

施米特的法眼與黎元洪的決斷

◎ 王 雷

短短幾年時間，施米特在今日中國學界已是大紅大紫，特別是青年學子中，大有「開口不談施米特，讀盡經典也枉然」之勢。讚譽者有之、攻擊者有之、乃至唾棄詆毀者也大有人在。而其中最為人詬病的是他的「非常狀態」（例外）理論，「主權凸顯，法律黯然隱退」，¹成為聚訟紛紜的話題，也是他最厲害的毒刺。同時引進的施特勞斯能否解毒，還是未知數。論者皆喜以施米特主義比附今日中國之現狀。其實，如果把眼光向前推移90年，所謂的德國問題和中國語境頗有幾分相似。施米特或許沒注意到，在他剛剛構思憲法巨作時，遠在萬里之外的中國，正經歷著他在書中即將要勾勒的非常狀態。借施米特之法眼反觀當時黎元洪和段祺瑞的府院之爭，乃至非常狀態下的張勳復辟。雖仍難免用施米特公式套中國問題之嫌，但以後見之明審視，倒省去了今人觀察當代問題的遮遮掩掩和新鮮刺激。

作為三大理論（非常狀態、主權決斷、劃分敵友）基點，施米特並沒有在書中詳述非常狀態，他的真正的用意是由此引出主權決斷。在《政治神學》中，開篇即寫道：「主權就是決定非常狀態。」²而對於非常狀態的定義，他語焉含糊：「非常狀態即是那種無法以概念規定的狀態；它打破了一般的法律條文，但同時揭示了一種特殊的法理因素——絕對純粹的決斷。」³無法言明，亦給當政者一個暗示，他不僅有決斷權，還有定義權，擁有打破一切常規的權限。但施米特似已料到由此所帶來的種種誤讀，他接著解釋說：「非常狀態仍然可以進入法學，因為規範和決斷兩種因素均處于法學的框架之內。」⁴所謂的決斷，終止秩序，仍然是在合法的資源內的作為，這個合法資源就是魏瑪憲法第四十八條。⁵所有的決斷「僅僅意味著總統可以在不顧法律限制的情況下積極採取措施和行動，打破法律規定，而並不意味著總統可以宣布法律規定失效」。⁶

那麼，缺乏合法資源的當政者在非常狀態下怎麼決斷，萬里之遙的中國就上演了這幕活劇。

一 無法決斷 合法資源的稀缺

施米特用決斷權打破非常狀態；黎元洪因沒有決斷權而導致非常狀態。

1916年袁世凱之死，給中國恢復共和，結束內戰帶來契機。副總統黎元洪的繼任水到渠成，受到各方歡迎，普遍對共和前途充滿樂觀，這其中也包括《臨時約法》的恢復。

《臨時約法》作為憲法頒布前唯一的合法性建國藍本，實質是為限制袁世凱專權「倉促設制，未遑遠謀，對人立法，更無可諱」。⁷再加上立法者對西方的民主制度一些似是而非的片面理解，「只知薈萃共和法理，並未慮及固有國情」。⁸但南方從合法性（特指其合乎法律形

式性)實用主義角度出發,惟有恢復舊約法才能取得話語權;且多數人對立憲速成很樂觀,多認為憲法朝成,約法夕廢。更重要的是「新約法為總統制,與現在政流潮流相左,已有絕對不能適用之勢」。⁹沒有強權的總統,更符合民初大多數人對共和的追求。但黎元洪卻不得不面對沒有強權的決斷。

首先,無論是《臨時政府組織大綱》還是《臨時約法》皆沒有總統解散國會權。《大綱》是仿效美國總統制,法有可據。而《臨時約法》採取法國責任內閣制。議會和內閣抗衡時,內閣可提請行政機關解散國會,重新選舉,解決政治危機,這是責任制內閣制重要體現。但無解散國會權,則割斷了總統和國會的聯繫,議會和內閣矛盾凸顯。若議會對內閣通過不信任案,內閣只能總辭職,無法和國會抗衡。國會又很可能會成為眾矢之的,造成更大的政局動盪。而對整個事態,總統無任何作為,國會和內閣沒有任何的調停和緩衝。《天壇憲法草案》規定有總統解散眾議院權力,但在兩次審讀過程中引起激烈辯論,贊成和反對人數均不足法定人數,懸而未決。且制憲因為外力的因素遲遲遷延不決,即使通過審讀,憲法未正式頒布前,亦不發生法律效力。

其次,《臨時約法》沒有規定總統處置緊急事務的權力,即頒布緊急命令權。這是總統為了應付緊急狀態所採取的一種必要措施,亦即施米特說的非常狀態下的決斷權。緊急命令權當時頗為各方注意,袁世凱《中華民國約法》和《天壇憲法草案》都有總統處置緊急事務權力。《約法》第二十條規定:「大總統為維持治安,或防禦非常災害,事機緊急,不能召集立法院時,經參政院之同意,得發布于法律有同等效力之教令;但須于次期立法院開會之始,請求追認。前項教令,立法院否認時,嗣後即失其效力。」¹⁰

增修理由認為此條主要仿照德意志1871年憲法。法國憲法中無此規定,導致緊急時刻國務員只能自認違憲之責發布命令。緊急命令權可避免政府非常狀態下的違法之嫌;同時非常狀態既是客觀存在事實,早定法規,可防當斷不斷,曖昧不明。次期國會,一般已進入正常狀態,否認了總統在非常時期的特權。但這條最受人詬病,被當作是袁世凱獨裁專制的罪狀。若從法理上而言,在政局動盪的共和初期,亦有其可行之處。

因人而定的《臨時約法》沒能束縛住強人袁世凱,卻困住柔暗的黎元洪。在非常狀態下,這位大總統要麼是個旁觀者,要麼只能在夾縫中四處掣肘。

二 誰來決斷 妾身不明的總統和總理

《臨時約法》依法國責任內閣制,國務總理處理具體政務,對議會負責,總統只是虛位元首。但第三十條規定「臨時大總統代表臨時政府,總攬政務,公布法律」。¹¹此外,第四十五條規定:「國務員于臨時大總統提出法律案、公布法律及發布命令時,須副署之」。¹²按責任內閣制,總統頒布命令,必須要國務員副署才能發生法律效力。而國務員是否副署,在于其本人的抉擇,是他的一項權力。但此條極易產生歧義,總統頒布法律及命令時,國務員必須副署,毫無選擇餘地,不是權力反而是義務;副署的國務員究竟是全部或是任何一人即可,國務總理是否必須要副署。權責上的混淆,造成「今日府院權限問題之難點實有大總統不負責任,而依法大總統又有總攬政務及種種職權,國務員更有負責任副署等規定。于是辦理屬於大總統之職權事項實際上究在總統府抑在國務院之問題遂而發生。」¹³

總統、總理,妾身不明,誰都依據約法,誰都據法認為自己才是決斷者。總統「旗幟不明,

政策首鼠，宣言責任內閣，又不肯自處無為之地」。¹⁴且內閣總理一般是國會多數黨領袖、黨魁，以避免和國會發生激烈衝突，保持內閣穩定。段祺瑞是北洋系，議會中佔多數的卻是國民黨。「總理則以軍人超然徒擁虛位。名曰'責任內閣'，而上則陰受府中丁、郭諸人之掣肘，中則有同床各夢之國務員，下則有獨顧黨利，不認餘人之院黨」。¹⁵總統制內閣制雜糅混合，總統府、國務院、國會權責不清，體用不明，不能制衡反而致亂。三方衝突已不可避免，引而待發。

首先在罷免閣員上發生波折。最初通過的閣員名單，包括國民黨、進步黨、北洋派，雙方並無多大分歧。初期「黎、段本可合作，黎為段擁戴而出，雙方原具好感；……此時府院頗融洽」，¹⁶但內務總長孫洪伊在護國運動中反帝頗力，「以領袖自居」，「欲挾黎以分化直、皖」¹⁷，孫洪伊和總統府秘書長丁世鐸聯合，和段祺瑞親信國務院秘書長徐樹錚抗衡，試圖以孫代段，「孫挾黎自重，徐倚段以為抵制」，¹⁸孫、徐二人衝突日甚，特別是在總統和總理權責問題上糾纏不清。段要黎速下免孫洪伊令，但黎元洪遲疑不決。最後不得不尋求法外資源：請北洋元老徐世昌充作調人，孫、徐同時免職。對孫洪伊的免職引起一些議員不滿，議員劉祖堯等提出質問書，認為黎元洪不顧責任內閣的事實，擅自越權罷免國務員。按責任制內閣，罷免國務員須經國會彈劾，「究為內閣制耶？抑為總統制耶」？¹⁹國會已介入府院之爭。

更大的衝突集中在對德絕交、參戰外交政策上（關於對德參戰的起因、經過種種，參見《梁啟超年譜長編》，此不贅）。府、院爭議頗多，通過各方妥協，參眾兩議院通過對德絕交案。隨後是參戰問題，「府方以院方為專擅，院方以府方為游移」，²⁰段軟磨硬施，迫使黎元洪在提交國會咨文上蓋印。但在國會全院委員會審查提案時，段之親信傅良佐指使所謂「公民請願團」數千人包圍國會，要求當日必須通過參戰案，並辱毆議員，迫使國會無限期緩議。自此，國會群起攻擊內閣，段祺瑞成為眾矢之的。閣員谷鍾秀、張耀曾、伍廷芳、程璧光等紛紛辭職，僅剩下段祺瑞和教育總長范源濂兩人，國務例會不能正常舉行。黎氏要段主動辭職，以重組內閣，但段氏不允。在調停無果，內閣幾盡癱瘓的情況下，黎氏萬般無奈，下令免段祺瑞職，「本大總統特依約法第三十四條，免去該總理本職，由外交總長暫行代署。」²¹但段反戈一擊，「查共和國責任內閣制，非經總理副署，不能發生效力」²²認為免職令需要國務總理副署，總統是違法罷免總理。對今後局勢發展，蓋不負責。避走天津。各省督軍亦紛紛以免段不合法而宣布脫離中央獨立。安徽督軍倪嗣沖發布長電，「大總統命令，須經國務員副署，為法之所定」，²³認為黎元洪免段總理之職是「越軌之舉」，「法治之元首，守法之國務員是否可以隨意破壞法律」，接著對國會議員和憲法草案大加訾議，要求黎元洪「既毅然以破壞法律自任，望即趁此時機速圖根本解決，毅然解散國會，恢復民國元年之治，由各省選派議員從新締造，即日召集制定憲法」，並威脅「若中央不有持平之治，恐問罪之師聯翩而起」。北方各省紛紛獨立，南方蠢蠢欲動，段祺瑞袖手旁觀，復辟之說甚囂塵上，形勢岌岌可危。

三 怎樣決斷 守法還是違法

美國駐華公使芮恩施在倪嗣沖通電宣布獨立後即認為：「這是形勢發展的決定性關頭。」

²⁴他認為強勢總理下台後，黎元洪已經抓住了任免官吏的決斷權，倪嗣沖要求解散國會，于法不合，可立即罷免懲辦他，震懾各省督軍。但顧慮重重黎元洪卻對倪大加安撫。「這樣做

當然就是承認了倪氏在軍界的領導地位，而且鼓勵大多數督軍宣告獨立」。²⁵

對督軍的屈服，就必須要面對國會解散問題。

解散國會，這是最大的麻煩，也是黎元洪必須要面對的決斷。「解散既不合法，留存又不足以息事」，²⁶國會徒然已成雞肋。南方義正嚴詞，敦促黎元洪死守約法，只能是坐以待斃。如前所述，黎元洪面對的新情況是，約法既無總統解散國會權，亦無發布緊急命令權，在非常狀態下缺乏合法資源，這是例外的例外。問題已不僅僅在於誰在決斷？而是怎樣決斷？施米特把在非常狀態下採取的必要措施稱為法律的臨時中止或失效，即打破憲法。它包括兩層含義：

- 1) 在無視憲法的情況下打破憲法：破例違反一項憲法法規，完全不考慮憲法修改的規定程序。
- 2) 在尊重憲法的情況下打破憲法：針對一個或幾個特定的個別事例破例違反一項憲法法規，在這裏，要麼有一項憲法律准許這種破例打破憲法的行為，要麼在打破憲法時遵循了憲法修改的規定程序。²⁷

完全按照約法修改的規定程序，在當時情況下，既不實際，也不可行。很明顯，黎元洪面對的是第一種情況，要解散國會，只能不徇常規，打破憲法。

黎元洪的幕僚提供兩種解散國會的路徑。

其一，靈活的打破約法，從法律上尋求合法性資源。章宗元認為，從法理上來說，「條文不過未曾提及，並非明言國會之不可解散也。……解散國會非廢棄國會也，在大總統不過認為五年前所舉國民所舉之議員不可代表近日國民之真意，故解散國會重舉耳。……今日之事，惟有由大總統迅發明令解散五年前所選之國會，國會議員責成各省監督限期重選。組織真確民意之國會，制定適合國情之憲法」。約法雖無解散國會之明確條文，但亦未禁止解散國會之條文。黎元洪現在所做的只不過是在尊重民意的基礎上，解散國會，重新選舉。並非廢棄國會，意味約法仍舊有效，「則各督軍無反對之口實，新學家亦無責備之理由」。他最後要求黎氏「處此危急之秋，烏可拘執條文，……即使激烈派有一時之非議，自各國視之，實屬政治上常有之事」。²⁸

其二：尊重事實上的打破約法。熊福華提出了一個更可行、謹慎的方法，「蓋議員此時辭職者甚多，查聞開會已不足法定人數。……諸會均不能開已多日矣。是議會自行解散

也」。²⁹國會議員已不足法定人數，是為自行解散，總統只是尊重事實頒布命令宣布而已。

無論怎樣抉擇，小心翼翼從法理縫隙或事實上進行權衡，打破憲法是勢在必行。接下來是何時打破、也就是何時決斷，決斷的時機成為首要的核心。「時局危急至今已及，遷延不決將招外侮，外侮既來，悔之已晚，」³⁰只要黎元洪抓住時機決斷，「大總統一舉手間挽回危局，世政府之掛線不斷，法治之常執不悔」。³¹

其實，時人皆忽視了決斷權的一個合法資源。約法第三十六條規定臨時大總統得以法律宣布戒嚴。國會曾制定《戒嚴法》，該法主要模仿日本的《戒嚴令》，規定宣布戒嚴，以遇有戰爭或其他非常事變為限。³²當時雖未進入戰爭狀態，但各省獨立，是為非常事變狀態。總統

徑行宣布戒嚴，無須國會同意。在戒嚴期間可對國會採取強制措施。

但黎元洪這時仍寄厚望于調人。段祺瑞解職後，黎氏本屬意曾經在政爭中發揮重要作用的徐世昌，但有虎視眈眈的段祺瑞和各省督軍在側，久歷宦海的徐氏在此危機時刻小心翼翼，不願過度捲入。黎元洪只能任命「淮軍前輩」李經羲為國務總理。5月31日通電全國，痛斥軍閥幹政，但依然找不出實質性解決方法。李經羲與張勳有舊誼，極力推薦其調停。早有復辟之謀的張勳自願作為調人，這不恰給黎元洪一根救命稻草，既免違法之嫌，又能和平解決，急電張勳北上調解。但張氏到達天津後突然逗留不前，發電要求限三天內解散國會，否則各省軍隊自由入京，自己概不負責。

在此局面之下，前總統府秘書長張國淦認為黎元洪此時應果斷辭職，並以個人名義通電全國：既不願違法解散國會，又不忍再開兵釁，陳述苦衷，以博取輿論同情。張勳無藉口帶兵進京，北洋派亦會暫時收斂。當時議員已不足法定人數，不能正常開會，總統辭職成懸案，在這期間等待時機，各方籌措，醞釀新的局面。

從事實來說，辭職既不違法，又可推卸責任。但黎左右堅決反對，認為「大總統一退，則繼任者必發生爭議，或主張依法以副總統繼任，或主張由各督軍公推。當此之時，危險更不可言狀。即使各方面一致主張依法繼任，而解散國會問題。後任仍必鮮決，徒多此一層危險之波折而已。設或未能一致，後患何可設想」。³³副總統馮國璋已通電辭職，各方在繼任的問題上必將發生糾葛，且繼任者依然無法合理解決國會問題。辭職雖于法理無礙，但無補于事，甚至會再生波瀾，繼續惡化事態。

至此，黎元洪泥足深陷，進退維谷，無計可施，已拱手相讓決斷權。為免更大動盪，被迫于6月12日宣布解散國會，代總理伍廷芳和即將上任的李經羲都拒絕副署，以避違法之嫌。自告奮勇的步軍統領江朝宗火線暫署總理，解決危機。而張勳已經在天津枕戈待旦，一切準備就緒。

此時，解決危機還有最後一線希望：罷免李經羲，復任段祺瑞為國務總理。段氏手握重兵，且反對復辟，足以抗衡張勳。但黎元洪猶豫再三，終為左右所阻。這已是6月13日夜。

第二天，張勳率領5000辮子軍長驅直入，進駐北京。7月1日，宣布復辟。

從府院之爭到張勳復辟，黎元洪判斷明顯滯後于時局發展。在守法、違法之間一再遷延不決，貽誤時機。在無合法資源的狀態下，怎樣決斷、何時決斷，無不考驗著當政者的智慧和經驗，時機的把握更是打破非常狀態的關鍵。從免段到解散國會，黎元洪徒然耽誤了20天。坐等張勳率兵北上，最終以違法解散國會。共和國體再遭變更，南北從此分裂。

四 餘 論

整個復辟事件，憲法草案成為督軍警議干政的口實，借此對國會大加討伐。共和初期，憲法草案的討論、乃至爭論本是常事，一些條款的修改亦在情理之中。但若此要求解散國會、重修憲法，致政局動盪，制憲事業只能一拖再拖。國會議員避走他地，發表護法正義宣言，實則于事無補。黎元洪繼任後，曾準備籌辦元老院，其成員多為年高德劭和實力派，以解決國會只重形式辯論，于事往往遷延不決的弊端。其權限有「核定憲法及其修改解釋」。³⁴在國會制憲久而不決，貽人口實的情況下，此不失為保護制憲不被干擾的一個辦法。但因有專制

之嫌，最後不了了之。共和初創，誰是憲法的守護神，制憲怎樣不被干擾？對於制憲因外力而屢屢受挫，時人不無感慨：「乃者因議憲之問題，召各省之兵諫，于法律國非循軌之舉，于政治已成革命之局。……仍仿元年建國之初由各省選派精通法律明曉治理之代表若干人，將全國各派之勢力意見熔鑄于一爐。並依美國費拉德爾費亞會議方法，擇稍僻遠之地，避隔一切外界干涉，公平討論，制定久大之憲典。」³⁵仿照美國費城制憲，這雖是極端之語，卻也反映制憲遷延未決，就會時時面臨再來一次革命的壓力。

但一部憲法真正能保障共和嗎？中國的共和道路是否就此會一帆風順？1923年，拖延十餘年之久的《中華民國憲法》正式頒布，模仿的藍本正是《魏瑪憲法》。但憲法進、憲政退，不到一年，便在馮玉祥的槍聲中嘎然而止。十年後，德國的希特勒用合法的手段攫取大權，卻永遠關閉了民主的大門。非常狀態下的憲法猶如風中紙片，飄忽不定。民國共和的頓挫和魏瑪的教訓提醒國人，光有良憲是遠遠不夠的。回到施米特的決斷論，誰在決斷，怎樣決斷，何時決斷，非常狀態下政治家的魄力、智識、經驗尤為重要。

嚴復曾這樣評價府院之爭的主角：「黎、段二公，道德皆高，然救國圖存，斷非如此道德所能有效，何則？以柔暗故，……立國群強之間，當民心喧逐之頃，……自吾觀之，則今日中國須有秦政、魏武、管仲、商君，及類乎此之政治家，庶幾有濟。」³⁶

當政潮尚在發生中，他已對前途極為悲觀：「須知吾人所身受痛苦，其由于惡人者淺，而成于好人者深，黃陂，合肥皆好人也。……悲夫，悲夫！」³⁷

今人每每以民初制憲遲遲難成而扼腕，讀讀嚴復上面的感慨和施米特的決斷論，或許會有所悟，而不僅僅只是一聲歎息。

註釋

- 1 施米特：《政治神學》，劉小楓編，劉宗坤等譯《政治的概念》，上海人民出版社，2005年，第9頁。
- 2 同上注，第5頁。
- 3 同上注，第9頁。
- 4 同上注，第5頁。
- 5 魏瑪憲法第四十八條 聯邦大總統，對於聯邦中某一幫，如不盡其依照聯邦憲法或聯邦法律規定之義務時，得用兵力強制之。
聯邦大總統對於德意志聯邦內之公共安寧及秩序，視為有被擾亂或危害時，為恢復公共安寧及秩序起見，得取必要之處置，必要時更得實用兵力，以求達此目的。
聯邦大總統得臨時將本法一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四、及一五三各條所規定之基本權利之全部或一部停止之。本條第一第二兩項規定之處置。但此項處置得由聯邦大總統或聯邦國會之請求而廢止之（《憲法學說》，第420頁）。
- 6 施米特：《憲法學說》，劉鋒譯，上海人民出版社，2005年，第125頁。
- 7 《太原孫發緒來電》，見《天津博物館館藏北洋軍閥史料：黎元洪》卷一，天津古籍出版社，1996年，第970—971頁。
- 8 同上注，第771頁。
- 9 《湯武奇請速施行與徐待籌劃事項函》，《黎元洪》卷一，第70頁。

- 10 王世杰，錢端升：《比較憲法》，商務印書館，2004年，第531頁。
- 11 同上注，第527頁。
- 12 《比較憲法》，第528頁。
- 13 《國務院權限節略研究》，《黎元洪》卷十，第293—294頁。
- 14 王栻主編《嚴復集》，中華書局，1986年，第655頁。
- 15 同上注，第653頁。
- 16 張國淦：《北洋述聞》，上海書店出版社，1998年，第143—144頁。
- 17 同上注，第144頁
- 18 同上注，第145頁。
- 19 中國第二歷史檔案館編《中華民國史檔案資料彙編第三輯政治》（二），江蘇古籍出版社，1991年，第1139頁。
- 20 《北洋述聞》，第148頁。
- 21 同上注，第131頁。
- 22 章伯鋒主編《北洋軍閥》第三卷，武漢出版社，1990年，第108頁。
- 23 以下本段注釋皆同上注，第111—113頁。
- 24 芮恩施：《一個美國外交官使華記》，李抱宏、盛澤湖譯，商務印書館，1982年，第206頁。
- 25 同上注，第206頁。
- 26 《中華民國史檔案資料彙編第三輯政治》（二），第1225頁。
- 27 《憲法學說》第113頁。
- 28 《章宗元請解散國會呈》，《黎元洪》卷一，以下本段皆第1000—1001頁。
- 29 《熊福華請堅守總統大位故予解散國會稟》，《黎元洪》卷一，第1043—1044頁。
- 30 同上注，第997頁。
- 31 同上注，第1002頁。
- 32 《比較憲法》，第136頁。
- 33 《章宗元請解散國會呈》，《黎元洪》卷一，第1002—1003頁。
- 34 《謹擬元老院執掌概要》，其餘條款尚有：宣戰媾和、批准國際條約、批准國際條約、宣告大赦特赦、推選本院院長審定資格等，《黎元洪》卷十，第193—194頁。
- 35 《太原孫發緒來電》，《黎元洪》卷一，第973—975頁。
- 36 《嚴復集》，第646頁。
- 37 同上注，第661頁。

王 雷 上海師範大學中國近現代史專業在讀博士生。

聯絡作者獲得許可。