

我国古代政治制度的宪法学透视 ——以钱穆《中国历代政治得失》为范本

管华

钱穆（1895—1990），字宾四，江苏无锡人，是我国现代著名的史学家、思想家、教育家。历任燕京、北大、清华、西南联大、华西、江南各大学教授，创办香港新亚书院。他博通经史文学，擅长考据，一生勤勉，著述不倦，毕生著书七十余种，共约一千四百万字。《中国历代政治得失》这本小书可能并不能充分体现钱先生学养与见解。但诚如该书的编辑者所说：本书是作者的专题演讲合集，分别就中国汉、唐、宋、明、清五代的政府组织、百官职权、考试监察、财经赋税、兵役义务等种种政治制度作了提要勾玄的概观与比照，叙述因革演变，指陈利害得失。既高屋建瓴地总括了中国历史与政治的精要大义，又点明了近现代国人对传统文化和精神的种种误解。言简意赅，语重心长，实不失为一部简明的“中国政治制度史”。因此，如果历史学的外行想了解中国古代政治制度，它可能是本适合的入门书。

作为宪法学的研究者而关心我国古代的政治制度至少有以下原因：

第一，从宪法规范的内容看，宪法主要包括两大部分：一是国家权力的规范和控制；一是人民权利的有效保障。前者构成了一国的基本政治制度，因此以宪法规范为重要研究对象的宪法学就不可避免的要研究政治制度，尽管我们的视角可能与政治学的研究视角可能不同。

第二，从我国宪政的历史看，我们始终是在向西方学习的过程中寻求适合我们自己的现代化的政治制度的。[2]在很大程度上，现代化就是西方化。[3]然而众所周知的是，任何一项制度都不是凭空产生的，它往往是在其本国诸多错综复杂的主客观因素的交织中逐渐生发出来的，离开其政治现实、社会环境及文化背景，一种政治制度、一项政治安排往往显得荒唐可笑。[4]所以孟德斯鸠才会对法律移植的可能性持悲观的态度。[5]但是，文化之间的交流借鉴也是屡见不鲜的事，甚至一种文化的生命力就在于它对外来文化的吸收和创新能力。古老的中华文化在近代遭到西方文化的强烈冲击之后，其诸多因素仍然以各种方式或公开或隐秘的存活着，作为其核心要素的古代政治文化作为中华文化的一部分就成了我们宪政国家建设所不得不正视的“本土资源”。

第三，正是基于以上原因，本文力图采取这样一种写作方法，即利用宪法学已有的概念、理论对我国古代的政治制度进行分析，其目的是力图获得对历史事实的一种较为现代的理解。[6]透过这种阐述和理解，希望能够形成对我国当代问题的一种关照，减少宪政理论因言必称希腊而产生的“无根”的感觉。当然，由于学识所限，本文进行的讨论主要以钱先生的《中国历代政治得失》为基础。

一、关于主权

所谓主权，指的是国家的最高权力，包括对内的最高权和对外的独立自主权。主权观念是随着近代国家的产生而出现的，早期的自由主义者都是有产者并不倾向于民主，他们为反抗教权而推崇开明专制，主张君主主权，后来发现君主主权易于沦为君主专制，而贵族又已经式微，不得已才主张人民主权的。

钱先生关于我国古代主权状况的观点可以总结如下：

第一，和西方人讲政治首先必须谈主权，要找出主权归属的做法不同，中国人一向看重职责，即政府应该做什么。西方主权者行使权力基于自由意志，是一种权利；东方主权者行使主权基于道义，是一种职责。这是东西方政治思想的一大歧异。[7]

第二，中国的传统政治，对一意见的择从与否往往并不取决于多数，而常求之于贤人。只要其人是贤者，就可以代表多数。不贤而只凭数量，是无足轻重的。[8]贤人可以代表群众舆论和公众意见。[9]

第三，中国这样一个大国，主权不可能操在一个人手里，故掌权者一定是集体。注重贤人意见的传统体现在政权组织上就是中国历史上的政权既不是贵族政治，也不是军人政治，而是一种士人政权，即读书人的政权，从汉朝到明朝都是如此。[10]

钱先生的意见可以归结为：古代中国是一个士人主权的国家。是否真的如此呢？

成文宪法出现以后，主权者的意志常常表现为一部成文宪法和依据此宪法制定的其他法律，而成文宪法出现以前，主权就只能体现为立法权。古代中国没有近代意义上的宪法，在一种不太严格的意义上可以认为，谁拥有国家立法权，谁就是主权者。我们可以根据这条标准来判断古代中国主权的归属。

“夏有乱政，而作禹刑”，“商有乱政，而作汤刑”，这说明夏禹和商汤都制定过刑法，事实上，古代中国“法”即“刑”，制定刑法就是立法。周朝时，周王的誓、诰、命均具有最高的法律效力。秦汉以后，作为国家基本法律形式的“律”往往由读书人组成的大臣来起草、编制，但批准权、颁布权归属皇帝，而且皇帝还随时可以颁布敕令，敕令具有最高法律效力。确如钱先生所说，唐时的宰相对皇帝的一切诏、敕、制书有副署权，对皇帝的立法权形成了一定的制约。宋朝开国以后，皇帝立法权大大加强，大量进行编敕，即将皇帝的敕令上升为一般法。明朝开国皇帝朱元璋甚至亲手编订大诰。清帝则经常以密谕的形式向臣属发布命令，权力集中到了登峰造极、无以复加。[11]

从以上对历史的简要回顾可以看出，在我国封建社会，[12]皇帝总体上拥有立法权。在汉唐，皇帝立法权较小，甚至如钱先生所说是一种同意权[13]；宋以后，皇帝立法权加强，清朝的皇帝拥有任意立法的权力，简直就是“活的法律”。

至于皇帝不可能个人立法而必须依靠读书人起草、拟定法律文稿，那只是一种立法技术上的安排，君主个人与读书人组成的官僚集团之间必然存在一定制约，但却不能说成是士人主权，而仍然是君主主权。

另外，根据霍布斯的主权理论，主权者是社会契约订立、政治国家建立后唯一可以不遵守法律的人。从我国现实看，即使是最彻底的“法家”，也从来没有主张过法律在皇帝与百姓之间平等适用。皇帝不承担法律责任，也无人可以对其进行惩罚，似足了霍布斯笔下的主权者形象。

总之，我们认为，古代中国君主拥有主权似乎是可以肯定的。其实，当欧洲的国王们追求专制权力时总是以东方皇帝的“帝权（包括制定法律在内的最高权力）”为追求目标，[14]这也从一个侧面证明了中国帝王的权力。

二、关于分权

纯粹的分权学说意指以下内容：第一，政府由立法、司法、行政三部门组成；第二，各部门都有其相应的、可确定的政府职权，不得为其他部门侵蚀；第三，组成三个政府机构的人员分离，不得兼任。[15]显然，上述分权理论是以立法权、司法权、行政权三种国家权力的划分为基础的，而这种分权理论由于其极端和刻板也很少付诸实践，但它却是我们讨论分权问题的恰当起点。

如果我们不简单的将我国历史上所有朝代国家权力地运作都斥之为专制的话，那么可以看到国家权力在不同国家机关之间还是存在一定划分的。至少，除皇帝外，其他国家机关都有自己行使权力的界限。只不过，这种分权不是以立法、司法、行政三种职权的划分这种形态出现的，而主要表现为君权与相权，决策、执行权与监督权的划分。

第一，钱先生认为：中国人一向的意见，皇室和政府是应该分开的。[16]皇帝是国家元首，象征国家统一；宰相是政府首脑，负责政治上一切实际责任。汉代初期，一切事权按照法理该在相府，不在皇室。[17]但汉武帝时，宰相就退处无权，[18]后来君权与相权的关系就不能形成制度。唐朝时，中书、门下、尚书三省共同行使宰相职权。[19]中书负责拟旨，皇帝同意后，门下负责审核，有权驳回，尚书负责执行。[20]皇帝的命令，未经中书、门下两省同意直接发出被认为是违法的。[21]到了宋朝，皇权地位上升，但在君权与相权之间仍然存在划分。[22]只不过此时最高政令决定权就在皇帝，而不在宰相，但仍允许部分政务由宰相自行处置。[23]明太祖朱元璋废除宰相，六部直接向皇帝负责，皇帝的诏书也通过六部下行全国，出现了君权与相权的合一。宰相作为制度被废除，但皇帝又不可能事必躬亲，于是出现内阁，等于是皇帝的私人秘书。明朝曾出现我国历史上著名的“荒政”，即皇帝长达167年不接见大臣，国事就只能靠内阁和太监共同处理。[24]他们在法理上都不具有国家权力，当然也谈不上分权。清袭明制，不设宰相，先后有“南书房”、“军机处”等设置但都不具有法定的权力，一切大权集中于皇帝。[25]

第二，我国古代，不存在独立的司法权，司法权由行政机关行使；从总体上，立法权属于皇帝，但皇帝所下诏书又不全为立法，包含了大量的执行性内容。可以认为，古代中国立法权、司法权、行政权属于同一批人，但是，在这些权力之外，存在着对它们的监督权。

钱先生指出，在汉代，御使大夫专门行使监督权，其属官御使中丞常驻内宫，专门负责监督王室和宫廷，也可以说是监察皇帝的；另一属官御使丞则负责监督政府，不论中央地方都在内。[26]值得注意的是，御使大夫是宰相的副手，因此，监察权是相权的一部分。

到了唐朝，如前述，宰相职权由中书、门下、尚书三省共同行使，而监察权不在其中。中书负责拟旨，门下负责审核，有驳回权，尚书负责执行。在相权内部存在决策权、审查权和执行权的划分。唐代单独设立御史台，其职权限于监察政府，没有监察皇帝和宫廷的权力。但在政府中，仍存在专责监督皇帝的，那就是谏官，谏官由宰相任命。[27]

宋朝谏官改由皇帝任命，他们就不再监督皇帝，反过来监督宰相。明代将御史台改为纠察院，专门监察政府。但六部中的六科给事中能对皇帝诏书仍有封驳权，算是对皇权的小小制约。

综上所述，中国古代的分权主要以君权与相权，决策权、执行权与监督权的划分为表现形式。其中前一种分权类似于现代政府中的“多头制”，如法国现行政体。根据法国现行宪法，总统拥有任免总理，主持内阁会议，发布法律、法令，要求议会复议已通过的法律，以命令的形式宣布议会特别会议的召开和闭会等权力。除了司法权以外，法国总统拥有超越政府之上的行政大权和一定的立法权，权力既大且实，和我国汉唐时皇帝的权力有一定可比性。而法国总理为政府首脑，有权副署总统令，组织政府以及广泛的行政方面的职权，这和我国古代宰相的权力也有一定的相似性。[28]

汉代以后，我国的决策执行权与监督权就正式分由不同机关行使，实现了在职能、权力和人员等三方面的分离，和现代国家三权分立的方式相似。所不同的是，作为宪政国家一部分的分权是从总体上以对国家权力进行有效制约为目的而做出的政治安排，这三种权力的最终来源是人民，而我国古代无论决策执行还是监督都直接或间接的对皇帝负责。（即使汉代御使大夫是对宰相负责的，可宰相仍须对皇帝负责）从这种意义上说，我国古代皇帝是高度集权的。

三、关于法治

谈到法治，我们往往要追溯到亚里士多德，他认为，法治应包含两重含义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家服从法律又应该是制定得很好的法律。[29]学界一般把第一层含义概括为法律至上，第二层含义概括为良法之治。

在现代，法治的含义非常丰富，以至成了一个不能被随便定义的概念。[30]然而，正是由于这种丰富性和复杂性使得我们在利用这一概念分析古代中国问题时不易找到一个合适的标准。为简化起见，我们采用“法治”的最一般的理解，即法治包含人民立法权、国家依法治理、法律面前人人平等等内容。[31]

法学界普遍认为，古代中国不存在法治。钱先生则认为，中国一直是存在法治的，而且往往因法治坏事。他的论述如下：

中国政治，实在是一向偏重法治，即制度化的，而西方近代政治，则比较偏重人治的事实化。何以呢？因为他们一切政制，均取决于选举，选举出来的多数党，就可以决定一切了。法制随多数意见而决定变动，故说它重人、重事实。我们的传统政治往往一个制度经历几万年老不变，这当然只能是法治，是制度化。[32]

钱先生以我国古代官员的铨选制度作为我国强调法治的论据。他说，中国一切用人，全凭考试和铨选，都有一定的客观标准，皇帝也只能依据当时的不成文法来选用，如是则演变成重法不重人。[33]而且，考试制度逐渐细密化，有时反而失却其本义。[34]

钱先生还举出了明的名臣张居正的政治实践来说明我国古代对法治的重视。张居正既是内阁大学士又是皇帝的老师，但由于明朝不设宰相，在法理上他也就不具有宰相的权力，但他却通过与太后、司礼监的良好关系实际行使着宰相的权力，这就遭到了六部的强烈反对。从张的功业上讲，他是明朝的一大功臣；但从法理上讲，他却是篡取权力的“权臣”。[35]

钱先生的观点可以总结为：古代中国，非常注重发挥法律的作用，法律对皇帝以下的大臣有很强的约束力，政治惯例也往往被尊重。但这构成近现代意义上的法治吗？

第一,从皇帝个人权威与法律权威之间的关系看,从汉唐到明清,国家权力日益集中于皇帝,皇帝个人权威不断加强,同时,法律权威不断被削弱。到了清朝,皇帝几乎拥有任意立法的权力,因此,法律的至上权威就不可能建立起来。在这种意义上,古代中国不存在“法治”。

第二,从依法治理国家,反对特权,法律面前人人平等这一层次上,我们看到,封建统治者确实非常注重发挥法律的作用,利用法律实施统治,但同时,皇帝往往还依靠大量的、单个的、具体的命令来治理国家,因言废法的情况数见不鲜。古代皇帝的统治无论如何也不能说成是依据法律执掌政权、行使国家权力的。

在古代中国,不仅皇帝拥有法外的特权、法上的权威,而且王公大臣们也往往拥有各种特权,如“官当”、“八议”制度等等,这些都是由法律确定的特权,这与现代法治国家所主张的法律面前人人平等显然是格格不入的。

第三,现代法治要求人民享有立法权,这实际上成了判断一部法律是否“良法”的标准。现代国家已经将对法律正当性的关注从内容上的实质判断转移到法律的制定者为谁的形式判断上来了。人民立法权的本质在于人民的意志和利益应该在国家决策中得到体现和保障,而钱先生所说的中国一项政治制度往往延续千年,是法治的体现,但实际上,这些延续千年的制度在很大程度上是统治者统治经验的总结,主要体现统治阶级利益;在某一特定朝代,“先王之法”甚至往往会成为后代君主适应形势进行改革的障碍。

庞德院长说过:法律必须稳定,但又不能永远不变。法律的稳定性为人类行为应遵守的规则提供了可预期性,而法律的变动性往往是因应社会发展的要求。现代“法治”这种至少在形式上尊重公共意见的特点与我国传统所谓“法治”的恪守儒家伦理和先王遗训的特征构成了鲜明对比。

四、关于宪法

关于宪法可以从三个层次理解其含义:第一,从内容上,宪法是规定国家统治机构的组织规范,特别近代宪法以权力分立为中心;[36]第二,从形式上看,宪法是治理国家的根本法和基本原则的总体;[37]第三,从价值追求层面看,宪法是公民权利的保障书,这是近代宪法与此前如古希腊,作为城邦组织法的宪法的最重要的区别。

钱先生认为,古代中国既不是军人政治,也不是富人政治,而是士人政治,即只有读书人才能参与国家政权。《周礼》是先秦时代的乌托邦,《唐六典》规定的政府各部门、组织的各项政权及人事,千余年来均被引为规范,无多变更。[38]钱先生似乎认为,古代中国这种学而优则仕的传统以及政府组织自唐以来的某种定型化就是古代中国的宪法,不过他并未挑明。

为了得到钱先生在这一问题上的确切看法,可以参看他另外的一本书《资本主义与二十一世纪》。在这本书中,钱先生明确提出:传统所谓“选举”,以四书五经作为取士的标准,既是庙堂里统治全国的逻辑,也是农村里维持社会秩序的根本,有如宪法。[39]另外,他认为,中国儒家思想类似一种宗教,也起到了组织政府原则的类似于“宪法”的作用。他举了明代的政治风波“大礼仪”作为例证。[40]

关于古代有无宪法,学界并无定论。在当前,宪法学人谈到宪法的产生及其价值追求时往往谨慎地用“近代宪法”这一话语,以避免误会。

一般而言,任何形式的组织和人类政府都是按照一定的规则组织起来的。有学者认为,这种规则就是宪法。不能因为前资本主义社会没有近现代性的宪法,就否认其存在宪法的事实。[41]在很大程度上,笔者认同这一观点,即宪法不过是一套规则和习惯,不论是成文的还是不成文的、法定的抑或超法定的,政府都要据此处理事务。[42]

从这个意义上说,古代中国国家政权只向读书人开放以及国家成文法背后的儒家伦理精神等就构成了统治者在处理国家事务时不得不考虑和遵循的规则,[43]这些成文的规则或不成文的“潜规则”可以看成是古代中国的“宪法”。即使是皇帝,也不能无视它的存在。比如清末,废除科举制是“变法”的重要内容,可是却造成了政府与人民见联系的断裂,反而加速了清王朝的崩溃。孙中山先生认识到科举传统的重要性,提出的“五权宪法”,其中一权就是考试权。“文革”后,高考制度的恢复引起了多少平民子弟的欢呼,配合当时特定的分配制度,再次打开了被“四人帮”关闭了的普通人依法、公平参与国家政权的大门。当前正在实施的公务员考试制度很大程度上就是古代科举制度“出口转内销”的结果。[44]

综合上述,我们认为,古代中国也存在宪法,其重要内容之一就是科举选材制度。至于,我国古代宪法是否还包括其他内容则有待于进一步研究。

* 管华(1977—)，男，河南信阳人，西北政法学院法学三系宪法学教研室教师，法学硕士。联系电话：13201817218. 电子信箱：gh_normal@yahoo.com.cn. 邮政编码：710063

[2]从清末的变法维新到“文革”后开始当前仍在进行的政治体制改革都可以看作是先进的中国人追求政治现代化的努力。

[3] [英]安东尼·吉登斯著：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社2000年版，第152-153页。

[4]苏力先生的《制度是如何形成的——关于马歇尔诉麦迪逊的故事》一文可以看作是有关制度产生个别地生动阐释，参见苏力：《制度是如何形成的——关于马歇尔诉麦迪逊的故事》，载《比较法研究》1998年第1期。

[5] [法]孟德斯鸠著：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1961年版，第6页。

[6]毋宁说是近代的，因为本文所讨论的概念都是西方近代宪法学所关心的“经典”主题。

[7]钱穆著：《中国历代政治得失》，三联书店2001年版，第141页。以下不特别说明的，都来自该书。

[8]第39页。

[9]第52页。

[10]第142页。

[11]参见吴大英等著：《比较立法制度》，群众出版社1992年版，第60-64页。

[12]这里采用通说，即我国封建社会止于清末。不同的看法已经很多，比如钱穆本书（第1页）、瞿同祖（参见瞿同祖《中国封建社会》，世纪出版集团、上海人民出版社2003年版，第260页），他们都认为，中国春秋以后，就不再属于封建社会了。

[13]第78页。

[14] [英]约翰·麦克里兰著：《西方政治思想史》，彭淮栋译，海南出版社2003年版，第225-229页。

[15] [英]M.J.C.维尔著：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第12页。

[16]第3页。

[17]第5页。

[18]第29页。

[19]第38页。

[20]第40页。

[21]第42页。

[22]第43页，第79页。

[23]第78-79页。

[24]第110页。

[25]第147页。

[26]第80页。

[27]第80页。

[28]关于法国现行政体，可参考何华辉著：《比较宪法学》，武汉大学出版社1988年版，第89页，或王名扬著：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第50-57页。

[29] [古希腊]亚里士多德著：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第199页。

[30] 《牛津法律大词典》，光明日报出版社1989年版，第790页。

[31]周叶中主编：《宪法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第页。

[32]第174页。

[33]第56页。

[34]第87页。

[35]第112-113页。

[36][日]小林直树著：《宪法讲义》（上），东京大学1980年日文版，第10页。

[37]上海社会科学院法学研究所编译：《宪法》，知识出版社1992年版，第41页。

[38]第12页，第16页。

[39]钱穆著：《资本主义与二十一世纪》，三联书店1997年版，第476页。

[40]钱穆著：《资本主义与二十一世纪》，三联书店1997年版，第152页。

[41]江国华：《宪法哲学批判》，载张庆福主编：《宪政论丛》（第四卷），法律出版社2004年版，第5页。

[42]参见Francis D. Warmuch , The Origins of Modern Constitution (New York: Harper and Brother 1949),p.3。

[43]参见梁治平：《“礼法”还是“法律”》，载梁治平著：《法辨》，中国政法大学出版社2002年版，第37页。

[44]我国现行公务员考试制度取法于英美发达国家，而他们国家的公务员考试制度却是在学习了明朝的科举制度的基础上发展起来的。

来源：中国公法网

电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720