

《临时约法》“因人立法”说辩正

刘笃才*

内容提要:通行的中国法制史教科书关于《中华民国临时约法》特点在于“以法制袁”的论断,本来是对该约法的肯定,却为批评该约法因人立法提供了口实。这种批评虽然是在法律价值观上的拨乱反正,但通过史实考辩可以看出,该约法规定责任内阁制却并非针对袁世凯,而是临时参议院基于利益的考虑所采取的扩大自身权力的措置。该约法的缺点不在于规定了责任内阁制,而在于没有规定保障其正常运作的健全规则。

关键词:法律史 宪法 临时约法 责任内阁制

一、问题的提出

辛亥革命后中华民国南京临时政府时期制定的《中华民国临时约法》(以下简称《约时约法》)是中国近代宪政史上一份重要宪法文件。所有现行中国法制史教材几乎一致认为,“以法制袁”即“从各方面设置条款约束限制袁世凯搞独裁专制”是《临时约法》的主要特点。其重要表现是,把《中华民国临时政府组织大纲》(以下简称《临时政府组织大纲》)原来规定的总统制改为责任内阁制,缩小了总统的权力,扩大了议会的权力。对于这个特点,各种教科书虽然没有明确地说就是一个优点,但是字里行间还是透出了赞赏的意味,在积极的意义上给予肯定评价,认为它反映了资产阶级革命派维护辛亥革命成果的良苦用心,特别是后来袁世凯悍然恢复帝制的事实,更证实了革命党人的正确。只是到了最近几年,才有一些研究宪政史的论著,指出《临时约法》的这一特点是“因人立法”的体现,不足为训。有的批评颇为严厉,认为近代中国宪政史的重要教训之一就是“因人立法”,而在这方面《临时约法》是始作俑者。

应该指出,对于《临时约法》是针对袁世凯“因人立法”的批评不自今日始,在30、40年代出

* 辽宁大学法学院教授。

参见殷啸虎:《近代中国宪政史》,上海人民出版社1997年版,第136页;又见王人博:《宪政文化与近代中国》,法律出版社1997年版,295页。

版的史书中屡见不鲜。追本溯源,此论最早出自康有为。康有为曾说:“吾国责任内阁制,……令总统垂拱画诺,此为约法之意,盖以制袁世凯也。”当然也存在着相反的声音。例如参与《临时约法》制定工作的吴景濂就认为,所谓用《临时约法》束缚袁世凯的说法是“袁氏(指袁世凯)倡之,国人不察而和之,发为怪诞议论甚多,以此抨击约法”;“日后攻击约法者,皆袁政府所唆使”。吴景濂的这番话提出了一个很有意思的问题。我们的法制史作者对《临时约法》“以法限袁”的肯定评价,在他看来居然是步袁世凯的后尘对临时约法进行攻击。两相对比,说明在因人立法问题上明显存在价值判断上的错位。这种情况是怎样造成的呢?值得我们反思。

也许可以这样解释:无论是对《临时约法》因人立法的批评,还是对《临时约法》因人立法的否认,都是从因人立法不值得提倡的观念出发的。而我们由于受到“阶级斗争为纲”、“法律为政治服务”的影响,法律观念曾一度发生扭曲。在我们看来,只要政治上正确,因人立法并不是什么坏事。所以我们的教科书才把“以法制袁”当作溢美之词加于《临时约法》的制定者。

最近出现的对因人立法的批评,无疑可以看作是基于一一种正确的法治观念在价值层面所进行的拨乱反正,即法律特别是宪法应当具有普适性,而“因人立法”是不对的。不过,我认为,在把这一批评加于临时约法之前,有必要对临时约法是否真的“以法制袁”的事实进行认真的审查,仅仅是把原来的溢美之词变成罪状,不一定是实事求是的态度,对临时约法的制定者来说恐怕也未必公正。为此本文拟对这一问题做一分析。

二、《临时约法》“以法限袁”事实辩正

说《临时约法》目的在“以法限袁”,主要根据是把《临时政府组织大纲》和《临时约法》加以比较:前者规定的政体是总统制,后者则改为了责任内阁制,而总统制之所以改为责任内阁制则是由于袁世凯要替代孙中山担任临时大总统的缘故。这也是人们指责《临时约法》因人立法的主要论据。这样说的人忽略了一个事实,就是《临时政府组织大纲》所规定的总统制,本来不是为孙中山所设,而是为袁世凯而设。

根据史料记载,辛亥革命胜利以后,南方独立各省派出代表组成了都督府代表联合会(以下简称代表会),筹备建立临时政府。1911年12月2日代表会开会,议决制定《临时政府组织大纲》,同时议决如果袁世凯反正,公举其为临时大总统。12月3日,代表会正式通过《临时政

例如,谢振民:《中华民国立法史》指《临时约法》是“对人立法”,认为“《临时政府组织大纲》采总统制,此次议决之《临时约法》,竟采责任内阁制,并变本加厉,盖所以抑制袁氏。”见该书中国政法大学出版社2000年版,第46页。顾敦臻:《中国议会史》说《临时约法》:“因人立法,盖有不得已之苦衷在也。”见该书第141页。钱端升等:《民国政制史》说《临时约法》采责任内阁制:“与其谓为制度上之选择,无宁认为基于人事之考虑。”见该书上册第8页。此外还有蔡树藩:《中华民国宪法史》,见该书第20页。

《共和平议》,《康有为政论集》,中华书局1981年版,第1020页。

《辛亥革命回忆录》第八集,文史资料出版社1982年版,第412页。袁世凯对《临时约法》的攻击,见于《袁世凯令政治会议咨询增修约法程序文》,其中说:“追原祸始,(临时)约法实为厉阶。”

府组织大纲》,规定临时大总统由各省都督府代表选举之,采用美国式的总统制。

如果这些记述不错,那就意味着《临时政府组织大纲》规定的总统制是在预先确定将要选举袁世凯为临时大总统的情况下通过的,当时孙中山还在国外。可见,美国式的总统制不是为孙中山,而是为袁世凯准备的制度设计。只是由于南北议和一波三折,临时参议院才没有选举袁世凯担任第一任临时大总统,而选举了12月25日回国的孙中山,这才阴错阳差形成了后来的情况:似乎孙中山的去职和袁世凯的上台,与总统制改为责任内阁制同步。实际上,无论《临时政府组织大纲》,还是《临时约法》,都是在预定袁世凯将要当选临时大总统的情况下制定出来的。《临时政府组织大纲》和《临时约法》的政体不同并不是由谁将担任临时大总统决定的,所谓“基于人事的考虑”才把总统制改为责任内阁制的论断是没有根据的。

有的论著引用蔡寄鸥的《鄂州血史》证明当时在临时参议院里有人对袁世凯上台存在疑惧心理,以此论定《临时约法》的指导思想在于“以法限袁”。该书叙述湖南一位参议员的一段话,略谓:袁世凯的历史出身使其政治人格难以信任,“一旦大权在手,其野心可想而知”;现在改选他做总统,不能让人放心,“《临时约法》这时还在讨论中,我们要防总统的独裁,必须赶紧将约法完成,并且照法国宪章,规定责任内阁制,要他于就职之时,立誓遵守约法。”这段话被许多书引以为据。蔡寄鸥不知何许人也,《鄂州血史》却不是一部严谨的史学著作,而是一部历史演义体裁的书。这种体裁,近似于历史小说,书中既有描摹人物内心深处思想的语言,又有叙述暗室密谋情节的段落,仿佛一切都在作者的全能视觉之中。其叙事虽然不无现实根据,读者却不能将其每句话都作为信史看待,尤其不能作为历史文献征引为据。

即使对于这类证据我们无从否认,也不能无视相反的证据存在,这就是吴景濂的话。吴氏既是南京都督府代表会的成员,又是南京临时参议会的参议员,后来还做过参议院议长。如果我们不因人废言,考虑到他亲身参与了《临时约法》的制定,所说应当更加有据。他断然否认“约法所定权限系为束缚袁临时总统而设”的说法,指出:“议约法时,关于取美国制度,抑取法国制度,当时争论甚多,有速记录可证。并非为袁氏要作临时大总统,故定此约法以为牵制。”吴景濂文中不仅言之凿凿,而且还特别提出“参议院速记录”作为物证。可惜现在已经看不到这个“速记录”了。

为了说明防范袁世凯是《临时约法》的指导思想,人们还常常引用孙中山的一段话作为证据。这段话说到“北方将士”袁世凯,“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。盖以服从约法为服从民国之证据,予犹虑其不足信,故必令袁世凯宣誓遵守约法,矢忠不二,然后许其议和。故临时约法者,南北统一之条件,而民国所由构成也。”由于孙中山是临时政府的领导人,临时约法产生于临时政府存续期间,人们似乎有理由把这段话断定为制定《临时约法》的意图所在。

见顾敦縠:《中国议会史》第92页;杨幼炯:《近代中国立法史》,第77页。解放后的多数著作也采此说。有的著作明确地说:代表会议在12月2日通过了“虚临时总统之席位以待袁君世凯反正来归”的决议案。见贺觉非、冯天瑜:《辛亥武昌首义史》,第451页。类似记载还见于刘望龄:《辛亥革命大事记》第60页;章开沅、林增平:《辛亥革命运动史稿》,第369页。另外,金冲及、胡绳武:《辛亥革命史稿》第三卷,第488页,记载时间稍有不同,但在时间上都是议决公举袁世凯做总统在前,通过《临时政府组织大纲》在后。当然也有一些著作没有上述记载。有意思的是,有的书一方面承认上述事实,另一方面又坚持说《临时约法》是针对袁世凯的,似乎没有察觉两者的自相矛盾。

参见前引(1),殷啸虎书,第135页;王人博书,第294页。

见《辛亥革命回忆录》第八集,文史资料出版社1982年版,第412页。

《中国之革命》,《中山丛书》(一)第31页,转引自叶孝信:《中国法制史》,北京大学出版社1996年版,第386页。

我认为,对于孙中山的这段话存在误解。首先,孙中山曾经再三声明:在南京所定民国约法,只有“中华民国主权属于国民全体”一条是他的主张。其余都不是他的意思,他不负这个责任。对这个声明究竟怎么看?从表面看,孙中山否定《临时约法》是他领导制定或在他思想影响下制定的说法似乎难以成立。因为制定约法的主张是孙中山最早提出来的。在20世纪初期资产阶级革命派和改良派的大辩论期间,孙中山在回答梁启超对用革命手段推翻清政权后怎样才能达到建立共和国的目的而不会复归于专制时,提出了约法思想。辛亥革命后出现的《鄂州约法》、《浙江约法》、《江西约法》、《江苏约法》等一系列地方宪法性文件皆以“约法”为名表明约法已成为中国近代宪法的立法形式。《中华民国临时约法》与《鄂州约法》等一脉相承,沿用了孙中山提出的约法之名,这是一个事实。

但是,仔细推究起来,《临时约法》的制定又确实不符合孙中山提出约法思想的初衷。原来,孙中山认为,革命取得全国胜利后不能立即实行宪政,而需要一个过渡时期。“约法之治”就是为这个过渡时期准备的。主张制定《临时约法》的人们却在革命还没有完全胜利的情况下,“只采约法之名,以定临时宪法”。^①南京临时政府期间制定出来的《临时约法》,实际上无论是内容还是结构形式也确实就是一部临时宪法。这不仅违背孙中山革命方略中提出的革命“三时期说”,而且搞乱了约法之治与宪法之治的界限。

事实上,在南京参议院制定《临时约法》期间,孙中山曾经给参议院送过一个与《临时约法》有关的立法咨文。由于在参议院成立之前,南京代表会已经在起草《临时约法》,所以这个咨文应该说是孙中山企图影响《临时约法》之制定所做的努力。值得我们注意的是,孙中山的这个立法咨文是一个题为“中华民国临时政府组织法草案”的法案,而不是关于《临时约法》的草案。这证明孙中山不赞成制定《临时约法》代替《临时政府组织大纲》的做法,所以他要关于临时政府组织法的立法而不是《临时约法》代替原来的《临时政府组织大纲》。这也可以解释为什么参议院当时将这一草案退回,主张自行完成《临时约法》。

那么如何理解孙中山说的“予奉《临时约法》而使之服从。盖以服从约法为服从民国之证据”的话呢?其实“予奉临时约法而使之服从”的“奉”字用得极有分寸。它一方面表明孙中山对参议院立法权的尊重,另一方面也表明了他未参与其事的立场。由于在孙中山看来,“《临时约法》者,南北统一之条件,而民国所由构成也。”其中规定了“中华民国的主权属于国民全体”,所以孙中山在辞去临时大总统时提出“《临时约法》为参议院所制定,新总统必须遵守”,但这只是把它作为袁世凯“服从民国”的证据而已,岂有它哉!

应该指出,就当时的情势而论,《临时约法》由参议院独立完成,是袁世凯接受《临时约法》约束的前提。以孙中山为首的临时政府和袁世凯达成的条件是,袁世凯促使清帝宣布退位,孙中山便辞职,并推荐袁世凯作临时大总统的候选人。当时,《临时约法》还在制定中。孙中山如果在这种情况下,参与主持制定《临时约法》,并要求袁世凯“必须遵守”,那等于在协定成立之后另外附加条件,只会被袁世凯攻击为节外生枝,给袁世凯以不接受《临时约法》的口实。所以孙中山在要求袁世凯必须遵守《临时约法》的时候,特别强调“《临时约法》为参议院所制定”。况且,孙中山一直是主张总统制的,在其辞职之后,袁氏上台之前,突然改变自己的立场,而主张责任内阁制,也有失政治家风度,面对天下人何以自解!所以,孙中山与《临时约法》的关系并非人们想象的那样密切。

《五权宪法》,载《孙中山选集》,人民出版社1981年版,第498页。

^① 《建国方略》,同上书,第170页。

综上所述正反两方面事实材料,“《临时约法》采取责任内阁制是为了限制袁世凯”的说法恐怕难以成立,至少说证据不够充分。在这种情况下,所谓《临时约法》是“因人立法”的批评也应慎用为宜。

三、为什么责任内阁制取代了总统制

因人立法说暗含一个前置条件,就是总统制在当时的中国具有合理性。《临时政府组织大纲》规定的总统制适合中国的需要,不应该改变。

我认为这是武断的说法。就当今世界来看,无论在发达国家还是发展中国家里,都既有采用总统制也有采用议会制的。西方国家如此,东方国家也如此。而从历史上考察,在20世纪前五十年里,中国的共和政体究竟是采取总统制还是责任内阁制为好,一直存在争论。不同的人有不同的观点。这是因为,总统制和责任内阁制各有其优点,也各有其不足。或者说,总统制和责任内阁制各有其所长,而能够发挥其所长的环境和条件,中国(其实不仅中国,任何国家都一样)却不能够完全满足。对于总统制来说是如此,对于责任内阁制也是如此。所以,主张总统制和主张责任内阁制都各有其理由。认为“内阁制优于总统制”者可以从历史、国情、事实与学理多方面列举理由^①;而根据当时政治形势怀疑其名实难副者也不无道理。^②究竟那种政体更适合需要,是个既无从证实也难以证伪的问题。譬如肯定责任内阁制的人可能说,整个北洋军阀政府在袁世凯死后,都采用了责任内阁制,而不是总统制。这在一定程度上反映了责任内阁制比较总统制更符合当时的政治需要。反对者则可以反驳,责任内阁制并没有取得成功,这段不成功的政治实践恰恰证明了责任内阁制不适合中国的需要。但是,即使实践证明了责任内阁制的失败,难道就同时也证明了总统制的必然成功,证明总统制适应中国的需要?对于这个问题恐怕很难给以肯定的回答。在这种情况下,做出任何结论都未免轻率。

应当指出的是,当时制定《临时政府组织大纲》,目的主要是使临时政府的建立有法可依,并不在于为未来的共和国制定一个具有永久效力的宪法性文件。它是在军情紧急的特殊环境下为了赋予革命政府以合法性这一特殊需要匆忙制定出来的。以都督府代表联合会的代表性而言,其成员仅仅是各省都督府的代表,不具有民选的性质。就其权威性而言,仅有11个省派出的代表,为全国制定宪法性文件的权威未免不足。这个代表会仅仅用了两天的时间,就制定出了《临时政府组织大纲》,时间也过于短暂,除了作为建立临时政府的法律依据之外,要它成为一个完善的宪法性文件实际是不可能的。如果说《临时政府组织大纲》规定总统制在当时具有合理性,那是因为在革命刚刚发动的非常时期,革命力量必须联合在一个强有力的政府领导下,才能抵抗来自北方的军事进攻,完成推翻清王朝的革命任务。总统制客观上满足了这一需要,但这并不意味《临时政府组织大纲》及其所确定的总统制对中国是最适合的政体。

根据美国宪法学者的意见,美国宪法采取总统制之所以成功,是由于独立战争之后的美国社会存在着联邦中央政府和组成联邦的各州政府分割主权的**双重主权思想**：“只有采纳双重主权这种思想,美国才能发展出总统制,并使其成为替换议会制的主要制度。”美国联邦制的重要特征就是三权分立与双重主权概念相结合。这种结合既支持了联邦政府内制约平衡制度的

^① 凤文祺：《内阁制与总统制》，《宪法新闻》1913年第2期。

^② 毕厚：《责任内阁制》，《言治》1913年第1期。他说：“盖责任内阁者，易言之，即政党政治也，故完全之责任内阁，非在政党成熟发达之后，必无可期。”

发展,又支持了联邦政府和州政府之间的制约平衡制度的发展。^⑬换言之,只是由于联邦制下各个州对于中央政府权力的分权制约,在中央政府内实行个人集权的总统制才具有合理性。这个论断是否符合美国的实际姑且不论,对我们有启示的是从国家结构形式和政府组织形式的相关互动角度观察政体的合理与否。

对于《临时政府组织大纲》和《临时约法》所规定的政体之变化,谷钟秀从这样的角度进行解释:“各省联合之始,实有类于美利坚 13 州之联合,因其自然之势,宜建为联邦国家,故采美之总统制。自临时政府成立后,感于南北统一之必要,宜建为单一国家,如法兰西之集权政府,故采法之内阁制。”^⑭这个解释应该说比较符合历史实际。

《临时政府组织大纲》为什么效法美国采取总统制?我们知道,中国近代的社会政治变革一直是以西方先进国家英、美、德、法、日为效法对象的。在中国推翻了帝制之后,由于英国存在女王,日本存在天皇,德国存在皇帝,不再适合中国的情况,自然被排除在仿效对象之外,于是,人们的眼光就集中到了美国和法国这两个国家身上。非常凑巧的是中国辛亥革命后的情况和美国独立战争后的情况,从表面看来存在着好多类似之处。譬如,辛亥革命后十几个省相继宣布独立,有的省制定并公布了自己的约法,这和美国独立战争后十三州宣布独立并制定州宪法的情况至少在表面上有可比性。当各省都督府代表按照美国各州代表集会的模式走到一起制定《临时政府组织大纲》时,其心目中不无成立联邦制的意思,所以采纳了美国的总统制。

但是,中国和美国的的历史与国情并没有多少相似性,两者之间更多的是不同。如果说辛亥革命后各省纷纷宣布独立的情势,诱发出来了效法美国实行联邦制的想法,使得效法美国总统制具有一定合理性,那么随着南北议和的实现,建立统一的国家和中央集权的政府已经成为不可阻挡的趋势,随着联邦制的想法最终被抛弃,坚持总统制已经没有什么正当理由。而如果没有联邦制下地方政府对中央政府的平衡制约,在中央政府组织上采纳总统制必然是权力配置的严重失衡,那同美国的制宪精神恰好背道而驰。

至于《临时约法》采取责任内阁制的原因并不难解释。众所周知,清末预备立宪期间,责任内阁制曾经是议论的大题目。朝野上下,无论对于立宪持何种态度,对于立宪体制下要实行责任内阁制是没有疑议的。辛亥革命和清末立宪在时间顺序上虽然前后有分,实则接踵而至,清末立宪的影响并没有因为辛亥革命的发生就消失得一干二净。在清末立宪期间,立宪派所广泛宣传的君主立宪制度下实行责任内阁制,君主不负责任,内阁首相负政治责任,对于当时所有政治开化的人们来说,耳熟能详,记忆犹新。而且辛亥革命爆发后,清政府任命袁世凯为内阁总理的事实就在眼前。人们对责任内阁制比较总统制相对而言要熟悉得多,因此采纳责任内阁制也是很自然的。

如前所述,主张总统制和主张责任内阁制都各有其人,各是其理,孰是孰非并没有一个客观标准。《临时约法》一改《临时政府组织大纲》的总统制,采纳责任内阁制,只是大多数立法者的主观选择。要对这一选择做出解释,也许用立法主体的变化更能说明问题。

我们知道,制定《临时政府组织大纲》的是各省都督府代表联合会,制定《临时约法》的是临时参议院。其间人员构成发生了很大变化。武昌的各省都督府代表联合会的代表共计 23 人,至南京临时参议院期间,18 人(占总数的 75%强)已不再是参议院成员,仅 5 人留任。

^⑬ [美]路易斯·亨金等编:《宪法与权利》,三联书店 1996 年版,第 10 页。

^⑭ 谷钟秀是参与制定《临时政府组织大纲》和《临时约法》的代表,其说转引自谢振民所著的《中华民国立法史》,第 46 页。上引《中国议会史》和《近代中国立法史》也基本采纳了谷氏的这一说法。

问题还不仅仅是人员的变化,更重要的是构成人员身份的不同。制定《临时政府组织大纲》的各省都督府代表,所代表的是各省的行政首长;制定《临时约法》的参议员虽然大多数仍是各省都督府选派的,但是他们的身份却是参议院这一国家立法机构的成员。这就不难理解为什么各省都督府的代表在制定《临时政府组织大纲》时,大多数主张实行行政权优先的总统制;各省参议员组成的国家立法机关在制定《临时约法》时,大多数主张立法权优先的责任内阁制。

在这里,分析框架的转换十分重要。以往我们在法制史研究中采取阶级斗争的观点观察问题,以阶级分析的方法分析问题,对于《临时约法》也不例外。把它说成是资产阶级革命派和立宪派以及反革命派各派力量对比关系的产物。然而如前所述,当时的资产阶级革命派并没有把袁世凯看作是反革命派,否则,他们不会自动表示只要袁世凯迫使清帝退位,就选举他为大总统。在革命派占四分之三的临时参议院举行的选举中,袁世凯以全票当选临时大总统,显然也很难用革命和反革命的分野来解释。

对于辛亥革命之后的政局,固守辛亥革命前革命派和立宪派的政治分野进行分析已经不够,至少说在有关政体问题的主张上,这个分析框架已然失效。

在辛亥革命之前,立宪派主张责任内阁制(当然是君主立宪下的责任内阁制,而不是民主共和国下的责任内阁制),革命派则主张总统制。孙中山在《军政府宣言》中主张“大总统由国民公举”,^⑮虽然只是政治性宣言,但总统制的倾向还是明显的。当时章太炎由于反对代议制,实际上也主张总统制。即所谓“置大总统则公,举代议士则戾”,“选举总统则是,陈列议院则非”^⑯,政治分野基本清楚。

辛亥革命后,情况发生了变化。虽然孙中山的总统制主张更明确了,章太炎却从主张总统制变为主张内阁制。他在中华民国联合会第一次会议上曾做过关于中华民国临时政府的政治体制的演说,明确主张实行责任内阁制。他指出:“惟置大总统,限制其权,以防民主专制之弊,宜与法(国)之制度相近。……行政部应对议院负完全责任,不宜如美(国)之极端分权。”^⑰在这个问题上和孙中山严重对立的还有宋教仁。据历史记载,宋教仁早在《临时政府组织大纲》制定之前,在上海各省代表会议上,就提出“立责任内阁”的主张。^⑱孙中山回国后,在同盟会开会时,面对孙中山对于总统制的强烈主张,宋教仁“鉴于责任内阁之适于民国也,起而力争”,赴南京后又“以《临时政府组织大纲》规定不设国务总理,乃提出修正案”。^⑲革命派内部意见各异,我们如何判断孙中山、章太炎和宋教仁哪个代表真正的革命派立场,并且有充分的理由说与之相反的主张不是革命派的立场?

这时引进新的分析框架就非常必要了。一个现成的理论分析框架是权力结构框架。在权力分立的宪政体制下,立法、行政以及司法三者的权力配置及相互制约关系构成了这一分析框架的客观基础。三个权力主体的利益驱动和权力冲动则是其主观动机。我们知道,总统制和责任内阁制是从政府组织形式的角度进行的划分。如果从权力结构的角度分析,则民主共和国可以区分为总统制共和国和议会制共和国。责任内阁制实际上是议会制共和国的政府组织

^⑮ 《孙中山选集》,人民出版社1981年版,第78页。

^⑯ 《代议然否论》,《辛亥革命前十年间时论选集》第三册,三联书店1997年版,第93页。

^⑰ 《统一党第一次报告书》,转引自《辛亥革命在上海史料选辑》,上海人民出版社1981年版,第951页。

^⑱ 见《辛亥革命在上海史料选辑》,第944页。

^⑲ 徐血儿:《宋教仁传略》,转引自《辛亥革命在上海史料选辑》,第945页。

形式,因此又称为议会内阁制。总统制权力集中于总统,责任内阁制权力掌握在议会。从这个角度看,《临时约法》采纳责任内阁制,与其说是革命党人为了维护革命成果而对袁世凯加以防范限制,毋宁说是临时参议院基于自身的利益考虑而采取的扩大自身权力的措置。

中国是一个具有长期君主专制传统的国家,极端的君主专制和高度的中央集权是障碍中国社会发展和进步的政治制度,推翻君主专制制度是辛亥革命的目标。在这样一个具有深厚的极权专制传统的国家里,实行政党政治和议会政治,当然比实行强人政治和官僚政治要困难得多,但从完成革命任务实现革命目标的角度看却有极端重要的意义。就此而言,对《临时约法》选择责任内阁制应当给以肯定。

如果说《临时约法》存在问题,那问题也不在于它规定了责任内阁制,而在于它规定的是一个不健全的责任内阁制。根据各个立宪国家成熟的经验,责任内阁制的平衡制约机制是:议会对内阁可以通过不信任案,内阁可以(或者提请总统)解散议会,这是一个保障宪政体制顺利运作的规则。而《临时约法》既以所谓内阁成员辅佐总统“负其责任”的暧昧词句,回避责任内阁究竟是对总统负责还是对议会负责的问题,置责任内阁于对总统和对议会无所适从的尴尬地位;又没有规定议会可以对内阁进行不信任投票和内阁(或者通过总统)有权力解散议会,遂造成了后来责任内阁制进退失据的局面。^②

四、余 论

因人立法确实不足为训。无论在中国近代史还是现代史上,都出现过因人立法的现象。在我们总结中国宪政运动的经验教训时提出这个问题是非常必要的。但是,从上面分析的情况看,把《临时约法》作为因人立法的典型加以批评却是不公正的,把它说成是近现代因人立法的始作俑者就更错误了。

以《临时约法》和《袁记约法》比较,我认为,《袁记约法》才真正是因人立法。它的整个立法程序完全在袁世凯控制之下,身为大总统的袁世凯通过制定约法,肆意扩大自己的权力。袁世凯攻击《临时约法》是因人立法,本意是为自己的因人立法辩护。论者不察,认为《临时约法》因人立法在先,袁氏因人立法在后,袁世凯只不过是依样画葫芦。“你能制定约法限制总统权力,我自然也能制定约法来扩大总统权力”,他们实在是上了袁世凯的当。

即使《临时约法》不能由于本文的关系洗刷掉因人立法的罪名,我认为也不应对此过多指责。《临时约法》的制定者是一个群体。就其中的每个人来说,他是人而不是神。他面临的并非罗尔斯设计的“初始”形态,也没有一道“无知之幕”遮蔽着他的视线。现实的政治分野和实力对比摆在那里,哪种政治安排对于他和他所代表的社会力量最为有利,是他不能不考虑的问题。而就这个制宪群体来说,它做出的每一个决定都是不同意见相互交锋又相互妥协的产物。在不同意见的交锋和妥协中,既有阶级和党派的立场起作用,也有国家和人民的观念起作用,也不能完全排除存在着个人意气用事的成分。不过这个制宪群体的集体决定,一经做出,就不再是个人意志的体现了。这样,因人立法的指责由于缺乏明确对象而变得没有多少意义。

从另一个方面看,制宪活动中的因人立法,所因之人肯定不是普通的人,而是握有权势的人,甚至是国中最有权势地位的人。因此,因人立法不外是如何处理权和法的关系。于是就有

^② 具体分析参见音正权:《中华民国临时约法的主要缺陷》,《政法论坛》2000年第6期。

必要区别两种因人立法：一种是自信或相信某人天才英明善良，在制宪时，对个人权力不加约束和限制，使权力集中于某个个人之手；另一种是由于不相信某人的天才英明善良，在制宪时，对个人权力加以必要的约束和限制，使权力置于法律之下。《临时约法》即便是因人立法，也属于后一种性质。它之所以不应承受过多指责，是因为：这种因人立法其出发点虽然针对个人，其前提却符合一般的人性假设；而通过制宪对统治者个人权力进行限制，恰恰契合近现代兴起的民主宪政精神。

Abstract :According to the prevalent opinions in the textbooks on Chinese legal history , the main purpose of the 1912 Temporary Constitution of the Republic of China was “ to check the power of Yuan Shikai with a constitution ”. This proposition , originally meant to confirm this constitution as a positive one , was later used by some people as evidence for their accusation that the Temporary Constitution was a “ legislation suited to a particular person ”. Although such accusation serves to clear up confusions in the area of legal value , historical evidence shows that the “ duty cabinet ” system in the Temporary Constitution was not directed against Yuan Shikai , but rather a measure adopted by the Temporary Senate to expand its own power. The main defect of the Temporary Constitution is not the “ duty cabinet ” system itself , rather the lack of sound rules to ensure its normal operation.
