

## 第一講

# 中國憲制史要旨

# 第一章 何為中國憲制史？

## 第一節 基本概念

本書的題目是《中國憲制史》，首先大家要理解什麼是中國憲制史。我下面分兩個方面來梳理，或者說，做一個學科性的辨析。<sup>1</sup>

第一，何為「中國」，「中國憲制史」之「中國」是什麼意思？

第二，何為「憲制史」，憲制史的憲制是什麼意思？

對於第一個問題，關於中國，可以說古已有之，「中國」作為日常語言，每天都被大家使用，各種媒體也都大量使用「中國」，意思似乎很清楚。但是如果進入學理層次，其實是非常模糊甚至曖昧的，誰能說清楚這個「中國」是什麼呢？有文化中國、地理中國、政治中國、經濟中國、道德中國、法制中國，等等，有古代中國、現代中國、歷史中國、現今中國，等等，關於中國的詞彙與表述鋪天蓋地，沸沸揚揚，意味繁多，莫衷一是。<sup>2</sup>

---

1 此種關於概念的「名相辨析」是一種基礎性的學術工作。「何為中國」、「何為憲制史」都是必須先予以處理的問題，不能盲從流俗的觀念，而放棄了此種重要的學理性反思。

2 1963年在陝西寶雞出土的西周銅器何尊銘文中載有「宅茲中國」的文字，此為「中國」一詞的最早出現。自此以後，「中國」的概念始終處於嬗變之中，如何界定之，確實不是一件容易的事情。本文只是旨在討論政治與法律意義上的「現代中國」，而不擬旁涉其他，在此特予說明。

不過，流俗的詞彙卻是學術理論的大忌。在本書中，所謂「中國憲制史」之「中國」，其明確的含義，是指「現代中國」，尤其是指政治與法律意義上的「現代中國」，或憲法意義上的「現代中國」。

那麼進一步的問題就出現了：古代中國呢？古代的政治與法律意義上的「中國」，或憲法意義上的古代中國，就不是中國了嗎？為什麼「中國憲制史」講的是現代中國，不是古代中國呢？古代中國有沒有憲制史呢？古代中國與現代中國有什麼重大區別呢？古代中國與現代中國在憲法意義上，或在政治與法律意義上，是從哪裏開始分別的？區分的標準是什麼？等等，我想讀者的很多問題就會紛至沓來。有問題是好事情，這些問題，我現在還不可能一一做出回答，但如果讀者閱讀完這本書之後，很多問題自然會迎刃而解。

不過現在，先要面對另外一個問題，什麼是憲制史？這個問題其實也與何為「現代中國」有關。在我看來，當今的學術界和人文社會科學各個學科，關於中國史的研究很多，但是憲制史或立憲史，卻十分奇缺。只要網上翻查一下就會發現，幾乎沒有一家法學院或政治學院開設過憲制史的課程。關於中國憲制史、立憲史或憲政史的專著，也很奇缺，除了三十年代尤其是民國時期有關這類的學術專著之外，晚近二十餘年，幾乎少有高水準的中國憲制史或立憲史的專著，一些專題性的研究著作，例如中華民國臨時約法、天

壇憲草、1946年中華民國憲法，倒是有一些深入的研究著述。<sup>3</sup> 過去民國時代的研究在今天看來，已經老舊了，時代發生了翻天覆地的變化，目前我們亟需一部真正高水準的中國憲制史的著作。

回到憲制史上來，顯然，憲制史不同於政制史，也不同于社會史，更不同於文化史、經濟史，雖然與上述各種社科門類有關，但憲制史就是憲制史，也就是憲法學，而且是集中於政治憲法學。我在前面開場白曾經說到：本書是以「政治憲法學」的方法研究中國早期的憲制史，憲法學是我們的理論歸屬，也是本書的學理依據。<sup>4</sup>

由於中國憲制史所具有的獨特性，使得研究這個問題，單純的憲法解釋學和規範憲法學，都難以深入中國憲法制度的歷史演進以及內在的邏輯，相比之下，政治憲法學是這門憲制史的更為恰切的

---

3 民國時期比較重要的憲法史論著有：吳宗慈的《中華民國憲法史》（前、後編）（台灣文海出版社1988年版）、潘樹藩的《中華民國憲法史》（上海商務印書館1935年版）、吳經熊、黃公覺的《中國制憲史》（上海商務印書館1937年版）、陳茹玄的《中國憲法史》（台灣文海出版社1947年版）、荊知仁的《中國立憲史》（聯經出版事業公司2001年版），以及雷震的《中華民國制憲史》（三卷本）（台灣稻鄉2009-2010年版）等等。晚近二十餘年中，較具代表性的憲法史論著有：許崇德的《中華人民共和國憲法史》（福建人民出版社2003年版）、殷嘯虎的《近代中國憲政史》（上海人民出版社1997年版）與《新中國憲政之路：1949-1999》（上海交通大學出版社2000年版）、張晉藩的《中國憲法史》（吉林人民出版社2011年版）、卞修全的《近代中國憲法文本的歷史解讀》（智慧財產權出版社2006年版）、夏新華等的《近代中國憲法與憲政研究》（中國法制出版社2007年版）、王人博的《憲政文化與近代中國》（法律出版社1997年版）等等。另，還有一些專題式的著作，例如韓大元的《1954年憲法與中國憲政》（武漢大學出版社2008年版），但囿於篇幅，在此不再一一枚舉。

4 筆者曾撰有一篇專文討論「政治憲法學」的學術脈絡，可備參考。高全喜：〈政治憲法學的興起與嬗變〉，載《交大法學》，2012年第1期。

理論基礎，因為，它能夠把憲法學、政治學和歷史學三者統合在一起，形成一個完整的理論框架。

在鋪墊了上述一系列說明，即確立了政治憲法學的方法論以及初步釐清「中國」與「憲制史」的基本概念之後，下面回答本章的主題：何為中國憲制史？

以下我準備從三個方面予以解答，我提請讀者注意：這三個方面，構成了貫穿本書的三條主線，它們不僅僅是體現在我下面提取出來專門予以解答，而是貫穿在本書十六講的每一個部分之中，忽視了這三個主線，就無法真正理解中國憲制史。

## 第二節 通過憲法構建中國

首先，通過憲法構建中國，這是中國憲制史的核心內容。<sup>5</sup> 圍繞着憲法制度展開，或者說，制憲建國、依憲治國，這是憲制史的關鍵，也是本書所要考察的中心內容。<sup>6</sup> 從西方憲政史的意義上說，憲法可以分為成文憲法和未成文憲法兩種，它們都是憲法，例如英國憲制和美國憲制。但就中國來說，我們基本上走的是成文憲法的道路，所以，制憲建國，通過制定憲法來構建現代中國，就是中國憲制史的中心內容。由此，也使得中國憲制史與古代政制史有

---

5 「制憲建國」屬於「非常政治」的範疇，它在現代政治的建構中有着極其重要的意義。請參考高全喜：《從非常政治到日常政治：論現時代的政法及其他》（北京：中國法制出版社，2009年版）。

6 在本文的主題「中國憲制史」中，「憲」（而非「史」）才是中心命題，本文意在以憲法學的理論來審視歷史。所以，從歷史中抽繹出有關憲制的基本原理（而非史學考據）才是本文的基本論旨。

了截然的區別。就一般意義上說，古代中國的政治體制，並不是遵循着制憲建國的路徑來展開或演進的，只有現代中國，才開始了這個圍繞着憲法構建國家的過程。所以，我們說，中國憲制史就是現代中國的憲制史，中國憲制是從現代開始的，或者說，憲制開啟了現代中國的新時期，沒有憲制也就沒有現代中國，也就沒有現代中國史。

為什麼憲法對於現代中國具有如此重要的意義呢？為什麼要制憲建國呢？這就要回到政治制度的根本性上來。古典社會某種意義上是不需要憲法的，權力是根本，君主或皇帝憑藉着政治、軍事上的權力，可以構建一個國家或王朝，所謂「槍桿子打天下」。然後，制定一系列統治國家與社會的法律規則與禮儀制度，但是，現代社會卻不能這樣打天下和坐天下了，這裏需要人民的認同，有一個政治契約論，即通過與人民的訂約，才能獲得統治的合法性。這個統治者與人民之間的訂約就可以說是最根本的憲法，通過人民同意的憲法，才能建立現代國家，具有合法性與正當性。無論這個天下是打下來的還是其他方式取得的，都必須談下來，即與人民訂約，制定一部憲法，最終通過憲法建立國家。這就是制憲建國的憲法學意義，也是中國憲制史的根本性所在。

從憲法學的角度看，上述內容產生了古代政制所沒有的一些新的概念與詞彙：人民主權、制憲建國、訂立契約、議會選舉、民主共和、個人權利、國家權力、聯邦制、共和國，等等；從中國憲制史的角度看，也有一系列概念和詞彙需要我們結合歷史來考察：晚清立憲、辛亥革命、臨時約法、清帝遜位、五族共和、天壇憲草、國民革命、三民主義、抗戰建國、國共和談、1946年中華民國憲法、聯合政府、協商建國、共同綱領，等等。上述一系列概念和詞彙都與中國憲制史密切相關，與百年中國的憲政實踐密切相關，它

們構成了中國憲制史的基本內容。由於這些內容均是圍繞着制憲展開的，因而有別於中國政制史和社會史，而是憲制史或立憲史。

### 第三節 古今中西問題交匯於憲制變革

談中國憲制史尤其需要一個世界的視野，這一點與古代中國不同。從某種意義上說，現代中國憲制發軔於古今中西之變，<sup>7</sup>而且這個古今中西問題一直貫穿着現代中國的生成、發展以及曲折經歷，構成了中國憲制史的一個內在的組成部分。「古今中西問題交匯於中國的憲制變革」，是中國憲制史繞不開的問題。

#### 中西碰撞

如果說中國憲制史真正開始於晚清立憲，追溯其起源，可以上至鴉片戰爭，尤其是甲午戰爭，正是這些對外戰爭或西方列強對於中國的侵犯，才導致中國的國門大開，被迫應對，改革開放。由此也就激發出來了中國的憲制開啟。<sup>8</sup>當然，這個中西之爭的故事說來話長，內容很複雜，也很悲哀，在此我不能一一陳說。總之，關於中西之爭與中國憲制史的關係，我這裏僅僅提示如下兩點重要的結論。

- 
- 7 應該指出的是，在「古今中西之變」中，「古今」與「中西」並非同一順位的問題。「古今」是一個普遍性存在的問題，但中國的「古今」問題卻並不是自身生發出來的，而是由「中西」問題給一步步地逼迫出來的，這是中國「古今」問題的重要背景。但我們不能被局限在「中西」問題中，甚至將「古今」問題簡單地等同於「中西」問題。因為「古今」問題才是根本，如何超越「中西」問題，完成中國的「古今之變」，這是中國當代思想的重要命題。高全喜：《尋找現代中國：穿越法政與歷史的對談》，北京：法律出版社，2014年版，第181-182頁。
- 8 戰爭在中國憲制史中扮演了極其重要的角色，在此不能詳述，感興趣的讀者可以參考高全喜：〈戰爭、革命與憲法〉，載《華東政法大學學報》2011年第1期。

第一，中西碰撞和中西之爭，是一個在國家與社會意義上逐漸深入的過程。從船堅炮利到政體制度再到文明文化，從師夷長技以制夷到變法圖強再到保教保國保種，西方列強先是從器物層面，進而到制度層面，最後到文明層面，全方位地介入到中國的社會與政治格局之中，從而引發了中國一系列重大的體制變革，導致了中國的憲制變革。這一點從洋務運動、戊戌變法到晚清立憲的演變來看，就是憲制變革一步步深化的邏輯，所謂從體制變革聚焦於憲制變革，揭示的就是這樣一個中國史的憲制邏輯，從政治邏輯轉變為憲制邏輯，這是理解現代中國史的關鍵點。憲制成為現代中國發軔於制度演變的樞紐和要津。

第二，關於這個中西碰撞過程中的主動與被動問題，顯然，機械化的主動說與被動說，都是不科學的，也是不實事求是的，例如費正清的「刺激—反應模式」或柯文的「中國中心觀」。我認為這裏存在着一個發展演變的過程，即從被動朝向主動的過程，也就是說，現代中國的憲制史是一個人民制憲建國的從被動應對到主動追求的過程，存在着一個君主立憲到人民制憲的過程，存在着一個從變法到憲制的過程。作為主體的「中國人民」在這個歷史演變中，是一步步走向自己主動承擔的發育過程，是一個自我覺醒的過程。<sup>9</sup> 表現為從士紳（康梁）變法到君主立憲、到革命建國、到國共合作、到中華人民共和國的創建之不同階段性的歷史過程。

---

9 應該指出的是，在「人民」出場的同時，還必須警惕所謂的「人民公意的決斷」，它往往會引發激進主義的論調，如何在個體公民的塑造上，完成「人民」的出場才是真正的問題。在此我們必須訴諸公民德性，以及公民社會的建構。可參考高全喜：〈人民也會腐化墮落〉，《戰略與管理》2010年第9/10期合編本。



## 古今之變

伴隨着中西碰撞，其實古老的中國在發生着深刻的變化，這個變化從長歷史的尺度來看，就是古今之變，即從古代中國演變為現代中國。雖然有歷史就有變化，變易是中國政制的恆常主題，從三代之治到秦漢政制到唐宋元明清，中國歷史充滿着變化，但晚清以來的這場變革，卻與此前有着根本性的不同，它是一場巨變，一場關涉制度性的古今之變，正所謂李鴻章所言的「三千年未有之變局」。<sup>10</sup>

說起來，中國憲制史發軔的這場古今之變，也不是中國一家的事情。但凡一個歷史民族，其憲制史都必定經歷着類似的古今之變，例如歐洲諸國，英國、法國、德國，乃至東亞的日本，它們的憲制史也是伴隨着古今之變的，或者說，憲制的構建與變遷，就是這場古今之變的中心內容。所謂歐洲、日本、中國的古今之變，固然有文化之變、社會之變、生活之變，但根本性的還是政治制度上的古今之變，這個政治制度最終歸結於憲法制度，即憲制或憲政。由於憲制的產生、生長與發展演進，使得上述諸國，改變了古典政治的形態，具有了現代性的意義，成為一個現代國家。<sup>11</sup>

中國憲制史也是如此，它經歷着一場古今之變。由於憲制的創立，即制憲建國，從而使得古代中國轉變成為一個現代國家，例如，通過辛亥革命致使中華民國成為亞洲第一個共和國，這個共和國無疑是新生的政治共同體，有別於古代的一家一姓之王朝。沒有

---

10 《李文忠公全書》奏稿四十〈復議製造輪船未可裁撤折〉（光緒七年四月二十三日）。

11 在這個過程中，「早期現代」（early modern）是一個特別重要的轉型階段，可以參考高全喜：〈西方「早期現代」的思想史背景及其中國問題〉，載《讀書》，2010年第4期。

革命黨的革命和立憲派的立憲，以及由此構成的中國人民的制憲建國，就不可能產生中國的古今之變，就無以開展現代中國的新生活、新社會、新制度，乃至新文化。憲制奠定了現代中國的基石。

#### 第四節 如何構建現代中國

由於中國歷史與中國政制的複雜性，中國的憲制不可能一蹴而就，前面所述的中西碰撞和古今之變，從一開始就糾纏着中國憲制史，使得中國憲制乃至現代中國的建立，並沒有一條清晰可辨的明確路徑。因此，如何制憲建國，如何從古代中國中走出來，如何構建一個現代中國，就有多種路線和多條方式。考諸中國憲制史，一百多年來，可謂歧路復歧路，一代又一代先進的中國人，筆路藍縷，為我們留下了不盡的經驗與教訓，直至今日，也還沒有走出這個唐德剛所謂的「歷史三峽」。<sup>12</sup> 也正因為此，今天我們學習中國憲制史，也才愈發具有現實的意義。

那麼，我們的先賢是如何構建現代中國的呢？細緻考察一下這段歷史，可以歸納為兩個相互糾纏而又相互關聯的路線：一個是改良主義的制憲建國的路徑，一個是激進主義的革命建國的路徑。可以說，中國憲制史，貫穿着這兩條路線，而且又是相互對立、相互整合地糾纏在一起的。它們就像一條波濤洶湧的巨流，看上去澎湃激烈，但其內在的潛流卻是默無聲息的，而且當革命激進主義的主流面臨危機時，潛在的改良主義暗流就會挺身而出，挽狂瀾於既倒。此後又是一波革命激進主義的潮流澎湃而上，繼而又是危機四

---

12 「歷史三峽說」來自唐德剛的《晚清七十年》（嶽麓書社1999年版），其歷史解釋方案頗具規範性指導。