

资政院弹劾军机案的宪法学解读

聂 鑫*

内容提要：资政院弹劾军机案是清末筹备立宪过程中的重大事件，本文试图以宪法学的视角对其进行新的解读。弹劾军机案是与立宪派请愿速开国会运动紧密相连的，由于国会不能速开，资政院自我定位为准国会，与军机大臣展开立法权之争与代议机关地位之争。在清廷模仿德日建立二元君主立宪制的前提下，弹劾军机案本身（包括弹劾主体与对象）在法律上是站不住脚的。但立宪派议员以宪法革命的姿态、用启蒙思想家的民权与代议思想作武器、以虚君共和的英国为典范，与军机处及其背后的皇权展开了多轮角力。弹劾军机案的遗产也并非全然是正面的，议员们对于现行制度缺乏基本的尊重，超越自身的法律地位与权限，把资政院想象成“无所不能”的英国国会，是为民初国会“毁法造法”之先河。

关键词：弹劾军机案 资政院 二元君主立宪制 宪法思想

一、“案情”概要

（一）资政院的由来

经历庚子之变，清廷下诏变法修律。日俄战争之后，立宪法、开国会几乎已成朝野共识，所争者明在于缓急，暗在于主权（政权）之归属。清廷1906年下诏宣布预备立宪，同时为“仿行宪政”定调：“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”。〔1〕同年，清廷决定参考日本设立集议院的做法，设立资政院作为预备立宪时期的准国会机关（“预备机关”）。〔2〕资政院之名的确不够隆重，在1906年的官制改革方案中，设立集贤院、资政院的最初目的是收容官制改革裁撤的冗官。〔3〕依1909年颁行的《资政院院章》，资政院议员依其选拔方式，分

* 清华大学法学院副教授。

本文研究受到“北京市支持中央高校共建项目——青年英才计划”（项目编号：YETP0144）资助。

〔1〕 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，中华书局1979年版，第44页。

〔2〕 参见上海商务印书馆编译所编：《大清新法令》（点校本）第一卷，商务印书馆2010年版，第692页。

〔3〕 同上书，第673页。

为钦选议员和民选议员各一百人，隐约有上下两院制国会的影子，但仍是一院制，钦选、民选议员共同集议，而非如两院制那样分别集会。^{〔4〕}立宪派在各省谘议局与中央的资政院合法集会议政，并进一步控制了议场。但资政院与英、美、法的国会不同，并无约束政府行为的实质权力。

（二）速开国会之争

1908年，清廷仿行日本帝制宪法，颁布《宪法大纲》，其性质为钦定宪法。采日式二元君主立宪政体，“君上有统治国家之大权，凡立法、行政、司法皆归统揽，而以议院协赞立法，以政府辅弼行政、以法院遵律司法”。^{〔5〕}与《宪法大纲》同时颁布的还有《议院未开以前逐年筹备事宜清单》，即所谓“九年预备立宪清单”。^{〔6〕}平心而论，就实际步骤而言，九年预备立宪都不能算长，可从当时的政治形势发展与民心来说却容不得如此从容筹备。立宪派多次请愿要求缩短筹备年限，速开国会。甚至有不少立宪派人士要求废除君主专制、改采英国虚君共和式的君主立宪，实行议会主权。资政院开院不久，全体议员即通过了请速开国会的奏稿，期待能来年即开国会。很快，清廷下诏将九年筹备之期缩短为五年，并打压继续请愿速开国会运动，立宪派在资政院遭遇重大挫折，与清廷发生龃龉。有议员在议场大胆预言，如不即开国会，可能等不到五年之期就亡国了，此语不幸言中。^{〔7〕}

在清廷就速开国会请愿正式下诏之前，已有传言国会不能即开。1910年9月29日，军机大臣郎贝勒到资政院谈开国会问题，议员邵羲、易宗夔预先针对此上谕，首次提及军机大臣的副署责任：“东西各国通例，凡是君主的命令，都由国务大臣副署，其副署之原因，一方代表君主负行政上之责任，一方对于国会负责任。今中国所有上谕，已由军机大臣副署，现在国会未开，资政院已经成立，副署之事，是否与各国副署用意相同，上代君主负责任，下对于资政院负责任？究竟与各国国务大臣副署之意有无区别？”“上谕出来的时候，如果国会明年可开，就可以达全国人民之目的；如果明年不能即开，军机大臣就有副署的责任，即请军机大臣不必将名字副署。”^{〔8〕}上谕发布后，有议员认为：“日前国会议案已经全院表决具奏，凡在立宪国，一个议案经表决之后，须请皇上裁可。所谓裁可者，不过是名义上之裁可，并没有经议院表决之后不实行的道理。……今本院具奏案主张明年速开而王大臣议定宣统五年，则这议案效力全失，所谓资政院立议院基础，养议院精神者何在？”^{〔9〕}议员们不能直接批评皇帝与摄政王，只能把矛头指向了副署上谕的会议政务处王大臣与宪政编查馆的“一二小臣”，指摘其违背公议、挟持皇上及监国，逆潮流而行，王大臣必须对此负责：“这个事情是各省督抚与人民同意请求，其有不同者就是少数王大臣……但自筹

〔4〕 清廷将等额的钦选与民选议员放在一个议场议事，本有往议会里“掺沙子”之意，企图通过钦选议员节制民选议员（重大议案需要2/3多数通过）。可是，由于民选议员在议场表现更积极、裹挟了很多消极的钦选议员，再加上部分钦选议员又同情立宪派的主张，2/3的投票门槛几乎无法阻挡立宪派的行动。这是清廷的一大失误，如果当时将钦选与民选议员分别组成上下两院，或者可收两院互相制衡之效果。

〔5〕 前引〔1〕，故宫博物院明清档案部编书，第57页。

〔6〕 清单内容包括：1908年开始筹办各省谘议局；1909年举行谘议局选举、各省一律开办，并举行资政院议员选举；1910年资政院开院；……1916年宣布宪法、议院法、上下议院选举法（三法均由宪政编查馆负责），举行议员选举，随之召集国会。（参见前引〔1〕，故宫博物院明清档案部编书，第61页以下。）

〔7〕 参见《资政院议场会议速记录——晚清预备国会论辩实录》，李启成点校，上海三联书店2011年版，第141页。

〔8〕 同上书，第110页。

〔9〕 同上书，第141页。

备宪政以来，皇上尚在冲龄，监国摄政王采纳群言，一切立法悉委任宪政编查馆王大臣。而宪政编查馆之起草的就是一二小臣……当请议长咨商宪政编查馆，从速将宪法、议院法、选举法起草，交资政院通过。与其信一二人之意见，何如信多数人之意见。……我皇上、我摄政王本无成见……但是中国政体，凡遇有特别事情，不能不商之会议政务处王大臣。而该王大臣既已署名，当有副署之责任。……皇上及监国已知睽度时势，瞬息不同，危迫情形日甚一日，本欲即开，因政务处王大臣多主张五年，是以不能即开，此后内忧外患，要请副署王大臣负其责任。”〔10〕

此次议员们没有直接指摘军机处，而是指向会议政务处与宪政编查馆，可政务处大臣多由军机大臣担任，宪政编查馆亦由军机处王大臣总理其事。宪政编查馆由于其与资政院在立法职权上有重合、争议之处，成为资政院议员的矛头所向。

（三）立法职权之争

按资政院议员的说法，宪政编查馆类似于行政中枢之法制局。其职权与日本明治十四年于太政官设立的参事院类似，根据《宪政编查馆办事章程》第2条、第11条，其职责有：议覆奉旨交议有关宪政折件，及承拟军机大臣交付调查各件；调查各国宪法，编订宪法草案；考核法律馆所订法典草案，各部院、各省所订各项单行法；调查各国统计，颁成格式；统一全国法制。〔11〕但上谕的说法是：“资政院未设以前”，宪政编查馆事宜“暂由军机处王大臣督饬原派该馆提调详细调查编定”。〔12〕资政院与宪政编查馆的关系如何定位，是否意味着依上谕，资政院设立后有权通过颁布规范性文件限制宪政编查馆的权限？进一步说，这是否意味着资政院在立法权与政治地位上高于宪政编查馆，甚至拥有最高立法权？事实上，就权力来源而言，军机处是皇权的代表，宪政编查馆则隶属于军机大臣，宪政编查馆因而与皇权、与最高行政权关联，与代表“公论”（“民权”）的资政院相对立，其冲突有三：

其一，根据《宪政编查馆办事章程》第十四条，宪政编查馆“拟订及考核之件，除法典及重大事项应由资政院议决外，其余各件呈由军机王大臣阅定，即奏准施行。”〔13〕除法典外，其他何为“重大事项”并不清楚，这个灰色地带使得宪政编查馆与军机大臣侵夺资政院权力成为可能。更重要的是，宪政编查馆一方面是立法者，一方面又附属于最高行政机构（军机处）。这意味着立法、行政合一。如果任由宪政编查馆侵夺规范性文件制定与解释权，日后若资政院与中央政府（军机处与各部）发生冲突，作为权限争议案的解释者，宪政编查馆难免会偏袒政府、压制资政院：“光绪三十三年宪政编查馆之成立，专司编纂关于宪政之法典，纯是立法机关，当我们资政院成立以后，屡次有侵夺权限的地方。所以我们要申明资政院立法范围，非与该馆划清权限不可。因为该馆当资政院未成立以前，是由军机领衔，握行政上最高之权的，一方面编制法典，一方面发布行政处分。”〔14〕

其二，资政院与各省谘议局作为中央与地方民意机关，是同气相求的共同体，而资政

〔10〕 前引〔7〕，李启成点校书，第142页。

〔11〕 参见前引〔1〕，故宫博物院明清档案部编书，第49页。

〔12〕 同上书，第46页。

〔13〕 同上书，第51页。

〔14〕 前引〔7〕，李启成点校书，第233页。

院拥有处理各省谘议局与督抚权限争议的法定权力（《资政院院章》第23、24条），这对于议会政治文化的培育有利。但事实上，各省督抚与谘议局发生冲突，往往依照旧例提请宪政编查馆释法以明定双方权限，而不是提交资政院议决。宪政编查馆作出的法律解释常常有利于督抚：“资政院未成立以前，宪政编查馆有解释法典之命令及发布可以代法律之命令，各省督抚对于宪政编查馆之命令，奉之惟谨，良以宪政编查馆有解释法典之权。谘议局局章不过三十余条，经他解释一次，缩小范围一次。其解释章程往往有宽有狭，有这省这样、那省那样，以致彼此互相冲突。”〔15〕

其三，根据1908年颁布的“九年预备立宪清单”〔16〕，尽管1910年资政院就开院，但之后重要法律（包括官制、户籍法、新刑律、民律、商律、刑事民事诉讼法等等）的编订、颁行仍由宪政编查馆自办或者会同相关政府部门办理，包括最后颁布宪法、议院法与上下议院议院选举法均由宪政编查馆负责。资政院的立法权主要体现在对于宪政编查馆编订法律案的审议通过。但根据1909年颁布的《资政院院章》第14条第4款，资政院应行议决的事项包括“新定法典及嗣后修改事件，但宪法不在此限”；依院章第15条，资政院议决议案“应由军机大臣或各部行政大臣先期拟定，具奏请旨，于开会时交议”，但第4款所列修改法典事件，“资政院亦得自行草具议案”。〔17〕根据院章第14、15条，资政院就有了法律及其修正案的议决权，甚至有自行提出法律案的权力。资政院作为院章规定的立法者，不能不与在事实上行使立法权的宪政编查馆发生权限冲突，冲突的原因之一便在于清廷没有厘清前后冲突的章程与上谕，而宪政编查馆则依资政院未成立之前的惯例、仗军机处之势继续行使立法权。〔18〕

基于以上所列冲突，资政院与宪政编查馆难免势同水火：“宪政编查馆仿立宪国法制局之制，自应隶于政府管辖之下，何以宪政编查馆对于立法事项既司编订核订之权，对于行政机关又复发强大之命令，名实不符，政体淆乱……各省督抚与各省谘议局冲突事件处处皆然，而宪政编查馆往往压制谘议局而扶助督抚……今资政院对于中央政府有利害之关系，犹之各省谘议局对于督抚有利害之关系，宪政编查馆既可以扶助督抚，安知不以捍卫枢府之手段而反抗资政院，……资政院未开设以前，宪政编查馆所侵估者，无一非资政院之权。资政院既成立以后，宪政编查馆仍复侵越资政院之权，是宪政编查馆存而资政院万无完全立法之机关。……要将宪政编查馆设立以来所有奉过的上谕都调查清楚了，此刻要知道当时的上谕以为宪政编查馆在资政院未成立以前，有编制权、议决权，现在资政院已经成立，则宪政编查馆只有编制权，议决权应当还我们资政院。”〔19〕

资政院议员不仅要求垄断今后法律的议决权，还根据院章规定的修改法律与提出法律

〔15〕 前引〔7〕，李启成点校书，第234页。

〔16〕 前引〔1〕，故宫博物院明清档案部编书，第61页以下。

〔17〕 上海商务印书馆编译所编：《大清新法令》（点校本）第六卷，商务印书馆2010年版，第92页。

〔18〕 我们不能简单依据“后法优于前法”得出结论说“院章”规定优于“清单”规定，资政院在立法权上优于宪政编查馆。且不说资政院并非真正意义上的议会（立法者），根据《宪法大纲》所附《议院法要领》，“议院只有建议之权，并无行政之责，所有决议事件，应恭候钦定后，政府方得奉行。”（前引〔1〕，故宫博物院明清档案部编书，第59页。）这就意味着即使议院也并非完整的立法者，其议决事项须恭候钦定。而宪政编查馆作为钦定宪法的拟定者则表明它与至高皇权的紧密联系。

〔19〕 前引〔7〕，李启成点校书，第150页。

案的权力，认为资政院有权对其成立之前由编查馆制定并生效的法律进行审查修改。^[20] 资政院议员将资政院职权与地位等同于议会内阁制下之国会，是“议决”的“主体”，军机大臣等只是执行机关：“大抵法治国有两个机关：一议决，一执行，军机大臣、各部院行政大臣是执行的机关，资政院是议决的机关。查院章，本院职掌，除宪法外，一切法典及嗣后修改事件均可议决，所以将来的议院法及选举法，非经本院议决通过，断不能行。……至于现在本院与行政衙门权限，院章本自分明。凡议决事，均以本院为主体。例如异议事件，则由总裁、副总裁及军机大臣或各部行政大臣分别具奏；议决事件亦由总裁、副总裁分别会同军机大臣、各部行政大臣具奏。先总裁、副总裁，而后军机大臣、行政大臣者，明主体之所在也。”^[21]

对于资政院在立法权方面的挑战，宪政编查馆声明自己并非最高立法机关，同时认为资政院乃至国会也并非宪法（大纲）上的最高立法机关：“该馆非立法最高之机关”，“查钦定宪法大纲，立法、行政、司法皆归君主总揽，是立法事项不特本馆不能握其最高权，即现在成立之资政院及将来应设之上下议院，其对于立法权亦仅以协赞为限。”^[22]

其实，资政院内对于“陈请申明资政院立法范围”议案也存在异议，极少发言的议员赵椿年曾提醒说：其一，陈请书“须根据宪法，中国宪法尚未定，不能以外国宪法所定为中国立法之范围”；其二，即使根据外国宪法实践，广义的法律包括议会立法与行政法规，资政院仅仅在议会立法（狭义的法律）层面高于宪政编查馆，而不能插手行政法规的制定：“就法律一面言，资政院范围比较宪政馆为大，盖宪政馆只能编订法律，必须经本院赞成，方能成为法律；……然亦只法律如此，至于其他之范围，宪政馆却较资政院为宽。盖资政院之赞定只有立法事件，宪政馆之编纂兼有行政事件……就是将来宪政馆改为内阁法制局，资政院改为国会，而法制局之制度，凡官制、外交之事交阁议者，均可以编纂，亦非国会所能赞定”。^[23] 但这样专业而理性的讨论被资政院“三杰”之一雷奋打断了，并且认为赵椿年“关于宪政馆的许多话，不在特任股员应当声明之列”。^[24]

（四）代议机关地位之争

在国会未开之前，资政院是以代议机关自居，自许为民意总代表。在现代立宪政体下代议机关是与一个对其负责的政府相对的，而大清国传统的行政中枢（军机处）并不对代议机关负责，现代立法权与古代行政权演了一出“关公战秦琼”。弹劾军机案的直接导火索，乃是因为湖南巡抚杨文鼎未经本省谘议局，直接上奏朝廷发行公债。资政院经多数通过，以全体名义上奏杨文鼎侵权违法，请求圣裁；而上谕仅仅指出杨有疏漏之处，对其并无任何处分。资政院议员于是大呼：“就是一个御史参一个督抚，亦不至如此无效。资政院全体议决之件如此无效，何必设立资政院？……明明违法侵权，竟等于无罪……湖南巡抚、度支部、军机大臣，似此违法侵权，不惟不愿速开国会，即此资政院、谘议局之权限，亦

[20] 前引〔7〕，李启成点校书，第232页。

[21] 同上书，第151页。

[22] 《宪政馆对付议院质问之手续》，《申报》1910年11月8日，载《申报影印本》，第一〇九册，上海书店1982年影印，第115页。

[23] 前引〔7〕，李启成点校书，第235页。

[24] 同上书，第236页。

必概行破坏而后已。资政院及各省谘议局虽具完全精神，提出各种议案，恐亦终归无效。”〔25〕

因为上谕为军机大臣副署，议员们要求军机大臣到资政院说明理由，军机大臣不来，双方陷入僵局。随后，因为上谕（由军机大臣拟旨并副署）将资政院议决的云南盐斤加价案与广西巡警学堂案，分别交督办盐政处与民政部察核具奏，有视资政院为盐政处与民政部下级官厅之嫌，引起议员们的愤怒，终于引发弹劾军机案：“我们中国已经先朝确立为立宪政体之国，所以才设立一个资政院，为上下议院之基础。资政院系立法机关，凡立宪政体之国，皆系三权鼎立，一种是立法，一种是司法，一种是行政。何谓三权鼎立？说是立法、司法、行政，都是独立不能侵犯的……军机大臣岂不知道这个立法机关是独立的么？既然知道为独立的机关，就不能将立法机关所议决的案子交行政衙门去察核。可见军机大臣是侵资政院的权，违资政院的法了。……对此事应该照《院章》二十一条上奏，弹劾军机大臣为是。”〔26〕

议员雷奋指出：弹劾案应强调的不是军机大臣在云南、广西两案中针对资政院的侵权违法，而是其“对于皇上不负责任，不足以辅弼皇上”。〔27〕他们抓住了军机大臣之前答复中的“不负责任”一语，认为这违反了立宪国与责任内阁的精神。清廷为了安抚资政院，下旨云南、广西两案依资政院所议。但议员们仍不肯罢手，决定以“不负责任”为题继续弹劾，并由追究军机大臣个人责任发展为追究军机处的机关责任，进一步要求废军机处、设立责任内阁。本来“不负责任”只是弹劾军机大臣侵权违法的一个策略性借口，现在变成了弹劾案的核心内容，云南、广西两案的处理结果如何反倒无关紧要。资政院“设立责任内阁之争”其实与之前“速开国会之争”是一体两面：争取速开国会的目的，是通过民意代表机关的监督、制衡让政府负责；国会不能即开，资政院便以代议机关自居，攻击政府中枢军机处，要求在国会未开之时设立与资政院“对立”的责任内阁。

面对资政院的弹劾，军机大臣向摄政王提出辞职，摄政王则亲笔硃谕不准军机大臣辞职，同时指责资政院越权妄议：“朕维设官制禄，及黜陟百官之权，为朝廷大权，载在先朝钦定宪法大纲，是军机大臣负责任与不负责任，暨设立责任内阁事宜，朝廷自有权衡，非该院总裁等所得擅预，所请着毋庸议。”〔28〕

面对窘境，资政院避开皇权的锋芒，仍继续要求明定军机大臣责任、速设责任内阁：“从前的谕旨，我们有可以说话的地方，因为军机大臣拟旨，军机大臣署名，这回硃谕是摄政王自己用硃笔写的，而军机大臣没有署名，使我们没有说话的地方。……一有硃谕出来说不行的，资政院就可以不用说话。……不但现在资政院绝无用处，就是以后的国会，都可以不要了。这个是非常之危险的。因为立宪国精神是议院与政府对待，现在弄成议院与君主对待。这个只有两个办法：一个是积极的专制，什么资政院，什么国会，什么立宪都可不要。还有一个不得了的结果，这个人民没有别的法子，只好拿出他的暴动的手段出来，这是非常之危险。所以我们要想个法子，解决这个问题。……我们不能对硃谕说话，是应该还要拿出军机大臣出来。”〔29〕

〔25〕 前引〔7〕，李启成点校书，第156页以下。

〔26〕 同上书，第242页。

〔27〕 同上书，第253页。

〔28〕 《清实录》，第六十册《（附）宣统政纪》，卷四五，中华书局1987年影印，第802页。

〔29〕 前引〔7〕，李启成点校书，第386页。

几个回合之后，摄政王对于资政院弹劾军机的上奏留中不发，资政院也忙于其他议案，喧嚣一时的弹劾军机案便悄无声息了。

二、弹劾军机案的法理基础

在资政院讨论弹劾军机案时，温和派议员陆宗輿曾对此泼冷水，指出：“现在军机尚是乾隆年间制度，其不负责任，亦由制度使然”；毕竟“资政院与各国国会不同”，应该慎用弹劾权；“资政院尚有许多重大应议事件”，不应就“小问题”与政府“争闲气”。议员雷奋反驳陆宗輿：“今国会未开，资政院尚有三年。此时不弹劾，何时可以弹劾？内阁既未成立，毕竟谁负责任？军机不负责任，除本院弹劾而外，何人可以弹劾？弹劾军机，即为促成内阁之一手段。攻击军机之机会既多，则内阁成立之机会亦多。弹劾军机之眼光，实不在军机而在内阁，现在无妨多攻击之。故劝诸君不必但为法律的解剖，须以政治的眼光观察。”^[30] 陆宗輿的发言道明了资政院在弹劾军机案中的三个软肋：其一，军机副署责任不成立；其二，资政院的地位、权力与外国国会不同；其三，资政院纠缠在弹劾军机案中，荒废了其本应承担的审议法案职责。雷奋的反驳则清楚地申明：弹劾军机的目的在责任内阁而非军机，弹劾军机是为了实现设立责任内阁的政治目标，至于弹劾在法理上是否站得住脚则是次要的。

（一）弹劾概念辨析：“弹劾”还是“倒阁”

秦汉以来，中国便有一种独特的弹劾（参劾、纠弹）制度，它指的是由监察官员（御史）针对官员的违法失职提出的控诉，弹劾提交给皇帝圣裁，同时也会诉诸朝堂的舆论来施加压力。这种御史监察制度在一定程度上行使了西方国会监督政府的职能。而欧美所谓弹劾（impeachment），指的是根据宪法（或宪法性法律），当高级官员（如总统、总理、高级法官等）等有特定的违法行为（如叛国，腐败或与其职业道德不符的行为）时，由议会对其进行追诉的一种程序。英国的弹劾是由下院表决提起弹劾案，由上院裁决；美国是由众院提起弹劾案，由参院组成弹劾法庭裁决，如果弹劾对象是总统则由最高法院首席大法官主持弹劾法庭。弹劾是一种政治审判而非刑事审判，如果弹劾案罪名成立，被弹劾者将被去职，同时可能面临刑事审判。历史上，弹劾往往成为政党斗争的非常手段，有时甚至是以起诉被告违法为名以达到使之去职的政治目的，例如美国总统杰斐逊上台后对于联邦党人法官的发动的一系列弹劾。因为弹劾对政治秩序的破坏太大，其派系斗争的意味又太强，弹劾权通常备而不用。英国最后一次动用弹劾权是在19世纪初，之后解除大臣们职务的便利方式是令其在普选中失利或者使其不能获得下院的信任投票，很多英国学者由此认为弹劾制度已经过时了。美国历史上有3名总统曾面临弹劾，安德鲁·约翰逊的弹劾审判以1票之差未能定罪，尼克松主动辞职，而克林顿案则被认为是政党斗争的闹剧。^[31]

问题一：在弹劾军机案中，资政院所谓“弹劾”究竟是中、西哪一种弹劾

一方面，资政院发动弹劾的法律依据是《资政院院章》第21条：“军机大臣或各部行

[30] 陆宗輿与雷奋的议场发言参见《中国大事记》，《东方杂志》第七年第十二期。

[31] 弹劾的词义与历史可参见《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第664页；Black's Law Dictionary, 9th ed., West, 2009, pp. 820 - 821.

政大臣，如有侵夺资政院权限或违背法律等事，得由总裁、副总裁据实奏陈，请旨裁夺。前项奏陈事件，非有到会议员 2/3 以上之同意，不得议决。”^[32] 另一方面，如前文所述，当上奏杨文鼎侵权违法案结果不如人意时，议员们又愤言资政院集体弹劾的效力还不如御史个人的参劾。议员陆宗輿在议场的发言清楚地指出：按中国传统制度上奏弹劾非常容易，资政院劳师动众、费时费力地根据院章第 21 条来弹劾军机，这在现行法律上是站不住脚的，这样非中非西的“弹劾”纯粹是在与政府叫板：“我们资政院是尊重法律的地方，说一句话均要根据法律，且国家现在的制度亦不可不考求。即如弹劾的问题，照外国国会弹劾内阁大臣的办法，经上下两院议决上奏之后，不是解散议院就是政府辞职，而中国现在制度，凡有上奏权者皆有弹劾权……是照我中国旧制说来，弹劾军机大臣本不费事，正不必如今日资政院议员以二百人之多，讨论至三四日之久，尚未见解决也。……然而《院章》二十一条只有请旨裁夺，而今日之对待者，又是乾隆以来旧制相沿之军机大臣，并非责任内阁，是决不能有外国国会对于政府的效力。……原来这个弹劾问题，是根据前天两道上谕，但今天上谕下来，已经对于本院所奏云南、广西的两件案依议，可见我皇上、我摄政王知道我们资政院是立法的地位，是很尊重的。今天若再行弹劾，则将没有根据了。没有根据的弹劾，恐怕没有什么效力，则未免本院轻用弹劾权了。……我们资政院对于国家有极尊严极重大之赞襄的责任，并不是纯然与政府为难。”^[33]

问题二：资政院的立宪派为什么要行无法律依据的弹劾，与政府为难

不管是古代中国的还是西方的弹劾，提出弹劾者好比公诉人，并非最终的裁决者。公诉人不可能每次起诉都胜诉，纵然败诉了也须保持平常心。在美国，杰斐逊组织众院弹劾蔡斯大法官未果，安德鲁·约翰逊和克林顿经历弹劾也都留任，众院并未因此拿自己的尊严说事儿。为什么资政院弹劾不成就这么大意见，认为这事关自己地位与存在价值，甚至要求解散资政院？要知道，议员们要求解散议会等于自裁政治生命。其原因是资政院议员将弹劾与倒阁混同了。尽管资政院不是国会，军机处不是责任内阁，资政院仍要求军机处要负责（名为对皇帝，实为对资政院负责），一旦其“不負責任”，就应令其去职，并组成一个负责的、资政院信任的责任内阁，否则就只有解散资政院一条路。之所以资政院以弹劾而非倒阁为题，一方面是因为责任内阁未成立，资政院无“阁”可倒，更重要的是因为资政院在制度上本无倒阁之权。

（二）弹劾的主体：资政院的地位与权力

根据清政府拟定的《资政院官制草案》，设立资政院的目的：其一为了便于征税（所谓无代表不纳税）；其二在于制衡行政中枢，“尊君权而抑相权”；其三在于“专设一舆论总汇之地，非经由资政院不得上闻，……通国之欲言于政府者移而归诸资政院，化散为整化器为静，又限制该院只有建言之权而无强政府施行之力，使资政院当舆论之冲，政府得安行其政策，而民气疏达亦不致横决难收，保全甚大”。^[34] 因为晚清政府仰赖外债解决财政困难，并未加税，所以资政院在征税问题上无法有所作为，钳制政府。^[35] 而企图以资政院

[32] 前引〔17〕，上海商务印书馆编译所编书，第93页。

[33] 前引〔7〕，李启成点校书，第266页。

[34] 前引〔2〕，上海商务印书馆编译所编书，第693页。

[35] 张朋园：《立宪派与辛亥革命》，吉林出版集团有限责任公司2007年版，第82页。

“制衡行政中枢”的背景，是太平天国运动之后汉族官僚在中央与地方掌权，清政府有意通过资政院和各省谘议局制衡汉族大臣。可光绪、慈禧去世后，因为摄政王及其皇族小团体缺乏自信，所以在官职分配上打破了满汉平衡，在军机处乃至后来的责任内阁都排挤了汉族大臣，他们当然不希望资政院制衡满族（皇族）控制的行政中枢。对宣统朝廷而言，资政院乃至未来国会的主要功能都只是“舆论之总汇”，是清议的场所，用以化解民怨、招安士大夫、收拾民心。其立法权与监督政府的权力都是不完备的，它只是协赞皇帝立法，法律案主要由行政部门的宪政编查馆草拟，资政院议决后还需要上奏给皇帝圣裁，资政院不能强制政府作为，资政院与政府中枢及各部院发生纠纷也须提交圣裁。与议会君主制不同，二元君主制下君主对议会决议的“圣裁”行使的乃是实质权力，而非前文资政院议员所谓“名义上之裁可”。最重要的是，大清国的宪法预设钦定，资政院不能过问。在钦定宪法之下，代议机关之权力乃是立宪者（君主）所赋予，主权者自然是君主，而非代议机关。

（三）弹劾的对象：军机处的地位与责任

资政院将军机处作为弹劾对象，在制度上有两个疑问：其一是军机处与皇权的关系，其二是军机处对于上谕的副署责任。在这两个问题上，资政院的认知与作为都存在法律偏差。

1. 军机大臣不是宰相，只是皇帝的顾问与秘书

中国传统政治一直有所谓皇帝传子、宰相传贤，以相权制约君权的说法，把宰相作为政治运作中制衡皇帝的理性力量。考查史实，汉代（特别是汉武帝之前）的丞相权力很大，相应的行政责任也往往由丞相为代表的三公来承担；唐代的三省与政事堂制度在一定程度上制约了君权；到宋代宰相仍保有一定的权力与君主的礼遇。可历史的发展趋势是皇帝不断用自己的秘书班子（内朝）侵夺宰相领导的政府（外朝）的权力，皇权递增、相权缩减，发展到明太祖废除宰相制度，直接由皇帝总揽行政。之后设立的内阁大学士只是皇帝的顾问与秘书，在制度上并没有独立于皇权的地位。明亡后，黄宗羲所著《明夷待访录》就认为明代废相是政治制度上的大错，将来应再立宰相做政府领袖，不要由皇帝亲揽大权。事实上，清代的皇帝比明代更独裁，康熙时设立南书房，将外朝内阁的部分职能移到内廷。雍正因边疆用兵，为了军事保密在宫中设立军机处，上谕由军机处拟旨，皇帝过目后封好，盖“办理军机处”印，寄发给受命之人。军机处的管辖范围逐渐由军政逐渐扩大到一般行政，用军事独裁统治的办法管理民政。^[36]军机大臣只是皇帝的御用秘书，“只供传述缮撰，而不能稍有赞画于其间也”^[37]，在制度上与人事上都无法制约君权。清朝也有所谓内阁（大学士），但其并非行政中枢，与现代责任内阁相去更远。

资政院议员多次对军机处发难，他们不是不知道军机大臣只是皇权的附庸，军机处并无政治上的独立人格。立宪派议员们无非是在避重就轻，在无法公开挑战皇权的前提下通过攻击军机对皇权施加压力。而议员们要求设立的责任内阁其实就是相权的现代升级版，他们希望有一个对代议机关负责的政府，而这样的政府无疑会架空（虚化）皇权。清廷很快设立了责任内阁，但却是排除异己的“皇族内阁”，这让立宪派大失所望。

[36] 君权与相权的论述可参见钱穆：《中国历代政治得失》，三联书店2001年版。

[37] [日] 织田万：《清国行政法》，中国政法大学出版社2003年版，第166页。

2. 军机大臣副署与责任内阁制下的副署责任在制度上没有关联

资政院对于军机大臣“不责任”的指责，源于军机大臣莅临资政院谈开国会问题之时，议员提出的如下质询：“东西各国通例，凡是君主的命令，都由国务大臣副署，其副署之原因，一方代表君主负行政上之责任，一方对于国会负责任。今中国所有上谕，已由军机大臣副署，现在国会未开，资政院已经成立，副署之事，是否与各国副署用意相同，上代君主负责任，下对于资政院负责任？究竟与各国国务大臣副署之意有无区别？”〔38〕议员们认为，军机大臣要对迟开国会的上谕承担议会内阁制下的副署责任。但是，军机大臣对于上谕的副署乃是沿袭乾隆年间旧制，与现代宪法制度下的所谓副署（countersign）并无制度上的渊源。后者一般指的是在君主立宪制或议会内阁制国家，国王或总统签署、发布的法令必须由政府首相或总理签名〔39〕才生效，而相应的对于法令负政治责任的通常是副署的内阁首脑而非国家元首。因为内阁才是实际运作政治的机关。不仅资政院议员们混同了中西两种副署制度，清廷在《内阁官制初议草案》中，也曾将中国宰相副署诏命附会为外国的责任内阁副署制度，甚至认为外国制度乃是“仿于中国汉制”，并且认为清代军机处“历来寄信谕旨，皆先书军机大臣字，寄隐用前代宰相署敕之法，……与历代旧制、各国成法，不无吻合”。〔40〕以中国传统制度附会外国制度，进而认为外国“先进”制度乃是中国古已有之，这是西学东渐之初非常普遍的现象。其实，现代西方内阁大臣的副署责任是与议会—内阁政治联系在一起，与传统中国君—相关系相差不可以道里计。

3. 无国会即无责任内阁

晚清并没有真正意义上的国会，而无议会对立之“内阁”只能向君王负责。英国责任内阁大臣的副署责任源于其独立于君主，对国会负责：当国会表示不信任时，内阁应总辞，由国会产生其信任的新内阁；如果有理由相信与国会意见相左的内阁代表了“更新的民意”，则由内阁呈请元首提前解散国会，重新办理议员选举以产生代表新民意的新国会，由新国会决定内阁的去留。

从资政院议员在议场上的讨论来看，立宪派明显是将英国宪制移花接木到大清，把中国的军机处制度与英国的责任内阁制混同了：“资政院弹劾军机的折子是十五上奏的，军机大臣他也就同日上奏辞职……摄政王看了这个事情，不好判断，对于我们弹劾不得不敷衍，对于全体要挟辞职的不能不慰留。还有最危险的问题，立宪国的精神，议院为人民之代表……政府当议院之冲突。君主是最尊严的，一方面可以操纵政府，一方面可以操纵议院。政府非而议院是，则允许政府辞职；议院非而政府是，则诏令议院解散。这是立宪国的精神。这回很奇怪的，既不许军机辞职，又不将资政院解散。”〔41〕

就晚清的制度而言，摄政王的处置一点也不“奇怪”，无非是君上对于臣下争权的平衡而已。大清国不是立宪国，军机处不是责任内阁，资政院不是国会、更不是英国的国会。因为速开国会请愿失利，资政院便自命为国会，同时把“对立”的军机处想象成责任内阁，要求其对自己负责，这在法理上才是奇怪的逻辑。资政院取得代理国会的地位与权力，内

〔38〕 前引〔7〕，李启成点校书，第110页。

〔39〕 有时也可能是由法令所涉及领域的内阁分管部长（大臣）副署签名。

〔40〕 前引〔2〕，上海商务印书馆编译所编书，第686页。

〔41〕 前引〔7〕，李启成点校书，第386页。

阁由其产生并对其负责，这始于1911年辛亥革命爆发后清廷颁布的《宪法重大信条十九条》。在弹劾军机案发生时，当时的宪法性文件《钦定宪法大纲》并未对资政院做类似的授权。

（四）弹劾案的宪法背景：钦定二元君主立宪制宪法

为了仿行宪政，清廷于1905年派载泽、端方、戴鸿慈等五大臣出洋考查各国宪制，大臣们在日、美、英、法、德、意、俄等国考查，对于各国宪制及其差异有了比较清楚的认识。他们了解到，同为君主立宪的国家，各国君权也大有不同：日本“公议共之臣民，政柄操之君上”，“君有独尊之权”；而英国则“立法操之议会，行政责之大臣”，君主“垂拱于上，而有暇豫优游之乐”。^[42]考察团考察了各国的议会制度，在其奏折中还提到了意大利议会下院的弹劾大臣之权：“义国任命大臣之权，操诸国王之手。而大臣之不职者，得由下议院控诉之，而由上议院以裁判之。”^[43]对于实行责任内阁制的好处，端方在《请定国是以安大计折》中说明，在英国式的君主立宪制（责任内阁制）下，内阁大臣“代君主而对于人民负其责任”，如此则可保全君主。^[44]受了端方等奏折的影响，奕劻等拟定的《官制草案》规定了立法、行政、司法三权分立的原则；而责任内阁由军机处改并，政务大臣“辅弼君上，代负责任”^[45]，责任内阁制仿佛呼之欲出了。可清廷旋即发布更定官制上谕，令军机处毋庸改责任内阁，“一切现制，著照旧行。”^[46]

1907年，清廷又派于式枚、汪大燮、达寿出使德国、英国、日本考查宪制，这一次将考查范围集中于君主立宪国家，其中特别注重德、日两国。三大臣考查成果，以达寿所上《考察日本宪政情形折》影响最大。^[47]1908年清廷参照日本立法，颁布宪法性文件《钦定宪法大纲》与《议院法要领》^[48]，规定君上大权包括：（1）“钦定颁行法律及发交议案之权。（凡法律虽经议院议决，而未奉诏命批准颁布者，不能见诸施行。）”（2）“设官制禄及黜陟百司之权。（用人之权，操之君上，而大臣辅弼之，议院不得干预。）”而代表民意的议院，权力十分有限：（1）“只有建议之权，并无行政之责，所有决议事件，应恭候钦定后，政府方得奉行。”（2）“行政大臣，如有违法情事，议院只可指实弹劾。其用舍之权，仍操

[42] 参见荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版事业公司1984年版，第96页以下。

[43] 戴鸿慈：《出使九国日记》，湖南人民出版社1982年版，第249页。

[44] 夏新华等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，中国政法大学出版社2004年版，第45页。

[45] 前引〔2〕，上海商务印书馆编译所编书，第680页。

[46] 同上书，第38页。

[47] 达寿的奏折对日本宪法极为推崇，认为其有如下优点：其一，钦定宪法，“改正宪法之权，解释宪法之权，亦全操于天皇，非国会所能置喙”；“日本之宪法，钦定也，而大权政治生焉。普国之宪法，协定也，而不能行大权政治。英国之宪法，亦协定也，而议院政治生焉。法、美之宪法，民定也，而分权政治生焉。”其二，“国务大臣之负责任也，非对于议会负责任，实对于天皇负责任，故天皇有任命大臣更迭内阁之权”。其三，“日本议会，不过有协赞立法之权耳，其裁决与否，属天皇之大权。至法律案关系重要者，政府犹得用种种之方法，操纵议员，以求其通过，而最终尚有命其解散或停会之权。其议会提出法案，虽亦宪法所许，然其议决上奏者，天皇可下内阁审议，内阁若以为有碍政府施政之方针，则不奏请裁可”。达寿还举例说明即使在协定宪法的英、德，内阁与议会的权力仍然受到君权的制约：“夫英国，议院内阁也。其内阁大臣权力，宜较大于日本矣，然千八百五十年，宰相巴氏因未经奏闻，擅认拿破仑三世为帝，女王维多利亚遂罢免其职。”“普鲁士因预算案一事，议院欲上奏弹劾政府，普相俾士麦扬言于议场曰：国会苟以此上奏，是要求普鲁士王室举其宪法上之权利，让于国会也。此亦可以见普国国会之权限矣。”（达寿奏折参见前引〔1〕，故宫博物院明清档案部编书，第25页以下。）

[48] 《钦定宪法大纲》与《议院法要领》参见前引〔1〕，故宫博物院明清档案部编书，第57页以下。

之君上。不得干预朝廷黜陟之权。”根据上述两个文件，资政院（包括议院）在弹劾军机案中是非常被动的，其一切决议在制度上都需要等待君上的圣裁；资政院自居为立宪国的国会，与政府对峙反倒有违法违宪之嫌。关于钦定宪法、朝廷与国会的关系，有臣下在奏折中做如下总结：“大凡立宪自上之国，统治根本，在于朝廷，宜使议院由宪法而生，不宜使宪法由议院而出。中国国体，自必用钦定宪法，此一定不易之理。故欲开设议院，必以编纂宪法为预备之要图，必宪法之告成先行颁布，然后乃可召集议院。”〔49〕

达寿提案和1908年清廷所颁宪法文件是典型的日式二元君主立宪制，而之前端方关于责任内阁制的上奏则接近英式议会君主立宪制。但其实正如达寿观察到的，两种君主立宪在制度上的差异并没有那么大，将二者区别开来的主要是历史发展阶段的不同与宪法习惯、政治文化的差异。即使今天，英国君主在理论上仍保有实权，法律与重大人事任免案仍需要君主批准，只是19世纪以后英国君主保持克制，几乎不再实质性地行使这一权力，这也是历经了数百年残酷斗争之后形成的政治文化传统。德意志联邦的中坚普鲁士长期实行绝对君主制，主权为王朝的私有财产，其联邦不是建立在人民主权的基础上而是建立在普鲁士君主制权力基础上。1871年德意志帝国宪法规定普鲁士国王是世袭的联邦主席，并享有德意志皇帝称号，国会通过的法律由皇帝签署，首相由皇帝任命；德国首相负责帝国事务，皇帝对人民不负责，皇帝命令需经首相副署才能生效；国会由普选产生，但缺少民主议会的各种实质权力，首相领导的政府不受国会约束，“仅仅在道义上和历史上对国会负责”。〔50〕尽管如此，在联邦制架构的制约下，普鲁士国王或者“铁血首相”俾斯麦的权力都不是绝对的，首相的行政大权仍需要在宪法限定的范围内行事，如果没有议会的多数投票，首相无法达成他想要的立法，因此俾斯麦本人不得不加入国会政党政治的游戏。〔51〕日本1889年颁布帝国宪法，虽名为立宪国，君主仍保有大权，有人通读宪法全文后苦笑说：国民“未及看到其实，却先为其名而陶醉了”。除了达寿所言君上大权之外，日本军事统帅权（军部）被置于政府议会的干涉之外，“制约着内阁的责任政治”。宪法颁布后，日本首相和枢密院议长都声明政府独立于政党之外的“超然政治主义立场”，不承认政党内阁。〔52〕而政党政治则是议会政治的精髓，从大正时代到昭和初期，由于议会政党政治的活跃，政府为了与议会多数党合作，不得不放弃超然主义，并延揽议会政党领袖入阁，日本政治在一定程度上接近了英国的议会君主制。但随着法西斯主义的盛行与军部势力的扩张，日本的议会政治遭遇严重挫折。〔53〕

总的来讲，英、德、日君主立宪制下国会权力的递增，也是议会政党斗争的结果。资政院争权也无可厚非，只是议员们的态度未免太激烈、太急躁、太不妥协了。简而言之，英、德、日议员是在宪法的架构下求政治改良，资政院议员则是在“革钦定宪法大纲的命”。在二元君主立宪制的德、日，终结其君主制的并非国内民主革命，德皇退位肇始于一战不利，日皇失权源于二战投降。为什么清廷行二元君主立宪，却不能维系政权？弹劾军

〔49〕（清）朱寿朋：《光绪朝东华录》（五），中华书局1958年版，总第5977页。

〔50〕参见〔德〕迪特尔·拉甫：《德意志史：从古老帝国到第二共和国》，波恩 Inter Nationes 出版社1987年版，第154页以下。

〔51〕参见〔美〕史蒂文·奥兹门特：《德国史》，邢来顺等译，中国大百科全书出版社2009年版，第213页。

〔52〕参见〔日〕安冈昭男：《日本近代史》，林和生、李新纯译，中国社会科学出版社1996年版，第290页。

〔53〕参见〔日〕芦部信喜：《宪法》，李鸿禧译，台湾元照出版公司2001年版，第45页。

机案在现行法上完全站不住脚，为什么资政院议员却一再地挑战政府？这或许与晚清的宪法思潮有一定关系。

三、弹劾军机案的宪法思想渊源

面对晚清时局，革命派与立宪派分别提出“驱除鞑虏”与“速开国会”的口号。中国思想一直有所谓“华夷之辨”、“汉贼不两立”的传统，清王朝是异族王朝，一旦陷入困境，其政治合法性流失的速度也特别快。资政院第一次常年会居然提出剪发易服案，并请皇帝改祖制、躬行剪发为天下先^[54]。并提出赦免国事犯案^[55]、昭雪戊戌冤狱案^[56]。可见当时人心大变。革命、立宪两派区别与其说是革命与“非革命”之别，不如说是军事（流血）革命与宪法（不流血）革命之别。“梁启超尝说：‘立宪派人不争国体，而争政体。其对于国体，则承认现在之事实；于政体，则求贯彻将来之理想。’换句话说，如果议院政治能够实现，君主民主体制都是可以接受的。这是一个富有弹性的理想。”“立宪派人持论与政府相对立，于不知不觉的演变中倾向同情革命，有利革命。”^[57]立宪派人持论之所以与政府对立、走向革命，与晚清西方民权思想的盛行有关，立宪派与革命派的民主宪法理论基础非常接近。立宪派的初衷是温和的、改良的，却因其革命思想而必将走向革命行动。

清季，英国和法国启蒙思想家天赋人权、社会契约、权力分立等宪法思想被广泛译介到中国，引起知识界的广泛共鸣。英国光荣革命的历史与议会主权的政治模式成了立宪派效法的对象。可是，在清末思想启蒙中，对近代日本影响很大的德国国家学宪法思想在中国却影响甚微。这也就意味着，清政府在直接移植日本（间接取自德国）的制度（包括宪法和其他部门法）的同时却没有在社会上配套推广其政法理论。可二元君主立宪制与现代民主共和制（议会君主制或共和制）在宪法理论基础上是不同的。

议会君主制的理论基础是议会主权（人民主权）理论，宪法的性质被认为是所谓“社会契约”；人权是天赋的自然权利；议会代表人民凝聚公意（general will），是国家权力的来源。在英国，坚持君权神授的国王在17世纪的革命中已被埋葬。法国则几经反复，最终废除了君主制度。与之相对，在19世纪中叶的德意志各邦，绝对君权主义仍大行其道，君权是神授的、世袭的，“宪法绝对不是革命的零时刻由公意构建的创造物，而是最高权力的赋予物，其中君主权力自愿被施加限制”，君主与等级会议协定宪法只是极少数邦的例外；和宪法一样，人民的基本权利是“赋予物”，“它不是以革命手段取得的‘天赋’的自然权利，而是领主赠送给国家一部分人的礼物”。官僚归国王掌握，军队是向国王效忠、而非向宪法效忠。^[58]哈勒尔的《国家学复辟》一书站在国家契约学说与人民主权理论的对立面，为诸侯所主张的统治奠定了理论基础：“诸侯们……不是接受委托才进行统治的，而是根据他们自己的权利……他们没有从人民那里接受过权力……而是他们经过自己的努力以及和

[54] 《资政院第一次常年会第二十一号、二十六号议场速记录》，参见前引〔7〕。

[55] 《资政院第一次常年会第二十五号议场速记录》，同上书。

[56] 《资政院第一次常年会第二十六号议场速记录》，同上书。

[57] 前引〔35〕，张朋园书，第181页，第191页。

[58] 参见〔德〕米歇尔·施托莱斯：《德国公法史（1800-1914）——国家法学说和行政学》，雷勇译，法律出版社2007年版，第95页，第117页，第122页。

这种权力联系在一起的更高的自由……他们不是由人民委托或安排的，正好相反，是他们把人民（指他们所有的臣民的总和）慢慢聚集在自己的周围为自己效力的。诸侯不是……国家的第一号公仆……不是人民的最高长官，诸侯不仅仅是国家的首脑……（而这一点正是公民契约、人民主权和人民代议权的错误原则的先决条件），而且也是……处理他们自己事务的……独立的主宰。”〔59〕

面对立宪主义的洪流，普鲁士国王腓特烈·威廉四世仍试图抗拒，1847年他在邦议会上“庄严”地宣布：“世界上没有任何力量能推动我把诸侯和百姓之间的自然的、恰好在我们这里通过内在真理而发挥如此强大力量的关系变成通常的立宪政体，我永不允许一张写着字的纸好像第二次天意一样插手于我们的主上帝和这个国家之间，用其条款来统治我们并取代古老神圣的忠诚。……我不哗众取宠以博得民众的好感……我只是努力本着良知履行自己的义务来赢得臣民对我的感谢，哪怕没有人会感谢我。”〔60〕

在1848年革命中，基于君权神授的信念，腓特烈甚至拒绝了国民议会选举产生的德意志皇帝皇冠，因为“这顶皇冠是不洁的”。〔61〕腓特烈还解散了普选产生的普鲁士议会，强行颁布了钦定宪法，宪法坚持君主政体的原则，并且把行政权与军权划归国王掌管，国王任免大臣与决定战争与和平都不须经过议会的批准。而德国国家学的任务，则是在这一背景下调和君权与民权。学者们以“国家主权”来克服“主权在君”与“主权在民”的简单二分法，是“合乎时宜”的做法。他们认为，“国家不是建立在契约基础上的意志创造物，而是历史形成的产物，并且承载着理念”。其代表人物伯伦知理（J. C. Bluntschli）把二元君主立宪理解为与英法不同的德国特有形式，“君主权力与代议制宪法在这里被永久性地连在一起——只进行了浅显的分权，尤其是，起稳定的因素是包括国家文化管理和经济管理在内的行政。”〔62〕黑格尔的如下国家观影响深远：“人只有在国家中才有合理的存在……国家非为国民而存在，不妨说国家即是目的，而国民乃其工具而已。”〔63〕“帝国议会、联邦议会和帝国政府通力合作……朝着缓慢发展的议会化方向发展”，但二元君主立宪的原则似乎仍然不受置疑。〔64〕

以伯伦知理为代表的国家学说与社会契约理论针锋相对，它经日本学者加藤弘之等人的广泛宣传，成为日本明治维新后建国的官方学理依据。伯伦知理所著的一本通俗读物中关于“一般国家学说”的部分被他的日本学生平田东助翻译成日文，后又被吾妻兵治转译为汉文。1899年，流亡到日本的梁启超在《清议报》上，以“饮冰室主人译”的名义连续选载了吾妻兵治的汉文本。〔65〕梁启超的选载“删去书中有关君主立宪制和代议共和制的分析，无疑反映了他当时在选择最合适政治形式这个问题上的犹豫不决。”但1903年旅美之

〔59〕 前引〔50〕，拉甫书，第68页。

〔60〕 同上书，第77页。

〔61〕 同上书，第88页。

〔62〕 前引〔58〕，施托莱斯书，第581页以下。

〔63〕 前引〔50〕，拉甫书，第88页。

〔64〕 前引〔58〕，施托莱斯书，第620页。

〔65〕 参见雷勇：《国家比喻的意义转换与现代国家形象——梁启超国家有机体理论的西方背景及思想渊源》，《政法论坛》2010年第6期。

后梁启超开始批评卢梭的学说，倾向于君主立宪制。^[66] 面对卢梭的社会契约、人民主权理论与伯伦知理国家主义学说的冲突，梁启超试图调和国权与民权。他修正了卢梭的“民约论”，否定了卢梭“人民地位高于政府”的观点，将代议政体与官民之间的契约联系起来：“通过选举—投票的形式，公民将行政权交给他们公选出来的代议政府，使政府依照议会所规定的宪法承担行政权的实际任务。‘政府与人民立于平等之地位’，‘相约’而定其权限。”^[67] 梁启超与加藤弘之都反对个人主义，他们强调国家作为一个整体（“群”）高于个人（“己”），这源于中、日两国面对近代化的挑战都亟需加强国家凝聚力。但梁与加藤在国家理论上仍有重大差异：加藤的“国体论宪法学”从伯伦知理“国家有机体论”引申出君主主权为中心的绝对主义国家秩序，为在日本建立一个比德国更倾向于君权的政制模式提供理论支持。而“梁氏仍然认同民主与共和的价值，并以实现符合真正共和精神的宪政体制为目标”。他因强调民族主义而限制了公民个体独立于政治体的消极自由，但他仍然非常重视公民参与政治体的自由。^[68] 虽然与日本学者相较，梁氏的德国国家学知识只是二手得来，缺乏系统性，但他却抓住了国家学的核心精神：调和君权与民权，兼顾君主政体之现实与民主共和之理想。梁氏申明伯伦知理主权原则如下：“主权既不独属于君主，亦不独属于社会，不在国家之上，亦不出国家之外，国家现存及其所制定之宪法，即主权所从出也。”^[69] 梁氏之所以能够超越日本老师^[70]，抓住德国国家学的调和精神、反对君主专制，可能部分是因为在其开始接受国家主义理论之前，英法启蒙思想家的民权理论早已在梁氏心中扎根，虽然发生一定的思想转变，仍无法根本抹去。

在清末流行的启蒙思想中，卢梭、孟德斯鸠等的民权宪法思想影响极大并且“先入为主”，成为革命派与立宪派共同的思想武器。“对民权的提倡，立宪派的声势可以说超过了革命派。”^[71] 1900年前后，德国国家学理论经由梁启超等人从日本转介到中国，其国家主权（国家主义）思想在宪法思想领域无法与人民主权思想抗衡。翻遍《资政院议场会议速记录》，资政院在讨论国体、政体等基本宪法问题（包括弹劾军机案）时从未提及“国家主义”。速记录中提及“国家主义”的两个议题，都与民族改良有关。其在一定意义上都是反专制的：一个为议员易宗夔以“国家主义”为由要求剪发辫；另一个是在新刑律伦常条款存废讨论中，政府特派员杨度倡导用国家主义改变中国固有的家族主义伦常观念。^[72]

总之，清廷仿照日本二元君主立宪制颁行了《钦定宪法大纲》，却没能把日本神权学派的国体论宪法学思想系统移植到中国知识界。而由梁启超在1900年前后鼓吹的，与德国二

[66] 参见[法]巴斯蒂：《中国近代国家观念溯源——关于伯伦知理〈国家论〉的翻译》，《近代史研究》1997年第4期。

[67] 参见[韩]李春馥：《论梁启超国家主义观点及其转变过程》，《清史研究》2004年第2期。

[68] 参见王晓范：《中日摄取伯伦知理国家有机体论之比较——以加藤弘之与梁启超为例》，《华东师范大学学报》（哲学社会科学版）2011年第4期。

[69] 梁启超：《政治学大家伯伦知理之学说》，《饮冰室合集》第二册，文集之十三，中华书局1989年版，第87页。

[70] 日本学者中比较忠实于德国国家学原意的，乃是以美浓部达吉为代表、倾向自由民主的立宪学派，其所谓“天皇机关说”乃是对耶利内克（Georg Jellinek）“国家法人说”的发展。（参见前引[53]，芦部信喜书，第46页。）但明治时期（1868—1912）的日本公法学界乃是以神权学派的国体论宪法学为主导，而美浓部达吉对于中国的影响也主要是在民国而非晚清时期。（参见王贵松：《美浓部达吉与中国的公法学》，《比较法研究》2010年第5期。）

[71] 张玉法：《清季的革命团体》，北京大学出版社2011年版，第76页。

[72] 《资政院第一次常年会第二十一号、二十三号、三十七号议场速记录》，参见前引[7]。

元君主立宪体制相适应的德国国家学，其与英法美的民权思想相较，在当时宪法思想领域并不十分流行。在立宪派议员头脑中，别说日本皇权宪法或其清国翻版，就算相对开明的德国二元君主制宪法都离理想的政制太远，难怪资政院会常常以英国国会自居，“反认他乡是故乡”了。弹劾军机案尽管现行法上站不住脚，可资政院议员们却“无理取闹”，乃是因为就当时社会的宪法思想基础而言，议员们大大有理。

结 语

晚清的宪政改革未见得全是骗局，但清廷没有认清民心向背与大势所趋^[73]，越被动越抓权，改革政策前后矛盾、虎头蛇尾，造成立法混乱、政府进退失据。1908年光绪、慈禧离世后，摄政王与满洲亲贵面对政府中的汉族实力派缺乏自信，以为可以通过制度与人事安排来扬满抑汉。清政府满汉势力的均衡由此打破，人事的变动更造成光绪、宣统之间的政治改革制度的断裂与冲突。这一方面丧失了改革的良机，另一方面也令保守派与立宪派拿着自相矛盾的朝廷法令（上谕）说事，清廷则莫衷一是、和稀泥，用人事调整代替系统的制度安排^[74]。这可能是引发弹劾军机案的制度原因。

在晚清的宪法思潮中，与日式《钦定宪法大纲》对应的国体论宪法学思想并未被系统移植到中国知识界。而与德国二元君主立宪体制相适应的德国国家学，在宪法思想领域也敌不过英法美的民权思想。这或许是弹劾军机案在宪法思想上的根源。

通过以弹劾军机案为中心考查资政院议员的言行，我们发现立宪派与革命派之差别，无非是前者鼓吹宪法革命，后者主张暴力革命，双方在以民权代替君权等方面是一致的。立宪派以立宪为名行革命之实，他们以欧美自由民权学说为思想武器，在新刑律中力图废除纲常名教条款，在宪制上争取责任内阁制，甚至公然提案要求剪辫与赦免革命党。这一点，时人已经看得很清楚：“革命有二派，主激烈者显背朝廷，昌言叛乱……主和平者，以立宪为名，以攘权为实……故改新律以破伦常，则君纲废；订阁制以专政柄，则君权替；昔之倡平等自由者，皆斥为邪说，今实行于政事矣；昔之倡革命排满者，潜伏于海外，今公行于朝右矣。去年资政院议员妄更国制，请赦逆党，事事把持，必使政府俯首听命。其处心积虑，无非夺君主之权，解王纲之纽。阳美以万世一系，阴实使鼎祚潜移。司马昭之心路人皆知，朝廷亦洞烛其奸矣。”^[75]即使在革命党人看来，判断革命的标准，首先并非是否采用暴力手段，而是是否实现政体变革：“世界各国，无论民权立宪政体、君权立宪政体，要其所以能立宪之故，莫不由于革命。革命者，谓于其政体上生一大变动也。使不能于政体上生大变动，则虽杀人如邱、流血成河，其进行革命时可云革命，而其结果不可云革命，以其于政体上无变革故也。反之能于政体上生变革者，则为革命。……所以能由君权专制政体，变而为民权立宪政体，或变而为君权立宪政体者，何也？非其君能自变革，

[73] 资政院议场钦选、民选议员各半，可对抗政府的提案却屡屡冲过2/3的投票门槛。面对如此警示，皇室仍未意识到民心已失、帝制已朝不保夕。

[74] 另一个例子，在清末司法改革中，面对司法行政机关（法部）与中央审判机关（大理院）的权限争议（“部院之争”），清廷不是按照现代法治观念区分司法审判权与司法行政权，而是简单地将发生争议的部、院首长对调来解决纠纷。

[75] 刘锦藻：《清朝续文献通考》，宪政考八，商务印书馆1936年版，考11512。

乃民权发达之结果使之然也。民权发达而实行革命，因所遇之敌不同，而结果有异。”〔76〕

我们或者说，清季立宪派与革命派唱了一曲双簧。弹劾军机案后不到一年便发生武昌首义，在两派的合力之下，仅仅用了短短几个月时间，就由各省宣布独立到清帝颁布退位诏书。辛亥革命在近代史上是流血较少的一次政权更替，其中的部分原因是立宪派组织的宪友会“在革命中采应变手段，控制各省政局，革命形势几为之操纵。立宪派人始于求国会，终于得革命，种瓜得豆。”〔77〕可皇权被推翻了，民国的议会政治却依然不上轨道。

资政院弹劾军机案的遗产并非全然是正面的，立宪派议员们跳出清廷预设的筹备立宪游戏规则，无视自身宪法地位与权限，企图用投票方式实现宪制革命的政治目标，在“越权违法”上比军机大臣有过之而无不及。尽管可以说这是因为游戏规则本身不公平，议员们的政治目标也无可厚非，是所谓“良性违宪”。但是，作为立法者，一方面不能以身作则地守法，为自身便利出发常常改变既有规则，用政治目标破坏法律秩序；另一方面又以英国国会自诩，以民意代表自居，以为议会立法可以“无所不能”，企图通过投票来改变现实的政治秩序与权力平衡。这不是理想主义，而是“想象主义”。民国初年国会“毁法造法”的劣迹及其坎坷命运，或许并非偶然。本文或许可以用议员汪荣宝一段冷静而专业的议场发言作为结尾：“我们资政院议员在资政院做事，在资政院说话，第一要晓得资政院的职权，第二要晓得资政院的地位。资政院对于各省督抚侵权夺谘议局权限、违背法律的举动，按照资政院的院章，当然有核办的权利。这‘核办’两字，照院章的规定，拿法理把他解剖出来可以分成三段：第一是审查，第二是议决，第三是具奏。……至于具奏之后，朝廷对于督抚侵权违法举动究竟怎样办，或是给他处分或是不给他处分，那是我皇上的大权，并不在资政院核办范围之内，资政院亦绝对没有干预的余地。……简单说，处分是处分，核办是核办。处分是朝廷的事情，核办得正当不正是资政院的责任。资政院要尽这一个责任的时候，不可不有四种心得：第一、要守定《资政院院章》；第二、要认清资政院权限的范围；第三、要有公平的眼光；第四、要有不挠不屈的精神。这四种完全，方才是言论机关的本色，方才算得有完全的法律思想。要是不然，资政院自己先没有站住脚根，口口声声讲法律，口口声声说人家违背法律，究竟资政院自己在法律上的地位认清楚没有？资政院自己在法律上的根据站稳当没有？”〔78〕

Abstract: In the constitutional reform of the late Qing Dynasty, the impeachment of the Junji by the Zizheng Yuan was a momentous event. This paper would be a reinterpretation of the event in the perspective of the constitutional law. The impeachment had some connection with the constitutionalist's petition for establishing the due parliament. The Qing government had denied establishing the parliament immediately which caused the disappointment of the constitutionalist. Thus the constitutionalist took Zizheng Yuan as the quasi-parliament and controlled the majority of the assembly. The majority

〔76〕 精卫（汪兆铭）：《驳〈新民丛报〉最近之非革命论》，《民报》第四号，1906年5月。

〔77〕 前引〔35〕，张朋园书，第102页。

〔78〕 前引〔7〕，李启成点校书，第195页。

of Zizheng Yuan claimed the legislative power that performed by the Xianzhengbiancha Guan practically, and they also challenge the legitimacy and authority of the Japanese-style Regius Constitution. They imagined Zizheng Yuan as the “almighty” British-style parliament and the Junji Chu as the cabinet government, and claimed that the Junji Chu should be responsible to Zizheng Yuan. Accordingly, when they found the Junji irresponsible, they impeached it.

In fact, in the background of the dual constitutional monarchy system fitted by the Regius Constitution, there was no legal basis for the impeachment of the Junji, for both the subject and the object of the impeachment were not qualified. However, in the battle between Zizheng Yuan and the Junji on behalf of the royal dictatorship, the members of Zizheng Yuan had tried to push the constitutional revolution actually. They took the British-style constitutionalism as the paradigm. Their ideology was full of the constitutional thoughts originated from the enlightenment thinkers. But there's also dark side in the legacy of the impeachment. The members of the “quasi-parliament” had show no respect for the positive law, and had exceed their authority and broken the law, which set up the bad precedent for the congress of the early republic of China.

Key Words: impeachment of the Junji, Zizheng Yuan, dual constitutional monarchy system, constitutional ideology

《论依宪治国》，李步云著，社科文献出版社2013年12月出版。

本书依据作者在东南大学讲课的录音录像整理而成，内容涉及人民民主、依法治国、人权保障和宪法至上四部分，还包括学生在课堂上的提问和作者的回答。

《论法理》，李步云著，社科文献出版社2013年8月出版。

本书主要涉及“法的认识方法论”、“法的一般原理”、“法制与法治”、“宪政与和谐”、“法的实施”等五个方面，其中不少见解具有创新性，许多问题仍是法学界关注的热点。

《论宪法》，李步云著，社科文献出版社2013年8月出版。

作者曾直接参与“八二宪法”的制定以及后来四次修宪的讨论，他的很多建议都被采纳。他的宪法观念理论性和现实感都很强，对现行宪法的诠释到位，行文通俗易懂，值得一读。