这种情况又特别多见

于国家大典的制颁与实施之中。

国人严守祖训、以孝为本,先祖先烈所制定的法典,后世子孙不能予以全面的更订。当社会生活发生重大变化,原来的法典已明显不能得以贯彻实施时,则用令、疏、解、例、注等多种方式,对原有的法典予以补充,最终这些补充的法规则逐渐取代原法典的地位,陷法典为置律。这在《周礼》就有“有本有文”的效力比较,在《汉律》,则有“三尺法安在?”的争议。在守律,先有“以敕破律”,后有“法当然而无例,则事皆泥而不行”的紊乱。《大明律》,就是按“以为中典永垂后世”^⑧想来制定的。至于《大明律》如何规范现实生活的问题,则通过另行制定诰、例、典来解决,所以谈迁在《北游录》中说,明初即以《大浩》治天下,《大明律》终明之世并未真正实行过。

这种将国家最为重要的律典视为工具,为我所用的传统,在西方宪政思想传入中国之时,并没有在制宪的文化突变中消失,相反,由于宪法思想在传入之时,被对应为“律例”、“国制”、“朝纲”等,中国历史上政治文化对“国制”、“朝纲”的认识,则基本构成中国人对“宪法”的文化认识。以此在移植中的“重构”为基础,晚清政权先后抛出二部宪法性文件,肇启了宪法工具主义的恶端。

1908年8月,清廷迫于舆论和地方实力派的压力,正式颁布《钦定宪法大纲》,反映了皇帝专权,人民无权。其目的不过是“掩饰国民的耳目,讨洋人的喜欢罢了,不但没有放了一线的光明,那黑暗倒反加了几倍。”此后,1911年,武昌首义举事,清廷迫于崩溃的形势,仓促凑成《重大信条十九条》,采取了虚君共和制,肯定了议会制,希冀凭此克服危机。但因大厦既倾,局面不可挽回,“十九信条”也终于成为一件纸上的宪法。

晚清朝廷虽然先后颁布了八十余件宪法性法律,特别是在应敷地方实力派和政权危亡之时,颁布“宪法大纲”和“十九信条”,但其预备立宪活动的欺骗性和利用宪法文件加强专制集权的目的是非常明显的。在这些制宪活动背后所隐喻的文化喻义,就是宪法仍然是治之一端,仍然是统治工具,而非梁启超所概括的“无论为君主为官吏为人民皆共守之者也”的国民意志体现。^⑨这就从立宪活动方面,首先开启了宪法工具主义的实例。

三、“临时约法”的文化分析

临时约法所要解决的,在表层是确认辛亥革命成果,建立民主共和国家。这一问题实际上包含二个

方面：一方面推翻一个政权，用新的政权去取代它，另一方面则是推翻一个国体，用民主共和制度取代专制国体，因此约法任务，就不是简单地“恢复中华，建立民国”，它必须有说明自己这类政权的合法性理论、纲领和权威符号。其次，临时约法是在南京临时政府准备将大总统职位交给袁世凯的条件下，由革命党人和其他参与辛亥革命的各种势力共同制定的，孙中山及其它势力集团，希望通过约法肯定辛亥革命成果、限制袁世凯专权，孙中山说，北方将士“明明为反对民国者，今虽曰服从民国，安能保其心之无他？故予奉临时约法而使之服从。”^⑨约法的这个目的，实际上也包括两个方面：

1. 所制定的约法，是否可以起到由革命党人仍掌握实权、限制袁世凯的作用；

2. 在既交权又限权的前提下，其建立的权威能否妥善处理中央集权与地方势力的权力关系？

面对这样的问题，在当时社会的各种政治力量中，只有孙中山所领导的同盟会才具备了领导制定和实施临时约法的条件。但是，孙中山和同盟会所领导的南京临时政府，也有先天的不足之处。

1. 同盟会和南京临时政府的社会基础极为薄弱，在前清社会完全依靠宗法统治管理社会基层的条件丧失之后，仅靠个人自由的政治口号，还不能渗透到社会基层，因此中央政权和社会基层之间显然存在着断层。

2. 南京临时政府没有得到地方政权的支持。各省都督府虽然承认南京临时政府为中央政权，但实际上各地方政权是自行其是，以至政府在军事和财政上往往陷入困境。

3. 辛亥革命的成功是由形形色色的各种力量的合力所取得的，而这种合力在推翻君主专制时，找到了一个共同的象征，就是民主共和，在这一点上，孙中山所领导的同盟会具有高度统一的象征力。但是，在帝制转变为共和制后，权威资源就发生了根本的变化，各种力量所要分享的政治资源，必须要有一定的实力强制才能够通过妥协达到平衡，而孙中山所领导的同盟会以至南京临时政府恰恰是缺乏强制实力的政治力量。

因此，在上述各条件并存的前提下，革命党人希望通过约法来完成创建共和的任务，实际上是不可能的。

1. 临时约法的政治民主设计。

临时约法共分七章 56 条，在 56 条的内容中，临时约法规定了国家主权属于全体人民；国家政治制

度实行责任内阁制；设参议院为立法机关；临时大总统、副总统为行政机关，法院是司法机关；国民享有民主自由权利和财产及营业权利。

临时约法与此前及此后的其它宪法性法律的显著不同之处，是将政权组织形式由原来的总统制改为内阁制，使国家的最高行政权从总统转移到总理以及各部部长组成的内阁中。约法规定：(1)参议院拥有立法权，同时拥有对总统决定重大事件的同意权；(2)约法规定在临时大总统对参议院议决事件有咨院复议权时，规定有三分之二参议员仍坚持原议，大总统必须公布施行；(3)约法规定参议院在认为大总统有谋叛行为时，得依法行使弹劾权。

与《临时约法》之前的《中华民国临时政府组织大纲》相比，将总统制转为责任内阁制，不能不说是一个突变。1911 年 11 月 30 日，17 省代表云集武汉，通过了《临时政府组织大纲》以作为临时政府“法统”。^⑩“组织大纲”以美国国家制度为蓝本，确立临时政府为总统制共和政府，实行三权分立的政治原则，临时大总统既是国家元首，又是政府首脑，负责行政各部工作。对选择总统制的问题，孙中山在回国前发表讲话说，中国革命的目的，在于建立共和政府，除效法美国外，任何政体都不适用于中国。回国之后，他进一步表示，建立责任内阁制的目的在于使元首不至于在政治斗争中首当其冲，因此以总理对内阁负责的政体对处于非常时期的中国来说是不适宜的。

政体改制的惟一的原因，即为前文所述的对袁世凯限权。民主革命派在算定议员选举当中将获多数席的设定下，脱离了孙中山原有的理性分析，重新设计了责任内阁制政体，希望通过“议会斗争”来夺取大权。这种设计的结果，使《临时约法》出现了参议院有广泛的权力，国务员又负实际责任，临时政府大总统反而不能独立行使法定内若干权力的怪现象。

2. 临时约法的宪法文化分析。

(1)临时约法根据当时条件下交出政权的急迫需要，违反关于政体设计的理性分析，将政治制度设计为责任内阁制，在法律价值的追求上，表现出工具主义的趋向，使宪法成为从事某种政权追求的工具。这就违反了人民主权、代议民主的宪法本意，表现了中国法律文化中将法作为某种制胜利器的传统特征。并且，这一设计的初衷，就是将大选获胜的算定隐含在内，对议员选举的结果有预成的设想，因此制宪之时就没有将如何表现人民意志、反映人民主权作为考虑的重点，反倒设立了选举资格的种种限

制,^①以期选举获胜,表现出一部宪法在争取权力焦点问题上的过分关注,而将其余作轻率处理的态度,对此后北洋政府视宪法作儿戏起到不良的先例明示作用。

(2)临时约法反映了较为浓重的人治色彩。因人立法,法随人变,虽然用意在于保护革命成果,但在资产阶级共和政权建立之初,首开人的意志高于法的意志之风,深刻显现了在近代宪政词语下,向法文化传统认同的倾向。

(3)临时约法也同样具有传统政治文化中权力归诸一元的价值追求。民主革命党人在预想大选结果的基础上,设定一切可能的限制,虚化总统权力,将权力高度集中在议会和其控制的内阁手中。例如临时大总统有权公布法律,但由国务员副署(第四十五条)、临时大总统统率全国海、陆军(第三十二、三十五条),但宣战、媾和缔约须经参议院同意;临时大总统可定官制、官规,但须由参议院同意(第三十三条),临时大总统任命文武职员,但国务员和大使,须由参议院同意(第三十四条)等。因此,临时大总统如同虚设,是礼仪元首。这种立法追求,既不是总统制,也不是责任内阁制(总统由参议院选举,无权解散议会)将诸权归诸一元,从结构上丧失了权力制衡的宪政意义,比较充分地表现了一元化思维方式在“宪法”设计中的限定和制约作用。此处有必要补充说明,孙中山先生本人在权力结构问题上始终是始终如一的一元权力追求者。先生虽有许多权力制衡的言论,但在归国之前,即主张权力统一于总统之手,在国民党一大之后,又提出了五权宪法和党治国家的权力一元设计。唯一的在形式上违反他一贯主张的政治

设计,就是临时约法。这次设计仍然是将权力归诸于一元,只不过这一元本身与总统互换了位置而已。

(4)法律工具主义的一个重要特征,就是当它一旦于执法者不相切合时,就很容易被搁置,成为具文。这是因为工具本身的价值,仅仅在于被使用者有效使用。“临时约法”的制定者没有考虑在中国这种大的文化背景下“约法”所面临的命运,而他们对“约法”的工具主义的利用,最终使“临时约法”作为工具,终成空文。

因此,从政治上来看,“临时约法”显然具有划时代的历史意义,但是从宪法文化而论,“临时约法”的命运则反映的是更广阔的文化,传统对于“大典”和“朝纲”的处理法则。

注 释:

- ① C·E·布莱克:《现代化的动力——一个比较史的研究》,景跃进,张静译,浙江人民出版社1989年版,第12—22页。
- ②⑩⑪ 蒋碧昆:《中国近代宪政宪法史略》,法律出版社1988年版,第827、114、131页。
- ③ 梁启超:《主宪法议》,《文集》之五,第1页。
- ④ 梁启超:《文集》之二,第3页。
- ⑤ 《孙中山文集》下卷,人民出版社1981年版,第580页。
- ⑥ 《盛危言·自序》。
- ⑦ 梁启超:《论中国现在之党派及将来之政党》,《辛亥革命前十年间时论选集》第二卷下册。
- ⑧ 梁启超:《立宪法议》,《文集》之五,第1页。
- ⑨《中国革命》,载《中山丛书》,太平洋书店1927年版,第31页。

(责任编辑 车 英)

On the Iterim Constitution of the Republic of China

Chen Xiaofeng

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, China)

Author: Chen Xiaofeng (1955-), male, Doctor & Professor, Wuhan university Law School, Majoring in law.

Abstract: This paper probes into the Iterim Constitution of the Republic of China (1912. 3. 8) with the theory of sudden change from the wider cultural area, and points out traditional law culture's influence to it.

Key words: Iterim Constitution; constitutional culture; sudden change